# البناية في شرح الهداية

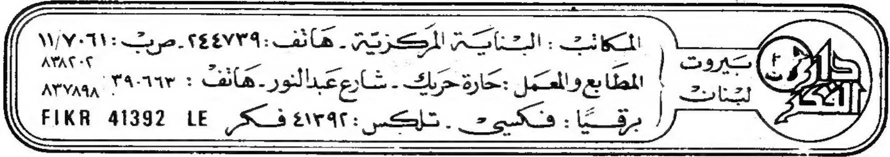
لأبي محمد محمود بن أحمد العيني

المولوي محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري

تنبيه: متن الهداية في رأس الصفحة بحرف كبير وشرح البناية للعيني تحته ثم تعليقات المولوي محمد عمر مفصولاً بينها بخط.

الجزء الأول

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع




قام بإخراج هذه الطبعة وتصحيحها
دار الفكر ببيروت

الطبعة الأولى ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م

الطبعة الثانية : منقحة وبها زيادات

١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م

المسهمون في إخراج هذا الكتاب
مكتب التوثيق والدراسات في دار الفكر

# فهرس الكتـــاب

# فهرس الجزء الثاني

صفحة

## ﴿ كتاب الصلاة ﴾

# فهرس الجزء الثاني

الصفحة



الصفحة

الصفحة | الصفحة

الصفحة



الصفحة

الصفحة



الصفحة

# فهرس الجزء الثالث

# فهرس الجزء الرابع

صفحة



صفحة

صفحة



صفحة

# فهرس الجزء الخامس

# فهرس الجزء السادس

صفحة



صفحة

صفحة



صفحة

صفحة



صفحة

# فهرس الجزء الثامن

صفحة



صفحة

صفحة



صفحة

# فهرس الجزء التاسع

صفحة



صفحة

# فهرس الجزء العاشر

صفحة



صفحة

صفحة



صفحة

صفحة



صفحة

# فهرس الجزء الحادي عشر

# فهرس الجزء الثاني عشر

بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمة الطبعة الثانية

الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله . وبعد :

يسر دار الفكر ببيروت التي دأبت منذ تأسيسها على نشر وطبع الموسوعات الإسلامية في التفسير والحديث والفقه والتاريخ واللغة والمصنفات في شتى العلوم والفنون الإسلامية أن تقدم للدارس والباحث والعالم والفقيه الطبعة الثانية لهذه الموسوعة في الفقه الحنفي التي طالت فترة انتظارها وتاقت النفوس لرؤيتها وتمنى غير واحد من أهل الفضل والعلم اقتناءها والحصول عليها .

لقد صدرت الطبعة الأولى لهذا الكتاب عام ١٩٨٠ وبذلنا جهداً كبيراً في إخراجها وضبطها عن الطبعة الحجرية التي كانت مقروءة بصعوبة وتلقينا برحابة صدر وامتنان كل الملاحظات والتنبيهات التي وصلتنا من علماء أفاضل وباحثين واستدركنا كل ذلك في هذه الطبعة التي قرأناها مرة أخرى على الأصل فاستدركنا النقص وصححنا الأخطاء ولم ندخر جهداً في إخراج هذه الطبعة الإخراج اللائق بقدسية هذا العلم وطهارته فجاءت هذه الطبعة مصححة منقحة كما نتمنى خالية من كل شوب إن شاء الله .

والله نسأل العون والهدى والرشد والسداد .

بيروت يوم الجمعة ١٢ صفر ١٤٠٨ هـ

الموافق ٢٣ ايلول / سبتمبر ١٩٨٨ م

الناشر

بسم الله الرحمن الرحيم

وبـــه نستعين

# ترجمة الشارح العلامة البدر العيني

٧٦٢ - ٨٥٥ هـ

لفضيلة الشيخ خليل الميس مفتي البقاع ومدير أزهر لبنان

## نسبتـــه :

هو الإمام العلامة ، الحافظ ، الفقيه ، المؤرخ ، قاضي القضاة ، شيخ الإسلام ، بـدر الدين ، أبو محمد . محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين ، بن يوسف بن محمود ، الحلبي الأصل ، العينتابي المولد ، ثم القاهري،الحنفي ، ، ويعرف بالعيني .

## نشأتـــه :

انتقل أبوه من حلب إلى ( عين تاب ) فولي قضاءها وولد له البدر بها في السابع عشر من رمضان سنة اثنين وستين وسبعمائة ( ٧٦٢ هـ ) فنشأ بها وترعرع وقرأالقرآن الكريم .

## رحلاتـــه :

رحل العيني إلى حلب وتفقه بها أيضاً فقرأ على العلامة جمـال الدين يوسف بن موسى الملطي الحنفي البزدوي ، وسمع عليه في الهداية وفي الأخسيكتي .

وأخذ عن حيدر الرومي شارح الفرائض السراجية .

ثم عاد إلى بلده ولم يلبث أن مات والده فارتحل أيضاً ، فأخذ عـــن الولي البهستي ببهستا ، وعلاء الدين بكختا ، والبدر الكشافي بلطية .

ثم رجع إلى بلده ، ثم حج ودخل دمشق، وزار بيت المقدس فلقي فيه العلاء أحمد بن محمد السيرامي الحنفي فلازمه واستقدمه معه القاهرة . في سنه ٧٨٨ هـ وهكذا يكون قد طوف البلاد الحلبيه والشامية والقدسية قبل أن يستقر بالقاهرة حيث ذاع صيته .. ودرس على تلاميذه .

## شيوخه :

في تجواله في البلاد التقى العديد من العلماء فقرأ عليهم وأجازوه .. وقد بلغ شيوخه من الكثرة بحيث استوجب استيفاء تراجمهم مجلداً صنفه بنفسه وسماه ( معجم الشيوخ ) .

فمن هؤلاء : الشهاب أحمد بن خاص التركي حيث أخذ عنه الفقه ..

والحافظ زين الدين عبد الرحيم العراقي سمع عليه صحيح البخاري .

والحافظ سراج الدين البلقي الذي سمع عليه مصنفه ( محاسن الاصلاح ) .

ومنهم : المحدث الكبير محمد بن محمد الدجوي سمع عليه صحيح البخاري ومسلم وسنن النسائي وسنن أبي داود والترمذي وابن ماجة والنسائي - الأصول الستة بأسرها .. وسمع على العسقلاني الشاطبية .

وعلى الزين العراقي صحيح مسلم ، والالمام لابن دقيق العيد .

ومنهم : الشيخ المحدث زين الدين تغري برمش ابن يوسف التركماني سمع عليه شرح معاني الآثار للطحاوي ، ومصابيح السنة للبغوي .

ومنهم : العلاء السيرامي أخذ عنه أكثر الهداية وغيرها .

ومنهم : قاضي القضاة جمال الدين يوسف بن موسى الملطي بحلب أخذ عنه أصول فخر الإسلام البزدوي ، ومنتخب الأصول للحسام الاخسيكتي ...

ومنهم : الشيخ ميكائيل أخذ عنه مختصر القدوري ، ومنظومة النسفي في الخلاف ، ومجمع البحرين في الفقه لابن الساعاتي .

## تلامذته :

مع كثرة شيوخه فتلاميذه أوفر عدداً منهم وذلك لكونه من المعمرين فقد لازم إقراء الحديث في المؤيدية وحدها ما يقارب أربعين سنة .. هذا مع ما درس في بقية

مدارس القاهرة .. واذا استعرضنا بعضاً من تلاميذه نجـــد مدى تأثيره وتبحره في العلم .. فمنهم :

الامام المحقق كمال الدين بن الهمام صاحب ( شرح فتح القدير ) .

والحافظ العلامه قاسم بن قطلوبغا .

والحافظ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي .

والحافظ ناصر الدين أبو البقاء محمد بن أبي بكر .. ابن زريق محدث الشامية ، وقاضي القضاة عز الدين أحمد بن ابراهيم الكتاني الحنبلي .

والشيخ كمال الدين المالكي الشمني .

والبدر البغدادي الحنبلي .

وأبو المحاسن جمال الدين يوسف بن تغري بردي المؤرخ وغـــيرهم كثير من العلماء الكبار في عصره ..

## رتبته العلمية :

كان رحمه الله إماماً عالماً علامة عارفاً بالصرف والعربية وغيرها ، حافظاً التاريـــخ واللغة ، كثير الاستعمال لها ، مشاركاً في الفنون ، ذا نظم ونثر ، صنف الكثير ، قلمـه أجود من تقريره ، وكتابته طريقة حسنة مع السرعة ، حدث وأفتى ودرس ، وأخـــذ عنه الأئمة من كل مذهب طبقة بعد أخرى ، وكان واسع الباع في المعقول والمنقول .

وكان بارعاً في الموازنة بين أدلة المسائل الخلافية عند فقهاء الأمصار ، واسع الاطلاع على مذاهب سلف الامة وآراء الأئمة ، يجرى على طريقة البسط والإيضاح في مؤلفاتـه ، هذا وكان فصيحاً باللغتين التركية والعربية .

## ما تقلده البدر العيني من الوظائف

لما استقدمه العلاء أحمد بن محمد السيرامي الحنفي من بيت المقدس إلى القاهرة سنـــة ٧٨٨ هـ قرره صوفياً بالبرقوقية أول ما فتحت سنة ٧٨٩ هـ ولم يزل البدر في خدمتها حتى مات شيخها العلاء ثم تولى حسبة القاهرة سنة ٨٠١ هـ لشهر واحد ، وتكررت ولايتـــه لها .. وولي في الأيام الناصرية عدة تداريس ووظائف دينية ، كتدريس الفقه بالمحمودية ،

ونظر الاحباس ، وفي ايام المؤيد قرره في تدريس الحديث بالمؤيدية سنة ٨١٩هـ ثم صار من اخصائه وندمائه .. ثم عينه الظاهر ططر لقضاء الحنفية لأربع سنين ثم أعـــاده ... ولم يجتمع القضاء والحسبة ونظر الاحباس في أحد قبله ، ولما صرف أخيرا لزم بيته مقبلا على الجمع والتصنيف ، مستمراً على تدريس الحديث .

**مؤلفاتـــه :**

تصانيف البدر العيني كثيرة جداً ، انتفع به الناس وأخذ عنه الطلبة من كل مذهب.

ومن تصانيفه : شرح البخاري وسماه ( عمدة القارىء ) مطبوع ، وشرح الهدايـــة المعروف ( بالبناية ) وهو الذي نقدم له .

وشرح الكنز ( النسفي ) وسماه ( رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق ) مطبوع .

وشرح مجمع البحرين ( لابن الساعاتي ) وشرح تحفة الملوك في الفقه .

وشرح معاني الآثار ( الطحاوي ) في عشر مجلدات ، وشرح الكلم الطيب لابن تيمية ، وله كتاب في المواعظ والرقائق في ثمان مجلدات ، ومعجم مشايخه في مجلد واحد ،ومختصر الفتاوى الظهيرية ومختصر المحيط .

وشرح التسهيل لابن مالك ، وشرح شواهد ابن عقيل .

وله طبقات الشعراء ، وطبقات الحنفية ، والتاريخ الكبير على السنين في عشرين مجلداً والتاريخ الصغير ، واختصر تاريخ ابن خلكان وله غير ذلك .

ولما اخرج عن نظر الاحباس .. صار يبيع من أملاكه وبيته إلى أن توفي رحمـه الله تعالى سنة ٨٥٥ وقال النواصي يمدحه :

لقد حزت يا قاضي القضاة مناقباً  يقصر عنهـــا منطقي وبيـــاني
واثنى عليك الناس شرقاً ومغرباً  فـــلا زلت محموداً بكل لسان

# البناية شرح الهداية

## الهدايـــة :

من المتون المعتبرة في مذهب الاحناف ( الهداية شرح بدايـة المبتدى ) لشيخ الاسلام برهان الدين أبي بكر علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني المتوفى سنـــة ٥٩٣ هـ . جمع فيه ( مسائل القدوري ) و ( الجامع الصغير ) لمحمد بن الحسن ، ثم شرحهـا شرحاً في نحو ثمانين مجلدة ، وسماه ( كفاية المنتهى ) ولما تبين فيه الاطناب ، وخشي أن يهجر لأجله الكتاب ، شرحه شرحاً مختصراً لطيفاً وافيـــاً في الحسن والتقدير والتحرير والضبط والاتقان سماه ( الهداية ) .

## شرح الهداية :

ثم أن العلماء اعتنوا بشرحه كثير اعتناء ، إلا أن من اجترأ على شرحه إنما هو واحـد من الأفراد .. وأوسعها وأتمها الذي وصل إلينا . ونقدم له :

## البناية شرح الهداية

والعيني الذي عرف بشارح البخاري .. واشتهر أيضاً بشارح الهداية وسوف تكون فرحة العلماء والباحثين كبيرة جداً حيث يبلغهم طباعة ونشر هذه الموسوعة الفقهيـــة ويشوب قشيب .. وكم تمنى غير واحد من أهل الفضل رؤيته قبل وفاته .. وطالماتشوفت النفوس للحصول على هذا الكتاب عرباً وعجماً .

ولدار الفكر في بيروت عظيم الثواب إن شاء الله عنـد من لا يضيـع أجر من أحسن عملا ولهم منا خالص الدعاء بأن يجزيهم الله تعالى على حسن صنيعهم ... وخدمة كتاب الله وسنة رسوله والفقه الإسلامي ، والله من وراء القصد .

خليل الميس

مدير أزهر لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي شرح صدورنا بأنوار الهداية[1]، وأطلعنا على غوامض العلوم بمعراج الدراية[2]،

---

(١) قوله : « الحمد لله الذي شرح صدورنا بأنوار الهداية » ، أقول : ولله در الشارح اللبيب !! حيث أتى بنمط عجيب ، ونهج غريب ، مومئاً إلى غوامض البلاغة ، مستهلاً على محسنات البراعة فشبه الهداية بالشمس المنير الذي استضاء منه قصور الصدور ، واستنار عنه صفحات الدهور ، بالاستعارة بالكناية ، ففي إضافة الأنوار إلى الهداية تخييل ، وفي إسناد الشرح إلى الصدور ترشيح . والمراد بضمائر المتكلم : المصنف وأضرابه وأحزابه من الفضلاء والنبلاء ، فافهم .

(٢) : قوله « وأطلعنا على غوامض العلوم بمعراج الدراية » ، أقول : أي عرج بطبائع معشر العلماء المتبحرين ، وجمع الكملاء المعتبرين على معارض غوامض العلوم بمعراج الدراية . فإن قلت : إن إضافة غوامض إلى العلوم إضافة الجمع إلى الجمع ، وهي مفيدة للاستغراق ، فيكون المعنى إن الله تعالى أطلعنا على جميع غوامض العلوم ، وهذا باطل جداً ، لأن الاطلاع على جميع الغوامض لا يلائم طوق البشر ، بل هو من خصائص القوى والقدر ، قلنا : ربما يجري من نحو هذا الكلام تكثيراً لشكر المنعم ذي الجلال والاكرام ، وتشهيراً لآلائه ، وتنويها لنعمائه على سبيل المبالغة والادعاء التام كما في قوله تعالى : ﴿ وأوتينا كل شيء ﴾ ، فالمراد من كل شيء كثرة ما أدنى ، كقولك : فلان يقصده كل أحد ، ويعلم كل شيء . فكذا المراد ههنا عن جميع الغوامض كثرة الغوامض الملقية على صدور الأصفياء ، والملهمة على آذان الأذكياء .

حتى اطلعنا على أسراره المكنونة من البداية إلى النهاية [١] ، وفجر لنا من ينابيع الحكمة بما فيه الكفاية [٢] ، حتى وقفنا بهذا على أسرار الفقه بمنطار الغاية [٣] ،

---

(١) قوله : ( حتى اطلعنا على أسراره المكنونة من البداية إلى النهاية ) . أقول : فإن قلت : الغاية متحدة عن المغيا مع انها تكون خارجة عن المغيا ، لأن غاية الشيء مترتبة عليه بعد وجوده . وأما الغاية في نحو قولك : أكلت السمكة حتى رأسها ، فهي ليست بغاية حقيقة بل هي بمعنى آخر الشيء . ولو سلم أن الغاية لا تكون خارجة دائماً بل قد تكون جزء المغيا ، لا نسلم أنها قد تكون متحدة لتحقق التغاير بين الكل والجزء. ودليل الاتحاد أن الاطلاع على جميع الغوامض بأسرها عين الاطلاع على الأسرار المكنونة من أولها إلى آخرها ، لأن الغوامض هي الأسرار الخفية المكنونة - قلنا : المراد بغوامض العلوم الدقائق التي فهمت من كتب العلوم المدونة ، لأن الغوامض في الأكثر يطلق على غوامض الكلام ، لا على الأسرار مطلقا . فحاصل مراده أن الله تعالى أطلعنا على غوامض كتب الفن ودقائقها . فالمقصود من العلوم : العلوم المدونة في الكتب ، مقوله : حتى اطلعنا على الاسرار أي حتى اطلعنا بواسطة المطالعة في الكتب المدونة ، بمزيد من النظر والانتقال ، على الأسرار كلها أو المراد اطلاع في ضمن القواعد الكلية ، وعلم الجزئيات في ضمن الكليات ولو كان العلم بوجه ما .

(٢) قوله : ( وفجر لنا من ينابيع الحكمة بما فيه الكفاية ) . أقول : في الصراح فجر اب راندن يقال : فجرت الماء فانفجر ، وفجرته ، للمبالغة ، فتفجر أي : فجر ينابيع الحكمة حيث شاء إجراء وتفجيراً ، ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً . ينابيع : جمع النبع : وهو العين والجدول الكثير الماء . الحكمة تحقيق العلم ، وإتقان العمل . ولما كان علم الفقه متضمنا لكل جزئي الحكمة ، وقائما على قوائمها المستحكمة ، لأن الفقه هو العلم بالأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين عن أدلتها التفصيلية . فلهذا أردف على هذا القول قوله حتى وقفنا .

(٣) : « حتى وقفنا بهذا على أسرار الفقه بمنطار الغاية » . أقول : المنطار : علم يهتدي به إلى الغاية . يعني : وقفنا على أسرار الفقه بواسطة القواعد الشرعية الحكمية التي هي كالأعلام المنصوبة في أثناء الطريق المستقيم ، والمسلك القويم .

ونجانا به عن الوقوع في مهاوي الضلالة ومهاوى الغواية [1] .

والصلاة والسلام على المستأثر بالفضائل الجمة بحسن العنـاية [2] : محمد المبعوث إلى خير الأمم أرعاهم بجميل الرعاية [3] ، ويخرجهم من ظلمات الريب وسوء العماية [4] ، وعلى آله وصحبه الذين شدوا قواعد الدين بحسن البناية ، واجتهدوا في حماية الشريعة المطهرة بأتم الحماية ، وعلى علماء الدراية والرواية مـا دار كوكب في غيابـة [5] ، وينيع النخل بإنشابة [6] .

---

(١) : قوله : « ونجانا به عن الوقوع في مهاوي الضلالة ومهاوي الغواية » . أقول : المراد عن مهوى الضلالة : واديها الذي يهيم فيه من يسير من الملاحـدة والزنادقة ، ومن مهوى الغواية : مقر الهواء والشهوة النفسية الذي يسوق اليه غـواية النفس بمن يهوى اسرائية ويشوق .

(٢) قوله : « والصلاة والسلام على المستأثر بالفضائل الجمة » . أقول : في القاموس : رجل يستأثر على أصحابه : أي يختار لنفسه أشياء حسنة . والجم : الكثير والمعظم. أي بالفضائل المعظمة .

(٣) : قوله : « أرعاهم بجميل الرعاية » . أقول : في القـاموس : الراعي : من ولي أمر قوم أي كفلهم وكفاهم في الهداية والشفاعة اهـ . مولانا ناصر الاسلام مولوي محمد عمر عم فيضه .

(٤) : « وسوء العماية » . أقـول أي الضلالة ، لأن العمى في التصديق أشد من عمى الطريق ، وأن عمى الجنان فوق عمى الأعيان ، فهـذا تشبيه غير المحسوس بالمحسوس ، فالمشبه به أظهر من المشبه صورة ، لكونه محسوساً ، والمشبه فوق المشبه به معنى ، ولا ضير فيه .

(٥) : قوله : ما دار كوكب في غيابة » . أقول أي : تحت الأفق . والخفـاء من الأرض سمي به بغيبوبته عن أعين الناظرين ، كما في قوله تعالى ( وألقوه في غيابة الجب ) أي : في قعره .

(٦) : قوله : « وينيع النخل بإنشابة » . أقول : يميـل بإنشابة الريح ، أي : باشتـداده

وبعد ؛ فإن العبد الفقير إلى ربه الغني أبا محمد محمود بن أحمد العيني ــ عامله الله ربه ووالديه بلطفه الخفي ــ يقول : إن كتاب « الهداية » قد تباهجت [١] به علماء السلف، وتفاخرت به فضلاء الخلف ، حتى صار عمدة المدرسين في مدارسهم ، وفخر المصدرين في مجالسهم ، فلم يزالوا مشتغلين به في كل زمان ، ويتدارسونه في كل مكان ، وذلك لكونه حاوياً لكنز الدقائق ، وجامعاً لرمز الحقائق ، ومشتملا على مختار الفتوى ، ووافيــاً بخلاصة أسرار الحاوي ، وكافياً في إحاطة الحادثات ، وشافــياً في أجوبة الواقعات ، موصلاً على قواعد عجيبة ، ومفصلاً على قــواعد غريبة ، وماشياً على أصــول مبنية ، وفصول رضية ، ومسائل عــزيزة ، ودلائل كثيرة ، وترتيب أنيق ، وتركيب حقيق .

فلذا ، تصدى جماعة من الفضلاء ، وطائفة من النبلاء لشرحه بالإيضاح ، وإظهار مــا فيه من الأسرار بالإفصاح [٢] . فمنهم من طول وأمل ، ومنهم من قصر وأخل ، ومنهم من أظهر الفضيلة بكثرة الأسئلة والإعتراضات، ومنهم من اقتصر على مواضع من المشكلات. مع هذا لم يعط أحد منهم خرفه [٣] ، ولم يذكر شيئاً يوافق خلفه .على أن الفضل[٤]

---

(١) : قوله : قد تباهجت به » . أقول : أي : إنه حصل المباراة والمباهاة بدرسه السلف . يقال : باهجه أي : باراه وباهاه ، أو أورثت مطالعة دقائقه ونكاته ترقيــاً في علوم السلف . يقــال : تباهج الروض : إذا كثر نوره .

(٢) : قوله : « بالافصاح » . أقول : يقــال : أفصح الصبح : إذا بدا . أي إظهارما فيه من الأسرار بغاية الكشف والتوضيح .

(٣) : قوله : « منهم خرفه » . أقول : خرف الثمار : إذا اجتناها . أي : لم يبــين أحد منهم شيئاً من نتائج كلامه ، ولم يجتن ثمرة من نخيل مرامه .

(٤) : قوله : « على أن الفضل لهم » . أقول : لا معنى لهــذه العلاوة ، لأن العلاوة تحكي أمراً زائداً على مفهوم الكلام السابق عنها مع اتحادها عنه في نفي المطلوب المعين وإثباته . والأمر ههنا ليس كذلك مسوق السابق تنقيصهم ، ومنطوق العلاوة تفضيلهم ، اللهم إلا أن يتكلف ويجاب أن العلاوة في هذا المقام لبيان الأمر الزائد مطلقــاً أعم من أن يكون موافقاً عن مفهوم الكلام أولاً ، فتأمل .

لهم في هذا الباب يسبقهم في كل شيء ، وفي شرح هذا الكتاب، ولم أذكر ذلك للبخس[1] في حقهم أصلا ، لأني لم ألحقهم في ذلك علماً وفضلاً ، ولكنني رأيت مبنى هـذا الفن على الكتاب والسنة الظاهرة ، على أنه لا يعـدل عن النصين عند الإمكان ، بالنص الوارد عن صاحب هذا الشان .

وكيف يترك ذلك ، وقد أخذ عنه الدين ثم عن الصحابة المهديين ؟ . وقد قـال الله تعالى[2] : ﴿ وما أرسلنا من رسول إلا ليطاع بإذن الله ﴾ [3]﴿وأطيعوا الرسول﴾[4]. وقد قال ﷺ : « أصحابي كالنجوم بـأيهم اقتديتم اهتديتم » . وذلك الخبر الصحيح العاري عن العوارض .

والذهاب إلى الرأي في الفرائض عمل ليس عليه أمـر الرسول ، ولا يرضي من له المعقول والمنقول ، ولم يقتصر فيه الصدر الأول ، وعملوا فيه بالوجه الأكمل . وإنما التقصير فيه من أكثر الخلف الذين قصروا في التمهيد . وآفتهم في ذلك هو التسـاهل لاكتفائهم بالتقليد . ألا ترى إلى أكثر شراح هذا الكتاب وغيرهم من شراح غيره في هذا الباب قد ملأوا تصانيفهم بقولهم « لأن » وحشوها بـ « إنما » و « لكن » ؟ . وإنما يحسن هـذا بعـد التأسيس بالخبر ، والتنصيص بالأثر . على أن بعضهم ذكر في معـرض الإستدلال في الفصول أخباراً ليس لهـا أصل في الأصول ، وهل هذا إلا كذب على الرسول ؟ ! وقـد روينا من طريق البخاري وغيره ، عن أنس رضي الله عنـه

---

(١) : قوله : « للبخس في حقهـم » . أقول : في القاموس : البخس : الظـلم والنقص .

(٢) : « قوله تعـالى : وما أرسلنا » إلخ . أقول : ولله در البيضاوي ، حيث فسره بإذن الله ، لسبب إذنه في طاعته وأمره المبعوث إليهم بأن يطيعوه . كأنه احتج بذلك على أن الذي لم يرض بحكمه إن أظهر الاسلام كان كافـراً مستوجب القتل . وتقريره أن إرسال الرسول لما لم يكن إلا ليطـاع كان من لم يطعه ولم يرض بحكمه لم يقبل برسالته ، ومن كان كذلك كان كافراً مستوجب القتـل .

(٣) ٦٤ النساء . (٤) ٥٩ النساء .

قال (١) : قال النبي ﷺ « من تعمد علي كذباً فليتبوأ مقعده من النار » قال الحافظ أبو بكر البزاز : « هذا حديث متواتر ، مقطوع به ، لا يوجد له مشابه في طرقه » ، وقال ابن وجبة : قد أخرج من نحوه أربع مائة حديث . ويقال : رواه مائتان من الصحابة ، ولا يعرف حديث اجتمع على روايته العشرة سواه .

وقد ندبني (٢) جماعة من الإخوان ، وطائفة من خلص الخلان إلى أن أغوص في هذا البحر الزاخر ، وأستخرج من درره الزواهر ، فأجبت بأن بضاعتي قليلة في هذا الشأن (٣) ، وباعي قصير في هذا الميدان (٤) ، وقد قصرت أيدي الانتقال في هذا

---

(١) : قوله « قال : قال النبي ﷺ : من كذب علي » الخ . أقول : قال الامام النووي في شرح المسلم : وأما الكذب فهو عند المتكلمين من أصحابنا الاخبار عن الشيء على خلاف ما هو عمداً كان أو سهواً ، هذا مذهب السنة . وقالت المعتزلة : شرطه العمدية ، ودليلنا خطاب هذه الأحاديث ، فإنه قيده ﷺ بالعمد لكونه قد يكون عمداً وقد يكون سهواً مع ان الاجماع والنصوص المشهورة في الكتاب والسنة متوافقة متظاهرة على أنه لا إثم على الناسي والغالط ، فلو أطلق ﷺ لتوهم أنه يأثم الناسي أيضاً فقيده . وأما الروايات المطلقة فمحمولة على المقيدة . انتهى كلامه المنيف . أقول : إذا ظهر ذلك فاعلم أن رواية هذا الحديث في تشنيع الشارحين ، من الشارح العلامة تشدد وتغليظ ، لأنا لا نسلم أن الشارحين الفاضلين تعمدوا الكذب على الرسول عليه الصلاة والسلام بل غاية ما في هذا الباب أنه لو وقع عنهم المساهلة في مقام الاستدلال عن الأخبار الضعيفة كان سهواً منهم وغفلة كاملة لكن لا بهذه المثابة فتحرز ولا تغفل وقد روينا من طريق البخاري وغيره (المسلم من سلم المسلم من لسانه ويده) .

(٢) : قوله « وقد ندبني جماعة » الخ ، أقول : ندبه لأمر فانتدب له أي دعاه فأجابه .

(٣) : قوله « فأجبت بأن بضاعتي » الخ أقول : في الصراح : بضاعة بالكسر .

(٤) قوله « وباعي » الخ ، أقول الباع عبارة عن الجد والجود ، يقال : فلان طويل الباع أي ذو بسطة وكرم .

الزمان ، وكلت [١] همم أهله في التحقيق إلى إبراز المعاني وإظهار البيان ، حتى صار الفضل مطموس المعالم [٢] ، مخفوض الدعائم [٣] ، معفو الرسوم [٤] ، مندرس الصوى [٥] ، سليت المرائر [٦] ، منتقض القوى ، حتى أشرف درسه على الدروس وأشفى [٧] ، ولم يبق من أهلها إلا قليلون عجفى [٨] ، لتأخر أهله وكساد سوقهم [٩]

---

(١) : قوله « وكلت همم أهله » أي قد عييت وعجزت همم أهل الانتقال من مطلوب إلى مطلوب آخر بسرعة الذهن وحدة الفطانة .

(٢) : قوله « حتى صار الفضل مطموس المعالم » إلخ . أقول : معالم جمع المعلم بالفتح أي لم يبق علامة من علامات الفضل على صفحات العالم .

(٣) : قوله « مخفوض الدعائم » أقول : أي مالت دعائمه إلى الانهدام أو انهدمت وسقطت على الأرض .

(٤) قوله « معفو الرسوم » أقول : أي مندرس الآثار لأن رسم الدار أثره .

(٥) : قوله « مندرس الصوى » أقول : المعنى ظاهر .

(٦) : قوله « سليت المرائر » أقول : السليت في الأصل : الجسم الذي أخذ ما عليه من اللحم ، لكن المراد ههنا العاري عن الشيء مطلقاً . والمرائر جمع المرير [ في الأصل المرير ] والمراد منه ههنا الطاقة أي العاري عن الطاقة لوقوع الوهن والازاحة فيه عن شيوع الجهل ، وكثرة الغباوة والغواية .

(٧) : قوله « وأشرف درسه على الدروس وأشفى » أقول : أي زاد إندراس درس العلم عن الأشياء المندرسة أي المنهدمة . في القاموس : وأشفى عليه : أشرف .

(٨) قوله « إلا قليلون عجفي » أقول في القاموس : العجف : ذهاب السمن ، وهو أعجف وهي عجفاء أي لم يبق من أهل العلم إلا أضعفوا الأجسام وأعجفوا الأجرام ، وما هم إلا شرذمة قليلة وجماعة ذليلة .

(٩) : قوله « لتأخر أهله وكساد سوقهم » أقول : أي فتقدم أهل الجهل وتأخر أهل الفضل لأنهم مترددون بحيث يقدمون قدماً ويؤخرون آخر .

وتقدم أهل الجهل وانتصابهم على مسوقهم[1] ، حتى لم يبق لأهل العلم عندهم مقال ، ولا لخيلهم مجال ، فتأخروا إلى أن صاروا نسياً منسياً ، وأخذوا في الأمكنة مكاناً قصياً[2] وهذا عذري في التأخير ، وتأخري عن الجواب بالتحرير . ولم أجد بداً من تحقيق آمالهم ، ولم يقبل اعتذاري بأنواع العلل[3] ، ولا اعتلالي بسوف ولعل ، ولا مواعدي بالإلباس[4] بضرب الأخماس بالأسداس[5] ، وذلك لعلمي بأن دون مرامهم خرط القتاد[6] ، والأخذ بزمام شيء صعب القياد[7] . ومع ذلك قالوا: أنت لهذا أبو عذرة[8] ،

---

(1) قوله « وانتصابهم على مسوقهم » أقول : أي استبدادهم على رأيهم فتحقق إيجاب كل ذي رأي برأيه . قال رسول الله ﷺ : إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ولكن ينقبض العلماء حتى إذا لم يبق عالم اتخذ الناس رؤوساً جهاء فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا . فزمان قلة العلماء وكثرة الجهلاء قريب من ذلك الزمان الموعود .

(2) : قوله « مكاناً قصياً » أقول : أي بعيداً من أهله عن خوف الجهلاء وشرورهم .

(3) : قوله « ولم يقبل اعتذارى » أقول : ولم تكن علة اعتذارى من العلل ولا اعتلالي من التعلل .

(4) : قوله « مواعدي بالإلباس » أقول : في القاموس : لبس عليه الأمر يلبسه : خلطه ، وألبسه : غطاه ، وأمر ملبس وملتبس بالأمر : مشتبه . والمراد بإلباس المواعد واختلاطها واشتباهها : أن يعين المرء لإيفائها يوماً من الأيام ثم لما لم يستطع على إيفائه فيه حوله إلى يوم آخر وثم هكذا يحول من يوم إلى يوم .

(5) : قوله « بضرب الأخماس بالأسداس » أقول : ضرب الشيء بالشيء : خلطه به .

(6) : قوله « بأن دون مرامهم خرط القتاد » أقول : هذا مثل يضرب في أمر صعب ، لأن مس اليد على القتاد أمر صعب يصير به اليد مجروحاً ومتألماً .

(7) : قوله « صعب القياد » أقول : .... [ نقل صاحب الحاشية كلاماً عن الصراح بغير العربية فأسقطناه ] .

(8) : قوله « قالوا : أنت لهذا أبو عذرة » أقول : يقال : هو أبو عذرة وعذرتها : أي أزال بكارتها ، ومن ههنا يقال للزوج الأول : أبو عذاري . دقائق الهداية ورموزها أبكار لم يطمسهن إنس ولا جان فأنت أبو عذرها ومزيل بكارتها أي كاشف غطائها ومزيل خفائها .

وكفوا لأمره (١) ، ومقتضب حلوه ومره (٢) ، فقلت حينئذ : صار أمركم علي حتماً لازما ، وشروعي فيما طلبتم فرضاً قائماً .

فوجهت ركابي نحو مطالبهم وتوجهت تلقاء مدين مآربهم وشرعت فيه متوكلاً على العزيز الوهاب ، متمسكاً في الإستدلال بالأحاديث الصحاح في هذا الباب ، ومعرضاً عما ذكروا من الأخبار الجريحة ، آتياً عوضها من الأخبار الصحيحة ، ومشيراً إلى ما وقع لبعضهم من السهو ، والإصابة أوردتها في ذلك من الثقات الأخيار ، بحيث صار ما رسخته مقصداً لكل وارد من كل إرب (٣) ، ومطلباً لكل من شد الركاب من كل صب (٤) ، ويصدر من يرد حافلا (٥) ، ومن يروم منهبا من المذاهب (٦) يرجع حاملاً (٧) . وكتابي فيه شفاء لكل عليل ، وري شاف لكل غليل ، فها نحن نشرع فيه المسمى بكتاب : « البناية في شرح الهداية » ، معتمداً على الوهاب الميسر لكل صعاب .

ثم إني أروي هذا الكتاب بأربع طرق ، الأولى : ما أخبرني به شيخي وسيدي زبدة الدهر ، وآية العصر ، حلال المشكلات ، كشاف المعضلات ، الشيخ شرف الدين بن

---

(١) : قوله « وكفو لأمره » أقول : أي أنت كاف لحل جميع غوامضه .

(٢) : قوله « ومقتضب حلوه ومره » أقول : يقال : اقتضبته من الشيء أي قطعته . ورجل قضابة : قطاع للامور مقتدر عليها . واقتضاب الكلام : إرتجاله . أي المقتدر على جميع أصناف الكلام بالارتجال والاستعجال .

(٣) : قوله « من كل إرب » أقول : أي : من كل حاجة .

(٤) : قوله « من كل صب » أقول : الصب بمعنى الصبابة أى شده العشق وحرارة الشوق . يعني في هذا الكتاب قضاء لكل حاجة ومطلب لكل طالب ومشتاق .

(٥) : قوله « ويصدر من يرد حافلا » أقول : يقال : رجل حافل وذو حفل مبالغ فيما أخذ فيه .

(٦) : قوله « ومن يروم منهباً » أقول : أى ومن يقصد أن يعين منهباً من المذاهب الأربعة في التقليد والاتباع .

(٧) : قوله « يرجع حاملا » أقول : اى يرجع حال كونه يحمل متمناه ويصل إلى ما يرضاه . يقال شجرة حاملة إذا كان عليها ثمار .

## بسم الله الرحمن الرحيم

أبي الروح عيسى بن خاص الغمر ما روى رحمه الله ، بعضه بقراءة الشيخ الفاضل خواجه أحمد الرومي عليه في مدرسة بمدينة عنتــاب ، في حدود ثمانين وسبع مــائة ، والباقي بالإجازة بحق روايته عن شيخيه الإمامين العلامتين : شمس الدين التكسري ، ونجم الدين التكسـري ، بحق روايتها عن الشيخ الإمام العلامة حسام الدين حسين السغناقي ، عــن الشيخ العلامة محمد بن محمد بن نصر البخاري ، عن الشيخ العلامة شمس الدين محمــد بن عبد الستار بن محمد العمادي ، عن المصنف ، الثانية : ما أخبرني به شيخي العلامة جمــال الدين يوسف بن مــوسى الشهير بالملطي رحمه الله ، بعضه بقراءة شمس الدين ابن أمين الدولة ، والباقي إجازة في حدود سنة اثنين وثمــانين وسبع مائة بمدرسته بحلب بحق روايته عن شيخنا العلامة قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأترازي الاتقاني ، عن شيخه برهــان الدين أحمد بن محمدي سعد بن محمد الحر بقعيني البخاري ، عن شيخه حميد الدين الضرير علي بن محمد البخاري ، وشيخه حافظ الدين المذكور ، عن شمس الدين الكردري ، عن المصنف . الثالثة : ما أخبر به الإمام العلامة السيرامي بقراءة الشيخ سراج الــدين عمريه بالمدرسة الظاهرية البرقوقية بالديار المصرية ، في حدود سنة ثمانية وسبع مــائة من أول الكتاب إلى آخر كتاب النكاح ، والباقي بــالإجازة بحق روايته قرأه على شيخه العلامة السيد الشريف أحد شراح الكتاب ، عن حسام الدين السغناقي رحمه الله . الرابعة : ما أخبرني به الشيخ الإمام جلال الدين السيري ثم الصابوني المصري إجازة في حدود سنة تسع وثمانين وسبع مائة بحق روايته قرأه على شيخه الإمام قوام الدين الأترازي أحــد شراح هذا الكتاب . قال رحمه الله :

(بسم الله الرحمن الرحيم) ابتدأ الكتاب بالبسملة أولاً، ثم ثنى بالحمدلة اقتداء بالكتاب العزيز المستفتح هكذا، وعملاً بقوله عليه الصلاة والسلام: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بذكر الله وبسم الله الرحمن الرحيم فهو أقطع» رواه الحافظ عبد القادر الرهاوي في أربعينه. وفي رواية أبي داود والنسائي «كل كلام لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أجذم»، وفي رواية ابن ماجه «كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه بالحمد فهو أقطع» ورواه أبو عوانه وابن حبان في صحيحيهما.

قال ابن الصلاح: ورجاله رجال الصحيح سوى مرة بن عبد الرحمن فإنه ممن تفرد به مسلم بالتخريج له. قال وهو حديث حسن بل صحيح.

ومعنى «أقطع» [1]: قليل البركة، وكذلك «أجذم» بالجيم من جذم بكسر الذال المعجمة يجذم بفتحها. فإن قلت: إن بين النصين تعارضاً ظاهراً، والإبتداء بأحدهما مفوت الابتداء بالآخر قلت: يمكن الجمع بأن يقدم أحدهما على الآخر، فيقع الابتداء بالمقدم حقيقة وبالآخر بالاضافة إلى ما سواه، فعمل [2] بالكتاب الوارد بتقديم التسمية

---

(١) قوله: «ومعنى أقطع: قليل البركة»، أقول: هذا جواب سؤال مقدر وهو أن المخبر الصادق كيف أخبر بأن الأمر الذي لم يبدأ بسم الله أو بحمد الله فهو أقطع مع أن كثيراً من الناس لا يبتدئون الأمور التي يهمونها وتتعلق بها عزائمهم بسم الله أو بحمد الله، ولم تكن الأمور مقطوعة عن التمامية، وتقرير الجواب أن المراد بكون الأمر أقطع كونه أقطع عن كمال البركة. وإنما قال «قليل البركة» ولم يقل «مسلوب البركة» مع أن اللفظ يساعده، لأن الابتداء بسم الله أو بحمد الله ليس فرضاً قطعياً حتى يلزم بتركه التزام الحرام وسلب النعمة رأساً بل هو أمر مستحب موجب لزيادة الثواب والبركة.

(٢) قوله: «فعمل بالكتاب الوارد بتقديم التسمية والاجماع» أقول: هذا دفع شكال وهو أن انحصار التوفيق والتطبيق بأن يحمل الابتداء بسم الله على الحقيقي وفي حمد الله على الاضافي لا يخلو عن الترجيح بلا مرجح بل يمكن التوفيق والتطبيق على عكس هذا التقدير أيضاً. وتقرير الجواب أن انعقاد الاجماع على تقديم التسمية على الحمد واتباع الكتاب الوارد فيه مرجح.

والاجماع المنعقد عليه ، فلذلك ترك العاطف لئلا يشعر [1] بالتبعية فيخل بالتسوية .

فإن قلت : في قولك « اقتداء بالكتاب العزيز المستفتح هكذا » [2] نظر من وجهين : أحدهما : أنه إنما يتجه الابتداء بالحمد لو لم يكتب في الأول البسملة ، وكيف لا ، وحال المسلم ينافي قصداً ترك البسملة ؟ والآخر : أن الكتاب العزيز لم يستفتح بالحمدلة لأن الترتيب فيه إما بالنظر إلى النزول على النبي ﷺ أو بالنظر إلى الترتيب العثماني ، فإن كان الأول فلا ثَمّ أنه استفتح بالحمد بل بسورة العلق والمدثر [3] على الاختلاف ، وإن

---

(١) قوله : « لئلا يشعر بالتبعية فيخل بالتسوية » أقول : لأن المعطوف تابع المعطوف عليه . وأما الترجيح في تقديم التسمية من حيث الاجماع والكتاب ، فلا يخل بالتسوية ، لأن الابتداء الحقيقي كما أنه فرد للابتداء المطلق الابتداء الاضافي أيضاً فرد له ونسبته الكلي من الافراد بالتسوية ، فلهذا ترك العطف لئلا يشعر بالتبعية .

(٢) قوله : « فإن قلت : في قولك اقتداء » أقول : لا حاجة إلى هذا السؤال والجواب الذي أجابه لأنه قال في ابتداء هذا القول : إبتدأ الكتاب بالبسملة أولاً ثم ثنى بالحمدلة اقتداء بالكتاب العزيز المستفتح هكذا فلا توهم هذه العبارة أنه ابتدأ الكتاب أولاً بالحمد بل ظاهره يشعر على تقدير الجواب اللهم إلا أن يكون مطلوبه توضيح المقام وكشف المرام .

(٣) قوله : « بل بسورة العلق أو المدثر » أقول : قال الإمام النووي : والصواب أن أول ما نزل على الإطلاق « اقرأ باسم ربك » كما صرح به في حديث عائشة . وأما « يا أيها المدثر » فكان نزولها بعد فترة الوحي كما صرح به في رواية الزهري عن أبي سلمة عن جابر ، والدلالة صريحة فيه في مواضع ، منها قوله وهو يحدث عن فترة الوحي إلى أن قال : فأنزل الله تعالى « يا أيها المدثر » ومنها قوله ﷺ : فإذا الملك الذي جاءني بحراء . ثم قال : فأنزل الله تعالى « يا أيها المدثر » ، ومنها قوله « تتابع » يعني بعد فترة ، فالصواب أن أول ما نزل « إقرأ » ، وأول ما نزل بعد فترة الوحي « يا أيها المدثر » إنتهى . وهذا تحقيق أنيق أليق بالقبول ، وتوفيق بين الروايات المتعارضة في الظاهر ، وتطبيق بين الأحاديث المتناقضة المروية بين الصحيحين في باب بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ .

كان الثاني فهو استفتح بالبسملة قطعاً قلت : المراد من القول « اقتداء بالكتاب العزيز المستفتح هكذا » بالنظر إلى ما تقرر عليه استفتاح الكتاب ، فكان مطابقاً لترتيبه في الابتداء بالبسملة والثني بالحمدلة [1]. والباء في بسم الله للاستعانة ، وهي الداخلة على آلة الفعل ، نحو : كتبت بالقلم ، وبخرت بالقدوم [2] ، لأن الفعل لا يتأتى على الوجه الأكمل إلا بها ، لأن المؤمن لما اعتقد أن فعله لا يجيء معتداً به حسب الشرع، ولا موافقاً في السنة حتى يذكر الله وإلا لكان فعلاً كلا فعل ، لذلك جعل متقول بسم الله كما يفعل

---

(١) قوله : « في الابتداء بالبسملة والثني بالحمدلة » أقول : إعلم أن في تقديم البسملة وجوهاً أخرى ، منها قوله تعالى : ﴿ اقرأ باسم ربك الذي خلق ﴾ ، قال الطيبي : هذا أمر بإيجاد القراءة مطلقاً ، وهو لا يختص بفرد دون مفرد ، فقوله «باسم ربك » أي إقرأ مفتتحاً باسم ربك أي قل بسم الله الرحمن الرحيم ، وهذا يدل على أن البسملة مأمور بها في ابتداء كل قراءة . وقوله « ربك الذي خلق » وصف مناسب مشعر بعلية الحكم بالقراءة والإطلاق ، انتهى . ومنها حديث البخاري في كتاب رسول الله ﷺ إلى هرقل ، وهو حديث طويل فيه ، فدفعه إلى هرقل فقرأه ، فإذا فيه « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد عبد الله ورسوله » إلى آخر الحديث في إرشاد الباري بشرح صحيح البخاري ، فيه استحباب تصدير الكتب بالبسملة ولو كان المبعوث إليه كافراً ، فإن قلت : قد قدم سليمان اسمه على البسملة وأجيب : إنه إنما ابتدأ الكتاب بالبسملة وكتب اسمه عنواناً بعد ختمه لأن بلقيس إنما عرفت كونه من سليمان بقراءة عنوانه المعهود ولذلك قالت ( إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم ) ، فالتقديم واقع في حكاية الحال . منها أنه تعالى متقدم بالوجود والقديم الخالق ينبغي أن يكون ذكره أيضاً سابقاً وهذا لا يحصل إلا إذا كانت قراءة بسم الله سابقة على سائر الأذكار .

(٢) قوله : « بخرت بالقدوم » أقول : أي صرت متبخراً (عن سرحه شيء) والقدوم لأن الحركة السريعة موجبة لاستعمال الأبخرة . في القاموس البخر فعل البخار ، بخرت القدر كمنع . قوله : وهذا الوجه أقرب وأحسن ، أقول : وأيضاً أوفق بالأدب تحاشيه عن جعل اسمه تعالى آلة . [ وهم صاحب الحاشية فالصواب : نجرت بالقدوم . انظر مغني اللبيب ص ١٣٩ ] اهـ مصححه .

الكاتب بالقلم ، ويجوز أن يتعلق بـاقرأ تعلق الدهن بالإنبات [1] في قوله تعـالى : ﴿ تنبت بالدهن﴾ [2] على معنى نتبرك باسم الله وأقرأ . وكذلك قول الـداعي للعرس : بالوفاء البنين [3] . وهذا الوجه أقرب وأحسن . وعرفت أن الفعل الذي تعلق به الباء على الاسم محذوف ، حذف لدلالة الحال عليـه ، والمعنى : بسم الله أقرأ ، أقرأ : أتلو لأن الذي يتلوه مقروء ، كما أن المسافر إذا حل أو ارتحل قال : بسم الله والبركات ، كان المعنى : بسم الله أحل وبسم الله أرتحل متبركـاً به . وكل فاعل يبدأ فيه باسم الله [4] كان مضمراً بما جعل التسمية مبتدأ له .

واعلم أن الظرف أعني « باسم » في الوجه الأول على الإلغـاء ، وفي الوجه الثاني على الاستقرار ومحله منصوب على الحال ، والعامل هو الفعل المحذوف ، وإذا قدرنا : إبتدائي بسم الله كان محلها الرفع ، والباء على هذا متعلقة بالخبر المحذوف هو نائب عنه كأنه قيل: ابتدائي ثابت أو مستقر بسم الله ونحو ذلك . فإن قلت : لم لا يتعلق بابتدائي ؟ قلت : لا يجوز ذلك لأنه مصدر فلو تعلقت به لدخلت في صفاته [5] ، وبقي المبتدأ بلا خبر ،

(١) : قوله « تعلق الدهن بالإنبات » أقول : أي بأن يجعل الظرف حالاً والعامـل فيه الفعل الذي كما في ( تنبت بالدهن ) والمحذوف كما في بسم الله . ومعنى « تنبت بالدهن » متلبس الدهن ، ومصطحبا له ، ومعنى « بسم الله » أقرأ الكتاب متبركا باسم الله الرحمن الرحيم .

(٢) ٢٠ المؤمنون .

(٣) : [ كذا في الأصل ، والذى يقال عند التزويج : بالرفاه والبنين ]

(٤) قوله « وكل فاعل يبدأ فيه باسم الله » إلخ ، أقول : وهذا أولى من أن يضمر في كل مقام أبداً ، إذ لا قرينة على الفعل المحذوف إلا المقارنة بالفعل ، وهذه داعيـة إلى تقدير الفعل المبتدأ له بالتسمية لا أبداً .

(٥) : قوله « لدخلت في صفاته » أقول : أي في متعلقاته ، لأن صفة الشيء تابعة ومتعلقة به .

وذلك أن المصدر إذا كان بمعنى « أن فعل » و « أن يفعل » احتـــاج إلى صلة . ونقل بعضهم عن البصريين أن تقديره : **أول ما أبتدىء به بسم الله**، ولا يجوز أن تتعلق الباء في هذا الوجه بأبدأ ، لأنه في صلة ما ، وما تعلق بالموصول (١) لا يجوز أن يكون خبراً ، فتكون الباء متعلقة بمحذوف وهو خبره . وعن الكسائي أن الباء زائدة ، لأن البـاء لا تعلق بشيء ، وموضع الله وقع تقديره وأول ما ابتدىء به : اسم الله . وزيادة الباء [٢] في خبر المبتدأ عزيزة جداً لا تكاد توجد إلا ما حكي عن الأخفش : الباء في قوله تعالى ﴿ جزاء سيئة بمثلها ﴾ يونس ، آية (١٠) والتقدير : مثلها ، بدليل قوله تعالى في مـــوضع آخر : ﴿ وجزاء سيئة سيئة مثلها ﴾ الشورى / ٤٢ ، والصواب أن البـــاء ههنا متعلقة بمحذوف ، والتقدير : سيئة بمثلهـــا واقع أو حاصل وما نقـــل عنه ضعيف عند المحققين (٣) .

واعلم أن الأولى أن يقدر المحذوف متأخراً قصداً إلى اختصاص الابتـداء بسم الله ، وذلك لأن العرب كانوا يبدأون بـأسماء آلهتهم ، فيقولون : بسم اللات ، بسم العزى . وذلك أولى للموحد [٤] ، كما في قوله تعـــالى : ﴿ إياك نعبد ﴾ حيث صرح بتقديم الاسم

---

(١) : قولـه وما تعلق بالموصول » أقول : لأن الصلة ليس لها حكم مستقل فكيف يتعلقها ؟

(٢) : قولـه « وزيادة الباء » أقول : هذا رد على الكسائي بأن زيادة البـاء في خبر المبتدأ غريبة نادرة مقصورة على السماع ، وفي غير الخبر الواقع في مثل الاستفهام والنفي ليست بقابلة للأخذ والتمسك فلا يرد أن حصره يبطل وينتقض بنحو حسبك بزيد .

(٣) : قولـه « ومـــا نقل عنه ضعيف عند المحققين » ، أقول : لأن حمل كلام الله تعالى مهما أمكن على الإفادة أولى من الزيادة .

(٤) : قولـه « وذلك أولى للموحد » أقول : لأنه يفيد الحصر والاختصاص باسم الله تعالى ، وذلك لأن تقديم ما حقه التأخير يفيد فائدة الحصر .

إرادة الاختصاص . وهذا (١) بخلاف ﴿اقرأ باسم ربك﴾ فإن هناك تقديم الفعل أوقع لأنها أول سورة نزلت ، فكان الأمر بالقراءة أهم .

وللباء أحد عشر معنى :

الإلصاق : نحو : مررت بزيد . أي التصق مروري بمكان يقرب منه زيد . وقد يقال إن هذه الباء مكملة بالفعل ، ومنه : حلفت بالله . ويقال : معنى الإلصاق لا يفارقها في كل الأحوال .

والتعدية ، وتسمى باء الفعل أيضاً : نحو ذهب بزيد .

---

(١) : قوله « وهذا » أقول : هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أنه إذا كان تقدير المحذوف في بسم الله فيجب أن يكون الفعل المذكور في ( اقرأ باسم ربك ) متأخراً ليفيد اختصاص الابتداء أو الاستعانة باسمه ، فأجاب بأن هناك تقديم الفعل أوقع ،لأنها أول سورة نزلت ، فكان الأمر بالقراءة أهم . ولهذا تكرر الأمر للمبالغة وقال : ( اقرأ وربك الأكرم ) ، ويمكن أن يقال : إن الأول مطلق والثاني التبليغ ، أو في الصلاة . ولما قيل له : اقرأ باسم ربك ، فقال : ما أنا بقارىء ، فقيل له : اقرأ . فهذا التكرير كان على التأكيد والمبالغة في القراءة ، كما أنه عليه السلام يصر على عدمها ، هكذا في البيضاوي وفيه نظر ، لأن الاصرار عنه عليه السلام في عدم القراءة لم يكن بعد قول جبريل : اقرأ بسم ربك الذي خلق ، بل كان بمجرد استماعه « اقرأ » من جبريل في البخاري حتى جاءه الحق ، وهو في غار حراء ، فجاءه الملك فقال له : اقرأ ، قال : ما أنا بقارىء قال : فأخذني فغطني حتى بلغ مني الجهد ثم أرسلني فقال : اقرأ قلت : ما أنا بقارىء ، فأخذني فغطني الثانية حتى بلغ مني الجهد ثم أرسلني فقال : اقرأ فقلت : ما أنا بقارىء ، فأخذني فغطني الثالثة ثم أرسلني فقال : ( اقرأ باسم ربك الذي خلق ، خلق الإنسان من علق اقرأ وربك الأكرم ) والأولى في هذا المقام أن يقال : لو قدم بسم ربك فأنكره عليه السلام كما أنه أمر على عدم القراءة فيلزم الإنكار عن الاستفتاح والاستعانه بإسمه تعالى .

والاستعانة ، وقد مر .

والسبب : نحـو :﴿ إنكم ظلمتم أنفسكم باتخاذكم العجل ﴾ البقرة / ٥٤ ، ﴿فكلا أخذنا بذنبه﴾ العنكبوت / ٤٠ .

والمصاحبة [١] : نحو :﴿ اهبط بسلام ﴾ . أي : معه .

والظرفية : نحو :﴿ نجيناهم بسحر ﴾[٢] .

والبدل : كقول الحماسي [٣] : « لي بهم قوماً إذا ركبوا » .

والمقابلة : وهي الداخلة على الأعواض : كاشتريته بألف .

والمجاورة : كـ « عن » ، فقيل : تختص بالسؤال نحو : ( فاسأل به خبيراً ) الفرقان/٥٨ وقيل : لا تختص به .

والاستعلاء : نحو :﴿ من إن تأمنه بقنطار ﴾ آل عمران / ٧٥

والتبعيض : أثبته الأصمعي والفارسي وابن مالك ، قيل : والكوفيون جعلوا منه : ﴿ عيناً يشرب بها عباد الله ﴾ الإنسان / ٦ ومنه : ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾.

والقسم : وهي أصل أحرفه .

---

(١) : قوله « والمصاحبة : نحو : اهبط بسلام » ، أقول : وتمام الآية : ( قيل : يا نوح : اهبط بسلام منا ) أي : انزل من السفينة مع السلامة . ويمكن أن يكون بمعنى التسليم ، فإن قلت : ما الفرق بين المصاحبة والإلصاق ، قلنا : الإلصاق عبارة عن إفادة لصوق أمر إلى مجرور الباء ، والمصاحبة عبارة عن إفادة شركته إليه ، فالإلصاق لا يخلو عن المصاحبة ولا عكس .

(٢) : قوله « نجيناهم بسحر » أقول : أي في سحر ، وهو آخر الليل ، أو مسحرين والظرفية على الأول دون الثاني .

(٣) : قوله « كقول الحماسي » تمامه :

فليت لي بهم قوماً إذا ركبوا شنوا الإغارة فرساناً وركبانا

[ وقد وقع في الحاشية تصحيف وخطأ لعله من الناسخ ]

والغاية : نحو ( وقد أحسن بي ) أي إلي .

والتوكيد وهي الزائدة ، فتكون في الفاعل ﴿وكفى بالله شهيداً﴾ النساء / ٤ ، وتكون في المفعول نحو : ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ البقرة / ١٩٥ ، وتكون في المبتدأ ، نحو : « بحسبك درهم » و « خرجت فإذا بزيد » ونحو ذلك .

وقد قيل : إن البــاء في « كفى بالله » ليست لغواً ، ويجوز أن يكون الفعل [1] مقدراً بعد كفى ، ويكون « بالله » صفة له قائمة مقامه ، ويجوز أن يكون الفاعل مضمر العين المنصوب بعده ، أعني : شهيداً . كما تقول : نعم رجلا زيداً ، أو زيد رجلاً قال هذا القائل : ولو كانت الباء زائدة هناك لكان القياس أن يلحق الفعل عليها علامة التأنيث في قوله تعالى: ﴿وكفى بنفسك اليوم عليك حسيباً﴾ الاسراء / ١٤ ، لانه للنفس ، وهو مايغلب عليه التأنيث

وقال بعضهم : إن الباء تكون للتجريد ، نحو : لقيت بزيد بحراً . وإنما سمي تجريداً لانك إذا قلت : زيداً بحراً ، كأنك لقيت زيداً وهو جواد فجردته .

فإن قلت : الحرف مبني ، وحق البناء السكون قلت : لا [2] ينافي الإبتداء بها فإن قلت : حق الحرف الواحد الفتح لخفته ، نحو واو العطف وفائه ، وسين الاستقبــال ، وغيرها قلت : لأنهم شبهوا (٣) حركتها بحركة معمولها فكسروها . فإن قلت : الكاف

---

(١) : [ كـذا في الأصل ، ولعـل الصواب : أن يكون الفاعل مقدراً ] . اه مصححة .

(٢) [ كـذا في الاصل ، ولعل الصواب : لانه ينافي ] . ا ه مصححه

(٣) : قولـه « لانهم شبهوا » أقول : المراد أن حق الحرف ، مع قطع النظر عـن عروض العوارض ،، ولحوق الموانع ، الفتح . لكن المانع عن حركة الفتح ههنا موجود ، لان التناسب بين حركة العامل والمعمول أولى ، بالعلامة التأثير التي هي تقتضي التناسب بين المؤثر بالفتح والمؤثر بالكسر .

حـــرف ، وهي مع ذلك مفتوحة قلت : الكاف [1] يدل على معنيين : معنى الإسم ، ومعنى الحرف ، فبالأولى أن يحرك بأخف الحركات .

وحكي عن أبي علي بن عيسى أن الباء إنما حركته ليتوصل إلى النطق بها ،ولوفتحت أو ضمت لجاز أيضاً . وبعض العرب يفتح هذه الباء ، وهي لغة قليلة .

ولفظ الاسم أحد الأسماء العشرة التي بنوا أوائلها على السكون ، فإذا نطقوا بهـــا مبتدئين زادوا همزة لئلا يقع الابتداء بالساكن . وهو من الأسماء المحذوفـــة الأعجاز ، كيد ودم .

وأصله : يسمو ، واشتقاقه من السمو عند البصريين . قال الكوفيون : من وسم يسم، وقال البصريون لقالوا في تصغيره : وسيم ، وفي جمعه : أوسام ، فلما قالوا : سمي وأسماء دل على أن أصله : سمو . ويقال : إسم وسم بالكسر فيهما ، واسم وسم بالضم فيهما .

وقال المبرد : سمعت العرب تقول : اسمه ، وسمه ، وباسمه ، وسماه .

وإنما سقطت همزة « اسم » في الله ، لأنها همزة وصل ، كما في : ابن وابنم ، ونحوهما ، وسقطت في الخط أيضاً لكثرة الاستعمال .

ولفظة « الله » اسم علم للباري جل جلاله . والمختار [2] أنه ليس بمشتق ، وهو قول الخليل وسيبويه وأكثر الأصوليين والفقهاء وذلك لأنه لو كان مشتقاً لكان معناه معنى كلياً لا يمنع نفس تصور مفهومه من وقوع الشركة ، وحينئذ لا يكون قولنا : « إلا الله » موجباً للتوحيد المحض . وحيث أجمع الفقهاء على أن هذا موحد محض علمنا أنه اسم علم

---

(١) : قولـه « قلت : الكاف » أقول : لان الاسم قوي يقتضي أقوى الحركات وهو الرفع . والحرف يستدعي السكون فجهة كونه اسماً تقتضي الاول ، وكونه حرفـــاً الثاني ، فأعطيت له حركة الفتح جمعاً بين الشبهين ، لان الفتح أقوى من السكون وضعيف بين الحركات .

(٢) : قولـه « المختار أنه ليس بمشتق » أقول : لان المشتقات كلها لهـا معان كلية لعموم المآخذ والاسناد .

موضوع لتلك الذات المعينة ، وليست من الألفاظ المشتقة [١] ، كما ذهب إليه سيبويه وآخرون . ثم اختلفوا في اشتقاقه ، فقيل : من أله يأله بفتح العين فيهما إلاهة بالكسر أي عبادة . والإله على وزن فعال بمعنى مفعول ، أي مألوه أي معبود . ثم لما كان اسماً لعظيم ليس كمثله شيء أرادوا تفخيمه بالتعريف الذي هو « ال » ، لأنهم أفردوه لهذا الاسم دون غيره ، فقالوا : الإله ، واستثقلوا الهمزة في كلمة يكثر استعمالهم فيها فحذفوها ثم ادغموا اللام في اللام ، فصار « الله » كما نزل به القرآن . وقيل : من أله يأله بالكسر في الماضي والفتح في الحاضر ألهاً بفتح الفاء والعين أي سكناً ، إنما سمي الله إلهاً لسكون الخلق إليه في جميع حوائجهم . وقيل : من أله أي تحير ، إنما سمي به لتحير الخلق في عظمته . وقيل : من تأله أي تضرع يتأله تألهاً ، إنما سمي به لتضرع الخلق إليه . وقيل : من لاه يلوه أي احتجب عن إدراك الأبصار وإحاطة الأفكار . قال الشاعر [٢] :

(١) : قوله « وليست من الالفاظ المشتقة » أقول : في تفسير البيضاوي : «والاظهر أنه وصف في أصله لكنه لما غلب بحيث لا يستعمل في غيره ، وصار له كالعلم مثل الثريا والصعق أجري مجراه ، في إجراء الوصف عليه ، وامتناع الوصف به ، وعدم تطرق احتمال الشركة إليه ، لان ذاته من حيث هو بلا اعتبار حقيقة أو غيره غير معقول للبشر ، فلا يمكن أن يدل عليه بلفظ » انتهى . قال بعض الشراح : هذا الكلام مبني على أن واضع اللغة البشر ، والمختار هو الله تعالى . أقول : ليس بمعني على كون البشر واضعاً للغات لانه على تقدير كون الواضع هو الله تعالى لا يخلو إما أن يكون المدلول المطابقي للفظ الله مدركاً للعباد أو لا ، وعلى الاول يلزم العلم بكنهه تعالى وهو محال ، وعلى الثاني لا يخلوا إما أن يدرك مدلوله التضمني أو الالتزامي ، والاول باطل لانه بسيط ذهناً وخارجاً ، والثاني أيضاً كذلك لانتفاء العلم بالمدلول المطابقي ، لأن الالتزام فرع الانتقال من الملزوم إلى اللازم ، فإذا انتفت الدلالات الثلاث يلزم أن لا يصح الاستعمال ولا يستقيم الاطلاق في عرف العباد .

(٢) : قوله « لاه ربي » أي احتجب ربي عن أبصار الخلائق كلها ، وهو خالق الخلق ( لا تدركه الابصار وهو يدرك الابصار وهو اللطيف الخبير ) الانعام/١٠٣ .

لاه ربي عن الخلائق طراً خالق الخلق لا يرى ويرانا

فإن قلت : لم قرن لفظة الإسم بلفظة الله دون سائر أسمائه ؟ قلت : لانه اسم الذات المستجمع لجميع الصفات العلى والاسماء الحسنى ، فلذلك جعل أمام سائر الاسماء ،وخصت به كلمة الإخلاص ، ووقعت به الشهادة فصار شعائر الإيمان . وهو إسم ممنوع لم يسم به أحد ، وقد قبض الله عنه الالسن ، فلم يدع به شيء سواه .وقدكان يتعاطاه المشركون[1] اسماً لبعض أصنامهم فصرفه به الله إلى اللات صيانة لحق هذا الاسم وذباً عنه . وكذلك الجواب في « الحمد لله »[2] فافهم .

الرحمن : فعلان من رحم ، كغضبان من غضب . والرحيم : فعيل منه . وفي الرحمن من المبالغة ما ليس في الرحيم ، فلذلك قالوا : رحمان الدنيا والآخرة ، ورحيم الدنيا . والزيادة في البناء زيادة في المعنى . واتصاف الله تعالى بالرحمة ، ومعناها العطف والحنو ، مجاز عن إنعامه على عباده . وذكر الرحيم بعد الرحمن من قبيل التعميم[3] والرديف ، وذلك لانه لما قال : « الرحمن » ، تناول جلائل النعم ودقائقها ، ثم أردفه بالرحيم ليتناول ما دق منها وما لطف ، وهما مجروران بالوصفية ، وهما من الصفات المادحة بمجرد الثناء والتعظيم .

---

(١) : قوله : « يتعاطاه المشركون » أقول : المعاطاة لمنادى أي أخذه المشركون اسماً لبعض أصنامهم .

(٢) قوله « وكذلك الجواب في الحمد لله » ، أقول : أي وكذا الاختصاص بلفظ الله من بين اسمائه تعالى في إسناد الحمد إليه دون غيره من الاسماء لكونه اسماً للذات بخلاف غيره من الاسماء . والاوجه فيه أن يقال : إن اللام يدل على الاختصاص ان يدخل على اسم مختص له في الاطلاق بخلاف الاسماء الاخرى فإنها ليست بهذه المرتبة . ولعله أشار اليه بقوله : فافهم .

(٣) قوله « من قبيل التعميم » أي التعميم بعد التخصيص .

وقد اختلف في صـرف رحمان ومنعه ، فمن شرطَ في المنع انتفاء فعلانة منعه ، ومن شرط وجود فعلى صرفه على ما عرفت في موضعه .

( الحمد لله ) ، الحمد لله هو الثناء على الجميل الاختياري (١) نعمة كانت أو غيرهـا ، باللسان وحده . يقال : حمدته على إنعامه وعلى شجاعته . والشكر هو الثناء على النعمة وحدها باللسان وغيره من الجوارح ، قال الشاعر : (٢)

أفـــادتكم النعماء مني ثلاثـــة يدي ولساني والضمير المحجبا

فبينهما عموم . والمدح هو الثناء على الجميل اختيارياً أولاً باللسان وحـده ، فيقال : حمدت الله وشكرته ولا يقال : مدحت ، فهو أعم من وجه (٣) . وقيل : الحمد هـــو

---

(١) : قولـه « على الجميل الاختياري » أقـــول أي على بعض الجميل الاختيـاري حقيقة كالانعام أو تنزيلاً ليدخل الحمد على صفاته الذاتية ، لان الله تعالى كافيـــاً فيها ومستقلاً ، فكأنه مختار فيها . وقد يقال المراد بالاختيار ما يكون المحمودفاعلاًبالاختيار وإن لم يكن مختاراً في المحمود عليه . والمراد بالجميل الاختياري : الوصف المنسوب إلى صاحب الإختيار ، وإن لم يكن مختاراً في الوصف المحمود عليه ، فـــانتساب الجميل إلى الإختيار باعتبار المتعلق وهو صاحب الاختيار أعني المحمود .

(٢) : قولـه « أفادتكم النعماء » أقول : أستشهد به من حيث المعنى على أن الشكر يطلق على أفعال الامور الثلاثة لانه جعلها بإزاء النعمة جزاء لها ، وكل ما هو جزاءللنعمة عرفاً يطلق عليه الشكر لغة . ومعنى البيت البيت : أفادت إنعاماتكم علي ثلاثة أشيـاء مني : المكافأة باليد ، ونشر المحامد باللسـان ، ووقف الفؤاد على المحبة والاعتقاد .

(٣) : قوله « فهو أعـم من وجه » ، أقول : الأوضح أن يقال : المدح هو الثناء على الجميل اختيارياً كان أو غيره . والحمد هو الثناء على الجميل الاختياري ، والمدح يكون قبل الإحسان وبعده ، والحمد لا يكون إلا بعده ، فإذا وجد الثناء على الجميل الاختياري بعد الإحسان يجتمعان ، وإذا وجد الثنـاء على الجميل الاختياري قبل الإحسان أو على الجميل الذي ليس باختياري بعد الإحسان وجد المدح لا الحمد فبينهما عموم من وجه .

الثناء باللسان على قصد التعظيم سواء تعلق بالنعمة أو بغيرها . والشكر فعل ينبىء عن تعظيم المنعم لكونه منعماً سواء كان باللسان أو بالجنان أو بالأركان .

فمورد (١) الحمد لا يكون إلا باللسان ، ومتعلقه يكون النعمة أو غيرها ، ومتعلق الشكر لا يكون إلا النعمة ومورده يكون اللسان وغيره ، فالحمد أعم من الشكر باعتبار المتعلق ، وأخص باعتبار المورد ، والعكس .

وقال الزمخشري : الحمد والمدح أخوان . فالحمد على النعمة وغيرها ، والشكر على نعمة خاصة بالقلب واللسان والجوارح ، والحمد باللسان وحده ، وهو إحدى شعب الشكر والحمد نقيضه الذم ، والشكر نقيضه الكفران » قلت : معنى قوله : أخوان أي مشتركان في المعنى الأصلي وهو الثناء لاشتراكهما في الحروف الأصول . غير أن كلا منهما يدل على معنى يختص هو به على حسب الاختلاف في اللفظ ، وذلك من وجوه :

الأول : أن المدح قد يحصل (٢) للحي وغيره ، فإن من رأى لؤلؤة في غايتها يمدحها ولا يحمدها ، فبينت أن المدح أعم من الحمد الثاني : أن الحمد يكون قبل الإحسان وبعده ، والمدح لا يكون إلا بعده .

والثالث : أن المدح قد يكون منهياً عنه ، قال عليه السلام : « احثوا التراب في وجوه المداحين » ، والحمد مطلق .

والرابع : المدح عبارة عن القول الدال على كونه مختصاً بنوع من أنواع الفضائل .

---

(١) قوله « فمورد الحمد » أقول : إشعار على أن بين الشكر والحمد نسبة العموم والخصوص من وجه باعتبار التحقق والوجود لا الصدق والحمل ، لأن المصدر لا يحمل إلا على مرادفه أو حصصه ، وإنما بين النسبة بين المدح والحمد وبين الحمد والشكر . ولم يتعرض عن بيان النسبة بين المدح والشكر لاتحادهما عن النسبة بين الحمد والشكر فالبيان البيان .

(٢) : قوله « المدح قد يحصل » ، أقول : لأن الجميل الاختياري الذي هو صفته للاحياء مأخوذ في الحمد دون المدح .

والحمد هو القول الدال على كونه مختصاً بفضيلة معينة ، وهي فضيلة الإنعام والإحسان[1]

ثم اعلم أن معنى الحمد والشكر الحقيقي في العرف أن الحمد ليس عبارة عن قول القائل : الحمد لله ، بل هو فعل يشعر عن تعظيم المنعم بسبب كونه منعماً مطلقاً ، بمعنى أعم من أن يكون منعماً للحامد أو لغيره . وذلك أن الفعل إما فعل القلب ، أعني الاعتقاد باتصافه بصفات الكمال ، أو فعل اللسان ، أعني ذكر ما يدل عليه من القرائن والأمارات التي تدل على أن المحمود يتصف بالصفات الكاملة ، أو فعل الجوارح ، وهو الاتيان بأفعال دالة على اتصافه بصفات الكمال والجمال – وأن الشكر ليس قول القائل : الشكر لله ، بل صرفه جميع ما أنعم الله عليه من السمع والبصر وغيرهما إلى ما خلق وأعطاه لأجله ، كصرفه النظر إلى مطالعة مصنوعاته يتوصل منها إلى المصدر صانعها ، والسمع إلى تلقي ما ينبيء عن مرضاته والاحتناب عن منهياته .

ثم اعلم[2] أن الالف واللام موضوعة إما للعهد الخارجي أو الذهني ، وإما

---

(١) : قوله « وهي فضيلة الانعام والإحسان » ، إن قلت : إن الحمد يكون متعلقه النعمة وغيرها ، فكيف تختص دلالته على فضيلة الإنعام والإحسان وإلا فارتفع الافتراق والامتياز بينه وبين الشكر – قلنا : الإنعام ههنا أعم من الإنعام الذي أخذ في معنى الشكر ، فمعنى قوله « هو القول الدال » أي القول الذي يدل على فضيلة الانعام دلالة عقلية أنية وهي دلالة المعمول المتأخر على العلة المتقدمة ، لأن علة حمد الحامد إنعام المحمود أعم أن يكون إنعامه للحامد أو لغيره . وعلة الشكر كون المنعم منعماً للشاكر ولا يجزيه كونه منعماً لغيره فلا يرد أيضاً أن الحمد على إرادة الله أو علمه لا يدل على فضيلة الانعام والاحسان ونعشاء الايراد إرادة الدلالة الوضعية عن قوله « هو القول الدال » .

(٢) : قوله « اعلم أن الألف واللام » الخ ، أقول : في التلويح « إن المعرف باللام قد يكون نفس الحقيقة من غير نظر إلى الأفراد ، مثل : الرجل خير من المرأة حصة معينة منها واحداً أو أكثر مثل : جاءني رجل فقال الرجل : كذا ، وقد يكون حصة غير معينة فيها لكن باعتبار عهديتها في الذهن ، مثل : أدخل السوق ، وقد يكون جميع =

لاستغراق الجنس ، وإما لتعريف الطبيعة . لكن العهد هو الأصل ، ثم الاستغراق، ثم تعريف الطبيعة ، لأن اللفظ الذي تدخل عليه اللام دال على الماهية بدون اللام . فحمل اللام على الفائدة الجديدة أولى من حمله على تعريف الطبيعة ، والفائدة الجديدة هذه إما تعريف العهد أو استغراق الجنس وتعريف العهد أولى من الاستغراق ، لانه إنما ذكر

= أفرادها مثل : « إن الإنسان لفي خسر » . واللام بالاجماع للتعريف ومعناه الإشارة والتعيين والتميز . الاشارة إما إلى حصة معينة في الحقيقة ، وهو تعريف العهد ، وإما إلى نفس الحقيقة ، وذلك قد يكون . بحيث لا يفتقر إلى اعتبار الأفراد ، وهو تعريف الحقيقة والماهية والطبيعة ، وقد يكون بحيث يفتقر إليه وحينئذ إما أن يوجد فيه قرينة البعضية كما في : أدخل السوق ، وهو العهد الذهني أولاً ، وهو الاستغراق احترازاً عن ترجيح بعض المتساويات ، فالعهد الذهني والاستغراق من فروع تعريف الحقيقة ، ولهذا ذهب المحققون إلى أن اللام لتعريف العهد والحقيقة لا غير ، إلا أن القوم أخذوا بالحاصل وجعلوه أربعة أقسام توضيحاً وتسهيلاً . فنقول : الأصل أي الراجح هو العهد الخارجي ، لأنه حقيقة التعيين وكمال التميز ، ثم الاستغراق ، لأن الحكم على نفس الحقيقة قليل الاستعمال جداً ، والعهد الذهني موقوف على وجود قرينة البعضية ، فالاستغراق هو المفهوم من الاطلاق حيث لا عهد في الخارج خصوصاً في الجمع ، فإن الجمعية قرينة القصد إلى الأفراد دون نفس الحقيقة من حيث هي هي ، هذا ما عليه المحققون » . انتهى كلامه أقول : : لا ريب في أن الاستغراق أرجح وأقدم على العهد الذهني ، لأن الماهية الكلية نسبتها إلى جميع الأفراد على السواء ، فالترجيح بين المتساويات بلا قرينة التخصيص ترجيح بلا مرجح ، وتخصيص بلا مخصص ، فإن قيل : إن الجزئية تلازم الكلية ولا عكس فالبعض المشاع بين أبعاض الكل متيقن ، والكل محتمل ، فالعهد الذهني هو الأرجح من الاستغراق قلنا : إن البعض المشاع ليس بمدلول العهد الذهني بل مدلوله هو البعض المعهود في ذهن المتكلم ، ومن الظاهر أن البعض في ذهن المتكلم ليس بمتيقن لقدم قرينة العهد ولا بلازم للكل بل الملازم هو البعض المبهم .

بعض أفراد الجنس خارجاً وذهناً ، فحمل اللام على ذلك البعض المذكور أولى من حمله على جميع الأفراد ، لأن البعض متيقن (١) ، والكل محتمل . بين هذا اختلفوا إذا دخلت على المفرد أو الجمع : فقالت عامة أهل الاصول والعربية : تفيد الاستغراق فيهما

---

(١) : قوله « لأن البعض متيقن والكل محتمل » أقول : في التلويح : هذا معارض بأن الاستغراق أعم فـــائدة وأكثر استعمالاً في الشرع وأحوط في أكثر الأحكام ، أعني الايجاب والندب والتحريم ، وإن كان البعض أحوط في الاباحة ومنقوض بتعريف الماهية فإنه لا يوجد فرد بدون الماهية ، وقد جعله متأخراً عن الاستغراق بناء على أنه لا يفيـد فائدة جديدة زائدة على مـــا يفيده الاسم بدون اللام ، وهذا ممنوع ، ولو سلم فمنقوض بتعريف العهد الذهني ، فإن عدم الفـــائدة فيه أظهر ، لأن دلالة النكرة على حصة غير معينة أظهر من دلالته على نفس الحقيقة صرحوا بأن المعهود الذهني في المعنى كالنكرة . فإن قيل : يعتبر فيه العهدية في الذهن فيتميز عن النكرة قلنا : وكذلك يعتبر في تعريف الماهية حضورها في الذهن والاشارة إليها لتميز عن اسم الجنس النكرة مثل :رجع رجعي ورجع الرجعي . وبالجملة توقف العهد الذهني على قرينه البعضية وعدم الاستغراق ممـــا اتفقوا عليه . أقول : تنقيح الكلام : إن مدلول اسم الجنس النكرة هو الماهية المبهمة ، ومفاد اسم الجنس المعرفة بتعريف الحقيقة الماهية المعينة الحاضرة في الذهن ، فالقول بأن الحمل على تعريف الحقيقة لا يفيد فائدة جديدة تحكم وقول بالاتحاد والخلط بين التعريف والتنكير . فإن قلت : إن كلاً من معنى التعريف والتنكير معنى زائد على أصل المعنى الاسمي المعتبر الموضوع بإزاء الاسم المجرد عن اعتبـاري التعريف والتنكير في أصل الوضع ، فإن التنكير مفاد التنوين ، والتعريف مدلول اللام . وعلى الأول مدلول الاسم الماهية المبهمة ، وعلى الثاني في تعريف الحقيقة الماهية المعينة فمامفاد الاسم المجرد عن وصفي التعريف والتنكير ؟ قلنا : مدلول النكرة الفـــرد المنتشر الدائر بين الأفراد على سبيل البدلية ، ومدلول الاسم المعرفة بتعريف الحقيقة الماهية بشرط شيء المعينة الحـاضرة في الذهن ، ومدلول الاسم المجرد الماهية لا بشرط شيء .

جميعاً إلا إذا كان معهوداً . وعن أبي علي الفارسي أنه لمطلق الجنس فيهما ، لا للاستغراق، وهذا أحد قولي أبي هاشم المعتزلي ، وقوله الآخر أنه في المفرد لمطلق الجنس ، وفي الجمع لمطلق الجمع لا للإستغراق إلا بدليل آخر . فإذا كان كذلك فقيل : الالف واللام في الحمد للجنس ، أي حقيقة الحمد كما في « أرسلها العراك » (١) ومعناه الاشارة إلى ما يعرفه كل واحد من أن الحمد ما هو ، والعراك ما هو من بين أجناس الافعال .

وقيل : لاستغراق الجنس . أي : الحمد كله لله تعالى . وقال المعتزلة : للعهد . لأنهم يرون أن خلق أفعال العباد مضاف اليهم ، فيكون تقديره : المحامد التي تتعلق بالأعيان دون الاعراض لله تعالى . والأصح أن هـــذه مسألة ابتدائية للخلاف في معنى الكلام

(١) : قولـه « كما في : أرسلها العراك » أقوله : تمامه :

وأرسلهـا العـراك ولم يذدهـا ... ولم يشفق على نغص الدخـال

وهو من الوافر ، والضمير المستكن لحمار الوحش ، والبارز للأتن . والعراك بالكسر: الازدحام . والاشفاق : الخوف . والنغص بفتح النون والغين المعجمة والصاد المهملة بعدها، نغص الرجل بالكسر نغصاً : إذا لم ينل مراده ، ونغص البعير : إذا لم يتم شـربه . والدخال بكسر الدال المهملة والخاء المعجمة : شراب . نقل أنه خرج لبيد يوماً متنزهاً إلى جانب الجبل ، فرأى في ذيل الجبل حمار الوحش والأتن ، قد بعث ذلك الحمار بالأتن إلى ماء هناك ، ووقف هو على موضع حال ينظر إليها خوفاً من صيـاد يهجم عليها في الماء ، فلما رأى لبيد ذلك الفعل العجيب منه وصفه بقوله « وأرسلها العراك » أي أورد الحمار الأتن معتركة ، ولم يمنعها عنه ، ولم يخف على أنه لم يتم شرب بعضها للماء بالمزاحمة . فالعراك معرفة صورة ونكرة معنى . أقول : فلا يرد أن العراك حال والحال إذا كانت معرفة وجب تقديمها على صاحبها لأن العراك معرفة صورة ونكرة معنى . فإن قيل : هذا التوجيه لا يستقيم إلا بأن يكون الألف واللام زائدة أو للعهد الذهني فيكون نكرة، وأما إذا كان محمولاً على تعريف الحقيقة فلا — قلنا : إن تعريف الطبيعة عند الشارح متأخر عن العهد، فإن كان الذهني في حكم النكرة كان تعريف الطبيعة في حكمها بالأولى، وفيه ما فيه ماضية .

لابنائه ، على الخلاف في خلق الأفعال ، فإنهم قالوا : الحمد مـا يعرفه كل واحد منهم بحسب الاثم . واللام عندهم لمطلق الجنس .

فإن قلت : فعلى هذا قول من يقول : إن اللام لاستغراق الجنس يكون بجميع المحامد التي تتعلق بالاعيان والاعراض لله تعالى ، فيكون الله تعالى هو المستحق لجميع المحامد لا غير ، فكيف يصح قولهم : حمدت فلاناً على شجاعته – قلت : هو [1] ، في الحقيقة ، راجع إلى الله تعالى ، لان حمد المخلوق على صفة أو فعل حمد للخالق في الحقيقة . ثم الحمد مرفوع بالابتداء ، وخبره قوله « لله » ، وأصله النصب [2] ، لان أصله : نحمد الحمد لله ، فلما حذف « نحمد » عدل عن النصب إلى الرفع ، ليدل (٣) على ثبات المعنى ، لانـــه حينئذ يصير الكلام جملة اسمية ، وهي راسخة القدم بخلاف الفعلية الدالـة على التجدد والحدوث ، وأيضاً في الفعلية يكون الحمد مقيداً بقائله وليس الامر كذلك ، بـــل الله محمود قبل حمد الحامدين وقبل شكر الشاكرين ، سواء حمده عبيدة أولم يحمـــدوه ، فهو محمود من الازل إلى الابد بحمده القديم وكلامه القديم .

---

(١) : قوله « هو في الحقيقة » أقول : إذ ما من خير إلا وهو موليه بوسط أو غير وسط ، كما قال الله تعالى : ( وما بكم من نعمة فمن الله ) .

(٢) : قوله « وأصله النصب » أقول لأنه من المصادر التي تنصب بأفعال مضمرة لا لا تكاد تستعمل منها .

(٣) : قوله « ليدل على ثبات المعنى » أقول : فإن قيل : لو دلت الجملة الاسمية على الاستمرار والثبوت لدل « زيد قائم » على دوام ثبوت القيام لزيد واستمرار حصوله قلنا: إن الجملة من حيث هي هي تـدل كذلك ما لم تمنع قرينة خارجية من خصوصية المسند والمسند إليه دلالتها على الثبوت والاستمرار . فإن قيل : إن الجملة الاسمية التي خبرهـا فعل من الأفعال يدل إسناد خبرها وهو الفعل إلى مبتدئه وهو الاسم من حيث هو هو على الحدوث وإلا يلزم دلالة الفعل من حيث هو هو على الاستمرار قلنا : إن الجملة التي خبرها فعل من الأفعال فعلية صورة واسمية معنى ، لأن مفاد « قام زيد » و « زيد قام » واحد ، غير أن الجملة الثانية تتضمن لتقوي الحكم وتكرر الاسناد .

# ٱلَّذِي أَعْلَى مَعَالِمَ ٱلْعِلْمِ

( الذي ) ، هو صفة ، اسم موصول مع صلته محل الخبر ، لانه صفة الله تعالى .

واختلفوا فيما يعمل في الصفة : فذهب جماعة ، منهم سيبويه والمازني وابن كيسان والزجاج ، إلى أن العامل (١) فيها هو العامل في الموصوف . وذهب الأخفش إلى أن العامل في الصفة كونها صفة ، وأن الوصف يجري على ما قبله وليس معه لفظ عمل فيه ، وإنما يعمل فيه كونه وصفاً ، فذلك هو الذي يرفعه وينصبه ويجره ، كما أن المبتدأ اسم رفعه الابتداء ، والابتداء معنى عمل فيه ليس لفظاً ، فكذلك هذا . فإن قلت : لم بنى الذي على السكون ؟ قلت : لانه يشبه الحرف من حيث (٢) إنه لا يستقل بنفسه . فإن قلت : لم أعرب في حال التثنية ؟ قلت : بالتثنية يزول الشبه ، إذ لا مثنى في الحروف فيعود إلى أصل استحقاقه في الاعراب . ومنهم من يشدد ياءه ويخفضونه أيضاً من غير وجه ، لاستطالتهم اياه مع صلته ، فقالوا : « الذ » بحذف الياء ، ثم بحذف الحركة ، ثم حذفوه رأساً واجتزوا عنه باللام ، وذلك في نحو : الضارب اياه زيد ، واسم الفاعل هنا في معنى الفعل ومعناه الذي ضرب إياه .

( أعلى ) : مأخوذ من الاعلاء ، وثلاثيه : علا يعلو . يقال علا في المكان يعلو علواً ، وعلي بالكسر ، في الشرف ، يعلى علاء بالفتح ، ويقال أيضاً علا بالفتح علاء .

( معالم العلم ) : كلام اضافي ، مفعول أعلى . والجملة صلة الموصول . وهو جمع معلم بفتح الميم وهو موضع العلم ، والمعنى رفع مواضع درك العلوم ، وأراد بها أصول الشرع ، لكونها مدرك العلم الشرعي ، وقيل : أراد بها العلماء على معنى أنهم مواضع أخذ العلوم . وأما إعلاء الله اياهم فظاهر ، قال الله تعالى ﴿ يرفع الله الذين آمنوا منكم

---

(١) : قوله « إلى أن العامل » أقول : لأن الوصف تابع ، وإعرابه إعراب المتبوع ، فالعامل فيه بمعنى التبعية ، لان العامل في مثل : « جاءني رجل عالم » ليس الفعل ، وإلا يلزم إسناد الفعل إلى الشيئين في مرتبة واحدة وهو باطل .

(٢) : قوله « من حيث إنه يستقل بنفسه » أقول : لان الموصول يحتاج إلى الصلة في تعيين المرام ورفع الابهام .

والذين أوتوا العلم درجات ﴾«المجادلة ١١» حيث خصهم بالذكر ثانياً بعد دخولهم في قوله « الذين آمنوا » إظهاراً لزيادة درجاتهم عنده [١] .

( وأعلامه ) : عطف على المعالم ، وهو جمع علم بفتحتين وهو الجبل ، واراد بـه العلماء تشبيهاً لهم بالجبال ، لكونهما أوتاد الأرض . وجه الإستعارة أن الجبال تمنع الأرض من التحرك والتمايل ، فكذلك العلماء بين ظهراني [٢] الأمة ، بل ينزلون منهم منزلتها ، لكونهم يمنعون عن الميل الى الزيغ والعناد ، ويعنى قيام أمورهم وانتظـام أقوالهم على منهاج العدل في الشرع يكون منهم ، ويقال : المراد من الأعـلام : إثبـات الأحكام الشرعية وشروطها . فعلى هذا يكون جمع علم ، يعنى مايعلم بهالشىء ، وإعلاء الله إياها ظاهر حيث جعلها في حق العباد ، وشرفها على غيرها . ومن جملة محاسن هذا التركيب أنه مشتمل على ما يلحق الجناس ، وهو شيئان :

أحدهما : أن يجمع [٣] اللفظين الاشتقاق ، نحو قوله : ﴿ فأقـم وجهك للدين القيم ﴾ « الروم — ٤٣ » فإن أقم والقيم يرجعان في الإشتقاق إلى القيام .

---

(١) : قوله « إظهاراً لزيادة درجاتهم » أقول : والسر فيه أن تعليق الحكم بالوصف المشتق مشعر بأن مأخذ اشتقاق الوصف علة لذلك الحكم ، وتعـدد الاوصاف المختلفة في المأخذ يدل على تعدد الحكم ، لأن تعدد العلة يدل على تعدد المعلول ، وإلا يلزم توارد العلل على معلول واحد . فالايمان موجب لازدياد الدرجات الرفيعة الاولية المتعلقة بـه المعتبرة بإزائه ، والعلم باعث قوي على ازدياد المراتب المنيعة الثانية المتضاعفة على الدرجـات الاولية المعتبرة بإزاء الايمان ، وكيف لا ، وإلا يلزم المحذور المذكور ، فافهم ، فإنه من عزم الامور .

(٢) « بين ظهراني الأمة » أقول أي كماأن الجبال تمنع الأرض عن التحـرك وتعينهـاعلى الاستقرار والثبات ، فكذلك العلماء ظهير في استقامة الأمة على الشريعة السمحة البيضاء .

(٣) قوله « أن تجمع » إلخ ، أقول : أي وهو توافق الكلمتين في الحروف الأصول مع الاتفاق في أصل المعنى .

والثاني : أن يجمعهما [1] ما يشبه الاشتقاق وليس به ، نحو قوله تعالى : ﴿ قال : انى لعملكم من القالين [2] ﴾ « الشعراء – ١٦٨ » فإن قال والقالين يشبه ان يكونا راجعين في الاشتقاق إلى أصل واحد ، وليس كذلك .

فقوله أعلى مع غيره من قبيل الثاني ، والثلاثة الأخر من قبيل الأول ، فإن المعالم والمعلم والأعلام كلها ترجع إلى أصل واحد . والعلم ، في اللغة ، بمعنى المعرفة نقيض الجهل ، من علمت الشيء أعلمه علماً : عرفته وفي الاصطلاح ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله : العلم في اللغة صنعة يتجلى [3] بها المذكور لمن قامت به هى . ويقال : العلم إدراك النفس بمعنى الشيء ، إذ [4] كل من وجد له ادراك المعنى وجد له العلم من حيث إنه وجد له من ذلك الإدراك ، وكل من عدم له ذلك الإدراك عدم له العلم من هذه الحيثية .

قلت [5] : حاصل هذا أنه ليس للعلم ماهية سوى إدراك النفس لمعنى الشيء . وقد

(١) قوله « والثاني أن يجمعهما » أقول : والثاني أن يجمع اللفظين اتفاق يشبه الاشتقاق وليس باشتقاق ، بأن يكون في كل منهما جميع ما يكون في الآخر من الحروف أو أكثرها لكن لا يرجعان إلى أصل واحد كما في الاشتقاق فلفظة « ما » موصولة أو موصوفة .

(٢) قوله « قال إني » إلخ أقول : فالأول من القول والثاني من القلى . ومعنى الآية : أي إني لعملكم من المبغضين غاية البغض ، لا أقف عن الإنكار عليه بالإيعاد ، وهو أبلغ من أن يقول : إني لعملكم قال ، لدلالته على أنه معدود في زمرتهم مشهور بأنه من جملتهم .

(٣) : قوله « يتجلى بها المذكور » أقول : المراد بالذكر الذكر العلمي ، وإنما قال يتجلى بها المذكور ، ولم يقل : يتجلى بها المجهول لاستحالة طلب المجهول المطلق .

(٤) : قوله « إذ كل من وجد » إلخ أقول : هذا بيان المساواة بين المعرف بالكسر والمعرف بالفتح .

(٥) قوله « قلت : حاصل هنا » ، أقول : ليس حاصله كما قال بل حاصله بيان =

قالت طائفة، منهم الغزالي والدارمي ، بعدم جواز تعريفه ؛ لأن (١) غير العلم يعرف به ، فلو عرف بغيره يلزم الدور (٢) . ويمنع ذلك بأن جهة توقف غير العلم عليه من حيث إنـه

= المساواة بين المعرف بالكسر والمعرف بالفتح ، وهي لا تستلزم أن لا يكون للعلم ماهية سوى إدراك النفس بمعنى الشيء لجواز أن يكون إدراك النفس بمعنى الشيء خاصة شاملة للعلم دون نفس حقيقته وماهيته .

(١) قوله « لأن » إلخ ، أقول : حاصله أن انكشاف المعلومات متوقـف على العلم ، وأما انكشاف العلم فبالذات وإلا لكان انكشاف العلم متوقفاً على الغير فلا يخلو إمـا أن يكون هذا الغير علماً أو معلوماً . على الأول يلزم الدور وعلى الثاني لمـا كان انكشاف المعلومات بالعرض أي بواسطة العلم ، ومن الظاهر إستحالة وجود ما بالعرض بدون مـا بالذات فإما أن تنقطـع السلسلة على العلم أو لا ، على الأول يلزم الدور ، وعلى الثاني لزم التسلسل مع استحالة وجود مـا بالعرض بدون ما بالذات . فإن قيل : إن الفصول مميزة للأنواع عن مـا عداها فلا يخلو إما أن يكون الامتياز الذي حصل لنا من الفصول مضافاً إلى الفصول بالذات أو إلى علومها . على الأول يلزم ان يكون المعلوم مميزاً بالذات لا بواسطة العلم ، وعلى الثاني يلزم أن تكون الفصول بالذات علومها لا نفس ذواتها – قلنا : لما كانت العلوم مستفادة عن مفاهيمها أضيف التمييز إلى الفصول دون العلوم . فإن قيـل : إن التسلسل في الأمورات الذهنية منقطع بانقطاع الاعتبار – قلنا : إن الإنقطاع ليس بمضر لنا ؛ لأن الإنقطاع موجب لفقدان الانكشاف والامتياز وإلا يلزم وجود مـا بالعرض بدون ما بالذات . فإن قيل : قولكم في عدم جواز تعريفه بأن غير العلم يعرف به يوجـب صحة تعريفه وهو أن العلم : ما يعرف به غيره قلنا : إن المعرفة التي أخذت في جانـب المجهول مرادف للعلم ، والتعريف بالمرادف لا يخلو عن الدور ؛ ولو سلم فالمـراد بالتعريف التحديد كما لا يخفى على من له أدنى مسكة في فهم دقائق المقام ولطائف الكلام ، فافهم ؛ فإنه من مزال الأقدام ومطارح الأقوام.

(٢) قوله « ويمنع ذلك » أقول: هذا المنع لا يسمن ولا يغني من جوع ؛ لأن التميز =

إدراك له ، وتوقفه على غيره لا من جهة أن ذلك الغير إدراك له ، بل من جهة أنه صفة مميزة له عما سواه .

**(وأظهر)** : عطف على «أعلى» من الإظهار ، وهو من ظهر الشيء ظهوراً بالفتح بيناً .

**(شعائر الشرع وأحكامه)** : الشعائر مفعول أظهر. وهو جمع شعارة ، وقال الأصمعي: جمع شعيرة ، وإليه مال السراج ، والأولى هو الأول ؛ لأن الشعيرة واحدة الشعير الذي هو من الحبوب ؛ والشعيرة أيضاً : البدنة تهدي . والشعارة كل ما جعل علماً لطاعة الله تعالى. قال الجوهري : الشعائر : أفعال الحج ، وكل ما جعل علماً لطاعة الله عز وجل . ويقال : المراد بها : ما كان أداؤه على سبيل الاشتهار ، كأداء الصلاة بالجماعة ، وصلاة الجمعة والعيدين ، والأذان ، وغير ذلك مما كان فيه اشتهار .

وقوله « الشرع » يحتمل معاني :

أحدها : أن يكون بمعنى المشروع فيتناول الأسباب والأحكام الشرعية .

والثاني : أن يكون بمعنى الشارع ، ويكون من قبيل إقامة المظهر موضع المضمر .

---

= الكشفي الذهني عن العلم بالذات وعن غيره من المعلومات بالعرض فلا محالة إما أن يدار أو يتسلسل ، والجواب القاطع لعرق الأعضال ما سنح في خاطري من الإلهامات الغيبية أن الصفة العلمية لها جهتان : إحداهما : أنها كيفية عارضة في ذهن العالم بها يتجلى المعلومات موجودة بوجود عيني لا بوجود ظلي كسائر الصفات العارضة له في دعاء الخارج . فانكشاف المعلومات يتوقف على هذه الصفة الموجودة بوجود عيني . وثانيتهما : أنها إذا قصد العالم كشف حقيقتها ومعرفة ماهيتها فهي بهذا الاعتبار موجودة بوجود ظلي كسائر المعلومات المخزنة في ذهن العالم . وإن اختلج في صدرك فقس مثله على مثل الذهن فان له أمرين : أحدهما : أنه محل حصول المعلومات موجود بوجود عيني لا بوجود ذهني ، وثانيهما أنه من جملة المعلومات موجود بوجود ظلي لا بوجود عيني إذا قصد صاحبه تحصيل كشف حقيقته واكتساب علم ماهيته. إذا علم ذلك فاعلم أن كشف ماهية العلم متوقف على وجود العيني بوسط وإما بغير وسط ولا دور لاختلاف جهتي الوجود والاعتبار .

الثالث : أن يكون بمعنى الشريعة ، يقال شرع محمد ﷺ ، كما يقال « شريعة » . فإن قلت : ما هذه الإضافة في « شعائر الشرع » ؟ قلت : البيان [1] ، من قولهم : خاتم فضة ، وثوب خز ؛ فإن قلت : كيف يكون من هذا القبيل ، لأن الثوب هو عين الخز ، والخاتم هو عين الفضة ، وليست الشعائر هي عين الشرع قلت : الشرع بمعنى المشروع ، والشعائر ، على التفسير الذي ذكرنا ، من عين المشروع . فإن قلت : ليست هذه الإضافة إضافة الشيء إلى نفسه قلت : لا ؛ لتغاير [2] اللفظين ، ولأن الشعائر قبل الإضافة يحتمل أن يكون الشعائر غير المشروع ، كالثوب والخاتم قبل الإضافة ، فبالإضافة نقطع الاحتمال. وفيه من صفة البديع السجع ، وهو : تواطؤ الفاصلتين في النثر على حرف واحد ، وهما الكلمتان اللتان هما عجز القرينتين ، والفاصلة في النثر كالقافية [3] في النظم . فإن قلت :

---

(١) قوله « البيان » أقول : فإن قلت : من شرطها أن يكون بين المضاف والمضاف إليه عموم وخصوص من وجه ، ويكون المضاف إليه أصلاً للمضاف كما في « خاتم فضة » ، فإن الفضة أصل الخاتم ، وليس الأمر بين الشرع والشعائر كذلك قلنا : الأمر كذلك لأن الشعارة على ما فسره الشارع اللبيب أولاً كل ما جعل علماً لطاعة الله ، فإن كان من جعل الشارع كان شرعياً وإلا لا ، وكذا الشرعي يجوز أن لا يكون شعارة لأن الحرام والمكروه وأسبابهما من الشرعيات وليست أعلاماً لطاعة الله بل من المنهيات أو مقدماتها ، فوجدت المواد الثلاثة : أحدها : مادة الاجتماع والاثنتان منها مادتا الافتراق . وأما كون الشرع أصلاً للشعائر فمما لا يأبى عنه الملم ، وأما على التفسيرين الآخرين فالأمر ظاهر .

(٢) قوله « لتغاير اللفظين » أقول : فيه نظر ؛ لأن التغاير اللفظي لا يكفي لصحة الإضافة وإلا تصبح إضافة المرادف إلى المرادف كإضافة الليث إلى الأسد .

(٣) قوله « كالقافية في النظم » أقول : القافية عند الاخفش: هي الكلمة الأخيرة من البيت كلفظة « حومل » في قول الشاعر :

قفا نبك من ذكرى حبيب ومنزل　　بسقط اللوى بين الدخول فحومل =

أي سجع هو من الأقسام ؟ قلت : سجع متواز وهو : أن لا تختلف الفاصلتان في الوزن ، ولكن لا يكون جميع ما في القرينة ولا أكثره بمثل ما يقابله من الأخرى نحو : ﴿ فيها سرر مرفوعة وأكواب موضوعة ﴾ « الغاشية ١٣ » لاختلاف سرر وأكواب في الوزن والتقفيـــة .

( وبعث ) : جملة حال من الفعل والفاعل وهو الضمير المستتر فيه الذي يرجع إلى الله ، وهو عطف على قوله « وأظهر » . يقال : بعث يبعث بعثاً ، وبعثه يعني أرسله فانبعث . وبعث الناقة : أي ساقها. وبعثه من منامه أي أهبه. وبعث الموتى : نشرهم ليوم القيامة. وانبعث [1] في البيران : أي يشرع .

( رسلاً ) : مفعول بعث ، وهو جمع رسول من أرسلت فلاناً في رسالته ، وهو مرسل ورسول . فالمرسل اسم مفعول ، والرسول صفة مشبهة. وقد يجيء الرسول بمعنى الرسالة ، قال الأشعر الجعفي [2] :

ألا أبلغ أبا عمرو رسولاً ..... بأني عن فتاحتكم غني

---

= وعند غيره : من آخر البيت إلى أقرب ساكن إليه مع الحركة السابقة عليه. وقيل: بل مع المتحرك الذي قبله . فعلى الأول القافية : من حركة الحاء إلى آخر البيت ، وعلى الثاني من الحاء إلى آخر البيت . هكذا في حاشية السيد السند على شـــرح المختصر ، وفي شرح المفتاح قيـــل : القافية : من آخر حرف في البيت إلى أول ساكن يليه مع حركة المتحرك الذي هو قبل ذلك الساكن ، وهذا أصح الأقوال وقيل مع المتحرك أيضاً ، انتهى. لكن تشبيه الشارح اللبيب في قوله « الفاصلة في النثر كالقافية في النظم » مبني على مذهب الأخفش ، وهو أضعف المذاهبّ .

(١) ( كذا في الأصل ، والذي في اللسان : وانبعث في السير : أي أســـرع ، ولعله الصواب ) . ا. هـ. مصححة .

(٢) جاء الشطر الثاني ، في الأصل ، خطـــأ « أبو عمرو فتاحكم عني » والصواب من اللسان، وللبيت رواية أخرى فيه الأسعر بدل الأشعر وقال بهما القاموس) ا.هـ. مصححة.

أي رسالة . وصيغة فعول يستوي فيها الواحد والجمع ، والمذكر والمؤنث مثل عـدو وصديق ، قال الله تعالى : ﴿ إنا رسول رب العالمين ﴾ ، ولم يقل رسل ؛ لأن فعولاً وفعيلاً تستوي فيها هذه الأشياء .

(وأنبياء) : عطف على « رسلا »،وهو جمع نبي: فعيل بمعنى فاعل من النبأ (١)، وهو الخبر . إلا أن أهل مكة – يشرفها الله تعالى – يهمزون هذه الحروف ، ولا يهمزون في غيرهـا وكذلك في أنبياء . وينبغي أن يقال : أنبئاء بالهمزتين ، لكن (٢) الهمزة لمـا أبدلت وألزمت الإبدال جمع على ما هو الأصل ؛ لأنه حرف علة ، كعيد وأعياد . ويجمع النبي أيضاً على نبآء بضم النون ، قال العباس بن مرداس السلمي :

يا خـاتم النبآء إنك مـرسل ... بالخير ، كل هدى السبيل هداكا

ثم الفرق بين الرسول والنبي : أن الرسول : من بعث لتبليغ الوحي ومعه كتاب ، والنبي : من بعث لتبليغ الوحي مطلقاً ، سواء كان بكتاب أو بلا كتاب ، كيوشع عليه السلام ، فكان النبي أعم من الرسول : كذا قال الشيخ قوام الدين الاتراري في شرحـه ،

---

(١) : قوله « من النبأ » أقـول : في المواقف : هو لفظ منقول في العرف عن مسماه اللغوي ، فقيل :هو النبي عن النبأ لإنبائه عن الله تعالى ، وقيل : من النبوة وهوالإرتفاع لعلو شأنه ، وقيل : من النبي وهو الطريق ، لأنه وسيلة الله ، والاشتقاق على التقديرين الأولين دون الثالث . فـإن قلت : فلم خصص الشارح التقدير الأول وترك التقديرين الآخرين ؟ قلنا : أما ترك التقدير الثاني فلما قال الفاضل اللاهوري : النبوة ما ارتفع من الأرض ، كما في القاموس فهو اشتقاق من الجاور ، والنبوة بمعنى الارتفـاع لما الكتب المتعارفة في اللغة . انتهى . أقول : فلنصف هذا الإشتقاق ترك بيانه ، وأما ترك التقدير الثالث ، فلأن النقل من العام إلى الخاص أولى من غيره في الإعتبار .

(٢) : قوله « لكن الهمزة » أقـول : لما كان النبي على التقدير الأول مهموز اللام فالتزم العرب سوى أهل مكة بإبدال الهمزة بالياء وإدغام في الياء فصار نبيـاً كسخي ، ويجمع على أنبياء كأسخياء .

وهو قد تبع في ذلك صاحب النهاية حيث قال : الرسول : هو النبي الذي معه كتاب ، كموسى عليه السلام ، والنبي : هو الذي ينبىء عن الله وإن لم يكن معه كتاب كيوشع عليه السلام ، ومن هنا قال النبي عليه السلام : « علماء أمتي كأنبياء بني إسرائيل » ، ولم يقل : « كرسل بني إسرائيل » ، وتبعها الشيخ أكمل الدين رحمه الله وفرق بينهما هكذا، ثم قال : وهو الظاهر . كل هذا لا يخلو عن مناقشة ، وذلك لأنهم يلزم على تفسيرهم(١) أن يخرج جماعة من الرسل عن كونهم رسلاً ، كآدم ونوح وسليمان ، ونحوهم صلوات الله عليهم أجمعين ، فـإنهم رسل بلا خلاف ، ولم ينزل عليهم كتـاب كما نزل على موسى . والصحيح هنا أن الرسول من نزل عليه الكتاب أو أتى إليه ملك ، والنبي من يوقفه الله تعالى على الأحكام ، أو تبع رسولاً آخر ، ولهذا قال عليه السلام : « علماء أمتي كأنبياء بني إسرائيل » ، والعجب من الشيخ أكمل الدين مع ادعـائه التحقيق في مصنفاته كيف رضي بالتفسير المذكور،ثم قال:وهو الظاهر؟!! ومع هذا فهو ليس بظاهر على ما لا يخفى.

( صلوات الله عليهم أجمعين ) : هذه الجملة إخبار في الصورة ، ولكنها إنشائية في المعنى ، لأن المعنى : اللهم صل عليهم صلواتك . وهو جمع صلاة ، وهي في اللغة :الدعاء. قال الأعشى (٢) :

تقابلها الريـح في دنهـا وصـل على دنهـا وارسـم

---

(١) : قوله « يلزم على تفسيرهم » أقول : وينتقض تفسيرهم أيضاً بقوله تعـالى في في شأن اسماعيل : ﴿ وكان رسولاً نبياً ﴾ فإن اسماعيل ، على نبينا وعليه السلام ليس له كتاب ، فانتقض تعريف الرسول جمعاً ومنعاً . اما جمعاً فلما قال الشارح ؛ وأما منعـاً فلما قلنا .

(٢) : [ كذا ورد ، والذي في اللسان :

وقابلهـا الريـح في دنهـا وصلى على دنهـا وارتسـم

ولعله الصواب ، وأورد صاحب اللسان بيتاً آخر من القصيدة قبل هذا البيت :

وصهبـاء طـاف يهود بها وأبرزها ، وعليها ختم ] . اهـ مصححة .

وهو اسم وضع موضع المصدر ، يقال : صلاة ، ولا يقال : تصلية . ومعناها [1] من الله : الرحمة ، ومن الملائكة : الاستغفار ، ومن المؤمنين : الدعاء . ومعناها الشرعي في في حق النبي ﷺ : اللهم عظمه في الدنيا بإعلاء كلمته ، وإحيـاء شريعته ، وفي الآخرة برفع درجته ، وتشفيعه في أمته ، هكذا سمعت من الأساتذة الكبار . وأما في حق غيره من الأنبياء فمعناها ما ذكرنا ، من الله : الرحمة ، إلى آخره .

قوله : « أجمعين » : جمع « أجمع » ، وهو من ألفاظ التوكيد المعنوي وهي : النفس ، والعين ، وكلاهما وكلتاهما ، وكل ، وأجمع ، وأكتع ، وأتبع ، وأبصع . ولا يؤكد بكل وأجمع إلا شيء ذو أجزاء [2] يصح افتراقها حساً ، نحو : زيد وعمر وبكر وغيرهم ، أو حكماً [3] ، نحو : اشتريت العبد كله أجمع ، فـإن العبد ، وإن لم يكن له أجزاء يصح

---

(١) : قوله « ومعناها من الله الرحمة » أقول : وهي رقة القلب والله بريء عنهـا ، فالمراد ثمرتها ، وهي التفضل والإحسان . قال صاحب البيضـاوي : الرحمة في اللغة وانعطاف يقتضي التفضل والإحسان ، ومنه الرحم لانعطافها على ما فيها . وأسماء الله تؤخذ باعتبار الغايات ، هي أفعال دون المبادىء التي تكون انفعـالات . انتهى . وفي اشتراك لفظة الصلاة في المعاني الثلاثة كلام لطيف ذكره صاحب التوضيح في بحث المشترك اللفظي ، وعقب عليه العلامة في حاشية الشهير بالتلويح .

(٢) : قوله « إلا شيء ذو أجزاء » ، أقول : ولا حاجـة إلى ذكر الأفراد ، لان الكلي ما لم تلاحظ أفراده مجتمعة ولم تصر تلك الأفراد أجزاء لا يصح تأكيد الكل بكل وأجمع ، فانه يجوز أن تلاحظ أفراده مجتمعة وإن كان الحكم على كل واحد من أفراده كما جاز عكس ذلك أيضاً فحينئذ يمكن توهم الحكم على كل فرد من أن المحكوم عليه هـو المجموع ، كقولك : زيد إنسان ، وكل إنسان ، أي مجموعه ، حيوان فتريـد إنسان .

(٣) : قولـه « أو حكماً » ، أقول : الظاهر أنه لا يكفي الافتراق الحسي بـدون الافتراق الحكمي حتى لو كان ذا أجزاء يصح افتراقها حساً لم يصح تأكيده بكل وأجمع ، فالمعيار هو الافتراق الحكمي .

افترقها حساً لكن الذي له أجزاء يصح افتراقها حكماً، لأنه يجوز أن يكون المشترى منه ربعه أو ثلثه أو نصفه أو ثلثيه . واعترض على المصنف – رحمه الله – بأنه ترك ذكر محمد ، ﷺ ، مع كونه الأصل المحتاج إلى ذكره ، لأنهم ذكروا أنه مما لا بد منه في أوائل المصنفات له . الابتداء بالبسلمة ، ثم بالحمدلة ، ثم بالصلاة على النبي ﷺ بصريح اسمه ، والمصنف خالف المصنفين أصحاب التصانيف والرسائل . وأجاب عنه الشيخ أكمل الدين بأن المراد بالرسل والأنبياء محمد ﷺ ، لكن جمعه (١) تعظيماً له وإجلالاً لقدره . قال

(١) : قوله « لكن جمعه » إلخ ، : هذا استدراك عن التوهم الناشيء عن قوله بأن المراد بالرسل والانبياء محمد ﷺ . إن الجمع لا يطلق على الواحد فكيف يكون المراد بالرسل والانبياء ؟ فأجاب بأنه جمعه تعظيماً . فان قيل : إن التعظيم يقتضي الحكاية عن الوحدة والانفراد قلنا : إن الله تعالى عبر عن ذاته بلفظ الجمع ، كما في قوله تعالى : ( نحن أقرب اليه من حبل الوريد ) ، ومثل ذلك في القرآن كثير ، فلو لم تكن الجمعية دالة على التعظيم لما اختار لفظ الجمع لذاته . والسر فيه أنه – عليه السلام – منبع الفيضان السائر إلى الكائنات ، كما هو مذهب أهل الحق ، فليس أصل كل فضيلة من الفضائل ونبيلة من النبائل إلا وهو مستقر في ذاته أولاً ثم ينشعب منه إلى غيره على حسب استعداده . أو ما علمت أنه لا بد من المناسبة بين المفيض والمستفيض؟ ولكوننا متعلقين غاية التعلق بالعلائق البشرية والعوائق البدنية ومتدنسين بأدناس اللذات الحسية والشهوات الجسمية ومنهمكين في الظلمات الهولانية ، وكونه تعالى في غاية التقديس والتنزه انتفت الملاءمة بيننا وبينه رأساً ، فاحتجنا في التماس الفضائل الجميلة واقتباس النبائل الجميلة الى متوسط له وجه تجرد ووجه تعلق ، فبوجه التجرد يستفيض من الحق ، وبوجه التعلق يفيض علينا ، لان جهة التجرد تصير سبباً لمناسبة بجوار الحق تعالى ، وجهة التعلق تصير سبباً للملاءمة لنا فهو مستفيض من الله تعالى في جميل الصفات ومفيضها منه إلى الكائنات فهو مجمع الكل في الكل ، ومبعوث يبعث الكل إلى أحسن السبل وأفضل الرسل في رفعه الدرجات وأصلهم في الكمالات فلهذا عبر المصنف لذاته عليه السلام بالجمع يشعر عن كونه مفيض الكل في الكل وهو غاية مراتب التعظيم وأقصى مدارج التفخيم .

الشيخ قوام الدين : كان ينبغي أن يصلي على محمد ﷺ قصداً [1] بذكر اسمه وصفاته ، لأن الله تعالى قد رفع ذكره ، قال تعالى : ﴿ ورفعنا لك ذكرك ﴾ والغالب أنه سها ، ولكل جواد كبوة ولكل عالم هفوة .

قلت : كل منهما أبعد . أما الاول فلأن لفظة « أجمعين » ترد عليه ، لانه أكده بها ، فالتأكيد يقطع احتمال المجاز ، وإطلاق [2] الجمع وإرادة الواحد مجاز . ونصره بعضهم بأن قوله « أجمعين » باعتبار صورة اللفظ ، ورد عليه بأن أجمعين لفظ معنوي ينافي أن يخص قوله « رسلاً وأنبياء » بطائفة معينة منهم . وأما الثاني فانه نسبه إلى السهو ، وهو ليس بجواب ، بل الجواب ههنا بوجهين :

أحدهما : أن المصنف ، رحمه الله ، قصد من ذلك المبالغة والبلاغة في ذلك ، لما فيه من ذكره عليه السلام مرتين ، لانه دخل أولاً في قوله « رسلاً » ، لانه من جملة المرسلين بل سيدهم وأشرفهم ثم دخل ثانياً في قوله « وأنبياء » ، لان كل مرسل نبي فيكون [3] ذكره مرتين ، وإن كان ضمناً ، أبلغ من ذكره مرة واحدة صريحاً والتضمين أبلغ من التصريح [4] ، لان الاعتماد في الصريح على اللفظ ، والدلالة منه وفي التضمين على الفعل والدلالة من جهة ، وبين الدليلين والدلالتين فرق كبير .

---

(١) : قوله « قصداً » إلخ ، أقول : وكيف ؟ فان اسمه قد جمع مع اسمه تعالى في كلمتي الشهادة ، فكيف لا يجتمع في المحامد الاخرى ، لان التوحيد رأس التحميد والتمجيد

(٢) : قوله « إطلاق الجمع » إلخ ، أقول : وإن كان مجازاً لكنه لا يخلو عن النكتة التي سبقنا ذكرها فتذكر .

(٣) : قوله « فيكون ذكره » إلخ ، أقول : إن جميع الرسل في هذا الأمر سواء ، والتسوية لا تخلو عن تنقيص شأنه عليه السلام ، لأن ذكر الأفضل يجب أن يكون على وجه الفضيلة ، اللهم إلا أن يقال : إن ذكره بهذا النمط يتضمن تكرير الصلوات ، فلا يخلو عن تلطيف المقام .

(٤) : [ في الأصل : من الصريح ] اهـ . مصححة .

والثاني : ما سنح في خاطري من الانوار الإلهية في الجـواب القاطع الذي ليس وراءه شيء ، وهو أن المصنف إنما لم يصرح باسم النبي ﷺ في الصلاة عليه بل أضمره ،ليكون ذلك من باب الإضمار والإبهام ، وهو طريق من طرق البلاغة ، لان فيه إشارة إلى علو شأنه وارتفاع قدره وتفخيم فضله على مالا يخفى على أحد ، لما فيه من الشهادة على أنـه المشهور الذي لا يشتبه ، والمبين الذي لا يلتبس ، كما أضمره الله تعالى في قوله : ﴿ تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض ﴾ البقرة ٢٥٣ ، حيث صرح أولاً بما يدل على موسى عليه السلام بقوله : ﴿ منهم من كلم الله ﴾ البقرة / ٢٥٣ ، ولا شك في اشتهـار موسى عليه السلام بالكلام [1] ، ثم صرح باسم عيسى بقوله تعـالى : ﴿ وآتينا عيسى بن مريم البينات ﴾ البقرة / ٨٧ ، وذكر النبي ﷺ بينهم بطريق الإبهـام والإضمار بقولـه : ﴿ ورفع بعضهم درجـات ﴾ [2] البقرة / ٢٥٣ إشارة إلى ما ذكرنا . وعليه قـول الحطيئة لجرير : من أشعر الناس ؟ فقال : زهير والنابغة ، ثم قال : لوشئت لذكرت الثالث . أراد به نفسه ، ولو قال : لذكرت نفسي ، أو قال : زهير والنابغة لم يقع كلامه مؤذناً بتعظيمه بل كان نوع نقص على ما لا يخفى .

---

(١) : قوله « بالكلام » ، أقول : وإن كان حصل التكليم منه بغيره أيضاً .

(٢) : قوله « ورفع بعضهم » إلخ ، أقول : في البيضاوي فضله على غيره من وجـوه متعددة وبمراتب متباعدة وهو محمد عليه السلام ، فـانه خص بالدعوات العامة والحجج المتكاثرة والمعجزات المستمرة والآيات المتعاقبة بتعاقب الدهر والفضائل العلمية والعملية الفائتة للحصر والابهام لتفخيم شأنه كأنه العلم المتعين بهذا الوصف المستغني عن التعيين . انتهى . فان قيل : إن الله تعالى اختار جمع المنكر ، وهو كلمة درجـات وهي لاتفيد فائدة الاستغراق ، ولم يختر جمع المعرف مع أنه يفيد فائدة الاستغراق فأي نكتة فيه ؟ قلنا : إن بعض درجاته عليه السلام مشترك بينه وبين الأنبياء كنزول الوحي عليه وتبليغ الأحكام فانهما مشتركان بينه وبين الأنبياء ، وبعضها مختص به كختم النبوة وغيره ، فلهذا التفضيل اختار جمع المنكر .

( الى سبل الحق ) : تعلق بقوله « هادين » ، وإنما أخره لإقامة [1] السجع . والسبل بضمتين جمع سبيل ، وهو الطريق ، يذكر ويؤنث ، قال تعالى : ﴿ قل هذه سبيلي ﴾ يوسف ١٠٨ فأنث ، وقال : ﴿ وإن يروا سبيل الرشد لا يتخذوه سبيلاً ﴾ الاعراف ١٤٦ فذكر ، ويصح في الجمع تسكين الباء أيضاً والحق خلاف الباطل .

قلت [2] : الحق مستعمل في معان :

أحدها : النزول ، يقال : حق يحق : إذا نزل .

والثاني : الوجوب ، يقال حق عليه : إذا وجب .

والثالث : الصدق والصواب ، يقال : قوله حق : صدق وصواب .

ومعناه في الإصطلاح ، الحق : ما غلب حجة وأظهر التمويه في غيره .

( هادين ) : نصب على أنه صفة لقوله : « رسلاً وأنبياء » ، ويقال : نصب على الحال وليس بصحيح ، لان الحال من النكرة لا يصح إلا بتقديم ذي الحال على الحال . وقد علم أن حق الحال أن يكون نكرة ، وحق ذي الحال أن يكون معرفة ، للفرق بينهما وبين الصفة والموصوف ، فقيل : لان الحال هو الخبر في الحقيقة ، والخبر حقه التنكير . قلت: هما يتفقان في هذا ، ولكنهما يفترقان من وجوه ، الاول : أن الحال ما يحتمل الاوصاف فيميز بأحد الاوصاف ، والتمييز ما يحتمل الاجناس فيميز بـأحد الاجناس . الثاني : أن الحال لا ينقسم إلى ما يقع عن المفرد والجملة والتمييز إلى ذلـك ، ففي الجملة نحو : طاب

---

(١) : قوله « لإقامة » إلخ ، أقول : ولم يكن تقديم المتعلق لئلا يفيد فائدة الحصر لعموم وصف الهداية بين الأنبيــاء عليهم السلام والعلماء الكرام والأولياء العظام رضى الله تعالى .

(٢) : قوله « قلت » إلخ ، أقول : حاصله أن من ذكر وجه التفريق والامتياز ليس هو مطابقاً لزعم القائل ، لأن الحال كما أنها الخبر حقيقة كـذلك الصفة بالأولى لأن الحال تقع قيد العامل ذي الحال وهو الفعل أو شبهه ، وهذا المعنى ينافي عن كونهـا خبراً بخلاف الصفة فان هذا المعنى المانع عن كونها خبراً لم يوجد فيها .

زيد نفساً ، فالإبهام في النسبة ، وعن المعرف نحو : عندي دامور خلافاً للإبهام في دامور والثالث : أن « نفساً » ليس هو « زيد » في المثال المذكور ، وإنما هي شيء منه،وراكباً في قولك: جاء زيد راكباً هو زيدكله. والرابع:التقدير في المثال المذكور وإنما هي شيء منه وراكباً في قولك وطابت نفسه فالفعل للنفس وليس لزيد ، وفي جاءني زيـد راكباً الفعل لزيد وراكباً تبع له .

وقوله « هادين » : من الهداية ، وهي الدلالة [1] الموصلة إلى البغية . وأصله أن يتعدى باللام أو بإلى ، كقوله تعالى : ﴿ إن هذا القرآن يهدي للتي هي أقوم ﴾[2] « الاسراء/٩»،

---

(١) : قوله « وهي الدلالة » ، أقول : وإنما لم يفسرها بإرادة الطريق ، لأن الأصل في الألفاظ عدم الاشتراك لان التخصيص مأخوذ في أصل الوضع . فان قيل : فمن أين علمتم أن الهداية هي الدلالة الموصلة دون إرادة الطريـــق ، ويجوز أن يكون الأمر على العكس أي تكون الهداية إرادة الطريق دون الدلالة الموصلة ؟ قلنا : إن قولكم : هداه إلى الطريق ، وقوله تعالى : ﴿ إنك لتهدي إلى صراط مستقيم ﴾ الشورى ٥٢ وغيرهما يدل على ذلك ، لان إرادة الطريق لو كانت عين الهداية فذكر الطريق بعد ذكر الهداية لا يخلو عن الحشو . فان قيل : كذلك الامر في الامر في المعنى الاول ، لان الطريق هي واسطة المطلوب ومقصودة بالعرض لا بالذات فاضافة الهـــداية إليها بالمعنى الاول أي الدلالة الموصلة إلى البغية لا تساعده ولا توافقه قلنا : المراد بالبغية المقصود وهو أعم من أن يكون بالعرض أو بالذات . فان قيل : إذا كانت البغية التي هي عبارة عن المقصود مأخوذة في الهداية فذكر المقصود الذي تضاف الهداية إليه يكون حشواً قلنا : المأخوذ هو الاعم والمذكور هو الاخص ، كما أن النسبة إلى فاعل ما جزء معنى الفعل مع أن الفاعل يذكر بعد الفعل .

(٢) : قوله : « إن هـــذا » إلخ ، أقول ، أي : إن هذا القرآن يهدي للحالة أو الطريقة التي هي أقوم الحالات أو الطرق .

﴿ وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم ﴾ « الشورى / ٥٢ » فجــار مجرى ، وقولــه تعالى :﴿ واختار موسى قومه سبعين رجلاً ﴾ (١) الاعــراف / ١٥٥ وقال الجوهري : يقال هــداه الله للدين هــدى . وقوله تعالى : ﴿ أو لم يهد لهم ﴾السجـدة / ٢٦ قــال أبو عمرو بن العلاء : أو لم يبين لهم . وهــديت الطريق ، والبيت هداية : أي عرفته ، هــذا لغة الحجاز ، وغيرهم يقول : هديته إلى الطريق وإلى الدار ، حكاهـا الأخفش ، وهدى واهتدى بمعنى . وقال السكاكي في شرحه : هــداه إلى الطريق : إذا أعلمه أن الطريق في ناحية كذا ، وهداه إلى الطريق : إذا ذهب بــه إلى رأس الطريق : أي أذهبه إلى المقصد ، وذلك لا يتحقق إلا من الله تعالى ، وهداه إلى الطريق : أعلمه أن الطريق في ناحية كذا ، وهي وظيفة الرسول عليه السلام . وهداه إلى الطريق : ذهب به وأوصله إلى رأس الطريق . واعترض عليه الشيخ قوام الدين ، رحمه الله ، بأن هذا الفرق غير صحيح ، لعدمه في سائر قوانين اللغة . قلت : هذا اعتراض صادر من غير تــأمل ، وذلك لأن الفرق المذكور إنما هو لسبب الاحتمال ، والفارق ما ادعى أن ذلك بحسب اللغة وإن ادعى ذلك فــلا يمنع ، لأن الذي ذكره هو حــاصل المعنى اللغوي (٢) .

( وأخلفهم علماء ) : عطف على قوله « وبعث رسلا » ، وهي جملة من الفعل والفاعل وهو الضمير المستتر فيه الذي يرجع إلى الله تعالى . ولأخلف مفعولان « الضمير ، أعني : هم ، والآخر قوله علماء . والمعنى : جعل العلماء خلفاء الأنبياء عليهم السلام وورثتهم .

وقال الشيخ قوام الدين الاترازي ، رحمه الله ، : « وأخلفهم علماء » : من قــولهم :

---

(١) : قوله « واختار موسى » أي : اختار موسى من قومه فحذف الجار وأوصل الفعل اليه .

(٢) : « هو حاصل المعنى اللغوي » أقول : لأن الأول هو حاصل الدلالة الموصلة إلى البغية ، والثاني هو محصل إراءة الطريق . فــإن قيل : كيف تدل الإراءة الطريق على إعلام الطريق بــأنه على ناحية كذا قلنا : لأن الإراءة هي الإعلام والإعلام لا يتحقق إلا بعد التعين .

خلفت الثوب : أصلحته وجعلت موضع الخلفان خلفاناً ، وهـذا التفسير غير مرضي بل التفسير الصحيح ما ذكرناه ، لأن مـــراده بيان أن العلماء خلفاء عن الأنبياء في بيـان الشرائع ، فحينئذ لا يفسر قوله « وأخلفهم » إلا من قولهم : أخلف زيـد عمراً : إذا جعله خليفة ، لا من أخلفت الثوب : إذا أصلحته . يقال : خلف فلان فلاناً : إذا كان خليفة وخلفه في قومه خلافة ، ومنه قـوله تعـالى : ﴿ وقال موسى لأخيه هارون : اخلفني ﴾[1] الأعراف . وأخلفه غيره : إذا جعله خليفة له ، وكذلك استخلفه .

( الى سنن سننهم داعين ) : الجار والمجرور متعلق بـ « داعين » . والسنن بفتح السين والنون : مفرد بمعنى الطريقة . يقال : استقام فلان على سنن . ويقال : امض على سننك أي على وجهك ، وتنح عن سنن الجبل : أي عن وجهه . وقوله « سننهم » بضم السين وفتح النون جمع سنة وهي الطريقة المسلوكة المرضية . وقال الجوهري : السنة :السيرة[2] قال الهذلي يخاطب أبا ذؤيب :

فلا تجزعن من سنة انت سرتهـا وأول راضي سنة من يسيرهـا[3]

وبين السنن والسنن تجنيس محرف ، وهو من جملة محاسن الكلام . وقال الشيخ قوام الدين : فلو قال بضم السين في الموضعين ليكون تجنيساً تاماً لكان أحسن ، إلا أن الرواية

---

(١) : قوله « وقـال موسى » ، أقول : أي كن خليفتي فيهم وأصلح ما يجب أن يصلح من أمورهم ، أو كن مصلحاً . فإن كان المراد من « خليفتي » كن مصلحاً من جانبي لزم إلغاء قوله وأصلح .

(٢) : قوله « السيرة » ، أقول : فالحاصل بهذا المعنى : داعين إلى طرق موصلة من يسير فيها إلى سير الأنبياء وعاداتهم .

(٣) : [ ورد البيت محرفاً في الأصل « فلاتخير من سنة أنت سرتهـا وقال راض سنة من يسيرها » ، والصواب من ديوان الهذليين ــ القسم الأول ، ص ١٥٧ ، وفيه أن الشعر لخالد بن زهير بن محرث . وفي اللسان أنه لخالد بن عتبة ، وفيه « راض سنة » على إعمال إسم الفاعل ] . ا هـ مصححه .

بالمفتوح خاصة لأن المضموم في معناه قليل الاستعمال : قلت : الذي ذكره أولى وأبلغ، لأن اختلاف الحركات تحصل زيادة رونق في الكلام ، وأنواع التجنيس كلها من محاسن الكلام ولم يرجح منها شيء على غيره . والتجنيس التـــام : أن يتفق اللفظـــان في أنواع الحروف وهيأتها نحو الحركات والسكنات ، وفي ترتيبهـــا مع تقديم بعض الحروف على بعض وتأخيره عنه . وإن اختلفا في هيئة الحروف فقط سمي التجنيس محرفاً .

قوله « داعين » : جمع داع : من دعوت فلاناً : إذا صحبته واستدعيته . ويستعمل باللام وعلى وإلى ، نحو : دعوت الله له ، ودعوته عليه ، ودعوته إلى الطعام ، وهـــو من هذا القبيل . وقوله « داعين وهادين » [1] من الصفات المادحة . فإن قلت : أليس يجوز أن يكون من الصفات الكاشفه ، قلت : لا ، لأنـــه في الصفات الكاشفة يكون الموصوف فيه نوع غموض فيكون الوصف حينئذ كاشفاً لذلك الغموض ، بخلاف الصفة المـــادحة ، وهذه الصفة ليس في موصوفها ذلك على ما لا يخفى ، كما في بسم الله الرحمن الرحيم وبينهما تجنيس متواتر .

( يسلكون ) : تحتمل أموراً ثلاثة :

الأول : أن تكون صفة لهم .

الثاني : أن تكون حالاً عنهم . فإن قلت : النكرة لا يقع عنها الحال قلت : النكرة الموصوفة كالمعرفة يقع عنها الحال متأخرة . وههنا اتصف العلماء بقوله : داعين .

الثالث : أن تكون بياناً . كأن قائلاً يقول : كيف دعوتهم إلى سنن سننهم ؟ فقال : يسلكون .

( فيما لم يؤثر عنهم ) : فإن قلت : مـــا موضع هذه الجملة في الأحوال الثلاثة ؟

(١) : قوله « داعين » أقول : ويمكن أن يكونا حالا من رسلاً ، فإن قيل : الحال لا تقع عن النكرة غير المخصصة قلنـــا : حصل التخصيص من استناد بعث . فإن قيل : التخصيص لا يحصل إلا من الإضافة أو التوصيف قلنا : تخصيص حصول التخصيص من التركيب الاضافي والتوصيفي دون الإسنادي تحكم صريح .

قلت : أما في الأول فـالنصب ، لأن الموصوف منصوب على المفعولية ، وأما في الثاني فالنصب على الحالية ، وأما في الثالث فلا محل لها في الإعراب ، اللهم إلا إذا قدرنا مبتدأ محذوفاً نحو : هم يسلكون ، فحينئذ يكون موضع « يسلكون » من الاعراب رفعاً على الخبرية ، وقد علم أن الجملة لا تكتسب شيئـاً من الاعراب إلا إذا وقعت موقع المفرد ، فحينئذ إعرابه محلا .

ويسلكون : من سلك الشيء في الشيء فانسلك : أي أدخله فيه فدخل ، ومصدره سلك بفتح اللام . وأما السلك بكسر السين وسكون اللام فهو الخيط . والمعنى ههنـا : يدخلون فيما لم يؤثر عنهم أي عن الأنبياء عليهم السلام ، وهو على صيغة المجهول أي فيما لم يرو عنهم . وأصله من أثرت الحديث آثره أثراً : إذا ذكرته عن غيرك ، ومنه « حديث مأثور » : أي مسند ينقله خلف عن سلف . قال الأعشى :

إن الـذي فيـه تماريتما    بيّـن للسامـع والآثر

والأصل فيه الهزة ، وقد تلين للتخفيف .

وكلمة « ما » : موصولة و « لم يؤثر » صلتها .

( **مسلك الاجتهاد** ) : كلام إضافي منصوب على المفعولية أي: طريق الاجتهاد . وهو اسم مكان من سلك . والاجتهاد : بـذل الوسع والمجهود . وكذلك الجاهد ، وأصله من الجهد وهو الطاقة ، وكذلك بضم الجيم . ويقـال الجهد بالضم : المشقة . والإجتهاد ، عند الفقهاء : استفراغ الفقيه وسعه لتحصيل [1] الظن بحكم شرعي . وقيل : الاجتهاد :

---

(١) : قولـه « لتحصيل الظن » ، أقول : فإن قيل : هـذا التعريف لا يشمل لاستخراجهم الأحكام الفرضية وأضدادها من المحرمـات القطعية قلنا : إن كل دليل من الأدلة الأربعة الشرعية إنما يثبت به الحكم إذا كان مشتملاً على شرائط ذكر في موضعها ، وذلك أن لا يكون الدليل منسوخـاً ، ولا يكون له معارض مساو أو راجح ، وغير ذلك . والعلم بذلك عسير ، ولهذا ثبت الظن في جميع ما وقع فيه الإجتهاد ، وصار الفقه علماً ظنياً . فإن قيل : فعلى هذا تنقلب القطعيات إلى الظنيات قلنا: لا ، لأن الدليل إن =

بذل المجهود لنيل المقصود ، وفيه إشارة إلى أنهم لا يخرجون عن المأثور عن الأنبياء عليهم السلام ويتبعونهم فيه ، ولا يعدلون [1] إلى الاجتهاد إلا فيما لم يرد عنهم ، فحينئذ يأخذون في ذلك طريق الاجتهاد ، وهو أيضاً في نفس الامر علم بالاثر كما في قضية معاذ رضي الله عنه أنه قال : لما بعثني النبي ﷺ إلى اليمن قال : كيف تقضي إن عرض قضاء ؟ قال ، قلت : أقضي بما في كتاب الله عز وجل ، قال : فإن لم تكن في كتاب الله ؟ قال قلت : بما قضى به رسول الله ﷺ قال : فان لم يكن قضى به الرسول ؟ قال ، قلت : أجتهد برأيي ولا آلو . قال : فضرب صدري وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله ، لما يرضي رسول الله أخرجه البيهقي وغيره .

( مسترشدين منه في ذلك ) : نصب على الحال من الضمير الذي في « يسلكون » : أي حال كونهم طالبين الرشد منه ، أي من الله عز وجل ، وذلك إشارة إلى قوله « بما لم يؤثر عنهم » . والرشد خلاف الغي ، يقال : رشد بالفتح يرشد بالضم رشداً بضم الراء وسكون الشين ، ورشد بالكسر يرشد بالفتح رشداً بفتحتين لغة فيه . والارشاد إفعال يقال : أرشده إرشاداً إذا دله على الخير .

( وهو ولي الرشاد ): أي : الله تعالى هو المرشد والارشاد بيده ، وهو وليه. والولي: بمعنى الصاحب ، وأصله : ولي على وزن فعيل ، من ولي الرجل الامر يليه ولاية : إذا تقلده . والولي : القرب والدنو . وهذه الجملة الاسمية في محل النصب على الحال ، وقد علم أنها إذا وقعت حالاً لا بد فيها من الواو إلا ما ندر ، نحو : كلمته فوه إلى في .

---

= كان بحيث يورث الظن للمجتهد يكون الحكم ظنياً ، وإن يورث اليقين فالحكم يكون قطعياً . وأما الظن بحيث يجوز أن يكون الدليل المتمسك به منسوخاً أو مرجوحاً وغير ذلك فهذا الظن خارج عن العلم الحاصل من الدليل فلا منافاة .

(١) قوله : « لا يعدلون » ، أقول : هذا عجيب من مثله ؛ لأن الاجتهاد يشمل الاستدلال بالأدلة الأربعة ، وليس هو عبارة عن التمسك بالقياس فقط ولهذا قال معاذ رضي الله عنه : اجتهد برأيي ، ولم يقل : اجتهد ليفيد معنى القياس .

## وَخَصَّ أَوَائِلَ ٱلْمُسْتَنْبِطِينَ بِالتَّوْفِيق

( وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق ) : « خص » جملة من الفعل والفاعل وهو الضمير المستتر فيه الذي يرجع إلى الله عطف على قوله « أعلى معالم العلم » ، من خصه بالشيء خصوصاً وخصوصية ، وخصصه واختصه بكذا ؛ أي خصه به .

فالأوائل جمع [ أول ] « وهو نقيض الآخر » وأصله : أوأل على وزن أفعل مهموز الاوسط ، قلبت الهمزة واواً وأدغمت الواو في الواو . وقال بعضهم : أصله: ووأل على وزن فوعل ، قلب الواو الاولى همزة ، وإنما لم يجمع على واول ، لاستثقالهم اجتماع الواوين بينهما ألف الجمع .

قوله : « المستنبطين » : من الاستنباط وهو الاستخراج ، وأصله من نبط الماء ينبط ، وينبط نبوطاً . وأنبط الحفار : بلغ الماء . وعند الأصوليين الاستنباط : استخراج الوصف فيه . وقال الشيخ قوام الدين وغيره : المراد (١) من « أوائل المستنبطين » : هو أبو حنيفة

---

(١) قوله « المراد من أوائل » إلخ ، أقول فإن قيل : لا يخلو إما أن يكون المراد بأولية أبي حنيفة وأصحابه من جميع المجتهدين أولية ذاتية أو زمانية أو بالشرف أو بالرتبة ، وكل من الشقوق المذكورة باطل . أما الأول فلأن أبا حنيفة وأصحابه ليسوا علة للمجتهدين حتى يثبت لهم تقدم ذاتي من المجتهدين. وأما الثاني والثالث والرابع فلتقدم المجتهدين من الصحابة على أبي حنيفة وأصحابه بالزمان وبالشرف والرتبة . قلنا : المراد بالمستنبطين الذين هم فصلوا الأحكام وبوبوا الشرائع بحيث لا يقع فيها تردد للمستنبطين ولا التوقف للمفتين فإنهم وضعوا الأصول فلم يبق حكم إلا وهو داخل تحتها ، واستخرجوا القواعد الكلية بحيث لا يتصور من الفروع إلا وهي تشملها وتتناولها والصحابة لم يفرغوا عن كافة المهمات الضرورية حتى يتوجهوا إلى التبويب والتفصيل . فأول من سبق في هذا المضمار هو أبو حنيفة وأصحابه الأخيار والسابقون ﴿ السابقون . أولئك المقربين ﴾ الواقعة / ١٠ . فاجتهادهم علة لحصول القوة الاجتهادية في المجتهدين الذين جاؤوا من بعدهم بالبينات والزبر ؛ لأنهم واقفون على عرفات معالمهم وسالكون على آثار مراسمهم وآخذون الغرفات عن أنها علومهم ومهتدون على هداية نجومهم ، كما قال ابن المبارك : =

النعمان بن ثابت الكوفي وصاحباه أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ، ومحمد بن الحسن الأنصاري الشيباني رحمهم الله ؛ فإنهم مهدوا قواعد المسائل حتى قيل : إن ما وضعه أصحابنا من المسائل الفقهية هو ألف ألف ومائة ألف وسبعون ونيف مسألة . وقال الخطيب موفق بن أحمد المكي في مناقب أبي حنيفة عن مالك بن أنس رضي الله عنه ، وقد قيل له : كم قال أبو حنيفة في الإسلام ؟ قال : ستين ألفاً ، يعني مسائل . ثم قال الخطيب : ذكر الثقة أن أبا حنيفة قال في السنة ثلاثة وثمانين ألفاً وثمانية وثلاثين أصلاً في العبادات ، وخمسة وأربعين أصلاً في المعاملات . وقال غيره : إن أبا حنيفة وضع ثلاثمائة أصل ، كل أصل يخرج منه عشرة من الفروع . وذهب قوام الدين وغيره من قوله « أوائل المستنبطين » إلى أن المراد منه أبو حنيفة وصاحباه ؛ نظراً إلى أن هذا الكتاب في بيان مذهب أبي حنيفة ، فلذلك خصصه به ، ولكن لا يلزم من ذلك التخصيص بل الظاهر منه فقهاء الصحابة والتابعين أو سائر المجتهدين من الفقهاء المتقدمين ؛ لعموم الكلام .

قوله « بالتوفيق » : يتعلق بقوله « خص » ، وهو حسن[1] عناية الله لعبده . وقال بعض أهل الكلام : التوفيق : خلق الله قدرة الطاعة ، والخذلان : خلق قدرة المعصية .

---

= لقد زان البلاد ومن عليها ... إمام المسلمين أبو حنيفة
بأحكام وآثار وفقه ... كآيات الزبور على الصحيفة
ولا في المشرقين له نظير ... ولا بالمغربين ولا بكوفة
وقد قال ابن إدريس مقالاً ... صحيح النقل في حكم لطيفة
فإن الناس في فقه عيال ... على فقه الإمام أبي حنيفة

فعلى هذا تنتهض صحة كل من الشقوق .

(١) قوله « وهو حسن عناية الله » أقول : وكيف لا !؟ فإنهم إن أصابوا فلهم أجران وإن أخطؤوا فلهم أجر واحد .

حَتَّى وَضَعُوا مَسَائِلَ مِنْ كُلِّ جَلِيٍّ وَدَقِيقٍ . غَيْرَ أَنَّ ٱلْحَوَادِثَ مُتَعَاقِبَةُ ٱلْوُقُوعِ

( **حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق** ) : حتى : للغاية بمعنى إلى ، والمسائل : جمع مسألة وهو موضع السؤال ، كذا قال بعضهم وليس كذلك ، بل المسألة مصدر . قال الصاغاني بمسألة الشيء ومسألة من الشيء : سؤالاً ومسألة .

قوله : « من كل جلي » كلمة « من » للبيان ، وموضعها النصب على الوصفية ، تقديره مسائل جليه ودقيقة . والجلي : الظاهر ، وهو نقيض الخفي : وأراد به المسائل القياسية لظهور إدراكها . وقال صاحب النهاية : نظيرها إذا وقعت البعرة في البئر ، فيه قياس واستحسان . فالقياس : أن تفسد الماء لوقوع النجاسة في الماء القليل ، هذا دليل ظاهر دركه . والاستحسان : أن لا يفسد ؛ لأن آبار الفلوات ليس لها رؤوس حاجزة، والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها ، فجعل القليل عند الضرورة عفواً، ولا ضرورة في الكثير، وهذا دليل خفي دركه . قلت : تخصيص الجلي بالمسائل القياسية فيه نظر؛ لأنه قدتكون مسألة قياسية في غاية الدقة ، ومسألة استحسانية في غاية الجلاء والظهور.

قوله « ودقيقة » : من دق الشيء يدق دقة : أي صار دقيقاً ، وهو خلاف الظاهر . والدقاق بالضم والدق بالكسر مثل الدقيق .

( **غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع** ) : هذا استثناء من قوله « حتى وضعوا» ويضاف إلى قوله . وهو إسم ملازم للاضافة في المعنى ، ويجوز أن يكون صفة للنكرة ، نحو قوله تعالى : ﴿ تعمل صالحاً غير الذي كنا نعمل ﴾ فاطر / ٣٧ ، أو المعرفة [1] قريبة منها ،

---

(١) قوله : « أو المعرفة » ، أقول : وإنما قال : « قريبة »؛ لأن فيه احتمالات أخرى غير الاحتمال المذكور لأنه على قراءة النصب كما هي روايته عن ابن كثير يكون نصبه على الحال عن الضمير المجرور في «عليهم » ، والعامل « أنعمت » أو بإضمار « أعني » ، أو بالاستثناء إن فسر النعم بما يعم وهو مطلق النعمة سواء كان نعمة دنيوية أو أخروية . وأما على قراءة الجر فإما أن يكون بدلاً من « الذين » على معنى ان المنعم عليهم هم الذين سلموا من الغضب والضلال أو صفة له مبينة أومقيدة لأنها إذا كان المراد منه « الذين أنعمت عليهم » المسلمين الكاملين تكون الصفة مبينة بأن الكاملين منهم آمنون عن الغضب =

نحو : ﴿ صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ﴾ . الفاتحة ٧
والثاني : أن يكون استثناء يعرب بإعراب الاسم التالي(١) إلا في ذلك الكلام، تقول: جاء في القوم غير زيد ، وما جاءني من رجل غير زيد ، بالنصب والرفع ، وهو ههنا من هذا القبيل .

والحوادث : جمع حادثة ، وأراد بها المسائل الواقعة بين الناس .

وقوله : « متعاقبة الوقوع » : كلام إضافي مرفوع لأنه خبر أن .

واعلم أن هذا الاستثناء جواب عن سؤال مقدر ، تقديره أن يقال : إذا كان أوائل المستنبطين وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق، فأي حاجة تدعو إلى الإستنباط والتصنيف بعدهم ؟ فأجاب بقوله : و « غير أن الحوادث » إلى آخره ، تقديره أنه قال : نعم ، وإن كان الأمر كذلك لكن الحوادث متعاقبة : أي يقع شيء منها عقيب شيء، فلا تنقطع(٢).

---

= والضلال ، وإذا أريد المؤمنون من غير تقييد بالكمال بحيث يشمل الفاسقين كانت هذه الصفة مخصصة لبعضهم . وأما الاحتمال الأخير أي جعل ( غير ) صفة للموصول مع أنه معرفة وغير نكرة إنما يصح بأحد تأويلين : إجراء الموصول مجرى النكرة إذا لم يقصد به معهود كالمحل في قوله : « ولقد أمر على اللئيم يسبني » ، أو جعل غير معرفة بالإضافة لأنه أضيف إلى ماله ضد واحد وهو المنعم عليه ، فتعين تعين الحركة من غير السكون . كذا في البيضاوي .

(١) ( في الأصل : الثاني إلا في . ولعل الصواب ما أثبتناه ) . اهـ مصححة .

(٢) قوله « فلا تنقطع، الخ »، أقول : الحوادث وإن كانت متناهية في نفسها لانقضاء دار التكليف وانقطاعها كلها لكثرة وقوعها وعدم انقطاعها ما دامت الدنيا غير داخلة تحت حصر الحاصرين وضبط المجتهدين وهو المراد من قوله : فلا تنقطع . ثم اعلم أن تقرير الاعتراض والجواب على ما قرره الشارح لا يساعده السياق ؛ لأنه قال في توصيف أوائل المستنبطين : « حتى وضعوا مسائل من كل جلي ودقيق » فوضع جميع المسائل الدقيقة والجلية يناقضه عدم وضع المسائل عن بعض الحوادث والنوازل، والتناقض يمنع صحة =

## وَالنَّوازِل يَضِيقُ عَنْهَا نِطَاقُ الْمَوضوع

والنوازل تنزل ساعة فساعة ، فلا يستوعب جمعها نطاق مصنوعات الأوائل ؛ فاحتيج إلى وضع آخر على حسب حادثة تحدث ونازلة تنزل . فحاصل الكلام . هذا إشارة إلى وجه شروعه في تصنيف هذا الكتاب والكلام مع أنه قد جرى منه وعد في مبدأ البداية فلا يجوز خلفه في الديانة .

( والنوازل يضيق عنها نطاق الموضوع ) : النوازل ، بالنصب ، عطف على قوله « أن الحوادث » ، تقديره : وأن النوازل ، وهو جمع نازلة ، وهي الأمور الواقعة بين النـــاس .

قوله « يضيق » : فعل ، وقوله: « نطاق[1] الموضوع » كلام إضافي فاعله . والنطاق

= الاستدراك والاستثناء . على أن قوله «والاعتبار بالأمثال من صفة الرجال » ينافي ما ذكره في الجواب ، فيجب أن يغير تقريره إلى هذا التقدير . فنقول : إن قوله « غير أن الحوادث » جواب سؤال مقدر وهو أنه إذا كان أوائل المستنبطين وضعوا المسائل من كل جلي ودقيق فلا حاجة الى وضع آخر وإلا يلزم تحصيل الحاصل ، فلأي معنى تصديت أنت لهذا الكتاب ؟ فأجاب إن مـــا وضعته في هذا الكتاب مأخوذ عما وضعوه لكن الحوادث لما كانت متعاقبة والنوازل غير منقطعة كانت المسائل فيها داخلة تحت أصولهم العامة وقواعدهم الكلية خارجة عن الفروعات المصرحة بعدم حصر الجزئيات ، فاحتيج إلى وضع آخر ليطلع عنه إلى مسائل الحوادث الواقعة المشاركة في أحكام الحوادث المصرحة المذكورة في موضوعاتهم ، ولهذا اختار لفظ الأمثال دون النظائر إشارة إلى هذا المعنــى فلا يرد أيضاً لما كانت الحوادث غير منقطعة فيجب أن يكون الوضع على حسب حادثـة فيلزم التسلسل في الوضـــع ، ولا يرد أيضاً أنه يجب على ما قاله وجوب وجود المجتهد في كل زمان .

(١) قوله : « نطاق » ، أقول : نطاق ، بالكسر ( ونقـــل كلاماً بغير العربية ) . « وليس لها حجزة ولا ينفق ولا ساقان والجمع نطق » طرح ، ينفق السراويل : الموضـع المتسع منه . الحجزة بالضم معقد الإزار ، ومن السراويل موضع التكة . (١٢) قاموس.

بكسر النون هو المنطقة . وقول الجوهري : النطاق : شقة تلبسها المرأة وتشد وسطها ، ثم ترسل الأعلى على الأسفل إلى الركبة ، والأسفل يجر على الأرض ، وليس لها حجزة ولا نيفق ولا ساقان ، والجمع نطق [١]

وكان يقال لأسماء رضي الله عنها « ذات النطاقين ». وأراد بالموضوع ما وضعه الأوائل من التي يستنبطها . والألف واللام فيه بدل من المضاف إليه ، تقديره : نطاق موضوع الأوائل من المستنبطين . وبين قوله « الوقوع » و « الموضوع » سجع مطرف ، وفي قوله « نطاق الموضوع » استعارة تخييلية ، لأن الموضوع [٢] لا نطاق له وإنما استعير النطاق للأجوبة المنقولة عن السلف في الفتاوى . وفي قوله « يضيق عنها » استعارة مرشحة ، وأراد بضيق النطاق عدم كفاية موضوعهم لجميع الحوادث .

( واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد ) : هذا جملة مستقلة بذاتها ، وليس لها موقع من الإعراب ، لعدم وقوعها موقع المفرد ، وتعلقها بما قبلها كأنها جواب عن سؤال نشأ عن الكلام المتقدم ، تقديره أن يقال : لما كانت الحوادث كثر وقوعها ، والنوازل تضيق عنها موضوعات الأوائل فكيف قنص ما كان شارداً منها إذا لم يوقف عليه من عين النصوص ؟ فأجاب بقوله : « واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد » ، يعني: اكتساب النوازل من الحوادث التي تعثر دركها ، ويحتاج فيها إلى الإستنباط بالقياس : والأخذ من موارد النصوص يعني : بالاطلاع على الأوصاف المؤثرة ، وفيه إشارة أيضاً إلى أنه قادر على الاستنباط فيما لم يرد عن السلف ، ولم يؤثر عنهم مطلقاً على مناط الحكيم .

---

(١) ( في الأصل : وليس لها حجرة ولا ينفق . والصواب من اللسان ، وقد نقل صاحب اللسان عن المحكم هذا الكلام بنصه ، وفيه « فالأسفل ينجر » بدل« والأسفل يجر» ) اهـ مصححة .

(٢) : قوله : « لأن الموضوع لانطاق له » ، أقول : شبه موضوعهم بالإنسان ، وأثبت له النطاق .

الاقتناص [1] : من اقتنص : إذا اصطاد وكذلك قنص ومصدره قنص بالسكون . وأما القنص بتحريك النون ، فهو الصيد والشوارد : جمع شاردة ، من شرد البعير يشرد شروداً وشراداً فهو شارد وشرود ، والجمع شرد مثل خدم وخادم . والإقتباس : من اقتبست منه ناراً : أي أخذت منه قبساً ، وهو شعلة من نار ، وكذلك المقباس. يقال[2]: قبست منه ناراً أقبس قبساً فاقتبس [ أي ] : أعطاني منه قبساً . والموارد : من ورد فلان وروداً : حضر . وأراد بها موارد النصوص من الكتاب والسنة . وهذا التركيب يشتمل على أنواع من محاسن البديع :

الأول : فيه استعارة تخييلية واستعارة ترشيحية . التخييلية [3] في قوله «الشوارد»، حيث شبه الحوادث بالوحش الشارد على التخييل . والترشيحية في قوله : « اقتناص » ، حيث أورد صفة ملائمه للمستعار منه وهو الاقتناص على سبيل الترشيح .

---

(١) : قوله « الاقتناص » ، أي : اصطياد الصيود النافرة ، شبه المسائل التي يصعب فهمها وإفهامها بالصيود النافرة في انتفاء المؤانسة والارتباط ، وأثبت له الاقتناص الذي هو الاصطياد ، على سبيل الترشيح ، ثم شبه المأخذ الذي يستنبط منها المسائل بالموارد ، في أن كلا منهما محل لأخذ ما هو سبب الحياة ، فإن الماء سبب الحياة ، قال الله تعالى : ﴿ وجعلنا من الماء كل شيء حي ﴾ الأنبياء / ٣٠ ، وكذلك العلم ، قال النبي ﷺ : « من صار بالعلم حياً لم يمت أبداً .

(٢) [ في الأصل : يقال : قبست منه ناراً أقتبس قبساً فاقتبس أعطاني . والصواب من اللسان ] اهـ مصححة .

(٣) : قوله « التخييلية في قوله » ، أقول : فإن قيل : إن التخييل إضافة خواص المشبه به إلى المشبه ، ولم يذكر ههنا الخواص ، فكيف يحقق الاستعارة التخييلية قلت : في تشبيه الحوادث بالوحش استعارة مكنية ، وفي إثبات الشرود للحوادث تخييلية ، وفي إضافة الاقتناص إليها ترشيحية .

الثاني فيه [1] جناس لاحق بين قوله « الشوارد » و« الموارد » نحو قوله [2] تعالى : ﴿ ويل لكل همزة لمزة ﴾ الهمزة ١ ، وقوله : ﴿ وإذا جاءهم أمر من الأمن ﴾ النساء/٨٣ ، وقوله تعالى : ﴿ ذلكم بما كنتم تفرحون في الارض بغير الحق وبما كنتم تمرحون ﴾ [3] غافر / ٧٥ ، كل هذا جناس لاحق .

الثالث : فيـــه سجع ترصيع ، نحو قول الحريري : فهو يطبع الاسجاع بجواهـر لفظه ويقرع الاسماع بزواجر وعظة .

---

(١) : قوله « الثاني : فيه » ، أقول : الحرفان اللذان وقع فيهما الاختلاف إن كانا متقاربين في المخرج سمي الجناس مضارعـــاً وهو ثلاثة أضرب : لأن الحرف إما في الأول نحو « بيني وبين كني ليل دامس وطريق طـــامس » أو في الوسط نحو قوله تعالى : ﴿ وهم ينهون عنه وينـــأون عنه ﴾ الانعام / ٢٦ ، أوفي الآخر نحو : « الخيل معقود بنواصيها الخير » . ولا يخفى تقـــارب الدال والطاء ، وكذا الهاء والهمزة ، وكذا اللام والراء وإلا أي : وإن لم يكن الحرفان متقاربين سمي لاحقاً ، وهو أيضاً إمـــا في الأول نحـــو : ﴿ ويل لكل همزة لمزة ﴾ الهمزة / ١ ، أو في الوسط نحو : ﴿ ذلكم بما كنتم تفرحون في الأرض بغير الحق وبما كنتم تمرحون ﴾ غافر / ٧٥ ، أو في الآخر نحـــو : ﴿ وإذا جاءهم أمر من الأمن ﴾ النساء / ٨٣ . كذا في كتب البلاغة والبيان .

(٢) : قوله : « نحو قوله » ، أقول : الهمزة : العياب للناس . ( واللمزة ) الذي يعيبك في وجهك ، والهمزة من يعيبك في الغيب .

(٣) : قوله : « ذلكم » ، أقول : في المطول : وفي عدم تقارب الفـاء والميم نظر ، فإنهما شفويتان . وإن أريد بالتقارب أن يكونا بحيث تدعم إحداهما في الأخرى فالهـــاء والهمزة ليستا كذلك ، انتهى . قـــال العلامة ( حطبي ) قد يجاب عنه بأن المراد من تقارب المخرج ههنا قصر المسافة بين المخرجين وإن كانا مختلفين ، وليس بين مخرجي الفـــاء والميم تقارب بهذا المعنى ، لأن الميم من ظاهر الشفتين ، والفاء من باطن الشفة السفلي وأطراف الأسنان . وأنت خبير بأن هذا الجواب يدل على عدم اتحاد مخرجها لا على المسافة بينهما .

# وَالاعْتِبَارُ بِالأَمْثَالِ مِنْ صِفَةِ الرِّجَالِ

( والاعتبار بالأمثال من صفة الرجال ) : الإعتبار مبتدأ، وخبره: من صفة الرجال والجملة معطوفة على ما قبلها ، وهي جواب عن سؤال ينشأ من الجملة المتقدمة ، تقديره ان يقال : إذا كان اقتناص الشوارد ، والنوادرمن الأحكام لا يكون إلا الاقتباس من موارد النصوص يكون ذلك أمراً عظيماً ، لا يقدر على ذلك إلا السلف المشهورون بالاستنباط وإدراك المعاني الخفية ، فأجاب عنه بقوله: « والاعتبار بالأمثال من صفة الرجال » ، يعني إظهار الأحكام بالاقسام بالقياس من صفة الرجال الكاملين ، والسلف كانوا رجالاً كاملين، ونحن أيضاً رجال يسوغ لنا الاعتبار بالأمثال ، كما ساغ لهم ذلك . وهذا كقول أبي حنيفة ، رضي الله عنه ، في حق التابعين : هم رجال نزاحمهم كما يزاحموننا . وهذا ، في الحقيقة ، اعتذار عن شروعه في التصنيف .

والاعتبار مصدر من اعتبرت الشيء : إذا رددته إلى نظيره .

والأمثال : جمع مثل بكسر الميم ، كالأشباه جمع شبه ، وأراد به المقيس عليه . وفيه من المحاسن اشتماله على سجع مطرف ، وهو ما يختلف فيه الفاصلتان ، نحو قوله تعالى : ﴿ ما لكم لا ترجون لله وقاراً وقد خلقكم أطواراً ﴾[1] نوح / ١٣ ، وإن لم يختلف فهو سجع ترصيع .

---

(١) : قوله « ما لكم لا ترجون » ، أقول : « لا تأملون له توقيراً أي تعظيماً لمن عبده وأطاعه فتكونون على حال تأملون فيها تعظيمه إياكم ، و « لله » بيان للموقر ، ولو تأخر لكان صلة للوقار . أولا تعتقدون له عظمة فتخافون عصيانه . وإنما عبر عن الاعتقاد بالرجاء التابع لادنى الظن مبالغة . وقد خلقكم أطواراً : حال مقررة للانكار من حيث إنها موجبة للرجاء بأن خلقهم أطواراً أي تارات ، اذ خلقهم أولاً عناصر ، ثم مركبات تغذي الانسان ، ثم أخلاطاً ، ثم نطفاً ، ثم علقاً ، ثم مضغاً ، ثم عظاماً ولحوماً ، ثم أنشأهم خلقاً آخر ، فإنه يدل على أنه يمكن أن يعيدهم تارة أخرى فيعظمهم بالثواب ، وعلى أنه تعالى عظيم القدرة تام الحكمة ثم أتبع ذلك ما يؤيده من آيات الآفاق » ، كذا في البيضاوي .

( وبالوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ ) : وبالوقوف : عطف على قولــه « بالأمثال » ، والتقدير : قياس الأحكام على نظائرها من صفة الرجال الكاملين وبالوقوف على مآخذ الاحكام ، من : وقفت الدابة تقف وقوفـــاً ، ووقفتها[1] أنا وقفاً . يتعدى ولا يتعدى .

وقوله « يعض عليها » جملة فعلية وقعت حالاً من المـــآخذ . وقد عرفت ان الجملة الفعلية إذا وقعت حالاً وكان فعلها مضارعاً مثبتاً لا يحتاج[2] إلى الواو ، بل لا يجـوز ، نحو : جاء الامير تقـــاد الجنائب بين يديه . وأشار بهذا التركيب إلى صعوبة الوقوف على مآخذ الاحكام ، وأنه من صفة الرجال الكاملين لا من صفة كل رجل واحد . وقـــال الشيخ قوام الدين : قوله « بالوقوف » إلى آخره : جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقال : نعم ، إن موضوعات المتقدمين لا تكفي جميع الحوادث، لوقوعها متجددة . وهذا المعنى يقتضي التصنيف والاستنباط ، ولكن هل فيك تلك الصلاحية حتى اجترأت على التصنيف؟ فأجاب عنه وقال : نعم ، لان السلف لم يقع صنيعهم على ما عليه من الحسن والإحكام إلا باعتبار وقوفهم على مادة الاحكام ، فنحن نشاركهم في هذا المعنى . قلت : هذا كلام[3] بعيد جداً لا يعضد[4] من التركيب ، ولا يوافق مـــراد المصنف على ما ( لا ) يخفى على الفطن . والظاهر أن المراد من هذا الكلام والذي قبله انه أراد بهذا هضم نفسه عن رتبة

(١) : ( في الاصل : ... تقف وقوفاً ، ووقفاها به تمدى ولا يتعدى . وأثبت عبارة اللسان ) اهـ مصححة .

(٢) : قوله « لا يحتاج » إلخ ، أقول : لان له مشابهة لفظـــاً ومعنى باسم الفاعل الذي يستغني عن الواو .

(٣) قوله : « هذا كلام » إلخ ، أقول : وكذا حال ما قـــال المولوى عبد الغفور : هذه الجملة إشارة إلى أن تصوير المسائل إذا كان مع الدليل يكون محكماً ، فذلك إشعار بأنه لم يكتف في كتابه بذكر المسائل بل أورد الدليل أيضاً انتهى كلامه .

(٤) قوله : « لا يعضد » ، أقول : لان الاستئناف والبيان لا يتأتى عليها الواو .

وَقَدْ جَرَى عَلَيَّ ٱلوَعْدُ فِي مَبْدَأ « بِدَايَةِ المبْتَدِي » أَنْ أَشْرَحَهَا ، بِتَوفِيقِ اللهِ تَعَالَى، شَرحاً أَرْسُمُهُ بِـ « كِفَايَةِ المنتهي »

التصنيف ، لان ذلك بالاعتبار بالامثال ، وبالوقوف على مآخذ الاحكام ، ولكن لما جرى الوعد منه في مبدأ بداية المبتدي بشرح يرسم بكفاية المنتهي ، على ما صرح بـه في المتن شرع فيه لاجل وفائه بوعده ، وإن كان لا يرى نفسه من رجال هذا الميدان . وأشار بهذا إلى أن مآخذ الاحكام والوقوف عليها لا يحصل إلا بمعاناة الشدة في ذلك ، وهو معنى قوله : « يعض عليها » ، أي على المآخذ « بالنواجذ » . والعض بالنواجذ كنـاية عن الاحكام والاتقان بعد نصب عريض ، والشخص إذا أراد شدة الاخذ يعض بالنواجذ ، وهي بالذال المعجمة ، جمع ناجذ وهو آخر الاضراس ، والانسان أربعة نواجذه ، في أقصى الاسنان بعد الارحاء ، ويسمى : ضرس الحلم ، لانه ينبت بعد البلوغ وكمال العقل. ويقال: ضحك حتى بدت نواجذه : إذا استغرب فيه . وفيه من السجع المطرف ، وقـد بيناه فيما مضى .

( **وقد جرى علي الوعد في مبدأ « بداية المبتدي » أن أشرحها بتوفيق الله تعـالى شرحاً أرسمه بـ « كفاية المنتهي »** ) : أصل جرى من الجريان ، يقال : جرى الماء وغيره جرياً وجرياناً ، وأجريته أنا . ولما ضمن جرى هاهنا معنى ورد عدي بـ « على » ، وهو فعل ماض وفاعله « الوعد » . وكلمة « قد » فيه للتحقيق . والمبدأ بفتح الميم موضع البدء[1] ، والبداية ، بكسر الباء ، مصدر بدأ ، يقال : بدأت بالشيء بدءاً : ابتدأت به ، وبدأت الشيء : فعلته . والمبتدىء : فاعل من الابتداء .

قوله : « أن اشرحها » ، أي : بأن أشرحها ، وهـو متعلق بالوعد . و « أن » : مصدرية . والتقدير : وقد جرى علي الوعد للاصحاب بأن أشرح بداية المبتدي .

الباء في « بتوفيق الله » يتعلق بأشرحها ، ومحلها النصب على الحال ، تقديره : متلبساً بتوفيق الله تيسيره على ذلك .

---

(١) : ( في الاصل : موضع البدل . تصحيف ) اهـ مصححة .

قوله : « شرحا » : نصب على المصدرية .

قوله : « أرسمه » : جملة من الفعل والفاعل والمفعول ، في محل النصب على أنها صفة « شرحا » : من رسم الشيء : إذا علم عليه . ورسم عليه : إذا كتب . والمعنى[1] هنا : أسميه .

فإن قلت : الواو في « وقد جرى » ما هي ؟ قلت : يجوز أن تكون عاطفة عطف جملة ، ويجوز أن تكون حالية. فان قلت : كيف وجه ذلك في الموضعين ؟ قلت :

أما في الاول ، فتكون فيه إشاره الى هضم نفسه ؛ والى أنه غير أهل للتصنيف ، لان الاعتبار بالامثال والوقوف على المآخذ من صفة الرجال الكاملين ، وهو ليس منهم ، ولكن لما جرى عليه الوعد فى مبدأ « بداية المبتدي » شرع فيه حال كون الوعد يسوغ بعض المساغ ، لئلا[2] يكون ممن اذا وعد أخلف ، فيدخل تحت الوعيد .

وأما في الثاني ففيه إشارة إلى أن فيه صلاحية للتصنيف ، وأنه من أهله ، وأنه حصل له الوقوف على المآخذ بالإتقان ، كما حصل لهم ، فحينئذ جاز له الاعتبار . والحال أنه قد جرى عليه الوعد ، وهو مما يسوغ بعض المساغ ، يعني منفرد عن صلاحية الوعد للاتيان بالموعود فكيف مع الصلاحية ؟ .

---

(١) : قوله : « والمعنى ههنا » إلخ ، أقول : وفيه أن الشرح مصدر ، فلا يصح رجوع الضمير إليه إلا إذا جعل من باب الاستخدام. وفيه أنه لا يصح توصيفه به إذ جعل في كلامه مضافاً محذوفاً مقدر أي أرسم أثره .

(٢) : قوله « لئلا يكون » إلخ ، أقول : فان قيل : قال الله تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً ﴾ الاسراء / ٣٤ والعقل لا يشهد على أن الوعد يصح ان يكون مسؤولاً ، لان السؤال من المكلفين قلنا ، في البيضاوي : وأوفوا بالعهد : بما عاهدكم الله من تكاليفه أو ما عاهدتموه وغيره . إن العهد كان مسؤولاً : مطلوبا يطلب من المعاهد أن لا يضيعه ويفي به ، أو مسؤولا عنه يسأل الناكث ويعاتب عليه أو يسأل العهد لم نكثت ؟ تبكيتا للناكث « كما يقال للموؤودة بأي ذنب قتلت ؟ فيكون تخييلا . ويجوز أن يراد أن صاحب العهد كان مسؤولاً . انتهى

واعترض الشيخ قوام الدين في هـــذا المقام ، فقال : قال بعض الشارحين فيه بأن المصنف لم تتأهل نفسه للشرح . ثم قال : يعني أن المانع ، وهو عدم الصلاحية ، متحقق إلا أن الوعد يحرض عليه ، ولولاه لامتنع . ثم قال : قوله هذا الكلام صادر لا عن تفكر وتبصر ، لان سياق كلام المصنف في قوله « غير أن الحوادث » ينفر عن ذلك أو يأباه ، الى ما نادى بأعلى صوته في قوله « والاعتبار بالامثال من صفة الرجال » مثبت صلاحيته مدعيا كماله ، فإذا حققت ما بينه قبيل هذا عرفت مزلّ قدم الشارح.

قلت : أراد بهذا الحط على صاحب النهاية وتاج الشريعة وكلامه هو صـادر عنه غير منكر ، لأن قوله « غير أن الحوادث » كيف ينفر عن ذلـــك ؟ وأي دليـل من أنواع الدلالات يدل على ذلك ؟ لأنه الذي يقتضيه فحوى التركيب ومعنى التركيب الوجهان[1] اللذان ذكرناهما ، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر في الوجه الذي ذهب إليه صاحب النهاية وتاج الشريعة لدلالة السياق عليه ، فافهم .

( **فشرعت فيه** ) : أي في الشرح المسمى بـ « كفـــاية المنتهي » . والفاء للسببية ، وذلك لان وعده كان سببا لشروعه فيه .

( **والوعد يسوغ بعض المساغ** ) : يسوغ ، أي يجوز . يقال : له ما فعل : أي جاز له . وأنا سوغت له ، أي : جوزته . والمساغ بفتح الميم ، مصدر ميمي بمعنى السوغ[2] أي التجويز . والجملة وقعت حالاً من التاء في « شرعت » .

فإن قلت : الجملة الحالية تحتاج إلى ضمير يرجع إلى ذي الحال ، قلت : يجـــوز خلاء الجملة الحالية عن الضمير إذا أجريت مجرى الظرف لابتعـــاد الشبه بينهما حينئذ ، ونحو

---

(١) : قوله . « الوجهان » أقول : لان قوله « وقـــد جرى » إذا كان معطوفا على الجملة السابقة فلوجوب التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه سيكون الشارح باقراره خارجا عن أهل الاعتبار والعلماء الابرار ، لكن هذا الوجه لا يخلو عن ضعف ، لان عطف الجملة الفعلية على الاسمية يخرج الكلام عن محسنات الفصاحة .

(٢) [ في الأصل : المسوغ ، والصواب ما أثبتناه ] اهـ مصححة .

قولك : أتيتك والجيش قادم ، والمعنى : أتيتك هذا الوقت . والظرف لا يفتقر إلى ضمير عائد منه إلى ما تقدمه ، فكذا ما اجرى مجراه . وكذلك حكم الجملة الواقعة خبراً عن ضمير الشأن على ما تقرر في موضعه .

قوله « بعض المساغ » : كلام إضافي منصوب بقوله « يسوع » . وقال الشيخ قوام الدين : و « بعض المساغ » منصوب على أنه مفعول مطلق ، مثل قوله تعالى : ﴿ والله أنبتكم من الأرض نباتاً ﴾[1] نوح ١٧ ، فقرن بالفعل غير مصدره كما في الآية . قلت : ليس الأمر كذلك من وجهين :

الأول : أنه يلزم ، على ما ذكره ، أن تكون لفظة « بعض » في حكم المطروح ، وليس كذلك . بل هو مقصود بالذكر ، لأنه أشار به إلى أن الوعد بالتبرع ليس موجباً ، لأنه يجوز حيناً . والمصنف أشار إلى ذكر ذلك بقوله : إن موعدي بعض الجائزات والممكنات ، فمن الجائز وقوع بعض الممكنات وإن لم يقع[2] موعدي ، لأنه بعض الممكنات لا كلها ، فلأجلها شرعت في الشرح رجاء أن يكون موعدي من ذلك البعض الواقع . فإذا كان كذلك كيف يكون انتصاب « بعض المساغ » على أنه مفعول مطلق ؟ بل هو منصوب على أنه مفعول به . ومع هذا يلزم على تقديره هذا أن يقرأ يسوغ بالتخفيف دون التشديد .

---

(١) : قوله « والله » إلخ ، أقول في البيضاوي : أنشأكم منها ، فاستعير الانبات للانشاء ، لأنه أدل على الحدوث والتكون من الأرض . وأصله : أنبتكم إنباتاً فنبتم نباتاً ، فاختصر اكتفاء بالدلالة الالتزامية . انتهى .

(٢) : قوله « وإن لم يقع » ، أقول لان الممكنات غير متناهية ، ووقوع غير المتناهي محال . فإن قيل : إن الكلي كما يصدق على كل واحد من الأفراد منفرداً يصدق على المجتمعات كذلك ، فيلزم أن يكون مجموع الممكنات جائز الوقوع — قلنا : إن معية الامكان لا تستلزم إمكان المعية ، فوقوع المجموع بوصف الهيئة الاجتماعية لا يتصور لاجل ذلك . والسر فيه أن الهيئة الاجتماعية ليست من ذاتيات معنى الامكان أو من لوازمه ، فلا يصدق الممكن على الممكنات بقيد هذه الحيثية .

**الوجه الثاني : أن تمثيله بالآية غير صحيح ، لأن « نباتاً » واقع مفعولاً لقوله أنبتكم على** معنى « إنباتاً » ، وليس وقع لفظ المساغ ، ههنا ، مفعولاً لقوله « يسوغ » ، وإنما المفعول ههنا لفظة « بعض » على ما ذكرنا ، والمفعول ههنا مفعول بـه ، والذي في الآية مفعول مطلق فكيف تحقق المماثلة بينهما ؟ ! .

( **وحين أكاد أتكيء عنه اتكاء الفراغ** ) : بين هذا الكلام وبين ما قبله من السجع : المطرف ، ولهذا قدم لفظة « عنه » ، لأجل السجع ، وإلا فحقه أن يقال: أتكيء اتكا الفراغ عنه .

قوله « أكاد » : من الأفعال المقاربة . يقال ، كاد يفعل كذا يكاد كوداً ومكادة[1] أي قـارب ولم يفعـل . ولـ « كاد » اسم وخبر ، إلا أن خبره يجب أن يكون فـ مضارعاً متأولاً باسم الفاعل ، نحو : كاد زيد يخرج ، الأصل : كاد زيد خارجاً. ويستعمـ بغير « أن » ، وربما يستعمل استعمال عسى في إثبات « أن » بعده . قال الشاعر :

قد كاد من طول البلى أن يمصحا

وقد يستعمل عسى بغير « أن » كما في كاد . قال الشاعر :

عسى اللهم الذي أمسيت فيه ... يكون وراءه فرج قريب[2]

قوله « أتكيء عنه » : أي عن الشرح . يقال ، اتكـأ عن الشيء فهو متكيء ، والموضع متكأ . وقال صاحب النهاية : عدي الاتكاء بـ « عن » ، وإن كان هو يعدى بـ « على » ، لتضمين معنى الفراغ ، كما في قوله تعالى : ﴿ ففرحن إليك ﴾ على تضمين معنى الامالة ، وتبعه على ذلك صاحب الدراية . وقال الشيخ قوام الدين : فيه نظر ، لأنـه حينئذ يكون معناه : أفرغ عنه فراغ الفراغ ، وهو ، كما ترى ، فاسد من العبارة . وصح عندي أنه من باب التقديم والتأخير ، أي : اتكاء الفراغ عنه أي الشرح وهو الا« كفاية ». وتبعه على ذلك الشيخ أكمل الدين . ويمكن أن يقال : التضمين صحيح ، والفراغ يكون

---

(١) : [ في الاصل : مكايدة ، وهو تصحيف ] اهـ مصححة .

(٢) : [ ورد في البيت عدة تصحيفات: « اللهم »،« وراه »،« فوج » ] اهـ مصححة.

بمعنى الفارغ ، لما يقال : رجل عــدل بمعنى عادل ، للمبالغة ، فلا يلزم ما ذكر من المحذور .

( **تبينت فيه نبذاً من الاطناب وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب** ) : أي : علمت فيه ، هكذا فسره الشراح . وأصل معناه . الظهور . يقال : بان الشيء بيانــاً : اتضح فهو بين ، وكذلك أبان الشيء فهو مبــين . وأبنته أنا أي : أوضحته . واستبان الشيء : ظهر . وتبينته أنا ، تتعدى [١] هذه الثلاثة ولا تتعدى . والتبيين [٢] : الايضاح والوضوح . وفي المثل : قد بين كذا أي : تبين .

قوله « فيه » : أي في الشرح المذكور .

قوله « نبذاً » بفتح النون ، وسكون الباء الموحدة ، وفي آخره ذال معجمة ، أي : شيئاً يسيراً . ويقال : أصاب الأرض نبذ من مطر أي : شيء يسير [٣] .

والاطناب [٤] : من أطنب في الكلام : إذا بالغ [٥] فيه . وفي الاصطلاح :الاطناب: أداء المقصود بأكثر من العبارة المتعارف بها .

قوله « أن يهجر » ، أي : يترك . قال الجوهري : هجر أي : ترك

---

(١) : [ في الأصل : بتقدير ، وهو تحريف . والصواب من اللسان ] اه مصححة .

(٢) : [ في الاصل : والتبين ، والصواب من اللسان ] اه مصححة .

(٣) : [ في الاصل : شيئاً يسيراً . وهو خطأ من الناسخ ] اه مصححة .

(٤) : قوله « الاطناب » إلخ ، وهو إما بالايضاح بعد الابهام ليرى المعنى فيصورتين إحداهما مبهمة ، والاخرى موضحة ، وعلمان خير من علم واحد ، أو ليتمكن في النفس فضل تمكن بما جبل الله النفوس عليه من أن الشيء إذا ذكر فيها ثم بين كان أوقع عندنا ، أو لتتمكن لذة العلم به . كما لا يخفى من أن نيل الشيء بعد الشوق والطلب ألذ . فإن قيل: فالاطناب إذا كان متضمناً بهذه الفوائد ، فكيف يكون قابلا للترك ؟ قلنا : إن فـوائده منحصرة في مواضعها المقتضية له ، وإلا فالمساواة والايجاز أولى منه على العموم .

(٥) : [ في الاصل : بلغ ، والصواب ما أثبتناه ] اه مصححة .

قوله « لاجله » أي : لاجل الاطناب .

وقوله « تبينت » عامل في قوله « حين » . وقوله « أتكىء » : جملة خبر « كاد » . وقوله « اتكاء الفراغ : كلام إضافي منصوب على المصدرية .

قوله « نبذاً » : مفعول تبينت . وقوله « أن يهجر » في محل نصب على المفعولية ، و « أن » مصدرية . و « خشيت أن يهجر لاجله الكتاب » : أي : يترك لاجل الإطناب.

( فصرفت عنان العناية ) : الفاء للسببية . و « صرفت » من الصرف ، وهو الرد . يقال : صرف الله عنك الأذى أي : رده . والمعنى ، ههنا ، وجهت . والعنان بالكسر مفعول صرفت ، وهو ، في الأصل ، عنان الفرس ، ولكن أراد به ههنا عنان خاطره .

والعناية : اسم من عنى يعني ، من باب ضرب يضرب . يقال : عنيت بالقول كذا أي : أردت .

ويقال : عني عناء وتعنى ، ومعناه : نصب [1] ، وعنا يعنو عنواً وعنياً ، معناه : خضع . والمعنى ، ههنا ، عناية القلب . ويقال : أراد بالعنان « الظاهر » وبالعناية : الباطن . ويقال : أراد بالعنان العلم ، وبالعناية القلب .

( إلى شرح آخر موسوم بـ « الهداية » ) : إلى : متعلق بقوله « صرفت » . و « آخر » : على وزن أفعل غير منصرف ، للصفة ووزن الفعل . « موسوم » : أي : يسمى . وهذا بالجر صفة الشرح .

و « موسوم » : من وسم يسم وسماً وسمة . وسمته : إذا أثرت فيه بشيء . والهداية [2] ، في الأصل ، مصدر ، لكن جعلت ههنا علماً للكتاب .

---

(١) : في الأصل : عنى عنياً ويعنى معنياً ومعناه . في العبارة تحريف وسقط فأثبتنا عبارة اللسان ] اهـ .

(٢) : قوله « والهداية » أقول : والتسمية بها من قبيل تسمية الشيء باسم وصفه إظهاراً للمبالغة من قبيل : زيد عدل.

أجمعُ فيه، بتوفيق الله تعالى، بين عُيونِ الرِّواية ومُتُونِ الدِّراية، تاركاً للزَّوائدِ في كلِّ باب، مُعرِضاً عنْ هـــذا النَّوعِ من الإسهاب، مع ما إنَّه يَشْتَمِلُ عَلَى أُصولٍ تَنْسَحِبُ عليها فُصول.

( أجمع فيه ) : أي في شرح آخر، للذي سماه « الهداية »، وهو جملة من الفعل والفاعل، والضمير المستتر فيه، ومحلها النصب على الحال من الضمير في « صرفت »، وهو من الأحوال المقدرة.

( بتوفيق الله تعالى ) : أي تيسيره (١) وعونه.

( بين عيون الرواية ومتون الدراية ) : العامل في « بين » أجمع. والعيون : جمع عين الشيء أي : خياره، وأراد به ما ينقل عن العلماء من المسائل المجازة. والرواية : مصدر : روى. والمتون : جمع متن الشيء أي : قوته. ومنه سمي الظهر متناً، لأن بالظهر قوة البدن وقوامه. يقال : متن الشيء متناً، وبالضم متانة فهو متين : إذا صلب. والدراية : مصدر درى، وأراد ما يستنبط من العلوم. والحاصل أن عيون الرواية التي اختارها العلماء، ومتون الدراية المعاني المؤثرة والنكات اللطيفة.

( تاركاً للزوائد في كل باب، معرضاً عن هذا النوع من الاسهاب ) : تاركاً : حال من الضمير الذي في « أجمع »، وكذلك « معرضاً » حال إما من المتداخلة أو من المترادفة، والمراد من « الزوائد » الفروع الأخر التي ذكرها غيره معراً (٢). وأشار بقوله: « عن هذا النوع من الاسهاب » إلى ما وقع في كفاية المنتهي من الإسهاب أي : الإكثار في الكلام. يقال : أسهب الرجل : إذا أكثر من الكلام، فهو مسهب بفتح الهاء، ولا يقال بكسرها وهو نادر وخارج عن القانون. وأسهب الفرس : اتسع في الجري والسبق. وبين « الباب » و « الاسهاب » جناس أيضاً كما بين الرواية والدراية.

( مع ما إنه يشتمل على أصول تنسحب عليها فصول ) : كلمة « مع » : للمصاحبة.

---

(١) : قوله « تيسيره » أقول : هـــذا إشارة إلى أن المراد منه التيسير دون المعنى المتعارف عليه للتوفيق.

(٢) هكذا في الأصل اهـ مصححة.

و « ما » مصدرية . فإن قلت : « مع » اسم أو حرف ؟ قلت : اسم ، بدليل دخول التنوين عليها في قولك « معاً » . وتسكين عينها لغة تميم وربيعة بلا ضرورة خلافاً لسيبويه . وتستعمل مضافة ، وتكون ظرفاً ، ولها حينئذ ثلاثة معان :

أحدها : موضع الاجتماع ، ولهذا يكني بها عن الذوات ، نحو : ﴿والله معكم﴾ محمد/٢٤

والثاني : زمانه[1] ، نحو : جئتك مع العصر .

والثالث : مرادفة عند .

وههنا على المعنى الأول ، والتقدير : مع شمول الذي أجمعه على أصول تنسحب عليها فصول من الفروع .

وشمَل ، بفتح الميم [2] ، من شملهم الأمر : إذا عمهم . والأصول : جمع اصل : وهو ما يبنى عليه غيره [3] .

وينسحب : من سحبت ذيلي فانسحب ، أي : جررته فانجر . والفصول : جمع فصل ، وهو في اللغة : القطع . يقال : فصلت بين الشيئين ، إذ فرقت بينهما . وأراد بالفصل ، ههنا ، الحاجز بين الحكمين في الفروع التي يوردها في كتابه . وبين الأصول والفصول جناس .

(١) : [ في الأصل : زمانية ، ولعل الصواب ما أثبتناه . انظر مغني اللبيب «مع » ٤٣٩ ] ا هـ مصححة .

(٢) : في الأصل ، بضم الميم ، وهو خطأ لعله من الناسخ . والذي في المعجمات : شمل كفرح ونصر ] ا هـ مصححة .

(٣) : قوله « وهو » إلخ ، فإن قيل : له معان أخرى مثل : القاعدة الكلية ، والدليل ، فترك المعاني الاخرى والاختيار من جملتها ما ذكر لا يخلو عن الترجيح بلا مرجح قلنا : إن النقل خلاف الاصل ، والابتناء كما يشمل الابتناء الحسي كابتناء السقف على الجدران وابتناء أعالي الجدار على أساسه وأغصان الشجرة على دوحتها كذلك الابتناء العقلي كابتناء الحكم على الدليل ، فهنا يحمل على المعنى اللغوي مع أن المذكور يشمل لجميع المعاني فهو أرجح من جملتها .

وأَسأَلُ اللهَ أَنْ يُوَفِّقَنِي لإِتمامِها، ويختمَ لي بالسَّعادة بعدَ اختتامها
حتَّى إنَّ مَنْ سَمَتْ هِمَّتُهُ إلى مزيد الوقوف يرغبُ في الأطول والأكبر،

---

( وأسأل الله ان يوفقني لاتمامها ، ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها ) : « أسأل » ، جملة دعائيه ولا محل لها من الإعراب . و « أن يوفقني » : في محل النصب على المفعولية. و « أن » : مصدرية ، والتقدير : أسأل الله التوفيق ، وقد مر تفسيره من [ قبل ] .

قوله « ويختم » : عطف على « يوفقني » . و « بعد » : نصب على الظرفية ، والعامل فيه قوله « يختم » ، وفيه من السجع والتزيين الكلام .

( حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب في الأطول والأكبر ) : «حتى»: للغاية في الأصل ، ولكن ، ههنا ، فيه معنى التعليل ، وليست للجر بدليل « إن » بعدها بالكسر ، ولو كانت للجر لفتحت همزة إن ، لأن القاعدة أن حروف الجر إذا دخلت على « إن » فتحت همزتها ، نحو : ﴿ ذلك بأن الله هو الحق ﴾ الحج/٦ فإن قلت : هذا يرتبط بماذا ؟ قلت : بقوله « فصرفت عنان العناية » ، ويجوز أن يرتبط بقوله « تاركاً للزوائد في كل باب معرضاً عن هذا النوع من الإسهاب » ، وذكر هنا شيئين : تركه للزوائد ، وإعراضه عن التطويل ، وذكر في مقابلتها شيئين : الرغبة في الأطول والأكبر ، والاقتصار على الاقصر والاصغر . وأشار إلى [ أن ] من كانت همته عالية يرغب في الفصل الأول ، ومن كانت همته قاصرة يقتصر على الفصل الثاني .

قوله « سمت » : أي : علت ، من السمو وهو العلو .

والهمة ، بكسر الهاء : ما يهم فيه الرجل بقلبه وقالبه . وجاء الفتح في الهاء .

قوله « مزيد الوقوف » ، أي : زيادة الوقوف على الاقسام المسيرة من الفروع .

قوله « يرغب » : من رغب في الشيء : إذا أراده ، رغبة ورغباً بالتحريك[1] ، وارتغب فيه مثله .

ورغب عن الشيء : إذا لم يرده . ومحل «يرغب» الرفع، لانه خبر لقوله «من سمت».

والاطول يقابله الاقصر ، والاكبر يقابله الاصغر ، والاشياء تتبين بضدها .

---

(١) : [ في الاصل : رغبة ورغباناً بالتحريك ، والصواب ما أثبتناه ] اهـ مصححة .

## ومَنْ أعجله الوقتُ عنه يقتصر على الأقصر والأصغر
## وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله

**( ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر )** : أعجله بمعنى عجله أي : استحثه عن أن يزيد الوقوف . وفيه من محاسن الكلام اشتماله على الطباق ، ويسمى المطابقة : وهي الجمع بين المتضادين ، يعني معنيين متقابلين في الجملة ، فإن ذكر الاطول وذكر ما يقابله وهو الاقصر ، وذكر الأكبر وذكر ما يقابله وهو الأصغر من هذا الباب . وفيه من المحاسن اشتماله على الجمع . وفيه أيضاً إسناد مجازي ، وهو إسناد أعجل إلى الوقت ، وهو مجاز عقلي ، كما في قوله ﴿ قيام الليل وصيام النهار ﴾ . وأشار بهذا الكلام إلى أن طلاب العلم على قسمين : أحدهما من همته عالية لا يقنع بالقليل منه ، والآخر من همته قاصرة يقنع باليسير منه ، ويجوز أن تكون هذه القسمة من جهة سعة الوقت وضيقه على ما [لا] يخفى .

**( وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله )** .

( ومن مذهبي حب الديار لاهلها وللناس فيما يعشقون مذاهب ) هذا شطر بيت وقبله « ومن عادتي حب الديار لاهلها » وهو من قصيدة بائية من الطويل قالها أبو فراس واسمه همام وقيل هميم بالتصغير ابن غالب التميمي وفرزدق لقبه لقب به لانه كان جهم الوجه والفرزدق في الاصل قطع العجين واحدتها فرزدقة وقيل لقب به لفظه وقصره شبه القنينية التي يشير بها النساء وهي الفرزدقة والاول اصح لانه أصابه جدري في وجهه ثم برأ منه فتبين وجهه جهماً توفي بالبصرة سنة عشر ومائة وأشار بهذا البيت إلى أن الناس لهم أهواء مختلفة ولهم فيما يميلون اليه مذاهب وطرق مختلفة في كل فن من الفنون ولهذا أشار اليه بعد ذلك بقوله ( والفن كله خير ) أراد به ان كل فن من أي فن كان الذي يميل اليه الشخص هو خير عنده في زعمه وإن كان غير خير عند غيره لانا ذكرنا ان الناس لهم أهواء مختلفة وهي فنون كلها خير بالنسبة إلى ما في زعم أصحابها ألا ترى كيف قال الفرزدق ومن عادتي حب الديار لاهلها حيث جعل حب الديار لاجل أصحابها ملة وعادة وذلك خير بالنسبة إلى ما في زعمه وإن كان ذلك غير خير عند غيره وقد قالت الشراح

ههنا انه لما قال من سمت همته إلى مزيد الوقوف إلى آخره حرض بعد ذلك بقوله والفن خير كله فكأنه قال علم الفقه كله خير فإن شئت فارغب في الاطول والاكبر كشفاً وتأصيلاً وإن شئت فارغب في الاقصر والاصغر حفظاً وتحصيلاً ومعناه حسن العلم فارغب في ذا أو في ذاك أو معناه حسن العلم فارغب في أي نوع شئت قلت الذي دعاهم إلى هذا كونهم جعلوا قوله والفن خير كله مرتبطاً بقوله من سمت همته إلى آخره والذي يظهر لي انه مرتبط بشطر البيت الذي ذكره فكأنه يحرض بذلك إلى تحصيل فن من الفنون لأن الفنون كلها خير ولكن القرينة الحالية والمقالية دلت على ان مراده تحريضه وترغيبه في فن مخصوص متن وهو علم الفقه لأنه بصدد بيانه فافهم ثم الفن واحد الفنون وهي الأنواع وإلا فالأساليب وهي أجناس الكلام وطرقه وقوله خير بفتح الخاء وسكون الياء يقال رجل أخير وخير وكذلك امرأة خيرة وخيرة وهذا لايراد به أفعل فإن أريد به أفعل التفضيل يقال فلان خير الناس وفلانة خير الناس وهؤلاء خير الناس فلا يثنى ولا يجمع ولا يؤنث قوله كله من الفاظ التوكيد المعنوية فلا يؤكد به إلا المعرفة وقال الأخفش والكوفيون يؤكد (١) به النكرة أيضاً إذا كانت محدودة ويجب اضافتها إلى اسم مضمر راجع إلى المؤكد نحو قوله تعالى ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون﴾ ٣٠ الحجر فإذا (٢) أضيفت إلى المعرفة كانت لعموم الأفراد وإذا (٣) أضيفت إلى النكرة كانت لعموم الأجزاء فعلى هذا

---

(١) قوله ( يؤكد به ) الخ أقول لان المنكر اذا كان من ذوات الاجزاء وقابلاً للتجديد يؤكد به لان تأكيده لا يفيد الا معنى التحديد وهو يصلح لهذا المعنى فيمكن تأكيده به فالتخصيص بالمعرفة ليس في محله .

(٢) قوله ( فإذا أضيفت ) الخ أقول لان اللام فيه ههنا للجنس والا فالعهد ينافي الاستغراق المفهوم منه والاستغراق موجب لالغائه لان اللام اذا كان للاستغراق فأين الفائدة في ايراد لفظ كل انتهى.

(٣) قوله ( واذا أضيفت ) الخ لان المراد منها لا يكون الا لواحد على سبيل الهداية وهي لا تصلح لعموم الافراد .

## ثم سألني بعض اخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعيناً بالله تعالى في تحرير ما أقاوله

إذا قلت كل زمان مأكول يصح لأن المعنى كل فرد من أفراد الزمان مأكول وهذا لا يصح كما ترى وعن هذا قالت النحاة كل اسم موضوع لاستغراق أفراد النكرة نحو ﴿كل نفس ذائقة الموت﴾ والمعرف كالمجموع نحو « كنتم » آية وأجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن فإذا قلت أكلت كل الرغيف لزيد كانت لعموم الأفراد فإذا أضيف الرغيف إلى زيد صارت لعموم أجزاء فرد واحد وقوله الفن مبتدأ وخبره قوله خير وقوله كله تأكيد للفن والمعنى كل فرد من أفراد الفن خير والألف واللام فيه اما للجنس فالمعنى أي فن كان من الفنون واما للعهد فالمعنى فن الفقه أي علم الفقه كله خير .

( **ثم سألني بعض اخواني ان أملي عليه المجموع الثاني** ) بعض إخواني كلام إضافي مرفوع لأن فاعل سألني وهو جمع اخ واراد به الاخ في الدين وإنما قال ( بعض إخواني ) لانه لا يمكن أن يكون السؤال من إخوانه كلهم لان المؤمنين شرقاً وغرباً اخواته في الدين قال الله تعالى ﴿إنما المؤمنون إخوة﴾ ١٠ الحجرات. قوله (ان املي عليه ) من الإملاء يقال أمليت الكتاب وأملي وامليته لغتان جيدتان جاء بهما القرآن وكلمة ان مصدرية تقديره سألني بعض اخواني املاء المجموع الثاني عليهم والمراد الهداية فكأنه بعد صرف العناية اليه لم يشرع فيه حتى سأله بعض إخوانه الاملاء عليهم روى انه بقي في تصنيفه ثلاث عشرة سنة فكأنه كان يملي عليهم في أثناء تلك المدة وكان يصوم في تلك المدة ولا يفطر أصلا وكان لا يطلع على صومه أحد حتى ان خادمه كان يأتي اليه بطعام وكان يقول له ضع واذهب أنت فإذا مضى كان يطعمه أحداً من الطلبة وغيرهم فببركة هذا الزهد صار كتابه مقبولاً بين العامة والخاصة وبلغ حيث ما بلغ الإسلام .

( **فافتتحته مستعيناً بالله في تحرير ما أقاوله** ) الفاء فيه تصلح أن تكون للسببية ومستعيناً حال من الضمير المرفوع في افتتحته قوله ( في تحرير ما أقاوله ) أي في تخليص ما أقاوله وتقويه والمقاولة القول من الجانبين يقال قاول أقاوله كدارس وأشار بهذا إلى زيادة مقاساة في القول لأنها من باب المفاعلة .

متضرعاً إليه في التيسير لما أحاوله انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير وحسبنا الله ونعم الوكيل

---

( متضرعاً اليه في التيسير لما احاوله ) اليه أي إلى الله تعالى ومتضرعاً حال .. مستعيناً ويجوز أن تكون في الأحوال المتداخلة والتضرع طلب الحاجة على وجه المسكنة يقال ضرع الرجل ضراعة أي ضرع وذل وأضرعه غيره وتضرع إلى الله ابتهل قوله ( لما أحاوله ) من المحاولة يقال حاولت لشيء إذا أراد به وفقال المحاولة طلب الشيء بحيلة ومنه الحديث « اللهم بك أحاول » أي بنصرك ، وتوفيقك ادفع عني كيد العدو وأطلب الوثوب اليهم وفيه من محاسن الكلام حسن الاسجاع المذكورة ومنها الازدواج بين اقاولة وأحاوله ومنها المبالغة في البيان بالتفضيل بعد الاحتمال ليكون إشارة إلى عملين فالعملان خير من عمل واحد وذلك في قوله ( في التيسير لما أحاوله ) حيث لم يقل في تيسير ما أحاوله بالاضافة قد إشارة إلى ما ذكرنا وقصداً للمبالغة بخلاف قوله ( في تحرير ما أقاوله ) حيث ذكره بالاضافة لان المبالغة حاصلة من صيغة المقاوّلة فإن قلت فكذلك المبالغة حاصلة في صيغة المحاولة قلت لا نسلم ذلك لان المفاعلة فيه ليست على بابها كما في قوله تعالى ﴿ ويسارعوا ﴾ بمعنى اسرعوا وسافر الرجل بمعنى سفر ( انه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير ) أي ان الله عز وجل وهو الميسر لكل أمر صعب قوله ( قدير ) وقوله (جدير ) خبر مبتدأ محذوف تقديره ( وهو بالإجابة جدير ) أي لائق يقال فلان جدير بكذا أي خليق وأنت جدير أن تفعل كذا والجمع جدر أو جديرون وفيه حسن التعليل وهو قوله انه الميسر لانه وقع موقع التعليل يعني انما فتحت املاء الهداية مستعيناً بالله لانه الميسر لكل عسير .

# كتاب الطهارات (١)

الكتاب والكتابة في اللغة جمع الحروف من الكتب وهو الجمع تقول كتبت البلغة اذا جمعت بين شفريها بحلقة أو سير من كتب يكتب من باب نصر ينصر ويكتب من باب.

---

(١) قوله كتاب الطهارة اعلم ان ما لا بد لنا في هذا المقام من معرفة خمس نكت الاولى انه انما قدم العبادات على المعاملات والحدود لانها هي التي تحقق بها معنى العبودية قال الله تعالى ﴿ وما خلقت الجن والانس الا ليعبدون ﴾ والثانية انه انما قدم الصلاة على سائر العبادات لانها عماد الدين بالحديث والبناء لا يقوم الا بنصب عماده أولاً لايقافة فالواجب تقديم الإيمان لانه أصل الكل لانا نقول المتكفل به الكلام لا الفقه وأيضاً الصلاة تعقب كثيراً دون سائر العبادات كقوله تعالى ﴿ الذين يؤمنون بالغيب ويقيمون بالصلاة ﴾ والثالثة انما يقوم الطهارة لانها شرطها وتقدمها على سائر شروطها لانها تسقط بالاعذار بخلاف سائرها وقال بعض شراح الوقايه وانما اختارها من بين الشروط لانها اهم وهذا التعليل أولى مما قالوا الطهارة شرط لا يسقط بالاعذار لان النية أيضاً شرط بعذر ونحن نقول معنى الاهمية لا يثبت الا باللزوم وعدم السقوط ولهذا قال في الكفاية وانها أهم لانها لا تسقط الطهارة في عدم السقوط لا ينافي كونه وجهاً لتقديم الطهارة على أنها أقدم من النية تحققاً بالنية الى الصلاة لاقترانها بالتحريمة المتأخرة عن الطهارة ولانها مختصة بها بخلاف النية لعموم نسبتها الى جميع العبادات .

والرابعة انما عنون الكتاب بلفظ الكتاب لا الباب لان وجوه اشتقاق الكتاب تدل على الجميع والباب لا يجيء الا بمعنى النوع والمقصود جمع أنواع الطهارة لا نوع منها .

والخامسة انما ذكر الطهارة بلفظ المفرد لان الجمع المعرف باللام نحو لا أتزوج النساء يبطل فيه معنى الجمعية هو المختار في بحث اللام فيلزم العبث وتطويل اللفظ بلا فائدة =

ضرب يضرب وكتب وكتابة وكتبت القرية إذا أحرزتها فهي كتيب والكتيبة بالضم الحرزة والكتيبة الجيش وكتبت الخيل اذا اجتمعت والكتابة تصوير اللفظ بحروف هجائية لان فيها جمع الحروف والكلمات والكتاب العرض والحكم والقدر قال النابغة الجعدي : يا بنت عمي كتاب الله أخرجني عنكم وهلا متعن الله ما فعلا

ويقال أراد بالكتاب هنا المكتوب مجازاً كالحساب بمعنى المحسوب ويقال في تعريف الكتاب • الكتاب طائفة من المسائل الفقهية اعتبرت مستقلة اشتملت أنواعاً أو لم يشتمل فقوله ( طائفة ) كالجنس وقوله ( من المسائل الفقهية ) اخرج به غيرها وقوله اعتبرت مستقلة أي مع قطع النظر عن تبعيتها للغير أو تبعية غيرها إياها ليدخل فيه هذا الكتاب فإنه تابع للصلاة ويدخل كتاب الصلاة فإنه مستتبع للطهارة وقد اعتبرا مستقلين أما كتاب الطهارة فلكونه المفتاح وأما كتاب الصلاة فلكونه المقصود الاصلي فظهر من هذا ان اعتبار الاستقلال قد يكون لانقطاعه عن غيره ذاتاً كانقطاع كتاب اللقطة عن كتاب الآبق وكتاب المفقود وانقطاعها عن كتاب الصلاة والزكاة وقد يكون لمعنى يؤثر ذلك كانقطاع الصرف عن البيوع والرضاع عن النكاح والطهارة عن الصلاة كما ذكرنا وقوله اشتملت أنواعاً أو لم تشتمل لدفع قول من يقول الكتاب جنس يدخل تحته أنواع من الجملة

= فليتأمل نكتة أخرى ذكرها الشارح بقوله اكتفى بلفظ الواحد الخ. وله قال الفاضل البيضاوي الكتاب أما مصدر كالخطاب سمي به المفعول للمبالغة كرجل عدل أو فعال فيبنى للمفعول كاللباس انتهى معنى التقديرين فهو لغة الجمع واصطلاحاً مسائل اعتبرت مشتملة على أنواع مختلفة أولاً فإن قيل فعلى هذا كان المناسب ان يصدر الطهارة بلفظ الباب ونحوه بمستقلة بل هي بالغة للصلاة داخلة تحت كتابها كسائر شروطها قلنا نعم لكنها لما كانت مشتملة على أنواع مختلفة كطهارة الثوب والمكان والبدن والطهارة الكبرى والطهارة الكبرى الحقيقية والطهارة الحكمية والطهارة بالماء والتراب فصارت كأنها عبادة مستقلة وللتصريح بهذا المعنى أورد بعضهم بصيغة الجمع واما من أفردها فقد لاحظ ما ذكر الشارح بقوله اكتفي بلفظ الواحد الخ .

وكل نوع يسمى بالباب والباب اسم لنوع مشتمل على اشخاص تسمى فصولاً فإن الكتاب قد يكون كذلك وقد لا يكون فإن من الكتب ما لم يذكر فيه لا باب ولا فصل ككتاب اللقطة واللقيط والآبق وغيرها على ما سيأتي انشاء الله تعالى فلو لم يـــذكر ذلك ربما توهم ذلك فذكره دفعاً لذلك الطهارة [1] في اللغة النظافة وفي الاصطلاح عبارة عن صفة تحصل لمزيل الحدث والجنب عما تعلق به الصلاة سواء كان طبعاً أو شرعاً فـإن قلت ذكراً وفي الحدود لا يجوز قلت ههنا ليست بمانعة الجمع فلا يضير الحد وإنما قال عما تعلق به الصلاة ليتناول المكان فإن طهارته شرط على ما سيأتي قال صاحب الدراية الطهارة لغة النظافـة وشرعاً نظافة الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس قلت هذا تعريف غير صحيح لأن الطهارة أعم من الوضوء والتعريف المذكور لا يطلق إلا على الوضوء والوضوء نوع من أنواع الطهـارة وهي على وزن فعول بضم الفاء من الوضاءة وهي الحسن قال الجوهـــري الوضاءة الحسن والنظافة تقول منه وضاء الرجل أي صار وضيئاً وتوضأت للصلاة ولا تقول توضيت وبعضهم يقول ذلك والوضوء بالفتح الماء الذي يتوضأ به والوضوء أيضاً مصدر من توضأت للصلاة مثل الولوع والقبول وقال اليزيدي الوضوء بالضم المصدر وحكى عن أبي عمرو بن العلاء القبول بالفتح مصدر لم يسمع غيره وذكر الأخفش في قوله تعالى ﴿وقودها الناس والحجارة﴾

(١) قوله ( الطهارة ) الخ قال العلامة الجلبي في حاشيته لشرح الوقاية الطهارة لغـــة النظافة ويقابلها الدنس وشرعاً إزالة النجاسة الحقيقية كطهارة الثوب والبدن والمكان عنها والحكمية التي هي الحدث الأصغر والأكبر بالوضوء والغســل والتيمم ان عدم الماء وتجديد الوضوء ليس بطهارة حقيقية وإنما سمي بـــه باعتبار النور الحاصـــل وقال الامام النووي في شرحه لصحيح مسلم قال جمهور أهـل اللغة ويقال الوضوء والطهور بضم أولهما اذا أريد به الفعل الذي هو المصدر ويقال الوضـــوء والطهور بفتح أولهما إذا أريد به الماء الذي يتطهر به هكذا نقله ابن الانباري وجماعات من أهل اللغة وغيرهم عن أكثر اهل اللغة وذهب الجليل والاصمعي وأبو حاتم السجستاني والزهري وجماعة إلى انه بالفتح فيهما انتهى .

التحريم / ٦ فقال الوقود بالفتح هو الحطب والوقود بالضم الايقاد وهو الفعل قال ومثل ذلك الوضوء (١) وهو الماء والوضوء وهو الفعل ثم قال وزعموا أنهما نعتان بمعنى واحـــد تقول الوقود والوقود ويجوز أن يعنى بها الحطب ويجوز أن يعنى بها الفعل وقـــال غيره القبول والولوع مفتوحان وهما مصدران شاذان وما سواهما من المصادر فمبني على الضم وفي اصطلاح الشريعة هو غسل الاعضاء الثلاثـــة ومسح الرأس ويقال هو عبارة عن غسل

---

(١) قوله ( الوضوء ) إلخ قال العلامة الجلبي في حاشيته لشرح الوقاية والوضوء بضم الواو ولغة النظافة من الوضاءة أي الحسن والنظافة وشرعاً غسل الوجه واليدين والرجلين ومسح الرأس واما الوضوء بالفتح ما يتوضأ به قيل إضافة الفرض إلى الوضوء بيانية لأن الفرض قد يكرن من غيره ويجوز أن يكون بمعنى اللام لأن الفرض قد يكون للصلاة وقد يكون للحج ولغير ذلك وبقي ههنا سؤال واضح الورود وهو ان الآية النـــازلة في الوضوء مدنية إجماعاً وقد فرضت الصلاة بمكة فيلزم كون الصلاة بلا وضوء إلى حين نزلت وأجيب عنه بوجوه أحدها أن يمنع بطلان اللازم تجويز الصلاة بلا وضوء قبل تحقق توقفها عليه من جهة الشارع كالصوم والجهاد وثانيها جواز ثبوت الوضـــوء بالوحي الغير المتلو كتعليم جبريل وكون الآية دليـــل الوضوء ولا يقتضي كون دليله منحصرا فيها وثالثها جواز الأخذ من شرائع من قبلنا كما يدل عليه ما روي عنه عليه الصلاة والسلام حين توضأ ثلاثاً ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم لا يقال إذا يثبت الوضوء بإحدى هاتين الطريقتين فما فائدة نزول الآية لأنا نقول القاء أمر الوضوء وإثباته من عظم المنافع وارفعها لأنه لما لم يكن عبادة محضة بل وسيلة للصلاة كان مظنة ان لا يعني المسلمون بشأنه ويتسامحون في رعاية أركانه لكونه بعيد العهد عن وقت نزول الوحي وقبلة النقلة عصراً فعصراً بخلاف ما إذا ثبت بالمتلو المتواتر السرمدي في كل زمان على كل لسان ذلك ان نقول لم يجوز أن يثبت وجوب نفس الوضوء بأحد هذين الوجهين المذكورين والآية إنما نزلت لاثبات فرضية الوضوء لا لاثبات غيرها فلا اشكال وإنما قدم الوضوء على سائر أنواع الطهارة لانه أكثر ما يحتاج اليه المسلمون وأوفى فهو بالتقديم أولى انتهى .

أعضاء مخصوصة ومسح عضو مخصوصة فإن قلت لم اختار لفظ الجمع للطهارات دون المفرد كما ذكره غيره قلت للتصريح بإرادة أنواع الطهارة لأنه لو ذكرها بلفظ الأفراد لكان فهم الأنواع على سبيل الاحتمال لا القطع لان الجنس واقع على الأدنى مع احتمال الكل فإن قلت إذا دخلت الالف واللام على الجمع تبطل الجمعية وتكون للجنس أيضاً فأي فائدة في جمعها حينئذ قلت هذا فيه خلاف على ما تقرر في موضعه فيجوز أن يكون المصنف أراد به مطلق الجمع كما هو مذهب البعض في اللام إذا دخلت في الجمع فإن قلت الطهارة مصدر فلا يثنى ولا يجمع قلت إذا أريد به النوع يجوز أن يجمع فإن قلت فلم لم يجمع الصلاة والزكاة ونحوهما قلت هذا لا يتمشى فيها اما الصلاة فلانها متحدة انواعها لأنها عبارة عن الاركان المعهودة واما الزكاة فإنها عبارة عن إيتاء الربع من العشر وهو واحد بخلاف الطهارة فإن أنواعها مختلفة كما يرى من اختلاف طهارة الحدث والجنب والطهارة بالتيمم ولا ترد علينا صلاة الجنازة لأنها ليست بصلاة حقيقية لأنها دعاء ولهذا جازت ركوباً قياساً استحساناً ويجوز بالتيمم عند وجود الماء حتى ان الشعبي لم يشترط فيها الطهارة أصلا وقوله كتاب الطهارة كلام إضافي مرفوع على انه خبر مبتدأ محذوف أي هذا كتاب الطهارة ويجوز أن يكون مبتدأ محذوف الخبر أي كتاب الطهارة هذا ويجوز أن ينصب الكتاب على تقدير هات كتاب الطهارات أو خذه أو نحو ذلك فإن قلت ما هذه الاضافة قلت إضافة معنوية بمعني في أي هذا كتاب في الطهارات أي في بيانها لأن الكتاب ليس في نفس الطهارة ويجوز أن تكون بمعنى اللام للاختصاص وإنما قدم العبادات على غيرها من المعاملات والزواجر لكونها أهم لأن العبادة هي التي تحقق معنى العبودية وما خلق الثقلان إلا لهذا قال الله تعالى ﴿ وما خلقت الجن والأنس إلا ليعبدون ﴾ الذاريات ٥٦ فإن قلت لم قدم الصلاة على غيرها من العبادة قلت لأنها ثانية الايمان في الكتاب والسنة ولأنها عماد الدين والبيت لا يقوم إلا على الاعمدة فإن قلت الأصل في العبادات الايمان فكان ينبغي أن يقدم قلت هو متعلق بعلم الكلام وهو علم مستقل بذاته فذكره هنالك أولى وتقديم الطهارة على الصلاة لأنها شرط الصلاة وشرط الشيء يسبقه وجملته تعقبه والشرط ما

يتوقف على وجوده الشيء ولا يكون منه فبالضرورة يكون مقدمـاً على المشروط فقدم عليه أيضاً وضعاً ليوافق الوضع الطبع وتقديمها على سائر الشروط كاستقبال القبلة وستر العورة [١] ونحوهما لأنها لا تسقط بالأعذار بخلاف غيرها ولأن الله تعالى استقصى في بيانها ما لم يستقص في غيرها فكان التقديم بها أهم وإنما قدم بيان الوضوء الذي هـو طهارة صغرى على الغسل الذي هو طهارة كبرى اما اقتداء بالكتاب العزيز فإنه ذكر على هـذا الترتيب واما باعتبار شدة الاحتياج إلى علم الوضوء بإعتبار كثرة دورانه فإن قلت مـا سبب الوضوء قلت عند الظاهرية القيام إلى الصلاة لظاهر النص لأنه يقتضي وجـوب الطهارة بعد القيام إلى الصلاة لأنه جعل القيام اليها شرطاً لفعل الطهارة وحكم الجزاء أن يتأخر عن الشرط الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق إنما يقع الطلاق بعد الدخول وهذا لا خلاف فيه بين أهل اللغة لأنه مقتضى اللفظ وحقيقته فعلى هذا كل من قام إلى الصلاة فعليه أن يتوضأ قلت هذا باطل لأن النبي ﷺ كان يتوضأ لكل صلاة فلما كان يوم الفتح صلى خمس صلوات بوضوء واحد فقال له عمر رضي الله عنه رأيتك اليوم تفعل شيئاً لم تكن تفعله فقال عليه السلام عمداً فعلت كيلا تحرجوا والحديث أخرجـه مسلم من طريق مسلم بن يزيد عن أبيه أن النبي ﷺ صلى الصلوات الخمس يوم الفتح بوضوء واحد ومسح على خفيه فقال له عمر رضي الله عنه لقد صنعت اليوم شيئاً لم تكن تصنعه فقال عمداً صنعته يا عمر رواه الترمذي أيضاً ولفظه كان النبي ﷺ يتوضـأ لكل صلاة فلما كان عام الفتح صلى الصلوات الخمس كلها بوضوء واحد الحديث أخرجه الطحاوي نحو رواية مسلم فدل هذا على أن القيام إلى الصلاة غير موجب للطهارة إذ لم يجدد النبي ﷺ

(١) قوله ( وستر العورة ) الخ قال في بعض شروح الوقاية شرط بعض المشايخ ستر عورته عن نفسه حتى لـو رأى فرجة من جيبه أو كان بحيث يراه لو نظر اليه لم يجيز صلاته وعامتهم لم يشترطوا لانها ليست بعورة في حق نفسه لانه يحل له لمسها والنظر اليها وقول العامة أصح حتى روى ابن شجاع عن الاعظم والشافعي رحمهم الله انه لو كان محلول الجيب فنظر إلى عورة نفسه لا يفسد صلاته انتهى.

طهارة لكل صلاة فثبت بذلك ان في الآية مقداراً يتعلق به في إيجاب الوضوء إذا قمتم إلى الصلاة من مضاجعكم وروى الطحاوي في معاني الآثار وأبو الرازي في الأحكام والطبراني في الكبير من طريق جابر بن عبد الله ابن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن عبد الله ابن علقمة عن أبيه قال كان رسول الله ﷺ إذا أجنب أو أهرق الماء إنما نكلمه فلا يكلمنا ونسلم عليه فلا يرد علينا حتى نزل قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ﴾ المائدة / ٦ فدل هـذا الحديث على أن الآية نزلت في إيجاب الوضوء من الحدث عند القيام إلى الصلاة وان التقدير في الآيـة في إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم محدثون فإن قلت حديث جابر الجعفي غير ثابت فلا يتم به الإستدلال قلت لا نسلم ذلك لأن سفيان يقـول كان جابر ورعاً في الحديث ما رأيت في الحديث أورع منه وعن شعبة هوصدوق في الحديث وقال هذا الحديث مطلقاً للدوران وجوداً وعدماً وهو أيضاً باطل لأنا نعلم أن الدوران دليل الغلبة ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان الدوران وجوداً موجود لأنه قد لا يوجد الحديث ولا يجب الوضوء ما لم تجب الصلاة بالبلوغ ودخول الوقت وعندنا هو الصلاة بـدليل **الاضافة اليها وهي إمارة السببية لكن شرطه الحدث لأنه تعالى ذكر التيمم معلقاً بالحدث** والنص في البدل نص في الأصل لأنه لا يفارقه بشرطه وسببه هكذا ذكره الشيخ حافظ الدين النسفي رحمه الله واعترض عليه الشيخ قوام الدين وقال لا نسلم ان البدل لا يفارق الاصل بشرطه وسببه وقد فارقه في النية وهي شرط في التيمم دون الوضوء قلت هـو عين النية لأن التيمم في اللغة عبارة عن القصد قال الشاعر :

وما أدري إذا يممت أرضاً أريـد الخير أيها يسلني[1]

أي إذا قصدت والقصد هو عين النية فإذا كان كذلك كيف يطلق على النية انها شرط التيمم والحال ان شرط الشيء خارج عن ذاته فإذا سقط الاعتراض المذكور فإن قلت قد صرح بذكر الحدث في الغسل والتيمم دون الوضوء فعلم بذلك أن الحدث هو سبب الوضوء

---

(١) هكذا في الأصل وقد ورد أيها يليني هـ مصححة .

قلت السبب الصلاة وشرطه الحدث لما ذكرنا ولقوله[1] تعالى ﴿ إذا قمتم ﴾ أي من مضاجعكم وهو كناية عن النوم وهو حدث وأما التصريح بذكر الحدث في الغسل والتيمم دون الوضوء فليعلم أن الوضوء يكون سنة وفرضاً والحدث شرط في الفرض دون السنة

---

(١) قوله ( لقوله تعالى ) الخ أقول أن النبي ﷺ صلى الصلوات يوم الفتح بوضوء واحد ومسح على خفيه فقال له عمر لقد صنعت اليوم شيئاً لم تكن تصنعه قال عمداً صنعته يا عمر رواه مسلم قال الامام النووي في شرح هذا الحديث أنواع من العلم منها جواز المسح على الخف وجواز الصلوات المفروضات والنوافل بوضوء واحد ما لم يحدث وهذا جائز بإجماع من يعتد به وحكى أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن بن بطال في شرح صحيح البخاري عن طائفة من العلماء انهم قالوا يجب الوضوء لكل صلاة وإن كان متطهراً واحتجوا بقول الله تعالى ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ﴾ المائدة الآية وما أظن هذا المذهب بصحيح عن أحد ولعلهم أرادوا استحباب تجديد الوضوء عند كل صلاة ودليل الجمهور الأحاديث الصحيحة منها هذا الحديث وحديث أنس في صحيح البخاري كان رسول الله ﷺ يتوضأ عند كل صلاة وكان أحدنا يكفيه الوضوء ما لم يحدث وحديث سويد بن النعمان في صحيح البخاري أيضاً أن رسول الله ﷺ صلى العصر ثم أكل سويقاً ثم صلى المغرب ولم يتوضأ وفي معناه أحاديث كثيرة كحديث الجمع بين الصلوات بعرفة والمزدلفة وسائر الأسفار والجمع بين الصلوات الفائتات يوم الخندق وغير ذلك وأما الآية الكريمة فالمراد بها والله أعلم إذا قمتم محدثين وقيل انها منسوخة بفعل النبي ﷺ وهذا القول ضعيف والله أعلم قال أصحابنا ويستحب تجديد الوضوء وهو أن يكون على طهارة ثم يتطهر ثانياً من غير حدث وفي شرط استحباب التجديد أوجه أصحها أنه يستحب لمن صلى به صلاة سواء كانت فريضة أو نافلة والثاني لا يستحب إلا لمن صلى فريضة والثالث يستحب لمن فعل به ما لا يجوز إلا بطهارة كمس المصحف وسجود التلاوة والرابع يستحب وان لم يفعل به شيئاً أصلاً بشرط أن يتخلل بين التجديد والوضوء من يقع لمثله تفريق ولا يستحب تجديد الغسل على المذهب الصحيح المشهور انتهى .

لأن الوضوء على الوضوء نور على نور والغسل على الغسل والتيمم على التيمم ليس كذلك وهو المشهور فيهما عند الشافعي رحمه الله قال المتولي من الشافعية في موجب الوضوء ثلاثة أوجه أحدهما الحدث فلولاه لا يجب الثاني القيام إلى الصلاة لأنه لا يتعين عليه قبله الثالث وهو الصحيح عند المتولي وغيره أنه يجب بهما ثم الحديث يحل جميع البدن في وجه كالجنابة حتى منع من مس المصحف بظهره وبطنه والاكتفاء بغسل الأعضاء الأربعة تخفيف وفي وجه يختص بالأربعة وعدم جواز المس لعدم طهارة جميع البدن بالنجاسة الحقيقية في الأصح اختلاف عندهم فقال الشافعي العموم وقال النووي وغيره الاختصاص ورجحة النووي فإن قلت ما الحكمة في تخصيص الأعضاء الأربعة في الوضوء قلت لأن الله تعالى لما نهى آدم عليه السلام في الجنة عن قربان تلك الشجرة وتناولها صارت هذه الأعضاء الأربعة مذنبة فمن الرجلين المشي ومن اليدين البطش ومن الوجه التوجه إليها فلما علم آدم عليه السلام بذلك وضع يده على أم رأسه لما أصابه من الغم وسقط عنه الحلى والحلل فعين الله هذه الأعضاء الأربعة لتزول عنه ما اقترفت هذه الأعضاء فإن قلت كان ينبغي أنه تجب المضمضة أيضاً لأن الفم حصل منه ما حصل قلت آدم عليه السلام ما كان ممنوعاً من الأكل وإنما كان ممنوعاً من القربان إليها بقوله ﴿ ولا تقربا هذه الشجرة ﴾ البقرة / ٣٥ ولم يحصل من الفم القربان بخلاف الأعضاء المذكورة وقيل فعل الفم كان بعد حصول ما حصل من آدم فلم يكن له ذنب وقيل إنما لم يجب غسل الفم لأن مطهر الأبدان قد طهره وهو قول لا إله إلا الله محمد رسول الله وطهارة جميع الأعضاء بالفم واللسان ألا ترى أن الكافر إذا لم يقل ذلك يسمى نجساً لقوله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ فإن قلت ما الحكم في تخصيص الأعضاء الثلاثة بالغسل والرأس بالمسح قلت الرأس لم يحصل منه شيء في قضية القربان فلم يبين له الغسل ولذا اختص بالمسح باليد المفترقة إليه وذلك كما ذكرنا أنه وضع يده على رأسه لما أصابه من الغم وقيل إنما اختصت هذه الأعضاء الأربعة أما الوجه فلأنه أحسن الأعضاء وأما اليدين فلأن سائر الحيوانات ليست لها يد باطشة ولا آخذه بل أخذها الأشياء بفمها حتى لا تميز بين الخبيث والطيب وأما الرجلان فلأن الله تعالى خلق ابن آدم خلقة مستوية

وخلق سائر الحيوانات خلقة بمنكوسة فأمر بغسل هذه الأعضاء شكراً لما صنع وأما الرأس فقد رفع عنه السيف والجزية بدين الإسلام فاكتفى بالمسح شكراً على ذلك وقيل لما كانت الصلاة مناجاة ومحل القرب أمرهم بتطهير هذه الأعضاء الزميمة وقيل إنما أمربغسل هذه الأعضاء الثلاثة لما ارتكبوا بها من الحرام لأن مباشرة العبدلا تكون إلا بهذه الأعضاء وأما الرأس فلأنه بجمع الحواس فكذلك خص أيضاً بالتطهير واكتفى فيه بالمسح لأن الغسل ربما يضره وقيل انالعبد إذا شرع في الخدمة يجب أن يجدد نظافته وأيسرها تنقية الأعضاء التي تنكشف كثيراً لتحصل بها نظافة القلب إذ تنظيف الظاهر يوجب تنظيف الباطن.

( قال الله (١) تعالى ﴿ يا ايها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ﴾ ) المائدة/ ٦ الآية الكريمة مقول القول وافتتح الكتاب بالآية المذكورة لكونها أصلاً في استنباط مسائل هذا الباب أو لأجل التبرك في افتتاح الكتاب وإن كان حق الدليل أن يؤخر عن المدلول لأن الأصل في الدعوى تقديم المدعي وهي مفتتحة بالنداء الذي هو نوع

---

(١) قوله ( قال الله ) في الآية أبحاث الأول أن الخطاب في قوله تعالى ﴿إذا قمتم﴾ والغيبة في قوله تعالى آمنوا كلا منها في موضعه فإن صلة الموصول في الاستعمال المتعارف تكون من صنيع الغيبوبة وحق الكلام بعد تمام المنادى أن يكون بطريق الخطاب فلا يقال يا فلان إذا فعل كما في المستصفى من أن في الآية صنعة التفات من الغيبة إلى الخطاب فشطط الثاني أن الخطاب في فاغسلوا للايجاب على ما هو ظاهر الأمر فالخطاب اما إلى المحدثين خاصة بقرينة ان التيمم الذي هو بدل الوضوء مقيد بالحدث والبول لا يخالف الأصل واما إلى كل من امن لكن التقدير يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة وأنتم محدثون الآية وهنا أيضاً بالقرينة السابقة واما إلى كل من أمن محدثاً كان أو متوضئاً وليس في التقدير أيضاً ذكر الحدث لكن المتوضيء للمتوضيء قد نسخ بالسنة فقد روي أن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم صلى الصلوات بوضوء واحد الثالث ان كلمة آمنوا وقمتم وان كان صيغة جمع المذكر لكنها تتناول النساء أيضاً فلا تصغ إلى ما قيل من أن فرضية الوضوء على النساء ثابتة بدلالة النص - حاشية شرح الوقاية ملخصاً.

الطلب لأنه طلب اقبال المخاطب بحرف نائب مناب أدعو اما بحرف نداء للبعيد حقيقة أو حكماً وقد ينادي بها القريب توكيداً وقيل هي مشتركة بين البعيد والقريب وقيل بينهما وبين المتوسط وهي أكثر حروف النداء استعمالاً ولهذا لا يقدر عند الحذف سواها نحو ﴿يوسف أعرض عن هذا﴾ يوسف ٢٩ ولا ينادي إسم الله والإسم المستغاث وأيتها وأيها ولا المندوب إلا بها أو بهيا وقوله من قال أن « يا » مشتركة بين القريب والبعيد هو الأصح لأن أصحاب اللغة ذكروا ان يا حرف ينادى به القريب والبعيد فإن قلت ما تقول في قول الداعي يا الله قال الله تعالى ﴿ونحن أقرب إليه من حبل الوريد﴾ ق ـ ٦ قلت هذا استقصاء منه لنفسه واستبعاد عن مظان القبول لعمله وأي اسم لخمسة معان الأول الشرط نحو ﴿أياً ماتدعوا فله الأسماء الحسنى﴾ الاسراء ١١٠ .

الثاني الإستفهام نحو ﴿أيكم زادته هذه إيماناً﴾ التوبة - ١٢٤.

الثالث يكون موصولاً نحو ﴿لننزعن من كل شيعة أيهم أشد﴾ مريم - ٦٩ والتقدير لننزعن الذي هو أشد نص عليه سيبويه.

الرابع يكون صفة للنكرة نحو زيد رجل أي رجل أي كامل في صفة الرجال وجاء للمعرفة نحو مررت بعبد الله أي رجل .

الخامس يكون صلة لما فيه ال نحو يا أيها الرجل ومنه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة﴾ المائدة - ٦ وزعم الأخفش أن أياً هذه هي الموصولة حذف صدر صلتها وهو العائد والمعنى يا من هو الرجل وكذلك التقدير ههنا على قوله يا من هم الذين إذا قمتم إلى الصلاة وها تستعمل على ثلاثة أوجه الأول أن يكون إسم الفعل نحو خذ تقول للمذكر ها بالفتح وها للمؤنث بالكسر وها وهان وهاؤم قال الله تعالى ﴿هاؤم اقرؤوا كتابيه﴾ الحاقة ١٩ .

الثاني أن يكون ضميراً للمؤنث نحو ضربها وغلامها .

الثالث أن تكون للتنبيه فتدخل على أربعة .

الأول : الإشارة نحو لهذا .

الثاني ضمير رفع المخبر عنه باسم الاشارة نحو أنتم أولاء .

الثالث اسم الله تعالى في القسم عند حذف الحرف نحوها الله بقطع الهمزة ووصلها وكلاهما مع إثبات ألفها وحذفها .

الرابع نعت أي في النداء نحو يا أيها الرجل وهو في هذا واجبة التنبيه على أنه المقصود بالنداء ومنه قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا ﴾ والذين إسم موصول موضوع لجمع الذي لأن الذين عام لذي العلم وغيره والذي تخيص بذى(١) العلم ولا يكون الجمع أخص من مفرده فمن هذا قول قوام الدين في شرحه ان الذين جمع الذي صادر من غير تحقيق والذي لايخلو اما أن يكون صفة لأي أو يكون موصوفها محذوفاً تقديره يا أيها الناس الذين آمنوا ويا أيها القوام الذين آمنوا ونحو ذلك لأن الموصولات وضعت وصلة إلى المعارف بالجمل وأي ليس بمعرفة فلا يكون الذي صفة له فإن قلت كيف يكون الذي صفة لأي وصفة أي هو المفرد من الناس أو القوم قلت المجموع كلمة هو صفة أي لا المقدر وحده ولا الموصول وحده فمن هذا سقط اعتراض الشيخ قوام الدين رحمه الله على الشيخ حافظ الدين النسفي في قوله الذين آمنوا صفة لأي لأنه ليس كذلك لأن صفة أي هو المقدر من القوام والناس ثم آمنوا صفة لتلك الصفة المقدرة لأي بواسطة الذين قوله آمنوا فعل ماض للجمع المذكر الغائبين من أمن يؤمن إيماناً وهي جملة من الفعل والفاعل وضعت صلة للموصول ولا محل لها من الاعراب لأنها لم تقع موقع المفرد وهي فعل الشرط وقوله ( فاغسلوا ) جواب الشرط فلذلك دخلت الفاء ثم اعلم أن القياس في قوله آمنوا أن يقال آمنتم لأن من حق المنادى بكونه مخاطباً أن يعبر عنه فيقال يا اياك يا أنت إذ مقتضى الحال في المخاطب أن يعبر عنه بضميره لكن لما كان النداء لطلب الاقبال ليخاطب بعده بالمقصود المنادي إذ أهمل عن كونه مخاطباً نزل منزلة الغائب فعبر عنه بالضمير الذي هو الغائب ليكون قصى لحق البيان ولما جاء الاختلاف بقوله آمنوا وآمنتم ذهب بعضهم إلى أن هذا من قبيل الالتفات(٢)

---

(١) هكذا في الأصل وربما قصد تخصيص بذي اهـ مصححه .

(٢) في الأصل الا التفات والصحيح ما أثبتناه .

لأن آمنوا للغائب وأنتم مخاطب وممن قال ذلك الشيخ حافظ الدين النسفي في المستصفى شرح المنافع وشنع عليه الشيخ قوام الدين في شرحه ونسبه في ذلك إلى الغلط وقال ليس الأمر كذلك لأن الالتفات لا يكون إلا فيما إذا كان حق الكلام بالغيبة وذكر بالخطاب أو بالعكس ولم يقع الكلام في الآية إلا في الموضع الذي اقتضاه قلت على تقديره كلام النسفي صحيح والحط عليه مردود يفهم ذلك من التقرير الذي سبق بل الصحيح ان منع الالتفات ههنا مبني على ان آمنوا صلة الذين والموصولات غيب والضمير الذي يكون راجعاً من الصلة إلى الموصول لا يكون إلا غائباً ويمكن الجملة كلها أعني قوله يا أيها الذين آمنوا في حكم الخطاب لأنه منادى فوجب أن يكون ما بعده خطاباً فكان قولهم قمتم بالخطاب واقعاً في محله مخرجاً على مقتضى ظاهره فلا يكون من الالتفات لأنه انتقال من صيغة إلى صيغة أخرى سواء كانت الضمير بعضها إلى بعض أو من غيرها وذهب بعضهم بناء على ما ذكر من أن قوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا ﴾ في حكم الخطاب إلى أن الغائبين إنما يدخلون تحت الخطاب بالدلالة أو بالاجماع وقال بعضهم إنما قال آمنوا دون آمنتم ليدخل تحته كل من آمن إلى يوم القيامة ولو قال أنتم لاختص لمن كانوا في عصر النبي ﷺ ثم اعلم أن تقييد الفعل بحرف الشرط في أكثر الكتب يكون لاعتبارات شتى لا يعرف ذلك إلا بمعرفة أدوات الشرط التي هي ان واما واذا واذما واذ ومتى ومتما وأين وأينما وحيث وحيثما ومن وما ومهما وأي وما ولو وصاحب العناية لا يتكلم إلا في إذا أو اذ ولو لكثرة دورانها مع تعلق إعتبارات لفظة بهما أما إن وإذا فللشرط في الاستقبال يعني لتعليق الفعل في الزمان المستقبل لكن أصل أن عدم الجزم لوقوع الشرط يعني عدم جزم القائل بوقوع شرطها ولا وقوعه بل بتجويز كل منهما لكونه غير متحقق الوقوع كما في – إن طلعت الشمس – وإلا لا وقوع كما في – إن طار إنسان – ونحو – إن يكرمني أكرمك – إذا لم يعلم القائل أنه يكرمه أم لا وأصل إذا الجزم أي جزم القائل بوقوع الشرط تحقيقاً وخطاباً كقولك إذا جاء يحي فإن مجيئه ليس قطعياً تحقيقاً كطلوع الشمس بل تقديراً باعتبار خطابي أو ظني وهو ان المحب يزور الحبيب فإذا تمهد هذا فنقول ذكر في الآية الكريمة بإذا دون إن

وذكر في آية الغسل بإن دون إذا وذلك انه لما كان المقام إلى الصلاة من الأمور الملازمة والأشياء الغالبة بالنسبة إلى حال المؤمن ذكر بإذا التي تدخل على أمر كائن أو منتظر لا محالة بخلاف الجنابة فإنها بالنسبة إلى القيام إلى الصلاة قليلة جداً وهي من الاشياء المترددة الوجود والأمور العارضة فلذلك خصت بإن فإن قلت ما تقول في قوله إن مات فلان قلت هذه الجهالة وقت الموت لا في وقوعه فلا يقدح ذلك واعلم ان ههنا إرادة الفعل بالفعل لأن معنى قوله وإذا قمتم إلى الصلاة إذا أردتم القيـام إلى الصلاة وأنتم محدثون فاغسلوا كما في قوله تعالى ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله ﴾ النحـل / ٩٨ التقدير فإذا أردت قراءة القرآن فاستعذ بالله قال الزمخشري رحمه الله فان قلت لم جاز أن يعبر عن إرادة الفعل قلت لأن الفعل يوجد بقدرة الفاعل عليه وإرادته له وهي قصده إليـه وخلوص داعية فكما عبر عن القدرة على الفعل بالفعل في قولهم الانسان لا يطير والأعمى لا يبصر أي لا يقـدر على الطيران والابصار وذلك لأن الفعل مسبب عن القدرة والإرادة فأقيم المسبب مقام السبب للملاءمة بينهما ولا يجاز الكلام فإن قلت ما الحكمة في إضمار الحذف قلت كراهية أن يفتتح آية الطهارة بذكر الحدث كما في قوله تعالى ﴿ هدى للمتقين ﴾ حيث لم يقل هدى للضالين الصائرين للتقوى بعد الضلال كراهية أن يفتتح[1] أول الزهراوين بذكر الضلالة قوله ﴿ إلى

---

(١) قوله ( ان يفتتح ) أقول لأن الهداية للمتقين في معنى قولنا هدى للمتقين مع أنـه من قبيل تحصيل الحاصل بل أن القرآن هداية للناس بقوله تعالى هدى للناس في صفته أو هدايته للضالين في البيضاوي هدي للمتقين يهديهم إلى الحق والهدى في الأصـل مصدر كالسري والتقي ومعناه الدلالة قيل الدلالة الموصلة إلى البغية لأنه جعـل مقابل الضلالة في قوله تعالى لعلى هدى أو في ضلال مبين ولأنه لا يقال هدى إلا لمن اهتـدى إلى المطلوب واختصاصه بالمتقين لأنهم المهتدون والمنتفعون بنصيبـه إن كانت دلالته عامة لكل ناظر من مسلم أو كافر وبهذا الاعتبار قال هدى للناس أو لأنه لا ينتفع التأمل فيه إلا من صقل العقل واستعمله في تدبير الآيات والنظر في المعجزات وتعرف النبوات لأنه كالغذاء الصالح لحفظ الصحة فإنه لا يجلب نفعاً ما لم تكن الصحة حاصلة وإليه أشار بقوله تعالى ﴿ ونزل =

الصلاة ﴾ الصلاة على وزن فعلة من صلى كالزكاة من زكى واشتقاقها من الصلى وهو العظم الذي عليه الاليتان لأن المصلي يحرك صلويه في الركوع والسجود وقيل للتاله من خيل السباق المصلى لأن رأسه يلي صلوا التالي ويقال للصلاة الدعاء ومنه قول الأعشى في وصف الخمر :

وقابلها الريح في دنها وصلى على دنها وارسم

أي دعى لها بالسلامة والبركة وأما في الشرع فهي عبارة عن الأفعال المعهودة بالأركان المعلومة فإن قلت كيف يكون المعنى في الوجهين قلت على الوجه الأول تكون لفظة الصلاة من الاسماء المعتبرة شرعاً وعلى الوجه الثاني تكون من الأسماء المنقولة شرعاً لوجود المعنى اللغوي مع زيادتها شرعاً وفي الفعل المعنى اللغوي مرعي وفي التغيير يكون باقياً ولكنه زيد عليها شيء آخر وكلمة إلى تأتي لثمانية معان .

الأول: انه للغاية الزمانية نحو ﴿ أتموا الصيام إلى الليل ﴾ البقرة /١٨٧ والمكانية نحو ﴿ من المسجد الحرام إلى المسجد الأقصى ﴾ الاسراء / ١ .

الثاني : البعد نحو ﴿ من أنصاري إلى الله ﴾ آل عمران / ٥٢ .

الثالث : التبيين وهي المبينة لفاعلية مجرورها بعدما يفعد حباً أو بغضاً من فعل تعجب أو إسم التفضيل ﴿ رب السجن أحب إلي ﴾ يوسف / ٣٣ .

الرابع : بمعنى اللام نحو ﴿ إلى إلهك ﴾ طه / ٩٧ .

الخامس: بمعنى في نحو ﴿ ليجمعنكم إلى يوم القيامة ﴾ النساء / ٩٧ .

السادس : الإبتداء كقوله .

تقول وقد عاليت بالكور فوقها فلا يلوى إلى ابن أحمد

السابع : بمعنى عند نحو انتهى إلى من الرحيق السلسبيل أي عندي .

---

= من القرآن ماهو شفاء ورحمة للمؤمنين ولا يزيد الظالمين إلا خساراً ﴾ الاسراء — ٨٢ ولا يقدح ما فيه من المجمل والمتشابه في كونه هدى لما لم ينفك عن بيان تعيين المراد منه انتهى .

الثامن : التوكيد وهي الزائدة أثبت ذلك الفراء مستدلاً بقراءة بعضهم ﴿ أفئدة من الناس تهوي إليهم ﴾ إبراهيم / ٣٧ بالفتح .

وقوله ﴿ الى الصلاة ﴾ يتناول سائر الصلوات من الفروض والنوافل لأن الصلاة إسم الجنس فاقتضى أن يكون من شروط الصلاة الطهارة أي صلاة كانت واستدلت بظاهر الآية طائفة أن الوضوء لا يجوز إلا بعد دخول الصلاة وكذلك التيمم وهو فاسد لأنه لم يقيد في النص دخول وقت الصلاة ويؤيد ما ذكرناه ما رواه النسائي وغيره من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة وراح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة فإذا خرج الامام حضرت الملائكة يستمعون الذكر فهذا نص جلي على جواز الوضوء للصلاة قبل دخول الوقت بها لأن الامام يوم الجمعة لا بد ضرورة من أن يخرج قبل الوقت أو بعده وأي الأمرين كان يظهر هذا الربح من أول النهار كان قبل وقت الجمعة بلا شك .

قوله ﴿ فاغسلوا ﴾ يقتضي إيجاب الغسل وهو إسم لامرار الماء على الموضع إذا لم يكن هناك نجاسة فإن كانت فغسلها إزالتها بامرار الماء أو ما يقوم مقامه وليس عليه ذلك الموضع بيده وإنما عليه إمرار الماء حتى يجري على الموضع وقال أبو بكر الرازي رحمه الله وقد اختلفت في ذلك على ثلاثة أوجه فقال مالك بن أنس عليه إمرار الماء وذلك الموضع به وإلا لم يكن غاسلاً وقال أصحابنا وعامة الفقهاء عليه إجراء الماء عليه وليس عليه دلكه به روى هشام عن أبي يوسف انه ان مسح الموضع بالماء كما يمسح بالدلك اجزأه وفي التحفة الغسل تسييل الماء على الموضع والمسح امراره عليه فقد فسر المسح بما فسر الرازي الغسل به وفي البدائع لو استعمل الماء من غير اسالته كالتدهن به لا يجوز في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف انه يجوز وعلى هذا لو توضأ بالثلج ولم يقطر منه شيء لا يجوز ولو قطر قطرتان أو ثلاث جاز لوجود الاسالة وفي الذخيرة تأويل ما روى، عن أبي يوسف ان سال

من العضو قطرة أو قطرتان ولم يتداركه وفي الاحكام لابن بريـدة صفة الغسل في الاعضاء المغسولة ان يبله العضو بالماء وقال أبو يوسف اذا مسح الاعضاء كمسح الدهن يجوز وقـال بعض التابعين ما عهدناهم يلطمون وجوههم بالماء وجماعة العلماء على خلاف ما قاله أبو يوسف لأن تلك الهيئة التي قال بها لا تسميه العرب غسلاً البتة .

قوله ﴿ وجوهكم ﴾ جمع وجه وحكى الفراء في الوجوه وهي الاوجه وقال ابن السكينة ويفعلون ذلك كثيراً في الواو إذا انضمت والوجه في اللغة مـأخوذ من المواجهة وهي المقابلة وحده في الطول من مبتـدأ سطح الجبهة إلى منتهى اللحيين (١) وهما عظما الحنك ويسميان النكاثرة وعليها منابت الأسنان السفلى ومن الأذن إلى الأذن وقـال أبو بكر الرازي واقطع حده من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن إلى شحمة الأذن حكى ذلك أبو الحسن الكرخي عن أبي سعيد البردعي وقال الرازي ولا يعلم خلافاً بين الفقهاء في هـذا المعنى ولذلك يقتضي ظاهر الاسم إذا كان إنما يسمى وجهاً لظهوره ولأنه يواجه الشيء ويقابل به وهذا الذي ذكرنا من تحديده هو الذي يواجه الانسان ويقابله من غيره فـإن قيل فينبغي أن تكون الأذنان من الوجه لهـذا المعنى قيل له لا يجب ذلك لأن الأذنين يستران بالعمامة والقلنسوة والازار ونحوها في البدائع لم يذكر الوجه في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الوصول كما ذكره في الكتاب وقال هذا حـديث صحيح مستخرج داخل العينين والأنف والفم وأصول شعر الحـاجبين واللحية والشارب ووليم الذباب ودم البراغيث بخروجه من الوجه قال أبو عبيد الله البلخي لا يسقط وبه قال الشافعي في الجديد والمزني وأبو ثور واسحاق بن راهوية مطلقاً وحكى الرافعي قولاً وقال في المبسوط العين غير داخل في غسل الوجه كما في إيصال الماء إليها جرح لأنه شحم لا يقبل الماء ومن تكلف من الصحابة فيه كف بصره في آخـر عمره كابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وفي كتاب العناية للسروجي عن أحمد بن إبراهيم ان من غمض عينيه في غسل الوجه غمضاً شديداً (٢)

(١) في الأصل اللحين والصحيح ما أثبتناه .

(٢) في الأصل شدايد والصحيح ما أثبتناه .

لا يجزئه الوضوء وقيل من رمدت عينه فرمضت الماء واجتمع رمصها تكلف إيصال الماء إلى الأماق كذا في المنتخبة وفي المغني الوجه من منابت شعر الرأس إلى ما انحدر من اللحيين والذقن إلى أصول الأذنين ولا يعتبر كل واحد بنفسه بل لو كان أصلع ينزع شعره عن مقدم رأسه إلى منابت الشعر في الغالب والانتزاع الذي ينزل شعره إلى الوجه يجب عليه غسل الشعر الذي ينزل من حد الغالب وفي الأحكام لان بريدة للوجه حد طولاً من منابت الشعر المعتاد إلى الذقن وقولنا المعتاد احترازاً من الأعم والأقرع واختلفت المذاهب في حده عرضاً على أربعة أقوال فقيل من الأذن إلى الاذن وقيل من العذار إلى العذار في حق الملتحي ومن الاذن إلى الاذن في حق الامرد والقول الرابع إن غسل البياض الذي بين الصدغ والاذن سنة انتهى .

واللحية يحمل أن يكون من الوجه لانها مواجهة المقابل ولا تغطي في الاكثر كسائر الوجه فيقتضي ذلك وجوب غسلها ويحتمل أن لا تكون من الوجه لأن الوجه ما واجهك من بشرته دون الشعر النابت عليه هذا ما كانت البشرة ظاهرة دونه فلذلك اختلفوا في غسل اللحية وتخليلها ومسحها على ما تذكره إن شاء الله تعالى وما ذكرنا من حد الوجه يدل على ان المضمضة والاستنشاق « في »[1] غير واجبين لمن قال بها الآية إذ ليس داخل الانف والفم منه إذ هما غير مواجهين لمن قابلهما فمن قال بإيجابهما فقد زاد على الكتاب وهو غير جائز .

وقوله ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ يقتضي جواز الصلاة بوجود الغسل سواء قارنته النية أو لم تقارنه وذلك لان الغسل اسم شرعي مفهوم المعنى في اللغة وهي إمرار الماء على الموضع وليس عبارة عن النية فمن شرط فيه النية فقد زاد على النص وسيجيء مزيد الكلام فيه في موضعه إن شاء الله تعالى .

قوله ﴿ وأيديكم إلى المرافق ﴾ أي واغسلوا أيديكم والامر يدل على فرضية غسل اليدين والايدي جمع يد وأصلها يدى على وزن فعل بسكون العين ويدل على هذا الجمع ويجمع على

(١) ربما أخطأ الناسخ في اثبات ( في ) اهـ مصححة .

يدي أيضاً وأصله يدوي على وزن فلوس اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون وأبدلت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء وقد جمعت الايدي في الشعر على أياد قال جند ابن المثنى .

كأنه بالفحيان الانجل قطن شجاع بأياد غزل .

وهو جمع الجمع مثل أكوع وأكاوع ولغة بعض العرب أيد بحذف الياء من الأصل مع الالف واللام كما يقولون في المهتدي المهتد وبعضهم يقول يدى مثل رحى ويثني على هذا اللغة يدان مثل رحيان ويقال في التنبه يدوي كما يقال رحوي ثم اليد اسم يقع على هذا العضو وهي من طرف الاصابع إلى المنكب والدليل على ذلك أن عماراً رضي الله عنه تيمم إلى المنكب وقال تيممنا مع رسول الله ﷺ إلى المناكب وكان ذلك بعموم قوله تعالى ﴿ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه ﴾ ولم ينكر عليه من جهة اللغة بل هو كان من أهل اللغة فكان عنده أن الاسم للعضو إلى المنكب فثبت بذلك أن الاسم يتناول إلى المنكب فإذا كان الاطلاق يقتضي ذلك ثم ذكر التحديد فجعل المرفق غاية لان ذكرها لاسقاط ما ورائها وسيجيء الكلام فيه في موضعه إن شاء الله تعالى .

ثم اعلم أنه يجب غسل ما كان مركباً على اليدين من الاصابع الزائد والكف الزائدة على التفسير الذي ذكرنا وان خلق على العضد غسل ما يحاذي محل الفرض لا ما فوقة وفي المغنى وان خلق له أصبع زائدةأو يد زائدة في محل الفرض وجب عليه غسلها مع الاصلية وإن كانت في غير محل الفرض كالعضد والمنكب لم يجب غسلها سواء كانت طويلة أو قصيرة هذا قول ابن حامد وابن عقيل وقال القاضي ان كان بعضها يحاذي محل الفرض غسل ما يحاذيه منها والأول أصح واختلف أصحاب الشافعي في ذلك كما ذكرنا وإن تعلقت جلدة في غير محل الفرض حتى تدلت في محل الفرض وجب غسلها لأن أصلها في محل الفرض فأشبهت الاصبع الزائدة وإن تعلقت في محل الفرض غسلها قصيرة كانت أو طويلة بلا خلاف وإن تعلقت في أحد المحلين يجب غسل ما يحاذي محل الفرض من ظاهرها وصار باطنها وغسل ما يجب من محل الفرض وفي الحلية لو خلق له يدان على المنكبين احداهما

ناقصة فالكاملة هي الأصلية والناقصة خلقت زائدة فإن حاذى منها محل الفرض وجب غسله عندنا والشافعي من أصحابه من قال لا يجب غسلها بحال وفي الغاية ومن شلت يده اليسرى ولم يجد من يصب عليه الماء والماء جارياً لا يستنجي بيمينه وان وجد ذلك يستنجي بيمينه وإن شلت يداه مسح يديه بالأرض ووجهه بالحائط ولا يدع الصلاة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان مقطوع اليدين من المرفقين والرجلين من الكعبين يوضيء وجهه ويمسح أطراف المرفقين والكعبين بالماء ولا يجزئه غير ذلك وهو قول أبي يوسف وفي الدراية لو قطعت يده من المرفق لا فرض عليه وفي المغني وإن قطعت من دون المرفق غسل ما لقي من محل الفرض وإن قطعت من المرفق غسل العظم الذي هو طرف العضد وإن كان من فوق المرفقين سقط الغسل لعدم محله وإن كان أقطع اليدين فوجد من يوضئه متبرعاً لزمه ذلك لأنه قادر عليه وإن لم يجد من يوضئه إلا بأجر يقدر عليه لزمه أيضاً كما يلزمه شراء الماء وقال ابن عقيل يحتمل ان لا يلزمه كما لو عجز عن القيام لم يلزمه استئجار من يعتمد [١] عليه وإن عجز عن الأجر أو لم يقدر على من يأجر صلى على حسب حاله كعادم الماء والتراب وإن وجد من ييممه ولم يوجد من يوضئه لزمه التيمم وهذا منهب الشافعي ولم أعلم فيه خلافاً وفي مبسوط بكر قال الاسكاف يجب إيصال الماء إلى ما تحت العجين والطين في الأظافر دون الدرن لتولده منه وقال الصفاء يجب إيصال الماء إلى تحته ان طال الظفر وإلا فلا وفي النوازل يجب في حق المصري لا القروي لأن في أظفار المصري رسومة تمنع إيصال الماء إلى ما تحته وفي اظفار القروي طين لا تمنع ولو كان خلاب أو خبز ممضوغ جاف يمنع وصول الماء لم يجزه وفي ذنم الذباب والبرغوث جاز وفي جامع الأصغر إذا كان واسع الأظفار وفيها طين أو عجين أو المرأة تصنع التخي جاز وإنما جاز في القروي والمدني إذ لا يستطاع الامتناع منه إلا بحرج قال الدبوسي وهذا صحيح وعليه الفتوى وفي فتاوى ما وراء النهر و بقي من موضع الغسل قدر داس إبرة أو لصق بأصل ظفره طين يابس لم يجزه ولو تلطخ يده بحمرة أو حناء جاز وفي المغني إذا كان

(١) في الاصل زيادة ويعتمد أي يستمد ويعتمد عليه وهو زيادة والصحيح ما ذكرنا . اه مصححة .

تحت أظافره وسخ يمنع وصـــول الماء إلى ما تحته فقال ابن عقيل لا تصح طهارته حتى يزيله ويحتمل أن لا يلزمه ذلك لأن هذا يسير عادة وفي الأحكام لابن بزيزة إذا طـــالت الأظفار فقد اختلف العلماء هل يجب غسلها لأنها من اليدين حساً وإطلاقاً وحكماً ومن العلماء من يوجب غسل الزائد على المعتاد ولم يوجب بعض العلماء غسل الأظفار إذا طالت وفي المجتبى لا يجب نزع الخاتم وتحريكه في موضعه اذا كان واسعاً وفي الضيق اختلاف المشايخ وروى الحسن عن أبي حنيفة اشتراط النزع والتحريك فإن قلت روى الدارقطني ان النبي كان اذا توضأ حرك خاتمه قلت في سنده عمرو بن محمـــد بن عبد الله هو وأبوه ضعيفان وفي الأحكام لابن بزيزة تحريك الخاتم في الوضوء والغسل اختلف العلماء فيه فقيل يحركه في الوضوء والغسل والتيمم وقيل لا يحركه مطلقاً وقيل ان كان ضيقاً حركه وان كان واسعا لايحركه وقيل يحركه في الوضوء والغسل ويزيله . قوله ﴿ الى المرافق ﴾ يدل على أن المرفق غاية وهل تدخل الغاية تحت المغيا أم لا فيه خلاف نذكره عن قريب ان شاء الله تعالى وهو جمع مرفق بكسر الميم وفتح الفاء وعلى العكس وهو مجتمع طرف الساعد والعضد قلت الاول على وزن اسم الآلة كالمخلب والثاني على وزن اسم المكان فيجوز فيه فتح الميم والفاء على ان تكون مصدراً أو اسم مكان على الاصل قوله وامسحوا برؤوسكم هذا يدل على فرضية مسح الرأس وسيجيء ذكر الخلاف فيه ان شاء الله تعالى ﴿وامسحوا﴾ أمر من مسح يمسح مسحاً من باب فتح يفتح قال الجوهري مسح برأسه ويمسح بالأرض ومسح الأرض مساحة أي وزعها ومسح المـــرأة أي جامعها ومسحه بالسيف أي قطعه ومسحت الإبل نوامها أي سارت ومسح الرجل بالكسر مسحاً في الأصح وهـــو الذي يصيب احدى ربليه الى الاخرى قلت الربلة بفتح الراء وسكون الباء الموحـدة وبفتحها أيضا هو باطن الفخذ وقال الاصمعي الفتح افصح والجمع ربلات والمسح في الشرع الاصابة وقد يجيء بمعنى الغسل على ما نذكره ان شاء الله تعالى والرؤوس جمع رأس وهـــو جمع كثرة وجمع القلة ارؤس ﴿ وأرجلكم الى الكعبين ﴾ المائدة / ٦ فيه ثلاث قراآت الرفع قرأ به الحسن البصري تقديره وأرجلكم مغسولة أو ممسوحة الى الكعبين وقرأ به نافع وروى

عنه الوليد بن مسلم وهي قـــراءة الاعمش أيضا والنصب قرأ به علي وابن عباس وابن مسعود وابراهيم والضحاك وابن عامــــر والكسائي والخفض عن عاصم وعلي بن حمزة وقال الازهري وهي قراءة الاعمش وحفص عن أبي بكر ومحمـــد بن ادريس الشافعي والجر قرأ به ابن عباس في رواية عكرمة وحمزة وابن كثير وقال الحافظ أبو بكر بن المغربي وقرأ يونس وعلقمة وأبو جعفر بالخفض والمشهور قراءة[1] الجر والنصب وبينهما تعارض فالحكم في تعارض القراءتين كالحكم في تعارض الآيتين وهو انه ان أمكن العمل بهما يعمل مطلقا وان لم يمكن العمل بهما بالقدر الممكن وههنا لا يمكن الجمع بين الغسل والمسح في عضو واحد في حالة واحدة لانه لم يقل به أحد من السلف ولانه يـــؤدي الى تكرار المسح لان الغسل يتضمن المسح والامــــر المطلق لا يقتضي التكرار ولا يحتمله فيعمل في حالتين فيحمل قراءة النصب على ما إذا كانت الرجلان باديين ويحمل على قراءة الجر على ما إذا كانتا المستورتين بالخفين توفيقا بين القراءتين وعملاً بهما بالقدر الممكن وقـد يقال ان قراءة من قرأ ﴿ وأرجلكم ﴾ بالخفض معارضة لمن نصبها فلا حاجة إذن لوجود المعارضة فإن قيل نحن نحمل قراءة الجر على انها منصوبة المحل فإذا حملناه على ذلك لم يكن بينهما تعـــارض بل يكون معناهما النصب وإن اختلف اللفظ فيهما ومتى أمكن الجمع لم يجز الحمل على التعارض والاختلاف والدليل على جواز العطف على المحل قوله تعالى ﴿ واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ﴾ النساء / ١ وقال الشاعر:

الا حي عثمان عمرو بن عــامر ... إذا ما تلاقينا اليوم أو غــداً

فنصب غدا على المحل ويجاب بأن العطف على المحل خلاف السنة وإجماع الصحابـــة

---

(١) قوله ( الجر ) الخ فإن قيل قراءة الجر في أرجلكم متواتر هي أيضا فمقتضى الجمع بين القراءتين التخيير بين الغسل والمسح كما قال به البعض قلنا قراءة الجر ظاهرها متروكة بالاجماع لان من قال بالمسح لم يجعله معينا بالكعبين وقال بعد غسل رجليه هذا لا يقبل الله الصلاة الا به والجر للجوار كقولك حجر صب خرب وفائدة الجر التنبيه على انه ينبغي أن لا يفرط في صب الماء عليهما ويغسلا غسلاً خفيفا شبها بالمسح انتهى .

رضي الله عنهم اما السنة فحديث عمرو بن عيينة الذي أخرجه مسلم وفيه ثم يغسل قدميه إلى الكعبين . الحديث واما الاجماع فهو ما روى عاصم عن أبي عبد الرحمن السلمي قال بينما يوم والحسن يقرأ على علي رضي الله عنه وجلس قاعداً إلى علي يحازيه فسمع قارئنا يقرأ وأرجلكم ففتح عليه الحسن بالخفض فقال علي وزجره إنما هو « فاغسلوا وجوهكم واغسلوا أرجلكم في القرآن تقديم للتعظيم وتأخيره . وكذلك عن عروة ومجاهد والحسن ومحمد بن الحسين وعبد الرحمن بن الاعرج والضحاك وعبد الرحمن بن عمرو بن غيلان زاد البيهقي وعطاء ويعقوب الحضرمي وابراهيم بن زيد التيمي وأبي بكر بن عباس وذكر ابن الحاجب في أماليه انه نصب على الاستئناف وقيل المراد بالمسح في حق الرجل الغسل ولكن أطلق عليه لفظ المسح للمشاكلة كقوله تعالى ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ وقيل إنما ذكر بلفظ المسح لان الارجل من بين سائر الاعضاء مظنة اسراف الماء بالصب فعطف على الممسوح وإن كانت مغسولة للتنبيه على وجود الاقتصار في الصب لا التمسح وجيء بالغاية فقيل إلى الكعبين إماطة لظن ظان يحسبها انها ممسوحة إذ المسح لم تعرف له غاية ثم اعلم ان النصب له وجهان احدهما أن يكون معطوفا على « وجوهكم » فيشاركها في حكمها وهو الغسل وانما أخر عن المسح بعد المغسولين لوجوب تأخير غسلهما عن مسح الرأس عند قدوم الاستجابة عند آخرين والوجه الثاني أن يكون عامله مقدراً وهو واغسلوا لا بالعطف على وجوهكم كما تقول أكلت الخبز واللبن أي وشربت وان لم يتقدم الشرب بذكر وههنا تقدم للغسل ذكر فكان أولى بالاضمار ومنه قوله علفتها تبنا وماء بارداً أي سقيتها وقال ورأيت زوجك في الوغاء مقلداً سيفا ورمحا أي وحاملا رمحا وقال تشويت البان وتمراً اقط أي وأكل تمراً اقط ويجاب عن الجر بأجوبة .

الأول : انها جرت على انها بمجاورة رؤوسكم وإن كانت منصوبة كقوله تعالى ﴿ واني أخاف عليكم عذاب يوم أليم ﴾ على جر أليم وإن كان صفة للعذاب وكقولهم هذا حجر ضب خرب بجر خرب وإن كان مرفوعاً فإن قلت حجرا ضب خربين وحجرة ضباب خربة لم يجزه الخليل في التثنية وأجازه في الجمع واشترط أن يكون الآخر مثل الأول وأجازه سيبويه في الكل .

الجواب الثاني : إنها عطف على الرؤوس لأنها تغسل بصب المـاء عليها فكانت مظنة لاسراف الماء المنفى عنه لا التمسح ولكن لينبه على وجوب الإقتصار في صب المـاء عليها فجيء بالغاية ليعلم أن حكمها مخالف لحكم المعطوف عليه لأنه لا غاية في الممسوح قـــاله صاحب الكشاف .

والجواب الثالث : أنه محمول على مسألة لبس الخف والنصب على الغسل عند علامـة روى همام بن الحرث ان جرير بن عبد الله بال ثم توضأ ومسح على خفيه فقيل له انت تفعل هذا قال وما يمنعني وقد رأيت رسول الله ﷺ يفعله وكان يعجبهم حديث جرير رضي الله عنه لأن اسلامه كان بعد نزول المائدة قال الترمذي حديث حسن صحيح وقال ابن العربي اتفق الناس على صحة حديث جرير وهذا نص يروي ما ذكروه فإن قيل روى محمد بن عمر والواقدي أن جريراً أسلم في سنة عشر في شهر رمضان وان المائـــدة نزلت في شهر ذي الحجة يوم عرفة قيل هـــذا يثبت لأن الواقدي ضعيف رمي بالكذب ، وإنما نزلت يوم عرفة ﴿ اليوم أكملت لكم دينكم ﴾ المائدة ٣ .

الجواب الرابع ان المسح يستعمل بمعنى الغسل الخفيف يقال مسح على أطرافـــه إذا توضأ قاله أبو زيد وابن قتيبة وأبو علي الفارسي وفيه نظر وما ذكر عن ابن عباس قال محمد بن جرير إسناده ضعيف والصحيح الثابت عنه أنه كان يقرأ ﴿ وأرجلكم ﴾ بالنصب ويقـول عطف على المفعول هكذا رواه الحفاظ عنه منهم القاسم بن سلام والبيهقي وغيرهما وثبت في صحيح البخاري عنه أنه توضأ وغسل رجليه وقال هكذا رأيت رسول الله ﷺ وأما قوله تعالى ﴿ يا جبال أوبي معه والطير ﴾ سبأ / ١٠ بالنصب على المحل فممنوع لأنه مفعول معه ولو سلم العطف على المحل فإنما يجوز مثل ذلك عند عدم اللبس نقل ذلك عن سيبويه وههنا لبس فلا يجوز واما البيت فغير مسلم فإنه ذكر في العقد ان سيبويه غلط فيه وإنما قاله الشاعر بالخفض والقصيدة كلها مجرورة .فكان مضطراً إلى أن ينصب هذا البيت ويحتـال بحيلة ضعّيفة قال :

مغـــاوي اننــــا بشر فـــانجح فلسنـــا بالجذيـــل ولا الجديـــد
أكلتم أرضنــــا وجعلوا تمرنــــا فهل من قــــائم أو من حصيـــد

أتطمع في الخلود إذا هلكنا وليس لنا ولا لك من خلود

وقيل هما قصيدتان مجرورة ومنصوبة وفيه بعد ، فان قلت ان القراءتين النصب والجر نقلهما الائمة تلقيناً من رسول الله ﷺ ولا يختلف أهل اللغة ان كل واحدة من القراءتين محتملة للمسح لعطفها على الرأس ومحتملة للغسل لعطفها على المغسول قلت و لا يخلو القول من أحد معان ثلاثة اما أن يقال ان المراد هما جميعاً مجموعان فيكون عليه أن يمسح أو يغسل أو يكون أحدهما على وجه التخيير يفعل المتوضىء أيهما شاء ويكون ما يفعله هو المفروض أو يكون المراد أحدهما بعينه لا على وجه التخيير فلا سبيل إلى الأول لاتفاق الجميع على خلافه وكذا لا سبيل إلى الثاني إذ ليس في الآية ذكر التخيير ولا دلالة عليه فتعين الوجه الثالث ثم يحتاج في ذلك إلى طلب الدليل على المراد منهما فالدليل على ان المراد الغسل دون المسح اتفاق الجمع على انه إذا غسل فقد أدى فرضه وأتى بالمراد وانه غير ملوم على ترك المسح فتبين ان المراد الغسل وأيضاً فهو صار في حكم المجمل المفتقر إلى البيان فيما ورد فيه من البيان عن الرسول ﷺ من فعل أو قول علمنا انه مراد الله تعالى وقد ورد البيان عنه بالغسل قولا وفعلا اما فعلا (١) فهو ما ثبت بالنقل المستفيض والنصوص المتواترة انه عليه السلام غسل رجليه في الوضوء ولم تختلف الامة فيه واما قولاً فما رواه جابر وأبو هريرة وعائشة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن الحارث بن جزء التربيدي رضي الله عنه اما حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه وقال حدثنا أبو الاحوص عن ابن إسحاق عن سعيد بن أبي كريب عن جابر بن عبد الله قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ويل للعراقيب من النار وأخرجه الطحاوي ولفظه رأى رسول الله ﷺ في قدم رجل لمعة لم يغسلها فقال ويل للعراقيب من النار وأخرجه ابن ماجة من طريق ابن أبي شيبة وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فما أخرجه البخاري وقال حدثنا آدم بن أبي أياس قال حدثنا شعبة حدثنا محمد بن زياد قال سمعت أبا هريرة وكان يمر بنا والناس يتوضؤون من المطهرة فقال اسبغوا الوضوء فإن أبا القاسم ﷺ قال ويل للاعقاب من النار

(١) فى الأصل فضلاً والصحيح ما أثبتناه .

أخرجه مسلم أيضاً وأما حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه مسلم من طريق سالم قول شداد قال دخلت على عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ يوم توفي سعد بن أبي وقاص فدخل عبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما فقالت يا عبد الرحمن اسبغ الوضوء فاني سمعت رسول الله ﷺ يقول ويل للاعقاب من النار وأخرجه الطحاوي أيضاً وأما حديث عبد الله بن عمرو فأخرجه أبو داود وقال حدثنا مسدد حدثنا يحيى بن معين قال حدثنا منصور عن بلال بن بشار عن أبي يحيى عن عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ رأى قوماً واعقابهم تلوح فقال ويل للاعقاب من النار واسبغوا الوضوء وهـذا اسناده صحيح ورجاله ثقات وأبو يحيى اسمه مصدع مولى عبد الله بن عمرو روى له الجماعة سوى البخاري والحديث أخرجه النسائي وابن ماجة أيضاً وأما حديث عبد الله بن الحرث بن جزء الزبيدي فأخرجه أحمد في مسنده وقال حدثنا هارون قال حدثنا عبد الله بن وهب أخبرني حياة بن شريح أخبرني عروة بن مسلم عن عبد الله بن الحرث بن جزء الزبيدى وهـو من أصحاب رسول الله ﷺ يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول ويل للاعقاب وبطون الاقدام من النار واسناده حسن وقد أخرجه الطحاوي والطبراني أيضاً فقوله ويل للاعقاب من النار وعيد لا يجوز أن يخلف الا بترك الفروض وهـذا يوجب استيعاب الرجل بالغسل وفي العناية واما وظيفة الرجلين ففيها أربعة مذاهب .

الأول : هو مذهب الأئمة الأربعة وغيرهم من أهل السنة والجماعة ان وظيفتهما الغسل ولا يعتد بخلاف من خالف ذلك .

الثاني : هو مذهب الإمامية من الشيعة ان الفرض مسحها .

الثالث : وهو مذهب الحسن البصري ومحمد بن جرير الطبراني وأبي علي الجبائي انه مخير بين المسح والغسل .

الرابع : مذهب أهل الظاهر وهو رواية عن الحسن ان الواجب الجمع بينهما وعن ابن عباس رضي الله عنهما هما غسلان ومسحان وعنه مـا أمر الله بالمسح للناس إلا بالغسل وروى ان الحجاج خطب بالاهواز فذكر الوضوء فقال اغسلوا وجوهكم وأيديكم وامسحوا

برؤوسكم وأرجلكم فإنه ليس شيء من ابن آدم أقرب من جنبه من قدميه فاغسلوابطونهما وظهورهماوعراقيبهما فسمع ذلك أنس بن مالك رضي الله عنه فقال صدق الله وكذب الحجاج قال الله تعالى ﴿وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم﴾ وكان عكرمة يمسح رجليه ويقول ليس في الرجلين غسل وإنما هو مسح وقال الشعبي نزل جبريل عليه السلام بالمسح وقال قتادة فرض الله غسلين ومسحين ولأن قـــراءة الجر محله في المسح لأن المعطوف يشارك المعطوف عليه في الكلمة لأن العامل الأول ينصب عليهما انصبابه واحدة بـواسطة الواو عند سيبويه وعند البصريين يقدر الثاني جنس الأول والنص يحتمل العطف على الأول على بعد فإن أبا علي قال قد أجاز قوم النصب عطفا على وجوهكم وانما يجـــوز وأشبهه في الكلام المعتبر وفي ضرورة الشعر وما يجوز على مثله هجنة العي وظلمة اللبس وتقديـــره اعط زيداً وعمراً وجوائزهما ومــــر ببكر وخالد فأي بيان الكلام في هذا وان ليس أقوى من هذا ذكره المرسي حاكياً عنه في ري الظمآن ويحتمل العطف على محل برؤوسكم كقوله تعالى ﴿يا جبال أوبي معه والطير﴾ سبأ / ١٠ بالنصب عطفاً على المحل لأنه مفعول به وقد ذكرنا الجواب عن هذا عن قريب وورد في الأحاديث المستفيضة في صفة وضـوء النبي ﷺ انه غسل رجليه وهو حديث عثمان رضي الله عنه المتفق على صحته وحـديث علي وابن عباس وأبي هريرة وعبد الله بن زيـد والربيع بنت معود بن عفرا وعمرو بن عنبسة وثبت انه عليه السلام رأى جماعة يتوضؤون وبقيت اعقابهم تلوح لم يمسها المـــاء فقال ويل للاعقاب من النـــار ولم يثبت عنه عليه السلام انه مسح رجليه بغير خف في محضر ولا سفر اما تفسير الكعب فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ويستفاد من الآية الكريمة فوائد .

الأولى: يدل على أن الغسل مرّة واحدة إذ ليس فيها ذكر العدد فلا يوجب تكرار الفعل فمن غسل مرة فقد أدى الفرض وقد وردت الآثار بالمرة والمرتين والثلاث على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

الثانية إن الأمر في هذه الآية لا يدل على وجوب الترتيب ولا على الموالاة لإطلاق النص على ذلك على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

**الآية ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس كذلك بهذا النص**

**الثالثة** : تدل على ان التسمية على الوضوء ليست بعوض لأنه أباح الصلاة بغسل هذه الأعضاء ومسح الرأس من غير شرط التسمية على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

الرابعة تدل على ان الإستنجاء ليس بفرض وان الصلاة جائزة بتركه إذا لم يتعد الموضع بيان ذلك ان معنى قوله ﴿ إذا قمتم إلى الصلاة ﴾ المائدة / ٦ إذا قمتم وأنتم محدثون كما ذكرنا وقال في اثناء الآية ﴿ أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ النساء / ٤٣ فحققت هذه الآية الدلالة من وجهين على ما قلنا احدهما إيجابه على المحدث غسل هذه الاعضاء واباحة الصلاة به وموجب الصلاة الاستنجاء فرض ما منع من الآية وذلك يوجب المسح وهو غير جائز والوجه الآخر من دلالة الآية ﴿ أو جاء أحد منكم من الغائط ﴾ إلى آخرها فأوجب التيمم على من جاء من الغائط وذلك كناية عن قضاء الحاجة فأباح صلاته بالتيمم من غير استنجاء فدل على ذلك على أنه غير فرض.

الخامسة : استدل بعض الناس بقوله ﴿ وأرجلكم إلى الكعبين ﴾ في قراءة الجر على جواز المسح على الخفين والمعنى وامسحوا بارجلكم في حال استعمال الخف وإنما ترك ذكر الخف كيلا يوهم جواز المسح على الخف بدون اللبس .

**( الآية )** يجوز فيه الأوجه الثلاثة الرفع على انه مبتدأ محذوف الخبر أي الآية مقروءة بما فيها ويجوز أن يكون مرفوعاً على تقدير تقرأ الآية بتمامها والنصب على أنه مفعول والتقدير اقرأ الآية ونحو ذلك والجر على تقدير إلى آخر الآية وهذا أضعف الوجوه لأن فيه حذف الحرف وحذف المضاف من غير ضرورة **( ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس كذلك بهذا النص )** ففرض الطهارة كلام إضافي مبتدأ وغسل الاعضاء الثلاثة كذلك خبره ومسح الرأس خبره كذلك عطف عليه وفي القضية الحملية لا بد من رابط قد يحذف والتقدير هو غسل الاعضاء والفاء فيه اما للتعقيب أو التفسير أو السببية فالاول ذهب اليه الشيخ قوام الدين والشيخ أكمل الدين وقال الاكمل لانها دخلت على الحكم بعد ذكر الدليل وقال القوام لانها تدخل على الحكم لما انه يعقب العلة كما في قولك اضرب فأوجع وأطعم فاشبع والثاني ذهب اليه صاحب النهاية وصاحب

الدراية فقال الاول لما كان في الآية المتلوة ذكر المسح والغسل فسرهما تتميماً للمرام ولابانة الكلام وقال الثاني ان الامر في الآية يحتمل الوجوب والندب ففسره بالوجوب كما فسره في آية التيمم بقوله ﴿ فامسحوا بوجوهكم ﴾ لان التيمم مجمل والثالث ذهب اليه بعضهم وهو أن يكون الكلام الواقع بعد الفاء نتيجة للكلام الواقع قبله ولم يذكر أكثر أهل اللغة ألفاظ النتيجة والظاهر أنه اصطلاح والفرض ههنا بمعنى المفروض كضرب الامير يعني مضروبه ونسج فلان بمعنى منسوجه والإضافة فيه بمعنى أي المفروض في الطهارة هو غسل الاعضاء الثلاثة وهذا من قبيل قوله تعالى ﴿ بل مكر الليل والنهار ﴾ سبأ / ٣٤ أي مكر في الليل وقد انكر بعضهم هذه الإضافة وهو غير صحيح ولكن الاكثر أن تكون الاضافة بمعنى اللام أو بمعنى من كقولك غلام زيد وخاتم فضة أي غلام لزيد وخاتم من فضة وقال صاحب النهاية ههنا للبيان لان الفروض قد تكون من الطهارة ومن غيرها وتبعه على ذلك الشيخ الاكمل قلت الكلام في الطهارة ولا يذهب الوهم هناك إلى أن الفروض قد تكون من غير الطهارة حتى يقال ان الاضافة ههنا للبيان وعلى قولهما تكون الاضافة بمعنى من نحو خاتم فضة ويكون المعنى المفروض من الطهارة من غسل الاعضاء الثلاثة وأراد بالطهارة الوضوء من قبيل ذكر الكل وإرادة الجزء أو من قبيل ذكر العام وإرادة الخاص ولو قال فرض الطهارة لكان أولى وأحسن لان العدول عن الحقيقة بلا داع لا يحسن والفرض في اللغة يأتي لمعان كثيرة بمعنى القطع يقال فرض الخياط الثوب أي قطعه وفرضت القرآن قطعته بالقراءة منه جزء قال الجوهري الفرض الجزء في الشيء يقال فرضت الثريد والسواك وفرض القوس هو الجزء الذي فيه الوتر والمعنى التقدير قال الله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ أي قدرتم وبمعنى التفصيل قال الله تعالى ﴿ سورة أنزلناها وفرضناها ﴾ النور / ١ أي فصلناها وبمعنى البيان قال الله تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ﴾ التحريم / ٢ أي بين الله لكم كفارة أيمانكم ولمعنى الحد قال الله تعالى ﴿ لاتخذن من عبادك نصيباً مفروضاً ﴾ النساء ١١٨ أي محدوداً ومنه المفرض بكسر الميم وهو الحدة التي يحد بها وبمعنى التحرير كما في قوله ﴿ سورة أنزلناها وفرضناها ﴾

بالتشديد بمعنى حررناها لكم كذا فسره بعضهم وقال الجوهري التعريض التحرير بمعنى التعظيم وبمعنى العطية يقال ما أصبت منه فرضاً ولا فريضاً أي عطية وقال الجوهري الفرض العطية الدنيوية وفرضت للرجل وأفرضت إذا أعطيته وقد فرضت له في الديوان وبمعنى التكبير يقال فرضت البقرة تفرض فروضاً أي كبرت وطعنت في السن ومنه قوله تعالى﴿ لافارض ولا بكر ﴾البقرة ٦٨ ولمعنى العظمة لكيسة[1] فارضة إذا كانت عظيمة وقال الجوهري الفارض الضخم في كل شيء والفارض بمعنى الرئيس قال ضخم العين أنشده أبو عبيدة:

أفرضت له بمثل لمع البشـر . قلت بالكف فرضاً حقيقـا

وفي اصطلاح الشرع مـا ثبت بدليل قطعي لا شبهة فيه كالكتاب والسنة المتواترة إذا لم يلحقهما خصوص وكالإجماع إذا لم ينتقل بطريق الاحاد وكالقياس المنصوص عليه والمعاني اللغوية تجري في المعنى الشرعي لان الذي فرضه الله على عباده ومقطوع ومقدور ومفصل ومبين ومحدود ومحرور وغير ذلك من المعاني المذكورة فإن قلت كيف قـال الاعضاء الثلاثة والاعضاء التي يجب غسلها في الوضوء خمسة قلت الاشيـاء الكثيرة إذا دخلت تحت خطاب واحد تجعل كالشيء الواحد فجعلت اليدان كيد واحدة وكـذا الرجلان كرجل واحدة وإن كانت أربعة في الحقيقة فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن يجوز أن تغسل البلة من يد إلى أخرى ومن رجل إلى رجل أخرى في الوضوء كما يجوز ذلـك في الغسل قلت القياس بالفارق باطل وذلك لان البدن شيء واحد حقيقة فكان في الغسل في شيء واحد بخلاف اليدين والرجلين في الوضوء لانهما/مختلفان وانما عـدت شيئاً واحداً حكماً لا حقيقة لدخولها تحت خطاب واحد كما ذكرنا قوله بهذا النص إشارة إلى مـا تلاه من قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة ﴾المائدة ٥ الآيـة فإن قلت الباء تتعلق بماذا؟ قلت يجوز أن تتعلق بقوله ( ففرض الطهارة ) والمعنى يثبت فـرض الطهارة وهي الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس بهذا النص ويجوز أن تتعلق بمسح الرأس أي يثبت مسح الرأس بهذا النص وذلك لئلا يتوهم ان فرضية المسح بالحديث والنص من نصفت الشيء رفعته ونصفت الدابة استخرجت ثمنها أو سرتها بالتكليف سيراً فوق سيرها المعتاد

(١) هكذا في الأصل وربما أراد الكيسة اهـ مصححة

## والغسل هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذنين

وهو من أقسام اللفظ باعتبار ظهور المعنى فهذا الاعتبار يحصر في أربعة أقسام الظاهر والنص والمفرد والحكم والاعتبار في الظاهر لظهور المراد منه سواء كان مسوقاً له أو لا وفي النص كونـــه مسوقاً للمراد سواء احتمل النسخ أولا وفي المحكم عدم احتمال شيء من ذلك .

( **والغسل هو الاسالة** ) هـــو بفتح الغين مصدر من غسلت الشيء غسلاً وبضم الغين الاسم وبكسر الغين ما يغسل به الرأس من خطمي وغيره وتفسيره بالاسالة تفسير لغوي ومعناه الشرعي اسالة الماء على العضو والتقاطر ليس بشرط وفي المبسوط عن أبي حنيفة لو سال الماء على الاعضاء بلا تقاطر يجزيه لأن الاسالة تحصل به وإن لم يتقاطر وقـال يصلح الغسل إلا إذا سال الماء إلى حـد التقاطر لأنه قبيل التقاطر متردد بين الإصابة والإسالة فلا يحصل اليقين بالغسل .

( **والمسح هو الاصابة** ) أما إلى الموضع الذي يمسحه وقد مر الكلام فيه مستوفى فإن قلت ما كان الداعي إلى تفسير الغسل والمسح ههنـــا قلت لما كان في الآية ذكرهما فسرهما تتميماً للبيان وقيل في تفسير المسح دفع لمـــا يذهب اليه الشافعي من تكرار مسح الرأس بمياه مختلفة وفيه ثبوت المسح والشارح أوجب المسح وفي تفسير الغسل دفـع لما روى عن أبي يوسف في الليل في المغسولات سقط الفرض .

( **وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذنين** ) هذا تفسير الوجه من حيث الشرع وإلا فالوجه في اللغة هو العضو المعين من بني آدم وغيرهم وقصاص الشعر حيث ينتهي بينه من مقدمه ومؤخره والقاف مثلثه والضم أعلاها والذقـــن بفتح الذال المعجمة [١] والقاف وهو مجتمع لحيته وشحمة الأذن معلق القرط وقد بسطنا الكلام عند قوله تعالى ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ .

(١) في الأصل المجمعة وهو خطأ والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححة

لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافاً لزفر رحمه الله

---

( لأن المواجهة تقع بهذه الجملة ) أي المقابلة تقع بهذه الجملة وأشار إلى ما ذكر من حد الوجه طولاً وعرضاً .

( وهو مشتق منها ) أي الوجه مشتق من المواجهة فإن قلت الوجه ثلاثي والمواجهة مزيد الثلاثي والثلاثي لا يكون مشتقاً من المزيد قلت هذا الشرط في الاشتقاق الصغير وأما في الكبير والأكبر فلا يشترط ذلك بل مجرد التناسب بين اللفظ والمعنى كاف بخلاف الصغير يشترط فيه التناسب في الحروف والترتيب والمناسبة في اللفظ والمعنى كاف بخلاف الصغير يشترط فيه التناسب في الحروف والترتيب والمناسبة في اللفظ والمعنى والتغاير في الصفة نحو ضرب فإنه مشتق من الضرب ونصر من النصر فلا يقال الذئب مشتق من السرحان ولا ذهب أحد النقدين من ذهب الماضي من الذهاب وأما الإشتقاق الكبير فيجوز فيه أن يكون الثلاثي مشتقاً من المزيد فقد ذكر الزمخشري في الفائق ان الدبر وهو النحل وهو مشتق من التدبير والجس من الاجتناب وهو الاستتار وذكر الكشاف ن التيم مشتق من التيمم وهذا لأن غرضهم من هذا الاشتقاق بيان حقيقته معنى تلك الكلمة فجاز أن يكون المزيد أشهر وأقرب إلى الضم من الثلاثي لكثرة استعماله كما في الدبر مع التدبير وأما الإشتقاق الأكبر فيكفي فيه وجود المناسبة في المخرج في الحروف نحو نعق من النهق وقد شنع الشيخ قوام الدين ههنا على الشيخ حافظ الدين النسفي بغير تأمل ثم تصدى للجواب وهو في الحقيقة تحصيل ما قاله الشيخ حافظ الدين ويعلم ذلك عند التأمل.

( والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل ) قد مر تفسير المرفق وسيأتي تفسير الكعب .

( عندنا ) أي عند أصحابنا الثلاثة وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية .

( خلافاً لزفر رحمه الله ) فعنده لا يدخل المرفقان والكعبان في الغسل وبه قال مالك في رواية .

وهو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في باب الصوم ولنـا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم إليها إذ الاسم يطلق على الامساك ساعة

---

( وهو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا ) أي زفر يقول فيما ذهب اليه ان الغاية أي الحد لا تدخل تحت المغيا أي في المحدود .

( كالليل في الصوم ) كما لا يدخل الليل في الصوم في قـــوله تعالى ﴿ ثُمَّ أتموا الصيام إلى الليل ﴾ البقرة ١٨٧ بخلاف قوله تعالى ﴿ حتى يطهرن ﴾ البقرة ٢٢٢ حيث دخلت في الآية الغاية في المغيا لأنها إنما لم تدخل إذا كانت عينـــاً أو وقتاً وههنا الغاية لا عين ولا وقت بل فعل والفعل لا يوجد بنفسه ما لم يفعل فلا بد من وجود الفعل الذي هو غـــاية للنهي لانتهاء النهي فبقي الفعل داخلا في النهي ضرورة وذكر غير المصنف كزفر تعارض الاشتباه وهو ان من الغايات ما يدخـــل كقوله ( قرأت القرآن من أوله إلى آخره ) ومنها ما لا يدخل كما في قوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ البقرة ٢٨٠ وقوله ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ وهذه الغاية تشبه كلا منهما فلا تدخل بالشك .

( ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها إذ لولاها ) يعني لولا ذكر الغاية .

( لاستوعبت الوظيفة الكل ) أي لاشتملت وظيفة الغسل كل اليد وكل الرجل بيان ذلك ان الغاية على نوعين غاية اسقاط وغاية اثبات يعلم ذلك بصدر الكلام فإن كان صدر الكلام يثبت الحكم في الغاية وما وراءها قبل ذكر الغاية فذكرها لإسقاط ما وراءها وإلا فلا تدخل الحكم إلى تلك الغاية والغاية في صورة النزاع من قبيل الاسقاط وفي المقيس من قبيل الإثبات فلا يصح القياس .

( وفي باب الصوم لمد الحكم اليها ) هـــذا جواب عن قول زفر كالليل في الصوم قوله اليها أي إلى الغاية .

( إذ الاسم يطلق على الامساك ساعة ) أي اسم الصـــوم يطلق على الإمساك أدنى ساعة حقيقية وشرعاً حتى لو حلفا لا يصوم يحنث بالصوم ساعة و كذا قوله ﴿ ثم أتمـــوا الصيام ﴾ البقرة ١٨٧ اقتضى صومه ساعة ومتى كان ما قبل ذكر الغاية يتناول زيادة على

الغاية تدخل الغاية في الحكم ويكون المراد بها ما وراء الغاية مع بقاء الغاية والحد داخل في الحكم واسم اليد يتناول من رؤوس الأصابع إلى الإبط واسم الرجل يتناول إلى أعلى الفخذ فكان ذكر الغاية لاخراج ما وراءها وإسقاط من الإيجاب فبقيت الغاية وما قبلها داخلة تحت الايجاب وأوردوا على هذا مسألة وهو أنه لو حلف لا يكلم فلاناً إلى رمضان يدخل رمضان في اليمين مع أنه لولا الغاية لكانت اليمين متأبدة ولم يكن ذكر الغاية مسقطاً لما وراءها فاليد ههنا كأيدي في اليمين قال خواهر زاده لا وجه لتخريج هذا النقض إلا بالمشي على رواية الحسن عن أبي يوسف وقال رضي الدين النيسابوري هذه الغاية لمد اليمين لا للاسقاط لأن قوله لا أكلم للحال فكان من الحال إلى الأبد قلنا هذا ممنوع فإن المضارع مشترك بين الحال والاستقبال يعم في النفي حتى لو حلف لا يكلم موالي فلان يتناول الاعلى والأسفل ذكره في الوصايا الهداية وغيرها وعلى هذا قال أبو حنيفة لو شرط الخيار في البيع والشراء إلى غد فله الخيار في الغد كله لأنه لو اقتصر على قوله إني بالخيار يتناول الابد فيكون ذكر الغد لاسقاط ما ورائه إنما وجهه ظاهر وايه في اليمين في العرف ومبنى الإيمان عليه حتى لو حلف لا يكلمه إلى عشرة أيام يدخل اليوم العاشر ولو قال ان تزوجت إلى خمس سنين دخلت السنة الخامسة في اليمين وكذا لو استأجر داراً إلى خمس سنين دخلت الخامسة فيها وقيل ان إلى بمعنى مع قاله ثعلب وغيره من أهل اللغة واحتجوا بقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم ﴾ النساء ٢ وكقولهم الذود إلى الذود ابل وقد ضعف فإنه يجب غسل العضد لاشتمال اليد عليه وعلى المرفوع انا نمنع أن يكون فيما استشهد به بمعنى مع لأن معنى الآية لا تأكلوها مضمومة إلى أموالكم أو ولا تضموها إلى أموالكم آكلين لها وكذا الذود مضمومة إلى الذود ابل وقيل ان الحديد يدخل تحت المحدود إذا كان التحديد شاملا للحد والمحدود وقال سيبويه والمبرد وغيرهما ما بعد إلى أن كان من نوع ما قبلها دخل فيه واليد عند العرب من رؤوس الأصابع إلى المنكب ولهذا لو قال بعتك هذه الأشجار من هذه إلى هذه دخل الحد ويكون المراد بالعناية اخراج ما وراء الحد فكان المراد بذلك المرافق

والكعبين وإخراج ما وراءها وقيل ان إلى تفيد الغاية ودخولها في الحكم وخروجها منه يدور مع الدليل فقوله تعالى ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ البقره ٢٨٠ مما لم يدخل فيه لأن الإعتبار علة الإنظار فيزول بزوال علته وكذا الليل في الصوم لو دخل لوجب الوصال ومما فيه دليل الدخول قولك حفظت القرآن من أوله إلى آخره وقطعت يد فلان من الخنصر إلى السبابة فالحد يدخل في المحدود فإذا كان الدخول وعدم الدخول يقف على دليل فقد وجد دليل الدخول ههنا بوجوه ثلاثة .

الأول : حديث أبي هريرة انه توضأ فغسل يديه حتى أشرع في العضدين وغسل رجليه حتى أشرع في الساقين ثم قال هكذا رأيته عليه السلام يتوضأ رواه مسلم ولم ينقل تركها فكان قوله عليه السلام بياناً أنه ما يدخل قوله أشرع المعروف شرع في كذا أي دخل وروي حتى أسبغ في العضد وحتى أسبغ في الساق .

الوجه الثاني : إن المرفق من عظمي الساعد والعضد وجانب الساعد دون العضد وقد تعذر التمييز بينهما للتداخل فوجب غسل المرفقين لأن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

الوجه الثالث : انه قد وجبت الصلاة في ذمته والطهارة شرط لسقوطها فلا تسقط بالشك .

( **والكعب هو العظم الناتىء** ) أي الناتىء في مفصل القدم والناتىء بالهمزة في آخره ومعناه المرتفع عند ملتقى الساق والقدم وأنكر الاصمعي قول من قال انه في ظهر القدم نقل عن الجوهري وقال الزجاج الكعبان العظمان الناتئان في آخر الساق مع القدم وكل مفصل للعظام فهو كعب إلا ان هذين الكعبين ظاهران عن يمنى القدم ويسرته فلذلك لم يحتج أن يقال الكعبان اللذان من صفتها كذا وكذا وفي المختصر في كل رجل كعبان وهما طرفا عظمي الساق وملتقى القدمين قال ابن جني وقول أبي كثير وإذا انتبه من المنام رأيته عن ثوب كعب الساق ليس بمزيل يدل على أن الكعبين هما الناتئان في أسفل كل ساق من جنبها وليس الشاخص في ظهر القدم وفي الترهيب للازهري عن ثعلب الكعبان الشجان الناتئتان قال وهو قول أبي عمرو بن العلاء والأصمعي وفي كتاب المنتهى وجامع القرآن

الكعب الناتىء عند ملتقى الساق والقدم ولكل رجل كعبان والجمع كعوب وكعاب وقالت الامامية وكل من ذهب إلى المسح انه عظم مستدير مثل كعب الغنم والبقر موضوع تحت عظم الساق حتى يكون مفصل الساق والقدم عند معقد الشراك وقال فخر الدين الخطيب اختار الأصمعي قول الإمامية في الكعب وقال الطرفان الناتآن يسميان النجمين وهو خلاف مانقله عنه الجوهري ورجحه الجمهور ولو كان الكعب ما ذكروه لكان في كل رجل كعب واحد فكان ينبغي أن يقول إلى الكعاب لأن الأصل إنما توجد من خلق الإنسان مفرداً فتثنية بلفظ الجمع كقوله تعالى ﴿ فقد صغت قلوبكما ﴾ التحريم ٤ وتقول رأيت الزيدين أنفسها ومتى كان مثنى فتثنيه بلفظ التثنية فلما لم يقل إلى الكعبات علم أنه المراد بالكعب ما أوردناه وأيضاً انه شيء خفي لا يعرفه إلا المشرحون وما ذكرناه معلوم لكل أحد ومناط التكليف على الظهور دون الخفاء وأيضاً حديث عثمان رضي الله عنه غسل رجله اليمنى إلى الكعبين ثم اليسرى كذلك أخرجه مسلم فدل على أن في كل رجل كعبين وحديث النعمان بن بشير في تسوية الصفوف فقد رأيت الرجل يلصق كعبه بكعب صاحبه ومنكبه بمنكبه رواه أبو داود والبيهقي بأسانيد جيدة والبخاري في صحيحه تعليقاً ولا يتحقق الصاق الكعب فيا ذكره وحديث طارق بن عبد الله أخرجه اسحاق بن راهويه في مسنده وقال حدثنا الفضل بن موسى عن زيد بن زياد بن أبي الجعد عن جامع ابن شداد عن طارق بن عبد الله المحاربي رضي الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ في سوق ذي المجاز وعليه جبة حمراء وهو يقول ( يا أيها الناس قولوا لا إله إلا الله تفلحوا ورجل يتبعه يرميه بالحجارة وقد أدى عرقاً به و كعبه هو يقول أيها الناس لا تطيعوه فإنه كذاب فقلت من هذا فقالوا ابن عبد المطلب قلت فمن هذا الذي يتبعه بالحجارة قالوا هذا عبد العزى أبو لهب ) وهذا يدل على أن الكعب هو العظم النابت في جانب القدم لأن الرمية إذا كانت من وراء الماشي لا تصيب ظهر القدم .

( هو الصحيح ) احترز به عما روى عن هشام بن عبد الله الرازي أنه في ظهر القدم عند معقد الشراك قالوا ان ذلك سهو من هشام في نقله عن محمد بن الحسن رحمه الله لأن

محمداً قال في مسألة المحرم إذا لم يجد النعلين حتى يقطع خفيه أسفل الكعبين وأشار محمد بيده إلى موضع القطع فنقله هشام إلى باب الطهارة وقال ابن حجر في شرح البخاري قال أبو حنيفة الكعب هو العظم الشاخص في ظهر القدم قال وأهل اللغة لا يعرفون ما قال قلت هذا جهل منه لمذهب أبي حنيفة فإن ما ذكر ليس قولاً له ولا نقله عنه أحد من أصحابه فكيف يقول قال أبو حنيفة كذا وكذا وهذا جرأة على الأئمة منه .

( ومنه الكاعب ) أي ومن الكعب اشتقاق الكاعب وهي الجارية التي يبدو ثديها للنهور وكذلك الكعاب بفتحتين بمعنى الكاعب وقد كعبت تكعب بالضم كعوباً وكعب بالتشديد مثله وأشار بذلك إلى تأييد قوله الكعب والكعب هو الناتىء لأن وجوه الاشتقاق يدل على ذلك ولذا يقال للنواشر في أطراف الأنابيب كعوب ومنه الكعبة لارتفاعها على سائر البيوت ويقال لربعها. فرع لو قطعت رجليه وبقي بعض الكعبة يجب غسل البقية وموضع القطع وكذا في المرفق .

( والمفروض في المسح [1] مقدار الناصية ) أي المقدار على جهة الفريضة في مسح الرأس قدر الناصية الألف واللام فيه للعهد يعني ذلك المسح الذي يثبت بالنص لا بخبر الواحد عندنا وأراد به الفرض اللغوي لا الشرعي فإن الآية مجملة والفرض لا يثبت بخبر الواحد ويجوز أن يراد به الفرض الشرعي على الرواية التي هي انه مقدر بثلاثة أصابع لأن دخول الآلة تحت النص بطريق الإقتضاء يكون ثابتاً بمقتضى النص لا بخبر الواحد فإن قلت لو دخلت الآلة تحت النص كان ينبغي أن لا يتأدى المسح بدون الآلة وهي أكثر اليد وقد يتأدى بإصابة المطر بلا استعمال اليد وقد نص في المبسوط والخلاصة وغيرهما بذلك قلت ثبوت الآلة بطريق الضرورة لا بطريق القصد فإن من أمر بالصعود على السطح دخل بنصب السلم تحت الأمر ضرورة لا قصداً حتى لو حصل الصعود من غير مضمة سقط اعتباره لكونه غير مقصود .

( وهو ربع الرأس ) أي مقدار الناصية ربع الرأس وليست الناصية ربع الرأس على

(١) في الأصل في مسح الرأس مقدار .

الحقيقة لأن هذا لا يحتاج إلى تكسر ومساحة حتى يتبين انها ربع الرأس على الحقيقة وإنما هي مقدار الناصية قال ابن فارس الناصية قصاص الشعر ثم فسر القصاص بـأنه نهاية منبت الشعر من مقدم الرأس فهذا أعم من أن يكون ربع الرأس على الحقيقة أو بإعتبار أنه أحد الأركان الأربعة وهي القفا والناصية والقودان والقفا يقال له القذال أيضاً بفتح القاف والذال المعجمة وقال الجوهري القذال جمع مؤخـر الرأس وهو معقد الفدار من الفرس خلف الناصية ويقال القذا لأن ما اكتنفا ما بين القفا من يمين وشمال ويجمع أقذلة وقذل والقودان بفتح القاف وسكون الواو تثنية قود وقال الجوهري فود الرأس جانبه ثم اعلم أن للفقهاء في هذه المسائل ثلاثة عشر قولاً ستة عن المالكية حكاها ابن العربي والقرطبي قال ابن مسلمة صاحب مالك يجزئه مسح ثلثيه وقال أشهب وأبو الفرج يجزئـه الثلث وروى الرقي عن أشهب يجزئه مقدم رأسه وهو قول الأوزاعي والليث وظاهـر مذهب مالك الإستيعاب وعنهم يجزئـه أدنى ما يطلق عليه إسم المسح والسادس مسح كلها ويعفى عن ترك شيء يسير منه يعزى إلى الطرطوسي وللشافعية قولان صرح أكثرهم بأن مسح شعرة واحدة يجزئه وقالوا يتصور ذلك بأن يكون رأسه مطلياً بالحناء بحيث لم يبق طاهراً إلا شعرة واحدة فأمر يده عليها وهذا ضعيف جداً فإن الشرع لا يـرد بالصورة النادرة التي يكلف في تصورها وقال ابن القاضي الواجب ثلاث شعرات وهذا أخف من الأول ويحصل اضعاف ذلك بغسل الوجه وهو يجزء عن المسح في الصحيح والنية عند كل عضو ليست بشرط بلا خلاف عندهم ودليل الترتيب ضعيف وعندنا في المفروض منه ثلاث روايات في ظاهر الروايات ثلاث أصابع ذكره في المحيط والمفيد وهو رواية هشام عن أبي حنيفة رضي الله عنه وفي رواية الكرخي والطحاوي مقدار الناصية وذكر في اختلاف زفر عن أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف انهما قالا لا يجزئه إلا أن يمسح مقدار ثلث رأسه أو ربعه وروى ابن يحيى بن اكثم عن محمد انه اعتم ربع الرأس وقال أبـو بكر عندنا أعني فيه روايتان الربع والثلاث أصابع وبعض المشايخ صحح رواية ثلاث أصابع احتياطاً وفي جوامع الفقه عن الحسن يجب مسح أكثر الرأس وعن أحمد يجب

لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه ان النبي ﷺ أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه

---

مسح جميعه وعنه يجزىء مسح بعضه والمرأة يجزئها مسح مقدم رأسها في ظاهر قوله وفي المغني لا خلاف بين الآية في وجوب مسح الرأس وقد نص الله سبحانه وتعالى عليه بقوله ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ واختلف في قدر الواجب فروى عن أحمد وجوب مسح الجميع في حق كل أحد وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب مالك والرواية الثانية يجزىء مسح بعضه قال أبو الحرث قلت لأحمد فإن مسح برأسه وترك بعضه قال يجزئة ثم قال ومن يمكنه أن يأتي على الرأس كله ونقل عن سلمة بن الأكوع انه كان يمسح مقدم رأسه وابن عمر مسح اليافوخ وممن قال يمسح البعض الحسن والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي إلا ان الظاهر عن أحمد فى حق الرجل وجوب الاستيعاب وفي حق المرأة يجزئها مقدم الرأس قال الجلال العمل في مذهب أبي عبد الله انها ان مسحت مقدم رأسهاجزأها وقال هنا قال أحمد أرجو أن تكون المرأة في مسح الرأس أسهل. واعلم أن قول المصنف والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية إشارة إلى أن الناصية لا تتعين حتى لو مسح القذال أو أحد الفردين جاز ولا يجزىء مسح الأذنين عنه لأن كون الأذنين من الرأس احتمالاً لثبوته بخبر الواحد فأشبه التوجه إلى الحطيم هكذا أذكره وفيه نظر لأن الحطيم من المسجد الحرام قطعاً وقد أمرنا بالتولية بوجوهنا شطر المسجد الحرام بقوله تعالى ﴿ فول وجهك ﴾ البقرة ١٤٩ الآية لكن قد أريد به الكعبة بالإجماع وهو من باب ذكر الكل وإرادة الجزء .

( لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه ) الكلام فيه على أربعة أنواع الأول المغيرة بضم الميم وكسرها ابن شعبة بن أبي عامر بن مسعود بن صعقب بعين مهملة وبالمثناة من فوق وباء موحدة ابن مالك بن كعب بن عمرو بن سعد بن عمرو بن قيس بن منبه وهو ثقيف بن بكر بن هوازن بن منصور بن عكرمة بن حفصة بن قيس غيلان بن نصر بن نزاريكني أبا علي ويقال أبا عبيد الله ويقال أبو محمد أسلم عام الخندق وروى عن رسول الله ﷺ ماية

وستة وثلاثون حديثاً اتفقا على تسعة وللبخاري حديث ومسلم [1] حديثان روى عنه جماعة منهم عروة بن الزبير وأبو إدريس الخولاني والشعبي وروى عنه بنوه عروة وحمزة وعقار بنو المغيرة ومولاه وزاد مات بالمدينة سنة خمسين وقيل سنة إحـــدى وخمسين روى له الجماعة.الثاني ان هذا الحديث مركب من حديثين رواهما المغيرة بن شعبة جعلهما المصنف حديثاً واحداً وقد تبع في ذلك أبا الحسن القدوري رحمه الله وقال الشيخ **أكمل** الدين قيل هذا حديث واحد وقيل حديثان جمع القدوري بينهما قلت هذا عجز ظـــاهر منه حيث صرح بقوله قيل هذا حديث واحد وهذا القول غير صحيح والقول الثاني هو الصحيح ومع هذا لم يبين كيف روى الحديثان ولا التفت اليه والعجب منه ومن نظر إلى الذين تصدوا لتأليف الشروح على مثل الهداية كيف قصروا فيما يتعلق بالأحاديث التي يستدل بها في هذا الكتاب وهل مبنى هذا العلم إلا عليها وليس بقاؤهما على شفا جرف هار فنحن نبين ذلك بعون الله وتوفيقه أما الحديث الأول الذي فيه ذكر السباطة والبول فـأخرجه ابن ماجة في سننه حدثنا إسحاق بن منصور حدثنا أبو داود حدثنا سعيد عن عاصم عن أبي وائل عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ أتى سباطة قوم فبال قائماً قال شعبة **قال عاصم يومئذ ورواه البخاري ومسلم عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتى سباطة قوم فبال قائماً ثم دعا بماء فجئته به.ثم توضأ وزاد مسلم ومسح على خفيه ووهم الشيخ علاء الدين التركماني في هذا الحديث بعد أن حكاه بلفظ البخاري وزيادة** مسلم أخرجاه وليس كذلك بل انفرد مسلم فيه بالمسح على الخفين وصرح بذلك عبد الحق بـــالجمع بين الصحيحين وقال لم يذكر البخاري فيه المسح على الخفين ووهم المنذري أيضاً فعزاه إلى المتفق وتبع في ذلك ابن الجذري فوهم وتعقبه ابن عبد الهادي لما ذكرنا من تصريح عبد الحق وأما الحديث الثاني ففيه ذكر المسح على الناصية والخفين فأخرجه مسلم عن عروة بن المغيرة عن أبيه المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ توضـــأ ومسح بناصيته وعلى العمامة وعلى الخفين ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه مطولاً ومختصراً وأخرجـــه

(١) في الأصل أسلم والصحيح ما أثبتناه .

الطحاوي من حديث الربيع بن سليان المؤذن قال حدثنا يحيى بن حبان حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن ابن سيرين عن عمرو بن وهب الثقفي عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ توضأ وعليه عمامة فمسح على عمامته ومسح بناصيته وأخرجه الدارقطني حدثنا أبو بكر النيسابوري حدثنا الشافعي إلى آخره نحو رواية الطحاوي وأخرجه البيهقي من هـذا الطريق في كتاب المعرفة وأخرجه الطبراني حدثنا أبو زرعة عبد الرحمن بن عمرو الدمشقي حدثنا محمد بن بكار حدثنا سعيد بن بشير عن قتادة عن محمد بن سيرين عن عمرو بن وهب الثقفي عن المغيرة بن شعبة قال مسح رسول الله ﷺ على ناصيته وعمامته ومسح على خفيه وأنا أشاهد ذلك وأخرجه أحمد أيضاً في مسنده مطولاً ووهم الشيخ علاء الدين أيضاً في هذا الحديث حيث جعل الحديث الذي ذكره المصنف مركباً من حديث المغيرة الذي فيه المسح على الناصية وعلى الخفين ومن حديث حذيفة الذي فيه ذكر السباطة والبول وليس كذلك بل هو مركب من حديث المغيرة كما ذكرناه واضحاً . النوع الثالث أن السباطة بضم السين الكناسة وهي المكنوسة من التراب وغيره وأريد به المكان الذي تلقى في الكناسة بطريق إطلاق اسم الحال على المحل ثم الإضافة فيه قيل للاختصاص وقيل للملك لأنها كانت مواتاً مباحة وقيل لا موات في المدينة وقيل للناس عامة وأضيفت اليهم لقربها منهم وتباح عموماً لكل مائل وقيل خاصاً برسول الله ﷺ لأنهم كانوا يكرهون ذلك من رسول الله ﷺ أو يحمل على الأذن في ذلك . النوع الرابع ان هذا الحديث صحيح لا نزاع فيه لأحد وهو حجة لمن يقول بأن الفرض في مسح الرأس مقدار الناصية فإن قلت الحديث يقتضي بيان عين الناصية والمدعى ربع غير معين وهو مقدار الناصية فلا يوافق الدليل المذكور قلت الحديث يحتمل تعيين بيان المجمل وبيان المقدار وخبر الواحد يصح بياناً لمجمل الكتاب والاجمال في المقدار دون المحل لأنه الرأس وهو معلوم فلو كان المراد منه العين يلزم نسخ الكتاب بخبر الواحد فإن قلت لا نسلم ان الاجمال في المقدار لأن المراد منه مطلق البعض بدليل الباء فى المحل والمطلق لا يحتاج إلى البيان قلت المراد بعض

مقدار لا مطلق المقدار بوجوه الأول ان المسح يطلق على أدنى ما يطلق عليه الإسم وهـو مقدار شعرة غير ممكن إلا بزيادة غير معلوم والثاني ان الله تعالى أفرد المسح بالذكر ولـو كان المراد بالمسح مسح مطلق البعض وهو حاصل في ضمن الغسل لم يكن للافراد بالذكر فائدة والثالث ان المفروض في سائر الأعضاء غسل مقدر فكذا في هذه الوظيفة فكان مجملاً في حق المقدار فيكون فعله عليه السلام بياناً - الخامس ان المذكور في الأحاديث المذكورة الاتيان إلى سباطة قوم والبول فيها قائماً والتوضىء والمسح على الناصية والخفين والعمامة ومقدم عن قريب فإن قلت قد روى الأربعة انه عليه السلام إذا أرادحاجة أبعد فكيف بال في السباطة التى تقرب الدور قلت لعله كان مشغولاً بامور المسلمين والنظر في مصالحه وطال عليه المجلس حتى خرقه البول فلم يمكنه التباعد ولو أبعد لكان تضرر وارتداد السباطة لدمسها وكان حذيفة يقربه بيده من الناس مع أنهم كانوا يؤثرون ذلك ولا يكرهون بل يفرحون به ومن كان هذا حاله جاز البول في أرضه والأكل من طعامه والاستهداد من مجرته ولهذا ذكـر علماؤنا من دخل بستان غيره يبـاح له الأكل من الفاكهة كالهبة إذا كان بينه وبين صاحب البستان انبساط ومحبة وأما البول قائماًفأخرجه البخاري ومسلم من حديث الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة رضي الله عنهم أن النبى ﷺ أتى سباطة قوم فبال قائماً الحديث فيه وجوه الأول لما كان به وجع الصلب إذ ذاك والثاني ما رواه البيهقي برواية ضعيفة انه عليه السلام بال قائماً لعلة بماء بضة والماء بضة بهمزة ساكنة بعد الميم ثم باء موحدة وهو باطن الركبة والثالث انه عليه السلام لم يجد مكانـاً للقعود فاضطر إلى القيام لكون الطرف الذي يليه من السباطة كان غالباً مرتفعاً والرابع ما ذكره القاضى عياض وهو كون البول قائماً حالة يؤمن فيها خروج الحدث من السبيل الآخر في الغالب بخلاف حالة القعود وكذلك قـال عمر رضى الله عنه البول قائماً حصن للدبر والخامس انه عليه السلام فعله بياناً للجواز في هذه المرة وكانت عادتة المستمرةالبول قاعداً يدل عليه حديث عائشة رضى الله عنها قالت من حدثكم ان النبى ﷺ كان يبول قائماً فلا تصدقوه ما كان يبول إلا قاعداً رواه أحمد والنسائى والترمذي بإسناد جيدوقد

روى في النهي عن البول قائماً أحاديث ثبت ولكن حديث عائشة رضى الله عنها هــذا ثابت ولهذا قال العلماء يكره البول إلا لعذر وهي كراهة تنزيه لا تحريم وقال ابن المنـذر اختلف في البول قائماً فثبت عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وزيد بن ثابت وابن عمـر وسهل بن سعد رضي الله عنهم أنهم بالوا قياماً وذلك عن أنس وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم وفعـل ذلك ابن سيرين وعروة بن الزبير وكرهه ابن مسعود والشعبي وابراهيم وابن سعد وكان إبراهيم لايجوز شهادة من بال قائماً وقال ابن المنذر فيه قول ثالث أنـه إذا كان يتطاير إليه من البول شيء فهو مكروه وإن كان لا يتطاير فلا بأس وهو قول مالك قال ابن المنذر البول جالساً أحب إلي وقائماً مباح وكل ذلك ثابت عن النبي ﷺ وقال الطحاوي رحمه الله لا بأس بالبول قائماً وأما تعريضه عليه السلام فيجيء بيانه إن شاء الله تعالى وأما المسح على العمامة فقد اختلف فيه أهل العلم فذهب إلى جوازه جماعة من السلف وقال بـه من فقهاء الأمصـار الأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه وأبو ثور وداود وقال أحمد وجابر ذلك عن النبي ﷺ من خمسة أوجه وشرط في جواز المسح على العمامة أن يقيم الماسح عليها بعد كمال الطهارة كما يفعله من يريد المسح على الخفين وروي عن طاووس أنـه قال يمسح على العمامة التي تجعل تحت الذقن وإلى المسح على العمامة أكثر الفقهاء وتأولوا الخبر في المسح على العمامة على معنى أنه كان يقتصر على مسح الرأس لبعض الرأس فلا يجب كله مقدمه ومؤخره ولا ينزع عمامته عن رأسه ولاينقضها وجعلوا خبر المغيرة بن شعبة كالمفسر له وهو أنه وصف وضوءه ثم قال ومسح بناصيته وعلى العمامة فوصل مسح الناصية بالعمامة وإنما وقع أداء الواجب من مسح الرأس بمسح الناصية إذ هي جزء من الرأس وصارت العمامة تبعاً له كما روى أنه مسح أسفل الخف وأعلاه ثم كان مسح الواجب في ذلك مسـح أعلاه وصار مسح أسفله كالتبع له وأما الحديث الذي رواه أحمد في مسنده ورواه عنه أبوداود عن ثوبان رضي الله عنه قال بعث رسول الله ﷺ سرية فأصابهم البرد فلما قدموا على رسول الله ﷺ (١) أن يمسحوا عن العصائب والتساخين فتأويله أنه يجوز أن يكون من قبيل ذكر

(١) هكذا الحديث في الأصل وهو ناقص اهـ مصححة .

الحال وإرادة المحل وذكر عاصب وأراد ما يحويه العصائب مجاز أو العصائب العمائم سميت بذلك لأن الرأس تعصب بها وكلما عصبت به رأسك من عمامة أو منديل أو خرقة فهو عصابة والتساخين الخفاف وقيل وأحدهما تخنان أو تسخين وذكر حمزة الأصبهاني أن التخان فارسي معرب تسكان وأما الحديث الذي رواه أبو داود حدثنا عبد الله بن معاذ قال حدثنا شعبة عن أبي بكر يعني ابن حفص بن عمر بن سعد سمع أبا عبيد الله عن أبيه عبد الرحمن السلمي أنه شهد عبد الرحمن بن عوف سأل بلالاً عن وضوء رسول الله ﷺ فقال كان يخرج فيقضي حاجته فأتيته بالماء فيتوضأ فيمسح على عمامته وموقيته[1] فالجواب عنه أن المراد به مسح ما تحته من قبيل إطلاق إسم الحال على المحل وأوله بعض أصحابنا أن بلالاً كان بعيداً عن النبي ﷺ يمسح النبي ﷺ ولم يضع العمامة من رأسه وظن بلالاً مسح على العمامة وفي الغاية وبذكر المسح على العمامة تأويلان أحدهما أن المسح عليهالم يكن عن قصد بل تبع هو بمسح البعض كما نشاهد ذلك إذا مسح البعض وعلى الرأس عمامة الثاني أنه يحتمل أن يكون به زكام فمسح على عمامته تكميلاً للسنة بعد مسح الواجب منه يدل على ذلك إقتصاره على مقدم رأسه وذكر المسح على العمامة في حديث رواه أبو داود عن أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام توضأ وعليه عمامة قطريه فأدخل يده تحت العمامة ومسح مقدم رأسه ولم ينقض العمامة والقطرية بكسر القاف وسكون الطاء المهملة وكسر الراء ثياب حمر بها اعلام ينسب إلى قطر موضع بين عمان وسيف البحر بكسر السين وسكون الياء آخر الحروف وهو ساحله وقال الأزهري وقع في بعض الأحاديث الإقتصار على ذكر العمامة والخمار وفي بعضها على عمامته وخفيه أخرجه البخاري وفي حديث المغيرة معهم الناصية قال الخطابي والبيهقي في الجواب ما تحصيله أن المحتمل يحمل على الحكم وإنما حذف الراوي الناصية في بعضها لأن بعضها معلوم مقدمة خده[2] لأن الله تعالى فرض مسح الرأس والعمامة ليست من الرأس فلا يترك اليقين بالمحتمل وقياسها على الخف بعيد لأنه يشق نزعه .

(١و٢) هكذا في الأصل اهـ مصححة .

( والكتاب مجمل فالتحق بياناً به ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال حديث المغيرة من أخبار الآحاد فلا يزاد به الكتاب وتقرير الجواب أن هذا ليس من باد الزيادة على الكتاب بل الكتاب مجمل فالتحق الخبر بياناً به أي بالكتاب إذ التقدير التحق فعل النبي عليه السلام بياناً به والمجمل ما ازدحمت فيه المعاني وأشبه المراد به اشتباهاً لا يدرك نفس العبارة بل الرجوع في الاستفسار ثم الطلب ثم التأمل فإن قلت نسلم أن الكتاب مجمل لأن المجمل ما لا يمكن العمل به الاتيان من المجمل والعمل بهذا النص ممكن بحمله على الأقل تيقنه قلت لا نسلم أن العمل به قبل التبيان في المجمل وإلا قد يكون أقل من شعرة والمسح عليها لا يكون إلا بزيادة عليها وما لا يمكن الفرض إلا به فهو فرض والزيادة غير معلومة فتحقق الاجمال في المقدار فإن قلت سلمنا أنه مجمل والخبر بياناً له ولكن الدليل أخص من المدلول فإن المدلول مقدار الناصية وهو ربع الرأس والدليل يدل على تعيين الناصية ومثله لا يفيد المطلوب قلت البيان لما فيه الاجمال فكانت الناصية بياناً للمقدار لا للمجمل المسمى وهو الناصية والاجمال في المجمل فكان من باب ذكر الخاص وإرادة العام وهو مجاز شائع فكانا متساويين في العموم فإن قلت لا نسلم أن مقدار الناصية فرض لأن الفرض الخاص ما يثبت بدليل قطعي وخبر الواحد لا يفيد القطع ولئن سلمناه ولكن لازمه وهو تكفير الجاحد منتف فبقي الملزوم قلت الأصل في هذين الخبرين الواحد إذا لحق بياناً للمجمل كان الحكم بعده مضافاً إلى المجمل دون البيان والمجمل من الكتاب والكتاب دليل قطعي ولا نسلم إنتفاء اللازم لأن الجاحد من لا يكون مؤولاً وموجب الأقل أو الجمع متأول معتمد شبهة قوية وقوة الشبهة تمنع التكفير من الجانبين الا ترى أن أهل البدع لا يكفرون بما منعوا ما دل عليه الدليل القطعي في نظر أهل السنة لتأويلهم وقال السغناقي فإن قيل الفرض هو الذي يوجب العلم إعتقاداً باعتبار أنه ثابت بدليل مقطوع فيه فلهذا يكفر جاحده وكفر الجاحد غير ثابت هذا في حق أي في حق المقدار فكيف يكون فرضاً قلنا إن لم يكن ثابتاً في حق المقدار لكن الثلاثة أعني الوجوب والعلم وكون الدليل مقطوعاً به وكفر الجاحد كلها ثابتة في حق أهل المسح فمسمى المقدار بإسم صل المسح

إطلاقاً للاسم المتضمن على المتضمن لأن المقدار تفسير هذا المسيح والمفسر متأول التفسير وإلا لا يكون تفسيراً له وتقول الفرض على نوعين قطعي وهو ما ذكر وظني وهو الفرض على زعم المجتهد كإيجاب الطهارة بالفصد والحجامة عند أصحابنا فإنهم يقولون تعترض عليه الطهارة عند إرادة الصلاة أو تقول يطلق . إسم الفرض على الوجوب كما يطلق إسم الوجوب على الفرض في قوله الزكاة واجبة والحج واجب لاكتفائهما في معنى اللزوم على البدل وقال صاحب الاختيار الاجمال في النص من حيث أنه يحتمل إرادة الجمع كما قال مالك ويحتمل إرادة الربع كما قلنا ويحتمل إرادة الأقل كما قال الشافعي وهذا ضعيف لأن في احتمال إرادة الجميع تكون الباقي برؤوسكم زائدة وهو بمنزلة المجاز لا يعارض الأصيل كما ذكرنا في الأصول والعمل هاهنا ممكن بأي بعض كان فلا يكون النص بهذين الاحتمالين مجملاً وقال أبو بكر الرازي رحمه الله في الأحكام قوله تعالى ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ يقتضي مسح بعضه وذلك أنه معلوم أن هذه الأدوات موضوعة لإفادة المعاني وإن كانت قد يجوز دخولها في بعض المواضع صلة فيكون ملغاة ويكون وجودها وعدمها سواء ولكن لما أمكن استعمالها هنا على وجه الفائدة لم يجز إلغاؤها فلذلك قلنا أنها للتبعيض والدليل على ذلك انك قلت مسحت يدك بالحائط كان المفعول مسحها ببعضه دون جميعه ولو قلت مسحت الحائط كان المفعول مسح جميعه دون بعضه فوضح الفرق بين إدخالها وإسقاطها في العرف واللغة فإذا كان كذلك تحمل الباء في الآية على التبعيض مستوفية لحقها وإن كانت في الأصل للالصاق إذ لا منافاة بينهما لأنها تكون مستعملة للالصاق في تفسير المفروض والدليل على أنها للتبعيض ما روى عمر بن علي بن مقدم عن إسماعيل بن حماد عن أبيه حماد عن إبراهيم في قوله تعالى ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ قال إذا مسح لبعض الرأس أجزأه فإذا قال وامسحوا رؤوسكم كان الفرض مسح الرأس كله فأخبر أن الباء للتبعيض وقد كان من أهل اللغة مقبول القول فيها ويدل على أنه قد أريد بها التبعيض في الآية اتفاق الجميع على جواز ترك القليل من الرأس في المسح والاقتصار على البعض وهذا هو اشتمال اللفظ للتبعيض فحينئذ احتاج إلى دلالة في إثبات المقدار الذي حده فإن قيل

إذا كانت للتبعيض لما جاز أن يقال مسحت برأسي كله كما يقال مسحت ببعض رأسي كله قيل له قدمنا أن حقيقتها إذا أطلقت للتبعيض مع إحتمال كونها ملغاة فإذا قال مسحت برأسي كله علمنا أنه أراد أن تكون الباء ملغاة نحو قوله تعالى ﴿ ما لكم من إله غيره ﴾ الأعراف / ٥٩ / ٦٥ / ٧٣ ونحو ذلك فإن قلت قال ابن جني وابن برهان من زعم أن الباء للتبعيض فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه قلت أثبت الأصمعي والفارسي والقتبي وابن مالك التبعيض وقيل هو مذهب الكوفيين وجعلوا منه ﴿ عيناً يشرب بها عباد الله ﴾ الإنسان / ٦ وقول الشاعر شربنا بماء البحر ثم ترفعنا – وقال بعضهم الباء في الآية للاستعانة وإن في الآية حذفاً وقلباً فإن مسح يتعدى إلى المزال عنه بنفسه وإلى المزيل بالباء فالأصل امسحوا رؤوسكم بالماء والتحقيق في هذا الموضع أن الباء للالصاق بأن دخلت في الآلة المسح نحو مسحت الحائط بيدي يتعدى إلى المحل تقديره ألصقوا برؤوسكم فإذا لم يتناول كل المحل يقع الاجمال في قدر المفروض منه ويكون الحديث بيناً لذلك كما قدرناه فإن قلت أليس ان في حكم التيمم حكم المسح بقوله ﴿ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم ﴾ المائدة ثم الاستيعاب شرط فيه قلت اما على رواية الحسن عن أبي حنيفة لايشترط فيه الاستيعاب لهذا المعنى واما على ظاهر الرواية فعرفناه بإشارة الكتاب وهو أن الله تعالى أقام التيمم في هذين العضوين مقام الغسل عند تعذره والاستيعاب في الغسل فرض وكذا فيما أقيم مقامه أو بالسنة المشهورة وهو قوله عليه السلام لعمار رضي الله عنه ما يكفيك ضربة للوجه وضربة للذراعين .

( وهو ) أي الحديث المذكور ( **حجة على الشافعي** ) بيان كونه حجة على الشافعي أنه لما التحق بالكتاب على وجه البيان له صار الكتاب رداً له لذلك فصار حجة عليه .

( **في التقدير بثلاث شعرات** ) من شعر الرأس وهذا الذي نسبه إلى الشافعي وجه شاذ في مذهبه مذكور في الروضة والواجب في مسح الرأس ما يطلق عليه الاسم ولو بعض شامرة أو قدره في البشرة وفي وجه شاذ يشترط ثلاث شعرات وشرط الشعر الممسوح ان لا يخرج حد الرأس لو سدل سبطاً كان أو جعد انتهى .

وعلى مالك رحمه الله في اشتراط الاستيعاب ، وفي بعض الروايات قدره أصحابنا بثلاث أصابع

---

( **وعلى مالك** ) أي هو حجة أيضاً على مالك بن أنس ( **في اشتراط الاستيعاب** ) أي في اشتراط إستيعاب الرأس بالمسح واعلم أن الذي ذهب إليه الشافعي في مسح الرأس لم يوجد له نص في الأحاديث التي رويت في صفة وضوء النبي ﷺ بخلاف ما ذهب إليه مالك وأصحابنا أما ما ذهب إليه مالك فهو حديث عبد الله بن زيد بن عاصم رواه مالك عن عمرو بن يحي المازني عن عبد الله قال شهدت عمرو بن أبي حسن سأل عبد الله بن زيد عن وضوء الرسول ﷺ فدعى بتور من ماء فتوضأ لهم وضوء رسول الله ﷺ فاكتفى على يده من التور فغسل يديه ثلاثاً ثم أدخل يده في التور فمضمض واستنشق واستنثر ثلاثاً بثلاث غرفات ثم أدخل يده في التور فغسل وجهه ثلاثاً ويديه إلى المرفقين مدة ثم أدخل يده في التور فمسح رأسه فأقبل بهما وأدبر مرة واحدة ثم غسل رجليه أخرجه الجماعة كلهم من حديث مالك رحمه الله وأما ما ذهب إليه أصحابنا فهو حديث المغيرة فيما مضى فإن قلت كان ينبغي أن يكون الفرض مسح جميع الرأس بمقتضى حديث عبد الله بن زيد كما ذهب إليه مالك قلت روى عنه عليه السلام الإقتصار على الناحية دل على أن ما فوق ذلك مسنون ونحن نقول به فقد استعملنا الخبرين وجعلنا المفروض مقدار الناصية إذ لم يرو عنه أنه مسح أقل منها وجعلنا ما زاد عليها مسنوناً ولو كان المفروض أقل من قدر الناصية كما ذهب إليه الشافعي لاقتصر النبي عليه السلام في حال مسحه على مقدار المفروض كما اقتصر على الناصية في بعض الأحوال .

(**وفي بعض الروايات قدره أصحابنا بثلاث أصابع** ) هذه رواية عن محمد ذكرها عنه في نوادره أنه إذا وضع ثلاث أصابع ولم يمدها جاز في قول محمد في الرأس والخف جميعاً ولم يجز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى يمدها بقدر ما يصيب البلة ربع رأسه وهما اعتبرا الممسوح عليه ومحمد اعتبر الممسوح به وهو عشرة أصابع وربعها إصبعان ونصف إلا أن الأصبع الواحد لا يجري جعل المفروض قدر ثلاثة أصابع وقال الشيخ قوام الدين في تفسير قوله ــ وفي بعض الروايات ــ إلى آخره وهو ظاهر الرواية لأنه المذكور في الأصل فكان

ينبغي على هذا أن يقول وعلى ظاهر الرواية لأن لفظة بعض الروايات مستعمل في غير ظاهر الرواية وقال الشيخ أكمل الدين قيل هي ظاهر الرواية لكونها المذكورة في الأصل فكان ينبغي أن يقول على ظاهر الرواية قلت ظاهر الرواية هو أن المفروض في مسح الرأس هو مقدار الناصية والرواية التي فيها التقدير بثلاث أصابع هي رواية النوادر وهي غير ظاهر الرواية حتى يرد ما ذكره.فرع إذا وضع ثلاث أصابع ولم يمدها جاز عند محمد كما ذكرنا ولو أعاد إصبعاً واحدة إلى الماء ثلاث مرات جاز و كذا لو مسح بإصبع واحدة بجوانبها الأربعة لأن ظاهرها وباطنها يقومان مقام اصبعين وجانبها مقام اصبع واحدة وقال السرخسي الأصح عندي أنه لا يجوز وفي البدائع ولو مسح بثلاث أصابع منصوبة غير موضوعة ولا ممدودة لم يجز لأنه لم يأت بالمفروض ولو مدها حتى أبلغ المفروض لم يجز عندنا خلافاً لزفر وفي المحيط إن كان الماء يتقاطر جاز كأنه أخذ ماء جديداً أو بلة و كذا لو مسح بالابهام والسبابة وبينهما مفتوح يجوز كذا في المجتبى وفيه أيضاً مسح شعر رأسه وفي شرح الوجيز المسح على بشرة الرأس يجوز ولا يضر كونها تحت الشعر وقال بعض أصحابنا لا يجوز لانتقال الفرض إلى الشعور ولو غسله بدل المسح قيل لا يجوز لأنه مأمور بالمسح والأصح أنه يجوز لأن الغسل مسح وزيادة ثم هل يكره غسل بدل المسح قيل يكره لأنه سرف كالغسلة الرابعة والأظهر أنه لا يكره ولو بدأ رأسه ولم يمد اليد فيه قولان أصحهما أنه يجوز وقال القفال لا يجوز ولو قطرت على رأسه قطرة لم يجز فإن جرت كفى وفي مغني الحنابلة إذا وصل إلى بشرة الرأس ولم يمسح على الشعر لم يجزه وإن رد هذا النازل وعقده على رأسه لم يجزه المسح عليه ولو نزل عن منبته ولم ينزل عن محل الفرض فمسح عليه أجزأه ولو خضب رأسه بما يستره أو طينه لم يجزه المسح على الخضاب والطين نص عليه أحمد في الخطاب وان غسّل رأسه بدل مسحه فعلى وجهين أحدهما لا يجزئه والثاني يجزىء ولو حصل على رأسه ماء المطر أو صب عليه إنسان ثم مسح يقصد بذلك الطهارة أجزأه وإن جعل الماء على رأسه من غير قصد أجزأه أيضاً وإن مسح رأسه بخرقة مبلولة أو خشبة أجزأه على أحد الوجهين وإن وضع على رأسه خرقة مبلولة فانبل رأسه بها أو

وضع خرقة ثم بلها حتى انبل شعره لم يجزئه ولو حلق رأسه أولحيته لا يعيد المسح إجماعاً وكذا ان قلم الظفر وكنسط الخف وعند بعض الشافعية يجب إعادة المسح بعد حلق الشعر وقال السروجي ولو حلق رأسه بعد الوضوء أو جز شاربه أو قلم ظفره أو شرط خفه لا اعادة عليه وقال ابن جرير عليه الوضوء وقال إبراهيم عليه امرار الماء على ذلك الموضع ومسح العنق قيل سنة وقيل مستحب ومسح الحلقوم بدعة ولو مسحت المرأة على خمارها وفصل الماء إلى رأسها يجوز ما لم يتلون الماء ولو كانت الذوابة مسدولة فوق رأسه كما يفعله النساء فمسح على رأسها الذوابة لم يجز عند العامة وبعضهم جوزه إذا لم يرسل وفي هداية الناطفي لو مسحت على الخضاب أو الوقاية لم يجز وإن وصل إلى الشعر وقيل هذا قبل غسل الخضاب وقيل هذا إذا خرج الماء من كونه ماء مطلقاً وفي النظم قال عامة العلماء ان وصل إلى الشعر يجوز وإلا فلا مسح رأسه ببلل يبقى في كفه لم يجز .

( **وسنن الطهارة غسل الكفين قبل ادخالهما الاناء** ) لما فرغ من بيان فرائض الوضوء شرح في بيان سننه وتقديم الفرائض لكونها أقوى والإضافة للبيان اما بمعنى في أو اللام والمراد من الطهارة الوضوء وإنما ذكر الفرض بلفظ الواحد والسنة بلفظ الجمع لأن الفرض في الأصل يتناول القليل والكثير ويستغني عن الجمع بخلاف السنة فإنها إسم ولها أفراد فجمعها لضم أفرادها وهي بضم السين جمع سنة وهي في اللغة الطريقة وكذلك السنن بفتحتين يقال إستقام فلان على سنن واحد ويقال امض على سننك أي على وجهك وتنح عن سنن الجبل أي عن وجهه وعن سنن الطريق وسننه وسنة ثلاث لغات وهي فتحة السين مع فتح النون وضمة السين وفتحة النون وضمهما معاً والسنة والسيرة أيضاً يقال سنة العمرين أي سيرتهما والسنة أيضاً ضرب من التمر بالمدينة وفي الشريعة ماواظب النبي ﷺ ولم يتركه إلا مرة أو مرتين كذا في المحيط وذكر في المفيد والمزيد السنة ما واظب عليه النبي ﷺ ولم يتركه إلا لعذر والأدب ما فعله مرة ومرتين ثم تركه قلت مراده أدب شأنه دائماً وفي المنافع قال خواهر زاده وحد السنة ما فعله عليه السلام على سبيل المواظبة ويؤمر بإتيانها ويلام على تركها وفي البداية السنة ما يؤجر على إتيانها ويلام على تركها وهي تتناول

القولية والفعلية وقال الاترازي السنة ما في فعله ثواب وفي تركه عتاب لا عقاب ثم قال وإنما قلت في تركه عتاب احترازاً عن النفل وإنما قلت لا عقاب إحتراز عن الواجب والفرض هذا التعريف أبدعه خاطري في هذا المقام وقال الأكمل السنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وحكمها أن يثاب في الفعل ويستحق الملامة في الترك وكل من التعريفين ناقص لا يخلو عن نظر أما تعريف الاترازي الذي ادعى أنه من ابداع خاطره فليس بشيء من الأول أن في قوله ان في فعله ثواب يشتمل الفرض والنفل أيضاً وقوله في تركه عقاب لا يخرج الفرض لأن العتاب نوع من العقاب ولئن سلمنا أن العتاب غير العقاب فحينئذ يخرج السنن المؤكدة التي هي في قوة الواجب فإن في تركها عذاباً أيضاً الثاني أن تعريفه هذا يدخل في سنة غير النبي ﷺ فإن سيرة العمرين لا شك في فعلها ثواب وفي تركها عقاب لأنا أمرنا بالاقتداء بهما لقوله عليه السلام اقتدوا باللذين من بعدي فإذا كان الاقتداء بهما مأمور به يكون واجباً وتارك الواجب يستحق العقاب والعتاب وأما تعريف الأكمل فلانه غير مانع لتناوله سنة غير النبي ﷺ على ما لا يخفى وأحسن التعريفات تعريف خواهر زادة رحمه الله ثم كيفية غسل اليدين قبل إدخالهما الاناء هي أن يأخذ الاناء إن كان الصغير ويصب على يمينه فيغسلهما ثلاثاً وإن كان كبيراً لا يمكنه رفعه يأخذ عنه الماء بإناء صغير إن كان معه فيصبه على يمينه فيغسلها ثلاثاً ثم يدخل اليمنى والسنة تقديم غسل اليدين إلى الرسغ اما نفس الغسل ففرض حتى قال محمد في الأصل ثم يغسل ذراعيه فلا يجب غسلهما ثانياً وقال تاج الشريعة قوله وسنن الطهارة غسل اليدين أي تقديم غسل اليدين لا نفس الغسل فإنه فرض .

( اذا استيقظ المتوضىء من نومه ) شرط ذلك عن استيقاظ المتوضىء من نومه نقل ذلك من شمس الأئمة الكردري أنه شرط حتى أنه إذا لم يستيقظ لا يسن غسلهما وقيل هو شرط اتفاقي خص المصنف غسلهما بالمستيقظ تبركاً بلفظ الحديث والسنة تشتمل المستيقظ غيره وعليه الأكثرون وسيجيء مزيد الكلام في الحديث الذي يذكره المصنف. وقوله المتوضىء يحتمل أمرين أحدهما أن يريد به من قام على وضوء فإذا سن ذلك في

حقه فغيره أولى والآخر أن يريد به من يريد الوضوء ففي الأول الكلام حقيقة وفي الثاني مجاز فافهم .

**( لقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثاً فإنه لا يدري اين باتت يده )** هذا الحديث صحيح أخرجه الجماعة بألفاظ مختلفة كلهم عن أبي هريرة فالبخاري عن عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم يستنثر ومن استجمر فليوتر وإذا استيقظ أحدكم من منامه فليغسل يديه قبل أن يدخلهما الإناء في وضوئه فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده. وأبو الزناد بكسر الزاء المعجمة وتخفيف النون اسمه عبد الله بن ذكوان المقري المدني من رجال الستة والأعرج هو عبد الرحمن بن هرمز المدني من رجال مسلم عن نصر بن الجهني وحامد بن عمر البكراوي قالا حدثنا بشر بن الفضل عن خالد عبد بن سعيد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات فإنه لا يدري أين باتت يده. وأبو داود عن مسدد قال حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبي رزين وأبي صالح عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ إذا قام أحدكم من الليل فلا يغمس يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات فإنه لايدري أين باتت يده. وأبو معاوية اسمه محمد بن حازم بالمعجمتين من رجال الستة والأعمش اسمه سليمان بن مهران ثقة كبير وأبو رزين بفتح الراء وكسر الزاء اسمه مسعود بن مالك الأسدي أسد خزيمة من رجال المسلم والأربعة وأبو صالح اسمه ذكوان الزيات ويقال النعمان من رجال الستة والترمذي عن الوليد الدمشقي قال حدثنا الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال إذا استيقظ أحدكم من الليل فلا يدخل يده في الإناء حتى يفرغ عليها مرتين أو ثلاثاً فإنه لا يدري أين باتت يده وأبو الوليد اسمه الاوزاعي اسمه عبد الرحمن بن عمرو وأمام كبير مشهور ونسبته إلى أوزاع وهي من قبائل بلى وقيل

الأوزاع من همدان وقيل الأوزاع قرية بدمشق والزهري محمد بن مسلم عبيد الله بن عبدالله ابن شهاب ونسبته إلى زهرة بن كلاب بن كعب بن لؤيء بن غالب وأبو سلمة إسمه عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف ويقال اسمه و كيفيته والنسائي عن قتير بن سعيد قال حدثنا سفيان عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمسن يده في وضوئه حتى يغسلها ثلاثاً فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده وابن ماجة عن عبد الرحمن بن إبراهيم الدمشقي قال حدثنا الوليد بن مسلم قال حدثنا الأوزاعي حدثنا الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة بن عبد الرحمن أنهما حدثاه أن أبا هريرة كان يقول قال رسول الله ﷺ إذا استيقظ أحدكم من الليل فلا يدخل يده في الإناء حتى يفرغ عليها مرتين أو ثلاثاً فإنه لا يدري أحدكم أين باتت يده وأخرجه الطحاوي في معان الاثار قال حدثنا سليمان بن شعيب قال حدثنا بشر بن بكير قال حدثنا الأوزاعي وحدثنا سعيد بن نصر قال حدثنا الفريابي قال حدثنا الأوزاعي قال حدثنا ابن شهاب قال حدثنا سعيد بن المسيب أن أبا هريرة كان يقول إذا قام أحدكم من الليل فلا يدخل يده في الإناء حتى يفرغ عليها مرة أو مرتين أو ثلاثاً فإنه لا يدري أين باتت يد أحدكم والفريابي بكسر الفاء وسكون الراء وبالياء آخر الحروف وبعد الألف باء موحدة مكسورة بعدها ياء النسبة نسبة إلى فارياب بليدة هو حي بلخ ويقال الفريابي أيضاً على الأصل وهو فيرياني بزيادة ياء بعد الفاء وهو محمد بن يوسف شيخ البخاري وغيره وهذا الحديث روى عن جابر وابن عمر وأما حديث جابر فرواه الدارقطني من حديث أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا قام أحدكم من الليل فلا يدخل يده في الاناء حتى يغسلها فإنه لايدري أين باتت يده ولا على ما وضعها إسناده حسن وأما حديث ابن عمر رضي الله عنهما فرواه الدارقطني أيضاً من حديث أبي شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يدخل يده في الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات فإنه لايدري أين باتت يده منه وأين طاف بيده فقال له رجل أرأيت ان كان حوضاً فحصبه ابن عمر وقال أخبرك عن رسول الله ﷺ وتقول أرأيت إن كان حوضاً إسناده حسن ورواه ابن

ماجة وابن خزيمة ولفظ المصنف في هذا الحديث لا يوافق الروايات المذكورة على النسق كما تراه بل قوله إذا استيقظ أحدكم من منامه يوافق ما في رواية البخاري والدارقطني قوله ( فلا يغمسن يده ) بنون التوكيد المشددة لم يقع في رواية هؤلاء إلا أنه وقع في رواية البزاز فإنه رواه من حديث هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في طهوره حتى يفرغ عليها الحديث والذي وقع في رواية مسلم وهو قوله فلا يغمس على صورة النهي وكذا في رواية النسائي وقوله حتى يغسلها ثلاث مرات وكذا وقع في رواية مسلم وأبي داود وقع في رواية النسائي حتى يغسلها ثلاثاً مثل لفظ المصنف وفي رواية الترمذي مرتين أو ثلاثاً وكذا في رواية أبي داود والترمذي وفي رواية البخاري فإن أحدكم لا يدري أين باتت يده وكذا في رواية مسلم وأبي داود والترمذي وفي رواية البخاري فإن أحدكم لا يدري اين باتت يده وكذا في رواية النسائي وفي رواية ابن ماجة فإن أحدكم لايدري فيم باتت يده وكذا في رواية الطحاوي وفي جميع الروايات عدم التعرض إلى العدد إلا في رواية البخاري فليغسل يديه قبل أن يدخلهما في وضوئه وفي رواية مسلم فلا يغمسن يده في الاناء وفي رواية النسائي فلايغمسن يده في وضوئه وفي رواية أبي داود مثل رواية مسلم وفي رواية الترمذي حتى يفرغ عليها من أفرغت الاناء إفراغاً إذا قلبت ما فيه وكذا أفرغته تفريغاً والمعنى حتى يصب على يديه مرتين أو ثلاثاً وفي سنن الكرخي الكبير حتى يصب عليها صبة أو صبتين وفي جامع عبيد الله بن وهب الحيدي صاحب مالك حتى يغسل يده أو يفرغ فيها فإنه لا يدري حيث باتت يده وفي علل ابن حاتم الرازي فليغرف على يديه ثلاث غرفات وفي لفظ فليفرغ بيمينه من إنائه وعند ابن أبي عدي من رواية الحسن عن أبي هريرة مرفوعاً فإن غمس يده في الاناء قبل أن يغسلها فليرق ذلك الماء قلت أنكر ابن عدي على علي ابن الفضل الذي روى هذا الحديث عن الربيع بن صبح عن الحسن عن أبي هريرة زيادة فليرق ذلك الماء والحديث منقطع عند الأكثرين بعدم صحة الحسن عن أبي هريرة رضي الله عنه ثم الكلام فيه على أنواع الأول استدل به أصحابنا على أن الغسل لليدين قبل

الشروع في الوضوء سنة بيان ذلك أن أول الحديث يقتضي وجوب الغسل للنهي عن إدخال اليد في الإناء قبل الغسل وآخره يقتضي استحباب الغسل للتعليل بقوله فإنه لا يدري أين باتت يده يعني في مكان طاهر من بدنه أو نجس فلما انتفى الوجوب لما في التعليل المنصوص تثبت فتثبت السنة لأنها دون الوجوب فإن قلت كان ينبغي أن لا يبين في التعليل هذه السنة لأنهم كانوا يتوضؤون من الأتوار فلذلك أمرهم عليه السلام بغسل اليدين قبل إدخالهما الإناء. واما في هذا الزمان فقد تغير ذلك . قلت السنة لما وقعت سنة في الإبتداء بقيت ودامت وإن لم يبق ذلك المعنى لأن الأحكام إنما يحتاج إلى أسبابها حقيقة في الإبتداء وجودها لا في بقائها لأن الأسباب تبقى حكماً وإن لم يبق ذلك المعنى للشارع ولاية الإيجاد والإعلام فجعلت الأسباب الشرعية بمنزلة الجواهر في بقائها حكماً وهذا الرمل في الطواف ونحوه . وفي الأحكام لابن بزيزة واختلف الفقهاء في غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء فذهب قوم إلى أن ذلك من سنن الوضوء وقيل إنه مستحب وبه صدر ابن الخلاب في شرحه وقيل بإيجاب ذلك مطلقاً وهو مذهب داود وأصحابه وقيل بإيجابه في نوم الليل دون نوم النهار وبه قال أحمد وقال هل يغسلان مجتمعين أو متفرقين ففيه قولان مبنيان على اختلاف لفظ الحديث الوارد في ذلك **ففي بعض الطرق يغسل يديه مرتين مرتين** وذلك يقتضي الإفراد وفي بعض طرقه يغسل يديه مرتين وذلك يقتضي الجمع. وقال السروجي اختلف الفقهاء في غسل اليدين قبل الوضوء فقيل انه سنة بإطلاق وهو مشهور وهكذا ذكر في المحيط والمبسوط ويدل عليه انه عليه السلام لم يتوضأ قط إلا غسل يديه وحديث عثمان رضي الله عنه متفق عليه ومثله في التحفة والحواشي والمنافع وفيه تقديم غسلهما إلى الرسغين سنة تنوب عن الفريضة كالفاتحة تنوب عن الواجب وفرض القراءة وقيل انه مستحب للتأكيد في طهارة يده فروي عن مالك وقوله انه واجب على المنتبه من النوم بالليل دون النهار قاله أحمد لحديث الترمذي وابن ماجة بقوله من الليل ونحن نقول ان قيد الليل باعتبار الغالب وإلا فالحكم ليس مخصوصاً بالقيام من الليل بل المعتبر الشك في نجاسة اليد فمن شك في نجاستها كره له إدخالها في الإناء قبل غسلها سواء قام من

نوم الليل أو من نوم النهار أو شك في نجاستها في غير نوم وهذا مذهب الجمهور . وعن أحمد إن قام من الليل كره كراهة تحريم وان قام من نوم النهار كراهة تنزيه وافقه داود الظاهري إعتماداً على لفظ الحديث . النوع الثاني ان هذا النهي نهي تنزيه لا تحريم حتى لو غمس يده لم يفسد الماء ولم يأثم الغاسل وعن الحسن البصري وإسحاق بن راهويه ومحمد بن جرير الطبري رحمهم الله انه ينجس إن قام من نوم الليل . النوع الثالث إن قوله في الإناء محمول على ما إذا كانت الآنية صغيرة كالكون أو كبيرة كالجب ومعه آنية صغيرة أما إذا كانت كبيرة وليست معه آنية صغيرة فالنهي محمول على الإدخال على سبيل المبالغة وتمام الكلام قد مر . النوع الرابع يستفاد منه أن الماء القليل تؤثر فيه النجاسة كالقلتين بوقوع النجاسة فيه وإن لم تغيره وإلا لا يكون فائدة . النوع الخامس يستفاد منه إستحباب غسل النجاسات ثلاثاً لأنه إذا أمر به في المتوهمة ففي المتحققة أولى ولم يزد شيء فوق الثلاث إلا في ولوغ الكلب كما سيجيء إن شاء الله تعالى النوع السادس ان النجاسة المتوهمة يستحب فيها الغسل ولا يؤثر فيها الرش لأنه عليه السلام قال حتى يغسلها ولم يقل حتى يرشها عليها . النوع السابع فيه استحباب الأخذ بالاحتياط في أبواب العبادات . النوع الثامن استدل به أصحابنا على أن الإناء يغسل من ولوغ الكلب ثلاث مرات وذلك أن النبي عليه السلام أمر القائم من الليل بإفراغ الماء على يديه مرتين أو ثلاثاً وذلك أنهم كانوا يتغوطون ويتبولون ولا يستنجون بالماء وربما كانت أيديهم تصيب الموضع النجس فنجس فإذا كانت الطهارة تحصل بهذا العدد من البول والغائط وهما أغلظ النجاسات كان أولى وأحرى أن يحصل بما دونها من النجاسات . النوع التاسع أن الماء ينجس بورود النجاسات عليه وهذا بالاجماع وأما ورود الماء على النجاسة فكذلك عندنا خلافاً للشافعي وقال الشيخ محي الدين النووي رحمه الله في هذا الحديث الفرق بين ورود الماء على النجاسة وورودها عليه وإنها إذا وردت عليه تنجسه وإذا ورد عليها أزالها وتقريره أنه قد نهى عن إدخال اليدين في الإناء لاحتمال النجاسة وذلك يقتضي أن ورود النجاسة على الماء مؤثر فيه وأمر بغسلها بإفراغ الماء عليها للتطهير وذلك يقتضي أن ملاقاتها الماء على هذا الوجه غير مفسد بمجرد

الملاقاة للضرورة ولكن لا نسلم أنه يبقى طاهراً بعد إزالة النجاسة وقال النووي أيضاً وفيه دلالة أن الماء القليل إذا وردت عليه نجاسة تنجسه وإن قلت ما لم يتغيره فاتنجسه لأن الذي يتعلق باليــد لا يرى قليل جداً وإن كانت عادتهم إستعمال الأواني الصغيرة التي تقرب من القلتين بل لا تقاربه. وقال القشيري وفيه نظر عندي لأن مقتضى الحديث أن ورود النجاسة على الماء يؤثر فيه ومطلق التأثير أعم من التأثير بالنجس ولا يلزم من ثبوت الأعم الأخص العين فإذا سلم الخصم أن الماء القليل بوقوع النجاسة قد يكون مكروهاً فقد ثبت مطلق التأثير ولا يلزم ثبوت خصوص التأثير بالتنجس. النوع العاشر فيــه استعمال الكنايات في المواضع التي فيها استحياء ولهذا قال عليه السلام فإنه لا يدري أين باتت يده ولم يقل فليعلم يده وقعت على دبره أو ذكره أو نجاسة ونحو ذلــك وإن كان هذا معنى قوله عليه السلام وهذا إذا علم أن السامع يفهم بالكناية المقصود فإن لم يكن كذلك فلا بد من التصريح لينفى اللبس والوقوع في خلاف المطلوب وعلى هذا يحمل ما جاء من ذلك مصرحاً به. النوع الحادي عشر أن قوله في الإناء وإن كان عاماً لكن القرينة دلت على أنه أن الماء بدليل ما في الرواية الأخرى في وضوئه وهو الماء الذي يتوضأ بــه لكن الحكم لا يختلف بينه وبين غيره من الأشياء الرطبة النوع الثاني عشر أن قوله فلا يغمس يده يتناول ما إذا كانت يده مطلقة أو مشدوداً بشيء أو في جراب أو كون النائم عليه سراويله أو لم يكن لعموم اللفظ. النوع الثالث عشر أن قوله أحدكم خطاب للعقلاء البالغين المسلمين فإن كان القائم من النوم صبياً أو مجنوناً أو كافراً فذكر في المغني أن فيه وجهين أحدهما أنه كالمسلم البالغ العاقل لأنه لا يدري أين باتت يده والثاني أنه لا يؤثر غمسه شيئاً لأن المنع من العمل إنما يثبت بالخطاب في آخر هؤلاء. النوع الرابع عشر أن قول المصنف إذا استيقظ المتوضىء يدل على أنه كان نائماً على الوضوء وهو لا يسن في حقه غسل يديه قبل إدخالها الإناء فكيف عد ذلك من سنن الطهارة قلت قد مر جوابه عند قوله إذا استيقظ المتوضىء وفي المجتبي والخبارية خص المصنف غسلها بالمستيقظ تبركاً بلفظ الحديث وإلا السنــة شاملة للمستيقظ وغيره فإنه ذكر في المحيط والتحفة وغيرهما أن غسلها في الإبتداء سنــة

على الإطلاق وفي البداية قوله – إذا استيقـــظ اتفاقي وعن شمس الأئمة الكردري كلمة الشرط تجري على حقيقتهـا حتى لم يسن إذا لم يستيقظ وقيد في الإيضاح وفي شرح مختصر الكرخي وسائر شروح القدوري أن كونه سنة للمستيقظ من نومه فحسب لأن النوم مظنه واليد طوافة على البدن فلعلها أن تقع على موضع النجاسة لكن هـذا مردود بمن قام مستنجياً بالماء فإنه لا حاجة له إلى غسل اليدين أو لا. النوع الخامس عشر انه إذا أراد غسل يديه بعد غسل وجهه هل يغسل ذراعيه لا غير أو يغسلها من الأصابع ذكر في الأصل غسل الذراعين لا غير لتقديم غسل اليدين إلى الرسغ مرة وقال السرخسي على ما ذكره في الذخيرة الأصح عندي أن يعيد غسل اليدين ظاهرهما وباطنهما لأن الأول كان سنة افتتاح الوضوء فلا ينوب عن فرض الوضوء وهو مشكل لأن المقصود هو التطهير بأي طريق كان حصل فلا معنى لإعادته.

(**ولأن اليد آلة التطهير فيسن البداية بطهارتها**) هذا الظاهر يـــدل على الوجوب بإعتبار أن ما لا يتم الوجوب إلا به فهو واجب ولكن طهارة العضو حقيقة وحكماً تدل على عدم الواجب فثبت السنة في المستيقظ وغيره فإن قلت كيف طهارة العضو حقيقـة وحكما قلت أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لو أدخل يده في الإناء لا ينجـس على قول من يقول بسنية هذا الفعل وأما على قول من يوجب ذلك فالماء يتنجس وقـــال تاج الشريعة فإن قلت اليـــد آلة التطهير فلا يتوصل إلى الطهارة إلا بها فيفرض غسلها قلت هذه الآلة كانت طاهرة بيقين لأن الظاهر اضطجاعه متوضئاً إذ هو السنة والمستحب وقد شككنا في تنجيسها فلا تنجس بالشك وقال أيضاً في قول المصنف فتسن البداية بطهرها أي عند التباس حالها التلايودي إلى تنجيس غيره فإنه لما كان كذلك يكون تركه مكروهاً إذ الكراهية لاحتمال النجاسة فإذا كان تركه مكروهاً يكون البنيان به سنة إذ السنـــة إعدام المكروه إذ المكروه لاحتمال النجاسة فإذن كان تركه مكروهاً.

(**وهذا الغسل الى الرسغ**) أشار به إلى غسل اليدين قبل إدخالها الإناء إلى الرسغ بضم الراء وسكون السين المهملة وفي آخره غين معجمة وهو منتهـى الكف عند المفصل وفي مغني

لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله

---

الحنابلة وحد اليد المأمور بغسلها من الكوع لأن اليد المطلقة في الشرع تتناول ذلك بدليل قوله تعالى ﴿السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ ٣٨ المائدة وانما تقطع يد السارق من مفصل الكوع.

( لوقوع الكفاية به في التنظيف ) تعليل غسل اليدين إلى الرسغ وقد قلنا ان هذا الغسل ينوب عن الفرض لأن محمداً قال في الاصل ثم يغسل ذراعيه .

( وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء ) هذا بالرفع عطف على قوله غسل اليدين لأنه خبر لقوله وسنن الطهارة وقوله تسمية الله خبر بعد خبر ويجوز أن يكون قوله وسنن الطهارة أشياء الأول اليدين والثاني تسمية الله والثالث السواك و كذا يقدر إلى آخر ما ذكره من السنن وإنما قدر التسمية بقوله في ابتداء الوضوء لانه أراد به أن يسمي قبل شروعه في الوضوء لتقع جميع أفعال الوضوء فرضها وسننها بالتسمية . فإن قلت الأدلة عليه في الحديث الذي ذكره قلت لما ثبت أنها سنة الوضوء دل على أن محلها إبتداء الوضوء ليشمل الجميع كما ذكر ولقوله عليه السلام كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه باسم الله فهو أبتر فإن قلت دل حديث مهاجر بن منقذ أنه سلم على النبي ﷺ وهو يتوضأ فلم يرد عليه فلما فرغ منه قال إنه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كرهت ان أذكر الله عن غير طهارة . انه عليه السلام توضأ قبل التسمية قلت التسمية من لوازم كمال الوضوء فكان ذكرها من تمامه والذاكر لها قبل وضوئه مضطر إلى ذكرها لإقامة هذه السنة المكملة للفرض فخصت من عموم للذكر ومطلق الذكر ليس من ضرورات الوضوء وقد حكى التخصيص في الأذكار المقولة على أعضاء الوضوء لأنها من مكملاته . أقول يعارض هذا ما ثبت عن عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام كان يذكر الله في كل حين ولا يجوز نسبة ترك الأفضل إليه عليه السلام والعجب من الأكمل أنه أجاب عن التعارض بين حديث التسمية وحديث لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وبما نسب إلى مالك في إنكاره التسمية في أول الوضوء ثم قال وذلك كما ترى يدل على أنه عليه السلام توضأ قبل أن يذكر الله وسكت على هذا ومضى .

( لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله ) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يخرجه

أحد وإنما أخرجه أبو داود وغيره لا وضوء لمن لم يذكر إسم الله عليه . وذكر صاحب الكتاب هذا الحديث وعزاه إلى أبي داود بلفظ المصنف وليس كذلك وإنما المذكور في سنن أبي داود وغيره لا وضوء لمن لم يذكر إسم الله . ثم اعلم أن هذا الحديث روي عن أحد عشر صحابياً وهم أبو هريرة وسعيد بن زيد وأبو سعيد الخدري وسهل بن سعد الساعدي وأنس بن مالك وأبو سبرة وأم سبرة وابن عمر وعلي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم أما حديث أبي هريرة فرواه أبو داود وقال حدثنا عتيبة بن سعد قال حدثنا محمد بن موسى عن يعقوب بن سلمة عن أبيه عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر الله عليه ورواه أحمد أيضاً في مسنده بهذا الإسناد ورواه ابن ماجة أيضاً والحاكم في المستدرك فقال فيه عن يعقوب بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة فذكره ثم قال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقد احتج مسلم بيعقوب ابن أبي سلمة أي يعقوب بن أبي سلمة عن أبي سلمة عن أبيه الماجشون واسم أبي سلمة دينار قلت تاه ذهن الحاكم في هذا من يعقوب بن سلمة إلى يعقوب بن سلمة الماجشون وهذا الذي في هذا الحديث هو يعقوب بن سلمة الليثي وهذا لم يحتج به مسلم وقال البخاري في تاريخه الكبير لا يعرف لسلمة سماع من أبي هريرة ولا ليعقوب من أبيه في ترجمة سلمة وللحديث طرق أخرى عند الدار قطني والبيهقي من طريق البخاري عن يحيى بن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة بلفظ ما توضأ ما لم يذكر إسم الله عليه وما صلى ما لم يتوضأ . وأيوب سمعه يحي ابن معين يقول لم أسمع من يحي ابن أبي كثير إلا حديثاً واحداً التقى آدم وموسى عليه السلام وفي الأوسط للطبراني من طريق علي بن ثابت عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ يا أبا هريرة إذا توضأت فقل بسم الله والحمد لله فإن حفظتك لا يزال يكتب لك الحسنات حتى تحدث من ذلك الوضوء وفيه أيضاً من طريق الأعرج عن أبي هريرة رفعه إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يدخل يديه في الإناء حتى يغسلها ويسمي قبل أن يدخلها تفرد بهذه الزيادة عبد الله بن محمد بن يحيى بن عون وهو متروك عن هشام عن عروة عن أبي الزناد عنه . وأما حديث سعيد بن زيد فرواه الترمذي وابن

ماجة من حديث أبي ثفال عن ثابت بن عبد الرحمن أنه سمع جدته بنت سعيد بن زيد تحدث انها سمعت أباها سعيد بن زيد يقول قال رسول الله ﷺ لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر إسم الله عليه ورواه أحمد والبزار والدارقطني والحاكم والعقيلي وزاد الحاكم والعقيلي ولا يؤمن بالله من لا يؤمن بي ولا يؤمن بي من لا يحب الأنصار وقال الترمذي قال الإمام أحمد بن حنبل لا أعلم في هذا الباب حديثاً له إسناد جيد وقال محمد بن اسماعيل يعني البخاري أحسن شيئاً في هذا الباب حديث رباح بن عبد الرحمن وصححه الحاكم في مستدركه وعلي بن القطان في كتاب التوهم والإيهام وقال فيه ثلاثة مجاهيل الأحوال جدة رباح لا يعرف لها إسم ولا حال ولا تعرف لغير هذا أو رباح أيضاً مجهول الحال وأبو ثفال أيضاً مجهول الحال مع أنه أشهرهم لرواية جماعة عنه منهم والدارقطني والداراوردي[1] وذكره ابن حاتم في كتاب العلل وقال هذا الحديث عندنا ليس بذلك والصحيح أبو ثفال مجهول ورباح مجهول وقال الترمذي في علله الكبير سألت محمد بن إسماعيل عن إسم أبي بقال فلم يعرفه ثم سألت الحسن بن أبي الحلال فقال إسمه ثفالة ابن الحصين وهو بضم الثاء المثلثة ويقال بكسر الثاء المشددة بعدها الفاء وقال البزار أبو ثفال مشهور ورباح وجدته لا نعلمهما رويا إلا هذا الحديث ولا حدث عن رباح إلا أبو ثفال فالخبر من جهة النقل لا يثبت وقال أبو حاتم وأبو ذرع الحديث ليس بصحيح وأما جدته رباح فقد عرف اسمها من رواية الحاكم ورواه البيهقي مصرحاً باسمها وأما جدته فقد ذكرت في الصحابة أما حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه فرواه ابن ماجة وأحمد والدارمي والترمذي في العلل وابن عدي وابن السكن والبزار والدارقطني والبيهقي والحاكم من طريق كثير بن ربيح بن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن أبيه أبي سعيد أن النبي ﷺ قال لا وضوء لمن لم يذكر إسم الله وصححه الحاكم في المستدرك وأسند إلى الالزم أنه قال سألت أحمد بن حنبل عن التسمية في الوضوء فقال أحسن ما جاء فيها حديث كثير بن زيد ولا أعلم فيها حديثاً ثابتاً وأرجو أن يجبر به الوضوء لأنه ليس فيه حديث به وقال الترمذي في علله الكبير قال محمد بن إسماعيل وربيح بن عبد

(١) هكذا في الأصل وربما أراد الداروردي اهـ مصححة .

الرحمن منكر الحديث وقال أحمد كثير بن زيد ليس به بأس وعن ابن معين ليس بالقوي وعن أبي ذرعة صدوق فيه لين وعن أبي حاتم صالح الحديث ليس بالقوي يكتب حديثه وربيح قال أبو حاتم شيخ وقال الترمذي عن البخاري منكر الحديث وأما حديث سهل ابن سعد رضي الله عنه فرواه ابن ماجة وقال حدثنا عبد الرحمن بن إبراهيم حدثنا ابن أبي فديك عن عبد المهيمن بن عباس بن سهل بن سعد الساعدي عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال لا صلاة لمن لا وضوء له ولا وضوء لمن لم يذكر إسم الله عليه ولا صلاة لمن لم يصل على النبي ﷺ ولا صلاة لمن لم يحب الأنصار وأخرجه الطبراني أيضاً وعبد المهيمن ضعيف لكن تابعه أخوه ابن عباس وهو مختلف فيه وأما حديث أنس رضي الله عنه فرواه النسائي وقال أخبرنا إسحق بن إبراهيم قال أخبرنا عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن ثابت وقتادة عن أنس قال طلب بعض أصحاب النبي ﷺ وضوءاً فقال رسول الله ﷺ هل مع أحد منكم ماء فوضع يده في إناء وهو يقول توضأوا باسم الله فرأيت الماء يخرج من أصابعه حتى توضأوا من عند آخرهم قال قلنا لأنس كم تراهم قال نحواً من سبعين وروي عبد الملك بن حبيب الأندلسي عن أسد بن موسى عن حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس بلفظ لا إيمان لمن لم يؤمن ولا صلاة إلا بوضوء ولا وضوء لمن لم يسم الله وعبد الملك شديد الضعف. وأما حديث أبي سبرة فرواه الطبراني في الأوسط وقال حدثنا أبو جعفر حدثنا يحيى بن زيد بن عبد الله بن سبرة [1] عبد الله بن سبرة عن أبيه عن جده قال صعد رسول الله ﷺ المنبر ذات يوم وحمد الله عز وجل وأثنى عليه ثم قال أيها الناس لا صلاة إلا بوضوء ولا وضوء لمن لم يذكر إسم الله عليه ولا يؤمن بالله من لم يؤمن بي ولا يؤمن بي من لم يعرف حق الانصار ورواه الدولابي في الكنى وألقاب الصحابة وأما حديث ام سبره رضي الله عنهما فرواه الدارقطني وقال حدثنا أحمد بن محمد بن زياد وحدثنا محمد بن غالب حدثنا هشام بن مهران حدثنا عبد الله بن حكيم عن عاصم بن محمد عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ من توضأ فذكر إسم الله على وضوئه كان طهوراً

---

(١) هكذا في الأصل اهـ مصححة.

بجسده ومن توضأ ولم يذكر إسم الله على وضوئه كان طهوراً لأعضائه ورواه البيهقي أيضاً ثم قال هذا ضعيف وأبو بكر الزاهدي غير ثقة عند أهل العلم بالحديث قلت أراد بأبي بكر الزاهدي عبد الله بن حكيم وذكره المندى بفتح الحاء وقال يحي بن معين عبد الله بن حكيم أبو بكر الزاهدي ليس بشيء وقال السعدي كذاب مصرح وقال ابن حسان يضع الحديث على الثقات وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن عدي في ترجمة عيسى ابن عبد الله بن محمد بن عمر بن علي عن أبيه عن جده عن علي وقال إسناده ليس بمستقيم وأما حديث ابن مسعود فرواه الدارقطني وقال حدثنا عثمان بن أحمد الزقاق حدثنا إسحاق بن إبراهيم بن سلمة قال حدثنا يحيى بن هاشم حدثنا الأعمش عن شقيق عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا طهر أحدكم فليذكر إسم الله فإنه يطهر جسده كله وإن لم يذكر إسم الله على طهوره لم يطهر منه إلا ما مر عليه الماء فاذا فرغ من طهوره فليشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ثم ليصل علي فإذا قال ذلك فتحت له أبواب الرحمة ورواه البيهقي أيضاً ثم قال هذا ضعيف لا أعلم رواه عن الأعمش غير يحيي بن هاشم ويحيي بن هاشم متروك الحديث وأما حديث عائشة رضي الله عنها فرواه البزاز في مسنده وقال حدثنا إبراهيم بن زياد الصائغ حدثنا أبوداود الحولي حدثنا سفيان عن حارثة بن محمد عن سمرة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا بدأ الوضوء سمى ورواه الدارقطني أيضاً ولفظه كان رسول الله ﷺ إذا مس طهوراً سمى الله وقال أبو بكر كان يقوم إلى الوضوء فيسمي الله ثم يفرغ الماء على يديه.

قوله لا وضوء كلمة لا لنفي الجنس وخبرها محذوف تقديره لا وضوء حاصل أو كائن لمن لم يسم أي لم يذكر إسم الله عليه وحذف خبر لا شائع ولا سيما إذا كان الخبر عاماً كالموجود والحاصل ان غير ذلك لدلالة النفي ومنه لا إله إلا الله ولا فتى إلا علي ولا سيف إلا ذو الفقار واستدل أهل الظاهر وإسحاق بن راهويه أن الوضوء لا يصح إلا بالتثنية حتى قال إسحاق إذا ترك التسمية عامداً يجب عليه إعادة الوضوء عن أحمد أنها واجبة وروي عنه أنه قال ليس في هذا حديث يثبت وأرجوا أن يجزئه الوضوء وفي المغني ظاهر مذهب أحمد

أن التسمية مسنونة في طهارات الحدث كلها ورواه جماعة من أصحابه عنه وقـــال الذي استقر في الروايات عنه أنه لا بأس به يعني إذا ترك التسمية وهذا قول الثوري ومالـــك والشافعي وأبي عبيدة وابن المنذر وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أن التسمية واجبة في جميع طهارات الحدث الوضوء والغسل والتيمم وهو اختيار أبي بكـر ومذهب الحسن وإسحاق ثم إذا قلنا بوجوبها فتركها عامداً لم تصح طهارته فإن تركها سهواً صحت وهو قول إسحاق وإن ذكرها في أثناء الطهارة أتى بها وقال أبو الفرج إذا سمى في أثنـاء الوضوء أجزأه يعني على كل حال لأنه قد ذكر إسم الله عليه وقال بعض أصحابنا لا تسقط بالسهو لظاهر الحديث وقياساً على سائر الواجبات والأول أولى قال أبو داود قلت لأحمد إذا نسي التسمية في الوضوء قال أرجو أن لا يكون عليه شيء إنتهى قال القدوري قال قوم ان التسمية في أول الوضوء فرض وهذا غلط وعن مالك أنـــه أنكر التسمية في أول الوضوء فقال أتريد أن تذبح قلت إن كان إنكاره كونها شرطاً كما يكون شرطاً لحـــل الذبيحة فهو موجه وإن كان إنكاره كونها مستحبة أو سنة في أول الوضوء فإنكاره ليس له وجه لما ذكرنا من الأحاديث ولما روى الحافظ عبد القادر الزهاوي في أربعينه من حديث **أبي هريرة رضي الله عنه كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بذكر الله أو باسم الله الرحمن الرحيم فهو** اقطع وصححها أبو عوانة وابن حبان وقال صاحب البدائع قال مالك إن التسمية فرض إلا إذا كان ناسياً فتقام التسمية بالقلب مقام التسمية باللسان دفعاً للحرج واحتج له بالحديث المذكور فإن قلت هذا غير صحيح لأن مذهب مالك أن التسمية سنة كمذهبنا على أن نقلنا عن القدوري أنـه نقل عنه أنه أنكر التسمية كما ذكرنا أيضاً وقد قال صاحب الجواهري وأما فضائله أي فضائل الوضوء فأربع التسمية وروى الواقدي أن ذلـك فيما يؤمر به من شاء قـال ذلك ومن شاء لم يقله وروى علي بن زياد وانكارها وأما صفة التسمية فقـال الطحاوي رحمه الله المنقول عن السلف في تسمية الوضوء باسم الله العظيم والحمد لله على دين الإسلام وقـال الأكمل فيه أنه مرفوع إلى النبي ﷺ قلت هذا عجز منه لم يبين من رفعـه رواه من الأئمة المعتبرين وكذا قال البخاري هو المروي عن رسول الله ﷺ قلت المروي عن

رسول الله ﷺ باسم الله والحمد لله رواه الطبراني في الصغير باسناد حسن عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ يا أبا هريرة إذا توضأت فقل باسم الله والحمد لله الحديث وقد مر عن قريب وعن الدبوسي الأفضل أن يقول باسم الله الرحمن الرحيم وعنه يتعوذ في ابتداء الوضوء ويبسمل وفي المجتبي لو قال باسم الله الرحمن الرحيم باسم الله العظيم والحمد لله على دين الإسلام فحسن لورود الآثار وقال صاحب المحيط ولو قال في ابتداء الوضوء لا إله إلا الله والحمد لله أو أشهد أن لا إله إلا الله يصير مقيماً لسنة التسمية قلت هذا كما ترى كل واحد من الأئمة هؤلاء الكبار يذكر حديثاً أو أثراً لم يبين مخرجه ولا حاله من الصحة والضعف والآفة في ذلك من التقليد .

( والمراد به نفي الفضيلة ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال أنكم ذكرتم التسمية في سنن الوضوء واحتججتم عليه بالحديث المذكور فالحديث بظاهره يدل على الوجوب وتقدير الجواب أن الحديث محمول على نفي الفضيلة حتى لا تلزم الزيادة على مطلق الكتاب بخبر الواحد ونظير ذلك قوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد فإن قلت الحديث المذكور نظير قوله عليه السلام لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب في كونه بخبر الواحد فكيف اختلف حكمها في السنة والوجوب قلت قد أجاب أكثر الشراح بأن لا نسلم أنهما نظيران في كونهما خبر الواحد بل خبر الفاتحة أشهر من خبر التسمية فقد ورد مرسلاً على حسب مرتبة العلوية وهذا فيه نظر لأن لقائل أن يقول إذا كان خبر الفاتحة مشهوراً كان تعيين الفاتحة فرضاً لجواز الزيادة على النص بالخبر المشهور والأحسن أن يقال فإذن خبر الفاتحة مواظبة النبي ﷺ عليها من غير ترك فهذا دليل الوجوب بخلاف التسمية حيث لم تثبت عليها المواظبة ويرد عليه التكبيرات التي تخلل في أثناء الصلاة والجواب القاطع عندي أن يقال خبر الفاتحة متفق على صحته وخبر التسمية ليس كذلك حتى روي عن أحمد رحمه الله أنه قال حين سئل عنها لا أعلم فيها حديثاً صحيحاً أقوى فإذا كان الأمر كذلك فمن أين المعارضة حتى يحتاج إلى الجواب ولأنه عليه السلام علم الأعرابي الوضوء ولم يذكر التسمية وهو جاهل أحكام الوضوء فلو كانت شرطاً لصحته لاستوى فيها

العمل والنسيان كتحريمة الصلاة فإن قلت روى في حديث عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام سمى كما ذكرنا عن البزار قلت ضعفه بعضهم قال ابن عدي بلغني عن أحمد أنه نظر في جامع إسحاق بن راهوية فإذا أول حديث أخرجه هذا الحديث فأنكره جداً فقال أول حديث يكون في الجامع عن جارثة وكان في إسناده حارثة بن محمد وهو ضعيف روى عن أحمد أنه قال هذا يزعم انه اختار أصح شيء في إسناده وهذا أضعف حديث ولئن سلمنا ذلك لكن لا نسلم انه عليه السلام سمى باعتبار الوجوب بل باعتبار أنها مستحبة في ابتداء جميع الأفعال كما في قوله عليه السلام كل أمر ذي بال – الحديث وقد حمل بعضهم قوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يذكر إسم الله عليه على أنه الذي يتوضأ أو يغتسل ولا يتوضأ وضوءه للصلاة ولا غسل للجنابة كما رواه أبو داود حدثنا أحمد بن السرح قال حدثنا ابن وهب عن الداروردي قال ذكر ربيعة أن تفسير حديث رسول الله ﷺ لا وضوء لمن لم يذكر إسم الله عليه انه الذي يتوضأ أو يغتسل ولا يتوضأ وضوءه للصلاة ولا غسلاً للجنابة وذلك لأن النسيان محله القلب فوجب أيضاً أن يكون محلا للذكر الذي يضاد النسيان وذكر القلب إنما هو النية هذا توجيه كلام ربيعة بن عبد الرحمن المدني شيخ مالك والليث والأوزاعي قلت الذكر الذي يضاد النسيان بضم الذال والذكر بالكسر يكون باللسان والمراد بالذكر المذكور في الحديث هو الذكر باللسان فكيف يلتئم كلام ربيعة وفيه تعسف وتأويل بعيد لا تدل على قرينة من القرائن اللفظية ولا من القرائن الحالية فلا حاجة إلى هذا التكلف إذا حملناه على نفي الفضيلة والكمال قيل إن حديث المهاجر بن قنفذ أتيت النبي ﷺ وهو يتوضأ فسلمت عليه فلم يرد فلما فرغ قال إنه لم ينبغ ان أرد عليك إلا أني على وضوء أخرجه أبو داود وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال إنه صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه مشكل على أحاديث التسمية والجواب عن ذلك من وجهين أحدهما انه معلول والآخر انه معارض أما كونه معلولاً فقال ابن دقيق العيد في الإمام سعيد بن أبي عروبة الذي يرويه عن قتادة عن الحسن عن الحصين ابن المنذر عن المهاجرة قال كان اختلط في آخر عمره فراعى فيه سماع من سمع منه قبل

الإختلاط قال ابن عدي قال أحمد بن حنبل زيد بن زريع سمع منه قديماً قال وقد رواه النسائي من حديث شعبة عن قتادة به وليس فيه انه لم يمنعني آه ورواه حماد بن سلمة عن حميد وغيره عن الحسن عن المهاجر منقطعاً فصار فيه ثلاث علل فان قلت روى أبو داود في سننه عن محمد بن ثابت العبدي حدثنا نافع قال انطلقت مع عبد الله بن عمر في حاجة إلى ابن عباس فلما قضى حاجته كان من حديثه يومئذ أن قال مر النبي ﷺ في سكة من سكك المدينة وقد خرج من غائط أو بول إذ سلم عليه رجل فلم يرد عليه السلام ثم انه ضرب بيديه الأرض أو بيده الحائط فمسح وجهه مسحاً ثم ضرب ضربة فمسح ذراعيه إلى المرفقين وقال انه لم يمنعني ان أرد عليك إلا اني لم أكن على طهارة قلت قال النووي في الخلاصة محمد بن ثابت العبدي ليس بالقوي عند أكثر المحدثين وقد أنكر عليه البخاري وغيره ورفع هذا الحديث وقالوا الصحيح انه موقوف على ابن عمر وقال الخطابي وحديث ابن عمرو ولا يصح لأن محمد بن ثابت العبدي ضعيف جداً لا يحتج بحديثه وقال ابن معين ليس بشيء وقال البخاري يخالف في بعض حديثه وقال النسائي يروي عن نافع ليس بقوي وأما كونه معارضاً فروى البخاري ومسلم من حديث كريب عن ابن عباس قال بت ليلة عند خالتي ميمونة زوج النبي ﷺ فاضطجعت في عرض الوسادة واضجع رسول الله ﷺ في طولها فنام عليه السلام حتى إذا انتصف الليل أو قبله أو بعده بقليل إستيقظ فجعل يمسح النوم عن وجهه بيده ثم قرأ العشر الخواتم من سورة آل عمران ثم قام إلى قربة معلقة فتوضأ منها فأحسن وضوءه ثم قام فصلى الحديث ففي هذا ما يدل على جواز ذكر إسم الله وقراءة القرآن مع الحديث ولكن وقع في الصحيح أنه عليه السلام تيمم لرد السلام أخرجاه عن أبي الجهم قال أقبل رسول الله ﷺ من نحو بئر خم فلقيه رجل فسلم فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح وجهه ويديه ثم رد عليه السلام ولم يصل مسلم سنده به ولكنه روى من طريق **الضحاك** بن عثمان عن نافع عن ابن عمر أن رجلا مر ورسول الله ﷺ يبول فسلم فلم يرد عليه السلام لم يذكر فيه التيمم ورواه البزار في مسنده من حديث أبي بكر رجل من آل عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن نافع عن ابن عمر في هذه القضية قال فرد عليه السلام وقال إنما

أرددت عليك خشية أن تقول سلمت فلم يرد علي فإذا رأيتني هكذا فلا تسلم علي فإني لا أرد عليك ورواه عبد الحق في أحكامه من جهة البزاز ثم قال أبو بكر فيما أعلم هو ابن عمر بن عبد الرحمن بن عبد الله بن الخطاب وروى ذلك مالك وغيره بإسناد لا بأس به ولكن حديث الضحاك بن عثمان الأصح فإن الضحاك يوثق من بكر في هذا ولعل ذلك كان في موضعين وتعقبه ابن القطان في كتابه فقال من أين له أنه هو ولم يصرح في الحديث باسمه واسم أبيه وجده. قلت قد جاز ذلك مصرحاً في مسند السراج فقال حدثنا محمد بن إدريس حدثنا عبد الله بن رجاء حدثنا سعيد بن سلمة حدثني أبو بكر بن عمر بن عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن نافع عن ابن عمر فذكره. وروى ابن ماجة في سننه من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رجلاً مر على النبي ﷺ وهو يبول فسلم عليه فقال عليه السلام إذا رأيتني على هذه الهيئة فلا تسلم علي فإنك إن فعلت ذلك لم أرد عليك ورواه البزار وقال فيه فلم يرد عليه .

( والاصح انها ) أي التسمية ( مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة ) أي القدوري وقيل المبسوط وليس بصحيح لأن المنصوص فيه على الإستحباب فإن قلت أين جواب ان التي هي للشرط قلت بعده سمى ان الواصلة وهي مستغنية عن الجواب بدلالة ما قبل الكلام عليه وتقديره في الأصل وان سماها في الكتاب سنة فهي مستحبة ويجوز أن يكون معطوفاً على المحذوف تقديره والأصح من المذهب أن التسمية مستحبة إن لم يسمها وإن سماها. ثم إن الشراح عللوا ذلك بقولهم لأن النبي ﷺ لم يواظب عليها ولأن عثمان وعلياً رضي الله عنهما حكيا وضوء رسول الله ﷺ ولم ينقل عنهما التسمية قلت كيف يكون الأصح أنها مستحبة مع ورود الأحاديث الكثيرة الدالة على سنيتها بمقتضى التأويلات التي ذكرناها على انا لو لم نورد لها المعارضة بأحاديث غيرها إياها لكان مقتضياً وجوب التسمية على ما ذهبت إليه طائفة ممن ذكرناها فيما مضى فلذلك نص على سنيتها في المحيط وشرح مختصر الكرخي والتحفة والغنية والجامع والقدوري وقال ابن المرغيناني هو الصحيح وهو المختار أيضاً وقال الأكمل وغيره وما روي أنه عليه السلام سمى فهو من باب قوله عليه السلام كل أمر ذي بال

لا يبدأ فيه باسم الله فهو أبتر قلت هذا جواب عن الحديث الذي فيه أنه عليه السلام سمى عند الوضوء فكانت سنة وتقديره أنه عليه السلام سمى لأنه سنة تختص بالوضوء بل إنه فعل من الأفعال والمستحب في سائر الأفعال البداية باسم الله لقوله عليه السلام كل أمر ذي بال. الحديث قلت هذا لا يساعدهم لأن قوله عليه السلام كل أمر ذي بال كاد أن يدل على وجوب التسمية عند كل فعل مطلقاً لأن فيه ما نسبه الوعيد على ترك التسمية وذلك أنه عليه السلام أشار إلى أن الفعل الذي لا يبدأ باسم الله أبتر ويروى أقطع ويروى أجزم وأدنى ما فيه الدلالة على السنية .

( **ويسمي قبل الاستنجاء وبعده وهو الصحيح** ) احترز به عما قيل أنه يسمي قبل الاستنجاء لأنه سنة الوضوء فيسمي لتقع جميع أفعال الوضوء بها وعما قيل يسمي بعد الاستنجاء لأن قبله حال انكشاف العورة وذكر الله تعالى في تلك الحالة غير مستحب تعظيماً لاسم الله تعالى وفي جوامع الفقه ويبدأ بالتسمية بعد الإستنجاءوهو المختار واختار المصنف الجمع بين القولين فقال ويسمي قبل الإستنجاء وبعده قلت ينبغي أن يكون الأصح من قول من قال يسن قبل الإستنجاء للتعليل الذي ذكر الآن ولأن الإستنجاء من الوضوء والبداية شرعت فيه بالتسمية نص عليه في المحيط فإن قلت الدليل من السنة على مااختاره المصنف رحمه الله من التسمية تكون مرتين مرة قبل الإستنجاء ومرة بعده في ابتداء الوضوء قلت يمكن أن يكون حديث أبي هريرة كل أمر ذي بال الحديث دليلا على مدعاه وذلك لأن الإستنجاء أمر من الأمور فيبدأ فيه بذكر الله تعالى والوضوء أيضاً أمر آخر فيبدأ به أيضاً ليكون عاملا بالحديث في كل الأحوال فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن يكون عند غسل كل عضو لأنه كل واحد من ذلك أمر على حدة قلت الوضوء كلها أمر واحد لأنه عمل واحد بخلاف كثرة الإستنجاء والوضوء فإنهما عملان مختلفان على أنه لو سمى عند غسل كل عضو لا يمنع من ذلك ولا يكره بل هو مستحب .

( **والسواك** ) بالرفع عطف على قوله تسمية الله تعالى والمعنى والإستعمال والمضاف فيه محذوف لأن السنة إستعمال السواك ونفس السواك ليس بسنة . قال الجوهري السواك المسواك

وقال أبو زيد السواك يجمع على سوك ككتاب وكتب قال الشاعر :

أنظر الثنايا انهم اللثـــان بمنجـــة سوك الا تجمل

قال أبو حنيفة اللغوي ربما همز سوك وسوك فاه تسويكاً وإذا قلت استـاك أو سوك لم يذكر الفم وقال ابن الأثير في النهاية السواك بالكسر والمسواك ما يدلك به الأسنان من العيدان يقال ساك فاه يسوكه إذا دلكه بالسواك فإذا لم يذكر الفم قلت استاك وفي المحكم المسواك إسم العود يذكر ويؤنث وفي التهذيب في العربية الحركة يقال تساوكت الإبـــل إذا تمايلت في السقوط في الضعف .

( **لأنه عليه السلام كان يواظب عليه** ) أي لأن النبي ﷺ كان يواظـب على استعمال السواك والعجب من المصنف رحمه الله أنه ذكر أن استعمال السواك سنة ثم احتج على ذلك بمواظبة النبي ﷺ مع هذا لم يذكر شيئاً من الأحاديث الدالة على المواظبة وقد علم أن مواظبة النبي عليه السلام على فعل شيء يدل على أن ذلك واجب وقد اعتذر عنه الشراح بأن المواظبة مع ترك دليل السنة وبدونه دليل الوجوب وقد دل على تركه حديث الأعرابي فإنه لم يقل فيه تعليم السواك فلو كان واجباً لعلمه . قال الأكمل ويدل ترك التعليم على تركه دفعاً للتعارض فإن عدم الترك يدل على الوجوب وترك التعليم على عدمـــه فكان تدافـــع قلت ادعوا أن مواظبته عليه السلام على السواك كان مع الترك وهو دليل السنة ثم احتجوا على ذلك بحديث الأعرابي وفيه نظر من وجهين الأول انهم لم يأتوا بحديث فيـه تصريح بأنه عليه السلام تركه في الجملة والثاني استدلالهم على ذلك بحديث الاعرابي لا يتم لأن الإستعمال للسواك هل هو من سنة الدين أو من سنة الصلاة [1] وقد اختلف العلماء في ذلك فقال بعضهم انه من سنة الدين لا من سنة الوضوء لعدم اختصاصه به ذكره في المفيد وقال بعضهم هو من سنة الوضوء وفيه أحاديث صحيحة مـــا رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال عليه السلام لولا أن يشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل وضوء قال أبو عمر هذا يدخل في السنة **لاتصاله** من غير ما وجه وهـــو

(١) هكذا في الأصل وربما قصد من سنة الوضوء بدليل ما بعده اه مصححة .

معروف من جهة بشير بن عمر وروح بن عبادة صحيح عنهما عن مالك بسنده مرفوعاً ورواه ابن خزيمة في صحيحه والنسائي والدار قطني مرفوعاً إلى النبي ﷺ السواك مع كل وضوء عن شعبة افترضت عليهم السواك مع كل وضوء رواه الكتني من حديث شعبة مع كل طهور ذكره في الإمام وخرجه أحمد أيضاً وروى البيهقي من حديث مالك بن أنس عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن أبي هريرة ان رسول الله ﷺ قال لولا ان أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل فرض . وأكثر الرواة عن مالك هكذا مرفوعاً ورواه الطحاوي أيضاً عن ابن مرزوق عن ابن عمر عن مالك نحوه وروى الدارقطني من حديث أنس أن رسول الله ﷺ كان يستاك ويفصل وضوءه وفي إسناده يوسف بن خالد الجهني وروى أبو داود من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يوضع له وضوءه وسواكه فإذا قام من الليل تخلى ثم استاك وروى أيضاً من حديث عائشة أن النبي ﷺ كان لا يرقد من ليل ولا نهار فيستيقظ إلا تسوك قبل أن يتوضأ ولهذا احتج أبو داود ان السواك واجب وحكي عن اسحاق بن راهوية انه واجب ان تركه عمداً بطلت صلاته وقال بعضهم هو من سنة الصلاة وفيه أحاديث منها ما رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ لولا ان اشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة . وقال مسلم عند كل صلاة وروى أبو داود والترمذي من حديث أبي سلمة عن زيد بن خالد الجهني مرفوعاً قال لولا أن يشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة وقال الترمذي حديث حسن صحيح فإن قلت كيف التوفيق بين رواية عند كل وضوء ورواية عند كل صلاة قلت السواك الواقع عند الوضوء واقع للصلاة لأن الوضوء شرع لها فتحمل الأحاديث التي فيها عند كل صلاة على ما ذكرنا توفيقاً بين الأحاديث السواك عند كل صلاة ربما خرج الفم وأخرج الدم وهو نجس بلا خلاف وإن كان خلاف في انتقاض الوضوء فيتجنب عن ذلك وقول من قال إنه من سنة الدين أقوى نقل ذلك عن أبي حنيفة وفيه أحاديث تدل على ذلك منها ما رواه أحمد والترمذي من حديث أبي أيوب رضي الله عنه أربع من سنن المرسلين الختان والسواك والتعطر والنكاح رواه ابن أبي وغيره من حديث مليح بن عبد الله عن أبيه عن

جده نحوه ورواه الطبراني من حديث ابن عباس ومنها ما رواه مسلم من حديث عـائشة رضي الله عنها عشرة من الفطرة فذكر منها السواك ورواه أبو داود من حديث علي ومنها ما رواه البزاز من حديث أبي هـــريرة الطهارات أربع قص الشارب وحلق العانة وتقليم الأظافر والسواك رواه الطبراني من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه ومنها مـــا رواه الطبراني والبيهقي من حديث أم سلمة رضي الله عنها مرفوعاً ما زال جبريل عليه السلام يوصيني بالسواك حتى خشيت أن يدردني ورواه ابن ماجة من حديث أبي امامة ورواه ابو نعيم من حديث جبير بن مطعم وأبي الطفيل وأنس والمطلب بن عبيد الله ورواه أحمد من حديث ابن عباس ورواه ابن السكن من حديث عائشة رضي الله عنها . واعلم أنه قد جاء أحاديث تدل على المواظبة منها ما رواه العقيلي وأبو نعيم من حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان إذا سافر حمل السواك والمشط والمكحلة والقادرة والمرات وأعله ابن الجوزي وروى ابن ماجة من حديث عائشة أيضاً كنت أصنع له ثلاث آنية مخمرة آنية لطهوره وإناء لسواكه وإناء لشرابه وإسناده ضعيف ومنها ما رواه البيهقي من حديثها أيضاً هذه لكم سنة وعلى فريضة السواك والوتر قيام الليل وفي إسناده موسى بن عبد الرحمن الصنعاني وهو متروك

ومنها ما رواه أحمد والطبراني من حديث واثلة بن الأسقع أمرت بالسواك حتى خشيت ان يكتب علي وفيه اياس بن أبي سليم وهو ضعيف ومنها مـــا رواه أبو نعيم من حديث رافع بن خديج وغيره السواك والوتر ومنها ما رواه ابن ماجة من حديث أبي إمامـــة رضي الله عنة لولا أن يشق على أمتي لفرضت عليهم السواك وإسنادهما ضعيف وأقوى ما يدل على المواظبة وأصحه محافظته عليه السلام للسواك حتى انه فعله عند وفاته كما رواه البخاري في آخر كتاب المغازي من حديث القاسم عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل عبد الرحمن بن أبي بكر على النبي ﷺ فاستن فما رأيته عليه استن استنانـاً أحسن منه ثنا هذا ان يفرغ رسول الله ﷺ رفع يده أو اصبعه ثم قال في رفيق الاعلى ثلاثاً ثم قضى وكانت تقول مات بين حافتي وذقني . ومن ذلك ما رواه الطبراني من حديث جابر رضى الله عنه كان السواك من أذن رسول الله ﷺ موضع القلم من أذن الكاتب وفي إسناده يحيى

ابن اليماني وقد تفرد به وسئل أبو ذرعة عنه في العلل فقال وهم فيه يحيى بن اليماني وإنما هو عبد الله بن اسحاق عن أبي سلمة عن زيد بن خالد بن نضلة قلت كذا أخرجه أبو داود والترمذي من حديث أبي سلمة عن خالد الجهني مرفوعـــاً لولا ان أشق على أمتي لامرتهم بالسواك عند كل صلاة قال أبو سلمة فرأيت زيداً يجلس في المسجد وإن السواك من أذنه موضع القلم من أذن الكاتب و كلما قام إلى الصلاة استاك وردت أحاديث فيها الأمر بالسواك منها ما رواه الأئمة الستة من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ لولا ان أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك الحديث قـال الزيلعي أحاديث الأمر بالسواك ثم روى حديث أبي هريرة هذا واخرج ما رواه البخاري من حديث أنس رضي الله عنه أكثرت عليكم بالسواك وذكره ابن حبان في العلل من حديث أبي أيوب بلفظ عليكم بالسواك واعله أبو ذرعة بالإرسال وروى مالك في الموطأ من حديث عبيد بن السباق مرسلاً ومنها ما رواه أبو نعيم من حديث علي رضي الله عنه ان أفـواهكم طـرق القرآن فطهروها بالسواك ووقفه ابن ماجة ورواه أيضاً أبو مسلم المكي في السنن ومنها مـا رواه البزاز والطبراني والبغوي وابن حبان وابن أبي حيثمة من حديث العامري كانوا يدخلون على النبي ﷺ فقال تدخلون على قلحاً استاكوا والقلح بضم القاف وسكون اللام وفي آخره حاء مهملة جمع أقلح يقال قلح الرجل بالكسر قلحاً وهو صفرة في الأسنان ومنها ما رواه البخاري في تاريخه وغيره من حديث أبي حبرة والصباحي وكنت في زود يزودنا رسول الله ﷺ بالاراك وقال استاكوا بهذا ووردت في فضيلة السواك منها حديث عائشة رضي الله عنهـا علقه البخاري بلا إسناد ووصله النسائي وأحمد وابن حبـان من حديث عبد الرحمن بن أبي عتيق سمعت أبي سمعت عائشة قالت قال رسول الله ﷺ السواك مطهرة للفم مرضاة للرب ومنها حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أحمد وابن خزيمة والحاكم والدار قطني وابن عدي والبيهقي في الشعب وأبو نعيم رواه عروة عن عائشة عن النبي ﷺ فضل الصلاة التي يستاك لها على الصلاة التي لا يستاك لها سبعون ضعفاً، ومنها حديث جابر رضي الله عنه أخرجه أبو نعيم برارة ثقائب قاله ابن دقيق العيد إذا قام أحدكم من

الليل يصلي فليستك فإنه إذا قام يصلي أتاه ملك فيضع فاه على فيه فلا يخرج شيء من فيه إلا وقع في الملك. ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه أبو نعيماً مرفوعاً السواك يذهب البلغم وتفرح الملائكه ويوافق السنة ومنها ما رواه البزاز من حديث مليح بن عبد الله الخطمي عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ خمس من سنن المرسلين الختان والقلم والحجامة والسواك والتعطر ومنها ما رواه الطبراني في الأوسط من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ تضم السواك الزيتون من شجرة مباركة يطيب الفم ويذهب الحضر وهو سواكي وسواك الانبياء قبلي ومنها حـــديث عبد الله بن حداد أخرجه أبو نعيم قال قال رسول الله ﷺ السواك الفطرة وذكر القشيري بلا إسناد عن أبي الدرداء قال عليكم بالسواك فلا تغفلوه فإن في السواك أربع وعشرين خصلة أفضلها انه يرضي الرحمن ويضيف ويضاعف صلاته سبعة وسبعين ضعفاً ويورث السعة والغنى ويطيب النكهة ويشد اللثة ويسكن الصداع ويذهب وجع الضرس وتصافحه الملائكة لنور وجهه وتبرق أسنانه وذكر بقيتها وقد أخرج الطحاوي في معاني الآثار حديث السواك عن ستة من الصحابة وأخرجنا في شرحه عن أربعين صحابيـــاً أخرى أراد الوقوف عليها فعليه مراجعته يقر بفوائده وبقي الكلام في السواك من وجوه أخرى الأول وقت استعماله في الوضوء ذكره في المحيط وشرح مختصر الكرخي والطحاوي والتحفة والنافع وغيرها وقال في شرح الطحاوي انه سنة فيه رطباً ويابساً مبلولاً بالماء أو لا في جميع الأوقـات على أي حال كان وذكر في مبسوط شيخ الإسلام ومن السنة حالة المضمضة الاستياك فهذا يدل على أن وقته وقت المضمضة وعليه أكثر أصحابنا إلا ان المنقول عن أبي حنيفة رحمه الله انه من سنن الدين فحينئذ يستوي فيه كل الأحـــوال والاستحباب يتأكد فيه عند تغير الفم وقال أبو عمر فضل السواك مجتمع عليه لا اختلاف فيه والصلاة عند الجميع أفضل منها بغيره حتى قال الأوزاعي هو شطر الوضوء ويتأكد طلبه عند إرادة الصلاة وعند الوضوء وقراءة القرآن والاستيقاظ من النوم وعند تغير الفم ويستحب بين كل ركعتين من صلاة الليل ويوم الجمعة

وقبل النوم وبعد الوتر وفي السحر. وفي الدراية ثم وقته عند المضمضة تكميلاً للانقاء وكذا في مبسوط شيخ الإسلام وفي كفاية المنتهى والوسيلة والشفاء يستاك قبل الوضوء وعند الشافعي هو سنة للقيام إلى الصلاة وعند الوضوء وعند كل حال يتغير فيها الفم. الوجه الثاني كيفية الاستياك عرضاً لا طولاً عند مضمضة الوضوء ونص عليه في المحيط واخرج أبو نعيم من حديث عائشة رضي الله عنها قالت كان عليه السلام يستاك عرضاً لا طولاً وفي سنن أبي داود اذا استكتم فاستاكوا عرضاً وفي المغني ويستاك على أسنانه ولسانه وقال أبو موسى رضي الله عنه أتانا رسول الله ﷺ فرأيته يستاك على لسانه متفق عليه. وقال عليه السلام استاكوا عرضاً وادهنوا غباً واكتحلوا وتراً انتهى واخرج الطبراني باسناده إلى بهدلة قال كان رسول الله ﷺ يستاك عرضاً وأخرجه البيهقي باسناده إلى ربيعة بن أكثم قال كان رسول الله ﷺ يستاك عرضاً ويشرب مصاً ويقول هو اهنأ وأمرأ وعن إمام الحرمين عن أصحاب الشافعي انه يمر بالسواك على طول الاسنان وعرضها فإن اقتصر على أحدهما فالعرض أولى وقال غيره من أصحابه يستاك عرضاً لا طولاً كذا في شرح الوجيز وروى البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي من حديث حذيفة بن اليمان رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا قام يتهجد يشوص فاه بالسواك ويقال الشوص رض السوك بأن يستاك طولاً والأصح ان تفسير الشوص هو التنقية وقال الجوهري الشوص الغسل والتنظيف يقال شوص فاه بالسواك ويقال الشوص هذا الذي يدلك أسنانه بالسواك وهذا أعم من أن يدلك طولاً وعرضاً ولا تقدير في السواك يستاك إلى أن يطمئن قلبه بزوال النكهة واصفرار السن ويأخذ السواك باليمنى والمستحبة فيه ثلاثة أشياء(١) ويكون في غلظ خنصر وطول شبر. الوجه الثالث فيما يستاك به وما لا يستاك به وفي الدراية ويستحب أن يستاك بعود من اراك يابس قد ندى بالماء وتكون ليناً وقد مر في حديث أبي سيرة الاستياك بالاراك وذكونا أيضاً عن الطبراني من حديث معاذ نعم السواك الزيتون الحديث وروى الحارث في ستة بن همزة بن جندب حشيش قال نهى رسول الله ﷺ عن السواك بعود الحين وقال انه يحرك عرق الجذام وفي الدراية ويقول عند الاستياك اللهم طهر

(١) هنا ساقط أحد الوجوه الثلاثة اه مصححة.

فمي ونور قلبي وطهر بدني وحرم جسدي على النار وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين وفي المحيط العلك للمرأة يقوم مقام السواك لأنها تخاف سقوط أسنانها لأن سنها ضعيف والعلك مما ينقي الأسنان ويشد اللثة . الوجه الرابع فيمن لا يجد السواك أشار اليه المصنف بقوله ( وعند فقده ) أي فقد السواك ( يعالج بالاصبع ) أي يزود به عن يده اليمنى ( لأنه عليه السلام فعل كذلك ) أي عالج بإصبعه قال الزيلعي حديث غريب أراد انه لم يثبت من جهة فعله عليه السلام وإنما روت أحاديث في هذا الباب من جهة قوله منها ما رواه البيهقي في سننه من حديث أنس ان النبي ﷺ قال يجزىء عن السواك الأصابع وضعفه البيهقي وفي رواية عن أنس قال قال رسول الله ﷺ الاصبع يجزء عن السواك ومنها ما أخرجه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة رضي الله عنها قالت قلت لرسول الله ﷺ الرجل يدهن فاه يستاك قال نعم قالت كيف يصنع قال يدخل اصبعه في فيه . ومنها ما رواه البيهقي عن رجل من الأنصار من بني عمرو ابن عوف قال يا رسول الله إنك رغبتنا في السواك فهل دون ذلك من شيء قال اصبعك سواك عند وضوءك تمر بها على أسنانها لأنه لا عمل لمن لا نية له ولا أجر لمن لا حسنة له قلت لو نظر الزيلعي في سنن أحمد بالإمعان لاطلع على حديث علي رضي الله عنه فإنه يؤذن بأنه عليه السلام فعله وهو ان علياً رضي الله عنه دعى بكوز من ماء فغسل وجهه وكفيه ثلاثاً وتمضمض فأدخل بعض أصابعه في فيه الحديث وفي آخره وهو وضوء رسول الله ﷺ .

( والمضمضة والاستنشاق ) كلاهما بالرفع معطوفان على المرفوع قبلها والمضمضة تحريك الماء في الفم قال ابن سيدة مضمض وتمضمض وهو أن يجعل الماء في فيه ولا يشترط إدارته على مشهور مذهب الشافعي وقال جماعة من أصحابه يشترط وفي بعض شروح البخاري المضمضة أصلها مشعر بالتحريك ومنه مضمض النعاس في عينيه إذا تحرك واستعمل في المضمضة تحريك الماء في الفم والإستنشاق إدخال الماء في الأنف استفعال من النشق وهو سعود يجعل في المنخرين ونشقت منه ريحاً طيبة أي شممت وتنشق واستنشق الماء في أنفه صبه في أنفه وفي العرنين استنشق أي يبلغ الماء خياشيمه وذكر ابن الاعرابي وابن قتيبة

الاستنشاق والاستنثار واحد وقال ابن طريف ينشد الماء من أنفه دفعة وقال ابن سدة يقال استنثر إذا استنشق الماء ثم اخرج ذلك بنفس الأنف والنشرة الخيشوم وما والاه وفي جامع الفرار نثرت الشيء إذا أنثره وأنثره نثراً إذا بددته فأنت ناثر والشيء منثور قال المتوضىء مستنشق إذا جذب الماء بريح أنفه ثم يستنثر .

( **لأنه عليه السلام فعلهما على المواظبة** ) أي فعل المضمضة والاستنشاق وقوله عليه السلام المواظبة يدل على انهما واجبتان كما ذهب اليه أحمد وآخرون ولكن قيد الشيخ قوام الدين بقوله أي مع الترك وإلا كانا واجبتين والدليل على الترك ماروت عائشة رضي الله عنها نقلت وضوء رسول الله ﷺ ولم تذكر المضمضة والإستنشاق ولم يذكر أيضاً في حديث الاعرابي الذي علمه رسول الله ﷺ الواجبات وتبعه على ذلك الشيخ الأكمل قال السغناقي رحمه الله لا يقال المواظبة تدل على الوجوب حتى قال أهل الحديث هما فرضان في غسل الجنابة والوضوء استدلالاً بالمواظبة لأنا نقول انه عليه السّلام كان يواظب في العبادات على ما فيه تحصيل الكمال كما كان يواظب على الاذكار وفي كتاب الله تعالى أمر بتطهير أعضاء مخصوصة والزيادة على النص لا تجوز إلا بما ثبت النسخ وعلم رسول الله ﷺ الاعرابي الوضوء ولم يذكرهما فيه مع أن ابن عباس رضي الله عنهما صرح بقوله هما فرضان في الجنابة سنة في الوضوء كذا في المبسوط قلت إلا ما ترى لم يشق منهم واحداً لقليل ولا روى منهم . أما القوام والأكمل فإنهما قدرا في قول صاحب الهداية مع الترك وكيف يقيد بذلك وقد روى صفة وضوء النبي ﷺ من أصحابه ثلاثة وعشرون نفراً وهم عبيد الله بن زيد بن عاصم وعثمان بن عفان وابن عباس والمغيرة بن شعبة وعلي بن أبي طالب والمقدام بن معد يكرب والربيع بنت مسعود وأبو مالك الأشعري وعائشة وأبو هريرة وأبو بكر ووائل ابن حجر وبعير بن جبير الكندي وأبو إمامة وأنس وكعب بن عمرو اليماني وأبو أيوب الأنصاري وعبد الله بن أوفى والبراء بن عازب وأبو كاهل وعبد الله بن أنيس وطلحة عن أبيه عن جده لقيط بن ضمرة رضي الله عنهم وكلهم حكوا فيه المضمضة والإستنشاق كحديث عبد الله بن زيد عند الأئمة الستة وحديث عثمان رضي الله عنه عند البخاري ومسلم

وحديث ابن عباس عند البخاري وحديث المغيرة عند البخاري أيضاً في كتاب اللباس وفيه المضمضة والإستنشاق وحديث علي رضي الله عنه عند الأربعة أبي داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وحديث المقدام عند أبي داود وحديث الربيع عند أبي داود أيضاً وحديث أبي مالك الأشعري عندعبد الرزاق في مصنفه وفي طريقه]رواه الطبراني في معجمه وأحمد في مسنده وابن أبي شيبة في سننه وإسحاق بن راهويه في سننه واسم أبي مالك يحرث وحديث عائشة رضي الله عنها عند النسائي في الكبرى وفيه المضمضة والإستنشاق وحديث أبي هريرة عند أحمد في سننه والطبراني في معجمه الأوسط وأبي يعلى في مسنده وحديث أبي بكر عند البزاز في مسنده وحديث وائل بن حجر عند البزاز أيضاً وحديث بعير بن جبير عند أبي حبان في صحيحة والبيهقي في سننه وحديث أبي امامة عند أحمد في مسنده وحديث أنس عند الدار قطني والبيهقي في سننه وحديث كعب بن عمرو عند أبي داود في سننه وحديث أبي أيوب عند الطبراني في معجمه والحسن بن راهوية في مسنده وعند ابن عدي في الكامل وحديث أبي كامل واسمه قيس بن عامر عند الطبراني في معجمه وحديث عبد الله بن أنس عند الطبراني في معجمه وحديث طلحة عن أبيه عن جده عند أبي داود وفيه قرائن تفصيل بين المضمضة والإستنشاق وحديث لقيط بن صبرة عند الشافعي وأحمد والجارود وابن خزيمة وابن حبان والحاكم والبيهقي وأصحاب السنن الأربعة وفيه **وبالغ في الإستنشاق إلا أن يكون صائماً** وقول قوام الدين والدليل على الترك ما روت عائشة رضي الله عنها إلى آخره ينافي ما رواه النسائي عنها على ما ذكرنا فالعجب منه أنه يدعي علم الحديث ولم يذكر ههنا من روى حديث الترك ولئن سلمنا ذلك فمعناه انها اختصرت في إحدى رواياتها و كذلك في حديث الإعرابى لم يبين من روى الترك ولئن سلمنا فالجواب على ما ذكرناه وأما جواب السغناقي قوله تعالى لا يقال المواظبة تدل على الوجوب مع تحصيل الكمال فيدل على ان مواظبته عليه السلام على عبادة لتحصيل الكمال وليس كذلك في مواظبته على شيء يدل على الوجوب مع تحصيل الكمال وسكوت المصنف عن القيد المذكور يدل على ان المضمضة والاستنشاق سنتان مؤكدتان

والسنة المؤكدة في قوة الواجب ومع هذا لا يحصل الفساد بتركها سواء كان عامداً أو ناسياً كما في ترك الواجب غير انه في ترك الواجب يكون ناقصاً **وفي انشفائهما سنتان قوله فإن من** تركها يأثم وقول السفناقي في كتاب الله امراه لا يلزمنا لأنا ما ادعينا فرضية المضمضة والاستنشاق والذي ذكره إنما يلزم من يدعى فرضيتها وقوله مع ان ابن عباس إلى آخره ما أفاد فائدة جديدة لما ادعاه لأنا لا نقول انهما ليستا بسنتين ومع هذا هو حديث ضعيف.

( **وكيفيتهما** ) أي كيفية كل واحد من المضمضة والاستنشاق .

( **ان يمضمض ثلاثاً يأخذ لكل مرة ماء جديداً ثم يستنشق كذلك** ) إنما ذكر هذا نفياً لقول الشافعي فإن عنده الأفضل أن يتمضمض ويستنشق بكف واحد بماء واحد واحتج الشافعي بما رواه البخاري ومسلم من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم وله طرق منها فمضمض واستنشق من كف واحدة فعل ذلك ثلاثاً وفي لفظ البخاري فمضمض واستنشق ثلاثاً بثلاث غرفات وفي رواية لهما فمضمضّ واستنشق واستنثر من ثلاث غرفات وروى ابن حبان فمضمض واستنشق ثلاث مرات من ثلاث حثيات وفي لفظ البخاري فمضمض ثلاثاً مراة من حفنة (وفي التلويح شرح البخاري) والأفضل أن يتمضمض ويستنشق من ثلاث غرفات كما في الصحيح وغيرها . ووجه ثان يجمع بينهما بغرفة واحدة يتمضمض منها ثلاثاً ثم يستنشق منها ثلاثاً رواه علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ عند أبي حنيفة وابن حبان رواه أيضاً وائل بن حجر أخرجه البزاز بسند ضعيف . وثالث يجمع بينهما بغرفة وهو أن يتمضمض منها ثم يستنشق ثم الثانية كذلك ثم الثالثة رواه عبد الله بن زيد عن النبي عليه السلام أخرجه الترمذي وقال حسن غريب . ورابع يفصل بينهما بغرفتين يتمضمض من أحدهما ثلاثاً ثم استنشق من الأخرى ثلاثاً . وخامس يفصل بينهما بغرفتين تمضمض من غرفة ثلاثاً ويستنشق من أخرى ثلاثاً وفي الروضة وفي كيفيته وجهان أصحهما تمضمض من غرفة ثلاثاً ويستنشق غرفات ومذهب أحمد كمذهب الشافعي ومذهب مالك ما ذكره في الموطأ والجواهر حكى ابن سائق فى ذلك قولين أحدهما يغرف غرفة واحدة لفيه وأنفه والثانى يتمضمض ثلاثاً فى غرفة ويستنشق ثلاثاً فى غرفة فقال

وهذا اختيار مالك والأول اختيار الشافعي وأشار المصنف إلى دليل أصحابنا بقوله ( هو المحكي من وضوءه ﷺ ) المحكى يستعمل فى رواية الفعل والمروي فى رواية اللفظ قال صاحب الدراية حكى عثمان وعلي رضي الله عنهما وضوء رسول الله عليه السلام هكذا نسبه إلى المحيط ولم يبين حديثهما كيف هما وأما قوام الدين فإنه قال ولنا ان الأنف والفم عضوان منفردان فلايجمع بينهما بماء واحد كسائر الأعضاء وأما أكمل الدين فإنه قال كقول قوام الدين وأما السفناقي فإنه قال بعد احتجاج الشافعي بما روي انه عليه السلام كان يتمضمض ويستنشق بكف واحد وله عندنا تأويلان أحدهما أنه لم يستعن فى المضمضة والإستنشاق باليدين كما فى غسل الوجه والثاني ان فعلهما باليد اليمنى رداً على قول من يقول يستعمل في الاستنشاق اليد اليسرى لأن الأنف موضع الأذى كموضع الاستنجاء ثم نسبه إلى المبسوط فانظر إلى هذا الشأن العجيب بل يرد ما احتج به الشافعي من الصحيح بما ذكروه وكان الواجب أن يذكر وربما احتجت به أصحابنا من الأحاديث ثم يجيبوه عن أحاديثه ثم يقووا ذلك بدلائل أخرى في التأويلين المذكورين نظراً لأن الأحاديث المصرحة بأنه تمضمض واستنشق بماء واحد لا يمكن تاويلها بما ذكروه فنقول وبالله التوفيق أما ما احتج به أصحابنا فما ذهبوا اليه هو الحديث الذي رواه الترمذي من حديث علي رضي الله عنه وفيه فغسل كفيه حتى انقاهما ثم مضمض ثلاثاً واستنشق ثلاثاً الحديث وقال هذا حديث حسن صحيح فإن قلت لم يحك فيه ان كل واحدة من المضامض والاستنشاقات بماء واحد بل حكى أنه تمضمض ثلاثاً واستنشق ثلاثاً قلت مدلوله ظاهر ما ذكرناه وهو أن يتمضمض ثلاثاً يأخذ لكل مرة ماء جديداً ثم يستنشق كذلك وهو رواية البويطي عن الشافعي فإنه روى عنه أن يأخذ ثلاث غرفات للمضمضة وثلاث غرفات للاستنشاق وفي رواية غيره عنه في الأم يغرف غرفة يمضمض بها ويستنشق ثم يغرف غرفة يتمضمض بها ويستنشق ثم يغرف ثالثة يتمضمض بها ويستنشق فيجمع في كل غرفة بين المضمضة والاستنشاق واختلف نصه في الكيفيتين فنص في الأم وهو نص مختصر المزني ان الجمع أفضل ونص البويطي ان الفصل أفضل ونقله الترمذي عن الشافعي

قال النووي قـــال صاحب المهذب القول بالجمع أكثر في كلام الشافعي وهو أيضاً أكثر في الأحاديث الصحيحة والجواب عن كل ما روي في ذلك فهو محمول على الجواز ومن الدليل على تجديد الماء لكل مرة فيها حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده وهو كعب بن عمرو قال ابن خزيمة الحافظ عمرو بن كعب والأول أصح قال رأيت رسول الله ﷺ يفصل بين المضمضة والإستنشاق فإن قلت ليس بصريح في المقصود قلت رواه الطبراني في معجمه من حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده كعب بن عمر اليامي أن رسول الله ﷺ توضأ فمضمض ثلاثاً واستنشق ثلاثاً يأخذ لكل واحدة ماء جديداً الحديث فإن قلت في سنده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف تركه يحى القطـان وابن مهدي وابن معين وأحمد بن حنبل وقال النووي في التهذيب العلماء على ضعفه وأنكر ابن أبي حاتم كون جد طلحة صحابيـاً وقال سألت عنه فلم يثبته وقال طلحة هذا رجل من الأنصار وقال ابن القطان فيه علة وهي جهل حال مصرف بن عمرو ووالد طلحة قلت أما ليث بن سليم القرشي الكوفي فقد روى عنه خلق كثير منهم سفيان الثوري وشريك وشعبة وفضل بن عاصم وأبو عوانة والوضاح والإمام أبو حنيفة وآخرون كثيرون وعن أبي داود ليس به بأس وعن يحيى لا بأس بـه قال الدار قطني كان صاحب سنة وإنما أنكروا عليه الجمع بين عطاء وطاووس وأما مجاهد فحسب واستشهد به البخاري في الصحيح وروى في كتاب رفع في الصلاة وغيره وروى له مسلم مقروناً بأبي إسحاق الشيباني وروى له الأربعة ولما روى أبو داود هـذا الحديث سكت عنه وهذا يدل على أن عنده حديث صحيح وكذا سكت عنه المنذري في مختصر السنن ونقل النووي على هذا غير صحيح وأما إنكار أبي حاتم لكونه جد طلحة صحابياً فليس بوجه قال الخلال عن أبي داود سمعت رجلاً من ولد طلحة يقول ان لجدي صحبة وحكى عثمان الدارمي عن علي بن المديني سألت عبد الرحمن بن مهدي عن إسم جده فقال عمرو بن كعب وعمرو ابن أبي كعب وكعب بن عمرو وكانت له صحبة وقال الذهبي في تجزئة أسمـــاء الصحابة كعب بن عمرو الهمداني الثاني صحابي نزل الكوفة وجد طلحة ابن مصرف حديثه عنده ذكره في باب كعب بن عمرو وذكره أيضاً في باب عمرو بن كعب

وقول ابن القطان يرده ما ذكره ابن السكن وابن مردويه ان طلحة بن مصرف وكذا ذكره يعقوب بن سفيان في تاريخه وابن أبي خيثمة أيضاً وآخرون وأما حديث مصرف فقد قال الذهبي في مختصر تهذيب الكمال وثقه أبو ذرعة ثم في تقديم المضمضة والإستنشاق اختيار رائحة الماء وطعمه كيلا يكون وضوءه بما لا يجوز بسبب التغيير لأن اللون شاهد هنا لاختبار الرائحة والطعم وقيل الإستنشاق بالشمال لأن اليسار للاقذار وإزالة المخاط باليد اليسرى وفي المجتبي لو رفع الماء من كف واحدة للمضمضة جاز والاستنشاق لا يجوز لصيرورة الماء مستعملا وفي جامع قاضي خان والمحيط المبالغة فيهما سنة إجماعاً بقوله عليه السلام للقيط بن صرة بالغ في المضمضة والإستنشاق إلا أن تكون صائماً فأرفق رواه الأئمة الخمسة وصححه الترمذي والمبالغة في المضمضة والغرغرة وفي الإستنشاق ان يأخذ بجنجريه حتى يصعد الماء إلى ما اشتد من الأنف .

( **ومسح الأذنين** ) بالرفع عطف على ما قبله والتقدير ومن سنن الوضوء مسح الأذنين ( **وهو** ) أي مسح الأذنين ( **سنة بماء الرأس عندنا** ) أي عند أصحابنا خلافاً للشافعي متعلق بقوله بماء الرأس لا بقوله سنة فإنه عنده أيضاً وقال قوام الدين متعلق بمجموع قوله سنة بماء الرأس لا بسنة وحدها ولا بماء الرأس وحده كما ظن بعض الشارحين قلت أراد به السغناقي ومن تبعه وهذا عجيب منه لأن الخلاف في موضع واحد فكيف يتعلق بالموضعين وخلافاً منصوب على أنه مفعول مطلق بإضمار فعله تقديره نحن في هذا نخالف خلافاً للشافعي أو هذا المذكور في معنى يخالف خلافاً للشافعي وكان مصدراً مؤكداً مضمون الجملة كقوله على ألف درهم إعترافاً .

( **لقوله عليه السلام الأذنان من الرأس** ) أكثر الشراح لم يتعرضوا لهذا الحديث من جهة التخريج والتصحيح ونحوهما فنقول هذا الحديث روي "عن ثمانية أنفس" من الصحابة وهم أبو امامة وعبد الله بن زيد وابن عباس وأبو هريرة وأبو موسى وأنس وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم فحديث أبي امامة عند أبي داود والترمذي وابن ماجة عن أبي امامة توضأ

النبي ﷺ فغسل وجهه ثلاثاً ويديه ثلاثاً وقال الأذنان من الرأس ولفظ ابن ماجة وقال قال رسول الله ﷺ الأذنان من الرأس وقال أبو داود والترمذي قال قتيبة قال حماد لا أدري هذا من قول النبي ﷺ أو من قول أبي امامة يعني حديث الأذنين وقال الترمذي حديثه ليس بذلك القائم ورواه الدار قطني في سننه وقال رفعه وهم شهر بن حوشب ليس بالقوي وقد رفعه سليمان بن حرب وهو ثقة ثم أخرجه عن سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد به وفيه قال أبو امامة الأذنان من الرأس وقال ابن دقيق العيد في الإمام وهذا الحدث معلول بوجهين أحدهما لشهر بن حوشب والثاني بالشك في رفعه قلت شهر وثقه أحمد ويحيى والعجلي ويعقوب بن سبيه وسنان بن ربيعة أخرج له البخاري وصحح حديث شهر الترمذي عن أم سلمة أن النبي ﷺ نشر على الحسن والحسين وعلي وفاطمة رضي الله عنهم كساء وقال هؤلاء أهل بيتي ثم قال هذا حديث حسن صحيح وقال اشهر اسناد فيه حديث حماد بن زيد عن سنان بن ربيعة عن شهر بن حوشب عن أبي امامة وكان حماد يشك في ربيعة وكان سليمان بن حرب يقول هو من قول أبي امامة قلت قد اختلف فيه على حماد فوقفه ابن حرب عنه ورفعه أبو الربيع وإذا رفع ثقة حديثاً ووقفه آخر وقبلها شخص واحد في وقتين يرجح الرفع لأنه أتى بزيادة ويجوز أن يسمع الرجل حديثاً فيقف به في وقت ويرفعه في وقت آخر وهذا أولى من تغليظ الراوي وحديث عبد الله بن زيد عند ابن ماجة قال قال رسول الله ﷺ الأذنان من الرأس وإسناده مثل إسناده لاتصاله وثقته رواية وقواه المنذري وابن دقيق العيد وحديث ابن عباس عند الدارقطني قال ان النبي ﷺ قال الأذنان من الرأس قال ابن القطان إسناده صحيح لاتصاله وثقته رواية فإن قلت أعله الدارقطني بالاضطراب في إسناده وقال ان اسناده وهم وإنما هو مرسل قلت لا يقدح ذلك وما يمنع أن يكون فيه حديثان مسند ومرسل قال البزار إسناد حديث ابن عباس جيد فانظر كيف أعرض البيهقي عن حديث عبيد الله بن زيد وابن عباس المذكورين واشتغل بحديث أبي امامة وزعم أن إسناده أشهر إسناد بهذا الحديث وترك هذين الحديثين وهما أمثل ومن هنا يظهر تحامله وجد حديث أبي هريرة عند ابن ماجة قال قال رسول الله

ﷺ الأذنان من الرأس وأخرجه الدارقطني في سننه وفي إسناده الحبشي بن عبد وقـال هو ضعيف وأبوه مجهول وفي إسناد ابن ماجة عمرو بن الحصين وأبو قلابة قال الدار قطني كلاهما ضعيفان وحديث أبي موسى عند الدار قطني والطبراني وفي إسناده عن الحسن عن أبي موسى قال الدار قطني الحسين لم يسمع من أبي موسى ثم أخرجه موقوفاً وحديث أنس عند الدار قطني من طريق عبد الحكم عن انس وهو ضعيف وحديث ابن عمر عنـد الدارقطني من طرق وأعل جميعها وحديث عائشة رضي الله عنها عند الدارقطني أيضاً وقال الأصح أنه موقوف وفي إسناده محمد بن الأزهر وكذا به أحمد ثم مذهـب الشافعي رحمه الله أن الأذنين ليسا من الرأس ولا من الوجه نقله النووي في شرح المهذب ويأخـذ لهما ماء جديداً ولو أمسك بعض أصابعه عليه الماء الذي أخذه للرأس فمسح به أذنيه وفي الرواية قال الشافعي يمسح أذنيه ظاهرهما وباطنهما بماء جديد ثلاثاً ويأخذ لصماخه مـاء جديداً وهو قول أبي ثور وقال مالك الأذنان من الرأس الا ويمسحهما مع الرأس على رواية الاستيعاب ويجزىء مسحهما بماء مسح الرأس وقال الشعبي والحسن بن صالح ما أقبل منهما من الوجه فيغسل معه وما أدبر منهما من الرأس فيمسح معه وعن ابن شريح أنه كان يغسلهما مع الوجه ويمسحهما من الرأس إحتياطاً في العمل هذا مذهب العلماء وقد غلـط من غلطه زاعماً أن الجمع لم يقل به أحمد فإن الشافعي استحب غسل الأذنين مع الوجـه وانهما يمسحان مع الرأس وقال ابن المنذر روايتان الأذنان من الرأس عن ابن عباس وابن عمر وأبي موسى وبه قال عطاء وابن المسيب والحسن البصري وعمر بن عبـد العزيز والنخعي وابن سيرين والحسن وابن جبير وقتادة ومالك وهو قول أصحابنا وقـال أبو عيسى الترمذي وهو قـول أكثر العلماء من الصحابة فمن بعدهم وبه قال السدي وابن المبارك وأحمد وروي عن إسحاق بن راهويه أن من تركها عمداً لم تصـح صلاته وعن الشعبي لا يستحب مسحها .

( **والمراد بيان الحكم دون الخلقة** ) أي مراد النبي ﷺ من قوله الأذنان من الرأس بيان حكم مسح الأذنين دون خلقتهما لأنهما مشاهدة والنبي عليه السلام بعث بعيـان الأحكام

دون حقائق الأشياء قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله المراد اما أن يكون الحقيقة وهو مشاهد لا يحتاج إليه وإنما ممسوحتان كالرأس وهذا بعيد لأن اتفاق العضوين في وظيفة لا يوجب إضافة أحدهما إلى الآخر فيتعين انهما ممسوحتان بالماء الذي مسح به الرأس وقال شيخ الإسلام خواهر زادة أن النبي ﷺ جعل الأذنين من أبعاض الرأس حكماً حيث قرنهما بكلمة من ولو كان من أبعاض الرأس حقيقة يسن مسحهما بماء واحد فكذا إذا كانتا من أبعاضه حكماً إذ الحكمي يلحق بالحقيقي. ووجه ثالث أن استيعاب الرأس بالمسح بماء واحد سنة ولا يتم بدونهما حيث جعلنا من الرأس فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن يجزىء مسحهما عن مسح الرأس قلت كون الأذنين من الرأس ثبت بخبر الواحد فلا يقع مجزئاً عما ثبت بالكتاب كما أن التوجه إلى الحطيم لا يجزىء لأن كونه من البيت ثبت بخبر الواحد والتوجه إلى البيت ثابت بالكتاب فلا يجزىء عنه ما ثبت بخبر الواحد لئلا يلزم نسخ الكتاب به وقوله عليه السلام في السنن انه من ذلك لا يقتضي إلا المشاركة إياه في حكم ولا يقتضي مساواة الأول للثاني في جميع الأحكام وذلك عند قوله عليه السلام سلمان من أهل البيت وقوله إن مولى القوم منهم لم يردان سلمان شارك أهل البيت في كرامتهم واستحقاقهم التام ولأن مولى القوم الهاشمي لا يكون من غسالة الناس من الصدقات كما لا يكون الهاشمي ألا ترى أن من حلف في شيء على أهل بيت رسول الله ﷺ لم يكن يحنث بسلمان وكذا من حلف في شيء على بني فلان فلم يكن يحنث بمواليهم فإن قلت لم لا يجعل الحديث بياناً على أن وظيفتهما المسح لا الغسل من غير إثبات التبعية فكان الحديث بياناً أنهما من الممسوح قلت لا يلزم من كون وظيفة الشيء المسح كونه من الرأس كالخف فإن قلت إذا كانا من الرأس فينبغي أن يسقط فرض مسح الرأس إذا مسح أذنيه قلت المسنون لا يقوم مقام المفروض وفي المبسوط ان مسح أذنيه دون رأسه لم يجزه وقال خواهر زاده الرأس من الحلقوم إلى فوق إلا أنه تعالى فصل في الأحكام فجعل وظيفة الوجه الغسل ووظيفة الرأس بعده المسح فأشبه الأذنين ان وظيفتهما من أيهما فبين عليه السلام بقوله الأذنان من الرأس ان وظيفتهما من الرأس لأنه عليه السلام ما بعث لبيان الحقائق ووجه

آخر في الاستدلالات أن كلمة من للتبعيض فوجب أن يكون بعض الرأس حقيقة وحكماً أو حكماً لا حقيقة وحكم الرأس من ذلك المسح فكذا حكمهما ثم كيفية مسحهما ذكر في المجتبي يمسحها بالسبابتين داخلهما والإبهامين خارجهما وفي الأصل يمسح داخلهما مع الوجه وفوقهما مع الرأس والمختار هو الأول وعن الحلواني وشيخ الإسلام خواهر زادة يدخل الخنصر في صماخ الأذنين ويحركهما كذا فعل النبي ﷺ واعلم أن الشافعي استدل بقوله أن يأخذ لكل واحدة من الأذنين ماء جديداً بحديث عبد الله بن زيد أنه رأى رسول الله ﷺ يتوضأ وأخذ لأذنيه ماء جديداً خلاف الماء الذي أخذه لرأسه ورواه البيهقي وقال إسناده صحيح واستدل أيضاً بما رواه أبو امامة الباهلي أنه عليه السلام أخذ لأذنيه ماء جديداً أو لأن الأذن مع الرأس كالفم والأنف مع الوجه ثم يأخذ لهما ماء جديداً فهذا مثاله والجواب عن الأول أنه محمول على أنه لم يبق في كفه بلل فلهذا أخذه ماء جديد فعلموا الدليل على ما رواه أبو داود من حديث عثمان رضي الله عنه أنه سئل عن الوضوء فدعا بماء اه وفيه فأخذ ماء فمسح برأسه وأذنيه وفي الغاية للسروجي وتأويل حديث عبد الله بن زيد أنه عليه السلام أخذ خلاف الماء الذي أخذه لراسه أنه لم يستعمله ويحمل على الجواز لأن السنة لا تثبت بمرة واحدة وهكذا يكون جواباً عن الثاني ولنا حديث أمثل من الكل أخرجه ابن مندة وابن خزيمة في صحيحهما والحاكم في مستدركه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال ألا أخبركم بوضوء رسول الله فأخذ غرفة فمسح برأسه وأذنيه وأخرجه ابن حبان في صحيحه ولفظه ثم غرف غرفة فمسح بها رأسه وأذنيه وأما الجواب عن قوله ولأن الأذن مع الرأس إلى آخرة وان الفم والأنف وإن كانا من الوجه ولكنهما خصا بماء جديد ليحصل الإمتيار نسبة الوجه عن غسل الفم بضرب حفنة كما يحصل الإمتياز لفرض المسح عن فرض الغسل يضرب حفنة ولهذا لا يقام الثلث فيهما إلا بماء جديد .

فرع — أما مسح الرقبة فلم يرد فيه رواية عن أصحابنا المتقدمين قال في شرح الطحاوي كان الفقيه أبو جعفر يمسح عنقه اتباعاً لما روي أن ابن عمر كان يمسح عنقه وفي التحفة

اختلف المشايخ في مسح الرقبة قال أبو بكر الأعمش أنه سنة وقال أبو بكر الإسكاف انه أدب فإن قلت قال محمد الجرجي روى أن النبي ﷺ قال غسل الرقبة امان من الغسل ثم قال ولم يوهن أئمة الحديث إسناده فحصل التردد في ان هذا الفعل سنة أو أدب وتعقبه الإمام بما حصله انه لم يجز الأصحاب تردداً في حكم مع تضعيف الحديث الذي يدل عليه قلت قال القاضي أبو الطيب لم ترد فيه سنة ثابتة وقال القاضي أبو الحسين لم ترد فيه سنة وقال الفوراني لم يرد فيه خبر وأورده الغزالي في الوسيط وتعقبه ابن الصلاح فقال هذا الحديث غير معروف عن النبي ﷺ وإنما هو قول بعض السلف وقال النووي في شرح المهذب هذا حديث موضوع وليس من كلام النبي عليه السلام وزاد في موضع آخر لم يصح عن النبي عليه السلام فيه شيء وليس هو سنة بل هو بدعة ولم يذكره الشافعي ولا جمهور الأصحاب وإنما قال ابن القاضي وطائفة يسيرة وتعقبه ابن الرفعة بأن البغوي من أهل الحديث قال باستحبابه ولا مأخذ لاستحباب الأجزاء وأثر مسح القفا ما رواه أحمد وأبو داود من حديث طلحة بن مصرف عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام مسح مؤخر أصل العنق كذا قاله الجوهري وغيره والقذال بفتح القاف والذال المعجمة جماعة مؤخر الرأس وهو معقد العذار من الفرس خلف الناصية فإذا كان كذلك يكون حديث طلحة مسنداً في مسح الرقبة وكلام بعض السلف الذي ذكره ابن الصلاح تحتمل بأن يريد به ما رواه أبو عبيد في كتاب الطهور عن عبد الرحمن بن مهدي عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن موسى بن طلحة قال من مسح قفاه مع رأسه وقى الغسل يوم القيامة قلت هذا وإن كان موقوفاً فله حكم الرفع لأنه لا مجال فيه للرأي وروى أبو نعيم في تاريخ أصبهان بإسناده إلى ابن عمر أن النبي عليه السلام قال من توضأ ومسح عقبه وقى الغل يوم القيامة وفي البحر للروياني لم يذكر الشافعي مسح العنق وقال أصحابنا هو سنة .

( **وتخليل اللحية** ) بالرفع عطف على ما قبله من المرفوعات وتفسيره أن يدخل أصابع يديه في خلل اللحية وهي الفرج التي بين الشعر ( **لأن النبي عليه السلام أمره جبريل عليه السلام بذلك** ) أي بتخليل اللحية على ما روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع

حدثنا الهيثم بن حماد بن ابان عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال أتاني جبريل عليه السلام فقال إذا توضأت فخلل لحيتك ورواه ابن عدي في الكامل ولفظه قال جاءني جبريل عليه السلام فقال يا محمد خلل لحيتك بالماء عند الطهور واعله بالهيثم بن حماد وأسند تضعيفه عن أحمد وابن معين ويقرب منه ما رواه أبو داود وفي سننه عن الوليد بن وردان عن أنس بن مالك أن رسول الله عليه السلام كان إذا توضأ أخذ كفاً من ماء فأدخله تحت حنكه فخلل به لحيته وقال هكذا أمرني ربي ومن كتب عنه ثم المنذري بعده قال في الامام الوليد بن زر أنه روى عنه جماعة وقول ابن القطان انه مجهول على طريقه في طلب زيادة التعديل مع رواية جماعة عن الراوي قال قوام الدين إنما أسند صاحب الهداية الأمر إلى جبريل عليه السلام لكونه أمر بأمر الله عز وجل قلت هذا عجز منه لأنه لم يقف على الحديث الذي ذكرنا وعن ابن أبي شيبة حتى أول بهذا التأويل ثم تخليل اللحية فيه أربعة أقوال الأول أنه واجب يروي ذلك عن سعيد بن جبير وعبد الحكم من المالكية الثاني أنه سنة وبه قال أبو يوسف والشافعي ورواية عن محمد قال في خير مطلوب وهو الأصح الثالث أنه مستحب وفي المحيط أدب وليس بمسنون وهو قول أبي حنيفة ومحمد على ما يشير اليه المصنف الآن •

( **وقيل هو سنة** ) أي تخليل اللحية سنة ( **عند أبي يوسف رحمه الله جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله** ) معنى جائز أن صاحبه لا ينسب إلى البدعة وهو القول الرابع وبه قال مالك في القنية وفي المبسوط وتخليل اللحية مستحب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائز وكذا ذكر في التحفة والقنية في شرح الطحاوي والأفضل تخليلها وإن لم يفعل اجزأه وقال السفناقي في قوله جائز عند أبي حنيفة ومحمد أي لا يبدع فاعله كما يبدع ماسح الحلقوم وقال صاحب الكافي يعني جائز ليس بسنة أصلية ولو فعل لا يبدع ولا يكره لأنه عليه السلام فعله مرة فدل على الجواز لا على السنة قلت قوله فعله مرة يرده ما رواه أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان إذا توضأ أخذ كفاً من ماء فأدخله تحت حنكه فخلل به لحيته وقال هكذا أمرني ربي ورواه أبو داود وفيه شيئان يدلان على أنه عليه

السلام فعله غير مرة أحدهما قوله كان مما يدل على الاستمرار والثاني قوله هكذا أمرني ربي عز وجل والذي يأمره ربه فلا يفعله مرة فإن قلت فإسناده الحديث بالوليد بن رودان وهو مجهول الحال قلت أبو داود لما رواه سكت عنه فهذا يدل على رضاه به على قاعدته وله طرق أخرى منها طريق الحاكم في مستدركه برواية ثقات ومنها طريق ابن عدي ومنها طريق صححه ابن القطان ومع هذا روى الحديث تخليل اللحية عن سبعة عشر نفراً من الصحابة وهم عثمان ابن عفان وأنس بن مالك وعمار بن ياسر وابن عباس وأبو أيوب وابن عمر وأبو امامة وعبد الله بن أبي أوفى وأبو الدرداء وكعب بن عمر وأبو بكرة وعائشة وجابر بن عبد الله وأم سلمة وجرير بن عبد الله بن عيكرة وعلي ابن أبي طالب رضي الله عنه فحديث عثمان عند الترمذي وابن ماجة من حديث عامر بن شعيب الأسدي عن أبي وائل عن عثمان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يخلل لحيته وقال الترمذي أنه ﷺ توضأ وخلل لحيته وقال حديث حسن صحيح وقال محمد بن اسماعيل يعني البخاري أصح شيء في هذا الباب حديث عامر بن شقيق عند أبي وائل عن عثمان رضي الله عنهم ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال صحيح الاسناد وقد احتجا يعني البخاري ومسلم بجميع رواته غير عمار بن ياسر وأنس وعائشة ثم اخرج أحاديثهم أن النبي ﷺ توضأ وخلل لحيته وزاد في حديث أنس وقال بهذا أمرني ربي فإن قلت تعقبه الذهبي في مختصره وقال ابن عامر بن شقيق ضعفه ابن معين وقال الشيخ تقي الدين أخرج البخاري ومسلم حديث عثمان في الوضوء من عدة طرق وليس في شيء منها ذكر التخليل قلت قال الترمذي في علل الكبير قال محمد بن اسماعيل يعني البخاري أصح شيء عندي في التخليل حديث عثمان وهو حديث حسن وحديث أنس رواه ابن ماجة من حديث يزيد الرقاشي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ إذا توضأ خلل لحيته راه البزاز في مسنده والحاكم في مستدركه وحديث عمار عند الزهري وابن ماجة قال رأيت رسول الله ﷺ يخلل لحيته وفي إسناده عبد الكريم بن أبي المخارقي عن حسان بن بلال قال الترمذي سمعت اسحاق ابن منصور يقول سمعت احمد بن حنبل يقول قال ابن عيينة لم يسمع عبد الكريم من حسان

حديث التخليل ثم أخرج الترمذي من حديث قتادة عن حسان بن بلال وحديث ابن عباس عند الطبراني في الأوسط قال دخلت على رسول الله ﷺ وهو يتوضأ. الحديث وفيه وخلل لحيته ورواه العقيلي أيضاً وحديث أبي أيوب عند ابن ماجة من حديث واصل بن السائب عن أبي سورة عن أبي أيوب قال رأيت رسول الله ﷺ توضأ فخلل لحيته قال البخاري وأبو حاتم واصل بن السائب منكر الحديث وقال النسائي متروك ورواه الترمذي في العلل والعقيلي وأحمد وحديث ابن عمر عند ابن ماجة قال كان رسول الله ﷺ إذا توضأ غرك عارضيه أشد الغرك ثم يشبك لحيته باصبعه من تحتها ورواه الطبراني في الأوسط وحديث أبي أمامة عند أبي شيبة في مصنفة. والطبراني في معجمه الكبير وإسناده ضعيف وحديث عبد الله بن أبي أوفى عند الطبراني وعند أبي عبيد في كتاب الطهور وفي إسناده أبو الوقار وهو ضعيف وحديث أبو الدرداء عند الطبراني وابن عدي بلفظ توضأ فخلل لحيته مرتين وقال هكذا أمرني ربي وفي إسناده ثمامة بن يخلج وهو لين الحديث وحديث كعب بن عمرو عند الطبراني وحديث أبي بكرة عند البزاز في مسنده أن النبي ﷺ توضأ وخلل لحيتة وحديث عائشة رضي الله عنها عند الحاكم في مستدركه وأحمد في مسنده وإسناده ضعيف وحديث جابر عند ابن عدي في الكل من حديث أجزم بن حازم ،قال البخاري هو منكر الحديث وقال النسائي ولفظه وضأت رسول الله ﷺ غير مرة ولا مرتين ولا ثلاث فرأيته يخلل لحيته بأصابعه كأنها أنياب مشط وحديث أم سلمة رضي الله عنها عند الطبراني في معجمه أن النبي ﷺ كان إذا توضأ خلل لحيته ورواه العقيلي في الضعفاء وحديث جرير عند ابن عدي وفيه ليس الزيات وهو متروك وحديث عبد الله بن عكيرة عند الطبراني في الصغير ولفظه عن عبد الله بن عكيرة وله صحبة فإن التخليل سنة وفيه عبد الكريم وهو ضعيف وحديث علي رضي الله عنه عند الطبراني فيما تلقاه عن أبي مردويه وإسناده ضعيف ومنقطع .

( **لأن السنة اكمال الفرض في محله** ) لتخليل أصابع الرجلين والمضمضة والإستنشاق لأن الفم والأنف من الوجه . لا كذلك ما تحت اللحية لسقوط منبيات اللحية ( **والداخل** )

أي في اللحية ( **ليس بمحل له** ) أي للفرض بعدم وجوب إيصال الماء اليه بالإتفاق واعترض بان المضمضة والاستنشاق سنتان وداخل الفم ليس محل الفرض في الوضوء واجيب **بأن** الفم والأنف من الوجه في وجه اذ هما في حكم الخارج من الوجه **والوجه محل الفرض فإن قلت** الأمر يقتضي الوجوب فكان ينبغي أن يكون تخليل اللحية واجبا قلت أمر الوضوء في الآية خاص بظاهر اللحية لا يحتمل الخفاء فلو قلنا بوجوب تخليل اللحية بهذا الأمر يلزم الزيادة في كتاب الله تعالى بخبر الواحد وهي تجري مجرى النسخ فلذلك انحطت درجة مقتضى الأمر من الوجوب إلى السنية وكون تخليل اللحية سنة وهو الصحيح للاحاديث المذكورة ولفعل الصحابة رضى الله عنهم. وأخرج سعيد بن منصور عن الوليد عن سعيد بن سنان عن أبى الزاهر عن جبير بن مغير قال كان رسول الله ﷺ إذا توضأ خلل أصابعه ولحيته وكان أصحابه إذا توضأ خللوا الحاهم فإن قلت قال أحمد ليس في تخليل اللحية شيء صحيح وقال ابن أبى حاتم عن أبيه لا يثبت عن النبى ﷺ في تخليل اللحية قلت قد مـــر أن الترمذي صحح حديث عثمان رضى الله عنه وحديث عائشة المذكور اسناده حسن وقال السروجى في شرحه ذكر أصحابنا أنـــه عليه السلام كان إذا خلل لحيته الكريمة شبك أصابعه كأنها أسنان مشط وليس لذلك كله ذكر في كتب الحديث وإنما ذكر ابن ماجة والدارقطنى عن ابن عمر وشبك لحيته باصابعه من تحتها ولم يزد وذكر الراوي كـــأنها أسنـــان مشط قلت العجب من السروجى كيف غفل جابر الذي أخرجه ابن عدي المذكور آنفاً وكيف يقول وليس لذلك كله ذكر في كتب الحديث ولا يلزم من إطلاعه على ذلك أن يقول وليس لذلك كله ذكر في كتب الحديث ثم نسبه إلى أبى بكر الرازي بأن قال كأنها أسنان مشط وأبو بكر الرازي لم يقل هذا من عنده .

**( وتخليل الأصابع ) بالرفع عطف على ما قبله من المرفوعات واطلق الأصابع على أصابع اليدين والرجلين وذكر في التحفة والقنية والمنافع أصابع اليدين والرجلين وسكت أكثرهم التخليل ولهذا قالوا وان توضأ في الماء الجاري أو الحوض وأدخل رجليه في الماء يجزيه ترك التخليل . وإن كانت منضمة وفي جوامع الفقه للعتابى تخليل أصابع الرجلين إذا كانت**

يتوضأ من الاناء فرض . قال المرغيناني بماء يتقاطر قبل المراد وصول الماء أثنائها لانفس التخليل وإن كانت منضمة وفي جوامع الفقه للعتابى تخليل أصابع الرجلين اذا كانت منضمة واجب وفي شرح شيخ الاسلام ان تخليلها قبل الوصول إلى أثنائها فرض وبعده سنة وقال شمس الأئمة الحلواني سنة مطلقة ومن الناس من قال تخليل أصابع الرجلين فرض وهو واجب في اليدين عند مالك وقال إسحاق وأحمد وكذا في الرجلين وقال مالك لا يلزم في الرجلين ذكره في العتبية وإنما يجب عنده في الجنابة وإن كانت أصابع يديه ورجليه متلاصقة ذلك كله فيها ولا يلزم فعلها عنده وفي العتبية تخليل أصابع الرجلين مع وصول الماء إلى باطنها فيخلل بخنصر يده اليسرى فيبدأ بخنصر يده اليمنى ويختم بخنصر رجله اليسرى بذلك ورد الخبر وكذا قال الرافعي الاحب في كيفية تخليل أصابع الرجلين أن يحمل خنصر اليد اليسرى من أسفل الأصابع يبتدىء بخنصر أصابع الرجل اليمنى مختماً بخنصر اليسرى ورد الخبر بذلك عن رسول الله ﷺ وهذه الكيفية لا أصل لها وإنما روى أبو داود والترمذي من حديث المسور بن نضلة قال رأيت رسول الله ﷺ إذا توضأ يدلك أصابع يده بخنصره فالحديث يقتضى البداية بالخنصر فقط .

( **لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم كيلا يتخللها نار جهنم** ) ما ورد الحديث بهذا اللفظ والذي ورد هو ما رواه الدارقطني في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ خللوا أصابعكم لولا يخللها الله بالنار يوم القيامة وخرج نحوه من حديث عائشة وفي الأول يحيي بن ميمون التار قال ابن أبي حاتم قال عمرو بن علي كان يحيى كذاباً وله حديث عن يحيى بن علي حدث علي عن زيد بأحاديث موضوعة وفي الثاني عمر بن قيس ولقبه مستدل قال أحمد متروك وأخرجه الطبراني من حديث وائل بن حجر عن النبي قال من لم يخلل أصابعه بالماء خللها الله بالنار يوم القيامة وفي باب لقيط بن صمرة عن الأربعة وقد مر وحديث ابن عباس عند الترمذي قال قال رسول الله ﷺ إذا توضأت فخلل أصابع يديك ورجليك وقال الترمذي حديث حسن غريب وحديث الربيع بنت مسعود عند الطبراني في الأوسط بإسناد ضعيف وحديث عثمان رضي الله عنه عند الدارقطني

أنه خلل أصابع قدميه ثلاثاً وقال رأيت رسول الله ﷺ فعل كما فعل عبد الله بن مسعود عند ابن أبي شيبة وعبدالرزاق موقوفاً عن علي وابن مسعود ولفظه لينهكن أحدكم أصابعه قبل أن تنهكه النار ورواه زيد بن أبي الزرقاء عن الثوري عن ابي مسكين عن هزيل بن شرحبيل عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً قال أبو حاتم رفعه منكر وهو في جامع الثوري موقوفاً .

( ولأنه ) أي ولأن تخليل الأصابع ( إكمال الفرض في محله ) أي في محل الفرض وقد قلنا أن غسل اليدين والرجلين فرض وتخليل أصابعهما إكمال الفرض فيكون سنة بمقتضى الأحاديث المذكورة فإن قلت ينبغي أن يكون التخليل واجباً نظراً إلى الأمر كما قال مالك في اليدين وأحمد وإسحاق في اليدين والرجلين مع كونهما مقرونين بالوعيد لتاركه قلت هذا لا يفيد الفرضية لأنه من أخبار الآحاد ولا يفيد الوجوب لأنه إنما يقتضي الوجوب إذا لم يمنعه مانع ولم توجد قرينة صارفة عن ظاهره كخبر صدقة الفطر والأضحية وخبر الفاتحة أما إذا وجد لا يمكن القول بالوجوب وههنا عارض هذا الأمر من تعليم الأعرابي الوضوء ولم يعلمه التخليل فلو كان واجباً لعلمه. هذا الذي ذكره أكثر الشراح وفيه نظر لأنه يحتمل أن الراوي طوى ذكر التخليل لكونه من المكملات وقال صاحب الدراية الأخبار التي حكى فيها وضوء رسول الله ﷺ من غير ذكر التخليل يحتمل على الندب أو السنة التي دون الوجوب عملاً بالدليلين بقدر الامكان وتبعه على ذلك الأكمل وهذا أيضاً فيه نظر لأن في حديث وائل بن حجر رواه البزاز في مسنده قال شهدت النبي ﷺ وأتى بماء فأكفأ على يمنه ثلاثاً الحديث وفيه ثم غسل بيمينه قدمه اليمنى وفصل بين أصابعه وقال خلل بين أصابعه فإن قلت الأمر المقرون بالوعيد على التارك يدل على الوجوب قلت قال السفناقي إنما لم يفد الوجوب لأن آية الوضوء خاصة ليس بمحتمل للبيان لأنه بين في نفسه فحينئذ تكون الزيادة عليه بطريق النسخ لا بطريق البيان وخبر الواحد لا يصلح لذلك وقال الأكمل الوعيد مصروف بما إذا لم يصل الماء بين الأصابع وقد أخذ ذلك من السروجي وقال الشيخ حافظ الدين النسفي لا مدخل للوجوب في الوضوء لأنه شرط

وتكرار الغسل الى الثلاث لأن النبي عليه السلام توضأ مرة وقال هـذا وضوء لا يقبل الله تعالى الصلاة إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثاً ثلاثاً وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي ومن زاد على هـذا أو نقص فقـد تعدى وظلم

---

الصلاة فيكون تبعاً لها فلو قلنا بالوجوب ههنا كما في الصلاة قلنا بوجوب الفاتحة ليساوي الفرع الأصل بخلاف النصين فيهما أي في الصلاة والوضوء للتفاوت هناك حيث يثبت التبع بثبوت الأصل ويسقط بسقوطه ولا كذلك ههنا .

( **وتكرار الغسل إلى الثلاث** ) بالرفع أيضاً عطفاً على ما قبله أي تكرار غسل الأعضاء المفروض غسلها إلى ثلاث مرات أراد أنه أيضاً من سنن الوضوء ( **لأن النبي عليه السلام توضأ مرةمرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم** ) أقول هذاالحديث بهذا اللفظ ما روي ولكنه مركب من حديثين فقوله **توضأ** مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به إلى قوله فمن زاد حديث واحد أخرجه الدارقطني من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما نحوه غير أن في حديثه ثم توضأ مرتين وثم توضأ ثلاثاً وفيه وضوء المرسلين قبلي وأخرجه البيهقي في سننه وقال تفرد به المسيب بن واضح وهو ضعيف وقال في المعرفة المسيب بن واضح غير محتج به وقد روى هـذا الحديث من أوجه كلها ضعيفة وقال عبد الحق في أحكامه هذا الطريق من أحسن طرق هذا الحديث ونقل عن ابن أبي حاتم أنه قال المسيب صدوق لكنه يخطىء كثيراً وأخرجه ابن ماجة من طرق أخرى عن ابن عمر ولفظه توضأ رسول الله ﷺ واحدة واحدة فقال هذاوضوء من لا يقبل الله منه صلاة إلا به ثم توضأ ثنتين ثنتين وقال هذا وضوء القـدر من الصلاة وتوضأ ثلاثاً وقال هذا اسبغ الوضوء وهو وضوئي ووضوء خليل الله إبراهيم عليه السلام وفي روايةعبد الرحيم بن زيد **العمى قال ابن أبي حاتم سألت أبي** عنه فقال هو متروك الحديث

وأبوه زيد ضعيف الحديث ولا يصح هذا الحديث عن النبي عليه السلام وسئل أبو ذرعة عن هذا الحديث فقال هو عندي حديث واه وفي إسناده معاوية بن قرة عن ابن عمر ومعاوية هذا لم يلحق ابن عمر ورواه الطبراني في الأوسط وفيه عن معاوية بن قرة عن أبيه عن جده فذكره وزيد العمي وثقة الحسن بن سفيان وقال أحمد صالح وإنما سمى العمى لأنه كان إذا سئل قال حتى اسأل عمي وروى ابن ماجة أيضاً من حديث ابن أبي كعب أن رسول الله عليه السلام دعى بماء فتوضأ مرة مرة وقال هذا وظيفة الوضوء وقال وضوء من لم يتوضأ لم يقبل الله له صلاة ثم توضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من توضأ أعطاه الله تعالى كفلين من الأجر ثم توضأ ثلاثاً ثلاثاً وقال هذا وضوئي ووضوء المرسلين من قبلي وفي رواية زيد بن أبي الحوارث قال ابن معين ليس بشيء وقال النسائي ضعيف وقال أبو ذرعة واهي الحديث وفيه أيضاً عبد الله بن عوانة الشيباني قال ابن معين ليس بشيء وقال البخاري منكر الحديث وقال ابن حبان لا يجوز الإحتجاج به وروى عن أبي هريرة وزيد بن ثابت كلاهما أخرجه الدار قطني أن النبي عليه السلام توضأ مرة مرة وقال هذا الذي لا يقبل الله العمل إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا يضاعف الله به الاجر مرتين وتوضأ ثلاثاً ثلاثاً وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي واما حديث توضأ مرة مرة فأخرجه الجماعة إلا مسلم من حديث ابن عباس وحديث توضأ مرتين مرتين أخرجه البخاري من حديث زيد بن عاصم وحديث توضأ ثلاثاً ثلاثاً أخرجه البخاري ومسلم من حديث عثمان رضي الله عنه وقوله فمن زاد على هذا إلى آخره حديث آخر ركبه المصنف مع الأول وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي عليه السلام فقال يا رسول الله كيف الطهر الحديث وفي آخره هكذا الوضوء فمن زاد على هذا أو نقص فقد أساء وظلم أو ظلم وأساء وفي لفظة لابن ماجة تعدى وظلم وللنسائي فقد أساء وتعدى وظلم وقال تقي الدين في الإمام الحديث الصحيح عند من يصحح حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وبصحة الإسناد إلى عمر وقال أبو بكر بن العربي عمرو بن شعيب ضعيف وثبت في الصحيحين

أنه عليه السلام قال إن أمتي يأتون غراً محجلين يوم القيامة من آثار الوضوء وقال أبو محمد الأصلي هذا الثابت يدل على أن هذه الأمة مخصوصة بالوضوء من بين سائر الأمم فلا يثبت ما روى أنه عليه السلام توضأ ثلاثا ثلاثاً فقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء قبلي وهو حديث لا يصح قلت ما لعمرو بن شعيب وقد روى عنه أيوب الاسبيجابي وثابت البناني والأوزاعي وابن جريج وعطاء بن أبي رباح وهو أكبر منه وقتادة بن دعامة ومحمد بن إسحاق وابن هر ومكحول الشامي والإمام أبوحنيفة ويحيى بن سعد الانصاري وآخرون وقال البخاري رأيت أحمد بن حنبل وعلي بن المديني وإسحاق بن راهويه وأبا عبيدة وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ما تركه أحد من المسلمين قال البخاري من الناس بعدهم وقول **الأصيلي** هذا الحديث الثابت إلى آخره غير مسلم لأنه لا يلزم من كون الغرة والتحجيل لهذه الأمة أن لا يكون الوضوء موجوداً في غيرهم ولكن تكون الغرة والتحجيل لهذا الامامة خاصة بشرفهم وفضلهم على غيرهم ولا يحسن أن نقول أن الأمم السابقة المسلمين كانوا يصلون بلا وضوء . وقوله فقد تعدى وظلم له تأويلات سبعة الأول تعدى **وأساء** في الأدب بترك السنة والتأدب باداب الشراع وظلم نفسه بما نقصها من الثواب بترداد المرات في الوضوء الثاني زاد على أعضاء الوضوء أو نقص عنها الثالث زاد على الحدود أو نقص عنه **الرابع**(١) زاد على الثلث يفيد ان كمال السنة لا يحصل إلا بالثلاث أما لو زاد على الثلاث لطمأنينة القلب عند الشك أو نية وضوء آخر فلا بأس به لحديث ابن عمر أنه عليه السلام كان يقول من توضأ على وضوئه كتب الله له عشر حسنات رواه أبو داود وابن ماجة والبيهقي والترمذي وضعفه هووغيره لأنه من رواية عبد الرحمن بن زياد قلت روى عن إسحاق بن راهويه أنه قال سمعت يحيي القطان يقول عبد الله بن زياد وثقه وعن يحيى ليس به بأس وقال أبو داود قلت لاحمد ابن صالح أو يحتج بحديث الافريقي قال نعم قلت صحيح الكتابة قال نعم وكان أحمد ابن أحمد ينكر على من يتكلم فيه قال من تكلم في ابن العم فليس بقبول ابن انعم من الثقات وأنعم جد عبد الرحمن هذا فإن قلت جاء الوضوء على الوضوء نورعلى نور قلت هذا

(١) في الأصل اسرابع اه مصححة .

مشهور في كتب الفقه لم يذكر في كتب الحديث المشهورة المعتبرة الخامس قيل فمن زادعلى المد في الوضوء وعلى الصاع في الغسل أو نقص عن ذلك فقد تعدى وظلم لحديث أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام كان يغتسل بالصاع إلى خمسة أمداد ويتوضأ بالمد رواه البخاري ومسلم السادس فمن زاد على الصلوات الخمس والوتر أو نقص عنها وهو بعيد جداً السابع ما ذكر من المشايخ أنه محمول على نفس الفعل وإن لم يكن ثم اعتقاد أن الزيادة على الثلاث لا يقع طهارة ولا يصير الماء به مستعملاً إذا قصد به تجديد الوضوء فإن قلت ذكر في الجامع أن ماء الرابعة في غسل الثوب النجس الطهور وفي العضو النجس مستعملاً يقتضي ما ذكره سنة تقع طهارة ويصير الماء مستعملاً قلت ما ذكر هناك محمول على ما إذا نوى به القربة والدليل عليه أنه قال في العتابي وماء الرابعة مستعمل في العضو النجس لأن الظاهر هو القربة حتى يقوم الدليل بخلافه وفي شرح النظم للنسفي لأنا وجدفيه معنى القربة لأن الوضوء على الوضوء نور على نور فلهذا صار الماء به مستعملاً وذكر في المحيط والاسبيجابي أن ماء الرابعة لا يصير مستعملاً إلا بالنية وفي الدراية قوله يعدى يرجع إلى الزيادة لأنه مجاوزة الحد قال الله تعالى ﴿ ومن يتعد حدود الله ﴾ البقرة / ٢٢٩ والظلم يرجع إلى النقصان قال الله تعالى ﴿ ولم تظلم منه شيئاً ﴾ الكهف / ٣٣ أي لم ينقص وأخذ الأكمل منه وفسر السغناقي وقال البخاري كره أهل العلم الإسراف فيه وإن لم يجاوز فعل النبي عليه السلام هذا من البخاري إشارة إلى نقل الإجماع على منع الزيادة عليها وقد قال الشافعي في الأم لا أحب الزيادة عليها فإن زاد لم أكر إن شاء الله تعالى وذكر أصحابه ثلاثة أوجه أصحها أن الزيادة عليها مكروهة كراهة تنزيه وثانيها أنها حرام وثالثها أنها خلاف الأولى وأبعد من قال إذا زاد على الثلاث بطل وضوءه حكاه الدبري في استذكاره وهو خطأ فإن قلت ما حكم الثلاث قلت الأولى فرض والثانية سنة والثالثة إكمال السنة وهي المذهب وقيل الثانية سنة والثالثة نفل وقيل بالعكس وعن أبي بكر الاسكاف الثلاث فرض ذكره في مختصر المحيط ولو توضأ مرة مرة لقوة البرد أو لقلة الماء أو لضرورة لا يكره ولا يأثم وإلا فيأثم وقيل ان اعتاد يأثم وإلا فلا فإن قلت كيف يكون النفل عن

الثلاثة إثماً وظلماً وقد ثبت أنه عليه السلام توضأ مرة مرة وتوضأ مرتين مرتين قلت ذلك لبيان الجواز وكان ذلك الحال أفضل لأن البيان واجب عليه فإن قلت مقتضى التأويل ان من غسل ما فوق المرفق والكعب يكون مسيئاً وظالماًوجاء في تلك الإطالةالغرةوالتحجيل الثانية في الصحيح وكان أبو هريرة رضي الله عنه يمر يده حتى يبلغ الإبط فقيل له ما هذه الوضوء فقال سمعت خليلي عليه السلام يقول يبلغ الحلى من المؤمن حيث يبلغ الوضوء رواه مسلم والبخاري رواه بمعناه قلت تحصيل الجواب لما ذكرنا من التأويلات في قوله فقـــد تعدى وظلم وقال ابن بطال هذا الذي قال أبو هريرة ما لم يبالغعليه المسلمون مجمعون على أن الوضوء لا يتعدى به ما حد الله ورسوله ولم يتجاوز فعل النبى عليه السلام قطمواضع الوضوء قلت هذا ترك الأدب في حق الصحابى وهو لم يفعل ما فعل من تلقاء نفسه بـــل أخذه عن النبي عليـــه السلام ودعوى الإجماع لا يقبل مع خلاف أبى هريرة والشافعى وأصحابه بل قالوا باستحباب غسل ما فوق المرفقين والكعبين لا خلاف فيه بين أصحابـه ذكر النووي حتى لو قطعت اليد من محل الفرض كالمنكب يستحب أن يمسح موضعالقطع بلا خلاف نص عليه الشافعى في الأم واختلفوا في تعليله فقال الجماعة حتى لا يخلو العضومن طهارة وقال الغزالي والبغوي وآخرون يستحب ذلك إطالة للغرة والتحجيللأن الغرة إنما هى في الوجه والذي في اليد التحجيل وأورد عليهم بأن غسل ما فوق المرفق كان تبعـاً للذراع وقد زال المطبوع فينبغى أن لا يشرع التابع كما لا يقضى السنن إذا سقط قضاء الفرائض بحيض أو جنون وأجابوا عنه بأن سقوط القضاء عن المجنون والحائض وخصه مع إمكانه فإذا سقط الأصل مع إمكانه فالتابع أولى واما سقوط غسل الذراع فلتعذره والعذر مختص بالذراع فيبقى العضد على ما كان في الإستحباب وصار كالمحرم الذيلا شعر على حلق رأسه فيستحب إمرار الموسى على رأسه .

( والوعيد لعدم رويته سنة ) هذا جواب عن سؤال مقـــدر تقديره أن يقال ان الشارع رتب على الزيادة والنقصان وعيد المقتضاة الاطلاق وتقدير الجواب بان الوعيدبعدم رويته الثلاث سنة والحديث ليس على ظاهره وأشار بذلك إلى أنه اختار من تـــأويلات

هذا الحديث التأويل الذي قيل انــه إذا زاد على الثلاث معتقداً أن كمال السنة لا يحصل بالثلاث وأما إذا أراد طمأنينة القلب عند الشك أو بنيته وضوء آخر فلا بأس بــه ولا يدخل تحت الوعيد من العجائب من دعاوى الاترازي في شرحه انه نسب هذا الحديث أعنى الذي فيه فمن زاد على هذا إلى عبد الله بن عمر بن الخطاب وليس كذلك فإنــه روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص كما ذكرنا واعجب منه انه قال كذا ذكره الخصاف في شرح مختصر الطحاوي وسكت على ذلك من غير أن يبين من أخرجه من أئمة الحديث

( **ويستحب للمتوضىء أن ينوي الطهارة** ) النية بكسر النون وتشديد الياء وقــد تخفف إرادة استباحة الصلاة بوضوئه أو قصد عبادتــه لا تستغنى عن الطهارة أو قصد امتثال الامر كذا قال فخر الاسلام وقيل أن ينوي إزالة الحدث أو استباحــة الصلاة والمستحب ما يثاب على فعله ولا يلام على تركه فإن قلت قال المصنف ويستحب النية في في الوضوء ثم قال فالنية في الوضوء سنة عندنا وهذا ما وجهه قلت قــال الاترازي وتبعه الأكمل انما قال سنة بعد أن قال ويستحب لأن الاستحباب على ما اختاره القدوري فرواه بلفظه ثم ذكر ماهو المختار عنده قلت له وجه آخر عندي وهو أنه ذكــر استحباب النية في الطهارة أعم من الوضوء فالمتوضىء إذا أراد أن يطهر ثوبه أو بدنه أو المكان الذي يصلي من النجاسة يستحب له أن ينوي لعموم قوله عليه السلام الأعمال بالنيات وهذا عمل أيضاً مطلوب مرغوب فيه فإذا نوى تطهير هذه الأشياء يحصل له الثواب فيكون مستحباً وإذا لم ينو لا يضره ذلك لأن تارك المستحب لا يلام وما ذكره بلفظ النية في الوضوء فلنصب الخلاف بيننا وبين الشافعي بان النية عنده وجماعة آخرين فرض فاقل الأمر أن يذكــر في مقابلة لفظ السنة .

( **فالنية في الوضوء سنة عندنا** ) الفاء هنا للعطف ولكنها تعد الترتيب المتقارب من بعض الوجوه كما يقال خذ الأكمل فالأفضل واعمل الاحسن فالأجمل وفائدة كون النية سنة في الوضوء عندنا انه إذا نسى المسح فأصابه المطر أو أجرى الماء أو قطر على أعضاء وضوئــه أو علم الوضوء إنساناً أو توضأ متبرداً فعندنا يجوز وبه قال الثوري والأوزاعي والحسن ابن حي نظر ومالك في رواية .

وعنـد الشافعي رحمه الله فرض لأنه عبادة فـلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقـع قربة إلا بالنيـــة ولـكنه يقـع مفتاحاً للصلاة لوقوعـه طهارة باستعمال المطهر

---

( وعند الشافعي فرض ) وبه قال الزهري وربيعة ومالك والليث بن سعد واسحاق وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وداود ( لأنه ) أي لأن الوضوء ( عبادة فلا يصح بدون النية ) لأن العبادة فعل يأتي به المكلف على خلاف هوى نفسه تعظيماً لأمر ربه والوضوء بهـذه المثابة وكلما هو عبادة لا يصح بدون النية لقوله تعالى ﴿ وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين ﴾ البينة ٥ والإخلاص لا يحصل إلا بالنية وقـــد جعله حالاً للعابدين والأحوال شروط فتكون كل عبادة مشروطة بالنية .

( كالتيمم ) أي كما أن النية شرط في التيمم وقاسه على ذلك في كونهما طهارتين للصلاة فلا يفترقان ( ولنا أنه ) أي لأن الوضوء ( لا يقع عبادة إلا بالنية ) هذا قـــول بموجب العلة معناه سلمنا أن الوضوء لا يقع عبادة إلا بالنية ( ولكنه ) أي ولكن الوضـوء ( يقع مفتاحاً للصلاة ) معنى هذا الإستدراك أنه ليس كلامنا في أن الوضوء لا يكون عبادة إلا بالنية وإنما كلامنا في استعمال الماء المطهر في أعضاء الوضوء هل يوجب الطهارة بدون النية حتى يكون مفتاحاً للصلاة أولا ولا مدخل لكونه عبادة في ذلك ويفسد ذلك بدونها لأن أعضاء الوضوء محكوم بنجاستها في حق الصلاة ضرورة الأمر بتطهيرها والمـــاء طهور بطبعه فإذا لاقى النجس طهـــره قصد المستعمل من ذلك كالثوب النجس ولأن المطهر لا يعرف كونه مطهراً على قصد العبادة والشيء إذا خلق على أي طبع كان فوجد ذلك الطبع فيه سواء وجدت النية فيه أو لم توجد كالنار طبعها الاحراق إذا وجدت محلاً قابلاً للاحراق وكذا الماء يطهر بلا نية لأن طبعه مطهر والتحقيق في هذا المقام ان الوضوء جعل شرطاً للصلاة بوصف كونه طهارة لا بوصف كونه قربة وهذا لأن الشارع سمى الماء طهوراً وهو ما يحصل به الطهارة فاستعماله في محل قابل يحصل الطهارة قصداً ولم يقصد كما أن الماء مرو خلقته فاستعماله يحصل الري قصد أو لم يقصد ( لوقوعها ) أي لوقوع الطهارة .

( طهارة باستعمال المطهر ) وهو المـــاء الذي قال الله فيه ﴿ وأنزلنا من السماء ماء

بخلاف التيمم لأن التراب غير مطهر الا في حال ارادة الصلاة او هو ينبىء عن القصد ويستوعب رأسه بالمسح وهو السنة

---

طهوراً ﴾ ٤٨ الفرقان فإن قلت إذا سلمتم للخصم ان الوضوء لا يقع عبادة إلا بالنية فتكون النيا شرطاً فيه فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط قلت نعم عبادة ولكنها غير مستقلة لأنها وسيلة إلى غيرها فهذا الإعتبار مستغنى عن النية على أن بعضهم قالوا الوضوء غير عبادة ولهذا لا يصح النظر به وعدم النية تمنع العبادة ولا تمنع الطهارة .

( **بخلاف التيمم** ) أشار **به إلى أن قياس** الشافعي الوضوء على التيمم في **كونهما** طهارة فلا يفترقان قياس بالفارق وذا لا يجوز بين ذلك بوجهين أحدهما قوله (**لان التراب غير مطهر**) يعنى لم يعقل مطهراً لأنه في ذاته ملوث ومغير فلا يكون مطهراً (**إلا في حالة إرادة الصلاة**) فتكون طهارته بدلاً عن الوضوء **لأنه** بطبعه وحقيقته مطهر بخلاف الماء والوجه الثاني هو قوله ( **او هو** ) أو التيمم ( **ينبىء عن القصد** ) يقال تيمم إذا قصد قال الله تعالى ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ البقرة ٢٦٧ أي لا تقصدوه وفي لفظه ما يدل اشتراط النية فلم يكن فيه إلا معنى النية فإن قيل في الوضوء مسح والمسح لم يعقل مطهراً طبعاً فيحتاج إلى النية أجيب بأن مسح الرأس ملحق بالغسل لقيامه وانتقاله اليه بضرب من الجرح وهذا في شرح الأكمل نقله من كلام السغناقي ولو نظر في قوله لأنه ينبيء عن القصد لغة والقصد الذي هو النية إنما هو قصد خاص وهو قصد إباحة الصلاة والأعم لا دلالة له على الأخص لأن الأول مدلول اللفظ والثاني فعل القلب ولا دلالة لأحدهما على الآخر قلت القصد لغة مطلق والقصد الذي هو إباحة الصلاة مقيد ويلزم من وجود المقيد وجود المطلق والقصد المطلق فعل القلب فافهم .

( **ويستوعب رأسه بالمسح** ) بنصب الباء أي يستحب أن يستوعب رأسه عطفاً على قوله أن ينوي الطهارة والتقدير يستحب نية الطهارة فاستيعاب الرأس أي شموله بالمسح وهو على اختيار القدوري وعلى اختياره سنة أشار إليه بقوله ( **وهو سنة** ) أي استيعاب الرأس بالمسح سنة ذكرها في المحيط والبدائع والتحفة والقنية والمفيد وشرح المبسوط وهو صحيح وأشار بقوله وهو سنة إلى الحديث الذى رواه البخاري ومسلم من حديث مالك

عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه قال شهدت عمرو بن أبي حسين سأل عبد الله بن زيد عن وضوء رسول الله ﷺ فذكر الحديث وفيه ثم أدخل يده يعني في التور فمسح رأسه فأقبل بهما وادبر مرة واحدة ورواه الاربعة أيضاً فأبو داود عن عبد الله بن سلمة عن مالك والترمذي عن إسحاق بن موسى عن معن بن عيسى والنسائي عن محمد بن سلمة والحرث ابن مسكين كلاهما عن ابن القاسم عن مالك وابن ماجة عن الربيع بن سليمان وحرملة بن يحيي كلاهما عن الشافعي عن مالك وأخرجه محمد بن الحسن في موطاه عن مالك وقال أخبرنا مالك بن أنس قال أخبرنا عمرو بن يحيى بن عمارة بن أبي حسين المدني عن أبيه ويحيى أنه سمع جده أبا حسين سأل عبد الله بن زيد بن عاصم وكان من أصحاب رسول الله ﷺ قال هل تستطيع أن تريني كيف كان رسول الله ﷺ يتوضأ قال عبد الله بن زيد بن عاصم نعم فدعى بوضوء فافرغ على يديه فغسل يديه مرتين ثم تمضمض ثم غسل وجهه ثلاثاً ثم غسل يديه إلى المرفقين مرتين مرتين ثم مسح من مقدم رأسه حتى ذهب بهما إلى قفاه ثم ردهما إلى المكان الذي بدأ منه ثم غسل رجليه قال محمد هذا حسن والوضوء ثلاثاً ثلاثاً أفضل الوضوء والإثنان مجزئان والواحدة إذا أسبغت تجزيء أيضاً وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والكيفية المذكورة في هذا الحديث هي المشهورة وبه استدل أصحابنا على أن السنة البداءة من مقدم الرأس قال الحسن البصري السنة البداءة من الهامة يضع يديه عليها ويمر بها إلى مقدم الرأس ثم يعيدهما إلى القفا وهكذا روى هشام عن محمد والصحيح قول العامة للحديث المذكورة وفي المحيط ويستحب فيه أن يضع من كل واحدة من يديه ثلاث أصابع عن مقدم رأسه سوى الإبهام والسبابة ويجافي بين كفيه ويمدها إلى القفا ثم يضع كفيه على مؤخر رأسه ويمدها إلى مقدمه ثم يمسح ظاهر كل أذن بكل إبهام وباطنه بمسبحة وفي الينابيع والمسح أن يضع الخنصر والبنصر بكسر أولهما والصاد بينهما من كل يد على مقدم الرأس من منبت الشعر ويمررهما إلى نصف رأسه ثم يرفعها ويضع الوسطيين في وسط رأسه ويمدهما إلى منبت الشعر من قفاه ثم يعيدهما إلى وسط رأسه ثم يضع الخنصر والبنصر في وسط رأسه ويمدهما إلى مقدم رأسه ثم يمدهما إلى وسط رأسه

ثم يمدهما إلى قفاه ثم يدخل السبابة في أذنه ويديرها في زواياها ويدير إبهامه في زواياها وفي الدراية وكيفية الإستيعاب أن يبل كفه وأصابع يديه ويضع بطون ثلاث من كل كف على مقدم الرأس ويعزل السبابتين والابهامتين ويجافي الكفين **ويمررهما إلى** مؤخر الرأس ثم يمسح الفردين بالكفين ويمدهما إلى مقدم الرأس ويمسح ظاهر الأذنين بباطن الإبهامين وباطن الأذنين بباطن السبابتين ويمسح رقبته بظاهر اليدين حتى يصير ماسحا ببلل لم يصر مستعملاً هكذا روت عائشة رضى الله عنها مسح رسول الله ﷺ وهكذا المنقول عن السلف وعن أبى حنيفة ومحمد أنه يبدأ من أعلا رأسه إلى جنبيه ثم إلى قفاه عكسه كذا في مبسوط شيخ الإسلام قلت حديث عائشة رضى الله عنها أخرجه النسائى أنها وصفت وضوءه عليه السلام ووضعت يديها في مقدم رأسها ومسحت إلى مؤخره ثم مدت يديها باذنيها ثم مدت على خدين. قالوا الذي ذكره صاحب الدراية ونسبه إلى عائشة لم يذكره أحد من أئمة الحديث على الوجه المذكور ولا عن غير عائشة من الصحابة الذين وصفوا وضوء رسول الله ﷺ وأخرج أبو داود عن محمد بن حسين وقد ورد من حديث طلحة بن مصرف وفيه رأيت رسول الله ﷺ يمسح رأسه مرة واحدة حتى يبلغ القذال وهو أول القفاء وقال مرة وقد مسح رأسه من مقدمه إلى مؤخره حتى يخرج يديه من تحت أذنيه أخرجه الطحاوي ولفظه رأيت رسول الله ﷺ يمسح مقدم رأسه حتى بلغ القذال من مقدم عنقه وأخرجه النسائي حديث عبد الله بن زيد وفيه ثم مسح رأسه بيديه فأقبل بهما وأدبرهما إلى مؤخر رأسه ثم جره إلى قفاه ثم جر الى مؤخره وعند أبى داود وبدأ بالمؤخر ثم بمقدمه وباذنيه كليهما وفي لفظ مسح الرأس كله من قرن الشعر كل ناصيته لمنبت الشعر لا يحول الشعر عن هيئته وفي لفظ مسح رأسه وما أقبل وما ادبر وصدغيه وأخرجه البزاز من حديث أبي بكرة وفيه مسح برأسه وما أقبل يقبل بيديه من مقدمه إلى مؤخره ومن مؤخره إلى مقدمه واخرج ابن قانع من حديث أبي هريرة وفيه ووضع يديه على النصف من رأسه ثم جرهما إلى مقدم رأسه ثم أعادهما إلى المكان الذي بدأ منه وجرهما إلى صدغيه وأخرج أبو داود أيضاً من حديث

أنس وفيه فأدخل يده من تحت العمامة فمسح مقدم رأسه وأخرج ابن السكين عنه ولفظه فمسح باطن لحيته وقفاه وأخرجه البيهقي والبغوى وابن أبي خثيمة وفيه مسح رأسه إلى سافله فهذا أوجه كثيرة يختار المتوضىء أيها شاء واختار بعض أصحابنا رواية عبد الله بن زيد رضي الله عنه وذكر السغناقي في كيفية المسح كلاماً نقلاه عن الدراية ثم قال كـــذا أعلمنا عين الأعيان الأستاذ المتقن مــــولانا فخر الدين المايرمعي رحمه الله إلا أن الرواية منصوصة في المبسوط على أن الماء لا يعطى له حكم الماء المستعمل حال الإستعمال قال الاترازي أن في المسنون يستوعب الحكم جميع الرأس كما في المغسولات فكما ان في المغسولات الماء في العضو لا يصير مستعملا فكذلك في حكم إقامة السنة في الممسوح ولكن يجب أن يستعمل فيه ثلاث أصابع اليد في الاستيعاب ليقوم الاكثر مقام الكل حتى أنه لو مسح باصبعه بجوانبهــــا الأربعة لا يجوز في الاضح لعدم استعمال أكثر الأصابع فانظر هل ترى أحداً من الشراح وهم أئمة كبار اقام من الحديث شيئاً مما ذكره من الصورة المذكورة في كيفيـة مسح الرأس بالإستيعاب .

**( وقال الشافعي رحمه الله التثليث بمياه مختلفة اعتباراً بالمغسول )** لا خلاف بيننا وبين الشافعي في سنية استيعاب الرأس بالمسح وإنما الخلاف في تثليث لمسح فعنده السنة في التثليث بمياه مختلفة نص عليه في كتبه وقطع به جماعة من جماهير أصحابه حكى هذا عن الشافعي لكن حكى الرافعي وجها لاصحابنا أنه يسن مرة واحدة وهو مــــذهب أكثر العلماء وحكى الترمذي عنه أنه يمسح مرة كقولنا قال النووي لا أعلم أحداً من أصحابنا حكى هذا عن الشافعي لكن حكى الرافعي وجهاً لاصحابنا أنه مسح مرة واحدة وهو مذهب أكثر العلماء وقال الترمذي والعمل عليه عند أكثر أهـل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم وقال ابن عدي كل الرواة قالوا مسح الرأس مرة واحدة وقـــال ابن المنذر وممن قال به عبد الله بن عمر وطلحة بن مصرف والحاكم وحماد والنخعي ومجـــاهد وسالم بن عبد الله بن عمر والحسن البصري وأحمد ومـــالك وسفيان الثوري وإسحاق بن راهويه واختاره ابن المنذر ومذهب الشافعي حكاه ابن المنذر عن أنس بن مالك وسعيد بن جبير وعطاء وهو رواية عن أحمد وداود وقال ابن سيرين أنه يمسح مرتين واحتج بحديث

الربيع بنت مسعود أن النبي ﷺ مسح برأسه مرتين وعن عبد الله بن زيد مثله وقال أبو عبيد القاسم بن سلام لا نعلم أحداً من السلف جاء عنه استكمال الثلاث في مسح الرأس إلا عن ابراهيم التيمي قلت ذكرنا الآن عن الجماعة الذين ذكرهم ابن المنذر ومن الغرائب أن الشيخ أبا حامد الاسفرايني حكى بعضهم أنه أوجب الثلاث وحكاه صاحب الابانة عن ابن أبي ليلى ثم أن المصنف رحمه الله احتج للشافعي من جهة القياس ولم يحتج له بشيء من الحديث واحتج له بعض أصحابه بحديث عثمان رضي الله عنه أن النبي عليه السلام توضأ ثلاثاً ثلاثاً ورواه مسلم ووجه الدلالة منه أن قوله توضأ يشمل الغسل والمسح وحديث عثمان ومسح رأسه ثلاثاً وقال رأيت رسول الله ﷺ توضأ هكذا رواه أبو داود باسناد حسن ذكره النووي وقال أيضاً ابن الصلاح حديث حسن وحديث علي رضي الله عنه أنه توضأ فمسح رأسه ثلاثاً ثم قال هكذا رأيت رسول الله عليه السلام فعل ورواه البيهقي وقال أحسن ما روي عن علي ابنه الحسين بن علي فذكره باسناده وذكر مسح الرأس ثلاثاً وهكذا رأيت رسول الله ﷺ توضأ وإسناده حسن وأما الذي احتج به المصنف بقوله اعتباراً بالمغسول فأراد أن المسح ركن من الوضوء فكان التثليث فيه سنة كغسل الوجه واليدين والرجلين وأيضاً الرأس أحد أعضاء الوضوء والمسح أحد قسمي الوضوء فيسن تثليثه كالغسل قلنا هذا القياس ضعيف لان المسوح ليس من جنس المغسول وكان من الواجب عليه أن يقيس المسوح على المسوح بأن يقول لا يصلح تكراراً إنما شرع بحكم مرة كمسح الخف والجبيرة والتيمم وهذا مسح فلا يكرر هو الذي قاله الاترازي وقال صاحب المفيد والمزيد هذا فاسد الوضع لان المسح مبناه على التوسعة والتخفيف بخلاف الغسل والحاق ما مبناه على التيسير بما مبناه على التعسر فاسد في الوضع واعتبار المسح بالمسح وجه كمسح الخف والجبيرة وفي البدائع التعسير في الغسل يفيد زيادة نظافة وبزيادة تكرار المسح لا يحصل زيادة نظافة ولان تكراره يقربه إلى السيلان فكان مخلاً بإسم المسح والسنة الاكمال لا الاخلال وجواب المصنف عن ذلك يأتي عن قريب مع الجواب عن أحاديثه فإن قلت اعتباراً منصوب بماذا قلت هو مصدر منصوب بفعل محذوف تقديره اعتبر الشافعي اعتباراً

ولنا أن أنساً رضي الله عنه توضأ ثلاثاً ثلاثاً ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله عليه السلام

بالمغسول ويجوز أن يكون اعتباراً بمعنى معتبراً على صيغة المفعول ويكون نصب على الحال من التثليث .

( **ولنا ان أنساً رضي الله عنه توضأ ثلاثاً ثلاثاً ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله** ﷺ ) هذا الحديث الذي نسبه إلى أنس غريب والعجب من المصنف ذكر هذا ولم يذكر ما روي في الصحيحين من رواية عبد الله بن زيد أنه مسح رأسه بيديه فأقبل بهما وادبر مرة واحدة وحديث آخر أخرجه الاربعة عن سعيد بن جبير عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه انه أتي بإناء فيه ماء وطشت الحديث وفيه ماء فمسح برأسه مرة واحدة وقال في آخره من سره ان يعلم وضوء رسول الله ﷺ فهو هذا ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يتوضأ ثلاثاً ثلاثاً إلا المسح فإنه مرة مرة وحديث آخر أخرجه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه رأى رسول الله ﷺ يتوضأ الحديث وفيه مسح برأسه وأذنيه مرة واحدة وحديث آخر أخرجه الدارقطني في مسنده عن عثمان بن عفان وفيه مسح برأسه مرة واحدة وقال في آخره هكذا رأيت النبي ﷺ توضأ وكنت على وضوئه ولكن أحببت أن أريكم كيف توضأ النبي ﷺ وقال أبو داود وأحاديث عثمان الصحاح كلها تدل على أن مسح الرأس مرة واحدة فإن قلت روى أبو داود والبزاز والدارقطني من طريق أبي سلمة عن حمران عن عثمان أن النبي ﷺ توضأ فمسح رأسه ثلاثاً قلت فيه عبد الرحمن بن وردان وفيه مقال وأخرجه البزاز أيضاً من طريق عبد الكريم بن حمران واسناده ضعيف ورواه أيضاً من حديث أبي علقمة مولى ابن عباس عن عثمان وفيه ضعف ورواه أيضاً أبو داود وابن خزيمة والدارقطني من حديث ابن دارة عن عثمان وابن دارة مجهول الحديث ورواه البيهقي من حديث عطاء بن أبي رباح عن عثمان وفيه انقطاع ورواه الدار قطني أيضاً من طريق السلماني عن أبيه عن عثمان والسلماني ضعيف جداً وأبوه ضعيف أيضاً وقال البيهقي روى غريبة عن عثمان وفيها مسح الرأس ثلاثاً إلا أنها مع خلاف الحفاظ الثقات ليست بحجة عند

أهل المعرفة وإن كان بعض أصحابنا احتج بها فإن قلت روى أبو داود والدارقطني في سننه عن محمد بن محمود الواسطي عن شبيب عن أيوب عن أبي يحيى الحمال عن أبي حنيفة عن خالد ابن علقمة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه توضأ الحديث وفيه أنه مسح رأسه ثلاثاً ثم قال هكذا رواه أبو حنيفة رحمه الله عن علقمة بن خالد وخالفه جماعة من الحفاظ الثقات فرووه عن خالد بن علقمة وقالوا فيه مسح رأسه مرة واحدة ومع خلافه إياهم قال ان السنة في مسح الرأس مرة واحدة قلت الزيادة من الثقة مقبولة ولا سيما مثل أبي حنيفة رحمه الله وأما قوله فقد خالف حكم المسح غير صحيح لأن تكرار المسح مسنون عند أبي حنيفة أيضاً إذا كان بماء واحد على ما يذكره المصنف عن قريب .

( الذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد ) هذا جواب عن الأحاديث التى فيها تثليث المسح الذي احتج بها الشافعي وتقريره أن يقال الذي يروى من التثليث على تقدير ثبوته محمول عليه أي على التثليث بماء واحد لأن ذلك يقتضي العدد دون تكرار أخذ الماء قال تاج الشريعة قوله والذي يروى فيه من التثليث هو ما روي عن عبد الله بن أبي أوفى رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ توضأ ومسح برأسه ثلاثاً قلت الذي يروى عن عبد الله بن أبي أوفى المذكور الذي فيه تثليث الغسل المسح هو وحده حتى خصه به وقد روى ذلك عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ومع هذا من أخرج حديث عبد الله بن أبي أوفى من أئمة الحديث . ( وهو ) أي التثليث ( مشروع على ما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ) وروى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله انه إذا مسح ثلاثاً بماء واحد كان مسنوناً فإن قيل قد صار البلل مستعملاً بالمرة الأولى فكيف في إمراره ثانياً وثالثاً أجيب بأنه يأخذ حكماً واحداً والصحيح أنه عند أبي حنيفة رحمه الله يصير مستعملاً لإقامة فرض آخر لا لإقامة السنة لأنها تبع للفرض ألا ترى أن الإستيعاب يسن بماء واحد والصحيح عن أبي حنيفة رحمه الله ترك التثليث فإن قيل روى أنه عليه السلام توضأ ثلاثاً ثلاثاً

ولأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلاً فلا يكون مسنوناً فصار كمسح الخف بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب في الوضوء سنة عندنا

---

فكان ماسحاً رأسه ثلاثاً قيل له ثبت ذلك بمقتضى قوله ثلاثاً وقد مر ان التثليث ليس سنه بصريح قوله ان النبي عليه السلام مسح رأسه مرة واحدة فالصريح أقوى .

( **ولأن المفروض** ) دليل آخر أي في الوضوء ( **هو المسح** ) **لقوله تعالى** ﴿ وامسحوا برؤوسكم ﴾ ( **وبالتكرار** ) أي بالتكرار للمسح ( **يصير** ) أي المسح ( **غسلا** ) لأن المسح مجرد الاصابة ( **فلا يصير مسنونا** ) مسحه للقدمين يخرج عن كونه سنة لأنه يصير غسلاً ( **بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار** ) ( **فصار كمسح الخف** ) أي فصار مسح الرأس كالمسح على الخف وتحقيقه أن يقال مسح الرأس مسح في الوضوء وكل ما هو مسح في الوضوء لا يسن تثليثه كمسح الخف والمسح على الجبيرة ( **بخلاف الغسل لأنه لا يضره التكرار** ) هذا متصل بقوله وبالتكرار يصير غاسلا ومعناه ان المسح يفسده التكرار بخلاف الغسل فإنه لا يفسده بل يزيد نظافة وتنقية فكان قياس الشافعي الممسوح على المغسول فاسداً .

( **ويرتب الوضوء** ) بنصب الباء عطف على قوله ويستوعب قاله الأكمل وقال الاترازي عطف على قوله أن ينوي فعله قوله يكون الترتيب مستحبـــاً والمنصوص في المبسوط ان الترتيب سنة وكذا عند المصنف على ما يجيء الآن ( **فيبدأ** ) الفاء فيه تفسيرية لأنه يفسر الترتيب ويجوز فيه النصب والرفع فالنصب عطف على قوله ويرتب الوضـــوء والرفع على تقدير فهو مبتدأ فتكون الجملة خبر مبتدأ محذوف وهو أن يبدأ فيه ( **بما بدأ الله بذكره** ) في القرآن في آية الوضوء ( **وبالميامن** ) أي ويبدأ بالميامن وهو جمع ميمنة وهي خلاف الميسرة وكذا الأيمن خلاف الأيسر ويجمع على أيامن وسيأتي دليله ( **فالترتيب في الوضوء سنة عندنا** ) أي الترتيب في أعضاء الوضوء سنة عند أصحابنا وبه قال مالك والليث والثوري والاوزاعي وعطاء بن السائب ومكحول والزهري وربيعة والنخعي وداود والمزني وحكاه البغوي عن أكثر العلماء واختاره ابن المنذر وصاحب البيان وأبـــو نصر البند يجيى من

**وعند الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى « فاغسلوا وجوهكم » الآية والفاء للتعقيب ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهـــل اللغة**

---

أصحاب الشافعي والابهري روى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم

( **وقال الشافعي فرض** ) أي الترتيب في الوضوء فرض وقال أبو بكر الرازي ولا يروى عن أحد من السلف والخلف مثل قول الشافعي قلت هذا غفلة منه وقد قال بقوله أحمد وإسحاق وأبو ثور وقتادة وأبو عبيدة القاسم بن سلام والية ذهب ابن منصور وصاحب مالك وحكاه عن صاحبه ( **بقوله تعالى ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ الآية والفاء للتعقيب** ) اي الفاء في قوله تعالى فاغسلوا وجه الإستدلال ان الفاء للتعقيب والتعقيب يدل على الترتيب فيفيد ترتيب غسل الوجه على القيام إلى الصلاة وإذا ثبت الترتيب فيه ثبت في غيره لأنـه معطوف على المرتب والمعطوف على المرتب مرتب وتحقيق هذا ان الفاء للتعقيب مع الوصل فإذا كان كذلك ثبت تقديم الوجه على الباقي ويلزم ترتيب غيره عليه لأن غيره معطوف عليه بحرف الواو وهو الترتيب كما في قوله تعالى ﴿ إركعوا واسجدوا ﴾ الحج ٧٧ وبقوله تعالى ﴿ إن الصفا والمــــروة من شعائر الله ﴾ البقرة ١٥٨ ونقلوا عن الفراء كون الواو للترتيب وادعوا أن الفاء تفيد البداءة بغسل الوجه واستدلوا أيضاً بتأخر غسل الرجلين عن مسح الرأس وقالوا لولا وجوب الترتيب لما أخر غسلهما عن المسح ولذكره مع المغسولات وتعلقوا أيضاً بوضوءه عليه السلام مرتباً وسنجيب عن الكل إن شاء الله تعالى .

( **ولنا أن المذكور فيها** ) أي في الآية المذكورة ( **حرف الواو وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة** ) يعني المذكور بعد الفاء حرف الواو والواو لمطلق الجمع باجماع أهل اللغة وباجماع النحاة البصرية والكوفة دون الترتيب وقيل نص سيبويه عليه في سبعة عشر موضعاً من الكتاب فصار المعنى كأنه قال والله أعلم فاغسلوا هذه الأعضاء فعملنا بحرف الفــاء والواو فقلنا الفاء دخل في الفعل لا في المحل والفاء التي للتعقيب هي العاطفة وليست هـذه عاطفة بل جواب الشرط ولو كانت للتعقيب فهي لتعقيب الجملة بواسطة الواو وقال إمام

الحرمين تكلفت أصحابنا في نقل أن الواو للترتيب واستشهدوا بامثلة فاسدة والحال انها لا تقتضي ترتيباً ومن ادعاه فهو مكابر وقال النووي وهو الصواب ولو كانت الواو للترتيب لكان قولنا جاء زيد وعمرو وبعده تكرار أو قبله أو معه نقضاً و كذا من قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق فإنه ينجزه ولو كانت تحتمل الترتيب لما وقع ويصح تنجيز الحالف و كذا تقول تقابل زيد وعمرو مع امتناع الترتيب والإشتراك المجازي على خلاف الأصل **وقد شنع قوام الدين على حافظ الدين تشنيعاً شنيعاً لا يليق لمثله أن يذكر مثله بما ذكر وذلك** ان حافظ الدين قال في جواب الشافعي في المستصفى والجواب الفاء إنما يقتضي التعقيب إذا دخلت على غير الأفعال الإختيارية وأما إذا دخلت على الأفعال الإختيارية فلا وقال قوام الدين أقول ما للنسفي من جواب فمن أين قال مثل هذا الكلام تقليداً وما وضع أهل اللغة الفاء إلا للتعقيب مطلقاً سواء دخلت على كذا و كذا قلت مراد حافظ الدين ان الفاء ما وضعت للتعقيب مطلقاً وما قاله صحيح لأن الفاء انما تكون للتعقيب إذا كانت عاطفة اما إذا كانت جواب الشرط لا تكون للتعقيب بل تسمى حرفاً رابطة وقوله وما وضع أهل اللغة الفاء إلا للتعقيب ليس كذلك بل وضعت لغيره كما ذكرنا ولا يمكن أن يقال الفاء في قوله تعالى ﴿ ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ﴾ الاسراء ٩٨ للتعقيب وذلك لأن المعلوم ما بين هذه الأشياء عن المهلة والفاء التي للتعقيب لا يقتضي المهلة إذا قلت جاء زيد فعمرو فمدلوله مجيء عمرو عقيب مجيء زيد بزمان وان لطف ولا يكون بينهما مهلة فدل على أن الفاء في الآية المذكورة للتراخي بمعنى ثم وتجيء بمعنى الواو كما قالوا في قول امرىء القيس بين الدخول فحومل أي وحومل حتى ادعى بعضهم ان الصواب روايته بالواو وقد تجيء الفاء بمعنى الغاية كما في قوله تعالى ﴿ ما بعوضة فما فوقها ﴾ البقرة ٢٦ وهو غريب فإن قلت الحروف ينوب بعضها عن بعض قلت هذا إذا كان الواضع واحداً وأما إذا كان متعدداً فلا يحتاج إلى هذا واما الجواب عما قالوه نصرة إلى ما ذهب اليه الشافعي رحمه الله اما عن الأول فقد ذكرناه عند قوله واما وجه المذكور فيها حرف الواو وتوضيح ذلك أيضاً ان الواو لما كانت لمطلق الجمع باجماع أهل

اللغة صار تقدير الآية على هذا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا كـذا وامسحوا كذا ولا يفهم منه إلا فعل الغسل والمسح مطلقاً كما في قول الرجل لعبده إذا دخلت السوق فاشتر اللحم والخبز والبصل لا يفهم منه إلا الجمع بين هذه الأشياء مطلقاً كيف ما وقع الشراء وليس مراده أن يشتري اللحم أولاً ثم البصل فكذا فيما نحن فيه وفيما ذهبنـــا اليه عمل بالسنة ودلالة الاجماع والمنقول اما السنة فهي ما ذكر أبو داود في سننه ان النبي ﷺ تيمم فبدأ بذراعيه قبل وجهه والخلاف فيهما واحد قلت ذكر السفناقي هكذا والذي رواه أبو داود هكذا في حديث طويل وفيه عن عمار فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له فقال إنما يكفيك ان تضع هكذا وضرب بيده على الأرض فنفضها ثم ضرب بشماله على يمينه ويمينه على شماله على الكفين ثم مسح وجهه ورواه البخاري أيضـاً ولفظه فقال أي ﷺ لعمار إنما يكفيك أن تصنع هكذا وضرب بكفيه ضربة على الأرض ثم نفضهما ثم مسح بهما ظهر كفه بشماله أو ظهر شماله بكفه ثم مسح بهما وجهه ورواه الاسماعيلي في كتابه المخرج على البخاري ولفظه إنما يكفيك أن تضرب بيديك على الأرض ثم تنفضهما ثم تمسح بيمينك على شمالك وشمالك على يمينك ثم تمسح بوجهك ولم يذكر مسح اليدين إلا قبل الوجه فإذا ثبت جواز تقديم مسح اليدين في التيمم على الوجه ثبت في الوضوء لعدم القائل بالفرق وأما أدلة الاجماع فإنه لو انغمس في الماء بنية الوضوء أجزأه اتفاقا وإن لم يوجد الترتيب واما المنقول فإن الواو لو اقتضى الترتيب لكان قول الرجل لامرأتـه إن دخلت الدار فأنت طالق كقوله إن دخلت الدار وأنت طالق وليس كذلك فإن في الواو تطلق في الحال وفي الفاء يتعلق الطلاق واما عن الثاني وهو استدلالهم بقوله تعالى ﴿ اركعوا واسجدوا ﴾ الحج٧ فانا لم نعلم الترتيب فيه بالواو ولأن النصوص فيها متعارضة فإنه قال﴿واسجدي واركعي﴾ آل عمران ٤٣ وإنما علمناه بفعل النبي ﷺ وأما عن الثالث وهو استدلالهم بقوله تعالى ﴿ إن الصفا والمروة من شعائر الله ﴾ البقرة ١٥٨ **فإن الترتيب فيهما ليس بالآية وإنما هو** بالحديث ولا يتصور الترتيب لكونهما من الشعائـر غير ان السعي لا ينفك عن الترتيب فرجح الصفا بالذكر بخلاف الوضوء فإنه يمكن غسل الأعضاء دفعة كما لو انغمس في المـاء

للوضوء أو للغسل وأما عن الرابع وهو نقلهم عن انفراد الواو تأتي للترتيب فهو خلاف ما ذكره أهل اللغة والنحو وانكروا على الفراء ذلك وكتب النحو مشحونة بان الـــواو لمطلق الجمع ولم يذكر خلافا وصرح في بعضها بلفظ الاجماع ولذا قال المصنف باجماع أهل اللغة فإن قلت قد وافق الفراء في ذلك جماعة منهم قطرب والزيلعي وثعلب وأبو عمرو الزاهد وهشام والشافعي قلت قال السيرافي إن النحويين واللغويين أجمعوا على أنها لا تفيد الترتيب وقد أنكروا عليهم بذلك ولا يضر خلافهم إجماع الأكثرين من أن الخلاف القليل لا يمنع انعقاد الاجماع عند البعض والمصنف اما ذهب إلى قول البعض في قوله بإجماع أهل اللغة واما اتفاق الجمهور فسماه اجماعا تسمية للبعض باسم الكل واما عن الخامس وهو قولهم إن الفاء تفيد البداءة بغسل الوجـه لأن الفاء دخلت في الغسل مقدما من المسح فنقول لا نسلم ذلك لأن فعل المغسول لما كان مقدما يلزم منه تقديم جنس الغسل على المسح ولا يفهم منه الترتيب واما عن السادس وهو استدلالهم بتأخير غسل الرجلين فنقول أعضاء الوضوء انقسمت إلى مكشوف غالباً وهو الوجه واليدان وإلى مستور غالباً وهو الرأس والرجلان وكانت البداية بالمكشوف أولى لأنه عرضة التراب وقدم من ذلك الوجه لشرفه ثم قـــدم اليمين على اليسار ثم قدم الرأس على الرجلين لأنه أشرف وقال الزمخشري الرجلان مظنة الاسراف والنصب فعطفها على الممسوح ليدل على عدم الاسراف والتوسط في الصب وأدخل الممسوح بين الغسلين وقدم الوجه وأخر الرأس مع قربه لفائدة ولا يلزم أن تكـون تلك الفائدة الوجوب لعدم انحصارها فيه فيكون فائدة استحباب الترتيب وأما عن السابع وهو تعلقهم بوضوء النبي ﷺ مرتباً فنقول لما لم يرو ترك الترتيب فيه عنه عليه السلام فكذلك لم يرو ترك البداءة بغسل اليدين وترك المضمضة والإستنشاق وتقديم اليد اليمنى والرجل اليمنى والبداءة من رؤوس الأصابع والبداية بالوجه وليس شيء من ذلك بشرط .

( فيقتضي اعقاب غسل جملة الأعضاء ) أي لما كان حرف الواو لمطلق الجمع والفاء دخلت على هذه الجملة التي لا ترتيب فيها اقتضى ذلك اعقـاب غسل جملة الأعضاء من غير ترتيب والاعقاب بكسر الهمزة .

## والبداءة بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل

( **والبداءة بالميامن فضيلة** ) أي مستحبة والفضيلة الدرجة الرفيعة في الفضل وذكر الميامن فيما مضى الآن وإنما أعاد ذكرها ههنا ليبين انها فضيلة وليست بسنة لأنه ذكر شيئين **أحدهما** ترتيب الوضوء والثاني البداءة بالميامن ولكن ما علم من ذلك انها سنة وفضيلة بين ههنا أن الترتيب سنة والبداية بالميامن فضيلة وليست بسنة ( **لقوله عليه السلام ان الله يحب التيامن في كل شي حتى التنعل والترجل** ) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يخرجه أحد ولكن الأئمة الستة أخرجوه قريباً منه في كتبهم من حديث مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يحب التيامن في كل شيء حتى في طهوره وتنعله وترجله وشأنه كله رواه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجة في الطهارة وأبو داود في اللباس والترمذي في الصلاة والفاظهم متقاربة وأخرجه ابن حبان ولفظه كان يحب التيامن في كل شيء في وضوئه حتى في الترجل والإنتعال وأخرجه ابن مندة ولفظه كان يحب التيامن في الوضوء والإنتعال وعن أبي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام قال إذا توضأتم فابدأوا بميامنكم أخرجه أبو داود وابن ماجة وابن حبان والبيهقي كلهم من طريق زهير عن الأعمش عن أبي صالح عنه وزاد ابن حبان إذا لبستم والنسائي والترمذي من حديث أبي هريرة أن النبي عليه السلام كان إذا لبس قميصاً بدأ بميامنه وعن عائشة رضي الله عنها كانت يد رسول الله ﷺ اليمنى لطهوره وطعامه واليسرى لخلائه وما كان من أذى رواه أبو داود وغيره وعن أم عطية أن النبي عليه السلام قال للنسوة في غسل ابنته ابدأن بميامنها ومواضع الوضوء منها رواه البخاري ومسلم وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال إذا اغتسل أحدكم فليبدأ باليمنى وإذا نزع فليبدأ بالشمال لتكون اليمنى أولهما تنعل وآخرهما تنزع اتفقا عليه وعن أنس بن مالك إذا دخلت المسجد أن تبدأ برجلك اليمنى وإذا خرجت أن تبدأ برجلك اليسرى قال الحاكم هو صحيح على شرط مسلم والتنعل لبس النعلين والترجل تسريح الشعر واتفق العلماء أنه يستحب تقديم اليمنى في كل ما هو من باب التكريم كالوضوء والغسل ولبس الثوب والنعل والخف والسراويل ودخول المسجد والسواك والإكتحال وتقليم الأظافر وقص الشارب ونتف الإبط وحلق الرأس والسلام من

الصلاة والخروج من الخلاء والشرب واستلام الحجر الأسود والأخذ والعطاء وغير ذلك مما هو في معناه ويستحب تقديم اليسار في ضد ذلك كالامتخاط والاستنجاء ودخول الخلاء والخروج من المسجد وقلع الخف والنعل والسراويل والثوب واشباه ذلك وعن الشعبة تقديم اليمني واجب يعني في الوضوء وعن ابن مسعود انه رخص بالشمال وروى الدارقطني من حديث علي رضي الله عنه ما أبالي بدأت بيميني أو شمالي إذا اكملت الوضوء وروى الدارقطني أيضاً انه جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فسأله عن الوضوء فقال ابدأ باليمين أو الشمال فخيره بهعلي ثم دعا بماء فبدأ بالشمال قبل اليمين ورواه البيهقي أيضاً وروى عن علي ما أبالي بدأت بالشمال إذا توضأت رواه ابن أبي شيبة .

فروع — للوضوء فرائض وسنن وواجبات وآداب ومكروهات اما الفرائض فقد مر ذكرها وأما سننها فقد عدها المصنف وعدها في صلاة الحلواني خمس عشرة وفي التحفة إحدى وعشرين :

١) الاستنجاء بالاحجار أو ما يقوم مقامها .

٢) النية .

٣) التسمية .

٤) وغسل اليدين إلى الرسغين قبل إدخالها في الإناء .

٥) والاستنجاء بالماء وهو كان أدبا في عصر النبي ﷺ وصار سنة بعد عصره بإجماع الصحابة كالتراويح .

٦) والمضمضة .

٧) والاستنشاق والترتيب فيهما .

٨) واخذ الماء لكل واحدة منها على حدة والمبالغة فيهما إلا في حالة الصوم .

٩) والسواك في حال المضمضة .

١٠) والترتيب .

١١) والموالاة وهو ان لا يفصل بين أفعال الوضوء بعمل ليس منه .

١٢) وتثليث غسل الأعضاء المغسولة .

١٣) والبداءة بالميامن .

١٤) والبداءة من رؤوس الأصابع في غسل اليدين والرجلين .

١٥) وتخليل الأصابع .

١٦) واستيعاب جميع الرأس .

١٧) والبداءة من مقدم الرأس .

١٨) والمسح مرة واحدة .

١٩) وترك التثليث .

٢٠) ومسح ظاهر الأذنين وباطنهما بماء الرأس لا بماء جديد .

٢١) وتخليل اللحية عند أبي يوسف .

واختلف المشايخ في مسح الرقبة قيل سنة وقيل أدب وأما مستحباته فأربعة عند المصنف التسمية قبل الإستنجاء وبعده وتخليل اللحية والبداءة بالميامن وعند القدوري النية والترتيب والاستيعاب من المستحبات وأما آدابه فقد ذكر في المحيط سبعة ترك الإسراف والتقتير وكلام الناس فيه وذكر الشهادة عند كل عضو إلى المستراح واستقاء ماء الوضوء بنفسه وعن الوبري لا بأس بصب الخادم على مولاة في الوضوء وستر العورة بعد الاستنجاء والتأهب للوضوء قبل الوقت ويقول بعد فراغه سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ولا يمسح أعضاءه بخرقة مسح بها مواضع الاستنجاء ويستقبل القبلة في الوضوء ويقول بعد فراغه أو في أثنائه اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين ويشرب فضل وضوئه مستقبل القبلة قائماً وخيره الحلواني بين القيام والقعود وروى عن علي رضي الله عنه انه فعل ذلك وقيل لا يستحب ذلك وإنما فعله إشارة إلى انه لا يكره شرب الماء قائماً وقيل لا يشرب قائما إلا في هذا وعند زمزم ويصلي ركعتين بعده ويتوضأ بالنية ويتوقى التقاطر على الثياب وزاد الغزنوي ويغسل الاناء ثلاثاً ويضعه على يساره ولو كان اناء يغترف منه يضعه على يمينه ويضع يده حالة الوضوء على عرق الاناء دون رأسه ويغسل الأعضاء بالرفق ولا يستعجل في الوضوء ويدلك

أعضاءه خصوصاً في زمان الشتاء ويبالغ في الغسل والتخليل والدلك ويجاوز حد الوجه واليدين والرجلين ليتيقن بغسل الحدود ويدخل خنصره في صماخ أذنيه ويحركها وينزع خاتمه أو يحركه كل مرة عند غسل اليدين وينزعه حالة الاستنجاء إن كان في يساره وعليه اسم الله واسم نبيه عليه السلام وفي التوشيح شرح الهداية وللوضوء آداب الوضوء قبل الوقت وترك الاسراف ولو كان على نهر وترك التقتير والتشهد عند كل عضو لأنه روي عنه عليه السلام انه فعل ذلك هكذا في كتب الفقه وأما الأحاديث الصحيحة في كتب الحديث فيقتضي أن يتشهد بعد الفراغ من الوضوء لحديث عمر رضي الله عنه رواه مسلم ولفظه ما منكم من أحد يتوضأ فيسبغ أو أسبغ الوضوء ثم يقول أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله إلا فتحت له أبواب الجنة الثمانية يدخل من أيها شاء وفي رواية لمسلم أيضاً من توضأ فأحسن وضوءه ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وفي رواية أبي داود ثم يقول حين يفرغ من وضوئه وفي رواية الترمذي من توضأ فأحسن وضوءه ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله الخ نحو رواية مسلم قلت زاد الترمذي في حديث عمر رضي الله عنه اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين وقال في إسناده اضطراب وروى البزاز هذه الزيادة والطبراني في الأوسط من طريق وبانة رواه ابن ماجة من حديث أنس رضي الله عنه وروى النسائي في عمل اليوم والليلة والحاكم في المستدرك من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه بلفظ من توضأ فقال سبحانك اللهم وبحمدك أشهد أن لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب اليك كتب في ورق ثم طبع فلم يكسر إلى يوم القيامة واختلف في رفعه ووقفه وصحح النسائي الموقوف وضعف الحازمي الرواية المرفوعة ورجح الطبراني الرواية الموقوفة أيضاً وقال النووي في الأذكار والخلاصة ان حديث أبي سعيد رضي الله عنه هذا ضعيف وقال في شرح المهذب روي عن أبي سعيد مرفوعاً وموقوفاً وكلاهما ضعيف قلت اما المرفوع فيمكن أن يضعف بالإختلاف والشذوذ واما الموقوف فلا شك في صحته فإن النسائي قال فيه حدثنا محمد بن بشار حدثنا يحيى بن كثير حدثنا شعبة حدثنا أبو هشام وقال ابن أبي شيبة حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي هاشم الواسطي عن أبي مخلوفة عن قيس

ابن عبادة عنه وهو من رواية الصحيحين فـــلا معنى لحكمه عليه بالتضعيف وفي شرح الطحاوي يقـــول عند المضمضة اللهم أعني على تلاوة القرآن وذكرك وشكرك وحسن عبادتك اللهم ارحمني برائحة الجنة وعند غسل الوجه اللهم بيض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه وعند غسل اليد اليمنى اللهم أعطني كتابي بيميني وحاسبني حساباً يسيراً وعند غسل يده اليسرى اللهم لاتعطني كتابي بشمالي ولا من وراء ظهري وعند مسح أذنيه اللهم اجعلني من الذين يسمعون القول فيتبعون أحسنة وعند مسح عنقه اللهم اعتق رقبتي من النار وعند غسل رجليه اللهم ثبت قدمي على الصراط يوم تزل الاقدام قال الرافعي من السنن المحافظة على الدعوات الواردة في الوضوء ويقول في غسل الوجـه اللهم بيض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه وعند اليمني مثل ما ذكر وعند اليسرى كذلك وعند مسح الرأس اللهم حرم شعري وبشرتي على النار وروى اللهم احفظ رأسي ومـا حوى وبطني وما وعى وادى اللهم أعنى برحمتك وانزل علي من بركتك واظلني تحت ظل عرشك يوم لا ظل إلا ظلك وعند مسح الأذنين وغسل الرجلين مثل ما ذكرنا قال الرافعي وروي هذا الخبر عن الصالحين وقال النووي في الروضه هذا الدعاء لا أصل له ولم يذكره الشافعي والجمهور وقال في شرح المهذب لم يذكره المتقدمون وقال ابن الصلاح لم يصح فيه حديث قلت روى فيه عن علي رضي الله عنه من طريق ضعيفة أوردها المستغفري في الدعوات وابن عساكر في أساليه وهو من رواية أحمد بن مصعب المروزي عن حبيب بن أبي حبيب الشابي عن أبي إسحاق الشعبي عن علي رضي الله عنه وفي إسناده من لا يعـرف ورواه صاحب مسند الفردوسي من طريق أبي ذرعـــة الرازي عن أحمد بن عبد الله بن داود وحدثنا محمود بن العباس حدثنا المغيث بن بديل عن خارجة بن مصعب عن يونس بن عبيد عن الحسن عن علي رضي الله عنه نحوه ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث أنس نحو هذا وفيه حديث عبادة بن صهيب وهو متروك ورواه المستغفري أيضا من حـــديث البراء بن عازب رضي الله عنه وإسناده واه ثم اختلف العلماء في التنشيف والمسح بالمنديل أو الخرقة بعد الوضوء فمذهبنا لا بأس بـــه حكى ابن المنذر إباحته عن عثمان بن عفان

والحسين بن علي وأنس بن مالك وبشر بن أبي مسعود والحسن البصري وابن سيرين وعلقمة والأسود ومسروق والضحاك ومالك والثوري وأحمد وإسحاق وحكى كراهته عن جابر ابن عبدالله و ابن أبي ليلى وسعيد بن المسيب والنخعي ومجاهد وأبي العالية وعن ابن عباس كراهته في الوضوء دون الغسل وقال ابن المنذر كل ذلك مباح ونقل المحاقلي الاجماع على أنه لا يحرم وإنما الخلاف في الكراهة وعند الشافعي خمسة أوجه الصحيح انه لا يكره ولكن يستحب تركه وقيل يكره وقيل يباح وقيل يستحب وقيل إن كان في الصيف كره دون الشتاء لعذر البرد وليس للشافعي فيه نص وروى ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ حدثنا أحمد بن سليمان هو النجار حدثنا محمد بن عن الله هو مطمئن حدثنا عتبة بن مكرم حدثنا يونس بن بكير بن سعيد بن ميسرة عن أنس أن رسول الله ﷺ لم يكن يمسح وجهه بالمنديل بعد الوضوء ولا أبو بكر ولا عمر ولا علي ولا ابن مسعود وروى الترمذي عن أنس أيضاً كان للنبي عليه السلام خرقة ينشف بها بعد الوضوء هذا يعارض ذلك وكلاهما ضعيفان وروى الحاكم من حديث عائشة نحوه وفيه أبو معاذ وهو ضعيف وقال الترمذي ليس بالقائم ولا يصح فيه شيء واخرج من حديث مطرف رأيت رسول الله ﷺ إذا توضأ مسح وجهه بطرف ثوبه وإسناده ضعيف ثم الاستعانة في الوضوء فينبغي أن لا يستعين بغيره لقوله عليه السلام انا لا نستعين على طهورنا ذكره صاحب الهداية في المفيد والمزيد وتمامه قال لعمر رضى الله عنه وقد بادر ليصب على يديه الماء لكن قال النووي غير صحيح قلت ذكره الماوردي في الحاوي بسند آخر فقال روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه كان يصب على يدي رسول الله ﷺ الماء فقال أنا لا أحب أن يشاركني في وضوئي أحد قلت تعيين أبي بكر رضي الله عنه إنما هو أخرجه البزار في كتاب الطهارة وأبو يعلى في مسنده من طريق النضر بن منصور عن أبي الجنية قال رأيت علياً رضي الله عنه يستقى الماء لطهوره فبادرت ان استقى له فقال مه يا أبا الجنوب فإني رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يستقى الماء لوضوئه فبادرت ان أسقي له فقال مه يا عمر فإني لا اريد أن يعينني على وضوئي أحد قال عثمان الدارمي فقلت لابن معين النضر بن منصور عن أبي الجنوب وعند ابن أبي سعد فعرفه فقال هؤلاء

حمالة الحطب وروى ابن ماجة والدارقطني من حديث ابن عباس كان النبي ﷺ لا يكل طهوره إلى أحد وفيه مطهر بن الهيثم وهو ضعيف وجاء في الصحيحين أنه عليه السلام استعان بأسامة في صب الماء على يديه في قصته منها وقعه مع النبي ﷺ من عرفة في حجة الوداع ولفظ مسلم ثم جاء فصب على يديه الوضوء وليس في رواية البخاري ذكـــر الصب وفي حديث المغيرة بن شعبة كنت مع النبي عليه السلام في سفر الحديث ثم جاء وعليه جبة شامية ضيقة الكمين فذهب يخرج يده من كمها فضاق فأخرج يده من أسفلها فصببت عليه فتوضأ وضوءه للصلاة ثم مسح على خفيه ورواه مسلم والبخارى أيضا وقال الامام الغزالي كانت الاستعانة لأجل ضيق الكم وهو ظاهر وأنكره ابن الصلاح وقال الحديث يدل على انـه استعان مطلقاً لأنه غسل وجهه أيضاً وهو يصب على وجهه وقيل كانت الاستعانة في السفر فأراد أن لا يتأخر عن الرفقة وعن صفوان بن عسال قال صببت على رسول الله ﷺ في الحضر والسفر في الوضوء رواه ابن ماجة والبخاري في التاريخ الكبير وفيه ضعف وعن أم عياش قالت كنت أوضىء رسول الله ﷺ وأنا قائمة وهو قاعد رواه ابن ماجة أيضا وإسناده ضعيف وروى الدرامي وابن ماجة وأبو مسلم الكجي من حـديث الربيع بنت مسعود انه عليه السلام استعان بها في صب الماء على يديه وعزاه ابن الصلاح لتخريج أبي داود والترمذي وليس في رواية أبي داود إلا انها احضرت الماء وحسب واما الترمذي فلم يتعرض فيه للماء بالكليه نعم في المستدرك وفي سنن أبي مسلم الكجي من طريق بشر بن المفضل عن أبى عقيل عنها صببت على رسول الله ﷺ فتوضأ وقال اسكبي علي فسكبت عليه .

واما مكروهاته فمنها أن ينقض يديه ذكر في الدراية لما روي انه عليه السلام قال إذا توضأتم فلا تنقضوا أيديكم فإنها مراوح الشياطين قلت رواه ابن أبي حاتم في كتاب العلل من حديث البختري بن عبيد عن أبي هريرة ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث البختري بن عبيد وضعفه به وقال لا يحل الاحتجاج به ولم ينفرد به البختري فقد رواه ابن ظاهر في صفة التصرف من طريق ابن أبي البرىء قـــال حدثنا عبد الله بن محمد الطائي عن أبيه عن أبي هريرة به وإسناده مجهول ومنها أن يتكلم فيه كلام الناس ومنها لطم الماء وجهه ومنها

الاسراف في الماء ولو كان على نهر ومنها التقتير في الماء روى عن أنس رضي الله عنه أنه عليه السلام كان يغتسل بالصاع إلى خمسة امداد ويتوضأ بالمد رواه البخاري ومسلم .

( **فصل في نواقض الوضوء** ) لما فرغ من بيان فرائض الوضوء وسننه وآدابه شرع في بيان نواقضه وهو جمع ناقضة لا ناقض لأنه لا يجمع على فواعل إلا المؤنث وشذ فوارس وهوالك ونواكس جمع فارس وهالك وناكس على تأويل فرقة والنقض في اللغة إبطال التأليف في البناء وغيره ثم استعير لنقض العهد وللوضوء بجامع بطلان ما شرع لأجله وهو استباحة الصلاة أو نقول النقض متى أضيف إلى الأجسام يراد به إبطال تأليفها ومتى أضيف إلى المعاني يراد به إخراجه عما هو المطلوب والمطلوب ههنا من الوضوء إستباحة الصلاة والفصل في اللغة القطع وفي الإصطلاح طائفة من المسائل الفقهية تغيرت أحكامها بالنسبة إلى ما قبلها غير مترجمة بالكتاب والباب فإن قلت كيف اعراب هذا قلت الفصل منها فصل لا ينون ومنها فصل ينون لأن الإعراب لا يكون إلا بعد العقد والتركيب والتقدير هذا فصل في بيان نواقض الوضوء .

( **المعاني الناقضة للوضوء كل ما خرج من السبيلين** ) أي العلل المؤثرة في إخراج **الوضوء عما هو المطلوب به كل ما خرج أي خروج كل ما من السبيلين وهما القبل والدبر وإنما قدر** بالمضاف **تصحيحاً للحمل** يعني لحمل الخبر على المبتدأ ولأن المبتدأ هو قوله المعاني وقوله كل ما خرج من خبره وحمل الذات على المعنى غير صحيح وهي قضية حملية التي تسميها النحاة جملة إسمية ولا بد في القضية الحملية من الضمير وههنا تقديره المعاني التي تنقض الوضوء وهي كل ما خرج وإنما اختار **لفظ** المعاني على لفظ العلل إقتداء بالنبي عليه السلام في قوله لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى معان ثلاث **احترازاً** أيضاً من **عبارة الفلاسفة فإن المتقدمين كرهوا** استعمال ألفاظهم إلى أن نشأ الطحاوي فاستعملها فتبعه من بعده والمراد من السبيلين سبيل الحي حتى إذا خرج من الميت بعد الغسل لا **يعاد** الغسل فإن قلت هذه الكلية منتقضة بالريح الخارج من الذكر وقبل المرأة فإن الوضوء لا ينقض به في أصح الروايتين قلت الذي

يخرج منها إختلاج وليس بريح وأيضاً الفرج محل الوطىء لا النجاسة فلا يجاوز الريح النجاسة والريح طاهر في نفسه وهو اختيار المصنف لكن قوله كل ما عامة تتناول المعتاد وغيره وعن محمد يجب الوضوء منها بعموم النص ولأنه يتعقب عن محل النجاسة ظاهراً ولهذا لو وصل إليه شيء ثم عاد نحو الحقنة ففيه الوضوء لا ينفك عن نجاسة كذا في جامع قاضيخان والتمرتاشي قلت الحاصل أنه أجمع العلماء على أن الخارج المعتاد من أحد السبيلين كالغائط والريح من الدبر والبول والمذي من القبل ناقض للوضوء واختلفوا في غير المعتاد كالدود والحصاة يخرج من الدبر فعندنا ينقض وهو قول عطاء والحسن البصري وحماد بن أبي سليمان والحاكم وسفيان الثوري والأوزاعي وابن المبارك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وقال مالك وقتادة لا ينقض وكذا قال مالك في الدم يخرج من الدبر والمذي لا بشهوة غير ناقض وكذلك سلس البول ودم الإستحاضة فإنه شرط أن يكون الخارج معتاداً (**لقوله تعالى ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾) النساء/٤٣ الآية الغائط هو المكان المطمئن من** الأرض ينتهي إليه الإنسان عند قضاء الحاجة تستر عن أعين الناس ووجه الإستدلال به أن الله تعالى رتب وجوب التيمم على المجيء من الغائط حال عدم الماء وهو لازم بخروج النجس فكان كناية عن الحدث لكونه ذكر اللازم وإرادة الملزوم والترتيب يدل على العلية وإذا ثبت ذلك في التيمم يثبت في الوضوء لأن البدل لا يخالف الأصل في السبب فإن قلت الحدث شرط الوضوء فكيف يكون علة **النقض** قلت لأنه علة لنقض ما كان وشرط لوجوب ما سيكون ولا تنافي بينهما (**وقيل لرسول الله عليه السلام وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين**) استدل **أولاً** بالآية على مدعاه ثم بالحديث ولكن هذا الحديث بهذه العبارة لا يعرف له أصلاً ولكن روى مالك بن أنس عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا ينقض الوضوء إلا ما خرج من قبل أو دبر أخرجه الدارقطني في غرائب مالك وقال في إسناده أحمد بن الحلاج وهو ضعيف فإن قلت هذا حجة عليكم لأنه يدل على أن الخارج من غير السبيلين ليس بحدث قلت مقصودة أن يأتي بدليل من الحديث على أن

الخارج من السبيلين حدث وهو يدل على ذلك قطعاً وأما دلالته على ما ذكرناقلنا أحاديث سنذكرها وحديثِ مالك وَهذا حجة عليه لانه شرط المعتاد وكلمة مـا فيه عامة تتناول المعتاد وغيره وقال عبد الحق في الاحكام الكبرى أخرج أحمد من حديث داود بن صر قال حدثنا شعيب عن قتادَة قال سئل أنس مما كان يتوضأ رسول الله عليه السلام فقال من الحدث وأذى المسلم قيل وأنتم قال ونحن ثم قال وهذا لا يرويه عن شعبة غير داود وهو منكر المتن وقال البخاري وهو منكر الحديث ثم قال عبد الحق وهو ثقة في دينه .

( وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره ) أي كلمة ما التي في قوله ما يخرج من السبيلين وأشار به إلى نفي قول مالك فإنه يقول لا وضوء بما يخرج نادراً كالحصـــاة والدود ودم الإستحاضة مستدلاً بأن الله تعالى كنى بالغائط على الوجه الذي ذكرنا وهو قضاء الحاجـة المعتادة فلا يكون غيرهما ناقضاً قلنا تقييد هذا بلا دليل في مقابلة ما يدل على خلافه وهو عموم كلمة ما وفي التوشيح استدل من قال بأن غير المعتاد لا ينقض بقوله عليه السلام لا وضوء إلا من صوت أو ريح رواه الترمذي وغيره بأسانيد صحيحة من رواية أبي هريرة وبحديث صفوان بن عباد المزاري قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا سافرنا أن لا ننزع خفافنـــا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة وفي رواية إلا من جنابة أو من غائط وبول ونوم وللجمهور حديث علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في المذي يغسل ذكره ويتوضأ وفي روايـــة يتوضأ وضوء الصلاة رواه البخاري ومسلم وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالا في الودي الوضوء رواه البيهقي والمذي والودي غير معتادين وقد وجب فيهما الوضوء ولأنه خارج من السبيل فينقض كالريح والغائط ولأنه إذا وجب الوضوء بالمعتادة والذي تعم به البلوى بغيره أولى والجواب عن حديث أبي هريرة انا أجمعنا على أنه ليس المراد حصـــر نواقض الوضوء في الريح فإن زوال العقل والنوم من النواقض ولم يذكر فيه بل المراد نفي وجوب الوضوء بالشك في خروج الريح حتى يدل عليه ما يرفع الشك من ريح أو صوت بدليل ما رواه مسلم من رواية أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ إذا وجد واحدكم من بطنه شيئاً فاشكل عليه أخرج منه شيء أم لا فلا يخرجن من المسجد حتى يسمع صوتـــاً

أو يجد ريحاً وثبت عن عبد الله بن زيد بن عاصم قال شكى إلى رسول الله ﷺ الذي يخيل إليه أن يجد الشيء في الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً رواه البخاري ومسلم والجواب عن حديث صفوان وهو أنه بين فيه جواز المسح ونقض ما يمسح بسببه ولم يقصد بيان جميع النواقض أو بين فيه جواز المسح من الحدث الأصغر دون الأكبر .

( **والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم التطهير** ) هذا معطوف على قوله كل ما خرج من السبيلين من المعاني التي تنقض الوضوء الدم والقيح إن أخرجا من البدن وههنا قيود الأول الخروج لأنه نفس النجاسة غير ناقضة ما لم يوصف بالخروج وإلا لما حصلت الطهارة لشخص ما والثاني من البدن وأراد به الحي لأنه إذا خرجت من بدن الميت بعد غسله لا يوجب إعادة غسله بل توجب غسل ذلك الموضع على ما سيأتي والثالث التجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير وهو احتراز عما يبدو ولم يتجاوز فإنه لا يسمى خارجاً ولكنه يسمى بادياً وفيه رد لزفر رحمه الله فإن ظن أن البادي خارج فأوجب فيه الوضوء والشرط الرابع أن يلحق ذلك موضع التطهير في الجملة كما في الجنابة حتى لو سال الدم من الرأس إلى قصبة الأنف ينتقض الوضوء بخلاف البول إذا نزل إلى قصبة الذكر ولم تظهر لأن النجاسة هناك لم تصل إلى موضع يلحقه حكم التطهير وفي الأنف وصلت إلى ذلك إذ الإستنشاق فرض في الجنابة الفاء في قوله – فتجاوز – تفسيرية لأنها تفسر الخروج والإضافة في قوله حكم التطهير من إضافة العام إلى الخاص كقولهم علم الطب أي حكمه هو تطهير في الجملة كما ذكرنا.

( **والقيء ملىء الفم** ) بالرفع عطفاً على قوله والدم والقيح وسيجيء الكلام في حكم القيء مفصلاً إن شاء الله تعالى واعلم **الخارج النجس** من غير السبيلين ينقض الوضوء عند علمائنا وهو قول العشرة المبشرة بالجنة وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وثوبان وصدور التابعين وقال ابن عبد البر روي ذلك عن علي وابن مسعود وعلقمة وعامر الشعبي وعروة بن الزبير وإبراهيم النخعي وقتادة والحكم

وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء
لما روى انه عليه السلام قاء فلم يتوضأ

---

ابن قتيبة وحماد والثوري والحسن بن حي والأوزاعي وإسحق بن راهويه وقال الخطابي وهو قول أكثر الفقهاء .

**( وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء )** وبه قال مالك هو قول ابن عمر وابن عباس وعبد الله بن أبي أوفى وجابر وأبي هريرة وعائشة وسعيد بن المسيب في رواية وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وطاووس وعطاء في رواية ومكحول وربيعة وأبي ثور وداود **( لما روي أن النبي عليه السلام قاء فلم يتوضأ )** هذا الحديث غريب لا ذكر له في كتب الحديث واستدل الشافعي ومن تبعه فيما ذهب إليه بأحاديث منها ما روي عن النبي عليه السلام أنه قاء فغسل فمه فقيل له ألا تتوضأ وضوءك للصلاة فقال هكذا الوضوء من القيء وروي أنه عليه السلام قال لا وضوء إلا من حدث قيل وما الحدث قال الخارج من السبيلين وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال لا وضوء إلا من صوت أو ريح رواه الترمذي وروى ثوبان أن النبي ﷺ احتجم وتوضأ ولم يزد على غسل محاجمه رواه الدارقطني وفي رواية سكت فقال لو كان لوجدته في كتاب الله وعن جابر أن النبي عليه السلام خرج من غزاة ذات الرقاع فقال له من يكلؤنا في الليلة فقال رجل من الانصار ورجل من المهاجرين نحن نعم الشعب فقام الأنصاري واضطجع المهاجري فجاء رجل من المشركين فرماه بسهم فنزعه ورماه بآخر حتى رماه ثلاثة أسهم فلما خاف على نفسه أيقظ صاحبه فلما رأى الدم يسيل منه قال هلا أيقظتني في أول فقال كنت أتلو سورة فوقعت في روخات رميات ولولا أني أخاف أن أضيع أمراً أمرني رسول الله ﷺ بحفظه لما أيقظتك فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فدعى لهما رواه أبو داود ولم يأمره بالوضوء ولا إعادة الصلاة وأخرج هذا أيضاً ابن حبان في صحيحه والبخاري أيضاً معلقاً ورواه الدارقطني والبيهقي في سننهما إلا أن البيهقي رواه بإيضاح في كتاب ودلائل النبوة وقال فيه النائم عمار بن ياسر وقام عمار بن ياسر يصلي وقال كنت أصلي بسورة وهي الكهف فلم أحب أن أقطعها الجواب عن الحديث الأول أنه غريب فلا يعارض المشهور والحديث الثاني لا يعرف أصلاً والثالث

متروك الظاهر لأن الوضوء يجب من غير الصوت والريح بالاتفاق والرابع فيه عتبة بن السكن قال الدارقطني هو متروك والخامس يحتمل أنه عليه السلام لم يعلم بحاله على الفور ثم علم فأمره بالإعادة بغير علم الراوي ولو وقع التعارض لطلبنا الترجيح وذلك من وجهين أحدهما إجماع الصحابة على مثل مذهبنا ولو كانت الأخبار غير ثابتة لما أجمعوا والثاني ان أخبارنا مثبتة وأخباره نافية والمثبت يقدم كذا قاله صاحب أرباب الأنصاف من أصحابنا ولا يخلو عن نظر وقال صاحب كتاب اللباب وقيل هذا لا يصح الإستدلال به فإن الدم **حين خرج أصاب بدنه وثوبه فينبغي أن يخرج من الصلاة ولم يخرج فلما لم يدل مضيه في الصلاة على جواز** الصلاة مع النجاسة كذلك لا يدل مضيه فيها على أن خروج الدم لا ينقض الوضوء فإن قيل اصابة الدم شيئاً من بدنه أو ثيابه شك فيه أو شك أنه يصير عمل في الصلاة أو كثير لا يحتمل فيها وأما خروجه فإنه ينجس به لأنه خارج من بدنه قيل له هذه مكابرة كيف يحصل له الشك وقد قال جابر رضي الله عنه فلما رأى المهاجري ما بالأنصاري من الدماء والمهاجري قد رآه بالليل ويقال ما رأى الدماء ببدنه وثيابه لأنه قال ما بالأنصاري من الدماء ولم يقل ما بالأرض والدم المسول في الليل لا يكون يسيراً فكيف قد جمع الدم في رواية حيث قال فلما رأى المهاجري ما بالأنصاري من الدماء قال سبحان الله وذلك لأنه وقد أصابه بثلاثة أسهم والظاهر أنها في ثلاثة مواضع ثم ان هذا نقل واحد من الصحابة ولعل هذا كان مذهباً له وكان غيره عالماً بحكمه وقال الخطابي أكثر الفقهاء على انتقاض الوضوء بسيلان الدم وهذا أقوى إلى الإتباع .

**( ولأن غسل غير موضع النجاسة امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ) هذا دليل الشافعي من جهة العقل قوله تعبدي أي أمر** تعبدنا به حين كلفنا الله به من غير معنى يعقل إذا العقل إنما يقتضي وجوب غسل موضع إصابة النجاسة فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد ويجوز أن يكون معناه أمر تعبدي أن القياس يقتضي وجوب غسل كل الأعضاء كما في المني بل بطريق الأولى لأن

الغائط أنجس من المني للاختلاف في نجاسته دون الغائط فالإقتصار على الأعضاء الأربعة أمر تعبدي .

(**ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل** ) هذا أخرجه الدارقطني في سننه من حديث عمرو بن عبد العزيز عن تميم الداري وقال الدارقطني عمرو بن عبد العزيز لم يسمع من تميم ورآه وفي مسنده يزيد بن خالد عن يزيد بن محمد و كلاهما مجهولان قلت الحديث هذا مرسل والمراسيل عندنا حجة لما عرف في أصولنا ويعزى هذا لزيد بن ثابت نحوه أخرجه ابن عدي في الكامل في ترجمة أحمد بن فوح عن بقية حدثنا عن شعبة عن محمد بن سليمان عن عاصم عن عمر بن الخطاب عن عبد الرحمن بن ابان بن عثمان بن عفان عن زيد بن ثابت قال قال رسول الله ﷺ الوضوء من كل دم سائل قال ابن عدي هذا الحديث لانعرفه إلا من حديث أحمد لهذا وهو عن لا يحتج بحديثه ولكنه يكتب فإن الناس مع ضعفه قد احتملوا حديثه وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل كتبنا عنه ومحمله عندنا الصدق وجه الإستدلال به أن مثل هذا التركيب يفهم منه الوجوه كما في قوله في خمس من الإبل شاة ولا خلاف في الفرضية فكان معناه توضأ من كل دم سائل من البدن وإنما عبر بلفظ الخبر لكونه آكد في الدلالة على الوجوب كأنه أمر فامتثل أمره فأخبر عن ذلك وهو آية كونه واجباً فإن الامر إذا كان ممن لا يكذب في كلامه يعبر عن مطلوبه بلفظ الخبر تأكيداً للطلب كذا قاله الأكمل وأخذه من حاصل كلام السفناقي فإنه قال فإن قلت هذا مبتدأ وخبره ما اقتضاه الجار والمجرور وهو مستحب أو سنة أو واجب فما الوجه في تعيين الواجب قلت فيه وجهان أحدهما ان هذا اخبار آكد في الدلالة على الوجوب الوجه الثاني أنه وصف الدم بالسيلان والدم السائل نجس مطلقاً كالغائط فكان ملحقاً به بدلالة النص فإن قلت لم لا يجوز أن يكون المراد به الوضوء اللغوي لأنه قد ورد ذلك في لسان الشرع الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم قلت أجاب السفناقي بأن النبي عليه السلام أخرج ذلك على طريق المشاكلة لجواب سائل في قوله ألا تتوضأ وضوءك للصلاة وأجاب الأكمل بأن ذلك مجاز شرعي ولا تترك الحقيقة الشرعية في كلام الشارع بلا دليل وقال

## وقوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يكلم

تاج الشريعة الوضوء من كل دم سائل واجب لأنه **محل** صالح لأتمام الكمال فيصار إليه وغيره من الأحكام غير ثابت بعضها نحو الحرمة والكراهة وبعضها ثابت بدون سيلان الدم وهو الندب والإباحة لأن كلمة من للجزئية والبعضية **أولبيان** أن أحدهما يتفرع من الآخر وبعضه كما يقال الثمرة من النخلة وهذه الحقيقة غير مرادة ههنا لاستحالة أن يكون الوضوء متفرعاً من الدم السائل وبعضه فيحمل على السببية لأنها من لوازم الحقيقة إذ المتفرع لا بد له أن يكون سبباً فيصير تقدير الحديث والله أعلم بالصواب يجب بسبب كل دم سائل وقد وجد الدم السائل فيجب الوضوء وهذا أدق وأوجه من الوجهين الذين ذكرهما السفناقي فلذلك قال صاحب الدراية فيهما تأمل .

**( وقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم )** قال الاكمل رواه ابن أبي مليكة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ ذكره الرازي في شرح الطحاوي ولذا قال الاترازي وهذا عجز **منهما** بل رواه ابن ماجة في سننه من حديث إسماعيل بن عياش عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة ولفظه قالت قال رسول الله ﷺ من أصابه قيء أو رعاف أو قلس فلينصرف ثم يبن على صلاته وهو في ذلك ورواه الدارقطني في سننه ولفظه إذا قاء أحدكم في صلاته أو قلس فلينصرف ثم يبن على ما مضى من صلاته ما لم يتكلم وروى الدارقطني أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله إذا قاء أحدكم او رعف وهو في الصلاة أو أحدث فلينصرف فليتوضأ ثم ليجيء فليبن على ما مضى فإن قلت قد طعنوا في الحديثين أما حديث عائشة فقال الدارقطني أصحاب ابن جريج يروونه عن ابن جريج عن النبي ﷺ مرسلاً وقال ابن عدي رواه ابن عياش مرة هكذا أو مرة عن ابن جريج عن أبيه عن عائشة وكلاهما غير محفوظ وأخرجه البيهقي من حديث البزاز عن ابن جريج عن أبيه عن النبي ﷺ إن صحت فتحمل على سبيل غسل الدم لا على الوضوء وأما حديث أبي سعيد فهو معلول بأبي بكر الزاهدي الذي مسنده قال ابن الجوزي عن أحمد انه ليس بشيء وقال

ابن حبان يضع الحديث والجواب عن الأول ان اسماعيل بن عياش وثقه ابن معين وغيره وقال يعقوب بن سفيان ثقة عدل وقال زيد بن هارون ما رأيت أحفظ منه ومـــا يضر الحديث إذا رواه الثقة باسنادين مرسل ومسند في حالة واحدةومن رواه بالاسنادين جميعاً الربيع بن نافع وداود بن رشيد وهذه المقالة تفيد الخطأ على ابن عياش فانه لو رفع مـــا وقفه الناس ربما يتطرق الوهم إليه فأما إذا وافق الناس على المرسل وزاد عليهم بالمسنـد فهو مشعر بتحفظ وتثبت الزيادة عن الثقة بقوله ولئن سلمنا انه مرسل مطلقاً فنحن نحتج به وأما حمل الشافعي الوضوء على غسل بعض الأعضاء يدفعه ما جاء في الحديث المذكور أو مذي فان المذي يوجب الوضوء الشرعي ولا يكفي فيـه غسل بعض الأعضاء بالاجماع وقد يقال في ذفعه أنه لو حمل هذا الوضوء في هذا الحديث على غسل الدم فقـط لبطلت الصلاة التي هو فيها بالإنصراف ثم بالغسل ولما جاز له أن يبني على صلاته بـل يستقبلها وأما الجواب عن الثاني فنقول إنه اعتمد بحديث عائشة رضي الله عنها ولئن رددناه بالكلية فحديث عائشة كاف سواء كان مسنداً أو مرسلاً ثم وجه الاستدلال بالحديث المذكور من وجوه الأول انه أمر بالبناء وأدنى درجات الأمر الإباحة والجواز ولا جواز للبنـاء إلا بعد الانتقاض فدل بعبارته على البناء وعلى الانتقاض بمقتضاه والثاني أنه أمر بالوضوء ومطلق الأمر للوجوب والثالث أنه أباح الإنصراف وهو لا يباح بعد الشروع إلا به فان قلت جاز أن يكون الأمر بالإنصراف واقعاً لغسل النجاسة الحقيقية كرعاف أصاب بدنه وثوبه لا للحدث قلت أخرج عليه بطريق المشاكلة لجواب السائل في قوله ألا تتوضأ وضوءك للصلاة مع أن غسل النجاسة الحقيقية مبطل للصلاة ومانع للبناء بها بالإتفاق ألا ترى أن فيه أو مذي وعن المذي يجب الوضوء الشرعي فكذا بالقيء أو الرعاف كذا في الأسرار فان قلت البناء المعطوف على الإنصراف غير واجب فكذا الإنصراف والتوضيء لتناسب أحكام المعطوفات قلت هذا من الإستدلال بالأدلة الفاسده فان القرآن في النظم لا يوجب القران في الحكم وقد يعطف الأمر المقتضي للوجوب على الأمر المقتضي للاباحة كما في قوله تعالى ﴿ كلوا من رزق ربكم واشكروا له ﴾ سبأ / ١٥ فالأكل مباح والشكر واجب كما في

قوله تعالى ﴿ كلوا من ثمرة إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده ﴾الأنعام/١٤١ فالثاني للوجوب لا الأول ولما أمر بالإنصراف ظن ظان أن ذلك بمفسد الصلاة فأمر بالبناء لنفي هذا الظن وقوله رعف بضم العين وقال العدي فتح العين هو الصحيح يقال رعف إذا سال رعافه أو قلس بالتحريك وقيل بالسكون وهو ما يخرج من الجوف ملء الفم أو دونه وليس بقيء فإن عاد فهو قيء واعلم أن لنا أحاديث أخر في هذا الباب حديث عائشة رضي الله عنها قالت جاءت فاطمة بنت أبي حسين إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إني أستحاض فلا أطهر أفأدع الصلاة قال لا إنما ذلك عرق وليست بالحيضة فإذا أقبلت فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وتوضئي لكل صلاة حتى يجيء ذلك الوقت فأخرجه أحمد وابن ماجة وتوضيء عند كل صلاة وأن قطر الدم على الحصير وهذا فيه دليل على وجوب الوضوء من الدم ونبه على العلة بقوله عرق فإن قلت قالوا قوله وتوضئي لكل صلاة من قول عروة قلت قد صححه الترمذي ولا يمكن أن يقال هذا من قبيل نفسه لأنه عطف الأمر بالتوضيء على الاوامر المتقدمة من قوله فدعي الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وتوضئي لكل صلاة فلما قال توضئي شيئاً كل ما قبله من أمره عليه السلام ولان من أثبت الإسناد كان أولى فإن قلت فاغسلي عنك الدم ثم صلي مشكل في ظاهره لأنه لم يذكر الغسل إلا بعد انقضاء الحيض من الغسل قلت هذا مذكور في رواية أخرى صحيحة قال فيها فاغتسل قوله – استحاض – على بناء المفعول قوله أفأدع الصلاة سؤال قوله عرق أي دم عرق قوله وإذا أدبرت المراد من الإدبار إنقطاع الحيض وعلامة إدبار الحيض إنقطاعه وحصوله في الطهر عندنا بالزمان والعادة وهو الفصل بينهما فإذا أظلت عادتها تحرت وان لم يكن لها ظن أخذت بالأقل وهو اليقين وعند الشافعي وأصحابه إختلاف الألوان هو الفصل فالأسود أقوى من الأحمر والأحمر أقوى من الأشقر والاشقر أقوى من الاصفر والاصفر أقوى من الاكدر اذا جعلا حيضاً فتكون حائضاً في أيام القوي مستحاضة في أيام الضعف وحديث سعد بن أبي طلحة عن أبي الدر داء أن النبي عليه السلام قاء فتوضأ فلقيته في مسجده فذكرت له ذلك فقال صدق أنا صببت وضوءه رواه أحمد والترمذي

**ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الأصل معقول والاقتصار على الأعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تغدى الاول**

---

وقال حديث حسن المعلم أصح شيء في هذا الباب وحديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أنه قال ليس في القطرة ولا القطرتين من الدم وضوء الا أن يكون دماً سائلاً رواه الدارقطني وحديث سليمان رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ وقد سال من القيء دم الحديث لما أحدث يكفي الوضوء رواه البزاز في مسنده وسكت عنه وحديث ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ اذا رعف في صلاته توضأ ثم بنى على صلاته رواه الدار قطني واعله معمر بن رباح والترجيح معنا لوجوه اربعة الاول : انه اكبر الصحابة . الثاني أخبارنا مثبتة وأخبارهم نافية والمثبت أولى بالقبول . الثالث : أن أخبارنا أكثر واصح وليس لهم خبر صحيح . الرابع : ما صرنا اليه أحوط في الدين في باب العبادة .

( **ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة** ) هذا جواب لقول الشافعي حيث قال غسل غير موضع الإصابة تعبدي ليس بمعقول وفيه اثبات لصفة النجاسة لما يخرج من غير السبيلين بطريق القياس ومعنى قوله يؤثر في زوال الطهارة ظاهر لان النجاسة اذا وجدت في محل تنفي الطهارة عن ذلك المحل واذا زالت عنه توجد الطهارة فيه لان بينهما منافاة وقال تاج الشريعة النجاسة معنى اذا اختص بمكان يوجب الاخلال بالتقرب الى المعبود ويمنع كمال التعظيم في العبادة والطهارة يعني اذا اختصت بمحل يوجب كمال التقرب به الى المعبود وتمام التعظيم في العبادة والنجاسة ضد الطهارة ومن الضرورات بتحقيق أحد الضدين انتفاء الضد الآخر .

( **وهذا القدر** ) أي كون النجاسة تؤثر في زوال الطهارة ( **في الأصل وهو** ) الخارج من السبيلين ( **معقول** ) يعني يدركه العقل فيقاس عليه غيره وهو الخارج من غير السبيلين ( **والاقتصار على الأعضاء الأربعة غير معقول** ) لانه غسل غير موضع الإصابة ( **لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول** ) أي لكن الإقتصار على الاعضاء الاربعة يتعدى ضرورة تعدي المنصوص عليه وان كان غير معقول الى صورة النزاع حكماً حتى يتعدى في ضمن

الاول وهو زوال الطهارة بخروج النجاسة وتحقيق هـــذا الكلام أن نقول نحن لا نتعدى الحكم المخالف للقياس ضرورة أن ههنا حكمين أحدهما ثبوت أحكام النجاسة وهو المنع للصلاة ومن المضمضة وغيره أنه موافق للقياس لانه محل تعظيم المعبود لان القيام لعبـادة الله ببدن نجس لا يكون مثل العبادة ببدن طاهر والآخر الإقتصار على الاعضاء الاربعـة وهو حكم مخالف القياس في الاصل أعني السبيل فإذا تعدى الموافق للقياس تعدى إلى الفرع بصفة واصل الحكم لما وافق القياس لا بد من تعديته لانا أمرنا بالقياس فإذا عدى لا سبيل انه تعدى وحده لانه خلاف وضع القياس اذ القياس مثل تعدي الحكم الثابت في الاصـل الى الفرع واذا كان الحكم في الاصل موصوفاً بصفة لا يجوز تعديته بدونه فتعين أن يتعدى بصفته وان كانت مخالفة للقياس وهذا لان الشيء اذا ثبت في ضمن غيره لا يعطى لـــه حكم نفسه وانما يعطى له حكم التضمن كالوكالة الثابتة في ضمن الرهن فإنهـا تلزم والجندي يصير مقيماً في المغازي بنية اقامة السلطان في السفر وقال الاترازي يعني قوله لكنه أي لكن الخارج من غير السبيلين يتعدى حكمه الى غير موضع الاصابة ويثبت فيه ضرورة تعد الاول وهو الخارج من السبيلين لان شمول العلة تستلزم شمول الحكم والمراد من الاول الخارج من السبيلين لانه مذكور أولاً وغير الخارج من السبيلين مذكور آخراً فإن قلت ما الأصل وما الفرع ، وما شروط القياس فإنا لم نعلم هذه من كلام المصنف قط نقول أولاً القياس إبانة مثل حكم المذكورين بمثل علته في الآخر فالمذكور الاول هو الأصـل والثاني هو الفرع وشرطه أن لا يكون الأصل مخصوصاً بحكم آخر كشهادة خزيمة رضي الله عنـه وأن لا يكون معدولاً به عن القياس كبقاء الصيام مع الأكل ناسيـــاً وان تعدى الشرع الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والاصل ههنا هو الخارج من السبيلين أعني الغائط والبول والفرع هو الخارج من غير السبيلين وعلماؤنا استنبطوا أن الخارج من السبيلين كان حدثاً لكونه نجساً خارجاً من بدن الإنسان من قوله تعالى ﴿ أو جاء أحد منكم من الغائط ﴾ النساء الآية وهو نص مع أنه معلول بذلك الوصف لظهور أثره في عين الحكم المعلل به وهو انتقاض الطهارة بخروج دم الحيض والنفاس ووجدوا مثل ذلك في الخارج

غير ان الخروج انما يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير ويملأ الفم في القيء لأن بزوال القشرة تظهر النخامة في محلها فتكون خارجة بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة

---

من غير السبيلين فتعدى الحكم الأول اليه وتعدى الحكم الثاني وهو الاقتصار على الاعضاء الاربعة أيضاً ضرورة تعدي الأول لأنه لولم يتعد اليه تغير حكم النص بالتعليل وذلك يفسد القياس ( **غير ان الخروج متحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير**) هذا جواب إشكال وهو أن يقال أن الحكم في الفرع لا بد وأن يكون على فوق الحكم في الأصل كما عرف ثم في الأصل يستوى القليل والكثير ولا يستوي ذلك في الفرع وتقدير الجواب أن المؤثر في نقض الطهارة انما هو الخروج من الباطن الى الظاهر والخروج انما يتحقق اذاوجد السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير في البدن كله موضع النجاسة والرطوبات والدماء السائلة فإذا انقطعت البشرة كانت الدماء والرطوبات مادية لا خارجة بخلاف البول اذا ظهر على الإحليل ولم يسل لانه وجد الخارج من الباطن الى الظاهر لان موضع تلك النجاسة هي المثابة لا الاحليل والمرادمن السيلان أن يعلو الشيء على رأس الجرح وينحدر.

( **ويملأ الفم في القيء** ) أي وغير ان الخروج يتحقق بملء الفم في القيء يعني إذا قاء ولم يكن ملء الفم لا ينتقض وضوءه وإنما اشترط ذلك باعتبار ان الفم له شبهان شبه الداخل وشبه الخارج فاعتبر الكثير خارجاً والقليل غير خارج عملا بشبهى الفم فإن قلت كان القياس أن لا يكون القيء حدثاً لأن الحدث خارج بقوة نفسه والقيء يخرج بقوة غيره فإن من طبع السليمة أن لا تسيل إلى فوق إلا بدافع يدفعها أو جاذب يجذبها كالدم الظاهر على رأس الجرح فمسحه بخرقة قلت ترك القياس بالآثار عند ملء الفم فبقى مأذوناً على أصل القياس لأنه من القليل يكون فإن امتلأ معدتـه يعلو إلى حلقه إذا ركع فجعل عفـوا ( **لأن بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية** ) أي ظاهرة ( **لا خارجة** ) لأن حقيقة الخروج هو الانتقال من الباطن إلى الظاهر والنجس ما دام في محله لا يأخذ حكم النجاسة لعدم إمكان تطهيره فاشترط التجاوز إلى موضع آخر ( **بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة** ) أي لأن موضع الطهر ليس محل النجاسة

وهو الاحليل وموضع النجاسة المثانة فبالظهور يعلم انه قد انتقل عن محله إلى محل آخر وهو معنى قوله ( **ويستدل بالظهور على الانتقال والخروج** ) بخلاف السبيلين فـانه لم يعلم مجبر والظهور والخروج لأن تحت كل جلد رطوبة ودماً فلا ينتقض الطهارة مالم يوجد السيلان الذي **هو يحقق الخروج** .

فروع — تورم **رأس الجرح** فظهر به قيح أو نحوه لا ينقض ما لم يجاوز الورم وعن محمد لو صار أكبر من رأس الجرح نقض **والصحيح الأول** ولو نزل الدم إلى **مالان من** الأنف أو إلى صماخ الاذن نقض وقال الحسن بن زياد الماء والقيح والصديد طاهر بمنزلة الريق والعرق والدمع والمخاط والنخامة والبسق فلا ينقض الوضوء والصحيح ان ذلك بمنزلة الدم لانـه دم رقيق لم يتم نضجه فكان لونه لون المـاء وفي **المجتبى** الدم والقيح والصديد وماء الجرح والسفطة والبشرة والقذى في العين والاذن كله سواء على الاصح وهـــذا يدل على ان من رمدت عينه وسال منها الماء يجب الوضوء والناس عنها غافلون ويؤمر به بوقت كل صلاة لاحتمال أن يكون من جرح في الجفون وعن الحسن ان ماء النفطة لا ينقض قـال الحلواني وفيه توسعة لمن به جرب أو جدري أو حكه **بيده والدم** إذا أخذ من غرز الابرة أو قطع السكين أكثر من النقبة حديث على الاصح وذكر الحسن فيه عن محمد انه ينتقض وعن أبي يوسف انه لا ينتقض وبه أخذ الزمخشري وفي المحيط مص **القراده عضواً فامتلأ إن** كان صغيرا لا ينقض كما لو مص الذباب والبعوض وإن كان كبيرا ينقض كما لو مصت العلقة ولو سال من فمه ماء أصفر نقض ولو ظهر بول المجبوب إن كان يقدر على إمساكه متى شاء نقض والا لا ينتقض إلا بالسيلان وفي المحيط توضأ فرأى بللا سائلا من ذكره أعاد وضوءه إن لم يعلـم ما هو مضى على صلاته لأنه من وساوس الشيطان **وينضح** فرجـــه بالماء لتحليله عليه وفي الذخيرة إذا تبين ان الخنثى رجل أو امرأة فالفرج أخر منه بمنزلة القرحة لا ينقض الخارج منه ما لم يسل قال وفي الكتاب قال أحب ان يعيد الوضوء وهو اشارة إلى انه غير واجب وهو اختيار محمد بن ابراهيم الميداني وأكثر المشايخ على إيجابه والدم المساوي للريق ينقض استحساناً كالغالب بخلاف الناقض ولو كان لون الريق أحمر

نقض وإن كان أصفر لا ينتقض خرج من اذنه قيح أو صديد بدون الوجـــع لا ينتقض ومـــع الوجع ينقض لأنه دليـــل الجرح هكذا افتى الحلواني . باشر امرأته من غير حائل فاشتد ذكره لها انتقض وضوءه عندهما استحساناً خلافاً لمحمد إلا بخروج شيء ولم يشترط في ظاهر الرواية مماسة الفرج بالفرج واشترط في رواية الحسن وهـو الاظهر الدم السائل من الجرح إذا لم يتجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير ظاهر في الاظهر وهو قول أبي يوسف وبه أخذ الكرخي وكذا كل مالا ينقض الوضوء من القيء وغيره خلا دم الاستحاضة وبه كان يفتي أبو عبد الله القلانسي ومحمد بن سلمة وأبو نصر وأبو القاسم وأبو الليث وعن محمد بن الحسن انه نجس وبه كان يفتي أبو بكر الاسكاف وأبو جعفر وعلى الاول لو امتلأ الثوب منه لا يمنع جواز الصلاة كما يكون لاصحاب القروح يصيب ثيابهم مرة بعد مرة من غير تجاوز لمكان العذر ولا يمنع وان كثر ما روى ذلك بعض أصحابنـا عن ابن عمر رضي الله عنه ومكي عن أبى يوسف وعليه الفتوى وفى الينابيع اقطر دهنا فى احليله ثم سال منـــه لا ينقض عند أبي حنيفة خلافاً لابي يوسف ومحمد ادخل الحقنة فى دبره ثم أخرجها لا وضوء عليه مع انه لا يخلو من خروج شيء معها من النجاسة وكل شيء غيبه فى دبره ثم أخرجه أو خرج بنفسه نقض وأفسد الصوم وان دخل بعضه وطرفه خارج لا ينقض ولا يفسد الصوم عمم ولم يفسد ومراده غير الذكر اما إذا لم يكن عليه بلة وفى قاضيخان روايتان والصحيح إذا لم تغب فيه تعتبر البلة والرائحة فإنه ليس بداخل من كل وجه حتى لا يفسد صومه ولا ينقض الوضوء بنزول البول إلى قصبة الذكر وإلى القلفة ينقض. والريح الخارج من ذكر الرجل وقبل المرأة لا ينقض الوضوء في المحيط هذا حكاه الكرخي عن أصحابنا إلا أن يكون مفضاة وهي التي صار مسلك بولها ووطئها والتي صار مسلك الغائط والوطىء منها واحد ولا يحل وطؤها إلا أن يعلم أنه لا يجاوز قبلها فحينئذ يستحب لهـــا الوضوء لاحتمال أنها خرجت من دبرها لا من قبلها وفي المفيد والذخيرة عن محمد أنه حدث من قبلها قياساً على دبرها وعن الكرخي أن الريح من الذكر لا ينقض وإنـما هو اختلاج وقال أبو حفص الكبير يجب في المفضاة وقيل إن كانت الريح منتنة يجـب وإلا فلا وفي

**ومِلء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنــــه يخرج ظاهراً فاعتبر خارجاً**

---

الذخيرة والدودة الخارجة من قبل المرأة على هذه الأقوال وفي القدوري يوجب وفي الذكر لا ينتقض وإن خرجت الدودة من الفم أو الأنف أو الأذن من لا تنتقض حشى إحليله بقطنة أو ربط الجراحة تعدى البلل أي خارجها نقض وإلا فلا وإن حشت المرأة بقطنة فابتل داخلها ان كانت على الشفرتين نقض وإن كانت داخل الفرج فلا وضوء عليها وإن أدخلت أصبعها في فرجها انتقض وضوءها لأنها لا تخلو من بلة ولو وصل المائع إلى الدماغ بالسعوط أو الوجوز أو الأقطار ثم خرج لا ينقض لأنه خرج من مكان طاهـر وعن أبي يوسف ان خرج من الفم نقض ولو غرز إبرة في يده وظهر الدم أكثر من رأس الابرة لم ينتقض وكان محمد بن عبد الله يميل الى القول بالنقض ويراد سائلاً وكذا في فتاوي النسفي واذا عصرت القرحة فخرج منها شيء كثير ولو لم يعصرها لا يخرج منها شيء ينقـض وضوءه كذا في مجموع النوازل وفيه أيضاً جرح ليس فيه شيء من الدم والصديد فدخل الحمام أو الحوض فدخل الماء الجرح وسال منه الماء لا ينقض وذكر الإمام علاء الدين أن من أكل خبزاً أو فاكهة ورأى أثر الدم فيه من أصول أسنانه ينبغي أن يضع اصبعه أو طرف كفه على ذلك الموضع فإن وجد فيه أثر الدم انتقض وضوءه والا فلا .

( **ومِلء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف** ) هـذا التعريف عن رواية الحسن بن زياد رحمه الله وقيل حد ملء الفم أن يمنعه من الكلام وقيل ان يزيد على نصف وقيل أن يعجز عن تغطية الفم وقيل ما جاوز الفم وقيل ليس فيه حد مقرر بل هـــو مفوض إلى رأي المبتلى به إن كان يراه ملأ الفم انتقضت طهارته وإن لم يره لا ينقض وهذا أشبه مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فيما لم يرد فيه من الشرع تقدير ظاهر وهو اختيار شمس الائمة الحلواني ( **لأنه** ) أي لأن ملء الفم وهذا دليل لقوله وبملء الفم من القيء وليس بدليل لقوله وملء الفم لن يكون بحال اه حتى لا يقال التعرب لا يستدل عليها لأنه مـا قبل تعريف ملء الفم ( **يخروج ظاهراً** ) لأنه لا يقدر على ضبطه إلا بكلفة ( **فــاعتبر خارجاً** ) فلا يكون تبعاً لذلك بخلاف ما إذا قل فــإنه تبع للريق فلا يقتضي وحاصل

وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان واعتباراً بالمخرج المعتاد ولإطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلاً

---

الكلام ههنا أن الفم تجاري فيه دليلان أحدهما يقتضي كونه باطناً والآخر يقتضي كونه ظاهراً نظير ذلك في الصائم إذا أخذ الماء بفيه ثم مسحه لا يفسد صومه، وإذا ابتلع ريقه فكذلك فورد على الدليلين حكمها، فقيل إذا كثر ينقض وإذا قل لا ينقض.

( **وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء** )وبه قال الثوري والحسن البرحي ومجاهد ( **وكذا لا يشترط السيلان** ) أي في الخارج من غير السبيلين كالدم ونحوه (**إعتباراً**) أي يعتبر إعتباراً وانتصابه بالمقدر ( **بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله القلس حدث** ) هذا قياس ظاهر لأنه لما كان الخارج من غير السبيلين حدثاً بما دل عليه من الدليل، وجب أن يستوي فيه القليل والكثير. قال الاترازي والأكمل أيضاً هذا الحديث رواه سوار بن مصعب عن زيد بن علي عن بعض آبائه عن رسول الله ﷺ ذكره أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي، وهذا عجز منهما من ثلاثة أوجه. الأول أن هذا أخرجه الدارقطني في سننه حيث لم يرجعا اليه. والثاني غير الإسناد إلى زيد بن علي غير سوار بن مصعب وهو متروك (١).

والقلس بفتح اللام وقيل بسكونها. قاله ابن الأثير واختلف فيه، فقال المرغيناني القلس ما كان ملء الفم والقيء دونه، وقيل على العكس دل عليه قول محمد فإن قلس أقل من ملء الفم. وقول مجاهد وطاووس لا وضوء في القلس حتى يكون القيء ذكره النسائي وفي المقرب القلس ما خرج من الحلق ملء الفم أو دونه وليس بقيء فإن عاد فهو القيء. وقلس الكأس إذا قذف بالشراب لشدة الإمتلاء. وقال خواهر زاده القلس ما يخرج من المعدة عند غثيان النفس واضطرابها والقيء ما يخرج منها عند سكون وقرار، فكان في القلس زيادة شدة ليست في القيء.

( **ولنا قوله عليه السلام ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلاً** )

---

(١) لم يذكر الثالث في الأصل. اهـ مصححة.

رواه الدار قطني من حديث أبي هريرة رضي الله عنه من طريقين كلاهما ضعيف ، لأن في أحدهما محمد بن الفضل وفي الأخرى حجاج بن نضير وهما ضعيفان ، والقطرة والقطرتان عبار عن قلة الدم ، وسماه قطرة لأنه لم يوجد السيلان والدليل على ذلك قوله إلا أن يكون سائلاً فإن كان السيلان سائقاً على حال القطر ، فإنـه زاد السيلان بازدياد الدم واجتمع في موضع لو حصل له صلاحية إزدياد السيلان يحصل القطرة ، فإذا كان كذلك لو كانـت القطرة على حقيقتها لا يصح إستثناء حالة السيلان منها ، لأن استثناء الشيء بمنزله غايته ، فلا يجوز تقديم الغاية على المغيا لأن الغايه تعقب المغيا أبداً ، فكذلك حالة القطرة تعقب حالة السيلان على ما ذكرنا ولا يجوز أن تعقب حالة السيلان حالة القطرة كذلك وهذا، كما إذا قال الرجل لامرأته وهي خارجة الدار إذا قعدت وسـط الدار فأنت طالق إلا إذا دخلت تلك الدار أو دخلت فإنه لا يصح لأن حال الدخول سابقة على حال القعود نظيره ليس في اللقمة واللقمتين من أكل الجزء ، واختيار قطع الصلاة إلا أن يكون المصلي أدخله في فيه لا يصح . وحاصل معنى الحديث ليس في القطرة والقطرتين بالقود من الدم وضوء لكن إذا سال الدم ففيه الوضوء.وفي المغني لا وضوء في الدم القليل لكن في الكثير وضوء وهو السليل فالاستثناء منقطع ، لأن حقيقته ليست بمرادة لحصولها بعد السيلان ، والمجاز وهو القليل لا يتناول السائل فلا يكون متصلاً ، ولا يجوز أن يكون المراد قطر الدم من رأس الجرح من غير أن يسيل فانه قول خارق للاجماع لعدم القائل بالفصل فلا يصح ، لأن كل من قال بانتقاض الطهارة بالسيلان ، فقائل بانتقاضها في هذه الصورة ومن قال بعدم الإنتقاض مطلقاً لا يقول بالإنتقاض في هذه الصورة ، فالقول بالانتقاض بالسيلان وبعدم الانتقاض بالقطر قول لم يقل به أحد .

( وقول علي رضي الله عنه حين عد الأحداث جملة أو وسعة تملأ الفم )هذا غريب لم يثبت عن علي رضي الله عنه ، والعجب من الأكمل قال الظاهر أنه قاله سماعاً من النبي ﷺ وهذا بعد ثبوته عن علي رضي الله عنه . وأعجب من هـذا قول الاترازي أورده الحربعى أن عليـاً رضي الله عنه عد الأحداث وقال يعاد الوضوء من كذا ، ثم قال أو

وإذا تعارضت الاخبار ، يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل ، وما رواه زفر رحمه الله على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ،

---

وسعة تملأ الفم ولم يقف على أصل الأثر كيف لفظه ولا وقف على صحته ولا عرف هل هو موقوف ، أم مرفوع حتى يصرف فيه من عنده. ثم قال وذكر الناطقي في الأجناس وقال روى زيد بن ثابت أن النبي ﷺ قال يعاد الوضوء من سبع : من نوم غالب ، وفي ذراع ، وغائط ، وبول ، ووسعة تملأ الفم ، ودم سائل ، والقهقهة في الصلاة. الحديث. قال صاحب الدراية روى البيهقي وصاحب المحيط عن النبي عليه السلام أنه قال يعاد الوضوء إلى آخره نحوه ، وليس فيه والحدث . وذكر السروجي في شرحه كما ذكره صاحب الدراية وقال في آخره لا يصح وكلهم أظهر العجز في ذلك والحديث أخرجه البيهقي في الخلافيات عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ يعاد الوضوء من سبع: من أقطار البول، والدم السائل، والقيء ، ومن وسعة تملأ الفم ، ونوم المضطجع، وقهقهة الرجل في الصلاة، وخروج الدم ، فأضعفه فان فيه سهل بن عفان والجارود بن زيد وهما ضعيفان . وقال ابن الأثير في النهاية الوسيع الدفع ، ثم قال ومنه حديث علي رضي الله عنه ، وذكر ما يوجب الوضوء وقال ووسعة تملأ الفم يريد الدفع الواحدة من القيء . وجعله الزمخشري حديثاً عن النبي عليه السلام وقال هي من ربع السرمومة سعاً إذا نزعها من كرشه وألقاها إلى فيه .

( **وإذا تعارضت الأخبار ، فيحمل ما رواه الشافعي رحمه الله على القليل وما رواه زفر رحمه الله على الكثير** ) وهذا إلى أن الأصل في تعارض الأخبار التوفيق ، لأن الأصل في الأدلة الاعمال دون الاهمال وههنا تعارض ما رواه الشافعي رحمه الله ما رواه من أنه عليه السلام قاء فلم يتوضأ . وما رواه رحمه الله من قوله عليه السلام القلس حدث . والعمل بهما ممكن فيحمل ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير وذلك لأن القيء ملء الفم من كثرة الاكل . ورسول الله ﷺ كان عن ذلك بمعزل والقياس مصدر قلس إذا قاء ملء الفم كذا في الأسامي ولأن ما رواه الشافعي إن صح فهو حكاية حال فلا عموم له أو أنه لم يتوضأ عن القيء في فوره ذلك .

(**والفرق بين المسلكين ما قدمناه** ) أي الفرق بين المخرج المعتاد وغيره هو جواب لزفر

ولو قاء متفرقاً بحيث لو جمع يملأ الفم ، فعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر اتحاد المجلس ، وعند محمد رحمه الله يعتبر اتحاد السبب وهو الغثيان ، ثم لا يكون حدثاً لا يكون نجساً

---

عن اعتباره غير المعتاد بالمعتاد ، وقال صاحب الدراية أراد بالمسلكين السبيلين وغيرهما أو الفم والسبيل . وقال السغناقي والفرق بين المسلكين أي بين الفم والسبيلين ، ويروى والفرق بين المسألتين قوله ما قدمناه يعني في مسألة الدم من كون القليل ناقضاً في السبيلين غير ناقض في غير السبيلين أو عند قوله غير أن الخروج إلى آخره .

( **ولو قاء متفرقاً** ) أي قيئاً متفرقاً . وانتصابه على أنه صفة لمصدر محذوف ( **بحيث لو جمع** ) أي القيء فان قلت القي لم يذكر ، قلت دل عليه قوله قاء ( **يملأ الفم** ) جواب إذاً .

( **فعند أبي يوسف يعتبر إتحاد المجلس** ) أي مجلس القيء لأن للمجلس أثراً في جمع المتفرقات ، وكذا التلاوات المتعددة للسجدة متحد باتحاد المجلس .

( **وعند محمد اتحاد السبب** ) أي ويعتبر عند محمد إتحاد السبب في القيء المتفرق ( **وهو** ) أي السبب ( **الغثيان** ) وهو مصدر غثت نفسه إذا جاءت . وقال الجوهري الغثيان خبث النفس وتدعت نفسه عينا وعناة وأما على سبيل المرتع فعيوه عزا إذا جمع بعضه إلى بعض ومنه الغثاء بالضم والمد وهو ما يحمل السيل من العمامين قال محمد لأن الحكم يثبت على حسب ثبوت السبب من الصحة والفساد فيتحد باتحاده ، ألا ترى أنه إذا جرح جراحات ومات منها قبل البرء يتحد الموجب وان تخلل البراء اختلف ويعتبر الإتحاد في الغثيان ، وإن بقي ثانيا قبل سكون النفس عن الغثيان الأول فإن سكنت ثم قاء فهو حدث جديد ، وقيل قول محمد أصح ثم المسألة على أربعة أوجه . إما أن يتحد السبب في المجلس ، أو يتعدد ، أو يتحد الأول دون الثاني ، أو على العكس . ففي الاول يجمع إتفاقاً ، وفي الثاني لا يجمع إتفاقاً ، وفي الثالث يجمع عند الثالث ، وفي الرابع يجمع عند الثاني .

( **ثم لا يكون حدثاً لا يكون نجساً** ) الذي لا يكون حدثاً هو القليل من القيء وغير

يروى ذلك عن أبي يوسف وهو الصحيح ، لأنه ليس بنجس حكما ، حيث لم تنتقض به الطهارة .

---

للسائل من الدم لا يكون نجساً الا ترى أنه لا تنتقض بـــه الطهارة فيكون طاهراً ( يروى ذلك عن أبي يوسف ) وبه اخذ الكرخي وفي جامع الكروري هو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما وأمر به أبو عبد الله القسلاني ومحمد بن سلمة وأبو نصر وأبو القاسم وأبو الليث:

( هو الصحيح ) أي ما روي عن أبي يوسف هو الصحيح ، وهو اختيـار المصنف أيضاً، واحترز به عن قول محمد فإنه نجس عنده ، واختاره بعض المشايخ إحتياطاً، وأفتى به أبو بكر الإسكاف وأبو جعفر . وفائدة الخلاف تظهر فيما أخذه بقطنة وألقاه في الماء لا ينجس الماء عند أبي يوسف أرفق خصوصاً في مثل أصحاب القروح والجدري ، حتى لو أصاب الثوب منه كثير لا يمنع جواز الصلاة .

( لأنه ) تعليل وجه الصحة أي لأن ما لا يكون حدثاً ( ليس بنجس حكماً ) أي من حيث الحكم الشرعي ( حيث لم تنتقض به الطهارة ) معناه أن الخارج النجس من بدن الإنسان، أي يستلزم كونه حدثاً معه انتفى اللازم، وانتفاءه يستلزم إنتفاء الملزوم قيل فيه مصادرة على المطلوب ، بناء على أن معنى كلامه ليس كذلك بل معناه ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً ، لان ما لا يكون حدثاً ليس بنجس حكماً لأن حكمه بالنجاسة يستلزم كونه حدثاً وليس بحدث لما دل عليه الدليل ، فلا يكون نجســاً . فإن قلت ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً ينعكس بأن يقال ما يكون حدثاً يكون نجساً . قلت لا ينعكس فإن النوم والإغماء والجنون احداث وليست بنجسة ، فان قلت يرد عليك دم الإستحاضة والجرح السائل فانه ليس بحدث،قلت بل هو حدث لكن لا يظهر أثره حتى يخرج الوقت، فان قلت كيف يجوز الإستدلال بعدم نقض الطهارة على عدم النجاسة لأن عدم النقـــض يجوز أن يكون انتفاءه لكونه غير خارج دون انتفاء الوصف الآخر ، قلـت غير الخارج لا يعطى له حكم النجاسة لكونها في محلها فان من صلى ، وهو حامل حيواناً غير نجس أو حامل بيضة حال محها وما جازت صلاته فكان إنتفاء الخروج مستلزماً لانتفاء النجاسة .

وهذا إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء ، فإن قاء بلغما فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله ناقض إذا قاء ملء الفم . والخلاف في المرتقى من الجوف اما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق ، لأن الرأس ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف رحمه الله انه نجس بالمجاوزة ، ولهما انه لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض .

---

( **هذا** ) إشارة إلى القيء ملء الفم ( **إذا قاء مرة** ) بكسر الميم وتشديد الراء . قال الجوهري المرة إحدى الطبائع الاربع ، وقال المراواة التي فيها المراة والمرة القوة أيضاً . قلت المراد بها الصفراء وهي إحدى الطبائع ( **أوْ طعام** ) أي أو قاء طعاماً ( **أو ماء** ) أي قاء ماء فان هذه الاشياء ربما تنقض للطهارة إذا كانت **ملء** الفم .

( **فان قاء بلغماً فغير ناقض** ) للوضوء ( **عند أبي حنيفة ومحمد** ) إذا كان بلغماً صرفاً لا يشوبه طعام ولم يذكر ما إذا اختلط بالطعام قالوا تعتبر فيه الغلبة فان كان الطعام غالباً ينقض وإلا فلا .

( **وقال أبو يوسف ناقض إذا كان ملء الفم والخلاف** ) أي الخلاف المذكور بين الثلاثة ( **في المرتقى** ) أي الصاعد ( **من الجوف** ) أي المعدة ( **أما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لان الرأس ليس بموضع النجاسة** ) فالنازل منها رطوبة تنزل إلى أعلى الحلق فيرق فيصير بزاقاً ، وإذا استقر في أسفل الحلق يتخفف فيصير بلغماً ( **لأبي يوسف انه** ) أي البلغم المرتقي من الجوف ( **ينجس بالمجاوزة** ) أي بمجاوزة ما في المعدة من النجاسة وقد خرج إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، فيكون ناقضاً للوضوء .

( **ولهما** ) أى لابي حنيفة ومحمد **رحمهما** الله ( **انه** ) أى البلغم المرتقي من الجوف ( **لزج** ) أى لصق . وهو بفتح اللام وكسر الزاء المعجمة ( **لا يتخلله النجاسة** ) أى لا يتداخله النجاسة ولا يدخل في أجزائه ( **وما يتصل به قليل والقليل غير ناقض فيه** ) لانه لا يحتمل السيلان والسيلان في غير السبيلين أقيم مقام الخروج ولم يوجده . فان قيل ينتقض هذا ببلغم يقع في النجاسة ، ثم يرفع عنها **يحكم بنجاسته** . أجيب بأنه لا رواية في

ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه ملء الفم ، لأنه سوداء محترقة ، وإن كان مائعا فلذلك عند محمد رحمه الله اعتباراً بسائر أنواعه ، وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء ، وإن كان قليلاً لأن المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف .

---

هذه المسألة ولئن سلم فالفرق بينهما أن البلغم ما دام في البطن يزداد ثخانة فيزداد لزوجة، فإذا انفصل عن الباطن ثقل ثخانة فتقل لزوجته، فإذا قلت لزوجته ازدادت رقته، فجاز أن يقبل النجاسة . وكان الطحاوي رحمه الله يميل إلى قول أبي يوسف حتى روي عنه أنه يكره أن يأخذ الإنسان بلغمه بطرف ردائه ويصلي به ، كذا في الفوائد الظهرية . وفي جامع المحبوبي هذا الإختلاف راجع إلى اختلافهم في أن البلغم طاهر أو نجس ، فعند أبي يوسف نجس وعندهما لا .

( **ولوقاء دماً وهو علق** ) أي والحال أنه علق بفتح العين واللام وهو المتجمدة .

( **يعتبر فيه ملء الفم** ) حتى إذا لم يكن ملء الفم لا ينقض ( **لأنه** ) أي لأن الدم العلق سوداء محترقة وليس بدم على الحقيقة . فإن قلت ما موصوف السوداء فإنها صفة لا بد لها من موصوف ، قلت موصوفها المرة أي مرة سوداء احترقت من شدتها ، والسوداء المحترقة تخرج من المعدة وما يخرج منها لا يكون حدثاً ما لم يكن ملء الفم ( **وإن كان** ) أي الدم ( **مائعاً فكذلك** ) أي فكان الحكم المذكور يعتبر فيه ملء الفم ( **عند محمد إعتباراً** ) أي اعتبر محمد إعتباراً ( **بسائر أنواعه** ) أي بسائر أنواع القيء وهي خمسة الطعام والماء والمرة والصفراء والسوداء . كذا قال الأكمل أخذه من الدراية ، وصاحب الدراية أخذه من المحبوبي وفيه نظر لأن المرة هي الصفراء كما ذكرنا وهي السوداء أيضاً، ولذلك قالت الأطباء الاخلاط أربعة الدم ، والمرة السوداء ، والمرة الصفراء ، والبلغم ، فطبع الأول حار رطب ، والثاني بارد يابس ، والثالث حار يابس ، والرابع بارد رطب .

( **وعندهما** ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ( **ان سال بقوة نفسه ينتقض الوضوء وإن كان قليلاً** ) الإعتبار عندهما بالسيلان بقوة نفسه لا بقوة المزاج ( **لان المعدة ليست بمحل للدم** ) يعني أنها ليست من مظان الدم ومواضعه ( **فتكون من قرحة في الجوف** )

ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف نقض الوضوء بالاتفاق ، لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج . والنوم مضطجعا

فالمعتبر هناك السيلان فكذلك هناك فإن قلت لم اختص هذا الحكم بما يخرج من المعدة فينبغي أن يكون عاملاً ولا ينتقض الوضوء بخروج دم من قرحة في الفم ما لم يملأ الفم كالقيء، قلت إنما اختص بالقيء لأن النص متعارض فيه ، فإنه روى عليه السلام قاء ولم يتوضأ وروى الترمذي من حسين المعلم عن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه عليه السلام قاء فتوضأ . والمفهوم من الإطلاق الوضوء الشرعي لا غسل الفم منه لأن ذلك يسمى مضمضة . وروى أنه قال القلس حدث . فعرفنا بذلك بأن الفم حكم الباطن في قليل القيء وحكم الظاهر في كثيره ، فأما في حق الدم فلم يوجد دليل يدل على ذلك بل دل فيه على أن المعتبر فيه التجاوز إلى موضع يلحقه حكم التطهير ، فإن قلت ما تقول في ماء فم النائم قلت النازل من الرأس أو المتخخف من اللهوات طاهر ، والصاعد من الجوف فإن كان أصفر أو منتناً كالقيء وعن أبي الليث هو كالبلغم ، وقيل نجس عند أبي يوسف خلافاً لمحمد. وعن أبي حنيفة إن قاء طعاماً أو قاء أصاب إنساناً قيء يسير لا يمنع . قال الحسن الأصح أنه لا يمنع ما لم يفحش وفي القنية قاء دوداً كبيراً لا ينقض وكذا لو قاء حية ملأت فاه .

( **ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف** ) أي الذي لان من الأنف وهو المازن .

( **نقض بالاتفاق لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج** ) لأن هذا الموضع له حكم الظاهر في الشرع ولهذا يخاطب بتطهيره في بعض الأحوال فصار النازل اليسير خارجاً فيكون ناقضاً، بخلاف ما إذا نزل البول إلى قصبة الذكر لأنه ليس له حكم الظاهر ، ولهذا لم يخاطب بتطهيره ، فإن قلت أليس هذا المكرر لأنه قد علم من قوله في أول الفصل والدم والقيح إذا خرجا من البدن قلت إنما ذكره ههنا بياناً لاتفاق أصحابنا، لأن عند زفر إذا وصل الدم إلى قصبة الأنف لا ينقض ، وإنما ينقض اذا وصل إلى ما لان وإليه أشار المصنف بقوله بالإتفاق .

( **والنوم مضطجعاً** ) برفع النوم عطفاً على قوله والقيء ملء الفم ، أي ومن نواقض الوضوء النوم مضطجعاً . ولما فرغ من نواقض الوضوء بما خرج من البدن حقيقة كالبول

أو متكئاً أو مستنداً إلى شيء لو زيل عنـــه لسقط ، لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عـادة والثابت عادة كالمتيقن به ، والاتكاء يزيل مسألة اليقظة لزوال المقعد عن الأرض

---

والغائط والدم والقيح والقيء شرع فيما ينقضه أيضاً كالنوم . ثم الألف واللام في النوم بدل من المضاف اليه تقـــديره ونوم المتوضىء وانتصاب مضطجعاً على انه حال منه ، والاضطجاع أن يضع النائم جنبه على الأرض ( **أو متكئاً** ) أي وحال كونـــه متكئاً على أحد وركيه ، والاتكاء افتعال من وكا معتل العين مهموز اللام . ولمـــا نقل عن وكا إلى باب الافتعال صار أو تكا ثم أبدلت الواو تاء وأدغمت التاء في التاء وصار اتكا والمتكىء فاعل فيه وأصله المتوكىء ( **أو مستنداً** ) أي حال كونه مستنداً ( **الى شيء** ) كجـدار وعامود ونحوهما ( **لو أزيل عنه لسقط** ) وهذا القيد ليس من رواية المبسوط ، وانما هو مما اختاره الطحاوي ( **لان الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى** ) أي فلا يخلو ( **عن خروج شيء** ) أي الريح ( **عادة** ) أي من عادة النائم المضطجع ( **والثابت بالعادة كالمتيقن به**) **ألاترى** ان من دخل المستراح ثم شك في **وضوئه** فانه يحكم بنقض **وضوئه** ، لأن العادة جرت عند الدخول في الخلاء بالتبرز بخلاف ما إذا شك بدون الدخول .

( **والاتكاء يزيل مسكة اليقظة** ) أي التماسك الذي يكون لليقظان والمسكة بالضم اسم قال الجوهري عن أبي زيد يقال فيه مسكة من خير بالضم أي بقية والمسكة أيضـــاً من السير الصلبة التي لا تحتاج إلى طي ، واليقظة بفتح الياء وفتح القاف أيضاً من استيقظ فهو يقظان . وفي دستور اللغة يقال يقظ من باب علم يعلم ، فعلى هذا هو مصدر . وقـــال الصاغاني في العتاب يقظ بالكسر أي استيقظ يقظاً ويقظة بالتحريك فيهما ، فإن قلت إذا كان الأمر كذلك فما وجه اضافة المسكة إلى اليقظة سواء كان مصدراً أو إسما قلت هـذا اسناد مجازي ، والمراد مسكة صاحب اليقظة ، والمعنى ان الاتكاء يزيل مسكة اليقظان حال قوى أن يزيل مسكة النائم ولهذا علل المصنف بشين الأول أشار اليه بقوله ( **لزوال المقعد عن الأرض** ) لأن مقعده إذا زال عن الأرض لا يؤمن عن خروج شيء .

ويبلغ الاسترخاء في النوم غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط . بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح .

---

والثاني أشار اليه بقوله ( ويبلغ الاسترخاء غايته لهذا النوع من الاستناد ) أراد بهذا النوع الاتكاء ( غير ان السند يمنعه من السقوط ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لا نسلم ان الاسترخاء يبلغ غايته إذ لو كان كذلك سقط فلما لم يسقط علم انه لم يبلغ غايته ، فأجاب عنه بالسنة تمنعه من أن يسقط فلولا هو لسقط .

واعلم ان النائم له ثلاثة عشر حالة نوم المضطجع ، والمتورك والمتكي وهو ناقض ، والقاعد ، والمتربع ، والماد رجليه ، والمنحني ، والمقعي شبه الكلب ، والراكب ، والماشي ، والقائم ، والراكع ، والساجد ، وهو ليس بناقض ، والمسند وهو ناقض على ما ذكره الطحاوي انه لو نام مستنداً إلى شيء أو متكئاً على يديه ولو كان بحال لو زال السند أو ما اتكأ لسقط فكان حدثاً وإلا لا ، واختاره القدوري وصاحب الهداية وبه أخذ كثير من المشايخ . ولكن روى خلف عن أبي يوسف انه سأل أبا حنيفة عمن استند إلى شيء فنام فقال إذا كانت ألْيَتِهِ مستوثقة من الأرض فلا وضوء عليه كيف ما كان وبه أخذ عامة المشايخ ، وهو الأصح . ذكره في البدائع والمحيط وفي الكافي وهو ظاهر المذهب في الذخيرة ان النوم مضطجعاً إنما يكون حدثاً إذا كان اضطجاعه على غيره واما إذا كان على نفسه لا يكون لو نام واضعاً إليته شبه على وجهه واضعاً بطنه على فخذيه لا ينقض الوضوء . وعن محمد من نام متكئاً لا ينقض وضوءه . . وقال أبو يوسف اضطجاعه على غيره ونفسه سواء في انتقاض الوضوء ونوم المريض المضطجع في الصلاة ينقض الوضوء في الصحيح . وقال أبو يوسف لا وضوء عليه وهو الاصح . ولو نام خارج الصلاة على هيئة [illegible] في اختلاف المشايخ .

( بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة ) يعني لا ينقض النوم في هذه الحالات ، إذا كان على هيئة سجود الصلاه من تجافي البطن عن الفخذ وعدم افتراش الذراعين ، فإذا كان بخلافه ينقض ( وغيرها ) أي وغير الصلاة ( هو الصحيح ) يعني

لأن بعض الاستمساك باق ، إذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء . والأصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما أو قاعداً أو راكعا أو ساجداً إنما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا استرخت مفاصله .

---

كون ذلك في الصلاة وغير الصلاة هو الصحيح وظاهر الرواية واحترز بذلك عما ذكره ابن شجاع انه ناقض للوضوء في غير الصلاة ( **لأن بعض الاستمساك باق** ) وقدر ما بقي من الاستمساك يمنع الخروج ( **اذ لو زال** ) أي الاستمساك ( **لسقط فلم يتم الاسترخاء** ) وإذا لم يكن النوم في هذه الأحوال سبباً لخروج شيء عادة فلا يقام مقامه ، لأن السبب إنما يقام مقام السبب إذا كان غالب الوجود بذلك السبب، أما إذا لم يغلب فلا لأنه حينئذ يقع الشك في وجود الحدث ، والوضوء كان ثابتاً بيقين فلا يزال بالشك .

( **والاصل فيه** ) أي في كون النوم غير ناقض في هذه الأحوال ( **قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قاعداً أو قائماً أو راكعاً أو ساجداً إنما الوضوء على من نام مضطجعاً فإنه اذا نام مضطجعاً استرخت مفاصله** ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، وإنما رواه أبو داود والترمذي من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ولفظه ان الوضوء لا يجب إلا على من نام مضطجعاً ، فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله ، ورواه أحمد في مسنده ، والطبراني في معجمه ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، والدارقطني في سننه ، ورواه البيهقي في سننه ، ولفظه لا يجب الوضوء على من نام جالساً أو قائماً أو ساجداً حتى يضع جنبه فإنه إذا اضطجع استرخت مفاصله . ورواه عبد الله بن أحمد في زيادته ولفظه ليس على من نام ساجداً وضوء حتى يضطجع . وصاحب الهداية لم يتعرض إلى هذا الحديث أصلا وإنما احتج به وسكت . وقال أبو داود قوله في الحديث على من نام مضطجعاً هو حديث منكر لا يرويه إلا أبو خالد الدولابي عن قتادة . وقال الدارقطني تفرد به أبو خالد الدولابي ولا يصح . وقال ابن حبان كان يزيد الدولابي كثير الخطأ فاحش الوهم لا يجوز الاحتجاج به إلا إذا وافق الثقات فكيف إذا تفرد عنهم بالمعضلات . وقال الترمذي في العلل الكبير سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال لا شيء . وقال البيهقي في

السنن انكره عليه جميع الحفاظ وأنكروا سماعه عن قتادة . وقال في الخلافيات انكر عليه جميع ائمة الحديث .

قلت أبو داود كيف يقول انه حديث منكر وقد استدل ابن جرير الطبري على انه لا وضوء إلا من نوم اضطجاع وصحح هذا الحديث ، وقال الدولابي لا يرفعه إلا عن العدالة والأمانة والادلة على صحة خبره . وقول الدارقطني تفرد به أبو خالد الدولابي ولا يصح غير صحيح وقد تابعه فيه مهدي بن هلال عن أبي هريرة عن النبي ﷺ اذا وضع جنبه فليتوضأ . وأخرجه ابن عدي عنه حدثنا يعقوب بن عطاء بن أبي رباح عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ ليس على من نام قاعداً أو قائماً وضوء حتى يضطجع جنبه الى الأرض . واخرج ابن عدي أيضاً ثم البيهقي من جهته عن يزيد بن كثير البقال عن ميمون الخياط عن ابن عباس عن حذيفة اليماني قال كنت في مسجد المدينة جالساً فاختطني رجل من خلفي فالتفت فإذا انا بالنبي ﷺ فقلت يا رسول الله هل وجب علي وضوء قال لا حتى تضع جنبك . قال البيهقي تفرد به يزيد بن كثير البقال وهو ضعيف لا يحتج بروايته . وقال ابن حبان كان يزيد إلى آخره يرده ما قاله فيه يحيى بن معين وأحمد والنسائي ليس به بأس . وقال أبو حاتم صدوق ثقة وروى عنه سفيان الثوري وسعيد وزهير بن معاوية وغيرهم . وقال ابن عدي له أحاديث صالحة، ويروي الناس عنه وروى عنه عبد السلام بن حرب ، وقال الأكمل فإن قيل هذا الحديث غير صحيح لأن مداره على أبي العالية وهو ضعيف عند الثقة روي عن ابن سيرين انه قال حدث عمن شئت الا عن أبي العالية فإنه لا يبالي عمن أخذ ، أي لا يبالي أن يروى عن كل أحد . أجيب بان ابن العالية ثقة نقل عنه الثقات كالحسن وابراهيم النخعي والشعبي وكونه لا يبالي عمن أخذ ، يؤثر في مراسيله دون مسانيده ، وقد أسند هذا الحديث الى ابن عباس، قلت من العجب ان الاكمل كيف رفع رأسه لبيان حال الحديث ومع هذا قال في الحديث الذي ذكره المصنف رواه الترمذي مسنداً الى ابن عباس عن رسول الله ﷺ . وليس الحديث كذلك عند الترمذي ، فقد ذكرنا وقوله لأن مداره على أبي العالية ليس كذلك

وانما مداره على يزيد الدولابي وعليه اختلفه في الفاظه ومع هـذا كله ليس من عنده ، وانما نقله من تاج الشريعة برمته ، ثم وجه الإستدلال بهذا الحديث من وجوه . الأول بقى الوضوء عمن نام قائماً أو راكعاً . الثاني فيه الحصر بانما فيمن نام مضطجعاً . فإن قلت لا حصر ههنا لأن الوضوء لم ينحصر على من نام مضجعاً ، بل هو واجب على المستند والمتكيء كامر ، قلت لانسلم ان انما ههنا للحصر بل هو لتأكيد الاثبات ، ولئن سلمنا انه للحصر فإنه حصر انتقاض الوضوء المتعلق بصفة الاضطجاع فإنه عليه السلام علل باسترخاء المفاصل ، وانما وجب على المتكيء والمستند بدلالة النص لاستوائها في المنصوص في المعنى وهو الاسترخاء . قال فخر الدين الرازي انما يحصر الشيء في الحكم . وينحصر الحكم في الشيء لأن ان للاثبات وما للنفي فيقتضي اثبات المذكور ونفي ما عداه . واعترض عليه بأن ما في انما كافة عند النحاة وليست بنافية لأنها قسيمة ، وقسيم الشيء لا يكون عينه ولا قسيمه ، وبـأن دخول ان على ما النافية لا يستقيم لأن كلا منهما له صدر الكلام فلا يجمع بينهما . والوجه الثالث الحديث معلل وهو قوله فإنه اذا قام استرخت مفاصله فإنه يدل على عدم الوجوب على من نام قائماً أو راكعاً أو ساجداً لعدم الاسترخاء ، وعلى وجوبه على المضطجع ومن هو بمعناه لوجوده فيه قال الأكمل قيل معنى قوله استرخت مفاصله يبلغ الاسترخاء غايته لأن الأصل الاسترخاء فيمن نام قائماً فحينئذ ناقض أول الحديث آخره . قلت نقل هذا الكلام عن قائله المجهول ولكنه ما بينه كما ينبغي وتحقيقه .

أما تفسير قوله عليه‌السلام فإنه اذا نام استرخت مفاصله ، لأنه يبلغ الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاسناد ولو لم يفسر الذي في الحديث بالاسترخاء النائم يلزم التناقض بين أول الحديث وآخره ، لأن أصل الاسترخاء يوجد من النوم حالة القعود والركـوع والسجود فإذا فسرنا الاسترخاء بالنوم في الحديث ، وبأن المراد ليس الاسترخاء الناقض ولا هـو علة فيه يندفع التعارض فافهم .

فروع — ذكر المبسوط في سجود المـرأة والرجل اذا الصق بطنه بفخذه اختلاف المشايخ ، والحابس إذا نام وسقط على الأرض أو عضو منه فانتبه ، ذكر في البحر المحيط

ظاهر الجواب عند أبي حنيفة انه ان انتبه قبل ان يزايل مقعد الأرض لا ينقض . وروى الحسن عنه ان انتبه حتى يضع جنبه على الأرض لا ينتقض . وعند أبي يوسف لا ينقض يعني مستقراً قاعداً عليها بعد السقوط . وذكر السرخسي خلافه فقال ان نام قاعداً فسقط ، فعند أبي حنيفة ان انتبه قبل أن يصل جنبه إلى الأرض لا ينقض . وعن أبي يوسف ينقض حين سقط . وعن محمد ان زايل مقعده الأرض ينقض وعنه ان استيقظ حال ما سقط لا ينقض ، وعند السقوط لو وضع يده على الأرض لا ينقض ، ويستوي فيه الكف وظهر الكف . وأما في امالي قاضيخان نام جالساً وهو متمايل فزال مقعده عنها ، قال قال الحلواني ظاهر المذهب انه ليس بحدث والنوم متوركاً كالنوم جالسا مضطجعا ، ولو كان متكئا على ركبتيه لا ينقض ، ولو كان مربق ورأسه على فخذيه ينقض . وذكر الحلواني ولا ذكر للنعاس مضطجعا . والظاهر انه ليس بحديث لأنه نوم قليل . وقال أبو علي الرازي وأبو على الدقاق ان كان لا يفهم عامة ما قيل حوله كان حدثا ، وإن كان يفهم حرفا أو حرفين فلا .

وسجدة التلاوة كالصلاتية وكذا سجدة الشكر عند محمد خلافا لأبي حنيفة وفي النوم في سجود السهو اختلاف المشايخ فيه . ولو نام في سجوده معتمداً انتقض وضوءه عند أبي يوسف ، وقال وضوءه باق لقول النبي عليه السلام إذا نام العبد في السجود يباهي الله تعالى به ملائكته فيقول انظروا إلى عبدي روحه عندي وجسده في طاعتي . فإن قلت ما حال هذا الحديث ، قلت قال في الاسرار وهو من المشاهير . وقال في البدائع وفي المشهور من الأخبار ورد ذلك . وقال السروجي وكتب أصحابنا مسجونة به وما وقعت له على أصل ، قلت الكلام في صحته وكونه من المشاهير زيادة درجة . ويرد قول السروجي ما رواه البيهقي في الخلافيات من حديث أنس رضي الله عنه ولكن في إسناده داود بن الزبير فإنه ضعيف ؟ وروي من وجه آخر عن ابان عن أنس وابان متروك . ورواه ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ من حديث المبارك بن فضالة ، وذكره الدارقطني في العلل من حديث عبادة بن راشد كلاهما عن الحسن عن أبي هريرة بلفظ إذا نام وهو ساجد يقول الله انظروا

إلى عبدى قال وقيل عن الحسن تلقاه عن النبي ﷺ قال والحسن لم يسمع من أبي هريرة ، ومرسل الحسن أخرجه أحمد في الزهد ولفظه إذا نام العبد وهو ساجد يباهي الله به الملائكة ، يقول انظروا إلى روحه عندي وهو ساجد وروى ابن شاهين عن أبي سعيد وإسناده ضعيف .

فائدة نوم النبي ﷺ ليس بحدث ، وروى محمد عن أبي حنيفة باسناده إلى النبي عليه السلام انه نام على جنبه وصلى بغير وضوء ، وقال تنام عيني ولا ينام قلبي . وهو من خصائصه عليه الصلاة والسلام . وقال النووي من خصائصه عليه الصلاة والسلام انه لا ينتقض وضوءه بالنوم مضطجعاً للأحاديث الصحيحة ثم صلى ولم يتوضأ ، وقال ان عيني تنام ولا ينام قلبي . ومنها حديث ابن عباس قال نمت عند خالتي ميمونة الحديث وفيه فنام حتى أتاه بلال رضي الله عنه فاذنه بالصلاة فقام وصلى ولم يتوضأ رواه البخاري في الدعوات ، ومسلم في التهجد فإن قلت هذا يعارضه الحديث الصحيح انه عليه السلام نام في الوادي عن صلاة الصبح حتى طلعت الشمس ، ولو كان غير نائم القلب لما ترك صلاة الصبح ، قلت الجواب من وجهين أحدهما يحسن بما يتعلق بالبدن من الحديث وغيره وسريه القلب وليس طلوع الفجر والشمس من ذلك لا هو مما يدرك بالقلب ، وإنما يدرك بالعين والعين نائمة . والثاني انه عليه السلام كان له نومان أحدهما ينام قلبه ولا ينام عيناه . والثاني تنام عينه دون قلبة وكان الوادي من النوع الأول .

فائدة أخرى : قال ابن القطان اجمع الفقهاء ان النوم القليل لا ينقض الوضوء إلا المزني فإنه خرق الاجماع وجعل قليله حدثاً ، وذكر في العارضي ان اسحاق بن راهويه حينئذ معه في هذا ، قال واجمعوا على النوم المضطجع ينقض الوضوء . قلت وعند أبي موسى الأشعري والطعام لا ينقض وبه قال لاحق بن حميد وعبيدة . وعن سعيد بن المسيب انه كان ينام مضطجعاً وقت الصلاة ، ثم يصلي ولا يعيد الوضوء . ومذهب البعض ان كثيره ينقض بكل حال وقليله لا ينقض بكل حال وبه قال الزهرى وربيعة والأوزاعي ومالك وأحمد في رواية . ومذهب البعض انه لا ينقض إلا نوم الراكع والساجد وروى هذا عن

أحمد ، ومذهب البعض انه لا ينقض النوم في الصلاة بكل حال وينقض خارج الصلاةوهو قول ضعيف للشافعية رحمهم الله . وللشافعي في النوم خمسة أقوال الصحيح منها انه ان قام ممسكاً مقعدته من المرض أو نحوها لم ينقض سواء كان في الصلاة أو غيرها وسواء طال نومه أولا . والثاني انه ينقض بكل حال وهذا نصه في البويطى ، قال النووي وتأول أصحابنا نص في البويطى على ان المراد انه نام غير متمكن . وقال امام الحرمين قال الأئمة انه غلط البويطي . وقال النووي هذا الذي قاله ليس بجيد ، والبويطي يرتفع عن الغلط والصواب تأويله قلت المجتهد يخطىء ، والغلط أدنى منه . الثالث ان نام في الصلاة لم ينقض على أي هيئة كان ، فإن نام في غيرها غير ممكن مقعدته من الأرض ينتقض ، وإلا فلا . والرابع ان نام ممكناً أو غير ممكن وهو على هيئة الصلاة سواء كان في الصلاة أو غيرها لم ينتقض ، وإلا ينتقض . والخامس ان نام ممكناً أو قائماً لا ينتقض والا ينتقض . وقال الصواب هو القول الأول ، وما سواه ليس بشيء . وتحرير مذهب مالك على أربعة أقسام طويل ثقيل يؤثر في النقض بلا خلاف في المذهب ، وقصير خفيف لا يؤثر على المعروف منه ، وخفيف طويل يستحب فيه الوضوء ، وثقيل خفيف في تأثيره في النقض قولان وقيل قولان جائزان في الثالث أيضاً .

**( والغلبة على العقل بالاغماء )** الغلبة مرفوع عطفاً على قوله والنوم مضطجعا أي ومن نواقض الوضوء الغلبة على العقل بالإغماء . وقال في المغرب هو ضعيف القوي لطلب الإغماء امتلاء بطون الدماغ من بلغم بارد غليظ . وعند الكمت هو سهو يعتري الإنسان مع فتور الأعضاء . والإغماء من أغمي على المريض فهو مغمى عليه وغمي عليه فهو مغمى عليه على معقوله ، وأصله من غماء مثل قضاء مقصور ، يقال تركت فلانا غمي أو مغمى عليه وكذلك الانسان والجمع والموت وإن شئت قلت همام غمان وهم اغماء **( والجنون )** بالرفع عطف على قوله والغلبة والجر خطأ لأن العقل في الإغماء مغلوب وفي الجنون مسلوب ولهذا جاز الاغماء على الأنبياء دون الجنون ، والجنون زوال العقل وفساده . ومن النواقض العثر السكر إذا لم يعرف الرجل من المرأة وهو اختيار الصدر

لأنه فوق النوم مضطجعاً في الاسترخاء والاغماء حدث في الأحوال كلها ، وهو القياس في النوم إلا انا عرفناه بالاثر ، والاغماء فوقه فلا يقاس عليه . والقهقهة في صلاة ذات ركوع وسجود

---

الشهيد ، وذكر في الملتقطات للخوارزمي وفي الذخيرة الصحيح ما نقل عن شمس الأئمة الحلواني انه اذا دخل في مشيه اختلال ولهذا يحنث به إذ حلف لا يسكر . وعن أحمد في رواية يجب الغسل بالاغماء والجنون ، فظاهر مذهب الشافعي كمذهبنا ، وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجماعة من الشافعة ان كان الغالب من حال من يجن الانزال وجب الغسل إذا أفاق ، وإن لم يتحقق الانزال كما يوجب النوم مضطجعا الوضوء . وقال الماوردي في الحاوى عن أصحابنا إن كان الاغماء لا ينفك عن الانزال وجب الغسل وإن كان قد ينفك فلا . وقال النووي الصحيح انه يستحب الغسل مطلقا .

( **لأنه** ) أي لان كل واحد من الاغماء والجنون ( **فوق النوم مضطجعاً** ) أي حال كون النائم مضطجعا والألف واللام في النوم بدل من المضاف اليه بالتنبيه دونها ( **والاغماء حدث في الأحوال كلها** ) يعني حال القيام والركوع والسجود لوجود الإسترخاء ( **وهو القياس في النوم** ) يعني ان القياس على الإغماء يقتضي أن يكون النوم حدثاً في الأحوال كلها ، لأن خروج النجاسة أمر مظنون فدار الحكم على السبب الظاهر بالأثر ( **الا انا عرفناه** ) أي النوم ( **بالأثر** ) وهو قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائماً الحديث ( **والاغماء فوقه** ) أي والحال الاغماء فوق النوم ( **فلا يقاس عليه** ) أي على النوم في حكم يثبت بخلاف القياس ولا يلحق به دلالة إذ لا يلزم من أن لا يكون أدنى الغفلة ناقضاً أن لا يكون أعلاه ناقضاً ، فإن قلت لم لا يعلل المصنف للجنون ، قلت لأن كون الجنون ناقضاً ليس لعلة الإسترخاء لأن المجنون أقوى من الصحيح . لكن باعتبار عدم مبالاته وتمييزه فيصير في الأحوال كلها حدثاً ، ومنهم من علله بعلة الإسترخاء وليس بوجه .

( **والقهقهة** ) بالرفع وليس بالعطف على ما قبله ، بل هو مبتدأ وخبره قوله ينتقض ، أي من النواقض قهقهة المصلي ( **في كل صلاة ذات ركوع وسجود** ) احترز به عن صلاة

والقياس انها لا تنقض وهو قول الشافعي رحمه الله ، لأنه ليس بخارج نجس ، ولهذا لم يكن حدثاً في صلاة الجنازة ، وسجدة التلاوة ، وخارج الصلاة ولنا قوله عليه السلام إلا من ضحك منكم قهقهة ، فليعد الوضوء والصلاة جميعاً .

---

الجنازة فإنها لا تنقض الوضوء وتبطلها ( تنقض الوضوء ) جملة في محل الرفع لأنها خبر المبتدأ كما ذكرنا ( والقياس ان لا تنقض ) لانها ليست بخارج نجس بل هي صوت كالبكاء والكلام .

( وهو ) أي القياس فيها ( قول الشافعي ) وبه قال مالك ، وأحمد ، وأبو ثور ، وداود ، وقول ابن مسعود ، وجابر ، وعروة بن الزبير ، والقاسم بن محمد ، وسعيد بن المسيب ، وأبي بكر بن عبد الرحمن بن خارجة بن زيد بن ثابت ، وسليمان بن بشار ، ومكحول ( لأنها ) أي لان القهقهة ( ليست بخارج نجس ولهذا ) أي ولكونها ليست بخارج نجس ( لم تكن حدثاً في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج الصلاة ) ولا هي حدث في حق الصبي ، فلذلك قيد النفي في الكافي بقوله وقهقهة المصلي البالغ ، وقيد بعضهم بكونه يقظاناً احترز عن قهقهة النائم في الصلاة . وذكر في الذخيرة ان قهقهة النائم لا تنقض لعدم الجناية منه . وبتعدى صلاته . وفي فتاوى المرغيناني لو نام في الصلاة قائماً أو راكعا أو ساجداً ، ثم قهقهة لا رواية لها في الاصول . وقال سلام تفسد صلاته ووضوءه . وفي المحيط لو قهقه بعد ما قعد قدر التشهد الاخير أو في سجود التشهد أو بعدما توضأ لحدث سبقه في الصلاة قبل أن يبنى ينقض ، خلافا لزفر رحمه الله . وفي فتاوى المرغيناني الثاني في الحدث إذا جاء متوضئاً وقهقه في الطريق بعد الصلاة ولا ينقض وضوءه ، اختلفوا في الصلاة المظنونة والاصح انها تنقض قهقهة الإمام والقوم ثم بعد التشهد تنقض وضوءهم وإن تأخرت قهقهة القوم عنه فلا وضوء عليهم ، ولو قهقه في الصلاة على الدابة خارج المصر نقضت اتفاقا ، وفي المصر لا خلاف لابي يوسف وعلى هذا الخلاف لو اتمها خارج المصر ثم دخلها راكبا ثم قهقه ، ولو كان منهزما من عدو نقضت اتفاقا .

(ولنا قوله عليه السلام إلا من ضحك منكم قهقهة ، فليعد الوضوء والصلاة جميعا) روى هذا الحديث عن ستة أنفس من الصحابة مرفوعاً وهم أبو موسى الأشعري ، وأبو

المليح واسمه أسامة بن عمرو بن عامر بن قيس المعذبي الكوفي ، وقال الزهري روى عنه أبوه المليح فقط ، ومعبد الجهني ، ورجل من الأنصار . أمـا حديث أبي موسى فرواه الطبراني في معجمه حدثنا أحمد بن زهير السدي حدثنا محمد بن عبـد الملك الدمشقي حدثنا محمد بن أبي نعيم الواسطي حدثنا مهدي بن ميمون حدثنا هشـام بن حسان عن حفصة بنت سيرين عن أبي العالية عن أبي موسى رضي الله عنه قال بينا رسول الله ﷺ يصلي بالناس إذ دخل رجل فتردى في حفرة كانت في المسجـد ، وكان في بصره ضرر فضحك كثير من القوم وهم في الصلاة فأمر رسول الله ﷺ من ضحك أن يعيد الوضوء والصلاة . ذكره البيهقي في الخلافيات نحوه ثم أعله بأن جماعة من الثقات رووه عن هشام عن حفصة عن أبي العالية عن النبي ﷺ، قلت لم يقدر البيهقي على رده إلا بكونه مرسلاً ، ولهذا يترك هذا ، والمرسل حجة عندنا ، ومرسل أبي العالية صحيح ، فإن قيل أن أبا عمرو محمد بن سيرين مولى أنس بن مالك وكان عالماً بأبي العالية والحسن البصري قال لا تأخذوا بمراسيلهما فإنهما لا يسألان عمن أخذ عنه ، الجواب هذا لا يستقيم من وجوه ثلاثة. الأول أن المرسل لا تقوم به حجة عندهم فلا فائدة في هذه الوصية ولا فرق بين مرسلهما ومرسل غيرهما . الثاني لا تصح هذه الحكاية عن ابن سيرين وذلك أن ابن دحية الكلبي حكى عنه أنه رأى في المنام كان الجواز ان قدمت على الزنا فأخذ في وصيته ، وقـال يموت الحسن بن أبي الحسن أموت بعده ، وهو شرف مني فمات في شوال سنـة عشرة ومائة بعد الحسن بمائة يوم . ذكرها في العلم المشهور مع ثنائه على الحسن وترفعه على نفسه وزكيه . الثالث إن صح ذلك عنه لا يسمع منه مثل هذا الكلام في حق الحسن البصري وأبي العالية مع جلالتهما ومكانتهما من العلم والدين الذي لا يتفق لغيرهما مثله . وبخيرات يروى عمن يعرفه أنه غير مأمور به على دين الله ولاثقة لا تعتمد روايته مرسلا ولا مسنداً. وقول ابن عدي إنما قيل في أبي العالية ما قيل لهذا الحديث وإلا فسائر أحاديثه صالح ، يرد قول ابن سيرين فيه وإذا صلحت سائر أحاديثه فلا مانع من صلاح حديثه هذا، وهذا الحديث قد رواه غيره كما ذكرناه ومن أسند الحديث إلى إنسان فقد شهد عليه أنه رواه،

فاذا أرسله فقد شهد على رسول الله ﷺ أنه قال لا يجوز الشهادة على غير رسول الله ﷺ ، كيف يجوز الشهادة على رسول الله ﷺ بالباطل ، مع علمه لقوله عليه السلام من كذب على متعمداً فليتبوأ مقعده في النار ، وإذا سمع ممن لا يكون قوله معتبراً في دين الله وملته. ذلك كان عاماً للمسلمين عمداً في زعمهم وذلك قادح في دينه فضلا عن عدالته ، والحسن وأبو العالية من أعلام الدين ولهما المكانة العالية في الدين ، والفضل والعلم والتقدم ، فلا يلتفت إلى قول ساحر أو صاحب هوى . والعجب من أحمد بن حنبل أن مذهبه تقديم المراسيل والضعيف من الحديث على هذا القياس، هكذا حكاه عنه ابن الجوزي في التحقيق وقد أخذ بالقياس هنا وترك أحد عشر حديثاً عن رسول الله ﷺ في مسألة واحدة كلها حجة عنده ، ولا يجوز المصير إلى القياس عنده مع وجود حديث واحد معها. وأما مالك فالمراسيل حجة عنده ، وأما حديث أبي هريرة فأخرجه الدارقطني فى سننه عن عبد العزيز بن الحصين عن عبد الكريم أبي أمية عن الحسن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال إذا قهقه أعاد الوضوء والصلاة. فان قلت قال الدارقطني عبد العزيز ضعيف وعبدالكريم متروك وفيه انقطاع بين الحسن وأبي هريرة ، وانه لم يسمع منه قلت لما عد في التهذيب وغيره من روى عنه من قال وعن أبى هريرة ، ثم قال وقيل لم يسمع منه ولا يضرنا هذا الخلاف ، لأن المثبت يقدم على النافى ، ولئن سلمنا فالمرسل حجة عندنا. وأما حديث عبد الله بن عمر فرواه ابن عدي في الكامل من حديث عطية بن معن حدثنا أبي حدثنا عمرو بن قيس الكوفى عن عطاء عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ من ضحك فى الصلاة قهقهه فليعد الوضوء والصلاة . فان قلت قال ابن الجوزي في العلل المتناهية هذا حديث لايصح، فان يصب ابن عادته المدلي [1] كأنه سمعه من بعض الفقهاء ، فحذف اسمه ، قلت هذا باطل لأنه قد صرح في هذه الرواية بقوله حدثنا عمرو بن قيس المدلس متى صرح بالتحديث ، وكان صدوقا زالت عنه تهمة التدليس وبقية من هذا القيد . وقد أخرج له مسلم وشرط المدلس إذا كان صدوقاً أن يأتي بعبارة لا يصرح بالشرع وإلا كان كاذباً .

(١) هكذا ورد الاسم في الاصل . اه مصححه .

وقال ابن عدي وبعضهم يقول فيه عمرو بن قيس وإنما هو عمر ، وأما حديث أنس رضي الله عنه فأخرجه الدارقطني عن داود المحبر عن أيوب بن حوط عن قتادة عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يصلي بنا فجاء رجل ضرير البصر مثل الأول. فإن قلت قال الدارقطني داود بن محبر متروك ، وأيوب ضعيف، والصواب من ذلك قول من رواه عن قتادة عن أبي العالية مرسلا ، ثم أخرج عن عبد الرحمن بن عمرو بن جبلة حدثنا سالم بن أبي مطيع عن قتادة عن ابن أبي العالية أن اعمى تردى فذكره قلت له طريق أخرى رواه أبو القاسم حمزة بن يوسف السهمي شذه في تاريخ مرجان عن أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ من قهقه شديدة فعليه الوضوء والصلاة . وأما حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه فأخرجه الدارقطني أيضاً عن محمد بن يزيد بن سنان حدثنا أبي حدثنا الأعمش عن أبي سفيان عن جابر قال قال لنا رسول الله ﷺ من ضحك منكم في صلاته فليتوضأ ثم يعيد الصلاة . فان قلت قال الدارقطني يزيد بن سنان ضعيف ويكنى بأبي قرة الرهاوي وابنه ضعيف أيضاً وقد وهم في هذا الحديث في موضعين أحدهما في رفعه إياه ، والآخر في لفظه والصحيح عن الأعمى عن أبي سفيان عن جابر من قوله من ضحك في الصلاة أعاد الصلاة ولم يعد الوضوء . كذلك رواه عن الأعمش جماعة من الثقات منهم سفيان الثوري وأبو معاوية الضرير ووكيع وعبد الله بن داود الجريني وعمرو بن علي العدى وغيرهم ، وكذلك رواه شعبة وابن جريج عن يزيد بن خالد عن أبي سفيان عن جابر ثم أخرج عن جابر أنه قال من ضحك في الصلاة أعاد الصلاة ولم يعد الوضوء ، وزاد في لفظه إنما كان منهم ذلك حتى عجلوا خلف رسول الله ﷺ قلت الحديث المرفوع يدل على ما ذهبنا إليه إذا كان المراد من الضحك القهقهة، وكذلك إذا كان الضحك على أصل معناه فان الحكم عندنا أنه ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء وهذا الحديث حجة لنا سواء كان مرفوعاً أو موقوفاً ، ولا يمكن لجابر رضي الله عنه أن يقول برأيه في مثل هذا الموضع . وأمره محمول على السماع على انا نقول وإن كان هذا الحديث ضعيفاً فقد اعتضد بغيره من الأحاديث المروية في هذا الباب . وأما حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه

فأخرجه الدارقطني أيضاً عن اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس الملائي عن عمرو بن عبيد عن الحسن عن عمران بن الحصين قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من ضحك في الصلاة فليعد الصلاة والوضوء. فان قلت قال الدارقطني عمرو بن قيس المكي المعروف سنده ضعيف ذاهب الحديث، وعمرو بن عبيد قيل فيه أنه كذاب، قلت كان عمرو بن عبيد جالس الحسن وحفظ عنه واشتهر بصحبته وكان له شهرة وإظهار زهد، فالكذب عنه بعيد. والبيهقي أخرجه عن عبد الرحمن بن سلامة عن عمرو بن قيس عن الحسن عن عمران بن الحصين مرفوعاً، وأخرجه ابن عدى من طريق آخر عن بقية عن محمد الخزاعي عن الحسن عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال لرجل ضحك في الصلاة أعد وضوءك. قال محمد الخزاعي مجهول من مشايخ بقية ويروي محمد بن شداد عن الحسن وابن راشد مجهول هذا مردود لأن محمد الخزاعي هو ابن راشد، وابن راشد هذا وثقه أحمد ويحيى بن معين وقال عبد الرزاق ما رأيت أحداً أورع في هذا الحديث منه. وأما حديث أبي المليح عن أبيه فأخرجه الدار قطنى أيضاً من حديث محمد بن إسحاق حدثنا الحسن ابن زياد عن الحسن البصري من أبى المليح بن أسامة عن أبيه قال بينا نحن نصلي خلف رسول الله ﷺ إذ أقبل رجل ضرير البصر باللفظ الأول. وقال ابن إسحاق حدثني الحسن بن عمارة عن خالد الحذاء عن أبى المليح عن أبيه مثل ذلك. فان قلت قال الدارقطني الحسن بن دينار والحسن بن عمارة ضعيفان، قلت قيل لابن عيينة كان الحسن بن عمارة يحفظ قال كان له فقيل وغيره احفظ منه، وقال عيسى بن يونس الرملي الناخوري سمعت ابن سويد يقول كنت عند سفيان الثوري فذكر الحسن بن عمارة فغمزه، فقلت يا أبا عبد الله هو عندي خير منك قال وكيف ذاك قلت جلست معه غير مرة فيجري ذكرك فما يذكرك إلا بخير قال قال أيوب قال سفيان ما ذكر الحسن بن عمارة بعد ذاك إلا بخير حتى فارقته. وأما حديث معبد الجهنى فرواه أبو حنيفة رحمه الله عن منصور بن زادان عن الحسن البصري عن معبد بن أبى معبد عن النبى عليه السلام قال من قهقه في صلاته أعاد الوضوء والصلاة. فان قلت قال البيهقي معبد لا صحبة له وهو أول من تكلم بالبصرة في

القدر قلت في معرفة الصحابة لابن مندة معبد بن أبى معبد رأى النبى ﷺ وهو صغير ، ثم ذكر ابن مندة مرور النبى عليه السلام بخيمتي وأنه بعث معبداً وكان صغيراً . الحديث . ثم قال روى أبو حنيفة عن منصور بن زادان إلى آخر ما ذكرنا ، ثم قال وهو حديث مشهور عنده ، رواه أبو يوسف القاضى وأسيد بن عمرو وغيرهما ، فظهر من هذا أن معبداً المذكور في هذا الحديث ليس هو الذي تكلم فيه في القدر كما زعم البيهقى ، ولم يذكر ذلك بسند ينظر فيه ، ثم لو سلمنا أنه الجهنى المتكلم فى القدر فلا نسلم أنه لا صحبة له ، قال أبو عمر بن عبد البر فى كتاب الإستيعاب ذكر الواقدي في الصحابة وقال أسلم قديماً وهو أحد الأربعة الذين حملوا الوية الجهنية يوم الفتح . قال وقال أبو أحمد فى الكنى وابن أبى حاتم كلاهما له صحبة . وقال الذهبي فى تجريد الصحابة معبد بن خالد الجهنى أبو رفاعة شهد الفتح له رواية . وقال ابن حزم أنه روى مرسلا عن الحسن ابن معبد بن صبيح أيضاً . وقال ابن عدي قال لنا ابن حماد وهو معبد هو الذي ذكره البخاري فى كتاب تسمية الصحابة. وقال الذهبي معبد بن صبيح بصري روى عنه إسحاق حديثه فى الوضوء من القهقهة ولا يثبت . وأما حديث رجل من الأنصار فرواه الطبراني باسناده عن وهب عن حامد بن عبد الله الواسطى عن هشام بن حسان عن حفصة عن أبى العالية عن رجل من الأنصار عن النبى عليه السلام . الحديث . قال الدارقطنى ولا يسميا الرجل ولا ذكر له صحبة ولم يضع خالد شيئاً ، وقد خالفه خمسة حفاظ قلت زيادة خالد هذا الرجل الأنصاري زيادة عدل لا يعارضها نقصان من نقصها ، وله خمسة مراسيل أيضاً. الأول مرسل أبى العالية وهو أشهر ما روى عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن أبى العالية ، وهو عدل ثقة أن أعمى تردى فى بئر والنبي عليه السلام يصلي بأصحابه فضحك بعض من كان يصلي معه فأمر النبي ﷺ من كان ضحك منهم أن يعيد الوضوء ويعيد الصلاة . وأخرجه الدارقطنى من جهة عبد الرزاق وعبد الرزاق من شيوخه من رجال الصحيحين. الثاني مرسل النخعى ورواه أبو معاوية عن الأعمش عن النخعى قال جاء رجل ضرير البصر والنبي عليه السلام يصلي . الحديث . وقال ابن رشد المالكى وهذا مرسل

صحيح . الثالث مرسل الحسن البصري رواه الدارقطني باسناده عن ابن شهاب عن الحسن الحديث وهو أيضا مرسل صحيح . الرابع مرسل الزهري . والخامس مرسل قتادة وقال ابن عدي في الكامل روى هذا الحديث الحسن البصري وقتادة وابراهيم النخعي والزهري مرسلا . فان قلت روى البيهقي في سننه قال الامام أحمد لو كان عند الزهري أو الحسن فيه حديث صحيح لما اختار القول خلافه . وقد صح عن قتادة عن الحسن أنه كان لا يرى من الضحك في الصلاة وضوءاً . وعن شعب بن أبي حمزة أو غيره من الزهري أنه قال في الضحك في الصلاة يعاد الصلاة ولا يعاد الوضوء . قلت مخالفة الراوي للحديث ليس فيه جرح . وقد روى الدارقطني بسند صحيح عن أبي هريرة أنه قال إذا ولغ الكلب في الاناء فاهرقه ثم أغسله ثلاثاً ولم يجعلوا ذلك حرجاً في روايته مرفوعاً الغسل سبعاً . فان قلت روى أحمد والترمذي وابن ماجة والبيهقي من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال لا وضوء إلا من صوت أو ريح . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، فهذا يدل على أنه لا وضوء في القهقهة ، قلت ظاهر هذا متروك بالاجماع لأن في البول والغائط يجب الوضوء وإن لم يوجد الصوت والريح وكذا في الدم والقيح ان أخرجا من المخرج المعتاد وخصوصاً على مذهب الشافعي ، فان عنده يجب الوضوء في مس الذكر ومس النساء ولا صوت ولا ريح ، فلما لم يدل هذا الحديث على نفي الوضوء فيما ذكرنا من الصوت دل على أنه لا يدل على نفي الوضوء في القهقهة أيضاً ، على أنا نقول إن هذا الحديث ورد في حق من شك في خروج الريح ، والحكم فيه كذلك . أما فيمن تحقق الريح والصوت فلا ، فان قلت قال الشافعي لو كانت القهقهة حدثاً في الصلاة لكان حدثاً خارجها ، لأن نواقض الطهارة سوى فيها الصلاة وخارجها كما في سائر الأحداث. قلت الفرق بينهما ظاهر وهو أن المصلي في مناجاة الرب سبحانه ، والمقصود بالصلاة اظهار الخشوع والخضوع والتعظيم لله تعالى ، فالضحك قهقهة فيها جناية عظيمة فناسب ذلك انتقاض وضوءه زجراً له كتنجيس الخمر من الشرع اهانة لها ، وزجراً للشاربين ليجتنبوها . وهذه المعاني لا توجد خارج الصلاة ولان من بلغ هذه الغاية من الضحك وربما

غاب حسه فأشبه نوم المضطجع فجعل حدثاً في الصلاة لزيادة الجناية على العبادة . ولان النص اذا أورد على خلاف القياس لا لقياس على غيره بل يقتصر على مورده فلأجل هذا لم يجعل حدثاً خارج الصلاة ، ولا فى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة ، فان قلت لم يكن فى مسجد رسول الله ﷺ بئر ولا ركية ولا حفرة فكيف وقع فيه الضرير قلت المراد بالبئر حفرة عند المسجد يجتمع فيه المطر وليس فى أكثر الحديث أنه كان يصلي فى المسجد ، فيجوز أن يقال كان يصلي فى غير المسجد ، وفى الموضع الذي كان فيه ركية . والذي فيه ذكر المسجد رواية أبى موسى وهو عدل ثقة مثبت فهو أولى ، فان قلت هذا لا يصح باعتبار أنه لا يتوهم على أصحاب رسول الله ﷺ الضحك فى الصلاة قهقهة خصوصاً خلف النبى عليه السلام ، قلت كان يصلى خلفه الصحابة ومن غيرهم من المنافقين والاعراب الجهال ، وهذا باب حسن الظن بهم ، والا فليس الضحك كبيرة ، وهم ليسوا من الصغائر بمعصومين ، ولا من الكبائر على تقدير كونه كبيرة ، فان قلت ذكر البيهقى عن الشافعى أنه لو ثبت حديث الضحك فى الصلاة لقال به . وقال ابن الجوزي قال أحمد ليس فى الضحك حديث صحيح. وقال الذهبى لم يثبت عن النبى ﷺ فى الضحك في الصلاة خبر . وقال أحمد وحديث الأعمى الذي وقع في البئر مدرج ومدار حديثه أبي العالية وقد اضطرب عليه فيه . قلت مذهب الشافعي أن المرسل إذا أرسل من وجه وأسند من وجه آخر يقول به ، وهذا الحديث أرسل من وجوه وأسند من طريق فيلزمه أن يقول به . وقال ابن حزم كان يلزم المالكيين والشافعيين بشدة تواتره يخرج عن عدد مراسيله، قلت ويلزم الحنابلة ايضاً لأنهم يحتجون بالمراسيل ، وعلى تقدير أنهم لا يحتجون به ما قيل ان أقل أحواله أن يكون ضعيفاً والحديث الضعيف عندهم مقدم على القياس الذي اعتمدوا عليه في هذه المسألة ، والعجب منهم أن يقولون لعلمائنا أصحاب الرأي والقياس وينسبونهم إلى ترك كثير من الأحاديث بالقياس ، وهم تركوا حديثاً رواه جماعة من الصحابة ما بينا هذا عشرة فأرسله جماعة من التابعين الكبار وعملوا بالقياس . وأما قول أحمد والذهبي فنفي وما رواه أصحابنا إثبات وهو مقدم على النفي ، على انا نقول عدم علم الشخص بشيء لا يكون حجة على من علمه قبله .

وبمثله يترك القيـــاس، والاثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها . والقهقهة ما يكون مسموعاً لـه ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعاً لـه دون جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة دون الوضوء

---

( وبمثله ) أي وبمثل هذا الحديث الذي عله الصحابـة والتابعون . ولان رواية من كان معروفا بالفقه والتقدم في الإجتهاد كأبي مـوسى وأصحابه ( يترك القياس ) أي القياس الذي ذهب اليه الشافعي وغيره ( والأثر ) أي الحديث المذكور ( ورد في صلاة مطلقة ) أي كاملة ( فيقتصر عليها ) أي على الصلاة المذكورة فلا يتعدى إلى صلاة الجنازة وسجدة التلاوة ، وصلاة الصبي ، وصلاة الباني بعد الوضوء على أحد الروايتين ، وصلاة النائم . فإن الوضوء لا يفسد في جميع ذلك ، وقوله والاثر إلى آخره في الحقيقة ،جواب عن قياس الشافعي على صلاة الجنازة وسجدة التلاوة كما حققنا .

( والقهقهة ما كان مسموعاً له ولجيرانه ) وأشار بهذا إلى تعريف القهقهة التي تفسد الصلاة والوضوء جيماً ( والضحك ما يكون مسموعا له ) أي الضاحك دل عليه قوله لانه لا يقوم إلا بالضحك ( دون جيرانه ) أراد ان لا يسمعه من كان حوله ( وهو ) أي الضحك ( على ما قيل ) في حديث جابر رضي الله عنه ان الضحك ( يفسد الصلاة دون الوضوء ) يعني لا ينتقض ثم انه فرق بين القهقهة والذكر ، ولم يذكر التبسم لانه ليس بمفسد الصلاة ولا للوضوء فليس له ههنا مـــدخل . وروى الطبراني وأبو يعلى الموصلي و الدارقطني من حديث جابر ان رسول الله ﷺ كان يصلي بأصحابه العصر فتبسم في الصلاة فلما انصرف قيل يا رسول الله – ﷺ تبسمت وأنت تصلي قال انه مـــر بي ميكائيل وعلى جناحه غبار فضحك لي فتبسمت . وهو راجع من طلب القوم . وفي معجم الطبراني ذكـــر جبريل عليه السلام مكان ميكائيل عليه السلام . ثم يستوي في القهقهة العمد والنسيان والسهو سواء بانت أسنانه أولا . ويبطل التيمم أيضاً دون الاغتسال وقيل يبطل أعضاء الوضوء في الغسل أيضاً حتى لا يجوز الصلاة بغير وضوءه ، وبقولنا قال أبو موسى الاشعري والحسن البصرى وابراهيم النخعي وسفيان الثوري ومحمد بن سيرين والاوزاعي وعبيد الله . •

فروع – لواحق من النواقض التي عند غير أصحابنا لم يذكرها صاحب الهداية منها

مس الذكر معابة لا ينقض الوضوء عندنا ، وهو قول عمرو بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعمار بن ياسر وزيد بن ثابت وحذيفة بن اليمان وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعد بن أبي وقاص عند أهل الكوفة وأبي هريرة في رواية عنه ؛ هكذا حكاه أبو عمر ابن عبد البر ، ومن التابعين الحسن البصري وسعيد ابن المسيب وهو مذهب سفيان الثوري . وقال الطحاوي لم يعلم أحد من أصحاب رسول الله ﷺ أفتى بالوضوء منه غير ابن عمر ، وقد خالفه في ذلك أكثر أصحاب رسول الله ﷺ . وقال الشافعي وأحمد وداود يجب الوضوء منه . واختلف أصحاب مالك في ذلك منهم من شرط اللذة وباطن الكف ، ومنهم من أوجب ذلك في العمددون النسيان ، مروى عن مالك وداود . وقيل الوضوء منه سنة غير واجب وهو الذي استقر عليه قول مالك عند أهل المغرب ، والرواية عنه مضطربة فيه لهم من ذلك حديث مثرة بنت صفوان (١) بن نوفل خالة مروان ان رسول الله ﷺ قال من مس ذكره فليتوضأ . رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة وأحمد والترمذي وصححه ، ولم يخرجه الشيخان ، ورواه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وابن الجارود من حديثها ، ونقل عن البخاري انه أصح شيء في هذا الباب ، وصححه أيضاً يحيى بن معين فيما حكاه ابن عبد البر . قال البيهقي هذا الحديث رواه لم يخرجه الشيخان لاختلاف وقع في سماع عروة عنها أو من مروان فقد احتجا بجمع رواية واحتج البخاري بمروان بن الحكم في عدة أحاديث فهو على شرط البخاري بكل حال ، والجواب عن ذلك ان طريق حديث أبي داود والنسائي عن مالك عن عبيد الله بن أبي بكر بن محد بن عمرو بن حزم عن عروة بن الزبير قال دخلت على مروان فذكرت ما يكون عند الوضوء فقال مروان أخبرتني بشرة بنت صفوان ان رسول الله ﷺ قال من مس ذكره فليتوضأ . وطريق الترمذي وابن ماجة عن هشام بن عروة عن أبيه عن مروان عن بشرة وان في الاسناد الاول أبي بكر بن عبيد الله ، قال سفيان عن عبيلة فيه انه من الجماعة الذين لم يكونوا يعرفون الحديث وقد

(١) الصحيح بشرة كما يرد فيما بعد وفي تقريب التهذيب بسره بالسين المهملة اهـ .

رأيناه يحدث عنهم سخرنا فيه رواه الطبراني باسناده عن ابن عيينة ،**ثم أخرجه الاوزاعي** حدثنى الزهرى حدثنى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم قال فثبت انقطاع هذا الخبر وضعفه . وفي السند الثاني فإن النسائي لم يسمع هشام من أبيه هذا الحديث وقال الطحاوي إنما أخذه هشام من أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حدثني عروة فرجع الحديث إلى أبي بكر . فإن قلت يشكل عليه رواية الترمذي عن يحيى بن سعيد القطان عن هشام بن عروة قال أخبرني أبي عن بشرة وكذلك رواية أحمد في مسنده حدثنا يحيى بن سعيد عن هشام قال حدثني أبي ان بشرة بنت صفوان أخبرته قال البيهقي في سننه رواه يحيى بن سعيد القطان عن هشام بن عروة عن أبيه ، فصرح فيه بسماع هشام من أبيه ، قلت أخرجه الطحاوي أيضاً من خمس طرق عن هشام بن عروة عن أبيه عن بشرة ثم قال هشام بن عروة لم يسمع هذا الحديث عن أبيه عروة ثقة ثبت لم ينكر على شيء إلا بعدما صار إلى العراق ، فإنه انبسط في الرواية عن غير أبيه فأنكر ذلك عليه أهل بلده ، وكان يشهد انه أرسل عن أبيه مما كان يسمعه من غير أبيه . وقال ابن خراش كان مالك لا يرضاه وكان هشام صدوقاً يدخل اخباره في الصحيح ، بلغني ان مالكاً نقم عليه حديثه لأهل العراق والبيهقي خط على الطحاوي ينسب هشاماً إلى التدليس ، فقال وأين يكون إذا يرويه عن أبي بكر وأبو بكر ثقة حجة عند كافة أهل العلم بالحديث ، إنما يضعف الحديث بان يدخل الثقة بينه وبين من فوقه مجهولاً أو ضعيفاً فإذا دخل ثقة معروفاً قامت به الحجة . قلت اعترف البيهقي بالتدليس في الحديث المذكور ولكن تحامله على الطحاوي الذي دعاه إلى ما قاله وكيف يقول هذا ولا يخلصه من التدليس أن يكون بين الراوي وبين المروي عنه واحد أو أكثره سواء كان الواسطة ثقة أو ضعيفاً ، فانظر إلى تمثيل ابن الصلاح في صورة التدليس ترى في صحة ما قلنا ، على ان البيهقي قال أخبرنا أبو عبد الله الحافظ قال سمعت أبا منصور العناني يقول سمعت الفضل بن محمد الشعراني يقول سمعت أحمد بن حنبل يقول حدثني يحيى بن سعيد عن شعبة قال لم يسمع هشام بن عروة حديث أبيه في مس الذكر. قال يحيى فسألت هشام فقال **اخبرني** أبي بهذا شعبة **صرح** بان هشاماً لم يسمع هذا الحديث

من أبيه عروة فكيف يكون قول يحيى سمع من أبيه معارضاً لقول شعبة انه لم يسمع أباه، فإن قلت رواه عن عروة أيضاً غير الزهري وغير هشام ، وهو ما رواه الطحاوي حدثنا محمد بن حجاج وربيع المؤذن قال أخبرنا أسد قال حدثنا أبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود انه سمع عروة يذكر عن بشرة عن النبي ﷺ قلت أجاب الطحاوي فقال كيف يحتجون بابن لهيعة عند الطحاوي مرضي لهذا يحتج به في مواضع ، وانه لا يجعلونه حجر يحصكم فيما احتج به عليكم . وفي هذا قلب الموضوع ، فإن قلت ابن لهيعة مرضي عند الطحاوي ولهذا يحتج به في مواضع من كتابه فيكون الحديث صحيحاً عنده من هذا الطريق ، قلت لا نسلم انه يحتج به ، ولكن يذكره في المتابعات . ولئن سلمنا انه يحتج به وانه ثقة عنده فالحديث ضعيف لاضطرابه ويكون المدار على عروة في طريق هذا الحديث ، وأيضا ان عروة لم يرفع بحديث بشرة يعني لم يعتبره ولم يلتفت اليه وذلك أما لكون بشرة عنده ممن لا يوجد مثل ذلك الحكم عنها ولو ذلك لكونها انفردت بهذه الرواية مع عموم الحاجة إلى معرفته ،وما بال رسول الله ﷺ لم يقل هذا بين يدي كبار الصحابة ولم ينقله أحد منهم إنما قاله بين يدي بشرة وقد كان ﷺ أشد حياء من العذراء في خدرها وأما لكون مروان لس في حال من يجب القبول عن مثله فإنه خبر شرطي مروان عن بشرة دون خبره هو عنها فإنه كان خبر مروان عنده غير مقبول فخبر شرطية أخرى لا يكون مقبولاً . فإن قلت مروان احتج البخارى به على ما ذكرنا قلت لا يلزم من ذلك أن يكون ثقة عند عروة وإنما روى عروة خبره لعلة فيه قد ظهرت لعروة ولا سيما حين خرج على عبد الله بن الزبير رضي الله عنه ، فان قلت ابن حزم مروان لا يعلم له خرج قبل خروجه على ابن الزبير ولم يكن قط لقى عروة إلا قبل خروجه على اخيه لا بعد خروجه ، قلت لا دليل على هذه الدعوى فإذا قام دليل ينظر فيه . والجواب عن تصحيح الترمذي هذا الحديث هو انه يعارضه قول يحيى بن معين ، قلت ثلاث أحاديث لا يصح فهذا حديث عن رسول الله ( ﷺ ) منها هذا ويحيى بن معين هو العمدة في هذا الشأن واليه المرجع في التصحيح والتضعيف ، فإن قلت قال بعض من عنده تعصبا فاسداً من أهل هذا الزمان سئل بعض المخالفين عن يحيى بن معين انه قال ثلاثة أحاديث لا تصح

حديث مس الذكر ، ولا نكاح إلا بولي ، وكل مسكر حرام . وقال يعرف هذا عن أبي صفيان ولا يعرف هذا عن ابن معين قلت لم يقم الدليل على ذلك حتى ينظر فيه على ان الاثبات مقدم على النفى ، وبذلك يجاب عن قول ابن الجوزي أيضا ان هذا لا يثبت عن ابن معين ، والجواب عن قول البخارى انه أصح شيء في هذا الباب ان مـــراده هو على كلامه أصح من غيره من أحاديث الباب وقـد اعتد ابن العربى بهذه العبارة فحكى عن البخارى تصحيحه وليس كذلك ، فإن البخارى لو رضي به لأخرجـه في صحيحه ولم يخرجه هو ولا نسلم ولئن تنزلنا وسلمنا بثبوته فتأويله من بال فيحمل مس الذكر كناية عن البول ، لأن من يبول يمس ذكره عاده لقوله تعالى ﴿أو جاء أحد منكم من الغائط﴾ النساء ٤٣ وكفى به عن الحديث ، او يكون المراد من قوله فليتوضأ غسل اليدين كما في قوله الوضوء قبل الأكل ينفي الفقر . قلت قال ابن حبان وليس المراد غسل اليدين وإن كانت العرب تسمي غسل اليدين وضوء على ان في حديث بشرة فليتوضأ وضوءه للصلاة . قلت استضعفه الطحاوي وجعله منقطعاً كما ذكرنا وعلى كل تقدير حديث بشرة معلول وقال في الامـام هو عند البخاري معلول وقال ابراهيم الحربى حديث بشرة يرويه شرطى عن شراطى . وكان ربيعة يقول ويحكم بمثل هذا ما أخذ أحد ويعمل به لو شهدت بشرة على هذا النقل ما قبلت شهادتها . ، إنما قوام الدين الصلاة والصلاة بالطهور فلم يكن في أصحاب رسول الله ﷺ من يقيم هذا الدين إلا بشرة ، وبشرة قال حديث ضعفه جماعة . وقال ربيعة لو وضعت يدى في دم أو حيض لم ينقض وضوئى فمس الذكر ايسر منه . وروى عن عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لحديث امرأة لا ندرى اصدقت أم كذبت احفظت أم نسيت .

ويروى عن الأسود بن زيد أخذ كفاً من حصى وحصب به الشعبي وقال ويلك تحدث بمثل هذا فإن قلت في هذا الباب عن أم حبيبة وأبي موسى وأبي هريرة روى إبنـة أنيس وعائشة وزيد بن خالد وجابر بن عبد الله وعبد الله بن عمر ومطلق بن علي وابن عباس وسعد ابن أبي وقاص وأم سلمة والنعمان بن بشير ومعاوية بن حدة وابن أبي كعب وقبيصة رضي

الله عنهم ، فحديث أم حبيبة عند ابن ماجة قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول من مس فرجه فليتوضأ . وأخرجه الطبراني أيضاً وصححه أبو ذرعة والحاكم . قلت أعله البخاري لأن فيه مكحولاً عن عتبة قال لم يسمع عتبة من أبي سفيان ، وكذا قال يحيى بن معين وأبو حاتم والنسائي أخرجه الطحاوي وقال منقطع . وحديث أبي موسى عند ابن ماجة أيضاً قال سمعت النبي عليه السلام يقول من مس فرجه فليتوضأ . وفيه إسحق بن أبي فروة متروك باتفاقهم واتهمه بعضهم بالوضع . وحديث أبي هريرة عند أبي حبان قال قال رسول الله ﷺ إذا أفضى أحدكم بيديه إلى فرجه وليس بينهما ستر ولا حائل فليتوضأ . ورواه الحاكم في مستدركه وصححه ، ورواه أحمد في مسنده ، والدار قطني في سننه والبيهقي أيضاً ولفظه فيه من أفضى بيده إلى فرجه وليس دونها حجاب فقد وجب عليه وضوء الصلاة . وفيه يزيد بن عبد الملك وقد أغلظ العلماء القول فيه فقال أبو ذرعة واتقى الحديث ، وقال النسائي متروك الحديث ، وقال ضعيف سند الحديث واختلط بأخذه فإذا عرفت تساهل ابن حبان والحاكم في الصحيح ، وحديث ما روى عند ابن المنذر وأبي نعيم الأصبهاني عن هشام بن عروة عن أبيه عن أروى بنت أنيس عن النبي عليه السلام أنه قال من مس فرجه فليتوضأ . وذكرها ابن الأثير في الصحابيات ثم ذكر هذا الحديث ثم قال وقيل أبو أروى الدوبي حجازي ، وهذا كما ترى فيه خلاف ، وسأل الترمذي والبخاري عنه فقال ما يصنع به بهذا ألا تشتغل وحديث عائشة رضي الله عنها عند الدارقطني في سننه عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال ويل للذين يمسون فروجهم ثم يصلون ولا يتوضؤون . قالت عائشة بأبي وأمي هذا للرجال أفرأيت النساء قال إذا مست إحداكن فرجها فلتتوضأ للصلاة وفيه عبدالرحمن بن عبد الله بن عمر بن جعفر العمري قال أحمد كان كاذباً وقال أبو حاتم وأبو ذرعة متروك ، زاد أبو حاتم وكان يكذب ، وقد روى أبو يعلى في مسنده ما ينافيه من حديث سفيان بن عبد الله الجهري قال دخلت أنا ورجل معي على عائشة فسألناها عن الرجل يمس فرجه أو المرأة تمس فرجها فقالت سمعت رسول الله ﷺ يقول ما أبالي إياه مثبت أو منفي . وحديث زيد بن خالد بن جثال

عند أحمد في مسنده عن إبن إسحاق حدثني محمد بن مسلم الزهري عن عروة بن الزبير عن زيد بن خالد الجهني سمعت رسول الله ﷺ يقول من مس فرجه فليتوضأ . ورواه البزاز والطبراني وقال ابن المديني أخطأ فيه ابن اسحاق ، وأخرجه الطحاوي أيضاً وقال إنكم لا تجعلون محمد بن إسحاق حجة في شيء إذا خالفه فيه من خالفه في هذا الحديث ولا رضى إذا انفرد ، ونفس هذا الحديث منكر وأخلت به أن يكون غلطاً ، لأن عروة حين سأله مروان عن مس الفرج أجابه من رواية أن لا وضوء فيه ، فلما قال لمروان عن بشرة عن النبي ﷺ ما قال قال له عروة ما سمعت به وهذا بعد موت يزيد بن خالد بكم ما شاء الله فكيف يجوز أن ينكر عروة على بشرة ما قد حدثه إياه زيد بن خالد عن النبي ﷺ . قال البيهقي في كتاب المعرفة وروى الطحاوي حديث زيد بن خالد الجهني من جهة محمد ابن إسحاق بن يسار ، ثم أخذ في الطعن على ابن إسحاق وإنه ليس بحجة ثم ذهب إلى أنه غلط ، قلت فيما الطعن من البيهقي كيف يفهم كلام المحققين وكيف طعن الطحاوي على ابن إسحاق ، والذي ذكره الطحاوي ليس طعناً منه فيه ، وإنما قال للخصم أنتم لا تجعلون محمد بن إسحاق حجة ، وهذا القول لا يستلزم الطعن منه فيه ، وإنما اشتهر بذلك عصفر الخصم ، حيث يجعل محمد بن إسحاق حجة عند كون الحديث له ويتركه ويطعن فيه عند كون الحديث حجة عليه ولئن سلمنا أنه طعن فيه فما هو بأول طاعن فإن مالكاً قال فيه من الدجاجلة . وقال الخطيب قد أمسك عن الإحتجاج بروايات ابن إسحاق غير واحد من العلماء ، بأسباب منها أنه كان يتشيع ، وينسب إلى القدر ، ويدلس في حديثه ، فأما الصدق فليس بمرفوع عنه . وقال الذهبي فيما انفرد به نكالة وهو سيىء في حفظه وحديث جابر عند ابن ماجة عن جابر قال قال رسول الله ﷺ إذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ . وأخرجه الطحاوي وأعله بالارسال، وقد قال الشافعي سمعت جماعة من الحفاظ غير أبي نافع يرويه ولا يذكرون فيه جابراً وهم لا يحتجون بالمرسل . وحديث عبد الله بن عمرو عند أحمد والبيهقي عن عتبة بن الوليد عن محمد بن الوليد الزبيدى حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ أيما رجل مس فرجه فليتوضأ وأيما

امرأة مست فرجها فلتتوضأ . وأخرجه الطحاوي وقال لهم أنتم تزعمون أن عمرو بن شعيب لم يسمع من أبيه شيئاً عنه وإنما حديثه عن صحيفة فهذا غير قولكم منقطع والمنقطع لا يجب أن ترونه حجة عندكم، فإن قلت إذا كان الطحاوي يحتج بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فما باله لم يقل لم يعمل بحديثه هذا ، قلت لأنه عارضه حديث طلق بن علي فلم يكن العمل به لتأخير حديث طلق عنه ، فثبت بذلك انتساخ أحاديث الإنتقاض بمس الفرج . فإن قلت حديث أبي هريرة الذي ذكرناه في هذا الباب ناسخ لحديث طلق لأن طلقاً قدم النبي ﷺ في ابتداء الهجرة والمسجد على العريش وأبو هريرة اسلم سنة (١) من الهجرة فكان حديثه متأخراً والأخذ بأحد الأمرين واجب لأنه ناسخ . والطبراني أيضاً مال إلى ان حديث طلق منسوخ . قلت روى أبو داود عن ابن طلق عن أبيه قال قدمنا على رسول الله ﷺ فجاء رجل كأنه بدوي فقال يا نبي الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعدما توضأ قال هل هو إلا بضعة منك أو بضعة منه . ففي قوله ما ترى إلى آخره ، دلالة على انه كان بلغه ان النبي ﷺ شرع فيه الوضوء فأراد أن يتقن ذلك ، وإلا فالمستقر عندهم ان الأحاديث إنما كانت من الخارج النجس وإلا فالعقل لا يهتدي إلى ان الذكر يناسبه نقض الوضوء ، فعلى هذا يكون حديث طلق هو آخر الأمرين. وكان أبو هريرة تأخر سمعه من بعض الصحابة ثم أرسله . وجواب آخر دعوى النسخ إنما يصح بعد ثبوت صحة الحديث ونحن لا نسلم صحة حديث أبي هريرة رضي الله عنه وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عند الدارقطني في سننه عن رسول الله ﷺ انه قال من مس ذكره فليتوضأ وضوء الصلاة . ورواه الطبراني في الكبير والبزاز في مسنده ولفظها من مس فرجه فليتوضأ . وأخرجه الطحاوي أيضاً وأعله بصدقة بن عبد الله في سنده ، وفي سند الطبراني العلائي بن سليمان ، وفي سند البزاز هاشم بن زيد وكلاهما ضعيفان جداً. وحديث طلق ابن علي عند الطبراني وفي الكبير ان النبي ﷺ قال من مس ذكره فليتوضأ . قلت يعارضه

(١) هكذا في الأصل ، وكان إسلام أبي هريرة بين الحديبية وخيبر أي في السنة السادسة اهـ مصححه

حديثه الآخر رواه أبو داود والترمذي والنسائي غير ملازم ابن عمرو وعن عبد الله بن زيد عن قيس بن طلق بن علي عن أبيه عن النبي ﷺ انـــه سئل عن الرجل يمس ذكره في الصلاة فقال هل هو إلا بضعة منك . وقال الترمذي هذا الحديث أحسن شيء في هـــذا الباب . رواه ابن حبان في صحيحه . وحديث ابن عباس عند البيهقي من جهة ابن عدي بن الكامل وفي اسناده الضحاك بن حمزة وهو منكر الحديث وحديث سعد بن أبي وقاص عند الحاكم وحديث أم سلمة عند الحاكم . وحديث النعمان بن بشير عند ابن مندة ، وأما حديث معاوية بن حدة وحديث أبي بن كعب وحديث قبيصة هذه الأحاديث كلها لا تخلو عن علة ، والحديث الذي عليه العمدة حديث طلق وقد ذكـــرنا الآن عن الترمذي ما قاله . وذكر عبد الحق في أحكامه حديث طلق وسكت عنه فهو صحيح عنده على إعادتـــه . وروي عن عمرو بن علي القلانسي انه قال حديث طلق عندنا أثبت من حـديث بشرة ، وتضعيف الخصم حديث طلق من جهة الطريق الذي فيه أيوب بن عتبة ومحمد بن جابر وهما ضعيفان ولا يضر ذلك ، لأن حديث طلق له أربع طرق . أحدهما عند أصحاب السنن عن ملازم بن عمرو . كما ذكرنا وهو صحيح . والثاني عن محمد بن جـابر وهو ضعيف أخرجه ابن ماجة من هذا الطريق . والثالث عن عبد الحميد بن جعفر وهو ضعيف أخرجه ابن عدي. والرابع عن أيوب بن عتبة وهو ضعيف . وأخرجه الطحاوي بالطريق الأول هذا حديث مستقيم الاسناد غير مضطرب في إسناده ولا شبه ثم أسند عن علي المدني انه قال حديث مـلازم بن عمرو أحسن من حديث بشرة . ولنا حديث آخر ولكنه ضعيف رواه أبو امامة رضي الله عنه ان رجلا سأل النبي ﷺ فقال انى مسست ذكرى وانا أصلى فقال إنما هو حذية منك . قال ابن الأثير قيل هي بالكسر ما قطع من اللحم طولاً .

ومن نواقض الوضوء عند الشافعي مس المرأة على ما نذكره مفصلاً وهو يحتج بـدلائل وصحح ، ونحن كذلك فإذا قطعنا النظر عن الكل يكفينا حديث عائشة المشهور رواه البخارى ومسلم من حديث أبي سلمة عن عائشة قـــالت كنت انام بين يدي النبي ﷺ ورجلاي في قلبه وإذا سجد غمزنى قبضت رجلي فإذا قام بسطتها والبيوت يومئذ ليس

فيها مصابيح . وفي لفظه فإذا أراد أن يسجد غمز رجلي فضممتها إلي ثم سجد . طريق آخر أخرجه مسلم عن أبي هريرة عن عائشة قالت تقدمت النبي ﷺ ذات ليلة فجعلت أطلبه بيدي فوقعت يدي على قدميه وهما منصوبتان وهو ساجد . للحديث طريق آخر رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث الأعمش عن حبيب بن أبي ثابت عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ قبل امرأة من نسائه ثم خرج إلى الصلاة ولم يتوضأ قال عروة فقلت لها من هي إلا أنت فضحكت . طريق آخر أخرجه أبو داود والنسائي عن الثوري عن ابن ودق عن ابراهيم التميمي عن عائشة ان النبي ﷺ كان يقبل بعض نسائه ثم يصلي ولا يتوضأ . ولحديث عائشة طريق آخر وما ذهب اليه الشافعي يروى عن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه وابن مسعود رضى الله عنه وابن عمر وزيد بن أسلم ومكحول والنخعي وعطاء بن السائب والزهري ويحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة وعلى بن أبى طالب وعبد الله بن عباس وأبى موسى الأشعري وعمر بن الخطاب رضى الله عنهم في الذي صححه أبو بكر بن الحربي وابن الجوزي ، ومذهب عبيدة السلماني بفتح العين المهملة ، وعبيدة الضمي بالضم وعطاء وطاووس والحسن البصري والشعبي والثوري والأوزاعي ان اللمس والملامسة كناية عن الجماع ولا يجب الوضوء على مس المرأة ، وقبلها إذا تيقن بعدم خروج المذي وبه قال أصابنا . وذهب مالك إلى انه ان لمس بشهوة ينتقض وإلا فلا ، وهو مروي عن الحكم وحماد والليث وإسحاق . وعن أحمد ثلاث روايات بالمذاهب الثلاث . وذهب داود إلى انه ان لمس عمداً انتقض ، وإلا فلا ، وعن الأوزاعي إذا لمس باعضاء الوضوء انتقض وإلا فلا ، وروى عنه أنه لا ينتقض إلا باللمس باليد. وذهب عطاء إلى انه إن لمس من يحل له انتقض وحجة الجمهور قوله تعالى ﴿أو لامستم النساء﴾ النساء / ٤٣ فالملامسة واللمس الجماع . وقال ابن رشد المالكي لأن كانت دلالته على المعنيين على السواء وقريباً من اللمس المسمى الأظهر عندي في الجماع ، لأن الله تعالى قد كنى بالمباشرة والمس بالجماع ولا فرق بين اللمس والمس في اللغة ، وان الملامسة ظاهرة في الجماع ، والمس سبب الجماع ، لأنه محرك للشهوة ، وذكر السبب وإراد المسبب من أقوى طرق

والدابة تخرج من الدبر ناقضة ، فإن خرجت من رأس الجرح ، أو سقط اللحم منه لا ينقض . والمراد بالدابة الدودة

---

المجاز . وقال القرطبي يلزم على مذهب الشافعي أن من ضرب امرأته أو لطمها ان ينقض وضوءه ، وهذا لا يقوله أحد فيا اعلم ، وحديث عائشة في التقبيل قد مر بطرقه .

ومن النواقض أكل لحم الجزور عند أحمد وإسحاق وأبي ثور ومحمد بن اسحاق ويحيى ابن يحيى . وعند الجمهور لا ينقض . ومنها غسل الميت عند أحمد .

( والدابة ) مبتدأ وهي الدودة التي نبتت في البطن قوله ( تخرج من الدبر ) جملة في محل النصب لأنها حال من الدابة وقوله ( ناقض ) خبر المبتدأ ، فإن قلت المطابقة شرط بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث . قلت التقدير ههنا خروج الدابة التي تخرج من الدبر ناقض لأن النقض بالخروج لا بنفس الدابة فافهم .

( فان خرجت ) أي الدابة ، والفاء في فإن خرجت تفسيريه ( من رأس الجرح أو سقط اللحم منه لا تنقض ) لأن عين الخارج ليست بنجسة ، وما عليها قليل وهو الناقض في السبيلين معفو في غيرهما ، فأشبه الخارج من الجرح الجشاء في عدم النقض ، والخارج من الدبر الفساء في نقض الوضوء به .

( والمراد بالدابة الدودة ) إنما فسر الدابة بالدودة لأن الدابة ما تدب على الأرض ، ربما يتوهم ان المراد بها ما يدخل الجرح كالذباب فيخرج منه فإنه لا ينقض ، ففسره بيانا لذلك . وقال الاترازي إنما فسر الدابة بعد أن ذكرها بجملة ولم يقل ابتداء دودة تخرج لأنه يغير لفظ محله ، ثم فسرها دفعاً لتشنيع البعض بأن الدابة وهي الفرس أو الحمار كيف يخرج من الدبر ، أو رأس الجرح . وهذا لأن الدابة في أصل اللغة اسم لكل ماش في الأرض . ثم قال الاترازي قال بعض الشارحين وجدت بخط ثقة إنما فسر الدابة بالدودة لأن الدابة اسم لما يدب على وجه الأرض ، فلو لم يفسرها بها لكان لقائل أن يقول المراد بالدابة هي التي تدخل من الذباب في الجرح ثم تخرج ، فأما التي تنشأ فيه كان منشأها من الدم وخروجاً كخروج الدم ، فينتقض بها الوضوء في غير السبيلين ، كما إذا خرج من السبيلين وهو أوجه ، لكني وجدت بخط ثقة إلى آخر ما ذكرنا ، قلت نظر الاترازي إلى

أول الكلام من غير أن يستوفي ما قاله السغناقي ، ثم شنع عليه بهذا التشنيع ، وليس له وجه ، لأنه قال ويريد صحة هذا التفسير ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في تعليل هذه المسألة بعلتين في الجامع الصغير بعدما ذكر خروجها من الجرح فقال بخلاف الدابة التي تخرج من الدبر لا يخلو من قليل بلة فبالنظر إلى العلة الأولى يجب أن لا ينقض الوضوء بالدابة التي تدخل الدبر ثم يخرج لأنها لم تستحل من العذرة ، وكذا بالنظر إلى العلة الثانية أيضاً لأنه قيد بالبلة وتحتمل أن تخرج بغير بلة ، والدليل عليه ما ذكره في المحيط انه إذا دخل العود في دبره وطرفه بيده ثم أخرجه فيه البلة نقض ، وإن لم تكن البلة فلا وضوء عليه . فإذا كان الأمر كذلك كيف يوجه الاترازي أن يشنع تشنيعاً غير موجه سمة[1] الغير معرفة بقوله لأن الذباب الداخل إلى آخره فيطلق كلامه ويسكت عنه تفسيره ، حتى يتوصل به إلى التشنيع البارد ، وهذا أشار به إلى الفرق بين المسألتين وهو قوله ( لان النجس ما عليها ) أو ما على الدودة ، لا يقال ان المصنف ناقض في كلامه ، لانه قال فيامضى مالايكون حدثاً لا يكون نجساً . وههنا قال لان النجس ما عليها ، لانا نقول هذا على قول محمد والذي هناك على قول أبي يوسف ، وجوابه وقال الاكمل ويجوز أن يقال أطلق النجس على ما يخرج من الجوف بطريق المشاكلة لما كان بالنسبة إلى الدبر نجساً ، ذكر في الخروج لفظ النجس . وقال الاترازي ويريد به حقيقته اللغوية لا الشرعية ، فيكون معناه ذلك النجس اللغوي قليله حدث في السبيلين دون غيرهما . قلت هذا كلام عجيب فمن تأمله يقف على فساده ، وذكر السغناقي ههنا ثلاثة أوجه ، منها على تقدير الشرطية وهي لو كان ثمة نجس فهو ما عليها . ورد عليه الاكمل فقال وهو غير صحيح لان على تقدير الشرطية إن كان على هذا الوجه لكن ثمة نجس فيكون ما عليها لم يستقم في الجرح ، لان ما لا يكون حدثاً لا يكون نجساً ، وهو ليس بحدث في الجرح فلا يكون نجساً . وإن كان على هذا الوجه لكن لم يكن نجس ما عليها فلا يكون نجساً لم يستقم في الدبر لانه نجس وحدث .

---

(١) هكذا ورد في الأصل اه مصححة .

وذلك قليـــل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما ، فاشبه الجشاء والفساء بخلاف الريـح الخارجـة من القبل والذكر ، لأنها لا تنبعث عن محـل النجاسة حتى لو كانت المرأة مفضاة يستحب لها الوضوء ، لاحتمال خروجها من الدبر .

---

( وذلك ) أي الذي عليهـا ( قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما ) أي دون غير السبيلين فإن القليل ليس بحدث في غيرهما ( فأشبه الجشاء والفساء ) هذا لف ونشر فإن قوله الجشاء يرجع الى القليل على الدود من غير السبيلين ، والفساء يرجع إلى السبيلين. والجشاء على وزن فعال . وقال الاصمعي كأنه من باب العطاس والبوال والدوار ، قلت هو مهموز اللام يقال تجشى تجشية وتجشا ، والاسم الجشية مثل الهمزة . والفساء بالمد أيضاً على وزن فعال اسم من فسا يفسو فسواً وهو معتل اللام الواوي . والجشاء صوت مع الريح يخرج من الفم عند الشبع . والفساء ريح منتنة تخرج من الدبر بلا صوت وربما يكون الجشاء منتناً أيضاً لكثرة الإمتلاء وفساد المعدة ( بخلاف الريح الخارج من القبل ) أي من المرأة والذكر ( لأنها لا تنبعث من محل النجاسة حتى لو كانت المرأة مفضاة ) أي التي صارت سبيلاها واحداً ، وفي الكافي المفضاة هي التي اتحد مسلكا بولها وغائطهـــا وخرجت من قبلها ريح منتنة . وفي البـــدائع وهي التي صار مسلك البول والوطىء واحداً ( فيستحب لها الوضوء احتياطاً لاحتمال خروجها من الدبر ) فيكـــو فساء ، ولا يجب لانها كانت على وضوء بيقين ولا يزول إلا بيقين مثله . فإن قيل ينبغي أن يجب لوضوء في الريح مطلقاً كما قال الشافعي لعموم قوله عليه السلام حين سأل عن الحدث قال ما يخرج من السبيلين ، والعبرة في النصوص بعين النص لا بمعناه . قلنا عن محمد انـــه يجب الوضوء . ومن المشايخ من قال في المفضاة إذا كان الريح منتناً يجب الوضوء وما لا فلا . والدودة الخارجة من قبل المرأة بمنزلة الريح على الخلاف المذكور . والخارجة من ذكر المرء لا وضوء فيها والخارجة من الفم قيل لا ينقض وكذا الخارجة من الانف والاذن لا ينقض الوضوء . قلت ينبغي أن يكون عدم النقض عند عدم البلة فافهم .

ثم اعلم انهم اختلفوا في ان عين الريح نجس أو متنجس ، فمن قال متنجس وقـــال بنجاسة عينها ، قال يتنجس السراويل . ومن قال بطهارة عينها لم يقل به كما مرت الريح

فإن قشرت نفطة فسال منها ماء أو صديد أو غيره ان سال عن رأس الجرح نقض ، وإن لم يسل لا ينقض ، وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين . وقال الشافعي رحمه الله لا ينقض في الوجهين وهي مسألة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة لأن الدم ينضج فيصير قيحاً ، ثم يزداد نضجاً فيصير صديداً ، ثم يصير ماء

---

بنجاسة ثم مرت بثوب مبتل فإنه لا ينجس بها . وفي قول المصنف لاحتمال خروجها من الدبر فائدة أخرى وهي ان المفضاة إذا طلقها زوجها ثلاثاً وتزوجت بآخر ودخل بها الزوج الثاني لا تحل للأول ما لم تحمل لاحتمال ان الوطىء كان في دبرها لا في قبلها كذا في الفوائد الظهرية .

( **فان قشرت نفطة** ) إنما ذكرها بالفاء لانها من فروع المسائل السابقة ، والنفطة بالحركات الثلاث في نونها يخرج البدن ملآن من قولهم انتفط فلان أي امتلاء غضبا ، ثم النفطة إذا قشرت ( **فسال منها ماء أو صديد أو غيره** ) نحو القيح ( **ان سال عن رأس الجرح نقض الوضوء وإن لم يسل لا ينقض** ) أراد ان لم يتجاوز عن رأس الجرح لاينقض الوضوء . وعن أبي حنيفة إذا خرج ماء صاف لا ينقض وإن سال ( **وقال زفر ينقض في الوجهين** ) يعني سال عن رأس الجرح أو لم يسل .

( **وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين** ) بناء على أصله ( **وهي** ) أي هذه المسألة هي ( **مسألة الخارج من غير السبيلين** ) بالخلاف المذكور فيها فيما تقدم ، وإنما أعادها ههنا وإن كانت تعلم مما تقدم ليعلم الفرق بين الخارج والمخرج ، أو لان الماء لم يذكر من قبل فأعادها ليعلم ههنا ان حكم الماء حكم غيره .

( **وهذه الجملة** ) أي الماء والصديد وغيرهما ( **نجسة لأن الدم ينضج فيصير قيحاً ، ثم يزداد نضجاً فيصير صديداً ، ثم يصير ماء** ) أشار بهذا إلى أن اللون الأصلي هو الحمرة فيصير دماً ، ثم بالنضج يصير قيحاً ، ثم يترقى فيصير صديداً ، ثم يزداد النضج فتزول صفته فيصير ماء . قال ابن الاثير القيح المدة ، يقال قاحت القرحة . وقال الجوهري القيح

**هذا إذا قشرها فخرج بنفسه ، واما إذا عصرها فخرج بعصره فلا ينقض ، لأنه مخرج وليس بخارج والله أعلم .**

---

المدة لا يخالطها دم . وقال ابن الاثير الصديد الدم وليس كذلك ، بل الصديد ماء الجرح الرقيق المختلط بـــالدم قبل أن تغلظ المدة ، يقال أصد الجرح أي صـــار فيه المدة قاله الجوهري .

( **وهذا** ) أي الذى ذكرنا من النقض ( **إذا قشرها** ) أي إذا قشر المتوضىء النفطه ( **فخرج بنفسه** ) أي فخرج الماء أو الصديد أو القيح بنفسه من غير علاج من القاشر ( **وأما إذا عصرها** ) أي أما إذا عصر المتوضىء النفطة ( **فخرج** ) أي أحد الاشيـــاء المذكورة ( **بعصره** ) أي بسبب لا بنفسه (**لا ينقض لأنه مخرج** ) بضم الميم ( **وليس بخارج** ) والنقض بسبب الخارج كما عرفت . وهذا الذي ذكره اختيار بعض المشايخ واختاره المصنف . وقال آخرون ينقض . وقال الاكمل قال بعض الشارحين وهذا هو المختار عندي لان الخروج لازم الاخراج ، فلا بد من وجود اللازم عند وجود الملزوم ، وفيه نظر ، لان الإخراج ليس بمنصوص عليه وإن كان يستلزمه فكان ثبوته غير قصدي ولا معتبر به . قلت أراد بقوله قال بعض الشارحين الاترازي فإنه قال في شرحه ، وقال في الفتوى والخلاصة ينقض وبعض مشايخنا على هذا ، وهذا المختار عندي لان الاحتياط فيه وإن كان الرفق بالناس في الاول ، وتحقيقه من عندي أن الخروج لازم الإخراج إلى آخر ما ذكره ، وجه النظر ما ذكره وفيه نظر ، لان ثبوت اللازم يستلزم ثبوت الملزوم غير قصدى ، والاحتياط في كونه معتبراً لانه من باب العبادة . وفي النوازل وفتاوى العتابى عصرت القرحة فخرج منها شيء ولو لم يعصر لا يخرج لا ينقض ، ولكن قال وفيه نظر . وفي الجامع للامام السرخسي إذا عصرها فخرج الدم بعصرها انتقض وهو حدث عمداً كالفصد والحجامة ولايبني على صلاته وفي الكافي الاصح ان المخرج ناقض .

# فصل في الغسل

## وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي رحمه الله هما سنتان فيه

( **فصل** ) أي هذا فصل ( **في** ) بيان أحكام ( **الغسل** ) وقد بينا معناه لغة واصطلاحاً وإعراباً أيضاً فيما تقدم . والغسل بضم الغين اسم من الإغتسال . وبفتح الغين مصدر غسل يغسل من باب ضرب يضرب . وبكسر الغين ما يغسل به من خطمي ونحوه . وقال ابن الأثير الغسل بالضم الماء الذي يغتسل به كالأكل لما يؤكل ، وهو الإسم أيضاً من غسله ، يقال الغسل بفتح الغين وضمها لغتان ، والفتح أفصح وأشهر عند أهل اللغة ، والضم هو الذي يستعملها الفقهاء أو أكثرهم . وزعم بعض المتأخرين أن الفقهاء غلطوا في الضم وليس كما قال بل غلط هو في إنكاره ما لم يعرفه ، وقيل بالضم إسم الإغتسال الذي يعم البدن كله ذكره الأزهري . وقال عبد الحق وقد أولع الفقهاء باتباع المضموم على فعل الغسل لا وجه له ، وإنما قدم فصل الوضوء على الغسل لأن الحاجة إلى الوضوء أكثر ، ولأن محل الوضوء جزء البدن ومحل الغسل كله والجزء قبل الكل ، واقتداء بكتاب الله تعالى فإنه وقع على هذا الترتيب ، أو لأن الوضوء وظيفة الحدث الأصغر والغسل وظيفة الحدث الأكبر ، والأصغر مقدم على الأكبر بمعنى أنه مقدمة الأكبر ثم ترتيب الغسل عليه باعتبار أنهما طهارتان تعلقتا بالبدن .

( **وفرض الغسل** ) بضم الغين أي مفروض الغسل، كما يقال هذه الدراهم ضرب الأمير أي مضروبه . والواو فيه إما للاستئناف وإما للعطف على قوله ففرض الطهارة ( **المضمضة والاستنشاق** ) قد مر تفسيرهما في فصل الطهارة ( **وغسل سائر البدن** ) أي باقي البدن ، وغسل الشيء عبارة عن إزالة الوسخ عنه بإجراء الماء عليه . والحاصل أن فرض الغسل ثلاثة منها المضمضة والإستنشاق وبه قال الثوري وابن سيرين والليث وابن عرفة وهو مذهب ابن عباس وغيره من الصحابة .

( **وعند الشافعي هما سنتان فيه** ) أي في الغسل ، وبه قال مالك ، وحكاه ابن المنذر عن الحسن البصري والزهري والحاكم وقتادة وربيعة ويحيى بن سعيد الأنصاري ورواية

عن عطاء وأحمد في روايةوفي رواية أخرى وهي المشهورة أنهما واجبتان وشرطان لصحتها، وهو مذهب ابن أبي ليلى وحماد وإسحاق . وقال أبو ثور وأبو عبيد وداود الإستنشاق واجب في الوضوء والغسل دون المضمضة وهو رواية ثالثة عن أحمد . وقال ابن المنذر وبه أقول ( لقوله عليه السلام عشر من الفطرة ) هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخارى ومسلم وأبو داود وابن ماجة في الطهارة والترمذي في الاستئذان ، وقال حديث حسن . والنسائي في الزينة كلهم عن مصعب بن شيبب عن طلق بن حبيب عن عبد الله بن الزبير عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ عشرة من الفطرة قص الشارب ، وإعفاء اللحية ، والسواك والاستنشاق ، قال ونتف الابط ، وحلق العانة ، وانتفاض الماء . قال مصعب ونسيت العاشرة إلا أن تكون المضمضة . وأخرج أبو داود وابن ماجة من حديث علي بن زيد عن سلمة بن محمد بن عمار بن ياسر عن عمار بن ياسر أن رسول الله ﷺ قال من الفطرة المضمضة ، والاستنشاق ، والسواك ، وقص الشارب ، وتقليم الاظفار ونتف الابط ، والاستحداد ، وغسل البراجم والاستصباح بالماء، والاختتان. ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والبيهقي في سننه ، وشراح الكتاب المشهورون لم يذكر أحد هذا الحديث بحقه ولا ذكروا من رواه، ولا كيف حاله . وأعجب من ذلك كله يفسرون العشر بقولهم خمس منها في الرأس وخمس في الجسد ، فالتي في الرأس الفرق ، والسواك ، والمضمضة ، والاستنشاق ، وقص الشارب ، والتي في الجسد الختان ، وحلق العانة ، ونتف الابط ، وتقليم الأظفار ، والاستنجاء بالماء . وذكروا الفرق ولم يذكروا الحديث المذكور وإعفاء اللحية . وذكر في الحديث المذكور وذكر الاختتان في حديث أبي داود. وقوله عشرة من الفطرة مبتدأ وخبر فإن قلت عشر كيف يكون وقع مبتدأ وقد علم أن العدد إذا ذكر وأريد به المعدود فهو غير علم ، وهو منصرف ، كقولك عندي ستة ، لأن المراد بهذه الستة هو المعدود ولا العدد ، لأن العدد ليس شيئاً يكون وقع مبتدأ . قلت لأنه أريد به المعدود المعروف فيكون علماً فيقع مبتدأ، وقد علم أن العدد إذا ذكر وأريد به فهو غير علم فهو منصرف كقولك عندك ستة لأن المراد بهذه الستة هو المعدود لا العدد،

لأن العدد ليس شيئاً يكون عندك، وإذا أريد به العدد فيحتمل أن يكون ستة من الدراهم أو الدنانير أو غيرهما . فإذا كان كذلك يكون نكرة ، وأما إذا أريد به العدد المعروف يكون علماً غير منصرف للعلمية والتأنيث، تقول عشرة ضعف خمسة عشرة، ههنامنصرف لعدم التأنيث ، ثم انه يفسر باسم جمع وهو نحو خصال ، والتقدير عشر خصال من الفطرة وقد علم أن عشر وأخواته إذا فسر باسم جنس أو اسم مؤنث لا يقال بالتاء، نحو ثلاث من التمر وعشر من الابل . وإذا كان المعدود ما يذكر ويؤنث كحال ولسان وعين يجوز تذكيره وتأنيثه نحو ثلاثة أحوال، وثلاث أحوال ، ويمكن الوجهان في اسم جنس واحدة بالتاء كبقر ونخل فيقال ثلاث من البقر وثلاثة من البقرة، والفطرة السنة وتأويله أن هذه العشرة من سنن الأنبياء عليهم السلام الذين أمرنا أن نقتدى بهم، وأول من أمر بها إبراهيم عليه السلام . وكلمة من للتبعيض لأن السنن كثيرة . والاعفاء من أعفى وثلاثيه عفى يقال عفى الشيء إذا كثر وزادمن ذلك عفى الزرع ، واعفاء اللحية إرسالها وتوفيرها .

قوله والسواك أي واستعمال السواك . قوله والانتقاص بالماء بالقاف والصاد المهملة وقد فسره وكيع بأنه الاستنجاء . وقال أبو عبيد معناه انتقاص البول بسبب استعمال الماء في غسل مذاكيره ، وقيل هو الانتضاح كما في رواية أبي داود والآخرين . وقال الجمهور الانتضاح نضح الفرج بماء قليل بعد الوضوء لينفي عنه الوسواس. وقال ابن الأثير أنه روى انتفاص بالفاء والصاد المهملة ، وقال في فصل الفاء قيل الصواب أنه بالفاء، قال والمراد نضحه على الذكر من قولهم نضح الماء القليل بعضه وجمعها نقض. وقال النووى في شرح مسلم هذا الذى ذكره شاذ ، والصواب هو الأول . قوله ونسيت العاشرة أي الخصلة العاشرة . والاستحداد استعمال الحديدة وهي الموس والمراد بها حلق العانة . وغسل البراجم بفتح الباء الموحدة وبالجيم جمع برجمة بضم الباء وهي عقد الأصابع ومفاصلها كلها ، وغسلها تنظيفها من الوسخ . وقال الخطابي انه الواجب ما بين البراجم . وأما الفرق الذى ذكره الشراح فقد وقع في رواية ابن عباس ورواه ابو داود عنه أنه قال خمس كلها في الرأس وذكر فيها الفرق ، ولم يذكر اعفاء اللحية . والفرق بالسكون مصدر من

فرق شعره إذا جعله فرقتين وقد انفرق شعره في مفرقه وهو وسط رأسه ، وأصله من الفرق بين الشيئين وفي المطالع وكانوا يفرقون بالتخفيف أشهر وقد شددها بعضهم . ثم اعلم أن الحديث المذكور وإن كان مسلم قد أخرجه فقد أثبت فيه ابن مندة علتين احدها من جهة مصعب فإنه قال النسائي فيه في سننه منكر الحديث ، وقال أبو حاتم ليس بقوى ، ولا يوجد من وثقه . والثاني أن سليمان السمني رواه عن طلق بن حبيب عن أبي الزبير مرسلاً هكذا رواه النسائي في سننه ، ولأجل هاتين العلتين لم يخرجه البخاري ، ولم يلتفت مسلم إليهما لأن مصعباً عنده ثقة ، والثقة إذا أوصل حديثه يقدم وصله على الإرسال .

( **أي من السنة** ) هذا تفسير الفطرة وليس من الحديث ، وللفطرة معان بمعنى دين الإسلام ، وبمعنى الخلق ، وبمعنى الإختراع والإبداع . وقال الخطابي فسرها أكثر العلماء بالسنة . وقال ابن الصلاح هذا فيه إشكال لبعد معنى السنة من معنى الفطرة في اللغة ، فلعل وجهه ان اصله سنة الفطرة أراد بها فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه . وقال النووي تفسيرها بالسنة هو الصواب ، ففي صحيح البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي عليه السلام قال من السنة قص الشارب ونتف الابط وتقليم الأظفار ( **وذكر فيها** ) أي في الفطرة التي هي السنة ( **المضمضة والاستنشاق ولهذا** ) أي ولأجل كونهما من السنة ( **كانتا سنتين في الوضوء** ) عنده وعندنا أيضاً وعند أحمد فرض في الوضوء والغسل جميعاً .

( **ولنا قوله تعالى ﴿ وان كنتم جنباً فاطهروا ﴾** ) ٦ / المائدة أي اغسلوا على وجه المبالغة ، والجنب يستوي فيه الواحد والاثنان والجمع والمذكر والمؤنث ، لأنه اسم جرى مجرى المصدر الذي هو الاجناب ، يقال أجنب يجتنب . والجنابة الاسم وهي في اللغة البعد وسمي الانسان جنباً لأنه نهى أن يقرب مواضع الصلاة ما لم يتطهر ، وقيل لمجانبة الناس حتى يتطهر . قال الجوهري يقال أجنب الرجل وجنب أيضاً بالضم قلت الجنب صفة مشبهة وهو الذي يجب عليه الغسل بالجماع وخروج المني على اجناب وجنبين قوله

﴿ فاطهروا ﴾ صيغة أمر الجماعة، أصله تطهروا فلما قصد الادغام قلبت التاء طاء فأدغم في الطاء ، واجتلبت همزة الوصل ومعناه طهروا أبدانكم. قال الاترازى رحمه الله في شرحه قوله فاطهروا أمر بالاطهار فكان يجنبه لو كانت هكذا ولنا قوله تعالى ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ ٦ / المائدة أمر بالاطهار .ثم شرحه بقوله قوله أمر بالتطهر بضم الهاء لأن أصله تطهروا فادغمت التاء في التاء لقرب المخرج ، وحتى بهمزة الوصل ليتوسل بها إلى النطق فصار اطهروا . قلت غالب النسخ التي عثرنا عليها هكذا ولنا قوله تعالى ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ النساء/٤٣ وهو أمر بتطهير جميع البدن إلا مايتعذر، اه . فإن كان الذى نقله هو لفظ المصنف يكون قصده الاشارة إلى أن قوله فاطهروا من باب التفعل لا من باب الافتعال ، ليدل على التكلف والأعمال. ومعناه أن الفاعل تبعاً في ذلك الفعل فيحصل ويصير معناه استعمل الشجاعة وكلف نفسه إياها ، كذلك استعمل يصير بالتكلف ، ثم شرح الاترازى ههنا بقوله وبعض من لا خبرة له ولا دراية يقرؤه بالاطهار ، وما ذلك إلا لحرمانه من العربية والمصنف بريء من عهدته . قلت هذا تشنيع بارد وهو تشنيع من لا خبرة له في قواعد العربية قرن الاطهار الذى قواه ذلك التشنيع عليه من باب الافتعال كان أصله الاطهار ، فقلبت التاء طاء وأدغمت الطاء في الطاء على ما هو القاعدة، وهذا الباب أيضاً يدل على التكلف والاعتمال ما ليس في كسب فلذلك كما في قوله تعالى ﴿ لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ﴾ البقرة / ٢٨٦ بكلمة على وليست بكلمة اللام ما اكتسبت على وكسبت مشكلة اللام . ثم قوله والمصنف بريء من عهدته أبرد من تشنيعه بغير وجه لأن الذى قرأه بالاطهار هل على أمر كسب خطيئة أنزل حفظه أو ذكر الخلاف ما تقتضيه القواعد ، وخالف المصنف بغير وجه حتى يبرأ عنه المصنف

( **وهذا أمر بتطهير جميع البدن** ) أى قوله تعالى ﴿ فاطهروا ﴾ أمر لتطهير سائر البدن في حق الجنب حتى تجب عليه المضمضة ، والاستنشاق ، وإيصال الماء إلى باطن السرة ، وتحريك الخاتم ، وقد روى أبو داود والترمذى وابن ماجة من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ان تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وانقوا البشرة . هي

ظاهر الجلد فيجب غسل جميعها ولهذا احتج أصحابنا على فريضة المضمضة والاستنشاق في الغسل . وشنع الخطابي ههنا على أصحابنا وقال عليه السلام من يحتج بفريضة المضمضة من الجنابة وان داخل الفم من البشرة ، وهذا خلاف قول أهل اللغة لأن البشرة عندهم ما ظهر من البدن وداخل الفم والأنف ليس منها . قلت ليس كذلك فإن أصحابنا احتجوا بفريضة الاستنشاق في الجنابة بقوله عليه السلام ان تحت كل شعرة جنابة . وفي الأنف شعور ، وأما المضمضة فإن الفم من ظاهر البدن بدليل أنه لا يقدح في الصوم فيطلق عليه ما يطلق على البدن ، فهذا باعتبار الفريضة لا باعتبار ما قاله الخطابي ، ثم استثنى من ذلك ما يتعذر إيصال الماء إليه من البدن بقوله :

( **إلا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه خارج** ) عن قضية النص أى مقتضى النص وتناوله بجميع البدن ، لأن البدن إسم للظاهر والباطن سقط لأجل التعذر في إمكان غسله ، لأن تكليف ما ليس في الوسع مستحيل كما يسقط الظاهر إذا كان به جراح أو عدم الماء ، والأنف والفم يمكن غسلها فانهما يغسلان عادة وعبادة نفلاً في الوضوء، وفرضها في النجاسة الحقيقية فيتناولها الأمر وأما القياس فلتعذر إدخال الماء فيها والعسر معنى كالتعذر لقوله تعالى ﴿ ما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ الحج | ٧٨ وفي غسلها من الجرح ما لا يخفى ، ولهذا لا تغسل العين إذا تكحل بالكحل النجس. وروى أبو داود والترمذى عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وانقوا البشر . ويروى فاغسلوا الفرق ، وعن علي رضي الله عنه عن النبي عليه السلام من ترك موضع شعرة لم يصب الماء فعل به كذا وكذا في النار قال فمن ثم عاديت شعري كان ثلاثاً وكان تحته شعرة رواه أبو داود وأحمد وغيرهما باسناد حسن وروى الدارقطني عن ابن سيرين عن النبي ﷺ قال أمر رسول الله ﷺ بالاستنشاق من الجنابة . وروى أيضاً عن ابن عباس أمر النبي بالمضمضة والاستنشاق إن كان جنباً أعاد المضمضة والاستنشاق واستأنف الصلاة عليه ان فرضها في الجنابة ( **بخلاف الوضوء** ) جواب عن قياس الشافعي الغسل بالوضوء (**لأن الواجب فيه** ) أى في الوضوء ( **غسل الوجه** )

**والمواجهة فيهما منعدمة، والمراد بما روى حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء .**

---

لاجميع البدن ( **والمواجهة فيهما** ) أى محل المضمضة والاستنشاق (**منعدمة**) أى معدومة وأهل التصريف يحملون العدم خطأ مطاوعة ، لأن الفعل للمطاوعة وهو مختص بالعلاج والتأثير ، وجوابه معدومة .

( **والمراد بما روى حالة الحدث** ) جواب عن حديث الشافعي بحمله على الوضوء أي المراد من كونهما سنتين في الوضوء ( **بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء** ) لم يذكر أحد من الشراح أصل هذا الحديث وإنما قال الاترازي وتبعه الأكمل بدليل ما روى عن ابن عباس وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال انهما فرضان في الجنابة نفلان في الوضوء . ولفظ الأكمل سنتان في الوضوء .وقال السروجي وأما قول صاحب الهداية بدليل قوله ﷺ انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء فلا يعرف . قلت روى الدارقطني ثم البيهقي في سننهما ما يقارب ذلك من حديث بركة بن محمد الجهني عن يوسف بن اسباط عن سفيان عن خالد الحداد عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ المضمضة والإستنشاق للجنب ثلاثاً فريضة . ورواه الحاكم في المستدرك ولفظه قال جعل رسول الله ﷺ المضمضة والإستنشاق للجنب ثلاثاًفريضة.وقال الحاكم في المستدرك في الموجل بركة بن محمد الحلى ويروى عن يوسف بن اسباط أحاديث موضوعة . وقال الدارقطني حديث بركة باطل لم يحدث به غيره وهو يضع الحديث . وقال البيهقي رواه الثقات عن سفيان الثوري عن خالد الحداد عن ابن سيرين مرسلاً.وقال الشيخ تقي الدين ابن الإمام وقد روى هذا الحديث موصولاً من غير حديث بركة أخرجه الإمام أبو بركة الخطيب من جهة الدارقطني حدثنا علي بن محمد بن يحيى بن مهران السوق حدثنا سليمان بن الربيع المهدي حدثنا حمام بن سلمة حدثنا سفيان الثوري عن خالد الحداد عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ المضمضة والإستنشاق ثلاثاً للجنب فريضة ، قال الدارقطني غريب تفرد سليمان بن الربيع عن همام . وروى البيهقي من طريق الدارقطني بسنده عن أبي حنيفة عن عثمان بن راشد عن عائشة بنت محمد عن ابن عباس

فيمن نسي المضمضة والاستنشاق قال لا يعيد إلا أن يكون جنباً . وجواب آخر عما استدل به الشافعي ان الختان فرض عنده وكذا انتقاض الماء وهو الاستنجاء فرض عنده، فكل جواب له عنهما فهو جواب لنا في المضمضة والإستنشاق .

فروع – جنب اغتسل ولم يتمضمض إلا انه شرب الماء هل يقوم الشرب مقام المضمضة أجاب أبو الفضل وقال نعم . وقال الفقيه أبو جعفر ان بلغ البلل نواحي الفم كما يبلغ له تمضمضاً يجوز وما لا فلا . وقيل إذا كان الرجل عالماً أو مصرياً لا يجوز له لأنه يشرب على وجه السنة يمص مصاً وإن كان غير عالم أو بدوياً يعب الماء عبا فيصل الماء جميع فمه فيجوز ، لأن الجنابة تحولت إلى الفم فطهر الفم بشرب الماء .

فرع – آخر والاقلف لا يجب عليه إدخال الماء داخل الجلد لأنه خلقة له وهو المختار.

( **وسننه** ) أي سنن الغسل ( **أن يبدأ المغتسل** ) أي من يريد الإغتسال من قبل قوله تعالى ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله ﴾ النحل ٩٨ . أي إذا أردت أن تقرأ القرآن والمعنى من شرع في الإغتسال ( **فيغسل يديه** ) بنصب اللام عطف على قوله ان يبدأ ،والفاء للعطف . وقال السروجي الفاء للتفسير قلت ليس في قوله أن يبدأ ابهام حتى يفسر على ما لا يخفى ( **وفرجه** ) بالنصب فرجه الفرج يتناول القبل والدبر ( **ثم يزيل النجاسة إن كانت على بدنه** ) وقع في بعض النسخ ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه بواو العطف وتنكير النجاسة . قال السغناقي قيل والأصح أن يقال ويزيل نجاسته لأن حرف التعريف لا يخلو اما أن يراد به العهد ، أو الجنس ولا يجوز الأول لأن قوله إن كانت كلمة الشك يأباه لأن العهد يقتضي التقرير اما ذكراً أو علماً ولا يجوز الثاني ، لأن كون النجاسة كلها في بدنه محال وأقل النجاسة التي ليس دونها أقل وهو الجزء الذي لا يتجزأ غير مرادة ، لأنه علل ذلك في الكتاب بقوله كيلا يزداد باصابة الماء ، وهذا الذي ذكرناه لا يزداد عند اصابة الماء ، لما انه ذكر الامام التمرتاشي في الجامع الصغير قال وفي التفاريق عن أبي عصبة لو أصابت النجاسة مثل رؤوس الابر ثم أصاب ذلك الموضع ماء لم يتنجس ، قلت هذا الذي ذكره منقول عن الإمام حميد الدين الضرير في شرحه ثم قال السغناقي قلت إلا ان الرواية

بالالف واللام قد ثبتت في النسخ فوجه أن تحمل الألف واللام على تحسين النظم من غير اعتبار تعريف الجنس وتعريف العهد فكان ينبيء عن معنى التنكير نحو قوله تعالى ﴿ كمثل الحمار يحمل أسفاراً ﴾ الجمعة ٥ وقوله تعالى ﴿ وآية لهم الارض الميتة أحييناها ﴾ يس ٣٣ وحيث وصفها بالجملة الفعلية لبقائها على معنى التنكير ، فكانت من قبيل قول القائل – ولقد أمر على اللئيم يسبني – وقال بعض الشارحين ربما يتعين التنكير إذا انحصرت اللام في التعريفين وليس كذلك ، يجوز أن تكون اللام لتعريف الماهية . فقلت أراد ببعض الشارحين قوام الدين فإنه قال في شرحه ثم قال الاكمل هذا ليس بشيء لأن الماهية من حيث هي لا توجد في الخارج ، فاما أن توجد في الاول أو في غيره وذلك فاسد لما مر . وقال تاج الشريعة ويزيل نجاسته بدون الالف واللام أولى لانها عست أن تكون وعست أن لا تكون فذكرها منونة أولى ، ثم ذكر وجه الاولوية كما ذكرناه ، قلت هذا كله تكلف منهم لان مثل هـذا إذا وقع في الكتاب أو كلام النبي ﷺ الذي هو أفصح الخلائق يستقل وفي غيرها يوقف على الصواب وإن وقع على غير نهج الصواب يبدل بالصواب .

( **ثم يتوضأ وضوءه للصلاة** ) بالنصب عطفاً على أن يبدأ أي مثل وضوئـه للصلاة ، إنما قاله هكذا كيلا يتوهم اذ يريد به غسل اليدين إلى المرفقين لأنه قد يسمى وضوءاً ، كما في قوله عليه السلام الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر . وقيل احترز به عما روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ان الجنب يتوضأ ولا يمسح رأسه ، لأنـــه لا فائدة فيه لوجود اسالة الماء من بعد وذلك بعدم معنى المسح بخلاف سائر الأعضاء لأن السيل هو الموجود فلم يكن السيل من بعد معدماً له . فإن قلت لم يعلم من عبارته حال هذا الوضوء هل هو سنة أو فرض قلت غير واجب عندنا فيدخل الوضوء في الغسل كالحائض إذا اجنبت يكفيها غسل واحـــد ومنهم من أوجبه إذا كان محدثاً قبل الجنابة . وقال داود يجب الوضوء والغسل في الجنابة المجردة بأن يأتي الغلام والبهيمة أو لف ذكره بخرقة فأنزل وفي احد قولي الشافعي يلزمه الوضوء في الجنابة مع الحدث . وفي قوله الآخر يقتصر على الغسل لكن لا يلزم أن ينوي الحدث والجنابة في قوله وفي قول يكفي نية الغسل ، ومنهم من أوجب الوضوء بعد الغسل وانكره

علي وابن مسعود رضي الله عنهما . وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ لا يتوضأ بعد الغسل رواه مسلم والأربعة !

( إلا رجليه ) يعني يؤخر غسل رجليه لأن في حديث ميمونة رضي الله عنها على ما يأتي هكذا : ثم تنحى عن مقامه ذلك فغسل رجليه . وهذا يقتضي تأخير غسل الرجلين عن اكمال الوضوء ، وبعضهم أجاز التكميل ومنهم الشافعي رحمه الله بظاهر حديث عائشة رضي الله عنها كان رسول الله ﷺ إذا اغتسل من الجنابة بدأ بغسل يديه ثم يتوضأ كما يتوضأ للصلاة ثم يدخل أصابعه في الماء فيخلل بها أصول شعره ثم يفيض الماء على جلده كله . رواه البخاري ومسلم . والعجب من الشافعي كيف اختار التكميل فإن في حديث ميمونة النص على تأخير غسل الرجلين ، وحديث عائشة مطلق ومن مذهبه حمل المطلق على المقيد في حادثتين فكيف في حادثة واحدة وهو نقض لأجله ، والحديثان صحيحان وليس فيهما كلام ، فإن قلت كيف التوفيق بين الروايتين عندنا قلت عائشة رضي الله عنها ارجح بطول الصحبة والضبط في الحديث . وفي شرح الوجيز كلاهما سنة والكلام في الأولى . وفي المجتبى والاصح انه إن لم يكن في منبع الماء يتقدم بقدم وهو التوفيق بين الروايتين . وفي المبسوط إنما يؤخر غسلهما إذا كانا فيه حتى لو كان على حجر أو لوح أو أجر لا يؤخر كما ذكره في المتن على ما يأتي ( **ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثاً** ) ثم يفيض بالنصب عطفاً على قوله ثم يتوضأ قوله وسائر جسده أي باقي جسده . قال أبو منصور الازهري وفي تهذيب اللغة اتفقوا على أن معنى سائر الباقي . وقال ابن الصلاح سائر بمعنى الجميع مردود عند أهل اللغة معدود من غلط ، ولا يلتفت إلى قول الجوهري ان سائر بمعنى الجميع ، فإنه ممن لا يقبل قوله فيما ينفرد به . وقال السروجي وقوله عليه السلام لغيلان الديلمي أسلم على أكثر من أربع آخر وقدر منهن اربعا وفارق سائرهن يعني أن يكون سائر بمعنى الباقي دون الجميع للتناقض ، فهذا يؤيد ما ذكره ابن الصلاح وحكم على الجوهري بالغلط في موضعين ، أحدهما في تفسيره بالجميع . الثاني في ذكره في سؤر وحقه ان يذكر في باب سؤر مهموز العين لا في معتل العين . قال لانه من السؤر الذي هو

مهموز العين بمعنى البقية ، قلنا له والجوهري لم ينفرد به وقد وافقه أبو منصور الجوالقي في شرح أدب الكاتب انه بمعنى الجميع ، وأنكر أبو علي ان يكون السائر بمعنى السؤر بمعنى البقية لانها بمعنى الاقل والسائر يقتضي الاكثر لان السائر لما كثر والبقية لما قل . وقال ابن سيرين من جمله سائر من سار يسير يجوز أن يقول نفيت سائر الاديان أي نفي جميع الاديان . ثم قال السروجي كون السائر لما كثر لا يمنع أن يكون من السؤر ويكون قد غلب في السؤر الخاص وهو الغالب في اليسير والكثير كالنجم والبقية أيضاً في القليل بالقلة لانها فعيلة من بقي تقول ذهب زيد وبقي القوم بعده ، قلت ذكره الصاغاني في العباب في سائر مهموز العين ثم قال وسائر القوم بقيتهم وليس معناه جماعة الناس كما زعم من قصر في اللغة باعا وعناء ففي اختيار الغرائب باعه وهومشتق من السؤر ، فكما ان السؤر البقية والفضلة فكذلك السائر في قوله ثلاثاً بالنصب على انه صفة لمصدر محذوف ، أي ثم يفيض الماء ثلاثاً أي ثلاث مرات . وكيفية الإفاضة أن يفيض الماء على منكبه الايمن ثلاثاً ثم الايسر ثلاثاً ثم على رأسه وسائر جسده ثلاثاً ، هكذا قاله الحلواني وقيل يبدأ به ثلاثاً ثم بالرأس ثم بالايسر . وقيل يبدأ بالرأس كما أشار إليه القدوري ، وهكذا قال في كتب أصحاب الشافعي .

( **ثم يتنحى من ذلك المكان** ) أي ثم يتحول من المكان الذي اغتسل فيه ( **فيغسل رجلية** ) بنصب اللام ( **هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله ﷺ** ) حديث ميمونة أخرجه الائمة الستة في كتبهم مطولاً ومختصراً عن عبيد الله بن عباس رضي الله عنه قال حدثتني خالتي ميمونة رضي الله عنها قالت إذا أتيت رسول الله ﷺ غسل من الجنابة فغسل كفيه مرتين أو ثلاثاً ثم أدخل يديه في الإناء ، ثم أفرغ على فرجه وغسله بشماله ، ثم ضرب بشماله الارض فدلك دلكاً شديداً ، ثم توضأ وضوءه للصلاة ، ثم افرغ على رأسه ثلاث حثيات من كفه ، ثم غسل سائر جسده ، ثم تنحى عن مقامه ذلك فغسل رجليه ، ثم أتيته بالمنديل فرده . وفي رواية وضعت النبي عليه السلام وضوء

وإنما يؤخر غسل رجليه، لأنهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر ، وإنما يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد بإصابة الماء .

---

الجنابة . وفي الترمذي غسلا . وفي بعض طرقه ماء . وفي رواية ثم دلك بيده الحائط والارض . وفي رواية فأتيته بخرقة فلم يردها . وفي رواية الترمذي فجعل ينفض الماء بيده . قولها غسله بكسر الغين وهو ما يغتسل به قاله الإمام . وقال غيره بضم الغين وهو الماء الذي يغتسل به . قولها وضوء الجنابة بفتح الواو وقوله ثلاث حفنات جمع حفنة وهي ملء الفم . وفي رواية عائشة رضي الله عنها ثلاث حثيات أي ثلاث غرفات ، وهي جمع حثية . وفي رواية ثلاث غرفات ، وجاء ثلاث غرفات فالغرفات جمع غرفة بالفتح ، والغرف جمع غرفة بالضم ، وقد قرىء بهما . وفي الحديث دليل على استخدام الزوج لزوجته . وفيه تأخير الرجلين عن إكمال الوضوء ، وروى عن مالك انه ان أخر غسل الرجلين فيه استأنف الوضوء . وعند أبي ثور يلزم الجمع بين الوضوء والغسل . واستدل بعضهم برده عليه السلام الخرقة على انه لا ينشف أعضاء الوضوء ، لا دليل فيه لانه يحتمل أن يكون ذلك المعنى في الخرقة أو غير ذلك . وقد ذكر هذا نقض أعضاء الوضوء ولا فرق بين الوضوء والغسل ، وتمسكهم لا تنفضوا أيديكم فإنها مراوح الشيطان وهو حديث ضعيف ، وقد ذكرناه فيما مضى .

( وإنما يؤخر غسل رجليه لأنهما في مستنقع ) أي في مجتمع ( الماء المستعمل فلا يفيد الغسل ) أي غسل الرجلين حينئذ ( حتى لو كان على لوح لا يؤخر ) لعدم الماء المستعمل . وينبغي أن يكون هذا التعليل على رواية كون الماء المستعمل نجساً ( وإنما يبدأ ) المغتسل ( بإزالة النجاسة الحقيقية ) الظاهر انه أراد بها النجاسة المعهودة في ذلك الحال وهي المني الرطبة ، فإن ميمونة رضي الله عنها قالت في الحديث المذكور ثم غرف على فرجه . وفي رواية ما أصابه من الاذى ، وفيه دلالة على نجاسته ، قيل هذا تكرار لانه ذكره أولاً وليس كذلك لانه ذكره ههنا لبيان التعليل ، لان هذا الكتاب كالشرح على القدوري ( كيلا تزداد ) أي النجاسة ان كانت ( باصابة الماء ) لان الماء إذا أصاب النجاسة بسطت وانتشرت فيزداد عليه العمل .

وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها في الغسل إذا بلغ الماء أصول الشعر لقوله عليه السلام لأم سلمة رضي الله عنها يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك .

---

( وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها في الغسل ) الضفائر جمع ضفيرة وهي العقيصة ، والضفرة بفتح الضاء المعجمة وسكون الفاء مسبح الشعر عريضاً ، وتحريك الفاء بالفتح بمعنى المضفور والتضفير مثله ، واضفرت المرأة شعرها ولها ضفيرتان وضفيران أي عقيصتان . ومذهب الجمهور لا يلزمها نقضه إلا أن يكون ملبئة لا يصل الماء إلى أصوله فيجب نقضه . وقال النخعي يجب نقضها بكل حال . وقال أحمد يجب في الحيض دون الجنابة . وقيل في تخصيص المرأة اشارة إلى ان حكم الرجل بخلافها . وفي المبسوط إذا اضفر الرجل شعره كما تفعله العلونون والاتراك هل يجب إيصال الماء إلى انتهاء الشعر ، فظاهر الحديث انه لا يجب . وذكر الصدر الشهيد انه يجب . والإحتياط إيصال الماء . وقال الشافعي يجب نقضه إذا كان لا يصل الماء إلى باطنها إلا بالنقض وبل الشعر ، وإن وصل بدون النقض فلا حاجة اليه . وعن مالك انه لا يجب نقض الضفائر ولا إيصال الماء إلى منابت الشعور الكثيفة وما تحتها لدفع الحرج . وفي مبسوط بكر في وجوب إيصال الماء إلى شعب عقاصها اختلاف المشايخ ، فإن قيل الاصل في النساء ان لا يذكرن لان مبنى حالهن على الستر ، ولهذا يذكرن في القرآن حتى شكين فنزل ﴿ ان المسلمين والمسلمات ﴾ الاحزاب ٣٥ أجيب بإن الحكم إذا كان مخصوصاً بهن يذكرن كهذه المسألة وكما في مسألة الحجاب ، ثم انهن مخصوصات بالضفائر ولهذا كره لهن الحلق وشرع لهن القصر في الحج

( إذا بلغ الماء أصول شعرها ) لحصول المقصود حتى إذا لم يبلغ فعليها النقض ( لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك ) أم سلمة إحدى زوجات النبي ﷺ ، واسمها هند بنت أبي أمية بن أبي حذيفة بن المغيرة هذا والراكب والحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري من حديث عبد الله بن رافع مولى أم سلمة رضي الله عنها قالت قلت يا رسول الله إني امرأة أشد ضفر رأسي فالقصة بغسل الجنابة فقال لا ، وإنما يكفيك ان تحثى على رأسك ثلاث حثيات ، ثم تفيض عليك الماء فتطهري ، أوفإذا أنت قد طهرت فإن قلت هذا خبر واحد فلا تجوز به الزيادة على قوله تعالى ﴿فاطهروا﴾

**وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح لما فيه من الحرج ، بخلاف اللحية لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها . قال والمعاني الموجبة للغسل**

---

قلت الشعر ليس من كل وجه ببدن ، والامر بالتطهير للبدن ، أو لان مواضع التطهير مستثناة كتداخل العينين .

( **وليس عليها** ) أي على المرأة ( **بل ذوائبها** ) هي ذؤابة وكان الاصل في الجمع أن يقال ذوائب ، لان الالف التي في ذوابه كالالف التي حقها أن يبدل همزة في الجمع، ولكنهم استثقلوا أن تقع ألف الجمع بين الهمزتين فـابدلوا من الاولى واواً وأصله أذئبة ذال معجمة وهمزة وياء ( **هو الصحيح** ) احترز به عما روى من وجوب البل والعصر ثلاثاً ، رواه الحسن عن أبي حنيفة قال انها تبل ذوائبها ثلاثاً مع عصر كل بل ليبلغ الماء شعب قرونها . والاصح انه غير واجب ولهذا قال هو الصحيح ( **لأن فيه حرجاً بخلاف اللحية لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها** ) وفي المحيط يجب إيصال الماء إلى إنبات شعرها إذا كان معقوصاً ذكره أبو جعفر الهندواني ، وإن كان مضفوراً قيل يجب إيصال الماء إلى انباته لقوله عليه السلام فبلوا الشعر ، والصحيح عدمه بحديث أم سلمة وأخرج مسلم عن عبيد ابن عمر قال بلغ عائشة رضي الله عنها ان عبيدالله بن عمرو بن العاص كان يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن فقالت يا عجباً لابن عمرو هـذا يأمر النساء إذا اغتسلن أن ينقضن رؤوسهن أفلا يأمرهن أن يحلقن رؤوسهن فقد كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد وما أزيد أن أفرغ على رأسي ثلاث فراغات . وفي المبسوط وغيرها بلغها عن ابن عمر رضي الله عنه مكان ابن عمرو وليس بصحيح ، وإنما هو التباس وفي الخلاصة وفي شعر الرجال يفترض إيصال الماء إلى المترسل وإيصال الماء إلى البشرة فرض . وذكر الفقيه أبو الليث من اغتسل من الجنابة ينبغي أن يدخل اصبعه في سرته مبالغة في إيصال الماء إلى ما ظهر من بدنه ، فإن لم يفعل ان علم انه وصل اليها اجزأه وإلا فلا .

( **قال** ) أى القدوري ( **والمعاني الموجبة للغسل** ) أي العلل التي توجب ، واختار لفظ المعاني لكون العلل من الفاظ الفلاسفة وقد كره العلماء استعمالها وقد تقدم هـذا فيما مضى ، ورد هذا بان الأصوليين من أهل السنة استعملوا لفظ العلة، والعلل في كتبهم كما قالوا

استعارة العلة للمعلول وفي تخصيص العلة وتقسيمها إلى ما هو علة معنى وحكما واسما وغير ذلك ، فإن كان استعمال هذا اللفظ مما يجتنب فينبغي أن يجتنب في جميع المواضع ،ولكن الأولى أن يقال إنما استعمل لفظ المعاني اتباعاً للسنة لورودها بلفظ المعاني في قوله ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى معان ثلاث أراد بها العلل ، ولهذا لم يأت بالباء وقال الاترازي قال بعض الشارحين هذه معان موجبة للجنابة لا للغسل على المذهب الصحيح من علمائنا فإنها تنقضه فكيف توجبه ، قلت أراد السغناقي فإنه قال في شرحه في هذا الموضع هكذا ، ثم قال الاترازي لا شك ان معنى قوله المعاني الموجبة للغسل تجب لهذه المعاني على طريق البدل على معنى أن أي معنى من هذه المعاني إذا وجد يجب به الغسل فإن تجتمع العلة والمعلول بلا نقض . والذي قاله الشراح إنما يتوجه إذا كانت هذه المعاني موجبة لوجود الغسل لا لوجوبه ولم يتقيد المصنف بالوجود حتى يورد عليه مثلها قلت التحقيق في هذا الكلام ان العلل الشرعية لا تكون موجبة بذواتها ، فإنما الموجب للحكم هو الله تعالى إلا ان ذلك الايجاب غيب عنا في حقنا ، وجعل الشرع الاسباب التي يمكننا الوقوف عليها علة لوجوب الحكم في حقنا تيسيراً علينا ، ثم ان هذه العلل الثلاثة موجبة الجنابة والجنابة موجبة للغسل فيكون المعاني الموجبه علة العلة ، فكما ان الحكم يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة . وذكر في مبسوط شيخ الإسلام ان سبب وجوب الإغتسال إرادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابة . وأجاب الأكمل بسبب الجنابة واجباً بما لا يحل عن هذا بقوله ورد بأن الغسل يجب باحد المعاني المذكورة سواء وجدت الإرادة أو لم توجد ، قلت هذا جواب الاترازي في شرحه . ثم قال الأكمل وفيه نظر ولم يبين وجه ذلك قلت وجه ذلك ان فائدة الوجوب الاداء وهو أمر اختياري ، فإن إضافة الوجوب إلى الأداء بهذا المعنى ، وقيل السبب الجنابة . قال الأكمل وأورد عليه الحيض والنفاس ولو زيد عليه أو ما في معناها لا ندفع قلت هذا لا يرد أيضاً للاترازي ، وجواب فيه أيضاً له عند عامة المشايخ سبب وجوب الغسل القيام إلى الصلاة ، وإرادة ما لا يحل فعله بسبب الجنابة ،اما إضافة الحكم إلى الشرط فأما الحدث والجنابة من شرائطها وجوب الوضوء والغسل واما

# انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة

باعتبار ان بعضهم جعل الجنابة سبباً لوجوب الغسل ولهذا ذكر في الكافي ويجب عند منى ذي دفق وشهوة فإن الحكم يجب عند الشرط بالعلة لا بالشرط ، فاضافة الوجوب إلى الشرط مجاز كما يقال صدقة الفطر . وقال تاج الشريعة هـذه المعاني منجسة للبدن لا موجبة للاغتسال ، بل يجب الإغتسال بإرادة الصلاة لكن عند تنجس البدن بخروج هذه النجاسات منه فكانت شرطاً بها فيصير البدن قابلاً لوصف التطهير ، والوصف الذي يثبت به علة الحكم شرطاً فإن المحال شروط لما يثبت به المحلية يكون شرطاً أيضاً فتكون إضافة الوجوب إلى الشرط مجاز ، أو قيل هذه المعاني موجبة للغسل بواسطة الجنابة كما في قوله ﷺ شراء القريب اعتاقه .

( **إنزال المني** ) المني ماء أبيض خاثر رائحته مثل رائحة الطلع يلتذ به الذكر ويتولد منه الولد ( **على وجه الدفق** ) أي النقض ( **والشهوة** ) وهـذان قيدان لوجوب الغسل بخروج المني وسواء كان نزول المني ( **من الرجل أو المرأة** ) وسواء كان ( **حالة النوم واليقظة** ) فـإن قيل خروج المني من النائم يوجب الغسل وإن لم يكن بشهوة ، فكيف شرط المصنف الشهوة قلت كان القياس ان لا يجب لكنهم استحسنوا فأوجبوه ، لأن الظاهر خروجه بالإحتلام . وقال الأكمل قيل هذا اللفظ بإطلاقه يستقيم على قـول أبي يوسف لاشتراطه الدفق والشهوة عند الخروج ، ولا يستقيم على قولهما لأنهما لم يشترطا الدفق عند الخروج حتى قالا يجب الغسل إذا ازايل المني عن مكانه بشهوة . وان خرج من غير دفق قلت أخذ هذا من السفناقي ، وكذا قال الاتراري في شرحه . قال بعض الشارحين ثم ذكره ثم قال ليس كذلك بل هذا يستقيم على قول الكل ، لأن انزال المني على هـذه الصفة إذا وجد يجب الغسل عند الجميع ، وأخـذ منه الأكمل قال ورد بأنه يستقيم على قولهم اهـ . ثم قال ولكن كلام المصنف يوهم ترك بعض موجباته عندهما في مواضع بيانها ، وربما بين قوله ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد اهـ لبعض بيان . قلت ليس من المتعين على المصنف أن يبين جميع ما تتعلق به المسألة التي هو في صددها ولا التزام ذلك .

وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل ، لقوله عليه السلام الماء من الماء أي الغسل من المني . ولنا ان الأمر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة .

---

( **وعند الشافعي خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل** ) يعني سواء كان بشهوة أو بغير شهوة ، مثل ما إذا حمل ثقيلاً وسقط من مكان مرتفع أو نحو ذلك ( **لقوله عليه السلام الماء من الماء** ) الحديث رواه مسلم وأبو داود عن حديث أبي سلمة عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ الماء من الماء ، ولفظ مسلم إنما الماء من الماء ( **أي الغسل من المني** ) أي وجوب استعمال المـــاء بسبب خروج الماء ومن للسببية .

( **ولنا ان الأمر بالتطهير يتناول الجنب** ) وهو الأمر الذي في قوله تعالى ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ وهذا يتناول الجنب وهو صريح في تناوله إياه .

( **والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة** ) قال السروجي تفسير الجنابـة بقوله والجنابة في اللغة ا هـ ، ليس كذلك فإن الجنابـة في اللغة البعد ، وهو اسم اسلامي لأن فيها يجتنب المساجد والصلاة وقراءة القرآن حتى يغتسل . في الجنازية البعد قال الله تعالى ﴿ فبصرت به عن جنب وهم لا يشعرون ، القصص / ١١ أي عن بعد ، ومنه سمى الأجنبي والغريب جنباً لبعد الأجنبي عن القرابة ، والغريب عن وطنه . قلت يجيء الجنابة في اللغة بمعنى البعد لا يمنع مجيئها أيضاً خروج النجاسة على وجه الشهوة كما قاله المصنف . وقال السفناقي في جنب الرجل اصابة الجنابــه بعد أن قال جنبت إلى لقائك جنباً أي أشفقت ، ويقال أيضاً أجنب الرجل في بني فلان يجنب جنابة إذا نزل فيهم غريبـاً فهو جانب والجمع جناب ، فالأول بكسر النون ، والثاني بفتح النون . وقــال أيضاً رجل جنب من الجنابة يستوي فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث . وقال الخارابي في ديوان الأدب أجنب الرجل إذا أصابته الجنابة بضم الهمزة وكسر النون . فهذا كله يدل على ان لفظ الجنابة مستعمل في اللغة لمعان كثيرة .

واختلف النحاة في لفظ الجنب فقال الزجاج انه مصدر ولهذا أفرد في الجمع ، وتبعـه

الرازي في أحكام القرآن ، وكذا ذكره ابن مالك في شرح الكافية فإنه قال المصدر يجيء على وزن فعل كجنب . وقال الزمخشري هو اسم اجري مجرى المصدر الذي هو الاجتناب وذكر ابن الحاجب في باب الصفة المشتبهة وقال ابن عصفور لم يجيء فعل في الوصف الا جنب وشكل .

( يقال أجنب الرجل إذا قضى شهوته من المرأة ) لم يحرر أحد من الشراح هذا الموضع كما ينبغي فقوله أجنب الرجل بضم الهمزة وكسر النون كما ذكرنا الآن عن الفارابي ، وأما أجنب بفتح الهمزة وفتح النون فمعناه يدخل في الجنوب . وقوله من المرأة وقع اتفاقاً لوقوعه من المحتلم وقيل ذكره ليخرج شهوة البطن بان ما فيها لا يسمى جنباً ( والحديث محمول على الخروج عن شهوة ) هذا جواب عن ما قاله الشافعي في الحديث الذي استدل به وهو قوله ﷺ الماء من الماء . وجه حمله على الخروج عن الشهوة للتوفيق بين الأدلة فإنه روي عن حسين بن قبيصة عن علي رضي الله عنه قال كنت رجلاً مذاء فجعلت اغتسل حتى تشققت ظهري فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ أو ذكر له فقال رسول الله ﷺ لا تفعل فإذا رأيت المذى فاغسل ذكرك وتوضأ وضوءك للصلاة ، فإذا فضخت الماء فاغتسل . اخرجه أبو داود وأخرجه البخاري ومسلم من حديث محمد بن علي وهو ابن الحنفية عن أبيه بنحوه مختصراً ، وأخرجه النسائي والترمذي وابن ماجة من حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه . وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وأخرجه أحمد ولفظه إذا خذفت الماء فاغتسل وإذا لم تكن خاذفاً فلا تغتسل ، فاعتبر الخذف والفضخ وذلك يكون مع الدفق والشهوة . الخذف بالخاء والذال المعجمتين والفضخ بالفاء والضاد والخاء المعجمتين الدفق والرمى . وهذا الحديث مقيد وحديث الماء من الماء مطلق والحادثة واحدة فيحمل المطلق على المقيد ، كذا قال في المفيد والمزيد كذا قال في الزكاة ، ثم الشافعي من أصله حمل المطلق على المقيد وإن كان في حوادث فخالف أصله . وجه آخر في القيود الزائدة وهو ان قوله الماء من الماء عام يتناول المني والمذي والودي ولم

يكن اجراءه على العموم لعدم وجوب الغسل في المذي والودي بالإجماع فيراد به الخصوص ويحمل على حال الشهوة لحديث أم سليم رضي الله عنها انها جـــاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت ان الله لا يستحي من الحق هل على المرأة من غسل إذا احتلمت قال نعم إذا رأت الماء فقالت لها أم سلمة فضحت ، أخرجه البخاري ومن حديث أم سلمة واللفظ للبخاري في الطهارة وله الفاظ عندهما رواه مسلم من حديث أنس عن أم سليم ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها ان امرأة سألت . ووقع في كلام الصيدلاني من الشافعية وامام الحرمين والغزالي والروزباني وغيرهم ان أم سليم جدة أنس رضي الله عنه ، وغلطهم ابن الصلاح والنووي ووقع في الصيد من كتب الشافعية ان القائلة فضحت النساء عائشة رضي الله عنها وغلطهم بعض الناس ، ولم يصب في ذلك فقد وقع ذلك في حديث مسلم وأخرجه الطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، وأخرجه النسائي من حديث خولة بنت حكيم .ووجه آخر ان الترمذي روى من حديث اكرمة عن ابن عباس قال إنما الماء من الماء في الإحتلام وروى الطبراني حديث عبد الله بن أحمد بن حنبل حدثنا محمد بن الصباح حدثنا شريك ابن أبي الحجاف عن أكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال انما قال النبي ﷺ حديث الماء من الماء لمني الاحتلام . واسم أبي الحجاف داود بن أبي عون ، قال النووي كان مريضاً ، ووجه آخر ان الحديث منسوخ لأن مفهومه عدم الغسل من الاكسال وقد ورد في الصحيحين صريحاً من حديث أبي بن كعب رواه البخاري ومسلم عنه قال سألت رسول الله ﷺ عن الرجل يصيب من المرأة ثم يكسل فقال يغسل ما أصابه من المرأة ثم يتوضأ ويصلي ، ورويا أيضاً من حديث أبي سعيد أن رسول الله ﷺ مر على رجل من الانصار فأرسل اليه فخرج ورأسه تقطر ماء فقال لعلنا أعجلناك فقال نعم يا رسول الله فقال إذا عجلت أو قحطت فلا غسل عليك وعليك الوضوء . وهـذان أيضا منسوخان وقد ورد في ثلاثة أحاديث صريح النسخ أحدهما مـــا أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن يونس عن الزهرى عن سهل بن سعيد عن أبي كعب قال انما كان الماء من المـاء رخصة في الإسلام ، الثاني أخرجه ابن حبان في صحيحه عن الجهمي بن عمران الزهرى

قالت سألت عروة في الذي يجامع ولا ينزل قال على الناس أن يأخذوا بالآخر من قول رسول الله ﷺ حدثتني عائشة رضي الله عنها فقال رسول الله ﷺ كان يفعل ولا يغتسل قبل فتح مكة ثم اغتسل بعد ذلك وأمر الناس بالغسل . والثاني رواه أحمد في مسنده عن بعض ، وكذا رافع بن جريج عن رافع بن خديج قال ناداني رسول الله ﷺ وأنا على بطن امرأتي فقمت ولم أنزل فاغتسلت وخرجت فقال النبي عليه السلام لا غسل عليك إنما الماء من الماء ، فقال رافع ثم أمرنا رسول الله ﷺ بعد ذلك بالغسل فإن قلت الحديث الأول منقطع وقد جزم به البيهقي ، فقال وهذا الحديث لم يسمعه الزهري من سعد إنما سمعه بعض أصحابه عن سهل . قلت قال الشيخ تقي الدين وقد وقع في رواية عن محمد بن جعفر من جهة أبي موسى عنه عن معمر عن الزهري وفيها قال أخبرني سهل بن سعيد. والحديث الثاني فيه الحسين بن عمر انه قال المحاربي هو كثيراً ما يأتي عن الزهري بالمناكير ، وقد ضعفه غير واحد ، قلت حكم ابن حبان بصحته ونفس المحاربي قال بذلك . والحديث الثالث فيه راشد بن سعيد أكثر الناس على ضعفه ، ونفس رافع مجهول وبعض ولد رافع محمد مجهول ، قلت ذكر الحارثي في كتابه وقال هذا حديث حسن وقال الشيخ تقي الدين وقد وقع في تسمية ولد رافع في أصل سماع الحافظ النسفي ، وساقه الشيخ بسنده إلى رشيد بن سعيد عن موسى بن أيوب عن سهيل بن رافع بن خديج فذكره . ومن الاستدلال على النسخ هو ان بعض من يروي عن النبي عليه السلام الحكم الأول افتى بوجوب الغسل ورجع عن الأول ، فروى مالك عن يحيى بن سعيد بن عبد الله بن كعب مولى عثمان بن عفان رضي الله عنه ان محمود بن أسيد الأنصاري سأل زيد بن ثابت عن الرجل يصيب أهله ثم يكسل ولا ينزل فقال له زيد يغتسل فقال له محمود بن أبي كعب رضي الله عنه كان لا يرى الغسل فقال له زيد بن أبي كعب رجع عن ذلك قبل أن يموت . وقال الشافعي رحمه الله لا وجه لتركه إلا انه ثبت له ان النبي عليه السلام قال بعده ما نسخه .

( **ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى انفصاله** ) أي انفصال المني ( **عن مكانه** ) أي مكان المني وهو الصلب والترائب كما قال الله تعالى في كتابه . والمني في

على وجه الشهوة وعند أبي يوسف رحمه‌الله ظهوره أيضاً اعتباراً للخروج بالمزايلة إذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الإيجاب

---

الأصل دم لكنه يبيض بتصفيته الشهوة كما يبيض ماء الورد الأحمر بالنار ، حتى إذا كثر الجماع وقلت الشهوة خرج أحمر . والشرط إزالته عن مقره ( **على وجه الشهوة** ) حتى إذا لم ينفصل عن مكانه بشهوة لا يجب الغسل عندهما (**وعند أبي يوسف ظهوره أيضاً**) أي المعتبر ظهور المني على وجه الشهوة أيضاً ( **اعتباراً** ) نصب على المصدرية أي يعتبره أبو يوسف اعتباراً ( **للخروج بالمزايلة** ) أي بالإنفصال وجه الإعتبار ان الغسل لا يجب إلا بهما فإذا وجد الانفصال ولم يوجد الخروج لا يجب الخروج (١) وبالاجماع والشهوة حال الانفصال شرط بالاتفاق ، فينبغي أن يشترط حال الخروج أيضاً .

( **إذ الغسل يتعلق بهما** ) أي لأن الغسل يتعلق بالإنفصال والظهور ( **ولهما** ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( **انه** ) أي ان الغسل ( **متى وجب من وجه** ) أي متى وجب الغسل من جهة الانفصال دون الدفق ، والشرط مطلق الشهوة لا كماله فبإعتبار ما وجد يجب الغسل وباعتبار ما عدم لا يجب ( **فالاحتياط** ) من باب العبادة ( **في الايجاب** ) أي الإحتياط واجب في إيجاب الغسل ترجيحاً لجانبه . وقال الإترازى قال بعض الشارحين الخروج على وجه الشهوة قد وجد، وإنما عدم الدفق لا غير فبإعتبار ما وجد يجب الإغتسال ، وباعتبار ما عدم لا يجب فيرجح حال الوجود احتياطاً . قلت اراد بعض الشارحين السغناقي ثم قال هذا الشرح من الشروح كالصب من البول لأن كلام المصنف إنما يسبق لبيان ان الشهوة لا يشترط حال الخروج عندهما ، وعند أبي يوسف تشترط وبيان التعليل من الطرفين لأجل هذا ، قلت الذي قاله السغناقي هو الصواب مع انه نقل هذا عن المبسوط . قال الاترازى محارق في التشنيع على الأكابر وكلام المصنف ما سبق للذى قاله الاترازى ، وإنما الذى قاله من لوازم ما سبق له فافهم . نعم وقع في كلام السغناقي في بيان تعليلها ان الخروج على وجه الشهوة قد وجد وإنما عدم الدفق ، والظاهر انه سهو لأنه لو

---

(١) لا يجب الغسل اه مصححة .

كان كذلك لارتفع النزاع ، فإن قلت دار الغسل بين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك ، قلت إلا ان جهة الوجوب راجحة لا الموجب أصل فالخروج بناء على المزايلة بالشهوة ، وعدم الخروج بالشهوة بعد المزايلة من العوارض النادرة فلا اعتبار بهذا السؤال . والجواب لتاج الشريعة والأكمل أخذ منه . وقال السغناقي يشكل على هذا الريح الخارجة من المفضاة لأنه على هذا التعليل الذى ذكرناه ينبغي أن يجب عليها الوضوء بأن يقال انها لو خرجت من القبل لا يجب ، ولو خرجت من الدبر يجب فيرجح جانب الوجوب احتياطاً لامر العبادة، ولم ينقل هناك كذلك بل قيل بالإستحباب ، وأجاب بقوله جاءك الشك هناك من الأصل فعارض الدليل الذى هو موجب مع الدليل الذى هو غير موجب لتساويهما في القوة فتساقطا ، فعملنا بالأصل الذى كان ثابتاً لها متعين باقياً لها بيقين وهو الطهارة ، واماههنا جاء دليل عدم الوجوب من الوصف وهو الدفق ، ودليل الوجوب في الأصل وهو نفس وجود الماء مع الشهوة فكان في إيجاب الاغتسال ترجيح لجانب الأصل على جانب الوضوء، وثمرة الخلاف تظهر في خمس مسائل أحدهما استمنى بكفه فزال المني عن مكانه بشهوة فأمسك ذكره حتى سكنت شهوته ثم سال عنه لا عن دفق فعليه الغسل عندهما خلافاً لأبي يوسف .

والثانية جامع امرأته فيا دون الفرج أو قبلها بشهوة فزال المني عن مكانه وحصل ما ذكرنا فعلى الخلاف .

والثالثة : احتلم فلما انفصل المني عن مكانه أخذ احليله حتى سكنت شهوته ثم خرج المني فعلى الخلاف .

الرابعة اغتسل بعد الجماع قبل النوم أوالبول ثم أمنى يعيد الغسل عندهما خلافاً لأبى يوسف . وفي المبسوط والسير الكبير لو أمنى بعد البول والنوم لا غسل عليه بالاتفاق وعند الشافعي يجب في الحال . وعن مالك لا يجب في الحالين . وقال أحمد ان خرج بعد البول يجب وبعده (١) لا يجب كذا في شرح الوجيز .

(١) هكذا في الأصل اهـ مصححه .

والخامسة : استيقظ فوجد بفخذه وثوبه بللاً ولم يذكر الاحتلام فإن تيقن انه مذى أو ودى لا غسل ، وان تيقن انه مني عليه الغسل ، وإن شك انه مني أو مذى يجب عندهما خلافاً له . ولو بال فخرج من ذكره مني فإن كان ذكره منتشراً فعليه الغسل وإن كان منكسراً فعليه الوضوء ، ولو غشي عليه ثم أفاق أو سكر ثم صحى فوجد مذياً لا غسل عليه لأنه وجد سبب خروج المذى وهو الإغماء والسكر فيحال بالخروج عليه ، بخلاف النائم ولو مضطجعاً أو قائماً أو قاعداً أو ماشياً إذا استيقظ فإنه على ثلاثة أوجه ، التي ذكرناها الآن ، وذكر هشام في نوادره عن محمد رحمه الله انه إذا استيقظ فوجد بللاً في احليله ولم يتذكر حلماً ، ان كان ذكره قبل النوم منتشراً فلا غسل عليه وإن كان غير منتشر فعليه الغسل . قال ينبغي أن يحفظ هذا فإن البلوى كثرت فيه والناس عنه غافلون وقال في الينابيع يعمل بقول أبي يوسف في نفي وجوب الغسل إذا كان في بيت إنسان ويستحي منه أو يخاف أن تقع في قلبه ريبة بأنه طاف حول أهل بيته . والمرأة في الاحتلام كالرجل وعند محمد في غير رواية الأصول انه إذا تذكرت الاحتلام والانزال ولم تنزل فعليها الغسل . قال الحلواني لا تؤخذ هذه الرواية . وقال أبو جعفر الفقيه ان خرج إلى الفرج الخارج يجب وإلا فلا وفي المحيط لو احتلمت ولم يخرج الماء إلى ظاهر فرجها فعليها الغسل ، لأن فرجها بمنزلة الفم فعليها تطهيره ، فاعطى له حكم الخروج ، حتى لو كان الرجل أقلف فخرج المني إلى القلفة يلزمه الغسل وإلا فلا ، لأن ماءها لا يكون دافقاً كماء الرجل . ولو نام رجل وامرأته فوجد على فراشها بللاً لا يعرف من أيها واختلفا فيه ينظر ان كان أصفراً فعليها الغسل ، وإن أبيض فعليه . وقيل ان وقع طولاً فمنه وإن وقع عرضاً فمنها ، والإحتياط أن يغتسلا . والقياس أن لا يجب على واحد منهما لوقوع الشك ولا يجوز لها أن تقتدى به . وفي القنية منيها أصفر ومنيه أبيض ، وفائدته تظهر فيما لو اغتسلت عن جماع ثم خرج منها فإن كان أصفر فعليها الغسل وإن كان أبيض فلا غسل عليها ، ولو قالت معي جني يأتيني في النوم مراراً وأجد في نفسي ما أجد إذا جامعني زوجي لا غسل عليها لعدم الإيلاج والإحتلام ، ولو احتلم في المسجد

وأمكنه الخروج من ساعته يخرج ويغتسل ، وقيل يتيمم ويخرج وإن لم يمكنه الخروج بأن كان في وسط الليل فيستحب له التيمم حتى لا يبقى جنباً .

( والتقاء الختانين ) بالرفع عطفاً على قوله انـــزال المني على وجه الدفق والشهوة ، والتقائهما كناية عن الإيلاج ، فإن نفس الملاقاة لا يوجب الغسل ولكن يـوجب الوضوء عندهما ، خلافاً لمحمد رحمه الله . وقال السغناقي والتقاء الختانين أي مع توارى الحشفة . قيل لا يحتاج إلى هذا القيد لأن التقائهما كناية عن الإيلاج كما ذكرنا ، قلت لاحظ الشيخ في ذلك لفظ الحديث إذا التقى الختانان وغابت الحشفة ، على ما يجيء ان شاء الله تعالى. وفي فوائد القدورى قوله وتوارت الحشفة ليس بقيد ، بل ذكر تأكيداً لأن التقاء الختانين مستلزم لتواريها . وقال صاحب الدراية قال شيخي أحمد رحمه الله يحتمل ان ذكـــره للاشارة إلى المعنى المؤثر في إيجاب الغسل ، كما انه ذكر في قوله عليه السلام ما أبقته الفرائض فلأولى رجل ذكـــر اشارة إلى علة العضوية أو نفي لقول الشافعي ، فإن عنده يجب الغسل إذا تحاذى الفرجان . ولكن في كتبهم ان إيلاج الحشفة يوجب الغسل . وقـــال بعضهم لو قال توارى الحشفة في قبل أو دبر آدمي حي مشتهى أو قدر حشفة من مقطوعها لكان أولى ، ليتناول الايلاج في الدبر مع انه ليس فيه التقـــاء الختانين ، ويخرج الإيلاج في البهيمة والميتة والصغيرة التي لا تشتهى ولا يجامع مثلها في قول محمد رحمه الله . قلت لا يجب عليه شيء في ترك الأولى ولا يتعين عليه تعين العبارة ثم ختان الرجل موضع القطع وما دون دورة الحشفة . وختان المرأة موضع قطع جلدة منها كعرف الديك في فم الرجل وذلك لأنه مدخل الذكر ومخرج الولد ، والمني والحيض وفوق مدخل الذكر مخرج البول وبينهما جلدة رقيقة وفوق مخرج البول جلدة رقيقة تقطع منها في الختان ، وهو ختان المرأة فإذا غابت الحشفة في الفرج فقد حاذى ختانه ختانها ، والمحاذاة هي التقاء الختانين فإنه إذا تحاذيا التقيا ولهذا يقال التقى الفارسان إذا تحـــاذيا وإن لم يتصادفا والتصقا ، ولكن يقال موضع ختان المرأة الخفاض فذكر الختانين بطريق التغليب كالعمرين والقمرين وفي الدراية ذكر الختانين بناء على عـــادة العرب فإنهم يختنون النساء قال عليه السلام الختان

للرجل سنة وللنساء مكرمة ، أي في حق الزوج فإن جماع المختونة الذ . قلت لم يذكر راوى الحديث ولا من أخرجه . وقال الاترازى روى الخصاف في باب أدب القاضي في باب من قال لا يجوز شهادة الاقلف بإسناده إلى شداد بن أوس قال قال رسول الله ﷺ الختان للرجل سنة وللنساء مكرمة .

( من غير إنزال ) يعني الإنزال ليس بشرط في التقاء الختانين في وجوب الغسل ، فإنه إذا أنزل يجب بالإجماع ، إذ المعتبر ان نفس الإلتقاء كاف في وجوب الغسل، والإنزال ليس بقيد أو هو يرد قول من يشترط الانزال من الصحابة رضي الله عنهم ، فمن المهاجرين قول ابن عمر وعلي وابن مسعود ، ومن الأنصار أبي بن كعب وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل وأبو سعيد الخدري منهم من رجع إلى موافقة الجمهور ، ومنهم من لم يرجع ، وبقول هؤلاء قال داود وعطاء بن أبي رباح وأبو سلمة بن عبد الرحمن وهشام بن عروة والأعمش والجهني، وممن رأى ان لا غسل من الايلاج في الفرج إن لم يكن الانزال عثمان بن عفان والزبير بن العوام وطلحة بن عبد الله وسعد بن أبي وقـاص ورافع بن خـديج وابن عباس والنعمان بن بشير وحمزة الأنصاري انتهى . وجمهور العلماء من الصحابـــة والتابعين ومن بعدهم على وجوب الغسل بالتقاء الختانين وان لم ينزل ، وروى ذلك عن عائشة رضي الله عنهـــا أم المؤمنين وأبي بكر وعمر بن الخطاب وآخرين ، وبه قـال إبراهيم النخعي والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأحمد . وفي المغني لابن قدامة تغييب الحشفة في الفرج هو الموجب للغسل سواء كانا مختنين أو لا ، وسواء أصاب موضع الختان منه موضع الختان منها أو لم يصب ، ولو الصق الختان بالختان من غير إيلاج فلا غسل بالاتفاق ويجب الغسل سواء كان الفرج قبلا أو دبرا من كل حيوان آدمي أو بهيمة حيا أو ميتا طائعاً أو مكرها نائماً أو مستيقظاً، وقال أبو حنيفة لا يجب الغسل بوطىء البهيمه وقال أيضاً فإن أولج بعض الحشفة أو وطىء دون الفرج أو في البشرة لم يجب الغسل ، لأنه لم يوجد التقاء الختانين ، فإن انقطعت الحشفة وكان الباقي من ذكره قدر الحشفة فأولج يجب الغسل وتعلقت به أحكام الوطىء من المهر وغيره ، فإن أولج في قبل خنثى مشكل، أو أولج الخنثى ذكره في فرج أو وطىء أحدهما

الآخر في قبله فلا غسل على واحد منهما لأنه يحتمل أن يكون خلقة زائدة فلا يزول عن الطهارة بالشك . واذا كان الوطىء صغيرا أو الموطوءة صغيرة فقال أحمد يجب عليهما الغسل ، وإذا كانت الصبية بنت تسع سنين ومثلها يوطأ وجب عليها الغسل . وسئل عن الغلام يجامع مثله ولم يبلغ فجامع امرأة يكون عليهما جميعاً الغسل ، قال نعم قيل له أنزل أو لم ينزل قال نعم ، وحمل القاضي كلام أحمد على الاستحباب ، وهو قول أصحاب الرأي وأبي ثور انتهى . ولو لف على ذكره خرقة ان كان يجد حرارة الفرج يجب كادخال ذكر الاقلف وإلا فلا ، ولو أدخلت المرأة في فرجها ذكر بهيمة أو ميتة لا يجب إلا بالإنزال ، خلافاً للشافعي وأحمد وفي المحيط لو أتى امرأة وهي بكر فلا غسل ما لم ينزل لأن ببقاء البكارة يعلم انه لم يوجد الإنزال ، ولكن إذا جومعت البكر فيما دون الفرج فحبلت فعليها الغسل لوجود الإنزال لأنه لا حبل بدونه ، ولو جامعها فيما دون الفرج فدخل منيه في فرجها لا يجب عليها الإغتسال منه ، فإن حبلت منه يجب من وقت دخوله حتى يجب عليها قضاء الصلوات الماضية .

وعن محمد مراهق له امرأة بالغة جامعها فعليها الغسل لأنها مخاطبة ولا غسل عليه لعدم الخطاب ، وفي العكس الحكم بالعكس لانعكاس العلة . وإذا جومعت المرأة فاغتسلت ثم خرج منها مني الرجل لا غسل عليها لعدم نزول الماء منها . وجماع الخصي يوجب الغسل على الفاعل والمفعول به .

**( لقوله عليه السلام إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل )** الحديث أخرجه الامام أبو محمد عبد الله بن وهب في مسنده أخبرنا الحرث بن شهاب عن محمد بن عبيد الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله ان النبي ﷺ سئل عما يوجب الغسل فقال إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل أنزل أو لم ينزل . وذكر عبد الحق في احكامه من جهة ابن وهب وقال اسناده ضعيف جداً . فالظاهر إنما ضعفه بالحرث بن شهاب ، وقد يعضد هذا ما رواه الطبراني في الأوسط أخبرنا عبد الله بن

محمد الصفار السيوسي حدثنا يحى بن غيلان حدثنا عبد الله بن سريع عن ابي حنيفة رضي الله عنه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إلى آخره نحوه ومعناه في الصحيحين عند أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله عليه السلام قال إذا قعد بين شعبها الأربع ومس الختان الختان فقد وجب الغسل زاد مسلم في رواية وإن لم ينزل . وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ إذا جلس بين شعبها الأربع ومس الختان الختان فقد وجب الغسل . رواه مسلم . وعن عائشة رضي الله عنها إذا جاوز الختان الختان وجب الغسل وفعلته أنا ورسول الله ﷺ فاغتسلنا . رواه الترمذي وصححه ، وعن عائشة قالت كان رسول الله ﷺ إذا التقى الختانان اغتسل ، رواه الطحاوي . وعنها إذا التقى الختانان وجب الغسل . رواه الطحاوي موقوفاً ومرفوعاً ، وعن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال واختلف الختان الختان فقد وجب الغسل . رواه ابن أبي شيبة في مصنفه والطحاوي . وعن علي مثله رواه الطحاوي ، وعن عبد الرحمن بن الأسود قال كان أبي يبعثني إلى عائشة رضي الله عنها قبل أن احتلم فلما احتلمت جئت فناديت فقلت ما موجب الغسل قالت إذا التقت المواسى . أخرجه الطحاوي ومحمد بن سعد في الطبقات .

قوله شعبها بضم الشين النواحي وهو جمع شعبة ويروي شعبها جمع شعب ، واختلفوا في الشعب الأربع فقيل هي اليدان والرجلان والفخذان ، وقيل الرجلان والشفران ، واختار القاضي عياض ان المراد شعب الفرج الأربع أي نواحيه الأربع ، والضمير يرجع إلى المرأة وإن لم يمض ذكرها لدلالة السياق ، إلا قوله اختلف الختان أي إذا جاوز أحدهما موضع الآخر ، وهو كناية عن مجاوزة أحدهما الآخر بعد الملاقاة . قوله إذا التقت المواسى كناية عن التقاء الختانين لأن الختان يكون بالموسى فذكرت المواسى ، والمراد بها المواضع التي يختن فيها ، وهذه أحسن الكنايات حيث صدرت من امرأة عظيم الشأن ليتناول أول ما احتلم وكلاهما بصدد الحياء .

( **ولأنه** ) أي ولأن التقاء الختانين ( **سبب الانزال** ) أي انزال المني ، والشيء الذي يترتب عليه حكم إذا كان خفيفاً وله سبب ظاهر لقيام السبب الظاهر مقام الأمر الخفي

ونفسه يتغيب عن بصره ، وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه ، وكذا الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطاً

---

ويرتب على الحكم وها هنا التقاء الختانين سبب للانزال ونفسه خفي وهو معنى قوله ( ونفسه ) أي نفس الانزال الذي ترتب عليه الغسل ( يتغيب عن بصره ) أي عن بصر المنزل ( وقد يخفى عليه ) أي وقد يخفى الانزال عن المنزل ( لقلته ) أي لقلة المني ( فيقام ) أي التقاء الختانين ( مقامه ) بضم الميم الاولى أي مقام الانزال ، كما في السفر مع المشقة التي ترتب عليها القصر في السفر ، فقبال الضمير يرجع في قوله إلى الخروج يعني على تقدير الحصار وجوب الغسل من المني ، فالمني قائم في الالتقاء تقديراً والثابت في مثله الانزال . وقال الاترازي قوله وقد يحقق عليه جواب سؤال مقدر وهو أن يقال سلمنا ان نفس المني يتغيب عن بصره ولكن لا نسلم الخفاء لعلم الرجل بخروج المني . فأجاب عنه بقوله وقد يخفى أ هـ . وقال تاج الشريعة فإن قلت الماء من الماء يقتضي عدم وجوب الاغتسال بالالتقاء ، قلت لا نسلم وهذا لأن قوله عليه السلام الماء من الماء أي من المنى تحقيقاً أو تقديراً إذ الغالب الانزال .

( وكذا الايلاج في الدبر ) أي حكم الايلاج في القبل حكم الايلاج في الدبر ( لكمال السببية ) أي لكمال سببية خروج المني ، حتى ان الفسقة اللاطة يرجحون قضاء الشهوة من الدبر على قضاء الشهوة من القبل للين والحرارة والضيق ، وعن هذا ذهب بعضهم ان محاذاة الأمـر ، وفي الصلاة يفسد صلاة غيره كالمرأة قلت نقل ذلك عن محمد في نوادر الصلاة ( ويجب ) أي الغسل ( على المفعول به ) ان كان من أهل وجوب الاغتسال ( احتياطاً ) أي لاجل وجوب الاحتياط لان من الناس من صارت تلك الفعلة الشفاء طبيعة ويجد بها لذة كالمرأة ، قلنا بوجوب الاغتسال ، كذا قاله تاج الشريعة ، قلت هذا انما يظهر بالمفعول به إذا كانت به ابنه ، وإلا فالذي ذكره إلا في الفاعل ، قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات من أتى امرأته أو أمته في غير ما أتاها لم يحدد ان كان محرماً عليه لان من الناس من يستحله بتأويل القرآن ، واتفقوا على ان الغسل يجب على الفاعل والمفعول به إن كان من أهل الاغتسال رجلا كان أو امرأة لتيقن الايلاج عن غير

انزال اما عندهما فإنه للزنا . وعند أبي حنيفة الاغتسال بنفس الايلاج إنما يجب في الغسل لانه مشتهى على الكمال ، فالظاهر انه عند انقضاء الشهوة فهو سببه نزول الماء فأقيم الايلاج مقام الانزال ولا خلل في الشهوة ها هنا فيصار تشبها للاشتباه مثل الوطىء في القبل فوجب للاحتياط ، ولما أعتبر الايلاج دون الانزال استوى الفاعل والمفعول فيه .

( بخلاف البهيمة وما دون الفرج ) هذا متصل بقوله فيقام مقامه ، أي فيقام سبب الإنزال في المسألتين في الادمى بخلاف البهيمة ، فإنه لا يجب فيها الغسل بمجرد الايلاج من انزال وبخلاف ما دون الفرج كالفخذ والبطن فإنه لا يجب فيه الغسل أيضاً ( لأن السببية ناقصة ) عند عدم الانزال .

( والحيض ) بالرفع عطفاً على قوله والتقاء الختانين أي ومن المعاني الموجبة للغسل واختلفوا في تفسيره ، فقال السغناقي أي الخروج من الحيض لأن الحيض ما دام باقياً لايجب الغسل لعدم الفائدة . قال الاترازي لا حاجة إلى هذا التكلف لأنا اقتبسنا من قبل ان نفس الحيض سبب للغسل بدليل الاضافة ، فلا حاجة إذن إلى قوله المراد منه الخروج وهو لا يضاف الغسل اليه بأن يقال غسل الخروج من الحيض ، حق يتكلف المتكلف ، أما قوله لا فائدة في وجوب الغسل فلا نسلم بل فيه فائدة حيث يظهر الوجوب عند وجود الشرط وهو الطهر من الحيض ، وفيه نظر لان الحيض اسم لدم مخصوص والجوهر لا يصح أن يكون سبباً للمعنى فكيف يقول الحيض سبب للغسل . وقال صاحب التوضيح معنى قوله والحيض أى انقطاعه والخروج عنه لان نفس الحيض ما دام باقياً لا يجب الغسل لعدم الفائدة ، وإنما يجب عند الانقطاع ، وفيه نظر لان الانقطاع طهر فلا يوجب الطهارة وقد شنع الاترازي على حافظ الدين النسفي في قوله المراد بالحيض انقطاعه ، لانه يلازمه فقال وفي غاية العجب ذلك ورد عليه بمنع الملازمة بينهما لوجود الحيض قبل الانقطاع ووجوب الإنقطاع بعده فكان أحدهما منفكاً عن الآخر فلا ملازمة بينهما . وقال تاج الشريعة والحيض أى خروج دم الحيض وهو الدم المخصوص يوجب الغسل ، وهو الذى فسره تاج الشريعة فيكون مجازاً من باب الحذف ﴿ واسأل القرية ﴾ يوسف ٨٢ لان نفس

لقوله تعالى ﴿حتى يطهرن﴾ بالتشديد ، وكذا النفاس بالاجماع.

وسن رسول الله عليه السلام الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام

الدم لا يوجب شيئاً ، وهذا اولى وأظهر مما نسب إلى حميد الدين الضرير ، حيث قال الخروج من الحيض مستلزم للغسل فوجب الاتصال فصحت الاستعارة لان الخروج من الحيض عين انقطاعه ، والانقطاع طهر والطهر لا يوجب الاطهار ( لقوله تعالى ﴿حتى يطهرن﴾ بالتشديد ) وجه التمسك به على وجوب الاغتسال هو ان الله تعالى منع الزوج من الوطيء قبل الاغتسال والوطيء تصرف واقع في ملكه فلو كان الاغتسال مباحاً أو مستحباً لم يمنع الزوج من حقه ، فيعلم انه واجب قوله حتى يطهرن بالتشديد معناه حتى يطهرن أي يغتسلن ، وقرىء بالتخفيف معناه حتى ينقطع دمهن ، وكلا القراءتين يجب العمل بهما . فذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى ان له ان يقربها في أكثر الحيض بعد انقطاع الدم ، وإن لم تغتسل وفي أقل الحيض لا يقربها حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل وذهب الشافعي إلى انه لا يقربها حتى تطهر وتنظف فيجمع بين الامرين .

( وكذا النفاس بالاجماع ) أي كذا الخروج من النفاس يوجب الغسل بالاجماع ، وسنده انه لا نص ورد فيه واكتفوا به عن نقله أو قياس على الحيض لانه أقوى ، ونقل الاجماع ابن المنذر وابن جرير الطبري وغيرهما .

( وسن رسول الله ﷺ الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام ) أما الجمعة ففي الصحيحين من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا جاء أحدكم إلى الجمعة فليغتسل وليس الامر للوجوب كما أخذ به أهل الظاهر ، لان الامر بالغسل ورد على سبب وقد زال السبب فزال الحكم بزوال علته ، لما رواه البخاري ومسلم من حديث يحيى ابن سعيد انه سئل عن عمرة عن الغسل يوم الجمعة فقالت سألت عائشة رضي الله عنها فقالت كان الناس في مهنة أنفسهم وكانوا إذا راحوا إلى الجمعة راحوا في هيئتهم فقيل لهم اغتسلوا . واخرج مسلم عن عروة عنها قالت كان الناس يتناوبون يوم الجمعة في منازلهم ومن العوالي فيأتون من الغبار ويصيبهم الغبار فيخرج منهم الرجل ، فأتى رسول الله ﷺ وهو

صاحب الكتاب نص على السنية وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل في يوم الجمعة حسناً في الاصل وقال مالك واجب

عندى فقال عليه السلام لو انكم تطهرتم ثم ليؤمكم هذا ويأتي تمام الكلام عن قريب إن شاء الله .

وأما العيدان فروى عن الفاكه بن سعد ان رسول الله ﷺ كان يغتسل يوم الفطرويوم الاضحى ويوم عرفة وكان الفاكه بن سعد يأمر أهله بالغسل في هذه الايام . رواه ابن ماجة ورواه الطبراني في معجمه والبزار في مسنده ، وزاد فيه يوم الجمعة قال ولا يعرف للفاكه ابن سعد غير هذا الحديث ، وهو صحابي مشهور ، وفيه يوسف بن خالد السمتي قال في الامام تكلموا فيه .

وروى ابن ماجة من حديث ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ يغتسل يوم الفطر ويوم الاضحى . وفيه عبادة بن المفلس وهو ضعيف ، وقال ابن عدى لا بأس به ، وروى البزار في مسندة عن مستدل عن محمد بن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده ان رسول الله عليه السلام اغتسل للعيدين . وذكره عبد الحق من جهة البزاز وقال اسناده ضعيف . وقال ابن القطان وعلته محمد بن عبيد الله قال ابن معين ليس بشيء ، وقال البخاري منكر الحديث واما عرفة فقد تقدم في حديث الفاكه بن سعيد .

واما الاحرام فاخرج مسلم في الحج عن عائشة رضي الله عنها قالت نفست أسماء بنت عميس بمحمد بن أبي بكر بالشجرة فأمر رسول الله عليه السلام أبا بكر أن يأمرها أن تغتسل وتهل . والشجرة اسم موضع . واخرج الترمذى أيضاً في الحج عن خارجة بن زيد بن ثابت انه رأى النبي عليه السلام تجرد لاهلاله واغتسل وقال حديث غريب (نص) أى القدورى ( على السنية ) يعني هذه الاربعة ( وقيل ) قائله فيما قيل مالك في رواية عنه ، وعن مالك انه حسن على ما نذكره ( هذه الاربعة ) يعني غسل الجمعة والعيدين وعرفة والاحرام ( مستحبة ) وهو قول طائفة من العلماء ( وسمى محمد رحمه الله الغسل في يوم الجمعة حسناً ) نص محمد على ذلك .

( في الاصل ) أى المبسوط ( وقال مالك هو واجب ) أى غسل الجمعة واجب وبه

لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل .

---

قال الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح والمسيب بن رافع وجماعة الظاهر (لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل ) الحديث رواه الترمذي وابن ماجة من حديث ابن عمر باللفظ المذكور ، واخرجه البخاري ومسلم ولفظهما من جاء منكم الجمعة فليغتسل . وحديث آخر رواه يدل صريحاً على الوجوب من حديث أبي سعيد الخدري ان رسول الله ﷺ قال غسل يوم الجمعة واجب على كل محتلم .

وحديث آخر رواه أيضاً من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال حق الله على كل مسلم أن يغتسل في كل سبعة أيام . زاد البزاز والطحاوى وذلك يوم الجمعة . ثم اعلم ان نقل صاحب الهداية عن مالك ان غسل يوم الجمعة واجب غير صحيح ، فإن عبد البرقال في الاستدراك وهو أعلم بمذهب مالك لا أعلم أحد أوجب غسل الجمعة إلا أهل الظاهر ، فانهم أوجبوه ثم قال روى ابن وهب عن مالك انه سئل عن يوم الجمعة أواجب هو قال هو سنة ، ومعروف قيل في الحديث انه واجب قال ليس كل ما جاء في الحديث يكون كذلك . وروى أشهب عن مالك انه سئل عن غسل يوم الجمعة أواجب هو قال حسن وليس بواجب ، وهذه الرواية عن مـــالك تدل على انه مستحب وذلك عندهم دون السنة .

( ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فهو أفضل ) روى هذا الحديث سبعة من الصحابة وهم سمرة بن جندب وأنس وأبو سعيد الخدرى وأبو هريرة وجابر وعبد الرحمن بن سمرة وابن عباس رضى الله عنه فحديث سمرة أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن قتادة عن الحسن عن سمرة قـال قال رسول الله ﷺ من توضأ إلى آخره . وقال الترمذى حديث حسن صحيح ، واختلف فى سماع الحسن عن سمرة فعن ابن المديني انه سمع منه مطلقا وذكر عند البخارى وقال صاحب التنقيح قال ابن معين الحسن لم يلق سمرة ، وقال النسائى سمع منه حديث العقيقة فقط . وحديث أنس عن ابن ماجة عنه عن النبى ﷺ قال من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت يجزىء عنه

الفريضة ومن اغتسل فالغسل أفضل .وسنده ضعيف وله طريق آخر عند الطحاوى والبزاز فى مسنده سنداً ضعيفاً من ذلك وله طريق آخر عند الطبراني. وحديث الخدرى فى سننه والبزاز فى مسنده عن أسد بن زيد الجمائى عن شريك عن عون عن أبى نصرة عن أبى سعيد فذكره ، قال البزار لا نعلم رواه عن عون الا يزيد ، ولا عن شريك إلا أسد بن زيد ، واسيد كوفى قد احتمل حديثاً على شيبة شديدة كانت فيه .

وقال ابن القطان قال الدورى عن ابن معين انه كذاب . وقال الساجى له مناكير . وقال ابن حبان يروي عن الثقات المنكرات ومع هذا فقد أخرج البخارى له وهو ممن عيب عليه الاخراج عنه ، وحديث أبي هريرة عن البزاز فى مسنده عن أبى بكر الهندي عن محمد بن سيرين عن أبي هـريرة مسنداً مرفوعاً نحوه . ورواه ابن عدى فى الكامل وأعله أبي بكر الهذلي واسمه سليمان بن عبد الله ، وحديث جابر عند أبى جميل فى مسنده وعبد الرزاق فى مصنفه واسحاق بن راهوَيه فى مسنده وابن عـدى فى الكامل .

وحديث ابن عباس رضى الله عنه عند البيهقى فى سننه . قوله فبها ونعمت جواب الشرط أي فبهذه الخصلة أو الفعلة أو ينال الفضل ونعمت الخصلة هي فعل الوضوء .وقيل معناه فبالسنة أخذ ونعمت الخصلة هذه أى الاخذ بالسنة ، وحذف المخصوص بالمدح .

قلت جميع شراح كتب الحديث وكتب الفقه فسروا هذا الحديث هكذا ، ولم يوفوا حقه لان فيه أشياء وهى الباء فلا بد لها من متعلق ، والضمير فلا بـد له من مرجع وإلا يلزم الاضمار قبل الذكر ، وضمير آخر وهو قوله فهو والمخصوص بالمدح فى قوله ونعمت وتأنيث الفعل فيه وفيه افعل التفضيل ، واستعماله في أحد الأشياء الثلاثـة كما علم في موضعه ، فنقول وبالله التوفيق ان هذا الحديث يتضمن شيئين أحدهما الاتيان بالوضـوء وهو فعل المتوضىء ، والوضوء في نفسه فاضل ، والآخر الاتيان بالغسل وهو أفضل بالسنة إلى الوضوء لأن فيه الوضوء ، وأشار النبي ﷺ إلى الأول بقوله من توضأ يوم الجمعة ، يعني من فعل الوضوء يوم الجمعة فقد أتى بهـا أي بهذه الفعلة ونعمت هى ، والمعنى نعمت

الفضيلة هى فصار قولنا أتى متعلقاً بالباء والضمير صار راجعاً إلى الفعلة التي دل عليها قولنا من فعل الوضوء .

واما قولنا يعنى من توضأ من فعل الوضوء لأن كل فعل يفعله الشخص يأتي فيه هذا التقدير ، فإذا قلت قام زيد معناه فعل القيام ، وإذا قلت أكل معناه فعل الأكل ، وعلى هذا سائر الأفعال لأن الفاء والعين واللام أعم الأفعال ، ولهذا اختار الصرفيون هذه المادة فى وزن الأشياء وتأنيث نعمت باعتبار ان الضمير يرجع الى الفعلة المذكورة ، والمخصوص بالمدح محذوف كما قلنا .

وأشار عليه السلام إلى الثاني بقوله ومن اغتسل بمعنى ومن فعل الغسل يوم الجمعة فهو أفضل من الوضوء ، والضمير في فهو يرجع إلى الفعل الذي يتضمن من فعل وهو الغسل ، وفي نفس الامر يرجع إلى الفعل الذي يدل عليه قوله إغتسل لأن كل فعل يدل على مصدره وهو من قبيل قوله تعالى ﴿ اعدلوا هو اقرب للتقوي ﴾ المائدة ٨ أي العدل أقرب . وقد علم ان أفعل التفضيل يستعمل مجرداً كما فى قولنا الله أكبر أي أكبر من كل شيء فإن قلت افعلية التفضيل تدل على الوجوب ولا تثبت المساوات ، قلت السنة بعضها أفضل من بعض فجاز أن يكون الغسل من تلك السنن ، فإن قلت ما ذكرنا يقتضي وما ذكرتم ناف فالأول راجح ، قلت قوله فبها ونعمت نص على السنة وما ذكرتم يحتمل أن يكون أمر اباحة فالعمل بما ذكرنا أولى .

( وهذا ) أي وهنا الحديث المذكور ( يحمل ما رواه ) أي ما رواه مالك وهو قوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل ( على الإستحباب ) توفيقاً بين الحديثين ، فإن قلت هذا الحديث ضعيف وحديث مالك صحيح فكيف التوفيق بين الصحيح والضعيف ، قلت قد روينا هذا الحديث عن سبعة أنفس من الصحابة رضي الله عنهم كما ذكرنا ، فحديث سمرة صحيح كما نص عليه الترمذي .

وحديث أنس المذكور إنما ضعف لأجل يزيد بن ابان الرقاشي ، قال ابن عدي أرجو انه لا بأس به لرواية الثقات عنه ، وقال ابن حبان كان من خيار عباد الله القائمين بالليل أو

ضعفه لأجل الربيع بن صبيح . قال أبو ذرعة شيخ صالح صدوق . وقال ابن عدي له أحاديث مستقيمة صالحة ولم أر حديثاً منكراً أرجو انه لا بأس به . وصبيح بفتح الصاد. ولئن سلمنا ذلك فالأحاديث الضعيفة إذا ضم بعضها إلى بعض أخذت قوة فيها اجتمعت فيها من الحكم كذا قاله البيهقي وغيره .

( أو على النسخ ) أي أو يحمل حديث مالك على انه منسوخ قاله الاترازي لئلا تلزم المعارضة بين القطعي والظني ، وهما آية الوضوء وخبر الواحد ، قلت ليس هذا دليل النسخ على ما لا يخفى بل يكون فيه مخالفة الكتاب بخبر الواحد لأنه يوجب غسل الأعضاء الأربعة عند القيام إلى الصلاة مع الحدث ، فلو وجب الغسل لكان زيادة عليه بخبر الواحد وهذا لا يسمى نسخاً بل يصير كالنسخ فافهم .

وقال الأكمل قوله أو على النسخ بدليل ما روى عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنه انهما قالا كان الناس عمال أنفسهم وكانوا يلبسون الصوف ويعرقون فيه ويأتون المسجد فكان يتأذى بعضهم برائحة بعض فأمروا بالإغتسال ، ثم انتسخ حين لبسوا غير الصوف وتركوا العمل بأيديهم . قلت هذا بعينه ذكره السغناقي وهو نقله عن المبسوط وليس ما روي عن عائشة رضي الله عنها . وعن ابن عباس رضي الله عنه على هذه الصورة .

أما ما روي عن عائشة رضي الله عنها فقد ذكرناها عن قريب . وأما ما روي عن ابن عباس فهو ما رواه أبو داود عن عكرمة ان ناساً من أهل العراق جاءوا فقالوا يا ابن عباس أترى الغسل يوم الجمعة واجباً قال لا ، ولكن اطهر وخير لمن اغتسل ومن لم يغتسل فليس عليه بواجب ، وسأخبركم كيف بدأ الغسل ، كان الناس مجهودين يلبسون الصوف ويعملون على ظهورهم وكان مسجدهم ضيقاً مقارب السقف إنما عريش فخرج رسول الله ﷺ في يوم حار وعرق الناس في ذلك الصوف حتى ثارت منهم رياح أذى بذلك بعضهم بعضاً ، فلما وجد رسول الله ﷺ تلك الريح قال يا أيها الناس إذا كان هذا اليوم فاغتسلوا وليلبس أحدكم أفضل ما يجد من دهنه وطيبه . قال ابن عباس ثم جاء الله بالخير

ولبسوا غير الصوف ، وكفوا العمل ، ووسع مسجدهم ، وذهب بعض الذين كان يـؤذي بعضهم بعضا من العرق .

واخرجه الطحاوي أيضاً في معاني الآثار ، ثم قال فهذا ابن عباس يخبر ان ذلك الأمر الذي كان من رسول الله ﷺ بالغسل لم يكن للوجوب عليهم ، وإنما كان لعلة ، ثم ذهبت تلك العلة فذهب الغسل . قوله أطهر وفي رواية الطحاوي ولكنه طهور أي مطهر وخير لمن اغتسل في الثواب . قوله كيف بدأ الغسل أي كيف كان ابتداءه . قوله مجهودين من جهد الرجل فهو مجهود إذا وجد مشقة . قوله عريش وهو كل ما يستظل به والمـراد ان سقفه كان من الجريد والعسف . وقوله ثارت أي هـاجت من ثار يثور ثوراً وثوراناً إذا مطمع . قوله أفضل ما يجد ، وفي رواية الطحاوى مثل ما يوجد . قوله ومن دهنه يتناول سائر الادهان نحو الزيت ودهن السمسم وغير ذلك ، وكذلك الطيب يتناول سائر أنواع الطيب نحو المسك والعنبر وغيرهما. قوله ثم جاء الله بالخير إشارة إلى ان الله تعالى فتح الشام ومصر والعراق على أيدي الصحابة فكثرت أموالهم ومعاشهم وخدمهم ، فغيروا السقف والبناء وغير ذلك .

فإن قلت قال ابن حزم حديث ابن عباس روى من الطريقين أحدهما من طريق محمد ابن معاوية النيسافوري ، وهو معروف بوضع الأحاديث والكذب . والثاني من طريق عمرو بن أبي عمرة عن عكرمة وهو ضعيف لا يحتج به ، ثم لو صح من طريق عمرو بن أبي عمرة فليس فيه حجة لهم بل حجة لنا عليهم ، لأنه ليس فيه من كلام النبي ﷺ الا الامر بالغسل فإيجابه وكل يتعلقوا به في اسقاط وجوب الغسل فليس من كلامه عليه ، وإنما هو من كلام ابن عباس وظنه ولا حجة لأحد دونه عليه السلام .

قلت الحديث صحيح وعمرو بن أبي عمرو احتجت به جماعة وعكرمة مولى ابن عباس قال البخاري ليس أحد من أصحابنا إلا وهو يحتج بعكرمة . وقال العجلي مكي تابعي ثقة بريء مما يرميه الناس به من الحرورية فلا التفات إلى تضعيف ابن حزم إياه لترويج مـذهبه وقـــوله فليس فيه حجة لهم ، كلام ساقط لأن ابن عباس لو لم يدر عدم وجوب الغسل

يوم الجمعة لما قال لا حين سئل عنه وكيف وقد روى عنه عليه السلام انه كان يأمر به وهو أعلم الناس بما وافق النصوص وعللها ومواردها وما يتعلق باحكامها ، ولما كان الأمر كذلك حمل بعضهم الأمر على الاستحباب ، ولفظ الوجوب على التأكيد للاستحباب ، كما تقول كان حقك واجباً علي والعدة دين وهو أضعف من الأول ، ويدل عليه ما قرن به مما ليس بواجب وهو الدهن والطيب .

وقال تاج الشريعة قوله أو على النسخ لأنه وجد دلالة التقديم ، وهي ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كانت الصحابة في بدء الإسلام عمال أنفسهم ويلبسون الجلود والحرص الحجاري والمسجد قريب السقف فأمرهم النبي ﷺ بالغسل دفعاً للرائحة فلما ظهرت الثروة والغناء فيهم قال عليه السلام من توضأ يوم الجمعة . الحديث .

قلت لم يرد هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها على هذا الوجه ، وإنما روى في الصحيحين انها قالت كان الناس يتناوبون الحديث ، وقد ذكرناه فيما مضى ، واستدل تاج الشريعة بقولها فلما ظهرت الثروة إلى آخره على النسخ ، لأن قوله عليه السلام من توضأ الحديث يدل على انه مؤخر بمقتضى ما في هذه الرواية ، والمتأخر ينسخ المتقدم ولكن هذا إنما يصح إذا ثبت هذا عن عائشة رضي الله عنها على الوجه المذكور ، على ان ابن الجوزي انكر النسخ فقال لا ناسخ معهم ، ولكن سمعت حديث رواه ابن عدي في الكامل يدل على انه ناسخ لأحاديث الوجوب ، وهو ما رواه من حديث الفضل بن المختار عن ابان بن أبي عياش عن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من جاء منكم الجمعة فليغتسل فلما كان الشتاء قلت يا رسول الله أخبرنا بالغسل للجمعة وقد جاء الشتاء ونحن نجد البرد ، فقال من اغتسل فبها ونعمت ومن لم يغتسل فلا حرج .

فإن قلت هذا ضعيف قلت قد شد بغيره فإن قلت إذا ثبت النسخ ينبغي أن يرتفع الغسل يوم الجمعة ، قلت المراد نسخ الوجوب لا كونه مشروعاً ، كما تقول نسخت الزكاة كل صدقة ونسخ صوم رمضان كل صوم .

ثم هذا الغسل للصلاة عند أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بهـــا ، وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة ، لأن فيها الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعاً للتأذي بالرائحة

---

( ثم هذا الغسل ) أي غسل يوم الجمعة ( للصلاة عند أبي يوسف ) أي لأجل الصلاة بمعنى لا يحصل له الثواب إلا إذا صلى يوم الجمعة بهذا الغسل حتى لو اغتسل أول اليـــوم وانتقض وضوءه وتوضأ وصلى لا يكون مدركا لثواب الغسل ( وهو الصحيح ) أي مـــا ذهب اليه أبو يوسف هو الصحيح ، واحترز به عن قول الحسن بن زياد فإنه قال لليوم على ما نذكره الآن ( لزيادة فضيلتها على الوقت ) أي لزيادة فضيلة الصلاة في يوم الجمعة على غيرها من الصلوات، لأنها تؤدى بجمع عظيم فلها من الفضيلة ما ليس لغيرها .

( واختصاص الطهارة بها ) أي بالصلاة فإنها من شرائطها ( وفيه ) أي وفي كـــون غسل يوم الجمعة للصلاة (خلاف الحسن ) فإنه يقول غسل يوم الجمعة لليوم إظهار الفضيلة، قال عليه السلام سيد الأيام يوم الجمعة والجواب عنه ان سيادة اليوم باعتبار وقوع هذه الصلاة فيه ، ويقول الحسن قال داود في المبسوط وهو قول محمد وفي المبسوط وهو رواية عن أبي يوسف فعلى هـــذا عن أبي يوسف روايتـــان ، وقيل تظهر الفائدة من هذه الخلاف فيمن اغتسل بعد الصلاة قبل الغروب ان كان مسافراً أو عبداً أو امرأة ممن لا يجب عليه الجمعة ، وهو بعيد لأن المقصود منه إزالة الروائح الكريهة لئلا يتـــأذى الحاضرون بها ، وذلك لا يتاذى بعدها ولو اتفق يوم الجمعة ويوم العيد ويوم عرفة فاغتسل وقع عن الكل وفي صلاة الجلالي لو اغتسل يوم الخميس أو ليلة الجمعة أتى بالسنة لحصول المقصود وهـــو قطع الرائحة .

( والعيدان ) أي عيد الفطر وعيد النحر ( بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعاً للتأذي بالرائحة الكريهة ) هذا التعليل يشعر ان كـــون الغسل في يومي العيدين سنة أو مستحبة لدفع الرائحة الكريهة ، فلا هو لليوم . ولا هو للصلاة ، والمفهوم من كلام الجلالي ان العلة هي دفع الأذى من الروائح الكريهة في الجمعة أيضاً .

واما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك ان شاء الله تعالى . قال وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء

---

( وأما في عرفة والاحرام فسنبينه في المناسك إن شاء الله تعالى ) قد بينا الأحاديث الواردة فيها فيما مضى ، واعلم انه صاحب الخلاصة ذكر الغسل أحد عشر نوعاً، خمسة منها فريضة الغسل لالتقاء الختانين ومن الإنزال والإحتلام والحيض والنفاس ، واربعة سنة غسل الجمعة والعيدين وعرفة والاحرام ، وواحد واجب وهو غسل الميت ، وواحد مستحب وهو غسل الكافر إذا اسلم ولم يكن جنباً ولم يغتسل حتى اسلم ففيه اختلاف المشايخ .

وفي المحيط أنواع الغسل سبعة ثلاثة فرض غسل الجنابة والحيض والنفاس ، وأربعة سنة مثل ما ذكرنا ، وواحد واجب مثل ما ذكرنا ، وواحد مستحب وهو غسل الكافر إذا أسلم والمجنون إذا أفاق والصبي إذا بلغ بالسن وان بلغ بالإنزال وجب ، وفي شرح مختصر الطحاوي نص على استحباب الثلاثة الكرماني في مناسكه ، وينبغي أن يستحب الإغتسال لصلاة الكسوف والاستسقاء وكل ما كان في معنى ذلك لاجتماع الناس . وإن لم يذكر وإلا يجبر المسلم زوجته على غسل الجنابة لأنها غير مخاطبة بها ويمنعها من الخروج للكنائس.

( وليس في المذي والودى غسل ) لما روى مسلم عن علي رضي الله عنه قال كنت رجلا مذاء فكنت استحى أن أسأل رسول الله ﷺ لمكان ابنته عندي [1] المقداد بن الأسود فسأل النبي ﷺ فقال يغسل ذكره ويتوضأ . وفي رواية فيه الوضوء ( وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي ففيه الوضوء ) هذا خبر من حديث رواه ثلاثة من الصحابة رضي الله عنهم ، وهم عبد الله بن سعد ومعقل بن يسار وعلى بن أبي طالب رضي الله عنهم.

فحديث عبد الله بن سعد عن أبي داود رضي الله عنه عن معاوية بن صالح عن العلاء بن الحارث عن حزام بن حكيم عن عبد الله بن سعد الأنصاري قال سألت رسول الله ﷺ عما

---

(١) هكذا في الأصل وربما سقطت كلمة وبعثت . اهـ مصححه .

يوجب الغسل وعن الماء يكون بعد الماء فقال ذاك المذي وكل فحل يمذي فتغسل من ذلك فرجك وانثييك وتوضأ وضوءك للصلاة ، ورواه أحمد في مسنده . وحديث معقل بن يسار عند الطبراني في معجمه من حديث اسماعيل بن عياش عن عطاء بن عجلان عن معاوية بن قرة عن معقل بن يسار ان عثمان بن عفان رضي الله عنه كان يلقى من المذي شدة فأرسل رجلا إلى النبي ﷺ فسأله عن ذلــــك المذي قال ذلك وكل فحل يمذي اغسله بالمــــاء وتوضأ وصلى .

وحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عند الطحاوي في شرح معـــاني الآثار عن صالح بن عبد الرحمن قال حدثنا سعيد بن منصور قال أخبرنا هشيم قال أخبرنا الأعمش عن منذر بن يعلى الثوري عن محمد بن الحنفية قال سمعته يحدث عن أبيه قال كنت أجـد مذيا فأمرت المقداد أن يسأل النبي ﷺ ذلك واستحييت ان أسأله لأن ابنته عندي فقال ان كل فحل يمذي فيغسل فإذا كان المني ففيه الغسل وإذا كان المذي ففيه الوضوء . ورواه اسحاق بن راهوية أيضاً في مسنده ولفظه انه سئل عن المذي فقال كل فحل يمذي فيغسل ذكره ويتوضأ . قوله كل فحل أي كل ذكر من بني آدم يخرج من ذكره مذي .

قوله يمذي من أمذى ومن مذا بالتخفيف ومن مذى بالتشديد .

وأشار إلى نفي وجوب الغسل بعلة كثرة الوقوع بقوله كل فحل يمذي ، فإن قلت إذا كان الواجب الوضوء كان الواجب أن يذكرهما في فصل نواقض الوضـــوء ، قلت لما كانا يشابهان المني ذكرهما في فصل الغسل . وقال الأكمل الأوجه ان يقال إنما ذكرهاهنا لان أحمد يقول بوجوب الغسل في رواية ، فذكر ها هنا نفيا لما قاله . قلت لم تجر عادة المصنف ان يذكر شيئاً ليدل على نفي قول أحمد .

فإن قلت إذا كان حكمة الوضوء كان ذكره مستغنياً عنه بالكلية لانه علم من قوله كلما يخرج من السبيلين، قلت لما ذكرهاهنا للتأكيد وإن كان فهم من ذاك هذا الجواب الاترازي وأخذ عنه الاكمل أيضاً ، وقال الاكمل أيضا وقيل ذكره تصريحا بالنفي لقول مالك رحمه الله فإنه لا يقول بوجوب الغسل والوضوء بها . وأجاب الاترازي بجواب آخر وهو

والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه خروجاً فيكون معتبراً به

أن يكون لبيان حكمها فيمن سلس البول لان طهارته لا تنقض بالبول في الوقت ، وربما ينتقض . وقال تاج الشريعة إنما ذكرهما لكونهما متشابهين للبول والحال ان الغسل لا يجب بهما فمست الحاجة إلى الذكر .

( والودي ) بفتح الواو وسكون الدال المهملة ، وفي المطالع وقد يقال معجمة وهوغير معروف ويقال أيضاً بفتح الواو وكسر الدال وتشديد الياء من ودى بفتح العين ، ويقال من أودى بالالف ( هو الغليظ من البول يتعقب الرقيق منه ) أي من البول ( خروجاً ) أي من حيث الخروج ( فيكون معتبراً بـــه ) أي بالبول . وقال أحمد فإن قيل نقض الوضوء بالودى غير متصور على التفسير المذكور في الكتاب لانه لما خرج على أثر البـــول وقد وجب الوضوء بالبول فلم يجب بالودى .

أجيب بأجوبة منها إذا بال وتوضأ للبول ثم أودى فإنه يجب عليه الوضوء ، ومنها ان من به سلس البول إذا توضأ للبول ثم أودى حال بقاء الوقت تنقض طهارته ، ومنها ان الوضوء يجب في الودي لو تصور الانتقاض به وفيه ضعف .

قال الاكمل قلت هذا نظير تفريع أبي حنيفة رحمه الله في مسائل المزارعة ، ولو كان يقول بجوازها كان ذلك قياساً ومنها ان المراد يوجب الــوضوء يعني لا يوجب الإغتسال ذكره الحلواني، ومنها ان الوجوب بالبول لا ينافي الوجوب بالودي بعده فــالوضوء منهما جميعاً حتى لو حلف لا يتوضأ من رعاف فرعف ثم بال أو بال ثم رعف فتوضأ فــالوضوء منهما جميعاً ويحنث ، أو حلف لا يغتسل من امرأته فلانة من جنابة فأصابها ثم أصـــاب غيرها واغتسل فهو منهما ، هكذا في المنتقى ويحنث . وكذا المرأة إذا حلفت لا تغتسل من جنابة أو حيض فأصابها زوجها وحاضت فاغتسلت فهو منهما ، تحنث وعن أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن ان اغتسلت من زينب فهي طالق وإن اغتسلت من عمرة فهي طالق فجامع زينب ثم جامع عمرة فهما طالقان .

وقال أبو عبد الله الجرجاني الإغتسال من الاول دون الثاني . وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني ان اتحد الجنس بأن بال ثم رعف أو على العكس فالوضوء منهما جميعاً ، فعلى

قول الجرجاني يكون الوضوء والغسل من الاول ان اتحد الجنس أو اختلف ، وعلى قول الهندواني ان اتحد فمن الاول وان اختلف فمنهما جميعاً وعلى ظاهر الجواب الوضوء والغسل منهما جميعاً كيف ما كان ، وقيل الودى ما يخرج بعيد الإغتسال من الجماع وبعد البول وهو من الزوج ، فعلى هذا الاشكال ذكر الزوجة في الودى يخالف ما تقدم .

( والمني خاثر أبيض ينكسر منه الذكر عند خروجه ) وزاد غيره ويتولد منه الولد. قال الاترازى يرد على هذا التعريف مني المرأة لان منيها ليس بتلك الصفة فإذن يحتاج إلى التعريف الجامع بين منى الرجل والمرأة جميعاً ، وقال فما وجدت فيما عندي من الكتب ولا كتب اللغة يوجد منه إلا انه ذكر في كتاب الاجناس ناقلا عن المجرد ويقال المني هو الماء الدافق يكون منه الولد وهذا حسن ، وقوله الماء الدافق احتراز عن الودى والمذي لانه لا دفق فيهما . وقوله المني يكون منه الولد احترازاً عن البول وعن ماء من الميزاب .

ثم قال لا يقال ماء المرأة ليس بدافق لانا نقول لا نسلم لان الله تعالى أراد بالماء الدافق ماء الرجل والمرأة جميعاً حيث قال ﴿ خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ الطارق ٧ قلت هذا كلام عجيب صادر من غير روية . والتعريف الذى فسر المصنف المني به وهو مني الرجل ولا يرد عليه ، لان منى كل منهما يعرف بتعريف فمني الرجل ماء أبيض خاثر رائحته كرائحة الطلع فيه لزوجة ينكسر منه الذكر ويتولد منه الولد ، ومني المرأة ماء أصفر رقيق فتعريف أحد الماهيتين المختلفين كيف يورد عليها بتعريف الماهية الاخرى ، ثم استحسانه لما ذكر في المجرد بان المني هو الماء الدافق الذى يكون منه الولد غير مساعد له لان هذا أيضاً مني الرجل الدافق أيضاً من صفات مني الرجل وليس في مني المرأة دفق وقوله تعالى ﴿ من ماء دافق ﴾ الطارق ٦ أى مدفوق في رحم المرأة .

قال الإمام أبو الليث السمرقندى في تفسيره من قوله تعالى ﴿ فلينظر الإنسان مم خلق ﴾ الطارق ٥ يعني فليعتبر الانسان مم خلق قال بعضهم نزلت في شأن أبي طالب

ويقال في جميع من أنكر البعث ثم بين أول خلقهم يعتبروا ، فقال ﴿ خلق من ماء دافق ﴾ يعني من ماء مهراق في رحم الام . ويقال دافق يعني مدفوقاً فهذا يدل صريحاً على ان الدفق صفة ماء الرجل ، جعله الله دافقاً ليصل بقوة الدفق إلى قعر الرحم الذى يتولد منه الولد ، ولولا الدفق لعقمت النساء الفائرات الارحام . قال الزمخشرى الدفق صب فيه دفع وهذا لا يوجد إلا في مني المرأة وقوله ﴿ يخرج من بين الصلب والترائب ﴾ الطارق ٧ . قال أبو الليث يعني خلق من ماء الاب ومن ماء الام ، فماء الاب يخرج من الصلب ، وماء المرأة يخرج من الترائب ، وهو موضع القلائد .

فإن قلت كان ينبغي أن يقال من مائين قلت قال الزمخشرى ولم يقل مائين لامتزاجهما في الرحم واتحادهما حين ابتداء خلقه ، وقال أيضاً الدفق في الحقيقة لصاحبه والاسناد مجازى وصاحب الدفق هو الرجل ، والمرأة ليس لها دفق .

وقال أبو اسحاق العراقي المني يخرج من الدماغ بعد نضجه ويصير دماً أحمر في فقار الظهر إلى أن يصل الكليتين فينضجانه ، ثم يصبانه إلى انثيين فينضجانه منياً أبيض ،وهو خاثر رائحته كرائحة الطلع فيه لزوجة ينكسر الذكر عند خروجه وهذه صفة منى الرجل دون المرأة . والعجب من الاكمل انه رضى بما قال الاترازى فقال والتعريف الجامع لمني الرجل والمرأة انه ماء دافق يخرج من الصلب وترائب المرأة ، وقد قلنا ان المرأة ليس لها دفق وهذا يمكن أن يكون تعريفاً للمني المصبوب في رحم المرأة من جهتها الذى يتولد منه الولد إذا أراد الله .

أما المني الذى تتعلق به الاحكام فاثنان أحدهما مني المرأة والثاني مني الرجل فلكل واحد منهما تعريف وحده وإلا فتعريف القسمين بما ذكره كتعريف الانسان والفرس بأنهما حيوان . ثم الفعل من المنى منى وامنى ومني بالتشديد . وفي نكت ابن الصلاح في المني لغتان تشديد الياء وتخفيفها ولم يحكه الجوهرى .

( والمذى رقيق يضرب إلى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل أهله ) المذى بفتح الميم وسكون الذال المعجمة ، يقال مذى الرجل بالفتح وامذى بالالف وفي المطالع هو ماء

رقيق يخرج عند التذكار والملاعبة بسكون الذال و كسرها يقال مذى وأمذى ومذى . وقال عياض فيه وجهان مذى بالتخفيف ومذى بالتشديد . ويقال المذى من المرأة الذى قال المبرد في الكامل كل فحل يمذى وكل أنثى تمذي قلت من قذف الشاة إذا التقت من رحمها بياضاً .

وقال الاترازي فإن قلت لم ذكر تعريف الودى سابقاً والمني ثانياً والمذي ثالثاً ، قلت لأن المصنف ذكر المذي والودى بعدما ذكر حكم المني سابقاً واستدل على عدم الغسل في المذى لقوله ﷺ كل فحل يمذي وفيه الوضوء . ثم احتاج الى الدليل في الودى فذكر تعريفه لقربه بالبول لأنه يخرج عقيبه ، فوقع تعريفه ثانياً ثم أراد أن يعرف المني والمذي فقدم المني على المذي لقوة في المني دون المذى ، فوقع تعريف المني ثانياً ، والمذي ثالثاً . قلت هذا الذي ذكره مطولاً ليس فيه من مزيد الفائدة والفقهاء ينظرون إلى رعاية محاسن التراكيب وإنما نظرهم في بيان المقصود ولا يرى ذلك إلا في التراكيب التي تقع في كلام الشارع لبيانه الاعجاز وبيان الفصاحة ، وسترى تساؤلاً في كلام المصنف وغيره في الالفاظ والعبارات على ما ستقف عليه في مواضع إن شاء الله تعالى .

( وهذا التفسير ) أي التفسير المذكور في المني والمذي والودى ( مأثور عن عائشة ) ثم لم يثبت هذا عن عائشة رضي الله عنها . روى عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة وعكرمة قالا هي ثلاثة المني والمذى والودى الماء فالمني هو الماء الدافق الذي يكون فيه الشهوة ومنه يكون الولد ففيه الغسل وأما المذى فهو الذى يخرج إذا لاعب الرجل امرأته فعليه غسل الفرج والوضوء ، وأما الودى فهو الذى يكون مع البول وبعده وفيه غسل الفرج والوضوء .

# باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز به

## الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والأودية

( باب في الماء الذى يجوز به الوضوء وما لا يجوز ) أى هذا باب في بيان احكام المـاء الذى يجوز به الوضوء وفي بيان المـاء الذى لا يجوز به الوضوء أيضاً ، غير ان المطلوب الأم بيان ما يجوز به اقتصر عليه،ومعنى الباب في اللغة النوع وفي الاصطلاح هوطائفة من مسائل لعلم الفقيه يشتمل عليه الكتـــاب . والكتاب تجمع الأبواب والأبـــواب تجمع الفصول .

ولما فرغ من بيان الوضوء والغسل وما يوجبهما شرع في بيان الآلة التي تحصل بهاالطهارة في النوعين وهي الماء المطلق ، والألف واللام في الماء للجنس . والماء سيال سببه خـوف العطش وأصله موه قلبت الواو الفا لتحريكها وانفتاح ما قبلها ، والدليل عليه ان جمعه في القلة أمواه وفي الكثرة مياه، والهمزة فيه بدل من الهاء كما في شاء . وذكـــر صاحب المحكم ماه في لغته تدل على ان الابدال غير لازم ، ولفظه يجوز ماءة تطلق على معنى يحل وتارة تستعمل بمعنى يصح وتارة بمعنى تصلح لهما .

( الطهارة من الاحداث ) هو جمع حدث والحدث ينقسم إلى الاصغر والاكبر،ويقال الاخف والاغلظ وفي الزيادات وإذا اجتمع حدثان فالاغلظ أم ، فلو قال من الحدثين كان أولى ولعله جمعه باعتبار كثرة محاله أو لاختلاف أنواعه . وقـــوله من الاحداث . ليس للاختصار لان الاخباث تشاركها ، واللام فيه للعهد أى الطهارة من الأحداث التي سبق ذكرها ، ويجوز أن تكون للجنس . والحدث اسم يطلق على الحكمي والخبث يطلق على الحسي والنجس مشترك يقع عليهما بدلاً ، ثم قيد الاحداث اتفاقي لانه يجوز بالميـــاه التي ذكرها الطهارة من الحدث والخبث جميعاً ، ويجوز أن يكون قيده بها لكونه قد ذكرها فيما سبق في الطهارتين فاحتاج إلى بيان الآلة التي يحصلان بها .

وقوله الطهارة مبتدأ وخبره قوله ( جائزة بماء السماء ) وهو المطر والثلج والبرد إذا ذابا ، وقوله ( والاودية ) عطف عليه وهو جمع وادى وماء الاودية وهو الماء الذى يجتمع

والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى ﴿وانزلنا من السماء ماءً طهوراً﴾ الفرقان ٤٨

فيها من الامطار والسيول التي تتحصل بها ( والعيون ) جمع عين وهي التي تنبع من الارض وتخرج إلى ظاهرها ( والآبار والبحار ) جمع بئر أصله بهمزه ساكنة في وسطها ، وجمعها **في القلة ابئر وآبار بهمز بعد الباء ، ومن العرب من قلب الهمزة فيكون آبار ، فإذا كثرت فهي** أبيار . وأما البحار جمع بحر قال الجوهري البحر خلاف البر ، يقال سمي بـه لعمقه واتساعه والجمع أبحر وبحار وبحور ، وكل نهر عظيم قلت فلذلك قيل لنهر مصر بحر النيل ولكن إذا أطلق البحر يراد به البحر الملح ( لقوله تعالى ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهورا﴾ ) الفرقان ٤٨ وجه التمسك بالآية في حق ماء السماء والاودية الحاصلة بماء السماء ظاهر وأما في حق العيون والآبار فأما لان أصل المياه جميعاً من السماء لقوله تعالى ﴿ألم تر ان الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع فى الارض﴾ الزمر ٢١ . واما لان التمسك بالآية يرجع إلى ماء السماء ، والتمسك بطهورية باقي المياه بالحديثين اللذين ذكرهما .

فإن قلت ليس في الآية ان جميع المياه نزلت من السماء ، لان قوله ماء نكرة في سياق **الاثبات فلا تعم ، قلت نعم** بقرينة الامتنان به فإن الله ذكره في تعريف الامتنان به ، فلو لم يدل على العموم لفات المطلوب ، والنكرة في الإثبات تفيد العموم بقرينة تدل عليه كما في قوله تعالى ﴿علمت نفس ما احضرت﴾ التكوير ١٤ . وقوله تعالى ﴿علمت نفس ما قدمت وأخرت﴾ الانفطار ٥ .

فإن قلت لا يتم الاستدلال بالآية ولا بالحديث ، لان الطهور من طهر الشيء وهو لازم ، فلا يستفاد منه التعدي فيكون بمعنى الطاهر كما في قوله تعالى ﴿وسقاهم ربهم شرابا طهورا﴾ الانسان ٢١ أى طاهراً فلا يتم الاستدلال في التطهير . قلت يكون الماء مطهراً لغيره لا من حيث ان الطهور بمعنى المطهر ، بل من حيث انه معدول عن صيغة الطاهر إلى صيغة الطهور التي هي المبالغة في ذلك الفعل كالغفور والشكور فيها مبالغة ما

ليس في الغافر والشاكر ، فلا بد في الطهور من معنى زائد ليس في الطاهر وليس ذلك إلا بالتطهير .

( وقوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير طعمه أو لونه أو ريحه )
لم يثبت هذا الحديث بهذا اللفظ إلا ان ابن ماجة رواه من حديث ابي أمامة قال قال رسول الله ﷺ ان الماء طهور لا ينجسه إلا ما غلب على ريحه وطعمه ولونه . وفي إسناده راشد بن سعد أخرجه النسائي وابن معين وابن حبان وأبو حاتم ومعاوية بن أبي صالح ، وقال أبو حاتم لا يحتج به . وقال الدارقطني لم يرده غير راشد بن سعد وليس بالقوى .

وقال الشيخ تقي الدين قد رفع من وجهين غير طريق راشد بن سعد أخرجهما البيهقي أحدهما عن عطية بن بقية بن الوليد عن أبيه عن ثور بن يزيد عن راشد عن سعد عن أبي امامة عن النبي ﷺ ان الماء طهور إلا أن يتغير ريحه أو طعمه أو لونه بنجاسة تحدث فيها . الثاني عن حفص بن عمر حدثنا ثور بن يزيد عن راشد بن سعد عن أبي امامة مرفوعاً الماء لا ينجس إلا ما غير طعمه أو ريحه . وقال البيهقي والحديث غير قوى رواه عبد الرزاق في مصنفه والدار قطني في مسنده عن الاحوص بن حكيم عن راشد بن سعد عن النبي ﷺ مرسلا والاحوص فيه مقال .

واخرج الدارقطني في سننه عن معاوية بن صالح عن راشد بن سعد عن ثوبان عن النبي ﷺ قال الماء طهور إلا ما غلب على ريحه أو طعمه أو لونه . وسنده ضعيف واخرجه الأربعة والشافعي وأحمد والدارقطني والحاكم والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري من حديث بئر بضاعة قال عليه السلام ان الماء طهور لا ينجسه شيء . وهو لفظ الترمذي وقال حديث حسن ، وقد جوده أبو أسامة وصححه أحمد ويحيى بن معين .

وقد علمت بهذا ان الحديث الذي احتج به المصنف نصفه الأول صحيح وهو قول الماء طهور لا ينجسه شيء ، والنصف الثاني روى من وجوه كثيرة وهو ضعيف ، وروى الدارقطني والطحاوي من طريق راشد بن سعد مرسلا الماء لا ينجسه شيء إلا ما غلب على ريحه أو طعمه . وزاد الطحاوى أو لونه ، وصحح أبو حاتم ارساله المهذب والروياني في

البحر نص الشارع على الطعم والريح ، وقاس الشافعي اللون عليهما وليس كذلك ، فإن اللون أيضاً مذكور في الحديث وكأنهما لم يقفا عليه حتى قالا ذلك .

( وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ) وقوله بالجر عطف على قوله الذي قبله هذا الحديث عن ثمانية أنفس من الصحابة وهم أبو هريرة وجابر وعلى بن أبي طالب وأنس وابن عباس وعبد الله بن عمرو والفراسي وأبو بكر رضي الله عنهم، فحديث أبي هريرة عند الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه ان رجلا سأل رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله عليه السلام انا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضأنا به عطشنا فنتوضأ من البحر فقال عليه السلام هو الطهور ماؤه والحل ميتته . قال الترمذي حديث حسن صحيح ورواه مالك والشافعي وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والدارقطني والبيهقي وصححه البخاري فيما حكاه عنه الترمذي ، وتعقبه ابن عبد البر بانه لو كان صحيحاً لأخرجه في صحيحه وهذا مردود لأنه لم يلتزم الاستيعاب، ثم حكم ابن عبد البر بعد ذلك بصحته فتلقاه العلماء بالقبول ورجح ابن مندة صحته ، وصححه أيضاً ابن المنذر وأبو محمد البغوي .

وحديث جابر عن ابن ماجة في سننه من طريق أحمد بن حنبل عن جابر رضي الله عنه ان النبي ﷺ سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني كذلك وابن حبان في صحيحه .

وحديث على رضي الله عنه عند الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه من حديث الحسين بن على بن أبي طالب عن أبيه مرفوعاً سواء وسكت الحاكم عنه .

وحديث أنس رضي الله عنه عند عبد الرزاق في مصنفه والدارقطني في سننه عن أنس عن النبي عليه السلام مثله ، وفي إسناده لابان وهو متروك قاله الدارقطني. وحديث ابن عباس عند الدارقطني من حديث موسى بن سلمة عن ابن عباس مرفوعاً نحوه ، ثم قال والصواب موقوف ورواه الحاكم في المستدرك وسكت .

وحديث عبد الله بن عمر عند الدارقطني أيضاً من جهة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً نحوه ، ورواه الحاكم في المستدرك وسكت عنه .

وحديث الفراشي عند ابن عبد البر المعتد باسناده عن مسلم بن يحى انه حدث ان الفراشي قال كنت أصيد في البحر الأخضر على ارماس وكنت أحمل قربة لي فيها مـاء فإذا لم أتوضأ من القربة أمس وقف ذلك لي ونصب لي ذلك بي وبقيت لي فجئت رسول الله ﷺ فقصصت ذلك عليه فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وقـال عبد الحق في احكامه حديث الفراشي هذا لم يروه فيما أعلم إلا بكر بن معاذ وقال ابن القطان في كتابه وقد خفي على عبد الحق ما فيه من الإنقطاع فإن ابن يحيى لم يسمع من الفراشي ، وانما يرويه عن ابن الفراشي عن أئمة ، ويوضح ذلك ما حكاه الترمذي في علله ، قال سألت محمد بن اسماعيل عن حديث ابن الفراشي في ماء البحر فقال حديث مرسل لم يدرك ابن الفراشي النبي عليه السلام والفراشي بصحبته فسلم بن يحى إنما يرويه عن ابن الفراشي وروايته عن الأب مرسلة ، وحديث ابن الفراشي رواه ابن ماجه في سننه عن مسلم بن يحيى عن ابن الفراشي قال كنت أصيد وكانت لي قربة اجعل فيها ماء وإني توضأت بماء البحر فـذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته ، قـال البخارى ان مسلم بن يحيى لم يدرك الفراشي نفسه وإنما يروى عن ابنه وان الابن ليست له صحبة .

وحديث أبي بكر رضى الله عنه عند الدارقطنى من حديث عبد العزيز عن وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله عن أبي بكر الصديق رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ سئل عن ماء البحر لحديث عبد العزيز بن عمران وهو ابن أبي ثابت ، قال الذهبي يجمع على ضعفه ثم أخرجه عن عبيد الله بن عمر رضي الله عنه عن عمرو بن دينار عن أبي الطفيل عن أبي بكر رضي الله عنه موقوفاً ، قال الذهبي هـذا سند صحيح واسم الرجل الذي سأل قيل عبيد وقيل عبد العزيز ، وفي الحديث دليل على جواز ركوبه إلا في حال ارتجاجـه . وتوقفهم على الوضوء به اما لكونه لا يشرب أو لكونه طبق جهنم على ما ورد .

فان قلت ما الحكمة في انه ﷺ لم يقل نعم عن سؤال الرجل قلت لو قال نعم لم يجز الوضوء به إلا الضرورة ، لأنه سأله بصفة الضرورة وكان يرتبط نعم بسؤاله فاستأنف بيان الحكم لجواز الوضوء به مطلقاً .

فإن قلت لم يسأله عن السمك فكيف زاد بيان حكمه ، قلت لأن حاجة الناس الى ذلك ولا يركبون البحر في بعض الأوقات إلا للصيد ولاسيما ركوب السائل كان لأجل الصيد وهو زيادة من الشارع حملاً له على الجواب .

ومن الناس من كره الوضوء بماء البحر الملح لحديث عمر انه ﷺ قال لا يركب البحر إلا حاج او معتمر اوغاز في سبيل الله فإن تحت البحر نار أو تحت النار بحر . اخرجه ابو داود متفرداً به ، وكان ابن عمر لايرى جواز الوضوء ولا الغسل به عن جنابة ، وكذا عن ابي هريرة وعن ابي العالية انه كان يتوضأ فيه ويكره الوضوء بماء البحر لأنه طبق جهنم ، وما كان طبق جهنم لا يكون طريق طهارة ورحمة على قوله على ارماث بفتح الهمزة وسكون الراء بعد الالف ثاء مثلثة جمع رمث بفتحتين ، وهو خشب ضم بعضه الى بعض ويركب في البحر .

( ومطلق الاسم يطلق على هذه المياه ) اي يطلق اسم الماء في الآية والحديثين المذكورين ويطلق الاسم المتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات والمراد بالمطلق ها هنا ما سبق الى الافهام عند استعمال لفظ الماء . وقال الاترازي وجه التمسك بالآية والحديث ان الماء لما ذكر فيهما مطلقاً من غير قيد بواحد من هذه المياه ، والمطلق ينصرف الى تقدير البلد .

( ولا يجوز ) اي الطهارة ( بما اعتصر من الشجر والثمر ) ما اعتصر بالقصد على ان ما موصولة . قال الاكمل هكذا المسموع . وقال تاج الشريعة ما اعتصر غير ممدود وكذا قال في المستصفي . وقال السغناقي بالقصر لأنها موصولة وان كان يصح معنى الممدود ولكن المنقول هو الموصولة ، ولان في الممدودة وهم جواز التوضيء بماء العصر هو بنفسه وليس الامر كذلك . وقال الاترازي لانسلم ، ولئن سلمنا الوهم لكن لايجوز التوضيء بالعصر بنفسه من غير اعصار ، لأنه خارج بلا علاج كما ذكره في المتن حيث قال :

لأنه ليس بماء مطلق ، والحكم عند فقده منقول الى التيمم
والوظيفة في هذه الاعضاء تعبديه

---

واما الذي يقطر من الكرم . على مايجيء يعني الماء الذي يخرج منه بالتقاطر يجوز التوضؤ به ذكره في جامع ابي يوسف رحمه الله ، لأنه ماء خرج من غير علاج . وفي المحيط لا يتوضأ بما خرج من الكرم لكمال الامتزاج . وقال بعضهم اذا قيل بالمد لوقع في الوهم ان المراد الماء المطلق . قال الاترازي لا نسلم لأنه قيده بصفة الاعتصار فكيف يقع وهم الاطلاق لأنه عند اطلاق الماء لا يطلق عليه مثلاً إذا كان في بيت شخص ماء بئر او بحر او عين وماء اعتصر من الشجر او الثمر فقال لأحد هات لي ماء لا يسبق الى ذهـــن المخاطب إلا الاول ، ولا يعني بالمطلق او المقيد الا هو والاضافة نوعان اضافة تعريـــف كغلام زيد ، وانه لا يغير المسمى واضافة تقييد كماء العنب ، وانه لغيره لأنه لا يفهم من مطلق اسم الماء ولهذا يصح ان يقال فلان لم يشرب الماء ، وان كان يشرب ماء العنب وماء الباقلاء والحقيقة لا تنفى عن المسمى بالاضافة الى الماء واخواته من القسم الاول واضافته الى المعتصر من الثاني .

(لأنه ليس بماء مطلق) اذ لا يفهم بمطلق قولنا الماء ( والحكم عند فقده ) اي عند فقد الماء المطلق ، واراد بالحكم الطهارة ( منقول الى التيمم ) لقوله تعالى ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ المائدة ٦ ومن ضرورة النقل عدم جواز استعمال هذه المائعات . والاصل في هذا ان التوضؤ به جائز مادامت صفة الاطلاق باقية ولم يخالطه نجاسة ، وان زالـــت صفة الاطلاق لايجوز التوضؤ به او زوالها بغلبة الممتزج ، وبكمال الامتزاج وغلبة الممتزج بكثرة الاجزاء ، وكمال الإمتزاج بطبخ الماء بالمخلوط الطاهر أو يشرب الشارب الماء حتى يبلـــغ الإمتزاج مبلغاً يمنع خروج الماء منه إلا بعلاج ، والإمتزاج بالطبخ إنما يمنع التوضؤ به إذا لم يكن ذلك الإمتزاج المقصود للغرض المطلوب وهو التنظيف ، وأمـــا إذا كان كالاشنان إذا خلط بالماء فإنه يجوز التوضؤ والإمتزاج والإختلاط بين الشيئين بحيث يسع أحدهما في الآخر حتى يمنع التمييز ، فإذا عرف هذا فلا يجوز التوضؤ بما اعتصر .

( والوظيفة في هذه الأعضاء تعبديه ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال ان

الماء المعتصر من الشجر أو الثمر وإن لم يكن ماء مطلقاً لكنه في معناه في الإزالة،فيلحق بالمطلق كما ألحقه أبو حنيفة وأبو يوسف بالمطلق في إزالة النجاسة الحقيقية فيجب أن يكون في الحكمية كذلك .

وتقرير الجواب أن يقال ان الوظيفة في هذه الأعضاء الأربعة في الوضوء تعبدية يعني غير معقولة لأن الله تعالى أمرنا بذلك وعبدنا به ، فيجب علينا الإمتثال من غير أن يدرك معناه ، لأن أعضاء الحدث غير نجسة حقيقة لعدم إصابتها ، وحكما لجواز صلاة حامل الجنب أو المحدث وتطهير الطاهر محال ولكنه أمر تعبدي كما ذكرنا ( فلا يتعدى إلى غير المنصوص عليه ) لأن شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولاً به عن القياس،وليس فيما نحن فيه كذلك فلا يصح القياس بخلاف إزالة النجاسة الحقيقية ، فإنها معقولة المعنى لوجوبها حسا فجاز فيها الإلحاق .

فإن قلت إن لم تمكن التعدية بطريق القياس يلتحق بالدلالة فإن كونه معقولاً ليس بشرط فيه قلت سائر المائعات ليس في معنى الماء من كل وجه لأن الماء مبذول عادة لا يبالي بنجسه ، وسائر المائعات ليس كذلك . فإن قلت كيف ألحقته به في النجاسة الحقيقية، قلت قياساً لا دلالة لأنه معقول المعنى .

فإن قلت من شرط الدلالة أن يكون الملحق في معنى الأصل في الوصف الذي هو مناط الحكم من كل وجه لا غير ، والوصف فيما نحن فيه هو إزالة النجاسة والماء والمائع في ذلك سيان ، وكون الماء مبذولاً لا دخل له في ذلك ، قلت إنهما سيان في إزالة النجاسة الحقيقية ومطلقاً فالأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع .

فإن قلت إذا كان الغسل في هذه الأعضاء تعبدياً يلزم أن تكون النية فيه شرطاً،وقد قلتم ان الماء مزيل للحدث بالطبع فيلزم أن يكون مائعاً كذلك لأنه مزيل بالطبع ، قلت إنما يكون مزيلاً بالطبع إذا كان المزال نجاسة حقيقية ، واما لو كانت نجاسة حكمية فلا يكون كذلك ولكن يلزم عليه الوضوء ، فإن المزال فيه حكمي فينبغي أن يشترط فيه النية .

اما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضؤ به لأنـــه ماء خرج
من غير علاج ، ذكره في جوامـــع أبي يوسف رحمه الله ،
وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط الاعتصار

---

فإن قلت غسل النجاسة بالماء المطلق على خلاف القياس لأنه يقتضي تنجيسه بـــأول الملاقاة وقد عديتم إلى المائعات الطاهرة قلت المزال من النجاسة مشاهد فلما ترك القياس في حق الماء للضرورة يترك في حق غيره مما يعمل عمل الماء ، وكذا عند ورود النجاسة على الماء في غسل الثوب النجس في الاجابات الثلاث حتى خرج من الثالثة طاهراً .

( أما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضؤ به لأنه ماء خرج من غير علاج ) هذا كأنه جواب عما يرد على قوله ولا يجوز بماء اعتصر من الشجر والثمر ، فلذلك قـــال وأما الماء الذي يقطر بكلمة اما ، وقد ذكر في المحيط لا يتوضأ بماء يسيل من الكرم لكمال الإمتزاج وهذا المنقول عن شمس الأئمة ( ذكره في جوامع أبي يوسف ) ذكر فيه ضميران مرفوع ومنصوب ، أي ذكر أبو يوسف رضي الله عنه في جوامعه جواز الوضوء بالماء الذي يقطر من الكرم أياما ، وهـــو أيام تنظيف فروعه من أطرافه ليقوى الأصول ، وتطرح العنب كثيراً . فإن قلت فيه اضمار قبل الذكر قلت جاز ذلك للقرينة كما في قوله تعالى ﴿ حتى توارت بالحجاب ﴾ ص ٣٢ أي الشمس ويجوز أن يكون الضمير المرفوع فيه راجعاً إلى جمع الجوامع آخذا عن أبي يوسف رحمه الله .

( وفي الكتاب ) أي القدوري ( إشارة إليه ) أي إلى جواز التوضؤ بالمـــاء الذي يقطر من الكرم ( حيث شرط الاعتصار ) لأن الذي يقطر من الكرم منعصر بنفسه لا معتصر ، ويجوز أن يقرأ شرط على صيغة المعلوم وعلى صيغة المجهول ، ففي المعلوم يعود الضمير الذي فيه إلى القدوري بقرينة قوله في الكتاب لان الألف واللام فيه بـــدل من المضاف اليه . أي وفي كتاب القدوري ، ويكون الإعتبار منصوباً على انه مفعول شرط وفي المجهول يكون الإعتصار على انه نائب عن الفاعل وذكر المفعول مطوى .

ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فأخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلى والمرق وماء الزردج . لأنـه لا يسمى ماء مطلقاً . والمراد بماء الباقلى ما تغير بالطبخ .

---

( ولا يجوز ) اي الطهارة ( بماء غلب عليه غيره ) اي غير الماء من المائعات الطاهرة ( فأخرجه عن طبع الماء ) هذا كالتفسير لكونه غلب على غيره ، فلذلك ذكره بالفاء التفسيرية وطبع الماء كونه مرويا ، لأنه يقطع العطش ، وقيل قوة نفوذه ، وقيل كونه غير متلون ، وقيل ما بقى له اثر الغليان والاخراج عن طبعه ان لا يبقى له اثر بالغليان ( كالاشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء ) بالمد وتخفيف اللام واذا شدد اللام قصر الحاصل ان فيه لغتان ونظيره المزغر او المزغري بكسر الميم وفتحها ذكره في الفصيح .

( والمرق وماء الزردج ) بفتح الفاء وسكون الراء وفتح الدال المهملة و في آخره جيم وهو ما يخرج من العصفر المنقوع يطرح ولايصبغ به ذكره المطرزي. وقيل ماء عروقه الزعفران . قال الاترازي كانه معرب قلت هو معرب زرده .

واعلم ان قوله كالاشربة اه ان أراد به الاشربة المتخذة من الشجر كشراب الرمان والحماض وبالخل الخل الخالص ، كان من نظير المعتصر من الشجر والثمر ، وكان ماء الباقلا والمرق نظير الماء الذي غلب عليه غيره ، وكان فيه صفة اللف والنشر وهو ان يلف شيئين ثم ينشرهما نظيره من التنزيل ﴿ ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله ﴾ القصص ٧٣ فإن أراد بالاشربة الحلوا المخلوط به والخل المخلوط بالماء كانت الاربعة كلها نظير الماء الذي غلب عليه غيره .

( لأنه )أي لأن الماء الذي غلب عليه غيره ، أو لأن كل واحد من هذه الاشياء المذكورة ( لا يسمى ماء مطلقاً ) لأن مطلق الشيء ما يتبادر اليه عند عن ذكره ،والفهم لا يتبادر إلى هذه المياه عند ذكر الماء ( والمراد بماء الباقلاء ما تغير بالطبخ ) بان صار ثخيناً حتى صار كالمرق حتى اذا طبخ ولم يثخن ورقة الماء فيه باقية يجوز الوضوء بـه

## وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضؤ به

## ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه

( وان تغير ) أي ماء الباقلاء ( بدون الطبخ يجوز التوضؤ به ) لاطلاق إسم الماء عليه لغلبة الماء .

( ويجوز الطهارة بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه ) وهي اللون والطعم والريح ، وفيه اشارة إلى أنه لايجوز التوضؤ به إذا غير الوصفين ، ولكن الرواية الصحيحة بخلافها ، الا ترى لي ما قال في شرح الطحاوي ، واما الحوض والبئر إذا تغير لونه أو طعمه أو ريحه إما بمرور الزمان أو بوقوع الاوراق كان حكمه حكم الماء المطلق ، ولاشك أن الماء إذا تغير لونه تغير طعمه أيضاً ، ولكن يشترط أن يكون باقياً على رقته ، أما إذ غلب عليه غيره وصار به ثخيناً فلا يجوز .

وفي الرواية في قوله فغير أحد أوصافه اشارة إلى أنه إذا تغير إثنان أو ثلاثة لا يجوز التوضؤ به ، وإن كان المغير طاهراً لكن صحة الرواية بخلافه ، و كذا عن الكرخي وفي المجتبي لا يقبل التغير به حتى لو غير الاوصاف الثلاثة بالاشنان أو الصابون أو الزعفران أو الاوراق أو اللبن ولم يسلب إسم الماء عنه ولا معناه فإنه يجوز التوضؤ به .

وفي زاد الفقهاء الماء المغلوب من الخلط الطاهر يلحق بالماء المقيد غير أنه يعتبر الغلبة أولاً من حيث اللون ثم من حيث الطعم ثم من حيث الاجزاء . فإن كان لونه مخالف للون الماء كاللبن والعصير والخل وماء الزعفران فالعبرة باللون ، فإن غلب لون الماء يجوز وإلا فلا ؟ فإن توافقا لونا لكن تفاوتا طعما كماء البطيخ والمشمش والانبذة فالعبرة للطعم ، إن غلب طعم الماء يجوز وإلا فلا ، و إن توافقا لوناً وطعماً كماء الكرم فالعبرة للاجزاء .

وسئل المداني عن الماء الذي يتغير لونه بكثرة الاوراق في الكف إذا رفع منه هل يجوز التوضؤ به قال لا ، ولكنه يجوز شربه وغسل الاشياء . وفي فتاوى قاضيخان إذا طبخ بماء يقصد به المبالغة في التنظيف كالسدر والحرض ، فإن تغير لونه ولكن لم تذهب رقته يجوز التوضؤ به ، ولو صار ثخيناً مثل السويق لا يجوز .

كماء المد والماء الذي اختلط به الزعفران أو الصابون أو الاشنان.

قـــال اجرى في المختصر الزردج مجرى المرق.

والمروى عن ابي يوسف رحمه الله انه بمنزلة ماء الزعفران

---

فإن قلـــت قد ذكر من قوله ﷺ إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه وذلك يقتضي به عند تغير أحد الاوصاف، قلت معنى قوله ﷺ الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غير. الحديث، أي لا ينجسه شيء نجس وكلامنا في المختلط الطاهـــر هكذا أجـــاب الاكمل، وتبع في ذلك تاج الشريعة فإنه أيضاً قال المعنى إلا ما غير شيء نجس فيكون معناه لا ينجسه شيء إلا بالمتغير النجس وهذا لأنه ورد في الماء الجاري ولا يجوز إستعماله حيث ترى فيه النجاسة أو يوجد طعمها أو ريحها لأنه يدل على قيام النجاسة، وأجاب الاترازي بجوابين أحدهما بما ذكرنا والآخر إن الشرط لم يصح عند رسول الله ﷺ.

قلت في الجميع نظر، أما في كلام الاكمل فلأن الحديث عام والتخصيص بلا مخصص لايجوز، وأما في كلام تاج الشريعة فلأن دعواه بانـــه ورد في الماء الجاري لم يثبت، ومن ذكر هذا من شراح الحديث، وأما كلام الاترازي فلأن الشرط أراد به الماء غير طعمه أو لونـــه أو ريحه لم يصح عن رسول الله ﷺ وإن لم يصح مسنداً فقد صح مرسلاً كما ذكره والمرسل حجة عندنا (كماء المد) أي السيل لأنـــه يجيء بتغير طين هذا إذا كان رقة الماء غالبة وإن كان الطين غالباً لايجوز الوضوء به كذا في الذخيرة (والماء الذي إختلط بـــه الزعفران أو الصابون أو الاشنان) بضم الهمزة وكسرها حكاهما الجوالقي وأبو عبيدة، وهو معرب وهو الحرض بضم الحاء وسكون الراء المهملتين وفي آخره ضاد معجمة. وعن أبي يوسف ماء الصابون إذا كان ثخيناً قد غلب على الماء لا يتوضأ به وإن كان رقيقاً يجوز، وكذا ماء الاشنان. وعن أبي يوسف إذا طبخ الآس أو البابونج في الماء وغلب عليه حتى يقـــال ماء الآس والبابونج لا يجوز الوضوء بها. وفي الفتاوى الظهيرية إذا طرح الزاج في الماء حتى أسود جاز الوضوء به، وكذا العفص إذا كان الماء غالباً.

(قال رضي الله عنه) أي المصنف (أجرى في المختصر) أي أجرى أبو الحســـن القدوري في كتابه المختصر المسمى بالقدوري (ماء الزردج مجرى المرق) أي جعـــل حكمها واحداً، حيث لا يجوز التوضؤ بها (والمروى عن أبي يوسف بمنزلة ماء الزعفران).

هو الصحيح ، كذا اختاره الناطفي والامام السرخسي ، وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التوضيء بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الأرض ،

---

حيث يجوز التوضؤ بها ( هو الصحيح ) أي المروي عن أبي يوسف رحمه الله هو الصحيح . وقال السغناقي في قوله هو الصحيح احتراز عن قول محمد رحمه الله ، فإنه يعتبر العلة بتغير اللون والطعم والريح كذا في فتاوي قاضيخان . وقال الاترازى انا أقول لا خلاف في هذه المسألة في الحقيقة اهـ . حاصله يقتضي إلى انه إن كان المراد به ما إذا كان الماء مغلوباً بماء الزردج فلا خلاف بينهما ثم قال في آخر كلامه فافهم ، فإنه غفل عنه الشارحون .

قلت هذا الموضع ليس من المواضع التي فيها غموض حتى ينسب الغفلة إلى الشراح ( كذا اختاره الناطفي ) أي كذا اختار المروى عن أبي يوسف الامام الناطفي ، وهو أبوالعباس أحمد بن محمد بن عمرو الناطفي أحد الائمة ، وصاحب الواقعات والنوازل ومن تصانيفه الأجناس والضروق والواقعات ، مات بالرى سنة ست وأربعين وأربعمائة ، ونسبه إلى عمل الناطف وبيعه ، وهو تلميذ الشيخ أبو عبد الله الجرجاني ، وهو تلميذ أبي بكر الجصاص الرازي ، وهو تلميذ الشيخ أبي الحسن الكرخي ، وهو تلميذ أبي حازم القاضي ، وهو تلميذ عيسى بن ابان ، وهو تلميذ محمد بن الحسن .

( والإمام السرخسي ) هو شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي ، وهو تلميذ الإمام محمد بن الفضل البخاري ، وهو تلميذ الشيخ عبد الله بن يعقوب السيد مولى ، وهو تلميذ عبد الله بن أبي حفص الكبير وهو تلميذ أبيه وشيخه أبي حفص الكبير ، وهو تلميذ محمد بن الحسن رحمهم الله . والإمام السرخسي هو صاحب المبسوط املاه وهو في السجن باذرجند ، وهو من كبار علماء ماوراء النهر صاحب الأصول والفروع كان إماماً حجة من فحول الأئمة ذا فنون ، مات في حدود الاربعمائة وعشرين ، ونسبته إلى سرخس بفتح السين والراء المهملتين ثم خاء معجمة ساكنة وفي آخره سين مهملة مدينة من مدن خراسان بين نيسابور ومرو في أرض سهلة .

( وقال الشافعي رحمه الله لايجوز التوضؤ بماء الزعفران واشباهه مما ليس من جنس الأرض )

## لأنه ماء مقيد ألا ترى انه يقال ماء الزعفران

كماء الصابون والاشنان ونحوهما ( لأنه ) أي لأن مـــاء الزعفران ونحوه ( مـاء مقيد ) لأنه قيد بشيء آخر فخرج عن الإطلاق ، ثم أوضح ذلك بقوله ( الا ترى انه يقال ماء الزعفران ) بالإضافة فصار مقيداً فلا يجوز التوضوء به . ومـــذهب الشافعي على التحرير ان الماء إذا تغير أحد أوصافه مما لا يمكن حفظ الماء عنه كالطحلب وما يرى على الماء من الملح والنورة وغيرهما جاز الوضوء به لعدم إمكان صون الماء عنه ، وإن كان ممـا يمكن منه فإن كان ترابا طرح فيه فكذلك لأنه يوافق الماء في كونه مطهراً فهو كالوطرح فيه ماء آخر فتغير به ، وإن كان شيئاً سوى ذلك كالزعفران والطحلب إذا رق وطـرح فيه وغير ذلك مما يتغير الماء منه لم يجز الوضوء به ، لأنه زال اطلاق اسم الماء بمخالطة ما ليس بطاهر والماء مستغن عنه فصار كاللحم والمائع المخالط بـــالماء إن قل جازت الطهارة به وإلا فلا .

وبماذا تعرف القلة والكثرة ينظر فإن خالفه في بعض الصفات فالعبرة بالتغير ، فـإن غيره فكثير وإلا فقليل ، وإن وافقه في صفاته كماء الورد انقطعت رائحته ، وفيما يعتبر به القلة والكثرة فيه وجهان أحدهما ان كانت الغلبة للماء جازت الطهارة بـه ، وإن كانت للمخالطة لم تجز . ومنهم من قال إذا كان ذلك قدراً لو كان يخالف الماء في صفاته ولم يغيره لم يمنع ، ولو خالط الماء المطلق ماء مستعمل فطريقان أصحهما كالمائع وفيه وجهان وبهـذا قطع جمهورهم وصححه الرافعي . والثاني وفي شرح الوجيز ما تفاحش بغيره ممـا يستغنى الماء عنه حتى زايله اسم الماء المطلق وإن لم يتجدد إسما آخر كالمتغير بالصابون والزعفران الكثير وأجناسهما سلب اسم الماء عنه لم تجز به الطهارة به . وفي الحلية وبـــه قال مالك وأحمد وعند الشافعي لو طرح فيه التراب فتغير الوضوء جائز به على الأظهر ، وحكي فيه قولان ولو طرح فيه الملح فتغير به جاز وعند بعض أصحابه لا يجـوز ، ولو تغير بعود أو دهن طيب فقال المزني يجوز الوضوء به ، وقال البواطى لا يجوز . ولو وقع فيه الكافور فتغير به ريحه فيه وجهان . ولو وقع فيه قطران فغيره قال الشافعي في الإمـــام لا يجوز الوضوء به ، وقال بعده باسطر لا يجوز ولو تغير بطول المكث يجوز الوضـوء به . وعن

بخلاف اجزاء الارض لأن الماء لا يخلو عنها عادة . ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق ألا ترى انـــه لم يتحدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين

---

ابن سيرين لا يجوز . وشذ الحسن بن صالح بن حسن وجوز الوضوء بالخـــل وما جرى مجراه .

( بخلاف أجزاء الأرض ) كالطين والجص والنورة والكحل ( لأن الماء لا يخلو عنهـا عادة ) أي لا يخلو عن أجزاء الأرض ، وفي بعض النسخ عنه ذكره باعتبار اللفظ .

( ولنا ان اسم الماء باق على الإطلاق ) بعد زوال صفته بمخالطة طاهر ( ألا ترى انـه لم يتجدد له اسم على حدة ) كما تجدد لماء الورد ونحوه قوله على حدة اي منفرداً ، وأصله وحده حذفت منه الواو تبعاً لفعله كما في عدة ثم عوض عنها الهاء ولكن بعد نقل حركة فاء الفعل إلى عين الفعل .

( وإضافته ) أي إضافة الماء ( إلى الزعفران كاضافته إلى البئر والعين ) هذا جواب عما قاله الشافعي رحمه الله في تعليله بقوله – لأنه ماء مقيد الا ترى انه يقال له مـــاء الزعفران – تقديره أن يقال ان الألفاظ لا تعبر عن المسميات وحيث لم يتجدد له اسم آخر دل على عدم اختلاف المسمى فتكون إضافته إلى الزعفران كاضافته إلى البئر .

والحاصل ان الإضافة ها هنا للتعريف لا للتقييد والفرق بينهما ان المضاف إذا لم يكن خارجاً من المضاف اليه بالعلاج فالإضافة للتعريف ، وماء البئر وماء العين من هذا القبيل ، وإن كان خارجاً منه فهي للتقييد كماء الورد ونحـــوه والتغير في اللون موجود في بعض المياه المطلقة نحو ماء المد والواقعة فيها الاوراق ، وكذا ماء بعض البيار يضرب في السواد فلا يخرج عن كونه مطلقاً .

فإن قلت لم يتجدد لماء الباقلاء اسم على حدة ومع هذا لا يجوز التوضؤ بـــه . قلت المضاف ها هنا خارج من المضاف إليه بالعلاج كما ذكرنا فلا يجوز وإن لم يتجدد له اسم وقـــال تاج الشريعة الدليل يقتضي الجواز ولكن الطبخ والخلط يبينـــان نقصانا في كونه مائعاً .

ولأن الخلط القليل لا يعتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا يتغير اللون هو الصحيح

---

( ولان الخلط القليل ) هـذا دليل ثان وهو ان الاعتبـار للخلط ينظر ان كان قليلا (لايعتبر به لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في أجزاء الارض ) نحو الطين والجص والنورة فإن التوضؤ بالماء الذي اختلط به هذه الاشياء يجوز بالاتفاق إذا كان الخلط به قليلا لان الصفرة قليل ، وإن كان كثيراً لا يجـوز كماء الزعفران أيضـاً إذا غلب عليه الزعفران كماء الاترج .

ثم تعرف القلة أو الكثرة بالغلبة اشار بقوله ( فيعتبر الغالب ) لقوله ثم الغلبة لما كانت على قسمين أحدهما الغلبة بالاجزاء والآخر الغلبة باللون ، ولما كان الاعتبار للقسم الاول اشار بقوله ( والغلبة بالاجزاء ) أي بأجزاء المخالط والمخلوط فإن كانت أجزاء الماء غالبة جاز الوضوء به وإن كانت أجزاء الذى اختلط به غالبة فلا يجوز ، فإن قلت بما تعلم ذلك قلت ببقائه على رقته أو تجريته ، فإن كانت رقته باقية جاز الوضوء به ، وإن صار ثخينا بحيث زالت عنه رقته الاصلية لم يجز .

( لا يتغير اللون ) يعني لا يعتبر الغلبة بتغير اللون كما ذهب اليه محمد رحمه الله ، ثم أشار إلى الغلبة بالاجزاء ان الغلبة للاجزاء وهي المعتبرة بقوله ( هو الصحيح )لانه حينئذ ينتفى عنه اسم الماء ، وأشار به أيضاً الى نفي قول محمد ، واعلم ان الماء إذا اختلط به شيء طاهر لا يخلو اما أن يكون لونه لون الماء أو مخالفاً له ، فـإن كان مخالفاً كاللبن والخل والعصير وماء الزعفران والمصفر وما أشبهها فالعبرة للون ، فإن غلب لون الماء يجـوز الوضوء به ، وإن كان مغلوباً فلا يجوز ، وإن كان موافقاً كماء البطيخ والاشجار فـالعبرة للطعم إن كان طعم الماء غالباً يجوز وإلا فلا ، وإن لم يكن له طعم فالعبرة لكثرة الاجزاء فإن كان أجزاء الماء أكثر يجـوز التوضؤ به وإلا فلا . والماء الكثير المنتن إن كان نتنه للنجاسة لا يتوضأ به وإن لم يعلم يجوز . ولا يلزمه السؤال عنه لان الطهارة أصل ولعل نتنه بمكثه كما قيل الماء إذا سكن سنة تحرك نتنه ، وإن طال مكثه ظهر خبثه .

وفي شرح مختصر الطحاوى الماء الطاهر اختلط به نجس حتى صار طيناً أو كان المـاء

نجساً والتراب طاهرا . قال أبو بكر الاسكاف العبرة للماء إن كان طاهراً فالماء طاهر ، وإن كان نجساً فالطين نجس ولا ينظر إلى طهارة التراب ونجاسته . وقال أبو نصر محمد ابن سلام العبرة للطهارة منهما أيما كان طاهراً فالكل طاهر . وقال أبو القاسم الصفار العبرة للنجس منهما أيهما كان نجساً فالطين نجس وبه أخذ أبو الليث ، وقال في المحيط هذا هو الصحيح . وقيل عند أبي يوسف رحمه الله الطين نجس وعند محمد طاهر . وفي الملتقطات إذا جعل السرقين في الطين فالطين لا ينجس للضرورة .

فروع — خمر وقعت في ماء ، وجعلت في وعاء ، ثم تخللت طهرت . حوض ينزل اليه الماء من الانبوب ويغترف الناس منه متداركا لا ينجس كالجارى ، ولا يجوز الوضوء بماء الملح وهو يجمد في الصيف ويذوب في الشتاء عكس الماء ، ولا بأس بالوضوء من جب كورة في نواحي الدار ما لم ينجسه الجرح والطهارة أصل . وان ادخل جنب يده في كوز ماء ولم يعلم على يده نجاسة فالمستحب ترك الوضوء به ، لانه لا يبقى النجاسة عادة ، وإن توضأ أجزأه للاصل .

وذكر الحاكم الشهيد عن أبي يوسف فيمن أخذ بفمه ماء من إناء فغسل يده وجسده أو توضأ به لم تجز ، ولو غسل به نجاسة في يده أجزأه البزاق والنخامة والمخاط يقع في إناء الوضوء يجوز التوضؤ به . محدث معه ماء قليل وعلى يده نجاسة يأخذ الماء بفمه من غير أن ينوى غسل فمه ثم يغسل يده . قال أبو جعفر على قول محمد لا تطهر يده لان المـــاء خالط البزاق فخرج من أن يكون مطلقاً فالتحق بسائر المائعات غير الماء كالخل وماء الورد وغسل اليدين بسائر المائعات غير الماء المطلق فيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله في رواية يطهر كالثوب ، وفي رواية لا يطهر بخلاف الثوب وعن محمد رواية واحدة ان البدن لا يطهر بخلاف الثوب فإنه يطهر بالاتفاق .

التوضؤ بالثلج يجوز ان كان ذائباً يتقاطر وإلا فلا وعلى هذا التيمم حال وجود الثلج إن كان ذائباً لا يجوز التيمم . إذا أصاب بعض بدنه بول فبل يده ومسحها على ذلك الموضع إن كانت البلة من يده متقاطرة جاز وإلا فلا ، والسيل شرط في ظاهر الرواية فلا يجوز

وان تغير بالطبخ بعدما خلط بـــه غيره لا يجوز التوضؤ به لأنه لم يبق في معنى المنزل إلا إذا طبخ فيه ما يقصد به المبـالغة في النظـافـة كالاشنان ونحوه

---

الوضوء ما لم يتقاطر الماء . وعن أبي يوسف انـــه ليس بشرط وفي مسألة الثلج إذا قطر قطرتان فصاعداً جاز اتفاقاً وإلا فعلى قولهما لا يجوز وعلى قول أبي يوسف يجوز .

فروع – آخر – لا يكره الوضوء والاغتسال بماء زمزم . وعن أحمد يكره وفي القنية يكره الطهارة بالماء المشمس لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها حين ثخنت الماء بالشمس لا تفعلي يا حميراء لا تفعلي فإنه يورث البرص . قلت رواه البيهقي في سننه من حديث خالد ابن اسماعيل عن هشام عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها اثخنت ماء في الشمس وقال النبي ﷺ يا حميراء لا تفعلي فإنه يورث البرص . قال ابن عدى خالد يضع الحديث على الثقات قال الذهبي تابع خالد أبو البختري وهب بن وهب وهو مؤتمن وروى أيضاً بـــإسناد منكر عن مالك رحمه الله عن هشام ، قال الذهبي هكذا مكذوب على مالك وروى البيهقي أيضاً من حديث الشافعي أخبرنا ابراهيم بن محمد أخبرني أبي صدقة بن عبد الله عن أبي الزبير عن جـــابر ان عمر رضي الله عنه كان يكره الإغتسال بالماء المشمس . قـــال الذهبي ابراهيم واه .

( وان تغير ) أي الماء ( بعدما خلط به غيره ) قيد به ، لأنه إذا طبخ به وحده وتغير يجوز الوضوء به ( بالطبخ ) مع غيره ( لا يجوز الوضوء به لأنـــه لم يبق في معنى المنزل من السماء ) أي في الماء لزوال صفة الماء لأن الناظر لو نظر اليه لا يسميه مطلقاً .

( إلا إذا طبخ فيه ) أي في الماء والاستثناء من قوله لا يجوز التوضؤ به وطبخ على صيغة المجهول مسند إلى قوله ( ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه ) مثل السدر والخطمي ونحوهما فإنهم كانوا يغلون الماء بشيء من هذه الأشياء لأن المـــاء المغلي بذلك يستقضي إخراج الدرن والوسخ عن المغسول ، ولكن يشترط ان لا يكون غليظاً لما يأتي

الآن ثم أقام الدليل على ذلك بقوله ( لأن الميت يغسل بالماء الذي اغلي بالسدربذلكوردت السنة ) لم ترد السنة بذلك على الوجه المذكور ، ولم أر أحداً من الشراح حققوا نظرة في هذا المكان .

أما السروجي قال بذلك وروت السنة عن أم عطية الأنصارية رضي الله عنها قالت دخل علينا رسول الله ﷺ حين توفيت ابنته زينب زوجة أبي العاص بن الربيع قال اغسليها ثلاثاً أو خمساً أو أكثر من ذلك بماء السدر . الحديث رواه البخاري ومسلم،وهذا الحديث لا يدل على ما ذكره المصنف أو هل فيه ان الماء أغلي بالسدر ، وأي دليل دل على هذا .

وأما الأكمل فإنه قال لأن السنة وردت به في غسل الموتى بالماء الذي غلي بالسدروهذا أعجب من ذلك وابعد واما تاج الشريعة فإنه قال وردت لأن السنة في غسل الموتى ان يغلي الماء بالسدر ( والحرض) فهو أيضاً مثله .

وأما السغناقي والاترازي فبالكلية لم يحوما حوله وكذلك صاحب الدراية . وقال السروجي وحديث المحرم الذي وقصته راحلته قال عليه السلام اغسلوه بماء وسدر . الحديث . رواه البخاري ومسلم ، فلو سلب السدر الطهورية لما أمر النبي عليه السلام بذلك وعن عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام كان يغتسل ويغسل رأسه بالخطمي وهو جنب ويجزىء بذلك ويصب عليه الماء ، رواه أبو داود وقد أمر النبي ﷺ بالتعفير بالتراب في ولوغ الكلب فدل على ان المخالطة لا يسلب طهورية الماء قلت حديث المحرم كيف دل على انهم غسلوه بالماء المغلي بالسدر ، وإنما قال ﷺ اغسلوه بماء وسدر غاية ما دل انه يجمع وقت الغسل بين الماء والسدر كما هو عادتهم انهم يرثون عليه سدر أو يمكونه ثم يسكبون عليه ماء .

وقوله — لو سلبت السدر الطهورية — الخ غير مستقيم على ما لا يخفى . وحديث عائشة رضي الله عنها أيضاً لا يدل على ذلك لأنها ما قالت انه كان يغلي الماء بالسدر . وحديث التعفير أيضاً لا يدل على ذلك لأن معنى التعفير التمريغ بالتراب ، وشيء معفر أو معفور

إلا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه
وكل ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به .

---

أي متترب . وقال صاحب المطالع يعني وعفر والثامنة بالتراب اغسلوه بالتراب وليس فيه ما يدل على الاغلاء .

( إلا ان يغلب ذلك ) استثناء من الاستثناء وذلك إشارة إلى الذي يطبخ فيه ما يقصد المبالغة في التنظيف فإن ذلك إذا غلب ( على الماء فيصير كالسويق المخلوط )السويق قمح أو شعير يغلى ثم يطحن فتزوّد ويسق تارة بما يترى به أو بسمن أو عسل وبسمن ، وبنو المصر يقولونه بالصـاد قاله ابن دريد وإذا خلط السويق بالماء لا يجوز التوضؤ به ( لزوال اسم الماء عنه ) بغلبة ما اختلط به عليه .

( وكل ما وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به ) أراد بالماء ما لم يكن جاريا ولا ما في حكمه وهو الغدير العظيم لأنه يذكر الجاري فيما يأتي عن قريب . وقال السغناقي أراد بالماء نحو الحوض الكبير الذي هو عشر في عشر . وقال الاترازي أراد بالماء الراكد الذي لا يبلغ قدر الغدير العظيم . وقال تاج الشريعة أراد من الماء الدائم الذي لم يبلغ عشراً في عشر سواء كان بئراً أو آنية أو غيرهما . وقال السروجي قوله وكل ماء ..اه له وجهان أحدهما معناه لاقته النجاسة وحكمه أن لا يجوز به الوضوء قليلا كان أو كثيراً جارياً كان أو راكداً فعلى هذا لا مناقضة بين هذا ، وبين قوله جاز الوضوء من الجانب الآخر لأنه لم يلاق النجاسة .

الوجه الثاني في دفع المناقضة أن يقال المراد بالكثير ما لا يغيره وقوع النجاسة ،وهو الذي جعله مالك رحمه الله كثيراً ، أو القلتان وهـو الذي جعله الشافعي كثيراً فيكون هذا لإثبات الكثير المختلف فيه فلا يتناول الذي لا تصل النجاسة فيه إلى الطرف الآخر فلا يمنع الوضوء منه .

قلت المناقضة التي هي تقع ظاهراً بين قوله وكل ماوقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به وبين قوله الغدير العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الآخر وإذا وقعت نجاسة في أحدٌ

جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر ، بيان ذلك ان قوله أولاً وكل ماء يتناول الكلامين جميعاً لأن لفظ كل إذا أضيف إلى النكرة يراد به عموم الأفراد ، ففي كلامه الاول نفى الجواز ، وفي الثاني أثبته وبينهما منافاة وبين الشارح دفع ذلك بالوجهين المذكورين .

( قليلاً كان أو كثيراً )[١] هذه عبارة القدوري وفي بعض نسخ الهداية قليلا كانت النجاسة أو كثيراً ، وتوجيه عبارة القدوري أن يكون الضمير في كان راجعاً إلى الماء في قوله وكل ماء الذي أريد به الماء الراكد ، والضمير اسم كان وخبره قوله قليلاً مقدماً عليه ، وتوجيه النسخة الثانية انه شبه فعيلاً الذي هو بمعنى فاعل بفعيل الذى هو بمعنى مفعول كما في قوله تعالى ﴿ إن رحمة الله قريب من المحسنين ﴾ الاعراف ٥٦ . قال بعض شراح القدورى قليلا كان أو كثيراً إن كان وصفاً للمـــاء فالكثير من الماء لا ينجس بوقوع النجاسة فيه كالقاذورات في الحياض الكبار والبحار ، وإن كان وصفاً للنجاسة فلا بد من تاء التأنيث في القليل والكثير لأنه فعيل بمعنى فاعل ، ثم قال هو وصف للماء لكن نفى جواز الوضوء بالمحل والجانب للذى وقعت فيه النجاسة .

ولمشايخنا في هـــذه المسألة قولان ان الغدير العظيم إذا وقعت فيه نجاسة هل يجوز التوضؤ من جانب الوقوع ، ففي أكثر روايات الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروايات بشر عن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز ، وفي ظاهر الأصول لا يجوز ، وهـــو اختيار المصنف على ما أشار اليه في مسألة الغدير ، ولم يذكر وجه كون القليل والكثير صفة للنجاسة . وقـــال صاحب الدراية ان كان لفظ القليل صفة للماء كان الخلاف مع الشافعي ، إن كان صفة للنجاسة كان الخلاف مع مالك ، فإن عنده لا ينجس الماء القليل بوقـــوع النجاسة اذا لم ير لها أثر .

وفي[٢] بعض أصحاب مالك القليل ينجس بالنجاسة القليلة وإن لم يتغير بـــه والقليل

---

(١) هكذا في الأصل غير نص المتن وهو ما ينوه عنه في الشرح اهـ مصححه .

(٢) ربما سقطت كلمة رواية عن . اهـ مصححه .

وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لمـــا روينا . وقال الشافعي رحمه الله يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثاً .

---

كاف للوضوء والغسل وإن كان لفظ القليل والكثير صفة للنجاسة فذكر فيما مر . وقـال الاترازي بعد أن وجه كون القليل والكثير عند كونهما صفة للنجاسة بأن ذكر بالتذكير كما ذكره ، وقال بعضهم ان قليلا لا يحتمل أن يكون صفة للماء وذلك سهو منه لأنه كان تقتضي اسما وخبراً فالإسم هو النجاسه والخبر هو القليل والكثير ، وإذا كان كذلك بأي توجيه يكون القليل والكثير صفة للماء ، قلت كأنه أراد بقول بعضهم صاحب الدرايـة ونسبه إلى السهو وليس كذلك لأن مراده من قوله يحتمل أن يكون صفة للماء باعتبـــار اختلاف الجنسين .

( وقال مالك يجوز ما لم يتغير أحد أوصافه ) أي يجوز الوضوء بالقليل وإن وقعت فيه النجاسة ما لم يتغير أحد أوصافه وهي اللون والطعم والرائحة . ( لمـا روينا ) أراد به قوله ﷺ الماء طهور لا ينجسه شيء . الحديث ، وقد مر توجيهه ( وقال الشافعي يجوز إذا كان الماء قلتين لقوله عليه السلام إذا بلغ المـــاء قلتين لا يحتمل خبثا ) رواه الأربعة من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ، ورواه ابن ماجة في صحيحه ولفظه لم ينجسه شيء وأخرجه الحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وأظنه لاختلاف فيه على أبي أسامـــة عن الوليد بن كثير ، ورواه الشافعي في مسنده ، وأحمد في مسنده ، وابن خزيمة والدارقطني والبيهقي ، ولفظ أبي داود إذا بلغ المـــاء قلتين لم يحمل الخبث . وفي رواية له ولابن ماجة فإنه لا ينجس . وقـــال ابن المنذر اسناده على شرط مسلم صحيح أخرجـــه الطحاوي أيضاً بسند صحيح ولكنه اعتل في تركه العمل بـــه بجهالة مقدار القلتين .

واختلفوا في تفسير القلة فقيل خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل جرة تسع مـــائة وخمسة وعشرين منا ، وقيل القلتان خمس مائة رطل بالبغدادي ، وقيل ستمائة ، وقيل الف وهما بالمساحة ذراع وربع طولا وعرضاً وعمقاً هكذا قالوا ، وليس محرراً فإن

## ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة .

---

الماء تختلف أوزانه ، وفي المغنى لابن قدامة القلة هي الجرة ويقع هذا الإسم على الصغيرة والكبيرة ، والمراد من القلتين ها هنا من قلال هجر وهما خمس قرب كل قربة مائة رطل بالعراقي فتكون القلتان خمسمائة رطل ، هذا هو المشهور في المذهب وعليه أكثر الأصحاب وهو مذهب الشافعي . وروى الاثرم عن الاكمل انهما أربع قرب وحكاه ابن المنذر أيضاً عن أسامة . قلت وهجر التي تنسب اليها القلال قرية كانت ببلاد المدينة ، ويقال الهجر التي باليمن والأول أصح .

( ولنا حديث المستيقظ من نومه ) قد مر في أوائل الكتاب وجه التمسك به انه لما ورد النهي عن الغمس لأجل احتمال النجاسة فحقيقته النجاسة أولى أن يكون نجساً ( وقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة ) رواه بهذا اللفظ أبو داود وابن ماجة من حديث ابن عجلان عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ، وهو في الصحيحين من حديث أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الذي لا يجرى ثم يغتسل فيه ، وفي لفظ ثم يغتسل منه ، وفي لفظ الترمذي ثم يتوضأ منه . وروى مسلم من حديث أبي السائب عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يغتسل أحدكم من الماء الدائم الذي لا يجري وهو جنب فقال كيف يفعل يا أبا هريرة فقال يتناوله تناولاً . قوله فقال كيف يفعل القائل هو أبو السائب مولى هشام بن زهرة . وأخرجه الدارقطني وابن حبان نحوه ، وروى أيضاً من حديث أبي الزبير عن جابر مرفوعاً لا يبولن أحدكم في الماء الراكد وروى البيهقي من حديث ابن عجلان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه نهى أن يبال في الماء الراكد وأن يغتسل فيه من الجنابة .

ووهم الشيخ علاء الدين التركماني في عزوه هذا الحديث لمسلم عن طلحة وإنما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه وروى بعضه عن جابر ولم يخرج مسلم لطلحة في كتابه إلا في خمسة أحاديث ليس هذا منها ، الأول جاء رجل من أهل نجد ثائر الرأس . أخرجه في

كتاب الايمان وشاركه البخاري فيه .

الثاني حديث الصلاة إلى مؤخر الرجل أخرجه في الصلاة .

الثالث أهدى لنا طير ونحن حرم ، أخرجه في الحج .

الرابع حديث لم يبق مع النبي ﷺ إلا طلحة .

الخامس مررت مع رسول الله ﷺ يقـــوم على رؤوس النخل أخرجها في الفضائل ، فالمقلد ذهل والمقلد جهل وآفة كل شيء من التقليد ، وأخرجه الطحاوي أيضاً من حديث عطاء بن يسار عن أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ منه أو يغتسل فيه . وأخرجه الطبراني بهذا الطريق وأخرجه الطحاوي أيضاً من حديث عطاء بن سعيد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم يتوضأ منه أو يشرب . وأخرجه البيهقي أيضاً نحوه .

قوله أو يشرب أي منه ، وجه التمسك بهذا الحديث ان الغسل من الجنابة لا يغير لون الماء ولا طعمه ولا ريحه وقد نهى عنه فإذا لا ينجسه بوقوع النجاسة بكل حـال لم يكن للنهى فائدة ولا فصل في الحديث بين الدائم ودائم فهو على العموم إلا أن يصير في حكم الجاري كالحوض الكبير ، ولأن الماء الذي يغتسل فيه أكثر من قلتين طاهر .

فإن قلت الحوض الكبير دائم والحديث مطلق فيدخل تحت إطلاقه فيكون حجة عليه ، قلت انه في حكم الجاري في عدم اختلاط بعضه ببعض فإن قلت يجـوز أن يكون النهي فيه للتنزيه ، قلت لا يجوز لأن تأكيده وتقييده بالدائم ينافيه فإن المـاء الجاري يشاركه في ذلك المعنى فإن البول كما انه ليس باد في الماء الدائم فكذلك في الجاري فلا يكون للتقييد فائدة . وكلام الشارح مصون عن ذلك .

وزعم النووي ان النهي فيه للتحريم في بعض المياه والكراهة في بعضها ، فإن كان الماء كثيراً جاريا لم يحرم البول فيه لمفهوم الحديث ، ولكن الأولى اجتنابه . وإن كان قليلاً جارياً فقال جماعة من أصحابنا يكره ، والمختار انه لا يحرم لأنه يقذره وينجسه على المشهور من مذهب الشافعي ، وإن كان كثيراً دائماً فقال أصحابنا يكره ولا يحرم ولوقيل

يحرم لم يكن بعيداً . فقيل إذا بال في الماء الراكد القليل فقد أطلق جماعة من أصحابنا انه مكروه والصواب المختار انه حرام ، والتغوط فيه كالبول فيه واقبح . وكذا إذا بال في إناء ثم صبه في الماء قلت زعم انه من باب استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين وفيه من الخلاف ما هو معروف عند أهل الأصول .

ثم نتكلم في الفاظ الحديث فقوله – الدائم – أي الثابت الواقف . وقوله – الذي لا يجري – تفسير للدائم وإيضاح لمعناه . قوله أو الراكد – شك من الراوي من ركد إذا ثبت ، قال الجوهري ركد الماء ركوداً ثبت وكل ثابت في مكان راكد . قوله نهى – حكاية النهي كما انه قوله أمر حكاية الأمر ، واختلفوا فيما إذا قال الصحابي أمرنا بكذا ، أو نهينا عن كذا ، أو السنة كذا ، فالمذهب عندنا إنه لا يفهم من هذا المطلق الاخبار بأمر رسول الله ﷺ ولانه سنة رسول الله ﷺ . وقال الشافعي رحمه الله في القديم ينصرف إلى ذلك عند الإطلاق ، وفي الجديد قال لا ينصرف إلى ذلك بدون البيان ، لاحتمال أن يكون المراد سنة البلدان أو الرؤساء ، حتى لو قال في كل موضع السنة في بلدنا كذا فإنما أراد سليمان بن بلال وكان عريفاً بالمدينة . قوله – ثم يغتسل فيه – برفع اللام لأنه خبر لمبتدأ أي وهو يغتسل فيه ، ويجوز الجزم عطفاً على محل لا يبولن لانه مجزوم ، وعدم ظهور الجزم لأجل النون ، وقد قيل يجوز النصب بإضمار ان ويعطي له حكم الواو ، قلت هذا فاسد لانـــه يقتضي أن يكون المنهي عنه هو الجمع بينهما دون افراد أحدهما ، ولهذا لم يقل به أحد بل البول فيه منهي سواء أراد الإغتسال فيه أو منه أو لا .

وقال القرطبي الصحيح يغتسل برفع اللام ولا يجوز نصبها إذا لا ينصب بإضمار ان بعد ثم وخالفه في ذلك ابن مالك واجازه الذى ذكرناه ، ويستنبط منه احكام ، الاول ان أصحابنا احتجوا بـــه ان الماء الذى لا يبلغ الغدير العظيم إذا وقعت فيه نجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كان أو كثيراً .

الثاني استدل به أبو يوسف على نجاسة الماء المستعمل فـإنه قرن فيه بين الغسل وبين البول فيه ، وفي دلالـــة القرآن بين الشيئين على استوائهما في الحكم خلاف بين العلماء ،

فالمذكور عن أبي يوسف والمزني ذلك ، وخالفهما غيرهما .

الثالث ان هذا الحديث عام فلا بد من تخصيصه اتفاقاً بالماء المستبحر الذى لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر ، وبحديث القلتين كما ذهب اليه الشافعي ، أو بالعمومات الدالة على طهارة الماء ما لم يتغير أحد أوصافه الثلاثة كما ذهب اليه مالك .

الرابع ان المذكور فيه البول فيلحق بـه اغتسال الحائض والنفساء قياساً ، وكذلك يلحق به اغتسال الجمعة ، والاغتسال عند غسل الميت عند من يوجبها .

فإن قلت يلحق به الغسل المسنون ام لا قلت من اقتصر على اللفظ فلا الحاق عنده كأهل الظاهر ، وأما من يعمل بالقياس فمن زعم ان العلة الاستعمال فالإلحاق صحيح ، ومن زعم ان العلة رفع الحدث فلا الحاق عنده ، فاعتبر بالخلاف الذى بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في كون الماء مستعملا كما علم في موضعه .

( من غير فصل ) أى حجتنا حديث لا يبولن أحدكم ا هـ . فإنه على العموم من غير فصل بين دائم ودائم ، وبين ما يتغير لونه وبين ما لا يتغير ، فإن قلت ما محل هذا من الاعراب قلت النصب على الحال من قوله وقـوله لا يبولن أى حجتنا عموم قوله عليه السلام حال كونه من غير فصل كما ذكرنا .

(والذى رواه مالك ) وهو قوله عليه السلام الماء طهور لا ينجسه شيء، وهذاجواب عن احتجاج مالك بهذا الحديث فيا ذهب اليه من جواز الطهارة من الماء القليل الـذى وقعت ما لم يتغير أحد أوصافه ( ورد في بئر بضاعة ) أى الذي رواه مالك في بئربضاعة وهو ما رواه أبو داود والترمذى والنسائي من حديث عبيد الله بن عبد الله بن رافـع بن خديج عن أبي سعيد الخدرى قال قيل لرسول الله ﷺ انتوضأ من بئر بضاعة وهي تلقى فيها الحيض ولحـوم الكلاب والمنتن ، فقال عليه السلام ان الماء طهور لا ينجسه شيء . قال الترمذى حسن ، وضعفه ابن القطان للاختلاف في إسناده فقوم يقولون عبد الله بن عبيد الله بن رافع بن خديج ، وقوم يقولون عبيد الله بن عبد الله بن رافع ، وقوم يقولون عبد الرحمن بن رافع ، ومنهم من يقول عبد الرحمن بن رافع ، قـال فتحصل فيه خمسة

أقول ، و كيف ما كان فهو لا يعرف رجالاً ولا متناً .

وله اسناد صحيح من رواية سهل بن سعد أخرجه قاسم بن اصبغ في مصنفه . قال سهل قالوا يا رسول الله انك تتوضأ من بئر بضاعة وفيها ما ينجي الناس والحائض والجنب فقال رسول الله ﷺ الماء لا ينجسه شيء . قال قاسم هذا أحسن شيء في بئر بضاعة . وحديث أبي سعيد أخرجه الدارقطني والحاكم والبيهقي والشافعي رحمه الله أيضاً وجوده أبو أسامة وصححه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين ، ورواه الطحاوي من حديث محمد بن اسحاق عن عبد الله بن عبيد الرحمن عن أبي سعيد الخدري ان رسول الله ﷺ كان يتوضأ من بئر بضاعة فقيل يا رسول الله إنه يلقى فيها الجيف والمحائض ، فقال إن الماء لا ينجسه شيء . وروى من طريق آخر عنه قال قيل يا رسول الله إنما نستقي لك من بئر بضاعة وهي بئر يطرح فيها عذرة النساء ومحائض النساء ولحوم الكلاب ، فقال ان الماء طهور لا ينجسه شيء . وروى من طريق آخر عنه قال أتيت إلى رسول الله ﷺ وهو يتوضأ من بئر بضاعة فقلت يا رسول الله أتتوضأ منها وهي يلقى فيها ما يلقى من النتن ، فقال رسول الله ﷺ الماء لا ينجسه شيء .

قوله – أتتوضأ – بتائين مثناتين من فوق خطاب النبي ﷺ .

وبضاعة بضم الباء هو المشهور ، وذكر الجوهري الضم والكسر وهو بالضاد المعجمة وحكى أيضاً بالمهملة ، وقال المنذري بئر بضاعة دار لبني ساعدة بالمدينة وبئرها معلوم ، وبها مال من أموال أهل المدينة . قيل بضاعة اسم لصاحب البئر وقيل لموضعها ، والحيض بكسر الحاء وفتح الياء جمع الحيضة بكسر الحاء وهي الخرق التي تحشو بها المرأة وتمسح بها دم الحيض . والمحائض جمع محيضة وهي مثل الحيض . والنتن الرائحة الكريهة ويقع أيضاً على كل مستقبح .

قوله – ما ينجي الناس – بضم الياء بعدها نون ساكنة ثم جيم من أنجى الرجل إذا أحدث .

قوله – لا ينجس شيء – نجس ينجس من باب علم يعلم نجساً ونجاسة وجاء فيه بضم الجيم في الماضي والمضارع أيضاً .

( وكان ماؤه ) أي ماء بئر بضاعة ( جـاريا في البساتين ) يسقى منه خمس بساتين ، والماء الجاري لا ينجس بوقوع النجاسة فيه عندنا ، فإن قلت العبرة لعموم اللفظ دون خصوص السبب فكيف اختص بئر بضاعة مع وجود دليل العموم وهـو الألف واللام ، أجيب بانه ليس من باب الخصوص في شيء وإنما هو من باب الحمل للتوفيق فإن الحديثين إذا تعارضا وجهل تاريخها يعد كأنهما وردا معاً ، ثم بعد ذلك ان أمكن التوفيق بالعمل بينهما يحمل كل منهما على محمل حسن ، وان لم يمكن يطلب الترجيح ، وإن لم يمكن يتهـاتران ، وهاهنا أمكن العمل بأن يحمل هذا الحديث على بئر بضاعة ، وحديث المستيقظ وقولـه عليه السلام لا يبولن أحدكم الحديث على غيرها ، فعملنا كذلك دفعاً للتناقض .

قلت تحقيق الكلام ان النظر إلى عموم اللفظ دون خصوص السبب إنما يكون إذا لم يرد ما يخصصه من القوة ، وقد ورد هـاهنا وهو حديث المستيقظ والأمر بغسل الإناء من ولوغ الكلب ، والنهي عن البول في الماء الدائم ، وما ورد من الأحاديث في تنجيس المـاء بوقـوع الحيوان فيها ، فيكون خصوصه بها لدفع انتقاض فكان هـذا من باب الحمل .

وقال تاج الشريعة سمعت من الشيخ الأستاذ الإمام ان هذا النص خص بالحديثين فجاز أن يخص بالسبب ، أو ان العبرة إنما تكون بعموم اللفظ إذا كانت الألف واللام للجنس اما إذا كانت للعهد فلا .

وقال الطحاوي والمستحيل أن يكون سؤالهم النبي عليه السلام عن بئر بضاعة وجوابه عليه السلام إياهم في ذلك بقوله ان الماء لا ينجس ، وكانت النجاسة في البئر ، ولكنه والله أعلم كان بعد أن أخرجت النجاسة من البئر فسألوا النبي ﷺ عن ذلك تطهر بـإخراج النجاسة منها فلا ينجس ماؤها الذي يطرأ عليها بعد ذلك ، وذلـك موضع مشكل لأن حيطان البئر لم تغتسل وطينها لم يخرج فقال لهم النبي عليه السلام ان الماء لا ينجس ، يريد بذلك الماء الذي يطرأ بعد إخراج النجاسة منها ، لأن الماء لا ينجس إذا خالطته النجاسة ، وقد قال عليه السلام المؤمن لا ينجس في حديث أبي هريرة ، قال لقيت النبي عليه السلام

وأنا جنب فمد يده إلي فقبضت يدي عنه وقلت اني جنب فقال سبحان الله ان المؤمن لا ينجس . وهذا الحديث أخرجه الجماعة ، وفي رواية الشيخين ان المؤمن لا ينجس ،وليس معناه ان بدنه أصابته النجاسة وإنما أراد به لا لا ينجس وان ينجس بمعنى غير ذلك

وكذلك قوله عليه السلام الأرض لا تنجس في حديث وفد سقيف لما قدم على رسول الله ﷺ فضرب لهم قبة في المسجد فقالوا يا رسول الله نحن قوم انجاس فقال رسول الله ﷺ انه ليس على الأرض من أنجاس الناس شيء إنما أنجاس على أنفسهم . رواه الحسن البصري مرسلاً وروى عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري عن يونس عن الحسن قال جاء رهط من سقيف فأقيمت الصلاة فقيل يا رسول الله ان هؤلاء مشركون قال ان الأرض لا ينجسها شيء ، وليس معناه ان الأرض لا تنجس وإن أصابتها النجاسة ، وكيف يكون ذلك وقد أمر بالمكان الذي بال فيه الاعرابي من المسجد أن يصب عليه ذنوب من ماء والحديث صحيح . وروى طاووس ان النبي عليه السلام أمر بمكانه أن يحض فكان معنى قوله عليه السلام ان الأرض لا تنجس انها لا تبقى نجسة في حال عدم كون النجاسة فيها، فكذلك قوله عليه السلام في بئر بضاعة ان الماء لا ينجس ليس هو على حال كون النجاسة فيها إنما هو على حال عدم النجاسة فيها ، فهذا وجه قوله عليه السلام في بئر بضاعة الماء لا ينجسه شيء .

وقال أبو نصر المعروف بالاقطع لا يظن بالنبي عليه السلام انه كان يتوضأ من بئر هذه صفاته مع نزاهته وإيثار الرائحة الطيبة ونهيه عن الامتخاط في الماء فدل ان ذلك كان في الجاهلية فشك المسلمون في أمرها فبين انه لا أثر لذلك مع كثرة النزح . وقال الخطابي قد توهم بعضهم ان هذا كان لهم عادة وتعمداً وهذا لا يظن بذمي ولا وثني فضلا عن مسلم فلم تزل عادة الناس قديماً وحديثاً مسلمهم وكافرهم من تنزيه الماء وصونه عن النجاسة فكيف يظن بأهل ذلك الزمان وهو أعلى طبقات أهل الدين ، وفضل جماعة المسلمين ، والماء ببلادهم أعز ، والحاجة اليه أمس أن يكون هذا صنيعهم بالماء وامتهانهم له وقد نهى رسول الله ﷺ عن التغوط في موارد الماء ومشارعه ، فكيف من اتخذ عيون الماء ومتابعة

رصد الأنجاس ومطرحاً للاقذار ، وإنما كان ذلك من أجل ان هذا البئر موضعها في حدود من الأرض وكانت السيول تلم هذه الأقذار من الطرق والافنية وتحملها فتلقيها فيها وكان الماء لكثرته وغزارته لا يتغير من ذلك ، فكان من جوابه عليه السلام ان المـــاء الكثير الذي صفته هذه في الكثرة والمقدار لا تؤثر فيها النجاسة ، لأن السؤال إنما وقع عن ذلك، والجواب إنما يقع عنه .

فإن قلت ما الدليل على كون ماء بئر بضاعة جارياً في البساتين ، قلت روى الطحاوي عن أحمد بن أبي عمران عن أبي عبد الله محمد بن شجاع البلخي عن الواقدي ان بئر بضاعة كانت طريقاً للماء إلى البساتين .

فإن قلت كان أهل الحديث يشنعون على الواقدي تشنيعاً عظيماً ونقل ابن الجوزي عن ابن عدي انه كان يضع الحديث في السنة ينسبها إلى أهل الحديث متهماً بها ، قلت من جملة تصانيفه كتاب الرد على المشبهة ، فكيف يصح هذا عنه وكان ديناً صالحاً عابـــداً . وفي التهذيب كان فقيه أهل الرأي في وقته وصاحب التصانيف فإن كان الواقدي قال البخاري فيه متروك الحديث ، ثم عن الشافعي انه قال كتب الواقدي كذب نقله البيهقي ، وقـــال الواقـــدي لا يحتج بروايته فيما يسنده فكيف فيما يرسله . وقـــد ضعفه يحيى وكذبه أحمد .

قلت هذا تحامل من البيهقي على الطحاوي في هذا الموضع ، والعجب منه انـــه يشنع هذا التشنيع والحال انه يخبر عن مشاهدة لأنه من أهل المدينة وهو أدرى بحالها وحال آبارها من غيره ، وفيه إسناد وإرسال فيقول ما يقول ، وقد طبق الأرض شرقها وغربها بذكره وسارت الركبان بكتبه في فنون العلم كما ذكره الخطيب في ترجمته ، وقـــال إبراهيم ابن جابر الفقيه سمعت الصاغاني وذكر الواقدي فقال والله لولا انه عندي ثقة مـــا حدث عنه وحدث أربع أئمة الكبار أبو بكر بن أبي شيبة وأبو عبيد القاسم بن سلام وأبو حثمة ورجل ، ويمكن أن يكون هو الشافعي لأنه روى عنه ، وقال مصعب بن الزبير الواقدي ثقة مأمون ولولا هو والبلخي ثقتان عند الطحاوي لما روى عنهما في معرض الاستدلال ،

وتمريض غيره وتضعيفه إياهما لا يلزمه على ما عرف . واسم الواقدي محمد بن عمرو الأسلمي أبو عبد الله المدني قاضي بغداد وأحد مشايخ الشافعي رحمه الله .

فإن قلت قد قيل ان المدينة لم يكن لها ماء جار على عهد رسول الله ﷺ ، وأما عين الزرقاء وعيون حمزة رضي الله عنه فحدثت بعد ذلك ، وبئر بضاعة كان ماؤها نبع غير جار وهي باقية إلى اليوم شرقي المدينة بدار بنى ساعدة ، قلت هذا يرد بما رواه الطحاوي على انه يحتمل أن يكون مراد هذا القائل ان المدينة لم يكن بها ماء جار على وجه الأرض مثل النهر ، وبئر بضاعة كان ماؤها جار تحت الأرض كالقنوات التي تجري تحت الأرض . وقال الأكمل فإن قيل استدل المصنف في أول الباب الخ . نقله عن صاحب الدراية فإنه قال ذلك ثم قال في آخره كذا قول شيخي رحمه الله ، وهو الامام علاء الدين عبد العزيز .

تقرير السؤال انه قال عليه السلام ان الماء لا ينجس لما بين انه ورد في بئر بضاعة لا يستقيم العمل بعمومه في أول الباب حيث اثبت صاحب الهداية طهارة المياه الكائنة من السماء والأودية والعيون والآبار وماء البحار بهذا الحديث ، فإن كانت اللام في قوله الماء للجنس صح الإستدلال وبطل الحمل ، وإن كان للعهد صح الحمل وبطل الإستدلال وتقرير الجواب ان اللام للجنس فالإستدلال صحيح والحمل ليس بباطل ، لأن الحديث يشتمل على قضيتين أحدهما الماء طهور والثانية لا ينجسه شيء ، والإستدلال بالأول صحيح لأنها تفيد المقصود من غير اقتصار إلى الثانية والحمل بالثانية ، فإن قيل الضمير في قوله لا ينجسه يرجع إلى ما دخل عليه اللام فكان المراد به الجنس فكيف يصح حمله على المعنيين ، أجيب بان اللفظ إذا احتمل معنيين وأريد به أحدهما ثم أريد بضميره الآخر جاز ويسمى ذلك استخداماً كما في قول الشاعر :

إذا نزل السماء بأرض قوم      وعيناه وان كانوا غضاباً

أريد بالسماء المطر وبضميره النبات . ونظيره قوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة . فإن القضية الأولى على العموم حتى حرم البول في الماء القليل والكثير جميعاً واختصت الثانية بالقليل فوجب تخصيصه حتى لا يحرم

الإغتسال في الماء الدائم الكثير مثل الغدير العظيم ونحوه ، فيثبت ان حمل الحديث هاهنا على الماء الجارى لا يمنع التمسك به في أول الباب لعمومه .

( وما رواه الشافعى ضعفه أبو داود ) أراد به حديث القلتين . قال الاترازي أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني صاحب كتاب معالم السنن إمام ثقة من أئمة الحديث مقبول الرواية عند كل المذاهب ، وتبعه الأكمل في ذلك ، قلت هذا كلام غير صحيح لأن أباداود السجستاني الذي ذكره روى حديث القلتين في سننه وسكت عنه فهو صحيح عنده على عادته في ذلك قال صاحب الهداية لم يعين اسم ابي داود فيحتمل أن يكون أبا داود الطيالسي أو غيره ممن يكنى بابي داود من أئمة الحديث .

من الفريقين حديث عن رسول الله ﷺ في تقدير الماء ، ويلزم من هذا تضعيف حديث القلتين ضرورة انه حديث في الماء ، قلت الإحتمال إذا كان ناشئاً عن دليل يفيد وإلا لأدى على ان أبا داود في قول بعضهم ان أبا داود قال لا يصح اهـ هو أبوداود السجستاني صاحب السنن ويحتمل أن يكون غيره ، وما ذكرنا من الرد على حاله .

وأما تضعيف حديث القلتين فوجهه وإن كان رواه الأربعة والشافعي رحمه الله وابن خزيمة وابن حبان والحاكم والدارقطني والبيهقى وصححه الحاكم وابن المنذر ، أنه دائر على ممطوف عليه في الرواية ومضطرب فيها أو موقوف . قال أبو بكر بن العربي في شرح الترمذى وحسبك أن الشافعى رواه عن الوليد بن كثير وهو أباضى منسوب إلى عبد الله بن اباض من غلاة الروافض .

واختلف في روايته قيل قلتين أو ثلاثا رواه يزيد بن هارون عن حماد بن سلمة أخرجه الدارقطني ، وروى أربعين قلة عن القاسم بن عبيد الله عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ إذا بلغ الماء أربعين قلة لم يحمل الخبث . أخرجه الحافظ أبو أحمد بن عبيد الله بن عدى الجرجانى وأبو حفص محمد بن عمرو العقيلي وأبو الحسن علي ابن عمر والدارقطني ، وروى أربعين غرباً . رواه أبو هريرة رضى الله عنه ، ذكر الخلاف ووقفت على أبي هريرة وعبد الله بن عمر رضى الله عنه ، وقال أبو بكر بن العربي أيضاً

والمقدام والدارقطني ان يخلص من رواية هذا الحديث بخبر سفه الذقن ما مضى لها وعلى كثرة طرقه لم يخرجه على شرط الصحة ، وأكثر طرقه عن محمد بن اسحاق بن يسار ، قال أبو فرعة ليس يمكن أن يقضى له وكذبه مالك وغيره . وقال الشافعي رحمه الله أخبرني مسلم بن خالد بن الزنجي عن ابن جريج بالاسناد ولا يحضر في ذكره أن رسول الله ﷺ قال اذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً ، وقـــال في الأحاديث بقلال هجر ، قال أصحاب الحديث ما حضره ولا يحضره أبداً . قال الشيخ تقي الدين في الامام هذافيه أمران أحدهما أن الاسناد لم يحضره مجهول الرجال فهو كالمنقطع فلا تقوم به الحجة .

والثاني قوله قال في الحديث بقلال هجر يتوهم له انه من لفظ الرسول ﷺ ، والذى وجد في رواية ابن جريج إنما هو من قول غير الرسول ﷺ . قلت وفيه علة ثالثة وهو ان شيخه مسلم بن خالد ضعيف ضعفه جماعة منهم البيهقى الذى تنازع فيه مع أئمة الحنفية ولا سيما في هذا الباب ، فإنه في باب من زعم أن التراويح بالجماعة أفضل ، والذى وجد في رواية ابن جريج انه قول يحيى بن عقيل وبينه البيهقى ويحيى هذا ليس بصحابي فلا تقوم بقوله حجة .

فإن قلت أسند البيهقى عن محمد بن يحيي بن عقيل قال قلال فاظن ان كل قلة تـأخذ فرقتين ، زاد أحمد بن علي في رواية والفرق ستة عشر رطلاً ، قلت في هذا أربعة أشياء أحدها أنه مرسل . والثانى أن أحد المذكور فيه هذا يحيى على ما قال أبو أحمد الحافظ يحتاج إلى الكشف عن حاله الثالث أنه ظن من غير جزم . الرابع أنه إذا كان الفرق ستة عشر رطلا يكون بمجموع القلتين أربعة وستين رطلا ، وهذا لا يقول به البيهقى ولا إمامه، وقد أكثر العلماء في هذا الباب جداً .

وحاصلة أن حديث القلتين مضطرب لفظاً ومعنى ،أمـــا اللفظ فمن جهة الاسناد والمتن ، أما الاسناد فلأنه روي بروايات مختلفة ، وأما المتن فما تقدم وضعفه الحافظ أبو عمر بن عبد البر وابن العربي . وأما من جهة المعنى فقيل أن القلة اسم مشترك يطلق على الجرة والقلة ، والقلة على رأس الجبل ، وعلى قامة الرجل ، والاسم المشترك لا يراد إلا

أحد المعاني الذى دل عليه المرجح ، فأى دليل ترجح دل على أن المراد القلة ما أرادوه لا غير من التقدير ، فإن قالوا الدليل ما روى في الحديث بقلال هجر ، فقد أجبنـــا عنه من قريب .

وقال أبو عمر في التمهيد في القلتين مذهب ضعيف من جهة النظر ثابت في الأثر ، لأن حديث القلتين قد تكلم فيه جماعة من أهل العلم بالنقل ولأنه لا يوقف على حقيقة مبلغها في أثر ثابت ولا إجماع ولو كان حتما لازما لما منعوه ثم انهم يقولون اذا تغير لونه أو طعمه أو ريحه بالنجاسة تنجس القلتان وليس في حديثهم ذلك ، وانما جاء في مطلق الماء ،وقد ترك جماعة من أصحاب الشافعي مذهبه ، فيه لضعفه كالغزالي والديواني وغيرهما . وقال أبو عمر في الاستذكار حديث معلول رواه اسماعيل القاضي وتكلم فيه . وقال الطحاوى إنما لم يقل به لأن مقدار القلتين لم يثبت .

( أو هو يضعف من احتمال النجاسة ) هذا تأويل معنًى حديث القلتين ، فإن الشافعي رحمه الله يقول معنى قوله لا يحمل الخبث لا يقبل النجاسة ويدفعهـا ، ونحن نقول معناه يضعف عن احتمال النجاسة ، فإذا كان كذلك لم يكن التمسك به صحيحاً . قلت معناه يضعف عن مقاومة النجاسة كما يقال فلان لا يحتمل أذى الناس ، وفلان لا يحتمل الضرب، وهذه الدلالة لا تحتمل هذا المقدار من الحمل ، وهـذه الأسطوانة لا تحتمل ثقل السقف ، وهذا استعمال عربي فلا يتعين ما ذهب اليه فصار مجملا .

وقال النووي هذا خطأ فاحش من أوجه أحدها ان الرواية الأخرى مصرحة بغلطه وهي قوله فإنه لا ينجس . الثاني أن الضعف عن الحمل إنما يكون في الأجسام كقولنـا فلان لا يحمل الخشبة أي يعجز عن حملها لثقلها ، وأما في المعاني فمعناه لا يقبله . الثالث أن سياق الكلام يفسره لأنه لو كان المراد أنه يضعف عن حمله لم يكن للتقييد بالقلتين معنى فإن ما دونها أولى بذلك ،**وأجيب بأن** التأويل المذكور في الرواية التي ذكرهـا المصنف صحيح على ما مر وتأويلهم في هذه الرواية .

وأما الرواية الأخرى فالجواب عنها ان العمل متعذر للاختلاف الشديـــد في تفسير

والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء إذا لم ير لها أثر لأنها لا تستقر مع جريان الماء ، والاثر هو الطعم أو الرائحة أو اللون ، والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة .

---

القلتين . وقال ابن حزم لا حجة لهم في حديث القلتين لأنه ﷺ لم يحدد مقدار القلتين ، ولا شك انه عليه السلام لو أراد أن يجعلها حداً بين مايقبل النجاسة وبين ما لا يقبلها ، لما أهمل أن يحدها لنا بحد ظاهر . وأما الشافعي فليس حده في القلتين أولى من حد غيره فسرهما بغير تفسيره وكل قول لا برهان عليه فهو باطل .

والقلتان ما وقع عليه في اللغة اسم قلتين صغرتا أم كبرتا ، ولا خلاف أن القلة التي تسع عشرة أرطال ماء تسمى عند العرب قلة وليس هذا الخبر دل لقلال هجر ، ولا شك ان الهجر قلالاً صغاراً لا كباراً فإنه قيل انه عليه السلام قد ذكر قلال هجر في الحديث الاسرى (١) ، قلت نعم وليس ذلك بموجب أن يكون عليه السلام متى ذكر قلة فإنما أراد بها من قلال هجر ، وليس تفسير ابن جريج القلتين بأولى من تفسير مجاهد الذي قال هما جرتان ويفسر كذلك .

(والماء الجاري إذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به إذا لم ير لها أثر) أي لم يعلم لها أثر ، وفيه إشارة إلى أنها لو كانت مرئية لا يتوضأ من جانب الوقوع ، وإذا لم تكن مرئية جاز له الوضوء من أي موضع شاء من موضع وقوع النجاسة فيه أو من غيره ( لأنها) أي لأن النجاسة ( لا تستقر مع جريان الماء ) أي لا تستقر في موضع وقوعها مع جريان الماء بل تتحول عنه ( والأثر ) أي أثر النجاسة ( هو الطعم أو الرائحة أو اللون ) ذكره بكلمة أو التي للتنويع ليدل على أن واحدا منها يكفي عند وجودها (والجاري) أي حد الماء الجاري ( ما لا يتكرر استعماله ) وذلك أن الرجل إذا غسل يده وسال الماء منها إلى النهر فإذا أخذه ثانياً لا يكون فيه شيء من الماء الأول .

( وقيل ما يذهب بتبنة ) أو درق ، وقيل أن يضع إنسان يده في الماء عرضاً لم تقطع

---

(١) هكذا في الأصل . ا هـ . مصححة .

جريانه . وعن أبي يوسف رحمه الله ان كان لا ينحسر وجه الأرض بالإغتراف بكفيه . وقيل ما يعده الناس جارياً وهو الأصح ، ذكره في البدائع والتحفة وغيرهما .

وفي الذخيرة والبدائع والمرغيناني لو بال إنسان في الماء الجاري فتوضأ به إنسان من أسفل منه جاز .

وفي البدائع وشرح الطحاوي جيفة فأرة في الفرات وتوضأ إنسان أسفل منه إن وجد طعمها أو لونها أو ريحها ينجس الماء وإلا فلا . وفي المرئية كالجيفة ان كان الماء يجري على كلها أو نصفها لا يجوز الوضوء به أسفل منها ، والقياس في النصف الجواز وعلى هذا التفصيل الميزاب ، وإن لم تكن النجاسة على الميزاب يعتبر تغير لونه أو ريحه أو طعمه ، ولو كان الماء يجري في جوف الجيفة وأكثرها لا يلاقيها فهو طهور . وقال أبو نصر هذا أشبه بقول أصحابنا كلب ميتة سد عرض الساقية والماء يجري من تحته وفوقه فلا بأس بالوضوء به إن لم يتغير عند أبي يوسف خلافاً لهما ، وعن أبي حنيفة إن كان الماء فوق الكلب مقدار ذراع جاز ، وفي الذخيرة إذا تغير لا يحكم بطهارته ما لم يزل تغيره بورود ماء طاهر عليه حتى يزيل تغيره .

فرع . مسافر معه ميزاب واسع وارواه ما يحتاج اليه ما يصنع فعند أبي الحسن السندي يأمر رفيقه بصب الماء من طرف الميزاب ويتوضأ من الميزاب ، وعند الطرف الآخر منه إناء يجتمع فيه الماء فإن المجتمع منه يكون طهوراً و الجاري لا يكون مستعملاً عند جريانه ، ومنهم من أنكر هذا لعدم المادة له ، والصحيح الأول وفي الكبرى ماء الثلج جرى على طريق فيه نجاسة إن لم ير أثرها فيه يتوضأ منه لأنه جار .

( والغدير ) على وزن فعيل بمعنى مفعول من غادره إذا تركه ، وهو الذي تركه ماء السيل . وقيل بمعنى فاعل لأنه يغدر بأهله لانقطاعه عند شدة الحاجة اليه . وقال الاترازي الغدير القطعة من الماء يغادرها السيل ، وهو فعيل بمعنى فاعل من غادره أو بمعنى مفعل من أغدره .

قلت فيه نظر ، لأن غديراً فعيلاً من غدر لا من غادر حتى يقول بمعنى مفاعل ، ولا

العظيم الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر ، لأن الظاهر أن النحاسة لا تصل إليه إذ أثر التحريك في السراية فوق أثر النجاسة . ثم عن أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول أبي يوسف رحمه الله وعنه بالتحريك باليد، وعن محمد رحمه الله بالتوضيء .

---

هو من أغدر حق يقول بمعنى مفعل مع أن الثاني منه متعد .

( العظيم ) صفة الغدير وكذا قوله ( الذي لا يتحرك أحد طرفيه بتحريك الطرف الآخر ) لا بالموج ( إذا وقعت نجاسة في أحد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الآخر ) لأنه يتغير طعمه أو لونه أو ريحه فحينئذ لا يجوز كذا في فتاوي الولوالجي ، فإن قلت كيف إعراب هذا قلت الغدير مبتدأ وخبره الجملة وهي قوله إذا وقعت فيه نجاسة اهـ . وفيها الضمير أعني في جانبه يرجع إلى المبتدأ ، وقد علم أن الجملة تقع خبر سواء كانت اسمية أو فعلية أو شرطية أو ظرفية ( لأن الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه ) أي إلى الجانب الآخر ( إذ أثر التحريك ) كلمة إذ للتعليل معناه لأن أثر تحريك الطرف من الغدير ( بالسراية ) إلى الطرف الآخر ( فوق أثر النجاسة ) لأن ذلك أسرع والنجاسة الواقعة في أحد الطرفين لا تصل إلى الآخر .

( ثم عن أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالإغتسال ) يعني إذا اغتسل في طرف منه لا يتحرك الطرف الآخر فإن تحرك لا يجوز الوضوء منه ولا الإغتسال عند وقوع النجاسة . واعلم انهم اختلفوا في هذا على اثني عشر قولاً الأول هو ما ذكره عن أبي حنيفة رحمه الله رواه أبو يوسف رحمه الله واليه أشار بقوله :

( وهو قول أبي يوسف رحمه الله ) صورة هذا أن يغتسل إنسان في جانب منه اغتسالاً وسطاً فلم يتحرك الجانب الآخر والثاني هو قوله ( وعنه ) أي عن أبي يوسف رحمه الله ، وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يعتبر ( بالتحريك باليد ) لا غير وهو أيضاً نقله أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله .

والثالث هو قوله ( وعن محمد بالتوضيء ) أي روي عن محمد أنه يعتبر التحريك

ووجه الاول أن الحاجة إليه في الحياض أشد منها إلى التوضيء وبعضهم قدره بالمساحة عشراً في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى

---

بالتوضيء منه (ووجه الأول) أي القول الأول وهو التحريك بالإغتسال (أن الحاجة إلى الإغتسال في الحياض أشد منها إلى التوضيء) لأن الوضوء يكون في البيوت عادة ولأن هذا أحوط ووجه الرواية الثالثة عن أبي حنيفة رحمه الله وهو التحريك باليد لأنه أخف فكان الإعتبار به أولى توسعة على الناس .

والرابع هو قوله ( وبعضهم قدروه بالمساحة ) أي بعض العلماء وهو أبو سليمان الجرجاني وبه أخذ مشايخ بلخ ، واليه ذهب عبد الله بن المبارك ، وبه قال أبو الليث وهو قول أكثر أصحابنا ( عشراً في عشر ) عشراً حال من قوله – بالمساحة – وقوله – في عشر – محلها النصب على الحال أيضاً والتقدير بعض العلماء قدروا الماء الذي تقع فيه النجاسة حتى يجوز الوضوء منه بالزراع حال كونه عشراً كائناً في عشر ، فيكون مائة والمائة منتهى العشرات والعشر منتهى الآحاد ، والألف منتهى المئين ، والمائة وسط ، وخير الأمور أوسطها فلذلك اختاره أكثر العلماء . ولو كان الحوض مدوراً قال في الفتاوى الظهيرية أنه يعتبر فيه ثمانية وأربعون ذراعاً ودونها ينجس ، وقيل ستة وثلاثون وهو الصحيح ، وهو مبرهن عند الحساب وفي حيز مطلوب قدره بعضهم ثمانية وأربعين ذراعاً . وقيل يعتبر أربعة وأربعون . وقيل أربعة وثلاثون لأن العمود عشرة أذرع فإذا ضربتها في ثلاثة وثلث فالخارج ثلاث وثلاثون وثلث فكملوا الثلث تسهيلا واحتياطاً واحترازاً عن الكسر ، وكان من قدره بأكثر من ذلك اعتبر الزوايا .

( بذراع الكرباس ) الباء تتعلق بقوله قدروا ، ثم اختلفت الفاظ الكتب في تعيين الذراع فجعل الصحيح في فتاوى قاضيخان ذراع المساحة وهي سبع مشتان فوق كل مشتية إصبع قائمة وهي ذراع الملك ، واختارها في حيز مطلوب والمصنف اختار للفتوى ذراع الكرباس وهي سبع مشتيات ليس فوق كل مشتية إصبع قائمة . وقيل أربع وعشرون إصبعاً بعدد حروف لا إله إلا الله محمد رسول الله ( توسعة للأمر ) نصب على التعليل أي لأجل التوسعة ( على الناس وعليه الفتوى ) أي على هذا القول . وفي المحيط

أنه يعتبر في كل مكان وزمان ذ اعاتهم من غير تعرض للمساحة والكرباس .

والخامس من الأقـوال الاثني عشر يعتبر فيه أكثر الرأي والتحري ، فإن غلب على الظن وصول النجاسة إلى الجانب الآخر فهو نجس وإن غلب عدم وصولها فهو طاهر فهذا هو الأصح ، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وقال السروجي والمذهب الظاهـــر التحري والتفويض إلى رأي المبتلى بـــه من غير تحقيق بالتقدير أصلا عند الإمام وبـه أخذ الكرخي .

السادس يلقى فيه قدر النجاسة صبغ فإن لم يظهر أثره في الجانب الآخر لا ينجس ، حكي عن أبي حفص الكبير في المبسوط والبدائع .

السابع يعتبر بالتكدر روي عن أبي نصر محمـــد بن محمـــد بن سلام ذكـــره في البدائع والمفيد .

الثامن إذا كانت ثمانياً في ثمان قاله محمد بن سلمة .

والتاسع قدر بعضهم اثني عشر في اثني عشر أخذ من مسجد محمد بن الحسن من خارجه لأنه لما سئل عن ذلك قال مثل مسجدي هذا ، فمسحوه من داخله فكان ثمانيـاً في ثمان ومن خارجه فكان اثني عشر في اثني عشر .

والعاشر خمسة عشر في خمسة عشر قاله عبد الله بن المبارك ثانياً وبه أخذ أبو المطيع البلخي ، وقال أرجو أن يجوز .

والحادي عشر عشرين في عشر ، قاله أبو مطيع حينئذ لا أجد في قلبي شيئاً .

والثاني عشر عن محمد بن الحسن لو انغمس رجل في جـــانب لا يتحرك الجانب من ساعته ، وهذا قريب من معنى ما تقدم . فإن قلت نصب المقدرات بالرأى لايجوز وكيف اخترتم في حد الماء الكثير بالعشر في العشر وما استنادكم وهذا كل أحد من الأئمة الثلاثة استند في هذا الباب على الأثر .

أما لمالك فإنه اعتمد على حديث ابي سعيد الخدري وقال ان الماء لا ينجس بشيء إلا إذا تغير أحد أوصافه وبه قال الأوزاعي والليث بن سعد وعبد الله بن وهب وإسماعيل بن

اسحاق ومحمد بن بكير والحسن بن صالح وبه قال أحمد في رواية .

وأما الشافعي رحمه الله فإنه اعتبر القلتين بالحديث الوارد فيها وبه قال أحمد في المشهور عنه .

وقالت الظاهرية الماء لا ينجس أصلاً سواء كان جارياً أو راكداً وسواء كان قليلاً أو كثيراً تغير طعمه أو لونه أو ريحه أو لم يتغير لظاهر حديث أبي سعيد الخدري . وقال ابن حزم في المحلى وممن روى عنه القول مثل قولنا ان الماء لا ينجسه شيء عائشة أم المؤمنين وعمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس والحسن بن علي بن أبي طالب وميمونة أم المؤمنين وأبو هريرة وحذيفة بن اليمان رضي الله عنهم والأسود بن زيد وعبد الرحمن أخوه وعبد الرحمن بن أبي ليلى وسعيد بن جبير ومجاهد وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق والحسن البصري وعكرمة وجابر بن زيد وعثمان المثنى وغيرهم .

قلت حديث بئر بضاعة يصلح أن يكون استناداً في التقدير بالعشر بيان ذلك أن محمداً لما سئل عن ذلك قال إن كان قدر مسجدي فهو كثير فلما قاسوه وجدوه ثمانياً في ثمان من داخله وعشراً في عشر من خارجه وقيل اثني عشر وكان وسع بئر بضاعة ثمانياً في ثمان ، والدليل عليه ما قاله أبو داود ، وقدرت بئر بضاعة بردائي مددتها عليها ثم ذرعته فإذا عرضها ستة أذرع ، وسألت الذي فتح لي الباب وادخلني اليه هل غيرتموها عما كانت عليه فقال لا ، ورأيت الماء فيها متغير اللون انتهى . فاذا كان عرضها ستة أذرع يكون طولها أكثر منها لان الغالب أن يكون الطول أمد من العرض ، ولو كانت البئر مدورة يقال فإذا دورها ستة أذرع فإن أضيف ما في الطول من الزيادة إلى العرض يكون مقدار الثمانية أو أكثر لان منشأ ذلك على التقدير لا على التحرير ، فأخذ محمد من هذا ولكن ما اعتبر إلا خارج مسجده إلا صلى للاحتياط في باب العبادات .

(والمعتبرة في العمق ) بفتح العين المهملة وضمها وسكون الميم ( أن يكون الماء بحال لا ينحسر ) أي لا ينكشف .

بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا ينجس إلا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري

---

( بالإغتراف ) باليد لانه إذا انحسر ينقطع الماء بعضه عن بعض ويصير الماء في مكانين فتخلص إليه النجاسة ، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني ( هو الصحيح ) أي الذي ذكره بقوله والمعتبر في العمق اهـ . واحترز به عن أقوال أخرى قال الكاساني الصحيح أنه إذا أخذ الماء وجه الارض يكفي ، وقيل مقدار ذراع بذراع الكرباس أو أكثر ، وقيل مقدار شبر ، وقيل زيادة على عرض الدرهم الكبير المثقال ، ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية .

( وقوله ) أي وقول القدورى ( في الكتاب ) أى في مختصر القدوري ( جاز الوضوء من الجانب الآخر إشارة إلى أنه ينجس موضع الوقوع ) أى موضع وقوع النجاسة ولم يفرق بين كونها مرئية وغير مرئية ، وهو المحكي عن مشايخ العراق . ومشايخ بخارى وبلخ فرقوا بينهما وقالوا في غير المرئية يتوضأ من الجانب الذى وقعت فيه النجاسة بخلاف المرئية .

( وعن أبي يوسف انه ) أي موضع الوقوع ( لا ينجس إلا بظهور النجاسة فيه ) أى في موضع الوقوع ( كالماء الجارى ) يعني حكمه حكم الماء الجارى إذا وقعت فيه نجاسة يجوز الوضوء منه ما لم يظهر أثرها فيه لانها لا تستقر مع جريان الماء ، وقيل على هذا إذا غسل وجهه من حوض كبير فسقط غسالة وجهه في الماء فرفع الماء من موضع الوقوع قبل التحريك لا يجوز عند العراقيين ، وجوزه مشايخ بخارى وبلخ توسعة على الناس لعموم البلوى به . وقيل ماء الحمام كالماء الجارى لا ينجس بادخال اليد النجسة للضرورة ، ولو انصب ماء الحوض النجس وجفت أرضه حتى طهرت ثم دخله الماء ففي كونه نجساً روايتان عن الامام والاصح تنجيسه . وكذا المنى لو أصابه ماء بعد فركه ، وجلد الميتة بعد تتريبه وتشميسه، والبئر إذا غاد ماؤها بعدما تنجسه ثم عاد الماء . قال نصر بن يحيى يحكم بطهارتها وهذا أرفق بالناس . وقال محمد بن سلمة ينجس وهو أوثق . وروى هشام

عن محمد كقول محمد بن سلمة . وفي الفتاوى الظهيريه الماء إذا كان له طول ولا عرض لــه إن كان بحال لو جمع يصير عشراً في عشر وصار عمقه بقدر شبر جاز الوضوء فيه عند الميداني ،وبه أخذ الزندروسي. وقال بكر بن طرجاز لا يجوز وفي التنجيس ما له طول وعمق ولا عرض له ولو قدر يصير عشراً في عشر فلا بأس بالوضوء منه تيسيراً على المسلمين

خندق طوله أربعون ذراعاً وعرضه ذراع قــال أبو سليمان يجوز الوضوء منه قيل لو وقعت فيه نجاسة قال ينجس من كل جانب عشرة أذرع . وفي المجتبى حوض كبير تنجس فدخل فيه ماء طاهر حتى كثر فهو نجس « وقيل يطهر إذا خرج مثله وإن قــل ، وفي المحيط وهو الأصح وقيل إذا خرج مثله ، وقيل ثلاثة أمثاله ، وقيل يطهر . وقــال الوصاني وبه يفتى . ولو تنجس حوض الماء فدخل فيه ماء حتى خرج مثله يطهر ، وقيل ثلاثة أمثاله ، ولو خاض في ماء الحمام يجب غسل قدميه ، وقيل لا يجب والأصح أنه إن علم أن في الحمام خبثاً يجب ، وإلا فلا والأول أحوط كذا في المجتبى .

( قال وموت ما ليس له نفس سائلة في المــاء لا ينجسه ) المراد من النفس الدم وفي المستصفى النفس بسكون الفاء الدم وتأنيثه باعتبار لفظ النفس ، قال الله تعالى ﴿ خلقكم من نفس واحدة ﴾ النساء ١ والمراد به آدم عليه السلام، ويقال النفس اما دم أو الدم محل النفس على حسب اختلاف الحكماء فكان اطلاقاً لاسم الحال على المحل .

( كالبق ) جمع بقة وهي البعوضة . قال الجوهري وأهل المصر يقولون لدويبة تنشأ في الحصر والاخشاب وغير ذلك له ريحة كريهة ( والذباب ) جمع ذبابة ولا يقال ذبانة ، وجمع القلة أذبية ، والكثير ذباب مثل غراب وأغربه وغربان ( والزنابير ) جمع زنبور بضم الزاء، قالت الشراح إنما جمع الزنابير دون غيرها لأنهــا أنواع شتى ، قلت الكل مذكور بلفظ الجمع كما ذكرنا ولا معنى لتخصيص الزنابير بذلك ، فــإن كانت القلة في ذكر المصنف الزنابير بذكر الجمع هي كونها على أنواع شتى فكذلك البواقي هي البعوض على أنواع شتى وهي التي تقول لها أهل المصر الناموس ، وكذلك الذباب على أنواع شتى .

**( والمقارب )** جمع عقرب والأنثى عقربة ، وعقرب مصروف وغير مصروف ، والذكر عقربان بالضم وهو دابة له أرجل طوال وليس ذنبه كذنب العقارب ، وهذا كما رأيت جمع عقرب ذكره المصنف بلفظ الجمع ، فكيف قالت الشراح إنما جمع الزنابير دون غيرها ، فإن قلت البق والبقة والذباب والذبابة مثل التمر والتمرة بخلاف الزنابير فلذلك قالت الشراح إنما جمع الزنابير دون غيرها ، قلت يرد عليك ذكره العقارب فافهم فإنه لا يخفى .

**( ونحوها )** مثل القراد والجراد والخنفساء والنحل والنمل والصراصر والجعلان وبنات وردان وحمار قبان والبرغوث والقمل ، والخنفساء بضم الفاء وفتحها ، والجعلان بضم الجيم جمع جعيل ، وهي دويبة تكون في الزبل ، وحمار قبان علم على فعلان لدويبة يمنع ويصرف بتقدير زيادة الألف والنون ، وأحماها من قب أو قب في الأرض ، وهذه الأشياء طاهرة عندنا فلا تنجس بالموت . وقال ابن المنذر في كتاب الإجماع قال في الإشراق ولا أعلم فيه خلافاً إلا أحد قولي الشافعي ، قال النووي وجماعة بعد الشافعي أتى خرق الإجماع في قوله بالتنجيس قال ونقل عن محمد بن المنكدر ينجسه بموت العقرب فيه .

**( وقال الشافعي يفسده )** أي موت هذه الأشياء المذكورة ينجس الماء إذا ماتت فيه وهذا أحد قوليه ، والقول الآخر كمذهبنا وهو الذي صححه جمهور أصابه . وشذ المحاملي في المقنع والروياني في البحر فرجح النجاسة ، وقال النووي وهذا ليس بشيء والصواب الطهارة وهو قول جمهور العلماء ، ونقل الخطابي وغيره عن أبي يحيى بن أبي كثير أنه قال ينجس الماء بموت العقرب فيه ، ونقل ذلك عن محمد بن المنكدر وهما إمامان من التابعين فلا يخرق الشافعي الاجماع . قلت سلمنا في العقرب وما يقال في غيره ، وقال النووي القولان عن الشافعي إنما هو في نجاسة الماء بموت هذا الحيوان ، أما الحيوان نفسه ففيه طريقان أحدهما أن في نجاسته القولين إن قلنا نجس نجس الماء وإلا فلا وهذا القول اختاره البقالي . والثاني القطع بنجاسة الحيوان وبهذا قطع العراقيون وغيرهم ، والصحيح لأنه من جملة الميتات . قال وذكر صاحب التقريب قولا ثالثاً في المسألة الأولى وهو ان ما يعم لا ينجسه كالذباب والبعوض ونحوهما ، ما لا يعم كالخنافس والعقارب ينجسه لتعذر الاحتراز وعدمه ، قال وهذا القول غريب .

لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية للنجاسة ، بخلاف دود الخل وسوس الثمار لأن فيه ضرورة . ولنـــا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منـــه ،

---

( لأن التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة ) أي علامة النجاسة ، واحترز بقوله: لا بطريق الكرامة عن الآدمي فإنه حرام لكرامته . وقال أبو زيـــد حرمة الشيء مع صلاحيته للغذاء دليل نجاسته كالكلب والخنزير ( بخلاف دود الخل وسوس الثمار ) هذا من كلام الشافعي رحمه الله وهذا كأنه جواب لمن يقول ماتقول في دود الخل وسوس الثمار ، فقال كلامنا في موت حيوان أجنبي عنه ، أما الدود المتولد في الخل ونحوه والتين والتفاح ونحوهما لا ينجس ما مات فيه ( لأن فيه ضرورة ) لأنه تولد منه ، والضرورة تمنع الحكم بتنجيسه وحكاية الدرامي عن بعض أصحاب الشافعي أن ما مات فيه ينجس ، غلط ولا خلاف عندهم في ذلك ، ولكن هذا الحيوان ينجس بالموت على المذهب عندهم ولا ينجس على قولهم . وقال إمام الحرمين وإن جمع منه شيئاً وتعمد أكله فوجهان لأنه يجزء منه طبعاً وطعما ومع الطعام لا يحرمه أكله على الصحيح .

( ولنا قوله عليه السلام فيه ) أي في الماء الذي مات فيه ما ليس له نفس سائلة ، وهو الذي فسر به أوجه وأحسن من قول الأكمل أي في مثل هذه الحادثة ، ونقل الأكمل ذلك عن شيخه صاحب الدراية وعن الاترازي في النهاية ( هذا هو الحلال أكله وشربه والوضوء منه ) هذا الحديث رواه سلمان الفارسي رضي الله عنه قال النبي ﷺ يا سلمان كل طعام وشراب وقعت فيه دابة ليس لها دم فماتت فيه فهو حلال أكله وشربه ووضوءه . رواه الدارقطني في سننه حدثني سعيد بن أبي سعيد الزبيدي عن نصر بن منصور عن علي بن زيد ابن أحمد عن سعيد بن المسيب عن سلمان رضي الله عنه . قال الدارقطني لم يروه عن غير سعيد بن أبي سعيد الزبيدي وهو ضعيف . ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بسعيد هذا، وقال هو شيخ مجهول ، وحديثه غير محفوظ .

والعجب من شراح الهداية يذكرون هذا الحديث ولا يبينون حاله غير ان الاترازي قال وقد روى أبو بكر الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده إلى سعيد بن

# ولأن المنجس اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت حتى حل المذكى لا نعدم الدم فيه ولا دم فيها

المسيب عن سلمان رضي الله عنه الحديث ولم يذكر رجال الاسناد حتى ينظر فيه هل هم المذكورون في إسناد الدارقطني وابن عدي أم غيرهم ، وذكر الاكمل نحوه . وأما صاحب الدراية والسفناقي فاكتفيا بمجرد الذكر ، وأما السروجي فإنه نسبه إلى الدارقطني ومضى.

قلت الحديث المذكور وإن ضعفوه فإن حديث ميمونة زوجة النبي ﷺ إنها كانت تمر بالغدير وفيه الجعلان فتستقي لها وتشرب منه وتتوضأ . رواه أبو عبيد في كتاب الطهور ( ولأن النجس هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه عند الموت ) قيد به لأنه قيدهم المذكورون في إسناد الدارقطني ، وإن كان حياً لا ينجس ولهذا قلنا إن المصلي إذا استصحب فأرة أو عصفورة حية لم تفسد صلاته ولو كانت نجسة لفسدت ، ولو ماتت حتف أنفها واستصحبا ما فسدت ، وهذا لأن الدم الذى في الحي في معدنه يتصرف (١) في مجاريها يستصحب اللحم يشوبه إياه ، وهذا لأن الدم الذى في الحي لو قطعت العروق بعده لم يسل منه الدم .

( حتى حل المذكي ) أى المذبوح من ذكى يذكي تذكية ( لانعدام الدم فيه ) أى في المذكي بعد التذكية وإلا فقبلها الدم فيه ، ولو قال لزوال الدم منه لكان أولى واستعمال ما انعدم بالتذكية خطأ ( ولا دم فيها ) أى الحيوانات المذكورة إذ البعوض كذلك فلا ينجس ، فإنا قد نعلم أن النجس هو اختلاط الدم المسفوح فإن ذبيحة المجوسي ليس فيها دم مسفوح وهي نجسة ، وذبيحة المسلم إذا لم يسل منها الدم بعارض بأن أكلت ورق الغباب حلال مع ان الدم لم يسل ، فالجواب أن القياس في ذبيحة المجوسي الطهارة كذبيحة المسلم ، إلا ان صاحب الشرع أخرجه عن أهلية الذبح لقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير انكاح نسائهم وأكل ذبائحهم جعل ذبحه كلا ذبح ، وكما جعل لذلك

---

(١) وبالموت ينصب عن مجاريها فينجس اللحم بتشربه إياه ولهذا لو قطعت العروق صحح ــ هامش .

جعلوا ذبيحة المسلم إذا لم يسل منها الدم كذبيحته إذا سال إقامة لأهلية الذابح، واستعمال آلة الذبح مقام الإسالة لاتيانه ما هو المأمور به الداخل تحت قدرته ولا معتبر بالعوارض لأنها لا تدخل تحت القواعد الاصلية .

( والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة ) هذا جواب عن قول الشافعي لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة أراد أن الحرام لا يستلزم النجاسة ( كالطين ) فإن أكله حرام لا لكرامته مع انه ليس بنجس ، وفي جامع الكردرى وخص من الآية السمك والجراد باعتبار عدم الدم والمتنازع فيه بمعناهما فلحق بهما ، وكل لحوم السباع إذا ذبحت طاهرة ولا تؤكل . وفي الحاوى جازت الصلاة مع لحم البازى المذبوح ، وكذا كل شيء لم يؤمر بإعادة الصلاة من سؤره مثل الحية والعقرب والفأرة وجميع الطيور وتجوز الصلاة مع لحمها إن كانت مذبوحة ، وقال نصر إذا ذبح شيء من السباع فجلده طاهر ولحمه نجس بخلاف الطيور والحية والفأرة . وفي الذخيرة والحية طاهرة في حال الحياة ولحمه طاهر في الاصح، وكذا لو صلى معه سنور وفأرة تجوز الصلاة معه ، ولو كان معه ثعلب أو جرو لم يجز .

قال والاصل في حق هذه المسائل أن كل ما يجوز الوضوء بسؤره تجوز الصلاة معه ، وما لا فلا . وأما حرمة أكل ما ليس له دم غير مسفوح غير السمك والجراد وإن كان طاهراً على ما مر فلأن ذلك من الحشرات والخبائث ، فإن البقة والزنبور والخنفساء وأضرابها تستخبثها النفس وتعافها والحبل واضرابها يستخفها الشرع ويناقها قال الله تعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ الاعراف ١٥٧ ولا يلزم من ذلك النجاسة ، فإن الكافر عندهم لا ينجس بالموت على الصحيح ، ولا يؤكل قولاً واحداً . وموت الحية البرية في الماء وغيره ينجس ما مات فيه قاله في الحاوى ، وكذا موت الوزغة والسحلية ودمها نجس ذكره في المفيد ولهذا ينجس بالموت .

وفي الذخيرة وغيرها خرء الحية وبولها نجس نجاسة غليظة وجلدها إذا كان أكبر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة معه لانـــه نجس ولو كانت مذبوحة ولا تقبل الدباغ . وللشافعية رحمهم الله وجهان في الحية والاصح ينجس ما مات فيه ، والوزغة على العكس

ومـوت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان .
وقال الشافعي رحمه الله يفسده إلا السمك

---

عندهم ولو حمل حية فصلى معها جازت صلاته ، قال في الذخيرة وهي طاهرة في حالـــة الحياة وقميصه طاهر في الاصح وقد ذكرناه الآن .

( وموت ما يعيش في الماء ) يعني ما يكون مولده وفي بعض النسخ ومثواه ( فيه ) أى في الماء ، والجار والمجرور متعلق بقوله وموت والجار في قوله في الماء يتعلق بقولـــه يعيش ، وفي بعض النسخ لم يذكر كلمة فيه وأثبتها شمس الائمة الكردرى لتكون المسألة مجمعاً عليها لانه إذا مات في غير الماء قيل يفسده وقيل لا يفسده قوله وموت مـــا يعيش مبتدأ وخبره هو قوله ( لا يفسده ) أى لا يفسد الماء .

فإن قلت قـــال المصنف رحمه الله في المسألة الاولى في غير معدته فيتوهم التنجيس فتناسب نفيه ، وفي الثانية في معدته فلا يتوهم تنجيسه بواسطة الضرورة ، لكن احتمل تغير صفة الماء فنفاه بقوله لا يفسده ( كالسمك والضفدع ) بكسر الضاء والـــدال مثل الخنصر واحد الضفادع ، والانثى ضفدعة ، ومنهم من يقول بفتح الدال . وقال الخليل ليس في الكلام فعلل إلا أربعة درهم وهجرع وهبلع ودبعم . وقـــال أبو الحسن الهاء زائدة منها قلت الهجرع الطويل والهبلع الالوك والهاء زائدة في ديعم (والسرطان )ونحو ذلك كالعق وحية الماء ، فإن قلت هل في تقديم السمك على أخواته فائدة قلت نعم لانه مجمع عليه ، وهذا إذا مات حتف أنفه فأما إذا قتل جرحاً فعند أبي يوسف رحمه الله يفسد الماء على ما روى المعلى عنه ، وفي المجتبى عن أبي يوسف رحمه الله إن ماتت حية عظيمة مائية في الماء تفسد وفي الحاوى مات الضفدع في العصير قال نصير لا يفسد .

( وقال الشافعي رحمه الله يفسده ) أى يفسد الماء ( إلا السمك ) قال الاترازى كان ينبغي أن يقول إلا السمك والجزاد لان حكمهما واحد عندنا كذا في وجيزهم ،قلت مراد المصنف نصب الخلاف ولا يلزم استيفاء الخلاف كله . وقال النووى ما يعيش في الماء إن كان مأكولاً فميتته طاهر لا شك أنه لا ينجس الماء ، وما لا يؤكل كالضفدع وغيره إذا قلنا لا يؤكل فإذا مات في الماء القليل أو مائع قليل أو كثير نجسه صـــرح به أصحابنا في

لما مر ، ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما

طرقهم ، وقالوا لا خلاف فيه إلا لصاحب الحاوى فإنه قال في نجاسته قولان ، وذكر الروماني في الضفدع وجهان أحدهما لا نفس له سائلة فيكون في نجاسته منه قولان ، والثاني لها نفس سائلة فتنجسه قطعاً وهذا الثاني هو المشهور في كتب الاصحاب ( لما مر ) يعني قوله لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة . وقال الاكمل قيل في هذا التعليل إشكال وهو أن الضفدع والسرطان يجوز اكلها عند الشافعي على ما روى عنه في كتاب الذبائح على ما سيأتي .

والجواب أن المذكور في كتاب الذبائح عن الشافعي أنه أطلق ذلك كله فيجوز أن يكون هذه رواية أخرى فيكون الالزام عليها ، قلت الإشكال للاترازى والجواب للاكمل فلا يرد الاشكال ولا يحتاج إلى الجواب لان نسبة جواز أكل السرطان إلى الشافعي رحمه الله على ما ذكر في كتاب الذبائح هكذا لا يسلمها أصحابه ، فإنهم ذكروا أن هذين مما لا يؤكل كما بينهما عن بعضه عن قريب فلا يرد الاشكال أصلا ، ولا يحسن الجواب عنه بقوله فيجوز أن تكون هذه رواية أخرى وهذا من باب التخمين .

( ولنا انه ) أى ما يعيش في الماء ( مات في معدنه ) يعني في مثواه ومقره ( فلا يعطى له حكم النجاسة ) لانه لو أعطي حكم النجاسة لما في موضعها ومعدنها لما طهر إنسان أبداً لأن في بطنه وعروقه نجاسة ، ثم مثل لذلك بقوله ( كبيضة حال ) أي انقلب ( محها ) بضم الميم وتشديد الحاء المهملة أى صفرتها ( دما ) حتى لو صلى وفي كمه تلك البيضة يجوز الصلاة معها لأن النجاسة في معدنها ، بخلاف ما لو صلى وفي كمه قارورة فيها دم لا تجوز صلاته ، لأن النجاسة ليست في معدنها . وفي الجامع الأصغر لا يجوز الصلاة مع البيضة المذرة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وعلى قياس قول أبي حنيفة والحسن رحمهما الله يجوز ، واختاره أبو عبيد الله البلخي . ولا يجوز مع البيضة التي فيها فرخ ميت قد علم بموته أو بضعفه . وعن محمد رحمه الله إن كان رأس القارورة قدر الدرهم فما دونه يجوز .

وعند الشافعية البيضة إذا استحالت دماً فهي نجسة في أصح الوجهين ، ولو صارت

مذرة التي اختلط بياضها بصفرتها فطاهرة بلا خلاف . وقال الأكمل قيل هـذا التعليل يقتضى أن لا يعطى للطيور والوحوش حكم النجاسة إذا ماتت في البئر ، لأن معدنه [1]، قلت قال بهذا صاحب الدراية .

وقوله – والذي يظهر الخ – من كلام الأكمل كأنه جواب عما قيل وهـو أن المعدن عبارة عما يكون محيطاً يفهم هـذا من تمثيلهم بالدم في العروق والمح في البيضة وليس الامر كذلك .

( ولانه ) دليل ثان أى ولان ما يعيش في الماء من كل واحد من السمك والضفدع ( لا دم فيها ) أعني في هذه الثلاثة أعني السمك والضفدع والسرطان ( إذ الدموي لا يسكن الماء ) لمنافاة بين طبع الدم والماء بالحرارة والبرودة ، والدم إذا شمس يسود ، وما يسيل من هذه الحيوانات إذا شمس ابيض . واعلم أن كلمة إذ للتعليل ، والدموي بتشديد الياء نسبة إلى الدم لان أصل دم دمويا بالتحريك ، والاصل فيه أن يقال دمي ولكن جـاء دموي أيضاً .

( والدم هو النجس ) أى الدم المسفوح وليس في هذه الحيوانات دم مسفوح وهـذا التعليل هو الاصح نص عليه السرخسي كما انه لا يفسد المـاء بموت هذه الحيوانات فيه لا يفسد غير الماء أيضاً كالخل والعصير وسواء انقطع أو لم ينقطع إلا على قول أبي يوسف رحمه الله فإنه يقول إذا انقطع في الماء أفسده بناء على قوله إن دمه نجس وهو ضعيف ، لانه لا دم في السمك إنما هو آخر ، ولو كان فيه دم فهو مـأكول فلا يكون نجساً كالكبد والطحال . وأشار الطحاوي رحمه الله إلى أن الطافي من السمك في الماء يفسده قـال السغناقي هو غلط منه فليس في الطافي أكثر فساداً من أنه غير مأكول كالضفدع والسرطان وعن محمد أن الضفدع إذا انغمس في الماء كرهت شربه لا لنجاسته لان أجزاء الضفدع وهو غير مأكول كذا في المبسوط .

---

(١) هكذا في الأصل وربما قصد « لأنه في معدنه » .

في غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح ، والضفدع البحري والبري فيـــه سواء ، وقيل البري يفسد لوجود الدم وعدم المعدن ،

---

( وفي غير الماء ) أى إذا مات ما يعيش في الماء كالعصير والدهن والنحل ونحوهـــا ( قيل ) قائله نصر ابن يحي ( غير السمك يفسده ) أى يفسد غير الماء ، وبه قال محمد بن سلمة وأبو معاذ البلخي وأبو مطيع ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ( لانعـــدام المعدن ) قال الاترازى فيه نظر لانه لا يجوز التعليل على وجود الشيء بالعدم ،وأجاب عنه الاكمل بأنه ليس بتعليل بل هو لبيان انتفاء المانع ، فإنا قد ذكرنا أن النجاسة لا تعطي حكمها في معدنها فكان المعدن مانعاً عن ثبوت الحكم عليها ، قلت ويمكن أن يجاب عنه بأن الموجب للتنجيس هو الدم وهو موجود إذ اللون ما دون الدم والرائحة رائحة والمانع هو المعدن وهو مفقود فعمل المقتضى عمله .

( وقيل ) قائله أبو عبد الله البلخي ومحمد بن مقاتل ( لا يفسده لعدم الدم ) قـــال الاترازي فيه نظر لان عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز أن يكون الحكم معلولاً بعلل شتى إلا أن العلة إذا كانت متعينة يلزم من عدمها عدم المعلول لتوقفه على وجودها ، وهذا النظر والذى قبله للشيخ حافظ الدين رحمه الله تعالى،والاترازى أخذ مما بينه،وأجاب الاكمل عنه بان العلة الشخصية يستلزم انتفاؤها انتفاء الحكم وهاهنا كذلك لان كونه دماً ممتزجاً هو المنجس لاغير . قلت ويجاب أيضاً بان العلة متحدة وهي الدم فإذا عدم لا يثبت الحكم في مثله وفي مثله يجوز التعليل بالعدم كقول محمد رحمه الله ولكن المغصوب لم يضمن لانه لم يغصب ( وهو الاصح ) أى القول الثاني هو الاصح وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهشام عن محمد رحمه الله ، وهو اختيار المصنف أيضاً لانه لا دم فيها .

( والضفدع البرى والبحرى فيه سواء ) أى في الحكم المذكـور ويعرف البحرى من البرى فإن البحرى ما يكون بين أصابعه سترة دون البرى ( وقيل البرى يفسد لوجود الدم وعدم المعدن ) وجود الدم هو العلة ، وعدم المعدن هو انتفاء المانع .

وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ، ومائي المعاش دون مائي المولد يفسد ، قال المـــاء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله .

---

( وما يعيش في الماء ) كلمة ما موصولة بمعنى الذى ، ويعيش في الماء صلة ، وارتفاعه على الإبتداء محلا وخبره هو قوله ( ما يكون توالده ومثواه ) أي منزله ومقره ( في الماء ) أراد بهذا بيان ما يعيش في الماء لانه ذكره ولم يبينه ( ومائي المعاش دون مـائي المولد يفسد ) كالبط والأوز والجاموس .

( والماء المستعمل لا يطهر الاحداث ) هذا حكم الماء المستعمل قدمه لانه هو المقصود وقيد بطهارة الاحداث إشارة إلى أنه يطهر الاخباث فيما روي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الموافق لمذهبه ، فإن إزالة النجاسة المعينة بالمائعات يجـوز عنده على ما يأتي . وفى جامع الاسبيجابي الماء المستعمل ثلاثة أنواع نوع طاهر بالاجماع كالمستعمل فى غسل الاعيان الطاهرة ، ونوع نجس بالاتفاق كالمستعمل فى الاعيـان النجسة ، وفى الاسبيجابي قبل أن يحكم بطهارة ذلك الموضع ، ونوع مختلف فيه وهو الذي توضأ به محدث أو اغتسل به جنب إن لم تكن على أعضائه نجاسة حقيقية .

( خلافاً لمالك والشافعي رحمهما الله ) فإن عندهما يطهر الاحداث ، ونصب خلافاً على الاطلاق غير موجه على ما نذكره ، أما عند مالك فإن المذكور فى كتبهم منها الجواهر أن الماء المستعمل فى طهارة الحدث طاهر ومطهر إذا كان الإستعمال لم يغيره لكنه مكروه مع وجود غيره مراعاة للخلاف وهو قول الزهري والاوزاعى فى أشهر الروايتين عنهما ، وأبي ثور وداود ، قـال المنذرى عن على وابن عمر رضى الله عنهما وأبى امامة والحسن وعطاء ومكحول والنخعي أنهم قالوا فمن نسي مسح رأسه فـوجد في لحيته بللا يكفيه مسحه بذلك البلل ، وهذا يدل على أنهم يرون المستعمل مطهرا وبه أقول . وقيل طاهر ومشكوك في تطهيره يتوضأ به ويتيمم ويصلي صلاة واحدة . وقال النووي ان في المسألة قولين وهو الصواب .

واتفقوا على ان المذهب الصحيح أنه ليس بطهور وعليه التفريع . وحكى عيسى بن

بان أنه طهور قال في المهذب الصحيح أنه ليس بطهور ومن أصحابنا من لم يثبت هـــذه الرواية . وقال المحاملي قـــوله من يرد رواية عيسى بن إبان ليس بشيء لأنه ثقة وإن كان مخالفاً ، وقال بعضهم عيسى ثقة لا يتهم فيما يحكيه ، ففي المسألة قـولان . وقال صاحب الحاوي نصه في الكتب القديمة والجديدة وما نقله جميع أصحابنا سماعاً ورواية أنه غير طهور . وحكى عيسى بن إبان في الخلاف عن الشافعي رحمه الله أنه طهور . وقال أبو ثور سألت الشافعي عنه فتوقف . وقال أبو إسحاق وأبو حامد المروى فيه قولان . وقال ابن شريح وأبو علي بن أبي هريرة ليس بطهور قطعاً وهذا أصح لأن عيسى بن إبان وإن كان ثقة فيحكي ما يحكيه أهل الخلاف ولم يلقه الشافعي رحمه الله ليحكيه سماعاً ، ولا وجده منصوصاً فيأخذ من كتبه ، ولعله تأول كلامه بصيرورة طهارته رداً على أبي يوسف فحمله على جواز الطهارة به .

( هما ) أي مالك والشافعي ( يقولان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى كالقطوع ) ولا يكون كذلك إلا إذا لم ينجس بالإستعمال ، وتكلمت الشراح هاهنا بكلام كثير فقال صاحب الدرايـــة وفي الكـــافي هـــذا أنسب في القوانـــين ثم أطـــال الكلام ، ولخصه الأكمل فقال والجواب أنه يحكى عن ثعلب أراد الطهور ما يطهر غيره إلى آخره . قال ورد عليه بأن هذا إن كان لزيادة بيان نهايته في الطهارة كان سديداً ، ويعضده قوله تعالى ﴿ وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ﴾ الانفال ١١ وإلا فليس نقول من للتعليل في شيء ، وإن كانت بياناً لنهاية فيها لا يستدل على تطهير الغير فضلا عن التكرار فيه . وقال صاحب الدراية في آخر كلامه ولم يتضح لي سر هذا الكلام . وقال الاترازي قـوله كالقطوع فيه تسامح لأن المشبه يقال من الفعل اللازم والمشبه به من الفعل المتعدى ، إلا أن المبالغة في الطهارة بأن يظهر أثرها في العين فصار بمعنى المطهر .

وقال السغناقي قال الشيخ رحمه الله الماء مطهر لغيره لأن الطهور بمعنى المطهر ، بل علم ذلك بسبب العدول من صيغة الطاهر إلى صيغة الطهور التي هي للمبالغة في ذلـــك الفعل كالغفور والشكور فيهما مبالغة ليس في الغافر والشاكر ، وليس تكون تلك المبـالغة في

طهارة الماء إلا باعتبار أنه يطهر غيره لأن في نفس الطهارة كلتا الصيغتين سيان ، فلا بد من معنى رائدة في الطهور وليس في الطاهر ولا ذلــك إلا بالتطهير لا إن الطهور جاء بمعنى المطهر لأنه طهر الشيء وهذا لا يستفاد منه التعدى .

قلت تقدير هذا الكلام أن مالكاً والشافعي رحمه الله احتجا بقوله تعالى ﴿ وأنزلنامن السماء ماء طهورا ﴾ الفرقان ٤٧ ووجه ذلــك أن الطهور مصدر ، ومنه مفتاح الصلاة الطهور ، وطهور اناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب ، ولا صلاة إلا بطهور نص عليه سيبويه والخليل والمبرد في الكامل والاصمعي وابن السكيت .

ثم قولهما ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد أخرى غير مثبت في القولين ، واحتج لهما من ينصرهما بما روى عن ثعلب الطهور ما كان طاهراً في نفسه مطهراً لغيره كالقطوع فإن فيه معنى التكرار والصيغتان أوردا عليه بما ذكر الآن ، وتحقيق الردان قياسه الطهور الذي هو من طهر على ما هو مشتق من الأفعــــال المتعدية كتطوع وتنوع غير صحيح ، والصيغة إذا أخذت من الفعل اللازم كانت للمبالغة والتكثير في الفاعل نحو مات زيـد وموت ونام ونوم ، ولا يتعلق به المفعول البتة وإن كان الفعل متعديا كان الثلاثي في مفعوله نحو قطعت الثوب ، والطهور مأخوذ من فعل ثلاثي لازم فكيف يتصور أن يؤخذ منه معنى الرباعي المتعدي فيكون المراد التكرار وتكثير المفعول ، ألا ترى أنك إذا قلت فلان صبور من صبر فمعناه كثير الصبر لا انه يصبر مرة بعد أخرى ، ومثال ذلك كثير ، ويدل على تحقيق هذا قوله تعالى ﴿ وسقاهم ربهم شراباً طهورا ﴾ ٢١ الإنسان ومعلوم أن أهل الجنة لا يحتاجون إلى التطهير من حدث أو خبث بل هو عبارة عن الطاهر الشديد الطهارة .. وقال جرير : عذا بأب الشتاء ماء ريقهن طهور

والريق لا يطهر به عندهم وقال ﷺ : التيمم طهور المسلم والتيمم لا يرفع الحدث عندهم.

قلت يمكن المناقشة بأن يقال لا نسلم قولكم بأن المبالغة والتكرير تكون فى الفاعل إذا كانت الصيغة من الفعل اللازم على الإطلاق ، بل قـد يكون التكثير فى الفعل دون الفاعل نحو حولت وطرقت ، وقد يكون فى الفاعل نحو سومت الإبل ، وقولكم إن

الطهور من طهر وهو لازم لا يشابه المشتق من الفعل المتعدي كتطوع وتنوع فلا يقاس عليه ، غير مانع قطعاً لأنه قد يستعمل على سبيل المجاز . أهل الصرف جوزوا ذلك فقال بعضهم أن المراد بالتكثير في الفعول لا يستعمل بالتضعيف إلا إذا كان الفعل جمعاً نحو قولهم غلقت بالتضعيف فإنه لا يستعمل إلا إذا قال غلقت الأبواب حق إذا كان واحدا لا يقال إلا غلقت بالتخفيف إلا على سبيل المجاز فحينئذ قياسهم الفعول من اللازم على الفعول من المتعدي صحيح بهذه الطريقة ، ويؤيد ذلك ما قاله تاج الشريعة فى هذا الموضع فى شرحه أن الطهور وإن كان اشتقاقه من فعل وهو لازم لكنه جعل متعدياً شرعاً بواسطة طهور أثره فى الغير فصح الالحاق ، ويمكن أن يمنع استدلالهم بلفظ الطهور فيما احتجوا به بأن يقال الطهور اسم لما يتطهر به كالسجود والوقود فليس فيه ما يدل على أنه مطهر غيره مرة بعد أخرى ولا فيه مبالغة .

فإن قالوا نحن نحتج بأشياء غير ذلك الأول أنه ﷺ توضأ فمسح رأسه ببل لحيته.

وعن ابن عباس رضى عنهما عن النبي ﷺ أنه اغتسل فنظر لمة من بدنه لم يصبها الماء فأمر يده بما عليه ذلك .

الموضع الثاني قوله ﷺ الماء طهور لا ينجسه شيء . وهو حديث صحيح .

الثالث أن ما لاقى طاهراً يبقى مطهراً كما لو غسل به ثوبه .

والرابع أن ما أدى به الفرض مرة لا يمنع أن يؤدي به ثانياً كما يجوز للجماعة أن يتيمموا فى موضع واحد .

والخامس ان النبي عليه السلام كان إذا توضـــأ كادوا يقتتلون على وضوئه رواه البخاري .

والسادس أنهم كانوا يتوضؤون والماء يتقاطر على ثيابهم ولا يغسلونها .

الجواب عن الأول حديث ضعيف فإن فيه عبد الله بن محمد بن عقيل فلا يحتج بروايته إذا لم يخالفه غيره فكيف وقد عارضته الروايات الصحيحة منها مـــا رواه مسلم وأبو داود وغيرهما عن عبد الله بن زيد رضي الله عنه أنه رأى النبي عليه السلام توضأ فـــذكر صفة

وقال زفر رحمه الله وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ان كان المستعمل متوضئاً فهو طهور ، وإن كان محدثا فهو غير طهور ، لأن العضو طاهرة حقيقـــة

---

الوضوء إلى أن قال ومسح رأسه بماء غير فضل يديه وغسل رجليه ، وهذا هـــو الموافق لروايات الأحاديث الصحيحة في أنه عليه السلام أخذ لرأسه ماء جديداً ، والذي روي عن ابن عباس ضعيف ضعفه البيهقي والدارقطني ، وقال البيهقي إنما هو كلام النخعي وعلى تقدير صحته فبدن الجنب كعضو واحد ويجوز نقل البلة من موضع إلى آخر .

والجواب عن الثاني انه استعمل في الذي تغيرت صفته من الطهورية إلى الطهارة كما في الصدقة لما أقيم به القربة تغيرت صفته وزال عنه صفة كونه حلالاً للجميع ، حتى لا تحل للنبي ﷺ وقرابته على ما يجيء عن قريب .

وعن الثالث فقياسهم غير صحيح لأنه في غسل الثوب لم يرد فرض ولا أقيم بـه عن قريب .

وعن الرابع فقياس على تيمم الجماعة غير صحيح لأن المستعمل ما تعلق بالعضو والأرض ليست كالماء فلا تقبل صفة الاستعمال .

وعن الخامس انه يجوز أن يكون اقتتالهم على ما فضل من وضوئه ، قـــال في بعض الروايات الصحيحة فجعل الناس يأخذون من وضوئه فيتمسحون به ، وفي لفظ النسائي في هذا الحديث واخرج عن بلال رضي الله عنه فضل وضوئه فابتدره الناس ، وليس المراد الساقط من وضوئه عليه السلام .

وعن السادس بأن حـــكم الاستعمال لا يثبت إلا بالإستقرار على الأرض أو في إناء على قوله وإن ثبت بالمزايلة على قوله لكنه في الثياب ضرورة فعفى عن ذلك .

( وقال زفر رحمه الله وأحد قولي الشافعي ) الضمير يرجع إلى القول الذي دل عليه . وقال زفر رحمه الله ( إن كان المستعمل متوضئاً ) أراد أنه إن كان على وضوء ( فهو ) أي الماء الذي استعمله ( طهور ) يعني طاهر في نفسه على حاله ولم يتغير منه شيء فهو طهور لغيره ( وإن كان ) أي المستعمل ( محدثـــاً فهو طاهر ) في نفســـه ( غير طهور ) لغيره ( لأن الأعضاء ) أي الأعضاء المستعمل ( طاهرة حقيقة ) لاوجب التنجيس كما لو

لغيره ( وإن كان ) أي المستعمل ( محدثـــاً فهو طاهر ) في نفســـه ( غير طهور ) لغيره ( لأن الأعضاء ) أي الأعضاء المستعمل ( طاهرة حقيقة ) لا وجب التنجيس كما لو

وباعتباره يكون الماء طاهراً لكنه نجس حكماً وباعتباره يكون الماء نجساً فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملاً بالشبهين . وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله هو طاهر غير طهور

---

غسل به ثوب طاهر ( وباعتباره ) أي وباعتبار أمر الحقيقة ( يكون الماء طاهراً )وطهور لأنه لم يتغير منه شيء ، والأعضاء طاهرة ولهذا كان عرق المحدث والجنب طاهراً وكذا سؤرهما وتجوز صلاة حاملها .

( لكنه ) أي لكن الماء ( نجس حكماً ) أي من حيث الحكم أراد به النجاسة الحكمية بسبب إزالة الحدث أو التقرب على الاختلاف ( وباعتباره ) أي وباعتبار النجس الحكمي ( يكون الماء نجساً ) فإذا كان كذلك صار هاهنا اعتباران ( فقلنا بانتفاء الطهورية )لغيره وبقاء الطهارة في نفسه عملا بالشبهين ) شبه الطهارة وشبه النجاسة ، فباعتبار الشبه الأول يكون طاهراً مطهراً ، وباعتبار الشبه الثاني لا يكون طاهراً أصلا . والحكم عليه بأوجه منها ابطال للآخر **وأعمالهما** ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فعمل بهما باسقاط الطهورية وبقاء الطهارة . فإن قلت عملا منصوب بماذا قلت يجوز أن يكون تمييزاً أي من حيث العمل ويجوز أن يكون حالاً بمعنى فعلت كذا ، فكذا حال كوننا عملا بالشبهين ويجوز أن يكون نصبه على المصدرية التقدير فعلت كذا وكذا وعملنا بالشبهين .

( وقال محمد رحمه الله وهو) أي قول محمد دل عليه قال ( رواية عن أبي حنيفة رحمه الله هو) أي الماء المستعمل ( طاهر ) في نفسه ( غير مطهر ) لغيره وبه أخذ مشايخ العراق، ورواه زفر رحمه الله أيضاً عن أبي حنيفة رحمه الله وعافية القاضي قال أو هو طاهر غير طهور عند أصحابنا ، حتى كان قاضي القضاة أبو حازم عبد الحميد العراقي يقول أرجو أن لا يثبت رواية النجاسة فيه عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو اختيار المحققين من مشايخنا بما وراء النهر . قال في المحيط وهو الأشهر الاقيس . قال في المفيد هو الصحيح . وقال الأسبيجابي وعليه الفتوى وبه قال أحمد وهو الصحيح من مذهب الشافعي وهو رواية عن مالك لم يذكر ابن المنذر عنه غير ذلك . قال النووي وهو قول جمهور السلف والخلف .

لأن ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجيس ، إلا أنه أقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة ، ولأنه ماء أزيلت به النجاسة الحكمية

---

( لأن ملاقاة الطاهر الطاهر لا يوجب التنجيس ) الطاهر الأول الماء ، والطاهر الثاني العضو المغسول ، والملاقاة مصدر لاقى مضاف إلى فاعله ، والطاهر الثاني منصوب به ، فإذا لاقى الطاهر لا يتغير الملاقى كما لو غسل به ثوب طاهر ( إلا أنه ) أي أن الماء والإستثناء من قوله لا يوجب التنجيس ( أقيمت به قربة ) أي تقرب إلى الله تعالى والتقرب إلى الله تعالى يكون بما فيه الخير والعمل الصالح ، وليس المراد منه قرب الذات والمكان على ما عرف في موضعه **(فتغيرت صفته)** فلم يكن طيباً ( كمال الصدقة ) الذي أقيم به القربة وقد تغيرت صفته حتى لم تحل لرسول الله ﷺ وعلى أهل بيته ولكنه في نفسه طاهر حلال في نفسه حتى يحل لغيره ، ومع هذا سمي الزكاة أوساخ أموال الناس فإذا أعطى هاشمياً بنية الزكاة لا يجوز وبنية الهبة يجوز . وإن كان المال واحداً وفي صدقة التطوع عليه روايتان .

( وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله هو ) أي الماء المستعمل ( نجس ) إما حقيقة وإما حكما على الخلاف كما يأتي إن شاء الله تعالى ( لقوله عليه السلام لا يبولن أحدكم في الماء الدائم الحديث) في هذا الباب ورواية أبي هريرة رضي الله عنه ، وجه الإستدلال به أنه عليه السلام كما نهى عن النجاسة الحقيقية وهي البول فكذلك نهى عن الحكمية وهو الإغتسال ، فدل على أن الاغتسال فيه كالبول فيه . الحديث يجوز فيه الرفع والنصب أما الرفع فعلى الابتداء ، وخبره محذوف تقديره الحديث بتمامه وأما النصب فعلى تقدير أمر الحديث أو أتمه وتمامه ولا يغتسل فيه من الجنابة .

( ولأنه ) دليل عقلي أي ولأن الماء المستعمل ( ما أزيلت به النجاسة الحكمية ) لأن العضو المحدث والجنب له حكم النجاسة شرعاً ، وقد أزيلت تلك النجاسة بالماء فينجس

فيعتبر بماء أزيلت بـــه النجاسة الحقيقية . ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمـــه الله نجاسة غليظة اعتباراً بالمستعمل في الحقيقة، وفي رواية أبي يوسف رحمه الله عنه وهو قوله نجاسة خفيفة

---

كما في الحقيقة ، والدليل على ذلك قوله تعالى ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ ٦ المائدة أو التطهير عبارة عن إزالة النجاسة وقد أزيلت تلك النجاسة بالماء فاستعمل حكم النجاسة اليه كما في الحقيقة ( فيعتبر بماء أزيلت به النجاسة الحقيقية ) أى فإذا كان كذلك يعتبر الماء الذي أزيلت به النجاسة الحكمية بالماء الذي أزيلت به النجاسة الحقيقية .

فإن قلت كيف يتصور هذا الإنتقال والاعراض لا تقبل الانتقال من محل إلى محل باتفاق العقلاء فلا وجه للحكم بنجاسة الماء ، قلت لا يعني بصيرورة الماء نجساً الا اتصافه بالخبث شرعاً كمال الصدقة سلمنا عدم قبول الاعراض الانتقال من محل إلى محل آخر ، ولكن الأمور الاعتبارية الحكمية يجوز أن تعتبر قائمة بعد قطع الاعتبار عن قيامها بمحل آخر ، ألا ترى أن الملك للبائع أمر اعتيادي حكمي ، وبعد ان قال بعث وقيل المشترى انتقل من البائع إليه .

فإن قلت سلمنا هذا في الحدث والجنب فاما المتوضىء إذا توضأ ثانيـا بنية القربة فلا نسلم أنه يكون مستعملا لأنه لم يكن بأعضائه من النجاسة الحكمية شيء حتى يزول عن أعضائه وينقل إلى الماء ، قلت نوى القربة فقد أراد به طهارة على طهارة ونور على ماجاء في الخبر ، ولا يكون طهارة جديدة حكمـــاً إلا بازالته حكماً فصارت الطهارة على الطهارة وعلى الحدث سواء .

( ثم في رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه ) أي ان الماء المستعمل ( نجس نجاسة غليظة ) أشار بهذا إلى أنه لما بين نجاسة الماء المستعمل احتيج إلى بيان صفة هـذه النجاسة هل هي غليظة أم خفيفة ، فاختلفت الروايات فيه ، فروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه نجس مغلظ ( اعتباراً بالماء المستعمل في الحقيقة ) أى في النجاسة الحقيقية فحينئذ يقدر بالدراهم (وفي رواية أبي يوسف رحمه الله عنه وهو قوله ) أى وفي رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله والحـــال انه قول أبي يوسف رحمه الله ( خفيفة ) أي

لمكان الاختلاف ، والماء المستعمل هو ماء أزيل به حدث أو استعمل في البدن على وجه القربة قال « رض » وهذا عند أبي يوسف رحمه الله ، وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله أيضاً . وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملاً إلا باقامة القربة

---

نجاسة خفيفة وارتفاعها على أنه مبتدأ وخبره قوله في رواية مقدما (لمكان الاختلاف) أي لأجل اختلاف العلماء في المـــاء المستعمل فإن عند مالك ما طاهر وطهور كما ذكرنا ، واختلاف العلماء يورث الاخفاف .

( والماء المستعمل هوماءأزيل به حدث ) هذا شروع في بيان حقيقة المـاء المستعمل وكان حقه التقديم لكن قدم الحكم لأنه هو المقصود ، وقوله الماء مبتدأ والمستعمل صفته وهو قوله مبتدأ ثان ، وقوله ما أزيل به حدث خبره والجملة خبر المبتدأ الأول ( أو ) كلمة أو للتنويع يعني يكون الماء مستعملا بأحد الأمرين إزالة الحدث (استعمل) أي الماء ( في البدن على وجه القربة ) أي التقرب إلى الله تعالى بأن يتوضأ وهو على الوضوء ، واغتسل وهو طاهر .

( قال رحمه الله ) أي قال المصنف رحمه الله ( وهذا ) أي هذا الذي ذكرنا أن كون الماء مستعملا بأحد الأمرين ( قول أبي يوسف ) فإن عنده بأحد الأمرين ( وقيل هو ) أي قول أبي يوسف رحمه الله ( قول أبي حنيفة رحمه الله أيضاً ) يعني استعمال المـــاء عنده أيضاً بأحد الأمرين المذكورين .

( قال محمد رحمه الله لا يصير ) أي الماء ( مستعملا إلا بإقامة القربة ) فقط وعندزفر والشافعي رحمه الله بازالة الحدث لا غير ، ولو توضـــأ محدث بنية القربة صار مستعملا بالاجماع ، ولو توضأ متوضيء التبرد لا يصير الماء مستعملا بالاجماع ، ولو توضـــأ المحدث للتبرد صار مستعملا عندهما وعند زفر رحمه الله خلافاً لمحمد رحمه الله لعدم قصد القربة ، وكذا عند الشافعي رحمه الله لعدم إزالة الحدث عنده بلا نية . ولو توضأ المتوضيء بقصد القربة صار مستعملا عند الثلاثة خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله . ولو توضأ بماء الورد لا يصير مستعملا إجماعاً .

وفي المبسوط المحدث أو الجنب إذا أدخل يده في المـــاء أو الجب لاجل الإغتراف لا يصير المـــاء مستعملا بلا خلاف ، إلا إذا نوى إيصال اليد للاغتسال ، ولو أدخل رجله في

البئر ولم ينو به الاغتسال ذكر الشيخ الامام أنه يصير مستعملا لعدم الضرورة ، وعلى هذا إذا وقع الكوز في الجب وأدخل يده في الجب لاخراج الكوز لا يصير الماء مستعملا في الرواية المعروفة عن أبي يوسف رحمه الله .

وفي الفتاوى إذا أدخل في الاناء اصبعاً أو أكثر منه دون الكف يريد غسله لم يتنجس الماء ، ولو أدخل الكف يريد غسله يتنجس . وفي المضمرات هذا قول أبي يوسف ، وعند محمد طاهر وعليه الفتوى ، وفي الظهيرية حيث رفع الماء بقية من أرى الحمام وغسل به يديه لا رواية لهذا في الاصل وقال محمد بن الفضل فيه نجس ويداه نجستان والماء الذى خرج من فيه نجس مستعمل ، وقال بعضهم الماء مستعمل ويداه نجستان وفمه طاهر والأول أصح .

وإذا غسل فخذه لا لنجاسة هل يأخذ حكم الاستعمال لا نص فيه عن أصحابنا . وفي الخلاصة الاصح أنه لا يصير مستعملا وفي الذخيرة ابن سماعة عن محمد رجل على جراحته جبائر فغمسها في الاناء يريد به المسح عليها أجزأه ولا يفسد المسح في المبسوط إذا غسل يده للطعام قبل الأكل وبعده يصير الماء مستعملاً ، بخلاف ما لو غسل يده من الوسخ والعجين فإنه لا يصير مستعملاً لأنه لا قربة ولا إزالة الحدث . وفي الطحاوي قال بعضهم للطعام يصير مستعملاً وفي الطعام لا ، وإذا أدخل الصبي يده في الإناء على قصد القربة فالأشبه أن يكون الماء مستعملاً إذا كان الصبي عاقلاً لأنه من أهل القربة امرأة وصلت الماء إلى زوائبها فغسلت ذلك الشعر بالماء لا يصير مستعملاً ، بخلاف ما لو غسلت شعرها النابت في رأسها ، ولو غسل رأس مقتول قد بان منه صار مستعملاً .

( لأن الإستعمال بانتقال نجاسة الآثام إليه ) أي إلى الماء المستعمل ، فإن قلت كيف يصف الإثم بالنجاسة وبعد الإتصاف بها كيف تقبل الاعراض لانتقالها ، قلت أما اتصافه فلقوله عليه السلام من أصاب من هذه القاذورات فليستتر بستر الله ، وهذا الشارع أطلق على الأسم قذراً والقذر نجس فلقوله عليه السلام من غسل وجهه تساقطت خطاياه مع آخر

وأنها تزال بالقربة ، وأبو يوسف رحمه الله يقول إسقاط الفرض مؤثر أيضاً فيثبت الفساد بالأمرين ومتى يصير الماء مستعملاً الصحيح انـــه كما زال عن العضو صـــار مستعملاً .

---

قطر الماء واما فلها حكم الجواهر في الشرع (وأنها) أي وأن نجاسة الآثام ( تزال بالقربة ) أي بإرادة القربة قال الله تعالى ﴿ ان الحسنات يذهبن السيئات ﴾ هود ١١٤ وقال عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها .

( وأبو يوسف يقول إسقاط الفرض ) وهو إزالة الحدث ( مؤثر أيضاً ) في كون المـاء مستعملاً لأن الحدث الحكمي أغلظ من النجاسة العينية بالماء تنجسه ، فــإزالة النجاسة الحكمية أولى ، ولهذا قال أبو حنيفة في رواية الحسن عنه ( فيثبت الفساد ) أي فسادالماء ( بالأمرين ) أي باسقاط الفرض وهو إزالة الحدث وإقامة القربة .

( ومتى يصير مستعملاً ) كلمة متى للاستفهام نحو متى نصر الله ، وهـــو أحد معانيه الخمسة ، وهذا بيان لوقت أخذه حكم الاستعمال ( الصحيح انه ) أي ان الماء ( كما زال عن العضو صار مستعملاً ) قال السغناقي الكاف هاهنا للمفاجـــآت لا للتشبيه كما تقول كما خرجت من البيت رأيت زيداً ، أي فاجأت ساعة خروجي ساعة رؤية زيد أي يصيرالماء مستعملا مفاجأة وقت زواله عن العضو وقت الاستعمال من غير توقف إلى وقت الاستقرار في مـــوضع ، كما زعم بعضهم وتبعه صاحب الدراية والأكمل في كـــون الكاف هاهنا للمفاجأة .

قلت ذكر النحاة أن الكاف إذا كانت بعدها ما الكافة يكون لها ثلاثة معان أحدها تشبيه مضمون جملة لمضمون الأخرى ، كما كانت قبل الكف كتشبيه المفرد قال الله تعالى ﴿ اجعل لنا الها كما لهم الهة ﴾ الاعراف ١٣٨ والثاني أن تكون بمعنى لعل حكى سيبويه عن العرب انتظرني كما اتيك أي لعل ما آتيك ، قال رومة لا تشتم الناس كما لا تشتم ، والثالث أن تكون بمعنى قران الفعلين في الوجود نحو أدخل كما يسلم الإمام ، وكما قام زيد قعد عمرو ، الكاف في قوله كما زائل عن العضو من هذه القبيل فالمعنى أن الماء يصير

لأن سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة بعده .

---

مستعملاً مقارناً زواله عن العضو من غير توقف إلى استقراره في مكان . وبعضهم قالوا إن الكاف التي بعدها ما الكافة تكون بمعنى المبادرة أيضاً نحو سلم كما تدخل وصل كما تدخل الوقت ذكره ابن الخباز والسيرافي ، ومع هذا قالوا هو غريب وهذا في المعنى مثل قران الفعلين الذي ذكرناه ولم أر أن أحداً منهم قال إن الكاف للمفاجأة بهذه العبارة وإن كان معناها قريباً بما ذكرنا .

( لأن سقوط حكم الإستعمال ) أي سقوط حكم كون الماء مستعملاً ( قبل الانفصال ) أى قبل انفصال الماء عن عضو المتوضىء ( للضرورة ) أي لأجل ضرورة تعذر الاحتراز عنه ( ولا ضرورة بعده ) أي بعد الإنفصال وفي المحيط أن المـاء إنما يأخذ حكم الاستعمال إذا زايل البدن ، والاجتماع في المكان ليس بشرط هذا هو مذهب أصحابنا .

قلت بل نص عليه المصنف بقوله الصحيح أنه كما زايل عن العضو صار مستعملاً . وذكر في الأصل إذا مسح رأسه بما أخذه من لحيته لم يجز عندنا ، وكذا لو مسح على خفيه وبقي على كفه بلل فمسح به رأسه ، وكذا لو توضأ إنسان بالماء المتقاطر عن المتوضىء بأن يكون في موضع عال وهو يأخذ الماء من الهواء قبل وصوله إلى الأرض لا يجوز .وفي شرح الطحاوي الماء وإنما يأخذ حكم الإستعمال إذا زايل البدن واستقر في مكان ، وبه قال سفيان الثوري وابراهيم النخعي وبعض مشايخ بلخ رحمهم الله ، وهو اختيار الطحاوي وبه كان يفتي ظهير الدين المرغيناني . وفي خلاصة الفتاوى المختار أنه لا يعتبر مستعملاً ما لم يستقر في مكان وسكن عن التحرك .

فإن قلت فعلى ما ذكر المصنف ينبغي ان ينجس ثوب المتوضىء الذي ينشف بـه إذا أصاب الماء . قلت أجابوا بأن ذلك سقط للحرج .

فإن قلت إذا أصاب ثوب غير المتوضىء ، قلت قيل هذا لا ضرورة فيه فينجس وقيل الضرورة في حق المتوضىء لا في حق المغتسل لأنه قليل الوقوع .

فإن قلت من شرط الاستقرار في مكان شرط أن يكون في أرض ، قلت لا سواء كان أرضاً أو إناءأوكف المتوضىء أو كف غيره ونحو ذلك .

والجنب إذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند أبي يوسف رحمه الله الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض، والماء بحاله لعدم الامرين

فإن قلت استدل سفيان الثوري رضي الله عنه علينا بمسائل زعم انها تدل على صحة مذهبه منها إذا توضأ أو اغتسل وبقي في يده لمعة فأخذ البلة منها في الوضوء أو من أي عضو كما في الغسل وغسل اللمعة يجوز، ومنها لو بقي في كفه بلة فمسح بها رأسه يجوز، ومنها لو مسح أعضاءه بالمنديل فابتل جازت الصلاة معه، ومنها لو تقاطر الماء من أعضائه على ثيابه وفحش لا يمنع جوز الصلاة.

قلت أجاب من لم يشترط الاستقرار في المكان عن الأول أن مع النقل في العضو الواحد يفضي إلى الحرج، وعن الثانية بأن الفرض تأوى بما جرى على العضو لا بالبلة الباقية في الكف وعن الثالثة والرابعة بالحرج والضرورة وقد ذكرناه.

( والجنب إذا انغمس في البئر ) أراد به الجنب الذي ليس على بدنه نجاسة فإنه إذا كان على بدنه نجاسة وانغمس في البئر نجس الماء وهو على حاله جنب سواء كان انغماسه لطلب الدلو أو لغيره وإنما قيد بقوله ( لطلب الدلو ) لأنه لو انغمس لطلب الاغتسال للصلاة فسد الماء بالاتفاق ( فعند أبي يوسف الرجل بحاله ) وهو كونه جنباً (لعدم الصب) صب الماء لأنه عند الصب يكون كالجاري وعند عدمه يكون راكداً وهو أضعف من الجاري، والله تعالى كلفنا بالتطهير، والقياس يأبى التطهير بالغسل لأن الماء ينجس بأول الملاقاة فلا يحصل به التطهير وإنما حكمنا بالتطهير ضرورة، وهي تندفع بالصب فلا ضرورة إلى طريق آخر ولهذا لا يشترط الصب عند الكل في الماء الجاري والحياض الكبيرة . وروي أن أبا يوسف رحمه الله قال إن الثوب أيضاً لا يطهر إلا بالصب وهو قول الشافعي رحمه الله أيضاً ( وهو شرط عنده ) أي والصب شرط عند أبي يوسف والواو فيه للحال ( لاسقاط الفرض ) الكلام فيه بالصب ( والماء بحاله ) وهو كونه طاهراً ( لعدم الأمرين ) وهما إسقاط الفرض، ونية القربة فإن الماء إنما يتغير عنده بأحدهما ولم يوجد .

فإن قلت كان الحق تقديم أبي حنيفة رحمه الله في الذكر وبعده ذكر أبي يوسف رحمه

وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية القربة . وعند أبي حنيفة رحمـــه الله كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عند البعض بأول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل ، وعنه أن الرجل طاهر لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو وفق الروايات عنه .

---

الله وبعده ذكر محمد رحمه الله ، قلت إنما قدم أبا يوسف لزيادة احتياجه إلى البيان بسبب تركه أصله فإن كان يجب أن ينجس الماء عنده كما قاله أبو حنيفة ، لأن المـاء تغير عنده مستعملا لسقوط الفرض وإن لم ينو فكأنه إنما ترك أصله في هذه المسألة لضرورة الحاجة إلى طلب الدلو فلم يسقط الفرض كيلا يصير الماء نجساً فيفسد البئر . ونظيره ما روى عنه أنه قال إذا أدخل الجنب أو المحدث يده في الاناء ليغترف الماء لا يزول الحدث عن بده ، كيلا يفسد الماء للحاجة إلى الاغتراف ، فكذا هذا .

( **وعند محمد رحمه الله كلاهما** ) أي الرجل والماء ( **طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب عند** محمد رحمه الله والماء لعدم نية القربة ) لأن عنده إنما يتغير الماء بنية التقرب ولم توجد . فإن قلت علت بالعدم فلا يجوز ، قلت قد تقدم هذا مع جوابه .

( وعند أبي حنيفة رحمه الله كلاهما ) أى الرجل والماء ( **نجسان الماء لاسقاط الفرض** عند البعض بأول الملاقاة ) أي النية عنده ليست بشرط لاسقاط الفرض ، فإذا اسقطت الفرض صار الماء مستعملا عنده فينجس ( والرجل لبقاء الحدث في بقية الأعضاء ) أى ونجاسة الرجل لأجل بقاء الحدث في بقية الأعضاء ( عنده ) أى عند أبي حنيفة .

( وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل ) لأن النية لما لم يشترط لسقوط الفرض عنده سقط الفرض بالانغماس وصار الماء مستعملا ، والرجل متصل بـه فينجس بنجاسته ( وعنه ) أى عن أبي حنيفة رحمه الله ( أن الرجل طاهر لأن الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال ) أى قبل انفصال الماء عن العضو ( وهو ) أى هـذا القول الثالث ( أوفق الروايات عنه ) أى عن أبي حنيفة لكونه أكثر مناسبة لأصله ولكونـه

أسهل للمسلمين ، فعلى الأول من أقواله لا تجوز له الصلاة ولا قراءة القرآن ، وعلى الثاني تجوز له قراءة القرآن دون الصلاة ، وعلى الثالث يجوز كلاهما وتسمى هذه المسألة مسألة ــ جحط ــ فالجيم عبارة عن نجاسة كل واحد من الرجل والماء لأنهما نجسان ، والحاء عن ابقاء حال كل واحد على ما كان، والطاء عن طهارة كل منهما . وترتيب الأحكام على ترتيب العلماء الثلاثة . وقد يقال ــ نحط ــ بالنون موضع الجيم فالنون عبارة عن نجاسة كل منهما . وقال شمس الأئمة التعليل لمحمد لعدم إقامة القربة ليس بقوي فان هذا المذهب غير مروى عنه أيضاً . والصحيح أن إزالة الحدث بالماء مفسد له إلا عند الضرورة كالجنب يدخل يده في الاناء وفي البئر ضرورة لطلب الدلو يسقط استعماله للحاجة . وقال القدوري كان شيخنا أبو عبد الله الجرجاني يقول الصحيح عندي من مذهب أصحابنا أن إزالة الحدث استعمال الماء فلا معنى لهذا الخلاف وإنما لم يصر الماء مستعملا في البئر ضرورة ، وقال في قاضيخان ومنهم من قال يصير الماء مستعملا عند محمد برفع الحدث أيضاً إلا في البئر للضرورة ولو غسل الطاهر شيئاً من بدنه غير أعضاء الوضوء كالفخذ والجنب بنية القربة قيل يصير الماء مستعملا كأعضاء الوضوء وقيل لا يصير مستعملا ذكره قاضيخان وإذا وقع الماء المستعمل في البئر لا يفسده عند محمد ، ويجوز التوضىء به ما لم يغلب على الماء وهذا هو الصحيح، وفي التنجيس على المذهب المختار .

وإذا وقع الماء المستعمل في الماء المطلق القليل قال بعضهم لا يجوز الوضوء به ، وإن قيل وقيل يجوز وهو الصحيح ، ومنهم من قال الماء المستعمل إذا وقع في البئر عند محمد رحمه الله لا يجوز الوضوء به بخلاف بول الشاة مع أن كل واحد منهما طاهر عنده والفرق له إن الماء المستعمل من جنس ماء البئر فلا يستهلك فيه ، وبول الشاة ليس من جنسه فيعتبر الغالب، وفي قاضيخان لو صب الماء الذي توضأ به في بئر عند محمد ينزح منها عشرون دلواً لأنه طاهر عنده فكان دون الفأرة .

قلت وعلى القول الثاني لا يجوز استعمال ماء البئر وعندهما ينزح أربعون دلوا وقيل تنزح جميع الماء هذا على القول بنجاسة الماء المستعمل .

( قال وكل إهاب دبغ فقد طهر ) كلمة كل إذا أضيفت إلى نكرة توجب عموم الافراد، وإذا أضيفت إلى معرفة توجب عموم الأجزاء والاهاب نكرة ، فالمعنى كل واحدة من

أفراد الاهاب إذا دبغ فقد طهر إلا ما استثنى منه . والاهاب اسم لجلد لم يدبغ فكأنه تهيأ للدباغ يقال فلان تأهب للحرب إذا تهيأ واستعد ، ويقال تأهب للشتاء أي استعد .

وفي الفائق سمي إهاباً لأنه اهبته للحي وبنا للحماية له كما يقال مسك لامساكه ما وراؤه ، والاهاب أعم من الجلد يتناول جلد المزكي ، وغير المزكي ، وجلد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل ، والمدبوغ لا يسمى إهاباً بل يسمى أديماً أو حوراً أو ادماً أو جراباً . ونحو ذلك . وإنما دخلت الفاء في فقد طهر لان في صدر الكلام معنى الشرط ، إذ التقدير وكل إهاب إذا دبغ فقد طهر وإن لم يدبغ فلا يطهر .

وقوله – طهر – بضم الهاء وفتحها من باب كرم يكرم ونصر ينصر ، والمصدر فيها طهارة ، والطهر أيضاً نقيض الحيض ، والطهور ما يثبت الطهر به كالفطور والسحور ، وقوله – طهر – أعم من طهارة الظاهر والباطن .

( وجازت الصلاة فيه ) أي في اهاب المدبوغ ، بأن جعل ثوباً يصلي فيه لأنه طاهر ( والوضوء منه ) أي من الاهاب المدبوغ ، أي جاز الوضوء منه بأن جعل قربة أو دلواً أو نحو ذلك ، فإذا جازت الصلاة فيه جازت عليه أيضاً بأن جعل مصلى لان البيان في الثوب بيان في المكان لزيادة الاستعمال ، ولان الثوب منصوص عليه لقوله تعالى ﴿وثيابك فطهر﴾ ٤ المدثر وطهارة المكان تلحقه بالدلالة .

فإن قلت قوله طهر أفاد حصول الطهارة فيشمل ذلك الصلاة فيه والوضوء منه ، فما الفائدة في ذكرهما بعد ذلك . قلت أجيب بجوابين أحدهما الاحتراز بذلك عن قول مالك فإنه يقول يطهر ظاهره دون باطنه فيصلي عليه لا فيه ويستعمل في اليابس دون الرطب .

والثاني أن ذلك توكيد لطهارته ورد لقول من لا يقول بطهارة الجلد المدبوغ .

( إلا جلد الخنزير والآدمي ) الخنزير وزنه فعليل مثل قنديل ورباعي الياء فيه زائدة ، والنون أصلية مثلها خندريس لانها لا تزاد ثانية مطردة بخلاف الثالثة شريت

وجحيل فقد نقل بأنها زائدة مطردة . وحكى ابن سيدة انه مشتق من خزر العيز أى ضيعها فهو على هذا ثلاثي مزيد فيه الياء والنون .

قلت الشريت الغليظ الكفين والرجلين وصف به الاسيد . والجحيل بتقديم الجيم على الحاء الغليظ الشفة . والآدمي منسوب إلى آدم عليه السلام .

فإن قلت في المسألتين منه ما هو . قلت معرفة هذا مبنية على معرفة شيء وهو أن جلد الخنزير يقبل الدباغ أولا وكذلك جلد الآدمى فاختلف فيه ، فقال بعضهم جلد الخنزير لا يقبل الدباغ لأن فيه جلوداً مترادفة بعضها فوق بعض ، ذكره في المحيط والبدائع . وقيل يقبل الدباغ ولكن لا يجوز استعماله لأنه نجس العين لأنه رجس ، والهاء فيقوله تعالى ﴿ فإنه رجس ﴾ ١٤٥ الانعام ينصرف اليه دون لحمه لقربه فلذلك لا يجوز الإنتفاع به ولا بيعه ولا جميع أنواع التملكات ولا يضمن مثله للمسلم ، وهو رواية عن أبي يوسف . « رح » ذكره في المحيط ، وهو مذهب الليث بن سعد وداود .

وأما جلد الآدمي فقد ذكر في المحيط والبدائع إن جلد الإنسان يطهر بالدباغ ولكن يحرم سلخه ودبغه والانتفاع به احتراماً له كشعره . وفي أحد قولي الشافعي الآدمي ينجس بالموت ويطهر جلده بالدباغ في أحد الوجهين إلا أن المقصود منه لما لم يحصل استثنى مع المستثنى . وقيل جلد الآدمي أيضاً لا يقبل الدباغ كجلد الخنزير .

فإذا عرفت هذا فقد توجه في الاستثناء وجهان ، أحدهما أن يكون الاستثناء من دبغ ويكون المعنى وكل إهاب يقبل الدباغ إذا دبغ فقد طهر إلا جلد الآدمي والخنزير لا لا يطهر لأنه لا يقبل الدباغ – والوجه الثاني أن يكون الاستثناء من قوله طهور ، والمعنى كل إهاب يقبل الدباغ إذا دبغ طهر إلا جلد الخنزير فإنه لا يطهر وإن كان يقبل الدباغ .

فإن قلت هذا الوجه يقتضي أن يطهر جلد الآدمي لأن تعليله بكرامته لا ينفي طهارته . قلت فعلى قوله من يقول لا يقبل الدباغ لا يطهر ، وعلى قول من يقول إنه يقبل يطهر ولكن يحرم استعماله كما قلنا ، فبالنظر الى القول الأول قال إلا جلد الخنزير ولم يقل إلا

إهاب الخنزير ، لأن الإهاب له تهيوء واستعداد للدباغ ، وجلد الخنزير ليس كذلك فلذلك قال إلا جلد الخنزير ، وكذا الكلام في جلد الآدمي .

فإن قلت إن كان عدم القابلية للدباغ يستلزم عدم الطهارة كان ينبغي أن يستثني أيضاً جلد الحية لأن في شرح الطحاوي قال جلد الحية نجس لا يحتمل الدباغ ويمنع جواز الصلاة أكثر من قدر الدرهم ، وكذلك كان ينبغي أن يستثني جلد الفيل عند محمد « رح » لأنه كالخنزير عنده . قلت اكتفى بذكر المتفق عليه ولم يتعرض لما فيه الخلاف .

فإن قلت ما تقول في مصارين الشاة والمثانة . قلت روى عن محمد « رح » أن المصارين إذا أصلحت والمثانة إذا دبغت طهرت ولهذا يتخذ من المصارين الأوتار .

فإن قلت الأكراس . قلت كالمصارين والمثانة . وقال أبو يوسف كاللحم فلا يطهر .

فإن قلت فلم فرع الخنزير على الآدمي . قلت الموضع موضع الاهانة لكونه في باب النجاسة وتأخير الآدمي في ذلك أولى كما في قوله تعالى ﴿ لهدمت صوامع وبيع وصلوات ومساجد ﴾ ٤٠ الحج .

فإن قلت لم أخرج جلد الخنزير والآدمي عن العموم وكان ينبغي أن يجوز تخصيص الميتة منه قياساً عليه أو بقوله ﷺ لا تنتفعوا من الميتة بإهاب . قلت هذا قياس فيه إبطال النص وهو الحديث الذي يأتي ، والنهي عن الانتفاع بالاهاب وقد مر أنه اسم لجلد غير مدبوغ فليس ذلك داخل في عمومه ليجوز تخصيصه لا تعارض بينهما لاختلاف المحل .

( لقوله ﷺ أيما إهاب دبغ فقد طهر ) الحديث رواه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم . فحديث ابن عباس أخرجه الأربعة ، ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده والشافعي واسحاق بن راهويه والبزاز في مسانيدهم وكثير من العلماء المتقدمين والمتأخرين عزوا هذا الحديث في كتبهم إلى مسلم وهو وهم ، وممن فعل ذلك البيهقي في سننه ، وإنما رواه مسلم بلفظ إذا دبغ الاهاب فقد طهر . واعتذر الشيخ تقي الدين بأن البيهقي وقع له مثل ذلك في كتبه كثير أو يزيد أصل الحديث لا كل لفظ منه ولا يقبل ذلك لان الفقهاء يختلف نظرهم باختلاف اللفظ ، فلا ينبغي ذلك .

ومن أحاديث هذا الباب ما رواه البخاري ومسلم قال تصدق على مولاة لميمونة رضي

الله عنها بشاة فماتت فمر بها رسول الله ﷺ فقال هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به فقالوا انها ميتة فقال انها حرم أكلها . ورواه الدارقطني وزاد أو ليس في الماء والقرص ما يطهره وفي لفظ إنما حرم عليكم لحمها ورخص لكم في مسكها . وفي لفظ ان دباغه طهور أخرج هـذه الالفاظ في حديث ميمونة رضي الله عنها ثم قال وهـذه الاسانيد كلها صحيحة .

وما رواه البخاري أيضاً من حديث سودة زوجة النبي ﷺ فقال ماتت لنا شاة فدبغنا مسكها ثم ما زلنا تبنذ فيه حتى صار شناً وماء . رواه ابن خزيمة في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أراد النبي ﷺ أن يتوضأ من سقاء فقيل له انه ميتة فقال ودباغه يزيل خبثه أو نجسه أو رجسه . وقال البيهقي اسناده صحيح ورواه الحاكم ، وما رواه ابن حبان في صحيحه عن عائشة رضي الله عنهـا قالت قال رسول الله ﷺ دباغ جلود الميتة طهورها . ومـا رواه أبو داود والنسائي وابن حبان في صحيحه من حديث عبد الرحمن بن ثوبان عن أمـه عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله عليه السلام أمر أن ينتفع بجلود الميتة إذا دبغت . وأعله البزار بأم محمد غير معروفة ولايعرف لمحمد غير هذا الحديث . وسئل محمد عن هذا الحديث فقال من هي أمـه ، كأنه أنكره من أجل أمه .

وما رواه أبو داود والنسائي عن جون بن قتادة عن سلمة بن اللهيمة أن النبي ﷺ في غزوة تبوك دعى بماء عند امرأة فقالت ماعندي إلا قربة من ميتة ، قال ألست قد دبغتيها ، قالت بلى قال فإن دباغها طهورها . ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده وأعله ابن الاثير بجون ، ويحكى عن أحمد قال لا أعرف من هذا الجون بن قتادة . ومـا رواه الدارقطني ثم البيهقي من حديث عائشة مرفوعاً طهور كل أديم دباغه ، وقالا اسناده حسن ورجاله ثقات .

وأخرج الدارقطني من حديث عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ استمتعوا بجلود إذا هي دبغت تراباً كان أو رماداً أو ملحاً بعد أن يريد إصلاحه وفيه معروف بن

حسان قال أبو حاتم مجهول وقال ابن عدي منكر الحديث .

وأخرج أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال إنما حرم رسول الله عليه السلام من الميتة لحمها ، فأما الجلد والشعر والصوف فلا بأس به . وفيه عبد الجبار قال الدارقطني ضعيف . قلت ذكره ابن حبان في الثقات في هذا الحديث .

وأخرج أيضاً من حديث أم سلمة رضي الله عنها زوجة النبي ﷺ تقول سمعت رسول الله ﷺ يقول لا بأس بجلد الميتة إذا دبغ ولا بأس بشعرها وصوفها وقرونها إذا غسل بالماء . وفيه أبو يوسف بن أبي الشميري قال الدارقطني متروك ولم يأت به غيره .

وأخرج أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ قال ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرماً على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً ﴾ ١٤٥ الانعام ، ألا كل شيء من الميتة حلال إلا ما أكل منها ، فأما الجلد والقرون والشعر والصوف والسن والعظم فكله حلال لانه لا يذكى . وفيه أبو بكر الهذالي قال وهو متروك .

وما رواه البيهقي من حديث ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ مر على شاه فقال ما هذه فقالوا ميتة قال ادبغوا إهابها فإن دباغها طهور . وفيه القاسم بن عبد الله ضعيف .

وأخرج أيضاً من حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه اذ النبي ﷺ قال دباغ جلود الميتة طهورها .

وما رواه الطبراني في معجمه والبزار في مسنده من حديث ابن عباس قال ماتت شاة لميمونة فقال النبي ﷺ فهلا استمتعتم بإهابها فإن دباغ الاديم طهوره . وفيه يعقوب بن عطاء بن أبي رباح فيه مقال . قال أحمد « رح » منكر الحديث ، وذكره ابن حبان في الثقات . وهذه الاحاديث كلها حجة لنا على المخالفين . وفي هذه المسألة للعلماء سبعة مذاهب :

الاول : مذهبنا وقد ذكره المصنف .

الثاني : مذهب الشافعي « رح » أنه يطهر الكل إلا جلد الكلب والخنزير وما يتولد منهما أو من أحدهما .

الثالث : يطهر الجميع ، يروى عن أبي يوسف « رح » ذكره في المحيط وهو مذهب الليث وداود .

الرابع : كذلك ظاهره دون باطنه ، يحكى عن مالك .

الخامس : ينتفع بها من غير دباغ في الرطب واليابس ، يحكى عن الزهري .

السادس : يطهر بالدباغ جلد مأكول اللحم دون غيره ، قاله الاوزاعي وابن المبارك وأبو ثور واسحاق .

السابع : لا يطهر شيء منها بالدباغ ، يروى عن عمر وابنه وعائشة رضى الله عنهم ، وهو رواية عن مالك « رح » .

وعن أحمد أحاديث التابعين منها غير ما رواه الاربعة من حديث عبد الله بن حكيم عن النبي ﷺ أنه كتب إلى جهينة قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب . وقال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه . ومنها ما رواه ابن جرير الطبري في تهذيب الآثار من حديث جابر قال قال رسول الله ﷺ لا تنتفعوا من الميتة بشيء . ومنها ما رواه ابن جرير أيضاً من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله ﷺ أن ينتفع من الميتة بإهاب .

ومنها ما رواه أبو داود والترمذي وصححه أنه عليه السلام نهى عن جلود السباع التي تفترس .

والجواب عن حديث ابن حكيم أنه معلول بأمور ثلاثة الاول أنه مضطرب سنداً ومتناً . فالاول عبد الرحمن بن أبي ليلى عنه حدثنا شيخ لنا أن النبي عليه السلام كتب إليهم أن لا يستمتعوا من الميتة بشيء . رواه ابن حبان ، وفي رواية حدثنا أصحابنا أن النبي ﷺ ونحن في أرض جهينة إني كنت رخصت لكم في جلدة الميتة فلا تنتفعوا من الميتة بجلد ولا عصب . رواه الطبراني في معجمه الاوسط .

الثاني يعني اضطراب المتن وهو ما روي قبل موته بشهر وروي بشهر أو شهرين ، وقال البيهقى وجاء في لفظ آخر قبل موته بأربعين يوماً ، وروي قبل موته بثلاثة أيام .

والثاني من العلة الإختلاف في صحبته ، فقال البيهقى وغيره لا صحبة له فهو مرسل وعن الخلال أن أحمد « رضى » توقف فيه لما رأى تزلزل الرواة فيه ، وقيل انه رجع عنه .

والثالث قال في الامام عن الحكم بن عتبة الكندي عن عبد الرحمن بن أبى ليلى أنه انطلق هو وناس إلى عبد الله بن حكيم قال فدخلوا أو قعدت على الباب فخرجوا إلي وأخبروني أن ابن حكيم أخبرهم أن رسول الله عليه السلام كتب إلى جهينة قبل موته بشهرين لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب . ففي هذه الرواية أنه سمع من الناس الداخلين عليه وهم مجهولون . وقال الخلال وطريق الانصاف أن حديث ابن حكيم ظاهر الدلالة في النسخ ولكنه كثير الاضطراب ، وحديث ابن عباس سماع وحديث ابن حكيم كتاب والكتاب والوجادة والمناولة كلها موقوف لما فيها من شبهة الانقطاع لعدم المشافهة ، ولو صح فهو لا يقاوم حديث ابن عباس في الصحة ، ومن شرط الناسخ أن يكون أصح سنداً وأقوم قاعدة من جميع الرجحان ، وغير خاف على كل جماعة الحديث أن حديث ابن حكيم لا يوازي حديث ابن عباس في جهة من جهات الترجيح فضلا عن جميعها .

والجواب عن حديث جابر أن في رواية زمعة وهو ممن لا يعتمد على نقله . وعن حديث ابن عمر رضي الله عنه أن عامة من في إسناده مجاهيل لا يعرفون .

وأما النهي عن جلود السباع فقد قيل أنها كانت تشتغل قبل الدبغ .

( وهو ) أي قوله ﷺ أيما إهاب دبغ فقد طهر ( بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ) لأنه يقول لا يطهر لكنه ينتفع به في الجامد من الأشياء دون المائع فيجعل جرابا

ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة وهو قوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب، لأنه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي (رح)

---

الحبوب دون السمن والعسل ونحوهما ، وأراد بعموم هذا النص أن الإهاب نكرة والنكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم ، كقوله أي عبيدي ضربك فهو حر ، يعتق كلهم إذا ضربوه ، تقديره أي إهاب مدبوغ فهو طاهر ، وأيضاً بعمومه يدل على طهارة ظـاهرة وباطنة فلا معنى لاستثناء باطنه .

وقال النووي قال الماوردي يجوز هبة جلد الميتة قبل الدباغ ، قال وقـال أبو حنيفة ( رض ) يجوز بيعه وهبته كالثوب النجس .

قلت هذا سهو منه بل لا يجوز بيع جلود الميتة قبل الدباغ ولا تمليكها ، ذكـره في المحيط وشرح الطحاوي ، ولا يضمن بالاتلاف ، ولو دبغه بالنجس صح في أحد الوجهين ويغسل بعده عندهم وعندنا يطهر ، وجلد الميتة المدبوغ مما يؤكل لحمه يحل أكله في الجديد، وكذا ما لا يؤكل لحمه في وجه ولا يحل بالذكاة .

ثم اعلم أن قوله — حجة على مالك ليس كما ينبغي لأن مالكاً لا يقول بذلك ،ففي الجواهر المالكية إن جلد الميتة يطهر بالدباغ فهذا النقل عنه ضعيف ، وإنما هـذا الحديث حجة على أحمد فإن عنده جلد الميتة لا يطهر بالدباغ .

( ولا يعارض ) على صيغة المجهول أي لا يعارض المذكور ( بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة وهو قوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة [1] بإهاب لأنه ) أي لأن الاهـــاب ( اسم لغير المدبوغ ) فإذا دبغ يصير أديماً فحينئذ لا معارضة بين الحديثين ، لأن المعارض يقتضي اتحاد المحل مع اتحاد حالته واختلاف حـــالته ينفي التعارض ، وإن كان أصلها واحداً كحرمة الخمر وحل الخل .

( وحجة على الشافعي « رح » ) عطف على قوله حجة على مـــالك ، أي الحديث

---

(١) جملة — وهو قوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة — ساقطة من هذا المكان أ هـ مصححة .

المذكور حجة أيضاً على الشافعي « رح » فـإنه يقول بعدم الطهارة ( في جلد الكلب ) بالدباغ وقاسه الشافعي بجلد الخنزير والآدمي ، وتخصيصه بالكلب ليس له زيادة فائدة لما ان عنده كل ما لا يؤكل لحمه لا يطهر جلده بـالدباغ ، والظاهر انه إنما خص الكلب موافقة لما ذكر في الأسرار لأنه فيه نص الخلاف بالكلب حيث قال بطهارة جلود السباع بالدباغ سوى الكلب والخنزير عند الشافعي .

وقال الاترازي والعجب من الشافعي « رح » أنه يقول أن الكلب المعلم إذا أكل صيداً يحل أكله ، وان ترك الكلاب التسمية عمداً وقت الارسال ، ثم يقول ان جلده لا يطهر بالدباغ لأنه نجس العين ، فكيف جاز الانتفاع بنجس العين بلا ضرورة ، وكيف جاز صيده ، ومثل هذا لا يجوز في الخنزير وهو نجس العين .

قلت كيف يتعجب منه وليس فيه ما يورث التعجب لأن حل صيده لا يستلزم جواز دباغ جلده ، وكونه نجس العين لا يستلزم تحريم صيده وكل واحد من ذلك ورد بنص مستقل ومع هذا رواية عندنا أن الكلب نجس العين وما منعا طهارة جلده إذا دبغ لأن ذلك ليس يمشي على هذا ، بل على عموم النص .

( وليس الكلب بنجس العين ) هـذا جواب عن قياس الشافعي « رح » الكلب على الخنزير ، وإن لم يذكر في الكتاب ، واختلفت الروايات في كـون الكلب نجس العين . ففي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا عين الكلب نجسة ، وقال بعض مشايخنا ليس بنجس العين . قال في البدائع وهو رواية الحسن . وفي الذخيرة ذكره القدوري في تجريده أنه نجس العين عند أبي يوسف ومحمد « رح » . وفي العيون روى ابن سمـاعة عن أبي يوسف « رح » لا خير في جلد الكلب والذئب وإن دبغا ولا تحلها الذكاة .

وقال الكاساني والذي يدل على أنه ليس بنجس العين أنه جوز الانتفاع به حراسة واصطياداً ولجارة ، وقال في عمدة المفتي لو استأجر الكلب للصيد يجوز والسنور لايجوز لان السنور لا يعلم . وقال في التجريد لو استأجر كلباً معلماً أو بازياً [1] صيوداً ليصيد بهما

---

(١) هكذا رسمت في الاصل .

ألا ترى أنه ينتفع به حراسة واصطياداً ، بخلاف الخنزير ، لأنه نجس العين إذ الهاء في قوله تعالى « فإنه رجس » ١٤٥ الانعام منصرف إليه لقربه

---

فلا أجر له . وقال مشايخنا ومن صلى وفي كمه جرو كلب تجوز صلاته ، وقد حكم أبو حصير لديته فدل على انه ليس بنجس العين .

( ألا ترى ) كلمة ألا بفتح الهمزة وتخفيف اللام للتنبيه والتوضيح ( أنه ) أي أن الكلب ( ينتفع به حراسة ) أي من حيث الحراسة سيما أهل البر ( واصطياداً ) أي من حيث الاصطياد ، فدل ذلك على أنه ليس نجس العين ، ولا يشكل بالسرقين فإنه نجس لا محالة ، وينتفع به إيقاداً أو غيره ، لانه انتفاع بالأهلاك كالدنو من الخمر للاراقة ، وهو الذي اختاره المصنف أيضاً .

والذين ذهبوا إلى أنه نجس العين استدلوا بما ذكر أبو يوسف « رح » في العيون أن الكلب لو وقع في الماء فانتفض فأصاب ثوب إنسان منه أكثر من قدر الدرهم منع جواز صلاته ، فسئل إذا وصل الماء إلى جلده ويقول محمد ليس الميت بأنجس من الكلب والخنزير ، فدل على أنه نجس العين ، وهو اختيار شمس الائمة السرخسي . وقال الاترازي لا نسلم أن نجاسته تثبت في الكلب لهذا القدر من الكلام ، فمن ادعى ذلك فعليه البيان ، ولم يرد نص عن محمد في نجاسة العين . قلت قد ذكرنا الآن عن صاحب الذخيرة عن القدوري أنه نجس العين عند محمد .

( بخلاف الخنزير ) متصل بقوله إلا جلد الخنزير ( لأنه نجس العين إذ الهاء في قوله ﴿فإنه رجس﴾ كلمة إذ للتعليل أي لأن الهاء أي هاء الضمير في قوله تعالى ﴿ فإنه ﴾ أي فإن الخنزير ﴿ رجس ﴾ أي قذر قاله الفراء . وقيل الرجس والرجز واحد . وقال البغوي الرجس النجاسة .

( منصرف ) خبر المبتدأ وهو قوله الهاء ( إليه ) أي إلى الخنزير لا إلى اللحم في قوله تعالى ﴿ أو لحم خنزير فإنه رجس ﴾ ١٤٥ الانعام ( لقربه ) أي لقرب الخنزير أراد أن الضمير أي الخنزير أقرب من اللحم .

فإن قلت المقصود بالذكر في الكلام هو المضاف فيجب أن يرجع الضمير إليه قلت قد

يكون المضاف إليه مقصوداً وان كان يجوز أن يعود إلى المضاف اليه وما نحن بصدده من هذا القبيل لكونه شاملا للمضاف أشد وأحوط في العمل ، لأن الضمير إن رجع إلى اللحم لم يحرم غيره ، وإن رجع إليه يشمل الجميع .

والعجب من الاترازي أنه أخذ في الجواب عن هذا السؤال محصل كلام المصنف ، ثم قال هذا الجواب مماسنح له خاطري .

وقال أيضاً وقيل في صرفه إلى الخنزير عمل بهما لاشتماله على اللحم ولا ينعكس . أقول فيه نظر لأن لقائل أن يقول لا نسلم لأن الجلد على تقدير عود الضمير إلى اللحم لا يكون نجساً ، وعلى تقدير عوده إلى الخنزير يكون نجساً ، وفي كون الجلد نجساً وغير نجس منافاة فيكون العمل بهما أحوط . انتهى كلامه .

أقول قوله – وقيل هو صاحب التوشيح – فإني رأيت بهذه العبارة فلا أدري هل هو من عنده أو نقله عن أحد . وقوله – في كونه نجساً أو غير نجس منافاة – غير مسلم لأن المنافاة إنما تكون إذا كان كونه نجساً وغير نجس بتقدير واحد . والذي قاله القائل المذكور بتقديرين فكيف تكون المنافاة .

ثم قال الاترازي ومما ظهر لفؤادي من الأنوار الربانية والأجوبة الالهامية أن الهاء لا يجوز أن ترجع إلى اللحم لأن قوله تعالى ﴿ فإنه رجس ﴾ حرج في مقام التعليل ، فلورجع إليه لكان تعليل الشيء بنفسه وهو فاسد لكونه مصادرة ، وهذا لأن نجاسة لحمه عرفت من قوله تعالى ﴿ أو لحم خنزير ﴾ لأن حرمة الشيء مع صلاحيته للغذاء لا للكرامة آية النجاسة فحينئذ يكون معناه كأنه قال لحم خنزير نجس فإن لحمه نجس . أما إذا رجع إلى الخنزير فحينئذ يكون معناه كأنه قال لحم خنزير نجس لأن الخنزير نجس ، يعني إن هذا الجزء من الخنزير نجس ، لأن كله نجس . هذا هو التحقيق في الباب لأولي الألباب .

قلت فيما قاله نظر لأن دعواه بعدم جواز رجوع الضمير إلى اللحم غير صحيحة ، لأن الأصل في هذا الباب رجوع الضمير إلى المضاف وإن كان رجوعه إلى المضاف اليه صحيحاً ، وذلك لأن المضاف هو المقصود بالذكر كما في قولك رأيت غلام زيد و كلمته ، فإن الأصل

أن يكون التكلم للغلام ، فإن كان يجوز أن يكون لزيد كما في قوله تعالى ﴿والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه﴾ ٢٧ البقرة فإن الضمير يجوز أن يرجع إلى كل واحد من المضاف والمضاف اليه .

ثم تعليل الاترازي بقوله « رجس » خرج في مقام التعليل ، أ هـ . وقوله – هذا هو التحقيق في الباب – غير تحقيق لأنه إنما يلزم ما ذكره إذا جزم بعود الضمير الى المضاف ، وقد قلنا انه يجوز الامران ، والتحقيق في هذا الباب أن يكون التقدير في الضمير – فإن كل واحد من الميتة والدم المسفوح ولحم الخنزير رجس أي نجس – فيكون هذا تعليلا لقوله محرماً ، فبين بذلك أن هذه الأشياء حرام لأنها نجسة ، لأنه لو لم يذكر « فإنه رجس » لما كان يلزم من صدر الكلام النجاسة لهذه الأشياء ، لأن الحرمة لا تستلزم النجاسة .

فإن قلت فعلى هذا يلزم اقتصار النجاسة في الخنزير على لحمه . قلت الأمر كذلك فإنه قال « على طاعم يطعمه » والطعم لا يكون الا في اللحم دون غيره وهو المطلوب .

فإن قلت فعلى هذا يجوز استعمال جلده بالدباغ واستعمال شعره . قلت أما جلده فقد اختلف فيه هل يقبل الدباغ أم لا ، فقد قال بعضهم أنه يقبل ، فعلى هذا يطهر بالدباغ ، وهو مذهب الليث وداود ورواية عن أبي يوسف « رح » وقال بعضهم انه لا يقبل ، فعلى هذا لا يطهر بالدباغ ، وقد ذكرنا هذا فيما مضى عن قريب .

وأما شعره فإنه جزء ما هو نجس بعينه ، وللجزء حكم الكل غير أن محمداً أباح الانتفاع به للخرازين والاساكفة للضرورة لأن في تنجيسه حرجاً .

وقوله – لأن نجاسة لحمه عرفت بالنص من قوله تعالى ﴿أو لحم خنزير﴾ ١٤٥ الانعام ، ليس كذلك لأن بالنص ما عرف الا حرمة لحمه ونجاسته عرفت من الضمير الراجع الى كل واحد من الاشياء الثلاثة كما قررناه فافهم ، فانه موضع دقيق .

وقوله – لان حرمة الشيء مع صلاحيته للغذاء لا لكرامته آية النجاسة – ينتقض بلحم الفرس لانه حرام عند أبي حنيفة ومالك رحمهما الله مع صلاحيته للغذاء مع أنه غير نجس .

## وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ، ثم ما يمنع النتن والفساد

فان قلت حرمته للكرامة . قلت لا نسلم ذلك ، وانما حرمته لكون أكله سبباً لقتله لانه آلة الجهاد ، ولان الله تعالى امتن علينا بكونه مركوباً ولم يمتن بكونه مأكولاً مع أن نعمة الاكل فوق نعمة الركوب .

( وحرمة الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته ) يتعلق بقوله أو الآدمي والمعنى بخلاف جلد الخنزير فانه لا يطهر بالدباغ لنجاسة عينه ، وجلد الآدمي لكرامته ، لان الله تعالى كرمه ، وفي استعمال جلده ابتذال له ، هكذا قرره الشيخ الأكمل . وأنا أقول هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما خرج جلد الآدمي عن حكم الدباغ بقوله الاجلد الآدمي كان ينبغي أن يجوز الانتفاع ببقية أجزائه مثل شعره وعظمه وعصبه وغير ذلك ، فأجاب عن ذلك بقوله وحرمة الانتفاع ، اهـ .

( فخرجا ) أي جلد الآدمي وجلد الخنزير ( عما روينا ) وهو قوله عليه السلام أيما اهاب دبغ فقد طهر ، ومراده خرجا عن عموم هذا الحديث . ثم خروجهما عنه بالكتاب ، فان كان متأخراً عن الحديث فهو ناسخ لا محالة ، وان كان متقدماً عليه فخبر الواحد لا يعارضه فضلا عن أن ينجس ، وان كان معارضاً كان مخصصاً .

والذين ذهبوا الى طهارة جلد الآدمي والخنزير بالدباغ لم يخرجوهما عن عموم هـذا الحديث ، غير أنهم منعوا استعمال جلد الآدمي لكرامته . ونقل ابن حزم اجماع المسلمين على تحريم جلد الآدمي واستعماله . وعند الشافعي الآدمي لا ينجس بالموت ، وفي قـول نجس ويطهر جلده بالدباغ في أحد الوجهين ، لكن المقصود لما لم يحصل به اشتباه .

( ثم ما يمنع النتن ) بفتح النون وسكون التاء المثناة من فوق وهو الرائحة الكريهة ، يقال نتن الشيء بضم النون وانتن بمعنى فهو منتن بضم الميم ، ومنتن بكسرها اتباعـاً لكسرة التاء لأن مفعلا بالكسر ليس من الابنية .

( والفساد ) وهو ضد الصلاح قاله الليث ، والمراد ها هنا ما يمنع ضد صلاحية استعمال الجلد الغير المدبوغ وهو أعم من النتن وغيره فإن قلت هو مصدر أم اسم . قلت مصدر من

فسد الشيء يفسد فساداً وفسوداً وهو فاسد وهو من باب نصر ينصر . وقال ابن دريد فسد يفسد مثل عقد يعقد لغة ضعيفة وكذلك فسد بضم السين فساداً فهو فاسد .

( فهو دباغ ) جملة اسمية وهو خبر المبتدأ وهو قوله ما يمنع ، وتضمين الإبتداء معنى الشرط دخلت الفاء في الخبر ( وان كان ) أي وان كان ما يمنع النتن والفساد وان واصلة بما قدمنا فلذلك لا ينكر لها الجواب ظاهراً ( تشميساً ) من شمست الشيء بتشديد الميم اذا وضعته في الشمس ، يقال شيء مشمس أي عمل في الشمس، والمراد ها هنا أن يبسط الجلد في الشمس لتشمس منه الرطوبة التي فيه وتزول عنه الرائحة الكريهة ممطة بذلك ، لانه دباغ حكمي ، والدباغ على نوعين حقيقي وحكمي على ما نذكره عن قريب .

( أو تتريباً ) من تربت الاهاب تتريباً اذا ترب عليها التراب أزالت ماعليه من الرطوبة والرائحة الكريهة ، وكذلك يقال تربته مترباً بالتخفيف ، ويقال أيضاً تربت الشيء اذا جعلت عليه التراب ، ومنه الحديث أتربوا الكتاب فانه انجح للجاجة . وقال الصاغاني قال ابن بروح كل ما يصلح فهو مترب وكل ما يفسد فهو متروب مشدداً .

قلت فعلى قوله ينبغي أن يقال أو مترباً ولا يقال أو تتريباً ، ولكن المشهور ما ذكرناه أولاً .

( لان المقصود يحصل به ) أي ما يمنع النتن والفساد ( فلا معنى لاشتراط غيره ) نحو القرظ بالظاء المعجمة ، والعفص والشث بفتح الشين المعجمة والثاء المثلثة وهو نبت طيب الرائحه كذا ذكره الجوهري وغيره . وقال الازهري هو بالباء الموحدة هو ما يدفع به بعد الزاج وهو السباح ، وقد صحفه بعضهم بالمثلثة وهو شجر لا أدري أيدبغه أم لا ، وتابعه صاحب الشامل أو بحر وفي تعليق الشيخ أبي حامد ، قال أصحابنا بثلثة ، وقال الشافعي بالموحدة ، وقد قيل الأمران وبأنهما كان الدباغ به حاصل ، وصرح القاضي خان أبو الطيب في تعليقه ما يجوز بها ، ولا ذكر له في حديث الدباغ ، وإنما هو من كلام الشافعي .

وقال الصاغاني الشب بالباء الموحدة شيء منه الزاج والشث بالمثلثة نبت طيب الريح مر الطعم يدبغ به قال الدينوري أخبرني أعرابي من أزد السراة قال الشث شجر مثل شجر التفاح في القدر ، ورقه يشبه ورق الخلاف ولا شوك له ، وله تومة موردةويستقربه ذرة صغيرة فيها ثلاث حبات وربع سود مثل الربعة يرعاه الجمال إذا يبس .

قالوا والإبل تأكل الشث فتحصب عليه ويدبغ بورقه ويساق بأغصانه (١) وتعالج بفروعه الرطبة من الريح يأخذ في الجسد ويضمد بـه للكسر يجبر وهومرينبت في السهل والجبل وأكثره ينبت بجبال الفراهيد . وقـال أبو عيسى البكري الشث كأنه شجر المدبان .

ثم اعلم أن الدباغ على نوعين حقيقي كالقرظ ونحوه ، وحكمي كالمترب والمشمس والالقاء في الريح ، ولو جف ولم يستحل لم يطهر وقـال أبو يوسف « رح » إن كان يمنع من الفساد فهو دباغ ذكره في المحيط وهما سواء لأنه يعود نجساً (٢) إذا أصابه ماء فإن في الحكمي روايتين . وقال في الدراية قول صاحب الهداية فلا معنى لاشتراط غيره نفي قول الشافعي ، فان عنده لا يكون الدباغ إلا بما تزول به الرسوبات عنه وذلك باستعمال القرظ والعفص ونحوهما لأنه طهارة شرعية فيقتصر على مورد الشرع ورد بالدباغ بالمتقوم كالقرظ والعفص دون غيرهما من التراب والشمس . انتهى .

وقال أبو العباس الجرجاني من أصحاب الشافعي « رح » في التحرير يجوز الدباغ بالتراب ورجحه إمام الحرمين بحصوله بالملح . وقـال القاضي أبو الطيب ولا يكفي فيه الشمس نص عليه الشافعي « رح » وفي وجه يجوز ، حكاه الرافعي وبه قطع الجمهور، وفيه وجه شاذ تحصل به . وقال القاضي خان ولم أر للشافعي « رح » في هذا نصاً ، والمرجع في ذلك إلى أهل الصنعة ، فان كان للتراب والرماد هذا الفعل جعل الدباغ منهما .

---

(١) في الأصل بقضانه .

(٢) الجملة في الأصل – لأن في عودة نجساً – .

وأما المللح فنص الشافعي « رح » أنه لا يحصل الدباغ به ، وبه قطع صاحب الشامل، وقطع إمام الحرمين بالحصول ، وفي الحلية قال أبو نصر سمعت بعض أصحابنا أن أبا حنيفة « رح » يقول إنما يطهر الاهاب بالشمس إذا عملت به عمل الدباغ ، وهذا يرفع الخلاف ، وفي جواز بيع الجلد بعده له قولان أصحها وهو الجديد أنه يجوز وهو قول أبي حنيفة « رح » وفي قوله القديم لا يجوز وبه قال مالك رحمه الله .

ثم ان الشافعي احتج فيما ذهب اليه بقوله ﷺ في حديث ابن عباس رضي الله عنه قال مر النبي ﷺ بشاة ميمونة رضي الله عنها فقال هلا استنفعتم باهابها ، فقالوا انها ميتة قال إنما حرم أكلها إذ ليس في الماء والقرظ ما يطهره . رواه الدارقطني والبيهقى . وقال النووي هذا حديث حسن رواه أبو داود والنسائى في سننهما بمعناه عن ميمونة رضى الله عنها قالت مر على النبى ﷺ رجال يجرون شاة لهم مثل الحمار فقال ﷺ يطهره الماء والقرظ .

ولنا ما أخرجه الدارقطني عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ استمتعوا بجلود الميتة إذا هى دبغت ترابا كان أو رمادا أو ملحا أو ما كان بعد أن يزيد صلاحه . وقال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال كل شيء يمنع الجلد من الفساد فهو دباغ ، وهذا يتناول المشمس والمترب .

وحديث ابن عباس رضى الله عنه الذي احتج به الشافعى لا يقتضى الاختصاص بل المراد به ما في معناه بالإجماع ، والمرجع في ذلك إلى أهل الصنعة ، نص عليه الشافعى « رح » كما ذكرنا .

فان قيل في رواية حديث عائشة الذي احتج به معروف بن حسان ، قال أبو حاتم مجهول ، وقال ابن عدي منكر الحديث . قلت الذي ورد في الصحيح من قوله عليه السلام هلا أخذتم إهابها فدبغتموه فانتفعتم به ، قالوا انها ميتة قال إنما حرم أكلها . وقوله — فدبغتموه — أعم من أن يكون الدباغ حقيقيا أو حكميا فبعموم هذا يخص حديث عائشة المذكور عندنا يجوز بيع الجلد المدبوغ لقوله عليه السلام هلا أخذتم جلدها فدبغتموه

وانتفعتم به ، والبيع من وجوه بالإنتفاع فجاز بيعه كالذكاة وهو قول جمهور العلماء .

وللشافعى في صحة بيع جلد الميتة بعد الدباغ قولان مشهوران ، والصحيح عندهم القول الجديد وهو صحته كمذهبنا كالخمر إذا تخللت . وقال الماوردي والرويانى إذا جوزنا بيعه جاز رهنه واجارته ، وان لم يجز بيعه ففى جواز اجارته وجهان كالكلب المعلم . وقيل تجوز اجارته قطعاً ، وانما القولان في بيعه ورهنه .

وأما بيعه قبل الدباغ فباطل عندنا وعند جماعة من العلماء ، وحكى النوري عن أبي حنيفة جوازه كالثوب النجس ، وهذا سهو منه فان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى عدم جواز بيع جلود الميتة قبل الدباغ ، ذكره في المحيط وفي شرح الطحاوي .

وفي جواز أكل الجلد المدبوغ من حيوان لا يؤكل لحمه (١) قولان للشافعى في القديم وطائفة منهم صححوا قول الجديد .

( وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة ) الحاصله من الاهل بالتسمية فإن ذكاة المجوسي ليست بمطهرة . وقال في البدائع إلا الدم وهو الصحيح من المذهب . وروى الدارقطني عن ابن عباس لما مر بشاة ميمونة فقال هلا استمتعتم بجلدها قالوا يا رسول الله إنها ميتة قال ان دباغها ذكاتها في حق الجلد فعلمنا أن الذكاة هي الأصل في الطهارة ، وإن الدباغ قائم مقامها عند عدمها ، ولأن الذكاة أبلغ من الدباغ لأنها أسرع للدماء والرطوبات قبل التشوب والفساد بالموت أو العادة الفاشية بين المسلمين تلبس الجلد الثعلب والفهد والسمور والسنجاب ونحوها في الصلاة وغيرها من غير نكير ، فدل على طهارته .

وفي النهاية عند بعضهم إنما يطهر جلد الحيوان بالذكاة اذا لم يكن سؤره نجساً . وذكر في فتاوى قاضي خان قيل يشترط أن يكون الذكاة من أهلها في محلها وهو ما بين اللبة واللحيين وقد سمي بحيث لو كان مأكولاً لا يحل أكله بتلك الذكاة .

( لأنه ) أي لأن الذكاة ، وإنما ذكر الضمير لان الذكاة بمعنى الذبح ، وفي بعض النسخ

(١) في الأصل كلمة لحمه ساقطة والصحيح اثباتها .

يعمل على الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه
وهو الصحيح وإن لم يكن مأكولاً وهو الصحيح

فإنها لا يحتاج إلى التأويل ( يعمل عمل الدباغ في إزالة الرطوبات النجسة ) لانه يمنع من اتصالها به والدباغ يزيل بعد الاتصال، ولما كان الدباغ بعد الاتصال مزيلا ومطهراً كانت الذكاة المانعة من الاتصال أولى أن يكون مطهراً ( وكذلك يطهر لحمه ) أي لحم ما ذكى حتى إذا صلى ومعه من لحم الثعلب المذبوح أو نحوه اكثر من قدر الدرهم جازت صلاته ( هو الصحيح ) أي الحكم بطهارة لحمه هو الصحيح ، واحترز به عما قال في الاسرار وغيره انه نجس .

قلت قد اختلف أصحابنا في طهارة لحمه وشحمه ، فقال الكرخي كل حيوان يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة ، فهذا يدل على انه يطهر شحمه ولحمه وسائر أجزائه . وقال بعض المشايخ يطهر جلده لا غيره منهم نصر بن يحي والفقيه أبو جعفر ، والاول أقرب للصواب .

وقال في المفيد هو الصحيح ، وتظهر فائدة ذلك لو وقع في الماء هل يفسده أم لا ، وهل يجوز له حمله إلى طيوره وكلابه ليطعمها أم لا ، ولو صلى معه هل تجوز صلاته أم لا ، وذكاة الآدمي كموته حتف أنفه ، وذكر الناطفي إذا صلى ومعه من لحم السباع أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته أم لا ، وذكاة الآدمي كموته حتف أنفه ، وإن كان مذبوحاً ، وفي فتاوى قاضي خان ولو وقع في الماء أفسده .

( وان لم يكن مأكولاً ) واصل بما قبله أي وإن لم يكن الحيوان المذبوح غير مأكول ، وفي البدائع الذكاة تطهر المذكى بجميع أجزائه إلا الدم المسفوح ( هو الصحيح ) وفي الكافي اللحم نجس في الصحيح وكلامه هنا مخالف لما ذكر في الدباغ . قال صاحب النهاية قوله – وكذلك يطهر لحمه – في هذه الرواية نوع ضعف لما ان حرمة أكل اللحم فيما سوى الآدمي ولم يتعلق به حق العباد دليل النجاسة ، ولزمهم طهارة الجلد لاتصال اللحم به .

وأجابوا بأن بين الجلد واللحم جلدة تمنع مماسة اللحم الجلد الغليظ فلا ينجس ، وبه أخذ المحققون من أصحابنا من الناطفي وشيخ الاسلام خواهر زاده وقاضي خان . وفي

الخلاصة هو المختار وفيه نظر ، لانها متوهمة وعلى تقدير تحقيقها فإما أن تكون طاهرة أو تكون نجسة ، فإن كانت متصلة باللحم فليس يتصور أن تكون طاهرة واللحم نجس فيكون نجساً ، والجلد الغليظ متصل به أيضاً ، لانه لايجيء عند السلخ بين الجلد واللحم أمر ثالث فلا تكون طاهراً ، لكن الفرض انه طاهر ، وإن كانت متصلة بالجلد فليس يتصور أن تكون نجسة والجلد طاهر فتكون طاهرة واللحم متصل به اتصالاً فكيف يكون نجساً ، وهذا هو الذي حمل المصنف على تصحيح رواية تطهير اللحم وبه قال مالك . وفي القنية قال الكرابيسي والقاضي عبد الجبار مجوسي ذبح حماراً قيل لا يطهر ، والصحيح انه يطهر ولو ذبحه مسلم ولم يسم قال أبو حاتم الشهيد لا يطهر .

( وشعر الميتة وعظمها طاهر ) وكذا جميع أجزاء الميتة التي لا دم فيها ان كانت صلبة كالقرن والسن والظلف والحافر والخف والوبر والصوف والعصب في رواية ، وفي رواية نجس ، والريش والانفحة الصلبيه والاجنحة ، وأما المائعة واللبن فكذلك عن أبي حنيفة وعندهما نجس . وذهب عبد العزيز والحسن البصري ومالك وأحمد رحمهم الله واسحاق والمزني وابن المنذر إلى أن الشعر والصوف والوبر والريش طاهرة لا تتنجس بالموت كمذهبنا ، والعظم والقرن والظلف والسن نجسة . وقال الشافعي « رح » الكل نجس إلا الشعر فإن فيه خلافاً ضعيفاً ، وفي العظم أضعف منه قال القاضي أبو الطيب وآخرون الشعر والصوف والوبر والعظم والقرن والظلف تحلها الحياة وتنجس بالموت هذا هو المذهب وهو الذي رواه البويطي والربيع المرادي وحرملة ، وروى المزني عن الشافعي انه رجع عن تنجيس شعر الآدمي .

قال النووي أما شعر الآدمي ففيه قولان أشهرهما عنه أنه نجس ، والثاني وهو المنصوص في الجديد انه طاهر ، واتفق الأصحاب أن المذهب أن شعر الآدمي وصوفه ووبره وريشه نجس بالموت .

واختلفوا في الراجح في شعر الآدمي فالذي صححه الجمهور من العراقيين نجاسته ، والذي صححه جميع الخراسانيين أو جماهيرهم طهارته ، فهذا هو الصحيح ، فقد صح عن الشافعي « رح » رجوعه عن نجس شعر الآدمي ، وأما شعر النبي عليه الصلاة والسلام إساءة الأدب والجرأة في الإقدام بهذا الذكر الشنيع في حق هذا الجناب الرفيع ، وفي

اعتقادي أن مثل هذا كاد يكون كفراً أو انا كنت أنزه نفسي عن إيراد هــــذه القضية السخيفة في هذه المواضع ، ولكني ذكرته ليقف عليه من لم يخطر علمه به ويعلم أن المذهب الحقي منه هو الدين الحنفي ، والذي رسخت في قلوبهم قواعد الدين إجلال قدر هذا النبي الكريم حكموا بطهارة فضلات النبي ﷺ فكيف بشعره الطاهر المطهر ، فنسأل الله العظمة عن الزيغ والضلال .

واحتج الشافعي « رح » فيما ذهب إليه بقوله تعــــالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ١٤٥ الانعام ، وهو عام للشعر وغيره ، فإن الميتة اسم لما فارقه الروح بجميع أجزائه ولهذا لو حلف لا يمس ميتة فمس شعرها حنث ، وبقوله ﷺ ما أبين من الحي فهو ميت

والجواب عن الآية أن الميتة عبارة عما فارقه الحياة بلا ذكاة والشعر ونحوه لاحياة لهابدليل عدم الألم بـــالقطع ، فكيف يتصور أن يكون ميتة . ويقال أيضاً لم لا يجوز أن يكون المراد في الآية حرمة الأكل فلا نسلم حرمة الانتفاع .

والجواب عن الحديث انــــه ليس على عمومه لقوله تعالى ﴿ ومن أصوافها وأوبارها واشعارها أثاثاً ومتاعاً إلى حين ﴾ ٨٠ النحل ، وهذا امتنان عام وذلك لا يكون بالنجس ، ولما روي عن ابن عباس انه قال إنما حرم رسول الله ﷺ من الميتة لحمها ، فأمـــا الجلد والشعر والصوف فلا بأس به ، رواه الدارقطني .

ولما روي عن أم سلمة « رض » زوجة النبي عليه السلام تقول سمعت رسول الله ﷺ يقول لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ ولا بأس بصوفها وشعرها وقرونها إذا غسل بالمـــاء ، رواه الدارقطني أيضاً .

فإن قلت في إسناد الحديث الأول عبد الجبار بن مسلم قال الدارقطني ضعيف ، وفي الحديث الثاني يوسف بن أبي لهيعة ، قال الدارقطني هو متروك . قلت ابن حبان ذكر عبد الجبار المذكور في الثقات ، وأما يوسف فإنه لا يؤثر فيه الضعف إلا بعد بيان جهته والجرح المبهم غير مقبول عند الحذاق من الأصوليين وهو كان كاتب الأوزاعي ، ومما يؤكد مــــا قلنا أن النبي عليه السلام ناول أبا طلحة شعره فقسمه بين الناس وهو حديث متفق عليه ، وهذا يدل على طهارة الشعر انبان .

قالوا على القول بالنجاسة إنما قسم الشعر التبرك وقد يكون بالنجس، وهذه التكلفات البعيدة ممـا يؤدي إلى ارتكاب الاثم الكبير والخطأ العظيم الذي ليس وراءه إلا الباطل المحض . وقالوا أيضاً ان الذي أخذه كل واحد كان يسيراً معفواً عنه .

قلنا هذا أفحش من الأول لأن فيه إشارة إلى الحكم بالتنجيس على ما لا يخفى ، ونحن أيضاً نحتج في طهارة عظم الميتة بحديث أنس رضى الله عنه أن النبي ﷺ امتشط بمشط من عاج . أخرجه البيهقى في سننه ثم قال رواية بقية عن شيوخه المجهولين ضعيفة .

قلت لا نسلم أن بقية رواه عن مجهولين ، فإنه رواه عن محمد وابن خالد عن قتادة عن أنس رضى الله عنه ونحتج أيضاً بما رواه أبو داود في سننه بإسناده عن حميد الشيباني عن سليمان بن المنبه عن ثوبان مولى رسول الله ﷺ انه قـال له اشتر لفاطمة قلادة من عصب وسوارين من عاج ، وأخرجه أيضاً الطبراني في مسنده وابن عدي في كامله ومحمد بن هارون في مسنده .

فإن قلت قال ابن الجوزي حميد وسليمان مجهولان ، وقال في التنقيح وحميد الشامى ذكره ابن عدي وقال إنما أنكر عليه هذا الحديث ولا أعلم له غيره . قلت روى عن حميد سالم المرادى وصالح بن صالح بن حميد وغيلان بن جامع ومحمد بن حمادة فانتفت جهالته ، وأما سليمان فإن ابن حبان ذكره في الثقات ونحتج أيضاً بما رواه أبو بكر الهذلي عن ابن عباس قال سمعت النبي عليه السلام يقول كل شيء من الميتة حلال إلا ما أكل منها ، فأما الجلد والشعر والوبر والصوف والعظم والسن فكل هذا حلال ، لأنـه لا يذكي ، أخرجه الدارقطني ثم قال الهذلي ضعيف .

قلت ذكر في الامام ان غير الهذلي أيضاً رواه ، فإن قلت روى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال عليه السلام ادفنوا الاظلاف والدم والشعر فإنه ميتة ، قلت هذا رواه البيهقي من جهة ابن عيسى وقال لها اسناد ضعيف .

ثم اعلم أن عاج جمع عاجة . قال الجوهري العاج عظم الفيل ، وكذا قال في العباب ، ثم قال والعاج أيضاً الذبل وهو ظهر السلحفاة البحرية . قال الأزهرى لم يرو في حديث ثوبان العاج ما يخرط من أنياب الفيلة ولان أنيابها ميتة ، وإنما العاج الذبل . وقـال في العباب الذبل ظهر السلحفاة البحرية يتخذ منه السوار والخاتم وغيرهما ، قـال جرير بن قيس الحوالى موتا بكسرها لها مسكا من عاج ولا ذبل فهذا يدل على أن العاج غير الذبل وكذا

## وقال الشافعي «رح» نجس لأنه من أجزاء الميتة ولنا انه لا حياة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهافلا يحلها الموت

قال الجوهري المسك السوار من عاج أو ذبل والواحدة مسكة فدل على أن العاج غير الذبل . وقال الخطابي العاج الذبل وهو خطأ . وفي المحكم والعاج أنياب الفيلة ولا يسمى غير الناب عاجاً . وحكى الازهرى عن البعض بن شميل المسك من الذبل ومن العاج كهيئة السوار تجعله المرأة في يدها ، وقال والذبل والقرون فإذا كان من عاج فهو مسك لا غير .

قلت الذبل بفتح الذال المعجمة وسكون الباء الموحدة، والمسك بفتح الميم والسين المهملة.

( قال الشافعي نجس لانه من أجزاء الميتة ) أي لان كل واحد من الشعر والعظم من أجزاء الميتة ، والميتة نجسة بجميع أجزائها ولو جز شعر أو صوف أو وبر من مأكول اللحم في حال حياته ، قال امام الحرمين القياس نجاسته ، لكن الاجماع على طهارته ، وإن كان نحر مجوسي وان الفضل ذلك ينتف بنفسه فهو نجس على وجه ولا يظهر إلا المجزور وفي وجه ان سقط بنفسه فطاهر فنجس .

( ولنا أنه لا حياة فيها ) الضمير في انه ضمير الشأن وفي فيها يرجع إلى الميتة .

( ولهذا لا يتألم بقطعها ) أي ولاجل الحياة في اجزاء الميتة لا يتألم الحيوان بقطع هذه الاجزاء ، ألا ترى انه اذا قص ظلفه أو حافره أو نشر قرنه لا يؤثر فيه (فلا يحلها الموت) هذا حجة المدعي وأصل القضية يرجع إلى قولنا هذا الشيء لا حياة فيه ، لانه لا يتألم بقطعه ، وكل مالا يتألم بقطعه لا حياة فيه ، فهذا الشيء لا حياة فيه ، وأما كونه طاهراً أو غير طاهر على الإختلاف ، فهو حكم يترتب عليه . وفي المبسوط هذا الإختلاف بناء على ان لا حياة للشعر والعظم عندنا .

وقال الشافعي فيها حياة ، وقال مالك في العظم حياة دون الشعر عن مالك إذا ذكى الفيل فعظمه طاهر ، وأورد بان الحيوان يتألم بكسر العظم فيكون فيه الحياة ، وأجيب بأن تألمه بذلك للاتصال باللحم .

فإن قيل قال الله تعالى ﴿ من يحي العظام وهي رميم ﴾ ٧٨ يس ، يدل على حصول الحياة فيها . وأجيب بان هذا مثل قوله تعالى يحي الأرض بعد موتها ، فلا يدل على سبق

(١) فيها — هامش .

الحياة فيها ، والمراد به أصحاب العظام بانبات اللحم عليها وفطرتها وإعادة الأرواح إلى الأجساد فلا يدل على حقيقة حياة العظم . وقال صاحب الكشاف يردها غضة رطبة في بدن حساس أو يكون احياؤها في الآخرة ، فعليه يجعل الحياة في نفس العظم وأحوال الآخرة لا تضاهي أحوال الدنيا .

فإن قلت نفس هذه الأجزاء ميتة فتكون نجسة لقوله تعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ٣ المائدة ، قلت الميتة عبارة عما فارقته الحياة بلا ذكاة ، وهذه الأشياء لا حياة فيها لما بينا ، والمراد من الآية حرمة الأكل فلا يلزم من ذلك حرمة الإنتفاع ، والدليل عليه حديث ميمونة رضي الله عنه المذكور فيما مضى .

فإن قلت في هذه الأشياء رطوبة . قلت نحن نقول بنجاستها ، فإذا غسلت وأزيل عنها الدم المتصل والرطوبة النجسة طهرت .

فإن قلت الشعرة تنمو بنماء الأصل . قلت هذا النماء لا يدل على الحياة الحقيقية كما في النبات والشجر قولك ينمو بنماء الأصل غير مسلم ، لأنه قد ينمو مع نقصان الأصل ، كما إذا ذهل الحيوان بسبب مرض وطال شعره ، وفي النهاية وبين الناس كلام في السن انه عظم أو طرف عصب يابس ، فإن العظم لا يحدث في البدن بعد الولادة ، وتأويل قوله تعالى ﴿ من يحي العظام ﴾ ٧٨ يس ، النفوس . وفي العصب روايتان في أحدهما فيه حياة لما فيه من الحركة ، وينجس بالموت ، ألا ترى انه يتألم الحي بقطعه بخلاف العظم . انتهى .

فإن قلت إذا طحن سن الآدمي مع الحنطة لا يؤكل . قلت ذلك لحرمة الآدمي لا لنجاسته . وفي فتاوى قاضي خان إذا صلى وفي عنقه قلادة فيها سن كلب أو ذئب تجوز صلاته . ولو صلى ومعه جلد حية أكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته وإن كانت مذبوحة لأن جلدها لا يحتمل الدباغ ، فلا تقوم الذكاة مقام الدباغ .

وأما قميص الحية ففيه اختلاف المشايخ ، قيل انه نجس . وقيل انه طاهر ، ذكره الحلواني ، وأشار إلى ان الصحيح انه طاهر ، فإن عين الحية طاهر حتى لو صلى ومعه حية غير ميتة يجوز ، فإذا كان عينها طاهرا كان قميصها طاهراً ، ولو صلى ومعه لحم آدمي

مذبوح أكثر من قدر الدرهم جازت صلاته بخلاف الثعلب ، لأن ما كان سؤرها نجساً لا يطهر لحمه بالذكاة وما كان طاهراً يطهر ، ولو خرجت البيضة من الدجاجة الحية فوقعت في الماء ، قيل إن كانت يابسة لا يفسد الماء مطلقاً ما لم يعلم ان عليها قذراً لأن رطوبة المخرج ليست بنجسة . فلهذا قالوا بان مجرى البول طاهر حتى يطهر موضع المني بالفرك . وفي الذخيرة أسنان الكلب طاهرة إذا كانت يابسة ، ولو صلى معهاجازت صلاته ،وأسنان الانسان نجسة إذا سقطت ولو صلى معها لا تجوز .

وحكى الفقيه أبو جعفر عن بعض المتقدمين من أصحابنا ان من أثبت مكان أسنانه أسنان كلب تجوز صلاته ، وأسنان الآدمي لا تجوز صلاته ، وهذا غريب ، والفرق أن الكلب تقع عليه الذكاة فعظمه طاهر ، بخلاف الآدمي والخنزير . وعن أبي يوسف « رح » سن الانسان طاهر في حق نفسه نجسة في حق غيره حتى لو أثبتها في مكانها جازت صلاته ولو أثبت سن غيره لا يجوز ، ولو جر السن تنجس لم يجز كمن أثبته ونزعه لانه صار باطناً خلقة وسقط حكم نجاسته .

ودم الشهيد ما دام عليه فهو طاهر تجوز الصلاة عليه معه ، فاذا زال صار نجساً . وماء فم الميت قيل نجس وماء فم النائم طاهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه الفتوى . ونافجة المسك إن كانت بحال لو أصابها الماء لم يفسد فهي طاهرة ، والاصح انها طاهرة بكل حال ذكرها في الذخيرة ، هذا إذا كانت من الميتة ومن المذكاة طاهرة . ومرارة كل شيء كبوله . ولحم السباع لا يطهر بالذكاة لان سؤرها نجس هو الصحيح ، بخلاف البازي ونحوه لطهارة سؤره ، ذكر هذه كلها ظهير الدين المرغيناني .

( إذ الموت زوال الحياة ) كلمة إذ التعليل ، وهذه إشارة إلى أن بين الحياة والموت تقابل العدم والملكة . وقال السغناقي قال شيخي رحمه الله هذا تعريف بلازم المسمى لا بنفس المسمى ، بل الموت أمر وجودي يلزم منه زوال الحياة ، قال الله تعالى ﴿ خلق الموت والحياة ﴾ ٢ الملك ، وما يدخل تحت الخلق فهو أمر وجودي . وقيل الموت معنى تزول به الحياة . وقيل فساد بنية الحيوان . وقيل عرض لا يصح معه إحساس معاقب

وشعر الانسان وعظمه طاهر . وقال الشافعي « رح » نجس لأنه لا ينتفع به ، ولا يجوز بيعه ، ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

---

للحياة . قال تاج الشريعة قوله إذ الموت زوال الحياة – هذا طريق مجازاة الموت حقيقية حاله يلزم منها زوال الحياة لانه أمر وجودي قال الله تعالى ﴿ خلق الموت والحياة ﴾ ٢ الملك .

فإن قلت الموت صفه وجودية بما ذكرنا والمخلوق لا يكون عدماً . قلت المراد بالخلق التقدير والعدم مقدر .

( وشعر الآدمي وعظمه طاهر ) كان يقتضي التركيب أن يقال طاهران ، ولكن التقدير وشعر الإنسان طاهر وعظمه طاهر . وعن محمد في نجاسة شعر الآدامي روايتان بنجاسته أخذ امام الهدى أبو منصور الماتريدي وبطهارته أخذ الفقيه أبو جعفر والصفار [1] واعتمدها الكرخي في كتابه وهو الصحيح . وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » وقد مضى الكلام فيه مفصلا .

( وقال الشافعي « رح » نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ) وروى المزني عن الشافعي « رح » انه رجع عن تنجيس شعر الآدمي . وفي الحلية شعر الإنسان طاهر إذا قلنا انه لا ينجس بالموت في أصح القولين ، وإن قلنا انه ينجس به لا .

( ولنا ان حرمة [2] الانتفاع والبيع لكرامته ) أي لاجل كرامته لان الآدمي مكروم بالنص والضمير في به يرجع إلى الشعر ، وفي كرامته يجوز أن يرجع إلى الشعر أيضاً ولكونه مكرماً بكرامة صاحبه ، ويجوز أن يرجع إلى الإنسان وهو الظاهر .

( فلا يدل على نجاسته ) أي الفاء للنتيجة أي حرمة الانتفاع به إذا كانت لاجل كونه مكرماً فلا تدل على نجاسته ، وكذا البيع ، ولان فيه ضرورة وبلوى ، فإنه متى حلق الرأس أو مشط اللحية لا بد من أن يتناثر على بعض شعوره فليلتصق به ، فلو منع ذلك

---

(١) الصفار . (٢) عدم – هامش .

جواز الصلاة لضاق الامر على الناس . والدليل على ان فيه ضرورة وبلوى ما حكي ان ضيفاً نزل على الشافعي فدفع له قضية يشتري له الباقلاء الرطبة ، فاشترى ثم حلق رأسه ، ثم قام يصلي فقال له الضيف أليس هذا على مذهبك لا يجوز ، فقال نعم لكن إذا اضطررنا في شيء انحططنا إلى قول العراقيين فثبت ان فيه ضرورة .

## ( فصل في البئر )

هذا فصل في بيان احكام ماء البئر ، ولما كان احكام مياه الآبار داخلة في باب الماء الذي يجوز به الوضوء ذكرها فيه ، ولكن لما كان في هذا الفصل أحكام كثيرة تخالف أحكام ما ذكر في الباب ذكرها بفصل على حدة ، فلذلك أفرد احكام الآبار وغيرهما أيضاً فذكرها بفصل على حدة . وقد تكلف الشارحون في هذا الموضع وذكروا أشياء بلا فائدة زائدة .

فقال السغناقي لما ذكر حكم الماء بأنه يتنجس كله عند وقوع النجاسة فيه حتى يراق كله ، ورد عليه حكم ماء البئر نقضاً انه لا ينزح كله في بعض الصور ، استدعى هو ذكر ماء البئر على حدة مرتباً عليه ، لان كونه من الماء القليل يقتضي أن يكون متصلاً به من غير فصل ، لكن يخالفه في الحكم ، ففصله بفصل على حدة رعاية للمعنى ، وتبعه صاحب الدراية ، وساق ما ذكره بعينه ، ثم ذكر الاكمل كذلك ، وهذا كله لا طائل تحته ، وتشويش على المحصلين بزيادة كلام لا يتعلق بالمسائل المذكورة في هذا الباب ، على انا نقول ما كان ينبغي أن يذكروا فيه المناسبة بين هذا الفصل وبين المسألة التي ذكرت قبلها مسألة شعر الميت وعظمها ، وشعر الآدمي وعظمه ، وبين هذا الفصل وبين مسألة الماء القليل مسافة بعيدة فيها مسائل كثيرة ، فمن هذا عرفت ان الصواب ما ذكرناه .

( وإذا وقعت فى البئر نجاسة ) الكلام أولاً فى التركيب ومعاني ألفاظه ، فنقول الواو فيه تسمى واو الاستفتاح يستفتح بها كلامها مبتدأ ، وسمعت من مشايخي الاثبات

منهم الشيخ العلامة حسام الدين صنف البخاري وغيره ، ومع هـــذا لا يخرج هاهنا عن كونها عاطفة على ما قبلها ، ويكون ذكر الفصل بين المعطوف والمعطوف عليه بمعنى الذي ذكرناه مثل الجملة المعترضة ، ومعنى الوقوع السقوط ، والبئر يجمع فى القلة على أبــؤر وآبار بهمزة بعد الباء ، ومن العرب من يقلب الهمزة فيقول آبار فاذا أكثرت فهى البئار وقد بارت بئراً ، والبؤرة الحفرة . وقال أبو زيد بارت آباراً حفرت بؤره يطبخ فيها وهي الارض ، والبئيرة على وزن فعيلة وخبره قوله ( نزحت ) من نزح البئر نزحاً وهــو استقاء مائها ، يقال نزحت البئر ونزحتها لازم ومتعد ، وفى الحديث نزل الحديبية وهى نزح بالتحريك ، يعني أخذ ماؤها وإذا أخذ ماء البئر يقال بئر نزوح . وقال الاترازي قال الشارحون أي نزحت البئر اطلاقاً لاسم المحل على الحال وقالوا لان نزح النجاسة لايتم الجواب . أقول هذا تكلف ناشيء عن عدم البصر لان قوله نزحت ليس بجواب وحده بل الجواب هووما بعده من قوله .

( وكان نزح مائها طهارة لها ) لان قوله وكان عطف على قــوله نزحت أي نزحت النجاسة وكان .. الخ ، فيكون بمعنى ما قالوا من التأويل بعد التكلف بعد هو مــا قاله المصنف تصريحاً لانهم قالوا نزحت أي البئر أي ما فيها من النجاسة والماء ، وبقى قولــه – وكان ما فيها من الماء زائداً – فما أحسن قول من قال في حقهم رأى الامر يقتضى اه . قصر آخره أولاً .وقال الاكمل بل نزحت أي ماؤها بحذف المضاف بعدم الالتباس كما ان نزح العين غير ممكن ، ونزح النجاسة لا يتم جواب المسألة فتعين ما قلنا والتأنيث اعتبار للاسناد الظاهري ، لان قوله وكان نزح ما فيها دليل على ما قلنا ، فكان هذا من قبيل اطلاق اسم المحل على الحال كقولهم جرى النهر .

قلت هذا بعينه كلام السغناقي ، وأشار إليه بقوله قيل والقائل هو السغناقي قال الاكمل وفيه نظر لانه حينئذ لا يكون لاخراج النجاسة ذكر ولا تطهر البئر الا باخراجها ، وعن هذا ذهب بعض الشارحين الى ان ضمير نزحت النجــاسة وجواب اذا هو المجموع من قوله نزحت إلى قوله طهارة لها ويكون تقديره نزحت النجاسة . فكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها .

يقول أراد الاترازي بقوله اراد الشارحون – السغناقي والسكاكي وغيرهما ،ثم قوله – هذا تكلف ناشىء عن عدم تبصر .. اه – وهو بعينه عدم التبصر بيان ذلك أن قوله – نزحت – ليس بجواب وحده ، بل الجواب هو ومابعده .. اه ليس كذلك بل الجواب هو قوله نزحت ، والضمير في نزحت لا يرجع إلى قوله نجاسة بل يرجع الى البئر ،والتقدير نزح ماء البئر من قبيل جرى النهر وسال الميزاب ونزح ما فيها أفرغه عنها ، فـإذا خرج جميع ما فيها من الماء يخرج معه النجاسة بالضرورة . وقوله – وبقي – قوله – وكان نزح ما فيها من الماء زائداً – غير صادر عن تبصر ، لأن قول المصنف – فكان نزح مافيها .. اه لبيان انه لا يحتاج إلى غسل حيطانها ، واخراج ما فيها من التراب والاحجار .

ثم قول الأكمل وفيه نظر غير سديد لأن المراد من اسناد الشرح الى البئر افراغ ما فيها ، وما فيها يشمل الماء والنجاسة . وقوله – ذهب بعض الشارحين – أراد به الاترازي لأنه جعل الضمير في نزحت للنجاسة . وقوله – والتركيب والجواب .. إلخ محصل ما ذكرت وقررته ، غير أن قوله – والتقدير أن يقال نزحت النجاسة والماء – ليس مقتضى التركيب ، ومقتضاه ما قلنا ، وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها إشارة بهذا إلى أن البئر تطهر بمجرد النزح من غير توقف على غسل الحيطان ونقل الأوحال ، وقد علمت هذا ان هذا الكلام مستقل بذاته بهذا المعنى من غير اشتراك بما قبله في المعنى .

( باجماع السلف ) أراد بهم الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ، ولم أر أحداً من الشراح مع كثرتهم ودعوى بعضهم التحقيق في هذا الكتاب تعرض إلى متعلق الباء في قوله باجماع السلف ، وهي متعلقة بقوله طهارة لها ، أي للبئر ، والمعنى ان طهارة البئر التي وقعت فيها النجاسة نزح ما فيها ثبت باجماع السلف .

فإن قلت كيف إجماع السلف في هذا . قلت الاجماع من الصحابة في هذا هو ان ابن عباس رضي الله عنه أمر بنزح جميع ماء بئر زمزم حين وقع فيه زنجي وكان ذلـــك في خلافة عبد الله بن الزبير رضى الله عنه ، فلم ينكر عبد الله بن الزبير ولا أحد من الصحابة في ذلك الزمان على ابن عباس ، فوقع الاجماع منهم على طهارة البئر بالنزح ،و كذلك روى

عن علي وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما في هذا الباب على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

وأما الاجماع من التابعين فقد روي في هذا الباب عن الشعبي وابراهيم النخعي وعطاء والزهري والحسن البصري وغيرهم ، ولم ينقل عن أحد منهم خلافه فصار إجماعاً ، وسأذكر ذلك مفصلاً عن قريب إن شاء الله تعالى .

وسقط قول السروجي في شرحه وقوله بإجماع السلف وفيه نظر وبعض من لا خبرة له من أصحاب الشافعي طعن في هذا الموضوع ، وقال ما أكيس دلو أبي حنيفة حيث ميز الماء النجس من الطاهر ، وهذا في الحقيقة تشنيع على الصحابة والتابعين حيث اجمعوا على طهارة البئر بالنزح فيقال لهم ما أكيس قرعة حيث ميزت بين الحر والرقيق ، وكذلك في تعارض البينات تميز الحق من الباطل بالقرعة ، وقرعتهم هذه أكيس من دلونا .

وفي المبسوط ثم قالوا بالرأي ما هو أشد من هذا ، فقالوا في بئر فيها قلتان ، أي ماتت فيه فأرة فنزحت منها دلو ، فإن حصلت الفأرة في الدلو فالماء الذي في الدلو نجس ، والذي يبقى في البئر طاهر ، وان بقيت الفأرة في البئر فالدلو طاهر وما [1] بقي في البئر نجس ودلوهم هذا أكيس من دلونا . وقال الاترازي فيا الدلو أيدته الشافعية كيف طهرت ظاهرها من مرة دون باطنها وعكست أخرى ، وكيف طهرت البئر تارة ونجستها أخرى ، وكيف وردت الجواب بقياسها على المشنعين علينا .

( ومسائل الآبار [2] مبنية على اتباع الآثار دون القياس ) لأن القياس أحد الأمرين ، إما أن لا يطهر البئر طهارة ينتفع بها لاختلاط النجاسة بما فيها من الأوحال والحجارة والجدران ولا يمكن غسلها ، وهو قول بشر المريسي ، وإما أن لاينجس أبداً كالماء الجاري إذا نبع الماء من أسفله وكحوض الحمام إذا سقط من جانب ويؤخذ من جانب آخر لم ينجس بإدخال يد جنب فيه ، ولهذا نقل عن محمد انه قال اجتمع رأيي ورأي أبي يوسف

(١) كلمة — وما — ساقطة من الأصل — اهـ مصححة .

(٢) في المتن مفردة .

ان ماء البئر في حكم الجاري ، إلا انا تركنـــا القياس واتبعنا الآثار . ففي مصنف عبد الرزاق عن معمر قال سألت الزهري عن فأرة وقعت في البئر ، فقال ان أخرجت مكانها فلا بأس ، وإن ماتت فيها نزحت ، رواه عبد الرزاق عن معمر قال أخبرني من سمع الحسن يقول إذا ماتت الدابة في البئر أخذ منها ، وإن نفخت فيها نزحت أربعون دلواً .

وفي مصنف ابن أبي شيبة قال حدثنا وكيع قال حدثنا عبد الله بن شبرمة عن الشعبي في دجاجة ماتت في بئر قال تعاد منها الصلاة وتغسل الثياب . وقال ابن المنذر في الاشراق في الإنسان يموت في البئر تنزح كلها ، وذكر أبو عبيد ان هذا قـــول الثوري وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي في ماء معين وجد فيه ميتة لم تغير الماء قال تنزح منها الدلاء، وان غيرت ريح المـــاء وطعمها نزح بصفوف يطيب ، وكذلـــك قال الليث بن سعد ، وقال ابن القاسم عن مالك في الفأرة والوزغة يسقي حتى يطيب ، وروى قتيبة بن سعيد رحمه الله وأبو مصعب عن مالك « رح » في الفأرة والوزغة تموت في البئر قال تترف كلها ، ذكره في العارضة . وذكر في البدائع والمحيط وقاضي خان انه روي عن النبي ﷺ أنه أمر في الفأرة تموت في البئر أن ينزح منها عشرون دلـــواً أو ثلاثون . وفي المبسوط عن أنس عن النبي ﷺ .وقال السغناقي رواه أبو علي الحافظ السمرقندي باسناده .

قلت لم يثبت شيء من ذلك عن النبي ﷺ .

( فإن وقعت فيها بعرة أو بعرتان من بعر الإبل أو الغنم لم يفسد الماء ) أشار بالفـــاء التفسيرية إلى ما يجب نزحه من الماء بحيث ما يقع فيها النجاسة وما لا يجب والبعر بسكون العين وفتحها ، وعند الكوفيين فتح عين الكلمة إذا كانت حـــرف حلق قياسي ، وعند البصريين سماعي فإنه ينقل في وعد وعد والبعر للابل والغنم ، وهو يشمل الضأن والمعز ، والروث للفرس والحمار ، من راث الفرس من باب نصر . والخثي بكسر الخاء من خثى خثياً من باب ضرب .

( استحسانـــاً ) أي من حيث الاستحسان ، أو التقدير استحسن ذلك استحساناً ، فعلى الأول تميز وعلى الثاني مفعول مطلق .

والقياس ان يفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل ، وجه الاستحسان أن آبار الفلوات ليست لهـــا رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيهـــا ،

---

( والقياس أن يفسده ) أي أن يفسد الماء ( لـوقوع النجاسة في الماء القليل ) فصار كالوعاء إذا وقعت فيها بعرة أو بعرتان فإنها تنجس لعدم الضرورة وعن أبي حنيفة «رح» ان الاناء كالبئر في حق البعرة والبعرتين ، وكذا الحوض الصغير ، لامكان صون الماء عنها فإن كانت النجاسة جامدة وما وقع فيها جامد كالسمن ونحوه رميت النجاسة وما حولها وأكل الباقي ، لما روى البخاري عن ميمونة زوجة النبي ﷺ انه سئل عن فأرة سقطت في سمن قال إن كان جامداً فألقوها وما حولها وكلوا ، وان وقعت في المـــائع نجسته لحديث أبي هريرة قال سئل النبي ﷺ عن الفأرة في السمن فقال إن كان جامداً فألقوها وما حولها ، وإن كانت مائعاً فلا تقربوه . رواه أبو داود وأحمد .

ويجوز استعماله في دباغ الجلد ودهن الدواب والسفن والإستصباح ويجـــوز بيعه ، ويجب عليه البيان ، وروي فانتفعوا به . وقال البخاري رواية أبي داود وإن كان مائعاً فلا تقربوه خطأ ، والصحيح الأول يعني روايته وذكر في التوشيح وفي الشاة تبعر في اللبن بعرة أو بعرتين قال يرمى البعرة ويشرب اللبن ، وروي ذلك عن خلف بن أيوب ونصر بن يحيى ومحمد بن مقاتل الرازي لمكان الضرورة ، فإن الغنم لا تحلب من غير ان تبعر عند الحلب ، وهو يحكي عن علي رضي الله عنه .

( وجه الاستحسان ان آبار الفلوات ) جمع فلاة وهي المفازة ، ويجمع على فلاة أيضاً ، وأصل فلاة فلوة قلبت الواو الفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها والجمع يرد الشيء إلى أصله . ( ليست لها رؤوس حاجزة ) أي مانعة وقـــوع النجاسة من حجزه يحجزه حجزاً إذا منعه ، فالحجز وهو من باب نصر ينصر .

( والمواشي ) جمع ماشية وهي اسم يقع على الابل والبقر والغنم وأكثر ما يستعمل ( تبعر حولها ) أي حول الآبار خصوصاً وقت إيرادها للسقي ، وتبعر من باب بعر البعير والشاة يبعر بفتح العين وسكونها ، وهو من باب منع يمنع ( وتلقيها الريح فيها ) أي تلقى الريح البعرات حول الآبار .

فجعل القليل عفواً للضرورة ، ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر إليه في المروي عن أبي حنيفة « رح » وعليه الاعتماد

( فجعل القليل عفواً الضرورة ) أي فإذا كان كذلــــك جعل القليل من البعر عفواً لأجل الضرورة ، فلو أفسده القليل أدى إلى الحرج ﴿ ومــــا جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ٧٨ الحج ، والذي ذكره هـــو أحــــد وجهى الاستحسان . قال فى المبسوط والمفيد للاستحسان وجهان أحدهما ان فى القليل ضرورة ، ووجهاً مـــا ذكره المصنف . والوجه الثاني لم يذكره المصنف وهـــو ان البعر شيء صلب وعلى ظاهرهــــا رطوبة فى الامعاء كالغلاف له وفيها لزوجة تمنع دخول الماء فى أثنائه .

( ولا ضرورة فى الكثير ) من البعر ( وهو ) أي الكثير ( ما يستكثره الناظر ) إليه بأن يقول هذا كثير ( فى المــروي عن أبى حنيفه « رح » ) أي فى الذي روي عن أبى حنيفة « رح » .

فإن قلت الجار والجرور بماذامتعلق، وما علهما من الاعراب . قلت تعلقها بمحذوف تقديره الكثير هو الذي يستكثره الناظر المعتمد عليه فى المروى عن أبي حنيفة ،دلعليه قوله ( وعليه الاعتماد ) أي هذا المروي العمدة فى هذا الباب ، إنما قال ذلك لأن أبــا حنيفة « رح » لا يقدر شيئاً بالرأي فى مثل هذه المسائل التي لا يحتاج إلى التقدير ، ولمــا كان هذا موافقاً لمذهبه قال وعليه الإعتماد ، ولهذا قال فى البدائع وقاضى خان هـــو الصحيح وأما محلهمامن الاعراب فالنصب على الحال وذو الحال هو القدر الذى ذكرناه. وقيل الكثير أن يغطى ربع وجه الماء. وقيل لا أن يخلو دلو عن بعرة، وقال في المبسوط هو الصحيح . وقيل أن يأخذ جميع وجه الماء قيل(١) على ان الثلاث يفسده ، وهذا فاسد لأنه ذكر في الكتاب إن وقعت فيها بعرة أو بعرتان لا يفسد الماء حتى يفحش ، والثلاث ليس بفاحش هكذا ذكره في المبسوط والمحيط والمفيد . وقال الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي والأول أظهر لأن محمداً جعل الرجعة في البعرة والبعرتين لا غير ، وجعل الرطب واليابس المنكسر نجساً وان قل ، وروي الحسن ان اليابس لا ينجس الضرورة .

---

(١) وقيل الثلاث لان محمداً قال فإن وقعت .

ولا فرق بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر، والروث والخثي والبعر، لأن الضرورة تشمل الكل.

---

( ولا فرق ) في هذا الحكم ( بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر ) هذا على الوجه الذي ذكره المصنف من وجهي الإستحسان. وأما على الوجه الثاني فإنه يفرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر ( والروث والخثي والبعر ) فجعل الرطب نجساً لوجهين انه ثقيل يلتصق بالأرض، فلا يرفعه الريح فلا ضرورة فيه، يروى ذلك عن أبي حنيفة. والثاني أن رطوبة الامعاء لم تنصب عليه لعدم يبسه ذكره في النوازل والحاكم في الإشارات، والمنكسر ينجسه لدخول الماء باطنه بخلاف الصحيح.

قلنا الضرورة في المنكسر أشد لخفته. وعن أبي يوسف الروث اليابس إذا خرج من ساعته لا ينجس، والرطوبة ينجسه. وفي المحيط السرقين والروث قليلة وكثيرة رطبه ويابسة سواء، لأنه تنسقت (١) فينتشر في الماء وكان قليله كالكثير وخثي البقر قيل ينجسه وإن كان صلباً فكالبعر.

**ثم اعلم انه يفرق بين آبار الفلوات وبين آبار الأمصار قال شيخ الاسلام في المبسوط فاما إذا كان في الأمصار اختلف مشايخنا فيه قال بعضهم ينجس إذا وقع فيها بعرة أو بعرتان لأنها لا تخلو عن حائط بتابوت أو حائط، فلا يتحقق فيها الضرورة. وقال بعضهم لا ينجس اعتباراً للوجه الآخر من الاستحسان. قال شيخ الإسلام والصحيح أن الكل والنصف سواء فلا ينجسه، وذكره الحاكم الشهيد في كتابه الاشارات، فقال إن كان رطباً نجسه، وإن كان يابساً لا ينجس، والروث والخثي والبعر هذه المجرورات عطف على قوله والمنكسر، أراد أنه لا يفرق أيضاً بين هذه الأشياء، كما لا يفرق بين الرطب واليابس، والصحيح والمنكسر، وفي الخثي خلاف ما ذكرناه آنفاً.**

وفي المبسوط في روث الحمار والفرس والقليل والكثير سواء، لأنه ليس صلابه فيتداخل الماء في أجزائه فينجس وكذلك المنفتة من البعر في ظاهر الرواية، إلا انه روي عن أبي يوسف قال القليل من الروث عفو، وهو الأوجه كما ذكره الإمام المحبوبي.

( لأن الضرورة تشمل الكل ) أراد جميع ما ذكره من قوله ولا فرق .. الخ.

---

(١) هكذا في الأصل وربما أراد تشققت. اهـ مصححة.

وفي شاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين قالوا ترمي البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ، ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة ، وعن أبي حنيفة انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين ، فإن وقع فيها خرء الحمام أو العصفور لا يفسده خلافاً للشافعي « رح » وله

---

( وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين ) كلمة في في قوله وفي الشاة تتعلق بقوله قالوا والمحلب بكسر الميم آلة للحلب بفتح اللام وهو مصدر ( قالوا ) أي المشايخ ( ترمى البعرة ويشرب اللبن ) معناه لا ينجس إذا رميت قبل أن يتغير لونه . قال شيخ الإسلام في مبسوطه لا ينجس إذا رميت من ساعته ولم يبق لها لون .

( لمكان الضرورة ) لأن الغنم يتعين حلبها بلا بعر ومن عادتها انها تبعر عند الحلب ( ولا يعفى القليل ) وهو الذي يستقله الناظر ( في الإناء على ما قيل ) من قول بعض المشايخ ، وكلمة على بمعنى في ، وما مصدرية والمعنى ولا يعفى القليل في الآبار في قوله – وجاءت على بمعنى في – كما في قولهم كان كذا على عهد فلان أي في عهده .

( لعدم الضرورة ) لا مكان صون الإناء بالتغطية ( وعن أبي حنيفة « رح » انه ) أي ان الإناء ( كالبئر ) أي بمنزلة البئر في الحكم ( في حق البعرة والبعرتين ) أي في عدم تنجس الماء بالبعرة والبعرتين تسهيلاً للأمر .

( فإن وقع فيها ) أي في البئر ( خرء الحمام ) بضم الخاء وضم الراء العذرة وجمعه خروءة مثل جند وجنود ، والحمامة عند العرب ذوات الاطواق من نحو الفواخت والقماري وساق حرو القطا والوارشين وأشباه ذلك يقع على الذكر والأنثى ، لأن الهاء إنما دخلت على انه واحد من جنس لا للتأنيث ، وعند العامة الحمام هي الدواجن فقط الواحد الحمامة ويجمع على حمامات وحمائم ايضاً وربما قالوا حمام للواحدة . قال الفرزدق :

تساقط ريش غادبة وغاد ... وحماماً نقره قطط وقطارا

( أو العصفور ) بضم العين والأنثى عصفورة وقوله ( لا يفسده ) جواب ان أي لا يفسد ماء البئر ( خلافاً للشافعي « رح » ) أي خالفنا فيه الشافعي ( وله ) أي للشافعي

انه استحال إلى انتن وفساد فاشبه خرء الدجاجة ، ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد

---

« ح » يعني دليله ( انه ) أي ان خـــرء الحمام والعصفور ( استحال ) أي متحول ( إلى نتن ) هو الرائحة الكريهة ( وفساد ) هو خروجه عن الصلاحية فصار كالبول والغائط • والتحقيق فيه أن الذي يحيله الطبع من الغذاء على نوعين نوع يحيله الى نتن وفساد كالبول والغائط وهو نجس ، ونوع يحيله إلى صلاح كالبيض واللبن والعسل ، وخرء الحمام ، والعصفور من النوع الأول.

( فأشبه خرء الدجاجة ) وهو نجس بالاتفاق . وقال السروجي وكان الأنسب تقديم خرء العصفور ، لأن خرء الحمام إذا لم يفسد فالعصفور بالطريق الأولى فلا فائدة في ذكرها لكن لما كان خرؤهما طاهراً فلا فرق بينهما يقدم أيها شاء .

قلت لا فائدة في ذكر هذا الاستغناء عنه وليس فيه مزيد فائدة .

(ولنــا إجماع المسلمين على إقتناء الحمامات في المساجد ) أراد بهذا الاجماع ان الصدر الاول ومن بعدهم أجمعوا على اقتناء الحمامات في المساجد حتى المسجد الحرام ، فدل هذا الاجـماع على طهارة خرء الحمام • وفي قــوله – على إقتناء الحمامات – نظر لأن الاقتناء والاتخاذ من قولهم قنوت الغنم وغيرها قنوة ، وقنيت ايضاً وقنية إذ القنية لا للتجارة ، وإقتناء المال وغيره اتخاذه ، ولم ينقل عن أحد من الصدر الاول أو ممن بعدهم بانه اتخـذ حماماً في مسجد من مساجد الله أو في مسجد الكعبة، غاية ما في الباب انها كانت تأوي إلى المساجد ، ولم يكن أحد منهم يمنعه ويسكت عنـــه فحينئذ يكون هذا نوعاً من أنواع الاجماع السكوتي .

فإن قلت ما كان سبب سكوتهم عن هذا حتى جعل إجماعاً منهم • قلت حديـــث أخرجه الطبراني في معجمه والبزار في مسنده والبيهقي في دلائل النبوة من حديث عون ابن عمرو القيسي قال سمعت أبا مصعب المكي قال أدركت انس بن مالك « رح » وزيد ابن أرقم والمغيرة بن شعبة يتحدثون ان النبي ﷺ قـــال أمر الله تعالى شجرة ليلة الغار فنبتت في وجهي ، وأمر الله العنكبوت فنسجت فسترني الله وأمر الله تعالى حمامتين وحشيتين فوقفتا بفم الغار، وأقبل فتيان من قريش بعصيهم وهراواتهم وسيوفهم حتى إذا كانوا من

النبي ﷺ قدر أربعين ذراعاً ، فجعـــل بعضهم ينظر في الغار فرأى حمامتين بفم الغار فرجع إلى أصحابه فقال مالك لم تنظر في الغار ، قال رأيت بفمه حمامتين فعرفت انـــه ليس فيه أحد فسمع النبي ﷺ ما قال فعرف ان الله قد درأ عنه بهما ، فدعى لهما وشمت عليهن و اقرزن في الحرم ، وفرض خروجهن، وقال البزار لا نعلم روايته إلا عون بن عمر وهو بصري مشهور وضعفه العقيلي ،ويقال عون بن عمرو .

قوله — وشمت بالشين المعجمة وتشديد الميم يقال شمت فلاناً وشمت عليه ، اذا دعى له بالخير والبركة في حديث زواج فاطمة رضي الله عنها فأتاهما فدعى لهما وشمت عليهما ثم خرج .

فإن قلت لا ينعقد الاجماع إلا بدليل يوجب العلم قطعاً ولا ينعقد بخبر الواحد والقياس قلت هذا من مذهب الشيعة والقاشاني من المعتزلة وابن جريج ، ومذهب أهل السنة والجماعة الحكم بالاجماع بطريق القطع ، وكون الاجماع حجة قطعية لم يثبت من دليل ، فنسبـــه الداعي اليه بل انما ثبت من قبل ذا ان الاجماع رفعة وكرامة لهذه الامة خاصه واشد امة لحجة الله تعالى في الاحكام إلى يوم القيامة . وقال السغناقي وأصله أي هذا الاجماع حديث أبي امامة الباهلي « رض » ان النبي ﷺ شكر الحمامة فقـــال إنها أوكرت على باب الغار حتى تلست فجازاها الله تعالى بأن يجعل المساجد مأواها وتبعه على هذا صاحب الدراية ثم الاكمل في شرحيهما ، فالعجب من هؤلاء يــذكرون حديثاً ولا يعزونـــه إلى مخرجه ولا إلى حالـــه .

( مع ورود الامر بتطهيرها ) أي بتطهير المساجد والامر هو قوله عز وجـــل ﴿ان طهر بيتي﴾ ١٢٥ البقرة ، وأما الامر في الحديث فقد قال الاكمل قوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم . قلت هذا قطعة من حديث لم يذكر تمامه ولا الصحابي الذى رواه ولا من أخرجه ، وروى فيه عن عائشة وسمرة بن جندب رضي الله عنها .

أما حديث عائشة رضي الله عنها فأخرجه أبو داود والترمزي وابن ماجة في كتاب الصلاة عن هشام بن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت أمر الرسول ﷺ ببناء المساجد

واستحالته لا إلى نتن رائحة فاشبه الحمأة ، فإن بالت فيها شاة نزح الماء كله عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » لا ينزح

---

في الدور وان تنظف وتطيب . ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده .

وأما حديث سمرة فأخرجه أبو داود عن حبيب بن سليمان بن سمرة عن أبيه سليمان عن أبيه سمرة انه كتب الى ما بعد فان النبي ﷺ كان يأمرنا أن نضع المساجد في دورنا ونصلح صنعتها ونظرها وسكت عنه . وقال سفيان بن عيينة الدور القبائل ، وذكر الخطابي انها البيوت وحكى أيضاً أراد بها المحال التي فيها الدور . قلت الظاهر انه أراد بها البيوت مثله فقد ورد النهي عن إتخاذ البيوت مثل المقابر .

(واستحالته ) أي استحالة خرء الحمام و العصفور هذا جواب عن قول الشافعي «رح» انـــه استحال الى نتن وفساد وجهه ان موجب التنجيس امران النتن والفساد ، والنتن هاهنا غير موجود وهو معنى قوله ( لا الى نتن رائحة ) بـل الى فساد وانتفـــاء الجزء يستدعي انتفاء الكل .

فان قلت الفساد وحده مما يوجب التنجيس . قلنا ينقض هذا بالمني فانه قد فسد وهو طاهر عنده وسائر الاطعمة فسد بطول المكث ولاتنجس ، ولئن سلمنا ما قاله فانه سقط للضرورة .

( فاشبه الحمأة ) أي اذا كان الامر كذلك فاشبه خرء الحمام والحمأة وهو الطين الاسود في قعر البئر ، فانه منتن في الغالب مع انه طاهر والحمأة بفتح الحاء وسكون الميم وفتح الهمزة وفي آخره هاء . واما الحمأة فهو بفتح الميم ، قال الله تعالى « من حمأ مسنون » ٢٦ الحجر ، تقول منه حمأت البئر حمأ بالتسكين اذا نزحت حمأتها وحمأت البئر بالكسر حمأة بالتحريك كثرت حمأتها واحمأتها احمأ ألقيت فيها الحمأة .

( فان بالت فيها ) أي في البئر ( شاة نزح الماء كله عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) وبه قال الشافعي « رح » وأبو ثور وميمون والحسن بن أبي الحسن وحماد رحمهم الله .

( وقـال محمد لا ينزح ) وبه قال عطاء والنخعي والزهري والشعبي و الثوري ومالـــك

إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون طهوراً ، واصله ان بول ما يؤكل لحمـــه طاهر عنده نجس عندهما له أن النبي عليه السلام امر العرنيين بشرب أبوال الابل وألبانها .

---

وأحمد رحمهما الله إلا إذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهوراً لغيره ( إلا اذا غلب ) بول الشاة ( على الماء ) فحينئذ ( فيخرج من كونه طهوراً ) لغيره وأما إنه طاهر في نفسه عند محمد « رح » .

( واصله ) أي واصل الحكم في هذه المسألة ( ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده ) أي عنـــد محمد فعلى هذا قوله ، فان بالت فيه شاة من باب التمثيل لا من باب التقييد فافهم ( نجس عندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( له ) أى لمحمد رحمه الله ( انه ) أي أن النبي ﷺ ( أمر العرنيين بشرب أبوال الابل وألبانها ) هذا الحديـــث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم ، فالبخاري ومسلم في الصلاة وأبو داود وابن ماجة رحمهما الله في الحدود والترمذي في الطهارة والنسائي في تحريم الدم كلهم من حديث انس رضي الله عنه ان اناساً من عرنية اصيبوا بالمدينة فوصف لهم رسول الله ﷺ ان يأكلوا ابـــل الصدقة فيشربو من البانها وأبوالها فقتلوا الراعي واستاقوا الذف فأرسل رسول الله ﷺ فأسرهم فأتى بهم وقطع ايديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم بالحرة يعضون الحجارة .

ولفظ أبي داود والترمزى والنسائي وأمرهم ان يشربوا من البانها و أبوالها . وفي لفظ البخارى عن أنس قال قدم أناس من عكل أو عرنية اجتووا المدينةفأمر لهم النبي ﷺ بلقاح أن يشربوا من أبوالها و البانها فانطلقوا فلما صحوا قتلوا راعي النبي ﷺ واستاقوا الابل فجاء الخبر في أول النهار فبعث في آثارهم ، فلما ارتفع النهار جيء بهم فأمر بقطعهم وأرجلهم وسمرت أعينهم فقالوا في الحرة يستسقون فلا يسقون نقول وجـــه الاستدلال بتسويته عليه السلام بين لبنها وبولها ، وتقديم بولها على لبنها مع انه عليه السلام لا يأمـــر بشرب النجس ، فإن كان بول ما يؤكل لحمه نجساً لما أمرهم بشربه .

فإن قيل لعله أمر بذلك للشفاء والضرورة . قلنا لا شفاء في النجس المحرم يدل عليه ما رواه الطحاوي مرفوعاً أنه عليه السلام قال في الخمر ذلك دواء ليس بشفاء ، وعن بن

مسعود رضي الله عنه ما كان الله ليجعل في رجس أو فيما حرمه شفاء وأخرجه الطحاوي.

وقوله ـ عرنية ـ بضم العين المهملة وفتح الراء والنون بينهما ياء آخر الحروف ساكنة قال الجوهري عرنية بالضم اسم قبيلة . ورهط من العرنيين ارتدوا فقتلهم النبي ﷺ . قلت هو تصغير عرنية وهو بحذاء عرفات . والعرنيون جمع عرني ، وكان قياس العرنيون بالياء بعدها الواو ، ولكنها حذفت كما في قولهم الجهنيون ، والقياس الجهينيون لأن ياء فعيلة تحذف في النسبة كما يقال جهني في جهينة ، وكذلك ياء فعيلة كحنيفة يقال في النسبة حنفي . وفي القياس حنفي . العكل بضم العين وسكون الكاف اسم قبيلة .

قوله ـ اجتووا المدينة بالجيم أي استوجبوها ، افتعال من الجوى تقول جويت نفسي إذا لم توافقك ، واجتويته إذا كرهت المقام معه وبه ، وان كنت في نعمة هكذا ذكره الجوهري . قال السروجي وهذ لا يناسب الحديث . وقال أبو الحسن في شرح البخاري أجويت البلاد اذا كرهتها ، وان وافقك في الحديثة بدنك .

قلت هذا مثل الاول قوله بلقاح اللقاح جمع لقوح وهي الناقة اللبون الحديثة العهد بالولادة التي يكثر لبنها . والذود بفتح الذال المعجمة وسكون الواو وفي آخره دال مهملة وهو من الابل ما بين الثلاث الى التسع وقيل ما بين الثلاث إلى العشرة واللفظة مؤنثة ولا واحد لها من لفظها كالنعم . وقال أبو عبيد الذود من الاناث دون الذكور .

وقوله بالحرة بفتح الحاء المهملة وتشديد الراء وهي في الاصل الارض ذات الحجارة السود، والمراد هاهنا حرة المدينة وهي أرض فيها حجارة سود كبيرة ، وتجمع على حرر وحرار وحرات وحرار وهو من الجموع النادرة . وقيل ان واحد احريرا حرة .

قوله ـ وسمر أعينهم ـ أي أحمى لهم مسامير الحديد ثم كحلهم بها . ويروى سمل أعينهم باللام موضع الراء أي فقاها بحديدة محماة أو غيرها وقيل نقرها بالشوك وهو معنى التمر

( ولهما ) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( قوله ﷺ استنزهوا عن البول فإن عامة عذاب القبر منه ) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة رضي الله عنهم ، عن أنس

رضى الله عنه أخرجه الدارقطني من حديث قتادة عنه قال قال رسول الله ﷺ تنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر منه . ثم قال المحفوظ مرسل ، وفى رواية أبي جعفر الرازي وهو متكلم فيه بعد ابن المـــديني كان يخلط ، وعن أحمد ليس بالقوي ، وعن أبي زرعة يهم كثيراً .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال استنزهوا .. الخ مثل لفظ الكتاب رواه الدارقطني أيضاً ورواه الحاكم فى مستدركه من طريق أبي عوانة عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ أكثر عذاب القبر من البول ، وقـــال حديث صحيح على شرط الشيخين ، ولا أعرف له علة ولم يخرجاه .

وعن ابن عباس رضى الله عنهما من حديث مجاهد عنه أن رسول الله ﷺ قال ان عذاب القبر من البول فتنزهوا منــــه . رواه الطبراني فى معجمه والدارقطني والبيهقى وكلهم سكتوا عنه .

وروى البزار عن عبادة بن الوليد عن أبيه عن جده قال سألت رسول الله ﷺ عن البول فقال إذا أمسكتم منه شيئاً فاغتسلوه فإني أظن أن منه عـــذاب القبر . وفيه الاستدلاله به انه عليه السلام أمر باستنزاه البول من غير فصل ، والأمر للوجوب ،ولأن البول محلى بالألف واللام فيعم جميع البول ، ويروى — عن البول — مكان — من البول— وفى المغرب وأمـــا قولهم استنزهوا من البول فقال تاج الشريعة فى شرحه تنزهوا عنه البول . يقال تنزه عن الأقذار إذا انصرف عنها واجتنبها ، وأما الاستنزاه فلم يوجد فى قوانين اللغة ، فإن صح ما روي فوجهه ان استفعل فعل يشاركــــه تفعل نحو استكبر واستقدم بمعنى تكبر وتقدم .

قلت قد بينا الآن أن لفظ الدارقطني تنزهوا ، وقوله ان استفعل قد يشارك تفعل ، معناه ان من جملة معاني استفعل تفعل وأصل هذا الباب للطلب ، ومعناه نسبة الفعل إلى فاعله لإرادة تحصيل المشتق هو منه ، ولا يعني أن يكون استفعل ههنا على بابه والمعنى اطلبوا التنزه من البول .

فإن قلت المعنى الذي ذكرته لا يتأتى هاهنا . قلت هو يكون صريحاً نحو استكتبه اى طلب منه الكتابة ، وقد يكون تقديرا نحو استخرجت الزيــد من الحائط ، فليس هاهنا طلب صريح ، بل المعنى لم أزل أتلف وأتحيل حتى خرج ونزل ذلك منزلة الطلب هاهنا كذلك فافهم . وقال الأكمل رحمه الله ومما يؤيده أي ومما يؤيد ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ما روى أن رسول الله ﷺ شيع جنازة سعد بن معاد وكان يمشى على رؤوس الأصابع من زحام الملائكة التى حضرت للصلاة عليه ، فلما وضع فى القبر ضغطته الأرض ضغطة كادت أضلاعه تختلف ، فسئل رسول الله عليه السلام عن سببه ، فقال انه كان لا يستنزه من البول .

وقال تاج الشريعه لما توفى سعد بن معاد رضي الله عنه تولى رسول الله عليه السلام دفنه ، فلما فرغ خرج من قبره متغير اللون وقــال الله تعالى أكبر لا إلـــه إلا الله والله أكبر لو نجى أحــد من ضغطة القبر لنجى سعد بن معاذ ، ولقد رأيت القبر ضمه حتى سمعت صوت أعضائه . قال الراوى كان قميص رسول الله ﷺ منخرقا فسئل عن ذلك فقال ان سبعين من الحور العين تعلقن بي . وقالت كل واحدة منهن زوجني من سعد ، ثم سئل النبي عليه السلام عن سبب هذه الضغطة فقال انه كان لا يستنزه عن البول .

قلت كل من الحديثين لم يذكره أحد بهذه الألفاظ ، بل روى الامام أحمد « رح » من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال ، لما دفن سعد ونحن مع رسول الله ﷺ سبح رسول الله ﷺ فسبح الناس معه ثم كبر فكبر الناس معه ، فقالوا يا رسول الله لم سبحت قال لقد تضايق على هذا العبد الصالح قبره حتى فرج الله عنه .

وروى البزار باسناد جيد من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لقد هبط يوم مات سعد بن معاذ سبعون ألف ملك إلى الارض لم يهبطوا قبل ذلك ولقد ضمه القبر ضمة ثم بكي نافع وكانت وفــاته بعد انصراف الاحزاب بنحو من خمس وعشرين ليلة ، وكان قــدوم الأحزاب في شوال سنة خمس ، فأقامـــوا قريباً من شهر وذكر في المبسوط في قوله انه كان لا يستنزه ، لم يرد به بول نفسه ، فإن من لا يستنزه منه

لا تجوز صلاته ، وإنما أراد أبوال الإبل عند تعالجها . وذكر السفناقي هـذا في شرحه ثم أخذ عنه الأكمل .

قلت يؤيد ذلك ما رواه البيهقي حدثنا أبو عبد الله الحافظ أخبرنا أبو العباس رضي الله عنه حدثنا أحمد بن عبد الجبار حدثنا موسى بن بكير عن ابن اسحاق حدثني أمية بن عبد الله أنه سأل بعض آل سعد ما بلغكم من قول رسول الله ﷺ في هذا ، فقالوا ذكر لنا ان رسول الله ﷺ سئل عن ذلك فقال كان يقص في بعض الطهور من البول ، وكان سعد كبير الأوس . وكان حامل لوائهم يوم بدر ومعالجة الابل وطبقة الغلمان .

وقال السفناقي وجه مناسبة عذاب القبر مع ترك استنزاه البول هو ان القبر أول منزل من منازل الآخرة ، والطهارة أول منزل من منازل الصلاة ، والصلاة أول ما يحاسب به العبد كما جاء في الحديث ، وكانت الطهارة أول ما يعذب بتركها في أول منزل من منازل الآخرة وليس ذلك إلا القبر .

( ولأنه ) أي ولأن بول الشاة ، هذه إشارة إلى دليل معقول وهو ان بول ما يؤكل لحمه ( يستحيل إلى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه ) والاستحالة إلى النتن والفساد حقيقة النجاسة ، وقد مضى عن قريب تفسير النتن والفساد .

فإن قلت قد اتفقوا على لعاب ما يؤكل لحمه وعلى طهارة عرقه ، فوجب أن يكون بوله مثلهما . قلت هذا يبطل بالآدمي فإن ريقه وعرقه طاهران ، وبوله نجس باجماع المسلمين ، نقل الإجماع ابن المنذر ، وبول الكبير والصغير سواء عند سائر العلماء ، إلا ما يروى عن داود ان بول الصغير طاهر ، وأمـــا بول باقي الحيوانات التي لا يؤكل لحمها فينجس عند العلماء قاطبة كالأئمة الأربعة وغيرهم ، إلا ما نقل عن النخعي انه طاهر وحكى ابن حزم عن داود ان الأبوال والاوراث طاهرة من كل حيوان إلا الآدمي وهذا في نهاية الفساد .

( وتأويل ما روي انه ﷺ عرف شفاءهم فيه وحياً ) هذا جواب عن الحديث الذي احتج به محمد . قوله تأويل مرفوع بالإبتداء مضاف إلى قوله ما روي ويجوز الوجهان في

رواية أحدهما أن يكون صيغة معلوم أي تأويل ما رواه محمد رحمه الله . والثاني أن يكون صيغة مجهول أي تأويل ما روي في الحديث المذكور ، وقوله أنه خبر المبتدأ أي ان النبي ﷺ عرف شفاءهم أي شفاء العرنيين فيه ، أي في بول الابل وحياً ، أي من حيث الوحي وهو نصب على التمييز . فإذا كان من حيث الحكم يكون حكماً ولا يوجد مثله في زماننا فلا يحل شربه لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض من الحرمة .

وقال السغناقي أيضاً في حديث أنس رضي الله عنه فقد ذكر قتادة عن أنس انه رخص لهم في شرب ألبان الإبل ، ولم يذكر الأبوال ، وإنما ذكره في حديث حميد عن أنس فإذا دار بين أن يكون حجة وبين أن لا يكون سقط الإحتجاج به وتبعه الأكمل على ذلك و كذلك صاحب الدراية .

قلت هذا كلام واه جداً ، فإن البخاري قال حدثنا مسدد وحدثنا يحي عن شعبة حدثنا قتادة عن أنس أن أناساً من عرينة اجتووا المدينة .. الحديث وفيه فيشربوا من ألبانها وأبوالها ، وقد ذكرناه عن قريب ، أخرجه البخاري في آخر الزكاة ، وروى الزكاة في باب المحاربة وفيه من أبوالها وألبانها وهذا عن أبي قلابة عن أنس رضي الله عنه . وقال في آخر حديث قتادة عن أنس تابعه أبو قلابة وحميد وكاتب عن أنس رضي الله عنه فإذا كان كذلك فكيف يقول هؤلاء ذكر قتادة عن أنس انه رخص لهم في شرب ألبان الإبل ولم يذكر الأبوال ، وفي إحدى روايات البخاري ذكر الأبوال ثم الألبان ، وفي الأخرى بالعكس ، وفي رواية تقديم الأبوال ما يوهم تأكيد إباحة شرب بول ما يؤكل لحمه .

وقال الأكمل رحمه الله وقيل انه منسوخ ، ولم يبين ذلك ، وجهه انه كان في أول الإسلام ثم نسخ بعد أن نزلت الحدود ، ألا ترى ان فيه قطع الأيدي والارجل وتسميل الاعين لكونهم ارتدوا ، كما أشار إليه أبو قلابة في رواية الحديث عن أنس رضي الله عنه بقوله – لكونهم قتلوا وسرقوا وحاربوا الله ورسوله وسعوا في الارض فساداً – ولم يكن جزاء المرتد إلا القتل ، فعلم ان إباحة البول كالمثلة .

ثم عند أبي حنيفة « رح » لا يحل شربه للتداوي ، لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة . وعند أبي يوسف « رح » يحل للتداوي للقصة ، وعند محمد « رح » يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده

---

( ثم عند أبي حنيفة « رح » لا يحل شربه ) أي شرب بول الغنم ( للتداوي ) أي لاجل التداوي ( ولا غيره [1] ) أي ولا لاجل غير التداوي ( لانه ) أى لان الشأن ( لا يتيقن بالشفاء فيه ) أى في شربه للتداوى ( فلا يعرض عن الحرمة ) أى فإذا كان كذلك فلا تعرض عن كون شربه حراماً إلا بتيقن الشفاء فلا يوجد ذلك ، والمرجع إلى ذلك بقول الاطباء وقولهم ليس بحجة قطعية ، فيجوز أن يكون شفاء لقوم دون قوم لاختلاف الامزجة .

( وعند أبي يوسف « رح » يحل ) أى يحل شربه ( للتداوى ) لانه لو كان حراماً مطلقاً لما أحله بالحديث وهو ان الله تعالى لم يجعل الشفاء في الحرام ( للقصة ) يعني قصة العرنيين التي دلت على إباحة شرب بول الابل لاجل التداوى .

(وعند محمد يحل للتداوى وغيره ) أى يحل شربه لاجل التداوى ولغير التداوي أراد انه سوى بينه وبين اللبن ، وقوله منقوض بلبن الاتان فإنه طاهر بالاتفاق ولا يحل شربه ، وفي الملتقط لبن الاتان وعرقها وشحمها ولحمها بعد الذبح طاهرة بالاتفاق ، إلا أنها لا تؤكل ، ثم من أصحابنا من منع الانتفاع بلحمها وشحمها كالاكل ، ومنهم من جوزه كالزيت يخالطه دهن الميتة ، والزيت غالب ينتفع به ولا يؤكل ، وإذا لم يجز التداوى بلبن الاتان باتفاق أصحابنا فبالخمر أولى ، لان لبنها طاهر بالاتفاق والخمر نجس باجماع المسلمين ، إلا ما حكى القاضي أبو الطيب عن ربيعة وداود انهما قالا بطهارتها واعتبرها بالنبات القاتل .

قال النووى ولا يظهر من الآية دلالة ظاهرة على نجاسة الخمر لان الرجس عند أهل اللغة القذر ولا يلزم منه النجاسة ، وكذا الامر بالاجتناب كما في أجزائها في الآية ، قال

---

(١) غير مذكورة في المتن . اهـ مصححة .

وان ماتت فيها فأرة أو صعوة[1] أو عصفورة أو سودانية أو سعوة أو سام ابرص نزح منها عشرون دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو او صغرها

---

وقول صاحب المهذب لانه يحرم تناوله من غير ضرر فكان نجساً كالدم ولا دلالة فيه لوجهين ، أحدهما أنه ينتقض بالمخاط عند الكل والمني عند الشافعي « رح » . والثاني العلة مختلفة فلا يصح القياس عليه لان المنع من الدم من استخباثه ، ومن الخمر كونه سبباً للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة . وقال الغزالي يحكم بنجاستها تغليظاً وزجراً عنها قياساً على الكلب وما دبغ فيه .

قلت قد انعقد الاجماع على نجاستها وداود لا يعتبر خلافه في الاجماع ولا يصح ذلك عن شريعة .

( وإن ماتت فيها ) أى في البئر ( فأرة أو عصفورة ) بضم العين قال الجوهرى العصفور طائر والانثى عصفورة ( أو صعوة ) هي عصفورة صغيرة حمراء الرأس ، وقال المطرزى الصعو صغار العصافير الواحدة . قلت ويجمع على صعاء فرائضاً ( أو سودانية ) هي طويلة الذنب على قدر قبضة ، ويسمى العصفور الاسود وقيل الزرزور الاسود وأكلها العنب والجراد ( أو سام أبرص ) هو من كبار الوزغة وجمعه سوام أبرص .

ولم يتعرض أحد من الشراح فيما رأيته إلى إعراب هذا فهو معرفة إلا انه تعريف جنس وهما اسمان جعلا واحداً ، وإن شئت أعربت الاول وأضفته إلى الثاني ، وإن شئت بنيت الاول على الفتح واعربت الثاني باعراب ما لا ينصرف ، وتقول في تثنية هذا ساماأبرص ، وفي الجمع سوام أبرص ، وإن شئت قلت هؤلاء السوام ولا تذكر أبرص ، وإن شئت قلت هؤلاء البرصة والابارص ولا تذكر سام ، قال الشاعر :

والله لو كنت بهذا خالصاً ... لكنت عبداً يأكل الابارص

ويسمى بالفارسية سمار .

( نزح منها ) أى من البئر ( عشرون دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها ) يجوز

---

(١) كلمة ـ أو صعوة ـ ساقطة من المتن والصحيح اثباتها كما في شرح فتح القدير اه مصححة .

**يعني بعد إخراج الفأرة ، لحديث أنس رضي الله عنه انه قال في الفأرة إذا ماتت في البئر وأخرجت من ساعته ينزح منها عشرون دلواً أو ثلاثون**

---

في سين حسب الفتح والسكون والقدر وكبر الدلو بكسر الكاف وفتح البـاء ، والصغر بكسر الصاد وفتح الغين ، وقيل قدر الصاع كبير وما دونه صغير ، فإذا نزح بـالكبير ينقص ، وإن نزح بالصغير يزداد . وقيل الكبير عشرة أرطال ذكره الاسبيجابي . وقيل الكبير ما زاد على الصاع والصغير دون الصاع والوسط الصاع ، ولو نزح بدلو عظيم مرة واحدة قدر عشرين دلواً أو أربعين دلواً جاز . وقال زفر « رح » لا يجوز وهـو رواية . والدلو مؤنثة واحدة الدلاء ، والدلاء بالفتح واحدة دلاو .

( يعني بعد إخراج الفأرة ) أشار بهذا إلى ان المنزوح إنما يكون معتبراً إذا كان بعد إخراج الفأرة لان سبب نجاسة البئر حصول الفأرة فيها الميتة فلا تحكم بالطهارة مع بقاء السبب الموجب للنجاسة .

( لحديث أنس رضي الله عنه انه قال في الفأرة إذا مـاتت في البئر وأخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلواً أو ثلاثون ) لم يذكر هذا في كتب الاحاديث المشهورة ، غير أن السغناقي ذكر في شرحه رواه أبو علي الحافظ السمرقندي بإسناده ، ولكن فيه عن أنس عن النبي ﷺ انه قال .. الخ . وتبعه الاكمل في ذلـك حيث نقله في شرحـه هكذا ، وقال صاحب الدراية كذا أمر النبي عليه السلام بذلك في رواية أنس رضي الله عنه . وأمـا الاترازى فإنه لم يذكره أصلا ، وقـال الشيخ علاء الدين روى الطحاوى هـذا الاثر بطرق .

قلت فإن كان مراده أنه رواه في معاني الآثار فليس له وجود فيه ، وإن كان في غيره فالبيان على مدعيه ، وعن قريب نذكر وجه قول المصنف عشرون دلواً إلى ثلاثين دلواً ، وكذا وجه التردد في الاثر وعشرون دلواً أو ثلاثون .

فروع . عن أبي يوسف رحمه الله في الفأرة إلى أربع فأرات عشرون دلواً ، وفي الخمس إلى التسع أربعون دلواً ، وفي العشر ينزح ماء البئر كله . وعن محمد في الفأرتين عشرون وفي الثلاث أربعون ، وإن كان هيئة الفأر كهيئة الدجاج ينزح أربعون وإذا فرت الفأرة

من الهرة أو كانت بها جراحة أو قطع ذنبها ينزح جميع مائها سواء أخرجت حية أو ميتة ، وفي النوادر هرة أخذت فأرة فوقعت في البئر ولم يخرجها وماتت الفأرة وخرجت الهرة حية ينزح عشرون ، وإن ماتت الهرة وخرجت الفأرة حية ينزح أربعون ، وإن خرجتا حيتين لا ينزح شيء إلا على القول بأنها تبول من الخوف ، وإن صب الدلو الاخير في بئر طاهرة ينزح دلو ، وفي الثاني تسعة عشر دلواً ولو ماتت في كل واحدة منهما فأرة فينزع من احداهما عشرون ، وصب في الاخرى ينزح من الاخرى عشرون ، ولو ماتت فأرة في بئر ثالثة فنزح من الاولين أربعون فصب في الثلاث ينزح أربعون ، وإن صب فيها من إحدى البئرين عشرون ومن الاخرى عشر ينزح ثلاثون .

وفي شرح مختصر الكرخي لو صب دلو العاشرة في بئر طاهرة فينزح منها عشر دلاء في رواية أبي سليمان . وفي رواية أبي حفص إحدى عشرة دلواً وهو الاصح ، وبعضهم وفق فقال عشر سوى المصبوبة ، وإحدى عشرة مع المصبوبة وفي الذخيرة عن أبي يوسف « رح » فإن ماتت في جب وصب ماؤه في بئر ينزح ماء الجب وثلاثون وعنه وعشرون ، وعن محمد ينزح الأكثر من المصبوب ولو وجب نزح عشرين فنزح عشر فبعد الماء ثم نبع نزح عشرة عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « رح » لا يحتاج إلى نزح شيء آخر .

( والعصفورة ونحوها تعادل الفأرة في الجثة فأخذت حكمها ) أي حكم الفأرة ، وأشار بهذا إلى أن الأثر الذي ذكره وإن كان ورد في الفأرة يشمل كل حيوان قدر الفأرة فيأخذ حكمها ، فيجب عشرون دلواً إلى ثلاثين .

فإن قلت مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار والنص ورد في الفأرة والدجاجة والآدمي فيس بما عاد بها . قلت بعد ان استحكم هذا الأصل صار كالذي يبنى على وفاق القياس في حق التفريع عليه كما في الاجارة وسائر العقود التي يأبى القياس جوازها ، هكذا قرره في المستصفى ، والمختارة والأولى أن يقول هذا الإلحاق بطريق الدلالة لا بالقياس .

( ثم العشرون بطريق الإيجاب والثلاثون بطريق الاستحباب ) أى العشرون من الدلاء في الفأرة إنما يتعلق بالإيجاب ، فالزيادة عليه إلى الثلاثين بطريق الاستحباب ، وإنما فعل ذلك لاختلاف الروايات فيه متعددة ، فروى قيس أن علياً رضي الله عنه قال في بئر وقعت فيها فأرة فماتت قال ينزح ماؤها ، رواه الطحاوى باسناد صحيح .

وروى عبد الرزاق في مصنفه مايخالف ذلك فقال حدثنا ابراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً رضي الله عنه قال إذا سقطت الفأرة في البئر فتقطعت نزح منها تسعة دلاء ، فإن كانت الفأرة كهيئتها لم تقطع ينزع منها دلواً ودلوان ، فإن كانت ميتة أعظم من ذلك فلينزع من البئر ما يذهب الريح وروى عبد الرزاق عن معمر أخبرني من سمع الحسن يقول إذا ماتت الدابة في البئر أخذنا منها وان تفسخت فيها نزحت .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي عيينة عن ليث عن عطاء قال إذا وقع الجرذ في البئر نزح منها عشرون . والجرذ بضم الجيم وفتح الراء (١) وفي الآخر ذال معجمة وهو الذكر الكبير من الفأر ، وجمعها الجرذان . وروى أيضا عن حفص عن عاصم عن الحسن في الفأرة تقع في البئر قال يسقى منها أربعون دلواً .

وروى يوسف بن مالك عن ابن عباس في الفأرة أربعون فلما وقع هذا الإختلاف اختار أصحابنا قول من يقول بالعشرين التي هي الوسط بين القليل والكثير ، ثم زادوا عليه مقدار نصفه بطريق الاستحباب لأجل الإحتياط . وقال الأكمل وفيه نظر لأن هذا المعنى موجود في الثلاثين فلم يتعين عشرون للوجوب .

قلت في نظره لأن هذا المعنى موجود نظر لأنهم اختاروا الوسط الذي هو خير الامور ولم يرد عن أحد ستون دلواً حتى يتعين الثلاثون ، ثم قال الاكمل والأولى ما قيل أن الستة جاءت في رواية أنس بن مالك رضي الله عنها عن النبي ﷺ انه قال في الفأرة .. الحديث وقد مر عن قريب وأو لأحد الشيئين وكان الاقل ثابتاً بيقين وهو معنى الوجوب

---

(١) في الاصل – الواو – والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححة .

**فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين . وفي الجامع أربعون أو خمسون وهو الأظهر**

---

والاكثر يؤتى به لئلا يترك اللفظ المروي ، وإن كان مستغنى عنه في العمل وهو معنى الاستحباب .

قلت مستنده فيما قاله الحديث المذكور وهو غير ثابت ولا هو موجود عند أهله فمن أين يأتي الاولوية ، ثم قال – وأولا حد الشيئين – قلنا نعم ولكن ما بينه هل هي للشك أو للتنويع حتى يبني عليه ما ذكره . وقال تاج الشريعة قيل شك الراوي في لفظ الحديث فاكتفى في حكم المسألة بلفظ الحديث المروي في الباب توفيقاً للزيادة على الشرع أو النقص منه .

قلت فعلى هذا ينبغي أن يكون الثلاثون واجباً على ما لا يخفى .

( فإن ماتت فيها ) أي في البئر ( حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين ) فهذا يشير إلى انه نزح بعد الاربعين دلواً أو دلوين أو ثلاثة إلى أن ينتهي إلى ستين كان يكفي ، أما الدليل على نفس الاربعين فما رواه الطحاوي عن أبي بكر حدثنا أبو عامر العقدي قال حدثنا سفيان عن ذكريا عن الشعبي في الطير والسنور ونحوهما يقع في البئر ينزح منها أربعون دلواً ، ومن جملة ما بين أربعين إلى ستين خمسون دلواً ، لان الزيادة على الاربعين غالباً يكون رأس عقدة وهو الخمسون ، والدليل عليه ما رواه الطبراني حدثنا ابن خزيمة قال حدثنا حجاج قال حدثنا حماد بن سلمة عن حماد بن أبي سليمان انه قال في دجاجة وقعت في البئر فماتت قال ينزح منها قدر أربعين درهما دلواً أو خمسين ثم يتوضأ منها .

وأما الدليل على الستين فما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه قال حدثنا هشيم عن عبدالله ابن سيرة عن الشعبي انه قال يدلي منها سبعين دلواً يعني من الدجاجة والستون داخل في السبعين . قوله – يدلي – من دلوت الدلو نزعتها .

( وفي الجامع الصغير أربعون أو خمسون ) أراد بهذا الجامع الصغير المنسوب إلى محمد ابن الحسن رحمه الله ( وهو الاظهر ) أي ما ذكر في الجامع الصغير هو الاظهر في المذهب

لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة إذا ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلواً . هذا لبيان الايجاب ، والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستسقي بـــه منها ، وقيل دلو يسع فيه صاع ، ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلواً جاز لحصول المقصود

---

لانه آخر تصانيف محمد رحمه الله ، فيكون القول المذكور فيه هو المرجوع إليه .

( لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه انه قال في الدجاجة إذا مـــاتت في البئر ينزح منها أربعون دلواً أو خمسون ) ذكر المصنف هذا كما يروى موقوفاً ، وذكر في مبسوط فخر الاسلام مرفوعاً وتبعه على هذا صاحب الدرايـــة ، وليس له أصل بل ذكره الطحاوي هكذا عن حماد بن أبي سليمان وقد ذكرناه عن قريب .

( والاربعون بطريق الايجاب ، والخمسون بطريق الاستحباب ) قلت هذا إنما يتأتى إذا كانت كلمة أو للشك على ما لا يخفى . وفي البدائع وغيره أراد بـأو أن الاقل بطريق الوجوب والاكثر بطريق الاستحباب دون التخيير إذ التخيير بين القليل والكثير لا يعتبر مع اتحاد المعنى . وقيل إنما قـــال ذلك لاختلاف الحيوان في الصغر والكبر ، ففي الصغير ينزح الاقل ، وفي الكبير ينزح الاكثر ، وفي رواية الحسن عنه جعله على خمس مراتب ، ففي الجملة وهو القراد العظيم وولد الفأرة ونحوها عشر دلاء ، وفي الفأرة والعصفور ونحوها عشرون ، وفي الحمامة والفاختة ونحوهما ثلاثون ثلاثون ، وفي الدجاجة والسنور ونحوهما أربعون ، وفي الآدمي والشاة ونحوهما ماء البئر كله ذكره في المبسوط والمحيط والبدائع والينابيع . وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله انهما جعلاها على ثلاث مـــراتب في الجملة ، والفأرة عشرون ، وفي الحمامة والورشان أربعون ، وفي الآدمي والشاة كلها .

فإن قلت قد قام ان تبتنى مسائل الآبار على الآثار دون القياس والرأي ، وما ذكرتم لا لا يخلو عن رأي . قلت المقادير بالرأي إنما يمتنع في الذي يثبت لحق الله تعالى دون المقادير التى ترد بين القليل والكثير ، فإن المقادير في الحدود والعادات لا مدخل للرأي فيها أصلا وكذا ما يكون بتلك الصفة . وأمـــا الذي يكون من باب الفرق بين القليل والكثير فيما

يحتاج اليه فللرأي فيه مدخل ، ولما عرف في آثار الصحابة حكم طهارة البئر في الفصول كلها مع اختلاف الأقوال عنهم وعن غيرهم من التابعين في القليل والكثير من النزح ، صار ذلك من باب الفرق ، فدخل فيه الرأي لاختيار عدد دون عدد (١) صفة القضية ألا ترى أن محمداً رحمه الله حكم في البئر المعين بمائتي دلو إلى ثلثماية ، بناء على كثرة المـــاء في آبار بغداد ، فهذا رأي ولكنه عن دليل ، وذلك لأن الشرع لما أمرنا باخراج جميع مـا فيها صار الواجب نزح ذلك الماء الذي وقعت فيه النجاسة ، وغالب مياه الآبار لا تزيد على مائتي دلو فينزح ذلـــك المقدار يحصل المطلوب ، وأما قوله – إلى ثلاثمائة فللاحتياط في بـاب الطهر .

( وان ماتت فيها شاة أو آدمي أو كلب نزح جميع ما فيها من الماء ) أي هذا حكمها في الموت ، فإن خرجت بالحياة ، فإن كان نجس العين كالخنزير ينجس الماء ، فإنـــه كالدم والبول .

واختلفوا في الكلب بناء على نجاسة عينه وعدمها ، والاصح أنه لاينجسه اذا لم يصل فيه إلى المـاء . وفي الذخيرة لو خرج من البئر حيالجسها عندهما.وعن أبي حنيفة « رح » لا بأس به ، وإن كان آدمياً وخرج حياً ولم يكن ببدنه نجاسة حقيقية أو حكمية لاينزح في ظاهر الرواية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » انه ينزح عشرون دلواً وإن كان كافراً ينزح ماؤها ، يروى عن أبي حنيفة « رح » لأن بدنه لا يخلو عن نجاسة حقيقيـة أو حكميه ، حتى لو اغتسل ثم وقع في الماء فخرج من ساعته لا ينزح .

وأما سائر الحيوانات فإن علم أن ببدنه نجاسة نجس الماء وإن لم يعلم قيام النجاســة بمخرجه أو غيره من بدنه اختلف المشايخ فيه ، قيل العبرة لاباحة الأكل وحرمته إن كان مأكول اللحم لا ينزح شيء لطهارته ، وان لم يكن مأكولا ينجس ، وقيل والعبرة بسؤره ان كان نجساً نجس المـاء ، وان كان مكروهاً يستحب ان ينزح عشـــر دلاء ، ولو كان

(١) كلمة غير واضحة في الأصل .

مشكوكاً فيه ينزح كله والماء مشكوك فيه . وفي التحفة الصحيح انه لايصير مشكوكاً فيه وكذا في المحيط والمقيد وعن أبي الليث رحمه الله في خزانة ينزح ماء البئر كله في البغل والحمار والكلب و الخنزير والفهد والنمر والاسد والذئب وكل ذي ناب من السباع وان أخرج حياً . وفي المحيط في الحيوان الذي لايؤكل لحمه كسباع الطير والوحش الصحيح انه لا ينجس الماء .

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الابل والبقر ينجسان الماء لبقاء النجاسة في افخاذهما ، غير ان عند ابي حنيفة « رح » ينزح عشرون ، وفي الشاة عشر لأن نجاسة بولها حقيقية . وعند ابي يوسف « رح » ينزح كلها لاستواء الخفيفة والغليظة في الماء . وقيل لاينزح شيء ذكره في الينابيع . وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي أن في الحيوان المكروه السؤر كالسنور والدجاجة المخلاة والصقر والباز والفأرة والحية والعضارة ، في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ينزح منها دلاء على وجه الاستحباب ، وكذا في الفرس والبرزون .

وأما النجس كالخنزير والكلب والسباع والحمار والبغل ينزح جميع الماء منه ، وإن لم يمت ( لما روي ان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم ) أما الذي روى عن ابن عباس رضي الله عنه فأخرجه ابن ابي شيبة في مصنفة حدثنا عبد الله بن القوام عن سعيد بن أبي مخرمة عن قتادة عن ابن عباس ان زنجياً وقع في زمزم فمات فانزل إليه رجلا ثم قال انزحوا ما فيها من الماء .

وأخرج عبد الرزاق في مصنفة عن معمر قال سقط رجل في زمزم فمات فيها فأمر ابن عباس ان تسد عيونها وتنزح ، قيل له ان فيها عيناً قد غلبتنا ، قال انها من الجنة فأعطاهم مطرفاً من عنده فحشره فيها ثم نزح ماؤها حتى لم يبق فيها شيء . وأخرجه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق أبي لهيعة عن عمرو بن دينار أن زنجياً وقع في زمزم فمات فأمر به ابن عباس فأخرج وسد عيونها ثم نزحت .

وأخرج البيهقي أيضاً من طريق جابر الجعفي عن أبي الطفيل عن ابن عباس رضي الله

عنه فقد كره قال ورواه جابر رضي الله عنه مرة أخرى عن أبي الطفيل معه ان غلاماً وقع في زمزم فنزحت ، لم يذكر فيه ابن عباس رضي الله عنه وهذه الرواية عند الدارقطني أيضاً .

وأخرج الدارقطني أيضاً في سننه حدثنا عبد الله بن محمد بن زياد وعن أحمد بن منصور عن محمد بن عبد الله الانصاري عن هشام عن محمد بن سيرين ان زنجياً وقع في زمزم يعني فمات فأمر ابن عباس فأخرج ، وأمر بها أن تنزح قال فغلبتهم عين جاءت من الركن ، فقال فأمر بها فسدت بالقباطي والمطارف حتى نزحوها ، فلم ينزحوها انفجرت عليهم .

وأما الذي روي عن ابن الزبير رضي الله عنه فأخرجه الطحاوي حدثنا صالح بن عبد الرحمن رضي الله عنه قال حدثنا سعيد بن منصور قال حدثنا هشيم قال أخبرنا منصور عن عطاء بن (١) لاحبث وقع في بئر زمزم فمات فأمر ابن الزبير بنزحها فنزح ماؤها فجعل الماء لايتقطع فنظر فإذا عين تجري من قبل الحجر الاسود ، فقال ابن الزبير حسبكم . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه قال حدثنا هشيم عن منصور عن عطاء . . . إلخ نحوه .

فان قلت قال البيهقي في المعرفة رواه قتادة عن ابن عباس مرسلاً لم يلقه ولا سمع منه انما هو بلاغ بلغه ، وقال أيضاً وجابر الجهني لا يحتج به وابن لهيعة ضعيف لا يحتج به . قلت المراسيل عندنا حجة ولا سيا أرسلت من طرق مختلفة ، فينبغي أن يكون حجة عند الكل على انه ذكر البيهقي في الخلافيات عن شعبة انه قال حدثنا ابن سيرين عن ابن عباس والصحيح أن بينهما عكرمة ، فإذا أرسل ابن سيرين وكان بينهما ثقة وهو عكرمة كان الحديث صحيحاً محتملا به . وفي التهذيب لابن عبد البر مراسيل ابن سيرين عندهم حجة صحيحة كمراسيل سعيد بن المسيب .

وأما جابر فإن له أحاديث صالحة ، وقد روى عنه الثوري في الكبير مقدار خمسين حديثاً وشعبة أقل رواية عنه من الثوري وقد احتمله الناس ورووا عنه ولم يختلف أحد في

---

(١) هكذا في الاصل وفيه كلام ساقط .

الرواية عنه ، وعن الثوري مـا رأيت أورع في الحديث من الجعفي ، وعن شعبة قال هـو صدوق في الحديث ، وأما عبد الله بن لهيعة فإنه حسن الحديث يكتب حديثه ، وقـال حدثت عنه الثقات وقتيبة وعمرو بن الحارث والليث بن سعد ، وعن أحمد من كان مثل أبي لهيعة بمصر في كثرة حديثه في ضبطه واتقانه ، وحدث عنه أحمد بحديث كثير ، وقال ابن وهب كان ابن لهيعة صادقاً ، ولئن سلمنا ما قاله البيهقي فإن نزح زمزم قد روي من طرق صحاح منها رواية الطحاوي وابن أبي شيبة التي ذكر .

فإن قلت اعتمد البيهقي في تضعيف هذه القصة بأثر رواه عن سفيان ابن عيينة ، قال أخبرنا أبو عبد الله الحـافظ عن أبي الوليد الفقيه عن عبد الله بن شبرمة قال سمعت أبا قدامـة يقول سمعت سفيان بن عيينة يقول انا بمكة منذ سبعين سنة لم أر صغيراً ولا كبيراً يعرف حديث الزنجي ، قالوا انه وقع في زمـزم ، ولا سمعت أحداً يقول نزحت زمزم . ثم أسند عن الشافعي قال لا يعرف هذا عن ابن عباس ، وكيف يروى عن ابن عباس وهو قد روي عن النبي ﷺ الماء لا ينجسه شيء ، ويترك وإن كان قد جعل فالنجاسة ظهرت على وجه الماء أو نزحاً للتنظيف لا للنجاسة فإن زمزم للشرب .

قلت قد عرفت هذا الأمر وأثبته أبو الطفيل عـامر بن واثلة أي الصحابي ، ومحمد بن سيرين وقتادة ولو أرسلاه ، وعمر بن دينار وعطاء بن أبي رباح ومعمر ، والمثبت مقدم على النافي خصوصاً مثل هؤلاء الاعلام ، ولا يلزم من عدم سماع من لم يدرك ذلك الوقت وعدم من يعرفه عدم هذا الأمر في نفسه وابن عباس رضى الله عنه لم يترك بل خصصه كما خصصت أنت أيها الشافعي وقلت بنجاسة ما دون القلتين بالنجس ولم يعتبر نجاسته مـا بلغ قلتين فصاعداً .

وأما الذي قاله ابن عيينة فيجوز أن لا يكون الذي قالوا ما قالوا ادركوا الوقت الذي وقعت فيه القضية أو كانوا غائبين في معايشهم ومصالحهم ، ولأن البئر إذا نزحت لا يحضره جميع أهل البلد ولا أكثرهم ، وإنما يحضره من له بصارة في أمر البئر وبعض من يستعان به على نزحه ، ألا ترى انك لو سألت الآن هل نزحت بئر بالقاهرة لعله مـا عرفه أحد ،

وفيها أكثر من عشرة آلاف بئر أكثر من عين الادبر ، فكيف ينزح بئر لم يكن على عهدهم ولا عهد آبائهم ، ومع أن بين الشافعي رحمه الله وبين هذه الكائنة أكثر من مـائة وخمسين سنة ، فمن أين لهم ذلك ، وكذا الكلام فيما قال ابن عيينة .

فإن قلت قال الثوري بهذا أكثر أهل مكة فكيف يتوهم بعد هذا صحة هذه القضية .

قلت هذا مردود من وجوه . الأول : أن قول ابن عيينة ما سمعت لا يفيد ، لأن الأشياء التي ما سمعها هو ولا غيره لا تعد ولا تحصى ولا يدل ذلك على عدم وقوعها .

الثاني : ان الذي شاهد هذه القضية لا يلزم أن يجيء إلى ابن عيينة ويخبره بهـا حتى يستدل بعدم اخباره على عدم وقوعها .

الثالث : انه لم يقل إني سألت عن هذا الأمر جميع أهل مكة ، وسألت عنه ثم كشف فلم أجده وقع .

الرابع : مـا ذكرنا من أن نقل الإثبات اثبات وهو مقدم على النفي ولا سيما في ابن عيينة فإنه زائد ، فالاثبات مقدم على النفي باجماع الفقهاء والاصوليين والمحدثين ، ولا سيما إذا كان المنكر الثاني لم يدرك بسبب الحادثة التي ينكرها وينفيها .

فإن قلت قال النووي وكيف يصل هذا إلى الكوفة ويجهله أهل مكة ، قلت هذه غفلة عظيمة منه ، وهذا القول منه مخالف لقول امامه ، فإنه حكى عنه ابن القاسم بن عساكر انه قال لأحمد وغيره أنتم اعلم بالاخبار الصحاح منا ، فان كان خبر صحيح فـاعلموني حتى أذهب إليه كوفياً كان أو بصرياً أو شامياً ، فهل قـال كيف امامه ويقتضي ما قال ينبغي أن لا يكون خبره حجة حتى يعرض على أهل مكة والمدينة ، فـاذا لم يعرض لا يكون حجة ، وهذا خلاف الاجماع مع ما فيه من مخالفة نص امامه ، والذي يـدل على بطلان قوله ان علياً وأصحابه وعبد الله بن مسعود وأصحابه وأباموسى الأشعري وأصحابه وعبد الله بن عباس رضي الله عنه وجماعة من أصحابهم رضي الله عنهم وسلمان الفـارسي وعـامة أصحابه والتابعين رضي الله عنهم انتقلوا إلى الكوفة والبصرة ولم يبق بمكة إلا القليل وانتشروا في البلاد والولايات والجهاد وسمع الناس منهم ونشر العلم على أيديهم في

جميع البلاد الاسلامية ولا ينكر هذا إلا مكابر أو صاحب بدعة وعصبية .

فان قلت قد قال النووي أيضاً فان صح هذا فانه يحمل على ان دمه غلب على الماء فغيره . قلت هذا أيضاً فاسد من وجوه الأول : الغالب أن من وقع في الماء يموت من حينه ولا يخرج منه دم ، فضلا عن ان يغلب على الماء فيغيره ولا سيما زمزم لكثرته .

الثاني انهم لما نزحوها جاءتهم عين من الركن فغلبتهم فسدوها ونزحوها حتى انفجرت العين فقال احسبكم ، فكيف يتصور أن يغلب دم شخص واحد ماء زمزم حتى نزحوها مرة بعد أخرى .

الثالث قال الراوي فمات فيها زنجي ، فأمر ابن عباس بأن تنزح فجعل علة نزحها موته دون غلبة دمه كقولهم : زنى ماعز فرجم ، علة قتله زناه وليست ردة ولا قتل نفس .

فان قلت يحمل الأمر على الاستحباب . قلت مطلق الأمر للوجوب .

فان قلت جاءت الآثار في بئر زمزم لا تنزح ولا تذم [١] . قلت ليس في حديث ابن عباس وابن الزبير انها قدرا على استعمال الماء بالنزح حتى يكون مخالفاً للآثار التي جاءت بأنها لا تنزح بل تنزح في رواية ابن أبي شيبة بأن الماء يقطع ، وفي رواية البيهقي بأن العين غلبتهم حتى سدت بالقباطي والمطارف ، وجعل السهيلي حديث الحسن مؤيداً لما روي في صفتها انها لا تنزح [٢] .

ثم نذكر تفسير ما وقع في هذا الموضع من الألفاظ التي يحتاج إلى تفسيرها ، قوله — زنجي — نسبة الى الزنج ، وهم جيل من السودان ، وجاء فيه كسر الزاء ، وفي رواية الطحاوي وغيره حبشي منسوب إلى الحبش وهم جنس من السودان مشهور . وقال السهيلي بنوا حبش بن كوش بن حام بن نوح عليه السلام . وجاءني في رواية الطحاوي فوقع غلام في زمزم ويمكن أن يكون هذا الغلام زنجيا أو حبشياً .

---

(١) في الأصل — ولا تدم — والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححة .

(٢) في الأصل — تنزف — اهـ مصححة .

وزمزم بئر بمكة أصلها مزيـــر وهـــو أهل المصر ركضه جبريل عليه السلام . والمطرف بكسر الميم وفتح الراء وتضم أيضا ، والجمع على مطارف ، وهى أردية من حزمة لعدلها أعلام . والقباطى جمع قبط وهى الثوب من ثياب مصر رقيقة بيضاء ، وكأنـــه منسوب إلى القبط ، وضم القاف من تفسير ابن وهب ، وفي الثاني وأمـــا الناس فقبطى بالكسر ، وقد فسر السروجى قبطية بالبرود وما عرفت هذا التفسير والذي ذكرته أهل اللغة ، وبه فسرها ابن الأثير في النهاية ، وذكر السروجى أيضـــاً الحديث الذي رواه الدارقطني والطحاوي الذي مر ذكره وفيه فدست بالقباطى ، ثم قال ومعنى دست أي سدت ، قيل الظاهر أنه تصحيف منه أو من الناسخ ، لأن في روايتها فدست من الدس لا انه دسمت من الدسم .

قلت انه ليس بتصحيف لأنه جاء في اللغة ذكره الجوهري وغيره ان الدسم هو السد ومنه الدسام بالكسر وهو ما تسد به الأذن والجرح ونحو ذلك ، تقول منه دسمته أدسمه بالميم دسماً والدسام السداد وهو ما يسد به رأس القارورة ونحوها . قوله ـ لا تذم ـ أي لا يوجد ماؤهـــا قليلا من قولهم بئر ذمة بكسر الذال المعجمة إذا كانت قليلة الماء .

( ثم المعتبر في كل بئر دلوها التي يسقى بها منها ) أشار إلى تفسير الدلو ، فانه ذكـر مبهماً فاحتاج إلى تفسيره وفسره بهـــذا لانه أيسر عليهم ولأن الإطـــلاق فى الآبار ينصرف إلى الدلاء المتعارفة فى كل بئر لأنه أعدل وأهون .

( وقيل دلو يسع فيه صاع ) هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رض » وقيل دلو يسع خمسة امناء ، وقيل أربعة وقيل منوين وذكر الدلو أبين وإن لم تكن لها دلو يعتبر بدلو ثمانية أرطال في رواية . قلت الصاع مكيال يسع أربعة أمداد ، والمـد مختلف فيه فقيل رطل وثلث بالعراقي وبه يقول الشافعي « رح » وفقهاء الحجاز . وقيل هو رطلان وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله وفقهاء العراق فيكون الصاع خمسة أرطال وثلثا وثمانيـــة أرطال وسيجيء مزيد الكلام فيه في كتاب الزكاة .

ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلواً جاز لحصول المقصود وان ماتت فيها شاة أو آدمي أو كلب نزح جميع ما فيها من الماء لأن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم[1]، فإن انتفخ الحيوان فيها أو تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر لانتشار البلة في أجزاء الماء ،

---

( ولو نزح منها بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلواً جاز لحصول المقصود ) وهو نزح المقدار الذي قدره الشرع . وفي الاصل إذا وقع في البئر فجاءوا بدلو عظيم تسع وعشرين دلواً فاستقوا به مرة واحدة اجزأهم ، وهو أحب إلي ، لأن القطر الذي يعود منه الى البئر اقل . وعن الحسن انه لا يطهر بمرة واحدة، بتواتر الدلاء يصير الماء في المعنى الجاري . فقال[2] ان المعتبر القدر المنزوح ومعنى الجريان ساقط .

( فإن انتفخ الحيوان او تفسخ أخرج جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر) يعني الحيوان الواقع في البئر اذا انتفخ أو تفسخ حتى تمزقت اعضاؤه نزح جميع ما فيها من الماء ، قوله - صغر - بضم الغين ومضارعه كذلك فهو صغير وصغار كبر بضم الباء أي عظم ومضارعه يكبر بالضم أيضاً فهو كبير وكبير كفعيل ، وهو صفة مشبهة باسم الباء على ما إذا أفرط قيل كبار بالتشديد ، وما كبر بكسر الباء فمعناه يكبر بالفتح وهذه المسألة يحاجج فيقال في أي موضع الحمل مع الحمل .

( لانتشار البلة في أجزاء الماء) البلة بكسر الباء الموحدة وتشديد اللام النداوة ، والبلة بالفتح البلل وكلاهما يجوز هاهنا وهو من باب نصر ينصر ، وهذه تعليل لقوله نزح جميع ما فيها ، وذلك أن الحيوان عند الانتفاخ تنفصل منه بلة نجسة مائعة تنشر في الماء بمنزلة

---

(١) جملة من - وان ماتت - إلى قوله بئر زمزم - غير مشروحة في الأصل . اهـ مصححه .

(٢) فقلنا لما قدر الشرع - هامش .

وإن كانت البئر معينة بحيث لا يمكن نزحها أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء ، وطريق معرفته أن تحفر حفرة مثل موضع المـاء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها إلى أن تمتلىء أو ترسل فيها قصبة وتجعل لمبلغ المـاء علامة حتى ينزح منها مثلاً عشر دلاء ، ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منهـــا عشر دلاء ،

---

قطرة خمر أو بول تقسمها ، ولهذا قال محمد لو وقع فيها ذنب فأرة نزح جميع الماء ، لأن موضع القطع لا ينفك عن نجاسة مائعة .

( فان كانت البئر معيناً ) أي ذات عين جارية من قولهم عين معيونة ، وكان القياس أن يقال معينة كما في بعض النسخ كذلك لان البئر مؤنثة ، وإنما ذكـر بلفظ التذكير نظراً إلى اللفظ أو توهم أن فعيل بمعنى مفعول . وفي الصحاح ماء معين أي معيون من مفعول من عنيت الماء إذا حفرت واستنبطت وبلغت العيون .

فإن قلت الميم أصلية أو زائدة . قلت ما ذكرته عن الصحاح يدل على أن الميم زائدة ، ومنه يقال بماء معين معيون وعان الماء أي بان ، ولكنه ذكر في فصل الميم عنيت الأرض أي رويت ، وماء معين أي جار فعلى هذا الميم أصلية .

( لا يمكن نزحها ) تفسير لقوله معين . قاله تاج الشريعة ويقـال صفة وهو الاصوب ( أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء ) هذا جواب المسألة ، وأشار بقوله مقدار ما كان فيها من الماء إلى ان الاعتبار للماء الذى كان زمن وقوع النجاسة .

(وطريق معرفته) أي طريق معرفة إخراج مافيها من الماء (ان يحفر حفرة مثل موضع الماء من البئر ،ويصب فيها ماينزح منها إلى ان تمتلىء ) أراد من موضع الماء من البئر طولاً وعرضاً وعمقاً، ويجصص على قول بعض المشايخ حتى لا تشرب الارض الماء المصبوب فيها .

( أو ترسل فيها ) أى في البئر ( قصبة وتجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح [1] منها عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص ) من ماء البئر ( فينزح لكل قدر منها عشر دلاء )

---

(١) في المتن زيادة كلمة — مثلا .

وهذان عن أبي يوسف ، وعن محمد نزح مئتا دلو إلى ثلاثمائة فكأنه بنى قوله على ما شاهـــد في بلده . وعن أبي حنيفة في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم المـــاء

---

حتى لا يبقى من القصبة شيء حتى إذا كان طول المـــاء عشر قصبات انتقص عشر دلاء قصبة واحدة يعلم ان كل الماء بمائة دلو فينزح تسعون دلواً أخرى .

( وهذان عن أبي يوسف رحمه الله ) أي هذان الوجهان مرويان عن أبي يوسف رحمه الله ( وعن محمد «رح» نزح مائتا دلو إلى ثلاثمائة ) أي عند محمد ينزح مائتا دلو إلى ثلاثمائة دلو (فكأنه) أي فكأن محمد رحمه الله بنى جوابه في المسألة المذكورة ( بنى قوله على ما شاهد في بلده ) وهو ببغداد من كثرة الماء في آبارها لمجاورة دجلة ، فالمايتان تكون من طريق الوجوب، والماية الاخرى بطريق الاستحباب للاحتياط في أمور الدين . ولو قيل هذا نصب المقدر بالرأي ، فجوابه قد مر في هذا الباب .

( وعن أبي حنيفة «رح» في الجامع الصغير في مثله ) أي روى عن أبي حنيفة رحمه الله في مثل هذا الحكم المذكور ( ينزح حتى يغلبهم الماء ) أي حتى يعجزوا والماء لا يبقى فحينئذ يسقط التكليف ، لانه يعتمد الاسقاط عنه . وفي فتاوى الثمالي عن أبي حنيفة رحمه الله إذا نزح مائتا دلو أو ثلاث مائة فقد غلبهم الماء وهو المختار ، وقدره أبو حنيفة رحمه الله في اشتراط الغلبة قول علي وابن الزبير رضي الله عنهما ، ذكره ابن المنذر قـاله بعض الشراح .

**قلت قال الطحاوي حدثنا محمد بن حميد بن هشام الرعني[1] قال حدثنا علي بن معبد قال حدثنا موسى ابن أعين عطاء عن شبروزاد عن علي رضي الله عنه قال سقطت الدابة في البئر فانزحها** حتى يغلبك الماء . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن حمزة عن عطـــاء بن السائب عن زادان عن علي رضي الله عنه في الفأرة تقع في البئر قـــال تنزح إلى أن يغلبهم الماء .

---

(١) في الاصل غير واضحة وربما كانت الرصيني . اهـ مصححة

ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه وقيل يؤخذ في هذا بقول رجلين

( ولم يقدر ) أى أبو حنيفة « رح » ( الغلبة بشيء ) لانها متفاوتة ، وهذا هو ظاهر الرواية . قال قاضي خان الصحيح عنه العجز وعنه التفويض إلى رأى المبتلى به وعنه مائتا دلو ، وعنه مائة دلو أفتى به في آبار الكوفة لقلة مائها . وفسر الاسبيجابي بالغلبة بمائتي دلو وثلاثماية ذكره في المحيط وقاضي خان . وفي المحيط في رواية مائتا وخمسون دلواً لان ماءها غالباً لا يتجاوز ذلك .

( كما هو دأبه ) أى أبو حنيفة رحمه الله ، أى عادته «فإن عادته أن يفوض مثل هذا إلى رأى المبتلى به كما فعل كذلك في تفسير البعرة الواقع الكثير حيث قال هو ما يستكثره الناظر ، وكما في حبس الغريم وحد التقادم ، وانقطاع حق الحضانة .

فإن قيل قدر أبو حنيفة رحمه الله مدة البلوغ بالسن ثمانية عشر للغلام وسبع عشرة للجارية بالراى ، وكذا قدر موت الفأرة الواقعة في البئر يوم وليلة وقدر تفسخها ثلاثة أيام بالراى أجاب عنه السرخسي رحمه الله بأن الممنوع في المقادير التي تثبت لحـــق الله تعالى ابتداء دون المقادير المترددة بين القليل والكثير كالميل في التيمم كما ذكر في هذا الباب .

فإن قلت ما نحن فيه من قبيل ما تردد فيه بين القليل والكثير فكيف يتم ما ذكرتم من التعليل . قلت أبو حنيفة رحمه الله إنما يقدر ما تردد بين القليل والكثير بالراى إذا لم تكن معرفته بالرجوع إلى أحوال بالاستقلال والاستكثار . اما إذا أمكن فلا كما فيما نحن بصدده ، ألا ترى انه جعل الشهر فما فـــوق كثيراً وما دونه قليلا وصرف الحين والزمان إلى ستة أشهر والايام والشهور والاعياد والسنين إلى عشر من صخف .

( وقيل ) قائله أبو نصر بن محمد بن سلام ( يؤخذ في هذا الحكم بقول رجلين ) إذا قالا ماء هذا البئر مائة دلو ، ولو نزح ذلك القدر لأن الأخذ بقول الغير هو المرجع فيما لم يشتهر من الشرع فيه تقدير ، قال الله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ﴾٤٣ النحل كما في حزاء الصيد حيث يقال ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ ٩٥ المائدة .

لهما بصارة في أمر الماء وهذا أشبه بالفقه ، وان وجدوا في البئر فأرة أو غيرها ولا يدري متى وقعت في البئر ولم ينتفخ اعادوا صـــلاة يوم وليلة إذا كانوا توضأوا منها وغسلوا كل شيء أصابه ماؤها ، وإن كانت قد انتفخت أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها وهذا عند أبي حنيفة « رح »

---

( لهما بصارة في أمر الماء ) هــذه جملة من المبتدأ المتقدم ، والخبر وقعت صفة لرجلين والبصارة بفتح الباء الموحدة وهو مصدر من بصر يبصر بضم الصاد وبصر بالشيء علمه ، والبصير العالم ، والمعنى لهما بصارة أي علم بأمر البئر وحذاقة وخبرة .

( وهذا أشبه بالفقه ) أي بالمعنى المستنبط من الكتاب وسننه ففي الكتاب ، الاثنان نصاب الشهادة الملزمة لما ذكرها ، وفي البينة شاهدان أو يمينه ، ويقال معنى قـوله وهذا أشبه بالفقه ، أي بقول الفقهاء حيث اعتبروا قول رجلين في قيم الأشياء .

( فإن وجدوا ) أي أصحاب البئر أو المصلون ( في البئر فأرة أو غيرها ) من الحيوان ( ولا يدري متى وقعت في البئر ) وهي جملة وقعت حال من الفأرة ، والأوجه أن تكون صفة لفأرة ، وقيد به لأنهم إذا علموا زمان الوقوع يحكم بالنجاسة من ذلك الوقت بالاتفاق ( ولم ينتفخ ) جملة وقعت حالاً والواو فيه واو الحال . وقوله ولم تتفسخ عطف على الجملة الحالية ( أعادوا ) جواب المسألة أي أعاد أصحاب البئر والمصلون ( صلاة يوم وليلة إن كانوا توضأوا منها وغسلوا ) عطف على أعادوا ، وليس بعطف على توضأوا ( كل شيء ) كلام إضافي منصوب لأنـــه مفعول غسلوا ( أصابه ماؤها ) أي مـاء هذه البئر والجملة صفة شيء .

( وإن كانت الفأرة قد تفسخت أو انتفخت ) فإن قلت إذا كان الحكم في الانفساخ ( أعادوا صلاة ثلاثة أيام ) ففي التفسخ بطريق الأولى فما فائدة ذكره . قلت لا شك ان مدة التفسخ تزيد على مدة الانتفاخ ، فالفائدة في ذكره نفي الزيادة على ثلاثة أيام (ولياليها) عادوا وصلاة أيام ولياليها لا غير .

( وهذا ) أي هذا الحكم في الصورتين ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) وهــذا لم

وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا انها متى وقعت ، لأن اليقين لا يزول بالشك ، وصار كمن رأى في ثوبه نجاسة، ولا يدري متى اصابته ،

---

يذكره في ظاهر الرواية ، وإنما رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله كذا في البدائع .

( وقالا ليس عليهم إعادة شيء حتى يتحققوا انها متى وقعت ) هذه الفأرة في البئر ، وقوله - شيء - يتناول عدم إعادة الصلاة وعدم غسل كل شيء أصابه ماؤها ( لأن اليقين لا يزول بالشك ) اليقين هو كون الماء طاهراً ، والشك في نجاسته فيما مضى، واليقين لا يزول به فلا يحكم بالنجاسة إلا زمن اليقين بوقوعها ، لأن اليقين يزول بيقين مثله ، وهو الذي ذكره هو القياس لأنه يحتمل موتها في البئر ويحتمل أن تقع فيها وهي ميتة بأن ألقتها الريح العاصف أو بعض السفهاء أو الصبيان أو القتها بعض اعداء الدين ، أو بعض من لا يعتقد تنجيس ما يهابها لكثرته أو لعدم تغيير لون الماء وطعمه وريحه بها أو بعض الطيور كما حكي عن أبي يوسف « رح » انه كان يقول بقوله يعني أبي حنيفه « رح » إلى ان رأى حدأة وهو جالس في بستانه في منقارها فأخذتها فطرحتها في بئر فرجع عن قوله والأصل في الحوادث ان يضاف إلى أقرب الأوقات للشك في الاستناد وذلك قبل وجودها في البئر .

فإن قلت هلا حكمتم الحال كما في جريان ماء الطاحون . قلت مدة إجارة الطاحون معلومة فيجعل الماء حاجزاً من أول مدة العقد إلى انقضاء المدة ، وهاهنا ما قبله مجهول وأيضاً قد عارضه استصحاب الحال ، لأن البئر كانت طاهرة ، وأيضاً ما ذكرناه ظاهر للدفع ، وما ذكر في التحكيم للايجاب والظاهر للدفع دون الاستحقاق والايجاب .

( فصار كمن رأى في ثوبه نجاسة ولا يدري متى أصابته ) فإنه لا يلزم إعادة شيء من الصلاة بالاتفاق على الأصح ذكره الحاكم الشهيد ، وهو رواية بشر المريسي عن أبي حنيفة رحمه الله ذكره في البدائع ، وكذا لو دخل المصلى حمامة في كمه ميتة ولا يدري متى ماتت أو رأت المرأة في كرسفها وما تدري متى نزل ، وكذا لو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقال أسلمت قبل موته ، وقال الورثة بعده فالقول لهم .

ولأبي حنيفة « رح » ان للموت سبباً ظاهراً وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه إلا أن الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث، وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لأن ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها .

---

( ولأبي حنيفة « رض » ان للموت سبباً ظاهراً وهو ) أي السبب الظاهر لموت الفأرة الواقعة في البئر ( الوقوع في الماء فيحال ) أى فصار الحكم وهو نجاسة الماء ( به ) أى بالموت ( عليه ) أى الوقوع وان احتمل أن يكون الموت بغيره لأن السبب الموهوم لا يضر في مقابلة السبب الظاهر كمن رأى إنساناً في عنقه حية ملفوفة يغلب على الظن انها نهشتها فقتلته كذا ذكره شمس الأئمة الكردرى ، وكمن جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات ، فإن الموت يضاف إلى الجرح ، وان احتمل أن يكون بسبب آخر كذا في المبسوط ، وكذا لو وجد قتيل في محل يضاف القتل إلى أهلها ، وإن احتمل انه قتل في محل آخر ثم حمل اليها .

(الا ان الانتفاخ دليل التقادم ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان الحكم يضاف إلى سبب ظاهر ما وجه التفصيل قريباً بالانتفاخ وعدمه ، فأجاب عن ذلك بقوله الانتفاخ دليل التقادم لأن الحيوان لا يموت بمجرد الوقوع في البئر بل يضطرب ساعات ثم يموت فقدر يوم وليلة ، وفي غير المنتفخ لأن ما دون ذلك لا يتصور دركه ، وبالثلاث في المنتفخ لأن الانتفاخ دليل بعد العهد وتقادمه وأدنى التقادم ثلاثة أيام ولياليها كما في الصلاة على الميت الذي دفن بلا صلاة عليه فإنه يصلى عليه قبل الثلاثة ، وبعد الثلاث لا يصلى لأن التقادم يورث انتفاخ الميت .

فإن قلت ما هذه الاستثناء وما المستثنى منه . قلت ما تقدم هو اليوم .

( فيقدر بالثلاث ) أى بثلاثة أيام ولياليها ( وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل قرب العهد ) أى الزمان .

( فقدرناه بيوم وليلة لأن ما دون ذلك ) أى دون اليوم والليلة ( ساعات لا يمكن ضبطها ) المراد من الساعات الأوقات لا الساعة الرملية فإنها مضبوطة بالرمل والساعات

## وأما مسألة النجاسة فقد قال المعلى هي على هذا الخلاف فيقدر بالثلاث في اليابس وبيوم وليلة في الطري

جمع ساعة ويجمع على سياع أيضاً والساعات عند أهل اللغة الوقت الحاضر ، وأصلها سوعة ، قلبت الواو ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها .

( وأما مسألة النجاسة ) جواب عن قولهما في قياس مسألة البئر على مسألة من رأى في ثوبه نجاسة لا يدرى متى أصابته ، فأجاب أولاً بطريق المنع وهو نظير قوله واما مسألة النجاسة المذكورة ( فقد قال المعلى ) أى منصور الرازى تلميذ أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روى عنهما الست والامالي وسمع هشاماً وحماد بن زيد وغيرهما ، وروى عنه محمد بن عبد الرحيم وعلي بن الهيثم في تفسير الاحزاب والبيوع ويستوع [1] فى صحيح البخارى قال البخارى مات ببغداد فى شهر ربيع الاول سنة إحدى عشرة ومائتين ، ودخلت عليه سنة عشر ومائتين ، ولم تحدث عنه فى الجامع بشيء ، وأنا حدثت عن رجل عنه وكان ورعاً وحفظ الفقه والحديث على جانب عظيم رحمه الله .

( وهى على هذا الخلاف ) أى الخلاف المذكور فى مسألة الفأرة ( فيقدر بالثلاث فى اليابس ) أى يقدر بثلاثة أيام ولياليها فى العتيق ، وأراد به النجاسة اليابسة ( وبيوم وليلة فى الطرى ) أى يقدر بيوم وليلة فى النجس الطرى قيل ان المعلى قال هذا من ذات نفسه تفريقاً على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وقيل رواه عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضى الله عنهما . وذكر ابن رستم فى نوادره ان من وجد ميتاً فى ثوبه أعاد من آخر نومة نامها فيه للشك فيما قبله ذكره فى المحيط والبدائع بعيد من آخر ما احتلم فيه .

وقيل في البول يعتبر من آخر ما بال . وفي الدم من آخر ما رعف . وفي المحيط في الدم لا يعيد حتى يتيقن لأن الدم قد يصيبه في الطريق بخلاف المني ، فإن كان الثوب يلبسه هو وغيره فهو كالدم . وفي البدائع لو فتح حقة فوجد فيها فأرة ميتة ولم يعلم متى دخلت فيها ، فإن لم يكن لها ثقب يعيد الصلاة من يوم وضع القطن منها ، وإن كانت لها ثقب يعيدها ثلاثة أيام ولياليها عنده في مسألة البئر . قلت مراده اذا كانت يابسة .

---

(١) هكذا وردت الجملة فى الاصل وربما فيها غلط من الناسخ . اهـ مصححة .

ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره فيفترقان .

## فصل في الأسآر وغيرها

( ولو سلم ) جواب بطريق التسليم بأن يقال سلمنا ان الأمر كما قلتم ، لكن بين الثوب والبئر فرق ، أشار إليه بقوله ( فالثوب بمرأى عينيه ) أي عينه ، فلو كانت النجاسة أصابته قبل ذلك لعلم ، والمرأى على وزن مفعل بالفتح اسم مكان الرواية ( والبئر غائبة عن بصره فيفترقان ) أي حكم الثوب وحكم البئر أراد أن قياس البئر على النجاسة قياس بالفارق فلا يصح .

### ( فصل في الأسآر وغيرها )

أي هذا فصل في بيان احكام الأسآر وغير الأسآر والمناسبة بين الفصلين ، أعني هذا الفصل والفصل الذي قبله ، وهو فصل البئر هي انه لما بين احكام البئر من حيث وقوع الحيوانات فيها استدعى ذلك ذكر الاحكام المستنبطة بسؤرها . وقال الاترازي « رح » مناسبة هذا الفصل لما تقدم من حيث أن بعض الأسآر مما يجوز به الوضوء ، فاحتاج إلى ذكر الأسآر ليفصل ذلك النقص منها .

قلت ما تقدم هذا الفصل أنواع ، وكان ينبغي أن يبين أي نوع منها يناسب ذكر هذا الفصل ، والوجه ما ذكرناه . وقال السروجي علم ان الماء القليل نجس بوقوع الحيوان النجس السؤر فيه فلا بد لنا من معرفة الاسآر وأنواعها وأحكامها .

قلت هذا أبعد من الأول ، لأن تنجيس الماء القليل لا يقتصر على وقوع الحيوان النجس السؤر وأيضاً وجه المناسبة لا يراعى الا بين الفصلين دون أن يراعى بين فصل وبين مسألة فصل عليه فقط ، ثم السؤر مهموز العين اسم للبقية بعد الشرب ، يعني بقية الماء التي ابقاها الشارب في الإناء ، ثم عم استعماله فيه وفي الطعام .

فإن قلت إذا كان السؤر إسما فما المصدر من هذا الباب ، ومن أي باب هو . قلت المصدر سأراً من سأر يسأر سأراً من باب فتح يفتح ، ومعناه أفضل وهو فعل متعدد وفي

العباب سئر يسأر إذا بقي ، وسأر إذا أفضل فضلة والفعل على قوله الأول من باب علم يعلم والثاني من باب فتح يفتح كما ذكرنا . ثم قـال في العباب وأسأر بقية السور ، يقال إذا شربت فأسر أي أبق شيئاً من الشراب في مغب الإناء ، والفعل سـأر على غير القياس سئر وأسأر وعلى هذا الوجه قول الأخطل :

شارب ريح بالكؤوس ما رمى  لاقـي بالحصور ولا فيها يسأر

ونظيره أخبره فهو خبار ، وأدركه فهو دراك ، وأقصر عن كفؤه نزح من القدرة فهو قصار ، ويجوز من هذا كله مفعل على القياس . قلت القياس مخبر ومدرك ومقصر ومنزع كما ذكره . وقال في العباب أيضاً من همزة السورة من سور القرآن ، فقال سؤره جعلها بمعنى بقية من القرآن وقطعة .

فإن قلت لم ذكر المصنف السؤر بالجمع . قلت لأن السؤر على أنواع ، قال في المبسوط والمحيط والينابيع والبدائع والتحفة والأسآر عندنا أنواع أربعة . وقال الأسبيجابي على خمسة أوجه ، قالوا نوع متفق على طهارته من غير كراهة كسؤر بني آدم مسلمهم وكافرهم، صغيرهم وكبيرهم ذكرهم وأنثاهم طاهرهم ، ونجسهم حائضهم وجنبهم ، إلا في حال شرب الخمر ، فإن سؤره نجس ، فإن بلع [1] ريقه ثلاث مرات طهر فيه عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا سؤر مـا يؤكل لحمه كالإبل والبقر والغنم .وهو نوع نجس وهو سؤر سباع البهائم . ونوع مكروه وهو سؤر النمر . ونوع مشكوك فيه كسؤر الحمار والبغل وقـال الاسبيجابي النوع الخامس : سؤر الخنزير فإنه متفق على نجاسته والخلاف فيما عداه .

قلت هـذا ممنوع ، فـإن مالكاً وداود قـالا بطهارته مع سـؤر الكلب وكراهة سؤرهما .

قوله – وغيرها – أي وغير الأسآر كاللعاب والعرق وعرق كل شيء معتبر بسؤره . قال الأكمل كان الواجب أن يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لأن الكلام في السؤر لا في

(١) في الأصل بلغ والصحيح ما أثبتناه ا هـ مصححة .

العرق وليس بصحيح ، لأن المصنف أراد أن يبين في ضمن الأسآر العرق ، فلو قال وسؤر كل شيء معتبر بعرقه لوجب أن نقول بعده عرق الآدمي كذا وعرق الكلب كذا وعرق الخنزير ، كذا وكان الفصل اذ ذاك للعرق لا السؤر .

قلت القائل في قيل هو السغناقي ، فإنه قال في شرحه ، فإن قلت ، كان من حق الكلام أن يقول وسؤر كل شيء معتبر بعرق لأن الكلام في السؤر لا في العرق ، فحقه أن يجعل السؤر مقيساً عليه ثم قال .

قلت نعم كذلك إلا انهما لما كانا متولدين من أصل واحد لا مفاضلة لاحدهما على الآخر ، **كان كل واحد منهما بنية الاخير مقيساً ومقيسا عليه وذكر في الإيضاح هكذا ، وتبعه صاحب الهداية .**

وقال صاحب الدراية ( وعرق كل شيء معتبر بسؤره ) أي حكمها واحد لا مفارقة بينهما إلا أن يكون أحدهما مقيساً والآخر مقيساً عليه .

( لأنهما يتولدان من اللحم ) قلت كلام المصنف ألطف من الاكمل ، لأن المصنف أراد أن يبين في ضمن الاسآر العرق ، فليس كذلك لأن المصنف بين العرق قصداً ، وكيف بيانه في ضمن الأسآر وقد فتح هذا الفصل ببيان العرق حيث قال — وعرق كل شيء معتبر بسؤره — فجعل العرق مقيساً والسؤر مقيساً عليه ، فلزم من ذلك بيان المقيس عليه حتى يعلم المقيس وبين ذلك بقوله — وسؤر الآدمي .. الخ — ولا يرد عليه النقض بسؤر الحمار لأنه مشكوك فيه ، وعرقه طاهر لأن الشك في طهوريته لا في طهارته ، وقول الاكمل أيضاً — كان الفصل اذ ذاك للعرق لا للسؤر — ليس كذلك لأن الفصل غير مخصوص بالسؤر ، ألا ترى كيف قال المصنف — فصل في الأسآر وغيرها — أي وغير الأسآر وهو العرق واللعاب والدمع . وأما قول السغناقي — إلا انهما كانا متولدين من أصل واحد ..الى آخره — فليس كذلك .

وأما كون تولد العرق من اللحم فظاهر ، وأما تولد السؤر منه فليس كذلك ، لأن السؤر بقية الماء الذي يبقيها الشارب كما ذكرنا ، فمن أين يتولد من اللحم . غاية ما في الباب

انه يمتزج باللعاب ، والدليل عليه ما قاله صاحب الهداية على مايجيء ، وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر ، لأن المختلط باللعاب أي المختلط بالسؤر اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ولكنه أيضاً ناقص كلامه ، لأنه ذكرها هنا ان السؤر تختلط به اللعاب وذكر فيما قبله على ما يجيء لأنهما متولدان من لحمه ، والسؤر لايتولد من اللحم وهذا لاخفاء فيه، وانما يمتزج من اللعاب وهو متولد من اللحم .

وأما قول صاحب الدراية - لا أن يكون أحدهما مقيساً والآخر مقيساً عليه لأنهما متولدان من اللحم فغير موجه أصلاً لما ذكرنا من أن السؤر لا يتولد من اللحم ، فإذا كان كذلك صار حكم أحدهما مقيساً ، وحكم الآخر مقيساً عليه . وقال تاج الشريعة - وعرق كل شيء معتبر بسؤره - يعني يقاس العرق على السؤر مرة، ويقاس السؤر على العرق مرة أخرى ، وعلى هذا ينبغي أن يكون عرق الحمار مشكوكاً فيه ، لكن النبي ﷺ لما ركب الحمار معروفاً حكم بطهارته .

وقال الاترازي في هذا الموضع وكان الأولى أن يقول المصنف - وسؤر كل شيء معتبر بعرقه - لأن الفصل بيان السؤر لا العرق - قلت ادعاء الأولوية بطريق لا يجديه لما ذكرنا وقال السروجي قال في المنافع ثم الاصل أن ما يكون لعابه طاهراً يكون معتبراً بـه ، وهذا أوجه من قول صاحب الهداية - وعرق كل شيء معتبر بسؤره - لوجوه ثلاثة أولها : أن الفصل في السؤر وهذا انما يعتبر باللعاب بحسب طهارته ونجاسته ، فلا يناسب ذكر العرق ههنا .

ثانيها: أن حكمها مأخوذ من غيرها وهو اللحم . فلا يؤخذ حكم أحدهما من صاحبه

وثالثها : ان عرق البغل أو الحمار طاهر في المختار بلا شك ، وسؤرهما مشكوك فيه في الصحيح .

قلت في كل من الوجوه الثلاثة نظر . أما الاول فقوله - الفصل في السؤر - ليس كذلك ، لأنا قلنا انه في السؤر والعرق. وأما الثاني فقوله - ان حكمها مأخوذ من غيرهما وهو اللحم - غير صحيح لأن السؤر غير مأخوذ من اللحم كما ذكرناه . فأما الثالث فلأن

طهارة عرقهما للحرج كما ذكرنا في المبسوط والذخيرة – عرق البغل والحمار ولعابهما طاهر في الصحيح . وذكر في الذخيرة عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لو سقط لعابهما أو عرقهما في الماء أفسده ، أراد إنه لا يبقى طهوراً . وروى الحسن عن أبي مالك عن أبي يوسف « رح » ان عرق الحمار ينجس الماء ، وعنه ان لعابهما وعرقهما نجس نجاسة حقيقية [1]. وروى الكرخي عن أبي حنيفة ان سؤر الحمار نجس لانه لايخلو عن قليل دم لما يلحقه من التعب وحمل الأثقال . وفي المفيد ان لعابه ينجلب من لحمه فيكون فيه قليل دم لتخلله من اللحم الممتزج بالدم ، إلا انه سقط في حق الآدمي للحرج كيلا يتنجس مأكوله ومشروبه ، وكذا ما يؤكل لحمه الحاقاً به .

ومن المشايخ من قال بنجاسة سؤر الحمار دون الاتان لأن الحمار يتنجس فمه بشم البول . قال في البدائع هذا موهوم فلا يتنجس قال قاضي خان الأصح أنه فرق بينهما وقال قاضي خان في لعابه وعرقه ثلاث روايات عن أبي حنيفة « رح » في رواية نجس نجاسة غليظة ، وفي رواية أخرى حقيقة وفي رواية أخرى لايمنع جواز الصلاة وان فحش وعليها الاعتماد وفي جامع البرامكة عن أبي يوسف ان ابا حنيفة « رح » قال لعاب ما لا يؤكل لحمه من الدواب وعرقه يفسد الثوب اذا زاد على قدر الدرهم فجعل نجاسة غليظة ، وهذا يوافق رواية الكرخي عنه ، وعن أبي يوسف لايفسده حتى ينجس . وفي المحيط عرقهما ولعابهما لايفسدان الثوب وان فحشا للشك . وعن أبي حنيفة « رح » يفسدانه اذا فحشا للنجاسة اعتباراً بلحمهما . وفي المنتقى عن محمد ان لبن الاتان كلعابها وعرقها يفسدان الماء دون الثوب . وذكر ابو عبد الله البلخي أن سؤرهما نجس عند الحسن وزفر نجاسة خفيفة .

قال قاضي خان هذه رواية عن زفر « رح » وقيل اذا نزى الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد بينهما عن محمد فعلى هذا لايصير الماء بسؤره مشكوكاً فيه لأنهما قال الشراح أي لأن اللعاب والعرق . وقال السغناقي ذكر ضمير اللعاب وان لم يذكر قبله

(١) ربما أراد بها خفيفة . اه مصححة .

فأخذ أحدهما حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر فيكون طاهراً ويدخل في هذا الجواب الجنب

---

لأن السؤر هو مخالطة اللعاب فكان ذكر السؤر ذكراً له فصلح ذكر ضميره وتبعه الاكمل في هذا ، وقال الاترازي لايقـــال كيف رجع الضمير اليهما واللعاب غير مذكور لأن الشهوة قائمة مقام الذكر لأن السؤر لما كان ممتزجاباللعاب صار ذكر السؤر كذكر اللعاب .

قلت هو ولأنه من إعادة الضمير الى العرق والسؤر المذكورين مما قبله لأجل ان السؤر لا يتولد من اللحم ، وقـد صرح السغناقي وغيره ان السؤر متولد من اللحم على ما ذكرنا من قريـــب .

وقولهم – ان ذكر السؤر ذكر اللعاب غير ظاهر لأن هذا بطريق اللزوم والاقتصار أو بطريق ان السؤر يطلق على اللعاب . وقول الاترازى – لان الشهوة قائمةمقامالذكر – أقله ظهوراً من ذلك وأى شهوة موجودة من ذلـك حتى يقوم مقام الذكر بل ظاهـر التركيب يدل على ان الضمير يرجع إلى العرق والسؤر ، ولكن يلزم التناقض فيكلامهوقد ذكرناه عن قريب ويمكن دفع ذلك بأن تقول ان قوله لانهما يتولدان من اللحم أى إطلاق تولد السؤر من اللحم يكون بطريق ان السؤر يمتزج به اللعاب ،فبهذا الإعتبار كأنه يتولد من اللحم .

( فأخذ أحدهما حكم صاحبه ) أى أخذ العرقوالسؤر، وهاهنا لم يقل أحد منهم أن الضمير في أحدهما يرجع إلى اللعاب والعرق .

( وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به ) أي بالسؤر ( اللعاب وقد تولد من لحم طاهر فيكون طاهراً ) فيقال سؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر ، لأنـــه مختلط بلعاب متولد من طاهر ، وكل لعاب متولد من طاهر فالسؤر المختلط به طاهر .

( ويدخل في هذا الجواب ) أي في جواب المسألة المذكورة ، وهو ثبوت طهـارة سؤر الآدمي ( الجنب ) لانه آدمي ، والجنابة لا تؤثر في ذلك . قال الشراح لما روى ان النبي ﷺ أتى حذيفة « رض » فمد يده ليصافحه فقبض يده وقـــال إني جنب فقال ﷺ المؤمن لا ينجس ولم يبين أحد منهم مخرج الحديث .

والحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة ولفظ مسلم ان رسول الله ﷺ لقيته وهـو جنب فحار عنه فاغتسل ثم جاء فقال كنت جنباً ، قال ان المسلم ليس بنجس ، ولفظ أبي داود ان رســول الله عليه السلام لقاه فأهوى إليه فقال إني جنب فقال ان المسلم ليس بنجس .

وفي الباب عن أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم .

أما حديث أبي هريرة فأخرجه الجماعة بألفاظ مختلفة ، ولفظ البخاري عن أبي هريرة ان النبي ﷺ لقيه في بعض طرق المدينة وهو جنب قـــال فاستحييت منه ، فذهبت فاغتسلت ثم جئت فقـــال أين كنت يا أبا هريرة ، قـــال كنت جنباً فكرهت أن أجالسك وأنا على غير طهارة ، قـــال سبحان الله ان المؤمن لا ينجس . ولفظ النسائي كذلك ولفظ مسلم المؤمن لا ينجس ، وكذا ابن ماجة ، ولفظ أبي داود والترمذي ان المسلم لا ينجس .

وأما حديث ابن عباس فأخرجه الحاكم عنه قـــال قال النبي عليه السلام لا تنجسوا موتاكم ، فإن المسلم ليس بنجس حياً ولا ميتاً . وقال الحـــاكم صحيح على شرطهـــما ولم يخرجاه .

( والحائض ) بالرفع عطفاً على قوله الجنب ، والدليل على ذلك حديث عائشه رضي الله عنها قالت كنت أشرب وأنا حائض فأناول النبي ﷺ فيضع فـــاه على موضع في فيشرب . أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجة .

وممن قال بطهارة سؤر الجنب الحسن البصري ومجاهد والزهري ومـــالك والاوزاعي والثوري والشافعي « رح » وأحمد « رح » . وروى عن النخعي انه يكره فضل شرب الحائض . وقد روي عن جابر انه سئل عن سؤر الحائض هل يتوضأ منه للصلاة ، فقـــال لا ذكر ذلك كله ابن المنذر في الاشراق .

فإن قلت كان ينبغي أن ينجس الماء بشرب الجنب عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » لسقوط الفرض به . قلت هذا تعليل في مقابلة النص ، فلا يجوز على انه في مكان

الضرورة ، فلا يصير مستعملا للحرج . وقال خواهر زاده ولانه يشربه ولا محذور في السؤر .

( والكافر ) طاهر أيضاً لما ثبت في الصحيحين ان النبي ﷺ مكن ثمامة بن اثال من أن يمكث في المسجد قبل إسلامه ، فلو كان نجساً لما مكنه من ذلك .

فإن قلت قال الله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ ٢٧ التوبة ، قلت النجاسة في اعتقادهم لا في ذاتهم . وقال ابن المنذر وكان ممن لا يرى بسؤر الكافر بأساً الاوزاعي والشافعي والثوري وأبو ثور ، ولا أعلم أحداً كره ذلك إلا أحمد والحسن ، فإنهما قالا لا ندري ما سؤر المشرك .

( وسؤر الكلب نجس ) وقال مالك وداود طاهر ، وإن ولغ في لبن أو سمن فلا بأس بأكله . ونقل الطحاوي وعن مالك « رح » في اختلاف العلماء انه كان يرى الكلب من أهل البيت .

( ويغسل الإناء من ولوغه ثلاثاً ) أي ثلاث مرات . والولوغ من ولغ الكلب في الإناء بفتح اللام فيها إذا شرب باطراف لسانه . وعن ثعلب انه يقال يالغ بكسر اللام ، ولكنها غير الصحيح ، وتبعه على ذلك أبو علي وابن سيده وابن القطان عنه وأبو حاتم السيجابي وسكن بعضهم اللام ، وقال ابن جني مستقبلة يلغ بفتح اللام وكسرها ، وفي مستقبل ولغ بالكسر يلغ بالفتح ، وزاد ابن القطان ويلغ بكسر اللام كما في الماضي . وقال ابن خالويه ولغ يلغ ولغاً ولغانا ، وولغ ولغاً وولوغاً ولغانا ، قال أبو زيد يقال ولغ الكلب بشرابنا وفي شرابنا ومن شرابنا . وقال ابن الاثير واكثر ما يكون الولوغ في السباع . وابن فورك كل ولوغ شرب وليس كل شرب ولوغاً والشرب أعم ، ولا يكون الولوغ إلا للسباع ، وكل من يتناول الماء بلسانه دون شفتيه . فاذن الولوغ صفة من صفات الشرب يختص بها اللسان ، و الشرب عبارة عن توصيل المشروب الى محله من داخل الفم ، الا ترى أنه يقال شربت الماء الشجر والارض ، والمصدر من ولغ الكلب الولوغ بالضم . قال الخطابي واذا أكثر فهو الولوغ بالفتح . وقال الترمذي الولوغ الوالغ من الكلاب والسباع

كلها ، هو ان يدخل لسانه في الماء وغيره من كل مائع يحركه تحريكاً قليلاً أو كثيراً . وقال مكي في شرحه فإن كان غير جامع يقال لعقته ولحسته . قال المطهر فإن كان الاناء فارغاً يقال له لحس ، وان كان فيه شيء يقال ولغ . وقال ابن درستويه معنى . ولغ قطعه بلسانه شرب منه أو لم يشرب ، كان فيه ماء أو لم يكن ، ولا يقال ولغ في شيء جوارحه سوى لسانه .

( لقوله عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثا ) هذا الحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه من طريقين الأولين [١] أخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الوهاب بن ضحاك عن اسماعيل بن عياش عن هشام بن عروة بن زناد عن الاعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً.

الثاني أخرجه ابن عدي في الكامل عن الحسين عن الكرامي حدثنا اسحاق الأزرق حدثنا عبد الملك عن عطاء عن ابي هريرة قال قال رسول الله ﷺ اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليهرقه وليغسله ثلاث مرات .

فان قلت قال الدارقطني تفرد به عبد الوهاب بن الضحاك عن ابن عباس وهو متروك وغيره يروى عن ابن عباس بهذا الاسناد فاغسلوه سبعاً وهو الصواب ، وقال البيهقي في اسناده اسماعيل بن عياش وهو لايحتج به وانه اذا روى عن أهل الحجاز [٢] قلت ظاهر هذا الكلام واطلاق القول – وانه لايصح الاحتجاج به – وانه – اذا روى عن اهل الحجاز كان أشد في عدم الاحتجاج به – وعلى هذا قد خالف البيهقي ما ذكره هاهنا في باب ترك الوضوء من الدم ، وقال ماروى عن الشاميين صحيح ، وقال القدوزي في تجريد ان قولهم عبد الوهاب بن الضحاك عن اسماعيل بن عياش وهما ضعيفان غير معتد به بينوا صفة الضعف ، فإن الجرح المبهم غير معتبر .

قلت يلزم من كلام البيهقي أيضاً ان يكون الراوي ثقة من وجه دون وجه ، وهذا

---

(١) هكذا في الاصل وربما قصد – الاول منهما –

(٢) في الاصل نقض يدل عليه ما بعده .

لايصح ، ومع هذا روى الدارقطني هذا الحديث بسند صحيح من حديث عبد الملك عن عطاء عن ابي هريرة اذا ولغ الكلب في اناء فأهرقوه ، ثم اغسلوه ثلاث مرات . وروى أيضاً من حديث عطاء عن أبي هريرة انه كان اذا ولغ الكلب في الاناء يهرقـه ويغسله ثلاث مرات وروى الطحاوي أيضاً باسناد صحيح

فإن قلت قال البيهقي تفرد به عبد الملك من بين اصحاب أبي هريرة والحفاظ الثقات من اصحاب عطاء وأصحاب ابي هريرة يروونه سبع مرات وعبد الملك لايقبل منه ، لأنه يخالف فيه الثقات ولمخالفة اهل الحفظ والثقة في زمانه تركه ربيعة ولم يحتج به البخاري في صحيحه .

وقد اختلف عليه في هذا الحديث فمنهم من يرويه عنه مرفوعاً ، ومنهم من يرويه عنه موقوفاً على ابي هريرة رضي الله عنه من قولهم ، ومنهم من يرويه عنه من فعله . وقـد اعتمد الطحاوي على الرواية المتواترة فيه في نسخ حديث السبع ، وان أبا هريرة لايخالف النبي ﷺ فيما يرويه عنـه ، وكيف يجوز ترك رواية الحفاظ الاثبات من أوجه كثيرة لايكون مثلها غلطاً رواية واحد قـد عرفت مخالفته الحفاظ في بعض احاديث .

قلت هذا تحامل منه لأن الحديث رواه الطحاوي صحيح وكذلـك رواه الدارقطني عنه صحيح . وقال في الإمام هذا مسند صحيح ، ورواه ابن عدي أيضاً عن عبد الملك كما ذكرناه ، وعبد الملك قد أخرج له مسلم في صحيحه . وقال أحمد والثوري زين الحفاظ . وعن الثوري هو ثقة متفق عليه . وقال أحمد بن عبد الله ثقة ثبت في الحديث ، ويقال كان الثوري يسميه الزمـان ولا يلزم من ترك الاحتجاج به أن يترك قوله تشنيعه على الطحاوي بانه اعتمد على الرواية الموقوفة في نسخ حديث السبع باطل لأنه لمـا صح عنده هـذه الرواية حمل رواية السبع على النسخ توفيقاً بين الكلامين وتحسيناً للظن في حق أبي هريرة ولا سيما وقد تأكدت الرواية الموقوفة بالرواية المرفوعة .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر قال سألت الزهري عن الكلب يلغ في الإناء قال يغسل ثلاث مرات ، فهذا الزهري لو لم يثبت عنده نسخ السبع لما أفتى بما أفتى به أبو هريرة .

وروى عبد الرزاق في مصنفه أيضاً عن جريج قال قال لي عطاء يغسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب ، قال كل ذلك لك سبعاً وخمساً وثلاث مرات .

**فان قلت قال البيهقي وقد روى حماد بن زيد عن أبيه عن أبي سيرين عن أبي هريرة فتواه بالسبع كما رواه ، وفي ذلك دليل على خطأ رواية عبد الملك عن عطاء عن أبي هريرة في الثلاث ، بل يحتمل أن يكون فتواه بالسبع قبل ظهور الناسخ عنده أو يكون ذلك بطريق الندب ويخطىء عبد الملك مخطيء .**

وقد روي عن أبي هريرة مرة واحدة أيضاً . قال عبد الرزاق أخبرنا معمر عن أيوب عن أبي سيرين عن أبي هريرة في الهر يلغ في الإناء قال غسله مرة واحدة واسناده صحيح ورجاله رجال الصحيح . **فهذا أدل دليل على ثبوت انتساخ السبع عنده ، وان مراده في رواية** الثلاث هو أن يكون على الندب والإستحباب . وقال الطحاوي ولو وجب أن يعمل بحديث السبع ولا يجعل منسوخاً لكان ما روي فليغسله سبع مرات وعفروا الثامنة بالتراب ، فهذا زاد على أبي هريرة رضي الله عنه والزائد أولى من الناقص فكان ينبغي لهذا المخالف ان يقول لا يطهر الإناء حتى يغسل ثمان مرات السابعة بالتراب والثامنة كذلك لما أخذنا بحديثين جميعاً ، فإن يترك هذا الحديث فقد لزمه ما ألزمه خصمه في ترك السبع وإلا فقد بينا ان أغلظ النجاسات يطهر فيها الإناء بغسل ثلاث مرات فما دونها أحق من أن يطهره ذلك .

فإن قلت قال ابن الجوزي في العلل المتشابهة في حديث الكرابسي [1] بعد أن رواه هذا حديث لا يصح لم يرفعه غير الكرابسي ، وهو ممن لا يحتج بحديثه . قلت قال ابن عدي بعد أن رواه لم أجد له حديثاً منكراً غير هذا ، وإنما عليه أحمد بن حنبل من جهة اللفظ بالقرآن ، فأما في حديث فلم أر به بأساً .

( ولسانه يلاقي الماء دون الاناء ، فلما تنجس الاناء من ولوغه فالماء أولى ) أي لسان الكلب يلاقي الماء الذي في الاناء ولا يلاقي الاناء فلا ينجس الاناء من ولوغه ، وقد انعقد الاجماع على وجوب غسل الاناء بولوغه ، فالماء أولى بالتنجس بدلالة الاجماع . وقال الأكمل

(١) في الأصل الكرابلسي والصحيح ما أثبتناه .

قيل يجوز أن يكون المراد بولوغ الكلب في الاناء لحسه فيكون لسانه ملاقياً للاناء ، فلا يتم الاستدلال ، وأجيب بأن الولوغ حقيقة في شرب الكلب وأشباهه المائعات بأطراف لسانه ، والكلام في الحقيقة إذا لم تصرف عنها قرينة .

قلت هذا السؤال والجواب للسغناقي ولكن فيه نظر ، لأن الولوغ هو اللط بلسانه شرب أو لم يشرب ، وكان في الاناء مائع أو لم يكن .

(وهذا الحديث) أي قوله عليه السلام يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلاثاً ( يفيد النجاسة ) أي نجاسة سؤر الكلب ، وفيه نفي قول مالك ، لأن سؤر الكلب طـــاهر عنده لكون الكلب طاهراً عنده . وذكر أصحابه عنه أربعة أقوال طهارته ونجاسته وطهارة سؤر المأذون في الكلب ودوده وغيره ، والرابع لابن الماجشون يفرق بين البدوي والحضري .

ثم اختلف أصحابنا في الكلب هل هو نجس العين كالخنزير أو لا ، والأصح أنه ليس بنجس العين كذا في البدائع ، وفي الايضاح فأما عين الكلب فقد روي عن محمد انه نجس وكذا عن أبي يوسف «رح» وبعضهم قالوا طاهر لأن طهارة جلده بالدباغ وقال في فصل مسائل البئر فأما الحيوان النجس كالكلب والخنزير والسباع ينزح كله لأنه نجس العين ولهذا قالوا في كلب إذا ابتل وانتضح به على ثوب أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه . وذكر في قنية المنية الذي صح عندي من الروايات في النوادر والأماني أن الكلب نجس العين عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله ليس بنجس العين ، وفائدته تظهر في كلب وقع في بئر وخرج حياً فأصاب ثوب إنسان ينجس الماء والثوب عندهما خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله ، والظاهرية يعملون بظاهر الألفاظ الواردة في هذا الباب وحكموا بأشياء مخالفة للاجماع . فقال ابن حزم فإن أكل الكلب في الاناء ولم يلغ فيه أو أدخل رجله أو ذنبه أو وقع كله فيه لم يلزم غسل الاناء ولا يهراق ما فيه البتة وهو طاهر حلال أكله وكذا لو وقع الكلب في بقعة في الأرض أو في يد إنسان أو لا مما لا يسمى إنسلناً فلا يلزمه غسل شيء من ذلك ولا يهراق ما فيه .

( والعدد في الغسل ) أي يفيد العدد في غسل الاناء لأنه نص على الثلاث .

فإن قلت إفادة العدد بطريق الوجوب أو الاستحباب . قلت بطريق الاستحباب لأن

راوي الحديث المذكور هو أبو هريرة كما ذكرناه ، وقد روي عنه اسناد صحيح انه قال اغسله مرة واحدة فدل على ان مراده في رواية الثلاث الندب والاستحباب ويدل على هذا انتساخ السبع للعدد على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

وقد شنع ابن حزم هاهنا على أبي حنيفة « رح » وأساء الأدب وقد قال أبو حنيفة رحمه الله لا يغسل الاناء من ولوغ الكلب إلا مرة واحدة ، وإن كل ما في الاناء يهرق أي شيء كان وهذا قول لا يحفظ عن أحد من الصحابة ولا من التابعين ، واحتج له بعض مقلديه بان أبا هريرة رضي الله عنه قد روي عنه انه خالفه وهو باطل لأنه روى هذا الخبر الساقط عبد السلام بن حرب وهو ضعيف ، وعلى صحة رواية شرط الثلاث فلم يحصلوا إلا على خلاف السنة وخلاف ما أعرضوا به عن أبي هريرة فإن النبي ﷺ اتبعوا ولا أبا هريرة الذي احتجوا به قلدوا .

قلت هذا كلام في غاية السماحة والسفاهة ، لأن السخافة والتفاهة لم يقل فيه بالرأي ولا أحد من أصحابه ، بل مذهبه أن يغسل ثلاث مرات كما أفتى به أبو هريرة ، وكيف يقول هذا قول لا يحفظ عن الصحابة ، والحكم عن حديث عبد السلام بالسقوط ساقط باطل ، وعبد السلام ثقة مأمون حافظ أخرج له الجماعة ، واعترض أيضاً ابن قدامة المغني علينا حيث قال ، أبو حنيفة « رح » لا يجب العدد في شيء من النجاسة إنما يغسل حتى يغلب على الظن نقاؤه من النجاسة ، وفي الحديث الصحيح نص على السبع وفي آخر خير بين الثلاث والخمس والسبع وحديثهم يرويه عبد الوهاب بن الضحاك وهو ضعيف .

قلت قد مر الجواب عن هذا في حديث أبي هريرة رضي الله عنه المذكور فيما مضى .

( وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ) أي حديث أبي هريرة رضي الله عنه المذكور حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط السبع مرات في ولوغ الكلب في الاناء ، وقد ذكرنا وجه ذلك ، وقال بعضهم وكان ينبغي أن يقول وعلى مالك « رح » في عدم تنجيس الماء . قلت لم يقل ذلك لأنه روي عنه ما يقتضي انه النجاسة وقال أصحابه وإذا

ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث فما يصيبه سؤره وهو دونه أولى ، والأمر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الاسلام .

---

فرضنا الغسل بعد النجاسة فهل هو على الندب أو الوجوب فيه روايتان وكذلك في الحاق الخنزير وكذلك في اختصاص ذلك بالنهي عن اتخاذ الكلب أو تعميمه في جنس الكلاب ، وأيضاً هل يختص هذا الحكم بالماء أو بغيره أيضاً ، ففي رواية ابن القاسم في الماء خاصة ، وفي رواية ابن وهب إن اناء الطعام بمنزلة إناء الماء ، وأيضاً هل يراق الماء والطعام فيه ثلاثة أقوال ، إراقتها وترك الاراقة فيها وتخصيصها بالماء دون الطعام ، وهل يغسل الاناء بالماء الذي ولغ فيه الكلب فقال الغزوني من علمائهم لا أعلم من أصحابنا نصاً فيه ، وحكى الشيخ أبو طاهر عن بعض أشياخه انه ذكر ان المذهب على قولين في ذلك ثم عندهم يغسل بجماعة الكلاب سبعاً والكلب الواحد إذا تكرر منه سبعاً ، وقيل سبعاً سبعاً .

( ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث ) أي ولأن ما يصيبه بول الكلب من الثياب وغيرها يطهر بالغسل ثلاث مرات . قال الاترازي أي بالاجماع وفيه نظر لأن عندالشافعي بوله ودمه نجس منه لا يطهر إلا بالغسل سبعاً ، ذكره في التهذيب ، وفي شرح الوجيز سائر فضلاته وأجزائه كلعابه ، وفي وجه كسائر النجاسات .

فإن قلت الحديث لا يدل على نجاسة لعابه لجواز أن تكون نجاسة الاناء باستعمال النجاسة غالباً لأكله الجيف والميتات . قلت إذا فرضنا لتطهر دمه بماء كثير فوقع في الإناء فإما أن يثبت وجوب غسله أولا ، فإن لم يثبت وجب تخصيص العموم وإن ثبت لزم ثبوت الحكم بدون علته وكلاهما على خلاف الأصل .

( فما يصيبه سؤره وهو دونه ) أي والحال ان سؤره دون بوله ( أولى ) أي بالتطهير (والأمر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الاسلام ) هذا جواب عما استدل به الشافعي بالأمر الوارد بالسبع . قال الاكمل رحمه الله أراد بهذا ما رواه عبد الله بن مغفل (١) رضي الله

---

(١) في الاصل – المقفل – والصحيح ما أثبتناه ا هـ مصححة .

عنه فكذلك قال غيره من الشراح مع عدم تعيين الراوي ، وعن قريب نذكر ما رواه ابن المغفل ، والوجه أن يقال أراد بالأمر الواقع الوارد بالسبع ما رواه أبو هريرة « رض » عن النبي ﷺ انه قال يغسل الإناء إذا ولغ فيه الكلب سبع مرات أولاهن وآخرهن بالتراب . والحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم ، أو وجه ذلك أن مراد المصنف بيان نسخ الأمر الوارد بالسبع ، والخصم ما استدل إلا بحديث أبي هريرة رضي الله عنه .

هذا وفي حديث ابن المغفل ما هو حجة على ما بينه وهو انه روي عنه ﷺ أنه أمر بقتل الكلاب ثم قال مالي وللكلاب ، ثم قال إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات وعفروا الثامنة بالتراب أخرجه الطحاوي هكذا ولفظه أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب ثم قال ما بالهم وبال الكلاب ، ثم رخص في كلب الصيد وكلب الماشية ، وقال إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فاغسلوه سبع مرات وعفروا الثامنة بالتراب .

ورواه أبو داود ونحوه والنسائي أيضاً إلا انه ليس في روايته مالي وللكلاب ، وابن ماجة رواه مقتصراً على قوله إذا ولغ الكلب .. الخ ، وهذا فيه الأمر بالغسل سبع مرات وتعفير الثامنة بالتراب ، وقد تركه الشافعي « رح » ولزمه ما الزم هو خصمه في ترك السبع ، وقد خصصنا فيه فيما مضى قوله عفروا قال صاحب المطالع معناه اغسلوه بالتراب وهو من العفر بالتحريك وهو التراب ، يقال عفره بالتراب يعفره عفراً ، أو عفره تعفيراً أي إذا مرغته بشيء معفور ومعفر أي ترب .

فإن قلت ما الدليل على قوله محمول على الابتداء أي ابتداء الاسلام قلت هو انه عليه السلام كان يشدد في أمر الكلاب حتى يمنعوا من الاقتناء ، ونهاهم عن مخالطتهم كما أمر بكسر دنان الخمر ثم ترك ذلك وقال مالي وللكلاب ثم رواية أبي هريرة وجه النسخ وقد ذكرناه .

فإن قلت لم لا يجوز أن يكون المراد بغسل الاناء التعبد لا إزالة النجاسة كما ذهب إليه مالك . قلت الجمادات لا يلحقها حكم التطهير بعد إذ لا يوجب في غير موضع الاصابة كما في الحديث .

## وسؤر الخنزير نجس لأنه نجس العين على ما مر ، وسؤر سباع البهائم نجس خلافاً للشافعي « رح » فيما سوى الكلب والخنزير

فإن قلت الحجر الذي يستعمل به في رمي الجمار انه يغسل إذا رمى به ثانياً . قلت الحجر آلة الرمي فجاز أن تعين الآلة بنقل نجاسته والآثام إليها كالماء المستعمل ومال الزكاة .

فإن قلت لو كان للنجاسة لما احتيج إلى السبع ، فإن لعابه لا يكون أنجس من العذرة وبول الانسان والحمار . قلت الحمل على التنجيس أولى لأنه متى دار الحكم بين كونه تعبداً أو معقول المعنى كان جعله معقول المعنى هو الوجه لندرة التعبد وكثرة التعقل .

( وسؤر الخنزير نجس ) خلافاً لمالك وداود ، فإنه عندهما طاهر ، ولكنهما ألحقاه بالكلب في العدد ومع كونه تعبداً عندهما ( لأنه نجس العين ) أي لأن الخنزير نجس العين فصار لحمه نجساً واللعاب يتولد منه والسؤر يمتزج به (على ما مر) في باب الماء الذي يجوز به الوضوء عند قوله – بخلاف الخنزير لأنه نجس العين .

( وسؤر سباع البهائم نجس ) سباع البهائم كالأسد والنمر والدب والفهد ونحوها ( خلافاً للشافعي رحمه الله ) أي خالفنا نحن خلافاً فيه الشافعي «رح» ( فيما سوى الكلب والخنزير ) وما يتولد منهما وبقوله قال مالك وأحمد رحمهما الله ورواية ثم ان المصنف لم يذكر مستند الشافعي « رح » لا من حيث النقل ولا من حيث العقل ولا مستند أصحابنا من حيث النقل . وأما مستند الشافعي « رح » من حيث النقل في أحاديث :

**أحدها** : ما أخرجه ابن ماجة عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال سئل رسول الله ﷺ عن الحياض التي بين مكة والمدينة فقيل له ان الكلاب والسباع ترد عليها ، فقال لها ما أخذت في بطونها ولنا ما بقي شراب وطهور .

الثاني: ما أخرجه الدارقطني في سننه عن داود بن الحصين عن أبيه عن جابر رضي الله عنه قيل يا رسول الله أنتوضأ بما أفضلت الحمر قال نعم وبما أفضلت السباع ، ورواه

البيهقي والشافعي وعبد الرزاق عن ابراهيم بن أبي يحيى عن داود بن الحصين عن أبيه .
ورواه الشافعي « رح » أيضاً من حديث ابن أبي ذئب عن داود بن الحصين عن جابر بن عبد الرحمن من غير كراهة .

ثالثها : ما أخرجه ابن ماجة عن أبي مصعب المدني عن عبد الرحمن بن يزيد عن ابن عمر رضي الله عنه قال خرج رسول الله ﷺ في بعض أسفاره فسار ليلاً فمر على رجل عند مقراة له فقال له عمر رضي الله عنه يا صاحب المقراة أولغت السباع الليلة في مقراتك فقال عليه السلام يا صاحب المقراة لا تخبرنا هذا تكلف لها ما حملت في بطونها .

الرابع : ما رواه ابن ماجة عن أبي سعيد الخدري « رض » قال سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها فقال لها ما حملت في بطونها ولنا ما بقي طهور .

والخامس : ما رواه مالك عن يحي بن عبد الرحمن بن خاطب ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا أحواضاً فقال عمرو بن العاص يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يا صاحب الحوض لا تخبره فإنا نرد على السباع وترد السباع علينا .

وأما سند الشافعي من حيث العقل فهو انها طاهرة جلدها وحرمة أكل لحمه لصون طباع بني آدم عن تعدى طباعها بواسطة التعدي دون النجاسة .

وأما مستند أصحابنا من حيث النقل فما رواه مسلم من حديث جابر بن عبد الله انه عليه السلام نهى عن كل ذى ناب من السباع وذي مخلب من الطيور ، والمراد بها الجوارح ، فدل على ان كل ذى ناب حرام ، نهى عن أكل كل ذى ناب حرام مع صلاحيته للغذاء لا لكرامته فيكون نجساً ولعابه متولد من اللحم النجس فيمزج بسؤره ، وقد استدل السغناقي وصاحب الدراية لأصحابنا بحديث مالك المذكور فقالا ولولا أنهما يعني ان عمر بن الخطاب وعمرو بن العاص كانا يريان التنجيس بورودها وإلا لم يكن لسؤل عمرو ولا عمر

# لأن لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب

لنهى [1] . والمعنى في المسألة أنها في سؤر السباع يمكن الاحتراز عنه فكان نجساً قياساً على الخنزير . وقد استدل بعض الشراح للشافعي بهذا الحديث كما ذكرناه ولنا من حيث العقل ، فقد أشار المصنف إليه بقوله :

( لأن لحمها ) أي لحم الكلب الخنزير ( نجس ومنه يتولد اللعاب ) فيمتزج به السؤر ، وفيه إيراد على المصنف وهو انه يرى طهارة لحم الكلب وجلده بالذكاة وهو قول جماعة أيضاً ، وهاهنا تمسك بنجاسة السؤر بنجاسة اللحم وقد ذكر انه يطهر بالذكاة وكان نجساً بالمجاور ومن الدماء والرطوبات النجسة فلزم ان يكون لعابه طاهراً ، فإن لحم الشاة نجس ايضاً بالمجاورة حتى لو يذك حكم بعدم تطهيرها .

وأجيب عنه بأن اللحم وإن كان نجس العين يحتمل أن يتبدل إلى الطهارة بأمر شرعي ، فإن جلد الميتة نجس العين حتى لم يجز بيعه بالاتفاق ، ولو كان نجساً بالمجاورة لجاز بيعه كالثوب النجس والدهن النجس ثم الدباغ أثر فيه وطهره كتخليل الخمر ، فعلم ان ما هو نجس العين يحتمل التبدل إلى الطهارة بأمر شرعي ، ثم الذكاة تؤثر في الجلد الذي هو نجس العين إلى الطهارة ، فيجوز أن يؤثر في اللحم أيضاً فيكون اللحم نجس العين قبل الذكاة وبعدها طاهر كالخمر قبل التخليل نجس العين ، وبعده طاهر ولا يلزم على هذا الخنزير لأن الذبح لما لم يؤثر في جلده لاخراج الشرع إياه عن قبوله ولم يؤثر في لحمه أيضاً ، فثبت ان طهارة اللحم بالذبح لا تنافي النجاسة قبله وفيه نظر لأنه يؤدي إلى تخصيص العلة ، لأن نجاسة اللحم إنما عرفت من حرمة الأكل لا للكرامة مع صلاحية الغذاء وهي باقية بعد الذكاة ، فلو قلنا بطهارة اللحم مع بقاء الحرمة المستدعية للتنجيس كان نقضاً وتخصيصاً ، وحرمة بيع جلد الميتة ليست بنجاسة العين بل باعتبار اتصال الرطوبات النجسة بالجلد .

( وهو المعتبر في الباب ) أي الإستدلال بنجاسة اللعاب وطهارته المعتبرة في هذا الباب ، وأراد بباب نفس فقه هذا الموضع .

---

(1) هكذا في الاصل وربما أراد – معنى – اه مصححه .

وأما الجواب عن أحاديث الشافعي ، فحديث أبي هريرة رضي الله عنه معلول بعبد الرحمن بن زيد ، فعن أحمد والنسائي وأبي ذرعة ضعيف . وعن أبي حاتم ليس بقوي في الحديث ، وكان في نفسه صالحاً وفي الحديث أنه رواه قال أبو داود أولاد زيد بن أسلم كلهم ضعفاء وأمثلهم عبد الله ، وأيضاً يلزم الشافعي طهارة سؤر الكلاب ولم يقل به .

وحديث جابر فيه داود بن الحصين ضعفه ابن حبان ، وهـــو لم يلق جابراً أيضاً ، وحديثه عن طريقين ، أحدهما : عن الشافعي رحمه الله عن ابراهيم بن يحي عن داود بن الحصين . والثاني عن ابراهيم بن اسماعيل عن أبي حنيفة رحمه الله عن داود قال النووي الابراهيمان ضعيفان عند أهل الحديث لا يحتج بهما ، ثم قال وإنما ذكرنا الحديث وإن كان ضعيفاً لكونه مشهوراً في كتب الاصحاب ، وربما اعتمد بعضهم نبهت عليه .

وحديث أبي سعيد فيه عبد الرحمن هذا أيضاً .

وحديث مالـــك رحمه الله فيه أيوب بن خالد الحراني قال ابن عـــدي حدث عن الأوزاعي بالمناكير .

قوله يا صاحب المقراة — بكسر الميم غير مهموز مأخوذ من قريت الماء الحوض قريـاً وقرى إذا أجمعته . وقال ابن الأثير المقرى والمقراة الحوض الذي يجمع فيه الماء . وقـال ابن سيال هي الحوض العظيم يجمع الماء فيه . وقال الجوهري المسيل والموضع الذي يجتمع فيه ماء المطر من كل جانب .

وقوله — ولنا ما غبر — بفتح الغين المعجمة والباء الموحدة أى ما بقي .

ثم انا وإن سلمنا بثبوت هذه الأحاديث فهي محمولة على الماء الكثير ، أو هي محمولة على ما قبل تحريمها ، أو المراد به حمر الوحش وسباع الطير .

وأما الجواب عن دليل الشافعي « رح » من حيث العقل فهو ان الله تعالى حرم أكل كل نجس بنفسه الخمر أو للمجاورة ، كما وقعت فيه نجاسة أو للاحترام كما في الآدمـــي ولا احترام للسباع ولا خبث فيها فإنه كانت تؤكل قبل التحريم ، فلم يبق إلا النجاسة ، ولا يجوز أن تكون الحرمة لتعدى الطبع ، فإن الطبائع نفرت عنها بخلاف الخمر ، لمـــا حرم

أكلها علم انها نجس ، فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيعها لأنها نجس العين كالخنزير ، لكن الحرمة غير شاملة للجلد والعظم والشعر والعصب وما لا يؤكل منه طاهر فأشبه دهناً نجساً والمجاورة وجلده إنما يطهر بالدباغ لأن بين الجلد واللحم جلدة يمنع مماسة اللحم للجلد .

وقد رد على الشافعي « رح » بعضهم بقـــوله عليه السلام في الحياض التي تكون في الفلوات وما استوى بها من السباع فقال عليه السلام إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثاً أخرجه الأربعة ، فلو كان سؤر السباع طاهراً لم يكن لذكر هـــذا الشرط فائدة ، وكان التقييد به ضائعاً .

وأجاب النووى عن هذا بأجوبة أحدها انه تمسك بدليل الخطاب قال وهم لا يقولون به . وقال السروجي ما قاله صحيح نحن لا نقول به ، ولا نعتقد صحة هذا الحديث أيضاً لأنه مطعون فيه لكنهم زعموا انه صحيح ومفهوم الشرط حجة عندهم ، فنحن نلزمهم ما هو حجة عليهم عندهم .

الثاني ان السؤال كان الماء الذى ترده الدواب والسباع فتشرب منه وتبول فيه غالباً ، وأجيب انه لا يجوز تقييد التنجيس ببولها وحده لوجهين أحدهـــا : ان ورد السباع على الماء للشرب لا لتبول فيه فلا يجوز ترك هذا الذى سبق الحديث لأجله . الثاني : ان كلمة ما عامة فلا تخصيص بالبول ويصرف عن غيره بلا دليل .

الجواب الثالث : أن الكلاب من جملة ما يردها فالتنجيس بسببها ، ويدل على دخولها في ذلك أوجه ، أحدها أنه جاء في رواية الدواب ورد عليه السروجي بأن كان التنجيس بسبب الكلاب دون السباع لم يكن لذكر السباع وترك الكلاب التي منها يفسد الماء عندهم معنى إذ الكلاب لم تذكر في المشهور ، وأيضاً لو سلم ذكرها في بعض الطرق لما كان لضم السباع فيها فائدة إذ كان فساد المـاء بسبب الكلاب لا غير عندهم . وقوله – انها من جملة الكلاب – لا يصح ، فإن من قال فلان قتل سبعاً لا يفهم منه قتل كلب ، والأصل عدم الاشتراك والترادف . وقوله انها داخلة في الدواب لذوات الحوافر كالفرس والبغل والحمار ولو كانت داخلة فيها لا يجوز إخراج غيرها بلا دليل .

قلت انكاره الكلب من السباع غير موجه لأن السبع في اللغة كل حيوان مفترس ، ولهذا ورد في الحديث السنور سبع مع ان الكلب أقوى منه وأشد افتراساً ، واستشهاده بقوله : فإن من قال ... إلخ ، ليس طائل ، لأن هذا نجساً يعرف بين الناس ، ودعواه بأن قوله – دخول الكلب في الدواب – باطل غير صحيحة ، لأن الدابة في اللغة ما دب على الأرض . قال الجوهري كل ما مشى على الأرض دابة ودبيب ، والدابة التي تركب . وقوله – لأن لذوات الحوافر كالفرس والبغل والحمار – غير موجه ، لأن التخصيص لهذه الثلاثة من أين ، والدابة منقوله عما يدب على وجه الأرض على ذوات الأربع من الحيوان ، فيشمل الجمل وغيره .

ثم اعلم ان محمداً رحمه الله ذكر نجاسة سؤر السباع ، ولم يبين ان نجاسته حقيقية حتى يعتبر فيه الكثير أو غليظة حتى يعتبر فيه أكثر من قدر الدرهم . وقد روى عن أبي حنيفة « رح » في غير رواية الأصول انه نجس نجاسة غليظة . وروى عن أبي يوسف رحمه الله ان سؤر ما يؤكل لحمه من السباع كبول ما لا يؤكل لحمه .

( وسؤر الهرة طاهر مكروه ) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بهذا لفظ الجامع الصغير ، وأما لفظ كتاب الصلاة : وإن توضأ بغيره كان أحب إلي . قال الاترازي وفائدته انه إذا توضأ به يجوز مع الكراهة إن كان يجد ماء مطلقاً ، وإن لم يجد فلا كراهية ، وبقولهما قال طاووس وابن سيرين وابن أبي ليلى ويحيي الانصاري ، وهو المروى عن ابن عمر رضي الله عنه .

فإن قلت أهي كراهة تحريمية أم تنزيه . قلت قال الطحاوي كراهة سؤرها لحرمة لحمها ، وهذا يدل على انه إلى التحريم أقرب . وقال الكرخي كراهة سؤرها لأنها تتناول الجيف ، فلا يخلو فمها عن نجاسة عادة ، وهذا يدل على انه كراهة تنزيهية وهو الاصح والاقرب إلى موافقة الآثار . وعن أبي يوسف « رح » غير مكروه وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والثوري والأوزاعي واسحاق وأبو عبيدة رحمهم الله . وفي المغني لابن قدامة السنور وما دونها في الخلقة كالفأرة وابن عرس وغيرهما من حشرات الأرض سؤرها

## وعن أبي يوسف « رح » انه غير مكروه لأن النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضأ منه

---

طاهر يجــــوز شربه والوضوء به ولا يكره ، وهذا قول أكثر أهل العلم من الصحابــــة والتابعين من أهل المدينة والشام وأهل الكوفة وأصحاب الرأى إلا النعمان ، فإنه كـره الوضوء بسؤر الهرة فإن فعل أجزأه .

**وفي المبسوط والذخيرة تكره أن تلحس الهرة كيف إنسان ثم يصلي قبل غسلها أو يأكل من بقية الطعام الذي أكلت منه لقيام ريقها بذلك . وفي البدائع لو أكلت فأرة وسكتت ثم شربت الماء تنجس عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كشارب الخمر ، وقال أبو حنيفة « رح » لا بنجسه . وقال قاضي خان مكثت ساعة أو ساعتين . وفي المفيد أبو يوسف « رح » لم ينقل بطهارة فمها إذا غسلته بلعابها لاشتراط الصب في الابدان عدة . وفي الجامع الصغير أسقط الصب للحرج .**

( وعن أبي يوسف « رح » انه غير مكروه ) وعنه انه لا يجوز الوضوء به ذكـره المرغيناني ثم أن أكثر أصحابنا ذكروا قول محمد مع أبي حنيفة « رح » و كذا ذكر صاحب المنظومة وصاحب الايضاح والمصنف الاصح ان محمداً مع أبى يوسف ، وروى محمــــداً حديث مالك الذى يأتي ذكره إن شاء الله في موطاه ، ثم قال محمد لا بأس بــأن يتوضأ بفضل سؤر الهرة وغيره أحب الينا منه ، وهذا قــول أبي حننفة رحمه الله ، وذكـر في المحيط والتحفة وقاضي خان قول أبي يوسف مع أبي حنيفة « رح » .

( لان النبي ﷺ كان يصغي لها الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ) رواه الدارقطني في سننه من طريقين عن عائشة رضي الله عنها أحدهما عن يعقوب بن ابراهيم الانصارى عن أبيه ابراهيم عن عروة بن الزبير عن عروة بن الزبير عن عائشة أنها قالت كان رسول الله ﷺ تمر به الهرة فيصغي لها الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ بفضلها قال ، ويعقوب هــذا هو أبو يوسف القاضي « رح » ، وعبد ربه هو عبد الله بن سعيد العنبرى وهو ضعيف .

والثاني عن محمد بن عمرو الواقدى باسناده ، وعن عائشة .. الخ وفي الواقدي مقال ، وأخرجه الطحاوى عن عائشة رضي الله عنها أيضاً ، ولفظه أن رسول الله ﷺ كان

يصغي الإنـــاء للهرة ويتوضأ بفضله ، وفي إسناده صالـح بن حسان البصرى المـدني ضعيف متروك .

وأخرجه الطبراني في الاوسط عن عائشة برجال موثقين ، وروى ابو داود من حديث داود وابن صالح التمار عن امه ان مولاها ارسلها بهدية إلى عائشة « رض » فوجدتها تصلي فأشارت ان ضعيها ، فجاءت هرة فأكلت منها ، فلـما انصرفت اكلت من حيث اكلت الهرة ، فقلت ان رسول الله عليه السلام قال انها ليست بنجس انها من الطوافين عليكم ، وقد رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ بفضلها ورواه الدارقطني وقال تفرد به عبد الرحمن الـداودى عن داود بن صالح عن أمـه متن حديث داود بن صـالح التمار عن أمه بهذه الالفاظ .

وروى ابن ماجة والدارقطني من حديث الحارثة عن عمرة عن عائشة رضى الله عنها قالت كنت أتوضأ أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد قد أصابت منه الهرة قبل ذلك . وقال الدارقطني والحارثة لا بأس به .

وأخرج ابن خزيمة في صحيحه عن سليمان بن نافع عن شيبة الحسان قال سمعت منصور ابن صفية بنت شيبة بحديث عن أمه صفية عن عائشة رضي الله عنها ان رسـول الله ﷺ قال انها ليست بنجسة انها كبعض أهل البيت يعني الهرة .

وروى أبو داود بن عبد الله بن سلمة القصبي عن مالك عن اسحاق عبد الله بن أبي طلحة عن حميدة بنت عبيد بن رفاعة عن كتيبة بنت كعب بن مالك وكانت تحت ابن أبي قتادة أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوء فجاءت هرة فشربت منه وأصغى لها في الإناء حتى شربت قالت كتيبة فإني أنظر اليه ، فقال أتعجبين يا بنت أخي فقلت نعم ، فقال ان رسول الله ﷺ قال انها ليست بنجس انها من الطوافين عليكم والطوافات . وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة ، وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح .

ورواية أبو داود والترمذي بالواو ، ورواية الدارمي وروي الوجهان عن مـــالك ، وروى هذا الحديث أيضاً ابن حبان والحاكم والدارقطني والبيهقي والشافعي وأبو يعلى

وحميدة بضم الحاء ، وقيل بفتحها بنت عبد بن رفاعة الانصارية وابن أبي قتادة اسمه عبد الله ، وأبو قتادة الحارث بن زبعي .

فإن قلت ابن مندة أعل هذا الحديث بأن حميدة خالتها كتيبة محلهما محل الجهالة ولا يعرف لهما إلا هذا الحديث . قلت لا نسلم ذلك لأن الحميدة حدثنا آخر تشميت العاطس رواه أبو داود ، ولها ثالث رواه أبو نعيم وأما خالتها فإن حميدة روى عنها اسحاق بن عبد الله وهو ثقة عند ابن معين ، وأما كتيبة فقال انها صحابية ، فإن ثبت فلا يضر الجهل لها .

قوله — فيصغي لها — أي اماله ليسهل عليها الشراب . قال الجوهري صغى يصغو يصغى صغواً أمال ، وكذلك صغى بالكسر يصغى صغا وصغاء وصغت النجوم مالت للغروب وأصغيت انا أملت .

قوله — ليست بنجس — بفتح النون والجيم يقال فكل المستقذر نجس سبعة الجن .

قوله — فسكبت له وضوء — بفتح الواو وهو الماء الذى يتوضأ به . قوله — من الطوافين — هم بنو آدم ويدخل بعضهم على بعض بالتكرار ، والطوافات هي المواشى التي يكثر وجودها عند الناس مثل الغنم والبقر والإبل جعل النبي عليه السلام الهرة من القبلبين [1] لكثرة طوافها واختلاطه بالناس ، وأشار إلى الكثرة بصيغة التفضيل لأنه للتكثير والمبالغة ، وموصوف كل واحد من الطوافين والطوافات محذوف أقيمت الصفة مقامه تقديره من الخدم الطوافين والحيوانات الطوافات .

( ولهما ) أى ولأبى حنيفة ومحمد « رح » ( قوله عليه السلام الهرة سبع ) رواه أبو هريرة أخرجه عند الحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح ولم يخرجاه ، ولكن لفظه السنور سبع ، وأخرجه الدارقطنى أيضاً بهذا اللفظ ، ورواه أحمد « رح » وابن أبى

(١) هكذا رسمت في الأصل . اه مصححة .

شيبة واسحاق بن راهويه في مسانيدهم بلفظه الهرة سبع ، وكذا في رواية مختصرة للدارقطني ، قال وكيع الهرة سبع .

( والمراد به ) أي بهذا الحديث ( بيان الحكم دون الخلقة والصورة ) لأن النبي ﷺ بعث لبيان الأحكام لان الحقيقة لا يحتاج فيها إلى البيان النبوى لعلم كل أحد من الحاكة والرعاة ان ذلك الشيء حجر وذاك مدر وذلك شجر إلى غير ذلك ، وسبعية الهرة حقيقة ظاهرة يصبو بها الحشرات فصار المراد منه ان الهرة حكمها حكم السبع فكان ينبغي أن يكون سؤرها نجساً كسؤر سائر السباع .

( إلا انه سقطت النجاسة لعلة الطواف ) المؤثر في التخفيف الدافع للحرج بقوله عليه السلام الهرة ليست بنجسة إنما هي من الطوافين والطوافات ( فبقيت الكراهة ) ولا يلزم من سقوط النجاسة سقوط الكراهة ، وقد بين المصنف ذلك بقوله إلا انه سقطت النجاسة لعلة الطواف هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كانت الهرة سبعاً كان ينبغي أن يكون سؤرها نجساً كسؤر سائر السباع ، فأجاب بقوله إلا انه .. الخ وقوله – لعلة الطواف – يجوز أن يكون إشارة إلى ضرورة فإن حكم النجاسة يسقط بها ، ويجوز أن يكون إشارة إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها المذكور عن قريب الذي رواه أبو داود والدارقطني ، وذكره السغناقي في شرحه ، ولفظه روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تصلي وفي بيتها قطعة من هريسة فجاءت هرة وأكلت منها فلما فرغت من صلاتها دعت جارات لها فكن يتحابين عن موضع فمها ، فمدت يدها وأخذت موضع فمها وأكلت ، وقالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم يقول الهرة ليست بنجسة إنما هي من الطوافين عليكم ، فمالكن لا تأكلن .

وهكذا ذكره الأكمل وصاحب الدراية في شرحها ولم يتعرض أحد منهم إلى راويه ولا إلى مخرجه ولا إلى هذه العبارة من ذكرها من أصحاب الحديث وليس عندهم إلا روى على أي وجه كان . وقال الأكمل فإن قيل حديث أبي هريرة يدل على النجاسة فهو محرم فهلا يرجح ، فالجواب ان حديث أبي هريرة معلول دون حديث عائشة رضي الله عنها فيقوى حديث عائشة بقوة حالها وقوة دلالته تعارض المحرمة .

قلت حديث أبي هريرة أقوى لان الحاكم وغيره من أئمة الحديث صححوه ، وحديث عائشة رضي الله عنها رواه الدارقطني وقال تفرد به داود وصالح وكذا قال الطبراني والبزار وقال لا يثبت ، والذي ذكره خارج عن صنعة أهل الحديث وعن اصطلاح الفقهاء أيضاً . وكان ينبغي ان يرتب هذا السؤال والجواب من حديث أبي هريرة وحديث قتادة ، والذي رواه الامام مالك وأخرجه الأربعة وصححه الترمذي .

فنقول وبالله التوفيق ان حديث أبي هريرة لا يلحق حديث أبي قتاده في القوة فلا يخرج عليه .

فإن قلت قال بعضهم قوله ليست بنجس من قول أبي قتادة . قلت قال ابن عبد البر هذا غلط ، وروى الطبراني في الصغير من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن علي بن الحسين عن أنس قال خرج النبي ﷺ إلى أرض بالمدينة يقال لها بطحان فقال يا أنس اسكب إلي وضوء ، فسكبت له فلما قضى وضوءه أقبل إلى الإناء وقد أتى هراً فولغ في الإناء فوقف له النبي ﷺ حتى شربت فذكرت له ذلك ، فقال يا أنس إن الهر من سباع البيت لن يقدر شيئاً ولن ينجسه قال تفرد به عمرو بن حفص فنفيت الكراهيه لأنه لا يلزم عن سقوط النجاسة سقوط الكراهة .

فإن قلت إنما يكون كذلك لورود ذلك النص قبل هذا النص قلت يراد من ذلك النص حرمة اللحم لكونه صريحاً فيها ومن هذا النص كراهة السؤر .

( وما رواه ) أي ما رواه أبو يوسف « رح » من فعله عليه السلام كان يصغي له الاناء .. الحديث ( محمول على ما قبل التحريم ) أي قبل تحريم الهرة ، وذلك في وقت تحريم السباع .

فإن قلت من أين علم أن ما رواه أبو يوسف « رح » كان قبل التحريم . قلت إذا اجتمع المبيح والمحرم في قضية ولا يعلم التاريخ فالعمل للمحرم ، وقيل إذا لم يعلم التاريخ يجعل كأنهما ورد أيضاً وإضافة الحرمة إلى ما هو صريح في التحريم أولى ، وبقيت الكراهة لقصور العلة لأنه يمكن أن تحفظ الأواني عنها بحيلة بأن تسد أفواهها ويقال يحمل ما رواه

ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير إلى التنزه والاول إلى القرب من التحريم ،

---

أبو يوسف على ان الهرة التي كانت في بيت النبي ﷺ ما كانت تأكل الفأرة كرامة للنبي ﷺ ، وأما غيرها فيحمل على انها شربت عقيب أكل الفأرة ويحتمل غير ذلك فكان مكروهاً ، وكراهة سؤر الهرة يروى عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعطاء ومجاهد ويحي بن سعيد وابن أبي ليلى « رض » .

( ثم قيل كراهته لحرمة لحمه ) قائله الامام أبو جعفر الطحاوي أي كون كراهة سؤر الهرة لأجل ان لحمها حرام لأنها عدت من السباع

( وقيل لأجل عدم تحاميها النجاسة ) قائله الكرخي رحمه الله يعنى كراهة سؤرها لأجل عدم احترازها عن النجاسة لأنها تأكل الفأرة والجيفة وفمها لا يخلو عن النجاسة عادة .

( وهذا يشير إلى النزاهة ) أي ما قاله الكرخي يدل على أن سؤرها مكروه كراهة تنزيهية وهو الأصح والأقرب إلى موافقة الحديث حيث قال فيه انها ليست بنجس ( والأول ) أي ما قاله الطحاوي ( إلى القرب من التحريم ) وكلام المصنف أولاً يدل على انه أقرب إلى التحريم وبينهما تناقض ظاهر ويمكن دفعه بأن يقال ان الحديث الذى فيه انها ليست بنجس يدل على الطهارة .

وقوله – الهرة سبع – يدل على النجاسة فدار أمر سؤرها بين الشيئين فالكرخي قال كراهته تنزيه أخذاً بالحديث الأول ولم يقل بالطهارة مطلقاً من غير كراهة لعدم تجانبها النجاسة والطحاوي أخذ بالثاني ولم يقل بحرمته مطلقاً لمعارضة الحديث الأول إياه ، وأشار بهذا إلى أن الحرمة الأصلية باقية لنهيه عليه الصلاة والسلام عن أكل كل ذي ناب من السباع .

فإن قلت كيف تقول الحرمة الاصلية باقية لنهيه عليه السلام انها ليست بنجس . قلت إنما قال ذلك للضرورة لأن لها حق الشرب من الأواني ، ولهذا قال انها من الطوافين والطوافات وهم الخدم والمماليك ومن يخدم لأهل البيت كما ذكرناه ، وقد سقط الحجاب في حقهم للضرورة ومع قيام الحرمة الاصلية .

ولو أكلت الفأرة ثم شربت على فوره الماء يتنجس الماء بالاجماع إلا إذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب أبي حنيفة « رح » وأبو يوسف « رح » ويسقط اعتبار الصب للضرورة. وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه

---

( فلو أكلت فأرة ثم شربت على فورها الماء ) أي لو أكلت الهرة فأرة ثم شربت على فورها الماء يعني قبل أن يسكن ، قال الجوهري يقال أتيت فلاناً من فوري أي قبل أن أسكن ، وفي بعض النسخ فوره أي على فور الاكل أي عقبه من غير تراخ .

( يتنجس الماء بالاجماع ) وفي المجتبى و كذا لو شربت الخمر ثم شرب الماء على الفور يتنجس الماء بالاجماع ( إلا إذا مكث ساعة لغسلها فمها بلعابها والإستثناء ) من قوله يتنجس الماء ولكنه ( على مذهب أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ) لأن عند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا تجوز إزالة النجاسة بالمائعات الطاهرة غير الماء فلا يطهر فمها وفم السكران عندهم ، ولو شربت الماء أو شربه السكران يطهر حينئذ فمه . وقيد المصنف للمكث بالساعة وفي المفيد ساعة أو ساعتين . قال المرغيناني هو الأصح .

( ويسقط اعتبار الصب للضرورة ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف يصح الإستثناء على قول أبي يوسف لأنه من مذهبه الصب شرط يعني صب الماء في الأبدان ، وتقرير الجواب نعم الصب شرط عنده ولكنه هاهنا الضرورة . وفي المفيد أبو يوسف « رح » لم يقل بطهارة فمها إذا غسلته بلعابها لاشتراط الصب في الأبدان .

( وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه ) المخلاة بالخاء المعجمة وهي الشبية الدائرة في عذرات الناس ، وقيل بالجيم وهي التي تأكل الجلة بفتح الجيم . وقال الجوهري أهو هي النعم ، وقال أيضاً هي الجلالة التي تأكل العذرة ، وفي ذلك نظر فمن يقول مجلاة بالجيم لأنه إن كان من جل البقرة يجل أي التقط من باب نصر ينصر يكون الفاعل منه جال للذكر وجالة للانثى ، والمجلاة من باب جلى تجلية واستوى الفاعل والمفعول فيه في تقدير مختلف، ولكن معنى هذا الباب لا يساعد من يدعي ذلك ، وأما المخلاة بالخاء فهو من خلا يخلو تخلية ومعناه صحيح

لأنها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها إلى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة، وكذا سؤر سباع الطير لأنها لا تأكل الميتات فاشبه الدجاجة المخلاة،

---

في هذا الباب ( لأنها تخالط النجاسة ) أي لأن المخلاة تخالط النجاسة فيكره سؤرها لأن منقارها لا يخلو عن قذر وشك في نجاستها والشك لايعارض اليقين فاثبت الكراهة للاحتمال.

( ولو كانت محبوسة ) ولو كانت الدجاجة محبوسة للمقيمين ويكون أكلها وشربها خارج البيت اشار اليه بقوله ( بحيث لايصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة ) أى من مخالطة النجاسة ،وان كانت محبوسة في بيت او في قفص فإنها تجول في عذرات نفسها فلا تؤمن من مخالطة النجاسة فيكره حينئذ سؤرها ، وهذا الذي ذكره المصنف هو الذي ذكره الامام الحاكم عبد الرحمن .

وفي مبسوط شيخ الاسلام لو كانت محبوسة لايكره لعدم النجاسة على منقارها من حيث الحقيقية ولا من حيث الاعتبار لأنها لاتجد عذرات غيرها حتى تجول فيها وهي في عذرات نفسها لا تجول وكذا سؤر الابل الجلالة والبقر الجلالة مكروه لاحتمال نجاسة الفم .

( وكذا سؤر سباع الطير ) هذا عطف على قوله — وسؤر الدجاجة المخلاة — فيكون داخلاً في حكم الكراهية وسباع الطيور كالصقر والبازى والشاهين والعقاب وكل مالايؤكل لحمه من الطيور ، وهذ الذي ذكره الاستحسان والقياس بنجسه فيه كسباع البهائم والجامع حرمة اللحم ، وجه الاستحسان ما ذكره في المبسوط والمحيط ، لأنها تشرب بنقارها وهو عظم جاف بخلاف البهائم فإنها تشرب بلسانها وهو رطب لعابها ، ولأن في سباع الطير ضرورة وعم بلوى فانها ينقض من علو وهوي ، ولا يمكن حول الاواني عنها لاسيما في البرارى والصحاري فاشبهت الفأرة والحية . وعن أبي يوسف « رح » أن ما يقع على الجيف منها فسؤره نجس لأن منقارها لا يخلوا عن نجاسة في العادة والجية نجس والبازي والصقر ونحوهما اذا كانت تأكل اللحم الذى لا يكره ، ذكره في المحيط.

( لأنها لاتأكل الميتات فاشبه الدجاجة المخلاة ) أي لأن سباع الطير تأكل الجيف

وعن أبي يوسف « رح » انهـــا إذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره لوقوع الأمن عن المخالطة ، واستحسن المشايخ هذه الرواية وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه لأن حرمـــة اللحم أوجبت نجاسة السؤر إلا انـــه سقطت النجاسة لعلة الطواف فبقيت الكراهة والتنبيه على الغلـــة في الهرة

---

والميتات فاشبه الدجاجة المخلاة فيكون سؤرها مكروها وباقي فيهـــا تقسيم المخلاة كما ذكرنا .

( وعن أبي يوسف رحمه الله انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لاقذر على منقارها لايكره الأمن عـــن المخالطة ) أي أن سباع الطير ، وفي المحيط وكان أبو يوسف « رح » اعتبر الكراهة لتوهم إيصال النجاسة الى منقارها لا وصول لعابها إلى الماء ، وقـــال اذا لم يكن على منقارها نجاسة لا يكره التوضؤ بسؤرها .

( واستحسن المشايخ هذه الروايـــة ) أي الرواية المذكورة عن أبي يوسف رحمه الله وافتوا بها .

( وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفأرة مكروه لأن حرمة اللحم أوجبت نجاســة السؤر ) أي سؤر ما يسكن في البيوت ( إلا أنه ) اي الا ان الشأن ( سقطت النجاسـة لعلة الطواف فبقيت الكرهة ) لأن سقوط النجاسة لا يستلزم عدم الكراهة .

( والتنبه على العلة في الهرة ) قال الاكمل قيل معناه وبقى التنبيه على العلة التي كانت في الهرة . قلت قائله السغناقي ، وتمام كلامه يعني ان النبي ﷺ علل سقوط النجاسة في سؤر الهرة بعـــلة الطواف بقوله انها من الطوافين والطوافات عليكم دفعاً للحرج فكان مقتضى ذلك التعليل ان يوجد الحكم المرتب على تلك العلة فيما وجدت تلك العلة ، فقـــد وجدت تلك العلة وهي الطواف في سواكن البيوت بعينها بل ازيد منها فيثبت ذلك الحكم المرتب عليها أيضاً وهو سقوط النجاسة في سواكن البيوت كما في الهرة .

وقال الاكمل أيضاً قيل هو جواب سؤال . قلت قائله الاترازى فإنه قال هذا جواب

سؤال مقدر وهو أن يقال كيف علتم سقوط نجاسة سؤرها في سواكن البيوت بعلة الطواف ، فمن أين نبهتهم هذه العلة وهل لها أثر شرعي حتى يعتبر ، فأجاب عنه وقال التنبيه على علة سقوط النجاسة في سؤر سائر سواكن البيوت حاصل في الهرة لأن النبي ﷺ نبهنا عليها وعللها في الهرة وقال الهرة ليست بنجسة انما هي من الطوافين والطوافات عليكم ، اشار بتعليله قول الله عز وجل ﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ ٥٨ النور سقط الاستئذان بعلة الطواف دفعاً للحرج وسقط النجاسة في سؤر الهرة بعلة الطواف دفعاً للحرج أيضاً .

قلت كلا منهما اطال الكلام من غير حصول المراد فاقول قوله والتثنية مبتدأ وخبره متعلق قوله في الهرة ، والتقدير والتنبيه على علة كراهة سؤر سواكن البيوت وهي المذكورة في حكم الهرة وهي علة الطواف التي اسقطت النجاسة فيها فكما ان الطواف علة في حكم سؤر الهرة فكذلك في سواكن البيوت ، فنبه المصنف على العـلة في سؤر الهرة حتى يسقط البدل في علة سؤر سواكن البيوت فافهم .

( وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيـه ) وبه قال احمد « رح » في رواية . وقـال الشافعي « رح » طاهر وطهور . وفي المغني لابن قدامة النوع الثاني ما اختلف فيه وهو سؤر السباع إلا السنور ومادونها في الخلقة ، وكذلك جوارح الطير والحمار الاهلي والبغل فعن أحمد أن سؤرهما نجس اذا لم يجد غيره يتيمم وتركه ، وروي عن ابن عمر انه كـره سؤر الحمار وهو قول الحسن وابن سيرين والشعبي والاوزاعي وحماد واسحاق ، وعـن أحمد اذا لم يجد غير سؤر البغل والحمار يتيمم معه ، ثم قال والصحيح عندي طهارة البغل والحمار ، لأن النبي ﷺ كان يركبها ويركـب فى زمنه و في عصر الصحابة ، فلو كان نجساً لبين النبي ﷺ لهم ذلك .

وقوله عليـه السلام في الخمر انها رجس اراد بها محرمة كقولـه تعالى في الميسر والانصاب والازلام « انها رجس » . وفي المبسوط وكان ابو طاهـر الدباس ينكر هذا ويقول لايجوز ان يكون في شيء من حكم الشرع مشكوكاً فيه ولكن معناه يحتاط فيه فلا يجوز أن يتوضأ به في حالة الاختيار ، واذا لم يجد غيره يجمع بينه وبين التيمم احتياطاً .

وقيل الشك في طهارته لأنه لو كان طاهراً لكان طهوراً ما لم يغلب اللعاب على الماء. وقيل الشك في طهوريته لأنـــه لو وجد الماء لا يجب عليـــه غسل رأسه

---

قلـــت المشايخ قالوا بالشك لتعارض الادلة في طهارته وعدم طهارته لا أن المعنى يكون شيء من أحكام الشرع مشكوكاً للجهل بحكم الشرع . وفي شرح القدورى القول بالوقف عند تعارض الادلة دليل العلم وغاية الورع .

( وقيل الشك في طهارته ) فلو وقع في الماء القليل يفسده ، وقال قاضي خان ولو أصاب الثوب والبدن لايفسده ، وروى الكرخي عن أبي حنيفة رحمه الله أن سؤر الحمار نجس الا انـــه سقط في حق الآدمي للحرج ، ومن المشايخ من قال نجاسة سؤر الحمار دون الاتان لأن الحمار نجس فمه لشبه (١) البول . وفي البدائع هذا موهوم فلا ينجس ، وقال قاضي خان والأصح انه لافرق بينهما . وقـــال السروجي الاجود ان يكون قيل بغيره أو لأنـــه أول القولين فلا عطف ، وكذا قاله صاحب الدراية .

قلت لافساد في العطف ، وكيف لاينفي العطف بكونه اول القولين حتى يدعى الاجوديه .

( لأنه ) أي لأن سؤر الحمار والبغل (لو كان طاهراً لكان طهوراً ما لم يغلب اللعاب على الماء ) لأن اختلاط الطاهر بالماء لايخرجه عن الطهورية مالم يغلب كما اذ اختلط الماء ورد بالماء لكن ينبغي ان يمنع من شربه لأن لعاب مالا يؤكل لحمه موجود فيه كلبن الاتان . وقـــال الوترى الشك في حكم الطهارة وفي حق الشرب وغيره طاهر وكذا لو شرب الحمار من لبن أو عصير .

( وقيل الشك في طهوريته ) في كونه طاهراً لغيره ( لأنـــه ) أى لأن الذى يراد الوضوء ( لو وجد الماء ) المطلق ( لايجب عليه غسل رأســـه ) يعني بعد ما مسح بسؤر الحمار وجد ماء مطلقاً لايجب عليه غسل رأسه ، فلو كان الشك في طهارتة لوجب وانما عين الرأس دون غيره من الاعضاء لأن غيره من الاعضاء يطهر بصب المـاء عليه حقيقة وحكمـــاً .

---

(١) هكذا في الاصل وربما قصد لشمه البول اهـ مصححة .

## وكذا لبنه طاهر ولا يؤكل وعرقه لا يمنع جواز الصلاة وان فحش فكذا سؤره

---

فإن قلت هذا غير لازم لأن الرأس قبل المسح عليه بالماء المشكوك في طهارته فلا يدفع بالشك . قلت مراده بعد ما توضأ ، فإن الحدث قد حل بالرأس فإذا مسح عليه بالمطلق يكون حكم البلة حكم الماء المشكوك في كونه طاهراً وعلى تقدير كونه نجساً يتنجس البلة فلا يرتفع به الحدث فلا يرفع الشك فيجب غسل رأسه لهذا المعنى ، فلما لم يجب دل على أن الشك في طهوريته لافي طهارته .

( وكذا لبنه طاهر ) قال السروجي كان ينبغي أن يقول وكذا لبنها ، لأن اللبن من الاتان دون الحمار . قلت الحمار يتناول الذكر والانثى ، ويقال الانثى خاصة حمارة ، وقيل هذا ليس بظاهر الرواية ، وظاهر الرواية انه نجس والذي ذكره هو رواية عن محمد رحمه الله . وفي المحيط لبنه نجس في ظاهر الرواية ، واعتبر التمرتاشي والبزدوي فيه الكثير الفاحش هو الصحيح ، وعن شمس الأئمة انه نجس نجاسة غليظة لأنه حرام بالاجماع وفي فتاوي قاضي خان في طهارته روايتان . ( ولايؤكل ) أي اللبن ، قال السروجي والاحسن أن يقول لايشرب قلت اللبن يؤكل ويشرب وانما اختار لفظ الاكل لأنه إذا كان حراماً فالشرب بطريق الأولى والأكل في الالبان اكثر من الشرب عادة ، ثم الطهارة على قول محمد لا تستلزم جواز الأكل كالتراب ونحوه .

( وعرقه ) أي عرق الحمار طاهر ( لايمنع جواز الصلاة وان فحش ) هذا احدى الروايات عن أبي حنيفة وفي أخرى نجس مخفف ، وفي أخرى مغلظ ، قال القدوري ان عرق الحمار طاهر في الروايات المشهورة ، كذا في المحيط ، وفي المنتقي عن محمد لبن الاتان كلعابها وعرقها يفسدان الماء دون الثوب . وفي المغني لابن قدامة كل حيوان حكم الحيوان[1] حكم جلده وشعره وعرقه ودمعه ولعابه حكم سؤرة في الطهارة والنجاسة .

( وكذا سؤره ) أي كذا سؤره طاهر لان العرق لايتولد منه وكذا لبنه فإذا كانا

---

(١) هكذا الجملة في الاصل وفيها تكرير لا تستقيم الجملة به اه مصححة .

## وهو الاصح ويروى نص عن محمد « رح » على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته

طاهرين فالسؤر كذلك ( وهو الاصح ) أي القول بأن الشك في طوريته وهو الاصح ، فإن كان الشك في طهوريته على الاصح كان بقاؤه على الطهارة بلا شك .

( ويروى نص عن محمد « رح » على طهارته ) أي على طهارة سؤره وقال الاترازي أى على طهارة عرقه والاول أوجه لأن الذي نص عن محمد ليس فيه ذكر العرق على ما يجيء الان وكان العرق كالسؤر . وقال السفناقي وهو ما روى عن محمد انه قال اربع لو غمس فيهن الثوب لم ينجس وهو سؤر الحمار والماء المستعمل ولبن الاتان وبول ما أكل لحمه كذا في المبسوط لشيخ الاسلام وذكر قاضي خان وغيره في شرح الجامع الصغير ، قال لو غمس الثوب فيه يجوز الصلاة مع الماء المستعمل وسؤر الحمار وبول ما يؤكل لحمه .

قلت كان ينبغي ان يقال ثلاثة لو غمس الثوب فيها لأن الماء والسؤر والبول كل منها مذكور فتحت تأويلات لا يعود الضمير اليها مفرداً مذكرّاً ، وكذا الكلام في قوله أربعاً.

( وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته ) لم يتعرض أحد من الشراح الى بيان عود الضمير في اباحته وحرمته وبيانه :

فان قلت يرجع الى السؤر كما هو الظاهر فالادلة لم تتعارض فيه وانمّا تعارضها في لحم الحمار ، وان قلت الى اللحم فهو غير المذكور ، فأقول انه يرجع إلى الحمار لأن الاختلاف فيه فيكون المعنى تعارض الادلة في اباحة لحم الحمار وحرمته ، وأراد بالادلة الاخبار والاثار .

واختلف المشايخ فيه فمنهم من قال سبب الشك في سؤر الحمار تعارض الادلة الواردة في الاحاديث ، ومنهم من قال اختلاف الصحابه في طهارته فالقسم الاول الاحاديث الواردة ، أما الحرمة ففي الصحيحين عن جابر رضي الله عنه ان النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر وأذن في لحم الخيل أخرجه البخاري .

وعن علي رضي الله عنه ان النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال و الحمر ، وأخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة .

أما الاباحة ففى سنن أبي داود من حديث غالب بن الحراص اصابتنا سنة فلم يكن في مالي شيء أطعم أهلي الا شيئاً من حمر ، وقد كان النبي ﷺ حرم لحوم الحمر الاهلية فأتيت النبي ﷺ فقلت يا رسول الله اصابتنا السنه ولم يكن في مالي ما اطعم أهلي الا ثمان حمر وانك حرمت الحمر الاهلية فقال أطعم أهلك من سمين حمرك فانما حرمتها من أجل حوالى القرية .

واشار الى القسم الثاني بقوله ( أو اختلافُ الصحابة في نجاسته وطهارته ) أي في نجاسة سؤر الحمار وطهارته وعطف اختلاف الصحابة على تعارض الادلة يوهم ان اختلاف الصحابة غير الادلة وليس كذلك فإن أقوال الصحابة من جملة الادلة واختلافهم في سؤره هو ما روي عن ابن عباس رضى الله عنه أنه كان يقول تعلف القت والطين فسؤره طاهر .

وروي عن ابن عمر رضى الله عنه انه كان يقول رجس تعارض القولان فصار سؤر الحمار مشكوكاً فيه لأن التوفيق عند تعارض الادلة واجب ، والتعارض يقابل الدليلين والمعارضة المقابلة على سبيل الممانعة وذلك أي يوجب أحد الدليلين الحل والآخر الحرمة أو غير ذلك ، ولما كان الامر في سؤر الحمار وقع كذلك اوقع الشك فقلنا انه لا يطهر النجس ولا ينجس الطاهر .

فإن قلت ينبغى ان يرجح دليل الحرمة . قلت الاصل في التعارض الجمع وقد امكن كما قلنا ، كذا قاله تاج الشريعة ، وقال شيخ الاسلام في مبسوطة هذا لا يقوى ، لأن لحمه حرام بلا إشكال لأنه اجتمع المحرم والمبيح فغلب المحرم عليه كما لو أخبر عدل بأن هذا اللحم ذبيحة مجوسى والآخر ذبيحة مسلم فإنه لا يحل اكله لعلة الحرمة فكان لحمه حراماً بلا إشكال ولعابه مولد منه فيكون نجساً بلا اشكال .

وقال الاكمل وفيه نظر ، لأنه مستلزم نجاسة لبنه وقد تقدم من قول المصنف انه طاهر . والجواب بالإلزام فإنه في ظاهر الرواية نجس كما تقدم .

قلت ما تعرض شيخ الاسلام إلى لبنه حتى يستلزم ما يقوله بنجاسته فالنظر ضعيف فكذلك أجاب بالالتزام . والجواب الواضح ما قاله شيخ الاسلام ان الاصل في التعارض الجمع إلا إن لم يكن ولم يمكن في اللحم للتضاد وفي السؤر ممكنة بأن يكون واجب

الاستعمال عملاً بدليل الطهارة ، ووجب التيمم عملاً بدليل النجاسة .

فإن قلت المرجح هنا المحرم . قلـــت يقوى المبيح بقوله تعالى ﴿ وما جعل عليكم في الدين ﴾ ٢٢ الحج ولأن المحرم لا يرجح عند تعارض الحاجة والضرورة كما في الهرة .

فإن قلت ، لا يصير الماء مشكوكاً بتعارض الخبرين كما في مسألة خبر العدلين أحدهما أخبر بطهارة الماء ، والآخر بنجاسته . قلت لا تعارض ثمة لأنه أمكن ترجيح أحدهما ، فإن المخبر عن طهارته لو استقصى ذلك وقال أخذته من البئر وسددت فم الماء ولم يخالطه شيء ورجحنا خبره لفائدة بالاصل وإن كان مبنى خبره على الاستصحاب رجحناالنجاسة لانه أخبر عن محسوس مشاهد ، فأما في سؤر الحمار فالتعارض قائم لان لحمه نجس وعرقه طاهر ، والبلوى فيه من وجه دون وجه فلا يمكن الحاقه بأحدهما فوجب المصير إلى مـــا كان ثابتاً فلا يطهر به نجس ولا ينجس به طاهر ، فإن عرف الماء طاهراً فوجب أن يبقى كذلك ، فإن اليقين لا يزول بالشك .

قلت وجب أن يكون مشكوكاً فيه كلعاب الحمار لان الماء إذا أصابه شيء يوصف بصفة بصنعة ذلك الشيء ، والاصح في التمسك ان دليل الشك هـــو تردد في الضرورة ، فإن الحمار يربط في الدور والابنية ويشرب من الاواني وللضرورة أثر في إسقاط النجاسة كما في الهرة والفأرة إلا ان الضرورة دون الضرورة فيهما لدخولهما تضايق البيت بخلاف الحمار ، ولو لم تكن الضرورة ثابتة أصلا كما في الكلب والسباع لوجب الحكم بالنجاسة بلا إشكال ، ولو كانت الضرورة فيها لوجب الحكم بإسقاط النجاسة ، فلما ثبتت الضرورة من وجه دون وجه واستوى موجب النجاسة والطهارة تساقطاً للتعارض فوجب المصير إلى الاصل ، والاصل هاهنا بيان الطهارة في جانب الماء والنجاسة في جانب اللعاب لان لعابه نجس كما بينا وليس أحدهما بأولى من الآخر فبقي الامر مشكلا نجساً من وجـــه طاهراً من وجه ، فكان الاشكال عند علمائنا بهذا الطريق لا للاشكال في لحمـــه ولا لاختلاف الصحابة في سؤره ، وبهذا التقدير يندفع كثير من الاسئلة .

وقال الاكمل وهاهنا نكتة لا بأس بالتنبيه عليها وبناءها على كون النجاسة أما قبل

الذبح أو بعده ثم بعد التطويل ، قال نعلم من هذا أن اللعاب المتولد من اللحم مأكول بعد الذبح طاهر بلا كراهة دون غيره اضافة الحكم إلى الفأر في صيانة حكم الشرع عن المناقضة ظاهراً هذا ماسنح لي والله أعلم .

قلت لا دخل في الذبح وتفصيله هاهنا ، والكلام في حكم السؤر وهو لا يتصور بعد الذبح والاصل في هذا الباب اللعاب فإن كان من حيوان مأكول كان فسؤره طاهر ، وإن كان من حيوان غير مأكول كان نجساً فسؤره نجس إلا انه خولف فيه في سؤر الحمار مع كونه غير مأكول وسؤره طاهر كما ذكرنا من الوجوه فيه .

( وعن أبي حنيفة « رح » انه نجس ) أي روي عن أبي حنيفه « رح » ان سؤر الحمار نجس رواه عنه وقد ذكرناه مرة ( ترجيحاً للحرمة والنجاسة ) ترجيحاً نصب على المصدرية تقديره رجح أبو حنيفة « رح » ترجيحاً ، ويجوز أن يكون حالا أي حكم أبي حنيفة «رح» بنجاسة سؤر الحمار حال كونه مرجحاً لتعارض الأدلة [1] لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم ، ويجوز أن يكون المعنى ترجيحاً للحرمة لأن المحرم مرجح للنجاسة ، لأنه إذا ترجح المحرم تترجح النجاسة أيضاً لامتناع الطهارة مع الحرمة قاله الأكمل ، وفيه نظر ، لأن الطهارة لا تمتنع بالحرمة وكم من طاهر حرام .

وقال الأكمل أيضاً في هذا الموضع واستشكل بما إذا أخبر عدل بحل طعام وآخر بحرمته فإنه يترجح خبر الحل كما إذا أخبر عدل بطهارة الماء وآخر بنجاسته ترجح الطهارة .

قلت هاهنا اشكالان أحدهما : لحافظ الدين ذكره في الكافي عند قوله والنجاسة ، والآخر لصاحب الدراية عن شيخه عند قوله للحرمة . والجواب عن الأول أن تعارض الخبرين في الطعام يوجب التهاتر والعمل بالأصل وهو الحل ، ولا يجوز ترجيح الحرمة بالاحتياط لاستلزامه تكذيب الخبر بالحل عن غير دليل ، وأما تعارض أدلة الشرع في

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة ولعلها بالنجاسة - اهـ مصححة .

والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فإن لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز أيهما قدم . وقال زفر لا يجوز إلا ان يقدم الوضوء

---

حل الطعـــام وحرمته فيوجب الترجيح بدليل وهو تعليل النسخ الذي هـــو خلاف الأصل .

والجواب عن الثاني أن تعارض الخبرين في المـاء يوجب التهاتر والعمل بالأصل لوقوع الشك في اختلاط النجاسة ، والاصل عدمه فبقي الماء على أصله وهو الطهارة . وأما هاهنا فقد اختلاط اللعاب المتولد من اللحم بالماء بيقين . وقد ترجح الحرمة فيه باتفاق الروايات عن أصحابنا وهي مبنية على النجاسة على ما بينا فيجب ترجيح النجاسة بهذا الدليل .

( والبغل من نسل الحمار ) هذا جواب عما يقال قد يثبت حكم سؤر الحمار وما فيه من الامور المذكورة وما حكم البغل وحكم سؤره في ذلك مع أنك قلت وسؤر الحمـار والبغل مشكوك فيه ، فأجاب بقوله والبغل من نسل الحمار ( فيكون بمنزلته ) أي بمنزلة الحمار في أحكامه . وقال السروجي فيه نظر ، فإن البغل متولد بين الحمار والفرس فعلى قـول أبي حنيفة « رح » لا يحتاج إلى جعله من نسل الحمار بل نسل أيهما كان يحرم ، وأما على قوليهما فمشكل ، فإن المنظور إليه الام فإن كانت الام مأكولة اللحم حل أكل ما تولـد منهما ، وإن كان الاب غير مأكول اللحم ويدل عليه ان الذئب إذا نزى على شاة فولدت ذئبـاً حل أكله ويجزىء في الاضحية ذكره صاحب الكافي في الاضحية .

قلت في قوله فإن البغل متولد بين الحمار والفرس لان البغل قد يتولد بين الحمار والبقر فإنه يؤكل بلا خلاف وإن كان متولد من لبن الحمار والفرس فيجري فيه الخلاف .

( فإن لم يجد غيرهما ) هذا تفريع على ما قبله فكذلك ذكر بالفاء أي فإن لم يوجد غير سؤر الحمار وسؤر البغل ( يتوضأ بهما ) أي سؤر الحمار والبغل وينبغي أن يقول .. فإن لم تجد غير سؤر الحمار والبغل توضـأ به ( ويتيمم ويجوز أيهما ) أي الإثنين أعني التوضؤ بالسؤر والتيمم ( قـدم ) وكلمة أي هاهنا شرطية كما في قوله تعالى ﴿ أيمـا الاجلين قضيت ﴾ ٢٨ القصص .

( وقال زفر رحمه الله لا يجوز إلا أن يقدم الوضوء ) فيجب أن يؤخر التيمم وبه قال

## لأنه ماء واجب الاستعمال فأشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر أحدهما فيفيد الجمع دون الترتيب .

أحد في رواية ( لانه ) أي لان سؤر الحمار والبغل ( ماء واجب الإستعمال ) وهذا قول ابن تيمية ووافقنا زفر عليه ، ووجهه أن التيمم يجوز عند عدم الماء نتيجة الواجب الاستعمال وهذا ما وجب استعماله بالاجماع ، فصار كالماء المطلق به وهو معنى قوله ( فاشبه الماء المطلق ) هذه نتيجة قوله – ماء واجب الاستعمال – فإذا كان واجب الاستعمال شبه الماء المطلق فوجب استعماله حتى انه إذا تيمم ولم يتوضأ به لا يجوز .

فإن قلت هل الجمع بينهما واجب أم لا . قلت قال قاضي خان و وقال في كتاب الصلاة رجل لم يجد إلا سؤر الحمار فإنه يتوضأ به والافضل أن يتيمم معه ، فإن تيمم ولم يتوضأ به لا يجوز ، وقال وهذا اللفظ لا يوجب الجمع بينهما ، وجه الجمع بينهما انه مشكوك في طهوريته على الصحيح فلا بد من التيمم لاحتمال انه لا يرفع الحدث وحده .

( ولنا ان المطهر أحدهما ) أى أحد سؤر الحمار والتيمم ( فيفيد الجمع دون الترتيب ) الضمير في – فيفيد – يرجع إلى قوله مطهر أحدهما وقوله – الجمع – منصوب به ، قال الاكمل الضمير في فيفيد راجع إلى قوله – يتوضأ بهما ويتيمم – قلت كان ينبغي على قوله أن يقول – فيفيدان الجمع – لان المذكور اثنان سؤر الحمار والتيمم وهذا على تقدير أن يكون قوله الجمع منصوباً ، وأما إذا قرىء مرفوعاً بأن يكون فاعل – فيفيد – فلا حاجة إلى هذا التكلف بل الاولى الرفع ، لان المفيد هو الجمع بين سؤر الحمار والتيمم والترتيب غير مفيد لان الماء إن كان طهوراً فلا معنى للتيمم تقدم أو تأخر إن لم يكن طهوراً فالمطهر هو التيمم تقدم أو تأخر وجود هذا الماء وعدمه سواء ، وإنما يجمع بينهما لعدم العلم بالمطهر بهما عيناً ، وفي النهاية المراد بالجمع أن لا تخلو صلاة واحدة عنهما حتى لو توضأ بالسؤر وصلى ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة جاز ، لانه جمعهما في الصلاة واحدة .

فإن قيل هذا الطريق مستلزم أداء الصلاة بغير طهارة في أحد المرتين لا محالة وهو مستلزم الكفر لتأديته إلى الاستخفاف بالدين فينبغي أن لا يجوز ويجب الجمع في أداء

وسؤر الفرس طاهر عندهما لأن لحمه مأكول ، وكذا عنده في الصحيح لأن الكراهة لاظهار شرفه فإن لم يجد إلا نبيذ التمر

---

واحد . قلت إذا كان فيما أدى بغير طهارة بيقين ، فأما إذا كان أداءه بطهارة من وجه فلا استخفاف لانه عمل بالشرع من وجه وهاهنا كذلك لان واحد هذين السؤر والتراب مطهر من وجه دون وجه فلا يكون الاداء بغير طهارة من كل وجه فلا يلزم منه الكفر كالوصلى حنفي بعد الفصد والحجامة لا تجوز صلاته ولا يكون كافراً لمكان الاختلاف وهذا أولى بخلاف ما لو صلى بعد البول في جامع المستوفى عن نصه في رجل لم يجد إلا سؤر حمار يهرق ذلك حتى يصير عادماً للماء ثم يتيمم واختار الصغار ذلك وعن محمد في النوادر توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم أصاب ماء نظيفاً ولم يتوضأ به حتى ذهب الماء ومعه سؤر الحمار أعاد التيمم دون الوضوء ، لانه إذا كان مطهراً فقد توضأ به ، وإن كان نجساً فليس عليه الوضوء في المرة الاولى ولا في المرة الثانية .

( وسؤر الفرس طاهر عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( لان لحمه مأكول ) عندهما ، وذكر في الاصل لا بأس بسؤر الفرس من غير ذكر خلاف . وفي المبسوط سؤر الفرس طاهر في ظاهر الرواية ( وكذا عنده في الصحيح ) أي وكقولهما طاهر عند أبي حنيفة في المروي الصحيح عنه وهو رواية كتاب الصلاة . وفي المحيط وفي سؤر الفرس عن أبي حنيفة « رح » أربع روايات ، روى البلخي عنه أحب إلي أن يتوضأ بغيره . وروى الحسن عنه انه مكروه كلحمه ، وروي أنه مشكوك كسؤر الحمار ، وفي رواية طاهر كقولهما .

( لان الكراهة ) أي كراهة لحمه ( لاظهار شرفه ) لانه يرهب به عدو الله فيقع اعزاز الدين واعلاء كلمة الله كما يقع بالآدمي لهذا اختص من بين الحيوانات بأفراد السهم كالآدمي فلا يؤثر تحريمه في سؤره كما في الآدمي .

( فإن لم يجد إلا نبيذ التمر ) أي فإن لم يجد من يريد الصلاة وهو محدث إلا نبيذ التمر ، وجه المناسبة في ذكره هذه المسألة هاهنا هو أن له شبهاً خاصاً بسؤر البغل والحمار على قول محمد ، فإنه يقول بضم التيمم إلى الوضوء به احتياطاً كما يجيء عن قريب ،

فلذلك قال – فإن لم يجد – بالفاء فإن فيه بيان الجمع بين التيمم والسؤر وهذا أحسن من ذكره بالواو لانه لمجرد العطف بخلاف الفاء ، فإنه يدل على معان مختلفة مع العطف كما ذكر في موضعه .

ثم ان النبيذ فعيل بمعنى مفعول في نبذت الشيء إذا طرحته وهو الماء الذي نبذ فيه تمرات لتخرج حلاوتها إلى الماء ، وفي النهاية لابن الأثير النبيذ ما يعمل من الأشربة من التمر والزبيب والعسل والحنطة والشعير وغير ذلك يقال نبذت التمر والعنب إذا نزلت عليه الماء ليصير نبيذاً مصرف من مفعول إلى فعيل ، وأنبذته إذا اتخذته نبيذاً وسواء كان مسكراً أو غير مسكر فإنه يقال له نبيذ ويقال للخمر المعتصر من العنب نبيذ كما يقال للنبيذ خمر ، وقال ابن فارس في المجمل نبذت الشيء أنبذه إذا القيته من يدك ، ونبيذ التمر يلقى في الآنية ويصب عليه الماء .

قلت هو من باب فعل بالفتح في الماضي والكسر في المضارع كضرب يضرب وكذا ذكره صاحب الدستور ، وقال ابن سيدة النبيذ طرحك الشيء وكل طرح نبيذ ، والنبيذ التمر المطروح ، والنبيذ ما نبذته من عصير ونحوه ، وقد نبذ وانتبذ ونبذ ، وفي الصحاح العامة تقول أنبذت وكذا ذكره في كتاب الشرح لابن درستويه وذكر الحيالي في نوادره ومن خط الحافظ أنبذت لغة لكنها قليلة وذكره أيضاً في كتاب فعلت وأفعلت ، وفي الجامع للفراء وكثرة الناس يقولون نبذت النبيذ بغير ألف . وحكى الفراء عن الرازي أنبذت النبيذ قال ولم أسمعها أنا من العرب ، وفي الكافي أنبذت النبيذ لغة عامة ونبذت الشيء نبذ أشده للمبالغة .

( قال أبو حنيفة رحمه الله يتوضأ به ) أي نبيذ التمر ( ولا يتيمم ) لتعين نبيذ التمر ، وقال أبو بكر الرازي في كتابه أحكام القرآن عن أبي حنيفة « رح » فيه ثلاث روايات وهذه هي المشهورة ، قال قاضي خان وهي قوله الأول وهو قول زفر « رض » . قال الرضي وقاضي خان ذكر في كتاب الصلاة ان تيمم معه أحب إلي وروى عنه الجمع بين سؤر الحمار وبه قال محمد « رح » وروى عنه نوح بن أبي مريم وأسد بن عمر والحسن انه

يتيمم ولا يتوضأ ، قال قاضي خان هو الصحيح وهو قوله الاخير وقد رجع إليه وبه قال أبو يوسف ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم رحمهم الله من العلماء وهو اختيار الطحاوي . وروى الحسن والمعلى عن أبي يوسف الجمع بينهما وذكر قاضي خان ولو وجد نبيذ التمر والماء المشكوك فيه والتراب يتوضأ بالنبيذ لا غير ، وعن أبي يوسف «رح» يجمع بين المشكوك والتيمم . وعند محمد يجمع بين الثلاث ، ولو ترك واحد منها لا يجوز ذكر ذلك المرغيناني والاسبيجابي والتقديم والتأخير في ذلك سواء . وحكي عن ابن طاهر الدباس رحمه الله انه قال إنما اختلفت أجوبة أبي حنيفة « رح » لاختلاف الاسئلة فإنه سئل عن التوضوء إذا كانت الغلبة للحلاوة قال يتيمم ولا يتوضأ ، وسئل عنه أيضاً إذا كان الماء والحلاوة سواء ولم يغلب أحدهما على الآخر قال يجمع بينهما . وقال السغناقي وعلى هذه الطريقة لا يختلف الحكم بين نبيذ التمر وسائر الانبذة ، وسئل عنه أيضاً إذا كانت الغلبة للماء فقال يتوضأ به ولا يتيمم .

وذكر القدوري في شرحه عن أصحابنا التوضؤ بنبيذ التمر لا يجوز إلا بالنية كالتيمم لأنه بدل عن الماء كالتيمم حتى لا يجوز التوضؤ به حال وجود الماء ، ولو توضأ بالنبيذ ثم وجد ماء مطلقاً ينتقض وضوءه كما ينتقض التيمم بوجود الماء . قلت وبقول أبي حنيفة قال عكرمة والاوزاعي وحميد بن حبيب والحسن بن جني واسحاق فانهم ذهبوا إلى جواز التوضؤ بنبيذ التمر عند عدم الماء المطلق . وقال ابن قدامة في المغني وروي عن علي رضي الله عنه انه كان لا يرى بأساً بالوضوء بنبيذ التمر وبه قال الحسن . وفي الحلية النبيذ نجس عندنا .

وفي شرح الوجيز والجمادات كلها على الطهارة إلا الخمر والنبيذ والمسكر والحيوانات كلها على الطهارة إلا الكلب والخنزير وفروعهما .

( لحديث ليلة الجن ) قال السغناقي في حديث الجن هو ما روى أبو رافع وابن المغيرة عن ابن عباس أن النبي ﷺ خطب ذات ليلة ثم قال ليقم معي من لم يكن في قلبه مثقال ذرة من كبر فقام ابن مسعود رضي الله عنه فحمله رسول الله ﷺ مع نفسه وقال عبد الله بن مسعود « رض » خرجنا من مكة فخط رسول الله حولي خطاً وقال لا تخرج عن

هذا الخط فإنك إن خرجت لم تلقني إلى يوم القيامة ، ثم ذهب يدعو الجن إلى الإيمان ويقرأ عليهم القرآن حتى طلع الفجر ثم رجع بعد طلوع الفجر وقال لي هل معك ما أتوضأ به فقلت لا إلا نبيذ التمر في اداوة فقال رسول الله ﷺ تمرة طيبة وماء طهور ، وأخذ وتوضأ وصلى الفجر . وذكر صاحب الدراية في شرحه بعينه وكذا ذكره الأكمل في شرحه .

وقال تاج الشريعة حديث ليلة الجن هو ما روي عن عبد الله بن مسعود « رض » أن رسول الله ﷺ قال ذات ليلة إني أمرت أن أقرأ على الجن الليلة فمن يتبعني قالها ثلاثاً وأطرقوا إلا انا قال ، فانطلقنا حتى إذا كنا على مكة في شعب الحجون خط لي خطاً وقال لا تخرج منه حتى أعود ثم افتتح القرآن وسمعت لفظاً شديدا حتى خفت على رسول الله ﷺ وغشيته أسودة كثيرة حالت بيني وبينه حتى ما أسمع صوته ثم انطلقوا كقطع السحاب متفرقين بيض فقال رسول الله ﷺ هل رأيت شيئاً قلت نعم رجالاً سوداً فقال عليه الصلاة والسلام أولئك نصيبين وكانوا اثني عشر ألفاً ثم قال أمعك ماء قلت لا إلا نبيذاً في اداوة فقال عليه الصلاة والسلام تمرة طيبة وماء طهور فتوضأ به .

وقال صاحب البدائع حديث ليلة الجن ما روي عن ابن مسعود « رض » قال كنا أصحاب النبي جلوساً في بيته فدخل علينا رسول الله ﷺ فقال ليقم منكم من ليس في قلبه مثقال ذرة من كبر فقمت وفي رواية فلم يقم منا أحد فأشار إلي بالقيام فقمت ودخلت البيت فتزودت اداوة من بيته فخرجت فخط لي خطاً فقال ان خرجت من هذا لم ترني إلى يوم القيامة فقمت قائما حتى انفجر الصبح ، فإذا انا برسول الله ﷺ وقد عرق جبينه كأنه جاذر حيا فقال لي يا ابن مسعود هل معك ماء أتوضأ به قلت لا إلا نبيذ التمر في أداوة فقال تمرة طيبة وماء طهور فأخذت ذلك وتوضأ به وصلى الفجر .

قلت روي حديث ابن مسعود هذا عن أربعة عشر طريقا وليس فيها ما يوافق ذكر هؤلاء لائمتنا رلا اسناداً يلي .

روى ابن ماجة في سننه من طريق ابن لهيعة حدثنا قيس بن الحجاج عن حسين الصنعاني

عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال لابن مسعود رضي الله عنه ليلة الجن أمعك ماء قال لا إلا نبيذ التمر في سطحية فقال رسول الله ﷺ تمرة طيبة وماء طهور صب علي فصب عليه فتوضأ به .

وأخرجه الطحاوي حدثنا ربيع بن المؤذن قال قال أخبرنا ابن لهيعة قال أخبرنا قيس بن الحجاج عن حابس الصبابي عن ابن عباس عن ابن مسعود رضي الله عنهم خرج مع النبي عليه الصلاة والسلام ليلة الجن فسأله رسول الله ﷺ [1] فقال أصبب علي فتوضأ به وقال شراب طهور ، ورجاله ثقات غير ان عبد الله بن لهيعة فيه مقال على ما نذكره وظاهر هذا اللفظ يقتضي انه من سند ابن عباس رضي الله عنه ولكن الطبراني في معجمه جعله من سند ابن مسعود وكذا البزار في مسنده ولفظها بالاسناد المذكور عن ابن عباس عن ابن مسعود رضي الله عنهما انه خرجنا مع النبي ﷺ ليلة الجن [2] نبيذ فتوضأ وقال ماء طهور . قال البزار هذا حديث لا يثبت لأن ابن لهيعة كان كتبه قد احترقت وبقي ويروي من كتب غيره نصا في أحاديثه مناكير . ورواه الدارقطني في سننه وقال تفرد به ابن لهيعة وهو ضعيف .

ورواه أبو داود حدثنا هناد وسليمان بن داود العبكي قال حدثنا شريك عن أبي فزارة عن أبي زيد عن زيد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال ليلة الجن ماذا في أداوتك فقال نبيذ فقال تمرة طيبة وماء طهور . وقال أبو داود قال سليمان بن داود عن أبي زيد قال كذا قال شريك ولم يذكر هناد ليلة الجن .

وأخرجه الترمذي من حديث أبي زيد مولى عمرو بن حريث عن عبد الله بن مسعود قال سألني رسول الله ﷺ ما في اداوتك قلت نبيذ التمر فقال تمرة طيبة وماء طهور قال فتوضأ منه ووهم الشيخ علاء الدين في عزوه هذا الحديث إلى النسائي أيضا فإنه لم يخرجه

(١) الحديث ناقص من الأصل وتمامة مثل الذي قبله . اهـ مصححة .

(٢) الحديث هكذا في الأصل وربما سقط بعضه من الناسخ سهواً . اهـ مصححة .

وقد ضعفوا هذا الحديث بثلاث علل أحدها جهالة أبي زيد والثاني التردد في أبي فزارة هل هـو راشد بن كيسان أو غيره . والثالث ان ابن مسعود رضي الله عنه لم يكن مع النبي عليه الصلاة والسلام ليلة الجن .

بيان الأول قال الترمذي أبو زيد رجل مجهول لا يعرف له غير هذا الحديث قال ابن حبان في كتاب الضعفاء أبو زيد شيخ يروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ليس يدري من هو ولا يعرف له أبوه ولا بلده ومن كان بهذا النعت ثم لم يزد إلا خبراً واحداً خالف فيه الكتاب والسنة والاجماع والقياس استحق مجانبة ما رواه وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سمعت أبا زرعة يقول حديث أبي فزارة في الوضوء بالنبيذ ليس بصحيح وأبو زيد مجهول ، وذكر ابن عدي عن البخاري قال أبو زيد الذي روى حديث ابن مسعود في الوضوء بالنبيذ مجهول لا يعرف بصحبته عبد الله ولا يصح هذا الحديث عن النبي ﷺ وهو خلاف القرآن .

وبيان الثاني : وهو التردد في أبي فزارة فقيل هو راشد بن كيسان وهو ثقة أخرج له مسلم وقيل هما رجلان وان هذا ليس براشد بن كيسان وانما هو رجل مجهول .

وبيان الثالث : وهو انكار كون ابن مسعود مع النبي ﷺ ليلة الجن ، وروى مسلم من حديث الشعبي عن علقمة قال سألت ابن مسعود هل شهد منكم أحد مع رسول الله ﷺ ذات ليلة قال لا فافتقدناه فالتمسناه في الاودية والشعاب فقلنا استطير أو اغتيل قال فبتنا بشر ليلة بات بها يوم أصبحنا إذ هو جاء من قبل حراء فقلت يا رسول الله فقدناك فطلبناك فلم نجدك فبتنا بشر ليلة قال أتاني داعي الجن فذهبت معهم فقرأت عليهم القرآن وانطلق بنا فيرينا آثارهم وآثار نيرانهم وسألوه الزاد فقال لكم كل عظم ولكم كل بعرة علفا لدوابكم قال لا تستنجوا بها فإنها طعام اخوانكم وفي لفظ لمسلم قال لم أكن مع النبي ﷺ ليلة الجن ووددت اني كنت معه . وفي لفظ نؤامن جن الجديدة .

ورواه أبو داود مختصراً لم يذكر القصة ولفظه عن علقمة قال قلت لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن كان منكم مع النبي عليه السلام قال ما كان معه منا أحد .

ورواه الترمذي بتمامه في الجامع في سور الاحقاف . وقال البيهقي في دلائل النبوة وقد دلت الاحاديث الصحيحة على أن ابن مسعود رضي الله عنه لم يكن مع النبي عليه السلام ليلة الجن وإنما كان معه حين انطلقوا بـه وبعيره يريه آثارهم وآثار نيرانهم .

والجواب عن العلة الاولى أن أبا بكر بن العربي ذكر في شرحه للترمذي وأبو زيد مولى عمر بن حريث روى عنه راشد بن كيسان العبسي الكوفي وأبو روق وبهذا يخرج عن حد الجهالة ولا يعرف إلا بكنيته ،فيجوز أن يكون الترمذي أراد بهانه مجهول الاسم ولا يضر ذلك ، فإن جماعة من الرواة لا تعرف اسماؤهم وإنما عرفوا بالكنى .

وعن العلة الثانية ان صاحب الامام قال أبا فزارة روى عنه جماعة من أهل العلم مثل سفيان الثوري وشريك بن عبد الله والجراح بن مليح الرواسي ووكيع وقيس بن الربيع وزاد ابن العربي وجعفر بن برقان وجرير بن حازم وعلي بن عائشة ، فأين الجهالة بعد هذا فبطل دعوى الجهالة ، وقال أبو أحمد بن عدي أبو فزارة ثقة ثقة ، وقال ابن عبد البر فزارة مشهور ثقة عندهم ، وقال أبو حاتم صالح روى له مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة .

فإن قلت قيل هو فيها ، فيها رجلان وان هذا ليس براشد بن كيسان وإنما هو رجل مجهول ، وذكر البخاري ان أبا فزارة العبسي غير مسمى فجعلها اثنين وقالو ان فزارة كان نباذاً بالكوفة ، وروى هذا الحديث لنفق سلعته . قلت روي هذا الحديث عن أبي فزارة جماعة فرواه عنه شريك كما أخرجه أبو داود والترمذي وكما رواه عند الجراح كما أخرجه ابن ماجة ورواه عنه اسرائيل كما أخرجه البيهقي ورواه عنه قيس بن الربيع كما أخرجه عبد الرزاق فأين الجهالة بعد ذلك وقد جزم ابن عدي بأنه راشد بن كيسان وحكي عن الدارقطني أنه قال أبو فرازة في حديث النبيذ اسمه راشد بن كيسان ، وقولهم كان نباذاً بالكوفة باطل وهم لا يجوزون الرواية عن المستور فكيف يروي هؤلاء الإعلام عن الخمار وفساده ظاهر لا يخفى على أحد .

وعن الثالثة بـأن أربعة عشر رجلا رووه عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كما

رواه أبو زيد عنه مصرح فيها أن ابن مسعود كان مع النبي ﷺ ليلة وله سبع طرق مصرح فيها ان ابن مسعود كان معه عليه السلام ، والأول عن أحمد في مسنده والدارقطني في سننه من حديث يونس عن أبي رافع عن ابن مسعود « رض » ان النبي ﷺ قال ليلة الجن أمعك ماء قال لا قال أمعك نبيذ قال أحسبه قال نعم فتوضأ به .

الثاني : عن الدارقطني من حديث أبي عبيدة وابن الأحوص عن ابن مسعود قال مربي رسول الله ﷺ فقال خذ معك أداوة من ماء ثم انطلق وأنا معه ... فذكر حديث ليلة الجن ، ثم قال فلما فرغت عليه من الاداوة إذ هو نبيذ فقلت يا رسول الله أخطأت بالنبيذ فقال ثمرة حلوة وماء عذب .

الثالث : عن الدارقطني أيضاً من حديث ابن غيلان الثقفي انه سمع عبد الله بن مسعود يقـــول دعاني رسول الله ﷺ ليلة الجن بوضوء فجئته باداوة فإذا فيها نبيذ فتوضأ رسول الله ﷺ ليلة الجن فأتام فقرأ عليهم القرآن فقال لي رسول الله ﷺ في بعض الليل أمعك ماء يا ابن مسعود ، قلت لا والله يا رسول الله الا اداوة فيها نبيذ فقال عليه السلام ثمرة طيبة وماء طهور فتوضأ .

الرابع: عنه أيضاً من حديث أبي اثل قال سمعت ابن مسعود يقول كنت مع النبي ﷺ

الخامس : من الطحاوي من حديث قابوس عن أبيه قـــال انطلق رسول الله ﷺ الى برار فخط خطا وادخلني فيه وقال لا تبرح حتى أرجع اليك ثم انطلق فما جاء حتى السحر وجعلت اسمع اصواتاً ثم جاء فقلت أين كنت يا رسول الله قال أرسلت الى الجن ، فقلت ما هذه الاصوات التي سمعت قال هي أصواتهم حين دعوني وسلموا علي ، قال الطحاوي ما علمنا لأهل الكوفة حديثاً أثبت [١] ان ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ أمعك ماء قال لا إلا النبيذ في اداوة قال ثمرة طيبة وماء طهور .

السابع : عن أبي داود من حديث أبي زيد عن عبد الله بن مسعود وقد ذكرناه .

---

(١) هنا كلام سقط من الناسخ ، وما ورد من الحديث هو الفرع السادس اهـ مصححة .

فان النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء . وقال ابو يوسف « رح » يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » وبـــه قال الشافعي « رح » عملا بآيـــة التيمم لأنها أقوى ،

---

فإن قلت هذه الطرق كلها مخالفة لما في صحيح مسلم انه لم يكن معه كما ذكرناه عـــن قريب قلت التوفيق بينهما انه لم يكن معه عليه السلام حين المخاطبة وانما كان بعيداً عنه وقد قال بعضهم ان ليلة الجن كانت مرتين ، ففي أول مرة خرج اليهم ولم يكن مع النبي عليه السلام ابن مسعود ولا غيره كما هو ظاهر حديث مسلم ثم بعد ذلك خرج معـــه ليلة أخرى كما روى ابن ابي حاتم في تفسيره في أول سورة الجن من حديث أبي جريج قـــال قال عبد العزيز بن عمر أما الجن الذين لقوه هنجلة فهو فرقة ، وأما الجن الذين لقوه بمكة فهم من نصيبين .

قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وروى كونه يعني ابن مسعود مع النبي ﷺ في خبر اجمع العلماء على العمل به وهو انه طلب منه ثلاثة أحجار فأتاه بحجرين وروثة الحديث وقال ابن العربي صحته في البعض استوقفه وبعد عنه عليه السلام ثم عاد إليه فصح انه لم يكن معه عند الجن لا نفس الخروج ، وروى ابن شاهين بسنده عن ابن مسعود انه قال كنت مع النبي عليه السلام ليلة الجن والاثبات مقدم على النفي .

( فإن النبي عليه السلام توضأ به ) أي بنبيذ التمر ( ولا يتيمم ) [1] أي الذي وجد ( حين لم يجد الماء ) أي الماء المطلق .

( وقال أبو يوسف « رح » يتيمم ولا يتوضأ به ) أي بالنبيذ ( وهو ) أي قـــول أبي يوسف « رح » ( رواية عن أبي حنيفة « رح » ) وقد ذكرنا انه روي عنه ثلاث روايات ( وبه ) أي وبقـــول أبي يوسف « رح » ( قـــال الشافعي « رح » ) ومالك وأحمد والطحاوي رحمهم الله ( عملاً بآية التيمم ) أي عمل ابو يوسف عملاً بآية التيمم فانها تنقل التطهير من الماء ونبيذ التمر ما من وجه فيرد الحديث بها ( لأنها أقوى ) أي لأنها أقوى

---

(١) غير موجود في المتن والاحسن ان يقول — ولم يتيمم — اه مصححة .

أو هو منسوخ بهـــا لأنها مدنية وليلة الجن كانت مكية . وقال محمد « رح » يتوضأ به ويتيمم لأن في الحديث اضطراباً وفي التاريخ جهالة

---

من هذا الحديث ( أو منسوخ بها ) أي أو هو هذا الحديث منسوخ بآية التيمم ( لأنهـــا مدنية ) أي لأن آية التيمم نزلت بالمدينة ( وليلة الجن كانت مكية ) يعني قضية ليلة الجن التي ورد فيها الحديث المذكور كان وقعت بمكة .

فان قلت نسخ السنة بالكتاب لا يجوز عند الشافعي فكيف يستقيم قوله أو هو منسوخ بآية التيمم ، قلت على هذا رواية رويت عنه انه يجوز ذلك . وقال الاكمل ذلك جواب أبي يوسف « رح » خاصة والمشترك بينهما هو قوله — عملاً بآية التيمم — قلت هذا جواب عن سؤال لصاحب الدراية فالاكمل أخذها منه .

( وقال محمد يتوضأ به ) أي بالنبيذ ( ويتيمم ) يعني يجمع بينهما احتياطاً ( لأن في الحديث اضطراباً ) أي مقالاً في ثبوته . قال الاترازي في معنى الاضطراب بعضهم قالوا بتنجسه وبعضهم قالوا بعدم تنجسه ، وبعضهم قالوا كان ابن مسعود رضي الله عنـــه ليلة الجن ، وبعضهم قالوا لم يكن ، فوقع الشك ، فوجب الضم احتياطاً .

وقال السغناقي معنى الاضطرب وذلك لأن مداره على أبي زيد مولى عمرو بن الحريث روى انه كان نباذاً روى هذا الحديث ليهون على الناس أمر النبيذ وتبعه على هذا المعنى الشنيع صاحب الدراية والاكمل وقد قلنا انه روي عنه الاعلام الاثبات والأئمة الثقات ، فكيف يستحسن هذا الكلام فيه طعن على الذين ردوا منهم .

( وفي التاريخ جهالة ) فيه نظر لأن أهل السير ذكروا ان قدوم وفد جن نصيبين كان قبل الهجرة بنحو ثلاث سنين ، وفي جامع قاضي خان تمسكوا في انتساخ هذا الحديث بجهالة التاريخ . قال بعضهم نسخ ذلك بآية التيمم . وقال بعضهم لم ينسخ لأنها نزلت في شأن الاسفار والنبيذ يستعمل في المفازات فيما قرب من الامصار فيجب الجمع احتياطاً . ويحتمل أن تكون ليلة الجن بعد آية التيمم .

قلت فيه نظر لأن الآية مدنية وليلة الجن مكية اللهم إلا إذا كانت غير واحدة كما ذكره

فوجب الجمع احتياطاً قلنـا ليلة الجن كانت غير واحدة فـــلا يصح دعوى النسخ .

المصنف ( فوجب الجمع ) أي بين السؤر والنبيذ ( احتياطاً ) أي لأجل الإحتياط في أمر الدين ، قلنا اشارة الى الجواب عما قال أبو يوسف ومحمد « رح » .

( قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة ) يعني تكررت ، وذكـر النسفي في تفسيره أن الجن أتوا رسول الله ﷺ دفعتين فيجوز أن يكون الدفعة الثانية في المدينة بعد آية التيمم ( فلا يصح دعوى النسخ ) قال السروجي قوله قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة يوهم انهـا كانت بالمدينة أيضاً ، ولم ينقل ذلك في كتب الحديث فيما علمته قلت حفظ شيئاً وغابت عنه أشياء ، وقد روى ابـــو نعيم في كتاب دلائل النبوة باسناده إلى عمرو بن غيلان النسفي قال أتيت ابن مسعود « رض » فقلت حدثت انك كنت مع رسول الله ﷺ ليلة الجن ، فقال أجل قلت حدثني كيف كان قال ان اهل الصفة أخذ كل رجل منهم رجلا بعشائه إلا أنا لم يأخذني أحد فمر بي رسول الله ﷺ فقال من هذا قلت ابن مسعود فقال ما أخذك أحد بعثبتك (١) قلت لا يا رسول الله ﷺ قال فانطلق لعلي أجـــد لك شيئاً حتى أتى حجرة أم سلمة رضي الله عنها فتركني ودخل إلى أهله ثم خرجت الجارية ، فقالت يا ابن مسعود ان رسول الله ﷺ لم يجد لك عشاء فـــارجع إلى مضجعك فرجعت إلى المسجد فجمعت حصى المسجد فتوسدته والتفيت بثوبي إلا قليلا حتى جاءت الجارية وقالت أجب رسول الله عليه السلام فأتيتها حتى بلغت مقامي ، فخرج رسول الله ﷺ وفي يده عسيب نخل فعرض به على صدري فقال انطلق أنت معي حيث انطلقت ، فانطلقنا حتى أتينـا بقيع الغرقد ، فخط بعصاه خطة ثم قال اجلس فيها ولا تبرح حتى آتيـــك ثم انطلق بمنتحب وأنا أنظر اليه حتى إذا كان من حيث لا أراه ، فرأيت مثل العجاجة السوداء ففزعت وقلت في نفسي هذه يهود مكروا برسول الله عليه السلام ليقتلوه ، فهممت أن أسعى إلى البيوت فاستعيث الناس ، فـــذكرت أن رسول الله ﷺ وصاني أن لا أبرح

(١) هكذا في الأصل .

وسمعت رسول الله ﷺ يقرعهم بعصاه ويقوله اجلسوا ، فجلسوا حتى كاد بين عمود الصبح ثم بادوا أو ذهبوا ، فأتاني رسول الله ﷺ فقال أنمت فقلت لا والله ، ولقدقرعت القرعة الأولى حتى هممت أن آتي البيوت فأستغيث الناس ، ولقد سمعتك تقرعهم بعصاك وقرعت من هذه الحلقة ثم لم آمن عليك أن تخطف ، فقال وهل رأيت شيئاً منهم ، قلت رأيت رجالاً سوداً مستنفرين عليهم ثياب بيض ، قال أولئك وفد جن نصيبين فسألوني الزاد وجعلت زادهم كل عظم حامل. فقلت وما يُغني ذلك عنهم قال انهم لا يجدون عظماً إلا وجدوا عليه لحمه يوم أكل ولا روثة إلا وجدوا فيها حبه الذي كان فيها يوم أكلت ، فلا يستنجي أحدكم بعظم ولا روثة .

وأخرج أبو نعيم أيضاً عن عقبة بن الوليد حدثني نمير بن يزيد البقي حدثنا مجاهد بن ربيعة حدثني الزبير بن العوام رضي الله عنه قال صلى بنا رسول الله ﷺ الصبح في مسجد المدينة ، فلما انصرف قال أيكم يتبعني الى وفد الجن الليلة فأمسك القوم ثلاثاً فمر بي فأخذ بيدي فجعلت امشي [1] معه حتى غيبت عنا جبال المدينة كلها واقصيت الى أرض براز فإذا رجال طوال كأنهم الرماح مستنفرين سهامهم بين أرجلهم فلما رأيتهم غشتني رعدة شديدة ، ثم ذكر نحو حديث ابن مسعود ، فلا يصح دعواه النسخ يعنى واذا كانت ليلة الجن غير واحدة فلا يصح دعواه النسخ .

(والحديث مشهور) أي الحديث المذكور مشهور ثبت بطرق مختلفة شتى (عملت به الصحابة) مثل علي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود ، وأما الذي روي عن علي رضي الله عنه انه كان لا يرى بأساً بالوضوء بالنبيذ وضوء من لم يجد الماء .

وأما الذي روي عن ابن مسعود فظاهر ، وعن عكرمة النبيذ وضوء من لم يجد الماء ، وقال اسحاق حلو أحب إلي من التيمم وجمعها أحب إلي ولهذا الذي ذكرنا ، غير أن الحديث ورد مورد الشهرة والاستفاضة حتى عمل به الصحابة وتلقوه بالقبول ، فصار

---

(١) في الاصل – فيجعلك امق معه – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححة .

موجبا علما استدلاليا كخبر المعراج والقدر خيره وشره من الله تعالى وأخبار الرواية والشفاعة وغير ذلك مما كان الراوي في الاصل واحداً ثم اشتهر وتلقاه العلماء بالقبول وهذا معنى قول المصنف والحديث مشهور . وقال صاحب الدراية وفي كون الحديث مشهوراً تأمـــل .

قلت ليس التأمل إلا في قول من يقول انه غير مشهور فلا يكفي شهرتــه عمل هؤلاء الكبار من الصحابة ، وهم أئمة كبار ونبلاء الصحابة فكان قولهم معمولا به .

( وبمثله ) أي بمثـــل هذا الحديث ( يزاد على الكتاب وتمسكه ) أي وتمسك هذا الحديث مبنى على الكتاب كما في المطلقة ثلاثاً فإنــه يراد الدخول عليه بالحديث المشهور ، وقال السروجي فيه نظر كبير لأن المشهور عندنا ما تلقته الأئمة بالقبول وعملت بـــه . وقال البزدوي ما كان من الآحاد ثم انتشر بنقل قوم لايمكن تواطؤهم على الكذب ، وهذا الحديث ان عمل به واحد وإثنان من الصحابة لم يعمل به الباقون فكيف يكون مشهوراً.

قلت قـــال شيخ الاسلام شرط كون الخبر مشهوراً أن يكون آحاداً في الاصل بأن يكون الراوي عن النبي ﷺ من مرتبة الآحاد متواتر النقل بأن ينقله في القرن الثاني وما بعده قوم لا يتوهم تواطؤهم على الكذب ، وهذا الحديث كذلك ويعرف بالتأمل ويؤيد ذلك ما روي من فتاوى نجباء الصحابة في زمان أشد فيه باب الوحي . وقال أبو بكر الرازي في أحكام القرآن يستدل بقوله تعالى ﴿ اذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم ﴾ الآيه ٦ المائدة ، على جواز الوضوء بنبيذ التمر من وجهين أحدهما بقوله ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ عموم في جميع المائعات ، لأنه يسمى غاسلاً بها إلا ما قام الدليل فيه ونبيذ التمر ما شمله العموم .

الثاني : قوله — « فلم تجدوا ماء فتيمموا » ٦ المائدة » فان ما أباح إلا عند عدم كل جزء من الماء لأنه لفظ منكر يتناول كل جزء منه سواء كان مخالطاً بغيره أو منفرداً بنفسه ولا يمنع أحد أن يقول في نبيذ التمر ماء فلما كان كذلك وجـــب أن يجوز التيمم مع وجوده بالظاهر ويدل على ذلك أن النبي ﷺ توضأ بمكة قبل نزول الآية في التيمم .

(وأما الإغتسال به ) أي بنبيذ التمر فكأن هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن

فقد قيل يجوز عنده اعتباراً بالوضوء وقيل لا يجوز لأنه فوقه والنبيذ المختلف فيه أن يكون حلواً رقيقاً يسيل على الأعضاء كالماء وما اشتد منها صار حراما لا يجوز التوضؤ به وإن غيرته النار فما دام حلواً فهو على الخلاف، وان اشتد فعند أبي حنيفة «رح» يجوز التوضؤ به لأنه يحل شربه عنده وعند محمد «رح» لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده

---

يقال قد ذكرت عن أبي حنيفة «رح» جواز الوضوء بالنبيذ فهل حكم الاغتسال به مثل الوضوء أم لا فقال وأما الاغتسال .. الخ ولا نص عن أبي حنيفة في الإغتسال به ولكنهم اختلفوا (فقد قيل يجوز عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله (اعتباراً بالوضوء) وهو الأصح، لأن المخصوص عن القياس بالنص ملحق به ما هو في معناه من كل وجه واشار الى ذلك (استحساناً) أي استحسنه استحساناً.

(وقد قيل لا يجوز) أي الإغتسال به (لأنه فوقه) أي لأن الاغتسال فوق الوضوء لأن الحديث ورد في الوضوء والاغتسال فوقه فلا يلحق به، لأن الجنابة أغلظ الحدثين والضرورة فيه دون الوضوء. وقال في المبسوط الأصح فيه أنه يجوز الاغتسال به، وقال في المفيد لا يجوز به وهو الاصح.

(والنبيذ المختلف فيه) أشار به إلى بيان نبيذ (الذي يجوز الوضوء به) الذي اختلفنا فيه (أن يكون حلواً رقيقاً يسيل على الاعضاء كالمـاء) قد بينا في أول المسألة حقيقة النبيذ وحاصله انه لا يجوز الوضوء به إلا بشرطين، أحدهما: أن يكون رقيقاً والآخر ان يكون سائلا كالماء ولا يكون مشتداً. وشرط آخر أن لا يكون مسكراً أشار اليه بقوله (وما اشتد منه صار حراماً لا يجوز التوضؤ به) أي لا يجوز الوضوء به إجماعاً لأنـه صار مسكراً حراماً.

(وإن غيرته النار) وإن غيرت النبيذ النار بأن طبخوه فيها (فما دام حلواً فهو على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور وهو جواز الوضوء إجماعـاً عند أبي حنيفة «رح» لانه لم يخرج عن كونه طهوراً كالماء، وعند أبي يوسف يتيمم، وعند محمد يجمع بينهما (ان اشتد) أي وان اشتد النبيذ الذي غيرته النار وصار مسكراً (فعند أبي حنيفة «رح» يجوز التوضوء به لأنه يحل شربه عنده وعند محمد لا يتوضأ لحرمة شربه عنده) يعني شربه

## ولا يجوز التوضؤ بما سواه من الانبذة جرياً على قضيـــة القياس .

حرام عند محمد ، وفي المفيد والمزيد الماء الذي القي في تمرات فصار حلواً ولم يزل عنه اسم الماء وهو رقيق يجوز الوضوء به بلا خلاف بين أصحابنا وإن طبخ أدنى طبخة لا يجـوز الوضوء به حلواً كان أو مراً أو مسكراً ، قال وهو الأصح لأن المتنازع فيه المطبوخ الذي زال عنه اسم الماء بالحديث . وقال الكرخي وهو المطبوخ وأدنى طبخه يجوز الوضوء به حلواً كان أو مسكراً إلا عند محمد في المسكر . وقال أبو الطاهر الدباس لا يجوز قال في المحيط هو الأصح كمرق الباقلاء . وقال المرغيناني والاسبيجابي منع محمد على أبي يوسف في الزيادات فقال يجوز التوضوء به بسؤر الحمار ، لم يرو فيه أثر ويمنع بنبيذ التمر وقد ورد فيه الأثر .

قلت ناقض المصنف كلامه الذي في باب الماء الذي يجوز به الوضوء فإنه قال هناكوان تغير بالطبخ بعدما خلط به غيره ولا يجوز التوضؤ به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء إذ النار غيرته .

( ولا يجوز التوضؤ بما سواه من الانبذة ) أي بما سوى نبيذ التمر كنبيذ الزبيب والتين والحنطة والذرة ولاذر ونحوها هذا عند عامة العلماء . وقال الاوزاعي يجــوز التوضؤ بالانبذة كلها حلواً كان أو غير حلو ، مسكراً كان أو غير مسكر ، نيئاً كان أو مطبوخاً إلا الخمر خــاصة . وقال ابن أبي ليلى يجوز التوضؤ بمـــاء العنب إذا لم يكن مشتداً كما في التمر .

( جرياً على قضية القياس ) لان القياس كان يقتضي أن لا يجــوز استعمال النبيذ في إزالة الاحداث ولكنه خص بالاثر على خلاف القياس ، فيقتصر على مـورد النص ويبقى الباقي على موجبه ولانه في الحديث علل باسمه وصفته فقال تمــرة طيبة وهو من العلل القاصرة ، فلما لم يوجد في غيره لم يجز غيره .

قلت ينبغي أن يجوز التوضؤ بسائر الانبــذة كما قاله الاوزاعي إما بدلالة الانبذة بالنص ، وأما انه عليه‌السلام نبه على العلة حيث قال تمرة طيبة وهذا المعنى مـوجود في نبيذ

الزبيب وغيره فصار كالهرة الطائفة على العلة فيها بقوله فإنه من الطوافين والطوافات قيس عليها سائر سواكن البيوت لوجود المعنى .

فإن قلت – جرياً – منصوب بماذا . قلت الجرى مصدر من جرى الماء وغيره لازم والمتعدي أجرى وانتصابه على التعليل أي لاجل الجري على قضية القياس ، ويجوز ان جرياً بمعنى جارياً ويكون منصوباً على الحال والتقدير في الأول عدم جواز التوضؤ بما سواه من الانبذة لاجل الجري على قضية القياس ، وفي الثاني حال كونه جارياً على قضية القياس .

* * *

# باب التيمم

## ( باب التيمم )

أي هـــذا باب في بيان احكام التيمم فيكون ارتفاع باب على الخبريـــة ، ويجوز أن يكون مبتدأ محذوف الخبر والتقدير هذا باب التيمم لما يأتي ، ويجوز انتصابه على المفعولية والتعدير خـــذ أو هاك باب التيمم . وجـــه المناسبة بـــين البابين من حيث أن الباب الاول في احكام المياه التي هي الاصل في باب الطهارة ، وهذا الباب في بيان الخلف وحقه أن يكون عقيب الاصل ، أوتقول انه ابتدأ بالوضوء الذي هوطهارة صغرى ثم ثنى بالغسل الذي هو طهارة كبرى ، ثم ثلث بالتيمم لكونه خلفاً وظيفته التعقيب . وقال صاحب الدراية ابتدأ بالتيمم تأسياً بكتاب الله ، وابتدأ بالوضوء لانـــه الاعم الاغلب ، ثم بالغسل لانه الانذر ، ثم بالآلة التي يحصلان وهو المـــاء المطلق ، ثم بالعوارض عليه من المخالطة طاهر أو نجس ، ثم الخلف وهو التيمم .

قلت قـــوله – ابتدأ بالتيمم لا وجه له أصلا لانه إن أراد بالإبتداء الابتداء في أول الكتاب فليس كذلك ، وإن أراد به هاهنا فلا وجه له لانه ليس بابتداء بـــه بل هو ذكر بالتعقيب والصواب ما ذكرنا .

وقوله – أيضاً – تاسياً بكتاب الله – ليس كذلك لان المذكور في كتاب الله الوضوء ثم الغسل ثم التيمم ، والتأسي لا يكون إلا بذكره هكذا ولا يقال كيف يترك التأسي في تقديم المسافر وخارج المصر على المريض ، مع أن الله تعالى قدم المريض على المسافر لانـــا نقـــول التيمم مرتب على عدم الماء وهو في المسافر وخـــارج المصر حقيقي ، وفي المريض حكمي

ثم اعلم أن أصل التيمم من الام وهو القصد ، يقال أمه يؤمه أماً إذا قصده ، ويقال أم وتأيم وتيمم بمعنى واحد ذكره أبو محمد في كتاب الراعي وفي المحكم ، واتيمه واليمم أصله من ذلك لانه يقصد التراب فيسمح به وفي الجامع عن الخليل التيمم يجري مجرى التوضؤ

بقوله تيمم أطيب مـــا عذب وأسقانا منه أي توضأت . وقال الفراء ولم أسمع يمت بالتخفيف . وفي المهذب لابي منصور التيمم التعمم ، وفي الصحاح يمت فلانا أي قصدته قال الشاعر :

وما أدري إذا يممت أرضا أريد الخير أيهما يليني

أي الخير الذي أنا ابتغيه أم الشيء الذي هو يبتغيني

قلت اسم الشاعر اللقب العبسي ، وقال الشيباني رجل يممهم يظفر بكلامنا يطلب .

وفي الشرع التيمم هو القصد إلى استعمال الصعيد في أعضاء مخصوصة على قصد الطهارة بشرائط مخصوصة ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغوي .

( ومن لم يجد الماء وهو مسافر ) الواو في مثل هذه المواضع تسمى واو الاستفتاح كذا سمعت من مشايخي ، ويجـوز أن يكون العطف على مـا قبله من الاحكام المتعلقة بالوضوء ، وكلمة من موصولة بمعنى الذي ، وقال بعض من لا خبرة له ان كلمة من هاهنا تتضمن معنى الشرط وكان ينبغي إدخال الفاء في جوابها ، ولكن المصنف تركه .

قلت هذا كلام من لا يصرف له ، ولانه إن من المتضمن معنى الشرط يكون الجـزاء مجزوما نحو من يلزمني الزمه إلا إذا كان الجزاء ماضيا فحينئذ لا يظهر فيه الجزم ، وأما إذا كان الجزاء جملة فلا بد من الفاء فيه وقد تحذف في ضرورة الشعر . وقال ابن مالك « رح » يجوز في النثر نادرا .

قوله – وهو المسافر [(١)] – جملة اسمية وقعت حالاً ، وقـد علم ان الجملة الاسمية إذا وقعت حالاً فلا بد فيها من الواو ، وقد تحذف كما في قوله كلمة فوه أي في .

فإن قلت لم قدم المسافر على المريض هنا وفي كتاب الله ذكر المريض مقدم . قلت قدم ذكره في كتاب الله تطييبا لقلبه ، ولان المرض عارض جاء من الله تعالى من غير اختيار العبد ، والسفر عارض باختياره وقد ذكرناه عن قريب .

( أو خارج المصر ) يجوز فيه النصب والرفع ، أما النصب على وجوه ، أحدها : أن

---

(١) هكذا في الاصل وفي المتن – وهو مسافر من غير تعريف . اه مصححه .

يكون نصبا على الحال عطفا على الجملة الحالية التي قبله . قال السغناقي في الآية لما جاز عطف الجمله الحالية على المفرد من الحال في قوله تعالى ﴿ الذين يذكرون الله قياما وقعودا وعلى جنوبهم ﴾ ١٩١ آل عمران أي مضطجعين على جنوبهم جاز عليه أيضا. قلت قياما بمعنى قائمين ، وقعودا بمعنى قاعدين ، فحينئذ لا يكون عطف الجملة على المفرد اللهم إذا قلنا بذلك نظر إلى اللفظ .

الوجه الثاني ان يكون مفعولاً فيه تقديره أو في مكان خارج المصر ، كذا قال السغناقي وغيره ، ولكن تحدثه شيء وهو أن لفظة خارج عارض هاهنا اسم لظاهر البلد وفيما قالوا اسم لفعل الخروج وهو الاولى والاوجه .

وأما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف تقديره أو هو خارج المصر فتكون الجملة عطفا على الجملة فيكون محلها النصب على الحال ، ثم ان قوله – أو خارج المصر – ولقول من يقول انه لا يجوز إلا للمسافر ذكر في المحيط وقال في الناس من قال لا يجوز التيمم لمن خرج من المصر إلا اذا قصد سفرا صحيحا ، والمعنى ويجوز لمن هو خارج المصر وإن لم يكن مسافرا وفيه أيضا نفي لجواز التيمم في الامصار سوى المواضع المستثناة وهذا موافق لما ذكره في شرح الطحاوي حيث قال ان التيمم في المصر لا يجوز إلا في ثلاث أحدها إذا خاف من فوات صلاة الجنازة إن توضأ .

والثانية عند خوف فوت صلاة العيد .

والثالثة عند خوف الجنب من البرد بسبب الاغتسال

وقال الامام التمرتاشي من عدم الماء في الحضر لا يجوز له التيمم لأنه نادر ، وذكر في الاسرار جواز التيمم لعادم الماء في الامصار .

فإن قلت فعلى هذا لا يكون قوله أو خارج المصر مبينا لجواز التيمم في الامصار والاقل جواز التيمم لعدم الماء سواء كان في المصر أو خارجه .

( وبينه وبين المصر ميل ) وفي بعض النسخ الميل بالألف واللام ولا وجه له أي الحال ان بين خارج المصر وبين المصر ميل يعني قدر ميل . وقال الاترازي ولو قال بينه وبين

الماء مكان وبين المصر لكان احسن ليشمل الشخص جميعا المسافر والخارج عن المصر وهذا لأن المعتبر هو الابعد بين المتيمم وبين الماء سواء كان في المصر أو غيره .

قلت انما يكون ما قاله أحسن لو قال وبينهما أي بين المسافر والخارج عن المصر ولما رد الضمير الى الخارج عن المصرف وقال وبين المصر لأن الخارج من المصر إذا عدم الماء فالضرورة غالبا لا يجد الماء إلا في المصر فذكر المصر لا يستلزم الخارج من المصر من غير عكس ، ثم الميل ثلث فرسخ أربعة آلاف ذراع بذراع قال محمد بن قدح الشامي طولها أربعة وعشرون اصبعا بعدد حرف لا إله إلا الله محمد رسول الله ، وعوض الاصبع ست حبات شعير ملصقة ظهر البطن وزنة الحبة من الشعيرة ستون حبة خردل وهو الذراع الملكي وبه ذرع هارون رشيد الرق وجعل الفرسخ ثلاثة أميال والبريد اثنا عشر ميلا ، وفسر ابن شجاع الميل بثلاثة آلاف ذراع وفسر العلوة بثلا ثمائة ذراع أي أربعمائة ذراع كذا في الذخيرة . وفي الينابيع الميل ثلث الفرسخ أربعـــة آلاف وخطوة ذراع ونصف بذراع العامة وهو أربعون [1] وعشرون أصبعا .

( أو اكثر ) بالرفع عطف على قوله ميل وارتفاع ميل بالابتداء وخبره قوله - وبينه وبين المصر — ويجوز بالنصب على ان يكون لفظ كان مقدراً فيه والتقدير أو كان اكثر من الميل .

فان قلت أفعل التفضيل لايستعمل إلا بأحد الاشياء الثلاثة بالاضافة والألف واللام وكلمة من وليس شيء من ذلك هاهنا . قلت قد يستعمل مجرداً عنها كا في قولك الله اكبر.

فان قلت قوله أو أكثر مستغنى عنه لا فائدة تحته . قلت أجيب عنه باجوبة الاول انه للتأكيد لقوله تعالى ﴿ نفخة واحدة ﴾ ١٣ الحاقة ، لأن معنى التأكيد هو ان يستفاد من الثاني ما استفيد من الاول وهذا كذلك قال الاكمل ورد بأن تخلل العاطف يأباه . قلت الذي رده هو صاحب الكافي .

---

(١) هكذا في الاصل وربما مرادة — أربع وعشرون — اه مصححة .

والوجه مع الثاني أن المسافة تعرف بالحرز والظن فلو كان في ظنه ان بينه وبين الماء نحو ميل أو أقل لايجوز حتى يتبين انه ميل .

قال الاكمل وفيه نظر لأنه مبني على انه حرزاً أو ظنا فمن أين يتحقق ذلك . قلت معرفة المسافة بالحرز والظن يكون مبني عليه .

الثالث : قال الاترازي الاصل في الدلالات المطابقة لا الالتزام فذكره يفهم الحكم بالمطابقة. قلت هذا عجيب والحكم بالمطابقة فهم من قوله -ميل- لأن هذا معناه المطابق ويفهم منه جواز التيمم في هذا المقدار ففي أكثر منه بالطريق الاولى .

الرابع : انه ذكر رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ان الماء ان كان قدامه فالمسافة ميلان وان لم يكن فميل وفيه نظر لأنه يلزم منه ان يكون أربعة أميال ذهاباً وإيابا .

الخامس : قال السروجي يحتمل ان يكون ذلك شكا من الراوي في قوله - فإن صلت وربع ساقها أو ثلثه مكشوف - وفيه نظر لأنه انما قيل ربع ساقها أو ثلثه إشارة الى ان كل واحد منهما رواية .

والسادس : ان قوله - ميل في الجهات الثلاثه - وقوله - أو أكثر - فيما أمامه أو أكثر على قول من شرط ميلين ورد بما رد به الوجه الرابع .

السابع : ان الذي قدره الشرع أربعة أنواع ،الأول : ان يمنع الاقل والاكثر كالحدود والصلوات المفروضة والمواريث . الثاني : ان يمنعها لقوله تعالى ﴿ ان الله لايظلم مثقال ذرة ﴾ ٤ النساء . الثالث : أن يمنع الاقل لا الاكثر كنصاب الشهادة والسرقة والزكاة . الرابع : أن يمنع الاكثر لا الاقل كمدة امهال المرتد ومدة جواز الصلاة على الميت المدفون من غير صلاة ، وما في الكتاب من قبل النوع الثالث ذكره تنبيها الناظرين .

( يتيمم بالصعيد ) خبر المبتدأ عن قوله من لم يجد ، وجواب المسألة والصعيد التراب قال الجوهري وقال ثعلب الصعيد وجـــه الارض لقولى تعـالى ﴿ فتصبح صعيدا زلقا ﴾ ٤٠ الكهف ، والجمع صعد وصعدات مثل طريق وطرق وطرقات سمى بـه لصعوده فميل بمعنى مفعول أو مصعود عليه حكاه ابن الاعرابي والخليل وثعلب ، وفي

## لقوله تعالى ﴿فـلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً﴾ ٦ المائدة ، وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء

معان الزجاج الصعيد وجه الارض كان موضع تراب أو لم يكن لان الصعيد ليس وجه التراب ، وإنما وجه الارض ترابا كان أو صخراً لا تراب عليه ، وقال لا أعلم خلافا بين أهل اللغة في ان الصعيد وجه الارض .

وقال قتادة الصعيد الارض التي لا نبات فيها ولا شجر ، وقال ابن دريد المستوي ، وسيأتي الخلاف في هذا الباب .

( لقوله تعالى ﴿ فتيمموا صعيدا طيبا ﴾ ٦ المائدة ) أشار بهذا الى أن ثبوت التيمم بالكتاب والسنة . أما الكتاب فهو قوله تعالى ﴿ فتيمموا صعيدا ﴾ كان نزولها في غزوة المريسيع وهي غزوة بني المصطلق حين أقام رسول الله ﷺ والناس معه على التماس عقد عائشة رضي الله عنها حين انقطع فأصبحوا على غير ماء فأنزل الله آية التيمم بحديث العقد رواه البخاري ومسلم والنسائي وأبو داود ، والمريسيع بضم الميم وفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف وكسر الشين المهملة بعدها ياء آخر الحروف ساكنة ، وفي آخره عين مهملة وهو اسم ماء بناحية قديد بين مكة والمدينة . وكانت غزوة بني المصطلق في شعبان من السنة الثالثة من الهجرة ، وقيل سنة أربع .

قوله ( طيباً ) أي طاهراً عند الأكثرين ، وقيل حلالاً . وقال الشافعي الطيب المنبت الخالص ولهذا لا يجوز التيمم بغير التراب وسيجيء الكلام فيه مستوفاً إن شاء الله .

وأما السنة فقد أشار اليها بقوله ( وقـوله ﷺ التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء ) وقـوله مجرور لأنه معطوف على قوله تعالى والحديث روي عن أبي هريرة وأبي ذر رضي الله عنهما .

أما حديث أبي هريرة فرواه البزار في مسنده مقدم بن محمد المقدمي حدثنا القاسم بن يحيى بن عطاء بن مقدم حدثنا هشام بن حبان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ الصعيد وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين ، فإذا وجد الماء فليتق الله وليمسه

بشرته ، قال البزاز لا يعلمه يروى عن أبي هريرة إلا من هـذا الوجه ولم نسمعه إلا من مقدم وكان ثقة .

ورواه الطبراني في معجمه الأوسط حدثنا أحمد بن محمد بن صدقة حدثنا مقـدم بن محمد المقدمي عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال كان أبو ذر في عيثم بالمدينة فلمّا جاء قال له النبي ﷺ يا أبا ذر فسكت فردها عليه فسكت فقال يا أبا ذر ثكلتك أمك قال اني جنب فـدعى الجـارية بماء فجاءته فاستدبر براحلته ثم اغتسل فقال النبي ﷺ يجزئك الصعيد ولو لم تجد الماء عشرين سنة فإذا وجدته فاشتر جلدتك . وقال يرويه عن ابن سيرين إلاهمام ولا عن هشام إلا قاسم تفرد به مقدم ، وذكر ابن القطان في كتابه من جهة البزاز وقـال اسناده صحيح وهو غريب من حديث أبي هريرة .

وأما حديث أبي ذر رضي الله عنه فرواه أبو داود والترمذي والنسائي من حديث أبي قلابة عن عمرو بن بجدان عن أبي ذر قال رسول الله ﷺ الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو إلى عشرين سنة ما لم تجد الماء فليمد بشرته فإن ذلك خير وضوء ، وأبو داود وقال الترمذي حسن صحيح ، وفي رواية لأبي داود والزهري طهور المسلم ، ورواه ابن حبان في صحيحه ورواه الحاكم في مستدركه وقال حديث حسن صحيح ولم يخرجاه إذا لم يجد الماء ، وزاد غير أبي قلابة وضعف هذا الحديث ابن القطان في كتابه الوهم والايهام لأن فيه عمرو بن بجدان وهو لا يعرف له حالة .

قلت العجب منه لم يكتف بتصحيح في معرفة حال عمرو بن بجدان مع تعريفه بالحديث وبجدان بضم الباء الموحدة وسكون الجيم .

وقول المصنف — التراب طهور المسلم — لم يقع بهذا اللفظ إلا في رواية للترمذي ، وفي رواية لأبي داود الصعيد طهور .

قوله — ولو إلى عشر حجج — أي عشر سنين وكذا لفظ حديث أبي هريرة ، والمراد نفس الكثرة لا عشرة بعينها ، وتخصيص العشرة لأجل الكثرة لأنه منتهىٰ عدد الآحاد ،

والمعنى له أن يفعل التيمم مرة بعد مرة أخرى وإن بلغت مدة عدم الماء إلى عشر سنين ، وليس معناه أن التيمم دفعة واحدة يكفيه عشر سنين .

قوله ـ فإذا لم يجد الماء  المراد به الماء الذي يكفي لرفع الحدث لأن ما دونه يستوي فيه وجوده وعدمه إذ لا تثبت به استباحة الصلاة فكان كالمعدوم .

فإن قلت ماء في قوله تعالى ﴿ فلم تجدوا ماء ﴾ ٦ المائدة نكرة في سياق النفي فتناول ما يسمى به ماء قليلا كان أو كثيراً . قلت الآية سيقت لبيان الطهارة الحكمية فكان معنى قوله فلم تجـــدوا ماء طهوراً محللا للصلاة ووجود ما لا يكفي للوضوء لم يوجد مـــا يحلل الصلاة .

واعلم ان المراد من الوجود القدرة ، ومعنى الآية فلم تقدروا على استعماله ، ولفظ الوجود كما يستعمل للظفر بالشيء يستعمل للقدرة عليه ، يقال الشيء ظفر به ووجده إذا قدر عليه فحملناه على القدرة ماهنا لاعتماد التكليف عليها إلا على الوجوب مطلقاً ألا ترى ان صمطوع (١) الذي إذا تعـــذر عليه الوضوء منه ولا يجد من يوضئه يباح له التيمم والماء (٢) أما وضوء على الطريق لا يمنع التيمم إلا إذا كان كثيراً يعلم انه وضع للوضوء والشرب والغني والفقير سواء وما وضع للتوضؤ يجوز الشرب منه .

وفي المرغيناني الماء الذي يحتاج إليه العطش والخبز وكذا الثمن يحتاج إليه العطش أو العجين تيمم معه ولاتخاذ المرقة لا يتيمم ، لأن حاجـة الطبخ دون حاجة العطش والخبز وكذا الثمن الذي يحتاج إليه الزاد يتيمم معه بمنزلة مـاء العطش وعطش رفيقه كعطش نفسه وعطش دابته وكلبه كذلك .

( والميل هو المختار في المقدار ) أي في مقدار بعد الماء وجه كونه مختاراً ان المسافـة القريبة جداً مانع من جواز التيمم والبعد يجوزه له فقدر البعيد بالميل لالحاق الجـرح إلى

---

(١) هكذا في الأصل وربما أراد بها المقطوع أي اليدين ا هـ مصححه .

(٢) ربما سقطت كلمة ـ موجود ـ ا هـ مصححه .

# لأنه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم
# والمعتبر المسافة دون خوف الفوت

وصول الماء وفيه احترازٌ عن غيره من الأقوال ، وعند محمد شرطه أن يكون بينه وبين المصر ميلان . وعن أبي يوسف لو ذهب اليه وتوضأ به وتذهب القافلة وتغيب عن بصره يجوز التيمم وهذا أحسن جداً . وقيل إذا كان نائياً عن بصره ، واختلفوا في النائي قيل قطع ميل ، وعن محمد قطع ميلين ، وقيل فرسخ ، وقيل جواز قصر الصلاة ، وقيل عدم سماع الاذان . وقيل عدم سماع أصوات الناس . وقيل لو نودي من أقصى المصر لا يسمع. وفي البدائع ان ذهب إليه لا ينقطع عنه جلبة الغير ويحسن أصواتهم وأصوات دراء فهو قريب . وقيل ان كان بحيث يسمع أصوات أهل الماء فهو قريب . قال قاضي خان وأكثر المشايخ عليه و كذا ذكره الكرخي .

وأقرب الاقوال اعتبار الميل ولا يبلغ ميلا ، وعن محمد يبلغ ، وقال زفران خشي فوت الوقت يجوز وإن كان قريباً .

فإن قلت النص مطلق عن اشتراط المسافة فلا يجوز تقييدها بالرأي . قلت المسافة القريبة غير مانعة بالاجماع والبعيدة غير مانعة بالاجماع فجعلنا الفاصل بينهما الميل أشار اليه بقوله ( لأنه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة ) أي لأن المكلف يلحقه الحرج وهو مدفوع شرعاً . وقال الاترازي فلو قال بإبانة الماء لكان أولى وتكلمنا فيه عند قوله بينه وبين المصر .

( والمعتبر المسافة ) أي الاعتبار في جواز التيمم كون الماء إلى الماء (دون خوف الفوت) أي وقت الصلاة . وقال الاترازي هذا يحتاج إلى قيد آخر بأن يقال دون خوف الفوت إذا كان إلى خلف لانه إذا خاف الفوت لا إلى خلف يكون خوف الفوت معتبرا كما في صلاة العيد والجنازة حتى يحتاج إلى التيمم .

قلت لا يحتاج إلى ذلك لأنه عن قريب يذكر هذا الحكم مفصلا فيه احتراز عن قول زفر ، فإن عنده يجوز التيمم إذا خاف لفوت الوقت وإن كان الماء قريباً أقل من ميل هو يقول لاطلاق الآية .

لأن التفريط يأتي من قبله ، ولو كان يجد الماء إلا انه مريض فخاف إن استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ، ولأن الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا أولى ولا فرق بين أن يشتد مرضه بالتحرك أو بالاستعمال ، واعتبر الشافعي « رح » خوف التلف

---

وأشار المصنف إلى دليلنا بقوله ( لان التفريط ) أي التقصير ( يأتي من قبله ) أي من تأخيره الصلاة فليس له أن يتيمم إذا كان الماء قريباً منه .

( ولو كان يجد الماء إلا انه مريض ) إلا هاهنا بمعنى لكن وفي كل موضع شأنه هذا ( يخاف[1] ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم ) واشتداد المرض تارة يكون بالتحريك كالمبطون ومن به العرق المديني وتارة يكون باستعمال الماء بالجدري والحصبة ( لما تلونا ) أراد به قوله ﴿ وإن كنتم مرضى ﴾ ٦ المائدة ( ولأن الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء ) أي لان الضرر الحاصل له عندي خوفه من زيادة المرض إذا استعمل الماء فوق ضرره في زيادة ثمن الماء الذي يباع بأكثر من ثمن ، فإذا كان الجرح مدفوعاً عند زيادة الثمن في الماء فاندفاعه عند الخوف من زيادة المرض أولى وأجدر لأن النفس أعز من المال .

( وذلك ) إشارة لما ذكرنا من زيادة ثمن الماء ( يبيح التيمم فهذا أولى ) هذا إشارة لما ذكرنا من زيادة المرض .

( ولا فرق ) في المرض ( بين أن يشتد مرضه بالتحريك ) كالمبطون كما ذكرنا ( أو بالإستعمال ) أي باستعمال الماء كالجدري .

( واعتبر الشافعي « رح » خوف التلف ) أي تلف نفسه أو عضوه وهذا الذي ذكره المصنف هو القول الجديد للشافعي « رح » ، وقوله القديم مثل قولنا في شرح الوجيز ، أما مرض يخاف منه زيادة العلة وبطء البرء فقد ذكر فيه ثلاثة طرق أحدها ان في جواز

---

١) في المتن فخاف .

التيمم قولان أحدهما المنع وهو قول أحمد ، وأظهرهما الجواز وهو قول الاصطخري وعامة أصحابه وهو قول مالك وأبي حنيفة . وفي الحليه وهــو الأصح فإن كان مرض لا يلحقه باستعماله ضررا كالصداع والحمي لا يجوز له التيمم .

وقال داود يجوز ويحكى عن مالك وعطاء والحسن البصري انه لا يجوز للمريض إلا عند عدم الماء ولو خاف من استعمل الماء شيئاً في المحل قال أبو العباس لا يجوز لــه التيمم على مذهب الشافعي ، وقال غيرهما ان كانت الشين كأثر الجدري والحراقة ليس له التيمم وإن كان يؤمن من خلفه ويؤدي من وجهه كثير فيه قولان . والثاني من الطرق انه لا يجوز قطعاً . والثالث انه يجور قطعاً .

وأجمعوا على انه لو خاف على نفسه الهلاك أو على عضـــوه ومنفعته يباح له التيمم . وحكى صاحب الحاوي في خوف أحدهما فيه قولان كما في زيادة المرض وأصحهما يقطع بالجواز كما قال الجمهور . وقال امام الحرمين عن العراقيين انهم قالوا في جواز التيمم من خاف مرضاً مخوفاً قولين وهنا النقل عنهم مشكل ، فإن الموجود في كتبهم كلهم القطع بجواز التيمم لخوف حدوث مرض مخوف ، وقد أشار الشافعي أيضاً إلى الإنكار على إمام الحرمين في هذا النقل .

( وهو ) أي قول الشافعي ( مردود بظاهر النص ) وهو قوله ﴿ وإن كنتم مرضى ﴾ ٦ المائدة ، فانه أباح التيمم بكل مرض من غير فصل وهذا الرد لا يستقيم إلا على أحــد قوليه الذي هو غير صحيح وغير مشهور .

فإن قلت كيف لا يتناول لمن لا يشتد مرضه . قلت بسياق الآية وهو قوله تعــالى ﴿ ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ﴾ ٦ المائدة ، فإن الحرج إنما يلحق من يشتد مرضه فبقي الباقي على ظاهرها .

فإن قلت لا نسلم إطلاق النص لتقييده بالعدم . قلت العدم شرط في حق المسافــر دون المريض .

( ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد ) كلمتــه الأولى مكسورة والثانية

أو يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا إذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك يتيمم عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، هما يقولان ان تحقق هـذه الحالة

---

مفتوحة في محل النصب على انه مفعول لقوله خاف ثم انه ذكر الجنب ولم يذكر المحدث . قال في الاسرار انها سواء على قول أبي حنيفة . وذكر قاضي خان ثم الجنب الصحيح في المصر إذا خاف الهلاك بالبرد جاز له التيمم على قوله – وأما المسافر إذا خاف الهلاك من الاغتسال جاز له التيمم بالاتفاق – وأما المحدث في المصر فـاختلفوا فيه على قول أبي حنيفة في المحدث اختلاف الرواية يجوزه شيخ الاسلام ولم يجوزه الحلوائي . وقال صاحب الدراية عنه انه قال مشايخنا في ديارنا لا يجوزون للمقيم أن يتيمم بالاتفاق لان في عرف ديارنا أجرة الحمام بعد الخروج فيمكنه أن يدخل الحمام ويغتسل ويتعذر بالعسرة .

( أو يمرض ) عطف على قوله ان يقتلها البرد وهو مرفوع لانه فـاعل لقوله أن يقتله وهو من الامراض أي يمرضه البرد ( يتيمم ) جواب لرد هو جواب المسألة .

( وهذا ) إشارة إلى جواز التيمم ( إذا كان ) أي الذي يريد به التيمم لاجل الخوف من استعمال الماء من الموت أو المرض ( خارج المصر لما بينا ) أراد به قوله لانه يلحقه أخرج بدخول المصر .

( ولو كان ) أي لو كان الجنب الخائف من المرض أو القتل ( في المصر فكذلك يتيمم عند أبي حنيفة خلافاً لهما ) أي لابي يوسف ومحمد ، وذكر في قاضي خان الجنب الصحيح في المصر إذا خاف الهلاك من الاغتسال جاز له التيمم في قولهم جميعاً .

وأما المحدث إذا خاف الهلاك من التوضؤ اختلفوا فيه على قول أبي حنيفة ، والصحيح انه لا يباح له التيمم بالاتفاق ، وإن كان عنده من يعينه على استعمال الماء المتعين حـرا أو امرأة جاز له التيمم في قول أبي حنيفة ، وعندهما لا يجوز وإن كان المعين مملوكـاً اختلف المشايخ على قوله ، وقيل إن كان المعين بغير بدل لا يجوز له التيمم بـالاتفاق وبأجر يتيمم عنده قل أو كثر وقالا بربع درهم .

( لا يتيمم وقالاهما ) أي أبو يوسف ومحمد ( يقولان ان تحقق هذه الحالة ) أي العجز

( نادر في المصر فلا يعتبر ) لان الغالب فيه على القدرة عليه دخول الحمام فلا يعتبر النادر .

( وله ) أي ولابي حنيفة ( ان العجز ثابت حقيقة ) اذ الفرض خوف الهلاك مع وجود الماء ومشروعية التيمم لدفع الحرج وهو شامل لهما ( فلا بد من اعتباره ) ولو كان نادرا في المصر إذا تحقق فلا بد ان يجب الخروج عند عهدته ولهذا لو عدم الماء في المصر يتيمم ولو كان نادرا كما لو عدم في البر ، ولهما نظائر على هذا الخلاف منها إذا كان لا يقدر على استعمال القيام بنفسه ، ومنها إذا كان على فراش نجس ولا يمكنه التحول إلى مكان طاهر ثم وجد يحوله . ومنها الاعمى إذا وجد قائدا يقوده إلى الجمعة والحج .

واتفقوا على انه إذا عجز عن القيام بنفسه وثم من يعينه يصلي قاعدا ، والمقعد إذا وجد من يحمله إلى الجمعة لا جمعة عليه عند الكل ولا حج ولا حضور الجماعة . وقيل الكل على الخلاف .

فروع . المسافر خارج المصر يجوز له جماع زوجته وأمته عند عدم الماء وعليه عامة العلماء ، يروى ذلك عن ابن عباس وجابر وزيد واسحاق وقتادة والثوري والأوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق [1] وابن المنذر . وعن علي وابن مسعود يمنعه لعدم جواز التيمم عند ابن مسعود ومثله عن ابن عمر والزهري . وقال مالك لا أحب له أن يصيب امرأته إلا ومعه ماء . عن عطاء إن كان بينه وبين الماء ثلاثة أميال لم يصبها وان كان أكثر جاز وعن أحمد في كراهته وجهان ، وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال يا رسول الله الرجل لا يجنب ولا يقدر على الماء أيجامع زوجته قال نعم ، رواه أحمد وفي اسناده الحجاج بن ارطأة وهو ضعيف .

والتيمم عن النجاسة المعينة لا يجوز ، ومعناه إذا كان على جسده نجاسة يتيمم لها وفي وجهه بيديه لا يصح ، وهو قول الجمهور من أهل العلم خلافاً لأحمد وأصحابه في إعادة صلاته ، ولو كانت على بدنه لا يتيمم بها لكن ينبغي له ان يمسح موضع النجاسة بتراب تقليداً لها .

---

(١) كرر اسحاق مرتين في الأصل . اهـ مصححه .

ولنا ان الغسل لا يكون في غير موضع النجاسة فكذا التيمم . وفي المرغيناني المرتد المسجون تلزمه الاعادة لصلاة التيمم ، ولو جاءت قبل خروجه لا يأثم ، ولو منع في السفر وصلى بالتيمم لا يعيد وفي صلاة الحسن لا يصلي حتى يقدر على الماء ولو تيمم لقراءة القرآن الصحيح انه لا تجوز الصلاة به ولو تيمم لدخول المسجد أو مس المصحف جازت الصلاة به عند أبي بكر البلخي وعامة المشايخ بخلافه ، وعلى هذا التيمم لزيارة القبور والتعلم لا يصلي به .

وفي التحفة لو تيمم لصلاة الجنازة أو سجدة التلاوة أو لقراءة القرآن فجاز له أن يؤدي جميع ما لا يجوز إلا بالطهارة بخلاف التيمم لمس المصحف ودخول المسجد حيث يعتبر إلا في حقهما لأنهما من أجزاء الصلاة . وفي القدوري لا يجوز التيمم لسجدة التلاوة وقيل هو جائز ، ولو تيمم لسجدة الشكر لا يصلي به المكتوبة ، وعن محمد يصليها بناء على انها قربة عنده .

جنب وحائض طهرت وميت معهم من الماء ما يكفي أحدهما فصاحب الماء أحق به وبه قال مالك . وقال بعض الشافعية يبيعه من الميت وإن كان الماء لهم لا يجوز استعماله لأجل نصيب الميت . وفي المحيط وينبغي أن يصرف نصيبها إلى الميت ويتيمما وإن كان مباحاً فالجنب أولى به وتتيمم المرأة ويتيمم الميت وتقتدي المرأة بالرجل . وقال أحمد الحائض أولى به لاجل حق زوجها في الوطىء وان كان معهم محدث فكذلك . وقال المرغيناني وقيل الميت أولى ، والأول أصح . وفي البدائع المحبوس في المصر عنده تراب طاهر يصلي يتيمم ويعيد . وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يصلي وهو قول زفر ، وعن أبي يوسف يصلي ولا يعيد كالمريض والمحبوس ، وإذا لم يجد ماء ، ولا تراباً نظيفاً فإنه لا يصلي عند أبي حنيفة ، وعامة الروايات عن محمد .

وقال اصبغ من المالكية لا يصلي وان خرج الوقت إلا بوضوء أو تيمم . وقال أبو يوسف يصلي بالماء ويعيد وبه قال محمد في رواية أبي سليمان . وقال بعض المشايخ إنما يصلي بالإيماء إذا كان المكان رطباً وإن كان يابساً يصلي بالركوع والسجود ، والصحيح عنده انه يؤدي كيف ما كان ، ومذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ان من لم يجد ماء لا يصلي ذكره ابن بطال ، في المحيط دل عليه ان الصلاة بغير طهارة أو إلى غير القبلة أو في ثوب

نجس متعمداً يكفر والصحيح انه لا يكفر بغير طهارة ولا يكفر فيها .

متيمم يصلي قال له يهودي خذ هذا الماء يلغى في صلاته لأنه مستهزىء به فإن أعطاه بعدها أعاد .

( والتيمم ضربتان ) وبه قال الشافعي في الجديد والثوري والنخعي والحسن وابن نافع والليث والأوزاعي وابن الحكم واسماعيل القاضي وهو قول ابن عمر ومالك في المدينة وقال مالك وأحمد ضربة للوجه وضربة لليدين إلى الرسغين ، والرسغ مفصل الكف وأحد طرفيه كوع . ويقال كاع أيضاً كياع وكوع يلي الإبهام والآخر له كرسوغ يلي الخنصر . وقال ابن أبي ليلي وابن جني ضربتان يمسح بكل واحدة منهما وجهه ويديه . وقال ابن سيرين ثلاث ضربات الثالثة لهما جميعاً وعنه ضربة ضربة للوجه وضربة الكف وضربة للذراعين . وعن الزهري إلى المناكب . ويروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وروى أبو داود أن رسول الله ﷺ مسح إلى أنصاف ذراعيه قال ابن عطية لم يقل أحد بهذا الحديث فيما حفظت .

وفي قواعد ابن رشد روي عن مالك الاستحباب إلى ثلاث والفرض اثنان . وفي شرح الاحكام لابن بزيزة قالت طائفة من العلماء يضرب أربع ضربتان للوجه وضربتان للذراعين ، وقال ابن بزيزة وليس له أصل في السنة . قال أبو عمر قال الأوزاعي التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين إلى الكوعين والفرض عند مالك إلى الكوعين والإختيار إلى المرفقين ، وروي عن الأوزاعي وهو الأشهر قوله التيمم ضربة واحدة يمسح بها وجهه ويديه إلى الكوعين ، والفرض هو قول عطاء والشعبي في رواية وبه قال أحمد واسحاق والطوسي ، وفي المغني لابن قدامة المسنون عن أحمد التيمم بضربة واحدة ، فإن تيمم بضربتين جاز .

وقال القاضي الاجزاء يحصل بضربة واحدة والكمال بضربتين . وقال الاكمل قيل في قوله ضربتان إشارة إلى نفس الضرب داخل في التيمم ، فمن ضرب يديه على الأرض للتيمم وأحدث قبل أن يمسح بها وجهه وذراعيه ثم مسحها بها لم يجز لأنه أحدث بعدما أتى

ببعض التيمم وكان كمن أحدث في خلال الوضوء . وذكر الاسبيجابي جوازه كمن ملأ كفيه ماء للوضوء ثم أحدث ثم استعمله .

قلت قوله - قيل - قائله السغناقي . وقال الاترازي عند قوله والتيمم ضربتان والمقصود من الضرب ان يدخل الغبار في خلال الأصابع تحقيقاً بمعنى الاستيعاب كما هو ظاهر الرواية وإنما قلنا هذا لأن الوضع كاف وإن لم يوجد الضرب وما قيل إنما اختار لفظ الضرب لأن الآثار جاءت بلفظ الضرب ففيه نظر لأن الله تعالى لم يقيده بالضرب في قوله ﴿ فتيمموا ﴾ وكذا سائر الآثار كقوله التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج، وقوله جعلت لي[1] الأرض مسجداً، وقوله عليكم بالصعيد إلا ان في بعضها جاء لفظ الضرب ولا يقال بمثله جاءت الآثار بلفظ الضرب.

قلت في نظره نظر لأن استدلاله على ذلك بالآية والأحاديث الثلاثة غير صحيح لأنها تدل على مشروعية التيمم ولا تدل على كيفيته وكيفيته بأحاديث غيرها وفيها لفظ الضرب منها في حديث عمار رضي الله عنه أخرجه البخاري ومسلم وفيه ثم ضرب بيده الأرض ضربة واحدة ، وفي رواية أخرى فقال عليه السلام إنما يكفيك أن تضرب بيديك الأرض .

ومنها حديث ابن عمر رواه الحاكم في مستدركه والدارقطني في سننه قال قال رسول الله ﷺ التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة اليدين إلى المرفقين وله طريقان آخران في أحدهما تيممنا مع رسول الله عليه السلام فضربنا بيدينا على الصعيد وفي الآخر ان النبي عليه السلام قال في التيمم ضربتين ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين .

ومنها حديث جابر رواه الحاكم في المستدرك عنه عن النبي ﷺ قال ضربتان ضربة للوجه وضربة للذراعين إلى المرفقين . وقال الحاكم صحيح الاسناد .

ومنها حديث عائشة رضي الله عنها رواه البزاز في مسنده ان النبي عليه السلام قال في التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين .

---

(١) في الأصل كلمة لي ساقطة . اهـ مصححه .

ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنه أخرجه ابو داود عنه عن عمار بن ياسر قـــال كنت في القوم حين نزلت الرخصة في المسح بالتراب إذا لم نجـــد الماء فـــأمرنا فضربنا واحدة .

ومنها حديث أبي موسى الأشعري أخرجه البخاري ومسلم وأبو د النسائي وفيه إنما كان يكفيك أن تصنع هكذا وضرب بيديه على الأرض ولحديث عمار طـرق كثيرة وفيها لفظ الضرب ، ومن جملة طرقه طريق فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه .

ومنها حديث أبي امامة أخرجه الطبراني « رض » عن النبي الله ﷺ قـــال التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين .

ومنها حديث الاسلع خـــادم النبي ﷺ وفيه ضرب رسول الله عليه السلام بكفيه الارض . وأخرج الطحاوي من حديث ابن عمر رضي الله عنه بأربع طرق موقوفةصحاح وفيها لفظ الضرب ، وأخرج عن الحسن انه قال ضربة للوجه والكفين وضربة للذراعين إلى المرفقين . وأخرج عن سالم انه ضرب بيديه على الارض حين سأله عن التيمم .وأخرج الشعبي عن النبي عليه السلام انه قال التيمم ضربة للوجه وضربة لليدين إلى المرفقين ، فإذا كان الأمر هكذا فكيف يقول الاترازي وفي بعضها جاء لفظ الضرب ولا يقال بمثله الآثار جاءت بلفظ الضرب ، ولو اطلع على ذلك لم يقل هكذا . وقوله - وما قيل - قائله تاج الشريعة رحمه الله .

(يمسح باحداهما وجهه ) أي يمسح المتيمم باحدى الضربتين وجهه ( وبالاخرى)أي ويمسح بالضربة الاخرى ( يديه إلى المرفقين ) أي مع المرفقين ، وقال الاكمل فيه نفي لقـول الزهري فانه يمسح إلى الآباط وهو رواية عن مالك عن نفي لرواية الحسن عن أبي حنيفة «رح» إلى الرسغ وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه .

قلت أخذ هذا من معراج الدراية وهذا ليس قول الزهري وحده بل هو قوله وقول الأوزاعي والاعمش وقول قديم الشافعي ، ثم قال وهو مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ولم يبين مخرجه

( لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين ) الى المرفقين روى هذا الحديث عبد الله بن عمر وجابر وعائشة رضي الله عنهم وقد ذكرنا جميعها عن قريب. وقال الحاكم في حديث ابن عمر لا أعلم أحداً اسنده إلا علي بن ظبيان عن عبد الله وهو صدوق وقد وثقه يحي بن سعيد وهشام وغيرهما ومالك عن نافع ، وقال الدارقطني هكذا رفعه علي بن ظبيان وقد وثقه يحي بن القطان وغيره وهو الصواب ، وكذا قال ابن عدي وقد ضعف بعضهم هذا الحديث بعلي بن ظبيان فقال أبو داود ليس بشيء ، وقال النسائي وأبو حاتم مثل ذلك ، وقال أبو ذرعة واهي الحديث .

قلت وثقه الحاكم وقال صدوق ووثقه يحي بن سعيد وهشام وغيرهما ، وحديث جابر صححه الحاكم وقال الدارقطني رجاله كلهم ثقات ، وقال ابن الجوزي فيه عثمان بن محمد وهو متكلم فيه وتعقبه صاحب الشيخ وقال هذا الكلام لايقبل منه لأنه لم يبين من تكلم فيه ، وقد روى عنه أبو داود وأبو بكر بن أبي عاصم ذكره ابن أبي حاتم ولم يذكر فيه صرح.

وحديث عائشة رضى الله عنها في حديث ابن الحريش قال البخاري فيه نظر وانا لا أعرف حاله . قلت حريش بفتح الحاء المهملة وكسر الراء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره شـــين معجمة ، والخرية بكسر الخاء المعجمة وتشديد الراء المكسورة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره تاء مثناة من فوق . قال ابن ماكولا روى عن ابن أبي مليكة وروى عنه حرص بن عمارة ومسلم بن ابراهيم وهذه الاحاديث حجة على قـول من يقول التيمم ضربة وعلى من يقول ثلاث ضربات وحجة لمن يقول الى المرفقين وعلى من يقـول الى المرفقين [1] وعلى من يقول الى المناكب .

وقال الخطابي الاقتصار على الكفين اصح في الرواية ووجوب الذراعين أشبه بالاصول وأصح في القياس ، قلت لأن الله تعالى أوجب في الوضوء غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس في صدر الآية واسقط منها عضوين في التيمم فبقي العضوان فيه على ما كانا عليه في الوضوء

(١) ربما اراد – الرسغين – بدل كلمة المرفقين – اهـ مصححة .

وانما ذكر الوجه واليدين لأجل اسقاط العضوين الآخرين اذ لولا ذلك لم يحتج الى ذكرهما لأنه كان يؤخذ حكمه من الوضوء .

فإن قلت فقد بين النبي ﷺ حكم اليدين في التيمم ولم يحمله على الوضوء حيث مسح على الكفين في الحديث الثالث عن عمار رضي الله عنه وإن ثبت مسحه ﷺ الى المرفقين يحمل على الاستحباب اذ لو كان واجبا لما تركـــه . قلت لعله عبر بالكفين المعهودين في الوضوء .

فإن قلت وفي لفظ الدارقطني ثم تمسح بها وجهك و كفيك الى الرسغين يمنع هذا التأويل. قلت لم يروه مرفوعا عن حصين غير ادم بن طهمان وثقـه شعبه وزائدة وغيرهما .

( وينفض يديه ) النفض تحريك الشيء ليسقط ما عليه من غبار وغيره وفيه خلاف، قيل ينفض مرة ، وقيل مرتين . وفي الزاد الأحوط أن يضرب بيديه على الأرض وينفضهما حتى يتناثر التراب فيمسح بها وجهه ثم يضرب أخرى فينفضهما ويمسح بباطن أربع أصابع يديه اليسرى ظاهر يـــده اليمنى من رؤوس الأصابع إلى المرفقين ثم يمسح بباطن كفه اليسرى ظـــاهر ذراعه اليمنى إلى الرسغ ويمر بإبهام يـــده اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك .

قال صاحب الدراية هكذا حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنهما يتيمم رسـول الله ﷺ وعلمه ﷺ الأسلع كذلك . قلت حديث ابن عمر رواه أبو داود وفيه ضرب يديه على الحائط ومسح بها وجهه ثم ضرب أخرى فمسح ذراعيه .. الحديث ، وسنده ضعيف. ولابن عمر أحاديث غير هذا وقد ذكرناها عن قريب وله حديث آخر أخرجه الحـاكم والدارقطني من حديث سالم عن أبيه قال تيممنا مع رسول الله ﷺ فضربنا بـأيدينا على الصعيد الطيب ثم نفضنا أيدينا فمسحنا بها وجوهنا ثم ضربنا ضربة أخرى الصعيد ثم مسحنا بأيدينا من المرافق إلى الالف على منابت الشعر من ظاهر وباطن وفيه سليمان بن أبي داود وهو ضعيف .

وحديث جابر رضي الله عنه ذكرناه أيضاً .

وحديث الاسلع أخرجه الطبراني في كتابه الكبير بإسناده عن الاسلع رجل من بني الاعرج بن كليب قال كنت أخدم النبي عليه السلام فقال لي يا أسلع قم أرق كذا وكذا ، قلت يا رسول الله أصابتني جنابة فسكت عني ساعة حتى جاء جبريل بالصعيد الطيب قال قال قم يا أسلع ، قال الراوي ثم رأى الأسلع كيف علمه رسول الله ﷺ التيمم قال ضرب رسول الله عليه السلام بكفيه الارض ثم نفضهما ثم مسح بهما وجهه حتى أمر على اللحية ثم عادهما إلى الأرض فمسح بكفيه الأرض فدلك احداهما بالأخرى ثم نفضهما ثم مسح ذراعيه ظهرهما وبطنهما وأخرجه الطحاوي والدارقطني والبيهقي وأبو بكر الرقي في معرفة الصحابة والحافظ في كتاب الرجال وابن الأثير في كتاب الصحابة وابن حزم في المحلى وضعف هذا الحديث .

ثم العجب من صاحب الدراية يقال هكذا حكى ابن عمر .. الخ فانظر هل يناسب ما في هذه الاحاديث ما ذكره صاحب الدراية الذي نقله في الرواية غاية ما في الباب موافقة في الضربتين والنفض ، وأعجب منه ما قاله الاكمل وقد حكى ابن عمر وجابر رضي الله عنه تيمم رسول الله ﷺ وكيفيته ان يضرب بيديه الارض الى آخر ما ذكره في الزاد وذكر صاحب الينابيع كيفية التيمم مثلما ذكره صاحب الدراية .

وقال بعض مشايخنا ينبغى ان يضع بطن أصابع يده اليسرى على كفه اليمنى ويمسح بثلاثة أصابع اصغرها ظاهر يده اليمنى الى المرفق ، ثم مسح باطنها بالابهام والمسبحة الى رؤوس الاصابع ، ثم يفعل في اليد اليسرى كذلك . وفي المحيط يضرب يديه على الارض ثم ينفضهما ويمسح بهما وجهه بحيث لا يبقى شيء وان قل ، وان يمسح الوترة التي بين المنخرين ثم يضرب يديه على الأرض ثانياً وينفضهما ويمسح بهما وجه كفيه وذراعيه ولا يجوز المسح باقل من ثلاثة أصابع الرأس والخفين .

وقال في الذخيرة لم يذكر هاهنا انه يضرب ظاهر كفيه وباطنهما ، واشار الى انه يضرب باطنهما فإنه قال لو ترك المسح على ظاهر كفه لا يجوز ، فدل على ان الضرب بباطن كفه ، والاصح انه يضرب بباطن كفه وظاهرها على الارض ، ولو تيمم بالكف والاصابع جاز من غير ان يراعى ذلك .

قال أبو يوسف سلمه الله سألت الامام عن كيفية التيمم فيضرب يديه على الصعيد .قال في البدائع أقبل بهما وأدبر فمسح بهما وجهه ثم أعاد على الصحيح الى الصعيد ثم أقبل بهما وأدبر ثم رفعهما ولفظها ثم مسح بكل كف الذراع الأخرى ، وقيل يفعل ذلك حتى لا يلصق التراب بيديه فيصير مثله ، وفي صلاة الاصل النفض كلما رفع يديه مرة واحدة في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف في صلاة الوتر ينفضهما مرتين وفي صلاة النوادر ان الغبار اذا لم يدخل بين اصابعه يجب تخليلها وهذه تحتاج الى ثلاث ضربات ضربة للوجه وضربة اليدين وضربة التخلل على ما روي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة يحتاج الى أربع ضربات وضرب اليدين من وضعهما حتى يدخل التراب بين اصابعه يقبل بهما ويدبر عند الضرب حتى يلتصق التراب بيديه .

وذكر في المبسوط الوضع ويستحب تسمية الله تعالى في أوله كما في الوضوء . وفي قاضي خان هل يمسح الكف ، اختلفوا فيه والصحيح انه لا يمسح وضربها على الارض يكفي .وقال النووي قال جماعة من الخراسانيين لا يشترط في التيمم ضربتان بل الواجب إيصال التراب الى الوجه واليدين بضربة أو ضربتين أو ضربات ، وعندنا لو ضرب يديه مرة واحدة ومسح بهما وجهه ويديه لا يجوز فإن التراب الذي كان على يديه يصير مستعملاً بالمسح على الوجه واقتداء برسول الله ﷺ .

وعن محمد في النوادر رجل يرى التيمم الى الرسغ والوتر ركعة ثم رأى التيمم الى المرفقين والوتر ثلاثاً لا يعيد ما صلى لأنه مجتهد فيه ، وان كان فعل ذلك من غير ان يسأل أحد ثم سأل فأمر بالثلاث في الوتر والى المرفقين في التيمم يعيد ماصلى لأنه غير مجتهد فيه .

( بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة ) الباء في — بقدر — متعلق بقوله — ينفض وأشار بذلك الى ان النفض لا يقدر بمرة كما روي عن محمد بل ان احتاج الى الثاني فعل وإلا بمرتين كما روي عن أبي يوسف بل ان تناثر بمرة لا يحتاج الى الثاني ، لأن المقصود هو ان لا يصير مثلة وهو يحصل بالنفض سواء كان مرة أو مرتين . و— المثلة — بضم الميم ما يتمثل منه في تبديل خلقه ويتغير هيأته سواء كان بقطع عضو أو تسويد وجه وتغييره

هكذا فسره الاكمل أخذه من الدراية . وقال تاج الشريعة المثلة ما يتمثل فيه في القبح . قال الاترازي نحوه وزاد وأصلها قطع الاعضاء ويريد الوجه .

قلت المثلة إسم لمصدر المثل بفتح الميم وسكون الثاء ، يقال مثلت بالحيوان امثل مثلاً اذا قطعت اطرافه وشوهت به ومثلت بالعبد اذا جزعت أنفه أو اذنه أو مذاكيره أو شيئاً من أطرفه ، وهو من باب نصر ينصر ، والعجب من صاحب الهداية انه جعل ترك النفض مثلة وهذا من حيث اللغة لا من حيث الشرع لعدم وروده هكذا ولا يصير مثلة اذا ترك النفض .

غاية ما في الباب تلوث وجهه بالتراب ان أخذه بيديه كثيراً وكان التراب رطباً وتلوث عضو من الأعضاء بالتراب لا يسمى مثلة . وقال الاترازي تسويد الوجه ليس له فضل في المعنى اللغوي ، نعم إذا سود الوجه يكون تشويها ربما يشابه المثلة ، ولو قال صاحب الهداية وينفض يديه اتباعاً للسنة لكان أولى لو أراد أن يذكر الحكمة فيه لكان يمكن أن يقال انه عليه السلام فعل ذلك حتى لا ينقل أثر التراب المستعمل في يديه في الضربة الأولى .

( ولا بد من الاستيعاب ) أشار به يستوعب وجهه ويديه إلى المرفقين وأصله استوعاب قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ، وأصل الاستيعاب شرط في التيمم حتى إذا ترك شيئاً قليلاً لم يجز له كما في الوضوء والاستيعاب أن يستوعب وجهه ويديه إلى المرفقين، وأصل الاستيعاب الايصال في كل شيء وكذلك الايعاب من أوعب والثلاثي وعب ، وفي الحديث عن عائشة رضي الله عنها كان المسلمون يوعبون في السفر مع رسول الله عليه السلام أي يخرجون أجمعهم في الفرمو .

( في ظاهر الرواية ) احترز به عما رواه الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال الاكثر يقوم مقام الكل لأن في الممسوحات الاستيعاب ليس بشرط كما في مسح الرأس والخف . وجه الظاهر ان التيمم قائم مقام الوضوء وهو شرط فيه فكذا ما قام مقامه وقال الحلوائي ينبغي أن يحفظ رواية الحسن لكثرة البلوى . قال النووي رحمه الله مذهب

الشافعي رحمه الله انه يجب إيصال التراب إلى جميع البشرة الظاهـــرة من الوجه والشعر الظاهر عليه .

قال وعن أبي حنيفة روايات أحدها كمذهبنا قال وهي التي ذكرها الكرخي في مختصره قلت له ان أراد انه كمذهبهم في الاستيعاب فصحيح ، وان أراد به إيصال التراب فليس ذلك مذهباً له ولا رواية عنه . وقال الثانية ان ترك قدر درهم لم يجزئه ودونه يجزئه وهذه ليس لها أصل في الكتب الأمهات لاصحابنا مثل المبسوط والمحيط والذخيرة وشرح مختصر الكرخي والبدائع والمفيد ونحوها . قال الثالثة الرابع ما مع الرابعة مسح الأكثر يجزئه ثم انه يجب على الظاهر نزح الخاتم والسوار في حق المرأة .

وقال الاكمل فإن قيل فدل الدليل على ان حقيقة اليد ليست بمرادة فإن الباء إذا دخلت لمحل تعدي الفعل الى الآلة فلا يقتضي استيعاب المحل بأن أجيب الباء صـــلة كما في قوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ فلا يقتضي تبعيض المحل وفيه بحث .

قلت أصل السؤال والجواب لتاج الشريعة ولكنه قال في الجواب أحسن منه وهـــو انه قال ان الاستيعاب هاهنا ثابت بالسنة المشهورة ، فجعلت الباء صلة كما في قوله يضرب بالسيف ويرجو بالفرج ، أي يرجوه ، أو بدلالة الكتاب لأنه مجموع خلفاً .

قلت الباء في قوله يضرب بالسيف ليست بصلة وإنما هي للتبعيض وكأنه ذكر مثالين أحدهما قوله يضرب بالسيف إشارة إلى أن الباء فيه للتبعيض كما في آية الوضوء والباء في قوله ويرجو بالقدح إشارة إلى الباء فيه صلة كما في آية التيمم فإذا كان كذلك يكون الاستيعاب شرطاً .

وقال الأكمل وفيه بحث ، كأنه أشار به إلى أن جعل الباء صلة في آية التيمم ليس فيه وجه ، لأن التيمم خلف عن الوضوء فالباء في آية الوضوء للتبعيض فلا يقتضي استيعاب الرأس بالمسح فذلك ينبغى أن تكون في التيمم لأن الخلف لا يخالف الاصل .

( لقيامه مقام الوضوء ) أي لقيام التيمم مقام الوضوء لا يقال انه اضمار قبل الذكـــر لان التيمم ذكر في أول الباب . قال الاكمل الاستيعاب في الوضوء شرط فكذا فيما قـــام مقامه ، ولولا الخليفة لكان المسح إلى المناكب واجباً عملا بالمقتضى وهو ذكر الأيـــدي

# ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح ، والحدث والجنابة فيه سواء ،

في الكتاب والسنة ، ولا يلزم آية السرقة لان النبي ﷺ بين محل القطع وهو الزند بالقول والفعل بخلاف ما نحن فيه .

قلت خلفية التيمم عن الوضوء تظهر في المسح فقط ألا ترى انـــه سقط فيه عضوان وبقي فيه عضوان فصار التيمم خلفاً عن البعض والاستيعاب في المسح الذي في الوضوء ليس بشرط فكذا في خلفه وهو التيمم .

فإن قلت لما سقط عضوان بقي عضوان من اشتراط الاستيعاب فيهما . قلت نعم لولا الباء في آية التيمم فإنهم وقوله عملا با قتضى وهو ذكر الايدي في الكتاب والسنة . قلت إنما يتوجه ما ذكره لو كانت الباء فيها صلة والفرض انها للتبعيض ، فيها أما آية الوضوء فقد تقرر فيا مضى كونها للتبعيض وأما هاهنا فلأن التيمم خلف عنه فلا يخالف أصله .

قوله – ولا يلزم آية السرقة ... – الخ قلت إنما يلزم ذلك إذا قلنا ان الباء صلة وآية السرقة ليست فيها باء فاقتضى قطع اليد من المناكب ، ولكن الشارع بينه بخلاف مـــا نحن فيه .

( ولهذا ) أي ولاجل كون الاستيعاب شرطاً ( قالوا ) أي المشايخ ( يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح ) وكذا المرأة تنزع السوار . قوله – ليتم المسح – للوجه واليدين فإنه اسم للكل ، ويؤيد هذا ما ذكره محمد في النوادر ان الغبار إذا لم يدخل بين أصابعه يجب تخليلها . وفي المحيط لو لم يمسح تحت الحاجبين وفوق العينين أو لم يحرك خاتمه وهـو ضيق لا يجوز به .

( والحدث والجنابة فيه سواء ) أي في التيمم من حيث الجواز والكيفية والآلة ، أما الجواز فكما يجوز التيمم للمحدث فكذلك يجوز للجنب ، وأما الكيفية فكما ذكرناه في حق المحدث فكذلك في حق الجنب . وأما الآلة فكما يجوز للمحدث بكل مـا كان من جنس الأرض فكذلك يجوز للجنب .

قال السغناقي قال شيخ الاسلام في المبسوط وهو قول أصحابنا وعليه العلماء . وقـال

بعض الناس بأنه لا يتيمم الجنب والحائض والنفساء . قلت عن النخعي ان الجنب يـؤخر الصلاة حتى يجد الماء . وقال السغناقي المسألة مختلفة بين الصحابة ، روي عن عمر وعبدالله ابن مسعود رضي الله عنه وعبـد الله بن عمر رضي الله عنه انهـم كانوا لا يجوزون التيمم للجنب .

قلت لم يبين من أخرج عنهم هذا وكذا غيره من الشراح فالمروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عنه انه قال لا يتيمم الجنب وإن لم يجد الماء شهراً ، وروى أيضاً بسنده عن ابن مسعود انه قال إذا كنت في سفر فاجنبت فلا تصل حتى تجد الماء .

قال النووي في شرح المهذب وغيره اجماع الصحابة ومن بعدهم على جواز التيمم للحدث الاصغر والاكبر الذي هو الجنابة وقد ذكروا رجوع عمر وابن مسعود وهو المروي عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ، ومنشأ الاختلاف فيما بينهم ان قوله تعالى ﴿أو لامستم النساء﴾ ٤٣ النساء ، محمول على المس باليد أو على الجماع فذهب أصحابنا وعامة العلماء إلى الثاني وذهب النافون للجنابة إلى الاول فقالوا القياس ان لا يكون التيمم طهوراً وإنما اباحه الله تعالى للمحدث فلا يباح للجنب لانه ليس معقول المعنى حتى يصح القياس وليس في معناه حتى يلحق به بل هو فوقه .

قلنا أريد بالملامسة الجماع مجازاً لسياق الآية ، فإن الله تعالى بين حكم الحدث والجنابة في آية الوضوء ثم نقل الحكم بالتراب حال عدم الماء وذكر الحـدث الاصغر بقوله ﴿ أو جاء أحد منكم من الغـائط ﴾ ٤٣ النساء ، فيحمل لامستم على الحدث الاكبر لتصير الطهارتان والحدثان مذكوران في آية البدل كما ذكرنا في آية الوضوء ولكن سلمنا أن الله تعالى شرع التيمم للمحدث فرسول الله ﷺ شرعه للجنب أيضاً وهو الحديث الذي ذكره المصنف على ما نبينه ان شاء الله تعالى ، والشافعي أباح التيمم للجنب ومع ذلك حمل الملامسة في الآيـة على المس باليد فيكون قولاً ثالثاً مخالفاً للطائفتين من الصحابـة رضي الله عنهم .

وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوماً جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهراً أو شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليكم بأرضكم

---

( وكذا الحيض والنفاس ) أي وكذا التيمم في الحيض والنفاس سواء يعني يجوز للحائض والنفساء كما يجوز للجنب والحائض ( لما روي أن قوماً جاءوا إلى رسول الله ﷺ وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهراً أو شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ) هذا الحديث رواه أحمد في مسنده والبيهقي في سننه واسحاق بن راهويه في مسنده وأبو يعلى الموصلي في مسنده والطبراني في معجمه الاوسط من حديث أبي هريرة ان ناساً من أهل البادية أتوا النبي ﷺ فقالوا انا نكون بالرمال الاشهر الثلاثة والاربعة ويكون فينا الجنب والحائض والنفساء ولا نجد الماء فقال عليه السلام عليكم بالارض .. الحديث ، وفي مسنده المثنى بن الصباح .

قال الإمام قال أحمد والبزار لا يساوي شيئاً . وقال النسائي متروك الحديث في اسناده أبو يعلى بن لهيعة وهو ضعيف وذكره الاترازي بلفظ ان رجلا سأل النبي ﷺ فقال انا نكون بالرمال الأشهر وفينا الجنب والحائض والنفساء ولا نجد الماء فكيف نصنع فقال عليكم بالصعيد . قلت ما وقعت على لفظه في كتب الأمهات .

فإن قلت هذا الحديث ضعيف فلا يتم به الاستدلال ، قلت قد ورد في ذلك حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه أخرجه البخاري وغيره أن رسول الله عليه السلام رأى رجلا معتزلاً لم يصل في القوم فقال أفلان ما منعك أن تصلي في القوم فقال يا رسول الله ﷺ أصابتني جنابة ولا ماء قال عليكم بالصعيد فإنه يكفيك .

قوله — ولا ماء — أي ولا ماء موجود أو أجد أو عندي ونحو ذلك ، وفي حذف الخبر نظر لعذره لما فيه من عموم النفي فكأنه نفى وجود الماء بالكلية بحيث لو وجد بسبب أو سقى أو غيره لحصله .

قوله — عليكم بارضكم — أي افعلوا التيمم بارضكم ، ولفظ عليكم هاهنا اسم للفعل بمعنى

## ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد « رح » بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمـــل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ

خذوا ويقال عليكم زيد أو زيد . وقال الاترازي – عليكم بارضكم – أي باستعمال أرضكم. قلت التيمم لا يضاف إلى الأرض بل إلى الفعل .

( ويجوز التيمم عند أبي حنيفة ومحمد بكل ما كان من جنس الأرض كالتراب والرمل والحجر والجص ) بفتح الجيم وتشديد الصاد ويقال بكسر الجيم أيضاً . وقال الجوهري هو ما يبنى به وهو معرب ، وقال في فصل القــاف القصة الجص لغة حجازية ، وفي لغة المصريين الجص يسمى الجير بكسر الجيم وسكون الياء آخر الحـــروف، وفي لغة غيرهم يسمى كلثاً وبالفارسي يسمى كج ( والنورة ) قال الجوهري النورة ما يطلأ به وفي المغرب همزوا والنورة خطأ ( والكحل والزرنيخ ) بكسر الزاء الكبريت والتوتياء والزاجات والطين الأحمر والأبيض والأسود والحائط المطين والمجصص والمراد سبخ والملحي الجبلي .

وفي قاضي خان لا يصح على الأصح لأنه يذوب والماء لا يجوز اتفاقاً ويجوز أيضـــاً بالياقوت والزبرجد والزمرد والبلخش والفيروزج والمرجان والارض الهندية والطين الرطب ولا يجوز بالطين المغلوب بالماء ويجوز بالآجر في ظاهر الرواية من غير فصل وشرط الكرخي أن يكون مدقوقاً . وقد منع أبو يوسف في غير المدقوق ذكره في الذخيرة ، وفي روايـــة لا يجـــوز .

وفي المحيط والخزاف إذا كان من طين خالص يجوز وإن كان خالطه شيء آخر ليس من جنس الارض لا يجوز فالزجاج المتخذ من الأرض وشيء آخر ليس من جنس الارض .قال الثعلبي وأجاز أبو حنيفة التيمم بالجوهر المسحوق والجوهر عندهم هو اللؤلؤ الكبير وهـــو غلط منه لانه ليس من أجزاء الارض بل هو متولد من حيوان في البحر . ونقل القرطبي الاجماع على منع التيمم بالياقوت والزمرد وهـــو وهم منه وهما من الاجزاء النفيسة فيجوز التيمم بهما عند أبي حنيفة ، وفي المحيط لا يجوز بمسبوك الذهب والفضة ويجـــوز بالمختلط بالتراب إذا كانت الغلبة للتراب .

وقال المرغيناني يجوز بالذهب والفضة والحديد والنحاس ومـــا أشبهها ما دامت على

وقال أبو يوسف لا يجوز إلا بالتراب والرمل . وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا بالتراب المنبت وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لقوله تعالى ﴿ فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ تراباً منبتاً قاله ابن عباس « رض »

---

الارض ولم يصنع منه شيء . وقال أبو عمر وجميع العلماء على ان التيمم بـــالتراب دون الغبار جائز . وعند مالك يجوز بالتراب والرمل والجين والحر والسانح والمطبوخ بالجص والآجر . وقال الثوري والاوزاعي يجوز كل ما كان على الارض حتى الشجر والثلج والجمد ونقل النقاش عن ابن علية وابن كيسان جـــوازه بالمسك والزعفران وان اسحـــاق منعه بالسباخ .

( وقال أبو يوسف لا يجوز إلا بالتراب والرمل ) هذا قوله المرجوع عنه كان يقـــول أولا هكـــذا ثم رجع فقال لا يجوز إلا بالتراب الخالص ، رواه المعلي عنه وهـــو آخر قوله .

( وقال الشافعي لا يجوز إلا بالتراب ) الذي له غبار وبه قال أحمد ، وعن أحمد في رواية في السبخة والرمل انه يجوز التيمم به فإن دق الخزف والطين المحرق لم يجز التيمم به وعن الشافعي في القديم يجوز بالرمل ومن أصحابه من قال لا يجوز به قولاً واحداً ، وما قاله في القديم محمول على رمل يخالطه تراب ، ومنهم من قال على قولين أحدهما الجواز والآخر عدمه المعروف من مذهبه الذي قطع به أصحاب النصوص عليه في الإمام لا يجوز إلا بالتراب وفي الحلية لا يصح التيمم عندنا إلا بتراب طاهر له غبار تعلق بالوجه واليدين وبه قال أحمد وداود عن بعض أصحاب الشافعي لا يصح إلا بتراب غبار تراب الحرث وبه قال اسحاق .

( وهو رواية عن أبي يوسف ) أي قول الشافعي رواية عن أبي يوسف وهو قولـــه المرجوع إليه كما ذكرنا لقوله تعالى ﴿ فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ أي[1] تراباً منبتاً قاله ابن عباس « رض » ) ٤٣ النساء ، الذي قاله عبد الله بن عباس ، رواه البيهقي من جهة قابوس بن أبي

---

(١) في المتن من غير — . اهـ مصححه .

ظبيان عن أبيه عن ابن عباس قال الصعيد الحرب حرث الارض ، ورواه من جهة جرير عن قابوس عن أبيه عن ابن عباس قال أطيب الصعيد حــرث الارض ، وسئل عنه أي الصعيد أطيب ، قال الحرث لقوله تعالى ﴿ والبلد الطيب يخرج نباته بإذن ربــه ﴾ ٥٨ الاعراف .

قلت الاستدلال للشافعي في هذا غير موجه لانه غير قائل باشتراط الانبات في التراب الذي يجوز به التيمم ، وقال في التيمم الانبات ليس بشرط في الاصح .

فإن قلت قوله في الاصح يدل على ان الانبات شرط في غير الاصح ويكون الاستدلال بما روي عن ابن عباس موجهاً قيل يخدش ذلك كون الاستدلال لابي يوسف والشافعي ، ولم يرو عن أبي يوسف كما هو شرط عند الشافعي قال كذا ذكره في التأويلات .

وذكر صاحب الدراية الاستدلال الصحيح لهما قوله عليــه السلام جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً ، رواه البخاري ومسلم ، وقوله ﷺ التراب طهور المسلم . قلت هــذا الذي ذكره في الحقيقة استدلال لابي حنيفة ومحمد على جواز التيمم بجميع أجزاء الارض لان اللام فيها للجنس فلا يخرج شيء منها ولان الارض كلها جعلت مسجداً ومــا جعل مسجداً هــو الذي جعل طهورا ، وعورض بالرواية الاخرى وهي وجعلت تربتها لنا طهورا .

وأجيب بان الأصل قد انفرد أبو مالك بها وجميع طرقه جعلت لي الارض مسجدا وطهور لو لا اعتداد بمن خالف الناس ويمنع كون التربة يراد بها التراب بل كل مكان تراها ما يكون فيه من التراب أو الرمل أو غير ذلك من جنس تلك الأرض بما يقابل التربة وبأنه مفهوم اللقب وهو ضعيف عند جميع الاصوليين ، قالوا لم يقل به إلا الدقاق وهو يدل بمنطوقه على جميع أجزاء الارض وطهور أعطف على قوله مسجداً ومعناه وجعلت لي الأرض طهورا وهو أقوى من مفهوم اللقب . وقال ابن القطان

في شرح البخاري قوله عليه السلام أيما رجل أدركته الصلاة فليصل دليل على ان المــراد الارض كلها فإنه قد تدركه في أرض رمل أو جص أو غير ذلك كما تدركه في أرض عليها

غير ان ابا يوسف زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ،
ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض

---

تراب ويجوز أن يكون ذكر التربة خرج مخرج الغالب لا انه [1] يجوز غيره .

فإن قلت قوله — فليصل — لا يدل على انه يتيمم ويصلي بل إذا لم يجد تراباً يصلي بغير وضوء على حسب حاله عنده فلا حجة فيه . قلت المنع أولاً فإنه لا يصلي بغير طهور عند أبي حنيفة « رض » ورواية عن محمد وبأنه تلزمه الإعادة عند من يأمره بالصلاة بغير طهور ولا إعادة هاهنا الوجهين ، أحدهما لم يذكرها النبي ﷺ فلو وجبت إعادتها لبينها ﷺ . الثاني وجوب الاعادة حكم الطهارة بغير طهور وهاهنا الطهور موجود . وجواب آخر قد جاء فعنده طهوره ومسجده ، والحديث يفسر بعضه بعضاً .

( غير ان أبا يوسف زاد عليه ) أي على التراب الرمل فإنه يجوز عندهما بهما لا غير والضمير في عليه ترجع إلى التراب كما قلنا ويجوز أن يرجع إلى الشافعي أي زادأبويوسف الرمل على ما ذهب اليه الشافعي وهو التراب الذي اتفقا فيه ( بالحديث الذي رويناه ) الباء تعلق بقوله زاد وأراد بالحديث هو الذي مضى ذكره وهو ان قوماً جاءوا إلىرسول الله ﷺ وكان ينبغي للمصنف أن يقول بالحديث الذي ذكرناه أو نحو ذلك وهو لم يروه فكيف يقول رويناه .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( ان الصعيد اسم لوجه الأرض ) قد ذكرناه عند قوله تيمم بالصعيد ما قاله أهل اللغة في معنى الصعيد ، والذي قاله المصنف منقول عن الاصمعي والخليل وثعلب وابن الأعرابي والزجاج. وقال في معانيالقرآن الصعيد وجه الأرض ولا ينافي كان في الموضع تراب أو لم يكن لأن الصعيد ليس التراب انما هو وجه الارض تراباً كان أو صخرا لا تراب عليه أو غيره ، قال تعالى ﴿ فتصبح صعيدا زلقا ﴾ ٤٠ الكهف ، فعلم الصعيد يكون زلقا .وقال الزجاج لا أعلم فيه خلاف أهل اللغة. وقال قتادة الصعيد الارض التي لا نبات فيها ولا شجر .

---

(١) ربما هنا خطأ من الناسخ والاصح — لا انه لا يجوز غيره . ا هـ مصححه .

## سمي بـه لصعوده ، والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لأنه أليق بموضـــع الطهارة

( سمي به ) أي سمي وجه الارض بالصعيد ( لصعوده ) أي لكونه ما يصعد اليه من باطن الارض . وقال الاكمل قال المصنف سمي به لصعوده ، وهو إشارة إلى انه فعيل بمعنى فاعل فإذا كان كذلك فتقييده بالتراب المنبت تقييد المطلق بلا دليل .

قلت ليس كذلك بل يكون بمعنى مفعول يعني مصعود ، وإذا كان بمعنى فاعل على ما قاله فيكون بمعنى صاعد ، وليس المراد ذلك ها هنا ، وإن كانوا قالوا انه يجيىء بمعنى فـــاعل أيضاً ، فالذي قلنا أشار إليه الخليل وابن الاعرابي وثعلب وهم الذين يرجـــع اليهم في هذا الباب، ثم قوله فتقييده بالتراب المنبت تقييد للمطلق بلا دليل ليس كذلك لان الصعيد وإن كان مطلقاً فقد قيده بالصفة وهي قوله طيباً ولكن اختلف في ان معناه طاهراً أو منبتا ما نذكره عن قريب .

( والطيب يحتمل الطاهر ) هذا جواب عما قاله الشافعي أن معنى طيباً في قولـــه تعالى فتيمموا صعيدا طيباً تراباً منبتاً ، ثم استدل بنفي الطاهر على ذلك بقول ابن عباس حيث فسر الطيب بـــالمنبت ، تقرير الجواب ان الطيب مشترك بين الطاهر والنظيف والحلال والمنبت والطيب بمعنى الطاهر ، فإن الطيب في اللغة خلاف الخبيث ، وأما بمعنى النظيف ، فقال أبو اسحاق الطيب النظيف، واما بمعنى الحلال فقوله تعالى ﴿ كلوا واشربوا من طيبات مارزقناكم ﴾ وأما بمعنى المنبت فقوله تعالى ﴿ والبلد الطيب يخرج نباته بإذن ربه ﴾ ٥٨ الاعراف والاكثر على انه بمعنى الطاهر ، وقد أريد به الطاهر بالاجماع لان الطهارة شرط فيه لان النجس لا يكون طهورا فإذا أريد به المعنى لا يراد غيره ، لان المشترك لا عموم له .

( فحمل عليه ) أي على معنى الطاهر ( لانه ) أي لان معنى الطاهر هـاهنا ( اليق بموضع الطهارة ) لانه قال آخر الآية ﴿ ولكن يريد ليطهركم ﴾ ألا ترى انـــه لو كان التراب المنبت نجساً لم يجز التيمم به إجماعاً فعلم أن الانبات ليس له أثر في هذا الباب .

فإن قلت الطيب في الآية مقرون بالارض فيكون الانبات أليق إذالقرآن يفسر بعضه

## أو هو مراد بالاجماع ، ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند أبي حنيفة «رح»

بعضاً . قلت آخر الآية يدل على ان المراد الطاهر لانه لو كان المراد منبتاً لكان قال موضع قوله – ليطهركم – لتزرعوا ، لأن الانبات يناسب الزرع .

( أو هو مراد بالاجماع ) هذا دليل آخر على ان المراد من – طيباً – أن يكون طاهراً تقريره انه يحتمل المعاني المذكورة والطاهر مراد بالاجماع كما ذكرنا آنفا ، فإذا تعين أحد معاني المشترك للارادة بطل الباقي لأن المشترك لا عموم له .

فإن قلت الشافعي قائل بعموم المشترك . قلت شرط فيه أن لا يمنع الجمع وان يتجرد اللفظ عن القرينة الصافة إلى أحد المعاني ، وهاهنا لم يتجرد عن القرينة ، على ان المراد الظاهر ثم ان المصنف لم يجب عن قول ابن عباس رضي الله عنه .

فالجواب عنه ان المطلق لا يقيد بخبر الواحد فكيف الأثر ، وأيضاً المنقول عن ابن عباس الطيب الصعيد أرض الحرث فهو يدل على جواز التيمم بغير الحرث لأنه إذا كان أطيب الصعيد دل على انه غير طيب وهو المأمور به ، ثم الإستدلال بهذا الأثر يدل أن لا يجوز التيمم بالسبخية . وذكر النووي ان السبخية هي التراب الذي فيه ملوحة ولا ينبت ، والتيمم به جائز .

وحديث أبي جهم الانصاري يرد أيضاً على الشافعي وهو انه قال أقبل رسول الله ﷺ من نحو يد حمل موضع بالمدينة فلقيه رجل فسلم عليه فلم يرد النبي ﷺ حتى أقبل إلى الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم رد عليه السلام ، رواه البخاري مسنداً ومسلم تعليقاً . قال الطحاوي حيطان المدينة مبنية من حجارة سودة من غير تراب أو لم تثبت الطهارة بهذا التيمم لما فعله ﷺ . وقال ابن القصار المالكي تيمم النبي ﷺ بالجدار (١) ، على الشافعي في اشتراط التراب . وقال الماذري قال الشافعي قول شاذ وقال الذهبي في أبي جهم الصواب أبو جهيم بالتصغير .

( ثم لا يشترط أن يكون عليه ) أي على الصعيد ( غبار عند أبي حنيفة « رض » )

---

(١) ربما هنا كلام ساقط . اهـ مصححه .

أي الغبار الذي يلتزق باليد ليس بشرط عنده ، فحينئذ لو تيمم بالحجر الأملس والصخرة الملساء يجوز . وقال الوالوالجي إذا ضرب يده على صخرة لا غبار عليها أو على أرض يده ولم يتعلق بيده شيء يجوز عند أبي حنيفة وبه قال مالك . وعن محمد روايتان لا يجوز بدون الغبار وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد وداود ، وعند عدم الغبار عند أبي يوسف روايتان . وفي البدائع قول أبي يوسف الثاني الغبار ليس من الصعيد . وفي قاضي خان وعنه تيمم به ويعيد ، ثم انه رجع وقال الغبار ليس من الصعيد وكذا رجع عن جواز التيمم بالرمل ولو لم يكن بثوبه غبار فليتلطخ جسده بالطين حتى جف جاز التيمم عليه وكذا لو تيمم بالطين جاز إلا ان فيه مثلة .

وفي الدراية والتيمم جائز عند أبي حنيفة بالطين وعن محمد روايتان إلا إذا كان مغلوباً بالماء ولو أصابه غبار فمسح به وجهه وذراعيه ناوياً التيمم جاز عند أبي حنيفة فذكره في الوجيز وفي صلاة الاصل لو أصاب وجهه وذراعيه غبار لم يجزئه عن التيمم قالوا تأويله انه يمسح به وجهه وذراعيه حتى نص على هذا في كتاب الصلاة للمعلى فقال هدم حائط أو كال حنطة فأصابه غبار لم يجزئه عن التيمم حتى يمر يديه عليه ، وقال الشافعي يجوز التيمم بتراب على فخذه أو ثوب أو حصير أو جدار أو أداوة أونحوها ذكره النووي في شرح المهذب .

وقال العبدري وغيره كذا لو ضرب يده على حنطة أو شعير للتيمم وفيه غبار وكذا لوتيمم على ظهر كلب أو خنزير وشعره يابس جاز عند أبي حنيفة . وفي البحر لا يجوز بغبار الثوب النجس ، إلا اذا وقع التراب بعدما جف الثوب ، وعن أصحابنا يجوز التيمم بتراب غالب على رماد وبالعكس لايجوز وكذا اذا خالط التراب غير الرماد ولا بشيء من أجزاء الارض كالدقيق تعتبر فيه الغلبة ، والشافعي فرق بين مخالطة الدقيق ونحوه ومخالطة الرمل حيث جاز في الرمل دون الدقيق ، ولو ضرب يده على بشرة اجنبية عليها تراب إن كان كثيراً يمنع التقاء البشرتين صح تيممه وإلا فلا ، قاله القاضي حسين .

( لاطلاق ماتلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ ٤٣ النساء ، ودليل أبي

يوسف في رواية قوله تعالى ﴿ وامسحوا بوجوهكم وايديكم منه ﴾ أي من التراب وهو كما تراه يوجب المسح بشيء من الارض لأن كلمة من للتبعيض . والجواب أن الضمير في منه يرجع الى الحديث ، ولئن سلمنا انه يرجع الى التراب فهي لابتداء الغاية كقولك خرجت من البصرة ، يعني ابتداء المسح من الصعيد بدليل قوله تعالى في موضع آخر ﴿ فامسحوا بوجوهكم وأيديكم ﴾ ٤٣ النساء وقال صاحب الدراية قيل لا يستقيم هذا الاستدلال لأن المطلق والمقيد اذا وردت في حادثة واحدة في حكم واحد فيجب حمل المطلق على المقيد بالاتفاق ، وكذا قوله ـ من لابتداء الغاية ـ عدول عن حقيقة هذه الكلمة لأنها حقيقة للتبعيض مجاز لغيره وفيه تأمل .

قلت وجه التأمل ان هذا ليس ورود المطلق والمقيد في الآيتين المذكورتين في النساء والمائدة من قبيل ورودهما في حكم واحد بل في سبب الطهارة ولا تزاحم في الاسباب فجرى مجرى المطلق على اطلاقه ولا يحمل على المقيد . وقوله ـ لأنها حقيقة للتبعيض مجاز في غيره ـ غير صحيح لأن الغالب على كلمة من ان تكون لابتداء الغاية حتى ادعى جماعة ان سائر معانيها راجعة إليه .

قال الاترازي وليس قول أبي يوسف والشافعي قال الله تعالى ﴿ فامسحوا بوجوهكم وايديكم منه ﴾ ٦ المائدة ، وهذا يدل على ان غير التراب لا يجوز به التيمم فنقول لا نسلم انــــه يدل على ذلك إلا فيما إذا أريد به التبعيض من قوله ـ منه ـ أو فيما اذا أريد منه الابتداء فلا ، فإن قلتم بالثاني فلا نسلم الدلالة على ماقلتم لأنه معنى يحصل في كل جزء من أجزاء الارض ، وإن قلتم بالاول فنعم يلزم ما قلتم إذا سلم لكن لا نسلم ان التبعيض هو المـــراد .

قلت هو الذى ذكره لا يوافق دليلا إلا في الخلاف الذي يجوز فيه التيمم بغير التراب أو لا يجوز ،والدليل الموافق هو الذي ذكرناه الآن وهو الخلاف في اشتراط التصاق الغبار وعدمه . وقوله ـ لا نسلم ان التبعيض هو المراد منع مجرد ويمكن ان يكون للتبعيض لأنه أحد معاني كلمة من .

وكذا يجوز بالغبار مـــع القدرة على الصعيد عند أبي حنيفة ومحمد « رح » لأنه تراب رقيق. والنية فرض في التيمم ، وقال زفر « رح » ليس بفرض لأنه خلف عن الوضوء فـــلا يخالفه في وصفه

---

فإن قلت علامة كلمة التبعيض ان يسد بعض مسدها كقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه «حتى تنفقوا بعض ما تحبون» ٩٢ آل عمران ، قلت لا يتصور هاهنا هذا التقدير فافهم .

( وكذا يجوز ) أي التيمم ( بالغبار مع القدرة على الصعيد عنـد أبي حنيفة ومحمد ) بان نفض ثوبه أو لبده وارتفع فتيمم منه يجوز عندهما ، وبه قـال الشافعي . وعند أبي يوسف لايجوز ، وحكي عـــن مالك أيضاً وفي الايضاح أن أبا يوسف رجع عن ذلك . وقال صاحب الدراية قوله مع القدرة على الصعيد نفي لقول أبي يوسف . قلت ليس الامر كذلك ، وخلاف أبي يوسف معهم من الاقتصار على ذكر أبي حنيفة ومحمد ،وانما هذا قيد قيد به لأنه اذا لم يقدر على الصعيد جاز التيمم بالغبار حينئذ اتفاقاً .

( لأنه ) أي لأن الغبار ( تراب رقيق ) ألاترى ان من نفض ثوبه يتأذى جاره بالتراب ، فكما يجوز بالخشن منـــه فكذا في الرقيق . وقال أبو يوسف الغبار ليس بتراب خالص ولكنة تراب من وجه والمأمور منه التيمم بالصعيد وحالة العجز مستثناة .قلنا هو تراب حقيقة ولكنـــه امتزج بالهواء . وفي المبسوط واحتج أبو حنيفة ومحمد بحديث عمر رضي الله عنه فإنه كان مع اصحابه في سفر فمطروا بالجنابة فأمرهم ان ينفضوا لبودهم وسروجهم فتيمموا بغبارها .

( والنية فرض في التيمم ) النية شرط جواز التيمم عند عامة العلماء حتى لو تيمم بلا نية لا يجوز .

( وقـــال زفر ليست بفرض لأنه خلف عن الوضوء ، فلا يخالفه في وصفه ) أي في وصف الوضوء الذي هو الصحة فإن الوضوء بدون النية صحيح فلو لم يصح التيمم بلا نية كان الخلف مخالفاً للأصل في وصفه فلا يجوز ذلك لخروجه عن الخلف حينئذ .

ولنا انه ينبىء عن القصد فلا يتحقق دونه أو جعل طهوراً
في حالة مخصوصة . والمـــاء طهور بنفسه على ما مر

---

( ولنا انه ) أى ان التيمم ( ينبىء عن القصد فلا يتحقق دونه ) أى دون القصد . فان قلت لما كان التيمم القصد لغة فلا حاجة إلى النية . قلت مطلق القصد غير مراد بالاجماع ، بل المراد القصد الشرعي وهذا لا يكون إلا بالنية . قال الاكمل قيل التيمم يدل على القصد ، والقصد هو النية ، وامرنا بالتيمم والامر للوجوب فتشترط النيـــة . بخلاف الوضوء فإن الامر فيه ورد بالغسل والمسح ولا دلالة لهما على النية . قلت قائل هذا هو الاترازى . ثم قال الاكمل وفيه نظر ، لأن القصد المأمور به هو قصد استعمال التراب وتفسير النيـــة في التيمم ان ينوى الطهارة أو الحدث أو الجنابة أو استباحة الصلاة وهذا غير ذلك لا محالة فلا يلزم من كون احدهما مأموراً به أن يكون الآخر شرطاً .

قلت وفيه نظر أيضاً لأن قصد استعمال التراب هـــو عين النية لأنه لا يقصد إلا لأحد الأمور الاربعـــة ، وإلا يلزم أن يكون هاهنا نيتان أحدهما القصد المأمور به وهو قصد استعمال التراب والآخر نية أحد الامور الاربعة ولم يقل أحد ان التيمم يحتاج الى نيتين .

( أو جعل طهوراً ) هذا دليل آخـــر على فرضية النية في التيمم أى وجعل التراب طهوراً ( في حالة مخصوصة )وهي حالة ارادة الصلاة والنية هي الارادة أيضاً فاشترطت النية فيه وليس كذلك الماء فإنه بالطبع مطهر فلم تشترط فيه النية واشار الى هذا بقوله :

( والماء مطهر بنفسه ) أى بطبعه فلا يحتاج الى النية بخلاف التراب فإنه ملوث بطبعه فافترقا وقـــال الاكمل قوله والماء طهور بنفسه جواب سؤال تقديره ان الماء أيضاً في الآية جعل طهوراً في حالة مخصوصة كما ذكرتم فكان الواجب ان تكون النية فيه شرطاً وتقدير الجواب أن الماء طهور بنفسه أى عامل بطبعه فلا يحتاج الى النيـــة كما في ازالـــة النجاسة العينية .

قلت السؤال غير موجه لأنا نقول فيـــه ان الماء أيضاً في الآية جعل طهوراً في حالة مخصوصة وليس كذلك بـــل الماء مطهر في جميع الحالات وليست طهارته مقتصرة على ارادة الصلاة بخلاف التراب ، فإن طهارتـــه مقتصرة على وقت ارادة الصلاة كما ذكرنا ،

ثم إذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه ولا يشترط نية التيمم للحدث أو للجنابة وهو الصحيح من المذهب .

---

وفي الجواب أيضاً نظر ، لأن قياس الوضوء على ازالـــة النجاسة المعينة غير صحيح لأن الوضوء من باب المأمورات وإزالة النجاسة من باب المتروك كترك الزنا واللواطـــة ورد المغصوب قبل الطهارة ترك الحدث . وعورض بأن الوضوء ليس ترك الحدث بدليل الوضوء على الوضوء ، أجيب بانه ليس طهارة ترك الحدث على الحقيقة لتحصيل الحاصل ، وانما جعـــل طهارة مجازاً في حق الآخر ولهذا لم يجعل الغسل مثله عندنا ، وعند الخصم على المذهب الصحيح المشهور على ما مر في باب أحكام المياه .

( ثم اذا نوى الطهارة أو استباحة الصلاة اجزأه ) لأن التيمم طهارة لايلزمه نيـــة اسبابها كما في الوضوء فلا يشترط التعيين ألا ترى انـــه لو توضأ للظهر يجوز اداء العصر به وكذا على العكس .

( ولا يشترط نيـــة التيمم للحدث او الجنابة ) لأن الشرط يراعى وجوده لا غير فلا يشترط التعيين ( هو الصحيح من المذهب ) أى عدم اشتراط التعيين هـــو الصحيح من المذهب احترازاً عما روي عـــن الامام أبي بكر الرازي رحمه الله فإنه كان يقول يحتاج الى نية للحدث أو الجنابة لأن التيمم لهما بصفة واحدة فلا يتميز احدهما عـــن الآخر كصلاة الفرض عن النافلة وهو صحيح فإن محمد بن سماعة روى عن محمد أن الجنب لو تيمم يريد به الوضوء أجزأه عن الجنابة والحاجة الى النية لتقع طهارة واستباحة الصلاة مثلها وفي الجنابة ينوي استباحة الصلاة ولو نوى رفـــع الحدث لم يصح تيممه في أصح الوجهين . وعن بعض أصحاب أبي حنيفة انه يرفع الحدث ولا بد في استباحـــة الصلاة في التيمم للفرض عند اصحاب الشافعي وهو قول مالك وأحمد وهـــل يفتقر الى تعيين الفرض من ظهر وعصر فيه وجهان ففي قول يباح الفرض بنية صلاة مطلقه أو نافلة ولو تيمم للفرض استباح به النفل قبل الفرض وبعده وفي قول لا يجوز به النفل وبعده يجوز وبه قـــال مالك وأحمد .

ولو تيمم لمس المصحف أو لقراءة القرآن أو للطواف استباح ما نواه وهل يبيح به النفل فيه وجهان ، ثم أعلم ان المصنف رحمه الله لم يجب عن قول زفر لأن الخلف لا يجوز ان يكون مخالفاً لأصله .

والجواب عنه ان الخلف قد فارق الاصل لاختلاف حالهما ألا ترى ان الوضوء يجمل باربعة أعضاء بخلاف التيمم ومن التكرار في الوضوء دون التيمم .

فإن قلت لاشك ان التيمم خلف عن الوضوء فلا ينبغي أن يخالف الاصل قطعاً . قلت قد بينت لك انه يخالف الاصل باختلاف الحال على انا لانسلم ان التيمم خلف عن الوضوء عند الكل فإن عند محمد خلف عن الوضو وعندهما خلف عن الماء في حصول الطهارة حتى جازت امامة المتيمم للمتوضيء عندهما خلافاً لما قاله وسيجيء تحقيقه في باب الامامة ان شاء الله تعالى .

واعلم أيضاً أن التيمم رافع للحدث أو مبيح فعندنا رافع للحدث الى وقت وجود الماء وقال أبو بكر الرازي لا يرفع وفيه قال الشافعي كالمسح على الخفين يرفع الحدث عن الرجل والأول المذهب للحدث الذي في الصحيحين وجعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً ، وحديث انس الصعيد الطيب وضوء المسلم ولو الى عشر حجج .

فإن قلت معنى الحديثين فإن التراب قائم مقام الطهور في اباحة الصلاة اذ لو كان طهوراً حقيقة لما احتاج الجنب بعد التيمم ان يغتسل ، والدليل على ذلك ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث عمران بن الحصين رضي الله عنه قال كنا في سفر مع رسول الله ﷺ فصلى بالناس فإذا هو برجل معتزل فقال ما منعك أن تصلي قال اصابتني جنابة ولا ماء قال يكفيك الصعيد ، واشتكى اليه الناس العطش فدعى علياً وآخر فقال استبغيان الماء فذهبا فجاءا بامرأة معها مزادتان فأفرغ من أفواه المزادتين ونودي في الناس فسقى واستقى وكان آخر ذلك ان اعطى الذي اصابته الجنابة اناء من ماء فقال اذهب فافرغه عليك .

فإن تيمم نصراني يريد بـــه الاسلام ثم أسلم لم يكن متيمماً عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » هو متيمم لأنه نوى قربة مقصودة ،

---

قلت ليس في الحديث انه تيمم ويحتمل انه عليه السلام عاجله بالماء قبل التيمم أو أنه عليه السلام أمـره بالاغتسال استحباباً لا وجوباً وقد روى أبو داود من حديث عمرو بن العاص قال احتلمت [1] في ليلة باردة وأنا في غزوة ذات السلاسل فاشفقت إن اغتسلت أن أهلك فتيممت ثم صليت بأصحابي الصبح ثم أخبرت النبي عليه السلام فضحك ولم ينقل شيئاً ورواه الحاكم على شرط الشيخين فلو كان الاغتسال بعد التيمم واجباً لأمره به وفيه حجة على من أمر باعادة الصلاة التي تصلى بالتيمم لأنه عليه السلام لم يأمره بالاعادة لا صريحاً ولا دلالة ، وغزوه السلاسل كانت في جمادى الأولى سنـة ثمان من الهجرة وذات السلاسل واد من وادي القرى بينها وبين المدينة عشر أيام . فقوله — فاشفقت — أي خفت .

( فإن تيمم نصراني يريد به ) أي بالتيمم ( الاسلام ثم أسلم لم يكن متيمماً ) يعني لا تجوز الصلاة بذلك التيمم ( عند أبي حنيفة ومحمد ) وهذه من مسائل الجامع ، وشرط فيه كون التيمم للاسلام فلذلك قال المصنف يريد به الاسلام وهو معتبر به ، ولم يشترط في الأصل ، ومـا في الجامع هو الصحيح اذ الاختلاف ثابت فيما اذا اراد الاسلام وهو بقربه وفيما اذا لم يرده أولى ان تصح .

( وقال أبو يوسف فهو متيمم ) يعني اذا أراد به الصلاة فصلى به .

فإن قلت ما هنا فإن الأولى في قوله — فإن تيمم نصراني — والثاني في قوله — فهـو متيمم — قلنا ذكرهـــا في الأولى لكون المسألة متفرعة على ما قبلها ، وفي الثاني كأنها جواب شرط محذوف تقديره قال أبو يوسف ان تيمم النصراني يريد الاسلام باق على تيممه (لأنه) أي لأن النصراني ( نوى قربة مقصودة ) مع كونها قربة لأن الاسلام أعظم القرب وأمـا مقصودة فلأنها ليست في ضمن شيء آخـر كالشرط ، فإذا كان كذلك صح تيممه كالمسلم تيمم للصلاة .

---

(١) في الاصل احتملت — والصحيح ما أثبتناه . اه مصححة .

بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لأنـــه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل طهوراً إلا في حال ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة مقصودة يصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لأنها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة .

---

( بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف ) أي بخلاف تيمم المسلم لدخول المسجد أو لمس المصحف ( لأنه ) أي لأن تيممـه لدخول المسجد أو مس المصحف ( ليس بقربة مقصودة ) لحصوله في ضمن شيء آخر وكذا لو تيمم لخروج المسجد بأن دخل متوضئاً ثم أحدث أو تيمم للسلام أورده أو التعليم على الاصح خلافاً لما رواه الحسن عن أبي حنيفة تيمم لقراءة القرآن على ظهر القلب أو لزيارة القبور أو لدفن الميت أو للأذان فانه لا يجوز الصلاة به عند عامة العلماء لأنه ليس بقربة مقصودة وفيه خلاف أبي سعيد البلخي حيث قال تجوز الصلاة به عنده .

( ولهما )أي لأبي حنيفة ومحمد ( ان التراب ما جعل طهوراً إلا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام قربة مقصودة يصح بدونها ) أي بدون الطهارة. قال السغناقي في هذا اللفظ اشارة الى ان الكافر اذا تيمم للصلاة ثم أسلم لاتجوز الصلاة بذلك التيمم نص على هذا شيخ الاسلام في مبسوطه بل المقبول في التعليل أن يقـال الكافر اذا تيمم للصلاة ثم أسلم لا تجوز الصلاة بذلك التيمم لأنه ليس من أهل النية والتيمم لا يصـح بدونها فلذلك قال لا يصح منه التيمم ، وعـن هذا فرق أبو يوسف بين نية الاسلام ونية الصلاة فقال يكون في الاول دون الثاني ، وقال لأن الاسلام يصح منه فتصح نيـة التيمم منه للاسلام بخلاف مالو تيمم بنية الصلاة لأن الصلاة قربة لا تصح من الكافر ولا تصح نية الصلاة فجعل وجود هذه النية وعدمها بمنزلته فبقي التيمم من غير نية فلا يصح .

( بخلاف سجدة التلاوة لأنها قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة ) قيل هذا مخالف لما ذكر في الأصول حيث قال فيها انها قربة غير مقصودة . قلنا المراد بكونها مقصودة هاهنا أن لا يجب في ضمن شيء آخر بخـلاف التبعية بل شرعت ابتداء من غير أن يكون

وإن توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضيء عندنا خلافاً للشافعي « رح » بناء على اشتراط النيه فإن تيمم مسلماً ثم ارتدوالعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه. وقال زفر « رح » يبطل تيممه لأن الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والانتهاء

---

تبعاً لآخر ، والمراد بما ذكر في الاصول ان هيئة السجدة ليست بمقصودة لذاتها عندالتلاوة بل لاشتمالها على التواضع المحقق لموافقة المؤمنين أو مخالفة المشركين فلهذا لا يخص إقامة الواجب بهذه الهيئة بل ينوب الركوع منابها ، وحاصل هذه أن المعترض ادعى التناقض ، والمجيب نفاه لاختلاف الجهتين على ما ذكرنا .

فـــإن قلت التيمم بنية الطهارة وهي ليست بمقصودة . قلت الطهارة شرعت للصلاة فكانت نيتها نية إباحة للصلاة حتى لو تيمم لتعليم الغير لا تجـــوز به الصلاة في الأصح على ما ذكرنا .

( وان توضأ ) أي النصراني والحال ( لا يريد به الاسلام ) أي المتوضيء الاسلام ( ثم أسلم فهو متوضيء عندنا ) حتى لو صلى بـــه يجوز ( خلافاً للشافعي ) فإنه عنده ليس بمتوضيء ، وأشار إلى دليل الشافعي بقوله ( بناء على اشتراط النية ) فإن النية شرط عنده وهو ليس من أهلها ويفهم منه أيضاً دليلنا ، لأنه إذا لم تكن النية شرطـــاً عندنا صح وضوءه وان لم تعتبر نيته .

( فإن تيمم مسلم ثم ارتـــد والعياذ بالله ثم اسلم فهو متيمم ) يعني له أن يصـــلي بهذا التيمم .

( وقال زفر بطل تيممه ) باعتراض الارتداد ( لأن الكفر ينافيه ) أي ينافي التيمم ابتداء فكذا انتهاء ( فيستوي فيه الابتداء والبقاء [1] ) أي إذا كان الكفر ينافيه ابتداء فيستوي في هذا الحكم الابتداء والبقاء .

فإن قلت الضمير في قولـــه – فيه – يرجع إلى مـــاذا قلت قد أشرت إليه بقوله

---

(١) في الأصل – الانتهاء وفي الشرح بعض المخالفة للمتن . أ هـ مصححه .

فيستوي في هذا الحكم – وقال بعضهم أي يستوي في هذا الأمر المنافي حالة الابتداء وحالة البقاء وهذا مثل الأول في المعنى . وذكر في الجامع الصغير الحسامي ان المنافاة بينهما باعتبار معنى العبادة فإنه شرع مطهر غير معقول المعنى تعبداً فينافيه الكفر كسائر العبادات . وفي المختلف انه عبادة فلا يجامع الكفر ، فعلى هذا لا يتصور الخلاف المذكور إلا في التيمم المنوي ، لأن غيره وإن كان مفتاحاً للصلاة عنده ليس بعبادة كالوضوء بلا نية فلا ينافيه الكفر فبقي بعد الارتداد على أصله ، والصحيح أن المنافاة بينهما باعتبار عدم الاهلية ، فإن كافراً لو تيمم لايصبح التيمم مشروعاً في حقه ويكون فعله كفعل البهيمة فثبت أن الكفر مناف للتيمم يستوي فيه الإبتداء والبقاء ، فعلى هذا بطل تيممه عنده نوى أو لم ينو . وفي الكافي ويبطل عنده لأنه عبادة فينافيه الكفر ثم سيق الكلام إلى ان قيل فإنه إنما يصير عبادة بالنية وهي ليست بشرط عنده . قلنا الكلام في المنوي أو في غيره لا خلاف . وقال عبد العزيز يبعد ما ذكره .

قلت أراد به انه لا خلاف في بقائه على الصحة بعد الكفر فهو غير مستقيم لأن هذا لا يصح أصلا عندنا لعدم شرطه فكيف بقي على الصحة ، وان أراد به لا خلاف في بطلانه وهو الظاهر فهو كما قال إلا ان ما قال زفر على كونه عبادة فينافيه الكفر غير مستقيم لما بينا ان غير المنوي ليس بعبادة فكيف يصح بناء بطلانه على الكفر المنافي للعبادة مع انتفاء صفة العبادة عنه .

فإن قلت كان من حقه أن ينعكس الحكم لانعكاس العلة فإنه من حقه ان لا يبطل تيمم المسلم بارتداده على قوله لعدم احتياجه إلى النية وهذه كالوضوء في ذلك . قلت قال شيخ الاسلام هذه المسألة من زفر رواية منه ان التيمم لا يصح إلا بالنية ، وروى عنه انه يصح بغير النية ، فعلى هذا لا يبطل على مذهبه بالردة كالوضوء ، فكان عنه روايتان ان التيمم من غير نية يتادى أم لا .

وجواب آخر انه تكلم فيه على قول من يرى فيه وجوب النية كما تكلم أبو حنيفة في المزارعة على رأي من يرى صحتها وان كان هو لا يرى بجوازها .

كالمحرمية في النكاح. ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه طاهراً فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية منه، وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لأنه خلف عنه.

---

( كالمحرمية في النكاح ) بأن كان الزوجان رضيعين وقد زوج كلا منهما أبواهما ثم ارضعتهما امرأة أو كانا كبيرين وقد مكنت المرأة ابن زوجها بعد النكاح حيث قال يرتفع النكاح بينهما بعد الثبوت كما لا ينعقد فيهما ابتداء. والاصل ان كل صفة منافية الحكم يستوي فيها الابتداء والبقاء ( كالردة والمحرمية في النكاح [1] ) والحدث العمد الصلاة.

فإن قلت لو سبقه الحدث في الصلاة لا يعيدها فينبغي ان يفسدها لأنها لا تنعقد به ابتداء. قلت ذلك مخصوص بالنص وهو قوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاة فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم رواه ابن ماجة من حديث عائشة رضي الله عنها.

( ولنا ان الباقي صفة كونه طاهراً ) يعني الباقي بعد التيمم صفة كون المرتد طاهراً بذلك التيمم ( فاعتراض الكفر عليه ) أي على التيمم ( لا ينافيه ) أي لا ينافي كونه طاهرا لأن التيمم عند الكفر لا يكون موجوداً حتى بطل لوجود ما ينافيه ( كما لو اعترض على الوضوء ) أي كاعتراض الكفر على الوضوء فإنه لا يبطله للبقاء فيه فكذا التيمم ( لأنه ) أي لأن التيمم ( خلف عنه ) أي عن الوضوء ولا شك ان حال الخلف دون حال الأصل فكان مبطلا للاعلى فأولى أن يكون مبطلا للأدنى بخلاف الصوم والصلاة لأن حكمها بعد الفراغ عنها الثواب وهو لا يجامع الكفر والتيمم له حكم آخر وراء الثواب وهو الطهارة والكفر يجامعها فجاز أن ينفي التيمم بعد هذا الحكم، فإن السبب يبقى بعد بقاء أحد الحكمين وان بطل الآخر كما في الثواب والطهارة بعد الارتداد.

---

(١) وضعها الشارح من المتن وليست في الاصل منه . اهـ مصححه .

فأخذ(1) حكمه وينقضه أيضاً رؤية الماء

( فأخذ حكمه ) أي فأخذ الخلف حكم الأصل ، فالخلف هو التيمم والأصل هو الوضوء ، وقد ذكرنا ان كون التيمم خلفاً عن الوضوء مذهب محمد « رح » .

فإن قلت الردة تحبط العمل لقوله تعالى ﴿ ومن يكفر بالايمان فقد حبط عمله ﴾ ٥ المائدة « ووضوءه وتيممه من عمله فكيف يبقيان بعد الردة . قلت الردة تحبط ثواب العمل وذلك لا يمنع زوال الحدث كمن توضأ رياء ، فإن الحدث يزول به وان كان لا يثاب على عمل الوضوء .

( وإنما لا يصح التيمم من الكافر ابتداء ) أي ابتداء الأمر يعني قبل أن يسلم ( لانعدام النية منه ) أي من الكافر قوله – وإنما لا يصح .. الخ كأنه جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال أنتم قلتم يبقى تيمم المسلم الذي ارتد وقلتم ان اعتراض الكفر لا ينافيه فما له لا يصح منه ابتداء ، وتقدير الجواب أن يقال إنما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية وليس انتهاء كذلك لوجودها ، قوله – لانعدام – مصدر من انعدم ولكنهم قالوا أعدمه فانعدم وهو خطأ فلا يقال ذلك كما لا يقال علمه فانعلم لأن هذا البناء يختص بالفلاح والعدم ليس بفلاح .

( وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء ) النقض عبارة عن خروجه عن حكمه الأصلي وهو كونه مبيح الصلاة ( لأنه ) أي لأن التيمم ( خلف عنه ) أي عن الوضوء ( فأخذ حكمه ) أي حكم الوضوء في النقض ولا شك أن الأصل أقوى من الخلف ، فما كان ناقضاً للاقوى كان ناقضاً للاضعف بطريق الأولى .

( وينقضه ) أي ينقض التيمم أيضاً ( رؤية الماء ) الكافي حتى لو كان لم يكفه لا يلزم استعماله عندنا وهو قول الحسن والزهري وحماد وابن المنذر وبه قال مالك . وقال الشافعية في أحد قولي الشافعي انه يلزم استعماله ويتيمم به للباقي وبه قال أحمد في الجنابة وفي الوضوء له وجهان ، واسناد النقض إلى رؤية الماء اسناد مجازي لأن الناقض في الحقيقة

---

(1) هكذا ورد تسلسل متن الهداية ولكن الشارح خلط في المتن فأخر وقدم .اه

هو الحدث السابق ، لكن يظهر الرؤية فاضيف اليه مجازاً ( إذا قدر ) أى المتيمم ( على استعماله ) أي على استعمال الماء ( لأن القدرة هي المرادة بالوجود الذى هو غاية لطهورية التراب ) أراد بالوجود هو المذكور في القرآن بقوله تعالى ﴿ فلم تجدوا ماء ﴾ وفي قوله ﷺ التراب طهور المسلم ولو إلى عشر حجج ما لم يجد الماء ، وإنما سماه غاية من حيث المعنى لا حيث الصفة لانه لم يرد فيه كلمة الغاية أما في الآية فظاهر .

وأما في الحديث فان قوله ﷺ ما لم يجد الماء ، ليس غاية للتيمم حيث لم يقل الى وجود الماء بل فيه بيان مدة التيمم كما في قوله اجلس ما دمت جالساً ، لكن معناهما يتفقان في ان الحكم في ذلك الوقت يخالف ما قبله فسمي باسم الغاية .

وقال الأكمل بل لا يلزم من انتهاء طهورية التراب انتهاء الطهارة الحاصلة به كالماء فإنه يصير نجساً بالإستعمال أو ينتهي طهورية ويبقى الطهارة به . قلت هذا القائل هو البخاري ذكره في حواشيه والجواب ان التراب مطهر مؤقت حكماً لا حقيقة على معنى انه لا تزول طهورية بدون شيء يتصل به فثبت به الطهارة المؤقتة على صفة التطهير كالماء كان مطهراً حقيقة على معنى انه لا تزول طهوريته دون شيء يتصل به فثبت الطهارة على المائية على ان ما كان ضعيفاً شرط لبقاء ما يشترط لابتدائه وعدم الماء شرط لابتداء التيمم فكذا لبقائه ، هـذا جواب الخبازي .

وقال صاحب الدراية وفيه تأمل لأن كون التراب مطهراً مؤقتاً مسلم لكن الطهارة الحاصلة به مؤقت غير مسلم وفي زيادات القدرة على الماء تمنع الطهارة بالتيمم ابتداء وبقاء لأن القدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف . وقال حافظ الدين في المستصفى العمل بالحديث مشكل لأنه لم يتعرض لانتقاض التيمم السابق بل فيه بيان ان التيمم لا يجوز بعد رؤية المـاء ، وجاز ان يكون رؤية الماء منافية للابتداء لا للبقـاء كعدم الشهود في النكاح فإنه يمنع ابتداء النكاح لا البقاء .

تعديل الجواب أن يقول الطهورية صفة راجعة إلى المحل فالإبتداء والبقاء فيه سـواء

كالمحرمية في باب النكاح ، وهذا الجواب هو الذي ذكره الاكمل عن سؤال الخبازي أخذاً من كلام حافظ الدين .وقال صاحب الدراية مع ان هذا بعض الحديث وتمامه فإذا وجدت الماء فالتمسه بشرتك ، كذا في المصابيح والمبسوط لا يدل على انتقاض الوضوء لأن هذا بطريق الاستحباب بدليل انه ﷺ قال في آخره فإن ذلك خير .

قلت قد ذكرنا ان هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي والحاكم والدارقطني من حديث أبي ذر رضي الله عنه ولفظ أبي داود الصعيد الطيب وضوء لكم ولو إلى عشر سنين،فإذا وجدت الماء فامسحه جلدك . وبهذا أخرجه النسائي وابن حبان .

وأخرجه البزاز من حديث أبي هريرة ولفظ الصعيد وضوء لكم ، وإن لم يجد الماء إلى عشر سنين فإذا وجد الماء فليتق الله وليمسه بشرته فإن ذلك خير ومن أعجب العجائب ان هؤلاء الشراح أئمة كبار فإذا وقع حديث لا يشبعون الكلام فيه من جهة الترجيح ومن جهة الإلفاظ ومن جهة الصحة فغالبهم يحيلونه من كتب الفقه وليس هذا شأن المحققين . وقوله قبل – فالتمسه بشرتك .. – الخ كلام غير صحيح لأن قوله عليه السلام –وليمسه بشرته – للوجوب لا للاستحباب فاستدلال هذا القائل على الاستحباب بقوله فإن ذلك خير غير صحيح لانه ليس معناه ان الوضوء والتيمم كلاهما جائزان عند وجود الماء لكن الوضوء خير ، هل المراد به ان الوضوء واجب عند وجود الماء ولا يجوز التيمم وهذا نظير قوله تعالى ﴿ أصحاب الجنة يومئذ خير مستقراً وأحسن مقيلا ﴾ ٢٤ الفرقان مع انه لا خير ولا حسن لمستقر أصحاب النار ومقيلهم .

ثم اعلم ان وجود الماء الفاضلة عن حاجة المقدور على استعماله ينقض الوضوء وإن كان في الصلاة عندنا وإليه ذهب الثوري وأحمد في مختار قوله واختاره المزني وابن شريح ونقله البغوي عن أكثر العلماء . وقال مالك والشافعي لا ينقض وضوءه ويتم صلاته ولا يعيدها في صلاة السفر وهو رواية عن أحمد وقول داود ، وقيل يجوز الخروج منها فيه وجهان للشافعي أظهرهما انه أفضل ، والثاني انه لا يجوز ، وعن بعض أصحابه الخروج منها مكروه . وقال الأوزاعي تصير صلاته نفلا .

وفي الحلية لو تيمم لشدة البرد في الحضر وجب عليه الإعادة عند وجود الماء الحار وإن كان في السفر ففي وجوبها قولان . وفي شرح الجمع صلى بالتيمم في الحضر لإعواز الماء ففي بطلان صلاته عند الشافعي قولان ، أحدهما لا تبطل صلاته ، والثاني تبطل وفي المجتبى رأى في صلاته سؤر الحمار لا تبطل صلاته فيتمها ثم يتوضأ به فيعيد ولو رأى فيها سراباً فظنه ماء فمشى إليه بطلت صلاته جاوز مكان الصلاة أولا ولو رأى ماء فظنه سراباً فصلى ثم علم بعدها يعيدها ، ولو رأى فيها رجلاً في يده ماء فأتم صلاته ثم سأله فأعطاه لا يعيدها . وفي جامع أبي الحسن رأى فيها رجلاً معه ماء كثير لا يدري أيعطيه أم لا يتم صلاته ثم يسأله فإن أعطاه أعادها وإلا فلا ، وإن أبى ثم أعطى لا يعيد، وكذا العاري لو رأى فيها ثوباً .

( وخائف السبع ) كلام إضافي مبتدأ وهو الحيوان المفترس كالأسد والنمر والفهد والدب والذئب ونحوها ( والعدو ) سواء كان مسلماً أو كافراً أو قاطع طريق أو لصاً ونحوه الحريق والحية ( والعطش ) أي وخائف العطش على نفسه أو على رفيقه أو على حيوان معه نحو دابته وكلبه وسنوره وطيره ( عاجز ) مرفوع لأنه خبر المبتدأ أعني قوله وخائف السبع ( حكماً ) أي من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة لأنه واجد ظاهراً ولكنه عاجز والقدرة شرط كما مر . وفي التنجيس وفتاوى الولوالجي رجل أراد أن يتوضأ فمنعه إنسان عنه يعيد . قيل ينبغي أن يتيمم ويصلي ثم يعيد الصلاة عند زوال ذلك عنه لأن هذا جاء من قبيل العباد فلا يسقط الفرض عنه كالمحبوس إذا صلى بالتراب في الحبس ، فإذا خرج يعيد فكذا هذا .

وفي شرح الطحاوي إذا خاف على نفسه أو ماله يجوز التيمم ، وذكر الولوالجي متيمم مر على الماء في موضع لا يستطيع النزول عنه لخوف على نفسه أو ماله لا ينتقض تيممه لأنه غير قادر . وفي شرح الوجيز لو خاف على نفسه أو ماله من سبع أو سارق فله التيمم ولو احتاج إلى الماء لعطش رفيقه أو لعطش حيوان محترم جاز له التيمم وفي المغني لابن قدامة أو كان الماء عند جمع فساق فخافت المرأة على نفسها الزنا جاز لها التيمم .

## والنائم عند أبي حنيفة « رح » قادر تقديراً حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطـــل تيممه عنده

( والنائم ) مرفوع على الابتداء والمراد النائم الذي ليس بمضطجع ولا مستند في المحل لأنه إذا كان كذلك ينقض تيممه بالنوم فلا تتأتى هـذه المسألة وكذا المراد النائم سواء كان راكباً أو ماشياً وقدموا على المـاء وهو متيمم ( عند أبي حنيفة قـادر تقديراً ) أي حكماً لأنه واجد للماء ظاهراً فإذا كان قادراً ينقض تيممه عنده لأنه عاجز عن الإستعمال لعذر جاء من قبله فلا يكون معـذوراً ، وقيل ينبغي أن لا ينقض عند الكل لانه لـو تيمم وبقربه ماء لا يعلم به يجوز تيممه عند الكل . وقال التمر تاشي فيه وزيادات الحلوائي في انتقاض تيمم النائم المار بالماء روايتان من غير ذكر اختلاف . وفي فتاوى قاضي خان لا ينتقض تيمم النائم المار على المـاء بالإتفاق . وفي المجتبى الأصح انـه لا ينتقض تيممه عند الكل .

قلـــت فلذلك لم ينبه المصنف على خلافهما لأن المختار في الفتاوى عدم الانتقاض اتفاقاً . وقيل في ستة وعشرين موضعاً للنوم حكم اليقظة هذه المسألة وصائم نائم على قفاه فوقع المطر في فيه أو قطرت ماء في فيه فوصل الى جوفه فسد صومه ونائمة جامعهـا زوجها فسد صومها . ومحرم كذلك ، ومحرم نائم حلق انسان رأسه فعليه الجزاء ومحرم نائم انقلب على صيد فقتله ، كذلك ونائم مر بعرفات أجزأه . هو قائم وقع صيد عنده كما لو وقع عند يقظان وهو قادر على زكاته . ونائم انقلب على مال فأتلفه يضمن ، ونائـم وقع على مورثه فقتله على قول البعض أو وقـــع قائماً فوضعه تحت جدار واه فسقط عليه فمات فلا ضمان ، ونائم مكثت امرأته عنده في بيت ساعة صحت خلوته ، ونائمة رضع صغير من ثديها ثبتت الحرمـــة . ونائم في صلاته تكلم فسدت . ونائم قرأ فيها أجزأته . ونائم تلى آيـــة السجدة تلزم صاحبه ، ونائم اخبر بالتلاوة عنده يجب عليه السجدة في قول

وقـــال شمس الأئمة يفتي بعدم الوجوب فيها ونائم يكلم من حلف انه لا يكلمه ولم يستيقظ حنث في الاصح ، ونائمة مسها مطلقها صار مراجعا ، ونائم قبلته بشهوة يثبت

حرمة المصاهرة اذا علم بفعلها ، ونائم يومين وليلتين يجب القضاء . ونائم احتلم في صلاته وجب الغسل ولا يمكن البناء ، ونائمان عقد بينهما يصح على قول ونائم اخبر انك تلوت آية السجدة وجب على السامع وعليه السجدة في قول والاصح انها لا تجب .

( والمراد ) أي المرد من قوله وينقضه أيضاً رؤية الماء ( ما يكفيـــه للوضوء ) لأن الذي لايكفي في حكم العدم ، وفي هذه العبارة يجوز وجهان احدهما أن يكون كلمة ما في قوله ما يكفي موصولة . والمعنى والمراد الماء الذي يكفي الوضوء .

والثاني : ان يكون التقدير والمراد ماء بالمد والهمزة .

وقوله – يكفي في الوجه الاول – صلة وفي الثاني صفة ، وقـال الاكمل قوله والمراد ما يكفي يعني الماء الذي يمر عليه النائم . قلت تقييده بهذا غير صحيح بل المراد ما فيـه كفاية الوضوء سواء كان ماراً نائماً أو يقظان ماراً أو مقيماً أو مسافراً ، سائراً أو نازلاً في موضع وذلك لأن المصنف بين المراد من قوله وينقضه أيضاً رواية الماء الذي في أي حال كان اذا قدر على استعماله وكان فيه كفاية للوضوء فظن الاكمل ان قوله – والمراد مـــا يكفي – يرجع الى قوله والنائم عند أبي حنيفة قادر تقديراً وليس كذلك ، بل المراد ما قلنا يشمل الكل .

( لأنه ) أي لأن الشأن ( لايعتبر بما دونه ) أي لا اعتبار بما دون ما يكفي للوضوء ( ابتداء ) أي في ابتداء الامر اراد انه اذا أراد أن يصلي فلم يجد ماء يكفي للوضوء يتيمم لأنه لا اعتبار له لذلك ( فكذا انتهاء ) أي فكذا المراد ما يكفي للوضوء في حالـــة الانتهاء ، اراد انه اذا كان متيمماً فرأى ماء لايكفي للوضوء فإنه على تيممه لأنه في حكم العدم ، واراد بالانتهاء السبق والبقاء معتبراً بالابتداء وهذا بناء على الخلاف .

وفي ان المحدث والجنب اذا وجد بعض ما يكفيه من الماء لطهارته هل يجب عليـــه استعماله ، فالاصح عند الشافعي وجوب استعماله بالتيمم بعده وهو أقوى الروايتين عن أحمد وداود ، وحكاه ابن الصباغ عـــن عطاء والحسن البصري ومعمر بن راشد . وفي القول الآخر للشافعي عدم وجوب الاستعمال وهـــو مذهبنا ومذهب مالك والثوري

والاوزاعي وابن المنذر والزهري وحماد . وقال البغوي وهو قول أكثر العلماء .

ودليل الشافعي حديث أبي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام قال امرتكم بشيء فافعلوا منه ما استطعتم ، رواه البخاري ومسلم، وقول الله تعالى ﴿ فلم تجدوا ماء فتيمموا ﴾ ٦ المائدة ، وهو نكرة في موضع النفي فيعم الماء اليسير والكثير كالعاري اذا وجد ثوباً يستر بعض عورته فإنه يلزمه ستر ذلك القدر ، وكذا اذا كانت به نجاسة حقيقية يجب استعماله في ذلك القدر فينبغي ان يجب في النجاسة الحكمية أيضاً .

قلنا نحن نقول لموجب الآية أيضاً إذ المراد منه ما يكفي للوضوء وذلك لأن الآية سيقت لبيان الطهارة الحكمية وكان قوله ﴿ فلم تجدوا ماء ﴾ ٦ المائدة ، أي طهوراً محللا للصلاة باستعماله في هذه الأعضاء ، وبوجود ما لا يكفي للوضوء لم يوجد ما يحلل الصلاة باستعمال هذه الماء لم يثبت شيء من الحل ، فإنه موقوف على الكمال فإنه الحكم والعلة غسل جميع الأعضاء وشيء من الحكم لا يثبت ببعض العلة كبعض النصاب في حق الزكاة بخلاف النجاسة الحقيقية وستر العورة ، لأن المزال أمر حسي فاعتبر الزوال حالاً حكماً فثبت بقدر الماء الذي معه والثوب الذي معه ، وأما هاهنا فالطهارة حكمية فلا يثبت شيء من الحكم ببعض العلة ، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو الكافي للوضوء أو الغسل ،ولأن استعمال قطرة أو قطرتين في الماء في بدنه الجنب بعدما عبثا ، والنكرة وإن كانت تعم في النفي لكن لا يمكن اجراؤه على العموم إذ وجود ما يحتاج إليه العطش غير مراد فيراد به أخص الخصوص ، ولأنه عجز عن بعض الاصل فيسقط الاعتداد به مع البدل في حالة واحدة كمن عجز عن بعض الرقبة في الكفارة فصار بمنزلة من لم يستطع شيئاً وهو الجواب عن قوله عليه السلام – فأتوا منه ما استطعتم – ولا يلزم إذا غسل لبعض الاعضاء ثم انصب الماء ، ومن اعتدت بحيضة ثم ارتفع حيضها ، لان ما تقدم يسقط عندنا ويصير مؤدياً للفرض بالتيمم خاصة والعدة ان بلغت المرأة الإياس بالشهور خاصة .

( ولا يتيمم إلا بصعيد طاهر ، لأن الطيب ) المذكور في قوله تعالى ﴿ صعيداً طيباً ﴾ ٦ المائدة ( أريد به الطاهر ) بالإجماع إذ طهارة التراب شرط عند الائمة الاربعة ،

ولأنه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء، ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت

---

وعن داود إذا تغير بالنجاسة لا يجوز التيمم به، وإن لم يتغير جاز، ويجوز التيمم بالتراب المستعمل عندنا، وفي قول الشافعي وظاهر مذهبه لا يجوز، والمستعمل ما يقام في العضو. وقال بعض أصحابه ما بقي في العضو مستعمل دون ما يتناثر عنه كذا في الحلية، ولو تيمم جماعة بحجر واحد والنبتة واحدة أو أرض جاز.

فإن قلت لا يلزم من شرط الطهارة أن يكون المراد من الطيب الطاهر في الآية لجواز أن تثبت شرطية الطهارة بدليل آخر. قلت لو لم ترد بالآية لاقتضى مطلق الآية جواز التيمم بدون طهارة فكان الدليل الآخر معارضاً لمطلق النص وذا لا يجوز.

(ولانه) أي ولان الصعيد (آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء) حيث شرط طهارته عند الإستعمال.

(ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه) أي والحال انه يرجو الماء، والمراد بالرجاء غلبة الظن، أي يغلب على ظنه انه يجد الماء في آخر الوقت، كذا في الإيضاح (أن يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت) كلمة ان مصدرية في تأويل، ويستحب تأخير الصلاة لمن يرجو الماء، وفي الذخيرة عن محمد المسافر الذي لا يجد الماء ينتظره إلى آخر الوقت، فإن خاف فوته تيمم. وفي القدوري يؤخر الصلاة إلى آخر الوقت إذا كان على طمع ورجاء من وجوده وهو الصحيح وألا يؤخر عن الوقت المستحب.

وفي البدائع هذا لا يوجب اختلاف الرواية بل يجعل تفسير الماء ما أطلقه في الاصل، وعن علي رضي عنه يتلو إلى آخر الوقت. وقال القدوري التأخير مستحب لا حتم، وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف انه حتم هذا إذا كان الماء بعيداً، وإن كان قريباً لا يتيمم، وإن خاف خروج الوقت قال الفقيه أبو جعفر أجمع أصحابنا الثلاثة على هذا. وقيل إذا كان بينه وبين موضع الماء يرجوه ميل أو أكثر، فإن كان أقل منه لا يجزئه التيمم وإن خاف فوت وقت الصلاة. وفي الحلية فإن لم يكن على ثقة من وجود الماء في آخر

الوقت ولا على اياس من وجوده فالاصل أن يصلي بالتيمم في أول الوقت في أصح القولين وهو اختيار المزني •

والثاني : التأخير أفضل ، وعن أبي حنيفة روايتان كالقولين .

وقال النووي التأخير أفضل بكل حال وبه قال أحمد ، وقال مالك يتيمم المريض والمسافر في وسط الوقت لا يؤخره جداً ولا يعجله ، وفي الاصل أحب إلي أن يـــؤخره ولم يفعل .

ولا يؤخر العصر إلى تغير الشمس والمغرب عن أول وقته وقيل يؤخره إلى ما قبيل غيبوبة الشفق ، وعن حماد والشافعي لا يؤخـــر ، روي ان هذا أول واقعة خالف أبو حنيفة فيها استاذه حماد بالتيمم في أول الوقت ووجد أبو حنيفة الماء في آخر الوقت وصلاها وكان ذلك على اجتهاده « رض » وصوابه فيه وقال الاكمل قيل هذه المسألة تدل على ان الصلاة في أول الوقت أفضل عندنا أيضا إلا إذا تضمن التأخير فضيلة لا تحصل بدونـه كتكثير الجماعة والصلاة بأكمل الطهارتين •

قلت قائل هذا السغناقي ناقلا عن شيخه تاج الشريعة والشيخ عبد العزيز في حواشيها ، وقال الاترازي قال الشارحون هذه المسألة تدل إلى آخر ما ذكرناه ، ثم قال أقول هـذا سهو من الشارحين وليس مذهب أصحابنا كذلك ، ألا ترى ما صرح به صاحب الهداية وغيره من المتقدمين في كتبهم بقوله – ويستحب الاسفار بالفجر والابراد بالظهر في الصيف بتأخير العصر ما لم تتغير الشمس ، وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل – وأجاب الاكمل عما قاله الاترازي بقوله ورد بأن هذا ليس مذهب أصحابنا إلى آخره العجب من الاكمل كيف رضي بنسبة الاترازي السهو إلى الشارحين ، وأورد في شرحه ما قاله بل الحق ان السهو منه لا منهم لأنه فهم كلامهم على خلاف مقصودهم •

بيان ذلك انه فهم من قولهم بأن أداء الصلاة في أول الوقت أفضل لغير المترجي بأن المراد بأول الوقت حقيقة كما هو مذهب الشافعي ، وهو خلاف المذهب ، فلزم من ذلك ما ذكره ، لكن ليس هذا بمراد بل مرادهم بأن العبادات في أول الوقت المستحب المعهود

## فإن وجد الماء يتوضأ وإلا تيمم وصلى ليقع الاداء بأكمل الطهارتين فصار كالطامع في الجماعة ،

---

في حقهم المقيم أفضل لغير راجي الماء ، يعني التأخير عن أول الوقت المستحب إنما يكون مستحباً لعدم الماء إذا كان راجياً لوجدانه وإلا فالمستحب الاداء في أول وقت الاستحباب لا التأخير . والذي يدل على ما ذكرنا ما ذكره في البدائع بقوله وإن لم يكن على طمع لا يؤخر ويتيمم ويصلي في الوقت المستحب ، وكذا يدل عليه كلام الشيخ عبد العزيز عن شمس الأئمة في الامام وهو قوله فإن كان لا يرجو ذلك لا يؤخر الصلاة عن وقتها المعهود، وأراد بذلك المعهود في حق غيره ، وهو أول الوقت المستحب المعهود،وفي المذهب لا أول الوقت المعهود على مذهب الشافعي ويدل عليه ما نقله الاترازي المعترض على صاحب التحفة روى المعلى عن أبي حنيفة وأبي يوسف الطامع في الماء يؤخر إلى آخر الوقت ، وغير الطامع يؤخر إلى آخر الوقت المستحب فظهر من هذا ان المراد بأول الوقت وآخر الوقت في هذا الموضع أول الوقت المستحب وآخر الوقت المستحب لا كما فهمه الاترازي فإنه احترز بقوله العادم الماء عن قول الشافعي لا غير العادم ، لأن مذهب الشافعي ان عادم الماء وان رجي أن يجده في آخر الوقت قدم الصلاة وهو غير صحيح على ما نص عليه الشافعي في الاملاء فإنه موافق لمذهبنا .

وقال الأكمل وقوله العادم الماء ليس احترازاً عن غير عادمه بل هو احتراز عن قول الشافعي فإن عنده ان عادم الماء إلى آخر ما ذكرناه الآن . قلت هذا بعينه كلام الاترازي وقد بينا فساده الآن .

( فإن وجد الماء ) الفاء فيه للتفصيل أي فإن وجد عادم المـــاء بعد تأخير الصلاة إلى آخر الوقت ( يتوضأ ويصلي به ) وقوله – يتوضأ – هذا جواب الشرط وهو محذوف مقدر ( وإلا ) أي وإن لم يجد الماء ( تيمم ) لأنه عادم الماء حقيقة ( وصلى ) صلاته التي أخرها ( ليقع الاداء ) أي أداء الصلاة التي أخرها إلى آخر الوقت ( بأكمل الطهارتين ) وهو الوضوء ، وصيغة أفعل تدل على ان التيمم طهارة كاملة ، ولكن الوضوء أكمل منها ( وصار ) هذا الشخص في هذه الحالة ( كالطامع في الجماعة ) أي كالشخص الذي يؤخر

الصلاة إلى آخر الوقت طمعاً في كثرة الجماعة .

وقال الأكمل قوله كالطامع في الجماعة ليس احترازاً عن غير الطامع بل الـــزام على الشافعي لأن مـــذهبه ان التأخير مستحب إذا كان طامعاً في الجماعة . قلت هذا بعينه كلام الاترازي وهو ليس بصحيح بل هو احتراز عن غير الطامع ، وليس بالزام على الشافعي لأن مذهبه المنصوص عليه كمذهبنا على ما ذكرنا ، والطامع في الجماعة على قسمين أحدهمـا الطامع المسافر ، فإن كان واجداً للماء أو غير راج فإن المستحب فيه أداء الصلاة أول الوقت لأن الأصل هو المسارعة إلى أداء العبادات على ما نطق به التنزيل والرفقة كلهم حاضرون فلا يثبت التأخير في حقه قضيته للأصل ، ولهذا يستحب الأداء في أول الوقت في الشتاء لهذا المعنى ، ويدل على ما قلنا قول المصنف – ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه – لأن تخصيص الاستحباب به يدل على ان الاستحباب أداء الصلاة أول الوقت للمسافر الواجد ولغير الراجي .

والقسم الثاني للطامع المقيم فإن المستحب في حقه تأخيرها للطمع في كثرة الجماعة .

( وعن أبي حنيفة وأبي يوسف في غير رواية الأصول ) وهي رواية النوادر والأمالي والرقيات والكيسانيات والهارونيات ورواية الأصول روايـــة الجامعين والزيادات والمبسوطات . قلت الرقيات جمع رقية نسبة إلى رقية بفتح الراء وتشديـــد القاف وهي واسطة ديار ربيعة مدينة خـــراب كبيرة مورده على الجانب الغربي من الجـــانب الشمالي الشرقي .

وقال ابن حوقل الرقة أكبر مدن ديار بكر ويقال لهـا الراقية ، وقال سعيد واسمها البيضاء والرقيات مسائل جمعها محمد حين كان قاضياً بالرقية المذكورة . والكيسانيات جمع كيسانية نسبة إلى كيسان وكان من أصحاب محمد أبو عمر وسليمان بن شعيب الكيساني من قولهم ذكر محمد في الكيسانيات أو في امـــلا الكيساني وكيسان أحد جدار سليمان ابن شعيب ونسبته إليها . والهارونيات جمع هارونية .

( ان التأخير ) أي تأخير الصلاة لعادم الماء الراجي ( حتم ) أي واجب يعني إذا كان

لأن غالب الرأي كالمتحقق . وجه الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله .

---

ذلك الموضع بعيداً نص عليه في المبسوط وفي المحيط والذخيرة لأن شرع التيمم لدفع الحرج وصيانة الوقت عن الفوات فإذا تيقن أو غلب على ظنه وجود الماء آخر الوقت فقد أمن من الفوات حقيقة أو ظاهراً فلا يجزئه التيمم ويجب التأخير ( لأن غالب الرأي كالمتحقق ) ولهذا وجب العمل بخبر الواحد ، والقياس يؤيده ، قال الله تعالى ﴿ فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار ﴾ ١٠ الممتحنة ، علق عدم الرد اليهم بالعلم بكونهن مؤمنات ، والعلم بذلك لا يكون إلا لغالب الرأي وهو كالثابت حقيقة وفي ظاهر الرواية يجب التأخير عنه مع بعد المسافة ويجزئه التيمم مع غلبة الظن بوجدان الماء في آخر الوقت أو التيقن .

وأشار إلى وجه الظاهر بقوله ( وجه الظاهر ) أي وجه ظاهر الرواية ( ان العجز ثابت حقيقة ولا يزول حكمه ) أي حكم العجز وهو جواز التيمم ( إلا بيقين مثله ) قيل هذا ليس بوجه ، فإن زوال العجز لا يتوقف على اليقين ، ألا ترى ان وجود الماء لو كان مظنوناً بأن كان في العمران ورأى من بعيد أشجاراً أو سرابا ظنه ماء لا يتيمم فقد زال عذره بغير تغير .

ونقل الأكمل هاهنا عن الشيخ عبد العزيز اشكالا ملخصه أن قوله لأن غالب الرأي كالمتحقق يقتضي أن يجب التأخير عند التحقق في آخر الوقت مع بعد المسافة في ظاهر الروايات ليصلح مقيساً عليه ، ويمكن الحاق غالب الرأي وليس كذلك فإنه ذكر في أول الباب ان من كان خارج المصر يجوز له التيمم إذا كان بينه وبين الماء ميل أو أكثر وإن كان أقل لا يجوز ، وإن خاف فوت الصلاة ، وإن جعل هذا يعني التعليل على ان المرادمنه ان التيمم لا يجوز في التحقق في غير رواية الأصول فالحق غالب الظن به في هذه الرواية لا يستقيم أيضاً لأنه علل وجه ظاهر الرواية بأن العجز ثابت ( حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله ) وذلك يقتضي ان حكم العجز يزول عند اليقين بوجود الماء في ظاهر الرواية وليس كذلك على ما بينا ، وان حمل على هذا فيما اذا كان بينه وبين ذلك الموضع أقل من

ميل لا يستقيم أيضاً لأنــه لا فرق في تعليل ظاهر الرواية بين غلبة الظن واليقين فيما اذا كانت المسافة أقل من ميل في عدم جواز التيمم كما انه لا فرق بينهما إذا كانت المسافة أكثر من ميل في جواز التيمم .

وقد صرح في آخر هذا الباب انه إذا غلب على ظنه ان بقربه مـاء لا يجزئه التيمم كما لو تيقن بذلك فعلم انه مشكل . بقي وجه آخر وهو ان يحمل هذا على ما إذا لم يعلم ان المسافة قريبة أو بعيدة ، فلو ثبت انه تيقن بوجود الماء في آخر الوقت فقد أمن من الفوات ولما لم يثبت بعد المسافة للشك فيه لم يثبت جواز التيمم فيجب التأخير . أما لو غلب على ظنه عدم بعد المسافة و كذلك عندهما في غير رواية الأصول ، لأن الغالب كالمتحقق ، وفي ظاهر الرواية لا يجب التأخير لأن العجز ثابت لعدم الماء حقيقة ، وحكم هذا العجز وهــو جواز التيمم لا يزول إلا بيقين مثله وهو اليقين في وجود الماء في آخر الوقت ولم يوجد فلا يجب التأخير ، ولكن هذا الوجه لا يخلو عن تمحل ويلزم عليه انه فرق هــاهنا بين غلبة الظن واليقين في ظاهر الرواية ولم يفرق بينهما فيما إذا غلب على ظنه ان بقربه ماء في عدم جواز التيمم ولا فيما إذا كانت المسافة بعيدة في جواز التيمم كما بينا .

قال الشيخ فالأظهر بقاء الاشكال وقدذكرهذا كله صاحب الدراية أيضاً ناقلا عن شيخه ، والعجب من الشيخ حيث لم يذكر وجه التخلص منه مع كونه من المحققين الكبار ، وكذا صاحب الدراية والأكمل ذكر هذا وسكتا عليه فنقول وبالله التوفيق نذكر وجهاً ينحل منه هذا الاشكال وهو انه يعتبر رجاء الماء وعدم رجائه بأسباب أخر غير بعد المسافة أو قربها وهو ان يكون في السماء غيم رطب وغلب على ظنه انه يمطر ويقدر على الماء في آخر الوقت فإنه يستحب له التأخير في ظاهر الرواية ويجب عليه في غير رواية الأصول كما لو تحقق بوجود الماء أو يكون الماء بعيداً لكن أرسل من يسقي له وغلب على ظنه حضور من أرسله للماء في آخر الوقت بامارات ظهرت له أو كان الماء في بئر ولم تكن له آلة الاستسقاء من الدلو والحبل لكن غلب على ظنه وجدانه في آخر الوقت أو كان الماء بقرب منه ولم يعلم مكانه وجود ثمن يشتري به الماء وعنده ما يعد للعطش وغلب على ظنه وجود ماء آخر غير

ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل ، وعند الشافعي « رح » يتيمم لكل فرض لأنه طهارة ضرورية ، ولنا انه طهارة ضرورية

مشغول بالحاجة الاصلية ، أو كان الماء عند اللصوص أو السباع أو الأفاعي أو الحيات أو من يخاف منه على نفسه أو ماله وغلب على ظنه زوال المانع آخر الوقت وقس على هذا أسباب أخر .

والمصنف رحمه الله لم يقيد الرجاء وعدمه ببعد المسافة أو قربها بل أطلق فوجب حمله على وجه لا يرد عليه الاشكال وليس في كلامه اشعار بما قيد الشيخ حتى يرد عليه من الاشكال ما لا مخلص له .

( ويصلى ) أي المتيمم الذي يريد الصلاة ( بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل ) وبه قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والحسن البصري عنه على ماذكره النووي عنه وداود والمزني وقول الروياني وهو الاختيار . وقال شريك بن عبد الله يتيمم لكل صلاة فريضة ونافلة . وقال مالك لكل فريضة ومذهبه مضطرب فيه ، فإنه لو صلى فرضين روى ابن القاسم انه يعيد الثانية ما دام في الوقت فدل على صحتها . قال أبو الفرج من أصحابه ان من قضى صلوات كثيرة بتيمم واحد فلا شيء عليه وذلك جائز فقد تناقض مذهبه الا يكونوا قد تركوه فجعلوا ذلك مذهباً لهم .

( وعند الشافعي يتيمم لكل فرض ) أي لكل فرض مع ما شاء من النوافل ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور واختلف أصحاب الشافعي في الجمع بين الفوائت بتيمم واحد أو بقول الشافعي قال علي وابن عمر والشعبي وقتادة وربيعة الانصاري واسحاق ( لأنه ) أي لأن التيمم ( طهارة ضرورية ) لأنه جعل حالة الضرورة بالعجز عن الماء إذ التراب يلوث في نفسه ولهذا يعود حكم الحدث السابق إذا رأى الماء فلم يرتفع الحدث السابق إذ لو ارتفع لا يعود إلا بحدث جديد ولكن أبيحت الصلاة للضرورة ، فإذا صلى الفرض انتفت الضرورة .

وقال الاترازي ثم نقول للشافعي هل انتقض تيممه بعد أداء فرضه أم لا ، فإن قال انتقض فليقل لا يصلي نفلاً بعد ذلك لأنه لا صلاة إلا بالطهارة وهو خلاف مذهبه ، وان قال لم ينقض فليقل يصلي فرضاً آخر كما يصلي نفلاً ، لأن الطهارة تعتبر كما كانت ولو لم يوجد

الحدث ولا الماء حتى يبطل تيممه . ولئن قال لا يجوز الجمع بين الفرضين لأنــه طهارة ضرورية كما في طهارة المستحاضة فنقول لا نسلم ان المستحاضة لا يجوز لهـا أن تجمع بين فرضين ولا نسلم ان هذا القياس صحيح أصلا لأن طهارة المستحاضة في غاية الضعف لمقارنة الحدث لها والتيمم لم يقارنه الحدث ، وقياس ما جعلت طهارة بدون المنافاة على مـاجعل طهارة مع المنافاة .

فائدة . واحتج الشافعي بما رواه الدارقطني من حديث الحسن بن عمارة عن الحكم عن مجاهد عن ابن عباس قال من السنة أن لا يصلي بالتيمم أكثر من صلاة واحدة ، وبما رواه البيهقي من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال يتيمم لكل صلاة .

( ولنا انه ) أي التراب ( طهور حال عدم المـاء ) بالنص وهو قوله ﷺ الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين ، رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن صحيح وقد مر بيانــه مستوفى . وقال النووي التراب عندنا يطهر وإن لم يرفع الحدث وهذا لا معنى له لأن المطهر المثبت للطهارة وبقاء الحدث مع ثبوت الطهارة متنافيان ، والأصل فيه ان التيمم عندنا رافع وعنده مبيح وبه قال أبو بكر الرازي وقد مر الكلام فيه .

( فيعمل عمله ) أي فيعمل التراب عمل الماء ( ما بقي شرطه ) أي شرط التراب في كون التراب طهوراً والمراد بالشرط عدم الماء وعدم الحدث ، توضيحه ان التراب بـدل عن الماء بالنص فثبت له حكم يكون للماء وحكمه انه يثبت به طهارة مطلقة غير ضرورية فكذا حكم بدله لا يقال هذه العبارة تقتضي أن يكون وجود الشرط مستلزماً لـــوجود المشروط وهو غير صحيح لانا نقول بصحة ذلك عند مساواتها ، فإن كل واحد من عـدم الماء وجواز التيمم مساو للآخر بلا محالة فجـاز أن يستلزمه وعلى الأصـل المذكور قال أصحابنـــا يجوز التيمم للفرض قبل دخول وقته كالنافلة وافقنا الليث وأهل الظاهر وابن شعبان من المالكية والمزني من أصحاب الشافعي . وقال ابن رشد المالكي في القواعد اشتراط دخول الوقت للتيمم ضعيف ، فإن التأقيت في العبادات لا يجوز إلا بالسمع ويلزم

من ذلك أن لا يجوز التيمم إلا في آخر الوقت .

وفي المغني عن أحمد القياس ان التيمم كالوضوء حتى يجد الماء أو يحدث قال فعلى هذا يجوز قبل الوقت . وقال الشافعي لا يجوز تقديمه على الوقت لانـه مستغنى عنه . وقـال النووي ولأنه طهارة ضرورية فلا يجوز قبل الوقت كطهارة المستحاضة . قال وهم وافقونا عليها . وقال أبو سعيد الاصطخري لا تناظر الحنفية في جواز تقديم التيمم على الـوقت فإنهم خرقوا الاجماع فيه . وقال إمام الحرمين يثبت جوازه بعد الوقت فمن جوزه قبله فقد حاول إثبات التيمم المستثنى عن القاعدة بالقياس وليس ما قبله في معنى مـا بعده ، ولأن القياس إلى الصلاة إنما يكون بعد دخول وقتها .

والجواب عن ذلك كله اما احتجاج الشافعي بما رواه الدارقطني عن ابن عباس فإن في إسناده الحسن بن عماره وهو ضعيف ، رواه عنه ابن يحي الحماني وهو متروك مع ان السنة لا يمنع الجواز وهو متروك الظاهر ، فإن الشافعية يجوزون أكثر من صلاة واحـدة من النوافل مع الفرض وليس في حديثهم ذلك .

وأما احتجاجه بما رواه البيهقي من أثر ابن عمر ففي اسناده عامر ﺑ‍الأحول عن نافع وعامر ضعفه أحمد وفي سماعه عن نافع نظر . وقال ابن حزم الرواية فيه عن ابن عمـر لا تصح .

وأما قوله — لأنه يستغنى عنه — فإنه ممنوع ، فإن الحاجة ماسة إلى تقديمه على الوقت ليشتغل أول الوقت بأداء الفرض والسنن الراتبة قبلها .

وأما قول النووي — وهم وافقونا عليها أي على طهارة المستحاضة — وكذا قـال ابن قدامة ، فإنه غلط منهما ، فإن طهارة المستحاضة تصح قبل الوقت عند أبي حنيفة ومحمد حتى ان المستحاضة لو توضأت حين طلعت الشمس يجوز لها أن تصلي به مـا شاءت من الفرائض والنوافل حتى يذهب وقت الظهر ، وإنما ينتقض بخروج الـوقت للاستغناء عنه وكذا أصحاب الاعذار .

وأما قول الاصطخري فإنه باطل لأن جماعة من أهل العلم قالوا بقولنا وقـد ذكرناهم عن قريب .

**ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلاة لأنهـــا لا تقضى فيتحقق العجز وكـذا من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهـارة ان يفوته العيد يتيمم لأنها لا تعاد .**

---

وقول إمام الحرمين فإنه وهم لا شك فيه ، فإن من أثبت جوازه قبـل الوقت وبعده أثبته بالنصوص الواردة في التيمم لا بالقياس فـــإنها لم تفصل بين وقت ووقت ، والمطلق يجري على إطلاقه .

وقال ابن الحداد من الشافعية لو تيمم لفائتة ضحوة النهار فلم يؤد حتى زالت الشمس جاز اداء الظهر به فقد جوز تقديمه على الوقت .

( ويتيمم الصحيح في المصر ) وغيره لصلاة الجنازة وغيرها ولياً كان أو غير ولي لعدم الماء فيها غالباً ( إذا حضرت جنازة ) قيد بها لان الوجوب بحضورها ( والـــولي غيره ) والحال ان الولي غير الصحيح الذي تيمم قيد به لان المتيمم إذا كان ولياً لا يجوز له التيمم لأنه ينتظر . وفي المحيط لا يجوز للسلطان أيضاً لأنه ينتظر ( فخاف إن اشتغل بالطهارة أن تفوته الصلاة ) قيد به لأنه إذا لم تخف الفوت لا يجوز له التيمم فكلمة ان من الأولى مكسورة والثانية مفتوحة لأنها مصدرية في محل النصب على انها مفعول خاف .

( لأنها ) أي لأن الصلاة على الجنازة ( إذا فاتت لا تقضى فتحقق العجـــز ) أي عن الاداء وبقولنا قال الزهري والاوزاعي والثوري واسحاق ورواية عن أحمد .

وقال الشافعي ومالك لا يجوز التيمم لصلاة العيد والجنازة مع القدرة على الماء لخوف فوتها ، ومبني هذا على الخلاف على صلاة الجنازة هل تقضى أم لا فعنده لا تقضى إلا إلى بدل فلا يتحقق العجز ، وعندنا تفوت فيتحقق العجز .

( وكذلك من حضر العيد ) أي كحكم من حضر الجنازة بالتيمم عند خوف الفوات حكم من حضر صلاة العيد ( فخاف ان اشتغل بالطهارة ان يفوته العيد ) أي صلاة العيد ( يتيمم لأنها ) أي لأن صلاة العيد ( لا تعاد ) لأنها تفوت لا إلى خلف . وقـال النووي

وقوله الولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو روايـــة الحسن عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح لأن للولي حق الاعـاده فلا فوات في حقـــه

---

قاس الشافعي صلاة الجنازة والعيد على الجمعة وقال تفوت الجمعة بخروج الوقـت بالاجماع والجنازة لا تفوت بل تصلى على القبر الى ثلاثة أيام بالاجماع ، ويجوز بعدها عندنا . قلنـا فوات الجمعة إلى شيء هو أصل وهو الظهر بخلاف صـــلاة الجنازة والعيد فإنهما يفوتان لا إلى خلف ،

وقوله – الجنازة لا تفوت بل تصلى على القبر إلى ثلاثة أيام بالإجماع – صادر عن عدم تحقق موضع الخلاف : بيانه انا قلنا لو تيمم هذا الشخص فصلى عليها غيره فتفوته الصلاة عليها في حقه ، والصلاة لا تعاد عندنا فلا ينال أجر الصلاة على الميت إذ الفرض قد سقط بالأولى والنفل فيها غير مشروع .

( وقوله ) أي قول القدوري في مختصره ( والولي غيره ) إشارة إلى انه (لايجوز للولي) لأنه ينتظر كما ذكرنا ( وهو ) أي عدم الجواز للولي ( رواية الحسن عن أبي حنيفة وهـو الصحيح ) أي عدم جواز التيمم للولي هو الصحيح . وفي المجتبى و كذا الولي والامام لأنه ينتظر بها .

( لأن للولي حق الاعادة ) أي إعادة الصلاة على الميت إذا صلى غيره ( فلا فوات في حقه ) أي في حق الولي . وفي ظاهر الرواية يجوز للولي أيضاً لحديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا جاءت جنازة وأنت على غير وضوء فتيمم . رواه ابن عدي في الكامل ثم قال هذا مرفوع غير محفوظ بل هو موقوف . وفي التحقيق قال أحمد في مسنده فعبره بابن زياد وهو ضعيف و كذا قال البيهقي في المعرفة مغيرة ضعيف ويرويـه عن عطاء موقوفاً .

قلت رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن ابن عباس قال إذا خفت أن تفوتـــك الجنازة وأنت على غير وضوء فتيمم وصل ، رواه الطحاوي في شرح الارشاد والنسائي عن العاني بن عمران به موقوفاً ، وخرج ابن أبي شيبة نحـــوه عن عكرمة وعن ابراهيم

وإن احدث الامام أو المقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة «رح»، وقالا لا يتيمم لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت، وله أن الخوف باق لأنه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته، والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء

---

النخعي عن الحسن وأخرج عن الشعبي فقال فصل عليها على غير وضوء • وروى البيهقي من طريق الدارقطني ان ابن عمر رضي الله عنه أتى بجنازة وهو على غير وضوء فتيمم وصلى عليها، والحديث إذا كثرت طرقه وتعاضدت قويت فلا يضره الوقف، فإن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقفون بالحديث تارة فلا يرفعونه وتارة يرفعونه فلا يقفونه.

(فإن أحدث الامام والمقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة «رض») هذا بعد شروعه بالوضوء، ولو كان شروعه بالتيمم تيمم للبناء إتفاقاً. وفي البدائع إن كان يدرك بعضها مع الامام لا يتيمم هذا عند الشروع في أول الصلاة وبعد الحدث فيها ان كان لا يخاف زوال الشمس ويمكنه أن يدرك شيئاً منها مع الامام لو توضأ لا يتيمم لأنه إذا أدرك البعض معه تيمم الباقي وحده ولو كان لا يدرك شيئاً منها مع الامام تيمم عنده.

(وقالا لا يتيمم لأن اللاحق) وهو الذي أدرك الامام في الأول قام ثم أشبه بعد فراغ الامام فإنه (يصلي بعد فراغ الامام) من صلاته (فلا يخاف الفوات) لأنه في حكم الصلاة بالجماعة.

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الخوف) أي خوف الفوات (باق لأنه) أي لأن يوم العيد (يوم زحمة) أي ازدحام الناس (فيعتريه عارض) مثل أن يسلم عليه أحد فيرد السلام أو يهنئه بالعيد فيجيبه أو ما أشبه ذلك فلا يسلم عما (يفسد عليه صلاته) فيتيمم.

(والخلاف) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه (فيما إذا شرع بالوضوء) يعني إذا شرع في صلاة العيد مع الإمام وهو متوضىء فعنده يتيمم ويبني خلافاً لهما كما ذكرنا

ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لأنا لو أوجبنا عليه الوضوء يكون واجداً للماء في صلاته فيفسد . ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت ولو توضأ فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا صلى الظهر أربعاً

---

( ولو شرع بالتيمم ) أي ولو شرع في صلاة العيد مع الامام وهو متيمم ( تيمم وبنى ) بالاتفاق ( لأنا لو أوجبنا عليه الوضوء يكون واجداً للماء في صلاته فتفسد صلاته ) المتيمم وجد الماء في خلال صلاته فإنه يستأنف الصلاة . وقال الأكمل قيل هذا اختيار بعض المتأخرين ، ومنهم من قال يتوضأ ويبنى لقدرته على الماء والأداء .

قلت قائله صاحب الفوائد الظهرية فإنه قال ان كان شروعه بالتيمم فسبقه الحدث تيمم وبنى عند أبي حنيفة بلا اشكال . وأما على قولها فاختلف المتأخرون قال بعضهم تيمم وبنى كما هو قول أبي حنيفة . وقال بعضهم لا بل يتوضأ ويبنى وفرق بين هذا وبين متيمم يجد الماء في خلال الصلاة ، فإن التيمم ينتقض هناك بصفة الاستناد إلى ابتداء وجود الحدث عند اصابة الماء لأنه يصير محدثاً بالحدث السابق إذ الاصابة ليست بحدث وفيما نحن فيه لم ينتقض التيمم عند إصابة الماء لصفة الاستناد بل بالحدث الطارىء على التيمم .

( ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت ، ولو توضأ فإن أدرك الجمعة صلاها ) الفاء فيه للتفصيل يعني إذا توضأ بعدما سبقه الحدث وهو في الجمعة ، فإن أدرك الجمعة صلاها ( وإلا ) أي وان لم يدرك الجمعة ( صلى الظهر في الوقت ) أي وقت الظهر ، وفي بعض النسخ صلى الظهر أربعاً قاله الأكمل . قيل هو تأكيد وقطع لارادة الجمعة بالظهر مجازاً لكونها خلفه .

قلت قائله الاترازي وأخذه الاترازي من المكافىء قال فيه وإنما يكون أربعاً لأن الجمعة تسمى ظهراً باعتبار أنها خلف عن الظهر عندنا فقال أربعاً لذلك المجاز . وقال صاحب الدراية انما قال أربعاً كيلا يظن أنها يكفيه ركعتان قضاء الجمعة أخذه صاحب الدراية من البدرية .

فإن قلت قوله — فإن أدرك الجمعة صلاها — ينفي هذا الاحتمال . قلت قوله — ان أدرك الجمعة — أي الجمعة التي مع الامام لا يبقى أن يصليها بدون الامام ان لم يدرك الجمعة فيكون احتمال اطلاق اسم الظهر عليها باقياً ولكن على وجه الانفراد ، وذكر

الامام التمرتاشي التيمم لصلاة العيد قبل الشروع فيها لا يجوز للامام لانه ينتظر . وأما المقتدي فإن كان الماء قريباً بحيث لو توضأ لا يخاف الفوت لا يجوز وإلا فيجوز فلو أحدث أحدهما بعد الشروع بالتيمم تيمم وبنى ، وإن كان الشروع بالوضوء وخاف ذهاب الوقت لو توضأ فكذلك عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما .

وفي المحيط إن أحدث المؤتم في صلاة العيد في الجبانة فإن كان قبل الشروع ويرجو إدراك شيء مع الإمام لو توضأ لا يتيمم وإلا فتيمم ، وإن كان الحدث بعد الشروع وهو متيمم تيمم وبنى بلا خلاف ، وإن كان بالوضوء وخاف زوال الشمس لو توضأ تيمم بالاجماع وإلا فإن كان يرجو إدراك الامام قبل الفراغ لا يتيمم بالاجماع ، وإلا تيمم وبنى عند أبي حنيفة ، وقال لا يتوضأ ولا يتيمم فمن المشايخ من قال هذا اختلاف عصر وزمان في زمن أبي حنيفة كانت الجبانة بعيدة من الكوفة ، وفي زمنهما كانوا يصلون في جبانة قريبة وكان شمس الأئمة الحلوائي وشمس الأئمة السرخسي يقولان في ديارنا لا يجوز التيمم لصلاة العيد لا ابتداء ولا بقاء لأن الماء محيط لمصلى العيد فلا يخاف الفوت حتى لو خاف تيمم ، ومنهم من قال هذا اختلاف حجة وبرهان قال أبو بكر الاسكاف هذه المسألة بناء على ان من شرع في صلاة العيد ثم أفسدها لا قضاء عليه عند أبي حنيفة فكان تفوته الصلاة لا إلى بدل فكذلك جاز التيمم .

وعندهما يلزمه القضاء فلا تفوته لا إلى بدل فلا يجوز التيمم وقبل الشروع إذا فاته الأداء لا يمكنه القضاء بالاجماع فكان الفوات إلى بدل فلا يجوز التيمم وغيره من المشايخ جعل هذا اختلافاً مبتدأ .

( لأنها ) أي لان الجمعة ( تفوت إلى خلف وهو ) أي الخلف عن الجمعة ( الظهر ) اختلف المشايخ في فرض الوقت فقيل فرض الوقت الجمعة والظهر خلف عنها وهو المروي عن زفر رحمه الله. وقيل الفرض أحدهما وهو رواية عن محمد وعن أبي حنيفة وأبي يوسف فرض الوقت الظهر لكنه مأمور باسقاطه بالجمعة فكان قول المصنف وهو الظهر إشارة إلى القول الأول وعلى المذهب المختار الظهر أصل لا خلف ولكنه تصور بصورة الخلف باعتبار

بخلاف العيد وكذا إذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاتـــه لأن الفوات إلى الخلف وهو القضاء والمسافر إذا نسي المـــاء في رحله

---

أن المأمور في هذا يوم الجمعة ولهذا أسقط بالاعذار وهو يقوم مقامها عند فوتها .

( بخلاف العيد ) أي بخلاف صلاة العيد فإنها تفوت لا إلى خلف بحيث لا تقضي فتيمم عند خوف الفوت ( وكذا إذا خاف فوت الوقت ) أي وكذا لا يتيمم إذا خاف فوت وقت صلاة من المكتوبات لأنها تمضى ( لو توضأ ) أي لو اشتغل بالوضوء لما عرف أن التيمم شرع رخصة لدفع حرج كثرة الفوات لا لخوف فوت الوقت ( لم يتيمم ويتوضأ ويقضي مـا فاته ) لأن الفوات إلى خلف ( وهو القضاء ) لأن الفوات إلى خلف كلا فوات . وقال الاكمل لا يقال هذا وقع مكرراً لما أن هذا الحكم عرف في أول الباب من قوله — والمعتبر المسافة دون فوت الوقت — لان ذلك كان قول صاحب الهداية وهذا قول القدوري .

قلت قال الاترازي هذا وقع تكراراً من صاحب الهداية فأخذه الاكمل ونقله بهــذه الصورة ، وأجاب الاترازي عن هذا بجوابين أحدهما : أخذه الاكمل وهو الذي قالــه ورضي به . والثاني : نظر فيه وهو قوله — وقيل — لانه علل بتعليل غير التعليل السابق ولا وجه لقوله وفيه نظر ، لان الفرق بين التعليلين ظاهر .

فإن قلت فضيلة الجمعة وفضيلة الوقت تفوت لا إلى خلف فينبغي ان تيممه له كصلاة الجنازة والعيدين ولهذا يجوز للمسافر التيمم لخوف فوت الوقت ولهذا جازت صلاة الخوف مع ترك التوجه إلى القبلة وراكباً بالايماء . قلت فضيلة الوقت والاداء وصف المؤدى تابع له غير مقصودة لذاتها بخلاف صلاة الجنازة والعيدين فانها أصل فيكون فواتها فوات أصل مقصودة وجوازه للمسافر بالنص لا لخوف الوقت لئلا يتضاعف عليه الفوت ويقع في الحرج في القضاء ، وكذا صلاة الخوف للخوف دون خوف الوقت .

( والمسافر إذا نسي الماء في رحله ) بفتــح الراء وسكون الحاء المهملة . قال الازهري رحل الرجل منزله من حجر أو مدر وشعر ودبر قالوا ويقع أيضاً في متاعه وأثاثه ومنه قول الشاعر :

فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند أبي حنيفة ومحمـــد « رح » وقال أبو يوسف « رح » يعيدها والخلاف فيما إذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره

---

القى الصحيفة كي يخفف رحله والزادِ حتى نعله القاهـــا

وفي المغرب يقال المنزل للافاقي ومأوه رحل وجمعه ارحل ورحال ومنه نســي الماء في رحلـــه .

فإن قلت لم قيد بالمسافر والحكم فيه، وفي خارج المصر سواء ولهذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بأن المسافر وغيره سواء استدلالاً بعدم ذكر المسافر رجـل في رحله ماء نسيه فتيمم وصلى ثم ذكر في الوقت فقد تمت صلاته . وقال السفناقي قيد بالنسيان لأن في الظن لا يجوز بالاجماع يعيد الصلاة .

( فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها ) أي الصلاة التي صلاها بالتيمم ( عند أبي حنيفة ومحمد ) وبه قال الثوري وأبو ثور وداود والشافعي في القديم ومالـــك في رواية وتوقف أحمـــد فيه .

( وقال أبو يوسف يعيدها ) أي الصلاة وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد في روايـة ( والخلاف فيما إذا وضعه هو أو وضعه غيره بأمره ) أي الخلاف المذكور فيما إذا وضـع الماء في رحله بنفسه أو وضعه غيره بأمره أي بأمر صاحب الرحل أو بغير أمره بغير وضعه غيره بغير أمره بلا علم منه .

وقال الاترازي قال بعض الشارحين قيد بقوله – أو وضعه غيره بأمره – فإنـــه لو وضعه غيره وهو لا يعلم به يجزئه بالاجماع لأن المرء قط لا يخاطب بفعل الغير. أقول دعوى الاجماع ليست بصحيحة ، ألا ترى ما أورد فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قال في كتاب الصلاة في مسافر تيمم وفي رحله ماء وهو لا يعلم به والذي لا يعلم به ان وضعه غيره في الرحل بغير علمه ، قال ومسألة هذا الكتاب أي الجامع الصغير فيما إذا وضع الماء في الرحل بنفسه أو غيره بأمره ثم نسيه ثم قال فثبت أن الخلاف في الفصلين واحد وكذا ان سائر نسخ الجامع الصغير فعلم أن دعوى الاجماع هو أشهر كلامه .

## وذكره في الوقت وبعده سواء .

قلت أراد بقوله قال بعض الشارحين السفناقي فانه قال في شرحه قيل بقوله أو وضعه غيره بأمره فانه لو وضعه غيره بغير علم اتفاقاً . وقال في الينابيع والمسألة على الخلاف، وذكر المراخي أن المسألة على ثلاثة أوجه اما ان وضعه بنفسه ولم يطلبه أو وضعه خلافه أو جيرانه وهو لا يعلم، أو وضعه بنفسه ولكنه نسي ففي الأول لا يجزئه التيمم بالاجماع لأن التقصير جاء من قبله ، وفي الثاني يجوز بالاجماع ، وفي الثالث خلاف وعن محمد في غير رواية الأصول ان الفصول الثلاثة على الإختلاف ولو كان الإناء معلقاً على إكاف ، فان كان راكباً والماء في مؤخرة الرحل يجزئه عندهما ، وإن كان ماشياً فان كان الماء في مقدم الرحل يجزئه عندهما وإن كان في مؤخره لا يجزئه بالإجماع وإن كان قائداً يجزئه كيفما كان ولو كان في إناء على ظهره أو معلقاً في عنقه أو موضوعاً بين يديه لا يجزئه بالاجماع.

ولو كان على شاطىء النهر فعن أبي يوسف في الاعادة روايتان ولو مر بالماء وهو متيمم لكنه نسي أنه تيمم ينتقض تيممه ولو ضرب الفسطاط على رأس النهر فقد غطى رأسها لم يعلم بالماء فتيمم وصلى ثم علم بالماء أمر بالإعادة ولو وجد بئراً في الطريق فيها ماء وهو لا يستطيع أخذه منها ولا يجد ماء غيره تيمم ، ولو كان معه منديل طاهر لا يجزئه التيمم به وهذا قول يوافق بما ذكره الشافعية وهو أنه لو وجد بئراً فيها ماء لا يمكنه النزول إليه وليس معه ما يدليه إلا ثوبه أو عمامته لزمه ادلاؤه ثم يعصره ان لم ينقص قيمة الثوب أكثر من ثمن الماء فان زاد النقص على ثمن الماء يتيمم ولا اعادة وان قدر على استئجارها ينزل إليها باجر المثل لزمه ولم يجز التيمم وإلا جاز بلا إعادة .

ولو كان معه ثوب ان شقه نصفين وصل الماء وإلا لم يصل فان كان نقصه بالشق لا يزيد على الأكثر من ثمن الماء أو ثمن آلة الاستيقاء لزمه شقه ولم يجز التيمم وإلا جاز بلا اعادة وهذا موافق لقواعدنا.

( وذكره في الوقت وبعده سواء ) أي ذكر المتيمم الماء في وقت الصلاة أو بعد وقتها سواء وهذا من تتمة قول أبي يوسف، ولو ظن أن ماءه قد فني ثم تبين أنه لم يفن عليه الإعادة إتفاقاً به .

له انه واجداً للماء فصار كما إذا كان في رحله ثوب فنسيه ولأن رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ، ولهما انه لا قدرة بدون العلم وهي المراد بالوجود

---

( له ) أي لأبي يوسف ( انه ) أي ان المتيمم ( واجداً للماء ) لأنه في رحله، ورحله في يده والنسيان لا يعادل الوجوه من قبله ( فصار )أي حكم الشخص المذكور ( كما إذا كان في رحله ثوب فنسيه ) فصلى عارياً فانه يعيد ما صلى وكذا الرجل لو صلى في ثوب نجس وفي رحله ثوب طاهر قد نسيه أو صلى مع النجاسة ونسي ما يزيلها أو محدثاً نسي غسل بعض الاعضاء أو ستر العورة أو صلى مع النجاسة ناسياً تجب الإعادة أو حكم بالقياس ونسي النص أو كفر بالصوم وفي ملكه رقبة فيها أو كان الماء في ركوة معلقة على رأسه أو قربة على ظهره أو كانت معلقة بعنقه قد نسيه .

( ولأن رحل المسافر ) دليل آخر أي ولأن منزلة المسافة ( معدن للماء عادة فيفترض الطلب ) لأن كل ما كان معدناً كالماء عادة يفترض على المتيمم طلب الماء فيه كما كان في العمران فانه يفترض عليه طلب الماء لكونه في معدنه فان لم يطلب وتيمم لم تجز فصار كمن جاء قوماً ولم ير عندهم ماء فتيمم قبل طلبه منهم ثم علم بأنه قد كان.

( ولهما ) اي لابي حنيفة ومحمد ( انه ) أي ان الشأن ( لا قدرة بدون العلم ) فلا يكون واجداً ، والنص شرط عدم الوجود وهو القدرة اشار إليه بقوله ( وهو المراد بالوجود ) اي القدرة هي التي اريدت بالوجود في القرآن والحديث لأنه لم يرد بقوله تعالى ﴿ فلم تجدوا ﴾ عدم الماء حقيقة ، وإنما المراد به لم تقدروا على استعمال الماء فتيمموا الا ترى ان المريض يتيمم مع وجود الماء حقيقة لأنه غير قادر على استعماله.

فإن قلت كيف لا قدرة بدون العلم والمكفر بالصوم اذا نسي الرقبة في ملكه لا يجزئه صومه فعليه أن يعتق . قلت المعتبر في التكفير الملك لا القدرة حتى لو عرض عليه شخص الرقبة أن لا يقبله ويكفر بالصوم . وروى الحسن عن أبي حنيفة ان فصل التيمم والتكفير سواء كذا في المجتبى ، وفي المختار العلم كالآلة يتوصل به الى استعمال الماء فكان بمنزلة الدلو والرشاء فانعدامه بمنزلة انعدامها .

## ماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ، ومسألة الثوب على الاختلاف ولو كانت على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف

(وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ) هذا جواب عن قوله ولأن رحل المسافر .. الخ . وقال الاكمل تقديره ان رحل المسافر معدن الماء عادة معد للشرب لا للاستعمال والاول مسلم غير مفيد ، والثاني ممنوع . قلت ما قرر شيئاً في الجواب ، وانما زاد فيه الأول مسلم غير مفيد ، والثاني ممنوع ، فإن أراد بالأول التعليل وهو على الثوب الذي نسيه في رحله فكونه مسلماً ظاهر . لأن في كون كل من المقيس والمقيس عليه النسيان موجود ولكنه لا يضاد الموجود كما ذكرنا ، و كونه غير مفيد ظاهر ، وان أراد بالأول كون الماء معد للشرب وبالثاني قوله — لا للاستعمال — فلا يفسد ما قاله ، فإن أراد بالاول كون رحل المسافر معدناً للماء عادة وبالثاني كونه معدناً للشرب فهذا ظاهر يفهم بالتأمل .

( ومسألة الثوب على الاختلاف ) جواب عن قوله — فصار كما إذا كان في رحله ثوب نسيه — وهو المقيس عليه الذي قاس عليه أبو يوسف ، وتقريره أن يقال فإن أراد بالاول رحل المسافر معدناً للماء عادة لا نسلم ان مسألة الثوب متفق عليها ، والخلاف فيها واقع أيضاً ذكره الكرخي وهو الاصح فإذا كان كذلك لا ينتهض حجة .

( ولو كانت ) أي مسألة الثوب ( على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى خلف ) هذا جواب بطريق التسليم ، يعني ولئن سلمنا ان مسألة الثوب على الاتفاق بيننا ولكن الفرق بينهما موجود وهو أي ستر العورة يفوت إلى خلف بخلاف صورة النزاع . وأيضاً شرط القياس المساواة بين المقيس والمقيس عليه ولا نسلم وجودها في صورة النزاع ، لأن فرض الستر يفوت لا إلى خلف ، وفرض الوضوء يفوت إلى بدل وهو التيمم بعذر النسيان والقلب ، والفائت بلا بدل كلا فائت فافترقا ونظير مسألة الكتاب إذا كان معه إناء ان وجدهما نجس يريقهما ولا يتحرى لأنه يفوت الى خلف وهو التيمم ، ولو لم يرق وتيمم جاز فلو توضأ بالماءين وصلى يجزئه إذا مسح في موضعين من رأسه لأن النجس إن تأخر لم يجد ما يزيل به النجاسة فتجوز صلاته ، ذكره في المحيط ، ونظير مسألة الثوب وأخواتها لو

والطهارة بالماء تفوت إلى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء ، لأن الغالب عدم المـــاء في الفلوات ولا دليل على الوجود ، فلم يكن واجداً وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له أن يتيمم حتى يطلبه لأنه واجد للماء نظراً إلى الدليـــل

---

كان ثوبان أحدهما متنجس يتحرى ، لأن الستر يفوت لا الى خلـــف فكان فائتـــاً أصلاً وبدلاً .

( وللطهارة إلى خلف )[1] يعني تفوت الطهارة إلى خلف ( وهو ) أي الخلف ( التيمم وليس على المتيمم ) أي الذي يريد التيمم ( طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه ان بقربـــه مـــاء ) كلمة ان مصدرية في محل الرفع على انها فاعل لم يغلب تقريره إذا لم يغلب على ظنه قرب الماء منه .

وفي المجتبي هذا في الفلوات ، أما في العمران فالطلب واجب بالاجماع ولذا يجب الطلب إذا غلب على ظنه ان بقربه ماء وغلبة الظن هي الدليل على وجوده مثل ما إذا كان في العمران أو رأى في الفلاة طيوراً نازلين ومن حيوانات البر ما يستبين بخلاف ما إذا كانت في براري الرمال سيما طريق الحجاز . وفي النافعي في إيراد هذه المسألة عقب مسألة مـــاء الرحل نظر ، فإن الإختلاف فيها بناء على اشتراط الطلب وعدمه .

( لأن الغالب عدم الماء في الفلوات ) التي ليس فيها دليل على وجود المـــاء وهو معنى قوله ( ولا دليل على الوجود ، فلم يكن واجداً ) حكماً لأنه ليس كذلك في غالب الظن

( وان غلب على ظنه أن هناك ماء ) أشار به إلى مواضع قريبة منه **( لم يجز له أن يتيمم** حتى يطلبه ) أي الماء ( لأنه واجد للماء نظراً إلى الدليل ) وهو غلبة الظن . وقـــال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن المسافر لا يجد الماء يطلبه عن يمينه ويساره في طريقه ، قـــال

---

(١) هذه في الأصل غير عبارة المتن . اه مصححه .

وإن كان على طمع فيه فليطلبه ولا يبعد أصحابه فيضر بهم وبنفسه .

وقال الشافعي الطلب يمنة ويسرة شرط ، وفي جامع الوجيز قال للمسافر حالات أحدها أن يتحقق عدم الماء حواليه ففي تقديم الطلب فيها وجهان أحدهما أنه يجب وأظهرهما انه لا يجب ، ويشترط أن يكون الطلب بعد دخول الوقت ليحصل الضرورة وهل يجب أن يطلب بنفسه فيه وجهان أظهرهما أنه يجوز أن يبعث غيره فيه حتى لو بعث النازلون أحداً لطلب الماء أجزأ طلبه عن الكل ويطلب إلى حيث لو استعان بالرفقة أن يأتون ، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد في رواية .

وقال الثوري القطع بوجوب الطلب بكل حال هو الذي أطلقه العراقيون وبعض الخراسانيون وقالوا ان تحقق عدم الماء حوله لم يلزمه الطلب ولهذا [1] قطع إمام الحرمين والغزالي وغيرهما واختاره الرّوذباني . وقال امام الحرمين إنما يجب طلبه إذا توقع وجوده قريباً فإن قطع أن لا ماء هناك بأن كان في رمال البراري فيعلم بالضرورة استحالة وجود الماء لم يكلفه التردد لأن طلب ما يعلم عدمه واستحالته محال ، وصفة الطلب عندهم ان ينظر يميناً وشمالاً ووراء وأماماً ، ولا يلزمه المشي بل يكفيه نظره في هذه الجهات وهو لا يبرح مكانه إذا كان حوله لا يستتر عنه ، فإن كان بقربه جبل صغير صعد ونظر حواليه .

وله أن يوكل بالطلب ولا يجب أن يطلب من كل واحد بعينه بل ينادي فيهم من معه ماء من يجد الماء ، ولهم وجه آخر انه لا يصح التوكيل بالطلب إلا المعذور ان أراد تيمماً آخر لبطلان الأول بحدث أو بفريضة أخرى ان احتمل حصول الماء ولو على يد ورد بان انتقل من موضع التيمم وجب الطلب فكل موضع تيقن بالطلب الأول ان لا ماء فيه ولم يحتمل حدوث الماء فيه ففي وجوب الطلب وجهان .

قال أبو حامد وإذا طلب ثانياً ثم حضرت صلاة أخرى وجب الطلب لها ثالثاً وهكذا

(١) ربما قصد – وبهذا – .

ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلاً كيلا ينقطع عن رفقته ، وإن كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل أن يتيمم لعدم المنع غالباً ، فإن منعه منه يتيمم لتحقق العجز ، ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة « رح » لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير

---

كلما حضرت الصلاة ، قال ولو كان عليه فزالت يجب الطلب لكل واحدة و كذا في الجمع بين الصلاتين يطلبه الثانية .

واستدل الشافعي فيما ذهب إليه بقوله تعالى ﴿ فلم تجدوا ﴾ ٦ المائدة يقتضي عدم الوجدان مطلقاً فمن قيد الطلب فيعمل باطلاقه .وقال أبو بكر الرازي الوجود لا يستدعي الطلب . قال تعالى ﴿ قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم ﴾ ٤٤ الاعراف ، ولا طلب . وقوله ﴿ فوجدا فيها جداراً ﴾ ٧٧ الكهف ، لم يكن منهما طلب الجدار ، وقوله ﷺ من وجد منكم لقطة فليعرفها ، ولا طلب من الوجد .

( ثم يطلب مقدار الغلوة ) قيل هي رمية القوس ، وفي المغرب مقدار ثلاثمائة ذراع إلى أربعمائة ذراع . وفي الصحاح غلوات السهم إذا رميت به أبعد ما يقدر عليه والغلوة الغاية مقدار رمية ويقال أول من سماها سليمان بن عبدالملك وعن أبي يوسف إذا كان بحال لو ذهب لا تغيب القافلة عن بصره . وفي المستصفى شرط الطلب مقدار ما يسمع صوت أصحابه ، وقيل يطلب دون الميل وان طلعت الشمس .

( ولا يبلغ ميلا ) أي لا يبلغ طلبه مقدار ميل ( كيلا ينقطع عن رفقته ) لأنه إذا زاد عن الميل ربما انقطع عن رفقته فيحصل الضرر والحرج والضرر مدفوع شرعاً .

( وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل أن يتيمم لعدم المنع غالباً ) لأن الماء مبذول عادة ( فإن منعه منه ) أي فإن منع المطلوب الطالب من الماء ( تيمم لتحقق العجز عن الماء ) وفي المحيط لو غلب على ظنه الاعطاء وجب السؤال وإلا فلا . وفي المجتبى الغالب عدم الضنة بالماء حتى لو كان في موضع يجري فيه الضنة لا يجب الطلب .

( ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير )

وقالا لا يجزئه لأن الماء مبذول عادة ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزئه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمـــه تحمل الغبن الفاحش ، لأن الضرر مسقط والله أعلم .

---

لأن في الطلب ذل وفيه ضرر لا يجب حمله ، وذكر هذا الخلاف . وفي الإيضاح والتقريب وشرح الأقطع بين أبي حنيفة وصاحبيه كما ذكره المصنف . وفي المبسوط وإن كان مع رفيقه ماء فعليه أن يسأله إلا على قول الحسن بن زياد فإنه كان يقول السؤال ذل وفيـــه بعض الحرج وما شرع التيمم إلا لدفع الحرج فإن مضى عليها وسأله بعد فراغه فأعطاه أو باعه أعادها ان كان ثمنه معه وان منعه لم يعد ، وكذا لو أعطاه بعد منعه أو منعه قبل شروعه فيها وبذله بعد فراغه . وذكر الزدرني وغيره انه لو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة في رواية الحسن عنـــه وذكر في الذخيرة عن الخصاصي انه لا خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، ومراد أبي حنيفة فيما إذا غلب على ظنه منعه إياه ، ومرادهما عند غلبة الظن بعدم المنع . وفي التجريد لا يجب الطلب من الرفيق عند أبي حنيفة ومحمد خلافـاً لأبي يوسف رحمه الله.

وعند الشافعي لا يجب الاستيهاب من صاحبه في قوله لصعوبة السؤال على أهـــل المروءة ، وإلا ظهر انه يجب لأنه ليس في هبة الماء كثير هبة . وفي النهايـة لم يذكر في عامة النسخ قول أبي حنيفة في هذا الموضع بل قيل لا يجوز التيمم قبل الطلب إذا كان في غالب ظنه انه يعطيه مطلقاً من غير ذكر خلاف بين علمائنا الثلاثة إلا على قول الحسن بن زياد فانه يقول السؤال ذلة وفيه ضرر.

( وقالا لا يجزئه لأن الماء مبذول عادة ) فكان قادراً على استعمال الماء ظاهراً فلا بد من الطلب لتحقق العجز أو القـدرة ( ولو أبى ) أي امتنع ( أن يعطيه إلا بثمن المثل ) في ذلك الموضع أو في أقرب الموضع الذي يعز وجود الماء فيـــه ( وعنده ثمنه ) أي والحال ان عنده ثمن الماء ( لا يجزئه التيمم لتحقق القدرة ) لأن الضرر مسقط أي للقدرة أي مسقط للوجوب ( ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش ) وهو ضعف الثمن كذا في النوادر ،

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة انه يشتري ما يساوي درهماً بدرهم ونصف . وقيل مالا يدخل تحت تقويم المقومين . وقيل ما لا يتغابن في مثله .

قول الحسن يلزمه الشراء بجميع ماله وافورا كما أن قول الشافعي الزيادة على ثمن المثل عذر في ترك الشراء قليلة كانت أو كثيرة تفريط . وقال النووي في ثمن المثل ثلاثة أوجه اجرة نقله إليه اختاره الغزالي بناء على ان الماء لا يملك ، قال وهو تخفيف الثاني يعتبر قيمة في ذلك الموضع في غالب الأوقات لا في وقت عزته للضرر عليه . قال وليس بشـــيء . والثالث عن مثله في ذلك المكان في تلك الحال قال وهو الصحيح فما زاد على ثمن المثل لم يلزمه الشراء بلا خلاف فيه وهم سواء كثرت الزيادة أو قلت وهو الصحيح ، ونص عليـه الشافعي في الأم ، وفيه وجه آخر انه يلزمه شراء وبغبن يسير الذي يتغابن الناس في مثله وبه قال البغوي وقطع به .

قال النووي بالأول ، قال وقال أبو حنيفة والنووي يلزمه شراءه بالغبن اليسير ، وقال مالك ان طلب منه بزيادة لا تجحف لزمه الشراء.

فروع . وإن كان مع رفيقه دلو وليس معه دلو لا يجب عليه ان يسأل فان سال الدلو فقال انتظر حتى استقى الماء ثم ادفع إليك فالمستحب عند أبي حنيفة أن ينتظر إلى آخر الوقت ، فان خاف فوات الوقت تيمم وعلى هذا لو كان مع رفيقه ثوب وهو عريان فقال له انتظر حتى أصلي وأدفع إليك الثوب لم يجزه عرياناً . وعن أبي حنيفة انـــه تيمم وعرياناً . وأجمعوا على انه إذا قال له أتحسب لك مالي لتحج فانه لا يجب عليه الحج لأن الضرر يسقط أي يسقط الوجوب هو من الاسقاط باب الأفعال .

# باب المسح على الخفين

## المسح على الخفين جائز بالسنة

---

( باب المسح على الخفين )

أي هذا باب في احكام المسح على الخفين وجه المناسبة بين البابين من حيث ان كلامنهما بدل فالتيمم بدل عن الوضوء والمسح على الخفين بدل غسل الرجلين.

فإن قلت كان ينبغي تقديم المسح على التيمم لأنه بدل عن البعض والبعض بدل مقدم على الكل . قلت نعم ولكن ثبوت التيمم بالكتاب والمسح بالسنة فالأول أقوى . وقال الاترازي قيل وجه مناسبة هذا الباب لما تقدم من حيث الرخصة لأن المسح شرع رخصة كالتيمم أو من حيث المعارضة لأن الأصل هو غسل الرجل كما أن الوضوء هو الأصل والمسح والتيمم عارضان أو من حيث التوقيت لأن لكل منهما وقت أو من حيث أن كلا منهما يكتفي فيه بالبعض انتهى .

قلت هذه أربعة أوجه فالوجه الثالث أخذه من السغناقي . قال والسغناقي وجهين آخرين أحدهما ان كلا منهما طهارة ، غير ان أحدهما بالتراب والآخر بالماء .

والوجه الثاني ان كلا منهما بدل عن الغسل ، والاترازي أخذ هذا الوجه ، والثاني من تاج الشريعة في شرحه . وقال الأكمل انما أعقب المسح على الخفين عن التيمم لأن كلا منهما طهارة مسح أو لأنهما بدلان عن الغسل أو من حيث انهما رخصة مؤقتة إلى وقت فالأول والثاني أخذهما من النهاية ، والثالث من الكفاية.

( المسح على الخفين جائز بالسنة ) معنى جائز انه ان فعله جاز وان لم يفعله جاز فهو مخير بين المسح ونزع الخف والغسل . وفي المستصفى إنما قال جائز لكون الغسل أفضل لأنه أبعد من مظنة الخلاف ، وفي القنية المسح أفضل أخذاً باليسر . وقال الاترازي انما قال جائز لأن الشخص إذا لم يمسح أصلا ونزع خفيه وغسل رجليه لا يأثم.

قلت بشرط ان لا تري المسح ولا يكره ، وقال الاكمل المسح على الخفين جائز بالسنة أي بقول النبي ﷺ وفعله ولم يزد على هذا. وقال تاج الشريعة انما قال جائز ولم يقل واجب لأنه مخير كما ذكرناه . وقوله نفي لما قال بعضهم ان ثبوتـه بالكتاب الكريم وهو قراءة الجر في قوله تعالى ﴿ وأرجلكم ﴾ وقد تكلمنا في أول الكتاب في الآية الكريمة مستقصى وانما قال بالسنة ولم يقل بالحديث لأن تقرير المسح ثبت بالسنة زيادة بالمشهور على الكتاب وهي جائزة به ، وان كان نسخاً على ما عرف في أصول الفقه.

قلت لم يقصد المصنف ما قاله وانما مراده ها هنا ان أصل المسح ثبت بالسنة وان كان مقداره أيضاً ثبت بالسنة .

( والاخبار فيه ) أي في المسح على الخفين ( مستفيضة ) أي كثيرة شائعة قولاً وفعلاً، وفي المبسوط عن أبي حنيفة انه قال ما قلت بالمسح حتى جاء في مثـل ضوء النهـــار. وفي الاسبيجابي حتى وردت آثار أضوأ من الشمس . وفي المحيط عن أبي حنيفـــة من أنكر المسح على الخفين يخاف عليه الكفر . وفي المفيد لو كان المسح مما يختلف فيه لمسحنا. وفي النوادر من أنكر المسح على الخفين عن الكرخي يخاف عليه الكفر . وفي المفيد قـال لأنه ورد فيه الأخبار ما يشبه التواتر قال وكتب في السمرقنديات على قيـاس قول أبي يوسف وعلى قول محمد لا يكفر لأنه بمنزلة الآحاد ، ومن أنكر خبر الآحاد لا يكفر قيـل لمحمد لم جوزت على الخفين إذا كان خبر المسح من الآحاد وفيه نسخ لكتاب الله فقال ما نسخت كتاب الله بل خصصته به قال يريد به تخصيص الحال لأنها عمـــت حالة الستر والكشف والحديث بين ان الأمـر بالغسل مختص بحالة الكشف دون الستر بالخف قال وتخصيص الكتاب بالآحاد جائز عندي .

قلت مراده بالآحاد التي اشتهرت قيل يجوز جوازه بالكتاب أيضاً قال قراءة الجر . قلت فيه ضعف لأن المسح إلى الكعبين غير واجب اجماعاً . وقال أبو البقـــاء القدوري عن أحمـــد روى حديث المسح على الخفين سبعة وثلاثون من أصحاب رسول الله ﷺ. وقال ابن ابي حاتم رواه عن رسول الله ﷺ أحد وأربعون صحابياً ومثله عن أحمد ذكر

في المغني ومثله عن أبي عمر ذكره في الاستذكار وفي الاشراق عن الحسن حدثني به سبعون صحابياً وفي البدائع روى عن الحسن البصري انه قال أدرك سبعين بدرياً من الصحابـــة يرون المسح على الخفين . وقال السروجي وممن نقل المسـح على الخفين عن النبي ﷺ عمر وعلي وسعيد وابن مسعود والمغيرة بن شعبـة وأبو موسى الاشعري وعمرو بن العاص وأبو أيوب وخالد بن زيد الانصاري وأبو أمامة الباهلي وسهل بن سعد وجابر بن عبد الله وأبو سعيد وحذيفة وعمار وأبو مسعود الانصاري وجابر بن عمرة والبراء بن عازب وأبو بكرة وبلال وصفوان وعبد الله بن الحارث بن حزم وأبو زيد الأنصاري وسليمان وثوبان وعبادة ابن الصامت ويعلى بن مرة وأسامة بن شريك وعمر بن أمية الضمري وبريدة وأسامـة بن زيد وأبو هريرة وعوف بن مالك وعبد الله بن عمر وعائشة رضي الله عنهم .

قلت هؤلاء تسعة وثلاثون نفراً ذكرهم مجردين ولم يذكر المخرجين عنهم . وقد ذكرت في شرح المعاني الآثار سبعة وستين صحابياً ، وأشرت إلى مخرج كل واحد بإشارة لطيفة فمنهم الجماعة المذكورون والبقية : أبو عبيدة بن الجراح ورجل له صحبة وبديل بن ورقاء وعبد الرحمن بن عوف وعبد الله بن رواحة وفضالة بن عبيدة وأبو بردة الاسلمي وأبـــو عوسجة وشيبة بن غالب الكندي ويسار جد عبد الله بن أسلم وأبو زيد رجل من الصحابة وأبو عمار وعقبة بن عامر ومالك بن سعد وأبو ذر وكعب بن عجرة وأبو طلحة وعثمان بن عفان والزبير بن العوام وخـــالد بن سعيد بن العاص وأبو العلاء الدارمي وأويس الثقفي وربيعة بن كعب وخالد بن عرفطة وعبد الرحمن بن حسنة وعمرو بن حزم وعـــروة بن مالك وميمونة زوج النبي ﷺ وسمة بنت ثابت رضي الله عنهم .

فحديث عمر رضي الله عنه عند ابن أبي شيبة بسند حسن ، وحديث ابن مسعود رضي الله عنه عند البزار ضعيف . وحديثا المغيرة عند جماعة [1] ، وحديث خزيمـة رضي الله

---

(١) ربما أراد بهم — الجماعة — أصحاب الكتب الستة ، وقد ذكـــرت في الاصل منكرة ، وهكذا ما بعدها . اهـ مصححه .

عنه عند ابن حبان في صحيحه . وحديث ابن عباس رضي الله عنه عند البزاز في مسنده وحديث جرير « رض » عند جماعة . وحديث أنس بن مالك رضي الله عنه عند جماعة وابن حبان . وحديث قيس بن سعد عند البيهقي . وحديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه عند البيهقي أيضاً . وحديث عمرو بن العاص عنده أيضاً . وحديث أبي أيوب رضي الله عنه عند الطبراني واسحاق بن راهويـــة وعند النيسابوري في كتاب الأبواب صحيح . وحديث أبي امامة رضي الله عنه عند عبد الله بن وهب بسند ضعيف وحديث سهل ابن سعد عند القاضي أبي أحمد بسند جيد . وحديث جــابر بن عبد الله رضي الله عنه عند البزاز والطبراني في الأوسط . وحديث أبي سعيد الخدري عند البيهقي . وحديث حذيفة « رض » عند مسلم . وحديث عمار رضي الله عنه عند البيهقي .

وحديث أبي مسعود الانصاري عند أبي عمر بن عبد البر . وحديث جــابر بن سمرة « رض » عند البيهقي مرفوعاً وعند ابن أبي[1] شيبة موقوفاً . وحديث البراء بن عازب رضي الله عنه عند الطبراني . وحديث أبي بكرة بن الحارث عند ابن خزيمة في صحيحه والطبراني في معجمه والبيهقي في سننه . وحديث بلال رضي الله عنه عند مسلم وابن خزيمة في صحيحه . وحديث صفوان بن غالب عند النيسابوري والترمذي وابن مــاجة والطحاوي والطبراني في الكبير . وحديث عبد الله بن الحارث عند البيهقي . وحديث أبي زيـــد الانصاري عند أبي مسلم . وحديث سلمان رضي الله عنه عند ابن حبان في صحيحه . وحديث ثوبان مولى رسول الله ﷺ عند أبي داود وأحمد في مسنده والحاكم في مستدركه وقال على شرط مسلم .

وحديث عبادة بن الصامت عند ابن وهب . وحديث يعلى بن مرة عند النيسابوري في كتاب الأبواب . وحديث امامة بن شريك عند أبي يعلى الموصلي وأبي ظاهر الدهلي بسند لا بأس به . وحديث عمر بن أمية عند البخاري . وحديث بريرة عند الجماعة إلا البخاري.

---

(١) كلمة – أبي ساقطة من الأصل والصحيح اثباتها . اهـ مصححه .

وحديث أسامة بن زيد رضي الله عنه عند النيسابوري في سننه وابن نافع بسنده ومسلم في كتاب التميز . وحديث ابي هـــريرة رضي الله عنه عند أحمد في مسنده والبيهقي في سننه وعند ابن عبد البر . وحديث عوف بن مالك الأشجعي عند أحمد في مسنده واسحاق ابن راهـــوية والبزاز والطبراني في معجمه . وحـــديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه عند البيهقي . وحديث عائشة رضي الله عنها عند الدارقطني بسند جيد . وحديث أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه عند أبي عمر باسناد حسن . وحديث رجل له صحبة عند البخاري وأعله .

وحديث بديل بن ورقاء عند العسكري في كتاب الصحابة . وحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عند أبي عمر باسناد جيد . وحديث عبد الله بن رواحة عند أبي نافع والطبراني . وحـــديث فضالة بن عبيدة عند أبي عمر . وحديث أبي بردة الأسلمي عند البزاز والنيسابوري في الآداب . وحديث أبي عوسجة عند الطبراني والبزاز وأعله . وحديث شعيب بن غالب الكندي عند أبي نعيم في معرفة الصحابة . وحديث يسار جد عبد الله ابن مسلم عند ابن أبي حاتم وأعله . وحديث ابن أبي عمارة عند الحاكم وصححه . وحديث عقبة بن عامر عند النيسابوري في الأبواب ، واستفرد به . وحديث مالك بن سعد عند أبي نعيم في كتاب الصحابة . وحديث أبي ذرعة عند ابن حزم وصححه . وحديث كعب ابن عجرة عنده أيضـــاً وصححه . وحديث أبي طلحة عند البر للطبراني في الصغير . وحديث عثمان بن عفان عند أبي عمر . وحديث الزبير بن العوام عند الطبراني . وحديث خالد بن سعيد بن القاس [1] عند النيسابوري . وحديث أبي العلاء الدارمي عند الحافظ ابن عساكـــر في ترجمة أحمد بن علي . وحـــديث أوس الثقفي عنـــد ابن أبي شيبـــة في مسنده .

وحديث ربيعة بن كعب عند الطبراني . وحديث خالد بن عرفطة عند أسلم بن سهل

(١) هكذا في الأصل وربما أراد — ابن العاص — ا هـ مصححه .

الواسطي في تاريخ واسط ، وخـــالد هذا له حديث واحد عند الترمذي والنسائي . وحديث عبد الرحمن بن حسنة عند الطبراني . وحديث عمرو بن حزم عنده أيضـــاً . وحديث عروة بن مالك وحديث ميمونـــة رضي الله عنها عند الدارقطني بسند صحيح . وحديث أم سعد عند النيسابوري . وقال أبو عمر بن عبد البر لم يرو عن أحد من الصحابة انكار المسح على الخفين إلا عن ابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم .

اما ابن عباس وأبو هريرة فقد جاء عنهما موافقة سائر الصحابة بأسانيد حسان . وأما عائشة رضي الله عنها فقد أحالت علم ذلك على علي رضي الله عنه وذلك في صحيح مسلم، وقال لا ينكر المسح إلا مبتدع خارج عن جماعة المسلمين أهل الفقه والأثر .

وقال البيهقي إنما بلغنا كراهة ذلك عن علي وابن عباس وعائشة ، فأمـــا الرواية عن علي سبق في كتاب المسح على الخفين فلم يرد ذلك عنه باسناد موصول يثبت مثله .

وأما ابن عباس فإنما حين لم يثبت مسح النبي ﷺ بعد نزول المائدة ، فلما ثبت رجع إليه . وقال الكاساني وأما الرواية عن ابن عباس فلم تصح لأن مداره على عكرمة وروى انه لما بلغ ذلك عطاء قال كذب عكرمة . وروي عن عطاء قال كان ابن عباس يخـــالف الناس في المسح على الخفين فلم يمت حتى وافقهم .

( حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعاً ) قال شيخ الاسلام وغيره ومعنى لم يره أي من لم يعتقد المسح كان مبتدعاً لمخالفة السنن المشهورة ، والمبتدع هو الذي يخرج عن مـــذهب أهل السنة والجماعـــة ، وقد مر عن الكرخي انه قال من أنكر المسح يخـــاف عليه من الكفر .

وقالت الخوارج والامامية لا يجوز المسح على الخفين ، وبه قال أبـــو بكر بن داود وخالف أباه في ذلك ، فكأنهم تعلقوا بما روي عن ابن عباس انه قال مسح رسول الله ﷺ بعد سورة المائدة، ولأن أمسح على ظهر في صلاة أحب إلي من أن أمسح على الخفين . وإنما روي عن عائشة رضي الله عنها لأن تقطع قدماي أحب إلي من المسح على الخفين .

والجواب عما روي عن ابن عباس فقد ذكرناه آنفاً .

وأما حديث عائشة رضي عنها فقال ابن الجوزي في العلل المتناهية هذا حديث موضوع [1] وضعه محمد بن مهاجر على عائشة رضي عنها . وقال ابن حبان محمد بن مهاجر كان يضع الحديث فظهر ان الحديث باطل لا أصل له .

وأما الرافضة فإنهم يرون المسح على الرجلين من غير حائل . وقال النووي حكى المحاملي في المجموع وغيره عن مالك ستة روايات أحدها لا يجوز المسح أصلا . ثانيهايكره ثالثها يجوز من غير توقيت وهي المشهورة عند أصحابه . رابعها يجوز مؤقتاً . خامسها يجوز للمسافر دون المقيم . سادسها قال النووي كل هذا الخلاف باطل مردود . وقال أبو بكر ومن روى عن مالك انكاره مستدلا بأن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر رضي الله عنهما أقاموا بالمدينة أعمارهم ولم يرو عن أحد منهم انه مسح على الخفين فهو وهم منه ولا يلزم لأن هذه الحيلة العزيزة الكريمة فعلت الأفضل في ترك المسح وسن الجواز رفقاً بالامة .

قلت روي عن حذيفة « رض » قال كنت معه عليه السلام فانتهى إلى سباطة قوم فبال قائماً فتوضأ ومسح على خفيه ، رواه مسلم ، وفي رواية البيهقي سباطة قوم بالمدينة . وعن الاسماعيلي الحافظ كذلك . وقال في الامام وقد وقع لنا من جهة ابن أبي نعيم عن المغيرة انه مسح مع رسول الله ﷺ بالمدينة وقد علم ان الاثبات مقدم على النفي .

فإن قلت المسح أفضل أم الترك . قلت الغسل أفضل وبه قال الشافعي ومالك، وروى ابن المنذر عن عمر بن الخطاب وابنه رضي الله عنه . ورواه البيهقي عن أبي أيوب الأنصاري أيضاً . وقال الشعبي والحكم وحماد والامام الرستغني من أصحابنا ان المسح أفضل وهو أصح الروايتين عن أحمد .

أما نفي التهمة عن نسبته إلى الروافض والخوارج فإنهم لا يرونه كما قلنا ، وأما العمل بقراءة النصب والجر . وعن أحمد في رواية أخرى عنه سواء وهو اختيار ابن المنذر .

---

(١) في الأصل – موضع – والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

لكن من رآه ثم لم يمسح أخذاً بالعزيمة كان مأجوراً ،

---

واحتج من فضل المسح بقوله ﷺ في حديث المغيرة بهذا أمرني ربي ، رواه أبو داود والأمر إذا لم يكن للوجوب يكون ندباً .

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه قال رخص لنا رسول الله ﷺ في ثلاثة أيام للمسافر ويوم وليلة للحاضر ، ذكره ابن خزيمة في صحيحه . وفي حديث صفوان رخص لنا ان لا ننزع خفافنا ، رواه النسائي ، والأخذ بالعزيمة أولى . وقال ابن عبدالبر لا أعلم أحداً من الفقهاء روى عنه انكار المسح إلا مالكاً والروايات الصحاح بخلاف ذلك .

قلت فيه نظر لما روي في مصنف ابن أبي شيبة من أن مجاهد أو سعدبن جبير وعكرمة كرهوا و كذا حكاه أبو الحسين النابت عن محمد بن علي بن الحسين وأبي إسحاق البيهقي وقيس بن الربيع .

( ولكن من رآه ثم لم يمسح ) حال كونه ( أخذاً ) على صيغة الفاعل ، ويجوز أن يكون مصدراً بمعنى الفاعل أيضاً ( بالعزيمة ) الباء تتعلق بأخذ . قال الاترازي – أخذاً بالعزيمة – أي للاخذ بما هو أصل . قلت جعل انتصاب أخذ على التعليل وما قلنا هو الأحسن لأن الحال قيد ، و كون الأخذ قيداً أولى من كونه علة . والعزيمة في اللغة عبارة عن الارادة المؤكدة دل على هذا ذلك قوله تعالى ﴿ ولم نجد له عزماً ﴾ ١١٥ طه ، أي قصداً بليغاً . وفي الشريعة ثابتاً ابتداء غير متصل بعارض .

( كان فيه مأجوراً ) يعني مثاباً لأن العمل بالعزيمة أولى .

فإن قلت تجب أن لا يكون مأجوراً لما انه رخصة اسقاط وفيها لا ينفي العزيمة مشروعة أصلاً فلأجل ذلك قيل ان المصنف مأخوذ بهذه الآية خالف رواية أصول الفقه ، فإن المذكور فيها ان المسح على الخفين رخصة إسقاط كالصلاة في السفر والعزيمة لم تكن مشروعة فيها فكيف يؤجر على غير المشروع . قلت ليس الأمر كذلك لأن المسح إنما كان رخصة إسقاط ما دام المكلف مخففاً ، وأما إذا نزع خفيه أو أحدهما والنزع مشروع في حقه فلا يكون حينئذ من ذلك النوع فكان نظير هذا من ترك السفر فإنه يسقط عنه سبب الرخصة .

**ويجوز من كل حدث موجب للوضوء إذا لبسها على طهارة كاملة ثم أحدث خصه بحدث موجب للوضوء لأنه لا يمسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله .**

---

وأما أخذ المصنف بهذا فغير موجه لأنه تبع في هذا شيخ الإسلام خواهر زادة في مبسوطه ، فإن ذكر فيه وقال كان مأجوراً . وقال تاج الشريعة فإن قلت كيف يكون مأجوراً وانه رخصة إسقاط فكان نظير الصلاة في حق المسافر ، ولو صلى المسافر أربعاً لا يؤجر بل يكره ، قلت ان الغسل أشق من المسح ويكون أبعد من الخلاف .

( ويجوز ) أي المسح على الخفين ( من كل حدث موجب للوضوء )موجب بكسر الجيم من الايجاب وجعل الحدث موجباً مجازاً لأنه ناقض للوضوء فكيف يكون موجباً والموجب ارادة الصلاة والحدث شرطه فجاز ان يضاف الايجاب إليه كما في صدقة الفطر .

فإن قلت ذكر في المبسوط وخير مطلوب ان الحدث هو السبب . قلت نعم ذكره هكذا ولكنه غير صحيح ، والحدث شرط على الصحيح وقيده بقوله موجب للوضوء احترازاً عن موجب الجنابة على ما يأتي عن قريب ان شاء الله تعالى .

( إذا لبسهما ) أي الخفين ( على طهارة كاملة ) قيد بهذا احترازاً مما إذا توضأ بسؤر الحمار أو بنبيذ التمر لا يجوز المسح عليهما لأن نبيذ التمر بدل عن الماء عند أبي حنيفة ولهذا لو وجد في خلال صلاته يفسد صلاته فلو جاز المسح كان هذا بدل البدل وذا لا يجوز ، وفي زيادة الحلم كم الشهيد لا يمسح بنبيذ التمر لعدم الضرورة ويمسح بسؤر الحمار لأنه ماء مطلق عند طهوريته . وفي زيادات قاضي خان اختلف المشايخ في جواز المسح على الخفين بنبيذ التمر ، وفي خواهر زاده نبيذ التمر ذكره عنه المرغيناني . وفي جوامع الفقه للعيالي في جواز المسح بنبيذ التمر روايتان عن أبي حنيفة ، وحكى الجواز الاسبيجابي أيضاً .

( ثم أحدث ) أي ثم أحدث بعد لبسهما على طهارة كاملة ، وأشار بكلمة ثم إلى ان المسح بعد الحدث لا بعد اللبس ، وهذه عبارة القدوري وباقي ما قاله المصنف فيه (خصه بحدث ) أي خص القدورى « رح » المسح بحدث ( موجب للوضوء ) فسر المصنف قول القدووى هذا بقوله ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا يمسح ) على الخفين ( من الجنابة على ما نبين إن شاء الله تعالى ) لأن الجنابة الزمت غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى .

وبحدث متأخر لأن الخف عهد مانعاً ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة إذا لبست ثم خرج الوقت والمتيمم إذا لبس الخفين ثم رأى الماء كان رافعاً . وقوله إذا لبسهما على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث

---

( وبحدث متأخر ) أي خص القدورى المسح أيضاً بحدث متأخر عن الوضوء كذا ما قاله الأكمل . وقال الاترازى متأخر عن اللبس وهو الأوجه ( لأن الخف عهد ) أى عرف وهو صيغة المجهول والعهد يأتي لمعاني كثيرة بمعنى اليمين والأمان والذمة والحفظ ورعاية الحرمة والوصية فكل واحد من هذه يذكر لما يناسبه بحسب الداعي ( مانعاً ) نصب على الحال من الضمير الذى في عهد يعني مانعاً من سراية الحدث إلى القدم لا رافعاً للحدث لأن الرفع هو المطهر والخف ليس كذلك .

( ولو جوزناه )أي ولو جوزنا المسح على الخفين ( بحدث سابق على اللبس كالمستحاضة اذا لبست ) الخفين والدم يسيل ( ثم خرج الوقت ) قيد به لأن المستحاضة يجوز لها ان تمسح ما دام الوقت باقياً فإذا خرج الوقت ففيه الخلاف فعندنا لا تمسح ، وعند زفر تمسح مدة المسح على حسب السفر والاقامة .

( والمتيمم ) أي وكالمتيمم ( إذا لبس الخفين ثم رأى الماء ) وتوضأ لا يمسح لأنه برؤية الماء ظهر الحدث السابق ( لكان الخف رافعاً ) للحدث السابق والحكم في مسألة المستحاضة أن يكون الدم سائلا عند الوضوء واللبس أو عند أحدهما أو بينهما ، وان كان منقطعاً عندهما أو بينهما فحكمه حكم الاصحاء ، وعند زفر حكمها حكم الاصحاء في الوضوءات كلها وعلى هذا سائر أصحاب الأعذار .

( وقوله ) أي قول القدوري لا يقال انه اضمار قبل الذكر وكذلك الضمير في قوله خصه محدث لأنه معلومة بقرينة الحال لأن المصنف في صدد شرح كلام القدوري ( إذا لبسها على طهارة كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس ) يعني اشتراط القدوري كمال الطهارة وقت لبس الخفين لا يجوز لأن المذهب اشتراط الكمال وقت الحدث اشار بكلمة الاضراب بقوله ( بل وقت الحدث )أي بل اشتراط الكمال وقت الحدث هو الذي يفيده

وقال الاكمل ان كان مراد المصنف هذا الذي قرروه ففي كلام القدوري تسامح ، وإن كان غير ذلك يحتاج إلى بيان لأن ظاهر كلام القدوري يفيد ذلك .

قلت تحرير هذا ان القدوري ذكر اللبس واراد به بقاءه يعني إذا لبسهما باقياً عند الحدث يمسح لأن ماله دوام يأخذه بقاؤه حكم ابتدائه كما لو حلف لا يسكن هذه الدار يحنث فيها بالبقاء حتى لو غسل رجليه وادخلها خفيه ثم اكمل طهارته يمسح وكذا لو لبسهما وهو محدث ثم توضأ وخاض الماء حتى انغسلت رجلاه ثم أحدث يمسح لكمال الطهارة عند الحدث ولو غسل رجله الواحدة وأدخلها الخف وحدها ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف يجوز له المسح إذا أحدث وبه قال الثوري والمزني وابن المنذر والطبري وداود الظاهري ويحي بن آدم وأبو ثور . وقال الشافعي وأحمد ينزع الخف الأول ثم يعيده إلى مكانه وان لم يفعله لا يجوز له المسح . وفي المبسوط هذا اشتغال بما لا يفيد .

( وهو المذهب عندنا ) أي اشتراط الكمال وقت الحدث لا وقت اللبس هو المذهب عندنا خلافاً للشافعي ، فإنه يشترط الكمال وقت اللبس ، واحتج الشافعي على ذلك بأحاديث منها في الصحيحين حديث المغيرة بن شعبة وفيه ثم أهويت إلى الخفين لأنزعهما فقال دع الخفين فإني ادخلت القدمين الخفين وهما طاهران فمسح عليهما واستدل الاترازى بهذا الحديث على اشتراط اللبس على الطهارة ، وليس بظاهر على ما نقول في جوابه وأقرب ما يستدل به حديث اخرجه الدارقطني عن أبي بكرة عن النبي ﷺ انه رخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليها وللمقيم يوماً وليلة إذا تطهر فلبس خفيه أن يمسح عليهما فقالوا ان الفاء للتعقيب والطهارة إذا أطلقت انما يراد بها الطهارة الكاملة .

والجواب عن ذلك انه ليس له حجة في الأحاديث التي تعلق بنا ، لأنا نقول بعدم جواز المسح إلا بعد غسل الرجل ، ومحل الخلاف يظهر في المسألتين احداهما إذا أحدث ثم غسل رجليه ثم لبس الخفين ثم مسح عليهما ثم اكمل وضوءه الثانية إذا أحدث ثم توضأ فلما غسل إحدى رجليه لبس عليها الخف ثم غسل الأخرى ثم لبس عليها الخف ، فإن هذا المسح جائز عندنا في الصورتين خلافاً له هذا تحرير مذهبنا . والشافعية يقول هنا ان

الحنفية لا يشترطون كمال الطهارة في المسح وهذا يدخل ما لو توضأ ولم يغسل رجليه ثم لبس الخفين وليس كذلك عندنا ، بل لا يجوز له في الصورة ، لأن الحدث باق في القدم .

وقال الخطابي في تعليل هذه المسألة وذلك أنه جعل طهارة القدمين معاً قبل لبس الخفين شرطاً لجواز المسح عليهما وعلله بذلك والحكم المعلق بشرط لا يصح إلا بوجود شرطه ولكن لا نسلم انه شرط كمال الطهارة وقت اللبس ، لأنه لا يفهم من نص الحديث ، غاية ما في الباب أخبر انه لبسهما وقدماه كانا طاهرين فأخذنا من هذا اشتراط الطهارة لاجل جواز المسح سواء كانت الطهارة لأجل جواز المسح حاصلة وقت اللبس أو وقت الحدث، وتقييده بوقت اللبس أمر زائد لا يفهم من العبارة . وقال الطحاوى رحمة الله عليه معنى قوله ﷺ أدخلهما وهما طاهرتان يجوز أن يقال طاهرتان إذا غسلهما وان لم تكمل الطهارة كما يقال صلى ركعتين قبل ان يتم صلاته ويحتمل ان يريدهما طاهرتان من جنابة أو خبث .

فإن قلت إذا كان الخف مانعاً من سراية الحدث إلى القدم كان ينبغي أن يمسح عليه إذا غسل رجليه ولبس الخفين ثم أحدث قبل كمال الطهارة ، قلت علم كونه مانعاً من سراية الحدث الى القدم بالنص على خلاف القياس عند كمال الطهارة فيقتصر عليه .

وأما حديث أبي بكرة فإنه ضعيف وفي إسناده مهاجر بن مخلد قال ابن أبي حاتم سألت أبي عنه فقال لين الحديث ليس بذلك . ثم انه قد روى بالواو ولبس خفيه ، وعلى تقدير صحته فهو محمول على طهارة الرجلين .

( حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم أحدث يجزئه المسح ) هذه نتيجة قوله وهو المذهب عندنا . قال الاكمل قيل لا يصح أن يكون نتيجة ما ذكر من اشتراط اللبس على طهارة كاملة فان عدم جواز المسح ها هنا باعتبار ترك الترتيب في الوضوء لا باعتبار اشتراط الطهارة الكاملة وقت اللبس . قلت هذا كلام السغناقي وصاحب الدراية بعده . ثم قال الاكمل ويجوز أن يقال لما أثبت المصنف بالدليل فيما تقدم ان الترتيب في الوضوء ليس بشرط صح ان يبنى هذا الفرع على هذا الخلاف لكونه أثبت

وهـــذا لان الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعاً

---

الدليل في الوضوء ان الترتيب ليس بشرط بل يمكن أن يقال ان هذا الفرع له وجهان في الفساد عند الشافعي أحدهما من جهة ترك الترتيب ، والثاني من جهة عدم كمال الطهارة وقت اللبس ، فالمصنف في هذا يدل على الوجه الثاني مع قطع النظر عن الاول .

( وهذا لأن الخف مانع حلول الحدث بالقدم ) هذا استدلال من جهة العقل ولم يذكر ما هو من جهة النقل ( فيراعى كمال الطهارة وقت المنع ) الفاء فيه جواب شرط محذوف أي فإذا كان الخف مانعاً عن سريان الحدث إلى القدم فيراعـــى كمال الطهارة عن حلول الحدث ولا يراعى وقت اللبس .

( حتى لو كانت ) نتيجة ما قبله ، أي حتى لو كانت الطهارة ( ناقصة عند ذلك ) أي عند حلول الحدث ( كان الخف رافعاً ) وليس كذلك لأنه عهد مانعاً ، أراد أن الطهارة إذا لم تكن كاملة عند الحدث لا يجوز المسح كما إذا لبس خفيه بعد غسل رجليه ثم أحدث ثم توضأ لا يجوز المسح لما قلنا ، ولأن الحدث وان ارتفع عن الرجلين لم يرتفـــع حكمه ، ولهذا لا تجوز صلاتـــه فيكون الخف رافعاً حكماً وان جعل مانعاً حقيقة ولو توضأ للفجر وغســـل رجليه ولبس خفيه وصلى ثم أحدث وتوضأ للظهر وصلى ثم للعصر كذلك ثم تذكر انه لم يمسح برأسه في الفجر نزع خفيه ويعيد الصلوات لأنه تبين ان اللبس لم يكن على طهارة كاملة ، وان تبين انه لم يمسح للظهر فعليه اعادة الظهر خاصة لأنه لبسه على طهارة كاملة فتكون طهارة الأصل كاملة .

فإن قلت إذا غسل القدمان رفع الحدث عنهما حكماً فإذا انضم إليه غسل بقيـــة الأعضاء ارتفع الحدث بالمجموع فكان مانعاً لا رافعاً . قلت كلهم اتفقوا على ان المســح لا يجوز إلا بعد طهارة كاملة واختلافهم في وقتها فلو كانت الطهارة ناقصة عند حلول الحدث يلزمه أن يكون الخف رافعاً للحدث الحكمي الذي حل بالقدم لأنه وان : ال بالماء حقيقة لكنه باق حكماً لعدم التجزي وعن بقية الأعضاء أيضاً يرد النقض على مســح الخف (١)

---

(١) هنا كلمة غير واضحة ، اه مصححه .

طهارة كاملة فكان مانعاً لا رافعاً وهو خلف .

فان قلت هذا يقتضي وجود الطهارة الكاملة وقت الحدث ، ونحن لا نمنع ذلك وإنما نقول إنها لا تكفي بل يحتاج إلى وجودها وقت اللبس أيضاً . وما ذكرتم لا يدفع ذلك . قلت كلام المصنف لا يدفع ذلك والدافع أن وجود الطهارة يحتاج إليه عند طرآن ما يزيلها وهو الحدث تحقيقاً للإزالة ، وأما قبل ذلك فهي مستغنى عنها فلا فائدة في اشتراطها .

(ويجوز ) أي المسح ( للمقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ) التوقيت في المسح قول عامة العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وقال الخطابي هو قول عامة الفقهاء . وقال ابن المنذر هو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن زيد الانصاري وعطاء وشريح والكوفيين ويحي ، وعن الأوزاعي وأبي ثور والحسن بن صالح وأحمد وإسحاق .

وقالت طائفة لا توقيت في المسح ويمسح ما شاء يروى عن الشعبي وربيعة والليث وأكثر أصحاب مالك وسمع مطرف مالكاً يقول التوقيت بدعة . وقال الشافعي لا توقيت فيه قاله نصر . وقال النووي هو قوله القديم قال وهو ضعيف رواه جداً ولا تفريع عليه وحكى ابن المنذر عن سعيد بن جبير انه يمسح من غدوة إلى الليل . وعن الشعبي وأبي ثور وسليمان بن داود انه لا يصلي به إلا خمس صلوات ان كان مقيماً وخمس عشرة ان كان مسافراً وهو مذهب مردود لان التوقيت بالزمان لا بتعدد الصلوات .

وفي المحيط لو خاف على رجله يمسح على خفيه من غير توقيت للضرورة وفي جوامع الفقه المسافر بعد الثلاث يمسح على خفيه لخوف البرد للضرورة . وفي الاستذكار روي عن مالك انكار المسح على الخفين في الحضر والسفر اكثر وأشهر وعلى ذلك بنى موطأه ، وقد ذكرنا في أول الباب عن مالك ست روايات . وقال ابن المنذر في كتاب الاجماع اجمع العلماء على جواز المسح على الخفين ، وقد صح رجوع من كان خالفهم وكذلك لا أعلم أحداً من فقهاء المسلمين روى عنه انكار المسح إلا مالك الرواية الصحيحة الرجوع بخلاف ذلك وعلى ذلك جميع أصحابه احتج من قال بعدم التوقيت بما خرجه أبو داود والدارقطني والبيهقي عن ابن أبي عمارة وقد كان صلى مع رسول الله ﷺ إلى القبلتين قال قلت يارسول الله ﷺ أمسح على الخفين قال نعم قلت يوم قال ويومين قلت وثلاثة أيام قال نعم وما شئت وفي رواية حتى بلغ سبعاً فقال عليه السلام نعم ما بدا لك .

والجواب عنه ان ابا داود قال هذا الحديث ليس بالقوي واختلف في اسناده ، وقال

الدارقطني اسناده لا يثبت ، وقال ابن القطان فيه محمد بن زيـد وهو ابن أبي زياد صاحب حديث الصور قال فيه أبو حاتم مجهول ، ويحي بن أيوب مختلف فيـه وهو ممن عيب على مسلم إخراج حديثه . وقال ابن العربي وفي طريقه ضعفاً أو مجاهيل منهم عبد الرحمن بن زيدين ومحمد بن يزيد وأيوب بن قطن . وقال البخاري حديث مجهول لا يصح . وقال أحمد رجاله لا يعرفون ، وقال الثوري اتفقوا على انه ضعيف مضطرب لا يحتج به .

فإن قلت رواه الحاكم في المستدرك وقال اسناده بصري ولم ينسب واحد منهم إلى جرح وابي بن عمارة صحابي مشهور ولم يخرجاه . قلت لا يؤخذ منه ما قاله مع وجود ماذكرنا وكيف يخرجه البخاري مع قوله حديث مجهول .

فان قلت اذا كان الامر كذلك فما مستند أهل المدينة في المسح اكثر من ثلاثة[1] ويوم وليلة . قلت قال أبو ذرعة لهم فيه أثر صحيح من رواية عبيـد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان لا يوقت في المسح على الخفين وقتاً واحتجوا أيضاً برواية حماد ابن زيد عن كثير بن سطير عن الحسن قال سافرنا مـع أصحاب رسول الله ﷺ فكانوا يمسحون خفافهم بغير وقت ولا عذر رواه ابن الجهيم في كتابـه ، وروى ابن الجهيم في كتابه بسنده إلى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه انه خرج من الخلاء فتوضأ ومسح على خفيه ، فقلت له تمسح عليهما وقد خرجت من الخلاء قال نعم إذا أدخلت القدمين إلى الخفين وهما طاهرتان فامسح عليهما ولا تخلعهما إلا لجنابة .

وروى أيضاً بسنده إلى عروة أنه كان لا يوقت في المسح، وروي نحو ذلك عن جماعة من الصحابة قاله ابن عبد البر في الاستذكار وهم عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص وعقبة ابن عامر وعبد الله بن عمر .

والجواب عن ذلك ان هذا لا يصادم الاحاديث الصحيحة في التوقيت على ما نذكره

---

(١) ربما في التعبير كلام ساقط وتمامه — في المسح اكثر من ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوم وليلة للمقيم — والله أعلم . اهـ مصححه .

عن قريب ان شاء الله تعالى ، على ان ابن حزم ضعف كثير بن سطير جداً وعن يزيد بن مغفل عن عمر رضي الله عنه قال للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن وللمقيم يوم وليلة فدل ذلك على رجوع عمر إلى التوقيت في المسح .

وأخرج الطحاوي ما روى عن عمر رضي الله عنه من ثمان طرق ، وأخرجه البيهقي من حديث الاسود عن شبابة عن عمر رضي الله عنه قال للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه أخبرنا عائذ بن حبيب عن طلحة بن يحي عن ابان بن عثمان قال سألت سعد بن أبى وقاص عن المسح على الخفين فقال نعم ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوم وليلة للمقيم ، فهذا أيضاً يدل على رجوعه إلى التوقيت ، والمرجع في هذا الى قول النبي ﷺ أولى .

فان قلت روى الحاكم في مستدركه حديث أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال إذا توضأ أحدكم ولبس خفيه فليصل فيهما وليمسح عليهما ثم لا يخلعهما إن شاء إلا من جنابة . وقال الحاكم اسناده صحيح على شرط مسلم ورواية عن آخر ثم ثقات .

وروى الحاكم أيضاً من حديث عقبة بن عامر الجهني انه قدم على عمر رضي الله عنه بفتح دمشق قال وعلي خفاف فقال لي عمر رضي الله عنه كم لك يا عقبة منذ كم لم تنزع خفيك فذكرت من الجمعة منذ ثمانية أيام فقال أحسنت وأصبت السنة ، وقال الحاكم حديث صحيح على شرط مسلم ورواه الدارقطني والبيهقي أيضاً .

قلت الجواب عن الأول ما قاله ابن الجوزي في التحقيق انه محمول على مدة الثلاث ، وقال ابن حزم هذا مما انفرد به أسد بن موسى عن حماد وأسد منكر الحديث لا يحتج به . قلت ليس كذلك فان أسد ثقة وليس له ذكر في شيء من كتب الضعف ووثقه البزاز وابن يونس .

والجواب عن الثاني ما قاله الطحاوي ليس فيه دليل قطعي على ان قوله أصبت السنة من النبي ﷺ لأن السنة يحتمل أن تكون سنة النبي ﷺ ويحتمل أن تكون سنة أحد من خلفائه ، وقد يطلق أيضاً على قول أحد من الصحابة « رض ».

فان قلت روي عن خزيمة بن ثابت رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال المسح على الخفين للمسافر ثلاثة أيام وللمقيم يوم وليلة ، ورواه أبو داود والطحاوى ثم قال أبوداود رواه منصوربن المعمر عن ابراهيم التميمي باسناده ولو استزدناه لزادنا، وفي رواية الطحاوى ولو اظب [1] عليه السائل لزاده . قلت ذكر في الامام ان فيه ثلاث علل ، الاولى اختلاف اسناده وله ثلاث مخارج ، رواية ابراهيم التميمي وابراهيم النخعي ورواية الشعبي ثم ذكر الزيادات أعني لو استزدنا لزادنا ، وبعضها ليست فيه .

الثانية : الانقطاع قال الترمذى سألت محمد بن اسماعيل يعني البخارى عن هذا الحديث فقال لا يصح . وحديث خزيمة بن ثابت في المسح لانه لا يعرف لابي عبد الله الجدلى سماع من خزيمة .

الثالثة : قال ابن حزم ان أبا عبد الله الجدلي لا يعتمد على روايته .

فإن قلت لما روى الترمذي حديث خزيمة هذا قال حديث حسن صحيح وكيف ينقل عن البخاري انه لا يصح . قلت والظاهر ان قوله – لم يصح – هو بالزيادة المذكورة مع الخلاف رواية ، واما تصحيحه وتحسينه فبغير الزيادة المذكورة ، واسم أبي عبد الله الجدلي عبد بن عبيد ويقال عبد الرحمن بن عبيد .

وذكر الأكمل في احتجاج مالك حديثين أحدهما قال لحديث عمار بن ياسر قال قلت يا رسول الله ﷺ نمسح على الخفين يوماً قال نعم فقلت يومين قال نعم حتى انتهيت إلى سبعة أيام فقال إذا كنت في سفر فامسح ما بدا لك .

والآخر ما روى سعد بن أبي وقاص وجرير بن عبد الله وحذيفة بن اليماني في جماعة من الصحابة فإنهم رووا المسح على الخفين غير مؤقت ، ذكره أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي .

فالحديث الأول لمالك في عدم جواز المسح للمسافر ، والثاني انه غير موقت وكذا نقله

---

(١) هكذا – أظب – في الاصل ولم أجدها في مختار الصحاح . اهـ مصححه .

الاترازي عن أبي بكر الرازي . قلت هذا عجز ظاهر حيث يذكر أحد الحديثين ونسبه إلى أحد من الفقهاء أو نقله من كتاب الأصل فكان يبين مخرجه رجال بسنده حتى يرضى الخصم بذلك .

وأما حد نسبة الأكمل الحديث الأول إلى عمار بن ياسر رضي الله عنه فيه نظر لأن الحديث لأبي عمارة أخرجه أبو داود وغيره كما ذكرناه عن قريب . وأما حديث عمارة فقد قال البيهقي روينا عنه جواز المسح .

( لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ) هذا الحديث أخرجه جماعة منهم الطبراني من حديث البراء بن عازب قال قال رسول الله ﷺ للمسافر ثلاثة أيام ولياليها وللمقيم يوم وليلة في المسح على الخفين .

ومنهم الحافظ أبو نعيم في كتاب معرفة الصحابة من حديث مليكة بنت الحارث قالت حدثني أبي عن جدي مالك بن سعد انه سمع النبي ﷺ يقول وسئل عن المسح على الخفين قال ثلاثة أيام للمسافر ويوم وليلة للمقيم .

ومنهم أبو نعيم أيضاً من حديث مالك بن ربيعة قال رأيت رسول الله ﷺ توضأ ومسح على خفيه وروى للمسافر ثلاثةَ أيام وللمقيم يوم وليلة .

ومنهم من حديث شريح بن هانىء قال أتيت عائشة رضي الله عنها اسألها عن المسح على الخفين فقالت عليك بابن أبي طالب فاسأله فإنه كان مسافراً مع رسول الله ﷺ فسألنا فقال جعل رسول الله ﷺ ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوماً وليلة للمقيم ، ورواه ابن خزيمة في صحيحه بلفظ رخص لنا رسول الله ﷺ في المسح على الخفين ثلاثة أيام .. الى آخره .

ومنهم أبو داود من حديث خزيمة بن ثابت قال قال رسول الله ﷺ المسح على الخفين للمسافر ثلاثة أيام وللمقيم يوم وليلة ، أخرجه ابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن صحيح .

ومنهم ابن أبي شيبة أخرجه في مسنده من حديث عمر رضي الله عنه سمعت رسول الله

ﷺ يأمر بالمسح على ظاهر الخف للمسافر ثلاثة أيام ولياليها والمقيم يوماً وليلة .

ومنهم الحافظ أبو بكر النيسابوري من حديث عمرو بن أمية الضمري انه ﷺ قال للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن والمقيم يوم وليلة .

ومنهم البزاز من حديث عوف بن مالك لا يخفى انه ﷺ أمر بالمسح على الخفين في غزوة تبوك ثلاثة أيام ولياليهن المسافر ويوم وليلة للمقيم .

ومنهم البزاز أيضاً من حديث أبي هريرة ان رجلا سأل النبي ﷺ عن المسح على الخفين فقال للمقيم يوم وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليهن .

ومنهم الدارقطني من حديث عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه عن النبي ﷺ انه رخص للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن والمقيم يوم وليلة إذا طهر ولبس خفيه أن يمسح عليهما، ورواه ابن خزيمة أيضاً والاثرم ، وقال الطحاوي هو صحيح الاسناد ، وقال البخاري حديث حسن .

ومنهم الطبراني في الكبير من حديث المغيرة آخر غزوة غزونا مع رسول الله عليه السلام أمرنا أن نمسح على خفافنا للمسافر ثلاثة أيام ولياليها والمقيم يوماً وليلة ما لم يخلع.

ومنهم الترمذي من حديث صفوان بن عسال بفتح العين المهملة وتشديد السين المهملة قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا مسافرين أو سفراً ان لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة ، ويروى لا من جنابة ولكن من غائط وبول ونوم ، وقال حديث حسن صحيح ، ورواه النسائي وابن ماجة وابن حبان في صحيحه وابن خزيمة ، أيضاً قوله — أو سفراً — شك من الراوي بفتح السين وسكون الفاء جمع مسافر كركب وراكب ، وقيل اسم جمع وذكر الغائط والبول والنوم خرج مخرج الغالب ، وفي معناها زوال العقل بالجنون والاغماء وكذا القيء وخروج الدم وكل ما كان حدثاً وفي معنى الجنابة النفاس والحيض على أصل أبي يوسف إذا كانت مسافرة لأن أقل الحيض عنده يومان وليلتان وأكثره الثلاث فيمكنها المسح في بقية المدة وما فيه غسل جميع البدن ، ويؤخذ منها انه لا يمسح على الخف من نجاسة .

## قال وابتداؤها عقيب الحدث لأن الخف مانع سراية الحدث إلى القدم فيعتبر المدة من وقت المنع

قوله – **لكن** – حرف استدراك بعد النفي وإذا استدرك بها الاثبات يختص بالجملة دون المعنى ، وقيل في لفظ الحديث اشكال لأن قوله أمرنا أن لا ننزع خفافنا إلا من جنابة معقب بالاستثناء فيصير ايجاباً . وقوله – بعد ذلك – لكن استدرك من إيجاب المفرد وذلك خلاف على ما تقدم . قوله – وبول ونوم – بواو العطف في كتب الحديث ووقع في كتب الفقه كلها أو للتنويع .

( قال ) أي القدوري ( وابتداؤها ) أي ابتداء مدة المسح ( عقيب الحدث ) لا من وقت اللبس وبه قال الشافعي والثوري وجمهور العلماء وهو أصح الروايتين عن أحمد وداود ، وقال الأوزاعي وأبو ثور وابتداء المدة من حين يمسح بعد الحدث وهو رواية عن أحمد وداود وهو المختار والراجح دليلا ذكره النووي واختاره ابن المنذر وحكى نحوه عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وعن الحسن البصري ان ابتداؤها من وقت اللبس ، ويلزم على قول الحسن انه إذا مضى يوم وليلة على المقيم ولم يحدث وجب أن ينزع الخف ولا يجزئه المسح بعد ذلك وهو محال وعلى من يعتبر من وقت المسح انه إذا لبس خفيه وأحدث ولم يمسح ثم أغمي عليه بعد ذلك أسبوعاً أو شهراً انه لا ينزع خفيه ويمسح عليهما وهو محال أيضاً كذا في مبسوط شيخ الاسلام وشمس الأئمة .

ثم بيان الأقوال الثلاثة ممن توضأ عند طلوع الفجر ولبس الخف ثم أحدث بعد طلوع الشمس ثم توضأ ومسح بعد الزوال فعلى قول العامة يمسح المقيم إلى وقت الحدث من اليوم الثاني وهو ما بعد طلوع الشمس من اليوم الثاني ، وعلى القول الثاني إلى وقت طلوع الفجر من اليوم الثاني وهو وقت اللبس ، وعلى القول الثالث إلى ما بعد الزوال من اليوم الثاني وهو وقت المسح والصحيح قول العامة .

( لأن الخف مانع سراية الحدث إلى القدم ) أي مانع حلول الحدث بالرجل شرعاً ( فتعتبر المدة من وقت المنع ) أي لأن المانع عن الشيء إنما يكون مانعاً حقيقة عند

طريان الممنوع ثم الحقيقة أولى بالاعتبار فتعتبر المدة من عنده . وفي المبسوط لأن الحدث سبب للوضوء فتعتبر المدة من وقت السبب .

وقال أبو نصر الاقطع عن ابراهيم الحرمي قال روى عن عشرة من الصحابة وعشرين من التابعين ان ابتداء المسح من وقت الحدث لا من وقت اللبس ، ولأن الحدث سبب الرخصة حتى لو لم يحدث لا يحتاج إلى المسح فتعتبر من وقت السبب فأكثر ما يصلي به المقيم من الصلاة الوقتية ست صلوات والمسافر ستة عشر وقتاً إلا بعرفة والمزدلفة فإنها تكون سبعاً للمقيم وسبع عشر للمسافر ومثلها عند الشافعي في سائر الأماكن للجمع .

( والمسح على ظاهرهما ) أي محل المسح على ظاهر الخفين وهو المستحب عندنا ومسح أسفل الخفين غير مستحب ، وفي البدائع المستحب عندنا الجمع بين ظاهره وباطنه في المسح إذا لم يكن به نجاسة وبه قال الشافعي حكاه في المهذب حيث قال والمستحب أن يمسح أعلى الخف وأسفله والواجب عنده أقل جزء من أعلاه . وقال السغناقي قال الامام السرخسي في المبسوط فإن مسح باطن الخف دون ظاهره لم يجز ، فإن موضع المسح ظهر القدم .

وقال الشافعي المسح على ظاهر الخف فرض وعلى باطنه سنة . وقال صاحب الهداية قوله على ظاهرهما احتراز عن قول الشافعي والزهري ومالك فان السنّة عندهم المسح على الخف وأسفله الا ان يكون على أسفله نجاسة ولكن لو اقتصر على مسح أعلاه يجوز عندهم ولو اقتصر على مسح أسفله لم يجز على ظاهر المذهب وأظهر القولين عن الشافعي ويجزئه في قول .

وأما مسح العقب فمن أصحابه من قال يمسحه قولاً واحدا ومنهم من قال فيه قولان أصحهما انه يمسحه وفي الإقتصار على العقب قولان الأظهر انه يجوز وعندنا والثوري وداود وأحمد لا مدخل لأسفل الخف في المسح ولا للعقب . قلت ما ذكر في البدائع هو قول علي وأنس وقيس بن سعد وعروة بن الزبير والحسن البصري والشعبي وعطاء والنخعي والثوري والأوزاعي وغيرهم واختاره ابن المنذر ، وروي عن سعد بن أبي وقاص وابن

عمر وعمر بن عبد العزيز والزهري ومالك وجوب مسح ظاهرهما وباطنهما، وحكى النووي عن ابن المنذر ان مسح اسفلها استحباب عندهم وبه قال الشافعي وهو قول مالك السنة مسح اعلا الخف وأسفله .

قلت هذا يخالف لما نقله النووي وما نقله السغناقي عن الشافعي « رح » . وقال الاكمل وفي المغني ولا يسن مسح أسفله ولا عقبه وبذلك قال عروة وعطاء واسحاق والنخعي والأوزاعي واسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر ولا نعلم أحدا قال يجزئه مسح أسفل الخف إلا أشهب من أصحاب مالك وبعض أصحاب الشافعي والمنصوص عن الشافعي انه لا يجزئه . وقال ابن المنذر لا أعلم أحدا يقول بالمسح على الخفين ويقول لا يجزئه المسح على أعلى الخف .

( خطوطاً بالأصابع ) قال الأكمل هو منصوب على الحال بمعنى مخطوطاً . قلت أخذه من السغناقي وكذا قال صاحب الدراية وتاج الشريعة ولم يبين أحدا منهم ان لفظ الخطوط مصدر أو جمع وان ذا الحال ما هو فنقول والخطوط جمع خط . قال الجوهري الخط واحد الخطوط وكذا قال في العبارات فان كان الخطوط مصدرا والمصدر الخطيقال خط الكتابة خطاً . قال السغناقي يقال خطه فلان كما يقال كتبه فلان ثم قال في آخر الباب وأكثر كتبه يدل على انه من باب نصر ينصر كذا في دستور اللغة والحالحوالمبتدأ أي قوله — والمسح — لأنه مرفوع على الإبتداء والخبر متعلق قوله — على ظاهرهما — وهو كائن أو جائز أو نحو ذلك وخطوطاً على حاله من غير تأويل .

فان قلت المطابقة بين الحال وذي الحال شرط وها هنا الحال جمع وذو الحال مفرد . قلت المصدر يتناول القليل والكثير ويمكن أن يقال ان ذا الحال محذوف والخطوط حال منه والتقدير ومسح الماسحين على ظاهر الخفين حال كونهم مخططين بالأصابع فحينئذ يجوز خطوطاً بالخططين على صيغة اسم الفاعل لا التأويل بالمفرد على ما قالوا من غير روية .

وقال الاترازي وقوله خطوطاً بيان السنة لا شرط الجواز وقال هذا احتراز عن قول

عطاء فإنه يقول بتثليث المسح اعتباراً بالغسل وذلك لأن الخطوط انما تبقى اذا مسح مرة واحدة . قلت هذا ليس باحتراز عن قول عطاء فإنه لو قيل خطوطاً بالأصابع مرة كان احترازاً عن قول عطاء قال لأن الخطوط إنما تبقى إذا مسح مرة وفيه نظر ، لأن بقاء الخطوط ليس بشرط ، وغايه ما في الباب ان عطاء قاس مسح الخف على الغسل .

( يبدأ من قبل الأصابع إلى الساق ) هذا كيفية المسح أن يبدأ الماسح ، وابتداؤه من قبل أصابع الرجل وانتهاؤه إلى الساق وفيه أشار إلى أن الساق لا يدخل ، لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا، وعن هذا قال الحسن عن أبي حنيفة انه يمسح ما بين أطراف الأصل إلى الساق ، وهذا الذي ذكره هو مقدار الواجب في المسح . وقال أحمد الواجب مسح أكثر ظاهره ، وعند مالك جميعه إلا مواضع وعند الشافعي ان اقتصر على جزء من أعلاه أجزأه بلا خلاف وإن اقتصر على بعض أسفله لا يجزئه نصه في البويطي ومختصر المزني.

ولهم فيه طرق ثلاث طريقة جمهورهم عدم الاجزاء ذكره النووي في شرح المهذب . وقال أبو عمر حديث المغيرة يبطل قول أشهب انه لا يجوز الاقتصار على ظاهر الخف . وفي المغني عن أشهب وبعض الشافعية انه يجوز الاقتصار على أسفله . وقال ابن المنذر لا أعلم أحداً يقول بالمسح على الخفين انه لا يجزىء المسح أعلى الخفين . وقال ابن بطال الصحابة مجمعون على انه انمسح أسفله دون أعلاه لم يجزه. وفي المحيط السنة إكمال الفرض في محله كالعقب والساق والجوانب والكعب ، ولو مسح باصبع واحدة في ثلاثة مواضع أو بدءاً من الساق أو من ظهر القدم عرضاً جاز ولو كان بعض خفه خالياً ومسح قدر ثلاثة أصابع على المغسول جاز على الحال لا يجوز والبداءة من رؤوس الأصابع مستحبة اعتباراً بالغسل وهو قول المرغيناني وظاهرهما من رؤوس الأصابع إلى مقدار شراك النعل .

وفي جوامع الفقه ولو مسح على احدى رجليه مقدار إصبعين وعلى الأخرى مقدار خمسة أصابع لا يجزئه فيعتبر مقدار ثلاث أصابع من رجل . ونص محمد على أن المعتبر فيه أكثر آلة المسح ذكره في المحيط والزيادات ، وقال الكرخي ثلاث أصابع الرجل واعتبره بالخرق والأول أصح ولا يجزئه اصبع ولا اصبعان كما في مسح الرأس ولو أصابه مطر أو

## لحديث المغيرة ان النبي ﷺ وضع يديه على خفيـــه ومدهما من الاصابـع إلى اعلاهما مسحة واحدة وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله ﷺ خطوطاً بالاصابع .

مشى على حشيش مبتل بالمصر يجزئه وكذا بالطل لأنه ماء . وقيل لا يجزئه لأنه نفس دابة في البحر يجذبه الهواء فيرش على الأرض .

قال المرغيناني الصحيح الاول ، وفي فتاوى قاضي خان وكيفية المسح ان يضع بعض أصابع يده اليمنى على مقدم خفه الأيمن وأصابع يده اليسرى على مقدم خفه الأيسر ويمدهما إلى الساق فوق الكعبين ويفرج بين أصابعه ، ولو بدأ من أصل الساق ومـــد إلى الأصابع جاز وفي المجتبي إظهار الخطوط ليس بشرط في ظاهر الرواية . وقال الطحاوي المســح على الخفين خطوط بالأصابع.

( لحديث المغيرة أن النبي ﷺ وضع يديه على خفيـه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما مسحة واحدة وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله ﷺ خطوطاً بالأصابع) قلت حديث المغيرة بن شعبة لم يرو على هذا الوجه وإنما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنـــا الحسين رضي الله عنه عن أبي عامر الحرار عن الحسن عن المغيرة بن شعبة قال رأيت رسول الله ﷺ بال ثم جاء توضأ ومسح على خفيه ووضع يده اليمنى على خفه اليمنى ويده اليسرى على خفه الأيسر ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة حتى كأني أنظر إلى أصابـــع رسول الله عليه السلام على الخفين . هذا الحديث مع غرابته يدل على أحكام الأول أن السنة وضع اليدين على الخفين .

وعن محمد يضع أصابع يديه على مقدم الرجل ويمدها أو يضع كفه مـــع الأصابع إلى أعلاهما والمد سنة لأنه ورد أنه عليه السلام مسح بالمد وبغير المد .

الثاني : أن السنة في المسح في كيفية الوضع وضع يده اليمنى للايمن واليسرى للايسر.

الثالث : ان السنة المسح مرة واحدة .

فإن قلت أخرج أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث ثور بن يزيد عن سرجان[1]

---

(١) هكذا في الاصل وربما قصد رجاء بن حيوة . اهـ مصححه .

ابن حيوة عن كاتب المغيرة عن المغيرة قال وضأت رسول الله ﷺ في غزوة تبوك فمسح أعلا الخف وأسفله . قلت ضعف هذا الحديث ، فقال أبو داود إن ثوراً لم يسمعه من رجاء قال الترمذي حديث معلول لم يسنده عن ثور عن الوليد بن مسلم ، وسألت محمداً وأبازرعة عن هذا الحديث فقالا ليس بصحيح لأن ابن المبارك رواه عن ثور عن رجاء قال حديث كاتب المغيرة عن النبي ﷺ مرسل . وقال الدارقطني في العلل هذا حديث لا يثبت لأن ابن المبارك رواه عن ثور بن يزيد مرسلاً وكذا ضعفه أحمد بن حنبل « رح » .

قلت حاصل ما ذكروا في هذا الحديث أربع علل الأولى أن ثوراً لم يسمعه من رجاء ، ويجاب عن هذا بأن البيهقي أسنده عن داود بن رشيد حدثنا الوليد عن ثور حدثنا رجاء عن كاتب المغيرة عن المغيرة وقد صرح فيها بأن ثوراً قال حدثنا رجاء وإن كان رواه قد روى عنه أنه قال عن رجاء .

الثانية : ان كاتب المغيرة أرسله ، ويجاب عن هذا بأن الوليد بن مسلم زاد في الحديث ذكر المغيرة وزيادة الثقة مقبولة .

الثالثة : ان كاتب المغيرة مجهول ، ويجاب عن هذا بأن المعروف بكتابة المغيرة هو مولاه ، وزاد الثقفي وكنيته أبو سعيد ويقال أبو الورد سمع المغيرة روى عنه الشعبي ورجاء بن حيوة وأبو عون وغيرهم ، وروى له الجماعة ، وصرح ابن ماجة في سننه فقال عن رجاء عن داود كاتب المغيرة فصرح باسمه .

الرابعة : أن الوليد مدلس ، ويجاب عن هذه بأن أبا داود قال عن الوليد أخبرني ثور فأمن بذلك تدليسه فلذلك استدل به جماعة منهم الشافعي ان مسح أسفل الخفين مستحب عندهم .

قلت وعن هذا قال صاحب البدائع المستحب عندنا الجمع بين ظاهره وباطنه وقد ذكرناه .

وجمهور أصحابنا استدلوا بما روي من حديث الأعمش عن أبي اسحاق عبد خير عن علي رضي الله عنه لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح عليه من ظاهره ، وقد

رأيت رسول الله ﷺ يمسح على الخفين على ظاهرهما، رواه أبو داود وأحمد والترمذي وقال: حديث حسن صحيح ورواه أبو داود أيضاً من حديث الأعمش باسناده قال ما كنت أرى باطن القدمين إلا أحق بالمسح حتى رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر خفيه . وقال أبو داود رواه أبو السوداء عن أبيه قال رأيت علياً رضي الله عنه توضأ فغسل ظاهر قدميه وقال لولا أني رأيت رسول الله ﷺ يفعله لظننت بطونهما أحق بالمسح وقال البيهقي والمرجع فيه إلى عبد خير وهو لم يحتج به صاحب الصحيح .

قلت عدم احتجاج صاحبي الصحيح ليس بقادح في روايته ، والحق من أخذه لم يحتجا به ، وقد احتج به غيرهما وحديثه صحيح . وقال إمام الحرمين في النهاية في الحديث الصحيح أنه عليه السلام مسح على خفيه خطوطاً فكأنه تبع القاضي حسين ، فإنه قال روى حديث علي رضي الله عنه كنت أرى أن باطن القدمين أحق بالمسح من ظاهرهما قال فحكى عنه أنه قال ولكني رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر الخف خطوطاً بالاصابع وتبعه الغزالي في الوسيط.

وقال النووي في شرح المهذب هذا الحديث ضعيف روي عن علي مرفوعاً وعن الحسن البصري موقوفاً . قلت وروى ابن أبي شيبة أثر الحسن البصري قال من السنة أن يمسح على الخفين خطوطاً . وقال في التنقيح قول امام الحرمين انه صحيح غلط فاحش لم نجده من مرويات علي ، ولكن روى ابن أبي شيبة أثر الحسن المذكور . قلت كان النووي أراد بقوله هذا الحديث ضعيف هو الذي نقله امام الحرمين ، وأما الذي رواه أبو داود فهو صحيح كما قلنا والدليل على ذلك ما قاله صاحب التنقيح . وقال السروجي في تعليل ترك المسح باطن الخفين لأن المسح إذا تكرر على أسفل الخف خلق وبلى واضربه مع الدوس بالبلل على الأرض كما ذكروا في ساق الخف بل أولى ، لأنه لا يلحق الأرض .

قلت هذا التعليل معدول لا يخفى ، وقال أيضاً ولأنه معدول عن القياس فيقتصر على ما ورد به الشرع وهو ظاهر الخف دون باطنه .قلت القياس يقتضي مسح الظاهر والباطن لأنه يدل على الغسل والشرع كما ورد بالظاهر ورد بالباطن كما ذكرنا مستقصى .

( ثم المسح على الظاهر حتم ) أي ثم مسح الخف على ظاهره حتم أي واجب . قال الاترازي يعني أنه واجب لا يحتمل غيره. قلت ان أراد بعدم الاحتمال عقلا فممنوع ومنعه ظاهر ، إن أراد به شرعاً فممنوع أيضاً لأنه ورد أنه عليه السلام مسح على باطن خفه كما مر من حديث المغيرة بن شعبة .

وقال صاحب الدراية فإن قيل ينبغي أن يجوز المسح على الباطن والقعر لأنه خلف عن الغسل فيجوز في جميع محل الغسل كما في مسح الرأس فإنه يجوز المسح في جميع الرأس وان ثبت مسحه عليه السلام في الناصية. قلت لا يجوز لأن فعله عليه الصلاة والسلام ابتداء شرع وهو غير معقول المعنى فيعتبر جميع ما ورد به الشرع من رعاية الفعل والمحل بخلاف مسحه عليها فإنه بيان ما ثبت بالكتاب لا نصب الشرع فيجب العمل بمقدار ما يحصل به البيان وهو المقدار ، لأن المحل معلوم بالنص فلا حاجة إلى فعله بياناً له .

قلت ان أراد بقوله لا يجوز يعني مسح البطن والعقب مع مسح الظاهر فلا نسلم ذلك ، لأنه ورد مسح الظاهر والباطن بقوله فيعتبر جميع ما ورد به الشرع من رعاية الفعل والمحل لا يصلح دليلا لمدعى الاقتصار على الظاهر ، لأنه ورد في الشرع فعل الباطن، رثبت انه محل أيضاً لفعله عليه السلام فكما انه يراعى الفعل والمحل لو ورد الشرع بهما فكذلك ينبغي أن يراعى ذلك في الباطن أيضاً ، فإن الشرع ورد بهما أيضاً.

وقوله – لأن المحل معلوم بالنص فلا حاجه إلى نقله بياناً له - غير مسلم في حق المقدار . قال صاحب الدراية فإن قيل ينبغي أن يجوز المسح على الباطن مع الظاهر لكونهما مرويين والجمع ممكن فتثبت فرضية مطلق المسح وسنية المسح عليهما كما قال الشافعي . قلت هذا السؤال غير وارد فلا يحتاج إلى قوله ينبغي .. الخ والعمل بما قاله الشافعي لو ورد حديث الظاهر والباطن وإمكان الجمع بينهما في العمل وتأويله في جواب هذا السؤال بقوله - يحتمل أن يكون المراد من أعلاه مما يلي الساق ومن أسفل مما يلي الاصابع فلا يثبت سنية مسح الباطن – فالشك غير صحيح لأن هذا مفسر فلا يحتاج إلى التأويل إذا لم يمكن الجمع وقد أمكن كما ذكرنا .

**حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية من رؤوس الأصابع استحباب**

( حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه ) هذه نتيجة قوله — ثم المسح على الظاهر حتم — قلت ان اراد بقوله لا يجوز الاقتصار على الباطن أو العقب أو الساق فمسلم. وان أراد به مع الظاهر فغير مسلم كما ذكرنا. وقال الأكمل يعني لا يجوز على باطن الخف وعقبه خلافاً للشافعي في قوله . قلت هذا لا يصح فإنه لم ينقل عن الشافعي انه أجاز مسح الباطن وحده بل نص في الام وغيره ان مسح الباطن وحده لا يجوز .

( لانه معدول به عن القياس ) أي لان المسح معدول به عن القياس ، لان المسح لا يطهر ولا يزيله فجعل قائماً مقام الغسل للتخفيف رخصته . وقال الاترازي قوله معدول به عن القياس إشارة إلى ما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه قال لو كان الدين بالرأي الحديث . قلت يفهم من كلام هذا أن القياس مسح الباطن وعدل به عنه إلى الظاهر وليس كذلك بل القياس أن لا يجوز المسح أصلا كما ذكرنا الآن .

( فيراعى جميع ما ورد به الشرع ) هذه نتيجة قوله لانه معدول به عن القياس ولكن ظاهر هذا الكلام لا يستقيم لان استيعاب ظاهر الخف والبداءة من رؤوس الأصابع غير معتبر في الوجوب فلو روعى جميع ما ورد به الشرع لوجب ذلك ولم يدل به أخذ الخف .

( والبداءة من رؤوس الاصابع استحباب ) الخبر لا يطابق المبتدأ في المعنى والمطابقة مستحبة وهو يتضمن الاستحباب اللهم إلا إذا جعل هذا من قبيل زيد عدل ، فافهم . ونتيجة قوله — استحباب — انه لو بدأ من الساق جاز . وسأل الاكمل ها هنا سؤالا ، وملخصه أنه كان ينبغي أن تكون البداءة من الاصابع حتماً لا مستحباً كالمسح على ظاهرهما ، لان الشرع ورد بمد اليدين من الاصابع إلى أعلاهما ، ثم أجاب عن ذلك بقوله ما روي انه عليه السلام مسح على خفيه من غير مد إلى الساق . قلت في حديث المغيرة الذي ذكره المصنف ومدهما من الاصابع إلى أعلاهما .

فان قلت ان هذا غريب لم يرو حديث المغيرة هكذا . قلت روي في حديث جابر

اعتباراً بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد . وقال الكرخي « رض » من أصابع الرجل الأول أصح اعتباراً بآلة المسح ، ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كثير

---

رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ بيده هكذا من أطراف الاصابع إلى أصل الساق، ورواه ابن ماجة .

فإن قلت في مسنده جرير بن زيد ، قال صاحب التنقيح وجرير هذا ليس بمشهور ولم يرو عنه غير بقية ، وفي سنده أيضاً منذر بن زياد الطاري وقد كذبه الفلاس ، وقال الدارقطني متروك وهذا الحديث مما استدركه الحافظ المزني على ابن عساكر إذا لم يذكره في أطرافه وكأنه ليس في بعض نسخ ابن ماجة . قلت أخرج الطبراني في معجمه الأوسط عن بقية عن جرير بن يزيد الحميري عن محمد بن المنكدر وعن جابر بن عبد الله قال مر رسول الله ﷺ برجل يتوضأ وهو يغسل خفيه فنفخه بيده وقال انما أمرنا بالمسح هكذا ومد يده من مقدم الخفين إلى أصل الساق مرة وفرج بين أصابعه .

( اعتباراً بالأصل وهو الغسل ) اعتباراً على انه مفعول مطلق أي اعتبرنا في مسح الخف البداءة من الأصابع اعتباراً بالأصل وهو غسل الرجلين ( وفرض ذلك ) أي فرض مسح الخف ( مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد ) قال في التحفة سواء كان المسح طولاً أو عرضاً ، أما التقدير بثلاث أصابع كما ذكر في حديث جابر المذكور آنفاً ، وقد ذكر بلفظ الجمع وأقله ثلاثة ، وأما اعتبارها من أصابع اليد فلانها آلة كما في مسح الرأس .

( وقال الكرخي من أصابع الرجل ) وقال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره إذا مسح مقدار ثلاث أصابع من أصابع الرجل أجزأه واعتبره بالخرق ( والأول أصح ) أي اعتباراً لأصابع اليد ( اعتباراً بآلة المسح ) لأن المسح فعل يضاف إلى الفاعل لا إلى المحل فتعتبر الآلة كما في الرأس .

( ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير ) يروى كبير بالباء الموحدة وكثير بالثاء المثلثة ، فالاول يقابله الصغير ، والثاني يقابله القليل ، والأول أيضاً يستعمل في الكمية

يتبين منه قدر ثلاث أصابع من أصابع الرجل . وإن كان أقل من ذلك جاز . وقال زفر والشافعي « ر ح » لا يجوز وإن قل

---

المتصلة ، والثاني في المنفصلة ( تبين منه قدر ثلاث أصابع الرجل ) هذه الجملة الفعلية في محل الرفع لأنه صفة لقوله كبير ، وفي المحيط والبدائع والاسبيجابي الخرق المانع هو المفتوح الذي ينكشف ما تحت الخف أو يكون منضماً لكن سيفرج عند المشي ويظهر القدم ، وإذا كان طولا منضماً لا ينكشف ما تحته لا يمنع كذا روي عن أبي يوسف ، ولو انكشف الطهارة وفي داخلها بطانة من جلد . وفي الذخيرة أو خرقة مخروزة بالخف لا يمنع ، وقيل ولو كان الخرق تحت القدم لا يمنع ما لم يبلغ أكثر القدم . وفي الكعب يمنع ثلاث أصابع لا ما دونها وما فوق الكعبين لا يمنع لانه ليس بموضع المسح ولا لمشي وفي الذخيرة الكبير ثلاث أصابع الرجل أصغرها وفي بعض المواضع كالابهام وجاز لها . قال الحلوائي ان كان الخرق عند أكبر الاصابع يعتبر أكبرها ، وإن كان عند أصغر الاصابع يعتبر أصغرها وهذا في الخرق المنفرج الذي يرى ما تحته من الرجل .

وإن كان طويلا يدخل فيه ثلاث أصابع وأكثر ولكن لا يرى شيء من أصابع إلا ينفرج عند المشي لصلابته لا يمنع ، وفي مقطوع الاصابع يعتبر الخرق بأصابع غيره وقيل بأصابع نفسه لو كانت قائمة . وفي المرغيناني إن ظهرت من الخرق الابهام والوسطى والخنصر شيء من الخف لم يجز المسح ولو ظهر الابهام ولكن قدر ثلاث أصابع الرجل أصغرها لا بأس بالمسح ، وفي صلاة الحسن يعتبر قدر ثلاث أصابع الرجل مضمومة لا ينفرج الخف الذي لا ساق له كذي الساق وصاحب الرجل الواحدة يمسح ، وفي المنية مقطوع الاصابع تحته خرق في موضع الاصابع مقدار ثلاث أصابع قدميه أصغرها لو كانت قائمة يمنع المسح ولا يعبأ بأصابع غيره وإن كان موضع الابهام وخرجت هي وجارتها يمنع وجارة واحدة منها لا يمنع في الاصح وإن ظهرت الاصابع ولم تخرج لا يمنع .

( وإن كان أقل من ذلك جاز ) أي من ثلاث أصابع الرجل جاز المسح ، لأن الخف لا يخلو عن الخرق القليل عادة فجعل عفوا لدفع الحرج .

( وقال زفر والشافعي لا يجوز بخرق وان قل ) أي الخرق . وقال أحمد وعن الثوري

لأنه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي ، ولنا ان الخفاف لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج ، والكثير ان ينكشف قدر ثلاث أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح

---

ويزيد بن هارون وأبي ثور وجوازه على جميع الخفاف . وعند مالك اليسير غير مانع والكثير مانع ، وعن الأوزاعي أن ظهرت طائفة من رجل مسح على خفيه وعلى ما ظهر من رجليه . وعن الحسن إن ظهر أكثر الأصابع لم يجز ، وفي شرح الوجيز ولو كان الخف منخرقاً ففيه قولان في القديم يجوز المسح عليه ما لم يتفاحش ، وبه قال مالك . وحد الفحش ما قاله الأكثرون ما لم يتماسك في الرجل ، ولا يتأتى المشي عليه وإلا فليس بفاحش . وقيل حده أن لا يبطل له اسم الخف ، وبه قال النووي .

وفي الجديد لا يجوز المسح عليه قليلا كان الخرق أو كثيراً ، وبه قال أحمد والطحاوي .

( لأنه ) أي لأن الشأن ( لما وجب غسل البادي ) أي الظاهر من الرجل ( يجب غسل الباقي ) اعتباراً بالكثير عندنا ، والجمع بين الغسل والمسح لا يجوز .

( ولنا أن الخفاف لا يخلو عن الخرق القليل عادة فيلحقهم الحرج في النزع ) أي في نزع الخف ولا سيما في حق المسافر ( وتخلو ) أي الخفاف ( عن الكثير فلا حرج ) فيه لندورته ، وقولهم لما وجب غسل البادي قلنا وجوب غسل البادي غير مسلم لهم فاليسير الذي ذكروه ، فإن مواضع الاشفار الخف كان مثل ذلك فيه خرق ، ألا ترى كيف يدخل التراب من ذلك .

( والكثير أن ينكشف قدر ثلاث أصابع الرجل أصغرها ) الكثير مبتدأ ، وأن مصدريه في محل الرفع على الخبرية والتقدير الكثير انكشاف قدر ثلاث أصابع الرجل . قوله - أصغرها - بالجر بدل من ثلاث أصابع ، بدل البعض من الكل ( هو الصحيح ) أي التقدير بثلاث أصابع الرجل هو الصحيح ، واحترز به عما روي عن الحسن عن أبي

لأن لأصل في القدم هو الأصابع والثلاث أكثرها فيقام مقام الكل واعتبار الأصغر للاحتياط ، ولا معتـــبر بدخول الاناامل إذا كان لا ينفرج عند المشي ، ويعتبر هـذا المقدار في كل خف على حدة

---

حنيفة انه قال قدر ثلاث أصابع من أصابع اليد ، وقال الأكمل قـوله ـ هو الصحيح ـ احتراز عن رواية الحسن كما ذكرنا وعما قال شمس الأئمة الحلوائي المعتبر بأكبر الأصابع إن كان الخرق أكبرها وأصغرها إن كان عند أصغرها .

قلت أخذ الأكمل هذا من السغناقي وليس كذلك ، بل قوله - هو الصحيح ـ احتراز عن رواية الكرخي ، وأما الاحتراز عن رواية الحلوائي فنقول أصغرها .

( لأن الأصل في القدم هو الأصابع والثلاث أكثرها ) أي ثلاثة أصابع أكثر القدم وفيه نظر ، **لأنه جعل الأصل في القدم الأصابع ، ثم قال والثلاث أكثرها ، وهذا يقتضي أن** يكون الأصابع من أجزاء القدم وجزء الشيء لا يكون أصلا له ( فيقام مقام الكل ) أي إذا كان الثلاث أكثر القــدم فيقام مقام الكل بضم الميم الأولى لأن أكثر الشيء لــه حكم كله .

( واعتبار الأصغر للاحتياط ) وهذا كأنه جواب عما يقال لم اعتبر الأصابـع لثلاث لصغير ، فأجاب بقوله للاحتياط في باب العبادة ( ولا يعتبر بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي ) أي لا عبرة بدخول الانامل فى حكم الأصابع يعني إذا بدأ مقدار ثلاث أصابع الرجل لا يمنع الجواز ، وقيل يمنع وإليه مال السرخسي ، والأصح أنه إذابداقدر ثلاث من اصابع الرجل بكمالها يمنع وإليه مال الحلوائي . وفي المجتبى له بدا ذلـك من بطانة الخف دون الرجل . قال الفقيه أبو جعفر الأصح انـه يمسح عند الكل كأنه كالجوارب المنعل ، وحكم الكعب المرتفع حكم الخف ، لأنه كالخف لا ساق له .

وفي شرح الوجيز لو تخرقت البطانة وحدها أو الظهارة وحدها جاز المسح ان كان ما بقي ليس بضعيف وإلا لا يجوز في أظهر القولين (ويعتبر هذا المقدار) أي مقدار ثلاث أصابع الذى يمنع بدوها عن المسح ( في كل خف على حدة ) أى في كل واحد من الخفين منفرداً .

فيجمع الخرق في خف واحد ، ولا يجمع في خفين لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع الغير بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لأنه حامل للكل .

---

وقوله ـ على حدة ـ أي على حال ، والهاء فيه عوض عن الواو ، وأصله وحده ، ولما حذفوا الواو عوضوا بها الهاء في آخره على عدة وكذلك أحد أصله وحد (فتجمع الخروق في خف واحد ) هذه نتيجة قوله ـ ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة ـ ( ولا تجمع ) أي الخروق ( في الخفين ) وعن أبي يوسف « رح » لا تجمع في خف أيضاً ( لأن الخرق في أحدهما لا يمنع قطع الغير بالآخر ) أي بالخف الآخر بخلاف الخرق من الخفين .

قال الأكمل قيل ينبغي أن يجمع في الخفين أيضاً ، لأن الرجلين صارا كعضو واحد لدخولها تحت خطاب واحد . وأجيب بانها صارا كعضو واحد في حق حكم شرعي ، والخرق أمر حسي فلا يكونان فيه كعضو واحد كما في قطع المناخر ، ولهذا لو مد الماء من الأصابع إلى العقب جاز ولم يظهر له حكم الاستعمال لأنه عضو واحد ، ولو مد الماء من احدى الرجلين إلى الأخرى لم يجز . قلت هذا السؤال مع جوابه في الدراية ، ولكن جواب صاحب الدراية قلت نعم صار كعضو واحد في حق المسافر .

فإن قيل هلا يغسل أحدهما . قلنا لما كان العضوين واحداً في حق حكم شرعي ، فلو غسلت احداهما ومسح الاخرى يكون جمعاً بين المسح والغسل في عضو واحد حكماً ، وذا غير مشروع ، كذا في الكافي ، وفي الإيضاح الوظيفة فيهما ان كانت متحدة حتى انتقض المسح بنزع احدهما ولكنهما في حق الغسل عضوان .

( بخلاف النجاسة المتفرقة ) على الخفين بأن كانت في احدهما قليلة وفي الاخرى كذلك يجمع بينهما ( لانه ) أي لان صاحب الخف ( حامل للكل ) أي لكل النجاسة وهو ممنوع في الحمل . وقيل في الفرق بين النجاسة والخرق إنما يمنع المسح لا بعينه بل لمعنى يتضمنه وهو انه لا يمكنه قطع السفر به بخلاف النجاسة ، فإن المانع غيرها لا لمعنى

وانكشاف العورة نظير النجاسة . ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسّال « رض » انه قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن جنابة ولكن عن بول أو غائط أو نوم

---

يتضمنه وهو انه لا يمكنه قطع السفر بالنجاسة خصت به ، فإذا كان كذلك فمتى بلغت النجاسة أكثر من قدر الدرهم تمنع الجواز .

( وانكشاف العورة نظير النجاسة ) يعني انه يجمع وان كان في مواضع كما يجمع النجاسة المتفرقة في بدن الإنسان أو ثوبه أو خفه . وفي الزيادات ولو انكشف شيء من فرجها أو شيء من بطنها وشيء من فخذها وشيء من ساقها وشيء من شعرها بحيث لو جمع يكون ربع ساقها أو شعرها أو فرجها لا يجوز صلاتها .

( ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل ) صورته رجل توضأ ولبس الخف ، ثم أجنب ثم وجد ماء يكفي للوضوء ولا يكفي للاغتسال فإنه يتوضأ ويغسل رجليه ولا يمسح ويتيمم للجنابة ذكر هذا في المنتقى . وقيل صورته مسافر أجنب ومعه ماء يكفي للوضوء فتيمم للجنابة ثم أحدث وتوضأ بذلك الماء ولبس خفيه ثم مر على الماء انتقض وضوءه السابق لقدرته على الاغتسال فلو لم يغتسل وعدم الماء ثم حضرت الصلاة وعنده ماء قدر ما يكفي الوضوء تيمم وتعود الجنابة لرؤية الماء ولو أحدث بعده فتوضأ بذلك الماء ولكن ينزع خفيه ويغسل رجليه وفي الجنابة المسألة لا تحتاج إلى صورة معينة ، فإن من أجنب بعد لبس الخف على طهارة كاملة لا يجوز له المسح مطلقاً ، لأن الشرع جعل الخف مانعاً لرؤية الحدث الاصغر لا الاكبر . وقال شمس الائمة السرخسي الجنابة لزمها غسل جميع البدن ومع الخف لا يتأتى ذلك .

( لحديث صفوان بن عسال « رض » قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا إذا كنا سفراً أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها إلا عن جنابة ولكن من بول أو غائط أو نوم ) ، هذا الحديث أخرجه النسائي وابن ماجة والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وأخرجه ابن

ولأن الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لأنه يتكرر .

---

حبان في صحيحه وابن خزيمة في مستدركه ، وفي رواية الترمذي والحديث مقلوب يتضمن قضية المسح والعلم والتوبة والهوى ، ورواه الشافعي أيضاً وأحمد والدارقطني والبيهقي ، ووقع في الدارقطني زيادة في آخر هذا المتن وهي قوله أو ريح ولكن وكيع تفرد بها عن مضر . قلت ان كثيراً من الشراح المشهورين لم يتعرضوا الذكر هذا الحديث أصلا ، أما السغناقي فلم يذكره أصلا وكذلك الاترازي وتاج الشريعة . وأما الاكمل فإنه أمعن ، وقال عسال بالعين المهملة يباع له العسل ولم يذكر شيئاً غير ذلك . أما صاحب الدراية فأمعن فيه وقال الحديث في المستصفى ولكن ذكر فيه إلا عن جنابة وهكذا ذكره أكثر المحدثون .

قلت روى إلا بكلمة الاستثناء وبكلمة لا للنفي وكلاهما صحيح ، ولكن المشهور هو الاول ، والمشهور أيضاً في كتب المحدثين بالواو في قوله – أو غائط أو نوم – وكلمة أو في كتب الفقه ، وقد تكلمنا فيه فيما مضى . وقال صاحب الدراية روى الطحاوى في كتابه إلا عن جنابة كما ذكر في المتن وهو الأشبه بالصواب ، وقال ولعل بعض الرواية بها في كتابه وكتب الامكان لا ، كذا في شرح المصابيح ، ويحتمل أن الصحابي قال كان عليه السلام يأمرنا بنزع خفافنا من بول وغائط ونوم لا عن جنابة ، فرواه مقلوباً كذا قيل .

قلت هذا كله تخمين وتصرف غير سديد ، وقد قلت انه روي بوجهين صفوان فلا يحتاج إلى هذا التكلف . وقال الاكمل بعد قوله – والاستدلال به ظاهر – أي بحديث صفوان وقال حميد الدين الموضع موضع النفي فلا يحتاج إلى التصوير . قلت مولانا حميد الدين لم يقل هذا المذكور في الحديث وانما قال في قول المصنف لا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل ، لأنهم قالوا ان ذكر الصور بهذا تكلف قصر ، ولهذا قال في المنافع أيضاً هو موضع النفي فلا يحتاج إلى التصوير .

( ولأن الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في النزع بخلاف الحدث فإنه يتكرر ) وفي نزع الخف فيه حرج ، وشرعية المسح لدفع الحرج .

وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لأنه بعض الوضوء ، وينقضه أيضاً نزع الخفين لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع ، وكذا نزع أحدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة

---

فإن قلت قوله - بخلاف الحدث - يتناول الحدث الأصغر والأكبر . قلت دلت القرينة اللفظية على أن المراد هو الحدث الأصغر .

( وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء ) لأنه بدل عن الغسل فصار كالتيمم ( لأنه ) أي لأن المسح ( بعض الوضوء ) فيعتبر البعض بالكل ( وينقضه أيضاً ) أي ينقض المسح أيضاً ( نزع الخفين لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع ) وهو الخف ، لأنه لو كان المانع عن حلول الحدث السابق فلما زال حل وعمل عمله ( وكذا نزع أحدهما ) أي وكذا ينقض المسح نزع أحد الخفين ( لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة ) وهي غسل الرجلين لأن اتيان البدل انما يأتي عند عدم الأصل ، ومن أصحاب مالك من قال لا يلزمه ذلك بل يمسح على الآخر ويغسل الرجل وهو مذهب الزهري وأبي ثور أيضاً ، وها هنا خمسة أشياء .

الأول : انه قال النزع في الصورتين وحكم الانتزاع كذلك وسراية الحدث السابق إلى القدمين كما ذكرنا .

والثاني : قال في وظيفة واحدة لأنه إذا كان الجمع بين الغسل والمسح في وظيفتين لا يمنع كغسل الوجه واليدين ومسح الرأس والرجلين .

والثالث : ان النزع أو الانتزاع غير ناقض، وانما الناقض هو الحدث السابق ، ولكن لما كان ظهور عمله عند وجود النزع أضيف النقض إليه مجازاً .

والرابع : ان التعذر الذي ذكره هو باعتبار ما تقتضيه القاعدة ، وأما باعتبار غير ذلك فلا يقدر ، وهذه الأربعة متعلقة بالكتاب .

والخامس : دخول الماء أحد خفيه حتى تصير رجله مغسولة ينقضه أيضاً ، ويجب غسل رجله الاخرى لمنع المسح الجمع وإن لم يبلغ لا ينقض .

## وكذا مضي المدة لما روينا ، وإذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى

وزاد أبو جعفر في نوادره أن الماء إذا أصاب أكثر الرجل ينقض ، وفي الجاوي إذا ابتل جميع أحد القدمين ينقض مسحه ، ذكره في الزيادات غسلت إحدى الرجلين أو بعض الرجل لا يجوز المسح وفي المرغيناني الاصح أن غسل أكثرالقدم ينقضه، وفي متنه إذا بلغ الماء أكثر رجليه الواحدة روايتان في انتقاض المسح . وفي الذخيرة قال في صلاة العيون الماسح على الخف إذا أحدث فانصرف ليتوضأ فانقضت مدة مسحه قيل فله أن يغسل رجليه ويبنى على صلاته كالمتيمم إذا أحدث فانصرف فوجد ماء لا تفسد صلاته ، وله أن يتوضأ ويبني على صلاته كذا ها هنا . قال وذكر في مجموع النوازل نزعها لهـذه المسألة فقال لو انقضت مدة مسحه بعدما أعاد إلى مكان صلاته فسدت،وإذا انقضت مدة مسحه وهو في الصلاة ولم يجد ماء فإنه يمضي على صلاته ، ومن المشايخ من قال تفسد صلاتـه .

( وكذا مضي المدة ) أي وكذا ينقض المسح لمضي يوم وليلة في المقيم وثلاثة أيام في المسافر ( لما روينا ) وهو قوله ﷺ يمسح المقيم يوماً وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها . وقال الأكمل لما روينا من رواية صفوان أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام وكذا قال صاحب الدراية والأكمل أخذه منـه والأوجه هو الأول على ما لا يخفى . وقوله – لما روينا – ليس على الحقيقة ، وإنما هو حكاية أو بمجرد نقل ، والرواية غير ذلك على مـا عرفت . وقال ابن أبي ليلى المسح على الخفين قائم مقام غسل الرجلين،فلو غسل رجليه ولبس خفيه، ثم نزع لم يجب عليه غسل رجليه فكذا ها هنا قلنا انه قائم مقامه شرعاً في وقت مقدر ، فإذا مضى لا يقوم مقامه كطهارة التيمم .

( واذا تمت المدة ) وفي بعض النسخ – وإذا انقضت المدة – وهي اليوم والليلة للمقيم وثلاثة أيام ولياليها للمسافر ( نزع خفيه وغسل رجليه وصلى )لسريان الحدث إلىالقدمين إذا كان متوضئاً . قال الأكمل قيل هو تكرار لأنـه علم حكمه من قوله – وكذا مضي المـدة – وأجيب بأنه ذكر تمهيداً لما رتب عليه من قوله – ينزع خفيه وغسل رجليه –

## وليس عليه إعادة بقية الوضوء ، وكذا إذا نزع قبل المدة لأن عند النزع يسري الحدث السابق إلى القدمين كأنه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم إلى الساق

قلت ليس كذلك ، وانما ذكره تمهيداً لما رتب عليه حكماً آخر وهو قوله ( وليس عليه إعادة بقية الوضوء ) قال الاكمل هذا احتراز عن قول الشافعي فإنه يقول عليه أن يعيد الوضوء .

قلت المصنف في صدد بيان مذهبه ، ولم يلتزم بيان مذهب غيره إلا في مواضع لأجل نصب الدلائل رداً عليه ، ثم ان عدم بقية الوضوء إذا كان متوضئاً ، وأما إذا كان محدثاً فعليه أن يتوضأ وهو قول أبي عمرو الشعبي والنخعي وعلية والأسود وأبي ثور والليث والشافعي في أصح قوليه ومالك والليث إلا انهما قالا ان أخر غسلهما يستأنف الوضوء . وقال الحسن بن جني والزهري ومكحول وابن سيرين اذا خلع خفيه أعاد الوضوء من أوله، ولا فرق بين تراخيه وعدمه . وقال الحسن البصري وطاووس وقتادة وسليمان بن حرب اذا نزع بعد المسح صلى كما هو ، وليس عليه غسل رجليه ولا تجديد الوضوء ، واختاره ابن المنذر واعتبروه بحلق الشعر بعد مسح الرأس.

وأجيب عن ذلك بأن الشعر من الرأس خلقة ومسحه مسح الرأس بخلاف الخف فإنه منفصل عن الرجل فلا يعد المسح عليه غسلا للرجل فكان الحدث قائماً بالرجل بعد نزع الخف عنها .

( وكذا اذا نزع قبل مضي المدة ) أي وكذا ليس عليه إعادة بقية الوضوء إذا نزع الخف قبل مضي مدة المسح في حق المقيم والمسافر ( لأن عند النزع يسري الحدث السابق إلى القدمين كأنه لم يغسلهما ) فإذا لم يغسلهما بقيتا بلا غسل ولا مسح مع الحدث بهما وذا لا يجوز .

( وحكم النزع يثبت بخروج القدم إلى الساق ) لما كان لنزع الخف قبل مضي المدة حكم قدر ذكره اشارة بهذا الى ان النزع الذي يترتب عليه الحكم ما هو حكمه ، فقال حكم

لأنه لا معتبر به في حق المسح ، وكذا بأكثر القدم هو الصحيح .
ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة أيام
ولياليها عملاً باطلاق الحديث

---

النزع الى ساق الخف ثبت بخروج القدم أي بخروج قدم المتوضيء الماسح إلى موضع ساقه من الخف لأن موضع المسح فارق مكانه فكأنه ظهر رجله .

( لأنه ) أي لأن الساق ( لا معتبر به في حق المسح ) أي بالساق في حق المسح حتى لو لبس خفاً لا ساق له يجوز المسح إذا كان الكعب مستوراً ، وإنما قلنا به مع أن الساق مؤنثة سماعية إما باعتبار لفظ المذكور وإما باعتبار العضو ( وكذا بأكثر القدم ) أي وكذا ثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم الى ساق الخف . وفي مبسوط شيخ الاسلام أخرج رجليه إلى الساق ثم أعادهما لا يمسح عليهما بعد ذلك . وقال الشافعي في القديم له المسح لما انه لم يظهر من محل الفرض شيء فلا يلزمه الغسل ، وفي الجديد وهو الاصح وهو قولنا وقول مالك وأحمد لا يجوز المسح ( هو الصحيح ) هو المروي عن أبي يوسف . وفي شرح الطحاوي إذا خرج أكثر العقب من الخف ينتقض مسحه . وعن محمد إذا بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز المسح عليه جاز والا فلا ، وهذا اذا قصد النزع ثم بدا له أن لا ينزع ، فإذا كان لزوال العقب فلبس الخف فلا ينتقض المسح .

وفي الكافي على قول محمد أكثر المشايخ ، لأن المعتبر هو محل الفرض فما بقي لا ينقض مسحه . وفي الذخيرة رجل أعوج يمشي على قدميه وقد ارتفع عقبيه عن عقب الخف ، أو كان لا عقب للخف وصدور قدمية في الخف أو رجل صحيحة أخرج قدميه من عقب الخف الا أن مقدم قدميه في الخف في موضع المسح له أن يمسح ما لم يخرج صدور قدميه من الخف الى الساق .

( ومن ابتدأ المسح وهو مقيم ) أي والحال انه مقيم ( فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثة أيام ولياليها عملا باطلاق الحديث ) وهو قوله عليه السلام وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها ، لأن اطلاق الحديث سبق رخصة المسح في كل مسافر وهذا مسافر فيمسح كما في سائر

المسافرين ، وبقولنا قال الثوري وأحمد رجع اليه عن قوله الأول وهو قول داود «رض» ، وقال الشافعي اذا أحدث ومسح في الحضر ثم سافر قبل تمام يوم وليلة يتم يوم وليلة من حين أحدث ، وبه قال مالك واسحاق وأحمد وداود في رواية عنهما ولو أحدث في الحضر ثم سافر ومسح في السفر قبل خروج وقت الصلاة فإنه يتم مسح مسافر من حيث أحدث في الحضر عند الجمهور إلا ما نقل عن المزني انه يتم مسح مقيم ، وقيل ما نقله عنه غلط بل قوله قول الجمهور . ولو لبس في الحضر وسافر قبل الحدث يمسح مسح مسافر بالاجماع ، ولو أحدث في الحضر ثم سافر قبل خروج الوقت هل يمسح مسح مسافر أومقيم فيه الوجهان ، والصحيح مسح مسافر ، والمسألة على أربعة أوجه ، والمرأة كالرجل في المسح على الخف شرعيته ومدته وشروطه ونواقضه كالتيمم والمستحاضة كمن بـه سلس البول عليه خف مغصوب جاز .

وقال أحمد لا يجوز ، وكذا عليه خف من حرير عنده ، وقال النووي ولو اتخذ خفاً من زجاج أو خشب أو حديد يمكن متابعة المشي عليه بغير عصى جاز المسح عليه . وقال إمام الحرمين والغزالي يمسح على خف الحديد وإن عسر المشي فيه لثقله وذلك الصنف اللابس وإن كان يرى ما تحته لصفائه بخلاف ستر عورته بزجاج يصف ما تحته حيث لا تجوز صلاته لعدم ستر العورة وكذا عند الحنابلة وعندنا لا يجوز المسح على شيء من ذلك لأن الشرع ورد بالمسح على الخف وهو اسم للمتخذ من الجلد الساتر للكعبين فصاعداً وما ألحق به من المكعب والجرموق والخفاف المتخذة من السار التركية على ما ذكره السرخسي ، والصحيح عنده ان كانت تحتها ادم يجوز ذكره في البحر .

وجنب اغتسل وصب الماء في خفيه فانغسلت رجلاه وارتفعت الجنابة عنها وصحت صلاته وانقضت المدة فغسل رجليه في الخف صح ، فلو أحدث بعد هذا لا يلزمه نزع خفيه بل له أن يمسح عليهما . وقال الشافعي ينزع خفيه ثم يلبسهما ولو دميت رجله في الخف فغسلها فيه جاز المسح بعده اتفاقاً ، ولا يشترط نزعه نسي المسح على الخف ثم خاض ماء جار البادي الفرض بإصابة البلة ظاهر الخف ولا يصير الماء مستعملا عند أبي يوسف ، وقال محمد يصير مستعملا ولا يجزئه عن المسح إذا كان الماء قليلا غير جار .

ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما إذا استكمل المدة للاقامة ثم سافر ، لأن الحدث قد سرى إلى القدم والخف ليس برافع ، ولو أقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لأن رخصة السفر لا تبقى بدونه ، وان لم يستكمل أتمها لأن هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافاً للشافعي « رح »

---

( ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره ) أي لأن المسح متعلق بالوقت وهو يوم وليلة للمقيم وثلاثة أيام ولياليها للمسافر فيعتبر فيه آخر الوقت كالصلاة فإنها حكم متعلق بالوقت فاعتبر فيها آخر الوقت في الطهر والحيض والاقامة والسفر والبلوغ والاسلام **( بخلاف ما إذا استكمل المدة للإقامة ثم سافر ) يلزمه غسل رجليه ( لأن الحدث قد سرى إلى** القدم والخف ليس برافع ) بل هو مانع في المدة .

( ولو أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الاقامة نزع لأن رخصة السفر لا تبقى بدونه ، وان لم يستكمل أتمها لأن هذه **مدة الاقامة)** وهي يوم وليلة مدة الاقامة ( وهو مقيم ) أي والحال انه مقيم فيتمها .

( ومن لبس الجرموق فوق الخف ) يعني قبل أن يحدث لبس الجرموق على الخف والجرموق ما يلبس فوق الخف وساقه أقصر من الخف ،ويقال وهو معرب عن برموق ( مسح عليه ) عندنا ، وبه قال الثوري والحسن وأحمد وداود وجمهور العلماء ، قال أبو حامد هو قول العلماء كافة . وقال المزني لا أعلم بين العلماء خلافاً في جوازه ، حكاه عنهما النووي في شرح المهذب وهو قول الشافعي في القديم وإلا فلا ، وقال في الجديد لا يجوز المسح عليه إلا إذا لبسه وحده بلا خف .

( خلافاً للشافعي ) وبه قال مالك في رواية ، وفي شرح الوجيز هذا لا يخلو عن أربعة أحوال أحدها أن يكون يمسح الاسفل بحيث لا يمسح عليه الخف أو بخرق الأعلى يمسح عليه فالمسح على الأعلى والأسفل كاللفافة .

والثانية : أن يكون على العكس من ذلك فيمسح على الأسفل القوى وما فوقه كخرقة فلو مسح الأعلى فوصل البلل إليه ، فإن قصد المسح على الأسفل أو عليهما جاز ، وإن قصد الأعلى فقط لم يجز وإن لم يقصد شيئاً فوجهان والأظهر الجواز .

والثالثة : أن لا يكون واحد منهما بحيث يمسح عليه فلا يخفى بعذر المسح .

والرابعة : أن يكون كل منهما بحيث يمسح عليه فهل يجوز المسح على الأعلى فيه قولان في القديم يجوز وهو قول أبي حنيفة وأحمد وهو اختيار المزني ، وفي الجديد لا يجوز وهو أشهر الروايتين عن مالك .

( فإنه يقول ) أي فإن الشافعي يقول ( البدل لا يكون له بدل ) يعني الشرع ورد بالمسح على الخفين بدلاً عن غسل الرجلين ، فلو جوز المسح عليهما أقامها مقام الخف والخف لا يكون له بدل .

( ولنا أن النبي ﷺ مسح على الجرموقين فوق الخف (١) ) هذا الحديث رواه بلال وأنس وأبو ذر « رض » .

أما حديث بلال فأخرجه أبو داود من حديث أبي عبد الله بن عبد الرحمن شهد عبد الرحمن بن عوف يسأل بلالاً عن وضوء رسول الله ﷺ فقال كان يخرج يقضي حاجة فآتيه بالماء فيتوضأ ثم يمسح على عمامته وموقيه . رواه ابن خزيمة في صحيحه والطبراني في معجمه من حديث شريح بن سيال عن علي « رض » قال زعم بلال أن رسول الله ﷺ مسح على الخفين والخمار ورواه ابن خزيمة في صحيحه من حديث أبي ادريس الخولاني عن بلال أن النبي ﷺ مسح على الموقين والخمار .

وأما حديث أنس فرواه البيهقي من حديث عاصم الأحوال عن أنس بن مالك ان رسول الله ﷺ كان يمسح على الموقين والخمار .

---

(١) عبارة ـ فوق الخف ـ غير مذكورة في المتن .

وأما حديث أبي ذر فرواه الطبراني في معجمه الأوسط من حديث عبيد الله بن الصامة عن أبي ذر قال رأيت رسول الله ﷺ يمسح على الموقين والخمار .

وقال الشيخ تقي الدين في الإمام قد اختلفت عباراتهم في تفسير الموق فقال ابن سيدة الموق ضرب من الخفاف والجمع أمواق عربي صحيح ، وحكى الأزهري عن الليث كذلك، وقال القزاز الموق الخف فارسي معرب وكذا قال الهروي الموق الخف . وقال الخطابي أيضاً الموق نوع من الخف معروف وساقه إلى القصر . وقال النووي أجاب أصحابنا عن الحديث ان الموق هو الخف لا الجرموق لأوجه الأول : لأنه اسمه عند أهل اللسان .

الثاني : انه لم ينقل عن النبي ﷺ انه مسح على جرموقه .

الثالث ان الحجاز لا يحتاج فيه إلى الجرموقين فينتقد لبسه .

الرابع : أن الحاجة لا تدعو إليه في الغالب فلا تتعلق به الرخصة .

قال السروجي ما ملخصه أن قوله الموق وهو الخف لا الجرموق غير مستقيم لأن الجوهري والطرزي والمكبري قالوا ان الجرموق والموق يلبسان فوق الخف فعلم أن الموق والجرموق متغايران وغير الخف فبطل .

قوله – ان الموق هو الخف – . وقال أبو البقاء وأبو نصر البغدادي ان الموق هو الجرموق يلبس فوق الخف فصار معنى قوله – ان الموق هو الخف لا الجرموق – وهذا ظاهر الفساد . وقوله – انه لم ينقل عن النبي ﷺ انه كان له جرموقان من صوف – والإثبات مقدم عليه ، وقوله ان الحجاز لا يحتاج فيه إلى الجرموقين – ممنوع بل برده في الشتاء الشديد . – وقوله – فإن الحاجة ما تدعو إليه – الخ يناقض مذهبهم في رخصة المسح عند عدم غلبة الحاجة فعند عدم الحاجة أولى ، وقد أثبتوها في هذه الأشياء عند عدم الحاجة وهذا ظاهر بين ليس لهم معه كلام .

وقال الصنعاني في العباب الجرموق الذي يلبس فوق الخف ثم قال في باب التيمم الموق الذي يلبس فوق الخف فارسي معرب وهو تقريب مؤكد . وقال الليث الموقان ضرب من الخفاف يجمع أمواق . قلت إذا ثبت أن الجرموق غير الخف ، وان الموق هو الجرموق

# ولأنه تبع للخف استعمالاً وغرضاً فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف

يكون استدلال المصنف ببلال وغيره الذي ذكره مستقيما ، وإذا ثبت أن الموق هو الخف على ما ذكره القزاز والهروي وكراع يكون استدلاله بالحديث المذكور غير مستقيم ، ولهذا قال الاترازي ولنا ما روي في المبسوط عن عمر رضي الله عنه رأيت رسول الله ﷺ مسح على الجرموقين ، ولم يذكره ما يذكره المصنف ، ولكن قال النووي لم ينقل عن النبي ﷺ انه مسح على جرموق . والجواب الذي ذكره السروجي على هذا غير مستقيم على ما لا يخفى ، ولكن روى محمد في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه كان يمسح على الجرموقين .

( ولأنه ) أي ولأن الجرموق ( تبع للخف استعمالاً وغرضاً ) أي من حيث الإستعمال ومن حيث الغرض ، أما الإستعمال فمن حيث المشي والقيام والقعود والانخفاض والإرتفاع فإنه أين ما دار الخف يدور معه فكان تبعاً للخف في الاستعمال .

وأما الغرض من لبسه فإنه يلبس صيانة للخف عن الخرق والاقذار كما ان الخف وقاية للرجل .

( فصار كخف ذي طاقين ) أي فصار الخف من هاتين الجهتين كخف ذي طاقين ثم نزع أحد طاقيه أو كان الخف شعراً فمسح عليه ثم حلق الشعر فإنه لا يجب إعادة المسح . قلت لما كانت تبعية في الإستعمال والغرض لم يكن بالأصالة ، فإذا زال بالنزع زالت التبعية وحل الحدث بما تحته فيجب إعادة المسح . وأما طاقة الخف فلشدة اتصال أحدهما بالآخر كانا كالشعر مع البشرة وقد تقدم انه إذا مسح على الرأس ثم حلقه لا يجب عليه إعادة المسح .

( وهو ) أي الجرموق ( بدل عن الرجل لا عن الخف ) هذا جواب عن قول الشافعي البدل لا يكون له بدل وهو أن يقال لا نسلم انه بدل عن الخف وانما هو بدل عن الرجل كالخف لم ينعقد فيه حكم المسح بعد .

فإن قلت لا نسلم أليس انه لو نزع الجرموقين يلزمه المسح على الخفين ولا يجب غسل

بخلاف ما إذا لبس الجرموق بعدما احدث لأن الحدث حل بالخف فلا يتحول إلى عيره ، ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه لأنه لا يصلح بدلاً عن الرجل إلا ان تنفـــذ البلة إلى الخف .

ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة

---

القدمين ، ولو كان الجرموق بدلاً عن الخف لوجب غسل القدمين عند نزعهما كما في نزع الخفين . قلت عدم سريان الحدث إلى الرجل لا لأن الجرموق كان بدلاً عن الخف بل لأن الخف لم يكن محلاً للمسح بعد نزع الجرموقين . وقيل حلول الحـدث على الخف لا يصير محلاً فإذا لم يكن محلا لم يكن الجرموق بدلاً عنه .

( بخلاف ما لبس الجرموق بعدما أحدث لأن الحدث حل بالخف فلا يتحول إلى غيره ) وهو الجرموق فلا يمسح عليه .

( ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه ، لأنه لا يصح بدلاً عن الرجل ) إذا لم يمكن تتابع المشي عليه ( إلا ان تنفذ البلة إلى الخف لرقته ) فيكون المسح عليه كالمسح على الخف .

( ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة ) الجورب يتخذ من جلد يلتبس في القدم إلى الساق لا على هيئة الخف بل هو لبس فارسي معرب وجمعه جواربـة ، وفي الصحاح ويقال جوارب أيضاً . قلت الجورب هو الذي يلبسه أهل البلاد الشامية الشديـدة البرد وهو يتخذ من غزل الصوف المفتول ، يلبس في القدم إلى ما فوق الكعب . وفي المنـــافع وجورب مجلد وإذا وضع الجلد على أعلاه وأسفله المنعل هو الذي وضع جلد على أسفله كالنعل للقـدم . وفي الصحاح انعلت خفي ودابتي وفعل فعلت . وفي المغرب أنعل الخف ونعله جعل له نعلا ، والنعل في الجورب يكون إلى الكعب ، وقيل مقدار القدمين .

والمسح على الجوربين في ثلاثة أوجه : في وجـه يجوز بالاتفاق وهو ما إذا كانا ثخينين منعلين . وفي وجه لا يجوز بالإتفاق ، وهو أن لا يكون ثخينين ولا منعلين . وفي وجـه لا يجـــوز عند أبي حنيفة رحمه الله عنه خلافاً لصاحبيه وهـــو أن يكونا ثخينين غير منعلين .

( إلا أن يكونا مجلدين أو منعلين ) بضم الميم وسكون النون من أنعلت كما ذكرنا ، وقيل بالتشديد .

( وقالا يجوز إذا كانا ثخينين ) مـــا تقوم على الساق من غير أن يشد بشيء ( لا يشفان ) بفتح الياء آخر الحروف وكسر الشين المعجمة من شف الثوب إذا وصف مـــا تحته ، من باب ضرب يضرب ، والذي يقول ها هنا لا ينشفان من نشف الثوب العرق وهو من باب علم يعلم خطأ لا يعتمد عليه ، وهذه الجملة في محل النصب إما على الحالية من ثخينين وإما على الوصفية ، وإنما ذكرها تأكيداً للثخانية ، وقولهما قول الجمهور من الصحابـــة كعلي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي سعيد مسعود البدري وأنس بن مـــالك والبراء بن عازب وأبي أمامة البلوي وعمر وابنه وسعد بن أبي وقاص وسعيد بن عمرو بن حـريث وسعيد وبلال وعمار بن ياسر فهؤلاء الصحابة لا يعرف لهم مخالف ومن التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والنخعي والأعمش وسعيد بن جبير ونافع مولى ابن عمر ، وبه قال الثوري والحسن بن صالح وابن المبارك واسحاق بن راهويه وداود وأحمد ، وكره ذلك مجـــاهد وعمرو بن دينار والحسن بن مسلم ومالك والأوزاعي .

وقال الشافعي يجوز المسح عليهما بشرط أن يكون صفيقاً منعلا ، نص عليه في الأم وفي الحلية ، وبقول ابي حنيفة قال الشافعي . وبقولهما قال أحمـد وداود . وفي الأسرار وقال الناطفي لا يجوز على الكل . وفي شرح الوجيز لا يجوز المسح على اللفائف والجورب المتخذة من اللبد والصوف لأنه لا يمكن المشي عليهما وكذا على الجوارب المتخذة من الجلد التي تكسر مع الكعب وهي الجوارب الصوفية لا يجوز حتى تكون بحيث يمكن متابعة المشي عليها يعتبر قعود الحاء أو التجليد للقـدمين والنعل على الأسفل والإلصاق بالكعب ، وحكى بعضهم انها كانت معقودة صفيقة ففي اشتراط تجليد القدمين قولان .

وكره مالك والأوزاعي المسح على الجوربين من مرغزى والرقيق من غزل أو شعر بلا خلاف ، ولو كان ثخيناً بحيث يمشي معه فرسخاً فصاعداً كجوارب أهل بدر فعلى الخلاف ، وكذا الجورب من جلد رقيق على الخلاف ، ويجوز على الجوارب اللبديـــة ،

لما روي أن النبي عليه السلام مسح على جوربيه .

---

ويجوز على الجوارب المشقوق على ظهر القدم ولـــه إذا دار كخروق الخف يشد عليه فيستره لأنه كغير المشقوق وإن ظهر من ظهر القدم شيء فهو .

وأما الخف الدوراني الذي يعتاده سفهاء زماننا ، فإن كان مجلداً يستر جلده الكعب يجوز وإلا فلا . وفي شرح الوجيز الخف المتخذة من الخشب أو الحديد إذا كانت رقيقاً يمكن المشي عليه ويجوز وإلا فلا . وفي الوسيط يجوز المسح على الخف منه وإن عسر المشي عليه ، وفي المتخذ من الذهب والفضة قولان .

( لما روي أن النبي ﷺ مسح على جوربيه ) هـــذا الحديث روي عن المغيرة وأبي موسى وبلال رضي الله عنهم .

وأما حديث المغيرة بن شعبة فروي من طريق أبي قيس عن هذيـــل بن شرحبيل عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ توضأ ومسح على الجوربين والنعلين ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، وقال النسائي في سننه الكبرى لا نعلم أحداً تابع أبا قيس على هذه الرواية والصحيح عن المغيرة ان النبي ﷺ مسح على الخفين ، وذكره البيهقي حديث المغيرة هـــذا وقال انـــه حديث منكر ضعفه سفيان الثوري وعبد الرحمن بن مهدي وأحمد بن حنبل ويحي بن معين وعلي بن المديني ومسلم بن الحجاج ، والمعروف عن المغيرة حديث المسح على الخفين . وقال النووي كل واحد من هؤلاء لو انفرد قدم على الترمذي مع ان الجرح مقدم على التعديل قال واتفق الحفاظ على تضعيفه ولا نقل قول الترمذي انـه حسن صحيح . وذكر البيهقي في سننه ان أبا محمد يحي بن منصور رضي الله عنه قـــال رأيت مسلم بن الحجاج وضعف هذا الحديث . وقال أبو قيس الارزي وهذيل بن شرحبيل لا يحتملان وخصوصاً مع مخالفيها إلا جلد الذنب رووا هذا الحديث عن المغيرة فقال لو مسح على الخفين .

قلت قال في الامام أبو قيس اسمه عبد الرحمن بن مروان احتج به البخاري في صحيحه ووثقه ابن معين ، وقال الجعفي ثقة ثبت وهذيل وثقة العجلي وأخـــرج لهما البخاري في صحيحه ، ثم انهما لم يخالفا الناس مخالفة معارضة بل رويا أمراً زائداً على ما رواه بطريق مستقل غير معارض فيحمل على أنهما حديثان ، ولهذا لما أخرجه أبو داود وسكت عنه

وصححه ابن حبان والترمذي ، فإذا كان كذلك كيف يقبل قول النووي في حق الترمذي ولا يقبل قول الترمذي في انه حسن صحيح ، فإذا طعن في الترمذي في تصحيحه هـــذا الحديث فكيف يؤخذ بصحيحه في غيره . وأما البيهقي فإنه نقل ما قاله واعتمد عليه من غير رواية ، لأنه ادعى في هذا الحديث المخالفة للأئمة الجلة وقد قلنا انه ليس فيه مخالفة بل أمر زائــد مستقل فلا يكابر في هذه الأسانيد متعصب .

وأما حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه فأخرجه ابن ماجة في سننه والطبراني في معجمه عن عيسى بن سنان عن الضحاك بن عبد الرحمن عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ توضأ ومسح على الجوربين والنعلين .

فإن قلت هذا الحديث لم يذكره ابن عساكر في الاطراف فلذلك قال الزيلعي لم أجده في نسختي . قلت عزو ابن الجوزي في التحقيق لابن ماجة وكذا ذكر في الامام انه لابن ماجة ، ويمكن أن يكون ساقطاً من بعض النسخ .

فإن قلت قال أبو داود هذا الحديث ليس بمتصل ولا بالقوي، وقال البيهقي والضحاك ابن عبد الرحمن لم يثبت سماعه من أبي موسى وعيسى بن سنان لا يحتج به . قلت قال عبد الغني في الكمال الضحاك بن عبد الرحمن سمع أباه وأبا موسى الأشعري وأبا هريرة وعيسى بن سنان قال يحي بن معين فيه انه ثقة .

وأما حديث بلال رضي الله عنه فأخرجه الطبراني في معجمه من طريـــق ابن أبي شيبة حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن الحكم بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن كعب بن عجرة عن بلال رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يمسح على الخفين والجوربين واحتج الاترازي لهما بحديث أبي موسى ولم ينسبه إلى أحد وكذا الاكمل ثم قال على ان أبا داود طعن فيه وقال ليس بالمتصل ولا بالقوي ولم أر أحداً منهم يشد مذهبه بكلام يرد خصمه رداً قطعياً ولا تكلم في حال حديث حين يذكره للاحتجاج غاية قولهم ، ويروى افترى ونحو ذلك وليس فيه نفع ولا نفيـع .

ولأنه يمكن المشي فيه إذا كان ثخيناً ، وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف . وله أنه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلاً ، وهو محمل الحديث ، وعنه أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى . ولا يجوز المسح على العمامة

---

( ولانه يمكن المشي فيه إذا كان ثخيناً وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه الخف ) فيلحقُ به في الحكم .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( انه ) أي ان الجورب ( ليس في معنى الخف ) لانه لا يمكن قطع مسافة السفر به فيه وهو معنى قوله ( لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلااذا كان ) أي الجورب ( منعلا ) وقد مر تفسيره ( وهو محمل الحديث ) أي كون الجورب منعلا وهو محمل الحديث الذي رواه أبو موسى وغيره ، وأراد بهذا الكلام الجواب عن هذا الحديث الذي احتجا به لانه يقول ان المسح على الخف ورد على خلاف القياس لان النص يقتضي الغسل فلا يلحق به غيره إلا ما كان في معناه من كل وجه فثبت بدلالة النص لا بالقياس ، فلو لم يكن المنعل مراداً في حديث أبي موسى غيره يكون زيادة على النص بخبر الواحد وذا لا يجوز كذا في الكافي .

( وعنه ) أي وعن أبي حنيفة ( انه رجع إلى قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو انه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لأصحابه فعلت ما كنت أمنع الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه إلى قولهما كذا قال في المبسوط ، ونقله الأكمل في شرحه وفيه نظر لا يخفى ، وقد صرح بعضهم انه رجع إلى قولهما قبل موته بسبعة أيام ، وفي فتاوى الكرخي ثلاثة أيام ( وعليه الفتوى ) أي وعلى قولهما الفتوى أو على الذي رجع إليه أبو حنيفة « رح » الفتوى .

( ولا يجوز المسح على العمامة ) أراد اقتصار المسح عليها وهو قول الجمهور حكاه الخطابي وقال ابن المنذر حكي عن عروة بن الزبير والشعبي والنخعي والقاسم ومالك وحكاه غيره

عن علي بن أبي طالب وابن عمر وجابر رضي الله عنهم . وفي الحلية ويستحب لمن على رأسه لا يريد نزعها أن يمسح على ناصيته ويتمم المسح على العمامة ، فإن اقتصر على مسحها لايجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك انتهى . وقالت طائفة بجواز الإقتصار على العمامة قالة الثوري والاوزاعي وأحمد وأبو ثور واسحاق ومحمد بن جرير وداود ، وقال ابن المنذر مسح على العمامة أبو بكر الصديق وبه قال عمر وانس بن مالك وأبو أمامة رضي الله عنهم . وروي عن سعد بن أبي وقاص وأبي الدرداء وعمر بن عبد العزيز ومكحول والحسن وقتادة والأوزاعي ، وشرط بعضهم أن يلبسها على طهارة وهو مذهب أحمد فإنه شرط أن يكون قد تعمم على طهر . وفي النهاية قال بعض أصحاب الحديث والشافعي في قول بجواز المسح عليها .

( والقلنسوة ) لحديث بلال انه قال رأيت رسول الله ﷺ مسح على عمامته وخفيه وجاء في حديث ثوبان انه عليه السلام بعث سرية وأمرهم أن يمسحوا على المساود والتاخسين والمساود العمائم ، والتاخسين الخفاف ولأنه لو سجد على كور عمامته يجوز فكذا المسح .

قلت حديث بلال رضي الله عنه رواه البخاري ، وحديث ثوبان رضي الله عنه رواه أبو داود بأسانيد جيدة ذكره النووي ورواه أيضاً الترمذي والنسائي وابن ماجة قوله المساود وقوله التاخسين قيل لا واحد لها من لفظها ، وقيل واحدها سخان وسخن والتاء فيها زائدة ، وقيل أصل ذلك كل ما يسخن به القدم من خف وجورب ونحوهما .

والجواب عن هذين الحديثين وأمثالها انه عليه السلام كان يقتصر على مسح بعض الرأس فلا يمسحه كله مقدمه ومؤخره ولا ينزع عمامته عن رأسه ولا ينقضها . وحديث المغيرة ابن شعبة كالمقر له وهو انه وصف وضوءه ثم قال ومسح بناصيته وعلى عمامته ، فدخل مسح الناصية بالعمامة ووقع أداء من مسح الرأس بمسح الناصية إذ هي جزء من الرأس وصارت العمامة تبعاً له كما روي انه مسح أسفل الخف وأعلاه وكان الواجب في ذلك مسح أعلاه وصار مسح أسفله كالتبع له ، والاصل ان الله تعالى فرض المسح وحديث ثوبان ونحوه يحتمل التأويل فلا يترك الاصل المفيد وجوبه بالأحاديث المتحملة للقلنسوة .

والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء والرخصة لدفع الحرج ، ويجوز المسح على الجبائر وإن شدها على غير وضوء

---

( والبرقع ) بضم الباء الموحدة . وقال الجوهري البرقع والبرقع بضم القاف وفتحها النقاب تلبسه نساء الاعراب وكذا البرقوع ( والقفازين ) تثنية قفاز بضم القاف وتشديد الفاء . قال النسفي القفاز تلبسه النساء في أيديهن لتغطية الكف والأصابع وقال غيره القفاز شيء يعمل لليدين يحشى بالقطن وله أزرار تزر على الساعدين من البرد تلبسه المرأة في يديها . قلت ومنه الذي يلبسه الصيادون في أكفهم حين يحملون الطيور ( لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء ) بخلاف الخف ( والرخصة لرفع الحرج ) يعني الرخصة التي في مسح الخف كانت لرفع الحرج في نزع هذه ، وجمهور العلماء ممن عرف بالفقه على عدم جواز المسح على هذه الأشياء إلا ما ذكره الجلال عن أبي موسى انه مسح على قلنسوته ، وعن ابن عمر رضي الله عنه انه قال ان شاء مسح على رأسه وإن شاء على قلنسوته قال ذلك بأسانيد صحاح .

( ويجوز المسح على الجبائر ) جمع جبيرة وهي العيدان التي تجبر بها العظام ، ويقال الجبيرة والجبائر بكسر الجيم أعواد ونحوها تربط على الكسر ونحوه لتضم بعض العضو إلى إلى بعضه ليلتحم ( وإن شدها على غير وضوء )كلمة ان بالكسر واصلة عما قبلها وذلك لأنها إنما تربط حالة الضرورة ، واشتراط الطهارة في ذلك يفضي إلى الحرج فلا يعتبر ، وفي المحيط لو ترك المسح على الجبائر والمسح يضر جاز ، وإن لم يضر لم يجزه ، ولا تجوز صلاته عندهما ولم نجد في الأصل قول أبي حنيفة « رح » وقيل عنده يجوز تركه والصحيح انه واجب وليس بفرض عنده حتى تجوز صلاته بدونه ، وذكر في منية المصلي عن أبي حنيفة روايتين . وقال أبو علي النسفي إنما يجوز المسح على الجبيرة إذا كان يضر المسح على القرحة أما إذا قدر على المسح عليها لا يجوز على الجبيرة كما لو قدر على غسلها وعلى هذا عصابة المفصد وفي المستصفى الخلاف في المجروح وفي المكسور يجب المسح اتفاقاً . وفي جوامع الفقه وقد صح رجوعه إلى قولهما فيه وفي تجريد القدوري الصحيح من مذهبه ان المسح على الجبيرة ليس بفرض .

وفي المحيط إذا زادت الجبيرة على رأس الجرح أو جاوز رباط الفصد موضع الجراحة ان كان حل الخرقة وغسل ما تحتها يضرها لجراحة يمسح على الكل تبعاً ، وإن كان المسح والحل لا يضر بالجرح لا يجزئه مسح الخرقة بل يغسل ما حول الجراحة . ويمسح عليها لا على الخرقة ، وإن كان يضر المسح ولا يضر الحل يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل حواليها وتحت الخرقة الزائـــدة ، ولو انكسر ظفره فجعل عليه دواء أو علكاً ويضر نزعه مسح عليه ، وان ضره المسح تركه ، ذكره الكرخي . وقيل لا يجوز تركه لأنه لا يضره عادة ان العادة تمنع شرب الماء .

وفي منية المصلي في أعضائه شقوق يمر الماء عليها ان قدر وإلا غسل ما حولهـا ، ولو أدخل في اصبعه مرارة ومسح عليها عن محمد انه يجوز بغير كراهة ، وإن كانت بهابول شاة قيل ينبغي أن يكون قول أبي يوسف كذلك للتداوي بـــه . وعند أبي حنيفة يكره بخلاف الخرقة النجسة . وفي الحلية وضعها على طهر لو ضرها مسح على جميعها في أظهر الوجهين ، وهل يجب ضم التيمم إليه فيه قولان أحدهما لا يضم إليه ، ويصلي به ما شاء من الفرائض . والثاني يضم إليه وتيمم لكل فـــرض ، وهل يجب الإعادة بعد البرء فيه قولان أحدهما لا يجب وهوقول أبي حنيفة واختاره المزني ، ولو وضعها على غير طهر وخاف من نزعها مسح عليها وأعاد قولاً واحداً وقيل فيه قولان وليس بشيء . وقـــال أحمد في رواية لا تعتبر الطهارة في مسحها ووضعها ولا يصلي ولا يعيد ، وبه قال مـــالك ولو زادت الجبائر أو عصابة الفصد على الجرح يجزئه المسح على خرقة المفتصد دون عصابة ، وقيل ان أمكنه شد العصابة بنفسه لم يجز .

( لأن النبي [1] عليه السلام فعل ذلك ) أي فعل المسح على الجبيرة ولم أر أحـــداً من الشراح المشهورين تعرض لهذا غير ان الأكمل قال والأصل في ذلك ما قال في الكتاب ان النبي ﷺ فعل وأمر علياً رضي الله عنه واكتفى بهذا الكلام ومضى . قلت فيه حديثان مرفوعان ، أحدهما أخرجه الدارقطني في سننه من حـــديث ابن عمر ان النبي ﷺ كان

---

(١) لم يذكر كلمة — النبي — في المتن .

يمسح على الجبائر ، وفي مسنده أبو عمارة محمد بن أحمد ، قال الدارقطني هو ضعيف جداً ولا يصح هذا الحديث مرفوعاً .

والحديث الآخر أخرجه الطبراني من حديث أبي أمامة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه لما رماه ابن قميئة يوم أحـــد رأيت النبي ﷺ إذا توضأ حل عصابته ومسح عليهـا بالوضوء ، وذكر الشيخ جمال الدين الحضرمي في خير مطلوب انه عليه السلام مسح وجهه يوم أحد فداواه بعظم بال فعصب عليه فكان يمسح على العصابة . وقال السروجي ومـا رأيته في كتب الحديث .

قلت مداواته عليه السلام بعظم بال وجهه يوم أحد ذكره أهل السير . وقال أبــو سليمان بن الجوز حدثنا محمد بن اسحاق حدثني ابراهيم بن محمد حدثني أبي عبد الله بن محمد ابن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن أبي امامة بن سهل بن حنيف ان رسول الله ﷺ داوى وجهه يوم أحد بعظم بال . وحديث غريب وأبو أمامة هذا اسمه أسعد سماه رسول الله ﷺ ، وروي في رواية للبخاري أن فاطمة أخذت قطعة من حصير فأحرقتها فـالصقتها فأمسك الدم .

( وأمر ) أن النبي ﷺ ( علياً رضي الله عنه به ) أي بالمسح على الجبيرة . قال الاترازي والأصل في جواز المسح على الجبيرة ما روي أن علياً رضي الله عنه كسرت يده يوم أحد فسقط اللواء منها فقال النبي ﷺ اجعلوه في يساره فإنه صاحب اللواء في الدنيا والآخر فقال يا رسول الله ﷺ ما أصنع بالجبائر فقال امسح عليها . رواه الكـرخي في مختصره باسناده إلى علي رضى الله عنه .

قلت هذا الحديث لا أصل له ، والذي روي عن علي رضى الله عنه هو انكسار إحدى زنديه وان النبي ﷺ أمره بالمسح على الجبائر وهو أيضاً غير صحيح ، رواه ابن مـاجة في سننه من حديث عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن أبيه عن جده الحسين بن أبى طالب رضى الله عنهم قال انكسرت إحدى زندي فسألت النبي ﷺ فـأمرني أن أمسح على الجبائر ، وأخرجه الدارقطني ثم البيهقى في سننهما ، قال الدارقطني وعمرو بن خــالد

الواسطى متروك . وقال البيهقى وقد تابع عمرو بن خالد عليه ابن موسى بن دحية فرواه عن زيدبن علي مثله وابن دحية متروك منسوب إلى الوضع . وقال ابن أبى حاتم في علله سألت أبى عن حديث رواه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن أمامة فقال هذا حديث باطل لا أصل له ، ، وعمرو بن خالد « رض » متروك الحديث ، وقال ابن القطان في كتابه قال اسحاق بن راهوية عمرو بن خالد كان يضع الحديث . وقال ابن معين كذاب غير ثقة ولا مأمون ، وروى العقيلي هذا الحديث في سعاية وأعله بعمرو بن خالد وقال لا يتابع عليه ولا يعرف إلا به ونقل تكذيبه عن جماعة .

وقال السروجي وجه وجوب المسح على الجبيرة ما أخرجه ابن ماجة عن زيد بن علي إلى آخره ، فيه كسرت احدى زندي يوم أحد .. إلى آخره ، ثم قال وفي المغرب وكسرت احدى زندي لان الزند مذكر . وذكر في المبسوط وخير مطلوب والبادي يوم خيبر كما ذكره في المغرب وصوابه يوم أحد كماذكره ابن ماجة وهكذا ذكره في المحيط .

قلت لأن هذا جواب ولا زال الحديث ليس له أصل كا ذكرنا . والعجب من السروجي كيف رضي بهذا الذي قاله مع اتباعه الاحاديث التي لها أصل في الصحاح أو الحسان ، وكان يمكن للأترازي وغيره من الشراح أن يقول الأصل في هذا الباب حديث جابر رضي الله عنه رواه أبو داود في سننه حدثنا موسى بن عبد الرحمن الانطاكي قال حدثنا محمد بن سلمة عن الزبير بن خريق عن عطاء عن جابر رضي الله عنه قال خرجنا في سفرة فأصاب رجلا منا حجر فشجه في رأسه ثم أوتكه قال لأصحابه هل تجدون لي رخصة في التيمم فقالوا ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء فاغتسل فمات ، فلما قدمنا على النبي ﷺ أخبر بذلك فقال قتلوه قتلهم الله أي ألا سألوا إذا لم يعلموا ، فانما العي السؤال انما كان يكفيه أن يتيمم أو يعصبه وشد على جرحه خرقة ثم يمسح عليها ويغسل سائر جسده . وقال البيهقي في المعرفة هذا الحديث أصح ما روي في هذا الباب مع اختلاف في اسناده ، والزبير بن خريق بضم الزاء في الزبير وضم الخاء المعجمة في خريف والمعين بكسر العين المهملة وتشديد الياء الحل .

ولأن الجرح فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرع المسح ويكتفي بالمسح على أكثرها ، ذكره الحسن

---

قوله بمعنى – يعصبه – وفي الحديث دليل على جواز المسح على الجبائر بعد تعصيبها يغسل بعضها .

فإن قلت قال الخطابي في القصة انه امر بالجمع بين التيمم وغسل سائر بدنه بالماء ، ولم ير أحد الامرين كافياً دون الآخر . وقال أصحاب الرأي إن كان أقل أعضائه مجروحاً جمع بين الماء والتيمم ، وإن كان الأكثر كفاه التيمم وحده . قلت لم يأمر عليه الصلاة والسلام أن يجمع بين التيمم والغسل ، وانما بين ان الجنب المجروح له أن يتيمم ويمسح على الجراحة ويغسل سائر بدنه فيحمل قوله – يتيمم ويمسح – على ما إذا كان أكثر بدنه جريحاً ، ويحمل قوله – ويغسل سائر جسده – إذا كان أكثر بدنه صحيحاً وعليه قوله ويغسل سائر جسده إذا كان اكثر بدنه جريحاً – ويمسح على الجراحة – وأما نقل الخطابي مذهبنا على هذا الوجه فغلط غير صحيح ، بل المذهب ما ذكرناه وليس عندنا الجمع بين التراب والماء .

( ولأن الجرح فيه ) أي في نزع الجبيرة ( فوق الحرج في نزع الخف ) لأنه يتضرر في ذلك دون نزع الخف ( فكان أولى بشرع المسح ) أي فكان مسح الجبيرة أولى من مسح الخف في المشروعية ( ويكتفي بالمسح على أكثرها ) أي على أكثر الجبيرة . وفي نسخة الاترازي أي على أكثره ثم تكلف وقال يذكر الضمير على تأويل المجبور أو المذكور .

قلت قوله – على تأويل المجبور – غير صحيح ، لأن المجبور هو صاحب الجبيرة وليس المراد الاكتفاء بالمسح على أكثر صاحب الجبيرة ، وانما المراد الاكتفاء بمسح أكثر الجبيرة .

( وذكره الحسن ) بن زياد فإنه ذكر في املائه انه اذا مسح على الاكثر أجزأه وإن مسح على النصف لا يجزئه . وفي السروجي والغرض فيه الاستيعاب وقيل الأكثر . قلت لم يذكر في ظاهر الرواية إلا الاكتفاء بالبعض دون البعض ، وذكر في كتاب الصلاة قال الحسن قال أبو حنيفة « رض » إذا مسح على العصابة فعليه أن يمسح على موضع الجرح

ولا يتوقف لعدم التوقيف بالتوقيت. وإن سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لأن العذر قائم والمسح عليها كالغسل لمـــا تحتها ما دام العذر باقياً . وإن سقطت عن برء بطل لزوال العذر

---

وعلى جميع العصابة أو على الاكثر . وفي الكافي الصحيح ما ذكره الحسن لئلا يؤدي إلى عامة الجراحة .

( ولا يتوقت ) أي المسح على الجبيرة ليس له وقت معلوم( لعدم التوقيف بالتوقيت ) يعني لعدم سماع شيئاً في الوقت حيث لم يرد فيه أثر ولا خبر فيمسح إلى وقت البرء بخلاف مسح الخف فإنه مؤقت بالحديث وبين مسح الجبيرة ومسح الخف [1] فــرق من وجوه ، الأول : هذا المذكور .

الثاني : ان مسح الجبيرة يجوز وإن شدها بلا وضوء ، ومسح الخف لا يجوز إذا لبسه قبل غسل الرجل .

والثالث : ان سقوط الجبيرة لا عن برء لا يبطل المسح ونزع الخف يبطل المسحفوجب غسل الرجل .

( وان سقطت الجبيرة عن غير برء ) بضم الباء أي عن غير صحة ( لا يبطل المسح ، لأن العذر قائم ) فيعمل المرخص عمله ( والمسح عليها ) أي على الجبيرة ( كالغسل لماتحتها مــا دام العذر باقياً ، وإن سقطت عن برء بطل لزوال العذر ) فلا يزول المسح وإن زال الممسوح كما لو مسح رأسه ثم حلق شعره بخلاف الخف لأنه مانع لا لعلة العـــذر . وفي المجتبى المسح على الجبيرة كالغسل لما تحتها بخلاف المسح على الخف وفائدته تظهر في عشر مسائل الثلاثة الأولى كما ذكرناها .

والرابعة : اذا مسح ثم شد عليها أخرى أو عصابة جاز المسح على العليا .

الخامسة : مسح على الجبائر في الرجلين ثم لبس الخفين ثم يمسح عليهما .

السادسة : الاستيعاب في المسح عليهما أو اكثرها شرط على اختلاف الروايتين.

---

(١) كلمة الخف ساقطة من الأصل .

## وإن كان في الصلاة استقبل لأنه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

السابعة : إذا أدخل الماء تحت الجبائر أو العصابه لا يبطل المسح .

الثامنة : انه لا يشترط الشد في جميع الروايات فيه .

التاسعة : من التثليث فيه عند البعض إذا لم يكن على الرأس.

العاشرة : إذا كان الباقي أقل من ثلاث أصابع اليد كاليد المقطوعة أو الرجل جاز المسح عليها بخلاف المسح على الخف .

( وإن كان ) أي سقوط الجبيرة ( في الصلاة استقبل لأنه قدر على الأصل ) وهو المسح على الخفين ( قبل حصول المقصود بالبدل ) وهو مسح الجبيرة ، فصار كالمتيمم يجد الماء في خلال صلاته فإنه يصليها لذلك . وذكر في الزيادات أن مسح الجبيرة كالغسل لما تحتها وليس ببدل مبدل والمسح على الخفين بدل عن الغسل ، ولهذا لا يمسح على الخفين في إحدى الرجلين ويغسل الرجل الأخرى لأنه يؤدي إلى الجمع بين الأصل والبدل ، ولو مسح على الخف في الأخرى يكون جمعاً بينهما فلا يجوز ويجب غسلها ، فثبت أن المسح على الجبيرة ما دام العذر باقياً أفضل وهو أصل لا بدل .

وأورد مسألة التحري إذا ظهر الخطأ فيه لا يستقبل مع أن جهة التحري بدل عن جهة الكعبة ، وأجيب بأن ذلك بعلامة النسخ لما قبله لما ان أصله كان بطريق النسخ فبقي في حق التحري كذلك ، والنسخ يظهر في حق القائم لا في حق الغائب فلذلك يبني ولا يستقبل والله أعلم بالصواب .

# باب الحيض والاستحاضة

## ( باب الحيض والاستحاضة )

أى هذا باب في بيان أحكام الحيض وأحكام الاستحاضة وارتفاعه على انه خبر مبتدأ محذوف كما ذكرنا ، ويجوز أن ينتصب على تقدير خذ باب الحيض . والبـــاب النوع والكتاب يشتمل على الانواع .

وجه المناسبة بين البابين من حيث أن الخف مسقط لركن الوضوء إذ هو رخصة اسقاط والحيض مسقط لجميع أركانه، والجزء مقدم فمسقط كذلك ، وقيل لانه في بيان الطهارة أصلا وخلفاً والتيمم خلف الكل والمسح خلف من البعض ، فأخر الحيض لانــه مسقط . وقال الاترازى « رح » لما فرغ من بيان أحكام الطهارة من الأحداث أصلا وخلفاً ، شرع في بيان الطهارة عن الانجاس ، وقدم الحيض لاختصاصه بأحكام على حـــدة أو لكثرة مناسبته بالاحداث من حيث حرمة الصلاة وقراءة القرآن ودخول المسجد وغير ذلك .

وقال السفناقي مــا حاصله ان الأحق بالتقديم ما يكثر وقوعه وهو الحدث الأصغر والأكبر ، فلذلك قدم ذكرهما مع متعلقاتهما ، ثم رتب عليه مــا يقل وقوعه بالنسبة إلى ذلك وهو الحيض والنفاس ، والحيض لما كان أكثر وقوعاً من النفاس قدمه عليه لا يقال كان الأولى تأخير باب الحيض لأنه بين الطهارةعن الأحداث فيحتاج إلى بيان الطهارةعن الانجاس ثم يرتب عليه باب الحيض باعتبار انه طهارة من الأنجاس لأنا نقول ان حكم الحيض حكم الجنابة فينبغي ذكره في طهارة الاحداث دون الانجاس .

فان قلت يصح تسمية النجاسة باعتبار أن الدم نجس مغلظ . قلـــت البول والغائط يشاركان في هذا الحكم ، فالطهارة عنهما طهارة عن الاحداث فكذا الطهارة عن الحيض، لأن أكثر الأحكام المذكورة في هذا الباب مختصة بالأحداث لا بالأنجاس كحرمــة قراءة القرآن والطواف ودخول المسجد وغيرها .

فان قلت لم لقب هذا الباب بالحيض دون النفاس ، وإن كان مشتملا عليهما ، قلت لأن الحيض حالة معهودة بين بنات آدم عليه السلام دون النفاس إذا حلها الحيض ، وقال ﷺ في الحيض هذا شيء كتبه الله تعالى على بنات آدم . وقال بعضهم كان أول ما أرسل الحيض على بني اسرائيل ، رواه البخاري معلقاً . وأخرج عبد الرزاق عن ابن مسعود باسناد صحيح وقال كان الرجال والنساء في بني إسرائيل يصلون جميعاً ، وكانت المرأة للشرف للرجل ، فألقى الله تعالى عليهن الحيض ومنعهن من المساجد ، وعدة عن عائشة رضي الله عنها نحوه .

وروى الحاكم وابن المنذر باسناد صحيح عن ابن عباس رضي الله عنه ان ابتداءالحيض كان على حق حواء عليها السلام بعد أن هبطت من الجنة ، قلت هذا أقرب وأوجه ، لأن الطبري روى عن ابن عباس رضي الله عنهما وغيره ان قوله تعالى في قصة إبراهيم عليه السلام ﴿ وامرأته قائمة فضحكت ﴾ ٧١ هود ، أى حاضت ، والقصة في سورة بني اسرائيل بلا ريب . ثم الكلام فيه في عشرة مواضع في تفسيره لغة ، وشرعاً ، وسببه ، وركنه ، وشرطه ، وقدره ، وألوانه ، وأوانه ووقت ثبوته ، وحكمه .

أما تفسيره لغة فقال صاحب الدراية الدم الخارج يقال حاضت السمرة وهي شجرة يسيل منها شيء كالدم ، ويقال حاضت الأرنب ، إذا خرج منها شيء كالدم . وقال الاترازى الحيض في اللغة خروج الدم يقال حاضت الارنب إذا خرج منها الدم. وقال في الاكمل الحيض في اللغة الدم الخارج ومنه حاضت الأرنب وكذلك قال السفناقي وتاج الشريعة . قلت ليس كذلك بل الحيض في اللغة عبارة عن السيلان سواء كان دماً أو ماء أو نحوهما ، يقال حاض السيل والوادى ،وحاض المشجون إذا قذف شيئاً أحمر يشبه الدم. وفي المبسوط حاضت السمرة إذا خرج منها الصمغ الأحمر قال عمار بن عقيل:

حالت حضاهن الذرارى وحيضت ... عليهن حيضات السيول الطواحم

وقال الصاغاني التحييض التسييل ثم أنشد هذا البيت . والطواحم جمع طاحمة من طحمة السيل وهي دفعة ومعظمه كذلك طحمة الليل . ويقال حاضت الارنب وحاضت

المرأة تحيض حيضاً أو محاضاً ومحيضاً . وعن اللحياني حاض وحاض وحاض وجاز كلها بمعنى ، وفي المغرب المحيض موضع الحيض وهو الفرج . قلت يتصرف منه العد والموضع والزمان والهيئة وكلها ورد في ألفاظ الحديث .

والمرأة حائض ، وفي اللغة الفصيحة الثابتة بغير تاء ، واختلف النحاة في ذلك ، فقال الخليل لما لم تكن جائزة على الفعل كان منزلة المنسوب عنده بمعنى حائض أى ذات حيض كذراع وتامل وتامس ولابن وكذا طالق وطامث وقاعد للآية أى ذات طلاق بمعنى أن الطلاق ثابت فيها . وقال السروجي يرد عليه قوله تعالى ﴿ في عيشة راضية ﴾ ٢١ الحاقة ، قالوا بمعنى ذات رضى وقد أتى بالتاء . قلت راضية بمعنى مرضية فلا يرد ، ومذهب سيبويه أن ذلك معزى مذكور أى ما لبيان أو شخص حائض وطامث وطامس وطالق ، ونظيره غلام نصفه وربعه على تأويل نفس لكنه لا يطرد لأنه مقصور على السماع ، ومذهب الكوفيين انه استغنى عن علامة التأنيث لأنه مخصوص بالمؤنث ونقض بجمل بازل وباقد بازل وضامر بها وبالحازى على الفعل نحو حاضت المرأة فهي حائضة ، وأرضعت فهي مرضعة .

وللحائض عشرة أسماء ، الحائض والطامث والطامس والدارس والعارك والضاحك والفارك والكابر . وقال النووى الكبر والمصبر والنافس والطامث بالثاء المثلثة والطاء بالهمزة في آخره ونساء حيض وحوائض ، والحيض بالفتح المرأة وبالكسر اسم للدم والخرقة التي تستر بها المرأة والحالة وفي تهذيب النووى اذا أقبلت الحيضة . قال الخطابي قال المحدثون بالفتح وهو خطأ والصواب بالكسر ، لأن المراد بها الحالة اورده القاضي عياض وآخرون وقالوا الأظهر الفتح لأن المراد إذا أقبل الحيض .

وأما تفسيره شرعاً فقال صاحب البدائع وهو عبارة عن الدم الخارج من الرحم وهو موضع الجماع والولادة لا يعقب ولادة مقدارا في وقت معلوم . وقال أبو منصور الأزهرى الحيض دم ينفض رحم المرأة بعد بلوغها في أوقات معتادة من معدن الرحم . وقال ابن

عرفة الحيض اجتماع الدم ومنه الحوض يجتمع فيه الماء . وقال السروجي هذا حده[1] لفظاً ومعنى لأن الحيض من السيلان دون الاجتماع وهو من معتل العين بالياء دون الواو. قلت أخطأه المخطىء ، لأن العرب تدخل الواو على الياء والياء على الواو ولأنهما من حد واحد وهو الهواء . قال الأزهرى ومنه قيل للحوض حوض لأن الماء يحيض إليه أي يسيل. وقال الكرخي الحيض دم تصير به المرأة بالغة بابتداء خروجه . وقال صاحب الدراية هو دم ممتد خارج عن موضع مخصوص وهو القبل . وقال الفضلى هو دم ينفضه رحم المرأة السليمة من الداء والصغر ومنه أخذ صاحب الكافي .

قوله – رحم المرأة – احترز عن الرعاف والدماء الخارجة من الجراحات ودم الاستحاضة لأنها دم عرق لا دم رحم . وقوله السليمة من الداء – احتراز عن النفاس ، فإن النفاس في حكم المريضة حتى اعتبرت تبرعاتها من الثلث ، وقوله – والصغر –احتراز عن دم تراه الصغيرة قبل بلوغها بتسع سنين فانه لا يعتبر في الشرع .

فان قلت ما تراه الصغيرة ليس بدم رحم ظاهرا ، وقد خرج ذلك بقوله – ينفضه رحم امرأة – قلت دم ولكنه فاسد والذى يخرج من رحم المرأة ليس بفاسد .

فان قلت الذى تراه الصغيرة استحاضة فلذلك احترز بقوله – والصغر – قلت لايقال له استحاضة لأنها لا تكون إلا على أثر حيض على صفة لا يكون حيضاً ، فلذلك قلنا انه دم فاسد .

وأما سبب الحيض في الإبتداء فقيل ان أمنا حواء عليها السلام لما تناولت من شجرة الخلد ابتلاها الله بذلك وبقي في بناتها إلى يوم القيامة .

وأما ركنه فامتداد دور الدم لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء ، والحيض يقوم به .

وأما شرطه فتقدم نصاب الطهر حقيقة وحكماً وفراغ الرحم عن الحبل .

وأما قدره فنوعان الأقل والاكثر وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

---

(١) « ضده » في الأصل ، والتصحيح من الهامش .

وأما ألوانه فسيجيء إن شاء الله تعالى عند قوله – وما تراه المرأة .. إلى آخره ، وقدم الكمية على الكيفية ، لأن الكمية عبارة عن المقدار في الذات ، والكيفية راجعة إلى الصفة ، والذات مقدمة على الصفة .

وأما بيان أوانه فقد اختلف في مدة الحكم ببلوغها ، فقال بعضهم ست سنين وقيل سبع سنين . وقال محمد بن مقاتل تسع سنين وبه أخذ أكثر المشايخ وهو الشافعي وأحمد « رض » . وقال أبو علي الدقاق اثنتا عشرة سنة اعتباراً للعادة في زماننا ، كذا في المحيط. واختلف في زمان الإياس فقيل ستون سنة ، وعن محمد رحمه الله في المولدات ستون سنة وفي الروميات خمس وخمسون سنة وقيل اقرابهـــا من قرابتها ، وقيل يعتبر تركيبها لاختلاف الطبائع باختلاف البلدان ، وعن أحمد خمسون سنة في المعجمية وستون في العربية. وقال الصاغاني ستون سنة وقيل لم يقدر بشيء فاذا غلب على ظنها الإياس فاعتدت بالشهور ولو رأت دماً في أثناء الشهور وانقضى ما مضى من عدتها وبعد تمامها لا تبطل وهـــو المختار ، وعند الأكثر خمس وخمسون سنة والفتوى في زماننا عليه وهو قول عـــائشة وسفيان الثوري وابن المبارك ومحمد بن مقاتل الرازي رضي الله عنهم وبه أخذ نصر بن يحي وأبو الليث ، وعن السمرقندي والمصنف لم يذكر الوقت وابتداء الباب ببيان المقدار ثم باللون ثم بالحكم .

وأما الاستحاضة فهو استفعال من الحيض ، يقال استحاضت المرأة إذا استمر بها الدم بعد ايامها فهي مستحاضة . وفي الشرع اسم لما نقص عن أقل الحيض أو زاد على أكثره .

فإن قلت ما وجه بناء الفعل للفاعل في الحيض والمفعول في الاستحاضة قلت لـما كان الأول معتاداً ومعروفاً بنى إليها ، والثاني لما كان نادراً غير معروف الوقت وكان منسوباً إلى الشيطان كما ذكرنا انها ركضة من الشيطان بنى لما لم يسم فاعله .

فإن قلت ما هذه السين فيه . قلت يجوز أن تكون للتحول كما في استحجر الطين ويعني أيضاً تحول دم الحيض إلى غير دمه وهو دم الاستحاضة .

( أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها ) أي أقل مدة الحيض ، وانما قيدنا هذا لأن الأقل

والأكثر بعض المضاف إليه، والثلاثة هي الأيام والأيام ليست حيضاً فلا بد من التقدير ونظيره ﴿الحج أشهر معلومات﴾ ١٩٧ البقرة ، أي مدة الحج أو زمانه أو وقته، ويجوز رفع ثلاثة أيام ونصبها ، أما الرفع فلكونها خبر المبتدأ ، وأما النصب على الظرف .

ثم اعلم ان ظاهر الرواية هو الذي ذكره المصنف وبه قال الثوري ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » انه ثلاثة أيام وما يتخللها من الليالي وهو الليلتان ذكره في المبسوط ، وقال في الينابيع يريد بقوله لياليها ليال تقع في بعض هذه الأيام ولا يريد الثلاث ليال مقدرة لتقديره بثلاث أيام فعلى هذا قال أبو حنيفة « رض » لو رأت في أول اليوم غدوة دماً وانقطع ثم رأته في اليوم الثاني ساعة ، ثم رأته في اليوم الثالث ثم انقطع بالعشي هذا حيض كله .

ثم اعلم أن كون الدم يمتد إلى ثلاثة أيام بحيث لا ينقطع ساعة حتى يكون حيضاً غير شرط ، لان ذلك لا يكون إلا نادراً بل انقطاع ساعة أو ساعتين فصاعداً غير مبطل للحيض وهو قوله عليه السلام في التقدير بيوم وليلة ، وفي الحلية أقل الحيض يوم وقال في موضع آخر يوم وليلة ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان ومنهم من قال قولاً واحداً يوم وليلة وهو قول أحمد وهو الاظهر نص عليه الشافعي وتفرع عليه أحكام الحيض . ومنهم من قال يوماً قولاً واحداً وهو قول داود . وقال مالك « رض » لاحد لاقله في العبادات، وروى عنه ابن وهب أن أقله في العدة والاستبراء خمسة أيام بلياليها ، وقال محمد بن جرير الطبري أجمعوا على أنها لو رأت الدم ساعة وانقطع لا يكون حيضاً كأنه لم يتصدر بخلاف مالك فإنه يقول أقله دفعة ، وقالت طائفة ليس لأقله ولا لأكثره حد بالأيام بل الحيض اقبال الدم المنفصل عن دم الاستحاضة .

( فما نقص من ذلك ) أي من أقل الحيض الذي هو ثلاثة أيام ولياليها ( فهو ) أي الناقض ( استحاضة ) عندنا ولو بساعة وعليه الفتوى ، قاله الصدر الشهيد، لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع انتظمت ببيان انها من التوالي فنقصان ساعة منها تنفي الحيض كما

ذكرنا ( لقوله عليه السلام أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها )هذا الحديث روي عن عائشة رضي الله عنها من (١) الصحابة .

الأول : حديث أبي أمامة رواه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه من حديث حسان بن ابراهيم عن عبد الملك عن العلاء بن كثير عن مكحول عن أبي أمامة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال أقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة وأكثر ما يكون عشرة أيام ، فإذا زاد فهي مستحاضة .

الثاني : حديث واثلة بنت الاسقع رواه الدارقطني في سننه من حديث حماد بن المنهال البصري عن محمد بن راشد عن مكحول عن واثلة بن الاسقع قال قال رسول الله ﷺ أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام.

الثالث : حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه أخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن سعيد الشافعي حدثني عبد الرحمن بن غنم سمعت معاذ بن جبل يقول انه سمع رسول الله يقول لا حيض دون ثلاثة أيام ولا حيض فوق عشرة أيام، فما زاد على ذلك فهي مستحاضة تتوضأ لكل صلاة إلا أيام أقرائها ولا نفاس (٢) دون أسبوعين ولا نفاس فوق أربعين يوماً فإن رأت النفساء دون الأربعين صامت وصلت ولا يأتيها إلا بعد أربعين .

الرابع : حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه رواه ابن الجوزي في العلل المتناهية من حديث أبي داود النخعي حدثني أبو طوالة عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال أقل الحيض ثلاث وأكثره عشر وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوماً .

الخامس : حديث أنس رضي الله عنه أخرجه ابن عدي في الكامل عن الحسن بن دينار عن معاوية بن مرة عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال أقل الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية وتسعة وعشرة ، فإذا جاوز العشر فهي مستحاضة .

---

(١) ربما هنا كلام ساقط يدل عليه ما بعده من روايات الصحابة . اه مصححه .

(٢) طهر — هامش .

السادس : حديث عائشة رضي الله عنها ذكره ابن الجوزي في التحقيق قال وروى حسين بن علوان عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال أكثر الحيض عشر وأقله ثلاث .

فإن قلت هذه الأحاديث كلها ضعيفة فلا يصح الاحتجاج بها ، ففي حديث أبي أمامة عبد الملك مجهول والعلاء بن كثير ضعيف الحديث ومكحول لم يسمع من أبي أمامة ما قاله الدارقطني . وفي حديث واثلة حماد بن الريان قال الطبراني مجهول وفيه محمد بن راشد ، قال ابن حبان كثير المناكير في روايته فاستحق الترك وفي مسنده أيضاً محمد بن أحمد بن أنس ضعيف . وفي حديث معاذ محمد بن سعيد فالبخاري وابن معين والثوري قالوا انه يضع الحديث ، وفي حديث الخدري أبو داود النخعي واسمه سليمان قال ابن حبان كان سليمان يضع الحديث وقال أحمد كان كذلك وقال البخاري هو معروف بالكذب . وفي حديث أنس الحسن بن دينار وقال ابن عدي ان جميع من تكلم في الرجال أجمع على ضعفه. وفي حديث عائشة رضي الله عنها حسين بن علوان ، قال ابن حبان كان يضع الحديث لا يحل كتب حديثه كذبه أحمد ويحي بن معين .

قلت أجاب القدوري في التجريد ان ظاهر الاسلام يكفي لعدالة الراوي ما لم يوجد فيه قادح ، وضعف الراوي لا يقدح إلا أن تقوى جهة الضعف ، وقد ذكر النووي في شرح المهذب ان الحديث إذا روي من طرق ومفرداتها ضعيفة يحتج به. وقال الدارقطني مكحول لم يسمع أبا امامة غير مسلم لانه أدرك أبا أمامة وسمع في عصره وإذا روى عنه فالظاهر السماع فإن الشرط عند مسلم امكان اللقي ولو ثبت ارساله فالمرسل حجة عندنا.

فإن قلت قال أحمد أخبرتني امرأة ثقة انها تحيض سبعة عشر. وقال ابن المنذر بلغني عن نساء الماجشون انهن يحضن سبعة عشر يوماً وكذا حكى عنهن أحمد، وروى اسحاق ابن راهوية ان امرأة من نساء الماجشون كانت تحيض عشرين ، وعن ميمون بن مهرين أن زوجته بنت سعيد بن جبير رضي الله عنهما كانت تحيض شهرين من السنة . وقال يزيد بن هارون عندي امرأة تحيض يومين ، وعن عبد الرحمن بن مهدي كانت امرأة يقال لها

ام العلاء حيضتي منذ أيام الدهر يومان . قال النووي وروينا ذلك باسناد صحيح .

قلت مالك ما حكى عن نساء الماجشون وقال اسحاق كنت أرى ما زاد على خمسة عشر صحيحاً ، وما ذكر عن اسحاق ويزيد بن هارون انكره أبو بكر بن اسحاق الفقيه على انا نقول قد شهد لمذهبنا عدة أحاديث من عدة من الصحابة من طرق مختلفة كثيرة بعضها بعضاً وان كان كل واحد ضعيفاً لكن يحدث عند الاجتماع ما لا يحدث عند الانفراد على ان بعض طرقهاصحيحة وذلك يكفي للاحتجاج خصوصاً في المقدرات والعمل به أولى من العمل بالبلاغات والحكايات المروية عن نساء مجهولة ولا يجوز ترك الحجة بغير الحجة ولأنا لو فتحنا باب اتساع وجود الدم في كل ما يحدث يظهر الخطأ والاضطراب ونحن مع هذا لا نكتفي بما ذكرنا بل نقوى ما ذهبنا إليه بالآثار المنقولة عن الصحابة رضي الله عنهم في هذا الباب .

فمن ذلك ما روي عن أنس رضي الله عنه رواه البيهقي في حديث الجلد بن أيوب عن معاوية بن قوة عن أنس بن مالك انه قال قراء المرأة أو قال حيض المرأة ثلاث أو أربع حتى ينتهي إلى عشرة فتزاد في رواية ثم تغتسل وتصوم وتصلي وزاد غيره فإذا جاوزت العشرة فهي مستحاضة ، قال في الامام هذا مشهور برواية جلد عن أنس مرفوعاً رواه جماعة من الأكابر منهم سفيان الثوري وبه أخرجه الدارقطني من رواية وكيع وأبي أحمد الترمذي عن الثوري ، ففي رواية أبي أحمد أدنى الحيض ثلاثة وأقصاه عشرة . وقال وكيع الحيض ثلاثة إلى عشرة فما زاد فهو استحاضة . ومنهم حماد بن زيد ولفظه عن أنس الحيض ثلاث وأربع وخمس وست وسبع وثمان وتسع وعشر . ومنهم اسماعيل بن ابراهيم بن مير يكنى أبا بشر مولى أنس بن خزيمة بصري ثقة ينسب إلى أمه علية ذكر ذلك في العلم المشهور .

ومنهم هشام بن حسان وسعيد أخرجه الدارقطني ولفظه الحائض تنتظر ثلاثة أيام إلى عشرة أيام فإذا جاوزت فهي مستحاضة تغتسل وتصلي ، والذي اغتسل به خال جلد بفتح الجيم وسكون اللام ، فإن البيهقي ذكر تضعيفه عن جماعة . وقال ابن عدي لم ير

للجلد حديثاً منكراً جداً وقد جاء لحديثه متابعات من شواهن منها ما أخرجه الدارقطني من حديث الربيع بن صبيح بفتح الصاد وكسر الباء الموحدة عمن سمع أنساً رضي الله عنه يقول لا يكون الحيض اكثر من عشر ، والربيع هذا وثقه يحي بن معين وقال أحمد لا بأس به رجل صالح . وقال شعبة هو من سادات المسلمين .

فإن قلت قولهم عمن سمع أنساً مجهول . قلت هو معاوية بن قرة صرح بذلك عبد الرزاق في مصنفه وله طريقان آخران عن أنس أحدهما أخرجه الدارقطني والآخر أخرجه البيهقي ، وروي أيضاً عن ابن مسعود رضي الله عنه أخرجه الدارقطني ، وروى أيضاً عن عثمان بن أبي العاص أخرجه الدارقطني أنه قال الحائض إذا جاوزت عشرة أيام فهي بمنزلة الاستحاضة تغتسل وتصلي . قال البيهقي هذا الأثر لا بأس باسناده . وحديث آخر رواه العقلي عن معاذ بن جبل لا حيض أقل من ثلاثة ولا فوق عشرة وهو من حديث محمد بن الحسن الصدقي ، وفي الامام عن جعفر بن محمد « رض » عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال أقل الحيض ثلاث وأكثره عشر وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوماً وذكر أبو الخطيب بسنده إلى يعقوب بن سفيان عن يحي بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ

وقال القدوري وقد روي مثل قولنا عن عمر وعلي وابن عباس وأنس وابن مسعود وعثمان بن أبي العاص الثقفي رضي الله عنهم ولا يعرف قولهم يخالف فوجب تقييدهم أو نقول ان ما لا يدل عليه القياس يحمل فيه قول الصحابي على انه قاله سماعاً فكأنه رواه عن النبي ﷺ ولنا وجه آخر من هذا الباب احتج به الطحاوي الثلاث والعشر وهو حديث أم سلمة ان سألت عن المرأة تهرق الدم فقال عليه الصلاة والسلام تنظر عدد الأيام والليالي التي كانت تحيض من الشهر فلتترك قدر ذلك من الشهر ثم تغتسل وتصلي فأجابها بذكر عدد الليالي والأيام من غير مسألة لها عن مقدار حيضها قبل ذلك وأكثر ما يتناوله الأيام عشرة وأقله ثلاثة .

قلت روى هذا الحديث أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجة وغيرهم من حديث سليمان

ابن يسار عنها . قال النووي اسناده على شرطهما . وقال البيهقي هو حديث مشهور إلاأن سليمان لم يسمعه منها،وفي رواية لأبي داود عن سليمان ان رجلا أخبره عن أم سلمة والدارقطني عن سليمان أن فاطمة بنت أبي حسن استحيضت فأمرت أم سلمة رضي الله عنها . وقال المنذري لم يسمعه سليمان وقد رواه موسى بن عقبة عن نافع عن سليمان عن مرجانة عنها وساقه الدارقطني من حديث جويرية عن نافع عن سليمان انه حدثه رجل عنها.

قوله – تهراق – على صيغة المجهول في الرواية والدم منصوب وفي رواية الدماء أي تهراق هي الدماء فينصب الدماء على التمييز ، وإن كان معرفة وله نظائر ، ويجوز رفع الدماء على تقدير تهراق دماءها وتكون الألف واللام بدلان عن الاضافة . قوله لتنظر عدد الليالي والأيام أي تحتسب عدد الليالي والأيام التي تحيض فيها قبل أن يصيبها الذي أصابها وهو الاستحاضة فلتترك الصلاة قدر ذلك أي قدر ما كانت تراه قبل ذلك مثلاإن كانت عادتها من كل شهر عشرة أيام إما من أولها وإما من أوسطها وإما من آخرها تترك الصلاة عشرة أيام من هذه الشهر فغير ذلك .

فإن قلت من أين كانت تحفظ هذه المرأة عدد أيامها التي كانت تحيضها أيام الصحة ، قلت ولم تكن تحفظ ذلك لم يكن لقوله عليه الصلاة والسلام لتنظر عدد الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن تصيبها التي أصابها معنى ان لا يجوز ردها إلى رأيها ونظرها في أمر هي غير عارفة بكنهه .

فإن قلت كيف الأمر فيمن لم تحفظ عدد أيامها . قلت هذه مسألة مشهورة في الفروع وهي انه يجب من كل شهر عشرة أيام حيضها ويكون الباقي استحاضة واحتج الاترازي لأصحابنا بما احتج به أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي على تقدير أقل الحيض وأكثره فقال والأصل فيه ما روي عن النبي ﷺ انه قال لفاطمة بنت أبي حبيش دعي الصلاة أيام محيضك . وفي بعض الألفاظ أيام أقرائك من كل شهر وقال المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها وأقل ما يتناوله اسم الأيام ثلاثة أيام .

( وأكثره عشرة أيام ) فقد أفادنا هذا الخبر مقدار الأقل والأكثر ، لأن ما دون

وهو قول أنس وهو حجة على الشافعي « رح » في التقدير بيوم وليلة وعن أبي يوسف « رح » انه يومان والأكثر من اليوم الثالث اقامة للأكثر مقام الكل، فقلنا هذا نقص عن تقدير الشرع وأكثره عشرة أيام والزائد استحاضة

---

الثلاثة لا يسمى أياماً ونقول ثلاثة أيام إلى عشرة، ثم نقول أحد عشر يوماً، انتهى كلامه. قلت لم يبين من راوى هذا الحديث من الصحابة ومن أخرجه من أهل الحديث ورواه أبو داود والنسائي من حديث فاطمة بنت أبي حبيش انهـــا سألت رسول الله ﷺ عن الدم فقال إذا أتاك قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري وصلي ما بين القرء إلى القرء، ورواه النسائي من حديث الزهري عن عمرة من حديث عائشة رضي الله عنها ان أم حبيبة كانت مستحاضة فسألت النبي ﷺ فأمرها أن تترك الصلاة قدر أقرائها وحيضها ، ورواه ابن حبان من طريق هشام عن أبيه عنها نحوه . ورواه البيهقي موقوفـاً والطبراني في الصغير مرفوعاً من طريق قمير بن أبي مسروق عنها وزاد إلى مثل أيام أقرائها .

( وهو قول أنس رضي الله عنه ) أي المذكور في الحديث المذكور قول أنس بن مالك وليس هذا في كثير من النسخ ، وقد ذكرناه عن قريـــب مفصلا . ( وهو ) أي الحديث المذكور ( حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة ) وعلى مالك أيضاً فيما ذهب إليه من ان الدفعة حيض ، وعلى أبي يوسف أيضاً فيما ذهب إليه من أن أقله يومان والاكثر من اليوم الثالث ولكنه رواية عنه اشار المصنف إليه بقوله ( وعن أبي يوسف انه يومان والاكثر من اليوم الثالث اقامة للأكثر مقام الكل ) بضم الميم واقامة نصب على انه مفعول مطلق والتقدير أقمنا اقامة أو اقيمت اقامة .

( قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع ) هذا جواب عما ذهب إليه أبو يوسف تقديره ان الشرع نص على عدد معين فلا يجوز تغييره ، فلو جاز النقص فيه لجاز في اقامة اليومين مقام الثلاثة لأنها أكثرها ولأن العدد بعد النص عليه يعتبر عليه كما له كأعداد الركعات وأيام الصيام وغيره أي يومين لمراعاة نص العدد.

( وأكثره ) أي اكثر الحيض ( عشرة أيام والزائد )على العشرة ( استحاضة )فتجري

فيه أحكام الاستحاضة ( لما روينا ) والمصنف لم يرو الحديث ولا يشير لأحد من الصحابة وإنما ذكره ( وهو ) أي الحديث المذكور ( حجة على الشافعي « رح » في التقدير ) أي في تقدير اكثر الحيض ( بخمسة عشر يوماً ) وبه قال مالك وأحمد في رواية وأبو يوسف أيضاً في رواية وأبو حنيفة أولاً وداود وأظهر الرواية عن أحمد انه سبعة عشر يوماً وهو رواية عن مالك . وعنه لا حد لقليله ولا لكثيره ولم يذكر المصنف حجة الشافعي « رض » ولا حجة مالك .

أما حجة الشافعي « رض » ومن وافقه فهو حديث رووه عن رسول الله ﷺ انه قال تمكث إحداكن شطر عمرها أو دهرها لا تصلي ، وقال الشطر النصف فدل على أن أكثره خمسة عشر يوماً .

قلت ذكر السغناقي هذا الحديث ولفظه لقوله عليه الصلاة والسلام في نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي .وذكر الاترازي فقال قال عليه السلام ما رأيت ناقصات عقل ودين أقدر على سلب عقول ذوي الالباب ، قيل يا رسول الله ما نقصان عقلهن ودينهن فقال أما نقصان عقلهن فشهادة امرأتين شهادة رجل ، وأما نقصان دينهن فلأن احداهن تمكث نظر (١) عمرها لا تصلي . فعلم بهذا أن اكثر الحيض مقدر بخمسة عشر يوماً . وقال ابن مندة لا يثبت عن رسول الله ﷺ بوجه من الوجوه ، وقال ابن الجوزي هذا لا يعرف . وقال النووي هذا حديث باطل لا يعرف ، وقال البيهقي في كتاب المعرفة والذي يذكره بعض فقهائنا من قعودها شطر عمرها أو دهرها لا تصلي قد طلبت كثيراً فلم أجده في شيء من كتب أصحاب الحديث ولم أجد له اسناد بحال فهذا الحديث لم يثبت وانما الثابت من الصحيحين حديث أبي سعيد الخدرى رضي الله عنه عن النبي ﷺ ما رأيت ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن ، قال وتمكث الليالي ما تصلي وتفطر رمضان فهذا نقصان الدين. والعجب من الاترازى يذكر هذا الحديث ويرضى به ويسكت أو ادعائه ان له يداً في الحديث ولم يكن له فيه غير قوله لا نسلم ان مكث احداهن شطر

(١) هكذا – نظر – في الاصل ، وربما اراد بها شطر . اه مصححه .

ثم الزائد والناقص استحاضة ، لأن تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره
به ، وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض

---

عمرها يدل على ما قلتم ، بل المكث بهذه الصفة حاصل فيما قلنا ألا ترى ان المرأة إذا بلغت بخمسة عشر سنة ثم حاضت من كل شهر عشرة أيام ثم ماتت بعد ستين سنة تكون تاركة الصلاة نصف عمرها لا محالة .

وقال السغناقي في جوابه المراد ليس حقيقة الشطر لأن في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الإياس ولا يختص في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر حيضاً ، وإذا قدرنا بالعشرة بهذه الآثار فقد جعلنا ما يقارب الشطر حيضاً .

واما حجة مالك فإنه يقول الكتاب مطلق عن التقييد بالزمان وهو قوله تعالى ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ﴾ ٢٢٢ البقرة ، والتقييد ينافي الاطلاق . والجواب عنه ان الذي استدل به مجمل يحتاج إلى البيان فالأحاديث المذكورة الاجمال .

( ثم الزائد ) على العشرة ( والناقص ) عن الثلاثة ( استحاضة لأن تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به ) أي غير تقدير الشرع بتقدير الشرع ، لأن العقل لا ابتداء له في المقادير ، ويقال ان الدم الزائد والناقص إما أن يكون دم حيض أو نفاس أو استحاضة فانتفى الأولان فعين الثالث .

ثم اعلم أن هذه الأيام والليالي المقدرة في أقل الحيض والمرأة تعتبر بالساعات حتى لو رأت وقد طلع نصف قرص الشمس وانقطع في الرابع وقد طلع دون نصفه فليس بحيض فتتوضأ وتقضي الصلوات ولو طلع تمام القرص تغتسل ولا تقضي وكذا لو رأت معتادة بخمسة وقد طلع نصف الشمس وانقطع في الحادى عشر وقد طلع أكثرها اغتسلت وقضت صلوات خمسة أيام وإلا فلا . وقال أبو اسحاق الحافظ هذا فأقل الحيض وأقل الطهر وفيما سواها ان كانت المرأة انها طهرت في الحادى عشر حد بها بعشرة وفي العاشر سبعة وفي الطهر مثله ، وما كان يتعرض للساعات وعليه الفتوى .

( وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة ) بضم الكاف وهي التي لونها كلون الماء الكدر في أيام الحيض ( فهو حيض ) ارتفاع حيض على انه خبر ما الموصولة اعنى

الالوان التي ذكرناها في أول الباب الموعود بذكره والألوان ستة السواد والحمرة والصفرة والكدرة والخضرة والتربية وهي التي على لون التراب وهي نوع من الكدرة فحكمها حكم الكدرة وهي بضم التاء المثناة من فوق وسكون الراء وبكسر الباء الموحدة وتشديد الياء آخر الحروف . وقال التربية نسبة إلى الترب والتراب والترب بضم التـــاء وهو التراب وقيل التاء بدل من الواو من لفظة ورأ لأنها من لفظة ترى بعد الحيض . وقيل هي تربية على وزن تفعلة من برئي [1] بفتح الباء وسكون الراء و كسر الهمزة وفتح الياء آخر الحروف وقيل فعلية ذكره القراء . وقل تربة بتشديد الراء وتخفيفها مع الادغام ، وفي قاضي خان الربية على وزن البرية . وذكر المغرب هي الرية لأنها على لونها .

فإن قلت لم يذكر السواد . قلت لا اشكال في كونه حيضاً ، واستدل بـه صاحب الدراية ثم الاكمل في ذلك بقوله عليه السلام دم الحيض أسود غليظ محتدم ، وذكره الاترازى أيضاً ولم يبين أحد منهم راويه من هو ولا مخرجه من هو . قلت هذا روي من وجوه مختلفة فروى أبو داود من حديث فاطمة بنت أبي حبيش انها كانت تستحاض فقال لها النبي ﷺ إذا كان دم الحيضة فإنها دم أسود ويعرف ، فإذا كان ذلك فامتسكي عن الصلاة فإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فإنما ذلك عرق ، وأخرجـه النسائي أيضاً وزاد بعضهم فيه وان له رائحة بعد قوله – تعرف – وليس كذلك بقولها ودفع الشافعية تبعاً للنهاية بعد قوله – فانما هو عرق انقطع – وانكر ابن الصاح والنووى وابن الرفعة قوله – انقطع – وليس كذلك فإنه موجود في سنن الدارقطني والحاكم والبيهقي « رض » من طريق ابن ابي مليكة جاءت خالتي فاطمة بنت أبي حبيش الى عائشة رضي الله عنها .. فذكر الحديث وفيه فإنما هو داء عرض أو ركضة من الشيطان أو عرق انقطع .

وذكر الشافعية في صفة الاسود لأنه محتدم وليس لهأصل بل وقع في تاريخ العقيلي عن عائشة قالت دم الحيض أحمر بحمر قاني ودم الاستحاضة كغسالة اللحم وصفـــة ووقعت الصفة المذكورة في كلام الشافعي في الام . وذكروا أيضاً في صفته أنه أحمر سرق وليس

(١) في الاصل – رائت – والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

له أصل ولكن روى الدارقطني والبيهقي والطبراني من حديث أبي أمامة مرفوعاً دم الحيض أسود خاثر تعلوه حمرة ، ودم الاستحاضة أسود رقيق ، وفي رواية دم الحيض لا يكون إلا أسود غليظاً تعلوه حمرة، ودم الاستحاضة دم رقيق تعلوه صفرة . وذكر صاحب المحيط حديث فاطمة بنت أبي حبيش وفيه ليست بالحيضة انما هي ركضة من الشيطان أو عرق عند أو داء اعترض .

قلت قوله – عرق عند – ليس في كتب الحديث . وقوله – أو داء اعترض – ذكره الدارقطني ، ووقع في الطحاوي ولكن عرق فتقه ابليس . وذكر أصحابنا في الحديث عرق انفجر ، وهذا ذكره الشيخ تقي الدين في شرح العمدة ، والذي وقع في البخاري ومسلم فإنما هو عرق أي دم عرق وهذا العرق يسمى العاذل . وفي المبسوط قالت فاطمة بنت قيس لرسول الله ﷺ اني استحاض فلا أطهر ، هذا وهم وليست هي فاطمة بنت قيس ، وانما هي فاطمة بنت أبي حبيش كما مر آنفاً ، وفاطمة بنت قيس هي التي بت طلاقها زوجها وقالت لم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى .

قوله – محتدم – بالحاء المهملة، قال الجوهري احتدم الدم اشتدت حمرته حتى يسود ، وفسره الاكمل بقوله أي طري شديد الحمرة إلى السواد . قلت قوله – طري – ليس له دخل في تفسيره . قوله – أو عرق عند – بفتح العين المهملة وكسر النون ، ويقال له العاذل أيضاً من عند العرق سال ، ولم يرقأ . والعاذل بالعين المهملة وكسر الذال المعجمة اسم للعرق الذي يسيل منه دم الاستحاضة ، وسئل ابن عباس رضي الله عنه عن دم الاستحاضة فقال ذاك العاذل يغذو تستثفر بثوب ولتصل . وقوله – يغذو – أي يسيل .

وأما الحمرة فهو اللون الأصلي للدم إلا عند غلبة السوداء يضرب إلى سواد ، وعند غلبة الصفرة يضرب إلى الصفرة ويتبين ذلك لمن افتصد .

وأما الصفرة فهي من ألوان الدم إذا رق ، وقيل هي كصفرة البيض أو كصفرة القز . وفي قاضي خان الصفرة تكون كلون السبر أو لون التين . وفي المجتبي وهذه الثلاثة أعني

الأسود والأحمر والأصفر حيض . وعن الصحابة رضي الله عنهم انهم قالوا السواد والحمرة والصفرة حيض . وفي مبسوط أبي بكر عن أبي منصور الماتريدي لو اعتادت ان ترى أيام طهرها صفرة وأيام حيضها حمرة فحكم صفرتها حكم الطهر بدلالة الحال . وقيل انها اعتبر ذلك في صفرة عليها بياض ولها حكم الطهر على قول اكثر المشايخ، وعن أبي بكر الاسكاف ان كانت الصفرة على لون البقم فهي حيض وإلا فلا ، والمنقول عن الشافعي في مختصر المزني الصفرة والكدرة في أيام الحيض حيض ، واختلف أصحابه في ذلك على ستة أوجه الصحيح المشهور ما قاله ابن شريح وأبو اسحاق المروزي وجماعة من المتقدمين أو من المتأخرين ان الصفرة والكدرة في زمان الامكان وهو خمسة عشر يوماً يكونان حيضاً سواء كانت مبتدأة أو معتادة خالف عادتها أو وافقها كما لو كان أسود أو أحمر وانقطع بخمسة عشر .

الثاني : قول الاصطخري ان الصفرة والكدرة في أيام العادة حيض وإن رأتها مبتدأة أو معتادة في غير أيام العادة قلت محيض .

الثالث : أبي علي الطبري انه إن تقدم الصفرة والكدرة دم أسود قوي أو أحمر ولو بعض يوم كانت حيضاً وإن لم يتقدم منها شيء لم يكن حيضاً تبعاً للقوي ، وان تقدمها دون يوم وليلة قلبت حيضاً .

الخامس [1] : حكاه ابن كج إن تقدمها دم قوي كانت حيضاً وإلا كانت استحاضة .

السادس : حكاه السرخسي ان تقدمها دم قوي يوم وليلة ولحقها دم قوي يوماً وليلة كانت حيضاً وإلا فلا .

وأما الكدرة فهي حيض عند أبي حنيفة ومحمد سواء رأت في أول أيامها أو آخرها .

وأما الخضرة فقال في البدائع اختلف المشايخ فيها فقال الشيخ الامام أبو منصور إذا رأتها في أول الحيض يكون حيضاً وإن رأتها في آخر الحيض واتصل بها أيام الحيض لا

(١) هكذا في الأصل ذكر الخامس ولم يذكر الرابع . اه مصححه .

حتى ترى البياض خالصاً . وقال أبو يوسف «رح» لا تكون الكدرة من الحيض إلا بعد الدم لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ، ولهما ما روي أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضاً

---

يكون حيضاً ، وجمهور الأصحاب على كونها حيضاً كيف ما كان ، وقيل الخضرة مثل الكدرة ، وقيل الخضرة والتربية والكدرة والصفرة انما يكون حيضاً على الاطلاق في غير العجائز وفيهن ان وجدتها على الكرسف وشدة وصفه تربية فهي حيض وإن طالت لم تكن حيضاً لان أرحام العجائز تكون منتنه فيتغير الماء بطول المكث ودم النفاس كدم الحيض .

( حتى ترى البياض خالصاً ) كلمة حتى للغاية والمعنى أنها تراه الحائض من الالوان المذكورة في أيام الحيض حيض إلى أن ترى البياض خالصاً على انه حال من البياض .

( وقال أبو يوسف لا تكون الكدرة حيضاً إلا بعد الدم ) يعني إذا رأتها في آخر أيام الحيض ، وإذا رأتها في أول أيام الحيض لا تكون حيضاً وبه قال أبو ثور ، واختاره ابن المنذر وقال داود لا تكون الكدرة والصفرة حيضاً بحال . وقال الشافعي ان كانتا في زمن الامكان بأن لا يكون أقل من يوم وليلة حيض كما أيام العادة، ونقل ذلك ابن الصباغ صاحب الشامل عن ربيعة ومالك « رض » والثوري والاوزاعي وأحمد واسحاق ( لأنه ) أي لأن الكدرة ، انما ذكر الضمير باعتبار الكدر أو باعتبار المذكور ( لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ) لأن الكدرة من كل شيء يتبع صافيه ، فلو جعلت حيضاً ولم يتقدم عليها دم كانت حيضاً مقصودة لا تبعاً .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( ما روي أن عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضاً ) روى مالك عن محمد في موطئهما عن علقمة بن أبي علقمة عن أمة مولاة عائشة « رض » انها قالت كان النساء يبعثن إلى عائشة رضي الله عنها في الدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض فسألنها عن الصلاة فتقول لهن لا تعجلن حتى

ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيض . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن علقمة بن أبي علقمة به سواء ، أخرجه البخاري في صحيحه تعليقاً ولفظه قال وكن يبعثن إلى عائشة رضي الله عنها بالكرسف فيه الصفرة فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء .

قوله ــ بالدرجة ــ بكسر الدال وفتح الراء جمع درج مثل حرج وحرجة وترس وترسة والدرج كالفط الصغير تضع فيه المرأة حق متاعها وطيبها ، وقيل انما هي الدرجة بالضم تأنيث درج وجمعها الدرج بضم الدال . والكرسف بضم الكاف ، قال ابن الاثير هو القطن ، وقال غيره الكرسف خرقة أو قطنة ونحو ذلك تدخله المرأة فرجها لتعرف هل بقي شيء من أثر الحيض أم لا ، ويستحب أن تكون مطيبة بالمسك أو الغالية لتدفع رائحة دمها ، قال عليه الصلاة والسلام لامرأة استحيضت خذي فرصة ممسكة ، والفرصة بضم الفاء قطعة من صوف أو قطن أو خرقة ، والممسكة المطيبة بالمسك ، وفي رواية عن بعضهم حكاه أبو داود قرصة بالقاف أي شيئاً يسيراً مثل القرصة بطرف الاصبعين ، وحكي عن أبي قتيبة قرضة بالقاف والضاد المعجمة أي قطعة من القرض وهو القطع والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة البحصة تشبه الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص ، وقيل القصة شيء يشبه الخيط الأبيض يخرج من قبل النساء في آخرهن تكون علامة طهرهن ، وقيل هو ماء أبيض يخرج في آخر الحيض ، وفي المحيط القصة في حديث عائشة رضي الله عنها الطين الذي يغسل به الرأس وهو أبيض يضرب لونه إلى الصفرة ، أرأيت انها لا تخرج من الحيض حتى ترى البياض الخالص ، ويخرج من الطين بالجفوف أيضاً . وفي المبسوط القصة البيلون الذي يغسل به الرأس وهو أبيض يضرب لونه الى الصفرة . قلت البيلون بفتح الباء الموحدة وسكون الياء الأخيرة وضم اللام وسكون الواو وفي آخره نون وهو الذي يقال له الطفل وهو لغة بلدية .

( وهذا لا يعرف إلا سماعاً ) أي هذا الذي جعلته عائشة رضي الله عنها لا يعرف إلا من حيث السماع فيحمل على انها سمعت من النبي ﷺ لأن العقل لا يهتدي لمثل هذا ، وقال

وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر أولا كالجرة اذا ثقب أسفلها .

الاترازي وهذا الذي قلنا مذهب علمائنا . قلت مقصوده هو الذي قاله لا يهتدى إليه إلا من طريق السماع من النبي ﷺ والذي ذكرنا أجود [١] وأصوب ولا يقال ان قوله ﷺ دم الحيض أسود غبيط محتدم يدل على أن هذه الأشياء ليست بحيض وهو أقوى من فعل عائشة رضي الله عنها فلا يجوز تركه به ، لأنا نقول تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقد عرف في الأصول .

( وفم الرحم منكوس ) هذا جواب عن قول أبي يوسف لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدر عن الصافي ، وتقريره أن يقال نعم هو كذلك اذا لم يكن المخرج من أسفل وفم الرحم منكوس يعني من الأسفل لا من الأعلى فيخرج الكدر أولاً ثم الصافي كالجرة إذا ثقب أسفلها فإنه يخرج الكدر أولاً ، وان من خاصة الطبيعة انها تدفع الكدر أولاً كما في الفصد والبول والغائط . قلت على هذا لو خرج الصافي أولا ثم الكدر لا ينبغي أن يكون الكدر حيضاً (فيخرج الكدر أولا) نتيجة قوله وفم الرحم منكوس ( كالجرة إذا ثقب أسفلها ) هذا شبه فم الرحم بالجرة إذا ثقب أي يحسن أسفلها فإنه حينئذ إذا كان فيها شيء من المائعات يخرج الكدر منها أولا ، والرحم كذلك لأن فيه من أسفل ، والتشبيه بالجرة الموضوعة هكذا لا بالجرة المطلقة ، لأن التشبيه لا يكون إلا في صفة مخصوصة كما في قولك زيد كالأسد ، فإن التشبيه فيه في الشجاعة مطلقاً .

واعلم ان للمرأة فرجاً داخلا وفرجاً خارجاً ، فالداخل بمنزلة الدبر والخارج بمنزلة الاليتين ، فإذا وضعت الكرسفة في الخارج فابتداء الجانب الداخل منه كان ذلك حيضاً وان لم ينفذ الى الخارج ، وإن وضعته في الفرج الداخل فابتدأ منه لم يكن ذلك حيضاً، لأنه بمنزلة قصبة الذكر وإن نفذت البلة إلى الجانب الخارج ، فإن كان الدبر عالياً عمل على رأس الفرج أو محاذياً له يكون حيضاً لظهور البلة، وإن كان منتقلا عنه لم يكن حيضاً وعلى هذا التفصيل اذا حشي الرجل احليله بقطنة فابتلت ، وهذا كله اذا لم يسقط

---

(١) في الأصل أوجد .

## وأمـــا الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا كانت من ذوات الأقراء تكون حيضاً ويحمل على فساد الغذاء ،

الكرسف ، فإن سقط فهو حيض كيف ما كان لظهور البلة ، وكذلك الحكم في النفـــاس .

وعن محمد بن سلمة انه كان يكره للمرأة ان تضع كرسفها في الفرج الداخل لأنه يشبه النكاح بيدها،ولو وضعت الكرسف في أول الليل ونامت فلما أصبحت فنظرت الكرسف فرأت البياض الخالص يلزمها قضاء العشاء لأنا تيقنا بطهرها من حيث وضعت الكرسف، ولو كانت طاهرة حين وضعت الكرسف ونامت ثم أصبحت ووجدت البلة على الكرسف فإنها تجعل حائضاً من أقرب الأوقات وهو مـــا بعد الصبح أخذا باليقين والاحتياط حتى يلزمها قضاء العشاء إن لم تكن صلت .

( وأما الخضرة فالصحيح ان المرأة اذا كانت من ذوات الأقراء ) أي الحيض( تكون حيضاً ) هذا أحد ألوان الحيض ، فلذلك ذكره بكلمة التفصيلية وقد ذكرنا أنهاستةفذكر منها الثلاثة أولاً وهي الحمرة والصفرة والكدرة ، وذكر هنا الرابع وهو الخضرة ولم‌يذكر اللونين وهما الأسود والتربية . وقال صاحب الدراية وانما لم يذكر الثلاثة من ألوان الحيض لأن الثلاثة متداخلة في الثلاثة المذكورة لأن‌الحمرة‌إذااشتدت صارت سوداء والخضرة قريبة إلى الصفرة ، والتربية تكون داخلة في الحمرة إذا رقت الحمرة تضرب إلى التربية .

قلت ليس الأمر كذلك، فإنه ذكر الأربعة وهي الحمرة والصفرة والكدرة والخضرة، وأما الأسود فلأنه أصل في باب الحيض معهود فاستغنى عن ذكره ، وأما التربية فإنهـــا نادرة فلذلك تركها . وأما الخضرة فقد اختلف فيها مشايخنا ، فمنهم من أنكـــر وجودها حتى استبعده [1] نصر بن سلام حين سئل عنها فقال كأنها أكلت فصيلا . وذكر أبو علي الدقاق ان الخضرة نوع من الكدرة ، وأشار المصنف إلى أن الصحيح من المذهب أن المرأة إذا كانت من ذوات الأقراء تكون الخضرة حيضاً.

ثم أشار إلى سبـــب كون الدم أخضر بقوله ( ويحمل ذلك على فساد الغذاء ) يعني

(١) في الاصل – استبعه . اه مصححه.

يحمل كأنها أكلت غذاء فاسداً ففسد دمها فصار لونه أخضر ، ولهذا قال أبو نصر كأنها أكلت فصيلا .

( وان كانت ) أي المرأة ( كبيرة ) أي آيسة ( لا ترى غير الخضرة ) لا يكون حيضاً ( تحمل ) ما تراه من الخضرة ( على فساد المَنْبِت ) بفتح الميم وسكون النون وكسر الباء الموحدة وفي آخره تاء مثناة من فوق وهو موضع النبات ، والمعنى انه يحمل الخضرة على انها لم تكن في الأصل دماً ، فإن الدم في الأصل لا يكون أخضر .

ثم اعلم ان قوله وان كانت كبيرة إشارة إلى الإياس ، وإن لم يبين هنا حده وقد ذكرنا في أول الباب ان الكلام في الحيض(١) فقال أبو نصر بن سلام ست سنين وقيل سبع سنين ، وقال محمد بن مقاتل تسع سنين وبه أخذ أكثر المشايخ وهو قول الشافعي ومحمد . وقال أبو علي الدقاق ثنتي عشرة سنة اعتباراً للعادة في زماننا كذا في المحيط ، وفي البخاري وغيره قالت عائشة رضي الله عنها إذا بلغت تسع سنين فهي امرأة ، قال ابن تيمية ورواه القاضي أبو يعلى باسناده يعني إذا حاضت ، وعن ابن عمر رضي الله عنه قال اذا أتى على الجارية تسع سنين فهي امرأة ، ذكره ابن عدي ، وروى الدارقطني عن عباد المهلبي قال ادركت قبا يعني المهالبة امرأة صارت جدة وهي بنت ثماني عشرة سنة ولدت تسع سنين بنتاً فولدت بنتها تسع سنين ابناً ، وهو محمول على غير مدة الحمل فيهما ، وانما لم يذكر الراوي لنقصها عن السنة واجتماع سنة من الزيادتين لا تمنع قوله – صارت جدة في ثماني عشر سنة – لا يحتمل أن تكون بترك الكسرين أو شك في قدره . وقال الاسبيجابي ابنة لأبي مطيع البلخي صارت جدة في ثماني عشرة سنة وهو بالتفسير الذي تقدم .

واعلم انه بقي من الأنواع العشرة نوعان أحدهما وقت ثبوت الحيض والآخر حكمه والمصنف ذكر حكمه على ما يأتي عن قريب .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما تصحيحها – وقد ذكرناه في أول الباب في الكلام في أول الحيض – ليتناسب مع ما بعده . اه مصححه .

وأما ثبوته فلا يكون إلا بالبروز ، وعن محمد انهـا إذا احست بالبروز يثبت حكم الحيض والنفاس أيضاً إلا بالبروز . وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا توضأت المرأة ووضعت الكرسف ثم أحست أن الدم نزل منها فأدخلت الكرسف قبل غروب الشمس فالصوم تام عند محمد ، وعندهم تقضي . ثم البروز انما يعلم بمجاوزة موضع البكارة اعتباراً بنواقض الوضوء ، والاحتشاء يسن للثيب ويستحب للبكر حالة الحيض ، وأما في حالة الطهـر فيستحب للثيب دون البكر ، ولوصلتا بغير كرسف جاز . وفي المفيد قيل في بنت سبع سنين يكون ما تراه حيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام أمرهم بالصلاة إذا بلغوا سبعاً ، والأمر للوجوب ، والصحيح انه استحاضة والأمر للاستحباب ليتمرنوا على الصلاة ويتخلقوا بهـا كما يؤمر المراهق بالغسل من الجماع تخلقاً به ، ولهذا لم يؤمر بوضوئه ، بخلاف التسع فإنه عليه السلام بنى بعائشة رضي الله عنهـا وهي بنت تسع سنين ، والظاهر انه كان بعد بلوغها .

وفي الاسبيجابي عن أبي نصر بنت ست لو رأت الدم من غير آفة حيض ، وما دون الست اجماع انه ليس بحيض ، وبنت ست اتفاق انـه حيض واختلفوا فيما بينهما ، وفي المفيد الصغيرة جداً لو جعل ذلك منها حيضاً به بالغة وتبقى أهلا للتكاليف الشرعية وهي غير صالحة ، وفي المحيط ابنة اثنتي عشرة اذا رأت الدم من غير داء فهو حيض عند بعضهم وفيه الكبيرة العجوز لو رأت الدم في مدة الحيض فهو حيض كما لو رأته على الدوام كان حيضاً فانقطاعه بينهما لا يمنع حيضاً لأن في اياسها به فمتى عاودها الـدم كان حيضاً ولم تكن آيسة لما تبين من عود الدم ، وزوجة الخليل عليه السلام حاضت وولدت وهي بنـت تسعين أو اثنتي وثمانين ، وزوجة زكريا عليه السلام ولدت يحي عليه السلام وهي بنت ثمان وتسعين سنة كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنه . والاياس المبيح للاعتداد بالاشهر أن لا ترى الدم في سن لا يحيض في مثله غالباً لا يقينا بدليل قوله ان ارتبتم . وقال محمد بن مقاتل الرازي قاضي بغداد حده خمسون سنة وما تراه بعده لا يكون حيضاً وهو قول أبي عبد الله الزعفراني والثوري وابن المبارك واختاره أبو الليث ونصر بن يحي ، وبه قـال

أحمد هذا اذا لم يحكم باياسها ، فإن حكم به ثم رأت الدم لا يكون حيضاً ، قال في المحيط وهو الصحيح لأن الاجتهاد لا ينقض باجتهادمثله لأنه يجوز أن يكون الدم بعد ذلك فاسداً، وما نقل كان معجزة فلا يوجد إلا على وجه الاعجاز .

وقيل ان رأته سائلا كما تراه في حيضها فهو حيض ، وان رأت بلة يسيرة لم يكن حيضاً بل يكون ذلك من نتن الرحم . وقيل ان رأته أسود أو أحمر يكون حيضاً ، وأصفر وأخضر لا يكون حيضاً،ولو اختار هذا انساناً كان حسناً إلا في بطلان الاعتداد بالأشهر وقيل في حد الإياس تعتبر أقراؤها من قرابتها ، وقيل تركها لاختلاف الطبائع باختلاف البلدات والأهوية والازمان ، ألا ترى أن النعمة تبطىء الإياس ، والفقر يسرع به . وعن محمد انه قدره بستين سنة ، وعنه في المولدات ستين سنة وفي الروميات بخمس وخمسين سنة ، لأن الروميات أنعم من المولدات فكن أسرع تكسراً من المولدات. وعن أحمد خمسون في العجمية ستون في العربية . وعن عائشة رضي الله عنها لن ترى المرأة في بطنها ولداً بعد خمسين سنة . وقال صاحب الامام لم أقف على سنده . قلت قال ابن تيمية رواه الدارقطني في مسنده عن عائشة رضي الله عنها . وفي المحيط أفتى عامة المشايخ بخمس وخمسين سنة وهو أعدل الأقوال في سائر الأوقات وأقرب العادات ، وفي رواية يقدر للإياس مدة ، فإذا غلب على ظنها انها آيسة اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم في اثناء الشهور انتقض ما مضى من عدتها وبعد تمامها لا تبطل وهو المختار ، ولو انها لم تحض قط وقد بلغت مبلغاً تحيض امثالها فيه غالباً يحكم بإياسها . وفي الجامع الصغير اذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض يحكم بإياسها .

( فلا يكون حيضاً ) نتيجة قوله — وإن كانت كبيرة ... إلخ — وفي بعض النسخ بالواو ولا يكون حيضاً ويكون عطفاً على قوله يحمل على فساد المنبت .

( والحيض يسقط ) من الاسقاط ( عن الحائض الصلاة ) هذا شروع في بيان حكم الحيض الذي هو من العشرة التي ذكرناها في اول الباب . وقال السغناقي وغيره اى احكام الحيض اثنا عشر،ثمانية يشارك فيها الحيض والنفاس ، واربعة تختص بالحيض دون النفاس،

ويحرم عليها الصوم ، وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة لقول عائشة رضي الله عنها كانت إحدانا على عهد رسول الله عليه السلام اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة

---

اما الثانية تترك الصلاة لا إلى قضاء ، وتترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول في المسجد وحرمة الطواف بالبيت وحرمة قراءة القرآن وحرمة مس المصحف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل عند انقطاع الحيض . واما الأربعة المخصوصة فانقضـــاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاقي السنة والبدعة ، فالسبعة الأولى تتعلق ببروز الدم عندها وبالاحساس عند محمد ، والثامن وهو الحكم ببلوغها معلق ، والاربعة الباقية تتعلـــق بانقضائه وهو وجوب الاغتسال مع الثلاثة من الأربعة المخصوصة .

( ويحرم عليها ) اى على الحائض ( الصوم ) . فإن قلت قـال في الصلاة تسقط وفي الصوم يحرم لماذا من الفائدة . قلت انما تسقط في الصلاة على القاضي ابي زيد ، فإن عنده نفس الوجوب ثابت على الصبي والمجنون والحائض لقيام الذمة الصالحة للايجاب ،لكن يسقط بالعذر ، والمسقوط يقتضي سابقة الوجوب ، واما على قول عامـة المشايخ لا يجب فيكون المراد من قوله — فيسقط — يمنع . واما في الصوم فلم يقـل يسقط إشارة إلى أن الصوم يقضى ، وهل هو على التراخي ام على الفور ، ففي المجتبى الأصح عند اكثر المشايخ انه على التراخي ، وعند ابي بكر الرازى على الفور ، والمبتدأة إذا رأت دمـاً تركت الصلاة والصوم عند اكثر مشايخ بخارى ، وعن ابي حنيفة لا تترك حتى يستمر الـــدم ثلاثة أيام .

( وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة ) هذا فائدة الاسقاط والتحريم ( لقول عائشـــة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله ﷺ إذا طهرت من حيضها تقضي الصيام ولا تقضي الصلاة ) هذا الحديث اخرجه الائمة الستـة في كتبهم من حديث معاذة بنت عبد الله العدوية بلفظ مسلم قالت يعني معاذة سألت عائشة رضي الله عنها ما بال الحائض تقضي الصوم ولا تقضي الصلاة ، فقالـت أحرورية أنت ، قلت لست بحرورية ولكني

اسأل ، قالت كان قضينا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة .

وفي رواية البخارى كالحيض [1] مع رسول الله ﷺ فلا يأمرنا ، أو قالت فلا نفعله .

وفي رواية لمسلم قد كانت احدانا تحيض على عهد رسول الله ﷺ ثم لا نؤمر بالقضاء ، ولفظ ابي داود عن معاذة ان امرأة سألت عائشة رضي الله عنها أتقضي الحائض الصلاة ، قالت أحرورية انت ، لقد كنا نحيض على عهــد رسول الله ﷺ فلا نقضي ولا نؤمر بالقضاء ، وفي رواية فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة .

وفي رواية للترمذى كنا نحيض عند رسول الله ﷺ فيأمرنا بقضاء الصوم ولا يأمرنا بقضاء الصلاة ، عن معاذة العدوية ان امرأة سألت عائشة رضي الله عنها اتقضي الحائض الصلاه اذا طهرت فقالت احرورية انت ، قد كنا نحيض على عهــد رسول الله ﷺ ثم نتطهر فيأمرنا بقضاء الصوم ولا يأمرنا بقضاء الصلاة .

وفي رواية ابن ماجة عن معاذة العدوية عن عائشة رضي الله عنها ان امراة سألتهــا اتقضي الحائض الصلاة ، قالت لها عائشة رضي الله عنها احرورية انت قد كنا نحيض عند رسول الله ﷺ ثم نطهر ولم يأمرنا بقضاء الصلاة.

قوله – احرورية انت – الهمزه للاستفهام على سبيل الانكار ، اى هذه طريقــة الحرورية وبئست الطريقة ، والحرورية طائفة من الخوارج نسبوا الى حروراء قريــة على ميلين من الكوفة تمد وتقصر كان أول اجتماعهم فيها على عهد علي رضى الله عنه ، وقيل انها خرجت عن الجماعة وخالفت السنة كما خرج هؤلاء عن جماعة من المسلمين وقيــل كانوا يرون على الحائض قضــاء الصلاة وشددوا في ذلك ، وكانوا يتعمقون في أمور الدين حتى خرجوا منه ، والسائلة أيضاً كأنها تعمقت في سؤالها فكذلك قالت لها عائشة رضي الله عنها احرورية انت .

فإن قلت وجوب القضاء يبنى على وجود الاداء في الاحكام ، فكيف تخلف هذا الحكم ها هنا ، قلت الاصل هذا ولكنه ثبت على خلاف القياس .

---

(١) هكذا في الاصل ، والصحيح – كنا نحيض عند – اه مصححه .

ولأن في قضاء الصلوات احراجاً لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم ، ولا تدخل المسجد وكـــذا الجنب لقوله عليه السلام فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب

---

( ولان في قضاء الصلوات احراجاً ) هذا دليل عقلي لوجود الحـــرج ( لتضاعفها ) اى لتضاعف الصلاة ، لانها خمس صلوات في كل يوم وليلة ( ولا حرج في قضاء الصوم ) لأنه في السنة مرة واحدة مع انضمام النص إليه فوجب .

( ولا تدخل المسجد ) اى لا تدخل الحائض المسجد وبه قـال مالك والثورى وابن راهوية وهو مروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ( وكذا الجنب ) اى كالحائض لايدخل المسجد الجنب ايضاً ( لقوله عليه الصلاة والسلام فإني لا احل المسجد لحائض ولا جنب ) هذا شطر من حديث رواه ابو داود باسناده عن حديث دجاجة قالت سمعت عائشــة رضي الله عنها تقول ، جاء رسول الله ﷺ ووجوه بيوت اصحابنا شارعة في المسجـد فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد ثم دخل النبي ﷺ ولم يضع القوم شيئاً رجاء ان ينزل لهم رخصة فقام إليهم بعد فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فإني لا احل المسجد لحائض ولا جنب . واخرجه البخارى في تاريخه الكبير وفيه زيادة ، وذكر بعدهحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ سدوا هذه الابواب إلا باب ابي بكر ، ثم قال وهذا اصح . وقال ابن القطان في كتابه قال ابو محمد عبد الحق في حديث جسرة هذا انه لا يثبت من قبل اسناده ولم يبين ضعفهولست اقول انه حديث صحيح وانما اقول انهحسن، لأن ابا داود يرويه عن مسدد وهو يرويه عن عبد الواحد بن زيـــاد وهو ثقة لم يذكر بقادح ، وعبد الحق احتج به في غير موضع من كتابه وهو يرويه عن قليب بن خليفـة قال احمد ما ارى به بأساً ، وسئل عنه ابو حاتم الرازى فقال شيخ .

وقليب بضم القاف ، ويقال اقلب ايضاً وهو يروى عن جسرة بفتح الجيم وسكون السين المهملة بنت دجاجة بكسر الدال بخلاف واحدة الدجاج . قال احمد تابعية ثقــة وذكرها ابن حبان في الثقات . وقال البخاري ان قليباً سمع من جسرة بنت دجاجة .

## وهو باطلاقه حجـــة على الشافعي «رح» في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور

فإن قلت قال الخطابي وضعفوا هذا الحديث ، وقالوا ان اقلب راويه مجهول لا يصح الاحتجاج بحديثه . قلت قال المنذري فيما قاله نظر ، فإنه اقلب بن خليفة ويقـال اقلب كذا يروى ، ويقال الدهلي كنيته أبو حسان حديثه في الكوفيين ، روى عنـــه سفيان الثوري وعبد الواحد بن زياد ويؤيد هذه الرواية ما رواه ابن ماجة في سننه عن أبي بكر ابن ابي شيبة والطبراني في معجمه عن ام سلمة رضي الله عنها قالت دخل رسول الله ﷺ صرحة هذا المسجد فنادى بأعلى صوته ان المسجد لا يحل لجنب ولا حائض .

قوله – ووجوه بيوت أصحابه – البيت أبوابها ولذلك قيل لناحية البيت التي فيهـــا الباب وجـه الكعبة ، ومعنى شارعة في المسجد مفتوحة فيه يقال شرعت الباب إلى الطريق اى انفذته إليه ، فالشارع الطريق الاعظم . قوله – وجهوا هذه البيـت – اى اصرفوا وجوهها عن المسجد يقال وجهت الرجل إلى ناحية كذا اذا جعلت وجهه إليهـــا ووجهته اذا صرفته عن وجهها إلى جهة غيرها . قوله – رجاء ان تنزل لهم رخصة – اى لترجى بنزول الرخصة ونصبه على التعليل ، وان مصدرية محلها الجر بالاضافة ، فخـرج إليهم بعد ذلك . قوله – فإني لا احـــل – من الاحلال من الحل الذي هو ضد الحرام ، والالف واللام في المسجد للعهد وهو مسجد النبي ﷺ وحكم غيره مثل حكمه ، ويجوز ان تكون للجنس فيدخل فيه جميع المساجد وهو أولى .

فإن قلت لم قدم الحائض على الجنب . قلت للاهتمام في المنع والحرمة لأن نجاستها اغلظ والنفساء مثل الحائض ، وروى الترمذي في جامعه في مناقب علي رضي الله عنه عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يا علي لا يحل لأحد يجنب في هـــذا المسجد غيري وغيرك ، وقال حديث حسن غريب . وقال ابو نعيم ضرار بن صرحة معناه لا يحل لأحد يسطرقه جنباً غيري وغيرك .

( وهو ) اى الحديث المذكور ( باطلاقه ) يعني بكونه غير مقيد بشيء ( حجـة على الشافعي « رح » في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور ) اى في اباحة دخول المسجـد

على وجه العبور من غير مكث ، والمرور بان كان فيه طريق يمر فيه الناس ، وبقوله قال احمد ، وعن احمد له المكث فيه ان توضأ وهو خلاف قول الجمهور ، ولأنه لا اثر للوضوء في الجنابة لعدم تحريكها اتفاقاً . وعن الحسن البصري وابن المسيب وابن جبير وابن دينار مثل قول الشافعي رضي الله عنه وقول المزني وداود وابن المنذر يجوز له المكث فيه مطلقاً ، ومثله عن زيد بن اسلم واعتبروه بالشرك بل أولى ، وتعلقوا بقوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا ينجس ، قلنا معناه لا يصير نجس العين حتى لو تلطخ بالنجاسة منع عن الصلاة ودخول المسجد لتنجسه بمجاوزة النجاسة .

وفي شرح الوجيز في العبور وجهان لو خافت تلويث الدم إما لغلبة الدم ، وإما انها لم تستوثق ، فليس لها العبور صيانة له ، و كذا المستحاضة ومن بـه سلس البول ، فإن امنت التلويث فيه وجهان ، احدهما لا يجوز لاطلاق الحديث واصحها الجواز .

واحتج الشافعي « رض » في الجنب بظاهر قوله تعالى ﴿ ولا جنباً إلا عابرى سبيل حتى تغتسلوا ﴾ ٤٣ النساء ، قلنا – إلا – ها هنا بمعنى لا قاله اهل التفسير ، ونظيرقوله تعالى ﴿ وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ﴾ ٩٢ النساء ، والمعنى لا خطا . وقال الزجاج معنى الآية ولا تقربوا الصلاة وانتم جنبا الا عابرى سبيل اى إلا مسافرين قال لان المسافر قد يفوته الماء فخص المسافرين بذلك . وقال ابو بكر الرازى في احكام القرآن روى علي وابن عباس رضي الله عنهما ان المراد بعابرى السبيل المسافرين اذا لم يجدوا الماء يتيمموا ويصلون به ، قال والتيمم لا يرفع الجنابة فأبيح لهم الصلاة به تخفيفاً من الله تعالى عن المكلف .

قلت هذا اختياره ، وظاهر المذهب ان التيمم رفع الحدث إلى غاية القدرة على استعمال الماء الكافي ، لكن لما كان يعود جنباً عند ذلك سماه جنباً باعتبار عاقبته . وقال الزمخشري من فسر الصلاة بالمسجد مع ما بعده فمعناه لا تقربوا المسجد جنباً إلا مجتازين فيه إذا كان الطريق إلى الماء أو كان الماء فيه ، وقول الشافعي « رض » ليس في الصلاة عبور سبيل ، إنما عبور السبيل في موضعها وهو المسجد . قلنا عبور السبيل هو السفر ، ففي الصلاة

حينئذ عبور سبيل فاندفع قوله . أما إذا حملنا الصلاة على المسجد فجاز افليس له جواب عن قوله تعالى ﴿ حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ٤٣ النساء ، فإن حمل الصلاة والمسجد معاً فقد جمع بين الحقيقة والمجاز في البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أقيمت الصلاة وعدلت الصفوف قياماً فخرج الينا رسول الله ﷺ ، فلما قام في مصلاه ذكر انه جنب فقال لنا مكانكم ثم رجع فاغتسل وخرج الينا ورأسه يقطر فكبرنا وصلينا معه .

قال ابن بطال في شرحه قال أبو حنيفة « رض » إذا كان الماء في المسجد يتيمم الجنب ويدخل المسجد فيخرج الماء عنه قال وهذا الحديث يدل على خلاف قوله لأنه لما لم يلزمه التيمم للخروج كذا من المضطر إلى المرور فيه جنب لا يحتاج الى التيمم . قلت هذا الحديث لم يرد في دخول المسجد وإنما ورد في خروجه منه والخروج ضد الدخول فلا يدل عليه بوجه من وجوه الدلالات الثلاث المطابقة والتضمن والالتزام فثبت أن الحديث لا يدخل على إباحة الدخول بوجه وإنما يدل عليه القياس إذا لم يذكر الفرق بينهما . وقوله وهذا الحديث يدل على خلاف قول أبي حنيفة « رح » من حمل مر بالفقه وأصوله وليس في الحديث نفي التيمم بل هو سكوت عنه فلعله عليه السلام تيمم ثم خرج ولا يلزم من عدم التصريح بذكره عدم وقوعه . اختلف فمن أجنب في المسجد هل يخرج لوقته أو يتيمم ثم يخرج .

فإن قلت روى سعيد بن منصور عن جابر رضي الله عنه قال كنا نمر بالمسجد جنباً مجتازين ، وعن عطاء قال رأيت رجالاً من أصحاب رسول الله ﷺ يجلسون في المسجد وهم جنبون إذا توضؤوا وضوء الصلاة ، رواه سعيد و (١) لا حجة في ذلك على جواز مكث الجنب في المسجد ولا على جواز دخوله فيه لأنه لم ينقل انه عليه السلام علم ذلك منهم فأقرهم عليه .

( ولا تطوف ) أي الحائض ( بالبيت ) أراد به الكعبة المشرفة وهو من الأسماء الغالبة كالنجم والصعق ، وكذلك لا يطوف بالبيت .

(١) كلام غير مقروء في هذا الموضع . اهـ مصححه .

## لأن الطواف في المسجد، ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى
## ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ ٢٢٢ البقرة

فإن قلت عدم جواز طواف الحائض بالبيت فهم من قوله – ولا يدخل المسجد – لأن الطواف لا يكون إلا فيه . قلت نعم فهم لكن بطريق الالتزام لا بطريق المطابقة وهي الدلالة الحقيقية ، وربما يختص حالة الشروع في الطواف بعد الدخول فيحتاج إلى ذكر المنع عن الطواف قصداً . وجواب آخر وهو انه انما ذكره مع ظهوره لئلا يتوهم انه لما جاز فيها الوقوف مع انه أقوى أركان الطواف الحج فإن الطواف أولى . وجواب آخر وهو انه لو قدر ان الطواف لم يكن في المسجد فإنه لا يجوز مع انه عارض لم يكن في زمان ابراهيم الخليل عليه السلام .

والحاصل ان حرمة الطواف على الحائض والجنب لدخول انتقض فيه لا لدخولهما المسجد ولهذا يجب عليها الحافر [ كذا في الأصل ] .

( لأن الطواف في المسجد ) هذا تعليل لقوله ولا يطوف . قال الأكمل ولو علل بقوله لأن الطواف بالبيت صلاة كان أشمل واندفع السؤال قلت كون الطواف بالبيت صلاة ليس بطريق الحقيقة ، ولهذا يجوز محدثاً .

( ولا يأتيها زوجها ) أي ولا يأتي الحائض زوجها بمعنى لا يطأها وفيه رعاية الأدب حيث ذكره بطريق الكناية عن الشك ( لقوله تعالى ﴿ولا تقربوهن حتى يطهرن﴾ ٢٢٢ البقرة ) هذا نهي عن القربان في حالة الحيض فيقتضي التحريم فلا يجوز الجماع وعليه إجماع المسلمين واليهود والمجوس خلاف النصارى . وذكر القرطبي عن مجاهد قال كانوا في الجاهلية يجتنبون النساء ويأتون في أدبارهن في مدته ، والنصارى يجامعوهن في فروجهن في زمان الحيض ، والمجوس واليهود يتغالون في تجنب الحيض وهجرانهن في مدة الحيض فأمر الله تعالى بالقصد بين ذلك . وقال غيره واليهود يعتزلون النساء بعد انقطاع الدم وارتفاعه سبعة أيام اعتزالاً يفرطون فيه إلى حد ان أحدهم لو لبس ثوبه مع ثوب امرأة لنجسوه مع ثوبه وان ذلك من أحكام التوراة التي بأيديهن ، وان فيها أيضاً من مس عظماً أو وطىء قبراً أو حضر ميتاً عند موته فإنه يصير من النجاسة بحال لا يتخرج له منها إلا

ببلاد البقرة التي كان الإمام الهاد تحرقها وهذا نص من يتداولونه .

ثم اعلم انه لو وطىء الحائض مع العلم بالتحريم فليس عليه إلا التوبة والإستغفار عندنا وهو قول عطاء والشعبي والنخعي والزهري ومكحول وسعيد بن جبير وحماد وربيعة ويحي بن سعيد وأيوب السختياني والليث ومالك والشافعي في الجديد وأحمد في رواية ، وحكاه الخطابي عن أكثر العلماء . وقال بعض العلماء تجب الكفارة ديناراً في الإقبال ونصفه في الادبار وهو القول القديم للشافعي . وحكى ابن المنذر عن ابن عباس وقتادة والحسن والأوزاعي وأحمد في رواية واسحاق ، وعن سعيد بن جبير ان عليه عتق رقبة ، وعن الحسن البصري ان عليه ما على الجامع في نهار رمضان .

واحتج من أوجب الدينار أو نصفه بحديث صفية عن مقسم بن بجرة عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ إذا وقع الرجل على أهله وهي حائض فليتصدق بدينار أو نصف دينار ، رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة والبيهقي ثم أعله البيهقي بأشياء منها ان جماعة رووه عن شعبة موقوفاً على ابن عباس وان شعبة رجع عن رفعه ، ومنها انه روي مفصلا ، ومنها ان في سننه اضطراباً لأنه روي بدينار أو نصف دينارعلى الشك ، وروي يتصدق بدينار فإن لم يجد فنصف دينار ، وروي يتصدق بخمسي دينار ، وروي يتصدق بنصف دينار ، وروي فيه التفرقة بين أن يصيبها في الدم أو في انقطاع الدم ، وروي انه إذا كان دماً أحمر فدينار وإذا كان أصفر فنصف دينار ،وروي إن كان الدم غبيطاً فليتصدق بدينار وإن كان أصفر فنصف دينار .

والجواب عن ذلك كله ان الحاكم أخرجه في مستدركه وصححه ، وكذا ابن القطان صححه وذكر الخلال عن أبي داود ان أحمد قال ما أحسن حديث عبد الحميد وهو ما رواه أبو داود ، وحدثنا مسدد قال حدثنا يحي عن شعبة قال حدثني الحكم عن عبد الحميد ابن عبد الرحمن عن نميم عن ابن عباس عن النبي ﷺ في الذي يأتي امرأته وهي حائض، قال يتصدق بدينار أو بنصف دينار ، قيل لأحمد انذهب إليه قال نعم إنما هو كفارة ولئن سلمنا ان شعبة رجع عن رفعه فإن غيره رواه عن الحكم مرفوعا وعن عمرو بن

قبيس الميلاني إلا انه أسقط عبد الحميد وكذا أخرجه من طريق النسائي وعمر هذا ثقة ، وكذا رواه قتادة عن الحكم مرفوعاً وهو أيضاً أسقط عبد الحميد ، ومقتضى القواعد ان رواية الرفع أشبه بالصواب لأنه زيادة ثقة .

فإن قلت فعلى هذا يثبت الوجوب . قلت يحمل على الاستحباب كما ورد عن النبي ﷺ من ترك الجمعة بغير عذر فليتصدق بدينار فإن لم يجد فنصف دينار ، رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة واحمد .

فإن قلت ما القرينة على ان الامر للاستحباب . قلت التخيير بين الدينار ونصفه اذ لا تخيير في جنس الواحد بين الاقل والاكثر وامر ابو بكر رضي الله عنه فيه بالاستغفار وان لا يعود .

واحتج من اوجب العتق بحديث ابن عباس جاء رجل فقال يا رسول الله ﷺ اصبت امرأتي وهي حائض فأمره بعتق نسمة وقيمة النسمة يومئذ دينار . قلنا هذا ضعيف ولئن سلمنا صحته فالأمر للاستحباب كما ذكرنا ولا كفارة في الوطىء بعد انقطاع الدم قبل الغسل عند الجميع خلافاً لقتادة والاوزاعي وهذا كله اذا وطىء عامداً عالماً بالتحريم فإن وطئها ناسياً او جاهلا به او بأنها حائض لا شيء عليه . وقال بعض اصحاب الحديث يجيء على قوله القديم عليه الكفارة كذا في شرح الوجيز ، قال ابو حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف يجوز الاستمتاع بالحائض بما فوق السرة وما تحت الركبة .

وتحرم المباشرة بين السرة والركبة بدون الازار وهو قول سعيد بن المسيب وسالم والقاسم وشريح وطاووس وقتادة وسليمان بن يسار ومالك والشافعي « رض » وحكاه البغوي عن اكثر العلماء . وقال محمد يجوز الاستمتاع بما دون السرة بلا ازار ، ويجب عليه اجتناب شعار الدم ، وهو قول عطاء والشعبي والنخعي والثوري واحمد واصبغ المالكي وابو ثور واسحاق وابن المنذر وداود ، واحتجوا بما روي عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ﴾ ٢٢٢ البقرة ، اي فاعتزلوا نكاح فروجهن ، وقوله عليه السلام اصنعوا كل شيء إلا النكاح ، رواه الجماعة ، وفي لفظ النسائي وابن ماجة إلا الجماع .

## وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله ﷺ لا تقرأ الحائض والجنب شيئاً من القرآن

ولهما ما روي في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت إحدانا اذا كانت حائضاً فأراد رسول الله ﷺ ان يباشرها امرها ان تتزر ثم يباشرها . وعن ميمونة نحوه رواه البخاري ومسلم ، وفي رواية كان يباشر نساءه فوق الازار يعني في الحيض والمراد بالمباشرة التقاء البشرتين على اي وجه كان .

والجواب عن الحديث المذكور انه محمول على القبلة ومس الوجه واليد ونحو ذلك ، وفي النوادر امرأة تحيض من دبرها لا تدع الصلاة لانه ليس بحيض ، ويستحب الاغتسال عند انقطاعه ويستحب للزوج ان لا يأتيها .

( وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن ) على قصد القرآن دون قصد الذكر والثناء ، وكذلك لا قراءة التوراة والانجيل والزبور لأن الكل كلام الله إلا ما بدل منها وحرف وبه قال الحسن وقتادة وعطاء وابو العالية والنخعي والزهري واسحاق وابو ثور والشافعي « رض » في اصح قوليه وهو قول عمر وعلي وجابر وابي وائل «رض» واباحها سعيد بن المسيب وحماد بن ابي سليمان وداود وعن ابن عباس كالمذهبين ، ولو علم الصبيان حرفاً حرفاً فلا بأس به لحاجة .

( لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن ) هذا الحديث روي عن ابن عمر وعن جابر رضي الله عنهما .

اما حديث ابن عمر فأخرجه الترمذي وابن ماجة عن اسماعيل بن عياش عن موسى ابن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئاً من القرآن ، ورواه البيهقي في سننه وقال قال البخاري فما بلغني عنه انما روى هذا اسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة وأعرفه من حديث غيره واسماعيل منكر الحديث عن اهل الحجاز واهل العراق ثم قال وقد روي عن غيره عن موسى بن عقبة وليس بصحيح ، وقال ابن المعرفة هذا حديث تفرد به اسماعيل بن عياش ورواية عن اهل الحجاز ضعيفة لا يحتج بها قاله أحمد ويحي بن معين وغيرهما من الحفاظ ، **وقد روى هذا عن غيره**

وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته .

---

وهو ضعيف ، وقال ابن ابي حاتم في علله سمعت ابى وذكر حديث اسماعيل بن عياش هذا فقال خطأ انما هو من قول ابن عمر رضي الله عنه ، وقال ابن عدي في الكامل هذا الحديث لهذا الاسناد لا يروى عن غير اسماعيل بن عياش وضعفه احمد والبخاري وغيرهما ، وصوب ابو حاتم رفعه على ابن عمر رضى الله عنه .

واما حديث جابر رضي الله عنه فرواه الدارقطني في سننه في آخر الصلاة من حديث محمد بن الفضل عن أبيه عن طاووس عن جابر مرفوعاً نحوه ، ورواه ابن عدي في الكامل واعله بمحمد بن الفضل واغلظ في تضعيفه عن البخاري والنسائي وابن معين .

فإن قلت اذا كان الامر كذلك فلم يبق في الحديث المذكور وجه الاستدلال في المذهب . قلت روى حديث صحيح في منع الجنب عن القراءة اخرجه الاربعة من حديث عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة بكسر اللام عن علي رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ لا يحجبه أو لا تحجزه عن القرآن شيء ليس الجنابة . قال الترمذي حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه .

قوله – لا يحجبه – ورواه ابي داود ولم يكن يحجره او يحجزه الأول من الحجر بالراء المهملة وهو المنع ، والثاني بالزاء من حجزه بمعنى منعه ايضاً وكلاهما من باب نصر ينصر .

قوله – ليس الجنابة – بمعنى غير الجنابة وهذا الحديث يقوى الحديثين الأولين .

( وهو ) اي الحديث المذكور ( حجة على مالك « رح » في الحائض ) فإنه يجوزها للحائض لكونها معذورة محتاجة إلى القراءة عاجزة عن تحصيل الطهارة بخلاف الجنب فإنه قادر عليه بالغسل والتيمم ( وهو ) اي الحديث المذكور ( باطلاقه ) اي بعمومه وشموله ( يتناول ما دون الآية ) لأن قوله – شيئاً – نكرة في سياق النفي يتناول مادون الآية فتمنع قراءته كالآية ( فيكون حجة على الطحاوي « رح » في اباحته ) أي في اباحة ما دون الآية .

قلت فللطحاوي ان يقول هذا الحديث ما يثبت عندي وعندي حديث ما يدل على ما

## وليس لهم مس المصحف إلا بغلافه ولا أخذ درهم فيه سورة من القرآن إلا بصرته

ذهبت إليه وهو ما رواه احمد « رح » في مسنده حدثنا عامد بن حبيب حدثني عامر بن الصمت عن ابي العريف الهمداني قال انبأني علي رضي الله عنه بوضوئه فمضمض واستنشق ثلاثاً وغسل وجهه ثلاثاً وغسل يديه ثلاثاً وذراعيه ثلاثاً ثم مسح برأسه ثم غسل رجليه ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ توضأ ثم قرأ شيئاً من القرآن ثم قال هذا لمن ليس بجنب فأما الجنب فلا ولا آية ، ورواه الدارقطني.موقوفاً بغير هذا اللفظ ، وفيه ثم قرأ صدراً من القرآن ، ثم قال اقرؤوا القرآن ما لم يصب احدكم جنابة فإن اصابه فلا ولا حرفاًأوقال واحد قال الدارقطني هو صحيح عن علي رضي الله عنه .

فإن قلت كيف يساعد هذا الحديث الطحاوي . قلت مساعدة المرفوع ظاهرة وأما الموقوف فعليه ، فإن قال الطحاوي تمنع كون ما دون الآية من القرآن لوجود هذا المقدار في كلام من لا يعرف القرآن من الاعراب اصلا مثل قوله الحمد لله وبسم الله إلا اذا قصد الشخص به قراءة القرآن ، وقال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون لا يقرأ الجنب آية كاملة ، ويجوز اقل من آية ، ولو انه قرأ للفاتحةعلىسبيل الدعاء او شيئاًمنالآياتالتي فيها معنى الدعاء ولم يرد به القراءة فلا بأس به. قال الاترازي وهو المختار . وقال الهندواني لا افتي بهذا وإن روي في العيون وغيرها .

وأورد الحافظ بأن العزيمة لو كانت صغيرة من القرآن لكان ينبغي اذا قرأ الفاتحة في الأولين بنية الدعاء لا تكون يجزئه ، وقد نصوا على انها يجزئه ، واجاب بانها اذا كانت في محلها لا يتغير بالعزيمة حتى لو لم تقرأ في الأولين فقرأ في الآخريين بنية الدعاء لا تجزئه .

( وليس لهم ) اي للحائض والجنب والنفساء ( مس المصحف إلا بغلافه ) وكذا مس اللوح المكتوب عليه آية من القرآن ( ولا أخذ درهم فيه سورة من القرآن إلا بصرته ) اي ولا مس الدرهم المكتوب عليه آية إلا بصرته ، واراد بالسورة الآية من قبيل ذكر الكل وإرادة الجزء لأن السورة تشتمل على ما فوق الآية ، فإذا جعل السورة قيداً يلزم منهعدم

وكـــذا المحدث لا يمس المصحف إلا بغلافه لقوله عليه السلام

لا يمس القرآن إلا طاهر .

---

كراهة مس الدرهم الذي عليه آية ، ومع هذا هو مكروه به قال ابن عمر وعطاء والحسن ومجاهد وطاوس ومالك والشافعي والثوري والأوزاعي واحمد واسحاق وابو ثور والشعبي وابن سيرين ، ورخصه سعيد بن جبير وحماد بن ابي سليمان والظاهرية وحملوا قوله تعالى ﴿ لا يمسه إلا المطهرون ﴾ ٧٩ الواقعة ، على الكرام البررة ، وتعلقو بكتابة النبي ﷺ إلى هرقل، وذكر ابن ابي شيبة في مصنفه ان سعيد بن جبير رفع مصحفه إلى غلام وهومجوسي ومنع الحكم بمس المصحف بباطن الكف خاصة .

( وكذا المحدث لا يمس المصحف إلا بغلافه ) اي لا يجوز للحائض والجنب والنفساء مس المصحف إلا بغلافه كذلك لا يجوز للمحدث ان يمس المصحف إلا بغلافه ( لقوله ﷺ لا يمس المصحف إلا طاهر ) هذا الحديث رواه خمسة من الصحابة رضي الله عنهم. الأول: عمرو بن حزم اخرج حديثه النسائي في سننـــه في كتاب الديات وابو داود في المراسيل من حديث محمد بن بكار بن بلال عن يحي بن حمزة عن سليمان بن ارقم عن الزهري عن ابي بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عن ابيه عن جده ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ إلى اهل اليمن في السنن والفرائض والديات ولا يمس القرآن إلا طاهر .

اورد هنا ايضاً من حديث الحكم بن موسى عن يحي بن حمزة حدثنـا سليمان بن داود الخولاني حدثني الزهري عن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن ابيه عن جده نحـوه قال ابو داود وهم فيه الحكم بن موسى يعني في قوله سليمان بن داود وانما هو سليمان بن ارقم ، وقال النسائي الأول اشبه بالصواب ، وسليمان بن ارقـم مـتروك بالسنـد الثـــاني : رواه ابن حبان وقال سليمان بن داود الخولاني من اهـل دمشق ثقة مأمون ، واخرجه الحاكم في مستدركه وقال هو من قواعد الاسلام والطبراني في معجمه والدارقطني ثم البيهقي في سننها واحمد في مسنده وابن راهويـــة ، وروي هذا الحديث من طرق اخرى بعضها مرسل .

الثاني : عبد الله بن عمر رضي الله عنه اخرج حديثه الطبراني في معجمه والدارقطني ثم

البيهقي من جهته في سننهما من حديث ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري قال سمعت سالماً يحدث عن ابيه قال قال رسول الله ﷺ لا يمس القرآن إلا طاهر ، وسليمان بن موسى الاشدق مختلف فيه فوثقه بعضهم ، وقال البخاري عنده مناكير ، وقال النسائي ليس بالقوي .

الثالث : حكم بن حزم اخرج حديثه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل من حديث سويد بن ابي حاتم حدثنا مسطر الورق عن حسان بن هلال عن حكيم بن حزام قال لما بعثني رسول الله ﷺ قال لا تمس القرآن إلا وأنت طاهر ، وقال الحاكم صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، ورواه الطبراني في معجمه والدارقطني ثم البيهقي من جهته في سننهما .

الرابع : عثمان بن ابن العاص اخرج حديثه الطبراني في معجمه باسناده إلى المغيرة بن شعبة عن عثمان بن ابي العاص أن رسول الله ﷺ قال لا يمس القرآن إلا طاهر .

الخامس : ثوبان اخرج حديثه علي بن عبد العزيز في منتخبه من حديث ابي اسماء ارجى عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ لا يمس القرآن إلا طاهر والعمرة هي الحج الأصغر واسناده ضعيف جداً ، ولو استدل المصنف على ذلك بقوله تعالى ﴿لا يمسه إلا المطهرون﴾ ٧٩ الواقعة ، لكان أولى وأقوى .

وقال الاكمل فإن قلت ما بال المصنف لم يستدل بقوله تعالى ﴿ انه لقرآن كريم في كتاب مكنون لا يمسه إلا المطهرون ﴾ فإنه ظاهر في النهي عن مس المصحف بغير الطاهر. قلت لأن بعض العلماء حملوه على الكرام البررة فكان محتملا فترك الاستدلال به . قلت هذا الاحتمال البعيد لا يضر الاستدلال به ، لأن حمل الآية على مس الملائكة بعيد لأنهم كلهم مطهرون وتخصيص بعض الملائكة من بين سائر المطهرين على خلاف الأصل مع وجود الأحاديث المذكورة.

فروع . يكره للجنب او الحائض ان يكتب الكتاب الذي في بعض سطوره آية القرآن وإن كانا لا يقرآن لأن فيه من القرآن . وفي فتاوى ابي الليث الجنب لا يكتب القرآن وإن كانت الصحيفة على الأرض ولا يضع يده عليها وإن كان ما دون الآية ، وفي

## ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة

المحيط لا بأس لهما بكتابة المصحف إذا كانت الصحيفة على الأرض عند ابي يوسف لأنه لا يمس القرآن بيده وانما يكتب حرفاً فحرفاً ، وليس الحرف الواحد بقرآن . وقال محمد احب إلى أن لا يكتب ،ومشايخ بخارى اخذوا بقول محمد كذا في الذخيرة ويكره لهما ان يمسكا بكمها ما عليه سورة من القرآن .

واما الاذكار فلم ير بعضهم بمسه بأساً والأولى عند عامة المشايخ ان لا يمس الا بحائل كما في غيره .

ويكره كتابة القرآن وأسماء الله تعالى على ما يبسط ويفرش وكتابة القرآن على المحاريب والجدران ليست بمستحبة ،ويكره كتابة سورة الاخلاص على الدرهم حين تضرب. وفي المفيد قيل لا يكره من حواشي المصحف والبياض الذي لا كتابة عليه ،وانما المكروه مس موضع الكتابة لا غير ، والصحيح منعه لأنه تبع للقرآن ، ولا بأس أن يلقن الكافر القرآن ، لأنه ربما اسلم اذا عرف نجاسته ويكره المسافرة بالقرآن الى دار الحرب .

( ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس ) هذه اشارة إلى بيان اشتراك الحدث والجنابة في حرمة المس وافتراقهما في حكم القراءه بين صورة الاشتراك بقوله — ثم الحدث والجنابة حلا اليد — اي نزلا بها يعني ثبت حكم الحدث والجنابة في اليد فيستوي كلاهما في حكم المس وهو حرمة للمحدث والجنب وبين صورة الافتراق بقوله ( والجنابة حلت الفم ) أي نزلت به ( دون الحدث ) يعني لم ينزل الحدث بالفم ( فيفترقان ) أي الحدث والجنابة ( في حكم القراءة ) حيث جازت قراءة المحدث لانه لم يثبت حكم الحدث في الفم ، ولهذا لا يجب غسله ويثبت حكم الجنابة فيه ، ولهذا وجب غسله فلم تجز قراءة الجنب .

فإن قلت الحدث حل الفم ايضاً لأن المرء اذا صار محدثاً يحل الحدث جميع البدن لعدم التجزي ، لكن الاقتصار على غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس ثبت تعبداً . قلت هذا حدث ضعيف ، ولهذا سقط في ضمن الغسل فلا يحل الفم لأنه باطن من وجه بخلاف

وغلافه ما يكون متجافياً عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح . ويكره مسه بالكم هو الصحيح لأنه تابع له

---

الجنابة فإنه حدث قوي يحل الفم لأنه ظاهر من وجه ، ولهذا يجب غسله. وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان غسل الجنب فمه ليقرأ او يديه ليمس أو غسل المحدث يده ليمس لم تطلق القراءة ولا المس للجنب ولا المس للمحدث هذا هو الصحيح لأن ذلك لا يتجزأ وجوداً ولا زوالا .

( وغلافه ) أي غلاف المصحف ، أشار بهذا إلى بيان الغلاف الذي يجوز مس المصحف به لأنه قال وكذا المحدث لا يمس المصحف إلا بغلافه ، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم هو الجلد الذي عليه ، وقال بعضهم هو الكم ، وقال بعضهم هو الخريطة التي يعني الكيس الذي يوضع فيه المصحف وهو الصحيح ، أشار إليه بقوله وغلافه ( ما يكون متجافياً عنه ) أى متباعداً عن المصحف وهو الكيس وأصل مادته من الجفائف بالمد من جفا يجفو ، وأصل معناه البعد والرفع ومنه ﴿ تتجافى جنوبهم عن المضاجع ﴾ ١٦ السجدة ، أي بعدت عن مضاجعهم ( دون ما هو متصل به ) اي بالمصحف ( كالجلد المشرز ) أى اللصوق به فيقال مصحف مشرز اي مضموم مشرز أجزاؤه أى مسد وبعضها من الشيرازة وليست بعربية ، وفي العباب مصحف مشرز اى مضموم الكراريس والاجزاء بعضها إلى بعض مضموم الطرفين ، فإن لم يضم طرفاه فهو مشرش بشينين وليس مشرز مشتق من الشيرازة وهو فارسية ، والشيراز الذى يؤكل المستجد من اللبن وأصله شراز بالتشديد قلبت احد الرائين ياء آخر الحروف كما في قيراط وديباج أصلها قراط ودباج بالتشديد .

( هو الصحيح ) أي المذكور وهو كون الغلاف متباعداً من المصحف هو الصحيح لأنه منفصل عنه ، ولهذا لا يدخل في بيع المصحف إلا بالذكر .

( ويكره مسه بالكم ) اى مس المصحف بكم الماس ( هو الصحيح لأنه تابع له ) أى كون مسه بالكم مكروهاً هو الصحيح ، وفي المحيط لا يكره مسه بالكم عند عامة المشايخ لعدم المس باليد لأن المحرم هو المس وهو اسم للمباشرة باليد بلا حائل ، ولهذا

بخلاف كتب الشريعة لأهلها حيث يرخص في مسها بالكم لأن فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان لأن في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الأمر بالتطهير حرجاً بهم ،

---

لو وقعت امرأة أجنبية في ذطين وردغت حل للاجنبي ان يأخذها بيدها بحائل ثوب ، وكذا لا تثبت حرمة المصاهرة بالمس بحائل . وفي الذخيرة عن محمد انه لا بأس بالمس بالكم ، وقيل عنه روايتان .

( بخلاف كتب الشريعة لاهلها حيث يرخص لأهلها في مسهابالكم لأن فيه ضرورة ) وهذا قول عامة المشايخ ، وكرهه بعضهم ، وفي الذخيرة ويكره لهم مس كتب الفقه والتفسير والسنن لأنها لا تخلو عن آيات من القرآن ، ولا بأس بمسها بالكم بلا خلاف . وفي الايضاح يمنع الكافر عن مسه وان اغتسل.وفي الفوائد الظهيرية النظر إلى المصحف لا يكره للجنب والحائض ويكره للمحدث كتابة القرآن عند محمد وهو قول مجاهد والشعبي وابن المبارك وبه اخذ الفقيه أبو الليث . قال تاج الشريعة وعليه الفتوى . وعن أبي يوسف لا بأس به اذا كانت الصفحة على الارض .

( لأنه تابع لليد ) (١) اي لأن الكم تابع لليد ولهذا لو بسط كمه على النجاسة وسجد عليها لا يجوز ، وكذا لو قام متخففاً أو مستقلا على النجاسة ، وكذا لو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على ثيابه على الأرض يحنث بخلاف كتب الشريعة مثل كتب التفسير والحديث والفقه وما فيه ذكر الله تعالى حيث يرخص لأهلها في مسها بالكم لأن فيه ضرورة أى لأن مسها بالكم ضرورة وهي مدفوعة وقد ذكرناه الآن .

( ولا بأس بدفع المصحف إلى الصبيان ) المحدثين اى لا بأس للطهارة من يدفع المصحف إلى الصبيان المحدثين ( لأن في المنع ) أى في منع دفع المصحف إليهم ( تضييع حفظ القرآن ) لان الحفظ في الصغر كالنقش في الحجر والحفظ في الكبر كالنقش على المدر (وفي الأمر بالتطهير حرجاً بهم ) أى في امر الاولياء بتطهير الصبيان حرجاً بهم اى مشقة وكلفة

---

(١) غير مذكورة في المتن .

**وهذا هو الصحيح ، وإذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة أيام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لأن الدم يدر تارة وتنقطع أخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ،**

---

والضمير في بهم يرجع إلى الصبيان وأعاده الاكمل إلى الاولياء حيث حال جرح الأولياء او المعلمين الدافعين والأوجه ما قلنا على ما لا يخفى .

ثم اعلم ان ذكر المصنف هذه المسألة اعني دفع المصحف إلى الصبيان مع انهم غير مخاطبين بشبهة ترد وهي ان الدافع البالغ إلى الصبي المحدث يجب أن لا يدفع إليه كما يجب ان لا يلبس الذكر منهم الحرير وان لا يسقيه الخمر ولا يوجه إلى جهة القبلة في قضاء حاجة ، ثم أشار إلى دفع تلك الشبهة بقوله لأن في المنع يضيع حفظ القرآن .. اه ، وحاصل هذا الكلام ان كل ذلك ممنوع غير ان دفع المصحف تعلق امر ديني وهو حفظ القرآن تخلف عدمن امثاله فافهم .

( وهذا هو الصحيح ) اى الذى ذكرناه من جواز دفع المصحف إلى الصبيان وهو الصحيح ، واحترز به عن قول بعض المشايخ ان ذلك مكروه بناء على ان الدافع مكلف بعدم الدفع .

قال ، اى القدورى ( واذا انقطع دم الحيض لأقل من عشرة ايام ) مثلا انقطع دمها لتسعة ايام ولثمانية ايام او نحو ذلك ، والحال ان هذه الايام كانت عادتها ( لم يحل وطؤها حتى تغتسل ) اى لم يحل لزوجها ان يطأها حتى تغتسل .

( لأن الدم يدر ) بكسر الدال وضمها اى يسيل ( تارة وتنقطع تارة أخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ) اى انقطاع الدم بوجود ما زاد على زمان عادتها من مدة الاغتسال لصيرورتها من الطاهرات حقيقة . وفي البدرية اذا كانت المرأة مبتدأة او ذات عادة فانقطع دمها على العادة او فوقها ، اما لو انقطع إلى ما دونها يكره وطؤها إلى تمام العادة وان اغتسلت ، وفي المحيط لو انقطع مما دون العشرة ولكن بعد مضي ثلاثة ايام فاغتسلت او مضى عليها الوقت كره وطؤها الزوج ، والزوج يزوج اخر حتى تأتي عادتها وتغتسل ، أما لو انقطع على رأس عادتها أخرت الاغتسال إلى آخر الوقت ، قال

ولو لم تغتسل ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها ، لأن الصلاة صارت ديناً في ذمتها فطهرت حكمـــاً ،

---

الهندواني تأخر في هذه الحالة بطريق الاستحباب ومما دون عادتها بطريق الوجوب .

( ولو لم تغتسل ) اى هذه المرأة التي انقطع دمها لأقل من عشرة ايام ( ومضى عليها ادنى وقت الصلاة ) وهو قدر ان تقول فيه الله بعد الاغتسال عندهما ، وعند ابي يوسف « رح » قدر ان تقول الله أكبر ( بقدر ان تقدر على الاغتسال والتحريمة ) وهو قول الله والله اكبر على الاختلاف المذكور ( حل وطؤها لان الصلاة صارت ديناً في ذمتها ) لأنها إذا أدركت من الوقت مـــا يسع الاغتسال والتحريمة فعليها القضاء لان بالاغتسال يحكم بطهارتها ، واذا بقي من الوقت ما يسع فيه التحريمة فقد ادركت جزءاً من الوقت وهي طاهرة فعليها قضاء تلك الصلاة ، ولئن عجزت عن الاداء لأن نفس الوجوب لا يفتقر الى القدرة على الاداء ، ألا ترى أن النائم إذا استيقظ يخاطب بالقضاء بخلاف ما إذا بقي من الوقت ما يسع فية التحرية والاغتسال لانه لا يحكم بطهارتها .

( فطهرت حكماً ) اى من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة لان الشرع إذا حكم عليها بوجوب الصلاة ولا يصح حال كونها حائضاً اذن انه حكم بطهارتها . وفي بعض النسخ او يمضي عليها وقت صلاة كامل . وقال السغناقي فقد قلت قوله كامل ان كان صفة لوقت يجب ان يكون مرفوعاً وإن كان صفة لصلاة يجب ان يقال كاملة فما وجهه . قلت صفة لوقت وانجراره للجوار كما في حجر صب حرب .

قلت هذا السؤال مع جوابه لا طائل تحته لانه لم يتعين جر كامل حتى يضطر إلى تشبيهه بحجر صب حرب ، وأغرب من هذا أن الاكمل اخذ هـــذا السؤال من السغناقي فقال ان كان كامل صفة للوقت كان مرفوعاً وليس بمروى بجعل الاصل اداة التشبيه المذكور عدم كونه مروياً ، وهذا فاسد من وجهين أحدهما ان هذا خبر ثابت في حـــال النسخ ، والثاني على تقدير الثبوت هو اللفظ النبوى حتى يراعى فيه الرواية فارفع أنت الكامل وارح نفسك من الناقص .

ولو انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها ، وان اغتسلت لأن العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب ، وان انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل ، لان الحيض لا مزيد له على العشرة إلا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد .

---

( ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث ) اى ثلاثة ايام ( لم يقربها حتى تمضي عادتها ) المعتادة ، وذكر قوله فوق الثلاث مستغنى عنه لكونه خرج مخرج الغالب ( وان اغتسلت ) واصل بما قبله ( لأن العود ) اى عود الدم ( في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب ) عن القربان .

( وان انقطع الدم ) اى دم المرأة ( لعشرة ايام ) قلت قيد الانقطاع مستغن عنه ، لان الدم اذا انقطع لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل وكذا لو لم ينقطع لكنه ذكره لانه وقع في مقابلة قوله — وإذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام — واخرجه مخرج المعتادة ثم حل القربان قبل الاغتسال لتمام العشرة مذهبنا . وقال زفر والشافعي وأحمد ومالك وابو ثور « رض » لا يحل قبله وإن انقطع دمها لاكثر الحيض لقوله تعالى « حتى يطهرن » ٢٢٢ البقرة » بالتشديد اى يغتسلن . وقال داود لو غسلت فرجها من الدم بعد الانقطاع حل وطؤها ، وعن طاووس ومجاهد لو توضأت حل وطؤها .

قلنا قراءة التشديد تقتضي حرمة الوطىء الى غاية الاغتسال ، وقراءة التخفيف تقتضي حرمة الوطىء الى غاية الطهر وهو انقطاع الدم ، فحملنا قراءة التشديد على ما إذا كان الانقطاع لأقل من عشرة ، وقراءة التخفيف على ما اذا كان الانقطاع لعشرة ايام رفعاً للتعارض بين القراءتين .

( حل وطؤها قبل الغسل ، لان الحيض لا مزيد له على العشرة ) اى لا زيادة للحيض على العشرة لأنها اكثر الحيض ، والمزيد مصدر بمعنى الزيادة ( إلا انه ) استثناء من قوله — حل وطؤها — والضمير في انه للشأن ( لا يستحب وطؤها قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد ) ﴿حتى يطهرن﴾ لان ظاهر النهي فيما يوجب حرمة الوطىء قبل

قال والطهر إذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي ، قال « رض» هذا إحدى الروايات عن أبي حنيفة « رح»

---

الاغتسال في الحالين باطلاقه ، فما ذهب إليه زفر والشافعي « رض » والمراد من النهي قوله تعالى ﴿ ولا تقربوهن حتى يطهرن ﴾ ٢٢٢ البقرة ، فانه قرىء بالتشديد والتخفيف وقد ذكرنا الآن التوفيق بين القراءتين وفيما قلنا يكون لكل قراءة فائدة ، وفيما قال زفر والشافعي « رض » فائدة واحدة في القراءتين والأول أولى ، غير انا أوجبنا الغسل في الصورة الاولى واستحسناه في الثانية احتياطاً فيصير نظيراً لمن توضأ ثلاثاً ثلاثاً فإنه أولى وأحب ممن توضأ مرة مرة.

فروع . القرانية اذا انقطع دمها فيما دون العشرة ولم يبق من الوقت إلا قدر ما تغتسل يحل وطؤها قبل الاغتسال وتتزوج بغيره وتبطل رخصتها بنفس الانقطاع ، ولو أسلمت بعده تصوم وتصلي ويأتيها زوجها ولها أن تتزوج وتنقطع الرجعة ان كان آخر عدتها لأنها خرجت من الحيض بنفس الانقطاع ، لان الاغتسال لا يعرض عليها لانها لا تخاطب بالشرائع ولكنها لا تقرأ القرآن ما لم تغتسل لانها بمنزلة الجنب ، وهذه تدل على أن الكافرة اذا أجنبت ثم اسلمت يلزمها الاغتسال ، ولو اسلمت ثم انقطع دمها فهي والمسألة سواء .

( قال ) اى القدورى ( والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو ) اى الطهر المتخلل بينهما ( كالدم المتوالي ) اي بحكم المتواصل لانه ليس بطهر معتبر، صورته مبتدأة رأت يوماً دماً وثمانية طهراً ويوماً دماً فالكل حيض ، لان الطهر فاسد فيصير كله دماً ، ولو رأت يوماً دماً وتسعة طهراً ويوماً دماً لم يكن شيئاً منها حيضاً كذا في المبسوط .

( قال رضي الله عنه ) أي قال المصنف ( هذا ) أي هذا المذكور ( احدى الروايات عن أبي حنيفة « رض » ) والروايات عن أبي حنيفة في هذا خمسة رواه خمسة من أصحابه وهم ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد وعبد الله بن المبارك « رض » ، فروى كل واحد منهم في هذه المسألة رواية ، والمذكور هو رواية محمد عن ابي حنيفة ، واصل ذلك

ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب الزكاة . وعن أبي يوسف « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » وقيل هو آخر أقواله أن الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر يوماً لا يفصل وهو كله كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم

---

ان الشرط أن يكون الدم محيطاً بطرفي العشرة ، فإذا كان كذلك لم يكن الطهر المتخلل فاصلا بين الدمين وإلا كان فاصلا ، وعلى هذه الرواية لا تجوز بداية الحيض ولا ختمه بالطهر ، قال لأن الطهر ضد الحيض فلا يبدأ الشيء بما ضاده ولا يختم به ولكن المتخلل بين الطرفين يجعل تبعاً لهما كما قلنا في الزكاة ، وان كمال النصاب وحده شرط لوجوب الزكاة ونقصانه في خلال الحول لا تفرد بين هذا في المسائل ما ذكرناه الآن .

( ووجهه ) اي وجه المروي في ذلك عن أبي حنيفة « رض » ( ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر أوله وآخره ) نتيجة عدم اشتراط استيعاب الدم مدة الحيض ( كالنصاب في باب الزكاة ) اي إذا كان الاستيعاب غير شرط فيها كمال النصاب في أول الحيض وآخره كما ذكرناه الآن .

( وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ) الضمير أعني قوله – وهو – يرجع الى متعلق بكلمة عن في قوله – وعن ابي يوسف – تقديره والمروي عن ابي يوسف وهو مروي عن أبي حنيفة « رض » ولا يقال انه اضمار قبل الذكر لأنه في حكم الملفوظ به يبعد عن الجار المتعلق كما عرف في موضعه .

( وقيل هو آخر أقواله ) هذه جملة معترضة بين قوله – عن ابي حنيفة « رض » – وبين قوله – ان الطهر – وكلمة ان مصدرية ، والعامل فيه متعلق كلمة عن والتقدير وهو رواية تثبت عن ابي حنيفة كون الطهر اذا كان أقل من خمسة عشر يوماً غير فاصل ، فإذا كان كذلك يكون قوله ( ان الطهر ) في محل الرفع لانه فاعل ، وقوله ( إذا كان أقل من خمسة عشر يوماً ) جملة ظرفية فيها معنى الشرط وقوله ( لا يفصل ) جملة في محل الرفع لانها خبر ان أي لا يفصل بين الدمين ( وهو كله كالدم المتوالي ) اي المتتابع والمتواصل ( لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم ) المستمر لان اقل مدة الطهر خمسة عشر يوماً ،

## والاخذ بهذا القول أيسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض

صورته مبتدأة رأت يوماً دماً وأربعة عشر يوماً طهراً ويوماً دما فالعشرة من اول ما رأت عند ابي يوسف حيض يحكم ببلوغها به ، وكذلك اذا رأت يوماً دماً وتسعة طهراً ويوماً دماً والطهر إذا كان بخمسة عشر يوماً فصاعداً يكون فاصلا لكنه لا يتصورذلك إلا في مدة النفاس لان اكثر الحيض عشرة ( والاخذ بهذا القول ) اي الاخذ بقول ابي يوسف ( ايسر ) على المفتي والمستفتي ، لان في قول محمد تفاصيل يشق ضبطها خصوصاً على الحيض القاصرات العقل ( وتمامه يعرف في كتاب الحيض ) اي تمام ما ذكر من قوله هذا إحدى الروايات يعرف في كتاب الحيض لمحمد « رح » وسنبين ذلك بتوفيق الله تعالى .
وقد قلنا أن الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله خمسة وقد ذكر المصنف قولين وبقيت ثلاثة :

الاول : قول زفر فانه روى عن ابي حنيفة « رض » أنها اذا رأت في طرفي العشرة ثلاثة أيام دماً فهي حيض وإلا فلا ، لان الطهر يجعل دماً تبعاً للدمين فلا بد من ان يكون من انفسهما صالحين للحيض في وقت الحيض، وعبارة المحيط قال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا رأت أقل الحيض في العشرة يحصل حيضاً، ولا عبرة بالطهر في العشرة حتى لو رأت يوماً في أولها ويومين في آخرها دماً وطهراً بينهما كان الكل حيضاً ، وكذا يومين في اولها ويوماً في آخرها ، وأما لو كانت رأت يوماً في أولها ويوماً في آخرها فلا ، وكذا أقل منهما وإن رأت يوماً في أولها ويوماً في آخرهاويوماً متخللا بين أيام طهرها فهو حيض .

الثاني : قول الحسن بن زياد فانه روى عن ابي حنيفة « رض » أن الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان دون ثلاثة أيام لا يصير فاصلا فكان كله كالدم المتوالي ، فإذا بلغ الطهر ثلاثة أيام ولياليها كان فاصلا على كل حال مثاله مبتدأة ، رأت يوماً دماً ويومين طهراً ويوماً دماً فالاربعة حيض ، وكذا لو رأت ساعة دماً وثلاثة ايام غير ساعة طهراً وساعة دماً فالكل حيض ، فإن رأت يومين دماً وثلاثة ايام طهراً ويوماً دماً لم يكن شيء منه حيضاً على قوله لان الطهر المتخلل ثلاثة أيام ، وان رأت ثلاثة دماً وثلاثة طهراً وثلاثة دماً فالحيض عنده الثلاثة الاول لانه اسرعهما امكاناً .

الثالث : قول ابن المبارك فانه روي عن ابي حنيفة « رض » ان المروي في اكثر الحيض إذا كان مثل اقله فالطهر المتخلل لا يكون فاصلا ، وان لم يكن شيء منه حيضاً، مثاله لو رأت يوماً دماً وثمانية طهراً ويوماً دماً لم يكن شيء منه حيضاً على هذه الرواية، لان المروي من الدم دون الثلاث ، ولو رأت يومين دماً وسبعة طهراً او يوماً دماً وسبعة طهراً ويومين دماً فالعشرة حيض . فهذه الروايات الخمسة المروية عن أبي حنيفة .

وفي المبسوط اختلف المشايخ في فصل هذه الجملة على قول محمد وهوانه اذا اجتمع طهران معتبران وصار أحدهما لاحاطة الدم بطرفيه واستوائه كالدم المتوالي ، ثم هل يتعدى حكمه إلى الطهر الآخر ، قال ابو زيد يتعدى ، وقال ابو سهل الغزالي لا يتعدى وهو الاصح ذكره في المحيط . بيان ذلك مبتدأة رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً فعلى قول ابي زيد العشرة كلها حيض عند محمد وعلى قول ابي سهل حيضها السبعة الأولى، ولو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويومين دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً ، على قول ابي زيد العشرة حيض لاستواء الدم والطهر ، وعلى قول ابي سهل حيضها الستة الأخيرة اليوم الثلاثة ، وان رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً وثلاثة طهراً ثم استمر بها الدم، فعلى قول ابي زيد يحسب يوماً أول الاستمرار إلى ما سبق ، فتكون العشرة كلها حيض، وعلى قول ابي سهل حيضها عشرة بعد اليوم والثلاثة الاولى أولى بالاستمرار ستة حيض ، ولو رأت يومين دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً وثلاثة طهراً ثم استمر بها الدم فعلى قول أبي زيد حيضها من أول ما رأت فيكون اول يوم من الاستمرار من جملة حيضها به تتم العشرة ، وعلى قول ابي سهل حيضها ستة ايام من اول ما رأت فلا يكون من اول الاستمرار حيضاً ، وكذلك لو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً أو يومين دماً وثلاثة طهراً ثم استمر بها الدم .

وفي المحيط رأت يوماً دماً ويوماً طهراً ويوماً دماً فالأربعة حيض عند الكل إلا زفر « رح » لأن الطهر قاض عن ثلاثة أيام فلم يفصل ، وعند زفر الدم قاض يتبعه فلا يتبع غيره . ولو رأت يومين دماً وخمسة طهراً وثلاثة دماً فالعشرة حيض عند الكل إلا الحسن

فإن عنده الثلاثة حيض واليومان استحاضة لأنه وجد الفاصل عنده ، وكذا لو رأت يوماً دماً وثلاثة طهراً ويومين دماً فالستة حيض لأنها ثلثاه فلا يصير الطهـر فاصلا بين الدمين عندهم وغيره ليس بشيء من ذلك بحيض لوجود الفاصل بينهما ، أو لو رأت يوماً دمـاً وثلاثة طهراً ويوماً دماً لم يكن شيء منه حيضاً عند محمد وزفر والحسن ، أما عند محمد فلأن الطهر ثلاثة أيام وهو غالب على الدمين فصار فاصلا ، وكذا عند الحسن « رح » قد وجد الفاصل ، وعند زفر لم يوجد الصالح للحيض . ولو رأت ثلاثة دماً وستة طهراً ويوماً دماً فعند محمد والحسن الثلاثة الأولى حيض لأن الطهر أكثر من الدمين فيفصل بينهما لوجود الفاصل واليوم الأخير استحاضة ، وكذلك لو رأت يوماً دماً وستة طهراً وثلاثة دمـاً فالثلاثة الأخيرة حيض عندهما وعند الكل حيض في المسألتين . ولو رأت ثلاثة دماً وستة طهراً وثلاثة دماً فالثلاثة حيض عندهما لأن عدد الدمين في العشرة أربعة وعدد الطهر ستة فيكون الطهر أكثر فيفصل بينهما ، والثلاثة الأخيرة استحاضة لأنه لم يتخلل بين الدمين طهر صحيح ، وعند الحسن وجد الطهر الصحيح لكن الطرف الأخير لا يصلح للحيض ، ولو كان يصلح لكان أولى لأنه أسرعها امكاناً ، وعندهما العشرة من أول ما رأت حيض والباقي استحاضة .

وقال تاج الشريعة في الأقوال الستة صورة تجمع هذه الاقوال الستة . مبتدأة رأت يوماً دماً وأربعة عشر طهراً ويوماً دماً وثمانية طهراً ويوماً دماً وسبعة طهراً ويومين دماً وثلاثة طهراً ويوماً دماً ويومين طهراً ويومين دماً فهذه خمسة وأربعون يومـاً ، فالعشرة الأولى والرابعة حيض عند أبي يوسف وأبي حنيفة « رح » أخر القصور الطهر عن خمسة عشر يوماً هو كالدم المتوالي عندهما ، وجواز بداءة الحيض وختمه به عندهما ، والعشرة بعد الطهر الأول حيض في رواية محمد لاحاطة الدم بطرفيه فى العشرة والعشرة بعـد الطهر الثالث حيض عنـده فيحسب . وعند الحسن الاربعة الأخيرة حيض لقصور الطهر فيها من الثلاثة .

( وأقل الطهر خمسة عشر يوماً ) أي الطهر الذي يكون بين الحيضتين ، وبه قـال

الثوري والشافعي « رض ». قال ابن المنذر ذكر أبو ثور أن ذلك لا يختلفون فيه فيمايعلم، وفي المهذب لا أعرف فيه خلافاً. وقال الكامل [1] أقل الطهر خمسة عشر يوماً بالاجماع ونحوه في التهذيب، وقال القاضي أبو الطيب أجمع الناس على أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً، قال « رح » دعوى الاجماع غير صحيح لأن الخلاف فيه بين العلماء مشهور، فإن أحمد واسحاق أنكرا التحديد في الطهر فاول أحمد الطهر بين الحيضتين على ما يكون. وقال اسحاق توقيتهم الطهر بخمسة عشر يوماً غير صحيح، وقال ابن عبد البر أما أقل الطهر فقد اختلف فيه قول مالك وأصحابه، فروى أبو القاسم عنه عشرة أيام وروي أيضاً عنه ثمانية أيام وهو قول سحنون. وقال عبد الملك بن الماجشون أقل الطهر خمسة أيام وهو رواية عن مالك.

( وهكذا نقل عن ابراهيم النخعي « رح » ) لس هذا موجود في الكتب المتعلقة بنفس الاحاديث والاخبار، وقال بعض الشراح الظاهر انه سمع من الصحابي وهو سمع من النبي ﷺ لأن منصبه أجل عن الكذب. قلت هذا يسلم إذا ثبت النقل عنه، وقال الاكمل الظاهر انه منقول عن النبي ﷺ، قلت هذا أيضاً انما يصح إذا ثبت عنه أو لا ولم يثبت فكيف يقال الظاهر انه منقول وهذا مثل ما يقال اثبت العرش ثم انقشه.

واحتج بعض أصحابنا في ذلك بما روى أبو طوالة عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وجعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال أقل الحيض ثلاث واكثره عشرة وأقل البين الحيضتين خمسة عشر يوماً، وفيه كلام. ومثله عن يحي بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن النبي ﷺ من رواية أبي داود النخعي ذكره في الامام وتكلم في أبي داود. وفي المحيط انه قال أقام الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام الطهر والحيض، وما أضيف إلى شيئين ينقسم عليهما نصفين فينبغي أن يكون نصف الشهر في حق الآيسة والصغيرة مقام حيضة ونصف طهر إلا انه قام الدليل على نقصان الحيض عن النصف فيبقى الطهر على ظاهر القسمة، وهذا الاستدلال منقول عن أبي منصور الماتريدي. وفي

(١) ربما قصد الاكمل أو « في الكامل ».

وانه لا يعرف إلا توقيفاً ولا غاية لا كثره لانه يمتد إلى سنة وسنتين
فلا يتقدر بتقدير إلا اذا استمر بها الدم

---

المبسوط مدة الطهر نظير مدة الاقامة من حيث انها تعيد ما كان ساقطاً من الصوم والصلاة ولهذا قدرنا أقل مدة الحيض ثلاثة أيام اعتباراً بأقل مدة السفر ، فإن كلا منهما يؤثر في الصوم والصلاة ، وفي كل واحد منهما نظر لا يخفى .

( وانه ) أي وان كون أقل الطهر خمسة عشر يوماً ( لا يعرف إلا توقيفاً ) اي من حيث التوقيف على السماع ، لأن المقدرات لا اهتداء للعقل فيها ( ولا غاية لأكثره ) اي لا كثر الطهر ، ومعناه انه تصلي وتصوم ما ترى الطهر وان استغرق عمرها ( لأنه ) اي لأن الطهر ( يمتد إلى سنة وسنتين ) ومن النساء من تحيض في الشهر مرة ومرتين ، ومنهن من تحيض في شهرين مرة ( فلا يتقدر بتقدير ) لأنـــه لا يدخل تحت الضبط ( إلا إذا استمر بها الدم ) استثنـــاء من قوله – فلا يتقدر بتقدير – يعني في وقت استمرار الدم بما له غايـــة .

( فاحتيج إلى نصب العادة ) [1] أي فاحتيج عند الاستمرار إلى نصب العادة فتكون له عادة عند ذلك عند عامة العلماء خلافاً لأبي عصمة سعد بن معاذ الرازي وأبي حـــازم القاضي فإنه لا غاية لأكثره عندهما على الاطلاق لأن نصب المقادير بالسماع ولا سمـــاع هاهنا وعلى هذا إذا بلغت امرأة فرأت عشرة دماً وسنة أو سنتين طهراً ثم استمر بها الدم فعندهما طهرها ما رأت وحيضها عشرة ايام تدع الصلاة في اول زمـان الاستمرار عشرة ايام وتصلي سنة او سنتين ، فإن طلقها زوجها تنقضي عدتها بثلاث سنين أو ست سنين وثلاثين يوماً .

وأما العامة فاختلفوا في المقادير فقال محمد بن شجاع طهرها تسعة عشر يوماً ، لأن اكثر الحيض في كل شهر عشرة والباقي طهره [2] تسعة عشر بيقين . وقال محمد بن سلمة طهرها سبعة وعشرون يوماً فما دونها لأن اقل الحيض ثلاثة ايام فيرفع عن كل شهر فيبقى

---

(١) زيادة من الشارح وليست في المتن أصلا . اه مصححه .

(٢) طهرها – هامش .

سبعة وعشرون يوماً . وقال محمد بن ابراهيم الميداني طهرها ستة أشهر إلا ساعة وعليه الاكثر ، لأن اقل المدة التي يرتفع الحيض فيها ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل إلا أن ما عليه الأصل أن مدة الطهر أقل من مدة الحمل فنقص منه شيئاً يسيراً وهو ساعة فتقضي عدتها بتسعة عشر شهراً إلا ثلاث ساعات لجواز أن يكون وقوع الطلاق عليها في حالة الحيض فيحتاج إلى ثلاثة أطهار كل طهر ستة أشهر إلا ساعة وكل حيض عشرة ايام . وقال الحاكم الشهيد طهرها شهران وهو رواية ابن سماعة عن محمد ، لأن العادة مأخوذة من المعاودة والحيض والطهر ما يتكرر في الشهرين عادة إذ الغالب ان النساء يحضن في كل شهر مرة فإذا طهرت شهرين فقد طهرت في ايام عادتها ، والعادة تنتقل بمرتين فصار ذلك الطهر عادة لها فوجب التقدير به وهو اختيار أبي سهل .

قال الامام برهان الدين عمر بن علي ، الفتوى على قول الحاكم الشهيد لأنه أيسر على المفتي والنساء، وقال ابن مقاتل الرازي وأبو علي الدقاق تقدر طهرها بنصب العادة سبعة وخمسين يوماً لأنه إذا زاد على ذلك لم يبق في الشهرين ما يحصل حيضاً فتنصف هو بالكثرة . وقال الزعفراني اكثر الطهر في حقها مقدر بسبعة وعشرين يوماً لأن الشهر في الغالب يشتمل على الحيض والطهر وأقل الحيض ثلاثة أيام فيبقى الطهر سبعة وعشرين يوماً حتى لو رأت مبتدأة عشرة دماً وستة طهراً ثم استمر بها الدم فعند أبي عصمة تدع من اول الاستمرار عشرة وتصلي ستة هكذا ادامها اذ لا غاية للطهر عنده . وقال في الخلاصة اكثر مدة الطهر الذي يصلح لنصب العادة شهر كامل وهو الذي ذكرناه في حق العادة ، أما في حق سائر الأحكام لم يقدر الطهر بشيء بالاتفاق بل تجتنب أبداً ما تجتنبه الحائض من قراءة القرآن ومسه ودخول المسجد ونحو ذلك ولا يأتيها زوجها وتغتسل لكل صلاة فتصلي به الفرض والوتر وتقرأ فيهما قدر ما تجوز به الصلاة ولا تزيد ، وقيل تقرأ الفاتحة وسورة لانهما واجبتان ، وان حجت تطوف طواف الزيارة لانه ركن ثم تعيد بعد عشرة أيام وتطوف للصدر لانه واجب وتصوم شهر رمضان لاحتمال انها طاهرة ثم تقضي خمسة وعشرين يوماً لاحتمال انها حاضت في الرمضان خمسة عشر يوماً خمسة [1] عشر في اوله وخمسة في

(١) ربما قصد – عشرة في اوله وخمسة في آخره – اه مصححه .

ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة كالرعاف لا يمنع الصوم ولا الصلاة ولا الوطىء لقوله عليه السلام توضئي وصلي وإن قطر الدم على الحصير

---

آخره وبالعكس ولايتصور حيضها في شهر واخذ اكثر من ذلك ، ثم يحتمل انها حاضت في القضاء عشرة فيسلم في خمسة عشر بيقين .

( ويعرف ذلك في كتاب الحيض ) لما كان الأقوال في المسألة المذكورة كثيرة قال ويعرف ذلك في كتاب الحيض الذي صنفه محمد بن الحسن كتاباً مستقلا في أحكام الحيض .

( ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم [1] لا يمنع الصلاة ولا يمنع الصوم ولا الوطىء ) اي ولا يمنع وطىء الزوج إياها ايضاً وهو قول اكثر العلماء ، ونقله ابن المنذر في الاشراف عن ابن عباس وابن المسيب وعطاء وسعيد بن جبير وقتادة وحماد بن أبي سليمان وبكر بن عبد الله المزني والثوري واسحاق وأبي ثور ، وقال ابن المنذر وبه أقول ، وحكي عن عائشة رضي الله عنها والنخعي والحكم وابن سيرين منع ذلك ، وقال البيهقي وغيره ان تفصيل المنع عن عائشة رضي الله عنها ليس بصحيح عنها بل هو قول الشعبي ادرجه بعض الرواة في حديثها . وقال أحمد لا يجوز الوطىء إلا اذا خاف العنت وفي رواية لا يأتيها زوجها إلا أن يطول ، واحتجوا بأن دم الاستحاضة كالحيض حتى يجب غسله من البدن والثوب والمنع في الحيض بمعنى الاذى وهو موجود فيها ما أشبهت الحائض .

واحتج المصنف لنا ولمن وافقونا بحديث عائشة رضي الله عنها وهو قوله ( لقوله عليه الصلاة والسلام توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير ) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه من حديث وكيع عن الأعمش عن حبيب بن ثابت عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها قالت جاءت فاطمة بنت حبيش إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله اني امرأة مستحاضة فلا أطهر فأدع الصلاة قال انما ذلك عرق وليس بالحيض اجتنبي الصلاة

---

(١) كلمة الدائم – زادها الشارح . اه مصححه .

أيام حيضك ثم اغتسلي وصلي وتوضأي لكل صلاة وإن قطر الدم . وكذا اخرجه أحمد في مسنده وأخرجه أبو داود ولكن لم يقل فيه وإن قطر الدم على الحصير ولم ينسب عروة فيه كما نسبه ابن ماجة بانه عروة بن الزبير وأصحاب الأطراف لم يذكروه في ترجمة عروة ابن الزبير وانما ذكروه في ترجمة عروة المزني معبد بن أبي اوفى في ذلك على قول ابن المديني أبي حبيب بن أبي ثابت لم يسمع عن عروة بن الزبير، ورواه أحمد واسحاق بن راهويه وابن أبي شيبة والبزار في مسانيدهم ولم ينسبوا عروة ، ولكن ابن ماجة والبزار أخرجاه في ترجمة ابن الزبير عن عائشة رضي الله عنها وفي لفظ لابن أبي شيبة بهذا الاسناد ان النبي ﷺ قال تصلي المستحاضة وان قطر الدم على الحصير ، ورواه الدارقطني في سننه وقال عروة بن الزبير في بعض ألفاظه وضعف الحديث . قال وزعم سفيان الثوري بن حبيب بن أبي ثابت لم يسمع عن عروة بن الزبير ثم نقل عن أبي داود انه ضعفه بأشياء منها ان حفص ابن عباآت رواه عن الأعمش فوقفه على عائشة رضي الله عنها وانكر أن يكون مرفوعاً ووقفه ايضاً اسباط بن محمد عن الاعمش أيضاً رواه مرفوعاً أو له وانكر أن يكون عنه الوضوء عند كل صلاة ، وبأن الزهري رواه عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وقال فيه وكانت تغتسل لكل صلاة .

قلت حاصل الكلام ان قصدهم ابطال احتجاج الحنفية فيما ذهبوا إليه بهذا الحديث ولكن لا يمشي هذا منهم لأنهم تعلقوا في هذا بأمور :

الأول : انهم قالوا ليس فيه وان قطر الدم على الحصير ، الجواب عنه انه ثبت ذلك في رواية ابن أبي شيبة وفي رواية الدارقطني أيضاً .

الثاني : قالوا ان عروة لم ينسبه إلا ابن ماجة ، الجواب عنه ان الدارقطني نسبه في رواية وكذلك البزار في رواية .

الثالث : قالوا ان حبيب بن أبي ثابت لم يسمع من عروة بن الزبير ، الجواب عنه ان ابا عمر قال وحبيب لا شك انه ادرك عروة ، وقد روى أبو داود في كتاب السنن ، وقد روى حمزة الزيات عن حبيب عن عروة بن الزبير عن عائشة رضي الله عنها حديثاً صحيحاً

وهذا أشد تظاهراً على ان حبيباً سمع من عروة وهو مثبت فيقدم على من ينفي ، وأيضاً حبيب لا ينكر لقاءه عروة لرواية ممن هو اكبر من عروة وأجل وأقدم ثبوتاً .

الرابع : قالوا انه موقوف ، والجواب عنه إن كان ها هنا قد روي موقوفاً من جهات ثقات مثل وكيع ومثله فقد رواه أيضاً ثقات كرواية وكيع مرفوعاً عن الأعمش مثل الحريري وسعيد بن محمد الوراق وعبد الله بن نمير فهؤلاء كبار رووا عن الاعمش الرفع فوجب على مذهب الفقهاء ، وأصل الاصول ترجيح روايتهم لأنها زيادة ثقة ويحمل رواية من وقفه على عائشة رضي الله عنها إنما سمعت من النبي ﷺ فروته مرة وأفتت به مرة أخرى.

( واذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال انكم قلتم ان دم الاستحاضة لا يمنع الصلاة والصوم والوطء ودليلكم لا يدل الا على أحكام الصلاة فقط فأجاب عنه بأن حكم الصلاة وهو جوازها مع سيلان دم الإستحاضة اذا عرف فإنه كالعدم في حكم الصلاة مع المنافاة الثابتة بينهما لكونه منافياً للطهارة التي هي شرط الصلاة يثبت حكم الصوم والوطء مع عدم المنافاة بينهما وبينه وذلك أن الصوم نقيضه الفطر لا الدم ، والوطء نقيضه تركه لا الدم ، وقال المصنف ثبوت حكم الصوم والوطء نتيجة الاجماع. وقال صاحب الدراية مثله ثم قال فإن الاجماع على أن دم العرق لا يمنع الصلاة والصوم والوطء بخلاف دم الرحم فإنه يمنع منها فكما لم يمنع هذا الدم الصلاة على انه دم عرق فلا يمنع الصوم والوطء بدلالة الاجماع .

وفي الكافي تفسير نتيجة الاجماع بدلالة غير صحيح لفظاً لا معنى ، والتفسير بالحكم أشد طباقاً ، وقال الشيخ عبد العزيز رحمه الله قد يجوز أن نتيجة من حيث ان دلالة النص أو الاجماع لا يكون إلا به ومستحيل أن يثبت قبله فكأنها نتيجة والنص والاجماع أصل ، ولو فسرت بالحكم لأوهم ان دلالة النص أو الاجماع لا تكون إلا لذلك فلذلك فسرت بالدلالة .

## ولو زاد الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونهـــا ردت إلى أيام عادتها والذي زاد استحاضة

قلت حكم الصلاة لم يثبت ابتداء بالاجماع ، وإنما يثبت بالنص ، فكيـف يكون حكم الصوم والوطىء بدلالة الاجماع مع انه ورد خبر صحيح بجواز وطىء المستحاضة ، ورواة أبو داود وغيره من حديث عكرمة عن حمنة بنت جحش انهـــا كانت مستحاضة وكان زوجها يغشاها، وفي لفظ له قال كانت أم حبيش مستحاضة وكان زوجها يغشاها، ورواه البيهقي أيضاً وغيره ، وزوج حمنة طلحة بن عبد الله.

( ولو زاد الدم على عشرة أيام ) التي هي أكثر الحيض فالمرأة لا تخلو إما أن تكون معتادة أو مبتدأة أو مختلفة العادة ، وأشار إلى القسم الأول بقوله ( ولهـا عادة معروفة دونها ) اي دون العشرة بأن كانت عادتها ستة أيام او سبعة ايام او ثمانية أيام أو تسعة أيام فزاد الدم على عادتها وعلى العشرة أيضاً ( ردت إلى أيـــام عادتها ) باتفاق أصحابنا فيكون الحيض ايام عادتها وما زاد على عادتها المعروفة الى ما فوق العشرة إلى أن ينتهي يكون استحاضة وهو معنى قوله ( والذي زاد ) يعني على العادة المعروفة ( استحاضة ) فيصير حكمها حكم المستحاضات .

وأما اذا زاد على عادتها المعروفة دون العشرة فقد اختلف فيه المشايخ ، فذهب أئمة بلخ إلى انها تؤمر بالاغتسال والصلاة لأن حـال الزيادة مترددة بين الحيض والاستحاضة لأنه اذا انقطع الدم قبل العشرة كان حيضاً وان جاوز العشرة كان استحاضة فلا تترك الصلاة مع التردد .

وقال مشايخ بخارى لا تؤمر بالاغتسال والصلاة لأنا عرفناها حائضاً بيقين، ودليل بقاء الحيض وهو رؤية الدم قائم فلا تؤمر حتى يتبين أمرها ، فإن جاوز العشرة أمرت بقضاء ما تركت من الصلاة بعد ايام عادتها . وفي المجتبي وهو الصحيح .

وقال الشافعي « رض » ما زاد على عادتها يميز باللون فإن كان أسود غليظاً أو احمـر غليظاً أو أحمر خالصاً يجعل حيضها ولا عبرة للايام ، وإن لم يكـــن أسود كان دم الاستحاضة ، وان لم يكن التمييز باللون بأن لم يكن أسود خالصاً أو أحمر خالصاً بل يشبه كلاهما فحينئذ تعتبر الأيام فترد إلى أيامها .

وفي الحلية معتادة تميز وهي التي ترى في بعض الأيام دماً أسود وفي بعضها دماً أحمر وجاوز الدم الأكثر فحيضها الاسود لقوله ﷺ دم الحيض أسود فهذا يبقى بظاهره كون غيره حيضاً .

وقال ابن حبان والاصطخري تقدم العادة على المتميز ، وقال مالك الاعتبار للمتميز لا العادة فإن لم يكن لها تمييزاً استظهرت بقدر زمان العادة بثلاثة أيام إلى ان تجاوز خمسة عشر ، وإن كانت غير مميزة فحيضها أيام عادتها.

( لقوله ﷺ المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها ) هذا الحديث روي عن جد عدي ابن ثابت وعائشة رضي الله عنها وأم سلمة وسودة بنت زمعة رضي الله عنهم .

اما حديث جد عدي فرواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث شريك عن أبي اليقظان عن عدي بن ثابت عن ابيه عن جده أن النبي ﷺ قال المستحاضة تدع الصلاة ايام أقرائها ثم تغتسل وتصلي ، قال الترمذي هذا حديث تفرد به شريك عن أبي اليقظان قال وسألت محمداً رفيق البخاري عن هذا الحديث فقلت له عدي بن ثابت عن أبيه عن جده جد عدي ما اسمه فلم يعرفه ، وذكرت له قول يحي بن معين ان اسمه دينار فلم يعبأ به . وقال أبو داود حديث عدي بن ثابت هذا ضعيف لا يصح ، ورواه أبو اليقظان عن عدي بن ثابت عن أبيه عن علي رضي الله عنه وشريك هذا هو ابن عبد الله النخعي الكرخي قاضي الكوفة تكلم فيه غير واحد ، وأبو اليقظان اسمه عثمان بن عمر الكوفي ولا يحتج بحديثه . قلت قال أبو نعيم وقال غير يحي أن جد عدي اسمه قيس الخطى ، وقيل لا يعلم من جده وذكر ابن حبان في الثقات ان ثابتاً هو ابن عدي بن عدي أخي البراء بن عازب ، وعن يحي بن معين قال شريك صدوق ثقة ، وقال أحمد بن عبد الله العجلي كوفي ثقة .

وأما حديث عائشة رضي الله عنه فرواه الدارقطني في معجمه الصغير من حديث يزيد ابن هارون أخبرنا أيوب أبو العلاء عن عبد الله بن شبرمة القاضي عن قمراء امرأة مسروق عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ انه قال في المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها ثم

تغتسل مرة ثم تتوضأ إلى مثل أيام أقرائها ، ورواه ابن حبان في صحيحه من حديث أبي عوانة عن هشـــام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها سئل النبي ﷺ عن المستحاضة فقال تدع الصلاة ايام اقرائها ثم تغتسل غسلا واحـــداً ثم تتوضأ عنـد كل صلاة .

وأما حديث أم سلمة رضي الله عنها ، فرواه الدارقطني في سننه من حديث معقل بن أسـد أخبرنا وهب أبو أيوب عن سليمان بن يسار أن فاطمة بنت أبي حبيش استحيضت فأمرت أم سلمة ان تسأل رسول الله ﷺ فقال تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتستذفر بثوب وتصلي . وقال الدارقطني رواته كلهم ثقات ، ورواه ابن أبي شيبة في مسنده حدثنا يزيد بن هارون حدثنا حجاج عن نافع عن سليمان بن يسار أن امرأته اتت أم سلمة تسـأل لها رسول الله ﷺ عن المستحاضة فقال عليه الصلاة والسلام تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتستفر بثوب وتتوضأ لكل صلاة وتصلي إلى مثل ذلك ، انتهى . وهذه المرأةهي فاطمة بنت أبي حبيش يفسره رواية الدارقطني المذكورة .

وأما حديث سودة رضي الله عنها فرواه الطبراني في معجمه الأوســـط من حديث الحكم بن عيينة عن أبي جعفر عن سودة بنت زمعة قال قـال رسول الله ﷺ المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها التي كانت تجلس فيهـــا ثم تغتسل غسلا واحداً ثم تتوضـأ لكل صلاة .

قوله – تدع – أي تترك ، – والاقراء – جمع قرء بمعنى الحيض . قوله – تستفر – أي تسد فرجها بثوب وهو مأخوذ من ثفر الدابة التي تجعل تحت ذنبها . وقوله – تستذفر – من الذفر وهو الرائحة ، ومعناه تستعمل طيباً في الثوب تزيل به الرائحة ، وقـد يسمى الثوب طيباً لأنه يقوم مقام الطيب .

وأصح ما روي في هذا الباب ما روى أبو داود أخبرنا عبد الله بن مسلم عن مالك عن نافع عن سليمان بن يسار عن أم سلمة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ ان امرأة كانت تهراق الدم على عهد رسول الله ﷺ فاستفتت لها أم سلمة رضي الله عنها رسول الله ﷺ فقـال

لتنظر عدة الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبـــل أن يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر ،فإذا خلفت ذلك فلتغتسل ثم لتستفر بثوب ثم لتصل. ورواه مالك في موطأه والشافعي في مسنده وأحمد في مسنده والنسائي في مسنده بأسانيد صحيحة على شرط البخاري ومسلم وقد مر في أول الباب بما فيه من المعاني والأحكام .

( ولأن الزائد على العادة يجانس ما زاد على العشرة فيلحق به ) هذا دليل آخر تقديره أن يقال الزائد على العادة يجانس الدم الذي يدل على العشرة من حيث الندرة ومن حيث كونه زائداً على العادة المعروفة ولا يجانس الواقع المعروفة إلا من وجه واحـد وهو انهما وقعا في المدة الأصلية للحيض وهي العشرة فكان الحاقها لما وقع خارج العشرة أولى،وهو معنى قوله – فيلحق – اي يلحق بالزائد على العشرة . وقال الاترازي نظر عندي لأن للقائل أن يقول كما ان النجاسة حاصلة بين الزائدتين فكذلك حاصلة بين مـــا رأت في معرفتها وبين الزائد إلى العشرة لأن كل واحد منهما في مدة الحيض لا بل المجانسة ها هنا اكثر لان أحد الزائدين في مدة الحيض والآخر في غيرها .

قلت لو تأمل الاترازي في هذا وقدح فكره لم يقل في هذا التعليل نظرعندي،والتأمل فيه يحدث عن هذا النظر بما قررناه الآن . وقال الأكمل وعورض فإن الزائد على العادة يمكن أن يكون حيضاً بخلاف الزائد على العشرة فإنهما يتجانسان . قلت هذا الذي ذكره سأله صاحب الدراية بقوله فإن قيل الزائد على العشرة لا يمكن أن يكون حيضاً والزائـد على العادة يمكن أن يكون حيضاً فكيف يتجانسان ثم أجاب بقوله قلت في مسألتنـا لا يمكن أن يكون عليها حيضاً لأن ما زاد على العشرة استحاضة بيقين ، واما في أيام حيضها حيض يقينا ، ففيما زاد إلى تمام العشرة ان الحقناه بما بعده كان استحاضة ، وان الحقناه بما قبله كان حيضاً فوقع الشك في كونه حيضاً فلا تترك الصلاة بالشك لأن وجوب الصلاة كان ثابتاً بيقين فلا تترك إلا بيقين فحينئذ يتجانسان من حيث عدم منع الصلاة .

وجواب الاكمل غير هذا ، وملخصه أن التجانس بين الزائد من الوجهين وبين الزائد والعــادة من وجه فكان الأول أولى ، وهذا محصل بما قررناه أولاً . وقـــال صاحب الدراية أيضاً :

فإن قيل كيف يكون وجوب الصلاة بيقين فإنها لا تجب عليها في الأصح في أيام حيضها قلنا وجوبها عليها بيقين نظراً إلى انقضاء المدة وفي كون ما زاد على العادة حيضاً شك فلا يزول ذلك اليقين .

( وان ابتدأت ) أي المرأة هذا شروع في بيان حالة المرأة المبتدأة وقد ذكرنا ان المرأة لا يخلو إما أن تكون معتادة أو مبتدأة أو مختلفة العادة ، وقد ذكر في حال العادة وهذا في بيان المبتدأة .

وقوله – ابتدأت – على صيغة المبني للفاعل ، ويروى على صيغة المبني للمفعول بضم التاء . وقال الاترازي والأول أوجه عندي الثاني أوجه لأن المرأة مبتدأة على صيغة المفعول فلذلك اختار صاحب النهاية صيغة المفعول في ابتدأت .

( مع البلوغ ) يعني كما بلغت استمر عليها الدم وهو معنى قوله ( مستحاضة ) وهو نصب على الحال المقدرة ، أي حال كونها مقدرة للاستحاضة ، وذلك لأنه لم تثبت الاستحاضة حال ابتداء رؤيتها الدم ولكن يعلم عند الزيادة على العشرة فحينئذ تكون العشرة في كل شهر أيضاً والباقي وهو الزائد على العشرة استحاضة ، وعند زفر والشافعي « رض » ترد إلى أقل الحيض لأنه متيقن والباقي مشكوك وبه قال أحمد ، وفي قول الشافعي « رض » يعتبر حيضها بنساء عشيرتها وفي قوله الآخر بالوسط وهو ست أو سبع وبه قال الثوري وأحمد في رواية ، وعند مالك تقعد ما دام يأتيها ولتستظهر بعد ذلك بثلاثة أيام ما لم يتجاوز ذلك بجموع خمسة عشر يوماً ، وعن مالك رواية أخرى أنها تجلس ما دام الدم بثلاثة أيام إلى أن يبقى خمسة عشر يوماً وهو رواية عن أحمد .

فإن قلت كيف يكون نصب العادة في المبتدأة . قلت أول ما رأت المبتدأه وماتترك الصلاة كما رأته عند مشايخنا ، وعند أبي حنيفة « رض » انها لا تترك حتى يستمر بها الدم ثلاثة أيام ، والأول أصح ، ولو رأت خمسة دما وخمسة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فإنها تترك الصلاة من أول الاستمرار خمسة ثم تصلي خمسة عشر يوماً وذلك عادتها لأن الانتقال عن حالة الصغر عادة في النساء فتحصل بمرة واحدة ، وأما الانتقال عن العادة الثانية في

العادة ليس بعادة لها فلا يحصل بالمرة عند أبي حنيفة ومحمد « رض » وبه قال بعض الشافعية وهو رواية عن أحمد ، وفي أشهر الروايتين لا يثبت إلا بالتكرار ثلاثاً . وقال أبو يوسف والشافعي « رض » تثبت بمرة واحدة . وقال مالك يثبت بمرة لكن إذا اختلف بالزيادة والنقصان ثم استحيضت جلست أكثر ما كانت تجلسه ثم تستظهر بالثلاث .

ثم اعلم أن العادة على نوعين أصلية وجعلية ، فالأصلية على نوعين أحدهما أن ترى دمين خالصين وطهرين خالصين متعقبين على الولاء بان رأت مبتدأة ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً أو ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فانها تدع الصلاة من أول الإستمرار ثلاثاً وتصلي خمسة عشر يوماً ، لأن ذلك صار عادة لها بالتكرار ولو رأت ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً أو أربعة دماً وستة عشر طهراً ثم استمر بها الدم فحيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر عادة أصلية لها فتصلي من أول الإستمرار ستة عشر لأنها حين رأت أربعة دماً فثلاثة منها مدة حيضها ويوم من حساب طهرها ، فلما طهرت ستة عشر فأربعة عشر تمام طهرها ويومان من حيضها لم تر فيهما الدم فتصلي إلى موضع حيضها الثاني وذلك ستة عشر ثم تدع الصلاة وتصلي خمسة عشر .

والثاني : أن ترى دمين وطهرين مختلفين بأن رأت مبتدأة ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً ، ثم استمر بها الدم فعند أبي يوسف أيام حيضها وطهرها ما رأت آخر مدة ، واختلفوا على قولها قبل عادتها ما رأته أول مدة لأن العادة لا تنتقل برؤية الخالف مرة واحدة عندهما فيكون حيضها ثلاثة وطهرها خمسة عشر فلما رأت في المرة الثانية فاليوم الرابع من طهرها ولما رأت ستة عشر فأربعة عشر منها بقية طهرها ويومان من حيضها الثاني وذلك ستة عشر . وقيل عادتها أقل المرتين فتترك من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر لأن العادة في المبتدأة تحصل بمرة واحدة .

وأما العادة الجعلية فهي أن ترى ثلاثة دماً وأطهاراً مختلفة ثم استمر بها الدم بأن رأت خمسة دماً وسبعة عشر طهراً أو أربعة دماً وستة (١) عشر طهراً وثلاثة دماً وخمسة

(١) في الأصل غير واضحة وربما كانت ستة .

فحيضها عشرة أيام من كل شهر والباقي استحاضة لأنا عرفناه حيضاً فلا يخرج عنه بالشك والله أعلم

---

عشر طهراً ، قال بعضهم تجعل عادتها أوسط الاعتداد فتدع من أول الاستمرار أربعة وتصلي ستة عشر . وقال بعضهم أقل المدتين الأخيرتين تدع من أول الاستمرار لأنه (١) وتصلي خمسة عشر والفتوى على هذا لأنه أيسر على النساء .

مبتدأة رأت ثلاثة دماً وخمسة عشر طهراً وأربعة دما وستة عشر طهرا وخمسة دما وسبعة عشر طهرا ثم استمر بها الدم فعادتها أربعة في الدم وستة عشر في الطهر اتفاقاً .

مبتدأة رأت ثلاثة دماً وخمسة عشر طهرا وأربعة دما وستة عشر طهرا وثلاثة دما وخمسة عشر طهرا ، فإنها تدع الصلاة من أول الاستمرار ثلاثة وتصلي خمسة عشر ، وتلك العادة جعلية لما فان طرأت الجعلية على العادة الأصلية لأنها دونها والشيء لا ينقض بما هو دونه كالوطن الأصلي لا ينقضه الوطن الاقامة .

وقال مشايخ بخارى ينقض العادة بالجعلية ، ومثاله ان كانت العادة الأصلية في الحيض خمسة لا يثبت الجعلية إلا برؤية ستة وسبعة وثمانية ويتكرر فيها بخلاف العادة الأصلية مرارا لأن سبعة وثمانية بتكرارها ستة والعادة الأصلية تنقض بالتكرار بخلافها لكونها مختلفة متفاوتة في نفسها بكون العادة الثانية جعلية لا أصلية .

( فحيضها عشرة أيام من كل شهر ) ففي الشهر الأول تكون العشرة من أول ما رأت حيضا ( وباقي الشهر استحاضة ) فحكمها حكم الطاهرات لكنها تتوضأ لوقت كل صلاة ثم بعد ذلك حيضها ايام من كل شهر ( لأنا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك ) اي عرفنا الدم المرئي في العشرة حيضا فلا يخرج عن كونه حيضا بالشك لأنا تيقنا بالدخول فيه والايام صالحة ، فاذا تجاوز الدم العشرة تيقنا بخروجها فكانت طاهرة حكما .

---

(١) ذكر كلمة التعليل ولم يعلل

# فصـــل

## والمستحاضة ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤون لوقت كل صلاة فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤوا من الفرائض والنوافل

---

( فصـــل )

الفصل منها فصل لا ينون ومنها فصل ينون لأن الاعـــراب لا يكون إلا بعد العقد والتركيب وعقد هذا الفصل لاحكام الاستحاضة رقدمها على النفاس لانها أكثر وقوعا .

( والمستحاضة ) مبتدأ وقد تكلمنا فيها في أول الباب مستقصى ( ومن بـــه سلس البول ) وكلمة من موصولة عطف على ما قبله ، وسلس البول كلام إضـــافي مبتدأ وخبره مقدم وهو قوله به والجملة صلة الموصول . وسلس البول بفتح الـــلام والرجل سلس البول بالكسر يقال شيء سلس أي سهل ، وأصل سلس بالكسر أي لين معتاد وفـــلان سلس البـــول بالكسر إذا كان لا يستمسك ، وسلس بوله بالكسر يسلس بالفتح من بـــاب علم يعلم .

( والرعاف الدائم ) بالرفع عطف على ما قبله وهو دم الأنف لا يرقـــأ أي لا يسكن ( والجرح الذي لا يرقأ ) بالرفع أيضا عطف على ما قبله يقال رقى الدمع يرقى رقاءورقوا أي سكن وكذلك الدم .

( يتوضؤون ) جملة في محل الرفع على انه خبر المبتدا المذكورة أعني قوله ـ المستحاضة ـ وما أضيف إليها ( لوقت كل صلاة ) اللام فيه للتعليل ( فيصلون بذلك الوضوء في الوقت ما شاؤوا من الفرائض والنوافل ) وبه قال الأوزاعي والليث وأحمد هكذا ذكره عنه أبو الخطاب في الهداية ، ولم يحك خلافا ، وفي المغني لابن قدامة تتوضأ لكل صلاة وبه قال الشافعي وأبو ثور وعزى هذا إلى أصحابنا أيضا وهو غلط منه . وقال ابن تيمية الحراني في هذه رواية عن أحمد ، وقال مالك « رض » لا يجب الوضوء على المستحاضة ومن بـــه سلس البول ونحوه ، وهو قول ربيعة وعكرمة وأيوب ، وأما الوضوء به مستحب لكل

صلاة عنده ذكره في التمهيد وذكر كثير من اصحابنا في كتبهم عنه انها تتوضأ لكل صلاة.
وقال الثوري «رض» والمستحاضة تتوضأ لكل فريضة وهو مذهب الشافعي «رض» ايضا كما نذكره الآن.

وقال النخعي تغتسل في آخر وقت الظهر اول وقت العصر والعصر في آخر وقته كذلك تغتسل في آخر وقت المغرب فتصلي وكذلك في العشاء والفجر، وعن وابن عمر رضي الله عنه وجوب الغسل عليها لكل صلاة وعندنا لا يجب عليها الغسل إلا مرة واحدة لخروجها من الحيض وهو قول عامة اهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم كعلي وابن مسعود وابن عباس وعائشة وعروة وابي سلمة وعبد الرحمن والشافعي واحمد ومالك في رواية.

وقال بعضهم تغتسل كل يوم غسلا، وروي ذلك عن عائشة رضي الله عنها وابن عمر وانس وسعيد بن المسيب. وقال بعضهم تجمع بين الظهر والعصر بغسل وبين المغرب والعشاء بغسل وتصلي الصبح.

احتج من قال بوجوب الغسل لكل صلاة بما روت عائشة رضي الله عنها ان ام حبيبة بنت جحش استحيضت فسألت رسول الله ﷺ فأمرها ان تغتسل لكل صلاة. والجواب عن ذلك انه هذا لم يرفعه إلا محمد بن اسحاق عن الزهري، واما سائر اصحاب الزهري فانهم يقولون فيه عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن ام حبيبة بنت جحش استحيضت فسألت رسول الله ﷺ وقال إنما هو عرق وليس بالحيضة، فأمرها ان تغتسل وتصلي، ففهمت ذلك عنه فكانت تغتسل لكل صلاة.

وقال ابو عمر في التمهيد عن عائشة رضي الله عنها انها (١) بعد رسول الله ﷺ في المستحاضة منها تتوضأ لكل صلاة فافتوها بذلك بعد وفاة النبي ﷺ، دلت على نسخ ما روت عنه عليه السلام إذ لا يسوغ لها خلاف رسول الله ﷺ، ويحمل ذلك على الاستحباب او على الثانية ايام عادتها فافهم.

---

(١) كلمة غير مقروءة في الأصل وربما هي أفتت.

فان قلت روى ابو داود ان امرأة كانت تهريق على عهد رسول الله ﷺ وان رسول الله ﷺ أمرها أن تغتسل عند كل صلاة . قلت أجاب النووي عن ذلك أن الأحاديث الواردة في سنن أبي داود والبيهقي وغيرهما أن النبي ﷺ أمرها بالغسل لكل صلاة فليس فيها شيء ثابت وقد بين البيهقي ومن قبله ضعفها ، واحتج من قال تغتسل في كل يوم مرة في أي وقت شاءت من النهار بما رواه ابو داود في سننه من حديث معقل الخثعمي عن علي رضي الله عنه قال المستحاضة إذا انقضى حيضها اغتسلت كل يوم لأجل الاحتياط ، وأما الصوف التي فيها السمن أو الزيت فإن بها يدفع الدم وينشفه . ومعقل بالعين المهملة وبالقاف .

واحتج من قال بأنها تغتسل من طهر إلى طهر مما رواه مالك عن سمي مولى أبي بكر ابن عبد الرحمن قال سألت سعيد بن المسيب رحمه الله عن المستحاضة فقال تغتسل من طهر إلى طهر وتتوضأ لكل صلاة ، فإن كان عليها الدم استثفرت . الجواب عن ذلك ان ابا داود قال قال مالك إني لا أظن حديث ابن المسيب من ظهر إلى ظهر بالظاء المعجمة ، إنما هو من طهر إلى طهر بالطاء المهملة ولكن الوهم دخل فيه فعليه الناس من ظهر إلى ظهر بالمعجمة . وقال الخطابي لأنه لا معنى للاغتسال من وقت صلاة الظهر إلى مثلها ولا أعلمه قولاً لأحد من الفقهاء ، وإنما هو من طهر إلى طهر بالمهملة فيهما وهو انقطاع دم الحيض ، وقد يجيء بما روي من الاغتسال من ظهر إلى ظهر بالمعجمة فيهما في بعض الأحوال لبعض النساء ، وهو أن تكون المرأة قد نسيت الأيام التي كانت عادتها ونسيت الوقت أيضاً ، إلا انها تعلم انها كلما انقطع دمها في أيام العادة كانت وقت الطهر فهذه يلزمها أن تغتسل عند كل طهر وتتوضأ لكل صلاة وما بينها وبين الطهر من اليوم الثاني فقد يحتمل أن يكون سعيد بن المسيب إنما سئل عن امرأة هذه حالها فنقل الراوي الجواب ولم ينقل السؤال على التفصيل .

وفي الاستذكار ليس في ذلك وهم لأنه صحيح عن سعيد معروف من مذهبه في الاستحاضة تغتسل كل يوم من ظهر إلى ظهر ، وكذلك رواه ابن عيينة عن موسى مولى

وقال الشافعي «رح» تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ، ولأن اعتبار طهارتها ضرورة أداء المكتوبـــة

---

أبي بكر بن عبد الرحمن قالت سألت سعيد بن المسيب عن المستحاضة فقـــال تغتسل من ظهر إلى ظهر وتتوضأ لكل صلاة ، فإن كان عليها استدفرت وصلت .

واحتج مالك فيما ذهب اليه من أن المستحاضة ليس عليها وضوء بما رواه في الموطأ عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها انها قالت ، قالت فـــاطمة بنت أبي حبيش يا رسول الله ﷺ إني لا أطهر فأدع الصلاة قال إنما ذلك عرق وليست بالحيضـة فدعي الصلاة وإذا ادبرت [1] فاغسلي عنك الدم ثم صلي ، وأخرجه الجماعة . وجه التمسك به انه عليه السلام قال لها فاغتسلي وصلي ، ولم يذكر الوضوء لكل صلاة . والجواب عنه الوضوء مذكور في غيره على ما نذكره .

( وقال الشافعي رحمه الله تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة لقوله عليه السلام المستحاضـة تتوضأ لكل صلاة ) الحديث أخرجه ابن ماجة من حديث شريك عن أبي اليقظـان عن عدي بن ثابت عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال المستحاضة تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل وتتوضأ لكل صلاة وتصلي وتصوم . رواه أبو داود ، ولفظه والوضوء عند كل صلاة ، وله شواهد ، منها ما أخرجه أبو داود وابن ماجة من حديث عائشة رضي الله عنها قالت جاءت فاطمة بنت أبي حبيش . الحـــديث ، وفي آخره اغتسلي وتوضئي لكل صلاة .

ومنها ما أخرجه ابن حبان في صحيحه من حديث فاطمة بنت أبي حبيش وفي آخره فاغتسلي وتوضئي لكل صلاة .

ومنها ما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث جابر أن النبي ﷺ أمر المستحاضة بالوضوء لكل صلاة .

( ولأن اعتبار طهارتها ) دليل عقلي ، أي طهارة المستحاضة ( لضرورة أداء المكتوبة

---

(١) في الأصل – هرت – وربما الصحيح ما أثبتناه . ا هـ مصححه .

فلا تبقى ) أي الضرورة ( بعد الفراغ منها ) أي من المكتوبة ، وقال الاترازي في جواب دليل الشافعي « رض » بأن طهارة المستحاضة ضرورية لكن لا نسلم ان لا ضرورة لها في حكم أداء مكتوبة أخرى . قلت للشافعي « رض » أن يقول بعد التسليم انها ضرورية كيف يمنع عدم الضرورة في حقها مكتوبة أخرى ، ومطلق الضرورة موجود عند كل مكتوبة تقدير الطهارة في المكتوبة والحاضرة تقدر تلك الضرورة لأنه ليس من المعقول التجاوز عن قدر الضرورة ، ثم منع الاترازي هذا بقوله ولا نسلم انها تقدربقدرالضرورة عند الشافعي رضي الله عنه ، وقد جاز لها أداء النوافل ما شاءت بالاتفاق ، وللشافعي « رض » أن يقول لا ضرورة في النوافل بعد أداء الفرض ، ولكن هي تابعة للفرض فيدخل في حكم المتبوع بعد الشروع بخلاف مكتوبة أخرى ، لأنها عبادة أخرى مستقلة تحتاج إلى طهارة أخرى لكون الطهارة ضرورية في حق الأولى فلم يجاوز إلى غيرها .

قال الاترازي انا نقول هل بقيت الطهارة بعد المكتوبة الواحدة أم لا ، فإن قلت نعم فقل تصلى الفرائض والنوافل ، وإن قلت لا فقل لا تصلي الفرائض والنوافل أصلاإلا بوضوء جديد ، فالشافعي « رض » يقول هذه الترديد مردود فإني لم أقل إلا انها تصلي فرضاً واحداً مع تبعية النفل ثم لا تصلي فرضاً آخر إلا بوضوء جديد ، لأن الشارع لما اسقط حكم سيلان الدم لضرورة الحاجة إلى أداء فرض الوقت الذي هو الأصل سقط كذلك في حق التبع بخلاف فرض آخر كما ذكرنا ، فإذا كان الأمر كذلك كيف يقول الاترازي وهذا الالزام شيء يسكت الخصم ، وقد أورد الأكمل ها هنا إيراداً على الشافعية ملخصه أن الصلاة في قوله عليه السلام لكل صلاة أعم من أن تكون مكتوبة أو غيرها فاختصاصها بالمكتوبة تحكم . ثم أجاب عن ذلك بأن الصلاة مطلق وهو منصرف إلى الكمال والكامل هو المكتوبة ثم رد هذا بأن الصلاة عام بدخول كلمة كل فلا ما ذكرتم .

قلت فلهم أن يقولوا سلمنا العموم ولكنه يحتمل التخصيص ؛ وها هنا التخصيص موجود وهو الضرورة المؤخرة للصلاة مع سيلان الدم ، مع أن القياس لا يقتضي الجواز أصلا ولكن النص حكم عليه للضرورة فيقتصر عليها ويتقدر بقدرها . والجواب المسكت

ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهو المراد بالأول ، لأن اللام تستعار للوقت ، يقال آتيك لصلاة الظهر أي وقتها ،

ورود لفظة هذه الصلاة مقيدة بالوقت في حديث آخر على ما نقرره عن قريب .

ثم أجاب الأكمل بجواب آخر وهو أن الطهارة بعد أداء المكتوبة إن كانت باقية فساوت الفرائض والنوافل في جواز الأداء بها وإلا فلا ، ثم قال وفيه نظر . وجه التنظير هو أن يقال نعم باقية بالنسبة إلى النوافل دون الفرائض .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ) قال بعضهم هذا غريب يعني بلفظ – لوقت كل صلاة – قلت ليس كذلك لأنه لا يلزم من عدم اطلاعه عليه أن يكون غريباً ، بل روي هذا الحديث بهذه اللفظة في بعض الفاظ حديث فاطمة بنت أبي حبيش وتوضئي لوقت كل صلاة ذكره ابن قدامة في المغني ، ورواه الامام أبو حنيفة هكذا المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ، ذكره السرخسي في المبسوط . وروى أبو عبد الله بن بطة باسناده عن حمنة بنت جحش انه عليه الصلاة والسلام أمرها أن تغتسل لوقت كل صلاة ، والغسل يعني عن الوضوء فبطل الاشتراط لكل صلاة

**(وهو المراد بالأول) هذه إشارة إلى الجواب عما احتج به الشافعي «رض» في كون الوضوء للصلاة أي الوقت وهو المراد بالحديث الأول وهو احتج به الشافعي (لأن اللام تستعار للوقت ، يقال آتيك لصلاة الظهر أي لوقتها) لأن اللام كثير الاستعمال في الوقت ، ورد ذلك في الكتاب والسنة ومتعارف الناس . أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فخلف من بعدهم خلف أضاعوا الصلاة ﴾ ٥٩ مريم ، أي** وقت الصلاة . وأما السنة فقوله عليه السلام جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً فأينما أدركتني الصلاة تيممت ، أراد وقت الصلاة لأنه فعله وفعله لا يسبقه لان المدرك هو الوقت لا الصلاة ، وقال عليه الصلاة والسلام ان للصلاة أولاً وآخرا كوقتها ، وأما تعارف الناس فيقال آتيك لصلاة الظهر أي لوقتها ، فحينئذ يكون ما رواه الشافعي « رض » محتملا ، وما رواه الحنفي مفسرا بالوقت فيحمل المحتمل على المفسر ، وهذا هو التوفيق بين الحديثين دفعاً للتعارض .

فإن قلت لم لا ينعكس [1] الحمل . قلت لانه يلزم ترجيح المحتمل على المفسر .

( ولان الوقت أقيم مقام الاداء تيسيرا ) هذا دليل عقلي تقريره ان الشرع اسقط اعتبار الحدث للحاجة إلى الاداء ، والناس يختلفون فيه ، فمنهم المطول ، ومنهم المقتصر ، ومنهم من يرى الاداء في أول الوقت ، ومنهم بالعكس ، ومنهم من يحتاج إلى تأخيره لمانع منه لبعد الماء منه ، ومنهم من يوسوس إلى عادة الصلاة دفعاً للوسوسة فلذلك جعل الوقت مقام الاداء ليستوي الكل في بقاء تيسيرا للأمر على المأمور ، فأدير الحكم على الوقت وسقط اعتبار الحدث ، وإذا أقيم شيء مقام شيء آخر يكون المنظور إليه بذلك الشيء فيكون المنظور إليه هاهنا الوقت فتكون الطهارة باقية ما دام الوقت باقياً ، فتقدير الطهارة بالوقت دفعاً للخروج .

فإن قلت إذا قدرت طهارة كل شخص بادائه ارتفع الحرج . قلت هذا ممنوع ، لأنه اذا قدر ذلك وفرض الفراغ منه وأوجب عليه وضوء آخر كل ما يصلي من قضاء أو واجب أو نذر في وقته أو مكتوبة أخرى في وقت آخر تحقق الحرج في موضع التخفيف وذلك باطل ، ولأن الوقت معلوم ولا يتفاوت والاداء غير معلوم فيكون في تقدير الطهارة به بعض الجهالة .

( فيدار الحكم عليه ) أي على الوقت وأراد بالحكم جواز الصلاة ، ودليل آخر أن الأصول شاهدة لاعتبار الوقت دون فعل الصلاة ، لأنا وجدنا فيها رخصة مقدرة بالوقت وهو المسح على الخفين ولم نجد رخصة مقدرة بفعل الصلاة . وقال الطحاوي ومذهبنا قوي من جهة النظر وذلك انا عهدنا للاحداث اما خروج خارج أو خروج وقت ، فخروج الخارج معروف ، وخروج الوقت وانقضاء المدة حدث في المسح على الخفين ، فرجعنا في هذا الحديث المختلف فيه ، فجعلناه كالحديث المختلف فيه الذي أجمع عليه ووجد له أصل ولم يجعله كما لم يجمع عليه ، ولم نجد له أصلا لأنها لم يعهد الفراغ من الصلاة حدثاً قط .

وأجاب بعضهم عن الحديث الذي احتج به الشافعي « رض » انه ضعيف ، وقال اتفق الحفاظ على ضعف الحديث الذي فيه الوضوء لكل صلاة ، حكاه النووي في المهذب

(١) هكذا كتبت في الاصل ربما أراد ينعكس .

قلت هذه اللفظة أعني قوله – وتوضأ لكل صلاة – معلقة عند البخاري عن عـــروة في في صحيحه وأخرجها الترمذي عن أبي معاوية متصلا ، ثم قال في آخره حـديث حسن صحيح ، وقال ابن راشد في قواعده وصحح قوم من أهل الحديث هذه الزيادة يعني توضأ لكل صلاة ، وقال في موضع آخر صححها أبو عمر بن عبد البر ، وذكر البيهقي عن الشافعي « رض » انه قيل له روينا انه ﷺ أمر المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ، قال نعم قـــد رويتم ذلك وبه نقول قياساً على سنة رسول الله ﷺ في الوضوء مما خرج من دبر أو ذكـر أو فرج ولو كان محفوظاً لكان أحب إلينا من القياس . قلت يلزم على قياس الشافعي «رض» أن لا تختص المستحاضة بفرض واحد كالوضوء مما يخرج من أحد السبيلين .

فإن قلت الفرق أن حديث المستحاضة بعد الفرض موجود قائم . قلت فواجب أن لا يصلي بعد ذلك نافلة ، ثم انه خصص العموم وجوز من النوافل ما شاءت ، وجعل التقدير لكل صلاة فرض ، فكما أضمر ذلـــك فلخصمه أن يضمر الوقت ويقول التقدير لوقت كل صلاة على انا نقول قد روي ذلك على ما ذكرنا .

فإن قلت ذكر البيهقي قوله ﷺ انما أمرت بالوضوء إذا قمت إلى الصلاة ، وحكي عن أبي بكر الفقيه أنه قال أخبر عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى أمره بالوضوء إذا قـام إلى الصلاة لا دخول وقت الصلاة أو خروجه . قلت ظاهره متروك بالإجماع بين الفقهاء ، وإنما يؤمر بالوضوء من قام إلى الصلاة وهو فرض ، ومن قال بانتقاض طهارتها عند خروج الوقت أو دخوله لا يأمرها بالوضوء عند ذلك ، وإنما يقول طهارتها مقيدة بالوقت على مقتضى ما مر ، فإذا خرج الوقت أو دخل على حسب اختلافهم عمل على حكم الحديث السابق ، فإذا أرادت الصلاة بعد ذلك فقد أرادتها وهو هي محدثة فتؤمر بالوضوء عملا بـــذلك الحديث ، ونظير هذا الماسح على الخف إذا انقضت مدته فإنه تنقض طهارته بلا خلاف وإن كان لم يقم إلى الصلاة ، ولما ألغى الشافعي « رض » طهارتها في حق النوافل وإن كان في ذلك مخالفة لطرد هذا الحديث أعني قوله ﷺ إنما أمرت بالوضوء إذا قمت إلى الصلاة ، فلذلك خصه بنفي طهارتها في حق الصلاة كلها ما دام الوقت باقياً عملا بحديث المستحاضة تتوضأ لكل صلاة باضمار الوقت كما ذكرنا .

فروع : المستحاضة تستوثق بالشد والتلجم وحشو فرجها بقطنة أو خرقة دفعاً للنجاسة أو تقليلا لها إلا أن تكون صائمة أو يضرها ذلك ، وفي حديث أم سلمة رضي الله عنها لتستشفر بثوب وهو أن ترتشد ثوباً تحتجز به تمسك موضع الدم ، وفي حديث حمنة بنت جحش فبالحمى قالت انما اثج ثجاً . الحديث رواه أبو داود والترمذي وأحمد وصححاه، وفي المبسوط وشرح مختصر الكرخي للقدوري قالت فاطمة بنت قيس لم يذكر في المستحاضات ، والتي قالت أثج هي حمنة لا فاطمة ، فالوهم بينها في موضعين في جعل فاطمة بنت قيس المستحاضة، وفي نسبة شداً وتعصيب جسماً لبسو ولأنه نجس وحدث ، فإن غلب الدم وخرج بعد الشد لم يقر في الوقت لما روت عائشة رضي الله عنها قالت اعتكفت امرأة من أزواج النبي ﷺ فكانت ترى الدم والطيب تحتها وهي تصلي ، رواه البخاري ، وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يسلس البول وكان يداويه ما استطاع ، فإذا غلبه توضأ ولا يبالي بما أصاب ثوبه ، وعمر رضي الله عنه كان يصلي يثعب ، وما رواه أحمد و لدارقطني .

وفي الذخيرة إذا حشت فرجها ومنعته من الخروج لا ينتقض وضوءها في احدى الروايتين ، وفي الحاوي قال لا ينتقض ، ولم يحك خلافاً ، وفي المبسوط والمحيط وغيرهما إذا أصاب ثوبها من ذلك الدم فعليها أن تغسلها بأن كان مقيداً بأن لا يصيبه مرة أخرى حتى لو لم تغسله وهو اكثر من قدر الدرهم لم يجزها ، وإن لم يكن مقيداً بأن كان يصيبها مرة بعد مرة أخرى اجزأها ولا يجب غسله ما دام القدر قائماً ، ومثله سلس البول والجرح السائل .

وفي المحيط وقيل اذا أصابه خارج الصلاة يغسله لأنه قادر على أن يفتتح الصلاة في ثوب طاهر وفي الصلاة لا يمكنه التحرز عنه فسقط عنه . وفي الحاوي الرباط اذا امتنع من السيلان لا ينتقض الوضوء وأجزأه من الحدث إلى الحدث ، فإن نشف الدم في الخرقة فهو سائل ، وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول في الدم ونحوه عليه غسل ثوبه عند وقت كل صلاة مرة كالوضوء . وغيره من المشايخ قال لا يلزمه ذلك ، وكذا لا يلزم عندنا اعادة

الشد وغسل الدم ولا ابداله ولا الاستحياء لوقت كل صلاة للحرج • ثم الطهارة إذا وقعت للسيلان لا ينتقض به في الوقت وينتقض بحدث آخر وعند خروج الوقت ، وشرط وقوعها السيلان أن لا يكون السيلان مقارناً لها أو طارئاً عليها وهو يحتاج إليها لأجله ، **وعند خروج الوقت يظهر حكم الحدث السابق حتى يغسل التي هو فيها عند خروجه ويتوضأ** ويستقبل ولا يبنى ، ولو كانت نافلة يجب القضاء لصحة الشروع فيها ، ولو توضأ لأجل متجربة وسال من الاجزاء انتقض ، ولو توضأ لهما فانقطع احدهما فهو على وضوئه ما بقي الوقت • وعلى هذا القروح ان تجدد فيها زيادة بعد الوضوء أو انقطع الدم من بعضها .

( وإذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلاة أخرى ) أي إذا خرج وقت صلاة المعذورين بطل وضوءهم ، واضافة البطلان إلى الخروج مجاز لأنه لا يوصف بذلك فضلا عن أن يكون حدثاً ، وانما الانتقاض بالحدث السابق لكن اثره يظهر عنده ، لأن الوقت مانع ، فإذا زال أثره ظهر والشرط يقام مقام العلة في حق اضافة الحكم .

وقال الاكمل قبل قوله – واستأنفوا الوضوء – مستدرك لأن بطلان الوضوء يستلزمه . قلت هذا السؤال مع جوابه للسغناقي ولكنه قال في الجواب قال شيخي في جوابه جاز ان يبطل الوضوء بحق صلاة ولا يبطل بحق صلاة أخرى ، ولا يجب عليهم الاستئناف في حق تلك الصلاة كما قال الشافعي «رض» ببطلان طهارة المستحاضة للمكتوبة بعد أدائها وبقاء طهارتها للنوافل وكذلك قوله في التيمم أيضاً وكما قال بعض أصحابنا في حق المتيمم لصلاة الجنازة ، وفي المصر ببقاء تيممه في حق جنازة أخرى لو حضرت هناك على وجه لو اشتغل بالوضوء تفوته صلاة الجنازة ويبطل في حق غيرها .

وذكر صاحب الدراية أيضاً هذا السؤال ثم قال في جوابه قال مولانا حافظ الدين في جوابه ما قاله الشيخ السغناقي وهو الشيخ عبد العزيز ولكنه لم يذكر من قوله وكما قال أصحابنا إلى آخره ، ثم قال الاكمل وفيه تمحل كما ترى أراد بالتمحل أن الكلام في الوضوء لا في التيمم . قلت فيما قاله تمحل ، لأنه نظر في ذلك بما قاله الشافعي « رض » في

وهذا عند أصحابنا الثلاثة «رح». وقال زفر استأنفوا إذا دخل الوقت، فإن توضؤوا حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر

---

الوضوء، وأما التيمم فإنه كالوضوء لأنه خلف عنه قائم مقامه، ثم قال الاكمل يجوز أن يكون تأكيداً.

قلت إنما يصح ذلك لو كان في قوله — بطل وضوءه — احتمال لعدم البطلان بوجه من الوجوه، وقال أيضاً ويجوز أن يكون كالتفسير الأول، ثم علله بعلة لا تجدي، قلت انما يصح ذلك لو كان قوله — بطل وضوءهم — احتمالاً أو إبهاماً، وقال أيضاً ويجوز أن يكون الأول لبيان المذهب والثاني نفي لقول زفر فإنه يقول اما بقوله اذا دخل الوقت قلت وهذا صادر من غير ندور لانه لا خلاف في الاستئناف المستلزم للبطلان، وإنما الخلاف في أن البطلان بدخول الوقت أو خروجه أو بكليهما على ما يأتي بيانه عن قريب ان شاء الله تعالى، فكيف يقول بنفي قول زفر وهو لا يقول بالاستئناف حتى ينفي قول، ولئن سلمنا ما ذكره وانه لا يحتاج إلى نفي قول زفر بقوله واستأنفوا لانه خرج بقول زفر بقوله — وقال زفر استأنفوا — على ما نذكره الآن.

( وهذا عند علمائنا الثلاثة ) أي بطلان الوضوء بخروج الوقت عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله.

( وقال زفر رحمه الله استأنفوا ) أي وضوءهم ( إذا دخل الوقت ) أي وقت صلاة أخرى (فإن توضؤوا حين تطلع الشمس أجزأهم حتى يذهب وقت الظهر ) أي فإن توضأ هؤلاء المعذورون وقت طلوع الشمس كفاهم هذا الوضوء إلى خروج وقت الظهر، وأصل هذا ان طهارة هؤلاء تبطل بخروج الوقت عند علمائنا الثلاثة، وعند أبي يوسف تبطل بالدخول أيضاً، وعند زفر لا تبطل بالدخول لاغير على رواية الشيخ الامام اسماعيل الزاهد وبالدخول والخروج جمعاً على رواية الشيخ الامام أبي عبد الله الخراجي كما هو قول أبي يوسف ذكر الروايتين عن زفر في شرح الجامع الكبير لأبي بكر محمد بن الحسين البخاري المعروف بخواهر زادة، وخواهر زادة ابن اخت القاضي نائب قاضي سمرقند واللآن سير

وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح ». وقال أبو يوسف « رح » وزفر « رح » اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر ، وحاصله أن طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد « رح »

---

المصنف رحمه الله إلى الأصل المذكور ، وإنما قدم هذه الصورة لكون أبي يوسف مع زفر أشار إليه بقوله ( وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ) اي هذا الذي ذكرنا من بقاء وضوءهم إلى أن يذهب وقت الظهر عند أبي حنيفة ومحمد « رح ».

( وقال أبو يوسف وزفر رحمهما الله أجزأهم حتى يدخل وقت الظهر ) أي كفاهم لوجود الدخول عندهما ، وإنما ذكرنا هذه الصورة عقيب تلك الصورة اشارة لكون أبي يوسف مع زفر لا يخالفهما فيهما إلا أبو حنيفة ومحمد .

( وحاصله ) أي حاصل ما ذكرنا من الاختلاف في المسألة المذكورة ( أن طهارة المعذور تنتقض ) محلا رفع لانها مع اسمها وخبرها أعني قوله – تنتقض – خبر المبتدأ أعني قوله – حاصله – ( بخروج الوقت ) أي وقت المكتوبة أي عنده هذا تفسير لقوله – خروج الوقت – يعني المراد بخروج الوقت عند الخروج ( بالحدث السابق عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ) لأن الخروج شرط الانتقاض والعلة هي الحدث السابق ، وانما لم يظهر أثره في الوقت للضرورة ، فإذا خرج الوقت زالت الضرورة فظهر أثره ، ولهذا لم يجز مسح المستحاضة بعد خروج الوقت على الخفين إذا كان الدم سائلا وقت الوضوء أو اللبس .

وقال الاكمل وانما قال أي عنده لان خروج الوقت ليس من صفات الانسان فضلا أن يكون حدثاً ، فكان الانتقاض بالحدث السابق لكن الوقت مانع ، فإذا زال ظهر أثر الحدث فكانت السببية الى الخروج مجازاً واعترض بأن الانتقاض لو أسند إلى الحدث السابق لما وجب القضاء على ما شرع في التطوع ثم خرج الوقت لانه ظهر انه شرع فيه بلا طهارة . قلت أخذ هذا كله من الغاية والذخيرة ، وتقدير الجواب ليس هذا بظهور من وجه أيضاً ومن وجه فأظهرنا الاقتصار في القضاء والظهور في حق المسح ، وانما لم يعكس الاقتصار والظهور لما ذكرنا ليكون عملا بالاحتياط وفي عكسه لا يكون عملا به .

وبدخول الوقت عند زفر « رح » وبأيهما كان عند أبي يوسف « رح » وفائدة الاختلاف لا تظهر إلا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا أو قبل طلوع الشمس

---

( وبدخول الوقت عند زفر رحمه الله ) أي تنتقض بدخول الوقت فقط عند زفر ( وبأيهما كان عند أبي يوسف رحمه الله ) يعني تنتقض بأي شيء كان من الدخول والخروج عنده ( وفائدة الخلاف لا تظهر إلا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا ) يعني ثمرة الاختلاف انما تظهر في الصورتين ، احداهما فيمن توضأ قبل الزوال ، ثم دخل الوقت لا تنتقض طهارته ويصلي بها الظهر عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف وزفر « رح » لوجود الدخول بلا خروج.

والثانية هي قوله ( أو قبل طلوع الشمس ) أي لو توضأ قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر ثم طلعت الشمس تنتقض طهارته عندهما لوجود الخروج وكذا عند أبي يوسف لوجود أحد الأمرين خلافاً لزفر لعدم الدخول .

فإن قلت لم حصرت الفائدة في الصورتين لأن في الأول دخولا بلا خروج ، وفي الثانية خروجاً بلا دخول ، هذا ظاهر كلام المصنف . وقال المحققون من مشايخنا مثل فخر الاسلام ومن تابعه على قول أبي يوسف لا تنتقض طهارته بدخول بلا خروج ، وانما تنتقض بخروج بلا دخول كما هو قولهما وفيما إذا توضأت المستحاضة قبل الزوال ودخل وقت الظهر انما يحتاج إلى الطهارة لأجل الظهر عنده لا لكون طهارتها انتقضت بدخول الوقت بلا طهارة ، لأن طهارتها ضرورية ولا ضرورة في تقديم الطهارة على الوقت وكذا ذكر فخر الاسلام أيضاً في طرق زفر « رح » أيضاً ، وقال فظن السائل أن زفر لم يجعل الخروج حدثاً بل جعل الدخول حدثاً وليس كذلك ، بل الصحيح من مذهبه أن شيئاً من ذلك ليس بحدث ، وانما لم تنتقض الطهارة بطلوع الشمس عنده ، لأن قيام الوقت جعل عذراً وقد بقيت شبهته حتى لو قضى صلاة الفجر قضاها مع سنتها فكان كمال الخروج بدخول وقت آخر ولم يوجد فبقيت شبهته فصلحت لبقاء حكم العذر تخفيفاً .

وقال السفناقي وبهذا التقدير يعلم ان العلماء الاربعة كلهم متفقون على ان الحدث السابق

لزفر « رح » ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة إلى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر . ولأبي يوسف « رح » أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ، ولهما أنه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الأداء كما دخل الوقت

---

انما يعمل عند خروج الوقت لا غير إلا عند أبي يوسف « رح » تقديم الطهارة غير معتبر لعدم الحاجة فيجب عليها الوضوء ثانياً بعد خروج الوقت ، وعند زفر « رح » لم يوجد الخروج من كل وجه ما لم يدخل وقت مكتوبة أخرى ، فلذلك يجب عليها الوضوء بعد دخول الوقت عنده .

( لزفر « رح » أن اعتبار الطهارة مع المنافي ) وهو سيلان الدم ( للحاجة إلى الأداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ) أي الطهارة قبل الوقت .

فإن قيل فغير المعتبر كيف يوصف بالانتقاض عند دخول الوقت . أجيب بأن عدم الاعتبار قبل الوقت إنما هو بالنسبة إلى الوقتية لقيامه مقام الاداء فلا تعتبر قبله وبعده . قلت هذا السؤال والجواب للسغناقي ذكرهما الأكمل في شرحه .

( ولأبي يوسف « رح » أن الحاجة ) إلى الأداء ( مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولابعده ) أي فلا تعتبر الطهارة قبل الوقت ولا بعد الوقت .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » ( انه ) أي أن الشأن ( لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الأداء ) لأن الشرع أمر بالصلاة في أول الوقت ، ولهذا استغرق جملة الوقت بالصلاة . فيجب أن يتمكن من ذلك ولا يتمكن منه إلا بتقديم الطهارة على الوقت ، فلو كان دخول الوقت ناقضاً الطهارة لما انتفع بالتقديم .

فإن قلت قوله — لا بد من تقديم الطهارة — يورث بوجوب التقديم ، لأن لفظة لا بد تستعمل في الوجوب وليس كذلك . قلت فيه تسامح ، والمضاف محذوف تقديره لا بد من جواز تقديم الطهارة .

( كما دخل الوقت ) الكاف فيه للمفاجأة ، وكلمة ما مصدرية وليست الكاف للتشبيه

وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده ، والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له أن يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح ، لأنها بمنزلة صلاة الضحى ،

---

أي لتفاجىء تمكن الأداء بدخول الوقت ، لأن الوقت قائم مقام الأداء وتقديمها على الأداء واجب فكان تقديمها على خلفه وهو وقت الأداء جائز ، ولهذا قال بعضهم على قياس قولهما لو توضأت للعصر قبل العصر جاز أن تصلي العصر به ، وقال بعضهم لا يجوز ، لأن هذا دخول مشتمل على الخروج وبه تنتقض لا بالدخول ، وإليه أشار المصنف بقوله ـ وعندهما ـ أي عند أبي حنيفة ومحمد ليس له أن يصلي العصر به على ما يجيء عن قريب .

( وخروج الوقت دليل زوال الحاجة ) يعني ان خروج الوقت يدل على انقضاء الطهارة وانقضاؤها لا يستدعي بقاء الطهارة فنجعل الحدث السابق في انقضاء الطهارة ، وأما دخول الوقت فيدل على تحقق الحاجة وتحقق الحاجة يستدعي ثبوت الطهارة ، فكان خروج الوقت الذي لا يستدعي بقاء الطهارة أحق بان يضاف إليه انتقاض الطهارة من الدخول الذي يستدعي بقاؤها ( فظهر اعتبار الحدث عنده ) أي عند خروج الوقت .

( والمراد بالوقت وقت المفروضة ) أي المراد بالوقت الذي اعتبر خروجه ودخوله وقت الصلاة المفروضة ( حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له أن يصلي الظهر به ) أي بذلك الوضوء وليس هذا باضمار قبل الذكر ، لأن قوله توضأ يدل على الوضوء ، كما في قوله تعالى ﴿ اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، ( عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد ، وإنما خصهما بالذكر مع ان الحكم عند الكل كذلك لما ان الشبهة ترد على قولهما حيث جوز تقديم الوضوء على الوقت ، وما قالا بالانتقاض بالدخول ( وهو الصحيح ) احترز به عن قول بعضهم انه ليس له أن يصلي الظهر به لأن خروج وقت صلاة واجبة لان صلاة العيد واجبة ( لانها ) أي لان صلاة العيد ، وإنما ذكر الضمير اما باعتبار المذكور ، وإما باعتبار لفظ العيد ( بمنزلة صلاة الضحى ) من حيث انها ليست بمفروضة . وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير فإن توضأ صاحب العذر يوم العيد بعد طلوع الشمس لصلاة

ولو توضأ مرة للظهر في وقته وأخرى فيه للعصر فعندهما ليس له أن يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه

---

العيد هل يصلي به الظهر ، فقد قيل ليس له ذلك، ثم قال ولا رواية فيه. وقيل بل هي صلاة الضحى في الاصل فأشبه سائر الايام .

( ولو توضأ مرة للظهر في وقته وأخرى فيه ) أي توضأ مرة أخرى في وقت الظهر ( للعصر ) أي لاجل صلاة العصر ( فعندهما ) أي فعند أبي حنيفة ومحمد ( ليس له أن يصلي العصر به ) أي بذلك الوضوء ( لانتقاضه ) أي لانتقاض ذلك الوضوء ( بخــــروج وقت المفروضة ) وهو صلاة الظهر .

فإن قلت ما الفائدة في وضع المسألة في وقت صلاة . قلت لتبيين انه ليس بين وقت العصر وبين وقت الظهر وقت مهمل كما هو مذهب الحسن بن زياد فــإنه روي عن أبي حنيفة انه إذا صار الظل قائمة يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر وهو الذي تسميته بين الصلاتين وليس هذا بصحيح .

( والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت الصلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه ) أي في الوقت هذا تعريف المستحاضة بعد ذكر أحكامها ، وكان ينبغي تقديــم تعريفها على بيان أحكامها ثم هذا الحد في حق الدوام والبقاء ، وأما اشتراط استيعاب الوقت بالسيلان لثبوت العذر ليس بشرط عند المصنف ، وهو الذي ذهب إليه صاحب البدائع وفتاوي قاضي خان والمفيد والمزيد والينابيع ، وإنما قلنا هكذا لئلا يرد عليه ما لو رأت الدم في أول الوقت ثم انقطع فتوضأت على الانقطاع ودام الإنقطاع حتى خرج الوقت فإنه لا تنتقض طهارتها ، ولو لم يؤول كلامه بما ذكرنا لما كان تنتقض طهارة المستحاضة تنتقض بخروج الوقت فلا بد من العناية المــذكورة لدفع هذا الإيراد ، وذكر في الذخيرة وفتاوى المرغيناني والواقعات والحاوي وخير مطلوب وجامع الخلاطي والمنافع والحواشي انه يشترط استيعاب الوقت بالسيلان فلا يثبت حكم الاستحاضة حتى يستمر الدم في وقت صلاة كامل . وذكر في الذخيرة ولو سال الدم في وقت صلاة فتوضأت وصلت ثم خرج

الوقت ودخل وقت صلاة أخرى وانقطع دمها ودام الانقطاع إلى آخر الوقت توضأت وأعادت تلك الصلاة ، وان لم ينقطع في وقت الصلاة الثانية حتى يخرج الوقت لا تعيدها لان في الوجه الاول لم يستوعب السيلان وقت صلاة ، فلم يحكم باستحاضتها وفي الوجه الثاني تستوعبه فيحكم باستحاضتها .

وقال تاج الشريعة في حد المصنف الاستحاضة ، هذا حد المستحاضة بقاء ، ولم يتعرض إلى شيء غير ذلك ، و كذلك السغناقي وصاحب الدراية ، ولم يعرض (١) عليه إلا الاترازي فإنه قال هذا الذي قاله صاحب الهداية فيه نظر عندي ، لان التعريف ينبغي أن يكون جامعاً ومانعاً وهو ليس بجامع ، لان حقيقة المستحاضة لا يوجد بهذا القدر قال حتى يوجد الاستغراق في الابتداء وليس بمانع لدخول الحائض تحته ، لان الحائض قد يكون بهذه المثابة بأن لا يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه .

قلت نظره ضعيف لانه إنما يلزم ما ذكره لو لم يحمل كلامه على ما بعد الثبوت أي بعد ما ثبت انها مستحاضة ، لانا ذكرنا ان حده الذي ذكره في حق الدوام والبقاء، وكذا قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه هذا حد المستحاضة بقاء ، أما في قوله -مستحاضة ابتداء- فالشرط أن يكون الحدث مستغرقاً لجميع الوقت حتى لو لم تستغرق كل الوقت لا تكون مستحاضة ، وإنما استغرق مدة لا تحتاج إلى الاستغراق بعد ذلك بل وجوده في الوقت مرة كاف ، وقال الاترازي وبعد أن قال فيه نظر ، وهذا الذي قال الامام حميد الدين لانه قال هذا حد المستحاضة بقاء .. الخ وذلك يقتضي تعدد حقيقة الشيء وهو فاسد ، وأخذ الاكمل منه فقال يلزم اختلاف حقيقة الشيء بالنسبة إلى الحالتين والحقائق لا تختلف قلت هذا أعجب من العجب لان عدم جواز اختلاف الحقائق بالنظر إلى ذات الشيء ، وأما بالنظر إلى صفاته فلا مانع منه ، لان ذات المستحاضة من سيل دمها في غير أوقات معلومة ، ومن غير عرق الحيض .

ولما صفتها التي هي التعريف الشرعي فهو الذي ذكره المصنف مع قيد في الدوام

---

(١) ربما قصد يعترض .

وكذا كل من هو في معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق بطن وانفلات ريح، لأن الضرورة بهذا يتحقق وهي تعم الكل

## فصل في النفاس

---

والبقاء ، وأما كونه مستحاضة ابتداء فله شرط آخر على ما ذكرناه ، ثم طول الاترازي في حد الاستحاضة ، وادعى انه وقع في خاطره من الانوار الربانية والاسرار الالهية ، وكذلك طول الأكمل فيه ، وقال ولعل الصواب أن يقال في تعريفها إلى آخر ما ذكره ، وطوينا ذكرهما خوفاً من التطويل لما فيهما من التعسف .

( وكذلك كل من هو في معناها ) أي في معنى المستحاضة أن يكون حكمه حكم المستحاضة ( وهو من ذكرناه ) أراد به قوله - ومن به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ( ومن به استطلاق بطن ) عطف على قوله - من ذكرناه - واستطلاق البطن عبارة عن الاسهال . وقال الجوهري استطلاق البطن فيه ( وانفلات ريح ) عطف على ما قبله ، والانفلات خروج الشيء فلتة أي بغتة ، كذا قاله المطرزي ( لأن الضرورة بهذا ) أي بما ذكر من الانفلات أو بما ذكر من الاحداث ( يتحقق وهي ) أي الضرورة ( تعم الكل والله أعلم ) أي تشمل كل ما ذكر فيكون حكم الكل حكم المستحاضة ، ويعرف المعذور بمن حصل به دوام حدث وقت صلاة كاملة ثم لا يخلو عنه منذ توضأ فيه .

## ( فصل في النفاس )

أي هذا فصل في بيان أحكام النفاس ، أخره عن الحيض والاستحاضة لقلة وقوعه ، والنفاس بكسر النون ولادة المرأة ، مصدر سمي به الدم كما يسمى بالحيض ذكره المطرزي وهو مأخوذ من تنفس الرحم بخروج النفس الذي هو الدم ، ومنه قول إبراهيم النخعي ما ليس له نفس سائلة إذا مات في الماء لا يفسده ، أي وليس له دم سائل وهو عربي فصيح وفي الصحاح جملة حديثاً عن النبي ﷺ ومنه قول الشاعر :

تسيل على حد السيوف نفوسنا ... وليس على غير السيوف تسيل

## والنفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لأنه مأخوذ من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس

والنفس ذات الشيء ومنه جاء زيد نفسه ، في التأكيد ، فسمي المولود نفساً ، ومنه ما من نفس منفوسة ، والنفس الروح ، يقال خرجت نفسه ، أي روحه ، والنفس العين ، يقال أصابته نفس أى عين ، والنافس العائن ، والنفس قدر دبغة يدبغ بها الأديم من قرظ وغيره ، والنفس بالتحريك واحد الأنفاس ، والنفس الجرعة . وفي المغرب النفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها إذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس ، وقول أبي بكر رضي الله عنه ان أسماء نفست اى حاضت ، والضم فيها خطأ . وفي الدراية وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذلك ، وفي المجتبى مشتق من تنفس الرحم أو خروج النفس أو الولادة على ما قال الشاعر :

إذا نفس المولود من آل خالد بدا كرم للناظرين قريب

وأما النفساء فهي الوالدة ، قال الجوهري ليس في الكلام من فعلاء يجمع على فعال غير نفساء وعشراء وهي الحامل من البهائم . قلت ويجمع أيضاً على نفسوان بضم النون . وقال صاحب المطالع وبالفتح أيضاً ، ويجمع أيضاً على نفس بضم النون وقال صاحب المطالع وبالفتح أيضاً ويجمع أيضاً على نفس بضم النون والفاء ويقال في الواحد نفسى مثل يسرى ونفسى بفتح النون أيضاً وامرأتان نفساوان

( والنفاس هو الدم الخارج يعقب الولادة ) الواو في — والنفاس — واو الاستفتاح كذا سمعته من اساتذتي الكبار ، ولم أره في الكتب ولا مانع من كونها للعطف ، وقد يعترض شيء بين المعطوف والمعطوف عليه ، وهذا الذى ذكره المصنف هو حد النفاس ، واصطلاحاً قوله عقيب الولادة ، وفي بعض النسخ — عقيب الولد — وفي بعضها — هو الدم الخارج يعقب الولد — وهذه الجملة صفة الدم لانه لم يرد به تفسير معين فهو في معنى النكرة قاله الاكمل ، قلت إنما قال هكذا لدفع قول من قال لان الدم معرف بالالف واللام ، والجملة لا تكون صفة للمعرف .

( لانه ) أى ولان النفاس ( مأخوذ من تنفس الرحم بالدم أو من خروج النفس )

بمعنى الولد ، أو بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء أو حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وإن كان ممتداً . وقال الشافعي « رح » حيض

---

بالسكون ( بمعنى الولد أو بمعنى الدم ) وقد ذكرنا هذا عن قريب ( والدم الذى تراه الحامل ابتداء ) أى قبل خروج الولد ( أو حال ولادتها قبل خروج الولد أو حال الحبل استحاضة ) وليس بحيض .

( وإن كان ممتداً ) أى وان بلغ نصاب الحيض وهو ثلاثة أيام فليس بحيض ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والاوزاعي وعطاء ومحمد بن المنكدر وجابر بن زيد والشعبي ومكحول والزهرى والحكم وحماد والثورى وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر .

( وقال الشافعي رحمه الله حيض ) وهو قوله الاصح ، وبه قال قتادة ومالك والليث ، وعن الشافعي « رض » في قوله — انه دم فاسد — وفي شرح الوجيز ما تراه الحامل على ترتيب الحيض في القديم هو دم فاسد أى استحاضة وفي الجديد هو حيض ولا فرق على القولين بين ما تراه قبل حركة الحمل أو بعدها ، وقيل القولان فيما بعد حركة الحمل اما قبل حركته فهي كالحبالى وفق الحلية ، والذى يخرج مع الولد فيه وجهان أحدهما : انه نفاس والثاني : انه حيض . وفي شرح الهداية لابي الخطاب ما تراه قبل الوضع باليومين والثلاثة نفاس تترك له الصلاة والصوم وبه قال اسحاق .

وقال الحسن والاوزاعي دم المطلق المتتابع نفاس وما قبله فاسد ، وان خرج بعض الولد فالدم قبل انفصاله نفاس عند أحمد وان قل ، وان القته مضغة أو علقة فليس بنفاس ، وفي المضغه عنه روايتان إذا لم يستبين بعض خلقه ، وعندنا إن خرج أكثر الولد يكون نفاساً وإلا فلا . وفي المفيد والنفاس يثبت بخروج أقل الولد عند أبي يوسف، وعند محمد بخروج أكثره ، وكذا ان انقطع الولد منها وخرج فهي نفساء ، وخروج أكثره كخروج أقله ، وعند محمد وزفر لا تكون نفساء ، والسقط إن استبان بعض خلقه تكون به نفساء على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقالت الشافعية في شرح المهذب ان وضعت لحماً لم يتصور بعد صورة آدمي والقرابل

اعتباراً بالنفاس إذ هما جميعاً من الرحم ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ، ولهذا كان نفاساً بعد خروج بعض الولد فيما يروى عن أبي حنيفة ومحمد « رح» لأنه ينفتح فيتنفس به ،

---

قلن انه لحم آدمي يثبت حكم النفاس ، ولو شربت دواء فأسقطت جنيناً ميتاً حتى صارت نفساء لا تقضي صلاة مدة نفاسها ، وان كانت عاصية عندهم على الاصح ذكره في شرح المهذب للنووي وهو ينقض قاعدتهم في منع الرخصة بالمعصية .

( اعتباراً بالنفاس ) أي الشافعي « رض » اعتبر ما تراه الحامل حيضاً اعتباراً بالنفاس يعني ان بقاء الولد في البطن لا يمنع كون الدم نفاساً ، ولهذا يكون المرئي بين الولدين نفاساً عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف فلا يمنع كونه حيضاً ( اذ هما جميعاً من الرحم ) كلمة اذ للتعليل أي لان الدم الذى تراه الحامل ودم النفاس كلاهما من الرحم والدم من الرحم حيض .

( ولنا أن بالحبل ينسد فم الرحم ) حفظاً للولد ، لان النقب من السفل فلا يخرج مع وجود الانسداد ( كذا العادة ) أى كذا عادة الله جرت بذلك لئلا يترك مافيه ( والنفاس بعد انفتاحه ) أى بعد انفتاح فم الرحم ( بخروج الولد ) هذا جواب عن اعتبار الشافعي « رض » الحيض بالنفاس ( ولهذا ) أى ولكون النفاس بعد انفتاح فم الرحم بخروج الولد ( كان نفاساً بعد خروج بعض الولد ) ولهذا كان ابتداء النفاس من خروج بعض الولد ( فيما يروى عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ) رواه المعلى عن أبي حنيفة وبه قال أحمد ، وفي رواية خلف عن أبي يوسف عن أبي حنيفة اذا خرج أكثره ، وعن محمد مثله ، وعنه كله . واختار القدورى الاكثر حيث قال وما تراه الحامل حال ولادتها قبل خروج أكثر الولد استحاضة ، وروى هشام عن محمد بعد خروج الرأس ونصف البدن أو الرجلين وأكثر من نصف البدن ، ولاجل هذه الاختلافات ابهم المصنف البعض .

( لانه ) اى فم الرحم ( ينفتح فيتنفس به ) اى بالدم ، ولنا في هذا الباب أحاديث واخبار ، منها حديث سالم عن ابيه وهو ابن عمر رضي الله عنه وانه طلق امراته وهي حائض فسأل عمر رضي الله عنه النبي ﷺ فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم

تحيض ثم تطهر ثم ان شـــاء امسكها وان شاء طلقها قبل ان يمس ، فتلك العدة التي امر الله تعالى ان تطلق بها النساء ، متفق عليه .

ومنها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال في سبايا أوطاس لا توطأ حامل حتى تستبرىء بحيضه ، رواه أبو داود .

ومنها حديث رويفع بن ثابت رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يحل لأحد أن يسقي ماءه زرع غيره ولا يقع على أمة حتى تحيض او يتبين حملها ، رواه أحمد ، فجعل عليه السلام وجود الحيض علماً على براءة الرحم من الحبل في الحديثين ، ولو جاز اجتماعهما لم يكن دليلا على ابقائه ،ولو كان بعد الاستبراء بحيض احتمال الحل لم يحل وطؤها للاحتياط في أمر الابضاع .

ومن الاخبار ما روي عن علي رضي الله عنه قال ان الله تعالى رفع الحيض من الحـبل وجعل الدم رزقاً للولد ، رواهما أبو حفـص بن شاهين ، وما روى الارقم والدارقطني باسنادهما عن عائشة « رض » في الحامل ترى الدم فقالت الحامل لا تحيض وتغتسـل وتصلـــي .

وقوله — تغتسل — استحباب لكونها مستحاضة ولا يعرف عن غيرهم خلافه إلا عن عائشة رضي الله عنها فإنه قد ثبت عنها رواية أخرى انها قالت الحامل لا تصلي ، ومـا روي عن عائشة « رض » يدل أن الحائض قد تحبل ونحن نقول به ، لكنه يقطع حيضها ويدفعه ، والخلاف في طرآن الحيض على الحبل ، ولهذا لم يكن الذي تراه الحامل قبـل الوضع حيضاً ولا نفاساً عند جمهور الشافعية « رض » هكذا ذكـره في العدة والخلاطي منهم لا تنقضي به العدة إلا في صورة غريبة في أحد الوجهين ان من طلق الحامل ثم وطئها بشبهة وجبت العدة في القول الذي لا تتداخل العدتان ، فلو حاضت وهي حامـل تنقضي العدة للشبهة .

( والسقط ) بالحركات الثلاثة في السين ( الذي استبان ) أي ظهر ( بعض خلقه ولد ) وارتفاع ولد على انه خبر للمبتدأ ، أعني قوله — والسقط — وبعض خلقه كالأصبع والشعر

والظفر ( حتى تصير المرأة به ) أي بالسقط ( نفساء وتصير الأمة أم ولد به وكذا العدة تنقضي به ) أما في أمومية الولد إذا وجد الدعوة من المولى ، واما انقضاء العـــدة ففي تعليق الطلاق بالولادة لأنه ولد ولأنه ناقص الخلقة ، ونقصان الخلقة لا يمنع ثبوت أحكام الولد كما لو ولدت ولداً ليس له بعض أطرافه ، فإن لم يظهر شيء من خلقه فلا نفـاس لأن هذه علقة أو مضغة فلم يكن الدم الذي عنه نفاساً ، ولكن ان امكن جعل المرائي من الحيض دم الدم حيضاً بأن تقدمه طهـــر تام جعل حيضها ان كان ثلاثة أيام وإلا فهو استحاضة .

ثم المسألة على وجهين ، إما أن ترى الدم قبل اسقاط السقط أو بعده ، فإن رأت قبله وقد استبان بعض خلقه ما تركت من الصلاة والصوم لانه يتبين انها كانت حاملا ، وان لم يستبن خلقه ، فإن كانت رأت قبل السقط ثلاثة أيام وقد وافق أيام عادتها أو كان مرئياً عقيب طهر صحيح فهو حيض لأنها يتبين انها لم تكن حاملا ، وما رأته بعد السقط استحاضة ، وان رأت قبل السقط يوماً أو يومين تكمل ثلاث أيام مما رأت بعد السقط والباقي استحاضة .

أما إذا رأت الدم بعد اسقاط السقط ولم تر ما قبله فإن امكن جعله حيضاً يجعـــل حيضاً وإلا فهو استحاضة ، وإن كان السقط لا يدرى بانه كان مستبين الخلقة أولم يكن بان اسقطت في المخرج فهو على وجهين .

إما ان رأت الدم قبل اسقاط السقط أو بعده فإن رأت بعده واستمر الدم فهي مبتدأة في النفاس وصاحبة عادة في الحيض والطهر كان عادتها في الحيض عشرة وفي الطهر عشرين فنقول على تقدير السقط مستبين الخلق هي نفساء ونفاسها يكون أربعين يومـــاً ، وعلى تقدير أن السقط يكون مستبين الخلق لا تكون نفساء ويكون عشرة أيام عقيب الاسقاط حيضاً ، وإذا وافق عادتها أو كان ذلك عقيب طهر صحيح فتترك هي الصلاة عقيـــب الاسقاط عشرة أيام بيقين ، لأنها اما حائض أو نفساء ، لأن السقط ان كان مستبين الخلق فهي نفساء وإلا فهي حائض ، فلم تجب عليها الصلاة بكل حال ، ثم تغتسل وتصلي عشرين

يوماً بالوضوء لوقت كل صلاة بالشـــك لتردد حالها فيه بين الحيض والنفاس ثم تترك عشرة أيـام بيقين ، لأن فيها اما حائض أو نفساء ثم تغتسل لتمام عدة النفاس او الحيض .

فان رأت الدم قبل الاسقاط تنظر إن رأت ثلاثة أيام دما قدر ما يتم به حيضها لا تدع الصلاة فيما رأته قبل الاسقاط بكل حال ، لانه ان كان السقـط مستبين الخلق لم يكن ما رأته قبله حيضاً ، وان لم يكن كان حيضاً فتردد حالها بين الطهر والحيض فلا تترك الصلاة بالشك .

ولو رأت قبل الاسقاط عشرة دماً ثم اسقطت ،صلت تلك العشرة بالوضوء ثم اغتسلت وصلت بعد السقط عشرين يوماً بالوضوء بالشك لتردد حالها فيه بين الطهر والنفاس ، ثم تدع الصلاة عشرة بيقين لانها فيها اما حائض أو نفساء ثم تغتسل وتصلي عشرين يومـــاً بالوضوء بالشـــك لتردد حالها فيه بين الطهر والنفاس ، ثم تغتسل وتصلي عشرة لتردد حالها فيها بين الطهر والحيض ، ثم تغتسل وهكذا دأبها ان تغتسل في كل وقت لتوهمانه وقت خروجها من الحيض أو النفاس .

( وأقل النفاس لا حد له ) وهو قول أكثر أهل العلم منهم عطاء والشعبي ومالـــك والشافعي وأحمد واسحاق « رض » . قال الثوري معنى قولهم – لا حد لاقله – انه لا يتقيد بساعة ولا بنصفها بل يكون بمجرد حجة ، وقال اما اطلاق جماعة من أصحابنا أن أقله ساعة ليس معناه الساعة التي هي جزء من اثني عشر جزءاً من النهار ، بـــل المراد اللحظة فيما ذكره الجمهور هذا هو الصحيح ، وحكى أبو ثور عن الشافعي « رض » ان أقله ساعة ، وكذا وقع في بعض نسخ المزني وأشار ابن المنذر الى أن الشافعي « رض » في ذلك قولين . وقال الثوري أقله ثلاثة أيام كأقل الحيض .

وقال المزني أقله أربعة أيام كأقل الحيض أربع مرات. وروي عن أبي حنيفة «رح» أن أقله خمسة وعشرون يوماً ، ذكره أبو موسى في مختصره ، قال وليس المراد به انـــه اذا انقطع دونها لا يكون نفاساً بل المراد انه إذا وقعت حاجة إلى نصب العـــادة في

لأن تقدم الولد علم الخروج من الرحم ، فأغنى عن امتداد ما جعل علماً عليه بخلاف الحيض

---

النفاس لا نقص عن ذلك إذا كان عادتها في الطهر خمسة عشر يوماً ، اذ لو نصب لها دون ذلك أدى إلى نقص العادة فمن أصله أن الدم إذا كان محيطاً بطرفي الاربعين فالطهر المتخلل بينهما لا يكون فاصلا طال الطهر أو قصر حتى لو رأت ساعة دماً وأربعين يوماً إلا ساعتين طهراً ثم ساعة كان الأربعون يوماً نفاساً عنده ، وعندهما أن يكون الطهر خمسة عشر يوماً فكذلك،وإن كان خمسة عشر يوماً فصاعداً يكون الأول نفاساً والآخر حيضاً ان أمكن ثلاثة أيام وإلا كان استحاضة وهو رواية ابن المبارك عنه .

وعن أبي يوسف انه قدر أقله بأحد عشر يوماً ليكون اكثر من اكثر الحيض في حق الاخبار بانقضاء العدة ، أما لو انقطع دون ذلك فلا خلاف انه نفاس . وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه اتفق اصحابنا أن أقل مدة النفاس ما يوجد ، فإنها كما ولدت إذا رأت الدم ساعة ثم انقطع عنها الدم فإنها تصوم وتصلي فكان ما رأت نفاساً لا خلاف في هذا بين أصحابنا ، انما الخلاف فيما إذا وجب اعتباراً أقل النفاس في انقضاء العدة بأن قال لها إذا ولدت فأنت طالق ، فقالت انقضت عدتي أي مقدار يعتبر لأقل النفاس مع ثلاث حيض عند أبي حنيفة يعتبر أقله بخمسة وعشرين يوماً ، وعند أبي يوسف بأحد عشر يوماً ، وعند محمد « رح » بساعة . وأما في حق الصوم والصلاة فأقله ما يوجد .

ولو ولدت امرأة ولداً ولم ترد دماً فعند أبي حنيفة وزفر هي نفساء وعليها الغسل احتياطاً ، لأن خروج الولد لا يخلو عن قليل الدم ظاهراً فيحتاط في ايجاب الغسل،واكثر المشايخ أخذوا بقول أبي حنيفة وبه كان يفتي الصدر الشهيد وهو الاصح عند مالك والشافعي « رض » ، وفي رواية الحسن عن أبي يوسف هي طاهرة ذكره في إملائه فلا غسل عليها لعدم الدم ، هكذا نقل عن محمد وبعضهم أخذوا بقوله ، وفي المفيد والحاوي هو الصحيح.

( لأن تقدم الولد علم ) أي أمارة ظاهرة ( على الخروج ) أي على خروج الدم ( من الرحم فأغنى ) أي تقدمه ( عن امتداد ما جعل علماً عليه في [1] الحيض ) هكذا وقع

---

(١) في المتن – جعل علماً عليه بخلاف الحيض – اه مصححه .

وأكثره أربعون يوماً ، والزائد عليه استحاضة ، لحديث أم سلمة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام وقّتَ للنفساء أربعين يوماً

---

في بعض النسخ باضافة امتداد إلى قوله – ماجعل كلمة موصولة – وقوله في الحيض جملة وقعت حالاً من قوله – علماً – والنتيجة الصحيحة هكذا عن امتداد جعل علماً عليه بخلاف الحيض ، فقوله – عن امتداد – بالتنوين ، أي عن امتداد دم ، وقوله – جعل علماً – جملة وقعت صفة لقوله امتداد – وجعل على صيغة المجهول وعلماً نصب على انه مفعول بأن يجعل قوله – عليه – أي على خروج الدم من الرحم يعني لا يشترط الامتداد في النفاس لأن خروج الولد عن ذلك بخلاف الحيض ، حيث يشترط فيه امتداد الدم ثلاثة أيام شرعاً ليعلم بذلك أن الدم من الرحم ، اذ لا دليل على كونه من الرحم إلا بالامتداد .

( واكثره ) أي أكثر النفاس ( أربعون يوماً ) وبه قال الثوري وابن المبارك وأحمد وأبي عبيد واسحاق بن راهوية وهو قول اكثر أهل العلم ، وحكى الليث بن سعد عن بعض أهل العلم انه سبعون يوماً ، وفي المحيط وهو قول مالك ولا أصل له . وفي البدائع وعن مالك والشافعي « رض » ستون ، وذكر الترمذي عن الشافعي « رض » أربعين ، قال ابن القاسم ثم رجع مالك فقال تسأل النساء عن ذلك فاحال على عادتهن ، وعن الحسن البصري خمسون ، وعن الأوزاعي من الغلام خمسة وثلاثون وعنه ثلاثون ، ومن الجارية أربعون ، وعن الضحاك أربعة عشر يوماً .

( والزائد ) على الاربعين ( استحاضة ) كالزائد في الحيض على عشرة أيام ( لحديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ وقت النفساء أربعين يوماً ) هذا الحديث رواه أبوداود والترمذي وابن ماجة فرواه أبو داود في سننه عن أحمد بن يونس عن زهير عن علي بن عبد الأعلى عن سهل عن مسة عن أم سلمة كانت النساء على عهد رسول الله ﷺ تقعد بعد نفاسها أربعين يوماً وأربعين ليلة وكنا نطلي على وجوهنا الورس يعني من الكلف، ورواه الحاكم في مستدركه ، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، ورواه الدارقطني والبيهقي في سننهما ، وقال الخطابي وحديث مسة اثنى عليه محمد بن اسماعيل ، وقال عبد الحق في أحكامه أحاديث هذا الباب معلولة وأحسنها حديث مسة الازدية ولا يلتفت إلى

كلام ابن القطان حيث قال وحديث مسة معلول ، لأن مسة لا يعرف حالها ولا عينها، ولا يعرف في غير هذا الحديث ولا إلى كلام ابن حبان في كتاب الضعفاء ان كثير بن زيادروى الأشياء المعلومات فاستحق تعليقه بما انفرد به من الروايات ، لأن البخاري أفتى على هذا الحديث ، وقال مسة هذه أزدية وكثير بن زياد ثقة ، وكذا قال ابن معين ثقة .

قلت كثير بن زياد في رواية أخرى لأبي داود حدثنا الحسن بن يحيى قال حدثنا محمد ابن حاتم قال حدثنا عبد الله بن المبارك عن يونس بن نافع عن كثير بن زياد بن سهل قال حدثتني الازدية قالت حضت فدخلت على أم سلمة فقالت يا أم المؤمنين ان سمرة بنت جندب تأمر النساء يقضين صلاة الحيض فقالت لا يقضين ، كانت المرأة من نساء النبي ﷺ تقعد في النفاس أربعين ليلة لا يأمرها النبي ﷺ بقضاء صلاة النفاس .

فإن قلت أزواج النبي ﷺ لم تكن منهن نفساء معه إلا خديجة رضي الله عنها ونكاحها كان قبل البعثة فلا معنى لقولها قد كانت المرأة ... الخ . قلت أرادت به نفساء من غير أزواجه عربيات وقريشيات ومارية سرية النبي ﷺ . ومسة بضم الميم وتشديد السين المهملة وتكنى أم لبسة بفتح الموحدة .

قوله – على عهد رسول الله ﷺ – أي في زمانه وأيامه . قوله – بعد نفاسها – أي بعد ولادتها . قوله – وكنا نطلي – من طلت الشيء بالدهن وغيره طلتا وتطليت به ، فاطليت به . والورس بفتح الواو وسكون الراء في آخره سين مهملة نبت يكون باليمن يخرج على الرمث بين الشتاء والصيف يتخذ منه الحمرة للوجه ، وقال ابن الورس نبت أصفر يصبغ به ، والرمث بكسر الراء وسكون الميم وفي آخره ثاء مثلثة يرى في مراعي الابل وهو من الحمض بفتح الحاء المهملة وسكون الميم وفي آخره ضاد معجمة وهو من النبات وهو للابل كالفاكهة للانسان . قوله – كالكلف – بفتح الكاف واللام وهو شيء يعلو الوجه كالسمسم وهو لون بين السواد والحمرة ، وروي في هذا الباب أحاديث أخر:

منها ما رواه ابن ماجة باسناده عن أنس أن رسول الله ﷺ وقت للنفساء أربعين يوماً إلى ان ترى الطهر قبل ذلك ، ورواه الدارقطني في سننه ثم قال لم يروه عن حميد غير سلام ابن سليم وهو ضعيف .

ومنها ما رواه الحاكم في مستدركه عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال وقت رسول الله ﷺ للنساء في نفاسهن أربعين يوماً، وهو مرسل لأن الحسن لم يسمع عن عثمان ابن ابي العاص .

ومنها ما رواه الحاكم أيضاً عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ تنتظر النفساء أربعين يوماً أو ليلة ، فإذا رأت الطهر قبل ذلك فهي طاهرة ، وان جاوزت الاربعين فهي بمنزلة المستحاضة تغتسل وتصلي ، فإن عليهـا الدم توضأت لكل صلاة ، رواه الدارقطني أيضاً ، وقال عمرو بن الحصين وابن علامة متروكان ضعيفان وهما من رواة هذا الحديث .

ومنها حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه الدارقطني ان النبي ﷺ وقت للنساء في نفاسهن أربعين يوماً ، وأخرجه ابن حبان في كتـاب الضعفاء ، قالت وقت رسول الله ﷺ للنفساء أربعين يوماً إلى أن ترى الطهر فتغتسل وتصلي ولا يقربها زوجها في الاربعين وفي اسناده عطاء بن عجلان وهو كوفي ضعيف .

ومنها حديث جابر رضي الله عنه أخرجه الطبراني في الأوسط قـال وقت رسول الله ﷺ أربعين يوماً .

ومنها حديث أبي الدرداء وأبي هريرة رضي الله عنهما أخرجه ابن عدي في الكامل قالا قال رسول الله ﷺ تنتظر النفساء اربعين يوماً ان ترى الطهر قبل ذلك ، فإن بلغت اربعين يوماً ولم تر الطهر فلتغتسل وهـي بمنزلة المستحاضة ، وفي اسناده العلاء بن كثير ضعيف .

وهذه الاحاديث يسند بعضها بعضاً وهي حجة على الشافعي « رض » ومن وافقه من أن اكثر النفاس ستون يوماً ، وعلى كل من قال غير الاربعين ، وحكى ابن المنذر مثل هذا عن عمر وابن عباس وانس وعثمان بن ابي العاص وعائذ بن عمرو وأم سلمة ، ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم ، وقال أبو عبيد وعلى هذا جماعة المسلمين ، وقال اسحـاق هو السنة المجمع عليها ولا يصح في مذهب من جعله إلى شهرين نسبـة ، وانما يروى عن بعض

## وهو حجة على الشافعي «رح» في اعتباره الستين ولو جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبـــل ذلك ولها عادة في النفاس ردت إلى أيام عادتهـــا

التابعين ، وقال الطحاوي ولم يقل بالستين أحد من الصحابة ، وانمـــا قاله بعض من بعدهم ، وروي أيضـــا مثل مذهبنا عن أبي الدرداء وصفاد وأنس وأبي هريرة رضي الله عنهم .

( وهو ) أي حديث أم سلمة رضي الله عنها ( حجة على الشافعي رحمه الله في اعتباره ) أي في اعتبار النفاس ( الستين ) يوماً على من ذهب إلى غيره أيضاً ، وقال النووي تضعيف حديث أم سلمة مردود ، والحديث جيد ، وبقية الأحاديث ضعفها البيهقي . قلت قدقلنا أن بعضها يشد بعضاً فلا يفيد قوله ذلك .

( وان جاوز الدم الاربعين وكانت ) أي والحال انها قد كانت ( قد ولدت قبل ذلك ولها عادة ) أي والحال ان لها عادة معينة ( وفي النفاس ردت إلى أيام عادتها ) فإن كانت عادتها في النفاس عشرين أو ثلاثين أو خمسة وعشرين فرأت اكثر من عادتها ، فإن لم تجاوز الاربعين فالكل نفاس ، وان جاوزت الاربعين بأن رأت خمسة واربعين فنفاسها مـا كانت عادتها ، والباقي استحاضة سواء كانت ختم بعروقها بالدم او بالطهر إذا كان بعدها عند ابي يوسف ، وعند محمد ان ختمت بعروقها بالدم فكذلك وان ختمها بالطهر فلاتيانه كانت عادتها في النفاس ثلاثين فولدت فرأت الدم عشرون وانقطع فرأت الطهر عشرة ايام تمام عادتها في النفاس ثم رأت الدم حتى جاوز الاربعين فإنها ترد إلى معرفتها ويجعل ذلك نفاساً في قول أبي يوسف «رح» وان حصل ختمه بالطهر وعند محمـــد نفاسها عشرون يوماً من أيام الرؤية لأنه لا يختم النفاس بالطهر ، وإن كانت مبتدأة بأن كان ذلك اول ما ولدت والدم مستمـر فنفاسها اربعون يوماً ، والزائد عليها استحاضة ، ولو انقطع الدم دون الاربعين ، فـإن جميـع ذلك نفاس سواء كانت مبتدأة او معتادة ، وإذا انقطع الدم دون الاربعين اغتسلت وصلت بناء على الظاهر ، فإن عاد الدم في الاربعين اعادت الصوم ، وعند الامام مالك النقاء الفاصل بين الدمين في مـــدة النفاس طهر تصلي

لما بينا في الحيض ، وان لم تكن لها عادة فابتداء نفاسها أربعون يوماً لأنه أمكن جعله نفاساً ، فإن ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الأول عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح »

---

وتصوم ولا تقضي بعود الدم ، وبه قال أحمد ، وان انقطع دون اليوم وعنه إذا كان يوماً كاملا ، وللشافعي قولان أحدهما انه طهر ، والثاني نفاس ، وهو المشهور وبه قطع جمهورهم .

وقال النووي في الدم الثاني وجهان اصحها مثل قول ابي يوسف ومحمد ، وفي الوجه الآخر وهو قول ابي العباس شرع الدمان نفاس كما لو كان الظهر اقل من خمسة عشر ، وعن مالك ان كان النقاء يومين او ثلاثة فهو نفاس ، وان تطاول فهو حيض ، ثم قيل في حالة الطلق يؤتى بقدر فيجعل تحتها ، وقيل يحفر لها حفيرة وتجلس عليها وتصلي كيلا يؤذى و لدها.

( لما بينا في الحيض ) وهو قوله في فصل الحيض اذا تجاوز الدم على عشرة أيام ولها عادة معروفة دونها ردت إلى ايام عادتها، والذي زاد استحاضة ( وان لم تكن لهاعادة) بأن كانت مبتدأة ( فابتداء نفاسها أربعون يوماً ، لأنه امكن جعله نفاساً ) اي جعل الاربعين ، فلو انقطع الدم دون الاربعين فالكل نفاس ، سواء كانت مبتدأة او معتادة، وعند الانقطاع فيما دون الأربعين فتغتسل وتصلي بناء على الظاهر ، فإن عاد الدم في الأربعين اعادت الصوم .

( فإن ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها من الولد الأول عند ابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ) وبه قال مالك وأحمد في اصح روايتيه، وهو اصح الوجوه عند الشافعية ، وصححه ابن العاص وامام الحرمين والغزالي ، وفي الهداية للشافعي ثلاثة اقوال احدهما : وهو الاصح انه يعتبر من الاول ابتداء المدة ، وبه قال ابو اسحاق ومالك وأحمد في الاصح .

الثاني : انه يعتبر ابتداء المدة من الثاني وبه قال داود .

والثالث : انه يعتبر ابتداؤها من الأول ، ثم تستأنف من الثاني.

وإن كان بين الولدين أربعون يوماً ، وقال محمـــد « رح » من الولد الاخير وهو قول زفر « رح » لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ، ولهـذا تنقضي العدة بالاخير بالاجماع ، ولهما ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاساً ، والعـــدة تعلقت بوضع حمـــل مضاف إليها

---

( وان كان بين الولدين أربعون يوماً ) احترز به عما قال بعض المشايخ فيما إذا كان بين الولدين أربعون يوماً ان النفاس فيه يكون من الولد الثاني عنـد ابي حنيفة ، وليس هذا الصحيح ، وانما الصحيح ما اختاره المصنف ، لان اكثر مدة النفاس اربعون يوماًوقد مضت فلا تجب النفاس بعده ، ولو كان بين الولدين ثلاثون يوماً فمن الولد الثاني عشرة ايام ، وان ولدت ثلاثة اولاد بين الأول والثاني اقل من ستة اشهر وبين الثاني والثالث كذلك ، ولكن بين الاول والثالث اكثر من ستـة اشهر ، والصحيح أن يجعـــل كحمل واحد .

( وقال محمد رحمه الله من الولد الأخير ) أي نفاسها من الولد الثاني ( وهو ) اي قول محمد هو ( قول زفر رحمه الله ) وقول داود وبه قال بعض الشافعية ( لانها حامل بعـــد وضع الاول ) اي الولد الاول ( فلا تصير نفساء ) لان الحمل من الثاني واقـــع خروج الدم من الرحـــم فلا تكون نفساء بالولد الاول ( كما انها لا تحيض ، ولهذا تنقضي العدة بالاخير ) اي بالولد الأخير ( بالاجماع ) لان الولد الاخير هو المعتبر في انقضـاء العدة فكذا النفاس .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ( ان الحامل انها لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا ) عندنا خلافاً للشافعي ( وقد انفتح ) أي فم الرحم ( بخروج الولد ) أي الولد الأول ( وتنفس ) أي الرحم ( بالدم فكان نفاساً ) لأن الخارج من الرحم بعد الولادة يكون نفاساً ( والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف إليها ) أي إلى المرأة ، هـــذا

جواب عن قياس محمد النفاس على انقضاء العدة ، ووجهه أن العدة تنقضي بوضع الحمل ، لقوله تعالى ﴿ وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، والحمل اسم لكل ما في البطن وما بقي الولد في بطنها موجوداً كانت حاملا فلا تنقضي العـــدة حتى تضع الجميع ، ولهذا لو قال ان كان حملك غلاماً فأنت حرة ، فولدت غلاماً وجارية لم تعتق ، لأن الغلام صار بعض الحمل ، والشرط كونه كل الحمل ( فيتناول الجميع ) أي كل الحمل فما لم تضع الجميع لا تنقضي العدة .

فروع . امرأة ولدت في غرة رمضان فصامت رمضان كله ثم ولدت آخـــر فيما بعد رمضان لأقل من ستة أشهر من رمضان قضت صوم النصف الأول وصلاة النصف الأخير ، لأن الولد الثاني من علوق حادث لأنه تخلل بين ولادة الولدين أقل مدة الحمل وهـــو ستة أشهر ، والمرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر فعلم انها حبلت في النصف الأخير من رمضان ودم الحامل لا يكون نفاساً وكانت طاهرة في النصف الأخير فتقضي ما تركت من الصلاة فيه إلا أن تكون اغتسلت على رأس النصف الأخير ، لأن الإغتسال يشترط لجواز الصلاة وتقضي صيام النصف الأول لأن صومها لم يصح فيه ولا تقضي صلاتها لأنها كانت حائضاً فيه ، وإن كانت اغتسلت يوم الفطر وصامت شوال بنية رمضان وصلت قضت صوم يوم واحد وصلاة خمسة عشر يوماً ، لأنها قضت صيام رمضان في شوال وهي طاهرة فيجزئها إلى يوم الفطر وعليهـــا صلوات النصف الأخير من رمضان لأنها كانت طـــاهرة ولم تصل أوصلت من غير اغتسال .

فروع أخر . ولو خرج ولدها ميتاً من قبل أو دبر لا تصير نفساء ، ولو سال الدم من الأسفل صارت نفساء لأنه وجد خروج الدم من الرحم عقيب الولادة ، ولو كانت معتدة تنقضي عدتها لأنها وضعت حملها وتصير الجارية أم ولد له .

# باب الانجاس وتطهيرها

( باب الانجاس وتطهيرها )

أي هذا باب في بيان أحكام الأنجاس وبيان أحكام تطهيرها، وارتفاعه على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذا ، ويجوز نصبه بتقدير خذ باب الانجاس ، قال تاج الشريعة قد يحذف المضاف كما في قوله تعالى ﴿ فقبضت قبضة من أثر الرسول ﴾ ٣٦ طه ، وقوله باب الإنجاس من قبيل القسم الثاني ، أي باب بيان أنواع الانجاس . قلت لا حاجة إلى هـذا التعسف ، لأن لفظ الانجاس يشمل الأنواع ، وكونه من القسم الأول أولى .

ولما فرغ من بيان النجاسة الحكمية وتطهيرها ، ولما كان الأولى أقوى وأكثر قدمها على الثانية ، والانجاس جمع نَجَس بفتح النون وكسر الجيم وبسكونها مع فتح النون وبكسر النون مع سكون الجيم وكلها مستعملة في اللغة ، قاله على بعض الشراح . قال الاكمل والانجاس جمع نجس بفتحتين وهو كل مستقذر وهو في الأصل مصدر ثم استعمل اسماً ، قال الله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس ﴾ ٢٨ التوبة ، وقال تاج الشريعة الانجاس جمع نجس بكسر الجيم وهو الشيء الذي أصابته النجاسة ، والنجس بالفتح كل ما استقذرته . وقال صاحب الدراية وهو في الأصل مصدر ، والمراد ههنا الاسم .

قلت قد رأيت ما بين أحد منهم حقيقة هذه المادة ، وهو من باب علم يعلم ، تقول نجس ينجس نجساً بفتح فهو نجس بكسر الجيم وفتحها ، وفي دستور اللغة نجس بكسر الجيم ينجس بفتح النون وسكون الجيم وهو مصدر ، وكذلك نجس نجاسة ، وكذلك ذكره في باب فعل يفعل بالضم فيهما . وفي العباب والنجس والنجس والنجس والنجس والنجس ضد الطهارة ، ونجس ينجس مثال سمع يسمع ، ونجس ينجس مثال كرم يكرم ، وإذا قلت رجل نجس بكسر الجيم ثنيت وجمعت ، وإذا قلت نجس بفتحها لم تثن ولم تجمع وقلت رجل نجس ورجلان نجس ورجال نجس وامرأة نجس ونساء نجس ، ويقال

أنجسه ونجسه تنجيساً فمن هذا ان قول الاكمل الانجاس جمع نجس بفتحتين غير صحيح والصحيح ما قاله تاج الشريعة فافهم .

ثم الخبث يطلق على الحقيقي والحدث على الحكمي والنجس يطلق عليهما .

قوله ـ وتطهيرها ـ أي وفي بيان تطهير الانجاس ، والتطهير إن فسرها بالازالة فحسن اضافة التطهير إليها ، وإن فسرها باثبات الطهارة فالمراد طهارة محلها كالبدن والثوب والمكان ، لان نجاسة هذه الاشياء بمجاورة النجاسة ، فإذا زالت ظهرت الطهارة الاصلية ، وهذا لانه لا يمكن تطهير عين النجاسة فلا بد من التأويل فذكر الحال وأراد بـه المحل عكس قوله في البئر ـ نزحت ـ فإنه ذكر المحل وأراد به الحال ، والنجاسة محل معنى إذا حلت بالمحل يوجب الاختلال بالثوب إلى المعبود ويمنع كمال التعظيم له سبحانه وتعالى.

( تطهر النجاسة ) أي تطهير محل النجاسة ، لان النجاسة لا تثبت فيها صفة الطهارة أصلا بل تثبت في محلها بإزالتها عنه ، فحذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامـه ، وإنما أنشأ الضمير لانه إضافة إلى ضمير الانجاس . ( واجب ) أي فرض ، وهذا كما قـالوا الزكاة واجبة ، وإنما ذكر لفظ الواجب ليشمل الكل إذ الفرض هو الاصل ( من بـدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه ) كلمة من تتعلق بقوله ـ تطهير النجاسة ـ وهو في الاصل لابتداء الغاية ، لكن الـلائق هـا هنا أن تكون للمجاوزة ، وهـذه ثلاثة أشياء :

الاول : بدن المصلي ، فإن كان عليه نجاسة اكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته وفيما دونه يجوز ويكره .

الثاني : الثوب كذلك ويحتسب بغلظ النجاسة وتخفيفها ، وقال أبو عمر ذهب مالك وأصحابه أن إزالة النجاسة من البدن والثوب سنة وليست بفرض ، وقال هشام يعيد صلاته في النجاسة والجنابة في الوقت وبعده ، وهو قول ابي قلابة والشافعي وأحمـد وابي ثور والطبري ، وقـال ابو عمر روى ابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وطاووس ومجاهد والشعبي والزهري ويحي بن سعيد في الذي يصلي في الثوب النجس لا يعلم إلا بعد

الصلاة انه لا اعادة عليه وبـه قال اسحاق بن راهويه ، وعن الحسن في الثوب يعيد في الوقت وفي جسده في الوقت وبعده .

الثالث : المكان ، والمعتبر في طهارة المكان تحت قدم المصلي ، حتى لو افتتح الصلاة وتحت قدميه اكثر من قدر الدرهم من النجاسة فصلاته فاسدة ، فكذا اذا كان تحـت احدى قدميه وهو الاصح ، وقيل يجزئه ، واذا كان في موضع السجود دون القدم ففي رواية محمد عن ابي حنيفة « رح » انه لا يجوز وهو الاصح وهو قولهما ، وفي روايـة ابي يوسف عن ابي حنيفة انه يجوز ، وإن كان في موضع يديه او ركبتيه يجزئه عندنا خلافاً للشافعي وزفر « رح » ، ولو صلى على مكان طاهر وسجد عليه لكن إذا سجـد وقع ثيابه على الارض النجسية جازت صلاته ، ولو افتتحها على مكان طاهـر ثم تحول الى مكان نجس ثم تحول منه الى مكان طاهر جازت صلاته ، إلا أن يمكث . ولو صلى على بساط وفي طرف منه نجاسة قيل يجوز في الكبير دون الصغير وحده اذا رفع احد طرفيه لا يتحرك الطرف الآخر وان تحرك صغير والاصح انه يجوز مطلقاً . ولو قـام على النجاسة وفي رجله جوربان او نعلان لم تجز صلاته ، ولو فرش نعلية وصلى عليهما جازت لانه بمنزلة ما لو بسط الثوب الطاهر على الارض النجسة وصلى عليها جازت واللبنة والاجرة إذا كان احد وجهيها نجساً وقام على الوجه الطاهر وصلى عليها ان كانت مفروشة جازت ، وإن لم تكن مفروشة روي عن محمد انه لا يجوز ، وعن ابي يوسف انـه يجوز ، ولو سجد على مكان نجس ثم اعاد السجدة على مكان طاهر جاز ، وعن محمد لـو سجد على ميت وعليه لبد إن كان لا يجد حجم الميت جاز ، وان وجد حجمه لا يجوز .

( لقوله تعالى وثيابك فطهر ) ٤ المدثر ، اي طهرها من النجاسة ، والأمر للوجوب ، وقال ابن عباس « رض » وابن زيد والحسن وابن سيرين اغسلها بالماء ونقها من الدرن ومن القذر . وقال الاكمل فإن قيل قال المفسرون معناه فقصر فلايتم دليلا على ازالة النجاسة . اجيب بأن ذلك مجاز والأصل هو الحقيقة ، على ان تقصير الثياب يستلزم الطهر عادة

فيكون امراً بتطهير الثوب اقتضاء. قلت اخذ هذا من الدراية، وقوله – قال المفسرون– من هم هؤلاء المفسرون حتى يؤخذ هذا عنهم ، ثم يحتاج الى الجواب مع انه قيل وما نقل من هذا في تفسير الآية لا يوافق ظاهر اللغة .

فإن قلت نقل ذلك عن الفراء ذكره ابو الليث في تفسيره . قلت الاصل في التفسير تفسير ابن عباس ومثله من الصحابة ومن بعدهم من التابعين الكبار كالحسن وابن سيرين وغيرهما والفراء ومثله ائمة اللغة والنحو ، مع ان تفسيره هذا خلاف اللغة .

( وقال النبي ﷺ حتيه ثم اقرضيه ثم اغسليه بالماء ولا يضرك اثره ) هذا أصل في الحديث الصحيح ، ولكن ما روي بهذا اللفظ ، وروى الائمة الستة في كتبهم واللفظ لمسلم من حديث هشام بن عروة عن امرأته فاطمة بنت المنذر بن الزبير عن جدته اسماء بنت ابي بكر رضي الله عنهما قال جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت احدانا يصيب ثوبها من دم الحيضة كيف تصنع به قال تحته ثم تقرضه بالماء ثم تنضحه ثم تصلي فيه ، وفي رواية لابي داود حتيه ثم اقترضيه بالماء ثم انضحيه ، وفي رواية له ان رأت فيه دماً فلتقرضه بشيء من الماء ولتنضح ما لم ير وتصلي فيه . ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه وقيل قال اقرضيه بالماء واغسليه وصلي فيه ، ورواه الامام ابو محمد عبد الله بن علي بن الجارود في كتاب المنتقى ، وفي رواية حتيه واقرضيه بالماء واغسليه وصلي فيه ورشيه بالماء .

قوله – حتيه – من حت يحت من باب نصر ينصر اذا قشر بيده .قوله–واقرضيه– من قرض يقرض من باب نصر ينصر أيضاً ، وهو الدلك باطراف الاصابع والاظافر مع صب الماء عليه حتى يذهب أثره وهو أبلغ في غسل الدم من غسله بجميع يده . وقال الخطابي اصل القرض أن يقبض باصبعيه على الشيء ثم يغمزه غمزاً جيداً . وقال أبو عمر في التمهيد ، ويروى فلتقرضه بفتح التاء وضم الراء وكسرها، ويروى فلتقرضه بالتشديد على التكثير اي فلتقطعه بالماء ، ومنه تقريض الطحين والنضح الرش . وقال الخطابي وقد يكون بمعنى الصب والغسل ، وقال المهلب النضح كثرة الصب وهو بالحاء المهملة هي

## إذا وجب التطهير في الثوب وجب في البدن والمكان ، لأن الاستعمال في حالة الصلاة يشتمل الكل

الرواية ، ولو قال بالخاء المعجمة لكان اقرب الى معنى الغسل لانه اكثر من المهملة، وقيل النضح هو الرش في موضع الشك لدفع الوسوسة .

وجه الاستدلال بالحديث المذكور انه يدل على وجوب الطهارة في الثياب ، وفيه دلالة على نجاسة الدم ، وهو اجماع المسلمين ودلالة على أن العدد لا يشترط في ازالة النجاسات ، بل المراد الانقاء .

فإن قلت استدل به البيهقي في سننه على أصحابنا في وجوب الطهارة بالماء دون غيره من المائعات الطاهرة . قلت هو مفهوم لقب لا يقول به امامه .

فإن قلت الحدث ورد في اسماء بنت ابي بكر رضي الله عنهما حين سألت عن دم الحيض يصيب الثوب فيقتصر عليه . قلت قال فى الدراية العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ثم قال كذا قيل ، وفيه تأمل ظاهر ، والاوجه ان يقال الموجب لوجوب تطهير الحيض كونه نجساً فلا خصوصية له بذلك فكل من كان نجساً يلحق به .

ثم ان المصنف رحمه الله استدل بالاية والحديث المذكور على وجوب طهارة ثياب المصلي ويأتي وجه وجوب طهارة البدن والمكان .

( اذا وجب التطهير ) أي تطهير المصلى بما ذكرنا ( فى الثوب ) اى فى اشتراط طهارة ثوب المصلي بما ذكره من الآية والحديث ( وجب في البدن ) اي وجب التطهير في بدن المصلي ( والمكان ) اي وفي المكان الذي يصلي عليه ( لأن الاستعمال ) أي استعمال المصلي ( في حالة الصلاة يشتمل الكل ) اي الثوب والبدن والمكان ، وجه ذلك أن التمسك بالنص يكون بطرق أربعة بالعبارة والدلالة والاشارة والاقتضاء ، ثم وجوب تطهير الثوب ثبت بالعبارة والبدن والمكان بالدلالة ، وهذا لأن تطهير الثوب إنما وجب للصلاة لأنها مناجاة مع الرب وهي أعلى حالة العبد ، فيجب أن يكون المصلى على أحسن حاله وذلك في طهارته وطهارة ما حل به ، وقد وجب عليه تطهير الثوب بالنص مع قصور اتصاله به وتصور الصلاة بدونه في الجملة فلأن يجب عليه تطهير بدنه ومكانه مع

كمال اتصالها به لقيامه بها وعدم تصور الصلاة بدونها بطريق الأولى .

ويستدل أيضاً في وجوب طهارة الثوب بما روي عن عمر رضي الله عنه قال حين أجنب في ثوبه اغسل ما رأيت وانضح ما لم أره ، ومثله عن أبي هريرة رضي الله عنه ذكرهما أبو عمر في التمهيد .

واستدل في وجوب طهارة بدن المصلي بقوله ﷺ في الذي أجنب [1] توضأ وانضح فرجك ، رواه مسلم ، والمراد من النضح الغسل ، والدليل عليه ما رواه البخاري اغسل ذكرك وتوضأ ، وقد ذكرنا أن النضح كثرة الصب مستدل في وجوب طهارة المكان بما رواه [2] عن أنس عن النبي ﷺ انه قال جعلت لي كل أرض طيبة مسجداً وطهوراً .قال في الإمام هذا حديث صحيح أخرجه الإمام أبو بكر بن أبي ولها في سننه ، فدل على اشتراط طهارة مكان الصلاه كطهارة الثياب للمتيمم ونهى رسول الله ﷺ عن الصلاة في الأماكن السبعة ، رواه ابن ماجة لأنها مظنة النجاسات ، ولما حمل عمر رضي الله عنه على صخرة بيت المقدس التراب والزبل الذي كان عليها نهى الناس أن يصلوا عليها حتى يصبها ثلاث مطرات،رواه حرب بإسناده،فأفاد نجاسة الزبل وانها مانعة من جواز الصلاة عليها .

( ويجوز تطهيرها ) أي تطهير النجاسة ، وقد ذكرنا أن المراد به اما المحل أو الازالة، وإنما قال ويجوز ولم يقل ويجب لأن استعمال عين الماء ليس بواجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » بل إزالة النجاسة واجبة بأي مائع طاهر مزيل كان على ما يأتي الآن (بالماء) الباء متعلق بالتطهير ( وبكل مائع طاهر يمكن إزالتها به ) أي إزالة النجاسة بالمائع الطاهر ، وشرط ثلاث أشياء في جواز استعمال غير الماء في إزالة النجاسة :

الأول : كونه مائعاً يسيل كالخل ونحوه ، لأنه إذا كان نجساً ليبقا [3] كالدبس ونحوه لا يجوز . ●

---

(١) في الأصل من غير لفظة ـ أجنب ـ وربما الأصح زيادتها . اهـ مصححه .

(٢) الأصح أن يقول ـ بما روي ـ اهـ مصححه .

(٣) ربما الأصح في الجملة ـ لأنه إذا كان جامداً يبقى كالدبس ـ اهـ مصححه .

الشرط الثاني : أن يكون المائع طاهرا لأن النجس لا يزيل النجاسة . وقال الأكمل قوله طاهرا احتراز من بول ما يؤكل لحمه ، فإن الأصح أن التطهير لا يحصل بـه ، وقيل يحصل حتى لو غسل الدم بذلك رخصنا فيه ما لم يفحش . قلت لا وجه لتخصيص الاحتراز بالطاهر عن بول ما يؤكل لحمه ، فإن الماء المستعمل أيضاً مائع ، ولكنه غير طاهر على إحدى الروايات عن أبي حنيفة كما مر بيانه فيما مضى .

الشرط الثالث أن يكون المائع الطاهر مزيلا كالخل وماء الورد ونحوها ، واحترز به عن الدهن والدبس واللبن ونحوها ، فإن بها يبسط النجاسة ولا تزول ، وفي الذخيرة روى الحسن عن أبي يوسف لو غسل الدم من الثوب بدهن أو سمن أو زيت حتى أذهب أثره جاز ، ومثله رواية بشر عنه في اللبن ، وفي بول ما يؤكل لحمـــه اختلف المشايخ فيه ، والصحيح انه لا يطهر ذكره السرخسي . وفي المحيط في اللبن روايتان ، وفي بعض نسخ المحيط والماء المستعمل ولا حجة له إلا على رواية عن أبي حنيفة انه طاهر . وفي شرح أبي ذر ويجوز إزالة النجاسة بالماء المستعمل ونحو ذلك مما اذا عصر انعصر كشراب التفاح وسائر الثمار والأشجار والبطيخ والقثاء والصابون والباقلاء والأنبذة وماء الخلاف والبنوفة واللبسان وكل ما اختلط به طاهر وغلب عليه وأخرجه عن طبع الماء وصار مقيدا فهو في حكم المائع ذكره الطحاوي . وفي المغني عن أحمد ما يدل على ذلك ، وعن أبي يوسف انه لا يجوز في البدن إلا الماء ومثله عن أبي حنيفة ذكره في العيون .

ثم ان المصنف ذكر هاهنا ما ذكره القدوري وهو انه لم يفرق بين الثوب والبدن قال ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع على ما يأتي الآن .

( كالخل وماء الورد ) والماء المستعمل بين به الطاهر المائع المزيل ( ونحو ذلك ) بالجر عطف على قوله ــ كالخل ــ وإنما أفرد الضمير وإن كان المعطوف عليه اثنان باعتبار كل واحد منهما ( مما إذا عصر انعصر ) كماء البطيخ وسائر الثمار وقد ذكرناه . وقـــوله ــ وانعصر ــ من باب الانفعال وهو المطاوعة بقوله عصر مطاوع بفتح الواو ، وقـــوله ــ انعصر ــ مطاوع بالكسر لأنه طاوع الأول وهو بالفتح لأنه طاوعه الثاني .

وهذا عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف « رح » . وقال محمـــد وزفر والشافعي « رح » لا يجوز إلا بالمـــاء لأنه يتنجس بأول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة إلا ان هذا القياس تركَ في الماء للضرورة ، ولهما ان المائع قالع والطهورية في الماء بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة

---

( وهذا ) أي جواز تطهير النجاسة بالمائع الطاهر المزيل ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز إلا بالماء ) وبه قال مالك وعامة الفقهاء ( لأنه ) أي لأن الماء ( تنجس بأول الملاقاة ) يعني لاختلاطه بالنجاسة ( والنجس لا يفيد الطهارة ) لأن الماء صار نجساً بملاقاته النجاسة ، فلم يبق له قوة الإزالة . ( إلا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ) هذا جواب عما أورد على ما قاله محمد تقرير الإيراد أن يقال ان الذي قلته هو القياس في المـــاء أيضاً وينبغي أن لا يجوز إزالة النجاسة بالماء أيضاً .

وتقرير الجواب ان الحكم في الماء ثبت بخلاف القياس لأجل الضرورة والنظافة وسرعة اتصاله ، وسائر هذه المائعات لا نص فيها فبقي على أصل القياس يؤيده قوله ﷺ اغسليه بالماء فلا يجوز بغيره لأن الأمر للوجوب ، ولأن الله تعالى ذكر الماء في معرض الامتنان والانعام فقال ﴿ وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به ﴾ ١١ الأنفال ، فدل على اختصاص الطهر به ، ولأن النجاسة الحقيقية تمنع جواز الصلاة فلا تزول بغير الماء قياساً على النجاسة الحكمية .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن المائع قالع ) من قلع الشيء واقلعته إذا أزاله من موضعه من باب فعل يفعل بالفتح فيهما ، وكانت العلة في الماء الازالة ( والطهورية في الماء بعلة القلع والازالة ) وغير الماء كالخل يشاكله في الإزالة بل أولى وأقوى ، لأن الخل أقلع للنجاسة من الماء لأنه يزيل اللون والدسومة لما فيه من الشدة والحموضة ، وفي الألوان ما لا يزول بالماء وماء الورد يزيل العين والرائحة .

( والنجاسة للمجاورة ) هذا جواب عن استدلال محمد ومن معه بقولهم لأن الماء يتنجس

بأول الملاقاة، تقديره أن النجاسة لم تنجس المحل بعينه بل كانت للمجاورة وإن كانت نجسة بأول الملاقاة .

( فإذا انتهت أجزاء النجاسة ) بانتهاء أجزائها المتناهية لتركبها من جواهر لا تتجزأ ( يبقى ) أي المحل ( طاهرا ) لزوال النجاسة بالعصر ، لأنه إذا عصر يخرج منه ويصحبه ما يلاقيه من أجزاء النجاسة هكذا في المرة الثانية والثالثة إلى أن يزول محل الأجزاء فيبقى المحل طاهرا لانتقال النجس إلى الماء جزءا فجزء ، لأن الشيء الواحد محال أن يكون في محلين في حالة واحدة ، والحكم إذا ثبت لمعنى يزول بزوال ذلك المعنى ، ولهذا لو قلع محل النجاسة بقي الثوب طاهرا .

وقال الأكمل لا يقال التعليل بالقلع لا يجوز ، لان النص يقتضي الغسل بالماء قال ﷺ اغسليه بالماء ، قلت هذا السؤال للاترازي وتقرير الجواب أن يقال ان اقتضاء النص الغسل بالماء لذاته أم لغيره .

فإن قلت لذاته فلا نسلم لأن المصلي إذا قرض موضع النجاسة وصلى بذلك الثوب جاز ، فعلم ان استعمال عين الماء ليس بواجب ، وإن قلت لغيره وهو التطهير فنقول نعم ، ولكن يحصل الطهارة بغيره كالخل ، فإنه إذا استعمل مكررا يحصل التطهير كما يحصل بالماء .

وقال تاج الشريعة فإن قلت لو كان القلع علة لوجب أن يجوز بشيء نجس . قلت ولهذا إذا زالت النجاسة الغليظة ببول ما يؤكل لحمه يكون حكم ذلك الشيء بعد الغسل حكم بول ما يؤكل لحمه حتى لا يمنع جواز الصلاة ما لم يبلغ ربع الثوب .

فإن قلت محمد ومن معه احتجوا بالحديث أيضاً وهما لا يحتجا إلا بالمعقول . قلت ما اكتفيا بذلك بل احتجا بالحديث أيضاً وهو ما رواه البخاري في صحيحه عن مجاهد قال قالت عائشة رضي الله عنها ما كان لاحدانا إلا ثوب واحد تحيض فيه ، فإذا أصابها شيء بدم الحيض قال تريقها فمضغته بظفرها ، وروى أبو داود عن مجاهد قال قلت ما كان لاحدانا إلا ثوب واحد فيه تحيض ، فإذا أصابه شيء من دم بلته بريقها ثم قصعته بظفرها ولو كان

وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن ، وهذا قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف « رح » وعنه انه فرق بينهما

---

الدم بالدلك بريقها لا يطهر لكان ذلك تكثرا للنجاسة ومع الكثرة لا تصفى والمضغ والقصع الحك بالظفر ومنه قصع القملة .

فإن قلت يمد قوله بالأمر في قوله ﷺ اغسليه ، وقالوا الأمر للوجوب قلت لا نسلم انه أمر بالغسل بالماء بل الامر متعلق بنفس الغسل والاباحة بوصف الماء لقوله تعالى ﴿ فانكحوهن باذن أهلهن ﴾ ٢٥ النساء ، فعلق الأمر بالاذن والاباحة بنفس النكاح فثبت بهذا أن يكون أحدهما واجبا والآخر مباحاً .

فان قلت نص على الغسل بالماء . قلت هو مفهوم اللقب وهو غير حجة ، ولانه خرج مخرج الغالب في الاستعمال لا الشرط ، ولأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه عندنا .

فان قلت غسله بالخل وماء الورد والخلاف اضاعة المال وهي منهي عنه . قلت انفاق المال لغرض صحيح يجوز فلا يكون اضاعة ، والماء بعد الاحراز في الاواني يكون مملوكاً وقال فلا يجوز استعمال اضاعة المال ويفرض المال فيما إذا كان للماء عزة فوق الخل ، ولو سلم استعمال الخل في إزالة النجاسة فاذا استعمل فيها يزيلها كالماء الممنوع من استعماله لاجل العطش لو توضأ به وترك التيمم جاز ، وكذا المغصوب .

فروع . الماء القليل إذا ورد على النجاسة تنجس به الماء ، وقال أحمد إن كان أرضا فهو طاهر ، وفي غير الارض وجهان ، وقال الامام مالك لا فرق بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء لا ينجس فيها إلا بالتغيير ، وقال الشافعي « رض » ان ورود الماء على النجاسة يوجب تنجيسه ، وورود النجاسة على الماء دون القلتين ينجسه وان كانت النجاسة يسيرة .

( وجواب الكتاب ) أي مختصر القدوري وهو قوله — ويجوز تطهيرها بالماء وبكل مائع .. الخ — ( لا يفرق بين الثوب والبدن ) لانه أطلق في قوله — ويجوز .. الخ — لم يقيد الثوب (وهذا) أي عدم الفرق ( قول أبي حنيفة رحمه الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وعنه ) أي وعن أبي يوسف ( انه فرق بينهما ) أي بين الثوب

فلم يجوز في البدن بغير الماء ، وإذا أصاب الخف نجاسة لهـــا جرم كالروث والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان . وقال محمد « رح » لا يجوز

---

والبدن بغير الماء ( فلم يجوز في البدن بغير الماء ) وهو رواية الخبر ابن أبي مالك عنه لان غسل البدن طريقة العبادة ، فاختص بالماء كالوضوء وغسل الثوب ، وطريقة إزالة النجاسة لابعاده فلا يختص بالماء .

وقال الاترازي وذكر في بعض نسخ القدوري الماء المستعمل فقال كالخل وماء الورد والماء المستعمل ، وقال أبو نصر البغدادي في الشرح الكبير للقدوري ، وأما جوازه بالماء المستعمل فلأنه طاهر على رواية محمد عن أبي حنيفة بمنزلة الخل .

( وإذا أصاب الخف نجاسة لها جرم ) أي جبسته والجملة حالية وقعت بدون الواو وهو جائز على العلة ( كالروث والعذرة ) بفتح العين المهملة وكسر الذال المعجمة وهي الغائط التي لقيها الناس ( والدم والمني فجفت ) أي يبست ( فدلكه بـالأرض جاز ) وهنا قيود الاول قيد الخف لان الثوب لا يطهر إلا بالغسل إلا في المني .

الثاني : قيد بالجرم لان ما لا جرم له لا يطهر بالدلك ، وإن جف إلا إذا التصق به من التراب أو رمل فجف بعد ذلك .

الثالث : قيد الجفاف لان ماله جرم من النجس إذا أصاب الخف ولم يجف لا يطهر بالدلك إلا على رواية عن أبي يوسف .

الرابع : قيد بالدلك لانه بالغسل يطهر اتفاقاً . وقال محمد لا يطهر بالدلك إلا في المني على ما يجيء .

( وهذا استحسان ) أي الجواز في الصورة المذكورة استحسان ، أي مستحسن بالاثر على ما يأتي . وفي المحيط ذكر في الجان النجاسة التي لها جرم إذا أصابت الخف فحكها أو حتها بعدما يبست تطهر في قولهما ، قال القدوري هذا في حق الصلاة ، وأما لو أصاب الماء بعد ذلك يعود نجساً في رواية ، وفي الاصل إذا مسحها بالتراب تطهر ، وقيل الدلك رواية الاصل .

( وقال محمد « رح » لا يجوز ) وبه قال زفر والشافعي في الجديد ومالك في العذرة

وهو القياس إلا في المني خاصة ، لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ، ولهما قوله عليه السلام فإن كان بهما أذى فليمسحهما بالارض فإن الارض لهما طهور

---

والبول . وأما في أرواث الدواب له روايتان أحدهما الغسل ، والثانية يمسح ، وقال الشافعي فى القديم إذا دلكه بالارض كان عفوا . وقال أحمد يجب غسل جميع النجاسات إلى الارض إذا أصاب نجاسة . واختلف أصحابه فى ضم التراب . وفى المحيط والصحيح أن محمدا رجع عن هذا القول فى الذى لما رأى من كسرة السرقين فى الطرق .

( وهو القياس ) أي قول محمد هو القياس كما في الثوب ( إلا في المني خاصة ) الاستثناء من قوله — لا يجوز — فانه قال يطهر في المني بالدلك والفرك إذا جف على الثوب .

فإن قلت لفظ خاصة منصوب بماذا وما معناه . قلت خاصة اسم بمعنى اختصاصاً من قولهم خص بالشيء يختصه خصاً وخصوصاً بفتح الخاء وخصوصاً بالضم وخصوصية وخصيصي وخصيصها عن ابن الاعرابي وخصه بخصة عن ابن عباد اذا فضله واختار ثعلب الخصوصية بفتح الخاء وخصه بالرد لذلك ، وأما انتصابه فعلى انه قائم مقام المصدر .

( لأن المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك ) لأن الجلد يتشرب فيصير كالثوب والبدن فانهما لا يطهران إلا بالغسل فكذلك الخف ( بخلاف المني على ما نذكره ) لأنه خص بالنص على القياس فلا يقاس عليه غيره .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( قوله عليه الصلاة والسلام ، فإن كان بهماأذى فليمسحهمابالارض فإن الأرض لهما طهور ) هذا الحديث روي عن ابي هريرة وأبي سعيد الخدري وعائشة رضي الله عنهم .

أما حديث ابي هريرة فرواه ابو داود من طريقين أحدهما عن محمد بن كثير الصنعاني عن الأوزاعي عن ابن عجلان عن سعيد بن أبي سعيد المروي عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا وطيء أحدكم الأذى بخفيه

فطهورهما التراب ، ورواه ابن حبان في صحيحه ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وقال النووي في الخلاصة رواه أبو داود باسناد صحيح الطرق .

الثاني عن عمر بن عبد الواحد عن الأوزاعي قال انبئت أن سعيد المقبري حدث عن أبيه عن ابي هريرة أن رسول الله ﷺ قال إذا وطىء احدكم بنعله الاذى فإن التراب له طهور.

فإن قلت قال ابن القطان في كتابه في الطريق الأول هذا الحديث رواه ابو داود من طريق لا أظن بها الصحة فإنه رواه من لا أظن(١) حديث محمد بن كثير عن الأوزاعي ومحمد ابن كثير الصنعاني الأصل المقتضى الدار أبو يوسف ضعيف وأضعف ما هو من الأوزاعي قال عبد الله بن أحمد قال أبي هو منكر الحديث يروي أشياء منكرة ، وقال صالح بن محمد بن حنبل قال ابي هو عندي ليس بثقة ، وقال المنذري في مختصره الاول فيه محمد ابن عجلان وفيه مقال لم يحتجا به والثاني فيه مجهول . قلت محمد بن كثير سئل عنه يحي ابن معين فقال كان صدوقاً ثقة ، وقال ابن سعد كان ثقة ومحمد بن عجلان وثقه يحي وأبو ذرعة وأبو حاتم والنسائي وصحح الطريق من ذكرناهم والثاني قائل بالأول .

ولنا حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ورواه أبو داود أيضاً في الصلاة عن موسى بن اسماعيل عن حماد بن سلمة عن أبي نعامة العربي عن أبي نصرة عن أبي سعيد الخدري قال بينما رسول الله ﷺ يصلي بأصحابه اذا خلع نعليه فوضعهما عن يساره ، فلما رأى القوم ذلك القوا نعالهم ،فلما قضى رسول الله ﷺ قال ما حملكم على القاء نعالكم قالوا اريناك القيت نعليك فألقينا نعالنا فقال رسول الله ﷺ أن جبريل عليه السلام أتاني فأخبرني أن فيهما قذراً وقال إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر ، فان رأى في نعليه قذراً أو أذى فليمسحه ويصلي فيهما،ورواه ابن حبان في صحيحه ولم يقل وليصل فيهما ، ورواه عبد بن حميد والحق ابن راهوية وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم بنحو أبي داود رحمه الله وأبو نعامة اسمه مدرية البصري،وأبو نصرة اسمه المنذر بن مالك البصري .

(١) هكذا في الأصل اه مصححه .

وأما حديث عائشة رضي الله عنها فرواه أبو داود وأيضاًعن محمد بن الوليد اخبرني سعيد بن أبي سعيد رضي الله عنه عن القعقاع بن حكيم عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ بمعناه ولم يذكره لفظه ورواه ابن عدي في الكامل عن عبد الله بن زياد بن سمعان القرشي مولى أم سلمة عن سعيد المقبري عن القعقاع بن حكيم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها سألت النبي ﷺ الرجل يطأ بنعله في الأذى قال التراب لهما طهور وعبد الله بن زياد ضعفه البخاري ومالك وأحمد وابن معين ، ورواه الدارقطني مسنداً إلى سماعة وهـــو ضعيف ، وقال ابن الجوزي قال ابن مالك هو كذاب ، وقال احمد متروك الحديث .

قوله — الاذى — أراد به النجاسة ، و — ينحل النعل — الحذاء مؤنثة وتصغيرها نعيلة ، وقال ابن الاثير وهي التي يلبس في المشي مملوة .

وجه الاستدلال بالاحاديث المذكورة ظاهر ، فإنه قال فإن طهورهما تراب أي يزيل نجاستها ، وكان الأوزاعي يستعمل هذا الحديث على ظاهره وقال يجزئه ان يمسح القذر في نعله أو خفه بتراب ويصلي فيه ، وروى مثله عن عروة بن الزبير وكان النخعي يمسح النعل والخف يكون فيه السرقين عن باب المسجد ويصلي بالقوم ، وقال أبو ثور في الخف والنعل إذا مسحها بالارض حتى لا يجد له ريحاً ولا أثراً رجوت أن يجزئه .

فإن قلت الحديث مطلق فلم قيده أبو حنيفة بقوله النجاسة التي لها جرم .قلت التي لا جرم لها خرجت بالتعليل وهو قوله ﷺ فإن التراب لهـــا طهور أي مزيل نجاسته ، ونحن نعلم يقينـــاً أن النعل والخف إذا شرب البول أو الخمر لا يزيله المسح ولا يخرجه من أجزاء الجلد فكان الخلاف في الحديث مصروفاً إلى الأذى الذي يقبل الازالة بالمسح حتى ان البول او الخمر لو استجد بالرمل او التراب فجف فإنه يطهر أيضاً بالمسح على ما قال شمس الائمة وهو الصحيح فلا فرق بين ان يكون جرم النجاسة منها أو من غيرها ، هكذا ذكر الفقيه ابو جعفر والشيخ الامام ابو بكر بن محمد بن الفضل عن ابي حنيفة « رح » وعن ابي يوسف مثل ذلك الا انه لم يشترط الجفاف .

فإن قلت لعل الاذى المذكور في الحديث كان طينا . قلت الاذى في لســان الشرع

ولأن الجلد لصلابته لا يتداخله أجزاء النجاسة إلا قليلاً ثم يجتذبه الجرم إذا جف ، فإذا زال زال ما قام به ، وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثّره ولا يطهره . وعن أبي يوسف «رح» انه إذا مسحه بالارض

---

يحمل على النجاسة كناية عن عينها ، ولو كان طيناً لصرح باسمه ولم يذكره بالكناية لما فيه من اللبس ، ويدل عليه قوله فإن الارض لها طهور.

فإن قلت الحديث لم يفصل بين النجاسة التي لا جرم لها وبين التي لها جرم ، فإن اسم الاذى يطلق عليهما و كذلك لم يفصل بين الرطب واليابس وانتم قد فصلتم . قلت بل فصل الحديث بين الرطب واليابس بالتعليل الذي ذكرناه .

فإن قلت حديث ابي سعيد ساقط العبرة لأنه عليه السلام لم يستقبل الصلاة . قلت يحتمل أن الحظر مع النجاسة ترك في ذلك الوقت ويحتمل أن يكون لأقل من قدر الدرهم كذا في المبسوط والاسرار.

( ولأن الجلد لصلابته لا يتداخله أجزاء النجاسة إلا قليلا ) لأن صلابة الجلد و كثافة النجاسة يمنعان شربها فيه ، ورخاوتها بعد اليسير ، حذف إليها فلا يبقى فيها إلا قليل وهو معفو ( ثم يجتذبه الجرم إذا جف ) يعني يجذبه الجرم إلى نفسه ( فإذا زال ) اي الجرم ( زال ما قام به ) أي بالجرم ، لأنه لما جذبه إلى نفسه فيبس مع الجرم فلا يبقى إلا اليسير وهو عفو بخلاف البدن ، لأن رطوبته ولينه وما به من العرق يمنع من الجفاف ، وبخلاف الثوب لأن النجاسة متداخلة فلا يخرجها إلا الماء والاحتراز عن النجاسة فيه ممكن .

( وفي الرطب ) اى وفي النجس الرطب ( لا يجوز حتى يغسله ، لأن المسح بالارض يكثره ) أى يكثر النجس بالرطب ، لأنه ينتشر ويتلوث ما لم يصبه أيضاً ( ولا يطهره ) أى ولا يطهر الخف لانتشار النجس فيه .

( عن أبي يوسف انه اذا مسحه بالأرض ) أى إذا مسح النجس بالارض يعنى إذادلكه

حتى لم يبق أثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى عليه مشايخنا « رح » فإن أصابه بول فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر ، لأن الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب يجذبها ، وقيل ما يتصل به من الرمل جرم له ، والثوب لا يجزىء فيه إلا الغسل وإن يبس ، لأن الثوب لتخلخله

---

على سبيل المبالغة ( حتى لم يبق أثر النجاسة يطهر لعموم البلوى ) أي البلية ، وكذلك البلية بكسر الباء وسكون اللام ، والبلوى بالكسر أيضاً ، والبلاء كلها اسماء وهذه من المواد الناقصة الواوية ( وعليه مشايخنا ) (١) أي على قول ابي يوسف مشايخ ما وراء النهر ( واطلاق ما يروى ) يعني اطلاق قوله ﷺ ، فإن كان بهما اذى حيث لم يفصل بين الرطب واليابس ، والجواب عن هذا الاطلاق قد مر آنفاً . وفي فتاوى أهل العصر ذكر الجلائي في صلاته لو أصابت النجاسة الخف أو الكعب أو الجرموق فأمر الماء عليه ثلاث مرات تطهر من جفاف .

( فإن اصابه بول ) اى فإن أصاب الخف بول ( فيبس لم يجز حتى يغسله ) لتمكن البول فيه بالجفاف ( وكذا كل ما لا جرم له ) اى وكذا لا يجوز اذا أصاب الخف كل ما لا جرم له ( كالخمر لأن الاجزاء ) لأن أجزاء الخمر أو البول ( تتشرب فيه ) أي في الخف ( ولا جاذب يجذبها ) أي يجذب أجزاء النجاسة وجد .

( وعن ابي يوسف ان ما يتصل به ) أي بالخف الذي اصابته النجاسة الرطبة ( من الرمل والرماد والتراب الناعم جرم له ) (٢) اى الذي أصابه ، فإذا جف فدلكه بالأرض طهر كالتي لها جرم .

( والثوب لا يجزىء فيه إلا الغسل وإن يبس ، لأن الثوب لتخلخله ) اى لكون

---

(١) هذا غير عبارة المتن . اه مصححه .

(٢) قد يرى القارىء اختلاف نص الشارح مع المتن .

يتداخله كثير من أجزاء النجاسة فلا يخرجها إلا الغسل ، والمنى نجس
يجب غسله رطباً فإذا جف على الثوب أجزأ فيه الفرك

---

قرح في خلالها ، وقولهم — أجزاء الثوب يخلخله — أى في خلالها قرح لرخاوتها ويكون مجوفة غير يسيرة ( يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها ) أى اجزاء النجاسة (إلا الغسل ) بالماء أو بمائع طاهر مزيل . وقال النسفي الخف الخراساني الذى ضرمه توسخ فالقول حكمه حكم الثوب لا يطهر بالدلك بل يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة .

( والمني نجس ) وبه قال مالك والثورى والاوزاعي والحسن بن جني وأحمد في رواية ، إلا أن مالكاً قال يغسل رطبه ويابسه وهو قول الحسن البصرى وقول بعض مشايخ بلخ مثل محمد بن الازهرى وأبي معاذ البلخي ( يجب غسله رطباً ) اى حال كونه رطباً .

( فإذا جف على الثوب أجزأ فيه الفرك ) أى كفى فيه الدلك والحك ، وقوله — أجزأ — من الاجزاء يقال أجزأ في الشيء أى كفاني وهي لغة بني تميم ،وعن الازهرى بعض الفقهاء أجزى بمعنى قضى ، والمعنى على هذا أجزى الفرك عن الغسل أى ناب عنه وأغنى . قلت الاول مهموز والثاني ناقص . وقال أبو اسحاق الحافظ المني اليابس انما يطهر بالفرك إذا كان رأس الذكر طاهراً وقت خروجه بأن كان بال واستنجى ، أما إذا لم يكن طاهراً فلا ، وهكذا روى حسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمه الله ، وقال الفقيه أحمد بن ابراهيم وعندى ان المني إذا خرج في رأس الأحليل على سبيل الدفق ولم ينشر على رأسه لأنه يطهربالفرك ، لأن البول الذى هو داخل الاحليل غير معتبر ، ومرور المني عليه غير مؤثر .

فأما إذا انتشر المني على رأس الاحليل لا يكتفي بالفرك ، فعلى هذا القول إذا بال ولم يتجاوز البول ثقب الاحليل حتى لم يصل رأس الاحليل شيء من البول ثم احتلم يكفي فيه الفرك . قيل أيضاً إذا كان رأس الاحليل طاهراً وانما يطهر المضاف بالفرك اذا خرج المذى قبل خروج المني على رأس الاحليل ثم خرج المني لا يطهر الثوب بالفرك إلا ان يقال انه مغلوب بالمني فيجعل تبعاً له ، وروي عن محمد إذا كان المني غليظاًفجف

يطهر بالفرك اعلاه واسفله لا يطهر إلا بالغسل ، كذا في المبسوط . وفي فتاوى قاضي خان الثوب إذا اصابه المني ويبس وفرك يحكم بطهارته في قولهما ، وعن ابي حنيفة روايتان ، واظهرهما ان بالفرك فعل النجاسة تجوز الصلاة فيه ، واذا اصابه الماء يعود نجساً في اظهر الروايتين عن ابي حنيفة ، وعندهما لا يعود نجساً ، وعن الفضل ان مني المرأة لا يطهر بالفرك لأنه رقيق ، وعن محمد ان المني اذا كان غليظاً فجف يطهر بالفرك ، وان كان رقيقاً لا يطهر إلا بالغسل ، والصحيح انه لا فرق بين مني المرأة ومني الرجل كذا لو نفذ المني إلى البطانة يطهر بالفرك قال الرعاني هو الصحيح .

واختلف المتأخرون في الطار الباقي من الثوب ، والصحيح انه يطهر بالفرك كالأعلى بخلاف لعابة الخف ، ذكره في المبسوط . وفي شرح بكر أصاب الثوب دم غبيط فجف فحينئذ طهر الثوب كالمني .

( لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطباً وافركيه إن كان يابساً ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، قال ابن الجوزي في التحقيق والحنفية يحتجون على نجاسة المني بحديث رووه عن النبي ﷺ قال لعائشة رضي الله عنها اغسليه إن كان رطباً وافركيه إن كان يابساً ، قال وهذا حديث لا يعرف ، وانما روي نحوه من حديث عائشة رضي الله عنها. قلت عدم المعرفة منه أو من غيره لا يستلزم نفي معرفة غيره مع أن أصل الحديث في الصحاح ، وقد روى مسلم والاربعة من حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت أغسل الجنابة من ثوب النبي ﷺ فيخرج الى الصلاة وان بقع الماء في ثوبه ، وقالت ايضاً كنت افرك المني من ثوب رسول الله ﷺ فيصلي فيه ، أخرجه مسلم وأبو داود .

وروى الدارقطني والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنت أغسل المني من ثوب رسول الله ﷺ إذا كان رطباً وأفركه إذا كان يابساً ، ورواه البزار في مسنده وقال لا نعلم أحداً أسنده عن عائشة رضى الله عنها إلا عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما ، ورواه غيره

عن الحمزة مرسلا ومن الناس من حمل فرك الثوب على غير الثوب الذي يصلي فيه . ورد هذا ما وقع في صحيح مسلم كنت أفرك من ثوب رسول الله ﷺ فيصلى فيـــه ، وعند أبي داود ـ ويصلى فيه ـ وان يرفع احتمال غسله بعد الفرك وحمله بعض المالكية على الفرك بالمـــاء ، ويرده ما صح أيضاً لقد رأيتني وإني لأحـــك من ثوب رسول الله ﷺ يابساً وبظفري .

وأما الآثار في ذلك فكثيرة روى ابن أبي شيبة في مصنفه سأل رجل عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال إني احتلمت على طنفسة ، فقال إن كان رطباً فاغسله ، وإن كان يابساً فاحكه ، وان خفي عليك فارسيه ، وعن عمر وعائشة رضى الله عنهما انهما يغسلان المني من الثوب وعن أبي هريرة في المني يصيب الثوب ان رأيته فاغسله وإلا فاغسل الثوب كله، ورواه الطحاوي ، وعن جابر بن سمرة انه سئل عن الثوب الذي يجامع أهله فيه قال صل فيه إلا أن ترى منه شيئاً فيغسله ولا ينضحه قال لأن النضح لا يزيل الأثر ، وسئل أنس رضي الله عنه عن قطيفة أصابها نجاسة لا يدري موضعها قال اغسلها ، وعن الحسن ان المني بمنزلة البول فهؤلاء الصحابة والتابعون قد غسلوا المني ، وأمروا بغسل الثياب منه ، وهذا إزالة النجاسة .

( وقال الشافعي المني طاهر ) هذا نص الشافعي ، وحكى صـــاحب البيان وبعض الخراسانيين قولين ، ومنهم من قال قولين في مني المرأة فقط ، قال النووي الصواب الجزم بطهارة منيه ومنيها والمسلم والكافر فيه سواء ينجس منيها برطوبة فرجها ان قلنا بنجاستها ، كما لو بال الرجل ولم يغسل ذكره ، وفي مني غير الآدمي ثلاثة أوجه أحدها الجميع طاهـــر إلا مني الكلب والخنزير .

الثاني : ان الجميع نجس .

الثالث : ان مني ما يؤكل لحمه طاهر وغيره نجس .

وأحمد مع الشافعي في أصح قوليه . واحتج الشافعي رضي الله عنه بما روي عن عائشة رضي الله عنها قال كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ ثم يصلى فيه ولا يغسله، رواه

الطحاوي وأخرجه البزار وقال كنت أفرك المني من ثوب رسول الله ﷺ وما أغسل ، وروى أبو بكر بن خزيمة عن عائشة رضي الله عنها قالت كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله ﷺ وهو يصلي ، وعن عائشة رضي الله عنها كانت تحت المنى من ثيابه وهو في الصلاة قال البيهقي ، ولو كان المنى نجساً لما جازت الصلاة معه ، وكان ﷺ يسلب المنى من ثوبه بعرق الآخر ثم يصلي فيه ، رواه أحمد .

وعن ابن عباس قال سئل النبي ﷺ عن المنى يصيب الثوب فقال هو بمنزلة المخاط والبصاق، وإنما يكفيك أن تمسحه بخرقة أو بارجزة ، ، رواه الدارقطني وقال ولم يعرفه غير اسحاق الأزرق عن شريك رحمه الله .

وقال الاترازي في المنى عند الشافعي « رض » طاهر لأنه أصل الأنبياء ، ولم يذكر له شيئاً غير ذلك من حديث أو أثر . ثم قال في جوابه قلنا أصل الأعداء أيضاً فنمرود وفرعون وغيرهما ، وهذا ليس بشديد ، والذي قاله غيره ان المنى أصل البشر والطين خلق منه البشر فكان طاهراً كالطين وأيضاً هو في بنى آدم كماء البيض في الطيور وهو خارج من حيوان فكان المنى طاهراً كالبيض ، وأيضاً ان حرمة الرضاع شبهت بحرمة النسب كاللبن الذي يحصل به الرضاع طاهر والمنى الذي يحصل به النسب أولى لأنه أصل، والرضاع محاوية ، ومن ذلك قالت المالكية « رض » المنى لسف الشافعية « رض » .

وقال النووي في شرح المهذب ان المنى يحل أكله في وجه فمارضهم فقالوا الكلب يحلله بعض المالكية . الجواب عن هذه الأشياء فنقول :

أما حديث عائشة رضى الله عنها الذي فيه ولا يغسله ، فقد قال الطحاوي وليس في هذا عندنا دليل على طهارته ، وقد يجوز أن يكون كانت تفعل به هذا فيظهر بذلك الثوب والمنى في نفسه نجس كما قد روي فيما أصاب النعل من الأذى حيث قال فطهورهما التراب فكان ذلك التراب يجري في غسلها وليس في ذلك دليل على طهارة الأذى في نفسه فكذلك ما روي في المنى على انه قد روي عن عائشة رضى الله عنها ما يدل على ان المنى كان عندها

نجساً وهو ما رواه الطحاوي ثنا ابن داود قال ثنا منذر قال ثنا يحى بن سعيد عن شعبة عن عبد الرحمن بن قاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت في المنى إذا أصاب الثوب إذا رأيته فاغسله وإن لم تره فانضح وهذا إسناد صحيح .

قلت هذا لا يجري دعوى لأن الطحاوي بعد ان رأى هذا الحديث قال ما في ذلك دليل لأنه لو كان حكمه عندها حكم سائر النجاسات من الغائط والبول والدم لأمرت بغسل الثوب كله ، ولما كان الحكم عندها إذا كان موضعه من الثوب غير معلوم النضح ثبت بذلك ان حكمه كان عندها بخلاف سائر النجاسات. قلت قدروي في ذلك آثار كثيره من الصحابة وهى التي ذكرناها عن قريب فكلها تدل على نجاسته كما ذكرنا على انا نقول ان النضح يأتي بمعنى الصب والغسل ، وفي حديث دم الحيض تقرصيه بالماء ثم تنضحيه أي تغسله .

فإن قلت لما اختلفت الأحاديث والآثار في حكم المنى لم يدل دليل قطعاً على نجاسته ولا على طهارته ، قلت في مثل ذلك يرجع إلى النظر والقياس فنقول المنى حدث لأنه خارج عن السبيل وكل خارج عن سبيل نجس ، فالمنى نجس .

فإن قلت إذا ثبت كونه نجساً كان الواجب غسله مطلقاً رطباً كان أو يابساً كسائر النجاسات . قلت نعم كان القياس يقتضى ذلك ، ولكنه ترك ، فالأحاديث الواردة بالفرك في يابسه .

وأما حديث عباس رضى الله عنه الذي فيه انما هو بمنزلة المخاط والبصاق (١) فالجواب عنه انه موقوف ، ولئن ثبت انه مرفوع ، فإنه يشهد لنا من وجه لأنه أمر بالإماطة ، ومطلق الأمر للوجوب ، والتشبيه بالبصاق والمخاط يشهد له فسقط الاحتجاج به .

وأما الجواب عن كونه أصل البشر فإنه لا ينفى النجاسة كالمضغة والعلقة . وقال النووي المنى يستحيل في الرحم فيصير علقة وهى الدم الغليظ ، ففى نجاستها وجهان ، قال أبو اسحاق نجسة ، وقال الصيرفي طاهرة ، فإذا استحال بعده وصار قطعة لحم وهى

(١) البزاق ــ هامش .

والحجة عليه ما رويناه ، وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منهـــا المني ،

---

المضغة فالمذهب عندهم القطع بطهارتها كالولد ، وقيل فيها الوجهان .

فإن قلت لم يسمع هذا الذي ذكرتم في الجواب ولا يلزم الزامكم بالعلقة والمضغة قطعاً. قلت قال أبو اسحاق العراقي المنى تجرى من الدماغ بعد نضجه ويصير دماً أحمر في فقار الظهر إلى أن يصل إلى الكليتين فينضجانه ثم يبعثانه إلى الانثيين فينضجانه منياً أبيض فإذا كان كذلك ثبت انه متولد من الدم وهو نجس ، والنجس لا ينقلب عندهم طاهراً إلا الماء النجس إذا صار قلتين ، والخمر إذا تخللت بنفسها ، وذكر الأكمل الشافعى « رض » حديث ابن عباس انه قال المنى كالمخاط فامطه عنك ولو بأذخرة ، لم يحصل جوابه انه موقوف فلا يصح الاحتجاج به قلت يعنى عند الشافعى « رض » وكان ينبغى أن يستدل بحديث من الأحاديث المرفوعة الصحيحة التي ذكرها ، ثم يجيب عنه فكيف يذكر له أثر وهـو لا يقول به وهذا عجيب وقصور ممن يتصدى لترجيح مذهبه .

( والحجة عليه ) أي على الشافعى رضى الله عنه ( ما رويناه ) وهو حديث عائشة « رض » المذكور ، وقال الاكمل فإن قيل إذا استدل الشافعى « رض » بحديث ونحن بحديث فما وجه قول المصنف والحجة عليه ما رويناه . فالجواب ان وجه ذلك ان حديثه لا يدل عليه ، لأن قوله كالمخاط لا يقتضى أن يكون طاهرا لجواز أن يكون التشبيه في اللزوجية وقلة التداخل وطهارته بالفرك والأمر بالإماطة مع كونه للوجوب يستدعى أن يكون نجساً لأن إزالة ما ليس بنجس ليست بواجبة . قلت هذا السؤال إنما يرد أن لو كان الشافعى « رض » يرى بالأثر المذكور ويقول به نعم لو ذكر له حديثاً من الأحاديث كان يتوجه السؤال ، وتشبيه ابن عباس « رض » له بالمخاط إنما كان في النظر والبشاعـة لا في الحكم بدليل ما ذكرنا من أدلة نجاسته ، والأمر بالإماطة ليتمكن من غسل محله .

( وقال ﷺ وإنما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المنى ) هذا دليل آخـــر على نجاسة المنى ، وهذا قطعة من حديث رواه الدارقطنى من حديث ثابت بن حماد عن علي ابن زيد عن سعيد بن المسيب عن عمار « رض » قال مر بى رسول الله ﷺ وأنا أسقي راحلة

لي في ركوة إذ انتخمت فأصابت نخامتي ثوبي فأقبلت اغسلها فقال يا عمار ما نخامتك ولا دموعك إلا بمنزلة المـــاء الذي في ركوتك إنما يغســـل الثوب من خمس ، من البول والغائط والمني والدم والقيء ، وفي الاسرار الخمر مكان القيء ، وجه الإستدلال بهظاهر وهو أنه يدل على نجاسة المني .

فإن قلت الاستدلال به يقتضي غسله رطباً ويابساً ، ولستم قائلين به فكان متروكاً .

قلت حديث عائشة رضي الله عنها في جواز فرك اليابس ، ويحمل هذا على الرطب توفيقاً بين الحديثين ، والنخامة بضم النون ما يخرج من الخيشوم .

فإن قلت قال الدارقطني لم يرو حديث عمار غير ثابت بن حماد وهو ضعيف جـداً ، ورواه ابن عدي في الكامل قال لا أعلم روى هذا الحديث عن علي بن زيدغير ثابت وحماد، وله أحاديث في أسانيد الثقات تخالفها وهي مناكير ومعلومات . وقال البيهقي هذاحديثه باطل إنما رواه ثابت بن حماد وهو متهم بالوضع عن حماد بن زيد وهو غير محتج بـــه .

قلت علي بن زيد روى له مسلم مقروناً بـــه ، وقال العجلي لا بأس به ، وفي موضع آخر فكتب حديثه ، وروى له الحاكم في المستدرك ، وقال الترمذي صدوق ، وأما ثابت فلم يتهمه أحدا بالوضع غير البيهقي مع انـــه ذكره في كتابه المعرفة ولم ينسبه إلى الوضع ؟ وانما حكى فيه قول الدارقطني وابن عدي ، وقال البزار وثابت بن حماد كان ثقـــة ولا يعرف انه روى غير هذا الحديث وله متابع .

ورواه الطبراني في معجمه الكبير حدثنا الحسن بن اسحاق الترمذي ثنا علي بن بحرثنا إبراهيم بن زكريا العجلي ثنا حماد بن سلمة عن علي بن زيد بهسنداً ومتنا .

فإن قلت كلمة ــ إنما ــ تخصيص ولا حصر فيها ، لأن الغسل يجب في غيرها كالخمر .

قلت غيرها في معناها فيلحق بها كما في قوله ــ لاقود إلا بالسيف ــ وقـــد الحق الحتجر وغيره لما انه في معناه .

( ولو أصاب المني البدن قال مشايخنا « رح » ) أراد بهم مشايخ بخارى وسمرقند ( يطهر بالفرك لأن البلوى فيه أشد ) أي لأن البلية في البدن أشد من البلية في الثوب ،فلما

وعن أبي حنيفة « رح» انه لا يطهر إلا بالغسل ، لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود إلى الجرم ، والبدن لا يمكن فركه ، والنجاسة إذا أصابت المرآة والسيف اكتفي بمسحهما لأنه لا تتداخلهما النجاسة ، وما على ظاهره يزول بالمسح

---

طهر الثوب بالفرك طهر البدن بالطريق الأولى دفعا للحرج .

( وعن أبى حنيفة رحمه الله ) ورواه الحسن عنه ( انه ) أي ان البدن ( لا يطهر إلا بالغسل ) ذكر هذا شمس الأئمة السرخسى في المبسوط ( لأن حرارة البدن جاذبة ) يجتذب رطوبة المنى ( إلى نفسه فلا يعود إلى الجرم ) بالبين فلا يزول بالفرك مثل مايزول في الثوب ، لأن المنى لزج لا يتداخل أجزاء الثوب منه إلا قليل ، فإذا يبس يجذبه إلى نفسه فاذا فرك زال بالكلية ، فان بقى منه قليل وانه ممنوع بخلاف رطبه لأنه لم يوجد فيه الجذب كذا في جامع الكردري ( والبدن لا يمكن فركه ) لأنه متعذر فاحتيج إلى الماء لاستخراجه .

( والنجاسة إذا أصابت المرآة والسيف اكتفى بمسحهما لأنه لا تتداخلهما النجاسة ) لصقل تام لأنه صقيل بل بقى على ظاهره ( وما على ظاهره يزول بالمسح ) ولا يبقى إلا القليل وهو غير معتبر ، ولا فرق بين الرطب واليابس والعذرة والبول ، ذكره الكرخي في مختصره ، وذكر في الأصل أن السيف والسكين إذا أصابه بول أو دم لا يطهر الا بالغسل ، وان أصابه عذرة ان كانت رطبة فكذلك ، وان كانت يابسة طهرت بالحت عندهما وبه قال مالك ، وعند محمد « رح » لا يطهر إلا بالغسل ، وبه قال زفر والشافعي « رض » والإمام مالك . وقال الاترازي قال شيخي برهان الدين الحريفعي إنما وضع المسألة في المرآة والسيف احترازاً عن الحديد الذي عليه الجار بأنه لا يطهر إلا بالغسل .

قلت ذكر في البدرية والذخيرة والمنافع خصها بالذكر لكونهما مصقولين ولا مدخل للشرب فيهما حتى لو كانت قطعة غير مصقولة وأصابها نجاسة لا يكفي بمسحها ، وفي جامع الكردري الشرط أن يمسح مخففاً (١) غير مشق للرطوبة ، وعن أبي القاسم ذبح شاة ومسح

---

(١) من – هامش .

وان أصابت الارض النجاسة فجفت بالشمس وذهب أثرها جازت ٠ الصلاة على مكانها وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز

---

السكين على صوفها أو ما يزيل تطهر ، وفي الحلية ذكر القاضي حسين لو سقى السكين بماء نجس ثم غسل يطهر ظاهره دون باطنه ، والجد في تطهيره أن يسقيه بماء طاهر مرة أخرى ومجرد الغسل يكفي في تطهير الذهب والفضة وزبر الحديد (١) وهذا عند الشافعي «رض» وعند أبي يوسف يمر السكين بالماء الطاهر ثلاثاً ويجفف في كل مرة ، وعند محمد « رح » لا يطهر أبـــداً ، وفي الإيضاح السيف يطهر بالمسح ، لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها ، ولأن الغسل يفسدها فكان في تركها ضرورة . وفي الفتاوى أيضاً وكذا لو لحس السكين بلسانه حتى ذهب أثر الدم طهر،وعند أبي يوسف السيف إذا أصابه دم أو عذرة فمسحه بخرقة أو تراب حتى لو قطع به بطيخة أو غيره كان طاهراً وأباح أكله . وفي المبسوط وسكين القصاب تطهر بالمسح بالتراب ٠ وفي المحيط والقنية ما دامت النجاسة رطبة لا تطهر إلا بالغسل ، فإن جفت أو جففها بالمسح بالتراب أو غيره يطهر بالحت وطاهر بالمسح ٠

( وإن أصابت الأرض نجاســـة فجفت بالشمس وذهب أثرها ) قيدالجفاف بالشمس وقع اتفاقاً ، لأن الغالب تجف الأرض بالشمس ، وليس باحتراز على الجفاف بأمر آخر ، لأن الأرض إذا جفت بالنار أو بالريح ( جازت الصلاة على مكانها ) أي مكان النجـاسة التي جفت ، وهذا الكلام يشير إلى انه لا يجوز التيمم به وهو ظاهر الرواية . وروى ابن طاووس النخعي عن أصحابنا انه يجوز التيمم به لأنه حكم بطهارته كـذا في المبسوط ، ومذهب علمائنا الثلاثة وهو قول أبي قلابة والحسن البصري ومحمد بن الحنفية ، وقـال النووي إذا جف لا بأس بالصلاة عليه .

( وقال زفر والشافعي « رح » لا يجوز ) وبه قال مالك وأحمد ، وللشافعي قولان في القديم وفي الاملاء يطهر ، وفي الامم لا يطهر ، وقيل القطع بانها تطهر ، والقولان فيما إذا لم يبق للنجاسة طعم ولا ريح ولا لون ، وعند احمد لا يطهر ، وقال امـام الحرمين انهم

---

(١) الجد ـ هامش ٠

لانه لم يوجد المزيل ، ولهذا لا يجوز التيمم بها ، ولنا قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها

---

طردوا القولين في الثوب كالارض ، وهل يطهر الثوب بالجفاف ، وفي الظل وجهان ذلك كله للنووي في شرح المهذب ، واختلفوا في الشجر والكلام ما دام قائماً على الارض يطهر بالجفاف وبعد القطع لا يطهر إلا بالغسل ( لأنه لم يوجد المزيل ) للنجاسة إذا اصابت فلا يطهر ( ولهذا ) أي ولأجل عدم المزيل ( لا يجوز التيمم بـــه ) اي بمكان النجاسة التي أصابت وجفت .

( ولنا قوله ﷺ ذكاة الارض يبسها ) هذا لم يرفعه أحد إلى النبي ﷺ ، وانما هـو مروي عن أبي جعفر محمد بن علي أخرجه ابن ابي شيبة في مصنفه عنه ، قال ذكاة الأرض يبسها . وخرج عن ابن الحنفية وابي قلابة قال إذا جفت الارض فقد ذكت ، وروى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن ايوب عن ابي قلابة ، قال جفوف الارض طهورها. في الاسرار الحديث المذكور موقوف على عائشة « رض ». وقال صاحب الدراية هذا الحديث لم يوجد في كتب الحديث ، وهذا لا نص له لانه ثبت بنقل العدل أو يكون ذلك النقـل بالمعنى عند من جوزه .

وقال الاكمل ولقائل أن يقول معناهما واحـد فيجوز أن يكون نقلا بالمعنى فيكون مرفوعاً . قلت انمـــا يجوز نقل الحديث بالمعنى عند من يجوزه إذا كان حديثان معناهما واحد ، وكيف يقال فيكون مرفوعاً والمنقول عنه لم يعرف ، ولكن يقال الشافعي « رح » الذي انتصب مفتيا في زمان الصحابة « رض » تقلد عنـه بعض مشايخنا كذا في التقويم .

وعند ابن اسحاق البروري ثم يروي (١) في كتاب طبقات الفقهاء محمـد بن الحنفية من فقهاء التابعين بالمدينة ، وقال فيه روي عن محمد بن الحنفية انه قال الحسن والحسين خير مني وأنا أعلم بحديث ابي منهما ، وذلك لان الصحابة لما قروه على الفتوى منهم صـار كواحد

---

(١) في الاصل — ثم يا ودى في — اه مصححه .

منهم تبصر بهم كما اذا فعل فعل بين يدي رسول الله ﷺ وسكت النبي ﷺ فلما روى عنه أن ذكاة الارض يبسها ولم يرو عنه غيره خلافه حل محل الاجماع ولا سيا وقد وافقه أبو جعفر محمد بن علي وابو قلابة وعائشة « رض » ومحمد بن الحنفية مات سنة ثمانين وقيل سنة إحدى وثمانين وهو ابن خمس وستين سنة ، ولد في خلافة ابي بكر الصديق رضي الله عنه ، ومع هذا استدل اكثر أصحابنا في هذه المسأله بما رواه ابو داود وأحمد بن صالح قال حدثنا عبد الله بن وهب وقال اخبرني يونس عن ابن شهاب قال حدثني حرة بن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال ابن عمر « رض » كنا في المسجد على عهد رسول الله ﷺ وكنت فتى شاباً وكنت قياساً مـــا غربا ، فكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجـــد فلم يكونوا يرشون شيئاً من ذلك ، وأخرجه أيضاً أبو بكر بن خزيمة في صحيحه .

فإن قلت قال الخطابي يتأول على انها كانت تبول خارج المسجد في مواطنها وتقبـــل وتدبر في المسجد عاصرة إذ لا تحرك إذ ترك الكلب سبيـــات المسجد حتى تنبشه ويبات فية ، وانما كان اقبالها وادبارها في اوقات نادرة ، ولم يكن على المسجد ابواب حتى تمنع عن عبورها فيه . قلت هذا تأويل بعيد جداً ، لأن قوله في المسجـــد ليس ظرفاً لقوله وتغتسل وتدبر وحده – بل انما هو ظرف لقوله – تبول وتقبل وتدبر – كلها وايضاً قوله – يكونوا يرشون شيئاً من ذلك – يمنع التأويل لأنها لو كانت تبول في مواطنها ما كان يحتاج إلى ذكر الرش وغيره إذ لا فائدة فيـــه ، وأبو داود بوب على هذا بقوله باب طهور الارض إذا يبست ، فهذا أيضاً يرد عليه هذا التأويل الظاهر انهـــا كانت تبول في المسجد ، ولكنها تنشف فتطهر فلا يحتاج إلى رش الماء ، وانما حمل الخطابي على هـــذا التأويل الفاسد منعه هذا الحديث أن لا يكون حجة للحنفية عليهم .

فإن قلت احتجوا علينا بما رواه مسلم عن أنس رضي الله عنه قال بينما نحن في المسجد مع رسول الله ﷺ إذا جاء اعرابي فقام يبول في المسجد ، فقال أصحاب رسول الله ﷺ مه مه ، فقال رسول الله ﷺ لا تزرموه فتركوه حتى بال ، ثم أمر رجلا فدعى بدلو من

ماء فصبه عليه . وأخرجه البخاري أيضاً ولفظه فبال في طائفة من المسجد فزجره الناس فنهاهم ﷺ فلما قضى بوله أمر النبي ﷺ بذنوب من ماء فاهريق عليه. وأخرجه النسائي وابن ماجة رضي الله عنهما أيضاً .

قوله — مه —[1] امر فعل من مونة ، ومعناه اكفف ، مه الثاني تأكيد له . وقوله — لاتزرموه بتقديم الزاء على الراء المهملة اي لاتقطعوا عليه بوله فَسنه بالسين المهملة، ويروى بالمعجمة فمعنى الاول الصب المتصل ، ومعنى الثاني الصب المنقطع . قوله — في طائفة من المسجد — أي قطعة منه ، والذنوب بفتح الذال المعجمة الدلو الكبير ، وقيل لا يسمى ذنوباً إلا إذا كان فيه ما قلت نحن ما تركنا العمل ، ونحن نقول أيضاً يصب الماء إذا كانت الارض رخوة حتى ينتقل منها ، فإذا لم يبق على وجهها شيء من النجاسة وينقل الماء يحكم بطهارتها ولا يعتبر فيه العدد، فإن كانت الارض صلبة، فإن كانت الارض صعوبة الحفر في اسفلها حفيرة ويصب عليها ثلاث مرات ، وينقل إلى الحفيرة ثم يبس الحفيرة ، وان كانت مستوية بحيث لا يزول عنها الماء لا يغسل لعدم الفائدة بل يحفر . وعند ابي حنيفة لا تحفر الارض حتى تجف الارض إلى الموضع الذي وصلت إليه النداوة ، وينقل التراب .

ودليلنا على الحفر ما رواه الدارقطني بإسناده الى عبد الله قال جاء أعرابي فبال في المسجد ، فأمر رسول الله ﷺ بمكانه فاحتفر فصب عليه دلو من ماء ، وما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي عيينة عن عمرو بن دينار قال بال اعرابي في المسجد فأرادوا أن يضربوه ، فقال ﷺ احفروا مكانه واطرحوا عليه من ماء علموا ويسروا ولا تعسروا.

فإن قلت الاول مرفوع ضعيف لان في اسناده سمعان بن مالك ليس بالقوي ، وقال ابن خراش مجهول . والثاني مرسل وتركتم الحديث الصحيح . قلت لا نسلم ذلك فإنا قد عملنا بالكل ، فعملنا بالصحيح كما اذا كانت الارض صلبة ، وعملنا بالضعيف على

(١) مه اسم لفعل يزجرونه . — هامش .

زعمكم فيما إذا كانت الارض رخوة ، والعمل بالكل أولى من العمل بالبعض والاجمال بالبعض .

فإن قلت كيف تحملون الارض فيه على الصلب ، وقد ورد الأمر بالحفر يدل على أنها كانت رخوة . قلت يحتمل أن يكون يصبان في الواحدة كانت الارض صلبة وفي الاخرى كانت رخوة .

( وانما لا يجوز التيمم ، لأن طهارة الصعيد ثبت شرطاً بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث ) هذا جواب عن قول زفر والشافعي ولهذا لا يجوزالتيمم به. تقرير الجواب أن طهارة الصعيد الذي هو وجه الارض يثبت ببعض الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ فتيمموا صعيداً طيباً ﴾ ٤٣ النساء ، فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد ، كما لا يجوز التوجه إلى الحطيم ، وإن كان ورد فيه قوله ﷺ الحطيم من البيت ، ولأن التيمم قائم مقام الوصف، فلما كان قليل النجاسة مانعاً بلا خلو صار مانعاً للخلو بطريق الاولى ، والمراد من النص عبارة الكتاب فلا يعارض ماثبت بخبر الواحد ، بخلاف اشتراطه طهارة ، فإن ذلك ثبت بدلالة النص فحينئذ يعارض بما ثبت بخبر الواحد ، لأن العبارة فوق الدلالة .

فإن قلت الثابت بها قطعي كالثابت بالعبارة فكيف تجوز معارضة خبر الواحد للدلالة ، قلت النص الوارد في طهارة المكان مخصوص ، لأنه خص من النجاسة القليلة بالاجماع فعارضه خبر الواحد بخلاف النص الوارد في التيمم قطعي بلا معارضة خبر الواحد .

وقال الاكمل ، فإن قلت أليس قد تقدم ان طهارة المكان ثبت بدلالة قوله تعالى : ﴿ وثيابك فطهر ﴾ والثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة في كونه قطعياً حتى ثبت الحد والكفارات بدلالة النصوص فوجب أن لا تجوز الصلاة عليها كما يجوز التيمم بها. أجيب بأن الآية هنا ظنية ، لأن المفسرين اختلفوا في تفسيرها ، فقيل المراد به تطهير الثوب ، وقيل تقصيره للمنع عن التكبر والخيلاء ، فإن العرب كانوا يجرون أذيالهم تكبراً، وقيل

وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلاة معه ،

---

المراد به تطهير النفوس عن المعائب والاخلاق الردية ، وإذا كان كذلك كان ظني الدلالة ولهذا لا يكفر من أنكر اشتراط طهارة الثوب وهو خطأ، وتكون الدلالة لذلك.

قلت لا يوافق معنى الآية ها هنا ، لان من فسر بتطهير الثوب وهو الذي تقتضيه اللغة وبقية التفاسير لا تساعدها اللغة بل فيها تفسير أهل التصوف ، فكيف يكون هذا ظني الدلالة ، وكل واحد من هذه المعاني خلاف المعنى اللغوي غير قطعي ، فكيف يصير القطعي بهذا ظنياً .

والجواب السديد أن يقول خص من هذه الآية غير حالة الصلاة والنجاسة القليلة والثياب التي اعدت للدخول والبروز واعمام المخصوص ظني فيجوز تخصيصه بخبر الواحد .

فإن قلت النص لا عموم له في الاحوال ، لأنها غير داخلة فيه وانما يثبت ضرورة ولا عموم لما ثبت في الضرورة والخصوص يستدعي بسبق العموم . قلت لا عموم له في الاحوال لأنه لما قال ﴿ وثيابك فطهر ﴾ ٤ المدثر، تناول تطهير الثياب في كل حالة تلحقها الخصوص بعد ذلك فصارت ظنية الدلالة فافهم .

( وقدر الدرهم ) كلام اضافي مبتدأ وخبره يأتي ، والمراد به الدرهم الشهليلي نسبة إلى موضع يسمى الشهليل ، وفي المغرب الشهليلي من الدراهم مقدار عرض الكف . وفي المحيط الدرهم ما يكون مثل عرض الكف ، وفي صلاة الاحد الدرهم الكبير المثقال ، ومعناه ما يبلغ وزنه مثقالا ، وفي بعض الكتب قدره بالدرهم البغلي ، وعند السرخسي « رح » يعتبر بدرهم زمانه ، وفي الاسرار دون الدرهم لا يمنع جواز الصلاة لكن تكره الصلاة معها ( وما دونه ) أي ما دون قدر الدرهم وهذا الخبر لا يخفى ( من النجس المغلظ ) كلمة من للبيان .

( كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار ) وخرء الحية وبولها ومرارة كل شيء كبوله ( جازت الصلاة معه ) جازت الصلاة جملة فعلية في محل الرفع على انها خبر

وان زاد لم تجز . وقال زفر والشافعي « رح » قليل النجاسة وكثيرها سواء ، لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ،

---

المبتدأ ، لا عن قوله – وقدر الدرهم – قوله – معه – أي مع قدر الدرهم ومـا دونه (وإن زاد لم تجز ) يعني وان زاد النجس المغلظ على قدر الدرهم لم تجز صلاته .

( وقال زفر والشافعى قليل النجاسة وكثيرها سواء ) وفي المبسوط وقال الشافعى اذا كانت النجاسة بحيث يقع البصر عليها يمنعه . وفي الحلية النجاسة دم وغير دم ، فغير الدم إذا لم يدركه البصر فيه ثلاث طرق احدها يعفى ، والثانية لا يعفى ، والثالث قولان أما الدم فيعفى عن القليل من دم البراغيث والكثير في كثير وجهان أصحهما أنه يعفى عنه .

وقال الاصطخري لا يعفى وفي دم غيرها ثلاثة أقوال ، أصحها انه يعفى عن المقدار الذي يتعافاه الناس بينهم . والثاني لا يعفى عن شيء منه ، وفي القديم يعفى عما دون الكف ، وعن مالك يعفى عن يسير الدرهم ولا يعفى عمـا تفاحش وغيره في دم الحيض روايتان احداهما انه كغيره ، والثانية انه يستوي فيه قليله وكثيره . وحكي عن أحمد انه قال الكثير ماتفاحش وحكي عنه أيضاً انه يعفى عن النقطة والنقطتين ، واختلف عنه فيما بين ذلك .

وقال النووي اتفق أصحابنا انه يعفى عن قليل الدم ، وفي كثيره وجهان مشهوران أحدهما قاله الاصطخري لا يعفى عنه وأصحهما باتفاق الاصحاب يعفى عنه ، وهو قول ابن شريح وأبي اسحاق وسائر أصحابنا ، والقليل ما يعفوه الناس أي عدوه عفواً ، والكثير ما غلب على الثوب وطبعه ، وقيل في القليل قدر ما دون الكف ، وفي الجديد وجهـان أحدهما الكثير ما يظهر للناظر من غير تأمل ، والقليل دونه وأصحها الرجوع إلى العادة ، وهذه الاقاويل في دم غيره . وأما في دم نفسه فضربان ، أحدهما مـا يخرج من بثره فله حكم دم البراغيث بالاتفاق ، والثاني ما يخرج من الفصد ففيه طريقان .

( لأن النص الموجب للتطهير )النص هو قوله تعالى ﴿ وثيابك فطهر ﴾ ٤ المدثر ، وغيره من الاحاديث ( لم يفصل ) بين القليل والكثير ، إلا أن الشافعي ومن معـه لم يعتبروا إلا ما نراه العين لعدم امكان الاحتراز عنه .

## ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفواً ، وقدرناه بقدر الدرهم أخذاً عن موضع الاستنجاء

( ولنا أن القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفواً) اجماعا لأن ما عمت بليته سقطت قضيته . وأما الحدث فإنه لا يتجزأ ولا حرج في تكليف ازالته (وقدرناه)أي القليل الذي هو خلاف الكثير ( بقدر الدرهم ) المثقالي إن كان النجس ذا جرم وقدر عرض الكف إن كان مائعاً على ما يأتي ( أخذاً عن موضع الاستنجاء ) أخذاً منصوب ، لأنه مفعول مطلق ، قال الاكمل مفعول مطلق من قدرناه ، لأن فيه معنى الاخذ ، قلت الاحسن أن يقول تقديره وقدرناه حال كوننا آخذين أخذاً في موضع الاستنجاء ، والمراد من مواضع الاستنجاء موضع خروج الحدث ، روي عن ابراهيم النخعي أرادوا أن يقولوا مقدار المقعد واستقبحوا ذلك فقالوا مقدار الدرهم .

فإن قلت النص وهو قوله تعالى ﴿ وثيابك فطهر ﴾ ٤ المدثر ، لم يفصل بين القليل والكثير فلا يعفى عن القليل . قلت القليل غير مراد منه بالاجماع بدليل عفو موضع الاستنجاء فيتعين الكثير . وأجاب بعضهم بما روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال في الدم اذا كان اكثر من قدر الدرهم أعاد الصلاة ، فشرط إعادتها فى الزيادة على قدر الدرهم . قلت هذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه عن روح بن عطيف عن الزهري عن أبي سلامة عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قلت تعاد الصلاة من قدر الدرهم من الدم . وفي لفظه إذا كان في الثوب قدر الدرهم غسل الثوب وأعيدت الصلاة .وقال البخاري هذا حديث باطل وروح هذا منكر الحديث . وقال ابن حبان هذا حديث موضوع لا شك فيه لم يقله رسول الله ﷺ ، ولكن أخبر عنه أهل الكوفة وكان روح بن عطيف يروي الموضوعات عن الثقات ذكره ابن الجوزي في الموضوعات من طريق نوح عن يزيد بن الهاشمي وأغلظ في نوح بن أبي مريم .

وروى البيهقى عن ابن عمر انه رأى دماً في ثوبه وعليه ثياب فرمى بالثوب الذي فيه الدم وأقبل على صلاته ، وروي عن القاسم بن محمد انه رأى دماً في ثوبه وهو في الصلاة فخلعه ولم يستقبل ، فدل على ان منع الدم دون القليل منه . وذكر في الاسرار عن

ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ، ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالاً

---

علي وابن مسعود رضى الله عنهما انهما قدرا النجاسة بالدرهم . وعن عائشة رضى الله عنها قالت صلى النبي ﷺ في كساء فقال رجل يا رسول الله ﷺ هذه لمعـة من دم ، فقبض رسول الله ﷺ على ما يليها ، فبعثها إلى عائشة رضى الله عنها مصرورة في يد الغلام فقال اغسلي على هذه ولم يعده صلاته ، فدل على أن القليل من النجاسة محتمل وأمر بغسلها لانه يستحسن إزالة القليل منها وإيضاعه بنظر الدم ، وعن عمر رضى الله عنه أنـه قدرها بظفره ، قال في المحيط وكان ظفره قريباً من كفنا ، فدل على أن ما دونه لا يمنع ، قـال وقول عمر يبطل قول الشافعى رضى الله عنه في منع التقدير .

( ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة ) أشار بهذا إلى بيان إختلاف عبارات عمر رضى الله عنه في اعتبار الدرهم ، فروي عن محمد أن اعتباره بالمساحة ( وهو قـدر عرض الكف ) أى ما وراء مفاصل الاصابع، وهذا الاعتبار يروى عن الكرخى عن محمد ( في الصحيح ) أشار به إلى أن هذا الاعتبار هو الصحيح ذكره محمد في النوادر ، وقـال الدرهم الكبير هو ما يكون مثل عرض الكف .

( ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال ) أي اعتبار الوزن في الدرهم هو الدرهم الكبير المثقال ، ذكر هذا عن محمد انه ذكره في كتاب الصلاة الى اعتبـار الدرهم الكبير المثقال ، قال الاترازي وقوله ـ الكبير المثقال ـ يجوز برفع اللام على انه صفة بعد صفة ، اى الدرهم الموصوف بأنه مثقال ، ويجوز بجر اللام للاضافة كما في الحسن الوجه ، فافهم . وبعض المتقلدين النفقة في الدين الأحسن لهم ، ولا من يعلم الاعراب يظن أن المثقال لا يجوز جره لانه يلزم حينئذ دخول اللام في المضاف ، ولهذا ليس إلا من سوء فهمه وقلة علمه وعدم دركه ، لان الاضافة اللفظية يجوز فيها دخول اللام في المضاف ـ ( وهو ما يبلغ وزنه مثقالاً ) أى الدرهم الكبير هو الذى يبلغ وزنـه مثقالا وانتصاب مثقال على انه مفعول يبلغ ومعناه ما يصل إليه كما في قولك بلغت لمكان كذا ، معنـاه

وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق والثاني في الكثيف ، وإنما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها تثبت بدليل مقطوع بـه

---

وصات إليه ، وكذلك إذا شارفت عليه ، ومنه قوله تعالى ﴿ فإذا بلغن أجلهن ﴾ ٢٣٤ البقرة ، أي قاربنه وشارفن عليه .

( وقيل ) قائله أبو جعفر الهندواني ( فى التوفيق بينهما ) أى بين الروايتين المذكورتين ( ان الاولى فى الرقيق ) أى أن الرواية الأولى وهى اعتبار الدرهم من حيث المساحة فى النجس الرطب والمائع ( والثانية فى الكثيف ) أى والرواية الثانية ، وهى اعتبار الوزن فى النجس المسجد كالعذرة ، وهو الصحيح نص عليه فى المحيط ، لأن التقدير بالعرض فى المسجد قبيح ، وفى جامع الكردري وهو المختار فى المبسوط والخلاصة الدرهم يكون من القدر المعروف فى البلد . وأما النقود المنقطع عملها كالبشهيلي وغيره قيل يعتبر وهو ضعيف .

( وانما كانت نجاسة هذه الأشياء ) يعني الاشياء المذكورة كالدم والبول والخمر ونحوها ( مغلظة ) يعنى موصوفة بالتغليظ ( لانها ) أى لأن هذه الأشياء أى نجاستها ( تثبت بدليل مقطوع فيه ) أى بنص وأراد فيه بلا معارضة نص آخر كالخمر مثلا ، فإن نجاسته بنص القرآن لقوله ﴿ رجس ﴾ اى نجس ولم يعارضه نص آخر .

فإن قلت لا يظهر من الآية دلالة ظاهرة على نجاسة الخمر ، لأن الرجس عند اهل اللغة القذر ولا يلزم ذلك النجاسة ، وكذا الامر الوارد بالاجتناب لا يلزمه فيه النجاسة . قلت لما رمي رسول الله ﷺ بالروثة ، وقال انها رجس أو ركس دل على ان الرجس النجس .

فإن قلت حكي عن ربيعة وداود انهما قالا الخمر طاهر فأقل الرطبة أن يكون نجساً مخففاً . قلت نقل أبو جسامة الاجماع على نجاستها وأراد بها النجاسة المغلظة .

فإن قلت يلزم بما ذكرت ان يكون ما عطف على الخمر في الآية نجساً . قلت القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ، ويكون المراد من قوله بدليل مقطوع به الاجماع ، كالدم مثلا فإنه حرمة فأشبه بنص القرآن ، ونجاسته مجمع عليها بلا خلاف وهو حجة قطعية ، والمراد من الدم الدم المسفوح ، وفي الجنازية والمراد بكونه قطعياً أن يكون سالماً عن الأسباب

الموجبة للتخفيف من معارض النصين (١) الاجتهاد والضرورات المحققة . قلت يلزم مه من سلامته عما ذكر أن يكون مقطوعاً به ، لأن خبر الواحد السالم عن ذلك لا يكون الحكم الثابت به وحده متطوعا بـــه ، وعلى هذا الاصل الاختلاف بين أبي حنيفة « رض » وصاحبيه ، فإن التغليظ عند أبي حنيفة يثبته بنص ، فعلى نجاسته من غير معارضة نص آخر في طهارته ، والتخفيف يثبت بتعارض النصين ، وعندهما التغليظ يثبتُ بما وقـــع الاجماع على نجاسته ، والتخفيف بما وقع الاختلاف .

وفائدة الخلاف تظهر في مثل الروث ، فعنده نجس مغلظ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه ليلة الجن ، ولم يعارضه غيره ، وعندهما مخفف لأنه عند مالك « رح » ظاهر ،ومن الأشياء المذكورة فيما مضى البول وهو على أنواع أربعة .

الأول : بول الآدمي الكبير فحكمه انه نجس مغلظ بإجماع المسلمين من أهل الحـــل والعقد ، وابن المنذر نقل الاجماع عن أصحابنا وأصحاب الشافعي « رض » .

الثاني : بول الصبي الذي لم يطعم فكذلك عند جميع أهل العلم قاطبة إلا ما نقل عن داود الظاهري بطهارتها ولا يعتبر خلافه ، وعند الشافعي نجاسة خفيفة ،وقال الأوزاعي لا بأس ببول الصبي ما دام يشرب اللبن ولا يأكل الطعام ، وهو قول عبد الله بن وهب صاحب الامام مالك ، واحتجوا في ذلك بأحاديث منها ما رواه البخاري ومسلم واللفظ له عن عـــائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يؤتى بـــالصبيان فيترك عليهم ويحنكهم ، فأتى بصبي فبال عليه فدعى بماء فأتبعه بوله ولم يغسله قلنا لم يغسله محمول على نفى المبالغة فيه ، وما ورد في الأحاديث من النضح المراد به الصب وقال في المعلم في شرح صحيح الهاني بال في ثوبه عائد إلى الصبي وهو في حجره عليه السلام على ثوب نفسه فنضح ثوبه خوفاً من أن يكون طار منه على ثوبه ، وهو بعيد ، لأن الآثار جاءت صريحة بأن المراد به النبي ﷺ .

والثالث : بول الحيوان الذي لا يؤكل لحمه فحكمه انـــه نجس مغلظ عندنا وعند

(١) هنا كلمة غير مفهومة ورسمها في الأصل – ولجازن .

وإن كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربع الثوب ، يروى ذلك عن أبي حنيفة « رح » ، لأن التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في بعض الاحكام ، وعنه ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر ، وقيل ربـــع الموضع الذي أصابه كالذيل والدخريص ،

---

الشافعي وعند الإمام مالك والفقهاء كافة « رح » بعموم قوله عليه السلام استنزهوا . وحكى عن النخعي طهارته وهو مردود ، وحكى ابن حزم الظاهري عن داود أن الأبوال كلها والأرواث كلها طاهرة من كل حيوان إلا الآدمي ، وهذا في نهاية الفساد .

والرابع : بول الحيوان الذي يؤكل لحمه فحكمه انه نجس عنـــد أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي وغيرهم رحمهم الله على ما يأتي تفصيله في النجاسة . وقال مالك وعطاء والثوري والنخعي وزفر وأحمد بوله وروثه طاهران ، واختاره الروياني وابن خزيمة من أصحاب الشافعي « رض » هكذا حكاه النووي ، والصواب في مذهب زفر أن روثـه نجس مخفف كمذهب أبي يوسف ومحمد ، وعند محمد والليث بوله طاهر وروثه .

( وإن كان ) النجس ( مخففاً كبول ما يؤكل لحمه ) كالابل والبقر والغنم (جازت الصلاة معه حتى يبلغ ربـــع الثوب ) أي إلى أن يبلغ النجس المخفف ربـــع الثوب ( يروى ذلك عن أبي حنيفة « رح » ) أي يروى جواز الصلاة مع النجس المخفف ما لم يبلغ ربع الثوب ، رواه أحمد رحمه الله عن أبي حنيفة « رض » ( لأن التقدير فيه ) أي في النجس المخفف ( بالكثير الفاحش ) في منع الصلاة ، وذلك لان الكثير ما يستكثره الناظـــر ويستفحشه ( والربع يلحق بالكل في بعض الاحكام ) كمسح الرأس وانكشاف العورة ، وفي حق المحرم وغيرها .

( وعنه ) أي عن أبي حنيفة « رض » ( ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر ) لانه أقصر الثياب ، وفيه الاحتياط ، ويقرب منه ما قال أبو بكر الرازي يعتبر السراويل احتياطاً ( وقيل ربع الموضع الذي أصابه كالذيل والدخريص ) قال في المحيط وهو الاصح وكذا قال في التحفة .

وعن أبي يوسف « رح » شبر في شبر وإنما كان مخففاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لمكان الاختلاف في نجاسته أو لتعارض النصين على اختلاف الاصلين ،

---

( وعن أبي يوسف شبر فى شبر ) أي شبر طولاً ، وشبر عرضاً ، أخذاً في باطن الخفين يعني ما يلي الأرض من الخف ، فإن باطنها يبلغ شبراً في شبر ، فيجوز تقدير الكثير الفاحش به ، وعن محمد مقدار القدمين يعني قدم في قدم ، قاله في شرح الطحاوي، وعن أبي يوسف ذراع في ذراع ذكره في المفيد . وفي الذخيرة ما روى ابراهيم عن محمد « رح » ان الكثير الفاحش في الخف الكثيرة ، وانما خص الخف والقدمين لاستدامة الضرورة في ذلـك ، لا سيا في حق سواس والدواء ، وفي المبسوط روي عن محمد أن الروث لا يمنع إن كان كثيراً فاحشاً ، وقال يمنع آخر أقواله حتى كان بالراي مع الخليفة هارون الرشيد رحمه الله تعالى فرأى في الطرف والخافات بالارواث وللناس فيها بلوى عظيمة، وقال سواء عليها طين بخارى ، وانمـا خصها لأن شتى الناس والدواب يختلط فيها مثل ديار مصر ، بخلاف المدائن وغيرها في ازقها يمشي على حدة ابن آدم ، فإن البلوى فيها أقل . وعن ابي حنيفة « رح » انه كره ان يحد لذلك حداً ، وقال الفاحش يختلف باختلاف طباع الناس توقف الامر فيه على العادة وما يستفحشه المبتلى به كما هو دأبه .

( وانما كان ) يعني بول ما يؤكل لحمه ( مخففاً عند أبي حنيفـة « رح » وأبي يوسف لمكان الاختلاف في نجاسته ) على أصل أبي يوسف « رح » فإن تخفيفها عنده انمـا ينشأ من سوغ الاجتهاد ( أو لتعارض النصين ) على أصل أبي حنيفة «رح» وها هنا حديث الاستنزاه من البول وحديث العرنيين ، فإن تخفيفها عنده ينشـأ من تعارض النصين ( على اختلاف الاصلين ) أي أصل أبي يوسف وأصل أبي حنيفة في بول ما يؤكل لحمه تعارض النصين ، وأصل أبي يوسف « رض » اختلاف العلماء وكل منهمـا على أصله في تخفيف بول ما يؤكل لحمه .

فإن قلت أصل محمد « رح » أيضاً مثل أصل أبي يوسف « رح » فلم يذكر محمداً معه . قلت لان الكلام في بول ما يؤكل لحمه وهو ليس بنجس عند محمد « رح » فكان

وإذا أصاب الثوب من الروث أو من اخثاء البقر أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة « رح » لأن النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس أو ركس

---

أصل أبي يوسف وحده في هذه المسائل ، فلذلك لم يذكره معه . وقال السغناقي وانما أخر أصل أبي حنيفة « رح » رعاية لفواصل الالفاظ ، فانها مما تراعى ألا ترى ان الله تعالى أخر خلق السموات عن خلق الارض في سورة طه في قوله ﴿ تنزيلا ممن خلق السموات العلى ﴾ وفي غيرها استمر ذلك ، وذكر خلق السموات فتدخل الارض نحو ﴿ الحمد لله الذي خلق السموات والارض ﴾ ، الانعام ، وغير ذلك من الآيات .

وقال الاكمل وأرى أن تقديمه ما كان ينافي ذلك ، ولعله من باب الترقي . قلت هذا الذي ذكره انما يراعى في كلام الفصحاء البلغاء ولا يراعى ذلك في عبارات الفقهاء ، بل هم مسامحون في عباراتهم بذكر الفاظ مخالفة لقواعد الصرف واصطلاحات النحاة ، لأن جل مقصودهم لأداء المعاني كما ستقف على ذلك في مواضع من الكتاب ان شاء الله تعالى .

( وإذا أصاب الثوب من الروث أو من خثاء البقر ) والاخثاء جمع خثى بكسر الخاء المعجمة وسكون الثاء المثلثة . قال الجوهري الخثى للبقر .قلت ولكل حيوان ذو ظلف ، والخثى بالفتح مصدر خثى البقر يخثى خثياً من باب ضرب يضرب ضرباً ( أكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة فيه عند أبي حنيفة لأن النص الوارد في نجاسته ) أي نجاسة الخثى ( وهو ) أي النص ( ما روي انه ﷺ رمى بالروثة وقال هذا رجس أو ركس ) الحديث أخرجه البخاري ، وتمامه عن عبد الرحمن بن الاسود عن أبيه عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي ﷺ أتى الغائط فأمرني ان آتيه بثلاث أحجار فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجده ووجدت روثة فأتيته بها فأخذ الحجرين والقى الروثة ، وقال هذا ركس . ورواه ابن ماجة وقال فيه هذا رجس بالجيم ، ورواه الدارقطني ثم البيهقي فزاد فيه ائتني بحجر . محتجين بذلك على وجوب الاستنجاء بثلاثة أحجار ، وسيأتي عن قريب ان شاء الله تعالى .

لم يعارضه غيره ولهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض، وقالا يجزئه حتى يفحش، لأن للاجتهاد فيه مساغاً وبهذا يثبت التخفيف عندهما، ولأن فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف،

---

( لم يعارضه غيره ) جملة في محل الرفع لأنها خبر ان في قوله – لان النص – قوله – غيره – ما روي من الحديث المذكور ( ولهذا ) أي بورود نص على التنجيس لم يعارضه نص آخر ( يثبت التغليظ ) في النجاسة فحينئذ يكون الروث والخثى من النجاسة الغليظة عند أبى حنيفة بناء على أصله ( والتخفيف بالتعارض ) أي يثبت التخفيف في النجاسة بتعارض النصين كما في حديث الاستنزاه عن البول بحديث العرنيين .

(وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( يجزئه ) أي يجزىء المصلي إن أصاب ثوبه من الروث والخثى اكثر من قدر الدرهم ( حتى يفحش ) أي حتى يصير فاحشاً وهو أن يبلغ ربع الثوب كما ذكرنا ( لأن للاجتهاد فيه ) أى التخفيف ( مساغاً ) أى جوازاً ، حاصله ان الاجتهاد كالنص ، قال الله تعالى ﴿ فاعتبروا يا أولي الأبصار ﴾ ٢ الحشر، فلما ثبت التخفيف بالنص ثبت بالاجتهاد أيضاً ، فالروث عند مالك « رح » طاهر وعند ابن أبى ليلى السرقين ليس بشيء قليله وكثيره لا يمنع الصلاة لانه وقود أهل الحرمين ، ولو كان نجساً لما استعملوه كالعذرة .

( ولهذا ) اى ويجوز الاجتهاد في هذا الحكم ( يثبت التخفيف عندهما ) أى يثبت تخفيف النجاسة عند أبى يوسف ومحمد ( ولان فيه ضرورة ) إشارة إلى التخفيف يثبت عندهما بشيء آخر وهو الضرورة ، والضمير فيه يرجع إلى الروث لامتلاء الطرق بها،هذا بيان الضرورة أى لأجل امتلاء طرق الناس بها ، أى بالروث والخثى ( وهى ) أى الضرورة ( مؤثرة في التخفيف ) أى في تخفيف النجاسة ، ألا ترى انها مؤثرة في سقوط النجاسة في الهرة ، إلا ان الضرورة ها هنا دون الضرورة هناك فأوجبنا التخفيف دون الاسقاط .

بخلاف بول الحمار ، لأن الارض تنشفه . قلنا ضرورة في النعال وقد أثرت في التخفيف مرة حتى تطهر بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بـــين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم ، وزفر « رح » فرق بينهما

---

( بخلاف بول الحمار ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقـال ان الضرورة في بول الحمار كالضرورة في روثه ، وقد قلتم بتغليظه ، وتقرير الجواب انا لا نسلم ذلـــك ( لان الارض تنشفـــه ) أى تشربه من تنشف الثوب العرق ، تنشف بكسر الشين في الماضى وفتحها في المستقبل فإذا كان كذلك قد يبقى على وجه الأرض منه شيء يبتل به المـاء بخلاف الروث .

( قلنا ان الضرورة ) التي ذكرها في الروث اشارة الى الجواب عمـــا قالا في ثبوت التخفيف في الروث انما هى ( في النعال قد أثرت في التخفيف مرة حتى يطهر بالمسح فيكتفى بمؤنتها ) أى بمؤنة الضرورة فلا يخفف في نجاستها ثانياً الحاقاً للروث بالعذرة ، فان الحكم فيها كذلك بالاتفاق .

فإن قلت هذا التعليل يخالف التعليل الذى ذكره في قدر القراءة في السفر في فصـل القراءة وهو قوله لأن للسفر أثر في اسقـــاط الصلاة ، فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى حيث يستدل بوجود التخفيف مرة على تخفيفه ثانياً هناك ، ومنعه ها هنا فما وجهه . قلت لا مخالفة بينهما في المعنى بل كل منهما في نجس ، وذلك لان سقوط شرط الصلاة في السفر من قبل رخصة الاسقاط والحكم فيها وهو أن لا يبقى العزيمة مشروعـة أصلا لسقوط العينية في المسلم ، فلما كان كذلك الساقط كأن لم يكن أصلا شيء لو أتى بالاربـع كان الفرض هو الركعتين فقط فكان في القراءة حينئذ ابتداء لا ثانياً ، فلذلك راعى المصنف « رح » لفظ الاسقاط في الركعتين ، ولفظ التخفيف في قدر القراءة اشارة إلى ما قلنا .

( ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم ) أراد بيان الأرواث كلها نجســـة نجاسة خفيفة ، وحال ذلك انه لا فرق بين علمائنا الثلاثة في أصل نجاسة الروث ، غير ان اختلافهم في الصفة ، ولم يفرق في ذلك إلا زفر أشار إليه بقوله ( وزفر فرق بينهما ) أي

فوافق أبا حنيفة في غير مأكول اللحم ، ووافقهما في المأكول ، وعن محمد « رح » أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى أن للكثير الفاحش لا يمنع أيضاً ، وقاسوا عليها طين بخاري أو عند ذلك رجوعه في الخف يروى

---

بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم ( فوافق ) أي زفر وافق ( أبا حنيفة في غير المأكول ) أي غير مأكول اللحم حيث قال ان الروث إن كان من غير مأكول اللحم فهو نجس مغلظ كما قال أبو حنيفة مطلقاً ( ووافقهما ) أي وافق أبا يوسف ومحمد « رح » ( في المأكول ) أي في مأكول اللحم ، حيث قال ان الروث ان كان من مأكول اللحم فهو نجس مخفف كما قالا مطلقاً ، لأن حل الاكل مؤثر في حق النجاسة كما في الابوال ، ولنا ما مر .

( وعن محمد انه لما دخل الري ) بفتح الراء وتشديد الياء اسم مدينة في عراق العجم كبيرة ، ويكون قدر عمارتها فرسخاً ونصفاً في مثله ، وفيها نهران جاريان وهي أيضاً وبها قبر محمد بن الحسن والكسائي وبها ولد الرشيد ، لأن المهدي تركها في خلافة المنصور وبنائها . فلذلك سمي الري المحمدية ، والنسبة إليها الراي بزيادة الياء في آخرها على غير القياس ، وكان دخول محمد الري مع هارون الرشيد ( ورأى البلوى ) أي بلية الناس في الارواث ( فافتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضاً ) لما فيه من البلوى ( وقاسوا عليه ) أي قياس مشايخ بخارى على قياس قول محمد « رح » ( طين بخارى ) وإن فحش لما فيه من الضرورة ، وإن كان ترابه مختلطاً بالعذرات ، ويبتني على هذا مسألة معروفة وهي ان الماء والتراب إذا اختلطا وصارا طيناً واحدهما نجس ، فقيل العبرة فيه للماء وقيل للتراب وقيل للغالب ، وقيل أيهما كان طاهراً فالطين طاهر ، وبه قال الاكثر ، وقيل ان كانا نجسين فالطين طاهر ، لانه صار شيئاً آخر كالخمر إذا تخللت ، والكلب والخنزير إذا صارا ملحاً في المملحة ( أو عند ذلك ) أي عند دخول محمد الري وقرينة البلوى ( رجوعه في الخف يروى ) أي رجوعه عن قوله في الخف بأنه لا يطهر به بالدلك يروى عنه وقد

وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » لا تمنع وان فحش لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند أبي يوسف « رح » ولحمه مأكول عندهما . أما عند أبي حنيفة « رح » فالتخفيف لتعارض الآثار ،

---

تقدم ان مذهبه ان النجاسة التي لها جرم إذا أصابت الخف لا يجزىء فيها الدلك ، بل يشترط فيها الغسل فرجع عن قوله هذا الى قولهما فقال لا يجزىء فيها الدلك ، ولا يحتاج إلى الغسل لما رأى من كثرة السرقين في طريق الري وكثر الزحام.

( وإن أصابه ) أي الثوب ( بول الفرس لم يفسده ) أي الثوب يعني لم يضره ( حتى يفحش ) أي حتى يصير فاحشاً بأن يبلغ ربع الثوب ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) وكل واحد منهما مشى على أصله ، أما عند أبي حنيفة فالفرس غير مأكول وبوله نجس مخفف لتعارض الآثار ، ولولا التعارض لكان نجساً مغلظاً على أصله ، وأما عند أبي يوسف فلأنه مأكول وبوله مخفف وبقي الكلام في قول محمد فعنده بول الفرس طاهر .

أشار إليه بقوله ( وعند محمد لا يمنع ) اى لا يمنع جواز الصلاة ( وإن فحش ) يعني وان صار فاحشاً بأن زاد على الربع ( لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده ) أي عند محمد « رح » ( فخفف نجاسته ) أي نجاسة بول الفرس ( عندأبي يوسف )على ماذكرنا، وأشار الى مبنى كلامهم بقوله ( ولحمه مأكول عندهما ) أي لحم الفرس ما يؤكل عند أبي يوسف ومحمد وكل منهما على أصله .

وبقي الكلام في قول أبي حنيفة أشار إليه بقوله ( وأما عند أبي حنيفة فالتخفيف) في بول الفرس ( لتعارض الآثار ) فإن حديث العرنيين يدل على طهارة البول في الجملة ، وحديث استنزهوا من البول يدل بعمومه على نجاسة البول مطلقاً .

فإن قلت التعارض انما يتحقق إن جهل التاريخ ، وفي حديث العرنيين دلالة التقدم ،

وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيــه عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا يجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاســة وقد قيل في المقدار

---

لأن فيه المثلة فيكون منسوخاً فلا تعارض بين الناسخ والمنسوخ . قلت أجــاب الاكمل أخذاً من كلام السفناقي بقوله سلمنا أن فيها تعارضاً ولكنه في بول ما يؤكل لحمه والفرس عنده غير مأكول ، والكراهة فيه كراهة التحريم فيكون بوله نجساً مغلظاً . ثم أجاب عنه بمــا ملخصه بأن حرمة الفرس لم تكن لنجاسته ، بل تحرزاً عن تقليل مادة الجهاد فكان لحمــه طاهراً ، ولهذا قال بطهارة سؤرة ، ولكن يتحقق التعارض فى بوله فيكون مخففاً .

قلت طول الاكمل بما يشوش الناظر وخلاصة الجواب أن يقال ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير ان الفرس يؤكل لحمها ، وهو قولهم جميعاً يعني عند أبي حنيفة أيضــاً يؤكل ، وانما كره للتنزه وهو المحابي عن قطع مادة الجهاد ، والكراهة لا تمنع الاباحة كأكل لحم البقرة الجلالة قبل التنقية ، فان بوله كبول ما يؤكل لحمــه ، وقيل أراد بالتعارض تعارض الآثار فى لحمه ، فإنه روي انه ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال ، وروي انه ﷺ اذن فى لحوم الخيل ، فهذا يوجب قولاً في تخفيف بوله لأنه مأكول من وجه فلا يكون كبول الكلب والحمار .

( وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور ) أى وإن أصاب الثوب خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور مثل الصقر والبازي والشاهين ونحوها ( اكثر من قدر الدرهم ) اكثر منصوب ، لأنه حال من الخرء ( أجزأت الصلاة فيه ) أى فى ذلك الثوب ( عنــد أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد لا يجوز ، وقد قيل ) قائله الكرخى ( ان الاختلاف فى النجاسة ) يعنى انه طاهر عندهما ونجس عند محمد كاللحوم .

( وقد قيل ) قائله أبو جعفر الهندواني ( فى المقدار ) يعنى انــه نجس بالاتفاق ،

وهو الأصح هو يقول ان التخفيف للضرورة ، ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ، ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر

---

لكنه خفيف عند أبي حنيفة غليظ عندهما ، وأبو يوسف مع أبي حنيفة « رح » على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني كما هو صريح في المنظومة ، والمختلف ولا يفهم هذا من لفظ الهداية ، بل الذي يفهم منه ان أبا يوسف في الجامع الصغير مع أبي حنيفة على الروايتين جميعاً ، وجعل فخر الاسلام قول ابي يوسف في الجامع الصغير مع أبي حنيفة على رواية خفة نجاسة الخرء ، وعلى رواية طهارته ( وهو الأصح ) أي كون الاختلاف في المقدار هو الاصح ، نص عليه في الجامع قاضي خان والمحيط ، لأنه مما حاله طبع الحيوان إلى نتن وفساد ، ولكن ذكر في المبسوطين ومحيط السرخسي خلاف هذا فقال ليس لما ينفصل من الطيور نتن وخبث رائحة ولا ينحى شيء من الطيور عن المساجد ، فعرفنا ان خرء الجميع طاهر ، ولانه لا فرق في الخرء بين مايؤكل لحمه وبين ما لا يؤكل لحمه .

وفي المجتبي قيل خرء الحمار نجس إن كان سلطا لكثرة علفها . وقال النووي خرء الدجاج طاهر للبلوى ، وخرء دود القز والفأرة وبولها نجس، وعن محمد لا بأس ببولها وبول السنور الذي قعتاد من البول على الثياب لا بأس به للبلوى، وعن محمد بوله طاهر وبه قال أبو نصر ، وقيل خفيفة ، وفي الايضاح وبول الخنافس وخرؤها ليس بشيء لتعذر الاحتراز عنة ، وخرء الحمام والعصفور طاهر .

( هو يقول ان التخفيف للضرورة ) أي محمد يقول بتخفيف النجاسة انما يكون للضرورة ( ولا ضرورة ها هنا لعدم المخالطة ) أي لعدم مخالطة هذه الطيور التي لايؤكل لحمها مع الناس ولا تأوي البيوت ( فلا تخفف ) بل تغلظ بخلاف الحمام والعصفور لوجود المخالطة فيهما .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( انها ) أي ان هذه الطيور ( تذرق من الهواء ) بالذال المعجمة ، من ذرق يذرق من باب نصر ينصر وضرب يضرب ، ومعناه ذرق ، وذرق الطائر خرؤه ( والتحامي عنه متعذر ) أي التحفظ عنه صعب ، لأنه يأتي بغتة من

فتحققت الضرورة ، ولو وقع في الإناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه . وإن أصابه من دم السمك أو من لعاب البغل أو الحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه ، أما دم السمك فلأنه ليس بدم على التحقيق .

---

غير روية ( فتحققت الضرورة ) فتحققت البلوى .

( ولو وقع ) خرء طير من هذه الطيور ( في الإناء قيل يفسده ) أي يفسد ما في الإناء ، سواء كان ماء أو غيره من المائعات ، وقال هذا أبو بكر الأعمش لإمكان صون الإناء بالتغطية ونحوها ( وقيل لا يفسده ) قائله الكرخي ( لتعذر صون الأواني عنه ) أي عن الخرء المذكور ، ولهذا قالوا يفسده خرء الدجاج لأنه لا ضرورة فيه حيث يمكن صون الأواني عنه .

( وإن أصابه ) أي الثوب ( دم السمك أو لعاب البغل أو الحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه ) أي في ذلك الثوب ( أما دم السمك فليس بدم على التحقيق ) لأن الدم على التحقيق يسود إذا شمس ، ودم السمك يبيض ، ولهذا يحل تناوله من غير ذكاة ، ولأن طبع الدم حار وطبع الماء بارد ، فلو كان للسمك دم لم يدم سكونه في الماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام انه ما أخذ أى ما يتغير ، وقال بعضهم هو دم ولكنه طاهر ، لأنه لو كان نجساً لأمر بالطهارة فصار حكمه حكم الكبد والطحال ودم يبقى في العروق ، كذا في الإيضاح ، وفيه انه ما يلون ، لأن الدم لا يمكن في .

فإن قلت أثبت المصنف « رح » أولاً انه دم ثم نفاه وهذا تناقض . قلت أجاب الاترازي بأنه أراد بالاثبات صورة الدم وبالنفي حقيقة الدم . قلت يجوز أن يقال ان الاثبات بالنسبة إلى قول من قال انه دم حقيقة والنفي بالنسبة إلى قول الجمهور انه ليس بدم على التحقيق ، وقال أبو يوسف في قول الشافعي هو نجس الحاقاً بسائر الدماء وهو ضعيف ، ودم البق والبراغيث ليس بشيء ، وبه قال مالك وأحمد في رواية لأنه ليس بمسفوح ، والمسفوح ، ودم الحدأة والأوزاغ نجس لأنه دم سائل وما يبقى في العروق

فلا يكون نجساً . وعن أبي يوسف « رح » انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجساً . وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر ، فإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الابر فذلك ليس بشيء ،

---

واللحم طاهر لا يمنع جواز الصلاة وإن كثر لأنه ليس بمسفوح ، ولهذا حل تناوله . وعن أبي يوسف انه معفو عنه في الثياب لعدم الاحتراز فيه دون الثوب .

( فلا يكون نجساً ) هذا نتيجة قوله — فلأنه ليس بدم على التحقيق — فإذا لم يكن دماً حقيقة فلا يكون نجساً فلا يمنع الصلاة .

( وعن أبي يوسف « رح » انه اعتبر فيه ) أي في دم السمك ( الكثيرالفاحشفاعتبره نجساً ) مخففاً للضرورة ، وهــذه رواية المعلى عنه .

( وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه ) كسؤرها ، ومعنى الشك تقدم ( فلا يتنجس به الطاهر ) أي لا يتنجس بالمشكوك فيه الثوب الطــاهر ، فلا يمنع جواز الصلاة وإن كثر ، وعن أبي يوسف أن لعاب البغل والحمار يمنعان جواز الصلاة إذا كثر ، لأن اللعاب يتولد من اللحم النجس .

( وان انتضح ) أي وان ترشرش ، وهو بالضاد المعجمة والحاء المهملة ( عليه ) أي على المصلي (البول)أراد به البول الذي أجمع على نجاسته بالتغليظ ( مثل رؤوس الابر )بكسر الهمزة وفتح الباء الموحدة جمع إبرة الخياط ( فذلك ليس بشيء ) أي ليس بشيء معتبر ، ولا مانع من جواز الصلاة معه .

فإن قلت هذا شيء لأنه موجود فكيف يصح نفيه . قلت من التفسير يعلم جوابه . وفي الكافي أما لو انتضح مثل رؤوس المسألة .. يمنع لعدم الضرورة ، وعن الفقيه أبي جعفر ما قال محمد « رح » في الكتاب مثل رؤوس الابر دليل على ان الجــانب الآخر من الابر معتبر ، وغيره من المشايخ لا يعتبر الجانبين دفعاً للحرج . ولو انتضح ويرى أثره لا بد من غسله ، وإن لم يغسل حتى صلى به وهو بحال لو جمع كان أكثرمن الدرهم أعاد كذا ذكرالبقالي والمحبوبي في جامعه .

لأنه لا يستطاع الامتناع عنه . قال والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية ، فما كان منها مرئياً فطهارتها بزوال عينها ، لأن النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزواله إلا أن يبقى من أثرها ما يشق ازالته لأن الحرج مدفوع .

---

( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا يستطاع الامتناع عنه ) خصوصاً في مهب الرياح .

( قال ) أي القدوري ( والنجاسة ضربان ) أي نوعان ( مرئية ) أي يرى بالعين ويدرك بالنظر كالدم والعذرة ، والآخر لا يرى ولا يدرك بالنظر وهو معنى قوله ( وغير مرئية ) كالبول ونحوه ( فما كان منها ) أي من النجاسة ( مرئياً فطهارتها بزوال عينها ) أي عين النجاسة من غير اشتراط عدد فيه ( لأن النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها ) أي بزوال العين ، وفي بعض النسخ بزواله بالضمير المذكر ، أي بزوال العين أيضاً .

( إلا أن يبقى من أثرها ما يشق إزالته لأن الحرج مدفوع ) الكلام فيه في مواضع . الأول : في الاستثناء ، قال السغناقي ما ملخصه ان المستثنى منه محذوف غير مذكور لفظاً، لأن استثناء الأثر من العين لا يصح ، لأنه ليس من جنسه فكان تقديره ؛ فطهارته زوال عينه وأثره ، إلا أن يبقى من أثره ما يشق إزالته ، ثم استشكل بأن حذف المستثنى منه في المثبت فلا يجوز ، فلا يقال ضربني إلا زيد ، ثم استدرك ذلك بأن هذا لا يجوز عند استقامة المعنى وعند عدم الاستقامة يجوز بقولك قرأت إلا يوم كذا ، لأنه يجوز أن يقرأ الايام كلها إلا يوماً ، بخلاف ضربني إلا زيد فإنه لا يستقيم أن يضربه كل ويستثني زيد ، وهذا من قبيل ما يستقيم فيه المعنى ، فإن قولك فطهارته زوال عينه وأثره في جميع الصور إلا في صورة تشق إزالة أثره مستقيم وهو صاحب الدراية أخذ هذا يومئذ في شرحه . وأما الأكمل فإنه قال وهذا استثناء العرض من العين فيكون منقطعاً .

قلت لم يكن له حاجة إلى ادعاء حذف المستثنى منه ولا الاستشكال ، والجواب عنه بل الأوجه ها هنا أن يقول إلا ها هنا استثناء من قوله — فتزول بزوالها — والمعنى

فالنجاسة لا تبقى بزوال عينها كما حمل لفظ يأبى في قوله تعالى ﴿ ويـــأبى الله الا أن يتم نوره ﴾ ٢٣ التوبة ، على معنى لا يريد بهما بمعنى واحد ، وكذلك هاهنا معنى قوله فتزول ، فلا يبقى فحينئذ وجد الشرط في هذا الاستثناء وهو كون الكلام غير إيجاب ، فيكون معنى فتزول النجاسة فلا تبقى النجاسة فتزول عنها إلا ببقاء أثرها الذي يشق إزالته ، فإنه معنوي فيجيء كلام الأكمل وهو استثناء العرض من العين فانتفى قول السفناقي ، لأن استثناء الأثر من العين لا يصح .

الثاني : أن المراد من الأثر هو اللون والرائحة وتعريفهم المشقة بالاحتياج في قلعه إلى شيء آخر نحو الصابون والحرص وغيرها ، ومنه قال الأكمل ما يشق إزالته بالاحتياج إلى الازالة إلى غير الماء كالصابون والاشنان ، قلت هذا التفسير ليس بشيء لأن المعنى ليس على هذا بل المعنى الذي يقتضيه التركيب عدم إزالة الأثر بالماء لا يضر ، والدليل عليه حديث خولة بنت قتادة سألت النبي ﷺ عن دم الحيض فقال اغسليه فقلت يغسل فيبقى فقال ﷺ ولا يضرك أثره ، أخرجـه أبو داود في رواية ابن الاعرابي والبيهقي من طريقين . وقال ابراهيم الحربي لم يسمع خولة بنت يسار إلا في هـــذا الحديث ، ورواه الطبراني في الكبير من حديث خولة بنت حكيم ، ووهم ابن أبي رفعة حيث عزاه إلى أبي داود وليس كذلك فادم أبا داود وانما رواه من حديث خولة بنت يسار كما ذكــرنا ، ولأن الأثر إذا لم يزل كان ذلك ضرورة فيسقط بها حكم النجاسة ، ولان الاثر عبارة عن اللون والنجاسة ما كانت باعتبار اللون بل باعتبار العين والنتن وقدر الاقل .

فإن قلت روى أبو داود عن معاذة قالت سألت عائشة رضي الله عنهـا عن الحائض يصيب ثوبها الدم ، قالت تغسله ، فإن لم يذهب أثره فغيره بشيء من صفرة ، وفي روايـــة الدارمي باصفرار الزعفران ، فهذا يدل ان الاحتياج إلى شيء غير الماء . قلت هـــذا موقوف وأيضاً فلا يدل على ان الاحتياج المذكور ضروري ، وإنما أمرت عائشة رضي الله عنها بذلك لتغيير اللون لا للازالة ، فإن ذلك يشق وفيه حرج وهو مدفوع .

فإن قلت روى أبو داود وغيره حديث أم قيس بنت محصن تقول سألت النبي ﷺ عن

وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وإن زال بالغسل مرة واحدة ، وفيـــه كلام ، وما ليس بمرئي فطهارته أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر ،

---

دم الحيض يكون في الثوب ، قال حكيه بضلع وماء وسدر ففيه اضافة سدر إلى المـاء . قلت إنما أمرها مبالغة في الانقاء وقطع أثر دم الحيض لا غير ، واسم ام قيس اميمة ، قاله السهيلي وقيل خزامة ويعفى بقاء ريحه بعد زوال العين . قال الكرخي في شرح الجـامع الصغير الثوب أصابته نجاسة كثيرة فغسل وبقيت رائحتها لم يكن لها حكم ، وقـــال الاترازي في هذا الموضع إلا إذا بقي ما في إزالته مشقة بأن لا يزول بالماء الصرف كاللون فيعفى عنه ذلـــك لقوله ﷺ في دم الحيض حتيه ثم اقـرضيه ثم اغسليه بالمـــاء ولا يضرك أثره .

قلت ولم يبين أحد هذا الحديث ولا من خرجه ويحتج به تمامـــاً . والحديث رواه أبو داود من حديث أسماء بنت أبي بكر ، قالت سألت امرأة رسول الله ﷺ فقالت يـــا رسول الله ﷺ أرأيت أحدنا إذا أصاب ثوبها الدم من الحيضة كيف تصنع قـــال حتيه ثم اقرضيه بالماء ثم انضحيه وليس فيه ولا يضرك أثره .

**الموضع الثالث :** فيه إشارة إلى ان عين النجاسة اذا زالت بمرة واحدة لايحتاج إلى غسل بعده ، أشار إليه بقوله ( وهذا ) أي لفظ القدوري ( يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين ) أي عين النجاسة ( وان زالت بالغسل مرة واحدة ) كلمة ان واصلة بمـــا قبله ، والمعطوف عليه في الحقيقة محذوف تقديره ان لم يزل وان زالـــت ( وفيه كلام ) أي اختلاف المشايخ . وقال الهندواني والطحاوى يغسل مرتين بعد زوال العين ، وقال بعضهم يطهر وان كانت بمرة واحدة كذا في المبسوط ، وفي جامع الكردرى يغسل ثلاثاً بعده ، وكذا في فخر الاسلام يغسل ثلاثاً بعد زوال العين ذكره في الجامع الكبير .

( وما ليس بمرئي ) أي النجس الذى لا يرى بالعين ( فطهارته أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر ) لان الظن أصل في الشرع

فإن قلت لو غسل الصبي أو المجنون طهر ولا ظن ، قلت غسلهما مثل المـــاء الذى

لأن التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة ، وإنما قدروا بالثلاث لأن غالب الظن يحصل عنده فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيراً ، ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لأنه هو المستخرج

---

جرى على الثوب النجس وغلب على ظنها زوال نجاسته زوال استعماله ولا نجاسة ها هنا .

( لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله ) يعني لا يعلم قطعا ويقينا بزوال ما ليس بمرئى ( فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة ) اذا اشتبهت ( وانما قدروا بالثلاث ) يعني انما قدر المشايخ المتقدمون بالثلاث ( لان غالب الظن يحصل عندهم ) أى عند الثلاث ( فأقيم السبب الظاهر ) وهو الثلاث ( مقامه ) بضم الميم ، أى مقام غالب الظن ( تيسيراً ) أي جرى التيسير لاجل التيسير وهو منصوب لانه مفعول ( ويتأيد ذلك ) أي يتأيد تقدير الثلاث ( بحديث المستيقظ من منامه ) وهو قوله ﷺ اذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثاً ، وقد مر هذا مع مافيه من الاحكام والابحاث في أول الكتاب ، وقد شرط ثلاث في النجاسة الموهومة ، ففى النجاسة المتحققة أولى .

( ثم لا بد من العصر في كل مرة ) لأن العصر له قوة الاستخراج ( في ظاهر الرواية ) احترز به عما روي عن محمد في غير رواية الأصول انه اذا غسل ثلاثاً وعصر في الثالثة يطهر .

ثم اعلم ان اشتراط العصر فيما ينعصر بالعصر ، اما فيما لا ينعصر كالحنطة إذا تنجست بمائع والجرد والحديد والسكين المموه ممـا ينجس والحصير إذا تنجس فعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة فيطهر . وقال محمد لا يطهر ابداً لأن النجاسة لا تزول إلا بالعصر ، ولأبي يوسف ان التجفيف يقوم مقام العصر في الاستخراج إذ لا طريق سواه .

( لأنه هو المستخرج ) أي لأن العصر هو الذي يستخرج النجاسة .

فروع . اذا انتضح من الغسالة المنفصلة من المرة الاولى وجب غسله ثلاثا في ظاهر المذهب ، وفي رواية الطحاوي « رح » يغسل مرتين ، وفي المرة الثانية يغسل مرتين بعصر ، وفي الثالثة مرة . وعند الشافعي والحنابلة على اعتبار العدد ، والنفع شرط عندهم في جميع النجاسات ، ذكره ابن قدامة فى المغني والنووي ، وفي شرح المهذب اغتسل جنب فى عشر آبار افسدها ولا يجزئه غسله عند أبى يوسف وعند محمد يخرج من الثانية طاهراً سواء كان على بدنه نجاسة حقيقية ، أو لم يكن ، فان كانت على بدنه منها شيء فالمياه الثلاثة نجسة وما بعدها مستعملة ، وإن لم يكن فالمياه الثلاثة مستعملة، وكذا لو أدخل يده في عشر أواني فطهر عندهما ولا يطهر عند أبي يوسف وفي عشر جرار خل يطهر عند أبي حنيفة « رح » ولايطهر عند محمد ، كذا في المحيط .

وقعت فأرة في خمر وماتت ثم صارت الخمر خلا ، قيل يباح أكله وقيل لا ، وقيل ان انتفخت لا يحل وإلا حل ، هذا إذا أخرجت قبل أن يصير الخمر خلاً ، ولو صارت خلاً والفأرة فيها لا تحل .

ولو وقع الكلب في العصير ثم تخمر ثم تخلل يجب أن يكون نجساً ، ولو وقع خرء الفأرة في زفر حنطة وطحنت لم يجز اكلها ويفسد الدهن عن الحسن بن زياد،وقال محمدبن مقاتل الرازي لا يفسد الدهن ولا الحنطة ما لم يتغير طعمه . وفي المرغيناني يرمى خرء الفأرة من الخبز ويؤكل اذا كان صلباً . ولو وقع في الدهن أو الماء لا يفسده ، وكذا في الحنطة إذا كان قليلا . وفي مسائل الشيخ الزاهد أبي حفص لا يفسد الخل ولا الرب ، وعن أبي اسحاق الضرير لو كان لي لشربته .

وبول الهرة نجس إلا قولاً شاذاً . والدودة الساقطة من السبيلين نجسة ، وذكر الفقيه أبو حفص في غرائب الرواية انها طاهرة ، وان سقطت من اللحم فهي طاهرة أيضاً .

وجرة البعير بكسر الجيم وتشديد الراء ما يخرج من جوفه من الاحتراز نجسة ، وبه قال الشافعي ، والحمار لو شرب من العصير لا يجوز شربه ، وقال محمد بن مقاتل لا بأس بشربه . وقال أبو الليث هذا خلاف قول أصحابنا .

بخار النجاسة إذا تجمد ثم سال نجس . وقال في المرغيناني لا ينجس في الصحيـــح .
موضع الحجامة يمسح بثلاث خروق رطاب ، ويجزئه عن الغسل ذكره أبو الليث ، وعن
أبي يوسف يشترط غسله الحصير النجس ان كانت نجاسته يابسة دلكه ، وان كانت
رطبـــة أجرى عليه الماء ثلاث مرات ، وفي الذخيرة يطهر عند أبي يوسف « رح »
خلافاً لمحمد .

والبساط يجعل في نهر جار ليلة يطهر العذرة إذا صارت تراباً ، قيل تطهر كالحمـــار
الميت إذا وقع في المملحة حتى صار ملحاً عند محمد . قال في الذخيرة عندهما وعنـــد
قول أبي يوسف نجس ، وكذا السرقين والعذرة اذا احرقت بالنار وصارت رماداً فهي على
هذا الخلاف . وفي الفتاوى رأس الشاة إذا أحرق حتى زال الدم تطهر ، وكذا بلة التنور
النجسة تزول بالاحراق وعند الشافعي الاعيان النجسة لا تطهر بالاحراق بالنـــار .
وقال في الحضري منهم رماد هذه الاشياء طاهرة ، وفي دخان النجاســة وجهان
مشهوران عندهم .

وفي الذخيرة لا توقيت في إزالة النجاسة إذا أصابت الحجر أو الآجر والاواني بـــل
يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل طهارتها ولا يبقى لهـــا رائحة ولا طعم ولا لون وسواء
كانت الآنية من خذف أو غيره أو كانت قديمة أو حديثه ، وعن محمد ان الخذف الجديد
لا يطهر أبداً . وفي المرغيناني حانة الخمر لو غسلت ثلاث مرات تطهر إذا لم تبق لهـــا
رائحة الخمر ، وان بقيت لا . ولو صب الماء في الخمر ثم صارت خلا تطهر في الصحيح .
الحنطة المتنجسة قبل أن تنتفخ تغسل ثلاثاً وتؤكل إذا لم يبق لها رائحة ولا طعم .
وفي شـــرح الطحاوي لا يحل وهو قول محمد « رح » ، وان طبخت بالخمر حتى استمر
بطبخ بعده ثلاث مرات تنتفخ في كل مرة ويجفف بعد كل طبخة . وعن أبي حنيفة إذا
طبخت بالخمر لا تطهر أبداً لقول محمـــد . ولو وقعت الحنطة في الخمر ثم قلبت لا تطهر
أبداً . والدقيق إذا أصابته الخمر لا يؤكل وليس له حيلة .

وفي الذخيرة صب خمر في قدر قبل الغليان يطهر اللحم بالغسل ثلاثاً وبعده لا يطهر ،

وقيل يغلى ثلاث مرات كل مرة بماء طاهر ويجفف في كل مرة ويجففه بالزبد . والخبز الذي عجن بالخمر لا يطهر بالغسل ولو صب فيه الخل وذهب أثرها يطهر . ولو صبغ يده بحناء نجس أو شعره بأن خلط ببول أو خمر أو دم فغسله فزالت العين وبقي اللون فهو طاهر وهو الصحيح . قال صاحب الحاوي فان قلنا لا يطهر وكان عليها شعر كاللحية لا يلزمه حلقها بل يصلي ، فإذا اتصل عاد الصلاة وكذا على البدن ، وان كان مما لا يصل كالوسم فإن أمن التلف يلزمه قطعه ، وإن جاوز وكان غيره اكرهه عليه تركه وإن كان هو الذي فعل فوجهان ، ولو غسل يده من دهن نجس طهرت ولا يضره أثر الدهن على الأصح.

ولو تنجس العسل يكفأ ويصب عليه الماء ويغلى حتى يعود إلى المقدار الأول، هكذا يفعل ثلاثاً ، وعلى هذا الدبس الخبث اذا اتزروا في الحمام وصب الماء على جسده ثم صب الماء على الازار يحكم بطهارته ا.

امرأة تتحرت التنور ثم مسحته بخرقة مبتلة نجسة ثم حرقت فيه ، فإن أكلت حرارة النار البلة قبل الصاق الخبز بالتنور لا ينجس الخبز .

المسك حلال على كل حال يؤكل في الطعام ويجعل في الأدوية وان كان أصله دماً على ما قيل بعد . وأما الزباد ان كان لبن سنور في البحر طاهر وعرق سنور برى كما قيل فهو العرق غير مأكول اللحم .

الذي صلى ومعه جلد حية اكثر من قدر الدرهم لا تجوز صلاته وان كانت مذبوحة وأما قميص الحية ففيه اختلاف المشايخ ، فقيل انه نجس ، وقيل انه طاهر . وأشار شمس الأئمة إلى الصحيح انه طاهر.الماء الذي يسيل من فم النائم طاهر في الأصح .

## ( فصل في الاستنجاء )

أي هذا فصل في بيان الاستنجاء وأحكام الكلام ، فيه أنواع .

الأول : انه ذكر هذا الفصل في هذا الباب ، لأن الإستنجاء إزالة النجاسة العينية ، فذكره أشق ، وأيضاً اتبع المصنف فيه القدوري وهو اتبع محمداً في انه لم يورده عند ذكر سنن الوضوء . وقيل فيه أوجه أخرى لا طائل [1] تحتها .

الثاني : في معنى الإستنجاء وهوعلى وزن استفعال ،تقول استنجى يستنجي استنجاء ، والسين فيه للطلب وهو على قسمين ، أحدهما صريح نحو استكتبته ، أي طلبت منه الكتابة . والثاني أن يكون تقديراً نحو استخرجت الوتد من الحائط ، فليس هنا طلب صريح بل المعنى له أول المطلق والحبلى حتى يخرج ، ونزل ذلك منزلة الطلب .

فإن قلت الإستنجاء من أيها . قلت من الثاني ، فإن المستنجي لم يزل يتلطف حتى يزول النجو عن موضعه ، وهذا هو التحقيق هنا .

واكثر الشراح قالوا السين للطلب وسكتوا عليه ، وليس ذلك يفيد المقصود على ما لا يخفى ، والنجو ما يخرج من البطن ، يقال نجى وانجى اذا أحدث ، يقال نجى الغائطة نفسه ينجو . وقال الأصمعي استنجى أي مسح موضع النجو أو غسله وله هذه المادة معان ، يقال نجوت من كذا نجا فممدود نجاه مقصورة العدد منجاة ، ونجوت أيضاً نجاء ممدود أي أسرعت وانبعثت ، واستنجى أي اسرع ونجوت فلاناً إذا اسكنه ونجوت حلمه البعير عنه والحدم إذا اسلحه والجا مقصور جلد اسحد النحل إذا التقطت رطبها عن الأصمعي ، وقال أيضاً نجوت غصون الشجرة اذا قطعها ، والنجاة القصر والجمع نجا والنجو السحاب الذي أقصاه والجمع نجا بكسر النون ، والجاة المكان المرتفع لايعلوه السيل والبحر السرقين ، قال بحرته نجواً ساررته ، وكذلك ناجيته ، والنجوى اسم ومصدر . وفي المغرب نجى وأنجى إذا أحدث وأصله من النجوة وهو المكان المرتفع لأنه يتستر بها

(١) في الأصل — أوجه أخرى وطائل تحتها — اه مصححه .

وقت قضاء الحاجة ، ثم قالوا استنجى إذا مسح موضع النجو وهو ما يخرج من البطن أو غسله ، وقيل من نجى الجلد إذا مر ، قلت يمكن أن يراعى المعاني المشهورة في لفظ الإستنجاء في هذا الباب

الثاني : ان معنى الإستنجاء والإستطابة والإستجمار وكلها عبارة عن ازالة الجاري من السبيلين عن مخرجه ، فالإستنجاء والإستنضاف يكونان بالماء وغيره كالحجر ونحوه ، والإستجمار يختص بالاحجار مأخوذ من الجمار وهي الحصى الصغار والإستطابة أعم من الطيب لأنه يطيب نفسه بازالة الخبث . قلت فعلى هذا الإستطابة أعم ويبقى الإستنجاء والإستنقاء والإستبراء والإستنزاه . فالإستنجاء قد ذكرناه .

والإستنقاء طلب النقاوة بالحجر والمدر أو نحوهما . وقال بعضهم هو ان يدلك مقعدته حتى تذهب الرائحة الكريهة وذلك بيده اليسرى . وقال بعضهم هو أن يدلك مقعدته حتى يتيقن انها قربت الجفاف . وقال بعضهم هو أن ينشف بالمشقة [1] أو بالخرقة حتى لا يقطر منه شيء من الماء المستعمل على الثوب .

وأما الإستبراء فهو طلب البراءة ، وهو أن يركض برجله على الأرض حتى يزول عنه [2] الطبيعية .

وأما الإستنزاه فهو طلب النزه بضم النون وسكون الزاء المعجمة وهو البعد من البول .

النوع الثالث : في آداب الإستنجاء وقضاء الحاجة الابعاد روى مسلم من حديث المغيرة ، قال انطلق رسول الله ﷺ حتى توارى عنا فقضاء قضاء حاجته . وروى أبو داود والترمذي انه ﷺ كان إذا ذهب أبعدوا عراب النبل ، روى محمد بن الحسن عن عيسى بن أبي عيسى الخياط عن الشعبي عن عمر سمع النبي ﷺ يقول اتقوا الملاعن الثلاث ، وأعدوا النبل رواه أبو عبيد عن محمد بن الحسن ، وقال سمعته يقول النبل هي الحجارة

---

(١) ربما أراد — بالمنشفة — اه مصححه .

(٢) كلمة غير مقروءة في الأصل وربما هي — بزواله .

للإستنجاء وهو بضم النون وفتح الباء الموحدة قاله الأصمعي وقال أبو عبيد والمحدثون يقولون النبل بالفتح سميت نبلا اصغرها ، وهذا من الأضداد يقال للعظام نيل وللصغار نيل والكبير لقضاء حاجة .

وعن عبد الله بن جعفر قال كان أحب ما استنزه به رسول الله ﷺ لقضاء حاجته هدف أو حائش نخل ، رواه مسلم وقال الفارس الهدف كل شيء عظيم ، وقيل ما ارتفع من الأرض للبقال والحائش بالحاء المهملة والشين المعجمة جماعة النحل وادامة الستر حتى يدنو من الأرض ، وعن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه السلام كان إذا أراد قضاء حاجة لا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض ، رواه أبو داود وابن ديان المكان للبول عن أبي موسى الأشعري واسمه عبد الله بن قيس مع رسول الله ﷺ ذات يوم فأراد أن يبول فأتى دمثاً في أصل جدار قبال ، ثم قال إذا أراد أحدكم أن يبول فليرتد لبوله ، الدمث بفتح الدال المهملة والميم المكان اللين السهل وكراهة البول في الهواء عن أبي هريرة رضي الله عنه انه عليه السلام كان يكره البول في الهواء .

وفي مسند أبي يوسف النعر وهو ضعيف، وفي حديث الحضرمي وكان من أصحاب رسول الله ﷺ انه عليه الصلاة والسلام قال إذا بال أحدكم فلا يستقبل الريح ببوله فيرد عليه، ذكره في الامام. الخاتم عليه اسم الله عن أنس رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ إذا دخل الخلاء وضع خاتمه ، رواه أبو داود وقال منكر ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وكراهة ذكر الله في الخلاء ، روي عن ابن عباس هكذا وهو قول عطاء ومجاهد والشعبي وعكرمة وبه قال أصحابنا وهو الاحتياط بتركها لإسم الله تعالى واحتراماً له .

وروي عن مالك والنخعي واباحته واتقاء الملاء روى أبو داود من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ اتقوا الملاء عن الثلاثة البراز في الموارد وقارعة الطرق والظل والموارد والطرق إلى الماء ، والبراز بكسر الباء الموحدة كناية عن الغائط .

وروى أبو داود أيضاً عن عبد الله بن سرخس أنه عليه السلام نهى أن يبال في الحجر ، قال قتادة ويقال انها مساكن الجن ، وفي المراسيل عن مكحول نهى رسول الله ﷺ أن يبال في أبواب المساجد وعن أبي مجلس انه ﷺ أمر عمر ان نهى عنه ان يبال في قبلة المسجد ، وعن أبي هريرة لا يبولن أحدكم في الماء الناقع أخرجه ابن ماجة الناقع بالنون والقاف الماء المجتمع ، وعنه ﷺ انه نهى عن البول في المغتسل رواه أبو داود والنسائي والدارمي .

وعن عبد الله بن معقل قال رسول الله ﷺ في مسحه فإن عامة الوسواس منه أخرجه الأربعة ويجتنب القعى في قضاء الحاجة عن أبي هريره رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ من جلس على قبر يتغوط أو يبول فكأنما جلس على جمرة ، أخرجه أبو جعفر البغوي ما جاء من الذكر عند دخول الخلاء فليقل إني أعوذ بك من الخبث والخبائث ، أخرجه الجماعة . والخبث بضمتين جمع خبيث والخبائث جمع خبيثة ، فاستعاذ عليه السلام من ذكران الجن وأناثهم ، وقال الخطابي وعامة المحدثين يقولون بسكون الباء وهو غلط والصواب الضم.

قلت يجوز تسكنها تخفيفاً ، وذكر أبو عبيد بالسكون ومعناه الرد والكفر أو الشيطان . وعن علي رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ ستر ما بين الجن وعورات بني آدم إذا دخل الكنيف أن يقول بسم الله ، أخرجه ابن ماجة الستر بكسر السين الحجاب . وعن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ إذا خرج من الخلاء قال غفرانك ، أخرجه الأربعة .

وروى البيهقي من جهة ابن خزيمة زيادة غفرانك ربنا وإليك المصير . وقال الخطابي قيل في سبب غفرانك في هذا الموضع قولان أحدهما انه استغفر من تركه ذكر الله حال لبثه على الخلاء .

فان قيل فتركه مأمور به فكيف يسأل المغفرة قبل المخرج إلى الخلاء من قبل نفسه ، الثاني استغفر خوفاً من تقصيره في شكر نعمة الله تعالى من خلاصه من الأذى وغفرانك

مصدر منصوب بتقدير أسألك أو اغفر غفرانك ، وعن اميمة بنت رقيقة قال كان له عليه السلام قدح من عيدان يبول فيه ويضعه تحت سريره ، رواه أبو داود والنسائي والبيهقي ، والعيدان بفتح العين المهملة ، وواحده عيدانه وهي النخل الطوال المتجردة .

( والإستنجاء سنة ) وبه قال مالك وابن سيرين وسعيد بن جبير والمزني ، وقال الشافعي واجب من البول والغائط و كل خارج ملوث من السبيلين وهو شرط في صحة الصلاة . وبه قال أحمد والحسن وداود وأبو ثور والخلاف مبنى على عفو القليل من النجاسة وعدم عفوه وقد تقدم( لأن النبي ﷺ واظب عليه ) أي على الإستنجاء، والدليل على مواظبته عليه السلام أحاديث كثيرة .

منها ما رواه ابن ماجة في سننه من حديث عائشة رضى الله عنه قالت ما رأيت رسول الله ﷺ خرج من غائط فظهر الأمر .

ومنها ما أخرجه أبو داود من حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال كان النبى ﷺ اذا أتى الخلاء اتيته بماء في تور أو ركوة فاستنجى ثم مسح يده على الارض ثم أتيته بماء آخر فتوضأ .

ومنها ما أخرجه البخاري ومسلم من حديث أنس رضى الله عنه كان رسول الله ﷺ يدخل الخلاء فأحمل وأنا غلام عدى أرواه من ماء وعنزة فيستنجى بالماء .

فإن قلت مواظبة النبى ﷺ على فعل يدل على وجوبه،فكيف قال المصنف الإستنجاء سنة ، لأن النبى ﷺ واظب عليه فكان ينبغى أن يكون واجباً . قلت عادة المصنف على هذا الإصطلاح انه يجعل مواظبته عليه السلام دليلا على السنة ، لكن مراده السنة المؤكدة وهى في قوة الواجب ، ولكنه ليس بواجب مطلقاً بل تارة يكون واجباً وتارة يكون فرضاً وتارة يكون سنة وتارة يكون مستحباً وتارة يكون بدعة ، أما الواجب فهو ما إذا كانت النجاسة مقدار الدرهم . وأما الفرض فهى ما إذا كانت النجاسة أكثر من قدر الدرهم ، وأما السنة فهى ما إذا كانت النجاسة أقل من قدر الدرهم فالإستنجاء حينئذ سنة ، وأما المستحب فهو ما إذا بال ولم يتغوط فإنه يغسل قبله دون دبره ، وأما

البدعه فهي ما إذا خرج من غير السبيلين شيء أو خرج ريح من دبره أو دودةفالإستنجاء فيه بدعة .

ثم ان المصنف أطلق كلامه ولم يبين أي نوع من الإستنجاء سنة وكذلك لم يبين انه بالماء أو بالحجرة ونحوه . وفي مبسوط شيخ الاسلام الإستنجاء نوعاننوع بالحجر والمدر ، ونوع بالماء ، والإستنجاء بالحجر أو ما يقوم مقامه كالأعيان الطاهرة والعود والخرقة سنة ، لأنه عليه السلام فعله على سبيل المواظبة وكذلك الصحابة رضى الله عنهم اتباع الماء ادب لأنه عليه السلام كان يستنجى بالماء مرة وتركه أخرى وهو حد الأدب ، وهكذا روي عن بعض الصحابة قال مشايخنا انما كان ذلك أدباً في الزمان الأول، وأما في زماننا سنة حتى قيل للحسن البصري رحمه الله كيف يكون سنة ، وقد فعله عليه السلام مرة وتركه أخرى ، وكذا الصحابة كعمر وابن مسعود رضى الله عنهما فقال انهم كانوا يبعرون بعراً وانتم تثلطون ، ولا خلاف في الأفضلية .

قلت فعلى هذا قول المصنف الإستنجاء سنة محمول على الاستنجاء بالحجر ونحوه ، ومع هذا تجاوزت النجاسة المخرج اكثر من قدر الدرهم لا يجوز إلا بالماء كما يصرح به عن قريب . وقال الاكمل في هذا الموضع وهو سنة لأن النبي ﷺ واظب عليه ، والمواظبة مع ذلك دليل السنة . قلت من ذكر من الصحابة والتابعين انه عليه السلام ترك الاستنجاء في الجملة حتى قيد بهذا القيد ، ولم ينقل الترك عنه عليه السلام ، وفي الكافي أجاب عن هذا السؤال وقال والدليل ان المراد عدم الوجوب ، لأن قدر الدراهم معفو يعلم ان الاستنجاء ليس بواجب .

وقال صاحب الدراية وفيه تأمل ، فأن عند الخصم قدر الدرهم غير معفو بل نقول نفس المواظبة دليل السنة ، وعدم الترك لم يثبت فلا يدل على الوجوب ، وعدم فعل الترك لا يدل على عدم . قلت الاشكال يا[1] ولأن المواظبة مع عدم الترك يدل على الوجوب ، وقوله نفس المواظبة دليل السنة وعدم الترك لم يثبت فيه نظر ، لأن نفس المواظبة قليل

(١) ربما هنا كلام ناقص .

## ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لأن المقصود هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود

الوجوب وان لم يثبت عدم الترك لم يثبت الترك ايضاً ، وذكر المواظبة من غير قيد يفهم منه الوجوب وان كان نفس الأمر يحتمل الترك وعدمه ، والاحتمال الثاني عند غيره دليل لا يعتبر ولا يترك دلالة صريح اللفظ بأمر موهوم فافهم .

( ويجوز فيه الحجر ) أي يجوز في الاستنجاء استعمال الحجر ( وما قام مقامه ) أي ويجوز أيضاً بما قام مقام الحجر كالمدر والتراب والعود والخرقة والقطن والجلد ونحوذلك. وفي المفيد وكل شيء طاهر غير مطعوم يعمل عمل الحجر عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي ﷺ إذا أتى أحدكم حاجته فليستنجي بثلاث أحجار أو ثلاث أعواد أو ثلاث حثيات من التراب ، رواه الدارقطني وبه قال مالك والشافعي ، وقال اهل الظاهر لا يجوز بغير الاحجار وضبط في تهذيب الشافعية بكل جامد طاهر مزيل للعين ليس له جرم ولا جزء من حيوان قالوا وسواء في ذلك الاحجار والأخشاب والخرق والخذف والآجر ليس من سرقين وما أشبه ذلك ، ولا يشترط اتحاد جنسيته بل يجوز في الغسل جنس آخر ، ويجوز ان يكون الثلاثة حجر أو خشبة أو خرقة نص عليه الشافعي .

( يمسحه حتى ينقيه ) أي يمسح الموضع إلى ان ينقيه وهو بضم الياء من الانقاء وهو التنظيف ، وأصله من نقى الشيء بالكسر ينقى بالفتح نقاوة بفتح النون فهو نقي أى نظيف ، والنقاء ممدود النظافة والنقاء مقصور الكثيب من الرمل ، ونقاوة الشيء بضم النون خياره ، وكذلك النقاية .

فإن قلت يمسحه فيه ضميران احدهما ضمير مرفوع مستكن والآخر منصوب ظاهر وليس لهما مرجع وهو اضمار قبل الذكر وهو لا يجوز . قلت يجوز إذا قامت قرينة لعدم الالتباس ، وهاهنا فصل الاستنجاء وهو مستلزم المستنجي ، وموضع الاستنجاء وليس لهذه الجملة محل من الاعراب لأنها ابتدائية .

( لأن المقصود)من الاستنجاء (هو الانقاء) أي التنظيف ( فيعتبر ما هو المقصود ) فلا حاجة إلى غير المقصود ، وكيفية الاستنجاء أن يجلس معتمداً على يساره منحرفاً عن

القبلة والريح والشمس والقمر ومعه ثلاثة احجار يدبر باحدهما ويقبل الثاني ويدبر بالثالث وقال الفقيه أبو جعفر هذا في الصيف وفي الشتاء يقبل بالاول ويدبر بالثاني ، ويقبل بالثالث ، لأن خصيتيه في الصيف مدلتان دون الشتاء ، والمرأة تفعل في الأوقات كلها كما يفعل الرجل في الشتاء ، وفي المجتبى المقصود هو الانقاء فيختار ما هو أبلـغ فيه وإلا سلم من زيادة التلوث ، وفي الدراية ولنا كيفية الاستنجاء هو أن يأخذ الذكر بشماله ويمره على حجر أو مدر يأتي من الأرض ولا يأخذ الحجر بيمينه ولا الذكر به لأنه عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمنى ومسح الذكر به .

وأما حنفية بالماء فهو ان يستنجي بيده اليسرى بعدما ترخى موضع الاستنجاء كل الادخال حتى يتم التنظيف إذا لم يكن صائماً ويستنجي بأصبع أو أصبعين أو بثلاثة أصابع عرضاً يعضونها لا برؤوسها احترازاً عن الاستمتاع بها ويصعد أصبعه الوسطى على سائر اصابعه صعوداً قليلاً في ابتداء الاستنجاء ويغسل موضعه ثم يصعد بنصره ويغسل موضعه ثم يصعد خنصر ثم سبابته ويغسل حتي يطمئن قلبه انه قد طهر ، وعن محمد من لم يدخل اصبعه في دبره لا تطفأ . قال الاسبيجابي هذا غير معروف ، وقيل ذلك يورث الباسور وينقض صومه ، لأن اصبعه لا يخلو عن بلة ويبدأ فيه بالغسل حتى لا تتلوث يده ، فإن كان لا ينبغي ان يقوم من موضع الاستنجاء حتى ينشف الموضع بخرقة كيلا تصل الماء باطنه فيفسد صومه .

والمرأة كالرجل إلا انها تقعد بين رجليها وتغتسل ما ظهر منها ولا تدخل الاصابع في فرجها ، وقيل تستنجى برؤوس أصابعها لأنها تحتاج في تطهير فرجها الخارج وقيل يكفيها مزاجها . وقيل تمرض اصابعها والعذر ألا تستنجى باصبعها خوفاً لزوال عذرتها. وفي النظم المرأة تصعد بنصرها ووسطاها اولاً معاً دون الواحد كيلا يقع في قبلهافينزل فيجب الغسل ، وفي الجامع الاصغر لها ان تغسل ما يقع من فرجهـا على راحتها قاله أبو مطيع وقد تدبر اصبعها في فرجها .

قال محمد بن سلمة قول ابي مطيع احبه إلي ، ولو جرى بالاستنجاء على الخف يحكم

وليس فيــــه عدد مسنون . وقال الشافعي « رح » لا بد من الثلاث
لقوله عليه السلام وليستنج منكم بثلاثة أحجار

---

بطهارته ، وكذا لو دخل من جانب وخرج من جانب آخر وفي موضع احتاج إلى كشف العورة ليستنجي بالحجر لا الماء ، ولو كشف العورة الاستنجاء صار فاسقاً وكشفه عند الشافعي وجهان ، قال علي بن أبي هريرة يضع حجراً على مقدم الصفحة اليمنى ويمره إلى مؤخرها ثم يديرها إلى مؤخرها ويمره عليها إلى الموضع الذي بدأ ويأخذ الثاني فيمره مرة من مقدم صفحته اليسرى ويمره إلى مؤخرها ويديرها الى اليمنى على ما ذكرنا ، ويأخذ الثالث فيمره على الصفحتين والمس به . وقال الحق يأخذ حجرين للصفحتين وحجراً للمس والاول أصح وينبغي ان يضع الحجر على موضع طاهر بالقرب من النجاسة ، وان كان يستنجى من البول أمسك ذكره باليسار ومسحه على الحجر ، والثيب والبكر سواء ، والصحيح الواجب ان تغسل ما ظهر من فرجها عند جلوسها وذلك دون البكر كذا في الحلية .

والاستنجاء على شط النهر يجوز عند مشايخ بخارى خلافاً لمشايخ العراق ، ولو خرج دبره وهو صائم فغسله لا يقوم من مقامه حتى ينشفه بخرقة قبل رده وهو جائز في الدم والماء وما يأكل ذلك إذا خرج من السبيلين ، وفي جوامع الفقه إن خرج من فرجه قيح أو دم يجب غسله ، وقيــل يجوز الحجر في الكل ، وفي العينية إذا أصاب موضع الاستنجاء نجاسة من الخارج اكثر من قدر الدرهم يطهر بالحجر ، وقيــــل الصحيح ان لا يطهر إلا بالغسل والاستنجاء من الريح والنوم بالاجماع .

( وليس فيه ) أي في الاستنجاء بالحجر ونحوه ( عدد مسنون ) أى عدد فيــه سنة ، لأن النجاسة مرئية فكان المقصود زوال عينها أو حقيقتها فــلا يعتبر بالعدد في ذلك والحاصل ان عندنا المقصود هو التنقية دون العدد ، حتى إذا حصلت التنقية بالمرة الواحدة لا يحتاج إلى الثانية ، وإذا لم تحصل التنقية بثلاث مرات يزاد على الثلاث .

( وقال الشافعي لا بد من الثلاثة ) أى من ثلاثة احجار ( لقوله ﷺ وليستنج منكم بثلاثة أحجار ) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة وابن حبان في صحيحه

# ولنـــا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج

وأحمد في مسنده كلهم بلفظ ، وكان يأمر بثلاث أحجار ، وتمـام الحديث عن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ انما أنا لـكم بمنزلة الوالد أعلمكم ، فاذا أتى احدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها ولا يبطش بيمينه ، وكان يأمر بثلاث أحجار ، ونهى عن الروث والرمة . أخرجه البيهقي ايضاً في سننه بلفظ الكتاب. وروى الدارقطني ايضاً بلفظ الكتاب من حديث ابن عباس قال قـــال رسول الله ﷺ إذا قضى أحدكم حاجته فليستنج بثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد أو بثلاث حفنات من تراب ، قال رفعه ابن صالح وهو أحد رواته فحدث به ابن طاووس فقال اخبرني أبي عن ابن عباس رضى الله عنه بهذا سواء . قال الدارقطني لم يسنده عن المصري وهو كتاب المصر أحد رواته وهو أحمد بن الحسن « رض » وغيره يرويه عن طاووس مرسلاً ليس فيـه ابن عباس رضى الله عنه . وقد رواه ابن عيينه عن سلمة عن طاووس قوله .

وحديث آخر في هذا الباب رواه ابن عدي في الكامل عن حماد بن الجعد حدثنا قتادة حدثني خالد الجهني عن أبيه السائب ان النبي ﷺ قال إذا دخل أحدكم الخلاء فليستنج بثلاث أحجار ، وضعف أحمد بن الجعد عن ابن معين*.

والنسائي من حديث عائشة رضى الله عنها ان رسول الله ﷺ قال إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه ثلاثة احجار فانها تجزيء عنه ، وقال اسناده صحيح .

وآخر رواه الطبراني في معجمه من حديث أبي ايوب الانصاري قال قـال رسول الله ﷺ إذا تغوط احدكم فليمسح بثلاثة أحجار فإن ذلك كافيه .

( ولنا قوله ﷺ من استجمر فليوتر ، فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج ) الحـديث رواه أبو داود وابن ماجة من حديث أبي هريرة قال قـــال رسول الله ﷺ من استجمر فليوتر من فعل فقد أحسن ومن لا فلا . وأخرجه أحمد في مسنده والبيهقي في سننه وابن حبان في صحيحه والحديث في الصحيحين دون هذه الزيادة عن أبي هريرة «رض» مرفوعاً من استجمر فليوتر ، وفي لفظ مسلم فليستجمر وتراً . قوله — ومن لا فلا حرج عليه — أى

فلا إثم عليه ، ولفظ الحديث ـ فقد أحسن ـ ولفظ الكتاب ـ فحسن ـ والمعنى صحيح قريب .

فإن قلت قال البيهقي بعد أن روى هذا الحديث إن صح ، فإن ما أراد بعد الثلاث ثم استدل على هذا التأويل بحديث أخرجه عن أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعاً إذا استجمر أحدكم فليوتر ، فإن الله وتر يحب الوتر ، أما ترى السماوات سبعاً والارض سبعاً والطواف ، وذكر اشياء . قلت هذا مكابرة ، فكيف يقول ان صح وقد رواه ابن حبان وصححه ، وتأويله يوتر يكون بعد الثلاث غير صحيح لأنه دعوى من غير دليل ، ولو صح ذلك يلزم منه أن يكون الوتر بعد الثلاث مستحباً لأنه عليه السلام مقتضى هذا التأويل ، وعندهم لو حصل النقاء بالثلاث فالزيادة عليها ليست بمستحبة بل هي بدعة وإن لم يحصل النقاء بالثلاث فالزيادة عليها واجبة لا يجوز تركها . ثم حديث أما ترى السماوات سبعاً، على تقدير صحته لا يدل على ان المراد بالوتر ما يكون بعد الثلاث، لأنه ذكر فرداً من أفراد الوتر إذ لو أراد بذلك السبع لخصوصيتها للزم بذلك وجوب الاستنجاء بالسبع لأنها المأمور به في ذلك الحديث .

فإن قلت قال الخطابي وفيه وجه آخر وهو رفع الحرج بالزيادة على الثلاث وذلك ان مجاوزه الثلاث في الماء عدوان وترك للسنة والزيادة في الاحجار ليست بعدوان وان صارت شفعاً . قلت هذا الوجه لا يفهم من هذا الكلام على ما لا يخفى على الفطن، وايضاً مجاوزة الثلاث في الماء كيف يكون عدواناً إذا لم تحصل الطهارة بالثلاث والزيادة بالاحجار وإن كانت شفعاً كيف لا يصير عدواناً وقد نص عليه الانباري فافهم . قلت نحن نستدل بحديث أخرجه البخاري في صحيحه حدثنا ابو نعيم حدثنا زهير عن ابي اسحاق قال ليس أبو عبيدة ذكره ، ولكن عبدالرحمن بن الاسود عن أبيه انه سمع عبدالله يقول اتى النبي ﷺ الغائط فأمرني ان آتيه بثلاثه أحجار ، فوجدت حجرين والتمست الثالث فلم أجده فوجدت روثة فأتيته بها فأخذ الحجرين والقى الروثة وقال هذا ركس . وجه الاستدلال به ظاهر لأنه أنقى بالحجرين ولم يبتغ ثالثاً .

وقال الطحاوي حديث عبدالله دليل على ان الثلاثة ليست بشرط بيانه انه ﷺ قعد

للغائط في مكان لم يكن فيه حجارة لقوله لعبدالله ناولني ثلاثة ، ولو كان بحضرة حجارة لما احتاج ان يناوله غيره من غير ذلك المكان ، ولما اقتصر على الحجرين دل ذلك على ان الاستنجاء يجزىء بهما ما يجزىء منه الثلاثة إذ لو لم تجزىء الثلاثة لما اكتفى بالحجرين ولأمر عبد الله أن يأتيه بالثلاث ، وقال ابن القصار وقد روي في بعض الآثار التي لا يصح انه أتي بحجر ثالث ، قال ولو صح ذلك فالاستدلال لنا به صحيح لأنه ﷺ اقتصر للموضعين على حجرين أو ثلاثة يحصل لكل واحد منهما أقل من ثلاثة احجار ضرورة ولا يقتصر على الاستنجاء لأحد الموضعين ويترك الآخر ، ولعل ذكر الثلاثة خرج مخرج الغالب في الاكتفاء بحصول الانقاء بها لا يخرج الشرط أو تحمل الثلاثة على الاستحباب ، ولأن الثلاثة متروكة عندهم حتى انه بالحجر الواحد إذا كان له ثلاثة أحرف فيقوم مقام الثلاثة فكذا يقوم الحجر أو الحجران اذا حصل الانقاء مقام الثلاثة لحصول المقصود من الانقاء فلا معنى للحمول على لفظة الثلاثة مع حصول المقصود المفهوم من الشرع . وعن محمد لا يجزئه حجر له ثلاثة أحرف .

فإن قلت يحمل الوتر المطلق على المقيد وهو الثلاثة ، قلت هذا النوع على أصلنا، ولئن سلمنا فقد يقع الحرج على تاركه فانتفى وجوب الاستنجاء بثلاثة أحجار ، وبين ان المراد بالأمر الاستحباب والندب .

فإن قلت قد فهمنا ان النهي لمعنى الكراهة، وتركها لا يمنع الجواز ، قلت ونحن فهمنا أيضاً ان المقصود من الأمر بالتثليث تحصيل إزالة النجاسة وجعلها وتحقيقها ، فإذا حصل ذلك كفى .

فإن قلت يحمل قوله ـ ومن لا فلا حرج ـ على ترك الوتر بعد الثلاث ، قلت هذافاسد لأنه ان حصل النقاء بالثلاث ، فإن زاد على الثلاث لا تكون مستحبة عندكم ، وان لم يحصل بالثلاث فالزيادة واجبة عندكم كما قررناه عن قريب .

فإن قلت قال ابن المنذر قد ثبت انه قال لا يكفي أحدكم دون ثلاثة احجار ، قلت لا نسلم ذلك ، ولئن سلمناه فمعناه لا يكفي لاقامة الأمر المستحب ، وأيضاً قد تركوه

في الحجر له ثلاثة أحرف ، وأيضاً فإنه ﷺ قد اكتفي بحجرين ولم يطلب الثالث ، ولأنه إذا زالت بالأول لا يكون الثاني والثالث استنجاء ، لأنه ازالة ، ولم يزله .

فإن قلت الثلاثة يعد كالاقرار في العدة ، لأن فراغ الرحم يحصل بالواحد ، قلت نحوه يفسد ما في باب العدة بالصغير والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول بخلاف ما نحن فيه ، فإنه لا يجب بخروج الصوت والريح والدودة والحصاة . وجواب آخر ان العدة على خلاف القياس .

فإن قلت الآخر لا يستعمل إلا في الواجب ، قلت باطل بدليل ما أخرجه البخاري عن أبي هريرة في الاضحية ، قال عندي جذعة قال اذبحها ولن يجزىء أحد بعدك ، والاضحية غير واجبة عندكم بل هي سنة .

فإن قلت حديث البخاري الذي استدل فيه ثلاثة اشياء . الاول : ان فيه الانقطاع بين ابي اسحاق وعبد الرحمن بن الأسود .

الثاني : فيه التدليس من أبي اسحاق ذكره البيهقي ، والخلافات عن ابن أبي الوشى قال ماسمعت بتدليس قط أعجب من هذا ولا أخفى ، قال أبو عبيدة لم حدثني ولكن عبدالرحمن عن فلان ولكن لم يقل حدثني فجاز الحديث وسار .

الثالث : لاختلاف في اسناده قال ابن أبي حاتم قال سمعت أبا ذرعة يقول في حديث اسرائيل عن ابي عبيدة عن عبدالله ان النبي ﷺ استنجي بحجرين والقى الروثة ، فقال أبو ذرعة اختلفوا في اسناده ، فمنهم من يقول عن أبي اسحاق عن ابي الأسود عن عبد الله ، ومنهم من يقول عن أبي اسحاق عن عبد الرحمن بن يزيد عن عبد الله . ومنهم من يقول عن أبي اسحاق عن علقمة عن عبد الله ، والصحيح عندي حديث أبي عبيدة ، وكذلك روى اسرائيل عن أبي اسحاق عن أبي عبيدة واسرائيل احفظهم .

عن قلمة بن قيس عن ابن مسعود ان رسول الله ﷺ ذهب في حاجته فأمر ابن مسعود ان يأتيه بثلاثة أحجار ، فأتاه بحجرين وروثة فالقى الروثة وقال لو أتيتني بحجر .

الجواب عن الاولى والثاني : أن البخاري لما خرج هذا الحديث فقال وقال ابراهيم بن

وما رواه متروك الظاهر ، فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالاجماع وغسله بالماء أفضل لقوله تعالى ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا﴾ ١٠٨ التوبة ، وأنزلت في أقوام

---

يوسف عن ابي اسحاق حدثني عبد الرحمن هذا فزال الانقطاع والتدليس ايضاً ، ودليل آخر على رفع التدليس ما ذكره الاسماعيلي في صحيحه المستخرج عن البخاري بعدروايه الحديث من جهة يحيى بن سعيد عن ابي زهير بن معاوية عن اسحاق عن عبدالله بن يحيى ابن سعيد الارسي ان ما أخذه عن زهير عن ابي اسحاق ما ليس بسماع لابي اسحاق .

والجواب عن الثالث : ان البخاري لم يجعل ذلك معارضاً، وجعلها اسنادين اواسانيد ورجح رواية زهير لكونه احفظ واتقن من اسرائيل .

والجواب عن الرابع : ان الحديث في البخاري فيه الزيادة المذكورة ، والايتار يقع على الواحد يعني لما قال رسول الله ﷺ من استجمر فليوتر ، أمر بالايتار والايتار قد يقع على الواحد ولا يلزم ان يكون ثلاثاً أو خمساً ؛ وأصل الايتار أوتار ، قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ..

( وما رواه ) أي ما رواه الشافعي من قوله ﷺ وليستنج بثلاثة احجار ( متروك الظاهر فإنه لو استنجي بحجر له ثلاثة أحرف ) والاحرف جمع حرف وحرف كل شيء طرفه وشفره وحده ( جاز بالاجماع ) فلا يصح استدلاله به على الخصم أو يقول ما رواه يحتمل الاستحباب، وما رويناه محكم فيحمل المجمل على المحكم توفيقاً بين الحديثين ( وغسله ) أي غسل موضع الاستنجاء ( بالماء افضل ) من الاستنجاء بالحجر .

واختلف السلف في الاستنجاء ، اما المهاجرون فكانوا يستنجون بالأحجار ، وانكر الاستنجاء بالماء سعد بن أبي وقاص وحذيفة وابن الزبير وابن المسيب قالوا انما ذلك وصف النساء ، وكان الفسل لا يتغسل بالماء . وقال عطاء وكان الانصار يستنجون بالماء، وكان ابن عمير اه ابعد ان لم يكن يراه وقد جربناه ووجدناه دواء وطهوراً ، وبه قال رافع ابن خديج وعن أنس كان يستنجي بالحرض .

( لقوله تعالى ﴿فيه رجال يحبون ان يتطهروا﴾ ١٠٨ التوبة ، وانزلت في اقوام

كانوا يتبعون الحجارة الماء ، ثم هو أدب وقيل سنة في زماننا .

---

كانوا يتبعون الحجارة بالماء ) أراد بالاقوام أهل قباء ، وقال الشعبي لما نزلت هـذه الآية قاله ﷺ يا أهل قباء ما هذا الشأن الذي اثنى عليكم،قالوا ما من احد إلا وهو يستنجي بالماء ، وفي رواية قال يا معشر الانصار ان الله عز وجل قد اثنى عليكم فما الذي تصنعون عند الوضوء أو عند الغائط ،قـالوا يا رسول الله ﷺ نتبع الغائط بالاحجـار الثلاثة ثم نتبع الأحجار الماء،فتلى النبي ﷺ ﴿ فيه رجال يحبون ان يتطهروا ﴾ ١٠٨ التوبة . واحتج الطحاوي للاستنجاء بالماء بقوله تعالى ﴿ ان الله يحب التوابين ويحب المتطهرين ﴾ ٢٢٢ البقرة ، يعني المتطهرين بالماء ، قـال هكذا عطاء ومثله عن علي رضى الله عنه وأبي الجواز .

( ثم هو أدب ) أي الغسل بالماء بعد استعمال الحجر أو المدر أدب لما روي عن عائشة رضى الله عنهـا انه ﷺ كان يغسل مقعدته ثلاثاً ، رواه ابن ماجة ، وعن عائشة قالت مرن أزواجكن أن يغسلوا أثر الغائط والبول بالماء ، فإن رسول الله ﷺ كان يفعـله وان استنجى منهـم ، رواه أحمد والترمذي وصححه ، وعن علي رضى الله عنه كانوا يبعرون بعراً وانتم تشلطون شلطاً فاتبعوا الحجارة بالماء ، رواه ابو بكر الاسماعيلي . وفي المحيط ليس فيه عدد لازم بالماء وكان أدباً في عصره ﷺ ثم صار سنة اشار اليـه بقوله ( وقيل هو سنة في زماننا ) رواية عن علي رضى الله عنه المذكورة آنفاً في الحلية الافضل الجمع بينهما ، فإذا اقتصر على أحدهما فالماء اولى ، وان اقتصر على الحجر جاز . وفي شرح الوجيز لو كان الخارج من السبيلين نادراً كالدم والقيح ففيه قولان :

أحدهما : انه يتمين ازالته بالماء لأن الاقتصار على الحجر تخفيف على خـلاف القياس فيقتصر على ما تعم به البلوى ، فلا يلحق به غيره .

الثـاني : انه يجوز الاقتصار على الحجر وهو الأصح نظراً إلى المخرج . وفي المبسوط استنجي من الغائط والبول والمذي والودي والمني والدم الخـارج من السبيلين دون سائر الاحداث ، وفي الدراية كون الغسل أفضل إذا أنقـاه بالأحجار ، لأن النص ورد على هذا الوجه .

ويستعمل الماء إلى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات
إلا إذا كان موسوساً فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع ، ولو
جاوزت نجاسة مخرجها لم يجز إلا الماء

---

( ويستعمل الماء إلى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ) أي يستعمل المستنجي الماء إلى وقوع غلبة ظنه أن الموضع قد طهر ، واشار بهذا إلى ان العدد فيه ليس بشرط ونبه عليه ايضاً بقوله ( ولا يقدر بالمرات ) أي ولا يقدر استعمال الماء بالعدد ، بل الاعتبار غلبة الظن ( إلا إذا كان ) أي المستنجي ( موسوساً ) بكسر السين على صيغة الفاعل لأنه هو الذي يلقي الوسوسة في جلده ، والوسوسة حديث النفس . وقال الاترازي ولا يقال بالفتح . قلت لا مانع من ذلك ، لأن صاحب الكافي قال الوسوسة الخبر الذي يرى في المرأة كايقاع الشيطان شيئاً في قلب المؤمن فهي وسوسة ، فتأمل وتجد للفتح باباً والشيطان الذي يوسوس في هذه الحالة يسمى ولهان ( فيقدر بالثلاث في حقه ) أي في حق الموسوس وذلك كما في غير الرؤية .

( وقيل بالسبع ) وقيل يقدر في حقه سبع مرات اعتباراً بالحديث الذي ورد في ولوغ الكلب ، كذا قاله الاترازي والاكمل ايضاً . قلت أصحابنا ما اعتبروا السبع هناك فكيف يعتبرونه هاهنا ، وقيل بالتسع وقيل بالعشر ، وقيل يقدر في القبل بالثلاث وفي المقعدة بالخمس . وروى صالح عن احمد أنه عن أبيه انه قال أقل ما يقدر من الماء في الاستنجاء سبع مرات . وفي المجتبى يفوض ذلك إلى رأى المبتلى به .

( ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز إلا الماء ) هذا قول محمد « رح » في اشتراط الماء لازالة النجاسة . وفي المحيط انما يجب غسلها عند محمد ، لأنه يريد على قدر الدرهم . وفي الذخيرة وما جاوز موضع الفرج وزاد على قدر الدرهم فانه يغسل اجماعاً ولا تكفيه الاحجار ، وكذا لو زاد على قدر الدرهم من البول في طرف الاحليل ، وان كانت الزيادة على قدر الدرهم مع موضع السرح يجوز فيه الحجر عندهما ، وعند محمد لا يجوز إلا الماء ، وكذا روي عن أبي يوسف أيضاً ، وان كانت النجاسة في موضع الاستنجاء اكثر من قدر الدرهم فانقاؤها بالأحجار ولم يغسلها بالماء ، قال الفقيه أبو بكر لا يجوز به ، وعن

وفي بعض النسخ إلا المائع ، وهــذا يتحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء

---

أبي شجاع يجزئه وهكذا في النجاسة فصلاته فاسدة فكذا إذا كانت تحت إحدى قدميه وهو الأصح ، وقيل ينجسه ، وإذا كان في موضع السجود دون القـدم ففي رواية عن محمد عن أبي حنيفة « رح » انه لا يجوز وهو الأصح وهو قولهما .

وفي رواية أبي يوسف وأبي حنيفة انه يجوز ، وان كان موضع يديــه أو ركبتيه يجزئه عندنا خلافاً للشافعي « رض » وزفر . ولو صلى على مكان طاهر وسجد عليه لكن إذا سجد وقع ثيابه على الأرض النجسة جازت صلاته ، ولو افتتحها على مكان طاهر ثم تحول إلى مكان نجس ثم تحول منه إلى مكان طاهر جازت صلاته إلا ان يمكث ، ولو صلى على بساط وطرف منه نجاسة قد يجوز في الكبير دون الصغير وحده إذا رفـع أحد طرفيه إلا إذا كان أحس وجهها نجساً فقام بالماء ثم انضحيه، وفي رواية له فإن رأيت فيه دماً فلتقرضه بشيء من الماء ولينضح ما لم يره فصلى فيه . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه وفيه قال أقرضيه بالماء واغسليه وصلي فيه ، ورواه الإمام أبو عبدالله بن علي بن الجارود في كتاب المنتقي ، وفي رواية حتيه واقرضيه ورشيه بالماء .

قوله ـ حتيه ـ من حت يحت من باب نصر ينصر ، عن الطحاوي قـال الفقيه في التساوى وبه نأخذ . وفي الملتقطات لو أصاب موضع الاستنجاء نجاسة من خـارج الدبر قدر الدرهم يطهر بالحجر ، وقيل الصحيح انه لا يطهر ذكره المرغيناني .

واتفق المتأخرون على سقوط اعتبار ما بقى من النجاسة في حق الفرد وإن زاد على قدر الدرهم ولم يرو عنهم فيما إذا جلس هذا المستنجي فيما قليل هل تنجس ، حكي عن الفقيه أبي جعفر انه قال لا ينجس فله وجه ، وان قيل ينجس فله وجه وهو الصحيح ، وذكر في المبسوط انه يتنجس ولم يذكر خلافاً .

( وفي بعض النسخ ) أى وفي بعض نسخ القدوري لم يجز ( إلا المائع ) أي الطاهر المزيل وهذا قول ابي حنيفة وأبي يوسف ( وهذا ) أى هذا الذي قاله إلا الماء وإلا المائع ( تحقيق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير المــاء ) فقوله الماء يدل على ان ازالة

على ما بينا ، وهذا لأن المسح غير مزيل ، إلا انه اكتفى به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ، ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لسقوط اعتبار ذلك الموضع ، وعند محمد « رح » مــع موضع الاستنجاء اعتباراً بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث ، لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك

---

النجس الحقيقي عن البدن لا يجوز إلا بالماء ، وقوله – إلا المائع – يدل على ان ازالته يجوز بالمائع المزيل ( على ما بينا ) في أول باب الانجاس .

( وهذا ) أي هذا الذي قلنا من اشتراط المائع إذا جاوزت النجاسة مخرجها ( لأن المسح غـــير مزيل ) بالكلية ( إلا انه اكتفي به ) أي بالمسح ( في موضع الاستنجاء ) بضرورة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ( فلا يتعداه ) أي فــلا يتعدى موضع الاستنجاء إلى غيره ( ثم المعتبر في المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وأبي يوسف لسقوط اعتبار ذلك الموضع ) فكان طاهراً حكماً ، فبقيت العبرة لما عداها ، فإن كان أقل من درهم لا يمنع ، وان كان اكثر يمنــع ، وموضع آخر فإنه لم يسقط اعتباره شرعاً .

( وعند محمد موضع الاستنجاء ) أي المعتبر عند محمد رحمه الله تعالى في المقدار المانع موضع الاستنجاء ( اعتباراً بسائر المواضع ) يعني ان في سائر المواضع قدر الدرهم عفو ، فإذا زاد عليه يكون مانعاً ، فإذا في موضع الاستنجاء ينبغي أن يكون قدر الدرهم عفواً، وما زاد عليه يكون مانعاً فكذا في موضع الاستنجاء .

( ولا يستنجي بعظم ولا بروث ، لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك ) أي عن الإستنجاء بالعظم والروث ، وفيه أحاديث ، فروى البخاري في بدء الخلق من حديث أبي هــريرة قال له النبي ﷺ أتيتني بأحجار استنقض بها ولا تأتني بـعظم ولا بروثة ، قلت ما للعظام والروثة ، قال انها من طعام الجن .

وروى الجماعة غير البخاري من حديث سلمان « رض » قلت نهاني رسول الله ﷺ أن

ولو فعل يجزئه لحصول المقصود ، ومعنى النهي في الروث النجاسة ، وفي العظم كونه زاد الجن ، ولا بطعام لانه إضاعة واسراف

---

تستقبل القبلة بغائط أو بول وأن يستنجى برجيع أو عظم ، وفي لفظ ونهى عن الروث والعظام .

روى مسلم من حديث ابن مسعود حديث الوضوء بالنقير وفيه وسألوه الزاد فقال لكم كل عظم ولكم بعرة علف دوابكم ، ثم قال لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام فإنه زاد أخوانكم من الجن .

( ولو فعل يجزئه ) أي ولو فعل الاستنجاء بالعظم أو بالروث يجزئه ، ولكنه يكره ، وبه قال مالك إذا كان العظم طاهراً ، وقال الشافعي لا يجزئه ( لحصول المقصود ) وهو انقاء الموضع ( ومعنى النهى في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ) أشار بهذا إلى أن النهي يعد في غيره فلا ينفي المشروعية ، كما لو توضأ بماء مغصوب واستنجى بحجر مغصوب .

( ولا يستنجي بطعام لأنه إضاعة واسراف ) وهما حرام ، ولأنه ﷺ نهى عن الاستنجاء بالعظم لكونه زاد الجن ، فهي زاد الانس بالطريق الأولى ، ويكره الاستنجاء بعشرة أشياء العظم والرجيع والروث والطعام واللحم والزجاج وورق الشجر والشعر[1] ولو استنجى بها يجزئه مع الكراهة خلافاً للشافعي « رض » وأحمد في الطعام والعظم والروث . وفي سقوط الفرض بالطعام وجهان عند الشافعية مطعوم . وفي المبسوط يكره الاستنجاء بالآجر والخزف والفحم وليس له قيمة أو حرمة كحرمة الديباج والأطارش ، وفي النظم ويستنجي بثلاثه الماء ، فإن لم يجد فالأحجار ، فإن لم يجد فثلاثة أكف من تراب ، ولا يستنجي بما سواها من القرفة والقطن ونحوهما لأنه روي في الحديث انه يورث النقرز ، وعنده يجوز الاستنجاء بقطعة من الخشب ومن الذهب والفضة في أظهر الروايتين كما يجوز بالقطعة من الديباج عنه ، وروى الدارقطني من حديث رجل من أصحاب النبي

---

(١) ومن العشرة الباقية القرفة والقطن — هامش .

ﷺ انـــه نهى أن يستطيبه أحدكم بعظم أو روثـــة أو جلد ، قال الدارقطني لا يصح ذكر الجلد .

وقال ابن القطان في رواية مجاهد ( وهو بيمينه ) أي ولا يستنجي بيمينه ( لأن النبي ﷺ نهى عن الاستنجاء باليمين ) أخرجه الجماعة في كتبهم مطولاً ومختصراً من حديث أبي قتادة قال قال رسول الله ﷺ إذا بال أحدكم فلا يمس ذكره بيمينه ، وإذا أتى الخلاء فلا يمسح بيمينه ، وإذا شرب فلا يشرب نفساً . وللجماعة غير البخاري في حديث سلمان رضي الله عنه عن النبي ﷺ وفيه نهى عن الاستنجاء باليمين .

قوله - لا يمس ذكره - هذا إذا كان في الخلاء ، وعلى الاطلاق ما روي عن عثمان رضي الله عنه انه قال ما تغنيت ولا تمنيت ولا مسست ذكري بيميني منذ بايعت رسول الله ﷺ وهـــذا اكرام اليمين واجلال النبي ﷺ وهو من باب الآداب عند الفقهاء بالاكل بالشمال لا يحرم عليه طعامه .

تم بحمـــد الله الجزء الأول من

البناية في شرح الهـــداية

في ١٦ ذو القعدة ١٤٠٠ هـ

ويليـــه الجزء الثاني

وأوله كتاب الصلاة

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الصلاة

( كتاب الصلاة )

أي هذا كتاب في بيان احكام الصلاة ، فارتفاع كتاب على انه خبر مبتدأ محذوف ويجوز أن يكون مبتدأ محذوف الخبر ، أي كتاب الصلاة هذا ، ويجوز نصب الكتاب على تقدير خذ كتاب الصلاة وقد مضى تفسير الكتاب في أول الكتاب .

ولما فرغ من بيان الطهارات التي فيها شروط الصلاة ، شرع في بيان الصلاة التي هي مشروطة ، فلذلك أخرها عن الطهارات لأن شرط الشيء يسبقه وحكمه تبع ، ثم معنى الصلاة في اللغة العامة الدعاء ، قال الله تعالى ﴿ وصل عليهم ﴾ ١٠٣ / التوبة أي ادع لهم. وفي الحديث إجابة الدعـوة ، وإن كان صائما فليصل أي فليدع بالخير والبركة . ومنه قول الأعشى :

وصهباء طاف يهود يهـا ... وابرازها وعليهـا ختم

وقابلها الريح في دنهـا ... وصلى على دنهـا وارسم

يصف الخمرة يقول لما دعا لها بالسلامة والبركة . والصهباء اسم من اسماء الخمر سميت بها للونها في الشعر ، فإن الصهبة بين الشعر . قوله أبرزها أي أظهرها . قـوله وارسم ضبطه الاترازي بالشين المعجمة وهو غلط ، وإنما هو بالسين المهملة . قال الجوهري في فصل الرجل ارسم الرجل كبر ودعى ، ثم قال الأعشى وقابلها الريح إلى آخره ، ومادته من الرسوم بالمهملة ، وأما الرشم بالمعجمة فمعناه الختم وهـو قريب من معنى الرسم بالمهملة ، ولكن هاهنا لا يصلح أن يكون قوله ارشم بالمعجمة لأن معناه دعى عطفا على قـوله وصلى ، ومضى أيضاً معنى الختم في آخر البيت الأول . وسميت الصلاة الشرعية صـلاة لاشتمالها عليه ، قالوا هذا هو الصحيح وبه قال جمهور أهل اللغة .

وقيل هي مشتقة من صليت العود على النار إذا قومته . قال النووي وهذا باطل لأن لام الكلمة من الصلاة وبدليل الصلوات، وفي صليت ياء فكيف يصح الاشتقاق مع اختلاف الحروف الأصلية ، قلت دعواه بالبطلان غير صحيح لأن اشتراط اتفاق الحروف الأصلية في الاشتقاق الصغير دون الكبير والأكبر ، وأيضاً فإن الجوهري ذكر مادة صلى ثم قال الصلاة الدعاء وهو اسم يوضع موضع المصدر تقول صليت صلاة ، ولا يقال تصلية ، وصليت على النبي ﷺ ، وصليت العصا بالنار إذا لينتها وقومتها . وقال قيس ابن زهير :

فلا تعجل بامرك واستدمه  فما صلى عصاك المستقيم

والمصلي تالي السابق ، وصليت اللحم وغيره أصليه صلياً مثال رميته رمياً إذا شويته وصلى فلان بالنار بالكسر يصلي صلياً أحرف واصطليت بالنار وتصطليت بها ، وذكر غير ذلك . ولم يفرق بين المادة الواوية والمادة اليائية ، وفي الحقيقة ما يفرق بينهما إلا برد الكلمة إلى الجمع والتصغير .

فإن قلت الصلاة لو كانت واوية كان ينبغي أن يقال صلوات ولم يقل ذلك . قلت هذا لا ينبغي أن تكون واوية لأنهم يقلبون الواو ياء إذا وقعت رابعة .

وقيل الصلاة مشتقة من الصلوين تثنية الصلاة وهو ما عن يمين الذنب وشماله .قال الجوهري قلت هما العظمان الناتئان عن العجيزة . وقال المطرزي الصلا هو العظم الذي عليه الاليتان، لأن المصلي يحرك صلويه في الركوع والسجود . وقيل مشتقة من المصلى وهو الفرس الثاني من خيل السباق ، لأن رأسه قد تكون في السابق ، وقيل ان أصلها في اللغة التعظيم وسميت العادة المخصوصة صلاة لما فيها من تعظيم الرب عز وجل ، وقيل من الرحمة ، وقيل من الثوب من قولهم شاة مصلية وهي التي قربت إلى النار ، وقيل من اللزوم ، قال الزجاجي يقال صلى واصلى إذا لزم . وقيل هي الاقبال على الشيء وانكر غير واحد بعض هذه الاشتقاقات لأن لام الكلمة في الصلاة واو . وفي بعض هذه الأقوال ياء فلا

يصح الاشتقاق مع اختلاف الحروف . قلت الجواب عنه ما ذكرته .

وأما معناها الشرعي فهو انها عبارة عن الاركان المعهودة والأفعال المخصوصة . قال الأكمل رحمه الله سميت بالصلاة لاشتمالها على المعنى اللغوي فهومن المنقولات الشرعية. قلت إذا كان فيها زيادة مع بقاء اللغة تكون تفسيراً لا نقلاً لأنه لا يراعى المعنى اللغوي في النقل، وفي المعنيين يكون باقياً ولكنه زيد عليه شيء آخر .

وسبب وجوب الصلوات الخمس أوقاتها وشرائطها ستة ، الطهارة وستر العورة ، واستقبال القبلة ، والوقت، والنية ، وتكبيرة الاحرام. وانما عد الوقت عن[1] الشروط مع انه سبب لأنه شرط للاداء وسبب للوجوب . وأركانها القيام والقراءة والركوع والسجود والقعدة الأخيرة مقدار التشهد وحكمها سقوط الواجب بالأداء في الدنيا ، وحصول الثواب الموعود في الآخرة .

وحكمها تعظيم الله تعالى بجميع الأركان بالأعضاء ظاهرها وباطنها تنزه عن عبدة الأوثان قولاً وفعلا وهيئة ، وثبوت نفس الصلاة بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً ﴾ ١٠٢/النساء، أي فرضاً مؤقتاً ، وغيرها من الآيات .

وأما السنة فحديث ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصيام رمضان ، وحج البيت من استطاع إليه سبيلا . متفق عليه .

وأما الاجماع فقد أجمعت الأمة من زمن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر ولا رد راد ، فمن أنكر شرعيتها فقد كفر بلا خلاف .

وأما فرضية الخمس فقوله تعالى ﴿ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ﴾ ٢٣٨ /

(١) هكذا في الأصل . اهـ مصححه .

البقرة، وهذه الآية قاطعة الدلالة على فرضية الخمس لأنه تعالى فرض جميعاً من الصلوات والصلاة الوسطى معها وأقل جمع صحيح معه وسطى هو الأربع دون الثلاث، وما قيل ان اللام إذا دخل على الجمع يراد بها الجنس، لا يستقيم هاهنا لأنه إنما يراد به الجنس إذا لم يكن ثمة معهودة فهو منه، وهاهنا يرجع إلى المفروضات في الشرع. ولئن سلم حمله على الجنس لا يمكن حمله على أقل الجنس هاهنا بالإجماع ولا على كله بالإجماع فعلم ان المراد أقل الجمع الذي يصح به الوسطى خمس على ان أكثر أهل اللغة لا تصير الجنس بدخول اللام بل يبقى جمعاً عاماً في أنواع الجموع، وهو اختيار صاحب الكشاف والمفتاح فحينئذ لا يرد الاشكال وهو قوله تعالى ﴿ فسبحان الله حين تمسون ﴾ [1] ١٧ / الروم أراد به المغرب والعشاء، وحين تصبحون أراد به الصبح وعشياً أراد به صلاة العصر وحين تظهرون الظهر [2].

وأما السنة فحديث طلحة بن عبد الله بن عثمان بن عمرو بن كعب قال جاء إلى رسول الله ﷺ رجل من أهل نجد ثائر الرأس يسمع دوي صوته ولا يفهم ما يقول حتى دنى رسول الله ﷺ فإذا هو يسأل عن الاسلام فقال رسول الله ﷺ خمس صلوات في اليوم[3] والليلة، فقال هل علي غيرها قال لا إلا أن تطوع. رواه البخاري ومسلم. قـــوله ثائر الرأس أي متنفش الشعر وطلحة بن عبد الله أحد العشرة المبشرة بالجنة، قتل يوم الجمل لعشر خلون من جمادى الاولى سنة ست وثلاثين، ودفن بالبصرة.

فإن قلت متى فرضت الصلاة وكيف فرضت، قلت جاء في سند الحـــارث بن أبي أسامة من حديث أسامة بن زيد أن جبريل عليه السلام أتاه عليه السلام في أول مـــا

---

(١) ذكر المؤلف الآية إلى هنا فقط وتكملتها « وحين تصبحون » على مـا يشرحه. اهـ مصححه.

(٢) المؤلف يشرح آية لم يذكرها وهي ﴿ وله الحمد في السماوات والارض وعشياً وحين تظهرون ﴾ ١٨ / الروم.

(٣) في الأصل في النوم. اهـ مصححه.

أوحى اليه فعلمه الوضوء والصلاة . وابن ماجة بلفظ علمني جبريل عم [١] الوضـــوء . وذكر الحربي ان الصلاة قبل الاسراء كانت صلاة قبل غـــروب الشمس ، وصلاة قبل طلوعها . قال الله تعالى ﴿ وسبح بحمد ربك بالعشي والابكار ﴾ ٥٥/ غافر . وذكر الحكيم الترمذي ان أول فرض كتب على هذه الامة الصلاة وأهلها مسؤولون عنها يـــوم القيامة ، في أول حشر من الحشور السبعة .

وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها الصلاة حين فرضها ركعتين ركعتين في الحضر والسفر ، فأقرت صلاة السفر وزيد [٢] صلاة الحضر . وفي الصحيح فرضت صلاة بمكة ركعتين ركعتين فلما هاجر فرضت أربعاً وأقرت في صلاة السفر . وفي روايـــة بعد الهجرة بسنة ، وفي مسند أحمد فرضت ركعتان ركعتان إلا المغرب فإنها كانت ثلاثـاً . وقال ابن عمر روي عن ابن عباس ان الصلاة فرضت في الحضر أربعاً وفي السفر ركعتين وبذلك قال نافع وابن جبير والحسن بن جريج ، ولا خلاف في ان فرض الصلوات الخمس كانت ليلة المعراج . وروى البيهقي من طرق موسى بن عقبة عن الزهري انه قال أمرني رسول الله ﷺ قبل خروجه إلى المدينة بسنة ، وعن السيرى فرض على رسول الله ﷺ الخمس ببيت المقدس ليلة أسرى به قبل ثمانية عشر شهراً ، وقال القرطبي وعياض لا خلاف ان خديجة صلت مع النبي ﷺ بعد فرض الصلاة وانها توفيت قبل الهجرة بثلاث سنين ، وقيل بخمس سنين . والعلماء مجمعون ان فرض الصلاة كان ليلة الاسراء .

فإن قلت ما الحكم في كون الظهر والعصر والعشاء أربع ركعات ، والصبح ركعتين ، والمغرب ثلاثاً ، قلت كل صلاة صلاها نبي فالفجر صلاها آدم عليه السلام حين خـرج من الجنة ، وأظلمت الدنيا عليه وجن الليل ، فلما انشق الفجر صلى ركعتين الاولى شكراً للنجاة من ظلمة الليل ، والثانية شكراً لرجوع ضوء ذلك النهار ، فكان متطوعـاً عليه

(١) هكذا في الاصل أي عليه السلام . ا هـ مصححه .

(٢) هكذا في الاصل والصحيح « وزيدت » . ا هـ مصححه .

وفرضاً علينا . والظهر صلاها إبراهيم عليه السلام حين أمر بذبح الولد وذلك عندالزوال الاولى شكراً لزوال غم الولد ، والثانية لمجيء الفداء ، والثالثة لرضى الله تعالى، والرابعة شكراً لصبر ولده ، وكان متطوعاً وفرض علينا . والعصر صلاها يونس عليه السلام حين انجاه الله تعالى من أربع ظلمات ظلمة الذلة ، وظلمة البحر ، وظلمة الحوت ، وظلمة الليل . والمغرب صلاها عيسى عليه السلام الاولى لنفي الالوهية عن نفسه ، والثانية لنفي الالوهية عن أمه ، والثالثة لاثبات الالوهية لله تعالى . والعشاء صلاها موسى عليه السلام حين خرج من اليابس ودخل الطريق ، وكان في غم المرأة ، وغم أخيه هارون ، وغم غرق فرعون ، وغم أولاده ، وشكراً لله تعالى حيث نجاه من الغرق وأغرق عدوه ، فلما نجاه الله من ذلك كله ونودي من شاطىء الوادي صلى أربعاً شكراً تطوعاً فأمرنا بذلك لينجينا الله من شر الشيطان .

# باب المواقيت

## أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني

---

### ( باب المواقيت )

أي هذا باب في بيان مواقيت الصلاة فإعرابه مثل اعراب كتاب الصلاة ، والمواقيت جمع ميقات والميقات ما وقت به أي حدد من زمان ، كمواقيت الصلاة ، أو مكان كمواقيت الاحرام ، ويقال المواقيت جمع وقت على غير القياس ، يقال وقت الشيء بوقته ، ووقته إذا بين حده . والتوقيت والتأقيت أن يجعل للشيء وقت يختص به وهو بيان مقدار المدة ، وأصل ميقات موقاة ، قلبت الواوياء لانكسار ما قبلها . قال الجوهري الميقات الوقت المضروب للمصلي والموضع أيضاً ، يقال هذا ميقات أهل الشام ، للموضع الذي يحرمون منه .

ولما كانت الصلوات قسمين الاول لازمة كالخمس والجمعة والعيدين ، والثاني عارضة كصلاة الجنازة والكسوف والاستسقاء ونحوها ، واللازمة يلزم بأوقاتها ووقت فبعضها يتكرر في السنة مرة ، وبعضها في الجمعة مرة وبعضها في كل يوم خمساً ،كان معرفة الاوقات أهم معالم الصلوات.ولان التوقيت سبب ، والسبب يقدم على المسبب فلذلك بدأ المصنف بباب المواقيت وله جهتان ، جهة انه وجه الشرط لأنه سبب للوجوب وشرط للاداء فلذلك استحق التقديم .

( أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني ) قدم بيان وقت الفجر وكان الواجب أن يبتدىء وقت الظهر ، لأنها أول صلاة أمر فيها جبريل عليه السلام ، ولكن وقت الفجر وقت متفق في أوله وآخره ، ولأنه صلاة وجبت بعدم النوم ، والنوم أخو الموت فكان إيراده بأول وقت يخاطب المرء بادائها اذ الخطاب على اليقظان لا على النائم ، ولأن صلاة الفجر أول من صلاها آدم عليه السلام حين أهبط من الجنة كما ذكرنا عن قريب .

فإن قلت كيف قلت وقت الفجر وقتها اختلف في أوله وآخره ، وقد قال أبو سعيد

الاصطخري من الشافعية إذا أسفر يخرج الوقت وتكون الصلاة بعد طلوع الشمس قضاء . قلت هذا القول خارق للاجماع فلا يلتفت إليه . وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على من يصلي الصبح قبل طلوع الشمس انه يصليها في وقتها ، ولأن صلاة الفجر أول الخمس في الوجوب إذ لم يختلفوا في ان الصلوات الخمس في ليلة الاسراء فالفجر صبيحة ليلة وجوبها ، وذلك لما روى أنس بن مالك قال فرضت على النبي ﷺ الصلوات ليلة الاسراء به خمسين صلاة ثم نقصت حتى جعلت خمساً ، ثم نودي يا محمد انه لا يبدل القول لدي وان لك بهذه الخمس خمسين . رواه النسائي وأحمد والترمذي وقال حديث حسن صحيح .

وقال السروجي والشافعية بدؤوا بصلاة الظهر لامامة جبريل عليه السلام ، ثم قال ولنا انه عليه السلام بدأ بالفجر للسائل بالمدينة وهو متأخر عن الأول الذي هو فعل جبريل عليه السلام وناسخ لبعضه فلهذا استحسنوا ترتيبه ، قلت بدأ محمد في أصل الجامع الصغير بصلاة الظهر. وقال الاترازى لأنها أول صلاة الفجر فالمضاف محذوف . قوله إذا طلع الفجر الثاني أى الصادق . وفي الجهرة اختلف المشايخ في ان العبرة لأول طلوعه أو لاستطارته وانتشاره.

( وهو ) أي الفجر الثاني ( البياض المعترض في الأفق ) أي في أفق السماء وهو طرفه وناحيته . قال الجوهري الافاق النواحي الواحد افق وافق مثل عشر وعشر ، قال الاكمل احترز به عن الفجر الكاذب وفسره ايضاً على ما يأتي عن قريب ومقصوده ههنا بيان الفجر الثاني ، وهو الفجر الصادق الذي يدخل به وقت صلاة الصبح ، وهو الفجر المعترض اي المنتشر في الافق عرضاً لا يزال يزداد ، وسمي الصادق به لأنه صدق عن الصبح.

( وآخر وقتها ) أي آخر وقت صلاة الفجر ( ما لم تطلع الشمس ) المراد به جزء قبل طلوع الشمس . وفي البدرية في قوله ما لم تطلع الشمس إطلاق اسم الكل على البعض لأن قوله ما لم تطلع الشمس يتناول من اول الوقت إلى ما قبل طلوع الشمس ، والمراد به

(١) هكذا في الأصل وفي الشرح زيادة كلمة – البياض – .

## لحديث امامة جبريل عليه السلام فإنه ام رسول الله عليه السلام فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جداً وكادت الشمس تطلع .

جزء كما ذكرنا ( لحديث امامة جبريل عليه السلام فإنه ام رسول الله ﷺ فيها في اليوم الأول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جداً وكادت الشمس تطلع ) حديث امامة جبريل عليه السلام رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنه منهم ابن عباس وعبد الله بن مسعود وابو هريرة وعمرو بن حزم وابو سعيد الخدري وانس بن مالك وابن عمر وبريدة وابو موسى الاشعري والبراء بن عازب .

اما حديث ابن عباس رضي الله عنه فرواه ابو داود والترمذي عنه ان النبي ﷺ قال أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى الظهر في الاولى منها حين كان الفيء مثل الشراك ثم العصر حين كان ظل كل شيء مثله ، ثم صلى المغرب حين وجبت الشمس وافطر الصائم ، ثم صلى العشاء حين غاب الشفق ، ثم صلى الفجر حين برق الفجر وحرم الطعام على الصائم ، وصلى المرة الثانية الظهر حين كان ظل كل شيء مثله لوقت العصر بالامس ، ثم صلى العصر حين كان ظل كل شيء مثليه ، ثم صلى المغرب لوقته الأول ، ثم صلى العشاء الآخرة حين ذهب ثلث الليل ، ثم صلى الصبح حين اسفرت الارض ، ثم التفت إلى جبريل عليه السلام فقال يا محمد هذا وقت الانبياء من قبلك والوقت فيما بين هذين الوقتين . قال الترمذي حديث حسن. ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه، وابو بكر بن خزيمة في صحيحه .

فإن قلت في إسناده عبد الرحمن بن الحارث تكلم فيه احمد وقال متروك الحديث ، ولينه النسائي وابن معين وابو حاتم الرازي ، قلت هذا الحديث هو العمدة في هذا الباب، ومثل هؤلاء الأئمة صححوه ، وعبد الرحمن بن الحارث وثقه ابن سعد وابن حبان ، وقال ابن عبد البر في التمهيد ، وقد تكلم بعض الناس في حديث ابن عباس رضي الله عنه . هذا الكلام لا وجه له ورواته كلهم مشهورون بالعلم ، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن

عبد الرحمن بن الحارث باسناده عن العمري عن عمر بن نافـع بن حبيب بن معطم عن ابيه عن ابن عباس رضي الله عنه نحوه .

واما حديث جابر فرواه الترمذي والنسائي عنه واللفظ له جاء جبريل عليه السلام إلى النبي ﷺ حين مالت الشمس فقال قم يا محمد فصل الظهر حين مالت الشمس ، ثم مكث حتى إذا كان في الرجل مثله جاء العصر فقال قم يا محمد فصل العصر ، ثم مكث حتى إذا غابت الشمس جاءه فقال قم فصل المغرب فقام فصلاها حين غابت الشمس ، ثم مكث إذا غاب الشفق جاءه فقال قم فصل العشاء فقام فصلاها ثم جاءه حين بطلع الفجر بالصبـح فقال قم يا محمد فصل الصبح ، ثم جاءه من الغد كان في الرجل مثله فقال قم يا محمد فصل الظهر ، ثم جاءه حين كان في الرجل مثليهفقال قم يا محمد فصل العصر ، ثم جاءه المغرب حين غابت الشمس وقتاً واحداً لم تزل عنه فقال قم يا محمد فصل المغرب ، ثم جاءه للعشاء حين ذهب ثلث الليل الاول فقال قم يا محمد فصل العشاء ، ثم جاءه الصبح حين اسفرجداً فقال قم يا محمد فصل فصلى الصبح ، ثم قال ما بين هذين وقت كله .

قال الترمذي قال محمد يعني البخاري حديث جابر اصح شيء في المواقيت ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم فيمستدركه ؛ وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لعلة حديث الحسين بن الاصفر ، وهو من جملة رواته وثقه النسائي وابن حبان . ورواه احمد واسحاق ابن راهويه .

فإن قلت قال ابن القطان في كتابه هذا الحديث يجب أن يكون مرسلا لأن جابراً لم يذكر من حديثه بذلك ، وجابر لم يشاهد ذلك صحة الأمر لما علم انه انصاري ، وانما صحت بالمدينة ولا يلزم بذلك من حديث ابن عباس رضي الله عنه وابي هريرة فإنهما رويا امامة جبريل عليه السلام من قول النبي ﷺ قلت هذا ارسال غير ضار ، فمن ثم يبعد ان يكون جابر سمعه من تابع غير صحابي . وقد اشتهر ان مراسيل الصحابة مقبولة والجهالة غير ضارة .

واماحديث ابي مسعود فرواه ابن راهويه مطولاً ، ورواه في سننه مسند اسحاق،ثم

قال انه منقطع لم يسمع ابو بكر من ابي مسعود رضي الله عنه وانمـــا هو بلاغ . قلت ابي بكر هو ابن عمر وابن حزم وابو مسعود اسمه عقبــة بن عمرو الانصاري . وحديث ابي مسعود هذا في الصحيحين إلا انه غير مقيد ولفظها عن ابي سعيـد الانصاري قال سمعت رسول الله ﷺ يقول نزل جبريل عليه السلام فأمني فصليت معه ، ثم جـــاء مرة اخرى فأمني فصليت معه وبحث بأصابعه خمس صلوات ثم قال بهذا امرت ، وليس في الصحيحين غير ذلك .

واما حديث ابي هريرة فعند البزار والنسائي والحاكم في مستدركه .

واما حديث عمرو بن حزم فعند عبد الرزاق في مصنفه ، وعنه رواه اسحـــاق بن راهويه في مسنده .

واما حديث ابي سعيد الخدري فعند احمد في مسنده والطحاوي في شرح الآثار .

واما حديث انس فعند الدارقطني في سننه ، وقـــال ابن القطان في مسند محمد بن سعيد وهو مجهول،والراوي عنه ابو حمزة ادريس بن يونس بن ساد الفراء ولا يعرف حاله.

واما حديث ابن عمر فعند الدارقطني ايضاً ، ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاءواعله بمحبوب بن الجهم احد راويه.

واما حديث بريدة فعند مسلم ان رجلا سأل النبيﷺعن وقت الصلاه اخرجهمطولاً.

واما حديث ابي موسى الاشعريرضي الله عنه فعند مسلم إلا ان فيه انه أخرالمغرب في اليوم الثاني وان ذلك كان في صلاة النبي ﷺ في المدينة،ثم الكلام في حديث ابن عباس رضي الله عنه فقوله امني جبريل عليه السلام عند البيت ارا به الكعبة شرفها اللهتعالى. واعترض النووي على الغزالي في قوله هذا الخبر عند باب البيت ، وقال المعروف عنـــد البيت وليس له وجه لأن الشافعي هكذا رواه فقال حدثنا عمرو بن ابي سلمة بن عبدالعزيز عن عبد الرحمن بن الحارث وفيه امني جبريل عليه السلام عنـــد باب البيت . وهكذا رواه البيهقي والطحاوي أيضاً في شرح الآثار امني جبريل عليه السلام مرتين عنـد باب البيت .

قوله – حين زالت الشمس – ورد انها انحطاطها عن كبد السماء يسيراً . قوله – قدر الشراك – هو احد سوارد النعل التي تكون على وجهها وقدره ههنا ليس على معنى التحديد ، ولكن زوال الشمس لا يتبين إلا بأقل مايرى من الظل وكان حينئذ يكن هذا القدر والظل يختلف باختلاف الأمكنة والأزمنة ، وانما بين ذلك في مثل مكة من البلاد التي تنقل فيها الظل ، فإذا كان أطول النهار واستوت الشمس فوق الكعبة لم ير شيء من جوانبها ظل فكل بلد يكون أقرب إلى خط الإستواء ومعدل النهار ويكون الظل فيه أقصر ، وكل ما بعد عنها إلى جهة الشمال يكون الظل فيه أطول قوله – حين كان ظله مثله – وفي بعض الرواية حين صار كل شيء مثله. قوله – حين غاب الشفق – وهو البياض عند أبي حنيفة على ما يأتي . قوله – حين حرم الطعام والشراب على الصائم – وهو أول طلوع الفجر الثاني الصادق . قوله – حين كان ظله مثليه – وهو آخر وقت الظهر عند أبي حنيفة على ما يأتي إن شاء الله تعالى . قوله – وصلى بي المغرب حين أفطر الصائم – يعني حين غابت الشمس والإجماع على ان وقت المغرب غروب الشمس .

واختلفوا في آخر وقتها فقال مالك رحمه الله والأوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لا وقت للمغرب إلا وقت واحد . وعن الشافعي ووقت المغرب يقدر وقوع فعلها فيه مع شروطها حتى لو مضى ما يسع فيه ذلك فقد انقضى لوقت . وعند أبي حنيفة وأصحابه وقت المغرب من غروب الشمس إلى غروب الشفق وبه قال أحمد والثوري واسحاق بن راهويه وهو قول الشافعي في القديم ، قال الثوري هو الصحيح واختاره النووي والخطابي والبيهقي والغزالي . وعن مالك ثلاث روايات أحدها كقولنا. والثانية كقول الشافعي في الجديد . والثالثة تبقى إلى طلوع الفجر هو قول عطاء وطاووس .

وقوله – وصلى أبي العشاء إلى ثلث الليل – يجوز أن يكون إلى ها هنا بمعنى في، اي صلى في ثلث الليل ومنه قولة تعالى ﴿ ليجمعنكم إلى يوم القيامة ﴾ ٨٧ – النساء أي في يوم القيامة ، وهذا وقت الاستحباب ، أما وقت الجواز ما لم يطلع الفجر . وقال الشافعي ومالك وأحمد وهو وقت الفجر . وأما آخره فعند أصحابنا ما لم يطلع الفجر . وقال

الشافعي إلى الانقاء لأصحاب الرفاهية ولمن لا عذر له . وقال ومن صلى ركعة من الصبح قبل طلوع الشمس لم يفته الصبح وهذا في أصحاب الأعذار والضرورات . وقال مالك وأحمد واسحاق من صلى ركعة من الصبح وطلعت الشمس أضاف إليها أخرى وقد أدرك الصبح. قوله – هذا وقت الأنبياء من قبلك – هذا يدل على أن الأنبياء عليهم السلام كانوا يصلون في هذه الأوقات ، ولكن لا يلزم أن يكون قد صلى كل منهم في جميع هذه الأوقات ، والمعنى أن صلاتهم كانت في هذه الأوقات فرأت طرفين بهم مثل هذا وإلا فلم تكن هذه الصلوات على هذه المواقيت إلا لهذه الأمة خاصة وإن كان غيرهم قدره لهم في بعضها الا ترى ان ما روى أبو داود في القسمة وفيه اغتنموا بهذه الصلاة فانكم قد فضلتم بها على سائر الأمم . قوله – والوقت – مبتدأ . وقوله – ما بين هذين الوقتين – والإشارة إلى وقت اليوم الأول والثاني الذي ام فيها جبريل عليه السلام .

فإن قلت هذا يقتضي أن لا يكون الأول والآخر وقتاً لها ، قلت لما صلى في أول الوقت وآخره وجد البيان منه فعلا وبقي الإحتياج إلى ما بين الأول والآخر فتبين ما يقول . وجواب آخر أن هذا بيان للوقت المستحب إذ الأداء في أول الوقت ما يتعين على الناس ، ويؤدي أيضاً إلى تقليل الجماعة ، وفي التأخير إلى آخر الوقت خشية الفوات فكان المستحب ما بينهما مع قوله ﷺ خير الأمور أوساطها، ثم ان الشافعية فعلوا بامامة جبريل عليه السلام في صحة امامة الفرض بالنفل ، وقالوا ان جبريل عليه السلام كان متنفلاً معلماً والنبي ﷺ معترض قلنا هذه دعوى فمن أين لهم انه كان متنفلاً أو مفترضاً اما كونه معلماً بين قالوا لا تكليف على مالك في هذه الشريعة وإنما هو على الجن والانس .

قلنا هذا لا يعلم عقلاً وإنما علم بالشرع ، وجبريل عليه السلام مأمور بالامة بالنبي ﷺ ولم يؤمر غيره من الملائكة مالك ، فلما خص بالامامة جاز أن يخص بالفرضية ، وروى في حديث أبي مسعود في الصحيحين الذي مضى ذكره بهذا أمرت بضم التاء وفتحها ، أما الفتح فظاهر ، وأما الضم فيدل على أن جبريل كان مأموراً ولكن لم يعلم كيفية أمر الله تعالى له هل قال له بلغ قولاً أو فعلا وكيف شئت ، ولا يقال أمره أن يبلغه قولاً ويبلغ فعلا لأنه يكون مخالفاً غير ممتثل .

ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولأمتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولاً ثم يعقبه الظلام

---

فان قلت لا شك أن النبي ﷺ كان مقتدياً بجبريل عليه السلام والناس صلوا سواء قلت في حديث عمرو بن حزم قال جبريل عليـــه السلام فصلى بالنبي ﷺ وصلى النبي بالناس الحديـــث .

( ثم قال في آخر الحديث ) أي قال جبريل عليه السلام في آخر حديث امامته ( ما بين هذين الوقتين وقت لك ولأمتك ) أشار بهذين إلى الوقتين الذين صلى فيهما جبريل عليه السلام في اليوم الأول واليوم الثاني ، وقد مر أن هذا الحديث أخرجه جماعة من الصحابة ، وليس في حديث واحد منهم هذا اللفظ بهذه العبارة ، فعبارة حديث ابن عباس والوقت فيما بين هذين الوقتين وعبارة حديث جابر ما بين هذين وقـت كله ، وعبارة حديث أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه قال جبريل عليه السلام ما بين هذين وقت صلاة . وعبارة حديث أبي هريرة رضي الله عنه ما بين هذين وقت ، بدون لفظة كله مما في حديث جابر رضي الله عنه ، وفي طريق آخر لأبي هريرة أخرجه النسائي ثم قال الصلاة ما بين صلاتك أمس وصلاتك اليوم . وفي حديث أبي موسى رضي الله عنه أن سائلا سأل النبي ﷺ . الحديـــث ، وفي آخره ثم قال أي النبي ﷺ أين السائل عن وقت الصلاة الوقت فيما بين هذين. وفي حديث أبي بريدة وقت صلاتكم ما بين مـــا رأيتم . قوله – وقت – مرفوع على الإبتداء وخبره مقدماً هو قوله – ما بين هذين – محل لك من الاعراب رفع لأنه صفة لقوله – وقت – ومتعلق اللام محذوف تقديره وقت كائن لك .

( ولا معتبر بالفجر الكاذب ) يعني الإعتبار بدخول وقت الصبـح ، ولا في خروج وقت العشاء ( وهو البياض الذي يبدو طولاً ثم يعقبه الظلام ) هذا تفسير الفجر الكاذب وهو الذي يبدأ يظهر ضوءه مستطيلا ذاهباً في السماء كذنب السرحان وهوالذنب يعقبـه ظلمة يعني بمضي أثره ويصير الجو أظلم ما كان ، ويسمى كاذباً لأنه يضيء ثم يسود ويذهب النور فيختلف ويعقبه ظلمة فكان كاذباً ، والعرب تشبهه بذنب السرحان لمعنيين أحدهما طوله ، والثاني أن ضوءه يكون في الأعلى دون الأسفل ، كما أن الذنـب يكثر شعره في

لقوله عليه السلام لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق ، أي المنتشر فيها . وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس

---

أعلاه لا في أسفله ، والأحكام متعلقة بالفجر الثاني دون الأول به يدخل وقت صلاة الصبح، ويخرج وقت العشاء ، ويحرم الأكل والشرب والجماع على الصائم ، وينقضي الليل ويدخل النهار ، ولا يتعلق شيء من الأحكام بإجماع المسلمين ( لقوله ﷺ لا يغرنكم آذان بلال ، ولا الفجر المستطيل ، إنما الفجر المستطير في الأفق ) هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي والترمذي رحمهم الله كلهم في الصوم ، ولفظ الترمذي من حديث سوادة بن حنظلة عن سمرة بن جندب رضي الله عنهم قال قال رسول الله ﷺ لا يمنعكم من سحوركم اذان بلال ولا الفجر المستطيل ولكن الفجر المستطير في الأفق . ولفظ مسلم لا يغرنكم من سحوركم اذان بلال ولا بياض الأفق المستطيل هذا حتى يستطير هكذا.وحكى حماد سأل به قال يعني مفترضاً وبلفظ الترمذي رضي الله عنه رواه أحمد رضي الله عنه وابن راهويه وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، والطبراني في معجمه ، وابن أبي شيبة في مصنفه . قوله – الفجر المستطيل هو الفجر الكاذب والفجر المستطير هو الفجر الصادق – وقد فسره المصنف بقوله .

( أي المنتشر فيها ) أي في الأفق ، وإنما أنث الضمير فيها إلى معنى الناحية وعليه قول ابن عباس رضي الله عنه يمدح النبي ﷺ .

وأنت لما ولدت أشرقت الأرض وضاءت بنورك الأفق

قوله – ضاءت – لغة في أضاءت . ويجوز أن يكون الأفق واحداً وجمعاً كالفلك والمستطير المنتشر المتفرق في نواحيها ، والإستطارة والتطاير التفرق والذهاب. والسين فيه للطلب كأنه يطلب الطيران في نواحي الأفق .

( وأول وقت الظهر ) أي أول وقت صلاة الظهر ( إذا زالت الشمس )وزوال الشمس عبارة عن ميلانها من جانب الشمال إلى اليمين لمستقبل القبلة . وفي المبسوط لا خلاف في أول وقت الظهر أنه يدخل بزوال الشمس إلا شيء نقل عن بعض الناس أنه يدخل إذا

صار الفيء بقدر الشراك . وقال النووي عن أبي الطيب هو خلاف ما اتفق عليه الفقهاء . ( لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول حين زالت الشمس ) قد تقدم في حديث ابن عباس رضي الله عنه أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى بي الظهر حين زالت الشمس . وقد تقدم أيضاً حديث جابر رضي الله عنه جاء جبريل عليه السلام إلى النبي ﷺ حين زالت الشمس . أخرجه الترمذي وغيره .

وفي حديث عمرو بن حزم قال جاء جبريل عليه السلام فصلى بالنبي ﷺ وصلى النبي بالناس من حين زالت الشمس الظهر .

وفي حديث بريدة ثم أمره بالظهر حين زالت الشمس عن قطر السماء . رواه عبد الرزاق رحمه الله ، وأخرج مسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً وقت صلاة الظهر إذا زالت الشمس ما لم يحضر وقت العصر . وروى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً ان للصلاة أولاً وآخراً وأول وقت صلاة الظهر حين زوال الشمس . وأخرجه مسلم أيضاً من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ثم أمر فأقام بالظهر حين زالت الشمس .

فإن قلت جاء عنه عليه السلام قال أمني جبريل عليه السلام عند البيت مرتين فصلى الظهر في المرة الأولى حين كان الفيء مثل الشراك . قلت هذا محمول على الفراغ منها ، والأحاديث المذكورة محمولة على الشروع فيها توفيقاً بين الأحاديث ، ويدل عليه قوله تعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ ٧٨ ـ الإسراء أي لزوالها ، وهو قول ابن عمر وابن عباس وانس وعائشة والحسن البصري . وقال النووي المراد به أنه حين زالت الشمس كان الفيء حينئذ مثل الشراك من ورائه لا أنه أخر إلى أن صار مثل الشراك ، وهو أحد سيور النعل ، وهو يكون على وجهها ، والمعنى أن الظل قد رجع حين وقع على النعل والظل من أول النهار الخ . والفيء لا يكون إلا بعد الزوال لأنه ظل فاء أي رجع . والفيء مهموز معناه الرجوع ، والمراد ههنا رجوع الظل من جانب المغرب إلى جانب المشرق .

## وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شيء مثليه

( وآخر وقتها ) أي آخر وقت الظهر ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه إذا صار ظل كل شيء مثليه ) قال الأكمل قوله آخر الوقت إذا صار ظل كل شيء مثليه فيه تسامح لأن آخر الشيء منه ، فإذا صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت الظهر عنده ، وكذا إذا صار مثله عندهما قال وتأويله آخر الوقت الذي يتحقق عنده خروج الظهر بدليل قوله فيما بعد - وآخر وقت المغرب حين يغيب الشفق يتحقق الخروج - قلت هذا كلام السغناقي فإنه أخذ منه ، وملخص كلامه ان آخر الشيء من أجزاء ذلك الشيء فيكون وقت الظهر باقياً عنده عند المثلين ، وعندهما المثل . ورواية المنظومة يقتضي أن لا يبقى وقت الظهر على القولين على هذا التقديرين ، والذي في المنظومة هو قوله :

والعصر حين المرء يلقى ظله　　　قد صار مثليه وقالا مثله

فيحتاج إلى التوفيق بينهما . فأجاب عنه بجوابين أحدهما ما ذكرناه، والآخر أن المراد بآخر الوقت هو القرب منه الذي يتحقق الخروج عنده وهو نظير قوله تعالى ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن ﴾٢٣٤ - البقرة أي قارب بلوغ أجلهن ، فكان لفظة آخر بمنزلة لفظ الأجل لأن كل منهما اسم لتمام الشيء ، ثم يذكر الأجل ويراد به القرب ويذكر ويراد به القرب ويراد به الإنقضاء .

ثم اعلم أن قول أبي حنيفة رحمه الله هذا رواية محمد رحمه الله عنه وهي المشهورة . وفي تأويل رواية الحسن وأبي حنيفة رضي الله عنهما حتى يصير ظل كل شيء مثله وبه قال أبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي وأحمد رحمهم الله واختاره الطحاوي . وفي رواية أسد بن عمرو رضي الله عنه عن أبي حنيفة رضي الله عنه إذا صار ظل كل شيء مثله خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شيء مثله سوى فيء الزوال . وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله عنه إذا صار الكل أقل من قامتين يخرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير قامتين ، وصححه الشيخ أبو الحسن الكرخي .

وفي المبسوط جعل رواية الحسن رواية محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله وجعل المثلين رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله . قال وروي عن أبي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن إذا صار ظل كل شيء قامته خرج وقت الظهر ، ولا يدخل وقت العصر

سوى فيء الزوال . وقالا إذا صار الظل مثله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال

---

حتى يصير الظل قامتين وبينهما وقت مهمل وهو الذى سمته الناس بين الصلاتين . وقال مالك إذا صار ظل كل شيء مثله دخل وقت العصر ولم يخرج وقت الظهر يبقى بعد ذلك قدر أربع ركعات صالحاً للظهر والعصر أداء . وحكي في المغني عن ربيعة أن وقت الظهر والعصر إذا زالت الشمس. وعن عطاء وطاووس إذا صار ظل كل شيء مثله دخل وقت العصر وما بعده وقت لهما على سبيل الإشتراك حتى تغرب الشمس . وقال إسحاق بن راهويه رضي الله عنه وأبو ثور والمزني وابن جرير الطبري اذا صار ظل كل شيء مثله دخل وقت العصر وبقي وقت الظهر قدر ما يصلي أربع ركعات ، ثم يتمحض الوقت العصر وبه قال مالك رحمه الله وابن المبارك حتى لو صلى رجل الظهر حين صار الظل مثل الشخص وآخر فيه العصر كانا مؤديين .

وروى أبو نصير عن مالك وقت الظهر إلى أن يصير ظل كل شيء مثله وقت المختار ، وأما وقت الأداء يؤخر إلى أن يبقى إلى غروب الشمس قدر أربع ركعات في المبسوط .
وقال مالك إذا زالت الشمس دخل وقت الظهر فإذا مضى مقدار ما يصلي فيه أربع ركعات دخل وقت العصر ولم يخرج وقت الظهر ، وكان الوقت مشتركاً بينهما إلى أن يصير الظل قامتين وهو فاسد لقوله ﷺ لا يدخل وقت صلاة حتى تخرج وقت صلاة أخرى . وفي الوجيز ويروى هذا عن المزني أيضاً عن ابن جرير وعطاء أنه لا يكون تأخير الظهر إلى صفرة الشمس مفرطاً . وعن طاووس لا تفوت حتى الليل .

( سوى فيء الزوال ) وهو الظل الذى يكون للاشياء وقت الزوال . وفي المجتبى زوال الشمس بفيء الزوال ، وقد مر ان الفيء مهموز وهو في اللغة الرجوع فلا يكون إلا بعد الزوال .

( وقالا ) أى قال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهم ( إذا صار الظل مثله ) أى إذا صار ظل كل شيء مثله ( وهو ) أى قولهما ( رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ) رواه الحسن عنه ( وفيء الزوال هو الفيء الذى يكون للاشياء وقت الزوال ) أى وقت زوال

الشمس عن كبد السماء . وقال المرغيناني قال أبو حنيفة ما دام القرص في كبد السماء فإنه لم يزل وان انحط يسيراً فقد زال . وعن محمد رحمه الله انه يقوم الرجل مستقبل القبلة ، فإذا زالت الشمس عن يساره فهو الزوال . وأصح ما قيل في معرفة الزوال قول محمد بن شجاع انه يغرز خشبة في أرض مستوية وتخط على رأس الظل خطاً ، فيجعل ما بلغ الظل علامة ما دام الظل ينقص عن الخط والعلامة فإنها لم تزل فإذا وقف ولم يزدد ولم ينقص فهو وقت الزوال والاستواء ، فإذا أخذ في الزيادة فقد زالت الشمس . وقال السرخسي والمرغيناني هذا هو الصحيح .

وفي المبسوط الزوال يختلف باختلاف الامكنه والأزمنة ، وقد قيل لا بد أن يبقى لكل شيء في الزوال في كل موضع الأمكنة وضعاً والمدينة في أطول أيام السنة فلا يبقى بمكة وصنعاء ظل على الارض ، وبالمدينة يأخذ الشمس الحيطان الأربعة ، وحكي عن أبي جعفر الراسي انعند أطول النهار في الصيف يكون بمكة ظل من الأشخاص عند الزوال بستة وعشرين يوماً قبل انتهاء الطول ، وستة وعشرين يوماً بعد انتهاء الطول ، وفي هذه الأيام إذا لم ير للشخص ظل فإن الشمس لم تزل ، فإذا رأى الظل بعد ذلك فإن الشمس قد زالت. وعن أبي حامد إنما يكون الظل في يوم واحد في السنة ، وأما الزوال في نفس الأمر الذى لا يظهر فانه يتقدم على ما يظهر لنا فلا اعتبار له ولا يتعلق به الحكم ، ولو لم يجد ما تقرر لمعرفة الوقت والفيء والأمثال فليعتبر بقامته وقامة كل إنسان ستة أقدام ونصف بقدمه . وقال الطحاوى عامة المشايخ سبعة أقدام من طرف سمت الساق ، وستة ونصف من طرف الابهام ، واليه أشار البقالي في الأربعين . وحكي ابن قدامة في المغني عن أبي العباس السبخي على وجه التقريب ان الشمس تزول في نصف حزيران وهو بونه [1] على قدم وثلث ، وهو أقل ما تزول عليه الشمس وفي نصف تموز وهو أبيب ونصف آذار وهو بشنس على قدم ونصف وثلث ، وفي نصف آب وهو مسرى ونيسان وهو برمودة على ثلاثة أقدام ، وفي نصف آذار وأيلول وهما برمهات وتوت على أربعة أقدام ونصف ، وفي نصف تشرين الأول

(١) سيترجم كل شهر المذكورة إلى ما رادفه من اللغة الفارسية . اهـ مصححه .

لهما امامة جبريل في اليوم الاول في العصر في هذا الوقت ، ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فإن شـــدة الحر من فيح جهنم واشتد الحر في ديارهم في هذا الوقت ،

---

وشباط وهما بابه وامشير على ستة أقدام ، وفي نصف تشرين ثاني وكانون ثاني وهما هاتور وطوبة على تسع أقدام ، وفي نصف كانون الأول وهـو كهيك على عشرة أقدام وسدس . وهذا انتهى ما تزول عليه الشمس في إقليم العراق والشام وما بينهما من البلدان ، فـــإذا أردت معرفة ذلك فقف على ارض مستوية وعلم الموضع الذى انتهى إليه ذلك ، ثم ضع على قدمك اليمنى بين يدى قدمك اليسرى والصق عقبك بابهامك [1] فاذا بلغت ساعة هـذا القدر بعد انتهاء النقص فهو الوقت الذي زالت عليه الشمس ووجبت صلاة الظهر قبل طول الآبار من ستة أقدام ونصف بقدم نفسه .

( لهما ) أى لأبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما ( امامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول في العصر في هذا الوقت ) أى الوقت الذى جعل أبي حنيفة رحمه الله وقت الظهر ، وهـو ما إذا صار ظل كل شيء مثله. واختلفت نسخ الهداية في هذا الموضع ففي بعضها في اليوم الأول في هـــذا الوقت ، وفي بعضهـا في اليوم الثـاني أى إمامة الظهر ، وفي بعضها إمامـــة العصر في اليوم الثاني .

( وله ) أى لأبي حنيفة ( قوله ﷺ أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم ) هذا الحديث أخرجه جماعة عن خلق كثير من الصحابة وسنبين جميع ذلك في فصل بيان الأوقات المستحبة. وبلفظ المصنف رواه البخارى في صحيحه من حديث الاعمش عن أبي صالح عن أبي سعيد الخدرى قال قال رسول الله ﷺ أبردوا بالظهر فان شدة الحرمن فيح جهنم . قوله – أبردوا – أمر من الابراد والفيح بالفاء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره حاء وهو سطوع الحر وزفرانه . ويقال بالواو فاحت القدر تفوح إذا غلت . وقد أخرجه مخرج التنبيه والتمثيل أى كأنه نار جهنم في حرها .

( واشتد الحر في ديارهم في هذا الوقت ) يعني وقت صيرورة ظل كل شيء مثله. وأراد بديارهم ديار الحجاز .

---

(١) في الأصل بامهامك . ا هـ . مصححه .

وإذا تعــارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشـك .
وأول وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولـين ،

---

( وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بـالشك ) هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال يعارض حديث الابراد حديث امامـة جبريل عليه السلام ، لأن امامته في صلاة العصر في اليوم الأول فيما إذا صار ظل كل شيء مثله ، فـدل ذلـك على خروج وقت الظهر . وحديث الابراد دل على عدم خروج وقت الظهر لأن اشتدادالحرفي ديارهم في ذلك الوقت ، الجواب أن الآثار أى الأحاديث إذا تعارضت لا ينقضي الـوقت الثابت بيقين بالشك والم [1] يكن ثابتاً بيقين هو وقت العصر لا يثبت بالشك .

فان قلت هل في الابراد تحديد ، قلت روى أبو داود والنسائي رضي الله عنهما من حديث ابن مسعود رضي الله عنه كان قدر صلاة رسول الله ﷺ للظهر في الصيف ثلاثة أقدام ، هذا يدل على التحديد . اعلم ان هـذا الأثر يختلف في الاقـاليم والبلدان ولا يستوى فيه جميع المدن والامصار وذلك لان العلة في طول الظل وقصره هو زيادة ارتفاع الشمس في السماء والمحطاطها ، فكلمـا كانت إلى محاذاة الرؤوس في مجراهـا أقرب كان الظل أقصر وكلما كانت أخفض ومن محاذاتها كانت الرؤوس في مجراهـا أقرب كان الظل أطول ؛ رسول الله ﷺ بمكة والمدينة ثلاثة أقدام وهما من الاقليم الثاني ، ويذكرون أن الظل فيهما في أول الصيف في شهر آذار ثلاثة أقدام وشيء ، ويثبت أن تكون صلاته إذا اشتد الحر متأخرة عن الوقت المعهود قبله ، فيكون الظل عند ذلك خمسة أقدام . وأما الظل في الشتاء فانهم يذكرون انه في تشرين الاول خمسة أقدام أو خمسة وشيء ، وفي كانون سبعة أقدام أو سبعة وشيء ، فيقول ابن مسعود رضي الله عنه ينزل على هـذا التقرير في ذلك الاقليم دون سائر الاقاليم والبلدان [2] التي هي خارجة عن الاقليم الثاني .

( وأول وقت العصر ) أى أول وقت العصر ( إذا خرج وقت الظهر على القولين ) أى قول أبي حنيفة رحمـه الله في الرواية المشهورة عنه ، وقول صاحبيه فعنده إذا صار

---

(١) هكذا في الاصل ربما هي – إن لم – اهـ مصححه .
(٢) هذا الصحيح وفي الاصل « البدان » . اهـ مصححه .

## وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس ، لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها .

ظل كل شيء مثله سوى في الزوال ودخل وقت العصر ، وعندهما إذا صار ظل كل شيء مثله وإنما قيدنا قول أبي حنيفة رحمه الله بالرواية المشهورة عنه احترازاً عن رواية أسد عنه حيث يخرج الظهر ولا يدخل العصر ، فلا يكون أول العصر إذا خرج الظهر على تلك الرواية . وفي المحيط الخلاف في وقت الظهر خلاف في أول وقت العصر . قلت هذا على المشهور من القولين .

وقال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما إذا زاد على المثل انى يدخل أول وقت العصر . واختلف الشافعية في هذه الزيادة على ثلاثة أوجه أحدها : الظل إلى المثل وإلا فالوقت قد دخل قبل حصول الزيادة بمجرد المثل ، فتكون الزيادة من وقت العصر .

والثاني : انها من وقت الظهر وإنما يدخل وقت العصر بعدها وهذا مخالف لقول جبريل عليه السلام والنبي ﷺ الوقت فيما بين هذين .

الثالث : انها ليست من وقت الظهر ولا من وقت العصر بل هي وقت مهمل فاصل بين الوقتين .

( وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس ) أي آخر وقت العصر غروب الشمس ، وهو قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعي في الصحيح الذي نص عليه . وقال الحسن بن زياد تغير الشمس إلى الصفرة ، حكاه عنه قاضي خان رحمه الله . وقال السرخسي العبرة لتغير القرص عندنا وهو قول الشعبي رضي الله عنه . وقال النخعي تغير الضوء . وقال الاصطخري إنما صار ظل كل شيء مثليه خرج وقت العصر ويأثم بالتأخير بعدها ويكون قضاء .

( لقوله ﷺ من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها ) هذا الحديث رواه الأئمة الستة . فالبخارى عن عبد الله بن مسلم عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار وبشر بن سعيد وعبد الرحمن بن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح ، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر . ومسلم عن يحي قال

قرأت على مالك إلى آخره نحوه . والترمذى عن إسحاق بن موسى الأنصارى عن معين عن مالك إلى آخره . وابن ماجة عن محمد بن صالح عن عبد العزيز بن محمد الداوردي[1] عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن بشر بن سعيد وعن الأعرج يحدثونه عن أبي هريرة رضي الله عنه اهـ .

وأبو داود من حديث ابن عباس عن أبي هريرة رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ من أدرك من العصر ركعة قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك ومن أدرك من الفجر ركعة قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك . والنسائي من حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ نحوه . وأخرجه ابن ماجة أيضاً من حديث عائشة رضي الله عنها. ومسلم أيضاً وابن حبان بعدد ألفاظ فمنها من صلى الصبح ركعة قبل أن تطلع الشمس لم تفته الصلاة ، ومن صلى العصر ركعة قبل أن تغرب الشمس لم تفته الصلاة . وفي لفظ فقد أدرك الصلاة كلها ، وفي لفظ وليتم ما بقي ، وفي لفظ من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها .

وأخرج النسائي عن حماد بن هشام حدثني أبي عن قتادة عن عروة بن تميم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال إذا صلى أحدكم ركعة من صلاة الصبح ثم طلعت الشمس فليصل إليها أخرى . وأخرج أيضاً عن همام قال سئل قتادة عن رجل صلى ركعة من صلاة الصبح ثم طلعت الشمس فقال حدثني جلاس عن أبي رافع عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال يتم صلاته . وجه الإستدلال بهذا الحديث على وجوه .

الأول : انه يدل على ان آخر وقت العصر هو غروب الشمس وان الذى يؤخر صلاة العصر عن صيرورة ظل كل شيء مثليه غير مفرط ، وبه قال زفر ومالك في رواية ابن وهب عنه ، وذلك أن معنى قوله ﷺ فقد أدركها أى أدرك وجوبها حتى إذا أدرك الصبي قبل غروب الشمس ، أو أسلم الكافر ، او افاق المجنون . أو طهرت الحائض يجب عليه صلاة العصر ولو كان الوقت الذى أدركه جزءاً يسيراً لا يسع فيه الأداء ، وكذلك الحكم قبل طلوع الشمس .

---

(١) في تقريب التهذيب هو عبد العزيز بن محمد بن عبيد الدار الدراوردى وليس الداوردى والله أعلم . اهـ مصححه .

فإن قلت قيل في الحديث ركعة فينبغي أن لا يعتبر أقل منها قلت قيد الركعة فيه خرج مخرج الغالب ، فإن غالب ما يمكن معرفة الإدراك به ركعة ونحوها ، حتى قال بعض الشافعية إنما أراد رسول الله ﷺ بذكر الركعة البعض من الصلاة لأنه قد روي عنه انه من أدرك ركعة من العصر ومن أدرك ركعتين من العصرومن أدرك سجدة من العصر ، وأشار إلى بعض الصلاة مرة بركعة ومرة بركعتين ومرة سجدة ، والتكبيرة في حكم الركعة لأنها بعض الصلاة فمن أدركها فكأنه أدرك ركعة .

فان قلت المراد من السجدة الركعة على ما روى مسلم حدثني أبو طاهر وحرملة كلاهما عن ابن وهب والسياق كله لحرملة قال أخبرني يونس عن ابن شهاب ان عروة بن الزبير حدثه عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ من أدرك من العصر سجدة قبل أن تغرب الشمس ، أو من الصبح قبل أن تطلع فقد أدركها ، والسجدة إنما هي الركعة. قلت فسر السجدة حرملة وكذا فسر الامام لأنه يعبر بكل واحد منهما عن الآخر وأيما كان فالمراد بعض الصلاة ، وأدرك بشيء منها وهو يطلق على الركعة والسجدة وما دونها مثل تكبيرة الاحرام . وحديث من أدرك سجدة رواه أحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه. الوجه الثاني : ان الوقت الذي يدرك فيه قبل غروب الشمس ولو كان جزءاً يسيراً لا يسع فيه الأداء وقت وجوب الصلاة عليه ، لأن معنى قوله فقد أدرك وجوبها كما ذكرنا . وقال زفر ما لم يجد وقتاً يسع فيه الأداء حقيقة . وعن الشافعي قولان فيما إذا أدرك دون ركعة كتكبيرة مثلا أحدهما لا يلزمه ، والآخر يلزمه وهو أصحها .الوجه الثالث : فيه دليل صريح في ان من صلى ركعة من العصر ثم خرج الوقت قبل سلامه لا تبطل صلاته وهذا بالإجماع ، وأما في الصبح فكذلك عند الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تبطل صلاة الصبح بطلوع الشمس فيها. وقالت الشافعية الحديث حجة على أبي حنيفة حيث عمل به في العصر ولم يعمل به في الصبح ، قلت من وقف على ما مر عليه أبو حنيفة عرف ان الحديث ليس بحجة عليه تمامه حديث هو حجة عليهم ، فنقول لا شك ان الوقت سبب الصلاة وظرف لها ولكن لا يمكن أن يكون كل الوقت سبب لأنه لو كان كذلك يلزم تأخير الأداء عن الوقت ، فتعين

أن يحصل بعض الوقت سبباً وهو الجزء الأول لسلامته عن الزحام ، فإن اتصل به الأداء تقررت السببية ولا ينتقل إلى الجزء الثاني والثالث والرابع وما بعده إلى ما يمكن منه من عقد التحريمة إلى آخر جزء من أجزاء الوقت ، ثم هذا الجزء إن كان صحيحاً بحيث لا ينسب إلى الشيطان ولم يوصف بالكراهة كما في الفجر عليه كاملاً حتى لو اعترض الفساد في الوقت بطلوع الشمس في خلال الفجر فسد خلافاً لهم ، لأن ما وجب كاملاً لا يتأدى بالناقص كالصوم المنذور المطلق ، أو صوم القضاء لا يتأدى في أيام النحر والتشريق وإن كان هذا الجزء ناقصاً بأن صار منسوباً إلى الشيطان كالعصر في وقت الآخر أو وجب ناقصاً لأن نقصان السبب مؤثر في نقصان المسبب ، فساوى نصف النقصان لأنه ما لزم كما إذا نذر من صوم يوم النحر وأداءه فيه ، فإذا غربت الشمس في اثناء الصلاة لم يفسد العصر لأنه ما بعد الغروب كامل كما دل فيه لأن ما وجب ناقصاً يتأدى كاملا بطريق الأولى . فإن قلت يلزم أن يفسد العصر إذا شرع فيه الجزء الصحيح ومدتها إلى أن غربت . قلت لما كان الوقت تبعاً جاز له قبله كل الوقت فينتفي الفساد الذي يصل فيه بالبناء لأن الاحتراز عنه مع الإقبال على الصلاة متعذر .

وأما الحديث الذى هو حجة عليه فهو ما رواه مسلم عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال وقت صلاة الصبح من صلاة الفجر ما لم تطلع الشمس فإذا طلعت الشمس فأمسك عن الصلاة فإنها تطلع بين قرني الشيطان . وقال الطحاوي ورد هذا الحديث أي حديث من أدرك كان قبل نهيه ﷺ من الصلاة في الأوقات المكروهة .

( وأول وقت المغرب إذا غربت الشمس ) أي أول وقت صلاة المغرب وقت غروب الشمس . قال بعض الشراح وهذا إجماع . وعند الشيعة لا يدخل وقتها حتى يشتبك النجوم . قلت وعند طاووس وعطاء بن رباح ووهب بن منبه رحمهم الله أول وقت المغرب حين طلوع النجم أي[1] احتجت الشيعة بما روي انه ﷺ صلى المغرب عند اشتباك النجوم . واحتج طاووس ومن معه بما رواه مسلم من حديث بصرة الغفاري قال صلى بنا

(١) هكذا في الأصل وربما هناك كلام ناقص . ا هـ مصححه .

## وآخر وقتها ما لم يغب الشفق . وقال الشافعي رحمه الله مقدار ما يصلي فيـــه ثلاث ركعات

رسول الله ﷺ العصر بالمحض فقال ان هذه الصلاة عرضت على من كان قبلكم فضيعوها فمن حافظ عليها كان له من الاجر مرتين ، ولا صلاة بعدها حتى يطلع الشاهد والشاهد النجم . وأخرجه النسائي والطحاوي أيضاً وأبو بصرة بفتح الباء الموحدة وسكون الصاد المهملة واسمه حميد بضم الحاء المهملة وفتح الميم وسكون الياء آخر الحـروف ، وقيل جميل بالجيم والأول أصح . قوله – بالمحض – بفتح الميم وسكون الحاء المهملة وفي آخره ضاد معجمة ، وهو الموضع الذي ترى فيه الإبل الحمض وهو ماء ملح وابرمن تـدا إثبات كالرمث والأم والطرفاء ونحوها .

والجواب عن حديث الشيعة ما قال النووي باطل لا يعرف ولو عرف يحمل على الجواز ، وعن حديث مسلم ما قاله الطحاوي وكان قوله عندنا والله أعلم ولا صلاة بعدها حتى يرى الشاهد ، يحتمل أن يكون هذا هو آخر الحديث من قول النبي ﷺ كما ذكره الليث وهو من روايته ويكون الشاهد هو الليل ، ولكن الذي رواه عن الليث فأول ان الشاهد هو النجم ، فقال ذلك من رأيه لا عن النبي ﷺ وقد تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ انه كان يصلي المغرب إذا توارت الشمس بالحجاب .

فإن قلت إذا كانت الزيادة عن ثقة يعمل بهـا حينئذ إذا لم تخالفها الآثار الصحيحة ، وقد تكاثرت الأحاديث الصحيحة انه ﷺ كان يصلي المغرب عقيب غروب الشمس وحث أمته على تعجيله حيث قال لا تزال أمتي بخير أو قال على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب إلى أن يشتبك النجوم رواه أبو داود والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم .

( وآخر وقتها ما لم يغب الشفق ) وبه قال الثوري وأحمد وأبو ثور وإسحاق وداود وابن المنذر وهو قول الشافعي في القديم ، واختاره من سمق إلى الحديث من أصحابه كابن خزيمة والخطابي والبيهقي والبغوي في التهذيب والغزالي في الأخبار وصححه العجلي وابن الصلاح . وقال النووي هو الصحيح .

( وقال الشافعي رحمه الله مقدار ما يصلي فيه ثلاث ركعات ) أي قال الشافعي رحمه

## لأن جبريل عليه السلام ام في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق

---

الله وقت صلاة المغرب قدر ما يصلي فيه ثلاث ركعات وهو قوله الجديد . وقال الغزالي في وقت المغرب قولان أحدهما : انه يمتد إلى غروب الشفق ، وإليه ذهب أحمد . والثاني: إذا مضى بعد الغروب وقت وضوئه واذان واقامته وقدر خمس ركعات فقد انقضى الوقت كذا في الوسط ، ويقال وينبغي أن يكون سبع ركعات لأنه يصلي ركعتين عندهم قبل فرض المغرب ومقدار ما يكسر سورة الجوع من الأكل في حق الصائم لقوله ﷺ إذا وضع العشاء وأحدكم صائم فأدوا به قبل أن تصلوا وهو قول الأوزاعي ، وقال الاكمل ماذكره المصنف من جهة الشافعي رضي الله عنه ليس بكاف . قلت ما التزم المصنف أن يذكر مذهب الشافعي رضي الله عنه وغيره من المخالفين على وجه الكفاية على ان الذي ذكره هو الذي ذكره في الحلية . وعن الإمام مالك رضي الله عنه ثلاث روايات أحدها كقولنا ، والثانية كقول الشافعي رضي الله عنه في الجديد ، والثالثة تبقى إلى طلوع الفجر وهي قول عطاء وطاووس رضي الله عنهما .

( لان جبريل عليه السلام أم في اليومين في وقت واحد ) ولو كان الوقت يمتد لم يؤم جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد لانه كان يعلم أول الوقت وآخره .

( ولنا قوله ﷺ أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخر وقتها حين يغيب الشفق ) هذا الحديث بهذه العبارة لم يذكره أحد ولكن بمعناه رواه مسلم رضي الله عنه من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم قال رسول الله ﷺ عن وقت الصلاة . الحديث ، وفيه ووقت صلاة المغرب إذا غابت الشمس ما لم يسقط الشفق ، وفي رواية ما لم يغب الشفق . ولمسلم أيضاً من حديث أبي موسى رضي الله عنه ان سائلا أتى النبي ﷺ فسأله عن مواقيت الصلاة الحديث فأقام المغرب حين وقعت الشمس ثم أمره فأقام العشاء حين غاب الشفق وله أيضاً من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال وقت صلاة الظهر إذا زالت الشمس . الحديث ، وفيه ووقت صلاة المغرب ما لم يغب الشفق .

وما رواه كان للتحرز عن الكراهة، ثم الشفق هو البياض الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما هو الحمرة ، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول الشافعي رحمه الله

---

( وما رواه ) أي والذي رواه الشافعي رضي الله عنه من امامة جبريل عليه السلام في اليومين في وقت واحد ( كان للتحرز عن الكراهة ) لان تأخير المغرب إلى آخر الوقت مكروه فسقط التعلق به . وجواب آخر أن معناه بدأها في اليوم الثاني حتى غربت الشمس ولم يذكر وقت الفراغ فيحتمل أن يكون الفراغ عند مغيب الشفق ، ويكون بين هذين إشارة إلى ابتداء الفعل في اليومين وإلى آخر الفعل في اليوم الثاني . وفي المبسوط والأسرار وحجتنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه انه ﷺ قال وقت المغرب ما لم يسقط ثور الشفق بالثاء المثلثة أي ثورانه وانتشاره وفي رواية أبي داود فور الشفق بالفاء وهو بمعناه وهو صريح في امتداد وقت المغرب حتى يغيب الشفق ، قال النووي وهو الصواب الذي لا يجوز غيره إلا ان التأخير عن أول الغروب مكروه فلذلك لم يؤخره جبريل عليه السلام فانه أتاه ليعلمه المباح من الاوقات ألا ترى أنه لم يؤخر العصر إلى الغروب والوقت باق ولا العشاء إلى ثلث فكان بعد وقت العشاء بالاجماع على ان المصير على ما روينا أولى لانه كان بالمدينة ، وما رواه كان بمكة ، وآخر ابن عمر رضي الله عنه رواها حتى يرى نجماً طالعاً أعتق رقبة ، وعمر رضي الله عنه رأى نجمين أعتق رقبتين .

( ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله ) وهو قول أبي بكر الصديق وأنس ومعاذ بن جبل وعائشة رضي الله تعالى عنهم أجمعين ورواية ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهما وبه قال عمر بن عبد العزيز والاوزاعي وزفر والمزني وابن المنذر والخطابي واختاره المبرد وثعلب رضي الله عنهم .

( وقالا ) أي أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما ( وهو ) أي الشفق هو ( الحمرة ) وبه قال مالك وأحمد وداود وعن أحمد انه في البياض والحمرة في الصحراء ( وهو ) أي قولهما هو كون الشفق حمرة ( رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه ) رواه عنه أسد بن عمرو ( وهو ) أي قولهما هو ( قول الشافعي رضي الله عنه ) وعن الصحابة قول عمر وابنه عبد

لقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب إذا اسود الأفق .

---

الله وشداد بن أوس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهم ، والصفرة التي بين البياض والحمرة المذهب عندهم انها تلحقه بالبياض ، وقيل الشفق اسم للحمرة والبياض لكن يطلق على أحمر غير قاني ، وبياض غير راصح كالفراء ، ونقل الحربي عن أحمد رضي الله عنه إذا غاب الشفق وهو الحمرة في السفر والبياض في الحضر . ونقلوا عن الخليل والفراء أنه الحمرة . وقال الازهري الشفق عند العرب الحمرة . وقال الفراء يقول العرب على فلان ثوب مصبوغ كأنه الشفق .

( لقوله ﷺ الشفق هو الحمرة ) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه من حديث عتيق بن يعقوب حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ الشفق الحمرة وذكره كذلك في كتابه غرائب مالك غير موصول بالاسناد ، فقال جواب في أصل أبي بكر أحمد بن عمرو بن جابر المكي رضي الله عنهم بخط يده نبأ علي بن عبد الله الطالبي ثنا هارون بن سفيان السلمي حدثني عتيق به قال حديث غريب ورواته كلهم ثقات. وأخرجه في سننه موقوفاً على ابن عمر وعلى ابن [1] أبي هريرة رضي الله عنهم . وقال البيهقى في المعرفة روى هذا الحديث عن عمر وعلى بن عباس وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس وأبي هريرة رضي الله عنهم ، ولا يصح عن النبي ﷺ فيه شيء . ورواه ابن عساكر من حديث أبي خرافة وجعله مثالاً لما رفعه المخرجون من الموقوفات ، وقال النووي روى هذا الحديث مرفوعاً إلى النبي ﷺ وليس بثابت .

( وله ) أي ولابي حنيفة رضي الله عنه ( قوله ﷺ وآخر وقت المغرب إذا اسود الافق ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب لم يرد هكذا ، وإنما روى أبو داود رضي الله عنه ﷺ قال نزل جبريل عليه السلام وأخبرني بوقت الصلاة . الحديث ، وفيه ويصلي العشاء حين اسود الافق . ورواه ابن حبان في صحيحه ، وقد استدل غيره لابي حنيفة رضي الله عنه

---

(١) هكذا في الاصل وربما قصد وعلى أبي هريرة فتكون بن زائدة . اهـ مصححه .

بحديث النعمان بن بشير رضي الله عنه انه قال انا أعلم الناس بوقت هـذه الصلاة – صلاة العشاء – كان رسول الله ﷺ يصليها حين سقط القمر لثالثه . رواه أبو داود والنسائي وأحمد رضي الله عنهم ، ويروى بسقوط القمر لثالثة اللام في الموضعين للتوقيت أي لوقت سقوط القمر ليلة ثالثة كما في قوله تعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ ٧٨/الاسراء أي لوقت دلوكها وسقوط القمر وقوعه للغروب ويغرب القمر في الليلة الثالثة من الشهر على مضي ستة وعشرين درجة من غروب الشمس .

وقال السروجي وقد جاء في الحديث وقت العشاء إذا ملأ الظلام الضراب ، قيل هي الجبال الصغار وقال صاحب الدراية وفي رواية إذا دارام الليل يستوي الأفق في الظلام ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب البياض كله ، قلت لم يبين كل منها حال الحديث الذي رواه ولا من رواه ، وقال الشفق بالبياض اليق لأنه مشتق من الرقة ، ومنه شفقة القلب وهي رقة القلب ، ويقال ثوب شفيق إذا كان رقيقاً ، ولأن الفجر يكون قبله حمرة يتلوهـــا بياض الفجر فكانت الحمرة والبياض في ذلك وقتاً لصلاة واحدة وهي الفجر فإذا خرجا خرج وقتها، فالنظر على ذلك أن تكون الحمرة والبياض في ذلك المغرب وقتاً واحداً . وقالوا البياض يبقى إلى نصف الليل . وقيل لا يذهب البياض في ليالي الصيف بل يتفرق في الأفق ، ثم يجتمع عند الصبح . وقال الخليل بن أحمد رأيت البياض بمكة ليلا فما ذهب إلا بعد نصف الليل قلنا ان صح هذا فهو محمول على بياض الجو وذلك يغيب آخر الليل .

وأما البياض الذي هو رقيق الحمرة فذلك يتأخر بعدها ثم يغيب . وفي المبسوط قال أبو حنيفة رضي الله عنه الحمرة أثر الشمس ، والبياض أثر النهار ، فما لم يذهب قبل ذلك لا يصير ليلا مطلقاً . وقولهما أوسع للناس وقول أبي حنيفة رضي الله عنه أحوط . وقيل يؤخذ بقولهما في الصيف لقصر الليل ، ويقال البياض إلى ثلث الليل أو نصفه وفي الشتاء لقوله بطولها وعدم بقاء البياض البتة كذا في المجتبى .

( وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنه ) أي ما رواه الشافعي رضى الله عنه موقوف على عبد الله بن عمر رضي الله عنه غير مرفوع على ما ذكرناه . قال الاترازي وإنما

قال المصنف وما رواه ولم يقل وما رووه بضمير الجمع ، وإن كان أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما أيضاً يرويان هذا الحديث إلزاماً للحجة على الشافعي رضي الله عنه ، لأن المرسل عنده ليس بحجة فكيف يحتج بما ليس بحجة على الخصم ، بخلاف أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهما فإنهما يقولان بحجة المرسل والسند جميعاً فإن كونه موقوفاً على الصحابي لا يكون قادحاً عندهما . وأيضاً قول الصحابي محمول على السماع عندنا وعند الشافعي رضي الله عنه لا يقلد أحداً منهم أصلا فافهمه فقد غفل عنه الشارحون . قلت أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمة الله عليهم أجمعين متفقون معه في هذه المسألة ، والثلاثة احتجوا بهذا الحديث بناء على انه مرفوع ، والالزام فيه للحجة ليس على الشافعي رضي الله عنه وحده بل الالزام على الكل من جهة من أبي حنيفة رضي الله عنه ، ثم ان الحديث لما ظهر أنه موقوف عند أبى حنيفة رحمه الله خصه بذكر الشافعي رضي الله عنه لأنه ليس بحجة عنده ، فلذلك أفرد الضمير الذي في – روى – . وأما عند أبي يوسف ومحمد رضى الله عنهم فهو حجة وليس في هذا الموضع أمر مشكل حتى يقول قد غفل عنه الشارحون .

وقال الأكمل قوله ﷺ الشفق هو الحمرة . موقوف على ابن عمر رضى الله عنه ، والموقوف لا يصلح حجة . قلت هذا الكلام منه بعيد (١) جداً لان مذهبه حجة الموقوف وهو أيضاً في حكم المرفوع لانا لا نظن فى الصحابة إلا صدقاً وخيراً .

( ذكره مالك في الموطأ ) أي ذكر هذا الموقوف الإمام مالك بن انس رضي الله عنها في موطأه . وقال الاترازي ولم يصح في هذا النقل عن الموطأ نظر لأن مالكاً لم يذكر فيه هذا الحديث ، بل قال قال مالك رضي الله عنه الشفق هو الحمرة التي في المغرب ، فإذا ذهبت الحمرة خرج وقت المغرب . قلت هذا الذي ذكره في موطأ مالك رضي الله عنه من رواية يحي ، ولو نظر في غيره لما أنكر لأن له كذا و كذا موطأ ، منها الموطأ من رواية محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله .

---

(١) فى الأصل بعد والصحيح ما أثبتناه أو أن يقال – فيه بعد – اه مصححه .

وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم. وأول وقت العشاء إذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين لم يطلع الفجر

---

( وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ) أي في الشفق إختلاف الصحابة ، وقد ذكرناه عن قريب .

( وأول وقت العشاء إذا غاب الشفق ) أي وأول وقت الآخرة عند غيبوبة الشفق . هذا إجماع على الخلاف في الشفق .

( وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر ) أي وآخر وقت صلاة العشاء عند طلوع الفجر الصادق وهو أيضاً إجماع لم يخالف فيه غير الاترازي فإنه قال بذهاب الثلث أو النصف يخرج الوقت ، وتكون الصلاة بعدها قضاء ( لقوله ﷺ وآخر وقت العشاء حين لم يطلع الفجر ) هذا الحديث الذي بهذه العبارة لم يرد وهو غريب . وفي المبسوط روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه ﷺ قال آخر وقت العشاء حين طلوع الفجر الثاني ، والعجب من أكثر الشراح أنهم يستدلون بهذا الحديث ينسبون روايته الى أبي هريرة رضي الله عنه ، ولم يصح هذا الإسناد.

وتكلم الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار ها هنا كلاماً حسناً ملخصه أنه قال يظهر من مجموع الأحاديث أن آخر وقت العشاء حين يطلع الفجر ، وذلك أن ابن عباس وأبا موسى الأشعري وأبا سعيد الخدري رضي الله عنهم رووا أن النبي ﷺ أخرها إلى ثلث الليل . وروى أبو هريرة وأنس رضي الله عنهم أنه أخرها حين أنصف الليل . وروى ابن عمر رضي الله عنه أنه أخرها حين ذهب ثلثا الليل . وروت عائشة رضي الله عنها أنه أعتم بها حتى ذهب عامة الليل ، وكل هذه الروايات في الصحيح . قال فثبت بذلك أن الليل كله وقت له ، ولكنه أعلى أوقات ثلاثة ، فأما من حين يدخل وقتها إلى أن يمضي ثلث فاضل وقت صليت فيه ، وأما بعد ذلك إلى أن يتم نصف الليل ففي الفضل دون ذلك ، وأما بعد نصف الليل فدونه، ثم ساق سنده عن نافع بن جبير قال كتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى رضي الله عنه وصلى العشاء إلى الليل ولا يفصلها ولمسلم في قصة

اليونس عن أبي قتادة أن النبي ﷺ قال ليس في النوم تفريط أن يؤخر صلاة حتى يدخل وقت الأخرى فدل بقاء الأولى إلى أن يدخل وقت الأخرى وهو طلوع الفجر الثاني.

( وهو ) أي قوله وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر ( حجة على الشافعي رضي الله عنه في التقدير بذهاب ثلث الليل ) أي في تقدير آخر وقت العشاء بذهاب ثلث الليل . قال الأكمل ووجه ذلك أنه يدل على قيام الوقت إلى الفجر ، وحديث امامة جبريـــل عليه السلام يدل على آخر الوقت هو ثلث الليل فتعارضا ، فإذا تعارضت الآثار لا ينفي الوقت الثابت يقيناً بالشك أو يقول امامة جبريل عليه السلام لنفي ما وراء وقت الامامة عن وقـت الصلاة بل لاثبات ما كان فيه ، ألا ترى أنه ﷺ أم في اليوم الثاني حين أسفر، والوقت يبقى بعده إلى طلوع الشمس ، وإذا لم يكن النفي بقي ما روينا سالماً عن المعارض فيكون حجة . قلت الذي قاله كله غير محرر ولا مطابق لنفس الأمر من وجوه :

الأول : أن يمنع المعارضة لأن الحديث الذي ذكره المصنف غريب ، والذي استدل به الشافعي رضي الله عنه من امامة جبريل عليه السلام في اليوم الثاني من ثلث الليل صحيح فكيف يتأتى فيه المعارضة .

الثاني : ان الشافعي رضي الله عنه لم يقل أن وقت العشاء مقدر بذهاب ثلث الليل في الجواز .

وتحرير مذهبه ما ذكر في الحلية أن آخر وقت العشاء المختار إلى نصف الليل في القديم، وبه قال أحمد رحمه الله في رواية، وفي الجديد إلى ثلث الليل وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله في رواية. وقت الجواز إلى طلوع الفجر ما لم يكن بيننا وبينه خلاف في الجواز، فكيف يكون ذلك الحديث الغريب حجة عليه . وذكر في شرح الوجيز أن وقت العشاء ممتد إلى طلوع الفجر . وقال السروجي رضي الله عنه وآخر وقت العشـاء إلى طلوع الفجر الثاني إجماع لم يخالف فيه غير الاصطخري فلا يعتبر خلافه .

فإن قلت قالوا قال الشافعي رضي الله عنه في باب إستقبال القبلة إذا مضى ثلث الليل فلا أراها إلا فائتة، وهو يؤيد قول الاصطخري، قلت في جوابه على فوات وقت الإختياري

وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر ، قال رضي الله عنه هذا عندهما ، وعند أبي حنيفة وقته وقت العشاء

---

وما مراد الأكمل إلا قول المصنف وهو حجة على الشافعي رضي الله عنه ولم يتأمل فيه ورجع فيه إلى كتب مذهب الشافعي رضي الله عنه بما قاله من غير تحقيق .

الثالث : أن قوله إذا لم يكن للنفي بقي ما روينا سالماً عن المعارض. وما بقي بالمعارض من المعارضة التي هي مقابلة الشيء بالشيء بالرد والمنع ، وإنما بقي معنى الرد والمنع فافهم. والإترازي أيضاً حكم هاهنا قريباً من كلام الأكمل ، وما قلنا فيه نفي ذلك كذلك .

( وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر ) قال في المنابع والمنافع والمنتقى قوله – أول وقت الوتر بعد العشاء – على قولهما أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، فأول وقتها إذا غاب الشفق ووقتها واحد ، فالفرض فرض على حدة عملا عنده . وأما عندهما سنة على ما يجيء البحث فيه محرراً في باب الوتر ( لقوله ﷺ في الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر ) الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة رضي الله عنهما من حديث خارجة بن خراجة قال خرج علينا رسول الله ﷺ فقال ان الله أمركم بصلاة خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر. ويقرب من لفظ المصنف ، أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل من طريق ابن لهيعة حدثني عبد الله بن مغيرة أن أبا تميم أتى إلى عبد الله بن مالك رحمهما الله أخبره أنه سمع عمرو بن العاص رضي الله عنه يقول سمعت أبا بصرة الغفاري يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله تعالى زادكم صلاة وهي الوتر فصلوها فيما بين صلاة العشاء إلى صلاة الصبح . وسيجيء مزيد الكلام في باب الوتر إن شاء الله تعالى .

( قال رحمه الله ) أي قال المصنف رحمه الله ( هذا عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء ) أي وقت الوتر وقت العشاء ، والوقت إذا جمع صلاتين واجبتين كان وقتاً لهما إلا أنه يرد عليه سؤال وهو أن وقت الوتر لو كان وقت العشاء

إلا انه لا يقدم عليه عند التذكير للترتيب .

## فصـــل

## ويستحب الاسفار بالفجر

---

لجاز تقديمه على العشاء ، فأجاب عن ذلك بقوله ( إلا أنه ) أي إلا أن الوتر ( لا يقـدم عليه ) أي على العشاء ( عند التذكير للترتيب ) يعني إذا لم يكن ناسياً للترتيب ، وعلى هذا إذا أوتر قبل العشاء متعمداً أعاد الوتر بلا خلاف ، وإن أوتر ناسياً للعشاء ثم تذكر لايعيد عنده لأن بالنسيان يسقط الترتيب ويعيده عندهما ، لأنه سنة العشاء ، ولو قدم الركعتين على العشاء لم يجز عامداً كان أو ناسياً فكذلك الوتر . وقال السغناقي عدم جواز تقديم الوتر على صلاة العشاء لأجل وجوب الترتيب عنده لا لأن وقت الوتر لم يدخل ، وهـذا الإختلاف يبقى على اختلاف آخر بينهما وهو أن الوتر فرض عملا عند أبي حنيفة رحمه الله ، والترتيب بين الفرائض واجب عنـد التذكير عندنا . وعندهم الوتر سنة فكان تبعاً للعشاء .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان الأوقات التي تستحب فيها الصلوات وقـد قلنا أن الفصل مهما قصر لا ينون ، ومهما وصل لا ينون لأن الاعراب بعد العقد والتركيب .

ولما فرغ من بيان مطلق الأوقات وأصلها شرع في بيان الأوقات التي بها الكامل وبها الناقص وجعل لكل منها فصلا على حدة وقدم الأوقات المستحبة على الأوقات المكروهة وهذه هي المناسبة ، أو القول أن الإستحباب والكراهة صفتان للصلاة والموصوف ينبغي تقديمه على الصفة ، والصفة المستحبة مقدمة على الصفة المكروهة ، وهذا هو الوجـه في تقديم مطلق الوقت ، ثم ذكر الوقت المستحب بعده ، ثم ذكر الوقت المكروه بعده .

( ويستحب الاسفار بالفجر ) الإسفار بكسر الهمزة من أسفر الصبح إذا أضاء وأسفر بالصلاة إذا صلاها بالإسفار . وفي المعارضة الإسفار قوة السفر من سفر أي يكشف وتبين وسفرت المرأة وجهها أي كشفت ، ويقال الإسفار قوة الضوء مأخوذ من الإسفار ، يقال

أسفر مقدم رأسه من الشعر إذا بقي أصلع ، والسفر بياض النهار ، وأسفر وجهه حسناً أى أشرق . قلت أسفر يجيء متعدياً إلى ما يصله ويجيء لازماً فأسفر الصبح لازم، وأسفر بالصلاة متعد لأن الباء التعدية ثم ان المصنف أطلق الإسفار بالفجر بناء على ما ذكره في المبسوط فإنه قال فيه وفي المفيد أيضاً والتحفة والقنية الإسفار بالفجر أفضل من التغليس في الأوقات كلها . وفي المحيط والبدائع اذا كانت السماء مصحية الإسفار أفضل إلا الحاج بمزدلفة فإن التغليس هناك أفضل ولا يؤخرها بحيث يقع الشك في طلوع الشمس بل صفرتها حتى لو ظهر فساد صلاة أمكنه أداؤها في وقتها . وفي فتاوى قاضي خان قراءته مسنونه ما بين أربعين آية إلى ستين مع ترتيل القراءة ، وقيل تؤخر جداً لان الفساد موهوم فلا يترك المستحب لاجله .

وروى الطحاوى باسناده عن السائب بن يزيد قال صليت خلف عمر رضي الله عنه الصبح فقرأ بالبقرة فلما انصرفوا استشرفوا الشمس فقالوا طلعت ، فقال لو صليت لم يجدنا غافلين . ثم إطلاق المصنف بقوله أيضاً يدل على أن الفو (١) الحر بالإسفار ، ويجمع بينهما تطويل القراءة . وفي المبسوط والبدائع قال الطحاوى إن كان من عزمه التطويل بالقراءة شرع بالتغليس ويخرج منها بالإسفار ، وإلا يشرع بالإسفار . وزعم أنه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وظاهر الرواية هو الاول وفي الاسرار لا يسع التأخير على أن ينام في بيته بعد الفجر بل يحضر المسجد أول الوقت ثم ينتظــــر الصلاة فيكون له ثواب المصلي بالإنتظار ، قال ﷺ أما انكم في صلاة ما انتظر. وفي الصحيحين ويلقه عن الكلام باللغو والكلام فيه اثم عليه ويشتغل بالذكر والتسبيح بالخضوع ما دام متصفاً بالنومة في المسجد ثم يصلي آخر الوقت فسلمت الدعاء قليلا عادة فتطلع الشمس .

( لقوله ﷺ أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر ) هذا الحديث روي عن جماعـــة من الصحابة بألفاظ مختلفة وبلفظ المصنف رواه البزار في مسنده من حديث بلال رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر . وأخرجه الطبراني ولفظــه

---

(١) هكذا رسمت في الأصل . اه مصححه .

يا بلال أصبحوا بالصبح فإنه خير لكم . وفي رواية أيوب بن يسار قال يحى ليس بشيء . وقال النسائي متروك الحديث .

فإن قلت كيف أخرج الطحاوي هذا واحتج به في مذهبه . قلت كان مرضياً عنده . وقال ابن عدي أظنه مزنياً . قلت أحاديثه بالمنكر جداً ونقول هذا زيادة وتأكيد لأن الأحاديث الصحيحة كثيرة ، ومن الصحابة الذين رووا حديث هـذا الباب أبو هريرة الأسلمي أخرجه الطحاوي والنسائي والطبراني رحمهما الله ولفظه قالت كان رسول الله ﷺ ينصرف من الصبح فينظر الرجل إلى الجليس الذي يعرفه فيعرفه . وأبو برزة بالزاي المعجمة اسمه نضلة بن عبيد بن برزة ، ومنهم محمد بن أسد رضى الله عنه أخرج حديثه أبو نعيم رضي الله عنه في كتاب الصلاة عن النبي ﷺ قال أصبحوا بالصبح فكلما أصبحتم بالصبح كان أعظم لأجوركم أو لأجرها . وذكر ابن أبي حاتم أن البخاري قال محمد بن أسد رضي الله عنه له صحبة ، وقال انه لا يعرف صحبته . وقال أبو عمر رضي الله عنه وقول البخاري أولى .

ومنهم قتادة بن النعمان أخرج حديثه البزار والطبراني في الكبير من حديث فلـح بن سليمان ثنا عاصم بن عمر بن قتادة بن النعمان رضي الله عنهم عن أبيه عن جده قال قـال رسول الله ﷺ أسفروا بالفجر فإنه أعظم لأجركم أو للأجور . ورجاله ثقات .

ومنهم أبو الدرداء أخرج أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبيد ثنا أبو ذرعة ثنا سليمان بن عبد الرحمن الدمشقي عن محمد بن شعيب سمعت سعيد بن يسار يحدث عن أبي الزاهدية عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ قال أسفروا بالفجر تغنموا .

ومنهم رافع بن خديج رضي الله عنـه أخرج حديثه الطحاوي والطبراني في الكبير والترمذى عن محمود بن أسد عن رافع بن خديج رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال أسفروا بصلاة (١) الفجر فانه أعظم للأجر . ولفظ الطحاوي أسفروا بالفجر فكلما أسفرتم فهو أعظم للأجر أو لأجركم . وفي لفظ له نوروا بالفجر فإنه أعظم للأجر . وأخرجه أبوداود

(١) في الأصل « بالصلاة الفجر » اهـ مصححه .

ولفظه أصبحوا بالصبح فإنه أعظم لأجوركم أو أعظم للأجر. وأخرجه ابن ماجة مثل ابي داود ، وقال الترمذي حديث رافع حسن صحيح . وأخرجه ابن حبان في صحيحه .

ومنهم رجال من الأنصار من أصحاب النبي ﷺ أخرج حديثهم الطحاوي والنسائي رضي الله عنهم كلاهما عن زيد بن أسلم عن جماعة بن عمر وعن رجال رضي الله عنهم من قومه من الأنصار أن النبي ﷺ قال ما أصبحتم بالصبح فهو أعظم للأجر .

ومنهم ابن مسعود رضي الله عنه أخرج حديثه الطبراني مرفوعاً أسفروا بالفجر فإنه أعظم لاجركم ولاجوركم .

ومنهم الجوابين الانصارية أخرج حديثها الطبراني في الكبير قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر . والجوابين هي بنت زيد بن السكن أخت أسماء بنت زيد بن السكن .

ومنهم مرة بن عبد الله رضي الله عنه أخرج حديثه الطبراني قال قال رسول الله ﷺ أسفروا بصلاة الصبح فإنه أعظم للأجر . قوله – أسفروا – أمر من الإسفار وقد فسرناه عن قريب ، والامر يفيد الوجوب فلا يترك عن الإستحباب .

قوله – أعظم – أفعل التفضيل فيقتضي أجرين أحدهما أكمل من الآخر ، فإن صيغة أفعل تقتضي المشاركة في الاصل مع رجحان أحد الطرفين ، ولفظ الإسفار يحمل على التبيين والظهور ، قلت قد يخرج أول الوقت من أيديهم إلا اشتقاق الفجر وطلوعه يكون خفياً جداً لا يدركه الاطراف ممن يعلم علم المواقيت ثم يدركه الامثل فالامثل ثم يظهر لعموم الناس . وقال أبو بكر بن العربي من صلاها بالمنازل قبل تبينه وظهوره للابصار فهومبتدع فإن أوقات الصلاة علقت بالاوقات المتبينة للعامة والخاصة ، والعالم والجاهل في الحر والعبد ، وإنما جعلت المنازل ليعلم أقرب الصباح فكيف الصائم ويتأهب المصلي ، ولانه لم يوجد من النبي ﷺ أمر بالتغليس قط ، وأما الموجود منه فعل والفعل يتطرق إليه احتمالات كثيرة ووجد الامر بالإسفار والامر أولى بالعمل به .

فإن قلت الامر بالإسفار محمول على ليالي الفجر فإنه لا يتأتى الفجر إلا بالإنتظار في

الإسفار قلت التقييد على خلاف الدليل ولا يجوز التخصيص بدون المخصص ، ويبطل هذا أيضاً ما رواه ابن أبي شيبة رضي الله عنه عن إبراهيم النخعي ما أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على شيء ما اجتمعوا على التنوير بالفجر .

فإن قلت قال الخطابي يحتمل أنهم لما أمروا بالتعجيل صلوا بين الفجر الاول والثاني طلب للصواب ، وقيل انهم صلوا بعد الفجر الثاني وأصبحوا بها فإنه أعظم لاجوركم،قلت هذا باطل لا أصل له إذ لم يقل أنهم أمروا بالتعجيل ولم يقل انهم صلوا صلاة الصبح قبل طلوع الفجر الثاني بعد الفجر الكاذب ، ولو صلوا قبل الفجر لا يعتد بها فكيف يكون له أجر .

فان قلت قال النووى يؤجر على نيته ولا تصح صلاته قلت رتب الاجر على الصلاة دون النية ، والصلاة إذا لم تصح فلا أجر له فيها وعليها الوزر لبقاء الفرض ، ولان في الإسفار تكثير الجماعة وتوسع الحلال على النائم والضعيف في ادراك فضل الجماعة فكان أفضل وأولى .

( وقال الشافعي رضي الله عنه يستحب التعجيل في كل صلاة ) يعني اقامتها في أول وقتها وهو إذا تحقق طلوع الفجر وبه قال أحمد وفي الحلية الافضل تقديم الفجر في أول الوقت وبه قال مالك وداود وأبو ثور ومحمد والحسن رضي الله تعالى عنهم أجمعين في رواية ، وفي شرح الوجيز الافضل عندنا تعجيل الصلوات ويستحب تعجيل العشاء على أحد القولين .

احتج الشافعي رحمه الله بقوله تعالى ﴿ وسارعوا إلى مغفرة من ربكم ﴾ . ١٣٣ — آل عمران وفيما قلنا إظهار المسارعة ، وبحديث عائشة رضي الله عنها قالت ان كان رسول الله ﷺ ليصلى العشاء فتنصرف النساء متلففات بمروطهن ثم يظهرن لا يعرفن من الغلس . رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائي رضي الله تعالى عنهم أجمعين. ويروى متلفعات بالعين المهملة بعد الفاء ، والمعنى متقاربات إلا أن التلفع مستعمل مع تغطية الرأس. والمروط جمع مرط بكسر الميم وسكون الراء وهي ألبسة من صوف أو خز مربعة ،

وقيل سداها شعر ، قوله ان كان كلمة ان مخففة من الثقيلة عنـد البصريين ، واللام هي الفارقة بينها وبين النافية . وقال الكوفيون ان نافيه ، واللام بمعنى إلا كقوله ﴿وإن وجدنا أكثرهم لفاسقين﴾ ١٠٢ – الاعراف الغلس بفتحتين بقايا ظلمة الليل يخالطها بياض الفجر ، والغليس مثله الا ان الغلس لا يكون الا في آخر الليل والغلس يكون في أولـه وآخره وهذا الحديث معتمد مذهبهم .

واحتج أيضاً بحديث أسامة بن زيد عن الزهري يسنـــده الى أبي مسعود الانصاري رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول نزل جبريل عليه السلام فأخبرني بوقت الصلاة... الحديث ، وفيه صلى رسول الله ﷺ الصبح مرة بغلس ثم صلى أخرى فاسفر بهـــا ، ثم كانت صلاته بعد ذلك التغليس حتى مات لم يعد الى أن يسفر . رواه أبو داود رضي الله عنه ، وقال الخطابي هذا حديث صحيح الإسناد وبحديث هشام عن قتادة عن أنس عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال تسحرنا مع رسول الله ﷺ ثم قمنـــا إلى الصلاة ، قلت كم كان قدر ما بينهما قال خمسون آية . رواه مسلم وبحديث القاسم بن عتام رضي الله عنه عن أم فروة وكانت ممن بايعت النبي ﷺ قال سئل النبي ﷺ أي الأعمال أفضل قال الصلاة لأول وقتها وبحديث علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة إذا أتت (١) ، والجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت كفوا .

وبحديث نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ الوقت الأول رضوان الله ووسطه رحمة الله وآخر الوقت عفو الله .

والجواب عن الآية ان المسارعة لهـذا أسباب العبادة لا لتعجيل فيها فى غير وقتهـا الحسن ، وأيضاً المسارعة إلى المغفرة تكون فى المسارعة إلى شيء الذى هو أفضل عند الله وذلك فى تكثير الجماعة لا فى تقليلها وذلك لا يكون إلا فى التنوير لا فى التغليس .

وعن مشايخنا ان للمرأة ان تصلي الفجر بغلس لانه أقرب إلى الستر ، وفى سائـــر الصلوات ينتظرون حتى تفرغ الرجال من الجماعة ، وقيل الافضل لها فى الصلوات كلها

---

(١) الحديث هكذا في الأصل .

أن ينتظرون فراغ جماعة الرجال ، كذا في القنية . وعن حديث عائشة رضى الله تعالى عنها أجوبة الاول انه لا حجة لهم فيه لانهم كانوا يصلون صلاة الصبح بمسجد رسول الله ﷺ ولم يكن له مصابيح يعرف بها الرجل جليسه فى نصف الليل ، والغلس حينئذ يتم إلى وقت الاسفار فى الابنية . ويقال هذا بيت غلس في النهار إذا كانت فيه غلسة وظلمة يسيرة ، والمرأة إذا تلفعت بمرطها وغطت رأسها لا تعرف فلذلك إذا كان مع قليل ظلمة الليل وهو الغلس المذكور .

الثاني : ان العلة لعدم معرفتهن التستر بالمرط لا الغلس دل عليه ما رواه البخارى من هذا الحديث فيه يرجعن إلى بيوتهن ما يعرفهن أحد .

الثالث : ان فعله ﷺ قد اختلف في النفل في الإسفار كما ذكرنا من الأحاديث للطرفين فرجعت إلى الأمر بالإسفار في الصبح ، والأمر يفيد الوجوب فلا يترك الإستحباب .

الرابع : ان حديث عائشة رضي الله تعالى عنها كان في الإبتداء حين يحضر النساء الجماعة ثم انتسخ ذلك حين أمر بالقرار في البيوت. وقول إبراهيم النخعي رضي الله عنه ما اجتمع أصحاب محمد ﷺ على شيء ما اجتمعوا على التنوير يدل على النسخ لأن اجتماعهم على خلاف ما كان النبي ﷺ فعله لم يكن إلا بعد نسخ ذلك وثبوت بخلافه . وقال أبو حاتم يكتب حديثه ولا يحتج به . وقال النسائي والدارقطني رضي الله تعالى عنهما ليس بالقوي . وعن الثاني أن يحيى بن أبي سعيد رضي الله عنه حدث عن أسامة بن زيد رضي الله عنه ثم تركه بآخره فلم يبق حجة .

فإن قلت قال الحازمي في كتاب الناسخ والمنسوخ حديث الغلس ثابت وانه ﷺ داوم إلى أن فارق الدنيا ولم يكن ﷺ يداوم إلا على ما هو الأفضل ، ثم روى حديث ابن مسعود رضي الله عنه الذي رواه أسامة بن زيد المذكور ، قلت يرد هذا ما أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن زيد عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة لغير وقتها إلا جمع فإنه يجمع بين المغرب والعشاء بجمع ، وصلى صلاة الصبح من الغد ، قيل قالت العلماء ففي وقتها المعتاد كل يوم إلا أنه صلى الصبح قبل

الفجر دائماً غلس بها حدا ويوضحه رواية البخاري والفجر حق شرع ، وهــذا دليل على أنه ﷺ كان يسفر بالفجر دائماً صلاها بغلس على ان أسامة قدر فيه ما ذكرنا .

والجواب عن حديث زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه حكاه فعل واحد فيــه تغليس ، ونحن لا ننكر ذلك وقد كان يفعله أحياناً تعليماً للجواز وغير ذلك من الأسباب ، ولأنه يجوز أن يكون قد أخروا السحور إلى آخر الوقت وهو المستحب ، ثم يكثر قــدر قراءته خمسين آية مرتلة بعــد الوضوء ودخول الخلاء ونحو ذلك فيدخل حينئذ وقت الإسفار .

والجواب عن حديث أم فروة أنه ضعيف مضطرب لأنه يرويه القاسم بن عثام والقاسم لم يدرك أم فروة وهي بنت أبي قحافة أخت أبي بكر الصديق رضي الله عنه لأبيــه . وقيل فيه نظر لأنها الضارية ، وقيل في كونها الضارية نظر .

والجواب عن حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه يرويه عبد الله بن معبــد الجهني . قال أبو حاتم هو مجهول غريب .

والجواب عن حديث ابن عمر رضي الله عنه أن في روايته يعقوب بن الوليد وهـــو ضعيف . وقال أحمد كان يعقوب بن الوليد من الكذابين الكبار يضع الحديث ، وقال متروك الحديث.

والجواب عن حديث أبي محذورة أن في رواية إبراهيم بن زكريا قـــال أبو حاتم هو مجهول وحديثه هو منكر . وقال ابن عدي يحدث عن الثقات بالأباطيل . وقال أحمد هذا لا يثبت .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي رضي الله عنه ( ما رويناه ) يعني قوله ﷺ أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر . وقال الأكمل قال المصنف والحجة عليه ما رويناه بل الجواب يعني من حديث رافع بن خديج قلت ليس لرافع بن خديج ذكر ها هنا فمن أين تعتد به ، والحديث رواه جماعة غير رافع بن خديج بل الجواب الذي فسرناه وكونه حجة عليه انه أمر وأقله الندب وقد ذكرناه .

## وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا

( وما نرويه ) أي والذي نرويه أيضاً حجة عليه وهو حديث أنس رضي الله عنه الذي نذكره الآن في الابراد بالظهر .

( والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه ) في أيام ( الشتاء لما روينا ) وهو قوله ﷺ أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم . وقد مر ذكره في الباب الذي قبل هذا الفصل، وحديث الابراد بالظهر رواه جماعة من الصحابة أبو هريرة [1] رضى الله عنه حدثه الأئمة الستة قال قال رسول الله ﷺ إذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فإن شدة الحر من فيح جهنم . وأبو سعيد الخدري روى حديثه البخاري قال قال رسول الله ﷺ أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم. وعمرو بن عقبة روى حديثه الطبراني والمغيرة بن شعبة روى حديثه أحمد وابن ماجة وابن حبان وتفرد به إسحاق الأزرق وشريك بن طارق عن قيس عنه ، وفي رواية للخلال وكان آخر الأمرين عن رسول الله ﷺ الابراد . وسئل البخاري عنه فعده محفوظاً ، وذكر الميموني عن أحمد أنه رجح صحته. وقال أبو حاتم الرازي وهو عندي صحيح ، وأعله ابن معين بما رواه أبو عوانة عن طارق عن قيس عن المغيرة موقوفاً قال ولو كان عند قيس عن المغيرة مرفوعاً لم يفتقر إلى أن يحدث به عن عمر رضي الله عنه موقوفاً هو قوى ذلك عنده ان ابا عوانة أثبت من شريك .

وصفوان روى حديثه ابن أبي شيبة والحاكم والبغوي رضي الله تعالى عنهم من طريق القاسم بن صفوان عن أبيه بلفظ أبردوا بصلاة الظهر ، والحديث عن ابن عباس روى حديثه البزار بلفظ كان رسول الله ﷺ في غزوة تبوك يؤخر الظهر حتى تبرد ثم يصلي الظهر والعصر . الحديث ، وفيه عمرو بن صهبان وهو ضعيف . وعبد الله بن عمر روى حديثه البخاري وابن ماجة ولفظه أبردوا بالظهر . وعائشة رضي الله تعالى عنهم أجمعين روى حديثها ابن خزيمة بلفظ أبردوا بالظهر في الحر .

(١) هكذا في الأصل . اه مصححه .

ولرواية أنس رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا كان في الشتاء بكر بالظهر وإذا كان في الصيف ابرد بها . وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الصيف والشتاء لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده

---

( ولرواية أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ إذا كان في الشتاء بكر بالظهر وإذا كان في الصيف أبرد بها ) أخرجه البخاري من حديث خالد بن دينار قال صلى بنا آدم الجمعة ثم قلت لأنس كيف كان رسول الله ﷺ يصلي الفرض قال كان رسول الله ﷺ إذا اشتد البرد عجل بالصلاة ، وإذا اشتد الحر أبرد بالظهر .

فإن قلت يعارض هذا حديث أبي إسحاق عن سعيد بن وهب عن حبان بن الحرث رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال أتينا رسول الله ﷺ فشكونا إليه حر الرمضاء فلم يشكنا أي لم يزل شكوانا . والهمزة فيه للسلب ، قلت هذا منسوخ بين نسخه البيهقي . وقال الطحاوي رحمه الله يدل على النسخ حديث المغيرة كنا نصلي بالهاجرة فقال لنا ابردوا فتبين أن الإبراد كان بعد التهجير .

( وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف ) أي ويستحب تأخير صلاة العصر وهو قول ابن مسعود وأبي هريره وأبي قلابة عبد الملك بن محمد وإبراهيم النخعي والثوري وابن شبرمة رضي الله تعالى عنهم أجمعين، ورواية عن أحمد وقال الليث والأوزاعي والشافعي وإسحاق الأفضل تعجيلها وهو ظاهر قول أحمد ، احتجوا بما رواه أنس قال كان رسول الله ﷺ يصلي العصر والشمس مرتفعة حينئذ فيذهب الذاهب إلى العوالي فيأتيهم والشمس مرتفعة . أخرجوه والعوالي أربعة أميال من المدينة، وقيل ستة أميال . وعند مالك يستحب تأخيرها قليلا .

( لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده ) أي لما في تأخير العصر من التمكن على تكثير النوافل وبعده يكره التنفل ، وتكثير النوافل أفضل من المبادرة إلى الأداء في أول الوقت ، واكتفى المصنف بالدليل العقلي فما رواه أبو داود رضي الله عنه من حديث زيد ابن عبد الرحمن عن ابن سنان عن جده قال قدمنا على رسول الله ﷺ المدينة فكان يؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية . وروى رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ كان يأمر

بتأخير هذه الصلاة يعني العصر . أخرجه الدارقطني وغيره. وعن أم سلمه رضي الله عنها انها قالت كان رسول الله ﷺ أشد تعجيلا للعصر منــــه . أخرجه الترمذي من حديث إسماعيل بن علي رضي الله عنه . ورواه أيضاً عن ابن شريح عن أبي مليكة عن أم سلمة رضي الله تعالى عنهم أجمعين نحوه ، فدل على أنه كان يعجل الظهر ويؤخر العصر عكس ما يفعل أولئك .

وروى الطحاوي عن عائشة رضي الله تعالى عنهـــا قالت كان رسول الله ﷺ يصلي العصر والشمس طالعة في حجرتي . قال الطحاوى الشمس لا ينقطع منها إلا عنـد قرب الغروب . وعن أنس كان ﷺ يصلي العصر والشمس بيضاء . رواه الطحاوى وأحمـــد رضي الله تعالى عنها وقال تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ وعن الصحابة من بعـده التأخير ما لم تتغير الشمس .

والجواب عن حديثهم أن الطحاوي وغيره قال أدنى العوالي ميلان أو ثلاثة فيمكن أن يصلي العصر في وسط الوقت ويأتي العوالي والشمس مرتفعة . وفي المبسوط وحديث أنس قد كان في الصيف ويأتي مثله للتعجيل ، أو كان ذلك في وقت مخصوص لعذر .

( والمعتبر فيه تغير القرص ) أي العبرة في تغير الشمس هو تغير قرصها ، واختلفوا فيه فذهب المصنف إلى أن تغير القرص بان لا تحار فيه الأبصار وهو معنى قوله ( وهو ) أي القرص (أن يصير بحال لا تحار فيه الاعين) يعني لا تحار الاعين في النطر إليه لذهاب ضوئه، وعن النخعي تغير الضوء قلنا تغير الضوء يتحقق بعد الزوال ، وقيل أن يتغير الشماع على الحيطان . وقيل توضع طشت ماء في الأرض المستوية فإن ارتفعت الشمس على جوانبه فقد تغير الشمس وان وقعت في الشمس فلم يتغير . وفي المحيط تغيرها بصفرة أو حمرة . وفي المرغيناني إذا كانت الشمس مقدار رمح لم يتغير ودونه قد تغيرت . وقيل إن كان يمكن النظر إلى القرص من غير كلفة ومشقة فقد تغيرت .

( هو الصحيح ) أي تغير القرص وهو الذي فسره ، وهو قول الشعبي هو الصحيـح واحترز به عن بقية الأقوال التي ذكرناها . وقال الأكمل هو الصريح واحترز عن قــول

والتأخير إليـــه مكروه . ويستحب تعجيل المغرب لان تأخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود

---

سفيان وابراهيم النخعي رضي الله تعالى عنهما أن المعتبر تغير الضوء الذى يقع على الجدار، ان قلت أخذ هذا من صاحب الدراية فإنه قال وبه أخذ الحاكم الشهيد ، والصواب أن المصنف احترز بـــه عن بقية الأقوال كما ذكرنا ولا يقيد تعيين أحد الأقوال المذكورة في الإحتراز .

( والتأخير اليه مكروه ) أى الى تغير القرص مكروه . وفي القنية هذه الكراهة هي كراهة تحريم ، قالوا اما الفعل فغير مكروه لأنه مأمور بالفعل ولا تستقيم اثبات الكراهة للشيء مع الأمر به .

( ويستحب تعجيل المغرب ) أعاد الفعل لما بعد المعطوف عليه ويستثنى منه ليلةالنحر اذا قصد للمزدلفة فإنه لا يستحب تعجيلها وفي الآخر اختلاف ، ويقال إلا أن يكون التأخير قليلا ، وفي السنة لا يكره فيالبقرةوالمائدة أو كان يوم غيم ولو أخـره لتطويل القراءة فيه خلاف . وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يكره التأخير ما لم يغب الشفق . وفي المبسوط كان عيسى بن أبان رضي الله عنـــه يقول الأولى تعجيلها للآثار ولكن لا يكــره تأخيره مطلقاً ، ألا ترى أن تعذر السفر والمرض يؤخر المغرب ليجمع بينها وبين العشاء فعلاً ، فلو كان المذهب التأخير مطلقاً لما أبيح ذلك بعد السفـر والمرض كما لا يباح تأخير العصر إلى تغير الشمس .

واستدل فيه بما روى عن النبي ﷺ أنه قرأ سورة الاعراف في صلاة المغرب ليلة . والجواب عن هذا أن فعله ﷺ هذا كان من باب المد والمدمن أول الوقت إلى آخره معفو.

( لأن تأخيرها مكروه ) أى لأن تأخير المغرب مكروه للحديث الذى يأتي ( لما فيه من التشبه باليهود ) أى لما في تأخير المغرب من التشبه باليهود والرافضة يؤخرون المغرب حتى تشتبك النجوم . وقد أورد على قوله ويستحب تأخير المغرب لأن تأخيرها مكروه بان كل كان يكون تأخيرها مكروهاً لا يستلزم أن يكون تعجيلها مستحباً لجواز أن يكون مباحاً ، ألا ترى أن تأخير العشاء إلى النصف الاخير مكروه ويلزم من تركـــه

الاستحباب لأن التأخير إلى نصف الليل مباح ، ولما فطن المصنف ذلـك أراد أن يبرهن فقال لما فيه من التشبه باليهود لأن ما فيه التشبه باليهود فتركه مستحب لأن الإباحة فيه قد تنصرف إلى المسامحة . وذكر الإترازي الايراد المذكور بقوله لا نسلم ثبوت الإستحباب من نفي الكراهة ، ثم أجاب بقوله لا شك أن انتفاء أحد النقيضين مستلزم لوجود الآخر وهنا بالتعجيل إذا انتفى الكراهة ثبت الإستحباب ضرورة .

وأجاب السغناقي بان الاستدلال على ثبوت المدعى بحكم الضد مستقيم فيما لا واسطة بينهما ولا يستقيم فيما فيه الواسطة وعن هذا افتراق الإستدلال في حق المغرب والعشاء ، ألا ترى أنك لو قلت هذا متحرك لأنه ليس بساكن يصح ، ولو قلت هذا أبيض لأنه ليس باسود لا يصح لجواز أن يكون أصفر أو غيره . وقال الأكمل وما ذكره في النهاية وغيره في جواب هذا السؤال مبنياً على أمر الضدين والنقيضين لا يتمشى ، قلت من يقول الضدين على جواب السغناقي رد بقوله أو النقيضين على كلام الاترازي .

( وقال ﷺ لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء ) هـذا الحديث له أصل ولكن بغير هذه العبارة ، روى أبو داود رضي الله عنه في سننه من حديث محمد بن اسحاق عن زيد بن أبي حبيب عن مزيد بن عبد الله بن أيوب رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال قال رسول الله ﷺ لا تزال أمتي بخير أو قال على الفطرة ما لم يؤخروا المغرب إلى أن تشتبك النجوم ، مختصراً وتمامه عن مزيد ابن عبد الله رضي الله عنه قال قدمنا علينا أبو أيوب غازياً وعقبة بن عامر يومئذ على مصر فأخر المغرب فقام إليه أبو أيوب فقالوا له ماهذه الصلاة يا عقبة قال شغلنا ، قالوا ما سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تزال أمتي بخير . الخ ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم . وأخرجه ابن ماجة عن العباس ابن عبد المطلب رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال قـال رسول الله ﷺ لا تزال أمتي على الفطرة مالم يؤخروا المغرب حتى تشتبك النجوم ، والمراد من الفطرة السنة كما في قوله ﷺ عشرة من الفطرة .

وقوله إلى أن تشتبك النجوم ، فكلمة ان مصدرية والتقدير إلى اشتبـاك النجوم ، يقال

اشتبك النجوم إذا ظهرت جميعها واختلط بعضها ببعض لكثرة ما ظهر منها . وجه التمسك أن التأخير لما كان سبباً لزوال الخير كان التعجيل سببا لاستجلائه وكلمة ما في المتن توقيت الفعل بمعنى المصدر الى زمان تعجيلهم للمغرب .

وقال الاكمل واعترض على المصنف في تأخير الحديث عن الدليل العقلي وأجيب بأنه فعل ذلك لأن الحديث فيه دلالة على تأخير العشاء فكره الفصل بينه وبين المدلول بدليل عقلي، ثم قال وليس بطائل ، قلت هذا الاعتراض وجوابه للاترازي فإنه قال :

فإن قلت قدم صاحب الهداية الدليل العقلي على النقلي وكان حقه أن يعكس ، قلت وقع في خاطري الإلهام الرباني ان صاحب الهداية إنما أخر الحديث عن الدليل العقلي وذكره متصلا بما له تأخير العشاء لأن الحديث فيه استحباب تأخير العشاء أيضاً فكره أن يفصل بين الحديث وبين مسأله تأخير العشاء . قلت وقع في خاطرى بالإلهام الرباني ان هذا الجواب غير طائل كما أشار إليه الأكمل ، والجواب الطائل هو أنه إنما أخر الدليل العقلي لأنه دليل استحباب تعجيل المغرب ودليل أيضاً للدليل اللفظي لأنه علل كراهة التأخير لأجل التشبه باليهود فإنهم يؤخرون المغرب إلى اشتباك النجوم كما روي انه ﷺ قال عجلوا بالمغرب ولا تشبهوا باليهود ، فأخروا عنه حتى يشمل المدلول ودليله العقلي أيضاً ، وكان ذكره على الطريقة المعهودة من تقديم المدلول وتأخير الدليل فافهم .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل ) أي يستحب تأخير صلاة العشاء إلى ما قبل ثلث الليل ، وفي بعض نسخ القدوري إلى نصف الليل . وعن الطحاوي التأخير إلى ثلث الليل مستحب وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما وأكثر أصحابه والتابعين ومن بعدهم قاله الاترازي وإلى النصف مباح وما بعده مكروه . وقال الشافعي رضي الله عنه في القديم تقديمها أفضل وهو لا يصح كسائر الصلوات ، وفي الجديد تأخيرها أفضل ما لم يجاوز وقت الإختيار . وحكى ابن المنذر أن المنقول عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله تعالى عنهم إلى ما قبل ثلث الليل وهو مذهب اسحاق والليث أيضاً وبه قال الشافعي رضي الله عنه في كتبه الجديدة . وفي الاملاء القديم تقديمها . وقال

النووي وهو الأصح ، وقطع الترمذي في الكافي بتفصيل التأخير ، قال وهو أقوى دليلا ( لقوله ﷺ لولا ان أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ) روي هذا عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني وعلي بن أبي طالب وأبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وروي أيضاً في هذا الباب عن ابن عباس وابن عمر وأنس وأبي هريرة وجابر بن سمرة رضي الله عنهم أجمعين .

فحديث أبي هريرة رواه الترمذي وابن ماجة من حديث عبد الله بن عمرو بن سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال قال رسول الله ﷺ لولا أن أشق على أمتي إلى آخره . وفي آخره أو نصفه . وقال الترمذي حديث حسن صحيح وحديث زيد بن خالد رواه الترمذي في الطهارة والنسائي في الصوم قال قال رسول الله ﷺ لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة وأخرت العشاء إلى ثلث الليل ،الحديث. وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، وذكره الشيخ علاء الدين التركماني فرده هذا الحديث بتمامه لأبي داود رضي الله عنه ولم يخرج منه الافضل السواك ولم يذكر فيه تأخير العشاء ، والعجب من أصحاب الأطراف كابن عساكر والحافظ المزني حيث لم يتنبها على ذلك وما قصر الحافظ المنذري حيث بين ذلك وقال حديث الترمذي مشتمل فيه على الفضلين فضل السواك وفضل الصلاة ، وأعجب من ذلك ما ذكره النووي في الخلاصة مقتصراً على فضل تأخير العشاء وعزاه لأبي داود والترمذي رضي الله عنهما .

وحديث علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه رواه البزار بسنده عنه أن رسول الله ﷺ قال لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة وأخرت العشاء إلى ثلث الليل . قال ولا نعلمه يروى عن علي إلا بهذا الاسناد .

وحديث أبي سعيد رواه ابن أبي حاتم سمعت أبي وذكر حديث مروان الفزاري عن محمد بن عبد الرحمن بن مهران عن سعيد المقبري عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال قال رسول الله ﷺ لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل. قال أبي إنما هو عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ . وروى ابن ماجة هذا الحديث من رواية داود بن أبي هند عن أبي نضرة عن أبي سعيد رضي الله تعالى عنهم أجمعين ان النبي ﷺ صلى المغرب ثم لم يخرج حتى ذهب شطر الليل ثم خرج فصلى بهم ، وقال لولا

الضعيف ولا السقيم لأحببت أن أؤخر هذه الصلاة إلى شطر الليل .

وحديث ابن عباس رواه البخاري ومسلم رضى الله تعالى عنهم أجمعين ان رسول الله ﷺ أخر العشاء حتى ذهب من ما شاء فقال له عمر رضى الله تعال عنه يا رسول الله ﷺ نام النساء والصبيان والولدان فخرج لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يصلوا هذه الساعة.

وحديث ابن عمر رضى الله عنه رواه مسلم قال مكثنا ذات ليلة ننتظر رسول الله ﷺ لصلاة العشاء الآخرة فخرج إلينا حين ذهب ثلث الليل أو بعده فلا يدري أي شيء شغله في أهله أو غير ذلك فقال حين خرج انكم تنتظرون صلاة ما ينتظرها أهل دين غيركم ولولا أن أشق على أمتي لصليت بهم هذه الساعة ثم أمر ان اذن فأقام وصلى .

وحديث أنس رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم قال اخر النبي ﷺ العشاء إلى نصف الليل ثم صلى ثم قال صلى الناس وناموا اما انكم في صلاة ما انتظرتموها .

وحديث ابى بردة رضى الله عنه رواه البخاري ومسلم قال كان رسول الله ﷺ يستحب ان يؤخر العشاء التي يدعونها العتمة .

وحديث جابر بن سمرة رضى الله عنه رواه مسلم قال كان ﷺ يؤخر العتمة .

فإن قلت كيف ثبت الاستحباب هاهنا والسنة في السواك مع ان لولا فيهما على شق واحد ، قلت انتفى الأمر في السواك لمانع المشقة ولو امر لكان واجباً فلما انتفى الأمر لمانع المشقة يلزم فوات ما دون نقص الأمر وهو السنة والمنتفى لمانع هو التأخير ومفسر التأخير لم يدل الوجوب بل يدل على الندب والاستحباب . وقال الاترازي وصاحب الدراية وايضاً وجدت المواظبة في السواك ولم توجد في التأخير ، قلت فعلى هذا كان ينبغى ان يكون السواك واجباً على مذهب بعضهم .

( ولأن فيه ) اي في تأخير العشاء ( قطع السمر ) بفتح الميم وهو المحادثة لأجل المؤانسة . وقال ابن الأثير السمر من المسامرة وهي الحديث بالليل وأصل السمر وز القمر وحدثون ضوء القمر لأنهم كانوا يتحدثون فيه وجاء بسكون الميم فيكون مصدر .

( المنهي عنه ) أي السمر هو الذي نهى عنه ( بعده ) أي بعد العشاء والحديث الذي

فيه النهي عن السمر رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث أبي بردة رضي الله عنه ان النبي ﷺ كان يستحب أن يؤخر العشاء التي يدعونها العتمة وكان يكره النوم قبلها والحديث بعدها . وقال الطحاوي إنما يكره النوم بعدها لمن خشي فوت وقتها أو فوت الجماعة منها . وأما من دخل لنفر من يوقظه لوقتها يباح له النوم .

وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال جدب لنا رسول الله ﷺ السمر بعد العشاء، رواه ابن ماجة رضي الله عنه وقال يعني زجرنا عنه ونهانا عنه ، وجدب بالجمعة والدال المهملة وفي آخرها باء موحدة . قال ابن الأثير وفي حديث عمر رضي الله عنه عند جدب السمر دمة وعابه وكل غائب جادب .

وقد أجاز العلماء السمر بعد العشاء في الخير واستدلوا على ذلك بما أخرجه البخاري ومسلم عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنه قال صلى بنا رسول الله ﷺ ذات ليلة صلاة العشاء في آخر حياته فلما سلم قال أرأيتكم ليلتكم هذه فإن على رأس مائة سنة لا يبقى ممن هو على ظهر الأرض . وروى الترمذي في الصلاة والنسائي في المناقب عن ابراهيم عن علقمة عن عمر رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يسمر عند أبي بكر رضي الله عنه ليلة في الأمر من أمر المرسلين وانا معها .

( وقيل في الصيف تعجل ) أي العشاء ، وفي المحيط والبدائع ويؤخر العشاء إلى ثلث الليل أفضل ونعجل في الصيف ( كيلا تتقلل الجماعة ) قال شيخ الإسلام وتأخير العشاء إلى ثلث الليل [1] أفضل عند علمائنا في الشتاء من التعجيل في الوقت وفي الصيف التعجيل من التأخير وكذلك ذكر التفضيل بين الشتاء والصيف في فتاوى قاضي خان كيلا تتقلل الجماعة لان الليل قصير والنوم غالب . وقال الإترازى قال بعض الشارحين كان من حق هذا القول أن يؤخر عن القاسم أجمع من قوله وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل ، وقوله والتأخير إلى نصف الليل ، وقوله وإلى نصف الأخير مكروه ، أو يقوم على القاسم أجمع أقول ليس كما قال الشارح بل كلام المصنف وقع موقعه ، وأجاب نحوه لأنه لو أخر

(١) في الأصل محذوفة والصحيح إثباتها • اه مصححه .

والتأخير إلى نصف الليل مباح لأن دليل الكراهة هو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فيثبت الاباحة إلى النصف

---

عن جميع التقاسم يظن ظان أن المراد من هذا التعجيل هو التأخير إلى ما قبل ثلث الليل لانه تعجيل أيضاً بالسنة إلى نصف الليل وإلى نصف الاخير ، فلما ذكر هذا القول بعد ذكر ثلث الليل لانه تعجيل لم يفهم منه إلا التعجيل في أول الوقت ، أما التقديم فلا معنى له لان المصنف إنما قال بلفظ قيل في المصنف وإنما يستعمل لفظ قيل اذا سبق قبله قوله آخر يعني أن تأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل مستحب في الصيف والشتاء ، وقيل في الصيف يعجل ولا يؤخر انتهى .

قلت أراد ببعض الشارحين السغناقي فإنه قال نقل ما نقله عنه لكنه قال في آخر كلامه لما ان هذه التقاسم في حق الشتاء لا في حق الصيف ، وترك بقية كلام السغناقي وبقي كلامه وليس كذلك على ما لا يخفى .

( والتأخير الى نصف الليل مباح ) أي تأخير صلاة العشاء الى نصف الليل مباح لا يتم فيه وقد مر بيان الخلاف فيه ( لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة ) بتاء التأنيث أي سمرة واحدها بخلاف للموصوف ، وفسره تاج الشريعة بقوله أي بالكلية ومعناه بالفارسية – يكبار – وأخذ عنه هذا التفسير الاكمل وصاحب الدراية . وفي بعض النسخ بواحد بغير تاء التأنيث . وقال صاحب الدراية أي بواحد من الناس وهذا عبارة عن المبالغة في قطع السمر لانه لما انقطع بواحد كان منقطعاً باثنين وما فوقه أيضاً . وقال الاترازى بواحد أراد به نفي السمرعن شخص واحدمبالغة في نفي السمر على وجه العموم لان السمر اذا كان منفياً عن واحد كان منفياً عن الجميع لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت .

قلت هذه التفاسير كلها ليست بظاهرة ، أما تفسير تاج الشريعة فإنه ليس مما يقتضيه معنى الكلمة الا اذا قدرنا الموصوف كما ذكرنا . وأما تفسير صاحب الدراية لفظ بواحد بغير التاء بقوله بغير واحد من الناس فهو أيضاً خلاف الظاهر ، وأما تفسير الاترازى فأبعد من الكل لأنه أين النكرة التي وقعت في موضع النفي حتى يعم .

( فيثبت الإباحة الى النصف ) هذه نتيجة الكلام الذى قبله أي اباحة التأخير الى

وإلى النصف الأخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل آخر الليل فإن لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم

---

نصف الليل ( وإلى النصف الاخير مكروه ) أي تأخيره الى النصف الاخير من الليل مكروه ( لما فيه ) أى في التأخير الى نصف الليل الاخير ( من تقليل الجماعة ) وفي القنية كراهة التأخير الى النصف الاخير للتحريم ( وقد انقطع السمر قبله ) الواو فيه للحال والغالب أن السمر لا يكون في النصف الاخير يثبت الكراهة لبقاء دليلها سالماً عن المعارض. وقال الاكمل واعترض بتعجيل النحر في أول الوقت فانه مباح ودليل الكراهة وهو تقليل الجماعة سالم عن معارضة دليل النجم ، وأجيب بأن المعارض هناك أيضاً موجود وهو قوله تعالى ﴿ وسارعوا الى مغفرة من ربكم ﴾ ١٣٣ – آل عمران فإن المسارعة الى العبادة بعد وجوب السبب مندوب إليها لو لم يكن فيها التأخير يعني تكثير الجماعة فكان فيه تعارض دليل الندب وهو المسارعة إلى العباده ما مع دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة فثبت الإباحة لذلك بخلاف تأخير العشاء إلى النصف الاخير فإن دليل الكراهة فيه سالم عن معارضة دليل الندب أصلاً لانه ليس فيه المنازعة لاداء العبادة ولا تكثير الجماعة ولا قطع السمر لانقطاعه قبله ، قلت أخذ الاكمل هذا من السغناقي . وقال صاحب الدراية فيه تأمل .

( ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل ) اى لمن له إلفة وعادة بالصلاء في الليل ان يؤخر الوتر إلى ( آخر الليل ) في غالب النسخ ، ويستحب في الوتر "لمن يألف الصلاة آخر الليل فعلى هذا يجوز في لفظ آخر النصب على الظرفية والتقدير يوتر في آخر الليل وهذا روي ، ويجوز الرفع أيضاً بأن يكون مفعولاً أقيم مقام فاعل يستحب وهذا روي أيضاً . وقال الإترازى وغيره عندى الاول هو الاولى لان في الثاني يحتاج إلى التأويل والاصل عدم التأويل ، قلت أراد بالاول الرفع وبالثاني النصب ونحوه من كلامه بأن الإسناد في الاول على وجه المجاز فلا يخرج عن التأويل .

( وان لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم ) لان من ليس له إلفه بصلاة الليل آناء آخر

لقوله عليه السلام من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله ، ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليـــل ، وإذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرهـا وفي العصر والعشاء تعجيلها لأن في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر

---

الوقت لا بأس من الفوات لغلبة النوم( لقوله ﷺ من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله ، ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل ) الحديث رواه مسلم عن الاعمش عن ابي سفيان عن جابر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ لابي بكـــر رضي الله تعالى عنه متى توتر قال أول الليل بعد العتمة قال أحدث بالزلفى ثم قال لعمر رضي الله تعالى عنه متى توتر قال آخر الليل قال أخذت بالقوة .

( وإذا كان يوم غيم ) يوم مرفوع لانه اسم كان ، والغيم السحاب وفيه إشارة إلى أن الذي ذكره قبله من استحباب فيما إذا كانت السماء مضحيـــه ، أما إذا كان يوم غيم ( فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها ) قوله فالمستحب خبر كان ودخول الفاء عليه لتوهم معنى الشرط في كلمة امـا قوله تأخير الصلاة في هذه الاوقـات الثلاثة . وفي الينابيع والمحيط والتحفة والقنية وغيرها إن كانت السماء مغيبة فكل صلاة أولهـا حين عجلت ، يقال غابت السماء أو غامت بالاعلال ، واغمته بالتصحيح على الاصل اذا كان بها غيم . وفي المبسوط المستحب تعجيل المغرب في كل وقـت ولم يذكر التأخير في يوم الغيم ، وقال القاضي نص العمل في رواية الجماعة على استحباب تأخير الظهـر والمغرب في الغيم وتعجيل العصر والعشاء . قال ابن المنذر عن عمر رضي الله عنـــه إذا كان يوم غيم فأخروا الظهر وعجلوا العصر . وقال المهلب لايصح التبكير[1] في الغيم إلا بصلاة العصر والعشاء .

( وفي العصر والعشاء تعجيلها ) أي يستحب في صلاة العصر والعشاء تعجيلها وتوحيد الضمير باعتبار لفظ الصلاة المقدرة وفي العصر والعشاء كما قدرنا ( لأن في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر ) أي على اعتبار وقوع المطر وحصول الطين والغيم الرطب سبـــب للمطر

---

(١) في الاصل التكبير . اهـ مصححه .

وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لأن تلك المدة مديدة وعن أبي حنيفة رحمه الله التأخير في الكل للاحتياط ، ألا ترى أنه يجوز الأداء بعد الوقت لا قبله .

## فصـــل

## في الأوقات التي تكره فيها الصلاة

---

وتكاسل النـــاس في الخروج إلى المسجد مترخين بقوله ﷺ إذا ابتلت النعال فالصلاة في الرحال .

( وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ) وهو وقت اصفرار الشمس ( ولا توهم في الفجر لأن تلك المدة مديدة ) يعني ما بين التنوير وطلوع الشمس مدة مديدة يؤمن ان يقع الأداء وقت طلوع الشمس .

( وعن أبي حنيفة رضي الله عنه التأخير في الكل ) أي في الصلاة ، روى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما إذا كان يوم غيم فالمستحب في جميع الصلوات التأخير كـذا في المبسوط ، وفي البدائع وهو اختيار الفقيه الجليل أبي أحمد العياضي لأن في التردد تردداً بين الأداء والقضاء ، وفي التعجيل بين الصحة والفساد وأشار إلى ذلك بقوله ( للاحتياط ) في الصحة والفساد .

( ألا ترى أنه يجوز الأداء بعد الوقت لا قبله ) وصح بذلك وجه الإحتياط وذلك لأنه إذا أخر في يوم الغيم صلاة من الصلوات بوقت بعد خروج الوقت فصلاته جائزة تسقط عنه الفرض بخلاف ما إذا عجل ووقعت قبل دخول الوقت فإنها فاسدة فيجب عليه الإعادة .

( فصـــل )

( في الأوقات التي تكره فيها الصلاة ) أي هذا فصل في بيان الأوقات التي تكره فيها الصلاة ولقب الفصل بما يكره مع ان فيه ما لا تجوز الصلاة فيه باعتبار الغالب ، ولأن علة الجواز مستلزم الكراهة والإفراغ من بيـــان أحد قسمي الوقت شرع في بيـــان القسم الأول.

( لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس ولا عندقيامها في الظهيرة ولا عند غروبها )الظهيرة شدة الحر نصف النهار ، ولا يقال في الشتاء ظهيرة ، ويجمع على الظهائر . وقال الجوهري الظهيرة الهاجرة يقال أتيته حر الظهيرة وحين قام قائم الظهيرة ، وقال الهاجرة والهجر نصف النهار عند اشتداد الحر . قوله — لا تجوز الصلاة — قال تاج الشريعة إذا أريد منها الفرض بها نفى الجواز مطلقاً وان يراد غيره فمعناه الكراهة والكراهة مطلق على الجائز وعلى غيره ويجوز إطلاقها على الفرائض والواجبات التي لا تجوز في الأوقات ، وعلى الفعل الذي يجوز . وقال السروجي والمراد من قوله لا يجوز لا ينبغي أن يفعل ولو فعل يجوز . وقال صاحب الدراية ففي قوله — لا تجوز الصلاة — أي لا تجوز فعله ولو شرع يلزم كما في البيع الفاسد ، لأن النهي عن الأفعال الشرعية بعض المشروعية.وفي الزاد أراد به ماسوى الفعل قلت فعلى هذا المراد من قوله — لا تجوز الصلاة — نوع مخصوص وهو الفرض وليس المراد جنس الصلاة حتى لو صلى النوافل في الأوقات المكروهة يجوز لأنه أدى كما وجبت لأن النافلة تجب بالشروع ، وشروعه حصل في الأوقات المكروهة ولهذا قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي ولو صلى التطوع في هذه الأوقات الثلاث فإنه يجوز ويكره وقال الكرخي ويجوز واجب البناء إذا تقدم . قال الإسبيجابي فالأفضل له أن يقطع ويقضيها في الوقت المباح وإنما لا تجوز الفرائض في هذه الأوقات لأنها وجبت كاملة فلا يتأدى بالناقص .

فإن قلت قوله لا يجوز إذا استعمل في عدم الجواز بالنسبة إلى الفرائض وفي الكراهة بالنسبة إلى النوافل وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز ، قلت على غير هذه الرواية لا يلزم ذلك لأن في غير ظاهر الرواية لا يجوز النفل أيضاً وأما على ظاهر الرواية من أن النفل يجوز مع الكراهة فلا يستقيم إلا إذا كان رأوه عدم الجواز مطلقاً كما ذهب إليه البعض .

وفي المبسوط والمحيط الاوقات التي تكره فيها الصلاة خمسة ثلاثة منها لا يصلي فيها أحد الصلاة عند طلوع الشمس إلى أن يبيض ، وعند زوالها، وعند غروبها إلا عصريومه،

لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنـــه قال ثلاثة أوقات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع ، وعند زوالها حتى تزول ، وحين تتضيف للغروب حتى تغرب

---

ولا تتطوع بعد طلوع الفجر إلا بركعتيه إلى أن ترتفع الشمس، ولا يتطوع بعد صلاة العصر.

وذكر في التحفة والقنية والمفيد أن الاوقات التي تكره فيها الصلاة إثني عشر وقتـاً منها تكره لمعنى في الوقت وهي المذكورة آنفاً ففي هذه الثلاثة يكره التطوع التي ليس فيه سبب في جميع الايام والامكنة ولو شرع فيها صح شروعه وجاز أداؤها فيــه وفي المحيط ولو قضاها في غير وقت مكروه جاز ، وقد أساء خلافاً لزفر .

وكذا ما له سبب كركعتي الطواف وتحية المسجد وسجـــدة التلاوة وصلاة الجنازة والمنذورة في هذه الاوقات ، والاولى أن لا يؤخـر صلاة الجنازة لان تأخيرها مكروه . وفي المفيد ان حضرت في وقت مستحب لا يجوز فيها بخلاف ما ذكره ، ونص الكرخي على أنه لا يجوز فيها صلاة الجنازة ولا سجدة التلاوة ولا يقضي فرضاً ولا يصلي تطوعاً ، وكذا يكره أداء فرض العصر عند تغير الشمس . ولا يصح الفرض عند الطلوع والزوال وأما قضاء الفرائض والمنذورة وقضاء الواجبات الفائتة وسجدة التلاوة في وقـــت غير مكروه والوتر من ذلك لا يجوز في هذه الاوقات ، وفي البواقي من اثني عشر بمعنى في غير الوقت وهي تسعة بعد طلوع الفجر وبعد فرض الفجر قبل الطلوع وقبل صلاة العصر وبعد الغروب قبل المغرب وعند الخطبة وعند الإقامة وعند خطبة العيدين وعند خطبة الكسوف وخطبة الإستسقاء كذا في التحفة ولكن بلفظ الكراهة . وفي المجتبى ولا تنفل بعد صلاة الجمع بعرفات والمزدلفة وذكروا أنها الصلاة قبل العيد .

( لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه ثلاثة أوقات نهانا رسول الله ﷺ أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع، وعند زوالها حتى تزول، وحين تتضيف للغروب حتى تغرب ) هذا الحديث رواه مسلم والاربعة من حديث موسى بن علية بن رباح عن أبيه عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه قال ثلاث ساعات كان رسول الله ﷺ

ينهانا أن نصلي فيهن أو نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس ، وحين تتضيف الشمس للغروب حتى تغرب وان نقبر فيهـا . المراد منه الصلاة على الميت على ما يذكره المصنف عن قريب .

قوله – تتضيف – أي تميل للغروب ، وقد وقعت هذه اللفظة هاهنا بتائين وأن سين وقعت بتاء واحدة واصلة بتاءين لانه من تضيف ، ويجوز فيـه أيضاً التاءين على الاصل ، ويجوز فيه حذف أحدهما كما في قوله ﴿ ناراً تلظى ﴾ ١٤ – الليل أصله تتلظى فحذفت أحد التاءين وثلاثية ضاف يضيف أي مال ، يقال ضافت الشمس وضيفت وتضيفت أي مالت للغروب .

قوله – حتى ترتفع – أي الشمس وحد الإرتفاع الذي يباح فيه الصلاة اختلفوا فيه في الأصل إذا ارتفعت الشمس قدر رمح أو رمحين تباح الصلاة . وقال الفضل ما دام الإنسان يقدر على النظر إلى قرصها فالشمس في الطلوع ولا تباح الصلاة فيه فإذا عجز عن النظـر يباح . وقال أبو حفص السفكردري يؤتى بطست ويوضع في أرض مستوية مـا دامت الشمس تقع على حيطانها فهي في الطلوع، وإذا وقعت في وسطه فقد طلعت وحلت الصلاة كذا في المحيط .

فإن قلت التخصيص بالثلاث في العدد يفيد الإنحصار عليه وقد ذكر تسعة أوقات لا يجوز فيها النفل وتلك التسعة غير هذه الثلاثة فيلزم منه إبطال المدة ، قلت إنما يلزم هذا ان لو كان المزيد مثل حكم المزيد عليـه فالثلاثة المنصوصة حكمها أن لا يجوز الفرائض والنوافل أيضاً في بعض الروايات ، وأما غيرها فليس في معناها لأنه يجوز قضاء الفوائت وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة فيها بخلاف الثلاثة المذكورة فإن ذلك لا يجوز فيها ، وإذا كان المعنى يختلف لا يلزم الإبطال بل يكون كل واحد منها ثابتاً بدليل على حدة .

فأما الثلاثة المذكورة فحديث عقبة رضى الله عنه ،وأما غيرها فبأحاديث أخرى مثل لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس .

فإن قلت إذا لم تجز الفرائض في هذه الأوقات فلو شرع فيها ثم قهقه هل ينقض وضوءه ،

قلت لا ينتقض لأن شروعه لم يصح فلا تصادق قهقهته صلاة شروعه ، وقال في نوادر الصلاة من الصلاة لو طلعت الشمس وهو في خلال صلاة الفجر ثم قهقه قبل أن يسلم فليس عليه وضوء لصلاة أخرى . أما على قول محمد فلأنه صار خارجاً عن الصلاة بطلوع الشمس، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله . وفي الرواية الأخرى وإن لم يصر خارجاً من حد التحريمة فقد فسدت صلاته بطلوع الشمس لأنه لا يجوز أداء الفعل في هذا الوقت كما لا يجوز أداء الفرض فالضحك في هذه الحال دون الضحك في صلاة الجنازة فلا يجعل حدثاً ، وعلى قياس قول أبي يوسف رحمه الله ويلزمه الوضوء خصوصاً على الرواية التي رويت عنه أنه يصير حتى تطلع الشمس ثم يتم الفريضة فعلى هذه الرواية ان ضحكه صادف حرمة صلاة مطلقة فكان حديثاً .

( والمراد بقوله – وأن نقبر – صلاة الجنازة ) المراد مبتدأ وخبره صلاة الجنازة أي المراد من قول عقبة رضي الله عنه – وأن نقبر فيها – الصلاة على الجنازة يقال قبر يقبر من باب نصر ينصر ومصدره مقبر يعني مدفن الميت أيضاً قبر يقال قبره اذا دفنه وأقبره إذا جعل له قبراً يوارى فيه . وقال ابن السكيت قبرته أي جعلت له قبراً يدفن فيه وقوله تعالى ﴿ ثم اماته فأقبره﴾ ٢١–عبس أي جعله ممن يقبر ولم يجعله يلقى للكلاب فأكرم[١] الإنسان بالقبر . وقال ابن الأعرابي أقبر إذا أمر إنساناً بحفر قبر .

فإذا قيل قلت ذكر القبر وإرادة الصلاة من أي قبيل من المجاز أو الكناية ، قلت قال في المبسوط وهو من باب الكناية اللازمة بينهما . وقال الأترازي هو كناية لانه ذكر الرديف وارادة المردوف ، قلت المراد من الملازمة المذكورة ما يكون بين اللازم والملزوم على سبيل التبعية لأن الكناية أن يذكر في اللازمين ما هو تابع ورديف ويراد به ما هو متبوع ومردوف .

فإن قلت ما هذا الداعي إلى هذه الدعوى فلم لا يؤخذ بظاهره فيكون دفن الميت في

(١) في الأصل « فأكرمه » . اه مصححه .

هذه الاوقات الثلاثة مكروهاً ، قلت اختلف العلماء في هذا الباب فأخذت طائفة بظاهره وقالوا يكره دفن الميت في هذه الأوقات الثلاثة . وقال البيهقي رحمه الله ونهيه عن القبر في هذه الساعات لا يتناول الصلاةعلى الجنازة وهو عند كثير من أهل العلم محمول على كراهة الدفن في تلك الساعات و كذلك حمله أبو داود رضي الله عنه على الدفن فإنه بوب عليه في كتاب الجنازة فقال باب ما جاء من الدفن عند طلوع الشمس وعند غروبها،ثم روى حديث عقبة رضي الله عنه المذكورة .

وذهب أكثر أهل العلم إلى كراهة الصلاة على الجنازة في هذه الأوقات ، وروي ذلك عن إبن عمر رضي الله عنه وهو قول عطاء والنخعي والاوزاعي والثوري وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد وإسحاق و كذلك حمله الترمذي رضي الله تعالى عنهم على الصلاة وبوب على – باب ما جاء في كراهة صلاة الجنازة عند طلوع الشمس وغروبها – ونقل عن ابن المبارك رضي الله عنه أنه قال يعني أن نقبر فيها موتانا يعني صلاة الجنازة إنتهى . وعن الشافعي رضي الله عنه أنه كان يرى الصلاة على الجنائز أي ساعة شاء من ليل أو نهـار و كذلك الدفن أي وقت كان من ليل أو نهار . في أحكام ابن بريدة رضي الله عنه .

قال بعض العلماء لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة المذكورة في حديث عقبة رضي الله عنه إلا أن يخاف عليها النتن ، وقيل لا يصلي عليها عند الغروب والطلوع فقط ويصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس ، وبعد الصبح ما لم تسفر . وقال ابن عبـد الحكيم يصلى عليها في كل وقت كالفرائض . وقال الليث يكره الصلاه عليها في الاوقات التي يكره فيهـا الصلاة . وقال عطاء والنخعي رضي الله عنهما لا يصلى عليها في الاوقات الخمسة المنهي عنها.

فإن قلت هل جاء ما يدل على هذا الحمل قلت نعم روى الإمام أبو حفص عمـــر بن شاهين رضي الله عنه في كتاب الجنائز من حديث خارجة بن مصعب عن ليث بن سعد عن موسى بن علي رحمهم الله قال نهانا رسول الله ﷺ ان نصلي على موتانا عنـــد ثلاث طلوع الشمس... إلى آخره .

( لان الدفن غير مكروه ) أي لان دفن الميت في هذه الأوقات المذكورة غير مكروهة

( والحديث باطلاقه حجة على الشافعي رضي الله عنه في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة ) واختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فلذلك تردد الشراح فيـــه ولم يحرروا كما ينبغي خصوصاً تحرير مذهب الشافعي رضي الله عنه على ما هو المسطور في كتـب أصحابه المعتمد عليها فقال السغناقي في شرحه قوله والحديث باطلاقه حجة على الشافعي رضي الله عنه في تخصيص الفرائض والنوافل بمكة . وفي بعض نسخ الهدايه لم يذكر الفرائض وذكر بمكة بالباء وفي بعضها لم يذكر النوافل والصحيح من الرواية أن يذكـر الفرائض ويذكر مكة بدون الباء .

ويقال في تخصيص الفرائض وبمكة ليكون أداء الفرائض في جميع الامكنة وتعميم جواز الفرائض والنوافل بمكة وذلك إنما يعاد فهذا الذي ذكرت وهذا كان بخط شيخي، فإن عند الشافعي رضي الله عنه يجوز الفرائض والنوافل فـإن شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه وغيره من الاحاديث ثم قـــال والامكنة في هذه النهي سواء عندنا لعموم الآثار . وقال الشافعي رضي الله عنه لا بأس بالصلاة فى هذه الاوقات بمكة لحديث روي فى النهى إلا بمكة انتهى كلامه . وقال تاج الشريعة رحمه الله قوله – وتخصيص الفرائض – أي الشافعى رضى الله عنه يقول بعدم كراهية الفرائض فى هذه الاوقات قوله – ومكة –أي تخصيص مكة فإن عنده ينصرف هذا النهى إلى مكة حتى لا تكره النوافل فيها انتهى . وقال صاحب الدراية قوله حجـة على الشافعى رضى الله عنه وتخصيص الفرائض ومكة .

وقال الشافعى رضى الله عنه يجوز فى هذه الأوقات الفرائض ومن النوافل مالـــه سبب كتحية المسجد وركعتي الطواف وكذا فى الجمعة بعد الزوال انتهى. وقال الاترازي قوله والحديث باطلاقه حجة على الشافعى رضى الله عنه فى تخصيص الفرائض ومكة . وفى بعض النسخ وبمكة بالباء والصحيح ان يذكر ومكـــة بلا باء ، بيانه أن الشافعى يخص الفرائض من جميع الصلاة ويقول أن النهى ورد فى حق النفل لا فى حق الفرائض بدليل قوله ﷺ من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فان ذلك وقتها . نعلم أن

الفرض ليس بمنهى عنه حتى تجوز الفرائض فى الاوقات المكروهة بلا كراهة فى جميع البلدان .

أما النوافل فانها تكره فى هذه الاوقات إلا بمكة فان مكة مخصوصة من سائر البلدان لما روى أبو داود رضى الله عنه النهى عن الصلاة فى هذه الاوقات مقروناً بقوله إلا بمكة ، فاذن تجوز الفرائض فى جميع البلدان في مكة وغيرها لان الفرائض خصت من جميع الصلاة ، وتجوز النوافل بمكة خاصة لان مكة خصت من جميع البلدان ، وعلى هذا التقدير لا يفهم إلا على رواية مكة بدون الباء فافهم انتهى .

قال الاكمل ما يخصه ان أراد بقوله لا يجوز الفرض وحده وإن النفل جائز مكروه ولم يستقم جعل الحديث حجة على الشافعى رضى الله عنه فى تجويز النوافل وإن كان مراده عدم الجواز فى الفرض والنفل جميعاً لزم عليه ما نقل عن الكرخى والإسبيجابي وهو ان النوافل تجوز وتكره ، وإن كان الجواز مع الكراهة فيها لم يكن الحديث حجة لنا على الشافعى رضى الله عنه الا اذا أثبته أن أصحابنا يقولون بالجواز مع الكراهة وهو يقول بالجواز بلا كراهة ، قال ولم أطلع على ذلك فيما وجدته من النسخ وان كان عدم الجواز فى الفرض والجواز فى النفل مع الكراهة فان في بعض الروايات لزم اختلاف معنى اللفظ للواحد مراد نزلاً على سبيل الكتابة وهو غير جائز . وأرى أن المراد عدم الجواز فى الفرض والنفل على بعض الروايات ولا يلزمه ما نقل عن الكرخى والإسبيجابى لانه اختار خلافه واذا ظهر لك ما قررناه تبين لك أن التحية الصحيحة هو أن يقال حجة على الشافعى رضي الله عنه فى تخصيص الفرائض بمكة لانه هو الذي يقيد ما ذكرنا من مذهبه وان كان فيه اعلاء دون ما عداه ، وهو ماوقع في بعضها من قوله فى تخصيص الفرائض والنوافل بمكة ، وفي بعصها فى التخصيص بمكة ، وفى بعضها ولم يذكر النوافل .

قلت هذه الترديدات والتصرفات والبحثية كلها من عدم الوقوف على نص مذهب الشافعي رضي الله تعالى عنه وعدم الرجوع إلى أمهات كتب أصحابه ، فنقول مذهب الشافعي رضي الله عنه جواز الفرائض في هذه الأوقات ، ومن النوافل ماله سبب كتحية

المسجد وركعتي الطواف دون النوافل المطلقة ، وفي مكة يجوز النوافل المطلقه أيضاً .
وقال النووي في الروضة يجوز في هذه الأوقات قضاء الفرائض والسنن والنوافل التي أخذها الانسان ورد لهوتجوز صلاة الجنازةوسجود التلاوةوسجودالشكر وركعتا الطواف وصلاة الكسوف ولا يكره فيها صلاة الإستسقاء على الأصح . وعلى الثاني يكره كصلاة الاستخارة ويكره ركعتا الإحرام على الصحيح . فأما تحية المسجد فإن اتفق دخوله الفرض كدرس علم أو اعتكاف أو انتظار صلاة ويجوز ذلك ثم يكره ، وإن دخل لا لحاجة بل ليصلي التحية فوجهان أقيسها الكراهة انتهى .

فإذا عرفت هذا عرفت أن نقل السغناقي عن مذهب الشافعي رضي الله عنه بقوله فإن عند الشافعي رضي الله عنه تجوز الفرائض في هذه الأوقات في جميع الأمكنة دون النوافل ، وفي مكة تجوز الفرائض عنده والنوافل ليس كما ينبغي ، وكذلك ما قاله الإترازي ، فإذا قابلت كلامها بالذي قلنا آنفاً عرفت ان نقلها عن مذهب الشافعي رضي الله عنه ليس على ذلك وكذلك ما قاله الأكمل بقوله تبين ان النسخة الصحيحة إلى آخره والأقرب إلى المطالعة ما قاله صاحب الدراية ثم فسر النسخة التي هي قوله والحديث بإطلاقه يعني بكونه متناً ولا للفرض والنفل حجة على الشافعي رضي الله عنه وتخصيص الفرائض بالجواز في هذه الأوقات أي فرض كان وفي أي مكان كان .

وقوله والنوافل أي وفي تخصيص النوافل بالجواز فيها حال كونها فيها بمكة أي نفل كان ولا تدل هذه العبارة على جواز النفل الذي له سبب في غير مكة ، فقلت ان النسخ كلها قاصرة على الدلالة على ما ينبغي ؛ ثم حجة الشافعي رضي الله عنه مما ذهب إليه قوله ﷺ من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها جعلت وقت التذكير وقتاً للفائتة مطلقاً وله في جواز النفل بمكة شرفها الله تعالى الوارد في حديث عقبة رضي الله عنه إلا بمكة وقوله ﷺ يا بني عبد مناف من ولي منكم من أمور الناس شيئاً فلا يمنعن أحداً طاف بهذا البيت وصلى أي ساعة شاء .

وله في الجمعة حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه ﷺ نهى عن الصلاة في

نصف النهار إلا يوم الجمعة . وروى أبو الخليل عن أبي قتادة رضى الله عنه عن النبي ﷺ انه كره الصلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة . وقال ابن جهم متحسر إلا يوم الجمعة .

والجواب عن ذلك. أما حديث من نام عن صلاة إلى آخره فهو مخصوص بحديث عقبة رضى الله عنه والدليل عليه مـا روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ حين قفل من غزوة خيبر فسار بليلة ... الحديث ، وفيه فناموا فما أيقظهم آخر الشمس . وفي رواية انتبهوا وقد بدأ جانب الشمس فأداروا رحالهم شيئاً ثم نزلوا للصلاة . وإنما نقل ذلك لترتفع الشمس فلو جاز قضاء المكتوبة في حال طلوع الشمس لما أخرها رسول الله ﷺ بعد الانتباه .

وعن الثاني ان الاستثناء الوارد في حديث عقبة رضى الله عنه إلا بمكة غريب لم يرد في المشاهير فلا يزاد به عليها أو يحتمل انه كان قبل النهى .

وعن الثالث ان أبا داود رضى الله عنه في إباحة الدعاء قرأ معنى صلى دعى قال أبـو بكر بن العربي هذا الحديث لم يصح .

وعن الرابع أن إلا في قوله – إلا يوم الجمعة – بمعنى ولا يوم الجمعة كما في قوله تعـالى ﴿ إلا خطأ ﴾ ٩٢ / النساء أي لاخطأ عن الشافعي رضى الله عنه وهو حديث أبى قتادة رضى الله عنه انه منقطع لأن أبا الخليل لم يسمع من أبي قتادة قاله أبو داود وقال أبو الفرج رحمه الله وفيه ليث بن أبي مسلم وهو ضعيف مرة . وفي المغني عن ابن مسعود رضى الله عنه كنـا ننهى عن ذلك يوم الجمعة . وعن سعيد المقبري أدركت الناس وهم ينهون عن ذلك وإباحة فيها عطاء في الشتاء دون الصيف ، وفي بقية الأوقات يوم الجمعة وجهان عند الشافعية رضى الله عنه أحدهما يجوز لكل واحد ، وفي بقية الأوقات يوم الجمعة والآخر لا يجوز إلا في وقت الإستواء يوم الجمعة دون بقية الأوقات يوم الجمعة روي عن بعضهم تخصيص الإنشاء من بقاء الشعائر وبترجيحه قال صاحب المهذب وغيره .

فإن قلت يعارض حديث عقبة رضى الله عنه قوله ﷺ من أدرك ركعة من الفجر قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الفجر ، بيانه ان هذا يقتضى أنـــه لو شرع في صلاة الفجر

وحجة على أبي يوسف في إباحة النفل يوم الجمعـــة وقت الزوال .
قال ولا صلاة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لأنها في معنى الصلاة

---

وطلعت الشمس في خلالها لا تفسد الصلاة كما ذهب إليه الشافعي رضى الله تعـــالى عنه . قلت إنه لبيان الوجوب بادراك جزء من الوقت قل أو كثر . ومذهب مالك رحمه الله في هذا الباب انه يقضى الفرائض في هذه الأوقات الثلاثة ولا يصلي النوافل سواء كان لهـا سبب أولا، وبه قال أحمد رضى الله عنه إلا انه أجاز ركعتي الطواف وصلاة الجماعة مع إمام الحى لخوف الفوت . اختلفت الرواية عن مـــالك رحمه الله عنه في صلاة الكسوف وسجود القرآن في وقت النهى .

( وحجة على أبي يوسف رحمه الله في إباحة النفل في يوم الجمعة ) وحجـــة عطف على قوله حجة على الشافعى رضى الله عنه ، روي عن أبى يوسف رحمه الله انه قال لا بـــأس بالصلاة ( وقت الزوال ) واستدل على ذلك بحديث أبى سعيد الخدري رضى الله عنه وقد ذكرناه عن قريب مع الجواب عنه .

( قال ) أي القدوري معطوف على أول الكلام ( ولا صلاة جنازة ) أى ولا تجوز صلاة الجنازة في الأوقات الثلاثة المـذكورة ، هذا محمول على جنازة حضرت قبل العصر لأن الصلاة تجب بحضورها كاملة ولا تؤدى بالناقص ، حتى لو حضرت جنازة في هـــذا الوقت جازت الصلاة مع الكراهة لأنها أديت ناقصة كما وجبت ( لما روينا ) وهو قولـه — وأن نقبر فيها موتانا — .

( ولا سجدة تلاوة ) عطف على ما قبله ، أى ولا تجوز سجدة التلاوة ، وهـــذا إذا كان تلى أو سمع قبل هذا الزمان فسجد في هذا الزمان بعدم إجزاء الناقص عن الكامل ، أما لو تلى في هذا الزمان فسجد جازت لأنها أديت ناقصة كما وجبت ( لأنها في معنى الصلاة) أي لأن سجدة التلاوة فى معنى الصلاة من حيث انه يشترط لها مـــا شرط للصلاة من الطهارة ، وستر العورة ، واستقبال القبلة ، ويقال باعتبار حصول التشبه لعبدة الشمس ازاله يحصل بعد الشمس بالحول ، أيضاً كذا في المبسوط . وقال الأكمل فإن قيل مـــا بالها لم تلحق بها فى قوله ﷺ من ضحك منهم فقهقه فليعد الوضوء والصلاة جميعاً فينتقض

إلا عصر يومه عند الغروب ، لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت لأنه لو تعلق بالكل لوجب الأداء بعده ، ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدى في آخر الوقت قاض ، وإذا كان كذلك فقد أداها كما وجبت ، بخلاف غيرها من الصلاة لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص

---

وضوء الضاحك فى سجدة التلاوة كما فى الصلاة .

وأجيب بأن اللام فى قوله فليعد الوضوء والصلاة للعهد لأنه إنما يعيد الصلاة التي وجدت فيها القهقهة لا للجنس ، والمعهود صلاة ذات تحرية وركوع وسجود ، والسجود المجرد ليس فى معناه من كل وجه فلا يلحق به ، قلت هذا السؤال والجواب للسغناقي .

( إلا عصر يومه عند الغروب ) هذا استثناء من قوله – ولا عند غروبها – يعني لو صلى عصر يومه عند غروب الشمس جازت صلاته ( لأن السبب ) أي سبب وجوب الصلاة ( هو الجزء القائم من الوقت ) الذى يتصل به الأداء ( لأنه لو تعلق بالكل ) أى لأن السبب لو تعلق بكل الوقت جملة ( لوجب الأداء بعده ) أى لوجب أداء الصلاة بعد ذلك الوقت لوجوب تقدم السبب بجميع أجزائه على السبب فلا يكون أداء .

( ولو تعلق بالجزء الماضى ) أى ولو تعلق بسبب الوجوب بالجزء الماضى من الوقت (فالمؤدى) بكسر الدال ( فى آخر الوقت قاض ) لأنه أدى بعد خروج الوقت فيكون قضاء .

( وإذا كان كذلك ) أى وإذا كان الأمر كما ذكرنا من أن السبب هو الجزء القائم إلى آخره . ( فقد أداها ) أى أدى الصلاة التي هى العصر ( كما وجبت ) أى باتصال الأداء بها فإن كان وقتها صحيحاً بأن لا يكون موصوفا بالكراهة ولا منسوباً إلى الشيطان كالظهر مثلا وجبه المسبب كاملا فلا يتأدى ناقصاً ، وإن كان فاسداً أى ناقصاً بأن يكون منسوباً إلى الشيطان كالعصر يستأنف وقت الاصفرار وجب الفرض به ناقصاً فيجوز أن يتأدى ناقصاً لأنه أداه كما وجب .

( بخلاف غيرها من الصلاة ) يعني غير العصر ( لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص)

لأن ما وجب كاملا لا يتأدى بالناقص . وقال الأكمل قوله – لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت – فيه تسامح لأن السبب اما أول جزء والذي يلي الأداء الجزء والمضيق أو كل الوقت عند خروجه ، قلت المراد بالجزء القائم من الوقت الجزء الباقي من آخر الوقت لأن السببية تنتقل من جزء إلى جزء والسبب هو الجزء القائم . وقال صاحب الكافي ما قاله فالمؤدى في آخر الوقت قاضى اشكاله لأنه مؤدى باعتبار بقاء الوقت ، وأيضاً يلزمه على تقدير جواز قضاء العصر في هذا الوقت لأن الجزء القائم من الوقت ناقص فيجب به العصر ناقصاً فيبتغي أن يجوز كعصر يومه ، وأجاب عنه الشيخ عبدالعزيز عن الأول بأن كلامه فيمن أخر العصر إلى الغروب ولا شك ان السبب في حقه هو الجزء القائم من الوقت وهو المعبر عنه بالجزء المضيق .

وعن الثاني بأن الجزء إذا تعين السببية بحيث لا ينتقل إلى غيره كان التأخير عنه تفويتاً للواجب كالجزء الأخير من الوقت في الصلاة ، والجزء الأول من اليوم في الصوم فقال الأكمل ورد عليه بأن الفوات والتفويت عن الجزء الأخير من الوقت إنما هو باعتبار خروج الوقت لا باعتبار تعينه للسببيه و كذلك الجزء الاول من اليوم لأن وقت الصوم كل النهار فإذا فات البعض فات الكل .

قلت لا نسلم ان التفويت بمجرد اعتبار خروج الوقت بل بـــه وباعتبار الجزء الأخير للسبب ألا ترى انه إذا شرع في صلاة الظهر أو المغرب أو العشاء في الجزء الأخير ثم خرج الوقت كان ذلك أداء لاقضاء ، فلو اسلم الكافر عند غروب الشمس يلزمــه أداء العصر ، فإن لم يتمكن حتى غربت الشمس هل تلزمه أم لا فهو مبني على خلاف في ذلك ، ثم اعلم انه لا بد من جعل جزء من الوقت سبباً للوجوب فقال شمس الأئمة السرخسي سبب الوجوب الجزء الأول من الوقت فصار سبب حكم الوجوب وصحة أداء الواجب ولكنه وجــوب توسع وهو الأصح وهكذا نقله علاء الدين الحاكم السمرقندي في الميزان والتقويم لأبى زيد ومن الناس من ظن أن الأداء لما لم يلزم في أول الوقت لم يكن وجوب الصلاة متعلقاً بأوله وأنه غلط ويتعاين وقته بالفعل كالكفارة .

وفي مختصر البزدوي الوجوب بأول الجزئية من أول الوقت خلافاً لبعض مشايخنا ، والقاضي عبد الجبار أنكر أن قوله من قال الصلاة في أول الوقت تقع نفلا ، قال وهذا لا يصح . وقال شمس الأئمة ومن مشايخ العراق من يقول الوجوب لا يثبت في أول الوقت وإنما تعلق الوجوب بآخره ومستدلون عليها بما لو حاضت [1] في آخر الوقت فإنه لا يلزمها قضاء الصلاة إذا طهرت . وبالمقيم إذا سافر [2] في آخر الوقت فصلى ركعتين ، فلو كان الوجوب بأول الوقت لما سقطت الصلاة بذلك ، وكذا لو مات قبل خروج الوقت لا تكون الصلاة ديناً في ذمته ولا شيء عليه .

ثم عند مشايخ العراق إختلاف في صفة المروي في أول الوقت فمنهم من يقول هو نفل يمنع لزوم الفرض في آخر الوقت إذا بقي على حال يلزمه الأداء بأن لا يعارضه جنون أو حيض وغير ذلك فيه لأنه يمكن ، ثم نزل الأداء في أول الوقت لا إلى قضاء . ومنهم من قال المؤدي في أول الوقت وقوف على ما يظهر من حاله في آخر الوقت فاعتبروه بتعجيل الزكاة قبل الحول. وفي المرغيناني قال أكثر أصحابنا الوجوب يتعلق بمقدار التحريمة. وقال زفر رحمه الله بمقدار ما يؤدى الصلاةوهذا القول مختار القدوري رحمه الله، والأول اختيار القاضي أبي زيد الدبوسي رحمه الله وذكره في الميزان عن الكرخي ثلاث روايات عن أصحابنا فروى الشيخ أبو بكر الجصاص رحمه الله ان الوقت كله وقت العرض وعليه أداؤه في وقت مطلق من جميع الوقت وهو مخير في الأداء فيتعين الواجب بالأداء ويضيق الوقت فإن أدى في أول الوقت يكون واجباً ، وإن أخر لا يأثم وهو الرواية على المعتمد عليها . ويروى أيضاً أن الأداء في أوله موقوف إن بقي إلى آخر الوقت بصفة التكليف يقع واجباً فإن فات شيء من شرائط التكليف يكون نفلاً، وفي رواية أخرى عنه يقع نفلاً في أول الوقت فإذا بقي إلى آخر الوقت وصفة المكلفين يكون ذلك سقطاً للغير من قال ، وهذه الرواية مهجورة .

(١) في الأصل « حاجرت » . اهـ مصححه .

(٢) في الأصل « إذا مسافر » اهـ مصححه .

## قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه أو تلى سجدة فيه

وعند الشافعي رضى الله عنه لما يفرد الوجوب في أول الوقت لزمه الاباء على وجه لا يتغير بتغير حال فيمد ذلك تعارض الحيض والقره. وقال النووي رحمه الله تجب الصلاة بأول الوقت وجوباً موسعاً ويستقر الوجوب بامكان فعلها قاله . وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية كمذهبنا وهي غريبة ، قلت إن أراد به تعلق الوجوب بأول الوقت وجوباً موسعاً فهو المذهب الصحيح عندنا وليست هذه الرواية بغريبة، وإن أراد استقرار الوجوب بامكان فعلها فليس هذا رواية عن أصحابنا لا غريبة ولا مشهورة .

وقال إبن بطال حكى ابن القصاء عن الكرخي رضي الله تعالى عنهم أجمين أن الصلاة في أول الوقت تقع نفلاً ، قال والفقهاء بأسرهم على خلاف قوله ، قلت هذا قول ضعيف نقل عن بعض الأصحاب كما ذكرنا وليس منقولاً عن أبي حنيفة رحمه الله .

ثم اعلم أيضاً أن الواجب الموسع الذي هو الفاضل عن الواجب لا يتمين بعض أجزائه بتمين العذر رضاباًن يقول عينت هذاالسببية ولا قصداًبأن ينوي ذلك لأن تعيين الأسباب والشرائط من وضع الشارع ، وليس[1] للعبد ذلك ، وإنما للعبد إختيار فعل فيه رفيق وليس ذلك بتعيين جزء لأنه ربما لا يتيسر فيه الأداء بل له الإختيار في تعينه فعلاً بأن يؤدي الصلاة في أى جزء يريد فيتمين بذلك الفعل ذلك الجزء وقتاً لفعله كما في خصال الكفارة فإن الواجب أحد الأمور من الاعتاق والكسوة والإطعام لا يتمين شيء منها بتمين المكلف قصداً ولا قضاء بل يختار أيها شاء فيفعله هو الواجب بالنسبة إليه .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( والمراد بالنفي المذكور في صلاة الجنازة وسجدة التلاوة ) أي في قول القدوري رحمه الله – ولاصلاة جنازة ولا سجدة تلاوة – (الكراهة) مرفوع لأنه خبر المبتدأ وهو قوله والمراد ( حتى لو صلاها فيه ) نتيجة الكراهة ، أى لو صلى الجنازة في وقت من الأوقات الثلاثة ( أو تلى سجدة فيه ) أي أو قرأ آية في وقت

(١) في الاصل « للبس » اه مصححه .

وسجدها جاز لأنها أديت ناقصة كما وجبت ، إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لما روي أنه عليه السلام نهى عن ذلك

---

من هذه الأوقات ( فسجدها [1] جاز ) أي فسجد لتلاوته وفيه جازت .

( لأنها أديت ناقصة ) أي لأن كل واحدة من صلاة الجنازة وسجدة التلاوة أديت حال كونها ناقصة ( كما وجبت ) أي كما وجبت ناقصة ( إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ) كلمة إذ للتعليل أي لأن الوجوب حصل بحضور الجنازة وبوقوع التلاوة في الوقت الناقص وقد مر الكلام فيه مستوفى عند قوله – ولا صلاة جنازة ولا سجدة تلاوة – .

( ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس ) أراد أنه إذا طلع الفجر وصلى صلاة الفجر يكره لا أن يصلي إلى أن يطلع وبعد صلاة العصر إلى أن تغرب الشمس .

( لما روي أنه ﷺ نهى عن ذلك ) لما روى مسلم من حديث أبي أمامة رضي الله تعالى عنه وفيه فقلت يا رسول الله ﷺ أخبرني عن الصلاة قال صل الصبح ثم اقصر عن الصلاة حتى تطلع الشمس فإنها تطلع بين قرني شيطان وحينئذ يسجد لها ، ثم صل فإن الصلاة مشهودة محضورة حتى يستقل الظل كالرمح ، ثم اقصر عن الصلاة فإنها حينئذ تسجر جهنم فإذا أقبل الفيء فصل فإن الصلاة مشهودة حتى تصلي العصر ، ثم أقصر عن الصلاة حتى تغرب الشمس فإنها تغرب بين قرني شيطان . الحديث بطوله وروى إسحاق بن راهويه رضي الله تعالى عنه في مسنده ثم البيهقي من جهة حدثنا وكيع ثنا سفيان الثوري أخبرني أبو إسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله تعالى عنهم أجمعين كان رسول الله ﷺ يصلي ركعتين دبر كل صلاة مكتوبة إلا الفجر والعصر .

وأخرج البخاري عن معاوية رضي الله تعالى عنه قال انكم لتصلون صلاة لقد صحبت رسول الله ﷺ فما رأيناه يصليها ولقد نهى عنها يعني الركعتين بعد العصر . وروى مسلم

---

(١) في المتن وسجدها .

عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما عن حفصة رضي الله تعالى عنها قالت كان رسول الله ﷺ إذا طلع الفجر لا يصلي إلا ركعتين خفيفتين، روى أبو داود عن يسار مولى ابن عمر رضي الله تعالى عنهم أجمعين قال رأني ابن عمر رضي الله عنه وأخبرنا أصلي بعد طلوع الفجر فقال يا يسار إن رسول الله ﷺ خرج علينا ونحن نصلي هذه الصلاة فقال ليبلغ شاهدكم غائبكم لا تصلوا بعد الفجر إلا سجدتين . وأخرج الطبراني عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ إذا طلع الفجر فلا تصلوا إلا ركعتي الفجر . وأخرج أيضاً عن عمرو ابن شعيب رضي الله عنه عن أبيه عن جده رضي الله عنهم أنه ﷺ قال لا صلاة إذا طلع الفجر إلا ركعتين ، ومثله عن أبي هريرة رضي الله عنه .

وقال ابن بطال رضي الله تعالى عنه في شرح البخاري تواترت الاحاديث عن النبي ﷺ أنه نهى عن الصلاة بعد الصبح وبعد العصر ، وكان عمر رضي الله تعالى عنه يضرب على الركعتين بعد العصر بمحضر من الصحابة من غير نكير فدل أن صلاته ﷺ مخصوصة به دون أمته ولده ذلك علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وأبو هريرة وسمرة بن جندب وزيد بن ثابت وسلمة بن عمرو بن كعب بن مرة وأبو امامة وعمرو بن عيينة وعائشة والصالحي واسمه عبد الرحمن بن عقيلة وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم والحسن البصري وسعيد بن المسيب والعلاء بن زياد وحميد بن عبد الرحمن رحمهم الله تعالى أجمعين . وقال النخعي كانوا يكرهون ذلك .

فإن قلت أخرج البخاري ومسلم عن الاسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت لم يكن رسول الله ﷺ يدعهما سراً ولا علانية ركعتان قبل صلاة الصبح وركعتان بعد العصر . وفي لفظ لهما ما كان النبي ﷺ ما يأتي في يوم بعد العصر الا ركعتين . روى أبو داود من حديث قيس بن عمر رضي الله عنهما وقال رأى رسول الله ﷺ رجلا يصلي بعد صلاة الصبح ركعتين فقال رسول الله ﷺ الصبح ركعتان فقال الرجل اني لم أكن صليت الركعتين اللتين قبلها فصليتها الآن ، فسكت رسول الله ﷺ هكذا رواه أبو داود وقال قيس بن عمر رضي الله عنه في رواية قيس بن قهر بالقاف قلت استوت القاعدة أن المسح

والخاطر اذا تعارضا جعل الخاطر متأخراً ، وقد ورد نهي كثير في الاحاديث التي ذكرناها آنفاً بالعمل عليها .

وأما حديث الاسود عن عائشة رضى الله عنها فإن صلاته ﷺ فيه مخصوصة به والدليل عليه ما ذكرنا أن عمر رضي الله عنه كان يضرب على الركعتين بعد العصر بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير . وذكر الماوردي من الشافعية رضى الله عنه وغيره أيضاً أن ذلك من خصوصيته ﷺ . وقال الخطابي رحمه الله أيضاً كان النبي ﷺ مخصوصاً بهذا دون الخلق . قال ابن عقيل رضى الله عنه لا وجه له الا هذا الوجه .وقال الطبري فعل ذلك تنبيها لامته أن نهيه كان على وجه الكراهة لا التحريم. وقال الطحاوي الذي يدل على الخصوصية أن أم سلمة رضي الله تعالى عنها هي التي روت صلاته اياهما قيل لها أفنقضيهما اذا فاتتا بعد العصر قالت لا .

وأما حديث قيس بن عمرو قال الإمام اسناده غير متصل ومحمد بن ابراهيم لم يسمع من قيس . وقال ابن حبان لا يحل الإحتجاج ثم تفسر بعض ألفاظ الاحاديث المذكورة .

قوله — تطلع بين قرني شيطان — اختلفوا فيه على وجوه فقيل معناه مقارنة الشيطان عند رؤيتها للطلوع والغروب . وقيل قرنه قوته من قولك انا مقرن لهذا الامر أي بطوله يرى عليه ، وذلك لان الشيطان إنما يتولى أمره في هذه الاوقات لان يسول لعبدة الشمس أن يسجدوا لها في هذه الاوقات . وقيل قرنه [1] حزبه وأصحابه الذين يعبدون الشمس، يقال هؤلاء قرن أي قوم بعد قرن آخر . وقيل ان هذا تمثيل وتشبيه وذلك أن تأخير الصلاة إنما هو من تسويل الشيطان وتزيينه ذلك في قلوبهم ، وذوات القرون إنما تعالج الاشياء وتدفعها بقرونها وكأنهم لما دفعوها وأخروها عن أوقاتها بتسويل الشيطان لهم حتى اصفرت الشمس صار ذلك لهم بمنزلة ما يعالجه وذوات القرون بقرونها وتدفعه بأرواقها . قلت يمكن حمل الكلام على حقيقته ويكون المراد أنه يحاذيها بقرنيه عند غروبها وكذا عند طلوعها ، لان الكفار يسجدون لها حينئذ فيقارنها ليكون الساجدون

(١) في الاصل « وقبل خربه حزبه » والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لأن الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فـلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجـدة التلاوة

---

لها في صورة الساجدين له ، ويخيل لنفسه ولاعوانه انما يسجدون له فيكون لـه ولنفسه تسلط .

قوله – مشهودة – أي تشهدها الملائكة وتحضرها .

قوله – يجير – أى معه .

( ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين ) أراد بالوقتين ما بعد صلاة الفجـر قبل طلوع الشمس وما بعد صلاة العصر قبل غروب الشمس ( الفوائت ) بالنصـب مفعول يصلي ( ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة ) الحاصلة في هذين الوقتين ( كانت لحق الفرض ليصير الوقت ) من بعده ( كالمشغول به ) أي بالفرض فلم يجز النفل فيهما لان الثقل التقديري بالفرض أولى من الثقل الحقيقي بالثقل ( لا لمعنى في الوقت ) يعني ليست الكراهة في هذين الوقتين بالنفل لا لمعنى في الوقت ، يعني ليست الكراهـة في هذين الوقتين لمعنى في نفس الوقت ، بل لثقل الوقت بالفرض ولهذا لو ابتدأ العصر في أول الوقت ومده إلى المغرب لا يكره بالاتفاق ، فلو كانت الكراهة لمعنى في الوقت لكان هذا مكروهاً.

وقوله – لا بمعنى في الوقت – تأكيد لقوله – لحق الفرض – وفيـه إشارة إلى أن يفرق بين النهي الوارد في هذين والوارد في الاوقات الثلاثة المذكورة بـأن ذلك لمعنى في الوقت وهو كونه منسوباً إلى الشيطان فيظهر في حق الفرائض والنوافل وغيرها ، وهذا المعنى لثقل الوقت بالفرض كما ذكرنا .

( فلم يظهر في حق الفرائض ) هذه نتيجة ما قبله فلذلك ذكره بالفاء أي فلم تظهـر الكراهة في حق الفرائض فجازت الفوائت فيها ( وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة ) لكون وجوبها غير موقوف على فعل العبد بدليل وجوبها بالسماع فصارت كسائر الفرائض .

فظهرت في حق المنذور لأنه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف ،

---

فان قلت قد ذكر في الاصول أن سجدة التلاوة وجبت بقربة مقصودة حتى جاز إقامة الركوع مقامها بخلاف سجود الصلاة ، وهذا يوهم أنها واجبة لغيرها . قلت أراد بها وجب بعينه هاهنا ما شرع واجباً إبتداء لانه شرع نفلاً في الاصل ثم صار واجباً بعارض كالنذر ، ثم هذا الواجب قد يكون قربة مقصودة بذاتها وقد لا يكون كالصلاة والصوم وسجدة التلاوة من حيث أنها وجبت إبتداء كانت واجبة بعينها ، ومن حيث أنها وجبت موافقة للابرار ومخالفة الكفار ، ولم تكن مقصودة بنفسها فكانت واجبة مقصودة لنفسها لعدم التنافي ، ألا ترى أن صلاة الجنازة عرفت من هذا أن الفعل مع أنها وجبت بغيرها وهو لصاحب الميت ، ولكنها لما شرعت إبتداء صح جعلها واجبة بعينها من هذا الوجه .

( فظهرت في حق المنذور ) أي ظهرت الكراهة في حق المنذور من الصلاة في هذين الوقتين ( لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته ) أي من جهة الناذر لا من جهة الشرع فصار كالصلاة التي شرعت فيها متطوعاً ، فاذا كان كذلك يكره أداء المنذور في هذين الوقتين، لا يقال الضمير في جهته إضمار قبل الذكر لانا نقول قوله المنذور يدل على الناذر لان النذر قائم به . وعن أبي يوسف لا يكره المنذور في هذين الوقتين لانه واجب بالنذر .

( وفي حق ركعتي الطواف ) أي فظهرت الكراهة أيضاً في حق ركعتي الطواف حتى كره أداؤها في هذين [1] الوقتين لأن وجوبها بغيرها وهو ختم الطواف [2] الحاصل بفعله. وقال الشافعي يجوز في هذين الوقتين ركعتا الطواف ، وتحية المسجد ، وكل فعل له سبب كركعتي الوضوء ، وسنن الرواتب ، والمنذور . قلت في المبسوط ان كراهة الطواف بالأثر وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه طاف بالبيت أسبوعاً بعد صلاة الفجر ثم خرج من مكة حتى كان بذي طوى فطلعت الشمس فصلى ركعتين ثم ذهب فقال ركعتين مقام

---

(١) في الأصل « هذا » اهـ مصححه .

(٢) في الأصل « الطوف » اهـ مصححه .

وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لأن الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدي عن البطلان. ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة

---

ركعتين ، فقال أخر ركعتي الطواف إلى ما بعد طلوع الشمس [1] . وذي طوى ينصرف ولا ينصرف وهو بضم الطاء اسم موضع بمكة .

ولو أفسد الفجر ثم قضاها بعد صلاة الفجر لم يجز كذا في المحيط . وقيل يجوز ولو شرع في النفل قبل طلوع الفجر ثم طلع قيل يقطعه ، والأصح انه يتمه ولا ينوب عن سنة الفجر في الأصح .

( وفي الذي شرع فيه ثم أفسده ) أي وكذا ظهرت الكراهة في النفل الذي شرع فيه حتى كره قضاؤه في هذين الوقتين ( لأن الوجوب لغيره ) تعليل المسألتين جميعا ، ومعنى الوجوب لغيرها انه يجب في الأصل فقوله ( وهو ختم الطواف ) يرجع إلى قوله – وفي حق ركعتي الطواف وصيانة المؤدى – يرجع إلى قوله – وفي الذي شرع فيه ثم أفسده – والمؤدى بفتح الدال ، فإن قلت ركعتا الطواف واجبتان عندنا فوجوبه من جهة الشرع بعد الطواف كوجوب سجدة التلاوة بعد التلاوة فينبغي أن يؤتى بهما كسجدة التلاوة في هذين الوقتين .

وقول المصنف بأن الوجوب لختم الطواف ينتقض بسجدة التلاوة فإن وجوبها للتلاوة وهي فعله أيضاً ، قلت قد تجب السجدة بتلاوة غيره إذا سمعه من غير قصد ولا كذلك ركعتا الطواف .

( ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عليه السلام لم يزد عليهما) أي على ركعتي الفجر اللتين هما السنة المذكورة ( مع حرصه على الصلاة ) أي مع حرص النبي عليه الصلاة والسلام على النافلة . قال الاترازي ولو لم تكره نفعل ، قلت هذا يبنى على معرفة الحديث الذي فيه عدم زيادة النبي ﷺ ركعتي الفجر وكذا قال الأكمل ان

---

(١) في الأصل غير مذكورة . اهـ مصححه .

## ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب ،

الترك مع حرصه عليه السلام على إحراز فضيلة النفل دليل الكراهة ، وقد ذكرنا فيما مضى من حديث مسلم الذي رواه عن ابن عمر عن حفصة رضي الله عنهم قالت كان رسول الله ﷺ إذا طلع الفجر لا يصلي إلا ركعتين خفيفتين ، وهذا يدل على أنه عليه السلام ما كان يزيد على ركعتي الفجر مع حرصه على إحراز فضيلة النوافل . وفي المجتبى ويخفف القراءة في ركعتي الفجر لقول ابن عمر سمعت النبي ﷺ يقرأ فيهما ﴿ بقل يا أيها الكافرون ﴾ ١ / الكافرون ﴿ وقل هو الله أحد ﴾ ١ الاخلاص. وفي المبسوط لشيخ الإسلام والنهي عما سوى ركعتي الفجر فيه لحق ركعتي الفجر لخلل في الوقت . وفي التجنيس للمصنف يتطوع آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر كان الاتمام أفضل لأنه وقع في التطوع بعد الفجر لا عن قصد .

( ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض ) أي قبل صلاة المغرب ( لما فيه من تأخير المغرب ) وتأخير المغرب مكروه فيكره ما يكون سبباً للتأخير . فإن قلت روي عن ابن عباس رضي الله عنه كان المؤذن إذا اذن قام الناس من أصحاب رسول الله ﷺ يبتدئون السؤال حتى يخرج النبي ﷺ أهم لذلك يصلون ركعتين قبل المغرب ولم يكن بين الاذان والإقامة شيء ، قلت حمل ذلك على ان أول الأمر قبل النهي أو قبل أن يعلم ذلك رسول الله منهم . وقال أبو بكر بن العربي اختلف الصحابة فيها ولم يفعله بعدهم أحد . وقال النخعي انها بدعة . وقال عميرة كان ذلك في أول الإسلام ليعرف خروج الوقت المنهى عنه ثم أمروا بتعجيل المغرب . وروى أبو داود عن طاووس قال سئل ابن عمر رضى الله عنه عن الركعتين قبل المغرب فقال ما رأيت أحداً على عهد رسول الله ﷺ يصليها ، وروى عنه عليه السلام بين كل أذانين صلاة إن شاء إلا المغرب . قال الخطابي يعني الاذان والاقامة وعند بعض أصحاب الشافعي يستحب أن يصلي ركعتين قبل المغرب .

## ولا إذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ من خطبته لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة .

( ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة ) ولا يتنفل أيضاً إذا خرج الإمام من بيت الخطابة يوم الجمعة لأجل الخطبة ( إلى أن يفرغ ) من الخطبة ( لما فيه ) أي لما فى التنفل، دل عليه قوله ولا يتنفل ( من الاشتغال عن استماع الخطبة ) وهو مكروه كراهة تحريم . وقال أبو بكر بن العربي والجمهور على انه لا يفعل وهو الصحيح ، لأن الصلاة حرام إذا شرع الامام فى الخطبة بوجوه ثلاثة من الدليل الأول: قوله تعالى ﴿ وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وانصتوا ﴾ ٢٠٤ الاعراف فكيف يترك الفرض الذي شرع الإمام فيه إذا دخل عليه بغير فرض .

الثاني : صح عنه عليه السلام من كل طريق أنه قال إذا قلت لصاحبك والإمام يخطب أنصت فقد لغوت ، فإذا كان الامر بالمعروف والنهى عن المنكر الاصل ان الفرضان فى المسألة يحرمان فى حال الخطبة فالنفل أولى بأن يحرم .

الثالث : انه لو دخل والإمام فى الصلاة لم يركع والخطبة صلاة من وجه يحرم فيها من الكلام والعمل ما يحرم فى الصلاه .

وذهب الشافعى وأحمد وإسحاق إلى جواز تحية المسجد بركعتين لحديث جابر رضى الله عنه بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذا جاء رجل منه بسدة فقال النبي ﷺ أصليت قال لا قال قم فاركع. وهو حديث الثقفي الجاري، ومسلم عليه وهذا الرجل هو سليك الغطفاني بين ذلك مسلم وغيره. قلت هذا الحديث لا يعارض الأصول من أوجه أحدها أنه خبر واحد يعارضه أخبار أقوى منه فوجب تركه. الثاني يحتمل أن يكون في الوقت الذي كان الكلام مباحاً في الصلاة لانه لا يعلم تاريخه . الثالث انه عليه السلام كلم سليكا وقال له قم وأمره سقط عنه فرض الاستماع فإنه أقوى فى هذا الباب. الرابع : الحظر مقدم على الإباحة. الخامس: ان سليكا أبذادة فأراد عليه السلام أن يشهره فيرى حاله فيعتبر به أو يتصدق عليه لضعف حاله ، والبذادة على التواضع في اللبس وعدم الريبة ، وروي البذادة من الإيمان ، واصله من بذفلان الناس إذا سفهم الناس في فضل .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

# باب الأذان

( **باب الأذان** ) أي هذا باب في بيان أحكام الأذان .

لما ذكر الأوقات التي هي تحصيل أسباب وفي الحقيقة اعلام ذكر عقيبها الأذان الذي هو اعلام لتلك الاعلام وقام الأوقات لما ان فيها معنى السببية والسبب يقدم على العلامة .

ثم الأذان له تفسير لغة وشريعة وثبوت وسبب ووصف وكيفية محل شرع فيه ووقت وسنن وما يجب على سامعه .

أما تفسيره لغة فهو إعلام قال الله تعالى ﴿ وأذان من الله ورسوله ﴾ ٣ - التوبة من أذن يؤذن تأذيناً وإذاناً مثل كلمه [١] يكلمه تكليماً وكلاماً فالأذان والكلام اسم لمصدر القياسي .

وقال الهروي الأذان والأذين والتأذين بمعنى وقيل الأذين المؤذن فعيل بمعنى مفعل وأصله من الأذان كأنه يلقي في أذان الناس بصوته ما تدعوهم إلى الصلاة .

وأما تفسيره شريعة فهو إعلام مخصوص في أوقات مخصوصة .

وأما سبب ثبوته فما رواه أبو حنيفة [٢] « رض » عن علقمة بن مزيد عن أبي زيد عن أبيه قال مر أنصاري على النبي ﷺ فرآه حزناً وكان الرجل ذا طعام فرجع إلى بيته واهتم لحزنه عليه السلام فلم يتناول الطعام فأتاه آت فقال أتعلم حزن النبي ﷺ من ماذا هو من هذا الناقوس فمره فيعلم بلالاً الأذان وذكره اهـ وروى أبو داوود في سننه قال اهتم النبي

(١) في الأصل كله والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححة .

(٢) في الأصل حنيقمة اهـ مصححة .

عليه السلام للصلاة كيف يجمع الناس لها وقيل له انصب راية عند حضور الصلاة فإذا رأوها أذن بعضهم بعضاً فلم يعجبه ذلك قال فذكر له القنع يعني الشبور فلم يعجبه ذلك فقال هو أمر اليهود قال فذكر له الناقوس فقال هو من أمر النصارى فانصرف عبد الله بن زيد وهو مهتم لهم رسول الله ﷺ فأري الأذان في منامه فغدا على رسول الله ﷺ فأخبره فقال يا رسول الله اني لبين النائم واليقظان إذ أتاني آت فأراني الأذان فقال وكان عمر رضي الله عنه قد رآه قبل ذلك فكتمه عشرين يوماً ثم أخبر النبي ﷺ فقال ما منعك أن تخبر فقال سبق عبد الله بن زيد فاستحييت فقال رسول الله ﷺ يا بلال قم فانظر ما يأمرك به عبد الله بن زيد فافعله قال فأذن بلال رضي الله عنه . وروى أبو داود أيضاً من حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال لما أمر رسول الله ﷺ بالناقوس يعمل فيضرب به للناس لجميع الصلاة قالت طائفة رأيت وأنا نائم رجل يحمل ناقوساً في يده فقلت يا عبد الله اتبيع الناقوس قال وما تصنع به فقلت ندعوا به إلى الصلاة قال أفلا أدلك على ما هو خير من ذلك فقلت له بلى قال تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله حي على الصلاة حي على الصلاة حي على الفلاح حي على الفلاح الله أكبر الله أكبر لا إله إلا (١) الله قال ثم استأخر عني غير بعيد ثم قال ثم تقول إذا أقيمت الصلاة الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله (٢) حي على الصلاة حي على الفلاح قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة الله أكبر الله أكبر (٣) لا إله إلا الله فلما أصبحت أتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بما رأيت قال (٤) ان هذه الرؤيا حق إن شاء الله تعالى فقال فقم مع بلال فألقي عليه ما رأيت فليؤذن به فإنه أبدى صوتاً منك فقمت مع بلال فجعلت ألقيه عليه ويؤذن به قال فسمع ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو في بيته فخرج يجر رداءه ويقول والذي بعثك بالحق يا رسول الله لقد رأيت فقال رسول الله ﷺ (٥) فلله الحمد ورواه أحمد وصححه الترمذي وقال أبو عمر بن عبد

---

( ١ - ٢ - ٣ - ٤ - ٥ ) كلمات ساقطات في الاصل اهـ مصححة .

البر روى عن النبي ﷺ في قصة عبد الله بن زيد هذه في بدي الأذان جماعة عن الصحابة بألفاظ مختلفة ومعان متقاربة وكلها متفق على أمره عند ذلك وكان ذلك في أول الأمر في الأذان والآثار في ذلك متواترة حسان ثابتة .

قوله فذكر له القنع بضم القاف وسكون النون وقيل سمي به لإيقـــاع الصوت وهو دفعه وعن ابن عمر هو القثع بالثاء المثلثة الساكنة يعني البوقا وهذا أثبته أبو عمر الزاهد وأبطله الأزهري ويروي القبع بالباء الموحدة لانه يقبع فم صاحبه أي يستره .

قوله الشبور تفسير القنع وهو بفتح الشين المعجمة وضم الباء الموحدة المشدودة قال في الصحاح السبور على وزن السنور على البوق ويقال هو معرب .

الناقوس خشبة طويلة تضرب بخشبة أصغر منها والنصارى يعلمون بها أوقات صلاتهم قال الجوهري السعي فأما النـــاقوس فينظر فيـــه أعربي هو أم لا قلت التفسير هو الضرب بالناقوس يدل على أنه عربي وزنــه فاعول كناقوس البحر فيكون الألف والواو فيه زائـدتان .

قوله تعالى مثل ما أرى بضمة الهمزة وكسر الراء مثل ما رأى عبد الله بن زيد وفي رواية مثل أرى على صيغة المتكلم . فإن قلت ما الفـاء في قوله فلله الحمد قلت يجوز أن تكون عاطفة على محذوف تقديره لله الشكر فلله الحمد ويجوز أن تكون زائدة قد زيدت فيه للتخيير الكلام .

فإن قلت لم لم يأمر النبي ﷺ عبد الله بن زيد أن يؤذن هو بنفسه قلت قال أبو بشر الواحدي أحد رواة الحديث . حدثني أبو عمران الأنصاري وتزعم أن عبد الله بن زيـد لولا أنه كان يومئذ مريضاً يجعله رسول الله ﷺ مؤذناً ، ومنهم من قال أن الأذان كان وحياً لا مناماً واستدلوا في ذلك بما رواه البزاز في مسنده حدثنا محمد بن عثمان بن مخلد الواسطي ثنا داوود بن المنذر عن محمد بن علي بن الحسن عن أبيه عن جده عن علي[1] بن أبي طالب رضي الله عنه قال لما أراد الله تعالى أن يعلم رسول الله ﷺ الأذان أتاه جبريل

---

(١) في الأصل عن علي بن علي أبي طالب والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححة .

عليه السلام بدابة يقال لها البراق فذهب يركبها فاستصعبت فقال لها اسكني فوالله ما ركبك عبد أكرم على الله من محمد قال فركبها حتى انتهى إلى الحجاب الذي يلي الرحمن تبارك وتعالى فبينما هو كذلك إذا خرج ملك من الحجاب فقال رسول الله ﷺ يا جبريل من هذا قال والذي بعثك بالحق اني لأقرب الخلق مكاناً وان هذا الملك ما رأيت منذ خلقت قبل ساعتي هذه فقال الملك الله أكبر الله أكبر قال فقيل له من وراء الحجاب صدق عبدي أنا أكبر أنا أكبر ثم قال الملك أشهد أن لا إله إلا الله قال فقيل له من وراء الحجاب صدق عبدى أن لا إله إلا أنا قال الملك أشهد أن محمداً رسول الله فقيل له من وراء الحجاب صدق عبدي أنا أرسلت محمداً ثم قال الملك حي على الصلاة حي على الفلاح ثم قال الملك الله أكبر الله أكبر فقيل له من وراء الحجاب صدق عبدي أنا أكبر أنا أكبر ثم قال لا إله إلا الله قال فقيل له من وراء الحيجاب صدق عبدي أن لا إله إلا أنا قال ثم أخذ الملك بيد محمد عليه الصلاة والسلام فقام أهل السماء فيهم آدم ونوح عليه السلام وقال البزاز هذا حديث لم نعلمه يروى بهذا اللفظ عن علي رضي الله عنه إلا بهذا الإسناد ورواه الأصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب وقال حديث غريب لا أعرفه إلا من هذا الوجه .

قال في الامام الخبر الصحيح ان بدء الأذان كان بالمدينة وروى ابن شاهين بسنده عن عمر قال لما أسري بالنبي ﷺ أوحى اليه الأذان فنزل فعلمه بلالاً وفي رواية طلحة بن زيد قال النسائي متروك ومنهم من قال الأذان نزل مع فرض الصلاة قال الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ الجمعة ٩ أراد بهذا النداء الأذان عند صعود الإمام على المنبر للخطبة وقال الشعبي وتفسيره قوله ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ امضوا اليه وكذا كان يقرأ عمر بن الخطاب رضي الله عنه والمراد من ذكر الله صلاة الجمعة . وعن سعيد بن المسيب موعظة الإمام . وعن بعضهم الخطبة والصلاة . ومنهم من قال إنه أخذ من أذان ابراهيم عليه السلام في الحج ﴿ وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر ﴾ الحج ٢٧ قال فأذن رسول الله ﷺ وقيل نزل به جبريل عليه السلام على النبي حتى قال له بريدة أذن جبريل وما في السماء السابعة فسمعه عمر رضي الله عنه ولا منافاة بين هذه الأسباب فليجعل كل ذلك كذا في المبسوط .

قال أبو بكر الرازي رحمه الله في أحكام القرآن ليلة أسري به كان بمكة وقد صلى النبي ﷺ بالمدينة بغير أذان وأما سبب الأذان فدخول وقت المكتوبة .

وأما وصفه فقوله ( **الأذان سنة** ) عند أكثر الفقهاء . وذكر محمد ما يدل على وجوبه فإنه قال لو أن أهل قرية أو بلدة اجتمعوا على ترك الأذان لقاتلتهم عليه ولو تركه أحد ضربته وحبسته وإنما يقاتل ويضرب على ترك الواجب كترك الصلاة ومنع الزكاة .

وقيل الأذان عند محمد رحمه الله من فروض الكفاية وفي المحيط والتحفة الأذان سنة مؤكدة .

وفي البدائع وعامة مشايخنا قالوا الأذان والإقامة سنتان مؤكدتان لما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في قوم صلوا في المصر جماعة بغير أذان وإقامة انهم أخطأوا السنة واسموا [1] سماه سنة والقولان متقاربان لأن السنة المؤكدة بمنزلة الواجب في الإثم وإنما يقاتل على تركه لأنه من شعائر الإسلام وخصائص الدين . قال قاضي خان من سنن الصلاة بالجماعة وأنها من الشعائر حتى لو اجتمع أهل مصر أو قرية أو محلة على تركها أخبرهم الإمام فإن لم يفعلوا قاتلهم ولم يحك خلافاً .

ومذهب الشافعي وإسحاق انه سنة قال النووي وهو قول جمهور العلماء .

قال ابن المنذر فرض في حق الجماعة في الحضر والسفر ، وقال مالك يجب في مسجد الجماعة وفي العارضة وهو على البلد وليس بواجب في كل سجدة ولكنه يستحب في مساجد الجماعات أكثر من العدد .

وقال عطاء ومجاهد [2] لا تصح صلاة بغير أذان وهو قول الأوزاعي وعنه تعاد في الوقت . وقال أبو علي الأصطخري هو فرض في الجملة وقال العدوي هما سنتان عند مالك فرض كفاية عند أحمد .

قال المحاملي وقالت الظاهرية هما واجبان لكل صلاة .

---

(١) هكذا في الأصل ربما أراد واثموا كما يفيده ما بعده اهـ مصححة .

(٢) في الأصل جاهد والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححة .

للصلوات الخمس والجمعة لا سواها للنقل المتواتر وصفة الأذان معروفة
وهو كما أذن الملك النازل من السماء

---

واختلفوا في صحة الصلاة بدونها . وقال داوود هما فرضا الجماعة وليسا بشرط لصحتها . وقال إمام الحرمين لا يقاتل على تركها إلا إذا قلنا أنها من فروض الكفاية ويسقط الفرض عند الشافعية بالأذان لصلاة واحدة في اليوم والليلة . وعن مكحول أنها من سنن الهدي وتركها ضلالة يقاتلون على الضلال كذا في المحيط .

( **للصلوات الخمس والجمعة** ) هذا محله الذي شرع فيه الأذان ولا يشرع بغير الصلوات الخمس بلا خلاف وللجمعة أيضاً .

قال في المنافع خص الجمعة بالترك لأنها تشبه العيد من حيث اشتراط الامام أو المصر أو يكون ذكر الجمعة وإن كانت داخلة في الخمس لبقي قول بعض أصحاب الشافعي حيث قالوا أنه فرض في الجماعة دون ما سواها أي دون ما سوى الصلوات الخمس والجمعة كالوتر وصلاة العيدين والخسوف والكسوف والاستسقاء وصلاة الجنازة والسنن والنوافل والتراويح والصلاة المنذورة وصلاة الضحى وفي الصلاة للزلازل والافزاع .

وقال النووي في المهذب ولكن ينادى للعيدين والاستسقاء والكسوف والتراويح الصلاة جامعة ولا يستحب ذلك وصلاة الجنازة على أصح الوجهين عندهم وبه قطع الدلحي والمحاملي والبغوي وقطع الغزالي باستحبابه . والمذهب الأول عندهم قالوا النووي .

وقول صاحب الدفاتر وفي المنذورة يؤذن ويقيم إن سلك بها مسلك صاحب الشرع هو غلط منه . وعن معاوية وعمر وابن عبد العزيز هما سنتان في العيدين

( **للنقل المتواتر** ) يعني لورود النقل المتواتر من زمان النبي ﷺ ومن بعده من الأئمة انهم إذا نووا الصلوات الخمس إلى يومنا هذا ولم يؤذن عليه الصلاة والسلام ولا أحد من الأئمة بغير الصلوات الخمس والجمعة .

( **وصفة الأذان معروفة** ) هذا كيفية الأذان .

( **وهو** ) أي صفة الأذان ويذكر الضمير باعتبار المذكور أو المراد وصف الأذان

( **كما أذن الملك النازل من السماء** ) وقد ذكرنا كيفية أذان الملك النازل من السماء من غير

**ولا ترجيـع فيه وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعدما خفض بها وقال الشافعي فيه ذلك لحديث أبي محذورة ان النبي عليه السلام أمره بالترجيـع**

---

زيادة ولا نقصان عند عامة أهل العلم فنقص مالك من أوله تكبيرتين وهو روايـة الحسن عن أبي يوسف . وقال أبو الحسن رجع أبو يوسف لهذا . وقال أصحابنا وزاد في آخره والله أكبر بعد لا إله إلا الله ، وزاد مالك والشافعي فيه الترجيـع وحاصله أن الأذان عندنا خمس عشرة كلمة لا ترجيع فيه التكبير في أوله أربع والشهـــادتان أربع والدعاء إلى الصلاة والفلاح أربع والتكبير في آخره مرتان وختم بكلمة الإخلاص مرة واحدة وبه قال الثوري والحسن بن حي وأحمد وإسحاق وغيرهم

وقال الشافعي هو سبع عشرة كلمة وزاد فيه الترجيـع أربع كلمات وهو إعادة الشهادتين على ما نذكره .

( **ولا ترجيع فيه** ) أي في الأذان ( **وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعدما خفض بها وقال الشافعي فيه ذلك** ) أي في الأذان الترجيـع وبه قال مالك إلا أنه قال لا يؤتى بالتكبير في أوله إلا مرتين وقال أحمد إن رجع فلا بأس به وإن لم يرجع فلا بأس به. وقال أبو إسحاق من أصحاب الشافعي قد ثبت أذان بلال وأذان أبي محذورة فلو ترك الترجيع فالمذهب أنه يعتد به وحكى بعض أصحابنا عن الشافعي أنه لا يعتد به كما لو ترك سائر كلماته وفيه نظر ، كذا في الحلية ، وفي شرح الوجيز والأصح أنه إن ترك الترجيـع لم يضر.

(**لحديث أبي محذورة أن النبي ﷺ أمره بالترجيع** ) حديث أبي محذورة رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عبد الله بن محريز [1] عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ علمه الأذان الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله ثم قال لي إرجع من صوتك أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله حي على الصلاة حي على الصلاة حي على الفلاح حي على الفلاح الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله وفي بعض الفاظهم علمه الأذان تسعة عشر كلمة فذكرها .

---

(١) هكذا في الأصل والصحيح « محيريز » اهـ مصححة .

ولفظ أبي داود قلت يا رسول الله علمني بسنة الأذان قال تقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر ثم تقول أشهد أن لا إله إلا الله أشهدأن محمداً رسول الله وتخفض بهاصوتك ثم ترفع صوتك بهما الحديث وهو لفظ ابن حبان في صحيحه واختصره الترمذي . ولفظه عن أبي محذورة أن رسول الله ﷺ أقعده والقى عليه الأذان فأخبرنا حرفاً قال مشراعه على فوصف الأذان بالترجيع وطوله النسائي وابن ماجة عن عبد الله بن محريز [1] وكان بينهما في حجة أبي محذورة بن معير حين ظهره إلى الشام فقلت له أى عم إلى خارجة إلى الشام واني أسأل عن تأديتك فأخبرني قال أبو محذورة خرجت في توفكنا ببعض الطريق فأذن مؤذن رسول الله ﷺ فسمعنا صوت المؤذن فصرحنا بحلية نهرانة [2] فسمع رسول الله ﷺ فأرسل الينا قوماً فأقعدوا بين يديه فقال انكم الذى سمعت صوته قد ارتفع فأشار القوم إلى كلهم وصدقوا فأرسل كلهم وحسن وقال لي قم فأذن فقمت ولا شيء أكره إلي من رسول الله ﷺ ولا مما يأمرني به فقمت بين يدى رسول الله ﷺ فألقى علي الأذان هو بنفسه وقال قل الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر أشهد أن لاإله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمداً رسول الله أشهد أن محمداً رسول الله حي على الصلاة حي على الصلاة حي على الفلاح حي على الفلاح الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله ، ثم دعاني حين قبضت التأذين فأعطاني يد رسول الله ﷺ على مرة أبي محذورة ثم قال رسول الله ﷺ بارك الله لك وبارك عليك قلت يا رسول الله مرني التأذين بمكة قال نعم آمر لك فذهب كل شيء كان لرسول الله ﷺ من كرامة وعاد ذلك كله تحية لرسول الله ﷺ فقدمت على عناب بن أسيد عامل رسول الله ﷺ بمكة فأذنت معه بالصلاة عن أمر رسول الله ﷺ وهذا لفظ ابن ماجة من حديث أبي عامر عن جريج ومن هذا الوجه أخرجه أبو داود . آخر من هذا وفيه ثم قال ارجع فمد صوتك أشهد أن لا إله إلا الله وذكرنا في الأذان وأخرجه النسائي عن حديث حجاج عن ابن جريج وفيه فقفل رسول الله ﷺ من حنين

(١) هكذا في الأصل والصحيح « محيريز » اه مصححة .

(٢) هكذا وردت في الأصل اه مصححة .

فلقيه في بعض الطريق فظللنا نحكيه وهدأ به فأرسلهم كلهم وفيه ثم قال ارجع فأدره صوتك . وحكى أبو داود ان أبا محذورة كان لا يجرنا [١] مسه ولا يعرفه لأنه عليه الصلاة والسلام مسح عليها . وفي الباب طرق آخر فيها ضعف فتركها لضعفها وطولها .

وأبو محذورة بفتح الميم وسكون الحاء المهملة وبعدها ذال معجمة مضمومة وراء مفتوحة وتاء تأنيث واسمه سمرة بن معيز بكسر الميم وسكون العين المهملة بعدها ياء آخر الحروف مفتوحة ثم زاى قيل اسمه سلمان وقيل مسلمة وقيل أوس بن معين بن لوذان بن وهب بن سعد بن جمح .

( **ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير** ) أى وحجتنا أن لا ترجيع في الآحاد والمشاهير ، وهو جمع مشهور منها حديث عبد الله بن زيد من غير ترجيع وقد تقدم ومنها ما رواه أبو داود والنسائي من حديث شعبة قال سمعت أبا جعفر مؤذن مسجد العرباقي مسجدبني هلال يحدث عن مسلم بن المثنى مؤذن المسجد الجامع عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال إنما كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مرتين والإقامة مرة غير أنهيقول قد قامتالصلاة قلنا إذا سمعنا الإقامة توخينا ثم خرجنا إلى الصلاة ، ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما وهذا دليل صريح على أنه لم يكن فيه ترجيع . ورواه أبو عوانة في مسنده بلفظ مثنى والإقامة فرادى . ومنها ما رواه الطبراني في معجمه الأوسط حدثنا محمد بن عبد الرحمن بن عبد الله البغدادى حدثنا أبو جعفر بن فضل حدثنا ابراهيم بن اسماعيل ابن عبد الملك بن أبي محذورة قال سمعت جدى عبد الملك بن أبي محذورة يقوله أنه سمع أباه أبا محذورة يقول القى علي رسول الله ﷺ الأذان حرفاً حرفاً الله أكبر الله أكبر إلى آخره . لم يذكر فيه ترجيعاً .

ومنها أذان بلال رضي الله عنه مولى أبي بكر الصديق رضي الله عنه بحضرة رسول الله ﷺ [٢] سفراً وحضراً وهو مؤذن رسول الله ﷺ بإطلاق أهل الإسلام إلى أن توفي

(١) هكذا وردت في الأصل اه مصححة .

(٢) ساقط من الأصل اه مصححة .

رسول الله ﷺ ومؤذن أبي بكر الصديق رضي الله عنـــه إلى أن توفي أبو بكر الصديق رضي الله عنه من غير ترجيع والعجب من الاترازى حيث يقول ولنا حديث عبـد الله بن زيد الذى هو أصل الأذان ولم يذكر فيه الترجيع وهو معنى قول صاحب الهداية أنه لا ترجيع في المشاهير وقد ذكرنا أن المراد من المشاهير الآثار المشاهيرة وهو جمع فوق واحدة لأن حديث عبد الله بن زيد واحد فكيف يطلق عليه المشاهير وأعجب منه ما ذكره صاحب الأسرار وتبعه الأكمل حيث ذكره في شرحه وهو أن النبي عليه الصلاة والسلام أمره بذلك لحكمة رويت في قصته وهي أن أبا محذورة كان يبغض رسول الله ﷺ قبـل الإسلام بغضاً شديداً فلما أسلم أمره رسول الله ﷺ وعرك أذنه وقال له ارجع وامدد بها صوتك اما ليعلم أنه لا حيـــاء من الحق أو ليزيده محبة لرسول الله ﷺ بتكرير كلمات الشهادة قلت هذا ضعيف فإنه خفض صوته عند ذكر اسم الله أيضاً بعـد أن رفع صوتـه بالتكبير ولم ينقل في كتب الحديث أنه عرك أذنه والمشهور أنه عليه السلام أمره بالتكـــرار حالة التعلم فحسن تعلمه وهو كان عادة النبي عليـــه الصلاة والسلام في التعليم فظن أنه أمره بالترجيـع . وقال ابن الساعان هذا التأويل أشبه فإن أبا محذورة أخلص في إيمانه من أن يبقى معه حياء من قومه أو كراهة لكن ذكر مسلم في حديثـه ثم قال قال لي رسول الله ﷺ ولا يأمرني به وقال أن أبا محذورة لمـا لقيه رسول الله ﷺ وكان كافراً وكارهاً لرسول الله ﷺ ولا آذنه أعاد عليه الشهادة وكررها لتثبت عنده ويحفظها ويكررها على أصحابه المشركين فإنهم كانوا ينظرون منها خلاف نفورهم من غيرها وفيها من الأذان وليس الأمر كذلك بدليل أنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر به بلالاً رضي الله عنـــه وقال ابن الجوزى لا يختلف في أن بلالاً كان لا يرجع ويقال أذان أبي محذورة عليـــه أهل مكة وما ذهبنا اليه [1] عليه أهل المدينة وهو أولى بوجهين أحدهما كون العمل على المتأخر من الأمور.

والثاني أن أذان بلال بحضرة رسول الله ﷺ مطلع عليه فقرر له وأذان أبي محذورة

---

(١) ساقطة في الأصل اه مصححة .

وكان ما رواه تعليماً فظنه ترجيعاً ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن بلالاً رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم حين وجد النبي عليه السلام راقداً فقال عليه السلام ما أحسن هذا يا بلال اجعله في أذانك

---

بمكة غائب عنه عليه الصلاة والسلام فلعله لا يعلم باطنه من الأذان ونزل عليه أن الشافعي لم يجعله من أركان الأذان بل جعله من سننه على المذهب الصحيح عندهم .

فإن قلت أذان أبي محذورة بعد فتح مكة وحديث عبد الله بن زيد في أول شروع الأذان فيكون منسوخاً قلت أليس قد رجع النبي ﷺ إلى المدينة وبلال يؤذن معه بالمدينة بعد رجوعه إلى أن توفي رسول الله ﷺ بلا ترجيع فقد أمره عليه الصلاةوالسلام على الأذان الذي هو أذان عبد الله .

وفي المنافع تعارف من زمان النبي ﷺ إلى يومنا هذا يعني أذان بلال من غير ترجيع والعرف ما استقر في النفوس من جملة مضاع المنقول وتلقيه[1] الطباع السليمة بالقبول .

( **وكان ما رواه تعليماً فظنه ترجيعاً** ) أي وكان ما رواه الشافعي من حديث أبي محذورة لأجل التعليم له حيث كرره له فظنه أبو محذورة أنه ترجيع وهو في أصل الأذان وقد مر الكلام فيه مستوفى .

( **ويزيد** ) أي المؤذن بالقرينة الحالية والمقالية دلت عليه فلا يكون اضمار قبل الذكر ( **في أذن الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم حين وجد النبي ﷺ راقداً فقال عليه السلام ما أحسن هذا يا بلال اجعله في أذانك** ) هذا الحديث رواه الطبراني في معجمه الكبير حدثنا محمد بن علي الصائغ المكي ثنا يعقوب بن خميد ثنا عبد الله بن وهب عن يوسف بن يزيد عن أبي هريرة عن حفص بن عمر عن بلال رضي الله عنه أنه أتى إلى النبي ﷺ يؤذنه بالصبح

---

(١) الأصح وتلقته اهـ مصححة .

وخص الفجر به لأنه وقت نوم وغفلة والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء

---

فوجده راقداً فقال الصلاة خير من النوم مرتين فقال عليه السلام ما أحسن هذا يا بلال اجعله في أذانك وأخرجه الحافظ أبو الشيخ في كتاب الأذان ثم حدثنا عبدان حدثنا محمد بن موسى الجرسي حدثنا خلف الخزان يعني البكاء قال قال ابن عمر رضي الله عنهما جاء بلال إلى النبي ﷺ يؤذنه بالصلاة فوجده راقداً قد أغفى فقال الصلاة خير من النوم فقال اجعله في أذانك إذا أذنت للصبح فجعل بلال يقولها إذا أذن للصبح . وروى ابن ماجة في سننه حدثنا عمرو بن رافع حدثنا عبد الله بن رافع حدثنا عبد الله بن المبارك عن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن بلال أنه أتى النبي ﷺ يؤذنه لصلاة الفجر فقيل هو نائم فقال الصلاة خير من النوم الصلاة خير من النوم فأقرت في تأذين الفجر فثبت الأمر على ذلك . وروى ابن خزيمة في صحيحه والدارقطني ثم البيهقي في سننهما من حديث ابن سيرين عن أنس قال من السنة إذا قال المؤذن في أذان الفجر حي على الفلاح قال الصلاة خير من النوم .

( **وخص الفجر به** ) أي بقوله الصلاة خير من النوم ( **لانه** ) أي لأن الفجر ( **وقت نوم وغفلة** ) لأن آخر الليل محل النوم ولا سيما إذا سهر أول الليل .

( **والاقامة مثل** ) أي مثل الأذان في هيئته ( **إلا أنه** ) أي إلا أن المؤذن ( **يزيد فيها** ) أي في الإقامة ( **بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء** ) يعني اقام بعد حد الأذان مثنى وفرادى بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين . وروى أبو داوود بإسناده إلى ابن أبي ليلى قال اختلفت الصلاة ثلاثة أحوال ، قال وحدثنا أصحابنا أن رسول الله ﷺ قال لقد أعجبني أن تكون صلاة المسلمين أو المؤمنين واحدة حتى لقد هممت أن أبعث رجلا (١) في الدور ينادون بخير الصلاة حتى هممت أن آمر رجالاً يقومون على الاطام ينادون المسلمين بخير الصلاة حتى يقضوا وكادوا أن ينقضوا فجاء رجل

---

(١) هكذا في الأصل والأصح رجالاً اه مصححة .

من الأنصار فقال يا رسول الله اني لما رجعت لما رأيت من اهتمامك رأيت رجلاً كان عليه ثوبين أخضرين فقام على المسجد فأذن ثم قعد ثم قام فقال مثلها إلا أنه يقول قد قامت الصلاة ولولا أن تقول الناس قال ابن المثنى بعد إدراك خير أو لم يقل عمر وأخذفمر بلال فليؤذن قال فقال عمر أما أنا فقد رأيت مثل الذي رأى ولكن لما سبقت استحييت . وأخرجه أحمد في مسنده مطولاً وفيه إذا رأيت شخصاً عليه ثوبان أخضران فاستقبل القبلة فقال الله أكبر الله أكبر أشهد أن لا إله إلا الله مثنى حتى فرغ من الأذان ثم أمهل ساعة ثم قال مثل الذي قاله غيره أنه يزيد في ذلك قد قامت الصلاة قد قامت الصلاةفقال رسول الله ﷺ علمها بلال فكان بلال رضي الله عنه أول من أذن بها . الحديث .

قوله ابن أبي ليلى هو عبد الرحمن واسم أبي ليلى يسار .

قوله أحلت الصلاة ثلاثة أحوال أي غيرت ثلاث تغيرات أو حولت ثلاث تحويلات وقد فسرها كما ينبغي في مسند أحمد وفيه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال أحلت الصلاة ثلاثة أحوال فإنها أحوال الصلاة فإن النبي عليه الصلاة والسلام قدم المدينة وهو يصلي سبعة عشر شهراً إلى بيت المقدس ثم ان الله عز وجل أنزل عليه ﴿ قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها ﴾ الآية ٥٥ البقرة فتوجه إلى مكة فهذا حول [1] وكانوا يجتمعون لصلاة ويؤذن بها بعضهم بعضاًحتى نقضوا أوكادوا أن ينقضوا ثم ان رجلاً من الأنصار يقال له عبد الله بن زيد أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله اني رأيت شخصاً عليه ثوبان أخضران إلى قوله فكان بلال أول من أذن بها كما ذكرنا عن قربَ قال فمضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال يا رسول الله ﷺ انه قد طاف بي مثل الذي طاف به غير أنه سبقني وهذان حولان .

قوله وحديث أصحابنا إن أراد به الصحابة فهو قد سمع من جماعة من الصحابة فيكون الحديث مسنداً وإلا فهو مرسل قاله المنذري قلت بل أراد به الصحابة صرح بذلك ابن أبي شيبة في مصنفه فقال ثنا وكيع ثنا الأعمش عن عمرو بن مسروف عن عبد الرحمن بن

(١) هكذا في الأصل وربما أراد هكذا تحولوا .

أبي ليلى قال حدثنا أصحاب محمد ﷺ أن عبد الله بن زيد الأنصاري جاء إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله رأيت في المنام كأن رجلا قام وعليه بردان أخضران فقام على حائط فأذن مثنى وأخرجه البيهقي في سننه عن وكيع به قال الإمام وهذا رجاله رجال الصحيحين وهو متصل على مذهب الجماعة وعدالة الصحابة رضي الله عنهم وان جهالة أسمائهم لا تضر .

قوله أو من المؤمنين شك من الراوي قوله أن أبث أي لا فرق من البث وهو النشر وكلمة ان مصدرية .

قوله في الدور أي القبائل .

قوله يجيء الصلاة أي بوقتها .

قوله على الاطام جمع اطم بضم الهمزة والطاء وهو بناء مرتفع واطام المدينة ابنتيها المرتفعة وفي الصحاح الاطام حصون أهل المدينة .

قوله حتى نقض بفتح القاف من النقض وهو الضرب بالناقوس .

قوله أو كادوا أن ينقضوا بضم القاف لأنه من نقض ينقض من باب نصر ينصر وهو شك من الراوي والمعنى أو قربوا من نفس الناقوس لأن كاد من أفعال المقاربة قوله فجاء رجل من الأنصار هو عبد الله بن زيد الأنصاري وهو مفسر به في حديث أحمد .

قوله كان عليه ثوبين أخضرين وفي رواية أحمد كما ذكرنا كان عليه ثوبان أخضران وهو القياس لأن ثوبين فاعل كان وهو اسمه فيكون مرفوعاً وخبره قوله عليه ووجه رواية أبي داود وان صحبا أن يكون كان زائدة وهي أي التي لا تخل بالمعنى الأصلي ولا يعمل في شيء أصلا ويكون نصب ثوبين بالفعل المقدر والتقدير رأيت رجلا ورأيت عليه ثوبين أخضرين.

قلت إذا كان بالتشديد لا يحتاج إلى هذه المكلفات اللهم إذا صحت الرواية فكان الناقض قوله ثم قعد قعدة بفتح القاف لأنه للمرة ههنا وأما القعدة بالكسر فللهيئة .

قوله قال ابن المثنى هو محمد بن المثنى أحد مشايخ أبي داوود .

قوله لم يقل عمر وهو عمر بن مروان أحد شيوخ أبي داوود .

قوله فمر بلالاً من كلام النبي ﷺ يخاطب به عبد الله بن زيد الأنصاري .

قوله فقال هو عمر بن الخطاب رضي الله عنه اما أنا بفتح الهمزة في أنا ويكسرها في إني سمعت على صيغة المجهول.

قوله استحييت أن أذكر سيأتي فإن قلت من هو الملك الذي قال المصنف هكذا فعل الملك النازل قلت قد قيل جبريل عليه السلام وقيل غيره والأول أظهر .

( **وهو المشهور** ) أي قيل الملك النازل من السماء هو المشهور وفيه من تكرار كلمات الإقامة كما في قوله قد قامت الصلاة مرتين .

( **ثم هو حجة على الشافعي في قوله أنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلاة** ) أي ثم فعل الملك النازل من السماء في الإقامة مثنى مثنى حجة على الشافعي في قوله ان الإقامة فرادى فرادى بضم الفاء جمع فرد على غير القياس كأنه جمع فردان والفرد الوتر . قوله إلا قد قامت الصلاة يعني هي مرتان وبه قال أحمد . وقال الشافعي في القديم ثم لفظ الإقامة أيضاً مرة وبه قال مالك لما روي عن أبي محذورة انه عليه السلام قال الأذان مثنى مثنى والإقامة فرادى فرادى وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال كان الأذان في عهد النبي ﷺ مرتين مرتين والإقامة فرادى فرادى . ولما روي انه عليه السلام أمر بلالاً أن يشفع فيه ويوتر في الإقامة . ولأن المقصود بالأذان اعلام ومع تكراره أبلغ والمقصود من الاقامة إقامة الصلاة بالافراد أعجل لاقامتها .

ولنا ما ذكرنا من حديث عبد الله بن زيد الأنصاري ومشاهير أحاديث كبار الصحابة وما رواه محمول على الجمع بين الكلمتين في الاقامة والتفريق بينهما في الأول وعلى إتيان قوله بحيث لا ينقطع الصوت لما روي أن علياً رضي الله عنه مر بمؤذن أوتر الاقامة فقال له اشفعها لا أبا لك كذا في المحيط وما ذكروا من قولهم وبالافراد إذا عجل يعني أسرع إلى الشروع فتوض بقد قامت وروى عن النخعي أنه قال أول من أفرد معاوية وقال مجاهد كانت الاقامة في عهد النبي ﷺ مثنى مثنى حتى استحقه بعض أمراء الجواز لحاجة فإن قلت

أخرج البخاري ومسلم وأبو داوود والترمذي وابن ماجة من حديث أنس رضي الله عنه قال أمر بلالاً أن يشفع الأذان ويوتر الاقامة وأخرج أبو داوود والنسائي وابن حبان عن ابن عمر قال كان الأذان الحديث ذكرناه الآن وحديث أبي محذورة الذي احتج به الشافعي المذكور آنفاً أخرجه الدارقطني في سننه وأخرج ابن ماجة عن معمر بتشديد الميم ابن محمد بن عبد الله بن أبي رافع حدثني أبي محمد عن أبيه عبد الله قال رأيت بلالاً يؤذن بين يدي رسول الله ﷺ مثنى مثنى ويقيم . وأخرج الدارقطني عن سلمة بن الأكوع قال كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مثنى مثنى والاقامة فرادى . وأخرج البيهقي عن محمد بن إسحاق عن عون عن ابن أبي حنيفة عن أبيه قال كان الأذان على عهد رسول الله ﷺ مثنى مثنى والاقامة مرة واحدة . قلت قد قلنا أحاديث مشاهير الصحابة مثل ما ذهبنا اليه ، فهذا الترمذي روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن زيد قال كان أذان رسول الله ﷺ شفعاً شفعاً في الأذان والاقامة وروى أبو داوود وابن ماجة من حديث أبي بجير بن الحمى المكي عن أبي محذورة أن رسول الله ﷺ علمه الأذان . وقال النسائي فيه ثم عدها أبو محذورة تسع عشرة كلمة . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ورواه ابن خزيمة في صحيحه ولفظه فعلمه الأذان والاقامة مثنى مثنى ، وكذلك رواه ابن حبان في صحيحه فإن قلت قال البيهقي هذا الحديث عندي غير محفوظ بوجود أحدها ان مسلماً لم يخرجه ولو كان محفوظاً لم يتركه لأن هذا الحديث قد رواه هشاماً الدستوي عن عامر الأحول دون ذكر الاقامة كما أخرجه مسلم في صحيحه والثاني ان أبا محذورة قد روى عنه خلافه والثالث ان هذا الخبر لم يدم عليه أبو محذورة ولا أولاده ولو كان هذا حكماً ثابتاً لما فعل بخلافه . قلت عدم تخريج مسلم إياه لا يدل على عدم صحته لأنه لم يلتزم إخراج كل الصحيح ويتعين العدد بتسعة عشر وسبعة عشر ينفي الغلط في العد بخلاف غيره من الروايات لأنه قد يقع فيها اختلاف وإسقاط وأيضاً قد وجدت متابعة لها .

ثم في رواية عن عامر كما أخرجه الطبراني عن سعيد بن أبي عروة عن عامر بن عبد

الواحد عن مكحول عن عبد الله محيريز عن أبي محذورة قال علمني رسول الله ﷺ الاذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة والجواب عن الثالث ان هذا داخل في باب الترجيح لا في باب التضعيف لان عمدة التصحيح عدالة الراوي وترك العمل بالحديث لوجود ما هو أرجح منه لا يلزم منه ضعفه ألا ترى أن الاحاديث المنسوخة يحكم بصحتها إذا كانت رواتها عدولاً ولا يعمل بها لوجود الناسخ ، واذا قال إلا موالى الترجيح فقد يختلف الناس فيه ، قلت وله طريق أخرى عند أبي داوود أخرجه عن ابن جريج عن عثمان السائب وفيه وعلمني الاقامة مرتين ثم ذكرها مفسرة ، وله طريق آخر عند الطحاوي أخرجه عن شريك بن عبد العزيز بن رضيع قال سمعت أبا محذورة يؤذن مثنى مثنى ويقيم مثنى مثنى . وقال الإمام عن يحيى بن معين عن عبد العزيز بن رفيع ثقة ، وحديث آخر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن حماد عن ابراهم عن الأسود أن بلالاً كان يثني الإقامة وكان يبدأ بالتكبير ويختم بالتكبير . ومن طريق عبد الرزاق رواه الدارقطني في مصنفه والطحاوي في شرح الآثار فإن قلت قال ابن الجوزي في التحقيق والأسود لم يدرك بلالاً قلت قال صاحب التنقيح وفيما قال نظر . وقد روى النسائي عن الأسود عن بلال حدثنا . وحديث آخر أخرجه الدارقطني في سننه بإسناد إلى بلال أنه كان يؤذن للنبي ﷺ مثنى مثنى ويقيم مثنى مثنى وفيه زياد البكائي وثقه أحمد ، وقال أبو زرعة صدوق واحتج به مسلم . ويرد لهذا التعليل ابن حبان في كتاب المصنف هذا الحديث بزيادة وفيه إذا رد الصاروي الطحاوي من حديث وكيع عن ابراهيم بن اسماعيل عن مجمع بن حارثة عن عبيد مولى سلمة بن الأكوع أن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه كان يثني الأذان والإقامة . حدثنا محمد عن خزيمة ثنا أحمد بن شيبان ثنا حماد بن سلمة عن حماد بن ابراهيم قال كان ثوبان رضي الله عنه يؤذن مثنى ويضم مثنى . حدثنا يزيد بن سنان حدثنا يحيى بن سعيد القطان ثنا قطر بن خليفة عن مجاهد قال في الإقامة مرة مرة إنما هو شيء أحدثه الأمراء وان الأصل النفلة .

قلت قد ظهر لك بهذه الدلائل ان قول النووي في شرح مسلم : وقال أبو حنيفة الإقامة

سبع عشرة كلمة .. وهذا المذهب شاذ . قلت رأيه لا يلتفت اليه وكيف يكون شاذاً مع وجود هذه الأحاديث والأخبار الصحيحة . فإن قلت قول أنس رضي الله عنه بلال الديث [1] في حكم المرفوع . وقال النووي قول الصحابي أمرنا بكذا ونهينا عن كذا وأمر الناس بكذا ونحوه كلمة مرفوع سواء قال الصحابي ذلك في حياة رسول الله ﷺ أو بعد وفاته . قلت من الإطلاق هنا وجوه الاحتمالات .

قوله سواء اه غير مسلم لجواز أن يقول الصحابي بعد رسول الله أمرنا أو نهينا عن كذا ويكون الآمر والناهي أحد الخلفاء الراشدين . فإن قلت حديث أبي محذورة لا يوازي حديث أنس هذا من جهة واحدة فضلاً عن الجهات كلها مع أن الجماعة من الحفاظ ذهبوا إلى أن هذه اللفظة في تثنية الإقامة غير محفوظ ، ثم رووا عن طريق أخرى عن عبد الملك بن أبي محذورة أنه سمع أباه أبا محذورة يقول ان النبي عليه السلام أمره أن يشفع [2] الأذان ويوتر الإقامة قلت قد ذكرنا ان الترمذي وابن حزنية [3] وابن حبان صححوا هذه اللفظة فإن قلت سلمنا أن هذه محفوظة وأن الحديث ثابت ولكن نقول أنه منسوخ لأن أذان بلال هو آخر الأذانين قلت لا نسلم أنه منسوخ لأن حديث بلال إنما كان في أول ما شرع الأذان كما يدل عليه حديث أنس وأبي محذورة كان عام حنين وبينهما مدة مديدة .

( **ويترسل في الأذان** ) الترسل ترك التعجيل يقال ترسل في قرابة إذا لم يعجل ومنه على رسلك أي أشد وحقيقة الترسيل طلب الرسل ومنه الرسل وهي الهينة والسكون.

( **ويحدر في الاقامة** ) من الحدر وهو السرعة وهو من باب نصر ينصر وفي الفتاوى الظهرية الترسل أن يفصل بين كلمتين سلمة والحر وأن يفصل بينهما ولا يفصل . ولو ترسل فيهما أو حدر فيه أو ترسل في الإقامة وحدر في الأذان جاز لحصول المقصود .

(١) هكذا في الأصل وربما أراد « وهذا الحديث » والله أعلم اه مصححة .

(٢) في الأصل أن يشفيع والصحيح ما أثبتناه اه مصححة .

(٣) هكذا في الأصل وربما أراد به ابن خزيمة اه مصححة .

لقوله عليه السلام إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب

ويستقبل بهما القبلة

---

( لقوله عليه الصلاة والسلام لبلال [1] رضي الله عنه إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر ) هذا الحديث أخرجه الترمذي عن عبد المنعم بن نعيم ثنا يحيى بن مسلم عن الحسن وعطاء عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لبلال إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر اجعل بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله والشارب من شربه والمضطر إذا دخل لقضاء حاجة وأريد المتغوط ، قال الترمذي هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث عبد المنعم وهو إسناد مجهول انتهى . وعبد المنعم هذا ضعفه الدارقطني وقال أبو حاتم منكر الحديث جداً لا يجوز الإحتجاج به وأخرجه الحاكم في مستدركه عن عمرو بن قائد الابزاري ثنا يحيى بن مسلم به متواتر هذا الحديث ليس في إسناده مطعون فيه غير عمرو بن قائد ، ولم يخرجاه ، قال الذهبي قال الدارقطني عمر بن حامد متروك وروى أحمد بن عدي وإذا أقمت فاحذر بالحاء المهملة وكسر الذال المعجمة أي أسرع قال ابن فارس كل شيء أسرعت فيه فقد حرذته ولتعلمه أنها الروح والأرواح. وقد روى الاترازي هذا الحديث في شرحه وقال رواه الترمذي وغيره ولم يبين حاله .

( وهذا بيان الاستحباب ) أي هذا الذي ذكر من ترسل الأذان والحدر في الإقامة بيان الاستحباب . وفي الكافي وسأذكره في المتن مشيراً إلى عدم الكراهة حيث قال وهذا بيان الاستحباب وفيه نظر .

( ويستقبل بهما القبلة ) أي بالأذان والإقامة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن السنة في الأذان استقبال القبلة لأن كل واحد منهما مشتمل على الدعاء والثناء والشهادة بالوحدانية والرسالة وأحسن أحوال الداعين والذاكرين استقبال القبلة ولأنهما يشبهان الصلاة فيستقبل بهما القبلة كما في الصلاة ويجوز أن يكون التبع مقدماً كسنة الظهر وحجاب الملوك .

---

(١) غير موجودة في المتن اه مصححة .

لأن النازل من السماء أذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلاة والفلاح يمنة ويسرة لأنه خطاب للقوم فيواجههم وإن استدار في صومعته فحسن

---

**لأن الملك**[1] **النازل من السماء أذن مستقبل القبلة )** بعده في حديث عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن معاذ وقال فيه فاستقبل القبلة وقال الله أكبر الله أكبر أخرجه أحمد في مسنده وأبو داوود في سننه . قوله مستقبل القبلة حال من الضمير الذي في أذان .

( **ولو ترك الاستقبال** ) أي استقبال القبلة ( **جاز لحصول المقصود** ) وهو الاعلام.

( **ويكره لمخالفة السنة** ) أراد بالسنة ما روي من حديث الرؤيا الذي تقدم .

( **ويحول** ) أي المؤذن وليس باضمار قبل الذكر للعلم به ( **وجهه للصلاة والفلاح** ) يعني عند قوله حي على الصلاة حي على الفلاح ( **يمنة ويسرة** ) بسكون الميم في يمنة وسكون السين في يسرة وبفتح الأول فيهما ، والميمنة خلاف الميسرة وهما منصوبان على الظرفية . وقيل فيه لف ونشر مرتب وذلك لأن يمنة يرجع إلى حي على الصلاة ويسرة يرجع إلى حي على الفلاح . وقيل كل واحد من الميمنة والميسرة ينصرف إلى الصلاة والفلاح جميعاً بأن يقول حي على الصلاة يمنة ثم يقول يسره ثم يقول حي على الفلاح يمنة ثم يقول يسرة وقيل الأصح هو الأول .

( **لأنه خطاب للقوم فيواجههم** ) فيه فإن قلت فإن كانت أذان المواجهة للقوم كان ينبغي أن يوجه من كان وراءه من القوم لأنهم يخصون به . قلت في ذلك استدار للقبلة والنفي فيه بما يحصل لهم من بلوغ الصوت عند تحويل الوجه يمنة ويسرة . وعن الحلالي لو صلى وحده لا يحول والصحيح أنه تحول لأنه سنة فيؤتى بها على كل حال قالوا لو أذن لمولود يؤتى به يحول وجهه يمنة ويسرة كذا في المحيط ، وذكر التمرتاشي أنه لا يحول في الإقامة إلا لأناس ينظرون .

( **وإن استدار في صومعته فحسن** ) أي وإن استدار المؤذن في صومعته وهي الموضع

---

(١) غير موجودة في المتن اه مصححة .

العالي على رأس المأذنة يقف فيها المؤذن يؤذن . وقال الاترازي الصومعة ما على رأس المنارة من المأذنة . قلت الصومعة في الأصل للنصارى والواو فيه زائدة والشيء الدقيق المحدد الرأس يسمى مصمعاً ومنه الصومعة لأنه دقيقة الرأس . وروى حوقلة وقال الأكمل واستدار في صومعته فهو ظاهر قلت الظهور من أين أتى والكلام في الاستدارة حسن والحسن يرجع إلى شيء آخر في نفس الأمر .

أما الأول فقد روى الترمذي حدثنا محمود بن غيلان ثنا عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال رأيت بلالاً يؤذن ويدور ويتبع فاه ههنا واصبعاه في أذنيه وقال الحديث حسن صحيح . فإن قلت روى أبو داوود من حديث عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال أتيت النبي ﷺ بمكة وهو في قبة حمراء من أدم . الحديث وفيه رأيت بلالاً خرج إلى الأبطح فأذن فلما بلغ حي على الصلاة حي على الصلاة حي على الفلاح حي على الفلاح لوى عنقه يميناً وشمالاً ولم يستدر . وقال البيهقي الاستدارة في الأذان ليست من الطرق الصحيحة في حديث أبي جحيفة ونحن نتوهم بأن سفيان رواه عن حجاج ابن ارطأة عن عروة والحجاج غير محتج به . وعبد الرزاق وهم فيه ثم أسند عن عبد الله ابن وليد عن سفيان به وليس فيه الإستدارة . وقد رويناه من حديث قيس بن الربيع عن عون فيه وفيه ولم يستدر قلت كونه مخرجاً في الصحيح غير لازم . وقد صححه الترمذي كما ذكرناه وهو أئمة اللسان وأما نسبة الوهم إلى عبد الرزاق متروك متابعة مؤمل إياه ، كما أخرجه أبو عوانة في صحيحه عن مرسل عن سفيان به نحوه وتابعه أيضاً عبد الرحمن بن مهدي أخرجه أبو نعيم في مستخرجه على كتاب البخاري وإن توهمه ان سفيان سمع من حجاج ابن ارطأة فقد جاء مصرحاً به مما أخرجه الطبراني عن يحيى بن آدم عن سفيان عن عروة بن أبي جحيفة عن أبيه قال رأيت بلالاً أذن فأصبع فاه [1] ههنا وههنا . وقال يحيى قال سفيان كان حجاج بن ارطأة يذكر عن عون أنه قال واستدار في أذانه فلما لقينا عوناً لم يذكر فيه واستدار . وأيضاً فقد جاءت الاستدارة من غير جهة الجراح أخرجه

(١) هنا شيء ساقط من الحديث كما تدل عليه الأحاديث التالية اهـ مصححة .

ومراده إذا لم يستطع تحول الوجه يميناً وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة فأما من غير حاجة فلا

---

الطبراني أيضاً عن زيد بن عبد الله عن ادريس الاودي عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال أتينا رسول الله ﷺ وحضرت الصلاة فقام بلال فأذن وجعل اصبعيه في أذنيه وجعل يستدير . وأخرج أبو الشيخ الاصبهاني أن بلالاً أذن لرسول الله ﷺ بالبطحاء فجعل فوضع أصبعيه في أذنيه وجعل يستدير يميناً وشمالا . وأخرج ابن ماجة بلفظ يخالف عن حجاج بن ارطأة عن عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال أتيت النبي ﷺ بالابطح وهو في قبة حمراء فخرج بلال فأذن فاستدار في أذانه وجعل اصبعيه في اذنيه .وفي سنن الدارقطني من حديث كامل أبي العلاء عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه أمر أبو محذورة أن يستدير في أذانه .

وأما الكلام في الثاني وهو قوله فحسن يحتمل أن يكون معناه وإن استدار في صومعته فأذانه أحسن ويحتمل أن يكون معناه فاستدارته وهو أقرب في الوجه فان قلت إذا كان الأمر كذلك كان ينبغي أن يقول إن استدار في صومعته فسنة للأحاديث التي ذكرناها قلت لما كان فيه تفصيل على مسائل له ما يحسن على أن الحسن من لوازم السنة فذكر اللازم وأراد الملزوم فافهم .

( **ومراده** ) أي مراد محمد بن الحسن رضي الله عنه في الجامع الصغير في قوله وإن استدار فحسن ( **إذا لم يستطع تحول الوجه يميناً وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما** ) يعني إذا لم يستطع إخراج رأسه من الصومعة بدون الاستدارة مع ثبات قدميه .

( **كما هو السنة** ) يعني كما هو تحويل الوجه في الأذان يميناً وشمالا بدون الاستدارة وعدم الاستدارة يدل على ثبات القدمين ثم بين المصنف اتساع الصومعة بقوله ( **بأن كانت الصومعة متسعة** ) لأن عند الاتساع لا يمكن الاستدارة مع ثبات القدمين .

( **فأما من غير حاجة فلا** ) أي ما في غير حاجة الاستدارة فلا يكون حسنا وهذا إنما يكون إذا كانت الصومعة صغيرة بحيث يمكن تحويل الوجه وإخراج الرأس فيها يميناً وشمالا مع ثبات القدمين وبه قال النخعي والأوزاعي وأبو ثور وأحمد في رواية . وقال

ابن سيرين يكره الإلتفات وهو قول الإمام مالك إلا أن يريد إسماع الناس . وعندالحسن والشافعي لا يستدير .

( **والأفضل للمؤذن أن يجعل اصبعيه في أذنيه بذلك** ) أي يجعل اصبعيه في أذنيه ( **أمر النبي ﷺ بلالا رضي الله عنه** ) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه عن عبد الرحمن بن سعيد بن عمار بن سعد مؤذن رسول الله ﷺ حدثني أبي عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ أمر بلالاً أن يجمع اصبعيه في أذنيه وقال إنه أرفع لصوتك . وأخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل عن عبد الله بن عمار بن سعد القرظي حدثني أبي عن جدي أن رسول الله ﷺ أمر بلالاً أن يجمع في أذنيه وقال إنه أرفع لصوتك مختصراً وسكت عنه وأخرجه الطبراني في معجمه من حديث بلال أن رسول الله ﷺ قال له إذا أذنت فاجعل اصبعيك في أذنيك فإنه أرفع لصوتك . وقال ابن القطان عبدالرحمن هذا وأبوه وجده كلهم لا يعرف لهم حال . وقال السروجي في الغاية روى ابن حبان أنه عليه الصلاة والسلام أمر بلالا أن يجعل اصبعيه في أذنيه .

قلت ليس هذا بابن حبان صاحب الصحيح وإنما هو ابن حيان بالياء آخر الحروف وهو أبو الشيخ الأصبهاني رواه في كتاب الأذان وأبو حاتم ابن حبان بالباء الموحدة صاحب الصحيح . وروى أبو بكر ابن خزيمة من حديث عون بن أبي جحيفة عن أبيه قال رأيت بلالا يؤذن وقد جعل اصبعيه في أذنيه . وروى أبو الشيخ الأصبهاني في كتاب الأذان عن يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن يزيد الأنصاري قال اهتم رسول الله ﷺ للأذان بالصلاة . الحديث وفيه حتى إذا كان قبيل الفجر رأيت رجلاً عليه ثوبين أخضرين وأنا بين النائم واليقظان فقام على سطح المسجد فجعل اصبعيه في أذنيه ونادى . الحديث وزيد بن أبي زياد متكلم فيه .

( **ولأنه** ) أي ولأن جعل اصبعيه في أذنيه ( **أبلغ في الاعلام** ) لأنه أندى لصوته كما ذكره النبي عليه السلام وفيه فائدة أخرى وهي أنه إنما لا يسمع صوت الأذان والإقامة لصمم

أو لبعدفيستدل بوضع اصبعيه على أذنيه على ذلك وإن جعل يديه على أذنيه فحسن لأن في حديث أبي محذورة ضم أصابعه الأربع ووضعها على أذنيه . ورواه أحمد ومثله عن ابن عمر وحكاه في المغني . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه إن جعل إحدى يديه على أذنيه فحسن ( **وإن لم يفعل فحسن** ) قال صاحب الدراية أي الأذان حسن لا ترك الفعل لأنه أمر به النبي ﷺ بلالا فلا يليق به أن يوصف تركه بالحسن لكن لما لم يكن من السنن الأصلية لم يؤثر زواله في زوال حسن الأذان فكان معناه أن الأذان به أحسن ومع تركه حسن وتبعه الأكمل على ذلك وقال السروجي إن الأذان بدونه أحسن قال تاج الشريعة قريباً منه ثم قال وإنما كان كذلك لأنه ليس من السنن المشهورة في الأذان وهو غيرمذكور في حديث الرؤيا وهو السبب الظاهر فشرع الأذان والكل أخذوه من كلام السفناقي وإسناد الحسن إلى الأذان مذكور في الفوائد الظهيرية قال الشيخ نظير هذا ما قال النبي ﷺ لعمران عادوا فعد أي عادوا إلى الإكراه فعد إلى تخليص نفسك لا لسب النبي ﷺ يعني به يظهر من حيث أن العدول بالضمير عن الظاهر إلى مدلول الظاهر . وقال الاترازي ويجوز أن يقال إن الأفضل جعل الأصبعين في الأذنين وذاك يقتضي الفاضل والفاضل حسن ، فإذا كان فعله أفضل يكون تركه فاضلاً حسناً . قلت الكل أخرجوا من الدائرة لأن التركيب وإن كان غريباً فلا يقتضي معناه هذا لتأويلات بيانه ان قوله لم يفعل فيه ضمير مرفوع يرجع إلى المؤذن ومفعوله محذوف والتقدير وإن لم يفعل المؤذن جعل أصبعيه في أذنيه .

وقوله فحسن جواب الشرط تقديره فهو حسن والمعنى عدم فعله حسن لأن الجزاء يترتب على الشرط والشرط هنا عدم الفعل فكيف يكون ذا حسن فيكون نظير ماذكروا إن لم يفعل خيراً فالماء موجود وهذا في غاية الهجانة (١) .

وقوله من قال لم يكن من السنن الأصلية إلى آخره غير موجه لأن مراد هذا القائل أن

(١) هكذا في الأصل اه مصححة.

السنة على نوعين سنن أصلية وسنن فرعية وهذا لم يقل به أحد بل كما أمر به النبي ﷺ إذ فعله سنة أصلية وكيف لا يكون من السنن الأصلية . وقد روى جماعة من أهل الحديث أخبار كثيرة وفيها أمر النبي ﷺ بذلك . وقد ذكرنا نبذة من ذلك.وقد قال السروجي أي الأذان بدونه حسن أيضاً غير موجه لأنه كيف يكون بدونه حسناً وقدأمرالنبي ﷺ ولم يقل بذلك أحد . وكذلك قول تاج الشريعة لأنه ليس من السنن المشهورة في الأذان غير سديد لأنه كيف لا يكون من السنن المشهورة وقد رواه جماعة من الصحابة . وقول السغناقي وأشار الحسن الأذان مذكور في كلام الفوائد الظهيرية كلام لا طائل تحته ، لأن نسبة الحسن إلى الأذان غير مستبعد ولا مستغرب حين ثبت ذلك في الفوائد الظهيرية .

ثم قوله وقال الشيخ إلى آخره كلام واه ولا يخفى ذلك على من له أدنى ذوق من أحوال التركيب وكيف يكون نظير هذا ما قاله عليه السلام إن عادوا فعد ، لأن معناه إن عاد الكفار أي أكثر أهل ما يتكلم بكلمة الكفر فعد اليها وأنت مطمئن بالإيمان . وتفسيره بقوله إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى تخليص نفسك تأويل بعيد . ولئن سلمنا أن تقدير الخبر مثل ما قال ولكنه لا يقدر على تخليص نفسه بالاتيان ما هو أكرهوه به من أي مكان. وقول الاترازي ويجوز أن يقال إلى آخر خارج عن الدائرة بالكلية لأن الذي ذكره قط لا يقتضي التركيب فكأنه لمح ما قاله من قول المصنف ، والأفضل للمؤذن أن يجعل وذلك لأن الأفضل أفعل التفضيل وهو يقتضي الفاضل فإذا كان فعله ذاك أفضل كان فاضلاً ونحن نقول تركه غير فاضل لأنه مأمور به فكيف يكون تركه فاضلاً ولا نخلص ههنا إلا أن يقول تقدير التركيب وإن لم يفعل وضع اصبعيه في أذنيه بل وضعها عليهما فحسن ذلك لأنه روى في حديث أبي محذورة ضم أصابعه الأربعة ووضعها على أذنيه . وقدذكرناهذا فيما مضى ، وذكرنا أيضاً أن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة أنه إن جعل إحدى يديه على أذنيه حسن فهذا يزيل الإشكال .

( **لأنها ليست بسنة أصلية** ) أي لأن هذه الفعلة ليست سنة أصلية قال تاج الشريعة وغيره لأنه لم يذكر في أصل الحديث وهو حديث الرؤيا . قلت هذا غير صحيح لأنا قد ذكرنا إنما الشيخ الأصبهاني روى حديث عبد الله بن زيد وفيه فقام على سطح المسجد

فجعل اصبعيه في أذنيه ونادى ، وقال الاترازي السنة نوعان الهدى وتاركها مبتدع فلا يكون تركها حسناً وزائدة وتركها لا يكون بدعة لأن الإنسان ينتقل من تركها وفعلها، وما لا يكون بدعة لا يكون حسناً ، وهذا معنى قوله لأنها ليست بسنة أصليــة أي ليست من سنة الهدى إلى آخره . قلت تفسيره قول المصنف لأنها ليست بسنة أصلية .

فقوله أي ليست من سنة الهدى غير صحيح فإذا لم يكن من سنة الهـدى يكون فعله بدعة ولم يقل به أحد لأنه مأمور به في أحاديث وردت به وكيف يكون اتصافهـا بأنها ليست من سنن الهدى ، بل تفسير كلامه هو الذي ذكرناه ثم اعلم أن ما قد ذكرنا في أول الباب أن للأذان تفسير لغة وشرعاً وثبوت وسبب ووصف وكيفية ومحل شرع فيه ووقت وسنن وفيما يجب على سامعه .

أما الوقت للأذان فدخول وقت المكتوبة .

وأما سننه فستة أنواع نوع يرجع إلى صفة الأذان ونوع يرجع إلى صفة المؤذن . فالذي يرجع إلى نفس الأذان أن يرتفع المؤذن صوته وجار في حديث أبي محذورة ارفع من صوتك ومد من صوتك وفي حديث عبد الله بن زيد القه على بلال فإنه أندى صوتاً منك ، ولأن المقصود منه الاعلام وهو أتم فيه ولهـــذا كان الأفضل أن يؤذن في موضع يكون أسمع بجيران كالمأذنة ونحوها لحديث أبي بردة الأسلمي ، قال من السنة الأذان في المنارة والإقامة في المسجد . رواه أبو الشيخ الأصبهاني والحافظ أبو القاسم تمام بن محمد الرازي ، ولا ينبغي أن يحمل نفسه لأنه يخاف حدوث الفتق والضعف في الصوت قال عمر رضي الله عنه لأبي محذورة أما خشيت أن تفيق مريطاً وهو ما بين السرة والعانــة والمريط بضم الميم وفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف يمد ويقصر . وذكر النووي في شرح المهــذب ويجهر بالإقامة دون الجهر بالأذان وأن يفصل بين كلمتي الأذان بسكتة بخلاف الإقامة .

روى مالك موقوفاً قال الجوهري وعوام الناس يقولون الله أكبر بضم الراء وكان أبو العباس المبرد يفتح الراء في الأولى ويسكنها في الثانية فيحركها بالأول لالتقاء الساكنين بقوله تعالى أم الله وذكر ابن بطة عن أبي نعيم النخعي قال ابن شيبان مجزومان كانوا لا يعرفونها الأذان والإقامة وحكاه ابن الأنباري عن أهل اللغة قال يعني لأهل الكلام بعضه

بعض مقدماً بل بالاسكان على نية الوقف لكن يقف في كلمات الاذان حقيقة وفي الإقامة ينوي الوقف . وفي المجتبى المد في أول التكبير كفر وفي آخره خطأ ولا بأس بالتطريب في الأذان وهو تحسين الصوت من غير تغيير وإن تغير لحن وإن مد كره . وعن الحلواني إنما يكره التلحين في الثناء دون الدعاء والفلاح ، وإذا كره التلحين في الأذان ففي قراءة القرآن أولى أن يترتب بين كلمات الأذان والإقامة حتى لو قدم البعض على البعض يعيد العدم[1] ثم يؤذن وكذا لو ثوب بين الأذان والإقامة في الفجر يظن أنه في الإقامة فأتمها ، ثم تذكر قبل الشروع في الصلاة فالأفضل أن يأتي بالإقامة من أولها إلى آخرها ، ولو أذن فظنه الإقامة ثم علم بعد الفراغ فالأفضل أن يعيد الأذان وليستقبل الإقامة مراعاة للموالاة وكذا إذا أخذ في الأقامة فظن أنها الأذان ثم علم يبتدىء بالاقامة فإن علم بعد قوله قد قامت الصلاة أنه في الاذان يتم الاذان ثم يقيم . وفي المحيط لو جعل الاذان الاقامة لا يستقبل ولو جعل الاقامة أذاناً استقبل وفي البدائع لو غشي عليه في الاذان والإقامة ساعة أو ارتد عن الإسلام والعياذ بالله ثم أسلم أو أحدث فذهب وتوضأ ثم جاء فالأفضل هو الاستقبال ولو أذن ثم ارتد فإن تبادر أعاد وإن لم يبادر اعتدوا به بحصول الاعلام به . ويكره له أن يكلم في أذانه وإقامته لأنه ذكر معظم كالخطبة قال الأوزاعي لم نعلم أحداً مقتدى به فعله ورخص فيه الحسن وعطاء وقتادة وعروة . وروى عن سليمان ابن حرب حكى عنه الأثرم أن اليسير من الكلام جائز دون الطويل وعن أحمد إباحته في الأذان دون الإقامة وأبطله الزهري بالكلام وهو ضعيف ويكره له رد السلام فيه وقال النووي يرده وان يؤذن قائماً للجماعة ويكره أذان القاعد . قال صاحب المحيط والاسبيجابي والوتري القيام سنة أذان الجماعة ويكره تركه من غير عذر وبه قال عطاء وقال الإمام مالك لم أر أحداً فعله وإن أذن لنفسه فلا بأس بأن يؤذن قاعداً من غير عذر مرافقاً لسنة الأذان وعدم الحاجة إلى إعلام الناس ولا بأس أن يؤذن راكباً لقوله عليه السلام أذن يا أخا صداء قال وأنا راكب على راحلة فأذنت رواه الطبراني. وقال ابن المنذر ثبت أن

(١) هكذا في الاصل اه مصححة .

عمر كان يؤذن على البعير وينزل للإقامة ، ويكره في ظاهر الرواية في الحضر أن يؤذن راكباً وعن أبي يوسف لا بأس به .

ثم المؤذن يختم الإقامة على مكانه ويتمها ماشياً اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يختمها على مكانه سواء كان المؤذن إماماً أو غيره كذا روى عن أبي يوسف وقيل يتمها ماشياً . وعن الفقيه أبي جعفر الهدواني فيه إذا بلغ قد قامت الصلاة فهو بالخيار إن شاء مشى وإن شاء وقف أما ما كان أو غيره وبه أخذ أبو الليث وما روى عن أبي يوسف أصح ذكره في البدائع ويكره أن يؤذن في مسجدين لأن التنقل بالأذان غير مشروع .

والثاني نافلة وفي الذخيرة أذن رجل وأقام آخر إن غاب الأول لا يكره وإن كان حاضراً ويلحقه الوحشة بذلك يكره . وفي القدوري إن أذن واحد وأقام آخر فلا بأس به وروى عن أبي حنيفة أنه يكره من غير فصل . وإن رضي به لا يكره عندنا . وفي الوبري الذي أذن أولى بالإقامة والحق له . وإن أقام غيره بإذنه جاز . فإن قلت روى الترمذي وابن ماجة عن النبي ﷺ أن أخا صداء أذن ومن أذن فهو يقيم . قلت في رواية عبد الرحمن الامريق ضعفه يحيى بن سعيد القطان وغيره . وقال أحمد لا أكتب حديث الامريق واسم الصدائي يزيد بن الحرث . وقيل زياد نسبة إلى الصدا بضم الصاد وتخفيف الدال المهملتين وبالمد وهو حي من اليمن . وقال الشافعي يستحب أن يكون المؤذن هو الذي يقيم :

وأما الذي يرجع إلى المؤذن فهو أن يكون ذكراً بالغاً عاقلاً صحيحاً تقياً عالماً بالسنة ومواقيت الصلاة جهراً بصوت مواظباً على الأذان في الصلوات الخمس ولا يستأجر عليها ولو فعل لا يستحق الأجرة لقوله عليه الصلاة والسلام لعثمان بن أبي العاص وإن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجر رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة وبه قال الأوزاعي وأحمد وابن المنذر . ورخص فيه مالك وبعض الشافعية ولو علموا حاجته فلا بأس بأن يعينوه من غير شرط ، ولو قسم القوم لم يجز ولو فعلوا ذلك ضربوا بينهما حائطاً وصار مسجدين، ويشترط أن يكون لكل واحد إمام ومؤذن وإن أذن صبي لا يعقل أو مجنون يعاد لأنه

لم يعتد به كصوت الطير ولا يعاد أذان الصبي العاقل . وعن أبي يوسف عن أبي حنيفة في غير ظاهر الرواية أنه قال أكره أن يؤذن من لم يحتلم لأن الناس لا يعتدون بأذانه وبه قال مالك والثوري ، ورخص عطاء والشعبي وابن أبي ليلى فيه ويكره أذان السكران ويستحب إعادته ، وكذا يكره أذان الفاسق ولا يعاد وإن اشترط عليه أجراً فهو فاسق.

وفي العبد والاعرابي وولد الزاني [1] والأعمى وغيرهم أحب ذكره في الذخيرة والبدائع وفي المحيط يكره أذان الأعمى وبه قال الشافعي ، وقال النووي لا يصح أذان الأعمى عند أبي حنيفة وداود ومالك والشافعي . قلت نقله عن أبي حنيفة [2] غير صحيح . فإن قلت ابن أم مكتوم أحد مؤذني النبي ﷺ وكان أعمى ، قلت هو كان يعرف الوقت بأذان بلال لأنه كان إذا نزل بلال صعد هو .

وأما الذي يرجع إلى سامعه فهو أنه يجب عليه الإجابة . قال بعضهم الإجابة بالقدم لا باللسان وهو المشي إلى المسجد ولو كان حاضراً في المسجد حين سمع الأذان فليس عليه إجابة فإن قال ما يقوله نال الثواب وإن لم يقله فلا إثم عليه ولا يكره له ذلك وفي قاضي خان يستحب لمن سمع الأذان أن يقول المؤذن وفيه وفي الذخيرة إلا عند قوله حي على الصلاة حي على الفلاح ، فإنه يقول عند هاتين الكلمتين لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ما شاء الله كان . وفي المحيط يقول مكان قوله حي على الصلاة لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم ، ومكان قوله حي على الفلاح ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن . وعند قوله الصلاة خير من النوم صدقت وبرزت .

وجه الوجوب قوله عليه الصلاة والسلام إذا سمعتم الأذان فقولوا مثل ما يقول المؤذن رواه الجماعة من حديث أبي سعيد الخدري ، وعن معاوية مثله إلى قوله أشهد أن محمداً رسول الله وإذا قال حي على الصلاة قال ولا حول ولا قوة إلا بالله . رواه البخاري . وعن عمر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال إذا سمعتم الأذان مثل رواية معاوية

---

(١) أظنه يقصد ولد الزنى وليس الزاني اه مصححة .

(٢) في الأصل الحِنيفة والصحيح ما أثبتناه اه مصححة .

رواه مسلم . وحديث عمرو ومعاوية تفسير حديث الخدرى وبه قال مالـك والشافعي . ومنهم من قال يقول في الكل مثل ما يقول المؤذن منهم الحرقي وروى غيره أن أحمد معنا. وقيل يجمع بينهما للحديثين ولو سمعه في الصلاة قال مالك يقول مثل قوله في التكبـير والشهادتين في النافلة دون الفريضة . وهو قول الليث وقال سحون [1] لا يقوله في فريضة ولا نافلة وهو قول الشافعي وروى أبو مصعب عن مالك يقوله فيهما . وقال الطحاوى عن أصحابنا ما يدل على أنه لا يقوله المصلي لأن كلامه يحرم في الفريضة والنافلة وفي المنيـة إجابة المؤذن بعد الصلاة ووجه الاستحباب رواية عبد الله بن منصور رضي الله عنه قال كنا نسمع مناد يقول الله أكبر ، فقال عليه السلام على الفطرة فقال أشهـد أن لا إله إلا الله فقال عليه السلام خرج من النار فابتدرناه فاذا هو صاحب ماشية أدركته الصلاة فصلى . قال الطحاوي فهذا رسول الله ﷺ سمع المنـادي فأجاب غير ما قال فدل على أن الأمر للاستحباب وإصابة الفضل ويستحب له أن يتابع المؤذن في الفاظ الإقامة إلا في الحيعلة وفي كلمة قد قامت الصلاة يقول أقامها الله وأمها وفي المفيـد ما دامت السماوات والأرض وفي حـديث شهر بن حوشب عن أبي أمامة أو بعض أصحـاب النبي ﷺ أقامها وأدامها .

وقال في سباب الاقامة بنحو حديث عمر رضي الله عنـه في الآذان رواه أبو داود والمتابعة لكل سامع من محدث وجنب وحائض و كبير و كذا الصغير على وجه الاستحباب لأنه ذكر . و كذا في الطواف ويستثنى منه المصلي ومن هو على الخلاء والجماع. وفي المحيط والبدائع لا ينبغي للسامع أن يتكلم في حال الأذان ويشتغل بالاستماع والاجابـة ٠ وفي المرغيناني لو كان يقرأ في المسجد لا يقطع ويقطع في بيته ولا يرد السلام ٠ وفي الخطبة يرد سراً وجواب العطسة يكون سراً .

ولو سمع مؤذناً بعد مؤذن قال النووي لم أر فيه شيئاً لأصحابنا قال والمختار أن يقال يختص الأول ، قلنا زيادة الفضل والثواب في المبالغة لا يختص .

---

(١) هكذا في الأصل وربما أراد سحنون .

## والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة حسن لأنه وقت نوم وغفلة وكره في سائر الصلوات

( **والتثويب في الفجر** ) أي التثويب في صلاة الفجر وهو مبتدأ والتثويب في اللغة الرجوع ومنه الثواب لأنه منفعة عمله يعود اليه وهو عود إلى الاعلام بعد الاعلام، وتفسيره عند المصنف أن يقول المؤذن ( **حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الأذان والاقامة** ) هذا الذي ذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب بن أبي حنيفة ، وهذا التثويب محدث أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لظهور التواني وتغير أحوال الناس ولم يبين التثويب القديم . وفي الأصل كان التثويب في صلاة الفجر بعد الأذان الصلاة خير من النوم مرتين ، وفي المحيط روي عن أبي حنيفة هكذا . وقال الطحاوي التثويب القديم للشافعي والمسألة فيما يفق على القديم وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي في (١) الجديد أنه بين الأذان والإقامة وهو المروي عن أبي حنيفة ومحمد . وعن أبي حنيفة قوله الصلاة خير من النوم بعد الأذان لما فيه وهو اختيار أبي بكر بن الفضل البخاري . وفي رواية البخاري عن أصحابنا أنه في الأذان ، وكذلك عن الطحاوي لقوله عليه الصلاة والسلام ما أحسن هذا ، اجعله في أذانك . قال فخر الاسلام البزدوي الصحيح أنه كان بعد الأذان .

( **حسن** ) خبر المبتدأ أعني قوله والتثويب فإن قلت هذا الذي ذكره محدث كما قلنا وكيف سمي حسناً ، قلت لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أنه قال ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن .

( **وكره** ) أي التثويب بين الأذان والاقامة ( **في سائر الصلوات** ) وقال الاترازي لقوله عليه الصلاة والسلام لبلال ثوب في الفجر ولا تثويب في العشاء ، قلت هذا الحديث لم يرد على هذا الوصف ومع هذا هو لا يصلح دليلاً إلا لترك التثويب في العشاء فقط فكيف يستدل بهذا على ترك التثويب في الظهر والعصر والمغرب ، والذي ورد فيه حديثان ضعيفان أحدهما للترمذي وابن ماجة عن أبي إسرائيل عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن بن أبي

---

(١) غير مذكورة في الأصل ، اه مصححه .

**ومعناه العود إلى الاعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا التثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير أحوال الناس وخصوا الفجر بـــه**

---

ليلى عن بلال قال أمرني رسول الله ﷺ أن لا أثوب في شيء من الصلاة إلا في صلاة الفجر. قال الترمذي هذا الحديث لا نعرفه إلا من حديث بني إسرائيل الملائي وليس بالقوي ولم يسمعه عن الحكم إنما رواه عن الحسن بن عمارة عن الحكم . والثـــاني أخرجه البيهقي عن عطاء بن السائب عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن بـلال قال أمرني رسول الله ﷺ أن لا أثوب إلا في الفجر . قال البيهقي وعبد الرحمن لم يلق بـــلالاً وقال ابن السكن لا يصح إسناده . ورواه الدارقطني من طرق أخرى عن عبد الرحمن وفيه أبو سعيد البقال وهو ضعيف . وفي المبسوط روى أن علياً رضي الله عنه رأى مؤذناً يثوب للعشاء فقال اخرجو هذا المبتدع من المسجد . وقال مجاهد دخلت مع ابن عمر رضي الله عنه مسجـــداً فصلى الظهر فسمع المؤذن يثوب فغضب وقال قم حتى تخرج من هذا الموضع هذا المبتـدع وما كان التثويب على عهد النبي ﷺ إلا في صلاة الفجر . وفي الحليـــة ولا يستحب في قول الشافعي في غير أذان الصبح .

( **ومعناه** ) أي معنى التثويب ( **العود في**[1]**الاعلام** ) وهذا معناه الشرعي وفي اللغة التثويب الرجوع مطلقاً كما ذكرناه ( **وهو** ) أي التثويب ( **على حسب ما تعارفوه** ) أي ما تعارفه أهل كل بلدة من التنحنح أو قوله الصلاة الصلاة أو قوله قامت قامت لأنـــه للمبالغة في الاعلام وإنما يحصل ذلك بما تعارفوه .

( **وهذا** ) إشارة إلى قوله والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفـلاح مرتين الأذان والاقامة تثويب ( **أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة** ) أي بعد زمانهم( **لتغير أحوال الناس** ) وهو توانيهم وكسلهم في باب العبادة .

( **وخصوا الفجر به** ) أي خص علماء الكوفة الفجر به التثويب يعني لم يثوبوا إلا في

---

(١) في المتن « إلى » . اهـ مصححه .

لما ذكرنا . والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية. وقال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأساً أن يقول المؤذن للامير فى الصلوات كلها السلام عليك أيها الامير ورحمة الله وبركاته حى على الصلاة حى على الفلاح الصلاة يرحمك الله واستبعده محمد رحمه الله

---

الفجر خاصة ( **لما ذكرنا** ) وهو قوله لأنه وقت نوم وغفلة ( **والمتأخرون استحسنوه** ) أي العلماء المتأخرون استحسنوا التثويب ( **في الصلوات كلها لظهور التواني في الأمور الدينية** ) فعلى هذا استحباب المتأخرين احداثاً بعد احداث وفي جامع البرهاني ترك سائر الأوقات في زماننا بتركه وقت الفجر في زمان النبي ﷺ . قلت استحسان المتأخرين التثويب في كل الصلوات ليس بلفظ معين ولا شرطوا غير ذلك اللفظ بل ما ذكروا متعارف . وفي شرح مختصر الكرخي للقدوري ويثوب وهو قائم كالاذان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . قال الحسن وفيه قول يسكت بعد الاذان ساعة حتى يقول حي على الصلاة حي على الفلاح وبه نأخذ ، وإن صلوا ركعتي الفجر بين الاذان والتثويب فلا بأس به . وفي قول أبي حنيفة وقال ابن شجاع عن أبي حنيفة التثويب الاول في نفس هذا الاذان وهو الصلاة خير من النوم مرتين . والثاني فيما بين الاذان والاقامة .

( **وقال أبو يوسف رحمه الله لا أرى بأساً أن يقول المؤذن للأمير في الصلوات كلها السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله** ) قول أبي يوسف هذا متعلق بالتثويب المحدث في سائر الصلوات بزيادة اختصاص بمن يكون مشتغلاً بأمور المسلمين قال السرخسي والقدوري عن عمر رضي الله عنه أنه لما كثر اشتغاله نصب من يحفظ عليه صلاته . وفي جامع قاضي خان ما قاله أبو يوسف في أمراء زمانه لا في أمراء زماننا لانهم مشغولون بالظلم لا بأمور المسلمين .

( **واستبعده محمد رحمه الله** ) أي استبعد محمد ما قاله أبو يوسف حتى قال أفٍ لابي يوسف حيث خص الامر بالتثويب والذكر ومال اليهم . وقيل إنما استبعده محمد لما بينهما من الوحشة ، ويؤيده ما قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب ولم يقل عن أبي يوسف ،

لأن الناس سواسية في أمر الجماعة . وأبو يوسف رحمه الله خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ، ويجلس بين الأذان والإقامة

---

ولكن لا يظن أنه لقي الله وهو كما قال بل تاب ورجع ، والبشر لا يخلوا عن هذه الحالات كذا في الحميدية .

( **لأن الناس سواسية في أمر الجماعة** ) أي متساوون في أمر الجماعة فلا يختص به الأمراء ، وفي المغرب يقول هم سواسية أي سواء وهما سيان أي مثلان . وفي الصحاح هم سواء فلا يختص به الأمراء . وفي الجمع واسواء وسواسية أي أشباه مثل ثمانية على غير قياس ، وتقول هما في هذا الأمر سواء وإن شئت تقول سوان وهم سوان للجميع وهم سواسية .

( **وأبو يوسف خصهم بذلك** ) هذا اعتذار من جهة أبي يوسف يعني تخصيصه الأمراء بذلك أي يقول المؤذن السلام عليك أيها الأمير إلى آخره (**لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة** ) أي الصلاة بالجماعة . وإنما قيد بقوله بأمور المسلمين لأن الأمراء المشتغلين باللهو والطرب لا يثوب لهم إلا على وجه الأمر بالمعروف والنصيحة .

( **وعلى هذا** ) أي على ما ذكره أبو يوسف من زيادة اشتغال الأمراء بأمور المسلمين ( **القاضي والمفتي** ) لأنهما مشغولان بأمور المسلمين القاضي بفصل الأحكام والمفتي بكتابة الفتاوى والمراجعة إلى الكتب يثوب لهم كيلا تفوتهم الجماعة .

( **ويجلس** ) أي المؤذن ( **بين الأذان والاقامة** ) أراد أن الوصل بينهما مكروه لأن المقصود بالأذان إعلام الناس بدخول الوقت ليتأهبوا للصلاة بالطهارة فيحضروا المسجد لإقامة الصلاة ، وبالوصل ينتفي هذا المقصود .

وذكر التمرتاشي في جامعه أنه يقعد مقدار ركعتين أو أربع أو مقدار مايفرغ الآكل من أكله ، والشارب من شربه والحاقن من قضاء حاجته . وقيل مقدار ما يقرأ عشر آيات ثم يثوب ثم يقيم كذا في المجتبى . وفي شرح الطحاوي يفصل بين الأذان والإقامة مقدار

**إلا في المغرب وهذا عند أبي حنيفة، وقالا يجلس في المغرب أيضاً جلسة خفيفة لأنه لا بد من الفصل إذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين . ولأبي حنيفة رحمه الله أن التأخير مكروه فيكتفى بأدنى الفصل احترازاً عنه**

---

ركعتين أو أربع يقرأ في كل ركعة نحو عشر آيات وينظر المؤذن للناس ويقيم للضعيف المستعجل ولا ينظر رئيس المحلة ولا كبيرها ولا يؤذن إلا في فناء المسجد وناحيته .

( **إلا في المغرب** ) يعني لا يفصل بين الأذان والإقامة في وقت صلاة المغرب لأن تأخيرها مكروه ( **وهذا عند أبي حنيفة** ) أي استثناء المغرب عند أبي حنيفة .

( **وقالا** ) أي أبو يوسف ومحمد ( **يجلس في المغرب أيضاً جلسة خفيفة** ) وهي مقدار الجلسة بين الخطبة ( **لأنه لا بد من الفصل إذ الوصل مكروه** ) اتفاقاً ( **ولا يقع بالسكتة لوجودها بين كلمات الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين** ) وحاصل المذهب أن العلماء اتفقوا على أنه لا يفصل الاقامة بالأذان بل يفصل بينهما لكنهم اختلفوا في مقدار الفصل .

فعند أبي حنيفة المستحب أن يفصل بينهما بسكتة يسكت قائماً ساعة ثم يقيم، ومقدار السكتة عنده قدر ما يتمكن فيه بقراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة . وروى عنه مقدار ما يخطو ثلاث خطوات .

وعندهما يفصل بينهما بجلسة خفيفة مقدار الجلسة بين الخطبتين .

وذكر الامام الحلوائي الخلاف في الأفضلية حتى عند أبي حنيفة إن جلس جاز فالأفضل أن لا يجلس ، وعندهما على العكس ذكره الامام التمرتاشي .

( **ولأبي حنيفة أن التأخير مكروه** ) أي تأخير صلاة المغرب مكروه بلا خلاف ( **فيكتفي بأدنى الفصل** ) بين الأذان والاقامة وحده ما ذكرناه عن قريب ( **احترازاً عنه** ) عن التأخير المكروه واحترازاً منصوب على أنه مفعول مطلق بتقدير احترز احترازاً ونحو ذلك .

والمكان في مسألتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتباراً بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه

---

( **والمكان في مسألتنا مختلف** ) هذا جواب من جهة أبي حنيفة عن قولهما في الفصل بين الأذان والاقامة مقدار الجلسة بين الخطبتين ، وتقديره ان القياس غير صحيح لأن المكان أي مكان الأذان والاقامة فيما نحن فيه وهو معنى قوله في مسألتنا مختلف بكسر اللام ، لأن مكان الأذان غير مكان الاقامة والمكان بين الخطبتين متحد فلا يقاس عليه .

( **وكذا النغمة** ) وهي الترسيل في الأذان والحدر في الاقامة شيئان مختلفان ( **فيقع الفصل** ) أي إذا كان الامر كذلك فيقع الفصل بينهما بالسكتة لوقوعها بين شيئين مختلفين ( **ولا كذلك الخطبة** ) لأن مكانها متحد فلا يقع الفصل بين الخطبتين بمجرد السكتة لأنها توجد بين كلماتها أيضاً فلا بد من الجلسة .

( **وقال الشافعي يفصل بركعتين** ) أي يفصل بين الأذان والاقامة بصلاة ركعتين ( **اعتباراً بسائر الصلوات** ) أي قياساً عليها ، ومذهب الشافعي ما ذكره النووي فإنه قال ويستحب أن يفصل بين أذان المغرب وإقامتها فصلاً يسيراً بقعدة أو سكوت أو نحوها ، هذا لا خلاف فيه عندنا . ونقل المصنف عن الشافعي ما ذكره فيه نظر . فإن قلت ما مقدار الفصل بين الأذان والاقامة في سائر الصلوات غير المغرب ، قلت لم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الفصل . وروى الحسن عن أبي حنيفة في الفجر مقدار عشرين آية ، وفي الظهر مقدار ما يصلح أربع ركعات يقرأ في كل ركعة قدر عشر آيات وفي العصر مقدار ركعتين يقرأ فيهما عشرين آية والعشاء كالظهر . وإن لم يفصل يجلس مقدار ذلك ، وهذا ليس بتقدير لازم فينبغي أن يؤخر الاقامة مقدار ما يحضر القوم مع مراعاة الوقت المستحب . وروى محمد بن حبان الاصبهاني بسنده عن أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال لبلال اجعل بين أذانك وإقامتك نفساً بقدر ما يفرغ المتوضيء من وضوئه في مهل والمتعشي من عشائه .

( **والفرق قد ذكرناه** ) هذا إشارة إلى قوله أن التأخير مكروه بخلاف سائر الصلوات

## قال يعقوب رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس بين الأذان والاقامة، وهذا يفيدما قلناه ، وان المستحب كون المؤذن عالماً بالسنة

فإن التأخير فيها ليس بمكروه والاشتغال بالركعتين يؤدي إلى التأخير فلذلك لا يفصل بينهما . وعن هذا قلنا أيضاً ويتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب . وذكر الامام المحبوبي والمراد من قوله عليه الصلاة والسلام بين كل أذانين صلاةما سوى المغرب . قلت هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عبد الله بن المغفل قال قال رسول الله ﷺ بين كل أذان صلاة قال في الثالثة لمن شاء . وفي لفظ البخاري صلوا قبل المغرب ثم قال صلوا قبل المغرب ثم قال في الثالثه لمن شاء كراهة أن يتخذها الناس سنة ، وليس فيه هذا المغرب . والذى فيه إلا المغرب رواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن حبان بن عبد الله العدوي ثنا عبد الله بن بريدة قال قال رسول الله ﷺ ان عند كل أذانين ركعتين إلا المغرب . ورواه البزاز في مسنده فقال لا نعلم رواه عن ابن بريدة إلا حبان بن عبد الله ، وهو رجل مشهور من أهل البصرة لا بأس به . وذكر الجوزي هذاالحديث في الموضوعات ونقل سفيان القلاس أنه قال كان حبان هذا كذاباً .

( **قال يعقوب** ) هو أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب بن سعد بن بحير بن معاوية البجلي وأم سعد حبيبة بنت مالك من بني عمرو بن عوف ، وسعد بن حبيبة من أصحاب النبي ﷺ . وإنما ذكر أبا يوسف باسمه دون كنيته لأنه ذكر محمد في الجامع الصغير كذلك حتى لا يتوهم التسوية في التعظيم بين الشيخين بذكر أبا حنيفة رضي الله عنه .

**( رأيت أبا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس بين الأذان والإقامة ، وهذا يفيد ما قلناه )** أي يفيد ما رواه عن أبي حنيفة رضي الله عنه من عدم جلوسه في أذان المغرب ما قلنا ، وهو أن لا جلوس عنده في أذان المغرب **( وان المستحب )** ويفيد أيضاً أن المستحب **( كون المؤذن عالماً بالسنة )** أي بأحكام الشرع .

لقوله عليه السلام ويؤذن لكم [1] ويؤذن للفائتة ويقيم ، لأنه عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس بأذان وإقامة

---

**( لقوله ﷺ ويؤذن لكم خياركم )** هذا الحديث رواه أبو داود وابن ماجة من حديث حسين بن عيسى عن الحكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ليؤذن لكم خياركم وليأمكم أقرؤكم . وفي الامام وروى ابراهيم بن أبي يحيى عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يؤذن لكم غلام حتى يحتلم وليؤذن لكم خياركم . ولم يعزه . وعن عمر رضي الله عنه لو أطيق الأذان مع الخليفي لأذنت ، والخليفي الخلافة ، وذكره في الفائق والمغربين ، قوله خياركم من كان عالماً بأحكام الشرع .

**( ويؤذن للفائتة ويقيم )** يعني إذا فاتته صلاة وأراد أن يقضيها يؤذن ويقيم **( لأنه ﷺ قضى الفجر ليلة التعريس بأذان وإقامة )** وروى هذا الحديث أبو هريرة وعمران بن حصين وعمرو بن أمية الضمري وذو عمرو بن عبد الله بن مسعود وبلال رضي الله عنه. فحديث أبي هريرة رواه أبو داود في سننه حدثنا موسى بن اسماعيل ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة في هذا الخبر يعني قصة التعريس قال فقال رسول الله ﷺ تحولوا من مكانكم الذي أصابتكم فيه الغفلة ، قال فأمر بلالاً رضي الله عنه فأذن وأقام وصلى . وحديث عمران رواه أبو داود أيضاً ، وفيه ثم أمر مؤذناً فأذن وصلى ركعتين قبل الفجر ثم أقام فصلى الفجر ، وحديث عمرو بن أمية رواه أبو داود أيضاً وفيه ثم أمر بلالاً فأذن ثم توضأ ركعتين [2] الفجر ثم أمر بلالاً فأقام الصلاة وصلى بهم صلاة الصبح . وحديث ذي عمرو رواه أبو داود أيضاً وفيه ثم أمر بلالاً فأذن ثم أقام النبي عليه الصلاة والسلام فركع ركعتين عند محمد قال لبلال أقم الصلاة ثم صلى [3] وهو غير عجل .

---

(١) هنا سقطت كلمة من الأصل وهي « خياركم » اه مصححة .

(٢) هنا خطأ في الأصل والصحيح ثم صلى ركعتي الفجر .. اه مصححة .

(٣) هذا الحديث فيه خطأ والصحيح كما سبق . اه مصححة .

وحديث ابن مسعود رواه ابن حبان في صحيحه وفيـه ثم أمر بلالاً فأذن ثم أقام فصلى بنا . وحديث بلال رواه البزاز في مسنده عن بـلال أنهم ناموا مع رسول الله ﷺ في سفر حتى طلعت الشمس فأمر رسول الله ﷺ حين قاموا بلالاًفأذن ثم صلى ركعتين ثم أقام بلال فصلى بهم النبي صلاة الفجر بعدما طلعت الشمس .

فهذه الأحاديث كلها تدل صريحاً على الأذان والاقامة معاً . واستشهد الاترازي في شرحه بحديث أبي قتادة ، وكذلك الأكمل في شرحه أخرجه البخاري وفيه قم يا بلال فأذن بالصلاة فتوضأ فلما ارتفعت الشمس وأضاءت قام فصلى بالناس جماعة ، قلت وليس فيه إلا الأذان واستشهادهما به غير واف فإن قلت قـد جاء في حديث أخرجه النسائي يدل على الاقتصار على الاقامة وهو ما رواه عن عبد الرحمن بن أبي سعيد عن أبيـه قال شغلنا المشركون يوم الخندق عن صلاة الظهر حتى غربت الشمس فأنزل الله تعالى ﴿وكفى الله المؤمنين القتال﴾ ٢٥ الأحزاب فأمر رسول الله ﷺ بـلالاً أقام لصلاة الظهر فصلاها كما كان يصليها لوقتها ثم أقام العصر فصلاها كما كان يصليها لوقتها . قلت هذا لايمنع الأذان، لجواز أن يكون قد اقتصر على بعضهم ، والزيادة أولى بالقبول . وفيـه إشارة إلى الأذان حيث قال كما كان يصليها لوقتها ، وصلاته عليه الصلاة والسلام لوقتهـا بالأذان والاقامة لكل صلاة .

ثم اعلم أن التعريس هو النزول في آخر الليل نزلة للنوم والاستراحة يقال منه عرس تعريساً ويقال فيه أعرس ، والمعرس بفتح الراء موضع التعريس فإن قلت هذه القصة في أين [1] وقعت ووقعت مرة أو أكثر ، قلت أخرج مسلم من حديث أبي هريرة ما يـدل على أن القصة كانت بخيبر ، وبذلك صرح ابن إسحاق وغيره من أهل المغازي وقالوا إن ذلك كان حين قفل من خيبر وقال ابن عبد البر هو الصحيح . وقيل مرجعه من حنـين . وفي حديث ابن مسعود أن ذلك كان عام الحديبية . وفي حديث عطاء بن يسار أن ذلك

---

(١) هكذا وردت في الأصل والصحيح حذف ( في ) اه مصححه.

وهو حجة على الشافعي في اكفائه بالاقامة فإن فاتته صلوات أذن للاولى وأقام لما روينا، وكان مخيراً في الباقي إن شاءأذن وأقام ليكون القضـــاء على حسب الاداء وإن شاء اقتصر على الاقامة

---

في غزوة تبوك . قال ابن عبد البر حسبه (١) وهما ، قال الأصل لم يعرض ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام إلا مرة . وقال ابن الحصاد هي ثلاث نوازل مختلفة .

( **وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة** ) أي الحديث المذكور الذي فيه قضى النبي ﷺ بأذان وإقامة حجة عليه فيما ذهب اليه . **فإن قلت** فللشافعي أن يستدل بما رواه النسائي الذي فيه الاكتفاء بالاقامة ، وقد ذكرناه آنفاً ، **قلت** قد مر في حديث الصحابة المذكورة من ذكر الأذان والاقامة والعمل بالزيادة أولى . والجواب عن حديث النسائي قد ذكرناه آنفاً . وقال الأكمل لا يقال قد روى أن النبي ﷺ أمر بلالاً فأقام بدون ذكر الأذان، **لأنا نقول العمل بالزيادة أولى لأن القصة واحدة وفيه نظر، لأن ذلك إنما يكون إذا كان راويها واحد** ، ولم يثبت ههنا ذلك . والجواب أن الراوي إذا كان متعدداً إنـــما يعمل بالخبرين إذا كان يمكن العمل بهما وههنا لا يمكن ذلك لكون القصة واحدة . قلت كون القصة واحدة غير صحيح لأن القصة متعددة كما ذكرنا آنفاً .

قوله رفيه نظر لأن أحداً لم يشترط في العمـل بالزيادة عند اتحاد الراوي بل الزيادة مقبولة إذا ثبت سواء كان الراوى واحداً أو متعدداً .

( **فان فاتته صلاة** [٢] **أذن للأولى وأقام لما روينا** ) أشار به إلى الحديث الذى فيـه قضاء النبي ﷺ صلاة الفجر غداة ليلة التعريس بأذان وإقامة .

( **وكان مخيراً في الباقية إن شاء أذن وأقام** ) يعني إن شاء أذن وأقام لكل صلاة من الفوائت ( **ليكون القضاء على حسب الاداء** ) لأن القضاء على الأداء ( **وإن شاء اقتصر على الاقامة** ) لما روى الترمذى عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ فاتتـه يوم

---

(١) ربما قصد أحسبه وهماً اه مصححه .

(٢) الأصح ما ورد بالمتن أي صلوات .

لأن الاذان للاستحضار ومم [1] حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رحمه الله أنه يقام لما بعدها قالوا يجوز أن يكون هذا قولهم جميعاً

---

الخندق أربع صلوات حتى ذهب ما شاء الله من الليل فأمر بلالاً فأذن ثم أقامه فصلى الظهر ثم أقام فصلى العشاء ، فإن قلت إذا كان الأمر كذلك فالتخيير من أين ، قلت جاء في رواية فصلى عليه السلام بأذان وإقامة . وفي رواية بأذان وإقامة للأول وإقامة لكل واحد من البواقي . وقال الاختلاف خيرنا في ذلك ، فإن قلت إذا كان الرفق متعيناً في أحد الجانبين لا يخير بينهما كما في قصر صلاة المسافر ، وههنا الرفق متعين في الإقامة ، فكيف يبقى التخيير . قلت فإن ذلك في الواجب لا في السنن والتطوعات. **(لان الاذان للاستحضار)** أي لاستحضار القوم إلى الصلاة بالجماعة **( وهو حضور )** أي والحال أنهم حاضرون فلا يحتاجون إلى الإعلام .

**( قال رضي الله عنه )** أي قال المصنف **( وعن محمد رحمه الله أنه يقام لما بعدها )** أي من غير اختيار الجمع بينها وبين افراد الإقامة . وفي التحفة وروي في غير رواية الأصول عن محمد إذا فاتت صلوات يقضي الأول بأذان وإقامة والثاني بالإقامة لا الأذان.

**( قالوا يجوز أن يكون هذا قولهم جميعاً )** أي قال المشايخ عن أبي بكر الرازي يجوز أن يكون ما قاله محمد قولهم جميعاً . والمذكور في الكتاب محمول على الصلاة الواحدة فيرتفع الخلاف بين أصحابنا . وقال الشافعي في الامام يقيم لها ولا يؤذن وفي القديم يؤذن للأول ويقيم ويكتفي في البواقي على الاقامة وبه قال أبو ثور . وقال النووي في شرح المهذب يقيم لواحدة بلا خلاف ، ولا يؤذن لغير الأولى منهن ، وفي الأولى ثلاثة أقول في الأذان أصحها أنه يؤذن ولا يعتبر تصحيح الرافعي منع الأذان والاقامة الأول مذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور . وقال ابن بطال لم يذكر الأذان في الأول عن مالك والشافعي والأول قاله أبو حامد . وقال الثوري والأوزاعي وإسحاق لا يؤذن لفائتة . وفي البدائع للشافعي قولان في قوله يصلي بغير أذان وإقامة ، قلت هذا لا يصح عنده . وفي قول

---

(١) هكذا في الأصل والصحيح « وهو » اه مصححه .

ويبنغي أن يؤذن ويقيم على طهر فإن أذن على غير وضوء جاز لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحباباً كما في القراءة

---

يقضي بالاقامة لا غير ولو صلى الرجل في بيته وحده فاكتفى بأذان الناس وإقامتهم جاز وإن أقام فحسن ، ذكره في الأصل . وروى عن ابن مسعود أنه صلى بعلقمة والأسود بغير أذان ولا إقامة وقال يكفينا أذان الحي وإقامتهم . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة في قوم صلوا في المصر في المنزل أو في مسجد فأخبروا بأذان الناس وإقامتهم أجزأهم وقد أساءوا في تركها . هذا في المقيمين وأما المسافرون فالأفضل لهم أن يؤذنوا ويقيموا ويصلوا بالجماعة إذ السفر لا يسقط الجماعة فلا يسقط ما هو من لوازمها ولا يكره لهم ترك الاقامة. والمسافر وحده لو ترك الاقامة يكره له . والمقيم لو تركها لا يكره لأن المقيم قد وجد الأذان في حقه والمسافر لم يوجد في حقه شيء من ذلك لأنه عذر في ترك الأذان دون الاقامة . وفي المغني الذي يصلي في بيته يجزئه أذان المصر وإقامتها وبه قال الشعبي والنخعي وعكرمة ومجاهد والأسود وأحمد . وقال ميمون تكفيه الاقامة . وهو قول مالك والأوزاعي وسعيد بن جبير . وعند الشافعي يؤذن على المنصوص . ولو صلى في مسجد بأذان وإقامة لا يكره لأهله أن يعيدهما وعند الشافعي لا يكره إن كان مسجداً ليس له أهل بأن كان على شوارع الطريق لا يكره له تكرار الأذان والاقامة فيه . وفي المجتبى قوم ذكروا فساد صلاتهم في المسجد في الوقت قضوها بجماعة فيه لا يعيدون الأذان والاقامة، وإن قضوها بعد الوقت قضوها في ذلك المسجد بأذان وإقامة .

( **وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهر** ) لأن الأذان والاقامة ذكر شريف فيستحب الطهارة [1] ( **فان أذن على غير وضوء جاز** ) وبه قال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم . وعن مالك أن الطهارة شرط في الاقامة دون الأذان . وقال الأوزاعي وعطاء وبعض أصحاب الشافعي يشترط فيها ( **لانه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحباباً كما في القراءة** ) أي لأن الأذان ذكر فكان الوضوء فيه مستحباً كما في قراءة القرآن . ولا شك أن القراءة أفضل من الأذان فإذا جاز بلا طهارة فالأذان أولى .

---

(١) في الأصل الطحارة والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

ويكره أن يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلاة ويروى أنه لا تكره الإقامة أيضاً لأنه أحد الأذانين ويروى أنه يكره الأذان لأنه يصير داعياً إلى ما لا يجيب نفسه. ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة، ووجه الفرق على أحد الروايتين هو

---

قوله استحباباً بمعنى مستحباً، وذكر المصدر وإرادة الفاعل والمفعول من باب المبالغة، فإن قلت روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يؤذن إلا متوضىء. قلت قال الترمذي الأصح أنه موقوف على أبي هريرة، وهو منقطع أيضاً لأن الزهري لم يدرك أبا هريرة. ويعارضه أيضاً ما رواه الشيخ الأصبهاني الحافظ عن وائل قال حق أو سنة ألا [1] يؤذن إلا وهو طاهر وهذا يقتضي الاستحباب.

( ويكره أن يقيم على غير وضوء لما فيه ) أي لما في فعل الاقامة بغير وضوء ( من الفصل بين الاقامة والصلاة ) بالاشتغال بأعمال الوضوء والاقامة شرعت متصلاً بالشروع في الصلاة.

( ويروى ) الراوي وهو الكرخي ( أنه ) أى ضمير الشأن ( لا تكره الاقامة أيضاً لانه أحد الاذانين ) فالأذان لا يكره بلا وضوء وكذا الاقامة.

( ويروى ) الراوي هو الكرخي ( انه يكره الاذان ايضاً لانه يصير داعياً إلى ما لا يجيب بنفسه ) لأن المؤذن يدعوا الناس إلى التأهب إلى الصلاة فإذا لم يكن متأهباً دخل تحت قوله ﴿ أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم ﴾ ٤٤ البقرة.

( ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ) قد ذكرنا أنه ذكر شريف فيكره مع أغلظ الحدثين. والواو في وهو للحال. ورواية منصوب على المصدرية وإنما وضعها بواحدة إشارة إلى أنه لم يرو عن أحد من الأصحاب عدم كراهة أذان الجنب.

(ووجه الفرق على احد الروايتين هو) أي بين أذان الجنب والمحدث على الرواية التي لا

---

(١) في الأصل « أي » والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه.

أن للاذان شبهاً بالصلاة فيشترط الطهارة عن أغلظ الحدثين دون أخفهما عملاً بالشبهين في الجامع الصغير إذا أذن على غير وضوء وأقام لا يعيد ، والجنب أحب إلي أن يعيد وإن لم يعد أجزأه . أما الأول فلخفة الحدث وأما الثـاني ففي الإعادة بسبب الجنابة روايتـان،

---

يكره أذانه ( ان للأذان شبهاً بالصلاة ) في أنها يفتحان بالتكبير ، ويؤديان مع الاستقبال ، وترتب كلمات الأذان كأركان الصلاة ، ويختصان بالوقت ولا يتكلم فيها .

( فيشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين ) وهو الجنابة ( دون اخفهما ) وهو الحدث ( عملاً بالشبهين ) لم أر أحداً من الشراح بين الشبهين ما هو. غاية ما في الباب أنهم قالوا ما ملخصه أن الأذان لا يكره مع الحدث فعمل بشبهه الصلاة مع الجنابة فكره معها ولم يكره مع الحدث اعتباراً لجانب الحقيقة لأنه ليس بصلاة على الحقيقة . ولو اعتبر الشبه في الحدث لاعتبر في جانب الحقيقة بالطريق الأولى لأنهـا أغلظ . والذي يظهر لي أن أحدهما أشبه بالصلاة وهو الذي ذكرناه ، والآخر أشبه بالذكر ، فبالنظر إلى شبهه بالصلاة كره مع الجنابة ، وبالنظر إلى شبهه بالذكر لم يكره مع الحدث ، فان قلت الأذان ذكر فكيف يقول أنه شبه الذكر وشبه الشيء غيره ، قلت هو ليس بذكر خالص على ما لا يخفى ، وإنما أطلق اسم الذكر عليه باعتبار أن أكثر الفاظه ذكر .

( وفي الجامع الصغير إذا اذن على غير وضوء وأقام لا يعيد ) إنما ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على الاعادة وعدمهـا ( والجنب احب إلي ان يعيد وإن لم يعد أجزأه ) أي وإن لم يعد الجنب أذانه أجزأه لأن المقصود من الأذان الاعلام وقـد حصل ، وهذا التعليل يشير إلى أن معنى قوله أجزأة أي الأذان ولكنه فسره فيما بعده بقوله وقوله فان لم يعد أجزأه يعني الصلاة .

( اما الاول ) وهو قوله إذا أذن على غير وضوء وإقامة لا يعيد ( فلخفة الحدث واما الثاني ) وهو قوله والجنب أحب إلى أن يعيد ( ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان ) يعني أنه يعاد إذا أذن الجنب وأقـام ، ففي رواية على طريق الاستحباب لأن الأذان

والأشبه أن يعاد الأذان دون الإقامة لأن تكرار الأذان مشروع دون الإقامة. وقوله إن لم يعد أجزأه يعني الصلاة لأنها جائزة بدون الأذان والإقامة. قال وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب أن يعاد ليقع على وجه السنة

---

ذكر معظم لأنه من شعائر الدين وبسبب الجنابة ينتقص معنى التعظيم فيستحب إعادته كما يستحب إعادة الخطبة للجنب يوم الجمعة. وفي رواية لا تعاد لحصول المقصود.

( **والاشبه** ) بالحق ( **ان يعاد الاذان دون الاقامة لان تكرار الاذان مشروع** ) في الجملة فان الصحابة رضي الله عنهم [1] قد استحسنوه حين أحدثه عثمان رضي الله عنه [2] يوم الجمعة على الزوراء واستمر العمل عليه إلى اليوم. والزوراء اسم دار عثمان رضي الله عنه بالمدينة، ومن فسرها بالمنارة فله وجه كذا ذكره تاج الشريعة ( **دون الاقامة** ) يعني تكرارها غير مشروع.

( **قوله** ) أي قول محمد في الجامع الصغير ( **وإن لم يعد أجزأه يعني الصلاة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة** ) لأنه قال فى الايضاح ويحتمل أن يكون المراد من الجواز أصل الأذان لأن رفع الصوت زائد في الباب.

( **قال** ) أى محمد في الجامع الصغير ( **وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة** ) هذا عطف على قوله والجنب أحب إلى أن يعيد. وأذان المرأة لا يقع على وجه السنة، لأنها إن رفعت صوتها ارتكبت حراماً وإن خفضت اختلت بالمقصود. قلت قيل في ظاهر الرواية لا يستحب أذان أربعة، الجنب والمرأة والسكران والمعتوه الذي لا يعقل وفي غير رواية الأصول يعاد أذان هؤلاء الاربعة، وفي المبسوط وليس على النساء أذان وإقامة وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وجماعة من التابعين، وكذا لو صلين بجماعة لحديث بالياء آخر الحروف قال كان جماعة من النساء أمتهن عائشة رضي الله عنها

---

( ١ – ٢ ) ساقطتان في الأصل اهـ مصححه.

ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لأن الأذان للاعلام ، وقبل الوقت تجهيل . وقال أبو يوسف وهو قول الشافعي رحمه الله يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل

---

بلا أذان وإقامة ، وللشافعي في جماعة النساء ثلاثة أقوال أصحها وهو ما نصه في الام أنه يستحب لهن الاقامة دون الاذان .

والثاني أنه لا أذان ولا إقامة .

والثالث أنه يستحب الاذان والاقامة .

وفي شرح الوجيز ولا يختص هذا الخلاف فيما إذا صلين بجماعة أو وحدهن .

( **ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في وقتها** ) إن وقع قبلت ( **لان الاذان للاعلام ، وقبل الوقت تجهيل** ) وهذا بالإجماع إلا في أذان الفجر فانهم اختلفوا فيه أشار اليه بقوله .

( **وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل** ) وهو الاصح من أقوال الشافعي وبه قال مالك وأحمد . وقال في العارضة عند المالكية يؤذن لها عند انقضاء صلاة العتمة ، وقيل عند ثلث الليل ، وقيل عند سدسه ، قال لقوله عليه الصلاة والسلام في الصحيح ينزل ربنا إلى السماء الدنيا حتى ينصف الليل . وروي إذا ذهب ثلث الليل ، وروى إذا بقي ثلث الليل فيؤذن المؤذن بينهما على نداء الغفلة قبل فيكون هذا الاذان بينهما إعلام بوقت نزوله سبحانه إلى سماء الدنيا لا لصلاة الصبح .

والقول الثاني للشافعي قبل طلوع الفجر في السحر وبه قطع البغوى وصححه القاضي الحسين والمتولي . وقال النووى وهذا ظاهر المنقول عن بلال وابن أم مكتوم .

والقول الثالث يؤذن لها في الشتاء لسبع تبقى من الليل ، وفي الصف لنصف سبع يبقى منه .

والرابع من ثلث الليل آخر الوقت المختار .

والخامس جميع الليل وقت الاذان [1] الصبح حكاه إمام الحرمين وصاحب العدة قلت

---

(١) هكذا في الاصل والصحيح « لاذان » اه مصححه .

**لتوارث أهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال رحمه الله لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضاً**

---

ما أعلم أي الاذانين تقدم عندهم أذان المغرب أم أذان الصبح إذا كان جميع الليل محلاً لاذان الصبح فحينئذ لا يعرف أحدهما من الآخر . قال النووي وهذا القول ضعيف الرواية بل هو غلط . وقال إمام الحرمين لولا حكاية أبي علي له وأنه لا ينقل إلا ما صح عنده لما استحب نقله ، وكيف يحسن الدعاء لصلاة الصبح في وقت الدعاء إلى المغرب .

( **لتوارث اهل الحرمين** ) أي أهل مكة والمدينة ولقوله عليه الصلاة والسلام فيما روى ابن عمران بلالاً يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم رواه الشعبي عن مالك ، ورواه جماعة غيره مرسلاً قال صاحب الامام هو الصحيح .

( **والحجة على الكل** ) أراد بالكل أبا يوسف والشافعي ومن تابعهما . وقال الاترازي الحجة على أبي يوسف والشافعي وأهل الحرمين . ( **قوله عليه السلام لبلال لا تؤذن حتى يتبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضاً** ) أخرج هذا الحديث أبو داود وعن شداد عن بلال اه وسكت عنه وقال ابن القطان وشداد مجهول لا يعرف بغير رواية جعفر بن مرمام وأعله البيهقي بالانقطاع . ومعنى قول أبي داود شداد لم يدرك بلالاً . قوله حتى يتبين لك الفجر أي حتى يظهر . وروى أبو داود عن حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن بلالاً أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبي ﷺ أن يرجع فينادي ألا إن العبد نام ثلاث مرات فرجع فنادى ألا إن العبد نام . فإن قلت أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال إن بلالاً يؤذن بليل الحديث وقد مضى الآن وفي الصحيحين أيضاً عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما قال كان لرسول الله ﷺ مؤذنان بلال وابن أم مكتوم فقال رسول الله ﷺ إن بلالاً يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم واسمه عمرو بن قيس وقيل عبد الله زائدة الوشي العامري ابن خال خديجة أم المؤمنين رضي الله عنها استخلفه رسول الله ﷺ ثلاث عشرة مرة في غزواته وشهد القادسية واستشهد بها في

---

(١) في الأصل السنة والصحيح ما أثبتناه اه مصححه .

مالك بن الحويرث وابن عم له



خلافة عمر رضي الله عنه . قلت قال الطحاوي وكان ذلك من بلال خطأ على ظن طلوع الفجر والدليل عليه حديث لا يغرنكم أذان بلال فإن في بصره سواد ، استدل عليه بحديث أخرجه وهو من حديث أبي ذر قال رسول الله ﷺ لبلال إنك تؤذن إذا كان الفجر سادلها وليس ذلك الصبح إنما الصبح هكذا معترضاً . قال الطحاوي فأخبر عليه الصلاة والسلام أنه كان يؤذن بطلوع ما يرى أنه الفجر ، وليس في الحقيقة بفجر ، وروى الطحاوي أيضاً من حديث حفصة رضي الله تعالى عنها كان لا يؤذن حتى يصبح ، فإن قلت أخرج ابن خزيمة في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال إن ابن أم مكتوم ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن بلال ، وكان بلال لا يؤذن حتى يرى الفجر ، فإن قلت قال ابن خزيمة هذا الخبر لا يصادف .خبر ابن عمر لجواز أن يكون عليه السلام جعل الأذان بين بلال وابن أم مكتوم نوابة فأمر في بعض الليالي بلالاً أن يؤذن بليل فإذا نزل بلال صعد ابن أم مكتوم فأذن في الوقت فاذا جاءت نوبة أم مكتوم .

**( والمسافر يوذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة إذا سافرتما فأذنا واقيما )** هذا حديث أخرجه الأئمة الستة [1] في كتبهم مختصراً ومطولاً عن مالك بن الحويرث قال أتيت النبي ﷺ أنا وصاحب لي وفي رواية ابن عم لي وفي رواية للنشافي وابن عمر قال فلما أردنا الانصراف قال لنا إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما قلت انظره في كلام الشراح ما قالوا ههنا . وقال السغناقي ذكر هذا الحديث في المبسوط بخطاب غيرها ، قال وروي عن النبي ﷺ أنه قال لمالك بن الحويرث وابن عم له إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما قررنا ، وكذا ذكر في الجامع الصغير لفخر الإسلام والإمام المحبوبي ما يوافق المبسوط ولكن ذكر في الجامع الصغير لفخر الإسلام والإمام المحبوبي مايوافق المبسوط ولكن ذكر فخر الإسلام وليؤمكما أكبركما سناً . ثم إن الأكمل نقل هذا عن السغناقي وسكت راضياً به ونقل صاحب الدراية ما ذكره في المبسوط وسكت ، وقال الاترازي

(١) هكذا في الأصل اه مصححه .

روى أبو داود في سننه باسناده إلى أبي قلابة عن مالك بن الحويرث أن النبي عليه الصلاة والسلام قال له ولصاحب له إذا حضرت الصلاةفأذنا ثم أقيما وليؤمكما أكبركاثم قال ويجوز أن يسمي أحد الأخوين صاحباً للآخر ، ويجوز أن يكون كنية الحويرث أبا مليكة ولكن مبسوط شمس الأئمة ولفظ الجامع الصغير لفخر الإسلام غير ذلك حيث قالا يروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لمالك بن الحويرث وابن عم له إذا سافرتما فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما سناً فعلى هذا يجوز تسمية الابنين للابن ولابن عمة في قول صاحب الهداية بطريق التغليب على اعتبار أن ابن العم يجوز أن يسمى ابناً لأن العم يجوز أن يسمى أباً مجازاً . قلت هذا الكلام لا يصدر إلا ممن ليس له أدنى حس من فن الحديث .أما السغناقي فانه صدر كلامه بما ليس في الحديث . ثم لو حمل الحديث الذي وقع في الكتب الستة بصيغة التمريض وأما الأكمل فانه قلده ومضى . وأما صاحب الدراية لأنه قصرههنالأنه يمشي على طريقة المحدثين ، وههنا لم يحرز أصلاً . وأما الاترازي فانه مع دعواه الفريضة حفظ كثيراً لأنه ذكر الحديث أولاً على أصله ثم كلام صاحب الهداية عليه بتأويل أعجبه غير مقبولة فقال ويجوز أن يسمي أحد الأخوين صاحباً من الناس الأجانب ، وأما ابن عمه وإما عبد الله بن علي الروايات الثلاثة وليس مراده أصلاً أنه كان أخاه من النسب وإنما حمل الاترازي على ذلك قول صاحب الهداية لأبي مليكة فأوله بالتأويل المذكور تصحيحاً لكلام الهداية وهو غلط في نفس الأمر ، والصواب مالك بن الحويرث وصاحب له وابن عم له أو ابن عمر رضي الله عنه على الروايات الثلاث . ثم أكد الاترازي غلطه بقوله ويجوز أن يكون كنية الحويرث أبا مليكة وهذا لم يقل به أحداً فزاد غلطاً على غلط ثم استدرك كلامه بقوله ولكن لفظ مبسوط شمس الأئمة إلى آخره هو الصواب وأوله بقوله فعلى هذا يجوز تسمية الإبنين إلى آخره توفيقاً للفظ الحديث . ولفظ صاحب الهداية ولا جواز هينا ولا توفيق لا كل (١) وقوع الأصل على الغلط على أن صاحب الهداية ذكر هذا الحديث في كتاب الصرف على الصواب فقال في مسألة السيف المحلى لأن الاثنين قد يرادبهما الواحد . قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ ٢٢ الرحمن والمراد أحدهما وقال

---

(١) هكذا في الأصل اه مصححه .

فان تركهما جميعاً يكره ولو اكتفى بالإقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائب والرفقة حاضرون ، والإقامة لاعلام الافتتاح وهم إليه يحتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلى بأذان وإقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وإن تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه أذان الحي يكفينا

---

عليه السلام لمالك بن الحويرث وابن عمه إذا سافرتما فأذنا وأقيما ، والمراد بهما أحدهما وفيه نظر أيضاً .

( **فان تركهما جميعاً يكره** ) أي فان ترك المسافر الأذان والإقامة جميعاً يكره تركه إياهما لمخالفة السنة ( **ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائب والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح** ) أي لافتتاح الصلاة والشروع فيها ( **وهم** ) أي الرفقة بضم الراء جمع رفيق ( **اليه يحتاجون** ) أي إلى إعلام الإفتتاح يحتاجون . وروي عن علي رضي الله عنه المسافر بالخيار إن شاء أذن وإن شاء أقام ولم يؤذن والقوم حاضرون في السفر بخلاف الحضر لأن الناس في المصر لتفرقهم واشتغالهم بأنواع المكاسب والحرف لا يعرفون وقت الصلاة وفي الإقامة لا فرق بين المسافر والمقيم .

( **وان صلى في بيته في المصر يصلي بأذان وإقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة** ) بالأذان والإقامة ( **وإن تركهما جميعاً جاز** ) أي وإن ترك المصلي في بيته الأذان والإقامة جميعاً جاز ، لأن مؤذن الحي نائب عن أهل المحلة في الأذان والإقامة لأنهم هم الذين نصبوه لها فكان أذانه وإقامته كأذان الكل وإقامتهم ، وهذا يوجد الفرق بينه وبين المسافر الذي يصلي وحده وترك الإقامة فانه يكره له ذلك . وعن عطاء من نسي الإقامة أعاد . وقال الأوزاعي يعيد ما بقي الوقت ، وقال مجاهد من نسي الاقامة في السفر يعيد . وعن علي بن الجعد عن أبي حنيفة وأبي يوسف صلوا في المصر الظهر والعصر جماعة بلا أذان ولا إقامة أخطأوا السنة وأثموا ، هذا يدل على وجوب الأذان ( **لقول ابن مسعود رضي الله عنه أذان الحي يكفينا** ) هذا غريب والمصنف أخذه من المبسوط وفيه روي عن ابن مسعود أنه صلى بعلقمة والأسود في بيته فقيل له تؤذن وتقيم قال أذان الحي

يكفينا . وروى الطبراني في معجمه حدثنا اسحاق بن ابراهيم الدبوسي عن عبد الرزاق عن الثوري عن حماد عن ابراهيم أن ابن مسعود وعلقمة والأسود صلوا بغير أذان ولا إقامة قال سفيان كفته إقامة المصر . وذكر التمرتاشي إذا لم يكن أقيم في محلته يكره ترك الاقامة . وقال السرخي له أن يصلي في بيته بلا أذان وإقامة إن شاء ، وإن كانوا جماعة وعن أبي يوسف إن شاء ترك ذلك ، وفي جامع الكردري رخص له ذلك . ولو أذن وأقام فحسن وكذا إن أقام ولم يؤذن وفي المحيط والذي يصلي في المسجد وحده لا يؤذن إجماعاً لأن أذان الحي يكفيه وعند الشافعي سن الأذان في حالة الجماعة والانفراد في الجديد لقوله عليه الصلاة والسلام لأبي سعيد الخدري إنك تحب البادية والغنم فاذا دخل[1] وقت الصلاة فأذن وارفع صوتك ، وقال أبو عبيد في كتابه غريب الحديث وفي حديث سلمان رضي الله عنه من صلى بأرض قي فأذن وأقام الصلاة صلى خلفه من الملائكة ما لا يرى يركعون بركوعه ويسجدون بسجوده ويؤمنون على دعائه . قال القي القطر هو بكسر القاف وتشديد الياء والقطر بضم القام الجانب وقطر كل شيء جانبه .

(**باب شروط الصلاة التي تتقدمها**) أي هذا باب في بيان الشروط التي تتقدم الصلاة والشروط جمع شرط وهو العلامة ، وفي الاصطلاح الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن داخلا فيه وقيل يلزم من انتفائه انتفاء المشروط ، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط ، وقال السرخسي في أصوله الحكم يضاف إلى الشرط وجوداً عنده لا به ويضاف إلى العلة وهو ما بها والشرط والركن لا بد بهما ويفترقان كافتراق العام والخاص ، فعلى هذا كل ركن شرط يعني يلزم من وجود الركن وجود الشرط ولا يلزم من انتفاء الركن وجود الشرط ، ولا يلزم من انتفاء الركن انتفاء الشرط ، وكذا يلزم من وجود العام وجود الخاص ، ولا يلزم من عدم العام عدم الخاص والأعم والأخص على العكس يلزم من عدم الأعم عدم الأخص ، فانه يلزم من عدم الحيوان عدم الانسان ، ولا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص فانه لا يلزم من وجود الحيوان وجود الانسان ثم الشرط على ثلاثة أنواع ، عقلي كالقدوم

---

(١) في الأصل « فاذخل » والصحيح ما أثبتناه اه مصححه .

النجار ، وشرعي كالطهارة الصلاة ، وجعلي كالدخول المعلق به الطلاق . وفي الحواشي شرط الصلاة مسموعة ثلاثة أنواع شرط الانعقاد كالنية والتحريمة والوقت ، والخطبة في الجمعة والجماعة الجمعة عندهما ، وشرط الدوام كالطهارة ، واستقبال القبلة ، والوقت في الجمعة ، والثالث ما شرط وجوده في حالة البقاء ، ولا يشترط فيه عدم ولا المقارنة لابتداء الصلاة وهو القراءة فانها ركن في نفسها . ويشترط في سائر الاركان لان القراءة موجودة في جميع الصلاة تقديراً . قلت ولهذا لو استخلف الامام القارىء في الأخيرين أمياً لايجوز وبقي هنا ما هو شرط التمام كالقعدة الاخيرة فانها شرط لتمام الاركان عند البعض . وقال السروجي يقتضي ما ذكره أن يكون الوقت والتحريمة من شروط الصلاة التي تقدمها فينبغي أن يكونا مذكورين في هذا الباب ولم يذكرا فيه . قلت عقد للوقت باباً مستقلاً لكثرة أحكامه فلا يحتاج إلى ذكره هنا . وأما التحريمة ففيها خلاف هل هي من الشروط أو من الاركان فافهم .

قوله التي تتقدمها من الصفات المذكورة لا من الصفات المميزة إذ ليس من الشروط ما لا يكون متقدماً حتى يكون احترازاً عنه ، وهو قريب من أسلوب قوله تعالى ﴿ يحكم بها النبيون الذين أسلموا ﴾ ٤٤ المائدة . وقال صاحب الدراية احترز بقوله تتقدمها عن القعدة الاخيرة فانه اختلف في ركنيتها . كذا ذكره شيخ الاسلام . وعن ترتيب أفعال الصلاة فيما لم يشرع مكرراً كترتيب الركوع على القراءة والسجود على الركوع فانه شرط جميع لو ترك الترتيب لا تجوز صلاته . وعن مراعاة المقتدي مقام الامام وعن عدم تذكر فائتته قبلها وهو صاحب ترتيب . وعن عدم محاذاة المرأة ، فان هذه الاشياء شروط ولا تتقدمها وفي البدرية هذا قيد قصدي لا اتفاقي لان في هذا الباب ذكر الشروط المتقدمة لا المتوسطة فان قلت ما وجه المناسبة بين هذا الباب وبين ما قبله قلت لما ذكر الطهارة وهي شرط الصلاة وذكر الاوقات عقيبها لكونها أسباباً وشروطاً وذكر الاذان لكونه إعلاماً على الاوقات شرع في بيان بقيته .

## يجب على المصلي أن يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر

**( يجب على المصلي أن يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس )** الاحداث جمع حدث والانجاس جمع نجس فإن قلت ما لنا إلا حدثان الأصغر والأكبر والجمع من أين جاء . قلت ذكر مع الانجاس لمناسبة إياها ويجوز أن يذكر الجمع ويراد به الإثنان وهو كثير لا ينكر وإنما جمعه باعتبار تعدد أسبابه .

وقال الاترازي قيل إنما ذكر الاحداث لأنها أقوى لأن قليلها ليس بعفو بخلاف القليل من الانجاس ، وفيه نظر عندي لأن القطرة من الخمر والدم أو البول إذا وقعت في البئر نجس ، والجنب أو المحدث إذا أدخل يده في الإناء لا ينجس والأولى أولى أن يقال فيه ليس فيه تقديم لأن الواو لمطلق الجمع . قلت نظره فيه نظر لأن مراد القائل من كون الاحداث لا يعفى قليلها هو ما إذا بقيت لمعة ولو كانت يسيرة في بدن الجنب أو في أعضاء المحدث لا يعفى بخلاف القليل من الانجاس وإن ما دون الدرهم منه عفو كما عرف في موضعه فيكون الاحداث أقوى من الانجاس من هذه الحيثية . وقوله الأولى أن يقال ليس فيه تقديم ليس بجيد لأنه يقدم في الذكر وفائدة التقديم لا يتطلب وهو ما ذكره فيما مضى من بيان الطهارة من الحدث الأكبر والأصغر . وما ذكره في بيان الطهارة من النجاسة المغلظة والمخففة على الثوب والمكان . فإن قلت لما كان علم مما تقدم كونها شرط للصلاة فلم أعادها قلت ليكون الباب مشتملاً على جملة الشروط .

**( قال الله تعالى وثيابك فطهر )** ٤ المدثر إنما ذكر هذه الآية الكريمة لأنها تدل بعبارتها على تقديم الطهارة من الانجاس وبدلالتها على تقديمها على الاحداث .

وقال المصنف رحمه الله في تفسيره وأمر الله أن تكون ثيابه طاهرة لأن طهارة الثياب شرط في الصلاة لا يصح إلا بها وهي الأولى والأحب في غير الصلاة . ويقبح للمؤمن الطيب أن يحمل نجساً . وقيل أمر بتقصيرها ومخالفة العرب في تطويلهم الثياب وجرهم الذيول ، وذلك مما لا يؤمن معه إصابة النجاسة . وقال ابراهيم وقتادة والضحاك والشعبي والزهري وثيابك فطهر من الرجس والإثم والمعصية . وقيل أراد طهر نفسك من الذنوب فكنى عن

وقال الله تعالى ( وإن كنتم جنباً فاطهروا ) ويستر عورته لقوله تعالى ( خذوا زينتكم عند كل مسجد ) أي مايواري عوراتكم عند كل صلاة

---

الجسم بالثياب لأنه يشتمل عليه . وقال ابن سيرين وابن زيد نق ثيابك واغسلها بالماء وطهرها من النجاسة وذلك لأن المشركين كانوا لا يتطهرون فأمر بتطهير ثيابه وذكر فيها وجوهاً كثيرة .

( وقال الله تعالى وإن كنتم جنباً فاطهروا ) ٦ المائدة ذكر هذه الدلالة بعبارته على تقديم الطهارة على الاحداث . وقال الاترازي لو لم يورد صاحب الهداية قوله تعالى ﴿ وثيابك فطهر ﴾ ٤ المدثر وقوله تعالى ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ لكان أحسن للاختصار يفهم ذلك من قوله على ما قدمناه وكان من حقه حيث أورد أن يورد الدليل على مجموع مدعاة لئلا يكون البيان متنافياً وهو ليس كذلك لأن قوله تعالى ﴿ وثيابك فطهر ﴾ دليل تقديم الطهارة من الانجاس وقوله تعالى ﴿ وإن كنتم جنباً فاطهروا ﴾ دليل تقديم الطهارة من الحدث الأكبر وبقي تقديم الطهارة من الحدث الأصغر ولم يذكره وهو أنه الوضوء . قلت الدليل على جميع مدعاه قائم وبيانه شاف ، وذلك فهم من قوله ﴿ وثيابك فطهر ﴾ لأنا قلنا أن بعبارته يدل على تقديم الطهارة من الانجاس وبدلالته على تقديمها على الاحداث وهي تتناول الحدث الأصغر والأكبر ، وقوله ولم يذكره ليس كذلك بل ذكره على طريقة ما ذكرنا ولكنه لم يتذكره .

( ويستر عورته ) بنصب الراء لأنه عطف على قوله أن يقدم وتقديره أن يستر ( لقوله تعالى ﴿ خذوا زينتكم عند كل مسجد ﴾ أي ما يواري عوراتكم عند كل صلاة ) ٣١ الأعراف أراد بالزينة ما يواري العورة وبالمسجد الصلاة . ففي الأول إطلاق إسم الحال على المحل وفي الثاني إطلاق إسم المحل على الحال لوجود الإتصال الذي بين الحال والمحل ، وهذا لأن أخذ الزينة نفسها وهي عرض محال فأريد محلها وهو الثوب مجازاً . وكانوا يطوفون عراة يقولون لا نعبد الله في ثياب أذنبنا فيها فنزلت . لا يقال نزول الآية في الطواف فكيف يثبت الحكم في الصلاة لأنا نقول العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وهنا اللفظ عام لأنه قال « عند كل مسجد » ولم يقل عند مسجد الحرام فدل بعمومه ويقال

« خذوا زينتكم » من قبيل إطلاق المسبب على السبب لأن الثوب سبب الزينة ومحل الزينة الشخص . وقيل الزينة ما يتزين به من ثوب وغيره كما في قوله تعالى ﴿ ولا يبدين زينتهن ﴾ ٣١ النور فعلى هذا يصح ما ذكروه من التأويل . وقال الزمخشري الزينة ما زينت به المرأة من حلي أو كحل وإنما نهى عن ابتداء الزينة نفسها ليعلم أن النظر لم يحل إليها . وقيل أراد موضع الزينة لأن النظر إلى الزينة حلال بالإجماع والستر لا يجب لغير المسجد بدليل جواز الطواف عرياً هنا فعلم من هذا أن ستره الصلاة لا لأجل الناس ، حتى لو صلى وحده ولم يستر عورته لا يجوز صلاته وإن لم يكن عنده أحد .

( وقال عليه السلام لا صلاة لحائض إلا بخمار أي لبالغة ) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن محمد بن سيرين عن صفية بنت الحارث عن عائشة رضي الله عنها [١] قالت قال رسول الله ﷺ لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار . وقال الترمذي حديث حسن . ورواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما ولفظهما لا يقبل الله صلاة امرأة قد حاضت إلا بخمار . رواه الحاكم في المستدرك ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وأظنه بخلاف فيه على قتادة ثم أخرجه عن سعيد قتادة عن الحسن عن [٢] النبي عليه الصلاة والسلام قال لا صلاة لحائض إلا بخمار . قلت هذا مثل لفظ المصنف وهذا قد دل على افتراض ستر العورة في الصلاة وستر العورة شرط لصحة الصلاة فرضها ونفلها عندنا وبه قال الشافعي وأحمد وعامة الفقهاء وأهل الحديث . وقال بعض المالكية هو واجب وليس بشرط لصحة الصلاة . وقال ابن رشيد في القواعد ظاهر مذهب مالك أن ستر العورة من سنن الصلاة . وقال بعضهم هو شرط عند الذكر دون النسيان . وعن أشهب من صلى عرياناً أعاد في الوقت . وحكى أبو الفرج المالكي أنه يجب ستر جميع الجسد ، قالوا وجوابه لا يخص الصلاة . قلت ستر العورة عن العيوب واجب بلا خلاف ، فإن قلت الحديث خبر الواحد فلا يفيد الفرض قلت هو

(١) في الأصل عنه والصحيح ما أثبتناه اه مصححة .
(٢) في الأصل ساقطة اه مصححه .

قطعي الدلالة لأداة الحصر ظني الثبوت لكونه خبر الواحد ، فبالمجموع تحصل الدلالة على الإفتراض . وما الآية هو قطعي الثبوت دون الدلالة ولهذا يرد ما قيل أن الآية تفيد الوجوب في حق الطواف فلو أفادت الفريضة في حق الصلاة لكان لفظ خذوا مستعملاً في الوجوب والافتراض ، وذا لا يجوز .

قوله بخمار بكسر الخاء المعجمة وهو ما تغطي به المرأة رأسها .

قوله أي البالغة تفسير الحائض وليس من متن الحديث وهو مجاز عن البالغة لأن الحديث يستلزم البلوغ فيكون هذا إطلاق إسم الملزوم على اللازم . ويقال إن حقيقة الحائض مهجورة حيث لا يجوز للحائض الصلاة أصلاً فيصير إلى [1] المجاز بطريق إطلاق إسم السبب وهو الحيض على المسبب وهو البلوغ .

( **وعورة الرجل ما تحت السرة إلى الركبة** ) سميت العورة عورة لقبح ظهورها ، ومنه الكلمة العوراء وهي القبيحة . وعور العين نقص وعيب فيها . قوله عورة الرجل كلام إضافي مبتدأ . وقوله ما تحت السرة خبره . وكلمة إلى بمعني مع على ما يذكر وجهه عن قريب ( **لقوله عليه الصلاة والسلام عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته** ) في هذا الباب أحاديث كثيرة منها ما أخرجه الدارقطني في سننه عن سواد بن داود عن عمر بن شعب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ مروا صبيانكم . الحديث ، وفيه فلاينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة من العورة ، وهذا المعنى يقرب لفظ نقل المصنف . ورواه أحمد [2] في مسنده ولفظه فإن ما أسفل من سرته إلى ركبته من العورة . وسوار ابن داود كنية العقيلي ، ورفعه ابن معين وابن حبان . وقال أحمد شيخ بصرى لا بأس به . ومنها ما أخرجه الحاكم في المستدرك من حديث عبد الله بن جعفر قال سمعت رسول

---

(١) في الأصل أي . اه مصححه .

(٢) في الأصل أحد والصحيح ما أثبتناه اه مصححة .

ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا يتبين أن السرة ليست[1] من العورة خلافاً لما يقوله الشافعي رحمه الله والركبة من العورة خلافاً له أيضاً وكلمة إلى نحملها على كلمة مع عملاً بكلمة حتى

---

الله ﷺ يقول ما بين السرة إلى الركبة عورة وسكت عنه . وقال الزهري في مختصره أظنه مرفوعاً فإن إسحاق بن واحد متروك وحرام بن حوشب متهم بالكذب وهما من رواته . ومنها ما أخرجه الدارقطني في سننه من حديث أبي أيوب قال سمعت النبي ﷺ يقول ما بين فوق الركبتين من العورة وأسفل السرة من العورة . ( **ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته** ) هذا غريب بهذا اللفظ ولكن معناه لا يخرج من الأحاديث المذكورة.

( **وبهذا** ) أي وبالحديث المذكور (**يتبين أن السرة ليست من العورة**) لأنه قال مابين سرته إلى ركبتيه ما دون سرته والمقصود من ذلك أن لا يكون السرة عورة .

( **وخلافاً لما يقوله الشافعي في أن السرة من العورة** )[2] قال النووي في عورة الرجل خمسة أوجه صحيحها المنصوص أنها ما بين السرة والركبة وليست من العورة . ثانيها أنها عورة أيضاً كالرواية عن أبي حنيفة . ثالثها السرة دون الركبة . رابعها عكسه الظاهر قول الثلاثة من أصحابنا . خامسها القبل والدبر فقط حكاه الرافعي عن الاصطخري . قال النووي هو شاذ منكر وهو رواية عن أحمد حكاه عنه في المغني وقال وهو قول ابن أبي ذئب وداود ومحمد بن جرير قال ابن حزم الذكر وخلفه الدبر .

( **والركبة من العورة خلافاً له أيضاً** ) أي خلافاً للشافعي ، فإن الركبة ليست من العورة عنده في قول كما ذكرنا .

( **وكلمة إلى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى** ) وكلمة إلى كلام إضافي مبتدأ وقوله نحملها جملة من الفعل والفاعل والمفعول في محل الرفع على الجزئية .

---

(١) في الأصل كلمة ليست ساقطة والصحيح إثباتها اهـ مصححه .

(٢) هذه الجملة ( السرة من العورة ) غير موجودة في المتن وربما الصحيح إثباتها كما وردت في الشرح . اهـ مصححه .

قوله على كلمة مع التي هي للمصاحبة .

قوله عملاً منصوب على المصدرية وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إن كلمة إلى في قوله إلى ركبته في الحديث للغاية وهي في هذا الموضع لمد الحكم اليهافلايدخل. وتقرير الجواب أن إلى ههنا تحمل على معنى مع كما في قوله تعالى ﴿ أموالهم إلى أموالكم ﴾ ٢ النساء أي مع أموالكم دفعاً للتعارض عن كلام صاحب الشرع والتعارض ظاهر بين قوله ما بين سرته إلى ركبتيه ، وبين قوله ما دون سرته حتى يجاوز ركبته . وقال بعض [١] المشايخ قوله إلى ركبتيه غاية للاسقاط لأن قوله ما بين سرته يتناول ماتحت السرة فأخرجه ما تحتها فبقيت الركبة تحت العورة . وفي شرح المجمع والغاية قد تدخل وقد لا تدخل والوضع موضع الإحتياط فقلنا بأنها عورة يخرج بتغطيتها عن العهدة بيقين . وفي الدراية وجامع الكردري الركبة مركبة من عظم الساق والفخذ فيكون المحترم مختلطاً من المبيح والمحرم فرجح المحرم . وقال المصنف في التجنيس الركبة إلى آخر القدم عضو واحد والأول أصح لأنها في الحقيقة لنفي عظم الفخذ والساق وإنما حرم النظر اليها من الرجال لتعذر التمييز أو عملاً بقوله عليه السلام الركبة من العورة .

( و عملا ) عطف على قوله عملاً بكلمة حتى وهذا جواب ثان وتقديره أن قوله عليه الصلاة والسلام ما بين سرته إلى ركبته يدل على أن الركبة ليست من العورة لقضية إلى وقوله عليه الصلاة والسلام حتى يجاوز ركبته يدل على أن الركبة من العورة وبينهما تعارض ظاهر فإذا القينا إلى على حالها تساقطا ويعمل حينئذ في كون الركبة من العورة بحديث آخر وهو ( بقوله عليه السلام الركبة من العورة ) وقال الأكمل وفيه نظر لأن حتى إذا دخلت على الفعل كانت بمعنى إلى في مثل هذا الموضع فلا فرق بينهما ، وكان ينبغي أن يقول وعملاً بقوله عليه السلام بالواو ، لأن المعارضة قائمة بكل منهما .

والجواب عن الأول أنه بمعنى إلى لكن مع دخول الغاية .

---

(١) في الأصل البعض والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

وعن الثاني بأن كلمة أو لمنع الخلو ولا لمنع الجمع فلا يكون منافياً قلت لحق الداخلة على المضارع المنصوب ثلاثة معان مرادفة إلى نحو ﴿حتى يرجع الينا موسى﴾ ٩١ طه ومرادفة في التعليلية نحو أسلم حتى تدخل الجنة ومرادفة إلا في الاستثناء .

وقوله مع دخول الغاية لا طائل تحته لأنه إذا كان بمعنى إلى يكون للغـــاية ، ثم عند كونها للغاية لا بد من قرينـــة على دخول ما بعدها وعلى عدم الدخول أيضاً وإن لم تكن قرينة الأصح أن لا يدخل كما عرف في موضعه . ثم الفرق بينهـــما بجواز وقوع المنصوب بعدها كما في الحديث وعدمـــه في إلى ، والنصب بأن مضمرة لا بنفس حتى لا ينتصب إذا كان مستقبلاً . ثم إن كان استقباله بالنظر إلى زمان المتكلم فالنصب واجب وإلا فيجوز الرفع أيضاً . وفي الحديث النصب متمين لأن الرفع إنما يجوز بثلاثة شروط . أن يكون حالاً أو مـــأولاً بالحال . والثاني أن يكون سبباً عما قبلها . والثالث أن يكون فضلة فإن أردت التحقيق فليرجع إلى مكانه .

ثم الحديث وهو قوله ﷺ الركبة من العورة . أخرجه الدارقطني في سننه عن النضر ابن منصور الفوري عن عقبة بن علقمة سمعت علياً رضي الله عنه يقول قال عليه الصلاة والسلام الركبة من العورة . وقال الذهبي النضر بن منصور رواه وقال ابن حبان لا يحتج به وعقبة بن علقمة ضعفه أبو حاتم الرازي . وأخرج البيهقي في الخلافيات من جهة ابراهيم ابن إسحاق القاضي عن بقية عن سفيان عن ابن جريج عن النبي عليه الصلاة والسلام قال السرة من العورة قال هذا مفصل مرسل .

( وبدن الحرة كلها عورة ) وفي بعض النسخ كـــله عورة ، والأول بالنظر إلى الحرة والثاني بالنظر إلى البدن ، ويذكر ضمير الأول لأن التأكيد للبدن والتأنيث باعتبار تأنيث المضاف اليه كما في قولهم خنصرة أصابعه .

(إلا وجهها وكفيها لقوله عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة ) أخـــرج

الترمذي في آخر الرضاع عن همام عن قتادة عن مورق عن أبي الأحوص عرف بابن مالك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال المرأة عورة فاذا خرجت استرقها الشيطان . وقال حديث حسن صحيح غريب . وأخرجه ابن حبان في صحيحه عن أبي الأحوص به وزاد أنها لا تكون إلى الله أقرب منهافي تعزيتها. وأخرجه البزار أيضاً في مسنده وليس لفظ مستورة عند أحد منهم . وقال الاكمل وقوله عليه الصلاة والسلام المرأة عورة مستورة خبر بمعنى الامر ، ومثله يفيد التأكيد . وقيل معناه من خفها أن تستر ، قلت لا حاجة إلى هذا التأويل لانه عليه الصلاة والسلام أخبر أن المرأة عورة فمن ضرورة ذلك أن يكون النظر اليها حراماً . قال صاحب الدراية قوله عليه السلام عورة مستورة اخبار ونحن نشاهدها غير مستورة وقد عصم عن الكذب والخلف فيحمل باخباره على معنى أخبر للاحتراز عنها فحملناه على إيجاب الستر أي يجب عليها الستر . وفي الجنازية والكافي معناه من حقها أن تستر كما يقال الله معبود أي من حقه أن يعبد لا لاجل الجنة . وإن قلت الخبر آكد لانه يدل على المبالغة ومعناه قد ذكرناه . والتأويل الذي ذكروه إنما هو بعد صحة قوله مستورة ولم يصح ذلك .

وقوله وكفيها ويشير إلى أن ظهر الكف عورة وهو ظاهر الرواية لان الكف عرفاً لا يتناول ظهره قالة الاكمل . قلت والكف اسم لظاهر اليد وباطنها إلى الرسغ وكونه لا يتناول ظهر اليد عرفاً لا يبنى عليه شيء من حيث العرف والاعتبار لما قاله الشارع . وقد روى أبو داود في المراسيل عن قتادة أن رسول الله ﷺ قال ان الجارية إذا حاضت لم تصلح أن يرى منها إلا وجهها ويداها أي العضد. ولفظ اليد يتناول ظاهر الكف وباطنه.

( استثنى [1] العضوين ) أي استثنى النبي عليه الصلاة والسلام العضوين وهما الوجه والكفين. وقوله المرأة عورة وعود الضمير إلى النبي عليه الصلاة والسلام إنما يصح إذا ثبت في الحديث إلا وجهها وكفيها .

( للابتلاء بإبدائهما ) هذا تعليل الاستثناء أي لوجود الإبتلاء باظهار الوجه والكفين

(١) هذا غير الذي ورد في المتن . اه مصححه .

قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على أن القدم عورة
ويروى أنها ليست بعورة وهو الأصح فإن صلت

---

عندنا . وله الإبتلاء في يدها وفي كشف وجهها خصوصاً عند الشهادة والمحاكمة والنكاح . وفي المحيط إلا الوجه واليدين إلى الرسغين والقدمين إلى الكعبين . وفي الوترى جميع بدن الحرة عورة إلا ثلاثة أعضاء الوجه واليدان إلى الرسغين والقدمين . وفي جامع البرامكة عن أبي يوسف يباح النظر إلى ذراعيها ، وكذا يباح النظر إلى ثيابها لأنها يرونها . وفي الحديث مع الرجل ، وقال أبو بكر بن عبد الرحمن الشافعي الحرة كلها عورة حتى ظفرها لقوله عليه السلام المرأة عورة . وعن أحمد في الكفين روايتان .

( قال ) أي المصنف رحمه الله تعالى ( وهذا ) أي لفظ القدوري في قوله وبدن[1] المرأة الحرة كلها عورة إلا وجهها وكفيها ( تنصيص ) أي نص ( على أن القدم عورة ) لأنها ليست بمستثناة .

( ويروى )الراوي هو الحسن عن أبي حنيفة ( أنها ) أي أن القدم (ليست بعورة ) لأنها تبتلى بابداء القدم إذا مشت حافية أو منتعلة فربما لا تجد الخف على أن الاشتهاء لا يحصل بالنظر إلى القدم كما يحصل بالنظر إلى الوجه فإن لم يكن الوجه عورة مع كثرة الإشتهاء فالقدم أولى ( وهو الأصح ) أي كون القدم ليست بعورة هو الأصح . وفي شرح الأقطع والصحيح أنها عورة بظاهر الخبر . وقال المرغيناني والأسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي وقدمان فيها عورة . قال الأسبيجابي في حق النظر . والطحاوي لم يجعلها عورة في حق الصلاة . وقال الكرخي ليست بعورة في حق النظر . وقيل لا تكون عورة في حق الصلاة أيضاً . وفي المفيد في القدمين اختلاف المشايخ . وقال الثوري رحمه الله تعالى والمزني القدمان ليستا من العورة . وقال الثوري في قول عند الخراسانيين . وقيل وجهه ان باطن قدميها ليست بعورة .

( فان صلت ) ذكر بالفاء لترتيب هذه المسألة التي هي من مسائل الجامع الصغير على

---

(١) في الأصل وبدون والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

ما قاله المصنف من قوله ويروى أن القدم ليس بعورة وهو الأصح ، لأن مسألة الجامع الصغير يدل على جواز الصلاة مع كشف ما دون ربع الساق ، فكانت القدم مكشوفة لا محالة ( وثلث[1] ساقها ) أي والحال ان ثلث ساقها ( أو ربعها ) أو ربع ساقها قيل إذا كان الربع مانعاً فإنه يغني عن ذكر الثلث فما فائدة ذكره ، وأجيب بأجوبة الأول قاله الاترازي المانع هو الكثير لا القليل والثلث كثير استدلالاً بحديث الوصية وهوقوله عليه السلام والثلث كثير ، أما الربع ففي كثيرته شك لثبوته بالرأي ولهذا ذكره بكلمة أو وهي للشك ، قلت هذا ليس بسديد لأن الرابع سواء شك بكثرته أو لم يشك فإنه أقل من الثلث لأن الشيء لا يوصف بالكثرة إلا إذا كان مقابله صحيحة .

الثاني قاله صاحب الهداية أنه أورد على هذا الوجه لبيان قول أبي يوسف لما أن عنده الربع والثلث غير مانع . قلت هذا ليس بشيء لان عنده إذا لم يمنع الثلث فالربع بالطريق الأولى .

الثالث قاله هو أيضاً أن محمداً تردد في الكثير لأنه يروى عن النبي ﷺ أنه قال الربع كثير ، وروى أيضاً عنه عليه السلام أنه قال الثلث كثير كما في الوصية فتردد بينهما فذكرهما قلت هذا أيضاً فيه نظر لأنه مبني على صحة رواية كثرة الربع قاله في الفوائد الظهيرية فإن أبا حنيفة سئل عن هذه المسألة على هذا الوجه فأورده كذلك في الكتاب ، قلت هذا ليس بشيء لأنه كان ينبغي أن يكون إيراده على ما أجاب أبو حنيفة فإن فخر الإسلام والفقيه أبو الليث لم يذكر لفظ الثلث في الجامع الصغير ، وقال ينقل عن يعقوب عن أبي حنيفة في المرأة تصلي وربع ساقها مكشوف أنها تعيد .

الخامس[2] ما قاله في الخبازية قيل هذا غلط من الكاتب وكذا ذكر صدر الأكمل

---

(١) هذا غير مذكور في المتن والأصح إثباته اهـ مصححه .

(٢) لم يذكر القول الرابع وربما كان الرابع ما نقله من يعقوب عن أبي حنيفة قبله والله أعلم اهـ مصححه .

مكشوف أو ثلثها تعيد الصلاة عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله

وإن كان أقل من الربع لا تعيد

---

جواباً من الأجوبة بأن قال أنه سهو من الكاتب ، ولهـــذا لم يكتب فخر الإسلام وعامة المشايخ لعدم الفـــائدة . قلت لا يلزم من عدم كتابة فخر الإسلام وعامة المشايخ عدم الفائدة عند غيرهم .

السادس قاله الأكمل بأنه شك وقع من الراوي عن محمد قلت وقوع الشك عن الراوي عن محمد لا يستلزم وقوعه عن المصنف حتى يذكره على هذا الوجه .

السابع نقل صاحب الدراية من أن الربع مانع فإذا كان كذلك كانت مانعية الثلث بطريق الدلالة ، وما ثبت بالدلالة بالتنصيص عليه لا يكون قبيحاً قال الله تعالى ﴿ يوم عسير على الكافرين غير يسير ﴾ ٩ المدثر ونقله الأكمل منه أيضاً قلت هذا القيـــاس غير صحيح لأن قوله غير يسير ليس بالمعنى الذي ذكروه ، وإنما معناه غير يسير على الكافرين كما هو يسير على المؤمنين فلأجل هذه النكتة ذكر وإن كان مستغنى عنه عند ذكر عسير في الحقيقة ، أو هو عسير لا يرجى أن يكون يسيراً لما يرجى تيسير العسير من أمور[1] الدين وإليهما لمح الزمخشري في تفسيره .

الثامن قاله صاحب الدراية وأخذ عنه الأكمل بأن الربع مانع قياساً والثلث استحساناً فأورده عن القياس والاستحسان .

التاسع أورده أيضاً بأن الربع مع القدم والثلث مانع لا مع القدم قلت هذان الوجهان لا بأس بهما .

( مكشوف ) خبر لقوله وثلث ساقيها ( تعيد الصلاة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله وإن كان أقل من الربع لا تعيد ) وإن كان الذي انكشف من ساقيها أقل من ربعها لا تعيد الصلاة . والأصل أن الكثير من انكشاف العورة مانع ، والقليـــل غير مانع ، والربع وما فوقه كثير وما دونه قليل عندهما . وقال الشافعي لو انكشف شيء

---

(١) في الأصل « من الأمور الدين » والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

**وقال أبو يوسف رحمه الله لاتعيد إن كان أقل من النصف لأن الشيء إنما يوصف بالكثرة إذا كان ما يقابله أقل منه اذهما من أسماء المقابلة**

---

من العورة في الصلاة بطلت صلاته ولا يعفى عن شيء منهـا ولو شعرة من رأس الحرة أو ظفرة منها . وعند أحمد يعفى عن القليل ولم يحده بشيء بل جعله الكثير فاحشاً في النظر والقليل لا يفحش ويرجع فيه إلى العادة .

( **وقال أبو يوسف إذا كان** ) أي الإنكشاف ( **أقل من النصف لا تعيد الصلاة لأن الشيءإنما يوصف بالكثير أذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما** ) كلمة إذ للتعليـــل وهما أي القلة والكثرة .

( **من أسماء المقابلة** ) قال الأكمل يريد به التقابل لا التضايف فسره هكذا لأنه احترز به عن تقابل التضاد ولهذا قال في الشروح أن التقابل بينهما تقـابـل الضدين ليس بشيء لاجتماعهما في محل واحد فإن الشيء الواحد يجوز أن يكون قليلاً بالنسبة إلى شيء و كثيراً بالنسبة إلى غيره . قلت التقابل بالذات في أقسام أربعة تقابل العدم والملكة ، وتقـابل السلب والإيجاب ، وتقابل التضاد هكذا ذكر في معنى التقابل بالغرض وهو التقابل بين الوحدة والكثرة فإن تقابلهما ليس بالذات بل بالعرض وما ذكرناه من الأربعة تقابل بالذات على ما عرف في موضعه . وقال السغناقي رحمه الله في المبسوط القلة والكثرة من الأسمـاء المشتركة فإن الشيء إذا قوبل بما هو أكثر منه يكون قليلاً ، وإذا قوبل بمـا هو أقل منه يكون كثيراً فكلتا العارتين [1] صحيحاً لأن الكثير إنما استحق القليل باعتبار المقـابل وإلا ليس له هذا الإسم فكذا الكثير فكانت القلة والكثرة من أسماء المقابلة وكذلك الشيء الواحد لما أطلق على معنيين مختلفين باعتبارين مقابلين كان مشتركا بينهما قلت أما إطلاق المقابلة بينهما فنعم ولكن الكلام في أن المراد فيها ما هو واما الصحيحـــة في كون القلة والكثرة من الأسماء المشتركة فلا وجه له أصلا لا لغة ولا اصطـلاحاً . لأن قوله لأن الشيء الواحد .الخ رد ما قاله لأن مراده من الشيء الواحد إن كان قليـلاً فهو ليس مشترك في

---

(١) هذا ما ورد في الأصل وربما قصد المقابلتين . اهـ مصححة .

وفي النصف عنه روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة أو عدم الدخول في ضده . ولهما أن الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام

---

تفسيره . وكذا إذا كان مراده هو الكثير فكذلك وهذا ظاهر لا يخفى .

( وفي النصف عنه ) أي عن أبي يوسف ( روايتان ) في رواية الجامع الصغير جعل النصف في حكم القليل . وفي رواية الأصل جعله في حكم الكثير ( فاعتبر الخروج عن حد القلة ) هذا بيان جهة الروايتين فلذلك ذكره بالفاء أي اعتبر أبو يوسف الخروج أي خروج النصف عن حد القلة في كونه مانعاً، وهذا ليس بخارج عنه، لأن القليل اسم لما يقابله الكثير وما يقابله ها هنا ليس بكثير، لأنه نصف والنصف اسم لأحد الجزئين المتساويين فلا يكون قليلاً والقليل عفو ، فإذا لم يكن قليلاً يكون خارجاً عن حد القلة فيكون مانعاً ( أو عدم الدخول في ضده ) ان أبا يوسف اعتبر عدم دخول النصف في ضده أي في ضد القليل وهو الكثير فيكون غير كثير لأن الكثير اسم مباين. وقول المصنف في ضده هو حد الشارحين على نفس المقابلة بالضد وليس كذلك كما ذكر بل تقابل التضايف .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله ( ان الربع يحكي حكاية الكمال ) وفي بعض النسخ حكاية الكل أي يقوم مقام الكل في مواضع كثيرة عن الاحكام واستعمال الكلام .

( كما في مسح الرأس ) فإن مسح ربع الرأس يقوم مقام مسح كل الرأس في الفرض ( والحلق في الاحرام ) فإن المحرم إذا حلق ربع رأسه تجب الفدية كاملاً كما إذا حلق كله وكما في الثوب الذى ربعه طاهر لا تجوز صلاته عرياناً كما لو كان كله طاهر ، أو إذا كان أقل من الربع كما لو كان كله نجساً . ومحمد مع أبي يوسف في الأضحية في اعتبار ما زاد عليه نصف العضو في المبالغة وإن في فوات النصف بينهما روايتان. وقال الأكمل واعترض بأن اعتبار هذا بمسح الرأس غير مستقيم لأن مسح كل الرأس لم يكن واجبا حتى يقوم الربع مقامه بل الواجب منه بعض الرأس . أجيب بأن الأصل في الرأس غسل كله كما في غسل الوجه لأن الطهر المقصود بالوضوء يحصل به لأن الشارع اكتفى بالمسح عن الغسل ثم اكتفى بالبعض عن الكل دفعاً للضرورة ، فكان الربع قائماً مقام الكل. قلت هذا أخذه من كلام صاحب الدراية وفيه نظر فلذلك لما أورد صاحب الدراية هذا السؤال والجواب قال كذا قيل فهذا يشير إلى أن هذا ما أعجبه كما ينبغي وجه النظر بأنا لا نسلم أن الأصل

ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وإن لم ير إلا أحد جوانبه الأربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الإختلاف لأن كل واحد عضو على حدة

---

في الرأس غسل كله بل الأصل مسح كله لأن الله تعالى شرع في الوضوء وظيفة الرأس بالمسح ، ووظيفة بقية الأعضاء بالغسل كما نطق به النص ، ولكنه لما ذكر المسح بالماء وقع الاختلاف في المقدار لا في أصل المسح كما هو مقرر في موضعه . وقال الأكمل أيضاً وقيل هذا تشبيه القدر بالقدر لا تشبيه الواجب بالواجب كما في قوله ﷺ انكم سترون ربكم الحديث . فإن فيه تشبيه الرؤية بالرؤية لا تشبيه المرئي بالمرئي . قلت هذا أخذه من كلام صاحب الدراية وفيه أيضاً نظر لأنه ليس المراد منه مجرد تشبيه القدر بالقدر بل المراد تشبيه الحكم بالحكم وإلا فلا يصح التشبيه .

( ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وإن لم ير إلا احد جوانبه الأربعة ) ذكر هذا تمثيلاً في المحسوسات وهو أزين الاربع وهذا من قبيل ذكر الكل وإرادة الجزء الذي هو الربع .

( والشعر والبطن والفخذ كذلك ) أي حكم شعر المرأة وبطنها وفخذها كذلك وقد فسره بقوله ( يعني على هذا الخلاف ) يعني إذا انكشف ربع شعر المرأة يكون مانعاً للصلاة عندهما . وعند أبي يوسف إذا زاد على النصف يكون مانعاً ، وفي النصف روايتان ، وكذا الخلاف في البطن والفخذ على هذا الوجه . وإذا انكشف سدس شعرها وسدس بطنها وسدس فخذها يجمع فإن كان يبلغ الربع من هذه الأعضاء يكون مانعاً عندهما وإلا فلا . وذكر في شرح الزيادات لو كان سدس عورتها مكشوف وسدس ساقها وسدس فخذها وذلك يبلغ ربع الساق فلا تجزئها صلاتها ، وكذا الحكم لو كان ينكشف من كل ساق أقل من الربع ، ولو جمع بلغ الربع ، وفي الذخيرة امرأة صلت وشعرها من تحت أذنها مكشوف قدر ربعه تعيد صلاتها .

( لأن كل واحد منها ) أي من الشعر والبطن والفخذ ( عضو على حدة ) أي كل

## والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وإنما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج

واحد منها عضو وحدها فان قلت الشعر ليس بعضو ، قلت هذا اما من باب التغليب لأنه جزء من الآدمي حتى لا يجوز بيعه فأطلق عليه العضو . فان قلت ما الدليل على أن حكم الشعر حكم العضو ، قلت إذا حلق شعرها ولم ينبت تجب كل الدية .

(**والمراد به النازل من الرأس**) أي المراد بالشعر هو الشعر النازل من الرأس لا المسترسل إلى أسفل الأذنين . وفي الذخيرة امرأة صلت وشعرها من تحت أذنها مكشوف وقدر ربعه فسدت صلاتها . والدليل على كون الشعر النازل عورة ان محمداً رحمه الله جمع في الأصل بين الرأس والشعر لأن المراد من الرأس عليه من الشعر ، فثبت ان الشعر النازل منه عورة .

( **هو الصحيح** ) وهو اختيار الشيخ الإمام محمد بن الفضل البخاري . وقال فخر الإسلام وهو الأصح عندنا واحترز بقوله هو الصحيح عن قول صدر الشهيد فان عنده الشعر النازل ليس بعورة ، وهو رواية المنتقى، ذكره المحبوبي . وأما الشعر المسترسل إلى أسفل من الأذنين ففي كونها عورة روايتان ، واختيار أبي الليث أنه عورة احتياطاً. وعند أبي عبد الله البلخي ليس بعورة والاحتياط فيما ذهب إليه أبو الليث وما ذهب إليه البلخي يقتضي جواز النظر إلى صدغ الأجنبية وطرف ناصيتها وهو أمر يؤدي إلى الفتنة .

وثدي المرأة الحرة إن كانت ناهدة فهي تبع لصدرها وإن تدلت فهي عورة على حدة فيعتبر ربعها .

( **وإنما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج** ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كان الشعر النازل عورة باعتبار أنه من بدنها لوجب غسلها في حالة الجنابة وتقريره الجواب ان سقوط غسله ليس باعتبار أنه ليس من بدنها بل هو من بدنها لاتصاله بها ولكن غسله في الجنابة إنما سقط لأجل الحرج في بعضها إياها بخلاف الرجل فان الخروج فيهما يسيراً إما لقلته وإما ليسر الغسل على الرجل فوق يسره على النساء لا لغسله الحياض

والانهار جهاراً ودخول الحمام بلا خشية في الخروج من البيوت . فان قلت ما ذكر الساعد وهو عورة قلت لأنها لم تدخل في الاستثناء لأن العادة لم تجر بابرازها .

( **والعورة الغليظة على هذا الاختلاف** ) العورة الغليظة هي القبل والدبر وأراد بهذا الاختلاف المذكور فيما تقدم من انكشاف النصف والربع يعني إذا لم يكن المكشوف منها زائداً على النصف لا يكون مانعاً عند أبي يوسف ، وعندهما إذا لم يكن ربعها مكشوفاً لا يكون مانعاً . واعلم ان عند عامة العلماء العورة الغليظة حكمها حكم الحقيقة والخلاف في الكل واحد .

والعورة الخفيفة ما عدا القبل والدبر ، وبعض المشايخ قدروا في الغليظة بما زاد على قدر الدرهم احتياطاً كما في النجاسة الغليظة وكذا في الخفيفة بالربع والأصح الأول .ولو نظر إلى داخل فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها ويصير مراجعاً ولاتفسد صلاته. وفي الاجناس تفسد صلاته أيضاً . وذكر ابن شجاع أن من نظر من ربقة إلى فرجه لم تجز صلاته . وفي نوادر هشام إذا كان قميصه محلول الجيب فانفتح حتى رأى عورة نفسه تبطل صلاته وأعاد وإن لم يلتزق [1] الثوب ببردة حتى لا يراها لو نظر لا تفسد ، فعلى هذه الرواية جعل سترها من نفسه شرطاً ومن الأصحاب من قال إن كان كثيف اللحية [2] يجوز صلاته لأنها تسترها . وقال بعضهم لا تجوز ولا تنفعه لحيته .وفي الذخيرة وعامة الأصحاب جعلوا الستر شرطاً عن غيره لا عن نفسه لأنها ليست بعورة في حق نفسه لأنه يحل له مسها والنظر اليها ، وبالأول قال الشافعي وأحمد . وروى ابن شجاع نصاً عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لو كان محلول الجيب فنظر إلى عورة نفسه لا تفسد صلاته ، ولو نظر المصلي على عورة غيره لا تفسد صلاته عند أبي حنيفة رحمه الله . قال المرغيناني هو قولها ولو صلى في قميص واحد لا يرى أحد عورته لكن لو نظر إنسان من تحته رأى عورته

(١) في الأصل « وإن لم التزق » والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

(٢) أي بحيث لا يرى من خلالها اه ، مصححه .

فهذا ليس بشيء . والثوب الرقيق الذى يصف ما تحته لا يجوز فيه ، وهو قول الشافعي وأحمد لأنه مكشوف العورة معنى .

مراهقة صلت بغير قناع جازت استحباباً لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لحائض إلا بقناع ، مفهومه أن غير الحائض صلاتها صحيحة بغير قناع . ولو كانت عريانـة تؤمر بإعادتها ، والصغيرة جداً لا بأس بالنظر اليها ومنهـا . وقال الشافعي يستوي في العورة الحر والعبد والصبي حكاه النووي . ولنا ما رواه ابن عباس رضي الله عنــه قال رأيت النبي ﷺ خرج بين فخذي الحسن وقبل زبيرته ، ذكره الطبراني في معجمه الكبير .

لا تجب ستر المنكب في الصلاة ولا في غيرها [1] وبه قال مالك والشافعي وعامة أهل العلم . وقال أحمد لا تصح صلاته بدون ستر بعض المنكبين ولو بثوب رقيق يصف ماتحته في ظاهر مذهبه عنه ابن قدامة في المغني . وقال ابن المنذر يجب ستر العاتق في الصلاة مع القدرة عليه بقوله عليه الصلاة والسلام لا يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقـه منه شيء أخرجاه . قلنا قد عارضه قوله عليه الصلاة والسلام إذا كان الثوب واسعـاً فالتحف به وإن كان ضيقاً فاتزر به رواه البخاري . وسئل رسول الله ﷺ عن الصلاة في ثوب واحد فقال [2] ولكل منكم ثوبان رواه مسلم .

( **والذكر يعتبر بانفراده** ) من غير الضم إلى الأنثيين احتياطـاً كما في الدية ( **وكذا الانثيين** ) أي وكذا الخصيتين مثل حكم الذكر حيث لا يضم كل منهما إلى الآخر حتى يمنع انكشاف الربع من كل واحد من الذكر والأنثيين .

( **وهذا هو الصحيح** ) يعني اعتبار كل واحد منهما بانفراده من غير ضم إلى آخر هو الصحيح من المذهب ، واحترز به عما ذكر بعض المشايخ ان الأنثيين مع الذكر عضو واحد فجعلوها تبعاً للذكر .

---

(١) في الأصل « في خيرها » والصحيح ما أثبتناه اه مصححه .

(٢) في الأصل ساقطة والصحيح ما أثبتناه اه مصححه .

دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الأمة ، وبطنهـــا وظهـــرها عورة

---

واذن المرأة عضو على حدة والركبة تبع للفخذ على ما هو المختار في الفتاوى حتى أن ربع الركبة لو كان مكشوفاً لا يمنع الصلاة . وكعب المرأة حكمها حكم الركبة . وما بين سرة الرجل وعانته حول جميع البدن عضو على حدة .

( دون الضم ) الذكر إلى انثيين على ما ذكرناه .

( قال ) أي القـــدوري ( وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الأمة ) عورة منصوب لأنه خبر كان قاله بعض الشراح ، قلت يجوز الرفع أيضاً على أن تكون كان تامة وإن كانت عورة الأمة (١) ،ماهوعورةالرجل لأن حكم العورة في الأناث أغلظ فإذا كان الشيء من الرجال عورة كان من الأناث عورة بالطريق الأولى .

( وظهرها وبطنها عورة ) يعني هذان العضوان أيضاً عورة من الأمة لأنهما محل من الشهوة . وقال المرغيناني العورة من الأمة أربع الظهر والبطن والفخذ والركبـة ، قلت ويضاف اليها المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة ومن كان في رقبتها شيء من الرق فهي في معنى الأمة والمستسعاة عندهما حرة والمستسعاة المرهونة إذا أعتقها الراهن وهو معسر حر بالاتفاق ذكره في الجامع ، وقال الشافعي في أصح أقواله الأمة كالرجل والتي بعضها حر فيها وجهان في الحاوي أحدهما كالحرة وعند أحمد فيما حكاه عن أبي حامد عورةالأمة كعورة الرجل وهو الأظهر عندهم حتى لو انكشف فيها ما بين سرتها وركبتهـــا فصلاتها باطلة ، وإن انكشف ما عدا ذلك صحت . وفي الجامع عورة الأمة ما عدا الرأس واليدين إلى المرفقين والرجلين إلى الكعبين . وعن ابن سيرين أم الولد يلزمها ستر رأسها في الصلاة، وإذا زوج الأمة سيدها أو سواها قال الحسن البصري يلزمها ستر رأسها ولم يوافقه أحدمن العلماء . وفي المبسوط عتقت الأمة أو المدبرة أو المكاتبة أو أم الولد في صلاتهـا فأخذت قناعها بعمل يسير قبل أن تؤدي ركنها لا تفسد صلاتها وإلا فسدت ، وكذا لو سقطقناع

---

(١) هكذا وردت في الأصل اه مصححة .

وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه الق عنك الخمار يادفار أتتشبهين بالحراء

---

الحرة في صلاتها وإزار الرجل . وقال زفر تفسد في الكل ولو صلت شهراً بغير قناع ثم علمت بالعتق منذ شهر تعيدها وفي فتاوى العتابى السفناقي ولو كان عليها ثوب أو مقنعة تصف ما تحته فهي عريانة وبه قال الشافعي . وفي الحلية عورة الأمة كعورة الرجل على ظاهر المذهب . وبعض أصحابنا قال جميع بدنها عورة إلا موضع التقليب منها في الشراء كالرأس والساعد والساق . وقال بعضهم عورتها كعورة الحرة إلا أنها يجوز لها كشف رأسها ولو كان نصفها حراً ونصفها رقيقاً فهي كالحرة على ظاهر المذهب . وعن ابن سيرين أم الولد تصلي بخمار وهي عورة رواية عن أحمد ، ويحكى عن مالك أيضاً ولو عتقت الأمة في الصلاة ورأسها مكشوف وهناك سترة بعيدة بطلت صلاتها ، وفي الحاوي فيه اختلاف والصحيح أنها تبطل لقدرتها على أخذ الثوب في الحال . والثاني يبطل بالمضي ويطاول العمل وانتظرت من يناولها الستر فناولها من غير أن يحدث عملاً ففيه وجهان أحدهما لا تبطل صلاته والثاني تبطل ولو علمت بالعتق بعد الصلاة ففي وجوب الإعادة قولان وقيل يجب الإعادة قولاً واحداً والأول أصح .

( **وما سوى ذلك من بدنها** ) أي وما سوى ذلك من عورتها مثل عورة الرجل وبطنها وظهرها ( **ليس بعورة لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحراء** ) هذا الأثر غريب قال السروجي وفي الكتاب وغيره من كتب الفقه عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأمة الق عنك الخمار .الخ لم أجده في كتب الحديث والأثر قلت معناه روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن أنس أن عمر رضي الله عنه ضرب أمة لآل أنس رأسها متقنعة فقال اكشفي رأسك لا تشبهي بالحرائر. وعن ابن جريج عن عطاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان نهى الإماء عن الجلابيب أن يتشبهن بالحرائر قال ابن جريج وجد أن عمر رضي الله عنه ضرب عقيلة أمة أبي موسى الأشعري في الجلباب أن تتجلبب وعن ابن جريج عن نافع أن صفية بنت عبيد حدثته قالت خرجت امرأة مخمرة سجلة فقال عمر رضي الله عنه من هذه المرأة فقيل له جارية

ولأنها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعاً للحرج قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها

---

لفلان رجل من بنيه فأرسل إلى حفصة [١] فقال ما حملك على أن تخرجي هـذه الأمة وتجليها حتى هممت أن أقع لها لأجلبيها لاتشبه الاماء من المحصنات. وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن سليمان عن ابراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه كان يضرب الاماء ان يتقنعن ويقول لا يتشبهن بالحرائر. وقال البيهقي الآثار بذلك صحيحة قوله يا دفار بفتح الدال المهملة وفي آخره راء مكسورة ومعنـاه يا منتنة وهي معدولة من دفرة أي منتنة وهي مبنية من الكسر ويقال الدفتاء أم دفرة.

قوله ألقي مجزوم عند الكوفيـين وعلامة جزمه حذف النون وعند البصريـين مبني على الجزم.

( ولانها ) أي ولأن الأمة ( تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها ) بفتح الميم وكسرها قاله صاحب الدراية. قال في المغربين المهنة الخدمة بنصب الميم وخفضه خطأ قاله شمس الأئمة عن مشايخه. قال الأصمعي المهنة بفتح الميم هي الخدمة ولا يقال مهنة بكسر نقله الزمخشري عنه وهو من مهن القوم خدمهم ( عادة ) أي في عادة أصحاب الإمام [٢].

( فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال ) يعني يجوز أن ينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين فكـذا يجوز أن ينظر الأجنبي من الأمة إلى هذه المواضع ( دفعاً للحرج ) لأن البعض من غير استئذان واحتشام.

( قال ) أي القدوري رحمـه الله ( ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ) أي مع النجاسة. وكلمة ما بالقصر ليتناول المـائعـات كـذا ذكره الشراح، ويجوز أن

---

(١) في الأصل حفظة اهـ مصححه.

ولم يعد وهذا على وجهين ، إن كان ربع الثوب أو أكثر منه طاهراً يصلي فيه ، ولو صلى عرياناً لا يجوز به لأن ربع الشيء يقوم مقام كله ، وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك عند محمد رحمه الله وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله

---

يكون بالمد ولكن الأول أولى للعموم ( ولم يعد ) أي الصلاة . وقال الشافعي يعيد وفي قول يصلي عرياناً وهو ظاهر مذهبه . وقال مالك يصلي في الثياب النجسة ولا يعيد ثم المذهب عندنا ان إزالة النجاسة عن الثوب والبدن والمكان شرط لصحة الصلاة عند القدرة ، ولا فرق بين العلم والجهل والنسيان في الفرض والنفل وصلاة الجنازة وسجدة التلاوة والشكر وبه قال الشافعي وأحمد وجمهور الفقهاء من السلف والخلف . وقال النووي عن مالك فيها ثلاث روايات أشهرها أنه لا تصح مع النسيان والجهل وهو قول الشافعي في القديم وفي الثانية معنا [1] وفي الثالثة إزالتها سنة عنده ، ونقل عن ابن عباس وابن جبير وعطاء مثله .

( وهذا ) أي الحكم المذكور أو الجواب المذكور ( على وجهين ) أحدهما هو قوله ( إن كان ربع الثوب أو أكثر منه ) أي أكثر من الربع ( طاهراً يصلي فيه ) أي في هذا الثوب ( ولو صلى عرياناً لا يجوز به ) ولو قال فلو صلى بالفاء لكان أولى على ما لا يخفى ( لان ربع الشيء يقوم مقام كله ) فحينئذ عاره [2] وهو ظاهر ، والوجه الثاني هو قوله ( وإن كان الطاهر أقل من الربع فكذلك ) أي فالحكم فيه كالحكم في الأول ( عند محمد وهو أحد قولي الشافعي ) وقول مالك وأحمد ، وقال النووي فإن وجد ما يستر به القبل أو الدبر ففيه وجهان أصحها يستر به القبل لأن الدبر يستر بالاليتين . والثاني يستر به الدبر لأنه أفحش في حالة الركوع والسجود ، ومثله في المغني عن الحنابلة حكماً وتعليلاً ، وأصول أصحابنا يقتضي التخيير في ذلك لأن كل واحد منهما عورة غليظة

---

(١) هكذا وردت في الأصل اه مصححه .

(٢) هكذا وردت في الأصل اه مصححه .

لأن في الصلاة فيه ترك فرض واحد وفي الصلاة عرياناً ترك الفروض وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يتخير بين أن يصلي عرياناً وبين أن يصلي فيه وهو الأفضل لأن كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلاة وترك الشيء إلى خلف لا يكون تركاً

---

( **لأن في الصلاة فيه** ) أي في الثوب الذي الطاهر منه أقل من الربع ( **ترك فرض واحد** ) وهو إزالة النجاسة ( **وفي الصلاة عرياناً** ) أي حال كونه عرياناً ( **ترك الفروض** ) وهو ستر العورة والقيام والركوع والسجود ولأن الستر أقوى لوجوبه في الصلاة وغيرها بخلاف النجاسة حيث لا تلزم إزالتها لا للصلاة ولهذا إذا طاف عارياً يلزمه دم ولا يلزمه إذا طاف بثوب نجس .

( **وعند أبي حنيفة وأبي يوسف يتخير بين أن يصلي عرياناً وبين أن يصلي فيه** ) أي في ذلك الثوب الذي أقل من ربعه طاهر ( **وهو الافضل** ) أي فعله هذا هو الافضل وهو الصلاة بعد ( **لأن كل واحدة منهما** ) أي من ترك ستر العورة وإزالة النجاسة ( **مانع جواز الصلاة حالة الاختيار** ) أي في حالة القدرة عليها ( **ويستويان** ) جملة في محل الرفع على أنها خبر مبتدأ محذوف تقديره وهما يستويان ، وإنما قدرنا هكذا ليكون عطف جملة إسمية على جملة إسمية أي تساوي العورة والنجاسة ( **في حق المقدار** ) هذا الكلام له وجهان أحدهما أن يكون معناه ان القليل من كل واحد غير مانع والكثير مانع فلما كان كذلك ثبت المساواة بينهما في الماهية من غير رجحان أحدهما على الآخر فيختار أيهما شاء . والوجه الثاني أن يكون معناه في مقدار الربع فإن المانع في النجاسة الخفيفة مقدر بالربع وكذا المانع في العورة الربع فلما استويا في المانعة وفي المقدار استوى اختيار المصلي أيضاً في أن يصلي فيه أو يصلي عرياناً وأشار اليه بقوله .

( **فيستويان في حكم الصلاة** ) فيكون مخيراً بين الصلاة في ذلك الثوب وبين الصلاة عرياناً ( **وترك الشيء إلى خلف لا يكون تركاً** ) هذا جواب عما قاله محمد أن في ترك الصلاة

والأفضلية لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوباً صلى عرياناً قاعداً يومىء بالركوع والسجود هكذا فعله أصحاب رسول الله عليه السلام

---

عارياً ترك الفروض يعني لا نسلم ان فيها ترك لوجود الخلف وهو الإيماء .

( **والافضلية** ) هذا جواب عن قول السائل سلمنا أنه أتى بفرض وترك فرضاً ولكن لا نسلم المساواة بينهما فإن فرضية الستر أقوى من فرضية ترك استعمال النجاسة ، ومن أين الأفضلية فأجاب عن ذلك وأقام دليلاً على قوله وهو الأفضل بقوله والأفضلية أي كون الصلاة في ذلك الثوب أفضل .

( **لعدم اختصاص الستر بالصلاة** ) يعني ستر العورة لا يختص بالصلاة حيث يجب سترها في غير الصلاة وكانت رعاية ما كان واجباً ، دائماً أولى مما كان واجباً في حال دون حال .

( **ومن لم يجد ثوبا** ) أي لم يجد ثوباً أصلاً لا طاهراً ولا نجساً ( **صلى عريانا** ) أي صلى حال كونه عرياناً ( **قاعداً يومىء بالركوع والسجود** ) قاعداً أيضاً حال . وكذا قوله يومىء فهذه ثلاثة أحوال اما متداخلة أو مترادفة وتغير القعود عن ركن الإسلام على السفدى بأن يمد رجليه نحو القبلة ليكون أقرب إلى الستر ، وما ذكره المصنف هو مروي عن ابن عباس وابن عمر وعطاء وعكرمة وقتادة والأوزاعي وأحمد . وقال المزني قاعداً حتماً ، وقال مجاهد وزفر وبشير ومالك والشافعي وابن المنذر يصلي قائماً يركع ويسجد . وقال النووي حكى الخراسانيون فيه ثلاثة أوجه أحدها وجوب القيام كما ذكرنا عن الشافعي . الثاني وجوب القعود كقول المزني . والثالث التخيير . والمذهب الصحيح عندهم الأول .

( **هكذا فعله أصحاب رسول الله ﷺ** ) قال الزيلعي غريب قلت روى الخلال باسناده عن ابن عمر رضي الله عنه أن قوماً انكسرت بهم السفينة فخرجوا عراة وكانوا يصلون

فإن صلى قائماً أجزأه لأن في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الأركان فيميل إلى أيهما شاء إلا أن الأول أفضل لأن الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس ولأنه لا خلف له . والإيماء خلف عن الأركان

---

جلوساً يومئون بالركوع والسجود دائماً [1] برؤوسهم ولم ينقل خلافه . وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس قال الذي يصلي في السفينة والذي يصلي عرياناً يصلي جالساً . أخبرنا ابراهيم عنه عن صلاة العريان فقال إن كان حيث يراه الناس صلى جالساً وإن كان حيث لا يراه الناس صلى قائماً .

( فان صلى قائماً أجزأه لأن في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الأركان فيميل إلى أيهما شاء ) أي إلى أي الوجهين أحدهما الصلاة قاعداً مومئاً بالركوع والآخر قائماً ( إلا أن الأول ) أي الصلاة قاعداً مومئاً بالركوع والسجود ( أفضل ) من الصلاة قائماً ( لأن الستر واجب لحق الصلاة وحق الناس ) لأن ستر العورة فرض سواء كان في الصلاة أو خارجها .

( ولأنه ) دليل بأن في أفضلية الصلاة قاعداً بالإيماء ولأن فعله قائماً ( لا خلف له ) لأنه عريان والستر لا خلف له ( والايماء خلف له عن الأركان ) فالترك إلى خلف كلا ترك كما عرف ، والإعادة عليه . قال أبو حامد لا أعلم خلافاً بين المسلمين ذكره النووي. وذكر الحسام والقاضي وقاضي خان في الزيادات وأبو نصر في شرح القدوري أنه يصلي قائماً ولم يذكروا جوازها قائماً ، وعللوا أن ترك القيام جائز في حالة الإختيار كصلاة القاعد وعلى الدابه بالإيماء في النفل .

وكشف العورة لا يجوز في حال الإختيار حتى أنها لو صلت قائمة تنكشف قائماً ربع ساقها وقاعدة لا تنكشف تصلي قاعدة وذكر جوازه قائماً بالركوع والسجود في المبسوط والمحيط وغيرهما .

---

(١) يحتمل أنه قصد إيماء وليس دائماً . اه مصححه .

قال وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يُفصل بينها وبين التحريمة بعمل .
والأصل فيه قوله عليه السلام الأعمال بالنيات

---

( **قال** ) أي القدوري ( **وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينهما وبين التحريمة بعمل** ) اجتمعت الأمة على أن الصلاة لا يصح بدون النيـة وقطع الجمهور (١) ان نية القلب كافية دون اللفظ . وفي قول أبي عبد الله الترمذي من الشافعية أنه لا يجوز حتى يجمع بين نية القلب وفعل اللسان وليس بشيء . وفي المفيد كره بعض مشايخنـا النطق باللسان ورواه الآخرون به . وفي المحيط النية شرط لصحة الصلاة وهي إرادتهـا بالقلب فرض والذكر باللسان سنة ، فينبغي أن يقول اللهم اني أريد صلاة كذا فيسرها[٢] وتقبلها مني فعلها مني كما يقول في الحج من معرفة أي صلاة يؤديها كـذا في المبسوط قوله ( **بنية** ) أي آخره إشارة إلى أن الأصل في النية المقارنة بالشروع والمراد بقوله ( **بعمل** ) أي عمل ينافي الصلاة حتى لم يكن المشي اليها فاصلاً لعدم منافاته وإذا فصل بينهما فعل مناف لا تكون النية موجودة عند التحريمة فبقي بلا نية فلا يصح . وفي الينابيع ليشترط اتصال النية بالصلاة تحقيقا لمعنى الإخلاص ، وشرطت في ابتدائها لتقع كلها مستوياً ولم يشترط في حالته البقاء للحرج .

والشرط أن يعلم بقلبه أية صلاة يصليها . وقيل أدناها أنه لو سئل عنها لأمكنه أن يجيب بديهية من غير فكر .

( **والأصل فيه** ) أي في اشتراط النية ( **قوله عليه الصلاة والسلام الأعمال بالنيات** ) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن يحيى بن سعيد عن محمـد بن ابراهيم التيمي عن علقمة بن وقاص عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ إنما الأعمال بالنيات . ولفظ مسلم الأعمال بالنيات ، مثل لفظ الكتاب ، وفي رواية الأعمال بالنيـة . ومعنى الأعمال بالنيات حكم الأعمال وثوابها يلصق بها ومن جملة الأعمال عمل الصلاة ولا

---

(١) في الأصل « الجمهو » والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

(٢) في الأصل « فسيرها » والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

ولأن ابتداء الصلاة بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة
ولا يقع التمييز إلا بالنية والمتقدم على التكبير كالقائم
عنده إذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة
ولا يعتبر بالمتأخرة منها عنده

---

يمتاز إلا بالنية ، لأن ابتداء الصلاة بالقيام وهو يوجد كثيراً ولا عبادة فاحتاج إلى النية المميزة للعبادة عن العادة ، فاشترطت النية فإن قلت كيف يصح الاستدلال على شرطية النية أو على عدم الفصل بينها وبين التحريمة بهذا الحديث فإن قوله عليه السلام الأعمال من قبيل الإقتضاء على مذهب أبي يزيد ومن قبيل المحذوف على مذهب الشيخين . وعلى التقديرين لا عموم له ، وحكم الآخرة وهو الثواب مراد بالإجماع فلا يكون حكم الدنيا وهو الجواز ، والفساد مراد لأنه لا عموم له ولا للمقتضي ولا للمنزل . قلت الجواز في حكم الآخرة أيضاً إذ الثواب يتعلق بالجواز إذ لا ثواب بدونه . وقيل بعد كون العمل معتبراً بالنية الحكم نوعان فقلنا يحتاج إلى النية بوقوعه معتبراً شرعاً .

( **ولأن ابتداء الصلاة بالقيام اليها وهو متردد بين العبادة والعادة ولا يقع التمييز إلا بالنية والمتقدم من النية على التكبير كالقائم عنده** ) [1] أي كالموجود عند التكبير ( **إذا لم يوجد ما يقطعه** ) أي ما يقطع المتقدم من النية .

( **وهو** ) أي الذي يقطعه ( **عمل لا يليق بالصلاة** ) مثل أن ينوي فيشتري شيئاً مثلا ( **فلا يعتبر بالمتأخرة** ) أي بالنية المتأخرة ( **منها** ) أي من التحريمة ( **عنه** ) أي عن التكبير وفي بعض النسخ لم يذكر لفظة عنه ومعناه على هذه النسخة لامعتبربالنية المتأخرة من التحريمة . وعلى النسخة الأولى جعل المتأخرة صفة مطلقة ، ثم بينها بقوله منها كذا قاله الاترازي . قلت لا وجه ما ذكرته فلا يحتاج إلى التكلف . فإن قلت لفظة عنه تنافي ما ذكرته قلت لا لأن لفظة عنه على تقدير كونها من النسخة يكون بدلاً عن الضمير الذي في منها الذي هو كناية عن التحريمة فافهم .

---

(١) هنا بعض الإختلاف عما ورد في المتن لكن المعنى واحد . اهـ مصححه .

**لأن ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة .**
**والنية هي الإرادة والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة يصلي**

---

( **لأن ما مضى** ) يعني من الأجزاء ( **لا يقع عبادة لعدم النية** ) والأجزاء الباقية مبنية عليه فلم يجز وبه قال الشافعي . وعن الكرخي يجوز بالمتأخرة ما دام في الثناء . وقيل إلى التعوذ . وقيل إلى ما بعد الفاتحة . وقيل إلى الركوع وهو مروي عن محمد . وفي القنية عن الحلوائي كبر ثم غفل عن النية ثم نواها يجوز . وفي المحيط لو نوى بعد قوله الله قبل قوله أكبر لا يجزئه عند أبي حنيفة ، وفيه أيضاً عن محمد لو خرج من منزله يريد الفرض في الجماعة فلما انتهى إلى الإمام كبر ولم يحضره النية وقت الشروع يجوز . ومثله عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وذكر الطحاوي أن النية تكون مخالطة التكبير باللسان قال وهو الأحوط ، ولا يجوز بعد التكبير ويكون متطوعاً . وقال الشافعي يجب أن تكون النية مقارنة للتكبير لا قبله ولا بعده . وقال النووي وفي كيفية المقارنة وجهان أحدهما بحيث يبتدىء النية بالقلب مع ابتداء التكبير باللسان ، ويفرغ منها مع فراغه منه . قال وأصحهما لا يجب هذا بل لا يجوز لئلا يخلو أول التكبير عن إتمام النية واختار إمام الحرمين الغزاني أنه لا يجب الترقيق وتحقيق المقارنة وأنه تكفي المقارنة العرفية العامية حيث يعد مستحضر الصلاة غير غافل عنها.

( **وفي الصوم جوزت للضرورة** ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كان القيام على ما ذكرت في الصلاة أن لا تجوز النية المتأخرة في الصوم أيضاً لاشتراط النيـة منهما وتقرير الجواب إن ما ذكرت في الصوم جوزت النية المتأخرة لأجل الضرورة لأن قران النية بوقت انفجار الصبح فيه جرح عظيم لكونه وقت نوم وغفلة بخلاف الصلاة فان الشروع فيها حال اليقظة فبقي الحكم على القياس وهو أن تكون النية مقارنة بالشروع .

( **والنية هي الارادة** ) هذا تفسير النية أي الإرادة الجازمة القاطعة ( **والشرط أن يعلم بقلبه أي صلاة هي** ) لأن النية هي الإرادة كما ذكره والإرادة لا بد أن تكون بشيء مخصوص ليقع التمييز بينه وبين غيره ، والتمييز لا يكون إلا بعلمه وعلامة علمه أنـه إذا سئل عن ذلك أمكنه أن يجيب على الفور ، فان توقف في الجواب لم يكن عالماً بـه فلم

**اما الذكر باللسان فلايعتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته. ثم إن كانت الصلاة نفلاً يكفيه مطلق النية كذا إذا كانت سنة**

---

من ذلك أن العلم غير النية ، ولكن شرطها ، وقال شيخ الإسلام الأصح أن العلم لاتكون نية لأنه غيرها ألا ترى أن من علم الكفر لا يكفر ولو نواه يكفر فتناول قول المصنف والشرط قصد به بعد العلم قلت ما [1] في كلام المصنف ما يشير إلى هذا والأحسن ما ذكرته أولاً .

( **أما الذكر باللسان فلا يعتبر به** ) يعني في الجواز لأنه كلام وليس بنية ومن عمل القلب واللسان يوجه عن ذلك ( **ويحسن ذلك** ) أي الذكر باللسان ( **لاجتماع عزيمته** ) أي لاجتماع نيته به . وذكر في بعض الكتب أن الذكر باللسان يستحب ، وعبارة المبسوط أنه حتم وعند بعضهم أنه سنة مؤكدة ومكملة . وذكر في جامع الكردري أنه يكره الذكر باللسان عند البعض لأن عمر رضي الله عنه أنكر على من يسمع ذلك منه ولأن النية عمل القلب والله مطلع على الضمائر فالإيضاح في حقه غير مفيد فيكره .

( **ثم إن كانت الصلاة نفلاً يكفيه مطلق النية** ) وهذا بيان لكيفية النية لأن النية لها أصل ووقت وكيفية وقد بين المصنف أصلها بقوله .

( **والأصل فيه** ) بين وقتها بقوله والمتقدم على التكبير إلى آخره وشرع هذا في بيان كيفيتها لأن الصلاة التي يدخل فيها اما فرض أو غيره فإن كان غير الفرض بأن كان نفلاً يكفيه مطلق النية لأنها للتمييز عن العادة ، وهو يحصل بمطلق النية بأن يقول نويت أن أصلي ولأن العمل لعموم أفرادها متعذر إذ الجمع بين الفرائض والنوافل في تحريمة واحدة لا يجوز فيكون المراد أحدهما فكان صرف إسم الصلاة إلى النفل أولى لأنه أدنى لأن النفل مشروع في كل الأوقات فكان بمنزلة الحقيقة وغيره بمنزلة المجاز والكلام على الحقيقة كذا ذكره شيخ الإسلام .

( **وكذا إن كانت سنة** ) أي وكذا يكفيه مطلق النية إن كانت الصلاة سنة لأن السنة

---

(١) الأفضل حذف ما هنا اهـ مصححة .

**في الصحيح. وإن كانت فرضاً فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلاً لاختلاف الفروض،**

---

نفل أيضاً لكونها زيادة عبادة شرعت لتكميل الفرائض. وقوله سنة يشتمل سائر السنن وكذا التراويح. (**في الصحيح**) احترز به عما ذكره بعض المشايخ لأنه لا بد من أن ينوي سنة الرسول اذ فيها صفة زائدة على النفل المطلق كما في الفرض. وفي التجنيس والاحتياط أن ينوى متابعة الرسول وبه قال الشافعي فإنه ذكر في شرح الوجيز والحلية النوافل ضربان ما يتعلق بسبب أو وقت فيشترط فيه نية فعل الصلاة والتعين فينوي كسنة الاستسقاء والخسوف والعيد والتراويح والضحى وغيرها. وفي الرواية يتعين بالإضافة فيقول سنة الفجر أو الظهر أو العصر أو المغرب أو العشاء وفيما عداها يكفي مطلق النية.

(**وإن كانت فرضاً**) أي وإن كانت الصلاة فرضاً من الفرائض (**فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلاً**) فيقول ظهر اليوم وعصر اليوم أو فرض الوقت أو ظهر الوقت فإن نوى الظهر لا غير لا يجوز (**لاختلاف الفروض**) لأنها متنوعة فلا يحصله التمييز. وفي المحيط لو نوى الظهر بدون ذكر اليوم والوقت لا يجزئه لأنه ربما كان عليه صلاة فائتة فلا يتعين أما لو نوى فرض الوقت يجزئه وخارج الوقت لا والأولى أن يقول ظهر اليوم سواء كان الوقت خارجاً أو لا. وفي المجتبى لا بد من نية الصلاة ونية الفرض ونية التعين حتى لو نوى الفرض لا تجزئة، ولو نوى فرض الوقت أو فرض الظهر يجزئه، وإن ظهر أنه خرج الوقت. والصحيح أنه لا يجزئه لو نوى الظهر لا غير. قيل لا يجزئه والأصح أنه يجزئه وان ظهر أنه خرج الوقت فالصحيح أنه لا يجزئه. ولو نوى الظهر لا غير قيل لا يجزئه والأصح أنه يجزئه، ذكره في فتاوى السغناقي. وعند الشافعي ينوي الظهر المفروضة. وقال ابن أبي هريرة من أصحابه يجزئه نية الظهر أو العصر كما هو مذهبنا. وفي المجتبى وفي اشتراط نية فرض الصلاة ونية استقبال القبلة اختلاف المشايخ ولم يذكره في ظاهر الرواية فعند الفضلى شرط وعند الحامدي إن أتى به فحسن وإن تركه لا يضر في الخزانة وهو الصحيح. وبعض المشايخ قالوا إن كان يصلي في المحراب فكما قال الحامدي وإن كان يصلي

في الصحراء فكما قال الفضلي كذا في شرح الطحاوي . ولو نوى فرض الوقت بعدما خرج الوقت لا يجوز . وإن شك في خروجه فنوى فرض الوقت جاز . وعند الشافعي لا يجوز في أصح الوجهين . وفي جامع الكردري ينوي الجمعة ولا ينوي فرض الوقت لأنه مختلف فيه وينوي الوتر لا الوتر الواجب لأنه مختلف فيه وفي صلاة الجنازة ينوي الصلاة لله تعالى والدعاء للميت .

**( وإن كان )** المصلي **( مقتدياً بغيره ينوي الصلاة )** التي شرع فيها **( ومتابعته )** أي نوى أيضاً متابعة الإمام ، فإذا نوى صلاة الإمام هل تجزئه قال في الخلاصة لا تجزئه ، وقال في شرح الطحاوي أجزأه وقام مقام نيتين . وقيل يحتاج المقتدي إلى أربعة أشياء نية الصلاة وتعيينها ونية الإقتداء ونية القبلة ، والصحيح ما ذكر أولاً في المرغيناني يحتاج المنفرد إلى ثلاث نيات أولها ينوي أي هي ، ثانيها ينوي الله تعالى ، ثالثها ينوي استقبال عرصة القبلة ، والمقتدي يحتاج إلى أربع نيات الثلاثة منها تقدمت ، والرابعة ينوي أنه اقتدى بفلان ، والأفضل أن يقول من هو إمامي أو بهذا الإمام جاز ، ولا يجوز تركه نية الإقتداء ونية الإمامة للإمام ليست بشرط عند عامة الفقهاء . وقال أبو حفص الكبير والكرخي لا بد منها وبه قال أحمد .

وأما نية إمامة النساء ففيها خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى في باب الإمامة .

وفي المفيد يقول المقتدي اللهم اني أريد أن أصلي فرض الوقت مستقبل القبلة مقتدياً بهذا الإمام أو بالإمام . ولو نوى الإقتداء بهذا الإمام ولم يعين الظهر أو نوى الشروع في صلاة الإمام اختلف فيه المشايخ قيل لا يجزئه والأصح أنه يجزئه . وفي المحيط لو نوى الظهر ولم ينو ظهر الوقت قيل لا يجزئه التطوع [1] وقيل يجزئه إذ الفائتة عارضة .

ونية عدد الركعات والسجدات ليست بشرط عندنا وهو المذهب عند الشافعي وكذا نية استقبال القبلة عندهم . ولو نوى الظهر فلا فانا وخمسا [2] لاتنعقد صلاته عنده وعندنا تصح

---

(١) هكذا وردت في الأصل اهـ مصححة .

(٢) هكذا في الأصل وربما أراد « ناوياً خمساً » أو « قائلاً خمساً » اهـ مصححه .

لأنه يلزم فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه . قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى ( فولوا وجوهكم شطره ) ١٥البقرة

---

صلاته ويلغو نية التفسير . ولو افتتح المكتوبة فظن أنها تطوع فأتمها على نيـــة التطوع فالصلاة هي المكتوبة لأن الشرط قران العزيمة بأول العبادة إذ قرانها بجميعها متعذر ولو شرع فيها على أنها مثنية فإذا هي أحدية لا تصح ولو ظن أنها أحدية فاذا هي مثنية يصح . وفي المبسوط والذخيرة ولو اقتدى بالإمام ينوي صلاته ولم يدر أنها ظهر أو جمعة تجزئه ، ولو لم ينو صلاته ولكن نوى الظهر والاقتداء به فاذا هو في الجمعة لا يصح لأنـــه نوى غير صلاة الإمام . وفي غير رواية أبي سليمان إذا نوى الإمام الجمعة فاذا هي ظهر جازت ، قال شمس الأئمة وهو الصحيح . ولو نوى الإمام ولم يخطر بباله أنه زيد أوعمرو جازالإقتداء، ولو نوى الاقتداء به ويظن أنه زيد فاذا هو عمرو صح . ولو قال اقتديت بزيد أو نوى الاقتداء بزيد فاذا هو عمرو لا يصح اقتداءه ، وفي الذخيرة قال مشايخنا الأفضل أن ينوي الاقتداء بعد تكبير الامام حتى يكون مقتدياً بالمصلي ، ولو نواه حتى وقف الامام موقف الامامة جاز عند عامة علمائنا وبه كان يفتي الشيخ أبو اسماعيل الزاهد والحاكم عبدالرحمن، وقال أبو سهل الكبير والفقيه عبد الواحد والقاضي أبو حزم وكثير من أئمة بخارى أنه لا يجوز . وقال الفقيه الزاهد الجوالقي ينوي الاقتداء بعد قوله الله قبل التكبير، وإن كان الامام قال الله أكبر قبل أن يكبروا ثم كبروا بعد قوله الله أجزأهم ، وإن فرغوا قبله ، عن أبي يوسف في رواية خلف بن أيوب عنه أنه قال إن مد الامام التكبير وجذبه رجل ففرغ منه قبل الامام قال يعيد بعده ولا تجزئه تلك التحريمة وهذا يقتضي أنه لو مد وفرغ معه يجوز .

( **لأنه يلزم فساد الصلاة من جهة الامام فلا بد من التزامه** ) أي يلزم فساد صـــلاة المقتدى من جهة الامام لأنه ضامن فلا بـــد من التزام الضروري وضرر الفساد لا يجوز أن يلحقه بدون التزامه فيشترط نية المتابعة .

( **قال** ) أي القدوري ( **ويستقبل القبلة** ) استقبال القبلة شرط لصحة الفرض والواجبة إلا في حال الخوف ( **لقوله تعالى فولوا** ﴿ **وجوهكم شطره** ﴾ ) ١٥ البقرة أي شطر المسجد

الحرام . وشطره نحوه وجهته وقرىء إلى تلقاه . وعن علي رضي الله عنه شطره قبله قال الله تعالى ﴿ فلنولينك قبلة ترضاها ﴾ ١٤٤ البقرة . ثم أمر بالتوجه شطر المسجد الحرام، فدل على أن استقبال القبلة فرض . ويقال حيثما كنتم في بر أو بحر وأردتم الصلاة فولوا وجوهكم تلقاءه أى ثمة وجهة . وعن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام لما قدم المدينة صلى قبل بيت المقدس ستة عشر شهراً أو سبعة عشر شهراً وكان يعجبه أن تكون قبلته قبلة البيت ، وأنه أول صلاة صلاها صلاة العصر وصلى معه قوم فخرج رجل ممن صلى معه فمر على أهل مسجد وهم راكعون وقال أشهد بالله لقد صليت مع رسول الله ﷺ قبل مكة فداروا كما هم قبل البيت . أخرجاه في الصحيحين . وقال أبو البقاء وقيل ثلاثة عشر شهراً وقيل عشرة أشهر ، وقيل تسعة أشهر ، وفي رواية أخرجاه في صلاة الصبح ويتعلق بها مسائل أصولية وفروعية .

أما الأصولية فقبلوا خبر الواحد وجواز نسخ الكتاب والسنة المتواترة عند الظاهرية وجواز نسخ السنة بالكتاب عند الشافعي وليس بظاهر وحكم النسخ لا يثبت في حق المكلف قبل بلوغ الخطاب ، وجواز مطلق النسخ ، وجواز الإجتهاد في زمان رسول الله ﷺ بالضرب منه .

وأما الفروعية فالوكيل إذا لم يعلم بعزله فهو باق على وكالته والأمة إذا صلت مكشوفة الرأس وعلمت بالعتق في أثناء صلاتها إذا سترت رأسها من غير تراخ [1] لأنه لم يبطل ما مضى من صلاتها قبل علمها بالعتق . وجواز الإجتهاد في أمر القبلة . ومن لم يعلم بفرض الله تعالى ولم يبلغ الدعوة ولا أمكنه الاستعلام من غيره لا يلزمه الفرض قاله الطحاوي ونزلت على هذا أن من أسلم في دار الحرب أو أطراف بلاد الإسلام بحيث لا يجد من غيره شرائع الإسلام لا يجب عليه أن يقضي الصلاة والصيام وفيه خلاف الشافعي ومالك .

( **ثم من كان بمكة ففرضه إصابة عينها** ) أي ثم المصلي الذي كان حاضراً في مكة

(١) ربما سقطت كلمة « جاز » هنا في هذا الموضع اهـ مصححه .

ففرضه في استقبال القبلة [1] اصابة عين الكعبة سواء كان بين المصلي وبينها حائل بجدار ونحوه أم لم يكن ، حتى لو اجتهد وصلى وبان خطأه قال قال الرازي يعيد . وذكر ابن رستم عن محمد فيمن بان خطأه بمكة وبالمدينة أنه لا إعادة عليه وهو الأقيس . ويجب أن يكون بالمدينة والمواضع التي عرفت صلاته عليه السلام قطعاً فيها كذلك لأن قبلتها معلومة بيقين لاخباره عليه الصلاة والسلام بذلك أو نقله . وقال أبو البقاء قبلة المدينة حين وضع جبرائيل عليه السلام محراب رسول الله ﷺ عرفه أنه مناسب الكعبة . وقيل كان ذلك بالمعاينة بأن كشف الجبال وأزيلت [2] الحوائل فرأى عليه السلام الكعبة فوضع القبلة عليها . وقال أبو عبد الله الجرجاني وهو شيخ القدوري الفرض اصابة عينها في حق الحاضر والغائب ذكره في الذخيرة وغيرها .

( **ومن كان غائباً عنها** ) أي عن الكعبة ( **فرضه اصابة جهتها** ) أي جهة الكعبة لأن الطاعة بحسب الطاقة وبه قال جمهور أهل العلم منهم الثوري ومالك وابن المبارك وأحمد وإسحاق وأبو داود والمزني والشافعي في قول أخرجه الترمذي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنه ، وفي الحلية من كان غائباً ولم يجد من يخبره بالقبلة اجتهد في طلبها . وفي فرضه قولان . قال في الإمام فرضه اصابة العين بالاجتهاد . والثاني ما نقله المزني اصابة الجهة وهو قول الباقين من أصحابه . وفي الدراية ومن كان بمكة وبينه وبين الكعبة حائل يمنع المشاهدة كالأبنية فالأصح أن حكمه حكم الغائب ، ولو كان الحائل أصلياً كالجبل فله أن يجتهد ، والأولى أن يصعد على الجبل حتى تكون صلاته إلى الكعبة يقيناً . وفي النظم الكعبة قبلة من في المسجد الحرام والمسجد قبلة من بمكة ، ومكة قبلة الحرم والحرم قبلة العالم وبه قال مالك . قيل هذا على التقريب فأما على التحقيق فالكعبة قبلة العالم . وروى الحسن عن أبي حنيفة وجوب نية استقبال القبلة . والصحيح أن استقبالها يغني عن النية ذكره في المبسوط وغيره . وفي الذخيرة كان الشيخ أبو بكر بن

---

(١) محذوفة من الأصل والأفضل إثباتها .

(٢) في الأصل « ذاذايلت » والصحيح ما أثبتناه .

هو الصحيح لأن التكليف بحسب الوسع ، ومن كان خائفاً يصلي إلى أي جهة قدر لتحقيق العذر فأشبه حالة الإشتباه ، فإن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى

---

محمد بن الفضل يشترط نية الكعبة مع استقبال القبلة . وكان الشيخ أبو بكر بن حامد لا يشترطها ، وبعضهم اختار ما قاله ابن حامد فيما إذا صلى إلى المحراب ، وما قاله الفضلي في الصحراء . والمختار أنه لا يشترط ، وفي البدائع هو الصحيح . ولا تجزئه نية بناء الكعبة ولا نية الحجر الأسود لأن القبلة العرصة إلى عنان السماء لا البناء لأن البناء لو وضع في مكان آخر فصلى اليه لا يجزئه وإلى العرصة يجزئه . وكذا لو صلى على أبي قبيس يجوز وإن لم يقابل البناء ولو نوى مقام ابراهيم أو الحجر وقد أتى مكة لا يجزئه ، وإن كان لم يأتها وعنده المقام والحجر والبيت واحد أجزأه قاله أبو حامد العياضي . وقال أبو نصر لا يجزئه . وفي الجامع الأصغر لو نوى أن يصلي إلى المقام أو البيت لا يجزئه و كذا لونوى أن قبلته محراب مسجده لم يجزئه لأنه علامة القبلة . قال خواهر زادة لو نوى بالمقام الجهة دون عينه لا يجزئه . قلت يشترط مسامتة القبلة .

( **هو الصحيح** ) يعني كون فرض الغائب اصابة جهة القبلة هو الصحيح واحترز به عن قول الشيخ أبي عبد الله الجرجاني ان فرضه اصابة عينها ويريد بذلك اشتراط نية عين الكعبة وقد تقدم .

( **لأن التكليف بحسب الوسع** ) وليس في وسع الغائب اصابة عينها.

( **ومن كان خائفاً** ) من عدو أو سبع أو الغرق بأن بقي على لوح ( **يصلي الى أي جهة قدر لتحقق العجز والعذر فلا تكلف إلى التوجه فأشبه حالة الاشتباه** ) أي فأشبه حكم هذا الخائف حكم من اشتبهت عليه القبلة في تحقيق العذر فيتوجه إلى أي جهة قدر ، لأن الكعبة تعتبر بعينها بل الإسلام يتحقق المقصود بالتوجه إلى أي جهة قدر .

( **وإن اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى** ) الواو في وليس للحال وقوله من في محل الرفع لأنها إسم ليس والضمير المنصوب في يسأله يرجع إلى

من ، وفي عنها إلى القبلة . وقوله اجتهد جواب إنما قيد بالاشتباه لأنه لو لم يشتبه لا يجوز صلاته إلى جهة التحري بل يجب التوجه إلى جهة الكعبة ، وقد يعدم من يسأله لأنه إذا كان عنده من يسأله لا يجوز صلاته بالتحري ، ويجب عليه الاستخبار. وإنما قيد بالحضرة إشارة إلى أنه لا يجب عليه أن يطلب من يسأله . وقيد بقوله اجتهد وصلى لأنه إذا صلى بدون الإجتهاد لا تجوز صلاته حتى روى عن أبي حنيفة أنه يكفر لاستخفافه بالدين. وفي النوازل رجل صلى إلى غير القبلة متعمداً فوافق ذلك الكعبة قال أبو حنيفة هو كافر ، وقال أبو يوسف جازت صلاته ، قال الفقيه أبو الليث القول ما قاله أبو حنيفة إن كان فعل ذلك على وجه الاعتقاد .

( **لأن الصحابة رضي الله عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم النبي ﷺ** ) فيه حديثان أحدهما عامر بن ربيعة أخرجه الترمذي وابن عامر عن أشعث سعيد بن سعد السمان عن عاصم عن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه عامر بن ربيعة قال كنا مع رسول الله ﷺ في سفر . زاد الترمذي في ليلة مظلمة قال قال فتغيمت السماء وأشكلت علينا القبلة فصلينا وأعلمنا علماً فلما طلعت الشمس إذا نحن صلينا لغير القبلة فذكرنا ذلك للنبي عليه السلام فأنزل الله عز وجل ﴿ فأينما تولوا فثم وجه الله ﴾ الآية ١١٥ البقرة . قال الترمذي هذا حديث ليس إسناده بذلك ولا نعرفه إلا من حديث أشعث السمان وهو يضعف في الحديث. ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده وزاد فيه فقال قد مضت صلاتكم وأنزل الله الآية . وقال ابن القطان في كتابه الحديث معلول بأشعث وعاصم فأشعث مضطرب الحديث منكر عليه الأحاديث وأشعث السمان نسي الحفظ يروي المنكرات عن الثقات ، وقال فيه عمرو ابن علي وهو متروك .

والحديث الثاني عن جابر فروى من ثلاثة طرق أحدها أخرجه الحاكم في المستدرك عن محمد بن سالم عن عطاء بن أبي رباح عن جابر قال كنا مع رسول الله ﷺ في سرية فظلت لنا غيم فتحيرنا فاختلفنا في القبلة فصلى كل واحد منا على جهة فجعل كل واحد منا يخطببين

يديه ليعلمه مكانه فذكرنا[1] النبي ﷺ فلم يأمرنا بالإعادة وقال لنا قد أجزأت صلاتكم . قال الحاكم هذا حديث صحيح ومحمد بن سالم لا أعرفه بعدالة ولا جرح . وقال الذهبي محمد بن سالم يكنى أبا سهل وهو واه ورواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما وقال محمد بن سالم ضعيف . الطريق الثاني أخرجه الدارقطني ثم البيهقي ولفظهما قال بعث رسول الله ﷺ سرية كنت فيها فأتينا ظلمة فلم نعرف القبلة فصلوا وخطوا خطوطاً فلما أصبحوا وطلعت الشمس أصبحت تلك الخطوط لغير القبلة ، فلما رجعنا من سفرنا سألنا النبي ﷺ عن ذلك فسكت فأنزل الله تعالى ﴿ ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله ﴾ ١١٥ البقرة . قال ابن القطان فيه انقطاع ومجهول الحال . والطريق الثالث عن محمد بن عبدالله العرزمي عن عطاء عن جابر نحوه قال قلت في حديث جابر اختلاف لأن في أحد الطريقين كنا مع رسول الله ﷺ في سرية وفي الآخر بعث رسول الله ﷺ سرية كنت فيها قلت التوفيق بينهما ان السرية كانت جديدة جرها رسول الله ﷺ في العسكر فمن فيها جابر واعترام ما ذكروا ما فعلوا منها إلى عسكر النبي ﷺ سألوه أو تكون الفديدة لم تجمع مع رسول الله ﷺ إلا في المدينة حتى يكون قوله بعث رسول الله ﷺ سرية صادقين .

( **ولأن العمل بالدليل الظاهر واجب** ) هو الدليل الراجح وهو غلبة الظن ( **عند انعدام دليل فوقه** ) أي فوق الدليل الظاهر . اعلم أن المجتهد في القبلة هو العالم بأدلتها وإن كان عامياً . قال تاج الشريعة ومن الأدلة المحاريب القديمة المنصوبة في كل موضع لأن نصبها كان باتفاق من الصحابة رضي الله عنهم والتابعين رحمهم الله فإن الصحابة فتحوا العراق وجعلوا القبلة لأهلها ما بين المشرق والمغرب ثم فتحوا خراسان وجعلوا قبلة أهلها بين مسوى الصيف والشتاء ، ومنهم من توفي فجعل قبره إليها من غير إنكار من أحدهم وكفى باجتماعهم حجة فيلزمنا أتباعهم في ذلك .

ومن الأدلة السؤال في كل موضع عن أهله عنها لأنهم أعرف بقبلتهم عادة من غيرهم قال

---

(١) ربما هنا كلمة ساقطة وهي « فذكرنا ذلك للنبي » اه مصححه .

الله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ ٤٣ النحل . ومن الأدلة عند فقد هذه النجوم على ما حكى عن عبد الله بن المبارك رضي الله عنه أنه قال أهل الكوفة يجعلون الجدي خلف القضاء استقبال القبلة ، وهو نجم إلى جنب القطب يعرف القبلة . وقال ونحن نجعل الجدي خلف الأذان اليمنى . وكان الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله يقول انظر إلى مغرب الشمس في أطول أيام السنة وإلى مغربها في أقصر أيام السنة ثم دع الثلثين عن يمينك والثلث عن يسارك فتكون مستقبل القبلة ، فذلك الوضع انتهى . ويقال أدلة معرفة القبلة كثير منها الشمس من مطلعها ومغربها والقمر في سيره ومنازله والنجوم في طلوعها وأفولها والرياح في مهابها والأنهار في مجاريها والجبال في وجوهها والمجرة .

أما الشمس فمن أشكلت عليه القبلة وكان بالمشرق يجعل الشمس خلفه في أول النهار وتلقاء وجهه [1] في آخره وإن كان في المغرب فعلى العكس ، وإن كان بالشام يجعلها في أول النهار على جانبه الأيسر ، وفي آخر النهار على جانبه الأيمن . وإن كان باليمن فعلى العكس يجعلها .

وأما القمر فإنه يطلع في أول الشهر على يمنة المصلي . ويختلف مطلعه في اليمنة فربما كان مع قرب شقه اليسري [2] وربما كان إلى مداثرها أقرب وتطلع في ليلة ثمان وعشرين رفيعاً لحظة ثم يغيب على يسرة المصلي . وقيل في الليلة السابعة يكون في القبلة ويغيب الهلال في الليلة الأولى على مضي ستة أشباع مساعة [3] .

وأما النجوم فأقوى الدلائل وأقواها القطب الشمالي وهو نجم صغير في نبات العش الصغرى بين الفرقدين في مهب الشمالي على مرتفع لا يغيب شتاء ولا صيفاً . وأكثراستدلال

---

(١) في الأصل « تلقاه وجه » والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

(٢) الصحيح أن يقول الأيسر . اه مصححه .

(٣) هكذا في الأصل اه مصححه.

الناس على الجهالات في البر والبحر لكونه غير ذائل عن مكانه وحوله كواكب جلبـــة وخفيفة تسمى السمكة وفاس الرحى تدور حول القطب أبد القطب الرحى والفرقـدان يكونان أعلاه في أول الليل ثم ينزلان عنه كلما تصرم الليـــل وإذا قوي نور القمر خفي ويعرف بوضعه في الفرقدين ، وأما سهيـــل اليماني فإنه لا يرى بالأنـدلس ولا بخراسان لانخفاضه ، ويرى مع الفجر في آخر السماء في السادس والعشرين بين سوى بمصر ويطلع فيه ظهوره كان يصلي النبي ﷺ قبل هجرته إلى المدينة وهو ما بين الركنين اليماني والعراقي ويقال القطب الشمالي في داخل السفينة عند رجل الفرقدين عند رتبة الجدي وهومقابل القطب الجنوبي والقطب الذي بين الجدي والفرقدين يكون خلف أذن المصلي اليمنى إذا كان بالمشرق ، وخلف أذنه اليسرى إذا كان بالمغرب ، وبين كتفيـــه إذا كان بالشام ، وخلف كتفه اليسرى إذا كان بأرض جصة وغروب نبات نعش خلفه وظهره ومطلـع العقرب تلقاء وجهه ويصلي أهل ديار مصر على حد استوان مشرق الشتـــاء إلا أهـــل استوان فإنهـــا أشد سريعاً من البلاد الشمالية تقرب من الجنوب والقطب قبـــالة وجهه إذا كان باليمن .

وأما الرياح الأربعة ريح الشمال والجنوب والصبا والدبور فيقابل أركان الكعبـــة فالصبا شرقية تقابل الركن العراقي الذي به الحجر الأسود سميت الصبا لأنهـا تصير إلى وجه الكعبة ومهبها ما بين الركن اليماني والركن العراقي إلى مصلى آدم عليه السلام وهووسط الكعبة والشمال شامية تقابل الركن الشامي والركن الغربي . والدبور غربية لأنها تقابل الركن العراقي ومهبها حيال الميزاب إلى ما بين الركن الـيماني والغربي سميت بالدبور لأنها تأتي من دبر الكعبة . والجنوب جبالية لأنها تقابل الركن اليماني . مهبها حيـــال الركن الغربي والركن اليماني إلى مصلى النبي عليه الصلاة والسلام قبل الهجرة ، وسميت الجنوب لأنها تستقبل الجانب الأيمن من الكعبة فالصبا تقابل الدبور والشمال تقـابل الجنوب وكل ريح بين ريحين من هذه الرياح الأربعة تسمى ريحاً .

وأما الأنهار والمياه فإنها تحل جارية من يمنة المصلي إلى يسرته على انحراف قليل يقرب

والاستخبار فوق التحري فإن علم أنه أخطأ بعدما صلى لا يعيدها .
وقال الشافعي رحمه الله يعيدها إذا استدبر لتيقنه بالخطأ

---

من كتفه اليمنى وتنفذ من الماء في اليسرى كدجلة والفرات والنهران وغيرها من الأنهار أحدهما بخراسان ، والأخرى بالشام يسمى العاصي ويقال لهما العارض لأنهما يخالفان لجريان الماء لأنهما يجريان عن يسرة المصلي إلى يمينه ولا اعتبار بالأنهار المحدثة والسواقي لأنها بحسب الحاجات ، ونيل مصر أيضاً يجري إلى الشمال على خلاف الأنهار .

وأما الجبال فوجوهها مستقبل البيت .

وأما المجرة فإنها تكون ممتدة على كتف المصلي اليسرى إلى القبلة ثم تلتوي رأسها حتى يصير آخر الليل على كتفه اليمنى .

وقال المرغيناني قيل قبلة البشر الكعبة ، وقبلة أهل السماء البيت المعمور وقبلة الكروبين الكرسي ، وقبلة حملة العرش العرش ومطلوب الكل وجه الله تعالى .

( والاستخبار فوق التحري ) أي طلب خبر القبلة من غيره فوق التحري إذا كان المخبر بذلك الموضع وأما إذا كان مسافرين لا يلتفت إلى الخبر ، وفي التحفة إذا كان في المفازة والسماء مضحية وله علم بالاستدلال بالنجوم على القبلة لا يجوز له التحري ،والتحري في اللغة طلب أحد الأمرين وهو أولاهما وفي الشرع يقع على أخف الأمرين وأولاهما بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته . قلت الخبر قد يكون حجة على أنفع فلذلك قلنا أن الاستخبار فوق التحري كما في خبر رواية الهلال ورواية الحديث والتحري حجة حقة لا في غيره ولا يجوز التحري مع المحاريب ، وقال النووي أحب اعتمادها ولا يجوز معها الإجتهاد وقال ونقل إلى صاحب الشمائل إجماع المسلمين على هذا .

( فان علم أنه أخطأ بعدما صلى لا يعيدها ) أي الصلاة التي صلاها وبه قال مالك وأحمد والمزني .

( وقال الشافعي يعيدها إذا استدبر ) وهو ظاهر مذهبه وقوله الآخر كمذهبنا . وفي الحلية هو المختار وقيد بالاستدبار لأن في التيامن والقياس لا يعيد اتفاقاً ( لتيقنه بالخطأ ) وتمكنه من اداء الفرض بيقين فيعيدها كما لو تحرى في ثوبين أحدهما نجس ثم طهر

## ونحن نقول ليس في وسعه إلا التوجه إلى جهة التحري

## والتكليف مقيد بالوسع

بعد الصلاة في أحدهما بالتحري أنه نجس فيها أنه يعيد الصلاة إجماعاً ، و كذا التحري في الأواني قلنا الاجتهاد يقوم مقام اصابة الكعبة عند العجز عن التوجه إلى عينهـــا بخلاف الثوب النجس والماء النجس إذا تنجس ما أقيم مقامه الظاهر فظاهر . ولأن الحاجة إلى الإجتهاد في القبلة أمس إذ لولاه لما صحت الصلاة أصلاً بخلاف الثوب والماء فإنه يمكنه أن يصلي عارياً وبالتيمم فالصلاة وجود بدونها .

(ونحن نقول ليس في وسعه إلا التوجه إلى جهة التحري) إذ ليس في وسع هذا المجتهد إلا التوجه (١) إلى جهة التحري لأن المقصود من طلب الجهة رضاء الله عنــه لا حين الجهـة إلا أنه أمر بالطلب تحقيق معنى الابتداء والابتداء قـــد تم بالتحري فسقط عنـــه ما لزمه من الفرض .

( والتكليف مقيد بالوسع ) قال الله تعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعهـا ﴾ ٢٨٦ البقرة . قال الأكمل قيل هذا لا يصح جواباً الشافعي الخ . قلت هذا هو كلام السغناقي فإنه قال فإن قلت هذا التعليل لا يكون جوابـاً كما ذكره الشافعي فإن له أن يقول سلمنـا ان التكليف مقيد بالوسع لكن هذا حال العمل فإن له أن يعمل حال توجه الخطاب بالعقـل لما في وسعه ولا يأثم بما فعل عند ظهور الخطأ فأما إذا ظهر خطأه يقيناً فكان فعله كلا فعل في حق وجوب الإعادة كما في التحري في ثوبين أحدهما نجس فإنه يعيد الصلاة هنا. وملخص جوابه بأن القبلة من قبيل ما يحتمل الإنتقال لأنها انتقلت من بيت المقدس إلى الكعبة ومن الكعبة إلى الجهة ومنها إلى سائر الجهات إذا كان راكباً ، فان فعل حيثما توجهت اليـــه راحلته فيعيد ما صلى الى الجهة بالتحري إذا تحرك رأسه فينتقل فرض التوجه إلى تلـك الجهة ، فكما يبدل الرأي فيه بمنزلة الفسخ فيعمل به في المستقبل ولا يعمل به بطـلان ما مضى كما في النسخ الحقيقي بخلاف النجاسة ونحوها مما لا يحتمل الانتقال من محل إلى محـل

(١) في الأصل غير واضح وربما هذا ما قصده المؤلف وهذا ما يدل عليه الموضوع .
ا هـ مصححه .

**وإن علم ذلك وهو في الصلاة استدار إلى القبلة لأن أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيأتهم في الصلاة واستحسنه النبي عليه السلام ، وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى توجه اليها**

---

فلم يحركه العمل إلا بظاهر ما أدى اليه تحريه ، فاذا ظهر ما هو أقوى منه أبطله لأنه غير قابل للانتقال .

( **فان علم ذلك** ) يعني خطأه ( **وهو في الصلاة** ) أي والحال أنه في نفس الصلاة ( **استدار إلى القبلة** ) بلا استئناف ( **لان أهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيأتهم واستحسنه النبي عليه الصلاة والسلام** ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن مالك عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال بينما الناس في صلاة الصبح بقباء إذا جاءهم آت فقال ان رسول الله ﷺ قد أنزل عليه الليلة قرآناً وقد أمرنا أن نستقبل القبلة فاستقبلوها ، وكانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة ، وأخرج مسلم عن أنس وفيه وهم ركوع في صلاة الفجر ، وأخرج البخاري عن البراء قال كان رسول الله ﷺ يعجبه أن تكون قبلته قبل البيت فانه صلى أول صلاة صلاها العصر ومعه قوم. الحديث. وفي لفظ آخر له وهم ركوع في صلاة العصر . وروى ابن سعد عن الواقدي ثنا عمر بن صالح مولى القومة قال سمعت محمد بن عبد الله بن سعد يقول صليت القبلتين مع رسول الله ﷺ فصرفت القبلة إلى البيت ونحن في صلاة الظهر فاستدار رسول الله ﷺ واستدرنا معه .

قوله بقباء بضم القاف أو المد قرية من قرى المدينة قال أبو حاتم من العرب من يصرفه ويجعله مذكراً ، ومنهم من يؤنثه فلا يصرفه .

قوله استداروا أي أمروا من الدوران . وفي الكافي كيفية الإستدارة أن يبدأ من الجانب الأيمن لا من الجانب الأيسر .

( **وكذا إذا تحول رأيه إلى جهة أخرى توجه اليها** ) صورته صلى بالتحري ركعة إلى جهة ثم تبين خطأه في الصلاة حول وجهه إلى تلك الناحية وبقي على الأول ولا يجب عليه

شيئاً فيها ، وبه قال ابن أبي موسى والأسدلي من الحنابلة ( **لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله** ) المؤدى بفتح الدال . قوله قبله أي قبل تحريه إلى جهة أخرى وهو في الصلاة ، لأن تبدل الرأي بمنزلة النسخ فيعمل في المستقبل لا في الماضي كما في النسخ . وكذلك الأمة اعتقت في الصلاة انها تأخذ قناعاً وتبني ، ولو شك وصلى من غير تحري فهو على الفساد ما لم تبين الصلوات بعد الفراغ . ولو علم في الصلاة أنه أصاب القبلة فعليه أن يستقبل صلاته لأن حاله قويت بالعلم وبناء القوي على الضعيف لا يجوز ذكر ذلك الأسبيجابي والمرغيناني . وروي عن أبي يوسف جواز البناء ، ولو كان في الرواية إلى جهة فتركها وصلى إلى غيرها فانه لا تجوز صلاته وإن أصاب القبلة ، لأنه تولت القبلة المتعينة عليه ، وكذا لو أصاب في أثنائها يستقبل . وفي رواية أبي سليمان عن أبي يوسف أنه يجزئه لأنه أدرك المطلوب من الاجتهاد . وفي المحيط لو كان بحضرته من يسأله عنها فصلى بالتحري لا يجزئه إلا إذا أصاب القبلة لحصول المقصود ولو قام إلى الصلاة إلى جهة من غير شك ثم شك بعد ذلك فهو على الجواز حتى يعلم يقيناً فساده فتجب عليه الاعادة وإن علم فيها استقبل صلاته ، ولو صلى بالتحري في أحد ثوبين ثم تحول تحريه إلى الثوب الآخر فكل صلاة صلاها في الثوب الأول يجزئه ، وإن علم النجاسة في الثوب الأول أعاد . وفي المرغيناني صلى بالتحري في المفازة والسماء مصحية وهو لا يعرف النجوم فتبين أنه أخطأ القبلة ، قال ظهير الدين يجوز وقال غيره لا يجوز . وفي فتاوى السفناقي يجزئه ولم يقع تحريه على شيء قيل يؤخر الصلاة ، وقيل يصلي إلى أربع جهات وقيل يخير . وفي المحيط دخل مصراً وعاين المحاريب لا يتحرى وبه قال الشافعي ، ولو دخل مسجداً لا محراب له وبحضرته أهله لا يجزئه التحري إلا إن أصاب ، ولو سألهم ولم يخبروه فتحرى وصلى جاز .

( **ومن أم قوماً في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى إلى المشرق وتحرى من خلفه**

فصلى كل واحد منهم إلى جهة وكلهم خلفه لا يعلمون ما صنع الإمام أجزأهم لوجود التوجه إلى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال الإمام تفسد صلاته لأنه اعتقد أن إمامه على الخطأ . وكذا لو كان متقدماً على الإمام لتركه فرض المقام .

---

وصلى كل واحد منهم إلى جهـــة وكلهم خلفه لا يعلمون ما صنع الامام أجزأهم ) أى الصلاة فان قلت قوله لا يعلمون ما صنع الامام مشكل لأنـــه يجوز أن يعلموا حال الامام بصوته لأنهم في صلاة الليل بدليل قوله في ليلة مظلمة قلت يحتمل أن يكون الصلاة قضاء أو يترك الامام الجهر ناسياً أو يكونوا قد عرفوا الامام بصولة[1] أنه قدامهم ولكن لم يميزوا من صوته إلى أى جهة توجه .

( لوجود التوجه إلى جهة التحري ) وجهة التحرى هي المتعينة وقد وجدت (وهذه المخالفة غير مانعة ) لأن جهة تحرى كل واحد قبلة له فلا بأس بالاختلاف .

( كما في جوف الكعبة بالجماعة ) فانه لا يضر فكذا ذاك وبــه قال الشافعي . وقال بعض أصحابه عليهم الاعادة كذا قال الاترازي وأخذ عنه الأكمل .

( ومن علم منهم ) أي من القوم المقتدين ( بحال الامام تفسد صلاته ) قال السغنـــاقي وهذا القيد وهو علم المقتدي حال كونهم مأمومين ليس بلازم في سبق فساد صلاتهم فانه لو علم حال الامام قبل الاقتداء فالحكم كذلك ، وإن كان الامام في وقت الاقتـــداء على الصحة قال الأكمل فيه نظر لأن قوله ومن علم منهم حال إمامه أعم من أن يكون علم قبل الاقتداء به أو بعده ، قلت في نظره مخالفة إمامه في الكعبة لأن صلاة الكل إلى القبلة .

( وكذا لو كان متقدماً عليه ) أي فكذا الحكم لو كان المأموم متقدماً على الامام (لتركه فرض المقام ) أي لترك المأموم فرض مقامه وهو تأخره عن الامام .

---

(١) ربما قصد بصوته اهـ مصححه .

( باب في صفة الصلاة ) أي هذا الباب في بيان صفة الصلاة . ولمــا فرغ من ذكر الوسائل وهي الشروط والأسباب شرع في بيان ما هو المقصود من ذكره وهو صفة الصلاة والوصف والصفة مصدران كالوعد والعدة والوزن والزنة من يصف وصفاً وصفة من باب فعل يفعل بفتح العين من الماضي وكسرها في المستقبل . وأصل يصف يوصف حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة وأصل صفة وصف حذفت الواو تبعاً لفعله وعوض عنها التــاء فصار صفة على وزن عدة ، وجعلت التــاء في آخره لأن العوض لا يكون موضع المعوض فان قلت ما تقول في تخمة وتراث فان أصله وخمة ووراث . قلت هذا بدل وليس بعوض كما عرفت في موضعه . فان قلت لم لا يجوز أن يقول وحدة لئلا يلزم الجمع بـين العوض والمعوض ، فان قلت ما تقول في وجهة مع أن فيه الجمع بين العوض والمعوض قلت هذا ليس بمصدر جار على فعله ، ويجوز أن يقال وإن كان مصدراً لم يحذف منه المعوض تنبيهاً على أصله كما في قود واستحوذ . ثم ان الصفة والوصف مترادفان عند أهل اللغــة وعند المتكلمين الوصف كما في قولك زيد عالم وإلحاقه بالموصوف أعني المعنى القائم بذاته . فان قلت قال باب صفة الصلاة ولم يقل باب وصف الصلاة . قلت ظهر لك جوابه بما ذكرنا إن كنت في ذكر منه . وقال الأكمل الظاهر أن المراد بالصفة هنا الهيئة الحــاصلة للصلاة بأركانها وعوارضها . قلت ليس المراد الحاصلة وإنما المراد وصف تلك الهيئة ، والوصف هو لفظ الواصف مدلوله فأطلق الصفة وأريد به الوصف إطلاقاً لاسم المدلول على الدال .
فان قلت ما هذه الاضافة في صفة الصلاة قلت إضافة الجزء إلى الكل لأن كل صفــة من هذه الصفات جزء الصلاة فان قلت الصفة عرض والصلاة كذلــك فكيف يقوم العرض بالعرض ، قلت جاز أن يوصف العرض بالصفات الذاتيين كاللونية واستحالة البقاء فيقال السواد عرض ولون مستقبل البقاء ، وإنما لا يوصف بالصفات الزائدة على الذات كالبقاء والحياة والقدرة مع أن الأفعال الشرعية لها حكم الجواهر فلذلك يوصف بالصحة والفساد والجواز والبطلان ونحو ذلك على أن هذا الباب مختلف فيه .

( فرائض الصلاة ستة ) الفرائض جمع فريضة وهي ما ثبت بدليل قطعي لا شبهــة

فيه ، قوله ستة أي ستة أشياء وكان ينبغي أن يقول ست لأن تأنيث ما تعدد من الثلاثة إلى العشرة بخلاف تأنيث سائر الأسماء فيقال للمذكر بتاء التأنيث وللمؤنث بدون التاء تقول ثلاثة رجال وثلاث نسوة إلى عشرة رجال وعشرة نسوة وفي بعض النسخ فرائض الصلاة ستة وهي على القياس وتؤول النسخة الأولى على أن المراد بالفرائض الفروض جمع فرض والمراد من الصلاة الفرض لأن القيام في النافلة ليس بفرض ، فان قلت لم لم يقل أركان الصلاة قلت لأن الفرض أعم من الأركان ، لان الفرض يطلق على الركن والشرط أيضاً ، وأيضاً لو قال أركان الصلاة لكان خرج منها التحريمة لانها شرط على قول عامة المشايخ لا ركن . ونقل عن فخر الاسلام أنها ركن ولذلك اختلفوا في ركنية القعدة الاخيرة . فان قلت فعلى هذا كان ينبغي أن يذكر التحريمة مع الشروط ، قلت إنما هو ذكرها مع الاركان لشدة اتصالها بالصلاة فحيث ينفك عنها وليست كسائر الشروط ، فان قلت كيف ينبغي أن يكون الفروض سبعة لان الخروج عن الصلاة بفعل المصلي فرض ، قلت أراد بها الفرائض التي اتفق عليها أصحابنا الثلاثة على أن الكرخي نقل عن أبي حنيفة أنه ليس بفرض . والشرط ما يتوقف عليه المشروط وهوخارج عن ماهيته . والركن ما يتوقف عليه وهو داخل في ماهيته والفرض أعم منهما .

ونقل عن مولانا حميد الدين رحمه الله يشترط لثبوت الشيء ستة أشياء العين وهو عبارة عن ماهية الشيء والركن وهو عبارة عن جزء الماهية والحكم وهو الاثر الثابت به والمحل والشرط والسبب . فالعين الصلاة ههنا والاركان القيام والقراءة إلى آخر ماذكر والمحل الادمي المكلف والشرط ما تقدم من طهارة البدن والثوب وغير ذلك والسبب الاوقات .

( التحريمة ) أي أول الفرائض التحريمة وهي تكبيرة الإفتتاح . والتحريمة جعل الشيء محرماً ، والهاء فيها لتحقيق الاسمية قاله الأكمل أحسن من صاحب الدراية ، قلت الظاهر أن يكون للافراد ، وإنما اختصت التكبيرة الأولى بهذا الاسم لأنها تحرم الأشياء المباحة قبلها بخلاف سائر التكبيرات كذا في المستصفى .

لقوله تعالى ( وربك فكبر ) ٣ المدثر والمراد به تكبيرة الإفتتاح
والقيام لقوله تعالى ( وقوموا لله قانتين ) ٢٣٨ البقرة

---

( لقوله تعالى ﴿ وربك فكبر ﴾ ٣ المدثر والمراد تكبيرة الافتتاح ) الفاء فيه للتنبيه كأنه قال والذي ربك فكبر . وقال الأكمل دخلت الفاء لمعنى الشرط كأنه قال أي شيء كان فلا تدع تكبيرة . وقلت نقله عن الكشاف ، والامر للوجوب وإلا لكان يجب فيه إلا في افتتاح الصلاة والمعنى على الحقيقة خص ربك بالتكبير وهو الوصف بالكبرياء وأن يقال الله أكبر .

اعلم أنه ثبت فرضية التكبيرة الاولى بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وذكر اسم ربه (١) فصلى ﴾ ١٥ الاعلى نزلت هذه الآية في التكبيرة الاولى وقوله تعالى ﴿ وربك فكبر ﴾ ٣ المدثر والمراد به في الصلاة إذ لا يجب خارج الصلاة بإجماع أهل التفسير .

أما السنة فما روي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال ﷺ قال مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم . رواه الترمذي وابن ماجة على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

وأما الإجماع فلأنه لم يخالف أحد في وجوبه كذا في مبسوط شيخ الاسلام قلت ماذكر في مبسوط السرخسي أنه التكبير فلا بد فيه للشروع في الصلاة إلا على قول أبي بكر الاصم واسماعيل بن علية فإنهما يقولان يصير تنازعاً بمجرد النية والاذكار التكبيرة والقراءة عندهما ونية الصلاة والمراد تكبيرة الافتتاح أي بإجماع أئمة التفسير . ولان سائر التكبيرات ليس بفرض بالاجماع فتعين هذا الفرضية فلا يؤدي إلى تعطيل النص .

( والقيام ) الفريضة الثانية هي القيام في الصلاة الفرض لان القيام في النافلة ليس بفرض على ما تقدم ( لقوله تعالى ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ ) ٢٣٨ البقرة وجه الاستدلال ان الله تعالى عز وجل أمر بالقيام والامر للوجوب وليس القيام واجباً خارج الصلاة فكان

---

(١) في الاصل « ربك » اه مصححه .

والقراءة لقوله تعالى ( فاقرأوا ما تيسر من القرآن ) ٢٠ المزمل
والركوع والسجود لقوله تعالى ( اركعوا واسجدوا ) ٧٧ الحج
والقعدة في آخر الصلاة مقدار التشهد

---

واجباً فيها ضرورة ، والنقل خارج لعدم تناول الامر اليه . قوله قانتين حال من الضمير الذي في قوموا ، ومعناه ساكتين وتاركين الكلام ، يدل عليه حديث زيد بن أرقم رضي الله عنه قال كنا نتكلم في الصلاة حتى نزل قوله تعالى ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام رواه الجماعة غير ابن ماجة ، وقيل معنى القنوت الطاعة لقوله تعالى ﴿ القانتين والقانتات ﴾ ٣٥ الاحزاب . وقيل القنوت الخشوع أي خاشعين . وعن ابن عمر رضي الله عنه القنوت طول القيام في الصلاة .

( **والقراءة** ) أي الفريضة الثالثة قراءة القرآن ( **لقوله تعالى ﴿ فاقرأوا ما تيسر من القرآن ﴾ ٢٠ المزمل** ) وجه الاستدلال أنه أمر بالقراءة والأمر للوجوب فلا وجوب خارج الصلاة بالإجماع فثبت في الصلاة والاعتبار كما تقدم عن أبي بكر الأصم أن القراءة ليست بفرض في الصلاة لأنه خرق للاجماع ، وكذا نقل عن الحسن ، وسيجيء مزيد من الكلام في آخر باب النوافل ، وكذلك يجيء هل هي فرض في جميع الصلاة أو ههنا . ثم الأمر بالقراءة أعم من أن تكون قراءة الفاتحة أو غيرها ، فلأن تشترط قراءة الفاتحة للجواز لأن مطلق القراءة كما يوجد في ضمن الفاتحة يوجد في ضمن غيرها من السور .

( **والركوع** ) أي الفريضة الرابعة الركوع ( **والسجود** ) أي الفريضة الخامسة السجود ( **لقوله تعالى ﴿ واركعوا واسجدوا ﴾ ٧٧ الحج** ) الواو في قوله واركعوا سهو لأنها ليست من القرآن وجب الاستدلال على ما مر الآن وقيل كان الناس أول ما أسلموا يسجدون بلا ركوع ويركعون بلا سجود فأمروا أن تكون صلاتهم بركوع وسجود لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا واعبدوا ربكم ﴾ ٧٧ الحج . أي اقصدوا بعبادتكم في ركوعكم وسجودكم وجه الله تعالى كذا قال الزمخشري .

( **والقعدة في آخر الصلاة** ) أي الفريضة السادسة القعود في آخر الصلاة ( **مقدار التشهد** ) أي مقدار ما يأتي فيه بكلمتي التشهد ، والأصح قدر ما يمكن فيه من قراءة

التشهد إلى قوله عبده ورسوله ، وذكر القولين في الينابيع . وقال في المحيط هو من جملة الفروض دون الأركان وبه قال الشافعي وأحمد وغيرهما ، وقيل هو سنة وبه قال مالك ( **لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك** ) أخرجه أبو داود في سننه حدثنا عبد الله بن محمد السنبلي ثنا زهير ثنا الحسن عن القاسم مخمر قال أخذ علقمة بيدي فحدثني أن عبد الله بن مسعود أخذه بيده وأن رسول الله ﷺ أخذ بيد عبد الله فعلمه التشهد في الصلاة فذكر مثل حديث دعاء الأعمش إذا قلت هذا أو قضيت هذا فقد قضيت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد ، وكذا رواه أحمد في مسنده ثنا الفضل بن دكين الملالي ويحيى بن آدم قالا حدثنا زهير بن معاوية بن خديج به فذكر التشهد بحروفه وفي آخره فإذا قلت هذا فقد قضيت ما عليك إن شئت أن تقوم فقم . وقول أبي داود فذكر مثل دعاء حديث الأعمش أراد به ما رواه أولاً ، حدثنا مسدد ثنا يحيى عن سليمان الأعمش قال حدثني سفيان بن سليمان عن عبد الله بن مسعود قال إذا جلسنا مع رسول الله ﷺ في الصلاة قلنا السلام على الله قبل عادة السلام على فلان وفلان فقال رسول الله ﷺ أتقولوا السلام على الله فإن الله هو السلام ، ولكن إذا جلس أحدكم فليقل التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، وانكم إذا قلتم ذلك أصاب كل عبد صالح في السماء والأرض أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ثم يتخذ أحدكم من الدعاء أعجب فيدعو به .

ثم اعلم أن أصحابنا استدلوا بالحديث الذي ذكره في الكتاب في المسائل الأولى استدلوا به على فرضية القعدة الأخيرة وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام علق الصلاة بالقعود وما لا يتم الفرض إلا به فهو فرض وهو حجة على مالك حيث لم يفرض القعدة الأخيرة .

فإن قلت كلمة أو لأجل السبق وليس فيه دلالة على ما ادعيتم ، قلت معناه إذا قلت هذا وأنت قاعد أو قعدت ولم تقل فصار الخبر في القول لا في الفعل إذ الفعل ثابتة في

الحالين ، وتحقيق وجه الاستدلال به أنه عليه‌السلام علق تمام الصلاة بالفعل قراءة ولم يقرأ لأنه علق بأحد الأمرين من قراءة التشهد والقعود وأحدهما وهو القراءة لم تشرع بدون الآخر حيث لم يفعله رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وسلم إلا فيه وانعقد على ذلك الإجماع فكان الفعل موجوداً على تقدير القراءة البتة وكان هو المعلق به في الحقيقة لاستلزامه الآخر وكلما علق بشيء لايوجد بدون الفعل وتمام الصلاة واجب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب فالقعدة [1] واجبة أي فرض فإن قلت هذا خبر واحد وهو بظاهره لايفيد الفرضية فكيف مع هذا التكلف العظيم ، قلت إن قوله تعالى ﴿ أقيموا الصلاة ﴾ ٤٣ البقرة مجمل وخبر الواحد لحق بياناً له والمجمل من الكتاب إذا لحقه البيان الظني يفيد الفرضية لأن الحكم بعده يكون مضافاً إلى الكتاب لا إلى البيان في الصحيح . فإن قلت لم لا يكون الأمر في القراءة ويكون فرضاً ، قلت لأن نص القراءة ليس بمجمل بل هو خاص فتكون الزيادة عليه نسخاً بخبر الواحد وهو لا يجوز . وههنا جواب آخر وهو أن خبر الواحد إن كان متعلقاً بالقبول جاز إثبات الركنية به فبالطريق الأولى أن يثبت به الفرضية لأن درجات الركنية أعلى ، وقد بينا ركنية الوقوف بعرفات لقوله عليه‌السلام الحج عرفات ، والوقوف معظم أركان الحج لا محالة والقعدة الأخيرة فرض والمصنف صرح به حيث ذكرها في الفرائض فجاز أن تثبت بخبر تلقي بالقبول ، وذكر في الإيضاح أما القعدة الأخيرة فمن جملة الفروض وليست من الأركان ، لأن ركن الشيء ما يفسر به ذلك الشيء ، وتفسير الصلاة لا تقع بالقعدة وإنما يقع بالقيام والقراءة والركوع والسجود ، وجه القعدة من جملة الأركان لتوقف الحنث عليها ، وإنما تقدمت الركنية في القعدة لأنها اعتبرت بغيرها لا بعينها لأن الصلاة التعظيم وهو بالقيام وزاد وبالركوع ويتناهى بالسجود والقعدة للخروج فافهم فإن قلت هذا الكلام أعني قوله إذا قلت هذا اه مدرج وليس من كلام النبي عليه‌السلام فقال البيهقي بين ذلك سبابة بن سوار في رواية عن زهير بن معاوية وفصل كلام ابن مسعود من كلام النبي صلى‌الله‌عليه‌وسلم وهو أصح من قول من جعله من كلام النبي عليه‌السلام . ورواه ابن ثوبان عن الحسن بن الحر أنه من كلام ابن مسعود رضي

---

(١) في الأصل العقدة . اه مصححه .

الله عنه . وقال ابن حبان بعد أن أخرج هذا الحديث في صحيحه وقد أوهم هذا الحديث من لم يحكم الصناعة أن الصلاة على النبي ﷺ ليست بفرض فإنه قوله إذا قلت هذه زيادة أخرجها زهير بن معاوية في الخبر عن الحسن بن حريم قال ذكر بيان أن هـذه الزيادة من قول ابن مسعود لا من قول النبي ﷺ وأن زهيراً أدرجه في الحـديث ، ثم أخرجه عن ابن ثوبان عن الحسن بن الحر عن القاسم بن مخيمرة به سنداً ومتناً وفي آخره قال ابن مسعود فإذا فرغت من صلاتك فإن شئت فاثبت وإن شئت فانصرف . ثم أخرجه عن حسين بن علي الجعفي عن الحسن بن الحر [1] وفي آخره قال الحسن وزاد محمد بن ابان بهذا الإسنـاد قال فاذا قلت هذا فان شئت فقم قال محمد بن ابان ضعيف . وقال الدارقطني في سننـه هذان أخرجا هذا الحديث هكذا أدرجه بعضهم في الحـديث عن زهير ووصله بكلام النبي ﷺ وفصله سبابة بن سوار عن زهير يجعله من كلام ابن مسعود وهو أشبه بالصواب . قلت الجواب عن جميع ما ذكروه من وجوه . الأول أن أبا داود روى هذا الحـديث وسكت عنه ولو كان فيه ما ذكره لبينه لأن عادته في كتابـه أن يلوح على مثـل هذه الأشياء . الثاني أن أبا زيد الدبوسي من عم هو وغيره وأن هـذه الزيادة رواها أبو داود الطيالسي . وروى ابن داود العتبي وهستم [2] بن القاسم ويحيى بن أبي بكر كثير ويحيى ابن يحيى النيسابوري في آخرين متصلاً فرواية من رواه مفصولاً لا يقطع بكونه مدرجاً لاحتمال أن يكون نسبه ثم ذكره فسمعـه هؤلاء متصلاً وهذا منفصلاً ، وجدنا في كتاب النسائي من حديث الافريقي عن عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ أنه قال إذا حـدث [3] الرجل في آخر صلاته قبل أن يسلم فجازت صلاته . الثالث أن عبد الرحمن بن ثابت الذي ذكره البيهقي قد ضعفه ابن معين هو بنفسه ذكره في باب التكبير . أربعاً و كذلك عنان

(١) وردت قبلاً الحرو وهنا الحرية والصحيح نقلاً عن تقريب التهـذيب الحر كما أثبتناه . اهـ مصححه .

(٢) ربما قصد هشام . اهـ مصححه .

(٣) الصحيح إذا أحدث . اهـ مصححه.

ابن الربيع الذي روى عن عبد الرحمن بن ثابت ضعفه الدارقطني وغيره فمثل هذا لا يعلل رواية الجامع الصغير الذي جعلوا هذا الكلام بالحديث وعلى تقدير صحة السند الذي روى فيه موقوفاً ، فرواية من وقف لا يعلل بها رواية من رفع لأن الرفع زيادة مقبولة على ما عرف من مذاهب أهل الفقه والأصول فيحمل على أنه ابن مسعود رضي الله عنه سمعه من النبي ﷺ فرواه بذلك مرة وأفتى به مرة أخرى وهذا أولى من جعله من كلامه ، إذ فيه تخطئة الجماعة الذي وصلوا . ولئن سلمنا وصوله الوهم في رواية من أدرجه لايتعين أن يكون الوهم من زهير بل ممن رواه عنه موقوفاً ، والثانية أن هذا ينافي فرضية الصلاة على النبي عليه السلام في الصلاة لأنه عليه الصلاة والسلام علق التمام بالقول وهو حجة على الشافعي وأيضاً أنه ﷺ علم التشهد لعبد الله بن مسعود ثم أمره عقبة أن يتخذ من الدعاء ما شاء ولم يعلم الصلاة عليه ولو كانت فرضاً لعلمه ، إذ موضع التعليم لا يؤخر لبيان الواجب . وأيضاً علم النبي ﷺ الاعرابي أركان الصلاة ولم يعلمه الصلاة عليه ولو كانت فرضاً لعلمه . وكذا لم يرو في تشهد أحد من الصحابة فمن أوجبها فقد خالف الآثار . وقد قال جماعة من أهل العلم أن الشافعي خالف الإجماع في هذه المسألة مقتدى به منهم ابن المنذر وابن جرير الطبري والطحاوي وسيأتي مزيد الكلام فيه . الثالثة ان هذا ينافي فرضية السلام في الصلاة لأنه عزم أمر المصلي بعد القعود بقوله إن شئت أن تقوم وإن شئت أن تقعد وهو حجة على الشافعي أيضاً حيث افترض السلام . الرابعة استدل به أبو يوسف ومحمد في المسائل الاثني عشرية ان الصلاة لا تبطل فيها لأنه ﷺ علق تمام الصلاة بالقعود ولم يعلق عليه شيء . واعترض العوارض قبل السلام كاعراضها بعد .

( علق التمام بالفعل ) أي علق ﷺ إتمام الصلاة بالفعل ( قرأ أو لم يقرأ ) قرأ التشهد أو لم يقرأ فكان الفعل هو اللازم دون القول لأن الفعل أقوى من القول فكان اعتباره أولى بدليل أن القادر على الفعل والعاجز عن القول يلزمه الفعل كالامي والعاجز عن الفعل والقادر على القول لا يلزمه القول كالعاجز عن القعدة فتعلقت الفرضية بالأقوى وهو الفعل دون القول ، ولانه ثبت باتفاق الاخبار أنه ﷺ ما سلم إلا بعد القعدة

## قال وما سوى ذلك فهو سنة أطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة معها

والامر بالصلاة مجمل فيكون فعله بياناً كذا في الاسرار وفي الجنازية ذكر في القرآن ﴿أقيموا الصلاة﴾ ولم يعلم تمامها في أي وقت فالحديث بين تمامها في القعدة، فان قلت فعلى هذا كان ينبغي أن تكون القعدة الاولى فرضاً أيضاً لانه عليه الصلاة والسلام أتى بها وقال صلوا كما رأيتموني أصلي فصار بياناً لمجمل الكتاب أيضاً . قلت روى أنه عليه الصلاة والسلام سهى عن القعدة الاولى . فاعلم بذلك فلم يفعل فسجد للسهو فدل على أنها ليست بفرض . وفي الدراية أن الفريضة لا تثبت ابتداء بخبر الواحد ، أما البيان به فيصح كافي مسح الرأس والتحقيق في هذا الموضع أن القعدة فرض عملاً لا اعتقاداً إذ بخبر الواحد يثبت هذا الفرض كالوتر عند أبي حنيفة لانه في درجة الواجب ولهذا لا يكفر منكر فرضيتها كالك وأبي بكر الاصم والزهري لانه عندهم سنة إلا مقدار إيقاع السلام ولان الإتيان بالسلام واجب ومحله القعدة فيراد القعود لغيره فيمتذر به .

( **قال** ) أي القدوري (**وما سوى ذلك فهو سنة**) أي ما سوى ما ذكرنا في الفرائض الستة فهو سنة . وفي المجتبى يحتمل أن يكون ذلك إشارة إلى الفرائض المذكورة وإليه ذهب أكثر الشارحين ويحتمل أن يكون إشارة إلى قدر التشهد فيكون اخباراً عن القعود الذي يصلى فيه على النبي ﷺ ويدعو ويسلم وهو الاشبه ، لان الفقهاء جعلوا أفعال الصلاة أقساماً وواجبات . فالواجبات ثمانية وهي مذكورة في الكتاب والسنن ما فعله النبي عليه السلام على المواظبة ولم يترك إلا بعذر كالثناء والتعوذ فيه تكبيرات الركوع والسجود [1] والآداب ما فعله النبي عليه السلام مرة أو مرتين كزيادة التسبيحات فيها والزيادة على القراءة المستوية .

( **أطلق** ) أي القدوري ( **اسم السنة وفيها** ) أي والحال أن في السنة ( **واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها** ) أي إلى الفاتحة أو ثلاث آيات ويكره ضم آية أو آيتين

---

(١) في الاصل الجملة من على المواظبة إلى كلمة السجود معادة . اه مصححه .

# ومراعاة الترتيب فيما شرع مكرراً من الأفعال والقعدة الأولى وقراءة التشهد في الأخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين

إليها نص على ذلك في الذخيرة والمرغيناني ( **ومراعاة الترتيب فيما شرع مكرراً من الأفعال** ) أي في الذي شرع حال كونه مكرراً أراد به السجود لانه شرع في كل ركعة مكرراً ومراعاة الترتيب فيه واجبة ، حتى إذا ترك سجدة من الركعة الأولى لا تفسد صلاته ويجوز قضاؤه في الثانية . وفي الحواشي لو تذكر في الركوع . الثاني أنه ترك سجدة من الركعة الأولى فانحط من ركوعه فسجد لا يلزمه إعادة الركوع وكذا الترتيب فيما بين الركعات ليس بفرض ، فان المسبوق إذا قام إلى قضاء ما سبق به يصلي أول صلاته عند أبي حنيفة وأبي يوسف وفي الجنازية الترتيب فرض فيها اتخذت شرعيته في كل ركعة كالقيام والركوع أو اتخذت شرعيته في جميع الصلاة كالقعدة حتى لو قعد قدر التشهد ثم عاد إلى السجدة الصلاتية أو تذكر في الركوع أنه لم يقرأ السورة نقض ما أدى قبله من اكرع[1] .

( **والقعدة الأولى** ) عند المتأخرين وعند الطحاوي والكرخي سنة . وفي التحرير القعدة الأولى في الفرض واجبة وكذا قراءة التشهد فيها وهو المختار وقيل سنة وهو الأقيس ، وعند بعضهم واجبة قال في المحيط وهو الأصح ، وقال مالك الجلسة الأولى سنة ولو تعمد تركها تفسد صلاته ذكره في التمهيد فإن قلت لو لم يذكر قراءة التشهد في القعدة الأولى وهي واجبة أيضاً ، كذا ذكره في باب سجود السهو من الكتاب قلت لم يلزم ذلك جميع الواجبات قاله السغناقي . قلت يجوز أن يكون تركه ههنا إشارة إلى أنها سنة كما قاله البعض كما ذكرنا .

( **وقراءة التشهد في القعدة الاخيرة** ) وعن أبي يوسف روايتان .

( **والقنوت في الوتر** ) في المبسوط قنوت الوتر سنة ( **وتكبيرات العيدين** ) وفي

---

(١) هكذا في الأصل وربما أراد الركع أو الركوع.

والجهر فيما يجهر والمخافت فيما يخافت فيهولهذا يجب عليه سجدة بتركها هذا هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما أنه ثبت وجوبها بالسنة

---

المبسوط سنة ( **والجهر فيما يجهر** ) أي في الصلاة التي يجهر فيها كالمغرب والعشاء والصبح ( **والمخافت فيما يخافت فيه** ) أي في الصلاة التي يخافت فيها بالقراءة كالظهر والعصر هذا في حق الإمام دون المنفرد .

( **ولهذا** ) أي ولأجل وجوب هذه الأشياء المذكورة ( **يجب سجدة السهو بتركها** ) أي بترك هذه الأشياء المذكورة ساهياً يجب سجدتا السهو لأن سجود السهو لا يجب إلا بترك الواجب .

( **هذا هو الصحيح** ) أي وجوب سجود السهو بترك كل واحد من الأشياء المذكورة هو الصحيح . واحترز به عما ذكر في المبسوط من جواب القياس في تكبيرات العيدين والقنوت إذا تركها لا يجب سجود السهو . وكذا القياس في قراءة التشهد في القعدةالأولى لما أنها اذكار وبنى الصلاة على الأفعال فلا يدخل كثير نقصان . وفي الاستحسان وجوب سجود السهو تضاف إلى الصلاة حيث قال تكبيرات العيد وقنوت الوتر وتشهد الصلاة فإذا تحصل النقصان بتركها فتجبر بالسهو وثناء الافتتاح لا تضاف إلى الصلاة وفي الجنازية قوله هو الصحيح **احترازاً** عن قول البعض ان ترك الجهر والمخافة مما يجهر ويخافت لا يجب السهو لأنها ليسا بمقصودين فكانا كالقومة بين الركوع والسجود ، قيل تعلق بالجهر الاستماع وهو مقصود وبالمخافتة دفع إيذاء الكفرة فإذا تعلق بهما معنى مقصود فصارا مقصودين بنفيها فيتعلق بتركها سجود السهو وفيه نظر . ونص أيضاً في المحيط على وجوب سجود السهو بترك القومة ولم يحك فيه خلافاً .

( **وتسميتها سنة** ) أي تسمية هذه الواجبات سنة ( **في الكتاب** ) أي في القدوري ( **لما انه ثبت وجوبها بالسنة** ) أي لأجل أن الشأن يثبت وجوب هذه الأشياء معنى بطريق إطلاق إسم السبب على المسبب مجازاً . وقال الأكمل وقيل قوله وتسميتها سنة اه ليس بجيد لأنه يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز ، لأنه حينئذ يكون المرادالسنةوالواجب أيضاً لأنه ثبت بالسنة أيضاً . قلت هذا السؤال للاترازي حيث قال في شرحه بيانه أن

لفظ السنة إذا أريد به السنة تكون الحقيقة وإذا أريد به الواجب يكون مجازاً . وههنا أراد صاحب القدوري بقوله وما سوى ذلك فهو سنة الواجب والسنة جميعها لأنه لم يرد به الواجب وحده أو السنة وحدها فالجواب عنه ، وقد سكت عنه الشارحون ، ثم قال الأكمل واجب إلى آخره هو جواب الاترازي فقال قلت الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين يجوز على مذهب بعض العراقيين من أصحابنا ، والشيخ أبو الحسن العراقي منهم ، فلا يرد على هذا السؤال أيضاً ، ثم قال الأكمل وخلله ظاهر والحق أنه ليس من باب الجمع بينهما ، بل المراد بقوله فهو سنة ثابتة بالسنة والواجبات ، والسنن المذكورة في هذا الباب داخلة تحت هذه اللفظة بطريق الحقيقة .

( **قال وإذا شرع في الصلاة كبر** ) أي إذا أراد الشروع في الصلاة قال الله أكبر، لأن التحريمة ليست بعد الشروع بل الشروع يتحقق بها . وقوله في الصلاة أعم من أن تكون فرضاً أو نفلاً وهذا عند العامة . وقال ابن المنذر وشذ الزهري وقال يدخل فيها بمجرد النية ، قال ولم يقله أحد . قلت قال في المبسوط وشرح مختصر الكرخي هوقول اسماعيل ابن علي وأبي بكر الأصم وقال أبو عمر في التمهيد وهو قول الأوزاعي وطائفة ، قال في المبسوط والوتري الأخرس والأمي الذي لا يحسن شيئاً فيصير شارعاً فيها بالنية ولا يلزمه تحريك اللسان وهو الصحيح من قول أحمد خلافاً للشافعي . وعن الحسن وعطاء وابن المسيب وقتادة والحكم والأوزاعي فيمن نسي التكبير أي تكبير الركوع يقوم مقامه . وللاترازي هنا سؤال وهو أن استعارة المسبب للسبب لا يجوز فكيف جاز ههنا،وأجاب بأن عدم الجواب إنما يكون إذا لم يكن المسبب خاصاً بذلك . وأماإذا اختص به فيجوز، والشروع في الصلاة تختص بالإرادة لا يكون بدونها فجاز إرادة الإرادة منه مجازاً ، قلت هذا من قبيل قوله تعالى ﴿ وإذا قرأت القرآن ﴾ ٤٥ الإسراء أي إذا أردت قراءته فيكون إطلاق إسم الملزوم على اللازم .

( **لما تلونا** ) أراد به قوله تعالى ﴿ وربك فكبر ﴾ ٣ المدثر ( **وقال عليه السلام تحريمها التكبير** ) هو عطف قوله لما تلونا والحديث رواه خمسة من الصحابة رضي الله عنهم الأول

علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن وكيع عن سفيان عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن محمد بن الحنفية عن علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم . وقال الترمذي هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسن وعبد الله بن عقيل صدوق ، وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبيل حفظه [1] ، وسمعت محمد بن اسماعيل يقول كان أحمد بن حنبل وإسحاق والحميدي يحتجون بحديثه قال محمد هو مقارب الحديث . ورواه أحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزاز في مسانيدهم . وقال النووي [2] في الخلاصة وهو حديث حسن .

الثاني أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أخرج حديثه الترمذي وابن ماجه من حديث طريق [3] بن شهاب أبي سفيان العدوي عن أبي نضرة عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله ﷺ مفتاح الصلاة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم . ورواه الحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه .

الثالث عبد الله بن زيد أخرج حديثه الدارقطني في سننه والطبراني في معجمه الأوسط عنه نحوه ، وفيه الواقدي وتفرد به ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وفيه محمد بن موسى بن سليمان قاضي المدينة وأعله به ، وقال أنس سرق الحديث ، ويروي الموضوعات عن الإثبات .

الرابع عبد الله بن عباس رضي الله عنه أخرج حديثه الطبراني في الكبير من حديث عطاء عن أبي عباس عن النبي ﷺ نحوه .

الخامس جابر بن عبد الله رضي الله عنه أخرج حديثه أحمد والبزار والطبراني من حديث مجاهد عنه عن النبي ﷺ ، وفيه أبو يحيى العتاب وهو ضعيف .

---

(١) في الأصل « حفظ » اهـ مصححه .

(٢) في الأصل « النوي » اهـ مصححه .

(٣) في تقريب التهذيب إنما هو طريف اهـ مصححه .

## وهو شرط عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله حتى ان من تحرم[1] للفرض كان له أن يؤدي بها التطوع

---

قوله تحريمها مبتدأ وخبره التسليم والتحريم مصدر من حرم بالتشديد وهو مضاف إلى فاعله وهو الصلاة ولا يقدر له مفعوله ، لأن المقصود إثبات التحريم لها لا إيقاعه على شيء آخر لأن ذلك غير شرط ، وكذلك الكلام في قوله وتحليلها التسليم ، فإن قلت كيف آقلت أنه مضاف إلى فاعله ، قلت لأن الصلاة هي التي تحرم وتحلل . وقال الأزهري أصل التحريم المنع يسمى التكبير تحريماً لأنه يمنع المصلي من الكلام والأكل والشرب وغيرهما .

( **وهو شرط عندنا** ) أي تكبير الشرع شرط في خارج الصلاة ( **خلافاً للشافعي** ) فإن عنده ركن وبه قال مالك وأحمد وآخرون .

( **حتى ان من يحرم الفرض جاز أن يؤدي بها** ) أي بتلك التحريمة ( **التطوع** ) لأن التحريمة لما كانت شرطاً جاز اداء النفل بتحريمة الفرض ، وعند الشافعي لما كانت ركناً فلم يجز به ، وكذلك اذا كبر وفي يده نجاسة فألقاها عند فراغه ، أو شرع في التكبيرة قبل ظهور زوال الشمس ثم ظهور الزوال عند فراغه منها أو مكشوف العورة فسترها بعمل يسير عند الفراغ منها ، أو شرع في السنة قبل السلام من غير تحريمة يصير شارعاً فيها عندنا خلافاً . وقال شرف الأئمة يصح بناء العصر على تحريمة الظهر وبناء الفرض على تحريمة النفل وعلى العكس والقضاء على الاواد[2] لأن التكبير شرط وبما قاله شرف الأئمة يحصل الجواب عما قاله الأكمل ناقلاً عن السفناقي وهو أن الأقسام العقلية أربعة بناء الفرض على الفرض ، وبناء النفل على النفل ، وبناء النفل على الفرض ، وهو المذكور في الكتاب فهل يجوز غيره من الأقسام الباقية أولاً .

وأما قوله وأما بناء الفرض على النفل قيل لم توجد فيه رواية ، والظاهر عدم الجواز فرد أيضاً بما ذكرنا .

---

(١) في الأصل « تحنا » وفي الشرح « يحرم » والتصحيح من فتح القدير في المتن . اه مصححة .

(٢) هكذا في الأصل . اه مصححه .

وهو يقول أنه يشترط لها ما يشترط لسائر الأركان وهذا آية الركنية ، ولنا أنه عطف الصلاة عليه في قوله تعالى ﴿ وذكر اسم ربه فصلى ﴾ ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرار الأركان ومراعاة الشرائط لما يتصل بها من القيام

---

وقوله لم توجد فيه رواية غير صحيح لأنه روى عن أبي الرجاء جواز ذلك ذكره في الدراية (١) .

( **وهو يقول** ) أي الشافعي يقول الاستدلال فيما ذهب اليه ( **يشترط لها** ) أي للتحريمة ( **ما يشترط لسائر الأركان** ) مثل استقبال القبلة وستر العورة والطهارة والنية والوقت.

( **وهذا آية الركنية** ) أي الاشتراط لها مثل ما يشترط لسائر أركان الصلاة علامة كونها ركناً كسائر الأركان .

( **ولنا انه عطف الصلاة عليه** ) الضمير في أنه يجوز أن يعود إلى الله وعطف أيضاً على صيغة المعلوم أي ولنا أن الله تعالى عطف الصلاة عليه أي على التكبير ويجوز أن يكون الضمير ضمير الشأن وعطف على صيغة المجهول في النص ، (وهو قوله تعالى ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾ ) الأعلى بحرف الفاء على الذكر والذكر الذي تعقبه الصلاة بلا فصل ليس إلا التحريمة بالاتفاق فيقتضي هذا النص أن يكون التكبير خارج الصلاة ، ان التكبير لا يجب مرتين بالإجماع فيكون الصلاة المعطوفة خارجة عنه وهو معنى قوله ( **ومقتضاه المغايرة** ) بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولو كان ركناً لما جاز ذلك لأنه يلزم عطف الكل على الجزء وفيه عطف الشيء على نفسه لاشتمال الكل على جزئه .

( **ولهذا** ) أي ولأجل ان تكبير الشروع شرط ( **لا يتكرر كتكرار الأركان** ) في كل صلاه كالركوع والسجود فلو كان يكرر كما تكرر الأركان . فان قلت القراءة ركن فلا يشترط تكرارها قلت القراءة متكررة أيضاً بدليل افتراضها في الركعة الثانية كما في الأولى في الفروض وفي غيره كل الركعات ( **ومراعاة الشرائط لما يتصل بها من القيام** )

---

(١) في الأصل الدارابة والصحيح ما أثبتناه .

هذا جواب عما قاله الشافعي يشترط التكبيـر ما يشترط لسائر الأركان يعني مراعاة الشرائط لأجل القيام الذي يتصل بالتكبير لأجله عملاً بموجب الفـاء في النص ، فلو لم يشترط فيه ما يشترط في الصلاة يؤدي ذلك إلى الفصل بينه وبينها، وهذا كعبداشتراه الهاشمي فانه يأخذ حكم المولى في حرمان الزكاة للاتصال به لا لذاته كذا في الجنـازية ، قال صاحب الدراية وهذا منقوض بالنية فانها شرط بالإجـماع ، ويشترط لها ما يشترط لسائر الأركان ، قلت النية أمر باطني فلا يورد لها على الأمور الظاهرة .

( قال ) أي القدوري ( ويرفع يديه مع التكبير ) أي يرفع المصلي يديه مصاحبـاً للتكبير ، وقال في المحيط يجعل باطن يديه مستقبل القبلة ناشراً أصابع يديه لحديث أبي هريرة رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ إذا كبر الصلاة نشر أصابعه، رواه الترمذي وابن خزيمة في صحيحه وفي المبسوط لا يكلف بتفريج الأصابع عنـد الرفع ومعنى الحديث المذكور ناشر إلى الكف وقال شيخ الإسلام فمن الناس من ظن أنـه أراد بنشر الأصابع أن يفرج بين الأصابع تفريجاً وهو غلط ولكن أراد به أيسر عن الابطي كما يكون في الثوب أي لا يرفع يديه مضمومتين بل يرفعهما منصوبتين حتى تكون الأصابع مستقبل القبلة بالكفين ونشر الأصابع فيه سنة وإخراج اليدين عن الكمين سنة إذالة التكبير . وفي الحاوى الماوردى يجعـل بطن كل كف إلى القبلة . وقيل يجعـل بطن كل كف إلى الاخرى .

( وهو سنة ) أى رفع اليدين سنة في أول الصلاة عنه وهو الصحيـح روى ذلك عن أبي حنيفة نصاً ، فإن تركه قيل يأثم ، وروي عن أبي حنيفة ما يدل على هذا القول فإنه قال إن تركه جاز وإن رفع كان أفضل وقال الصفار إن اعتاد تركه اثم . ونقل القدوري عن الزيدية أنه لا يرفع يديه عند الاحرام ولا نقل بخلافهم . ونقل عن الحسن المروزي ان ترك رفع اليد في تكبيرة الاحرام تبطل الصلاة وهو مردود بالإجماع . وذكر في القواعد لابن رشد من المالكية رضي الله عنه أن رفع اليدين فرض . وعند داود وجماعة من أصحابه الظاهرية فمنهم من أوجبه في تكبيرة الإفتتاح فقط ، ومنهم من أوجبه فيه، وعند الانحطاط

للركوع والارتفاع منه ، ومنهم من أضاف إلى ذلك السجود أيضاً يجب اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها .

( **لأن النبي عليه الصلاة والسلام واظب عليه** ) أي على رفع اليدين في أول الصلاة ومواظبته عليه السلام معروفة في أحاديث صفة صلاته عليه السلام ، منها حديث ابن عمر أخرج حديثه الأئمة الستة في كتبهم عن سالم عن أبيه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ إذا استفتح الصلاة رفع يديه . الحديث ، ومنها حديث أبي حميد الساعدي قال كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة رفع يديه وسيأتي قريباً ، أخرجه الجماعة إلا مسلماً ، ومنها ما أخرجه الطحاوي في شرح الآثار عن علي رضي الله عنه عن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا قام إلى الصلاة كبر ورفع يديه حذو منكبيه ، والعجب من الأكمل يقول رفع اليدين في أول الصلاة سنة بلا خلاف لأن النبي عليه السلام واظب عليه مع الترك وهو علامة السنة بخلاف ما إذا كان بلا ترك ، فإن ذلك دليل الوجوب . قلت كيف يقول واظب عليه مع الترك فمن أين أخذ هذا وجميع الأحاديث التي رويت في صفة صلاة النبي عليه السلام يدل صريحاً على رفع اليدين في أول الصلاة حتى قال ابن المنذر لم يختلف أهل العلم أن رسول الله ﷺ كان يرفع يديه إذا افتتح ، فلذلك ذهب قوم إلى وجوبه كما ذكرنا . وقال قوم بلا خلاف يدل على عدم اطلاعه فإن فيه خلافاً ، وإن كان الجمهور على خلافه ، والعجب من الاترازي أيضاً أنه يقول رفع اليدين سنة لأن النبي عليه السلام علم الاعرابي واجبات الصلاة ، ولم يذكر رفع اليدين ، قلت كيف يدل هذا على سنية رفع اليدين بل يدل هذا صريحاً على كونه غير سنة ، ولا يلزم من عدم ذكره الرفع فيه عدم كونه سنة ، ومع هذا هو شارح الكتاب ، وصاحب الكتاب في واد وهو في واد قال السغناقي فإن قلت المواظبة دليل الوجوب فكيف استدل بها على السنة ثم أجاب بما حاصله أن المصنف قال في آخر باب إدراك الفريضة دون المواظبة ، ثم قال هو المواظبة إنما تكون دليل الوجوب إذا كانت من غير ترك ، ويثبت للترك ههنا ، فإن شمس الأئمة السرخسي قال في تعليل هذه المسألة لأن النبي عليه الصلاة والسلام علم الاعرابي الصلاة ولم يذكر رفع اليدين ، لأنه

وهذا اللفظ يشير إلى اشتراط المقارنة ، وهو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ، والمحكي عن الطحاوي ، والأصح أنه يرفع يديه أولاً ثم يكبر ، لأن فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى ، والنفي مقدم .

---

ذكر الواجبات وواظب على رفع اليدين عند التكبير ، فدل على أنه سنة . قلت هذا أعجب مما ذكر الأكمل والاترازي ، فإنه يقول وثبت ففي أي موضع ثبت ذلك ومن رواه من الصحابة . وقد قلنا أيضاً ما في قصة الاعرابي .

( وهذا اللفظ ) أي لفظ القدوري في قوله ويرفع يديه مع التكبير ( يشير إلى اشتراط المقارنة ) أي مقارنة الرفع مع التكبير لأن كلمة مع للقران . وقال الصفار وشيخ الإسلام خواهر زادة ويرفع مقارناً للتكبير .

( وهو المروي عن أبي يوسف ) أي الرفع مع التكبير مروي عن أبي يوسف ، أي كان يقول ذلك فيما روى عنه ( والمحكي عن الطحاوي ) أي عن الإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي . المحكي عباره عن الفعل يعني أنه كان يفعل كذلك فيما حكى عنه ، وبه قال أحمد وهو المشهور عن مذهب مالك .

( والاصح أنه يرفع أولا ثم يكبر ) أي الأصح في المذهب أن المصلي يرفع يديه أولاً ثم يكبر . قال في المبسوط وعليه أكثر مشايخنا . وللشافعي فيه ثلاثة أوجه أحدها أنه يبتدىء بالتكبير هذا الدال . الثاني أن يرفع التكبير . والثالث يكبر ويداه قارنتان حذو منكبيه ( لأن فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى ) لأن في تقلب الرفع نفي الكبرياء عما سوى الله تعالى ، وبالتكبير يثبت الله تعالى ( والنفي مقدم على الاثبات ) كما في كلمة التوحيد . ولقائل أن يقول ثبت التقدم في كلمة التوحيد ضرورة لأنه لايمكن التكلم بالنفي والإثبات معاً بخلاف ما نحن فيه ، فإن النفي بالفعل ، والإثبات بالقول يمكن القرآن . ثم الحكم في رفع اليدين الإشارة إلى نقل ما سوى الله وراء ظهره كأنه يشير بيده اليمنى إلى الأخرى ، وباليسرى إلى الدنيا قائلاً بلسان حاله نبذت ما سوى الله الدنيا والآخرة وراء ظهري وأعرضت عنهما ، وأقبلت إلى عبادة الله عز وجل والله أكبر ، أي وهو أعظم من يؤدي حقه بهذا المقدار . وقال محمد بن أبي جمرة المالكي حكم رفع اليدين أن يراه الإسم

ويرفع يديه حتى يحاذي بإبهامية شحمة أذنيه . وعند الشافعي رحمه الله يرفع إلى منكبيه . وعلى هذا تكبيرات القنوت والأعياد والجنازة ،

---

فيعلم دخوله في الصلاة . وقال ابن بطال رفعهما تعبد وقيل إشارة إلى التوحيد ، وقيل هوانقيادفي خبرمطلوب يكبر بعد استقرار اليدين ويكبر للافتتاح مرة واحدة . وقال الرافضة يكبر ثلاث مرات وهو باطل . وقال الوبري يأتي بالتكبير بنية تعظيم الله تعالى ، وقيل بنية التعظيم باختصاص ذكر الله تعالى عند الإفتتاح ، ويكون ذلك بنية لوجود نية التعظيم .

( ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي أذنيه ) شحمة الأذن معلق القرط . وفي المحيط ويرفع يديه حذاء أذنيه حتى يحاذي بابهاميه شحمة أذنيه ، ويروى أصابعه فروع أذنيه .

( وعند الشافعي يرفع إلى منكبيه ) وعنه يحاذي أطراف أصابعه أذنيه ، وكفيه ومنكبيه وإبهاماه شحمة أذنيه . وقال أبو محمد من المالكية يرفعهما إلى المنكبين.واختار المتأخرون منهم أن يحاذي بكوعه صدره ، وبطرف كف المنكب وأطراف أصابعه أذنيه ، وهذا إنما يتهيأ إذا كانت يداه قائمتين ورؤوس أصابعهما مما يلي السماء ، وهي صفة التائب . وقال سحنون يكونا مبسوطين بطونهما مما يلي الأرض وظهورهما مما يلي السماء ، وهي صفة الخائف . وعند أحمد يخير بين الرفع إلى الأذنين والمنكب لصحة الحديث فيهما ، وعنده يضم الأصابع بعضها إلى بعض مع المد . وعند الشافعي ينشرها ، وعن طاووس أنه يرفع يديه حتى يحاذيهما رأسه . قال النووي والأصل له .

( وعلى هذا ) يعني وعلى هذا الخلاف (تكبيرات الأعياد وتكبيرة القنوت وتكبيرة الجنازة ) فعندنا يرفع يديه إلى شحمتي أذنيه في هذه التكبيرات ، وعند الشافعي إلى المنكبين كما في تكبيرة الإفتتاح ، وكان ينبغي أن يقول وتكبيرة الجنازة بلا جمع لأن عندنا لا يرفع اليد في الجنازة إلا في التكبيرة الأولى .

له حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال كان النبي عليه السلام إذا كبر رفع يديه إلى منكبيه . ولنا رواية وائل بن حجر والبراء وأنس رضي الله عنهم عن النبي عليه السلام كان إذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه .

---

( **لـه** ) أي للشافعي رحمه الله تعالى ( **حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال كان النبي ﷺ إذا كبر رفع يديه إلى منكبيه** ) حديث أبي حميد رواه الجماعة إلا مسلماً من حديث محمد بن عمرو بن عطاء قال سمعت أبا حميد الساعدي في عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ منهم أبو قتادة قال أبو حميد أنا أعلمكم بصلاة رسول الله ﷺ ، قالوا ولم فوالله ما كنت وأكثرنا تبعة ولا قدمنا له صحبة قالوا بـلى قالوا فاعرض قال كان رسول الله ﷺ إذا قام إلى الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه [1] . الحـــديث ، وفي آخره قالوا صدقت هكذا كان يصلي . أخرجوه مطولاً ومختصراً . وأبو حميد اسمه عبـد الرحمن بن عمرو بن سعد ، وقيل ابن المنذر بن سعد الخزرجي توفي في آخر خلافة معاوية . وأبو قتادة واسمه الحارث بن ربعي . قوله عشرة من أصحاب النبي ﷺ ، أي بين عشرة . وكلمة في يجيء بمعنى بين كما في قوله تعالى ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر أي بين عبادي ومحلها النصب على الحال ، أي سمعه حال كونه جالساً بين عشرة أنفس من الصحابة رضي الله عنه . قوله تبعة أي إتباعاً وهو بضم التاء المثناة من فوق ، وسكون البـــاء الموحدة ، وكذلك التبعة بفتح التاء وكسر الباء بمعناه ، والتباعة أيضاً بالفتح ، وانتصابهـــا على التمييز ، وكذلك صحبة .

( **ولنا ما رواه وائل بن حجر والبراء بن عازب وأنس بن مالك رضي الله عنهم ان النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه** ) أما حديث وائـــل فأخرجه مسلم في صحيحه عن عبد الجبار بن وائل بن علقمة بن وائل ومولى لهم أنهما حدثاه عن وائل بن حجر أنه رأى النبي ﷺ رفع يديه حتى دخل في الصلاة كبر ووضعهما حيال

---

(١) في الأصل وضع هذا الحديث من المتن وليس كذلك . اه مصححه .

أذنيه . الحديث . وهذا الحديث رواه أيضاً أبو داود والنسائي والطبراني والدارقطني . وحجر بضم الحاء وسكون الجيم ، وأما حديث البراء فأخرجه أحمد وإسحاق بن راهويه في مسنديهما والدارقطني في سننه والطحاوي في شرح الآثار كلهم من حديث يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء بن عازب قال كان رسول الله ﷺ إذا صلى رفع يديه حتى تكون إبهاماه حذاء أذنيه ، وزاد الدارقطني فيه ثم لم يعد يجيء الكلام فيه مستقصى . وأما حديث أنس بن مالك رضي الله عنه فأخرجة الحاكم في المستدرك والدارقطني ثم البيهقي في سننه من حديث العلاء بن اسماعيل العطاء ، وحدثنا حفص بن غياث عن عاصم الأحول [1] عن أنس قال رأيت رسول الله ﷺ كبر فحاذى بابهاميه أذنيه ثم ركع . الحديث . وقال الحاكم إسناده صحيح على شرط الشيخين ولا أعلم له علة ولم يخرجاه . وفي هذا الباب حديث مالك بن الحويرث وأبي هريرة أيضاً. أما حديث مالك بن الحويرث فأخرجه أبو داود وعنه قال رأيت النبي ﷺ يرفع يديه إذا كبر وإذا ركع وإذا رفع رأسه من الركوع حتى بلغ بهما فروع أذنيه .وأخرجه مسلم والنسائي وابن ماجة والدارقطني . وأما حديث أبي هريرة فأخرجه النسائي وأبو داود من حديث بشر بن سعد ، قال قال أبو هريرة لو كنت قدام النبي ﷺ لرأيت ابطه يعني إذا كبر فرفع يديه. وجه الاستدلال به إذ من رفع يديه إلى منكبيه لا يرى ابطه ، ولا يرى إلا ممن يرفع يديه إلى أذنيه .

( **ولأن رفع اليد لاعلام الأصم** ) يعني الأصم لا يسمع تكبير الإمام ، ولا يعرف شروعه فيكون رفع اليد لاعلامه وهذا هو الحكم في الرفع . وقال السغناقي قلت كان يجب عليه أن يقول ورفع اليد لإعلام الأصم أيضاً بزيادة قوله أيضاً لرفع التناقض صورة لأنه ذكر أولاً أن معنى رفع اليد نفي الكبرياء عن غير الله تعالى فلا يكون لغيره حتى يكون لتخصيصه فائدة ، وإنما يكون هو لغيره معه إذا كان له معنيان وهو التقى والاعلام وهو يحصل بذكر قوله أيضاً إلا أن المصنف اتبع شمس الأئمة السرخسي كذلك ذكره ،فإن

(١) في الأصل « الأحوال » .

دأبهم ترك التكليف لتفهم المعاني والمعنيان يحصلان بما ذكروا فلا حاجة بعد ذلك إلى زيادة التكليف . ونقل الأكمل هذا الكلام منه ثم قال وكأنه يحوم حول ان المعلول الواحد لا يكون له علتان مستقلتان . قلت لا حاجة إلى ما ذكره لأن الكلام إن كان في العلة فالحكم يثبت بعلل شتى ، وإن كان في الحكم فيجوز أن تكون واحدة وثنتين وما فوقهما . قال الأكمل وقيل لو كان لإعلام الأصم لما أتى به المنفرد وأجيب بأن الأصل هو الاداء بالجماعة ، قال الله تعالى ﴿ واركعوا مع الراكعين ﴾ ٤٣ البقرة فيكون الإنفراد نادراً على أن حكمة الحكم لا تراعى في كل فرد . فإن قيل فعلى هذا يجب أن لا يأتي به المقتدي ، أجيب بأن الأصم يجوز أن يكون في آخر الصفوف ، قلت هذان السؤالان مع جوابها لتاج الشريعة .

( **وهو بما قلناه** ) من رفع اليدين إلى أصل الأذنين ( **وما رواه يحمل على حالة العذر** ) أي ما رواه الشافعي من حديث أبي حميد محمول على العذر وهو عند البرد . وقال الطحاوي رحمه الله الرفع إلى المنكبين كان لعذر لأن وائلا قال ثم أتيته من العام المقبل وعليهم الأكسية والبرانس فكانوا يرفعون أيديهم فيها ، وأشار شريك إلى صلاة فأخبر وائل بن حجر في حديثه هذا ان رفعهم إلى مناكبهم إنما كان لأن أيديهم كانت حينئذ في ثيابهم ، وأخبر أنهم كانوا يرفعون إذا كانت أيديهم ليست في ثيابهم إلى حذو آذانهم فأعلمنا روايتيه كلتيهما فجعلنا الرفع إذا كانت اليدان في الثياب لعلة البرد إلى ما انتهى ما استطاع اليه وهو المكان ، وإذا كانتا باديتين رفعهما إلى الأذنين كما فعل رسول الله ﷺ . قلت لا حاجة إلى هذه التكلفات ، وقد صح الخبر فيما قلنا ، وما قاله الشافعي فاختار الشافعي حديث أبي حميد واختار أصحابنا حديث وائل في غيره ، وقد قال أبو عمر بن عبد البر اختلفت الآثار عن النبي عليه الصلاة والسلام وعن الصحابة ومن بعدهم في كيفية رفع اليدين في الصلاة فروي عنه عليه السلام هذا فوق الأذنين مع الرأس ، وروي عنه أنه كان يرفع يديه حذاء أذنيه ، وروي عنه أنه كان يرفعهما حذو منكبيه . وروي عنه أنه كان يرفعهما إلى صدره وكلها آثار محفوظة مشهورة انتهى . وهذا يدل على التوسعة في ذلك ، وقال الاترازي

والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها وهو الصحيح لأنه أستر لها ، فإن قال بدل التكبير الله أجل أو أعظم أو الرحمن أكبر ولا إله إلا الله أو غيره من أسماء الله تعالى أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد ،

---

بعد أن ذكر حديث البراء بن عازب ، ولهذا ثبت قول الشافعي في رفع اليدين إلى المنكبين قلت هذا كلام غير موجه ، وكيف ثبت هذا الضعف وقد يثبت ذلك في الحديث وشبه هذا الضعف في الحقيقة إلى الحديث . والحديث صحيح كما ذكرناه .

( والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها ) وفي التحفة لم يذكر في ظاهر الرواية حكم المرأة وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها كالرجل لأن كفيها ليسا بعورة ، وروى محمد بن مقاتل عن أصحابنا أنها ترفع يديها حذاء منكبيها كالرجل عند الشافعي ، وقال في الروضة لأنها لا تفتح ابطيها في السجود فكذا في الافتتاح . وعن أم الدرداء وعطاء والزهري وحماد وغيرهم أن المرأة ترفع يديها إلى ثدييها ، وتبقى حال المرأة على القبض والشيخ ، وتبقى حال الرجل على البسط والتفرج ، وعن أحمد في رواية ترفع المرأة دون رفع الرجل ، وفي أخرى لا يرفع عنده ( هو الصحيح ) يعني رفع يديها حذاء منكبيها هو الصحيح ، واحترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنها كالرجل ( لأنه أستر لها ) أي لأن رفع يديها حذو منكبيها أستر للمرأة لأن مبنى أمرها على الستر .

( فإن قال بدل التكبير ) يعني إن قال المصلي عوض قوله الله أكبر ، وفيه إشارة إلى أن الأصل فيه التكبير ( الله أجل أو أعظم ) كلاهما افعل التفضيل من الجليل والعظيم ومعناهما واحد ( أو الرحمن أكبر ) أي قال الرحمن أكبر موضع الله أكبر أي أو قال بدل الله أكبر ( ولا إله إلا الله أو غيره من أسماء الله تعالى ) أي أو قال غير ما ذكر من الألفاظ المذكورة بأن قال لا إله غيره ، أو قال تبارك الله ، أو قال سبحان الله ، أوذكر أسماء من أسماء الله التسعة والتسعون ( أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد ) وهذا جواب قوله الله أكبر .

وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان يجيد التكبير لم يجزئه إلا الله أكبر أو الله الأكبر أو الله الكبير وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز إلا بالأولين . وقال مالك رحمه الله لا يجوز إلا بالأول

---

( وقال أبو يوسف رحمه الله إن كان يحسن [1] التكبير لم يجزئه إلا الله أكبر أوالله الأكبر أو الله الكبير ) يعني لم يجز إلا أن يأتي بأحد من هذه الألفاظ الثلاثة ، وإن لم يحسن جاز ، ولم يذكر المصنف إلا هذه الألفاظ الثلاثة ، وهكذا ذكره في البدائع والمفيد ، والأسبيجابي والتحفة والينابيع ، وذكر في المبسوط أربعة الفاظ هذه الثلاثة والرابع الله أكبر بدون الألف واللام ، والحق ما ذكره فيه ، وفي قاضي خان روي عن الحسن أبي حنيفة [2] إن كان يحسن التكبير يكره . وقال السرخسي الأصح أنه لا يكره . وذكر القدوري أيضاً أنه كره الإفتتاح إلا بقوله الله أكبر . وفي الذخيرة لو افتتح الصلاة بالتهليل أو التحميد أو التسبيح يصير شارعاً في الصلاة عندهما ويكره ، قال وهو الأصح لترك السنة المتواترة وقيل لا يكره ذكره المرغيناني ،

( وقال الشافعي لا يجوز إلا بالأولين ) وهما الله أكبر ، والله الأكبر وهو الصحيح من مذهبه ، ولو قال الله أكبر وأجل وأعظم جاز عند الشافعي ، وكذا الله أكبر كبيراً والله أكبر من كل شيء ، ولو قال الله الجليل أكبر أجزأه في أصح الوجهين . ولو قال الله الذي لا إله إلا [3] هو الملك القدوس الأكبر لا يجوز بلا خلاف عندهم . وحكى الرافعي وغيره وجهاً أن يتعذر بقوله الرحمن أكبر والرحيم أكبر ، ولو قال الأكبر الله منكوساً بغير ترتيب جاز عندهم ، وعند أحمد لا يجوز ، وذكر في وسط الشافعية أنه لا يجوز كما قال أحمد .

( وقال الامام مالك لا يجوز إلا بالأول ) وهو قوله الله أكبر وبه قال أحمد وداود

---

(١) في الأصل يجيد والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

(٢) هكذا في الأصل والصحيح ( روى الحسن عن أبي حنيفة ) . اهـ مصححه .

(٣) ساقطة من الأصل . اهـ مصححه .

لأنه هو المنقول والأصل فيه التوقيف . والشافعي يقول إدخال الألف واللام أبلغ في الثناء فقام مقامه. وأبو يوسف رحمه الله يقول ان أفعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء بخلاف ما إذا كان لا يحسن أن يقول الله أكبر لأنه لا يقدر إلى على المعنى . ولهما التكبير هو التعظيم لغة.

---

( لأنه ) أى لأن لفظ الله أكبر ( هو المنقول ) أى عن النبي ﷺ والصحابة والتابعين .

( والاصل فيه التوقيف ) أى الأصل في المنقول التوقيف على الفعل ولم ينقل غير لفظ الله أكبر ، فان قلت أخرج الطبراني ما يؤيد ما ذهب اليه مالك من حديث رفاعة بن رافع أن رجلا دخل المسجد فصلى ، الحديث ، وفيه قال النبي عليه السلام لا تتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ فيضع الوضوء مواضعه ثم يستقبل القبلة ثم يقول الله أكبر ، قلت قد ثبتها عليه السلام صلاة ونفى قبولها ، وتجوز أن تكون الصلاة جائزة ولا تكون مقبولة إذ لا يلزم من الجواز القبول . وعندهم لا تكون صلاة ولا حجة في هذا .

( وقال الشافعي إدخال الالف واللام ) يعني في لفظ أكبر الذى هو الخبر ( أبلغ في الثناء ) لأنه يفيد الحصر ( فقام مقامه ) أى فقام مقام المنكر .

( وأبو يوسف يقول ان افعل ) أى صيغة أفعل التي للتفضيل ( وفعيلا ) أى وأن فعيلاً أى صيغة فعيلاً ( في صفات الله سواء ) لأنه لا يراد بالأفعل إثبات الزيادة بعد الإشتراك في أصل المعنى كما يراد ذلك في قولك زيد أفضل من عمرو ، ولما كان حكمه الأفعل في صفاته كذلك وهو جائز جاز الفعيل أيضاً ( بخلاف ما إذا كان لا يحسن أن يقول الله أكبر لانه لا يقدر إلا على المعنى ) يعني الله أكبر

( ولهما ) أى ولأبي حنيفة ومحمد ( ان التكبير هو التعظيم لغة ) أى من حيث اللغة كما في قوله تعالى ﴿ فلما رأينه أكبرنه ﴾ ٣١ يوسف أى عظمنه ﴿ وربك فكبر ﴾ ٣ المدثر أى فعظم ، فكل لفظ دل على التعظيم وجب أن يجوز الشروع به ، ولأن التكبير ما وجب بعينه حتى يقتصر على لغة أكبر بل الواجب تعظيم الله تعالى بجميع البدن واللسان فصرناه إلى جميع الألفاظ الدالة على الثناء والتعظيم لله تعالى ، والأصل في خطاب الشروع

أن يكون مفهومة معلومة مقبولة والبقية على خلاف الأصل على ما عرف في الأصول، وقال تعالى ﴿ وذكر اسم ربه فصلى ﴾ ١٥ الأعلى وذكر اسم أعم من أن يكون باسم الله أو باسم الرحمن فجاز الرحمن أعظم كما جاز الله أكبر لأنهما في كونهما ذكرا سواء ، قال الله تعالى ﴿ ولله الأسماء الحسنى فادعوه بها ﴾ ١٨٠ الأعراف فأي إسم من أسمائه افتتح الصلاة به جاز ، وقال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، ثم لو قال لا إله إلا الرحمن أو العزيز كان مسلماً ، فاذا جاز في الإيمان الذي هو أصل ففي فروعه أولى ، وفي سنن أبي بكر بن أبي شيبة عن أبي العالية أنه سئل بأي شيء كان الأنبياء يفتتحون الصلاة ، قال بالتوحيد والتسبيح والتهليل . وعن الشعبي قال بأي من أسماء الله تعالى فتحت الصلاة أجزأك ، ومثله عن النخعي . وعن ابراهيم إذا سبح أو كبر أو هلل أجزأ في الافتتاح ، وعن ابن أبي ليلى عن الحكم قال إذا سبح أو كبر أو هلل في افتتاح الصلاة أجزأه عن التكبير ، ولو افتتحها بقوله سبحانك اللهم يصير شارعاً كما إذا قال سبحان الله ، ذكره في فتاوى النسفي ، ولو قال يا الله يصير شارعاً ، وكذا لو قال لا إله غيره لا يصح شارعاً بقوله اللهم اغفر لي واستغفر الله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو ما شاء الله كان أو أعوذ بالله من الشيطان الرجيم أو باسم الله الرحمن الرحيم ، لأن التعوذ في نفي الدعاء والمسألة للتبرك فكأنه قال اللهم بارك لي في هذا . وفي المرغيناني قيل يجوز . وعن محمد بن الفضل يجوز بقوله بسم الله الرحمن عند أبي حنيفة والصحيح الأول ، ولو قال الله أو الرب أو الرحمن ولم يرد يصير شارعاً عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد . وفي المرغيناني وعلى هذا الكبير والأكبر أو أكبر عند أبي حنيفة . وفي فتاوى الفضلي بالرحمن يصير شارعاً وبالرحيم لا لأن الرحيم مشترك. وذكر في الذخيرة والبدائع أن صحة الشروع بالإسم وحده رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وقيل عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وفي ظاهر الرواية يصير شارعاً .

قلت لأن الحكم بشيء على شيء إنما يتم بالخبر والتعظيم حكم على التعظيم فلا بد من لفظ يدل عليه ، وفائدة الإختلاف تظهر في حائض طهرت في آخر الوقت فان اتسع للاسم

وهو حاصل فان افتتح الصلاة بالفارسية أو قرأ فيها بالفارسية
أو ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية

---

فقط يجب الصلاة عليها عنده خلافاً لأبي يوسف ومحمد ، ولو قال الله الكابر يصح شارعاً لأنه لغة في الكبير .

ولو افتتحها باللهم اختلف أهل الحق فيه على قولهما ، قال البصريون يصير شارعاً لأن الميم بدل من حرف النداء ، قال في الذخيرة وفي المحيط وهو الأصح . وقال الكوفيون لا يصير شارعاً . قال في الاسبيجابي والينابيع وهو الأظهر . ولو كبر متعجباً ولم يرد به التعظيم لم يجز ، ولو كبر في الركوع لا يصير شارعاً ، وقيل عند أبي حنيفة يجوز إذا كان إلى القيام أقرب ، ولو وقع – الله – قبل ركوعه و – أكبر – في ركوعه لا يصير شارعاً ، قال في المرغيناني يصير شارعاً على قياس قول أبي حنيفة ومحمد وفي العيون لو مد الإمام التكبير وجزم رجل خلفه ووقع قبله يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه لو قال الله ولم يزد يجوز فكذا هذا . وفي المحيط لو أدرك الإمام في الركوع فكبر قائماً ويريد به تكبيرة الركوع جاز لأن نيته تلغو ، وإن لم يحسن العربية كبر بلغته عندنا وبه قال الشافعي وأحمد في المجرد ، وقال في الجامع لا يكبر بغير العربية بل يكون حكمه حكم الأخرس والأخرس لا يلزمه تحريك لسانه وشفتيه عنده خلافاً للشافعي ، وفي وجه السريانية والعربية يتعين لنزول الكتب بها وبعدهما الفارسية أولى من التركية والهندية . وفي الجواهر الأبكم يدخل بالنية والعاجز بمثله باللغة ليس عليه نطق آخر يفتح الصلاة به عوضاً عن التكبير قاله أبو بكر من المالكية ، وقال أبو الفرج يدخل بالحرف الذى دخل به الإسلام ، وقيل يدخل بلسانه .

( **وهو حاصل** ) أي التعظيم حاصلة بما ذكر من الألفاظ( **وإن افتتح الصلاة بالفارسية** ) أي اللغه الفارسية وهي اللغة التي تسمى في ألسن الناس بالعجمية بأن قال موضع الله أكبر – خداى بزرك[1] – ( **أو قرأ فيها** ) أي في الصلاة ( **بالفارسية** ) بأن قرأ – تنكا – موضع ضنكا و – مزا – موضع جزاء و – سك أطل – موضع عند ونحو ذلك .

( **أو ذبح وسمى بالفارسية** ) بأن قال – بنام خداى بزرك – ( **وهو يحسن العربية** )

(١) – الصحيح في اللغة الفارسية ( خداى بزرگ )

أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا لا يجزئه إلا في الذبيحة .

وإن لم يحسن العربية أجزأه .

---

أي والحال أن المصلي المكبر أو القارىء في الصلاة أو الذابح الشاةمتمكن من التلفظ باللغة العربية ( **أجزأه عند أبي حنيفة وقال لا يجزئه إلا في الذبيحة خاصة** ) يعني عندهما لا يجزئه في الافتتاح والقراءة عند القدرة إلا في الذبيحة وأنها تجوز .

( **وإن لم يحسن** ) أي وإن لم يحسن ( **العربية اجزأه** ) لعجزه ، وقيل الخلاف في الاعتداد بها ولا تفسد صلاته بالاتفاق ولو لم يكن ذلك تلاوة القرآن لما جاز عند العجز كالتفسير وإنشاء الشعر . قال في المحيط ولهذا لا يجوز للجنب والحائض قراءة القرآن على نظم القرآن بالفارسية . وقال أبو سعيد البراذعي إنما جوز أبو حنيفة القراءة بالفارسية لا بغيرها من الألسن بقرب الفارسية بالعربية لأنه ورد أنها لسان أهل الجنة ، والصحيح أن الخلاف في الكل . وقال بعض مشايخنا إنما يجوز إذا كان على نظم القرآن ، وقيل يجوز كيف ما كان نقله الصغار . وقيل إنما يجوز إذا كان ثناء كسورة الإخلاص ، أما إذا كان ممن ينقص لا يجوز كقوله ﴿ اقتلوا يوسف ﴾ ٩ يوسف فقرأ – يكشت يوسف را – تفسد صلاته ، والأصح أنه يجوز في الكل .

وفي المستصفى الشرط أن لا يحذف منها حرفاً وتيقن أنه معنى العربية ، قال فخر الإسلام الشأن فيمن لا يهتم في دينه . وقال محمد بن الفضل البخاري هذا الخلاف فيما إذا جرى على لسانه من غير قصد فمن تعمد ذلك فهو زنديق أو مجنون فالمجنون يداوى والزنديق يقتل ، لأن الإخلال بالنظم يخل بالقرآن كالإخلال بالمعنى حتى لو لم يعم معناه شعراً أو قراءة فسدت صلاته لأنه من كلام الناس ، وعلى هذا لو خطب يوم الجمعة أو كبر أو تشهد أو قنت .

ولو أذن أو أقام بالفارسية قيل على الخلاف ، وقيل لا يجوز بلا خلاف إلا أن يكونوا قد اعتادوا ذلك ، وأجمعوا جواز الإيمان والذبح والسلام ورده بأي لسان كان ذكره في الينابيع . وفي المبسوط روى الحسن عن أبي حنيفة أن من أذن بالفارسية والناس يعلمون أنه أذان جاز وإلا فلا . وفي المحيط وفي التشهد روايتان عن أبي حنيفة ، وبتفسير القرآن

أما الكلام في الافتتاح فمحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله في العربية ومع أبي يوسف في الفارسية لأن لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها . وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما أن القرآن اسم لمنظوم عربي

---

لا يجوز لأنه غير مقطوع به، ولو قرأ مثل قوله ﷺ عن ربه الصوم لي وأنا أجزي به ، ومثل قوله ما تقرب المتقربون إلي بشيء أحب إلي مما افترضته عليهم ، لا يجوز ، ولو قرأ من التوراة والإنجيل والزبور لم يجز سواء كان يحسن العربية أو لا لأنه ليس بقرآن ، هكذا علل محمد ، وقالوا هذا يشير إلى أنه لا بأس للجنب أن يقرأها ، وفي النوادر لا يكره ، وقيل إن كان معناه معنى القرآن يجوز عنده ، وإن كان معناه معنى التسبيح لا يجوز ولو بعد صلاته ، وإن كان يعلم معناه فسدت صلاته ، وفي الروضة لو قرأ من التوراة والإنجيل والزبور ما كان تسبيحاً وتحميداً وتهليلاً أجزأه ومن غيره لا يجزءه . وعند الشافعي يبدأ بالقراءة بالفارسية وعند العجز وعدمه وبه قال مالك وأحمد . وفي الكافي لو قرأ بقراءة شاذة لا تفسد صلاته بالاتفاق ، ولو قرأ بقراءة ليست في مصحف العامة كقراءة ابن مسعود وابن أبي كعب رضي الله عنهما تفسد صلاته عند أبي يوسف والأصح أنه لا يفسد ولكن لا يعتد به من القراءة .

( اما الكلام في الافتتاح ) أي في افتتاح الصلاة ( فمحمد مع ابي حنيفة في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية ) يعني يجوز عند محمد لكل إسم من أسمائه تعالى ، ومع أبي يوسف في الفارسية يعني لا يجوز عند محمد كما لا يجوز عند أبي يوسف إلا إذا كان عاجزاً عن العربية ( لأن لغة العرب لها من المزية ) أي من الفضيلة ، يقال له عليه مزية ولا ينبني منه فعل والميم أصلية ( ما ليس لغيرها ) أي لغة العرب كقوله ﷺ أنا عربي والقرآن عربي ولسان أهل الجنة عربي ، ذكره السغناقي ثم قال ذكره عليه السلام في معرض الاثر وتفضيل لسان العرب على سائر الألسنة .

( واما الكلام في القراءة فوجه قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد ( ان القرآن اسم لمنظوم عربي ) والعربي اسم لشيء مخصوص بلسان العرب لأن المعنى لا اختصاص له

كما نطق به النص إلا أن عند العجز يكتفى بالمعنى كالإيماء بخلاف التسمية لأن الذكر يحصل بكل لسان . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى ( وانه لفي زبر الأولين ) ولم يكن فيها بهذه اللغة

---

بلسان دون لسان فكما كان مخصوصاً بلسان العرب لم تجز القراءة بالفارسي ( **كما نطق به النص** ) وهو قوله تعالى ﴿ إنا أنزلناه قرآناً عربياً ﴾ ٢ يوسف والمراد بالعربي نظمه ( **إلا ان عند العجز عن القراءة بالعربية يكتفى بالمعنى** ) للضرورة كيلا يلزم تكليف بالشيء في الوسع وصار كمن عجز عن الركوع والسجود فإنه جاز له الإيماء ( **كالايماء بخلاف التسمية** ) عند الذبيحة وهذا في الحقيقة جواب عن إيراد يرد على قوليهما وهو أن القرآن لما كان اسماً لمنظوم عربي كان الأمر يقتضي أن لا تجوز التسمية أيضاً عند الذبح بغير العربية ، وتقرير الجواب أن المراد بالتسمية الذكر قال الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ١٢١ الانعام فلا يتوقف على العربية .

( **لان الذكر يحصل بكل لسان** ) سواء كان يحسن العربية أو لم يحسن في قولهم جميعاً ، وكذلك الشهادة عند الحكام واللعان والعقود وتصح بالإجماع .

( **ولابي حنيفة قوله تعالى ﴿ وانه لفي زبر الاولين ﴾ ١٩٦ الشعراء ولم يكن فيها بهذه اللغة** ) العربية فتعين أن يكون بمعناه فيها ، والمقروء بالفارسية على سبيل الترجمة يشتمل على معناه فكان جائزاً إلحاقاً به . فان قلت قوله تعالى ﴿ إنا أنزلناه قرآناً عربياً ﴾ ٢ يوسف محكم لا يقبل التأويل وقوله تعالى ﴿ لفي زبر الأولين ﴾ ١٩٦ الشعراء محتمل لأن بعض المفسرين ذهب إلى أن الضمير للنبي ﷺ ، فكيف يترك المحكم به ، قلت هذا بعيد يفضي إلى التعقيد اللفظي بتفكيك الضمائر في قوله تعالى ﴿ وانه لتنزيل رب العالمين ﴾ ١٩٢ الشعراء والكلام المعجز مصون عن ذلك ، فان قلت سلمنا تساويهما في الاحكام لكي يكونان متعارضين فمن أين تقوم الحجة ، قلت إعمال الدليلين ولو كان بوجه أولى من أعمال أحدهما فيحتمل قوله ﴿ وإنه لفي زبر الأولين ﴾ على حالة الصلاة لأنها حالة المناجاة والاشتغال بنظم خاص يذهب بالرقة ويحمل قوله ﴿ إنا أنزلناه قرآناً عربياً ﴾ ٢ يوسف على غير حالة الصلاة .

ولهذا يجوز عند العجز إلا أنه يصير مسيئاً لمخالفة السنة المتوارثة ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا ، والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد، ولا خلاف في أنه لا فساد ،

---

( **ولهذا** ) أي ولكون القرآن لم يكن في الزبر بهذا النظم ( **تجوز** ) القراءة بالفارسية ( **عند العجز** ) عن العربية ، ولا شك أن العجز لا يجعل غير القرآن قرآناً ( **إلا انه** ) استثناء [1] من قوله أجزأه عند أبي حنيفة أي إلا أن المصلي بالقراءة الفارسية ( **يصير مسيئاً لمخالفة السنة المتواترة** ) [2] وهي القراءة بالعربية .

( **ويجوز القراءة بأي لسان كان** ) بالتركية أو الهندية وغيرهما من أي لسان كان على قوله الأول ( **سوى الفارسية** ) يعني غير اللغة الفارسية ، ولهذا ليس باستثناء بل معناه كما يجوز عنده بالفارسية يجوز بغيرها أيضاً من أي لسان كان لكن هذا على قوله الأول ( **هو الصحيح** ) أي جواز القراءة بأي لغة كانت ، واحترز به عن قول أبي سعيد البردعي فانه قال إنما يجوز أبو حنيفة القراءة بالفارسية دون غيرها من الألسنة لقرب الفارسية من العربية .

( **لما تلونا** ) وهو قوله تعالى ﴿ وانه لفي زبر الأولين ﴾ ١٩٦ الشعراء فانه لما لم يكن فيها بلغة العرب كذلك لم يكن بالفارسية ( **والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات** ) ولأن الاعتماد على المعنى عند النقل ( **والخلاف في الاعتداد** ) أي أن الخلاف المذكور في أن القرآن بالفارسية هل يعتد عن القراءة بالعربية أم لا ، فعند أبي حنيفة على قوله الأول يعتد عنها وعندهما لا .

( **ولا خلاف بينهم انه لا فساد** ) للصلاة . قال الاترازي ولي فيه نظر لأن القراءة بالفارسي ليست بقراءة القرآن عندهما ، فاذا لم يكن قراءة القرآن كانت من كلام الناس وهو مفسد للصلاة ، قلت هذا نظر غير صحيح لأن كون القراءة بالفارسية غير قراءة

---

(١) في الأصل « إشتناء » . اهـ مصححه .

(٢) في المتن بدل المتواترة المتوارثة . اهـ مصححه .

ويروى رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما وعليه الإعتماد والخطبة والتشهد على هذا الإختلاف وفي الأذان يعتبر المتعارف وإن افتتح الصلاة باللهم اغفر لي لا تجوز لأنه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيماً خالصاً ،

---

القرآن ليس على إطلاقه ، ولهذا يجوز عند العجز عندهما أيضاً فلم يكن من كلام الناس من كل وجه .

( ويروى رجوعه ) أي رجوع أبي حنيفة ( في اصل المسألة ) يعني القراءة بالفارسية ( إلى قولهما ) أي إلى قول أبي يوسف ومحمد رواه أبو بكر الرازي وغيره ( وعليه الاعتماد ) أي على القول بالرجوع بالاعتماد ولتنزيله منزلة الاجماع فان القرآن اسم للنظم والمعنى جميعاً بالاجماع .

( والخطبة ) يوم الجمعة ( والتشهد ) أي قراءة التحيات في القعدات ( على هذا الاختلاف ) يعني يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما ( وفي الأذان يعتبر المتعارف ) يعني عرف الناس فإن كان عربياً فهو المعتبر ، وإن كان بلسان آخر فذاك المعتبر لأن المقصود من الأذان الإعلام وهو يحصل بما هو المتعارف ، وقال الأكمل قوله وفي الأذان المعتبر المتعارف ، قيل جواب عما يقال قراءة القرآن في الصلاة لكونها ركناً أعظم خطراً من الأذان لكونه سنة ، والأذان لا يجوز بغير العربية ، فكيف جازت قراءة القرآن ووجهه انا لا نسلم عدم جواز الأذان مطلقاً بل يعتبر فيه المتعارف ، فإن الحسن رضي الله عنه روى عن أبي حنيفة لو أذن بالفارسية والناس يعلمون أنه أذان جاز ، وإن كانوا لا يعلمون لا يجوز لعدم حصول المقصود وهو الإعلام ، قلت نقله من كلام صاحب الدراية .

( قال ) أي المصنف أو قال محمد في الجامع والقدوري لم يذكر هذه المسألة وليس في بعض النسخ قال ( ولو إفتتح الصلاة باللهم اغفر لي لم يجز ) افتتاحه ( لانه ) أي لأن افتتاحه بهذا ( مشوب ) أي مختلط ( بحاجته فلم يكن تعظيماً خالصاً ) والاعتبار للتعظيم الخالص .

وإن افتتح بقوله اللهم فقد قيل يجزئه لأن معناه يا الله وقد قيل لا يجزئه لأن معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالاً قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى

---

( ولو قال اللهم ) يعني افتتح بقوله اللهم ( فقد قيل يجزئه ) وهو قول أهـل البصرة ( لأن معناه يا الله )فيتمخض ذكراً ( وقيل لا يجزئه ) وهو قول أهل الكوفة ( لأن معناه يا الله آمنا ( بخير ) أي قصدنا بالخير ( فكان سؤالاً ) فلم يكن تعظيماً وقد حققنـــاه فيما مضى عن قريب .

( قال ) أي القدوري ( ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى )الإعتماد الاتكاء قال الجوهري اعتمدت على الشيء اتكأت ، وتفسير اعتماد هناك وضع بوسط كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى . وقال الاترازي وما قيل يعتمد يعني يقصد والباء زائدة عنـد الاترازي ، وما قيل يعتمد بمعنى يقصد وضع يده اليمنى ففيه نظر ، قلت قائله السفناقي وفي هذا النظر ضعف لأن السفناقي نقل عن الديوان يعني اعتمد قصد وقصد يتعدى بدون الباء فاذن تكون الباء زائدة وزاغ النظر عن محله ثم ان لوضع اليد أربعة أوجه أصل الوضع وصفته ومكانه ووقته أما الأول فعندنا يضع وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق وعامة أهل العلم وهو قول علي وأبي هريرة والنخعي والثوري وحكاه ابن المنذر عن مالك ، وأشار المصنف إلى هذا بقوله ويعتمد يده اليمنى على اليسرى ، وعند مالك في المشهور يرسل يديه وهو قول ابن الزبير والحسن وابن سيرين وعليه عمل أهل المغرب . وقال الأوزاعي يخير بـــين الوضع والإرسال . وقال الليث بن سعد بن سلمة فإن طال على ذلـــك وضع اليمنى على اليسرى للاستراح ، وأما الثاني وهو صفة الوضع وهي أن المصلي يضع بطن كفه اليمنى على رسغه اليسرى يكون الرسغ وسط الكف . وقال الوبري لم يذكر في ظاهر الرواية الوضع قيل يضع كفه اليمنى على كفه اليسرى ، وقيل ذراعيه الأيسر والأصح وضعها على المفصل . وقال الاسبيجابي عند أبي يوسف يضع يده اليمنى على رسغ يده اليسرى . وقال محمـــد يضعها كذلك ويكون الرسغ وسط الكف . وقال أبو جعفر الهندواني قول أبي يوسف أحب إلي لأن فيه وضعاً وزيادة . وفي المفيد ويأخذ بالخنصر والابهام وهو المختار لأنه يلزم من الأخذ

تحت السرة لقوله عليه السلام من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة . وهو حجة على مالك رحمه الله في الإرسال ،

---

الوضع . وفي الدراية يأخذ كوعه الأيسر بكفه الأيمن وبه قال الشافعي وأحمد وداوْد . وقال أبو يوسف ومحمد يضع باطن أصابعه على الرسغ طولاً ولا يقبض ، واستحسن كثير من مشايخنا الجمع بينهما بأن يضع باطن كفه اليمنى على كفه اليسرى ويحلق بالخنصر والإبهام على الرسغ . وأما الثالث فكأنه أشار اليه بقوله ويضعهما أي يضع يديه ( تحت السرة ) وعند الشافعي على الصدر ذكره في الحاوي . وفي الوسيط تحت صدره وفي رواية ابن الماجشون عن مالك يضع اليمنى على المعصم والكوع من اليسرى تحت صدره وهو مخير في رواية أشهب ( لقوله عليه السلام إن من السنة وضع اليمنى على الشمال تحت السرة ) هذا قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه وإسناده إلى النبي عليه السلام غير صحيح ، وإنما رواه أحمد في مسنده والدارقطني ثم البيهقي من جهته في سننهما وعزاه عند إسحاق في أحكامه لأبي داود وليس بموجود في أحد نسخ أبي داود فلذلك لم يعزه ابن عساكر وفي الإختلاف اليه ولا ذكره المنذري في مختصره وإنما يوجد في النسخة التي هي من رواية أبي داود ومن حديث عبد الرحمن بن إسحاق الواسطي عن زياد بن زيد السوائي عن أبي جحيفة عن علي رضي الله عنه أنه قال السنة وضع الكف على الكف تحت السرة . وقال أحمد وأبو حاتم عبد الرحمن بن الحارث أبو شيبة الواسطي منكر الحديث . وقال ابن معين ليس بشيء . وقال البخاري فيه نظر وزياد بن زيد لا يعرف . وقال النووي في الخلاصة في شرح مسلم هو حديث ضعيف متفق على ضعفه ، وقول علي رضي الله عنه أي – من السنة – هذا اللفظ يدخل في المرفوع عندهم . وقال ابن عبد البر في السطر واعلم أن الصحابي إذا أطلق إسم السنة فالمراد به سنة النبي عليه السلام ، وكذا إذا أطلقها غيره ما لم يضف إلى صاحبها كقولهم سنة العمرين وما أشبه ذلك .

( وهو ) أي حديث علي رضي الله عنه ( حجة على مالك في الإرسال ) أي في إرسال اليدين ، وحجة على الشافعي في الوضع على الصدر أي في وضع اليدين على الصدر ، فإن قلت كيف يكون الحديث حجة على الشافعي وهو حديث ضعيف لا يقاوم الحديث

الصحيح والآثار التي احتج بها مالك والشافعي هو حديث وائل بن حجر أخرجه ابن خزيمة في صحيحه قال صليت مع رسول الله ﷺ فوضع يده اليمنى على اليسرى على صدره . وفي الإمام روى سليمان بن موسى عن طاووس قال كان رسول الله ﷺ يضع يده اليمنى على صدره في الصلاة . وروى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام يضع يده على السرة ومنها قوله تعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ ٢ الكوثر أي ضع يدك على صدرك. وعن علي رضي الله عنه قرأ هذه الآية ووضع يده اليمنى على اليسرى على صدره . وأخرج الطبراني من حديث معاذ رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان إذا كان في صلاته رفع يديه قبال أذنيه فإذا كبر أرسلها ثم سكت وربما أنه يضع يمينه على شماله .

قلت أما نفس الوضع فإنه ثبت من طرق كثيرة وكونه حجة على مالك، والحديث الذي تعلق به الذي أخرجه الطبراني عن الحصب بن جحد وكذبه شعبة ويحيى القطان ، وأما كون الشافعي محجوجاً بها فظاهر لأن تعلقه بحديث وائل تعارضه الأحاديث الأخر ، وحديث طاووس مرسل وهو لا يرى الاستدلال به ، على أن حديث سليمان بن موسى يتكلم فيه ، وحديث أبي هريرة غير ظاهر في كونه نصاً في هذا الباب واستدلاله بالآية غير ظاهر لأن المراد من قوله – وانحر – الأضحية بعد صلاة العيد والذي رواه عن علي رضي الله عنه يعارضه حديث الكتاب ، وروى البيهقي من حديث عمر بن ميمونة مالك البكوي عن أبي الجوزاء عن عبد الله بن عباس ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ ٢ الكوثر وضع اليمنى على الشمال في الصلاة . وقال الترمذي بعد أن أخرج حديث قبيصة بن هلب عن أبيه قال كان رسول الله ﷺ يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه . حديث هلب حسن والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ والتابعين ومن بعدهم يرون أن يضع الرجل يمينه على شماله في الصلاة ، ورأى بعضهم أن يضعهما فوق السرة ، ورأى بعضهم أن يضعهما تحت السرة وكل ذلك واسع عندهم . وهلب بضم الهاء واسمه يزيد بن قتادة قاله الاترازي ، قلت يزيد بن قتادة ويقال زيد وقناقة بضم القاف بعدها النون وبعد الألف قاء ، ويقال قتادة ، فإن قلت الوضع على الصدر أبلغ في الخشوع وفيه حفظ نور الإيمان في الصلاة فكان

ولأن الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء والأصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه وما لا فلا وهو الصحيح

---

أولى من إشارته إلى العورة بالوضع تحت السرة . وقال الماوردي في الحاوي وضع اليدين على الصدر أبلغ في الخضوع والخشوع من وضعها على العورة ، قلت الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم وأبعد من التشبيه بأهل الكتاب وأقرب إلى ستر العورة وحفظ الازار عن السقوط ، ومقالة الماوردي ممنوع ووضعها على العورة لا يضر فوق الثياب وكذا لو [1] كان بغير حائل لأن العورة ليس لها حكم العورة في حق نفسه ولهذا تضع المرأة يديها على صدرها وإن كان عورة وما قلنا أقرب إلى التعظيم كما يفعل بين يدي الملوك ، وفي وضعها على الصدر تشبه بالنساء قد يسن .

وأشار المصنف إلى ذلك بقوله ( ولأن الوضع ) أي وضع اليدين ( تحت السرة أقرب إلى التعظيم وهو المقصود ) أي التعظيم من وضع اليدين هو المقصود في هذا الباب .

( ثم الاعتماد ) هذه إشارة إلى بيان القسم الرابع وهو وقت وضع اليدين ، وقد ذكرنا أن وضع اليدين أربعة أوجه نفس الوضع وصفته ومكانه وقد ذكرناه ، والرابع وقت الوضع ، وأشار المصنف إلى ذلك بقوله ثم الاعتماد أي اعتماد يده اليمنى على اليسرى ( سنة القيام عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء ) أي حالة قراءة سبحانك اللهم . وعن محمد أنه سنة القراءة فإذا أخذ في القراءة اعتمد .

( والأصل ) في هذا الباب ( أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد وما لا فلا ) أي وما لا يكون فيه ذكر مسنون لا يعتمد فيه .

( وهو الصحيح ) احترز به قول أصحاب الفضلى كأبي علي النسفي والإمام أبي عبد الله الخيري آخر وغيرهما حيث قالوا أنه يعتمد في كل قيام سواء كان فيه ذكر مسنون

---

(١) في الأصل « لرد كان » . اهـ مصححه .

**فيعتمد في حالة القنوت وصلاة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات الأعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره .**

---

أولا تحقيقاً لخلاف الروافض لعنهم الله فإن مذهبهم إرسال اليد من أول الصلاة فنحن نخالفهم من أول الصلاة ( فيعتمد في حالة القنوت وصلاة الجنازة ) هذا بحسب الأصل المذكور فلذلك ذكره بالفاء أي فيضع يديه ولا يرسلها في حالة قراءة القنوت لأنه ذكر مسنون ، وكذلك في صلاة الجنازة .

( ويرسل في القومة ) أي في القومة من الركوع لأنه ليس فيه ذكر مسنون ( وبين تكبيرات الأعياد ) أي يرسل أيضاً بين تكبيرات العيدين وأراد به التكبيرات الزوائد التي لا ذكر فيما بينها ولا قراءة فلا يضع يديه بينها باتفاق بين علمائنا الثلاثة . وفي الذخيرة يرسل في القومة عنده لعمل محمد وعليه الإعتماد ، وقيل يعتمد وبه قال أبو علي النسفي والحاكم وعبد الرحمن الكاتب واسماعيل الزاهد أصحاب محمد بن أسفل . وقيل معنى الإرسال أن لا يضع يمينه على يساره في القنوت والقومة وصلاة الجنازة . وقيل أن يبطلها حالة الدعاء ، وعند بعضهم هو سنة القيام مطلقاً . وقال أبو القاسم الصفار يرسل إلى أن يشرع في الثناء والتسبيح ، واختار الطحاوي أنه يضع يمينه على شماله كما يفرغ من التكبير وفي صلاة الجنازة وعند القنوت عن أبي حنيفة عن أبي يوسف ومحمد أنه يضعها وهو اختيار مشايخ سمرقند .

وذكر الكرخي وعن أصحابنا أنه يرسلها وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وفي الجامع الأصغر عن أبي سليمة إذا رفع رأسه من الركوع يطمئن قائماً ويضع يده اليمنى على اليسرى حتى ينحط للسجود . وقيل إذا طال القيام يعتمد مخالفة للشيعة .

( ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك ) أي ثم يقول المصلي بعد الشروع بالتكبير سبحانك اللهم وبه قال أكثر العلماء منهم أبو بكر الصديق وعمر بن مسعود والنخعي وأحمد وإسحاق ، قال الترمذي وعليه العمل عند أهل العلم من التابعين وغيرهم . وقال محمد في كتاب الحج على أهل المدينة سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وجل ثناؤك ولا إله غيرك .

وعن أبي يوسف رحمه الله انه يضم اليه قوله إلى وجهت وجهي إلى آخره

( وعن أبي يوسف أنه يضم اليه ) أي أن المصلي يضم إلى قوله سبحانك اللهم إلى آخره قوله (وجهت وجهي إلى آخره) وتمامه وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين اللهم أنت الملك لا إله إلا أنت ربي وأنا عبدك ظلمت نفسي واعترفت بذنبي فاغفر ذنوبي جميعاً إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت واهدني لأحسن الأخلاق إنه لا يهدى لأحسنها إلا أنت واصرف عني سيئها إنه لا يصرف عن سيئها إلا أنت لبيك وسعديك والخير كله في يدك والشر ليس اليك وأنا بك واليك تباركت وتعاليت واستغفرك [1] وأتوب اليك . رواه البخاري وأبو داود والترمذي وابن ماجة ولكن عند أبي يوسف يقول وجهت إلى قوله وأنا أول المسلمين ، ولم يصرح المصنف أن المصلي يقول وجهت بعد الثناء أو قبل الثناء بعد التكبير ، وقال في المختلف والحصر يقول المصلي بعد الثناء قبل القراءة . وقال في شرح الطحاوي إن شاء قدم ذلك على التسبيح أو أخر وكذا في شرح الأقطع حيث قال قال أبو يوسف يجمع بين هذا وبين قوله وجهت تقدم أيهما شاء . وفي الدراية وجعل البداية سبحانك اللهم أولى ، وفي رواية مخير وفي رواية يبدأ بأيهما شاء .

قوله – سبحانك – منصوب على المصدرية ، سبحان علم للتسبيح لا ينصرف ومعناه نسبحك بجميع آلائك ونحمدك سبحانك ، والأصل أسبح سبحان الله إلا أنه ترك فعله وجعل علماً للتسبيح فلم ينون ولم يرفع كغيره من المصادر والتسبيح تنزيه من صفات النقص ، فإن قلت لو كان سبحان علما لما أضيف إذ العلم لا يضاف إلا إذا كان مأولاً بواحد ، قلت إنما يكون علماً إذا لم يكن مضافاً أما إذا أضيف فلا واستعماله مفرد غير مضاف قليل . قوله – وبحمدك سبحت – وعن أبي حنيفة إذا قال سبحانك اللهم وبحمدك بحذف الواو فقد أصاب كذا في فتاوى الظهرية . قوله – وتبارك اسمك – أي تعاظم عن أسماء المخلوقين وصفاتهم والبركة الخير الكثير الدائم ، قيل هي مشتقة من برك الماء في الحوض إذا

(١) في الأصل « واستغفر لك » . اهـ مصححه .

دام وكثر ، ومن بروك الابل وهو الثبوت والاستمرار كأنه قال دام خبرك وكثروتزايد. قوله – وتعالى جدك – أي علا جلالك وعظمتك وعز ملكك وسلطانك ، وقيل عناك. قوله – وجهت وجهي – الموجه اليه محذوف ، وقوله – للذي – حال من اليـــاء وكذا حنيفاً كأنه قيل أقبلت خاشعاً أو منقاداً . قوله – فطر – أي خلق ، والفطر اتخـــاذ الشيء واختراعـــه . قوله – حنيفاً – الحنيف المائـــل والمراد المائل إلى الحق ، وقـــال أبو عبيـــد الحنيف من كان على دين إبراهيـــم . قوله – ونسكي – بضم النون والسين الطاعـــة والعبـــادة وكل ما تقرب بـــه إلى الله تعـــالى ، والنسك بسكون السين ما أمرت به الشريعة والناسك العابد وقد نسك بينك نسكاً مثل نصر ينصر نصراً إذا دفع ، والنسك الذبيحة . والمحيا والممات مصدران قوله – وأنا من المسلمين – إنما يقول كذلك لئلا يلزم الكذب ، ومن قال أنا أول المسلمين قيل يفسد صلاته للكذب وقيل لا تفسد لإرادة ما في القرآن. قوله – لبيك – من التلبية وهي إجابة المنادي أي إجابتي لك يا رب وهو مأخوذ من لب بالمكان وألب على كذا إذا لم تفارقه ولم يستعمل إلا على لفظ التثنية في معنى التكرير أي إجابة وهو منصوب على المصدرية بعامل لا يظهر كأنك قلت إلباباً بعد إلباب ، والتلبية من لبيك كالتهليل من لا إله إلا الله .

قوله – وسعديك – إن ساعدت طاعتك ساعدت بعد مساعدة وإسعاد بعد إسعاد [٢] وهو من المصادر المنصوبة بفعل لا يظهر في الاستعمال قال الحزني ولم يسمع سعديك مفرداً. قوله – والشر ليس اليك – قال النووي فيه خمسة أقوال للعلماء أحدها لا يتقرب به اليك قاله الخليل والنضر بن شميل وإسحاق بن راهويه ويحيى بن معين والأزهري .

الثاني لا يضاف اليك على انفراده فلا يقال يا خالق القردة والخنـــازير ورب الشر ، وإن كان يقال يا خالق كل شيء وهو مروي عن المزني وغيره قلت هذا قول أصحابنا .

الثالث الشر لا يصعد اليك وإنما يصعد الكلم الطيب والعمل الصالح .

---

(٢) في الأصل « بعد سعاد » . اه مصححه .

الرابع الشر ليس شراً بالنسبة (٢) اليك فإنك أوجدته بحكمة بالغة وإنما هو شر بالنسبة إلى المخلوقين والخالقين حكاه الخطابي إن قولك فلان إلى بني فلان إذا كان عداده فيهم (٣).

قوله — وأنا بك — مبتدأ في محل الرفع على الخبرية . قوله — واليك — عطف على قوله — بك — أي وأنا اليك والمعنى ملتجيء اليك ومتوجه اليك ونحو ذلك .

( لرواية علي رضي الله عنه أنه ﷺ ) هذا غريب من حديث علي رضي الله عنه وأنه مع هذا لا يدل على الجمع بين سبحانك اللهم وبين وجهت وإنما يدل على وجهت وحده لأن معنى قوله ( كان يقول ذلك ) أي كان النبي ﷺ يقول ولا يلزم من ذلك قوله سبحانك معه ، وكان ينبغي أن يستدل المصنف لأبي يوسف فيما ذهب اليه من الجمع بينهما بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخرجه الطبراني في معجمه عن محمد بن السكن عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة قال وجهت وجهي للذي فطر السماوات والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين . وفي إسناده عبد الله بن عامر ضعفه جماعة كثيرة . وعن ابن معين ليس بشيء ، وروى البيهقي من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح الصلاة قال سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك وجهت وجهي اه . وروى اسحاق بن راهويه في كتابه الجامع عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه كان يجمع في أول صلاته بين سبحانك اللهم وبحمدك وبين وجهت وجهي إلى آخرهما ، قال إسحاق والجمع بينهما أحب إلي انتهى . وقال أبو حاتم هذا حديث باطل موضوع لا أصل له لأنه من رواية خالد بن القاسم المدائني وأحاديثه مفتعلة .

---

(١) من قوله « لرواية علي » إلى قوله « ذلك » لم يذكر في الأصل . اه مصححه .

(٢) في الأصل « بالمتبة » . اه مصححه .

(٣) هكذا في الأصل ذكر الرابع ولم يذكر الخامس وربما الخامس بعد ذكر اسم الخطابي . اه مصححه .

ولهما رواية أنس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان إذا افتتح الصلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره ولم يزد على هذا ، وما رواه محمول على التهجد ، وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض

---

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( رواية أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان إذا افتتح الصلاة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره ) هذا الحديث رواه الدارقطني من حديث حميد عن أنس كان رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة كبر ثم رفع يديه حتى يحاذي بابهامه أذنيه ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ . وأخرج من طريق آخر عن عابد بن شريح عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ كان إذا افتتح الصلاة ثم كبر ثم يقول سبحانك اللهم الخ . نحوه .

( ولا يزيد على هذا ) أي ولا يزيد المصلي على سبحانك اللهم الخ ( وما رواه ) أي وما رواه أبو يوسف ( محمول على التهجد ) وهو الاستقبال بالنوافل بالليل وفي النوافل سعة ، وأصل التهجد السهر ، وما ذهب اليه أبو حنيفة ومحمد مروي عن أنس وعمر وابن مسعود وأبي سعيد الخدري وجابر وبريدة وعائشة رضي الله عنهم قالوا كان النبي ﷺ إذا افتتح الصلاة كبر قال سبحانك اللهم ، فإن قلت أخرج البخاري ومسلم عن أنس رضي الله عنه أنه قال كان النبي ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان يفتتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين ، قلت هذا محمول على افتتاح القراءة . وقال الشافعي رحمه الله معناه أنهم كانوا لا يقرأون ( وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير ) أي لفظ – جل ثناؤك – فيما روي سبحانك اللهم اه. لم يذكر في الأخبار المشهورة . وقال السروجي وزاد محمد هذا في كتاب الحج على أهل المدينة وقد ذكرناه عن قريب . وفي شرح الطحاوي وليس عن المتقدمين قول في جل ثناؤك ولو قال لا بأس به .

( فلا يأتي به في الفرائض ) نتيجة لما قبله أي فلا يأتي بلفظ وجل ثناؤك في الفرائض احترازاً عن الزيادة فيها ما ليس منها .

والأولى أن لا يأتي بالتوجه قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح، ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم ﴾ معناه إذا أردت قراءة القرآن

---

( والأولى أن لا يأتي بالتوجه ) أي الأولى للمصلي أن لا يقول وجهت وجهي اه ( قبل التكبير لتتصل النية به ) أي بالتكبير ( هو الصحيح ) احترز به عن قول بعض المشايخ المتأخرين فإنهم قالوا يأتي به قبل التكبير فيكون أجمع للعزيمة وهو اختيار الفقيه أبي الليث ، فقالوا أيضاً إنه يؤدي إلى أن يطول مكثه في المحراب قائماً يستقبل القبلة ولا يصلي وهذا مذموم شرعاً لقوله ﷺ مالي أراكم سامدين ، أي متحيرين كذا في المبسوط وفي النظم لا يقرأ وجهت الخ ، في الفرائض عندهما لا قبله ولا بعده ولا بعد الثناء وهو قول أبي يوسف في الأصل وعنه أنه يقرأ بعد الثناء قبل التعوذ واتفقوا أنه يقرأ في النفل إجماعاً ، واختار المتأخرون أنه يقوله قبل الافتتاح .

( ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم ) أي بعد قراءة سبحانك اللهم يقول أعوذ بالله من الشيطان الرجيم خلافاً لمالك فإن عنده لا يقول ، واستدل بحديث أنس بن مالك رضي الله عنه المذكور عن قريب وعنه أنه يتعوذ في قيام رمضان إذا قرأ .

( لقوله تعالى ﴿ فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم ﴾ ٩٨ النحل معناه إذا أردت قراءة القرآن ) ظاهر الأمر يقتضي أن يكون التعوذ فرضاً كما قال به عطاء إلا أن السلف أجمعوا على أنه سنة مؤكدة ، وإنما قال معناه إذا أردت قراءة القرآن نفياً لقول بعض أصحاب الظواهر أنه يتعوذ بعد القراءة عملاً بحرف الفاء ، فإنه ليس بصحيح لما روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يقول قبل القراءة أعوذ بالله من الشيطان الرجيم كذا ذكر الاترازي ، لفظ الحديث قلت الحديث عن أبي سعيد الخدري قال كان رسول الله ﷺ إذا قام من الليل كبر ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك ، ثم يقول لا إله إلا الله ثلاثاً ثم يقول الله أكبر كبيراً ثلاثاً أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه ، ثم

يقرأ . أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة ، قال الترمذي حديث أبي سعيد أشهر حديث في الباب وقد تكلم في إسناده ، وقال أحمد لا يصح هذا الحديث . وقال ابن خزيمة لا نعلم في الافتتاح بسبحانك اللهم خبراً ثابتاً عند أهل المعرفة بالحديث وأحسن أسانيده حديث أبي سعيد ثم قال لا نعلم أحداً ولا سمعناه به استعمال هذا الحديث على وجهه ورواه أحمد نحوه وفيه أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، وفي إسناده من لم يسم . وروى ابن ماجة وابن خزيمة من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يقول اللهم اني أعوذ بك من الشيطان الرجيم من همزه ونفخه ونفثه ، رواه الحاكم بلفظ كان إذا دخل في الصلاة ، وعن أنس نحوه ، ورواه الدارقطني وفيه الحسين بن علي بن الأسود وفيه اتصال . وروي عن جبير بن مطعم أن النبي ﷺ كان يتعوذ قبل القراءة ، رواه أحمد . ومعنى أعوذ بالله أتوجه وأعتصم به وألجأ اليه والشيطان اسم لكل متمردعات لشطوته على الخير أي تباعده وقيل لتشيطه أى هلاكه واحتراقه فعلى الأول النون أصلية والياء والألف زائدة وعلى الثاني الياء أصلية والنون والألف زائدتان يمنع الصرف ، والرجيم المطرود وقيل المرجوم بالشهب . قوله من همزه بدل اشتمال من الشيطان وهو جمع همزة وهي ما يوسوس به قال تعالى ﴿ وقل رب أعوذ بك من همزات الشياطين ﴾ ٩٧ المؤمنون وهمزاته خطراته التي يخطرها بقلب الإنسان . وقرأ أبو داود بالمغربية فقال وهمزة الموتة بضم الميم وسكون الواو وفتح التاء المثناة من فوق وهي الجنون قوله — ونفخه بالخاء المعجمة الكبر كأنه قوله للانسان من الاستكبار والخيلاء فيتعاظم في نفسه كالذى نفخ فيه . قوله — ونفثه — قال أبو داود ونفثه الشعر إنما سمي به لأنه كالشيء ينفثه للانسان من فيه كالرقية قيل أراد به السحر وهو الأشبه لما في التنزيل قال الله تعالى ﴿ ومن شر النفاثات في العقد ﴾ ٤ الفلق .

( والأولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن ) لأن المذكور في القرآن فاستعذ وهو أمر من الاستعاذة فإذا قال أستعيذ يحصل الموافقة للقرآن واختلف القراء في صفة الاستعاذة ، واختار أبو عمر وعاصم وابن كثير أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وبه أخذ أصحابنا

ويقرب منه أعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد خلافاً لأبي يوسف رحمه الله

---

والشافعي وأكثر أهل العلم نص الشافعي أنـــه الأفضل ، وزاد حفص من طريق هبيرة أعوذ بالله العظيم من الشيطان الرجيم وهو قول أحمد،لكن زاد في آخره أنه هوالسميع العليم ، واختار نافع وابن عامر والكسائي أعوذ بالله من الشيطان الرجيم أن الله هو السميع العليم وهو قول سفيان الثوري واختار حمزة أستعيذ بالله من الشيطــان الرجيم وهو قول ابن سيرين ، وبكل ذلـك ورد الأثر . وفي المجتبى وبقول حمزة يفـتي ولكن ورد في أكثر الأخبار والآثار أعوذ بالله من الشيطان الرجيم فلذلك قال المصنف :

( ويقرب منه أعوذ بالله ) أى يقرب من أستعيذأعوذ بالله لأن المزيد قريب من الثلاثي ومعنى كل منهما طلب الإعادة منهما قاله بعض الشراح ، قلت معنى الطلب في أستعيـــذ ظاهر بخلاف أعوذ .

( ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد لما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾جعل الاستعاذة جزءلقراءة القرآن فيكون تبعاً للقراءة لا للثناء . وعند أبي يوسف تبع للثناء لأنها شرعت بعد الثناء .

( حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ) ثمرة ما قبله في قوله تبع للقراءة فالمسبوق عليه القراءة فيأتي به . وعند أبي يوسف يأتي له المقتدي لأنه يسبح .

( ويؤخر عن تكبيرات العيد خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى ) أى يؤخر الإستعاذة عن تكبيرات الزوائد فيأتي بها بعد التكبيرات عندهما ، وعند أبي يوسف يؤتى بهـــا عقيب الثناء بعد تكبيرة الإفتتاح ، وقال صاحب الخلاصة الأصح قول أبي يوسف وهذا الخلاف كما رأيت بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف كما ذكره المصنف وفي بعض نسخ الفقه وفي عامة النسخ كالمبسوط والمنظومة وشروحها بين أبي يوسف ومحمد ولم يـــذكر قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى والتعوذ في الركعة الأولى لا غير إلا عنـــد ابن سيرين

والشافعي على المذهب ذكره النووي ولا يجهر بالثناء والتعوذ اتفاقاً وعند أبي ليلى يخيو وقال أبو هريرة يجهر وخارج الصلاة يجهر اتفاقاً . وعند أحمد المسبوق لا يستفتح ولا يتعوذ مع الإمام فاذا قام ليقضي استفتح واستعاذ لأن ما يقضيه أول صلاته وما أدرك آخرها .

( ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ) أي بعد التعوذ يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم ( هكذا نقل في المشاهير ) أي في الأخبار المشهورة منها ما روى نعيم بن البحر والذى نفسي بيده لأنا أشبهكم صلاة برسول الله [1] ﷺ . رواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما والحاكم في المستدرك . وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ومنها ما رواه ابن عباس قال كان النبي ﷺ يفتتح الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم ، أخرجه الترمذي وقال ليس إسناده بذاك ، فكأنه قال هكذا لأجل أبي خالد الوالد الكوفي وهو من رواته . وقال أبو حاتم صالح الحديث وذكره ابن حبان في الثقات واسم أبي خالد هرمز ويقال هرم ومنها ما رواه علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ [2] يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم في صلاته . وأخرجه الدارقطني فقال إسناده علوي لا بأس به ومنها ما روته أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قرأ بسم الله الرحمن الرحيم في الفاتحة في الصلاة وعندها أنه أخرجه ابن خزيمة في صحيحه والحاكم في مستدركه ومنها ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن النبي عليه السلام أنه كان إذا افتتح الصلاة يبتدىء ببسم الله الرحمن الرحيم ، أخرجه الدارقطني في مسنده . ومنها ما روى عن بريدة قال قال رسول الله ﷺ لا أخرج من المسجد حتى أخبرك بآية أول سورة نزلت على نبي بعد سليمان عليه السلام غيري فسمى ربيعة حتى انتهى إلى باب المسجد فأخرج رجله وبقيت الأخرى فقلت إيتني فأقبل علي بوجهه فقال بأي شيء تفتتح القرآن إذا فتحت الصلاة قلت ببسم الله الرحمن

(١) لفظ الجلالة غير مذكور في الأصل . اهـ مصححه .

(٢) في الأصل لم يذكر وسلم وذكر مكانها لفظ الجلالة . اهـ مصححه .

الرحيم قال هي هي ثم خرج وفي إسناده صالح وعبد الكريم قال أحمد ويحيى ليسا بشيء وفيه يزيد أبو خالد قال النسائي متروك الحديث .

إعلم أن الكلام في التسمية على وجوه الأول في كونها من القرآن أم لا والثاني أنها من الفاتحة أم لا ، والثالث أنها من أول كل سورة أم لا ، والرابع يجهر بها أم لا .

أما الأول فالصحيح من مذهب أصحابنا أنها من القرآن لأن الأمة اجتمعت على أن ما كان مكتوباً بين الدفتين بقلم الوحي فهو من القرآن والتسمية كذلك ، وكذلك روى المعلى عن محمد فقال قلت لمحمد التسمية آية من القرآن فقال ما بين الدفتين كله من القرآن، وكذا روى الجصاص عن محمد أنه قال التسمية من القرآن أنزلت للفصل بين السور والبداية منها تبركاً وليست بآية من كل واحدة منها ويبنى على هذا أن فرض القراءة يتأدى بها عند أبي حنيفة إذا قرأها على قصد القراءة دون الثناء لأنها آية من القرآن. وقال بعض أصحابنا لا يتأدى لأن في كونها آية تامة احتمال فإنه روى عن الأوزاعي أنه قال ما أنزل الله تعالى في القرآن بسم الله الرحمن الرحيم إلا في سورة النمل وحدها وليست بآية تامة وإنما الآية في قوله ﴿ وانه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ ٣٠ النمل فوقع الشك في كونها آية تامة فلا يجوز بالشك ولذا يحرم على الجنب والحائض والنفساء قراءتها على قصد القرآن. أما على قول الكرخي فظاهر لأن ما دون الآية محرم عليهم ، وكذا على رواية الطحاوي لاحتمال كونها آية تامة فيحرم عليهم قراءتها احتياطاً .

الثاني أنها من الفاتحة أم لا ، قال الشيخ أبو بكر الرازي عن أصحابنا رواية منصوصة أنها من الفاتحة أو ليست منها . وذكر السرخسي في أصول الفقه عن الرازي أن الصحيح من المذهب عندنا آية منزلة للفصل لا من أول السورة ولا من آخرها . وقال الشافعي إنها من الفاتحة قولاً واحداً ، وبه قال أبو ثور . وقال أحمد في رواية أنها من الفاتحة دون غيرها تجب قراءتها حيث تجب قراءة الفاتحة ، وفي رواية وهي الأصح أنه لا فرق بين الفاتحة وغيرها في ذلك وإن قرأ بها في أول القراءة كقراءتها في أول السورة للفصل بين السور وليست من القرآن إلا في النمل فانها بعض آية منها .

الثالث أنها ليست من أول كل سورة عندنا . وقال الشافعي وأصحابه هي من أول كل سورة على الصحيح من المذهب عندهم ، وبه قال عطاء والزهري وعبد الله بن المبـــارك ، وهو مذهب ابن كثير وعاصم والكسائي من القراء ، ووافقهم حمزة على أنهـا من الفاتحة خاصة ، وبه قال الشافعي في قول في المجتبى . قال الاسبيجابي أكثر مشايخنا على أنها من الفاتحة ، ومذهب باقي القراء كمذهب مالك يلزم قراءتها .

احتج الشافعي ومن تابعه بحديث أبي الجوزاء عن عائشة رضي الله عنها أنـــه عليه السلام قرأ الفاتحة فقال بسم الله الرحمن الرحيم وعدها آية منهـــا ، واحتج أصحابه بما رواه الشافعي عن مسلم عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة عن أم سلمة أم المؤمنين قالت قرأ رسول الله ﷺ فاتحة الكتاب فعد بسم الله الرحمن الرحيم آية والحمد لله رب العالمين آية الرحمن الرحيم آية إياك نعبد وإياك نستعين آية إهدنا الصراط المستقيم آيـة صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالـــين آية . ذكره فخر الدين الرازي في تفسيره الكبير . واحتجوا أيضاً بما رواه الشعبي في تفسيره عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ ألا أخبرك بحديث ، قد ذكرناه عن قريب .

والجواب عن هذه الأحاديث ، أما حديث عائشة فالصحيح ما رواه مسلم عن بديـل ابن مسلمة عن أبي الجوزاء عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يستفتح[1] الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين وهذا ظاهر في عدم كون التسمية من الفاتحة . فان قلت تأويله على إرادة اسم السورة ، قلت لا يعدل عن حقيقة اللفظ وظـــاهره إلا بدليل ، فان قلت أبو الجوزاء لا يعرف له سماع عن عائشة رضي الله عنها ولئن سلم فانه روى عنها أنه عليه السلام كان يجهر بها ، قلت يكفينا أنه حديث أودعه مسلم في صحيحه .

وأبو الجوزاء اسمه أوس بن عبد الله الربعي ثقة كبير لا ينكر سماعه من عائشة رضي الله عنها وقد احتج به جماعة .

(١) في الأصل تستفتح . اه مصححه .

وبديل بن ميسرة تابعي صغير مجمع على عدالته وثقته وقد حدث عنه هذا الحديث الأئمة الكبار [١] وتلقاه العلماء بالقبول ولم يتكلم فيه أحد منهم ، وما روى عن عائشة رضي الله عنها من الجهر فكذب بلا شك فيه الحكم بن عبد الله بن سعد وهو كذاب دجال لا يحل الإحتجاج به ، ومن العجب القدح في الحديث الصحيح والاحتجاج بالباطل .

وأما حديث أم سلمة فليس بصحيح لأنه يرويه عمر بن مروان البلخي عن ابن جريج قال يحيى ليس بشيء .

وأما حديث أبي هريرة [٢] فقد ذكرنا فيه من العلل وإنما استدللنا به فيما مضى لأنه يدل على أن التسمية من القرآن وهو المختار عند بعضهم ولا يدل على أنها من الفاتحة .

ونقل الخطيب عدوا أحاديث في ذلك من تفسير الثعلي وليس لهـا صحة ولا يثبت شيء منها والتغلبي [٣] حاطب الليل يذكر الغث والسمين .

وأما احتجاجات أصحابنا فيما ذهبوا اليه فأحاديث كثيرة ، منهـا ما رواه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها إلي ونصفها لعبدي يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدني عبدي ، يقول العبد الرحمن الرحيم يقول الله أثنى علي عبدي ، يقول العبدمالك يوم الدين يقول الله عبدني عبدي يقول العبد إياك نعبد وإياك نستعين يقول الله هذه بيني وبين عبدي يقول العبد إهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال الله فهؤلاء لعبدي .

قال ابن عبد البر هذا حديث قد رفع الاشكال في سقوط بسم الله الرحمن الرحيممن الفاتحة وهو نص لا يحتمل التأويل ولا أعلم حديثاً في سقوط البسملة أبين منه .

---

(١) في الأصل الكبير . اهـ مصححه .

(٢) في الأصل هريرة من غير أبي . اهـ مصححه .

(٣) هكذا في الأصل ، وردت مرة الثعلبي ومرة التغلبي . اهـ مصححه .

قلت وجه التمسك به إنه ابتدأ القسمة بالحمد لله رب العالمين دون البسملة ، فلو كانت منها لابتدأ بها . وأيضاً فقد جعل النصف ﴿ إياك نعبد ﴾ فيكون ثلاث آيات لله تعالى في الثناء عليه وثلاث آيات للعبد ، وآية بينهما ، وفي جعل التسمية منها إبطال هذه القسمة فيكون باطلا . وأيضاً أنه قال يقول العبد إهدنا الصراط المستقيم إلى آخرها ثم قال هؤلاء لعبدي ، هكذا ذكره أبو داود والنسائي باسنادين صحيحين وهو جمع فيقتضي ثلاث آيات ، وعلى قول الشافعي يكون اثنين وللباري أربع ونصف إذا لم يعدوا ﴿ أنعمت عليهم ﴾ آية ، وإن عدوها آية تصير ثمان آيات ، وهذا كله خلاف تصريح الحديث بالنصف .

والمراد بالصلاة القراءة ، ألا تراه كيف فسر القراءة وقسم الآيات ، ولم الأفعال فان قلت لم لا يراد بالقسمة المعنى لا الآي فيكون لله الحمد والثناء والتحميد ، وللعبد الخضوع والتذلل .

قلت هذا باطل ، فان الله تعالى منفرد بالحمد والثناء ، والحمد لله الذي لا يكيف بالعبد والعبد ينفرد بالخضوع والتذلل الذي ينزه الباري عنه ، ولا يجوز أن يراد ذلك بقوله قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ، مثاله إذا كان ثوب لزيد وعبد لعمرو لا يجوز أن يقول قسمت الثوب والعبد بين زيد وعمرو اذا لم يشتركا فيهما، فان قلت ما المانع أن يكون قسمة الألفاظ والحروف ، قلت لا يجوز لأن القسمة لا تصح مع ذلك فلم يبق إلا عدد الآيات على أن قسمة المعاني داخلة في قسمة الآيات .

فإن قالوا إنما لم يذكر البسملة لأنه أدرجها في الاثنين بعدها ، قلنا هذا ظاهر الفساد ويدعيه مكابر ، فإن قالوا في مثل العلاء بن عبدالرحمن وتكلم فيه ابن معين فقال ليس حديثه بحجة ، مضطرب الحديث ، ليس بذاك ، هو حديث ، وروي عنه هذه الألفاظ كلها.

وقال ابن عدي ليس بالقوي ، وقد انفرد بهذا الحديث فلا يحتج به .

قلنا هذا جهل وفرط وتعصب ورداءة فكر ورأي حيث يترك الحديث الصحيح والضعيف لكونه غير موافق لمذهبهم وكيف وقد رواه عن العلاء الأئمة الثقات الاثبات

كمالك وسفيان بن عيينة وابن جريج وعبد العزيز الدراوردي ، واسماعيل بن جعفر ومحمد ابن إسحاق والوليد بن كثير وغيرهم ، والعلاء نفسه ثقة صدوق .

فإن قالوا سلمنا ما قلتم ولكن جاء في بعض الروايات عنه ذكر التسميـــة كما أخرجه الدارقطني عن عبد الله بن زياد بن سمعان عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة سمعت رسول الله ﷺ يقول قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها له يقول عبدي إذا افتتح الصلاة بسم الله الرحمن الرحيم فيذكرني عبدي ثم يقول الحمد لله رب العالمـــين فأقول حمدني عبدي إلى آخره فهذه الرواية وإن كانت فيها ضعف ولكنها تفسر بحديث مسلم انه أراد السورة لا الآية .

قلنا هذا أيضاً مكابرة وفساد وفرط ونقص مع علمهم بحال ابن سمعان ، فقال عمر بن عبد العزيز الواحدي سألت مالكاً عنه فقال كان كذاباً ، وقال يحيى أبي بكر قال هشام ابن عروة لقد كذب علي وحدث عني بأحاديث لم أحدثه بها . وعن أحمد بن حنبل متروك الحديث . وسئل ابن معين عنه فقال كان كذاباً وقيل لابن إسحاق أن ابن سمعان يقول سمعت مجاهد فقال لا إله إلا الله أنا والله أكبر منه ما رأيت مجاهداً ولا سمعت منه. وقال ابن حبان كان يروي عمن لم يره ويحدث بما لم يسمع . وقال ابن أبي داود متروك الحديث كان يروي [1] عن الكذابين . وقال النسائي متروك فكيف يعلل الحديث الصحيح الذي رواه مسلم في صحيحه بالحديث الضعيف ، إذ مقتضى العلم أن يعلل الحديث الضعيف بالحـديث الصحيح كما يفعل .

ونحن نذكر من الأحاديث الصحيحة التي استدللنا بها ما رواه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة . قال كنت أصلي في المسجد فدعاني رسول الله ﷺ فـلم أجبـه فقلت يا رسول الله كنت أصلي فقال ألم يقل الله ﴿ استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم ﴾ ثم قال لي ألا أعلمك سورة هي أعظم سورة في القرآن قلت ما هي قال الحمد لله رب العالمـــين هي

---

(١) ساقطة من الأصل .

السبع المثاني والقرآن العظيم الذي أوتيته . فأخبر أنها السبع المثاني ولو كانت البسملة آية منها لكانت ثمانيا ، لأنها سبع آيات بدون البسملة .

ومنها ما رواه أصحاب السنن الأربعة عن شعبة عن قتادة الحسمي عن أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ان سورة من القرآن صعبت كمرحل حق عوله وهي تبارك الذي بيده الملك . قال الترمذي حديث حسن ، ورواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وصحيحه ، وعباس وثقه ابن حبان ولم يكلم فيه أحد .

وجه الاستدلال به أن هذه السورة ثلاثون آية بدون البسملة بلا خلاف بين العادين ، وأيضاً فافتتاحه بقوله ﴿ تبارك الذي بيده الملك ﴾ ١ الملك دليل على أن البسملة ليست منها وأما القسم الرابع فنذكره عن قريب إن شاء الله تعالى .

( ويسر بها ) أي يخفي بالاستعاذة والتسمية . قال الاترازي قال المطردي أسر الحديث أخفاه وزيادة الباء سهو ، وكذا قال السفناقي . قلت يستعمل باب أفعل بالباء أيضاً .

( لقول ابن مسعود رضي الله عنه أربع يخفيهن الإمام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وربنا لك الحمد [1] ) وهذا غريب ولكن معناه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا هشيم عن سعيد بن المرزبان ثنا أبو وائل عن ابن مسعود أنه كان يخفي بسم الله الرحمن الرحيم والاستعاذة وربنا لك الحمد . وروى سعد بن الحسن في كتاب الآثار ثنا أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه ثنا حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال أربع يخفيهن الإمام ، التعوذ وبسم الله الرحمن الرحيم ، وسبحانك اللهم وبحمدك ، وآمين .

ورواه عبد الرزاق في مصنفه ثنا معمر عن حماد قد كره لأنه قال عوض سبحانك اللهم ربنا لك الحمد ، ثم قال أنا الثوري عن منصور عن ابراهيم قال خمس يخفيهن الإمام فذكرها ، وزاد سبحانك اللهم وبحمدك .

---

(١) هذه لم ترد في المتن ولم ترد في متن شرح فتح القدير . اه مصححه .

## وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روي أن النبي عليه السلام جهر في صلاته بالتسمية

وروى أبو معمر عن عمر بن الخطاب أنه قال يخفي الإمام أربعـــاً التعوذ وبسم الله الرحمن الرحيم ، وآمين ، وربنا لك الحمد .

( وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة ) وبه قال أبو ثور . قال الثوري يجهر بالبسملة حيث يجهر بالقراءة في الفاتحة والسورة جميعاً ، قال وعلى هذا أكثر علماء الصحابة والتابعين ومن بعدهم الفقهاء الأكابر .

أما الصحابة فرواه أبو بكر الخطيب البغدادي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعمــار بن ياسر وأنس وأبي هريرة وغيرهم حتى ذكر عبد الله بن المغفل الذي ذكر الجهر به على ابنه.

وأما التابعون ومن بعدهم فمن قال بالجهر فهو لا يمكن أن يذكر أويوسع من أن يحصوا.

قال عمر بن عبد البر في الاتفاق ، وقد روي عن عمر وعلي وعمار الجهر بها والطرق عنهم ليست بالقوية قال وكذا اختلف عن أبي هريرة وابن عباس والأشهر عن ابن عباس الجهر بها » . وقال ابن أبي ليلى إن شاء جهر بها وإن شاء خافت .

قلت قال الترمذي والعمل عليه أي على ترك الجهر بالبسملة عند ذكر أهل من أصحاب رسول الله ﷺ كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ومن بعدهم من التابعين،وقال أبو عمرو بن المنذر هو قول ابن مسعود وابن الزبير وعمار بن ياسر وعبد الله بن المغفل والحكم والحسن والشعبي والنخعي والأوزاعي وسعيد بن جبير وعبد الله بن المبارك وقتادة وعمر ابن عبد العزيز وسليمان الأعمش والزهري ومجاهد ويحيى بن جعدة وحماد وابن أبي سليمان وأبي عبيد والإمام مالك وأحمد وإسحاق . وقال أبو الخطاب والعمل عليه عنـــد أهل المدينة وهذا نقل خلاف قد يلتفت إلى العصبية .

( لما روي أن النبي عليه السلام جهر في صلاته بالتسمية ) عن أكثر الشراح هذا الحديث إلى أبي هريرة رضي الله عنه ، وروى الدارقطني عن العلاء عن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان له أم النـــاس [1] جهر ببسم الله الرحمن الرحيم .

---

(١) هكذا وردت في الأصل . اهـ مصححه .

ورواه ابن عدي فقال فيه أسرعوض جهر.

وروى النسائي في سننه من حديث يعلمه التمرتاشي قال صليت وراء أبي هريرة فقرأ ببسم الله الرحمن الرحيم ثم قرأ بأم القرآن حتى قال غير المغضوب عليهم ولا [1] الضالين آمين . وفي آخره فلما أسلم قال لأني أشبهكم صلاة برسول الله ﷺ . ورواه ابن حبان في صحيحه ، وابن خزيمة في صحيحة ، والحاكم في مستدركه وقال أنه على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، والدارقطني في سننه وقال حديث صحيح ورواته كلهم ثقات مجمع على طاعتهم ، يحتج بهم في الصحيح .

وروى الدارقطني أيضاً عن خالد بن الياس عن شعبة بن أبي سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ علمني جبريل عليه السلام الصلاة فقام فكبر لنا ثم قرأ ببسم الله الرحمن الرحيم فيما يجهر به في كل ركعة .

وروى الطبراني في الأوسط عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ إذا قرأ بسم الله الرحمن الرحيم هزأ منه المشركون ويقولون محمد يذكر له اليمامة. وروى الحاكم في مستدركه من حديث علي وعمار أن النبي عليه السلام كان يجهر في المكتوبات ببسم الله الرحمن الرحيم . وقال صحيح الإسناد . ورواه الدارقطني في سننه من حديث جابر عن أبي الطفيل عن علي وعمار ونحوه .

وروى الدارقطني أيضاً عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم قال صليت خلف النبي عليه الصلاة والسلام وأبي بكر رضي الله عنهما وكانوا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم . وأخرجه الخطيب من طريق آخر من حديث مسلم بن حسان قال صليت خلف ابن عمر فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم في السورتين، فقيل له، فقال صليت خلف رسول الله ﷺ حتى قبض ، وخلف أبي بكر رضي الله عنه حتى قبض ، وخلف عمر رضي الله عنه حتى قبض ، فكانوا يجهرون بها في السورتين فلا أدع الجهر بها حتى أموت .

---

(١) ساقطة من الأصل . اهـ مصححه .

وأخرج الدارقطني عن أبي الصخر عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله ﷺ أمني جبريل عليه السلام عند الكعبة فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم . وأخرج أيضاً من حديث الحسن بن عباس وكان مدرساً قال صليت خلف النبي عليه الصلاة والسلام فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم في صلاة الليل وصلاة الغداة وصلاة الجمعة .

وروى الحاكم في مستدركه والدارقطني في سننه من حديث محمد بن المتوكل بن أبي السرى قال صليت خلف المعتمر بن سليمان من الصلاة ما لا أحصيها الصبح والمغرب فكان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم قبل فاتحة الكتاب وبعدها . وقال المعتمر ما لو أن أقتدي بصلاة أبي بكر وقال أبي ما القرآن أقتدي بصلاة أنس رضي الله عنه قال أنس ما القرآن أقتدي بصلاة رسول الله ﷺ . وأخرجه الحاكم من طريق آخر عن محمد بن السرى ثنا اسماعيل ابن أبي أويس ثنا مالك عن حميد عن أنس رضي الله عنه قال صليت خلف النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم فكلهم كانوا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم . قال الحاكم وأخرجته شاهداً. وأخرجه الخطيب من طريق آخر من حديث حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم .

الرد عن هذه الأحاديث .

أما حديث أبي هريرة الذي روى عنه العلاء ، وروى عنه أويس واسمه عبدالله بن أويس وهو غير محتج به لأنه لا يحتج بما انفرد به فكيف إذا انفرد بشيء أو خالفه فيه من هو أوثق منه ، مع أنه متكلم فيه ، وقد ضعفه أحمد وابن معين وأبو حاتم الرازي . فإن قلت أخرج له مسلم في صحيحه قلت بناء على أن مجرد الكلام في الرجال لا يسقط العدالة ولا حديثه ، ولو اعتبرنا ذلك لذهب معظم السنة إذ لم يسلم من كلام إلا من عصمه الله ، بل خرج في الصحيح ممن تكلم منهم ، ومع هذا لم يترك حديثه لكلام الناس فيه بل للتفرد به بأتقن الثقات له ولرواية مسلم الحديث في صحيحه من طريقه وليس فيه وذكر البسملة .

وأما رواية نعيم المجهول عنه فهي معلولة ، البسملة فيه مما تفرد به نعيم المسجد من بين

أصحاب أبي هريرة رضي الله عنه وهم ثمان مائة ما بين صاحب وتابع ولا يثبت عن ثقة من أصحاب أبي هريرة أنه حديث عن أبي هريرة أنه عليــه الصلاة والسلام كان يجهر بالبسملة في الصلاة فالبخاري ومسلم أعرضا عن ذكر البسمـلة في حديث أبي هريرة الذي رواه أبو سلمة بن عبد الرحمن أنه كان يكبر في كل صلاة من المكتوبة وغيرها فيكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ، الحديث . ثم يقول حين ينصرف والذي نفسي بيده لأقربكم شبهاً لصلاة رسول الله عليه الصلاة والسلام إن كانت هذه لصلاته حتى فارق الدنيا .

وليس في هذا الحديث ولا في الأحاديث الصحيحة عن أبي هريرة ذكر للتسمية وهذا فيما يغلب على الظن أنه وهم على أبي هريرة . فإن قلت نعيم المجمر ثقة والزيادة من الثقـة مقبولة . قلت ليس ذلك مجمعاً عليه بل فيه خلاف مشهور ، فمن النـاس من يقول زيادة الثقة مطلقاً غير مقبولة ، ومنهم من يقبلها ، والصحيح التفصيل وهو أنها تقبل في موضع إذا كان راويها ثقة حافظاً ثبتاً ، والذي لم يذكرها مثله أو دونه في الثقة كما قبل النـاس زيادة مالك بن أنس قوله من المسلمين في صدقة الفطر واحتج بها أكثر العلمـاء ، ونقل في موضع آخر القرائن يحضها فهي في موضع يجزم بصحتها كزيادة مالك . وفي موضع يغلب على الظن صحتها ، وفي موضع يجزم بخطأها كزيادة عبد الله بن زياد ذكر البسملة في حديث قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين ، وزيادة نعيم المجمر التسميـة في هذا الحديث مما يتوقف فيه بل يغلب على الظن ضعفه ، وعلى تقدير صحتها فلا حجة فيهن بالجهر لأنه قال فقرأ أو فقال بسم الله الرحمن الرحيم وذلك أعم من قراءتها سراً أو جهـــراً على من لا يرى قراءتها .

فان قلت قال إني لأشبهكم صلاة برسول الله ﷺ قلت أراد به أصل الصلاة ومقاديرها وهيأتها ، والتشبه لا يقتضي أن يكون من كل وجه بل يكفي في غالب الأفعـــال وذلك محقق في التكبير وغيره دون البسملة .

وأما الحديث الذي فيه علمني جبريل عليه السلام ان إسناده ساقط ، وأن خالد بن الياس مجمع على ضعفه ، فمن أحمد منكر الحديث وعن ابن معين ليس بشيء إلا يكتب حديثه .

وعن النسائي متروك الحديث . وعن ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات .

وأما حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس فانه لم يذكر هل كان في فرض أو نفل، فان قلت ذكر الدارقطني حديثين عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام جهر ببسم الله الرحمن الرحيم ، والثاني كان يفتتح الصلاة ببسم الله . قلت قال الترمذي إسناده ليس بذلك ، والأول لا حجة فيه .

فان قلت قال النووي في صحيح مسلم قال عليه السلام أنزلت علي آنفاً سورة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم إنا أعطيناك الكوثر . اهـ . قال وهذا تصريح بالجهر خارج الصلاة فكذا في الصلاة كسائر الآيات . قلت هذا الإحتجاج في غاية السقوط فهل يحتج بالقياس مع مخالفة النصوص الصحاح .

وأما حديث علي وعمار ففي الأول عبد الرحمن بن سعد المؤذن وقد ضعفه ابن معين لما قال الحاكم صحيح الإسناد وتعقبه الذهبي فقال هذا جزاؤه كأنه موضوع . وفي الطريق الثاني جابر الجعفي وقد كذبه أيوب وليث بن أبي سليمان الخزرجاني . وعن أبي حنيفة ما رأيت أكذب من جابر الجعفي ، ما أتيته بشيء من رأي إلا أتاني فيه بأثر .

وأما حديث عمر فله طريقان ، الأول رواه الدارقطني وفيه شيخه عمر بن الحسن وقد ضعفه الدارقطني ، وفيه جعفر بن محمد بن مروان فقال فيه الدارقطني لا يحتج به فظهر بذلك بطلان هذا الحديث . والطريق الثاني رواه الخطيب فهو أيضاً باطل لأن فيه عباد بن زياد الأسدي ، وقال الحافظ محمد بن النيسافوري هو مجمع على كذبه ، وقال أبو حاتم كان على رؤساء الشيعة .

وأما حديث النعمان بن بشير فانه حديث منكر بل موضوع ، ومن رواته يعقوب بن يوسف النبي وهو ليس بمشهور ، وأحمد بن حماد ضعفه الدارقطني وسكوت الدارقطني والخطيب وغيرهما من الحفاظ عن مثل هذا الحديث بعد روايتهم له قبيح جداً . وقد تعلق ابن الجوزي في هذا بمطر بن خليفة وهو تقصير منه ، فان الطحاوي روى له في صحيحه ووثقه أحمد وابن معين ويحيى القطان مكانه اعتمد على قول السعدي فيه وهو

رافع عن ثقة وليس كذلك لما ذكرنا .

وأما حديث الحكم بن عمر فهو حديث باطل لوجوه . الأول أنـه ليس بدرياً ولا في البدريين [1] أحد اسمه الحكم بن عمر بل لا نعرف له راويان سوى ابن حبيب الراوي عنه لم يكن صحابياً بل هو مجهول لا يحتج بحديثه . وقد ذكر الطبراني في معجمه الكبير الحكم ابن عمر وقال في مصنفه الشمال ثم روى له بضعة عشر حديثاً منكراً وكلها من روايـة موسى بن أبي حبيب عنه . وروى له ابن عدي في الكامل قريبـاً من عشرين حديثـاً ولم يذكر فيها هذا الحديث والراوي عن موسى هو ابراهيم بن إسحاق العتبي الكوفي ، قال الدارقطني متروك الحديث ·

الثاني عمل أن يكون هذا الحديث صنعة فان الذين رووا نسخه موسى عن الحـكم لم يذكروا هذا الحديث فيهـا لتمين مخلد وابن عدى والطبراني ، وإنمـا رواه مما علما الدارقطنى ثم الخطيب .

الثالث أن الدارقطني وهم فقال ابراهيم بن حبيب وإنما هو ابراهيم بن إسحاق وتبعـه الخطيب ورواه وهماً ثانياً ، فقال الضبي بالضاد المعجمة والبـاء الموحدة وإنمـا هو الضبي نسبة إلى ضبين .

وأما حديث أنس رضي الله عنه فهو معارض بما رواه ابن خزيمة في مختصره والطبراني في معجمه عن معمر بن سليمان عن أبيه عن الحسن عن أنس رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ كان يسر ببسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة وأبا بكر وعمر رضي الله عنهـما ، وقوله في الصلاة زادهما ابن خزيمة . والحديث الذي رواه الحاكم وقال إنما ذكرته شاهداً ، فقال الذهبي في مختصره أما نسخة الحاكم يورد في كتابه مثل هذا الحديث الموضوع فانما هذا بابه والله انه لكذب . وقال ابن الهاد سقط منه وتوقف الحاكم لا يعارض ما ثبت في الصحيح خلافه لما عرف من تساؤله وكيف وأصحاب أنس رضي الله عنه الثقات فالاثبات

---

(١) في الأصل البررين . اهـ مصححه.

يرون عنه خلاف ذلك أن شعبة سأل قتادة عن هذا ، فقال أنت سمعت أن يذكر ذلك فقال نعم وأخبره بالتلفظ الصريح المنافي للجهر .

واحتجت الشافعية أيضاً بالآثار ومنها ما رواه البيهقي من الخلافيات من حديث عمر ابن ذر عن أبيه سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه قال صليت خلف عمر رضي الله عنه فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم وكان أبي يجهر بها قلنا هذا مخالف للصحيح الثابت عن عمر أنه كان لا يجهر ، وروى الطحاوي إسناده عن أبي وائل قال كان عمر وعلي رضي الله عنهما لا يجهران . وقد روى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن أبيه أيضاً عدم الجهر ، فان ثبت الجهر يحمل على أنه فعله مرة لتعليم أو بسبب من الأسباب .

ومنها ما رواه الخطيب من طريق الدارقطني بسنده عن عمار بن عبد الرحمن عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضي الله عنهم كانوا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم ، قلنا هذا باطل . وعثمان بن عبد الرحمن هو الدمامي أجمعوا على ترك الإحتجاج به قال ابن أبي حاتم سألت أبي عنه فقال كذاب ذاهب الحديث . وقال ابن حبان يروي عن الثقات الأشياء الموضوعات لا يحل الإحتجاج به وقال النسائي متروك الحديث .

ومنها ما أخرجه الخطيب أيضاً عن يعقوب بن عطاء بن أبي رباح عن أبيه قال صليت خلف علي بن أبي طالب وعدة من أصحاب رسول الله ﷺ كلهم يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم ، قلنا هذا لا يثبت وعطاء بن أبي رباح لم يلحق علياً ولا صلى خلفه قط ، والحمل فيه على ابنه يعقوب ، فقد ضعفه غير واحد من الأئمة . وقال أحمد منكر الحديث . وأما شيخ الخطيب فيه فهو أبو الحسن بن أحمد الاصبهاني الأهوازي ويعرف بابن أبي علي فقد تكلموا فيه ، وذكروا أنه كان يركب الأشياء . ونقل الخطيب عن أحمد بن علي الجصاص قال كنا نسمي ابن عطاء الاصبهاني جواب الكذب .

ومنها ما أخرجه الخطيب أيضاً من طريق الدارقطني عن الحسن بن محمد بن عبد الواحد ثنا حسن بن الحسين ثنا ابراهيم بن أبي يحيى عن صالح بن سهل قال صليت خلف أبي

سعيد الخدرى وابن عباس وأبي قتادة وأبي هريرة رضي الله عنهم كانوا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم قلنا هذا أيضاً لا يثبت . والحسن بن الحسين وهو غير معبر سنذكره إن شاء الله . وشعبي ضعيف وهو الحسين بن الحسن الأسود انقلب اسمه وهو أيضاً شعبي ضعيف ومجهول. وابراهيم بن يحيى قد رمي بالرفض والكذب. وصالح بن شهاب مولى السرية قد تكلم فيه مالك وغيره من الأئمة ، وفي إدراكه الصلاة خلف أبي قتادة نظر. وهذا الإسناد لا يجوز الإحتجاج به .

وانما كثر الكذب في أحاديث الجهر على النبي عليه السلام وأصحابه لأن الشيعة ترى الجهر وهم أكذب الطوائف ، فوضعوا في ذلك أحاديث وكان أبو علي بن أبي هريرة أحد أعيان أصحاب الشافعي يترك الجهر بها وهو يقول الجهر بها صار من شعار الروافض . وغالب أحاديث الجهر يجد في رواتها من هو منسوب إلى التشيع[1].

وأما التابعين في ذلك فليس بحجة مع أنها قد اختلفت ، فروى عن غير واحد منهم الجهر ، وروى عن غير واحد منهم تركه ، والواجب في ذلك الرجوع إلى الدليل لا الأقوال .

( قلنا هو محمول على التعليم ) هذا جواب عما احتج به الشافعي مما روى أنه عليه السلام جهر في صلاته بالتسمية ويريده أنه عليه السلام والصلاة إنما جهر بها لأجل تعليم أنها بها يسر . أو يقال إنه محمول على الجهر الذي يسمعه القارىء ويقول أنه محمول على وقوعها اتفاقاً ، ويقال كان الجهر ابتداء قبل نزول قوله تعالى ﴿ ادعوا ربكم تضرعاً وخفية ﴾ ٥٥ الأعراف فكأنهم كانوا يجهرون بالثناء والقراءة أيضاً حتى نزل قوله ﴿ ولا تجهر بصلاتك ولا تخافت ﴾ ١١٠ الإسراء قلت كل هذا لا يجرى ولا يرضى به الخصم ولا يندفع .

وكانت الطريقة في هذا أن يحتج المصنف نصرة لمذهبه بما روى من الأحاديث الصحيحة ،

(١) في الأصل – في رواتها وهو منسوب إلى الشيع – اه مصححه .

ثم يجب عما احتج به الخصم بما يجاب به عند ورود الأحاديث والأخبار المتنـــاقضة ، فنقول وبالله التوفيق .

قد ذكرنا أن للتسمية أربعة أحوال هل هي من القرآن أم لا. وهل هي من الفاتحة أم لا وهل هي من أول كل سورة أم لا . فهذه الثلاثة قد ذكرنا وبقي الرابع وهو أنهـــا هل يجهر بها أم لا .

فقال الشافعي ومن معه يجهر بها ونحن نقول لا يجهر لما روى البخـــارى ومسلم في صحيحيهما من حديث شعبة سمعت قتادة يحدث عن أنس رضي الله تعالى عنه قال صليت خلف رسول الله ﷺ وخلف أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلم أسمع أحداً منهم يقرأ ببسم الله الرحمن الرحيم . وفي لفظ لمسلم فكانوا يستفتحون القراءة بالحمـــد لله رب العالمـــين ، ولا يذكرون بسم الله الرحمن الرحيم في أول القراءة ولا في آخرها . رواه النسائي في سننه وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والدارقطني في سننه . وقالوا فيه كانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم ، وزاد ابن حبان ويجهرون بالحمد لله رب العالمين. وفي لفظ لابن حبان والنسائي أيضاً فلم نسمع أحداً منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم. وفي لفظ لأبي يعلى الموصلي في مسنده فكانوا يستفتحون القراءة فيما يجهر به بالحمد لله رب العالمين. وفي لفظ للطبراني في معجمه وأبي نعيم في الحلية وابن خزيمة في مختصر المختصر والطحاوي في شرح الآثار فكانوا يسرون في بسم الله الرحمن الرحيم . ورجال هذه الروايات كلهم ثقـــات مخرج لهم في الصحيحين . وكل الفاظه ترجع إلى معنى واحد يصدق بعضها بعضاً وهي سبعة الفاظ .

فالأول كانوا لا يستفتحون القراءة ببسم (١) الله الرحمن الرحيم .

والثاني فلم أسمع أحد يقول أو يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم .

والثالث فلم يكونوا يقرأون ببسم الله الرحمن الرحيم .

والرابع فلم أسمع أحد يجهر ببسم (٢) الله الرحمن الرحيم .

والخامس فكانوا لا يجهرون ببسم الله الرحمن الرحيم .

---

( ١ ــ ٢ ) في الأصل بسم الله الرحمن الرحيم . اهـ مصححه .

والسادس كانوا يسرون بسم الله الرحمن الرحيم .

والسابع فكانوا يستفتحون القراءة بالحمد لله رب العالمين .

وروى الترمذي والنسائي وابن ماجة من حديث أبي نعامة الحنفي واسمه قيس بن عاسب حدثنا أن عبد الله بن مغفل قال سمعني أبي وأنا أقول بسم الله الرحمن الرحيم فقال أي بني إياك والحديث فإني لم أر أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ كان أبغض إليه الحديث في الإسلام ، يعني منه . قال وصليت مع أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فلم أسمع أحداً منهم يقولها ، أنت إذا صليت فقل الحمد لله رب العالمين . قال الترمذي حديث حسن .

فان قلت قال النووي في الخلاصة وقد ضعف حفاظ هذا الحديث ، وأنكروا على الترمذي كابن خزيمة وابن عبد البر والخطيب ، قالوا إن مداره على عبد الله بن المغفل وهو مجهول . قلت رواه أحمد في مسنده من حديث أبي نعامة عن عبد الله بن المغفل قال كان أبونا إذا سمع أحد منا يقول بسم الله الرحمن الرحيم يقول أى بني صليت مع النبي عليه السلام وأبي بكر وعمر وعثمان [1] رضي الله عنهم فلم أسمع أحداً منهم يقول بسم الله الرحمن الرحيم .

ورواه الطبراني في معجمه عن عبد الله بن يزيد عن عبد الله بن مغفل عن أبيه مثله. ثم أخرجه عن أبي سفيان طريق ابن شهاب عن يزيد بن عبد الله بن مغفل قال صليت خلف إمام فجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فلما فرغ من صلاته قال ما هذا محرف عن هذه التي أراك تجهر بها فإني قد صليت مع النبي ﷺ ومع أبي بكر وعمر فلم يجهر بها .

فهؤلاء ثلاثة رووا هذا الحديث عن عبد الله بن المغفل عن أبيه وهم أبو نعامة [2] وأبو سفيان طريق العدوى . أما أبو نعامة فقد وثقه ابن معين وغيره ، وأما أبو عبد الله بن

(١) هكذا في الأصل من غير ذكر علي رضي الله عنه . اهـ مصححه .

(٢) « وأبو عبد الله بن زيد » ربما أسقطه الناسخ سهواً . اهـ مصححه .

زيد فأشهر من أن يثنى عليه . وأما أبو سفيان مهران تكلم فيه ولكنه يعتبر به ما تابعه عليه غيره من الثقات ، وهو الذى سمى ابن عبد الله بن المغفل يزيد كما هو عند الطبراني فقد ارتفعت الجهالة عن ابن عبد الله بن مغفل برواية هؤلاء الثلاثة عنه . وقد تقدم في مسند أحمد عن أبي نعامة عن عبد الله بن المغفل وبنوه الذين يروى عنهم يزيد وزياد ومحمد ، والنسائي وابن حبان وغيرهم يحتجون بمثل هؤلاء مع أنهم ليسوا مشهورين بالرواية ، ولم يرو أحد منهم حديثاً منكراً ليس له شاهد ولا تابع حتى يخرج منه . وإنما رووا ما رواه غيرهم من الثقات .

فأما يزيد فهو الذى سمي في هذا الحديث . وأما محمد فروى له الطبراني عنه عن أبيه قال سمعت النبي عليه الصلاة والسلام يقول ما من إمام بيت غائباً لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة . وأما زياد فروى له الطبراني عنه عن أبيه مرفوعاً لا تجدوا وفانه لا يصاد به صد ولا يتكأ العدد ولكنه يكهر الفى [1] ويفقأ العين . وبالجملة فهذا حديث صريح في عدم الجهر بالتسمية وهو إن لم يكن من أقسام الصحيح فلا ينزل عن درجة الحسن . وقد حسنه الترمذى ، والحديث الحسن يحتج به لا سيما إذا تعددت شواهده وكثرت متابعاته فان قلت تركوا الإحتجاج به لجهالة ابن عبد الله بن مغفل .

قد احتجوا بما هو أضعف منه ، بل احتج الخطيب بما يعلم هو أنه موضوع . والبيهقي لم يحسن في تضعيفه هذا الحديث غير أنه بعد أن رواه في كتابه المعرفة تفرد به أبو نعامة وابن عبد الله بن مغفل لم يحتج بهما صاحب الصحيح ، وكل ذلك لأجل التعصب والتحامل . وقوله تفرد به غير صحيح ، فقد تابعه عبد الله يزيد [2] وأبو سفيان كما ذكرنا ، وعدم احتجاج صاحبي الصحيح لا يستلزم تضعيف هذا الحديث الصحيح وهما لم يلتزما إحاطة الأحاديث الصحيحة ومع هذا فالبخارى كثير ما يتبع لما

---

(١) هكذا وردت هذه الجملة في الأصل وفيها خطأ . اه مصححه .

(٢) في الأصل بريدة . اه مصححه .

يرد على أبي حنيفة من السنة ، فيذكر الحديث ثم يعرض بذكره فيقول قال رسول الله ﷺ كذا وكذا ثم يقول وقال بعض الناس وكذا يشير به اليه ويشع به عليه ولم يجد حديثاً صحيحاً في الجهر حتى يذكره في صحيحه . فهذا أبو داود والترمذي وابن ماجة مع اشتمال كتبهم على الأحاديث السقيمة والأسانيد الضعيفة لم يخرجوا منها شيئاً ، ولولا أنها عندهم واهية بالكلية لما تركوها ، وقد تفرد النسائي منها بحديث أبي هريرة وهو أقوى ما فيها عندهم وقد بينا ضعفه من وجوه .

( لأن أنساً رضي الله عنه أخبر أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يجهر بها ) حديث أنس رضي الله عنه أخرجه البخاري ومسلم وقد ذكرناه عن قريب . فان قلت روى عن أنس إن كان ذلك في الجملة فروى أحمد والدارقطني من حديث سعيد بن زهد بن سلمة قال سألت أنساً أكان رسول الله ﷺ يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم أو الحمد لله رب العالمين قال انك لتسألني عن شيء ما أحفظه أو ما سألني أحد قبلك . قال الدارقطني إسناده صحيح .

قلت ما روى من إنكاره لا يقاوم ما ثبت عنه خلافه في الصحيح ويحتمل أن يكون أنس نسي في تلك الحالة لكبره ، وقد وقع مثل ذلك كثيراً كما سئل يوماً من مسألة فقال عليكم بالحسن فاسألوه فانه أحفظ – وأنسا كم اتى حديث ونسي [1] – ويحتمل انه إنما سأله عن ذكرها في الصلاة أصلا لا عن الجهر بها وإخفائها .

فان قلت يجمع بين الأحاديث بأن يكون أنس لم يسمعه لبعده ، لأنه كان صبياً يومئذ. قلت هذا مردود لأنه عليه السلام هاجر إلى المدينة ولأنس يومئذ عشر سنين ومات عليه السلام وله عشرون سنة فكيف يتصور أن يصلي خلفه عشر سنين فلا يسمعه يوماً من الدهر يجهر هذا بعيد بل يستحيل ثم قد روى هذا في زمان رسول الله ﷺ فكيف وهو رجل في زمان أبي بكر وعمر ، وشهد في زمان عثمان رضي الله عنه مع تقدمه في زمانهم وروايته للحديث .

(١) هكذا في الأصل . اه مصححه .

فان قلت أحاديث الإخفاء شهادة على النفي ، وأحاديث الجهرشهادة على الإثبـات ، والإثبات مقدم على النفي . قلت هذه الشهادة وإن ظهرت في صورةالنفيفمعناها الإثبات على أن هذا مختلف فيه فالأكثرون على تقديم الإثبات ، وعند البعض سواء ، وعند البعض النافي يقدم على المثبت واليه ذهب الأزى[1] وغيره .

فإن قلت روى الإخفاء إثنان من الصحابة أنس وعبد الله بن المغفــل ، وروى الجهر أربعة عشر صحابياً فيقدم الجهر بكثرة الرواة . قلت الإعتماد على كثرة الرواة إنما يكون بعد صحة الدليلين . فأحاديث الجهر ليس فيها صحيح صريح ، بخلاف ما روي في الإخفاء ، فإنه حديث ثابت صحيح مخرج في الصحيح والمسانيد المعروفة واليسير المشهورة مع أن الحنفية لا يرون الترجيح بكثرة الرواة . وأحاديث الجهر وإن كثرت رواتها لكنها كلها ضعيفة ، ولم يرو أحاديث الجهر إلا الحـــاكم وقد عرف تساهله وتصحيحه للأحاديث الضعيفة بل الموضوعة .

وقال ابن دحية في كتابه العلم المشهور يجب على أهل الحـديث أن لا يحفظوا من قول الحاكم أبي عبد الله فإنه كثير الغلط ظاهر ، وقد غفل عن ذلك كثير من مخالفيـه ، وقلده في ذلك الدارقطني وملأ كتابه من الأحاديث الضعيفة والغريبة والشاذة والمعللة وكم فيه من حديث لا يوجد في غيره . وحكى أنه لما دخل مصر سأل بعض أهلهـا تصنيف شيء في الجهر بالبسمــلة فأتاه بعض المــالكية فأقسم عليــه أن يخبره بالصحيح من ذلك فقال كل ما روي عن النبي ﷺ في الجهر فليس بصحيح .

وأما عن الصحابة فمنه صحيح وضعيف والبيهقي فإنه شيء مشتبه ، والخطيب فإنه قد يجاوز عن حد التحامل والتعصب ، واحتج بالأحاديث الموضوعة مع علمه بذلـــك ، وروى الخطيب عن عكرمة أنه قال لا يصلي خلف من لا يجهر بالبسملة ، وعارضته رواية الطحاوي باسناد عن عكرمة عن ابن عباس في الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم قال ذلـــك فعل الاعراب .

---

(١) ربما أراد الأزدي .

ثم عند أبي حنيفة أنه لا يأتي بها في أول كل ركعة كالتعوذ ، وعنه أنه يأتي بها

---

وسئل الحسن عن الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم فقال إنما يفعل ذلك الاعراب. وقال أبو عمر عن ابن عباس الجهر فيها قراءة الاعراب أراد جهلتهم . وعن النخعي أن الجهر بها بدعة . ونقل السروجي عن ابن الجوزي والخطيب لا ينبغي أن يقبل جرحه ولا تعديله ، لأن قوله ونقله يدل على قلة دين . والعجب من الثوري أيضاً كيف ذكر الأحاديث الضعيفة وانتصر لها وصححها ، ولم يذكر ما قيل فيها .

فإن كنت لا تدرى فتلك مصيبة وإن كنت تدري فالمصيبة أعظم

وقال الأكمل في هذا الموضع ، و فإن قيل خبر الإخفاء بالبسملة ما تعم بـه البلوى ، إلى آخر ما ذكره في شرحه ، أخذ جميع ذلك عن السغناقي ، ومع هذا فليس ما ذكره توفيقاً بين الأحاديث الواردة في الجهر ، والإخفاء على طريقة أهل هذا الفن ، وقد ذكرنا الذي هو الأصل فللناظر فيه نظر .

( ثم عند أبي حنيفة أنه ) أي أن المصلي ( لايأتي بها ) أي بالتسمية ( في أول كل ركعة ) وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة . وروي عن أبي حنيفة أن المصلي إذا سمى أول صلاته فإنه لا يعيدها لأنها شرعت لافتتاح الصلاة ( كالتعوذ ) أي كقراءة أعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، فإنها يقرأها مرة في أول السورة اتفاقاً .

( وعنه ) أي وعن أبي حنيفة ( أنه يأتي بها ) أي أن المصلي يأتي بالتسمية في أول كل ركعة ، وهذه الرواية رواها أبو يوسف عن أبي حنيفة . وفي قنية الفتاوى والأحسن أن يأتي بها في أول كل ركعة عند أصحابنا جميعاً لا اختلاف فيه ، ولا تختلف الرواية عنهم ، ومن قال مرة فقد غلط على أصحابنا غلطاً فاحشاً عرفه من تأمل كتب أصحابنا ، لكن الخلاف في الوجوب . فعندهما في رواية المعلى عن أبي حنيفة أنها تجب في الثانية كوجوبها في الأولى . ورواية الحسن عنه أنها لا تجب إلا عند افتتاح الصلاة وإن قرأها في غيرة فحسن ، والصحيح أنها تجب في كل ركعة حتى لو سهى عنها قبل الفاتحة تجب السهو .

وفي المجتبى وأما وجوبها خارج الصلاة ، فالصحيح أنها تجب ،وأجمع القراء أنه يقرأها أول الفاتحة ، وكذا في سائر السور إلا عند غيره وأبي عمرو .

احتياطاً وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة إلا عند محمد رحمه الله ، فإنه يأتي بها في صلاة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة أو ثلاث آيات من أي سورة شاء ، وقراءة الفاتحة لا تتعين ركناً عندنا

---

( احتياطاً ) أى على سبيل الإحتياط ، لأنها أقرب إلى متابعة المصحف لأن عليه إعادة الفاتحة ، فكذا إعادتها . وروى الحسن عن أبي حنيفة إن قرأها عند السورة فحسن ( وهو قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد .

( ولا يأتي بها ) أي بالتسمية ( بين السورة والفاتحة ) لأن محلها أول الصلاة ( إلا عند محمد فانه يأتي بها في صلاة المخافتة ) أي فان المصلي يأتي بالتسمية بين الفاتحة والسورة في الصلاة التي يخافت فيها القراءة اتباعاً للمصحف ، وأما إذا جهر فلا ، وعند الشافعي لا تجوز الصلاة بدون التسمية ، فلذلك قالوا الأجود أن يأتي بها في كل ركعة وهو المنقول عن ابن عباس رضي الله عنه ومجاهد وذلك للاحتياط .

وقال حميد الدين لا احتياط فيه ، لأن عند سعد بن أبي وقاص تسمية المقتدي مفسدة لصلاته لكن لم يقيد هذا الخلاف إذ فساد الصلاة لها بعيد حتى أنه استحسن قراءة البعيد خلف الإمام فيما يخافت .

واعتبر خلاف الشافعي لأن معه غيره ولم يعتد بخلافه في الجهر لانفراده ومخالفة النصوص على ما ذكرنا .

( قال ) أي القدوري ( ثم يقرأ فاتحة الكتاب ) أي ثم بعد قراءة الثناء والتعوذ والتسمية يقرأ سورة فاتحة الكتاب هذا بيان الواجب من القراءة دون الركن والسنة على ما يأتي إن شاء الله تعالى .

( وسورة ) أي ويقرأ سورة من القرآن ( أو ثلاث آيات من أي سورة شاء ) أي ويقرأ ثلاث آيات مع الفاتحة والخيار فيها من أي سورة شاء ، وهذا أيضاً بيان الواجب من القراءة .

( وقراءة الفاتحة لا تتعين ركناً عندنا ) أي من حيث الركنية . ويجوز أن ينصب على

وكذا ضم السورة اليها خلافاً للشافعي رحمه الله في الفاتحة، ولمالك فيهما
له قوله عليه السلام لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها

---

الحال . وقال أبو بكر الرازي رحمه الله لا خلاف بين الفقهاء في جواز الصلاة مع الفاتحة وحدها ، ويروى مثل مذهبنا عن ابن عباس والحسن وابراهيم والشعبي وجابر بن زيد وسعيد بن جبير وداود ومالك في رواية ( وكذا ضم السورة اليها ) أي إلى الفاتحة .

( خلافاً للشافعي في الفاتحة ) يعني قراءة الفاتحة عنده فرض حتى لو لم يقرأها تبطل صلاته ، ولو ترك حرفاً منها وتشديداً عمداً لا تجوز صلاته ، ولو ترك التشديد من لفظ الله فان كان عمداً تبطل صلاته ، وإن كان ناسياً فيؤمر بسجود السهو ، ولو ترك من « إياك نعبد » فان تعمد ذلك وعرف معناه يكفر لأن الإياك ضوء الشمس ، وقيل الشمس . وإن كان ساهياً أو جاهلاً يسجد للسهو كذا في تتمتهم . وعند عامة مشايخنا لو ترك التشديد من إياك ومن رب العالمين يعيد (١) ، والمختار أنه لا يعيد صلاته ، ذكره في الخلاصة .

( ولمالك فيهما ) أي خلافاً لمالك في قراءة الفاتحة وضم السورة اليها ونصب خلاف مالك على هذا الوجه غير صحيح ، لأن صاحب الجواهر قال وضم السورة إلى الفاتحة سنة عند مالك خلاف ما نقله عنه أصحابنا . وقال غيره المشهور عن مالك جعل أم القرآن ركناً ، ولم يقل أحد أن ضم السورة إلى الفاتحة ركن فيما علمته . وأكثر الشراح سكتوا عن هذا ونسبوا إلى مالك قولاً وهو لم يقل به على أنه روى عنه أن مذهبه في هذا كمذهبنا لمالك .

( له قوله ﷺ لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها ) هذا الحديث روي بوجوه مختلفة عن أبي سعيد بلفظ الكتاب رواه ابن عدي في الكامل ، وفي لفظ أمرنا رسول الله ﷺ أن نقرأ الفاتحة وما تيسر . وفي لفظ لا تجزىء صلاة إلا بفاتحة الكتاب ومعها غيرها ، وفي لفظ وسورة في فريضة أو غيرها ، ورواه الترمذي وابن ماجة من حديث أبي سعيد قال قال رسول الله ﷺ مفتاح الصلاة الطهور ، وتحريمها التكبير ، وتحليلها

---

(١) يفسد .

التسليم ، ولا صلاة لمن لا يقرأ بالحمد لله وسورة في فريضة أو غيرها . هذا لفظ الترمذي واقتصر ابن ماجة على قوله لا صلاة لمن لم يقرأ بالجهر . وسكت عنه الترمذي وهذا معلول بأبي سفيان .

وقال عبد الحق في احكامه لا يصح هذا الحديث من أجله . ورواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه في مسنديهما والطبراني في مسند الشاميين من حديث أبي نصرة عن أبي سعيد لا صلاة إلا بأم القرآن ومعها غيرها . وروى أبو داود بن أبي نصرة عنه قال أمرنا أن نقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر ، ورواه ابن حبان في صحيحه، ولفظه أمرنا رسول الله ﷺ أن نقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر . ورواه ابن أحمد وأبو يعلى في مسنديهما .

قال الدارقطني في علله هذا يرويه قتادة وأبو سفيان السعدي عن أبي نصرة مرفوعاً، ووقفه أبو سلمة عن أبي نصرة هكذا . قال أصحاب شعبة عنه ورواه ربيعة عن عثمان ابن عمر عن شعبة عن أبي سلمة مرفوعاً ولا يصح رفعه من شعبة .

وروى الطبراني في مسند الشاميين من حديث عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وآيتين من القرآن.ورواه ابن عدي من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه قال سمعت النبي ﷺ يقول لاتجزىء صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وآيتين فصاعداً . وفيه عمرو بن يزيد قال ابن عدي ضعيف منكر الحديث . ورواه أبو نعيم في تاريخ الأصبهاني من حديث أبي مسعود الأنصاري قال قال رسول الله ﷺ لا تجزىء صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وشيء معها .

وروى أبو داود من حديث رفاعة بن رافع قال جاء رجل ورسول الله ﷺ جالس في المسجد . الحديث وفيه رواية إذا قمت وتوجهت إلى القبلة فكبر ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء الله . ورواه أحمد أيضاً في مسنده .

( وللشافعي رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم من حديث محمود بن الربيع عن عبادة بن الصامت

قال قال رسول الله ﷺ لا صلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب . ورواه الدارقطني بلفظ لا تجزىء الصلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب وقال إسناده صحيح . وأخرجه ابن حبان من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا تجزىء صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب ، قلت وإن كنت خلف الإمام ، قال فأخذ بيدي وقال اقرأ في نفسك وجه الاستدلال بالحديث المذكور ظاهر وهو نفى حسن الصلاة عن الجواز إلا بقراءة فاتحة الكتاب .

( ولنا قوله تعالى ﴿ فاقرأوا ما تيسر من القرآن ﴾ ) وجه الاستدلال هذه أن الله تعالى أمر بقراءة ما تيسر من القرآن مطلقاً وتقييده بفاتحة الكتاب زيادة على مطلق النص وهذا لا يجوز ، لأنه نسخ فيكون أدنى ما يطلق عليه القرآن فرضاً لكونه مأموراً به فان قراءته لصلاة ليست بفرض يتعين أن يكون في الصلاة .

فان قلت هذه الآية في صلاة الليل وقد نسخت فرضيتها وكيف يصح التمسك بها . قلت ما شرع ركناً لم يصر منسوخاً ، وإنما نسخ وجوب قيام الليل دون فروض الصلاة وشرائطها وسائر أحكامها . ويدل عليه أنه أمر بالقراءة بعد النسخ بقوله فاقرأوا ما تيسر منها والصلاة بعد النسخ تثبت نفلاً . وكل من شرط الفاتحة في الفرض لعدم المقابل بالفصل وأيضاً الإعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب على القول المنقول على ما عرف في موضعه.

فان قلت كلمة ما مجملة والحديث مبين والمبين يقضي على المبهم . قلت كل من قال هذا يدل قوله على عدم معرفته بأصول الفقه لأن كلمة ما من الفاظ العموم ، يجب العمل بعمومها من غير توقف ، ولو كانت مجملة لما جاز العمل بها قبل البيان كسائر مجملات يسير القراءة والحديث ومعناه أي شيء يسير [1] ولا يسوغ ذلك فيما ذكروه فيلزم الترك بالقرآن ، والحديث والعام عندنا لا يحتمل على الخاص مع ما في الخاص من الاحتمالات .

فان قلت هذا الحديث مشهور فان العلماء تلقته بالقبول فيجوز الزيادة بمثله ، قلنا لا

---

(١) تيسر .

نسلم ذلك لأن المشهور ما تلقاه التابعون بالقبول . وقد اختلف التابعون في هذه المسألة ، ولئن سلمنا أنه مشهور ، فالزيادة بالخبر المشهور إنما يجوز إذا كان محكماً . أما إذا كان محتملاً فلا . وهذا الحديث محتمل لأن مثله نفي الجواز ويستعمل لنفي الفضيلة كقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد ، ولأنه معارض لما روي أنه ﷺ قال لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب أو غيرها .

وروى لا صلاة إلا بقراءة ولو بفاتحة الكتاب ، وقد ذكرناه عن قريب . وروى أنه عليه السلام علم الاعرابي الصلاة إلى أن قال الله أكبر ثم اقرأ ما تيسر أو ما معك من القرآن . فان قلت نفي الجواز أصل فيكون هذا المراد . قلت لا نسلم أن الأصل هو المراد بالحديث لجواز ترك الأصل بدليل يقتضي الترك .

فان قلت أخرج مسلم وأبو داود وغيرهما من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج غير تمام . فهذا يدل على الركنية . قلت لا نسلم ذلك لأن معناه ذات خداج أي نقصان صلاة ناقصة ، وهذا لا يوافق مذهبنا لأنه ثبت النقصان لا الفساد . ونحن نقول لأن النقصان في الوصف لا في الذات ، ولهذا قلنا بوجوب الفاتحة .

فإن قلت قوله تعالى ﴿ فاقرأوا ما تيسر منه ﴾ عام خص منه البعض وهو ما دون الآية ، فإن المصنف ذكر في فصل القراءة أدنى ما يجزىء من القراءة عند أبي حنيفة أنه آية ، لأن ما دون الآية خارج بالإجماع ، فاذا كان كذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد بل القياس أيضاً . قلت القرآن يتناول ما هو معجز عرفاً فلا يتناول ما دون الآية .

فان قلت هذا مستقيم على قولهما لأنهما قالا فرض القراءة ثلاث آيات قصار ، وآية طويلة . أما على قول أبي حنيفة لا يستقيم لأن الفرض يتأدى عنده بالآية القصيرة وهي ليست بمعجزة . قلت الشرط فيه أن تكون الآية القصيرة كلمتين أو أكثر ، ولا يتأدى الفرض بآية هي كلمة واحدة — كص — و — ن — وقال مذهبنا بان في الصحيح ، فاذا كان كذلك لم يدخل ما دون الآية في النص .

والزيادة عليه بخبر الواحد لا يجوز ولكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما .

---

وقال الاترازى فان قلت ان مالكاً مستدل على ركنية الفاتحة وضم السورة جميعاً بقوله لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها فما جوابه . قلت جوابه هو الذى سمع من ردنا على الشافعي فلا نعيده ، انتهى .

قلت هذا السؤال غير موجه أيضاً لأن مالكاً قط لم يقل بركنية ضم السورة إلى الفاتحة كما ذكرنا .

( والزيادة عليه ) أي على النص ( بخبر الواحد ) وهو الحديث المذكور ( لا يجوز ) لأنه نسخ كما ذكرنا لأن خبر الواحد دون نص الكتاب والنسخ لا يجوز بما دون المنسوخ كقوله تعالى ﴿ ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها ﴾ ١٠٦ البقرة .

فإن قلت ما معنى النسخ ها هنا . قلت الذي كان مشروعاً قبل الزيادة لما كان بعضه بعد الزيادة لزم تبدله من الكل إلى البعض وليس معنى النسخ إلا التبديل ، فإن قلت ما تيسر عام ، فقال المصنف بالزيادة عليه وهذا يدل على آية مطلق ، والمطلق خاص لا عام عندنا قلت كأنه أراد العام المطلق وهو العام غير المخصوص .

( لكنه يوجب العمل ) أي لكن الحديث المذكور يوجب العمل به وبين ذلك بقوله ( فقلنا بوجوبها ) أي قلنا بوجوب قراءة الفاتحة وضم السورة حتى يأثم تاركها إذا عمد ويلزمه سجود السهو إذا سهى ، والحاصل إنما نحن علمنا بالعدل باستعمالنا بالقرآن والحديث ، وأثبتنا فريضة مطلق القراءة بالنص ووجوبية قراءة الفاتحة وضم السورة بالحديث وهذا العدل في باب أعمال الاخبار ، وليس من العدل أن يعمل بأحدهما ويهمل الآخر ، وها هنا دقيقة وهي أن الحديث الذي رواه أبو هريرة وهو الذي أخرجه أبو داود والطبراني في الأوسط أنه قال أمرني رسول الله ﷺ أن أنادي لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب عما إذا ترك على فرضية ما زاد على الفاتحة وليس ذلك مذهب الخصم .

ولنا جواب وهو أن الحكم يثبت بقدر دليله وخبر الواحد ليس بقطعي ، فلا تثبت به الفرضية . نعم يثبت به الوجوب ، ونحن نقول به .

## وإذا قال الإمام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام إذا أمن الإمام فأمنوا .

فإن قلت الخصم يقول الفرض والواجب عندي سواء . قلت النزاع لفظي . فإن قلت الحديث مجمل ، لأن نصبه يقتضي نفي الذات ومعلوم ثبوتها حساً . قلت قد أجيب عن هذا والتحقيق أن قدر نفي الأجزاء يلزم به نفي الكمال أيضاً فيلزم نفي شيئين فيه للمخالفة ، فتعين به نفي الكمال .

( وإذا قال الإمام ولا الضالين قال آمين ) أي قال الإمام عقيب ولا الضالين آمين . قال الاترازي خلافاً لمالك . قلت لم يقل مالك بأن الإمام لا يقول آمين ولكن يقولها على وجه الفضيلة دون السنة على ما حكاه القاضي أبو محمد عنه ، ذكره في الجواهر .

( ويقولها المؤتم ) أي يقول المقتدي أيضاً آمين . والاترازي يقول هذا ما كان المقتدي في علم التصريف بقوله وهو أن المؤتم من ائتم به أي اقتدى به يجوز أن يكون اسم الفاعل ويجوز أن يكون اسم المفعول ، لأن التقدير يختلف ، وإن كان اللفظ يحتاج إلى أن تقدير اسم الفاعل مؤتمم بكسر الميم الأولى وتقدير اسم المفعول مؤتمم بفتح الميم الأولى والمراد هنا هو الثاني وهو الإمام لمناسبة الكلام .

قلت هذا إنما يصح إذا كان الضمير في قال في قوله آمين المقتدي كما ذهب اليه بعض الشراح ، ويفهم من كلامه هذا أيضاً وليس كذلك ، وإنما الضمير فيه للإمام ، ويكون من قوله ويقولها المؤتم هو المقتدي كما ذكرنا .

( لقوله عليه السلام إذا أمن الإمام فأمنوا ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ إذا أمن الإمام فأمنوا فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه ، قال ابن شهاب وكان رسول الله ﷺ يقول آمين . ولفظ النسائي وابن ماجة فيه إذا أمن القارىء ، وزاد فيه البخاري في كتاب الدعوات فإن الملائكة تقول آمين .

قال ابن حبان يريد أنه إذا أمن كتأمين الملائكة من غير إعجاب ولا سمعة ولا رياء

ولا متمسك لمالك في قوله عليه السلام إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين، من حيث القسمة لأنه قال في آخره فان الإمام يقولها لأنه

---

خالصاً لله تعالى فانه حينئذ يغفر له .

( ولا حجة [1] لمالك رضي الله تعالى عنه في قوله ﷺ إذا قال الإمام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لأنه قال في آخره فان الإمام يقولها ) أي ولا حجة لغير مالك في هذا الحديث فيما ذهب اليه من أن الإمام لا يقول عند فراغه من قراءة الفاتحة آمين من حيث أنه ﷺ قسم ذلك بينه وبين القوم ، لأن القسمة تنافي الشركة .

ثم بين المصنف عدم احتجاجه بذلك بقوله ( لأنه ) أي لأن النبي ﷺ قال في آخر الحديث المذكور — فان الإمام يقولها — أي يقول لفظ آمين ، ولفظ الحديث — فان الإمام يقول آمين — كما نذكره يقطع بذلك الشركة ، فصار الإمام والقوم مشتركين في الإتيان بلفظ آمين .

ثم ان المالكية حملوا قوله ﷺ إذا أمن الإمام على بلوغ موضع التأمين وقالوا : سنة الدعاء تأمين السامع دون الداعي وآخر الفاتحة دعاء فلا يؤمن الإمام لأنه داع . وقال القاضي أبو الطيب هذا غلط بل الداعي أولى بالاستيجاب . واستبعد أبو بكر بن العربي تأويلهم لغة وشرعاً . وقال الإمام أحسن الداعين وأولهم أولاهم . وفي المعارضة قال الإمام مالك لا يؤمن الإمام في صلاة الجهر . وقال ابن حبيب يؤمن . وقال ابن كليب هو ما يختار . وروى الحسن عن أبي حنيفة مثل قول مالك رحمه الله ان الإمام لا يأتي بها .

وفي المبسوط قال أبو حنيفة رحمه الله يخفي الإمام آمين ، ثم قال وقد طعنوا فيه ، وقالوا ان مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن الإمام لا يقوله أصلاً فكيف يستقيم جوابه ويخفي به لكنا نقول عرف أبو حنيفة رحمه الله أن بعض الأئمة لا يأخذون بقوله لحرمة قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ففرع الجواب على قولهما كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها .

---

(١) في المتن متمسك .

ويخفونها .

---

فان قلت إذا كان مذهب أبي حنيفة أن الإمام لا يقول آمين كما روى عنه الحسن مما جوابه عن قوله ﷺ إذا أمن الإمام . قلت جوابه انه إنما سمى الإمام مؤمناً باعتبار المسبب والسبب يجوز أن يسمى باسم المباشر كما يقال بنى الأمير داره . ثم الحديث الذى في آخره فان الإمام يقولها أخرجه النسائي في سننه من حديث الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ إذا قال الإمام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين فان الملائكة تقول آمين ، وان الإمام يقول آمين ، فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه .

ورواه عنه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عمر عن الزهرى ومن طريقه رواه ابن حبان في صحيحه بسنده وسننه ، والحديث في الصحيحين وليس فيه فإن الإمام يقول آمين .

( ويخفونها ) أى يخفي الإمام والقوم جميعاً لفظة آمين وبه قال الشافعي في قوله الجديد ومالك في رواية . وعند الشافعي يجهر الإمام وبه قال أحمد وعطاء وداود لما روى عن أبي هريرة أنه قال كان إذا أمن النبي عليه الصلاة والسلام أمن من خلفه حتى كان في المسجد ضجة . وفي رواية لجة وهو اختلاف الأصوات . وروى عن بعض أصحابه أنه قال كنت أسمع من الأئمة ابن الزبير ومن بعده يقولون آمين ويقول من خلفهم آمين حتى يكون المسجد ضجة . وكذا روى عن عكرمة ، كذا ذكره صاحب الدراية عنهم .

قلت حديث الجهر بالتأمين رواه أبو داود والترمذى عن سفيان عن سلمة بن كهيل عن حجر بن عنبس عن وائل بن حجر واللفظ لأبي داود قال كان رسول الله ﷺ إذا قرأ ولا الضالين قال آمين ورفع بها صوته ، وقال حديث حسن . وأخرج أبو داود والترمذى من طريق آخر عن علي بن صالح ويقال العلاء بن صالح الآمدى عن سلمة بن كهيل عن عمر ابن عنبس عن وائل بن حجر عن النبي ﷺ أنه صلى فجهر بآمين وسلم عن عبد الجبار وشواله انتهى وحكى عنه .

وروى النسائي أنا قتيبة ثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق عن عبد الجبار بن وائل عن أبيه قال صليت خلف رسول الله ﷺ فلما افتتح الصلاة كبر ورفع يديه حتى حاذيا

أذنيه ثم قرأ فاتحة الكتاب فلما فرغ منها قال آمين رفع بها صوته .

وروى أبو داود وابن ماجة عن ميسر بن رافع عن أبي عبـــد الله بن عمر عن أبي هريرة قال كان رسول الله ﷺ إذا تلى ﴿ غير المغضوب عليهم ولاالضالين ﴾قال آمين حتى تسمع من الصف الأول ، وزاد ابن ماجة فيرتج بها المسجد . ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركـــه وقال على شرط الشيخـــين . ورواه الدارقطني في سننه قال إسناده حسن .

وروى إسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا النضر بن سهيل حدثنـــا هارون الأعور عن هارون بن مسلم عن أبي إسحاق عن ابن أم الحصين عن امرأة أنها صلت خلف النبي ﷺ فلما قال — ولا الضالين — قال آمين ، فسمعتها وهي في صف النساء .

قلت أما الحديث الأول الذى رواه الشافعية من حديث أبي هريرة وفيه حتى فكان المسجد ضجة فليس كذلك لفظه بل لفظ في زيادة ابن ماجة فيرتج بها المسجد كما ذكرناه وهو حديث ضعيف وفي إسناده بشر بن رافع الحاربي ضعفه البخارى والترمذى والنسائي وأحمد وابن معين ، وقال ابن القطان في كتابه بشر بن رافع أبو الأسباط الحاربي ضعيف ، وهو يروى هذا الحديث عن أبي عبد الله بن أبي هريرة وأبو عبد الله هــذا لا يعرف له حالة ولا روى عنه غير بشر ، والحديث لا يصح من أجله فقط بذلك قول الحـــاكم على شرط الشيخين ، وتحسين الدارقطني إياه .

وأما قولهم وروى عن بعض أصحابه أى بعض أصحاب الشافعي فان الذى رواه هو الشافعي في الإمام أخبرنا مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عطاء قال كنت أسمع الأئمة ابن الزبير ومن بعده اه . ومسلم ابن خالد شيخ الشافعي ضعيف .

فان قلت قال النووى ذكر البخارى هذا الأثر عن ابن الزبير تعليقاً قلت التعليق ليس بحجة . وأما الحديث الذى رواه أبو داود والترمذى من حديث وائل بن حجر فيعارضه ما رواه الترمذى أيضاً عن شعبة عن سلمة بن كهيل عن حجر بن العنبس عن وائـــل عن أبيه وقال فيه وخفض لها صوته .

## لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء

---

فان قلت قال الترمذي سمعت محمداً يقول حديث سفيان أصح من حديث شعبة ، وأخطأ شعبة في مواضع فقال عن حجر أبي العنبس وإنما هو حجر بن العنبس ويكنى أبا السكن ، وزاد فيه علقمة وليس فيه علقمة وإنما هو حجر عن وائل وقال خفض بهما صوته وإنما هو مد بها صوته .

قلت تخطئة مثل شعبة خطأ وكيف هو أمير المؤمنين في الحديث وقوله - حجة - هو ابن عنبس وليس بأبي عنبس وليس هو كما قاله بل هو ابن عنبس وحجر بن عنبس ، وجزم به حبان في الثقات ، فقال كنيته كاسم أبيه . وقول محمد كونه أبا السكن لا ينافي أن يكون كنيته أيضاً أبا عنبس لأنه لا مانع أن يكون لشخص كنيتان المختار ، زاد فيه علقمة لا يضر لأن الزيادة كان من الثقة مقبولة ، ولا سيما من قبل شعبة .

وقوله قال - وخفض بها صوته - وإنما هو ومد بها صوته يؤيده ما رواه الدارقطني عن وائل بن حجر قال صليت مع رسول الله ﷺ بجمعة حين قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين قال آمين وأخفى صوته . وحجر بضم الجيم . وعنبس بفتح العين المهملة وسكون النون وفتح الباء الموحدة وفي آخره سين مهملة .

( لما روينا من حديث ابن عباس رضي الله عنه ) وهو الذي ذكره فيما تقدم عن قريب عند قوله ويلزمها وقد مر الكلام فيه مستقصى ( ولأنه ) أي ولأن التأمين أي التلفظ به ( دعاء فيكون مبناه على الإخفاء ) أي الأصل فيه الإخفاء قال الله تعالى ﴿ ادعوا ربكم تضرعاً وخفية ﴾ ٥٥ الأعراف ، وقال عليه السلام خير الدعاء ما خفي وخير الرزق مايكفي ، ولأن باخفائها يقع التمييز بين القرآن وغيره ، فانه إذا جهر بها مع الجهر بالفاتحة يلبس أنها من القرآن .

فان قلت ورد الجهر والإخفاء فماذا يعمل ، قلت إذا تعارضت الأخبار والآثار يعمل بالأصل ، والأصل في الدعاء الإخفاء كما ذكرنا أو يحمل ما فيه على أنه وقع اتفاقاً وعلى التعليم أو على أصل الأمر .

والمد والقصر فيه وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش .

---

وفي المحيط وفتاوى الظهرية لو سمع المقتدي من الإمام ولا الضالين في صلاته يجهر بها هل يؤمن ، قال بعض مشايخنا لا يؤمن لأن ذلك الجهر لغو فلا يتبع وعن الهندواني يؤمن لظاهر الحديث .

( والمد والقصر فيها وجهان ) أي مد ألف آمين وقصرها فيه لغتان ، وفي الخلاصة المد اختيار الفقهاء لموافقته للمروي عنه ﷺ والقصر اختيار الأصوليين ، وعلى الوجهين هو مبني على الفتح قطعاً كيف كان لاجتماع الساكنين . وفي الجنازية فيه أربع لغات فتح الألف ومدها وقصرها وفتح النون في الوجهين وتسكينه ، وحكى الواحدي فيه لغة أخرى وهو إمالة مع [1] . وحكي أيضاً المد والتشديد .

قال وروي ذلك عن الحسن . وحكى القاضي عياض عنه أنها مردودة . وقال ابن السكيت وغيره من أهل اللغة على أن التشديد لغة العوام وهو خلاف المذاهب الأربعة .

واختلف الشافعية في بطلان الصلاة بذلك وفي التجنيس ولو قال آمين بتشديد الميم في آمين لا تفسد أشار اليه المصنف بقوله .

( والتشديد فيه خطأ فاحش ) أي تشديد الميم فيه ، ولكنه لم يذكر هنا فساد الصلاة به ها هنا لأن فيه خلافاً وهو أن الفساد ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما لا تفسد لأنه يوجد في القرآن مثله وهو قوله تعالى ﴿ ولا آمين البيت الحرام ﴾ ٢ المائدة وعلى قولهما الفتوى ، فلذلك لم يتعرض إلى الفساد هنا .

وأما معنى آمين رواية وأصله فوزنه ليس من أوزان كلام العرب وهي مثل هابيل وقابيل ، وأصله يا الله استجب دعائنا وهو اسم من أسماء الله تعالى ، إلا أنه أسقط ياء النداء فأقيم المد مقامه ، فلذلك أنكر جماعة القصر فيه ، وقالوا المعروف فيه المد ، وهو اسم فعل مثل صه بمعنى اسكت ، ويوقف عليه بالسكون ، فإن وصل بغيره تحرك لالتقاء الساكنين ويفتح طلباً للخفة لأجل البناء كأين وكيف ، أو معناه فقيل لكن كذلك .

---

(١) هنا كلام ساقط .

وقيل أعقل وقيل لا يجب رحانا . وقيل لا يقدر على هذا غيرك . وقيـــل طالع الله على عباده يدفع به عنهم الآفات . وقيل هو كنز من كنوز العرش لا يعلم تأويله إلا الله ،وقيل اسم من أسماء الله تعالى .

قال النووي وهو ضعيف . وفي المنافع هو معرب – همين – وعن أبي زهير البحتري قال وقف رسول الله ﷺ على رجل ألح في الدعاء فقال ﷺ وجب أي خـــتم فقال رجل من القوم بأي شيء يختم فقال بآمين ، فإنه إن ختم بآمين فقد وجب ، رواه أبوداود وأبو زهير اسمه معاذ .

وفي المجتبى لا خلاف أن آمين ليس من القرآن حتى قالوا بارتداد من قال أنه منه وأنه مسنون في حق المنفرد والإمام والمأموم والقارىء خارج الصلاة .

واختلف القراء في التأمين بعد الفاتحة إذا أراد ضم السورة اليها والأصح أنه يأتي بها.

فروع ينبغي أن يزاوج المصلي بين قدميه في القيام وهو أفضل من أن ينصبها نصباً ، والرواية إن تمكن على هذا القدم مرة وعلى الأخرى مرة نص عليه عن أبي حنيفة ومحمد رحمها الله في صلاة الأكثر ، ولم يرو عن أبي يوسف رحمه الله خلافـــه . وفي النسفي أي الإستراحة من رجل إلى رجل أخرى مكروهة ومثله في المرغيناني ، وكذا القيـــام على إحدى الرجلين إلا لعذر .

وفي الواقعات ينبغي أن يكون بين قدمي المصلي قدر أربع أصابع اليد لأنه أقرب إلى الخشوع ، والمراد من قوله عليه الصلاة والسلام الصقوا الكعاب بالكعاب اجتماعها .

(قال ثم يكبر ويركع) أي بعد الفراغ من قراءة الفاتحة وضم السورة يكبر ويركع وهذا يقتضي أن يكون التكبير في محل القيام وهذه رواية القدوري وبه قال بعض مشايخنا .

( وفي الجامع الصغير ويكبر مع الإنحطاط ) وهذا يقتضي مقارنة التكبير للركوع لأن كلمة مع للمقارنة ، وبه قال بعض مشايخنا ، وإنما صرح بالجامع الصغير لأن دأبه إذا وقع نوع مخالفة بين رواية الجامع الصغير ورواية القدوري التصريح بلفظ الجامع الصغير.

وفي شرح الإرشاد ينبغي أن يكون بين حالة الإنحناء وحالة الرفع لا في حالة الإستواء ولا في حالة تمام الإنحناء ، وقال بنو أمية لا يكبر حال ما يركع بل يكبر حال ما يرفع رأسه من الركوع لأنه روي أنه ﷺ فعل هذا ، وأن الحديث الذي يأتي لأنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ، ورفع المراد بالخفض والرفع ابتداء كل ركن وانتهاؤه ، ومعناه الله أعظم من أن يؤدى حقه بهذا القدر من العبادة ، لا يقال إذا كان المعنى هذا فلم لا يكبر عند رفع الرأس من الركوع ، لأنا نقول المراد من التكبير أن لا يخلو جزء من أجزاء الصلاة خالياً عن الذكر فبعد الركوع الإمام يسمع والمقتدي يحمد والمنفرد يأتي بهما فلا يخلو ذلك الجزء عن الذكر ، فلم يسن التكبير لأجل هذا .

( لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ورفع ) هذا دليل قوله ثم يكبر ، والحديث رواه الترمذي والنسائي من حديث عبد الرحمن بن الأسود بن علقمة ، رواه أسود عن عبد الله بن مسعود قال كان النبي عليه الصلاة والسلام يكبر في كل خفض ورفع وقيام وقعود وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، قال الترمذي حديث حسن صحيح، ورواه أحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والدارقطني في مسانيدهم والطبراني في معجمه .

وأخرج البخاري ومسلم عن أبي مسلمةعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يصلي بهم فيكبر كلما خفض ورفع ، فلما انصرف قال إني لأشبهكم صلاة برسول الله ﷺ .

وفي الموطأ عن مالك رحمه الله تعالى عن ابن شهاب الزهري عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم قال كان رسول الله ﷺ يكبر في الصلاة كلما خفض فلم تزل تلك صلاته حتى لقي الله عز وجل . وقد قلت ينبغي الخفض والرفع ، ومذهب الشافعي في هذا كما ذكر في الجامع الصغير . وقال الطحاوي يخر راكعاً مكبراً وفي خزانة الأكمل لا يكره وصل القراءة بتكبير الركوع .

وعن أبي يوسف ربما فعلت وربما تركت . وقال أبو حفص فعلها وصلا وربما أن أبا يوسف رحمه الله ترك الأفضل خلافاً للرافضة . وفي المجتبى واختلف في وقت الركوع

ويحذف التكبير حذفاً لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاماً . وفي آخره لحن من حيث اللغة ،

---

والأصح أنه بعد الفراغ من القراءة ، وقال إنه نقى في حالة الخروج حرف أو كلمة عن القراءة لا بأس به ، ثم هذه التكبيرات كلها سنة عند الجمهور من الصحابة والتابعين والعلماء من بعدهم . وقال ابن المنذر وبه قال أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وجابر والشعبي والأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز ومالك والشافعي رحمهم الله .

وروي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز والحسن البصري أنه لا يشرع إلا بتكبيرة الإحرام بلفظه ، ونقله ابن المنذر أيضاً عن القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله بن عمر ، ونقله بطال في شرح البخاري عن جماعة منهم معاوية وابن سيرين وسعيد بن جبير .

وقال البغوي اتفقت الأمة أنها سنة وليس كما قاله ، وقد قالت الظاهرية وأحمد في رواية أنها واجبات .

( ويحذف التكبير حذفاً ) أي لا يمد في غير موضع المد ، والحذف في الأصل الإسقاط ، ويعتبر به عن ترك التطويل والتخليط في القراءة ( لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه استفهاماً ) أي في أول التكبير وهو الهمزة فإذا مدها عامداً يكفر ، ولا تجوز صلاته لكونه شاكاً في كبرياء الله تعالى باستفهامه هكذا قاله الاترازي ، والذي قاله المصنف رحمه الله تعالى هو الحق لأن الهمزة للإنكار وضعاً ، ولكن من حيث أنها تجوز أن تكون للتقرير لا يلزمه الكفر .

وفي الخلاصة لو قال الله أكبر بمد الألف من أكبر تكلموا في كفره ، ولا تجوز صلاته لأنه إن لزم الكفر فظاهر ، وإن لم يلزمه يكون كلاماً فيه احتمال الكفر فيخشى عليه الكفر وهو خطأ أيضاً شرعاً ، لأن الهمزة إذا دخلت على كلام منفي كما في قوله تعالى ﴿ ألم نشرح لك صدرك ﴾ ١ الإنشراح ، تكون للتقرير بخلاف الكلام المثبت وفيه ضعف من حيث اللغة وذلك لأن العرف بالقرآن .

( وفي آخره لحن من حيث اللغة ) أي المد في آخر التكبير ، وهو أن يمد الباء أي

ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين أصابعه لقوله عليه السلام لأنس رضي الله عنه إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين

---

خطأ من لحن الكلام فيه في كلامه إذا أخطأ ، يقال فلان لحان ولحانة أي مخطىء، ولكن لا تفسد صلاته . وعن بعض المشايخ لا يصير شارعاً ، ولو شرع تفسد صلاته وبه قال الفقيه أبو جعفر . وفي المبسوط ولو مد الف الله لا يصير شارعاً وخيف عليه الكفر إن كان قاصداً ، وكذا لو مد الف أكبر ، وكذا لو مد باؤه لا يصير شارعاً ، لأن إكبار جمع كبر فكان فيه إثبات الشركة . وقيل إكبار اسم للشيطان . وقيل إكبار جمع كبر وهو الطبل .

فإن قلت يجوز أن تشبع فتحة الباء فصارت الفاً . قلت هذا في ضرورة الشعر ، ويجزم الراء في أكبر وإن كان أصله الرفع بالجزئية ، لأنه روي عن ابراهيم التكبير جزم والسلام جزم ، وفي رواية والإقامة جزم أيضاً ، وهو بالجيم والزاي ، وروي عنه عليه السلام جزم بالحاء المهملة والزاء المعجمة ومعناه سريع ، والجزم في اللسان السرعة ومنه حديث عمر رضي الله عنه إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاجزم .

( ويعتمد بيديه على ركبتيه ) أي يعتمد المصلي بيديه على ركبتيه في الركوع (ويفرج بين أصابعه ) يعني لا يضمها وبه قال الثوري والشافعي ومالك وأحمد وإسحاق . وذهب جماعة إلى التطبيق بين ركبتيهم إذا ركعوا ، وصورته أن يضم إحدى ركبتيه إلى الأخرى ويرسلها إلى بين فخذيه . وفي المبسوط كان ابن مسعود وأصحابه يقولون بالتطبيق. وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله ﷺ وضع يديه على ركبتيه في الركوع ، ونقله عمر وعلي وسعيد وابن عمر رضي الله عنهم وجماعة ، وقد ثبت نسخ التطبيق .

قال مصعب بن سعيد بن أبي وقاص فجعلت يدي بين ركبتي فنهاني أبي فقال كنا نفعل هذا فنهينا عنه وأمرنا أن نضع أيدينا على الركب متفق عليه . وفي شرح الإرشاد عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام ما فعل التطبيق إلا مرة واحدة .

( لقوله عليه السلام لأنس رضي الله عنه إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين

أصابعك ، ولا يندب إلى التفريج إلا في هذه الحالة ليكون أمكن من الأخذ ولا إلى الضم إلا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة، ويبسط ظهره لأن النبي عليه السلام كان إذا ركع بسط ظهره

---

أصابعك ) هذا الحديث أخرجه الطبراني في معجمه الصغير والأوسط من طريق سعيد بن المسيب عن أنس بن مالك رضي الله عنهما قال قدم رسول الله ﷺ المدينة وأنا يومئذ ابن ثمان سنين ، الحديث مطولاً وفيه يا بني إذا ركعت فضع كفيك على ركبتيك وافرج بين أصابعك وارفع يديك عن جنبيك . ورواه أبو سعيد الموصلي أيضاً في مسنده .

وعن أبي مسعود وعقبة بن عامر أنه ركع فجافى يديه ووضعهما على ركبتيه وفرج بين أصابعه من وراء ركبته ، وقال هكذا رأيت رسول الله ﷺ يصلي ، رواه أبو داود والترمذي وأحمد .

( ولا يندب إلى التفريج إلا في هذه الحالة ) أي لا يستحب تفريج الأصابع أي كشفها إلا في حالة الركوع ( ليكون أمكن من الأخذ ) بالركب وبه يأمن السقوط ( ولا إلى الضم إلا في حالة السجود ) أي ولا يندب إلى ضم الأصابع إلا في حالة السجود ، ولأن اليد أقوى في الاقعاد عليها وازداد قوتها عند الضم ، ولتقع رؤوس الأصابع مواجهة إلى القبلة .

( وفيما وراء ذلك يترك على العادة ) أي فيما وراء الركوع والسجود ترك الأصابع على العادة، يعني لا يفرج كل التفريج ولا يضم كل الضم كما هو العادة، وما روي من نشر الأصابع في رفع اليدين عند التحريمة فهو عندنا محمول على النشر الذي هو ضد الطي لا التفريج بين الأصابع.

( ويبسط ظهره ) في الركوع ( لأن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا ركع بسط ظهره ) الحديث رواه أبو العباس محمد بن السراج في مسنده من حديث البراء قال كان النبي ﷺ إذا ركع بسط ظهره وإذا سجد وجه أصابعه قبل القبلة . وروى ابن ماجة من حديث راشد قال سمعت وابصة بن معبد يقول كان رسول الله ﷺ يصلي فكان إذا ركع سوى ظهره لو صب عليه الماء لاستقر .

ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لأن النبي عليه السلام كان إذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثاً وذلك أدناه.

---

وروى الطبراني من حديث ابن عباس مثل وابصة سواء ، وروى أيضاً من حديث أبي بردة الأسلمي مثله.

( ولا يرفع رأسه ) أعلى من عجزه ولا عجزه أعلى من رأسه ( ولا ينكسه ) أي ولا ينكس رأسه أي لا يطأطأه [1] يقال نكست الشيء أنكسه نكساً إذا قلبه على رأسه ونكسته تنكيساً ، وإنما يسمى المطأطىء رأسه . وحاصله أنه يسوي رأسه بعجزه .

( لأن النبي ﷺ كان إذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ) والحديث رواه الترمذي من حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه مطولاً وفيه ثم قال الله أكبر وركع ثم اعتدل ولم يصوب رأسه ولم يقنع ، وقال حديث حسن صحيح . ورواه ابن حبان في صحيحه . وروى مسلم من حديث عائشة مطولاً وفيه وكان إذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوبه ولكن بين ذلك . وفي البخاري في حديث ثم يركع ويضع راحتيه على ركبتيه ثم يعتدل فلا ينصب رأسه ولا يقنع .

قوله – ولا يصوب – من صوب رأسه إذا حفظه وكذلك صبيب ، وفي رواية لا يصبي رأسه يقال صبى رأسه يصبيه إذا خفضه جداً .

قوله – ولا يقنعه – من الإقناع يقال أقنع رأسه إذا رفع ، ومنه قوله تعالى ﴿مهطعين مقنعي رؤوسهم﴾ ٤٣ ابراهيم .

( ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثاً ) أي ثلاث مرات ، هذا قول عامة أهل العلم يختارون التسبيح للركوع وأن لا ينتقص عن ثلاث وهو مذهب أحمد وأشار إلى ذلك بقوله ( وذلك أدناه ) أي القول ثلاث مرات أدناه . واختلفوا في الضمير الذي في أدناه فقيل يرجع إلى المصدر الذي دل عليه قوله ويقول في أدنى القول المسنون وقال الشيخ

---

(١) في الأصل يطاطبه والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

حافظ الدين راجع إلى الاستحباب أو الندب فإن الركوع هذا الذكر جائز ، وقيل أدنى كال التسبيح المسنون . وقيل أدنى التسبيح المسنون .

قلت على كل التقدير هو إضمار قبل الذكر ولكن يفتقر إلى هذا إذا دلت قرينة على ذلك كما في قوله ﷺ من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت أي فبالسنة أحسن ونعمت الخصلة .

وفي الذخيرة إذا زاد على الثلاث في تسبيحات الركوع والسجود فهو أفضل هذا أن يكون الختم على وتر فيقول خمساً أو سبعاً هذا في حق المنفرد ، وأما الإمام فلا ينبغي له أن يطول على وجه يمل القوم . وقال الثوري يقول الإمام خمساً ليتمكن القوم أن يقولوا ثلاثاً .

وفي شرح الطحاوي قيل يقول الإمام ثلاثاً ، وقيل يقول أربعاً لتمكن المقتدي من أن يقول ثلاثاً . وفي التحفة المقتدي يسبح إلى أن يرفع الإمام رأسه . وفي الغزنوي إن زاد على الثلاث حتى ينتهي إلى اثني عشرة فهو أفضل عند الإمام ليكون جمع الجمع . قلت ينبغي أن يكون تسعاً . قال وعند صاحبيه إلى سبع لأنها عدد كامل . وعند الشافعي عشرة لانتهاء الركعة ، وإذا ترك التسبيح أصلاً أو أتى به مرة فقد روي عن محمد أنه يكره .

وفي الحاوي التسبيح في الركوع لا يكون أقل من ثلاث حتى لو رفع الإمام رأسه أتم المقتدي تسبيحه ثلاثاً ، روي كذا عن المرغيناني ، وقال أبو الليث الصحيح أنه تابع للإمام . وقال الوبري يقول الإمام في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثاً على توره حتى يتمكن القوم من أن يقولوا ثلاثاً قبل رفع رأسه ، وعن الحسن البصري رحمه الله التسبيح التام سبع والوسط خمس وأدناه ثلاث ، وكان عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه يسبح عشر تسبيحات .

وقال الشافعي وأحمد المخبرى رحمها الله واحدة ولو سبح مدة كان آتياً بسنة التسبيح عندهما ، والكمال عند الشافعي أحد عشرة .

## لقوله عليه السلام إذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثاً ، وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع

( لقوله ﷺ إذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثاً وذلك أدناه ) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث عوف بن عبد الله عن ابن مسعود رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ إذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات سبحان ربي العظيم وذلك أدناه ، وإذا سجد فليقل سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات وذلك أدناه ، هذا لفظ أبي داود وابن ماجة ، ولفظ الترمذي إذا ركع أحدكم فقال في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاث مرات فقد تم ركوعه وذلك أدناه ، وإذا سجد فقال في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاث مرات فقد تم سجوده وذلك أدناه .

وقال أبو داود وهذا مرسل وعون بن عبد الله لم يدرك عبد الله بن مسعود . وقال الترمذي هذا الحديث ليس إسناده بمتصل عون لم يلق عبد الله .

( أي أدنى كمال الجمع ) هذا تفسير المصنف بمعنى قوله وذلك أدناه بقوله أي كمال الجمع جمعاً بين لفظي المبسوطين ، فإن شمس الأئمة قال في مبسوطه لم يرد بهذا اللفظ أدنى الجواز إنما المراد به أدنى الكمال فإن الركوع والسجود يجوز بدون هذا الذكر . وقال شيخ الإسلام في مبسوطه يريد به أدنى من حيث جمع العدد فإن أقل جمع العدد ثلاثاً ، والمصنف جمع بينهما فقال ان كمال الجمع قلته أخذ كلام السفناقي وليس له وجه لأن الجمع ليس له ذكر الحديث ولا له معنى ، بل الصواب أدنى كمال السنة ، أو أدنى كمال التسبيح ، ثم قال الأكمل فإن قيل المشهور في مثله أدنى الجمع ثلاثة فما معنى كمال الجمع ، فالجواب إن أدنى الجمع لغة يتصور في الاثنين لأن فيه جمع واحد مع واحد ، وأما كماله فهو ثلاثة لأن فيه معنى الجمع لغه واصطلاحاً وشرعاً .

فإن قيل كمال الجمع ليس بمذكور ولا بحكمه فيرجع إلى غير مذكور ، أجيب بأنه سبق ذكره دلالة بذكر الثلاث . قلت إذا أطلق الجمع لا يراد به المعنى اللغوي . وقوله - وأما كماله فهو ثلاثة - ليس كذلك بل الثلاث أقل الجمع وكماله ليس له نهاية .

فروع متعلقة بالركوع . قال مالك ليس عندنا ذكر محدود في الركوع والسجود وأنكر قول الناس في الركوع سبحان ربي العظيم وفي السجود سبحـــان ربي الأعلى ، وقال لا أعرفه ، وإن قاله جاز قول صاحب المنظومة في مقالة مالك وترك تسبيـح السجود يفسد ليس مذهبه والنقل به عنه غير صحيح . وعند أبي صالح البلخي تلميذ أبي حنيفة ذكر التسبيحتين في الركوع والسجود ثلاث مرات فرض ، وتكره قراءة القرآن في الركوع والسجود بإجماع الأئمة الأربعة .

وفي المحيط متى محلا لقعدة قال محمد رضي الله عنه محلها عند الركوع ، وقال أبو يوسف عند السجود ، وقيل هذان بعيـــدان لأن وضع اليدين على الركبتين سنة فلا بــد من محلها للوضع .

وفي الروضة يكره أن يجيء ركبته فيه شبه القوس عند أهل العلم .

وفي الذخيرة سمع الإمام في الركوع خفق النعـال ينتسر ، قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة رحمه الله وابن أبي ليلى عن ذلك فكرهاه ، وقال أبو حنيفة رحمه الله أخشى عليه أمراً عظيماً يعني الشرك . وروى هشام عن محمد رحمه الله أنه كره ذلـــك ، وعن أبي مطيع أنه كان لا يرى به بأساً وبه قال الشعبي إذا كان ذلك مقدار التسبيحة أو التسبيحتين وقال بعضهم يطول التسبيحات ولا يزيد في العدد . وقال أبو القاسم الصفار إن كان الجائي غنياً [ كذا ] لا يجوز وإن كان مقيماً يجوز انتظاره. وقال أبو الليث إن كان الإمام عرف الجائي لا ينتظره ، وإن لم يعرفه فلا بأس به إذ فيه إعانة على الطاعة ، وقيل إن طال الركوع لإدراك الجائي خاصة ولا يزيد إطالة الركوع للتقرب إلى الله تعالى فهذا مكروه . وقيل إن كان الجائي شريراً ظالماً لا يكره دفعاً لشره ، ومن أدرك الإمام في الركوع فقد أدرك الركعة بخلاف القومة .

وفي قول ابن أبي ليلى ورواية عن الحسن وظاهر قول أحمد إذا أدركه ما في طمأنينة الركوع يصير مدركاً للركعة . وعن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم قالا إن وجدهم وقد رفعوا رؤوسهم من الركوع كبر وسجد ولم يعتد بها . وعن ابن عمر رضي الله عنـه

وابن المسيب وميمون من يكبر قبل أن يرفعوا رؤوسهم فقد أدرك الركعة ويأتي بتكبيرة أخرى للركوع ، فإن اقتصر على الأولى جاز ، وروي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن المسيب وعطاء والحسن والنخعي وميمون بن مهران والحكم والثوري ومالك والشافعي وأحمد .

وعن عمر بن عبد العزيز أن عليه تكبيرتين وهو قول حماد بن سليمان شيخ الإمام ،هذا إذا نوى بالأول الإفتتاح وكذا لو نوى بها الركوع عندنا جاز ولغت نيته ذكره في المحيط والمرغيناني .

وعند أحمد رحمه الله لا يجوز وإن لم ينو الركوع ولا الافتتاح جاز عنده ، وإن نواهما جاز اتفاقاً . وفي الذخيرة إذا أدرك الإمام في السجدة الأولى والثانية أتى بالبناء وترك التعوذ ثم خر ساجداً .

( ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ) أي ثم يرفع المصلي رأسه من الركوع ويقول سمع الله لمن حمده يقال له استقمت وتسمعت اليه وسمعت له وكل بمعنى[1] أي أضيفت اليه قال الله تعالى ﴿ لا تسمعوا لهذا القرآن ﴾ [2] ٢٦ فصلت ، وقال الله تعالى ﴿ لا يسمعون إلى الملأ الأعلى ﴾ ٨ الصافات ، المراد منه التسميع مجاز بطريق إطلاق اسم السبب وهو الإصغاء على المسبب وهو القبول والإجابة ، أي أجاب له ، وقيل يعني قبل الله حمد من حمده يقال سمع الأمير كلام فلان إذا قبل ، ويقال ما سمع كلامه أي رده ولم يقبله وإن سمعه حقيقة . وفي الحديث أعوذ بك من دعاء لا يسمع ، أي لا يستجاب .

وفي الفوائد الحميديه الهاء في حمده للسكتة والاستراحة لا للكناية كذا نقل عن الثقات. وفي المستصفى الهاء للكناية كما في قوله واشكروا له .

( ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ) أي المقتدي يقول ربنا لك الحمد ليوافق مبدأ الركعة

---

(١) بمعناه .

(٢) هذا من قول الكفار وتمام الآية ﴿ وقال الذين كفروا لا تسمعوا لهذا القرآن والغوا فيه لعلكم تغلبون ﴾ اهـ مصححة .

بالحمد لله رب العالمين ، ويختمها بربنا لك الحمد ، وفي شرح الطحاوي اختلفت الأخبار في التحميد في بعضها يقول ربنا لك الحمد وفي بعضها اللهم ربنا لك الحمد ، وفي بعضها اللهم ربنا ولك الحمد والأول أظهر .

قلت ثبت في الأحاديث الصحيحة من روايات كثيرة ربنا لك الحمد ، ولك الحمد بالواو واللهم ربنا لك الحمد والكل في الصحيح . قال في المحيط والذخيرة اللهم ربنا لك الحمد أفضل لزيادة الثناء . وعن الفقيه أبي جعفر أنه قال هذه زائدة يقول العرب بعني هذا الشراب فيقول المخاطب نعم وهو لك بدرهم ، فالواو زائدة ، وقيل يحتمل أن تكون عاطفة على محذوف أي ربنا حمدناك ولك الحمد .

( ولا يقولها الإمام عند أبي حنيفة ) أي لا يقول الإمام ربنا لك الحمد عند أبي حنيفة ، وبه قال مالك وأحمد وحكاه ابن المنذر عن ابن مسعود وأبي هريرة والشعبي قال وبه أقول .

( وقالا يقولها في نفسه ) أي قال أبو يوسف ومحمد يقول الإمام ربنا لك الحمد سراً ، وهو معنى قوله في نفسه وبه قال الثوري والأوزاعي وأحمد في رواية ، ويقتصر المأموم على ربنا لك الحمد . وقال الشافعي يستحب له أن يقول سمع الله لمن حمده فإذا استوى قائما يستحب له أن يقول ربنا لك الحمد ملء السماوات والأرض وملء ما شئت من شيء بعد أهل السماء والمجد أحق ما قاله العبد كلنا لك عبد لا مانع لما أعطيت ولا معطي لما منعت ولاينفع ذا الجد منك الجد ، هذا في كتبهم ، والذي في الحديث أحق ما قال العبد و كلنا لك عبد بالواو وفي كلنا قلت في سنن النسائي يحذفها ويستوي عندهم في استحباب الاذكار الإمام والمأموم والمنفرد ، وبه قال عطاء وابن سيرين وداود وجد أصحابنا هذا وأمثاله في النوافل ، ويدل عليه حديث ابن أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام زاد بعد ذلك اللهم طهرني بالثلج والبرد والماء البارد ، اللهم طهرني من الذنوب والخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس ، رواه مسلم ، هذا كله لا يقال في الفرض اتفاقاً .

لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يجمع بين الذكرين ، ولأنه حرض غيره فلا ينسى نفسه ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد

---

( لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي ﷺ كان يجمع بين الذكرين ) يعني سمع الله لمن حمده وربنا لك الحمد . وأخرج البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال كان النبي عليه الصلاة والسلام إذا أقام الصلاة يكبر حين يقوم ثم يكبر حين يركع ثم يقول سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع ثم يقول وهو قائم ربنا ولك الحمد ثم يكبر حين يهوى ساجداً .

وأخرج البخارى عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان إذا افتتح رفع يديه حذو منكبيه وفيه وكان إذا رفع رأسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد .

وأخرج مسلم عن عبد بن أبي أوفى قال كان رسول الله ﷺ إذا رفع رأسه من الركوع قال سمع الله لمن حمده اللهم ربنا لك الحمد ملء السماوات وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد .

( ولأنه ) أى ولأن الإمام ( حرض غيره فلا ينسى نفسه ) لئلا يدخل تحت قوله تعالى ﴿ أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم ﴾ ٤٤ البقرة وفي فتاوى الظهيرية كان الفضلى والطحاوى وجماعة من المتأخرين يميلون إلى قوله وهو قول أهل المدينة فاختاروا قولهما . وفي المحيط قولهما رواية إسحاق عن أبي حنيفة .

( وله ) أى لأبي حنيفة ( قوله ﷺ إذا قال سمع الله لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد ) روى هذا الحديث عن أنس وأبي هريرة وأبي موسى وأبي سعيد الخدرى رضي الله عنهم . أما حديث أنس وأبي هريرة فرواه البخارى ومسلم أن رسول الله ﷺ قال إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا اللهم ربنا لك الحمد .

وأما حديث أبي موسى الأشعرى فرواه مسلم والنسائي وابن ماجة وأحمد عنه

## هذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يؤتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله

---

أن رسول الله ﷺ قال إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد يسمع الله لكم .

وأما حديث أبي سعيد الخدرى فرواه الحاكم في مستدركه عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدرى قال قال رسول الله ﷺ إذا قال الامام الله أكبر فقولوا الله أكبر، واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وقال حديث صحيح على شرط البخارى ومسلم ولم يخرجاه .

( هذه قسمة ) أي هذه الكلمات المذكورة وهي الحديث قسمة أي ذات قسمة لأنه قسم التسميع والتحميد فجعل التسميع للامام والتحميد للمأموم . ( وأنها ) أي ولأن القسمة ( تنافي الشركة ) أي تقطعها كما في قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وقال الأكمل فإن قيل هذا الحديث يعارضه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أربع يخفيهن الإمام وعد منها التحميد أجيب بأنه قال في الأسرار أنه غريب .

قلت هذا أخذه من السغناقي ولكن الآخذ والمأخوذ منه لو تأمل هذا الموضوع لم يورد هذا السؤال ولا الجواب عنه لأنه ساقط جداً فمن أين المعارضة ها هنا والحديث المذكور في الصحيحين . وما روي عن ابن مسعود موقوف عليه مع أنه لم يصل إلى الصحة عنه . وقال الأكمل أيضاً أو بأن الرجحان بحديث القسمة لأنه مرفوع إلى النبي عليه الصلاة والسلام برواية أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قلت إنما يطلب الرجحان من الخبرين إذا كانا ثابتين فظهر التعارض بينهما وأما إذا كان أحدهما مرفوعاً صحيحاً والآخر موقوفاً لم تثبت صحته فكيف يقال بالرجحان .

( ولهذا ) أي ولأجل كون القسمة تنافي الشركة ( لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا )لأن الذي أصابه من القسمة التحميد لا التسميع معه .

( خلافاً للشافعي رحمه الله ) فإن عنده المؤتم يجمع بينهما ، وروي عن أبي حنيفة رضي

ولأنه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الإمامة، وما رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الأصح وإن كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة عليه أتى به معنى

---

الله عنه أن الإمام المؤتم يجمعان بين التسميع والتحميد كما هو مذهب الشافعي رحمه الله ، وذكر الأقطع هذه الرواية في شرحه للقدوري وهذه رواية شاذة .

( ولأنه يقع تحميده ) دليل آخر أي ولأن الشأن يقع تحميد الإمام ( بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الإمامة ) لأن الاقتداء عقد موافقة ومتابعة لا مسابقة، وفيه نظر لامكان مقارنة تحميد الإمام تحميد المقتدي ، وفيه نظر .

( والذي رواه ) أي الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجمع بين الذكرين ( محمول على حالة الإنفراد ) أي على حالة انفراد النبي ﷺ في صلاة النفل توفيقاً بين الحديثين ( والمنفرد يجمع بينهما ) أى بين التسميع والتحميد ( في الأصح ) أى في الأصح من الروايات عن أبي حنيفة ، فإنه جاء عنه في رواية ذكرها الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير أن المنفرد يأتي بالتسميع لا غير ، وجاء في رواية رواها الحسن عنه أنه يأتي بها ، كما هو مذهبنا، وجاء عنه في رواية أنه لا يجمع بينهما وأشار المصنف إلى أن الأصح من هذه الروايات هو رواية الجمع بينهما . وفي شرح الأقطع الصحيح أنه لا يأتي بها . وروى المعلي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يأتي بالتحميد لا غير ، قال في المبسوط وهو الأصح ، قال قاضي خان وعليه أكثر مشايخنا .

( وإن كان يروى الإكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد ) كلمة إن واصلة لما قبلها ، وأشار بهذا إلى أن هاهنا روايتين أخريين أحدهما الاكتفاء بالتسميع والأخرى بالتحميد ، وإن الرواية التي رويت بالجمع بينهما هي الأصح من هاتين الروايتين، ورواية الاكتفاء بالتسميع هي رواية النوادر ، ورواية الاكتفاء بالتحميد هي رواية الجامع الصغير .

( والامام بالدلالة عليه أتى به معنى ) هذا جواب عن قولهما أنه حرض غيره فلاينسى نفسه ، تقريره لا نسلم أن الامام ينسى نفسه ، لأنه أتى بالتحميد أيضاً بدلالة غيره

قال ثم إذا استوى قائماً كبر وسجد أما التكبير والسجود فلما بينا ، وأما الاستواء قائماً فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

---

عليه أى على التحميد لأن الدال على الخير كفاعله بالحديث . فإن قلت مثل هذه الدلالة موجود في حق المنفرد أيضاً فينبغي أن يكتفي هو بالتسميع .

قلت لا دلالة على اكتفاء المنفرد بالتسميع من جهة الشارع بخلاف الامام ، فانه قام الدليل على ترك التحميد في حقه . وفي المجتبى ثم في الرواية التي يجمع بينهما يأتي بالتسميع حال الرفع .

( ثم إذا استوى قائماً ) قال ربنا لك الحمد ثم إذا استوى قائماً ( كبر وسجد ) أى بعد فراغ المصلي عن الركوع إذا استوى حال كونه قائماً منتصباً يقول الله أكبر ويهوى للسجود .

( أما التكبير والسجود فلما بينا ) أراد به بين التكبير قبل هذا بقوله لأن النبي ﷺ كان يكبر عند كل خفض ورفع ، وبيَن السجود في أول الباب بقوله ﴿اركعوا واسجدوا﴾ ٧٧ الحج .

( وأما الاستواء قائماً فليس بفرض ) وهو الذى يسمى القومة ( وكذا الجلسة بين السجدتين ) أى ليست بفرض ( والطمأنينة في الركوع والسجود ) أى وكذا الطمأنينة في الركوع ليس بفرض في نفس الركوع ونفس السجود ، والطمأنينة مصدر من اطمأن الرجل اطمئناناً وطمأنينة ، أى سكن وهو مطمئن إلى كذا وكذا طبأن بالباء الموحدة على الابدال ، وهذا مزيد الرباعي وأصله طمأن على وزن فعلل فنقل إلى باب افعلل بالتشديد في اللام الأخيرة ٪ فصار اطمأن ، وأصله اطمأنن ، فنقلت حركة النون الأولى إلى الهمزة ، وأدغمت النون في النون مثل اقشعر ، أصله اقشعرر ورباعية قشعر على ما عرف في موضعه.

( وهذا ) أى هذا الذى ذكرنا من عدم فرضية القومة والجلسة والطمأنينة ( عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ) وبه قال بعض أصحاب مالك ، فاذا لم تكن هذه الأشياء فرضاً

وقال أبو يوسف رحمه الله يفترض ذلك كله وهو
قول الشافعي رحمه الله

---

عندهما فهي سنة ، وهذا في تخريج الجرجاني ، وفي تخريج الكرخي واجبة ، ويجب سجود السهو بتركها . وفي الجواهر للمالكية لو لم يرفع رأسه من ركوعه ، وجبت الاعادة في رواية ابن القاسم عن مالك ، ولم يجز في رواية علي بن زياد . وقال ابن القاسم من يرفع من الركوع والسجود رأسه ولم يعتدل يجزئه ويستغفر الله ولا يعود وقال أشهب لايجزئه .

قال أبو حنيفة إن من كان أبلى القيام أقرب الأولى أن يجب ، فان قلنا بوجوب الاعتدال يجب الطمأنينة وقيل لا تجب .

( وقال أبو يوسف رحمه الله يفترض ذلك ) أي المذكور من القومة والجلسة والطمأنينة وفي التحفة فقال أبو يوسف فرض طمأنينة الركوع والسجود مقدار تسبيحة واحدة . وفي الاسبيجابي الطمأنينة ليست بفرض في ظاهر الرواية ، وروى عن أبي يوسف أنها فرض . قال أبو الليث رحمه الله لم يذكر الاختلاف في الكتاب ولكن تلقيناه من أبي جعفر وكذلك لم يذكر في الأحرار .

( وهو قول الشافعي ) أي ما ذهب اليه أبو يوسف هو قول الشافعي وبه قال أحمد أيضاً . وقال إمام الحرمين في قلبي شيء من وجوب الطمأنينة في الاعتدال ، وسببه أنه عليه الصلاة والسلام لم يذكرها في الاعتدال قائماً وإنما ذكرها في غيره ، فلو أتى بالركوع الواجب تعرضت عليه منعة من الانتصاب سجد في ركوعه وسقط عنه الاعتدال ، فان زالت العلة قبل بلوغ جبهة الأرض وجب أن ترفع وينتصب قائماً ويعتدل ثم يسجد ، وإن زالت بعد قطع صلاته كان عالماً بتحريمه .

وقال في المفيد والمنافع وهذه المسألة بلغت بتعديل الأركان . وقال السرخسي من ترك الاعتدال تلزمه الاعادة وقال أبو الليث تلزمه الاعادة وتكون الثانية هي الفرض .

## لقوله عليه السلام قم فصل فانك لم[1] تصل ، قاله لاعرابي حين أخف الصلاة

( لقوله عليه الصلاة والسلام قم فصل فانك لم تصل قاله لأعرابي حين أخف الصلاة) الحديث أخرجه أبو داود والترمذى والنسائي وأبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ دخل المسجد فدخل رجل فصلى ثم جاء فسلم على النبي ﷺ وقال ارجع فصل فانك لم تصل حتى فعل ذلك ثلاث مرات فقال الرجل والذى بعثك بالحق لاأحصي غير هذا فعلمني يا رسول الله قال إذا قمتم إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ، ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ، ثم ارفع حتى تعتدل قائماً ، ثم اسجدحتى تطمئن ساجداً ، ثم اجلس حتى تطمئن جالساً ، ثم افعل ذلك في صلاتك كلها .

وقال القعني عن سعيد بن سعيد القبرني [2] عن أبي هريرة وقال في آخره فاذا فعلت هذا فقد تمت صلاتك ، وما انتقصت من هذا فانما انتقصته من صلاتك .

والترمذى رواه عن رفاعة [3] بن رافع أن رسول الله ﷺ بينما هو جالس في المسجد يوماً قال رفاعة ونحن معه إذ جاء رجل كالبدوى فصل فأخف صلاته ثم انصرف فسلم على النبي عليه السلام فقال له وعليك ارجع فصل فانك لم تصل .. الحديث ، وقال حديث حسن.

والنسائي رواه عن علي بن يحيى بن خلاد بن رافع بن مالك الأنصارى حدثني أبي عن عم له بدرى قال كنت مع رسول الله ﷺ جالساً في المسجد فدخل رجل فصلى ركعتين ثم جاء فسلم على النبي عليه الصلاة والسلام وقد كان عليه السلام يرمقه في الصلاة فرد عليه السلام ثم قال ارجع فصل فانك لم تصل .. الحديث .

وأفضل الحديث في الصحيحين عن سعيد المقبرى عن أبي هريرة بلفظ أبي داود في

---

(١) في الأصل – ثم تصل – والصحيح ما أثبتناه .

(٢) هكذا وردت في الأصل وربما هو نفس الراوي الذي ورد في الصحيحين أي المقبري وإنما هو خطأ من الناسخ .

(٣) في الأصل رفاقة والصحيح ما أثبتناه .

المسيء صلاة وايس فيه إذا انتقصت من هذا فانما ينقصه من صلاتك ، والعجب من شراح الهداية كيف يتركون الكلام في الحديث الذى احتج به المصنف ويذكرون الأحاديث من الخارج ومع هذا لا يتعرضون إلى بيان حالها ولا إلى مخرجيها من الصحابة والرواة .

وأما الاترازى فانـه ذكر حديث الاعرابي بقوله لأبي يوسف قوله عليه السلام للاعرابي حين خفض الركوع والسجود قم فصل فانك لم تصل ، ولم يروه أحد من المحدثـين بهذه العبارة . وقال أيضاً وقوله عليه السلام ان أسوأ الناس سرقـة من سرق من صلاتـه ولم ينسبه إلى أحد .

وأما الأكمل فانه قال واعدل أبو يوسف حديث الاعرابي وهو قوله عليه السلام حين رآه ينقر نقر الديك قم فصل فانك لم تصل ، ولم يرو أحد في الكتب المشهورة بهذه العبارة .
وأما صاحب الدراية فانه قال ولأبي يوسف ما روى أنه عليه السلام قال لا يقبل الله صلاة من لم يقم صلبه في الركوع والسجود ، وما روى أنه عليه السلام رأى رجلاً تاركاً للتعديل فلما فرغ قال له إن أسوأ الناس سرقة من سرق من صلاته ، وما روى أنـه عليه السلام قال للمسيء صلاته أقم الركوع حتى تعتدل قائماً . وما روى أنه رأى حذيفة بن اليمان رجلاً يصلي ولا يتم الركوع والسجود فقال له مذ كم تصلي هكذا ، فقال مذ كذا ، فقال له فانك لم تصل بكذا ، ومثل هذا كما ترى وليس فيه نسبـة حديث إلى مخرجه ولا يتعرض إلى حاله .

وأما السغناقي فكذلك سلك مسلكهم .

وأما حديث لا يقبل الله صلاة من لم يقم صلبه في الركوع والسجود ، فقـد رواه الأربعة عن عبد الله بن بحيرة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النـبي ﷺ قال لا تجزىء صلاة لا يقيم الرجل فيهـا ظهره في الركوع والسجود . قال الترمذى حديث حسن صحيح .

وأما حديث حذيفة فأخرجه البخارى وبعد قوله مذ كذا ، قال حذيفة ما صليت لله صلاة ورجة ، قال ولو مت مت على غير سنة محمد عليه السلام .

ولهما أن الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فيتعلق الركنية بالأدنى فيهما وكذا في الانتقال إذ هو غير مقصود في آخر ما روي تسميته إياه صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيئاً فقد نقصت من صلاتك

---

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( أن الركوع هو الانحناء ) يقال ركع الشيخ انحنى من الكبر ، وركعت النخلة إذا مالت إلى الأرض .

( والسجود هو الانخفاض ) وإمساس جبهته بالأرض عندهم أو أنفه عند أبي حنيفة ، والمزيد على ذلك للأجل وترك المكمل لا يكون مفسداً ، وهذا لأن الأمر بالفعل يوجب أصل الفعل دون الدوام عليه ولهذا يحنث إذا حلف لا يركع بالانحناء ( لغة ) أي من حيث اللغة وهو يرجع إلى المذكورين ( فيتعلق الركنية بالأدنى فيهما ) أي بأدنى الانحناء والانخفاض في الركوع والسجود ، والركنية لا تثبت إلا بالنص ، وإنما ورد النص بالركوع وهو الانحناء والسجود وهو الانخفاض .

( وكذا في الانتقال ) أي وكذا الطمأنينة في حال الانتقال من ركن إلى ركن يعني ليست بفرض ( إذ هو ) أي الإنتقال ( غير مقصود ) يعني لذاته وإنما المقصود أداء الركن وفي الخلاصة والاعتدال في الانتقال سنة بالاتفاق .

( وفي آخر ما روي تسميته إياه صلاة حيث قال وما نقصت من هذا شيئاً فقد نقصت من صلاتك ) أي تسمية النبي ﷺ وهو مبتدأ والضمير في إياه يرجع إلى الأعرابي ، وقوله - صلاة - منصوب لأنه مفعول ثان للتسمية ، وقوله - في آخر ما روي - جملة في محل الرفع لأنها وقعت خبراً للمبتدأ ، وروي يجوز أن يكون على صفة المعلوم أي ما رواه أبو يوسف ، ويجوز أن يكون على صيغة المجهول أي فيما روي من حديث الاعرابي ، وتقرير الجواب عنه أن النبي عليه السلام سمى ما صنعه الاعرابي في صلاته حيث قال وما نقصت من هذا فقد نقصت من صلاتك ، فلو كان ترك التعديل مفسداً لما سماه صلاة ، كما لو ترك الركوع والسجود .

وقال الأكمل ولأنه لو كان فاسداً كان الاشتغال به عبثاً وكان تركه ﷺ إلى الفراغ منه حراماً ، فكان الحديث بمنزلة الاكرام من الوجهين ، قلت لقائل أن يقول لا نسلم أن تسميته إياه صلاة يرجع إلى ما صلاه الأعرابي أو لا بل يرجع إلى الصلاة التي صلاها بعد قوله والذي بعثك بالحق نبياً ما أحسن غير هذا فعلمني يا رسول الله قال إذا قمتم إلى الصلاة فكبر إلى آخره ، وقد ذكرناه عن قريب ، على أن أصل الحديث في الصحيحين وليس فيهما ذكر تسمية الصلاة كما ذكرناه، ولئن سلمنا ذلك فيجوز أن يكون تسميته صلاة باعتبار ما عند الأعرابي من زعمه أنه صلاة ، وتعليل الأكمل بقوله ولأنه لو كان فاسداً إلى آخره غير سديد ولا موجه من وجوه . الأول أن قوله لو كان فاسداً لعلة غير صحيح لأنه كان فاسداً ولهذا أمره باتيان صلاة صحيحة بعد تعليمه إياه .

الثاني أن قوله كان الاشتغال به عبثاً وتركه عليه السلام وبالفراغ منه حراماً ليس كذلك لأنه عليه السلام منزه عن تقرير آخر على الاشتغال بالعبث أو بتركه على الحرام ، وإنما كان عليه السلام يرمقه حتى ينظر كيف يصلي كما ذكرناه فيما مضى عن قريب ، وفي الحديث حتى فعل ذلك ثلاث مرات ، ولو كان فعل الأعرابي عبثاً وتقريره عليه السلام عليه غير جائز لكان عليه السلام منعه في المرة الأولى وعلمه الصلاة الكاملة بعدها ، وإنما صبر عليه لأنه ربما يهتدي إلى الصلاة الصحيحة ولم ينكر عليه لأنه كان من أهل البادية وعندهم جفاء وغلظ ، فلو أمره ابتداء لكان يقع في خاطره شيء وكان المقام مقام تعليم وإرشاد ، ففي تمكينه عليه السلام في فعله ذلك ثلاث مرات لذلك المعنى .

الثالث ان قوله فكان الحديث مشترك الالتزام بطل بما ذكرنا ، ومن جملة ما قال أبو يوسف في هذا الموضع إن القومة والجلسة والطمأنينة فرض لأنها ركن من أركان الصلاة فوجبت أن لا تتأدى بأدنى ما يطلق عليه الاسم بل بزيادة توجد بعد قياساً على القيام والقراءة والقعدة الأخيرة ، ولأن الركوع ركن شرع فيه تسبيح فوجب أن يكون رفع الرأس ركناً قياساً على السجدة ، وأجابوا بأن اعتباره بالقيام فالركن في القيام عندنا ما يطلق عليه اسم القيام وإنما التقدير بسبب القراءة ، ألا ترى أنه متى سقطت القراءة كان

ثم القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني رح ، وفي تخريج الكرخي رح واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده

---

نفس القيام يكفيه كما في الثالثة والرابعة وفيمن أدركه الإمام في الركوع .

وأما القراءة فالركن عندنا فيها أدنى ما يطلق عليها اسم القراءة وذلك آية وما دونها ، وإن كان قرآناً حقيقة فليس بقرآن حكماً حتى حلت قراءته للجنب والحائض .

وأما القعدة فإنها لم يكتف فيها بأدنى ما يطلق عليه الاسم لأن الخروج يلاقي القعدة ويتصل بها ، والجزء الذي يلاقيه القطع يخرج من أن يكون صلاة ، والباقي مما يطلق عليه اسم القطع ، وإذا وجبت الزيادة فقدرت بالتقدير الذي ورد به الشرع بخلاف غيرها من الأركان فإنه لا يتصل بها فيبقى القدر الذي وجد تاركاً .

وأما قوله لأن الركوع ركن شرع فيه تسبيح ، فقلنا رفع الرأس في السجدة ليس بفرض وإنما الفرض وهو الانتقال لأنه لا يمكنه أداء الثانية إلا به ، إلا أنه لا يمكنه الانتقال حتى لو أمكنه الانتقال من غير الرفع بأن سجد على وسادة فأزيلت الوسادة حتى سقطت جبهته على الأرض أجزأه ، هكذا قال القدوري في التجريد .

وأما في الركوع فالانتقال إلى السجود يمكن من غير الرفع فلا يحصل الرفع ركناً .

( ثم القومة ) أي بعد الركوع ( والجلسة ) أي بين السجدتين ( سنة عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد باتفاق الروايات . وفي المحيط الاعتدال في القومة والجلسة سنة قدر التسبيحة ( وكذا الطمأنينة ) أي وكذا الاطمئنان في الركوع والسجود سنة عندهما .

( في تخريج الجرجاني ) وهو الشيخ أبو عبد الله الجرجاني تلميذ الشيخ أبي بكر الرازي وهو تلميذ الشيخ أبي الحسن الكرخي ، وجه تخريجه أن الطمأنينة شرعت لا كمال ركن ، وما كان مشروعيته للاكمال فهو سنة لا واجبة كطمأنينة الانتقال ، فعلى هذا لا يجب سجود السهو بتركها .

( وفي تخريج الكرخي واجبة ) أي الطمأنينة لأنها شرعت لإكمال ركن مقصود فصارت كطمأنينة القراءة ( حتى تجب سجدتا السهو بتركها ) أي بترك الطمأنينة ( عنده ) أي

ويعتمد بيديه على الأرض لأن وائل بن حجر رضي الله عنه وصف صلاة رسول الله ﷺ فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجزيه

---

عند الكرخي ، وسئل الزهري عمن لا يتم الركوع والسجود أيشتغل بالمطوعات أم بقضاء ما صلى بلا اعتدال على قول أبي يوسف والشافعي . قال ما دام الوقت يؤمر بالاعادة ، فإذا خرج لا يؤمر ، ولكن يثاب بها . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الاشتغال بقضائها أولى في الحالين ، كذا في التتمة .

( ويعتمد بيديه على الأرض ) يعني في حالة السجود ، وفي شرح الطحاوي كيفية الاشتغال إلى السجود والقيام منه أول ما يكون يقع على الأرض ركبتاه ثم يداه ثم جبهته ، فقال بعضهم يضع أنفه ثم جبهته والأولى أن يضع أولاً ما كان أقرب إلى الأرض ، وإذا رفع يرفع ما كان أقرب إلى السماء وبه قال الشافعي وأحمد ، هذا إذا كان الرجل حافياً ، فلو كان ذا خف ولا يمكنه ما قلنا يضع يديه أولاً ويقدم اليمنى على اليسرى .

وقال الأوزاعي يضع يديه ثم ركبتيه ، قال أبو هريرة رضي الله عنه قال النبي عليه السلام إذا سجد أحدكم فلا يبرك بروك الجمل وليضع يديه قبل ركبتيه ، رواه النسائي وأبو داود وقال أصحاب مالك ان ما وضع يديه وركبتيه أولاً وإن شاء يديه والبداءة بوضع اليدين أحسن .

( لأن وائل بن حجر وصف صلاة رسول الله ﷺ فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجزيه ) هذا الحديث لم يرو عن وائل بن حجر وإنما روي عن البراء بن عازب رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا محمد بن الصباح حدثنا شريك عن أبي إسحاق قال وصف البراء بن عازب السجود فسجد وادعم على كفه ورفع عجيزته وقال هكذا كان رسول الله ﷺ يسجد ورواه أبو داود عن أبي زيد عن أبي يزيد عن أبي شريك والنسائي عن علي بن حجر عن شريك به .

وقال النووي في الخلاصة ورواه ابن حبان والبيهقي وهو حديث حسن ولم أر أحداً من الشراح تعرض بهذا الحديث ، وانما فسروا معنى ادعم والعجيزة وسكتوا ومضوا .

قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه لما روي أنه عليه السلام فعل كذلك .

---

وادعم بتشديد الدال من يدعم يقال ادعمت الشيء دعماً إذا جعلته دعامة فنقل إلى باب الافتعال فصار اتدعم أي اتكأ . والراحة الكف والعجيزة بفتح العين وكسر الجيم وسكون الباء للمرأة وقد يستعار للرجل . والعجز بفتح العين وضم الجيم عام وهو ما بين الوركين .

وقال الاترازي وكأن صاحب الهداية استعار العجيزة للعجزاء ، ويحتمل أنها جاءت كالعجز سواء قلت لم يستعر صاحب الهداية ذلك أيضاً ، وإنما هو وقع هكذا في حديث البراء كما ذكرناه الآن .

وقوله – أو يحتمل – الخ ليس كذلك لأن العجز خاص للمرأة نص عليه صاحب اللغة وإنما استعماله في موضع العجز بطريق الاستعارة كما ذكرنا .

( قال ) أي القدوري ( ووضع وجهه بين كفيه ويديه ) أي وضع يديه (حذاء أذنيه) وبه قال أحمد ( رح ) لأن آخر الركعة معتبر بأولها فكما يجعل رأسه بين يديه في أول ركعة عند التكبير فكذلك في آخرها . وفي الكافي لو وضع وجهه بين كفيه يكون واضعاً يديه حذاء أذنيه فلهذا صرح بلفظ اليد ، وذكر اليد لأجل التأكيد كما في قوله تعالى ﴿ولا طائر يطير بجناحيه﴾ وقال الشافعي يضع يديه حذو منكبيه .

( لما روي أنه عليه السلام فعل كذلك ) يعني لما سجد وضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه ، فهذا لا يوجد إلا معرفاً ففي صحيح مسلم من حديث وائل أن النبي عليه السلام سجد فوضع وجهه بين كفيه مختصراً . وفي مسند إسحاق بن راهويه عن وائل رمقت النبي عليه السلام فلما سجد وضع يديه حذاء أذنيه ، وكذلك رواه الطحاوي في شرح الآثار . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري به ولفظه كانت يداه حذو أذنيه .

والعجب من الاترازي أنه يقول في هذا الموضع قال في شرح الأقطع روى وائل بن حجر أن النبي عليه السلام كان إذا سجد وضع جبهته بين كفيه ، وهذا التقصير منه وجهين ،

الأول أنه نسب الحديث إلى ما ذكره الأقطع في شرحه ولم ينسبه إلى مخرجه .

والثاني المذكور ها هنا ثنتان وضع الوجه بين الكفين في السجدة ووضع اليدين حذو الأذنين ، فذكر دليل أحدهما وترك الآخر ، ثم قال والذي روى أنه وضع يديه حذاء منكبيه يحتمل أنه فعل ذلك حالة التكبير ، قلت هذا رواه البخاري في حديث أبي حميد أنه عليه السلام لما سجد وضع كفيه حذو منكبيه . ورواه أبو داود والترمذي ولفظه ما كان إذا سجد فأمكن أنفه وجبهته وينحلج يديه عن جنبيه ووضع كفيه حذو منكبيه ، وإليه ذهب الشافعي ( رح ) .

والجواب الذي قاله الاترازى عن هذا الحديث ليس بكاف ، والأحسن يقال أن الذي روينا أولى بالأخذ من حديث أبي حميد ، لأن في مسنده مليح بن أبي سليمان وهو وإن أخرج له الأئمة الستة وهو من كبار العلماء فقد تكلم فيه ، فضعفه النسائي وابن معين وأبو حاتم وأبو داود ويحيى القطان والساجي قاله الذهبي في ميزانه .

( قال ) أي القدوري ( وسجد على أنفه وجبهته ) والجمع بينهما مستحب عندنا وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال سعيد بن جبير والنخعي وإسحاق يجب السجود عليهما . وعن مالك وأحمد رحمهما الله روايتان كالمذهبين ثم إذا جمع بينهما قيل يقدم الجبهة على الأنف، وقيل يقدم الأنف عليها حكاه الاسبيجابي .

( لأن النبي عليه السلام واظب عليه ) أي على السجود على الأنف والجبهة ومواظبته عليه السلام على ذلك تفهم من أحاديث جاءت في هذا الباب منها حديث أبي حميد رواه البخاري في صحيحه ، وفيه ثم سجد فأمكن أنفه من جبهته من الأرض ، ورواه أبو داود والنسائي كذلك .

ومنها حديث وائل رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده والطبراني في معجمه وفيه كان النبي عليه السلام يضع أنفه على الأرض مع جبهته .

ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه ابن عدى في الكامل وفيه عن النبي عليه

السلام من لم يلصق أنفه مع جبهته بالأرض إذا سجد لم تجز صلاته وفيه الضحاك بن حمزة، قال ابن معين ليس بشيء .

ومنها حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه الدارقطني قالت أبصر رسول الله ﷺ امرأة من أهله تصلي ولا تضع أنفها بالأرض فقال ما هذا ضعي أنفك بالأرض فإنه لا صلاة من لم يضع أنفه بالأرض مع جبهته في الصلاة ، وفيه ثابت بن عمرو الشيباني وهو ضعيف .

( فان اقتصر على أحدهما جاز عند أبي حنيفة (رح) ) الاقتصار على الأنف والجبهة يجوز عند أبي حنيفة ( رح ) مطلقاً لكن بلا عذر يكره . وفي المبسوط السجدة جائزة عند أبي حنيفة وتكره في التجنيس لو وضع جبهته على حجره . غير أن وضع أيسرها على الأرض يجوز وإلا فلا .

أبو حنيفة يقول ينبغي أن يضع مع جبهته مقدار الأنف حتى جاز وإلا فلا . وفي البدائع والتحفة إن وضع الجبهة وحدها من غير عذر تجوز عند أبي حنيفة بلا كراهة ، وفي الأنف وحده يجوز مع الكراهة ، والمستحب الجمع بينهما في حالة الاختيار بلاخلاف وفي المفيد والمزيد وضع الجبهة وحدها والأنف وحده يكره ويجزىء عنده .

فإن قلت قال ابن المنذر لا أعلم أحداً سبقه إلى هذا القول ولا تابعه عليه ، حكي ذلك عن النووي في شرح المهذب وابن قدامة في المغني . قلت ذكر الطبراني في تهذيب الآثار ان حكم الجبهة والأنف سواء . وقال أبو يوسف [١] عن طاووس أنه سئل عن السجود على الأنف وقال أليس أكرم الوجه قال أبو هلال سئل ابن سيرين عن الرجل يسجد على أنفه فقال أوما تقرأ ﴿ يخرون للأذقان سجداً ﴾ ١٠٧ الإسراء ، فالله مدحهم بخرورهم على الأذقان في السجود فإذا يسقط السجود على الذقن بالإجماع بصرف الجواز إلى الأنف لأنه أقرب الى الحقيقة لعدم الفصل بينهما بخلاف الجبهة ، إذ الأنف فاصل بينهما فكان من الجبهة وقال تقي الدين العبدي وهو قول مالك .

---

(١) قال أيوب ثلث .

**وقالا لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر وهو رواية عنه لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة .**

---

وذكر في المبسوط جواز الإقتصار على الأنف عن ابن عمر رضى الله عنهما قال في العارض في بعض طرق حديث ابن عباس رضي الله عنهما أمر النبي عليه السلام أن يسجد على سبعة أعظم ، الجبهة أو الأنف ، وقال بعض شراح مسلم أن المراد من ذكر الجبهة أو الأنف لئلا تصير ثمانية ، ويدل عليه أو الأنف في الرواية المذكورة . وقول ابن المنذر لا أعلم أيضاً فيه منه إذ ما جهله أكثر مما علمه . وما ذكره تحامل منه وتعصب ، وقد بينا من قال بقوله قبله وبعده من السلف والخلف .

( وقالا لا يجوز الاقتصار على الأنف إلا من عذر وهو رواية عنه ) أي عن أبي حنيفة ( رح ) وهو رواية أسد بن عمرو عنه وفي الوبري لو كان على أحدهما عذر جاز السجود على الآخر بلا كراهية في قولهم جميعاً ، ولو ترك السجود على المعذور منهما وأدى لا يجوز اتفاقاً ، وإن كان بهما عذر يومىء ولا يسجد على غيرهما كالخد والذقن ويومىء قاعداً وإن قدر على القيام ، وبقولهما قال الشافعي وأحمد ( رح ) في رواية وقال أحمد في رواية يجب السجود . وقال إسحاق وبعض أصحاب مالك إن تعمد تركه على الأنف بطلت صلاته . وقال بعض أصحاب مالك إن اقتصر على وضع الجبهة أعاد في الوقت ، وإن اقتصر على الأنف أعاد أبداً ، وفي المجمع وعلى قولهما الفتوى .

( لقوله عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ أمرت أن أسجد على سبعة أعظم على الجبهة واليدين والركبتين وأطراف القدمين ، وفي لفظ لهم أمر النبي عليه الصلاة والسلام أن يسجد على سبعة أعضاء فذكرها .

وجه الاستدلال به ظاهر لأنه ذكر الجبهة من السبعة ، فإن قلت لا يتم الاستدلال لهما بهذا الحديث ، ألا ترى أنه لو ترك وضع اليدين والركبتين جازت سجدته بالاجماع ، وهذه الأعضاء الأربعة من تلك السبعة فحينئذ يستقيم لأبي حنيفة أن يحتج عليهما بجواز ترك الجبهة بهذا الحديث ، لأن كونها فيها في كونه مأمور به سواء .

## ولأبي حنيفة (رح) أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به إلا أن الخد والذقن خارج بالإجماع والمذكور فيما روي الوجه في المشهور

قلت أراد الحديث لبيان أن هذه الأعضاء هي محال السجدة لأنه غيرها لا لبيان أن وضع هذه الأعضاء السبعة لازم لا محالة ، والأنف غير هذه الأعضاء المذكوره فيجب أن لا يتأدى الفرض بوضع الانف مجرداً كما لو ضع الذقن مجرداً ، لان نص الحديث لم يتناوله ، فلم يكن الأنف محلاً السجدة فلذلك تعرض في الكتاب لتصريح الجبهة بقوله – وعد منها الجبهة ، ولم يعد الأنف – فكان نفياً لمحلية الأنف السجدة ليفيد التخصيص ، فلما لم يكن محلاً لا يقع الفرض بوضعه متفرداً .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن السجود يتحقق بوضع بعض الوجه ) لأنه السجود ينبىء عن الوضع على الأرض يقال سجدت الناقة إذا وضعت جرانها على الأرض ، فاذا كان كذلك يتحقق بوضع بعض الوجه على الأرض ( وهو المأمور به ) أي وضع بعض الوجه على الأرض هو المأمور به لأنه عليه السلام بين عن محل السجدة هو الوجه، ولا يمكن بكله فيكون بالبعض مأموراً بها والأنف بعضه .

( إلا أن الخد والذقن خارج ) عن إرادة البعض ( بالاجماع ) فتعين الجبهة والأنف والاقتصار على الجبهة يجوز بالاتفاق لكونها بعض الوجه وسجد أتم الاقتصار على الأنف لأنها بعض الوجه ، وسجد إلا أنه يكره لمخالفة السنة .

( والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ) هذا جواب عن الحديث الذي احتج به أبو يوسف ومحمد ( رح ) تقريره أن الذي ذكره في الحديث الذي روي لفظ الوجه موضع الجبهة ، وهو الذي رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث العباس بن عبد المطلب أنه سمع رسول الله ﷺ يقول إذا سجد العبد سجد معه سبعة أراد وجهه وكفاه وركبتاه وقدماه .

ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وسكت عنه . ورواه البزار في

مسنده بلفظ أمر العبد أن يسجد على سبعة ، قال البزار وقد روى هذا الحديث سعد وابن عباس وأبو هريرة وغيرهم ولا نعلم أحداً قال إراب إلا المعاين . قلت قد قالها ابن عباس ( رض ) . أيضاً أخرجه أبو داود في سننه عنه مرفوعاً أمرت أن أسجد ، وربما قال أمر نبيكم أن يسجد على سبعة آراب .

وقالها سعد أيضاً كما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده والطحاوي في شرح الآثار من حديث عبد الله بن جعفر عن اسماعيل بن محمد عن عامر بن سعد عن أبيه سعد بن أبي وقاص عن النبي عليه السلام قال أمر العبد أن يسجد على سبعة آراب فذكرها بلفظ السنن وزاد اليها لم يضعه فهذا سقط ، وأخطأ المنذري أن عزاه في مختصره هذا الحديث للبخاري ومسلم إذ ليس فيهما لفظة الآراب أصلاً .

وقول المصنف رضي الله عنه — في المشهور — نظر لأن المشهور هو ذكر الجبهة ، ولم أر أحداً من الشراح حقق هذا الموضع .

فان قلت ذكر الأنف في رواية مسلم حديث قال أمرت أن أسجد على سبعة الجبهة والأنف واليدين والركبتين والقدمين ، قلت الأنف تابع للجبهة ، ألا ترى كيف أصحاب التشريح فقالوا إن عظمي الأنف يبتدآن من قرنة الحاجب وينتهيان إلى الموضع الذي فوق الثنايا والرباعيات ، فعلى هذا يكون الأنف والجبهة التي هي أعلا الخد واحداً وهو المعنى المشار اليه في حديث عبد الله بن طاووس عن أبيه قال عليه السلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم على الجبهة ، وأشار بيده على أنفه والرجلين وأطراف القدمين ولا تكفي الثياب ولا الشعر فقد سوى بينهما ، ولأن أعضاء السجود سبعة إجماعاً ولا تكون سبعة إلا إذا كانت الجبهة والأنف عضواً واحداً .

والآراب جمع إرب بكسر الهمزة وسكون الراء وهو العضو ، فان قلت حديث العباس بن عبد المطلب خبر ومعناه الأمر وإلا يلزم الكذب . قلت لا نسلم ذلك ، ويجوز أن يكون خرج مخرج الغالب إذ الظاهر من حال المصلي الاتيان بالسنة فلا يلزم منه الأمر ، وجعل الخبر معنى الأمر خلاف الأصل فيه في الواقعات لو لم يضع يديه وركبتيه على الأرض عند سجوده ولا يجزئه .

ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود دونهما ، وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فريضة في السجود ،

---

قال كذا قاله أبو الليث قال وفتوى مشايخنا على الجواز حتى لو كان موضع ركبته نجساً يجوز . وقال في الذخيرة لم يصحح أبو الليث هذه الرواية . وفي عمدة الفتاوي الصحيح أن موضع الركبة لو كان نجساً لا يجوز وكذا موضع اليد .

قال هذه العلة غير سديدة فانه لو صلى واقفاً إحدى رجليه يجوز وواضعها على النجاسة لا يجوز ولو رفع أصابع رجليه في سجوده لا يجوز .

وقال في الذخيرة كذا ذكره الكرخي في كتابه والجصاص في مختصره ، وللشافعي ( رح ) في وجوب هذه الأعضاء قولان أشهرهما أنه لا يجب أي لو وجب الاتمام بها إذا عجز كالجبهة .

ونص في الأمالي إن وضعها مستحب قال أبو الطيب مذهب الشافعي أنه لا يجب وهو قول عامة العلماء ، وقال صاحب المهذب والبغوي هذا القول الاشهر وصححه الجرجاني في التحرير والروياني في الحلية ، وعند زفر وأحمد واجب ، وعند أحمد في الانف روايتان . وروى الترمذي عن أحمد أن وضع منه كقولنا .

( ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا ) احترز بقوله عندنا عن قول زفر فانه عنده واجب وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله وقد استوفينا الكلام فيه آنفاً ( لتحقق السجود دونهما ) أي دون وضع اليدين ، وأما الركبتين فاذا تحقق فلا يشترط وضعها .

( وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فريضة في السجود ) فقد ذكره القدوري والكرخي والجصاص ووضع القدمين على الأرض حال السجود فرض . وذكر الجلالي في صلاته سنة ، وما ذكره القدوري يقتضي أنه إذا رفع إحدى رجليه لا يجوز . وفي الخلاصة لو رفع إحدى رجليه يجوز ، ولم يذكر الكراهة ، وذكر الكراهة في فتاوى قاضي خان وفي الجامع مع التمرتاشي لو لم يضع القدمين واليدين جاز . وفي المحيط لو لم يضع ركبتيه على الأرض عند السجود لا يجوز .

( فان سجد على كور عمامته ) كور العمائم دورها إذا أدارها على رأسه ، كذا في المغرب . وفي الصحاح الكور مصدر كار العمامة على رأسه أي لانها وكل دور كور .

( أو فاضل ثوبه ) أي أو سجد على فاضل ثوبه من ذيله أو أكمامه ( جاز ) فعل ذلك فلا يضر صلاته ، وقال بالجواز على كور العمامة والقلنسوة والكم والذيل والذؤابة الحسن وعبد الله بن يزيد الأنصاري الخطمي ومسروق وشريح والنخعي والأوزاعي وسعيد ابن المسيب والزهري ومكحول والإمام مالك وإسحاق وأحمد رحمه الله في أصح الروايتين عنه .

قال صاحب التهذيب من الشافعية وبه قال أكثر العلماء وقال الشافعي وأحمد ( رح ) في رواية لايجوز على كورها وكذا طرتها وطرفها وعلى كمه ، وفي التجنيس والمختلف والخلاف فيما إذا وجد حجم الأرض ، أما بدونه فلا يجوز اجماعاً وتفسير وجدان الحجم ما قالوا أنه لو بالغ بتنض [1] رأسه أبلغ من ذلك .

وفي المفيد لو سجد على كور عمامته ذكر هنا أنه يجزئه ، وذكر محمد في الآثار أنه إن وجد صلابة الارض أجزأه ، قال وهذا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك .

وقال الشافعي إذا سجد على الجبهة بحائل يتصل به يتحرك بحركته في القيام أو القعود لا يجوز ، واتفقوا على سقوط مباشرة الارض في بقية الاعضاء غير الجبهة لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ يصلي في النعلين والخفين رواه ابن ماجة وسئل أنس رضي الله عنه أكان رسول الله ﷺ يصلي في النعلين قال نعم ، متفق عليه ، وفي الركبتين أولى لانها عورة فلا يكشفان .

وقال ابن تيمية سقوط مباشرة اليدين قول أكثر أهل العلم ، واحتج الشافعي بقوله عليه السلام مكن جبهتك وأنفك من الارض ، وفي رواية الصق جبهتك من الارض . وعما روى حباب قال شكونا إلى النبي ﷺ حر الرمضاء في جباهنا فلم يشكنا ، أى لم يترك

(١) هكذا رسمت في الاصل .

شكوانا إلى النبي ﷺ أنه قال ترب جبينك يا رباح فأمره بتتريب جبينه ، ودليلنا يأتي الآن مع الجواب عن أحاديثهم .

( لان النبي عليه الصلاة والسلام كان يسجد على كور عمامته ) هذا الحديث رواه أبو هريرة وابن عباس وابن أبي أوفى وجابر وأنس وابن عمر رضي الله عنهم ، فحديث أبي هريرة رواه عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا عبد الله بن محرز أخبرني يزيد بن الاصم أنه سمع أبا هريرة يقول كان رسول الله ﷺ يسجد على كور عمامته .

وحديث ابن عباس ( رح ) رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابراهيم بن أدهم رضي الله عنه .

وحديث عبد الله بن أبي أوفى رواه الطبراني في معجمه الاوسط عنه رأيت رسول الله ﷺ يسجد على كور عمامته .

وحديث جابر رواه ابن عدى في الكامل نحوه .

وحديث أنس رواه ابن أبي حاتم في كتابه العلل عنه أنه عليه الصلاة والسلام سجد على كور عمامته .

وحديث رواه الحافظ أبو القاسم همام بن محمد الرازى في فرائده عنه أنه عليه السلام كان يسجد على كور عمامته .

فان قلت قال البيهقي في المعرفة وأما ما روى أن رسول الله ﷺ كان يسجد على كور عمامته فلا يثبت منه شيء .

وفي حديث أبي هريرة عبد الله بن محرز ضعيف ، وفي حديث جابر عمر بن رستم ضعيف . وقال أبو حاتم حديث أنس منكر . قلت حديث ابن عباس وابن أبي أوفى وحديث ابن جياد والضعيف يسنده بالقوى .

وأخرج البيهقي في سننه عن هشام عن الحسن قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يسجدون وأيديهم في ثيابهم ويسجد الرجل منهم على عمامته ، وذكر البخاري في صحيحه تعليقاً فقال وقال الحسن كان القوم يسجد على العمامة والقلنسوة .

وروى ابن أبي شيبة في سننه عن أبي ورقاء قال رأيت ابن أبي ليلى يسجد على كور عمامته .

( ويروى أنه ﷺ صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ) هذا الحديث رواه ابن عباس ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه عنه أنه ﷺ نحوه . ورواه أحمد واسحاق بن راهويه وأبو يعلى في مسانيدهم والطبراني في معجمه وابن عدى في كامله ، وبمعناه أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن بكر بن عبد الله المزني عن أنس قال كنا نصلي مع النبي ﷺ في شدة الحر فاذا لم نستطع أخذنا طرف الثوب من شدة الحر في مكان السجود .

والجواب عن أحاديث الشافعي أنها مجملة ، وما روينا محكم المجمل المحتمل على الحكم ، أو يقول بموجبها وهو وجدان أحجم الأرض حتى إذا بيع حجمها لا يجوز إلا بدليل مالو سجد على البساط يجوز بالإجماع .

وحديث حبان ليس فيه ذكر الجبالة والأنف في المسانيد المشهورة ، وإن ثبت فهو محمول على التأخير الكثير حتى يبرد للرمضاء ، وذلك يكون في أرض الحجاز لبعط الصغير ، ويقال إنه منسوخ لقوله ﷺ أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم ، ويدل عليه ما رواه عبد الله بن عبد الرحمن قال حيانا رسول الله ﷺ فصلى في بيتي في مسجد بني عبد الأشهل فرأيته واضعاً يديه في ثوبه إذا سجد . رواه أحمد وابن ماجة .

فإن قلت هذا محمول على الثوب المنفصل الذي لا يتحرك بحركته ، قلت هذا بعيد لقلة الثياب عندهم ، وبقوله بسط ثوبه فسجد عليه إذ الفاء فيه للتعقيب .

فروع — لو وضع كفيه وسجد عليهما جاز ذكره في عدة المفتي وروى ابن عساكر ذلك عن عبد الله بن عمر . وفي الذخيرة قال عبد الكريم الفقيه لا يجوز ، وقال غيره يجوز . قال المرغيناني هو الأصح ولو بسط كمه على النجاسة وسجد عليه قيل يجوز وهو الصحيح ، وقيل لا يجوز . وفي الذخيرة والواقعات لو سجد على ظهر من هو في صلاته يجوز للضرورة ، وعلى ظهر من يصلي صلاة آخر لا يجوز لعدم الضرورة ، وسجود على فخذيه من غير حاجة

لا يجوز على المختار وبعذر يجوز على المختار ، وإن سجد على ركبتيه لا يجوز بعـذر وبغيره لكن يكفيه الإيماء . وفي الذخيرة لو سجد على ظهر غيره بسبب الزحام ذكر في الأصل أنه يجوز ، وقال الحسن بن الزيادة لا يجوز ، وروى الحسن عن أبي حنيفة ( رح ) أنه إنما يجوز إذا سجد على ظهر المصلي . وقال الشافعي ( رح ) على ذيـل غيره أو ظهر رجل أو امرأة أو شاة أو حمار أو كلب عليه ثوب تصح صلاته ، وكذا إن سجد على ميت وعليه لبد لا يجد حجم الميت يجوز .

وفي المجتبى إذا سجد على الثلج أو الحشيش الكثير أو القطن المحلوج يجوز إن اعتمد حتى إذا استقرت جبهته ووجد حجم الأرض جاز وإلا فلا . وفي فتـاوى أبي حفص لا بأس أن يصلي على الحمل أو البرد والشعير والكدس والتـبن والذرة ولا يصلي على الأرز لأنه لا يستمسك ، ولا يجوز على الثلج المتحال والجس وما أشبهه حتى تليده يجد حجمه ، ولو سجد على ظهر ميت عليه البدان وجد حجمه جاز وإلا فلا . وقيل إن كان مغسولاً جاز وإن لم يكن عليه إزار . وفي النظم لو تبدل الازار والبساط عليه الأشجار الأربعة وصلى عليه لا يجوز وعلى قطنة جمد يجري في الماء كالسفينة ، وقيل إنما يجوز إذا أبطلت طرفاه ، وفي المبسوط يكبر ولو كان موضع السجود أرفع من موضع القدمين بعد ركبتيه أو بشين منصوبتين يجوز ، وإن زاد لم يجز ، ويجوز السجود على جلد وسخ خلافاً لمالـك وقال الرافضة لا يجوز إلا على ما أخرجته الأرض من قطن أو كتان أو خشب أو قصب أو حشيش ولا يجوز على ما يتخذ من الحيوان فافهم .

( ويبدي ضبعيه ) من الابتداء ، وفي المغرب ابتداء الضبعين تفريجها والضبع بسكون الباء ، قال الاترازي بالسكون لا غير ، وفي مبسوط شيخ الإسلام فيه لغتان الضم والسكون وهو العضد ، وهل ضبع الرجل وسطه وباطه .

( لقوله ﷺ وابد ضبعيك ) هذا غريب لم يرد مرفوعاً هكذا وإنما روى عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن آدم بن علي البكري قال رآني ابن عمر رضي الله عنهما وأنا أصلي لا أتجافى عن الأرض بذراعي فقال يا ابن أخي لا تبسط بسط السبع وادعم على

ويروى وابد من الابداد وهو المد الأول من الابداء وهو الإظهار ، ويجافي بطنه عن فخذيه لأنه عليه السلام جافى حتى أن بهيمة لو أرادت

---

راحتيك وابد ضبعيك فإنك إذا فعلت ذلك سجد كل عضو منك . ورفعه ابن حبان في صحيحه بلفظ وجاف ضبعيك وكذلك الحاكم في المستدرك وصححه عن ابن عمر رضي الله عنه مرفوعاً لا تبسط بسط السبع إلى آخره .

( ويروى وابد من الابداد وهو المد ) هذه الرواية ليست لها أصل ولا لها وجود في كتب الحديث ، وكان ينبغي أن يحتج في هذا بما رواه البخاري ومسلم من حديث عبد الله ابن مالك بن بحينة قال كان رسول الله ﷺ إذا سجد يتحلج في سجوده حتى يرى وضح إبطيه ، والوضح البياض . وروي أيضاً عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد فرج بين يديه حتى يبدو بياض إبطيه . وينون مالك لأن ابن بحينة ليس صفة لمالك وبحينة اسم أم عبد الله ، وقيل أم مالك ، والأول أصح ، وكفى بضم الباء الموحدة وفتح الحاء المهملة .

وبما رواه أنس أنه عليه السلام قال اعتدلوا في السجود ولا يبسط أحدكم ذراعيه انبساط الكلب رواه الجماعة ، وبما رواه حميد في صفة صلاة رسول الله ﷺ قال وإذا سجد فرج بين فخذيه غير حامل بطنه على شيء من فخذيه ، رواه أبو داود ، وروى مسلم أنه عليه السلام نهى (١) أن يفترش المصلي ذراعيه افتراش السبع . وفي سنن أبي داود وابن ماجة نهى عن فرشة السبع .

( والأول ) وهو قوله وابد ضبعيك ( من الابداء وهو الإظهار ) يقال أبدى يبدي إبداء ، من باب الأفعال بالكسر .

( ويجافي بطنه عن فخذيه ) أي يباعد وثلاثية جفى يقال جفى السرج عن ظهر الفرس واجفيته أنا إذا رفعته ، وجافاه عنه يتجافى ويجافى عليه عن الفراش أي ما قال الله تعالى ﴿ تتجافى جنوبهم ﴾ ١٦ السجدة ، أي تتباعد .

( لأنه عليه السلام كان إذا سجد جافى ) بطنه عن فخذيه ( حتى أن بهيمة لو أرادت

---

(١) الحديث في الأصل ساقط منه كلمة — نهى — وكلمة — المصلي — اهـ مصححة .

أن تمر بين يديه لمرت وقيل إذا كان في وصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره . ويوجه أصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام إذا سجد المؤمن كل عضو منه فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثاً ، وذلك أدناه

---

أن تمر بين يديه لمرت ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن زيد بن الأصم عن ميمونة رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد .. الحديث وهو في مسند أبي يعلى أن تمر تحت يديه ، ورواه الحاكم في مستدركه والطبراني في معجمه وقالا فيه بهيمة بالياء الساكنة بعد الهاء المكسورة ، والصواب بهمة بضم الباء تصغير بهمة والبهمة واحده البهم وهي صغار الضأن والمعز جميعاً ، وربما خص الضأن بذلك كذا في الجمهرة ، واقتصر الجوهري على أولاد الضأن ، وخصه القاضي عياض بأولاد المعز .

( وقيل إذا كان ) أي المصلي ( في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ) هذا إذا كان في الصف ازدحام وقرب البعض من البعض ، وإذا لم يكن كذلك لا يترك السنة لأنه لا إيذاء وفي الروضة ان اعيي فاستعان بركبتيه فوضع ذراعيه عليها فلا بأس به .

( ويوجه أصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه الصلاة والسلام إذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من أعضائه القبلة ما استطاع )هذا الحديث غريب نعم جاء في رواية النسائي عن عبد الله بن عمر عن أبيه قال في سنة الصلاة أن ينصب القدم اليمنى واستقباله بأصابعها القبلة ما استطاع والجلوس على اليسرى ، وبوب على باب الاستقبال بأطراف أصابع القدم القبلة عند القعود للتشهد .

وجاء في حديث أبي حميد الذي أخرجه البخاري واستقبل بأطراف أصابع رجليه القبلة ( ويقول في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه ) أي ثلاث مرات وقال الشافعي يضيف إلى ذلك وهو الأفضل اللهم لك سجدت ، وبك آمنت ، ولك أسلمت ، سجد وجهي للذي خلقه وصوره ، وشق سمعه وبصره ، تبارك الله أحسن الخالقين ، لحديث علي رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد قال ذلك ، رواه مسلم . قلنا هذا وأمثاله محمولة على النوافل لأن بابها أوسع .

قوله ـ شق سمعه وبصره ـ أي تعذهما [ كذا ] ، ومعنى ـ تبارك وتعالى ـ وقال ابن الأنباري يترك العباد بتوحيده وذكر اسمه . وقال الخليل تمجيد ، وقال إسحاق ـ وأحسن الخالقين ـ أي المصورين والمقدرين .

فروع وفي الاسبيجـــابي لو خفف سجوده وهو إلى القعود أقرب يجوز وإن كان إلى السجود والأرض أقرب لا يجوز ، روى ذلك عن أبي حنيفة (رح) . وقال محمد بن سلمة لو رفع رأسه وهو لا يشكل على الناظر انه رفع رأسه يجوز ذكرها في العيون ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا رفع رأسه من السجود مقدار ما يمر الريح بينه وبين الأرض جازت صلاته . وروى أبو يوسف عنه إذا رفع مقدار ما سمي به رافعاً جاز لوجود الفصل بين السجدتين ، قال في المحيط وهو الأصح بخلاف الركوع حيث ترجح بالأكثر ، وقيل إذا أزيلت جبهته عن الأرض ثم عادت جاز ذكره المرغينـــاني ، وفي الروضة لا يجوز ذلك عندهما .

وفي جمل النوازل يستحب البكاء في السجود لأنه تعالى أثنى بقوله ﴿ خروا سجداً وبكياً ﴾[1] ٥٨ مريم ، ويسن النظر إلى أرنبة الأنف فيه ، وفي فتاوى الظهيرية وليس بين السجدتين ذكر مسنون . وعن الحسن بن أبي مطيع أنه يقول سبحان الله وبحمـد الله ، أستغفر الله العظيم . وعند الشافعي يستحب أن يدعو في جلوسه بين السجدتين لما روى حذيفة أنه ﷺ كان يقول بينهما اللهم اغفر لي وارحمني وأجرني وعافني وارزقني ، وفي تتمتهم ولا يتعين عليه دعاء ولكن يستحب أن يدعو كما وردت به السنة .

قلنا هذا كله وارد في التهجد لا في الفرائض والأمر فيه واسع .

فإن قلت ما الحكمة في تكرار السجود دون الركوع ، قلت مذهب الفقهاء أنه تعبد لا يطلب فيه المعنى كاعداد الركعات والسجدة الثانية فرض كالأولى بالإجماع ، والجلوس بينهما قدر التسبيح ، وأما عند أهل الحكمة فقد اختلفوا فيه فقيل ترغيماً للشيطان فإنه أمر بالسجود فلم يفعل ، فنحن نسجد مرتين ترغيماً له ، واليه أشار النبي ﷺ في سجود السهو ، وقال هما سجدتان ترغيماً للشيطان ، وقيل الأولى إشارة إلى أنه خلق من الأرض ،

بقوله عليه السلام وإذا سجد أحدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه ، أي أدنى كمال الجمع ، ويستحب أن يزيد على الثلاث في الركوع والسجود وبعد أن يختم بالوتر لأنه عليه السلام كان يختم بالوتر ، وإن كان إماماً لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي إلى التنفير ،

---

والثانية إشارة إلى أنه يعود اليها ، قال تعالى ﴿ منها خلقناكم وفيها نعيدكم ﴾ ٥٥طه ، وقيل لما أخذ الله الميثاق على ذرية آدم عليه السلام حيث قال ﴿ وإذا أخذ ربك من بني آدم﴾ ١٧٢ الأعراف ، أمرهم بالسجود تصديقاً لما قالوا فسجد الملائكة والمؤمنون كلهم ولم يسجد الكفار فلما رفعوا رؤوسهم ورأوهم لم يسجدوا ، سجدوا ثانياً سدأً لما وفقهم الله تعالى فصار المفروض سجدتين وذلك أدناه ، وقد استقصينا الكلام فيه عندذكر الركوع.

( بقوله عليه السلام إذا سجد أحدكم فليقل في سجوده سبحان ربي الأعلى ثلاثاً وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع ) وقد تقدم الحديث هناك ، ووقع في أكثر النسخ إذا سجد أحدكم بواو العطف ، عطف على قوله عليه السلام إذا ركع أحدكم لأنها في حديث واحد وإنما ذكره المصنف ( رح ) مقطعاً لأن نصفه الركوع ونصفه السجود .

( ويستحب أن يزيد على الثلاث ) أي ثلاث تسبيحات بأن يقول خمساً أو سبعاً أو تسعاً وهي سنة عند أكثر العلماء ، وقال أبو مطيع تلميذ أبي حنيفة ( رح ) فرض ولم يجزه أقل من ثلاث فقال أحمد وداود ويستحب مرة إذ الأمر لا يوجب التكرار ، إلا أن عند أحمد إذا تركه ناسياً لا تبطل صلاته ، وعنه ولو كان عامداً ( في الركوع والسجود وبعد أن يختم بالوتر ) أي بعد أن يختم تسبيحه بالأوتار كما قلنا .

( لأن النبي عليه السلام كان يختم بالوتر ) يعني في تسبيحات الركوع والسجود وهذا الحديث غريب جداً .

( وإن كان المصلي إماماً لا يزيد على وجه يمل القوم ) بضم الياء من الإملاء والقوم منصوب على المفعولية ( حتى لا يؤدي إلى التنفير ) أي حتى لا يؤدي مجاوزته عن الثلاث

ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لأن النص تناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لأن ذلك أستر لها ، قال ثم يرفع رأسه ويكبر لما روينا فإذا اطمأن جالساً كبر وسجد لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالساً

---

إلى تنفير الجماعة ، وعن سفيان يقول الإمام خمساً حتى يمكن القوم من الثلاث .

( ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة ) عند أكثر العلماء والآن مضى الكلام فيه (لأن النص ) وهو قوله تعالى ﴿ اركعوا واسجدوا ﴾ ٧٧ الحج ( تناولهما ) أي تناول الركوع والسجود ( دون تسبيحاتهما ) أي لم يتناول تسبيحات الركوع والسجود ( فلا يزاد على النص ) بخبر الواحد وهو قوله ﷺ اجعلوها في ركوعكم واجعلوها في سجودكم ، قالوا إنما قال ذلك حين نزل قوله تعالى ﴿ فسبح باسم ربك العظيم ﴾ ٧٤ الواقعة ، ﴿ وسبح اسم ربك الأعلى ﴾ ١ الأعلى ، وإنما لا يزاد على النص بخبر الواحد لأنها تكون نسخاً فلا يجوز ويؤيده أنه عليه الصلاة والسلام لما علم الاعرابي واجبات الصلاة لم يعلمه تسبيحات الركوع والسجود، ولأنه ذكر جابر على كل حال فيكون كالتأمين وهذا لأن مبنى الفرائض على الشهرة والإعلان ومبنى التطوعات على الخفية والكتمان .

( والمرأة تنخفض في سجودها وتلزق بطنها ) أي تلزق بطنها ( بفخذيها لأن ذلك ) أي الإنخفاض والإلزاق ( أستر لها ) أي لأن مبنى حالها على الستر .

( قال ) أي القدوري ( ثم يرفع رأسه ) من السجدة وقد بينا مقدار الرفع ويذكره المصنف على ما يجيء الآن ، وقوله ( ويكبر ) حال ( لما روينا ) أشار به إلى قوله أن النبي عليه السلام كان يكبر عند كل خفض ورفع .

( فإذا اطمأن جالساً ) أي حال كونه جالساً عقيب السجدة الأولى ( كبر وسجد ) السجدة الثانية ، وقد ذكرنا أن الجلوس بين السجدتين قدر تسبيحة ( لقوله عليه السلام في حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك حتى تستوي جالساً ) وقد تقدم حديث الاعرابي

ولو لم يستو جالساً وكبر وسجد أخرى أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه ، وتكلموا في مقدار الرفع والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب لا يجوز لأنه يعد ساجداً فتحقق الثانية . قال فإذا اطمأن ساجداً كبر وقد ذكرناه واستوى قائماً على صدور قدميه ولا يعتمد بيديه على الأرض ،

---

مستقصى وفيه ثم اجلس حتى تطمئن جالساً ، وعند النسائي ثم ارفع رأسك حتى تطمئن قاعداً ، وعند البيهقي حتى تطمئن جالساً .

( ولو لم يستو جالساً وسجد أخرى ) أي لو لم يستو في الجلوس بعد السجدة الأولى وسجد السجدة الأخرى (أجزأه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكرناه) أي في قوله — وأما الاستواء قائماً فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين — .

( وقد تكلموا في مقدار الرفع ) يعني قد تكلم علماؤنا في مقدار الرفع الذي يكون فاصلاً بين السجدتين فقال بعضهم إذا زالت جبهته عن الأرض ثم أعادها جاز ، وعن القدوري أدنى ما يطلق عليه اسم الرفع وهو رواية عن أبي يوسف وفيه أقوال أخرى قد ذكرناها من قريب وأشار المصنف إلى الأصح من ذلك بقوله ( والأصح أنه إذا كان السجود أقرب لا يجوز ) أي سجوده ( لأنه يعد ساجداً وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز) لأنه يعد جالساً فتتحقق السجدة الثانية .

( قال ) أي القدوري ( وإذا اطمأن ساجداً كبر وقد ذكرناه ) أراد بأنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل خفض ورفع ، وفي حديث مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يكبر كلما خفض ورفع ، ويحدث أن رسول الله ﷺ كان يفعل ذلك.

( واستوى قائماً على صدور قدميه ولا يقعد ) يعني بعد رفع رأسه من السجدة الثانية، وفي حمل النوازل جلسة الاستراحة مكروهة عندنا لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا ينهضون على صدور أقدامهم .

( ولا يعتمد بيديه على الأرض ) بأن يعتمد براحتيه على الأرض منصوص عليه عن أبي حنيفة ( رح ) وفي الوبري لا بأس بأن يعتمد على الأرض عند النهوض من غير فصل، وقال مالك ينهض على صدور قدميه من غير اعتماد وهو قول أحمد رحمه الله .

وقال الشافعي (رح) يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمداً على الأرض لأن النبي عليه السلام فعل ذلك ، ولنا حديث أبي هريرة أن النبي عليه السلام كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه ،

---

( وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض يعتمد على يديه على الأرض لما روي أن النبي ﷺ فعل ذلك ) أي الإعتماد على الأرض ، والمروي هنا ما أخرجه البخاري عن مالك بن الحويرث أنه رأى النبي ﷺ إذا كان في الوتر من صلاتــه لم ينهض حتى يستوي قاعداً . وقال النووي وقال الأكثر لا يستحب ذلك أي الجلسة بعد السجدة الثانية ، قال حكاه ابن المنذر عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهــم وأبي الزناد والثوري والنخعي ومالك وإسحاق وأحمد ، وقال النعمان بن عباس أدركت غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ يفعل هذا ، وقال أحمد أكثر الأحاديث على هذا ولم يذكر ذلك في حديث المسيء في صلاته . وقال أبو إسحاق المروزي والشافعي إن كان ضعيفـاً جلس للاستراحة وإن كان قوياً لا يجلس ، وقال الإمام حميدالدين في شرحه ناقلاً عن شمس الأئمة الحلوائي الخلاف في الأفضلية حتى إذا جلس لا بأس به عنــدنا ، وإذا لم يجلس لا بأس به عند الشافعي .

( ولنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام كان ينهض في الصلاة معتمداً على صدور قدميه ) هذا الحـــديث رواه الترمذي عن خالد بن أياس عن صالح مولى التوبه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال كان النبي ﷺ ينهض في الصلاة على صدور قدميه ، وقال الترمذي هذا الحديث عليه العمل عند أهل العلم .

فإن قلت خالد بن أياس وقيل الأياس ضعيف ضعفه البخاري والنسائي وأحمد وابن معين . قلت قاله الترمذي ومع ضعفه يكتب حديثه ويقويه ما روي عن الصحابــة في ذلك ، فأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن عبــد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه كان ينهض في الصلاة على صدور قدميه ولم يجلس ، وأخرج نحوه عن علي وابن الزبـير وعمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنهم ، وأخرج عن الشعبي قال كان عمر وعلي وأصحـــاب

وما رواه محمول على حالة الكبر ولأن هذه قعدة استراحة والصلاة ما وضعت لها ، ويفعل في الركعة الثانية مثل ما فعل في الركعة الأولى لأنه تكرار الأركان إلا أنه لا يستفتح ولا يتعوذ لأنهما لم يشرعا إلا مرة واحدة ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة

---

النبي ﷺ ينهضون في الصلاة على صدور أقدامهم . وأخرج عن النعمان عن ابن عباس قال أدركت غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ وكان إذا رفع أحدهم رأسه من السجود الثاني في الركعة الأولى وينهض كما هو ولم يجلس . وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر نحوه . وأخرج البيهقي عن عبد الرحمن بن يزيد أنه رأى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه يقوم على صدور قدميه في الصلاة ولم يجلس إذا صلى في أول ركعة حتى يقضي السجود .

( وما رواه محمول على حالة الكبر ) وما رواه الشافعي وهو حديث مالك بن الحويرث محمول على فعله عليه السلام بعدما كبر وأسن وفيه تأمل ، لأن نهاية عمر النبي عليه السلام ثلاث وستون سنة وفي هذا القدر لا يعجز الرجل عن النهوض اللهم إذا كان لعذر مرض أو جراحة أو نحوها .

والدليل الثاني أوجه وهو قوله ( ولأن هذه قعدة استراحة والصلاة ما وضعت لها ) أي للاستراحة بل هي مشقة في نفسها ولأنه اعتمد على غيره صلاته فيكون مسيئاً قياساً على ما قالوا لو اتكأ على حائط أو على عصى بخلاف ما لو اعتمد على ركبتيه (ويفعل في الثانية ) أي ويفعل المصلي في الركعة الثانية ( مثلما فعل في الأولى ) أي في الركعة الأولى ( لأنه ) أي لأن الركعة الثانية ، وذكر الضمير باعتبار الخبر وهو قوله ( تكرار الأركان ) والتكرار يقتضي إعادة الأولى وكان ينبغي أن يزاد عليه ولا ينوى ولا يكبر للاحرام .

( إلا أنه لا يستفتح ولا يتعوذ لأنهما لم يشرعا إلا مرة ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة

الأولى خلافاً للشافعي (رح) في الركوع وفي الرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الأربع في الحج، والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه

---

الأولى خلافاً للشافعي ( رح ) في الركوع والرفع منه ، لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدى إلا في سبع مواطن تكبيرة الإفتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الأربع في الحج والذى يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رضي الله عنه) أى إلا أن المصلي لا يقول سبحانك اللهم ، الخ ، وهذا الدعاء يسمى الإستفتاح ، وعلى هذا قيل لكل صلاة مفتاح وافتتاح واستفتاح ، فمفتاح الصلاة الطهور وافتتاحها تكبيرة الاحرام ، واستفتاحها سبحانك اللهم اه . وأخرجه الترمذى أيضاً .

وبحديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه ابن ماجة والطحاوى عنه قال رأيت رسول الله ﷺ يرفع يديه في الصلاة حذاء منكبيه حين يفتتح الصلاة وحين يركع وحين يسجد .

وبحديث وائل بن حجر قال رأيت النبي ﷺ حين يكبر للصلاة وحين يركع وحين يرفع رأسه من الركوع يرفع يديه حذاء أذنيه ، أخرجه أبو داود والنسائي .

وبحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه أخرجه الاربعة وفيه ورفع يديه حذو منكبيه ، ويصنع مثل ذلك إذا قضى قراءته إذا أراد أن يركع ، ويضعه إذا فرغ ورفع من الركوع .

واحتج أصحابنا بحديث البراء بن عازب قال كان النبي عليه الصلاة والسلام إذا كبر لافتتاح الصلاة رفع يديه حتى يكون إبهاماه قريباً من شحمتي أذنية ثم لا يعود ، أخرجة أبو داود والطحاوى من ثلاث طرق ، ابن أبي شيبة في مصنفة ومحمد بن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنة كان يرفع يدية في أول تكبيرة ثم لا يعود ، أخرجة أبو داود والطحاوى وابن أبي شيبة في مصنفه .

وبالحديث الذي ذكره المصنف ولكنه بغير اللفظ الذي ذكره فروى البخاري معلقاً في كتابه المفرد في رفع اليدين وقال قال وكيع عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن في افتتاح الصلاة ، وفي استقبال الكعبة ، وعلى الصفا والمروة وبجمع ، وفي المقامين ، وعند الجمرتين ، رواه البزار عن نعم عن ابن عباس . وعن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال ترفع الأيدي في سبع مواطن افتتاح الصلاة واستقبال البيت ، والصفا والمروة ، والموقفين وعند الحجر. ورواه الطبراني في معجمه عن نعم عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة والسلام قال لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن حين يفتتح الصلاة ، وحين يدخل المسجد الحرام فينظر إلى البيت ، وحين يقوم على الصفا والمروة مع الناس عشية عرفة وبجمع والمقامين حين يرمي الجمرة ، ورواه ابن شيبة موقوفاً في مصنفه حدثنا ابن فضيل عن عطاء عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال ترفع الأيدي في سبع مواطن إذا قام إلى الصلاة ، وإذا رأى البيت ، وعلى الصفا والمروه ، وفي جمع ، وفي عرفات ، وعند الجمار .

وقال السروجي ورواية أصحابنا في كتب الفقه لا يرفع الأيدي إلا في سبع مواطن . قلت ليس كما قاله فإن اللفظين رويا كما ذكرناه قول المصنف وذكر الأربع في الحج وهي عند استلام الحجر ، وعند الصفا والمروة ، وفي الموقفين ، وعند الجمرتين ، وعند المقامين ، والمتنازع فيه خارج عن السبع على ما ذكره البخاري والبزار والطبراني وغيرهم فانظر إلى باقي رواياتهم هل تجد فيها ذكر رفع اليدين عند القنوت وإنما يوجد هذا عند أصحابنا في كتبهم منهم المصنف ويذكر رفع اليدين عند تكبيرة تكون المواطن ثمانية وسنذكر بقية الكلام فيه في باب صلاة الوتر إن شاء الله تعالى .

واستدل أصحابنا بحديث جابر بن ثمرة قال خرج علينا رسول الله ﷺ فقال مالي أراكم رافعين أيديكم كأنها أذناب خيل شمس اسكنوا في الصلاة ، أخرجه مسلم .

فإن قالوا في حديث البراء قال أبو داود روى هذا الحديث هشام وخالد بن ادريس عن يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء ولم يذكروا ثم لا يعود ، وقال

الخطابي لم يقل رجل في هذا ثم لا يعود غير شريك ، وقال أبو عمرو في التمهيد تفرد به يزيد ورواه عن الحفاظ فلم يذكر واحداً منهم .

قوله – ثم لا يعود – وقال البزار لا يصح حديث يزيد في رفع اليدين ثم لا يعود وقال عباس الدوري عن يحيى ليس هو بصحيح الإسناد . وقال البيهقي عن أحمد هذا حديث واه ، قد كان يزيد يحدث به لا يذكر ثم لا يعود فلما كبر أخذ يذكره فيه . وقال جماعة أن يزيد يحدث به لا يذكر ثم لا يعود فلما لقن أخذ يذكره فيه . وقال غيره أن يزيد كان تغير بأخذه وصار يتلقن واحتجوا على ذلك بأنه أنكر الزيادة كما أخرجه الدارقطني عن علي بن عاصم ثنا محمد بن أبي ليلى عن يزيد بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء ابن عازب قال رأيت النبي ﷺ حين قام إلى الصلاة كبر ورفع يديه حتى ساوى بهما أذنيه فقلت أخبرني ابن أبي ليلى انك قلت ثم لم يعد قال لا أحفظ هذا ثم عاودته فقال لا أحفظه . وقال البيهقي سمعت الحاكم أبا عبد الله يقول يزيد بن أبي زياد كان يذكر الحفظ ، فلما كبر نسي حفظه وكان يقلب عليه الأسانيد ويزيد في المتون ولا يميز .

قلت تعارض قول أبي داود وقول ابن عدي في الكامل رواه هشام وشريك وجماعة معهما عن يزيد باسناده ، وقالوا فيه لم يعد يظهر ان شريكاً لم يتفرد برواية هذه الزيادة فسقط أيضاً بذلك كلام الخطابي لم يقل في هذا ثم لا يعود غير شريك لأن شريكاً قد توبع توقع عليها كما أخرجه الدارقطني عن اسماعيل بن زكريا ثنا يزيد بن أبي زياد نحوه أخرجه البيهقي في الخلافيات من طريق النضر بن شميل عن إسرائيل هو ابن يونس بن إسحاق عن يزيد بلفظ رفع يديه حذو أذنيه ثم لم يعد ، وأخرجه الطبراني في الأوسط من حديث حفص بن عمر ثنا حمزة الزيات كذلك وقال لم يروه عنه إلا حفص ، تفرد به محمد بن حرب .

فإن قلت تفرد به يزيد بن أبي زياد وهو ضعيف . قلت لا نسلم ذلك لأن عيسى بن عبد الرحمن رواه أيضاً عن ابن أبي ليلى فلذلك أخرجه الطحاوي إشارة إلى أن يزيد قد توقع في هذا ، وأما يزيد في نفسه فهو ثقة يقال جائز الحديث ، وقال يعقوب بن سفيان

هو وإن تكلم فيه لتغيره فهو مقبول القول عدل ثقة . وقال أبو داود ثبت لا أعلم أحداً ترك حديثه وغيره أحب إلي منه . وقال ابن معين[1] في كتاب الثقات . قال أحمد بن صالح يزيد ثقة ولا يعجبني قول من تكلم فيه . وخرج حديثه ابن خزيمة في صحيحه . وقال الساجي صدوق ، وكذا قال ابن حبان ، وخرج مسلم حديثه في صحيحه واستشهد به البخاري ، فإذا كان حاله كذلك جاز أن يحمل أمره على أنه حدث ببعض الحديث تارة وبجملة أخرى أو يكون قد نسي أولاً ثم ذكر .

فإن قلت إن عارضونا برواية ابراهيم بن بشار عن سفيان ثنا يزيد بن أبي زياد بمكة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء بن عازب قال رأيت رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع يديه ، وإذا أراد أن يركع ، وإذا رفع رأسه من الركوع . قال سفيان فلما أتيت الكوفة سمعته يقول يرفع يديه إذا افتتح الصلاة ثم لا يعود فظننت أنه يخيره . قلت هذا لا يخير لأنه لم يرو هذا المتن بهذه الزيادة غير ابراهيم بن بشار كذا قال الشيخ في الإمام عن الحاكم وابن بشار . قال النسائي فيه ليس بالقوي ، وذمه أحمد ذماً شديداً . وقال ابن معين ليس بشيء لم يكن كذب عند سفيان وما رأيت في يده قلماً قط ، وكان يحكي على الناس ما لم يقله سفيان ، وما رواه البخاري وابن الجارود بالوهم فجاز أن يكون وهم في هذا .

فان قلت قال ابن قدامة في المغني ما يلخصه حديث يزيد بن أبي زياد ضعف ولئن سلمنا فأحاديثنا ترجح عليه بصحة الإسناد وعند أكثر الرواة ، وظن الصدق في الكثير أقوى والغلط منهم أبعد والمثبت يخبر عن شيء شاهده ورواه ، والنافي لم ير شيئاً فلا يؤخذ بقوله ، ورواه حديثاً فصلوا في روايتهم ونصبوا في الرفع على الحالتين المختلف فيها ، والمخالف لهم عمم رواية المختلف فيه وغيره فيجب تقديم أحاديثنا لنصها وخصوصها على أحاديثهم العامة التي لا نص فيها كما يقدم الخاص على العام والنص على الظاهر المحتمل والسلف من الصحابة والتابعين تحملوا بها فدل ذلك كله على قولنا .

---

(١) في الأصل ابن ما يعين والصحيح ما أثبتناه .

قلت حديث ابن مسعود رضي الله عنه صحيح نص عليه الترمذي وغيره وما يذكره الرواة في الترجيح إنما يكون إذا كان راوي الخبر واحداً، وراوي الخبر الذي يتعارضه صفة اثنان أو أكثر فالذي نحن فيه روى عن جماعة عبد الله بن مسعود والبراء بن عازب وابن عباس وابن عمر وعباد بن الزبير رضي الله عنهم ، فحينئذ تساوت الأخبار في ظن الصدق بقولهم وبعدم الغلط ، ولا نسلم تقديم خبر المثبت على خبر النافي مطلقاً ، وإذا كان خبر النفي عن دليل يوجب العلم به يتساوى مع المثبت فتتحقق المعارضة بينهما ثم يجب طلب المخلص ، فان كان خبر النافي لا عن دليل يوجب العلم به يقدم خبر المثبت كما في حديث بلال أنه عليه الصلاة والسلام لم يصل في الكعبة مع حديث ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام صلى فيها عام الفتح ، فإنهم اتفقوا أنه عليه الصلاة والسلام ما دخلها يومئذ إلا مرة واحدة ، ومن آخر أنه لم يصل فيها فإنه لم يعتمد دليلاً موجباً للعلم لأنه لم يعاين صلاته فيها ، والآخر عاين ذلك ، وكان المثبت أولى من النافي .

وأما الذى نحن فيه عن دليل يوجب العلم به لأن ابن مسعود رضي الله عنه شاهد النبي ﷺ وعاينه أنه رفع يديه في أول تكبيرة ثم لم يعد فحينئذ تساويا في القوة والضعف ، فكيف يرجح الإثبات على النفي وكما أن الخاص يوجب الحكم فيما تناوله مطلقاً، فكذلك العام يوجب له فيما تناوله مطلقاً ، وكل واحد من الحديثين نص فكيف يقال والنص يقدم على الظاهر المحتمل وأحاديثنا أيضاً عمل بها السلف من الصحابة والتابعين وقد ذكرناه عن قريب .

فان قلت حديث ابن مسعود رضي الله عنه معترض فيه بما رواه الترمذى بسنده عن ابن المبارك قال لم يثبت عندى حديث ابن مسعود أنه عليه السلام لم يرفع يديه إلا في أول مرة ، وثبت حديث ابن عمر أنه رفع عند الركوع وعند الرفع وعند القيام من الركعتين. وقال المنذرى وعبد الرحمن لم يسمع من علقمة قاله . وقال الحاكم عاصم بن كليب لم يخرج حديثه في الصحيحين وكان يختصر الأحكام فيؤديها بالمعنى وان لفظة – ثم لا يعود –غير محفوظة قاله البيهقي عن الحاكم .

قلت عدم ثبوت الخبر عند ابن المبارك لا يمنع ثبوته عند غيره فقد قال الترمذي حديث ابن مسعود رضي الله عنه حديث صحيح وصححه ابن حزم في المحلى وهو يدور على عاصم ابن كليب وقد وثقه ابن معين ، وأخرج له مسلم ، فلا يسأل عنه للاتفاق على الاحتجاج به. وقول المنذري غير قادح فإنه عن رجل مجهول وهو قول عجيب لأنه تعليل برجل مجهول شهد على النفي ، وقال الشيخ في الإمام تتبعت هذا القائل فلم أجده ، وقد صرح في كتاب المتفق والمفترق في ترجمة عبد الرحمن هذا أنه سمع أباه وعلقمة وكذا قال في الكمال سمع عائشة وأباه وعلقمة بن قيس ، وعاصم بن كليب وثقه ابن معين ، وأنه من رجال الصحيح. وقول الحاكم أن حديثه لم يخرج في الصحيح غير صحيح فقد أخرج له مسلم حديثه عن أبي بردة عن الهذلي.

فإن قلت الحديث الذي ذكره المصنف فيه الحكم عن نعيم قال البخاري قال شعبة لم يسمع الحكم من نعيم إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها فهو مرسل وغير محفوظ ، لأن أصحاب نافع خالفوا وأيضاً فهم قد خالفوا هذا الحديث ولم يعتمدوا عليه في تكبيرات العيدين وتكبيرة القنوت.

قلت قول شعبة مجرد دعوى ولئن سلمنا فمرسل الثقات مقبول يحتج به ، كونهم لم يعتمدوا عليه في تكبيرات العيدين وتكبير القنوت لا توجب المخالفة لأن الحديث لا يدل على الحصر.

فإن قالوا هذا الحديث رواه غير واحد موقوفاً وابن أبي ليلى لم يكن بالحافظ. قلنا ابن أبي ليلى من كبار التابعين أدرك مائة وعشرين رجلاً من الصحابة رضي الله عنهم فان لم يعمل برفع مثله يعمل برفع من (١).

فان قلت حديث جابر بن سلمة لا يدل على ما ادعيتم لأنه لم يرو لما ذكرتم وإنما ورد لمنع الإشارة لأنهم كانوا يشيرون بأيديهم إلى الجانبين يرون بذلك السلام على من على الجانبين ،

---

(١) هكذا في الأصل والصحيح يعمل برفع مثله يعمل برفع من.

والدليل على رواية مسلم أيضاً عن جابر بن سمرة أنه قال كنا إذا صلينا مع رسول الله ﷺ قلنا السلام عليكم ورحمة الله السلام عليكم ورحمة الله ، وأشار بيده إلى الجانبين ، فقال رسول الله ﷺ السلام على ما تفعلون بأيديكم كأنها أذناب خيل شمس ، وإنما يكفي أحدكم أن يضع يده على فخذه ثم يسلم على أخيه من يمينه وشماله .

وقال النووي واحتجاجهم بحديث جابر بن سمرة من أعظم الأشياء وأقبح أنواع الجهالة بالسنة ، لأن الحديث لم يرو في رفع الأيدي في الركوع والرفع عنه، ولكنهم كانوا يرفعون أيديهم في حالة السلام من الصلاة ويشيرون بها إلى الجانبين يريدون بذلك السلام ، وهذا لا خلاف بين أهل الحديث ومن له أدنى اختلاط بأهل الحديث ، قال ومثله عن البخاري.

قلت في الحديث الأول إنكار لرفع اليد في الصلاة وأمر بالسكون فيها فكيف يحمل هذا على الإيماء باليد والإشارة بها بعد السلام كما في الحديث الثاني ، وليس فيه ذكر رفع الأيدي ولا الأمر بالسكون إذا أخرجوا من الصلاة بالسلام ، وحديث إنكار رفع اليدين والأمر بالسكون مقيد بداخل الصلاة ، وحديث إنكار الإيماء والإشارة بالأيدي مقيد بحال السلام الذي قد خرجوا به من الصلاة ، والمقيد بقيد لا يندرج تحته مقيد آخر بقيد آخر ، فالحديث الثاني غير الحديث الأول قطعاً ، فكيف يحمل هو فاتحة بيان يختلفان في الحكم الذي يحمل أحدهما على الآخر بلا دليل مع إنكار إفادتها تأييد بين منقلبين هو الذي أتى بأعظم الأشياء وأقبح أنواع الجهالة بالسنة ، على أن الثوري ومالك بن أنس شيخ إمام وأجيد بالحديث وأعلم بالسنة ، وقد رفع اليدين في الصلاة إلا عند التحريمة وهو رواية ابن القاسم عنه ورواية متقدمة على المالكية على جميع أصحابه حتى كانت القضاة بالضرب يكتبون في تقاليدهم أن لا يحكموا إلا برواية ابن القاسم الذي روى من الرفع محمول على الابتداء .

هذا جواب عما احتج به الشافعي من الذي روي من رفع اليدين في الركوع وفي الرفع سنة . وأراد بقوله – محمول على الابتداء – أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ كذا نقل عن ابن الزبير بن العوام رضي الله عنهما ، وابن الزبير من الأسماء العالية على بعض السلسة

المسلمين به كابن عمر وابن عباس والذي نقل عن ابن الزبير هو ما نقله البعض أن ابن الزبير رأى رجلا يرفع يديه في الصلاة عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع فقال له لاتفعل فان هذا شيء فعله رسول الله ﷺ ثم تركه قال ابن الجوزي في التحقيق زعمت الحنفية أن أحاديث الرفع منسوخة بحديثين رووا أحدهما عن ابن عباس رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يرفع يديه كلما ركع وكلما رفع ثم صار إلى افتتاح الصلاة وترك ما سوى ذلك .

والثاني رووه عن أبي الزبير أنه رأى رجلا يرفع يديه من الركوع فقال مه فان هذا شيء فعله رسول الله ﷺ ثم تركه وهذان الحديثان لا يعرفان أصلا وإنما المحفوظ عن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما خلاف ذلك فأخرج أبو داود عن ميمون ، لكن أنه رأى ابن الزبير وصلى بهم يشير بكفيه حين يقوم وحين يركع وحين يسجد ، قال فذهبت إلى ابن عباس فأخبرته بذلك فقال أن أحسب أنسطه إلى صلاة رسول الله ﷺ فاقتد بصلاة عبد الله بن الزبير ، ولو صح ذلك لم يصح دعوى النسخ لأن شرط الناسخ أن يكون أقوى من المنسوخ .

قلت قوله لا يعرفان أصلا لا يستلزم عدم معرفة أصحابنا هذا ودعوى النافي ليست بحجة على المثبت وأصحابنا أيضاً ثقات لا يرون الإحتجاج بما لم يثبت عندهم صحته ، لأن هذا أمر الدين فالمسلم لا يستهزىء فيه ، ويؤيد ما روي من عدم الرفع عند الركوع وعند الرفع منه ما رواه الطحاوي رحمه الله حديث ابن أبي داود قال أنبأ أحمد بن عبد الله بن يونس قال ثنا أبو بكر بن عياش عن حصين عن مجاهد قال صليت خلف ابن عمر رضي الله عنه فلم يكن يرفع يديه في التكبير الأول من الصلاة . قال الطحاوي فهذا ابن عمر قد رأى النبي ﷺ يرفع ثم ترك هو الرفع بعد النبي عليه الصلاة والسلام فلا يكون ذلك إلا وقد ثبت عنده نسخ ما قد كان رأى النبي ﷺ فعله ، وإسناد ما رواه الطحاوي صحيح وأخرجه أيضاً ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا أبو بكر بن عباس عن مجاهد قال ما رأيت ابن عمر يرفع يديه إلا في أول ما يفتتح .

فان قلت هذا حديث مسند لأن طاووساً قد ذكر أنه رأى ابن عمر يفعل ما يوافق ما روى عنه عن النبي ﷺ من ذلك ، قلت يجوز أن يكون ابن عمر فعل ما رواه طاووس يفعلها قبل أن تقوم الحجة عنده بنسخه ، ثم قامت الحجة عنده بنسخة فيه له وفعل ما ذكره عنه مجاهد وهكذا ينبغي أن يحمل ما روي عنهم وينفي عنهم الوهم حتى يتحقق ذلك ، ولا يكثر أكثر الروايات .

وأما الجواب عن أحاديث الخصم فنقول .

أما حديث ابن عمر رضي الله عنهما فانه روى عنه خلاف ذلك فقال الطحاوي أما ابن أبي داود إلى آخر ما ذكرناه الآن .

وأما حديث أبي حميد الساعدي ، فان أبا داود وقد أخرجه من وجوه كثيرة أحدها عن أحمد بن حنبل ، وليس فيه ذكر رفع اليدين عند الركوع والطريق الذي فيه عبد الحميد بن جعفر عن محمد بن عمرو بن عطاء قال سمعت أبا حميد في عشر من أصحاب النبي ﷺ .. الحديث ، وعبد الحميد عندهم ضعيف فكيف يحتجون به في مثل هذا الموضع في معرض الاحتجاج على خصمهم ، وقالوا عبد الحق مطعون في حديثه ، روي ذلك عن يحيى بن معين وهو إمام في هذا الباب .

فان قلت عبد الحميد من رجال [1] مسلم ، واحتجت به الأربعة واستشهد به البخاري في الصحيح ، وعن أحمد ويحيى وثقه . قلت إن سلمنا ذلك ولكن الحديث معلول بحجة أخرى وهو محمد بن عمرو بن عطاء لم يسمع هذا الحديث من أبي حميد بن عدي ولا ممن ذكر معه في هذا الحديث مثل أبي قتادة وغيره ، وذلك لأن سنده لا يحتمل ذلك لأن أبا قتادة قتل مع علي رضي الله عنه وصلي عليه كذا قال الهيثم بن عدي . وقال ابن عبد البر هو الصحيح ، وقيل توفي بالكوفة سنة ثمان وثلاثين ، ومحمد بن عمرو بن عطاء توفي في خلافة وليد بن يزيد بن عبد الملك وكانت خلافته في سنة خمس وعشرين ومائة ، ولهذا قاله ابن حزم ولعله وهم يعني عبد الحميد .

(١) في الأصل رجل .

فان قلت قال البيهقي في المعرفة حكم البخاري في تاريخه أنه سمع أبا حميد وأبا قتادة وابن عباس رضي الله عنهم ، وقوله – قتل مع علي – رواية شاذة رواه الشعبي، والصحيح الذي أجمع عليه أهل التاريخ أنه بقي إلى سنة أربع وخمسين، ونقله عن الترمذي والواقدي والليث وابن منده .

قلت القائل بأنه لم يسمع من أبي حميد هو بين الحجة في هذا الباب ، وهو قول الهيثم ابن عدي ، وهذا صححه ابن عبد البر ، فكيف يقول البيهقي هذه رواية شاذة ، فلم لا يجوز أن تكون رواية البخاري شاذة بل هي شاذة بلا شك ، لأن قوله لا يرجح على قول الشعبي والهيثم بن المنذري ، وفي هذا الحديث علة أخرى وهي أن بين محمد بن عمرو بن عطاء وبين أبي حميد رجل مجهول بين ذلك الطحاوي فقال حدثنا سهيل بن سليمان ثنا يحيى وسعيد بن أبي مريم قال ثنا عطاء وابن خالد قال حدثنا محمد بن عمرو بن عطاء قال حدثنا رجل أنه وجد عشرة من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام جلوساً .. الحديث . وعطاء وثقه ابن معين وعنه صالح وليس بـــه بأس . وقال أحمد من أهل مكة ثقـــة صحيح الحديث .

والدليل على أن بينهما واسطة أبي حاتم بن حبان أخرج هذا الحديث في صحيحه من طريق عيسى بن عبد الله عن محمد بن عمرو بن عطاء عن عباس بن سهل الساعدي أنه كان في مجلس فيه أبوه وأبو هريرة أبو أسل وأبو حيد الساعدي . الحديث ، وذكر المزني ومحمد ابن طاهر القدسي في أطرافها عن أبي داود أخرجه من هذا الطريق ، فظهر من ذلك أن هذا الحديث منقطع ومضطرب السند والمتن أيضاً .

وأما حديث أبي هريرة فإنه من طريق اسماعيل بن عباس عن صالح بن كيسان وهم لا يجعلون اسماعيل فيما روى عن غير الشاميين حجة ، فكيف يحتجون على خصمهم بما لو احتج بمثله عليهم لم يسوغني إياه ، وقال وحتم اسماعيل في الشاميين غاية وخلط عن المدنيـــين وقال النسائي ضعيف . وقال ابن حبان كثير الخطأ في حديثه ، فخرج عن حد الإحتجاج به . وقال ابن خزيمة لا يحتج به .

وأما حديث وائل بن حجر فقد ضاده ما رواه ابراهيم النخعي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم انه لم يكن رأى النبي ﷺ نقل مما ذكرنا من رفع اليدين من غير تكبيرة الإحرام فعبد الله أقدم صحبة لرسول الله ﷺ وأفهم بأفعاله من وائل ، وقد كان رسول الله ﷺ يحب أن يليه المهاجرون ليحفظوا عنه ، وكان عبد الله أكثر الولوج على رسول الله ﷺ ، ووائل بن حجر أسلم في المدينة في سنة تسع من الهجرة وبين إسلاميهما إثنان وعشرون سنة ، فحينئذ حفظ ابن مسعود رضي الله عنه ما لم يحفظه وائل وأمثاله ، ولهذا قال ابراهيم للمغيرة حين قال إن وائلا حدث أنه رأى النبي ﷺ يرفع يديه إذا افتتح الصلاة ، وإذا ركع ، وإذا رفع رأسه من الركوع ، إن كان وائل رآه مرة يفعل ذلك فقد رآه عبد الله خمسين مرة لا يفعل ذلك .

فإن قلت ما ذكرتموه عن ابراهيم لم يدرك عبد الله لأن عبد الله توفي سنة اثنين وثلاثين من الهجرة بالمدينة ، وقيل بالكوفة وولد ابراهيم سنة خمسين كما صرح به ابن حبان .قلت كانت عادة ابراهيم إذا أرسل حديثاً عن عبد الله لم يرسله إلا بعد صحة عنده من الرواة عنه بعد تكاثر الرواة عنه ، ولا شك أن خبر الجماعة أقوى من خبر الواحد وأولى .

وأما حديث علي رضي الله عنه المذكور فقد روي عنه ما ينافيه ويعارضه أيضاً ، فإن عاصم بن كليب روى عن ابيه أن علياً رضي الله عنه كان يرفع يديه في تكبيرة من الصلاة ثم لا يرفعه فقد رواه الطحاوي وأبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه ، ولا يجوز لعلي رضي الله عنه أن يرى النبي ﷺ يرفع ثم يترك هو الرفع بعده ، ولا يجوز ذلك إلا وقد ثبت عنده نسخ الرفع في تكبيرة الإحرام لأن هذا هو حسن الظن بالصحابة ، وحديث عاصم بن كليب صحيح على شرط مسلم .

وفي سنن أبي بكر بن أبي شيبة عن عبد الله بن المبارك عن الأعمش عن الشعبي أنه كان يرفع يديه في أول تكبيرة ثم لا يرفعها فيما بقي . وعن شعبة عن أبي إسحاق قال كان أصحاب عبد الله وأصحاب علي رضي الله عنهم لا يرفعون أيديهم إلا في افتتاح الصلاة .
وقال وكيع ثم لا يعودون ، وعن ابراهيم أنه كان يقول إذا كبرت في فاتحة الكتاب

وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى وجلس عليها ونصب اليمنى نصباً ، ووجه أصابعه نحو القبلة ،

---

فارفع يديك ثم لا ترفعها فيما بقي وبغيره عن ابراهيم لا ترفع يديك إلا في افتتاح الأولى . وعن طلحة عن خيثمة كان لا يرفع يديه إلا في بدء الصلاة . وعن يحيى بن سعيد عن اسماعيل كان قيس يرفع يديه أول ما يدخل في الصلاة ثم لا يرفعها . وعن مسلم الجهني قال كان ابن أبي ليلى يرفع يديه في أول شيء إذا كبر ، قال عبد الملك ورأيت الشعبي وابراهيم وأبا إسحاق لا يرفعون أيديهم إلا حين يفتتحون الصلاة ، ذكر ذلك كله أبو بكر بن أبي شيبة . ويحكى في المبسوط أن الأوزاعي لقي أبا حنيفة في المسجد الحرام فقال ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند رفع الرأس من الركوع ، وقد حدثني الزهري عن سالم عن ابن عمر أنه ﷺ كان يرفع يديه عندهما ، فقال أبو حنيفة حدثني حماد عن ابراهيم النخعي عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ان النبي عليه الصلاة والسلام كان يرفع يديه عند تكبيرة الإفتتاح ثم لا يعود . قال عجباً من أبي حنيفة أحدثه بحديث الزهري عن سالم وهو يحدثني بحديث حماد عن ابراهيم ، فأشار إلى علو إسناده .

فقال أبو حنيفة أما حماد فكان أفقه من الزهري ، وأما ابراهيم فكان أفقه من سالم ، ولولا سبق ابن عمر لقلت بأن علقمة أفقه منه . أما عبد الله فرجح بفقه رواته فسكت الأوزاعي رحمه الله .

قلت لأبي حنيفة ترجيح آخر وهو أن ابن عمر راوي الحديث في الرفع كان لا يرفع إلا عند الإحرام للوجه الذي ذكرناه .

( وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى ) وفي المبسوط يجعلها بين إليتيه ( وجلس عليها ونصب اليمنى ) أي رجله اليمنى ( نصباً ووجه أصابعه نحو القبلة ) وباطنها على الأرض في القعدتين ، قال الترمذي والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم وبه قال الثوري وابن المبارك والحسن بن حي وأهل الكوفة ، وقال مالك يجلس متوركاً فيهما ويفضي بإليتيه إلى الأرض وينصب رجله اليمنى ويثني اليسرى كجلوس

## هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله ﷺ في الصلاة وضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه وتشهد ،

المرأة وكذا بين السجدتين . والشافعي أخذ بقولنا في التشهد الأول ويقول بقول [1] مالك في الأخير . وقال مالك يتورك في كل تشهد أول وثان ، وعند الشافعي في كل تشهد بعقبه السلام ولا يتورك عند أحمد في الصبح والجمعة والعيدين ، وعند الشافعي يتورك .

( هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله ﷺ في الصلاة ) توصيف عائشة قعود رسول الله ﷺ في صلاته في حديث أخرجه مسلم عن أبي الجوزاء عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يفتتح الصلاة بالتكبير والقراءة بالحمد لله رب العالمين .. الحديث ، وفيه كان يفترش رجله اليسرى وينصب رجله اليمنى إلى آخره .

قوله – يفترش – بفتح الياء وضم الراء هو المشهور . قال النووي وضبطه صاحب مشارق الأنوار بكسر الراء ، وذكره أبو حفص بن أعلى في لحن العوام ، وروى أبو داود والنسائي وأحمد عن وائل بن حجر أنه نظر إلى رسول الله ﷺ يصلي فسجد ثم قعد فافترش رجله اليسرى ونصب اليمنى .

وروى أحمد من حديث رفاعة بن رافع أنه عليه الصلاة والسلام قال للاعرابي فإذا جلست فاجلس على رجلك اليسرى .

وروى النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال من سنة الصلاة أن ينصب القدم اليمنى واستقباله بأصابعها القبلة والجلوس على اليسرى .

( قال ) أي القدوري ( ووضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه ) وعن محمد رحمه الله في غير رواية الأصول السنة أن يضع اليمنى على فخذه الأيمن ، وكفه اليسرى على فخذه الأيسر . وقال الطحاوي يضع يديه على ركبتيه كما في حالة الركوع . وعن محمد ( رح ) ينبغي أن يكون أطراف الأصابع عند الركبة ( وتشهد ) أي قرأ التحيات إلى آخره

(١) كلمة بقول ساقطة من الأصل .

ويروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولأن فيه توجيه أصابع يديه إلى القبلة ، فإن كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى وأخرجت رجليها من الجانب الأيمن لأنه أستر لها ،

---

وسمى هذه الثناء تشهداً إطلاقاً لاسم البعض على الكل ، لأن فيه ذكر الشهادتين كما في الأذان فإنه في الحقيقة حي على الصلاة حي على الفلاح مع إطلاق الأذان على الكل .

( ويروى ذلك في حديث وائل بن حجر رضي الله عنه ) ذلك إشارة إلى وضع اليدين على الفخذين ، وبسط الأصابع ، وقراءة التشهد باعتبار المذكور ، ولكن ليس كل ذلك في حديث وائل بن حجر وقد تقدم حديثه .

فإن قلت فعلى هذا لا يتم استدلال المصنف بهذا . قلت أما وضع اليدين على الفخذين في صحيح مسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنه ، إلا أن فيه كان قبض أصابعه ، وأما بسط الأصابع فليس في حديث وائل ، وإنما فيه أن يعقد أصابعه ويحلق حلقة الإبهام والوسطي . قال الفقيه أبو جعفر هكذا روي عن أبي حنيفة ( رح ) وقول المصنف - وبسط أصابعه - مخالف لما في حديث وائل ، وكذلك ما ذكره صاحب المحيط ، وعن محمد أنه يضع يديه على فخذيه لأن فيه توجه الأصابع إلى القبلة أكثر . وعن بعضهم أنه يفرق أصابعه وهذا كله مخالف لما في حديث وائل .

( ولأن فيه ) أي في بسط الأصابع على الفخذين ( توجيه أصابع يديه إلى القبلة ) هذا ظاهر وما رأيت أحداً من الشراح استقصى بيان هذا الموضع ، لا من جهة الحديث الذي هو العمدة في الاستدلال ، ولا من جهة صحة المنقول عن الأصحاب في هذا الموضع .

( فإن كانت امرأة ) ذكره بالفاء التفريعية لأنه ذكر أولاً صفة جلوس الرجل في القعدة ثم عقب ذلك ببيان صفة جلوس المرأة ، وضبط بعضهم امرأة بالنصب فوجهه أن يكون التقدير ، فإن كانت المصلية امرأة والأوجه على أن تكون كانت ناقصة .

وقوله - جلست - جواب ان في الوجهين ( جلست على إليتها اليسرى وأخرجت رجليها من الجانب الأيمن لأنه أستر لها ) لأن مراعاة فرض الستر أولى من مراعاة سنية

القعدة . وفي المرغيناني وجهت ما فيها ، وكانت أم الدرداء تجلس كالرجل ، وكانت فقيهة ، ذكره ابن بطال ، وهو قول النخعي ومالك ومن الصحابة أنس رضي الله عنـــه ، وكانت صفية ونساء ابن عمر رضي الله عنهم يجلسن متربعات ، لأن ذلك أستر لهن . وعن سلمة الأمة كالرجل في رفع اليد ، وكالحرة في الركوع والسجود والقعود .

( والتشهد التحيات لله ) أي التشهد الذي هو جزء أطلق عليه الكل ، قراءة التحيات هذا ، وهو جمع تحية من حي يحيى تحية . وعن الليث معان الأول البقاء من قولهم حيــاك الله ، أي أبقاك الله ، روي ذلك عن الأزهري ، الثاني الملك أي الملك لله من قولهم حياك الله أي ملك الله ، وروى ذلك الأزهري عن أبي علي . الثالث السلامة من الآفات كما قاله خالد بن يزيد . الرابع السلام على الله من قولهم حياك الله أي سلام الله عليــــك . قال الاترازي فيه نظر عندي لأنه ﷺ نهى عن صدر حديثي ابن مسعود رضي الله عنه عن أن يقال السلام على الله .

قلت وجه النهي أن السلام اسم من أسماء الله تعالى ، فمن هذا الوجه لا يوجــه القول بالسلام على الله ، وأما إذا قصد معنى السلامات من الآفات والزوالات والعوارض لله تعالى فلا يبعد .

فإن قلت ما معنى الجمع فيه . قلت لأنه كان في الأرض ملوك يحيون بتحيات مختلفة فيقال لبعضهم أبيت اللعن ، ولبعضهم أسلم وأنعم صباحاً ، ولبعضهم عش الف سنـة ، فقيل لنا قولوا التحيات لله أي الألفاظ التي تدل على الملك والبقاء والسلامة عن الآفات لله عز وجل ، نقل ذلك عن العقبي وعن الخطابي . روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه في تفسير التحيات لله والصلوات والطيبات . فقيــــل هي أسماء الله السلام المؤمن المهيمن الحي القيوم العزيز الأحد الصمد ، قال التحيات لله بهــــذه الأسماء وهي الطيبــــات لا يحيى به غيره .

( والصلوات ) أي الأدعية وهي جمع صلاة وهي الدعاء الذي أصل معنـــاه هذا في كلام العرب ، وفي المغربين الصلاة رحمة ، قال الله تعالى ﴿ ان الله وملائكته يصلون على

والطيبات السلام عليك أيها النبي إلى آخره ، وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فانه قال أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي

---

النبي يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً ﴾ ٥٦ الأحزاب ، أي يترحمون . وعن الأزهري الصلاة من الملائكة دعاء واستغفار ومن الله رحمة . وعن ابن المبارك في قوله ﴿ أولئك عليهم صلوات من ربهم ﴾ ١٥٧ البقرة ، أي رحمات ، وقوله في التشهد التحيات لله والصلوات أي الثناء الحسن والحمد والتسبيح لله تعالى .

( والطيبات ) أي الطيبات من الكلام مصروفات إلى الله تعالى. وعن الليث وأحسن الكلام وأفضله لله تعالى ، وعن مشايخنا الفقهاء التحيات لله أي العبادات القولية لله تعالى لا يستحقها غيره ، والصلوات أي العبادات البدنية لله تعالى ، والطيبات أي العبادات المالية لله تعالى ، يعني الجميع لله تعالى لا يستحقها غيره . وهذا على مثال من يدخل على الملوك يقدم السلام والثناء أولاً ، ثم يقوم في الخدمة ، ثم يبذل المال .

( السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته إلى آخره ) هذا من الله تعالى على نبيه عليه السلام ليلة المعراج فإنه ﷺ لما قال التحيات لله والصلوات والطيبات ، رد الله تعالى من مقابلته بقوله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته والزيادة ، ولما زاد عليه السلام بهذه الألفاظ أشرك النبي ﷺ أمته فيه بقوله السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، ثم لما سمعت الملائكة بذلك فرحوا وقالوا أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

وذكر زين الأئمة الفرودي في ثواب العبادات عن النبي ﷺ أنه قال لما عرج بي ليلة المعراج إلى السماء أمرني جبريل ﷺ أن أسلم على ربي فقلت كيف أسلم، فقال قل التحيات لله والصلوات والطيبات ، قال قلت فقال جبريل ﷺ ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، فقلت السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، فقال جبريل ﷺ أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

( وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فإنه قال أخذ رسول الله ﷺ بيدي

وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن ، وقال قل التحيات لله إلى آخره ، والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس

وعلمني التشهد كما [1] يعلمني سورة من القرآن ، وقال قل التحيات لله إلى آخره ) تشهد ابن مسعود رضي الله عنه أخرجه الأئمة الستة عن ابن مسعود واللفظ لمسلم ، قال علمني رسول الله ﷺ التشهد كما يعلمني السورة من القرآن ، فقال إذا قعد أحدكم في الصلاة فليقل التحيات لله والصلوات والطيبات ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، فإذا قالها أصابت كل عبد صالح في السماء والأرض ، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله . زاد في رواية الترمذي وابن ماجة ليتخير أحدكم من الدعاء أعجبه اليه فيدعو به .

( والأخذ بهذا ) أي بتشهد ابن مسعود رضي الله عنه ( أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما ) ولهذا قال الترمذي أصح حديث عن النبي عليه الصلاة والسلام في التشهد حديث ابن مسعود رضي الله عنه والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم ثم أخرج عن معمر عن حفص قال رأيت النبي ﷺ في المنام فقلت له ان الناس قد اختلفوا في التشهد ، فقال عليك بتشهد ابن مسعود رضي الله عنه .

وأخرج الطبراني في معجمه عن بشير بن المهاجر عن ابن بزيدة عن أبيه قال ما سمعت من التشهد أحسن من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ، وذلك لأنه رفعه إلى النبي ﷺ ، ووافق ابن مسعود في روايته عن النبي ﷺ في هذا التشهد جماعة من الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ، فمنهم معاوية وحديثه عند الطبراني في معجمه أخرجه عن اسماعيل بن عباس عن جرير بن عثمان عن راشد بن سعد عن معاوية بن أبي سفيان رضي الله عنه أنه كان يعلم الناس التشهد وهو على المنبر عن النبي ﷺ التحيات لله والصلوات والطيبات .. الخ سواه .

ومنهم سلمان الفارسي رضي الله عنه وحديثه عند البزار في مسنده والطبراني في

---

(١) سقطت كلمة – كان – من الأصل .

## وهو قوله التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمةالله وبركاته سلام علينا .. إلى آخره

معجمه أيضاً عن سلمة بن الصلت عن عمر بن يزيد الأوري عن أبي راشد قال سألت سلمان الفارسي رضي الله عنه عن التشهد ، فقال أعلمكم كما علمني رسول الله ﷺ ، التحيات لله والصلوات والطيبات .. الخ سواء .

ومنهم عائشة رضي الله عنها وحديثها عند البيهقي في سننه عن القاسم عنها قالت هذا تشهد النبي ﷺ التحيات لله .. الخ . وقال النووي في الخلاصة إسناده جيد .

( وهو قوله ) أي تشهد ابن عباس هو قوله ( التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله السلام [1] عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله [2] الخ ) تشهد ابن عباس أخرجه الجماعة إلا البخاري عن سعيد بن جبير وطاووس عن ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن ، وكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

وها هنا تشهد آخر لأبي موسى الأشعري ، وتشهد لجابر ، وتشهد لعمر بن الخطاب رضي الله عنهم ، وتشهد أبي موسى رضي الله عنه أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة عن عطاء بن عبد الله الرقاشي عن أبي موسى قال خطبنا رسول الله ﷺ ، وبين أن خطبنا وعلمنا صلاتنا فقال إذا صليتم فكان عند القعدة فليكن من أول قول أحدكم التحيات الطيبات الصلوات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

الرابع تشهد جابر ، أخرجه النسائي وابن ماجة عن ابن سائل ثنا أبو الزبير عن جابر قال كان رسول الله ﷺ يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن بسم الله وبالله التحيات لله

---

(١) هكذا في الأصل وفي المتن - سلام - بالتنكير .

(٢) - وعلى عباد الله - زيادة عن المتن.

والصلوات والطيبات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، أسأل الله الجنة وأعوذ بالله من النار . رواه الحاكم في مستدركه وصححه ، وضعفه جماعة من الحفاظ أجل من الحاكم وأتقى منهم البخاري والترمذي والبيهقي ، وقال الترمذي سألت البخاري فقال هو خطأ .

والخامس تشهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه رواه مالك في الموطأ أخبرنا الزهري عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القاري أنه سمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو على المنبر ويعلم الناس التشهد يقول قولوا التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله ، السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، وهذا إسناد صحيح .

والسادس تشهد ابن عمر رواه الطحاوي ، بسم الله التحيات لله والصلوات لله الزاكيات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته ، السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين ، شهدت أن لا إله إلا الله شهدت أن محمداً رسول الله .

السابع تشهد علي رضي الله عنه ذكره الكرخي ، التحيات لله والصلوات والطيبات العاودات الزاكيات .

والثامن تشهد ثمرة ، التحيات الطيبات الصلوات ، السلام والملك لله .

والتاسع تشهد ابن الزبير ، بسم الله وبالله خير الأسماء التحيات الصلوات الطيبات لله أشهد أن لا إله إلا الله .

( لأن فيه الأمر وأقله الاستحباب ) هذا شروع في تشهد ابن مسعود ، أي لأن في تشهد ابن مسعود صيغة الأمر ، وهو قوله عليه السلام قل التحيات لله إلى آخره ، وللأمر مراتب وأقلها الاستحباب ، ولترجيح تشهد ابن مسعود وجوه كثيرة ، الأول هو ما ذكره .

والثاني هو قوله ( والألف واللام ) أي ولأن فيه الألف واللام وهو معطوف على قوله

وهما للاستغراق ، وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام ، كما في القسم وتأكيد التعليم .

---

الأمر فلذلك نصب ( وهمـــا للاستغراق ) أي والألف واللام لاستغراق الجنس ، وسلام بدون الألف واللام نكرة .

والثالث فيه زيادة أشار اليه بقوله ( زيادة الواو ) أي واو العطف فبهـــا يصير كل كلام على حدة ، لأن العطف للمغايرة ، وبغير الواو يصير الكل ثناء واحداً بعضه صفـــة بعض ( وهي ) أي الواو ( لتجديد الكلام ) أي الإستئنافية يعني أن الكل لفظ ثنـــاء بنفسه ( كما في القسم ) يعني إذا قال الرجل والله الرحمن الرحيم يكون يمينــاً واحدة ، وإذا قال والله والرحمن والرحيم ثلاث واوات يكون ثلاثة أيمان .

والرابع فيه التأكيد أشار اليه بقوله ( وتأكيد التعليم ) بنصب تأكيد أي ولأن فيه تأكيد التعليم وهو قوله – علمني التشهد كما يعلمني سورة من القرآن – وهذه الوجوه الأربعة التي ذكرها المصنف . وها هنا وجوه أخر الأول فيه الأخذ باليد فان أبا حنيفة قال أخذ حماد بيدي فقال حماد أخذ ابراهيم بيدي وقال ابراهيم أخذ علقمة بيدي وقال علقمـــة أخذ ابن مسعود رضي الله عنه بيـــدي وقال ابن مسعود أخـــذ رسول الله ﷺ بيدي وعلمني التشهد .

الثاني أنه علق تمام الصلاة به ، فدل على أن التمام لا يوجد بدونه .

الثالث ان تشهد ابن مسعود رضي الله عنه أحسن إسناداً كذا قال أئمة الحديث وهم يجمعون عليه ، وقد ذكر في الصحيحين .

الرابع إن عامة الصحابة أخذوا به فانه روى أن أبا بكر رضي الله عنـه علم الناس على منبر رسول الله ﷺ تشهد ابن مسعود رضي الله عنه وهكذا روى سلمان الفـارسي وجابر ومعاوية رضي الله عنهم .

الخامس ان في تشهد غيره نقصاناً .

السادس تقديم اسم الله تعالى فانه إذا تقدم على الممدوح في ابتداء الكـلام ومتى أخر

كان مجملاً وإزالة الإجمال بأول الكلام أولى .

السابع ان التحيات عام شمل كل رتوبة الصلاة وغيرها وذلك عند وجود الواو ، فان كان بغير الواو صارت الصلاة مخصصة أوما ماله فلا يكون عاماً .

الثامن أنه موافق للقياس لأنه ذكره ممتد مشروع في آخر طرفي الصلاة فيكون بالواو كالاستفتاح اعتباراً لآخر المذكورين للآخر .

التاسع ليس فيه اضطراب ولا وقف ، وحديث ابن عباس رضي الله عنه مضطرب جداً وهو أن مسلماً وأبا داود روياه مثل ما ذكرنا والترمذي ذكر السلام منكراً ، والشافعي وأحمد روياه مثل الترمذي وقالا وان محمداً ولم يذكرا وأشهد ، وروى ابن ماجة كمسلم لكنه قال وأشهد ان محمداً عبده ورسوله والنسائي كمسلم ، لكنه صح نكر السلام ، وقال وان محمداً عبده ورسوله ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح غريب وهو موقوف أيضاً . قال الطحاوي رواه ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس موقوفاً ، والذي رواه مرفوعاً أبو الزبير ولا يكافي الأعمش ولا منصور ولا مغيرة ولا أشباههم ممن روى حديث ابن مسعود .

العاشر فيه تشهد به عبد الله على أصحابه حين أخذ عليهم بالواو والألف واللام ليوافق لفظ رسول الله ﷺ ، وقال عبد الرحمن بن يزيد كنا نحفظ عن عبد الله التشهد كما نحفظ حروف القرآن ، وهذا يدل على ضبطه ولا يوجد مثله بغيره ، فصارت الوجوه في ترجيح تشهد ابن مسعود رضي الله عنه أربعة عشر وجهاً .

فان قلت قالت الشافعية تشهد ابن عباس رضي الله عنه الذي اختاره الشافعي رواه مسلم . قلت ليس الأمر كما زعموا لأن مسلماً روى السلام معرفاً في الكتابين ، ومذهبهم تنكير فيهما . ورواية الترمذي والشافعي وأحمد ولم يخرجه لذلك أخذ ممن التزمه إخراج الصحيح في كتابه ، فكيف يعارض الجمع على صحة مثل هذا .

فان قلت قالوا فيه زيادة المباركات ، وهي موافقة للفظة القرآن في قوله تعالى ﴿ تحية

ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله ﷺ التشهد في وسط الصلاة وآخرها ، فان كانت وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد ، وإذا كان آخر الصلاة دعا لنفسه بما شاء .

---

من عند الله مباركة طيبة ﴾ . قلت في حديث جابر رضي الله عنه زيادات ، فان كانت علة الترجيح هي الزيادات ، فحديث جابر أولى .

فان قلت حجة البيهقي بتعليم النبي عليه السلام لابن عباس رضي الله عنه وهو حديث أنس متأخر عن تعليم ابن مسعود رضي الله عنه . قلت هذا لا شيء ، لأن أحداً من الفقهاء وأهل الأثر لم يقل بترجيح رواية ابن عباس والعبادلة صغار الصحابة وأحدثهم على رواية أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وغيرهم من كبار الصحابة رضي الله عنهم عند التعارض ويجوز أن يكون تعليم ابن مسعود رضي الله عنه بعد تعليم ابن عباس رضي الله عنه ، ولا يلزم من صغر سنه تأخر تعلمه وسماعه من غيره ، وقد أخذوا برواية غيره وتركوا روايته في عدة مواضع . منها أنهم أخذوا الحديث عن أبي قتادة في القراءة في الظهر والعصر ، ورجحوه على رواية ابن عباس رضي الله عنه .

( ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى ) أي لا يزيد المصلي على التشهد المذكور في القعدة الأولى من الثلاثية والرباعية ، وبه قال أحمد وإسحاق ، وهذا مذهب عطاء والشعبي والنخعي والثوري في القديم . وعن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا تشهد قال بسم الله خير الأسماء ، وعن أبتر أنه أباح الدعاء فيه بما بدا له وقال زدت فيه وحده لا شريك له . وقال أيوب وسعيد وهشام يقول عمر في التسمية ، وبه قال مالك وأهل المدينة . وقال الشافعي في الجديد يصلي على النبي ﷺ فيه وفي الصلاة على الأول خلاف عندهم .

( لقول ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله ﷺ التشهد في وسط الصلاة وآخرها ، فإن كانت وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد ، وإذا كان في آخر الصلاة دعا لنفسه ما شاء ) من الدعاء الحديث ، رواه أحمد في مسنده من حديث ابن مسعود أنه قال علمني رسول الله ﷺ .. الخ ، وهذا حجة على الشافعي فيما ذهب اليه .

فإن قلت روي عن أم سلمة رضي الله عنها من حديث النبي ﷺ أنه قال في كل ركعتين تشهد وسلام على المرسلين . وعلى من يتبعهم من عباد الله الصالحين . قلت هـذا محمول على التطوع إذا كل شفع منه صلاة على حدة .

قوله – وإن كان في آخر الصلاة – إلى آخره لما روى البخاري ومسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال إذا فرغ أحدكم من التشهـد الأخير فليتعوذ بالله من أربع من عذاب جهنم ، ومن عذاب القبر ، ومن فتنة المحيا والممات ، ومن شر فتنة المسيح الدجال .

فروع هل يشير بالمسبحة إذا انتهى إلى قوله – أشهد أن لا إله إلا الله – فقال بعض مشايخنا لا يشير لأن في الإشارة زيادة لا يحتاج اليها فيكون تركـه أولى . وفي المنيـة والواقعات وعليه الفتوى . وفي الذخيرة وهو ظاهر الرواية . وقال بعضهم يشير وبـه قال الشافعي . وفي الفتاوى لا إشارة في الصلاة إلا عند الشهادة والتشهد وأنـه حسن . وفي الذخيرة لم يذكر محمد الإشارة في الأصل وذكر محمد في غير رواية الأصول حديثـاً أنه عليه السلام كان يشير ، قال محمد نصنع بصنع النبي عليه السلام قال وهو قول أبي حنيفة ومثله في المحيط وفي الفتاوى . قال أبو بكر بن سعيد الإشارة عنـد قوله أشهد أن لا إله إلا الله حسن .

واتفق الأئمة الثلاثة على أصل الإشارة بالمسبحة ، ثم كيف يشير يقبض خنصره والتي تليها ، ويحلق الوسطى بالإبهام ويقيم السبابة ويشير بها هكـذا ، روى الفقيـه أبو جعفر أنه عليه السلام فعله هكذا وهو أحد وجوه قول الشافعي ، وفي تتمة أصحاب الشافعي لما في كيفيه قبض الأصابع ثلاثه أقوال ، أحدها أنه يقبض الأصابع كلها إلا المسبحـة ويشير بها ، فعلى هذا في كيفية القبض وجهان أحدهما يقبض كأنه يعقد ثلاثـة وخمسين وهو رواية ابن عمر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام والثاني يقبض كأنه يعقد ثلاثـة وعشرين ، وهو رواية ابن الزبير عن النبي عليه السلام .

والثاني أنه يقبض الخنصر والبنصر والوسطى ويرسل الإبهام والمسبحة ، وهذه رواية أبي حميد الساعدي عن النبي عليه السلام .

قال ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها لحديث أبي قتادة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب ،

---

والقول الثالث أنه يقبض الخنصر والبنصر ويحلق الوسطى والإبهام ويرسل المسبحة ، وهذه رواية وائل بن حجر عنه ﷺ وهذه الأخبار تدل على أن فعله ﷺ كان يختلف فكيف ما فعل أجزأه ، ولو ترك لا شيء عليه . وفي المجتبى العمل بهما أولى من الترك ، ويكره أن يشير بالسبابة من اليدين لقوله ﷺ أحد أحد ولا يستحب تحريك الأصابع وعن بعضهم يقيم اصبعيه عند قوله لا إله ويضعها عند قوله إلا الله ليكون النصب كالنفي والوضع كالإثبات والمسبحة بكسر الباء سميت بها لأنها يشار بها إلى التوحيد ، ويقال لها السبابة أيضاً لأنهم كانوا يشيرون بها إلى السب في الخصومات ونحوها .

( قال ) أي القدوري ( ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها ) ولا يضم السورة معها فيها وبه قال الشافعي على الأظهر ، وهو قول أحمد لكن قراءة الفاتحة عندهما واجبة . وعند مالك تجب في كل ركعة على الأظهر ، وهو قول أحمد في الرواية المشهورة ، وفي الأكثر في رواية وبه قال إسحاق ، وقال المغيرة تجب ويكفي وجودها في ركعة واحدة . وفي المغني وعن أحمد والنخعي والثوري لا يجب إلا في ركعتين .

( لحديث أبي قتادة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب ) وقتادة اسمه الحارث بن ربعي السلمي الأنصاري ، وقال الكلبي وابن إسحاق اسمه نعمان توفي بالكوفة في سنة ثمان وثلاثين وصلى عليه علي رضي الله عنه ، وحديثه هذا أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه عن أبي قتادة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورتين ، وفي الأخيرتين بفاتحة الكتاب ويسمعنا الآية أحياناً ، ويطيل في الركعة الأولى ما لا يطيل في الثانية وهكذا في الصبح ، ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجة أيضاً .

وروى إسحاق بن راهويه في سنده عن رفاعة بن رافع الأنصاري قال كان رسول الله ﷺ يقرأ في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخريين بفاتحة الكتاب.

وروى الطبراني في معجمه الأوسط عن جابر رضي الله عنه قال سنة القراءة في الصلاة

وهذا بيان الأفضل والصحيح لأن القراءة فرض في الركعتين ، على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى .

---

أن يقرأ في الأولين بأم القرآن وسورة وفي الأخريين بأم القرآن . وأخرج أيضاً عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ كان يقرأ في الركعتين بفاتحة الكتاب .

( وهذا ) أي الذي ذكره القدوري من أنه يقرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها ( بيان الأفضل ) وأشار به أنه ليس سنة فان قرأ فقد أتى بالأفضل وإن ترك فلا شيء عليه ( وهو الصحيح ) احترز به عما روى الحسن عن أبي حنيفة أن قراءة الفاتحة واجبة فيها حتى يجب بتركها ساهياً سجود السهو .

( لأن القراءة فرض في الركعتين ) الأولين دون الأخريين .

فان قلت ظاهر قوله عليه السلام لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب يقتضي أن تكون قراءة القرآن واجبة في الأخريين كما روى الحسن عن أبي حنيفة ( رح ) . قلت خص من النص الركوع والسجود فكذا الأخريان مع أن القراءة التقديرية موجودة في جميع الصلاة على ما قال النبي عليه السلام القراءة في الأولين قراءة في الأخريين ، كذا في الجنازية ، وفي المحيط عن الحسن عن أبي حنيفة ( رح ) أنه يسبح في الأخريين ثلاث تسبيحات وقراءه الفاتحة أفضل ، ولو لم يقرأ أو لم يسبح كان مسيئاً إن كان متعمداً ، ولو كان ساهياً فعليه السهو لأن القيام فى الأخريين مفقود قبلها إخلاؤه عن الذكر والقراءة جميعاً كما فى الركوع والسجود . وعن أبى يوسف يسبح فيها ولا يسكت إلا أنه إذا أراد قراءتها جميعاً كما فى الركوع فليقرأها على جهة الثنـــاء لا القراءة . وقال أبو جعفر قرأ الدعاء ، وفى المجتبى ويخير المصلي بين قراءتها والتسبيح والسكوت ولا يلزمها السهو .

( على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى ) فى باب النوافل . فان قلت كلمة على هاهنا معناها وبذلك متعلق . قلت لكلمة على معان ، منها أن تكون للاستدراك والاخبار كما في قولك فلان فقير جداً على أنه كريم وها هنا كذلك لأنه أخبر أولاً أن القراءة فرض فى الركعتين ولكنه لم يبين وجهه ، ثم استدرك أنه يبينه فيما يأتي ، وأما متعلقه فمحذوف

قال وجلس في الأخيرة كما جلس في الأولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما، ولأنها أشق على البدن فكان أولى من التورك الذي يميل اليه مالك (رح) والذي يروى أنه عليه السلام قعد متوركاً، ضعفه الطحاوي

---

تقديره والتحقيق على ما يأتيك، أو البيان فى فريضة القراءة فى الركعتين على ما يأتيك فافهم، فان هذا الكلام فى هذا المقام من الأنوار الإلهية التي يخص بها بعض الأنام.

( قال ) أي القدوري ( وجلس فى الأخيرة ) أي في القعدة الأخيرة ( كما يجلس فى الأولى ) أي كجلوسه فى القعدة الأولى مفترشاً غير متورك، وإنما قال فى الأخيرة دون الثانية يشمل قعدة الفجر وقعدة المسافر لأنها آخره وليست ثانية، وفيه خلاف الشافعى ومالك ( رح ) كما بيناه.

( لما روينا من حديث وائل ) بن حجر ( وعائشة رضي الله عنها ) عند قوله هكذا وصفت عائشة قعود رسول الله ﷺ.

فان قلت هـذا سهو من المصنف لأنـه لم يذكر فيما تقدم إلا عن عائشة. قلت ذكر المصنف فيما تقدم فى الجلوس شيئين ذكر بعضها عن عائشة وبعضها عن وائـل وها هنا كذلك.

فان قلت إنما أراد بذلك هيئة الجلوس وافتراش اليسرى ونصب اليمنى وهذا لم يتقدم إلا عن عائشة. قلت لا يمنع أن يريد بقوله كما جلس فى الأول عدم الحالات التي أذكرها. ثم خصص فى التعليل منها هيئة الجلوس.

( ولأنها ) أي ولأن الجلسة على تلك الصفة ( أشق على البدن فكان أولى من التورك ) وهو أن يضع على الأرض ويخرج رجليه من الجانب الأيمن، وهذه الهيئة أخف من الهيئة التي اختارها أصحابنا وأفضل العبادة أشقها. ( الذي يميل اليه ) أي إلى التورك (مالك) ابن أنس وهو مذهبه كما ذكرنا.

( والذي يروى أنه ) أي أن النبي ﷺ ( قعد متوركاً ) يعني فى قعدته فى الصلاة ( ضعفه الطحاوي ) هذه الجملة خبر المبتـدأ، أعني قوله والذي وهو جواب عن حديث

أو يحمل على حالة الكبر ، ويتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي عليه السلام وهو ليس بفريضة عندنا خلافاً للشافعي ( رح ) فيهما لقوله عليه السلام إذا قلت هذا وفعلت فقد تمت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم، وإن شئت أن تقعدفاقعد.

---

الثوري الذي رواه عبد الحميد بن جعفر عن محمد بن عمرو بن عطاء عن أبى حميد الزهرى، وفى حديثه حتى إذا كان السجدة التي فى آخرها التسليم أخر رجله اليسرى وقعدمتوركاً على شقه الأيسر ، وضعفه الطحاوى ، لأن عبد الحميد ضعيف عند نقلة الحديث وقد بيناه مستقصى فيما تقدم .

( أو يحمل على حالة الكبر ) جواب آخر عن الحديث المذكور وهو على طريق التسليم يعني ولئن سلمنا أن حديث عبد الحميد صحيح فهو محمول على أن النبي ﷺ إنما تورك بعدما كبر وأسن .

( ويتشهد ) يعني قرأ التحيات لله .. الخ في القعدة الأخيرة أيضاً (وهو واجب عندنا) أي التشهد واجب عندنا ، وعند مالك سنة فيه وفي القعود الأول معه ، وعند الشافعي ركن فيه مع جلوسه بخلاف التشهد الأول ، فإنه سنة عندة مع جلوسه. وقال أحمد التشهد واجب ولم يقل ركن كالثاني عنده وقال أبو البقاء الواجب دون الركن عند أحمد ، وكل ركن واجب وليس كل واجب ركناً .

( وصلى على النبي ﷺ ) أي على طريق السنة وهو عطف على قوله وتشهد ( وهو ليس بفرض عندنا ) في الصلاة وتذكير الضمير باعتبار المذكور ، وهو قوله – وصلى على النبي ﷺ – .

( خلافاً للشافعي فيهما ) أي في التشهد والصلاة على النبي ﷺ ، ودل على التشهد قوله – وتشهد – وعلى الصلاة قوله وصلى .

( لقوله عليه السلام إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد ) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه واستقصينا الكلام

فيه جداً في أول باب صفة الصلاة ، والخطاب في وقلت وفعلت وشئت لابن مسعود رضي الله عنه ، ولم يذكر النبي عليه السلام فيه الصلاة عليه ﷺ ، ولأنه لما علم الاعرابي فرائض الصلاة لم يعلمه إياها ، ولو كانت فرضاً لعلمه .

فإن احتج الشافعي بقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ﴾ ٥٦ الأحزاب . فنقول الأمر مطلق فلا يجوز تقييده بحالة الصلاة لئلا يلزم بطلان صيغة الإطلاق، والأمر لا يقتضي التكرار فيجب الصلاة على النبي ﷺ في العمر مرة واحدة سواء كانت في الصلاة أو في غيرها ، وإن احتج بما رواه ابن ماجة عن ابن عباس بن سهل الساعدي عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال لا صلاة لمن لا وضوء له ، ولا وضوء لمن لم يذكر اسم الله عليه ، ولا صلاة لمن لا يصلي على النبي عليه السلام ولا صلاه لمن لم يحب الأنصار ، رواه الحاكم في المستدرك .

فنقول هذا حديث ضعيف وعبد المهيمن ليس بالقوي ، وقال ابن حبان لا يحتج به ، وأخرجه الدارقطني عن أبي ابن عباس بن سهل بن سعد عن أبيه عن جده مرفوعاً بنحوه قالوا هذا وحديث عبد المهيمن سواء وتكلم في أبي ابن عباس ، فمنهم من أخذو النسائي وابن معين والعقيلي والدوابي وليس علمنا صحته فهو محمول على نفي الكمال .

فإن احتج بحديث أبي سعيد الأنصاري أخرجه الدارقطني عن جابر الجعفي عن أبي جعفر قال قال رسول الله ﷺ من صلى صلاة لم يصل علي فيها ولا على أهل بيتي لم تقبل منه . فنقول جابر ضعيف ، وقد اختلف عليه فوقفه تارة ورفعه تارة .

فإن احتج بما رواه البيهقي عن يحيى بن أساف عن رجل من بني الحارث عن ابن مسعود رضي الله عنهم عن رسول الله ﷺ أنه قال إذا تشهد أحدكم في الصلاة فليقل اللهم صل على محمد وعلى آل محمد، وبارك على محمد وعلى آل محمد، وارحم محمد وآل محمد كما صليت وباركت ورحمت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد ، ورواه الحاكم في المستدرك إسناده صحيح متصل . فنقول فيه رجل مجهول ، وقال القاضي عياض في الشفاء ، وقد شذ الشافعي فقال من لم يصل على النبي ﷺ في التشهد الأخير فصلاته فاسدة وعليه الإعادة ،

والصلاة على النبي عليه السلام خارج الصلاة واجبة إما مرة واحدة كما قاله الكرخي، أو كلما ذكر النبي عليه السلام كما اختاره الطحاوي، فكفينا مؤنة الأمر،

---

ولا سلف له في هذا القول، ولا سنة يتبعها، وقد أنكر عليه هذا القول جماعة وشنعوا عليه منهم الطبري والمعتري، وخالفه من أهل مذهبه الخطابي، وقال لا أعلم له فيها قدوة.

(والصلاة على النبي عليه السلام خارج الصلاة واجبة) لقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه﴾ ٥٦ الأحزاب، لكن (إما مرة واحدة كما قاله الكرخي) لأن الأمر لا يقتضي التكرار (أو كلما ذكر النبي عليه السلام) أو واجبة كلما ذكر النبي عليه السلام وسمعه (كما اختاره الطحاوي) وفي شرح المجمع والفتوى عند عامة العلماء بالاستحباب كلما ذكر عليه السلام. وقال فخر الإسلام في الجامع الكبير تكرار اسمه واجب لحفظ السنة، إذ به قوام الدين والشرائع وفي إيجاب الصلاة عليه مدة العمر، وقيل في جوابه يجب التدخل كما في سجدة التلاوة إذا اتحد المجلس إلا أنه يستحب تكرار الصلاة بخلاف السجود.

وفي المجتبى واختلف في تكرار الوجوب في الصلاة عليه عليه السلام إذا تكرر ذكره في مجلس واحد، والصحيح أنه يتكرر الوجوب وإن كرر في الجلسة الصغرى كرواية السجدة في مجلس واحد، وكذا في الصلاة، ولا يسن التهجد في المسجد لكل مرة، وفي الصلاة لكل مرة ولو تكرر اسم الله في مجلس واحد يكفيه ثناء واحد، وفي مجلسين لكل مجلس، ولو تركه لا يبقى عليه ديناً لكن الصلاة على النبي عليه السلام لو ترك يبقى عليه ديناً لأنه مأمور بالصلاة وغير مأمور بالثناء.

قلت كونه مأمور بالثناء أظهر ولا يجب على النبي عليه السلام أن يصلي على نفسه (فكفينا مؤنة الأمر) هذا جواب عما قاله الشافعي ان الأمر للوجوب وخارج الصلاة غير مراد فتعين الصلاة. وتقريره أن يقال نعم الأمر للوجوب ونحن نعمل بموجبه وهو الوجوب. أما بالصلاة عليه في العمر مرة كما قال الكرخي أو كلما ذكر اسمه كما قال الطحاوي (فكفينا مؤنة الأمر) يعني علمنا بموجبه والمؤنة الثقل.

## والفرض المروي في التشهد هو التقدير . قال ودعا بما شاء بما يشبه الفاظ القرآن

( والفرض المروي في التشهد هو التقدير ) أي لفظ الفرض الذي روي في تشهد ابن مسعود في حديثه الآخر هو بمعنى التقدير ، وهذا جواب عما قال الشافعي ( رح ) جاء في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد السلام على الله السلام على جبريل وميكائيل ، فقال عليه السلام فقولوا التحيات لله .. إلى آخره فعلم بهذا أن التشهد فرض . وتقدير الجواب أن المراد بقوله قبل أن يفرض ، أي قبل أن يقدر ، لأن الفرض يأتي لمعان كثيرة منها معنى التقدير ، كما في قوله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ ٢٣٧ البقرة ، أي قدرتم .

( قال ودعا ) عطف على قوله وصلى على النبي ﷺ ( بما شاء ) أي بالذي شاء ( بما يشبه الفاظ القرآن ) أراد به كون لفظ الدعاء موجودة في القرآن ، وليس المراد حقيقة المشابهة ، لأن القرآن معجز لا يشابهه شيء من كلام الناس ، ومن ذلك قال في المحيط وجامع الصغير ادع في الصلاة بكل شيء من القرآن ، ونقل عن الفضل أنه كان يقول كل دعاء في القرآن إذا دعى بذلك لا يفسد صلاته ، كما إذا قال اللهم اغفر لي ولوالدي لأنه في القرآن ، وكذلك إذا قال اللهم اغفر لأبي ، ولو قال اغفر لأخي واغفر لزيد تفسد لأنه ليس فيه . وعن الحلوائي ولو قال اللهم اغفر لأخي لا تفسد ، ولو قال اللهم ارزقني عدساً وبصلاً تفسد ، لأن عين اللفظ ليس فيه ، ولو قال اللهم ارزقني من بقلها وقثائها وفومها وعدسها وبصلها لا تفسد ، لأن عينه في القرآن .

وفي المجتبى عما يشبه الفاظ القرآن من الدعوات اللهم اغفر لي ولوالدي ولمن دخل بيتي مؤمناً وللمؤمنين والمؤمنات يوم يقوم الحساب ، وقوله ﴿ رب اجعلني مقيم الصلاة ومن ذريتي ﴾ ٤٠ ابراهيم الآية ، وقوله ﴿ رب اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ﴾ الآية ، وقوله ﴿ ربنا ظلمنا أنفسنا ﴾ ٢٣ الاعراف ، وقوله ﴿ ربنا انك من تدخل النار ﴾ ١٩٢ آل عمران الآية .

قلت هذه كلها من القرآن ، وكيف يقال فيها بما يشبه الفاظ القرآن ، اللهم أن يراد بها نفس الدعاء لا قراءة القرآن .

## والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء أطيبها وأعجبها اليك

( والأدعية المأثورة ) بالنصب عطفاً على الفاظ القرآن ، أي وبما يشبه الأدعية المأثورة أي المروية عن النبي ﷺ ، ويجوز جر الأدعية عطفاً على القرآن لأنه مجرور باضافة الفاظ اليه .

ومن الأدعية المأثورة ما روي في السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه كان يقول بعد التشهد اللهم اني أعوذ بك من عذاب جهنم ، وأعوذ بك من عذاب القبر ، وأعوذ بك من فتنة الدجال ، وأعوذ بك من فتنة المحيا والممات ، والأدعية المأثورة كثيرة.

( لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه قال له النبي عليه السلام ثم اختر من الدعاء أطيبها وأعجبها اليك ) أشار بهذا إلى الحديث المقدم عن ابن مسعود رضي الله عنه علمني رسول الله ﷺ التشهد في وسط الصلاة وفي آخرها ، فإذا كان وسط الصلاة نهض إذا فرغ من التشهد ، وإذا كان في آخر الصلاة دعى لنفسه بما شاء ، لا يتم دليله ، وإن أراد بما في حديث ابن مسعود رضي الله عنه الآخر ثم التخير من الدعاء أعجبه اليك ،فتدعوبه ، وفي رواية ثم يخير من المسألة ما شاء ، فلذلك لم يتم دليله ولا سيا عند البخاري ، لم يتخذ يعمل من الكلام ما شاء ذكره في الدعوات وفي الاستئذان ، بل كل دليل للشافعي وحجة له في إباحة الدعاء بكلام الناس نحو اللهم زوجني امرأة حسناً ، اعطني بستاناً أنيقاً ، ولو استدل المصنف بحديث ان صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس لكان أصوب ولم أر أحداً من الشراح حقق هذا الموضع فأكثرهم لم يذكروا شيئاً من ذلك ، واعتذر بعضهم وقال ولعله سقط من النسخ ، وأراد به حديث ان صلاتنا هذه .. الحديث .

وها هنا شيء آخر من السهو وهو تأنيث الضمير في قوله — أطيبها وأعجبها — والصحيح من الروايات أطيبه وأعجبه — . وقال الاترازي ولئن صح بالتأنيث فعلى تأويل الدعوات أو الأدعية .

قلت عدم صحة الروايات بالتأنيث يمنع هذا التأويل ، وكذلك أول الأكمل وقال

صاحب الدراية تذكير الضمير في الرواية الموثوق بها و كذا لفظ المبسوطين ، وفي بعض نسخ الهداية أطيبها وأعجبها بالتأنيث على تأويل الكلمة وليس بصحيح .

قلت هذا اعتذار حسن ، والظاهر ان الأمر كما قال ، ثم معنى قوله أطيبه أحسنه ، ومعنى أعجبه الذي يليق بخاطره .

( ويبدأ بالصلاة على النبي ﷺ ليكون أقرب إلى الإجابة ) أي يبدأ في دعائه بعد فراغه من التشهد بالصلاة على النبي ﷺ ليكون دعاؤه أقرب إلى الإجابة لقول ابن مسعود رضي الله عنه إبدأ بالثناء على الله بما هو أهله ، ثم بالصلاة على محمد وسل حاجتك بعد ذلك ، ولأنه عليه السلام من خواص حضرته تعالى ، ومن أتى باب الملك لسؤال شيء فلا بد من تحفة لخواص حضرته لينال شرف القبول ، والنبي ﷺ من خواص خواصه ، فلا بد من تحفة صلوات عليه .

( ولا يدعو بما يشبه كلام العباد[١] ) فسره أصحابنا لما لا يستحل سؤاله من غير الله تعالى ، نحو أعطني كذا ، وزوجني امرأة ، وما لا يشبه كلام الناس ما يستحيل سؤاله عنهم كقوله اللهم اغفر لي ، كذا في الإيضاح . وقال الفضلي ما لا يوجد في القرآن تفسد صلاته ، واستحال سؤاله من العباد أولى كذا في الجنازية . وقال بعض الشراح في قوله ولا يدعو بما يشبه كلام العباد اشكال وهو أنه بعدما قعد قدر التشهد لا يلحقها فساد ، ويخرج منها بكلام الناس ، قيل يريد به فساد التحريمة حتى لا يجوز لغيره الإقتداء به بعده ، وتقوية إصابة السلام أو فساد أصل الصلاة لو كان ترك سجدة .

قلت مراده إذا كان وجود ذلك قبل أن يقعد جاز التشهد ، ولهذا قال في الينابيع إن وجد ذلك قبل أن يقعد قدر التشهد بطلت صلاته ، وإن وجد بعده تمت وعليه يحمل إطلاق غيره . وقال ابن بطال قال أبو حنيفة ( رض ) لا يجوز أن يدعو في الصلاة إلا بما

(١) في المتن — الناس — اه مصححه .

يوجد في القرآن ، أورد عليه قوله عليه السلام في سجوده أعوذ برضاك من سخطـــك ، وبمعافاتك من عقوبتك ، وبك منك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك ، قال وهذا مما ليس في القرآن ، فسقط قول المخالف .

قلت ما أبعده من ذوق الفقيه ، وما أقل ورعه ، وأبو حنيفة لا يشترط أن يوجد ما يدعو به في القرآن ، بل يشترط أن يدعو بما يشبه الفاظه ، ومن كان بهـذا الفهم ، وعدم علم الفقه خصمه كيف يقدم على ذكر مذاهب العلماء ، فلا ينبغي لأحد أن يعتمد على نقله ولا يوثق بقوله .

فإن قلت روى عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال اني لا أدعو في صلاتي تسعر حماري وملح بغى [1] ، قلت إن صح ذلك عنه يحمل على أنه ما بلغه الحديث أو تأوله .

وقال أحمد لا يجوز الدعاء إلا بالأدعية المأثورة والموافقة للقرآن وإن لم تكن في القرآن ، وهو قول النخعي وطاووس . وقال العذري من الشافعية قيل لا يجوز بما يطلب من الآدميين ، وحكى إمام الحرمين على والده أنه كان يميل إلى منع أن يقول اللهم ارزقني خادمة صفتها كذا ، وبه تبطل الصلاة .

وقال النووي في شرح المهذب ، يجوز أن يدعو في الصلاة بكل ما يجوز خارجها من أمر الدنيا ويقول اللهم ارزقني مالاً وداراً وبستاناً أنيقاً ، وكسباً طيباً ، وجارية حسناً صفتها كذا وكذا حيثما يريده ويطلبه ويشتهيه ، وخلص فلاناً من السجن ، وأهلك فلاناً ، ولا تبطل صلاته بشيء من ذلك ، وبه قال أبو ثور وإسحـــاق ومالك . وقال ابن سيرين يجوز الدعاء في المكتوبة بأمر الآخرة ، فأما الدنيا فلا .

( تحرزاً عن الفساد ) أي احرازاً عن فساد الصلاة أو فساد التحريمة . وقال السغناقي أي تحرزاً عن فساد الجزء الملاقي لكلام الناس لا جميع الصلاة بالاتفاق لأنه بعد التشهد ، هذا عندهما ظاهر ، وكذا عند أبي حنيفة لأن كلام النـــاس صنع منه فتعمم صلاتــه لوجود الصنع .

---

(١) هكذا وردت الجملة في الأصل .

ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم ، وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ، وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول هو الصحيح لاستعمالهافيما بين العباد ، يقال رزق الامير الجيش

---

( ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ ) عند الرواة المقبول بينهم .

( وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة ) أشار بهذا إلى بيان ما يستحيل ، ونظر لما يستحيل بقوله اللهم زوجني فلانة فإنه لا يستحيل سؤاله من العباد ( يشبه كلامهم ) أي فيه كلام العباد فتبطل صلاته بذلك إذا كان قبل قعوده قدر التشهد كما ذكرنا .

( وما يستحيل كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم ) فلا تبطل صلاته ( وقوله اللهم ارزقني من قبيل الأول ) أي من قبيل ما لا يستحيل سؤاله من العباد فلا يجوز الدعاءبهذا اللفظ ( هو الصحيح ) فإذا كان من قبيل الأول تفسد صلاته ، وقيل لا تفسد لأن الرزاق هو الله تعالى وهو موجود في القرآن ، ذكره في المبسوط ( لاستعمالها فيما بين العباد ) أي لاستعمال هذه الكلمة بين العباد وبين ذلك بقوله ( يقال رزق الأمير الجيش ) فإذا كان كذلك فلا يجوز الدعاء به . وقال الاترازي فيه نظر عندي لأن ما بعد التشهد موضع الدعاء ، وهذا دعاء فيجوز بخلاف قوله اللهم زوجني فلانة لأنه يشبه كلام الناس فاعتبر من كلامهم .

قلت فيه نظر لأن ما بعد التشهد لا يضر اللهم زوجني فلانة ونحوه كما قررناه عن قريب . وقال الاترازي أيضاً ، أما قولهم رزق الجيش فلا نسلم ان إسناد الرزق إلى الأمير حقيقة ، بل هو مجاز ، قلنا الرزق في اللغة ما ينتفع به قاله الجوهري ، والرزق العطاء أيضاً فعلى هذا الإسناد المذكور حقيقة لا مجازاً .

فروع، اختلفوا في كيفية الصلاة على النبي عليه السلام ، وعن كعب بن عجرة قال قلنا يا رسول الله أمرنا أن نصلي عليك ، وأن نسلم عليك ، فأما السلام فقد عرفناه ،

فكيف نصلي عليك ، قال قولوا اللهم صل على محمد وآل محمد كما صليت على إبراهيم وبارك على محمد وآل محمد ، كما باركت على إبراهيم إنك حميد مجيد ، رواه الجماعة. وعن أبي حميد الساعدي أنهم قالوا يا رسول الله كيف نصلي عليك ، قال قولوا اللهم صل على محمد وأزواجه وذريته ، كما صليت على إبراهيم وبارك على محمد وأزواجه وذريته ، كما باركت على إبراهيم إنك حميد مجيد أخرجه الجماعة عن ابن ماجة .

وعن أبي [1] مسعود الأنصاري أنه قال أتانا رسول الله ﷺ في مجلس سعد بن عبادة فقال له بشير بن سعد أمرنا الله أن نصلي عليك يا رسول الله فكيف نصلي عليك يا رسول الله ، فسكت عليه السلام حتى تمنينا أنه لم يسأله ثم قال رسول الله ﷺ قولوا . . فذكر بمعنى حديث كعب بن عجرة ، زاد في آخره في العالمين إنك حميد مجيد ، أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام عدهن في يدي وقال عدهن جبريل في يدي ، وقال هكذا نزلت من عند ربي اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد اللهم بارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد . . إلى اللهم سلم على

وعن علي وابن مسعود وابن عباس وجابر رضي الله عنهم قالوا لرسول الله ﷺ عرفنا السلام عليك فكيف الصلاة عليك ، فقال عليه السلام قولوا اللهم صل على محمد وعلى آل محمد ، وبارك على محمد وعلى آل محمد ، وارحم محمد وآل محمد ، كما صليت وباركت وترحمت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم ، في العالمين إنك حميد مجيد .

وحكي عن محمد بن عبد [2] الله بن عمر أنه كان يكره قول المصلي وارحم محمداً الخ ، وكان يقول هذا نوع ظن بنقص الأنبياء عليهم السلام ، فإن أحداً لا يستحق الرحمة إلا ما سيأتي قائلاً عليه ونحن أمرنا بتعظيمهم ، ولهذا لو ذكر النبي عليه السلام لا يقال رحمة

---

(١) ابن – هامش – .

(٢) بن عبد الله عن عبد الله مكرراً – هامش .

الله عليه ، بل يصلي عليه . وفي مبسوط السرخسي لا بأس به لأن الأمر ورد بـه من طريق أبي هريرة ، ولا عيبة على من اتبع الأثر ، ولأن أحداً لا يستغني عن رحمة الله .

فإن قلت كيف قال كما صليت على إبراهيم المشبه دون المشبه به وهو أكرم على الله من إبراهيم عليه السلام . قلت أجابوا بأجوبة الأول كان ذلك قبل أن يبين الله حاله ومنزلته ، وإذا قال له رجل يا خير البرية ، فقال له ذلك ابراهيم فلما أثنى الله منزلته وكشف عن مرتبه التي الدعوى ، وإن كان قد أظهر المزيد .

الثاني : ان ذلك تشبيه لأصل الصلاة بأصل الصلاة لا القدر بالقدر كما في قوله تعالى ﴿ كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم ﴾ ١٨٣ البقرة ، ان المراد أصل الصيام لا عليه ولا وقته .

الثالث : انه سؤال للتسوية مع ابراهيم فيها ويزيد عليه بغيرها .

الرابع : ان التشبيه وقع في الصلاة على الأول لا عليه ﷺ فكان قوله اللهم صل على محمد مقطوعاً من التشبيه ، وقوله وعلى آل محمد متصلاً بقوله كما صليت على إبراهيم وعلى آل إبراهيم .

الخامس : أشبه الصلاة على محمد بالصلاة على إبراهيم وعلى آل إبراهيم ، ومعظم الأنبياء عليهم السلام هم آل إبراهيم عليه السلام ، فإذا تقابلت الجملة بالجملة وتعذر أن يكون لآل الرسول بآل إبراهيم الذين هم الأنبياء عليهم السلام كان ما يعرفه من ذلك حاصلاً للرسول عليه السلام ، فيكون زائداً على الحاصل لإبراهيم عليه السلام ، والذى يحصل من ذلك هو آثار الرحمة والرضوان ومن كان في حقه البشر كان أفضل .

السادس : ان التشبيه وقع في دعاء لا في خبر .

السابع : انه في الدوام .

الثامن : انه سأل صلاة وبحدمها [1] خليل فلم يمت حتى أعطيها قبل موته .

---

(١) هكذا في الأصل . اهـ مصححه .

التاسع : شرع ذلك لأمته لينالوا [١] بذلك فضله .

العاشر : ان هذه الصلاة أمر بها التكرار بالنسبة إلى كل صلاة في حق كل مصل ، فإذا اقتصر في حق كل صلاة حصول صلاة مستوية للصلاة على إبراهيم عليه السلام ، كان الحاصل للنبي ﷺ بالنسبة إلى مجموع الصلوات أضعافاً مضاعفة ، فلا ينتهي اليه العدد والإحصاء .

فان قلت لم خص إبراهيم عليه السلام من بين سائر الأنبياء عليهم السلام وذكرها في الصلاة . قلت لأن النبي عليه السلام رأى ليلة المعراج جميع الأنبياء والمرسلين وسلم على كل نبي ولم يسلم منهم أحد على أمته غير إبراهيم عليه السلام ، فأمرنا النبي عليه السلام أن نصلي عليه في آخر كل صلاة إلى يوم القيامة مجازاة على إحسانه .

فان قلت نحن أمرنا بالصلاة عليه ، ثم نقول اللهم صل على محمد ، فأين صلاتنا نحن بأنفسنا . قلت النبي عليه السلام طاهر لا عيب فيه ، ونحن فينا العيوب والنقائص فكيف يثني من فيه عيب على طاهر ، فقال أمرنا الله أن نصلي عليه لتكون الصلاة من غير طاهر على نبي طاهر .

فان قلت ما معنى سؤالنا الصلاة عليه من الله تعالى . قلت معناها اللهم أعظمه في الدنيا باعلاء كلمته ودوام شريعته ، وفي الآخرة برفع درجته وتعظيم أجره .

فروع آخر . لو ترك بعض التشهد وأتى بالبعض يجوز في ظاهر الرواية ، وقيل يجوز على قول أبي يوسف ولا يجوز على قول محمد ذكره المرغيناني وإذا فرغ من التشهد والصلاة على النبي عليه السلام دعا لنفسه وللمؤمنين والمؤمنات ، ولوالديه المؤمنين ولا يخص نفسه بالدعاء وقراءة الأدعية المأثورة التي فيها صورة الأمر مستحبة . وقالت الظاهرية تعد الصلاة بذكرها عندهم رجوعاً إلى ظاهر الأمر .

( ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله ) أي بعد فراغ المصلي من التشهد

---

(١) في الأصل – ليناوا بذلك – اه مصححه .

والصلاة على النبي عليه السلام ، والدعاء لنفسه وللمؤمنين يسلم ، والحكمة فيه ان السلام سنة من محضر القوم بعد غيبة عنهم ، والقادم على حضرة رب العالمين مشتغلا بمناجاته بمنزلة الغائب عن الخلق ، ويحضرهم عند التحليل ، والسلام سنة من حضرهم بعد الغيبة عنهم ، وشرطوا كل مقيم بفرض أو سنة أن يقول العمل بالسنة ، لان يؤم الاعمال بها وانه مخاطب القوم المشاركين له في الصلاة فينوبهم على ما يجيء مزيد الكلام فيه عن قريب .

وفي المحيط والمرغيناني المختار أن يكون السلام في التشهد والتسليم بالالف واللام وتكون الثانية أخفض من الاولى ، ولو سلم عن يساره أو لا يسلم عن يمينه ما لم يتكلم ، ولا يعيد التسليم عن يساره ولو سلم تلقاء وجهه يسلم على يساره وهو مروي عن علي رضي الله عنه وهو الصحيح من قول أحمد ، وقال النووي لو سلم عن يساره أولاً أجزأه ، ويكره ولو سلم التسليمتين عن يمينه أو عن يساره أو تلقاء وجهه أجزأه ويكون تاركاً للسنة. ولو نكر السلام قال القاضي أبو محمد وغيره من المالكية لا يجزئه ، وقيل يجزئه . وفي حمل النوازل لو قال السلام ودخل رجل في صلاته لا يصير داخلا ، فثبت بهذا أن الخروج لا يتوقف على عليكم ، ولو سلم تلقاء وجهه يعيده .

( ويسلم عن يساره مثل ذلك ) أي وسلم عن يساره مثل ما سلم عن يمينه ، وقال ابن المنذر هذا قول أبي بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر وأبي ذر رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والثوري وعطاء وعلقمة والأسود ونافع بن عبد الحارث وإسحاق بن أبي ليلى وأبو ثور وأحمد .

وقالت طائفة يسلم تسليمة واحدة فقط تلقاء وجهه يميل به إلى يمينه شيئاً قليلا ، وروي ذلك عن ابن عمر وأنس وعائشة رضي الله عنهم ، وهو قول مالك والليث والأوزاعي .

والشافعي فيه ثلاثة أقوال والصحيح المشهور ونصه في الجديد مثل قول الجماعة ،

لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر .

---

والثاني تسليمة واحدة قاله [1] في القديم ، والثالث إن كان منفرداً أو في جماعة قليلة ولغطه عندهم فواحدة والاثنان قاله في القديم ، والواحدة تلقاء وجهه حكي ذلك عن النووي . وفي المبسوط عن ابن سيرين أن المقتدي يسلم ثلاث تسليمات إحداهن يرد سلام الإمام وهذا ضعيف .

( لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي ﷺ كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الأيسر ) هذا الحديث أخرجه الأربعة واللفظ للنسائي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الأيسر ، ولفظ أبي داود وابن ماجة أن رسول الله ﷺ كان يسلم عن يمينه وعن شماله حتى يرى بياض خده السلام عليكم ورحمة الله ، السلام عليكم ورحمة الله ، وهو لفظ الترمذي ، إلا أنه ترك — حتى يرى بياض خده — ورواه ابن حبان في صحيحه ولفظه ثم يسلم رسول الله ﷺ عن يمينه وعن شماله السلام عليكم ورحمة الله وكأني أنظر إلى بياض خديه ﷺ .

ورواه مسلم في صحيحه عن عامر بن سعد عن أبيه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم قال كنت أرى رسول الله ﷺ يسلم عن يمينه وعن يساره حتى أرى بياض خده .

وروي أحاديث في التسليمة الواحدة منها ما أخرجه ابن ماجة عن عبد المهيمن بن عباس عن أبيه عن جده سهل بن سعد أنه سمع رسول الله ﷺ يسلم تسليمة واحدة لا يزيد عليها ، وقال الدارقطني عبد المهيمن ليس بالقوي . وقال ابن حبان بطل الاحتجاج به .

ومنها ما أخرجه ابن عدي في الكامل عن عطاء بن أبي ميمونة عن الحسن عن سمرة أن

---

(١) في الأصل – قال في القديم – اه مصححه .

رسول الله ﷺ كان يسلم تسليمة واحدة لا يزيد عليها ، قال الدارقطني قبل وجهه . وقال عبد الحق عطاء ضعيف قدري .

ومنها ما أخرجه البيهقي في المعرفة من حديث حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ كان يسلم تسليمة واحدة .

ومنها ما أخرجه الترمذي وابن ماجة عن زهير بن محمد عن هشام بن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ كان يسلم في الصلاة تسليمة واحدة بتلقاء وجهه ، ورواه الحاكم في المستدرك ، وقال على شرط الشيخين ، قال صاحب التنقيح وزهير بن محمد وإن كان من رجال الصحيحين لكن له مناكير وهذا الحديث منها . وقال أبو حاتم هو حديث منكر ، وقال الطحاوي في شرح الآثار وزهير بن محمد وإن كان معه ثقة ، لكن عمرو بن سلمة يضعفه قاله ابن معين ، والحديث أصله الوقف على عائشة رضي الله عنها ، هكذا رواه الحفاظ . وقال ابن عبد البر في التمهيد لم يرفعه إلا زهير بن محمد وحده ، وهو ضعيف عند الجميع كثير الخطأ لا يحتج به .

وأجاب بعض أصحابنا عن حديث عائشة رضي الله عنها بأنها كانت تقف في صف النساء . وعن حديث سهل بأنه كان من جملة الصبيان فيحمل على أنهما لم يسمعا التسليمة الثانية مع أنه عليه السلام كان يسلم الثانية أخفض من الأولى . وقال النووي لا يقبل تصحيح الحاكم حديث عائشة رضي الله عنها وليس في الاقتصار على تسليمة واحدة شيء ثابت .

وأجاب بعضهم عن أحاديث التسليمة الواحدة بأنها محمولة على الجواز ، وأحاديث التسليمتين على بيان الفضل والكمال ، وبعضهم قال في أحاديث التسليمتين زيادة صحيحة وهي مقبولة من العدل .

( وينوي في الأولى [1] ) أي في التسليمة الأولى ولا بد من النية لأن السلام قربة وهي لا تكون إلا بالنية (من على يمينه) بفتح الميم في محل النصب لأنه مفعول ينوي ( من الرجال

---

(١) هنا بعض الإختلاف بالنص مع المتن . اه مصححه .

والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ، ولا ينوي النساء فى زماننا ولا من لا شركة له فى صلاته هو الصحيح

---

والنساء والحفظة ) كلمة من للبيان ، والحفظة جمع حافظ وهم الملائكة ، وإنما قدم بني آدم على الحفظة اتباعاً للجامع الصغير والقدوري وفي الأصل قدم الحفظة على بني آدم . وقال الاترازي وفي تقديم بني آدم تنبيه على أنهم أفضل من الملائكة وهو المذهب عند أهل السنة خلافاً للمعتزلة .

قلت هذا ليس على الخلاف وإنما فيه تفصيل على ما عرف في موضعه . وفي الدراية ظن بعض مشايخنا أن ما ذكر في المبسوط بناء على قول أبي حنيفة الأول في تفضيل الملائكة على البشر ، وما ذكر في الجامع الصغير بناء على قوله الآخر في تفضيل البشر عليهم ، وليس كما ظن لأن الواو لا توجب الترتيب ، وإن سلم على جماعة لا يمكنه أن يرتب النية .

( وكذلك في الثانية ) أي وكذلك ينوي من عن يساره من الرجال والنساء والحفظة في التسليمة الثانية ( لأن الأعمال بالنيات ) والسلام عمل فلا بد من النية .

فإن قلت منعتم اشتراط النية في الوضوء مع وجود هذا الحديث ، فكيف استدللتم به . قلت اما استئنافاً عن العمل به هناك لاستلزامه الزيادة على الكتابة ، وها هنا ما جعلناها شرط ، وإنما أخذنا بظاهر لفظه على النية فلا يلزم ذلك المحذور .

( ولا ينوي النساء في زماننا ) لعدم حضورهن الجماعات لأنهن منعن من ذلك في هذا الزمان لظهور الفساد ، فلا يصح خطاب الغائبين . وقيل ينوي بالتسليمتين جميع المؤمنين والمؤمنات لأنه بالتحريم حرم عليه الكلام وهو اختيار الحاكم الشهيد . وفي التحفة وهو اختيار الحاكم الجليل . قال شمس الأئمة هذا عندنا في سلام التشهد أما سلام التحليل فيخص الحاضرين لأجل الخطاب . قلت وعلى هذا ينبغي أن ينوي المؤمنين من الجن أيضاً وقد مضت الشافعية على هذا في كتبهم ، ومذهب أهل السنة اعتقاد وجودهم .

(ولا من لا شركة له في صلاته) أي ولا ينوي أيضاً من لا شركة له في صلاته (هو الصحيح)

لان الخطاب حظ الحاضرين ، ولا بد للمقتدي من نية إمامه ، فان كان الإمام من الجانب الايمن أو الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه فى الاولى عند أبي يوسف (رح) ترجيحاً لجانب الايمن

---

واحترز به عن قول الحاكم الجليل أنه ينوي من يشارك ومن لا يشاركه في صلاته . وقال أبو البر في جامعه هذا شيء تركه جميع الناس لأنه قل ما ينوي أحد قط . وفي المجتبى قيل ينوي بالسلام الأولى الحضور وفي الثانية جميع عباد الله الصالحين . وقيل ينوي بها جميع عباد الله المؤمنين . وقيل لا ينوى الفسقه وكفى الفسقة مبعدة وشنأ حيث لا نصيب لهم في الدنيا من سلام المصلين ، والأولى أن يقدم الحفظة لفضلهم أو لقربهم أو لكونهم أحق بالدعاء لعصمتهم عن الكبائر والصغائر . قلت هذا مذهب المعتزلة .

( لأن الخطاب حظ الحاضرين ) هذا التعليل يتأتى في النساء لأنهن منعن عن الحضور في هذا الزمان ، ولا يتأتى فيمن لا شركة له في الصلاة لأن عدم الشركة في الصلاة لا يستلزم الغيبة .

( ولا بد للمقتدى من نية إمامه ) لأنه قدامه وهو أكثر استحقاقاً من غيره وقوله – لا بد – ليس للدلالة على وجوب نية إمامه وتخصيص الإمام بالذكر يؤيد قول من يقول أنه ينوى من يشاركه في الصلاة دون غيره كذا في الجامع الصغير لقاضي خان وابن سيرين شرط التسليمة لرد سلام الإمام ، وقلنا إنه ضعيف فإن مقصود الرجل حاصل التسليمتين إذ لا فرق في الجواب بين أن يقول عليكم السلام وبين أن يقول السلام عليكم ، قال السغناقي في هذه الرواية مما تحفظ فإن جواب السلام لا يفارق بين تقديم السلام عليكم وبين تأخيره .

( فإن كان الإمام في الجانب الأيمن ) الفاء للتفصيل أى في الجانب الأيمن من المقتدى ( أو الأيسر ) أى أو كان الإمام في الجانب الأيسر من المقتدى ( نواه فيهم ) أى نوى الإمامة في الجملة القوم الذين في الجانب الأيمن والأيسر ( وإن كان بحذائه ) أى وإن كان المقتدى بحذاء الإمام لم يذكر في الجامع الصغير ذكره المصنف بقوله ( نواه في الأولى عند أبي يوسف ) أى نوى الإمام في التسليمة الأولى عند أبي يوسف ( ترجيحاً لجانب الأيمن )

وعند محمد (رح) وهو رواية عن أبي حنيفة (رح) نواه فيهما لانه ذو حظ من الجانبين، والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح

---

إذ اليمين في الأيمن وكذلك كان النبي ﷺ يحب التيامن في كل شيء وكذلك يؤتى أهل الجنة الصحف بأيمانهم وهو اختيار الطحاوي رحمه الله.

( وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله نواه فيهما ) أي نوى المقتدى الإمام فيهما أى في اليمين واليسار، وقال الشافعي ينويه في أيهما شاء ويستحب جانب الايمن ( لانه ) أى لان الإمام ( ذو حظ من الجانبين ) يعني له جانبان يستوجب الحظ من كل منهما.

( والمنفرد ينوى الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم ) وقال الحاكم ينوى جميع المسلمين في الدنيا ثم قيل الحفظة اثنان أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله فالذى يكتب عن يمينه بغير شهادة صاحبه، والذى عن يساره لا يكتب بشهادة من صاحبه إن قعد فأحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، وإن مشى فأحدهما أمامه والآخر خلفه، وإن قام فأحدهما عند رأسه والآخر عند رجليه.

فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن يذكر صيغة اثنين، ولم يذكرهما بالجمع وأعاد الضمير اليهم بالجمع. قلت اما باعتبار ما قيل انهم أربعة اثنان بالنهار واثنان بالليل، وعن عبدالله ابن المبارك خمسة اثنان بالنهار واثنان بالليل والخامس لا يفارقه ليلاً ولا نهاراً، وأما باعتبار ان الاثنين يطلق عليهما الجمع كما في قوله تعالى ﴿ فقد صغت قلوبكما ﴾ ٤ التحريم والمراد قلبا كما ومع هذا المراد من قوله الحفظة هم الملائكة الموكلون ببني آدم بدليل قوله فيما بعد وينوي في الملائكة عدداً محصوراً غير أن أعمالهم مختلفة منهم البتة، ومنهم الحفظة على ما نبنيه.

( والإمام ينوي بالتسليمتين ) أي ينوي القوم والحفظة في التسليمة الأولى والثانية ( هو الصحيح ) احترز به عما قال بعضهم في الجامع الصغير أنه ينوي بالتسليمة الأولى ترجيحاً لجانب الأيمن والأصح الجمع، لأنه لا يمكن فلا يصار إلى الترجيح. وقال

## ولا ينوي في الملائكة عدداً محصوراً لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الايمان بالأنبياء عليهم السلام ،

أبو اليسر لا يجب أن ينوي الإمام لأنه يجهر بالتسليمتين ويشير اليهم وهو فوق النية فلا حاجة اليها .

( ولا ينوي في الملائكة عدداً محصوراً ) لاختلاف العدد الواقع في عدد الملائكة الذين وكلوا ببني آدم . وأخرج الطبراني في معجمه عن أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ وكل بالمؤمن مائة وستون ملكاً يذبون عنه ما لم يقدر له من ذلك عليه سبعة أملاك يذبون عنه كما يذبون عن قصعة العسل الذباب في اليوم الصائف ، ولو وكل العبد إلى نفسه طرفة عين لاختطفته الشياطين . وروى الطبراني أيضاً عن بعضهم قال دخل عثمان بن عفان رضي الله عنه على رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله أخبرني عن العبد كم معه ملك فقال على يمينك ملك وعلى حسناتك وهو أمين على الملك الذي على الشمال ، فإذا عملت حسنة كتبت عشراً ، وإذا عملت سيئة قال الذي على الشمال للذي على اليمين أكتب فيقول لا لعله يستغفر الله ويتوب ، فإذا قال ثلاثاً قال نعم أكتب أراحنا الله عنه فبئس القرين ما أقل مراقبته إلى الله وأقل استحياؤه منا ، يقول الله ﴿ ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد ﴾ ١٨ ق ، وملكان من بين يديك ومن خلفك يقول الله ﴿ له معقبات من بين يديه ومن خلفه يحفظونه من أمر الله ﴾ ١١ الرعد ، وملك قابض على ناصيتك ، فاذا تواضعت لله رفعك ، وإذا تجبرت على الله قصمك ، وملكان على شفتيك ليس يحفظان منك إلا الصلاة على محمد عليه السلام ، وملك قائم على فيك لا يدع أن تدخل الحية في فيك ، وملكان عن يمينك فهؤلاء عشرة أملاك على كل بني آدم يبدلون ملائكة الليل على ملائكة النهار ، لأن ملائكة الليل سوى ملائكة النهار ، فهؤلاء عشرون ملكاً على كل آدمي وإبليس[1] بالنهار وولده بالليل . انتهى .

( لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت ) أي في عدد الملائكة الموكلين ببني آدم كما ذكرنا ( فأشبه الايمان بالأنبياء عليهم السلام ) أي فأشبه حكم هذا حكم الايمان بالأنبياء

---

(١) مع بني آدم — هامش .

**ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليس بفرض خلافاً للشافعي « رح » وهو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ،**

---

عليهم السلام حيث يقال في كلمة الايمان آمنت بجميع الأنبياء أولهم آدم وآخرهم محمد عليهما السلام ولا يعد عدداً محصوراً لئلا يلزم دخول من لم يكن منهم فيهم لأن في نبوة بعض الأنبياء خلافاً كما في ذي القرنين ولقمان ، قيل هما نبيان وأكثرهم على أنهما ليسا بنبيين ، ولقمان حكيم ، وذو القرنين ملك صالح . وقيل عدد الأنبياء مائة الف وأربعة وعشرون الفاً .

قلت في تعليله نظر وروي عن أبي ذر رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله كم الأنبياء قال مائة وأربعة وعشرون الفاً . الحديث رواه ابن حبان في صحيحه وابن مردويه في تعبيره .

( ثم اصابة لفظة السلام واجبة عندنا ) قال في المحيط وهو الأصح ، وقيل سنة وهو المروي عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب والنخعي والثوري والأوزاعي ويصح الخروج من الصلاة بدونها ، وعن ابن القاسم إذا أحدث الامام متعمداً قبل السلام صحت صلاته .

( وليس بفرض خلافاً للشافعي « رح » ) فانها عنده فرض وبه قال أحمد ، وقال الثوري لو أحدث بحرف [1] من حروف السلام عليكم لم يصح سلامه كما لو قال السلام عليك أو سلامي عليك أو سلام الله عليكم أو السلام عليهم ،فانه لا يجزئه بلا خلاف وتبطل صلاته إن تعمد وهذا منه ظاهر محض ، ولو قال عليكم السلام ففيه وجهان . وقال الوردي قولان والصحيح أنه يجزءه ، ولو سلم التسليمتين واحدة أو بدأ باليسار قبل اليمين أجزأه مع الكراهة فقد ترك الظاهرية في هذه الصورة واعتبر المعنى .

( وهو يتمسك ) أي الشافعي رحمه الله يحتج ( بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ) قد تقدم في أول باب صفة الصلاه ان هذا الحديث رواه علي بن أبي طالب وأبو سعيد الخدري وعبد الله بن زيد وعبد الله بن عباس رضي الله عنهما واحتج به المصنف هناك على شرطية تكبيرة الاحرام ، وهنا احتج به الشافعي على فرضية السلام ووجه ذلك أنه

---

(١) أحد بحرف — هامش .

ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود «رض» والتخيير ينافي الفرضية والوجوب إلا أنا أثبتنا الوجوب بما رواه احتياطاً وبمثله لا يثبت الفرضية والله أعلم .

---

لما قال تحريمها التكبير كان لا يصح الدخول في الصلاة إلا بالتكبير فكذلك قوله - وتحليلها التسليم - أي لا يخرج من الصلاة إلا به ، وأجاب عنه السروجي بأنه ضعيف وكذلك قال صاحب الدراية وتعلق الشافعي « رح » بهذا الحديث لا يصح إذ مداره على عبد الله ابن محمد بن عقيل وعلى أبي سعيد طريف بن شهاب وكلاهما ضعيف الرواية عند نقلة الحديث.

قلت ليس كذلك فان الترمذي لما رواه قال هذا الحديث أصح شيء في هذا الباب وأحسنه وأيضاً فلا وجه أن يستدل بحديث في موضع ويترك في موضع آخر مدعياً ضعفه ويتبين عن قريب الوجه في ذلك .

( ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنهما ) وقد ذكره في أول باب الصلاة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وذكرنا هناك أن أبا داود أخرجه في سننه وأحمد في مسنده والحاكم في مستدركه ، واستدل به المصنف هناك في فرضية القعدة الأخيرة في الصلاة واستدل به ها هنا على أن إصابة لفظة واجب فقال :

(والتخيير ينافي الفرضية والوجوب ) أي التخيير الذي يفهم من قوله عليه السلام إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك ينافي بقاء الفرض أو الواجب عليه ( إلا أنا أثبتنا الوجوب ) أي وجوب السلام في آخر الصلاة ( بما رواه ) أي بما رواه الشافعي رحمه الله تعالى بالحديث المذكور ( احتياطاً ) أي لأجل الاحتياط في ترك العمل به بالكلية فقلنا بوجوب السلام به ولم يقل بفرضيته لأنها تثبت بخبر الواحد وهو معنى قوله ( وبمثله ) أي وبمثل هذا الحديث الذي هو خبر واحد (لا تثبت الفرضية)، لأن الفرض لا يثبت إلا بدليل قطعي والواجب دون الفرض فيثبت بخبر الواحد ، وقد استدل الاترازي في وجوب السلام بقوله وإنما قلنا بوجوب إصابة لفظة السلام لمواظبة النبي عليه السلام ولم يبين وجه استدلال المصنف به وبحديث ما قاله ما روي أن رسول الله ﷺ صلى الظهر خمساً فلما أخبر بضعفه ثنى رجله فسجد سجدتين فقد خرج منها إلى الخامسة لا بتسليم .

فان قلت لم لا تقيس التحليل على التحريم يجعل كليها فرضاً . قلت لا يصح القياس لأن الذي يقع به التحريم وهو التكبير عبادة خالصة وثناء محض مخصوص بصيغة ومحله لانه يؤدى مع استقبال القبلة فصلح فرضاً .

وأما السلام فتردد الشارحان صلح ثناء لكن كونه خطاباً للقوم أخرجه إلى كلام الناس وكذلك كان محظوراً في محظور في الصلاة ، ويؤدى مع الإنحراف عن القبلة ، وأمره خروج من العبادة ، فلما تردد أمره جعله فوق النفل دون الفرض ، فكان واجباً ، فلم يصح قياسه بالتكبير .

فإن قلت ها هنا إشكال على قول أبي حنيفة يقول الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض ، وقد قال المصنف والتخيير ينافيه ، فكيف يتم الاستدلال على مذهبه ، قلت قال الكرخي الخروج عنها بفعل المصلي ليس بفرض عنده ، إذ لو كان فرضاً لاختص بما هو قربة كالخروج من الحج ، ولما كان الحدث العمد مخرجاً قال شمس الأئمة والصحيح ما قاله الكرخي . وقول أبي سعيد البردعي وأكثر المشايخ وهو أن الخروج منها بفعل المصلي فرض ليس بمنصوص عن أبي حنيفة « رح » ، والجواب على قول أبي سعيد إنما صار فرضاً لاداء صلاة أخرى لأن الأداء لا يمكن إلا بالخروج منها ، فقال فرضاً لأجل صلاة أخرى لا لأجل هذا الاستدلال على مذهبها فوق [1] مذهب أبي حنيفة ، وأبو حنيفة يتمسك في المسألة بحديث الاعرابي حيث علمه النبي عليه السلام ولم يذكر لفظ السلام ، وبالقياس على التسليم الثاني فانه ليس بفرض إجماعاً .

فروع . المسبوق يتابع الإمام في التشهد إلى قوله عبده ورسوله بلا خلاف ، وفي الزيادة ذكر القدوري أنه لا يتابعه واليه مال الكرخي وخواهر زادة ، وروى ابراهيم بن رستم عن محمد « رح » أنه يدعو بدعوات القرآن ، وروى هشام عنه أنه يدعو بذلك ويصلي على النبي ﷺ ، وقال بعضهم يسكت ، وعن هشام في قوله ومحمد بن شجاع البلخي أنه يكرر التشهد إلى أن يسلم الإمام وقال لا معنى للسكوت في الصلاة بلا استماع فينبغي أن يكرر التشهد مرة بعد مرة .

قلت يشكل عليها القيام [2] فان المقتدي يسكت فيه من غير استماع ، وقيل يصلي على النبي ﷺ . وقال بعضهم هو بالخيار إن شاء يأتي بالدعوات المذكورة في القرآن مثل الآيات التي أولها ربنا ، وإن شاء صلى على النبي عليه السلام ، ثم إذا سلم الإمام لا يعجل بالقيام

(١) لا على — هامش .

(٢) بالقيام — هامش .

وينظر هل يفعل الإمام بعضاً ما يشبه فاذا تيقن فراغه يقوم إلى قضاء ما سبق به ولا يسلم مع الإمام ، قال البريد في نظمه :

تمكث حتى تقوم الإمام إلى أن    تطوعه ان كان بعدها تطوع

ويستند إلى المحراب إن كان لا يتطوع بعدها ، ولو قام قبل سلامه جازت صلاته ويكون مسيئاً . وعند الشافعي يقوم بعد التسليمتين ، نص عليه في مختصر البويطي ، ولو قام بعد التسليمة الأولى جاز.

ولم يذكر المصنف أن المقتدي متى يسلم ، فعن أبي حنيفة روايتان ، في رواية يسلم مع الإمام كالتكبير ، وفي رواية يسلم بعد سلام إمامه وقال الشافعي المقتدي يسلم بعد فراغ الإمام من التسليمة الأولى ، فلو سلم مقارناً بسلامه إن قلنا أن نية الخروج بالسلام شرط لا يجزئه ، كما لو كبر مع الإمام لا تنعقد له صلاة الجماعة ، فعلى هذا تبطل صلاته ، وإن قلنا أن نية الخروج غير واجبة فتجزئه كما لو ركع معه ، وفي وجوب نية الخروج عن الصلاة بالسلام وجهان أحدهما يجب ، والثاني لا يجب كذا في تتمتهم ، وذكر في المبسوط المقتدي يخرج من الصلاة بسلام الإمام ، وقيل هو قول محمد ، أما عندهما يخرج بسلام نفسه . وتظهر ثمرة الخلاف من انتقاض الوضوء بسلام الإمام قبل سلام نفسه بالقهقهة فعنده لا ينتقض .

## ( فصل في القراءة )

هذا فصل في بيان أحكام القراءة في الصلاة ، إنما جعل أحكام القراءة بفصل على حدة لزيادة أحكام تعلقت بها دون غيرها ، ومن أحكامها الجهر ، ومنها القرب فالأول يرجع إلى الصفات ، والثاني إلى الذات . وكان ينبغي تقديم ما بالذات على ما بالصفات ، وها هنا قدم بالعكس لأن الجهر يتعلق بالاداء الكامل ، والقدر يشتمل الكامل والناقص ، فكان التعلق بالكامل الذي هو الأصل أولى بالتقديم .

( ويجهر بالقراءة ) أي يجهر المصلي بالقراءة ( في الفجر والركعتين الأوليين من المغرب

والعشاء إن كان إماماً ، ويخفي في الأخريين هذا هو المتوارث ، وإن كان منفرداً فهو يخير إن شاء جهر وأسمع نفسه .

---

والعشاء إن كان ) أي المصلي ( إماماً ويخفي في الأخريين ) أي في الركعتين الأخريين من العشاء ، ولم يبينه على الأكثر من المغرب ، لأنه يفهم من قوله من الأوليين في المغرب لأن التنصيص عليه ينفي القراءة بالجهر في الثالثة .

فان قلت فعلى هذا ما كان يحتاج إلى ذكر قوله ويخفي في الأخريين . قلت يكون ذلك للتأكيد .

( وهذا هو المأثور المتوارث ) أي الجهر في المواضع المذكورة والإخفاء فيما يخفى هو المروي عن النبي عليه السلام المتوارث من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، كما روى الدارقطني في سننه من حديث قتادة عن أنس رضي الله عنه ان جبريل عليه السلام أتى النبي عليه السلام بمكة حين زالت الشمس فأمره أن يؤذن للناس بالصلاة حين فرضت الصلاة عليهم ، فقام جبريل عليه السلام أمام النبي عليه السلام ، وقام الناس خلف رسول الله ﷺ فصلى أربع ركعات لا يجهر فيها بالقراءة ، فائتم الناس برسول الله ﷺ ورسول الله عليه السلام يأتم بجبريل عليه السلام ، ثم أمهل حتى دخل وقت العصر فصلى بهم أربع ركعات لا يجهر فيها بالقراءة يأتم المسلمون برسول الله ﷺ ويأتم رسول الله عليه السلام بجبريل عليه السلام ، ثم أمهل حتى وجبت (١) الشمس حتى صلى بهم ثلاث ركعات يجهر في الركعتين بالقراءة ولا يجهر في الثالثة ، ثم أمهل حتى ذهب ثلث الليل فصلى بهم أربع ركعات يجهر في الأوليين بالقراءة ولا يجهر في الأخريين بها ثم أمهل حتى إذا طلع الفجر صلى بهم ركعتين يجهر فيهما بالقراءة ، قال الدارقطني ورواه سعيد عن قتادة مرسلاً ، وفيه مرسلان آخران أخرجهما أبو داود في مراسيله أحدهما عن الحسن والآخر عن الزهري وذكرهما عبد الحق في احكامه من جهة أبي داود قال أنه مرسل أحسن أصح .

( وإن كان ) أي المصلي ( منفرداً فهو يخير إن شاء جهر وأسمع نفسه ) أسمع نفسه

---

(١) غابت – هامش .

لأنه إمام في حق نفسه وإن شاء خافت لأنه ليس خلفه من يسمعه، والأفضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الإمام في الظهر والعصر ،

---

تفسير لقوله جهر ، قال تاج الشريعة وقال السغناقي إنما ذكر قوله وأسمع نفسه معنيين أحدهما لجواب سؤال مقدر ، وهو أنه لما قال إن شاء جهر أورد عليه فقيل يجب أن لا يجهر لعدم فائدة الجهر ، فانه للأسماع ، وليس معه أحد يسمعه فأجيب بأن فائدة الجهر حاصلة ها هنا أيضاً بقدره وهو أن يسمع نفسه فيجهر لذلك .

والثاني ما ذكره فخر الإسلام في مبسوطه لا يجهر كل الجهر لأنه ليس معه أحد يسمعه ، بل يأتي بأدنى الجهر فكان معناه على هذا إن شاء جهر وأسمع نفسه ولا يسمع غيره لما أن التخصيص في الرواية يدل على نفي ما عداه في الغالب .

قلت كلام تاج الشريعة أوجه وأسد على ما لا يخفى .

( لأنه ) أي المنفرد ( إمام في حق نفسه ) لأن الإمام يقرأ وهو أيضاً يقرأ ، والإمام غير مقتد بغيره فكذلك هذا ( وإن شاء خافت لأنه ليس خلفه من يسمعه ) فليتخير ويسمع بضم الياء من الاسماع والضمير المستكن فيه يرجع إلى المنفرد والبارز يرجع إلى من.

( والأفضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ) وهذا لو أذن وأقام كان أفضل ، وفي الذخيرة أفضل أن يجهر بها في الأصح ، وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي لا يبالغ في الجهر مثل الإمام ، لأنه لا يسمع غيره ، وفي النوافل النهارية يخافت ويخير بالليل ، وفي المحيط والجهر أفضل لأنها اتباع للفرائض فلا يتميز عليها ، وفي الذخيرة الأفضل في نوافل الليل بأن تكون بين الجهر والمخافتة .

فإن قلت إذا كان المنفرد إماماً في حق نفسه ، فلما أذن جازت المخافتة في حقه ، قلت لأن القراءة له دون غيره ، فكانت مخافتته كجهره .

( ويخفيها الإمام ) القراءة ( في الظهر والعصر ) لأن الأصل فيه ان الكفار كانوا مستعدين للأذى في الظهر والعصر فترك الجهر فيهما لهذا العذر ثم ثبتت هذه السنة وإن زال العذر بكثرة المسلمين .

فان قلت لماذا جهر في الجمعة والعيدين . قلت لأنه عليه السلام ما صلاها إلا بالمدينة . وذكر أبو بكر بن أبي شيبة في سننه ان جناب ابن الأرث [1] كان يجهر بالقراءة في الظهر والعصر . وعن محمد بن مزاحم قال صليت خلف سعيد بن جبير فكان الصف الأول يفقهون قراءته في الظهر والعصر ، وكان الأسود وعلقمة يجهران بالقراءة في الظهر والعصر ولا يسجدان . وعن جابر سألت الشعبي والحكم وسالم والقاسم ومحمداً ومجاهداً وعطاء عن الرجل يجهر في الظهر والعصر ، فقالوا ليس عليه سهو . وعن قتادة إن شاء جهر في الظهر والعصر فلم يسجد .

وروى أبو حفص بن شاهين باسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال إذا رأيتم من يجهر بالقراءة في صلاة النهار فارجموه بالتفذ .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن يحيى بن بشير قالوا يا رسول الله ان ها هنا قوماً يجهرون بالقراءة بالنهار فقال ارموهم بالبعر .

( وإن كان بعرفة ) كلمة ان للوصل أي وإن كان الإمام يصلي بعرفة وعن مالك يجهر بالجمع بعرفات ، لأنه يؤدى بجمع عظيم كما في الجمعة ، والآن يأتي مستوفياً .

( لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء ) هذا ليس بحديث مرفوع عن النبي ﷺ . وقال النووي في الروضة هذا باطل ليس له أصل ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه من قول مجاهد وأبي عبيدة قال معمر عن عبد الكريم الجزري قال سمعت أبا عبيدة يقول صلاة النهار عجماء ، وقال مجاهد صلاة النهار عجماء . وفي الذخيرة عن ابن عباس « رض » قال صلاة النهار عجماء وجعل في المغربين ، وفي الفائق صلاة النهار عجماء من كلام الحسن البصرى ، وإنما استدل به أصحابنا لأن الحسن لما كان من القرن الأول وممن أدرك أكابر الصحابة رضي الله عنهم جعلوا كلامه كالمسموع من الرسول عليه السلام .

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما قصد خباب بن الارت . اهـ مصححة .

أي ليست فيها قراءة مسموعة ، وفي عرفة خلاف لمالك «رح» والحجة عليه ما رويناه ، ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر ،

---

( أى ليست فيها قراءة مسموعة ) أى ليست في قراءة النهار قراءة بالجهر والعجماء بالمدتأنيث الأعجم ، شبهت بالعجماءمن كونها ان الأعجم الذى لايتكلم وتفسيره لهذا الاحتراز عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فانه قال لا قراءة في هاتين الصلاتين ، فسر الحديث بأن قراءة فيها ، ولنا رواية البخارى فى صحيحه عن عبد الله بن سجدة قال قلنا لخبان هل كان رسول الله ﷺ يقرأ فى الظهر والعصر قال نعم ، قلنا بم كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته .

( وفى عرفة خلاف مالك ) هو يقول بالجهر بالجميع بعرفات (والحجة عليه ما روينا) أى الحجة على مالك ما رويناه وهو الذى ذكره صلاة النهار عجماء . قال الاكمل وأورد عليه بأنه ليس بحديث وإنما هو من كلام الحسن البصرى ، ولئن سلم فهو عام خص منه الجمعة والعيدين فيجوز تخصيصها بالقياس على الجمعة ، وأجيب بأن أصحابنا ملأوا كتبهم ونقلوا ان ابن عباس « رض » كان يفسره بعدم القراءة وليسوا من أهل الاهواء والبدع ، ولو ثبت إسناده عندهم لما فعلوا ذلك ، فليس العيدان والجمعة مخصوصة لان الجمعة فرضت بالمدينة وكان نسخاً لا تخصيصاً ، والنسخ بالقياس لا يجوز و كذا الاعياد .

قلت فيه نظر ، لان أهل الحديث أطبقوا على أن المذكور ليس بحديث مرفوع كما ذكرنا .

( ويجهر فى الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر ) أى النقل الشائع المنتشر ، يقال هذا حديث مستفيض أى منتشر ، فمنه ما رواه الجماعة إلا البخارى من حديث حبيب بن سالم عن النعمان بن بشير أن رسول الله ﷺ كان يقرأ فى العيدين ويوم الجمعة ﴿ سبح اسم ربك الاعلى ﴾ ١ الاعلى ، ﴿ وهل أتاك حديث الغاشية ﴾ ١ الغاشية .

ومنه ما رواه مسلم عن أبي واقد الليثى قال سألنى عمر « رض » ما كان يقرأ رسول الله ﷺ فى الاضحى والفطر ، فقال كان يقرأ بقاف والقرآن المجيد ، واقتربت الساعة ، وفى الثاني كان يصلي خلف النبى عليه السلام الظهر فسمع منه الآية بعد الآيات من سورة لقمان والذاريات .

وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتباراً بالفرض في حق المنفرد ، وهذا لأنه مكمل له فيكون تبعاً له ، ومن فاتته العشاء

---

ومنه ما رواه البيهقى عن الحارث عن علي رضي الله عنه قال الجهر فى صلاة العيدين من السنة ، والخروج فى العيدين إلى الجبانة من السنة .

( وفى التطوع بالنهار يخـــافت ) أى يخفى حتماً حتى يكره الجهر للأثر المذكور ( وبالليل يتخير اعتباراً بالفرض فى حق المنفرد ) أى وفى التطوع بالليل يخير المتطوع بين الجهر والإخفاء ، ولكن الجهر أفضل ، كذا فى المبسوط . قلت المنفرد كذلك أعنى التخيير مع أفضلية الجهر فكذا ها هنا .

( وهذا ) أى اعتبار المتطوع بالليـــل بفرض المنفرد ( لانـــه ) أى لان التطوع ( مكمل له ) أى للفرض . وروي أن العبـــد أول ما يحاسب عن الصلاة فان كان ترك منهـا شيئـاً يقال انظروا إلى عبدي هل تجدون له نافلة فان وجدت كملت الفرائض منها وأدخل الجنة .

( فيكون تبعاً له ) أي إذا كان التطوع مكملاً للفرض فيكون التطوع تبعاً للفرض ، والتبعية تستدعي أن يكون الحكم في التابع كالحكم في المتبوع فيما يصلح تبعاً له ، كالجندي يصير مقيماً في المفازة لإقامة إمامه في المصر ، وإنما قيدنا بقولنا فيما يصلح تبعاً له احترازاً عن حكم الجواز والفساد ، فإنه إذا صلى الأربع قبل الظهر ثم شرع في الظهر وأفسدها لا يرى ذلك إلى فساد السنة قبلها ، وإن كانت شرعيتها لتكميل الفرض أيضاً لما كان لكل واحدة منها تحريمة مبتدأة غير مبنية أحدهما على الأخرى . وقولنا غير مبنيـــة احترازاً عن صلاة المقتـــدي حيث تفسد بفساد صلاة الإمام وإن كانت لصلاة كل واحد منهـــما تحريمة مبتدأة .

( ومن فاتته العشاء ) هذا إلى قوله ومن قرأ في العشاء ليس في بعض النسخ، والصواب ذكرها لما أن ذلك من أصل مسائل الجامع الصغير حيث قال فخر الإسلام في جامعه هذه مسألة الكتاب والمصنف التزم ذكر مسائل قوله — ومن فاتته العشاء — أي صلاة العشاء

## فصلاها بعد طلوع الشمس إن أم فيها جهر كما فعل رسول الله ﷺ حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وإن كان وحده

( فصلاها بعد طلوع الشمس إن أم فيها جهر ) أي بالقراءة وبه قال أبو ثور وأحمد وابن المنذر .

( كما فعل رسول الله ﷺ حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة ) أي كما جهر رسول الله ﷺ بالقراءة حين صلى صلاة الفجر قضى غداة ليلة التعريس بجماعة كما في حديث أبي قتادة ، فإنه عليه السلام قضى الفجر بعد طلوع الشمس فيه وما أيقظهم إلا بحرها ، ثم أذن بلال بالصلاة فصلى رسول الله ﷺ ركعتين ثم صلى الغداة ، فصنع كما صنع كل يوم ، رواه مسلم وأحمد وفيه دليل على الجهر في قضاء الفوائت .

وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو جعفر عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال عرس رسول الله ﷺ فقال من يحرسنا الليلة فقال رجل من الأنصار شاب أنا يا رسول الله أحرسكم فحرسهم حتى إذا كان الصبح غلبته عيناه فما استيقظوا إلا بحر الشمس فقام رسول الله فتوضأ وتوضأ أصحابه وأمر المؤذن فأذن وصلى ركعتين ، ثم أقيمت الصلاة ، فصلى الفجر بأصحابه وجهر فيها بالقراءة كما كان يصلي بها في وقتها .

وروى مالك في الموطأ عن يزيد بن أسلم قال عرس رسول الله ﷺ ليلة بطريق مكة . فذكر الحديث في نومهم وقيامهم وصلاتهم ، ثم قال عليه الصلاة والسلام يا أيها الناس إن الله قبض أرواحنا ولو شاء ما ردها ، فإذا رقد أحدكم عن الصلاة أو نسيها ثم فرغ اليها فليصلها في وقتها . هذا والذي رواه محمد بن الحسن مرسلان ، ففي رواية محمد التصريح بالجهر ، وفي رواية مالك يمكن حمله على الجهر ، ويمكن على استيفاء الأركان .

قوله — التعريس — نزول المسافر آخر الليل نزلة للنوم والاستراحة ، يقال منه عرس عرس يعرس تعريساً ، ويقال فيه أعرس والعرس موضع التعريس وبه سمي معرس ذي الحليفة عرس به النبي ﷺ وصلى فيه الصبح ثم رحل .

( وإن كان وحده ) أي وإن كان الذي فاتته صلاة العشاء وصلى بعد طلوع الشمس

خافت حتماً ولا يتخير هو الصحيح لأن الجهر يختص اما بالجماعة حتماً أو بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ، ولم يوجد أحدهما

---

وحده ( خافت ) أي أخفى بالقراءة ( حتماً ) أي على وجه الحتم ، أي الوجوب ، والحتم مصدر حتمت عليه الشيء أي أوجبته ( ولا يتخير ) أي بين الجهر والمخافتة ،

( هو الصحيح ) أي الإخفاء هو الصحيح ، واحترز به عما ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ان المخافتة ليست بحتم ، بل له أن يجهر إن شاء ، والجهر أفضل ، وكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي والتمرتاشي والمحبوبي وقاضي خان في شروحهم للجامع الصغير ، وقال قاضي خان لو صلى وحده خافت لأن الجهر سنة الجماعة والاداء في الوقت ، ولا يجهر بعد خروج الوقت . وقال بعضهم يتخير بينهما والجهر أفضل كما في الوقت وهو الصحيح لأن القضاء يكون على وفق الاداء وفي الأداء المنفرد يتخير والجهر أفضل فكذا في القضاء ، وقال الشافعي لو فاتته صلاة الليل وأراد قضاءها بالنهار أو على العكس يعتبر وقت القضاء وهو ظاهر مذهبه ، فإن قضى بالنهار يسر وإن قضى بالليل يجهر . وقال بعض أصحابه يعتبر وقت الفوات ، فإن كان في صلاة الليل جهر فيها وإن كان في صلاة النهار أسر فيها كذا في تتمتهم .

( لأن الجهر يختص إما بالجماعة حتماً ) أي لأن الجهر بالقراءة مخصوص اما في الصلاة بالجماعة على سبيل الحتم أي الوجوب ( أو بالوقت ) أي وإما أن يختص بوقت الصلاة ( في حق المنفرد وعلى وجه التخيير ) بين الجهر والإخفاء ( ولم يوجد أحدهما ) أي أحد المذكورين وهما أي الجماعة والوقت في حق المنفرد وحاصله ان سبب الجهر إما الجماعة وذلك حتم ، وإما الوقت وذلك فيه خيار للمنفرد بين الأمرين الجهر والمخافتة ، والمنفرد والقاضي لا يوجد في حقه لا الجماعة ولا الوقت فلا يجهر .

وقال الاترازي قول صاحب الهداية ممنوع عندي بأن يقال لا نسلم أن الجهر ينفي مانعاً ما قال من السبب ، لأن الحكم جاز أن يكون معلولاً بعلل شتى ، وكيف يقال مثل هذا والقضاء يحكي الفائت والمنفرد كان مخيراً من الجهر حال الاداء فكذا حال القضاء ألا ترى أنه يؤذن ويقيم في القضاء فكما في الاداء ، قلت أخذ الأكمل كلام الاترازي هذا

ومن قرأ في العشاء في الأولبين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الأخريين ، وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الأخريين الفاتحة والسورة وجهر ،

---

ثم أجاب عنه بعبارة غير عبارته ، فقال بعد ذكر تعليل المصنف ويمنع بأن السبب ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون موافقة القضاء الاداء سبباً للجواز أيضاً في حق المنفرد .

ويمكن أن يجاب عنه بأن ما ذكره المصنف من سبب الجهر ثابت بالإجماع ولا نص يدل عليها فجعلها سبباً يكون إثبات سبب بالرأي ابتداء وهو ينزع إلى الشركة في وضع الشرع وهذا باطل ، ولعل هذا حمل المصنف على الحكم بكونه حتماً وهو الصحيح فيكون معنى قوله هو الصحيح يعني الصحيح دراية لا رواية ، فإن أكثر الروايات على الجواز .

قلت في دعوى الإجماع في الأول نظر لا يخفى ، وفي بقية من الثاني كذلك ، فإن عند الشافعي الإعتبار لوقت القضاء ، وعند الحلواني الإعتبار لوقت الاداء . وقال بعضهم القول بأن الجهر سنة الوقت مردود بفعل النبي ﷺ وقوله فإن أكثر الروايات على الجواز يدل على وجود الرواية على الجواز ، فكيف يقول معنى الصحيح دراية لا رواية .

( ومن قرأ في العشاء في الأولبين السورة ولم يقرأ فاتحة الكتاب لم يعد في الأخريين ) أي لم يعد قراءة الفاتحة في الركعتين الأخريين . وفي الذخيرة يعني قوله — لم يعد - أي لم يقض . وقال عيسى بن ابان ينبغي أن يكون الجواب على العكس لأن قراءة الفاتحة واجبة فيقضي ، وقراءة السورة سنة فلا تقضى إلا تبعاً ، فالواجب أولى بالقضاء . وعن الحسن أنه روى عن أبي أنه يقضيها ، أما الفاتحة فكما قال عيسى رحمه الله ، وأما السورة فلأنها مرتبة على الفاتحة على وفق السنة وهي واجبة أيضاً بدليل وجوب سجود السهو بتركها .

( وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها ) أي على الفاتحة يعني لم يقرأ السورة ( قرأ في الأخريين الفاتحة والسورة وجهر ) يعني بالفاتحة والسورة في ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه جهر بالسورة خاصة لأنه في الفاتحة مؤد فراعى صفة ادائها ،

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف « رح » لا يقضي واحدة منهما لأن الواجب إذا فات عن وقته لا يقضي إلا بدليل ، ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة

---

وفي السورة قاض فيجهر بالسورة كما يجهر في الاداء ولا يكون جمعاً بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة صورة وحقيقة ، وذلك غير مشروع ، ووجه ظاهر الرواية وهو الجهر بهما ان قراءة السورة واجبة ، وقراءة الفاتحة في الشفع الثاني غير واجبة ، فكان مراعاة صفة الواجب أولى ، فإذا جهر بالسورة يجهر بالفاتحة كيف يختلف صورة القراءة في قيام واحد ، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان ، وذكر شيخ الإسلام في المبسوط ان الظاهر من الجواب الجهر بالسورة والمخافتة بالفاتحة ، لأن السورة قضاء وقد قامت بصفة الجهر فيقضي كذلك ، والفاتحة اداء وقد شرع اداؤها على سبيل المخافتة وكذلك ذكره الإمام التمرتاشي فقال وهو الصحيح ما ذكره البلخي وهو جهر السورة دون الفاتحة ، فكان ما ذكره المصنف من الجهر بهما جميعاً مخالفاً لرواية هذين الكتابين ورواية فخر الإسلام أيضاً ، وموافقاً لما ذكره الإمام قاضي خان ومبسوط شمس الأئمة .

( وهذا ) أي قضاء السورة دون قضاء الفاتحة ( عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف « رح » لا يقضي واحدة منها ) أي من الفاتحة والسورة ( لأن الواجب إذا فات عن وقته لا يقضى إلا بدليل ) وها هنا لم يوجد الدليل ، لأن من شرط الدليل أن يكون له مثل حق يصرف ما له إلى ما عليه ، والسورة غير مشروعة في الأخريين حق يصرف إلى ما عليه ، ألا ترى أن الصلاة إذا فاتت عن أيام التشريق يقضيها في غير أيام التشريق بلا تكبير ، لأنه تكبير له في سائر الأيام .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » ( وهو الفرق بين الوجهين ) أحد الوجهين هو قراءة السورة في أول العشاء دون الفاتحة ، والوجه الاخير هو قراءة الفاتحة وحدها في الاولين .

( ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة ) يعني شرعت قراءة الفاتحة

فلو قضاها في الأخريين تترتب الفاتحة على السورة ، وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما إذا ترك السورة ، لأنه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع ، ثم ذكر ها هنا ما يدل على الوجوب وفي الأصل بلفظ الاستحباب لأنها

---

في الركعتين الاوليين على وجه يترتب على قراءتها قراءة السورة، ألا ترى أنه إذا نسي الفاتحة فذكرها قبل الركوع أو فيه يقرأها ويعيد السورة .

( فلو قضاها ) أي الفاتحة ( في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة ) يعني تقع الفاتحة عقيب السورة ( وهذا ) أي ترتب الفاتحة على السورة ( خلاف الموضوع ) لان الموضوع ترتب السورة على الفاتحة قال الاكمل ونوقض بترتب الفاتحة التي في الشفع الثاني أي آخره .

قلت هذا أخذ من السغناقي ملخص بيان النقض في منع قوله خلاف الموضوع هو ان ترتيب الفاتحة في الشفع الثاني على السورة في الركعة الثانية من الشفع الاول مشروع ، وملخص الجواب أن الذى ذكرتم على وجه الدعاء ، وليس الكلام فيه إنما الكلام في قراءة الفاتحة على وجه قراءة القرآن .

( بخلاف ما إذا ترك السورة ) في الاوليين ، فإنه يقرأ في الاخريين الفاتحة والسورة أيضاً ( لانه أمكن قضاؤها ) أى قضاء السورة في الاخريين ( على الوجه المشروع ) وهو أن ترتب السورة على الفاتحة وانضمامها إليها .

( ثم ذكر ) أى ذكر محمد رحمه الله ( ها هنا ) أى في الجامع الصغير ( ما يدل على الوجوب ) وهو قوله قرأ في الاخريين الفاتحة والسورة .

فان قلت كيف يدل هذا على الوجوب . قلت لانه ذكر بلفظ الخبر والاخبار في الوجوب دليل الامر على ما عرف ، فدل على أن قضاء السورة في الشفع الثاني واجب .

( وفي الاصل بلفظ الاستحباب ) أى وذكر في المبسوط ، وهو قوله أحب إلي أن يقضي السورة في الاخريين ( لانها ) أى لان السورة ، وهذا بيان وجه الاستحباب، وهو

إن كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ، ويجهر بهما هو الصحيح ، لأن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع ، وتغير النقل وهو الفاتحة أولى ثم المخافتة أن يسمع نفسه

---

أن السورة ( إذا كانت مؤخرة ) عن الفاتحة ( فغير موصولة بالفاتحة ) الاولى لوقوع الفصل بالفاتحة الثانية أى فهي غير موصولة بالفاتحة ، لان السورة في الثانية والفاتحة في الاولى .

( فلم يمكن مراعاتها[1] ) أى مراعاة السورة ( من كل وجه ) في القضاء ولم يذكر الوجه الآخر وهو أن تكون متقدمة على الفاتحة لبعده ، لانه يفضي إلى أمر غير مشروع. آخر وهو تقديم السورة على الفاتحة ، وإن ذهب إليه بعضهم .

( ويجهر بهما ) أى بالفاتحة والسورة إذا قضى السورة في الشفع الثاني (هو الصحيح) احترز به عما روى ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » أنه يجهر بالسورة لا الفاتحة ، وقد مر الكلام فيه مستقصى ( لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع ) أى غير موجه بحسب الظاهر ( وتغير النقل وهو الفاتحة أولى ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا ان الجمع بين الامرين شنيع . لكن لا نسلم أن ارتفاع هذا الشنيع ينحصر فيما قلتم لانه لا يلزم الجمع بينهما فيما قال هشام في روايته عن محمد أنه لا يجهر أصلا .

وتقرير الجواب ان فيما قال هشام تغيير صفة الواجب إلى صفة النفل ، وفيما قلتم تغيير صفة النفل إلى الواجب وتغيير صفة النفل أحق ، فكان هذا التغيير أولى من ذلك التغيير .

( ثم المخافتة أن يسمع نفسه ) أشار بهذا إلى بيان الإختلاف . في حد المخافتة والجهر فقال حد المخافتة أن يسمع القارىء نفسه لان ما دون ذلك جمجمة وليس بقراءة .

---

(١) موضوعها – هامش .

والجهر أن يسمع غيره وهذا عند الفقيه أبي جعفر الهندواني «رح» لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت . وقال الكرخي «رح» أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف ، لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ ؛

---

(والجهر أن يسمع غيره) سواء كان ذلك الغير في الصلاة بجنبه أو خارج الصلاة (وهذا) أي الذي ذكرنا من حد المخافتة والجهر ( عند الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله ) أي عند الإمام أبي جعفر ونسبته إلى هندوان بكسر الهاء قلعة ببلخ .

( لأن مجرد حركة اللسان لا تسمى قراءة بدون الصوت ) الواصل إلى أذنه فهو كما ترى جعل كل واحد من المخافتة والجهر من الكيفيات المسموعة . وقال الأكمل قال الهندواني مجرد حركة اللسان لا يسمى بدون الصوت قراءة ، يعني لا لغة ولا عرفاً وفيه نظر ، فإن من رأى المصلي الأطروش يحرك شفتيه يخبر عنه أنه يقرأ ، وإن لم يسمع منه شيء .

قلت في نظره نظر لأن الهندواني ما قيد قوله باللغة ولا بالعرف كليهما لأنه ليس المراد من القراءة إفادة المخاطب . والأطروش قارىء وإن لم يفهم المخاطب قراءته ، وبقول الهندواني قال الفضل والشافعي ، وشرط بشر المريسي وأحمد «رح» خروج الصوت من الفم وإن لم يصل إلى أذنه ، ولكن بشرط أن يكون مسموعاً في الجملة حتى لو أدنى أحدهما عنه إلى فيه يسمع .

( وقال الكرخي أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف ) وبه قال أبو بكر البلخي المعروف بالأعمش ، وهو قول مالك أيضاً ، واكتفوا بتصحيح الحروف . وفي الذخيرة ولا بد من تحريك اللسان وتصحيح الحروف حتى قال الكرخي لا يجزئه بلا تحريك اللسان . قالوا وقول الكرخي أقيس وأصح .

( لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ ) بكسر الصاد وتخفيف الميم وهو خرق الأذن ، ويقال الأذن نفسها . قال الجوهري وبالسين نفسه فالكرخي كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة والجهر من الكيفيات المسموعة . قال الأكمل واعترض عليه بأن

وفي لفظ الكتاب أشار إلى هذا وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء

---

الكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ولا تسمى قراءة لعدم الصوت ، وهذا فاسد لأنه لم تجعل تصحيح الحروف مطلقاً قراءة ، بل تصحيح الحروف باللسان قراءة ، ألا ترى إلى قوله – لأن القراءة فعل اللسان – قلت المراد من فعل اللسان تحريكه كما ذكرنا .

( وفي لفظ الكتاب ) أي وفي لفظ مختصر القدوري ، وقيل المراد منه المبسوط ، وقيل الجامع الصغير والأول أظهر ( إشارة إلى هذا ) أي قول الكرخي حيث قال في مختصر القدوري وإن كان مفرداً فهو مخير ، إن شاء جهر وأسمع نفسه ، وإن شاء خافت. وجه الإشارة إليه أنه جعل أدنى المخافتة ما دون إسماع النفس كما ترى فعلم أن تصحيح الحروف كاف .

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا صحح الحروف ولم يسمع نفسه هل تجوز صلاته أم لا . فعند الكرخي يجوز وعند الهندواني لا . وأما عبارة محمد في الأصل إن شاء قرأ في نفسه وإن شاء جهر وأسمع نفسه ، وهذا يدل على أن القراءة في نفسه غير إسماع نفسه لوجهين. أحدهما أنه جعل سماع نفسه جهراً والقراءة في نفسه مخافتة ، والجهر ليس قسماً من المخافتة فلا يمكن حمل الأول على كلا الجملتين ، أو نقول جعل إسماع نفسه قسماً للقراءة في نفسه ، وقسيم الشيء لا يكون قسماً له .

الثاني لو كان إسماع نفسه داخلاً في القراءة في نفسه لكان مستفاداً من قوله إن شاء قرأ في نفسه فيكون قوله – وإن شاء أسمع نفسه – تكراراً خالياً عن الفائدة، والعرف غير معتبر في هذا الباب لأنه أمر بينه وبين ربه . وقال الحلواني الأصح أنه يجوز ما لم يسمع نفسه ويسمع من يقربه . وفي المرغيناني قال أبو جعفر إسماع نفسه لا بد منه .

( وعلى هذا الأصل ) أي وعلى هذا الإختلاف المذكور ( كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق ) بأن قال لامرأته أنت طالق ولم يسمع نفسه يقع الطلاق عند الكرخي خلافاً للهندواني ( والعتاق ) بأن قال لعبده أنت حر ولم يسمع نفسه يعتق عند الكرخي خلافاً للهندواني ( والاستثناء ) بأن قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله ، أو قال لعبده أنت حر إن شاء

وغير ذلك ، وأدنى ما يجزىء من القراءة في الصلاة آية عند أبي حنيفة « رح » . وقالا ثلاث آيات قصار أو آية طويلة ، لأنه لا يسمى قارئاً بدونه فأشبه قراءة ما دون الآية. وله قوله تعالى ﴿فاقرأوا ما تيسر من القرآن﴾ ٢٠ المزمل ، من غير فصل .

---

الله وخافت إن شاء الله ولم يسمع نفسه لا يقع الطلاق ولا العتاق عند الكرخي ، وعند الهندواني يقعان في الحال . وكذلك الخلاف في الشرط .

( وغير ذلك ) مثل الإيلاء واليمين والتكبير وإحرام الحج والتسمية ووجوب سجدة التلاوة ونحو ذلك مما يتعلق بالنطق ، وإن تكلم في صلاته ولم يصحح الحروف لايفسدوإن صحح الحروف لا يفسد وعلى قول محمد بن الفضل لا يفسد ، والبيع على الخلاف المذكور. وقيل الصحيح في البيع أن يسمع المشتري . وفي النصاب ينكر الفضلى عن الإمام يسمع قراءة رجل أو رجلان في صلاه المخافتة ، قال لا يكون جهراً والجهر أن يسمع الكل .

( وأدنى ما يجزىء من القراءة في الصلاة آية ) أي قراءة آيةسواء كانت طويلةأوقصيرة ( عند أبي حنيفة ) رضي الله عنه وهو رواية عن أحمد « رح » ذكرها في المغني .

( وقالا بثلاث آيات قصار أو آية طويلة ) أي وقال أبو يوسف ومحمد أدنى ما يجوز من القراءة في الصلاة قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وهو رواية عن أبي حنيفة ( لأنه لا يسمى قارئاً بدونه فأشبه قراءة ما دون الآية ) أي لأن المصلي لا يسمى قارئاً عرفاً بدون المذكور من ثلاث آيات أو آية طويلة لأنه مأمور بالقراءة المطلقة ، والمطلق ينصرف إلى المتعارف ، وقارىء الآية القصيرة لا يسمى قارئاً عرفاً فلا يجوز الصلاةبذلك القدر كما لا تجوز إذا قرأ ما دون الآية .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( قوله تعالى ﴿فاقرأوا ما تيسر من القرآن﴾ من غيرفصل ) بيانه أن الله تعالى أمرنا بالقراءة مطلقاً وباطلاقه يتناول ما يطلق عليه اسم القراءة مقصودة لا يشعر بها قصد الخطاب لأحد ولا جوابه ولا قصد التلقين من غيره ، وفي رواية عند آية واحدة لأن ما دونها يوجد في كلام الناس فلا يطلق عليه اسم القرآن ، وهذه الرواية هي

المذكورة في المتن ، والحاصل أن في ذلك عن أبي حنيفة ثلاث روايات ، الأولى رواية الأصل كقول الصاحبين . والثانية رواية القدوري وهو ما يتناوله اسم القراءة ، قال القدوري هو الصحيح وهو قول ابن عباس فإنه قال اقرأ ما معك من القرآن فليس شيء من القرآن بقليل . والثالثة ما قاله في الينابيع وهو قراءة آية أي آية كانت قصيرة أو طويلة ، ولو كانت الآية قصيرة كلمة واحدة مثل مدهامتان أو حرفاً واحداً مثل قاف أو صاد أو نون ، فإن كل واحد منها آية عند بعض القراء .

اختلف المشايخ فيه ، قال المرغيناني الأصح أنه لا يجزئه ، وقال الحلواني لأنه يسمى عاداً لا قارئاً . وفي نوادر المعلي عن أبي يوسف إذا كان الرجل لا يحسن إلا قوله الحمد لله رب العالمين يقرؤها مرة واحدة في كل ركعة ولا يكررها تجوز صلاته وهو قول أبي حنيفة « رح » . وفي فتاوى المرغيناني لو قرأ آية الكرسي أو المداينة بدون الفاتحة الصحيح عند أبي حنيفة « رح » أنه لا يجزئه ، فإن ذلك عند القاضي عماد الدين ، وعامة المشايخ على جوازها .

ولو قرأ آية الكرسي أو المداينة في ركعتين اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة . قيل لا يجزئه لأنه لم يقرأ في كل ركعة آية تامة . وقيل يجوز لأن بعضها يزيد على ثلاث آيات قصار . ولو قرأ نصف آية مرتين أو كلمة واحدة من آية مراراً حتى بلغ قدر آية تامة لا يجوز . وفي فتاوى النسفي قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة واحدة بالإجماع . وقد ثبت رجوع أبي حنيفة « رح » عن آية . وفي البدرية هذا أحد الجواز ، أما الكراهية ثابتة ما لم يقرأ الفاتحة مع ثلاث آيات . وفي شرح الطحاوي قراءة الفاتحة وحدها ومعها آية أو آيتان مكروه . وفي المبسوط تكرار آية طويلة بمنزلة ثلاث آيات في حق إقامة السنة .

( إلا أن ما دون الآية خارج ) هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كان المراد من قوله ما تيسر من القرآن مطلقة من غير فصل لجاز ما دون الآية كما جاز بالآية لأن إطلاق ما دون الآية خارج عن الإطلاق لأن المطلق ينصرف إلى الكامل والكامل من

والآية ليست في معناه ، وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب وأي سورة شاء ، لما روي أن النبي عليه السلام قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين ولأن للسفر اثراً في إسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى

---

القراءة ما هو قرآن حقيقة وحكماً ، وما دون الآية وإن كان قرآن حقيقة فليس بقرآن حكماً ألا ترى أنه يجوز قراءته للجنب والحائض ، نص بذلك في العيون ، والمختلف فلا ينصرف المطلق اليه .

( والآية ليست في معناه ) أي في معنى ما دون الآية ، فإذا كان كذلك لم يجز قياسها ( وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب وأي سورة شاء ) قدم حكم القراءة في السفر مع أنه من العوارض وهو أليق بالتأخير . لأنه مظنة قلة القراءة فكانت له مناسبة للحكم التي قبله وهو قراءة الآية الواحدة أو لأن أحكام قراءة الحضر كثيرة فأراد أن يدخلها فيها بعد الفراغ من القليل .

( لما روي أن النبي ﷺ قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين ) هذا الحديث رواه أبو داود في سننه في فضائل القرآن والنسائي في الاستعاذة من حديث القاسم مولى معاوية عن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال كنت أقود لرسول الله ﷺ ناقته في السفر فقال لي يا عقبة لأعلمك خير سورتين قرآناً فعلمني قل أعوذ برب الفلق ، وقل أعوذ برب الناس قال فلما نزل لصلاة الصبح صلى بهما صلاة الصبح للناس .. الحديث والقاسم هو عبد الرحمن القرشي إلا مولى مولاهم النسائي وثقه ابن معين وتكلم فيه غير واحد قاله المنذري ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه .

( ولأن للسفر أثراً في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى ) السفر مظنة التخفيف فأدير الحكم عليه وخففت القراءة ، وإن كان المسافر أمياً لأن للسفر أثراً في إسقاط الركعتين من الرباعيات للتخفيف وتأثيره في تخفيف القراءة التي هي جزء من الصلاة أظهر وأدعى إلى التخفيف . قال الأكمل فإن قيل هذا التعليل مخالف لما ذكر في طرق أبي حنيفة في مسألة الأرواث في باب الأنجاس حيث استدل هاهنا بوجود التخفيف ثانياً وما ذاك هنا أجيب بالفرق بين الموضعين بأن العمل بتخفيف القراءة عملاً بالدلالة ، لأن

وهذا إذا كان على عجلة من السير وإذا كان في أمنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف

---

كل شيء ظهر تأثيره في الأصل كان ظهور تأثيره في الوصف أولى لكونه تابعـــاً للأصل بخـــلاف الأدوات فإن الضرورة عملت في وصف التخفيف مدة وكفت مؤنتها بها فـلا تعمل ثانية .

قلت هذا ذكره العتابي وله جواب آخر ، وهو أن الحكم يدور مع العلة لا مع الجملة ، ألا ترى أنه يباح الفطر في السفر مع الأمن والقرار لوجود العلة وقيـل في تعليـل المصنف نظر لأن السفر ما أثر في إسقاطه على مذهبنا بل صلاة السفر من الأصل وجبت ركعتيـن لحديث عائشة رضي الله عنها أن الصلاة فرضت ركعتين فأقرت في السفر وزيـــدت في الحضر رواه مسلم . قلت زيادتـــه في الحضر أمر تعبدي وتركـــه على السفر في ركعتين لأجل التخفيف ، وإن كان في الأصل شرع ركعتـــين فال الأمر في ذلـك مع كل وجـه إلى التخفيف .

( وهذا ) يعني ما ذكرنا من قوله – وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب وأي سورة شاء– ( إذا كان ) أي المسافر الذي يصلي ( على عجلة من السير ) أي على استعجـــال في سيره لوصول المنزل أو كان وراءه عدو أو سبع يخافه فيستعجل للحوق بجماعته .

( وإن كان في امنة ) بفتح الميم أي أمن ومنه قوله تعالى ﴿ امنة نعاساً ﴾ ١٥٤ آل عمران ، والامنة أيضاً الذي يشق بكل أحد ، وكذلك الأمنـة بضم الهمزة ( وقرار ) وفي مكان يقرأ ( في الفجر سورة البروج وانشقت ) يعني ﴿ والسماء ذات الـــبروج ﴾ وهي ثنتان وعشرون آية وسورة ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ وهي خمس وعشرون آية .

( لأنه يمكنه مراعات السنة مع التخفيف ) مراعاة السنة هي أنه عليه السلام قرأ في الحضر بمثل سورة ﴿ البروج ﴾ و ﴿ انشقت ﴾ في صلاة الفجر ، فإذا كان المسافـــر في أمن يقرأ بمثل هذه السورة في صلاة الفجر فيكون مراعياً للسنـــة مع حصول التخفيف المطلوب في السفر الذي هو عين المشقة .

ويقرأ في الحضر في الفجر الركعتين بأربعين آية أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ، ويروى من أربعين إلى ستين ، ومن ستين إلى مائة وبكل ذلك ورد الأثر

---

( ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين آية او خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ) في العبارة إشارة إلى أن الأربعين آية أو الخمسين تكون في الركعتين لا في ركعة واحدة ، فيكون في كل ركعة من الفجر عشرون آية في رواية الأربعين وخمسة وعشرين آية في رواية الخمسين .

فإن قلت هذا خلاف الآثار فإنه ذكر في المبسوط عن مسروق العجلي قال بلغت [1] سورة « ق » ﴿ واقتربت ﴾ مني رسول الله ﷺ لكثرة قراءته إياهما في صلاة الفجر ، ولا يمكن حمله على أنه قرأ بعض سورة ﴿ق﴾ في ركعة ، لأن المستحب قراءة سورة تامة في ركعة وقد أمر به النبي عليه السلام بلالاً رضي الله عنه . قلت يحمل على ما رواه العجلي على ما في الكتاب من ستين إلى مائة فإنه عليه السلام لما قرأ سورة ﴿ق﴾ في الركعة الأولى وهي أربع وخمسون آية كان يقرأ في الثانية ما يعادلها أو يقاربها ، فكان مجموعها يقرب إلى مائة ولهذا فسر في مبسوط شيخ الإسلام وقال أنه عليه السلام يقرأ سورة ﴿ق﴾ أو ﴿ اقتربت ﴾ في الركعة الأولى . والحاصل أن الاختلاف الواقع في هذا الباب لاختلاف الأخبار والآثار على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى .

( ويروى من أربعين إلى ستين ) أراد بهذا أنه روي عن أبي حنيفة أنه يقرأ في الفجر في الحضر في الركعتين من أربعين آية إلى ستين . ( ومن ستين إلى مائة ) أي ويروى عن أبي حنيفة أيضاً رواها الحسن عنه أنه يقرأ من ستين آية إلى مائة آية ( وبكل ذلك ورد الأثر ) أي بكل ما ذكرنا من المقادير في القراءة في الفجر في السفر والحضر ورد الأثر ، ألا ترى أن أبا بكر رضي الله عنه قرأ في الفجر سورة البقرة ، فلما قال له عمر رضي الله عنه كادت الشمس تطلع يا خليفة رسول الله فقال لو طلعت لم تجدنا غافلين ، وعمر رضي

---

(١) حفظت ـــ هامش .

ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين ، وقيل ينظر إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الأشغال وقلتها .

---

الله عنه قرأ سورة يوسف ، فلما انتهى إلى قوله ﴿ واشكو بثي وحزني إلى الله ﴾ ٨٦ يوسف ، خنقته العبرة فركع ، وروى عن أبي سويد أنه قال خرجنا مع عمر رضي الله عنه حجاجاً فصلى بنا الفجر بـ ﴿ ألم تر كيف ﴾ ١ الفيل و بـ ﴿ لإيلاف قريش ﴾ ١ قريش .

وعن ابن ميمون قال صلى بنا عمر رضي الله عنه الفجر في السفر فقرأ ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ١ الكافرون ، و ﴿ قل هو الله أحد ﴾ ١ الإخلاص ، وعن الأعمش عن ابراهيم قال كان أصحاب رسول الله ﷺ يقرأون في السفر بالسور القصار .

وعن أبي وائل قال صلى بنا ابن مسعود في السفر الفجر بآخر بني إسرائيل ﴿ الحمد لله الذي لم يتخذ ولداً ﴾ ١١١ الإسراء ، ثم ركع ذكر ذلك ابن أبي شيبة .

( ووجه التوفيق ) أي بين الروايات التي رويت ، وقد ذكر وجه ذلك بثلاثة أوجه أحدها قوله ( أنه ) أي الإمام ( يقرأ بالراغبين ) في سماع طول القراءة والإمام ( مائة ) أي مائة آية أو أكثر ، لأن الراغبين هم الزهاد والعباد ، فلا يثقل عليهم التطويل ، ويجمع الإمام في هذا بين التغليس والاسفار .

( وبالكسالى ) أي ويقرأ بالكسالى ، وهو جمع كسلان ( من أربعين إلى خمسين ) أي من أربعين آية إلى خمسين آية ولا يزيد على هذا لأنه يثقل عليهم لقلة رغبتهم ( وبالأوساط ) أي ويقرأ بأوساط الناس وهم لا راغبون ولا كسالى جداً بل بين هؤلاء وهؤلاء وهو جمع وسط ( ما بين خمسين إلى ستين ) أي ما بين خمسين آية إلى ستين آية .

( وقيل ينظر إلى طول الليالي وقصرها ) وأقصرها ليالي الصيف ويقرأ فيها أربعين آية . وفي الخريف خمسين آية أو ستين آية ( وإلى كثرة الأشغال وقلتها ) هو الوجه الثالث من وجوه التوفيق ، وهو أنه ينظر إلى كثرة اشتغال الناس وقلتها ، لأن التطويل عند

قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت ، وقال في الأصل أو دونه ، ولأنه وقت الإشتغال فينقص عنه تحرزاً عن الملال .

والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط المفصل

---

الإشتغال الكثيرة يؤدي إلى ترك السنة ، وها هنا وجوه أخرى . الأول : ينظر إلى حال الإمام في الطول والقصر بحسب القدرة .

الثاني : ينظر إن كان الإمام حسن الصوت يقرأ مائة ، وإن كان خلاف ذلك لا يزيد على الأربعين .

الثالث : ينظر إلى حال الوقت بحسب الأمن والخوف .

( قال ) أي في الجامع ( وفي الظهر مثل ذلك ) أي يقرأ في صلاة الظهر مثل ما قرأ في صلاة الفجر ، وقد روي أنه ﷺ كان يقرأ في الظهر ﴿ الم تنزيل ﴾ السجدة ، وروي أنه كان يقرأ في الفجر ﴿ الم تنزيل ﴾ فدل على أنه كان يقرأ في ركعتي الظهر مثل ما يقرأ في الفجر ( لاستوائهما في سعة الوقت ) أي لاستواء الظهر والعصر في سعة الوقت .

( وقال في الأصل ) أي قال محمد في المبسوط ( أو دونه ) أي أو يقرأ في الظهر دون ما يقرأ في الفجر ( لأنه ) أي لأن الظهر ( وقت الإشتغال ) بخلاف الفجر ( فينقص عنه ) أي عن الفجر ( تحرزاً عن الملال ) أي احترازاً عن الملالة المفضية إلى تقليل الجماعة .

( والعصر والعشاء سواء ) يعني يتساويان في حكم القراءة ( يقرأ فيهما بأوساط المفصل ) وأوساط المفصل من كورت إلى الضحى ، وطوال المفصل من الحجرات إلى ﴿ والسماء ذات البروج ﴾ والقصار من الضحى إلى آخر القرآن ، كذا في جامع المحبوبي وقاضي خان إلا أنه ذكر في جامع قاضي خان قيل أول الطوال من قاف قال الخطابي روي هذا في حديث مرفوع . وحكى القاضي عياض أنه من الجاثية وهو غريب ، وسمي المفصل لكثرة الفصول فيه وقيل لقلة المنسوخ فيه .

وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل ، والاصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ان اقرأ في الفجروالظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء ، وفي المغرب بقصار المفصل ولأن مبنى المغرب على العجلة والتخفيف أليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير

---

( وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والأصل فيه ) أي في تقدير القراءة في الصلاة ( كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل ، وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل ، وفي المغرب بقصار المفصل ) هذا له أصل ، ولكن بغير هذا الوجه فروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن علي بن زيد بن جدعان عن الحسن رضي الله عنه وغيره قال كتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل ، وفي العشاء بأوساط المفصل ، وفي الصبح بطوال المفصل . وروى ابن شاهين ولفظه أن اقرأ في الصبح بطوال المفصل ، وفي الظهر بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل .

وقال الترمذي في كتابه في آيات القراءة في الصبح ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل ، وأبو موسى الأشعري اسمه عبد الله بن قيس ، مات سنة اثنين وأربعين ، وهو ابن ثلاث وستين سنة .

( ولأن مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير ) أراد بالعجلة الإستعجال خوفاً من وقوعها إلى اشتباك النجوم ، وروي عن ابن عمر رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ يقرأ في المغرب ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ و﴿قل هو الله أحد﴾ ورواه ابن ماجة .

فإن قلت في حديث جبير بن مطعم قال سمعت رسول الله ﷺ يقرأ في المغرب بالطور ، وعنه عليه السلام قرأ في المغرب الأعراف وقسمها في ركعتين ، رواه النسائي .
قلت هذا بحسب الأحوال فكان النبي عليه السلام يعلم من أحوال المؤمنين في وقت أنهم يؤثرون

## وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقف فيهما بالاوساط وقال ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية إعانة للناس على إدراك الجماعة

---

التطويل فيطول وفي وقت غير مستحب قد ذكر المصنف في باب المواقيت ، ويستحب تأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده ، وذكر في العشاء أنه يستحب تأخيره إلى ما قبل ثلث الليل .

ثم تعليل المصنف حينئذ بقوله ( وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب ) ماش ظاهر في العصر وغير ماش في العشاء لأن تأخيره إلى نصف الليل مباح والتعليل الصحيح فيه أن وقتها وقت النوم فبالتطويل في القراءة يحصل التأخير ، وبالتأخير يحصل التنفير والتقليل في الجماعة لغلبة النوم عليهم حينئذ ( فيوقت فيهما ) أي في وقت العصر والعشاء ( بالأوساط ) أي بأوساط المفصل ، وعن أبي بريدة كان النبي ﷺ يقرأ في العشاء الآخرة والشمس وضحاها ونحوه ، ورواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن .

وعن جابر بن سمرة أنه ﷺ كان يقرأ في الظهر والعصر ﴿ والسماء ذات البروج ﴾ ﴿ والسماء والطارق ﴾ رواه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه .

( وقال ) أي محمد في الأصل ( ويطيل الركعة الأولى من الفجر على الثانية ) وفي بعض النسخ ويطول وهذا بالاتفاق بين أصحابنا ، وعند الشافعي « رح » يسوي بين الركعتين في الصلاة كلها ذكر في المهذب وبه قال الأكثرون من الشافعية « رح » واختار النووي قول محمد وفي الروضة والأصح التسوية بينها وبين الثالثة والرابعة ، واتفقوا على كراهية إطالة الثانية على الأولى إلا مالكاً ، فإنه قال لا بأس بأن يطول الثانية على الأولى .

( إعانة للناس على إدراك الجماعة ) أي لأجل الإعانة للناس على إدراك الجماعة ، لأن وقت الفجر وقت نوم وغفلة ، فاستحب تطويل الركعة الأولى ليدرك الناس الجماعة .

قال وركعتا الظهر سواء ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد « رح » أحب إلي أن يطيل الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها، لما روي أن النبي عليه السلام كان يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها ، ولهما أن الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة ،

---

( قال وركعتا الظهر سواء ) أي الركعتان الأوليان من الظهر مستويتان في الإطالة والقصر ، لأنهما استويا في وجوب القراءة ويستويان في مقدارها إذ الترجيح خلاف الأصل بخلاف صلاة الفجر لما ذكرنا ، وقد ذكرنا عن قريب حديث جابر بن سمرة وقراءته ﷺ في الظهر والعصر ﴿ والسماء ذات البروج ﴾ ﴿ والسماء والطارق ﴾ وهما متقاربتان .

( وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ) يعني استواء ركعتي الظهر وغيره ( وقال محمد رحمه الله أحب إلي أن يطول الركعة الأولى على الثانية في الصلوات كلها ) وبه قال الثوري وأحمد « رح » ( لما روي أن النبي ﷺ كان يطيل الركعة الأولى على الثانية في الصلوات كلها ) روى البخاري ومسلم من حديث أبي قتادة، واللفظ للبخاري أن النبي ﷺ كان يقرأ في الظهر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين، وفي الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب ويطول في الركعة الأولى ما لا يطيل في الثانية وهكذا في العصر وهكذا في الصبح وزاد أبو داود والعشاء . انه يريد بذلك أن يدرك الناس الركعة .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (ان الركعتين استويا في حق استحقاق القراءة فيستويان في المقدار ) يعني ان القراءة كما فرضت في الأولى فرضت في الثانية، فثبت استوائهما في استحقاق القراءة فينبغي أن يستويا في حق المقدار أيضاً .

( بخلاف الفجر لأنه وقت نوم وغفلة ) هذا جواب عن قياس محمد « رح » حيث قاس سائر الصلوات بالفجر ، فان إطالة الأولى على الثانية مسنونة بالاجماع ، وأما الفجر فانه في وقت نوم وغفلة بخلاف غيرها ، فان الناس فيها على علم ويقظة فلا يقاس على الفجر

والحديث محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لعدم إمكان الاحتراز عنه من غير حرج

لوجود الفارق ، وفى جامع المحبوبى الجمعة والعيد وغيرهما فى هذا الحكم سواء .

( والحديث محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والبسملة) هذا جواب من جهة أبى حنيفة وأبى يوسف عن الحديث الذى احتج به محمد وهو ظاهر ، وفيه نظر من وجهين ، أحدهما أنه احتج لمحمد بالحديث المذكور ، ولم يحتج لأبى حنيفة وأبى يوسف « رح » إلا بالمعقول ، وكان ينبغى له أن يذكر لهما حديثاً ثم يجيب عن حجته ، والثاني أن المراد من الإطالة هى الإطالة فى نفس القراءة والثناء والتعوذ ، والتسمية ليست من القراءة وهذا هو جواب شاف .

وقد احتج أبو حنيفة وأبو يوسف بما رواه أبو سعيد الخدرى أنه ﷺ كان يقرأ فى الركعتين الأولين فى كل ركعة قدر ثلاثين آية ، وفي الأخريين خمس عشرة آية ، وقال نصف ذلك فى العصر وفى الركعتين الأولين فى كل ركعة قدر خمس عشرة آية ، وفى الأخريين قدر نصف ذلك رواه مسلم وأحمد « رح » .

( ولا يعتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لعدم إمكان الإحتراز منه من غير حرج ) أى ولا عبرة في زيادة آية أو آيتين في الركعة الأولى على القراءة في الركعة الثانية ، وكذلك على العكس ، وكذا لا عبرة في نقصان آية أو آيتين عن ذلك ، والحاصل أن المقدار في الزيادة والنقصان بما دون ثلاثة آيات من غير حرج في اعتبار التساوى على الحقيقة ، وقد صح أن النبي ﷺ قرأ في المغرب بالمعوذتين ، والثانية أطول من الأولى بآية ، وإطالة الركعة الثانية على الأولى بثلاث آيات فصاعداً في الفرائض مكروه بالإجماع وفي السنن والنوافل لا يكره لأن أمرها أسهل كذا في جامع المحبوبي ، وفي جامع التمرتاشي هكذا إذا كان إماماً ، أما إذا كان منفرداً قرأ ما شاء لأن على الإمام أن يراعي حق القوم ، قال المرغيناني في التطويل يعتبر بالآى إن كان بينها مقاربة بأن كانت الآيات متقاربة من حيث الطول والقصر معتبراً بالكلمات والحروف ، وقيل ينبغى أن يكون

التقرب بالثلاث والثلاثين . وقال الطحاوى يقرأ في الأولى ثلاثين آية وفي الثانية عشر آيات أو عشرين آية ، وهذا بيان الأولوية .

وفي المجرد قال أبو حنيفة رضي الله عنه المنفرد كالإمام فى جميع ما وصفنا من القراءة إلا أنه ليس عليه الجهر ، وقيل يستحب للمنفرد رجلاً كان أو إمرأة تطويل القراءة لقول محمد رحمه الله طول القراءة أحب إلي من كثرة الركوع والسجود ، وقوله تعالى ﴿قوموا لله قانتين﴾ ٢٣٨ البقرة ، قيل القنوت طول القيام . وفى القنية القراءة المسنونة يستوى فيها الإمام والمنفرد والناس عنها غافلون .

فروع إذا قرأ الفاتحة وسورة معها ثم قرأ في الثانية تلك السورة مع الفاتحة فلا بأس به ، حتى قال الأصحاب لو قرأ ﴿قل أعوذ برب الناس﴾ ١ الناس في الأولى ، ثم قام إلى الثانية يقرأها بعينها . وعن أبي الحويرث أنه ﷺ قرأ في المغرب بأم القرآن وقرأ معها ﴿إذا زلزلت الأرض﴾ ثم قام فقرأ بأم القرآن وقرأ ﴿إذا زلزلت الأرض﴾ أيضاً رواه أبو داود .

وفي البخاري أن رجلاً كان يقرأ في كل ركعة بقل هو الله أحد فرفع إلى النبي ﷺ فأقره عليه . وكره جماعة الجمع بين سورتين غير الفاتحة في ركعة واحدة وعندنا لا يكره ذلك ، وقال الطحاوي وثبت عن النبي ﷺ أنه فعله ، وذكر في الحديقة أن أربعة من العلماء ختموا القرآن في ركعة واحدة وهم عثمان بن عفان ، وتميم الداري ، وسعيد بن جبير وأبو حنيفة رضي الله عنهم .

وإن جمع بين سورتين في ركعة وبينهما سور أو سورة يكره . وإن قرأ في الركعتين من وسط السورة وآخرها في الأولى ، وفي الثانية وسط سورة وآخر سورة أخرى لا ينبغي أن يفعل [١] ، ولو فعل لا بأس به ، وإن انتقل من آية إلى آية وبينهما آيات يكره في ركعة واحدة وفي الركعتين ، إن كان بينهما سورة لا يكره ، وإن كان سور يكره ،

(١) في الأصل – أن الفعل – اه مصححه .

## وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لإطلاق ما تلونا ، ويكره أن يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات

وقيل لا يكره إذا كانت السورة طويلة ، وقيل لا يكره على الإطلاق . ويكره أن يقرأ سورة أو آية في ركعة ثم يقرأ في الثانية ما فوقها ، وعليه جمهور الفقهاء .

قال ابن بطال في شرح البخاري وعن عبد الله أنه سئل عمن يقرأ القرآن منكوساً قال ذلك منكوس القلب ، وفسر بأن يقرأ سورة ثم يقرأ بعدها سورة قبلها في النظم وبه قال أحمد ، ولم يكره مالك ، وكذا ترديد السورة في ركعة نص مالك لا بأس به وروى ابن القاسم عنه أنه سئل عن تكرير ﴿ قل هو الله أحد ﴾ فكرهه وقال هذا مما أحدثوه. وفي الذخيرة ولو قرأ آية في التطوع لا يكره ذلك فقد ثبت عن جماعة من السلف أنهم كانوا يحيون ليلتهم بآية العذاب أو الرحمة أو الرجاء .

( وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها بحيث لا يجوز غيرها ) أي ليس في صلاة من الصلوات أي صلاة كانت قراءة سورة من القرآن بعينها للمصلي بحيث أنه لا يجوز غيرها إذا قرأ ذلك الغير ، وفيه نفي قول الشافعي رحمه الله ، فإن عنده الفاتحة فرض على التعيين في الصلوات حتى إذا ترك الفاتحة لا تجوز الصلاة وقوله – لا يجوز غيرها – يجوز فيه الوجهان ، أحدهما أن يكون يجوز بالتخفيف وغيرها بالرفع فاعله ، والجملة بقي في محل النصب على الحال ، والآخر أن يكون من باب التفعيل وغيرها بالنصب على المفعولية، والضمير في لا يجوز على هذا يرجع إلى المصلي الذي يدل عليه قوله – قرأ سورة – لأن التقدير قراءة المصلي سورة فالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل .

( لإطلاق ما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ فاقرأوا ما تيسر من القرآن ﴾ ٢٠ المزمل فإنه مطلق ولا يجوز تقييده بخبر الواحد .

( ويكره أن يوقت ) أي يعين ( بشيء من القرآن لشيء من الصلوات ) مثل ما أخذ عين قراءة السجدة و ﴿ هل أتى على الإنسان ﴾ في فجر كل جمعة ، ومثل تعيين قراءة

سورة الجمعة والمنافقين في صلاة الجمعة ( لما فيه ) أي في توقيت السورة من القرآن بشيء من الصلوات ( من هجر الباقي ) لأن المواظبة على تعيين شيء من القرآن لشيء من الصلوات هجراً لباقي القرآن من غير المعين ، فيدخل تحت قوله تعالى ﴿ وقال الرسول يا رب إن قومي اتخذوا هذا القرآن مهجوراً ﴾ ٣٠ الفرقان ، أي متروكاً وأعرضوا عنه ( وإيهام التفضيل ) أي ولما فيه من إيهام تفضيل المعين على غيره ، والقرآن كلام الله تعالى كله سواء في التفضيل .

وقال السغناقي ها هنا سؤال ، وملخصه أن هذه المسألة والتي قبلها في إبداء حكم واحد بحسب الظاهر فحينئذ يصير هذا تكراراً ولا فائدة فيه . وأجابوا بجوابين ملخص الأول: أن المسألة الأولى من مسائل القدوري ، والثانية من مسائل الجامع الصغير ، والمصنف التزم ذكر مسائلهما . قلت فيه نظر لا يخفى .

والثاني : ان في الأولى تعيين السورة في مطلق الصلوات ولا يقرأ غيرها في كلها ، وفي الثانية تعيين سورة معينة في صلاة معينة كما ذكرنا مثلها . وأورد الأكمل هذا في شرحه ناقلاً عنه ، وذكر في الجواب الأول أن المصنف قد التزم الإتيان بمسائل القدوري ومسائل الجامع الصغير إذا اختلفت الروايتان ، قلت ليس ها هنا اختلاف الروايتين وإنما هو اختلاف الحكمين .

وقال الاترازي فافهم فرق ما بين هذه المسألة وبين المسألة المتقدمة وقد خبط خبط عشواء إذ ركب متن في فرقهما كثير ممن تصدى للتدريس . قلت هو فيما ذكره ، لأنه لم يفرق بينهما بوجه ما ، وأظن أنه حل المسألة الثانية على أنه إذا واظب على البعض ، وأما إذا قرأ أحياناً تبركاً روي عن النبي ﷺ أنه كان يقرأ السجدة ﴿وهل أتى على الإنسان﴾ في صلاة الفجر فيكون مستحباً لا مكروهاً فلذلك قال ممن تصدى للتدريس ولم يقل ممن تصدى للشرح .

ثم ذكر السغناقي سؤالاً آخر ملخصه أنه علم كراهة التعيين من جانب واحد فعلمه من الجانبين بالطريق الأولى ، لأن الكراهة ما جاءت إلا من جانب التقديم وأجاب بما ملخصه

بطريق المنع ، لأنه يجوز أن يكون للتعيين من الجانبين فائدة لزيادة التبرك بفعل النبي ﷺ ذلك دون الآخر ، حتى أن الشافعي رحمه الله يرى استحباب الثاني دون الأول ، لأن فيه هجراً للباقي من غير تضمن معنى التبرك ، فيكره الأول دون الثاني ، وقد تكلم ها هنا غير تحرير يعلم ذلك بالوقوف عليه والتأويل فيه .

ثم قال الاسبيجابي والطحاوي هذا الذي ذكر إذا رآه حتماً واجباً لا يجزي غيرها أو رأى القراءة بغيرها مكروهة ، أما لو قرأها في تلك الصلاة تبركاً بقراءة رسول الله ﷺ بها أو تأسياً به أو لأجل التيسير عليه ، فلا كراهة في ذلك ، لكن بشرط أن يقرأ غيرها أحياناً لئلا يظن الجاهل الغبي أنه لا يجوز غير ذلك ، وغالب العوام على اعتقاد بطلان الصلاة بترك سورة السجدة دون سورة ﴿ هل أتى ﴾ ١ الإنسان ، وما تحملهم على هذا إلا التزام الشافعية « رح » قراءة سورة السجدة . وقال الطحاوي قرأ النبي ﷺ في الجمعة بغير ما ذكر فيها . وعن النعمان بن بشير أنه عليه‌السلام كان يقرأ في الركعة الثانية ﴿ هل أتاك حديث الغاشية ﴾ فيحمل على أنه قرأ هذا مرة ، وبهذا مرة ، واستدل النووي بحديث ابن عباس « رض » الذي أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي أن رسول الله عليه‌السلام كان يقرأ في صلاة الفجر يوم الجمعة تنزيل السجدة و ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ على سُنية قراءة هاتين السورتين في صبح يوم الجمعة .

وكذلك استدل بما رواه مسلم وأبو داود والثاني بحديث ابن عباس رضي الله عنه أنه كان يقرأ في صلاة الجمعة بسورة الجمعة ﴿ إذا جاءك المنافقون ﴾ وقال فيه دليل لمذهبنا ومذهب موافقينا وهم محجوجون بهذه الأحاديث الصحيحة المروية من طرق ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم .

قلت ولا خلاف بيننا وبينهم في الحقيقة ، لأن أبا حنيفة إنما كره الملازمة إذا لم يعتقد الجواز بغيره ، والشافعي أيضاً يكره مثل هذا ، أما إذا اعتقد الجواز بغيره ولازم على سورة معينة لأحد الوجوه التي ذكرناها الآن فلا يكره .

ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام خلافاً للشافعي «رح» في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ،

---

( ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام ) سواء جهر الإمام أو أسر بـه . وقال ابن المسيب وعروة بن الزبير وسعيد بن جبير والزهري والشعبي والثوري والنخعي والأسود وابن أبي ليلى والحسن بن جني إذا كان يسمع قراءة الإمام، وقال ابن تيمية وبه قال الأوزاعي وأبي عنبتر وابن المبارك والإمام مالك وأحمد ، وفي الجواهر يستحب قراءتها في السر دون الجهر ./وقال ابن وهب وأشهب وابن عبد الحكم وابن حبيب لا يقرأها في الجهر ولا في السر .

( خلافاً للشافعي في الفاتحة ) فعنده يجب على المأموم قراءة الفاتحة في السرية والجهرية وبه قال الليث وأبو ثور ، وفي القديم لا يجب في الجهرية نقله أبو حامد في تعليقه. وحكى الرافعي وجهاً أنه لا يجب في السرية ، وقال الثوري فإنه يجب فيها .

( له ) أي للشافعي ( أن القراءة ركن من الأركان فيشتركان فيه ) أي يشترك الإمام والمقتدي في هذا الركن كما يشتركان في سائر الأركان بخلاف ما لو أدرك الامام في الركوع لأن تلك الحالة حالة الضرورة ولم يذكر المصنف إلا الدليل العقلي لأنه ذكر في باب صفة الصلاة ما احتج به الشافعي «رح» من الحديث وقد بسطنا الكلام فيه هناك ، ومن جملة ما احتج به من المنقول ما رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال للمأمومين الذين قرأوا خلفه لا تفعلوا إلا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأها ، رواه أبو داود والترمذي وحسنه .

واحتج له البيهقي بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج ، فقيل لأبي هريرة إذا يكون وراء الامام ، فقال اقرأها في نفسك يا فارسي . الحديث رواه أبو داود في لفظ : فهي خداج غير تمام . وفي لفظ ابن عدي : كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وآيتين فهي خداج ، وفي رواية الطبراني : كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي مخدجة . وفي رواية أخرى لابن عدي باسناده إلى ابن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا تجزىء المكتوبة إلا

بفاتحة الكتاب وثلاث آيات فصاعداً . وقد أجبنا عن هذه الأحاديث وما جاء في هذا الباب من نحو ذلك في باب صفة الصلاة .

( ولنا قوله ﷺ من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة ) هذا الحديث رواه من الصحابة جابر بن عبد الله وابن عمر وأبو سعيد الخدري وأبو هريرة وابن عباس وأنس بن مالك رضي الله عنهم .

أما حديث جابر فأخرجه ابن ماجة في سننه عن جابر الجعفي عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ من كان له إمام فان قراءة الامام له قراءة .

وأما حديث ابن عمر فأخرجه الدارقطني في سننه عن محمد بن الفضل بن عطية عن أبيه عن سالم بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ قال من كان له إمام فقراءته له قراءة . وعن ابراهيم بن عامر الأصبهاني حدثنا أبي عن جدي عن النضر بن عبد الله ثنا الحسن بن صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه وثنا العدوي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة .

وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فأخرجه الدارقطني في سننه عن محمد بن عبد الرازق ثنا اسماعيل بن ابراهيم التيمي عن سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً نحوه سواء .

وأما حديث ابن عباس فأخرجه الدارقطني أيضاً من حديث عاصم بن عبد العزيز المولى عن أبي اسماعيل عن أبي عون بن عيينة عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال تكفيك قراءة الامام خافت أو جهر .

أما حديث أنس فأخرجه ابن حبان في كتاب الضعفاء عن تميم بن سالم عن أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة .

فان قلتَ حديث جابر رضي الله عنه فيه جابر الجعفي وهو مجروح وروى عن أبي حنيفة أنه قال ما رأيت الكذب من جابر الجعفي . وحديث ابن عمر موقوف وفيه وهم

قاله الدارقطني . وحديث أبي سعيد أخرجه ابن عدي أيضاً فيه اسماعيل بن عمرو بن نجيح وهو ضعيف . وقال ابن عدي هذا يتابع عليه . وحديث أبي هريرة قال الدارقطني لا يصح هذا عن سهيل وتفرد به محمد بن عباد وهو ضعيف . وحديث ابن عباس قال أحمد حديث منكر وقال الدارقطني فيه عاصم بن عبد العزيز وليس بالقوي ورفعه وهم . وحديث أنس بن مالك فيه غنيم بن سالم قال ابن حبان هو يخالف في الروايات ولاتعجبني الرواية عنه فكيف الاحتجاج به .

قلت أما حديث جابر فله طرق أخرى وهي وإن كانت مدخولة ولكن يشد بعضها بعضاً فمنها ما رواه محمد بن الحسن في الموطأ أخبرنا الإمام أبو حنيفة « رح » حدثنا أبو الحسن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن جابر عن النبي ﷺ قال من صلى خلف الإمام فإن قراءة الإمام قراءة له . ومنها ما رواه ابن عدي والدارقطني عن الحسن ابن صالح عن ليث بن أبي سليم عن جابر عن أبي الزبير مرفوعاً نحوه . ومنها ما رواه الدارقطني في سننه والطبراني في معجمه الأوسط عن سهل بن العباس المروزي ثنا اسماعيل بن علية عن أيوب بن الزبير قال قال رسول الله ﷺ من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة .

فإن قلت أخرج هذا الحديث الدارقطني في سننه ثم البيهقي عن أبي حنيفة مقروناً بالحسن بن عمارة وعن الحسن بن عمارة وحده بالاسناد المذكور ، قال الدارقطني وهذا الحديث لم يسنده عن جابر بن عبد الله غير أبي حنيفة « رح » والحسن بن عمارة وهما ضعيفان وقد رواه سفيان الثوري وأبو الأحوص وشعبة وإسرائيل وشريك وأبو خالد الالني وسفيان بن عيينة وغيرهم عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبي عليه السلام مرسلاً وهو الصواب .

قلت سئل يحيى بن معين عن أبي حنيفة « رح » فقال ثقة ما سمعت أحداً ضعفه هذا شعبة بن الحجاج يكتب اليه أن يحدث ويأمره شعبة وسعيد وقال أيضاً كان أبو حنيفة ثقة من أهل الصدق ، ولم يتهم بالكذب ، وكان مأموناً على دين الله صدوقاً في الحديث ، وأثنى

عليه جماعة من الأئمة الكبار ، مثل عبد الله بن المبارك وسفيان بن عيينة والأعمش وسفيان الثوري وعبد الرزاق وحماد بن زيد ووكيع وكان يفتي برأيه والأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد « رض » وآخرون كثيرون فقد ظهر لنا من هذه تحامل الدارقطني عليه وتعصبه الفاسد ، فمن أين له تضعيف أبي حنيفة « رح » وهو مستحق التضعيف ، وقد روى في مسنده أحاديث سقيمة ومعلولة ومنكرة وغريبة وموضوعة ، ولقد صدق القائل في قوله حينئذ والمعنى .

إذا لم ينالوا شأنه ووقاره ... فالقوم أعداء له وخصوم

وفي المثل السائر :

البحر لا يكدره وقوع الذباب ... ولا ينجسه ولوغ الكلاب

وحديث أبي حنيفة حديث صحيح. وأما أبو حنيفة فأبو حنيفة وأبو الحسن موسى بن أبي عائشة الكوفي من الثقات الاثبات ومن رجال الصحيحين ، وعبد الله بن شداد من كبار الثلاثة وثقاتهم .

فإن قلت هذا الحديث زاد فيه أبو حنيفة جابر بن عبد الله وقد رواه جرير وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة وأبو الأحوص وشعبة وزائدة وزهير وأبو عوانة وابن أبي ليلى وقيس وشريك وغيرهم فأرسلوه . فقلت الزيادة من الثقة مقبولة ، ولئن سلمنا فالمراسيل عندنا حجة .

فإن قلت حديث ابن عمر فيه محمد بن الفضل وهو متروك ، وقال الدارقطني رفعه وهم . قلت نحن نحتج بالموقوف لأن الصحابة عدول .

فإن قلت حديث أبي سعيد أخرجه ابن عدي عن اسماعيل بن عمر وهو ضعيف . قلت هو من طريق الطبراني والضعيف ما كذبه .

فان قلت حديث أبي هريرة فيه محمد بن عباد الرازي وهو ضعيف ، وكذلك حديث ابن عباس وحديث أنس . قلت قد ذكرنا أن الضعيف قد يتقوى بالصحيح ويقوي بعضها بعضاً .

( وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم ) أي على ترك القراءة خلف الإمام كما مر في حديث عبادة بن الصامت ، وحديث أبي هريرة رضي الله عنه ، فكيف ينعقد الإجماع مع خلف بعض . قلت سماه إجماعاً باعتبار اتفاق الأكثر فإنه يسمى إجماعاً عندنا . وقد روي منع القراءة عن ثمانين نفراً من كبار الصحابة منهم المرتضى والعبادلة الثلاثة وأسانيدهم عند أهل الحديث . وقيل ما يجاوزه عدد من أفتى في ذلك الزمان عن الثمانين فكان اتفاقهم بمنزلة الإجماع ، وذكر الشيخ الإمام عبد الله بن يعقوب الحارثي السنديوني في كتاب كشف الأسرار ، عن عبد الله بن زيد بن زيد بن أسلم عن أبيه قال عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ ينهون عن القراءة خلف الإمام أشد النهي أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم جميعاً .

أو نقول إجماع ثبت بنقل الاحاد ، ولهذا لم يعد مخالفه جاهلاً فلا يمنعه نقل البعض بخلافه كنقل حديث بالآحاد لا يتبع نقل حديث آخر معارض له ، ثم لما ثبت نقل الأمرين ترجح ما قلنا لأنه موافق لقول العامة وظاهر الكتاب والأحاديث المشهورة ، ويجوز أن يكون رجوع المخالف ثابتاً فتم الإجماع .

إن قلت لما ثبت نهي العشرة المذكورة ولم يثبت رد واحد عليهم عند توفر الصحابة كان إجماعاً سكوتياً . فإن قلت قوله عليه السلام قراءة الإمام له قراءة معارض بقوله تعالى ﴿ فاقرأوا ﴾ فلا يجوز تركه بخبر الواحد . قلت جعل المقتدي قارئاً بقراءة الإمام إلا ما يأتم فلا يلزم الترك ، أو نقول أنه خصه منه المقتدي الذي أدرك الإمام في الركوع ، فإنه لا يجب عليه القراءة بالاجماع فيجوز الزيادة عليه حينئذ بخبر الواحد .

فإن قلت قد حمل البيهقي في كتاب المعرفة حديث من كان له إمام فقراءة الامام له قراءة على ترك الجهر بالقراءة خلف الامام ، وعلى قراءة الفاتحة دون السورة ، واستدل عليه بحديث عبادة بن الصامت المذكور فيما مضى . قلت ليس في شيء من الأحاديث بيان القراءة خلف الامام فيما جهر ، والفرق بين الاسرار والجهر لا يصح لأن فيه إسقاط الواجب بمسنون على زعمهم قاله ابراهيم بن الحارث .

وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع ، قال عليه السلام وإذا قرأ فانصتوا ،

---

وفي حديث عبادة محمد إسحاق بن يسار وهو مدلس . قال النووي ليس فيه إلا التدليس ، قلنا المدلس إذا قال عن فلان لا يحتج بحديثه عند جميع المحدثين ، مع أنه قد كذبه مالك وضعفه أحمد ، قال لا يصح الحديث عنه ، وقال أبو زرعة الرازي لا يقضى له بشيء .

( وهو ركن مشترك بينهما ) جواب عن قول الشافعي القراءة ركن وتقريره سلمنا أنها ركن لكن مشترك بينهما أي بين المقتدي والامام ( لكن حظ المقتدي الانصات وهو الاصغاء ) أي السكوت ( والاستماع ) بمعنى ، فعلى قوله لا فرق بينهما فحينئذ يكون قوله والاستماع عطف تفسيري . وقال ابن الأثير يقال أنصت ينصت إنصاتاً إذا سكت فسمع وقد نصت انتصاتاً إذا اسكته فهو لازم ومتعد ويقال الانصات والسكوت والاستماع شغل السمع بالسماع

( قال ﷺ وإذا قرأ فانصتوا ) وتمام الحديث قال ﷺ إنما جعل الامام ليؤتم به ، فاذا كبر فكبروا وإذا قرىء[1] فانصتوا وإذا قال سمع الله لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد ، رواه أبو هريرة ، وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة .

فان قلت قال أبو داود هذه الزيادة فانصتوا ليست بمحفوظة والتوهم عندنا من أبي خالد . قلت تعقبه المنذري في مختصره وقال وهذا فيه نظر ، فان أبا خالد الأحمر هذا هو سليمان بن حيان وهو من الثقات الذي احتج بهم البخاري ومسلم ، ومع هذا لم ينفرد بهذه الزيادة بل تابعه عليها أبو سعيد محمد بن سعيد الأنصاري الأسلمي المدني نزيل بغداد ، وقد أخرج مسلم هذه الزيادة في صحيحه في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه من حديث سليمان التيمي متابعة أبي سعيد أبا خالد مما رواه النسائي في سننه أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك ثنا محمد بن سعيد الأنصاري حدثني محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ إنما جعل الامام ليؤتم به فاذا كبر فكبروا وإذا قرأ فانصتوا .

---

(١) الأفضل أن تبنى للمعلوم كالأفعال التي في الحديث . اه مصححه .

## ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد « رح » ويكره عندهما لما فيه من الوعيد

فان قلت قال البيهقي في المعرفة بعد أن روى حديث أبي هريرة رضي الله عنه وأبي موسى قد أجمع الحفاظ على خطأ هذه اللفظة في حديث أبو داود وابن حاتم وابن معين والحاكم والدارقطني وقالوا انها ليست بمحفوظة . قلت يرد هذا كله ما يوجد في بعض النسخ مسلماً هذه الزيادة عقيب هذا الحديث ، وصحح ابن خزيمة حديث ابن عيلان المذكور في تلك الزيادة ، فقال مسلم هو صحيح عندي يعني الحديث الذي رواه أبو هريرة المذكور ، فقيل له لم يضعفه ها هنا فقال ليس كل شيء عندي صحيح ، وضعفه ها هنا إنما وضعت ها هنا وأجمعوا عليه ، وهذا مسلم جبل من جبال أئمة الحديث وأهل النقل قد حكم بصحة هذا الحديث ورد بهذا كلام البيهقي وأمثاله .

( ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد ) أي يستحسن قراءة المقتدى الفاتحة احتياطاً ورفعاً للخلاف فيما روى بعض المشايخ عن محمد . وفي الذخيرة لو قرأ المقتدى خلف الامام في الصلاة لا يجب فيها ، اختلف المشايخ فيه فقال أبو حفص وهو بعض مشايخنا لا يكره في قول محمد « رح » وأطلق المصنف كلامه ومراده في حالة المخافتة دون الجهر . وفي شرح الجامع للامام ركن الدين علي السعدى عن بعض مشايخنا أن الامام لا يتحمل القراءة عن المقتدى في الصلاة المخافتة .

( ويكره عندهما ) أى عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( لما فيه من الوعيد ) أى لما في هذا الصنع وهو القراءة خلف الامام ، فقد أخطأ طريق الفطرة رواه ابن أبي شيبة ، وروى عن سعيد رضي الله عنه قال وددت أن الذى يقرأ خلف الامام في فيه جمرة ، رواه عبد الرزاق في مصنفه ، إلا أنه قال في فيه حجر . وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال كنت في فم الذى يقرأ خلف الامام حجر ، رواه عبد الرزاق ومحمد بن الحسن أيضاً .

وروي عن عبد الله من قرأ خلف الامام ملىء فيه تراباً . وروي عن زيد بن ثابت من قرأ خلف الامام فلا صلاة له . وقال السروجي تفسد صلاته في قول عدة من الصحابة .

وعن البلخي أحد إلى أن يملأ فمه التراب . وقيل يستحب أن يكسر أسنانه ، ذكر ذلك الرازى في أحكام القرآن . وفي شرح التأويلات عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه من قرأ خلف الامام لا صلاة له .

وروى أيضاً نهى عن ذلك جماعة من الصحابة . وروى الطحـــاوي في شرح الآثار حدثنا يونس بن عبد الأعلى حدثنا عبد الله بن وهب أخبرني عروة بن شريـح عن بكر بن عمر رضي الله عنه وعن عبد الله بن مقسم أنه سأل عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت وجابر بن عبد الله فقالوا لا تقرأ خلف الامام في شيء من الصلاة . وروى محمد بن الحسن في موطأه عن سفيان بن عيينة عن أبي منصور عن أبي وائل قال سئل عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن القراءة خلف الامام قال انصت ، فان في الصلاة ثقلاً ويكفى في الامام .

وروى ابن أبي شيبـــة في مصنفـــه عن جابر قال لا يقرأ خلف الامام إن جهر وإن خافت .

فان قلت روى أبو داود والترمذي والنسائي مرة حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ معي أحد منكم آنفـــاً ، فقال رجل نعم يا رسول الله فيما يجهر فيه رسول الله ﷺ من قول الزهرى فلم يجعل الحـــديث حجة قال أحمد ما سمعنا أحداً من أهل الاسلام يقول ان الامام إذا جهر بالقراءة لايجزىء صلاة المأموم ما لم يقرأ وهذا النبي عليه الصلاة والسلام والتابعون ، وهذا مالـــك في أهل الحجاز ، وهذا الثورى في أهل العراق ، وهذا الأوزاعي في أهل الشام ، وهذا الليث في أهل مصر ، قالوا الرجل قرأ إمامه ولم يقرأ هو صلاته باطلة .

وفي المعارضة يقال الشافعي عجباً لك كيف تقدر المأموم على القراءة في الجهر أينازع القرآن الامام أم لا يعرض عن إسماعـــه ، أم يقرأ إذا سكت فان قال يقرأ إذا سكت ، قيل له فان لم يسكت الامام وقد اجتمعت الأمة أن سكوت الامام غير واجب ، فمتى يقرأ . ثم يقال ليس في استماعه لقراءة القرآن قراءة منـــه وهذا كاف لمن أنصف ، وفيهم قد كان ابن عمر لا يقرأ خلف الامام وكان أعظم الناس اقتداء برسول الله ﷺ .

## ويستمع وينصت وإن قرأ الإمام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع والانصات فرض بالنص

( ويستمع وينصت وإن قرأ الامام آية الترغيب والترهيب ) أي يستمع المقتدى وينصت وكلمة إن واصلة بماقبله والمعطوف عليه محذوف وتقديره يستمع المقتدى وينصت وإن لم يقرأ الامام آية الترغيب وإن قرأ آية الترغيب مثل الآية التي فيها ذكر الجنة ، وآية الترهيب مثل الآية التي فيها ذكر النار ، وفي ذكر المصنف هذا التركيب على هذه العبارة رعاية حسن الأدب حيث لم يقل ولا يسأل المقتدى الجنة أو لا يتعوذ من النار إذا قرأ الامام آية الترغيب والترهيب ، فان فيه التصريح بالنهي عن رسوله من الله وعن تحذيره ، وذكره بطريق الكناية عن النهي هو طريق حسن ولكنه اقتصر فيه على بيان حكم المقتدى في هذا الباب ، فان في هذا المقام ثلاثة أحكام حكم المقتدى وحكم الامام وحكم المنفرد ، أما حكم المقتدى فهو الذي ذكره وهو أنه يستمع وينصت ولا ينشغل بالدعاء .

( لأن الانصات والاستماع فرض بالنص ) هو قوله تعالى ﴿وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وانصتوا﴾ ٢٠٤ الأعراف .

وأما حكم الامام فانه لا يفعل ذلك في التطوع ولا في الفرض لأنه يؤدى إلى تطويل الصلاة على القوم وإنه مكروه . وقال الشافعي إذا قرأ الامام آية الرحمة فيستحب له أن يسأل الله تعالى ، أو آية العذاب يستحب له أن يستعيذ ، أو آية تنزيه يستحب له أن يسبح ، لما روي عن النبي ﷺ أنه ما مر بآية رحمة إلا سألها أو آية عذاب إلا استعاذ منها ، ويستحب للمقتدى أن يتابعه على ذلك نقله المزني في المختصر ، لأن كل ذكر يسن للإمام فيسن للمقتدى كسائر الاذكار ، وكذا لو قرأ بقوله تعالى ﴿ أليس ذلك بقادر على أن يحيي الموتى ﴾ ٤٠ القيامة ، يقول بلى وأنا على ذلك من الشاهدين ، وقرأ ﴿ أليس الله بأحكم الحاكمين ﴾ ٨ التين ، يقول بلى وأنا على ذلك من الشاهدين ، أو قرأ قوله تعالى ﴿ قل أرأيتم إن أصبح ماؤكم غوراً فمن يأتيكم بماء معين ﴾ ٣٠ الملك ، يستحب أن يقول الله رب العالمين ، ولو قرأ قوله تعالى ﴿ فبأي حديث بعده يؤمنون ﴾ ١٨٥ الأعراف ، يقول آمنت بالله ويقول لا إله إلا الله ويجمع ذلك ورد الأثر والخبر عن النبي عليه السلام والكل سنة في

والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار ، كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة .

---

حق المقتدى أيضاً كذا في الصلاة تفسد والدعاء فيها مندوب اليه لقوله ﷺ أما السجود فاجتهدوا في الدعاء فانه من أن يستجاب لكم .

وأما حكم المنفرد فانه وإن كان في التطوع فهو حسن للحديث المذكور ، وفي أن يسن له ذلك لأنه لم ينقل عن ذلك في الخبر ولا عن الأئمة بعده ، فكان محدثاً وشر الأمور محدثاتها .

( والقراءة ) وراء الإمام ( وسؤال الجنة ) عند قراءة آية الترغيب ( والتعوذ من النار ) عند قراءة آية الترهيب ( كل ذلك ) أشار به إلى الأشياء المذكورة ( مخل به ) أي بكل واحد من الإنصات والاستماع .

( وكذلك في الخطبة ) أي كذلك يسمع وينصت عند الخطبة لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال إذا قلت لصاحبك انصت يوم الجمعة والإمام يخطب فقد لغوت . رواه البخاري ومسلم وآخرون وبمعنى لغوت . قلت اللغو وهو الكلام الساقط الباطل المردود ، وقيل معناه قلة الصواب . وقيل تكلمت بما لا ينبغي ، وفي رواية لقد لغيت . قال الزيادة هو لغة أبي هريرة ، وإنما هو لغوت قال أهل اللغة لغى يلغوا لغواً يقال بمعنى يلغي كعمي يعمى لغتان والأول أفصح ، وظاهر أن القراءة تقتضي الثانية التي هي لغة أبي هريرة قال الله تعالى ﴿ وقال الذين كفروا لا تسمعوا لهذا القرآن والغوا فيه ﴾ ٢٦ فصلت ، وهذا من لغى يلغي ، ولو كان من الأول يقال والغوا بضم الغين . وقال ابن السكيت وغيره مصدر الأول اللغو ومصدر الثاني اللغي ، ففي الحديث النهي عن جميع أنواع الكلام حال الخطبة وطريقة إذا أراد النهي عن الكلام أن يشير اليه بالسكوت ان فهمه ، فإن تعذر فهمه فليفهمه بكلام مختصر ولا يزيد على أقل ممكن .

واختلفوا فيه هل هو حرام أم مكروه كراهة تنزيه فيهما قولان للشافعي ، وقال القاضي قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وعامة العلماء يجب الإنصات للخطبة ، وحكي عن النخعي والشعبي وبعض السلف أنه لا يجب إلا إذا تلى فيها القرآن .

وكذلك إن صلى على النبي عليه السلام لفريضة الاستماع إلا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه ﴾ ٥٦ الاحزاب الآية ، فيصلي السامع فى نفسه

---

( وكذلك إن صلى على النبي ﷺ ) أي وكذلك يستمع وينصت إن صلى الخطيب على النبي ﷺ خطبة ( لفريضة الإستماع ) في الخطبة والصلاة على النبي ﷺ ليس بفرض إلا في العمر مرة واستماع الخطبة فرض لا يجوز ترك الفرض لإقامة ما ليس بفرض . وسأل أبو حنيفة أبا يوسف إذا ذكر الإمام فهل يذكرون ويصلون على النبي ﷺ قال أحب إلى أن يستمعوا وينصتوا ، ولم يقل لا يذكرون ولا يصلون فقد أحسن في العبارة وأختم من أن يقول ولا يذكرون ولا يصلون على النبي ﷺ .

وعن أبي يوسف يصلي في نفسه واختاره الطحاوي كذا ذكره في المحيط . قلت عند الطحاوي تجب الصلاة عليه كما سمع فلهذا اختار قول أبي يوسف وكذا حكم التشميت ورد السلام لا يأتي بهما حال الخطبة ، والمسلم ممنوع عن السلام فلا يكون الجواب فرضاً ، وكذا لو قرأ القرآن فسلم عليه لا يرد الجواب ، وكذا لو سلم على المدرس في حال التدريس له أن لا يرد الجواب كذا لو سلم السائل على إنسان لا يرد الجواب لأن مقصوده المال دون إفشاء السلام ذكره المحبوبي . وقال النووي قوله والإمام يخطب دليل أن وجوب الانصات والنهي عن الكلام إنما هو في حال الخطبة فهذا مذهبنا ومذهب مالك والجمهور . وقال أبو حنيفة يجب الانصات بخروج الامام . قلت أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي وابن عمر رضي الله عنهم كانوا يكرهون الصلاة . وفي الموطأ عن الزهري قال خروجه يقطع الصلاة وكلامه يقطع الكلام .

( إلا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ﴾ [1] فيصلي السامع في نفسه ) هذا استثناء من قوله وكذلك إن صلى يعني إذا قرأ الخطيب قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما ﴾ ٥٦ الأحزاب ، يصلي السامع في

---

(١) في المتن لم يكمل الآية . اهـ مصححه .

واختلفوا فى النائى عن المنبر ، والاحوط هو السكوت إقامة لفرض الإنصات والله أعلم بالصواب

---

نفسه لأن الخطيب حكى عن الله أنه يصلي وعن ملائكتــه أنهم يصلون وحكى أمر الله بذلك وهو قد اشتغل بذلك فكان على القوم أن ينشغلوا .

فإن قلت توجه عليه أمران أحدهما ﴿ صلوا عليه وسلموا ﴾ والأمر الآخر قوله تعالى ﴿ وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا ﴾ ٢٠٤ الأعراف. قال مجاهد نزلت في الخطبة الاشتغال بأحدهما يفوت الآخر ، قلت إذا صلى في نفسه وانصت وسكت يكون إيتـاء بموجب الأمرين ، فإن قلت الجمهور على أن الآية نزلت في استماع القراءة في الصلاة . قلت الخطبة بآيات من القرآن والخطبة كالصلاة لأنها تقوم مقام الركعتين .

( واختلفوا في النائي عن المنبر ) أي اختلف المشايخ المتأخرون في البعيد عن المنبر وهو الذي لا يسمع الصوت فعن فضل بن يحيى يحرك شفتيه ويقرأ القرآن ، وعن محمد بن سلمة الأنصاري الانصات الأولى واختاره المصنف فلذلــك قال (والأحوط هوالسكوت إقامة لفرض الانصات والله أعلم بالصواب ) وكذا روي عن أبي يوسف، وقوله – الأحوط – أفعل التفضل ، وقال المطري قولهم – أحوط – أي أدخل في الاحتياط شاذاً أو نظيره أخصر من الاختصار .

قلت وجه الشذوذ أنه مخالف للقياس لأن القياس أن يقال فيه أشد احتياطاً .

* * *

# باب الامامة

## الجماعة سنة مؤكدة .

---

## ( باب في[1] الامامة )

أي هذا باب في بيان أحكام الامامة وجه المناسبة بينه وبين الفصل الذي قبله هو أن المذكور هناك افعال الامامة من وجوب الجهر والمخافتة وسنة قراءة الامام وها هنا يذكر مشروعية الامامة بأنها على أي صفة شرعت .

فإن قلت لم ذكر ها هنا بالباب وهناك بالفصل . قلت لأن الباب يجمع الفصول وفيه أحكام كثيرة تابعة للامامة وأحوال المقتدي بين ، فلذلك ذكره بالباب .

( الجماعة سنة مؤكدة ) قال الاترازي يعني سنة في قوة الواجب ، وهي التي تسميها الفقهاء سنة الهدى ، وهي التي أخذها هدى وتركها ضلال وتاركها يستوجب إساءة وكراهية . وقال صاحب الدراية تشبه الواجب في القوة وكذا قال الأكمل وكلاهما أخذا من السغناقي .

قلت هذه التأويلات غير طائلة ، لأن هذه مسألة مختلف فيها بين العلماء ، وذهب المصنف إلى أنها سنة مؤكدة وهو قول الكرخي والقدوري وكذا قال في شرح بكر خواهر زادة . وفي المفيد الجماعة واجبة وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة ، وفي البدائع تجب الجماعة على الرجال العقلاء البالغين الأحرار القادرين على الصلاة بالجماعة من غير حرج . وقيل إنها فرض كفاية وبه قال الطحاوي وهو قول الشافعي . وقال النووي هو الصحيح نص عليه الشافعي وهو قول ابن شريح وأبي إسحاق وجمهور المتقدمين من الشافعية .

---

(١) – في – محذوفة من المتن . اه مصححه .

وقال النووي وفي وجه سنة وفي وجه فرض عين لكن ليست شرطاً لصحة الفرض وبه قال ابن خزيمة وابن المنذر والرافعي وهو قول عطاء والأوزاعي وأبي ثور وهو الصحيح من مذهب أحمد ، وقوله الآخر لا تصح الصلاة بتركها وبه قال داود الظاهري وأصحابه ، وفي الجواهر عن مالك سنة مؤكدة وليست بواجبة إلا في الجمعة . وحكى قاضي خان أبو الوليد وأبو بكر عن بعض أهل مذهبهم أنها فرض كفاية .

وفي التحفة الجماعة إنما تجب على من قدر عليها من غير حرج وتسقط بالعذر حتى لا تجب على المريض والأعمى والزمن ونحوهم هذا إذا لم يجد الأعمى قائداً ، والزمن من يحمله ، وكذا إذا وجد عند أبي حنيفة وعندهما تجب قال محمد لا تجب الجمعة ولا الجماعة على المريض والمقعد والزمن والأعمى ومقطوع اليد والرجل من خلاف أو مقطوع الرجل ، والمقطوع الرجل والمفلوج الذي لا يستطيع المشي وإن لم يكن به ألم ، والشيخ الكبير العاجز .

وقال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن الجماعة في طين [1] فقال لا أحب تركها ، والصحيح أنها تسقط بعذر المطر والطين وإن فاتته الجماعة جمع بأهله وصلى بهم ، وإن صلى وحده جاز . وفي صلاة الجلابي إذا كان مطر أو برد شديد أو ظلمة أو خوف فذلك كله يمنع لزوم الجماعة . وقال شرف الأئمة الوحل عذر ، وقال أيضاً وعمر والحافظ وغيرهما ترك الجماعة بغير عذر يجب به التعذير ويأثم الجيران بالسكوت عن تاركها . وقال نجم الأئمة من يشتغل بالفقه ليلاً ونهاراً لا يعذر الامام والمؤذن والجيران في السكوت عنه ولا تقبل شهادته ، وقال أيضاً من يشغل بتكرار اللغة فتفوته الجماعة لا يعذر ، وتكرار الفقه ومطالعة كتبه يعذر . وعن أبي حفص من لا يحضر الجماعة للمؤذن أن يرفعه إلى السلطان فيأمره بذلك فان أبى عذر ، وفي سمع التذاكرة له الاشتغال بالعمل ويختار مسجد حيه ، ولو كان مسجدان يختار أقدمها وإن استويا يختار الأقوى . وقيل جماعة الجامع أفضل بالاتفاق ، ولو فاتته صلاة جماعة فصلوها في مسجده وحده أو بجماعة في مسجد آخر أو في بيته فذلك حسن تكره الجماعة في مسجد بأذان وإقامة بعدما صلى أهله بجماعة وبه قال

---

(١) كلمتان ساقطتان من الأصل وربما كانتا – دور أو مطر – اه مصححه .

الشافعي وأحمد ومالك . وقال أحمد وداود لا يكره تكرار الجماعة ولو صلى فيه من ليس بأهل للجماعة كان لأهله أن يصلوا فيه بأذان وإقامة . وعن أبي يوسف إنما يكره تكرار الجماعه لقوم كثير ، أما إذا صلى واحد بواحد أو باثنين فلا بأس به مطلقاً إذا صلى في غير مقام الامام . وقال قاضي خان مسجد لا إمام له ولا مؤذن يصلي الناس فيه فرداناًفالأفضل أن يصلي كل فريق بأذان وإقامة على حدة وصلى بعض أهل المسجد بأذان و إقامة مخافتة ثم حضر بقيتهم فلهم أن يصلوا على وجه الاعلان كذا في المجتبى .

لقوله ﷺ الجماعة من سنن الهدى لا يختلف عنها إلا منافق ) هذا من قول ابن مسعود رضي الله عنه ورفعه إلى النبي ﷺ غير صحيح . وأخرجه مسلم عن أبي الأحوص قال قال عبد الله بن مسعود لقد رأيتنا وما يتخلف عن الصلاة إلا منافق وأن رسول الله ﷺ علمنا سنن الهدى وأن من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه . وأخرج عنه أيضاً قال من سره أن يكفي الله عبداً مسلماً فيحافظ على هؤلاء الصلاة حيث يتأدى بهن ، فإن الشرع لنبيكم سنن الهدى ، وأنهن من سنن الهدى ولو أنكم صليتم في بيوتكم كما يصلي هذا المتخلف في بيته لتركتم سنة نبيكم ، ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم ولقد رأيتنا وما تخلف عنها إلا منافق معلوم النفاق ، ولقد كان الرجل يؤتى به يهادي بين الرجلين حتى يقام في الصف ، فدل هذا الأثر أن الجماعة سنة مؤكدة ، لأن إلحاق الوعيد إنما يكون بترك الواجب أو بترك السنة ، ودل على أن الجماعة ليست بواجبة لقوله – وان في سنن الهدي الصلاة في مسجد الذي يؤذن فيه ، فتكون سنة مؤكدة .

وذكر محمد رحمه الله أن أهل بلد لو اجتمعوا على ترك الجماعة نضر بهم ونقاتلهم. وقال السفناقي والدليل على أن الجماعة سنة ما روى أن رسول الله ﷺ أنه قال صلاة الرجل بجماعة تفضل على صلاة الرجل وحده بخمس وعشرين درجة ، وفي رواية سبع وعشرين درجة ، ولم يقل صلاة الرجل وحده فاسدة ، فالنبي ﷺ اعتبر الجماعة للفضيلة لا للجواز إذا دل على أنها سنة إلا أنها مؤكدة لأنها من شعائر الإسلام ، ومن خصائص هذا الدين فإنها لم تكن مشروعة في دين من الأديان ، وما كان من شعائر الإسلام فالتمسك فيه الإظهار .

قلت الحديث الذي ذكره في الصحيح ما أخرج البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة ، وفي لفظ تزيد على صلاته وحده سبعاً وعشرين درجة . وأخرجنا عن أبي هريرة مرفوعاً صلاة الجماعة أفضل من صلاة أحدكم وحده بخمسة وعشرين جزء ، وفي لفظ تفضل صلاة الجمع على صلاة الرجل وحده خمساً وعشرين درجة .

وأخرج البخاري عن ابن سعيد نحوه وزاد أبو داود فيـــه قال صلوها في صلاة فأتم ركوعها وسجودها بلغت خمسين صلاة، وإسناده جيد . وقال الحاكم صحيـــح على شرط الشيخين ، وفي لفظ أخرى للبخاري ومسلم أيضاً عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ صلاة الرجل في الجماعة تضعف على صلاته في بيته وفي سوقه خمساً وعشرين ضعفاً ، وفي رواية لهما بخمسة وعشرين جزء وفي رواية لمسلم ورد .

وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث أبي كعب رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قال صلاة الرجل مع الرجل أولى من صلاتـــه وحده وصلاة الرجل مع الرجلـين أولى من صلاته مع الرجل وما زاد فهو أحب إلى الله . وقوله –أفضل– يقتضي الإشتراك في الفضل ، وترجيح أحد الجانبين وما لا يصح لأفضلية فيه ، ولا يجوز أن يقال ان أفضل قد تستعمل بمعنى الفاضل لأن ذلك إنما يجوز على سبيل العلة عند الإطلاق لا عند التفاضل بزيادة عدد ، ويؤيد هذا ما جاء في لفظ يزيد على صلاته وحده ، وفي لفظ يضعف ، فإن ذلك يقتضي ثبوت صلاة زاد عليها وعدد تضاعف .

والعجب من الشراح لم يتعرضوا إلى الأثر الذي ذكره المصنف هل هو موقوف أو مرفوع صحيح أو غير صحيح ، وعلى كل تقدير منه من هو الراوي والمروي عنــه . وأعجب من ذلك قول الأكمل حيث نسب هذا الأثر إلى النبي عليه السلام وهو في الديار التي أكـــثر علماء الحديث وجل طلابها المحدثون ، ثم قال وليس المراد بالمنافق المصطلح عليه وهو الذي يبطن الكفر ويظهر الإيمان وإلا لكانت الجماعة فريضة ، لأن المنـــافق كافر ولا يثبت الكفر بترك غير الفريضة ، وكان آخر الكلام منافقاً لا أوله ، فيكون المراد به العاصي .

قلت قوله منافق خرج مخرج المبالغة في التهديد وشدة الوعيد وهذا كما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلاً سأله عمن يقوم بالليل ويصوم بالنهار ولا يحضر الجماعة ، قال هو في النار ، وليس مراده أنه في النار لأجل كفره وإنما مراده التخويف والتهديد، والمنافق المصطلح الذي ذكره الأكمل إنما يسمى اليوم زنديقاً ، ولا يمكن أن يحمل لفظ المنافق في الأثر المذكور على هذا المعنى الذي يستحق بها النار من الأمور الثلاثة والأربعة وتارك الجماعة غير داخل فيها فلم يبق إلا المعنى الذي ذكرناه الآن .

وقول الأكمل لأن المنافق كافر ليس على إطلاقه والمنافق له معنيان كما ذكرنا ، ولا يصح أن يكون المراد منه ها هنا أحد المعنيين على ما ذكرنا . وقوله – لا يثبت الكفر بترك غير الفريضة – يشير إلى أن تارك الفريضة كافر وليس كذلك ، وإنما يكفر بالجحد على ما لا يخفى .

فإن قلت الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ أثقل الصلاة على المنافقين صلاة العشاء وصلاة الفجر ، ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حبواً ولقد هممت أن آمر بالصلاة فتقام ثم آمر رجلاً فيصلي بالناس ثم انطلقت برجال معهم حزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار . يدل على أن الجماعة فرض كما ذهب اليه طائفة ، لأن تارك السنة لا يحرق عليه بيته ، ولو كانت سنة ما استحق تاركها هذا الوعيد الشديد .

وحديث جابر لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد . قلت لا نسلم دلالة ذلك على ما قالوا لأنه عليه السلام قال يشهدون الصلاة ولم يقل لا يشهدون الجماعة . وفي رواية إلى قوم متخلفون عن الصلاة ولم يقل يتخلفون عن الجماعة ، والصلاة فرض وتاركها مستحق الوعيد على أنه جاء في رواية لمسلم عن ابن مسعود يتخلفون عن الجمعة .. الحديث يفسر بعضه بعضاً .

فإن قلت قال البيهقي والذي يدل عليه سائر الروايات أنه عبر بالجمعة عن الجماعة . قلت قال النووي في الخلاصة بل هما روايتان ، رواية في الجمعة ، ورواية في الجماعة

وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة ، وعن أبي يوسف « رح » اقرؤهم لان القراءة لا بد منها والحاجة إلى العلم إذا نابت نائبة

---

وكلاهما صحيح ، ولئن سلمنا ذلك فالحديث خبر واحد فلا يزاد به على إطلاق الكتاب .

وأما حديث جابر فالمراد به نفي الكمال والفضيلة كما في قوله ﷺ لا صلاة للعبد الآبق ولا للمرأة الناشزة .

فان قلت لو لم يكن فرضاً لما هم بالإحراق ، قلت ترك الاحراق يدل عدم الفريضة .

فان قلت ما فائدة الهم إذا لم يكن فرضاً . قلت لقد هم بالاجتهاد ثم منع بالوحي أو بتغيير الاجتهاد على المختار في جواز الاجتهاد له عليه السلام.

فان قلت قوله تعالى ﴿ واركعوا مع الراكعين ﴾ ٤٣ البقرة ، يدل على أن الجماعة فرض ، لأنه قيل أن المراد به الجماعة ، قلت الخطاب لليهود فانه لا ركوع في صلاتهم ، وقيل المراد بالركوع الخضوع ، وفي الآية أقاويل فلا يثبت الفرضية .

( وأولى الناس بالإمامة أعلمهم بالسنة ) أي بالفقه والأحكام الشرعية إذا كان يحسن من القرآن ما يجوز به الصلاة ، وهو قول الجمهور ، واليه ذهب عطاء والأوزاعي ومالك والشافعي .

فان قلت في الحديث الذي يأتي الاقرأ مقدم وها هنا على العكس ، قلت عن قريب يأتي وجه ذلك إن شاء الله تعالى .

( وعن أبي يوسف أقرؤهم) أي وروى عن أبي يوسف أن اقرأ الناس أولى بالإمامة يعني أعلمهم بالقراءة ، وكيفية اداء حروفها ، وما يتعلق بالقراءة، وبه قال ابن سيرين وأحمد وإسحاق وابن المنذر وهو أحد الوجوه عند الشافعية .

( لأن القراءة لا بد منها ) لأنها ركن في الصلاة يحتاج اليها لا محالة في الصلاة(والحاجة إلى العلم إذا نابت نائبة ) المعنى إنما يحتاج إلى العلم بالسنة . إذا وقعت واقعة من العوارض ليمكنه من صلاته ، وربما لا يفرض فيكون الأقرأ أولى من العالم بالسنة .

ونحن نقول القراءة مفتقر إليها الركن الواحد والعلم لسائر الاركان ، فإن تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم أقرؤهم بكتاب الله ، فإن كان سواء فأعلمهم بالسنة

( ونحن نقول القراءة مفتقر[1] اليها في ركن واحد ) وهو القيام ( والعلم ) يحتاج اليها لأجل ( سائر أركان الصلاة ) جواب عما قال أبو يوسف « رح » تقريره ان القراءة محتاج اليها في الصلاة في ركن واحد ، وهو القيام والعلم محتاج اليه لأجل سائر أركان الصلاة ، فكان العلم أولى . وفي المجتبى الأعلم بالسنة أولى إذا كان يحذر الفواحش الظاهرة ، وإن كان غيره أورع منه ، وفي الشفاء عن أبي حفص الأمي الذي يقرأ القليل أحب إلي من الفاسق القارىء . في شرح الإرشاد لو كان عالماً بمسائل الصلاة متبحراً فيها غير متبحر في سائر العلوم فانه أولى من المتبحر في سائر العلوم .

( فان تساووا ) في القراءة أو العلم ( فأقرأهم ) أي فأولاهم بالإمامة أقرؤهم ( لقوله عليه السلام يؤم القوم أقرؤهم بكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فأعلمهم بالسنة ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري واللفظ لمسلم عن أبي مسعود الأنصاري قال قال رسول الله ﷺ يؤم القوم أقرؤهم بكتاب الله تعالى فان كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة ، فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة ، فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم إسلاماً ، ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكرمته إلا باذنه . قال الأصح في رواية مكان إسلاماً سناً ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه إلا أن الحاكم قال عوض قوله فأعلمهم بالسنة فأفقههم فقهاً ، فان كانوا في الفقه سواء فأكثرهم سناً ، وقد أخرج مسلم في صحيحه هذا الحديث ولم يذكر فأفقههم فقهاً وهي لفظة عزيزة غريبة .

( بهذا الإسناد ) وسنده عن يحيى بن بكر ثنا الليث عن جرير بن حازم عن الأعمش عن اسماعيل بن رجاء عن أويس بن صفح عن أبي مسعود ، فذكره ، ثم أخرج الحاكم عن

---

(١) في المتن — مفتقر — اه مصححه .

الحجاج بن أرطأة عن اسماعيل بن رجابة قال قال رسول الله ﷺ يؤم القوم أقدمهم هجرة، فان كانوا سواء فأفقههم في الدين ، فان كانوا في الفقه سواء فأقرؤهم للقرآن، ولا يؤم الرجل الرجل [1] في سلطانه ، ولا يقعد على تكرمته إلا باذنه ، وسكت عنه والباقون من الأئمة يخالفونه في هذه المسألة ويقولون ان الاقرأ لكتاب الله مقدم على العالم كما هو لفظ الحديث قال إذا اجتمع من يحفظ القرآن وهو غير عالم وفقيه يحفظ يسيراً من القرآن ، قدم حافظ القرآن عندهم ، ونحن نقول يقدم الفقيه .

وأجاب المصنف عن الحديث بقوله ( وأقرؤهم كان أعلمهم ) يعني في زمان النبي عليه السلام كان أعلم الصحابة أقرؤهم( لأنهم كانوا يتلقونه ) أي القرآن ( بالأحكام )أى بأحكام القرآن . وفي المبسوط وغيره إنما قدم الأقرأ في الحديث لأنهم كانوا فيذلك يتلقونه بأحكامه حتى روي أن عمر رضي الله عنه حفظ سورة البقرة في اثني عشر سنة ، فكان الأقرأ فيهم هو الأعلم بالسنة والأحكام .

وعن ابن عمر أنه قال ما كانت تنزل السورة على رسول الله عليــه السلام إلا ونحن نعلم أمرها ونهيها وزجرها وحلالها وحرامهــا والرجل اليوم يقرأ السورة ولا يعرف من أحكامها شيئاً .

فان قلت لما كان أقرؤهم أعلمهم فما معنى قوله عليه السلام فان كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة ،وأقرؤهم هو أعلمهم بالسنة في ذلك الوقت لا محالة على ما قالوا قلت المساواة في القرآن مع التفاوت في الأحكام ، ألا ترى أن أبي بن كعب كان أقرأ وابن مسعود كان أفقه وأعلم وفي النهاية اشتغل بحفظ القرآن سنة أبو بكر وعمر [2] وعثمان وعلي وزيــد وأبي وابن مسعود رضي الله عنهم وعمر رضي الله عنه كان أعلم وأفقــه من عثمان ولكن كان يعسر عليه حفظ القرآن فجرى كلامه عليه السلام على الأعم الأغلب .

---

(١) كلمة الرجل الثانية ساقطة من الأصل والصحيح إثباتها . اه مصححه .

(٢) اسم عمر ساقط من الأصل دل عن إثبات وجوده الواو بعد – أبو بكر – وأن لكلمة عثمان واو أخرى .

( فقدم في الحديث ) هذا نتيجة قوله — وأقرؤهم — كان أعلمهم أي فقـدم الأقرأ في لفظ الحديث المذكور ( ولا كذلك في زماننا ) أي وليس الأقرأ في زمانـنـا أعلم لأن الشخص ربما يكون أقرأ وليس له علم بالكتـاب أصلاً ( فقـدمنا الأعلم ) نتيجة النفي المذكـور .

فان قلت الكلام في الأفضلية مع الإتفاق على الجواز على أي وجه كان ، والحـديث بصيغة يدل على عدم جواز إمامة الثاني عند وجود الأول ، لأن صيغته صيغة إخبار وهو في اقتضاء الوجوب آكد من الأمر ، وأيضاً فانه ذكره بالشرط والجزاء على طريق الترتيب ، فكان اعتبار الثاني إنما كان بعد وجود الأول لاقبله. قلت صيغة الاخبار لبيان المشروعية ، لا أنه لا يجوز غيره لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوماً وليلة . ولئن سلمنا أن صيغة الاخبار محمولة على معنى الأمر يحمل على الاستحباب لوجود الجواز بدون الاقتداء بالاجماع .

فان قلت لو كان المراد من الاقرار قوله عليه السلام يؤم القوم أقرؤهم هو الأعلم لكان يلزم تكرار الأقرأ في الحديث ، ويكون التقدير يؤم القوم أعلمهم ، فان استووا فأعلمهم . قلت المراد من قوله أعلمهم بأحكام كتاب الله دون السنة ، ومن قوله أعلمهم بالسنة أعلمهم بأحكام الكتاب والسنة جميعاً ، فكان الأعلم الثاني غير الأعلم الأول .

فان قلت يعارض حديث ابن مسعود المذكور قوله عليـه السلام مروا أبا بكر يصلي بالناس إذا كان من هو أقرأ منـه للقرآن مثل أبي وغيره وهو أولى . قلت حديث ابن مسعود كان في أول الهجرة ، وحديث أبي بكر كان في آخر الأمر وقد تفقهوا في القرآن ، وكان أبو بكر رضي الله عنه أعلمهم وأفقههم في كل أمره ، ألا ترى أن قول أبي سعيد وكان أبو بكر أعلمنا . واسم أبي مسعود هو عقبة بن عامر الأنصاري .

( فان تساووا فأورعهم ) أي فان تساووا في العلم والقراءة فأولاهم بالإمامة أورعهم في البدرية الورع الاجتناب عن الشبهات والتقوى الإجتناب عن الحرام ، وفي الكافي المتقي الذي لا يأكل الربى ، والورع الذي لا يدفع المال ببدل الاجارة ، والورع ليس في لفظ الحديث في ترتيب الإمام ، وإنما فيه بعد ذكر الأعلم ، أقدم هجرة ، ولكن أصحابنـــا

لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي. فإن تساووا فأسنهم لقوله عليه السلام لابني أبي مليكة وليؤمكما أكبركما سناً ، ولأن في تقديمه تكثير الجماعة

---

وأكثر أصحاب الشافعي معنا وإمكان الهجرة الورع ، لأن الهجرة منقطعة في زماننا،وقد قال ﷺ لا هجرة بعد الفتح ، وإنما المهاجر من هجر السيئات ، فجعلوا الهجرة من المعاصي مكان تلك الهجرة ، فإن هجرتهم لتعلم الأحكام وعند ذلك يزداد الورع .

( لقوله ﷺ من صلى خلف عالم تقي فكأنما صلى خلف نبي ) هذا الحديث غريب ليس في كتب الحديث ، لكن روى الطبراني ما في معناه من حديث يزيد بن أبي زيد الغنوي قال قال رسول الله ﷺ إن سركم أن تقبل صلاتكم فليؤمكم علماؤكم فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم . ورواه الحاكم في مستدركه في فضائل الأعمال عن يحيى بن يعلى به سنداً ومتناً ، إلا أنه قال فليؤمكم خياركم وسكت عنه .

وروى الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ اجعلوا أئمتكم خياركم فإنهم وفدكم فيما بينكم وبين الله تعالى ، قال البيهقي إسناده ضعيف ، وقال ابن القطان فيه الحسين بن نصير لا يعرف .

( فإن تساووا فأسنهم ) أي فإن تساووا في القراءة والعلم والورع فأسنهم أولى بالإمامة ( لقوله ﷺ لابني أبي مليكة وليؤمكما أكبركما سناً ) هذا الحديث قد تقدم في باب الأذان وهو من حديث مالك بن الحارث أخرجه الأئمة الستة ، قال أتيت النبي ﷺ أنا وصاحب لي فلما أردنا الإنتقال من عنده قال لنا إذا حضرت الصلاة فأذنا ثم أقيما وليؤمكما أكبركما ، وأخرجه الجماعة مطولاً ومختصراً .

( ولأن في تقديمه ) أي في تقديم الأسن ( تكثير الجماعة ) لأن رغبة الناس في الاقتداء به أكثر فيكون سبباً لتكثير الجماعة ، وكلما كثرت الجماعة كان الأجر أكثر ، وفي المحيط والتحفة الأسن أولى من الورع إذا لم يكن فيه فسق ، لأن الكبير أخشع في الصلاة وأقرب إلى الإجابة وأكثر عبادة . وقال النووي المراد بالسن سن من يصير في الإسلام فلا يقدم

شيخ أسلم قريباً على شاب نشأ في الإسلام أو أسلم قبله ، وفي خير مطلوب والتحفة زاد بعضهم فإن تساووا فأحسنهم خلقاً ، وزاد بعضهم فإن تساووا فأحسنهم وجهاً لقوله ﷺ من كثرت صلاته بالليل حسن وجهه بالنهار ، وفي المحيط اعتبر الحسب في المال على الأحسن وجهاً ، وفي مختصر الجواهر يرجح بالفضائل الشرعية والخلقية والمكاتبية وكمال الصورة كالشرف في النسب والسن ويلحق بذلك حسن اللباس ، وقيل ونظافة الوجه وحسن الخلق وتملك رقبة المكان أو منفعته ، قال المرغيناني المستأجر أولى من المالك . وفي الخلاصة فإن تساووا في هذه الخصال يقرع أو الخيار إلى القوم ، وقيل إمامة المقيم أولى من العكس . وقال أبو الفضل الكرماني هما سواء .

وللشافعي قولان في القديم يقدم الأشرف ثم الأقدم هجرة ثم الأسن وهو الأصح . والقول الثاني يقدم الأسن ثم الأشرف ثم الأقدم هجرة ، وفي تتمتهم ثم بعد الكبر والشرف تقدم نظافة الثوب ، والمراد النظافة عن الوسخ ، والنجاسات لأن الصلاة مع النجاسة لا تصح ثم بعد ذلك حسن الصوت لأن به تميل الناس إلى الصلاة خلفه فتكثر الجماعة ثم حسن الصورة . وفي المبسوط والمحيط وشرح الأقطع لم تعتبر الهجرة لسقوط وجوبها على جميع الحاضرين الأفقه والأقرأ والأورع والأسن وصاحب البيت وإمام المسجد .

قلت هذا في الزمان الماضي لأن الولاة كانوا علماء وغالبهم كانوا صلحاء ، وفي زماننا أكثر الولاة ظلمة وجهلة .

( ويكره تقديم العبد لأنه لا يتفرغ التعلم ) فيغلب عليه الجهل ، وقال مالك لا يؤتم به في جمعة ولا عيد . وقال الأوزاعي لا يجوز أن يؤم الأحرار قلنا الإمامة أمر ديني فيستوي فيه الحر والعبد ، ولهذا جوز الشافعي إمامته بلا كراهة ، وقال الحر أولى . وفي تتمتهم تكره إمامته ، ووجه الكراهة أن في تقديمه تقليل الجماعة لأن الناس يستنكفون متابعته .

( والاعرابي ) عطف على قوله العبد أي ويكره أيضاً تقديم الاعرابي وهوبفتح الهمزه

البدوي وهو من يسكن البادية عربياً كان أو أعجماً . وفى الكافي ويستحب تقديم العربي لأنه يسكن البدو .

( لأن الغالب فيهم الجهل ) وهو معنى قوله عليه السلام من بدا .

فان قلت ما وجه رفع الضمير في قوله – فيهم – مع أن المذكور واحد وإن كان مراده عود الضمير إلى الأعرابي والعبد وما كان ينبغي أن يقول فيها بضمير التثنية . قلت كان الأولى أن يقول فيه أو فيها ولكن كأنه ينظر إلى أن في الأعرابي معنى الجمع ، لأنه محلى بالألف واللام فيصدق على كل من يسكن البادية .

( والفاسق لأنه لا يهتم لأمر دينه ) فيردد فيه الناس ، وفيه تقليل الجماعة ، وقال مالك تجوز إمامة الفاسق بلا تأويل كالزاني وشارب الخمر ، أما الفاسق بالتأويل كمن يسب السلف الصالح ، فعنه فيه روايتان ، وعن أحمد فيه روايتان في جواز الإقتداء به مطلقاً أصحها المنع وقلنا نحن والشافعي بجواز إمامته لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر ، ولأن ابن عمر وأنساً وغيرهما من الصحابة رضي الله عنهم والتابعين صلوا خلف الحجاج الجمعة وغيرها مع أنه كان أفسق أهل زمانه .

وروي أن الحجاج [1] كان يخطب يوم الجمعة فأطال الجمعة حتى كاد يدخل وقت العصر فقام ابن عمر رضي الله عنهما وقال اقصر يا مكار هداك الله فلما فرغ الحجاج دعى ابن عمر ليقتله وقال أما تخشى أن الله يسلطني على مالك ودمك فأهريقه ، أوعلى نفسك فاحترمها ، فقال ابن عمر أما يكفيني أني صليت خلف رسول الله ﷺ وخلف أبي بكر وعمر وعلي رضي الله عنهم والآن أصلي خلفك ، وأنت من أفسق الناس .

وأما وجه الكراهية فلما قلنا ، ولهذا قال أصحابنا لا ينبغي أن يقتدي بالفاسق إلا في الجمعة لأن في سائر الصلوات يجد إماماً غيره بخلاف الجمعة ، وكان ابن مسعود رضي الله عنه يصلي خلف الوليد بن عقبة في صلاة الجمعة وسائر الصلوات ، وكان الوليد والياً

(١) في الاصل – حجاجاً والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

بالكوفة وكان فاسقاً حتى صلى بالناس يوماً وهو سكران ، كذا في شرح الإرشاد. وفي المحيط لو صلى خلف فاسق أو مبتدع يكون محرزاً ثواب الجماعة لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر .

وأما لا ينال ثواب من صلى خلف التقي ثم الفاسق إذا كان يؤم وعجز القوم عن منعه تكلموا فيه قيل يقتدي به في صلاة الجمعة ولا يترك الجمعة بامامته ، أما في غيرها من المكتوبات فلا بأس بأن يتحول إلى مسجد آخر ، ولا يصلي خلفه ولا يأثم بذلك ، وفي المجتبى والمبسوط يكره الإقتداء بصاحب البدعة ، وفي شرح بكر فأصل الجواب أن من كان من أهل قبلتنا ولم يعمل في قوله حتى لم يحكم بكفره تجوز الصلاة خلفه ، وإن كان يكفي حتى يكفر أهلها كالجهمي والقدري الذي قال بخلق القرآن ، والرافضي الغالي الذي ينكر خلافة أبي بكر « رض » والمشبهة لا تجوز ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي « رض » وقال القفال ومن تابعه يجوز الإقتداء بهم وأنهم لا يكفرون وهو ظاهر مذهب الشافعي كذا في شرح الوجيز ، وعن أبي يوسف من اتخذ من هذه الأهواء شيئاً فهو صاحب بدعة .

وروى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الصلاة خلف أهل الاهواء لا تجوز .

أما الصلاة خلف الشافعية إذا انحرف عن القبلة لا يجوز أو لم يتوضأ من الخارج من غير السبيلين ، أو لم يغسل المني الذي هو أكثر من الدرهم لا تجوز على الأصح وإلا فتجوز ، وقيل لكنه يكره ، وقال أبو يوسف لا تجوز الصلاة خلف المتكلم وإن تكلم بحق ، وقال ابن حبيب من المالكية من صلى وراء من شرب الخمر يعيد أبداً إلا أن يكون والياً . وقال أبو بكر من صلى خلف الفاسق من غير تأويل يعيد أبداً ، وتكره إمامة الخصي والأقلف والمأبون وولد الزنى ، وعند الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين تصح الصلاة خلف الفاسق ، وعن أبي يوسف « رح » لا يؤمهم صاحب خصومة في الدين ولو صلى خلفهم جازت .

وعن أبي يوسف « رح » من طلب الدين بالخصومات دعي زنديقاً ومن طلب الكساد

والأعمى لأنه لا يتوقى في النجاسة وولد الزنا لأنه ليس له أب يشفقه فيغلب عليه الجهل ، ولأن في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة ، فيكره وإن تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر .

---

دعي زعلياً ، ومن طلب غريب الحديث دعي كذاباً ، ولا بأس بأن يصلي وراء من في يديه تصاوير ، وقيل إن كانت مكشوفة يكره . وفي الفتاوى الظهيرية لا تصح إمامة الأحدب للقائم هكذا ذكره محمد بن شجاع في النوازل ، وقيل يجوز والأول أصح . وفي الذخيرة ويؤم الأحدب القائم كما يؤم القاعد القائم ولا يؤمه الراكب النازل .

( والأعمى ) عطف على قوله والاعرابي أي ويكره أيضاً تقديم الأعمى ( لأنه لايتوقى النجاسة ) أي لا يتحفظ عن النجاسة ولا يهتدي إلى القبلة ولا يقدر على استيعاب الوضوء في أعضاء الطهارة غالباً . وعن ابن عباس رضي الله عنه قال كيف أؤمهم وهم بعيد ، يعني إلى القبلة ، وقال القاضي من الحنابلة هو كالبصير إذ هو أخشع في الصلاة قال البصير يشغله ما يراه وقد ينظر إلى ما لا يحل . وفي المحيط إذا لم يوجب غيره من البصير فهو أولى بالإمامة . وفي البدائع إذا كان لا يوازيه غيره في الفضل في المسجد فهو أولى .

( وولد الزنا ) عطف على قوله والأعمى أي ويكره أيضاً تقديم ولد الزنا ( لأنه ليس له أب يشفقه [1] ) أي يؤدبه ويعلمه فيبقى على ما حل جاهلاً ( فيغلب عليه الجهل ) وبقولنا قال الشافعي ومالك وقال أحمد لا يكره ورواه ابن المنذر عن مالك واختاره .

( ولأن في تقديم هؤلاء ) هذا دليل ثان يشتمل الكل أي ولأن في تقديم العبد والاعرابي والفاسق والأعمى وولد الزنا ( تنفير الجماعة فيكره ) لأن القوم يؤذون بهم ولا يرضون بهم أئمة فيكره . وفي المجتبى والمراد من الكراهة في هذا الموضع كراهة تنزيه ، فإنه قال محمد في الأصل إمامة غيرهم أحب إلي ، وأما الجواز فلا كلام فيه إشارة اليه بقوله ( وإن تقدموا جاز لقوله ﷺ صلوا خلف كل بر وفاجر ) وهذا الحديث أخرجه الدارقطني في سننه

---

(١) يفقهه — هامش .

ولا يطول الإمام بهم الصلاة لقوله عليه السلام من أم قوماً فليصل بهم صلاة أضعفهم فإن فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ، ويكره للنساء أن يصلين وحدهن الجماعة

---

عن معاوية بن صالح عن العائذ بن الحارث عن مكحول عن أبي هريرة رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قال صلوا خلف كل بر وفاجر وجاهدوا مع كل بر وفاجر . قال الدارقطني مكحول لم يسمع عن أبي هريرة رضي الله عنه ومن دونه ثقات ، ومن طريق الدارقطني رواه ابن الجوزي في العلل المتناهية وأعله بمعاوية بن صالح مع ما فيه من الانقطاع وتعقبه ابن عبد الهادي ، وقال إنه من رجال الصحيح وجه الاستدلال بهذا الحديث في حق الفاسق ظاهر وفي حق العبد والأعمى يتمسك بدلالته لأنه لما جوز الإقتداء بالفاسق مع الموجب للتمييز فيجوز في حقهما بالطريق الأولى ونقول كل واحد منهما لا يخلو إما أن يكون براً أو فاجراً والنبي ﷺ جوز الإقتداء بكل منهما .

( ولا يطول الإمام بهم الصلاة ) أي بالجماعة ( لقوله ﷺ من أم قوماً فليصل بهم صلاة أضعفهم فإن فيهم الكبير والمريض وذا الحاجة ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال إذا صلى أحدكم بالناس فليخفف فإن فيهم الضعيف والسقيم والكبير ، وإذا صلى لنفسه فليطول ما شاء ، وفي لفظ المسلم الصغير والكبير والضعيف والمريض .

وروى البخاري أيضاً من حديث أبي مسعود الأنصاري فقال يا رسول الله لا أكاد أدرك الصلاة مما يطول بها فلان فقال فما رأيت النبي ﷺ في موعظة أشد غضباً من يومئذ ثم قال يا أيها الناس ان منكم منضرين من صلى بالناس فليخفف فإن فيهم الكبير والصغير وذا الحاجة . فهذا يدل على أن الإمام ينبغي له أن يراعي حال قومه وهذا لا خلاف فيه.

( ويكره للنساء أن يصلين وحدهن الجماعة ) الكلام في هذا الموضع على وجوه الأول، قال السغناقي في اللفظ صورة المناقضة حيث ذكر الوحدة مع كونهن جماعة ، ثم أجاب عن هذا لقوله لكن المراد من الوحدة توحدهن عن الرجال وهن في أنفسهن جماعة النساء .

قلت لا مناقضة فيه ولا يصدق حد عليـــه لأن المعنى ويكره للنساء المنفردات عن الرجال أن يصلين بجماعة منهن .

الثاني قال الاترازي وهذا عندنا وعند الشافعي يستحب لنا أنها لو كانت مستحبة لبينها النبي ﷺ فيكون جماعتهن بدعة ويكره . قلت قول الشافعي هو قوله الأوزاعي والثوري وأحمد « رح » وحكاه ابن المنذر عن عائشة وأم سلمة « رض » فاذا كان كذلـك فكيف تكون جماعتهن بدعة والبدعـــة اسم لاحداث أمر لم يكن في زمان رسول الله ﷺ ، وقد روى أبوداود في سننه في باب إمامة النساء من حديث أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث ابن نوفل ، وفيه كانت قد قرأت القرآن فاستأذنت النبي ﷺ أن تتخذ في دارها مؤذناً ، فأذن لها وأمرها أن تؤم أهل دارها .

وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم قال تؤم المرأة النساء تقوم في وسطهن .

وروى ابن أبي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمار الذهبي عن امرأة من قومه اسمها حجيرة ، قالت أمتنا أم سلمة رضي الله عنها قائمة وسط النساء حدثنا وكيع عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤم النساء تقوم معهن في وسطهن .

وروت عظمة الحنفية قالت أمتنا عائشة رضي الله عنهـــا فقامت بينهن في الصلاة المكتوبة ، رواه الدارقطني وهو حجة على الشعبي والنخعي حيث قال تؤمهن في النفـــل دون الفرض ، وشذ أبو ثور المزني ومحمـــد بن جرير الطبري فأجازوا إمامة النساء على الإطلاق للرجال والنساء .

وعند سليمان بن بشان والحسن البصري ومالك لا يؤم المرأة أحداً في فرض أو نفل .

الثالث : قول المصنف في كراهته جماعة النساء ( لأنها لا تخلو عن ارتكاب المحرم وهو قيام الإمام وسط الصف ) فكيف يكون قيام الإمام وسطهن محرماً وقـد فعلتـه عائشة وأم سلمة ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنه على ما ذكرناه الآن ، وأيضاً فلقائل أن يقول ارتكاب المحرم فيه في حق الرجال دون النساء إذ لو كان مطلقاً لما كان يجوز الصلاة .

الرابع : قوله ( فيكره ) يعني إذا كان الأمر كذلك يكره فعلهن الجماعة وكيف يكره ، وقد ذكر في المحلى صلت عائشة بهن المغرب جهرت بالقراءة ، وصلت أم سلمة العصر .

الخامس : قوله ( كالعراة ) هو جمع عار كالقضاة جمع قاض والتشبيه فيه من كل الوجوه ظاهر ، ولكن كلام الشارح يختلف في وجه الشبه ، فقال تاج الشريعة يعني يكره العراة الجماعة لأنها لا تخلو عن مباشرة إحدى الروايتين .

أما قيام الإمام وسط الصف أو زيادة الإطلاع على العورات كما ها هنا ، وقال السفناقي قوله فيكره كما لعراة ، وفي العراء [1] عندنا أن يصلوا وحداناً قعوداً بإيماء ، وإنما أمرناهم بترك الجماعة لتشاغل بعضهم عن بعض ولا يقع بصر بعضهم على عورة البعض لأن الستر يحصل ، وإن الأولى لإمامهم إذا صلوا لجماعة أن يقوم وسطهن لئلا يقع بصرهم على عورتهم وإن تقدمهم جاز أيضاً وحالهم في هذا الموضع كحال النساء في الصلاة فالأولى أن يصلين وحدهن وإن صلين بجماعة قامت إمامهن وسطهن ، وإن تقدمن جاز فكذلك حال العراة وكلام الأكمل ها هنا قريب منه بل أخذ منه .

وقال الاترازي قوله – فيكره كالعراة – أي تكره جماعة النساء كجماعة العراة ، وقال صاحب الدراية التشبيه بالعراة ليس من كل الوجوه بل في أفضلية الأذان وأفضلية قيام الإمام وسطهن ، وأما العراة فيصلون قعوداً وهو أفضل من صلاة النساء قائمات. قلت المصنف جعل العراة مشبهاً بها وتاج الشريعة عكس فيه وجعل وجه التشبيه الحرمة ، والسفناقي جعله في الأفضلية ، وصاحب الدراية كذلك ولكنه زاد في الأفضلية الأذان أيضاً ، والاترازي جعله في الكراهة .

السادس : قوله ( وإن فعلن قامت الإمام وسطهن ) فيه تناقض وهو أنه أو لا قال قيام الإمام وسط الصف ارتكاب محرم فعلم منه عدم جواز صلاتهن بالجماعة وهنا يقول

---

(١) كلمة مكشوطة من الأصل وربما كانت – والأفضل – اهـ مصححه .

بجواز ذلك ويمكن أن يجاب عنه بأن يكون المراد بالحرمة أيضاً هنا اللغوي وهو المنع وجه الكراهة لا يمنع ذلك الجواز مع الكراهة .

فان قلت كيف قال — قامت الإمام — بتاء تأنيث الفعل . قلت قال المطرزي في المغرب الامام من يؤم به أي يقتدي به ذكراً كان أو أنثى ومنه قامت الامام في وسطهن وفي بعض النسخ — فان فعلن قامت الامامة وسطهن — وهو غير صواب لأن لفظة الامام اسم لا وصف . قوله — وسطهن — بسكون السين لأنه صرف بخلاف جلست وسط الدار بالفتح وكل موضع صلح فيه بين فهو ساكن وما لا يصلح فهو بالفتح ومنه يشد في وسطه الهميان . وقال الأزهري كل ما كان يبين بعضه من بعض كوسط القلادة والصف والسبحة فهو بالاسكان وما كان منضماً لا يبين كالدار والساحة فهو بالفتح وأجازوا في المفتوح الاسكان ولم يجيزوا في الساكن الفتح .

قوله (لأن عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك) أي صلت بجماعة النساء وقامت وسطهن وقد ذكرناه عن قريب ، وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبوحنيفة عن حماد ابن سليمان عن ابراهيم النخعي عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤم النساء في شهر رمضان فتقوم وسطاً وقد ذكرنا عن أم سلمة أيضاً رد على الاترازي حيث قال أنها بدعة ، وعلى المصنف أيضاً في أنها ارتكاب المحرم .

الثامن قوله ( وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ) قال الاترازي أي حمل فعل عائشة الجماعة على ابتداء الاسلام يعني كان ذلك ثم نسخ حين أمرن بالوقار والقرار في البيوت ، وهذا جواب سؤال مقدر بأن يقال لما فعلت عائشة الجماعة دل على أنها مستحبة فلا يكره ، فأجاب عنه وقال وحمل ذلك على ابتداء الاسلام .

قلت هذا كلام من لم يطلع في كتب القوم وأمضى فيه لانه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة كما رواه البخاري ومسلم ثم تزوج عائشة بالمدينة وبنى بها وهي بنت تسع وبقيت عند النبي ﷺ تسع سنين ، وما صلت إماماً إلا بعد بلوغها فكيف يستقيم حمله على ابتداء الاسلام ، وتصدى الاكمل للجواب عن هذا وقال يجوز أن

يكون المراد بابتداء الاسلام ما قبل بيان الانتساخ فانه ابتدأ بالنسبة اليه .

قلت هذا أبعد من الاول لان هذا لم يكن في ابتداء الاسلام على ما دلت عليه الاخبار المذكورة ، فاذا كان كذلك كيف يحمل هذا على ما قبل الانتساخ .

التاسع قوله ( ولان في التقديم زيادة الكشف ) هذا الدليل توكيد يمنع المتقدم بالسبة لانه بين بالنسبة في الاصل لا بالتعليل ، واعترض عليه بأن المرأة إذا كانت لابسة من فوقها إلى قدمها ولم يكن بينهن أحد من الرجال ، فان التقدم يكره مع أنه لا كشف فيها فلو كانت الكراهة لزيادة الكشف ينبغي أن يجوز هناك لانعدام العلة .

فأجاب عنه الاكمل أخذا من كلام السفناقي بما ملخصه إن ذلك نادر لا حكم له على أن ترك التقديم بالسنة والتعليل لا يضاهيها ، قلت لا نسلم أنه نادر لان المرأة شأنها التستر في كل الاحوال ولا سيا في الصلاة خصوصاً إذا أمت فانها تحترز عن انكشاف شيء من أعضائها غاية الاحتراز ، فحينئذ لا يوجد كشف أصلا فضلا عن زيادته وقوله على أن ترك التقدم .. إلى آخره فيه نظر لانه لم يبين النسبة التي دلت على ترك التقدم .

وقال الاكمل وهنا بحث من أوجه وذكر منها أن المذهب عندنا أن انتفاء صفة الوجوب تستلزم انتفاء صفة الجواز ثم أجاب عنه بما حاصله أن الجواز ليس بمنسوخ بالاجماع، وإنما المنسوخ هو كون جماعتهن سنة وفيـه نظر ، لان من ادعى النسخ فعليـه البيان . وقال صاحب الدراية ولان جماعتهن لو كانت مشروعة لزم تركها ولشاعت كما شاعت جماعة الرجل على أنها من الشعائر فيختص بالاذان والخطب والجمع والاعياد ، ولان جماعتهن لا تخلو عن ارتكاب محرم لان في التقـديم زيادة كشف ، وفي الوسط تركـه القيـام وكل ذلك حرام .

أما زيادة الكشف فلقوله تعالى ﴿ ولا يبدين زينتهن ﴾ ٣١ النور ، وأما ترك القيام فلأنه خلاف السنة لانه لم يعمل به النبي عليه الصلاة والسلام ولا واحد من الصحابة .

وأما حديث أم ورقة ورابطة كان في ابتـداء الاسلام أو تعلمـاً للجواز مع أن في حديث أم ورقة مقالاً عند أهل الحديث .

قلت هذا كله مخدوش ، أما قوله – لو كانت جماعتهن مشروعة كره تركها – فغير سديد لانه لا يلزم من كون الشيء مشروعاً أن يكره تركه ، لان هذا ليس بكلي فان المشروع إذا كان فرضاً يكون تركه حراماً ، وإن سنة كان يكون تركه مكروهاً، وإن كان ندباً يجوز تركه ولا يكره .

وأما قوله – فتختص بالأذان .. الخ – فيرده ما رواه الحاكم في المستدرك عن عبدالله ابن ادريس عن عطاء عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تؤذن وتقيم وتؤم النساء فتقوم وسطهن .

وأما قوله – وكل ذلك حرام – غير مسلم لأن الحرمة غير مقتصرة على زيادة الكشف.

وأما قوله – فلأنه خلاف السنة – مردود لأن النبي ﷺ أمر أم ورقة أن تؤم أهل دارها كما ذكرنا من رواية أبي داود ، وفي الحديث وجعل لها مؤذناً يؤذن لها ، وقال عبد الرحمن بن خلاد فأنا رأيت مؤذنها شيخاً كبيراً .

وقوله – ولا واحد من الصحابة – مردود ، فإنا ذكرنا عن عائشة وأم سلمة بأنهما فعلتا ذلك .

وقوله – مع النساء – في حديث أم ورقة مقالاً إشارة إلى ما قاله المنذري في مختصره لسنن أبي داود في سنده الوليد بن جميع وفيه مقال ولا يضره ذلك ، فإن مسلماً أخرج له وكفى هذا في عدالته وسقطه .

فإن قلت قد قال ابن بطال في كتابه الوليد بن جميع وعبد الرحمن بن خلاد لا يعرف حاليهما . قلت ذكرهما ابن حبان في الثقات فالحديث إذاً صحيح .

فإن قلت أخرج ابن عدي في الكامل وأبو الشيخ الأصبهاني في كتاب الأذان من حديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها أن النبي عليه الصلاة والسلام قال ليس على النساء أذان ولا إقامة ولا جمعة ولا اغتسال ولا تقدمهن امرأة ولكن تقوم وسطهن . قلت في سنده الحاكم بن عبد الله قال ابن معين ليس بثقة ولا مأمون . وعن البخاري تركوه ، وعن

ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله عنه فإنه عليه السلام صلى به وأقامه عن يمينه .

ولا يتأخر عن الإمام ،

---

النسائي متروك الحديث ، وكان ابن المبارك يوهنه وأنكر ابن الجوزي هذا الحديث في كتابه والتحقيق ولا يعرف مرفوعاً إنما هو شيء يروى عن الحسن البصري وابراهيم النخعي .

( ومن صلى مع واحد أقامه عن يمينه ) مساوياً له وهو قول عمر رضي الله عنه وابنه وعروة بن الزبير ، وبه قال الثوري والأوزاعي ومالك وإسحاق وعن الشافعي يستحب أن يتأخر عن الإمام قليلاً ، وعن سعيد بن المسيب أن يقيمه عن يساره ، وفيه قول رابع مروي عن النخعي أنه يقوم خلفه إلى أن يركع فإذا جاء أخذ الإمام عن يمينه .

( لحديث ابن عباس رضي الله عنه فإنه ﷺ صلى به وأقام عن يمينه ) حديث ابن عباس أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن كريب مولى ابن عباس قال نمت [1] عند خالتي ميمونة فقام رسول الله ﷺ في الليل فأطلق القربة فتوضأ ثم أدرك القربة ثم قام إلى الصلاة فقمت وتوضأت كما توضأ ثم جئت فقمت عن يساره فأخذني جنبه فأدارني من ورائه فأقامني عن يمينه فصليت معه . أخرجوه مختصراً ومطولاً .

فان قلت كيف يجوز أداء النفل بالجماعة وانه بدعة . قلت أداء النفل بالجماعة بلا أذان ولا إقامة بواحد أو اثنين يجوز على أنا نقول التهجد كان فرضاً على أن النبي عليه السلام فيكون اقتداء المتنفل بالمفترض مع أن ابن عباس كان صبياً فلا يكون مخالطاً .

( ولا يتأخر عن الإمام ) لأن التأخر خلاف السنة ، وإن كان المقتدي أطول وسجوده قدام الإمام لا يضره لأن العبرة بموضع الوقوف كما لو وقف في الصف فوقوع سجود الإمام بطوله .

---

(١) في الأصل — ابن — والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

وعن محمد « رح » أنه يضع أصابعه عند عقب الإمام والأول هو الظاهر ، وإن صلى خلفه أو في يساره جاز وهو مسيء لأنه خالف السنة . وإن أم اثنين تقدم عليهما ، وعن أبي يوسف يتوسطهما ، ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود « رض »

---

( وعن محمد أنه يضع أصابعه عند عقب الإمام ) كما هو المشهور من عمل العامة ( والأول هو الظاهر ) أي قيام المقتدي عن يمين الإمام بدون التأخر هو ظاهر الرواية ووجهه حديث ابن عباس « رض » .

( وإن صلى خلفه أو في يساره جاز وهو مسيء ) أي وإن صلى المقتدي خلف الإمام أوعن يساره والحال أنه وحده جاز والحال أنه مسيء أي فاعل فعل السيء ( لأنه خالف السنة ) وهو ما ذكر حديث ابن عباس آنفاً ، وعن شيخ الإسلام من مشايخنا من قال الجواب في الفصلين وهو ما لو قام عن يساره أو خلفه واحد لأنه ترك السنة في القيام فيكون مكروهاً .

ومنهم من فرق وقال لا يكون عن يساره إذا قام خلفه لأنه لا يصير تاركاً للسنة من كل وجه لأنه عمل به واحد من الصحابة وهو ابن عباس فانه قام خلفه ودعى له بالفقه والعلم ، وعند أحمد لو وقف على يساره تبطل صلاته وقال أحمد لو كان اثنان وكان أحدهما صبياً فوقفا عن يمينه فلا بأس به ، ولو وقف خلفه توقف أحمد وأكثرهم على أنه لا يصح بل الصبي يقف على يساره .

( وإن أم اثنين تقدم عليهما ) أي وإن أم رجلين تقدم عليهما وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه يتوسطهما ) أي الإمام يتوسط اثنين لأن الاصطفاف خلف الإمام سنة الجماعة والاثنين ليس بجماعة حقيقة . ( ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ) أي نقل التوسط بين الاثنين عن عبد الله بن مسعود هذا موقوف على ابن مسعود كما ترى ، وقد رواه مسلم من ثلاث طرق ولم يرفعه في الأولين ورفعه إلى النبي ﷺ وقال فيه هكذا فعل رسول الله ﷺ .

وقال الترمذي في جامعه عن ابن مسعود أنه صلى بعلقمة والأسود فقام بينهما قال ورواه عن النبي ﷺ وقال أبو عمر « رض » هذا الحديث لا يصح رفعه والصحيح عندهم التوقيف على ابن مسعود أنه صلى بعلقمة والأسود ، وقال الحارثي حديث ابن مسعود منسوخ وأراد به الحديث الذي أخرجه مسلم عنه في صحيحه ، وعن ابراهيم عن علقمة والأسود أنهما دخلا على عبد الله فقال أصل من خلفكم قالا نعم فقام بينهمافجعل أحدهما بيمينه والآخر عن شماله ثم ركعنا فوضعنا أيدينا على ركبتينا ثم طبق بين يديه ثم جعلها بين فخذيه فلما صلى قال هكذا فعل رسول الله ﷺ لأنه انما نعلم هذه الصورة من رسول الله ﷺ بمكة وفيها التطبيق وأحكام أخرى وهي متروكة وهذا الحكم من جملتها ولما قدم النبي ﷺ المدينة تركه .

فان قلت ما أجاب المصنف عن حديث ابن مسعود هذا . قلت أجيب بثلاثة أجوبة الأول : ان ابن مسعود لم يبلغه حديث أنس رضي الله عنه الآتي ذكره عقيب هذا الحديث .

والثاني : أنه قال لضيق المسجد وبعذر آخر لا على أنة من السنة .

والثالث : ذكر البيهقي في المعرفة أنه رأى النبي ﷺ يصلي وأبو ذر عن يمينه كل واحد يصلي لنفسه فقام ابن مسعود خلفهما فأومأ اليه النبي ﷺ بشماله فظن عبد الله أن ذلك سنة الموقف ولم يعلم أنها لا يؤمها وعلمه أبو ذر حتى قال فيما روي عنه يصلي كل رجل منا لنفسه .

( ولنا أنه عليه السلام تقدم على أنس واليتيم حين يصلي بهما ) وهذا الحديث أخرجه الجماعة إلا ابن ماجة عن مالك بن أنس عن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن أنس بن مالك أنه وجدته مليكة دعت رسول الله ﷺ لطعام صنعته فأكل منه ثم قال قوموا فلأصل لكم فقمت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبث مضجعة بها فقام رسول الله عليه السلام فقمت أنا واليتيم وراءه والعجوز وأنس وراءنا فصلى بنا ركعتين ثم انصرف واليتيم هو ضمير بن أبي ضميرة مولى رسول الله ﷺ له ولأبيه صحبة ، وقيل اليتيم أخو

أنس لأبيه واسمه ضمير واليتيم علم غالب له كالنجم للثريا .

وقال أبو عمر قوله – جدته مليكة – والضمير عائد على إسحاق وهي جدة إسحاق أم أبيه عبدالله بن أبي طلحة وهي أم سليم بنت ملحان زوج أبي طلحة الأنصاري وهي أم أنس بن مالك ، وقال غيره الضمير يعود إلى أنس وهو القائل أن جدته وهي جدة أنس بن مالك أم أمه واسمها مليكة بنت مالك بن عدي ويؤيـد ما قال ابن عمر أن في بعض طرق الحـديث أن أم سلمة سألت رسول الله ﷺ أن يؤمها ، أخرجه النسائي عن يحيى بن سعيد عن اسحاق بن عبد الله فذكره وأم سليم وهي أم أنس جاز لك مصرحاً في البخاري .

( فهذا دليل الأفضلية ) أي فعـل النبي عليه الصلاة والسلام تقدمه على الاثنـين دليـل الأفضليـة ( والأثر دليـل الإباحة ) أراد بالأثر الذي رواه أبو يوسف عن ابن مسعود .

فان قلت لم يمكس . قلت ترجيحاً لفعل النبي عليه السلام على فعل غيره .

فروع . ولو قام واحد بجنب الإمام وخلفه صف يكره بالإجماع كذا في شرح الإرشاد وفي المجتبى السنة أن يقوم في المحراب ليعدل الطرفين ولو قام في أحد جانبي الصف يكره ، ولو كان المسجد الصيفي بجنب الشتوي وإملاء المسجد ليقوم الإمام في جانب الحـائط يستوي القوم من جانبيه ، والأصح ما روي عن أبي حنيفة أنه قال أكره أن يقوم الإمام بين الساريتين ، وفي رواية أو ناحية المسجد أو إلى سارية لأنه خلاف لعمـل الأمة ومتى استوى جانباه ويقوم عن يمين الإمام إن أمكنه وإن وجد في الصف فرجة سدها ولا ينتظر حتى يجيء آخر فيقفان خلفه ، ولو لم يجد عالماً يقف خلف الصف بحذاء الإمام للضرورة ولو وقف منفرداً بغير عذر تصح صلاته عندنا وعند الشافعي ومالك . وقال أحمد وأصحاب الحديث لا تصح صلاته واحتجوا بقوله عليه السلام لا صلاة للمنفرد خلف الصف ، ولنا حديث أنس واليتيم والعجوز وقد جوزوا اقتداءها وهي منفردة خلف الصف ، وما رواه من الحديث المذكور أريد به نفي الكمال .

ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة أو صبي ، أما المرأة فلقوله عليه السلام أخروهن من حيث أخرهن الله، فلا يجوز تقديمها ،

---

( ولا يجوز للرجال أن يقتدوا بامرأة ولا صبي ، أما المرأة فلقوله عليه السلام أخروهن من حيث أخرهن الله ، فلا يجوز تقديمها ) هذا غير مرفوع وهو موقوف على عبد الله بن مسعود أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن سفيان الثوري عن الأعمش عن ابراهيم عن أبي معمر عن ابن مسعود ، ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في معجمه ولم أر أحداً من شراح الهداية تعرض لحال هذا الخبر ، وكتب أصحابنا معتبرة ، وذكره الكبائر أي من الشافعية في كتاب بعض ما تفرد به أحمد بن حنبل ، وذكره أيضاً ابن قدامة في المغني وابن حزم في الحلى وجه الاستدلال بقوله من حيث أخرهن الله ما قال أبو زيد في الأسرار أن حيث عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخرهن فيه إلا مكان الصلاة ، وقيل يجوز أن يكون حيث للتعليـــل يعني كما أخرهن الله تعالى في الشهادة والارث والسلطنـة وسائر الولايات .

قلت أصل حيث أنه ظرف مكان مضاف إلى الجملة تقول اجلس حيث الأمير جالس ، وحيث جلس الأمير ، وقد يضاف إلى المفرد كقول الشاعر :

تمضي المواضي حيث لي العمائم . . . . . . . . . . .

قال أبو الفتح من أضاف حيث إلى المفرد أعربها ، ومن ذلك ضبط بعضهم ، أما ترى حيث سهيل طالعاً ، بفتح ثا حيث وخفض سهيل ، وأصله حيث سهيل بضم الثـاء ورفع سهيل ، والخبر محذوف أي موجود إذا اتصلت بها ما النافية فضمنت معنى الشرط وجزمت الفعلين ، وفيه ست لغات بالحركات الثلاث وبالواو معها ، ومن العرب من يعرب حيث ، وعليه قراءة من قرأ ﴿ حيث لا يعلمون ﴾ بالكسر وهي للمكان اتفـاقاً . وقال الأخفش وقد ترد للزمان أقول في الخبر أمراً تبركاً بتأخيرهن من حيث العام في الصلاة لعدم وجوب تأخيرهن خارج الصلاة إجماعاً ، وحيث تأخيرهن في الصلاة إظهار لتعينهن في الجمـاعة ، لأن الرجال هم الأصول في إقامة الجماعة ، فان جماعة النساء ليست مستحبة عن الانفراد.

وأما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به .

---

وعند الشافعي دون استحباب الرجال والرجل هو المخاطب بالتأخير ، فإذا ترك ماهو يخاطب به فسدت صلاته كما لو تقدم على إمامه .

يظهر من هذا كله أنه أمر بتأخيرها وهو نهي عن الصلاة خلفها وإلى جانبها أيضاً ، والنهي يقتضي فساد النهي ، ولأن في تأخيرها صيانة للصلاة عن الفساد وهي واجبة لقوله تعالى ﴿ ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ ٣٣ محمد ، واليه أشار المصنف بقوله — فلا يجوز تقديمها — هذه نتيجة قوله — ولا يجوز أن يقتدوا بامرأة — تقدير الكلام لما جاء الأمر بتأخيرها فلا يجوز تقديمها ، فلم يجز الاقتداء بها . وفي الاترازي فان قيل هذا الحديث خبر الواحد وبمثله ثبت الوجوب لا الفرض فلا تفسد الصلاة بتركه .

قلنا هذا حديث مشهور تثبت الفرضية به ، فتركه مفسد وفي المجتبى يمسك في المسألة بالاجماع ، والمراد به إجماع المجتهدين ، لأنه حكي عن ابن جرير الطبري أنه يجوز إمامتها بالتراويح إذا لم يكن هناك قارىء غيرها .

(وأما الصبي فلأنه متنفل ) أي وأما عدم جواز الاقتداء بالصبي فلأنه متنفل والذي يقتدي به مفترض ( فلا يجوز اقتداء المفترض به ) أي بالمتنفل لأن صلاة الامام متضمنة صلاة المقتدي صحة وفساداً لقوله عليه السلام الامام ضامن ، ولا شك أن الشيء إنما يتضمن ما هو دونه لا ما هو فوقه فلم يجز اقتداء البالغ بالصبي لهذا وبه قال الأوزاعي والثوري ومالك وأحمد وإسحاق ، وفي النفل روايتان . وقال ابن المنذر وكرهها عطاء والشعبي ومجاهد ، وقال الحسن والشافعي تصح إمامته ، وفي الجمعة له قولان ، قال في الأم لا تجوز ، وقال في الاملاء تجوز لما روى البخاري عن عمرو بن سلمة قال أميت على عهد رسول الله ﷺ وأنا غلام ابن ست سنين أو ابن سبع سنين ، وسلمة صحابي والأشهر أن عمرو لم يسمع من النبي عليه السلام ولم يرو عنه ، وقال الخطابي كان الحسن يضعف حديث عمرو بن سلمة وقال مرة دعه ليس بشيء بين .

وقال أبو داود وقيل لأحمد حديث عمرو قال لا أدري ما هذا فلعله لم يتحقق بلوغ أمر النبي ﷺ قال وقد خالفه أمثال الصحابة وقد قال عمرو كنت إذا سجدت خرجت أمتي

وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا «رح»، ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين أبي يوسف وبين محمد «رح»، والمختار أنه لا يجوز في الصلاة كلها لأن نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالإفساد بالإجماع، ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون

---

وهذا غير بالغ والعجيب أنهم لم يجعلوا قول أبي بكر الصديق وعمر الفاروق وكبار الصحابة رضي الله عنهم وأفعالهم حجة، واستدلوا بفعل صبي ست سنين ولا يعرف فرائض الوضوء والصلاة فكيف يتقدم في الامامة ومنعه أحوط في الدين، وعن ابن عباس رضي الله عنه لا يؤم الغلام حتى يحتلم، وعن ابن مسعود لا يؤم الغلام الذي لا تجب عليه الحدود رواهما الأثرم في سننه.

( وفي التراويح والسنن المطلقة ) السنن الرواتب قبل الفرائض وبعدها ( جوزه ) أي الإقتداء بالصبي ( مشايخ بلخ ولم يجوزه مشايخنا ) أي ولم يجوز الإقتداء بالصبي علماء أهل بخارى وسمرقند.

( ومنهم ) أي ومن مشايخ بخارى وسمرقند ( من حقق الخلاف في النفل المطلق بين أبي يوسف ومحمد ) فقال عند أبي يوسف لا يجوز الإقتداء وعند محمد يجوز ( والمختار ) أي للفتوى ( انه ) أي أن الاقتداء بالصبي ( لا يجوز في الصلوات كلها لأن نفل الصبي دون نفل البالغ ) لأن نفل البالغ مضمون حيث يجب القضاء إذا أفسده، ونفل الصبي غير مضمون ( حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالإجماع ) فيكون نفل الصبي دون نفل البالغ فلا يجوز أن يكون الأدنى متضمناً للأعلى.

( ولا يبنى القوي على الضعيف ) لأن نفل البالغ القوي حيث يلزمه بالشروع، ونفل الصبي ضعيف حيث لا يلزمه بالشروع، وعلى هذا لا يجوز الاقتداء به أيضاً في النفل.

( بخلاف المظنون ) هذا جواب عن قياس مشايخ بلخ عن المظنون وتقديره قياس اقتداء البالغ بالصبي على الاقتداء بالظان فاسد صورة المظنون أن يقتدي المتنفل بمن يصلي

لأنه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدماً بخلاف اقتداء الصبي بالصبي ، لأن الصلاة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليلني منكم أولوا الأحلام والنهى

---

صلاة عليه يجوز الإقتداء وإن كانت غير مضمونة بالقضاء عندنا لأنــه شرع فيــه على قصد التزام فرض آخر عليه ، وصورة أخرى شرع في صلاة على ظن أنها عليه فاقتدى به متنفل ثم أفسده يلزمه القضاء وإن لم يلزم الإمام على تقدير الافساد ( لأنه مجتهد فيــه ) أي لأن المظنون مجتهد فيه لأن عند زفر القضاء واجب على الظــان فصار كأن الإمام ضامن فاتحد حال الإمام والمقتدي فجاز الإقتداء به .

( فاعتبر العارض ) وهو الظان ( عدماً ) في حق المقتدي بالنظر إلى اجتهاد زفر مع احتمال صحة قول المجتهد لأن في زعمه مضمونة صلاة الإمام فكان هذا اقتداء بمصلي المضمونة ، أما الصبي فليس من أهل الضمان حتى يسري حكم ضمانه إلى المقتدي فكان اقتداء البالغ به في معنى اقتداء المفترض بالمتنفل .

( وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لأن الصلاة متحدة ) لعدم الضمان على واحد منهما وكان بناء الضعيف على الضعيف .

( ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء ) هذا ترتيب القيام خلف الإمام ، وفي المحيط والاسبيجابي يلي الإمام الرجال ثم الصبيان الكبار ثم الخنــاثى ثم النساء ثم الصبيــات والمراهقات ( لقوله عليه السلام ليلني منكم أولوا الأحلام والنهى ) روى هذا الحــديث عن ابن مسعود وأبي مسعود والبراء بن عازب ، فحــديث ابن مسعود أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجــة قال قال رسول الله ﷺ ليلني منــكم أولوا الأحلام والنهى ثم الذين يلونهم .

وحديث البراء بن عازب أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائــل من حديث عبد الرحمن بن عوسجة عن البراء بن عازب قال كان رسول الله ﷺ يأتينــا إذا أقيمت الصلاة فيمسح عواتقنا ويقول أقيموا صفوفكم ولا تخلفوا فتختلف قلوبكم ، وليلني منــكم

أولوا الأحلام والنهى ، وسكت عنه . وقال الزيلعي في تخريج أحاديث الهداية للمصنف استدل بهذا الحديث على قوله ويصف الرجال .. الخ ولا ينهض ذلك إلا على تقديم الرجال فقط ، ويمكن أن يستدل بحديث أبي مالك الأشعري أن النبي ﷺ كان يصفهم في الصلاة فيجعل الرجال قدام الغلمان والغلمان خلفهم والنساء خلف الغلمان ، رواه الحارث بن أبي أمامة في مسنده .

وأخرج ابن أبي شيبة عنه أن النبي ﷺ أقام الرجال يلونه وأقام الصبيان خلف ذلك . قال الأكمل الصبيان تابعة الرجال لاحتمال رجوليتهم . قلت إذا سلمنا هذا فما الدليل منه على كون النساء بعد الصبيان قوله – ليلني – بكسر اللامين وتخفيف النون من ولي يلي ولياً وهو القرب ، وأصل يلي يولي حذفت الواولوقوعها بين الياء والكسر وأمر الغائب منه ليل لأن الياء تسقط للجزم ، وأمر الحاضر مثل ق على وزن ع . وقال النووي ويجوز إثبات الياء مع تشديد النون على التأكيد .

قلت القاعدة في ذلك أن النون المؤكدة إذا دخلت الناقص تعود الياء والواو المحذوفتان فيصير ليلني . قوله – أولوا الأحلام – حلم بضم الحاء وسكون اللام وهو ما يراه النائم تقول منه حلم بفتح اللام ، واحتلم تقول حلمت هكذا وحلمته أيضاً ولكن غلبت استعماله فيما يراه النائم من دلالة البلوغ ، فكان المراد ها هنا ليلني البالغون . قوله – النهي – بضم النون جمع أنهيته بضم النون وسكون الهاء وهي العقل ، يقال بفتح النون أيضاً لأنه نهى صاحبه عن الرذائل و كذلك العقل لعقله من عقال البعير ، ويقال رجل نه ونهى من قوم نهى ، وقال أبو علي الفارسي يجوز ألا يكون النهى مصدر كالهدى وان يكون جمعاً قال ومعناه في اللغة الشاب والحسن . وقال السغناقي في تعبير الحلم بالعقل غلط من وجهين أحدهما أن الثقات لم يفسروه . والثاني إثبات التكرار في الحديث ، ففي تفسير العقل من غير قابل لأن النهي جمع نهية وهي العقل .

قلت قد فسر بعضهم العقل بالحلم وليس فيه التكرار ، وإنما هو التأكيد لأن اللفظ مختلف والمعنى واحد وقد وقع من غير فائدة مثل هذا في الكلام الفصيح .

## ولأن المحاذاة مفسدة فيؤخرن ، وإن حاذته امرأة وهما مشتركان في صلاة واحدة

قوله – وإياكم – من المنصوبات بالالزام كما في قوله إياكم والأسد ، والمعنى اتقوا أنفسكم أن تعرضوا لهيشات الأسواق وهو بفتح الهاء وسكون الياء آخر الحروف، وبالشين المعجمة وروي هوشات وأصله من الهوش وهو الاختلاط والهوشة الفتنة وبينهم تهاوش أي اختلاط واختلاف .

فإن قلت ما وجه تخصيص أولي الأحلام والنهى بذلك قلت لاختلافها من احتياج اليه ولتبليغ ما سمعوه منه وضبط ما يحدث عنه والتنبه على سهوان وقع لأنهم أحق بالتقديم وليقتدي بهم من بعدهم ، وكذا ينبغي لسائر الأئمة الاقتداء برأيه وسيرته ﷺ في كل حال من جموع الصلاة، ومجانس العلم والذكر ومجال الرأي ومعال كنا القتال [ كذا ] . قوله – ثم الذين يلونهم – معناه الذين يقربون منهم في هذا الوصف .

( ولأن المحاذاة مفسدة فيؤخرن ) هذا دليل معقول وتمهيد لذلك مسألة المحاذاة ، أي ولأن محاذاة النساء الرجال مفسدة لصلاتهم فيؤخرون دفعاً لفسادهم .

( وإن حاذته امرأة ) أي وإن حاذت المصلي امرأة ، والمحاذاة في اللغة هي المقابلة بالحذاء ، يقال حاذاه يحذوه وفلان جلس بحذاء فلان وفلان يحتذي فلاناً أي يقتدي به ، ويقال احتذى شماله وانتحى فعاله أي اقتدى به وحذوه النعل بالنعل حذوا إذا أقدرت كل واحدة على صاحبها ، وفي المغرب حذوته وحاذيته إذا ضربت بحذائه وحذا بي الفلان عليها ( وهما مشتركان في صلاة واحدة ) أي والحال الرجل والمرأة المحاذية له يشتركان في صلاة واحدة ، وها هنا شروط .

الأول : أن يكون المحاذاة بين الرجل والمرأة ، فلو كان المحاذي صبياً لا تفسد صلاة الرجل ، وكذلك لو كان معتوهاً .

الثاني : أن تكون المرأة المحاذية مشتهاة بأن كانت بنت سبع ، وقيل بنت تسع نظراً إلى بنائه ﷺ بعائشة رضي الله عنها وهذا يبلغ في التاسع والأصح أن السن التي ذكرت

لا تفسد بها بل المعتبر أن يكون عليه ضخمة تحمل الجماع ، وإن لم تكن كذلك لا تكون مشتهاة بالسن الذي ذكر ، أما لو بلغت سن البلوغ ولم تكن ضخمة ينبغي أن تكون مشتهاة بالسن ، وهذا لا نزاع فيه وسواء كانت المرأة المحاذية أجنبية أو ذات رحم محرم أو عجوزة ينفر الناس منها وتكرهها .

الثالث : أن تكون المرأة عاقلة .

الرابع : أن لا يكون بينها حائل ، لأن الحائل يرفع المحاذاة والحائل أن تكون بينها اسطوانة أو كانت في قبة في وسط الصف ، وفي التحرير أو مقدار ما يقوم به رجل آخر ، وفي المحيط والمفيد أو كان أحدهما على دكان قدر قامة الرجل والآخر أسفل . وفي المحيط أو بينها حائل أدناه مثل مؤخرة الرجل أو مقدمته ، وفي الحواشي غلظ من غلظ الاصبع ثم المساءة لأكثر القوم كذا في مختصر المحيط ، قال أبو الليث هو الأصح ، وقيل الأصح ان الاعتبار بالساق والكعب .

الخامس : أن تكون الصلاة ذات ركوع وسجود حتى تكون صلاة من كل وجه ، وإن كان ما يصليان بالايماء لعذر لأنها مطلقة في الأصل ولا تكون المحاذاة مفسدة في صلاة الجنازة .

السادس : أن تكون المحاذاة في ركن كامل وينبغي الحال أن يشترط أن يكون الاداء في ركن كامل عند محمد وعند أبي يوسف لو وقفت مقدار الركن فسدت ، وإن لم تؤد في مختصر بحر المحيط لو حاذته أقل من مقدار أفسدت عند أبي يوسف وعند محمد لا تفسد إلا مقدار الركن . وفي المحيط ذكر الجرجاني أن امرأة لو كبرت في الصف الأول وركعت في الصف الثاني وسجدت في الصف الثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها في كل صف ، لأنها أدت ركناً كاملاً من أركان صلاتها في كل صف ، فصار كالمدفوع إلى صف النساء .

السابع : أن يكون فيه نوى الامام ، إمامتها أو نوى إمامته النساء إلا امرأة بعينها تحاذيه لا تفسد صلاته ذكره صاحب المحيط عن أبي يوسف ، وقال شمس الأئمة السرخسي

لو صححنا اقتداء المرأة بالرجل بغير سنـة قدرت على إفساد صلاة الرجـل كل امرأة متى شاءت بأن يقتدي به فتقف إلى جنبه وفيه من الضرر ما لا يخفى ، وإن كان الجواب مطلقاً في الكتاب يعني يجوز اقتداء المرأة بالرجل في الجمعة والعيدين ولكن هو محمول عند أكثر المشايخ على وجود النية من الامام ، ومنهم من سلم ولكن يفرق بينهما وبين سائر الصلوات فنقول الضرر ها هنا في جانبها لأنها لا تقدر على صلاة العيدين والجمعة وأحدها ولا تجـد إماماً آخر يقتدي به مع أنها لا تقدر على الوقوف بجنب الامام لكـثرة الازدحام في هذه الصلوات وصححنا اقتداؤها لدفع الضرر عنها بخلاف سائر الصلوات .

الثامن : شرط ذكره صاحب الينابيع وهو أن يكون الامام قد نوى إمامتها وهي معه قد اقتدت به من أول صلاته ، ولو نوى إمامتها إلا أنها لم يقتديا به في أول صلاته فصلاتهـما جائزة ، لأن الركن لا يوجـد في كل واحد من كل وجه حيث انفرد في بعضها ، وإذا وجدت الشركة من أول الصلاة فوقفت بجنب الامام فسدت صلاته وصلاتها مع القوم لفساد صلاة إمامتهم ، والصحيح ان ذلك ليس بشرط فإنه ذكر في الذخيرة وعزاه في كتاب الغنية فقال اقتدى رجل وامرأة برجل في الركعة الثالثة ثم أحدثا فذهبا وتوضآ ثم جاءا فيصليان فحاذته إن حاذته في الثالثة والرابعة للامام وهي الأولى والثانية لهما تفسد صلاة الرجل ، وإن حاذته في الثالثة والرابعة لهما لا تفسد صلاة الرجل لأنها مستويان فيها .

وفي مختصر بحر المحيط نية إمامة النساء تعتبر وقت الشروع لا بعده ، وتصح نيـة النساء بدون حضورهن ، وقيل يشترط حضرتها . وفي الذخيرة ذكر في بعض الفتاوى لو أن رجلاً صلى ولم ينو إمامة النساء فاقتدت به امرأة قال أبو نصر إن لم تقم بجنبـه يصح اقتداؤها ، وقال أبو القاسم لا يصح اقتداؤها في الوجهين . وفي الاسبيجـابي لو تقدمت أمامه لا يصح اقتداؤها وتصح صلاته . وفي المرغيناني لو تقدمت المرأة فالصحيح أن صلاة الرجل لا تفسد لأنه لم يرض بامامتهـا ، وعن أبي يوسف تفسد . وفي الذخيرة حكي عن مشايخ العراق صورة في المحاذاة تفسد صلاة المرأة ولا تفسد صلاة الرجل وبيـانها جاءت امرأة فشرعت في الصلاة بعدما شرع الرجل ناوياً إمامة النساء فحاذتـه تفسد

فسدت صلاته إن نوى الإمام إمامتها، والقياس أن لا تفسد وهو قول الشافعي رحمة الله عليه اعتباراً بصلاتها حيث لا تفسد ،

---

صلاة الرجل ، وإذا كانت حاضرة فقامت بحذائه وكان يمكنه أن يؤخرها بالتقدم عليها خطوة أو خطوتين فلم يتقدم فسدت صلاته لأنه لم يوجد منه التأخير لها وقد ترك فرض المقام .

التاسع : أن تكون الصلاة مشتركة يعني تحريمة واداء بأن يكونا وراء الامام حقيقة أو تقديراً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما تقديراً فبالتأخير .

والعاشر : حد المحاذاة أن يكون عضو منها يحاذي عضو من الرجل لأنهم شرطوا المحاذاة مطلقاً فيتناول كل الأعضاء أو بعضها ونص في قاضي خان أن محاذاة غير قدمها بشيء من الرجل لا يوجب فساد صلاة الرجل ، وقال المرأة إذا صلت مع زوجها في البيت إن كان قدمها بحل أقدام الزوج لا تجوز صلاتها بالجماعة وإن كان قدمها خلف قدم الزوج إلا أنها طويلة تقع رأس المرأة في السجود قبل رأس الزوج جازت صلاتها لأن العبرة للقدم ، وفي الجامع لو أدركا أول الصلاة مع الامام ثم أحدثا أو ناموقد فرغ الامام فحاذته المرأة تفسد صلاته لأن اللاحق خلف الامام تقديراً ولهذا لو يوافقها يقضي ولو سهى لا يسجد للسهو فكانت الصلاة مشتركة ، ولو كانا مسبوقين فحاذته في قضاء ما سبق لم تفسد صلاته لعدم الاشتراك لا حقيقة ولا حكماً ، ثم الشركة قد تكون باتحاد الفرضين وباقتداء المشروعية بالمتطوعة أو المفترض .

( فسدت صلاته ) جواب الشرط أي صلاة الرجل دون صلاة المرأة ولكن يشترط وهو ( إن نوى الامام إمامتها ) وفيه خلاف زفر رحمه الله على ما يأتي عن قريب إن شاء الله .

( والقياس أن لا تفسد ) أي أن لا تفسد صلاة الرجل ، ويجوز أن تقرأ لا تفسد بضم التاء من الافساد يعني ومقتضى أن لا تفسد المحاذاة صلاة الرجل ( وهو قول الشافعي ) أي القياس ، وهو عدم الفساد قول الشافعي ( اعتباراً بصلاتها حيث لا يفسد ) أي اعتبر

وجه الاستحسان ما رويناه وأنه من المشاهير وهو المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلاته دون صلاتها كالمأموم

---

الشافعي اعتباراً بصلاة المرأة حيث لا يفسد لأنهما مشتركين تفسد صلاة أحدهما دون الآخر، لأن فساد الصلاة لترك الركن أو لوجود ما يناقضها ولم يوجد .

( وجه الاستحسان ما رويناه ) وهو قول أبي مسعود أخروهن من حيث أخرهن الله. وجه الاستدلال به أن الرجل إن أخطأ مكانه فسدت صلاته كما إذا تقدم على الإمام، وهذا لأن مقامه قدام المرأة للخبر المذكور فلما حاذته لزم ترك فرض الإمام وهو تأخير المرأة عنه فسدت صلاته دون صلاة المرأة لأن المأمور بالتأخير الرجل دون المرأة .

( وانه من المشاهير ) أي وان الخبر المذكور من الأخبار المشهورة. هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره وأن يقال هذا خبر الواحد لا يثبت به الفرض فكيف أثبتم به فرض القيام، فأجاب عنه بقوله – وأنه من المشاهير – وليس بخبر الواحد فيجوز به الزيادة على الكتاب، ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم أن الفرض يثبت به ابتداء بل يثبت باعتبار أنه وقع بياناً لما تضمنه كتاب الله بقوله ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ ٢٢٨ البقرة، فالحق بالكتاب فأخذ حكمه . أقول هذا كله إذا ثبت كون الخبر المذكور حديثاً مرفوعاً ولم يثبت ذلك كما ذكرنا .

( وهو المخاطب به دونها ) هذا جواب عن وجه القياس وتقريره أن يقال لا يلزم من عدم فساد صلاتها عدم فساد صلاته لأنه والمخاطب به أي لقوله أخروهن من حيث أخرهن الله ( دون المرأة ) .

فإن قلت إذا كان هو مأموراً بتأخيرها ويكون هي أيضاً مأمورة بالتأخير لأن التأخير لازم التأخر فينبغي أن تفسد صلاتها . فإن قلت أنها مأمورة قصداً بل هي مأمورة ضمناً، وما ثبت ضمناً دون ما ثبت قصداً ففسدت صلاته دون صلاتها، وأيضاً كان يمكن له أن يتقدم خطوة أو خطوتين ولا تأخرها فيكون هو المقصر وإلى هذا أشار بقوله ( فيكون هو التارك بفرض القيام ) وهو تقديمه عليها ( فتفسد صلاته دون صلاتها ) لعدم التقصير منها ( كالمأموم

إذا تقدم على الإمام وإن لم ينو إمامتها لم تضره ولا تجوز صلاتها ، لأن الاشتراك دونها لا يثبت عندنا خلافاً لزفر « رح » ، ألا ترى أنه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء

---

إذا تقدم على الإمام ) وهذا القياس مستقيم على قول الشافعي وأحمد لأنهما يقولان لفساد المأموم إذا تقدم على إمامه خلافاً لمالك وإسحاق . وقال الثوري المناولة بالعقب على المذهب وفي الوسط الاعتبار بالكعب .

( وإن لم ينو إمامتها لا يضره ) أي لم ينو الإمام إمامته المرأة تضره المحاذاة لعدم الإشتراك ( ولا تجوز صلاتها ) أي صلاة المرأة ( لأن الإشتراك ) بين الإمام وبينها ( لا يثبت دونها عندنا ) أي دون النية لأن نيته إمامتها يشترط لفساد صلاة الرجل عند المحاذاة عندنا .

( خلافاً لزفر رحمه الله ) فإن عنده نية إمامتها ليست بشرط لفساد صلاة الرجل بعدما دخلت في صلاته لأن الرجل صالح لإمامة الرجال والنساء ثم اقتداء الرجل به صحيح بلا نية إمامته وكذا اقتداء المرأة .

( ألا ترى ) توضيح لقوله – لأن الإشتراك لا يثبت دونها – وتقريره ( أنه يلزمه الترتيب في المقام ) أي لأن الإمام لا يلزمه الترتيب في المقام أي في التقديم بالنص وكل من يلزمه شيء توقف على التزامه فلا يسر به الشريك في المقام .

( فيتوقف على التزامه كالاقتداء ) فإن الاقتداء لما بقي يلزم فساد صلاته من صلاة الإمام توقف لزوم الفساد على إلزام المقتدي بنية الشروع في صلاة الإمام .

فإن قلت يشكل على هذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه في اقتداء القارىء بالأمي فإن صلاة الأمي تفسد بسبب اقتداء القارىء به ومع ذلك لا يشترط للأمي نية إمامة القارىء مع أنه يلحق صلاته فساد من جهة عنده . قلت يمنع اشتراط النية على قول الكرخي ، فإن عنده لا يصح بلا نية أيضاً ، ولئن فيه لا يلحقه الفساد بسبب الإقتداء ، وأما فساد صلاة الإمام في المحاذاة بسبب الإقتداء لا غير فيتوقف على إلزامه كذا في مبسوط شيخ

وإنما يشترط نية الإمامة إذا ائتمت محاذية وإن لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان ، والفرق على إحداهما إن الفساد في الأول لازم ، وفي الثاني محتمل ، ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة مشتركة ،

---

الإسلام والمحيط ولكن ذكر في الكتاب الصحيح أنه تجوز صلاة الأمي فيما إذا صلى القارىء منفرداً على ما يأتي إن شاء الله تعالى ، وفي الجامع المحبوبي محاذاة الأمر ، وتفسد الصلاة عند البعض لأنه ذكر في الملتقط أن الأمر ومن قرنه إلى قدمه عورة .

( وإنما يشترط نية الإمامة إذا ائتمت محاذية ) أي إذا اقتدت بالإمام حال كونه محاذية أراد بهذا أن النية إنما تشترط إذا كانت المحاذاة ثابتة وقت الإقتداء بأن قامت أولاً بجنب رجل .

( وإن لم يكن بجنبها رجل ) أو كان ولكن المرأة قامت خلفه هل يشترط نية الإمام أولا ( ففيه روايتان ) في رواية يشترط لاحتمال تقدم المرأة فتحقق المحاذاة ، وفي رواية لا يشترط لأنه لا فساد في الحال وتحققه موهوم ( والفرق على إحداهما ) أي إحدى الرواية وهي رواية الصحة ( أن الفساد في الأول ) وهو ما إذا كان بجنبها رجل ( لازم ) لوجود ملزومه وهو المحاذاة في الحال فلا بد من النية ليكون الفساد بالتزامه ( وفي الثاني ) وهو ما إذا لم يكن بجنبه رجل فالفساد فيه ( محتمل ) بأن تمشي فتحاذي فتفسد ولكن الظاهر أن لا تمشي في الصلاة ولا تحاذي ، فلم يشترط نية الإمام لعدم التحقيق بلزوم الفساد .

( ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة مشتركة ) أشار بهذا إلى شرائط المحاذاة المفسدة وقد ذكرنا أنها عشرة ، والمصنف ذكر بعضها وأشار بكلمة من التي هي للتبعيض ، فمنها أن تكون الصلاة مشتركة يعني تحريمة وأداء بأن يكون خلف الإمام حقيقة أو تقديراً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما تقديراً فمثل رجل وامرأة خلف الإمام أحدثا فتوضأ ثم جاء أو قد فرغ الإمام فحاذته المرأة في الاداء فسدت صلاة الرجل لأنها خلف الإمام تقديراً ، ولهذا لم يكن عليهما قراءة ولا سهو ، وإنما يبنيان على رأي الإمام في صلاة العيد في عدد التكبيرات ومحلها ، ولو كانا مسبوقين فحاذته على قضاء ما سبقنا لم تفسد لعدم الإشتراك حقيقة ولا حكماً .

وأن تكون مطلقة وأن تكون المرأة من أهل الشهوة وأن لا يكون بينهما حائل. لأنها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص

---

أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً فإن المسبوق منفرد في قضاء ما سبق، وهذا كان عليه السهو والقراءة، وأنه مقيس على صلاة نفسه في صلاة العيد في التكبيرات عدداً ومحلاً ثم الاشتراك قد يكون باتحاد الفرضين واقتداء المتطوعة بالمتطوع أو المفترض.

( وأن تكون مطلقة ) أي ومن شرائط المحاذاة أن تكون الصلاة مطلقة أي كاملة ذات ركوع وسجود، واحترز بذلك عن صلاة الجنازة، فإن المحاذاة فيها ليست بمفسدة لأنه دعاء وقضاء حق الميت لا غير.

( وأن تكون المرأة من أهل الشهوة ) أي ومن شرائط المحاذاة أن تكون المرأة المحاذية مشتهاة في الحال أو في الماضي حتى أن محاذاة لصغيرة ليست بمفسدة.

( وأن لا يكون بينها حائل ) أي ومن شرائطها أن لا يكون بين الرجل والمرأة المحاذية حائل أي فاصل، واعتبره في المحيط بقدر ذراع، وإن كان أقل منه لا تكون سترة وقد استقصينا الكلام في هذه الشروط فيما مضى.

( لأنها ) أي لأن المحاذاة ( عرفت مفسدة ) للصلاة ( بالنص ) وهو قوله: أخروهن من حيث أخرهن الله ( بخلاف القياس ) لأن القياس المحاذاة غير مفسدة كما قال زفر والشافعي، لأن الصلاة لا تفسد إلا بترك ركن ولو جردت ساقها فلم يوجد فيها ذلك ( فيراعى جميع ما ورد به النص ) وهذا نتيجة قوله - بخلاف القياس - فحينئذ يراعى فيه ما ورد به النص وهو الخبر المذكور.

ثم المرأة الواحدة تفسد صلاة ثلاثة واحد عن يمينها وآخر عن يسارها وآخر عن خلفها، والثنتان صلاة أربعة، واحد عن يمينها وآخر عن يسارهما [1] وهذا لفظ الذخيرة والتحرير،

---

(١) الكلام ناقص وتمامه - واثنان خلفهما - اهـ مصححه.

وفي المبسوط واحد عن يمين أحدهما والآخر عن يسار الأخرى، وهذه العبارة أولى وصلاة اثنين خلفهما بهذا بهما . وإن كن ثلاثـــاً ووقفن في الصف أفسدت صلاة خمسة واحد عن يمنهن وآخر عن يسارهن وثلاثة خلفهن وثلاثة إلى آخر الصفوف . ولو كان صف تام من النساء خلف الإمام ووراءهن صفوف من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها . وفي الذخيرة والمحيط والتحرير وهذا استحسان ، وفي القيـاس تفسد صلاة واحد من الرجال خلف النساء للحائل في حق باقي الصفوف .

قلت هذا استحسان في الاستحسان ، لأن الفساد في الأصل المحاذاة استحسان والأصل في الحائل وصف النساء قول عمر رضي الله عنه من كان بينه وبين الإمامة طريق أو نهر أو صف من نساء فليس هو مع الإمام ، ذكره في المحيط والذخيرة وغيرهما ، وقال يرويه كعب بن أبي سليم وهو ضعيف عن تميم وهو مجهول ، ورفعه لا أصل له . وفي المحـلى لابن حزم عن عمر من كان بينه وبين الامام نهراً أو حائـط أو طريق فليس مع الامام . قال الاسبيجابي الصف التام من النساء يفسد صلاة من خلفهن ولو كانوا عشرين صفاً . وفي المفيد والمزيد ولو كان الف صف إذا كن في صلاة الامام وهو الذي يمنع صحة الاقتداء هو الذي لا يعبر إلا بحيلة كالجسر وغيره . وقيل ما تجري فيه سواء كان فيه ماء أو لم يكن ذكره في المفيد . وفي المختصر والبحر المحيط السواقي تمنع كالأنهار عند أبي يوسف ، ورواية عن أبي حنيفة . وقال محمد لا يمنع إلا ما تجري فيه السفينة والزورق هكذا ذكر الحكم الشهيد في المنتقى ، قال صاحب الذخيرة وهو الصحيح ، وفي المحيط وهو الأصح .

وعن أبي يوسف إن كان يمكن الشمس في بطنه كان عظيماً ، ومن المشايخ من قال إذا كان لا يمكن الرجل القوي أن تحاذاه بوثبة فهو مانع ، ولو كان على عدة صفوف متصلة لا يمنع عند أبي يوسف خلافاً لمحمد ، وفي الحوض وصلت النجاسة إلى الجـانب الآخر يمنع ذكره الامام أبو نصر الصفار والطريق العريضة ما تمر به العامة ويمر به الواحد أو الاثنان خاصة ، وقيل ما تمر به العجلة وحمل البعير والمحمل .

فروع . وفي المحيط إذا كان يصلي في الصحراء وبينه وبين إمامه قدر صفـــين يمنع

وأقـل لا ، وفي الذخيرة عن الفقيه أبي القاسم الصفار مانع والبعد بينه وبـين إمامه في المسجد لا يمنع إذا لم يشتبه حال إمامه عليه ، والمصلى بمنزلة المسجد في هذا . وفي جوامع الفقية البيت والدار ومصلى العيد والجنازة بمنزلة المسجد كذا عن أبي يوسف بخـلاف الصحراء . وقال أبو الحسن علي الصفدي البيت لها كالمسجد للرجل كما في سجدة التلاوة ، وفي مختصر البحر المحيط المسافة التي يمنع الاقتداء في الصحراء تمنعه في البيت .

قال والأصح أنه يجوز صلاة جماعة في خان القاضي أو خان السبيل والبـاب المغلق يجوز الإقتداء ، وإن لم تتصل الصفوف ، وهو جواب القاضي الحكم ببخارى ، وقيـل لا يجوز به لو كان بينه وبين الإمام حائط تجوز صلاته ، قال في المحيط والذخيرة أطلق محمد الجواب في الأصل في الحائط قالوا هذا إذا كان الحائط قصيراً مثل قامة الرجل لا يمنعـه من الوصول إلى الإمام ، وإن كان طويلاً منع ، وإن لم يشتبه عليـه حال الإمام كالنهر العظيم والطريق العريضة .

وفي الذخيرة اختلف المشايخ في الفاصل القصير وغيره فقال أبو طـاهر الدباس القصير ما يصعد عليه بغير كلفة بأن يخطو الرجل خطوة ويضع قدمه عليه . وعن محمد بن سلمـة القصير ما لا يشتبه حال الإمام عليه به . وقال شيخ الإسلام خواهر زادة القصير حائط المقصورة بحيث لا يمنع المقتدي من الوصول إلى الإمام ، وإن في الطويل ثقب كثير مثل الباب فيصح الإقتداء ، وإن كان صغيراً لا يمكنه الوصول من الإمام قيل لا يصح ، وقيل يصح ، والباب الكبير إن كان مسدوداً قيل لا يصح الإقتداء به ، وبه قال الفقيه أبو بكر الاسكاف ، وقيل يصح وبه قال الفقيه أبو بكر الأعمش وإن كان الحائط الطويل عليـه شباك فمن اعتبر الوصول قال يمنع ، ومن اعتبر حال اشتباه الإمام قال لا يمنع ، فإن كان الإمام على الأرض والقوم على سطح المسجد أو العكس قال إن كان له منعه يصح وإلا فلا. وقيل إن كان لا يشتبه عليهم حال إمامهم يصح وإلا فلا ، ويجوز الإقتداء من المأذنـة بالإمام وهو المسجد كالسطح ، ولو كان على سطح داره بجنب المسجـد لا يصح . قال في المحيط وهو الصحيح ، وفي الذخيرة قال الحلوائي يجوز كما لو صلى بمنزله تحت المسجد وهو

قال ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ، ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند أبي حنيفة « رح » وقالا يخرجن في الصلوات كلها لأنه لا

---

يسمع التكبير من الإمام أو المكبر . وقال القاضي علاء الدين في شرح المختلفات لا يجوز ، ولو قام على رأس الحائط الذي هو المسجد ومنزله قالوا لا يجوز لأنه حائل هناك وفي فناء المسجد لا يشترط اتصال الصفوف ولا يلي المسجد لأنه في حكم المسجد واليه أشار محمد « رح » في السفينتين المتلاصقتين يشترط اتصال الصفوف .

( قال ويكره لهن حضور الجماعات ) أي يكره للنساء ( يعني الشواب منهن ) وهي جمع شابة وهذه اللفظة بإطلاقها تتناول الجمع والأعياد والكسوف والإستسقاء . وعن الشافعي يباح لهن الخروج ( لما فيه ) أي في حضورهن الجماعة (من خوف الفتنة) عليهن من الفساق وخروجهن سبب للحرام وما يفضي إلى الحرام فحرام . وذكر في كتاب الصلاة مكان الكراهة الأساءة والكراهة فحش .

قلت المراد من الكراهة التحريم ولا سيا في هذا الزمان لفساد أهله .

( ولا بأس للعجوز أن تخرج في الفجر والمغرب والعشاء ) لحصول الأمن ، وفي المغرب اختلاف الروايات ، وفي المنظومة الحق المغرب بالعشاء كما ذكره المصنف والمبسوط لشمس الأئمة . وفي المختلف والعصر ألحق المغرب بالظهر كما في مبسوط شيخ الإسلام ، ويحتمل أن ذلك بناء أن المغرب تنتشر فيه الفسقة أيضاً كالعصر في بعض البلاد ، قيل هذا كله في زمانهم ، أما في زماننا فيكره خروج النساء إلى الجماعة لغلبة الفسق والفساد فإذا كره خروجهن فلأن يكره حضورهن مجالس العلم خصوصاً عند هؤلاء الجهال الذين تحلوا بحلية أهل العلم .

( وهذا عند أبي حنيفة ) أي هذا الذي ذكرنا عند أبي حنيفة ( وقالا يخرجن في الصلوات كلها ) أي قال أبو يوسف ومحمد العجائز تخرجن في جميع الصلوات ( لأنه لا

فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد، وله إن فرط الشبق حامل فتقع الفتنة ، غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة . أما في الفجر والعشاء هم نائمون ، وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره .

---

فتنة لقلة الرغبة ) أي لقلة رغبة الرجال فيهن ، كذا علل في بعض الشروح ، وفيه نظر لأن الحريص منهم من يرغب في العجائز فيصير خروجهن سبباً للوقوع في الفتنة .

( فلا يكره ) نتيجة ما قيل يعني فإذا أمن من الفتنة فلا يكره ( كما في العيد ) أي لا يكره خروجهن في العيد وهذا مجمع عليه .

( وله ) أي ولأبي حنيفه ( إن فرط الشبق ) بفتح الباء وهو شدة الغلبة من شبق الفحل بالكسر إذا اشتدت عليه ، والفرط بالتسكين مجاوزة الحد ( حامل ) أي على الفتنة ( فتقع الفتنة ) بسبب غلبان الشهوة ، فعند ذلك يمنعن من الخروج إلى جميع الصلوات نظراً إلى ذلك .

( إلا أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة ) فلا يحصل إلا من في هذه الأوقات، لأن الحريص منهم يرغب العجائز وفيهن من يرغب بلا خلاف .

( وأما في الفجر والعشاء فهم نائمون ، وفي المغرب بالطعام مشغولون ) فيحصل الأمن منهم ( والجبانة متسعة ) جواب عن قياسهما بقولهما كما في العيد والجبانة بتشديد البـاء الموحدة بعد الجيم ( فيمكنها الإعتزال عن الرجال ) لاتصال الجبانة ولغلبة أهل الصلاح يومئذ ( فلا يكره ) نتيجة ما قبله ، وتكلموا أن حضورهن للصلاة أو لتكثير الجمع، فروى الحسن عن أبي حنيفة أن خروجهن للصلاة يقمن في آخر الصفوف فيصلين من وراء الرجال لأنهن من أهل الجماعة تبعاً للرجل . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن خروجهن لتكثير العراء ويقمن في ناحية ولا يصلين ، لأنه قد صح أن النبي ﷺ أمر الحيض بذلك فإنهن ليس من أهل الصلاة .

فإن قلت روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أنه قال إذا استأذنكم نساؤكم

قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهر خلف المستحاضة . لأن الصحيح أقوى حالاً من المعذور ، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والإمام ضامن

---

بالليل إلى المسجد فأذنوا لهن . رواه الجماعة إلا ابن ماجة . قلت هذا محمول على العجائز ، ويؤيده ما رواه البيهقي رحمه الله عن ابن مسعود أنه ﷺ نهى النساء عن الخروج إلا عجوز في منقليها . والأصح أنه موقوف عليه ، والمنقلان الخفان بفتح الميم وهو الأشهر وبكسرها أيضاً ، وكان ابن عمر رضي الله عنه يحسب [1] النساء إلا يوم الجمعة ويخرجن من المسجد ، وقال أبو عمرو الشيباني [2] ابن مسعود حلف فبالغ في اليمين ما صلت امرأة أحب إلى الله من صلاتها في بيتها إلا في حج أو عمرة إلا عمرة قد يئست من بعولتها ، وعن أم سلمة رضي الله عنها أنه ﷺ قال خير مساجد النساء قعر بيوتهن ، رواه أحمد .

( قال ) أي القدوري ( ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ) أراد به من به سلس البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ ، ومن به استطلاق بطن وانفلات الريح ، يعني لا يجوز اقتداء الطاهر بواحد من هؤلاء .

( ولا الطاهرة خلف المستحاضة ) أي ولا تصلي النساء الطاهرات خلف المستحاضة وهي التي يمضي عليها وقت صلاة إلا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه .

( لأن الصحيح أقوى حالاً من المعذور ) فلا يجوز اقتداء الصحيح به لأنه بناء القوي على الضعيف ، وهو لا يجوز ، والشافعي في صلاة الطاهر خلف المستحاضة وجهان ، الصحيح أنه لا يجوز كالمتوضيء خلف المتيمم ، والغاسل خلف الماسح ، وبه قال زفر خلف كل معذور لأنه آت بما هو مأمور به . والثاني : لا يجوز لأن طهارتها ضرورية ولا ضرورة في الاقتداء .

( والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ) وإنما قلنا أنها تتضمن لقوله ﷺ ( والإمام ضامن )

---

(١) هكذا في الأصل وربما أراد ـ يحبس ـ اهـ مصححه .

(٢) هنا كلمة غير مقروءة من الأصل . اهـ مصححه .

**بمعنى تضمن صلاته صلاة المقتدي ، ولا يصلى القارىء خلف الأمي .**

والضمان ليس في الذمة ، فإن صلاة المقتدي لا تصير في ذمته فيثبت معناه إن صلاة الإمام في ضمنه صلاة المقتدي واليه أشار بقوله ( بمعنى أنه تضمن صلاته صلاة المقتـــدي ) هذا معنى قوله عليه السلام الإمام ضامن ومن المعلوم أن صلاة القوم ليست في ذمة الإمام كما ذكرنا ، فيكون معنى ضامن لصلاته لتبعية صلاتهم صحة وفساداً ، والتضمن إنما يتحقق إذا كان المتضمن مثله أو فوقه ، أما إذا كان دونه فلا .

وقال تاج الشريعة قوله – ضامن – من ضمن الشيء يضمنه اذا جعله تحت ضمنـه أي كشحه ووقع نقله عليه . قلت الضمين بكسر الضاء المعجمة وسكون الباء الموحدة . قال الجوهري ما بين الإبط والكشح وأول الحمل الإبط ثم الضبين ثم الحص .

( ولا يصلي القارىء خلف الأمي ) وللشافعي فيـه قولان منصوصان ، وثالث مخرج أصحها الجديد أنه لا يصح ، وفي القـديم يصح في السرية دون الجهرية ، وفي المخرج يصح مطلقاً ، وشذ صاحب الحاوي فقال الأقوال الثلاثة إذا كان جاهلاً فإن علم لا يصح قطعـاً والمذهب ما قدمناه ، والصحيح بطلان الإقتداء وهو مذهب مالك وأحمدوغيرهم واختاره المزني وأبو ثور وابن المنذر صححه مطلقاً ، وهو مذهب عطاء وقتادة ، والأمي عندهم هو الذي لا يحفظ الفاتحة بكمالها ، ولو حفظ جميع القرآن حتى الفاتحة الا تشديدة منها أمي عندهم وهذا بعيد من اللغة والعرب ، وفي المغرب الأمي في اللغـــة منسوب إلى أمه من العرب وهي لم تكتب ولم تقرأ فاستقر لكل من لا يعرف الكتابـة ولا القراءة ، فمـن يعرف الكتابة ويحفظ جميع القرآن إلا حرفاً من الفاتحة . فكيف يكون أميـاً والأمي عندنا من لا يحفظ من القرآن ما تصح به صلاته .

وقال تاج الشريعة الأمي هنا من لا يحسن قراءة شيء من القرآن منسوب إلى الأم أي هوكماولدته أمه وهو في التنزيل والحديث ولسان العرب من لا يحسن التحفظة ، وإذا عرف ذلك فمن أحسن قراءة آية من القرآن أن لا يكون أمياً حتى يجوز اقتداء من يحفظ التنزيل عند أبي حنيفة وعند ذلك حكم من يحسن ثلاث آيات قصار أو آية طويلة لأن فرض القراءة إنما تقام بهذا القدر ، وما رواه فصل في باب فقال صاحب الدراية الأمي عند الشافعي من

لا يحسن القراءة ، وفي المحيط ولا يؤم الأخرس الأمي ذكره الكرخي ، لأن الأمي يقدر على التحريمة بخلاف الأخرس . وفي الذخيرة لا يجوز لعلمائنا الثلاثة ، وذكر شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلاة أن الأخرس والأمي إذا أرادا الصلاة كان الأمي أولى بالإمامة ، فهذا دليل على جواز اقتداء الأمي بالأخرس ، والأمي إذا أم الأخرس فصلاتهما جائزة بلا خلاف .

وفي جوامع الفقه وغيره إذا قرأ في الأوليين ثم خرس أو صار أمياً فسدت صلاة القوم وأتم هو صلاته ، ولو اقتدى الأمي بالقارىء فعلم سورة في وسط الصلاة قال الفضل لا تفسد صلاته وقال غيره تفسد . وعن أبي يوسف من يجن ويضيق لا يجوز إمامته في حال إفاقته إذا كان أكثر حاله الغيبة .

( ولا المكتسي خلف العاري ) أي لا يصلي من عليه الثوب خلف العريان ولو قال ولا المستورة العورة خلف العاري لكان أجود ، لأن من ستر عورته بالسراويل وغيرها يسمى عارياً في العرف هكذا ذكره المصنف في كفارة اليمين وفي جوامع الفقه لا يصح اقتداء الصحيح الذي ثوبه نجسة بالمبتلي بالحدث الدائم ( لقوة حالهما ) أي لقوة حال القارىء والمكتسي وهذا ظاهر ولا تظن أن الضمير يرجع إلى المكتسي والعاري لفساد المعنى المراد بقوة الحال لاشتماله على ما لم تشتمل عليه صلاة الإمام مما تتوقف عليه الصلاة ، ثم في كل موضع لا يجوز الإقتداء هل يكون شارعاً صلاة نفسه في رواية باب الحدث لا يكون شارعاً وكذا في روايات الزيادات حتى لو ضحك قهقهة لا ينتقض طهارته وفي رواية باب الأذان يصير شارعاً وقيل ما ذكر في باب الحدث قول محمد وما ذكر في باب الأذان قولهما بناء على أن فساد التحريمة يوجب فساد التحريمة في قول محمد وعلى قولهما لا يوجب .

وذكر في المحيط أن القارىء إذا اقتدى بالأمي قال بعضهم لا يصير شارعاً حتى لو كان في التطوع يجب القضاء ، والصحيح هو الأول نص عليه محمد في الأصل ، وقيل إنما لا يلزمه القضاء لأن الشروع بمنزلة النذر ، ولو نذر المصلي بأن يصلي بغير قراءة لا يلزمه فكذا الشروع .

ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وقال محمد « رح » لا يجوز لأنه طهارة ضرورية والطهارة بالماء أصلية، ولهما أنه طهارة مطلقة. ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة،

---

( ويجوز أن يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) وبه قال جمهور الفقهاء وحكاه ابن المنذر عن ابن عباس وعمار بن ياسر وجماعة من الصحابة، وعن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور .

( وقال محمد لا يجوز ) وبه قال النخعي ويحيى الأنصاري . وعن علي رضي الله عنه مكروه، وقال الأوزاعي لا يؤمهم إلا أن يكون أميراً ( لأنه ) أي لأن التيمم ( طهارة ضرورية ) يعني لا يصار اليها إلا عند عدم الماء، ويزول كونها طهارة بوجود الماء كما قال الشافعي أنه طهارة ضرورية مع قيام الحدث ولهذا لا يؤدى به فرضان عنده ولا يعتبر قبل الوقت ( والطهارة بالماء أصلية ) لأنه خلف عن الماء ولا شك أن حال من اشتمل على الطهارة الأصلية أقوى من حال من اشتمل على الطهارة الضرورية .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أنه ) أي أن الماء ( طهارة مطلقة ) أي غير مؤقتة بوقت كطهارة المستحاضة .

( ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ) أي ولكونه طهارة مطلقة لا يتقدر بقدر الحاجة كالتيمم، ولم يذكر المصنف استدلال أصحابنا بالأخبار فنقول أصبح محمد « رح » فيما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا يؤم المتيمم المتوضئين، ولا المقيد المطلقين، ولم يرو عن أقرانه خلاف ذلك فوجب اتباعه، ولهما حديث عمرو بن العاص أنه عليه السلام جعله أميراً على سرية فلما انصرفوا سألهم عن سرية فقالوا كان حسن السرية ولكنه صلى بنا يوماً وهو جنب فسأله النبي عليه السلام فقال احتلمت في ليلة باردة حيث الهلاك إن اغتسلت فقرأت قوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ ١٩٥ البقرة، فتيممت وصليت بهم فتبسم النبي عليه السلام .

وقال مالك من فقيه عمرو بن العاص ولم يأمرهم باعادة الصلاة رواه أبو داود وبغير هذا اللفظ وقال في آخره فضحك عليه السلام ولم يقل شيئاً ، ورواه البخاري تعليقاً .

والجواب عما روي عن علي رضي الله عنه أنه أراد به نفي الفضيلة والكمال بدليل عطف المقيد عليه وهناك المراد في الفضيلة بالاتفاق ، وفي الحقيقة هذا الخلاف بناء على ما ذكر في الأصول وهو أن التراب خلف عن الماء على قولهما وعنده التيمم خلف عن الوضوء فيكون المتيمم صاحب الخلف والمتوضىء صاحب الأصل عنده فلا يؤمه ، وعندهما لما كان التراب خلفاً عن الماء في حصول الطهارة فعند حصول الطهارة كان شرط الصلاة موجوداً في حق كل واحد منهما بكماله بمنزلة الماسح يؤم الغاسلين .

فإن قلت يرد إشكال على أصل كل واحد منهما بمسألة انقطاع الرجعة ، فإن محمداً جعل التيمم هنا طهارة ضرورية ، وفي باب الرجعة طهارة مطلقة حتى تنقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير أن تصلي ، وهما جعلاه قطعاً ها هنا وضرورية هناك حتى قالا لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم فيلزمه التناقض . قلت لا تناقض أصلاً فإنهم اتفقوا على أن التيمم طهارة ضرورية لأنه لا يصار اليه إلا عند العجز ومطلقة باتفاقهم لعدم توقيته بوقت غير أن الذي يظن هذا إذا وقف على تعليلهم اندفع ذلك عنه فيما اختارا جهة الإطلاق في حق الصلاة لدفع الحرج ، وفي حق انقطاع الرجعة جهة الضرورة في حق انقطاع الرجعة إذا انقطع دمها في الحقيقة الثالثة بما دون العشرة ، وقالا لم تنقطع الرجعة بمجرد التيمم من غير أن تصلي لأن الشرع لم يذكر كونها طهارة في باب الرجعة وكان المقصود من طهارتها أداء الصلاة فما لم يترتب ما هو المقصود منه لم يكن طهارة بالنسبة اليه ، ومحمد رحمه الله قد عمل في البابين جميعاً بالاحتياط ، ففي باب الصلاة القول بعدم جواز اقتداء المتوضىء بالمتيمم فخرج عن العهدة على الوجه الأكمل ، وفي باب الرجعة القول بالانقطاع لأنه لما انقطعت الرجعة لم يكن لها أن يراجعها ولا يحل له وطئها وانقطاع الرجعة مما لا يؤخذ فيه بالاحتياط إجماعاً ، ألا ترى أنه إذا بقيت لمعة من بدنها بعد الاغتسال تنقطع الرجعة عنها احتياطاً .

( ويؤم الماسح الغاسلين ) أي يؤم الماسح على الخف الذي غسلوا أرجلهم وهذا بلا

لأن الخف مانع سراية الحدث إلى القدم ، وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لأن الحدث لم يعتبر زواله شرعاً مع قيامه حقيقة.

ويصلي القائم خلف القاعد ، وقال محمد « رح » لا يجوز

---

خلاف فيه والمفتصد والماسح على الجبيرة كالماسح على الخف ، وقيل لا يجوز ذكر القولين في المحيط .

( لأن الخف مانع سراية الحدث إلى القدم ) أي لأن خف الماسح يمنع سراية الحدث فيكون هو باقياً على كونه غاسلاً ( وما حل بالخف يزيله المسح ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال أنه باق لأنه على كونه غاسلاً لأن الخف قام مقام بشرة القدم ، والحدث قد حله ، وتقرير الجواب أن الذي قد حل بالخف يزيله المسح ولأن المسح على الخف كغسل الرجل وكلمة ما موصولة ومحلها الرفع على الإبتداء وخبره الجملة أعني قوله — يزيله المسح — .

( بخلاف المستحاضة ) يعني لا يجوز إمامة المستحاضة للطاهرة للضرورة وفي القدم ليس بقائم لمنع الخف سراية الحدث .

( ويصلي القائم خلف القاعد ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف والمراد من القاعد الذي يركع ويسجد أما القاعد الذي يومىء فلا يجوز اقتداء القائم به اتفاقاً ، وبه قال الشافعي ومالك في رواية استحساناً ، وقال أحمد والأوزاعي يصلون خلفه قعوداً وبه قال حماد بن زيد وإسحاق وابن المنذر وهو المروي عن أربعة من الصحابة وهم جابر بن عبد الله وأبو هريرة وأسيد بن حضير وقيس بن فهد حتى لو صلوا قياماً لا يجزئهم ، ولكن عند أحمد شرطين الأول أن يكون المريض إمام حي .

والثاني أن يكون المرض مما يرجى زواله بخلاف الزمانة واحتجوا على ذلك بحديث أنس عن النبي ﷺ إنما جعل الإمام الحديث وفي آخره وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً أجمعين ، رواه البخاري ومسلم .

( وقال محمد لا يجوز ) وبه قال مالك في رواية ابن القاسم عنه وزفر رحمهم الله قياساً

وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص ، وهو ما روي أن النبي عليه السلام صلى آخر صلاته قاعداً والقوم خلفه قيام

---

أشار اليه بقوله ( وهو القياس ) أي الذي قال محمد هو القياس ( لقوة حال القائم ) والقاعد ليس كالقائم فيكون اقتداء كامل الحال بناقص الحال فلا يجوز اقتداء القارىء بالأمي .

( ونحن تركناه بالنص ) أي تركنا القياس بالنص . فإن قلت ما وجه قوله ونحن تركناه بالنص ولم يقل قال ونحوه . قلت أشار بهذه العبارة أن هذا مما اختاره فأشرك نفسه مع أبي حنيفة وأبي يوسف ( وهو ) أي النص ( ما روي أنه عليه السلام صلى آخر صلاته قاعداً والقوم خلفه قيام ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ أمر في مرضه الذي توفي فيه أبا بكر رضي الله عنه أن يصلي بالناس فلما دخل أبو بكر في الصلاة وجد رسول الله عليه السلام من نفسه خفة فقام يهادي بين رجلين ورجلاه يخطان في الأرض فجاء فجلس عن يسار أبي بكر فكان رسول الله ﷺ يصلي بالناس جالساً وأبو بكر قائم يقتدي أبو بكر بصلاة النبي عليه السلام . ويقتدي الناس بصلاة أبي بكر . وهذا صريح في أن النبي عليه السلام كان الإمام إذ أجلس عن يسار أبي بكر رضي الله عنه ، ولقوله فكان رسول الله ﷺ يصلي بالناس – ولقوله – يقتدي به أبو بكر – وقال – كان النبي عليه السلام يصلي بالناس وكان أبو بكر مبلغاً – لأنه لا يجوز أن يكون الناس إمامان .

ويدل عليه حديث جابر رضي الله عنه قال اشتكى رسول الله عليه السلام فصلينا وراءه وهو قاعد وأبو بكر يسمع الناس تكبيره . رواه مسلم رواه بلفظه والبخاري بمعناه ، وكانت هذه صلاة الظهر يوم السبت أو الأحد ، وتوفي رسول الله ﷺ يوم الاثنين والبيهقي وغيره .

وقال الماوردي في الحاوي روي أنه توفي عليه السلام من يومه .

واعلم أن حديث عائشة رضي الله عنها قد روي بطرق كثيرة في الصحيحين وغيرهما وفيه اضطراب غير قادح ، منهم من ادعى فيه التعارض لأن في رواية شعبة عن الأعمش

عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة أن النبي ﷺ صلى خلف أبي بكر ، وروى شعبة أيضاً عن نعيم بن هند عن أبي وائل عن مسروق عن عائشة أن النبي ﷺ صلى خلف أبي بكر جالساً في مرضه الذي توفي فيه فهذا كله يدل على أن أبا بكر كان إماماً .

وهشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت أمر رسول الله ﷺ أبا بكر أن يصلي بالناس .. الحديث ، وفي آخره فكان أبو بكر يصلي بصلاة رسول الله والناس يصلون بصلاة أبي بكر رضي الله عنه .

وروى أحمد بن يونس عن زائدة عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله قال دخلت على عائشة فسألتها عن مرض رسول الله ﷺ .. الحديث ، وفي آخره فجعل أبو بكر يصلي وهو قائم بصلاة النبي ﷺ والناس يصلون بصلاة أبي بكر والنبي عليه السلام قاعد . وهذا كله يدل على أن النبي عليه السلام كان إماماً .

وقال البيهقي لا تعارض بين الخبرين ، فإن الصلاة التي كان فيه النبي إماماً هي صلاة الظهر يوم السبت أو يوم الأحد ، والتي كان فيها مأموماً هي صلاة الصبح من يوم الاثنين وهي آخر صلاة صلاها عليه الصلاة والسلام حتى خرج عن الدنيا .

وقال ابن حبان في صحيحه بعد أن روى حديث عائشة رضي الله عنها من رواية زائدة عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن عبد الله عن عائشة بلفظ الصحيحين ، ثم روى من حديث شعبة عن موسى بن أبي عائشة أن أبا بكر صلى بالناس ورسول الله ﷺ في الصف خلفه ، هذا شعبة قد تخالف زائدة في هذا الخبر وهما ثقتان ثبتان حافظان .

ثم أخرج عن عاصم بن أبي النجود عن أبي وائل عن مسروق عن عائشة قالت أغمي على رسول الله عليه السلام ثم أفاق فقال أصلى الناس قلنا لا ، الحديث ، إلى أن قال فخرج بين ثوبة وبريرة فأجلساه إلى جنب أبي بكر رضي الله عنه فكان رسول الله ﷺ يصلي وهو جالس وأبو بكر قائم وهو يصلي بصلاة رسول الله عليه الصلاة والسلام والناس يصلون بصلاة أبي بكر .

ثم أخرج عن نعيم بن أبي هند عن أبي وائل عن مسروق عن عائشة قالت صلى رسول

ويصلي المومىء خلف مثله لاستوائهما في الحال إلا أن يؤم المؤتم قاعداً والإمام مضطجعاً لأن القعود معتبر فيثبت به القوة

---

الله عليه السلام في مرضه الذي مات فيه خلف أبي بكر قاعداً قال وعاصم بن الجوزي ونعيم بن أبي هند حافظان ثقتان .

قال وأقول وبالله التوفيق أن هذه الأخبار كلها صحيحة ليس فيها تعارض ، فإن النبي عليه السلام صلى في مرضه الذي توفي فيه صلاتين في المسجد في إحداهما كان إماماً وفي الأخرى كان مأموماً قال والدليل على ذلك أن في خبر عبيد الله بن عبد الله عن عائشة أنه خرج عليه السلام خرج بين رجلين العباس وعلي رضي الله عنهما ، وفي خبر مسروق عنها أنه عليه السلام خرج بين بريرة ونوبة ، وفي كلام البخاري ما يقتضي الميل إلى أن حديث إذا صلى جالساً فصلوا جلوساً منسوخ فإنه قال بعد روايته قال الحميدي هذا حديث منسوخ بأنه عليه السلام آخر ما صلى قاعداً والناس خلفه قيام وإنما يؤخذ بالآخر . فالآخر من فعله عليه السلام .

( ويصلي المومىء خلف مثله ) أي مثل المومىء وهذا لا خلاف فيه ( لاستوائهما في الحال ) أي لاستواء المومئين في هذه الحالة ، وقال التمرتاشي لو كان الإمام يصلي قاعداً بالإيماء والمقتدي قائماً بالإيماء يصح اقتداءه به أيضاً ، لأن هذا القيام ليس بركن حتى كان الأولى تركه دل عليه ما لو عجز عن السجود وقدر على غيره من الأفعال أنه يصلي قاعداً بالإيماء فيستوي حاليهما .

( إلا أن يؤم المؤتم قاعداً والإمام مضطجعاً ) هذا استثناء من قوله يصلي المومىء أي فحينئذ لا يجوز وذكر التمرتاشي حكم هذه المسألة على خلاف هذا ، فانه قال واختلف من يصلي قاعداً مومئاً . فمن يصلي مضطجعاً والأصح أنه يجوز على قول محمد وكذا الأظهر على قولهما الجواز ، وذكر في المحيط ما يوافق رواية الهداية ، ثم ذكر التمرتاشي وعلى هذا الخلاف اقتداء السليم بالأحدب الذي بلغ حد الركوع .

( لأن القعود معتبر فيثبت به القوة ) دليله أن صلاة المتطوع مستلقياً بالإيماء مع القدرة على القعود لا يجوز .

ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومىء لأن حال المقتدي أقوى وفيه خلاف زفر « رح » . ولا يصلي المفترض خلف المتنفل

---

( ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومىء ، لأن حال المقتدي أقوى ) من حال الإمام بقدرته على الركوع والسجود دون الإمام ، وحاصله أن حال الراكع والساجد أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف . وفي الذخيرة لو صلى الإمام قاعداً بركوع وسجود وصلى خلفه قوم قعوداً بالإيماء وقوم قياماً بالإيماء فصلاة الكل جائزة لأن صلاة القاعد بالركوع والسجود أقوى من صلاة القاعد والقائم بالإيماء ، ولو كان الإمام يصلي قاعداً بالإيماء يجوز أيضاً ، وإن كان يصلي مستلقياً بالإيماء لا تجوز صلاة القاعد المومىء خلفه لقوة القاعد لأن حال المستلقي دون حال القاعد ، ولهذا لا تجوز صلاة المتنفل مستلقياً ، ولو كان الإمام صلى قائماً بركوع وسجود خلفه مثله وآخرون يصلون قعوداً بركوع وسجود وقوم يصلون بالإيماء مستلقين على أقفيتهم فصلاة الكل جائزة .

( وفيه خلاف زفر ) يعني يجوز عند زفر إمامة المومىء للذي يركع ويسجد لأن صاحب الخلف كصاحب الأصل ولهذا جازت إمامة المتيمم المتوضىء ، وبه قال الشافعي ، وقال الماوردي عجز الإمام عن الأركان لا يمنع من الاقتداء به كالقائم ، وفي المغني لا يؤم المضطجع والعاجز عن الركوع والسجود لمن يقدر عليهما في قول مالك وأحمد خلافاً لزفر والشافعي .

قلنا في جواب زفر لا نسلم أن الإيماء كالخلف ، ولئن سلمنا لكن لا نسلم أنه كان في الحقيقة كالمتيمم ، لأن التيمم خلف يؤدي به أركان الصلاة ، كما شرعت وهذا لا يؤدي به كما شرعت .

( ولا يصلي المفترض خلف المتنفل ) وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية أبي الحارث عنه ، وقال ابن قدامة اختار هذه الرواية أكثر أصحابنا وهو قول الزهري والحسن وسعيد بن المسيب والنخعي وأبي قلابة ويحيى بن سعيد الأنصاري . قال الطحاوي وبه قال مجاهد وطاووس .

لأن الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام فلا يتحقق البناء على المعدوم . قال ولا من يصلي فرضاً خلف من يصلي فرضاً آخر لأن الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد .

---

( لأن الاقتداء بناء ) أي بناء أمر وجودي لأنه عبارة عن متابعة الشخص آخر في أفعاله بصفاتها وهو مفهوم وجودي لا سلب فيه وبناء الأمر الوجودي على المعدوم بصفاتها غير متحقق ( ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام ) فلا يمكن بناء الموجود على المعدوم ( فلا يتحقق البناء على المعدوم ) لاستحالة ذلك .

( قال ) أي القدوري ( ولا من يصلي فرضاً خلف من يصلي فرضاً آخر ) أي ولا يصلي من يريد صلاة فرض مثلاً صلاة الظهر خلف من يصلي فرضاً آخر نحو من يصلي عصراً أو عشاء ( لأن الاقتداء شركة ) يعني في التحريمة ( وموافقة ) يعني في الأفعال فلا بد من الاتحاد في الشركة والموافقة لأنهما لا يوجدان إلا عند اتحاد ما يحرما له وفعلاه .

فان قلت : الشركة تقتضي المعية في الاشتراك والبناء يقتضي التعاقب وبينهما منافاة .
قلت الإشتراك بالنسبة إلى التحريمة والبناء بالنسبة إلى الأفعال فلا منافاة بينهما ، وحاصل الأمر أن اتحاد الصلاتين شرط لصحة الإقتداء فلا يصح اقتداء مصلي الظهر بمصلي العصر وعلى العكس ، ولا اقتداء من يصلي ظهراً بمن يصلي ظهر يوم آخر ، ويجوز اقتداء القاضي بالقاضي إذا فاتتهما صلاة واحدة من يوم واحد كالاداء ، ولا يجو اداء الناذر بالناذر إلا إذا نذر الثاني عين ما نذر الأول لاتحادهما ، ولو أفسد كل واحد تطوعه ثم اقتدى أحدهما بالآخر صح كاقبل الإفساد ، ويجوز اقتداء الحالف بالحالف ، لأن وجوبها عارض لتحقيق البر فبقيت نفلاً ، ولا يجوز اقتداء الناذر بالحالف لقوة النذر ، ويجوز اقتداء الحالف بالناذر ، ولو اقتدى مقلد أبي حنيفة في الوتر مقلد أبي يوسف ومحمد جاز لاتحاد الصلاة قال المرغيناني وعندي نظيره من صلى ركعتين من العصر فغربت الشمس فاقتدى به إنسان في الأخيرتين يجوز ، وإن كان هذا قضاء في حق المقتدي لأن الصلاة واحدة ثم إذا لم يصح الإقتداء في هذه المسائل عندنا يصير شارعاً في التطوع أم لا فيه روايتان .

وقال الصدر الشهيد الإعتماد على أنه لا يصير شارعاً ، ولو كان اقتداء المفترض بالمتنفل

وعند الشافعي «رح» يصح في جميع ذلك، لأن الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى

---

في فعل واحد ، قيل لا يجوز كما لو كان في جميع الأفعال لأنه بناء الموجود على المعدوم . وقال بعضهم لا يجوز في فعل واحد ألا ترى أن محمداً ذكر في الأصل أن الإمام إذا رفع رأسه من الركوع فجاء إنسان واقتدى به فقبل أن يسجد السجدتين سبق الإمام الحدث فاستخلف هذا المسبوق صح الاستخلاف ويأتي الخليفة بالسجدتين ويكونان له نفلاً حتى يعتد بهما وفرضاً في حق من أدرك أولاً الصلاة ومع هذا صح الاقتداء به و كذا يجوزاقتداء المتنفل بالمفترض في الركعتين الأخيرتين وهو اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة ، والصحيح الأول الذي عليه عامة الأصحاب .

والجواب عن الأول بأن السجدتين فرض في حق الخليفة حتى لو لم يأت بهما حتى خرج من صلاته فسدت صلاته وإن لم يعتد له بهما ، وعن الثانية أن صلاة المقتدي المتنفل أخذت حكم صلاة المفترض بسبب الإقتداء ولهذا لزمه قضاء ما لم يدرك مع الإمام من الشفع الأول ، ولذا لو أفسد صلاته يلزم قضاء الأربع فتكون القراءة نفلاً في حقه في الركعتين الأخيرتين كما كانت نفلاً في حق إمامه ، فكان اقتداء المتنفل بالمتنفل في حق القراءة في الأخيرتين .

( وعند الشافعي يصح في جميع ذلك ) يعني يصح عنده الإقتداء الذي يركع ويسجد بالمومىء والمفترض بالمتنفل واقتداء من يصلي فرضاً آخر وبه قال أحمد في رواية ، واختاره ابن المنذر وهو قول عطاء وطاووس وسليمان بن حرب وداود ( لأن الاقتداء عنده ) أي عند الشافعي رحمه الله ( اداء على سبيل الموافقة )وقد حصل التوافق في الأفعال فجاز .

( وعندنا معنى التضمن مراعى ) يعني التضمن الذي دل عليه قوله ﷺ الإمام ضامن مراعى عندنا وهو الصحة والفساد ، وإنما تصير صلاتهم في ضمن صلاته صحة وفساداً إذا تبنى صلاتهم على صلاته والابتناء لا يصح ما لم يكن أصل الفرض بحيث يمكن الإمام اداء ما على المقتدي بتحريمه اداء صلاته صح اداء للمقتدي بناء على صلاته فيراعى الإتحاد بين

صلاتهم وصلاته ، فلا يحصل مراعاة الإتحاد مع تغاير الفرضين ، ولهذا لايجوز اقتداء مصلي الظهر خلف من يصلي الجمعة أو على العكس .

فان قلت روى البخاري ومسلم عن جابر رضي الله عنه أن معاذاً كان يصلي مع رسول الله ﷺ العشاء الآخرة ثم يرجع إلى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة هذا لفظ مسلم . ولفظ البخاري فيصلي بهم الصلاة المكتوبة . قلت الجواب عنه من وجوه .

الأول : أن الاحتجاج من باب ترك الإنكار من النبي عليه السلام وشرط ذلك علمه بالواقعة وجاز أن لا يكون علم بها ، ويدل عليه ما رواه أحمد في مسنده عن معاذ بن رفاعة عن سليم رجل من بني سلمة أنه أتى النبي عليه السلام فقال يا رسول الله ان معاذ بن جبل يأتينا بعدما ننام ونكون في أعمالنا بالنهار فينادي بالصلاة فنخرج عليه فيطول علينا فقال له عليه السلام يا معاذ لا تكن فتاناً اما أن تصلي معي واما أن تخفف على قومك فدل على أنه كان يفعل أحد الأمرين ، ولم يكن يجمعهما بأنه قال إما أن تصلي معي أي ولا تصلي بقومك وأما أن تخفف على قومك ولا تصلي معنا .

الثاني : أن النية أمر مبطن لا يطلع عليه إلا باخبار الباري ومن الجابر أن يكون معاذاً كان يجعل صلاته معه عليه السلام بنية النفل ليتعلم سنة القراءة منه وأفعال الصلاة ثم يأتي قومه فيصلي بهم الفرض ويؤيده أيضاً حديث أحمد المذكور .

فان قلت معاذاً إن ترك فضيلة الفرض خلف النبي عليه السلام ويأتي به مع قومه وكيف يظن معاذ بعد سماعه قول النبي عليه السلام إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة ولعل الصلاة الواحدة مع النبي عليه الصلاة والسلام خير من كل صلاة صلاها في عمره وأيضاً وقع في رواية الشافعي ، ومن طريقه روى الدارقطني ثم البيهقي هي له تطوع ولهم فريضة رواه الشافعي في مسنده .

قلت قال الشيخ تقي الدين يمكن أن يقال في الحديث المذكور أن مفهومه أن لا يصلي نافلة غير الصلاة التي تقام لأن المحذور وقوع الخلاف على الأئمة وهذا المحذور سبق مع الاتفاق في الصلاة المقامة ، ويؤيد هذا اتفاقهم على جواز اقتداء المتنفل بالمفترض ولو تناوله

النهي لما جاز مطلقاً . وقولهم وكيف يظن بمعاذ .. الخ غير موجه لأنه ليس تفوت الفضيلة معه عليه الصلاة والسلام في سائر أئمة مساجد المدينة وفضيلة النافلة خلفه مع اداء الفرض مع قومه تقوم مقام أداء الفريضة خلفه وامتثال أمر النبي عليه السلام في إمامة قومه زيادة طاعة .

وأما الزيادة في رواية الشافعي فليس من كلام النبي عليه السلام وإنما هي من الرواة ، ولعلها من الشافعي فانها دائرة عليه ولا يعرف إلا من جهته فيكون منه ظناً واجتهاداً . وعن ابن قدامة وابن تيمية الحراني من الحنابلة إن أحمد قد ضعف هذه الزيادة فقال وقد سئل عن حديث معاذ أخشى أن لا يكون محفوظاً لأن ابن عيينة زاد فيه كلاماً لا يقوله أحد .

قال في المغني عنه وقد روى الحديث منصور بن زادان وشعبة ولم يقولا ما قال ابن عيينة يعني زيادته هي له تطوع ولهم فريضة .

الثالث : انه منسوخ ، قال الطحاوي يحتمل أن يكون ذلك وقت كانت الفريضة تصلى مرتين ، فان ذلك كان يفعل في أول الإسلام ، ثم ذكر حديث ابن عمر رضي الله عنه لا تصلي صلاة في يوم مرتين وقال ابن دقيق العيد هذا مدخول من وجهين أحدهما أنه أثبت النسخ بالاحتمال . والثاني أنه لم يقم دليل على أن ذكره كان واقعاً أعني صلاة الفريضة في يوم مرتين .

قلت الإحتمال إذا كان ثابتاً عن الدليل يعمل به ، وقد ذكر الطحاوي باسناده أنهم كانوا يصلون الفريضة الواحدة في اليوم مرتين حتى نهوا عنه وكذا ذكره المهلب ، والنهي لا يكون إلا بعد الإباحة والدليل عليه أن إسلام معاذ متقدم ، وقد صلى النبي عليه السلام بعد سنين من الهجرة صلاة الخوف مرة فلو جاز ما ذكروه لما يحملها مع المعدات ، فلو جاز اقتداء المفترض بالمتنفل يصلي بهم الصلاة مرتين فيصلي بالطائفة الأولى صلاة كاملة فلما لم يصل دل على عدم جواز اقتداء المفترض بالمتنفل .

الرابع . يحتمل أنه يكون كان يصلي مع النبي ﷺ صلاة النهار ومع قومه صلاة

ويصلي المتنفل خلف المفترض لأن الحاجة في حقه الى أصل الصلاة وهو موجود في حق الإمام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم أن إمامه محدث عاد

---

الليل لأنهم كانوا أهل خدمة لا يحضرون صلاة النهار في إسناد لهم ، فأخبر الراوي بحال معاذ في وقتين لا في وقت واحد .

( ويصلي المتنفل خلف المفترض ) وهذا بالاتفاق ، وفي شرح العمدة وفيهم من لايجوز ذلك لاختلاف النية ( لأن الحاجة في حقه إلى أصل الصلاة ) أي في حق المتنفل المقتدي وذلك ان المفترض يشتمل على أصل الصلاة والصفة والمتنفل مشتمل على أصل الصلاة ففي هذه الصورة تشتمل صلاة الإمام على صلاة المقتدي وزيادة فيصح اقتداؤه به .

( وهو موجود ) أي أصل الصلاة موجود ( في حق الإمام ) لأنه مفترض ( فيتحقق البناء ) أي بناء صلاة المتنفل على صلاة المفترض وتفسير البناء أن تجعل التحريمتان تحريمة واحدة ، وقال مالك والزهري لا يجوز اقتداء المتنفل بالمفترض لأن الاقتداء شركة وموافقة والمغايرة بين النفل والفرض ثابتة ، ويرد ذلك بحديث معاذ رضي الله عنه .

فان قلت صفة النفل موجودة في حق المقتدي ومعدومة في حق الإمام فيثبت التغاير فلا يجوز الإقتداء . قلت ليست بصفة زائدة هل هي عبارة عن عدم الوجوب فبقي أصل الصلاة وهو موجود في حق الإمام فيثبت الإتحاد فيجوز الإقتداء أو يفهم هذا الجواب عن السؤال المذكور من أمعن نظره في كلام المصنف رحمه الله .

فان قلت القراءة فرض في صلاة النفل والأخيرتين نفل في صلاة الفرض فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل وذا لا يجوز . قلت القراءة في الأخيرتين في النفل إنما يكون فرضاً إذا كان المصلي منفرداً ، أما إذا كان مقتدياً فلا لأنه ممنوع من ذلك .

( ومن اقتدى بامام ثم علم أن إمامه محدث أعاد ) أي أعاد صلاته قيد بالعلم بعد الإقتداء لأنه لو علم أن إمامه محدث قبل الاقتداء لا يصح اقتداؤه بالإجماع . وقال النووي اجتمعت الأئمة على أن من صلى محدثاً مع إمكان الوضوء فصلاته باطلة وتجب عليه الإعادة

لقوله عليه السلام من أم قوماً ثم ظهر أنه كان محدثاً أو جنباً أعاد صلاته وأعادوا .

---

بالاجماع سواء تعمد ذلك أو نسيه أو جهله على المذهب ، وفي الوسيط النجاسة مثله في الجديد فلا يعذر لأنه شرط وإن بان إمامه مشركاً أو مجنوناً أو صلى بغير إحرام أو إمرأة أو خنثى أو صلى القارىء خلف الأمي أعاد عند الشافعي وبه قال أحمد ، وإن بان أنه محدث أو جنب أو في ثوبه نجاسة خفيفة أو ببدنه لا يعيد ، وإن تعمد الامام ذلك ففي الاعادة قولان عند الشافعي ، وفي الجنابة يعيد عندهم وعند مالك إن كان عالماً بجنابته يعيد وإلا فلا . وقال أبو ثور والمزني في الكل لا يعيد إذا لم يعلم ، وقال عطاء إن كان حدثه جنابة بطلت صلاة المأموم ، وإن كان غيره أعاد في الوقت وبعده لا .

( لقوله عليه السلام من أم قوماً ثم ظهر أنه كان محدثاً أو جنباً أعادصلاته وأعادوا ) هذا الحديث لا يعرف ولكن جاءت فيه الآثار ، وروى محمد بن الحسن في كتابه الآثار أخبرنا ابراهيم بن يزيد المكي عن عثمان بن دينار أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال في الرجل يصلي بالقوم جنباً قال يعيد ويعيدون . ورواه عبد الرزاق رضي الله عنه في مصنفه عن ابراهيم بن يزيد المكي عن عمر بن دينار عن أبي جعفر أن علياً رضي الله عنه صلى بالناس وهو جنب أو محدث على غير وضوء فأعادوا أمرهم أن يعيدوا .

وروى عبد الرزاق رضي الله عنه أخبرنا حسين بن مهران عن مطرح عن أبي المهلب عن عبد الله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة قال صلى عمر رضي الله عنه بالناس وهو جنب فأعاد ولم يعد الناس فقال له علي قد كان ينبغي من صلى معك أن يعيد ، وقال فرجعوا إلى قول علي رضي الله عنه ، ولو احتج المصنف بما رواه أبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله عليه السلام قال الامام ضامن والمؤذن مؤتمن اللهم ارشد الأئمة واغفر للمؤذنين . لكان أولى وأوجه لأنه يخبر أن ضمان الامام في الجواز والفساد بيانه انه لم يرد أنه ضامن لنفسه لأن كل مصل ضامن بصلاة نفسه فتعين أن يكون الامام ضامناً للقوم ولا يجوز ولا أن يكون ضامناً للقوم وجوباً واداء لأنه غير مراد بالاجماع فتعين أن يكون صحة وفساداً .

فان قلت في سنده اضطراب . قلت رواه أحمد في مسنده حديثنا قتيبة وحديثنا عبد العزيز بن محمد بن سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً وهذا سند صحيح . وقال في التنقيح روى مسلم في صحيحه بهذا الاسناد نحواً من أربعة عشر حديثاً .

فإن قلت الخصم احتج بما رواه أنس رضي الله عنه قال دخل رسول الله ﷺ في صلاته فكبر و كبرنا معه ثم أشار إلى القوم أن امكثوا كما أنتم ، فلم نزل قياماً حتى أتى رسول الله ﷺ قد اغتسل ورأسه تقطر ماء فصلى بهم ولو لم تكن صلاتهم منعقدة لم يكلف استدامة القيام مع قوله ﷺ لا تقدموا في الصف حتى تروني خرجت فدل على أن عدم طهارة الإمام لا تمنع انعقاد صلاة المقتدي الذي لم يعلم بحال الإمام .

قلت هذا كان في بدء الأمر قبل تعلق القوم بصلاة الإمام ، ألا ترى أن في الحديث جاء النبي ﷺ وكبر ولم يأمرهم باعادة التكبير فيكون القوم مصلين بصلاة بتكبيرة قبل تكبير الإمام ، وهذا لا يصح بلا إشكال ، ولأن ابن سيرين ذكر هذه القصة ، وذكر النبي ﷺ أومأ اليهم أن اقعدوا ولو انعقدت صلاتهم لم يأمرهم بالقعود ولم يحتمل أن الأمر بالمكث كي لا يتفرقوا حتى يجيء رسول الله ﷺ والحديث حكاية حال لا عموم له ، فلا يجوز ترك القياس بمثله .

فإن قلت يرد عليكم مسألة الترتيب والقهقهة حيث عملتم بها بخلاف القياس . قلت هذه حكاية قول وليس بحكاية فعل فيصح العموم فيه لأن العموم من أوصاف اللفظ .

فإن قلت هو منسوب إلى التفريط بهذا الإتمام دليله ما لو ارتد الإمام بعدما صلى . قلت يشكل هذا بما لو ظهر أنه كافر أو امرأة حيث لا يصح ، وإن هو غير منسوب اليه هناك أيضاً . وفي المجتبى أم قوماً مدة ، ثم قال صليت بغير طهارة أو مع العلم بالنجاسة المانعة أو قال كنت مجوسياً لا يلزمهم الإعادة لأنه صرح بكفره وقول الفاسق غير مقبول في الديانات .

واستدل الاترازي في المسألة المذكورة بما روي عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ صلى بالناس فأعاد وأعادوا . قلت العجب منه مع دعواه الفريضة يستدل بحديث ضعيف

وفيه خلاف الشافعي « رح » بناء على ما تقدم ، ونحن نعتبر معنى التضمن وذاك في الجواز والفساد ،

---

ومرسل ، ورواه الدارقطني والبيهقي عن أبي جابر البياضي عن سعيد بن المسيب به ، وقال البيهقي أبو جابر البياضي متروك الحديث ، وكان مالك لا يرضى به وكان ابن معين يرميه بالكذب . وقال الشافعي من روى عن البياضي بيض الله عينه .

فإن قلت روى عمر رضي الله عنه أنـــه صلى بالناس وأعاد ولم يأمر القوم بالإعادة . قلت لم يتيقن عمر رضي الله عنه بالجنابة قبل الدخول في الصلاة وإنما أخذ لنفسه بالاحتياط ويدل عليه ما رواه مالك في الموطأ أن عمر رضي الله عنه خرج إلى الحرف فنظر فإذا هو قد احتلم وصلى ولم يغتسل قال ما أراني إلا قد احتلمت وما شعرت وصليت وما اغتسلت قال وغسل ما رأى في ثوبه وتصح ما لم يره وأقام ثم صلى بعد ارتفاع الضحى متمكناً .

وروى الطحاوي باسناده أن عمر نسي القراءة في صلاة المغرب وأعاد بهم الصلاة لترك القراءة وفي فساد الصلاة بترك القراءة فيها اختلاف فاذا صلى جنباً أحرى أن يعيد ، وعنه عن طاووس ومجاهد في إمام صلى وهو على غير وضوء لا عادوا جميعاً .

فان قلت روى الدارقطني باسناده عن البراء بن عازب أنه ﷺ قال أيما إمام صلى بالقوم وهو جنب فقد مضت صلاتهم ثم يغتسل هو ثم ليعد صلاته ، فان صلى بغير وضوء فمثل ذلك . قلت قال أبو الفرج لا يصح هذا الحديث لأن في طريقه بقيـــة وهو مدلس ، وعيسى بن ابراهيم وهو ضعيف وجرير وهو متروك ، والضحاك بن مراحم ضعفه الأكثرون وهو لم يلق البراء رضي الله عنه .

( وفيه خلاف الشافعي بنـــاء على ما تقـدم ) أي وفي حـــكم هذه المسألة خلاف الشافعي بناء على ما تقدم عن قريب ، وهو أن الاقتداء عنده على سبيـــل الموافقة لا بنـــاء على صلاة الغير .

( ونحن نعتبر معنى التضمن ) في قوله ﷺ الامام ضامن ( وذلك ) أي معنى التضمن ( في الجواز والفساد ) أي لا في الوجوب والاداء وقد قررناه عن قريب .

وإذا صلى أمي بقوم يقرأون وبقوم أميين فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة ، وقالا صلاة الإمام ومن لم يقرأ تامة لأنه معذور أم قوماً معذورين فصار كما إذا أم العاري عراة ولابسين وله ان الإمام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته ، وهذا لأنه لو اقتدى بالقارىء تكون قراءته قراءة له

---

( وإذا صلى أمي بقوم يقرأون وبقوم أميين فصلاتهم فاسدة عند أبي حنيفة ) وقد قررنا الأمي عند قوله – ولا يصلي القارىء خلف الأمي – مع خلاف الشافعي فيه .

( وقالا صلاة الأمي ومن لم يقرأ تامة ) أي قال أبو يوسف ومحمد صلاة الأمي وصلاة من لا يقرأ تامة ( لأنه معذور ) أي لأن الأمي معذور ( أم قوماً معذورين ) وهم الأميون ( وغير معذورين ) وهم القارئون ( فصار ) أي فصار حكم هذه المسألة ( كما إذا أم العاري عراة ) جمع عار كقضاة جمع قاض ( ولابسين ) بالنصب عطف على عراة أي وقوماًعليهم الثياب هما قاسا المسألة المذكورة على هذه المسألة فان في هذه كان لكل فريق حكم نفسه اعتبار الكل بالبعض فتصح صلاة العراة فكذلك في تلك المسألة تصح صلاة الأميين .

والحاصل أن صلاة من يمثل هذا الامام تصح ولا تصح من هو أعلى منه .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن الامام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها ) أي على القراءة بتقديم القارىء ( فتفسد صلاته ) أي صلاة الامام ثم بين وجه ذلك بقوله (وهذا) أي ترك الامام فرض القراءة الذي هو موجب لفساد صلاته ( لأنه ) أي لأن هذا الامام الأمي ( لو اقتدى بالقارىء تكون قراءته ) أي قراءة القارىء ( قراءة له ) أي لهذا الامام وذلك بالحديث فلما لم يقدمه لزم ترك القراءة مع القدرة ، ففسدت صلاته كما لو كان قارئاً فلم يقرأ ، فاذا فسدت صلاته فسدت صلاة الكل ، وعن الشيخ أبي الحسن الكرخي أنه كان يقول القارىء والأمي يتساويان في فرض التحريمة ويختلفان في القراءة ، فاذا اقتدى القارىء صحت تحريمته وقد ألزم الامام تصحيح صلاة المؤتم فصار ملزوماً للقراءة التي تصح صلاة المؤتم بها وقد تركناها فتبطل صلاته .

بخلاف تلك المسألة وأمثالها لأن الموجود في حق الإمام لا يكون موجوداً في حق المقتـــدي ، ولو كان يصلي الأمي وحده والقارىء وحده جاز

---

فان قلت كيف يلزم فرض القراءة على الأمي وهو غير قادر ، قلت يلزمه بالتزامه وإن لم يلزمه الشرع كنذر القراءة .

فان قلت لم لا يلزم القضاء على المقتدي إذا أفسد وقد صح شروعه . قلت لما شرع في صلاة الأمي أوجبها على نفسه بغير قراءة فلم يلزمه القضاء كنذر صلاة بغير قراءة لا يلزمه إلا في رواية عن أبي يوسف في ظاهر الرواية لأنه فصل بين العلم وعدمه، وعن الشيخ أبي عبد الله الجرجاني أن صلاة الأمي إنما تفسد عنده إذا علم أن خلفه قارئاً أما إذا لم يعلم فلا على ما يجيء عن قريب .

( بخلاف تلك المسألة ) أراد بها مسألة إمامة العـاري للعراة واللابسين ( وأمثـالها ) أي وبخلاف أمثال تلك المسألة كامامة الجريح بمثله ، والصحيح وإمامة المومىء بمثله والقادر على الأركان وإمامة المستحاضة بمثلها والطـــاهرة ( لأن الموجود في حق الامام ) في هذه الصورة وهو الجراحة الايماء والاستحاضة ( لا يكون موجوداً في حق المقتدي ) لأن أصحاب هذه الأعذار لا يكونون قادرين على إزالة هذه بتقديم من لا عذر له بخلاف مسألة إمامة الأمي لأميين والقارئين .

فان قلت هذا على أصل أبي حنيفة لا يستقيم لأنه لا يعتـبر قدرة الغير حتى لا يوجب الحج والجمعة على الأعمى ، وإن وجد قائداً . قلت الفرق أن الأعمى لا يقدر على إتيان الحج والجمعة بدون اختيار القائد وها هنا قادر على الاقتداء بالقارىء بدون اختيـــار ، ولأبي حنيفة وجه آخر وهو أن افتتاح الكل قد صح لأنه أوان التكبـير والأمي قادر عليه فيصح الاقتداء وصار الأمي متحملاً فرض القراءة عن القـارىء ، فاذا جاء أوان القراءة وهو عاجز عن الوفاء بما تحمل فتفسد صلاتـــه ، وبفساد صلاته تفسد صلاة القوم بخلاف سائر الأعذار فانها قائمة عند الافتتاح فلا يصح اقتداء من عذر به ابتداء .

( ولو كان يصلي الأمي وحده والقارىء وحده جاز ) لأن الأصل أن لا تكون قراءه

## هو الصحيح لأنه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة

الامام قراءة المقتدي إلا أن الشرع جعل قراءة الامام قراءة المقتدي إذا اقتدى فاذا لم يقتد فلا فاذن لا يلزم ترك فرض القراءة فيجوز صلاة الأمي ( هو الصحيح ) احترز به عما روى عن أبي حازم ان قياس قول أبي حنيفة لا تجوز صلاته ثم علل المصنف وجه التصحيح بقوله ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لم يظهر منهما ) أي من الأمي والقارىء ( رغبة في الجماعة ) لأنهما لم يرغبا في الجماعة وصلى كل واحد وحده لم يعتبر وجود القارىء في حق الأمي لأن تضمن قراءة الامام قراءة المقتدي مقصور على الجماعة وحضور من ليس بينه وبين المصلي جامع الاقتداء كلا حضور ، والمراد من صلاة الأمي وحده والقارىء وحده أن يكون في مكان واحد بأن صلى الأمي وحده بجنب القارىء فحينئذ تفسد صلاته ، وقيل لا وبه قال مالك . وفي الذخيرة القارىء إذا كان على باب المسجد أو بجوار المسجد والأمي في المسجد يصلي فصلاة الأمي جائزة بلا خلاف وكذا إذا كان القارىء في غير صلاة الأمي جاز للأمي أن يصلي وحده ولا ينتظر فراغ الامام .

وفي المحيط ذكر الكرخي في مختصره لو اقتدى القارىء بالأمي ولم ينو إمامته لا تفسد صلاته لأنه يلحقه فساد صلاته من جهة القارىء فلا بد من التزامه كالمرأة ، وقيل تفسد وإن لم ينو إمامته . وفي المحيط لو تعلم الأمي سورة في خلال صلاته تفسد صلاته خلافاً للشافعي ، ولو اقتدى بالقارىء ثم تعلم سورة قيل لا تفسد، وقيل تفسد عند عامة المشايخ. وفي الذخيرة ذكر لهذه المسألة في الكتب المشهورة فالأول قاله أبو بكر بن محمد بن الفضل والثاني قاله أبو بكر محمد بن حامد وعامة المشايخ .

وإن كان إماماً أو منفرداً فتعلم سورة في وسط صلاته لا يبنى ، وروى هشام عن محمد أنه قال عامة أصحابنا على أن الأخرس إذا أم الأميين والقارئين فصلاتهم تامة ، وقال الفقيه أبو جعفر لم يرو بذلك أبا حنيفة لأنه خالفهم في ذلك القارىء إذا اقتدى بالأمي هل يصير شارعاً في الصلاة ذكر محمد هذا في الجامع الصغير وهذا فصل اختلف فيه الأصحاب قال بعضهم لا يصير شارعاً حتى لو كان في التطوع لا يجب القضاء ، وقال بعضهم يصير شارعاً لم تفسد حتى يجب قضاء التطوع .

فإن قرأ الإمام في الأولين ثم قدم في الأخريين أمياً فسدت صلاتهم . وقال زفر « رح » لا تفسد لتأدي فرض القراءة ، ولنا ان كل ركعة صلاة فلا تخلو من القراءة إما تحقيقاً أو تقديراً ولا تقدير في حق الأمي لانعدام الأهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

---

قال في الذخيرة والصحيح هو الاول ، وذكر القدوري في شرحه ان القــارىء إذا دخل في صلاة الامى متطوعاً ثم أفسدها يلزمه القضاء عند زفر رحمه الله قال ولا روايـة عن أبى حنيفة يعني سبقه الحدث فقدم الامى في الركعتين الاخيرتــين . وقال زفر لا تفسد في هذا الفصل .

( فإن قرأ الإمام في الأولين ثم قدم في الاخريين أمياً فسدت صلاتهم ) وكذا روي عن أبى يوسف في غير رواية الاصول .

( وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة ) يعني أن القراءة فرض في الاوليـين وقد تأدى فصار الامى والقارىء بعده سواء .

( ولنا أن كل ركعة صلاة حقيقة فلا تخلو من القراءة اما تحقيقـاً أو تقـديراً ) يعني لا يجوز خلوها من القراءة بالحدث فتشترط فيها القراءة إما حقيقة وإما تقديراً وكلاهما منتف في حق الامى فصار استخلافه استخلاف من لا يصلح للامامة فأشبه استخـلاف الصبي والمرأة فتفسدت صلاتهم .

( ولا تقدير في حق الامى لانعدام الاهلية ) أي لا يمكن تقدير القراءة في حق الامى ولا شيء منها بوجود في حق الامى اما حقيقة فظاهر وإما تقديراً فلعدم الاهلية والشيء إنما يقدر إذا أمكن تقديره .

( وكذا على هذا لو قدمه في التشهد ) أي وكذا على هذا الاختلاف لو قدم الامى في التشهد يعني فسدت صلاتهم خلافاً لزفر هذا إذا لم يقعد قدر التشهد ، أما إذا قعـد قدر

التشهد فصحيح بالاجماع كذا ذكر فخر الاسلام لان هذا من فعله وهو منـــاف فانقطعت صلاته ، وإنما الاختلاف فيما ليس من فعله مثل طلوع الشمس وقيل تفسد صلاتهم عند أبى حنيفة ، وعندهما لا تفسد والصحيح هو الاول ، ولو أن القارىء قرأ في الاولين ثم نسي القراءة في الاخريين وصار أمياً فسدت صلاته عند أبى حنيفة ويستقبلها وعلى قولهما لا تفسد ويبني عليها استحساناً وهو قول زفر .

وفي الاصل الامى إذا افتتح صلاته وقعد قدر التشهد وسلم ثم تعلم السورة ثم تذكرأن عليه سجود السهو فانه لا يعيد صلاته .

( جائزة عند الكل ) يجب أن لا يترك الأمى الاجتهاد إن ليله أو نهاره حتى يعلم مقدار ما تجوز به الصلاة ، فان قصر لم يعذر عند الله تعالى وبه قالت الأئمة الثلاثة ، ذكر التمرتاشي ولو حضر الامى على قارىء يصلى فلم يقتد به وصلىوحده اختلفوا فيهوالاصح أن صلاته فاسدة نوى الاقتداء بامام على ظن أنه صلى فاذا هو خليفـــة جاز ، ولو نوى الاقتداء بالاصلى فاذا هو خليفة لم يجز ، وفي فتاوى الصغرى اقتدى بامام وفي زعمه أنه فلان ثم ظهر أنه غيره يجزئه ، وإن اقتدى بفلان بعينه ثم ظهر أنه غيره لا يجزئه اقتدى مسبوق بمسبوق في قضاء ما سبق لا يجوز ، وكذا لا يجوز اقتداء اللاحق باللاحق كذا في الخلاصة.شك في إتمام وضوء امامه جاز اقتداؤه به.اشتركا في نافلة ثم أفسدها صح اقتداء أحدهما بصاحبه وإن لم يشتركا لم يصح شرع في ظهر الامام متطوعاً ثم قطعهـــا واقتدى يصلى ظهر ذلك اليوم جاز . تكلم الامام في شفع التراويحة ثم أمهم في ذلك جاز وكذالو اقتدى في سنة العشاء بمن يصلى التراويح وفي سنته بعد الظهر بمن يصلى الاربع قبـــل الظهر صح، ولو صليا الظهر ونوى كلواحد إمامة صاحبـــه صحت صلاتهـــما ، ولو نويا الاقتداء فسدت .

وفي الخلاصة والخزانة أربعة مواضع لا يتابع المقتدي الامام إذا فعله لو زاد سجدة في صلاته لا يتابعه ، ولو زاد في تكبيرات العيد يتابعه ما لم يخرج عن أقاويل الصحابــة ،

ولو خرج لا يتابعه ولو كبر خمساً في صلاة الجنازة لا يتابعه ، ولو قام إلى الخامسة ساهياً بعدما قعد قدر التشهد على الرابعة لا يتابعه ، فان لم يقيد الامام الخامسة بالسجدة وعاد وسلم سلم المقتدي معه وإن قيد الامام الخامسة بالسجدة سلم المقتدي ولا يتابعه ، ولو لم يقعد على الرابعة وقام إلى الخامسة ساهياً وتشهد المقتدي وسلم ثم قيد الامام الخامسة بالسجدة فسدت صلاتهم وتسعة أشياء إذا لم يفعلها الامام يفعلها المقتدي إذا لم يرفع يديه عند الافتتاح يرفعهما المقتدي وركع ولم يكبر يكبر المقتدي ولم يسبح في الركوع والسجود يسبح المقتدي ولم يقل سمع الله لمن حمده يقولها المقتدي ولم يكبر عند الانحطاط يكبر المقتدي ولم يقرأ التشهد يتشهد المقتدى ولم يسلم يسلم المقتدي ونسي الامام تكبيرة التشريق يكبر المقتدي والله تعالى أعلم بالصدق والصواب .

* * *

# باب الحدث في الصلاة

## ومن سبقه الحدث

---

( باب الحدث في الصلاة )

أي هذا باب في بيان أحكام الحدث الواقع في الصلوات ، وجه المناسبة بين البابين أن الباب الأول في بيان أحكام المأموم والإمام ، ومن جملة الأحكام المتعلقة بالإمام سبق الحدث إياه فيحتاج إلى بيان أحكامه ، وأما وجه المناسبة بينه وبين الفصول السابقة هي أن المذكور فيها أحكام السلامة من العوارض في الصلاة في حق الإمام والمنفرد والجماعة ، والمذكور ها هنا بيان أحكام العوارض المانعة من المضي في الصلوات والسلامة هي الأصل فكذلك أخر هذا الباب .

( ومن سبقه الحدث ) كلمة من موصولة تضمنت معنى الشرط والمعنى سبقه بدون اختياره ، ويسمى ذلك حدثاً سماوياً ، والحاصل أن الشرط سبق الحدث الخارج من بدنه الموجب للوضوء دون الغسل من غير قصد منه الحدث أو بسببه أو من غيره ولم يأت بعده بما ينافي الصلوات من توقف في موضعه الصلاة وكلام أو كشف عورة من غير ضرورة أو فعل فعلا منافياً الصلاة مما له منه بد فعلى هذا لا يجوز له البناء فيما إذا انتضح البول على بدنه أو ثوبه أكثر من قدر الدرهم لأنه ليس من الاحداث ، وكذا إذا انتقض وضوءه بالإغماء أو الجنون أو القهقهة لأنها ليست خارجة من البدن وكذا إذا انتقض وضوءه بالإغماء وكذا في الاحتلام وإن كان خارجاً من البدن لأنه موجب للغسل والنص ورد في موجب الوضوء وكذا في الحدث العمد لأنه قصده والشرط السبق كما ذكرنا ، وكذا إذا كانت به جراحة أو فعل فغمزها بيده فسال منها الدم لأنه وجد منها القصد بسبب الحدث ،وكذا

فيما إذا رماه إنسان ببندقة أو حجر أو سقط الحجر من السقف فأصابه فسال الدم ، لأن الحدث منه بسبب غيره .

وعن أبي يوسف يبني في البندقة كالسماوي لعدم صنعه ولو عثر بحشيش المسجد فأوماه قيل يبنى ، وقيل على الاختلاف بينهما وبين أبي يوسف فعنده يبنى ، ولو عطس فسبقه الحدث .

( أو تنحنح فخرج ريح بقوته ) قيل يبنى وقيل لا ولو سقط منها الكرسف بغير فعلها مبلولاً بنت في قولهم وبتحريكها بنت عند أبي يوسف وعندهما لا تبنى (في الصلاة) في محل النصب على الحال ( انصرف ) جواب من ، والمعنى من غير توقف بعد سبق الحدث لأنه إذا وقف يصير مؤدياً جزء الصلاة مع الحدث فتنقطع صلاته فيبنى حينئذ وأشار إليه بقوله انصرف وهو جزاء الشرط والجزاء لا يتراخى عن الشرط ، ولو مكث في مكانه قدر ما يؤدي ركناً فسدت صلاته .

وفي المنتقى إن لم ينو بمقامه الصلاة لا يفسد لأنه لم تؤد جزءاً من الصلاة بالحدث ، وفي جوامع الفقه إلا إذا أحدث في نومه ومكث حتى انتبه وذهب يبنى . وعن محمد لو ركع وسجد في حال نومه ثم انتبه وذهب جاز له البناء لأن ما أتى به حال نومه كالعدم . وعن أبي يوسف لو أحدث في سجوده فرفع رأسه وكبر يريد به إتمام سجوده أو لم ينو شيئاً فسدت ، وإن أراد الانصراف لا تفسد ولو قرأ ذاهباً إلى الوضوء تفسد وإتيانه لا تفسد، وقيل على العكس والصحيح الفساد فيهما في الأصح . وقيل لو رفع رأسه من الركوع وقال سمع الله لمن حمده وهو يحدث لا يبنى .

قال المرغيناني نص عليه في المنتقى أن صورة ذهابه إلى الوضوء أنه يتأخر محدوداً منخفضاً كذا حاله في مختصر البحر المحيط وقال صاحب الطراز يضع يده على أنفه يوهم أنه قد رعف فينقطع عنه الظنون . قال هو مروي عن النبي ﷺ قلت ذكره المصنف على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

( فإن كان إماماً ) يقصد الحكم الذي سبقه الحدث في الصلاة فلذلك ذكره بالفاء ،أي

فإن كان الذي سبقه الحدث إماماً ( استخلف ) خليفة في موضعه ، وتفسير الاستخلاف هو أن يأخذه بثوبه ويجره إلى المحراب كذا في الخلاصة ويكون استخلافه بالإشارة ، وفي جوامع الفقه يشير لركعة واحدة بإصبع واحدة ويسجده ويضع اصبعه على جبهته إن كان واحداً باصبع واحدة وفي اثنين باصبعين ، وفي سجدة التلاوة يضع اصبعه على جبهته ولسانه ، وفي السهو يشير بذلك بعد السلام بتحويل رأسه يميناً وشمالاً ، ولو استخلف بالكلام فسدت صلاته وصلاتهم سواء كان عامداً أو ساهياً أو جاهلاً ، وذكر في الذخيرة للمالكية أن عند مالك إذا استخلف بالكلام يجوز ، وقال ابن حبيب إن استخلف بالكلام جاهلاً أو عمداً تبطل ، وإن كان ساهياً فعليه فقط ويقدم من الصف الذي يليه لقربه ولهذا قال عليه السلام ليلني منكم أولوا الأحلام والنهى . وفي المفيد لو قدم امرأة تفسد صلاته وصلاة القوم . وقال زفر لا تفسد صلاة المقدمة والنساء تفسد صلاة الرجال .

وفي مختصر البحر استخلف محدثاً فسدت صلاتهم في الجمعة يجوز ويقدم غيره ويصلي بهم . وفي الأجناس لو قدم جنباً أو محدثاً أو امرأة فسدت صلاة الكل ، ولو استخلف صبياً أو مجنوناً أو أخرس أو امرأة أو كافراً فاستخلف أهله غيره لم يجز ، ولو استخلف رجلاً جائياً حينئذ وكان كبر قبل سبق حدث الإمام صح وكذا بعده ونوى الإقتداء به ، وعند بشر المريسي لا يصح اقتداؤه ، ولو قدم الإمام رجلاً وتقدم آخر بنفسه أو بتقديم القوم وأتم بكل طائفة فهو والأول سواء ، ولو قدم الإمام رجلاً والقوم رجلاً فالإمام من قدمه الإمام إلا أن ينوي القوم أن يؤموا بالآخر قبل أن ينوي ذلك .

وقال إمام الحرمين ليس عندي نقل في هذه المسائل ، ولعل الأظهر أن المتبع من قدمه القوم إلا أن ينوي القوم أن يؤموا بآخر قبل أن ينوي ذلك . وفي جوامع الفقه لو قدم واحداً بنفسه يشترط نية القوم الإقتداء به ، ولو قدمه الإمام أو القوم لا يشترط ذلك . قال المرغيناني هذا خلاف ما ذكره في الأصل ، وفي الذخيرة الإمام المحدث على إمامته ولم يخرج من المسجد فإن استخلف وأقام خليفة مقامه في مكانه ونوى أن يؤم الناس فيها ، أو استخلف القوم غيره خرج من إمامته وفي جوامع الفقه لا يخرج من إمامته

إلا بالخروج من المسجد أو بقيام الخليفة مقامه إن نوى أن يؤم في ذلك المكان أو باستخلاف الناس غيره .

وفي التحفة وإن لم يستخلف وخرج من المسجد تفسد صلاة القوم إذا لم يكن خارج المسجد صفوف متصلة ، فإن كانت وخرج ولم يتجاوز الصفوف تبطل صلاتهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد لا تبطل . قال والصحيح قولهما وكذا لو استخلف من الصفوف المتصلة الخارجة من المسجد لم يجز عندهما ويجوز عند محمد . وفي مختصر البحر المحيط وفي المسجد يستخلف والكبير والصغير سواء إلا إذا كان مثل جامع المنصور وجامع البيت المقدس وإذا لم يوجد شيء من ذلك فتوضأ في جانب المسجد والقوم ينتظرون ورجع إلى مكانه وأتم صلاته أجزأهم وإن لم يستخلفوا حتى خرج الإمام يتوضأ ويبني لأنه ينفرد في حق نفسه . وذكر الطحاوي أن صلاته تفسد أيضاً . وفي جوامع الفقه في فساد صلاة الإمام روايتان . وفي المفيد في المشهور من الرواية أنها لا تفسد .وذكر أبو عصمت من أصحابنا أنها تفسد والصحيح الأول ، ولو لم يكن مع الإمام إلا رجل واحد فهو إمام قدمه أولاً .

وقال في الوبري تقدم بنفسه أو لم يتقدم وقام مقام الأول أو لم يقم حتى لو فسدت صلاة الثاني فسدت صلاته لنفسه . قال في المفيد كالإمامة الكبرى إذا لم يكن في العالم من يصلح غيره ، ولو اقتدى إنسان بالإمام المحدث قبل خروجه من المسجد صح ، وإن كان بعد انصرافه ثم ينظر إن قدم المحدث خليفة جازت صلاة الداخل وإلا يفسد ، وإن كان خليفة من لا يصلح الإمامة كالصبي والمرأة والأمي والأخرس إن استخلفه تفسد بلا خلاف كما ذكرنا .

وإن لم يستخلف وخرج من المسجد اختلف المشايخ فيه فقيل يفسد وقيل لا يفسد ، وتفسد صلاة المقتدي ، وهذا أصح ، ولو قدم المحدث واحداً من آخر باب الصفوف وخرج من المسجد قبل أن يقوم الثاني قام الأول ينظر إن نوى الثاني الإمامة من ساعته لا تفسد وتحول الإمامة إلى الثاني وإن لم ينو من ساعته وإنما نوى أن يكون إماماً مقام الأول

وخروج الأول من المسجد قبل أن يصلي إلى مقـام الأول فسدت صلاة القوم لأن الإمامة لم تحول اليه بعد، والأول يبني صلاته بكل حال ، فإن تقـدم رجلان فالسابق إلى مكان الأول متعين ، وإن استويا في التقدم واقتدى بعضهم بهذا وبعضهم بذاك فصلاة الذي ائتم بـه الأكثر صحيحة وصلاة الأقل فاسدة ، وعند الإستواء لا يمكن الترجيح وإتمامهـا بإمامين غير ممكن فتفسد صلاتهم كذا في الذخيرة .

وفي جوامع الفقه لو قدم كل طائفة رجا فالعبرة للأكثر وعند الإستواء تفسد . وفي المبسوط لو قدم كل فريق رجلاً فاقتدوا بأحدهما إلا رجلاً أو رجلين اقتديا بالآخر فصلاة الجماعة صحيحة وصلاة الآخرين فاسدة ، وإن كانت إحدى الجماعتين أكثر فقد قال بعض أصحابنا وصلاة الأكثرين صحيحة ويتعين الفساد في حق الآخرين كما في الواحد والمثنى .

قال والأصح أنه يفسد صلاة الفريقين ، وفي متفرقات الفقيه أبي جعفر إذا ظن الحدث فاستخلف ثم تبين أنه لم يحدث وذلك قبل خروجه ، إن كان الخليفـة لم يأت بالركوع جازت وإلا فسدت . قال الفقيه وفي رواية ابن سماعة عن محمد إن قام الخليفة مقام الإمام فسدت صلاتهم ، وفي جوامع الفقه كذا الخليفة ينوي الاستقبال جازت صلاة من استقبل وفسدت صلاة من لم يستقبل ، وتفسد صلاة المتخلف أن يبني على صلاة نفسه . وسئل أبو نصر عن استخلف فقدم الخليفة غيره من غير أن يحدث ، إن قدمه قبـل أن يقوم في موضع الإمام والأول في المسجد جاز ، ولو اقتدى المقيم بالمسافر خارج الوقت والمتنفـل بالمفترض فأحدث المسافر والمفترض تفسد صلاتها لأنهما لا يصلحان لإقامتها . ولو أحدث الإمام والقوم فخرجوا معـاً تفسد صلاة القـوم دون الإمام لخـلو مكان الإمام وتفرد الامام .

ثم اعلم أن الذي سبقه الحدث يتوضأ ثلاثاً ثلاثاً . قال في التحفـة ويستوعب رأسه بالمسح ويتمضمض ويستنشق ويأتي بسائر سنن الوضوء وهو الصحيح . وفي الحاوي عن أبي القاسم أنه يتوضأ مرة مرة ولا يزيد على ذلك وإن زاد فسدت صلاته ، وفي الجوامع المتيمم للجنابة إذا أحدث فـذهب فوجد ما يكفي لوضوئه يبني بخـلاف ما إذا وجد ما

يكفيه لجنابته. وفي الذخيرة المرأة كالرجل في الوضوء والبناء لأن كلمة من يتناول الرجل والمرأة .

وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول إن أمكنها الوضوء من غير كشف عورتها بأن يمكنها غسل ذراعيها في الكمين ومسح رأسها مع الخمار بأن كان ذلك رقيقاً يصل الماء إلى ما تحت ذلك جاز فكشفها لا شيء ، وإن لم يمكنها بأن كان عليها جبة وخمار ثخينين لا يصل إلى ما تحت ذلك جاز وهو نظير الرجل إذا كشف عورته في الاستنجاء عند مجاوزة النجاسة فخرجها أكثر من قدر الدرهم . وعن ابراهيم بن رستم لا يجوز للمرأة البناء لأنها عورة . وفي مختصر البحر المحيط لو سبقه الحدث في صلاة الجنازة ينبغي له أن يبني وفي الاستخلاف خلاف .

( وبنى ) أي على صلاته ما لم يوجد منه ما ينافي صلاته مما له بد كالكلام والأكل والشرب والبول والتغوط ونحو ذلك . وفي التنافي يمنع البناء الحدث العمد والاغماء والجنون والقهقهة عمداً أولا والاحتلام والامتناء بمس بشهوة ، والنظر بشهوة أو تفكر أو الشجة أو عضة زنبور أو ظهرت عورته عند الاستنجاء ولو لم يظهر بنى. وروى أبو سليمان أنه يبني مطلقاً ، وفي شرح القدوري لأبي نصير لا يبني في ظاهر المذهب . وذكر في المحيط عن محمد أنه يستنجي من تحت ثيابه ، وروى أبو سليمان لأن الاستيفاء من البئر لا يمنع البناء ولو جاوز الماء فذهب إلى غيره فسدت صلاته . وفي مختصر البحر المحيط يبنى ولو استقاء الوضوء أو جرد دلوه فسدت صلاته .

وفي المرغيناني ما يسقى من البئر ويبنى . وقال الكرخي والقدوري لا يبنى . وفي التحفة أنه يبنى ، ولم يجد خلافاً ولو طلب الماء بإشارة أو اشتراه بالتعاطي أو نسي ثوبه في موضع الوضوء فرجع واحدة لا يبنى ، ولو تذكر أنه لم يمسح برأسه فرجع ومسح يجزئه لأنه لا بد منه . ولو أحدث فأصاب منه ثوبه أو بدنه يغسل ويبنى ، ولو انتضح

**والقياس أن يستقبل وهوقول الشافعي « رح » ، لأن الحدث ينافيها ، والمشي والانحراف يفسدانها فأشبه الحدث العمد**

---

عليه من البول أكثر من قدر الدرهم وهو في الصلاة فذهب وغسله لا يبنى عندهما ، وعند أبي يوسف يبنى ، وإن كان له ثوبان نزع النجس منهما من ساعته وصلى ، وكذا لو وقع ثوبه فأخذه من ساعته فستر عورته لا تفسد صلاته ، وإن سكت عرياناً إن عجز عن رفع ثوبه لا تفسد ما لم يؤد ركناً مع الكشف ، وإن قدر رفعه تفسد عندهما خلافاً لأبي يوسف .

فإن قلت ما وجه تخصيص الامام بالبناء مع جوازه للمقتدي والمنفرد . قلت لأنه أعلم بشرائط البناء غالباً من غيره .

( والقياس أن يستقبل ) أي صلاته هذه ( وهو قول الشافعي ) أي استقبال الصلاة في هذه الحالة قول الشافعي في الجديد وبه قال مالك في قوله وأحمد في رواية ، وعن أحمد أن صلاة المأمومين تبطل ، وعنه لا يستخلف ويتمون وحداناً ، والمسبوق تبطل صلاته ، وعنه يتوضأ ويبني ، وكان مالك رحمه الله يقول أولاً يبني ثم رجع وعاب عليه محمد في كتاب الحج لرجوعه من الآثار إلى القياس ، في الجواهر من كتب المالكية أنه يستخلف سواء شرع طاهراً أو محدثاً أو جنباً ، وإن صلوا وحداناً بطلت في المشهور . وقال الزهري في إمام بثوبه دم أو رعف أو سجد السهو بالتصرف وليقل أتموا صلاتكم .وروي أن معاوية لما طعن أتم الصلاة وحداناً ، وذكر في النهاية لإمام الحرمين في باب الجمعة لو أحدث الإمام عامداً أو أخرج نفسه من الصلاة أو سبقه الحدث فالاستخلاف يجزىء في هذه الصورة عندهم مع بطلان صلاة الإمام .

( لأن الحدث ينافيها ) أي ينافي الصلاة ، والطهارة شرط لبقاء الصلاة كما هي شرط لابتدائها فلا تبقى مع وجود الحدث المنافي لشرطها .

( والمشي ) إلى الوضوء ( والانحراف ) عن القبلة ( يفسدانها ) أي الصلاة لأنهما متنافيان ( فأشبه الحدث العمد ) أي أشبه الحدث السابق وهو الحدث الساوي الحدث العمد ، فكما أن في

الحدث العمد تبطل الصلاة فكذلك في الحدث السماوي ، وهو الذي ذكره وجه القياس الذي أخذ به الشافعي ومن اتبعه ولم يذكر المصنف له دليلاً من الآثار واحتجوا في ذلك بالأحاديث .

منها ما رواه الاثرم باسناده عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ أنه كان قائماً يصلي بهم فانصرف ثم أتى ورأسه يقطر ماء فقال اني قمت بكم تذكرت اني جنب ولم اغتسل فانصرفت واغتسلت ، فمن أصاب منكم مثل الذي أصابني فلينصرف وليغتسل وليستقبل صلاته .

ومنها ما رواه مالك في الموطأ أنه ﷺ صلى بأصحابه فلما أحرم بالصلاة ذكر أنه جنب فقال لأصحابه كما أنتم ومضى ورجع ورأسه تقطر ماء ولم يستخلف، فدل أن تقديم الجنابة لم تمنع الإقتداء فإنه قال كما أنتم .

ومنها ما رواه علي بن طلق عن رسول الله ﷺ أنه قال إذا نسي أحدكم في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليعد صلاته ، أخرجه الترمذي وأبو داود ، وقال الترمذي هذا حديث حسن ، ورواه ابن حبان في صحيحه .

ومنها ما رواه ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ إذا رعف أحدكم في الصلاة فلينصرف وليغسل عنه الدم ثم ليعد وضوءه وليستقبل صلاته ، وأخرجه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه وابن عدي في الكامل .

والجواب عن هذه الأحاديث أن حديث علي رضي الله عنه هو مذهبنا فإنه أمر بالاستقبال فدل أن شروعه فيها لم يصح ، ونحن إنما قلنا بالاستخلاف والبناء في الحدث الطارىء السابق دون العمد في القارن والجنابة وان حديث الموطأ يخالف الصحيح الذي اتفق عليه الشيخان البخاري ومسلم فإنهما رويا بإسنادهما عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال أقمت الصلاة وعدلت الصفوف قياماً فخرج الينا رسول الله ﷺ فلما قام في مصلاه ولم يشرع في الصلاة وقد تكلم ثم جاء وكبر للشروع في الصلاة . ومعنى قوله - كما أنتم - أي لا تفرقوا حتى أجيء ولهذا استقبل وأمرهم بالاستقبال ، ويدل عليه ما رواه أبو داود

ولنا قوله عليه السلام من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم ، وقال عليه السلام إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء

---

أنه عليه السلام قام في الصلاة فانتظر ما ان يكبر ثم انصرف فقال كما أنتم فحسن الحال أن يصلوا بصلاة رسول الله ﷺ قبل شروعه عليه السلام ، ومن المعلوم بالضرورة أنهم لم يكونوا شرعوا في الصلاة قبل شروعه عليه السلام .

وان حديث علي بن طلق محمول على العمد أو على الأفضلية توفيقاً بين الأحاديث على أن ابن القطان كان يقول في كتابه هذا حديث لا يصح فإن فيه مسلم بن سلم الحنفي أبا عبد الملك وهو مجهول الحال .

وأن حديث ابن عباس فيه سليمان بن أرقم ، وقال أحمد وأبو داود والنسائي وابن مغيرة والبخاري أنه متروك .

( ولنا قوله عليه السلام من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبني على صلاته ما لم يتكلم ) هذا الحديث رواه ابن ماجة في سننه عن اسماعيل بن عباس عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ من أصابه قيء أو رعاف أو قلس أو أمذى فلينصرف وليتوضأ ثم ليبن على صلاته وهو في ذلك لا يتكلم ، وأخرجه الدارقطني في سننه . وقال الحفاظ يروونه عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً ثم أخرجه عن عبد الرزاق عن ابن جريج به مرسلاً وقال هذا هو الصحيح .

وقال إمام الحرمين في النهاية والغزالي في الوسيط أن هذا هو الحديث مروي في الكتب الصحاح وهو وهم بينهما ، وإنما لم يقل به الشافعي لأنه مرسل وابن أبي مليكة لم يلق عائشه رضي الله عنها ( وقال عليه السلام إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء ) هذا بهذا اللفظ غريب ، ولكن أخرج أبو داود وابن ماجة عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ إذا صلى أحدكم فأحدث فليأخذ بأنفه ثم لينصرف .

وأخرج الدارقطني في سننه عن عاصم بن حمزة والحارث عن علي رضي الله عنه موقوفاً إذا أم القوم فوجد في بطنه رزاً أو رعافاً أو قيئاً فليضع ثوبه على أنفه وليأخذ بيد رجل من القوم فليقدمه . قوله – رعف – قال المطرزي رعف أنفه سال رعافه ، قلت الرعاف هو الدم يخرج من الأنف ورعف من باب نصر ينصر ، وما رعف بالضم وهي لغة ضعيفة وجاء رعف يرعف بالفتح فيهما ، ويقال رعف الفرس يرعف ويرعف بالفتح والضم أي سبق وتقدم واسترعف مثله .

قوله – أو أمذى – أي صار ذا مذي . قوله – وليبن – أمر وأدنى درجاته الإباحة فيثبت شرعية البناء .

فإن قلت – فليتوضأ – أمر أيضاً وهو للوجوب فينبغي أن يكون وليبن كذلك . قلنا لا يضرنا ذلك ، لأنه حينئذ يكون أثبت المدعي .

قوله – من لم يسبق بشيء – مفعول ليقدم وأراد به من لم يسبقه حدث مثله ، وقد فسره بعضهم بقوله المراد المسبوق بالصلاة وليس كذلك لأن المسبوق يجوز أن يكون يجعل خليفة لمن سبقه الحدث . وقال تاج الشريعة قوله – يسبق بشيء – لبيان الأفضل لأنه أقدر على إتمام الصلاة من المسبوق . قوله – رزاً – بكسر الراء وتشديد الزاء وهو في الأصل الصوت الخفي ، ويريد به القرقرة وقيل هو غمز الحدث وحركة للخروج .

وأخرج الطبراني عن ابن عمر عن النبي ﷺ من وجد في بطنه رزاً فلينصرف وليتوضأ وأمره بالوضوء لئلا يدافع أحد الأخبثين وإلا فليس بواجب إن لم يخرج الحدث .

فإن قلت استدللتم بحديثين أحدهما مرسلاً والآخر ضعيف . قلت لا يضرنا إرساله ، لأن المرسل عندنا حجة ويقوي الضعيف بما نقل عن الصحابة رضي الله عنهم وهو ما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي بن أبي طالب وأبي بكر الصديق وسلمان بن عمرو بن مسعود .

وروى من التابعين عن علقمة وطاووس وسالم بن عبد الله وسعيد بن جبير والشعبي وابراهيم النخعي وعطاء ومكحول وسعيد بن المسيب وكيف يذهب إلى القياس بترك قول هؤلاء وقولهم فيما لا يدرك بالقياس كالنص في كونه راجحاً على القياس حتى قال بعضهم في

والبلوى فيما سبق دون ما يتعمده فلا يلحق به ، والاستئناف أفضل تحرزاً عن شبهة الخلاف وقيل المنفرد يستقبل والإمام والمقتدي يبني

---

المسألة إجماع الصحابة ، فإنه روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وأنس وسلمان رضي الله عنهم جواز البناء ، والمراد إجماع فقهائهم وبقولهم يترك القياس ، هذا والنووي اجتهد في هذا وقال منع البناء المسور [1] بن مخرمة من الصحابة وهؤلاء يقاوي هؤلاء الأجلاء من الصحابة والأئمة الكبار من التابعين والرجوع إلى الحق واجب ، وروي أيضاً مثلما قلنا عن الأوزاعي وابن أبي ليلى وسلمان ويسار والحسن البصري ، وسفيان الثوري وأبي سلمة بن عبد الرحمن رضي الله عنهم .

( والبلوى فيما سبق ) هذا جواب عن قول الشافعي فأشبه الحدث العمد ، تقريره أن البلوى أي البلية في الحدث يقال لحصوله بغير فعله فيجعل فيه مقدوراً ( دون ما يتعمده ) أي يقصده ويفعله باختياره وليس فيه بلوى فلا يجعل معذوراً فلا يجوز القياس لوجود الفارق وهو معنى قوله ( فلا يلحق به ) أي لا يلحق ما يسبق بما يتعمد وهذا في نفس الأمر منع المشابهة ومن قوله – فأشبه الحدث العمد – وكيف يشابه الذي بلا اختيار بالذي باختيار .

( والاستئناف أفضل ) أي استقبال الصلاة أفضل من البناء ( تحرزاً عن شبهة الخلاف ) لأنه أقرب إلى الاحتياط لأن البناء عمل بخبر الواحد والاستئناف بالإجماع ، والإجماع أقوى من خبر الواحد كذا قاله بعض الشراح وفيه نظر ، لأنه قيل أن البناء إجماع الصحابة ، فإنه روي عن جماعة كثيرين كما ذكرنا وبه يترك القياس لأن قولهم فيما لا يدرك بالقياس كالنص في كونه راجحاً على القياس مع أنه يؤيد بالأمر في الحديث المذكور .

( وقيل أن المفرد يستقبل ) أي الأفضل له ذلك للاحتياط ( والإمام والمقتدي يبني ) يعني الإمام إذا سبقه الحدث يبني على صلاته ، والمقتدي أيضاً إذا سبقه الحدث يبني

---

(١) في الأصل – المستور – والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد إن شاء أتم في منزله وإن شاء عاد إلى مكانه والمقتدي يعود إلى مكانه إلا أن يكون إمامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل ،

---

( صيانة لفضيلة الجماعة ) أي حفظاً لفضيلة الجماعة ، وانتصاب صيانة على التعليل .

( والمنفرد إن شاء أتم في منزله ) يعني الذي يصلي وحده إذا سبقه الحدث فذهب وتوضأ إن شاء أتم صلاته في منزله وهو الموضع الذي توضأ فيه بعد الإنصراف ، ( وإن شاء عاد إلى مكانه ) وإنما صار مخيراً بين الأمرين لأنه إذا أتم في منزله صار مؤدياً صلاته في مكانه مع قلة المشي ، وإن عاد إلى مكانه صار مؤدياً لها في مكان واحد مع كثرة المشي فوجد في كل واحد من الأمرين جهة الكراهة وجهة الفضيلة فصار مخيراً .

( والمقتدي يعود إلى مكانه ) وهو الموضع الذي سبقه الحدث فيه ، ولا يجوز له أن يبني في منزله الذي توضأ فيه لوجوب متابعة الإمام . وقال المرغيناني المقتدي يعود لا محالة إذا لم يفرغ إمامه . وقال الاسبيجابي يعود إلى موضع يجوز له الإقتداء بإمامه وقال في المفيد وكذا إذا لم يعلم بفراغ إمامه وإن فرغ يتخير بين العود والإتمام في مسجد آخر .

( إلا أن يكون إمامه قد فرغ ) هذا استثناف من قوله — يعود إلى مكانه — أراد أن إمامه إذا فرغ من الصلاة يجوز له أن يبني في منزله لزوال الداعي . وإذا عاد بعد فراغ الإمام فعن ابن سماعة أنه يفسد صلاته بحصول المشي بلا حاجة . واختيار السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زادة لا يفسد صلاته .

فإن قلت اللاحق في حكم المقتدي فيما يتم من صلاته ، فإذا كان بينه وبين الإمام ما يمنع صحة الإقتداء من طريق أو نهر فينبغي أن لا يجوز في بيته . قلت هي بمنزلة المقتدي ولكن الإمام قد خرج من حرمة الصلاة فلا يراعى ترتيب القيام بينه وبين إمامه ، وربما خرج أو أحدث أو نام .

( أو لا يكون بينهما حائل ) عطف على المثنى يعني أن المقتدي يعود إلى مكانه إلا إذا فرغ إمامه فحينئذ لا يعود وإلا إذا لم يكن بين الإمام والمقتدي حائل أي مانع

ومن ظن أنه أحدث فخرج من المسجد ثم أعلم أنه لم يحدث استقبل الصلاة ، وإن لم يكن خرج من المسجد يصلي بقي ، والقياس فيهما الاستقبال ، وهو رواية عن محمد « رح » لوجود الانصراف من غير عذر .

---

لجواز الإقتداء كالطريق والنهر الكبير فحينئذ لا يعود إلى مكانه وإن لم يفرغ الإمام عن الصلاة لجواز المتابعة من حيث هو .

فإن قلت المقتدي إذا عاد إلى مكانه قبل فراغ الإمام كيف يصنع ؟ قلنا قال في شرح الطحاوي يشتغل أولاً بقضاء ما سبقه الإمام في حالة اشتغاله بالوضوء بغير قراءة ، لأنه لاحق ، ويقوم مقام قيام الإمام ومقدار ركوعه وسجوده ، ولو زاد أو نقص فلا تضره ولا يلزمه السهو لأنه لاحق إلا إذا انتهى إمامه فيتابعه في الموضع الذي سجد إمامه ، ثم يقضي آخر صلاته ولو لم يشتغل بقضاء ما سبق أو لا يتابع الإمام جاز فيقضي ما سبق الإمام بعد تيمم الإمام ، لأن ترتيب أفعال الصلاة ليس بشرط عندنا خلافاً لزفر رحمه الله .

( ومن ظن أنه أحدث فخرج من المسجد ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلاة ) لأن الإنصراف عن القبلة بلا عذر مفسد فيلزمه الإستقبال ( فان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي ) من صلاته ، لأن المسجد وإن تباعدت أطرافه بمنزلة مكان واحد بدليل صحة الإقتداء وعدم تكرر وجوب سجدة التلاوة .

( والقياس فيهما الإستقبال ) أي فيما إذا خرج من المسجد وفيما إذا لم يخرج ( وهو ) أي القياس ( رواية عن محمد « رح » لوجود الانصراف ) أي الانصراف عن الصلاة . وفي الذخيرة أي الانحراف عن القبلة ( من غير عذر ) وهذا وجه القياس . وفي الجامع الصغير لقاضي خان إذا كان يمشي في المسجد ووجهه إلى القبلة بأن كان باب المسجد على حائط القبلة ، فأما إذا أعرض عن القبلة فسدت صلاته ، وإن كان في المسجد لأنه انحراف عن القبلة بغير عذر . وفي ظاهر الرواية لم يفصل بينهما إذا مشى في المسجد مستقبل القبلة

وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الإصلاح ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته فالحق قصد الإصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وإن كان استخلف فسدت لأنه عمل كثير من غير عذر ، وهذا

---

أو انحراف عن القبلة وإطلاق صاحب الكتاب يحمل على هذا .

( وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الاصلاح ) أي على قصد إصلاح صلاته لا رفضها ( ألا ترى ) تنبيه على ما ذكره من أن انصرافه على قصد الاصلاح ( انه ) أي أن الظن الذي ظن أنه أحدث ( لو تحقق ما توهمه ) من ظن حصول الحدث (يبنى على صلاته) ولا يقطعها ، والتأويل أن بين خطأ في آخر الأمر قد يعتبر في بعض الأحكام كتأويل أهل البغي في دماء أهل الحق وأموالهم إذا كانت لهم قوة ومنعة حتى لا يضمنون شيئاً من ذلك ( فالحق قصد الإصلاح بحقيقته ) أي الحق قصد الإصلاح بحقيقة الإصلاح ، يعني أن الحدث المتوهم لو كان متحققاً كان يبنى فكذا في هذه الصورة .

فان قلت إذا كان قصد الاصلاح ملحقاً بحقيقته ينبغي أن يبنى إذا خرج من المسجد أيضاً . قلت هذا ليس بمطلق بل في هذه الصورة لأنه إذا خرج يختلف المكان من غير عذر وهو يبطل التحريمة أشار اليه بقوله .

( ما لم يختلف المكان بالخروج ) من المسجد لأنه كان واحد . وفي جامع التمرتاشي وكذا الغازي لو ظن حضور العدد فانصرف ، والأمر بخلافه لم تفسد صلاته ما لم يخرج من المسجد . وفي الصحراء ما لم يجاوز مكان الصفوف ولا تفسد ، والبيت كالمسجد ، والمرأة إذا نزلت من مصلاها فسدت لأنه بمنزلة المسجد في حق الرجل ، ولو ذهبا قدامه في الصحراء فمقدار الصفوف حده إن لم يكن سترة وإن كانت فحده سترة .

( وإن كان استخلف ) أي وإن كان الذي ظن أنه أحدث استخلف ثم علم أنه لم يحدث ( فسدت ) أي صلاته وإن لم يخرج من المسجد ( لأنه ) أي لأن الذي فعله ( عمل كثير ) لأنه استخلاف ومشي والعمل الكثير (من غير عذر) يفسد الصلاة (وهذا) أي

بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح على غير وضوء فانصرف ، ثم أعلم أنه على وضوء حيث تفسد وإن لم يخرج لأن الانصراف على سبيل الرفض ، ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبله ، فهذا هو الحرف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد .

---

الحكم المذكور ( بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح على غير وضوء فانصرف ) من صلاته أو من القبلة ( حيث يفسد صلاته وإن لم يخرج ) من المسجد ثم أشار إلى الفرق بين المسألتين بقوله ( لأن الانصراف ) أي في هذه المسألة ( على سبيل الرفض )والاعراض والانصراف من هذا الوجه ملحق بحقيقته .

ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه ) من ظنه افتتاح صلاته بغير وضوء ( يستقبل ) صلاته ، لأن الانصراف كان على سبيل الرفض( وهناك ) أي في المسألة الأولى ( لو تحقق ما توهمه ) من سبق الحدث ( لا يستقبلها ) أي الصلاة ، لأن انصرافه كان على سبيل الاصلاح كما ذكرناه ( فهذا هو الحرف ) أي هو الأصل بين المسألتين وهو أن الانصراف إذا كان على سبيل قصد الاصلاح لا يستقبل ما لم يخرج من المسجد ، وإذا كان على سبيل الرفض والترك يستقبل بمجرد الانصراف وإن لم يخرج من المسجد ولم يستخلف ، وعلى هذا إذا أقبل سواد فظنوه عدواً فانحرف قوم ، فاذا هي بقر أو غنم أو ابل إن لم يجاوزوا الصفوف بنوا استحساناً ، وإن جاوزوا استقبلوا ، وإذا ظن أنه لم يمسح فانصرف ثم علم أنه كان ماسحاً فسدت صلاته ، وإن لم يخرج من المسجدو كذلك متيمم رأى سراباً فظنه ماء فانحرف فظهر أنه سراب ، وكذلك إذا رأى في ثوبه لوناً فظن أنه نجاسة فانحرف ثم علم أنه ليس بنجاسة لم يبن ، وكذلك ماسح الخف إذا ظن أن المدة قد تمت فانحرف لغسل الرجلين يستقبل وإن لم يخرج لأنه في الجميع قصد رفض الصلاة فانقطعت صلاته .

( ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ) هذا بيان أنه لم يكن في المسجد ماذا يكون حظه وهو أنه إذا كان يصلي في الصحراء لا يخلو إما أن يكون إماماً أو منفرداً

ولو تقدم قدامه فالحد السترة وإن لم تكن فمقدار الصفوف خلفه وإن كان منفرداً فموضع سجوده من كل جانب وإن جن أو نام فاحتلم أو أغمي عليه

---

على التقديرين لا يخلو اما أن يكون بينه سترة أو لا يكون ، فان كان إماماً وكان الصفوف كالمسجد في حقه فاذا سبقه الحدث فانه ينصرف ويستخلف ما دام في مكـــان الصفوف ولم يستخلف فقد بطلت صلاته لاختلاف المكانين من غير عذر هذا إذا لم يكن سترة ، فان كانت بين يديه سترة فالمعتبر حد السترة إذا مشى قدامه وهو معنى قوله .

( ولو تقــدم قدامه ) أي ولو مشى قدامه يحـد في الجواز والفساد السترة وهو معنى قوله ( فالحد السترة ) فإن جاوزها بطلت صلاته ( وإن لم تكن ) أي سترة بين يديـــه ( فمقدار الصفوف خلفه ) أي فالمعتبر مقدار الصفوف التي خلفـه أي خلف الإمام حتى إذا كان من آخر الصفوف إلى الأمام خمسة أذرع مثلاً فالحد قدام الأمام خمسة أذرع ، فإن لم يخرج عن هذا المقــدار يبن ولا يستقبل ، وإن خرج عن هذا المقدار ولم يختلف بطلت صلاته لأن الإمام بعد سبقه الحدث كان عليه الاستخلاف ليصير هو في حكم المقتــدين بـه لأنه صار مقتد ، فإن قلت ذكر الصفوف بالجمع باعتبار الغالب .

( وإن كان ) أن المصلي الذي سبقه الحدث ( منفرداً فموضع سجوده ) أي فالمعتـبر موضع سجوده ( من كل جانب ) من جوانبه ، فإذا لم يتجاوز ذلك المقــدار يبنى فيا كان قصد الإصلاح وإلا فلا ، وإن لم يتجاوزه .

( وإن جن ) أي المصلي في أثناء الصلاة ( أو نام فاحتـلم ) إنما قال فاحتـلم لأن مجرد النوم في الصلاة لا يفسدها .

فإن قلت هلا اكتفى بقوله أو احتلم من غير ذكر نام ، لأن الاحتلام لا يكون إلا في النوم . قلت احتلم يستعمل في البلوغ أيضاً فقال احتلم الغلام أي بلغ أو عقل ، ولو اكتفى بقوله أو احتلم لكان توهم أنه بمعنى عقل بقرينة قوله جن .

( أو أغمي عليه ) الإغماء مرض يحصل في الدماغ بسبب الإمتلاء من بلغم بارد غليظ ،

استقبل لأنه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص ، وكذلك إذا قهقه لأنه بمنزلة الكلام وهو قاطع

---

هذا عند [1] أهل الطب ، وعند المتكلمين هو سهو يعـــتري الإنسان مع فتور الأعضاء . والجنون زوال العقل وفساده ، ولهذا يمكن الإغماء في الأنبياء دون الجنون ( استقبـل ) جواب أن أي استقبل صلاته ( لأنه ) أي لأن الشأن ( يندر وجود هذه العوارض ) أي الجنون والاحتلام والاغماء ( فلم تكن ) أي هذه العوارض ( في معنى ما ورد به النص ) وهو قوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاته ، ومعنى ما ورد بـــه النص هو القيء والرعاف فإذا لم يكن في معنى ما ورد به النص بقيت على أصل القياس . أما الجنون والاغماء فإن الشخص يبقى على حاله بعـــد حدوثها فيصير مؤدياً جزءاً من الصلاة مع الحدث فتفسد بخلاف القيء والرعاف فإنه ينصرف على الفور حال وقوعها .

وأما الاحتلام فانه يوجب الغسل بخلاف القيء والرعاف ، فان موجبها الوضوء هذا إذا وجدت هذه الأشياء قبل أن يقعد مقدار التشهد ، أما لو حدث بعده فصلاته وصلاة القوم تامة ، لأنه يصير خارجاً عنها بهذه الأشياء .

فان قلت الخروج بفعله فرض عند أبي حنيفة ولم يوجد . قلت وجد لأنـــه صار محدثاً بها لأنه لا بد من اضطراب ومكث بعد الحدث فبالمكث إذا أخرج الخروج من الصلاة مع الحدث وهو صنع كيف ما كان من حيث الاضطراب أو من حيث المكث .

( وكذا إذا قهقه لأنه بمنزلة الكلام ) فصار كأنه تكلم بعد الحدث ، وشرط البناء أن لا يتكلم لقوله ﷺ وليبن على صلاته ما لم يتكلم .

فان قلت ما معنى قوله – ان القهقهة بمنزلة الكلام – قلت لأن كلا منها ينقل المعنى من الضمير إلى فهم السامع .

( وهو قاطع ) أي الكلام قاطع الصلاة والقهقهة أقطع لأنها أفحش ولهذا سوى بين النسيان والعمد ، هذا أيضاً إذا وجدت قبل ما قعد قدر التشهد ، وأما إذا وجدت بعده

---

(١) في الأصل – اعتبر – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححة .

## وإن حصر الإمام عن القراءة فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة «رح» . وقالا لا يجزئهم لأنه يندر وجوده فأشبه الجنابة ،

فلا تفسد صلاته كما لو تكلم بعده ولكن يلزمه الوضوء عندنا لصلاة أخرى ، وعند زفر لا يلزمه هذا كله أيضاً على قولنا ، فأما على قول الشافعي تفسد صلاة الإمام لا صلاة القوم .

( وإن حصر الإمام عن القراءة ) حصر بكسر الصاد ويقال حصر يحصر حصراً بفتحتين من باب علم يعلم ، والحصر القيء وضيق الصدر ، قال تعالى ﴿ حصرت صدورهم ﴾ ٩٠ النساء ، ومعناه ضاق صدر الكفار عند القراءة ، ويجوز أن يقرأ على صيغة المجهول من حصره إذا حبسه من باب نصر ينصر ومعناه وحبس عن القراءة بسبب خجل أو خوف.

( فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة « رح » ) وبه قال أحمد ، وفي المفيد جعل قول أبي يوسف مع أبي حنيفة ( وقال لا يجزئهم لأنه يندر وجوده ) لأن الحصر يندر وجوده ، والاستخلاف ثبت بخلاف القياس ، وفي أمر غالبي الوجود هي الحدث فلا يجوز الاستخلاف فيه . وفي الفوائد الظهيرية ليس الحصر في معنى الحدث من وجوه أحدها أن الطهارة شرط يجمع الصلاة والقراءة شرط بعضها ، والثاني أنه لا جواز للصلاة بدون الطهارة ولها جواز بدون القراءة كما في الأمي ، والثالث أن القراءة تجزىء لها النيابة بخلاف الطهارة .

وقال الاترازي ونقل شيخنا عن شيخه العلامة حميد الدين الضرير أنه قال في شرحه صورة المسألة إذا لم يقدر الامام على القراءة لأجل خجل يعيوبه أنه إذا نسي القراءة أصلاً لا يجوز الاستخلاف بالاجماع لأنه يصير أمياً ، واستخلاف الأمي لا يجوز .

قلت حميد الدين مسبوق في هذا بأبي اليسيرة فانه قال إنما يجوز الاستخلاف إذا كان حافظاً ، لكن لحقه خجل أو خوف فحصر فأما لو نسي فصار أمياً لم يجز الاستخلاف إجماعاً لأنه إتمام القارىء صلاة الأمي . وقال أبو بكر الرازي إنما يستخلف إذا لم يمكنه أن يقرأ شيئاً وإن أمكنه قراءة آية لا يستخلف ، وإن استخلف فسدت صلاته .

وقال الاترازي ثم عندهم إذا لم يستخلف كيف يصنع قال بعض الشارحين يتم صلاته

وله أن الاستخلاف بعلة العجز وهو هنا ألزم ، والعجز عن القراءة غير نادر فلا يلحق بالجنابة ، ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلاة لا يجوز بالإجماع لعدم الحاجة للاستخلاف ، وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لأن التسليم واجب فلا بد من التوضؤ ليأتي به ، وإن تعمد الحدث في هذه الحالة أو تكلم أو عمل عملاً ينافي الصلاة

---

بلا قراءة إلحاقاً بالأمي وهذا سهو لأن مذهبها أنه يستقبل وبـــه صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير .

قلت أراد ببعض الشارحين السغناقي ، فانه قال هكذا في شرحه ، وقال الأكمل ونسبه بعض الشارحين إلى السهو وأراد به الاترازي .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( ان الاستخلاف لعلة العجز ) عن المضي في الصلاة صيانـة لصلاة القوم عن البطلان ( وهو ها هنا ألزم ) أي العجز عن القراءة ألزم لأنه ربمـا يجد الماء في المسجد فيتوضأ ويبني من غير استخلاف والذي حصر فلا بد له من تعلمه أوتذكره وذلك يمنع المضي غالباً ، فلما جاز الاستخلاف في الحدث لعـلة العجز جاز في الحصر أيضاً لوجود تلك العلة .

( والعجز عن القراءة غير نادر ) هذا جواب عن قولها أنه يندر وجوده .

( ولو قرأ مقدار ما يجوز به بالصلاة لا يجوز بالاجماع )أي لا يجوز الاستخلاف بالاجماع ( لعدم الحاجة إلى الاستخلاف ) لوجود قراءة ما يجوز به الصلاة ، وهي آية قصيرة عنده ، فاذا لم يجز له الاستخـــلاف يركع ويمضي في صلاته . وقال في المحيط ولو استخلف تفسد صلاته .

( وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم ، لأن التسليم واجب فـلا بد من التوضؤ ليأتي به ) أي بالتسليم الذي هو واجب ، وعند الشافعي التسليم فرض وقد مر بيـــانه ( وإن تعمد الحدث في هذه الحالة ) يعني بعد التشهد ( أو تكلم أو عمل عملاً ينافي الصلاة

تمت صلاته لأنه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا إعادة عليه لأنه لم يبق عليه شيء من الأركان ، فإن رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت صلاته وقد مر من قبل ، فإن رآه بعدما قعد قدر التشهد

---

فقد تمت صلاته لأنه تعذر البناء لوجود القاطع ) وهو تعمد الحدث أو الكلام أو عمل ما ينافي الصلاة .

( لكن لا إعادة [1] عليه ) أي إعادة صلاته ( لأنه لم يبق شيء من الأركان ) وفساد ما بقي لا يؤثر في فساد مامضى ، وعند الشافعي ومالك وأحمد فسدت صلاته ، لأن الاسلام من الأركان أو الفرائض عندهم .

( فان رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت صلاته ) لأنه قدر على الأصل حال قيام الخلف قبل تمام الحكم بالخلف .

فان قلت يشكل هذا بالمتيمم إذا أحدث في صلاته فانصرف ثم ما وجد ما كان له أن يتوضأ ويبني على صلاته فلم تبطل صلاته هناك برؤية الماء . قلت التيمم ينتقض بصفة الاستناد إلى ابتداء وجوده عند إصابة الماء لأنه يصير محدثاً بالحدث السابق إذ الاصابة ليست بحدث ، وينتقض التيمم عند إصابة الماء لانتقاضه بالحدث الطارىء على التيمم لا بصفة الاستناد .

( وقد مر من قبل ) أي في باب التيمم عند إصابة الماء لانتقاضه بالحدث الطارىء على التيمم لا بصفة الاستناد .

(وقد مر من قبل [2]) أي في باب التيمم وهو قوله وينقض رؤية الماء إذا قدر على استعماله ( فان رآه ) أي فان رأى المتيمم الماء ( بعدما قعد قدر التشهد ) هذه اثني عشر مسألة يسمى باثني عشرية لأنها بذلك العدد في الروايات المشهورة قيل هي أنها من حيث العربية

---

(١) هكذا وردت في المتن وفي الشرح ـ لكن الاعادة عليه ـ اهـ مصححة .
(٢) هكذا في الأصل مشروحة مرتين وقد وردت مرة واحدة في المتن . اهـ مصححة .

# أو كان ماسحاً فانقضت مدة مسحه أو خلع خفيه بعمل يسير أو كان أمياً فتعلم سورة

لا يجوز النسبة إلى اثني عشر ولا إلى غيره من العدد المركب إلا إذا كان علماً فحينئذ ينسب إلى صدره فيقال خمسي في خمسة عشر كما يقال تأبطي في تأبط شراً أو بعلي في بعلبك .

قلت إنما لم ينسب إلى خمسة عشر عدداً لأن الجزئين حينئذ مقصودان ، فلو حذف أحدهما اختل المضي ، ولو لم يحذف استقبل . وأما إذا كان علماً فالاتيان بكمالها علم لا دلالة لعشرة ولا لخمسة ، فكان الثاني التأنيث ، ولم يكن في الحذف إخلال ، ولكن لقائل أن يقول يجعل اثني عشر ها هنا في حكم المفرد فينسب اليها بكمالها على أن الذي قيل إنما هو المركب الإسنادي والمرجى كما عرف في موضعه ، وقد أشار المصنف إلى المسألة الأولى من هذه المسائل الاثني عشرية بقوله ، فإن رأى المتيمم الماء بعدما قعد قدر التشهد .

وأشار الى الثانية بقوله ( أو كان ماسحاً ) أي على خفيه ( فانقضت مدة مسحه ) بعدما قعد قدر التشهد وهي يوم وليلة للمقيم وثلاثة أيام ولياليها في حق المسافر .

وأشار إلى الثالث بقوله ( أو خلع خفيه بعمل يسير ) أي خلع أحد خفيه وقيد باليسير ، لأن العمل الكثير يخرج عن الصلاة فيتم صلاته حينئذ بالاتفاق ، وقال في المبسوط وتأويله إذا كان واسعاً لا إلى معالجة .

وأشار إلى الرابعة بقوله ( أو كان أمياً فتعلم سورة ) قال في الينابيع يريد به إذا كان يصلي وحده ، وأما لو كان خلفه الإمام قيل هي على الإختلاف ، وقيل يجوز صلاته بالاتفاق . قال أبو الليث وبه نأخذ . وفي المبسوط ذكر أبو يوسف في الاملاء عن أبي حنيفة أنه كان يقول الأمي إذا تعلم سورة في خلال صلاته يقرأ ويبني كالقاعد إذا قدر على القيام ، ثم رجع عن ذلك لأن صلاته ضروري كالمولى . وفي المبسوط فتعلم سورة أي تذكرها بعد النسيان أما إذا تلقنها ابتداء فذلك صنع منه فيخرج به عنها ذكره الحلواني ، وقيل سمعها بلا اختيار وحفظها بلا صنع .

أو عرياناً فوجد ثوباً أو مومئاً[1] فقدر على الركوع والسجود أو تذكر فائتة عليه قبل هذه أو أحدث الإمام القارىء فاستخلف أمياً أو طلعت الشمس في الفجر أو دخل وقت العصر وهو في الجمعة

---

وأشار إلى الخامسة بقوله ( أو عرياناً ) أي أو كان المصلي عرياناً ( فوجد ثوباً ) ساتراً عورته .

وأشار إلى السادسة بقوله ( أو تذكر فائتة عليه قبل هذا ) أي أو كان المصلي تذكر أن عليه فائتة قبل هذا الذي يصليه ، قيل معناه قبل سقوط الترتيب وفي الوقت سعة .

وأشار[2] إلى الثامنة بقوله ( أو أحدث الإمام فاستخلف أمياً ) أي لو أحدث المصلي العاري بعدما قعد قدر التشهد فاستخلف رجلاً أمياً وفساد صلاته باستخلاف الامي في هذه الحالة عند أبي حنيفة ومن وافقه . وأما على اختيار فخر الاسلام فلا فساد بالاستخلاف بعد التشهد بالاجماع ، وذكر في كشف الغوامض أنه لا يفسد صلاته عند أبي حنيفة لان هذا الفعل ليس من أفعال الصلاة فيخرج به من الصلاة كما لو تكلم أو خرج من المسجد . وفي المبسوط والاستخلاف ، وإن كان بصنعه لكنه غير مفسد كاستخلاف العاري .

وأشار إلى التاسعة بقوله ( أو طلعت الشمس في الفجر ) أي أو طلعت الشمس بعدما قعد قدر التشهد في صلاة الفجر . وفي المبسوط إن قيل طلوع الشمس مبطل لا مغير فلم كانت على الخلاف ، قلنا بل هو مغير من الفرض إلى النفل ولا يخرج به من التحريمة .

وأشار إلى العاشرة بقوله ( أو دخل وقت العصر وهو في الجمعة ) قال في الينابيع هذا لا يتصور إلا على رواية الحسن عن أبي حنيفة إن آخر وقت الظهر إذا صار ظل كل شيء مثله كقولهما حتى يتحقق الخلاف . وفي المنافع هذا على اختلاف قولين عندهما إذا صار ظل كل شيء مثله ، وعنده إذا صار ظل كل شيء مثليه ، وقيل تخصيص الجمعة اتفاقي لان الحكم في الظهر كذلك .

---

(١) وردت في المتن ولم يشرحها الشارح . اهـ مصححة .

(٢) لم ترد السابعة في الأصل .

## أو كان ماسحاً على الجبيرة فسقطت عن برء ، أو كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها

وأشار إلى الحادية عشر بقوله ( أو كان ماسحاً على الجبيرة فسقطت عن برء ) أي كان المصلي ماسحاً على الجبيرة وهي العيدان التي يشد بها على الجرح ويجبر بها العظام .

وأشار إلى الثانية عشر بقوله ( أو كان صاحب عذر فانقطع عذره ) بعدما قعد قدر التشهد ، وفسر صاحب العذر ( كالمستحاضة ومن بمعناها ) نحو من به سلس البول وانطلاق البطن وانفلات الريح والرعاف الدائم والجرح الذي لا يترجى برأه ولانقطاع دم الاستحاضة لا بد من استيعاب وقت كامل ، فلو انقطع الدم بعد التشهد فلو سال الدم في وقت صلاة أخرى فالصلاة الأولى جائزة ، وإن لم يسل [1] فالصلاة الأولى عند أبي حنيفة باطلة ،لأنه يتحقق بعد التشهد وأنه كالانقطاع في وسط الصلاة وعندهما جائزة ، لأنه كالانقطاع بعد تمام الصلاة .

واعلم أنه قد يزيد على هذه المسائل الاثني عشرة مسائل أخرى الأولى إذا صلى بالثوب وفيه نجاسة أكثر من قدر الدرهم ، ثم وجد الماء ما يغسل به النجاسة في هذه .

الحالة الثانية : أنه كان يقضي صلاة الفجر وقد فاتته فدخل عليه وقت الزوال في هذه .

الحالة الثالثة : أنه كان يقضي صلاة الظهر في وقت العصر فغربت الشمس في هذه .

الحالة الرابعة : الأمة إذا صلت مكشوفة الرأس فعتقت في هذه الحالة إن سترت رأسها من ساعتها لا تفسد صلاتها ، وإن لم تستر فصلاتها فسدت عنده ذكرها الاسبيجابي .

الخامسة : لو سلم ثم تذكر أن عليه سجدتي السهو فعاد اليها فلما سجد سجدة سورة تفسد صلاته عنده لأنه عاد إلى حرمة الصلاة فصار كما لو تعلم قبل السلام بعدما قعد قدر التشهد ذكرها في الذخيرة ، ولو سلم ثم تذكر أن عليه سجدة تلاوة أو قراءة تشهد ، قال في الذخيرة لم يذكر هذا في الكتاب قال ويجب أن يكون من الاثني عشرية لأنه سلام ساه

---

(١) في الأصل – يصل – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححة .

بطلت الصلاة في قول أبي حنيفة « رح » وقالا تمت صلاته ، وقيل الأصل فيه أن الخروج عن الصلاة بصنع المصلي فرض عند أبي حنيفة « رح » وليس بفرض عندهما ، فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلاة ، وعندهما كاعتراضها بعد التسليم . لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ،

---

فيجعل كالعدم ، أما لو سلم ثم تذكر سجدة صلاتية فإن صلاته تفسد عندهم لأنه تعلم سورة وعليه ركن من أركان الصلاة .

( بطلت الصلاة في قول أبي حنيفة رضي الله عنه خلافاً لهما ) هذا جواب قوله فإن رآه بعدما قعد قدر التشهد وما بعده من المسائل وهي الاثني عشر مسألة .

( وقيل ) قائله أبو سعيد البردعي رحمه الله فإنه قال ( الأصل فيه ) أي في المذكور من المسائل وهي اثنا عشرة مسألة ( ان الخروج عن الصلاة بصنع المصلي فرض عند أبي حنيفة رحمه الله ) بدليل أنه ممنوع من البقاء على صلاته بعد التشهد حتى يدخل وقت صلاة أخرى ، ولو لم يبق عليه فرض لم يمنع من البقاء كما بعد السلام ، وإذا ثبت هذا فقد حدثت هذه المعاني وهي مفسدة للصلاة مع بقاء فرض من فروض الصلاة عليه فصار كما لو حدثت وسط الصلاة .

( وليس بفرض عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ، فإذا كان فرضاً عند أبي حنيفة ( فاعتراض هذه العوارض ) وهي العوارض التي ذكرها في هذه المسائل الاثني عشرة ( في هذه الحالة ) أي الحالة التي كانت بعدما قعد قدر التشهد ( عنده ) أي عند أبي حنيفة ( كاعتراضها ) أي كاعتراض هذه العوارض ( في خلال الصلاة ) أي في أثنائها ، واعتراضها في أثنائها يبطل بالاتفاق فكذا في هذه الحالة .

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( كاعتراضها بعد التسليم ) فاعتراضها بعده لا يبطل بالاتفاق ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( ما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ) وهو قوله ﷺ إذا قلت أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك ، وقد تقدم هذا في أول

ولہ أنہ لا یمکنہ اداء الصلاۃ الأخری إلا بالخروج من ھذہ وما لا یتوصل إلی الفرض إلا بہ یکون فرضاً .

---

باب صفة الصلاة وفيه أيضاً عند قوله — وتشهد وهو واجب عندنا .. إلى آخره ، وجه استدلالهما به هو أنه عليه السلام علق تمام الصلاة بإحدى الأمر ، فمن علق بثالث فقد خالف النص .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه ) أي أن المصلي ( لا يمكنه اداءصلاةأخرى إلابالخروج عن هذه ) أي عن هذه الصلاة التي هو فيها ( وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً ) كلمة ما مبتدأ ، وخبره قوله يكون فرضاً وصورة التوصل أنه إذا تحرم للظهر مثلاً فلم يخرج منها حتى دخل وقت العصر لزمه اداء العصر مثلاً ولا عليه اداءها إلا بعد الخروج عن تحريمة الظهر لأن العصر لا يتأدى بهذه التحريمة فيكون الخروج عن تحريمة الظهر سبباً يتوصل به إلى أداء العصر وأداء العصر فرض ، وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً كالانتقال من ركن إلى ركن في باب الصلاة عد من الأركان ، وإن لم يكن ركناً في نفسه كذا هذا لأنه لم يبق الأولى عن الصحة لا يمكنه أداء الثانية لأن الترتيب عندنا فرض ولا يخرج عن الأولى على وجه يبقى صحيحاً إلا بصنع يوجد منه فكان فرضاً ، وهذه النكتة منقولة عن الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي .

فإن قلت يشكل عليه مسألة المحاذاة ، فإن المرأة لو حاذت رجلاً في هذه الحالة تمت صلاته بالاتفاق ولا صنع منه . قلت المحاذاة من باب المفاعلة فلا يتحقق إلا من فاعلين وكان منه صنع أثناء اللبث في مكانه .

فان قلت يشكل ما لو تعلم سورة بلا اختيار . قلت لا صنع فيه.

فان قلت هذا الجواب غير قوي . قلت لا نسلم لأنه لم يوجد منه الصنع ابتداء كون تعلمه صنعا منه لا يضرنا .

فان قلت على ما قررتم يكون الخروج من الصلاة بصنعه فرضاً لغيره كالسعي إلى الجمعة فيجب إن تم صلاته في الصور المذكورة لحضور المقصود من الصنع وهو الخروج من الأولى

كالودخل الجامع يوم الجمعة قبل دخول الوقت قلت الخروج عن الأول يجب أن يكون على وجه تبقى صحيحة لقوله تعالى ﴿ ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ ٣٣ محمد ، ولأن الترتيب فرض ولم يبق لهذا الخروج صحيحة .

فان قلت إنما لم يبق صحيحة لأن الخروج لم يكن بصنع المصلي وكان بقاؤهاصحيحة موقوفاً على الخروج على بقائها صحيحة فهذا دور . قلت الخروج بصنعه موقوف على ما اعتبره الشرع رافعاً للتحريمة ويلزمه بقاؤها صحيحة .

ثم أعلم أن العامة على قول أبي سعيد البردعي والمختار عند المصنف قول الكرخي ، وفي كلامه إشارة إلى ذلك ، ويشير قول الكرخي إلى أن الخروج بصنع المصلي ليس بفرض بالاتفاق ، وإنما عند أبي حنيفة أن هذه الأشياء مغيرة للصلاة ووجود المغير بعد التشهد كوجوده قبله لما أنه في حرمة الصلاة ، ولهذا إذا نوى المسافر في هذه الحالة الإقامة أتم ، والمعنى بالمغير ما يجب الصلاة بعد وجوده على غير الصفة الواجبة هي عليها قبله ، فان الصلاة تجب بعد رؤية الماء وانقضاء مدة المسح ، ووجدان الثوب ، وتعلم السورة بالوضوء والغسل واللبس والقراءة بعد أن كانت واجبة بطهارة التيمم والمسح والعري وعدم القراءة ، وقيل المعنى به كون الصلاة جائزة بالاجتماع به وبضده فانها تصح بالتيمم والمسح والإيماء وأضدادها .

( ومعنى قوله ) أي قول النبي ﷺ ( قد تمت ) أي قاربت التمام ، هذا جواب عن تمسكها ، وتقديره أن معنى قوله ﷺ من وقف بعرفة فقد تم حجه أي قاربت التمام بالاتفاق لبقاء فرض بعده وهو طواف الزيارة بالاتفاق . وقال ﷺ لقنوا موتاكم .. الحديث أي الذي شارف الموت .

فان قلت من أي باب هذا . قلت من باب تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه كما في قوله ﴿ اعصر خمراً ﴾ ٣٦ يوسف ، أي عنباً ، وإنما حملنا عليه توفيقاً بين ما قلنا من الدليل العقلي وبينه لأن العقل حجة من حجج الله تعالى كالنقل .

( والاستخلاف ليس بمفسد ) هذا جواب عن سؤال مقدر على قوله – أو أحدث

حتى يجوز في حق القارىء وإنما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الإمامة ومن اقتدى بالإمام بعدما صلى ركعة فأحدث الإمام فقدمه أجزأه لوجود المشاركة في التحريمة

---

الامام القارىء فاستخلف أمياً - تقديره أن يقال ينبغي أن لا تفسد الصلاةعند أبي حنيفة باستخلاف الأمي بعد قدر التشهد لأن الاستخلا فعمل كثير مفسد للصلاة ، وهو صنع منه فيخرج عن الصلاة باستخلافه ، وتقدير الجواب أن الاستخلاف نفسه ليس بمفسد بدليل أنه لو استخلف القارىء في صلاته لم يضره وهو معنى قوله ( حتى يجوز في حق القارىء ) أي حتى يجوز الاستخلاف في حق المصلي القارىء ، فعلم أن نفس الاستخلاف ليس بمفسد .

( وإنما الفساد ضرورة حكم شرعي ) يعني أن الفساد ليس بنفس الاستخلاف بل لأمر آخر وهو ضرورة حكم شرعي .

( وهو عدم صلاحية الإمامة ) يعني عدم شرعية الأمي لإمامة القارىء . وقال التمرتاشي والهندواني والإمام الكاساني يجوز صلاته بالاتفاق لوجود الصنع المفسد وهو استخلاف من لا يصلح استخلافه . وقال الاترازي في قوله الاستخلاف ليس بمفسد نظر عندي لأنا نقول لا نسلم أن الاستخلاف ليس بمفسد ، وقد صرح صاحب الهداية نفسه فيمن ظن أنه أحدث فاستخلف حيث قال وإن كان استخلف فسد لأنه عمل كثير ، فلو لم يكن الاستخلاف مفسداً لم تفسد الصلاة في ذلك المسألة لأنه استخلاف القارىء لا الأمي.

قلت في كلامه وقد ذهل عنها الاترازي وهو أن مسألة الاستخلاف على الخلاف فكان ذكره هناك اختيار ما ذكر في المبسوط وهو أن الصورة في الاستخلاف صنع منه وهو عمل كثير من غير عذر وها هنا فرض المسألة فيما إذا كان بعذر ولا يلزم بكونه مفسداً إذا لم يكن عذر كونه مفسداً عند العذر .

( ومن اقتدى بالإمام بعدما صلى ركعة ) أي بعدما صلى الإمام من صلاته ركعة ، وهذا المقتدي مسبوق بالركعة ( فأحدث الإمام فقدمه ) أي فقدم هذا المقتدي الذي هو مسبوق بالركعة ( أجزأه ) أي أجزأ الإمام تقديمه ( لوجود المشاركة في التحريمة ) يعني

الأولى للامام أن يقدم مدركاً لأنه أقدر على إتمام صلاته ، وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن التسليم ، فلو تقدم يبتدىء من حيث انتهى اليه الإمام لقيامه مقامه وإذا انتهى إلى السلام يقدم مدركاً يسلم لهم ، فلو إنه حين أتم صلاة الإمام قهقه أو أحدث متعمداً أو تكلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته وصلاة القوم تامة لأن المفسد

---

أن صحة الاستخلاف بالمشاركة وهي حاصلة في المسبوق فيصح استخلافه .

فان قلت ينبغي أن لا يجوز استخلاف المسبوق لأن الاستخلاف عمل كثير يثبت على خلاف القياس في حق المدرك والمسبوق ليس في معناه فلا يلحق بـه . قلت لا نسلم أن الاستخلاف كان في المدرك .

( والأولى للإمام أن يقدم مدركاً لأنه أقدر على إتمام صلاته ) أي لأن المدرك أقدر من المسبوق فكان أولى لأن المسبوق إذا أتم صلاة الإمام يقدم مدركاً آخر للسلام لعجزه من السلام ، أما المـدرك فيسلم إذا أتم صلاة الإمام بدون استخلاف آخر فيثبت أنـه أقدر من المسبوق .

( وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن التسليم ) لأن عليه بقية صلاتـه فلا يقدر على التسليم حتى يكمل ما عليه ، وإن فعل فتقدم جاز فيستخلف مدركاً عند تمام صلاة إمامه ليسلم بهم وليسجد لسهوه إن كان عليه سهو ، فان جاء الأول وقد سبقه الثاني يشكل بقضاء ما سبقه ثم يتابعه لأنه لاحق ، وإن لم يفعل جاز . قال في المبسوط لأن الترتيب في أفعال الصلاة ليس بشرط عندنا خلافاً لزفر ، ومثله في الاسبيجـابي ، قلت ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف المسبوق يصلي أولاً مع الإمام آخر صلاته فاذا قام يقضي أول صلاته فقد قدم آخرها على أولها في الفعل .

( فلو تقدم ) أي المسبوق ( يبتدىء من حيث انتهى اليه الإمام لقيامه مقـامه ) أي لقيام المسبوق مقام الإمام الذي محله التسليم ( يقدم مدركاً يسلم بهم ) أي بالقوم (فلوأنه) أي المسبوق ( حين أتم صلاة الإمام قهقه أو أحدث متعمداً ) أي قصداً ( أو تكـلم أو خرج من المسجد فسدت صلاته ) أي صلاة المسبوق ( وصلاة القوم تامـة لأن المفسد

في حقه وجد في خلال الصلاة وفي حقهم بعد تمام أركانها والإمام الأول إن كان فرغ لا تفسد صلاته وإن لم يفرغ تفسد وهو الأصح ، فإن لم يحدث الإمام الأول وقعد قدر التشهد ثم قهقه أو أحدث متعمداً فسدت صلاة الذي لم يدرك أول صلاته عند أبي حنيفة . وقالا لا تفسد وإن تكلم أو خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعاً لهما أن صلاة المقتدي بناء على صلاة الإمام جوازاً أو فساداً ولم تفسد صلاة الإمام فكذا

---

وجد في خلال الصلاة ) في حق المسبوق ( وفي حقهم ) أي وفي حق القوم ( وجد بعد تمام أركانها ) فلا تفسد صلاتهم لأن هذه الأشياء لو وجدت في هذه الحالة من القوم أنفسهم كانت لا تفسد صلاتهم فلأن لا تفسد إذا وجدت من إمامهم أولى وأحرى .

( والإمام الأول ) وهو الذي قدم المسبوق ( إن كان قد فرغ لا تفسد صلاته ) لأنه كواحد من القوم ( وإن لم يفرغ تفسد صلاته ) لوقوع المنافي للصلاة في وسطها ( وهو الأصح ) أي فساد صلاته هو الأصح لما ذكرنا ، واحترز به عن رواية أبي حفص أن صلاته أيضاً تامة لأنه يدرك أول الصلاة فيكون كالفارغ بقعدة الامام قدر التشهد .

( فان لم يحدث الإمام وقعد قدر التشهد ) قيد القعود بقدر التشهد لأنه إذا وجدت القهقهة أو الحدث العمد قبله تفسد صلاة الجميع اتفاقاً .

( ثم قهقه أو أحدث متعمداً فسدت صلاة الذي لم يدرك أول صلاته ) وهو المسبوق ( عند أبي حنيفة ) ولا تفسد صلاة المدرك اتفاقاً وفي صلاة اللاحق روايتان .

( وقالا لا تفسد ) أي صلاة الذي لم يدرك ( وإن تكلم ) أي الامام الأول ( أو خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعاً ) أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ( لهما ) أى لأبي يوسف ومحمد ( ان صلاة المقتدي بناء على صلاة الامام جوازاً وفساداً ) أي من حيث الجواز والفساد ( ولم تفسد صلاة الامام ) أي والحال أنه لم يفسد صلاة الامام ( فكذا

صلاته وصار كالسلام والكلام ، وله أن القهقهة للجزء الذي يلاقيه من صلاة الإمام فيفسد مثله من صلاة المقتدي غير أن الإمام لا يحتاج إلى البناء والمسبوق يحتاج اليه ، والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لأنه منه والكلام في معناه

---

صلاته ) أي صلاة المقتدي أيضاً لا تفسد ، لأن صلاته بنيتـــه على صلاة الامام ( فصار كالسلام والكلام ) أي صار حكم هذا كحكم السلام والكلام بعدما قعد قدر التشهد .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه ( أن القهقهة مفسدة للجزء الذي تلاقيـــه من صلاة الامام ) لأنها تبطل الطهارة وهي شرط للصلاة ( فتفسد ) بضم التـــاء أي فتفسد القهقهة ( مثله ) أي مثل ذلك الجزء ( من صلاة المقتدي ) لابتنائها عليها ( غير أن الامام لا يحتاج إلى البناء ) هذه إشارة إلى بيان الفرق الذي بين صلاة الامام وصلاة المسبوق مع أن القهقهة لاقت بجزء من صلاة كل واحد منهـــما ومع هذا لا تفسد صلاة الامام وتفسد صلاة المسبوق وذلك لأن القهقهة وجدت في حق الامام بعد انتهاء الأركان فجعلت عفواً فلا يحتاج إلى البناء ( والمسبوق محتاج اليه ) أي إلى البناء لأنها وجدت في خلال صلاتـــه فتفسد ذلك الجزء الذي لاقته فسدت صلاته أصلاً لعدم قدرته على البناء .

( والبناء على الفاسد فاسد ) كان هذا جواب عما يقال لم يبني المسبوق أيضاً فقـــال كيف يبنى على الفاسد وهو الجزء الذي لاقته القهقهة في خلال صلاتـــه والبناء على الفاسد فاسد ( بخلاف السلام ) لأنه لا يبطل شيئاً من أجزاء الصلاة على الامام لأنه لا يبطل بشرط الاداء وهو الطهارة ( لأنه منه ) أي لأن السلام منه الصلاة وهو من الانتهـــاء ومعناه متمم للصلاة ومحلل إذا وجد في أوان التحليل ، ولهذا لا ينتقض به الطهـــارة . وفي المجتبى المراد من المنهي ما يكون متحققـــاً بالتحريمة إما بصفـــة الاتصال كالاتصال أول الانفصال كالخروج .

وفي مبسوط شيخ الاسلام والسلام منه لا يفسد لأنه قاطع ، والقاطع في أوانه منه وفي غير أوانه مبطل وها هنا في أوانه فيكون منهياً لا مفسداً ( والكلام في معناه ) أي في

وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة . ومن أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي أحدث فيها لأن إتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان إماماً فقدم غيره وأم المقدم على الركوع لأنه يمكنه الاتمام بالاستدامة

---

معنى السلام لأنه إنما جعل منهياً باعتبار أنه كلام لا باعتبار أنه ثناء فعلم أنه معناه، ولهذا قالوا لو حلف لا يكلم فلا يحنث .

( وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلاة ) وعند زفر لا ينتقض لأنها إنما ينتقض الوضوء إذا فسدت الصلاة وها هنا لم يفسد صلاة الامام فلم ينتقض وضوءه . وجه الاستحسان أنها أفسدت الجزء الملاقي لها في الصلاة ولوقوعها في حرمة الصلاة فانتقض الوضوء أيضاً على فساد ذلك الجزء لأنها لم تؤثر في فساد باقي الصلاة لانتهاء الأركان .

( ومن أحدث في ركوعه أو سجوده توضأ وبنى على صلاته ولا يعتد بالتي أحدث فيها) أي الركعة التي أحدث فيها أو بالسجدة ولا يعتد من الاعتداد أي لا يعتبر ، وفي بعض النسخ ويعيد بالتي أحدث فيها من الاعادة والمعنى قريب لأن عدم الاعتداد يستلزم الاعادة ( لأن إتمام الركن بالانتقال ) تمام السجدة بالرفع عند محمد ولم يوجد . وعند أبي يوسف وإن تمت بالوضع لكن الجلسة بين السجدتين فرض عنده ( ومع الحدث لا يتحقق ) أي الانتقال لا يتحقق بغير طهارة والانتقال من ركن إلى ركن فرض الاجماع فلا يقدر ركوعه وسجوده لعدم تحقق الانتقال بالطهارة ( فلا بد من الاعادة ) أي من إعادة الركوع الذي أحدث فيه والسجود الذي أحدث فيه .

( ولو كان إماماً ) أي ولو كان الذي أحدث في ركوعه أو سجوده إماماً ( فقدم غيره وأم المقدم ) بفتح الدال ( على الركوع ) يعني يكون على هيئته ( لأنه يمكنه الاتمام بالاستدامة ) أي بالثبات في حالة ولا يحتاج إلى رفع رأسه ثم إنشاء الركوع لأن للدوام حكم الابتداء في الفعل الممتد والركوع والسجود ابتداء فلما دام المقدم صار كأنه ركع أصله

ولو تذكر وهو راكع أو ساجد ان عليـــه سجـــدة فانحط من ركوعه لها أو رفـع رأسه من سجوده فسجـدها يعيـد الركوع والسجود هذا بيـان الأولى لتقع الأفعال مرتبـة بالقدر الممكن وإن لم يعـــد أجزأه

---

حلف لا يلبس ثوباً وهو لابسه أو لا يركب دابة وهو راكبها يحنث بالاستـــدامة لوجود اللبس أو الركوب بالاستدامة .

فان قلت لو قال لامرأته إن جامعتك فأنت طـــالق فجامع وليس في الجمـاع لا تثبت الرجعـــة عند محمد فعلم أنـــه ليس للدوام حكم الابتداء . قلت عدم ثبوت الرجعـة عنــده للاحتياط ، لأن الجماع هو الايــلاج والاخراج وهما ليس بممتدين فلا تثبت الرجعة بالشك .

( ولو ذكر ) أي المصلي ( وهو راكع أو ساجــد ) أي والحال أنه ذكر في الركوع والسجود ( أن عليه سجـــدة ) هو مفعول ذكر يعـــني ذكر في حالة الركوع أنه ترك سجدة صلاتيـــة أو تلاوة أو ذكر في حالة السجود أنه ترك سجدة ( فانحط من ركوعـــه لأجل السجدة التي ذكرها أو رفع رأسه من سجدة فسجدها ) أي السجـــدة التي ذكرها ( يعيد الركوع والسجود ) يعني يعيد الركوع الذي فيـــه السجـــدة ويعيد السجدة الذي ذكر فيها أن عليه سجدة أولى لأن مراعاة الترتيب ليست بركن ( لتقع الأفعال بالقـــدر الممكن ) لأن مراعاة الترتيب فيما شرع من الأفعال مكرراً واجبة لا فرضاً لما ذكرنا ، والقـــدر الممكن إعادة الركوع والسجود لتحقق الترتيب على اعتبـار أن يكون الأول محسوباً ويجوز أن يكون المـــراد بقرب الركوع والسجود إلى محل بقدر الامكان .

( وإن لم يعد ) أي الركوع الذي ذكر فيه أن عليه سجدة أو السجود الذي ذكر فيه كذلك ( أجزأه ) لأن ذكر السجود لا يناقض الركوع ولا ينافيه فصح الاعتـداد به

لأن الترتيب في أفعـــال الصلاة ليس بشرط ، ولأن الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد . وعن أبي يوسف أنه يلزمه إعادة الركوع لأن القومة فرض عنده ومن أم رجلاً واحداً فأحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى أو لم ينو

---

فلا يعيد ( لأن الانتقال مع الطهارة شرط وقد وجد ) هذا إشارة إلى بيان الفرق بين هذا وبين ما تقدم وهو من وجهين أحدهما إن تـــذكر السجود في الركوع لا ينقض الركوع ( لأن الاعادة والترتيب في أفعـــال الصلاة الواحدة ليست بشرط ) وإن لم ينقض لا يلزمه الاعادة .

والثاني : ان تمام الركوع برفع الرأس ، لأن الركن إنما يتم بالانتقال والطهـارة فيه شرط وقد وجدت ، وعند زفر عليه إعادة القيـام والركوع الأول ، لأن من أصله أن مراعاة الترتيب في أفعال الصلاة واجبة فيبطل ما أدى .

( وعن أبي يوسف أنه يلزمه إعادة الركوع لأن القومة فرض عنده ) فحيث انحط من الركوع ولم يرفع رأسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة .

فان قلت ما الفرق بين هذا وبين ما إذا عاد إلى السجدة الصلبية بعدما قعد قدر التشهد فانه ترتفض القعدة وكذا لو تذكر في الركوع أنه لم يقرأ القرآن فعاد إلى قراءة القرآن ارتفض الركوع . قلت إنما لم ترتفض القعدة بالاتيان بالسجدة لأنه ﷺ علق تـــمام الصلاة بالقعدة في قوله — إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك — فلو قلنا يجوز تأخير غيرها عنها كان تمام الصلاة بذلك الغير وهو خلاف النص وكذلك لا يجوز تأخير القيام والركوع عن السجود ، لأن القيام وسيلة إلى الركوع والركوع وسيلة إلى السجود حتى ان من لم يقدر على الركوع والسجود لا يجب عليه القيام والوسائل متقـــدمة على المقاصد ، والقراءة رتبة القيام فكانت تابعة له .

( ومن أم رجلاً واحداً فأحدث ) أي الامام ( وخرج من المسجـد فالمأموم إمام ) لتعينه بخلاف ما إذا كان أكثر من واحد حيث يحتاج إلى الاستخلاف لقطع المزاحمـــة ( نوى أو لم ينو ) الضمير في نوى يحتمـــل أن يكون للإمام يعني نوى الامام استخلافه

لما فيه من صيانة الصلاة وتعيين الأول لقطع المزاحمة ولا مزاحمة ويتم الأول صلاته مقتدياً بالثاني كما إذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه إلا صبي أو امرأة قيل تفسد صلاته لاستخلافه من لا يصلح للامامة ، وقيل لا تفسد لأنه لم يوجد الاستخلاف قصداً وهو لا يصلح للامامة والله أعلم

---

أولى لتعينه كما لو قال لعبديه أحدكما حر ثم مات أحدهما قبل البيان يتعين الحي للحرية لتعينه فكذا هذا ، ويحتمل أن المقتدي يعني نوى هو الامامة أولاً لتعينه للاستخلاف لمصاحبة الامام له ( لما فيه ) أي لما فيه في كون المأموم إماماً ( من صيانة الصلاة ) أي صلاة المقتدي الذي صار إماماً لأنه لو لم يتعين إماماً لخلا موضع الامامة عن الامام وهذا المعنى يوجب فساد صلاة المقتدي ( وتعيين الأول لقطع المزاحمة ) هذا جواب عما يقال إن التعيين لا يتحقق بلا تعيين ولم يعين فأجاب بقوله – وتعيين الأول لقطع المزاحمة – ولا مزاحم هنا فكان التعيين موجوداً حكماً ، فاذا تعين كذلك كان كالمستخلف حقيقة ينوب عنه ويتم صلاته مقيداً بالثاني وهو معنى قوله ( ويتم الأول صلاته مقتدياً بالثاني كما إذا استخلفه حقيقة ) فانه حينئذ يتم صلاته مقتدياً بالثاني فكذلك في الاستخلاف حكماً .

( ولو لم يكن خلفه ) أي خلف من يصلي ( إلا صبي أو امرأة قيل تفسد صلاته ) أي صلاة الإمام خاصة لاقتدائه لمن لا يصلح إماماً له وهو معنى قوله ( لاستخلافه من لا يصلح للإمامة ) لأنه لما صار مقتدياً به وهو غير صالح للامامة فسدت صلاته ( وقيل لا تفسد ) أي صلاة الإمام ( لأنه لم يوجد منه الاستخلاف قصداً ) أي حقيقة ولا وجد حكماً أيضاً لأن فيه فساد الصلاة لكونه الصبي أو المرأة غير صالح للامامة ، فلما انتفى الاستخلاف أصلاً لم يفسد صلاة الإمام وفسدت صلاة المقتدي لأنه بقي بلا إمام ( وهو ) أي الشخص وهو الصبي أو المرأة لا يصلح للامامة ، وقيل في هذه المسألة تفسد صلاتها جميعاً لما أن ذلك الواحد لما صار متعيناً صار كأنه استخلف ، وقال فخر الإسلام الأصح عندنا أن

تفسد صلاة المقتدي دون صلاة الإمام لأنه صار كمنفرد أحدث ولذا قال التمرتاشي الأصح أن صلاة الإمام لا تفسد لأن الإمامة انتقلت من غير صنعه وكذا لو اقتدى مقيم بالمسافر في فائتة السفر فأحدث الإمام لا يصير المقيم إماماً لعدم صلاحية إمامته ، ولو كان خلفه جماعة لا يتعين أحدهم إلا بتقديم الإمام أو القوم أو بتقدمه فيقتدون به ، ولو استخلف الإمام رجلين أو هو رجلا والقوم رجلا أو القوم رجلين بعضهم رجلا وبعضهم رجلا آخر فسدت صلاة الكل ، فإن خرج الإمام قبل تعيين الخليفة فسدت صلاة القوم والإمام المحدث على إمامته ما لم يخرج من المسجد أو خليفة أو مستخلف القوم غيره ،ولو أخر الإمام ليستخلف فلبث مكانه لينظر من يصلح فقيل أن يستخلف أكبر رجل من وسط الصف للخلافة وتقدم فصلاة من كان أمامه فاسدة ومن خلفه جائزة ، وكذا لو استخلف الإمام رجلا من وسط الصف قبل أن يخرج وقبل أن يؤم خليفة مكانه تفسد صلاة من كان أمامه. ولو استخلف إمامين فسدت صلاة الكل .

وعن السرخسي أن الأقل إذا كان ثلاثة فسدت صلاة الكل . قال الحسن اتفقت الروايات على أن الخليفة لا يصير إماماً حتى ينوي . وعن أبي حنيفة ومحمد إن نوى الإمامة في الحال صار إماماً قبل التقدم حتى لو أتم الصلاة في مكانه فسدت صلاة إمامه ، ولو نوى أن يصير إماماً إذا تقدم فهو على ما نوى قبل ذلك .

فروع في الاسبيجابي أدرك مع الإمام ركعة من الظهر أو العصر أو العشاء فإذا قضى ركعة يقرأ فيها بالفاتحة وسورة ويتشهد لأن ما يقضي آخر صلاته في حق التشهد ويقضي ركعة أخرى يقرأ فيها بفاتحة الكتاب وسورة ولا يتشهد ، وفي الثالثة إن شاء قرأ وهي أفضل وإن شاء سكت ، ولو أدرك منها ركعتين يقضي ركعتين ويقرأ فيها ويتشهد عقيبها ولو ترك القراءة فيها تفسد صلاته لأن ما يقضيه أول صلاته في حق القراءة وإن كان إمامه ترك القراءة في الأولين وقرأ في الأخريين لأنها قضاء عن الأولين والقراءة فيما يقضي فرض لأنه أول صلاته في حق القراءة .

وفي المحيط لو أدرك الإمام في ثالثة المغرب قضى الأولى والثانية بالقراءة حتى لو تركها

في أحديهما فسدت صلاته لأن ما يقضيه أول صلاته في حق القراءة في حق التشهد آخر صلاته ويجلس في كل ركعة احتياطاً .

وفي المبسوط إذا أدرك مع الإمام ركعة من المغرب فلما علم الإمام قام ويقضي يصلي ركعة ويقعد وهذا استحسان ، وفي القياس يصلي ركعتين ثم يقعد ثم يصلي المسبوق آخر صلاته حكماً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وفي قول محمد في حكم القراءة والقنوت هو آخر صلاته ، وفي حكم القعدة هو أول صلاته ، وجعل المرغيناني محمداً مع أبي حنيفة وجعل قول محمد المذكور أولاً لأبي يوسف .

وقال النووي في شرح المهذب مذهب الشافعي أن مايصلي المسبوق مع الإمام أول صلاته وما يقضيه آخرها . وروي نحوه عن عمر وعلي وأبي الدرداء رضي الله عنهم . وقال ابن المنذر ولا يثبت عنهم هذا . وقال مالك والثوري وأحمد ما أدركه مع الإمام آخر صلاته وما يدركه أولها ، وحكاه ابن المنذر عن ابن عمر ومجاهد وابن سيرين، وحكاه السرخسي عن علي وأحمد عن ابن عباس رضي الله عنهم .

# باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلاته عامداً أو ساهياً بطلت صلاته خلافاً للشافعي «رح» في الخطأ والنسيان

( باب ما يفسد الصلاة [1] )

أي هذا باب في بيان ما يفسد الصلاة وفي بيان ما يكره فيها وجه المناسبة بين البابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على العوارض في الصلاة إلا أن الأول في العوارض التي لا اختيار للمصلي فيها فكانت سماوية وهذا في العوارض المكتسبة ، وقدم السماوية لأنها أعرف في المعارضة لعدم قدرة العبد على دفعها .

فإن قلت النسيان من قبيل السماوية فكيف ذكره في هذا الباب . قلت المناسبة بين كلام الناسي والعامد وفي الحكم من حيث أن كلا منهما مفسد الصلاة .

( ومن تكلم في الصلاة عامداً ) أي حال كونه عامداً أي قاصداً ( أو ساهياً ) أي أو حال كونه ساهياً ، وفي بعض النسخ أو ناسياً ولم يفرق المصنف بين السهو والنسيان لعدم التفرقة بينهما في حكم الشرع ، والسهو ما يتنبه بأدنى تنبيه ، والخطأ ما لا يتنبه بالتنبيه أو يتنبه بعد اتعائه ، والنسيان أن يخرج المدرك من الخيال .

وقال الاترازي صورة الخطأ أن يقصد القراءة أو التسبيح فيجري على لسانه كلام الناس ، وصورة النسيان أن يريد الكلام ناسياً لصلاته وفيه نظر لا يخفى .

( بطلت صلاته ) جواب من ( خلافاً للشافعي في الخطأ والنسيان ) قال الشافعي كلام الخاطىء والناسي لا يفسد وكذا كلام الجاهل بتحريم الكلام في الصلاة بأن كان حديث

---

(١) لم يذكر في الشرح عبارة — وما يكره فيها — اه مصححه .

عهد في الإسلام ولم يطل الكلام ، فلو طال ففي ظاهر مذهبه تبطل صلاته ، لأن الكلام الكثير مما لا يقع السهو به عادة فيمكن الاحتراز عنه . وقال بعض أصحابه لا تبطل وإن كثر لإطلاق الحديث وبقوله قال مالك وأحمد في رواية وعنه مثل قولنا .

وقال النووي في شرح المهذب إن تكلم عامداً لمصلحة الصلاة تبطل صلاتـه بالإجماع ونقل الإجماع ابن المنذر وغيره وكذا لمصلحة الصلاة بأن قام إلى الخامسة فقـال له صليت أربعاً ونحو ذلك وهو مذهب الجمهور ، وإن تكلم مكرهاً فكذلك عنـد الشافعي على الأصح ، وفي الناسي والمخطىء لا يبطلها إلا إذا طال ويعرف الطول بالعرف .

وفي الجواهر للمالكية كلمـا أطلق عليه إسم الكلام من غير تجريد بحروفه ولا يتعين لها فهو مبطل للصلاة لعمده ، أو أكره أو وجب عليه الإيعاذ سلم من مهلكه ولا يبطلهـا سبق اللسـان وكلام الناسي وكلام الجاهل ملحق بالعامد .

وقال الأوزاعي ومالك وابن القاسم الكلام لمصلحة الصلاة لا يبطلها ، وقال المغـيرة يبطلها ذكرها في الذخيرة القرافي ، وفي المغني لابن قدامة إذا تكلم الإمام لمصلحة الصلاة فيه ثلاث روايات أحدهـا يبطل في حق الإمام والمقتدي واختارها الجلال والثانية لا يبطلها في حقها ، والثالثة تبطل صلاة المأموم دون صلاته وعند النخعي يفسدها كلام الناسي وبـه قال قتادة وحماد بن أبي سليمان كمذهبنا .

( ومفزعه ) أي مفزع الشافعي أي ملجأه والمراد به متنده فيما ذهب اليه وهو إسم مكان من فزع اليه إذا التجأ من باب علم يعلم يقال فلان مفزع القوم أي ملجأهم يستوي فيه الواحد والجميع والمذكر والمؤنث إذا همهم أمر فزعوا اليه وهو مبتـدأ وخبره قوله ( الحديث المعروف ) وهو قوله ﷺ رفع عن أمتي الخطأ والنسيـان وما استكرهوا عليه ، والعجب من الشراح وغيرهم من أصحابنا وغيرهم ان كلهم لا يذكرونه إلا بهـذا اللفظ وهذا لا يوجد بهذا اللفظ وأقرب ما وجد بلفظ رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً الخطأ والنسيان والأمر يكرهون عليه ، رواه ابن عدي في الكامل من حديث أبي بكرة قال قال رسول الله ﷺ رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً .. الحديث . وعده ابن عدي من منكرات

ولنا قوله عليه السلام أن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وإنما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن ، وما رواه محمول على رفع الاثم

جعفر بن حسر بن فرقد أحد رواته عن أبيه عن الحسن عن أبي بكرة .

وروى ابن ماجة في سننه من حديث ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وروى ابن ماجة أيضاً من حديث أبي ذر مرفوعاً نحوه ، وروى الطبراني في معجمه من حديث ثوبان مرفوعاً نحوه ، وروى أيضاً من حديث أبي الدرداء مرفوعاً نحوه ، وروى أبو نعيم في الحلية من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ نحو حديث ابن عباس وقال غريب من حديث مالك تفرد به ابن الصفي عن الوليد .

وأخرجه العقيلي في كتابه وأعله بأن الصفي وضعه عن أحمد وقال ابن أبي حاتم في علله سألت أبي عن حديث رواه الوليد بن مسلم عن الأوزاعي عن عطاء عن ابن عباس عن النبي ﷺ .. الحديث حديث المذكور ، وعن الوليد عن مالك عن نافع عن ابن عمر مثله ، وعن الوليد عن أبي لهيعة عن موسى بن داود وابن وردان عن عقبة بن عامر مثله فقال ان هذه أحاديث منكرة كأنها موضوعة ولا يصح هذا الحديث ولا يصح إسناده .

( ولنا قوله ﷺ ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وإنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن ) هذا الحديث رواه مسلم في صحيحه من حديث معاوية بن الحكم السلمي قال بينا أنا أصلي بالناس قرماني بأبصارهم فقلت والكل أمياً ، ما شأنكم تنظرون إلي فجعلوا يضربون بأيديهم على فخاذهم . . الحديث بطوله فيه ان هذه الصلاة لا يصلح فيه شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن . وأخرجه الطبراني ولفظه ان صلاتنا لا تحل فيها شيء من كلام الناس ، وبوب عليه مسلم باب نسخ الكلام في الصلاة .

( وما رواه ) أي الذي رواه الشافعي وهو الحديث المذكور ( محمول على رفع الاثم )

تقرير هذا ان الذي يراد به الحقيقة أو الحكم ، فالأول ممنوع لأن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ليست بمرفوعة فتعين الثاني وهو الحكم وهو لا يخلو إما ان يراد به حكم الدنيا أو حكم الآخرة فالأول ممنوع لأنه ليس بمرفوع بالإجماع ، ألا ترى أن رجلاً إذا قتل مسلماً خطأً تجب عليه الدية والكفارة بحكم نص القرآن وكذا لو ترك ركناً من أركان الصلاة ناسياً لا يكون معذوراً فتعين الثاني وهو حكم الآخرة وهو الاثم فلما ثبت أن المراد منه حكم الآخرة لا حكم الدنيا كان كلام الناسي والخاطىء مفسداً للصلاة لأن جوازها وفسادها من أحكام الدنيا .

وقال الأكمل تقريره ان حكم الآخرة وهو الاثم مراد بالإجماع فلا يكون حكم الدنيا مراداً وإلا لزم عموم المشترك والمقتضي وكلاهما باطل .

قلت هذا الجواب غير كاف لأن الشافعي قائل بعموم المشترك على ما عرف في موضعه.

فإن قلت احتج الخصم بحديث ذي اليدين (١) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله ﷺ إحدى صلاتي العشاء ، إما الظهر وإما العصر فسلم في ركعتين فقام ذو اليدين فقال يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيت فقال ما يقول ذو اليدين قالوا صدق لم تصل إلا ركعتين فصلى ركعتين وسلم ثم سجد سجدتين ثم سلم. وفي رواية البخاري قلت له انس ولم تقصر وفي رواية لهما كل ذلك لم يكن قال قد كان بعض ذلك وفي لفظ لهما صلى بنا رسول الله ﷺ العصر وفي لفظ لهما صلى بنا ركعتين من صلاة الظهر ثم سلم فأتاه رجل من بني سليم .

قلت حديث ذي اليدين قد كان في وقت كان الكلام مباحاً في الصلاة ثم انتسخ ذلك، ألا ترى أن ذي اليدين كان عامداً بالكلام ولم يأمرهم بالإعادة ، ويدل على نسخه أيضاً أن ذي اليدين لم يسبح لرسول الله ﷺ باتفاقنا أن رجلاً لو ترك إمامه شيئاً من صلاته يسبح له ليعلم إمامه ما قد تركه فدل ان ما علمه عليه السلام الناس من التسبيح في الصلاة لنائبه كان

(١) في الأصل – ذي الدين – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححة .

متأخراً عن ذلك ، والدليل على كون الكلام مباحاً ثم نسخ بحديث زيد بن أرقم وحديث ابن مسعود .

فحديث زيد أخرجه البخاري ومسلم عنه قال كنا نتكلم في الصلاة يكلم الرجل لصاحبه وهو إلى جانب في الصلاة حتى نزلت ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ ٢٣٨ البقرة ، فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام .

وحديث ابن مسعود أخرجه أيضاً عنه قال كنا نسلم على رسول الله ﷺ وهو في الصلاة فيرد علينا ، فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا فقلنا يا رسول الله كنا نسلم عليك فترد علينا فقال ان في الصلاة شغلاً . وأخرجه أبو داود في لفظه أنه حدث أن لا تكلموا في الصلاة . ورواه ابن حبان في صحيحه .

والدليل على النسخ أن أبا بكر وعمر وغيرهما من الناس تكلموا عامدين .

فإن قلت أبو هريرة أسلم بعد فتح خيبر وحرمة الكلام كانت ثابتة حين قدم من الهجرة فتح خيبر كانت سنة سبع من الهجرة . وقال أبو هريرة في حديثه صلى بنا ، قلت معناه صلى بنا أي بأصحابنا وهذا جائز في اللغة كما روي عن النزال بن سبرة قال قال لنا رسول الله ﷺ وأنا وإياكم كنا ندعى بني عبد مناف .. الحديث والنزال لم ير رسول الله عليه السلام وإنما أراد بذلك قال لقومنا .

وروي عن طاووس قال قدم علينا معاذ بن جبل رضي الله عنه فلم يأخذ من الخضراوات شيئاً وإنما أراد قدم بلدنا لأن معاذاً إنما قدم اليمن على عهد رسول الله ﷺ قبل أن يولد طاووس وقد أشبعنا الكلام في شرحنا لمعاني الآثار للامام الطحاوي .

وذو اليدين اسمه الخرباق وكنيته أبو العرياز ، وقال بعض أصحابنا منهم صاحب المبسوط أن ذا اليدين قتل ببدر وذلك قبل فتح خيبر بزمان طويل . قلت هذا غير صحيح والذي عليه أهل الأثر المحققون أنه عاش بعد النبي عليه السلام والذي قتل في بدر هو ذو الشمالين واسمه عمير بن عمر الخزاعي وهو غير المتكلم في حديث السهو هذا قول جميع الحفاظ إلا الزهري وقد اتفقوا على تغليط الزهري في ذلك .

بخلاف السلام ساهياً لأنه من الاذكار فيعتبر ذكراً في حالة النسيان وكلاماً في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فإن أنّ فيها أو تأوه

---

فإن قلت قال الخطابي دعوى النسخ فيه لا وجه لها لأن تحريم الكلام كان بمكة ، وراوي حديث ذي اليدين أبو هريرة هو متأخر الإسلام ورواه أيضاً عمران بن حصين وهجرته أيضاً متأخرة . قلت هذا ليس بشيء لأنا قد ذكرنا وجه النسخ ولا سيما بحديث زيد بن أرقم الذي في الصحيح وصحته كانت بالمدينة بعد قدوم النبي ﷺ من مكة وفي حديثه ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ ٢٣٨ ، وهي في سورة البقرة وهي مدنية بالإجماع وعن ابن الخطابي أن تحريم الكلام كان بمكة ومن روى ذلك وتأخر إسلام أبو هريرة وعمران بن حصين لا يقدح في النسخ فلا يقوم الدليل بحديث ذي اليدين ما لم يقم الدليل على أنه كان بعد [ قبل ] نسخ الكلام .

( بخلاف السلام ساهياً ) هذا جواب عما يقال السلام كالكلام في أن كل واحد منهما قاطع ، وفي السلام تفصيل بين العمد والنسيان فكذلك في الكلام ، وتقرير الجواب أن السلام ليس كالكلام ( لأنه من الاذكار ) إذا تشهد يسلم على النبي ﷺ وهو اسم من أسماء الله تعالى وله حالتان ( فيعتبر ذكراً في حالة النسيان وكلاماً في حالة العمد لما فيه من كاف الخطاب ) عملاً بالشبهين بخلاف الكلام فإنه ينافي الصلاة على كل حال وكان مبطلاً لها .

وقال الأكمل وطولب بالفرق بينه وبين الأفعال تنافي ، فإن القليل منها غير مفسد . وأجيب بأن الإحتراز عن قليلها غير ممكن إذ في الحي حركات طبيعية ليست من الصلاة فلا تفسد حتى تدخل في حد ما يمكن الإحتراز وهو الكثير وليس في الحي كلام طبيعي لا يمكن الإحتراز عنه فاستوى القليل والكثير .

قلت هذا السؤال مع جوابه للسفناقي فسبكها هذه العبارة والسفناقي أخذه من كتاب الأسرار حاصله لا يجوز اعتبار القول بالفعل لأن الاحتراز عن أصل الفعل محال بخلاف القول فاحتيج إلى الفرق باعتبار الكثرة في الفعل لامكان الإحتراز عنها بخلاف القول .

( فإن أن فيها ) أي في الصلاة وأن فعل ماض مشدد من الأنين وهو الصوت المسترجع والمتحزن ( أو تأوه ) عطف على ان وهو أيضاً فعل ماض من باب التفعل والتأوه أن

أو بكى فارتفع بكاؤه ، فإن كان من ذكر الجنة أو النار لم يقطعها لأنه يدل على زيادة الخشوع ، وإن كان من وجع أو مصيبة قطعها لأن فيه إظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس . وعن أبي يوسف « رح » ان قوله آه لم يفسد في الحـــالين . وأوه يفسد

---

يقول أوه والأنين أن يقول آه ، وفي هذه اللفظة لغات أوه بسكون الواو وكسر الهاء وآه بقلب الواو ألفاً وأوه به تشديد الواو مع كسرها وسكون الهاء وأو بتشديـد الواو مع حذف الهاء وأوه بالمد وفتح الواو المشددة وسكون الهاء . وفي شرح الأقطع قال محمد في الأنين إذا لم يقدر على دفعه من الوجع لم تفسد الصلاة لأنه لم يمكن الإحتراز عنه .

( أو بكى فارتفع بكاؤه فإن كان ) أي بكاؤه ( من ذكر الجنة أو النـــار لم يقطعها ) أي لم يقطع الصلاة ( لأنه يدل على زيادة الخشوع ) لأن في البكاء من ذكر الجنة زيادة الرغبة وفي البكاء عن ذكر النار زيادة الخشية وفيه تعريض سؤال الجنة وتعوذ من النار ولو صرح به فقال اللهم اني أسألك الجنة وأعوذ بك من النار لم يضره فكذلك ها هنا .

( ولو كان ) أي البكاء ( من وجع ) في بدنه ( أو مصيبة ) في ماله أو أهله ( قطعها ) أي قطع الصلاة ( لأن فيه إظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس ) وكلام النـــاس يفسد الصلاة فكذلك ما كان منه ، ولو صرح به فقال أغيثوني فإني مصاب تفسد صلاته فكذلك ها هنا وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي البكاء يبطـــل الصلاة إذا كانت حرفين سواء كانت بكاء للدنيا أو للآخرة . وفي الدراية ثم إن عند الشافعي البكاء لايفسد في الحالتين لأن ما ظهر من الصوت ليس بكلام في الحالتين ولا معبر عمـــا في القلب فلا معنى للفصل بين الحالتين .

( وعن أبي يوسف أن قوله آه ) بفتح الهمزة وسكون الهاء ( لم يفسد في الحالين ) يعني في البكاء عن ذكر الجنة أو النار والبكاء من وجع أو مصيبة .

( وأوه يفسد ) يعني قوله أوه بفتح الهمزة وتشديد الواو وسكون الهاء يفسد الصلاة وهذا القول عن أبي يوسف مبنى على أن الحرفين لا تفسد والثلاثة تفسد والمعنى فيـه ان

وقيل الأصل فيه ان الكلمة إذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان أو أحدهما لا تفسد وإن كانتا أصليتين تفسد وحروف الزوائـــد جمعوهـــا في قولهم اليوم تنساه

---

أقل أصل كلام العرب ثلاثة أحرف وهو الأصل ليكون له ابتداء وانتهاء ووسطاً فكان الحرف الواحد أقل الكلمة فلا يطلق عليه الكلام وكذلك الحرفان إذا كان أحدهمـا من الزوائد لأنه واحد على اعتبار الأصل فكذلك لم يفسد اه لأنها من حروف الزوائد وآه تفسد وإن كان كلها من حروف الزوائد لأنه زائد على الحرفين وهو قد قيـد عدم الإفساد بالحرفين وكان الزوائد عليها مفسداً وإن كان هو من حروف الزوائد فكان تقييده بحرفين زائدتين إشارة إلى أن يشير يفسد لأن له حرفين أصليين وأوه أيضاً يفسد لأنـه زائد على الحرفين وإلى ما قلنا أشار بقوله ( وقيل الأصل فيه ) أي في هذا الحكم ( إن الكلمة إذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان أو إحداهما زائدة ) من الحروف وهي عشرة أحرف فالآن يأتي ذكرها .

( ولا تفسد ) أي الصلاة ( وإن كانتا ) أي الحرفان ( أصليتـين يفسد ) على ما ذكر الآن ( والحروف الزوائـــد جمعوها في قولهم اليوم تنساه ) وهي عشرة أحرف من همزة اليوم إلى هاء تنساه وسئل بعضهم عنها حين قدم على قوم فقال :

هويت السمانا فشيبنـي وقد كنت قد ما هويت السمانا

فلم يفهموه وظنوا أنه يطلب السمنى فأتوه به فلما فرغ منه سألوه ثانياً فقال سألتمونيها فلم يفهموه أيضاً فسألوه ثالثاً مخاطباً لواحد منهم اليوم تنساه فأتى بجميع الحروف الزوائد في الأجوبه الثلاثة فأنشد هويت السمان ..الخ فلم يفهمه فقال له قد أجبتك مرتين .

قلت لم تجبه ولا مرة واحدة لأنه نطق كل مرة بتسعة أحرف من حروف الزيادة لأنه حذف الف الوصل مرتين ولهذا قال ابن الحاجب السمان هويت وجمعوها أيضاً بكلمـات أخرى نحو أتاه سليمان الموت ينساه وغير ذلك .

فإن قلت ما معنى تسميتهم هذه الحروف حروف الزيادة . قلت معنـــاه ان الزيادة

وهذا لا يقوى لأن كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وإفهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد ، وإن تنحنح بغير عذر بأن لم يكن مدفوعا اليـــه

---

لغير [1] والتضعيف لا يكون إلا منها لا انها لا تقع إلا زائدة .

( وهذا ) القول ( لا يقوى ) أي هذا الذي قاله أبو يوسف ليس بقوي ( لأن كلام الناس في متفاهم العرف يتبع حروف الهجـاء ) وفي بعض النسخ يتبع وجود الهجـــاء ( وإفهام المعنى ) أي ويتبع افهام المعنى بكسر الهمزة ( ويتحقق ذلك ) أي إفهام المعنى ( من حروف كلها زوائد ) فانك إذا قلت أنتم اليوم سألتمونيها تفسد بالاتفـــاق وهذا مبتدأ وخبر فعل وفاعل ومفعول به ومفعول فيه وكلهـــا من حروف الزوائد . قال الاترازي وفيه نظر عندي ، لأن أبا يوسف إنما جعل حرف الزيادة كأن لم يكن إذا قل لتعذر الإحتراز عنه وشبهه بالتنحنح والتنفس ، فأما إذا كثر فلا فكيف يرد عليه حينئذ قوله ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد .

قلت هو مسبوق بالسفناقي في هذا ، فانه قال هذا لا يرد عليه لأن كلامه في الحرفين لا في الزوائد عليها فان الزوائد عليها قوله كقولها . وقال الأكمل بعد أن حكى كلام السفناقي أقول قول المصنف في حروف كلها زوائد يجوز أن يكون المراد بالجمـــع في التثنية وحينئذ يكون معنى كلامه كلام الناس في العرف عبارة عن وجود الهجاء وإفهام المعنى وذلك يتحقق في الكلام الذي فيه حرفان من حروف الزيادة فيكون من كلام كثيرة فيكون مفسداً . قلت لا الداعي ها هنا يـــذكر الجمع وأراد التثنية ولا يعدل عن الحقيقة إلى المجاز إلا لنكتة .

( وإن تنحنح بغير عزر ) التنحنح أن يقول أح أح وفسر قوله لغير عذر بقوله ( بأن لم يكن مدفوعاً اليه ) أي بأن لم يكن مضطراً اليه بأن كان مبعوث الطبع لأنه حينئذ لا يمكنه الإحتراز عنه فلا تفسد . وقال شيخ الإسلام التنحنح لتحسين الصوت لا يقطع الصلاة لأنه لإصلاح القراءة فكان من القراءة .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة في الأصل وربما هي الاغراق . اهـ مصححه .

( وقد[1] حصل به الحروف ) جملة حالية ، والضمير في به يرجع إلى التنحنح كما في قوله﴿اعدلوا هو أقرب للتقوى﴾ينبغي أن يعد عندهما جواب ان أي عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال الأكمل قيل إنما قال ينبغي لأن المشايخ أطلقوا فيما إذا كان التنحنح لإصلاح الصوت للقراءة . قال شيخ الإسلام وشمس الأئمة لا تفسد لأنه بمعنى القراءة وكان الفقيه اسماعيل الزاهد يقول يقطع الصلاة لأنه حروف مهجاة وفيه نظر لأن اختلاف المشايخ لا يستلزم ذلك وقع في هذا الكتاب في موضع من اختلاف المشايخ كذلك لأجل اختلاف المشايخ لم يقع الجواب في الكتاب ، وذكر لفظ ينبغي أن يفسد عندهما لأن الأصل عندهما إذا حصل به الحروف المهجاة أن تفسد وإن لم تظهر به الحروف المهجاة لا تفسد سواء كان لتحسين الصوت أو غيره يندفع نظره بذلك ولا يلزم من عدم وقوع هذا لوضع من الكتاب أن لا يقع في هذا الموضع . وقال الأكمل في قوله عندهما أيضاً فيه نظر لأنه قال وحصل به حروف بلفظ الجمع ومذهبه حينئذ كمذهبهما فلا وجه لإفرادهما بالذكر .

قلت إنما قال عندهما بناء على التفصيل المذكور لأن في هذا عدم العذر خلاف المشايخ فأشار بقوله عندهما إلى أنه يقطع عندهما ولكن لم يقطع بالجواب لما ذكرنا . وقوله – فإن حمل الجمع ها هنا أيضاً على التثنية – اندفع النظر الثاني قد مر جوابه عن قريب .

وللشافعي في التنحنح إن ظهر له حروف قولان كما في النفخ ، وفي مختصر البحر المحيط التنحنح بغير سبب يكره وبسبب الخشونة في حلقه أو الاعلام غير أنه في الصلاة لم يفسد ولم يكره ولو قام الإمام إلى الخامسة فتنحنح تنبيهاً له لا يفسد وكذا لو أخطأ الإمام فتنحنح المقتدي ليهتدي إلى الصواب لا يفسد ولو تنحنح قاصداً إسماع شخص ففي بطلانه روايتان عند المالكية وتبطل في أصح الوجوه عند الشافعية إن بان فيه حرفان إذا كان مختاراً من غير حاجة .

( وإن كان ) أي التنحنح ( بعذر ) بأن يكون له سعال ( فهو عفو ) يعني لا يفسد

(١) لم يذكر حرف قد في الأصل . اهـ مصححه .

وإن حصل به حروف لأنه جاء من قبل من له الحق فجعل عفواً ( أي كالعطاس والجشاء) أراد به أنه إذا عطس أو تجشأ ( إذا حصل به حروف ) أي إذا حصل بكل واحد من العطاس والجشاء فإنه لا يفسد وكذا التثاؤب إذا ظهر له حروف مهجاة كذا في فتاوى العتابي ، وأما النفخ فقال في الذخيرة ينفخ التراب من موضع سجوده إن كان نفخاً لا يسمع لا تفسد اتفاقاً لأنه كالتنفس ، وإن كان يسمع يفسد عندهما .

قال وظف بعض المشايخ أن المسموع ما يكون له حروف مهجاة نحو أف وتف وغير المسموع بخلافه واليه مال شمس الأئمة الحلوائي وبعضهم لم يشترط في النفخ المسموع أن يكون له حروف مهجاة واليه ذهب خواهر زادة وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً لا يفسد إلا إذا أراد به التأفيف يعني إظهار الكراهة والتفجر كما في الآية وكقول القائل أفاً تفاً لمن مودته إن غبت عنه ساعة زالت إن مالت الريح هكذا وكذا مال مع الريح أينما مالت أما إذا أراد به تنظيف موضع سجوده وتنقيته من التراب لا يقطع ثم رجع وقال لا يقطع بكل حال ، وقال أحمد التنفخ عندي بمنزلة الكلام حكاه في المغني أو قال أيضاً يفسد به صلاته لقول ابن عباس رضي الله عنه من نفخ في الصلاة فقد تكلم ، رواه سعيد بن منصور في سننه ومثله عن سعيد بن جبير رضي الله عنه وعنه قال أكره ولا أقول يقطع الصلاة وليس بكلام وعن مالك في النفخ قولان وفي الإمام غلام يقال له الرباح نفخ في سجوده فقال له عليه السلام يا رباح أما علمت أن من نفخ فقد تكلم ذكره في الإمام من طرق فيها كلام ، وفي المحيط إذا قال المصلي مخففاً لا تفسد صلاته عند أبي يوسف رحمه الله بلا خلاف بين المشايخ ، وإذا قال أف مشدداً ينبغي أن يكون فيه اختلاف المشايخ وعندهما تفسد الصلاة في المخفف والمشدد جميعاً .

واحتج أبو يوسف بما روي عن النبي عليه السلام كان في سجود المناجاة بعد فراغه من صلاة الكسوف قال نقبل الثقات الأثبات وقد ذكر وفي أف ما يزيد على أربعين وجهاً في النطق بها . وفي الحلل في شرح الجمل لأبي قاسم الزجاجي وقد جوى بها في النوادروغيرها وهي أف أف أف أف أف أفا أف أفا أفي أفو أفا أفا الأول بغير إمالة والثاني

ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلاة فسدت صلاته لأنه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما إذا قال العاطس أو السامع الحمد لله على ما قالوا

---

بإمالة والثالث بين بين أفي أفوا أفا أفه أفه قال فهذه اثنان وعشرون لغـة أف أف أفي أفوا قال وهو لفظ مستعمل جواب عما يضجر منه ولكل ما يستذر .

وقيل ان أف اسم لوسخ الأظافر وتف لوسخ البراجم ويقال لوسخ الأذن أف ولوسخ الظفر تف ، وفي الذخيرة لو ساق دابة بقوله فالقول ليس يقطع عنـده وقال صاحب الطوار لو نهق كالحمـير أو زعق كالغراب تبطـل صلاته ولا يشترط فيه الحروف ، وعندنا يشترط .

( ومن عطس فقال له آخر ) أي شخص آخر ( يرحمك الله وهو ) أي الحال أن الآخر ( في الصلاة فسدت صلاته لأنه ) أي من قوله يرحمك الله ( يجري في تخاطب الناس فكان من كلامهم ) فإذا كان الناس فقد يتكلم به تفسد صلاته ( بخلاف ما إذا قال العـاطس ) لنفسه يرحمك الله يا نفسي فإنه لا تفسد صلاته لأنها لما لم يكن خطـاباً لغيره لم يعتبر من كلام الناس فلم يكن مفسداً .

( أو السامع الحمد لله ) أي بخلاف ما قال السامع في الصلاة الحمد لله لا تفسد صلاته لأنه لا يستعمل جواباً فلم يكن من كلام الناس وأشار بقوله ( على ما قالوا ) إلى خلاف البعض من المشايخ فإنهم اختلفوا في فساد صلاة من أراد الجواب بقوله الحمد لله . وفي المحيط لو حمد الله العاطس في نفسه ولا يحرك لسانه عن أبي حنيفه لا تفسد فلو حرك تفسد . وفي فتاوى العتابي لو قال السامع الحمد لله على رجاء الثواب من غير إرادة الجواب فلا تفسد .

وعن أبي حنيفة من رواية الحسن تفسد إن أراد استفهامه وعن محمد أنه يحمد بعد الفراغ ولو سمع اسم النبي ﷺ وصلى عليه تفسد وكذا لو سمع اسم الشيطان فقال لعنه الله تفسد . وقيل على قول أبي يوسف لا تفسد لأنـه في القرآن ، ولو أجاب المؤذن تفسد ولو أذن ذكر البقالي أنـه تفسد خلافاً لأبي يوسف وفي الفتاوى لا تفسد حتى يقول

لأنه لم يتعارف جواباً . وإن استفتح ففتح عليه في صلاته تفسد ، ومعناه أن يفتح المصلي على غير إمامه لأنه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس .

---

حي على الصلاة ولو قال نعم أو أرى لو اعتـاده خارج الصلاة فسدت وإلا فلا ولو شمت العاطس بالتحميد لا يفسد إلا في رواية عن أبي حنيفة ومحمد والعاطس يحمد الله تعالى في نفسه وبه قال مالك وتركه أحسن ، وعن مالك الأحسن السكوت .

وعن أبي يوسف يسر المقتدي التحميد ويخير المنفرد مصليان عطس أحدهما فشمته ثالث فقالا آمين فسدت صلاة العاطس لأنه أجابه دون الثـاني . وقال مالك لا يشمت العاطس ، فلو شمته لا يرد بإشارة في فرض ولا نفل بخلاف رد السلام بالإشارة عنه . وفي نوادر بشر عن أبي يوسف أن المصلي وحده إذا عطس إن شاء أسر بالحمد وإن شاء أمكن به وخلف الإمام يحرك به لسانه وفي الواقعات الأحسن أن يسكت .

( لأنه ) أي لأن قول الحمد لله ( لم يتعارف جواباً ) يعني ليس بجواب في العرف .

( وإن استفتح ) على صيغة الفاعل والضمير فيه يرجع إلى المصلي وهو أعم من أن يكون إماماً أو منفرداً والإمام أيضاً يحتمل أن يكون إمام نفسه أو إمام غيره ولكن المراد منه ها هنا غير إمامه على ما لا يخفى على المتأمل – ( ففتح عليه ) على صيغة الفاعل أيضاً أي ففتح على المستفتح ( في صلاته فسدت صلاته ) أي صلاة الفاتح ، ومراده أن يفتح على غير إمامه ، وأشار إلى ذلك بقوله ( ومعناه أن يفتح المصلي على غير إمامه لأنه ) أي لأن فتحه على غير إمامه ( تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ) فيكون مفسداً .

ثم اعلم أن الاستفتاح على أربعة أقسام بحسب القسمة العقلية .

**الأول** : أن لا يكون المستفتح والفاتح في الصلاة ، وهذا ليس فيما نحن فيه .

والثاني : أن يكون كلاً منهما في الصلاة ثم لا يخلو اما أن يكون الصلاة متحدة بأن يكون المستفتح إماماً والفاتح مأموماً أو لا يكون . ففي الأول الذي هو القسم الثالث لا تفسد صلاة كل منهما ، وفي الثاني الذي هو القسم الرابع يفسد صلاة كل واحد منهما لأنه تعليم وتعلم والاستفتاح طلب الفتح والاستبصار ، قال الله تعالى ﴿وكانوا من قبل يستفتحون﴾

٨٩ البقرة [١] ، أي يستبصرون ، ويجوز أن يكون كل واحد منهما مراداً واستفتاح المصلي طلبه الفتح بدلالة حاله حيث توقف بسبب الحصر ، وكل واحد من المعنيين مفسداً لأن الفتح ينزل منزلة قول القائل إذا انتهت إلى هذا فبعده هذا ، والتصريح به مفسد فكذا النازل منزله ولكن وقع العدول عن قضية هذا التأويل فيما إذا اتحدت صلاتهما بأن كان المستفتح إماماً والفاتح مقتدياً بالنص وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال صلى النبي عليه السلام صلاة فالتبس عليه فلما فرغ قال لأبي أشهدت معنا قال نعم قال فما منعك أن تفتحها علي ، رواه أبو داود وابن حبان .

وروى الحاكم عن أنس كنا نفتح على الأئمة على عهد رسول الله ، وقد صح عن ابن عبد الرحمن السلمي قال قال علي رضي الله عنه إذا استطعمك الإمام فأطعمه ، والاستطعام مجاز عن الاستفتاح لاشتراكهما في معنى الاستغاثة . وعن الحسن وابن سيرين أنهما قالا لقن الإمام ، وعن عطاء لا بأس به ، وعن نافع قال صلى بنا ابن عمر فتردد ففتحت عليه فأخذ في ذكر ذلك ابن أبي شيبة في سننه وهو قول الجمهور .

وقال ابن قدامة قال أبو حنيفة إن فتح على الإمام بطلت صلاته . قلت هذا ليس بصحيح . وقال الاترازي بمعنى أن لا يجوز الفتح على الإمام أصلاً لما روي عن ابن إسحاق عن الحارث عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يا علي لا تفتح على إمامك في الصلاة . قلت ذاك حديث مطعون فيه طعنه أبو داود في السنن وقال لم يسمع أبو إسحاق من الحارث إلا أربعة أحاديث ليس هذا منها .

قلت كان قصده من إيراد مثل هذا تطويل الكلام بلا فائدة وكان ينبغي أن يقول وما روى الحارث عن علي .. إلى آخره غير صحيح لأن الحارث ضعيف ، وأيضاً قد صح عن علي خلاف هذا وقد ذكرناه .

(١) لقد وقع خطأ في الآية في الأصل حيث كتبت ﴿ وكانوا يستفتحون ﴾ والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححة .

ثم شرط التكرار في الأصل لأنه ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لأن الكلام بنفسه قاطع وإن قل وإن فتح على إمامه لم يكن كلاماً استحساناً لأنه مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا من أعمال صلاته معنى وينوي الفتح على إمامه دون القراءة هو الصحيح

---

( ثم شرط التكرار ) وهو أن يفتح غير مرة ( في الأصل ) أي في المبسوط وذكر فيه إذا فتح غير مرة فسدت صلاته وهذا إشارة إلى أنه ما لم يتكرر لا تفسد ( لأنه ) أي لأن التكرار ( ليس من أعمال الصلاة فيعفى القليل منه ) كالخطوة والخطوتين .

( ولم يشترط ) أي التكرار ( في الجامع الصغير لأن حاكم [1] الكلام نفسه قاطع وإن قل ) أي الفتح يكون مفسداً بنفسه .

( وإن فتح على إمامه لم يكن كلاماً استحساناً ) أي من حيث الاستحسان لأن القياس يأباه ، وإطلاق هذا دليل على أنه إذا قرأ الإمام مقدار ما تجوز بـه الصلاة أو لم يقرأ لا تفسد صلاتها بالفتح والأخذ ويؤيد هذا ما ذكره قاضي خان في فتـاواه وقال وإن قرأ الإمام مقدار ما تجوز إلا أنه توقف ولم ينتقل إلى آية أخرى حتى فتح المقتـدي اختلفوا فيه والصحيح أنه تفسد صلاة الفاتح ، وإن أخذ الإمام لا تفسد صلاتهم وعن قريب يجيء مزيد الكلام فيه .

( لأنه ) أي لأن الإمام ( مضطر إلى إصلاح صلاته فكان هذا ) أي الفتح ( من أعمال صلاته معنى ) أي من حيث المعنى ، وأراد أنه اشتغال بالقراءة والقراءة من أعمال الصلاة ( وينوي الفتح ) أي ينوي الفاتح الفتح ( على إمامه دون القراءة ) لأنه ممنوع من القراءة دون الفتح ( هو الصحيح ) أي احترز به عن قول بعض المشايخ أنه ينوي بالفتح على إمامه التلاوة لئلا يكون مباشراً عمـلا ليس من الصلاة . وقال السرخسي هذا سهو بل ينوي

---

(١) كلمة – حاكم – غير موجودة في المتن والصحيح حذفها .

لأنه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الإمام انتقل إلى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح وتفسد صلاة الإمام لو أخذ بقوله لوجود التلقين والتلقين من غير ضرورة . وينبغي للمقتدي أن لا يعجل بالفتح وللامام أن لا يلجئهم اليه بل يركع إذا جاء أوانه أو ينتقل إلى آية أخرى

---

الفتح ( لأنه ) أي لأن الفتح ( مرخص فيه ) لإصلاح الصلاة .

( وقراءته ) أي قراءة المقتدي ( ممنوع عنها ) أي عن القراءة ( ولو كان الإمام انتقل إلى آية أخرى تفسد صلاة الفاتح ) خاصة إن لم يأخذ الإمام بقوله لعدم الضرورة إلى الفتح ( ويفسد صلاة الإمام لو أخذ بقوله ) أي بقول الفاتح ( لوجود التلقين ) من الفاتح ( والتلقين ) من الإمام ( من غير ضرورة ) أي الفتح .

( وينبغي للمقتدي أن لا يعجل بالفتح ) لإمكان الاستفتاح ( وللامام أن لا يلجئهم اليه ) أي إلى الفتح والإلجاء أن يقف ساكتاً بقيد الحصر أو بقيد الآية ، ولا ينبغي له أن يفعل كذلك ( بل يركع إذا جاء أوانه ) أي أوان الركوع وهو أن يقرأ مقدار ماتجوز به الصلاة وكلامه مطلق وبعضهم فصل فيه لاختلاف الرواية فيه ففي بعضها اعتبر الاستحباب وفي بعضها اعتبر فيها فرض القراءة ( أو ينتقل إلى آية أخرى ) لأن الفتح وإن كان إصلاحاً حقيقة ولكنه يتصور بصورة التعلم والتعليم فيكره كذا في المحيط ، وقاضي خان وفي جامع التمرتاشي لو استفتح بعدما قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة ففتح عليه اختلفوا فيه .

فقيل يفسد صلاته ولو أخذ الإمام تفسد صلاة الكل والأصح أنه لا يفسد صلاة أحد، لأنه لو لم يفتح ربما يجري على لسانه ما يكون مفسداً فكان فيه إصلاح صلاته . وعن أبي حنيفة لا ينبغي لأحد أن يفتح على إمامه وإن فعل فقد أساء ولا تفسد ، وعند الشافعي ومالك لا بأس به .

فلو أجاب في الصلاة رجلاً بلا إله إلا الله فهذا كلام مفسد عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يكون مفسداً وهذا الخلاف فيما إذا أراد به جوابه . له أنه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ، ولهما أنه أخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جواباً كالتشميت

---

( ولو أجاب ) أي المصلي ( في الصلاة رجلاً بلا إله إلا الله ) بأن قيل عنده هل مع الله إله آخر ، فأجاب أن لا إله إلا الله ( فهذا كلام مفسد عند أبي حنيفة ومحمد ) وبه قال مالك وأحمد .

( وقال أبو يوسف لا يكون مفسداً ) وبه قال الشافعي ( وهذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بينهم ( فيما إذا أراد به جوابه ) أي جواب ذلك الرجل فعندهما إذا أراد الجواب يفسد صلاته ، وإن أراد اعلام الصلاة فلا ، وعند أبي يوسف لا يفسد صلاته سواء أراد الجواب أو الاعلام ، ( له ) أي لأبي يوسف رحمه الله ( انه ) أي قول المجيب بلا إله إلا الله ( ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ) أي ثناء بوضعه فلا يكون من كلام الناس بنيته كما أن كلام الناس لا يكون ذكراً وثناء بعزيمته .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه ) أي أن هذا المجيب ( أخرج الكلام مخرج الجواب ) بضم الميم ( وهو يحتمله ) أي الجواب محتمل كلامه لا يحتمل الثناء والجواب فكان كالمشترك والمشترك يجوز تعيين أحد مدلوليه بالقصد والعزيمة ( فيجعل جواباً كالتشميت ) فإنه لا شك أنه ذكر بصيغته ويحتمل الخطاب وقد ألحقه النبي عليه السلام بكلام الناس حين قصد به خطاب العاطس .

فإن قلت روي أن رسول الله ﷺ قال في جواب ابن مسعود حين استأذن على الدخول وهو عليه السلام في الصلاة ادخلوها بسلام آمنين ، أراد جوابه ولم يفسد صلاته . قلت أجاب شمس الأئمة السرخسي أنه محمول على أنه انتهى بالقراءة إلى هذا الموضع ويحتمل أنه أراد به الإعلام أنه في الصلاة .

والتشميت مصدراً من شمت على وزن فعل بالتشديد وفي الصحاح فتشميت العاطس بالسين والشين . وقال ثعلب الاختيار بالسين لأنه مأخوذ من السمت وهو القصد والحجة . وقال أبو عبد الشين المعجمة أعلى في كلامهم وأكثر ، ولما وقع التسميت جواباً صار من كلام الناس وإن كان فيه ذكر الله تعالى ولهذا لو قال لرجل اسمه يحيى – يا يحيى خذ الكتاب –تفسد صلاته لأنه أراد به الخطاب وكذا لو قال لرجل اسمه يوسف – يا يوسف أعرض عن هذا – وكذا لو قال له من أي موضع مررت فقال وهو في الصلاة وبئر معطلة وقصر مشيد ، وكذا لو قال لابنه وهو خارج السفينة – يا بني اركب معنا – تفسد صلاته في الوجوه كلها .

(والاسترجاع) بالرفع مبتدأ وهو القول بإنا لله وإنا اليه راجعون عند المصيبة وكذا الترجيع وخبره ( على هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي يوسف وبينهما يعني إذا أخبر أن فلاناً مات فأجاب في الصلاة إنا لله وإنا اليه راجعون فعندهما تفسد صلاته وعند أبي يوسف لا تفسد .

وأشار بقوله ( في الصحيح ) إلى الإحتراز عن قول الفضل فإنه قال سالت الإسترجاع على الرفاق . وقال الشافعي ان قصد الإسترجاع قراءة القرآن لا تفسد وإلا تفسد وفي غريب الرواية دعى على ظالم أو لصالح فقال المصلي آمين أو أخبر بمصيبة فاسترجع أوسقط إنسان من سطح فقال المصلي بسم الله أو سمع رعداً أو أرى برقاً أو هؤلاء من الأهوال فسبح أو هلل أو استرجع أو تنحنح أو جر ثوبه لم تفسد والصحيح في جنس المسائل قولهما ولو عثر المصلي أو أصابه وجع فقال بسم الله يفسد عندهما لأنه من كلام الناس ، ولو قام الإمام إلى الثالثة في الظهر قبل أن يقعد فقال المقتدي سبحان الله قيل لا تفسد ، وقال الكرخي تفسد عندهما .

( وإن أراد إعلام أنه في الصلاة ) [1] أي وإن أراد المجيب إعلام ذلك الرجل القائل

---

(١) هكذا في الأصل وفي المتن – وإن أراد به إعلامه أنه في الصلاة – اه مصححة .

أنه في الصلاة ( لم تفسد ) أي صلاته ( بالإجماع ) بين الأئمة ( لقوله ﷺ إذا نابت أحدكم نائبة في الصلاة فليسبح ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن سهل بن سعد « رض » مطولاً وفيه من نابه شيء في صلاته فليسبح فإنه إذا سبح التفت إليه ، وإنما التصفيق للنساء .

قوله – إذا نابت – أي إذا أصابت ، والنائبة المصيبة واحدة نوائب الدهر والتصفيق أن تضرب المرأة بظاهر كفها اليمنى باطن كفها اليسرى ولا تضرب بباطنها كيلا يكون شبيهاً باللعب . وفي السنن عن النبي ﷺ قال إذا نابكم شيء في الصلاة فليسبح الرجال وليصفح النساء . وقال الخطابي التصفيح التصفيق باليد مأخوذ من صفحتي الكف وضرب أحدهما على الأخرى . وفي المحيط إذا استأذن المصلي إنساناً ليسبح إعلاماً أنه في الصلاة لا يفسد . وفي الواقعات وكذا لو كبر بعلمه أنه في الصلاة المستحب أن يسبح . وفي المحيط مرت جارية بين يدي المصلي فقال سبحان الله أومى بيده يصرفها لم يقطع صلاته ولا يجمع بين التسبيح والإشارة فان في واحد منها كفاية ومنهم من قال المستحب أن لا يفعل شيئاً من ذلك . وقال مالك كلاهما يسبح يعني الرجل والمرأة . وقال أبو بكر بن العربي وليس بصحيح لمخالفة الحديث المجمع عليه . وقال القرقي التصفيق لا يناسب الصلاة .

قلت هذا مردود ولم ينظر الشرع إلى المناسبة وقد شرعه ، ولو سمع المؤذن فأجاب وأراد به الجواب أو لم يكن له نية تفسد وإن لم يرد لا تفسد وكذا لو أذن وعند أبي يوسف إذا قال حي على الصلاة تفسد ولو سمع اسم النبي ﷺ فصلى عليه تفسد ، وإن صلى عليه لا تفسد ، ولو جرى على لسانه نعم إذا كان ذلك عادة له تفسد وإلا لا لأنه من القرآن ، ولو ادعى أو سبح بالفارسية فعن أبي يوسف أنه تفسد ذكره العتابي في جامع الفقه سمع المصلي قوله ﴿ يا أيها الذين آمنوا ﴾ فرفع رأسه وقال لبيك ذكره يا سيدي فالأولى أن لا يفعل ولو فعل قيل تفسد لأنه من كلام الناس وقيل لا تفسد لأنه بمنزلة الثناء والدعاء ، ولو قرأ الإمام آية الرحمة أو العذاب فقال المقتدي صدق الله لا تفسد وقد أساء ولو وسوس له الشيطان فقال لا حول ولا قوة إلا بالله إن كان في أمر الآخرة لا تفسد وإن في أمر الدنيا تفسد .

ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر أو التطوع فقد نقض الظهر لأنه صح شروعه فيخرج عنه ،

---

وفي الواقعات المريض يقول عند القيام والانحطاط بسم الله لما يلحقه من الوجه وإلا لم تفسد ، وفي منية المفتي قيل تفسد وقيل لا تفسد ولو لدغه عقرب فقال بسم الله تفسد عند أبي حنيفة ومحمد ولو عوذ نفسه بشيء من القرآن للحمى ونحوها تفسد عندهم ولو قال عند رؤية الهلال ربي وربك الله تفسد ذكر ذلك كله المرغيناني ولو قال في الصلاة في أيام التشريق الله أكبر لا تفسد ، ولو سمع المصلي غير المقتدي من الإمام ولا الضالين فقال آمين تفسد صلاته عند المتأخرين ، وعند أبي حنيفة لا تفسد ، وفي الذخيرة لو أمن بدعاء رجل ليس في الصلاة تفسد .

( ومن صلى ركعة من الظهر ) يعني إذا صلى ركعة من صلاة الظهر ( ثم افتتح العصر ) يعني افتتح له افتتاحاً ثانياً ( أو التطوع ) أو افتتح التطوع ( فقد نقض الظهر لأنه صح شروعه في غيره ) أي في غير الظهر وأراد بالغير العصر والتطوع ، وفي بعض النسخ صح شروعه فيه أي في العصر والتطوع ( فيخرج عنه ) أي عن الظهر لأنه صح شروعه في العصر أو التطوع ، فإذا صح شروعه انتقضت الركعة المؤداة من الظهر ضرورة ومن ضرورة خروجه من الأول بمنزلة المتبايعين إذا تبايعا بثمن آخر فقضا للبيع الأول وإلا استأنفا للبيع الثاني .

وصورته أنه نوى العصر وقال الله أكبر من غير رفع اليدين وهذا في حق من لا ترتيب عليه بكثرة الفوائت أو تضيق الوقت أو بالنسيان لأن صاحب الترتيب إذا انتقل من الظهر إلى العصر لا يصير منتقلاً إلى العصر بل إلى النفل لأن العصر لا ينعقد عصراً قبل الظهر في حقه . وفي الكافي افتتح باللسان وقال الله أكبر لا ينتقض ظهره ولا بد مع النية الذكر باللسان . وفي جامع التمرتاشي وشمس الأئمة وعلى هذا من كان في المكتوبة وكبر ينوي النافلة أو على العكس أو في الظهر فكبر ينوي الجمعة أو على العكس أو كان منفرداً فكبر ينوي الإقتداء أو مقتدياً فكبر للتفرد أو للإمامة يخرج عن صلاته .

وقال الشافعي وأحمد في قولها أن المنفرد إذا نوى الدخول في صلاة الإمام صح دخوله

ولو افتتح الظهر بعدما صلى منهـــا ركعة فهي هي ويجزيه بتلـــك الركعة لأنه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيتـــه وبقي المنوي على حاله . وإذا قرأ الإمام من المصحف فسدت صلاتـــه عنـــد أبي حنيفة « رح » وقالا هي تامة

---

فيها ويجزئه ما صلى قبل بتحريمة قبل إمامه وعندما يخرج من صلاته وكذا لو كان منفرداً فاقتدى به رجل ففتح ثانياً لأجله فهو على الافتتاح الأول أن يكون الداخل امرأة .

( ولو افتتح الظهر بعدما صلى منها ) أي من الظهر ( ركعة فهي هي ) أي في الركعة التي صلاها هي عين الركعة المحسوبة في الصلاة التي هو فيها ( ويجزيه بتلك الركعة ) أي ويكتفي بالركعة الأولى ( لأنه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله ) لأنه نوى تحصيل الحاصل حتى لو صلى بعدها ثلاث ركعات يخرج عن عهد الفرض ولو صلى أربعاً على ظن أن الأولى انتقضت ولم يقعد في الثالثة فسدت صلاته لأنـــه ترك القعدة الأخيرة . وفي الخلاصة هذا إذا نوى بقلبه . أما لو نوى بلسانـــه بأن قال نويت أن أصلي الظهر انتقض ما صلى ولا يجزيه تلك الركعة والأصل في المسألة المذكورة أن النية إذا صادفت ما ليس بحاصل تصح وإذا صادفت ما هو حاصل لا تصح فعليك أن تستخرج مسألتين من هذا الأصل .

( وإذا قرأ الإمام في المصحف فسدت صلاته عند أبي حنيفة ) ذكر الإمام اتفـــاقي وليس بقيد لأن حكم المنفرد كذلك ، قال في الأصل وفي المحـــلى لابن حزم وهو قول ابن المسيب والحسن البصري والشعبي والسلمي . قلت وهو مذهب الظاهرية أيضاً ولم يفصل في الكتاب بينهما إذا قرأ قليلاً أو كثيراً منه . قال بعض مشايخنا إن قرأ قدر آيـــة تامة يفسد عنده وإلا فلا . وقال بعضهم مقدار الفاتحة وإلا فلا . وفي المجتبى وقيـــل الخلاف فيمن لم يحفظ من القرآن شيئاً فسدت عندهم وقيل على العكس .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد ( هـــي تامة ) وبه قال الشافعي وأحمـــد وجماعة ويكره ، وذكر السرخسي عن الشافعي أنها لا تكره وكذا لو قلب أو أراقبه أحياناً لا

لأنه عبادة انضافت إلى عبادة إلا أنه يكره لأنه تشبه بصنع أهل الكتاب . ولأبي حنيفة « رح » ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير ، ولأنه تلقن من المصحف فصار كما إذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين المحمول والموضوع وعلى الأول يفترقان

---

تبطل صلاته عنده ذكره النووي ومثله في الوسيط ( لأنه ) أي لأن القراءة والتذكير باعتبار المذكور ، وفي بعض النسخ لأنها على الأصل ( عبادة انضافت ) أي انضمت ( إلى عبادة ) وهي النذر في المصحف ( إلا أنه يكره لأنه تشبه بصنع أهل الكتاب ) فإنهم يفعلون كذا في صلاتهم . وقال ﷺ لا تشبهوا باليهود ولكن خالفوهم .

( ولأبي حنيفة أن حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الأوراق عمل كثير ) والعمل الكثير يفسد الصلاة ( ولأنه تلقن عن المصحف ) دليل آخر أي ولأن النظر في المصحف يكون مفسداً . وقال في ديوان الآداب تلقن من أخذه وتمكن منه ( فصار كما إذا تلقن من غيره ) أي فصار حكم التلقن من المصحف كحكم التلقن من معلم غيره فكان مفسداً ( وعلى هذا ) أي وعلى اعتبار هذا الدليل الذي هو الثاني ( لا فرق بين الموضوع والمحمول ) أي بين الموضوع على شيء والمحمول على يديه حتى إذا قرأ من المصحف الموضوع أو المحمول ولم يقلب أوراقه تفسد وكذا إذا قرأ في المحراب .

( وعلى الأول ) أي وعلى اعتبار الدليل الأول ( يفترقان ) أي يفترق الموضوع والمحمول حتى إذا قرأ في المصحف الموضوع ولم يحمله ولم يقلب أوراقه لا تفسد صلاته وكذا إذا قرأ من المحراب وهكذا روي عن الكرخي ، وعن البردعي لا يجوز أيضاً على قول أبي حنيفة لأن التمييز بين الحروف عمل كثير ، وإذا كان يحفظه عن ظهر قلب وهو مع ذلك ينظر في المكتوب أو على المحراب فيقرأ فلا إشكال انه يجوز ، وأما على قولهما فلأنه عبادة انضافت إلى عبادة أخرى ، وأما على قوله فلعدم التعلم .

فإن قلت كان ذكوان مولى عائشة رضي الله عنها يؤم عائشة في رمضان ويقرأ من المصحف ، وذكر في باب إمامة العبد والمولى ولأنه قرأ القرآن فيجزئه كما لو قرأ عن ظهر

القلب وهذا لأن الفساد إن كان الحمل فحمل ما هو أكثر منه لا يفسد ، ألا ترى أن النبي عليه السلام كان يصلي وأمامة بنت أبي العاص على عاتقه فكان يضعها إذا سجد ويحملها إذا قام وإن كان للنظر فلم لا يجوز لأنه عبادة فانضمت إلى عبادة أخرى، ولأنه لا يكون أكثر من له النظر في المنقوش في المحراب وهو لا يفسد وإن كان لتقليب الأوراق فلا يضر لأنه عمل قليل . قلت أثر ذكوان إن صح فهو محمول على أنه كان يقرأ من المصحف قبل شروعه في الصلاة أي ينظر فيه ويتلقن منه ثم يقوم فيصلي ، وقيل ما دل فإنه كان يفعل بين كل شفعين فيحفظ مقدار ما يقرأ من الركعتين فظن الراوي أنه كان يقرأ من المصحف فنقل ما ظن ليؤيد ما ذكرناه أن القراءة في المصحف مكروهة ولا نظن بعائشة رضي الله تعالى عنها أنها كانت ترضى بالمكروه وتصلي خلف من يصلي بصلاة مكروهة .

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه قال نهانا أمير المؤمنين بأن تؤم الناس في المصحف وأن يؤمنا إلا محتلم [1] ذكره أبو بكر أبي داود باسناده . وأما قضية إمامته فقد قيل أنه منسوخ وقيل أنه مخصوص النبي ﷺ ، وذكر أبو عمر في التمهيد عن أشهب عن مالك أن هذا كان في النافلة ومثله لا يجوز في الفرض وذكر عن محمدبن إسحاق أنه كان في الفرض وقال أبو عمر اني لا أعلم خلافاً ان مثل هذا العمل مكروه فيكون لغاً في النافلة ، وإما منسوخاً قال وروى أشهب بن نافع أن مثل ذلك يجوز في حالة الضرورة فحمل على الضرورة ولم يفرق بين الفرض والنفل .

وقال شمس الأئمة فإذا بلغت المرأة بولد ما مثل هذا تكون مسيئة لأنها اشغلت نفسها بما ليس من عمل صلاتها وفيه ترك سنة الإعتاد وفعله ﷺ كان في وقت العمل صالحاً في الصلاة أو لم يكن الإعتاد سنة فيها .

( ولو نظر إلى مكتوب ) أي لو نظر المصلي إلى مكتوب من الفقه وغيره وليس المراد منه المكتوب من القرآن لأنه لو نظر إلى مكتوب وهو قرآن وفهمه لا خلاف لأحد فيه

(١) هكذا في الأصل وتصحيح العبارة — وأن لا يؤمنا إلا محتلم . اه مصححة .

وفهمه في الصحيح أنه لا تفسد صلاته بالإجماع بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هناك الفهم أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير وإن مرت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع الصلاة

---

أنه يجوز ( وفهمه في الصحيح أنه لا تفسد صلاته بالإجماع ) قيد بالصحيح احترازاً عما قال بعضهم ينبغي أن يفسد على قول محمد قياساً على مسألة اليمين إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه حتى فهمه ولم يقرأ بلسانه حيث يحنث عنده بالفهم وجعل الفهم بمنزلة القرآن ، والصحيح لا يفسد عند محمد كما لا يفسد عندهما .

( بخلاف ما إذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد ) أشار بهذا إلى الفرق بين مسألة الصلاة ومسألة اليمين ( لأن المقصود هناك ) أي في مسألة اليمين ( الفهم ) لأن المراد في عدم قراءة كتاب فلان في العرف أن لا يفهمه ولا يطلع على أسراره مجازاً وبنى اليمين على العرف .

( أما فساد الصلاة فبالعمل الكثير ) أي فساد الصلاة متعلق بالعمل الكثير والفهم ليس بعمل كثير فلا يفسد الصلاة ولا يأخذ الفهم حكم النطق ، ولهذا كان مكتوباً على جبين امرأته أنت طالق أو على جبين عبده أنت حر فنظر ففهم لا يقع الطلاق ولا العتاق ما لم يتلفظه بذلك بخلاف اليمين كما ذكرنا ، ولما ثبت الفرق بين المسألتين لم يصح القياس .

( وإن مرت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع الصلاة ) وبه قال عامة الفقهاء ، وروي عن أنس ومكحول وأبي الأحوص والحسن وعكرمة يقطع الصلاة الكلب والحمار . وعن ابن عباس يقطع الصلاة الكلب الأسود والمرأة الحائض ، ذكر ذلك ابن أبي شيبة في سننه وبعضه [1] أبو داود . وقال أحمد في المشهور عنه يقطع الصلاة مرور الكلب الأسود البهيم. وفي رواية يقطعها الحمار والمرأة أيضاً والبهم الذي لا يخالط لونه لون آخر ، فان كانت بين

---

(١) ربما قصد وضعفه أبو داود .

عينيه مكسان يخالفان لونه لا يخرج بذلك عن كونه بها في قطع الصلاة وحرمة الإصطياد به وهل قتله على مذهبه ، ولا فرق بين الفرض والنفل في الصحيح وإن كان قائماً بين يديه ولا يمر لا يقطع في إحدى الروايتين عنه ذكر ذلك كله في المغني ، وفي جامع شمس الأئمة عند أهل الظاهر تفسد الصلاة بمرور المرأة بين يديه . وفي الكافي عند أهل العراق تفسد بمرور الكلب والمرأة والحمار . وفي الحلية قال أحمد يقطع الصلاة الكلب الأسود وفي قلبي من الحمار والمرأة شيء .

وقال الاترازي وإنما قيد بالمرأة وإن كان الحكم في الرجل كذلك لما أن المرور بين يدي المصلي ينشأ من الجهل لما فيه من الإثم ، والغالب في النساء الجهل . وقال الأكمل وإنما ذكر هذه المسألة وإن لم يصدر من المصلي شيء يوجب فساد صلاته ، وقول أصحاب الظاهر أن مرور المرأة بين يدي المصلي يفسد صلاته . قلت أما كلام الاترازي فانه غير سديد ولم يقل أحد أن علة هذه المسائل ما ذكره فان المسلم له لما كان فيها خلاف بين السلف والخلف ذكرها احترازاً عن خلاف الجماعة الذين ذكرناهم عن الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وأما كلام الأكمل فانه أخذ من السغناقي وهو قريب المأخذ .

( لقوله ﷺ لا يقطع الصلاة مرور شيء ) هذا الحديث روي عن أبي سعيد الخدري وعبد الله بن عمر وأبي أمامة وأنس وجابر رضي الله عنهم فحديث الخدري رواه أبو داود في سننه عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يقطع الصلاة شيء وادرؤوا ما استطعتم فانما هو شيطان وفيه مجالد بن سعيد فقال ولكن كلما أخرج له مقروناً بالجماعة من أصحاب الشعبي .

وحديث ابن عمر رواه الدارقطني في سننه غير أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر رضي عنهم قالوا لا يقطع صلاة المسلم شيء وادرؤوا ما استطعتم ووقفه مالك على ابن عمر في موطأه ووقفه البخاري على الزهري .

وحديث أبي أمامة رواه الدارقطني عنه عن النبي عليه السلام قال لا يقطع الصلاة شيء .

وحديث أنس رواه الدارقطني أيضاً عنه أن رسول الله عليه السلام صلى بالنـاس . الحديث وفي آخره فقال النبي ﷺ لا يقطع الصلاة شيء .

وروى ابن الجوزي في العلل المتناهية هذه الأحاديث الثلاثة من طريق الدارقطني وقال لا يصح منها شيء قال في التحقيق في حديث ابن عمر ابراهيم بن زيد الجوزي ، قال أحمد والنسائي هو متروك وقال ابن معين ليس بشيء . وفي حديث أبي أمامة غفير بن معـدان قال أحمد ضعيف منكر الحديث ، وقال يحيى ليس بثقـــة . وفي حديث أنس صخر بن عبد الله قال ابن عدي يحدث عن الثقات بالأباطيل عامة ما يرويـه منكر ومن موضوع ، وقال ابن حبان لا تحل الرواية تعقبه صاحب التنقيح وقال أنه وهم في صخر هذا صخر بن عبد الله بن حرملة الراوي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ما لم يتكلم فيـه ابن عدي ولا ابن حبان بل ابن حيان ذكره في الثقات ، وقال النسائي هو صالح وإنـما ضعف ابن عدي صخر بن عبد الله الكوفي المعروف بالحاجي وهو متـأخر عن ابن حرملة روى عن مالك والليث وغيرهما وحديث جابر رواه الطبراني في معجمـــه الأوسط عنه قال كان رسول الله ﷺ قائماً فذهب شاة تمر بين يديه فساعاها حتى ألزقها بالحائط ثم قال لا يقطع الصلاة شيء وادرؤوا ما استطعتم ، وقال تفرد به عيسى بن ميمون وقال ابن حبان عيسى ابن ميمون يروي العجائب لا يحل الإحتجاج به .

فإن قلت الخصم احتج بما رواه مسلم عن عبد الله بن الصامت عن أبي ذر قال قال رسول الله ﷺ يقطع صلاة الرجل إذا لم يكن بين يديه مؤخر الرحل المرأة والحمـــار والكلب الأسود . قلت ما بال الأسود من الأحمر قال يا ابن أخي سألت رسول الله ﷺ كما سألتني فقال الكلب الأسود شيطان .

وروى مسلم أيضاً من حديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ يقطع الصلاة المرأة والكلب والحمار ويقي ذلك مثل مؤخرة الرحل ، وروى أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنه مرفوعاً يقطع الصلاة المرأة الحائض والكلب قال يحيى بن سعيـد لم يرفعه غير شعبة أحد رواته . قلت أخرج البخاري ومسلم في صحيحيهما عن عروة عن عائشة

رضي الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يصلي وأنا معترضة بين يديه كاعتراض الجنازة وفي لفظ لمسلم ، قال قالت عائشة رضي الله عنها ما يقطع الصلاة قال قلنا المرأة والحمار فقالت ان المرأة كدابة سوء لقد رأيتني بين يدي رسول الله ﷺ معترضة كاعتراض الجنازة وهو أيضاً .

وروى البخاري أيضاً عنها أنها قالت كنت أنام بين يدي رسول الله ﷺ ورجلاي في قلبه فإذا سجد غمزني قبضت رجلي وإذا قام بسطتها قالت والبيوت يومئذ ليس فيها مصابيح . وفي حديث أبي عن عروة عنها كان يصلي وهو بينه وبين القبلة على الفراش الذي يناماں عليه وفي لفظ المسلم أهله اعتراض الجنازة .

ومن حديث عرا [١] عن عروة أن النبي عليه السلام كان يصلي وعائشة معترضة بينه وبين القبلة على الفراش الذي يناماں عليه ، وفي لفظ لمسلم يصلي وسط السرير وأنا مضطجعة بينه وبين القبلة يكون لي حاجة فأكره أن أقوم فأستقبله فأنسل انسلالاً من قبل رجليه وأنا حائض ، وربما قالت أصابني ثوبه إذا سجد ، وفي لفظ على شرط وعليه بعضه .

وروى أبو داود عنها أنها قالت كنت أكون نائمة ورجلاي بين يدي رسول الله ﷺ وهو يصلي من الليل فاذا أراد أن يسجد ضرب رجلي فقبضتها فسجد .

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث أن اعتراض المرأة خصوصاً الحائض بين المصلي وبين القبلة والمارة بطريق الأولى ولهذا بوب أبو داود في سننه باب من قال المرأة لا تقطع الصلاة ثم روى فيه الحديث منها وبوب أيضاً باب من قال الحمار لا يقطع الصلاة ثم روى حديث ابن عباس رضي الله عنه قال جئت على حمار ، وفي رواية أقبلت راكباً على أتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسوله عليه السلام يصلي بالناس بمنى فمررت بين يدي بعض الصف فأمرت فنزلت فأرسلت الأتان ترتع ودخلت الصف فلم ينكر ذلك أحد. وأخرجه بقية الجماعة ، ولفظ النسائي وابن ماجة بعرفة .

---

(١) هكذا في الأصل . اهـ مصححه .

## إلا أن المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين

وأخرج مسلم اللفظين وفي لفظ النسائي في آخر الحديث ربما رأيت النبي ﷺ يصلي والحمر تعترك بين يديه وبوب أيضاً باب من قال الكلب لا يقطع الصلاة ، ثم روى عن الفضل بن عباس قال أتانا رسول الله ﷺ ونحن في بادية ومعه ابن عباس [1] فصلى في صحراء ليس بين يديه سترة وحمار لنا وكلبة يعبثان بين يديه فما بال ذلك ، وأخرجه النسائي أيضاً ثم لا شك أن هذه الأحاديث أقوى وأصح من أحاديث الخصوم .

وقال النووي في الخلاصة وتأويل الجمهور القطع المذكور في الأحاديث المذكورة على قطع الخشوع جمعاً بين الأحاديث . قلت إذا كانت الأحاديث التي رويت في هذا الباب مستوية الاقدام يتوجه هذا التأويل ونحن لا نسلم ذلك لما قلنا .

( إلا أن المار آثم ) كلمة — إلا — ها هنا بمعنى غير ، أي غير أن المار آثم والإثم لا يستلزم القطع وبه قال مالك ، وفي الوسط للشافعية يكره ، وصرح العجلي بتحريمه ووافقه صاحب التهذيب والتتمة من الشافعية وأصحابنا نصوا على كراهته ، ذكرها في المحيط والذخيرة وقال في المغني لا يحل المرور من غير سترة أو بينة وبين السترة .

( لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف أربعين ) هذا الحديث رواه الجماعة من حديث أبي جهيم رضي الله عنه وكنيته الحارث بن الصمد إلا أن ابن ماجة ذكره بلفظ آخر وهو لأن يقوم أربعين خير له من أن يمر بين يديه ، قال سفيان لا أدري سنة أو شهراً أو صباحاً أو ساعة ، ورواه زيد بن خالد ، ورواه كذلك ولفظه لو يعلم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الإثم فكان أن يقف أربعين خريفاً خيراً له من أن يمر بين يديه .

ورواه ابن ماجة أيضاً وابن حبان من حديث أبي هريرة مرفوعاً لو يعلم أحدكم ما له

---

(١) في الأصل — ومعه عباس — اه مصححه .

في أن يمر بين يدي أخيه معترضاً في الصلاة كان لأن يقيم مائة عام خير له من الخطوة التي خطى . وقال تاج الشريعة وقد صح عن أبي هريرة أن المراد هو السنة .

وقال صاحب الدراية وفي رواية مسلم أنه عليه السلام قال وقف مائة عام خير له من أن يمر . وفي سنن الدارقطني خريفاً . وقال الأكمل وقيل صح من حديث أبي هريرة أربعين سنة . قلت مائة عام في رواية ابن حبان وأربعون خريفاً في رواية البزاز ، وأربعون خريفاً هو أربعون سنة ولكن مجيء سنة لم أره عند أحد فضلاً عن صحته .

( وإنما يأثم المار إذا مر في موضع سجوده ) هذه إشارة إلى بيان مقدار موضع يكره المرور فيه وهو موضع السجود والكلام ها هنا في عشرة مواضع كلها مذكورة في الكتاب وها هنا شيئان آخران لم يذكرهما في الكتـــاب الأول ترك السترة والآخر كون السترة منصوبة على ما نذكرهما في آخر الفصل الأول هو أن مرور شيء لا يقطـــع الصلاة وقد ذكر مستوفى ، والثاني هو مقدار موضع يكره المرور فيه وقد بينـه بقوله – في موضع سجوده ( على ما قيل ) وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام، وقال قاضي خان وقال فخر الإسلام إذا صلى رامياً بصره إلى موضع سجوده ولا يقع عليــه بصره لا يكره ، ومنهم من قال مقدار صفين أو ثلاثة ، ومنهم من قدره بثلاث أذرع ، ومنهم من قدره بخمسة أذرع ، ومنهم من قدره بأربعين ذراعاً .

وقال التمرتاشي الأصح إن كان بحال لو صلى صلاة خاشع بصره ولا يقع على المـار فلا يكره نحو أن يكون منتهى بصره في قيامه إلى موضع سجوده ، وفي ركوعه إلى صدور قدميه في سجوده إلى أرنبة أنفه ، وفي قعوده إلى حجره ، وفي السلام إلى منكبـه وهذا كله إذا كان في الصحراء ، وفي الجامع الذي له حكم الصحراء ، أما في المسجــد فالحد هو المسجد إلا أن يكون بينه وبين المار اسطوانة وغيرها . وفي الكافي أو رجل قائم أو قاعد ظهره إلى المصلي ، وقال بعضهم ماراً خمسين ذراعاً ، وقدر بعضهم ما بـين الصف الأول وحائط القبلة .

وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وإن مر عن بعد في المسجد الجامع فقد قيل

ولا يكون بينهما حائل ويحاذي أعضاء المار أعضاءه لو كان يصلي على الدكان ، وينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترة

---

بأنه يكره والأصح أنه لا يكره . وفي الذخيرة والمسجد الكبير مثل الجامع الصغير عن بعض المشايخ ، وعند آخرين كالصحراء وفي التتمة للشافعية لو تستر بآدمي أو بحيوان لم تجب له لأنه يشبه عبادته وفي مسلم ما يرد عليه ، فإن ابن عمر كان يعرض راحلته فيصلي اليها ، وقال أبو بكر بن العربي وقد غلط بعضهم إذا لم يكن له سترة فقال لا يمر أحد بين يديه بمقدار رمية السهم ، وقيل رمية الرمح ، وقيل مقدار المطاعنة ، وقيل مقدار المسابقة بالسيف ، أخذوه من قوله فليقاتله فحملوه على أنواع القتال .

( ولا يكون بينهما حائل ) الواو للحال أي بين المصلي والمار يعني الاثم إذا لم يكن بينهما ما يحول كالاسطوانة والجدار ، وأما إذا كان بينهما حائل فلا يأثم المار .

( ويحاذي أعضاء المار أعضاءه لو كان يصلي على الدكان ) الدكان [1] بضم الدال وتشديد الكاف . قال الجوهري الدكان الحانوت فارسي معرب ، ولكن المراد ها هنا مثل الدكة والسرير يكون المصلي عليه وقيد بالمحاذاة لأنه إذا كان الدكان بقدر قامة الرجل لا يأثم لا يعتبر سترة وكذا كل موضع مرتفع يعتبر سترة كالسطح والسرير قالوا الراكب إذا أراد أن يمر ولا يأثم ينزل عن دابته فيسيرها أو يسير هو والدابة بينه وبين المصلي ، وكذا لو مر رجلان متحاذيان فإن كراهة المرور اثمة يلحق الذي يلي المصلي كذا ذكره التمرتاشي .

فإن قلت بين قوله عدم الحائل وقيل المحاذاة وبين قوله إذا مر في موضع سجوده منافاة ، لأن الجدار والاسطوانة لا يتصور أن يكون بينه وبين موضع سجوده ، وكذلك إذا صلى على الدكان لا يتصور المرور في موضع سجوده . قلت يندفع هذا إذا قلنا معنى قوله في موضع سجوده في موضع قريب من موضع سجوده فافهم .

( وينبغي لمن يصلي في الصحراء أن يتخذ أمامه سترة ) هذا هو الثالث من المواضع

---

(١) في الأصل – كان – والصحيح ما أثبتناه .

## لقوله عليه السلام إذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة

العشرة التي ذكرناها ( لقوله ﷺ إذا صلى أحدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ) هذا غريب بهذا اللفظ ولكن روي فيه عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري وابن عمر وسبرة ابن معبد الجهني وسهل بن أبي خثيمة [١] رضي الله عنهم .

فحديث أبي هريرة رواه أبو داود عنه أن رسول الله عليه السلام قال إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً فإن لم يجد فلينصب عصا ، فإن لم يكن معه عصا فليخط خطاً ، ولا يضره ما مر أمامه .

وحديث الخدري رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عنه قال رسول الله ﷺ إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة وليدن منها ولا يدع أحداً يمر بين يديه ، فاذا جاء أحد يمر فليقاتل فانه شيطان .

وحديث ابن عمر رواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة ولا يدع أحداً يمر بين يديه ، وزاد ابن حبان فيه فان أبى فليقاتله فان معه القرين وجد سترة ، رواه البخاري في تاريخه عنه قال قال النبي عليه السلام يستر أحدكم في صلاته ولو بسهم .

وحديث سهل بن أبي خثمة رواه في مستدركه عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة وليدن منها . قال على شرطهما .

قوله – سترة – أعم من أن يكون حائطاً أو سارية أو شجرة أو عوداً أو ما يجري مجراه ولا يكون ممن مر المار . وقال محمد يستحب لمن يصلي في الصحراء أن يكون بين يديه شيء مثل عصا ونحوها فان لم يجد يستتر بسارية أو شجرة .

---

(١) إنما هو سهل بن أبي خثمة صحابي مشهور، وفي الأصل خثيمة أو خيثمة وتصحيحه من تقريب التهذيب .

ومقدارها ذراعاً فصاعداً لقوله عليه السلام أيعجز أحدكم إذا صلى أحدكم في الصحراء أن يكون أمامه مثل مؤخرة الرحل. وقيل ينبغي أن يكون في غلظ الاصبع

---

( ومقدارها ذراعاً فصاعداً ) هـذا هو الرابع من المواضع العشرة أي مقـدار السترة قدر ذراع أقلها بدليل قوله فصاعداً ، وانتصابه على الحال والتقدير فـذهبت السترة إلى حالة الصعود على الذراع كما في قولك أخذته بدرهم فصاعداً أي فـذهبت الثمن إلى حالة الصعود على الدرهم فيقدر في كل موضع ما يلائمه من الحمل والفاء فيه للعطف على المحذوف وتقديره على الذراع مقدر فصاعداً فافهم .

( لقوله عليه السلام أيعجز أحدكم إذا صلى في الصحراء أن يكون امامه مثل مؤخرة الرحل ) هذا غريب بهذا اللفظ ولكن مسلماً أخرجه عن طلحة بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ إذا جعلت بين يديك مثل مؤخرة الرحل فلا يضرك من مر بين يديك . وأخرج أيضاً عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب ويقي ذلك مثـــل مؤخرة الرحل ، وأخرج أيضاً عن أبي ذر قال قال رسول الله ﷺ إذا قام أحدكم يصلي فانه يستره إذا كان بين يديه مثل مؤخرة الرحل ، وأخرج أيضاً عن عائشة رضي الله عنها قالت سئل رسول الله ﷺ في غزوة تبوك عن سترة المصلي فقال مثل مؤخرة الرحل ، وهو بضم الميم وكسر الخاء وتشديدها خطأ وهي الخشبة العريضة التي تحاذي رأس الراكب ومؤخرة الرحل لغة فيه ، ولو تستر بانسان جالس كان سترة وإن كان قائمـــاً اختلفوا فيه ، ولو تستر بدابة فلا بأس به .

( وقيـل ينبغي أن يكون في غلظ الاصبع ) هذا هو الخامس من المواضع العشرة ولم أر أحداً من الشراح بين هذا القائل من هو ، والظاهر أنه شيخ الإسلام فانه قال في مبسوطه في حديث أبي جحيفة أنه عليه السلام صلى بهم بالبطحاء وبين يديه عنزة ومقـدار العنزة طول ذراع غلظ أصبع لقول ابن مسعود رضي الله عنـه يجزيء من السترة السهم ، وفي الذخيرة طول السهم قدر ذراع وعرضه قدر اصبع .

لأن ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى إلى سترة فليدن منها

---

واختلف مشايخنا فيما إذا كانت السترة أقل من ذراع ، وقال شيخ الإسلام وضع قناة أو جعبة بين يديه وارتفع قدر ذراع كان سترة بلا خلاف وإن كان دونه ففيه خلاف ، وفي غريب الرواية النهر الكبير ليس بسترة كالطريق وكذا الحوض الكبير ، وذكر ذلك في مختصر البحر المحيط . وقالت المالكية يجوز القلنسوة الغالية والوسادة بخلاف السوق وجوز في العتبة السترة بالحيوان الطاهر بخلاف الخيل والبغال والحمير وجوز بظهر الرجل ومنع بوجهه وتردد في جنبه ومنع بالمرأة واختلفوا في كون السترة بنائم ولا بمجنون ولا بما يكون في دبره ولا كافر ، انتهى كلامه .

( لأن ما دونه ) أي ما دون غلظ الاصبع ( لا يبدو للناظر من بعيد ) أي لا يظهر له لرقته ( فلا يحصل المقصود ) وهو الستر وعدم إيقاع المار في الاثم .

( ويقرب من السترة ) هذا هو السادس من المواضع العشرة ( لقوله عليه السلام من صلى إلى سترة فليدن منها ) روى هذا الحديث خمسة من الصحابة سهل بن أبي حثمة وأبو سعيد الخدري وجبير بن مطعم وسهل بن سعد وبريرة .

فحديث سهل بن أبي حثمة أخرجه أبو داود والنسائي وعنه يبلغ به النبي عليه السلام قال إذا صلى أحدكم إلى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان عليه صلاته ، رواه ابن حبان في صحيحه ، قال أبو داود واختلف في إسناده ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال على شرط البخاري ومسلم .

وحديث أبي سعيد أخرجه ابن حبان في صحيحه عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا صلى أحدكم إلى سترة فليدن منها فان الشيطان يمر بينه وبينها ولا يدع أحداً يمر بين يديه .

وحديث جبير بن مطعم أخرجه الطبراني في معجمه عنه أن رسول الله ﷺ قال إذا صلى أحدكم إلى سترة فليدن منها لا يمر الشيطان بينه وبينها ، ورواه البزاز أيضاً في مسنده وقال على شرط البخاري ومسلم .

وحديث سهل بن سعد أخرجه الطبراني أيضاً في معجمه نحوه سواء .

وحديث بريدة أخرجه البزاز في مسنده نحوه سواء .

( ويجعل السترة على حاجبه الأيمن أو الأيسر ) هذا هو السابع من المواضع العشرة والأيمن أفضل ( وبه ورد الاثر ) أي يجعل السترة على الحاجب الأيمن أو على الأيسر وهذا الحديث أخرجه أبو داود عن محمود بن خالد الدمشقي قال ثنا علي بن عباس ثنا أبوعبيدة الوليدبن كامل عن المهلب بن بحجر البداني[1] عن صباغة بنت المقداد بن الأسود عن أبيها قال ما رأيت رسول الله ﷺ يصلي إلى عود ولا عمود ولا شجرة إلا جعله على حاجبه الأيمن أو الأيسر ولا يعتمد له صمدا . وأخرجه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه وابن عدي في كامله وأعله بالوليد بن كامل ، وقال ابن القطان فيه علتان علة في اسناده لأن فيه ثلاثة مجاهيل صباغة مجهول الحال ولا أعلم أحداً ذكرها ، والمهلب بن حجر ووليدبن كامل من الشيوخ الذين ثبت عدالتهم . وعلة في مستندهم وهي أن أبا علي بن سكن رواه في سننه هكذا أبا سعيد بن عبد العزيز الحلى ثنا أبو أصمى هشام بن عبد الملك تابعية عن الوليد بن كامل حدثنا المهلب بن حجر الطبراني عن طمنة بنت المقدام بن معد يكرب عن أبيها قال قال رسول الله ﷺ إذا صلى أحدكم إلى عمود أو سارية أو شيء فلا يجعله نصب عينيه وليجعل على حاجبه الأيسر . قال ابن السكن أخرج أبو داود هذا الحديث من رواية علي ابن عباس عن الوليد بن كامل فغير إسناده وسننه فانه عن صباغة[2] بنت المقدام بن معد يكرب عن أبيها وذلك قيل ، وهذا قوله ولا يصمد له صمداً يعني لم يقصده قصداً بالمواجهة والصمد القصد في اللغة .

(١) هكذا في الأصل وربما هو المهلب بن حجر البهراني من رجال أبي داود هكذا في تقريب التهذيب . اهـ مصححه .

(٢) وردت في الأصل ثلاث مرات وكل مرة رسمت بطريقة مختلفة عن الأخرى ولم أجدها في التقريب . اهـ مصححه .

وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى ببطحاء مكة إلى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الإلقاء والخط، لان المقصود لا يحصل به

( وسترة الإمام سترة للقوم ) هذا هو الثامن من العشرة ( لأنه عليه السلام صلى ببطحاء مكة إلى عنزة ولم يكن للقوم سترة ) الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن ابن أبي جحيفه عن أبيه أن النبي ﷺ صلى بهم بالبطحاء وبين يديه عنزة والمرأة والحمار يمرون من ورائها. قوله – ولم يكن للقوم سترة – ليس من هذا الحديث ويحتمل أن يكون من المصنف وهو الأظهر ولم يتعرض إلى هذا أحد من الشراح عند ذكر الحديث وهذا قصور عظيم .

قوله – إلى عنزة – بالتنوين لأنها اسم جنس نكرة وهي شبهة العكاز وهي عصا ذات زج والزج الحديدة التي في أسفل الرمح . وفي الكافي لو أريد عنزة النبي عليه السلام يكون غير منصرف للتأنيث والعلمية فيجوز بالنصب والجر . وقال الاترازي وقيـــل في بعض الشروح إن كان المراد عنزة النبي عليه السلام يكون غير متصرف فليس بشيء لأنها لما كانت اسم جنس تناول عنزة النبي عليه السلام وغيرها فلم يكن فيه العلمية . قلت يريد بها الخطأ على صاحب الكافي ، والذي قاله ليس بشيء لأن أصل السر لما ذكروا سلاح النبي عليه السلام قالوا كانت حربة دون الرمح يقال لها العنزة فكأنها بالغلبة صارت علماً لها فكانت فيها العلمية والتأنيث فلا ينصرف .

( ويعتبر الغرز دون الإلقاء والخط ) هذا هو التاسع من العشرة أراد إذا لم يكن الغرز لكون الغرز صلبة لا يعتبر الإلقاء وإذا لم يستر الإلقاء فأولى أن يستر الخط ( لأن المقصود لا يحصل به ) المقصود هو الدرء فلا يحصل بالإلقاء ولا الخط ، وفي مبسوط شيخ الإسلام إنما يعذر إذا كانت الأرض رخوة ، فأما إذا كانت صلبة لا يمكنه فيضع وضعاً لأن الوضع قد روى كما روى الغرز لكن يضع طولاً لا عرضاً ليكون على مثال الغرز والخط . روي عن أبي عصمة عن محمد إذا لم يجد سترة قال لا يخط بين يديه فان الخط وتركه سواء لأنه لا يبدو للناظر من بعيد .

وقال الشافعي بالعراق إن لم يجد ما يغرز يخط خطاً طويلا وبه أخذ بعض المتأخرين لحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال إذا صلى أحدكم في الصحراء فليتخذ بين يديه سترة ، فان لم يكن فليخط خطاً آخر وفي جامع التمرتاشي عن محمد يخط ، وقيل في الخط يخط طولاً ، وقيل عرضاً ، وقيل مدوراً كالمحراب ، وقال إمام الحرمين استقرت الأئمة أن الخط يكفي . وقال السروجي إذا لم يجد ما يغرزه أو يضعه هل يخط بين يديه خطاً فالمنع هو الظاهر وعليه الأكثرون من أصحابنا ومن غيرهم. وقال السروجي لا نأخذ بالخط . قال المرغيناني هو الصحيح ، وفي المحيط الخط ليس بشيء وفي الواقعات هو المختار ، وكذا لا يعتبر الإلقاء وهو المختار ، وفي الذخيرة للقرافي الخط باطل وهو قول الجمهور وجوزه أشهب العتبة وهو قول سعيد بن جبير والأوزاعي والشافعي بالعراق ثم قال لا يخط .

فان قلت روى أبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً ، فان لم يجد فلينصب عصا ، فان لم يكن معه عصا فليخطط خطاً ثم لا يضر ما مر أمامه ، ورواه ابن ماجة وابن أبي شيبة أيضاً . قلت قال عبد تلق ضعفه جماعه ولا يكتب هذا الحديث . وقال ابن حزم في المحلى لم يصح في الخط شيء ولا يجوز القول به . وفي الذخيرة هو مطعون فيه وقال سفيان لم يجد شيئاً يشد به هذا الحديث .

( ويدرأ المار ) أي يدفعه ( إذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة ) هذا هو العاشر من المواضع العشرة ، وفي المبسوط ينبغي أن يدفع المار عن نفسه لئلا يشغله إما بالرفع أو بأخذ طرف ثوبه على وجه ليس فيه شيء من العلاج ، ومن الناس من قال إن لم يقف باشارته جاز دفعه بالقتال كأنهم أخذوه بعموم قوله عليه السلام فادرؤوا ما استطعتم فانما هو شيطان وبما روى البخاري ومسلم من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال إذا كان أحدكم يصلي فلا يدع أحداً يمر بين يديه وليدرأه ما استطاع فان أبى فليقاتله فانما هو شيطان . وأخرج مسلم نحوه عن ابن

لقوله عليه السلام فادرؤوا ما استطعتم ، ويبدأ بالإشارة كما فعل رسول الله بولدي أم سلمة رضي الله عنهم ،

---

عمر مرفوعاً ، وقال الخطابي معناه أن الشيطان هو الذي يحمله على ذلك ، ومعنى المقاتلة الدفع العنيف ويجوز أن يراد بالشيطان نفس المار لأن الشيطان هو المــار والخبيث من الجن والانس ، ومعناه معه شيطان يأمره بذلك بدليل حديث ابن عمر فان معه القرين ، رواه مسلم وأحمد . وقيل فعله فعل الشيطان ، ويقال أنه كان في وقت كان العمل فيـه مباحاً في الصلاة ، وقيل معنى المقاتلة أن يغلظ عليه بعد فراغه ، وقيل يدعو عليه بقوله تعالى ﴿ قاتلهم الله ﴾ ٣٠ التوبة .

( لقوله ﷺ فادرؤوا ما استطعتم ) قد مر هذا عند ذكر قوله ﷺ لايقطع الصلاة مرور شيء ويدفع بها كما قال إمام الحرمين لا ينتهي دفع المار إلى منع حقيقي بـل يومىء ويشير برفق في صدور من يمر به . وفي الكافي للروياني يدفعه ويصر على ذلك ، وإن أومأ إلى قتله ، وقيل يدفعه دفعاً شديداً أشد من الدرء لا ينتهي إلى ما يفسد صلاتـه وهذا هو المشهور عن مالك وأحمد وقال فإن مشى له ونازعه لم تبطل صلاته وأن يتجـاوزه لا يرد القاسم من أصحاب مالك وبه قال الشافعي وأحمـــد . وقال ابن مسعود وسالم بن حيث شاء [1] وإن مر بين يديه ما لا يؤثر فيه الإشارة كالهرة قال المالكية دفعه برجله أو الصقه إلى السترة .

( كما فعل رسول الله ﷺ بولدي أم سلمة رضي الله عنهم ) هذا الحـــديث رواه ابن ماجة في سننه عن أم سلمة قالت كان رسول الله ﷺ يصلي في حجرة أم سلمة فمر بـــين يديه عبد الله أو عمر بن أبي سلمة فقال بيده فرجع فمرت زينب بنت أبي سلمة فقال بيده هكذا فمضت فلما صلى النبي ﷺ وقال هذا أغلب ، وذكر الشراح هذا الحديث هكذا وكان رسول الله ﷺ يصلي في بيت أم سلمة فقام عمر بين يديه فأشار اليه النبي ﷺ ان قف فوقف ثم قامت زينب تمر فأشار اليها أن قفي فأبت ومرت فلما فرغ من صلاته قال

---

(١) هكذا في الأصل .

أو يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ، ويكره الجمع بينهما لان بأحدهما كفاية .

---

هن أغلب ، وقيل ان النبي ﷺ قال ناقصات العقل ناقصات الدين صواحب كرسف يغلبن الكرام ويغلبن القيام ، وكرسف إسم عابد من بني إسرائيل فتنه النساء . وفي كتاب المعجم لابن شاهين قالوا يا رسول الله من كرسف قال رجل كان يعبد الله على ساحل البحر ثلاثين عاماً كفر بالله العظيم في سبب امرأة عشقها فتدارك الله بما سلف منه فتاب عنه .

( أو يدفع بالتسبيح ) يعني مخير بين دفعه بالإشارة ودفعه بالتسبيح ويمكن أن يقال إن لم يدفع بالإشارة أو ما فهمه يدفعه بالتسبيح فيقول سبحان الله لما روينا من قبل أراد به ما ذكره قبل هذا من قوله ﷺ إذا ناب أحدكم نائبة فليسبح وهذا في حق الرجال ، وأما النساء فإنهن يصفقن لقوله عليه السلام فأما التصفيح للنساء والتصفيق والتصفيح بمعنى ولأن في صوتها من فتنة فكره لهن التسبيح .

( ويكره الجمع بينهما ) أي بين الإشارة والتسبيح ( لأن بأحدهما كفاية ) وفي المبسوط قال في الكتاب واجب أن لا يجمع بينهما ومنهم من قال والمستحب أن لا يفعل ، وأما الاثنان الموعود بذكرهما فأحدهما ترك السترة ، والأصل فيها أنه مستحب ، وقال ابراهيم النخعي كانوا يسبحون إذا صلوا في فضاء أن يكون بين أيديهم ما يسترهم ، وقال عطاء لا بأس بترك السترة ، وصلى القاسم وسالم في الصحراء إلى غير سترة ذكر هذا كله ابن أبي شيبة في مصنفه ، والآخر إذا كانت السترة منصوبة فهي معتبرة عندنا وتبطل صلاته في أحد الروايتين العوارض عن أحمد ذكرهما في المغني ومثله الصلاة في الثوب المغصوب عنده .

## فصل في العوارض

**ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه أو بجسده لقوله عليه السلام ان الله تعالى كره لكم ثلاثاً .**

---

**( فصل في العوارض )**

بالسكون لأن الاعراب لا يكون إلا بعد العقدة والتركيب ، وبيان العوارض التي تفسدها فلقوتها قدمها .

( ويكره للمصلي أن يعبث بثوبه أو بجسده ) الواو فيه واو الاستفتاح لا للعطف ولا لغيره لعدم ما يقتضيه هكذا سمعته عن بعض المشايخ الكبار . وقال السغناقي قدم هذه المسألة لما أن هذه كلية وغيرها نوعية لأن تقليب الحصى والفرقعة والتحصر من أنواع العبث والكلي مقدم على النوعي . وقال الاترازي أيضاً وإنما قدم هذه المسألة لكونها كالكلي لما بعده ، قلت لا نسلم أنها كلية أو كالكلية ، لأن الكلي له مفهوم مشترك بين أفراده ، والعبث بالثوب أو بالجسد لا يشتمل ما بعده من تقليب الحصى وغيره ، والذي يقال فيه أنه إلى غيرها قوله ـ أن يعبث ـ كلمة أن مصدرية وتقديره ويكره العبث في الصلاة وفي الذي فيه غرض ولكنه ليس بشرعي والسفهة ما لا غرض فيه ، والعبث كل عمل صحيح ليس فيه غرض صحيح .

فإن قلت ما بين التعريفين منافاة ، قلت هذا اصطلاح ولا نزاع فيه لبدر الدين الكردي اصطلح بذلك ، وحميد الدين بهذا ، وقال تاج الشريعة العبث الفعل فيه غرض غير صحيح.

( لقوله عليه السلام ان الله كره لكم ثلاثاً ) وتمامه ان الله كره لكم ثلاثاً العبث في الصلاة والرفث في الصوم والضحك في المقابر ، ولم أر أحداً من الشراح بين أصل هذا الحديث وحاله ، غير أن صاحب الدراية قال رواه أبو هريرة كذا في المبسوط . وقال السروجي ذكر هذا الحديث في كتب الفقه كالمبسوط وغيره . قلت رواه القضاعي في مسند الشهاب من طريق ابن المبارك عن اسماعيل بن عياش عن عبد الله بن دينار عن يحيى بن أبي كثير مرسلاً قال قال رسول الله ﷺ ان الله كره لكم . الخ . وذكر الذهبي في كتابه الميزان

وذكر منها العبث في الصلاة ولان العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة

---

وعده من منكرات اسماعيل بن عياش ، وقال ابن ظاهر في كلامه على أحاديث الشهاب حديث رواه اسماعيل بن عياش عن عبد الله بن دينار وسعيد بن يوسف عن يحيى بن أبي كثير أن رسول الله ﷺ .. وهذا مقطوع ، وعبد الله بن دينار شامي من أهل حمص وليس من المكي .

قلت اسماعيل بن عياش عالم الشام وأحد مشايخ الإسلام روى عنه مثل سفيان الثوري ومحمد بن إسحاق بن عياش والليث بن سعيد والأعمش وهم شيوخه ، وقال يعقوب السنوي تكلم قوم في اسماعيل بن عياش وهو ثقة عدل أعلم الناس بحديث الشام أكثر ما تكلموا فيه قالوا يروي عن ثقات الحجاز ، وعن ابن معين ثقة ، وعبد الله بن دينار النهراني ويقال الأسدي الحمصي وعن ابن ضعيف ، وقال أبو علي النيسابوري الحافظ وهو عندي ثقة ويحيى ابن أبي كثير أبو نصر اليماني أحد الأعلام روى عن جماعة من الصحابة مرسلاً وقد رأى أنساً رضي الله عنه يصلي بمكة ولم يسمع منه ، فإذا كان الأمر كذلك بتمثيل هذا الحديث من مرسلات التابعين وهي حجة عندنا .

ثم المراد من العبث في الصلاة فعل ما ليس منها لعدم الخشوع ، والرفث التصريح بذكر الجماع ، وقال الأزهري الرفث كلمة جامعة لكل ما يريده الرجل من المرأة . وقال ابن عرفة الرفث الجماع في قوله تعالى ﴿ أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم ﴾ ١٨٧ البقرة ، وكراهة الضحك عند المقابر لكونها مواضع الإعتبار والاتعاظ وذكر الآخرة والتيقظ للموت .

( وذكر منها العبث ) أي ذكر النبي عليه السلام من الثلاث التي كرهها الله العبث في الصلاة ( ولأن العبث خارج الصلاة حرام فما ظنك في الصلاة ) فيه نظر ، فإن العبث في صلاته مكروه فخارج الصلاة يكون تاركاً للأولى ولا يحرم ذلك عليه ولهذا قال في الحديث الذي ذكره كره لكم ثلاثاً وذكر منها العبث في الصلاة فلم يبلغه درجة التحريم في الصلاة فما ظنك بخارجها .

ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث إلا أن لا يمكنه من السجود فيسويه مرة لقوله عليه السلام مرة يا أبا ذر وإلا فذر

---

فإن قلت فعلى ما ذكره ينبغي أن يكون العبث مفسداً للصلاة كالقهقهة ، قلت إذا كثر العبث تفسد لا لكونه عبثاً مطلقاً بل لكونه عملاً كثيراً وأما القهقهة فليست بمفسدة للصلاة لا باعتبار أنها حرام بل باعتبار أنها تنقض الطهارة وهي شرط الصلاة ولهذا لا يفسد النظر إلى أجنبية في الصلاة وإن كان حراماً .

( ولا يقلب الحصى لأنه نوع عبث ) وهو خلاف الخشوع وقد مدح الخاشعين في الصلاة بقوله ﴿ قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون ﴾ المؤمنون ، والحاصل في هذا الباب أن كل عمل يفيد مصلحة المصلي لا بأس أن يفعله وكل عمل ليس بمفيد فيكره أن يشتغل به ( إلا أن لا يمكنه من السجود ) هذا استثناء من قوله ولا يقلب وهو من النفي إثبات والضمير المرفوع في لا يمكنه يرجع إلى الحصى ، والمنصوب يرجع إلى المصلي ( فيسويه مرة ) أي فإن يستويه لأن جواب النفي ( لقوله عليه السلام مرة يا أبا ذر والا فذر ) هذا الحديث لم يرد بهذا اللفظ الذي ورد أخرجه أحمد في مسنده عنه قال سألت النبي عليه السلام عن كل شيء حتى سألته عن مسح الحصى فقال واحدة أو دع .

وأخرجه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه وابن أبي شيبة كذلك ، وقال الدارقطني في علله اسمه أبي نجيح رواه عن مجاهد عن أبي ذر مرسلاً ، وروى الأئمة الستة في كتبهم عن معيقب أن النبي عليه السلام قال لا تمسح الحصى وأنت تصلي ، وإن كنت فلا بد فاعلاً فواحدة ، ولفظ المصنف منقول عن المشايخ منهم شمس الأئمة الكردي أنه قال سأل أبو ذر خير البشر عن تسوية الحجر فقال خير البشر يا أبا ذر مرة أو ذر قوله ذر أي دع أي اترك وهو من يذر ، وقد أتت ماضية ولا يستعمل ، وكذلك قالوا في ماضي دع لكن ورد في القرآن ﴿ ما ودعك ربك ﴾ ٣ الضحى ، بالتخفيف وهي قراءة شاذة ومعيقب ابن أبي فاطمة الدوسي، من مهاجرة الحبشة شهد بدراً وكان على خاتم رسول الله عليه السلام واستعمله أبو بكر وعمر رضي الله عنه من بيت المال ، وتوفي في خلافة عثمان رضي الله عنه .

ولأنه فيه إصلاح صلاته ولا يفرقع أصابعه لقوله عليه السلام لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي . ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة

---

( ولأن فيه إصلاح صلاته ) أي ولأن في تقليب الحصاة عند عدم التمكن من السجود إصلاح صلاته وهو التمكن من السجدة على الأرض .

( ولا يفرقع أصابعه ) أي لا يفرقع المصلي وهو مضارع من الفرقعة وهي نقض الأصابع بأن لا يمدها ويغمزها حتى تصوت ، ويقال فقع وفرقع إذا نقض أصابعه لغمز مفصالها ذكره في الفائق . وقال تاج الشريعة وإنما يكره لأنه عمل قوم لوط فيكره التشبيه بهم . قلت فعلى هذا يكره خارج الصلاة أيضاً ، وقال شيخ الإسلام كره من الناس الفرقعة خارج الصلاة فإنها تلقين الشيطان ، ولا خلاف لأحد من الأئمة الأربعة وغيرهم في كراهة فرقعة الأصابع وتشبيكها في الصلاة . وقال ابن حزم إن تعمد فرقعة الأصابع وتشبيكها وتختم في غير الخنصر فصلاته باطلة .

( لقوله عليه السلام لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي ) الحديث رواه ابن ماجة في سننه عن الحارث عن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي في الصلاة . والحديث معلول بالحارث .

وروى أحمد في مسنده والدارقطني في سننه والطبراني في معجمه عن أبي لهيعة عن زياد بن فايد عن سهل بن معاذ عن أبيه عن معاذ بن أنس عن النبي عليه السلام قال الضاحك في الصلاة والملتفت والمفرقع أصابعه بمنزلة واحدة وهو ضعيف لأن الرواة كلهم ضعفاء .

( ولا يتخصر ) من باب التفعل الذي يدل على التكلف والتشدد وقد فسر التخصر بقوله ( وهو وضع اليد على الخاصرة ) الخاصرة والخصر وسط الإنسان . وقيل التخصر هو التوكؤ على عصاً مأخوذ من المخصرة وهي السوط والعصا ونحوها . وقيل أن يختصر السورة فيقرأ آخرها ، وقيل هو أن لا يتم صلاته في ركوعها وسجودها وحدودها وإنما ينهى عنه لأنه فعل المتكبرين . وقيل هو فعل اليهود وقيل فعل الشيطان ، وقيل أنه لما طرد من الجنة نزل إلى الأرض وهو متخصر ، وعن عائشة رضي الله عنها أنها نهت أن

لأنه عليه السلام نهى عن الإختصار في الصلاة ، ولأنفيه ترك الوضع المسنون ، ولا يلتفت لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت

---

يصلي الرجل متخصراً وقالت لا تشبهوا باليهود ، وكراهته متفق عليه في حق الرجل والمرأة .

( لأنه عليه السلام نهى عن الإختصار في الصلاة ) أخرج هذا الحديث الجماعة إلا ابن ماجة عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن يصلي الرجل متخصراً ، وفي لفظ نهى عن الإختصار في الصلاة وزاد ابن أبي شيبة في مصنفه قال ابن سيرين وهو أن يضع الرجل يده على خاصرته وهو في الصلاة .

( ولأن فيه ) أي في الاختصار ( ترك الوضع المسنون ) وهو وضع اليد على اليد تحت السرة لأنه علامة الخشوع والخضوع ووضعها على الخاصرة فعل المصاب وحالة الصلاة حالة مناجاة العبد ربه لا حالة إظهار المصيبة .

( ولا يلتفت ) أي يميناً أو يساراً ، وقال الشاعر فيه :

ولو علم المصلي من يناجي لما التفت اليمين ولا الشمال

والالتفات مكروه بالاتفاق بين أهل العلم ( لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي لما التفت ) لم يرد حديث بهذا اللفظ الذي ورد قريب ، وما رواه الطبراني في معجمه الأوسط من حديث أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال إياكم والالتفات في الصلاة ، فإن أحدكم يناجي ربه ما دام في الصلاة . وعن عائشة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه السلام عن الالتفات في الصلاة فقال هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد ، رواه البخاري وأبو داود والنسائي وأحمد .

وعن أنس رضي الله عنه قال عليه السلام إياكم والالتفات في الصلاة ، فان الإلتفات في الصلاة هلكة ، فان كان لا بد ففي التطوع لا في الفريضة ، ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعن أبي ذر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يزال الله مقبلاً على عبده في الصلاة ما لم يلتفت ، فاذا التفت صرف عنه وجهه ، رواه أبو داود والنسائي وأحمد .

ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير أن يلوي عنقه لا يكره لأنه عليه السلام كان يلاحظ أصحابه في صلاته بموق عينيه .

---

( ولو نظر بمؤخر عينه يمنة ويسرة من غير أن يلوي عنقه لا يكره ) مؤخرة العين بضم الميم وسكون الهمزة وكسر الخاء طرفها الذي يلي الصدغ والمقدم بخلافه ، وهذا إنما يكره إذا كان لحاجة ، وفي المبسوط حد الإلتفات المكروه أن يلوي عنقه حتى يخرج من جهة القبلة والإلتفات يمنة ويسرة انحرف عن القبلة ببعض بدنه فلو انحرف بجميع بدنه تفسد ( لأنه عليه السلام كان يلاحظ أصحابه في الصلاة بموق عينيه ) هذا الحديث لم يرد بهذا اللفظ ، وأخرج ابن ماجة في سننه من حديث علي بن شيبان قال خرجنا إلى رسول الله ﷺ فبايعناه وصلينا خلفه فلمح بمؤخر عينه رجلاً لم يقم صلاته في الركوع والسجود، فقال انه لا صلاة لمن لم يقم صلاته ، ورواه ابن حبان في صحيحه وأخرج الترمذي والنسائي من حديث ابن عباس رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ لا يلتفت في الصلاة يميناً وشمالاً ولا يلوي عنقه خلف ظهره . وقال الترمذي حديث غريب رواه ابن حبان في صحيحه مرفوعاً والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه .

وقال جمال الدين الزيلعي لو قال المصنف كان يلاحظ أصحابه بمؤخر عينه لكان أقرب الحديث إلى مقصوده أيضاً إذ لا يمكن الملاحظة بموق العين إلا ومعها شيء من الإلتفات ، والمؤق مهموز العين مقدم العين وكذلك المأق . وفي الصحاح في مأق العين نعت لحي مؤق العين ويدل عليه ما روي أنه عليه السلام كان يكتحل من قبل مؤقه مرة ومأقه أخرى . وقال الجوهري أيضاً في مؤق العين طرفها ما يلى الأنف واللحاظ طرفها الذي يلى الأذن والجمع أماقي مثل أبار وأبآر وهو فعلى وليس بفعلة ، لأن الميم من نفس الكلمة وإنما زيد في آخره الياء للالحاق فلم يجدوا له نظيراً يلحقونه به لأن فعلى بكسر اللام نادر لا أخت لها فألحق بمفعل فلهذا جمعوه على مآق على التوهم .

وقال ابن السكيت ليس في ذوات الأربعة بكسر العين الآخر فان مآقي العين ومأوى

## ولا يقعى ولا يفترش ذراعيه لقول أبي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلاث أن أنقر نقر الديك وأن أقعي إقعاء الكلب وأن أفترش افتراش الثعلب

الإبل ، وقال ابن لمتها وقال الأزهري إجماع أهل اللغة أن الموق والمـأق معنى المؤخر والحديث المذكور غير حروف .

قلت ذكر هذا الحديث ابن الأثير في النهاية ثم قال مؤق العين مؤخرها ومآقيها مقدمها. وقال الخطابى من العرب من يقول مأق ومؤق بضمها وبعضهم يقول ومؤق بكسرها ، وبعضهم يقول مآق بغيرهم لقاض والأفصح الأكثر مآقي بالهمزة والياء والمؤق بالهمزة والضم وجمع مؤق أماق وأماق ، وجمع المآقي مآقي وقال الصنماني مأق العين ومؤقها ومآقيها ومؤقها طرفها ومحله يلي الأنف ، ثم ذكر الحديث المذكور وعلى ما قاله العمدة إذا قالت حذلم فصدقوها .

( ولا يقعي ) من الإقعاء والآن يأتي تفسير المصنف إياه،وقال ابن تيمية كراهة الإقعاء مذهب علي وأبي هريرة وابن عمر وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وأكثر العلمـاء ، وكان عطاء وأوس وابن أبي مليكة وسالم ونافع يقعون على أعقابهم بين السجدتـــين ونقل عن العبادلة بمثله .

( ولا يفترش ذراعيه ) من الإفتراش ، وافتراش الذراعين القاءهما على الأرض (لقول أبي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلاث أن أنقر نقر الديك ، وأن أقعي إقعاء الكلب وأن أفترش افتراش الثعلب ) الحديث ليس لأبي ذر وإنما هو لغيره من جماعة من الصحابة بألفاظ مختلفة ، فروى الترمذي وابن ماجة من حديث الأعور عن علي عنه عليه السلام نهى أن يقعي الرجل في صلاته ، ورواه الحاكم في المستدرك من حديث سمرة بن جندب ، وروى ابن السكن في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن السدل والإقعاء في الصلاة ، وعن أنس بلفظ نهى عن التزول والإقعاء في الصلاة ، وروى مسلم في صحيحه من حديث عائشة رضي الله عنها وكان نهى عن عقبة الشيطان .

قال أبو عبيد هو أن يضع اليتيه على عقبيه بين السجدتين وهو الذي يجعله بعض الناس الإقعاء . وقال النووي في الخلاصة ليس في النهي عن الأفعال حديث صحيـح إلا حديث

عائشة ، وروى أحمد والبيهقي من حديث أبي هريرة نهاني رسول الله ﷺ عن نقرة كنقر الديك والتفات كالتفات الثعلب ، وإقعاء كإقعاء الكلب ، وفي إسناده من أبي سليم .

وروى ابن ماجة من حديث أنس بلفظ إذا رفعت رأسك من السجود فلا تقع كما يقعي الكلب ضع اليتيك بين قدميك والزق ظاهر قدميك بالأرض ، وفيه العلاء بن زيد متروك وكذبه ابن المديني . ونقر الديك التقاطه الحب عن سرعة . وفي الطلبية النقر في الصلاة تخفيف السجود كنقر الديك .

( والإقعاء أن يضع اليتيه على الأرض وينصب ركبتيه نصباً ) الإقعاء في اللغة انطباق الإليتين بالأرض ونصف الساقين ووضع اليدين على الأرض كما يفعل الكلب ، وعند الفقهاء مختلف فيه . وفي التحفة اختلفوا في تفسير الإقعاء فقيل أن ينصب قدميه كما يفعل في السجود ويضع اليتيه على عقبيه . وقال الكرخي هو أن يقعد على عقبيه ناصباً رجليه . وقال الطحاوي رحمه الله الإقعاء أن يضع اليته على الأرض واضعاً يديه عليهما وينصب فخذيه ويجمع ركبتيه إلى صدره وهذا أشبه بإقعاء الكلب . وفي المبسوط وهو مراد الفقهاء وهو الأصح لأن إقعاء الكلب يكون هكذا . وفي الكافي إلا أن إقعاء الكلب في نصب اليدين وإقعاء الآدمي في نصب الركبتين إلى الصدر . وقال النووي في الأصح في الإقعاء أنه الجلوس على الوركين ونصب الفخذين والركبتين قال وضم إلى ذلك أبو عبدة[1] وضع اليدين على الأرض والقعود على أطراف الأصابع . قال والصواب هو الأول والثاني فغلط فقد ثبت في صحيح مسلم أن الإقعاء سنة نبينا عليه السلام .

وقال القاضي عياض في مشارق الأنوار الذي قاله أبو عبيدة أولى والإلية بالفتح الية الشاة . قال الجوهري ولا الية ولا لية فإذا ثبت ، قلت البيان فلا تلحقه التاء قال ترتج المياه ارتجاج الوطب . قلت جاء إليتاه أيضاً بالحاق التاء كما في قوله وأنف اليتيك وسبطار

(١) ربما قصد أبو عبيدة صاحب كتاب غريب الحديث . اهـ مصححه .

الوطب بفتح الواو وسكون الطاء وفي آخره ياء مؤخرة وهو شقا خاصته وقوله نصباً منصوب على المصدرية .

( هو الصحيح ) أي الذي ذكره في تفسير الإقعاء هو الصحيح ، واحترز به عما قيل الإقعاء أن ينصب قدميه كما يفعل بالسجود ويضع اليتيه على عقبيه لأن الكلب لا يقعي كذلك وإنما يقعي مثل ما ذكر في الكتاب إلا أنه ينصب يديه والآدمي ينصب ركبتيه إلى صلاة كما ذكره في الكافي . وقال النووي الإقعاء على نوعين أحدهما مستحب والآخر منهي عنه والنهي أن يضع اليتيه ويديه على الأرض وينصب ساقيه ، والمستحب أن يضع اليتيه على عقبيه وركبتاه في الأرض فهذا الذي رواه مسلم عن طاووس قال قلت لابن عباس في الإقعاء على القدمين فقال هي السنة فقلت له أما تراه حقاً يا رجل فقال بل هي سنة نبيك ﷺ وفعلته العبادلة نص الشافعي على استحبابه بين السجدتين وقد غلط فيه جماعة لتوهمهم أن الإقعاء نوع واحد وأن الأحاديث فيه متعارضة حتى ادعى بعضهم أن حديث ابن عباس منسوخ وهذا غلط فاحش فإنه لم يتعذر الجمع ولا تاريخ فكيف يصح النسخ .

( ولا يرد السلام بلسانه لأنه كلام ) ولهذا لو حلف لا يكلم فلاناً فسلم يحنث ولو رد به بطلت صلاته وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور وإسحاق وأكثر العلماء وهو مروي عن أبي ذر وعطاء والنخعي والثوري وكان سعيد بن المسيب والحسن وقتادة لا يرون به بأساً وكان أبو هريرة يرد السلام في الصلاة ويسمعه ثم هل يجب بعد الفراغ ذكر الخطابي والطحاوي أنه ﷺ رد على ابن مسعود بعد فراغه من الصلاة كذا في المجتبى ، وفي الغاية للسروجي ويرده بعد السلام عند محمد وعطاء والنخعي والثوري وهو قول أبي ذر ، وعند أبي حنيفة لا يرده في نفسه ، وعند أبي يوسف يرده في الحال ولا بعد الفراغ ويكره السلام على المصلي والقارىء والذاكر والجالس للقضاء .

( ولا بيده لأنه سلام معنى ) أي من حيث المعنى أراد أنه ينوب عن الراد باللسان وقال الشافعي يستحب رده بالإشارة ، وعند أحمد كراهية الرد بالإشارة في الفرض دون

النفل ومالك مرة كرهه مرة إجازة . وفي جوامع الفقه لو أشار لرد السلام برأسه أو بيده أو بإصبعه لا تفسد صلاته . وفي الذخيرة لا بأس للمصلي أن يجيبه برأسه ، قيل للمصلي تقدم فتقدم أو دخل وأخذ فرجة الصف فتجانب المصلي توسعة له فسدت صلاته لأنه امتثل أمر غير الله في الصلاة ، وينبغي للمصلي أن يمكث ساعة فيقدم برأيه .

فإن قلت روى أبو داود والترمذي والنسائي عن صهيب رضي الله عنه قال مررت برسول الله ﷺ وهو يصلي فسلمت عليه فرد علي إشارة قال لا أعلم إلا أنه قال إشارة بإصبعه ، وصححه الترمذي . وأخرج أبو داود والترمذي عن ابن عمر قال قلت لبلال كيف كان النبي عليه السلام يرد عليهم حين كانوا يسلمون عليه في الصلاة قال كان يشير بيده ، قال الترمذي حديث حسن صحيح ، وأخرجه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما والدارقطني في سننه عن أنس أن النبي عليه السلام كان يشير في الصلاة . قلت يحتمل أن النبي عليه السلام كان في التشهد وهو يشير بإصبعه فظنه صهيباً رداً أو لم يذكر أنه كان في حال القيام أو القعود أو غيرهما وما حكي عن بلال وأنس وغيرهما فلعله كان نهياً عن السلام فظنوه رداً .

ويؤيد ما ذكرنا ما رواه البخاري ومسلم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال كنا مع رسول الله ﷺ في حاجة فرجعت وهو يصلي على راحلته ووجهه إلى غير القبلة فسلمت عليه فلم يرد علي فلما انصرف قال أما أنه لم يمنعني أن أرد عليك إلا أني كنت أصلي ، وقد يجاب عن هذه الأحاديث بأنها كانت قبل نسخ الكلام في الصحيح الصلاة ، يؤيده حديث ابن مسعود كنا نسلم على رسول الله عليه السلام وهو في الصلاة فيرد علينا ، فلما رجعنا من عند النجاشي سلمنا عليه فلم يرد علينا .

( حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلاته ) كلمة حتى ها هنا غاية لما قبلها في الزيادة من قبيل قولهم مات الناس حتى الأنبياء وعلة الفساد هو كون المصافحة بنية التسليم عملاً كثيراً . وقال البقالي وحسام المردني فعلى هذا لو رد بالإشارة ينبغي أن يفسد لأنه كالتسليم باليد . وقال عند أبي يوسف لا تفسد .

ولا يتربع إلا من عذر لأن فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو أن يجمع شعره على هامته ويشده بخيط أو بصمغ ليتلبد

---

( ولا يتربع إلا من عذر ) كالألم في رجله أما التربع فلأنه نوع تجبر وحال الصلاة حال خشوع وتضرع وعلل المصنف بقوله ( لأن فيه ترك سنة القعود ) وهي افتراش رجله اليسرى والجلوس عليها ونصب اليمنى وتوجيه أصابعه نحو القبلة ، وأما في حالة العذر فلأنه يسبح ترك الواجب فأولى أن يسبح ترك المسنون ، وكان ابن عمر يتربع في الصلاة فنهاه عمر رضي الله عنه فقال اني رأيتك تفعله فقال في رجلي عذر . وقال شيخ الإسلام التربع جلوس الجبابرة فلهذا كره في الصلاة . وقال السرخسي في مبسوطه هذا ليس بقوي فإنه ﷺ كان يربع في جلوسه في بعض أحواله حتى أنه ﷺ كان يأكل متربعاً وهو متنزه عن أخلاق الجبابرة وكذلك جلوس عمر رضي الله عنه في مجلس النبي ﷺ كان متربعاً لكن الجلوس على الركبتين أقرب إلى التواضع فهو أولى حالة الصلاة إلا عن عذر . وفي الخلاصة التربع خارج الصلاة مكروه أيضاً .

( ولا يعقص شعره ) أي لا يصلي وهو معقوص الشعر لأنه لو عقصه وهو في الصلاة فسدت صلاته لأنه عمل كثير ( وهو ) أي عقص الشعر لأن الفعل يدل على مصدره كما في قوله تعالى ﴿ اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، ( أن يجمع شعره على هامته ) أي وسط رأسه ( ويشده بخيط أو بصمغ ليتلبد ) أي ليلقن ، وفي الصحاح أتلبد أي لصق ، حاصله أن يجمع مشتداً ، وفي المحيط العقص أن يتصفر [١] به حول رأسه كعقد النساء ، ويجمع شعره فيعقد في مؤخر رأسه . وفي المبسوط عقصه أن يجمع شعره على هامته ، وقيل أن يشده على القفا كيلا يصل الأرض إذا سجد ، وفي الصحاح عقص الشعر ضفره وليه على الرأس وللمرأة عقصته وجمعها عقص جمع الشعر على الرأس وقيل لفه إدخاله أطرافه في أصوله والعقاص سير يجمع به الشعر ثم ان صلاته صحيحة مع الكراهة واحتج ابن جرير الطبري بصحتها باجماع العلماء . وحكى ابن المنذر الإعادة عليه عن الحسن البصري .

---

(١) هكذا في الأصل وربما قصد – يتضفر – اهـ مصححه .

واتفق الجمهور من العلماء أن النهي لكل من صلى كذلك سواء تعمده الصلاة او كان كذلك فيها لمعنى آخر . وقال مالك رضي الله عنه النهي لمن يفعل ذلك الصلاة، والصحيح الأول لإطلاق الحديث .

( فقد روي أنه ﷺ نهى أن يصلي الرجل وهو معقوص ) هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن محمود بن راشد عن رجل عن أبي رافع قال نهى رسول الله ﷺ أن يصلي الرجل وهو معقوص ، وأخرجه ابن ماجة في سننه عن شعبة عن مخول بن راشد سمعت أبا سعيد يقول رأيت أبا رافع مولى رسول الله ﷺ وقد رأى الحسن بن علي رضي الله عنه وهو يصلي وقد عقص شعره فأطلقه وقد نهى رسول الله ﷺ أن يصلي الرجل وهو عاقص .

ورواه أبو داود عن عمر بن موسى عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه أنه رأى أبا رافع مولى النبي عليه السلام مر بحسن بن علي رضي الله عنه وهو يصلي وقد غرز ضفرة في قفاه فحلها أبو رافع فالتفت اليه الحسن مغضباً فقال له أبو رافع أقبل على صلاتك ولا تغضب فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك كفل الشيطان ، ورواه الترمذي نحوه إلا أنه قال فيه عن أبي رافع ، ولم يقل رأى أبا رافع وقال حديث حسن .

ورواه الطبراني في معجمه عن سفيان عن محول بن راشد(١) عن سعيد المقبري عن أبي رافع عن أم سلمة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى أن يصلي الرجل ورأسه معقوص ، ورواه إسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا الموصل بن اسماعيل أبا سعيد به مسنداً ومتناً وبه قال إسحاق .

قلت للموصل بن اسماعيل فيه أم سلمة فقال بلا شك هكذا كتبه منذ أملى بمكة ، وهذا المسند رواه الدارقطني في كتاب العلل ، قال ووهم الموصل في ذكر أم سلمة وغيرها لا ين كرها(٢) . وفي صحيح مسلم عن ابن (٢) أنه رأى عبدالله بن الحارث وهو يصلي ورأسه

(١) في الأصل ورد الاسم محمود ـ مخول ـ محول (٢) هكذا في الأصل .

ولا يكف[1] ثوبه لأنه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لأنه عليه السلام نهى عن السدل

---

معقوص من ورائه فقام فجعل يحله فلما انصرف أقبل على ابن عباس وقال مالك والدسي فقال سمعت رسول الله عليه السلام يقول إنما مثل هذا مثال يصلي وهو مكتوف ، قيل الحكمة في هذا المنهي عنه ان الشعر يسجد معه ولهذا مثله بالذي يصلي وهو مكتوف ، وقال ابن عمر رضي الله عنه لرجل رآه يسجد وهو معقوص شعره أرسله فيسجد معك . قوله ـ كفل الشيطان ـ بكسر الكاف وسكون الفاء معقده وأصله كيفا بلا دخول سنام البعير ، وقيل يعقد طرفاه بحجر البعير ليركبه الرديف ويجعل تحت كفله أي عجزه .

( ولا يكف ثوبه ) المراد من كف الثوب القبض والضم وأن يرفعه من بين يديه أو من خلفه إذا أراد السجود ، وقيل لا بأس يكف الثوب صيانة عن التلوث . وفي مختصر الحسن قال كان تاج الدين لعله أخو حسام الهندي الشهيد يرسله لحيته في الصلاة ويقول في إمساكها كف الثوب وانه مكروه وكان برهان الدين صاحب المحيط وقاضي خان وغيرها يمسكونها قال وهو الأحوط .

( لأنه ) أي لأن كف الثوب ( نوع تجبر ) ولا يفعله إلا المتجبرون ، وروي في الصحيح عن طاووس عن ابن عباس عن النبي ﷺ أمرت أن أسجد على سبعة أعظم ولا اكف ثوباً ولا شعراً .

( ولا يسدل ثوبه لأنه ﷺ نهى عن السدل ) هذا الحديث رواه أبو داود في سننه عن سليمان الأحول عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن السدل في الصلاة وأن يغطي الرجل فاه ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وروى الترمذي عن عسل بن صفوان عن عطاء عن أبي هريرة مرفوعاً وقال لا نعرفه

---

(١) يلف ـ هامش .

مرفوعاً من حديث عطاء عن أبي هريرة إلا من حديث عسل بن صفوان وليس في روايته وأن يغطي الرجل فاه . وعسل بكسر العين وسكون السين المهملتين ضعفه البخاري والنسائي وغيرهما ، وفي سند أبو داود والحسن بن ذكوان المعلم ضعفه ابن معين وأبو حاتم وقال النسائي ليس بالقوي ، لكن أخرج له البخاري في صحيحه وذكره ابن حبان في الثقات .

( وهو ) أي السدل بسكون الدال ، وفي المغرب بفتحها وهو من باب طلب طلباً ( أن يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل أطرافه من جوانبه ) اختلفوا في تفسير السدل فقال في شرح مختصر الكرخي مثل ما قال المصنف إلا أنه قال يجعل ثوبه على رأسه أو كتفيه بكلمة أو ، وقال المعلى السدل أن تجمع طرفي ازارك من الجانبين جميعاً فإن ضممتها أمامك فليس بسدل . وقال الحسن السدل أن يضع وسط ثوبه على عاتقه ويرخي طرفيه ، ويروي المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة كراهة السدل على القميص وعلى الازار وبه قال أبو يوسف للتشبيه بأهل الكتاب وهم يسدلون مع القميص وغيره ، وقيل هو جر الثوب على الأرض ذكره بعض المالكية ، وفي مختصر بحر المحيط أن السدل يريد الصدرة ولا يدخل يديه في كميه ومثله جار الله ، وفي صلاته الجلابي إذا ضم طرفه أمامه فليس بسدل ، واختلفوا في كراهة السدل خارج الصلاة ، والعامة على كراهته في الصلاة إلا ما الكافة ولا يكره فيها .

فروع : لو صلى وقد شمر كميه لعمل أو شبه ذلك يكره ، وقيل لا بأس به ، ويكره تغطية الفم بلا عذر ولا اعتجار وهو أن يلف العمامة حول رأسه ، وقيل أن يلف بعضها على رأسه وبعضها على وجهه ، وفي خير مطاوب هو أن يشد عمامته على رأسه وشدهامته . وقيل يشد بعض عمامته على رأسه وبعضها على يديه . وعن محمد أنه يلف بعضها على رأسه وطرفاً منها يجعله كالمعجز للنساء . ويكره التسليم وتغطية الأنف والفم . قال في المحيط لأنه يشبه فعل المجوسيين حال عبادة النيران .

ولا يمشط ولا يتثاءب فإن غلبه شيء من ذلك لطم نفسه ما استطاع ، فإن غلبه وضع

فمه [1] أو كمه على فمه ، وروى مسلم إذا تثاءب أحدكم فليمسك بيده على فمه فإن الشيطان يدخل فيه . ويكره أن يروح على نفسه بمروحة أو بكمه ، وحكاه ابن المنذر عن عطاء ومسلم بن يسار والنخعي ومالك والشافعي ، ورخص فيه ابن سيرين ومجاهد والحسن وكره أحمد وابن راهويه إلا أن يأتي غم شديد .

وفي المحيط ويكره أن يدخل في الصلاة وهو يدافع الأخبثين والرفع فإن شغله الإهتمام قطعها ، وإن مضى عليها أجزأه وقد أساء ، وشدد أبو زيد المر ونهى والقاضي حسين من الشافعية وقال إذا نهي به مدافعة الأخبثين إلى ذهاب خشوعه لم تصح صلاته ، ومذهب الظاهرية بطلان الصلاة مع مدافعة الأخبثين ، والصحيح عند العلماء صحة ذلك مع الكراهة .

فإن قلت روى مسلم من حديث عائشة عنه ﷺ لا صلاة بحضرة طعام ولا صلاة وهو يدافعه الأخبثين . قلت هو محمول على الكراهة عند عامة العلماء . وفي مختصر البحر المحيط إن اشتغل الحاقن بالوضوء يفوته الوقت لأن الأداء مع الكراهة أولى من القضاء ، ويكره لبسة الصماء وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها كالإضطباع وإنما كرهها لأنها من لبس أهل الأثر والبطر ، وفي البخاري أنه عليه السلام نهى عن لبسة الصماء فقال يكون الصماء إذا لم يكن عليك ازار . قيل هي اشتمال اليهود . وقال الجوهري اشتمال الصماء أن تخلل جسدك بثوبك نحو سلة الاعراب بأكيستهم وهي أن يرد الكساء من قبيل يمينه على يده اليسرى وعاتقه الأيسر ثم يرده ثانية من خلفه على يده اليمنى أو عاتقه الأيمن فيغطيها . وقيل أن يشتمل بثوبه فيتخلل جسده كله ولا يرفعه جانباً يخرج يده منه . وقيل أن يشتمل الثوب من رأسه إلى قدميه يخلل به جسده كله وهو التلفف ، قال سميت بذلك والله أعلم متخذاً كالصخرة الصماء لشدها وضمها جميع الجسد ومنه صمام القارورة الذي تشد به فوها .

وتكره الصلاة حاسراً رأسه تذللاً ، وكذا في ثياب البذلة وفي ثوب فيه تصاوير ،

(١) هكذا في الأصل وربما أراد يده . اهـ مصححه .

## ولا يأكل ولا يشرب لأنه ليس من أعمال الصلاة ، فإن أكل أو شرب عامداً أو ناسياً فسدت صلاته

ويستحب أن يصلي في ثلاثة أثواب إزار وقميص وعمامة ، والمرأة في قميص وخمار ومقنعة كذا في المجتبى . وفي فتاوى العتابي ويكره له شد وسطه لأنه صنع أهل الكتاب . وفي الخلاصة أنه لا يكره كذا في شرح منية المصلي والبحر الرائق وكذا في القنية .

( ولا يأكل ولا يشرب ) بالإجماع ( لأنه ليس من أعمال الصلاة ) أي لأن كل واحد من الأكل والشرب ليس من أفعال الصلاة ، وعن سعيد بن جبير أنه شرب الماء في النافلة ، وعن طاووس لا بأس بالشرب في النافلة وهو رواية عن أحمد ، وقال ابن المنذر لا يجوز ذلك ، ولعل من حكى ذلك عنه أنه كان فعله ناسياً أو سهواً ، وروي أيضاً عن ابن الزبير أنه شرب في التطوع ، وقال إسحاق لا بأس به .

( فإن أكل أو شرب عامداً ) أي حال كونه عامداً ( أو ناسياً فسدت صلاته ) قل أكله أو كثر وهو قول الأوزاعي ، وعند الشافعي إن كان ناسياً للصلاة أو جاهلاً بتحريمة إن كان قليلاً لم يبطلها وإن كان كثيراً أبطلها في أصح الوجهين، وتعرف القلة والكثرة بالعرف ، ذكره النووي . وقال ابن القاسم إنما أكل أو شرب يتهدى قال لم أحفظه عن مالك وقال حبيب يبني ما لم يبطل فقال أحمد لا تبطل بها إذا كان ناسياً . وفي الذخيرة لو ابتلع شيئاً بين أسنانه لا تفسد صلاته لأنه تبع له يقال ولهذا لا يفسد به الصوم إذا كان قليلاً كالحمصة ، فإن كان أكثر من ذلك يفسد ، وقيل لا تفسد الصلاة بما دون ملء الفم ، وفرق بهذا للقائل بين الصلاة والصوم ، وفي أجناس الناطفي إذا ابتلع المصلي ما بين أسنانه أو فضل طعام أكله أو شربه فصلاته تامة ، وإن أخذ سمسمة فوضعها في فمه فابتلعها تفسد ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا تفسد ذكره في جوامع الفقه .

وقال الشافعي إن ابتلع شيئاً من بين أسنانه أو نخامة من رأسه تفسد صلاته ، وفي الذخيرة لو قاء دون ملء الفم فعاد إلى جوفه لا تفسد ، وإن عاده وهو يقدر على دفعه قال المرغيناني يجب أن يكون على قياس الصوم لا يفسد عند أبي يوسف وتفسد عند محمد وإن بقي من ملء الفم لا تفسد وهو المختار ، ولو كان في سكرة فذهبت ودخلت في حلقه

فسدت وبه قال أحمد وهو الصحيح من وجهي الشافعي ، ولو بقيت حلاوة السكر ونحوه في فمه بعد الشروع ولا يدخل حلقه مع ريقه لا تفسد ولو كان في فمه هليجة فلاكها فسدت صلاته وإن لم يلكها لا تفسد إلا إذا كثر ، وإن مضغ علكاً تفسد إذا أكثر ولو دفع في فمه بردة أو ثلج أو قطرة من مطر [1] فابتلع فسدت .

( لأنه ) أي لأن كل واحد من الأكل والشرب ( عمل كثير ) لا محالة فتفسد به (وحالة الصلاة مذكرة ) هذا جواب عما يقال وينبغي أن يكون أكل الناسي وشربه عفواً في الصلاة كما في الصيام ، وتقرير الجواب أن يقال لا نسلم صحة القياس لوجود الفارق وهو أن حالة الصوم ليست بمذكرة فجعل النسيان عذراً بخلاف حالة الصلاة فإنها مذكرة فلم يجعل عفواً . ثم اعلم ان لأصحابنا خمسة أقوال في التفرقة بين العمل الكثير والقليل في الصلاة أحدها أن ما يقام باليدين عادة كثير وإن ما يقام بيد واحدة قليل ما لم يتكرر . وفي الذخيرة لو فعل ما يقام باليدين بيد واحدة لا تفسد الصلاة ولو لبس قميصاً أو شد سراويل تفسد ، ولو نزع القميص أو حل السراويل لا تفسد ، ولو سرح لحيته أو لبس خفيه أو سرج دابته أو نزعه أو ألجمها أو ادهن رأسه بيد بأن أخذ الدهن وصبه على يديه ومسح به رأسه تفسد . وفي الأجناس لو نزع لجام إبله أو أمسكها أو خلع خفيه وهو واسع أو نعليه أو زرر قميصاً أو قباً أو لبس قلنسوة أو نزعها أوفتح باباً أو رده أوأغلق قفلاً أو جعل فتيلة في مسرجة لا تفسد لأنه عمل قليل .

وفي جوامع الفقه سئل أبو بكر عمن شد إزاره بيديه قال لا عبرة لليدين وإنما العبرة بكثرة العمل ، وقيل اعتبار اليدين ، وعن أبي يوسف رحمه الله ولو أخذ قوساً فرمى به تفسد صلاته . وقال المرغيناني إن كان القوس بيده والسهم في الوتر فرمى به لاتفسد وهو اختيار الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل .

الثاني أن الثلاث كثير واستدل على هذا بما روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال إذا

(١) في الأصل – قطرة من بطر – اهـ مصححة .

تروح مرتين لا تفسد وإن زاد فسدت وإن قل لا تفسد ، وذكر الأستاذ حسام الدين الشهيد إذا حك موضعاً من جسده ثلاث مرات بدفعة واحدة تفسد صلاته . وفي الذخيرة لوعبث بلحيته أوحك بعض جسده لا تفسد ، قيل هذا إذا فعل مرة أو مرتين وكذا لو فعله إذا وصل بين كل مرتين ، فإن كان ذلك متوالياً تفسد وعلى هذا قتل القملة ، وعلى هذا رمي الحجار الثلاثة على الولاء ونتف ثلاث شعرات على الولاء تفسد ذكره في جوامع الفقه .

الثالث : أنه مفوض إلى رأي المصلي المبتلى به ، فان استكثره كان كثيراً وإن استقله كان قليلاً ، قال الحلواني هذا أقرب إلى قول أبي حنيفة لأنه مفوض في مثل ذلك إلى رأي المبتلى به ، ويخرج على هذا ما ذكره في الذخيرة أنه لو تروح بكمه ثلاثاً تفسد ، ولونتف من شعره ثلاث شعرات تفسد ، ولو ضرب إنساناً بيده أو بسوط تفسد ، ولو رمى طيراً بحجر لا تفسد ذكر في المبسوط فان ضرب دابة مرة أو مرتين لا تفسد وثلاثاً ولو حرك رجلاً واحدة لا على الدوام لا تفسد ورجلين تفسد .

الرابع : أن الكثير ما يكون مقصوداً لفاعل بأن يفرد له مجلساً . وقال في الذخيرة واستدل هذا القائل بامرأة لمسها زوجها بشهوة أو قبلها بشهوة فسدت صلاتها ، وكذا لو مس صبي ثديها فخرج منها اللبن تفسد ، وذكر المعلى عن أبي يوسف أن قليل المباشرة لا تفسد وكثيرها يفسد وكذا القبلة والمباشرة عن شهوة تفسد قليلها وكثيرها ، وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن القبلة تفسد بشهوة كانت أو بغير شهوة ، وعن أبي يوسف لو لمست امرأة بشهوة أو لم يشته أو قبلت فمه ولم يقبلها لا تفسد صلاته ، وفي المرغيناني لو قبل امرأة لم يشتهيها لا تفسد .

الخامس : أنه لو نظر اليه ناظراً من بعيد إن كان لا يشك أنه في غير الصلاة فهو كثير مفسد للصلاة ، ولو شك لا يفسد ، قال المرغيناني هو الأصح ، ولو حملت امرأة صبيها فأرضعته أو قطع ثوباً أو خاطه قال المرغيناني فهذا كله عمل كثير على الأقوال كلها ، ولو رفع عمامته فوضعها على الأرض أو على رأسه أو كتب خطامتنا [1] لا يفسد إلا أن

(١) هكذا في الأصل وربما أراد بها — أو خطاباً — اه مصححه .

يطول فيزيد على ثلاث كلمات ، وفي الملتقط فان زاد على مرة أو على هو أشياء لا يتبين لا يفسد ، وإن كثر ، وحركة الأصابع بعمل كثير قليل . وروى المعلى عن أبي يوسف إن كتب في شيء يقرأه تفسد وفي شيء لا يقرأه لا تفسد . وذكر محمدبن الحسن في السير الكبير عن الأزرق بن قيس الأسامي أنه رأى أبا بردة يصلي أخذ بقياد فرسه حتى صلى ركمتين فاغسل (١) قياده من يده فمضى الفرس نحو القبلة فتبعه أبو بردة حتى أخذ بقياده ثم رجع ناكصاً عن عقبيه حتى صلى الباقيتين ثم قال محمد وبهذا نأخذ إذا لم يستدبر القبلة بوجهه ولم يفصل بين القليل والكثير فهذا يبين لنا أن المشي مستقبل القبلة لا يفسد وان كثيراً من المشايخ من روى هذا الأثر ، واختلفوا في تأويله . قيل انه لم يتجاوز الصفوف أو موضع سجوده . وقال المرغيناني في المختار أنه إذا كثر يفسد . وقيل تأويله أنه إذا مشى خطوة أو خطوتين فوقف ثم مشى ذلك حتى أخذه وذلك قليل ، أما إذا مشى خطاً يفسدها . وقيل إذا كان مقدار ما يكون بين الصفين لا تفسد كما لو رأى في الصف الأول فرجة وهو في الثاني فمشى اليه فسدها لا يفسد ومن الثالث يفسد ، وحكى القاضي ركن الإسلام أبو الحسن علي السمدي عن أستاذه إنه إذا مشى مستقبل القبلة وهو غاز أو حاج أو سافر طاعة وعبادة وإن كثرت .

قلت الأثر المذكور رواه البخاري في باب انفلات الدابة في الصلاة ، حدثنا آدم قال حدثنا شعبة قال حدثنا الأزرق بن قيس قال كنا كتاب الأهوال أو لجام دابته بيده فجعلت الدابة تنازعه وجعل يتبعها . وذكر المرغيناني هذا وقال الذي رووه لا يصح والصحيح وقيل فضلة بن عايد وقيل ابن عبد الله والأول هو الصحيح ، وأبو بردة اسمه هاني اسمه الحارث عن شهداء بدر وفي التابعين أبو بردة بن أبي موسى الأشعري قاضي الكوفة ، اسمه عامر ، وقيل الحارث وذكرت الشافعية في الفصل بين القليل والكثير أربعة أقوال الأول الكثير ما يقع زمانه فعل ركعة حكاه الرافعي . قال النووي وهو ضعيف أو غلط .

---

(١) هكذا كتبت في الأصل .

## ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره أن يقوم في الطاق لأنه يشبه صنيع أهل الكتاب

الثاني : ما يحتاج في عمله إلى بدنه كتكرير عمامته وعقد ازاره وسراويله حكاه الرافعي.

الثالث : ما يظن الناظر إليه أنه ليس في الصلاة وضعفوه كقتل الحية وحمل الصبي .

الرابع : هو المشهور أن الرجوع إلى العرف في القلـــة والكثرة ، ذكر هذه الأقوال النووي في شرح المهذب .

( ولا بأس بأن يكون مقام الإمام في المسجد وسجوده في الطاق ) شرع من ها هنا في مسائل الجامع الصغير ، والمراد بمقام الإمام موضع القدم وبالطاق المحراب وقوله – وسجوده في الطاق – أي ورأسه في الطاق عنـد السجود وهذه صورتان الأولى هذه وهو أن يقوم الإمام في المسجد بقدميه ولكن عند سجوده يكون رأسه في المحراب فهذه لا تكره لأن الاعتبار بموضع القيام لا بموضع السجود ، ألا ترى إن قدم المقتدي إذا كانت مؤخرته عند قدم الإمام ورأسه مقدماً على رأس الإمام بسبب طول المقتدي تجوز صلاته ، وإذا كانت قدم المقتدي مقدمة عن قدم الإمام فلا تجوز صلاته ، ألا ترى أن الطير إذا كان رجله في الحرم ورأسه خارج الحرم يكون من صيد الحرم حتى يجب الجزاء بقتله ، أو لا ترى أن من حلف لا يدخل دار فلان فأدخل جميع أعضائه فيها دون القدمين لا يحنث فعلم أن الاعتبار بموضع القدم .

وفي الجنازية طعن بعض من خالف أبا حنيفة في قوله لا بأس بأن يكون مقـام الإمام في المسجد وسجوده في الطاق يعني لم يجعل الطاق من المسجد وليس كذلك ، فإن المراد من المسجد ها هنا مصلى الناس وموضع سجودهم ، والطاق ليس المسجد بهذا الإعتبار وبـــه تندفع شبهة الصورة الثانية .

هي قوله ( ويكره أن يقوم في الطاق ) أي ويكره أن يقوم الإمام وحده في المحراب وتعليل هذه الصورة بشيئين أحدهما ماذكره المصنف بقوله ( لأنه يشبه صنع أهل الكتاب ) أي لأن قيام الإمام في الطاق يشبه صنع أهل الكتاب ، وأشار إلى وجه التشبيه بصنعهم

بقوله ( من حيث تخصيص الإمام بالمكان ) لأنهم يتخذون بإمامهم مكاناً والتشبه بهم مكروه قال ﷺ من تشبه بقوم فهو منهم ، ولهذا يكره الإعتجار وتغطية الفم لأنه تشبيه بهم وكذا يكره التمايل عن اليمين واليسار ، وقد صح عن أبي بكر رضي الله عنه أنه ﷺ قال إذا صلى أحدكم فليسكن أطرافه فلا يتمايل تمايل [1] اليهود .

والتعليل الثاني ما حكي عن أبي جعفر أنه قال أن حاله يشتبه على من يمينه ويساره حتى إذا كان بجنبي الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع فيهما من عن يمينه أو عن يساره على حاله فلا بأس به لأن الإمام إنما كان إماماً ليعلم بحاله فيتحقق الإئتمام به وهذا بالعراق لأن محاريبهم مجوفة مطوقة بنيت باللبن والآجر .

فإن قلت لم اختار المصنف الوجه الأول. قلت لأنه مطرد بخلاف الثاني لأنه إذا أمكن الإطلاع على حاله بالفرجة لم يطرد فيه . وقال شمس الأئمة السرخسي من اختار الطريقة الثانية لم يكره عند عدم الإشتباه وإن كان مقام الإمام في الطاق ، ومن اختار الطريقة الأولى يكره في الوجهين جميعاً في الثانية قال هذا هو الأصح .

( بخلاف ما إذا كان سجوده في الطاق ) أي لا يكره في هذه الصورة وهي الصورة الأولى لما قلنا أن المعبره للقدمين . وفي فتاوى الولوالجي إذا ضاق المسجد بمن خلف الإمام على القوم لا بأس بأن يقوم الإمام في الطاق لأنه تعذر الأمر ، وإن لم يضق المسجد بمن خلف الإمام لا ينبغي للإمام أن يقوم في الطاق لأنه يشتبه بين المكانين انتهى وبالكرامة ففي هذه الصورة وهي ما إذا أقام في الطاق وحده ، قال ابن مسعود والحسن البصري وابراهيم النخعي وسفيان الثوري وسليمان التيمي وأبي سليم ومحمد بن جرير الطبري وابن حزم وقال الطحاوي هذا في الكوفة فإنها كانت خارجة عن حد المسجد لأنه يشبه اختلاف المكانين ولأنه يشبه على من كان في جانبي الإمام ، فان كان مكشوفاً لا يشبه حاله فلا يكره ، وعلى الأول يكره ، وقال السرخسي الكراهة في الوجهين لأنه تشبه بأهل الكتاب والتشبه بهم مكروه خارج الصلاة فكذا في الصلاة بل أولى .

---

(١) كلمة – تمايل – غير مذكورة في الأصل والصحيح إثباتها . اهـ مصححه .

ويكره أن يكون الإمام وحده على الدكان لما قلنا وكذا على القلب في ظاهر الرواية لأنه ازدراء بالإمام.

---

( ويكره أن يكون الإمام وحده على الدكان ) وقد ذكرنا أن المراد من الدكان الموضع المرتفع بشيء ليجلس عليه مثل الدكة واختلفوا في نونه هل أصلية أم زائدة ، وقيد بقوله وحده لأنه لو كان معه بعض القوم لا يكره وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي ، فان فعل بطل صلاته عند الأوزاعي وهو قول أبي حامد من الحنابلة . وقال الشافعي يكره أن يكون موضع الإمام والمأموم أعلى من موضع الآخر إلا إذا أراد تعليم أفعال الصلاة وأراد المأموم تبليغ القوم فقال في المهذب إذا كره أن يعلو الإمام فالمأموم أولى، ولم يذكر المصنف مقدار ارتفاع الدكان الذي يكره عليه فقيل قدر ارتفاع قامة الرجل الذي هو متوسط القامة فلا بأس بما دونها ذكره في المحيط وكذا ذكره الطحاوي وهكذا روي عن أبي يوسف وقيل إنه مقدر بمقدار ما يقع الإمتياز ، وقيل مقدر بقدر ذراع اعتباراً بالسترة ، قال قاضي خان وعليه الإعتماد .

( لما ذكرنا ) وقوله – لأنه يشبه صنع أهل الكتاب – من حيث تخصيص الإمام بالمكان ، وفي بعض النسخ لما قلنا .

( وكذا على القلب ) وكذا يكره على قلب الحكم المذكور أي عكسه وهو أن يكون الإمام أسفل الدكان والقوم على الدكان ( في ظاهر الرواية ) احترز به عما روي عن الطحاوي أنه لا يكره لعدم التشبيه بصنع أهل الكتاب فانهم لا يفعلون هكذا وعليه عامة المشايخ ( لأنه ) أي لأن كون الإمام أسفل الدكان والقوم على الدكان ( ازدراء بالإمام) أي استخفاف به ، يقال ازدراه أي استخف به واحتقره ، وذكر شيخ الإسلام إنما يكره هذا إذا لم يكن من عذر فلا يكره كما في الجمعة إذا كان القوم على الرف وبعضهم على الأرض لضيق مكان الرف بفتح الراء المهملة وتشديد الفاء . قال الجوهري الرف شبه الطاق والجمع الرفوف .

فان قلت روى البخاري ومسلم من حديث أبي حازم بن دينار أن رجالاً أتوا سهل ابن سعد الساعدي وقد أشروا في المتبرع هوده فسألوه عن ذلك فقال والله اني لأعرف مما

هو ولقد رأيته أول يوم وضع وأول يوم جلس عليه رسول الله ﷺ .. الحديث، وفي آخره ثم رأيت رسول الله ﷺ صلى عليها و كبر وهو عليها ثم ركع وهو عليها ثم نزل القهقرى فسجد في أصل المنبر ثم عاده فسألوا عن ذلك فقال والله اني لأعرف كما هو لقد رأيته عاد فلما فرغ أقبل على الناس فقال أيها الناس إنما صنعت هذا لتأتموا بي ولتعلموا صلاتي فهذا يدل على ما يذكره الطحاوي وهو مذهب ابن حزم الظاهري وحكاه في المحلى عن الشافعي وأحمد قال وقال أبو حنيفه ومالك « رح » لا يجوز ويجوز الإقتداء من سطح المسجد ورفه وبه قال الشافعي وأحمد في المغني صلى أبو هريرة رضي الله عنه على سطح المسجـــد بصلاة القوم وفعله سالم .

قلت روى أبو داود في سننه من حديث همام أن حذيفة أم الناس بالمدائن على وكان[1] فأخذ أبو سعيد بقميصه فيجذبه ، فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم أنهم كانوا ينهون عن ذلك قال بلى قد ذكرت حين مد وتقى ، وروى أيضاً من حـــديث عدي بن ثابت الأنصاري حدثني رجل أنه كان مع عمار بن ياسر رضي الله عنهما بالمدائن فأقمت الصلاة فتقدم عمار بن ياسر وقام على دكان يصلي والناس أسفل منه فتقدم حذيفة فأخر على يديه فاتبعه عمـــار حتى أنزله حذيفة فلما فرغ عمار من صلاته قال له حذيفـــة ألم تسمع رسول الله ﷺ يقول إذا أم الرجل القوم فلا يقم في مكان ارتفع من مقامهم أو نحو ذلك قال عمار رضي الله عنه لذلك اتبعتك حين أخذت على يدي .

وعن ابن مسعود رضي الله عنه نهى رسول الله ﷺ أن يقوم الإمام فوق شيء والناس خلفه يعني أسفل منه ، رواه الدارقطني .

والجواب عن حديث سهل رضي الله عنه أنه كان فعله عليه الصلاة والسلام ملجأ القوم وقد قلنا أنه لا يكره للضرورة ، وأيضاً يحتمل أنه كان في الدرجة السفلى لأنه لا يحتـــاج إلى عمل كثير في النزول والصعود والعمل الكثير مفسد للصلاة بـــلا خلاف ، وأيضاً هو

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولا بأس أن يصلي إلى ظهر رجل قاعد يتحدث لأن ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع في بعض أسفاره ،

---

فعـــل والذي قاله الأكثرون قول والقول مقدم على الفعـــل ، وقال ابن قدامة لاحتمال اختصاصه بفعله عليه‌السلام .

قلت هذا لا يمكن مع قوله - إنما فعلت هذا لتقتدوا به ولتعلموا صلاتي - فقد نص عليه السلام أنه غير تخصيص به بل فعله كذلك لتقتدوا به فيما فعله ، والذي نقله ابن حزم عن الشافعي « رح » وأحمد وعطاء وعن أبي حنيفة غلط .

( ولا بأس بأن يصلي إلى ظهر رجل قاعد يتحدث ) قاعد بالجر صفـــة رجل وقوله - يتحدث - جملة في محل النصب على الحال ، ولا يقال ان ذا الحال نكرة فكيف يجوز الحال عنه لأنا نقول أنه قد اتصف بالصفة ويجوز ان محل الجر على أنها بصفـــة أخرى ، وقيد بقوله - إلى ظهر رجل - لأنه لو صلى إلى وجه رجل يكره وفيـه إشارة أيضاً إلى أنه لا بأس بأن يصلي وبقربه قوم وبه قالت الأربعة إلا ما روي عن مالك فانه يقول لي رواية إن كان امامه مجنون أو صبي أو كافر أو امرأة غير محرمة يكره ، ومن الناس من كره ذلك لأنه عليه السلام نهى أن يصلي الرجل وعنده قوم يتحدثون أو نائمون ، ورواه ابن عباس رضي الله عنه ، وتأويل ذلك أنهم إذا رفعوا أصواتهم على وجه يخـاف وقوع الغلط ، ولهذا قال في الجامع البرهاني قالوا هذا لم يشوشه حديثهم فان كان يشوشه فيكره ، وفي النائمين إذا كان يخاف أن يظهر صوت من النائم فيضحك في صلاتـه ويخجل النائم إذا انتبه ، فان لم يكن كذلك فلا بأس به .

فان قلت روى سعيد بن منصور في سننه أنه عليه السلام نهى عن أن يصلوا إلى قوم يتحدثون أو نائمون . قلت هذا محمول على ما إذا رفعوا أصواتهم كما ذكرنا وفي النائم لأجل ما ذكرنا .

فان قلت هذا في النافلة أو مطلقاً . قلت قال ابن قدامة والأشبه أنه لا فرق بـين الفريضة والنافلة في ذلك يعني في عدم الكراهـــة . قلت قد صح عن عائشة رضي الله عنها في الصلاة إلى النائم من غير كراهة فى النافلة .

( لأن ابن عمر رضى الله عنه ربما كان يستتر بنافع فى بعض أسفاره ) هذا الأثر رواه

## ولا بأس أن يصلي وبين يديه مصحف معلق أو سيف معلق لأنهما لا يعبدان، وباعتباره تثبت الكراهة

ابن أبى شيبة فى مصنفه عن نافع ولفظه كان ابن عمر إذا لم يجد سبيلاً إلى سارية من سواري المسجد ، قال لي ولني ظهرك . وروي أيضاً عنه عن ابن عمر كان يقعد رجلاً فيصلي خلفه بين يدي ذلك الرجل . وفى الجامع الصغير لقاضى خان كان عليه السلام إذا أراد أن يصلي فى الصحراء أمر عكرمة أن يجلس بين يديه ويصلي . قلت إن كان مراده من عكرمة وهو عكرمة بن أبى جهل الصحابى فليس له حديث فى ذلك وإن كان مراده من عكرمة هو مولى ابن عباس فهو تابعى ليس له صحبة .

فان قلت روى أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبي عليه السلام وقد صح عنه أنه عليه السلام قال لا تصلوا خلف النائم ولا المتحدث . قلت فى سند أبى داود رجل مجهول ، وفى سند ابن ماجة أبو المقدام هشام بن زياد البصري لايحتج بحديثه ، وقال الخطابى هذا الحديث لا يصح عن النبي عليه السلام وقد صح عنه أنه عليه السلام صلى وعائشة نائمة معترضة بين يديه وبين القبلة .

فان قلت روى البزار في مسندة من حديث محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه أن رسول الله عليه السلام رأى رجلاً يصلي إلى رجل فأمره أن يعيد الصلاة فقال يا رسول الله اني فعلت للنظر إلي . قلت قال البزار هذا حديث لا تحفظه إلا بهذا الإستناد وكان هذا المصلي يستقبل الرجل بوجهه فلم ينتج عن خياله .

( ولا بأس بأن يصلي وبين يديه مصحف معلق أو سيف معلق ) وهو قول الجمهور ، وقال أحمد يكره ذلك إلا أن يكون موضوعاً بالأرض وقيل هو قول ابراهيم بن عمر رضي الله عنه ، وفي استقبال المصحف بالتشبيه بأهل الكتاب فانهم يفعلون ذلك بكتبهم ( لأنهما لا يعبدان ) أي لأن المصحف والسيف لا يعبدان ( وباعتباره ) أي وباعتبار معنى الكراهة في الأشياء التي تعبد ( تثبت الكراهة ) فالسيف لا يعبد لأنه سلاح فلا يكره التوجه اليه ، ألا ترى أن النبي ﷺ صلى إلى عنزة وهي سلاح ، والموضع موضع الحرب أيضاً وكذلك سمى المحراب محراباً فبان تقديم آلة الحرب ، وكيف يقال بالكراهة وقد

ولا بأس بأن يصلي على بساط فيه تصاوير لأن فيه استهانة بالصور ولا يسجد على التصاوير لأنه يشبه عبادة الصورة ، وأطلق الكراهية في الأصل

---

صلى عليه السلام إلى عنزة ، على أنا نقول قد ورد أخذ الأسلحة في صلاة الخوف وقال تعالى ﴿ وليأخذوا أسلحتهم ﴾ ١٠٢ النساء .

وأما المصحف لأن في تقديمه تعظيمه وتعظيمه عبادة ، فالمصحف عبادة على عبادة فلا تكره .

( ولا بأس بأن يصلي على بساط فيه تصاوير ) قال الجوهري التصاوير التماثيل. وقال غيره التماثيل ما تصور تشبيهاً بخلق الله تعالى من ذوات الروح والصورة عام ، وروي عن ابن عباس ما يدل على التمثال على الجدار والصورة ما على الثوب . وفي المغرب التمثال ما يصور تشبيهاً لحق الله تعالى من ذوات الروح والصورة عام ، وروي عن ابن عباس ما يدل على أن التمثال والصورة واحدة وهو أنه نهى مصوراً عن التصوير فقال كيف لا أصنع وهو كسبي ، قال إن لم يكن لك يد فعليك تمثال الأشجار . والتمثال بكسر التاء في أوله وقد جاء على هذا الوزن نحو عشرين [1] كلمة وهي التحفاف وهو البر كستوان البنيان مصدر والتلقاء مصدر مثل التلعاب والتمساح اسم لحيوان مشهور في بيان مصر والتمطار اسم لماء المطر وتنفاق للهلال وتنبال اسم لنوع من التبن القصر .

( لأن فيه ) أي لأن فعل الصلاة على البساط الذي فيه تصاوير ( استهانة بالصور ) أي تحقيراً لها .

( ولا يسجد على التصاوير لأنه ) أي لأن السجود على الصورة (يشبه عبادة الصورة) لأنه حينئذ يشبه فعل الكفار عبدة الأصنام ( وأطلق الكراهة في الأصل ) أطلق محمد الكراهة في الأصل أي لم يفصل بين أن يكون الصورة في موضع السجود أو في غيره ، فانه قال فان صلى على بساط فيه تماثيل يكره ، وفصل في الجامع الصغير حيث قال إن كان في موضع سجوده يكره ، وإن كان في موضع جلوسه أو قيامه لا يكره . قال تاج الشريعة والأصح ما ذكره ها هنا يعني التفصيل .

---

(١) سبع – هامش .

لأن المصلى معظم ويكره أن يكون فوق رأسه في السقف أو بين يديه أو بحذائه تصاوير أو صورة معلقة لحديث جبريل انا لا ندخل بيتاً فيـه كلب أو صورة .

---

( لأن المصلى معظم ) هذا تعليل الإطلاق والمصلي بفتح الميم وأراد به المسجدالتي يصلى فيه ، قوله – معظم – بفتح الظاء أي مستحق للتعظيم لأنها عد للصلاة فاستحق التعظيم من سائر البسط ، فلو كان فيه صورة كان بنوع تعظيم لها ونحن أمرنا باهانتها فلا ينبغي أن تكون في المصلى مطلقاً يسجد عليها أو لم يسجد .

( ويكره أن يكون فوق رأسه في السقف أو بين يديه أو بحذائـه تصاوير ) تصاوير مرفوع لأنه خبر يكون ( أو صورة معلقة ) في السقف ونحوه أو كان في أستـاره معلقـة ونحوها ( لحديث جبريل عليه السلام انا لا تدخل بيتاً فيه كلب أو صورة ) هذا الحديث روي عن ابن عمر وميمونة وعائشة رضي الله عنهم فحديث ابن عمر أخرجه البخاري من حديث عبد الله بن عمر قال واعد النبي جبريل عليهما السلام مرات عليه أي أبطـأ حتى شق ذلك على النبي عليه السلام وخرج النبي عليه السلام فلقيه ، فقال انا لا ندخل بيتاً فيه كلب أو تصاوير .

وحديث ميمونة رضي الله عنها أخرجه مسلم عن ابن عباس قال أخبرتني ميمونـة أن رسول الله ﷺ أصبح يوماً فقالت له ميمونة قد استكثرت هبتك منذ اليوم قال ان جبريل عليه السلام كان وعدني أن يلقاني الليلة فلم يلقني ثم وقع في نفسه و كلب تحت فسطاط لنا فأمر به فأخرج ثم أخذ بيده فانتضح مكانه فلما لقيه جبريل عليه السلام قال انا لا ندخل بيتاً فيه كلب ولا صورة فأصبح النبي عليه السلام فأمر بقتل الكلاب .. الحديث .

وحديث عائشة رضي الله عنها أخرجه مسلم أيضاً عن أبي سلمـة بن عبد الرحمن عنها قالت وعد رسول الله جبريل في ساعة يأتيه فيها فجاءت تلك الساعة ولم يأتـه وفي يـده عصاه فألقاها من يده وقال ما يخلف الله وعده ولأرسله ثم التفت فإذا كلب تحت سريره فقال ما هذا يا عائشة متى دخل هذا الكلب ها هنا فقالت والله ما دريت فأمر به فأخرج فجاءه جبريل عليه السلام فقال رسول الله عليه السلام واعدتني فجلست لك فلم تأت فقال

منعني الكلب الذي كان في بيتك ، انا لا ندخل بيتاً فيه كلب ولا صورة ، زاد البخاري يريد صورة التماثيل التي فيه الأرواح .

وأخرج أبو داود والنسائي وابن ماجة وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن علي رضي الله عنه عن النبي عليه السلام وقال لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة ولا جنب .. إلى آخر الحديث في مسنده عن عبد الله بن يحيى وفيه فقال .

وعن السغناقي رحمه الله حديث جبريل عليه السلام الذي ذكره المصنف بقوله لما روى مجاهد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن جبريل عليه السلام استأذن على رسول الله ﷺ فقال له ادخل فقال كيف أدخل بيتاً وفيه ستر عليه تماثيل حيوان أو رجال إما أن يقطع رؤوسها أو أن تجعل بساطاً يوطأ ، وإنا معشر الملائكة لا ندخل بيتاً فيه كلب أوصورة، وذكره الأكمل في شرحه ناقلاً عنه وذكر صاحب الدراية نحوه إلا أن في موضع ستر قدام فيه تماثيل .

قلت هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي عن مجاهد عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ أتاني جبريل عليه السلام أم فقال لي آتيك البارحة فلم يمنعني أن أدخل إلا أنه كان في البيت تمثال الرجال وكان في البيت قرام ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التمثال [1] فليقطع فيصير كهيئة الشجرة ومر بالسترة فليقطع فليجعل منه وسادتان منبوذتان موطيان ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله عليه السلام ، وإذا كان الكلب للحسن أو للحسين عليهما السلام كان تحت تنضد لهم فأمر به فأخرج . وفي لفظ الترمذي ويجعل منه وسادتان منقنقتين توطآن فانظر إلى هؤلاء الشراح كيف يذكرون الحديث على غير أصله ولا بيان من أخرجه من أرباب فن الحديث ولا التعرض إلى حاله على أن هذا الحديث غير مطابق مقصود المصنف لأنه عام بالنسبة إلى كل صورة . وكلام المصنف خاص بالصورة المطلقة .

(١) هكذا الجملة في الأصل

ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبـــدو للناظر لا يكره ، لأن الصغار جداً لا تعبد ، وإذا كان التمثـــال مقطوع الرأس أي ممحو الرأس فليس بتمثال .

---

قوله – قرام – بكسر القاف وهو الستر الرقيق ، وقيل الصفيق من صوف ذي الألوان والإضافة في قوله ستر كقولك ثوب قميص ، وقيل القرام الستر الرقيق وراء الستر الغليظ وكذلك أصناف . قوله – منبوذتان – قال الخطابي أي وسادتان لطيفتان وسميتا منبوذتين لخفتهما ينبذان أي تطرحان للقعود عليهما . قوله – تحت تنضد – بفتـــح النون والضاد المعجمة وهو السرير الذي تنضد عليـه الثياب أي يجعل بعضهـــا فوق بعض وهو أيضاً متاع البيت المنضود .

( ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو ) أي لا تظهر ( للناظر لا يكره ، لأن الصغار جداً لا تعبد ) لأن الكراهة باعتبار شبه العبادة ، فإذا كانت لا تعبـد لصغرها ، وقد روي أن أبا هريرة رضي الله عنه كان اتخذ خاتماً عليه ذبابتان وكان على خاتم دانيال النبي عليه السلام أسد ولبوة بينهما صبي يلحسانه ، فلما نظر عمر رضي الله عنه اغرورقت عيناه ودفعه إلى أبي يوسف الأشعري رضي الله عنه ، وأصل ذلك أنه أبقى في غيضته هو رضيع فقيض الله له أسداً ليحفظه ولبوة ترضعه وهما يلحسانه ، فأراد بهذا النقش أن يحفظ منه الله تعالى .

( ولو كان التمثال مقطوع الرأس أي ممحو الرأس فليس بتمثال ) قال الاترازي رحمه الله وإنما فسره بمحو الرأس لأنها إذا لم تكن ممحوة الرأس لو قطع بخيط ما بـــين الرأس والجسد لا ترفع الكراهة كالطوق له فيشبه حيواناً مطوقاً . قلت هذا لا يدل على هـــذا وكذا تفسير السفناقي بقوله إنما فسر بها لئلا يتوهم أن لو قطع رأسه بخيـــط من الحلقوم ورأسه ظاهر فإن الكراهة فيه باقية أيضاً ، لأن من الطير ما هو مطوق ، والأكمل نقله منه كذلــك ، والصواب ما قاله قاضي خان وقطع الرأس أن يمحو رأسه حتى لا يبقى له أثر . وقال في المحيط وقطعه أن يمحو بخيطة عليه حتى لا يبقى له أثر ويصلي بمغرة . قلت

لأنه لا يعبد بدون الرأس وصار كما إذا صلى إلى شمع أو سراج على ما قالوا

---

الذي دل عليه حديث أبي هريرة ما ذكره الشراح أن يقطع الرأس بالكلية أو يجعل بساطاً .

( لأنه لا يعبد بدون الرأس ) أي لأن التمثال لا يعبد إذا كان بلا رأس لأنه حينئذ يصير كغيره من الجمادات ( وصار كما إذا صلى إلى شمع أو سراج ) أي صار حكم التمثال الذي يمحي رأسه في الصلاة اليه كالصلاة إلى شمع أو سراج أمامه لأنهما لا يعبدان ( على ما قالوا ) أشار به إلى أن فيه اختلاف المشايخ حيث قيل يكره التوجه إلى السراج والشمع، والمختار أنه لا يكره . وفي المحيط إن توجه إلى سراج أو قنديل أو شمع لا يكره، وكذا ذكر قاضي خان من غير إشارة اليه بخلاف إذا توجه إلى تنور أو كانون فيه نار تتوقد فيه أنه يكره ، لأنه يشبه العبادة لأنه فعل المجوس فإنهم لا يعبدون إلا ناراً موقدة .

وفي الذخيرة ثم من المشايخ من سوى بين أن يكون التنور مفتوح الرأس أو محرراً ، ومنهم من فرق ، وفي المغني لا يصلي إلى تنور وهو قول ابن سيرين وكره السراج والقنديل في رواية ها هنا . وقال ابن بطال في شرح حديث ابن عباس رضي الله عنهما الذي رواه البخاري عنه انكشفت الشمس وصلى نبي الله عليه السلام ثم قال أرأيت النار فلم أر منظراً كاليوم فظاهراً فصنع لا يضره استقبال شيء من المعبودات وغيرها كما لم يضر الرسول فيما مره في قبله ، واستدل البخاري بهذا الحديث على أنه لا يكره استقبال النار لأنه عليه السلام لا يصلي صلاة مكروهة .

قلت احتجاجه بذلك على عدم الكراهة غير صحيح من وجوه . الأول : أنه لا يلزم من قوله أرأيت النار أن يكون أمامه متوجهاً اليها بل يجوز أن يكون عن يمينه أو عن يساره أو وراءه .

الثاني : أنه عليه السلام أريها في جهنم وبينه وبينها ما لا يحصى من بعد المسافة فلا يكره.

الثالث : ان المكروه التوجه إلى النار التي عدت وليست نار الآخرة هنا .

ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لأنها تداس وتوطأ بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت على الستر لأنه تعظيم لها ، وأشدها كراهة أن تكون أمام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه

---

الرابع : ان ارادتها كانت بعد الشروع في الصلاة فلم يكن مقصوداً بالتوجه اليها .

( ولو كانت الصورة على وسادة ) أي نجدة والجمع وسائد ( ملقاة ) أي مطروحة على الأرض ( أو على بساط مفروش ) أي أو كانت الصورة على بساط مفروش ( لا يكره لأنها تداس وتوطأ ) أي لأن كل واحد من السادة [1] والبساط تداس بالرجل وتوطأ عليه فيجعل للاستهانة ( بخلاف ما إذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت ) أي الصورة ( على الستر ) أي على الستارة ( لأنها تعظيم لها ) أي لأن الصلاة اليها تعظيم لها فتكره . وقال السرخسي قد ذكره بعض المتأخرين التمثال على البساط الكبير من الوسائد التي توضع في صدر المجلس فيجلس عليها لأن ذلك في معنى الازار فيكره الجلوس عليها ، ويحكى عن الحسن وعطاء أنها دخلا بيتاً فيه بساط عليه تصاوير فوقف عطاء وجلس الحسن وقال تعظيم الصورة في ترك الجلوس عليها .

( وأشدها كراهة ) أي أشد الصورة من حيث الكراهة ( أن تكون أمام المصلي ) أي قدامه (ثم من فوق رأسه) ثم أن تكون من فوق رأسه ( ثم على يمينه ) أي ثم أن يكون على يمينه ( ثم على شماله ) أي ثم أن تكون على شماله ( ثم من خلفه ) أي ثم أن تكون خلفه ، وأشار بهذا إلى أن الكراهة مقول بالتشكيك يختلف أحادها بالشدة والضعف. والحاصل أن ذكره بكلمة ثم مكرر إشارة إلى التنزيل لا إلى الترقي حتى قيل إذا كانت الصورة خلف المصلي لا تكره الصلاة ولكنه يكره كونها في البيت ، لأن تنزيه مكان الصلاة عما يمنع من دخول الملائكة مستحب . وكذا يكره اتخاذ الصورة على البساط ولكن الجلوس والنوم عليه لا بأس به لأن فيه استهانة لها لا تعظيمها .

---

(١) أراد بها الوسادة .

ولو لبس ثوباً فيه تصاوير يكره لأنه يشبه حامل الصنم . والصلاة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة ،

---

( ولو لبس ثوباً فيه تصاوير يكره لأنه يشبه حامل الصنم ) والصنم ما يعمل من خشب أو ذهب أو فضة صورة إنسان ، وإذا كان من حجارة فهو وثن . وفي الذخيرة وكره في الكتاب الصلاة بخاتم فيه تماثيل لأنه من ذوي الأعاجم ( والصلاة جائزة في جميع ذلك ) أي في جميع ما ذكرنا من صور الكراهة ( لاستجماع شرائطها ) أي شرائط الصلاة لأن الكراهة ليس بمعنى ترجع إلى الصلاة ( وتعاد على وجه غير مكروه ) أي تعاد الصلاة للاحتياط على وجه ليس فيه كراهة ، وفي الكشف أعاد الطواف بالجناية واجبة كوجوب إعادة الصلاة التي مع الكراهة على وجه غير مكروه بمنزلة من يصلي وهو حامل الصنم .

وفي المبسوط ما يدل على الأولوية والاستحباب فإنه ذكر فيه والقومة غير ركن عندهما فتركها لا يفسد الصلاة والأولى الإعادة وهذا في ترك الواجب فالأولى أن يكون في غيره كذلك . وقال شمس الأئمة السرخسي ثم البخاري قال أصحابنا لو ترك الفاتحة يؤمر بالإعادة ولو ترك القراءة لا يؤمر فهذا يدل على وجوب الإعادة في ترك الواجب لا غير .

( وهو الحكم في كل صلاة أديت مع الكراهة ) ليكون الأداء على وفق الوجوب ، فإن ترك واجباً من واجبات الصلاة يجب أن تعاد عن القاضي المتكلم لو صلى في الدار المغصوبة لا يجزئه وبه قال أحمد في الجمعة ، ولو صلى في عمامة مغصوبة أو في يده خاتم مغصوب صح ، وعند بشر المريسي لا يصح ما في الأرض والثوب المغصوبتين . وفي شرح القاضي الصدر ولو وجبت عليه في الأرض المغصوبة فأداها فيها لا يجزئه . وقال العتابي يصح في الأرض المغصوبة . وفي شرح العمدة للقاضي المتكلم غصب ثوباً وكان فرضه أداء الصلاة بغير سترة فستر به عورته وصلى والمطالبة قائمة فسدت إن كان الوقت متسعاً وإلا لا تفسد .

ولا يكره تمثال غير ذى الروح لأنه لا يعبد ، ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة لقوله عليه السلام اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة .

---

( ولا يكره تمثال غير ذي الروح لأنه لا يعبد ) وقد جاء في صحيح مسلم عن ابن عباس أنه قال إن كنت لا بد فاعلاً فأصنع الشجر وما لا نفس له .

فروع . يكره اتخاذ الصورة في البيوت ، ويكره الدخول في مثل هذه البيوت والجلوس والزيارة ، ولا يكره بيع الثوب الذي فيه تصاوير . وفي الأقضية لا تقبل شهادة الذي يبيع الثياب المصورة أو ينسجها . وفي فتاوى الفضلى لا يكره إمامة من في يده تصاوير لأنها مستورة بالثياب لا تستبين فصارت كصورة نقش خاتم . وفي نوادر هشام عن محمد الأجير لتصوير تماثيل الرجال أو ليزخرفها والاصباغ من المستأجر قال لا أجر له لأن عمله معصية وفي التفاريق هدم بيت مصور بالاصباغ ضمن قيمة البيت ولا صباغ غير مصور .

( ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلاة ) وبه قال الحسن والشافعي وأحمد ، وقال إسحاق وإنما تقتل الحية إذا تمكن من قتلها بضربة واحدة كالعقرب . وفي المبسوط والأظهر أنه لا تفضيل فيه لأنه رخصة كالمشي عن الحدث والاستقاء من البئر والتعرض ، والحسن عن أبي حنيفة أنه لو لم يخف أذاهما لا يقتلها وهو قول النخعي ومالك لقوله عليه السلام ان في الصلاة لشغلاً . وفي قاضي خان قال وذكر في كتاب الصلاة أن قتلها لا يفسد الصلاة ولم يذكر الإباحة ، قال وذكرها هنا إباحة قتل العقرب ولم يذكر الحية ، ومن المشايخ من سوى بينهما ( لقوله عليه السلام اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة ) هذا الحديث أخرجه الأربعة في سننهم عن ضمضم بن جوس عن أبي هريرة رضي الله عنه وليس في روايتهم — ولو كنتم — ومن زيادة ولفظهم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ اقتلوا الأسودين في الصلاة الحية والعقرب ، قال الترمذي حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح ولم

## ولأن فيه إزالة الشغل فأشبه درء المار ، ويستوي جميع أنواع الحيات هو الصحيح

يخرجاه . وضمضم بن جوس من لغات أهل اليمن أنه سمع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقد وثقه أحمد رضي الله عنه ، وضمضم بضادين معجمتين ، وجوس بفتح الجيم وسكون الواو في آخره سين مهملة .

قلت روى الحاكم عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله عليه السلام قال ان كل شيء شرفاً وان شرف المجلس ما استقبل به القبلة واقتلوا الحية والعقرب وإن كنتم في الصلاة ، وسكت عنه وقد علمت عنه ان زيادة لفظة – لو كنتم – في الذي ذكره المصنف موجودة في الحديث غير أنها في رواية ابن عباس إلا في رواية أبي هريرة فافهم ، فاندفع بهذا ما قال السرخسي ، وأصحابنا زادوا فيه – ولو كنتم – وقوله – الأسودين – من باب العمرين والقمرين من باب التغليب لأن الأسود هو العظيم من الحيات وفيه سواد وانضم اليه العقرب لمجانسة بينهما في الأذى ، وفي حديث عائشة رضي الله عنها وأتينا وما لنا طعام إلا الأسودين ، المراد منهما التمر والماء .

( ولأن فيه ) أي في قتل الحية والعقرب ( إزالة الشغل ) بفتح الشين المعجمة أي شغل القلب ( فأشبه درء المار ) أي أشبه قتل الحية والعقرب رفع المار من بين يديه في الصلاة ، وفيه إشارة إلى الجواب عما قاله بعض المشايخ ان قتلهما إن أمكنه بضربة أو وطأة أو معطلة فعل لأنه عمل يسير ، وإن احتاج إلى المشي أو الضرب يفسد الصلاة لأنه عمل كثير ، وتقدير الجواب أنه عمل رخص فيه للمصلي لإزالة شغل قلبه وفيه إصلاح صلاة فلا حاجة إلى التفصيل .

( وتستوي جميع أنواع الحيات ) يعني الحية التي تسمى جنية وغيرها ( هو الصحيح ) يعني اقتلوا الأسودين وإياكم وهو الصحيح واحترز به عن قول الفقيه أبي جعفر فإنه يقول الحيات التي تسكن البيوت لها ضفيرتان وهي جنية ، ومنها ما لا يكون منها والجنية صورتها بيضاء تمشي مستوية أو غير جنية وهي السوداء تمشي

ملتوية فلا [1] قتلها فذلك لم يذكر في الجامع الصغير قتل الحية وإنما ذكرها في كتاب الصلاة وفي قوله عليه السلام اقتلوا الأسودين إشارة إلى هذا أو أيده بقوله عليه السلام إياكم والحية البيضاء فإنها من الجن وفي غير الصلاة بقوله لا يحل قتلها إلا بعد الاعذار والإنذار بأن يقول له خلي طريق المسلمين فإن أبى فحينئذ يقتله ، وغير الجن مما لو كان يضرب لونه إلى السواد في شبيه التوفا والإمام أبو جعفر الطحاوي رحمه الله يقول انه فاسد من قبل أن النبي عليه السلام أخذ على الجن العهود والمواثيق بأن لا يظهروا لأمته في صورة الحية ولا يدخلوا بيوتهم فاذا انتقض العهد يباح قتلها . وقال الإمام قاضي خان والأولى هو الاعذار رجاء العمل بالعهد .

فإن قلت روي عنه عليه السلام اقتلوا ذا الطفيقين والأبتر فدل على الخصوص . قلت لا نسلم أن تخصيص الشيء بالذكر يدل على نفي ما عداه وقد صح عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ من ترك الحيات مخافة طلبهن فليس منا سألناهن منذ حاسيناهن يريد به قصة آدم عليه السلام حين أعانت الحية إبليس على آدم عليه السلام .

وقال أبو عبيد الطيفة خوصة المقل وشبه الخطين على ظهره بخوصتين من خوص المقل. الأبتر القضن الذنب في الأصل وفسر ها هنا بأنه الأفعى ، وقال النصر هو صنف من الحيات أزرق مقطوع الذنب لا ينظر اليه حامل إلا سقطت .

( لإطلاق ما روينا ) أشار اليه بقوله عليه السلام اقتلوا الأسودين ولو كنتم في الصلاة ، والحديث مطلق فلا يجوز تخصيصه بنوع الحيات .

( ويكره عد الآي والتسبيح في الصلاة باليد ) قيد بقوله في الصلاة لعدم الكراهة خارج الصلاه في الصحيح خلافاً لفخر الإسلام حيث قال إن عد التسبيح في غير الصلاة بدعة وكان السلف يقولون تذنب ولا تحصي وتسبح وتحصي ، وقيد باليد لأن المكروه العد بالأصابع أو بخيط يمسكه ، أما الغمز برؤوس الأصابع أو الحفظ بالقلب لا يكره

(١) هنا كلمة غير مقروءة وربما هي « سانح » . اهـ مصححه .

وكذلك عد السور لأن ذلك ليس من أعمال الصلاة ، وعن أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» أنه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعاً مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة

---

كذا في المحيط والخلاصة . وفي الإيضاح إشارة إلى أنه لا يكره العد بالقلب أيضاً لأن فيه شغل البال . وخص الآي والتسبيح بالذكر لأن عد غيرهما مكروه بالاتفاق ، وإطلاق الصلاة يدل على أن الخلاف في الفرائض والنوافل واختلاف المشايخ في محل الخلاف فقيل لا خلاف في النوافل وإنما الخلاف في المكتوبة كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي في المحيط والعد باللسان مفسد ، وفي ملتقى البخاري ولو حرك أصابعه بالعد تحريكاً بليغاً بحيث لو نظر اليه ناظر من بعد ظن أنه في غير الصلاة تفسد صلاته ، فاذا لم يكن بليغاً يكره . ويكره تحريك الخاتم في الأصابع في الصلاة عندنا وبه قال ولم يكره مالك .

( وكذلك عد السور ) أي وكذا يكره عد السورة من القرآن ( لأن ذلك ) أي عد الآي والتسبيح والسورة ( ليس من أعمال الصلاة ) فيكره وإن استكثر تفسد .

( وعن أبي يوسف ومحمد أنه لا بأس بذلك ) أي بالعد ( في الفرائض والنوافل جميعاً) ذكره بكلمة عن إشارة إلى أن خلافها ليس من ظاهر الرواية ولهذا لم يذكر أبو اليسر خلافهما أصلاً بل قال بعضهم قالوا وكذا في شرح الجامع الصغير بكلمة عن ، وعن أبي يوسف لا بأس به في النفل ومثله عن أبي حنيفة ذكره في التحفة ، وفي التجريد ذكر قول محمد مع أبي حنيفة وكذا في الجامع الصغير ، ويروى عن بعض أصحابنا جواز عدالتسبيح بالنوافل في الصلاة ( مراعاة لسنة القراءة ) أي لأجل المراعاة لسنة القراءة في الصلاةوهي أربعون آية أو ستون آية ( والعمل ) عطفاً على سنة القراءة أي ومراعاة العمل (بماجاءت به السنة ) الشراح كلهم ذكروا أن المراد من السنة ما جاء في الصلاة التسبيح في تسبيحاتها عشراً عشراً في الأركان على ما هو معروف .

قلت لو فسروا قوله بما جاءت السنة بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رأيت رسول الله ﷺ يعد الآي في الصلاة ، أخرجه الإمام عن عطاء بن السائب عن أبيه عن ابن عمر به

لكان أنسب وأوجه . وأجاب عنه من جهة أبي حنيفة بعضهم أنه لعله كان قولك منه في أول الأمر بين كان العمل مباحاً في الصلاة على أن عطاء بن السائب قد اختلط في آخر عمره فلا يحتج بحديثه إلا إذا علم أنه أخبر به قبل الإختـلاط . قال أحمد مع أن أبا موسى الاصبهاني قال هذا حديث غريب .

( قلنا يمكنه أن يعد ذلك قبل الشروع فيستغني عن العد بعده ) هذا جواب عماروي عن أبي يوسف ومحمد « رح » وتقريره أن يقال يمكن للمصلي أن يعد ما يريد عده من الآي التي يريد قراءتها في الصلاة فيستغني بذلك عن العدد إذا دخل في الصلاة .

فإن قلت هذا يمكن في عد الآي دون التسبيح . قلت يمكن بذلك في التسبيـح أيضاً بأن يحفظه بقلبه وبضم الأنامل في موضعها أو يسبح حتى يتيقن أنه أتى بذلك والمكروه أن يعده بالأصابع هكذا ذكره في قاضي خان ، واستدل بعضهم لأبي حنيفـة ومن معه بما رواه مكحول عن أبي أمامة رضي الله عنه وواثلة بن الأسقع[1] قال نهى رسول الله ﷺ عن عد الآي في المكتوبة ، ورخص في السبحة قال في الإمام أخرجه أبوموسى الاصبهاني باسناده ، وعن ابن أبي رباح قال أكره في الفريضة ولا أرى به بأساً في النوافل .

فإن قلت روي أنه عليه السلام قال أعد بالأنامل فإنهن مسؤولات مستنقطات . قلت بعد التسليم في صحة فهـو محمول على أن خارج الصلاة ولا بأس به خارجها بالاتفاق .

فإن قلت صرح في صلاة التسبيح بالعد حيث قال عليه السلام للعباس بن عبد المطلب رضي الله عنه أن تصلي ركعات فإذا فرغت من القراءة في أول ركعة وأنت قائم قل سبحان الله والحمد لله والله أكبر خمسة عشر مرة ثم تركع فتقرأ لها وأنت راكع عشراً .. الحديث. قلت قالوا بعد عددها بأكثر الرأي لا بالأصابع وفيه نظر لعدم تمكنه من ذلك على الحقيقة ولهذا قال في الكافي إنما يتأتى هذا أي العد بأكثر الرأي أو بالضبط قبل الشروع في الصلاة بالحفظ في قلبه في الآي دون التسبيحات .

---

(١) في الأصل – الأشقع – والتصحيح من تهذيب التهذيب . اهـ مصححه .

## فصـــل

## ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء

( فصل ) أي قد ذكرنا أن قولهم فصل منها فصل لا يكون معرباً لأن الإعراب لا يكون إلا بعد العقد والتركيب ، ولكن التقدير هذا أفضل في بيان الكراهة خارج الصلاة لأنه لما فرغ من بيانها في الصلاة شرع في بيانها في خارجها .

( ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء ) قد ذكرنا أن مثـل هذه الواو تسمى واو الاستفتاح أو هي للعطف على ما قبله ، وقوله – فصل – معترض بينهما واستقبـال القبلة هو التوجه اليها ، والخلاء ممدود بيت التغوط والمقصود النية ، وهذا الحـديث الا لا يختل خلالها أي لا تقطع نيتها وهذه المسألة من خواص مسائل الجامع الصغير ، وفي استقبـالها بالفرج واستدبارها أربعة أقوال لأهل العلم .

الأول : أنه يحرم استقبالها واستدبارها في الصحراء أو البنيان ، وهو قول أبي يوسف الأنصاري واسمه خالد بن زيد الجاور شهد بدراً ومات في زمان معاوية رضي الله عنـــه سنة خمسين وقيل سنة اثنين وخمسين بأرض ، وقول مجاهد والنخعي والثوري وأبي ثور ورواية عن أحمد .

القول الثاني : أنه حرام في الصحراء جائز في البنيان بشرط أن يكون بينـــه وبين الجدار ثلاثة أذرع فما دونها وارتفـــاعه قدر مؤخرة الرجل فهو حرام إلا أن يكون في بيت مبني لذلك فلا حرج فيه ، وكذا لو ستر في الصحراء بشيء من ذلـك ، قال الثوري وهذا قول العباس بن عبد المطلب وعبد الله بن عمر ومالك والشافعي ورواية عن أحمد . قلت هذا الإطلاق عن الثوري خطأ لأنه لا يمكنه بعد الشرطين اللذين شرطهما لمـــذهبه عنهم مع أنهما لا أصل لهما ولا نهض عليهما دليل شرعي .

والقول الثالث : يجوز ذلك فيهما وبه قال عروة بن الزبير وربيعة وداود .

والقول الرابع : يحرم استقبالها فيهما .

وهذا القول هو الذي ذكره المصنف غير أنه روي عن أبي حنيفة عدم منع استدبارها وبه قال أحمد « رح » في رواية .

( لأنه ﷺ نهى عن ذلك ) حديث النهي أخرجه الأئمة الستة في الطهارة عن عطاء ابن يزيد عن أبي أيوب الأنصاري قال قال رسول الله ﷺ إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا ، وأخرجه الجماعة أيضاً غير البخاري عن سلمان الفارسي رضي الله عنه قيل له علمكم نبيكم كل شيء حتى الخراءة[1] فقال أجل لقد نهانا عن أن نستقبل القبلة بغائط .. الحديث ، وأخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة واللفظ لمسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً إذا جلس أحدكم على حاجة فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها .

وحديث آخر أخرجه أبو داود وابن ماجة عن أبي زيد عن أبي صفل بن أبي معقل الأسدي نهى رسول الله ﷺ أن تستقبل القبلة ببول أو بغائط . قال أبو داود أبو زيد مولى النبي فعليه . وقال الذهبي لا ندري من هو ، وروى مالك عن الموطأ عن نافع عن رجل من الأنصار عن أبيه أنه سمع رسول الله ﷺ أن يستقبلوا القبلة ببول أو غائط ، فيه رجل مجهول فهو كالمنقطع .

أما حديث أبي أيوب وحديث أبي هريرة فإنهما يدلان على حرمة استقبال القبلة واستدبارها مطلقاً سواء كان في الصحراء أو في البنيان فلا معارضة ، وإنما المعارضة في الاستدبار في البنيان ولا اعتبار لها مع دلالة عموم الأحاديث الصحيحة المذكورة .

فإن قلت يقاس الإستقبال في البنيان على الاستدبار فيها قلت هذا فاسد من وجهين أحدهما ان الاستقبال فوق الاستدبار في القبح ، لأن ما ينحط منه لا يوجه إلى القبلة بخلاف الاستقبال فلا يجوز القياس عليه ، والثاني : أن العمل باللفظ العام أولى من القياس على ما عرف .

وقوله — شرقوا أو غربوا — يريد البلاد والتي قبلتها غير المشرق والمغرب كالمدينة والشام ونحوهما ، وأما البلاد التي قبلتها المشرق والمغرب فلا يتأتى ذلك فيها .

---

(١) في الأصل — الخرافة — والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

فإن قلت النهي المذكور لأجل القبلة أو لأجل الملائكة. قلت اختلف العلماء فيه، منهم من قال لأجل القبلة، واحتجوا في ذلك بما روي بحديث أخرجه الطبراني في تهذيب الآثار عن سماك بن الفضل عن رشد بن الجندي عن سراقة بن مالك قال قال رسول الله ﷺ إذا أتى أحدكم الغائط فليكرم قبلة الله عز وجل، فلا تستقبلوا القبلة.

ومنهم من قال لأجل الملائكة واحتجوا في ذلك بما رواه البيهقي عن عيسى الخياط قال قلت للشعبي اني أعجب من خلاف أبي هريرة وابن عمر رضي الله عنهما قال نافع عن ابن عمر دخلت بيت حفصة رضي الله عنها فجاءت مني التفاتة فرأيت كيف رسول الله ﷺ مستقبل القبلة، وقال أبو هريرة إذا أتى أحدكم الغائط فلا يستقبل القبلة ولا يستدبرها قال الشعبي ما جمعا، أما قول أبي هريرة فهو في الصحراء ان لله عباد من الملائكة وجناً يصلون فلا يستقبلهم أحدكم ببول ولا غائط ولا يستدبرهم وما كنفهم هذه فإنما هي بيوت بنيت الا تصلى فيها. قال البيهقي وعيسي هذا هو ابن ميسرة وهو ضعيف، ويقال فيه الحناط بالحاء المهملة والنون، ويقال أيضاً الخياط بالخاء المعجمة وتشديد الياء والطاء آخر الحروف، ويقال الخباط بالباء الموحدة، ومنهم من قال علة النهي لحرمة المصلين وهو ضعيف والصحيح أن ذلك لحرمة القبلة ويدل عليه حديث سراقة كما ذكرنا وحديث آخر أخرجه البزار عن النبي ﷺ من جلس ببول قبالة القبلة فذكر وانحرف عنها إجلالاً لها لم يقم من مجلسه حتى يغفر له، وقيل المنع للخارج النجس، وقيل لكشف العورة ونحوها يبنى عليه جواز الوطىء مستقبل القبلة فمن علل بالأول أباحه ومن علل بالثاني منعه.

وفي الروضة لا بأس باستقبال القبلة في حالة الإزالة والنظر ولو تذكر بعد استقبالها فانحرف عنها فلا إثم عليه، ويكره استقبال الشمس والقمر بالفرج وكذا الريح، وفي روضته ويكره مد الرجلين إلى القبلة في النوم وغيره وكذا إلى المصحف وكتب الفقه.

( والاستدبار يكره في رواية ) يعني عن أبي هريرة وهو الأصح ( لما فيه ) أي في الاستدبار ( من ترك التعظيم ) القبلة ( ولا يكره في رواية ) أي عن أبي حنيفة، وفي جامع الاسبيجابي عن أبي حنيفة في هذه المسألة ثلاث روايات في رواية كره الاستقبال

لأن المستدبر فرجه غير موازي للقبلة وما ينحط منه ينحط إلى الأرض بخلاف المستقبل لأن فرجه مواز لها وماينحط منه ينحط اليها وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي لأن سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الإقتداء منه بمن تحته، ولا يبطل

---

والاستدبار ، وفي رواية كره الاستقبال دون الاستدبار ، وفي رواية لم يكرههما وبه قال داود وفي كل ذلك جاءت الآثار . وذكر أبو اليسر أما الاستدبار ولو كان رافعاً ثوبه قالوا ينبغي أن يكون مكروهاً لأن عورته تكون إلى القبلة ، وأما نهيه عن الاستدبار فكأنه قال ذلك في حق أهل المدينة لأنهم إذا استدبروا صاروا متوجهين إلى بيت المقدس فيكره الاستدبار تعظيماً للبيت المقدس .

( لأن المستدبر فرجه غير موازي القبلة ) فرجه منصوب لأنه بدل من المستدبر بدل البعض من الكل وغير موازي كلام إضافي مرفوع لأنه ان ، ومعنى غير موازي غير محاذ للقبلة والموازاة المقابلة والمواجهة إذا كان مهموز الفاء ومعتل اللام يقال ازاءه إذا حاذيته ولا يقل زيته . قال الجوهري وغيره أجازه على تخفيف الهمزة وقلبها ( وما ينحط منه ينحط إلى الأرض ) أي وما ينزل منه من البول ينحط إلى الأرض غير محاذ للقبلة .

( بخلاف المستقبل ) بكسر الباء على صيغة الفاعل ( لأن فرجه مواز لها ) أي للقبلة ( وما ينحط منه ينحط اليها ) أي إلى القبلة لأنه متوجه اليها وقال الشافعي إنما يكره ذلك كله في القضاء [1] فأما في الأكنفة فلا .

( وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي ) أي والتغوط دون ما يقوله الناس ان الخلوة بالمرأة ، والمراد من الكراهة التحريم ( لأن سطح المسجد له حكم المسجد ) لأنه ثابت في العرصة والهواء جميعاً ( حتى يصح الإقتداء منه ) أي من السطح ( بمن تحته ) يعني يصح اقتداء من كان فوق المسجد بالإمام الذي تحته إذا كان يعلم حال الإمام ( ولا يبطل

---

(١) هكذا في الأصل والصحيح – الفضاء . اهـ مصححه .

الإعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ، ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما أعد للصلاة في البيت لأنه لم يأخذ حكم المسجد وإن ندبنا اليه .

---

الإعتكاف بالصعود اليه ) أي بالطلوع من المسجد إلى سطحه ( ولا يحل للجنب الوقوف عليه ) أي على سطح المسجد فعلم أن حكم المسجد ثابت في الهواء كما في العرصة .

فإن قلت ما حكم المسجد الذي عند السواقي وعند الحياض . قلت قال بعضهم حكمها حكم المسجد والأصح لنا ليس لها حرمة المسجد فانه لا بأس بادخال الميت فيه مع انا أمرنا بتجنيب المساجد الموتى وذكر الصدر الشهيد أن المختار للفتوى في الموضع الذي يتخذ لصلاة الجنازة والعيد انه مسجد في حق جواز الإقتداء ، وان انفصل الصفوف رفقاً بالناس فيما عدا ذلك ليس له حكم المسجد ، والمسجد الجامع وهو أعظم المساجد حرمة وكذلك المسجد الذي له جماعة وإمام ومؤذن وقائمون بأمره ، والمساجد المبنية على القوارع فلها حكم المسجد إلا أن الإعتكاف فيها لا يجوز لأنه ليس لها إمام ومؤذن معلوم .

( ولا بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد ) لأنه لم يخلص لله تعالى ( والمراد ما أعد للصلاة في البيت ) أي المراد من المسجد المذكور في قوله – فوق بيت فيه مسجد – هو الموضع الذي يعده المصلي في بيته أي للصلاة ( لأنه لم يأخذ حكم المسجد ) لبقائه في ملكه حتى له أن يبيعه ويهبه ويورث عنه فكان حكمه حكم غيره من المنزل المملوك فلا يكره المجامعة والبول في جوفه فضلاً عن سطحه وتسميته – مسجداً – لا يفيد حكم المساجد ( وإن ندبنا اليه ) يعني وإن دعينا إلى اتخاذه في البيت لأنه مستحب لكل إنسان أن يعد في بيته مكاناً للصلاة يصلي فيه النوافل والسنن قال الله تعالى في قصة موسى عليه السلام ﴿ واجعلوا بيوتكم قبلة ﴾ ٨٧ يونس ، وعن عائشة رضي الله عنها قالت أمر رسول الله ﷺ ببناء المسجد في الدور وأن ينظف ويطيب ، رواه أبو داود في سننه .

وروى الترمذي مرسلاً فقال عليه السلام لا تتخذوا بيوتكم قبوراً وهو عبارة عن ترك الصلاة في البيت .

ويكره أن يغلق باب المسجد لأنه يشبه المنع من الصلاة وقيل لا بأس به إذا خيف على متاع المسجد في غير أوان الصلاة ، ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب

---

( ويكره أن يغلق باب المسجد لأنه يشبه المنع من الصلاة ) أي لأن الإغلاق يشبه المنع فيكره لقوله تعالى ﴿ ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ﴾ ١١٤ البقرة، وقوله – أن يغلق – من الإغلاق ولا يقال غلق فهو مغلق إلا في لغة رواية متروكة ، وفي الجامع الصغير ويكره غلق باب المسجد وهو على لغة المتروكة وصوابه إغلاق باب المسجد.

( وقيل لا بأس به ) أي بإغلاق باب المسجد ( إذا خيف على متاع المسجد ) من السرقة ( في غير أوان الصلاة ) أي في غير وقتها للاحتياط وهو حسن وقيل إذا تقارب الوقتان [1] كالعصر والمغرب والعشاء لا يغلق ، وبعد العشاء يغلق إلى طلوع الفجر ومن طلوع الشمس إلى وقت الزوال ذكره شمس الأئمة وقاضي خان والتدبير في الإغلاق وتركه إلى أهل المحلة ، فانهم إذا اجتمعوا على رجل جعلوه متولياً بغير أمر القاضي يكون متولياً .

( ولا بأس بأن ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب ) الجص بفتح الجيم وتشديد الصاد المهملة ، قال الجوهري الجص والجص ما يبني به وهو معرب . قلت هو معرب – كج – بالكاف والجيم وهو الكلس وهو النورى يقال له في حد المصر بين الجير والساج بالجيم شجر يغلظ جداً ينبت بالهند وله قيمة ولفظ–لا بأس– دليل على أن المستحب غيره وهو في الآخرة . وقال شمس الأئمة في قوله – لا بأس – إشارة إلى أنه لا يؤجر ويكفيه أن يجوز لسائر الناس .

قلت فقوله – لا بأس – وفي الشدة روايتان والإنسان إنما يفتقر إلى فيا حيث يتصور الشدة ، وجاء في الآثار ان من اشتراط الساعة تزيين المساجد ومر علي رضي الله عنه بمسجد مزرق بالكوفة فقال لمن هذه البيعة ، فقيل تقول للمسلمين فقال هكذا ما يكون مصلى المسلمين ، وبعث الوليد بن عبد الملك بمال يزين به مسجد رسول الله ﷺ فمر به على عمر بن

---

(١) الجملة في الأصل – إذا تقادبا لوقتان – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

عبد العزيز فقال المساكين أحوج من الأساطين إلا أن محمداً رحمه الله نفى البأس بقوله ــ لا بأس ــ بدلائل لا حب عنده منها قوله تعالى ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ ٣٦ النور ، ورفعها تعظيمها والتعظم (١) .

وروي عن داود عليه السلام بنى مسجد بيت المقدس وأتم بناءه سليمان عليه السلام وزينه حتى نصب على أعلى قبة بالكبريت الأحمر وكان يضيء من سبعة أميال ، وقيل من اثني عشر ميلاً ، وكانت الغزلات يغزلن في ضوئها . وقال تاج الشريعة الكبريت الأحمر مثل لكل ما يعد وجوداً وبيتاً فستر فيه ، قلت المراد هنا الياقوت الأحمر وكذا الكعبة باطنها مزخرف بماء الذهب وظاهرها مستور بالديباج وكساها عمر رضي الله عنه أيضاً وفي تزيين المسجد ترغيب الناس في الجماعة ، وتعظيم بيت الله والدخول في أمره من مدحه الله تعالى بقوله ﴿ إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر ﴾ ١٨ التوبة .

ثم ان تزيين المسجد لما دار مرة بين الاستحباب وبين الكراهة ، قال أصحابنا بالجواز ولم يقولوا بالاستحباب كما قال به بعضهم ولا بلفظ الكراهة لما ذكرنا كما قال به بعضهم ثم اختلفوا في كيفية التزيين ، فقيل لا ينبغي التكلف لدقائق النقش ، وقيل إن كان بحيث يشتغل به المصلي يكره وإلا فلا ، وقيل إن كان كثيراً يكره وإن قل لا وقيل يكره في المحراب دون السقف .

( وقوله ) أي وقول محمد في الجامع الصغير ( لا بأس يشير إلى أنه لا يؤجر عليه ) أي لا ثياب عليه ( لكنه لا يأثم به ) أي بتزيين المسجد لما ذكرنا ( وقيل هو قربة ) أي التزيين تقرب إلى الله تعالى لما ذكرنا من الدلائل الدالة على أنه قربة ، وأجاب هؤلاء عن الأثر المذكور بأن كونه من أشراط الساعة لا يدل على البطلان ، وعن قول علي رضي الله عنه من ألزم محمول على أنه كان فيه تماثيل أو أعاجيب نقش يشغل المصلين عن الخشوع والخضوع ، وعن قول عمر بن عبد العزيز أنه عرف أنه كان من مال الصدقة والمسجد لا

(١) هكذا وردت كلمة ــ والتعظم ــ وربما بعدها كلام ساقط . اهـ مصححه .

وهذا إذا فعل من مال نفسه ، أما المتولي فيفعل من مال الوقف ما يرجع إلى أحكام البناء دون ما يرجع إلى النقش حتى لو فعل يضمن والله أعلم بالصواب

---

يصلح مصرفاً لذلك ، ومنع أبو إسحاق المروزي تحلية الكعبة والمساجد والمشاهدبقناديل الذهب والفضة ، قال الغزالي لا يبعد مخالفته حملاً على الاكرام كما في تحلية المصحف ذكره في الوسط ، وذكر صاحب الطراز عن المالكية ذلك كله ، وذكر في الرعاية عن أحمد أن المسجد يصان عن الزخرفة وهم محجوجون لما ذكرنا من إجماع المسلمين في الكعبة .

( وهذا ) إشارة إلى قوله — لا بأس — يعني إنما لا يكره النقش ( إذا فعل من مال نفسه ) لأنه يقصد به القربة ( أما المتولي ) وهو الذي ينظر في أمر المسجد وأمر أوقاته ( فيفعل من مال الوقف ما يرجع إلى أحكام البناء ) مثل التجصيص ( دون ما يرجع إلى النقش ) يعني ذلك ليس له أن يفعل ذلك ( حتى لو فعل يضمن ) لأنه تعدى ، وقيـــل يضمن في التجصيص أيضاً ، وعن الشيخ أبي بكر الرازي أنه يقول هذا في زمانهم ، أما في زماننا لو صرف ما يفضل من العمارة إلى النقش يجوز قطعاً للأطماع الفاسدة من الظلمة .

* * *

# باب صلاة الوتر

## الوتر واجب عند أبي حنيفة « رح »

---

**( باب صلاة الوتر )**

أي هذا باب في بيان أحكام صلاة الوتر ، قال الشراح لما فرغ من بيان الفرائض ومتعلقاتها وكيفيتها وأوانها ، شرع في بيان صلاة هي دون الفرض وفوق النفل وهي صلاة الوتر ، وقدمه على النوافل لأن الواجب فوقها وهو دون الفرض فذكره بينهما لأن حقه أن يكون بين الفرض والنفل ولم يتعرض أحد لبيان وجه المناسبة بينه وبين ما تقدم من الأبواب والفصول .

قلت لما كان المذكور في الباب الذي قبله بيان الفساد الواقع في الصلاة ذكر هذا الباب عقيبه لما فيه من نوع من ذلك صريحاً وغير صريح ، أما صريحاً ففي المسألة التي فيها اقتداء الحنفي بالشافعي ، وأما في غير الصحيح ففي صلاة الرجل الفجر مع تذكره أنه لم يصل الوتر وهذا المقدار كاف لوجه المناسبة .

( الوتر ) واحداً كان أو أكثر ، وهو بفتح الواو ، وعند أهل الحجاز وبكسرها والخفض ولغة أهل العالية على العكس ويتم بكسر الواو فيها.وقال النووي الفتح والكسر لغتان فيه ( واجب عند أبي حنيفة ) وفي المحيط عن أبي حنيفة فيه ثلاث روايات، أحدها أنها واجب وهو آخر قوله . قلت هو الصحيح ، وقال قاضي خان هو الأصح .

والثانية أنه فرض ، وهي قول زفر ، وقال أبو بكر بن العربي في العارضة قال سحنون والأصح عن المالكية إلى وجوبه يريد به الفرض . وفي المغني عن أحمد من ترك الوتر عمداً فهو رجل سوء ولا ينبغي أن تقبل شهادته ، وقد حكي عن أبي بكر أن الوتر واجب أي فرض ، وحكى ابن بطال في شرح البخاري عن ابن مسعود وحذيفة والنخعي أنه واجب

على أهل القرآن دون غيرهم ، والمراد بالوجوب الفرض ، واختار الشيخ علم الدين السخاوي المقرىء النحوي أنه فرض وصف فيه جزاء وساق فيه الأحاديث التي دلت على فرضيتها ثم قال فلا يرتاب ذوقهم بعد هذا أنها ألحقت بالصلوات الخمس في المحافظة عليها . وقال صاحب المنظومة والوتر فرض ونوى بذكره في فجزءه فسادفرض فجزءه قال شراحها يعني فرض علماً واجب عملاً سنة سبباً . وفي شرح المجمع الوتر فرض في حق العمل عند أبي حنيفة وواجب في حق الإعتقاد وسنة باعتبار السبب لظهور آثار السنن فيه وهي عدم إكفار جاحده وعدم الأذان فيه .

فإن قلت هذه الآثار موجودة في صلاة العيد مع أنها واجبة . قلت مجرد عدم الإكفار لا يدل على عدم الوجوب بل يدل المجموع وهو أن لا يكفر ولا يؤذن، ولا نسلم كون صلاة العيد واجبة ، وقول البخاري لا نسلم أنه لا أذان لها ، فإن قولهم في صلاة العيد يرحمك الله الصلاة أذان وإعلام – غير سديد ولا موجه لأن المراد من الأذان المصطلح وليس فيها كذلك .

والرواية الثالثة عن أبي حنيفة أنه سنة مؤكدة وهي قول الأكثر من العلماء ، وقال صاحب الدراية ثم فيه ليس في الظاهر رواية منصوصة عنده ، لكن روى حماد بن يزيد عن أبي حنيفة أنه فرض وبه أخذ زفر ، وروى يوسف بن خالد التيمي أنه عن أبي حنيفة واجب وهو الظاهر من منهبه ، وروى نوح بن مريم وقيل أسد بن عمرو أنه سنة وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد ، وفي الحقائق فيها ثلاث روايات ولا اختلاف في الحقيقة بين الروايات ، والصحيح أنه واجب ، وقال أبو بكر الأعمش اتفقوا مع اختلافهم فيه أنه أدون درجة من الفرائض ولا يكفر جاحده وتجب القراءة في الركعة الثالثة ويجب قضاؤها بالترك عامداً أو ناسياً ولا يجوز بدون نية الوتر ولو كان سنة لكفته نيته في الصلاة ، فإن كانوا مصرين قاتلهم بالسلاح .

( وقالا سنة ) أي قال أبو يوسف ومحمد الوتر سنة ( لظهور آثار السنن فيه ) أي في الوتر وبين ذلك بقوله ( حيث لا يكفر جاحده ) بسكون الكاف من الإكفار أي لا

ينسب إلى الكفر إذا قال الوتر ليس بفرض (ولا يؤذن له) أي للوتر يعني لا أذان فيه وقد مر الكلام فيه آنفاً ، ولم يذكر المصنف لها دليلاً من الآثار ودليلهما ما رواه أبو داود والنسائي من حديث عبد الله بن محرز عن رجل من بني كنانة يقال له المخدجي قال رجل بالشام يقال له أبو محمد قال الوتر واجب ، قال فرجعت إلى عبادة بن الصامت رضي الله عنه فقلت ان أبا محمد يزعم أن الوتر واجب ، قال كذب أبو محمد سمعت رسول الله ﷺ يقول خمس صلوات كتبهن الله تعالى على عباده .. الحديث ، والمخدجي بضم الميم وسكون الخاء المعجمة وكسر الدال ، وقيل بفتحها وبعدها جيم ، قيل ان هذا لقب ، وقيل نسبة إلى بطن من كنانة واسمه رفيع الغلطين ومحمد [1] انصاري اسمه مسعود بن زيد بن سبيع البخاري وقيل اسمه أوس وكان بدرياً .

واحتجا أيضاً بحديث الاعرابي هل علي غيرهن فقال لا إلا أن تطوع ، وهذا ينفي الفرض والوجوب، وبقوله عليه ثلاث هن علي فرائض [2] وهن لكم تطوع الوتر والفجر وصلاة الضحى ، رواه أحمد في مسنده والحاكم في مستدركه من حديث ابن عباس قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ثلاث .. الحديث ، والذي وقع في كتب أصحابنا ثلاث كتب علي ولم تكتب عليكم وهي لكم سنة ، الوتر والضحى والأضحى .

واحتجا أيضاً بفعله عليه السلام إياه على الراحلة والفرض لا يؤدى على الراحلة من غير عذر .

والجواب عن حديث عبادة أنه عليه السلام أخبر عن فرضية خمس صلوات وأبو حنيفة لا يقول بفرضية الوتر مثل فرضية الظهر مثلاً ، وإنما يقول بوجوبه ، والفرق بين الواجب والفرض ظاهر قطعاً فلا يكون حينئذ حجة عليه ، وقوله كذب أبو محمد أي أخطأ وسماه كذباً لأنه شبهة في كونه ضداً ، وإنما قاله باجتهاده رآه إلى أن الوتر واجب والاجتهاد يخطأ ، وفي غير موضع .

(١) ليس كذلك بل هو أبو محمد . اه مصححه .

(٢) في الأصل – فوايض – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وعن حديث الأعرابي بأنه كان قبل وجوب الوتر وفي قوله ان الله زادكم صلاة على ما يجيء ، إشارة على أنه متأخرة عن وجوب الصلوات الخمس وهو نظير قوله تعالى ﴿قل لا أجد فيما أوحي إلى محرم على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير﴾ الآية ١٤٥ الأنعام ، وقد حرم الله تعالى بعد ذلك أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ، وفي حديث جابر رضي الله عنه أخرجه مسلم وغيره ويدل على تأخره أنه سأله عن الصلاة والزكاة والصيام وقال في آخره والله لا أزيد على هذا ولا أنقص فقال ﷺ أفلح إن صدق ، ولم يذكر الحج ، فدل على أنه كان قبل وجوب الحج فكذا يجوز أن يكون سؤاله قبل أن يزاد على الخمس فلا يكون حجة.

وعن حديث ابن عباس بأنه ضعيف ، قال الذهبي هو غريب منكر وفي سنده الذي أخرجه الحاكم وأحمد بن حبان الكلبي ضعفه النسائي والدارقطني ، وفي سند آخر فيه جابر الجعفي وهو مختلف فيه ، وكذا أخرجه البيهقي منه فيه ابن حبان وقال هو ضعيف مدلس واسمه يحيى بن حية ، وقال النووي إنما ذكرت هذا الحديث لما بين ضعفه واحدة والاحتراز به وله طريق آخر عند ابن الجوزي في العلل المتناهية فيه وضاح بن يحيى ومندل وهما ضعيفان ، وأخرج ابن الجوزي أيضاً نحوه من حديث أنس وفيه عبد الله بن محرز وهو ساقط وقال ابن حبان كان يكذب ، وأجاب أصحابنا عنه بأن الحسن يقول بموجبه لأن الوتر ليس من المكتوبات بل من الواجبات بل واجب مختلف في ذاته وليس كل واجب مكتوب ، ألا ترى أن صلاة العيدين واجبة ليست بمكتوبة وليس وجوبها كوجوب صلاة العيد والجمعة وغسل الميت واجب وليس كغسل الجنابة ، وصدقة الفطر واجبة وليست كالزكاة ، وسجدتا السهو واجبتان وليستا كسجود الصلاة ، لأن طريق الواجبات مختلفة بنص القرآن وبالمتواتر والمشهور وبالآحاد ، والوتر ليس وجوبه بطريق الآحاد.

وأجيب عن قوله — وهي لكم سنة — بأن تحقيق الثلاث سنة لكم لأن كل منها سنة بانفراده.

وأما احتجاجها بفعله ﷺ اياه على الراحلة والفرائض لا تؤدى عليها فغير مستقيم

على أصلهما لأنهما يريان الوتر فرضاً على النبي ﷺ ، ثم الدعوة بجواز هذا الفرض دون سائر الفروض تحكم لا دليل عليه ، فإن كانت سنتهما حديث ابن عباس المذكور فقد بينا حاله ، وقال القراني في الذخيرة أن الوتر في السفر ليس بواجب عليه وفعله عليه السلام على الراحلة كان في السفر . قلت هذا الأصل له ، وروى الطحاوي بإسناده عن نافع عن ابن عمر أنه كان يصلي على راحلته ويوتر بالأرض ، ويزعم أن رسول الله ﷺ كان يفعل كذلك وكذا عن مجاهد بن أبي عمر يصلي في السفر على بعيره أينما توجه ، وإذا كان السحر نزل فأوتر ، ولعل ما روي عن ابن عمر ما يخالف ذلك كان قبل تأكده ووجوبه.

وقال ابن العربي قال أبو حنيفة الوتر واجب ولا يلحق بالواجب بالقرآن فلذلك يفعل على الراحلة . قلت نقله عن أبي حنيفة غلط وليس كذلك ، وفي المحيط لا يجوز أن يوتر قاعداً مع القدرة على القيام ولا على الراحلة من غير عذر ، وأما عندهما وإن كان سنة فلأنه عليه السلام كان ينزل فيوتر على الأرض هذا الذي صح عندهما .

( ولأبي حنيفة قوله ﷺ إن الله زادكم صلاة ألا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر ) روي هذا الحديث عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ، عن خارجة رضي الله عنه أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجة عنه قال خرج علينا رسول الله ﷺ فقال ان الله أمدكم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر فجعلها لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر . وقال الترمذي غريب ، وأخرجه الحاكم في المستدرك وقال حديث صحيح الإسناد ، ورواه أبو داود وأحمد في مسنده والدارقطني في سننه والطبراني في معجمه .

فإن قلت رواه ابن عدي في الكامل ونقله عن البخاري أنه قال لا نعرف سماع بعض هؤلاء من بعض يعني رواية ، وأعله ابن الجوزي في التحقيق بابن اسحاق وبعبد الله بن راشد ، ونقل عن الدارقطني أنه ضعفه . قلت قال صاحب التنقيح أما تضعيفه بابن إسحاق

فليس بشيء فقد تابعه الليث بن سعد عن زيد بن أبي حبيب به ، وأما نقله عن الدارقطني أنه ضعف عبدالله بن راشد البصري مولى عثمان بن عفان الراوي عن أبي سعيد الخدري ، وأما عبد الله بن راشد فهو مصري راوي عن خارجة عده ابن حبان في الثقات . وخارجة هو ابن حذفة العدوي والقريشي [1] الصحابي ، سكن مصر له هذا الحديث .

قوله – حمر النعم – بفتح النون والعين واحد الأنعام وهي المال الراعية ، وأكثرما يقع هذا الإسم على الإبل ، والحمر بضم الحاء وسكون الميم جمع أحمر ، ولما كان الإبل الأحمر أعز الأموال عند العرب ذكر ذلك عليه السلام .

وعن عمرو بن العاص وعقبة أخرج حديثهما إسحاق بن راهويه في سنده عنهما عن رسول الله ﷺ قال ان الله عز وجل زادكم صلاة وهي خير لكم من حمر النعم الوتر وهي لكم فيما بين العشاء إلى طلوع الفجر ، وفي طريقه رواه الطبراني في معجمه .

وعن ابن عباس رضي الله عنه ، قال أخرج حديثه الدارقطني في سننه والطبراني في معجمة عنه قال خرج النبي عليه السلام مستبشراً فقال ان الله زادكم صلاة وهي الوتر ، وفيه قال النظير بن الحرار قال الدارقطني ضعيف ، وعن أبي بصرة بفتح الباء الموحدة وسكون الصاد المهملة الغفاري واسمه جميل أبو حميد أخرج حديثه الحاكم في المستدرك من طريق ابن لهيعة حدثني عبد الله بن هبيرة أن أبا تميم الجنباني وعبد الله بن مالك أخبره أنه سمع عمرو بن العاص يقول سمعت أبا بصرة الغفاري رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله زادكم صلاة وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى صلاة الصبح ، وسكت عنه الحاكم ، وأعله الذهبي في مختصره بابن لهيعة وله طريق آخر عند الطبراني في معجمه وأحمد في مسنده عن ابن المبارك .

أما سعيد بن يزيد عن ابن هبيرة عن أبي تميم الجنباني وبطريق آخر عند الطبراني عن

---

(١) هكذا في الأصل وفي تقريب التهذيب . خارجة بن حذافة بن غانم القرشي العدوي صحابي .. اهـ مصححه .

الليث بن سعد عن بصير بن تميم عن ابن هبيرة به وعن ابن عمر رضي الله عنه أخرج حديثه الدارقطني في غرائب مالك عنه قال خرج رسول الله ﷺ محمراً وجهه يجر رداءه فصعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال أيها الناس ان الله زادكم صلاة إلى صلاتكم وهي الوتر، وفيه حميد بن أبي الحيوان الاسكندري قال الدارقطني ضعيف .

وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أخرج حديثه الطبراني في كتابه مسند الشاميين وعنه قال قال رسول الله ﷺ ان الله تعالى زادكم صلاة وهي الوتر ، وروى أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً أمرنا رسول الله ﷺ فاجتمعنا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال ان الله قد زادكم صلاة فأمرنا بالوتر .

وجه الاستدلال لهذه الأحاديث أن في بعضها الأمر والأمر للوجوب وهو معنى قول المصنف .

( أمر ) أي النبي ﷺ ( وهو للوجوب ) أي أمر الشارع فيه يدل على وجوب الوتر الذي فيه التصريح بالأمر حديث أبي بصرة وهو قوله فصلوها ، وفي حديث عمرو بن شعيب المذكور آنفاً ونظيره ما روي عن جابر أنه ﷺ قال أيكم خاف أن لا يقوم في آخر الليل ، فإن قراءة آخر الليل بحضوره ذلك أفضل ، رواه مسلم والترمذي وأحمد وابن ماجة .

وما روي عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال اجعلوا آخر صلاتكم وتراً، أخرجه البخاري ومسلم .

وما روي عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا ، رواه أبو داود والحاكم في مستدركه وصححه .

وقوله — حق — أي واجب ثابت والدليل على بقية الحديث لأنها وعيد شديد ولا يقال مثل هذا إلا في حق تارك فرض أو واجب ولا سيما وقد تأكد بالتكرار الكلام ثلاث مرات ، ومثل هذا الكلام بهذه التأكيدات لم يأت في حق السنن ، وبهذا ما قاله الخطابي من قوله وقد دلت الأخبار الصحيحة على أنه لم يرد بالحق الوجوب الذي لا يسعه غيره ، منها

خبر عبادة بن الصامت لما بلغه أن أبا محمد رجلا من الأنصار يقول الوتر حق كذب أبو محمد ، ثم روي عن النبي ﷺ في عدد الصلوات الخمس .

ومنها خبر طلحة بن عبد الله في سؤال الأعرابي .

ومنها خبر أنس بن مالك في فرض الصلوات ليلة الإسراء .

أما خبر عبادة فقد تكلمنا فيه بما فيه الكفاية عن قريب ، وأيضاً فإنما كذبه في قوله كوجوب الصلاة ولم يقل أحد أن الوتر واجب كوجوب الصلاة.

وأما خبر طلحة فكان قبل وجوب الوتر بدليل أنه لم يذكر فيه الحج ، وقد قررناه أيضاً .

وأما حديث أنس رضي الله عنه فلا نزاع فيه أنه كان قبل الوجوب ، وما روي عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ يا أهل القرآن اوتروا فإن الله وتر يحب الوتر ، أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة ، وقال الترمذي حديث حسن .

فإن قلت قال الخطابي في تخصيصه أهل القرآن بالأمر فيه دل على أن الوتر غير واجب ولو كان واجباً لكان عاماً وأهل القرآن في عرف الناس يعم القرآن والحفاظ دون العوام. قلت أهل القرآن بحسب اللغة يتناول كل من معه شيء من القرآن ولو كان آية فيدخل فيه الحفاظ وغيرهم على أن القرآن كان في زمنه عليه السلام مفرقاً بين الصحابة رضي الله عنهم ، وبهذا التأويل الفاسد لا يبطل مقتضى الأثر الدال على الوجوب ولا سيما تأكد الأمر بالتقرير ولمحبة الله إياه بقوله — فان الله يحب الوتر .

وما روي عن أبي سعيد الخدري قال قال عليه السلام أوتروا قبل أن تصبحوا، رواه مسلم والترمذي والنسائي وابن ماجة ، وما روي عنه قال قال رسول الله ﷺ من قام عن وتره أو نسيه فيلصله إذا ذكره ، رواه أبو داود والترمذي ، ووجوب القضاء فرع وجوب الاداء .

فان قلت قال الخطابي قوله — أمدكم بصلاة — يدل على أنها غير لازمة لهم، ولو

كانت واجبة يخرج الكلام فيه على صيغـــة لفظ الإلزام فيقول ألزمكم أو فرض عليكم أو نحو ذلك من الكلام ، قال وقد روي أيضاً أن الله قد زادكم صلاة ومعناه الزيادة من النوافل وذلك أن نوافل الصلاة شفع لا وتر فيها فقد أمدكم بصـــلاة وزادكم صلاة لم تكونوا تصلونها قبل على تلك الصورة والهيئة وهو الوتر . قلت لا نسلم أن قوله أمدكم بصلاة يدل على أنها غير لازمة ، فلئن سلمنا فلا ينافي ذلك دلالة دليل آخر على الوجوب ، وقد جاء فيما ذكرناه من الأحاديث ما يدل على الوجوب .

وأما وجه الاستدلال بقوله — ان الله زادكم — من وجوه ، الأول: أنه أضاف الزيادة إلى الله تعالى ، والسنن إنما تضاف إلى رسول الله عليه السلام .

والثاني : أنه قال — زادكم — والزيادة إنما تتحقق في الواجبات لأنها محصورة بعدد لا في النوافل لأنها لا نهاية لها .

والثالث : الزيادة على الشيء إنما تتحقق إذا كان من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في ثمنه إذا وهب هبة مبتدأة ، ولا يقال زاد على الهبة إذا باع ، والمزيد عليه فرض فكـذا الزائد ، إلا أن الدليل غير قطعي فصار واجباً .

فان قلت السنن مقدرة أيضاً فهذه كانت زائدة على السنن ، قلت إضافته إلى الواجبات أولى للأخذ بالاحتياط ، وأيضاً لو اعتـــبرت زيادة على الفرائض يكون الأمر معمولاً لا بحقيقة ولأنه لا يمكن جعل الزيادة على السنن لأنه لا نظـير له في الشرع إذا السنن توابع الفرائض ولا جائز أن يكون تبعاً للسنن لأنه يؤدى في آخر الوقت وهو آخر الليـــل ، والسنن ليست كذلك وقيل أفضل من وقت الوتر السحر ، ويكره أداء العشاء فيه أشد الكراهة ، ولو كان الوتر تبعاً للعشاء من حيث السنية لكان وقته المستحب وقت العشاء ، ومما يدل على وجوب الوتر قوله عليه السلام ألا وهي الوتر على سبيل التعريف ، فهـذا يدل على أنه كان معلوماً عندهم وزيادة تعريف زيادة وهو الوجوب لا أصله .

فان قلت جاء حديث عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعاً على أنه لا يلزم أن يكون المزاد من جنس المزاد عليه وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى زادكم صلاة إلى

ولهـــذا وجب القضاء بالإجمـــاع ، وإنما لا يكفر جاحـــده لأن وجوبه ثبت بالسنـــة وهو المعنى بما روي عنـــه أنـــه سنة

صلاتكم هي خير من حمر النعم ألا وهي ركعتان قبل صلاة الفجر ، أخرجه الحاكم وقال لا حديث صحيح ، قلت لا يمنع هذا ما ذكرنا لأنه يجوز أن يكون المراد منه ركعتا الصبح ولهذا جاء التأكيد فيها ، وروى أبو هريرة عن النبي عليه السلام أنه قال لا تدعوهما وإن طردتكم الخيل ، رواه أبو داود ولهذا [1] محمد قضاها بعد طلوع الشمس إلى وقت الظهر.

( ولهذا وجب القضاء بالإجماع ) أي ولأجل كون الوتر واجباً وجب القضاء بالإجماع، قال الاترازي أي باجماع أصحابنا على ظاهر الرواية فانه نقل عن أبي يوسف أنه لا يقضي خارج الوقت ، وعن محمد أنه قال أحب إلى أن يقضي ، قيل المراد بالإجماع إجماع السلف لكنه لم يثبت إلا بطريق الآحاد . قلت هذا من كلام الجنـازي على غير ظـاهر الرواية لا يصح الاستدلال على وجوبه بوجوب قضائه بالإجماع ، وذكر الحافظ أبو جعفر الطحاوي أن وجوب الوتر إجماع من الصحابة ، فعلى هذا لا يحتـاج إلى تفسير قوله – بالإجماع – أي باجماع أصحابنا ، وعلى ظاهر الرواية ، ولهذا سقط زعم الأكمـل أيضاً . وقوله في الجملة كلامه في هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ولكل جواد كبوة .

( وإنما لا يكفر جاحده لأن وجوبه ثبت بالسنـة ) هذا جواب عن قولهـما حيث لا يكفر جاحده أي لا كفر لأن الجاحد إنما يكفر إذا كان الدليل قطعاً وها هنا ليس كذلك لأن وجوبه ثبت بالسنة يعني بخبر الواحد ، ولم يثبت بخـبر التواتر ولا بالمشهور فصار دون من الذي ثبت من المتواتر والمشهور فان منكر الثابت بأحدهمـا كفر يكفر ( وهو المعني ) بكسر النون وتشديد الياء ، أي كون وجوبه ثبت بالسنة ( بما روي عنه أنـه سنة ) وهو الحـديث الذي رواه ابن عبـاس ثلاث كتب علي ولم تكتب عليكم وهي لكم سنة .

---

(١) هنا في الأصل همزتان والف ممدودة ، وربما سقط كلام من الناسخ . اهـ مصححه .

وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي بأذانه وإقامته . قال الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام كان يوتر بثلاث .

---

( وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي بأذان العشاء وإقامته ) هذا جواب عن قولهما ( ولا يؤذن له [1] ) أي الوتر يؤدى في وقت العشاء فاكتفي بأذان العشاء وإقامته .

( قال ) أي القدوري ( الوتر ثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام ) بل يتشهد عند الثانية ولا يسلم ويتشهد عند الثالثة ويسلم وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وأبي وأنس وابن عباس وأبي أمامة وعمر بن عبد العزيز واختاره الأكثرون وابن المبارك ، وهو قول مالك في كتاب الصيام ذكره في العارضة . وقال ابن بطال الوتر ثلاث قول حذيفة وأبي والفقهاء السبعة بالمدينة وسعيد بن المسيب . وقال الزنندي وقد ذهب جماعة من الصحابة وغيرهم إلى هذا . وقال الزهري توتر بثلاث في رمضان وفي غيره بواحدة . وقال مالك لا يوتر بواحدة ليس قبلها شيء لا في السفر ولا الحضر . وقال النووي الوتر أقله ركعة لا خلاف فيه وأدنى كماله ثلاث وأكثره إحدى عشرة ، وفي وجه ثلاث عشرة ركعة ولو زاد عليها لم يصح وتره عند جمهورهم . وقال ابن جبل الذي اختاره أن يفصل ركعة الوتر مما قبلها ، وقال إن أوتر ثلاثاً ولم يسلم لم يضيق عليه عندي ويعجبني أن يسلم في الركعتين وقال الأوزاعي إن فعل فحسن وإن لم يفعل فحسن .

( لما روت عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام كان يوتر بثلاث ) أي بثلاث ركعات لا يفصل بينهن بسلام ، لما روى النسائي في سننه عن عائشة رضي الله عنها كان رسول الله ﷺ لا يسلم في الركعتين الوتر ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال إنه صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ولفظه قالت كان رسول الله ﷺ يوتر بثلاث لا يسلم إلا في آخرهن .

---

(١) جعلها الشارح من المتن وإنما هي قد مرت . اهـ مصححه .

فان قلت الحديث الذي ذكره المصنف يحتمل أنه كان يوتر بتسليمتين . قلت دفع هذا الإحتمال ما ذكرناه عن النسائي والحاكم .

فان قلت كيف حملتم المطلق على المقيد . قلت يحتمل إذا ورد النصان في الحكم ، ولنا أحاديث أخر تدل على أن الوتر ثلاث ركعات بتسليمة واحدة .

منها ما رواه الأربعة من حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يقرأ في الركعة الأولى من الوتر بفاتحة الكتاب و ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ ١ الأعلى ، وفي الثانية بـ ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ١ الكافرون ، وفي الثالثة بـ ﴿ قل هو الله أحد ﴾ ١ الإخلاص ، والمعوذتين ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ورواه ابن حبان في صحيحه وظاهر الحديث أن الثالثة متصلة غير منفصلة ، والاتصال في ركعة الوتر المنفردة أو نحو ذلك .

فإن قلت نكر عليه في لفظ الدارقطني عن عائشة أن النبي ﷺ كان يقرأ في الركعتين التين يوتر بعدهما بـ ﴿ سبح اسم ربك الأعلى الذي ﴾ و ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ويقرأ في الوتر بـ ﴿ قل هو الله أحد ﴾ و ﴿ قل أعوذ برب الفلق ﴾ و ﴿ قل أعوذ برب الناس ﴾ قلت لا يدل وقوله ـ أوتر بعدها ـ على أنه يوتر بعد التسليمة ، ولا شك أن الثالثة وتر .

ومنها ما رواه الطحاوي أيضاً عن ابن عباس نحو حديث عائشة ، وما رواه الطحاوي أيضاً من حديث سعيد بن عبد الرحمن بن أبزى عن أبيه أنه صلى مع النبي ﷺ الوتر يقرأ في الركعة الأولى بسبح .. الخ نحوه .

ومنها ما أخرجه عن علي رضي الله عنه نحوه وأخرجه النسائي والترمذي وابن ماجة .

ومنها ما رواه الدارقطني ثم البيهقي عن عبد الله بن مسعود وقال قال رسول الله ﷺ وتر الليل ثلاث كوتر النهار صلاة المغرب .

فإن قلت قال الدارقطني لم يروه عن الأعمش مرفوعاً غير يحيى بن زكريا وهو ضعيف ، وقال البيهقي الصحيح وقفه على ابن مسعود . قلت لا يضرنا كونه موقوفاً على ما عرف

مع الدارقطني أخرجه عن عائشة أيضاً نحوه مرفوعاً ، ومما يدل على ما ذهبنا اليه حديث النهي عن البشير أخرجه ابن عبد البر في التمهيد عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن التعبير أن يصلي الرجل واحدة يوتر بها وسيأتي في باب سجود السهو إن شاء الله تعالى .

وأما ما روي أيضاً من الآثار فروى محمد بن الحسن في موطأه عن يعقوب بن ابراهيم عن ابن مسعود قال ما أخذت ركعة قط ، وروى الطحاوي من حديث عقبة بن مسلم قال سألت عبد الله بن عمر عن الوتر فقال الغرف وتر النهار ، فقلت نعم صلاة المغرب فقالت صدقت وأحسنت ، وقال الطحاوي وعليه يحمل حديث ابن عمر أن رجلاً سأل النبي عليه السلام عن صلاة الليل فقال مثنى فإذا خشيت الصبح فصل ركعة توتر لك ما صليت قلت ما معناه صلى ركعة في ثنتين قبلها ، ورد بذلك الأخبار حدثنا أبو بكرة حدثنا أبو داود ثنا أبو خالد سألت أبا العالية عن الوتر فقال علمنا أصحاب رسول الله عليه السلام أن الوتر مثل صلاة المغرب هذا وتر الليل وهذا وتر النهار .

وروى الطحاوي أيضاً عن أنس رضي الله عنه قال الوتر ثلاث ركعات ،وقال حديث ابن مرزوق ثنا عفان ثنا حماد بن سلمة ثنا ثابت قال صلى بنا أنس الوتر أنا عن يمينه وأم ولده خلفنا ثلاث ركعات لم يسلم إلا في آخرهن ، وروى أيضاً عن المسرور [1] بن مخرمة قال دفنا أبو بكر ليلاً فقال عمر رضي الله عنه اني لم أوتر فقام وصفينا رواه [2] فصلى بنا ثلاث ركعات لم يسلم إلا في آخرهن . قال مذهبنا أيضاً قوي من جهة النظر لأن الوتر لا يخرج إما أن يكون فرضاً أو سنة ، فإن كان فرضاً فالفرض ليس إلا ركعتين أو ثلاثاً أو أربعاً وكلهم أجمعوا أن الوتر لا يكون ثنتين ولا أربعاً فثبت انه ثلاث .

---

(١) ربما أراد المسور بن مخرمة . اه مصححه .

(١) هكذا بالأصل وربما أراد بها — وصفينا وراءه — اه مصححه .

وإن كان سنة فإنا لم نجد سنة إلا ولها مثل في الفرض منه إذ الفرض لم تجد منه إلا المغرب وهو ثلاث فثبت أن الوتر ثلاث وهذا حسن جيد وقد ذكر الحازمي في كتابه الناسخ والمنسوخ من جملة الترجيحات أن يكون الحديث موافقاً للقياس دون الآخر فيكون المعدول عن الثاني إلى الأول متعيناً .

( وحكى الحسن ) أي البصري ( إجماع المسلمين على الثلاث ) يعني لا يفصل بينهن بسلام ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفة ثنا حفص ثنا عمرو عن الحسن قال أجمع المسلمون على أن الوتر ثلاث لا يسلم إلا في آخرهن وأوتر سعد بن أبي وقاص بركعة وأنكر عليه ابن مسعود وقال ما هذا البتير التي لا نعرفها على عهد رسول الله ﷺ . وفي المبسوط عن عمر رضي الله عنه أنه لما رأى سعداً أوتر بركعة فقال ما هذه البتيراء لتشفعنها أو لأدينها. وعن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة رضي الله عنها بكم كان رسول الله ﷺ يوتر قالت بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأقل من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة ، رواه أبو داود فقد نصت على الوتر بثلاث ولم يذكر الوتر بواحدة، فدل على أنه لا اعتبار للركعة البتيراء.

وقال النووي قال أصحابنا لم يقل أحد من العلماء أن الركعة الواحدة لا تصح الإتيان بها إلا أبو حنيفة والثوري ومن تابعهما . قلت عجباً للنووي كيف نقل هذا النقل الخطأ ولا يرده مع علمه بخطئه وقد ذكرناه عن جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أنه تقرر بثلاث ولا يجوز به الركعة الواحدة ، وروى الطحاوي عن عمر بن عبد العزيز أنها ثبت الوتر بالمدينة بقول الفقهاء ثلاثاً لا يسلم إلا في آخرهن ، واتفاق الفقهاء بالمدينة على اشتراط الثلاث بتسليمة واحدة تبين لك خطأ نقل الناقل اختصاص ذلك بأبي حنيفة والثوري وأصحابها .

فإن قلت ما تقول في قوله عليه السلام فاذا خشيت الصبح فأوتر بركعة . قلت معناه متصلة بما قبلها، ولهذا قال توتر لك ماقبلها ومن يقتصر على ركعة واحدة كيف يوتر له ماقبلها وليس قبلها بشيء .

وهذا أحد أقوال الشافعي « رح » ، وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك « رح »

---

فان قلت روي أنه قال من شاء أوتر بركعة ومن شاء بثلاث أو بخمس . قلت هو محمول على أنه كان قبل استقرارها لأن الصلاة الغير مستقرة لا عبرة في أعداد ركعاتها ، وكذا قول عائشة رضي الله عنها كان يسلم بين كل ركعتين ويوتر بواحدة بمعارضته ، وما روى ابن ماجة عن أم سلمة رضي الله عنها أنه كان يوتر بسبع أو بخمس لا يفصل بينهن بتسليم ولا كلام فيحمل أنه كان قبل استقرار الوتر .

( وهذا ) أي الآثار بثلاث ركعات بتسليمة واحدة ( أحد أقوال الشافعي ) المنقول عنه ثلاث أقوال . الأول : كقولنا أشار اليه بقوله وهذا أحد أقوال الشافعي .

والثاني : يوتر بتسليمتين أشار اليه بقوله ( وفي قول يوتر بتسليمتين ) يعني يصلي ثلاث ركعات ولكنه يسلم بتسليمتين .

والقول الثالث : هو بالخيار إن شاء أوتر بركعة أو ثلاث بتسليمة واحدة وقعدة واحدة . وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وعند الشافعي إن شاء أوتر بركعة أو بثلاث وهو أفضل أو بخمس أو بسبع أو بتسع أو باحدى عشرة .

( وهو قول مالك ) أي الإيتار بتسليمتين قول مالك . قلت تحقيق مذهب الشافعي ما ذكره في الروضة الوتر سنة ويحصل بركعة وبثلاث وبخمس أو بسبع وبتسع وباحدى عشرة فهذا أكثر على الأصح . وعلى الثاني أكثره بثلاث عشرة ولا تجوز الزيادة على الأكثر على الأصح فان زاد لم يصح وتره ، فان زاد على ركعة فأوتر بثلاث موصولة والصحيح أنه له يتشهد واحد في الذخيرة وله تشهد آخر في الذي قبلها وإذا أراد أن يوتر بثلاث فهذا الأفضل فصلها بسلامين أو وصلها بسلامين أو وصلها بسلام فيه أوجه أصحها الفصل أفضل والثاني الوصل والثالث إن كان منفرداً بالفصل وإن كان صلاها جماعة فالوصل ، ومذهب مالك ما ذكره في الجواهر ثم الوتر ركعة واحدة وهي سنة ، ومذهب أحمد ما ذكره في حاويهم الوتر سنة ، وقال أبو بكر يجب وأقله ركعة وأكثره إحدى عشرة ، وقيل ثلاث عشرة ، وأدنى الكمال ثلاث بتسليمتين أو بفرد السلام كالمغرب .

والحجة عليهما ما رويناه ، ويقنت في الثالثة قبل الركوع . وقال الشافعي « رح » بعده لما روي أنه عليه السلام قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع . ولنا ما روي أنه عليه السلام قنت قبل الركوع

---

( والحجة عليهما ما روينا ) أي الحجة على الشافعي ومالك فيما ذهبا اليه ما رويناه من حديث عائشة رضي الله عنها .

( ويقنت في الثالثة ) أي في الركعة الثالثة ( قبل الركوع ) وهو يحكى عن عمر وابن مسعود وأبي موسى والبراء بن عازب وابن عمر وابن عباس وأنس وعمر بن عبد العزيز وعبيدة السلماني وحميد الطويل وابن أبي ليلى ومالك وإسحاق وابن المبارك ، وحكاه ابن المنذر عن الصديق وابن جبير ، وقال أيوب السجستاني وابن حنبل هما جائزان ، وعن طاووس أنه قال القنوت في الوتر بدعة وهو مردود وبقولنا قال ابن شريح من الشافعية .

( وقال الشافعي بعده ) أي يقنت بعد الركوع وهو الصحيح من مذهبه وبه قال أحمد ، وفي شرح الإرشاد لا نص عن الشافعي فيه ولكن قال أصحابه ينبغي أن يكون بعد الركوع ، وقال بعض أصحابنا الشافعي يخير بين التقديم والتأخير ( لما روي أنه عليه السلام قنت في آخر الوتر ) هذا رواه الدارقطني في سننه من حديث سويد بن غفلة قال سمعت أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضي الله عنهم يقولون قنت رسول الله عليه السلام في آخر الوتر وكانوا يفعلون ذلك ، ولم أر أحداً من الشراح بين هذا الحديث وما نسبه إلى أحد من الصحابة ( وهو بعد الركوع ) هذا من كلام المصنف وليس في الحديث .

( ولنا ما روي أنه عليه السلام قنت قبل الركوع ) روي هذا الحديث عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن أبي بن كعب رضي الله عنه وأخرج حديثه النسائي وابن ماجة عنه أن رسول الله ﷺ كان يوتر فيقنت قبل الركوع هذا لفظ ابن ماجة ، ولفظ النسائي كان يوتر بثلاث يقرأ في الأولى ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ ١ الأعلى ، والثانية ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ١ الكافرون ، وفي الثالثة ﴿ قل هو الله أحد ﴾ ١ الإخلاص ، ويقنت قبل الركوع .

## وما زاد على نصف الشيء فهو آخره ويقنت في جميع السنة خلافاً للشافعي «رح» في غير النصف الأخير من رمضان

وعن ابن مسعود رضي الله عنه ، وأخرج حديث ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني في سننه عنه أن النبي عليه السلام قنت في الوتر قبل الركوع ، وفي سنده ابان بن عياش متروك ، وأخرجه الخطيب نحوه وسكت عنه .

وعن ابن عباس رضي الله عنه ، وأخرجه الحافظ أبي نعيم في كتاب الحلية عنه قال أوتر النبي عليه السلام بثلاث فقنت فيها قبل الركوع ، وقال غريب .

وعن ابن عمر رضي الله عنه وأخرجه الطبراني في معجمه الأوسط عنه أن النبي عليه السلام كان يوتر بثلاث ركعات ويجعل القنوت قبل الركوع ، وروى الطبراني في معجمه الأوسط عن النبي عليه السلام كان يوتر بثلاث ، عن الأسود قال كان عبد الله بن مسعود لا يقنت في صلاة الغداة وإذا قنت في الوتر قبل الركوع ، وفي لفظ كان لا يقنت في شيء من الصلوات إلا في الوتر قبل الركوع . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن علقمة أن ابن مسعود وأصحاب النبي كانوا يقنتون في الوتر قبل الركوع .

( وما زاد على نصف الشيء فهو آخره ) هـذا جواب ما رواه الشافعي إن قنت في آخر الوتر ، وتقريره ان ما زاد على نصف الشيء فهو آخره . قال الأكمل وسكت عن بيانه . قلت المراد هو الآخر حكماً لأن الآخر الحقيقي هو بعد التشهد وليس هذا بمراد بالإجماع . وقال تاج الشريعة ان الآخر قد يكون قبل الركوع ، وما رواه يكون محتمل لما قبل الركوع وبعده ما رويناه محكم فيحمل المحتمل على المحكم .

( ويقنت في جميع السنة ) وهو قول عبد الله بن مسعود والحسن والنخعي وابن المبارك وعبد الحق وأبي ثور ، ورواية عن ابن حنبل . وقال النووي وهو قول جماهير أصحاب الشافعي ، وقال قتادة يقنت في السنة كلها إلا في النصف الأول من رمضان ، وعن ابن عمر ولا يقنت في وتر ولا صبح بحال .

( خلافاً للشافعي في غير النصف الأخير من رمضان ) مذهب الشافعي القنوت فيه في

النصف الأخير من رمضان ، وقيل في جميع السنة لقول الجماعة، والصحيح من مذهبه اختصاص استحباب بالنصف الثاني من رمضان ، وفي الروضة لنا وجه آخر يقنت في جميع شهر رمضان ، ووجه أنه يقنت في جميع السنة بلا كراهة ، وقيل يستحب، وقال جمهور أصحابه الاستحباب يختص بالنصف الأخير من رمضان ، وقال قوم لا قنوت إلا في رمضان ، وقال قوم في النصف الأول من رمضان وعند مالك القنوت مستحب ومحله صلاة الصبح . وقال قوم يقنت في كل صلاة ، وقال الطحاوي لم يقل بالقنوت في النصف الأخير من رمضان إلا الشافعي والليث .

قلت ذكر ابن قدامة في المغني روي عن علي وأبي وابن أبي سيرين [١] وأحمد ومالك في رواية مثل قول الشافعي .

( لقوله عليه السلام للحسن رضي الله عنه حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ) دعاء قنوت الوتر أخرجه الأربعة عن أبي الجواز عن الحسن بن علي رضي الله عنهما قال علمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في الوتر ، وفي لفظ في قنوت الوتر اللهم اهدني فيمن هديت وعافني فيمن عافيت ، وتولني فيمن توليت ، وبارك لي فيما أعطيت ، وقني شر ما قضيت ، إنك تقضي ولا يقضى عليك ، انه لا يذل ربنا من واليت ، تباركت ربنا وتعاليت . قال الترمذي هذا حديث حسن لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث أبي الجوز [٢] السعدي واسمه ربيعة بن شيبان ولا نعرف عن النبي عليه السلام في القنوت شيئاً أحسن من هذا . ورواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وسكت عنه ، ورواه البيهقي في سننه وزاد في رواية بعد واليت – ولا يعز من عاديت – وزاد النسائي في روايته – تباركت ربنا وتعاليت وصلى الله على النبي – عليه السلام .

(١) هكذا في الأصل وربما قصد به ابن سيرين . اه مصححه .

(٢) ورد قبلا – الجواز – وفي تقريب التهذيب – أبو الحوراء– بمهملتين اهمصححه.

وفي رواية بعد قوله تعاليت - عما يقول الظالمون علواً كبيراً لا إله إلا أنت أستغفرك وأتوب اليك ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلاً للذين آمنوا ربنا إنك رؤوف رحيم ، اللهم إنك عفو تحب العفو فاعف عنا واغفر لنا وارحمنا وأنت خير الراحمين أعوذ بعفوك من عقابك وبرضاك من سخطك ولا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك .

واستدل أصحابنا بهذا الحديث أن المستحب للقانت [1] بهذا الدعاء ، وأما استدلال المصنف بقوله - اجعل هذا في وترك من غير فصل - فليس له وجود في هذا الحديث ، فيعجبني كل العجب أن أحداً من الشراح لم يتعرض لهذا بل كلهم سكتوا خصوصاً الاترازي حيث يقول لنا قوله عليه السلام للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك ، فدل على القنوت من جميع السنة ، لأنه لم يقيد بوقت دون وقت ، وكذلك الأكمل قال نحوه ، وقال صاحب الدراية ولنا حديث تعليم الحسن رضي الله عنه المذكور في المتن وليس كل منها يشفي العليل ولا يروي القليل ، لأن الحديث غاية ما في الباب يدل على ان مما يدعى به في الوتر ما علمه النبي عليه السلام للحسن رضي الله عنه ولا يدل ذلك على الاستحباب قراءة في جميع السنة ولا يرضى به الخصم أن يكون هو حجة لنا عليه ، واستدل لنا ابن الجوزي في التحقيق بحديث أخرجه الأربعة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رسول الله عليه السلام كان يقول في آخر وتره اللهم اني أعوذ برضاك من سخطك ، وبمعافاتك من عقوبتك ، وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك . قال الترمذي حديث حسن .

قلت وجه الاستدلال به ان كان يقتضي الدوام فيدل على أنه كان يقنت به في جميع السنة ، ومن ادعى غير ذلك فعليه البيان ، وروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كان يقنتان في جميع السنة ، ولأن القنوت من سنن الوتر فلا يختص ببعض الأزمان كسائر السنن .

---

(١) ربما سقط هنا عبارة - أن يدعو - اه مصححه .

فإن قلت أخرج أبو داود عن الحسن أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه جمع الناس على أبي بن كعب فكان يصلي بهم عشرين ليلة من الشهر يعني رمضان ولا يقنت بهم إلا في النصف الثاني ، فإذا كان العشر الأواخر تكلف وصلى في بيته ، وأخرجه أيضاً عن هشام عن محمد بن سيرين عن بعض أصحابه أن أبي بن كعب أمهم يعني في رمضان فكان يقنت في النصف الأخير من رمضان . وأخرج ابن عدي في الكامل عن أبي عاتكة من طريق ابن سليمان عن أنس رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يقنت في النصف من رمضان .

قلت في الطريق الأول لأبي داود انقطاع لأن الحسن لم يدرك عمر رضى الله عنه . وفي الثاني مجهول . وقال النووي الطريقان ضعيفان ، وفي حديث ابن عدي أبو عاتكة وهو ضعيف . وقال البيهقي هذا حديث لا يصح إسناده .

وقال الاترازي فإن قلت أبي بن كعب كان يؤمهم في رمضان وكان لا يقنت إلا في النصف الأخير ، إن قلت تقليد الصحابي عند الشافعي لا يجوز فكيف تجعل فعل أبي حجة علينا . قلت الشافعي يورد هذا علينا لأنا نقلد الصحابي . والجواب المخلص ما ذكرناه .

ثم قال أيضاً فإن قلت لا نقلده أيضاً بل نستدل بالإجماع لأن أبياً كان يؤم بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الإجماع ، ألا ترى إلى ما ذكره الطحاوي من أن هذا القول لم يقل به أحد إلا الشافعي والليث بن سعد .. الخ . قلت هذا يدل على عدم اطلاعه في هذا الفن كما ينبغي ، لأنا قد ذكرنا عن قريب انه روي عن علي وابن سيرين وأحمد ومالك كما روي عن الشافعي ، وقد جاء في دعاء القنوت وجوه كثيرة منها ما روي عن عمر رضي الله عنه كان يقول بعد الركوع اللهم اغفر لنا وللمؤمنات والمسلمين والمسلمات والف بين قلوبهم وأصلح ذات بينهم وانصرهم على عدوك ، اللهم العن الكفرة من أهل الكتاب الذين يصدون عن سبيلك ويكذبون رسولك ويقاتلون أولياءك ، اللهم خالف بين كلمتهم وزلزل أقدامهم وانزل بهم بأسك الذي لا يرده عن القوم المجرمين بسم الله الرحمن الرحيم اللهم انا نستعينك ونستغفرك . وفي رواية ونستشهدك ونستغفرك ونؤمن بك ونتوكل عليك ونثني

عليك الخير كله ، وفي رواية ونتوب اليك ثم نتوكل عليك ونشكرك ولا نكفرك ونخلع ونترك من يفجرك بسم الله الرحمن الرحيم اللهم إياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونحفد نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكفار ملحق ، وفي رواية بعد قوله ولا نكفرك نخنع لك ، ومعنى نخنع بالنون من غير الفعل تواضع .

أما التسمية في القنوت فعلى قول ابن مسعود أنهما سورتان من القرآن عنده ، وأما على قول أبي بن كعب فإنهما ليستا من القرآن وهو الصحيح فلا حاجة إلى التسمية وبه أخذ عامة العلماء ولكن الاحتياط أن يجتنب الحائض والنفساء والجنب عن قراءة .

ثم لنتكلم ما في هذه الأحاديث من الألفاظ المحتاجة إلى البيان فقوله – عن الحورا – بفتح الحاء المهملة وسكون الواو بعدها راء مهملة والف ممدودة ، وقد ذكرنا اسمه . قوله – فيمن هديت – أي فيمن هديتم وحذف المفعول كثير في الكلام لأنه فضلة ، وكذلك حذف في بقية الألفاظ الدالة على الخطاب ، وروي اللهم اهدنا بنون الجمع وكذلك في سائر الألفاظ الدالة على الأفراد . قوله – وقني – أي احفظني ، وأصله ومن وقى يقي والأمر ق ، وعلى الأصل أوق . قوله – انه – أي ان الشأن ، قوله – لا يذل – بفتح الياء و – من واليت – فاعله ، أي ومن واليته ، والمعنى لا يذل من كنت له ولياً حافظاً ناصراً قوله – تباركت – أي تعظمت . قوله – ربنا – أي ربنا . قوله – ونحفد – بالدال المهملة من باب ضرب يضرب ، أي شرع في العمل والخدمة ، وأصل الحفد الخدمة والعمل والحفدة الخدم جمع حافد وفي الصحاح ولد الولد ورجل محفود أي مخدوم . وقال الاصبعي أصل الحفد مقارءة الخطور ، عن ابن مسعود الحفدة الأنصار ، وفي الكافي ولو قال ونحفد بالذال المعجمة تفسد صلاته . قوله – ملحق – بفتح الحاء وكسرها والكسر أفصح .

( ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب ) قراءة الفاتحة في كل ركعة من الوتر واجبة بالإجماع ، أما عند أبي يوسف ومحمد وعند الشافعي ومن معهم فلأنه نفل ، وأما عند أبي حنيفة وإن كان واجباً لثبوته بخبر الواحد وفيه شبهة ويقرأها في كله للاحتياط ( وسورة ) مطلقة غير معينة . قال الشافعي انه يقرأ في الأولى ﴿ إنا أنزلناه ﴾ وفي الثانية

﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ وفي الثالثة ﴿ قل هو الله أحد ﴾ وفي كتب الشافعية أنه يقرأ في الأولى ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ لأنه عليه السلام قرأ كذلك ، وقد بين المصنف أن السورة لا تتعين بقوله ( لقوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسرمنالقرآن ﴾ ) ٢٠ المزمل، وهذا التيسر متى عين فيه سورة تنقلب إلى العسر والآية عامة في الوتر وغيره ، ولأن درجة الوتر لا تربو على درجة المكتف به ولم يتوقف شيء سوى الفاتحة فكذا هذا . ومذهب مالك كمذهبنا كذا ذكره في الجموعة ، وخصص القاضي في المعونة الأولى منه بسبح ، والثانية ﴿ بقل يا أيها الكافرون ﴾ والوتر ﴿ بقل هو الله أحد ﴾ والمعوذتين وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال في الذخيرة وهو قول أبي حنيفة .

قلت نقله عنه غلط ، وعن مالك اقرأ في الوتر ﴿ بقل هو الله أحد ﴾ والمعوذتين، وأما الشفع فلم يبلغني فيه شيء ، واحتجوا في ذلك بما روى ابن ماجة عن عائشة أن رسول الله ﷺ كان يقرأ في الأولى ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ وفي الثانية ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ، وفي الثالثة ﴿ قل هو الله أحد ﴾ والمعوذتين .

وروى أبو داود عن أبي بن كعب قال كان رسول الله ﷺ يوتر ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ وقل للذين كفروا والله الواحد الصمد ، قلت أراد بقل للذين كفروا ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ، وأراد بقوله والله الواحد الصمد ﴿ قل هو الله أحد ﴾ يدل ذلك رواية النسائي وابن ماجة ، وفي روايتهما ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ و ﴿ قل هو الله أحد ﴾ .

وقال ابن قدامة وحديث عائشة في هذا لا يثبت . قلت لا يفهم منها التعيين ولكن يتبرك بها فقرأها لكان حسناً ، وما قال الاترازي إذا لم يفعل ذلك بطريق المواظبة . قلت إذا كان قصده التبرك يكون حسناً سواء واظبه أو لا ، لأن مواظبته لا تثبت الوجوب ، وذكره الاسبيجابي أنه يقرأ في كل ركعة من الوتر بفاتحة الكتاب وسورة معها ، ولو قرأ فيه بسبح و ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ و ﴿ قل هو الله أحد ﴾ مع الفاتحة ولم يرها حتماً بل خصصها التبرك والاقتداء بالنبي عليه السلام لا يكره . وفي التحفة إذا فعل ذلك أحياناً كان حسناً .

وإن أراد أن يقنت كبر ، لأن الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن وذكر منها القنوت .

---

( وإن أراد أن يقنت ) يعني يصلي الوتر إذا فرغ من القراءة في الركعة الثالثة كبر ، خلافاً لبعض أصحاب الشافعي . وقال أحمد إذا قنت قبل الركوع كبر ثم أخذ في القنوت. قال في المغني لابن قدامة ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان إذا فرغ من القراءة كبر ، ومن يقنت بعد الركوع يكبر حين يركع ، ونقل عن المزني أنه قال زاد أبو حنيفة تكبيرة في القنوت لم تثبت في السنة ولا دل عليها قياس ، وقال أبو نصر الأقطع هذا خطأ منه ، فان ذلك روي عن علي وابن عمر والبراء بن عازب رضي الله عنه والقياس يدل عليه أيضاً ، وأشار اليه المصنف بقوله ( لأن الحالة قد اختلفت ) أي لأن الحالة قد اختلفت ، لأنه كان في حالة قراءة القرآن ثم ينتقل إلى حالة قراءة القنوت والحالتان تختلفان ، والتكبير في الصلاة عند اختلاف الحالة مشروع كما في حالة الإنتقال من القيام إلى الركوع ومن القومة إلى السجود .

فإن قلت ينبغي كان أن يكبر بين الثناء والقراءة لاختلاف الحالة . قلت الثناء مكمل التكبير لأنه يجانسه لكونه ثناء ، وأما القنوت فواجب فيفرد بحكم على حدة ، ولأن رفع اليد يثبت بالحديث الذي يأتي الآن وأنه غير مشروع بلا تكبيرة كما في تكبيرة الافتتاح وتكبيرات العيدين .

( ورفع يديه وقنت ) رفع يديه كما في تكبيرة الافتتاح إعلاماً للأصم ، وللشافعي في رفع اليدين في القنوت وجهان ، أحدهما الرفع ذكره الوسط ، وأظهرهما ما ذكره في التهذيب أنه لا يرفع وبه قال مالك والليث بن سعد والأوزاعي وهو اختيار القفال وإمام الحرمين ، ولو قلنا أنه يرفع هل يمسح بهما وجهه في التهذيب أصحها أنه لا يمسح ( لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ) التعليل لقوله — رفع يديه — أي رفع يديه بعد فراغه من القراءة ثم قنت ، والحديث المذكور يدل على أن الركعة الثالثة الوتر بعد الفراغ عن القراءة رفع اليدين أشار اليه بقوله ( وذكر منها القنوت ) أي ذكر عليه السلام من السبعة المذكورة التي ترفع الأيدي فيها عند تكبيرة القنوت وقد تقدم

الحديث في باب صفة الحديث بما فيه من الكلام مستوفى وقد ذكرنا هناك أنه ليس فيه ذكر القنوت فيما رواه البخاري مطلق والبزاز والطبراني وإنما ذكر تكبيرة القنوت وقع فيماذكره هكذا مطلقاً غريب واستدل به هاهنا بناء على ماذكره المصنف هناك ولم ينسبه على أحد من الشراح غير أن السغناقي أطال الكلام هاهنا من غير تفتيش عن كيفية الحديث المذكور وماهي أكثر كلامه على ماذكره المصنف وغيره فقال ولنا أن الآثار لما اختلفت في فعل رسول الله ﷺ تحاكم في قوله وهو الحديث المشهور ان النبي ﷺ قال لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن، ثلاثة في الصلاة، وأربعة في الحج، أما الثلاثة فتكبيرة الإفتتاح، وتكبيرات العيدين، وتكبيرة القنوت وأما الأربعة فعند استلام الحجر، وعند الصفا والمروة، وفي الموقفين، وعند الجمرتين، والمتنازع فيه خارج عن السبع إلى آخر ما ذكره المصنف.

قلت أراد بالمتنازع فيه رفع اليدين عند الركوع وعند رفع الرأس منه، وفي قوله – وهو الحديث المشهور – نظر، ولئن سلمنا ذلك جملة رفع اليدين عند تكبيرة القنوت ليس في الحديث المذكور كما ذكرناه في باب صفة الصلاة، ثم قال ها هنا أعني في باب صفة الصلاة فإن قلت بعد حصر رفع اليدين في الحديث المذكور بالمواضع السبعة فما وجه رفع اليدين عند كل دعاء. قلت يذكر جواب هذا في باب الوتر.

فإن قلت هذا الحديث يقتضي انحصار جواز رفع الأيدي في هذه المواضع السبعة لأنه ذكر حرمة الرفع عاماً ثم استثنى منه المواضع السبعة فبقي ما رواه تحت عموم الحرمة ضرورة حتى استدل بهذه أصحابنا على حرمة رفع اليدين عند الركوع ما ذكر في الكتاب في باب صفة الصلاة لكونها مما وراء السبعة فما وجهه، وأجاب عن هذا بما ملخصه أنه وجد رواية عن السيد السمرقندي في كتابه المستخلص أنه قال آداب الدعاء عشرة أي إن قام يدعو مستقبل القبلة ويرفع يده بحيث يرى بياض إبطيه قال النبي ﷺ ان ربكم حيي كريم فيستحي من عبده إذا رفع يده أن يرده صفراً، وكذا ذكره ركن الإسلام محمد بن أبي بكر في شرعة الإسلام في سنن الدعاء بعد ذكره شرائط كثيرة ويبدأ بالدعاء لنفسه ويرفع يديه إلى المنكبين ويجعل باطن كفه مما يلي وجهه ولم يقنع فهذا حق وجهه

رواية في المبسوط والمحيط عن أبي يوسف أنه قال إن شاء رفع يديه في الدعاء ، وإن شاء أشار بإصبعه ، لأن رفع اليد عندنا في الدعاء سنة والاستسقاء ليس من تلك المواضع السبعة علم أن رفع الأيدي في غير تلك المواضع جائز .

ثم وجد ما ذكر من الحديث على وجه الإنحصار أي لا ترفع الأيدي على وجه السنن الأصلية التي هي سنة الهدى إلا في هذه المواضع ، وأشار في سائر المواضع إنما يرفع في الدعاء على أنه من الآداب والاستحباب والاتباع بالآثار على سنة الهدى. قلت هذا الجواب غير مخلص لأن رفع الأيادي في المواضع السبعة إذا كان من سنن الهدى فتاركها يكون ضالاً وتاركها يكون مبتدعاً ولم يقل أحد بذلك .

وفي المبسوط عن محمد بن الحنفية رضي الله عنه قال الدعاء أربعة دعاء رغبة ودعاء رهبة ودعاء تضرع ودعاء خفية ، ففي دعاء الرغبة يجعل بطون كفيه نحو السماء ، وفي دعاء الرهبة يجعل ظهر كفيه إلى وجهه كالمستغيث من الشيء ، وفي دعاء التضرع يعقد الخنصر والبنصر ويحلق بالإبهام والوسطى ، ويشير بالسبابة ، ودعاء الخفية ما يفعل المرء في نفسه ، وعلى هذا قال أبو يوسف في الإملاء يستقبل بباطن كفيه القبلة عند افتتاح الصلاة واستلام الحجر وقنوت الوتر وتكبيرات العيد ، ويستقبل بباطن كفيه السماء عند رفع الأيدي على الصفا والمروة وبعرفات وبجمع وعند الجمرتين لأنه يدعو في هذه المواقف بدعاء الرغبة .

( ولا يقنت في صلاة غيرها ) أي في غير الوتر ، أنث الضمير باعتبار الصلاة ( خلافاً للشافعي في الفجر ) فعنده السنة أن يقنت في صلاة الفجر بعد الركوع وبه قال مالك ، غير أنه قال يقنت قبل ، وعن أحمد أن القنوت للأئمة يدعون للجيوش . وقال أبو نصر البغدادي قال الشافعي القنوت في الفجر سنة وفي بقية الصلاة إن حدثت حادثة بالمسلمين وإن لم يحدث فله قولان . وقال أبو نصر أيضاً كان القنوت بعد الركوع في صلاة الفجر وقد نسخ القنوت فيها . قال فإن قيل ما بعد الركوع محل الدعاء بدليل أنه يقول سمع الله لمن حمده ، فكان محلاً للقنوت لأنه دعاء . قيل له ما قبل الركوع أولى لأنه محل للقراءة والركوع وما بعده ليس محلاً للقراءة ، ودعاء القنوت يشبه القرآن ، وقد ذكر أنه في

مصحف ابن مسعود وأبي ، فكان ما قبل الركوع أولى به وأشبه ، ولأن في تقديمه إحراز الركعة في حق المسبوق فكان أولى .

( لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه السلام قنت في صلاة الفجر شهراً ثم تركه )
هذا الحديث حجة لنا على الشافعي ، رواه البزار في مسنده والطبراني في معجمه وابن أبي شيبة في مصنفه والطبراني في الآثار كلهم من حديث سويد القاضي عن أبي حمزة ميمون القصاب عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله قال لم يقنت رسول الله عليه السلام في الصبح إلا شهراً ثم تركه لم يقنت قبله ولا بعده .

وجه الاستدلال به أنه يدل على أن قنوت رسول الله ﷺ في الصبح إنما كان شهراً واحداً أو كان يدعو على أقوام ثم تركه فدل على أنه كان ثم نسخ . وقال الطحاوي ثنا أبو داود المقدمي ثنا أبو معشر ثنا أبو حمزة عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال قنت رسول الله ﷺ شهراً يدعو على عصية وذكوان فلما نهى عليهم ترك القنوت وكان ابن مسعود لا يقنت في صلاته به ، ثم قال فهذا ابن مسعود يخبر أن قنوت رسول الله ﷺ الذي كان إنما كان من أجل من كان يدعو عليه ، وأنه قد كان ترك ذلك فصار القنوت منسوخاً ، فلم يكن هو من بعد رسول الله ﷺ يقنت وكان أحد من روى أيضاً عن رسول الله عليه السلام عبد الله بن عمر رضي الله عنه ثم أخبرهم أن الله عزوجل نسخ ذلك حتى أنزل على رسول الله عليه السلام ﴿ ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم أو يعذبهم فإنهم ظالمون ﴾ ١٢٨ آل عمران ، فصار ذلك عند ابن عمر منسوخاً أيضاً فلم يكن هو يقنت بعد رسول الله عليه السلام وكان ينكر على من يقنت وكان أحد من روي عنه القنوت عن رسول الله عليه السلام عبد الرحمن بن أبي بكر فأخبر في حديثه بأن ما كان يقنت به رسول الله دعاء على من كان يدعو عليه ، وأن الله عز وجل نسخ ذلك بقوله ﴿ ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم أو يعذبهم فإنهم ظالمون ﴾ الآية ، ففي ذلك أيضاً وجوب ترك القنوت في الفجر .

فإن قلت قد ثبت عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه كان يقنت في الصبح بعد النبي عليه السلام

فكيف تكون الآية صحة لجملة القنوت ، وكذا ذكر البيهقي ذلك فبسط فيه كلاماً في كتاب المعرفة ، فقال وأبو هريرة أسلم في غزوة خيبر وهي بعد نزول الآية بكثير لأنها نزلت في أحد وكان أبو هريرة يقنت في حياته ﷺ وبعد وفاته ، قلت يحتمل أن يكون أبو هريرة لا يعلم بنزول الآية ، فكان يعمل على ما علم من فعل رسول الله عليه السلام وقنوته إلى أن مات ، لأن الحجة لم تثبت عنده بخلاف ذلك ، ألا ترى أن عبد الله بن عمر وعبد الرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما لما علمنا بنزول الآية ، وعلمنا بكونها ناسخاً لما كان رسول الله ﷺ يفعل نزل ذلك .

فإن قلت مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن البراء بن عازب أن النبي عليه السلام كان يقنت في صلاة الصبح وصلاة المغرب ، وروى البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي ، وعن أبي هريرة قال والله لادبريكم [1] صلاة رسول الله عليه السلام فكان أبو هريرة يقنت في الركعة من صلاة الظهر وصلاة العشاء الأخيرة وصلاة الصبح فيدعو للمؤمنين ويلعن الكافرين . قلت كل ما جاء من القنوت في الصلاة الفرض قد نسخ على ما بينا ، وكيف تستدل الشافعية بهذا وهم لا يرون القنوت في المغرب فيعملون ببعض الحديث ويتركون بعضه وهذا تحكم .

فإن قلت روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا أبو جعفر الرازي عن الربيع بن أنس بن مالك قال ما زال رسول الله عليه السلام يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا ، ومن طريقه رواية الدارقطني في سننه وإسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا أبو جعفر الرازي عن ربيع بن أنس قال قال رجل لأنس بن مالك قنت رسول الله عليه السلام شهراً يدعو على حي من أحياء العرب ، قال فزجره أنس بن مالك ، وقال ما زال رسول الله عليه السلام يقنت في الفجر حتى فارق الدنيا ، قال إسحاق وقوله ـ ثم تركه ـ يعني تركه تسمية القوم في الدعاء ، ورواه الحاكم في مستدركه عن أنس ذكرها في سننه.

---

(١) هكذا في الأصل وربما أراد ـ والله اني لأدراكم بصلاة ـ اه مصححه .

قلت قال صاحب التنقيح على التحقيق هذا الحديث أجود أحاديثهم ، وأبو جعفر الرازي وثقه جماعة وله طرق في كتاب قنوت أبي موسى المديني قال وإن صح فهو محمول على أنه ما زال يقنت في النوازل أو على أنه ما زال يطول في الصلاة ، فإن القنوت لفظ مشترك بين الطاعه والقيام والخشوع والسكوت وغير ذلك ، قال الله تعالى ﴿ ان إبراهيم كان أمة قانتاً لله حنيفاً ﴾ ١٢٠ النحل ، وقال عليه السلام (١) ﴿ أمن هو قانت آناء الليل ﴾ ٩ الزمر ، وقال ﴿ يا مريم اقنتي ﴾ ٤٣ آل عمران ، وقال ﴿ وقوموا لله قانتين ﴾ ٢٣٨ البقرة ، وقال ﴿ كل له قانتون ﴾ ١١٦ البقرة ، وفي الحديث أفضل الصلاة طول القنوت ، وابن الجوزي ضعف الحديث المذكور في التحقيق ، وفي العلل المتناهية وقال وهذا حديث لا يصح ، قال أبو جعفر الرازي اسمه عيسى بن ماهاني قال ابن المديني كان يخلط ، وقال يحيى كان يخطيء ، وقال أحمد ليس بالقوي في الحديث ، وقال أبو ذرعة كان يتهم كثيراً وقال ابن حبان كان ينفرد بالمناكير عن المشاهير ، ورواه الطحاوي في شرح الآثار وسكت عنه إلا أنه قال وهو معارض بما روي عن أنس أنه عليه السلام إنما قنت شهراً يدعو على أحياء من العرب ثم تركه .

قلت وتعارضه أيضاً ما رواه الطبراني في معجمه ثنا عبد الله بن محمد بن عبد العزيز ثنا شيبان بن فروخ ثنا غالب بن فرقد الطحاوي قال كنت عند أنس بن مالك شهرين فلم يقنت في صلاة الغداة ، وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد ابن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال لم ير النبي عليه السلام قانتاً في الفجر حتى فارق الدنيا ، وقال ابن الجعدي في تحقيق أحاديث الشافعية على أربعة أقسام:

منها ما هو مطلق وأن رسول الله عليه السلام قنت وهذا لا نزاع فيه ، لأنه ثبت أنه قنت .

والثاني : مقيد بأنه قنت في صلاة الصبح والمغرب رواه مسلم وأبو داود والترمذي

(١) إنما هو من قول الله تعالى . اهـ مصححه .

والنسائي وأحمد وقال أحمد لا يروى عن النبي عليه السلام أنه قنت في المغرب إلا في هذا الحديث .

الرابع [1] : ما هو صريح في حجتهم ، نحو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه ، وقد ذكرنا الآن قال ، وقد أورد الخطيب في كتابه الذي صنفه في القنوت أحاديث أظهر فيها بعضه .

فمنها ما أخرجه عن دينار بن عبد الله خادم أنس بن مالك قال ما زال رسول الله عليه السلام يقنت في صلاة الصبح حتى مات ، قال وسكوته عن القدح في هذا الحديث ، واحتجاجه به رقاية عظيمة وعهبة باردة وقلة دين ، لأنه يعلم أنه باطل ، قال ابن حبان دينار يروي عن أنس أشياء موضوعة لا يحل ذكرها في الكتب إلا على سبيل القدح فيها، فواعجباً للخطيب ما سمع في الصحيحين من حديث علي حدثنا وهو يروي أنه كذب فهو أحد الكاذبين ، ثم ذكر له أحاديث أخرى كلها عن أنس أن النبي عليه السلام لم يزل يقنت في الصبح حتى مات وطعن في أسانيدها . قلت اختلفت الآثار والأحاديث عن أنس واضطربت فلا تقوم مثل هذا حجة .

فإن قلت حديث المصنف فيه أبو حمزة القصاب ، قال ابن حبان كان فاحش الخطأ كثير الوهم يروي عن الثقات ما لا يشبه حديث الأثبات وتركه أحمد ويحيى بن معين ، قلت رضي بالطحاوي حيث استدل بحديثه وهو إمام جهبذ لا ينازع فيما يقوله ، ولئن سلمنا فقد وردت أحاديث أخرى وإن كان بعضها ضعيفاً يقوي ويؤيده ، منها ما روى ابن ماجة في سننه عن محمد بن معلى عن عتبة بن عبد الرحمن عن عبد الله بن نافع عن أبيه عن أم سلمة رضي الله عنها أن رسول الله عليه السلام نهى عن القنوت في صلاة الصبح .

ومنها ما روي عن ابن عمر أنه ذكر القنوت فقال انه لبدعة ما قنت رسول الله ﷺ

(١) لم يذكر الثالث.

غير شهر واحد ثم تركه ، رواه بشر بن حرب عنه وقال البيهقي وهو ضعيف ، وقال الذهبي وبعضهم قرأه واحتج به النسائي .

ومنها ما رواه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن أبي مالك الا تحته ، قلت يا أبت أليس قد صليت خلف رسول الله عليه السلام وخلف أبي بكر وعمر ، قال بلى ، قلت كانوا يقنتون في الفجر قال يا بني محدث وأبو مالك الاتجفي [1] روى أبيه طارق بن أثيم ، قال البيهقي طارق لا يخفى ما حفظه من غيره قد حفظه فالحكم له ، قال الذهبي لاهناق بينهما [2] بل يدل على أنهم كانوا يقنتون ويتركون إذا كان لا يستدعي دوام العقد وخبر لطارق صححه الترمذي.

ومنها ما رواه البيهقي عن أبي مخبة قال صليت مع ابن عمر الصبح ، فلم يقنت فقلت له لا تقنت فقال ما أحفظ من أحد من الصحابة قال الذهبي هذا صحيح عن ابن عمر وكونه مع فرط متابعته واعتنائه بالأطفر ماراً ليشق به لم يحفظه يدل على ترك مداومة ذلك ، وقال البيهقي نسيان بعض الصحابة أو غفلة عن بعض السنن لا يقدح في رواية من حفظ وأثبت ، وقال الذهبي نسيان ابن عمر لذلك كالمستحيل لأنه يستمر على صلاة الصبح دائماً وكان ملازماً للنبي عليه السلام وصاحبيه شديد الاتباع .

فإن قلت ذكر الحاوي في كتابه الناسخ والمنسوخ اختلف الناس في الفجر فذهب اليه أكثر الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار إلى يومنا فروى ذلك عن الخلفاء الأربعة وغيرهم من الصحابة ثم عمار بن ياسر وأبي بن كعب وأبي موسى الأشعري وعبد الرحمن بن أبي بكر الصديق وعبد الله بن عباس وأبي هريرة والبراء بن عازب وأنس بن مالك وسهل بن سعد الساعدي ومعاوية بن أبي سفيان وعائشة رضي الله عنها ومن المخضرمين

(١) وقد وردت قبلا – أبي مالك الاتحتة – وليس كذلك ، وربما هو أبو مالك الجنبي من رواة النسائي وأبو داود . اه مصححه .

(٢) هكذا الجملة بالأصل .

أبو رجاء العطاردي وسويد بن عقلة وأبو عثمان المندى وأبو رافع الصانع ومن التابعين سعيد بن المسيب والحسن ومحمد بن سيرين وابان بن عثمان وقتادة وطاووس وعبيد بن عمير والربيع بن حتم وأيوب السجستاني وعبيدة السلماني وعروة بن الزبير وزياد بن عثمان وعبد الرحمن بن أبي ليلى وعمر بن عبد العزيز وحميد الطويل ، وذكر جماعة من الفقهاء ثم قال وخالفهم طائفة من الفقهاء وأهل العلم وأعوانه منسوخ .

قلت قد ذكر النسخ ووجهه وكل من روى القنوت ، وروى تركه ثبت عنه نسخه لأن فعله المتأخر ينسخ المتقدم وقد صح أنه عليه السلام كان يقنت في صلاة المغرب كما في صلاة الفجر ثم انتسخ أحدهما بالاتفاق فكذلك الآخر .

فإن قلت تركه ليس دلالة على نسخه لأنه يجوز أن يكون تركه وعاد اليه قد يدفع هذا ما رواه وأبو يعلى الموصلي بسنده عن أبي إسحاق عن عبد الرحمن بن الحارث عن عبد الله بن كعب عن عبد الرحمن بن أبي بكر قال كان رسول الله ﷺ إذا رفع رأسه من الركعة الأخيرة من صلاة الصبح بعدما يقول سمع الله لمن حمده يدعو للمؤمنين ويلعن الكفار من قريش فأنزل الله تعالى ﴿ ليس لك من الأمر شيء ﴾ ١٢٨ آل عمران ، فما عاد رسول الله ﷺ يدعو على أحد بعد ، ويؤيده ما أخرجه البخاري ومسلم عن سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة قال كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يدعو على أحد ولأحد قنت بعد الركوع ، وربما قال سمع الله لمن حمده وربنا لك الحمد اللهم .. الخ الوليد بن الوليد وسلم بن هاشم والمستضعفين من المؤمنين ، اللهم اشدد وطأتك على مصر واجعلها عليهم سنين كسنين يوسف يجهر بذلك حتى كان بعض صلاة الفجر اللهم العن فلاناً وفلاناً لأحياء من العرب حتى أنزل الله تعالى ﴿ ليس لك من الأمر شيء أو يتوب عليهم ﴾ الآية .

فإن قلت هذا كله يدل على أن المتروك فعله هو الدعاء على الكفار قلت حديث ابن مسعود رضي الله عنه عليه السلام لم يقنت في الفجر إلا بشهر أولم يقنت قبله ولا بعده يدل على نفيه بالكلية غير شهر واحد فافهم .

ومن الدليل عليه ما روي عن شيبان ثنا غالب بن فرقد قال كنت عند أنس بن مالك

شهرين فلم يقنت في صلاة الغداة ولو لم يثبت عنده بالنسخ لما تركه ، وقال أبو ذرعة شيبان صدوق ، وعن نافع عن ابن عمر قال صليت خلف رسول الله ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه وعمر وعثمان فلم يقنتوا وصلى علقمة ومسروق والأسود وعمرو بن ميمون خلف عمر رضي الله عنه فلم يقنت .

فإن قلت أخرج البيهقي عن طارق قال صليت خلف عمر الصبح فقنت وعن عبيد بن عمر قال سمعت عمر يقنت هنا في الفجر بمكة ثم قال هذه رواية صحيحة موصولة . قلت كيف يكون صحيحة وفي أسانيده محمد بن الحسن الزريادي قال ابن الجوزي في كتابه قال البرقاني كان كذاباً . قال الدارقطني خلط الجيدي بالرديء ، بل الروايات الصحيحة عن عمر أنه لم يقنت من رواية أبي مالك الأشجعي ، وقد ذكرها .

وروى ابن حبان في صحيحه والبيهقي أيضاً عنه ولفظه صليت خلف النبي عليه السلام فلم يقنت وصليت خلف عمر فلم يقنت وصليت خلف عثمان فلم يقنت وصليت خلف علي فلم يقنت ثم قال يا بني انها بدعة .

ومنها ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا ابن أبي خالد عن أبي الصماء عن سعيد بن جبير أن عمر رضي الله عنه كان لا يقنت في الفجر ، ورواه عبد الرزاق عن أبي شيبة عن أبي خالد ، وفي التهذيب لابن جرير الطبري روى شعبة عن قتادة عن أبي السفناقي عن ابن عمر مثله ، وقال الشعبي كان عبد الله لا يقنت ، ولو قنت عمر يقنت عبد الله وعبد الله يقول لو سلك الناس وادياً وشعباً وسلك عمر وادياً وشعباً لسلكت وادي عمر وشعبه ، وقال ابراهيم وقتادة لم يقنت أبو بكر وعمر رضي الله عنهما حتى مضيا.

وروى شعبة عن قتادة عن أبي مخلد قلت لابن عمر الكبير ما يمنعك عن القنوت قال لا أحفظه عن أحد ، وقال قتادة عن علقمة عن أبي الدرداء قال لا قنوت في الفجر ، وأخرج أبو مسعود الرازي في أصول السنة وجعل أول حديث من قال أن القنوت محدث وأن النبي ﷺ قنت شهراً ثم تركه ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح العمل عند

**فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يتبعه لأنه تبع لإمامه والقنوت في الفجر مجتهد فيه . ولهما أنه منسوخ ولا متابعة فيه ، ثم قيل يقف قائماً ليتابعه فيما تجب متابعته.**

---

أكثر أهل العلم، ورواه الطبراني عن أبي كريب ، وسئل ابن عمر عن القنوت في الفجر فقال لا والله لا نعرف هذا .

وعن سعيد بن جبير قال أشهد إني سمعت ابن عباس يقول القنوت في الفجر بدعة ، ذكره ابن مندة ، وقال الليث بن سعد رحمه الله ما قنت أربعين عاماً أو خمسة وأربعين عاماً إلا وراء إمام يقنت قال أحدب في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي عليه السلام أنه قنت شهراً أو أربعين يوماً يدعو القوم ويدعو على آخرين حتى أنزل الله عز وجل معاتباً ﴿ ليس لك من الأمر شيء ﴾ .. الآية ، فترك رسول الله ﷺ القنوت فما قنت بعدها حتى لقي الله عز وجل فمذ حملت هذا الحديث لم أقنت .

( فإن قنت الإمام في صلاة الفجر يسكت من خلفه عند أبي حنيفة ومحمد ) أطلق ذكر الإمام يتناول الشافعي والنخعي وغيرهما ، فمن قنت في صلاة الفجر .

( وقال أبو يوسف يتبعه ) أي قال يتبع الإمام في قراءة القنوت ( لأنه يتبع الإمام ) فلا يخالفه ، لأن الأصل هو المتابعة ( والقنوت في الفجر مجتهد فيه ) لأن بعض العلماء يرون القنوت في الفجر ، لما روي أنه عليه السلام قنت في الفجر على ما مر فيه أحاديث كثيرة بعضهم يقولون أنه منسوخ ، وصار مجتهداً فيه فلا يترك بالشك .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( انه ) أي أن القنوت في الفجر ( منسوخ ) وقد بينا وجهه مستوفى ( ولا متابعة فيه ) أي في المنسوخ ، لأن الاتباع فيه لا يجوز ، ثم إذا لم يتابعه عندهما ماذا يفعل قد اختلفوا أشار اليه بقوله ( ثم قيل يقف قائماً ) أي يقف المقتدي حال كونه قائماً ينظر الإمام ( ليتابعه فيما تجب متابعته فيه ) وهو القيام . وقال قاضي خان هو الصحيح .

وقيل يقعد تحقيقاً للمخالفة ، لأن الساكت شريك الداعي ، والأول أظهر ، ودلت المسألة على جواز الإقتداء بالشفعوية

---

( وقيل يقعد تحقيقاً للمخالفة ) أي لأجل التحقيق في مخالفة في المنسوخ (لأن الساكت شريك الداعي ) ألا ترى أن المقتدي وإن كان لا يأتي بالقراءة فهو شريك الإمام .

فإن قلت تحقيق المخالفة مفسد الصلاة . قلت إنما يكون مفسداً إذا كان في ركن من أركان الصلاة أو شرائطها ، فأما في غير ذلك فلا .

فإن قلت الساكت إذا كان شريك الداعي ينبغي أن لا يقعد ، لأن السكوت موجود في القعود أيضاً . قلت السكوت إنما يكون دليل الشركة إذا لم توجد المخالفة وقد وجدت ، لأنه قاعد والإمام قائم ، وعلى الخلاف المذكور إذا كبر خمساً على الجنازة ، فإذا لم يتابعه في الخامسة عندهما ، قيل يسلم ولا ينتظر الإمام ، لأنه اشتغل بأمر غير مشروع لقبحها وهو الأصح انه يسكت ويتابع الإمام في السلام ، ولم يذكر فيها أنه يقعد تحقيقاً للمخالفة كما ذكر في القنوت .

( والأول أظهر ) هو قول من قال يقنت قائماً لأن الأصل المتابعة لا المخالفة ، ولو قعد يخالفه فيما يجب متابعته ( ودلت المسألة ) أي المسألة المذكورة ، وهي اقتداء من لا يرى القنوت في صلاة الفجر لمن يراه فيها ( على جواز الإقتداء بالشفعوية )لأنه إذا لم يجز الإقتداء بمن يرى القنوت في الفجر وهو الشافعي ومن تابعه لا يصح اختلاف علمائنا بأن المقتدي يسكت خلفه أو يتابعه ، وقوله - بالشفعوية - أي بالطائفة الشفعوية ، وهو جمع شفعوي في زعم القائل هذا ، وفي ذيل المغرب ومن الخطأ الظاهر قولهم - اقتداء حنفي المذهب - وإنما الصواب شافعي المذهب في النسبة إلى الإمام الشافعي على حذف بالنسبة من المنسوب اليه ، لأن الشافعي منسوب إلى جده شافعي ، والقاعدة انهم إذا أرادوا نسبة شيء منسوب إلى آخره يحذفون بالنسبة منه .

وقال صاحب المحيط وقال قاضي خان وغيرهم إنما يصح الإقتداء بالشافعية إذا كان الأمر يحتاط في موضع الخلاف بأن كان لا ينحرف عن القبلة ويجدد الوضوء عند القصد

والحجامة ويغسل ثوبه من المني ولا يكون متعصباً ولا شاكاً في إيمانــه ، أي لا يقول أنا مؤمن إن شاء الله ، بل يقطع بإيمانه من غير استثناء ، قلت هذا يراجع إلى أن يصير حنفياً والتعصب يوجب فسقه ، والصلاة خلف الفاسق جائزة ، والانحراف عن القبلـة ليس من مذهب الشافعي ، وإنما ينسب ذلك إلى بعض الأنويين . وقال في المحيط ولا يقطع وتره . وقال أبو بكر الرازي يجوز اقتداء الحنفي بمن يسلم على الركعتين في الوتر يصلي معه يقنت الوتر ، لأن إمامه لا يخرج سلامه عنده لأنه مجتهد فيه كما لو اقتدى إمام قـد رعف وهو يعتقد ان طهارته باقية لأنه مجتهد فيه فطهارته باقية في حقه . وقيل لا يصح الإقتداء في الرعاف والحجامة وبه قال الأكثرون ، وإن رآه احتجم ثم غاب فالأصح جواز الإقتداء به لأنه يجوز أن يتوضأ احتياطاً وحسن الظن به أولى . وقيل لا يصح كاختلافهما في جهة التحري فانه يمنع في الواقعات الرائي في ثوب إمامه بولاً قدر الدرهم ، وهو يرى أنه لايجوز الصلاة معه ، والإمام يرى جوازها معه يعيد صلاته .

وفي المنهاج لو اقتــدى شافعي بحنفي مس فرجه أو افتصد فالأصح الصحة في الفصد دون المس اعتباراً بنيـة المقتدي ، وفي المزني المختلفون في الفروع تصح الصلاة خلفهم من غير كراهة . وقال ابن قدامة ما لم يعلم أنهم تركوا ركناً أو شرطاً ، ولو اقتــدى الحنفي من يرى الوتر سنة يجوز لضعف وجوبه ذكره في مختصر المحيط ، وفي جواز اقتداءالحنفي بالشافعي ذكر أبو الليث أنه لا يجوز من غير أن يعطن في دينهم . وفي جامع الكردي عن أبي حنيفة أن من عمل عملاً من رفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه يفسد الصلاة، وفي الفوائد الظهيرية فيــه نظر ، ومن شرط جواز اقتــداء الحنفي بالشافعي أن لا يتوضأ بماء راكد يبلغ قلتين ووقعت فيه النجاسة وأن يغسل ثوبــه من المنى الرطب ويفرك يابسه وأن لا يقطع الوتر أن يراعي الترتيب ، وأن يمسح ربع ناصيته ، فاذا لم يعلم هذه الأشياء يتبنى يجوز الإقتداء به ويكره ، وأن يقف إلى القبلة مستوياً ولا ينحرف انحرافاً فاحشاً. وفي الخلاصة والمراد بالإنحراف الفاحش أن لا يتجاوز العاذب وأن لا يكون شاكاً في إيمانه والشك في إيمانــه أن يقول أنا مؤمن إن شاء الله ، أما لو قال أنا أموت مؤمنـــاً إن شاء الله يصلى خلفه .

وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر وإذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلاته كالفصد وغيره لا يجوز الإقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لأنه دعاء

---

وفي الحلية صلى خلف حنفي أو مالكي يجوز إذا قرأ الفاتحة مع التسمية واعتدل الركوع والسجود ، وإن كان بخلاف هذا لا يجوز . وقال الاترازى وقول من قال أنا مؤمن إن شاء الله باطل ، لأن التعليق مناف للوقوع كما في قوله لامرأته أنت طالق لا يقع الطلاق، وإيمان هذا إذا كان حاصلاً قبل التعليق فلا يصح التعليق ، لأنه يكون في أمر مقدم على خطر الوجود ، ألا ترى أن أحداً من العقد لا يقول هذه اسطوانة إن شاء الله ، لأن الله قد شاء قبل ذلك ، وإن لم يكن حاصلاً يصح تعليقه ولا يصح إيمانه . فان قال لا أريد التعليق بل أريد التبرك كما في قوله تعالى ﴿ لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين ﴾ ٢٧ الفتح ، لأن الله قد شاء قبل ذلك فيرد عليه بأن التعليق ليس بمراد في الآية ، بل التعليق يراد بعينه لأنه عبارة عن توقيف أمر على أمر بسكون وكان دخولهم المسجد الحرام بصفة الأمن موقوفاً على مشيئة الله تعالى كما أن الطلاق موقوف على مشيئة الله في قوله أنت طالق إن شاء الله بخلاف دخول المسجد الحرام فانه لما حصل حساً مشيئة الله قد وجد أيضاً قطعاً ويقيناً كان وجود المشروط يدل على وجود الشرط لأنه لا وجود له بدون الشرط .

( وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر ) أي ودلت المسألة أيضاً على جواز متابعة المقتدي الإمام في قراءة القنوت في الوتر يعني يقنت فيه كالإمام . قال قاضي خان ومنهم من قال يقنت الإمام جهراً ولا يقنت المقتدي ، قال والصحيح أنه يقنت لأن الإختلاف في الدعاء المنسوخ يدل على الإتفاق في القنوت المشروع بالطريق الأولى .

( وإذا علم المقتدي منه ) أي من الإمام ( ما يزعم به فساد صلاته كالفصد وغيره ) نحو ترك الوضوء في الخارج النجس من غير السبيلين ( لا يجوز الإقتداء به ) لأنه رأى إمامه على خطأ يمنع اقتداؤه به في زعمه ، وقد بسطنا الكلام فيه عن قريب .

( والمختار في القنوت الإخفاء لأنه دعاء ) والمسنون في الدعاء الإخفاء ، قال الله تعالى

﴿ ادعوا ربكم تضرعاً وخفية ﴾ ٥٥ الأعراف ، ولم يذكر هذه في ظاهر الرواية ، فعند أبي يوسف يجهر الإمام بالقنوت والمقتدي يخير إن شاء أمن وإن شاء قرأ جهراً أو مخافتة . وعن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله يخفى الإمام والمقتدي بالقنوت لأنه ذكر كسائر اذكار الافتتاح وتسبيحات الركوع والسجود . وقال بعضهم يحمله الإمام عن المقتدي كالقراءة ، وفي الحاوي يجهر الإمام بالقنوت ، وقيل يخافت ، وقيل يتوسط بين الجهر والمخافتة . وعن محمد ان الإمام والمأموم يجهران بالقنوت ، وفي نوادر ابن رستم رفع الإمام والمأموم صوتهما في قنوت الوتر أحب إلي .

وفي المفيد قال مشايخنا المؤتم يخفي القنوت حتماً ، والإمام لا يخفي حتى يسمع الناس ، وقيل إن كان القوم لا يعلمون القنون يجهر الإمام بـه ليعلمون منه وإلا يخفي . وقال الأصحاب يجب أن يجهر به ليشبهه بالقرآن . وفي الحاوي لم ير بعض أصحابنا التأمين والإرسال ، بل يرون وضع اليمين على الشمال ، وفي المبسوط وهو الأصح ، وعند المالكية لو ترك الجهرية سهواً سجد للسهو ، وإن تعمد ففي بطلان وتره قولان ، ذكره في الذخيرة القرافي ، وفي القدوري يرسل يديه ، وفي الذخيرة يرسل عندهما ، ورواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه بعضها ومعنى الإرسال أن لا يبسطها كما يفعله الداعي في حالة الدعاء ، وعن أبي حنيفة أنه يشير بالسبابة من يده واليمنى فيه . وعن أبي يوسف أنه يبسط في حال القنوت .

فروع : إن نزل بالمسلمين نازلة قنت الإمام في صلاة الجهر ، وبه قال الأكثرون وأحمد. وقال الطحاوي إنما لا يقنت عندنا في صلاة الفجر من غير بلية ، فان وقعت فتنة أو بلية فلا بأس به فعله رسول الله ﷺ ذكره عنه السيد الشريف صاحب النافع في مجموعه ، وفي السابع إذا قنت الإمام في شهر رمضان يتابعه القوم إلى قوله – ملحق – فاذا شرع في الدعاء قال أبو يوسف يتابعونه ، وقال محمد يؤمنون على دعائه ، وقيل إن شاءو سكتوا ، ومن لا يحسن دعاء القنوت قال المرغيناني يقول على وجه الاستحباب اللهم اغفر لي ثلاثاً . وفي الواقعات والذخيرة اللهم اغفر لنا ثلاثاً أو أكثر ، وقيل يقول يأدب ثلاثاً ذكره في

الذخيرة ، وقيل يقول ربنا آتنا في الدنيا حسنة ، وهو اختيار بعض المشايخ .

وفي المرغيناني ولا يصلي على النبي ﷺ ، وفي المحيط هذا عند بعضهم لأنه ليس موضع الصلاة عليه ، واختيار أبي الليث أن يصلي عليه ثم لا يصلي في القعدة الأخيرة . وقال محمد ليس في القنوت دعاء موقت لأنه إذا لم يوقت في القرآن ففي الدعاء أولى ، وفي المحيط والذخيرة يعني قول محمد – ليس في القنوت دعاء موقت – يعني غير قوله اللهم انا نستعينك .. الخ ، واللهم اهدنا .. الخ . وفي جوامع الفقه قيل المراد به خارج الصلاة ، وفي المبسوط ذلك في المناسك لا في الصلاة ، وأهل العراق يسمونها السورتين . وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بسورتين لا يصلي خلفه ، وعند مالك يقنت بهما . وقال الحق والشافعي يقنت بقوله اللهم اهدني فيمن هديت .. الخ ، ولو بسط يديه بعد الفراغ منه ومسح بهما وجهه قيل تفسد صلاته ، ذكره في جوامع الفقه ، وورد به حديث ، ورواه أبو داود وفي إسناده رجل مجهول ، وكان ﷺ إذا دعا يرفع يديه مسح بهما وجهه ،وفي إسناده عبد بن لهيمة ذكر الحديثين في المغني .

اختلف العلماء فيمن أوتر ثم قام يصلي هل يجعل آخر صلاته وتراً أم لا فكان ابن عمر رضي الله عنه إذا عرض له ذلك صلى ركعة واحدة في ابتداء قيامه وأضافها إلى وتره ينقضه بها ، ثم يصلي مثنى ثم يوتر ، والجمهور لا يرون نقض الوتر .

وفي جوامع الفقه لو ترك القعدة الأولى في الوتر جاز ولم يحك خلاف محمد .

الوتر في رمضان بالجماعة أحب في اختيار أبي علي النسفي واختيار غيره أن يكون في منزلته ، وفي المبسوط والمرغيناني ولا يصلي بالجماعة إلا في شهر رمضان . وفي الذخيرة الإقتداء في الوتر خارج رمضان جائز ، قال ذكره في النوازل في القدوري لا يجوز أي يكره .

شك في القيام أنه في الثانية أو الثالثة يقنت في تلك الركعة يجوز أن يكون الثالثة لم يقعد ويصلي أخرى ويقنت فيها أيضاً احتياطاً بجواز أنها الثالثة المسبوق في الوتر في

رمضان إن قنت مع الإمام لا يقنت ثانياً فيما يقضي . وفي الجوامع الأصفرا [1] وراء الإمام في الثالثة من الوتر في شهر رمضان وقنت مع الإمام روى الحسن أنه يقنت ثانياً في الثالثة وهو خلاف ما ذكر في كتاب الصلاة.وفي أجناس الناطفي لو شك أنه في الأولى أو الثانية والثالثة قال يقنت في الركعة التي هو فيها احتياطاً،وفي قوله يقنت في الكل. وفي الذخيرة لو قنت في الأولى ساهياً أو الثالثة لم يقنت في الثالثة لأنه لا يتكرر ، ولو شك في الثالثة أنه قنت أو لا يجزىء فان لم يحضره رأي قنت . وفي مختصر البحر لو شك أنها الأولى أو الثانية أو الثالثة يصلي ثلاث ركعات بثلاث قعدات ويقنت في الأولى لا في غير قول أئمة بلخ . وعن أبي حفص الكبير أنه يقنت في الثانية وبه قال النسفي ولو شك أنها الثانية أو الثالثة يقنت في الركعتين عند أبي حفص والنسفي بخلاف المسبوق حيث لا يقنت في الآخر في القضاء .

وفي المبسوط إن نسي القنوت فتذكر بعد الركوع لم يقنت لفوات محله ، وإن تذكره في الركوع يعود إلى القيام ويأتي به ، وفي رواية ثم يعيد الركوع سرفضه كتكبيرات العيدين والقراءة ، كذا ذكره في الذخيرة ، وفي رواية لا يعود إلى القيام ، ويسقط القنوت ولا يجمع بين وترين في ليلة واحدة لحديث طلق بن عدي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا وتران في ليلة ، روى الترمذي قال حديث حسن غريب ، ومعناه أن من أوتر ثم صلى بعد ذلك لا يعيد الوتر مقدار القيام في القنوت قدر سورة ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ .

(١) هكذا رسمت في الأصل .

# باب النوافل

## السنة ركعتان قبل الفجر

---

**( باب النوافل )**

أي هذا باب في بيان أحكام النوافل . ولما فرغ من بيان الفرائض والواجبات شرع في بيان النوافل ، وهي أعم من السنن ، فلذلك عبر بالنوافل ثم قدم أحكام السنن لأنها أقوى من النوافل ، لأنها جمع نافلة وهي الزيادة ، ونافلة الصلاة الزيادة على المفروضة ، ونافلة الرجل ولد ولده ، لأنه زيادة على أولاده ، والتنفل التطوع ، والتطوع في الأصل فعل الطاعة ، وفي الشرع والعرف مخصوص بطاعة غير واجبة ، ومن ذلك قيل يدل على الزيادة ، وبفتح الفاء الغنيمة ، وهو ما يجعله الإمام لبعض الجيش زيادة على ما يستحقه من ثباتها ، ويجمع على أنفال ، والنوافل البحر وان الرجل الكثير العطاء ، والواو زائدة للالحاق بجعفر .

فان قلت ما وجه المناسبة بين هذا الباب والباب الذي قبله خاصة . قلت وجود معنى الزيادة في كل منهما ، لأن الوتر زائد على الفرائض ما صرح به في الحديث ان الله زادكم صلاة .

( السنة ركعتان قبل الفجر ) أي قبل صلاة الفجر بعد طلوعه ، قدم ذكر السنة على النفل المطلق لقوتها ، ثم بدأ بسنة الفجر لكونها أقوى من غيرها لما روي عن عائشة في الصحيح . قلت لم يكن النبي عليه السلام على شيء من النوافل أشد تعهداً منه على ركعتي الفجر ، وفي سنن أبي داود لا تدعوهما ولو تردكم الخيل .

فان قلت هذا يدل على وجوبها لأجل مواظبته عليه السلام عليها ، ولهذا ذكر المرغيناني عن أبي حنيفة أنها واجبة . وفي جوامع المحبوبي روى الحسن عن أبي حنيفة أنه قال لو

صلى سنة الفجر قاعداً بلا عذر لا يجوز : قلت إنما لم يقل بوجوبها لأنه عليه السلام ساقها مع سائر السنن في حديث المتأثرة ، وقالوا العالم إذا صار مرجعاً للفتوى يجوز له ترك سائر السنن لحاجة الناس إلا سنة الفجر ، وذكر التمرتاشي في الأماني ترك الأربع قبل الظهر والتي بعدها وركعتي الفجر لا يلحقه الإساءة إلا أن يستحق به ، ويقول هذا فعل النبي وأنا لا أفعل ، فحينئذ يكفر ، وفي النوازل وفوائد السرستغفني من ترك سنن الصلوات الخمس ولم يرها حقاً كفر ، ولو رآها حقاً وترك قيل لا يأثم ، والصحيح أنه يأثم ، لأنه جاء الوعيد بالترك ، وعن أبي سهل الرازي من أصحاب أبي حنيفة لو ترك الأربع قبل الظهر وواظب على الترك لا تقبل شهادته ، وفي المجتبى لا يختلف الرجل والمرأة في الأربع قبل الظهر ، وقيل انها سنة لمن يصلي بالجماعة الأربع قبل الجمعة كالأربع قبل الظهر .

ثم الترتيب بين السنن قال الحلوائي أقواها ركعة الفجر ثم سنة المغرب لأنه عليه السلام لم يدعها في سفر ولا حضر ثم التي بعد فإنها سنة متفقة عليها ، وفي التي قبلها اختلاف قيل هي الفصل بين الأذان والإقامة ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر ثم التي بعد الظهر ثم التي قبل العصر ثم التي قبل العشاء . وقال الحسن اختلفوا في أقواها بعد ركعتي الفجر ، قبل الظهر والتي بعدها والتي بعد المغرب سواء ، وقيل بل التي قبل الظهر وهو الأصح .

ثم السنة في اللغة الطريقة والعادة والسيرة ، فإذا يراد بها سنة النبي ﷺ قولاً وفعلاً مما ينطق به الكتاب العزيز ، ولهذا يقال في أدلة الشرع والكتاب والسنة أي القرآن والحديث ، وبه قال صاحب مطالع القرآن ، السنة الطريق التي سنه رسول الله عليه السلام ، وشرع الاحتمال عليها ، ومن سنته [1] سنة حسنة أي فعل فعلاً وقال قولاً يحتمل عليه وسلك فيه ، ويجمع على سنن بضم السين ، والسنن بالفتح الطريق ، وفي الصحاح بفتح السين والنون وضمها وضم السين ثلاث لغات ، ويقال السنة في اللغة على ثلاث معان السيرة وصورة الوجه وتمر بالمدينة ولها خمسة أوجه في الشرع الأول : ما يلقى عن النبي عليه السلام

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما قصد بها — من سن سنة — اهـ مصححة .

وأربع قبل الظهر وبعدها ركعتان، وأربع قبل العصر وإن شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب، وأربع قبل العشاء وأربع بعدها وإن شاء ركعتين، والأصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتى عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتاً في الجنة

---

من غير الكتاب، ومنه الكتاب والسنة قولاً كان أو فعلاً، والثاني فعله دون قوله، وعلى فعله الذي هو الواجب كقيام الليل وصلاة الضحى والوتر على قول ونحو ذلك، والواجب علينا كصلاة العيدين وغيرها وعلى[1] من المندوبات كركعتي الفجر والوتر والثالث الخامس ما واظب عليه الوتر أحياناً ولم يتأكد كالأربع قبل العصر أو الركعتين أو الأربع قبل العشاء والأربع أو الركعتين بعدها.

( وأربع قبل الظهر ) أي أربع ركعات قبل صلاة الظهر بعد الزوال ( وبعدها ركعتان ) أي بعد صلاة الظهر ركعتان في وقته ( وأربع قبل العصر ) أي أربع قبل صلاة العصر ( وإن شاء ركعتين ) أي وإن شاء يصلي ركعتين ( وركعتان بعد المغرب ) أي بعد صلاة المغرب في وقته ( وأربع قبل العشاء ) أي وأربع ركعات قبل صلاة العشاء ( وأربع بعدها ) أي أربع ركعات بعد صلاة العشاء ( وإن شاء ركعتين ) أي وإن شاء يصلي ركعتين.

( والأصل فيه ) أي العدد المذكور، وقال صاحب الدراية أي ما ذكر محمد، والذي قلت أولى على ما لا يخفى ( قوله ﷺ من ثابر على اثني عشر ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتاً في الجنة ) هذا الحديث روي بوجوه كثيرة، وألفاظه مختلفة عن أم[2] أخرجه الجماعة إلا البخاري عنها أنها سمعت رسول الله ﷺ يقول ما من عبد مسلم يصلي لله كل يوم ثنتي عشرة ركعة تطوعاً من غير الفريضة إلا بنى الله له بيتاً في الجنة، ولمسلم وأبي داود

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة.

(٢) كلمة غير مقروءة في الأصل، وربما هي أم حبيبة.

## وفسر على نحو ما ذكر في الكتـــاب غير أنـــه لم يذكر الأربع قبل العصر فلهذا سماه

وابن ماجة أربعاً قبل الظهر وركعتين بعدها ، وركعتين بعد المغرب ، وركعتـــين بعد العشاء ، وركعتين قبل الغداة ، وللنسائي في رواية وركعتين قبل العصر بدل ركعتين بعد العشاء وكذلك عند ابن حبان في صحيحه وابن خزيمة في مسنده والحاكم في مستدركه ، وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، وجمع الحاكم في لفظ بين الروايتين فقـال وفيه ركعتين قبل العصر وركعتين بعد العشاء وكذلك عند الطبراني في معجمه .

وحديث عائشة رضي الله عنها أخرجه الترمذي وابن ماجة عنهـــا قالت قال رسول الله ﷺ من ثابر على ثنتي عشرة ركعة من السنة بنى الله له بيتاً في الجنة وهي أربع ركعات قبل الظهر وركعتين بعدها ، وركعتين بعد المغرب وركعتين بعد العشاء ، وركعتين قبل الفجر . قال الترمذي حديث حسن غريب .

وحديث أبي هريرة أخرجه ابن عدي في الكامل عنه عن النبي ﷺ قال من صلى في يوم وليلة اثني عشرة بنى الله له بيتاً ركعتين قبل الفجر وأربعاً قبل الظهر وركعتين بعد الظهر وركعتين قبل العصر ، وركعتين بعد المغرب ، وركعتين بعد العشاء .

قوله – من ثابر – يعني واظب بالثاء المثلثة أي دوام والمثابرة المواظبة والمداومة . وقال ابن الأثير المثابرة الحرص على الفعل والقوم وملازمتها .

( وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب ) أي فسر النبي عليه السلام عدد الركعـات في قوله على ثنتي عشرة ركعة على نحو ما ذكره في الكتاب ، أي المبسوط أو القـــدوري ، ويجوز أن يقرأ – فسر – على صيغة المجهول ، فعلى هذا يكون المفسر غير النبي عليه السلام كما فسرت عائشة رضي الله عنها .

(غير أنه) أي غير أن النبي عليه السلام ( لم يذكر الأربع قبل العصر ) في تفسير حديث المثابرة ، أراد بها بيان المذكور فيه ، فإن المذكور في الكتاب أكثر من ثنتي عشرة (فلهذا) أي فلأجل أنه لم يذكر الأربع قبل العصر في تفسير حديث المثابرة ( سمـــاه ) أي سمى

محمد ( في الأصل ) أي في المبسوط ، وإنما سماه أصلاً لأنه صنفه أولاً ثم صنف كتاب الجامع الصغير ثم كتاب الجامع الكبير ثم كتاب الزيادات ( حسناً ) قال أبوسليمان الجوزجاني في المبسوط قلت لمحمد فهل قبل العصر تطوع ، قال إن فعلت فحسن ، قلت فكم التطوع قبلها قال أربع ركعات ( وخير ) أي خير المصلي بين الأربع والركعتين قبل صلاة العصر .

( لاختلاف الآثار ) وهو أن أنس بن عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ أمر لعلي قبل العصر أربعاً ، رواه أبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن غريب ، وأن علياً رضي الله عنه قال النبي عليه السلام يصلي قبل العصر ركعتين ، رواه أبو داود من حديث عاصم بن حمزة عن علي رضي الله عنه .

وروى الترمذي عن عاصم بن حمزة عن علي رضي الله عنه قال كان النبي عليه السلام يصلي قبل العصر أربع ركعات يفصل بالتسليم على الملائكة المقربين ومن معهم من المسلمين والمؤمنين ، وقال حديث علي حديث حسن .

فإن قلت كيف قال لاختلاف الآثار ، ولم يقل لاختلاف الأخبار لأن الأثر مستعمل فيما يروى من الصحابة والخبر ما يروى عن النبي عليه السلام في اصطلاح المحدثين ، والاختلاف ها هنا في الأخبار كما ذكرنا ، فكان ينبغي أن يقول لاختلاف الأخبار . قلت قال السغناقي ناقلاً عن الإيضاح ، ولم يقل لاختلاف الأخبار ، لما أن اختلاف الرواية بين الأربع والركعتين إنما جاء من فعل الصحابة رضي الله عنهم لا من النبي عليه السلام ،وعن النخعي كانوا يستحبون قبل العصر ركعتين ، ولم يكونوا يعدونها من السنة وهذا نقل من الصحابة . قلت فينظر لأن ما ذكرناه الآن من ابن عمر رضي الله عنه يرد ما نقله ونقله عن النخعي هذا يمنع كونه مفعولاً من النبي عليه السلام ، فالمصنف رحمه الله إنما اعتمدفي ذلك على ما نقل من الصحابة ، فكذلك اختار لفظه الآثار،وأما ما رأى أن الآثار والأخبار في الأصل يرجع إلى معنى واحد .

( والأفضل هو الأربع ) أي الأفضل أربع ركعات قبل العصر . وقال الاترازي لأن

ولم يذكر الأربع قبل العشاء ولهذا كان مستحباً لعدم المواظبة، وذكر فيه ركعتين بعد العشاء،

---

أفضل الأعمال أحدها ، وقال الأكمل لأنه الأكثر عملا أو أدوم تحريمة فكان أكثر ثواباً .
قلت الأولى أن يقال اتباعاً النبي عليه السلام فإنه روي عنه عن علي رضي الله عنه أنه كان يصلي قبل العصر أربع ركعات كما ذكرنا .

فإن قلت في آخر حديث علي رضي الله عنه يفصل بينهن بالتسليم. قلت اختار إسحاق ابن ابراهيم أن لا يفصل بينهن قبل العصر ، قال ومعنى قوله — بالتسليم — أي بالتشهد كمذهبنا ، لأن التسليم موصوف فيه . قلت أراد بالتسليم التسليم على الملائكة وهو التشهد، لأن التسليم فيه ، ولهذا يرد على ابن حبان حيث قال المراد بالفصل التسليم حقيقة ، يعني يصلي بتسليمتين ، والدليل على ذلك أيضاً ما رواه أبو داود والترمذي عن ابن عمر عن النبي عليه السلام أنه قال رحمه الله أمر أن أصلي قبل الظهر أربعاً ، وفي المفيد السنة قبل العصر أربع ، ويؤيد هذا الحديث علي وابن عمر المذكوران ، وأيضاً مذهب الإمام الأربع لأن الصلاة صلاة الليل والنهار الأربع عنده قيل فيه نظر ، لأن هذه المسألة وهي كون الأربع أفضل في الليل والنهار عنده بناء على فرع المسألة الأخرى ، وهو ان اختلافهم في التطوع الذي ليس من السنن .

( ولم يذكر الأربع قبل العشاء ) أي لم يذكر النبي عليه السلام أربع ركعات قبل العشاء عند ذكر تفسير حديث المثابرة ، فإن تطوع بأربع فهو حسن لأن العشاء كالظهر من أنه لا يكره التطوع قبله وبعده . وفي المبسوط ولم يذكر التطوع قبله وبعده كالظهر ، وفي الذخيرة والتطوع قبل العشاء بأربع حسن .

( ولهذا كان مستحباً ) أي ولأجل عدم ذكر الأربع قبل العشاء كان الأربع قبله مستحباً ( ولعدم المواظبة ) على الأربع قبله ، لأن السنة إنما تثبت بالمواظبة من النبي عليه السلام ، وقد ذكر في المفيد والتحفة وشرح مختصر الكرخي وأربع قبل العشاء إن أحب ( وذكر فيه ) أي ذكر النبي عليه السلام في حديث المثابرة ( ركعتين بعد العشاء ) وهو ما روى البراء بن عازب قال قال رسول الله ﷺ من صلى قبل الظهر أربعاً كان كأنما

وفي غيره ذكر الأربع ، فلهذا خير إلا أن الأربع أفضل خصوصاً عند أبي حنيفة « رح » على ما عرف من مذهبه ؛

---

تهجد من ليلة ، ومن صلاهن بعد العشاء ، كان كمثلين من ليلة القدر ، رواه سعيدبن منصور في سننه ، ورواه البيهقي من قول عائشة رضي الله عنها قالت من صلى أربعاً بعد العشاء كان كمثلين من ليلة القدر . وفي المبسوط لو صلى أربعاً بعد العشاء فهو أفضل بحديث ابن عمر موقوفاً ومرفوعاً أنه عليه السلام قال من صلى بعد العشاء أربع ركعات له كمثلين من ليلة القدر . وقال الاتوازي عند قوله – وفي غير ذكر الأربع – وهو ما ذكر في شرح الأقطع قد روي أن النبي عليه السلام صلى العشاء وفعل في حجرته وصلى أربع ركعات، فلما اختلف الخبران خير المصلي إن شاء صلى أربعاً ، وإن شاء صلى ركعتين .

قلت الذي يدعو أن له يداً في الحديث لم يذكره على هذا الوجه لا سيا بالتقليد لمن لم يتبين حاله ، والنقل عنه وبعد التسليم له ، فلا يدل على ما ادعاه إلا بالاحتمال الظني .وفي فوائد الموسفقتني يقرأ في الفاتحة وآية الكرسي ثلاث مرات ، وفي الثالثة الفاتحة و ﴿ قل أعوذ برب الفلق ﴾ ثلاث مرات ، وفي الرابعة الفاتحة و ﴿ قل أعوذ برب الناس ﴾ ثلاث مرات ، وفي الملتقطات في الثالثة والرابعة ﴿ قل هو الله أحد ﴾ والمعوذتين في كل ركعة .

( ولهذا ) أي ولأجل ذكره عليه السلام ركعتين بعد العشاء في حديث المثابرة وذكره أربعاً في غيره ( خير ) أي خير محمد رحمه الله المصلي بين أن يصلي أربعاً وبين أن يصلي ركعتين . وقال السغناقي خير أي محمد وأبو الحسن القدوري بقوله – وأربع بعدها وإن شاء ركعتين – ( إلا أن الأربع أفضل ) لما ذكرنا آنفاً من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه ( خصوصاً على مذهب أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه ) أي الأفضل عند أبي حنيفة في باب النوافل أن يصلي أربعاً ليلاً ونهاراً ، وعندهما الشفع أفضل بالليل على ما عرف في موضعه .

ومذهب الشافعي في هذا الباب أن السنن عند الصلوات الخمس عشر ركعات قبل الظهر وبه قال أحمد ، ومن الشافعية من قال أدنى الكمال ثمان فأسقط سنة العشاء . وقال النووي نص عليه في البويطي ، ومنهم من قال اثني عشر ركعة فجعل قبل الظهر أربعة والأكمل

عند الشافعية ثماني عشرة زاد وأقلها ركعتين وبعدها ركعتين وأربعاً قبل العصر ،واحتج الشافعية وأحمد فيما ذهبا اليه من أن السنن عشر ركعات بما روى الترمذي عن عبد الله ابن سفيان قال سألت عائشة عن صلاة رسول الله فقالت كان يصلي قبل الظهر ركعتين وبعدها ركعتين وبعد المغرب ركعتين وبعد العشاء ركعتين وقبل الفجر ثنتين ، وصححه الترمذي .

وأما حديث عن عبد الله بن سفيان قال سألت عائشة عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت كان يصلي قبل الظهر أربعاً وبعدها ركعتين وبعد المغرب ثنتين وبعدالعشاء ركعتين وقبل الفجر ركعتين ، رواه مسلم وأبو داود ، وهو أصح من حديث الترمذي ، وفيه زيادة فكان أولى بالقبول .

ولنا حديث المثابرة أيضاً وقد ذكرناه ، ومالك رحمه الله لم يوقت سنة قبل المكتوبة ولا بعدها ، وخالف الأحاديث الصحاح الثابتة في توقيت السنن ، وزعم أنه عمل أهل المدينة ، وفي شرح الوجيز اختلف الأصحاب في عدد الركعات ، قال الأكثرون عشر ركعات كما ذكرنا ، ومنهم من زاد على العشر ركعتين قبل الظهر مضمومتين إلى الركعتين لحديث المثابرة ، ومنهم من زاد على العدد ركعتين بعد الظهر . وقال صاحب المهذب وجماعة أدنى الكمال عشر ركعات ، وأتم الكمال ثمانية عشر ركعة ، وفي استحباب الركعتين قبل المغرب وجهان قيل باستحبابها ، وإن لم يكن في الروايات لما روي عن أنس أنه قال صليت ركعتين قبل المغرب ويأتي رسول الله وعلم يأمرني ولم ينهني ، وروي أنه عليه السلام قال صلوا قبل المغرب ركعتين أو ثلاثاً ، وقال في الثالثة لمن شاء .

وقيل الاستحباب لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أنه سئل عنهما فقال ما رأيت أحداً على عهد رسول الله ﷺ صلاهما ، وعن أبيه عمر رضي الله عنه أنه كان يضرب عليهما ، وبه قال أبو حنيفة لأن تعجيل المغرب مستحب . قلت حديث أنس رواه مسلم ، والحديث الثاني رواه البخاري ، والحديث الثالث رواه أبو داود وسكت عنه . وقال النووي إسناده حسن ، وأثر عمر رضي الله عنه أخرجه الطحاوي في معاني الآثار من عشر

## والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا، كذا قاله رسول الله ﷺ وفيه خلاف الشافعي «رح».

طرق صحاح بألفاظ مختلفة . وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، وأخرج الطحاوي أيضاً عن خالد بن الوليد رضي الله عنه أنه كان يضرب الناس على الصلاة بعد العصر. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً في مصنفه . وأخرج الطحاوي أيضاً عن خالد بن [1] ، وأخرج أيضاً عن ابن عباس أن طاوساً سأله عن الركعتين بعد العصر فنهاه عنهما فقال ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾ الآية ١٣٦ الأحزاب .

( والأربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا ، كذا قاله رسول الله ﷺ ) هذا الحديث قاله رسول الله ﷺ رواه أبو داود في سننه ، والترمذي في الشمائل عن أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال أربع قبل الظهر ليس فيهن تسليم يفتح لهن أبواب السماء . رواه ابن ماجة في سننه بلفظه أن النبي عليه السلام كان يصلي قبل الظهر أربعاً إذا زالت الشمس لا يفصل بينهن بتسليم ، قال أبواب السماء تفتح إذا زالت الشمس ، وضعفه أبو داود ، وأطلق المنذري عزوه إلى الترمذي في مختصره ، وكان عليه السلام أن يقيده بالشمائل كما ذكرنا .

( وفيه خلاف الشافعي ) أي في الأربع قبل الظهر خلاف الشافعي ، فعنده يصليها بتسليمتين وهو أفضل ، وبه قال مالك وأحمد ، واحتجوا بحديث أبي هريرة أنه عليه السلام كان يصليهن بتسليمتين ، ولأن فيه زيادة تحريمة وتسليم لكان أفضل ، ولنا حديث أبي أيوب الأنصاري المذكور آنفاً .

والجواب عن حديث أبي هريرة أن معنى قوله – بتسليمتين – يعني بتشهدين ، يسمي التشهد تسليماً لما فيه من السلام كما سمي التشهد لما فيه من الشهادة ، وقد روي هذا التأويل عن ابن مسعود .

---

(١) في الأصل هكذا لم يذكر أباه . اهـ مصححه .

قال ونوافل النهار إن شاء صلى بتسليمة ركعتين ، وإن شاء أربعاً وتكره الزيادة على ذلك . فأما نافلة الليل قال أبو حنيفة « رح » إن صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز وتكره الزيادة على ذلك .

---

فإن قلت احتج هؤلاء أيضاً بما روي عنه ﷺ قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى، عن قريب سيأتي هذا الحديث وبيان حاله والجواب عنه .

( قال ) أي القدوري ( ونوافل النهار ) إن شاء صلى بتسليمة ركعتين لم أر أحداً من الشراح حل هذا التركيب من حيث العربية فنقول قوله – نوافل النهار – كلام إضافي مبتدأ وخبره محذوف تقديره نوافل النهار يقال فيها ( إن شاء ) المصلي ( يصلي بتسليمة ركعتين وإن شاء أربعاً ) أي وإن شاء صلى أربع ركعات بتسليمة واحدة بحديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه المذكور آنفاً (وتكره الزيادة على ذلك) أي على أربع ركعات بتسليمة في نافلة النهار لعدم ورود نص عليه .

( فأما نافلة الليل قال أبو حنيفة إن صلى ثمان ركعات بتسليمة جاز ) نافلة الليل أربع وبتسليمة واحدة أفضل عند أبي حنيفة لزيادة سعة ، ويجوز الزيادة عليها إلى ست بتسليمة واحدة عنده من غير فصل في رواية الجامع الصغير ، وإلى ثمان في رواية لورود الخبر بكل واحد من العددين ، ولكن الأربع أفضل عنده ( وتكره الزيادة ) أي على ثمان ركعات بتسليمة وهو اختيار القدوري وفخر الإسلام . قال شمس الأئمة لا يكره ، وفي النهاية والأصح أنه لا يكره لأن فيه وصلاً بالعبادة وذلك أفضل . وقال الأكمل ناقلاً عن السغناقي لا فائدة في تخصيص أبا حنيفة بهذا الحكم ، لأن كلا الحكمين الجواز في نافلة الليل إلى الثمان بغير كراهة ، والكراهة فيما وراءها اتفاقاً في عامة روايات الكتب ، ثم قال قلت يجوز أن يكون ذكر أبي حنيفة للاحتراز عن قول الشافعي ، فإنه يقول لا يزيد على أربع ، ولو زاد كره ذلك ، انتهى .

قلت فيه نظر ، لأن نصب الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيكون تخصيص أبي حنيفة بالذكر عن قول الشافعي ، وفي مثل هذا الموضع لا يتأتى ما ذكره .

وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاة الليـل ،

---

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة ) فحينئذ يكره الزيادة على أربع ، وهل يكره الأربع بتسليمة عندهما ، ولفظ القـدوري يوهم الكراهة حيث قال وقالا لايزيدبالليل على ركعتين، ومثل هذا الكـلام في الرواية يوهم نفي الزيادة تحريمة وكراهة ، ولكن ذكر في المبسوط والجامع وعامة الكتب أن الاختلاف في الأفضلية، فيدل على انتفاء الكراهة في الأربع بالاتفاق ، وفي قاضي خان ولو صلى التراويح ثمان ركعات بتسليمة واحدة وقعد في كل ركعتين ينوب عن أربع تسليات عند أبي حنيفـة ، وفي روايه بعدم الكراهة إلى الثمان ، وعندهما ينوب عن تسليمتين لأن ما زاد على الأربع عندهما يكره فلا تنوب الزيادة عن التراويح ، فهذا تصريح بانتفاء الكراهة عن الأربــع إذ الأربع جازت عن التراويح ، فعلى هذا بمعنى ما ذكر في القـــدوري وقال لا يزيد بالليل .. الخ لا يزيد كيلا يلزم ترك الأفضل في الأربـع ، والكراهة في الزيادة عليها.وقال المحبوبي فرق محمد في الكتاب بين صلاة الليل وصلاة النهار في كراهة الزيادة على الأربــع باعتبار أن الأثر جاء منه في صلاة الليل لا النهار ، وعلينا الاتباع خصوصاً في العبادات .

( وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلاه الليل ) أي لم يذكر محمد ثمان ركعات في صلاة الليل ، وإنما ذكر الستة ، قوله — الثماني — الباقية للنسبة كاليماني على تعويض الألف عن إحدى يائي النسبة ، ولهذا لا يشدد ، وحتى لا يلزم الجمع بين العوض والمعوض قال الأصمعي لا يقال ثمان بالضمة على النون .

فإن قلت قال الشاعر :

لها ثنايا أربع حسان  وأربع فيهن لها ثمان

قلت أنكره الأصمعي وقال هو خطأ، وعلى هذا ما ذكر في الجامع الصغير في صلاة الليل:

وإن شئت ثمانا خطــأ  والستة من الضرورات المصبحة

وقال ابن الحاجب في ثماني عشرة فتح الياء وجاء إسكانها وشذ حذفها بفتح النون .

ودليل الكراهة أنه عليه السلام لم يزد على ذلك، ولولا الكراهة لذكر تعليماً للجواز ، والأفضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد « رح » مثنى مثنى ، وفي النهار أربع أربع ،

---

( ودليل الكراهة أنه ﷺ لم يزد على ذلك ) أي على الثماني ( ولولا الكراهة ) أي على الثماني ( لذكر تعليماً ) أي لأجل التعليم ( للجواز ) هذا اختيار القدوري وفخر الإسلام ، وقال شمس الأئمة الأصح أنه لا يكره الزيادة على ثمان ركعات لأنه روي أنه عليه السلام صلى ثلاث عشر ركعة فتكون الثمانية صلاة الليل والثلاث الوتر والركعتان سنة الفجر ، وكان يصلي هذا كله في الابتداء ثم فصل البعض على البعض هكذا ذكره حماد بن سلمة ، ولم يذكر كراهة الزيادة على ثمان ركعات بتسليمة واحدة ، ونقل الأكمل هذا عن السغناقي ثم قال وفيه نظر ، لأن كلامنا فيما يكره بتسليمة واحدة ، وليس فيما ذكر ما يدل على ذلك . قلت ورد في صحيح مسلم في حديث طويل أنه ﷺ كان يصلي تسع ركعات لا يجلس فيهن إلا في الثامنة فيذكر الله تعالى ويحمده ويدعوه ، ثم ينهض ولا يسلم ثم يقوم فيصلي التاسعة ، ثم يقعد فيذكر الله تعالى ويحمده ويدعوه ثم يسلم تسليماً يسمعنا. وفي غير مسلم كان يوتر بتسع ركعات ، ولو وقف الأكمل على هذا الحديث لما قال وفيه نظر مع أن هذا الحديث خلاف ما قاله المصنف من قوله – لم يزد على ذلك – وذكر هذا حديثاً غريباً ليس له أصل فافهم .

( والأفضل في الليل عند أبي يوسف ومحمد مثنى مثنى ) أي الأفضل في تطوع الليل عندهما مثنى أي اثنين ، يعني ركعتين ، ومثنى معدول من اثنين اثنين وتكراره للتأكيد. وقال الزمخشري منع الصرف لما فيه في العلتين عدله عن صيغته الأصلية وعدله عن مكرر ، ويقال شرط العدل أن يكون في اللفظ والمعنى ، وقال ابن بقيش لا يكون العدل إلا في اللفظ وفي المعنى .

( وفي النهار أربع أربع ) أي الأفضل في تطوع النهار أربع ركعات ، وأما صرف أربع لأنه وضع اسماً في الأصل ، فلم يلتفت إلى ما طرأ له من الوصفية فإنه قابل للعناء .

وعند الشافعي « رح » فيهما مثنى مثنى ، وعند أبي حنيفة فيهما أربع أربع ، للشافعي قوله عليه السلام صلاةالليل والنهار مثنى مثنى ولهما الإعتبار بالتراويح ،

---

(وعند الشافعي فيهما مثنى مثنى) أي في التطوع عنده في الليل والنهار مثنى مثنى ، وبه قال مالك وأحمد ( وعند أبي حنيفة فيهما أربع أربع ) أي الأفضل في التطوع عنده الليل والنهار أربع ركعات .

( للشافعي قوله ﷺ صلاة الليل والنهار مثنى مثنى ) هذا الحديث رواه ابن عمر وأبو هريرةوعائشة رضي الله عنهم . فحديث ابن عمر أخرجه الأربعة عنه أن النبي عليه السلام قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى . وحديث أبي هريرة أخرجه ابراهيم الحربي في غريب الحافظ أبو نعيم في تاريخ أصبهان عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله عليه السلام صلاة الليل والنهار مثنى مثنى .

الجواب عنها أن حديث ابن عمر لما رواه الترمذي سكت عنه ، إلا أنه قال اختلف أصحاب شعبة فيه فرفعه بعضهم ووقفه بعضهم ، ورواه الثقات عن عبد الله بن عمر عن النبي عليه السلام ولم يذكر فيه صلاة النهار ، وقال النسائي هذا الحديث عندي خطأ ، وقال في سننه الكبرى إسناده جيد ، إلا أن جماعة من أصحاب ابن عمر خالفوا الأزدي فيه فلم يذكروا فيه النهار ، منهم سالم ونافع وطاووس ، والحديث في الصحيحين من حديث جماعة عن ابن عمر وليس فيه ذكر النهار وروى الطحاوي أيضاً في معاني الآثار عن ابن عمر أنه كان يصلي بالليل ركعتين وبالنهار أربعاً ، فمحال أن يروي ابن عمر عن رسول الله عليه السلام شيئاً ثم يخالف ذلك ، فعلم بذلك أنه كان ما روي عن رسول الله عليه السلام ضعيفاً وكان موقوفاً غير مرفوع .

وأما حديث أبي هريرة وعائشة فإن الذي رواه البخاري ومسلم أصح منهما وأقوى وأثبت ، وعلى طريق التسليم يقول معناه شفعاً ولا وتر بسبيل إطلاق إسم الملزوم على اللازم مجازاً جمعاً بين الدليلين على ما يجيء .

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد ( الاعتبار بالتراويح ) يعني قياساً على التراويح ،

## ولأبي حنيفة «رح» أنه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء أربعاً روته عائشة رضي الله عنها

فإن الأفضل فيها مثنى مثنى بالإجماع ، وهذا نفل الليل فينبغي أن يكون سائر نوافل الليل كذلك بخلاف نفل النهار ، لحديث أبي أيوب رضي الله عنه الذي تقدم ذكره ، وكان ينبغي أن يستدل لهما بحديث ابن عمر رضي الله عنه الذي رواه البخاري ومسلم وفيه ذكر الليل فقط وإثبات الفضائل في العبادات لا نعلم إلا من فعل النبي ﷺ أوقوله وهوفي نفس الأمر توفيقي .

( ولأبي حنيفة أنه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء أربعاً ، روته عائشة رضي الله عنها ) لم أر أحداً من الشراح ولا من غيرهم من المتأخرين حققوا هذا الموضع ولا تعرضوا بحال هذا الحديث ، والعجب من الكل أن علاء الدين التركماني قال مقلداً لغيره وهذا الحديث لم نجده ، فنقول وبالله التوفيق . أما الاتراري فانه لم يذكر هذا الحديث بالكلية ، وإنما استدل لأبي حنيفة بالقياس من حيث قال ولأبي حنيفة وجهان ، أحدهما الإعتبار بالفرض وهو العشاء ، فلو كان الأربع بتسليم فاصل أفضل من الأربع بلا تسليم فاصل لكان الفرض كذلك ، لأن حال الفرض أقوى وهو بالفضيلة أولى ، والثاني أن في الأربع بتسليمة واحدة مداومة على الطاعة ، وفيها مشقة على النفس وفيما قالوا استراحة للنفس يكون ما صلاه أولى .

قلت هذا ليس من دأب المصنفين ولا سيا المتقدمين بشرح الكتاب ،فالمصنف يستدل بحديث ويأتي الشارح ويستدل بالقياس ولا يلتفت إلى الحديث وإلى حاله ، ومع هذا الوجهان اللذان ذكرهما مدخول فيها ولا يخفى على المتأمل .

وأما الأكمل فانه لم يذكر شيئاً أصلاً ، لا الحديث ولا غيره من وجوه الاستدلال لأبي حنيفة وقنع بقوله وكلامه ظاهر .

وأما صاحب الدراية فانه قال ولأبي حنيفة ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه بات عند خالته ميمونة رضي الله عنها يرقب صلاة النبي عليه السلام أرسله أبوه لذلك ،

فلما صلى عليه السلام العشاء رقد مرقده ثم قام ونظر إلى السماء فقرأ خاتمة سورة آل عمران وتوضأ وصلى أربع ركعات بتسليمة واحدة .

وحديث عائشة رضي الله عنها أنه بات خالته حتى يسأل عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت ما كان النبي عليه السلام يزيد في رمضان ولا في غيره على إحدى عشرة ركعة يصلي أربع لا تسأل عن حسنهن ولا طولهن ، ثم يصلي أربعاً لذلك ، ثم يصلي الوتر .

وأما السغناقي فإنه أيضاً لم يذكر حديث عائشة المذكور أصلاً ، وإنما استدل لأبي حنيفة بحديث ابن عباس المذكور ، وأما قول علاء الدين هذا الحديث لم نجده فإنه كيف يقول ذلك وقد رواه أبو داود في سننه من حديث زرارة بن أبي أوفى عن عائشة رضي الله عنها إنما سألت عن صلاة رسول الله ﷺ في جوف الليل ، فقالت كان يصلي صلاة العشاء في جماعة ثم يرجع إلى أهله فيركع أربع ركعات ثم يأوي إلى فراشه . الحديث بطوله ، وفي آخره حتى قبض على ذلك . وقال أبو داود في سماع زرارة عن عائشة نظر ، ثم أخرجه عن زرارة عن سعيد بن هشام عن عائشة وقال وهذه الرواية هي المحفوظة عندي ، فان أبا حاتم الرازي قال أسمع زرارة من أبي هريرة وابن عباس وعمران بن حصين ، وهذا ناصح له وظاهر هذا لأن زرارة لم يسمع من عائشة وأخرج أبو داود أيضاً والنسائي في سننه الكبرى عن شريح بن هاني عن عائشة قالت سألتها عن صلاة رسول الله ﷺ فقالت ما صلى رسول الله ﷺ العشاء قط فدخل علي إلا صلى بعدها أربع ركعات أو ستاً وسكت عنه وروى أحمد في مسنده عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا صلى العشاء ركع أربع ركعات وأوتر بسجدة ثم قام حتى يصلي بعدها صلاته من الليل وأخرجه البزاز أيضاً في مسنده والطبراني في معجمه . وأخرج البخاري عن ابن عباس قال بت في بيت خالتي ميمونة بنت الحارث زوج النبي عليه السلام عندها في ليلتها فصلى النبي عليه السلام العشاء ثم جاء إلى منزله فصلى أربع ركعات ثم نام ثم قام وصلى خمس ركعات ثم صلى ركعتين ثم خرج إلى الصلاة .

فان قلت أخرج مسلم عن عبد الله بن شقيق عن عائشة رضي الله عنها قالت كان النبي

عليه السلام يصلي في بيتي ، صلى قبل الظهر أربعاً ثم يخرج فيصلي بالناس ثم يدخل فيصلي ركعتين ، وكان يصلي بالناس المغرب ثم يدخل فيصلي [1] ركعتين ويصلي بالناس العشاء ويدخل في بيتي فيصلي ركعتين انتهى . فهذا مخالف لحديثها المتقدم . قلت قد وقع اختلاف كثير عن عائشة في أعداد الركعات في صلاته عليه السلام في الليل ، فهذا إما من الرواة عنها وإما منها باعتبار أنها أخبرت عن حالات منها ما هو الأغلب عن فعله عليه السلام ، ومنها ما هو نادر ، ومنها ما هو بحيث اتساع الوقت وضيقه .

( وكان عليه السلام يواظب على الأربع في الضحى ) هذا الحديث رواه مسلم من حديث معاذة أنها سألت عائشة كم كان رسول الله عليه السلام يصلي الضحى قال أربع ركعات يزيد ما شاء ، وفي رواية ويزيد ما شاء أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث عمرة عن عائشة قالت سمعت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها تقول كان رسول الله عليه السلام يصلي الضحى أربع ركعات ولا يفصل بينهن بكلام ، فالمصنف رحمه الله ذكر لأبي حنيفة حديثين أحدهما في أفضلية الأربع بالليل والآخر في أفضليته بالنهار .

فان قلت روى البخاري عن عروة عن عائشة قالت كان رسول الله عليه السلام ليدع العمل وهو يحب أن يعمل به الناس ليفرض عليهم ، وما سبح رسول الله عليه السلام سبحة الضحى قط واني لأسبحها ، وروى مسلم عن عبد الله بن شقيق قال سألت عائشة رضي الله عنها هل كان رسول الله ﷺ يصلي الضحى ، قالت لا إلا أن يكون . قلت يحتمل أنها أخبرت في الإنكار عن رؤيتها ومشاهدتها ، أما في خبره عليه السلام أو خبر غيره عنه وقد يكون إنكارها مواظبته عليها وقد يكون الإنكار إنما هو لصلاة الضحى المعهودة عند الناس على الذي اختاره جماعة من السلف من الصلاه بثمان ركعات ، وأنه عليه السلام كان يصليها أربعاً ويزيد ما شاء ، فيصلي مرة أربعاً ومرة ستاً ومرة ثمانياً ، وأقلها ركعتان ، وقد رأى جماعة أن يصلى في وقت دون وقت يخالف بينها وبين الفرائض .

---

(١) كلمة فيصلي غير مذكورة في الأصل . اهـ مصححه .

ولأنه أدوم تحريمة فيكون أكثر مشقة وأزيد فضيلة ، ولهذا لو نذر أن يصلي أربعاً بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدي بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ،

---

ثم اعلم ان صلاة الضحى مستحبة . وقال النووي أفضلها ثماني ركعات وقيل اثني عشر ركعة ، وفيه حديث فيه ضعيف . ووقتها من ارتفاع الشمس إلى وقت الزوال ، وقال صاحب الحاوي ووقتها المختار إذا مضى ربع النهار لحديث زيد بن أرقم أن رسول الله عليه السلام قال صلاة الأوابين حتى ترمض الفصال . رواه مسلم . قوله – ترمض – بفتح التاء والميم حين يترك الفصال من شدة الحر في احفافها . وفي حديث أم هاني رضي الله عنها أنه عليه السلام صلاها ثماني ركعات ، متفق عليه ، وعن أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال ان في الجنة باباً يقال له باب الضحى ، فاذا كان يوم القيامة ينادي مناديان الذين كانوا يديمون صلاة الضحى هذا بابكم فادخلوا برحمة الله .

( ولأنه ) أي ولأن الأربع ( ادوم تحريمة ) أي من حيث التحريم لأنها استمرت ولم يفصل شيء ( فيكون أكثر مشقة ) لأنه ليس فيه راحة للنفس بخلاف الركعتين ( وأزيد فضيلة ) أي من حيث الفضيلة لأن زيادة الفضيلة في أكثر المشقة ، وجاء أفضل الأعمال أحزمها أي أشقها ( ولهذا ) أي ولأجل ما ذكرنا من تعليل ذكر في الزيادات :

( لو نذر أن يصلي أربعاً بتسليمة لا يخرج عنه ) أي عن النذر ( بتسليمتين ) يعني لو صلى الأربع بسلامين لأنه لا يخرج عن العهدة بما هو تخفيف ( وعلى القلب يخرج ) أي ولو نذر على قلب المسألة المذكورة وهو أنه لو نذر أن يصلي أربعاً بتسليمتين فصلى أربعاً بتسليمة يخرج لأنه شدد المخففة فيكون أشق ، فكان أفضل ، وكذا في انجلاب الثواب ، وإنما قال وعلى القلب دون وعلى العكس لأن عكس المسألة المذكورة أن ينذر أن يصلي ركعتان فصلى أربعاً .

( والتراويح تؤدى بجماعة ) هذا جواب عن استدلال الصاحبين بالتراويح تقديره أن يقال التراويح تؤدى جماعة ، واختار الفريق فيه التحقيق ( فيراعى فيها جهة التيسير ) أي جهة التحقيق ، رعاية لحق الجماعة .

ومعنى ما رواه شفعاً لا وتراً والله أعلم .

( ومعنى ما رواه شفعاً لا وتراً ) هذا جواب عن الحديث الذي احتج به الشافعي وهو قوله عليه السلام صلاة الليل والنهار مثنى مثنى ، وتقديره أن قوله – مثنى مثنى – معناه شفعاً لا وتراً بطريق اسم الملزوم على اللازم مجازاً والداعي إلى هذا التأويل أي يصلي السنن أو الوتر في النفل منهي ليس معناه أنه يسلم بين كل ركعتين ، وقد أشبعنا الكلام في هذا الحديث عن قريب .

فروع : قراءة الأوراد بين الفرض والسنة لا بأس بها ، قال الحلواني ولو قام في مصلاه إن شاء قرأ جالساً وإن شاء قرأ قائماً . وفي شرح الشهيد القيام إلى السنة متصلاً بالفرض مسنون وفي الثاني كان النبي عليه السلام إذا سلم يمكث قدر ما يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام تباركت يا ذا الجلال والإكرام ، ولو تكلم بعد السنة قبل الفريضة هل تسقط السنة ، قيل تسقط ، وقيل لا تسقط ، ولكن ثوابه أفضل من تقربه قبل التكلم . وفي المبسوط ويكره الكلام بعد انشقاق الفجر إلى أن يصلي الفجر لأنها ساعة تشهدها الملائكة ، جاء في تأويل قوله تعالى ﴿ ان قرآن الفجر كان مشهودا ﴾ ٧٨ الإسراء ، تشهده [١] الليل وملائكة النهار ، فلا ينبغي بأن يشهدهم إلا على خير طول القيام أفضل من كثرة الركوع والسجود . وقال أبو يوسف اذا كان له ورد من الليل فالأفضل أن يكثر عدد الركعات وإلا فطول القيام أفضل ، وقال محمد كثرة الركوع والسجود أفضل إخفاء التطوع أفضل من بدائه . نافلة الليل أفضل من نافلة النهار لأنها أشق على الإنسان لما فيه من هجران النوم والراحلة ، قال عليه السلام أفضل الصلاة بعد المفروضة صلاة الليل ، رواه مسلم ، وآخر الليل أفضل من أوله .

المسافر لا يترك السنة إلا بعذر قاله في سنة المفتي الأفضل في السنن والنوافل الترك إلا التراويح . وقال الحسن اختلف في الآكد بعد ركعتي الفجر فقيل الأربع الظهر والركعتان بعده والركعتان بعد المغرب كلها سواء ، والأصح أن الأربع قبل الظهر آكد

---

( ١ ) ربما سقطت كلمة – ملائكة – هنا . اهـ مصححه .

وفي الحاوي عن أبي سهل موسى بن أبي نصر الرازي من أصحاب أبي حنيفة أنه قال من واظب على ترك الأربع قبل الظهر لا تقبل شهادته . وفي الاسبيجابي تارك الأربع قبل الظهر والركعتين بعدها وركعتي الفجر تلحقه الإساءة لأنها تطوع ، وفي المحيط والواقعات الأصح أنه يأثم .

لكل من استيقظ من الليل أن يمسح النوم عن وجهه ويسوك وينظر في السماء ويقرأ ﴿ ان في خلق السماوات والأرض لآيات ﴾ التي في آخر آل عمران ، والثابت ذلك في الصحيحين .

ويستحب إحياء ليلة العيدين ، ويستحب أيضاً لمن أراد قيام الليل أن يعتاد ما يمكنه الدوام على مدة حياته ، ويكره بعد ذلك تركه والتنقص منه من غير ضرورة ويستحب أيضاً اختيارمن الدعاء في ساعات الليل وأكره النصف الأخير ، وأفضله عند الأسحار .

ومن التطوعات ركعتا شكر الوضوء عن عقبة بن عامر الجهني رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال ما من أحد يتوضأ ويحسن الوضوء فيصلي ركعتين تقيد بقلبه وجهه عليهما إلا وجبت له الجنة ، رواه مسلم

وركعة السفر عن مطعم بن المقدام قال قال رسول الله ﷺ ما خلق عن أهله أفضل من ركعتين يركعها عندهم حتى يزيد سفراً ، ذكر هذا ابن أبي شيبة في سننه .

وركعتا القدوم من السفر عن كعب بن مالك كان رسول الله ﷺ لا يقدم من السفر إلا نهاراً في الضحى ، فاذا قدم بدأ في المسجد فصلى فيه ركعتين ثم جلس فيه ، رواه مسلم .

وركعتا تحية المسجد ، ولا يختصان بالليل والنهار لقوله عليه السلام إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين متفق عليه ، وهي سنة وبه قال أحمد ، وقال المرغيناني واجبة عند الشافعي ونقله غلط . قال النووي في شرح المهذب أجمع العلماء على استحباب تحية المسجد ، وفي الحلاب للمالكية ويستحب لمن أراد الجلوس في المسجد أو جلس ولم يصل أن يصلي ركعتين إلا إذا يكون مختاراً أو محدثاً أو في وقت نهي

أو تكرر دخوله بعد أن حياه . وفي مختصر البحر دخوله المسجد بنية أو الإقتداء ينوب عن تحية المسجد ، وإنما يؤمر بتحية المسجد إذا دخله بغير الصلاة ، وكذا من دخل باحرام الفرض يكفيه عما يجب من الإحرام لدخول مكة ويكفيه لتحية المسجد في كل يوم ركعتان وقال صاحب اليتيمة من الشافعية يستحب لكل من دخل وقال المحاملي في اللباب أرجو أن يجزئه التحية ثم قيل يجلس ثم يقوم فيصلي ، وعامة العلماء على أنه يصلي كما دخل ، وقالت الشافعية لو جلس وطال الفصل فاتت ولا قضاء عليه ، وكـــذا انتقض الجلوس عندهم . وقال النووي لا تحصل بصلاة الجنازة وسجدة التلاوة والشكر والركعة الواحدة كقولنا وعند الشافعية يكره جلوسه من غير تحية سواء دخل في وقت النهي عن الصلاة أو غيره ، وإن صلى أكثر من ركعتين بتسليمة واحدة كانت كلها تحية .

واتفقوا أن الإمام إذا كان في مكتوبة أو أخذ المؤذن في الإقامة يترك تحية المسجد ، اتفقوا أنه يقدم الطواف على التحية بخلاف السلام على النبي عليه السلام حيث تقـدم التحية عليه ، لأن حق الله مقدم على حق الأنبياء عليهم السلام .

وركعتا الإستخارة وصلاة التسبيح وصلاة الحاجة ركعتين ، ورد فيه حديث فيــه ضعف ، وصلاة الزغايب في أول جمعة من رجب اثنتي عشرة ركعة ، ويكون قد صام يوم الخميس وذلك بعد صلاة المغرب يقرأ في كل ركعة فاتحة الكتاب و ﴿ إنا أنزلنــاه في ليلة القدر ﴾ ثلاث مرات و ﴿ قل هو الله أحد ﴾ اثنتي عشر مرة ، فإذا فرغ منها وهو جالس في التشهد بعد السلام يقول رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك أنت الأعز الأكرم ، سبعين مرة ، فاذا رفع رأسه يقول اللهم صل على النبي الأمي وعلى آله وصحبـه وسلم مرة ثم يكبر ويسجد ويقول في سجوده سبوح قدوس ربنا ورب الملائكة والروح سبعين مرة ، فاذا فرغ منه يسأل الله حاجته وهو ساجد .

وأما الصلاة في ليلة النصف من شعبان فقال أبو الخطاب مجد الدين وحنــه [1] فليس

(١) هكذا – وحنة – في الأصل . وربما قصد – وحده – اه مصححه .

## فصل في القراءة

## والقراءة في الفرض واجبة في الركعتين .

فيها حديث يصح عن رسول الله ﷺ وقال في العلم المشهور حديث ليلة النصف من شعبان موضوع وحديث أنس فيها موضوع لأن فيه ابراهيم بن إسحاق ، قال أبو حاتم كان يقلب الأخبار ويسرق الحديث .

### ( فصل في القراءة )

قد مر غير مرة أن قول المصنفين – فصل – لا ينون ، لأن الإعراب إنما يكون بعد التركيب . ولما فرغ من بيان الصلاة فرضها وواجبها ونفلها ، شرع في بيان القراءة ، لأنها تختلف باختلاف الصلاة .

( والقراءة في الفرض واجبة ) أي لازمة وفريضة ، إذ الواجب نوعان قطعي وظني ، فالقطعي هو الفرض وهذا هو الواجب قطعي في حق العمل من ذوات الأربع من الفرائض ، ويقال المراد بقوله واجبة الفرض لكن لما لم يكفر جاحدها فيهما ولم يكن فرضاً في حق العلم بل هي فرضاً عملاً وصفتها بالوجوب . ومذهب الأسود والنخعي والثوري كمذهبنا ، وهو رواية عن أحمد وقال ابن المنذر قد روينا عن علي أنه قال أقرأ في الأولين وسبح في الأخريين وكفى به قدوة ( في الركعتين ) إنما أطلقهما ولم يقيدهما بالأولين لأن في كونهما في الركعتين بأعينهما كلام ، قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال أصحابنا القراءة فرض في الركعتين بغير أعينهما إن شاء في الأولين وإن شاء في الأخريين ، وإن شاء في الأولى والرابعة ، وإن شاء في الثانية والثالثة ، وأفضلها في الأولين ، وكذا قال القدوري في شرح مختصر الكرخي حيث قال فالأفضل أن يقرأ في الأولين ، وإن قرأ في الأخريين أو في الثانية والثالثة جاز .

وقال في خلاصة الفتاوي واجبات الصلاة عشرة وذكر منها تعيين القراءة في الأولين وفي المحيط في الأولين وفي المحيط القراءة في الصلاة أنواع فرض وواجب ومستحب ومكروه .

**وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عليه السلام لا صلاة إلا بقراءة ، وكل ركعة صلاة**

---

أما الفرض فالقراءة في الأوليين ومثله في القنية والتحفة ، وقال هو صحيح من مذهب أصحابنا حتى لو تركها في الأوليين يقضيها في الأخريين وليست بشرط فيهما حتى لا تفسد الصلاة بترك القراءة فيهما . وأما واجب فقال في المحيط قراءة الفاتحة والسورة في الأوليين وفي الينابيع القراءة فرض في ركعتين غير عين وله أن يقرأ في أي الاثنين شاء وهي واجبة في الأخريين من ذوات الأربع والثلاث في التحفة الجمع بين الفاتحة والسورتين في الأوليين واجب وليس بفرض .

( وقال الشافعي « رح » في الركعات كلها ) القراءة فرض في جميع ركعات الصلاة وبه قال مالك وأحمد حتى قالوا بفرضية الفاتحة في الكل ، لكن مالكاً أقام الأكثر مقام الكل وعن مالك في رواية شاذة أن الصلاة صحيحة بدون القراءة . وقال المازري عن ابن سلبون أن القرآن ليست فرضاً فيها . وقال ابن الماجشون من ترك القراءة في الركعة من الصبح أو أي صلاة كانت تجزىء سجدتا السهو وهو بعيد من الفقه والنظر . قال ابن بطال وقال الشافعي في القديم إن تركها ناسياً صحت صلاته معتمدة أثر عمر رضي الله عنه فإنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه صلى المغرب فلم يقرأ فيها شيئاً فقيل له كيف الركوع والسجود، قالوا قال فلا بأس إذا قلت فعل الصحابة وقولهم ليس بحجة عنده مع أنه ضعيف فكيف يتمسك به .

( لقوله ﷺ لا صلاة إلا بقراءة وكل ركعة صلاة ) هذا الحديث رواه مسلم عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا صلاة إلا بقراءة وكل ركعة صلاة ، فما أعلن رسول الله ﷺ أعلناه وما أخفاه أخفيناه لكم . وقوله - لكل [١] ركعة صلاة - ليس من الحديث ، واستدلال المصنف بهذا الحديث للشافعي على وجوب القراءة في كل ركعة ليس بقائم لأنه ليس بصريح فيه ، ونحن أيضاً نستدل به

---

(١) في الحديث - وكل ركعة صلاة .

على وجوب القراءة في الصلاة وبو [١] استدل له بحديث المسمى في صلاتـــه الذي أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين لكان أقوم وأصرح ، وفيـــه أنه ﷺ قال له إذا قمت إلى الصلاة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن وفي آخره ثم افعل ذلك في صلاتك كلها.

( وقال مالك في ثلاث ركعات ) أي القراءة فرض في ثلاث ركعات ( إقامة للأكثر مقام الكل ) إقامة نصب على التعليل ، والمقام بضم الميم ، ومالك أيضاً يستدل بالحديث المذكور ، ولكنه يقول الثلاث تقوم مقام الكل ( تيسيراً ) أي لأجل التيسير على المصلين والشراح قالوا ان مسألة القراءة في الفرض الرباعية مخمسة فذكروا الخمسة ، والمصنف ذكر منها الثلاث . قلت مسدسة ، الأول : مذهبنا أنه فرض في الركعتين .

والثاني : فرض عند الشافعي في الكل .

والثالث : فرض عند مالك في الأكثر .

والرابع : مذهب أبي بكر الأصم إمام بغداد واسماعيل بن علية والحسن بن صالح بن حسي وسفيان بن عيينة ان القراءة مستحبة روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما .

والخامس : روى البيهقي عن زيد بن ثابت أنه قال القراءة سنة .

والسادس : قال الحسن البصري [٢] المغيرة من المالكية يجب في كل ركعة واحدة ، ومن وجه المسألة متسعة .

السابع : رواية عن مالك أن الصلاة صحيحة من غير قراءة .

الثامن : عن الشافعي أنه إذا ترك ناسياً صحت صلاته .

التاسع : من قال لا تجب القراءة في السرية كالظهر والعصر ، حكي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما حديث عبد الله بن عباس قال دخلنا على ابن عباس فقلنا لشاب منا سل

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل وربما قصد – ولو – .

(٢) هنا كلام غير مقروء .

ولنا قوله تعالى ﴿فاقرؤوا ما تيسر من القرآن﴾ ٢٠ المزمل ، والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار ، وإنما أوجبنا في الثانية استدلالاً بالأولى لأنهما يتشاكلان من كل وجه

---

ابن عباس رضي الله عنه أكان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر والعصر ، فقال لا. فقيل العله كان يقرأ في نفسه فقال مشاهدة مر من الأول كان عبد مأمور بلغ ما أمر به وما اختص دون الناس بشيء إلا بثلاث خصال ، أمرنا أن نسبغ الوضوء ، وأن لا نأكل الصدقة وأن لا نشري الحمار على الفرس ، رواه أبو داود باسناد صحيح لكن عارضه حديث عكرمة عن ابن عباس أنه قال لا أدري أكان رسول الله ﷺ يقرأ في الظهر والعصر أم لا ، رواه أبو داود باسناد صحيح .

وحديث أبي سعيد الخدري كان ﷺ يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية ، وفي الأخريين نصف ذلك ، وفي العصر في الأوليين في كل ركعة قدر قراءة خمس عشرة ، وفي الأخريين قدر نصف ذلك رواه مسلم .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر من القرآن ﴾ ٢٠ المزمل ، ان الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار ) تقديره ان الله تعالى أمرنا القراءة مما تيسر من القرآن وذلك في الصلاة بالإجماع والأمر بالفعل يقتضي امتثاله ، ولا يقتضي التكرار إعادة الشيء بعينه لا إعادة مثل الشيء فاقتضى ذلك بأن تكون القراءة في ركعة واحدة كما ذهب اليه الحسن البصري .

( وإنما أوجبنا في الثانية ) أي إنما أوجبنا القراءة في الركعة الثانية ، وهذا جواب عما يقال انكم قلتم ان الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار ، وقد أوجبتم القراءة في الركعة الثانية وخالفتم ما قلتم . وتقرير الجواب أن وجوب القراءة في الثانية لا بعبارة النص ، حتى يلزم ما قلتم وإنما وجوبها في الثانية بدلالة النص وهو معنى قوله ( استدلالاً بالأولى ) يعني بالركعة الأولى وبين ذلك بقوله ( لأنهما يتشاكلان من كل وجه ) أي الركعة الأولى والثانية يتشابهان من كل وجه ، فلما كان ذلك وجبت في الثانية استدلالاً بالأولى كالحكم في أحد اليومين ينسب في اليوم الآخر ، وأما تشاكل الثانية الأولى من كل وجه فمن حيث

فأما الأخريان يفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلاة فيما روي مذكورة صريحاً فينصرف إلى الكاملة وهي الركعتان عرفاً كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما إذا حلف لا يصلي

---

السفر والوجوب والصفة والقدر فكل من وجبت عليه الأولى وجبت الثانية ، وإذا سقطت سقطت . وأما المماثلة في الصفة ففي الجهر والإخفاء ، وأما المماثلة في القدر ففي ضم السورة مع الفاتحة .

فإن قلت كيف تكون المماثلة بينهما فالأولى تفارق الثانية في التكبيرة والثناء والتعوذ والبسملة فانتفت المشابهة من كل وجه . قلت المشابهة والمشاكلة في الكمية والكيفية ، فما يرجع إلى نفس الصلاة وأركانها . أما تكبيرة الإفتتاح فإنها شرط وليست بركن ، وأما الثناء والتعوذ والبسملة فأمور زائدة ليست بفرض فلا يقدح ذلك في ثبوت المماثلة .

فإن قلت قوله تعالى ﴿ اركعوا واسجدوا ﴾ أمر ومع هذا يتكرر في كل ركعة ، قلت ذلك بفعل النبي ﷺ لأنه لم ينقل عنه الإكتفاء بركوع واحد ولا الإكتفاء بسجود.

( فأما الأخريان ) أي فأما الركعتان الأخريان ، وفي بعض النسخ وأما الأخروان هو لحن ، لأن الألف إذا كانت ثالثة ردت إلى أصلها في التشبه كما يقال عصوان ورحيان ، وإذا كانت رابعة تقلب ياء لا غير ( فيفارقانها ) أي فيفارقان الركعتين الأوليين ( في حق السقوط بالسفر ) لأن السقوط بالسفر يدل على المفارقة ( وصفة القراءة ) في الجهر والإخفاء ( وقدرها ) أي وقدر القراءة في ضم السورة مع الفاتحة كما بيناها آنفاً ( فلا يلحقان بها ) هذه نتيجة المفارقة ، أي فإذا كان الأمر كذلك فلا يلحق الأخريان بالأوليين .

( والصلاة فيما روي ) أي فيما روى الشافعي ، هذا جواب عما رواه الشافعي من الحديث وتقريره أن قوله لا صلاة ( مذكورة صريحاً فينصرف إلى الكاملة وهي الركعتان عرفاً ) أي من حيث العرف ( كمن حلف لا يصلي صلاة ) فإنه لا يحنث إلا بركعتين ، لأن الصلاة مذكورة فيه فينصرف إلى الكاملة وهي الركعتان ( بخلاف ما إذا حلف لا يصلي ) فإنه يحنث بركعة .

قال وهو مخير في الأخريين معناه إن شاء سكت وإن شاء قرأ وإن شاء سبح كذا روي عن أبي حنيفة « رح »

---

فإن قلت لا صلاة نكرة في سياق النفي فتعم كل فرض ، قلت تريد بذلك لغة أو شرعاً فان أردت لغة فلا سبيل لذلك ، لأن معناها الحقيقي الدعاء وليست القراءة شرطاً في فرد من أفراد الدعاء ، وإن أردت شريعة فنسلم ، ولكن الركعة الواحدة ليست من الأفراد شرعاً لنهيه عليه السلام عن البتراء ، ولئن سلمنا أن لا صلاة إلا بقراءة ، لكن الكلام في أن القراءة في الأوليين قراءة في الأخريين .

فان قلت لما كانت القراءة فرضاً في ركعة لزم أن تكون فرضاً في كل ركعة ، قلت الملازمة ممنوعة ألا ترى أن القعدة في آخر الصلاة فرض عند الخصم أيضاً ولم يكن فرضاً في كل ركعة ، وكذا الصلاة عليه عليه السلام في الأخيرة فرض عنده وليست بفرض في جميع الركعات .

( قال ) أي القدوري ( وهو ) المصلي ( مخير في الأخريين ) أي في الركعتين الأخريين وبين التخير بقوله ( إن شاء سكت وإن شاء قرأ ، وإن شاء سبح ) لأن القراءة لما لم تجب في الأخريين جاز أحد الأمور الثلاثة ( كذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله ) أي كذا روي الخبر عن أبي حنيفة ، أما السكوت فمقدار تسبيحة ، وقل قدر ما يطلق عليه اسم القيام ، ولو أطال السكوت فهو أفضل ، ولم يذكر المصنف عدداً في التسبيح . وذكر المرغيناني في القدوري في شرحه في التحفة والعتبية والينابيع أنه لو سبح ثلاث تسبيحات أجزأه . وفي المحيط التخيير رواية عن أبي يوسف وفيه لو سبح فيها ولم يقرأ لا يكون مسيئاً ، وإن سكت فيها يكون مسيئاً ومثله في المرغيناني ، وإن لم يكن مسيئاً بترك القراءة إذا أتى بالتسبيح لأن القراءة فيها شرعت على وجه الثناء والذكر ، ولهذا تعينت الفاتحة لكونها ثناء .

والحاصل أن في كراهة السكوت روايتين ، وفي شرح مختصر الكرخي وروى الحسن عن أبي حنيفة أن قراءة الفاتحة أفضل من التسبيح ، وإن لم يسبح ولم يقرأ كان مسيئاً وعليه سجدتا السهو إن تركها ساهياً إذ القيام في الأخريين مقصود فلا يخلى عن

القراءة والذكر جميعاً كالركوع والسجود . قلت إخلاء الركوع والسجود عن الذكر لا يوجب سجود السهو ، قال والأول أصح عن أبي يوسف في رواية يسبح فيهما ولا يسكت إلا أنه إذا قرأ الفاتحة فيهـــما فليقرأ على وجه الثنـــاء دون القراءة ، وبه أخذ بعض المتأخرين من الأصحاب .

( وهو المأثور عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم ) الضمير أعني هو لايصلح إن رجع إلى التخيير بين الأمور الثلاثة لأن الاثر المروي عن علي وابن مسعود في القراءة والتسبيح فقط . وقال صاحب الدراية وهو أي التسبيح هو المأثور المروي . قلت لايصلح هذا لان المذكور في الاثر شيئان وإعادته إلى أحدهما بلا دليل تحكم ، والظاهر أنه يرجع إلى المذكور في كـلام القدوري الذي نقله المصنف ، والمذكور فيـه التخيير ، ولكن الدليل الذي هو الاثر لا يطابق المدلول اللهم إلا إذا كان الثابت عند المصنف أن التخيير هو المنقول عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، ولكن ما أدركتـــه ولكن المصنف خطواته واسعة ، فلم يعجز عن الإدراك .

أما المأثور عن علي وابن مسعود فقد رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن شريك عن أبي إسحاق البيهقي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما ، قال اقرأ في الاولين وسبـــح في الاخريين ، وعن منصور قلت لا بوهم ما يفعــــل في الاخريين من الصــــلاة قال سبح واحمد الله وكبر .

وأما عن عائشة رضي الله عنها فهو غريب لم يثبت ، ولكن روي أن رجلاً سأل عائشة رضي الله عنها عن قراءة الفاتحة في الاخريين . قالت اقرأها على جهة الثناء .

( إلا أن الافضل أن يقرأ ) هذا استثناء من قوله – يخير في الاخريين – وفي الدراية كأنه أراد به نفي رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » أن القراءة تجب فيهـــما حتى لو لم يقرأ ولم يسبح كان إن كان عمداً ، وإن كان ساهياً فعليه القراءة والسهو قد ذكرنا الآن

## لأنه عليه السلام داوم على ذلـــك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية

هذا عن شرح مختصر الكرخي ، قال الاترازي إلا أن الافضل عندنا أن يقرأ خلافاً لما روي عن سفيان فان عنده الافضل أن يسبح ( لانه عليه السلام داوم على ذلك ) يعني على القراءة في الاخريين ، هذا التعليل لا يطابق قوله – إلا أن الافضل أن يقرأ – لان مداومة النبي عليه السلام على فعل شيء يدل على وجوبه ، ولهذا روى الحسن عن أبي حنيفة أن قراءة الفاتحة واجبة في الاخريين ويجب سجود السهو بتركها ساهياً ذكره في المبسوط وغيره وقد ذكرناه ، ويشهد لذلك حديث أبي قتادة رواه الجماعة إلا الترمذي أن النبي عليه السلام كان يقرأ في الظهر في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب ويطيل في الركعة الاولى أما لا يطيل في الثانية ، وكذلك في العصر . وذكر الولوالجي في تعليل فضيلة القراءة في الاخريين بقوله – ليكون مؤدياً للصلاة – الجائزة بيقين .

وقال الاترازي وإنما كانت القراءة أفضل ، لأن النبي ﷺ داوم عليها في أغلب الأحوال. وقال الأكمل لأن النبي ﷺ داوم على ذلك يعني ترك وإلا لكان واجباً . قلت من أين أخذ الاترازي قوله – في أغلب الأحوال – والأكمل من أين أخذ قوله – يعني ترك – والأحاديث الصحيحة لا تترك على ذلك ، ولئن سلمنا ذلك لا ينبغي أن تكون القراءة في الأخريين سنة . وفي التحفة وشرح مختصر الكرخي ان السنة في الأخريين الفاتحة لا غير ، وروى المعلي عن أبي يوسف أنه يقرأ فيها بالجهر وسورة معها .

( ولهذا ) أي ولكون قراءة الفاتحة على وجه الأفضلية ( لا تجب سجدة السهو بتركها ) أي بترك القراءة يعني بترك قراءة الفاتحة . قلت هذا أيضاً لا يطابق تعليل المذكور على ما لا يخفى (في ظاهر الرواية) احترز به عما روى الحسن عن أبي حنيفة أنه إن لم يقرأ ولم يسبح عمداً كان أو ناسياً ، وإن كان ساهياً وجب عليه سجدة السهو كما ذكرناه. وقال الأكمل وظاهر الرواية أصح لأن الأصل في القيام القراءة ، فإذا سقطت ففي القيام المطلق فكان كقيام المقتدي . قلت كل واحد من القيام والقراءة ركن مستقل بذاته ، فمن قال إن

والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل، وفي جميع ركعات الوتر، أما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة، والقيام إلى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الأولى إلا ركعتان في المشهور عن أصحابنا «رح»، ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة أي يقول سبحانك اللهم،

---

القراءة سقطت مطلقاً، ولا نسلم أنه يكون كقيام المقتدي لأن المقتدى قارئاً حكماً، لأن قراءة الإمام تنوب عن قراءته.

(والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع ركعات الوتر، أما النفل فلأن كل شفع منه صلاة على حدة) لأن تحريمة النفل لا توجب أكثر من ركعتين على ما يجيء الآن (والقيام إلى الثالثة) يعني القيام إلى الركعة الثالثة كالنفل بأربع ركعات (كتحريمة مبتدأة) يعني كتحريمة ابتداء بالتحريمة ابتداء لا تجب أكثر من ركعتين (ولهذا) أي ولكون كل شفع من النفل صلاة على حدة (لا تجب بالتحريمة الأولى إلا ركعتان في المشهور عن أصحابنا رحمهم الله) هذا إذا نوى أربع ركعات حتى يحتاج إلى التقبيل بالمشهور، فأما إذا شرع في التطوع بمطلق النية لا يلزمه أكثر من ركعتين بالاتفاق في جميع الروايات، كذا في المحيط واحترز بالمشهور عن قول أبي يوسف أولاً فإنه قال يلزمه جميع ما نواه اعتباراً للشروع بالنذر، وفي رواية عنه يلزمه أربع ركعات ولا يلزمه أكثر من ذلك اعتباراً للنفل بالفرض.

(ولهذا) أي ولكون القيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة (قالوا) أي قال علماؤنا رحمهم الله (يستفتح في الثالثة) أي يقرأ في رأس الركعة الثالثة (سبحانك اللهم وبحمدك) كما في الابتداء.

فإن قلت إذا كان كل شفع من النفل صلاة على حدة وترك القعدة الأولى من الشفع الأول كان ينبغي أن لا يجوز هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنهما يجوز إن ترك القعدة الأولى من الشفع الأول. قلت الفساد هو القياس كما ذهب اليه زفر، وروي عن محمد لأن كل شفع

بمنزلة صلاة الفجر وصلاة الظهر للمسافر ، ولو ترك القعدة فيها فسدت الصلاة ، وإن ضم اليها شفعاً آخر فكذا هذا ، ولكن الاستحسان عدم الفساد ووجوب سجدة السهو والتطوع كما شرع ركعتين شرع أربعاً أيضاً ، فإذا ترك القعدة وقام إلى الشفع الثاني يمكن أن يجعل الكل صلاة واحدة ، وفي صلاة واحدة من ذوات الأربع لا تفرض من القعدة إلا الأخيرة وهي قعدة الختم كما في الظهر بخلاف صلاة الفجر ، لأن الفجر شرع ركعتين لا غير ، وبضم الشفع الثاني لا يصير الكل صلاة واحدة .

فان قلت ينبغي على هذا أن يكون في حق القراءة كذلك حتى لا تجب القراءة في الاخريين كما في الفرض ، قلت اعتبر في حق القراءة بمنزلة صلاتين لأن القراءة ركن مقصود في الصلاة شرعت لنفسها بخلاف القعدة ، لأنها شرعت للفصل بين الشفعين ، فلا يكون فرضاً ، وفي الفرض شرطت التحليل فيكون فرضاً .

فان قلت لو صار هذا بالقيام إلى الشفع الثاني بمنزلة صلاة واحدة كالظهر لما أمرنابالعود إلى القعدة عند القيام إلى الثالثة كما في الظهر بل يؤمر ها هنا ، قلت له شبهان شبهه للظهر لسريان الفساد إلى الأول عند ترك القعدة في الشفع الثاني ، والشبهة بالفجر يعود اليها ما لم يقيد بالسجدة ، وبشبهه الظهر لا يؤمر بالعود إذا قيد الثالثة بالسجدة ولم تفسد توفيراً للشبهين .

( وأما الوتر فللاحتياط ) أي إنما وجوب القراءة في جميع ركعات الوتر فلأجل الإحتياط لان الوتر سنة اعتقادية ، وكذا في البرهاني فتجب القراءةفي الكل نظراً اليه ، وبالنظر إلى مذهب أبي حنيفة لا تجب ولكنه يجب للاحتياط وهو قول أبي بكر الصديق وابن عباس ومالك وآخرين .

( قال ومن شرع في النافلة ثم أفسدها قضاها ، وقال الشافعي لا قضاء عليه ) وبه قال أحمد ، وكذا الخلاف في صوم التطوع والعلماء أوردوا هذه المسألة في كتاب الصوم ،

لأنه متبرع ولا لزوم على المتبرع ، ولنا أن المؤدى وقع قربة فيلزم الإتمام ضرورة صيانة عن البطلان . وإن صلى أربعاً وقرأ في الأوليين وقعد ثم أفسد الأخريين قضى ركعتين ، لأن الشفع الأول قد تم ، والقيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمه مبتدأة فيكون ملزماً هذا إذا أفسد الأخريين بعد الشروع

---

لأن الأخبار التي يحتاج بها من الجانبين إنما وردت في الصوم ، لكن القدوري لما رأى أن حكم المسألة فيهما كان واحداً أوردها في كتاب الصلاة وتابعه المصنف رحمه الله ( لأنه متبرع فيه ) أي في فعله هذا ( ولا لزوم على المتبرع ) لقوله تعالى ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ ٩١ التوبة ، فصار كالمظنون .

( ولنا أن المؤدى ) بفتح الدال ( وقع قربة ) بدليل أنه لو مات بعد هذا القدر من المؤدى يصير مثاباً ( فيلزمه الإتمام ضرورة صيانة عن البطلان ) وإبطال العمل حرام لقوله تعالى ﴿ ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ ٣٣ محمد ، والإحتراز عن إبطال العمل فيما لا يحتمل بالتجزي لا يكون إلا بالإتمام ، ومن الدليل على أن الشروع ما يلزم كالنذر المشروع في الحج فانه يلزم بالاتفاق ، وقياسه على المظنون فاسد لأنه شرع مقطعاً لا ملتزماً ، وكلامنا فيما إذا شرع ملتزماً .

( وإن صلى أربعاً ) أي إن شرع في الصلاة فأدى أربع ركعات ، وإنما قيدنا هكذا لانها لو كانت على حقيقتها لا يتصور فساد الاخريين بعد تمامه ( وقرأ في الاوليين وقعد ) قيد بالقعود ، لانه لو لم يقعد وأفسد الاخريين يجب عليه قضاء الاربع بالإجماع ( ثم أفسد الاخريين قضى ركعتين ) يعني الشفع الثاني ( لان الشفع الاول قد تم ) بالقعود ( والقيام إلى الثالثة ) أي إلى الركعة الثالثة ( بمنزلة تحريمة مبتدأة ) أي بمنزلة تحريمة ابتداء ( فيكون ملزوماً فيقضي ركعتين ) كما إذا شرع في الركعتين ابتداء فأفسدهما يقضي ركعتين فكذا هذا .

( هذا ) أي هذا الذي ذكرنا من قضاء الركعتين ( إذا أفسد الاخريين بعد الشروع

فيهمـــا . ولو أفسد قبـــل الشروع في الشفع الثـــاني لا يقضي الأخريـــين . وعن أبي يوسف أنه يقضي اعتبـــاراً للشروع بالنـــذر ، ولهما أن الشروع يلزم ما شرع فيـــه ، وما لا صحة له إلا به وصحة الشفع الأول لا تتعلق بالثـــاني بخلاف الركعة الثانية

---

فيها ) بأن قام إلى الاخريين ( ولو أفسد ) ولو أفسد الاخريين ( قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي الاخريين ) عند أبي حنيفة ومحمد .

( وعن أبي يوسف أنه يقضي ) الاخريين ( اعتباراً الشروع بالنذر ) وذلك لان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو الشروع فيلزم القضاء ، كما إذا نذر ، فان نية الاربع قارنت سبب الوجوب وهو النذر .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد ( أن الشروع يلزم ) من الإلزام ( ماشرع فيه ) جملة في محل نصب مفعول قوله يلزم ( وما لا صحة له إلا بـه ) أي الشروع يلزم أيضاً ما لا صحة له أي للشروع إلا به ، كالركعة الثانية حيث لا صحة للأولى بدونها ، لان التبير أنهى عنها ( وصحة الشفع الاول لا يتعلق بالثاني ) أي الشفع الثـاني لا يتعلق ولا يتوقف عليه فلا يلزم من لزوم الشفع الاول بسبب الشروع فيه لزوم الشفع الثاني ، فاذا لم يلزم لا يكون واجباً ، فاذا لم يكن واجباً لا يجب قضاءه ، فظهر هذا أن النيـة لم تقارن سبب الوجوب وهو الشروع ، لان الفرض أنه لم يشرع ( بخلاف الركعة الثانية ) فاننية الاربـع قارنت سبب الوجوب فيلزم القضاء بالإفساد .

ومن الدليل على أن الشفع الثاني ينفك عن الشفع الاول في التطوع ان المرأة إذا دخلت على زوجها وهو في الشفع الاول فانتقل إلى الشفع الثاني ثم خرجت فطلقها يجب كال المهر لصحة الخلوة ، وتبطل الشفعة أيضاً إذا أخبر في الشفع الاول فانتقل إلى الشفع الثاني. أما في الفريضة وسنة الظهر لا تصح الخلوة ولا تبطل الشفعة .

وعلى هذا سنة الظهر لأنها نافلة ، وقيل يقضي أربعاً احتياطاً لأنها بمنزلة صلاة واحدة . وإن صلى أربعاً ولم يقرأ فيهن شيئاً أعاد ركعتين ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » يقضي أربعاً وهذه المسألة على ثمانية أوجه ، والأصل فيها أن عند محمد « رح » ترك القراءة في الأوليين

---

( وعلى هذا ) أي وعلى هذا الخلاف الذي في النفل المطلق ( سنة الظهر ) يعني لو أفسد الأخريين من سنة الظهر فعند أبي يوسف يقضيهاسواء أفسدها قبل الشروع فيها أو بعد الشروع. وعندهما يقضي إذاأفسدها بعد الشروع لا قبله ، لكن يقضي ركعتين ( لانها نافلة ) أي لان سنة الظهر نافلة في الاصل .

( وقيل يقضي أربعاً احتياطاً لانها ) أي لان سنة الظهر ( بمنزلة صلاة واحدة ) بدليل أن الزوج إذا خير امرأتـه وهي في الشفع الاول من هذه الصلاة ، أو أخبرت بشفعة لها فأتمت أربعاً لا تبطل خيارها ، ولا شفعتها بخلاف سائر التطوعات .

( وإن صلى أربعاً ) أي أربع ركعات تطوعاً ( ولم يقرأ فيهن شيئاً ) أي والحال أنه لم يقرأ في هذه الاربع شيئاً من القرآن ( أعاد ركعتين ) لانا ذكرنا أن بالشروع الاول لايلزم الشفع الثاني ، فإذا لم يلزم يعيد الركعتين ها هنا ( وهذا ) أي الإقتصار على إعادة الركعتين فقط ( عند أبي حنيفة ومحمد ) بناء على ما ذكرنا من أصلها .

( وقال أبو يوسف يقضي أربعاً ) بناء على أصله المذكور ( وهذه المسأله على ثمانية أوجه ) إنما انحصرت على الثمانية لان القسمة العقلية ، وهذه الاقسام في الحقيقة في أقسام ترك القراءة لا في القراءة ، لان الفساد إنما جاء من قبل الترك ، ولهذا لم يأت فيا إذا قرأ في الكل مع أن القسمة العقلية تقتضيه ، ثم يذكر الكل راعياً المتن في ذلك واتباعاً له ، لان الشرح لا أعله إلا إذا ساق المتن واتبعه بالشرح وإلا فالمتن في وادي والشرح في وادي ، ولا ينتفع به الناظر إلا بعد مشقة كثيرة وبعد استعداد كامل .

( والاصل فيها ) أي في هذه المسألة المشتتة ( أن عند محمد ترك القراءة في الاوليين

أو في أحديهما يوجب بطلان التحريمة لأنها تعقد الافعال . وعند أبي يوسف « رح » ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة ، وإنما يوجب فساد الأداء ، لأن القراءة ركن زائد ، ألا ترى أن للصلاة وجوداً بدونها غير أن لا صحة للاداء إلا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه

---

أو في أحديهما يوجب بطلان التحريمة ) أي في حق الشفع الثاني ( لانها ) أي لان التحريمة ( تعقد الافعال ) يعني المقصود منها الافعال ، ولهذا لا تسقط الصلاة عن العاجز عن القراءة ، وإن قدر على الإذكار والافعال قد فسدت بترك القراءة بالإجماع، ومع صفة الفساد للأفعال لا بقاء للتحريمة ، وفي مبسوط شيخ الإسلام إذا أفسد الاداء بحيث لايمكن إصلاحه تنقطع التحريمة كالبيع إذا ملك قبل القبض انفسخ العقد لأنه فات المعقود عليه بحيث لا يرجى وجوده ، فكذلك ها هنا التحريمة شرعت للاداء، فإذا فسد فقد فات المعقود عليه بحيث لا يرجى وجوده ، فتنقطع التحريمة ، وفي مبسوط شيخ الإسلام لما فسدت الأفعال صارت بمنزلة أفعال ليست هي من الصلاة ، ومن فعل في صلاة أفعالاً ليست من الصلاة تبطل بها التحريمة كالتكلم والحديث والعمد .

( وعن أبي يوسف ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة ) لأنه يوجب فساد الأداء لا بطلانه وفساد الأداء لا يزيد على تركه وهو معنى قوله ( وإنما يوجب فساد الأداء ) لا بطلانه وفساد الأداء لا يزيد على ترك الأداء بعد التحريمة ( لأن القراءة ركن زائد ألا ترى أن للصلاة وجوداً بدونها ) أي بدون القراءة حقيقة كما في الأمي والمقتدين ( غير أنه ) أي غير أن الشأن هو استثناء من قوله – ركن زائد – تقريره أن القراءة وإن كانت ركناً زائداً ( ولكن لا صحة للأداء إلا بها ) أي بالقراءة لأنها تؤثر في إزالة صفة الصلاة وهي صحة الأداء ، وإن كانت لا تؤثر في إزالة صحة أصل الصلاة حتى تصير باطلا .

( وفساد الأداء لا يزيد على تركه ) أي على ترك الاداء بمعنى أن الفساد ليس بأقوى

فلا تبطل التحريمة ، وعند أبي حنيفة « رح » ترك القراءة في الاولين يوجب بطلان التحريمة ، وفي إحداهما لا يوجب ، لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة وفسادها

---

حالاً من الترك لما أن الفساد عبارة عن زوال الوصف دون الأصل ، وزوال الأصل أقوى من زوال الوصف فترك الأداء إذا لم يوجب بطلان التحريمة فساد الأداء أولى أن لا يوجب ، وصورة ترك الأداء أن يحرم للصلاة ، فقام طويلاً ولم يأت بشيء من الأركان ، ولو عدم الأداء أصلاً بقيت التحريمة ، وهذا لأن مبتدأ التحريمة صحيحة قبل مجيء أوان القراءة لأنها شرع بتحريم أعمال الدنيا ، ثم يؤدي الأفعال في تلك التحريمة .

فإن قلت ما ذكرتم تأخير لا ترك فلا يكون مفيداً . قلت هذا ترك قبل اشتغاله بأداء ، وإنما يعرف كونه تأخيراً أو اشتغل بالأداء فقبل انتقاله به يصح إطلاق إسم الترك عنه . قال السغناقي كذا قاله العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله ، قال الأكمل وفيه نظر لأن للخصم حينئذ أن يقول لا نسلم أن الفساد لا يزيد على مثل هذا الترك . قلت لما تفرق بينه وبين إذا أسلم أن الترك لا يبطله التحريمة كيف يسلم زيادة الفساد على الترك .

فإن قلت ما الفرق بينه وبين الكلام والحديث العمد فإنها يبطلان التحريمة دونه . قلت هما من محظورات التحريمة وارتكاب المحظور يقطع التحريمة لأنه يمنع انعقادها في الابتداء فيجوز أن يقطعها بعد الصحة ، والفقه فيه أن التحريمة شرط الأداء ، وبفساد الأداء لا يفسد الشرط كالوصف لا يفسد بفساد الصلاة .

( فلا تبطل التحريمة ) نتيجة ما قيل ، وقد قررنا عدم بطلانها الآن ( وعند أبي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الأولين توجب بطلان التحريمة ، وفي إحداهما لا توجب ) أي ترك القراءة في إحدى الأولين لا يوجب بطلان التحريمة وها هنا أمران ، أحدهما ترك القراءة في الأولين ، والآخر تركها في إحداهما ، وعلل الأول بقوله ( لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة ) فكان ترك القراءة فيه إخلالاً الصلاة عن القراءة ، فتكون فاسدة يجب قضاؤها وبطل تحريمتها . وعلل الثاني بقوله ( وفسادها ) أي فساد الصلاة

بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطاً . إذا ثبت هذا نقول إذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع

---

( بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه ) فان عند الحسن البصري لا تجب القراءة إلا في الركعة الأولى كما ذكرناه ( فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء ) أي قضاء الشفع الأول كما في الفجر ( وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطاً ) في كل واحد من الحكمين .

فالحاصل ان الأداء يفسد بالنظر إلى دليلنا ، ويصح بالنظر إلى ما تمسك به الحسن فيعمل بهما ، فقلنا ببقاء التحريمة حتى يصح شروعه في الشفع الثاني ، وبفساد الشفع الأول حتى يجب القضاء لكون العمل على الوثيقة في باب العبادة . وفي مبسوط شيخ الإسلام ما قال أبو حنيفة هذا حيث أوجب الفساد بفساد الأداء ولم ترتفع التحريمة لأنه لم يوجد القطع فعليه قضاء الأخريين بالإجماع لبقاء التحريمة وصحة الشروع في الشفع الثاني ، وهذا إذا قعد بينهما ، فان لم يقعد قضى أربعاً ، لأن عندهما لم يصح الشروع في الثاني والأخريان لا يكونان قضاء عن الأوليين لأنه بناء على تلك التحريمة والتحريمة الواحدة لا يتسع فيها الأداء والقضاء .

فان قلت فساد الصلاة بترك القراءة في الركعتين أيضاً مجتهد فيه ، لأن أبا بكر الأصم وابن علية وابن عيينة لا يقولون بفسادها . قلت ذلك اختلاف لا اختلاف ، لكونه مخالفاً للدليل القاطع وهو قوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر من القرآن ﴾ ٢٠ المزمل .

( إذا ثبت هذا ) يعني الأصل المذكور ( فنقول إذا لم يقرأ في الكل ) شرع في بيان تلك المسائل الثمانية فلذلك قال فنقول بالبقاء الأولى إذا لم يقرأ في الأربع كلها ( قضى ركعتين عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد ( لأن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع

الاول عندهما فلم يصح الشروع في الثاني ، وبقيت عند أبي يوسف «رح» فصح الشروع في الثاني ثم إذا فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ، ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالإجماع ، لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ، ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول . ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالإجماع ،

---

الأول عندهما ، فلم يصح الشروع في الثاني ) أي في الشفع الثاني لما يصح الشروع الثاني لا يكون صلاة عندهما ، وعند أبي يوسف يصح ، لأن التحريمة باقية معنى قوله (وبقيت) أي التحريمة ( عند أبي يوسف فصح الشروع في الشفع الثاني ثم إذا فسد الكل بترك القراءة فيه ) أي في الكل ( فعليه قضاء الأربع عنده ) أي عند أبي يوسف وثمرة الإختلاف تظهر في الإقتداء به في الشفع الثاني هل يصح أم لا ، وفي القهقهة هل تكون ناقضة للوضوء أم لا ، فعندهما لا يصح الإقتداء ولا تنقض الطهارة خلافاً لأبي يوسف . وفي المحيط قيل هذا عند أبي يوسف فيما إذا أفسدها بترك القراءة ، أما لو أفسدها بالكلام أو الحديث العمد لا يلزمه إلا ركعتان ، قال هذا مذكور في المنتقى ، وفي المبسوط في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف يلزمه الاربع بالكلام أيضاً .

( ولو قرأ في الاوليين لا غير ) هذه المسألة الثانية وهي أن يقرأ في الركعتين الاوليين من الاربع ( فعليه قضاء الاخريين بالإجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده ) أي فساد الشفع الثاني ( بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الأول ) لان كل شفع صلاة على حدة ، ثم لو اقتدى به إنسان في الشفع الثاني وصلاة معه قضى الاوليين ذكره في المحيط لانه التزم ما لزم الإمام كاقتداء التطوع يصلي الظهر في آخرها .

( ولو قرأ في الاخريين ) هي المسألة الثالثة وهي أن يقرأ في الركعتين الاخريين ( لا غير فعليه قضاء الاوليين بالإجماع ) هذا مما اتحد فيه الجواب ، واختلف التخريج

لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني ، وعند أبي يوسف « رح » إن صح فقد أداها ، ولو قرأ فى الاوليين وإحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالإجماع ، ولو قرأ فى الاخريين وإحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالإجماع ، ولو قرأ فى إحدى الاوليين وإحدى الاخريين .

---

أشار اليه بقوله ( لان عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد ( لم يصح الشروع في الشفع الثاني ) فلا تكون صلاة في قولهما حتى لو اقتدى به إنسان في الشفع الثاني لا يصح اقتداءه ، ولو قهقه لا تنقض طهارته كذا ذكره قاضي خان في الجامع الصغير ، وذكر في المبسوط والاخريان لا يكونان قضاء عن الاوليين .

( وعند أبي يوسف إن صح ) أي الشروع في الشفع الثاني ( فقد أداها ) أي فقد أدى الاربع ، وإن لم يصح فعليه قضاء الشفع الاول ، وعلى كلا التقديرين لا خلاف في الجواب، وإنما الخلاف في التخريج .

( ولو قرأ في الاوليين ) هذه المسألة الرابعة وهي أن يقرأ في الركمتين الاوليين ( وإحدى الاخريين ) أي قرأ في إحدى الركمتين الاخريين (فعليه قضاء الاخريين بالإجماع) يعني إذا قعد في الاوليين .

( ولو قرأ في الاخريين ) هذه المسألة الخامسة وهي أن يقرأ في الركمتين الاخريين ( وإحدى الاوليين ) أي قرأ في إحدى الركمتين الاوليين ( فعليه قضاء الاوليين بالإجماع ) والاخريان صلاة عندهما خلافاً لمحمد ، ذكره في المحيط . وفي المبسوط والتحريمة عندهما لم تحل فصار شارعاً في الشفع الثاني وقد أتمه ، وعليه قضاء ما أفسده وهو الشفع الاول .

( ولو قرأ في إحدى الاوليين ) هذه المسأله السادسة ، وهي أن يقرأ في إحدى الركمتين الاوليين ( وإحدى الاخريين ) أي وقرأ في إحدى الركمتين الاخريين

وعلى قول أبي يوسف « رح » قضى الاربع وكذا عند أبي حنيفة لأن التحريمة باقية ، وعند محمد رحمه الله قضاء الأولين لأن التحريمة قد ارتفعت عنده ، وقد أنكر أبو يوسف « رح » هذه الرواية عنه، وقال رويت لك عن أبي حنيفة « رح » أنه يلزم قضاء ركعتين ، ومحمد « رح » لم يرجع عن روايته عنه ،

---

( فعلى قول أبي يوسف قضى الاربع ) لبقاء التحريمة ( وكذا عند أبي حنيفة ) أي وكذا عنده يقضي الاربع ، وإنما قال وكذا عند أبي حنيفة ، ولم يقل على قول أبي يوسف وأبي حنيفة ، لانه أشار بذلك إلى أنه ليس قول أبي حنيفة باتفاق بينه وبين أبي يوسف ، بل إنما قوله - بناء على رواية محمد - لأن عنده يقضي الركعتين على ما يجيء الآن ، وإنما يقضي الاربع عند أبي حنيفة أيضاً .

( لأن التحريمة باقية ، وعند محمد قضاء الأولين ، لأن التحريمة قد ارتفعت عنده ) وبه قال زفر لعدم صحة الشروع عندهما ( وقد أنكر أبو يوسف عليه ) أي على محمد ( هذه الرواية عنه ) أي عن أبي يوسف ( وقال ) أي أبو يوسف ( رويت لك عن أبي حنيفة أنه يلزم قضاء ركعتين ، ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ) بأن قال لأبي يوسف بل رويت إلى ما أقول وقلت أنت وأصل هذه القضية ما ذكر فخر الإسلام البزدوي في أول شرح الجامع الصغير كان أبو يوسف يتوقع عن محمد أن يروي كتاباً عنه فضعف محمد عنه الكتاب أي كتاب الجامع الصغير فاسأله عن أبي يوسف إلى أبي حنيفة ، فلما عرض على أبي يوسف استحسنه وقال حفظ أبو عبد الله مسائل خطأ في روايتها عنه ، فلما بلغ ذلك محمداً قال بل حفظها ونسي وهي ست مسائل :

إحداها : المسألة وهي رجل صلى التطوع أربعاً قرأ في أحد الأولين وأحد الأخريين لا غير ، روى محمد أنه يقضي أربعاً ، وقال أبو يوسف إنما رويت له ركعتين . وقال فخر الإسلام واعتمد مشايخنا رواية محمد ، وقال أيضاً يحتمل أن يكون ما حكى أبو يوسف

من قول أبي حنيفة ، قياساً ، وما ذكر محمد استحساناً ذكر القياس والاستحسان في الأصل ولم يذكر في الجامع الصغير .

والمسألة الثانية : مستحاضة توضأت بعد طلوع الشمس وصلت حين يخرج وقت الظهر ، وقال أبو يوسف إنما رويت لك حتى يدخل وقت الظهر .

الثالثة : المشتري من الغاصب إذا أعتق ثم أجاز المالك البيع بعد العتق ، وقال أبو يوسف إنما رويت لك لأنه لا ينفذ .

والرابعة : المهاجرة لاعدة عليها وتنكح ، إلا أن تكون حبلى فلا يجوز نكاحها. وقال أبو يوسف له أنها تنكح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع حملها .

والخامسة : عبد بين اثنين قتل مولاهما عمداً فعفى أحدهما بطل الدم كله ، قال أبو يوسف ومحمد يدفع ربعه إلى شريكه أو يفديه بربع الدية ، وقال أبو يوسف إنما حكيت له عن أبي حنيفة كما حكى عنها ، وإنما الإختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه عمداً وله اثنان فعفى أحدهما ، إلا أن محمداً ذكر الإختلاف فيها ، وذكر قوله تفسد مع أبي يوسف في المسألة الأولى ، ومع أبي حنيفة في المسألة الثانية .

والسادسة : رجل مات وترك ابناً وعبداً له لا غير ، فادعى العبد أن الميت كان أعتقه في صحة ، وادعى رجل على الميت بألف درهم وقيمة العبد الف ، فقال الإبن صدقتهما يسعى العبد في قيمته وهو حر ويأخذ الغريم بدينه . وقال أبو يوسف إنما رويت له أنه عبد ما دام يسعى في قيمته .

قال في المبسوط وغيره اعتماد المشايخ على رواية محمد ، والمذهب أن الراوي إذا أنكر رواية لا يبقى حجة خلافاً لمحمد والشافعي ذكره السرخسي والبزدوي في أصول الفقه .

( ولو قرأ في إحدى الأولين لا غير قضى أربعاً عندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف هذه المسألة السابعة وهي أن يقرأ في أحد الركعتين الأولين ولم يقرأ في الركعتين

وعند محمد « رح » قضاء ركعتين ، ولو قرأ في إحدى الأخريين لا غير قضى أربعاً عند أبي يوسف « رح » وعندهما ركعتين .

---

الأخريين يقضي عند أبي حنيفة وأبي يوسف أربع ركعات ( وعند محمد قضاء ركعتين ) أي يقضي ركعتين .

( ولو قرأ في إحدى الأخريين لا غير ) هي المسألة الثامنة ، وهي أن يقرأ في إحدى الركعتين الأخريين ولم يقرأ في غير ذلك شيئاً ( قضى أربعاً عند أبي يوسف ) يعني عند أبي يوسف يقضي أربع ركعات لعدم بطلان التحريمة وصحة الشروع ( وعندهما ركعتين ) أي يقضي عند أبي حنيفة ومحمد ركعتين لبطلان التحريمة وعدم صحة الشروع ، وفي هذا الباب ستة عشر وجهاً ، وهي قرأ في الأولى أو الثانية أو الثالثة أو الرابعة وفي الأوليين أو فيها والثالثة أو فيها والرابعة أو في الكل وفي الأخريين أو فيها والأولى أو فيهما والثانية أو لم يقرأ فيهن شيئاً أو قرأ في الأوليين ولم يتشهد أو تشهد ولم يقم إلى الثالثة أو قام اليها ولم يقيدها بالسجدة أو قيدها بالسجدة ، ولو دخل مع الإمام في الأوليين وتكلم قبل أن يدخل الإمام في الركعتين الأخريين يلزمه ركعتان عند أبي حنيفة ومحمد « رض » لأنه صار مقتدياً به في الركعتين لا غير . ولو تكلم بعدما قام إمامه إلى الثالثة وقرأ في الأربع يقضي أربعاً لأنه صار شارعاً في الشفع الثاني مع الإمام ، ولو اقتدى به الشفع فرعف فذهب ليتوضأ فتكلم فصلى امامه ستاً يصلي هو أربعاً لأنه لم يشرع معه في الشفع .

والثالث ذكره في المحيط ولا يجب بالتحريمة الأولى من النفل إلا ركعتان في ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف يلزمه جميع ما نوى ، ولو نوى بأنه ركعة وهو رواية بشر بن أبي النيسابوري اعتباراً بالنذر ، وعنه أنه يلزمه أربع ركعات دون ما زاد عليها ، رواه محمد بن سماعة عنه وبشر بن الوليد ، وفي رواية عنه يلزمه ثمان ركعات ذكره في الينابيع ، وفي مختصر البحر لو ترك القراءة في إحدى ركعتي الفجر أو صلاة السفر فسدت ولا يمكنه إصلاحها ، بخلاف ما لو سجد على النجاسة فأعادها على موضع طاهر حيث يصح .

قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلي بعد صلاة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فريضة القراءة في ركعات النفل كلها

---

( قال ) أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( وتفسير قوله ﷺ لا يصلي بعد صلاة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضيـــة القراءة في ركعات النفل كلها ) الكلام ها هنا في مواضع :

الأول : في حل التركيب فنقول قوله قال يقضي المقول وأن يكون المقول جملة إلا إذا كان القول بمعنى الحكاية ، وها هنا القول محذوف تقديره قال محمد رحمه الله في الجـــامع الصغير قوله عليه السلام لا يصلي بعد صلاة مثلها ، كـــذا ولا يجوز أن يكون قوله وتفسيره قوله .. الخ مقول القول لوجود حرف العطف . قوله – وتفسير قوله – كلام إضافي مرفوع بالابتداء وخبره محذوف كما ذكرناه ، وقوله – يعني ركعتين .. الخ – بيان لما فسره محمد في الجامع الصغير .

الثاني : رفع هذا الخبر إلى النبي عليه السلام لم يثبت ، وإنما هو موقوف على عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن مغيرة عن ابراهيم ، قال قال رضي الله عنه لا يصلي بعد صلاة مثلها ، وحديث عبد الله بن ادريس عن حصين عن إبراهيم والشعبي قالا قال عبد الله لا يصلي على أثر صلاة مثلها . وفي جامع الاسبيجابي هذا التفسير يروى عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ، وفي الجنازية عن علي رضي الله عنه ، وفي شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث هذا الخبر روي عن عبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم أنهم قالوا لا يصلى بعد صلاة مثلهـــا . وروى الطحاوي باسناده عن شرح الآثار عن عمر رضي الله عنـــه أنه كان يكره أن يصلى بعد صلاة مثلها .

الثالث : أن المصنف أورد هذا بعد أن ذكر أن القراءة واجبة في جميع ركعـــات النفل وما ترتب على ذلك من المسائل الثمانية لبيان فرضية القراءة في جميع ركعات النفل يوضح ذلك أنه لما ورد هذا الخبر عاماً وقد خص منه البعض لأنه يصلي سنـة الفجر ، ثم فرض الفجر وهما مثلان وكذا يصلي سنة الظهر أربعاً ثم يصلي الظهر أربعاً وهما مثلان ،

وكذا يصلي فرض الظهر ركعتين في السفر ثم يصلي السنة ركعتين ، ولما لم يكن العمل بعمومه قال محمد المراد منه أن لا يصلي بعد أداء الظهر نافلة ركعتان بقراءة ، وركعتان بغير قراءة يصلي يعني لا يصلي النافلة كذلك حتى لا يكون مثلاً للفرض مثل يقرأ في جميع ركعات النفل فيكون الحديث بياناً بفرضية القراءة في جميع ركعات النفل .

فإن قلت كيف بيان فرضية القراءة في جميع ركعات النفل والحال أنه غير مرفوع الى النبي ﷺ ، ولئن سلمنا رفعه وهو خبر الواحدة فكيف يفسد الفرضية . قلت أجاب الأترازي بقوله ما ثبت به الإتيان أن الأربع من النفل مجمل القراءة ، وخبر الواحد يصلح أن يكون ثبتاً لمجمل الكتاب ، ثم الفرضية ثبتت بقوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر من القرآن ﴾ ٢٠ المزمل . قلت هو قال قبل هذا الكلام وعندي أنه ليس بثابت عن رسول الله ﷺ ، بل هو كلام عمر رضي الله عنه ، فالذي لم يثبت عن النبي ﷺ كيف يكون مبيناً بمجمل الكتاب ، وقال الأكمل في الجواب أجيب بأنه قال بيان الفرضية ويجوز أن تكون الفرضية ثابتة بقوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ﴾ الآية بيان أنها فرض في التطوع ركعة فركعة .

قلت هذا مثله وليس بشيء ، لأن نص القرآن ظاهر مستغن عنه من البيان ، وليس بمجمل إذ لو كان مجملاً لقيل بفرضية الفاتحة وضم السورة ، على أن يكون هذا حديثاً لم يثبت كما ذكرنا . وفي الجنازية تفسير الحديث على الوجه المنقول بيان أن كل شفع مرة النوافل محل فرض من القراءة باعتبار أنه صلاة على حدة فرضت فيه القراءة بقوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر ﴾ وهذا كما يقال باعتبار المسح بالربع ثبت بخبر المغيرة بن شعبة رضي الله عنه ، وفرضيته ثبتت بقوله تعالى ﴿ فامسحوا ﴾ .

قلت هذا أيضاً من المشرب المذكور في كونه اعتمد على كون الحديث مرفوعاً ، وأيضاً فإن قوله بيان ان كل القيام .. الخ لا يحتاج إلى هذه المقالة ، لأنه لما ثبت ان كل شفع من النوافل صلاة على حدة فبرهنت فيه القراءة بقوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر من القرآن ﴾ ٢٢ المزمل ، لأن الأمر بالقراءة في مطلق الصلاة ، فكانت في الركعة الأولى من الفرض بالأمر ، وفي الثانية بدلالة النص ، فكذلك في الشفع من النفل ، لأنه صلاة والقراءة فرض

## ويصلي النافلة قاعداً مع القدرة على القيام ، لقوله عليه السلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم

في الصلاه ، ولأجل ما ذكرنا من الأمور حمل بعضهم هذا الخبر على النهي عن إعادة الصلاة سبب الوسوسة ، ذكره في الذخيرة ، وقيل كانوا يصلون الفريضة ثم يصلون بعدها أخرى يطلبون بذلك زيادة ، فنهي عن ذلك ، وقال لا يصلى بعد صلاة مثلها ، وحمله الشافعي على المسائلة في العدد وليس بشيء ، فإنه شرع بالإجماع في ركعتي الفجر مع الفجر نحوه كما ذكرنا .

وفي جامع فخر الإسلام ولو حمل على تكرار الجماعة في مسجد له أهل أو على قضاء صلاة عند توهم الفساد يكون صحيحاً . وفي الجنازية فإن ذلك ينكروه لما فيه من تسليط الوسوسة على القلب ، وقال بعضهم هذا حكم ظهر بعد سبب وهو ما روي أنه ﷺ ليلة التعريس دعاها فأوتر ثم صلى الفجر بجماعة فقال له أصحابه أونقضي بها بين الركعتين في وقت الصلاة من اليوم الثاني فقال ﷺ ان الله تعالى نهاكم عن الرياء فلا يأمركم به ، لا يصلى بعد صلاة مثلها ، معناه ان الفائتة إذا قضيت لا تقضى في اليوم الثاني في وقت تلك الصلاة من غير دليل ، قلت فيه نظر لا يخفى .

( ويصلي النافلة قاعداً مع القدرة على القيام ) معناه يجوز أن يصلي النافلة بحال كونه قاعداً مع القدرة على الصلاة قائماً ( لقوله ﷺ صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم ) هذا الحديث أخرجه البخاري والأربعة عن عمران بن حصين قال سألت النبي ﷺ عن صلاة الرجل قاعداً ، فقال من صلى قائماً فهو أفضل أو من صلى قاعداً فله نصف أجر القائم ، ومن صلى قائماً فله نصف أجر القاعد ، وفي رواية مسلم قال ﷺ صلاة الرجل قاعداً نصف الصلاة ، أي في حق الأجر .

فإن قلت هذا الحديث لم يتعرض النفل ولا للفرض ولا لحالة العذر وغيرها فكيف وجه التمسك به . قلت قال الشراح فأما حاصله ان الإجماع منعقد على أن صلاة القاعد معذور مساوية لصلاة القائم في حق الأجر فلم يبق حينئذ إلا صلاة النفل قاعداً بدون العذر ، لأن الفرض لم يجز قاعداً بلا عذر ، قلت هذا غير مخلص على ما لا يخفى ، لأنهم ما

ولأن الصلاة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه ، واختلفوا في كيفية القعود ، والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التشهد

---

ذكروا شيئاً يدل على ما قالوا ، فأقول وبالله التوفيق أن أبا بكر بن أبي شيبة روى في سننه عن المسيب بن رافع الكاهلي قال صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم إلا من عذر ، وروى أيضاً عن عبد الله بن شقيق قال سألت عائشة رضي الله عنها لكان رسول الله ﷺ يصلي قاعداً قالت بعدما حطمته أنس هذا دليل على أن المراد من قوله ﷺ صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم غير حال العذر . وقال الترمذي وقال سفيان الثوري هذا الحديث من صلى جالساً فله نصف أجر القائم ، قال هذا الصحيح ومن ليس له عذر ، وأما من كان له عذر من مرض أو غيره فصلى جالساً فله مثل أجر القائم ، وقد روي في بعض الحديث مثل قول سفيان الثوري .

فإن قلت هذا الذي ذكرته منها لا يدل على المدعى . قلت روي أنه ﷺ كان يصلي بعد الوتر قاعداً . وعن عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ يصلي ليلاً طويلاً قائماً وليلاً طويلاً قاعداً ، الحديث رواه الجماعة إلا البخاري فهذا يدل على أن النفل قاعداً من غير عذر يجوز ، وأما الأحاديث المذكورة تدل على أن الصلاة قاعداً في الفرض لا يجوز إلا من عذر .

( ولأن الصلاة خير موضوع ) أي مشروع لك مرفوع عنك لكونها غير واجبة ، روى أحمد في مسنده والبزار في سننه من حديث أبي عبيدالله بن الحجاس عن أبي ذر عن النبي ﷺ الصلاة خير موضوع ، فمن شاء اشتغل ، ومن شاء استكبر . ورواه ابن حبان في صحيحه والطبراني في الأوسط ( وربما يشق عليه ) أي على المصلي ( القيام فيجوز له تركه ) أي ترك القيام ( كيلا ينقطع عنه ) أي عن فعل النافلة ، وفي بعض النسخ كيلا ينقطع به أي بسبب القيام عن الخير ، لأن القيام ربما يفضي إلى ذلك .

( واختلفوا في كيفية القعود ) أي اختلف العلماء في كيفية القعود وحالة القراءة ، قال المصنف ( والمختار أن يقعد كما يقعد في حالة التشهد ) وهو الذي اختاره الفقيه أبو

لأنه عهد مشروعاً في الصلاة ، وإن افتتحها قائماً ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة « رح » ، وهذا استحسان ، وعندهما لا يجوز به

---

الليث السمرقندي وشمس الأئمة السرخسي وهو قول زفر رحمه الله ،وفي الخلاصة عن أبي حنيفة ثلاث روايات في رواية يجلس كما يجلس في التشهد ، وفي رواية يتربع ، وفي رواية يحتبي ، وفي شرح الطحاوي وفي قول زفر يجلس كما يجلس في التشهد وفي حال التشهد يجلس كما يجلس في التشهد بالإجماع . وفي الذخيرة يقعد في التشهد كما يقعد في سائر الصلاة إجماعاً ، وعن أبي حنيفة في حالة القراءة روايتان إن شاء قعد كذلك ، وإن شاء تربع وإن شاء احتبى وعن أبي يوسف أنه يحتبي وعنه أنه يتربع إن شاء ، وعن محمد أنه يتربع ، وذكر خواهر زادة في باب الحدث أنه يخير بين التربيع والاحتباء ، وروي عن أبي حنيفة أنه يتربع في صلاة الليل من أول الصلاة إلى آخرها . وقال أبو يوسف إذا هات وقع الركوع والسجود ويقعد كما يقعد في تشهد المكتوبة . وفي مختصر الكرخي عن أبي حنيفة يقعد كيف شاء وبه قال محمد وغيره من السلف . وروى الحسن أنه يتربع وإذا أراد الركوع يثني رجله اليسرى ويفترشها ، وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أنه يركع متربعاً ، وذكر شيخ الإسلام الأفضل له أن يقعد في موضع القيام محتبياً ، لأن عامة صلاة رسول الله عليه السلام في آخر عمره كان محتبياً ، وفي شرح الوجيز الإفتراش أفضل في قول ، والتربيع أفضل في قول ، وقيل ينصب ركبته اليمنى ويفترش رجله اليسرى ، وقيل ينصب رجله اليمنى كالقارىء يجلس بين يدي المقرىء . وعند مالك يتربع ، وعند أحمد يتربع في حال القيام ويثني رجليه في الركوع والسجود ، وتفسير الإحتباء أن ينصب ركبتيه ويجمع يديه عند ساقيه بعمامته أو بيديه والمراد ها هنا جميعاً بيديه .

( لأنه ) أي قعود التشهد ( عهد مشروعاً في الصلاة ) فكان أولى من غيره ( وإن افتتحها ) أي وإن افتتح النافلة حال كونه ( قائماً ثم قعد من غير عذر ) قيد به ، لأنه إذا قعد بعذر جاز بالإتفاق وغير عذر ( جاز عند أبي حنيفة ) وبه قال مالك والشافعي ( وهذا استحسان ) أي قول أبي حنيفة هو استحسان .

( وعندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد ( لا يجوز به ) وبه قال بعض أصحاب

وهو قياس ، لأن الشروع معتبر بالنذر له انه لم يباشر القيام فيا بقي ، ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لأنه التزمه نصاً ، حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ « رح »

---

الشافعي ( وهو قياس ) أي قولها هو القياس ( لأن الشروع معتبر بالنـــذر ) هذا وجه القياس ، لأن المشروع ملزم كالنذر ، فاذا نذر أن يصلي قائماً لا يجوز له أن يصلي قاعداً ، فكذا إذا شرع قائماً لا يجوز له أن يتم قاعداً .

( وله ) أي ولأبي حنيفة وهو وجه الإستحسان ( أنه ) أي أن المفتتح قائماً ( لم يباشر القيام فيا بقي ) من الصلاة ( ولما باشر صحة بدونه ) أي لما باشر من القيام في الأولى صحة بدون القيام في الثانية بدليل حالة العذر فلا يكون الشروع في الأولى قائماً موجباً للقيام في الثانية ( بخلاف النذر لأنه التزمه نصاً ) أراد أن القياس على النذر غير صحيح ، لأنه التزم قيامه من حيث أنه نفل عليه تسبيت فيلزمه ( حتى لو لم ينص على القيام ) في نذره ( لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ) أراد به فخر الإسلام ومن وافقه ، قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ، وإذا نذر أن يصلي مطلقاً لم يلزمه القيام ، ثم قال هذا هو الصحيح . وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني لا رواية فيها إذا نـــذر أن يصلي صلاة ولم يقل قائماً أو قاعداً ، أما إذا قاله يجب قائماً أو قاعداً .

ثم اختلف المشايخ قال فخر الإسلام لم يلزمه القيام لأنه في النفل وصف ، وقال الأكمل وفي قوله – حتى لو لم ينص – .. الخ نظر لأنه لا يستقيم في الاستـــدلال على قول أبي حنيفة أخذ قوله بعض من تأخر عنه بأزمنة كثيرة . قلت ليس الأمر كذلـــك لأن قوله – حتى لو لم ينص – الخ نتيجة قول أبي حنيفة الذي يفهم منه ، وكيف لا يستقيم الإستدلال فيها بقول متأخر لقوله متقدم ، ومع هذا لا رواية عنه فيا إذا نذر صلاة مطلقاً هل يصلي قائماً أو قاعداً كما ذكرنا ، وقال الأكمل أيضاً واعلم أن الدليل المذكور في الكتاب يفيد أنه لو قعد في الركعة الأولى بعد افتتاحها لا يجوز ، لأن الشروع يلزمه ما باشره وما باشره إلا قائماً . وذكر في الفوائد الظهيرية ما يدل على جوازه حيث قال المتطوع في الإبتداء

كانت له الخيرة بين الإفتتاح قائماً وبين الإفتتاح قاعداً فكذلك في الإنتهاء بالطريق الأولى ، لأن حكم الإستدامة أخف .

قلت هذا الذي قاله من كلام السغناقي ، ثم قال الأكمل وفيه نظر ، لأن كون البقاء أسهل من الإبتداء من المسلمات لا نزاع فيه ، لكن عارضه أصل آخر وهو أن الشروع فيما باشره يلزمه . قلت المتطوع مخير بين القيام والقعود ، ولأن القيام صفة زائدة ، والصلاة تجوز بدونه صفة القيام ، فبالنظر إلى هذا الشروع فيما باشره غير ملزم والإستحقاق هذا الجزء الذي شرع فيه إسمية الصلاة إنما يكون بانضمام أجزاء أخر .

فروع : لو تركا على عصا أو حائط بغير عذر لا يكره عنده ، وعندهما يكره . ولو نذر صلاة وهو راكب فقد ذكر الكرخي أنه يجوز أداؤها راكباً ، وفي الأصل لو نذر أن يصلي راكباً لم يجزئه ، ولم يفصل بينهما إذا كان ناذر راكباً على الدابة أو الأرض ، وذكر ابن أبي شيبة عن السلف منهم الحسن البصري أنه قال لا بأس من أن يصلي الرجل ركعة قائماً وركعة قاعداً ، وكذا روي عن شعبة عن الحكم وحماد ، ولم يذكر عن غيرهم خلاف وذهب بعض الناس إلى أنه إذا افتتحها قاعداً لا يتمها قائماً ، والصحيح جواز ذلك . ومن العلماء من كره أن يصلي الإنسان النافلة قاعداً من غير عذر . وفي مبسوط بكر أطلق النذر قيل يلزمه نصف القيام وقيل القعود ، وقيل يتخير ، وعلى الثلاثة لا يجوز . وعن الكرخي لو نذر راكباً يجزئه .

ولو نذر أن يصلي بغير وضوء أو بغير قراءة فعند أبي يوسف يلزمه ويلغو ذكر الوصف وعند زفر لا يلزمه ، وعند محمد لو سمى ما لا يجوز أداء الصلاة إلا بمه كالصلاة من غير طهارة لا يلزمه وإلا يلزمه كالصلاة من غير قراءة . ولو شرع في الأوقات المكروهة وقطعها لزمه القضاء ، فان قضاها فيها أو في مثلها سقط القضاء .

( ومن كان خارج المصر تنفل على دابته إلى أي جهة توجهت دابته يومىء إيماء ) جملة حالية ، أي يتنفل حال كونه مومئاً ، وفي المحيط من الناس من يقول إنما يجوز التطوع على الدابة إذا توجهت إلى القبلة عند افتتاحها ثم يترك التوجه والتحرف عن القبلة . أما لو

افتتح الصلاه إلى غير القبلة لا يجوز لأنه لا ضرورة في حال الإبتداء ، وإنما الضرورة في حالة البقاء ، وعند العامة يجوز كيفما كان ، وصرح في الإيضاح بأن القائل به الشافعي ، وقال ابن بطال استحب ابن حنبل وأبو ثور أن يفتتحها متوجهاً إلى القبلة ثم لا يبالي حيث توجهت . وقالت الشافعية القعود في الركوب على الدابة إن كانت سهلة يلزمه أن يدير رأسها عند الإحرام إلى القبلة في أصح الوجهين ، وهو رواية ابن المبارك ذكرها في جوامع الفقه ، وفي الوجه الثاني لا يلزمه ، وفي القطار والدابة الصعبة لا يلزمه ، وفي العمارية والمحمل الواسعي يلزمه التوجه كالقبية . وقيل في الدابة يلزمه في السلام أيضاً ، والأصح ان الماضي يتم ركوعه وسجوده ويستقبله فيهما وفي إحرامه ولا يمشي إلا في قيامه ، ومذهبنا هو قول علي وابن الزبير وأبي ذر وأنس وابن عمر ، وبه قال طاووس وعطاء والأوزاعي والثوري ومالك والليث .

( لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ يصلي على حمار وهو متوجه إلى خيبر يومىء إيماء ) الحديث في هذا الباب روي عن ابن عمر وجابر وأنس وعامر بن ربيعة وأبي سعيد وأخرجه بلفظ الكتاب إلا عن أنس رضي الله عنه أخرجه الدارقطني في غرائب مالك عن مالك عن الزهري عن أنس قال رأيت النبي عليه وهو متوجه إلى خيبر على حمار يصلي يومىء إيماء وسكت عنه .

أما حديث ابن عمر فأخرجه مسلم وأبو داود والنسائي وعمرو بن يحيى المازني عن سعيد بن يسار عن عبد الله بن عمر قال رأيت رسول الله عليه السلام يصلي على حمار وهو متوجه لخيبر ، فان النسائي عن عمرو بن يحيى لا يتابع على قوله – على حمار – وإنما هو راحلة ، قيل وغلط الدارقطني وغيره عمرو بن يحيى في ذلك المعروف على راحلته وعلى البعير ، وقوله – يومىء إيماء – لكن في الحديث .

وأما حديث جابر فان ابن جبارة أخرجه في صحيحه عنه قال رأيت النبي عليه السلام يصلي النوافل على راحلته فى كل وجه يومىء إيماء ، لكنه يخفض السجدتين من الركعتين

ولأن النوافل غير مختصة بوقت،فلو ألزمناه النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة . أما الفرائض مختصة بوقت ،

---

وأخرجه أبو داود والترمذي ولفظه بعني النبي عليه السلام فى حاجة فجئت وهو يصلي على راحلته نحو الشرق السجود وأخفض ، وقال الحسن صحيح أخرجه البخـــاري عنه قال كان النبي عليه السلام يصلي على راحلته حيث توجهت بـه ، فاذا أراد الفريضة نزل فاستقبل القبلة .

وأما حديث عمر بن ربيعة [١] فان البخاري ومسلماً أخرجاه عنه قال رأيت رسول الله عليه السلام وهو على الراحلة يسبـــح يومىء برأسه ، قبل أي وجه توجه ولم يكن يصنع ذلك فى المكتوبة .

وأما حديث أبى سعيد فأخرجه [٢] .

( ولأن النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول ) من الدابة ( والإستقبال ) إلى القبلة ( تنقطع عنه النافلة ) بالنون لأنه إذا ألزم النزول لا يقدر أن يتطوع راكبـــاً ، والنافلة خير موضوع مشروع على حسب السعة ففي إلزام النزول بعذر ضرر ( أو ينقطع هو ) أي المتطوع ( عن القافلة ) بالقاف على تقدير النزول وفيه ضرر لا يخفى .

( أما الفرائض مختصة بوقت ) فلم يجبر أن يؤديها راكباً لعدم لزوم الحرج في النزول . وفي خلاصة الفتاوي أما صلاة الفرض على الدابة لعذر فجائزة ومن الأعذار المطر عن محمد إذا كان الرجل في السفر فأمطرت السماء فلم يجد مكاناً ما يشاء ينزل للصلاة فإنه يقف على الدابة مستقبل القبلة ويصلي بالإيماء إذا أمكنه إيقاف الدابة ، فإن لم يمكنه يصلي مستدبر القبلة ، وهذا إذا كان الطين بحال يصيب وجهه ، فإن لم تكن مذه المثابـة لكن العرض بذل صلى هنالك ثم قال وهذا إذا كانت الدابة تسير بنفسها ، أما إذا سيرها صاحبهـا فلا

---

(١) ليس هذا من رجال البخاري ومسلم وربما المقصود هنا عامر بن ربيعـة صحابى كما ورد قبلاً . اهـ مصححه .

(٢) هكذا فى الأصل ناقص .

والسنن الرواتب نوافل ، وعن أبي حنيفة « رح » أنه ينزل لسنة الفجر لأنها آكد من سائرها ، والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر

---

يجوز التطوع ولا الفرض . ومن الأعذار اللص والمرض ، وأما البادية فتجوز ذلك كذا ذكر صاحب الخلاصة ، ومن الأعذار كون المسافر شيخاً كبيراً لا يجد من يركبه إذا نزل ، وفيها الخوف من السبع . وفي المحيط تجوز الصلاة على الدابة في هذه الأحوال ولا تلزمه الإعادة بعد زوال العذر .

( والسنن الرواتب نوافل ) يعني حكم السنن الرواتب حكم النوافل في جواز الأداء على الدابة في أي جهة توجهت ، ومن الدليل على كون السنن الرواتب نوافل أنها تؤدى بمطلق النية .

( وعن أبي حنيفة أنه ينزل لسنة الفجر ) ولهذا لا يجوز فعلها قاعداً عند أبي حنيفة ، وقد مر أنها واجبة عنده في رواية ، وعن محمد بن شجاع يجوز أن يكون هذا بيان الأولى يعني أن الأولى أن ينزل لركعتي الفجر ، وعلل ذلك بقوله ( لأنها ) أي لأن سنة الفجر ( آكد من غيرها ) أي أقواها حتى يجوز للعالم أن يترك سائر السنن لتحصيل العلم دون سنة الفجر ، وفي قول للشافعي وأحمد أنها آكد من الوتر ( والتقييد بخارج المصر ) يتنفل على دابته ( ينفي اشتراط السفر ) لأنه أعم من أن يكون سفراً وغير سفر ، وفيه إشارة إلى ما روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن جواز التطوع على الدابة للمسافر خاصة ، لأن الجواز بالإيماء للضرورة ولا في الحضر ، والصحيح أن المسافر وغيره بعد أن يكون خارج المصر .

واختلفوا في مقدار البعد عن المصر ، والمذكور في الاصل مقدار فرسخين أو ثلاثة ، وقدر بعضهم بالميل ، ودفع الجواز في أقل منه ، وفي فتاوى المرغيناني والأصح أن في كل موضع يجوز للمسافر قصر صلاته فيه يجوز التطوع فيه على الدابة . وقيل إن كان بينها وبين المصر ومصلى العبد يجوز ، وأقل من ذلك لا يجوز ، وعند الشافعي يجوز في طويل السفر وقصيره ، وقال مالك لا يصلي أحد على دابته في السفر ولا يقصر فيه الصلاة ، ويرد

والجواز في المصر وعن أبي يوسف « رح » أنه يجوز في المصر أيضاً
ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر والحاجة إلى الركوب فيه أغلب،

---

عليه الآثار الواردة فيها من غير تحديد سفر ولا تخصيص مسافر ، فصار كالمتيمم ، وقال الطبري لا أعلم من خالف ذلك إلا مالك رحمه الله .

( والجواز في المصر ) بالنصب عطفاً على قوله اشتراط التقييد أيضاً بخارج المصرينفي جواز التطوع على الدابة في المصر .

فإن قلت التخصيص بالذكر لا يدل على النفي . قلت ذلك في النصوص دون الروايات ، وذكر في أنها روايات عن أبي حنيفة لا يجوز التطوع على الدابة في المصر ، وعند محمد يجوز ويكره .

( وعن أبي يوسف أنه يجوز في المصر أيضاً ) حكي أن أبا يوسف لما سمع هذا الجواب عن أبي حنيفة قال حدثني فلان ورفع الإسناد إلى رسول الله ﷺ ركب الحمار في المدينة يعود سعد بن عبادة وكان يصلي فلم يرفع أبو حنيفة رأسه قيل إنما لم يرفع رأسه ظهاراً للرجوع عن قوله إلى الحديث وإلا معيا وله ، وقيل هذا حديث شاذ . والشاذ فيما يعم به البلوى لا يكون حجة وإنما لم يرفع رأسه لعدم مبالاته به وهو الأصح ، لأن رفع الرأس عبارة عن مبالاه بالشيء يقال لم يرفع لحديثي رأساً ، أي لم يضع له ولم يتأمله ولم يقع موقع القبول عنده ، فأبو يوسف أخذ بالحديث ومحمد « رح » كذلك إلا أنه كره في الحضر ، لأن اللفظ والأصوات تكثر فيه فيكثر الخطأ والغلط في القراءة وترتيب أفعال الصلاة فيؤدي ذلك إلى إبطال العمل وفساد العبارة ظاهر . قلت ولأبي يوسف أن يحتج بما رواه أنس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ صلى على حمار في أزقة المدينة يومىء إيماء ذكره ابن بطال في شرح البخاري .

( ووجه ظاهر الرواية أن النص ورد خارج المصر ، والحاجة إلى الركوب فيه ) أي في خارج المصر ( أغلب ) حاصله أن الصلاة على الدابة بالإيماء مع القدرة على الركوع والسجود خلاف القياس فاقتصر جوازها على مورد النص وهو خارج المصر فيبقى الحكم في المصر على أصل القياس .

فإن افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني ، وإن صلى ركعة نازلاً ثم ركب استقبل ، لأن إحرام الراكب انعقد مجوزاً للركوع والسجود لقدرته على النزول ، فإذا أتى بهما صح ، وإحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر

---

( فإن افتتح التطوع راكباً ثم نزل يبني ) على افتتاحه ويكمل فإن قلت هذا بناء القوي على الضعيف فلا يجوز كالمريض يصلي بالإيماء ثم قدر على الأركان لا يجوز له البناء . قلت بينهما فرق ، لأن الإيماء من المريض بدل من الأركان ومن الراكب لا لأن البدل في القادر يصار اليه عند العجز ، والراكب لا يعجز عن الأركان بأن ينتصب على الركابين فيكون ذلك قياماً منه ، ولذلك يمكنه أن يخر راكعاً وساجداً ومع هذا أطلقه الشارع في الإيماء فكان قوياً في نفسه فلا يؤدي إلى بناء القوي على الضعيف كما في الضعيف .

فإن قلت إذا كان الإيماء قوياً لماذا يجوز البناء إذا تحرم بالإيماء ثم ركب أو أركب قلت أما إذا ركب فلأن الركوب عمل كثير وأنه قاطع للتحريمة ، وأما إذا أركب فلأن الدليل يأبى جواز الصلاة راكباً ، لأن سير الدابة مضاف إلى راكبها فيتحقق الأداء في أماكن مختلفة فحينئذ يتحقق الأداء في حالة المشي وذا لا يجوز ، إلا أن الشرع جعل الأماكن المختلفة كمكان واحد للحاجة إلى قطع المسافة وصيانة نفسه وماله عن التوى والتلف ، فكان ابتداء التحريم نازلاً لدليل استغنائه عما ذكرنا فلا يجوز له البناء بغير ذلك .

( وإن صلى ركعة نازلاً ) فسدت الركعة ووقع اتفاقاً ، لأنه لو لم يصل ركعة فالحكم كذلك . وقوله — نازلاً — حال ومعناه صلى ركعة وهو على الأرض ( ثم ركب استقبل ) صلاته ( لأن إحرام الراكب انعقد مجوزاً ) بكسر الواو نصب على الحال وهذا تعليل المسألة الأولى ( للركوع والسجود لقدرته على النزول ، فإذا أتى بهما ) أي بالركوع والسجود ( صح ) لأن الراكب بالخيار إن شاء ترك وأتمها بالركوع والسجود وهذا تعليل المسألة الثانية ( وإحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود ، ولا يقدر على ترك ما لزمه ) بطريق الوجود ( من غير عذر ) وهذا الفرق الذي ذكره المصنف هو الصحيح .

وعن أبي يوسف « رح » أنه يستقبل إذا نزل أيضاً ، وكذا عن محمد « رح » إذا نزل بعدما صلى ركعة ، والأصح هو الظاهر

---

وقيل في الفرق بأن النزول عمل قليل والركوب عمل كثير ، ورد بأنه لو رفع ووضع على السرج لا يبني مع أن العمل لم يوجد فصلاً عن العمل الكثير .

( وعن أبي يوسف أنه يستقبل إذا نزل أيضاً ) لأنه بنـــاء القوي على الضعيف فصار كالمريض إذا قدر على الركوع والسجود في أثناء الصلاة ( وكذا عند محمـد « رح » ) أي كذا روي عن محمد « رح » أنه يستقبل ( إذا نزل بعدما صلى ركعة ) قيل لهذا لأنه لو لم يصل ركعة قائماً ثم نزل أتمها نازلاً ، لكن هذا على أصل محمد غير مستقيم ، لأن تحريمـه الصلاة انعقدت للايماء فلا يصح إتمامها بركوع وسجود لأنه يكون بناء القوي على الضعيف كذا نقل عن أبي بشر ( والأصح هو الظاهر ) أي ظاهر الرواية وهو أن الراكب المتطوع إذا نزل يبني والراكب إذا ركب يستقبل .

فروع : لو افتتح التطوع على الدابة خارج المصر ثم دخل مصراً قبل أن يفرغ منهـا ذكر في غير رواية الأصول أنه يتمها ، واختلفوا في معناه ، فقيل يتمها قاعداً على الدابة ما لم يبلغ منزله . وقيل يتمها بالنزول على الأرض ذكره المرغيناني ، وفي المبسوط يصلي على الدابة ، وإن كان سرجه قذراً . وكان محمد بن مقاتل الرازي وأبو جعفر البخـاري يقولان لا يصح إذا كانت النجاسة في موضع جلوسه أو في موضع ركابيته أكثر من قدر الدرهم كالأرض ، وأكثر المشايخ على الجواز . وقالوا الدابة أشد من ذلك يعني أن باطنها لا يخلو عن النجاسة ويقال لا اعتبار للنجاسة بدليل ان من حمل حيواناً طاهراً يصلي به يجوز مع نجاسة باطنة .

والجواب الصحيح أن فيها ضرورة ، وقد ترك الركوع والسجود مع ان كان الـنزول والأداء على الأرض للضرورة ، والأركان أقوى من الشرائط ، فإذا سقطت فشرط طهارة المكان أولى ، وقيل إن كانت للنجـاسة على الركابين فلا بأس بهـا ، وإن كانت في موضع جلوسه منع الجواز .

حمل امرأة من القرية إلى المصر لها أن تصلي على الدابة في الطريق ، وأما الصلاة على

المعجلة إن كان طرفها على الدابة وهي تسير ولا تسير فهي صلاة على الدابـة تجوز في حالة العذر في الفرض، وإن لم يكن يجوز بمنزلة السرير. رجلان في محل واحد فاقتدى أحدهما بالآخر في التطوع أجزأهما ، وإن كان في شقين وأحدهما مربوط بالآخر فكذلك وإلا لا يجوز ، وقيل يجوز كيفما كان إذا كانا على دابة واحدة . وفي المحيط لو صلى في شق محمل لا يجوز إلا أن يركن تحت محملة خشبة لأنه يكون قرار المحمل على الأرض لا على الدابة فيكون في المحمل كالسجود على الأرض والسرير،وحكي أن أبا يوسف أمر هارون الرشيد أن يفعل ذلك ، ومثلها صلاة الجنازة والنفل الذي أفسده والمنذور والوتر عنده والسجدة التي تليت على الأرض .

وفي جوامع الفقه لو حرك رجليه أو إحداهما متداركا أو ضربها بخشبة فسدت صلاته، بخلاف النجس إذا لم تسر ، وفي الذخيرة إن كانت تساق بنفسها فليس له ذلك ، وإن كانت لا تساق فرفع سوطه فضربها به ونخسها لا تفسد صلاته .

## ( فصل في قيام شهر رمضان )

أي هذا فصل في بيان أحكام قيام الناس في ليالي شهر رمضان ، وإنما اختـــاره هذا اللفظة أعني قيام شهر رمضان اتباعاً لحديث أبي هريرة الذي أخرجه الجماعة عنه أنه قال كان رسول الله ﷺ يرغب الناس في قيام رمضان من غير أن يأمر فيه بعزيمة ، فيقول من قام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه .

قوله - إيماناً - أي تصديقاً بأنه حق . وقوله - احتساباً - أن يفعله لله تعـــالى لا رياء ولا سمعة .

ووجه ذكره في باب النوافل ظاهر ، والمناسبة بينه وبين الفصل الذي قبله من حيث أن وجوب القراءة في جميع ركعات التراويح لأنها نوافل ، وفي المبسوط أجمعت الأمة على مشروعيتها ولم ينكرها أحد من أهل القبلة إلا الروافض .

## ويستحب أن يجتمع الناس في شهر رمضان بعـــد العشاء فيصلي بهم إمامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين

( ويستحب أن يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء ) اختلف العلماء في كونها سنة أو متطوعاً مبتدأ ، فقال الإمام حميد الدين الضرير رحمه الله نفس التراويح سنه ، أما أداؤها بالجماعة فمستحب . وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أن التراويـــح لا يجوز تركها ، وقال الشهيد هو الصحيح . وفي جوامع الفقه التراويح سنة مؤكدة ، والجماعة فيها واجبة وكذا في المكتوبات ، قال وذكر في الروضه أن الجماعة فضيلة ، وفي الذخيرة عن أكثر المشايخ أن إقامتها بالجماعة سنة على الكفـــاية ، ومن صلى في البيت فهو تارك فضيلة المسجد ، وفي المبسوط لو صلى إنسان في بيته لا يأثم ، فعلها ابن عمر وسالم والقاسم وابراهيم ونافع ، فدل هذا على أن الجماعة في المسجد سنة كفاية أي لا يظن بابن عمر رضي الله عنه ومن معه ترك السنة وهذا هو الصواب ، ونذكر من قريب معنى قوله – أن يجتمع الناس – وقوله – بعد العشاء – .

( فيصلي بهم ) أي بالناس ( إمامهم خمس ترويحات ) الترويحات جمع ترويحة وكذلك التراويح وهي في الأصل اسم للجلسة ، وسميت بالترويحة لإستراحة النـــاس بعد أربـــع ركعات بالجلسة ، ثم سميت كل أربع ركعـات ترويحة مجـازاً لما في آخرها من الترويحة ، ويقال الترويحة إسم لكل أربع ركعات فإنها في الأصل إيصال الراحة وهي الجلسة ، ثم سميت الاربع ركعات التي في آخرها الترويحة كما أطلق إسم الركوع على الوظيفة التي تقرأ في القيام لأنه متصل بالركوع ، وسئل العلامة الترويحة قبل الوتر بعد التراويح ، قال ذلك بطريق المجاز إطلاقاً لإسم الأغلب عن الكل ، وعن أبي سعيد سميت ترويحـة لإستراحة القوم بعد كل أربع ركعات ، وفي المغرب روحت بالناس أي صليت بهم التراويح . وفي المجتبى سميت تراويح الترويح فيا بينها ، وقيل لاعقابه راحة الجنة .

( كل ترويحة بتسليمتين ) فيصير الجملة عشرين ركعة وهو مذهبنا ، وبه قال الشافعي وأحمد ، ونقله القاضي عن جمهور العلماء ، وحكي أن الأسود بن يزيد كان يقوم بأربعـين ركعة بليلة ، وعند مالك « رح » تسع ترويحات بستة وثلاثين ركعـة غير الوتر ، واحتج

ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم وذكر لفظ الاستحباب والأصح أنها سنة ،

---

على ذلك بعمل أهل المدينة ، واحتج الأصحاب الشافعية بمذهبهم بما رواه البيهقي بإسناد صحيح عن السائب بن يزيد الصحابي قال كانوا يقومون على عهد عمر رضي الله عنه بعشرين ركعة ، وعلى عهد عثمان وعلي رضي الله عنهما مثله . وفي المغني عن علي رضي الله عنه أنه أمر رجلاً أن يصلي بهم في رمضان بعشرين ركعة قال وهذا كالإجماع .

فإن قلت قال في الموطأ عن يزيد بن رومان قال كان الناس في زمان عمر رضي الله عنه يقومون في رمضان بثلاث وعشرين ركعة . قلت قال البيهقي والثلاث من الوتر ويزيد لم يدرك عمر رضي الله عنه فيكون منقطعاً والجواب عما قاله مالك أن أهل مكة كانوا يطوفون بين كل ترويحة ويصلون ركعتي الطواف ولا يطوفون بعد الترويحة الخامسة ، فأراد أهل المدينة مما وانهم فجعلوا مكان كل طواف أربع ركعات فزادوا ستةعشر ركعة وما كان عليه أصحاب رسول الله ﷺ أحق وأولى أن يتبع ، قيل من أراد أن يعمل بقول مالك ينبغي له أن يفعل كما قال أبو حنيفة رضي الله عنه يصلي عشرين ركعة بجماعة كما هو السنة ويصلي الباقي فرادى كأنه ليس من التراويح بل هو نفل مبتدأ إذ الجماعة فيه مكروهة .

( ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ) ثم هو مخير ، إن شاء سبح ، وإن شاء هلل ، وإن شاء صلى ، وإن شاء سكت ، أي فعل فهو حسن كذا قاله قاضي خان رحمه الله ، ولو صلى أربع ركعات كما هو فعل أهل المدينة أو طاف أسبوعاً بينهما كما فعل أهل مكة فأهل كل بلدة بالخيار ، ولو استراح الإمام بعد خمس ترويحات قيل لا بأس به ، قال السرخسي وليس بشيء لمخالفة أهل الحرمين ، وكذا بين الخامسة والوتر ، وفي جوامع الفقه يكره للقوم أن يصلوا بين كل ترويحة ركعتين لأنها بدعة مع مخالفة الإمام ( ثم يوتر بهم ) أي ثم يصلي الإمام بالجماعة الوتر ، وسيجيء حكم الوتر بالجماعة .

( وذكر لفظ الإستحباب ) أي ذكر القدوري لفظ الإستحباب حيث قال يستحب أن يجمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء ( والأصح أنها سنة ) أي الأصح في المذهب

كذا روى الحسن عن أبي حنيفة « رح » لأنه واظب عليها الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ،

---

أن التراويح سنة ، وقد سبقنا الكلام فيه عن قريب . قال الأكمل والأصح أنها سنة يعني في حق الرجال والنساء ، وفيه نظر لأنه قال يستحب أن يجتمع وهذا يدل على أن الإجتماع يستحب ، وليس فيه دلالة على أن التراويح مستحبة وإلى هذا ذهب بعضهم ، وقال التراويح سنة والإجماع مستحب . قلت القدوري لم يتعرض إلا إلى كون اجتماع الناس في شهر رمضان يستحب وسكت عن نفس كون التراويح مستحبة أو سنة ، والمصنف لم يرد على القدوري فيما قاله ، وإنما قال والأصح أن التراويح في نفس الأمر سنة ، ولا يلزم من كونها سنة كون الجماعة فيه سنة .

( كذا روى الحسن عن أبي حنيفة ) أي كما قلنا الأصح أن التراويح سنة روى الحسن عن أبي حنيفة كذلك نصاً وقد ذكرناه ( لأنه ) أي لأن الشأن ( واظب عليها ) أي على التراويح ( الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم ) الخلفاء الراشدون الذين أطلق النبي ﷺ باسم الخلافة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ، روي عن سفينة مولى النبي ﷺ أن رسول الله ﷺ قال الخلافة بعدي ثلاثون سنة ، ثم يكون ملكاً ، وفي رواية ثم يؤتي الله ملكه من يشاء ، رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي ، ولا شك أن الذين ولوا الخلافة بعده ﷺ هؤلاء الأربعة ومدتهم ثلاثون سنة مثلما أخبر النبي ﷺ ولي ها هنا بحث وهو أن المصنف قال أنه واظب عليها الخلفاء الراشدون .

وقال الأكمل إنما يدل على سنتها قوله ﷺ عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي . قلت أخذ هذا عن السغناقي فإنه قال هكذا ، وكذا قال صاحب الدراية ولم يتيقن أحد منهم كلامه فيه حيث لم ينبئوا كما ينبغي ، وهذا الحديث أعني قوله ﷺ عليكم بسنتي .. الخ لا يدل على مواظبة الخلفاء الراشدين على التراويح .

فإن قلت حديث السائب بن أبي يزيد المذكور عن قريب يدل على ذلك قلت لا نسلم فإنه لا يدل على أنهم كانوا يصلون عشرين ركعة في عهد الخلفاء الثلاثة أعني عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم ، وما يدل على مواظبتهم عليها .

غاية ما في الباب يدل على العدد ، ولو احتج المصنف على سنية التراويح لما روي عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال ان الله عز وجل فرض صيام رمضان وسن قيامه فمن صامه وقامه احتساباً خرج من ذنوبه كيوم ولدتــه أمه ، رواه أحمد والنسائي وابن ماجة لكان أوجه وأقوى .

( وان النبي عليه السلام بين العذر في تركه المواظبة وهو خشية أن تكتب علينـا ) أي ترك المواظبة خشية أن يكون فرضاً علينا ، وقوله وهو مبتدأ وخشية مرفوع على الخبرية مضاف إلى قوله – تكتب – وان مصدرية ، وقال الأكمل هذا الكلام على طريقي السؤال والجواب فيقال فإن قيل لو كانت سنة لواظبة النبي عليه السلام ولم يواظب أجاب بأنه بين العذر في ترك المواظبة . قلت هذا الكلام غير سديد لأن كون الشيء سنــة لا يستلزم مواظبة النبي عليه السلام إذ لو واظب عليه لكان واجبــاً ، وأما بيان عذره في ترك المواظبة فما رواه البخاري ومسلم عن عروة بن الزبير رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى في المسجد فصلى بصلاته ناس ، ثم صلى من القابلة فكثر النــاس ، ثم اجتمعوا من الليلة الثلاثة فلم يخرج اليهم النبي عليه السلام ، فلما أصبح قال قد رأيت الذي صنعـتم فلم يمنعني من الخروج اليكم إلا اني أخشى أن يفرض عليكم وذلك في رمضان ، وفي لفــظ لهما ولكن خشية أن يفرض عليكم صلاة الليل وذلك في رمضان ، وزاد البخاري في كتاب الصوم فتوفي رسول الله عليه السلام والأمر على ذلك ، والعجب من الأترازي ذكر هــذا الحديث وقال وهو ما روى صاحب السنن ، والحال أنه ما رواه إلا البخاري ومسلم كما ذكرنا وهما أصحاب الصحاح .

وعن عبد الرحمن بن عبد القاري قال خرجت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه ليلة في رمضان إلى المسجد فأذن النــاس أو زاع يتفرقون فصلى الرجل لنفسه ويصلي الرجل يصلي بصلاته الرهط ، فقال عمر رضي الله عنه هذه والتي تنامون عنها لأفضل من الذين تقومون يعني آخر الليل ، وكان الناس يقومون أوله ، رواه البخاري والقاري بتشديـد الياء منسوب إلى القارة بن الديس اسم قبيلة .

والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع أهل المسجد عن إقامتها كانوا مسيئين ، ولو أقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لأن أفراد الصحابة رضي الله عنهم يروى عنهم التخلف .

---

( والسنة فيها ) أي في التراويح ( الجماعة ) أي أن تصلى بالجماعة ، قال أبو بكر الرازي المشهور عن أصحابنا أن إقامتها في المساجد أفضل منها في البيت وعليه الإعتماد ، ولان عمر رضي الله عنه جمع الناس على إقامتها في جماعة ، وذكر الطحاوي في اختلاف العلماء عن المعلي عن أبي يوسف إن أمكنه أداؤها في بيته مع مراعاته سنة القراءة وأشباهها فليصليها ، وهكذا حكاه في المبسوط وقال وهو قول مالك والشافعي في القديم وربيعة ومثله في جوامع الفقه عن أبي يوسف « رح » إلا أن يكون فقيهاً عظيماً يقتدى به فيكون في حضوره المسجد ترغيب الناس فلا يصلي في بيته ، وقال عيسى بن أبان والقاضي بكار ابن قتيبة البكراوي قاضي مصر والمزني وابن عبد الحكم وأحمد بن حنبل وأحمد بن أبي عمر أن شيخ الطحاوي قال الجماعة أحب وأفضل وهو المشهور عند عامة العلماء ، وقال صاحب المبسوط وهو الاصح والاوفق ، وادعى علي بن موسى العمي فيه الإجماع وكتب يروي فيها عن أصحاب الشافعي « رح » .

( لكن على وجه الكفايه ) يعني إذا قام بها البعض بالجماعة سقطت عن الباقين حضور الجماعة ، لان الجماعة فيها سنة على الكفاية ( حتى لو امتنع أهل المسجد عن إقامتها كانوا مسيئين ) هذه نتيجة كون الجماعة في التراويح سنة ، على الكفاية ( ولو أقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة ) يعني لو أقام بعض أهل المسجد التراويح فالذي يتخلف عنهم لا يكون مسيئاً بل يكون تاركاً للفضيلة ، لان سنيتها بالجماعة على الكفاية والفرض على الكفاية إذا أقام به بعض سقط عن الباقي ، ففي السنة على الكفاية بالطريق الاولى .

وعلل المصنف ذلك بقوله ( لان أفراد الصحابة يروى عنهم التخلف ) أي عن الجماعة في صلاة التراويح ، منهم عبد الله بن عمر رضي الله عنه رواه الطحاوي عن نافع عن ابن

عمر أنه كان لا يصلي الامام في شهر رمضان ، وروي أيضاً عن مجاهد قال قال رجل لابن عمر رضي الله عنهما أصلي خلف الامام في رمضان ، قال أتقرأ القرآن ، قال نعم قال صل في بيتك .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر أنه كان لا يقوم مع الناس في شهر رمضان قال وكان القاسم وسالم لا يقومان مع الناس .

وروى البيهقي في سننه عن ابن عمر أنه قال له رجل أصلى خلف الامام فى رمضان قال ابن عمر أليس تقرأ القرآن ، قال نعم ، قال انتصب كأنك حمار ، صلى فى بيتك .

وروى الطحاوي عن الأشعث بن سليم قال أتيت مكة وذاك فى رمضان فى زمان ابن الزبير رضى الله عنه فكان يصلى بالناس فى المسجد وقوم يصلون على حدة المسجد .

وروى أيضاً عن ابراهيم قال لو لم يكن معى إلا سورة واحدة لكنت أرددها أحب إلي من أن أقوم خلف الامام فى رمضان ، وروى أيضاً عن عروة وسعيد بن جبير ونافع أنهم كانوا ينصرفون من العشاء فى رمضان ولا يقومون مع الناس .

( والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة ) إنما قال هذا مع قوله فيما مضى عن قريب ، ويجلس بين ترويحتين مقدار ترويحة لبيان أن هذا الجلوس مستحب لأنه شرع كلام القدورى وقال الأكمل كان من حقه أن يقول والمستحب في الانتظار بين الترويحتين لأنه استدل بعادة أهل الحرمين على ذلك ، وأهل الحرمين لا يلتزمون بذلك ، فإن أهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين أسبوعاً أهل المدينة يصلون بذلك أربع ركمات. قلت هذا بقية كلام السغناقي وليس مراد المصنف حقيقة الجلوس ، والمراد التخيير بين السكوت والتهليل والتسبيح والصلاة نافلة كما ذكرناه عن قريب .

( وكذا بين الخامسة والوتر ) أي وكذا المستحب في الجلوس مقدار الترويحة بين الترويحة الخامسة وصلاة الوتر ( لعادة أهل الحرمين ) أهل حرم مكة بالطواف ، وأهل حرم المدينة بأربع ركمات تطوعاً .

واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح . وقوله ثم يوتر بهم يشير إلى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ « رح » ، والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعده لأنها نوافل سنت بعد العشاء

---

( واستحسن البعض الإستراحة على خمس تسليات ) وهو نصف التراويح ، وقال السرخسي ولو استراح الإمام بعد خمس ترويحات قيل لا بأس به ، قال وليس بشيء لمخالفة أهل الحرمين ، وكذا بين الخامسة والوتر ( وليس بصحيح ) أي الذي استحسنه البعض ليس بصحيح ، وذكر في فتاوى الاسبيجابي الاستراح على خمس ترويحات يكره .

( وقوله ) أي وقول القدوري ( يوتر بهم يشير إلى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه ) أي ويكون وقتها بعد العشاء قبل الوتر ( قال عامة المشايخ ) أراد بهم عامة مشايخ بخارى ، وفي الخلاصة قال إسماعيل الزاهد وجماعة من أئمة بخارى أن الليل كلها وقت قبل العشاء وبعدها ، ثم قال وقال عامة مشايخ بخارى وقتها ما بين العشاء والوتر ثم قال وهو الصحيح ( والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعدها لأنها نوافل سنت بعد العشاء ) أي لأن التراويح سنة بعد صلاة العشاء إلى آخر الليل ، فأشبهت التطوع المسنون بعد العشاء في غير شهر رمضان . وقال الأترازي والأصح عندي ما قاله عامة مشايخ بخارى ، لأن الحديث ورد كذلك ، وكان أبي رضي الله عنه يصلي بهم التراويح كذلك . قلت استدل على ما اختاره يبين ولم يبين أحد منها فقوله لأن الحديث ورد كذلك إن أراد به حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ صلى في المسجد فصلى بصلاته ناس ، ثم صلى من القابلة فكثر الناس الحديث الذي ذكرناه عن قريب ، وهو أيضاً ذكره عند قول المصنف والنبي ﷺ بين العذر في ترك المواظبة فهو لا يدل على ما ادعاه من الصحة ، وإن أراد به الحديث الذي فيه جمع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الناس على أبي بن كعب .. الخ ، وقد ذكرناه ، وهو أيضاً وقد ذكره أيضاً لا يدل على ما ذكر على الأتخمي .

ولم يذكر قدر القراءة فيها. وأكثر المشايخ «رح» على أن السنة فيها الختم مرة

وقوله – وكان أبي يصلي بهم التراويح كذلك – أي كما ذكره عامة مشايخ بخاري فهو أيضاً لا يدل على ما ادعاه من الأصحية ، بل الأصح ما قاله المصنف لأنه صلاة الليل ، فيجوز إلى طلوع الفجر سواء كانت قبل الوتر أو بعده ، وفي المستحسن فعلها أبي نصف الليل أو ثلثه كما في العشاء . وفي المحيط لا يجوز قبل العشاء ويجوز بعد الوتر ولم يحك فيه خلافاً .

( ولم يذكر قدر القراءة فيها ) لم يذكر على صيغة المعلوم ، أي لم يذكر محمد بن الحسن قدر القراءة في التراويح ، ويجوز أن يقال ولم يذكر القدوري وهو الأقرب . قال الأكمل وقوله – ولم يذكر قدر القراءة – ظاهر . قلت الظهور من أين ، فإذا احتمل أن يكون الفاعل في الفعل إحدى النهي كيف يقال أنه ظاهر .

( وأكثر المشايخ على أن السنة فيها الختم مرة ) اختلف المشايخ في قدر القراءة في التراويح ، فقيل يقرأ مقدار ما يقرأ في المغرب تخفيفاً للتخفيف . قال شمس الأئمة هذا غير مستحسن ، وقال الشهيد هذا غير سديد لما فيه من ترك الختم وهو سنة فيها . وقيل يقرأ من عشرين آية إلى ثلاثين آية كما أمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه أحد الأئمة الثلاثة على ما رواه البيهقي باسناده عن أبي عثمان الهندي ، قال وعن عمر رضي الله عنه ثلاث من القرآن استقرئهم فأمر أسرعهم قراءة أن يقرأ الناس بثلاثين آية في كل ركعة ، وأوسطهم بخمسة وعشرين آية ، وأبطأهم بعشرين آية .

وعن عروة بن الزبير رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه جمع الناس على قيام شهر رمضان الرجال على أبي بن كعب والنساء على سليمان بن أبي حثمة ، وفي الذخيرة إذا ختم على العشرين مثلاً فله أن يقرأ في بقية الشهر ما شاء الله . قال القاضي أبو علي النسفي إذا ختم وصلى العشاء في بقية الشهر من غير تراويح جاز من غير كراهة ، لأنها شرعت لأجل ختم القرآن مرة ، وهذا إن من لم يكن قاربه من النساء يصلي ستاً وثمانياً وعشراً ، وفي التجنيس ثم بعضهم اعتادوا قراءة ﴿ قل هو الله أحد ﴾ في كل ركعة ، وبعضهم اختاروا

قراءة سورة الفيل إلى آخر القرآن وهذا أحسن ، لأنه لا يشتبه عليه عدد الركعات ولا يشغل قلبه بحفظها فيفرغ للتدبير والتفكر .

وفي المجتبى أما القراءة فقيل ثلاثين آية في كل ركعة ، وقيل عشرين وقيل عشر آيات للختم مرة قيل كما في المغرب ، وقيل ثلاث آيات قصار أو آية طويلة ، وفي الدراية والمتأخرون في زماننا يفتون بثلاث آيات قصار وآية طويلة هذا أحسن ، قال الحسن رضي الله عنه إن قرأ في المكتوبة بعد الفاتحة ثلاث آيات فقد أحسن ولم يسيء هذا في المكتوبة فما ظنك في غيرها. وفي المحيط الأفضل في زماننا أن يقرأ قدر ما لا يؤدي إلى تنفير القوم لكسلهم .

قلت المصنف قال بخلاف هذا على ما يجيء ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الإمام يقرأ في كل ركعات عشر آيات يحصل الختم فيها أو نحوها ، لأن السنة في التراويح يختم مرة ، وعدد ركعات التراويح في جميع الشهر ستة مائة ، وعدد آي القرآن ستة آلاف وشيء ، فإذا قرأ في كل ركعة عشر آيات يحصل الختم فيها ، وإليه أشار المصنف بقوله وأكثر المشايخ .. الخ . وقال السرخسي هذا هو الأحسن .

فإن قلت ما المراد في قول المصنف على أن السنة في الختم . قلت قال في الدراية أي سنة الخلفاء الراشدين . قلت أكثر لمن يخلف الراشدين وأولهم أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، وكانت التراويح تركت في أيام أبي بكر وجدد في أيام عمر رضي الله عنه ، والدليل عليه ما ذكرناه من حديث عبد الرحمن بن عبد القاري أنه قال خرجت مع عمر بن الخطاب إلى آخره في رمضان .. الحديث ، فهذا يدل على أنها تركت في زمان عمر رضي الله عنه بدليل أن عمر رضي الله عنه جمع الناس على أبي بن كعب رضي الله عنه فذكر على أن المراد من قول المصنف أن السنة هي سنة عمر بن الخطاب ومن بعده من الخلفاء الراشدين وهذا ورد أيضاً على من قال من أصحابنا أن التراويح سنة العمرين وأراد به أبابكر وعمر رضي الله عنهما وليس كذلك .

( فلا يترك لكسل القوم ) أي لا يترك الختم مرة لأجل كسل القوم ، وفي النهاية والفضل في الختم مرتين ، وأهل الإجتهاد كانوا يختمون في كل عشر ليال ، وعن أبي حسين

بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها، لأنها ليست بسنة ولا يصلى الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه إجماع المسلمين والله أعلم

---

أنه كان يختم في شهر رمضان إحدى وستين وثلاثين في الأيام وواحدة في التراويح كذا في فتاوى قاضي خان .

( بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لأنها ليست بسنة ) قال السغناقي يعني إذا علم أن قراءة الدعوات تثقل عن القوم ، ولكن ينبغي أن يأتي بالصلاة ، لأنها فرض عند الشافعي فيحتاط في الإتيان بها كذا في الخلاصه . قلت فيما قاله المصنف نظر ، لأنه يقول لا يترك الختم مرة لأجل كسل القوم ، ثم يقول بخلاف الدعوات بعد التشهد يعني يترك لأجل كسل القوم فكيف لا يترك ما هو مستحب أو سنة صحابي لأجل الكسل ويترك ما هو سنة النبي عليه السلام ، فإنه روى الدعوات المأثورة عن النبي عليه السلام بعد التشهد ، وكيف يقول أنها ليست بسنة ، وقد روى أحمد في مسنده من حديث ابن مسعود رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ علمه التشهد ، وفي آخره وإن كان في آخرها أي في آخر صلاة دعى بعد تشهده بما شاء الله أن يدعو ثم يسلم .

وأخرج البخاري ومسلم عن أبي هريرة أن رسول الله عليه السلام قال إذا فرغ أحدكم من التشهد الأخير فليتعوذ بالله من أربع ، من عذاب جهنم ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات ومن شر فتنة المسيح الدجال ، انتهى فهذه السنة الثانية عن النبي عليه السلام إذا تركت لأجل كسل القوم يترك ما هو غير سنة النبي عليه السلام .

( ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان ) لأنه نفل من وجه حتى وجبت القراءة في الركعات كلها ، وتؤدى بغير أذان وإقامة ، وصلاة النفل بالجماعة مكروهة ما خلا قيام رمضان وصلاة الكسوف لأنه لم يفعلها الصحابة ، ولو فعلوا لاشتهرت ، كذا ذكره الولوالجي .

وفي الخلاصة قال القدوري أنه لا يكره ، وقال النسفي اختار علماؤنا الوتر في المنزل في غير رمضان ، لأن الصحابة لم يجتمعوا على الوتر بجماعة في رمضان كما اجتمعوا في التراويح فيها ، فعمر رضي الله عنه كان يؤمهم في الوتر في رمضان ، وأبي لا يؤمهم فيها في رمضان كذا في المحيط ( عليه إجماع المسلمين ) أي على ترك صلاة الوتر بجماعة في غير رمضان

بإجماع المسلمين قال تاج الشريعة لأن الصحابة رضي الله عنهم لم يجتمعوا على الوتر بغير جماعة كما اجتمعوا على التراويح ، وقال الاترازي ولهذا لم يصل الوتر أحد بجماعة في سائر الأمصار من لدن النبي عليه السلام ، قلت ذكر في الحواشي أنه يجوز عند بعض المشايخ .

فروع : كيفية النية في التراويح ، أن ينوي التراويح أو السنة أو سنة الوقت أو قيام الليل . وقال الشهيد أو قيام الليل في الشهر ، ويقال أو ينوي قيام رمضان. وفي المبسوط نية مطلق الصلاة لا تجزىء عنها ، وفي فتاوى الشهيد لو نوى صلاة مطلقة أو تطوعاً فحيث اختلف المشايخ فيه ذكر بعض المتقدمين أنه لا يجوز ، وذكر أكثر المتأخرين أن التراويح وسائر السنن تتأدى بمطلق النية لأنها نافلة ، ولكن الإحتياط أن ينوي التراويح أو سنة الوقت أو قيام الليل في شهر رمضان وفي سائر السنن ينوي السنة أو الصلاة متابعاً لرسول الله ﷺ .

ولو صلاها قاعداً من غير عذر قيل ينوب عن التراويح كركعتي الفجر ،قال السرخسي وعليه الإعتماد ، والصحيح الجواز ، واتفقوا أنه لا يستحب لمخالفة السلف ، وقال الشهيد الكلام فيه في موضعين في الجواز والاستحباب منهم من قال يجوز عندهما ولا يجوز عند محمد اعتباراً بالفرض ، وقيل يجوز عندهم جميعاً وهذا هو الصحيح ، وأما الكلام في الاستحباب فعندهما مستحب أن يقوم القوم إلا لعذر ، إذ القيام أفضل . وعند محمد المستحب أن يقوموا أيضاً ، وذكر أبو سليمان عن محمد لو أن رجلاً أم قوماً جالساً في رمضان قال يقومون عند أبي حنيفة وأبي يوسف قيل إنما خص قولهما لأنه لا يجوز عنده وهو الصحيح .

وإذا صلوها قعوداً بغير عذر فالكلام في موضعين أيضاً الجواز والاستحباب . أما الجواز فقد قيل لا يجوز ، وقيل يجوز وهو الصحيح . وأما الاستحباب فالصحيح أنه لا يستحب ، وفي جوامع الفقه صلى الإمام قاعداً بغير عذر يستحب للقوم القيام عندهما والقعود عنده ، وإن زاد على ركعتين بتسليمة واحدة إن قعد على رأس الركعتين الأصح الجواز عن التسليمتين ، وفي الذخيرة وقال بعض المتقدمين لا يجزئه إلا عن تسليمة

واحدة ، وإن صلى ستاً أو ثمانياً أو عشراً وقعد على كل شفع قال المتقدمون يقع على العدد المستحب وهو الأربع عند أبي يوسف ومحمد « رح » ، وعلى قول أبي حنيفة يقع على العدد الجائز وهو ست وثمان على ما عرف عنده والعشر عن التسليمات الخمس في رواية شاذة عنه ، وفي رواية الجامع أربع ركعات بتسليمة واحدة ، وفي الذخيرة لا يجزئه إلا عن ركعتين في قول بعض المتقدمين . وقال بعضهم حتى صلى عدداً بتسليمة واحدة وهو مستحب في صلاة الليل فكلا الركعتين يجزىء عن تسليمة ، فان كان بعضها غير مستحب إنما يجزىء عن المستحب ، وما كان في استحبابه اختلاف فكان في هذا أيضاً اختلاف .

ولو لم يقعد على رأس الشفع الأول القياس أنه لا يجوز وبه أخذ محمد وزفر ورواية عن أبي حنيفة ، وفي الاستحسان يجوز وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ، وإذا جاز هل يجوز عن تسليمة واختلف أم تسليمتين والأصح جوازه عن تسليمة واحدة ، وهو اختيار أبي بكر محمد بن الفضل والفقيه أبي جعفر وأبي علي النسفي والصدر الشهيد ، وقيل عند أبي حنيفة عن تسليمتين ، وعند أبي يوسف عن تسليمة واحدة ذكره في الذخيرة . وقال النووي لو صلى أربعاً لم يصح ، قال ذكره حسين في فتاواه .

ولو صلى ثلاثاً بقعدة واحدة لم يجز عند محمد وزفر ، واختلفوا على قولهما قيل لا يجزئه لأنه لا أصل لها في النوافل ، وقيل يجزئه عن تسليمة واحدة كالمغرب ، ثم على قول من يقول لا يجزئه عن تسليمة واحدة لا شك أنه يلزمه قضاء الشفع الثاني ، وعند أبي حنيفة لا يلزمه سواء شرع في الشفع الثاني عامداً أو ساهياً ، وعند أبى يوسف ينظر إن شرع عامداً يجب ، وإن شرع ساهياً لا يجب بالإتفاق بين أبى حنيفة وأبى يوسف ، لأن الشفع الأول لايصح صح شروعه فى الشفع الثاني صح إكماله ، حتى لو صلى التراويح عن تسليمات فى كل تسليمة ثلاث ركعات بقعدة واحدة جاز ويسقط عنه التراويح ، وعند محمد وزفر لا يسقط .

ولو صلى الكل بتسليمة واحدة وقعدة عند كل ركعة الأصح أنه يجزئه عن التروبحات أجمع . قال السفناقي وهو المختار ، وإن لم يقعد اختلف فيه الأقوال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف والأصح أنه يجزئه . وفى الذخيرة إذا صلوها ثلاثاً ولم يقعد فى الثانيــة فصلاته باطلة فى القياس وهو قول محمد وزفر ورواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وعليه قضاء ركعتين . وفى الاستحسان هو قولها اختلف المشايخ ، فقد قيل يجوز عن تسليمة وقيل لا يجوز أصلاً وكذا الخلاف فى غير التراويح إذا انتقل بثلاث ولم يقعد فى الثانية إذا شرع في شفع من التراويح ثم أفسده ثم قضاه فلا شيء عليه .

وإذا وقع الشك في أن الإمام هل صلى عشرين[1] أو صلى تسعاً فالصحيح من المذهب أن يصلوا ركعتين فرادى فتصير عشراً بيقين ولا يؤديها جماعة بفصل بعض التسليمتين عن البعض جاز من غير كراهة والأفضل التسوية .

وأما تطويل الثـانية على الأولى في الركعتين إن كان بآية طويلة أو آيتـين لا يكره ، وإذا زاد كره ، ولو قرأ في الثانية آياتها أكثر مما قرأ في الأولى ويزيد على ثـلاث آيات إن كان آياتها قصاراً وآيات ما قرأ في الأولى طوالاً ويحصل القرب بينهما في الكلمات والحروف فلا بأس به .

ولو اقتدى بمن يصلي مكتوبة أو وتراً أو نافلة غير التراويح قال في المحيط قيل يجوز والأصح أنه لا يجوز ، كذا في الذخيرة ، وعلى هذا إذا بناها على التربعة العشاء في الصحيح أنها لا تصح إذا فاتته ترويحة أو ترويحتان ، وقال الإمام إلى الوتر هل يأتي بالترويحات الفائتة أو يتابع إمامه في الوتر ، ذكر في الواقعات الناطفي عن أبي عبـد الله الزعفراني أنه يوتر معه ثم يقضي ما فاته من الترويحات ، وذكر في مختصر البحر عن الكرابيسي إذا لم يصل الفرض معه لا يتبعه في التراويح ولا في الوتر ، وكذا إن لم يتبعه في التراويـح لا يتبعه في الوتر ، وقال ظهير الدين المرغيناني لو صلى العشاء وحده فلا أن يصلي التراويح في

(١) هكذا – عشرين – في الأصل وربما أراد بها عشراً . اه مصححه .

جماعة لأنها تبع للجماعة ، ولو لم يصل التراويح مع الجماعة فله ان يصلي الوتر معه إذا صلى الترويحة الواحدة إمامان كل واحد بتسليمة قيل لا بأس به، والصحيح أنه لا تستحب ذلك، ولكن كل ترويحة يؤديها إمام واحد ولا بأس بالتراويح في مسجدين لكن يوتر في الثاني ، واختلفوا في الإمام والصحيح أنه لا يكره .

وفي المحيط والواقعات إذا صلى الإمام في مسجدين في كل واحد منهما على الكمال لا يجوز لأن السنن لا تتكرر في وقت واحد ، فإن صلاها ثانية يصلونها فرادى . وفي الفتاوى إذا لم يختم إمام مسجده هل يذهب إلى مسجد آخر يختم فيه قيل لا ، والصلاة في مسجد نفسه أولى ، ولو قال الإمام بعد السلام ركعتين ، وقال القوم ثلاثاً ، قال أبو يوسف يعمل بقوله ، وقال محمد يعمل بقولهم ، ولو شك وأخبره عدلان يأخذ بقولهما، ولو شكوا أنه صلى عشر تسليات أو تسعاً قيل يوترون وقيل يصلون بجماعة تسليمة ، والأصح أداؤها فرادى ، ولو افتتحها أي الوتر فتابعه ثم ظهر أنه صلى التراويح قال النسفي أنه أجزأه .

ويجوز اقتداء من يصلي التسليمة الأولى بغيرها . وقال النسفي أيضاً إذا كان إمامه لحاناً أو غيره أحق قراءة وأحسن صوتاً فلا بأس أن يترك مسجد أما مصلى العشاء بغير وضوء ولم يعلم ثم صلى أمهم إمام آخر التراويح ثم علموا فعليهم إعادة العشاء والتراويح لان وقتها بعد العشاء وهو المختار .

# باب إدراك الفريضة

## ومن صلى ركعة من الظهر ثم أقيمت

---

( باب إدراك الفريضة )

أي هذا باب في بيان حكم إدراك الفريضة ، وجه المناسبة بين البابين من حيث أن الباب الأول في النافلة ، النوافل التي هي إكمال الفرائض ، وهذا الباب أيضاً في إدراك الفرائض الذي هو الأداء الكامل ، وهو الأداء بالجماعة ، ومثل هذا الباب من الجامع الصغير .

( ومن صلى ركعة من الظهر ) أراد أنه شرع في صلاة الظهر وصلى ركعة منـــه ( ثم أقيمت ) أي ثم أقيمت الصلاة ، وأراد بالإقامة شروع الإمام فيها لا إقامة المؤذن ، فإنه لو أخذ المؤذن في الإقامة والرجل قيد الركعة الأولى بالسجدة فإنه يتم ركعتين بلا خلاف بين أصحابنا ، كذا قاله الحلوائي ، وفي رواية يقام الصلاة مقام أقيمت ولهذا قال في رواية أقام المؤذن حتى لو صلى في البيت ركعة ثم أقيمت لا يقطع وإن كان فيـــه أجر أو ثواب لأنه لا يوجد مخالفة الجماعة عياناً فلا يقطع ، ومذهب الشافعي فيما إذا صلى ركعة في الظهر ثم أقيمت ما ذكره في تتمتهـــم قال الشافعي أحب إلي أن يكـــل ركعتين ويسلم ويكونان نافلتين .

وقال النووي إذا دخـــل في فرض الوقت منفرداً ثم أقيمت الجـــماعة استحب له أن يتمهار كعتين ويسلم ويكونان نافلة ، ثم يدخل مع الجماعة فعنده في الفرض قولان أحدهما في الجديـــد هي الأولى ، والثاني الفرض أحدهما لا بعينه يحتسب الله تعـــالى بأيتهـــما شاء .وقال أبو إسحاق وليس بشيء . لأنـــه لا أصل له في الشرح وهو قوله القديم . وقال النووي في أحد الوجهـــين كلاهما فرض ثم في النفل لا يقطعه لأن القطع فيه ليس للإكمال وبـــه قال مالك . وقال الشافعي ان خير سلام الإمام قطعه ، وقال اسمـــاعيل المتكلم وسيف الدين البابلي لوظن أن في الوقت سعـــة فشرع في النفل .

يصلي أخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم إحرازاً لفضيلة الجماعة ،

---

ثم علم أنه إن أتمه خرج وقت الفرض لا يقطعه كما لو شرع في النفل ثم خرج الخطيب للخطبة ، وعن أحمد المنفرد إذا نوى اتباع الجماعة بعدما صلى ركعتين جاز في رواية عرفا ، فإذا صلى ركعتين سلم ، والأولى أن يقطع ويدخل مع الإمام والذي صلى وحده نافلة .

( ويصلي ركعة أخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ) أي لأجل الصيانة أي الحفظ للمؤدى بفتح الدال وهو الركعة التي صلاها ، وذلك أن البتيراء منهي عنها .

فإن قلت كيف يجوز إبطال صفة الفريضة لإقامة السنة . قلت ليس هذا النقض لإقامة السنة بل لإقامة الفرض على وجه أكمل ، لأن نقض الإكمال إكمال وهذا كهدم المسجد ، فإنه حرام ، فإذا كان لاحكام بنائه أو للوسعة فإنه يجوز ، والحاصل أن نقض الصلاة بغير عذر حرام لأنه إبطال العمل لا سيما صلاة الفرض إلا أن النقض إذا كان للإكمال يجوز لأنه وإن كان نقضاً صورة إكمال معنى ، فإن صلاة الجماعة تفضل على صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة بالحديث الصحيح .

فإن قلت كيف يستقيم هذا على أصل محمد فإن عنده إذا بطلت صفة الفرضية بطل أصل الصلاة فلم يكن مؤدى مصوناً عن البطلان عنده الفرضية . قلت هذا ليس مذهبه في جميع المواضع إنما هو مذهبه فيما إذا لم يتمكن من إخراج نفسه عن العهدة بالمضي اليها كما إذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في أربعة وها هنا يتمكن من ذلك بالمضي فيهما ، والفرق بينهما ان إبطال صفة الفرضية لإحراز فضل الجماعة باطلاق من الشيوع وإبطال صفة الفرضية هناك ليس باطلاق من جهة فجاز أن ينتقل نفلاً ها هنا وصار كالمكلف بالصوم إذا آيس في خلال الصوم .

( ثم يدخل مع القوم إحرازاً لفضيلة الجماعة ) كما لو شرع في الظهر ثم أقيمت الجمعة ألا ترى أنه يجوز قطعها لحطام الدنيا ، فإن المرأة إذا كانت يفور قدرها جاز لها القطع ،

وإن لم يقيد الأولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الإمام هو الصحيح لأنه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما إذا كان في النفل لأنه ليس للاكمال ، ولو كان في السنة قبل الظهر والجمعة فأقيم

---

وكذا المسافر إذا بدت دابته أو خاف فوت شيء من ماله يقطع لأجل الدرهم ، فاذا جاز لحطام الدنيا فلأن يجوز لإحراز فضيلة الجماعة أولى .

( وإن لم يقيد الأولى ) أي الركعة الأولى من الظهر الذى شرع فيه وحده ( بالسجدة يقطع صلاته ) وهي الركعة الأولى التي ما قيد بسجدة ( ويشرع مع الإمام ) يعني يدخل في صلاة الإمام ، وهذا اختلفوا فيه وهل يجوز القطع أم لا فعند بعض المشايخ لا يقطع إذا كان قائماً في الركعة الأولى ، وإن لم يقيدها بالسجدة قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير كان يختلف فتوى الشيخ الإمام محمد بن ابراهيم الميداني في هذا والأشبه أن يقطع واليه أشار المصنف بقوله ( هو الصحيح ) أي القطع والشروع مع الإمام هو الصحيح ، واحترز به عن قول الميداني المذكور وابراهيم بن المنذر وبعض المشايخ قالوا يصلي ركعتين ثم يقطع واليه مال شمس الأئمة لأنه يمكنه الجمع بين الفضيلتين .

وعلل المصنف لما ذهب اليه بقوله ( لأنه ) أي لأن ما دون الركعة ( بمحل الرفض ) يعني له ولاية الرفض ما لم يقيدة بالسجدة لأنه ليس له حكم فعل الصلاة ، ولهذا لو حلف لا يصلي لا يحنث بهذا القدر ( والقطع للإكمال ) الفرض والقطع للاكمال ، هذا جواب عما يقال إنما أتى به قربة سلمت إلى مستحقها فلا يجوز إبطالها ، ألا ترى أنه لو شرع في التطوع ثم أقيمت الظهر لم يقطع التطوع مع أن الفرض أولى ، وتقدير الجواب أن القطع المذكور لإكمال الفرض والقطع للاكمال يجوز كهدم المسجد للبناء على الوجه الأكمل ( بخلاف ما إذا كان في النفل ) يتعلق بقوله فقطع يعني يقطع في الفرض بخلاف القطع في النفل ( لأنه ليس للاكمال ) أي لأن القطع في النفل ليس للاكمال فلا يقطع .

( ولو كان ) أي المصلي ( في السنة قبل الظهر ) أي ولو كان شرع في السنة التي قبل صلاة الظهر ( والجمعة ) أي أو كان في السنة التي قبل صلاة الجمعة ( فأقيم ) أي صلاة

أو خطب يقطع على رأس الركعتين يروى ذلـــك عن أبي يوسف «رح» ، وقد قيل يتمها وإن كان قد صلى ثلاثاً من الظهر يتمها لأن للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما إذا كان في الثالثة بعد ولم يقيـــدها بالسجدة حيث يقطعها لأنه بمحل الرفض ويتخير إن شاء عاد فقعد وسلم

---

الفرض ( أو خطب ) أي أو خطب الإمام للجمعة وهو لف ونشر مستقيم ( يقطع ) أي ما شرع فيه ( على رأس الركعتين ) إحرازاً لفضيلة الجمعة ( يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله ) أي القطع على رأس الركعتين ، روي عن أبي يوسف «رح» فان قطع قضى ركعتين عند أبي حنيفة ومحمد وعلى قياس ما روي عن أبي يوسف أنه يقضي أربعـاً في كل تطوع فيقضي ها هنا أربعاً ( وقد قيل يتمها ) أي سنة الظهر الذي كان شرع فيه ، وقال فخر الإسلام وكان الشيخ الإمام محمد بن الفضل البخاري يفتي بأنه يقضي أربعاً لأنها بمنزلة صلاة واحدة واجبة .

( وإن كان قد صلى ثلاثاً ) أي وان كان المصلي قد صلى ثلاث ركعات (من الظهر يتمها) أي الظهر ( لأن للأكثر حكم الكل ) حيث يثبت جهة الفراغ ولم يثبت حقيقته فلم يحتمـل النقض ، فكذا إذا ثبت شبهة ( فلا يحتمل النقض ) نتيجـة قوله لأن للأكثر حكم الكل ( بخلاف ما إذا كان في الثالثة بعد ) بخلاف ما إذا كان هذا المصلي في الركعـة الثالثة بعد أن شرع فيه ( ولم يقيدها بالسجدة ) أي والحال أنه لم يقيد الركعة الثالثة بالسجدة (حيث يقطعها لأنه بمحل الرفض ) وقد مر أن له ولاية الرفض ما لم يقيدها بسجدة ، وفي الفتاوى الكبرى عن محمد أنه يأتي بالركعة الرابعة قاعداً لتقلب نفلاً ، لأن الفرض لا يتادى قاعداً مع القدرة على القيام ثم يأتي بالجماعة ليجمع بين الثوابين ثواب النفل وثواب الجماعة .

( ويتخير ) يعني إذا أراد القطع فهو بالخيار ( إن شاء عاد ) أي التشهد (فقعد وسلم) لأنه أراد الخروج عن صلاته خروجها مقتدياً به والخروج عن هذا لم يشرع إلا بالقعــدة فتكون صلاته على الوجه المشروع ، ثم إذا عاد إلى القعدة قال يتشهد ويسلم . قال بعضهم

# وإن شاء كبر قائماً ينوي الدخول في صلاة الإمام ، وإذا أتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة

يتشهد ويسلم ثانياً لأن القعدة الأولى لم تكن قعدة ختم ، وقال بعضهم يكفيه ذلك التشهد لأن العود إلى القعدة ينقض القيام ، وجعله كأن لم يكن أصلاً فكانت هذه القعدة الأولى لم يسلم إلا بتسليمتين عند البعض لأنه المعهود في التحلل ، وعند البعض تسليمة واحدة ، لأن التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه ولا يسلم قائماً لأنه لم يشرع في القيام .

( وإن شاء كبر قائماً ينوي الدخول في صلاة الإمام ) وفي المحيط يقطعها قائماً بتسليمة واحدة وهو الأصح لأنه قطع وليس يتحلل ، وإن شاء رفع وإن شاء لم يرفع كذا قاله الإمام حميد الدين الضرير في شرحه . وعن شمس الأئمة الحلوائي لو لم يعد إلى التشهدتفسد صلاته ونقله عن النوادر .

( وإذا أتمها ) عطف على قوله يتمها ، وإذا أتم صلاة الظهر التي كان شرعفيها ( يدخل مع القوم ) يعني لا ينقض صلاته ، ولكن ليس بلازم لأن الذي يصلي معهم نافلة ولا إلزام فيها ، ولكن أفضل الدخول في وقت مشروع ويندفع عنه تهمة بأنه ممن لا يرى الجماعة ( والذي يصلي معهم نافلة ) أي والذي يشرع فيه ليصلي مع القوم نافلة لأنه لا إلزام فيها ، قال الاترازي إنما أنث الضمير بتأويل النفل . قلت الخبر على حاله ، وإنما ذكر المبتدأ لأن المعنى والصلاة التي يصليها مع القوم نافلة ، وإنما ذكره باعتبار فعل الصلاة .

فان قلت يلزم أداء النفل بجماعة خارج رمضان وهو مكروه. قلت إنما تكون الكراهة إذا كان الإمام والقوم متنفلين ، وأما إذا كان الإمام مفترضاً فلا كراهة بما روي في حديث يزيد بن الأسود ، وقال ﷺ للرجلين إذا صليتما في رحالكم ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكم نافلة ، ورواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي حديث أبي ذر رضي الله عنه أنه ﷺ قال في الأئمة الذين يؤخرون الصلاة صلوا الصلاة لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم نافلة رواه مسلم من طريق [1] .

---

(١) هكذا في الأصل لم يتم الجملة .

لأن الفرض لا يتكرر في وقت واحد ، فإن صلى من الفجر ركعة ثم أقيمت يقطع ويدخل معهم لأنه لو أضاف اليها أخرى تفوته الجماعة كذا إذا قام إلى الثانية قبل أن يقيدها بالسجدة وبعد الإتمام لا يشرع في صلاة الإمام لكراهية النفل بعده ،

---

( لأن الفرض لايتكرر في وقت واحد ) لأن الله تعالى لم يوجب على أحد ظهرين أو عصرين في يوم واحد . وقال النووي في أحد الوجهين كلاهما فرض ، واعتبروها بصلاة الجنازة على مذهبهم إذا صلى عليها طائفة ثم صلت طائفة أخرى بعدهم وكانوا مقيمين بالفرض ، وبه قال الشعبي والأوزاعي . قلنا هذا تمجه العقول وهو مدفوع ثالثه وعلى هذا يلزم أن تفرض الصلاة كل يوم عشر مرات .

( فان صلى من الفجر ركعة ) يعني فان شرع في صلاة الفجر وحده ثم صلى منه ركعة ( ثم أقيمت ) أي ثم أقيمت صلاة الفجر ( يقطع ) صلاة نفسه ( ويدخل معهم ) أي مع القوم ( لأنه لو أضاف اليها ) أي إلى الركعة الأولى ( ركعه أخرى تفوته الجماعة ) لاتيانه بالأكثر ( وكذا إذا قام إلى الثانية ) أي وكذا تقطع صلاته إذا قام إلى الركعة الثانية من صلاة الفجر ولكن ذلك ( قبل أن يقيدها ) أي قبل أن يقيد الركعة الثانية ( بالسجدة ) لأنه ما لم يقيدها بالسجدة فهو محل الرفض ، بخلاف ما إذا قيدها بها كما ذكرنا .

( وبعد الاتمام لا يشرع مع الامام ) أي بعد إتمام صلاة الفجر التي شرع فيها وحده لا يشرع مع الامام ( لكراهة النفل بعد الفجر ) أي بعد أداء صلاة الفجر ( وكذا بعد العصر ) [1] أي وكذا لا يشرع مع الامام بعد أن صلى صلاة العصر وحده ( لما قلنا ) من كراهة النفل بعد صلاة العصر ، وعند الشافعي ومالك يعيدها لعدم الكراهة في النفل

---

(١) هذه إضافة من الشارح . اه مصححه .

وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية . لان التنفل بالثلاث مكروه ، وفي جعلها أربعاً مخالفة لإمامه . ومن دخل مسجداً قد أذن فيه

---

بعدها عندهما ، وعند أحمد يعيدها مع إمام الحي ( وكذا بعد المغرب ) أي وكذا لا يشرع مع الامام إذا أتم صلاة المغرب وحده ( في ظاهر الرواية ) وبه قال مالك وقيد به لأنه روي عن أبي يوسف الأحسن أن يدخل مع الامام ويصلي أربع ركعات ثلاثامع الامام وأتم الرابعة بعد فراغ الامام ، وبه قال الشافعي وأحمد،لأن بالقيام إلى الثالثة صار ملتزماً اذ الركعة الواحدة لا تكون صلاة للنهي عن المبتدأ، وعن أبي يوسف في رواية يدخل معه ويسلم على رأس الثالثة مع الامام وبه قال السرخسي .

( لأن التنفل بالثلاث مكروه ) أي بثلاث ركعات لأن فيه مخالفة السنة لورود النهي عن البتيراء ، وقال قاضي خان التنفل بالثلاث حرام . قلت الوتر ثلاث وهو نفل عندهما، وذلك مشروع فكيف يكون مثله حرام ( وفي جعلها أربعاً مخالفة إمامه ) أي وفي جعل المصلي أربع ركعات مخالفة إمامه لأنه يصلي ثلاثاً ، ومع هذا إذا شرع قال فخر الاسلام أتمها أربعاً ، لأن هذا الوجه أحوط لما فيه من زيادة الركعة ، وفي الوتر لو سلم مع الامام على الثلاث فسدت صلاته وعليه قضاء أربع ركعات لأنه التزم بالاقتداء ثلاث ركعات تطوعا فيلزمه أربع كالنذر بها . وفي قاضي خان وقيل إنما يكره التنفل بعد المغرب بثلاث ركعات إذا كان عن اختيار ، فأما عن اضطرار فلا .

فإن قلت المخالفة للإمام إنما تكون قبل فراغه وهذا مخالفة بعد فراغه من صلاته ، وهذا ليس به بأس كالمقيم إذا اقتدى بالمسافر وكان مسبوق فأتمها يقومان بعد فراغ الإمام. قلت الفرق ظاهر ، أما صلاة المسافر فعلى فرضية أن يصلي أربعاً أو لا كذلك صلاة المغرب . وأما المسبوق فقد عرف قضاؤه بالسنة في قوله ﷺ ما فاتكم فاقضوا .

( ومن دخل مسجداً قد أذن فيه ) صيغة المجهول جملة في محل النصب ، لأنها صفة لقوله مسجداً ، وأما نصب مسجد فعلى التوسع وإسقاط الخافض لا على الظرفية ، والتقدير ومن دخل في مسجد ونظيره دخلت الدار ، فإن تعدى الفعل في نحو الدار والمسجد لا

يكره له أن يخرج حتى يصلي، لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع

قال إلا إذا كان ينتظم به أمر جماعة

---

بطرد ويجوز أن يكون مسجداً منصوباً على أنه مفعول به على أنه رأي الأخفش لأنه دخل عنده تارة يتعدى بنفسه وتارة بحرف الجر ( يكره له أن يخرج ) أي يكره لهذا الداخل خروجه من المسجد ( حتى يصلي ) يعني إن لم يكن قد صلى ، لأن المؤذن قد دعاه ولورود الوعيد فيه ( لقوله ﷺ لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع ) لم يذكر أحد من الشراح هذا الحديث في كتابه ولا التفت إلى ما كان حاله هل هو يصلح للاحتجاج أم لا .

أما السغناقي فإنه لم يذكره أصلا . وأما الأكمل فإنه ذكر في المسألة تفصيلا ثم قال وهو واضح وما عرفنا من أين جاءه الوضوح ، وأما صاحب الدراية فإنه اكتفى بالمنقولات في هذه المسألة . وأما الاترازي فانه استدل فيها بما روي عن أبي هريرة أنه قال حين خرج رجل من المسجد بعدما أذن فيه أما هذا فقد عصى أبا القاسم ، رواه مسلم والأربعة، وهذا موقوف وقال أبو عمر إنه مسند ولذلك نظائره نحو حديث أبي هريرة من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ، وقال لا يختلفون في ذلك رواه إسحاق بن راهويه في مسنده، وزاد فيه أمرنا رسول الله ﷺ إذا أذن المؤذن فلا تخرجوا حتى تصلوا .

وأما الذي ذكره المصنف فقد قال سبط بن الجوزي رواه النسائي . قلت روى ابن ماجة في سننه بمعناه عن عثمان رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من أدرك الأذان في المسجد ثم خرج لم يخرج لحاجة وهو لا يريد الرجوع فهو منافق ، وأخرج أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال لا يخرج من المسجد بعد النداء إلا منافق إلا أحداً أخرجته حاجته وهو يريد الرجوع . ورواه أيضاً عبد الرزاق في مصنفه، ورواه أحمد في مسنده عن أبي هريرة أنه ﷺ قال إذا كنتم في المسجد فنودي بالصلاة فلا يخرج أحدكم حتى يصلي .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( إلا إذا كان ينتظم به أمر جماعة ) هذا استثناء من

لأنه ترك صورة تكميل معنى وإن كان قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا بأس بأن يخرج لأنه أجاب داعي الله مرة إلا إذا أخذ المؤذن في الإقامة لأنه يتهم بمخالفة الجماعة عياناً، وإن كانت العصر أو المغرب أو الفجر

---

من قوله يكره له أن يخرج ، أراد أن الداخل في مسجد أذن فيه إذا كان ينتظم به أي يستقيم به أمر جماعة بأن كان مؤذناً أو إمام مسجد تتفرق جماعة بسبب غيبته فانه يخرج ولا يدخل تحت الوعيد ( لأنه ) أي لأن خروجه ( ترك صورة ) أي ترك للجماعة من حيث الصورة ( تكميل معنى ) أي تكميل للجماعة معنى ، والاعتبار للمعنى ، ولو دخل مسجداً لم يكن مسجد حيه فان كان صلوا في مسجده فلا يخرج لأنه صار من أهل هذا المسجد ، وإن لم يكن صلوا إن خرج ليصلي في مسجد حيه لا بأس به ، لأن الواجب عليه أن يصلي في مسجد حيه ، وإن صلى في هذا المسجد لا بأس به أيضاً إلا أنه صار من أهل هذا المسجد ، والأفضل أن لا يخرج كيلا يتهم أنه ممن لا يرى الجماعة .

وفي النسائي فاتته جماعة حيه ، فأتى مسجداً آخر يرجو فيه الجماعة ، وإن صلى في مسجد حيه فحسن أيضاً أي الحسن أفضل ، فالشعبي اختار طلب الجماعة ، والنخعي اختار مسجد حيه . وقال الحسن البصري كان الصحابة رضي الله عنهم كانوا إذا دخلوا مسجد حيهم صلوا فرادى بغير أذان وإقامة ثم لمنفعة جماعة أستاذه لأجل درسه أو لسماع الأخبار ولسماع مجلس العامة أفضل بالاتفاق لتحصيل الثوابين ولو فاتته ركعة أو ركعتان فالأفضل أن يصلي في مسجد حيه .

( وإن كان قد صلى ) أي وإن كان الداخل مسجداً أذن فيه قد صلى فرضه (وكانت) أي الصلاة التي صلاها ( الظهر والعشاء فلا بأس بأن يخرج لأنه أجاب داعي الله مرة ) وهو المؤذن ( إلا إذا أخذ المؤذن في الإقامة ) هذا استثناء من قوله – فلا بأس بأن يخرج – أراد أن المؤذن إذا شرع في الإقامة فانه لا يخرج حينئذ ( لأنه يتهم بمخالفة الجماعة عياناً ) أي معاينة ، وانتصابه على الحال عن مخالفة .

(ولو كانت العصر) أي ولو كانت الصلاة التي صلاها وحده صلاة العصر (أو المغرب أو الفجر )

خرج ، وإن أخذ المؤذن فيها لكراهية التنفل بعدها ، ومن انتهى إلى الإمام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر إن خشي أن تفوته

---

أي ولو كانت المغرب أو كانت الفجر أي صلاة الفجر ( خرج ) أي من المسجد ( وإن أخذ المؤذن فيها ) أي وإن أخذ المؤذن أي شرع في واحدة من هذه الصلاة ( لكراهية التنفل بعدها ) أي بعد العصر والمغرب والفجر ، وعند الشافعي لا بأس بالشروع في هذه الصلوات لما روي عن زيد بن أبي الأسود قال شهدت مع النبي عليه السلام صلاة الصبح في مسجد الخيف ، فلما قضى صلاته إذا هو من بجلس في آخر القوم لم يصلياها معه فقال علي بها فأتي بهما ترعد فرائصهما قال ما منعكما أن تصليا معنا ، قال يا رسول الله انا كنا صلينا في رحالنا قال فلا تفعلا إذا صليتما في رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانهما لكما نافلة ، رواه أبو داود والترمذي والنسائي ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح واستدل الاترازي للشافعي بحديث الصفة وهو ما روي عن النبي عليه السلام إذا صلى أحدكم في رحله ثم أدرك الإمام ولم يصل فليصل معه فانها له نافلة ، ونحن نحمله على غير هذه الصلوات كيلا يلزم المنافاة بينه وبين حديث النهي عن الصلوات بعد الفجر والعصر وحديث التيسير .

قلت كيف نحمله على غير هذه الصلوات ، وقد صرح في حديث يزيد بن الأسود المذكور آنفاً بصلاة الصبح ، والجواب عنه أنه قد روي هذا في صلاة الظهر فتعارضت روايتا فعله فأخذنا بقوله عليه السلام لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس ثم إذا صلى العصر أو الفجر فعندنا فرضه الأول ، وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد ، لأن الخطاب سقط عنه بالأولى ، وقال في القديم فالفرض أكملها وقال بعض أصحابه والشعبي والأوزاعي فالفرض كلاهما وقد مر الكلام فيهما مرة .

( ومن انتهى إلى الإمام في صلاة الفجر ولم يصل ركعتي الفجر ) أي والحال أن هذا المنتهي لم يكن صلى سنة الفجر فلا يخلو حاله عن أمرين الأول : ( إن خشي أن تفوته

## ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه أمكنه الجمع بين الفضيلتين

ركعة ) من صلاة الفجر لاشتغاله بالسنة ( ويدرك الأخرى ) أي الركعة الاخرى وهي الثانية ، وتخصيص الركعة لما أن النبي ﷺ جعل أداء الركعة مع الإمام عند العذر بمنزلة أداء الكل في إدراك ثواب الجمعة حتى تتم صلاة الخوف ركعة ركعة ( يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل ) أي يدخل المسجد ( لأنه أمكنه الجمع بين الفضيلتين ) فضيلة السنة وفضيلة الجماعة ، وإنما قيد عند باب المسجد لأنه لو صلاهما في المسجد كان مشتغلاً فيه مع اشتغال الإمام بالفرض وأنه مكروه لقوله ﷺ إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة ، وخصت سنة الفجر بقوله عليه السلام لاتدعوها وإن طردتكم الخيل ، رواه أبو داود وعن أبي هريرة رضي الله عنه وقد مر فيما مضى هذا إذا كان عند باب المسجد موضع لذلك ، فان لم يصليهما في المسجد خلف سارية من سواريه خلف الصفوف.

وقال فخر الإسلام وأشدها كراهة أن يصلي مخالطاً الصف مخالفاً الجماعة والذي يصلي خلف الصف من غير حائل بينه وبين الصف . وفي الذخيرة السنة في ركعتي الفجر أن يأتي بهما في بيته ، فاذا لم يفعل فعند باب المسجد إذا كان الامام يصلي فيه ، فان لم يمكنه ففي المسجد الخارج إذا كان الامام في المسجد الداخل ، وفي الداخل إذا كان الامام في الخارج . وفي المحيط وقيل يكره ذلك كله ، لأن ذلك بمنزلة مسجد واحد . وفي قاضي خان إن كان الامام في الصف يصليهما في الشتوي وإن كان في الشتوي يصليهما في الصيفي ، وإن كان الصيفي والشتوي واحد يقوم خلف الصف وعند سارية أو خلف أسطوانة أو نحوها . وقال الثوري إن خشي فوت ركعة دخل مع الامام ولم يصليهما وإلا صلاهما في المسجد ، وقول مالك مثله إلا أنه قال يصليهما خارج المسجد في غير الافنية اللاصقة به . وعن شمس الأئمة يحكى عن الفقيه اسماعيل الزاهد أنه كان يقول ينبغي أن يفتح ركعتي الفجر ثم يقطعهما ويدخل مع الامام حتى يلزمه بالشروع فيتمكن من القضاء بعد الفجر ولكن هذا ليس بقوي ، فانما وجب بالشروع لا يكون أقوى كما يجب بالنذر ، وقد نص في زيادات الزيادة أن المنذورة لا تؤدى بعد الفجر قبل طلوع الشمس .

وإن خشي فوتها دخل مع الإمام ولم يصل ، لأن ثواب الجماعة أعظم والوعيد بالترك ألزم بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه أداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح .

---

الحال الثاني أن يخالف فوت الفرض كله ، وأشار اليه بقوله ( وإن خشي فوتهما [1] ) أي فوت ركعتي الفرض ( دخل مع الامام ولم يصل ) أي لم يصل السنة يعني يتركها ( لأن ثواب الجماعة أعظم ) من ثواب السنة ، لما روى مسلم في صحيحه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال صلاة الجماعة أفضل من صلاة الفرد بسبع وعشرين درجة ( والوعيد بالترك ألزم ) الوعيد منصوب ، لأنه عطف على اسم ان ، وألزم مرفوع على الخبرية ، والوعيد هو قوله عليه السلام لقد هممت أن آمر رجلاً فسنى أن يجمعوا حزماً من حطب ثم آتي قوماً يصلون في بيوتهم ليست بهم علة فأحرقها عليهم ، رواه مسلم وأبو داود عن أبي هريرة .

قوله – هممت – أي قصد . والفتية جمع فتى . قوله – أن يجمعوا – وفي رواية – تجمعوا – قوله – ثم آتى – بالنصب عطف على قوله – أن آمر – واستدل بهذا الحديث من قال أن الجماعة فرض عين ، وقد مر الكلام فيها في باب الامامة .

فان قلت إذا أدرك الامام في التشهد ماذا يفعل . قلت ظاهر كلام المصنف « رح » ترك على أنه يدخل مع الامام لأنه قال إن خاف أن يفوته الركعتان دخل مع الامام ، كذا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ، ثم قال وكان الفقيه أبو جعفر يقول يصلي سنة الفجر ثم يشرع مع الامام عندهما ، وعند محمد يترك السنة وهذه فرع اختلافهم في المدرك في التشهد في صلاة الجمعة .

( بخلاف سنة الظهر حيث يتركها في الحالين ) أي في حال خشية الفوات وحال عدمها ( لأنه يمكن أداؤها في الوقت ) أي لأن الشأن يمكن أداء سنة الظهر في وقت العصر ( بعد الفرض ) بعد أداء فرض الظهر ( هو الصحيح ) أي أداء سنة الظهر بعد الفرض في

---

(١) في المتن – فوتها – اهـ مصححه .

## وإنما الإختلاف بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » في تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما

الوقت هو الصحيح . واحترز به عن قول بعض المشايخ أن سنة الظهر لا تقضى إذا فاتت ، لأن في سنة الفجر ورد الشرع بالقضاء غداة ليلة التعريس ، ولم يرد مثل ذلك في سنة الظهر ، وهذا القول غير صحيح ، لأن عائشة رضي الله عنها روت أن عليه السلام فاتته الأربع قبل الظهر فقضاها بعده . وقال الاترازي وهذا القول غير صحيح ، يعني قول بعض المشايخ أن سنة الظهر لا تقضى .

وورد الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد في أنه هل يقدم الأربع أداء الركعتين ، قال أبو يوسف يقدم الركعتين ثم يقضي الأربع ، وقال محمد يقدم الأربع ثم يقضي الركعتين ، كذا ذكر اختلافهما في الجامع الصغير الحسامي . وفي الجامع الصغير العتابي والمنظومة وسرجها ذكر الاختلاف على العكس ، ويحتمل أن يكون عن كل واحد من الآيتين روايتان انتهى . قلت اختلافهما في التقديم والتأخير في القضاء لا يدل على أنه سنة الظهر تقضيه في الفرض بعد ، ولا يدل على ذلك إلا الحديث الذي ذكرناه ، والعجب من الاترازي أنه يستدل باختلاف الامامين في التقديم والتأخير على قضاء سنة الظهر في الوقت .

ثم اختلفوا هل يكون الأربع الذي يقضيه بعد الظهر في الوقت هل تكون سنة أو نفلاً مبتدأ . قلت قال في الذخيرة وعن أبي حنيفة « رح » أنه يكون نفلاً وهو قول بعضهم ، وقيل يكون سنة وهو قول صاحبيه وهو الأظهر ، وهل ينوي القضاء ، فعندهما ينوي القضاء لحديث عائشة المذكور آنفاً ، وعند أبي حنيفة لا ينوي القضاء لأن ذلك عن النبي عليه السلام يكون قضاء لأنه إذا وجب على الشيء كتب عليه وفعل غيره يكون تطوعاً مبتدأ فلا حاجة إلى نية القضاء .

( وإنما الاختلاف بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » في تقديمها ) أي في تقديم الأربع ( وتأخيرها عنهما ) أي عن الركعتين ، فالتقديم عند أبي يوسف وتأخيره عند محمد . وفي المحيط ذكر أبو حنيفة مع أبي يوسف ، وفي فتاوى العتابي قول أبي يوسف هو المختار ، وفي مبسوط شيخ الاسلام هو الأصح لحديث عائشة المذكور ، فأبو يوسف

ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين إن شاء الله تعالى ، والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد إذا كان الإمام في الصلاة ، والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل وهو المروي عن النبي عليه السلام

---

يعتبر المحل ، ومحمد يعتبر ما يقع فيه فالركعتان في محلهما فيقدمان ، ولمحمد أن الأربع قبل الركعتين لتقدمها على الأربع الفرض المتقدم عليهما ، وقد تعذر التقديم على الظهر ولم يتعذر على السنة ، وفي الخلاصة صلى سنة الفجر أو الأربع قبل الظهر ثم اشتغل بالبيع أو الشراء أو الأكل ، فانه يعيد السنة أما بأكل لقمة أو شربة لا تبطل السنة ، وذكر في جامع التمرتاشي قيل لا يعيد ولو أنه أنقص من ثوابه قبل التكلم ، قال الجلالي الظاهر أنه لايعيد .

( ولا كذلك سنة الفجر على ما سنبين إن شاء الله تعالى ) يعني ليس سنة الفجر مثل سنة الظهر لأن سنة الفجر لا يمكن أداؤها بعد الفرض فحصل الفرق بين السنتين (والتقييد بالأداء ) أي تقييد محمد بن الحسن بأداء ركعتي الفجر ( عند باب المسجد يدل على الكراهة ) أي على كراهة أدائه إياهما ( في المسجد إذا كان الإمام في الصلاة ) لمخالفة الإمام عياناً .

( والأفضل في عامة السنن والنوافل المنزل ) أي الأفضل في أكثر السنن والنوافل إقامتها في المنزل ، وإنما قدرنا هكذا لأن لفظ المنزل لا يصح أن يقع خبر لقوله الأفضل ، وإنما قال في عامة السنن تنبيهاً على أن بعض المشايخ قالوا يصلي الركعتين بعد الظهر والركعتين بعد المغرب في المسجد وما سواهما في البيت . قال في المحيط ( وهو المروي عن النبي ﷺ ) أي روى البخاري ومسلم عن زيد بن ثابت رضي الله عنهما قال احتجر رسول الله ﷺ حجرة .. الحديث ، وفي آخره فعليكم بالصلاة في بيوتكم إلا المكتوبة فإن خير صلاة المرء في بيته إلا المكتوبة ، وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي مختصراً ولفظ أبي داود صلاة المرء في بيته أفضل من صلاته في مسجدي هذا إلا في المكتوبة .

قال وإذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلاً مطلقاً وهو مكروه بعد الصبح ، قال ولا بعد ارتفاعها عند

---

فإن قلت تعارض هذا قوله ﷺ صلاة في مسجدي هذا أفضل من صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام . قلت يحتمل هذا على الفرض أي صلاة مفروضة في مسجدي هذا يدل على لفظ أبي داود صلاة المرء .. الحديث ، وفي الذخيرة والسنن بعد الفرائض لا بأس باتيانها في المسجد في مكان الصلاة ، والأولى أن يتنحى عنه خطوة أو خطوتين والإمام يتنحى عن المكان الذي يصلي فيه الفريضة لا محالة ، وفي الجامع الأصغر إذا صلى الرجل المغرب في المسجد وخاف أن يرجع إلى بيته أن يشتغل عن السنة صلاها في المسجد ، والأخير صلاة الرجل في بيته إلا المكتوبة ، وفي شرح الآثار للطحاوي يأتي بالركعتين بعد الظهر وركعتين عند المغرب في المسجد وما سواهما لا ينبغي أن يصلي في المسجد وهو قول البعض والبعض يقول التطوع في المسجد حسن وفي البيت أحسن ، وذكر الحلوائي أن من فرغ من الظهر والمغرب والعشاء وإن شاء صلى السنة في المسجد وإن شاء في بيته .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس ، لأنه يبقى نفلاً وهو مكروه بعد صلاة الفجر ) أي التنفل مكروه بعد أن يصلي فرض الفجر كما مر بيانه . وقال النووي في شرح المهذب في قضاء السنة الراتبة قولان أحدهما وهو القديم لا يقضى كالكسوف والاستسقاء وتحية المسجد ، والثاني وهو الجديد يقضي أبداً ، وفي قول حكاه الخراسانيون إن فاتت في النهار يقضى ما لم تغرب الشمس ، وإن فاتت في الليل يقضي ما لم يطلع فجرها. قال والصحيح استحسان قضاء الجميع أبداً . وفي المغني قال ابن حامد يقضي ركعتا الفجر وغيرهما من السنن في الأوقات كلها ما حكي أوقات النهي وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، وعنه أنه قال ركعتا الفجر تقضى إلى وقت الضحى . قال ابن قدامة والأول أصح .

( قال ) أي المصنف ( ولا بعد ارتفاعها ) ولا يقضي أبداً بعد ارتفاع الشمس ( عند

أبى حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » أحب إلي أن يقضيهما إلى وقت الزوال لأنه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس .

---

أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد أحب إلي أن يقضيها إلى وقت الزوال ) قال الحلوائي والفضلي ومن تابعهما لا خلاف بينهم ، فإن محمد يقول أحب أن يقضي وإن لم يفعل فلا شيء عليه وهما يقولان ليس عليه أن يقضي ، وإن فعل فلا بأس به . ومن المشايخ من حقق الخلاف ، وقال الخلاف في أنه لو قضى يكون نفلاً مبتدأ أو سنة كذا في المحيط ( لأنه عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة أبو قتادة وذو مخمر وعمران بن حصين وجبير بن مطعم وبلال وأنس وابن مسعود وعمر بن أمية الضمري وابن عباس ومالك بن ربيعة السلولي وأبو هريرة رضي الله عنهم .

فحديث أبي قتادة عند مسلم ، وحديث مخمر الحبشي عند أبي داود في سننه ، وحديث عمران بن حصين عند أبي داود أيضاً والحاكم وابن خزيمة ، وحديث أبي[1] جبير بن مطعم عند النسائي ، وحديث بلال عند الطبراني في معجمه والبزار في مسنده ، وحديث أنس عند البزاز أيضاً وحديث ابن مسعود عند البيهقي في كتاب الأسماء والصفات ، وحديث عمر بن أمية وحديث ابن عباس عند البزار ، وحديث مالك بن ربيعة عند النسائي ، وحديث أبي هريرة عند مسلم عن أبي حازم عن أبي هريرة قال عرسنا مع النبي ﷺ فلم نستيقظ حتى طلعت الشمس فقال النبي ﷺ ليأخذ كل إنسان برأس راحلته ، فإن هذا منزل حضرنا فيه الشيطان قال ففعلنا ، ثم دعا بالماء فتوضأ ثم صلى سجدتين ثم أقيمت الصلاة فصلى الغداة والتعريس في آخر الليل ، وليلة التعريس كانت حين قفل النبي ﷺ من غزوة خيبر . قوله — ثم صلى سجدتين — أي ركعتي الفجر .

---

(١) ربما كلمة أبي زائدة .

ولهما أن الأصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب ، والحديث ورد في قضائهما تبعاً للفرض فبقي ما رواه على الأصل ، وإنما تقضى تبعاً له وهو يصلي بالجماعة أو وحده إلى وقت الزوال ، وفيما بعده اختلاف المشايخ « رح » وأما سائر السنن سواها لا تقضى بعد الوقت وحدها ، واختلف المشايخ « رح » في قضائها تبعاً للفرض ،

---

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( أن الأصل في السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب ) لأن القضاء تسليم مثل الواجب بالأمر ( والحديث ورد في قضائهما تبعاً للفرض ) هذا جواب عن حديث ليلة التعريس تقديره أنه لما ورد بقضائها تبعاً قلنا بقضائها ( فبقي ما رواه على الأصل ) وهو عدم وجوب الزوال بالاتفاق ( وإنما تقضى ) أي السنة ( تبعاً له ) أي للفرض ( وهو يصلي بالجماعة ) أي والحال أنه يصلي بالجماعة ( أو وحده ) أي أو يصلي وحده ( إلى وقت الزوال ) أراد انتهاء وقت القضاء بالجماعة أو كان منفرداً إلى وقت زوال الشمس ، توضيحه أن سنة الفجر تقضى تبعاً للفرض سواء كان قضى الفرض بالجماعة أو قضاه وحده . وقال الأكمل ها هنا وكلامه واضح ، قلت من أين يجيء الوضوح إن لم يشرح كلام المصنف كما هو المقصود .

( وفيما بعده ) أي وفيما بعد الزوال ( اختلاف المشايخ ) أي مشايخ ما وراء النهر ، فاختلفوا في أنه هل تقضى سنة الفجر تبعاً للفرض ، فقال بعضهم تقضى تبعاً وبه قال الشافعي في قول ، وقال بعضهم لا تقضى تبعاً ولا مقصودة . وفي المحيط لا تقضي السنة بعد الزوال وإن تذكر مع الفرض من غير ذكر خلاف ، وفي جامع بدر الدين الورسكي لا يقضي بعد الزوال ، لأن السنة جاءت بالقضاء في وقت مجمل فلا يقاس عليه آخر .

( وأما سائر السنن سواها ) أي سوى سنة الفجر ، وفي بعض النسخ سواهما بضمير التثنية أي سوى ركعتي الفجر ( فلا تقضى بعد الوقت وحدها ) أو إذا كانت بدون الفريضة .

( واختلف المشايخ في قضائها ) أي في قضاء السنن ( تبعاً للفرض ) فقال بعضهم

ومن أدرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلاث فإنـــه لم يصل الظهر بجماعة ، وقال محمد « رح » قد أدرك فضل الجماعة

---

يقضيها تبعاً لأنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً . وقال بعضهم لا يقضيها تبعاً كما لا يقضيها مقصودة وهو الأصح ، لاختصاص القضاء بالواجب . وفي مختصر البحر ماسوى ركعتي الفجر من السنن إذا فاتت مع الفرض يقضي عند العراقيـــين كالأذان والإقامة ، وعند الخراسانيين لا يقضي ، ثم قيل لا بأس بترك سنة الفجر والظهر إذا صلى وحده لأنه عليه السلام لم يأت بها إلا إذا صلى بالجماعة وبدونها لا يكون سنة، وقيل لا يجوز بتركها بكل حال ، لأن السنة المذكورة كالواجبة ، وللشافعي قولان في قول لا يقضي وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وفي قول يقضي كالفرائض هو اختيار المزني ورواية عن أحمد .

( ومن أدرك من الظهر ركعة ) أي من أدرك من صلاة الظهر التي يصليها الإمام ركعة واحدة ( ولم يدرك الثلاث ) أي ثلاث ركعات ( فإنه ) أي فإن هذا المـدرك ( لم يصل الظهر بجماعة ) ذكر هذه المسألة لبيان الحكم في مسألة أخرى ذكرها في الجامع الكبير رجل ، قال إن صليت الظهر مع الإمام فعبدي حر ، فأدرك ركعة مع الإمام فقط لا يحنث ، لأن شرط حنثه أن يكون صلى الظهر مع الإمام وقد صلى ثلاث من الظهر منفرداً ، لأن المسبوق فيما يقضى منفرد فلم يوجد شرط الحنث وهذا لأن المسمى يعتبر معدوماً بفوات الجزء وفي مقام الإثبات ، وعلى هذا لو أدرك ثلاثاً مع الإمام وفاتته الواحدة لم يحنث أيضـــاً لفوات بعض المسمى وهو الصحيح ، ولو قال عبده حر إن أدرك الظهر مع الإمام يحنث بادراك الواحدة معه وبادراك القعـــدة أيضاً ، لأن إدراك الشيء هو الوصول إلى آخر جزء منه يتحقق بادراك القعدة فضلاً عن الركعة إدراك الظهر بالجماعة يؤيده قوله عليه السلام من أدرك من الفجر فقد أدرك الفجر .

(وقال محمد قد أدرك فضل الجماعة) إنما خص قول محمد بادراك فضل الجماعة وإن كان يدرك ثواب الجمعة ، عند صاحبيه أيضاً لأن الشبهة وردت على قوله أن مدرك الإمام في التشهد في الجمعة لا يكون مدركاً للجماعة فيتمها أربعاً فكان مقتضى قوله أن لا يدرك فضيلة الجماعة في هذه المسألة لأنه مدرك الأقل كما في الجمعة فأزال ذلك الوهم بقوله قال محمد قد أدرك

لأن من أدرك آخر الشيء فقد أدركه فصار محرزاً ثواب الجماعةلكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة . ومن أتى مسجداً قد صلى فيه فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ، ومراده إذا كان في الوقت سعة، وإن كان فيه ضيق تركه ،

---

فضل الجماعة ، وأصل هذه المسألة مسألة الجامع الكبير وقد ذكرناها آنفاً .

وقال السغناقي فان قلت الاختلاف إنما يكون اتحاد الموضع ثم ذكر ها هنا قولها في صلاة الظهر في جماعة ، وقول محمد في إدراك فضل الجماعة وهما متغايران في الوضع فلا يتحقق الاختلاف بذلك ، وحاصل الجواب أن تخصيص ذكر محمد لا لبيان الاختلاف فيما بينهم فانهم اتفقوا في موضعين وهو أنه لم يصل الظهر في جماعة وأنه أدرك فضل الجماعة ، وإنما خص قول محمد بشبهة ترد على قوله وقد ذكرنا تحرزاً .

( لأن من أدرك آخر الشيء فقد أدركه فصار محرزاً ثواب الجماعة ، لكن لم يصلها بالجماعة حقيقة ) عدم صلاته بالجماعة ظاهر لكنه يحصل له ثواب الجماعة ( ولهذا ) يعد مع على ذلك بالاتفاق ( يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ) الضمير في به يرجع إلى الادراك الذي يدل عليه قوله أدرك ، وهما صورتان قد بيناهما عن قريب ، ومذهب الشافعي في الظاهر كمذهبنا وهو أنه إذا أدرك الامام في التشهد ينال فضل الجماعة ، وعند بعض أصحابه لا ينال إذا أدركه فيما دون الركعة .

( ومن أتى مسجداً قد صلى فيه ) أي صلى أهله فيه بالجماعة وكان الرجل فاتته الجماعة ( فلا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ما بدا له ) أي ما ظهر يعني ما أراد من التطوع ( ما دام في الوقت ) أي في وقت هذه الصلاة ( ومراده ) أي مراد محمد بن الحسن بقوله في الجامع الصغير لا بأس بأن يتطوع قبل المكتوبة ( إذا كان في الوقت سعة ) بفتح السين والعين يعني اتساع ( وإن كان فيه ) أي في الوقت ( ضيق تركه ) أي ترك

قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر ، لأن لهما زيادة مزية ، قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها ولو طردتكم الخيل ، وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي .

---

التطوع ، وروي عن الثوري والحسن البصري أنه لا يتطوع قبل المكتوبة لما أنه عليه السلام ما اشتغل به إذا صلى بالجماعة .

( قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر ) أشار بهذا إلى قول محمد « رح » لا بأس ، قال بعض المشايخ قول محمد لا بأس بأن يتطوع التطوع قبل العصر والعشاء دون التطوع قبل الفجر والظهر ( لأن لهما ) أي سنة الظهر وسنة الفجر ( زيادة مزية ) أي زيادة خصوصية بالفضل ، وزيادة الأجر وبين ذلك بقوله ( قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها وإن طردتكم الخيل ) أخرج هذا الحديث أبو داود في سننه عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ لا تدعوهما وإن طردتكم الخيل .

وأخرج مسلم عن عائشة قالت ما رأيت رسول الله ﷺ أشد معاهدة سنة على الركعتين قبل الفجر .

وأخرج الطبراني عنها لم أره ترك الركعتين قبل صلاة الفجر في سفر ولا حضر ولا صحة ولا سقم . وأخرج أبو يعلى الموصلي في مسنده عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ قال لا تتركوا ركعتي الفجر ، فان فيهما الرغائب والمراد بالخيل حبس العدو .

( وقال في الأخرى ) أي قال النبي ﷺ في سنة الظهر ( من ترك الأربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي ) هذا ليس له أصل ، والعجب من الشراح ذكروا هذا ولم يتعرضوا إلى بيان حاله وسكتوا عنه . وقال الأكمل وهذا وعيد عظيم ، ودلالته على وكادة الأربع أقوى من الأول إذا صح عن النبي عليه السلام ، والذي لم يثبت كيف يكون أقوى من الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما ، وروى أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن أم حبيبة زوجة النبي عليه السلام قال رسول الله ﷺ من حافظ على أربع ركعات قبل الظهر وأربع بعدها حرم الله عليه النار ، وروى أبو داود أيضاً عن أبي أيوب عن النبي عليه السلام قال أربع قبل الظهر ليس فيها تسليم تفتح لهن أبواب السماء .

وقيل هذا في الجميع لأنــــه عليه السلام واظب عليهـــا عند أداء المكتوبات بالجماعة ، ولا سنة دون المواظبة ، والأولى أن لا يتركها في الأحوال كلها

---

( وقيل هذا ) أي قول محمد - لا بأس بأن يتطوع - وهذا القول اختيار أبي الليث في جامعه ( في الجميع ) أي عام في جميع السنن ، وللمصلي الخيار بين أن يتطوع وبين أن لا يتطوع لأن السنة لا تثبت إلا بمواظبة النبي ﷺ على السنن قبل المكتوبة عنـــد أداء المكتوبات بالجماعة ، وأشار إلى هذا بقوله ( لأنه ﷺ واظب عليهـــا ) أي على السنن ( عند أداء المكتوبات بالجماعة ) وها هنا في مسألة الجماعة نتفية لأن التقدير فيمن تي مسجداً قد صلى فيه فلا يكون في حقه إتيان السنة سنة ، فبقي نفلاً مطلقـاً فيكون في خير ومن اتيانه وتركه ( لا سنة دون المواظبة ) هذا معروف من الأحاديث ، ولم يرو أنـــه ﷺ ترك شيئاً من الرواية المذكورة في النقل إلا الركعتين بعد الظهر وقضاهما بعد العصر وركعتي الفجر وقضاهما مع الفرض بعد طلوع الشمس .

وقال قاضي خان ان محمداً لم يذكر السنن في الكتاب ، وإنما ذكر التطوع والإنسان إذا صلى وحده إن شاء أتى بالسنن وإن شاء تركهـــا ، وهو قول أبي الحسن الكرخي ، والأول أصح ، والأخذ به أحوط فلا يتركه في الأحوال إذ السنة بعد المكتوبـة شرعت لجبر نقصان يمكن في الفرض وقبلها يقطع طمع الشيطان من المصلي لأنه يقول ، إذا لم يتمنع في ترك ما لم يكتب عليه فكيف يتبعني في ترك ما كتب عليه والمنفرد إلى ذلك ، إلا إذا خاف فوت الوقت ، لأن أداء الفرض في وقت واجب . وفي الحواشي لو لم يرد جواز ترك الجميع لا يبقى لقوله -صلى- فيه فائدة ، لأن الإختيار بين الترك والإثبات كسنة العصر والعشاء ثابت ، سواء صلى بالجماعة أو منفرداً . وأما إذا أريد بهـذا في الجميع جاز ترك سنة الفجر والظهر حالة الإنفراد ولم يثبت أخبار الترك عند أدائها بالجماعة ، فحينئذ تظهر فائدة قوله - وقد صلى فيه .

( والأولى أن لا يتركها في الأحوال كلها ) هذا اختيار المصنف أي الأولى أن لا يترك السنن الرواية كلها في جميع الأحوال كلها ، سواء كان مؤدياً بالجماعة أو منفرداً أو مقيمـاً

لكونها مكملات للفرائض إلا إذا خاف فوت الوقت ، ومن انتهى إلى الإمام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الإمام رأسه لا يصير مدركاً لتلك الركعة خلافاً لزفر « رح » هو يقول أدرك الإمام فيما له حكم القيام ، ولنا أن الشرط هو المشاركة في أفعال الصلاة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع

---

أو مسافراً ( لكونها مكملات الفرائض ) أي لكون السنن الرواية مكملات لنقص من الفرائض وجبر النقصان يقع فيها ، خصوصاً في حق المنفرد ، لأنه أحوج اليها فيعاره إلى تكميل الثواب ( إلا ) استثناء من قوله – والأولى – معنى الأولى أن يتركها ( إذا خاف فوت الوقت ) فإنه إذا اشتغل بالسنة يفوته الوقت لضيقه .

( ومن انتهى إلى الإمام في ركوعه ) أي وصل اليه حال كون الإمام راكعاً ( فكبر ) للافتتاح ( ووقف ) ولم يركع سواء تمكن من الركوع أو لا ( حتى رفع الإمام رأسه لا يصير مدركاً لتلك الركعة ) قيد بالركوع لأنه إذا انتهى اليه وهو قائم يكبر ولم يركع معه حتى رفع الإمام رأسه من الركوع ثم ركع أنه يدرك الركعة بالإجماع . وإذا انتهى إلى القومة بعد الركوع لا يكون مدركاً لتلك الركعة بالإجماع ، وبما قلنا قال الشافعي .

( خلافاً لزفر ) فإنه يقول يصير مدركاً لتلك الركعة ، وبه قال النووي وابن أبي ليلى وعبد الله بن المبارك ( هو ) أي زفر ( يقول أدرك الإمام فيما له حكم القيام ) وهو الركوع ، وهذا لأن الركوع يشبه القيام لوجود استواء النصف الأسفل الذي به يمتاز القائم من القاعد ، لأن استواء النصف الأعلى موجود في القاعد أيضاً ، ولهذا لو شاركه في الركوع صار مدركاً .

( ولنا أن الشرط هو المشاركة في أفعال الصلاة ) لأن الإقتداء شركة ، ولا شركة في الإحرام ، وإنما الشركة في الفعل ( ولم يوجد لا في القيام ) لأنه ليس من جنس الركوع ( ولا في الركوع ) لأنه ليس من جنس القيام فلا يصير مدركاً بتلك الركعة .

فإن قلت جاء في الحديث من أدرك الإمام في الركوع فقد أدركه، ولهذا يأتي تكبيرات العيد في الركوع ، مع أنه يؤتى به في الحقيقة في القيام . قلت روى أبو داود أنه عليه السلام قال إذا جئتم إلى الصلاة ونحن سجود فاسجدوا ولا تعدوها شيئاً ، ومن أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة . وظاهره أنه إذ أتى بالركوع وهذا لم يأت به . وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال إذا أدركت الإمام راكعاً فركعت قبل أن يرفع رأسه فقد أدركت الركعة ، وإن رفع قبل أن ترفع فقد فاتتك تلك الركعة .

والجواب عن الحديث على تقدير صحته أن معناه أنه أدرك في تلك الصلاة لا في تلك الركعة ، وفي المتشهد به وحديث المشاركة في القيام فافترقا ، وفي الخلاصة أدرك الإمام في الركوع فقال الله أكبر ، إلا أن قوله – الله – كان في قيامه ، و – أكبر – وقع في ركوعه لا يكون شارعاً في الصلاة . وقال المحبوبي دخل المسجد والإمام راكع فقال بعض مشايخنا ومالك ينبغي أن يكبر ويركع ثم يمشي حتى يلتحق بالصف لئلا يفوته الركوع ، كذا فعله أبو بكر [1] رضي الله عنه ، فقال عليه السلام زادك الله حرصاً ولا تعد . وقال أكثر الأئمة وأكثر مشايخنا على أنه لا يكبر لكيلا يكون محتاجاً إلى المشي في الصلاة ، وبه قال الشافعي . وقال أحمد أن علم بالنهي ومشى بطلت صلاته ، وعندنا لو مشى ثلاث خطوات متواليات بطلت ، فمن اختار القول الأول قال معنى قوله – لا تعد – لا تؤخر المجيء إلى هذه الحالة ، ومن اختار القول الثاني ، قال معناه لا تعد إلى مثل هذا الصنع ، وهو التكبير قبل الاتصال بالصف والمشي إلى الركوع ، وإنما لم يأمره بالاعادة لأن ذلك كان في وقت كان العمل في الصلاة مباحاً .

وفي جامع التمرتاشي ذكر الجلابي في صلاته ، أدرك الامام في الركوع قائماً ثم ركع ، أو شرع في الانحطاط وشرع الامام في الرفع اعتد بها ، وقيل لو شاركه في الرفع قيل إن كان إلى القيام أقرب لا يعتد ، والأصح أنه يعتد إذا وجدت المشاركة قبل أن يستقيم

(١) إنما هو أبو بكرة وليس أبو بكر رضي الله عنهما . اهـ مصححه .

ولو ركع المقتدي قبـل إمامه فأدركه الإمام فيه جاز ، وقال زفر « رح » لا يجزئـه لأن ما أتى به قبل الإمام غير معتد به فكذا ما يبنى عليه ، ولنـا أن الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الأول والله أعلم

---

قائماً وإن قل . وعن أبي يوسف قام شرعاً فلم يستم الصيـام حتى كبر لم يجزه ، وفي النوازل إن كان إلى القيـام أقرب جاز ، وإن كان إلى الركوع أقرب لا يجـوز أدرك الامام في الركوع وهو يعلم أنه لو اشتغل بالثناء لا يفوته الركوع يثني ، وإن علم أنـه يفوتـه قال بعضهم يثني لأن الركوع يفوت إلى خلف وهو القضاء ، وإن شاء يفوتـه أصلاً . وقال بعضهم لا يثني وإذا أدرك الامام في الركوع يكبر للافتتاح ويثني ثم يتابع الامام في أي حالة كان .

( ولو ركع المقتدي قبل إمامه فأدركه الامام فيه جاز ) وبه قال الثلاثة ( وقال زفر لا يجزئه ) أي الصلاة إن لم يعد الركوع ( لأن ما أتى به قبل الامام غير معتد به ) لكونه مريعاً عنه ، قال عليه السلام إنما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه ( فكذا ما يبنى عليه ) لأن البناء على الفاسد فاسد .

( ولنا أن الشرط هو المشاركة في جزء واحد ) وقد وجد فجعل مبتدئاً لا بانياً عليه ( كما في الطرف الأول والله أعلم ) يعني كما صار في الطرف الأول ، وهو أنه يركع معـه ويرفع رأسه قبل الامام ، وهذا لأن للركوع طرفين والشركة في إحداهما كافية ، بخلاف ما لو رفع رأسه من هذا الركوع قبل ركوع الامام ، لأنـه لم يوجد للمشاركة في شيء من الطرفين .

فروع : لو أطال الامام السجود فرفع المقتدي رأسه يظن أنه سجد ثانيا فسجد معه إن نوى الأول أو لم يكن له نية يكون عن الأول ، وكذا إن نوى الثانية والتابعة لرجحان التابعة ويلغو نية الثانية للمخالفة وإن نوى الثانية لا غير كانت عن الثانية ، فإن شارك الامام فيها جاز ، وفيه خلاف زفر ، وروي عن أبي حنيفة أنه لو سجد المقتـدي قبل

رفع الامام رأسه من الركوع ثم أدرك الامام فيها لا يجزئه ، وعن أبي يوسف أنه يجزئه ، وإن أطال المؤتم سجوده فسجد الامام الثانية فرفع رأسه وظن أن الامام في السجدة الأولى سجد ثانياً يكون عن الثانية ، وإن نوى الأولى لا غير . وفي الذخيرة للفريابي إن رفع المأموم قبل أن يطمئن الامام راكعاً أو ساجداً فسدت صلاته ، ويرجع ولا ينتظر رفع الامام وعنه وعن أشهب لا يرجع لأن الركوع أو السجود قد تم ، فتكراره زيادة في الصلاة . وقال سحنون يرجع ويبقي بعد الامام بقدر ما يقوم الامام. في شرح التهذيب النووي إن تقدم الامام بركوع أو سجود ، ولحقه الامام قبل أن يرفع رأسه لا تبطل صلاته عمداً كان أو سهواً ، وفي وجه شاذ ضعيف تبطل إن تعمده ، وهل يعود فيه ثلاثة أوجه الصحيح استحباب عوده لقول أصحابنا ، ثم يركع معه الثاني لزومه ، والثالث حرمة العود ، فان تعمده بطلت صلاته وإن سبق بركعتين بطلت صلاته إن تعمد عالماً بتحريمه ، وإن كان جاهلاً أو ساهياً لم تبطل ، لكن لا يعتد بتلك الركعة فيأتي بها بعد سلام الامام ، وإن رفع والامام بعد في القيام فتوقف حتى ركع الامام ثم رفع من الركوع فاحتجا في الاعتداد فيه وجهان ، أحدهما تبطل صلاته ، والثاني ان التقدم بركن لا تبطل كالتخلف ، وهو الصحيح المنصوص .

والحاصل ان التخلف بركن واحد لا تبطل على الصحيح ، وفيه وجه للخراسانيين ، وانه تبطل ، وإن تخلف بركنين بطلت يكره عندنا تكرار الجماعة في مسجد واحد ، كذا في الذخيرة والوترى وغيرهما وبه قال مسلم وأبو قلابة وابن عوف وعثمان البتي والأوزاعي والثوري وأيوب والليث ومالك والشافعي . وقال النووي إذا لم يكن امام راتب للمسجد فلا كراهة للجماعة الثانية والثالثة بالاجماع ، وأما إذا كان له إمام راتب وليس المسجد مطروقاً فمذهبنا كراهة الجماعة الثانية بغير اذنه ويصلون فيه فراداً خلافاً لأحمد وهو قول ابن مسعود وعطاء والحسن والنخعي والظاهرية ، واختاره ابن المنذر . وفي المبسوط وغيره جعل مذهب الشافعي مثل قول أحمد ، وفي الذخيرة عن أبي يوسف أنه يكره ذلك إذا كان القوم كثيراً ، أما إذا صلى واحداً باثنين بعدما صلى فيه أهله فلا

بأس به ، وعن محمد أنه لم ير بأساً بالتكرار إذا صلوا في رواية في المسجد على سبيل الخفية لا التداعي والاجتماع ، وقال القدوري في كتابه إذا كان المسجد على قارعة الطريق وله قوم معين فلا بأس بتكرار الجماعة ، ولو صلى فيه غير أهله جماعة فلأهله الاعادة إذا لم يؤدوا حقه ، فان صلى فيه بعض أهله فليس لبقية أهله أو لغيرهم أن يصلوا جماعة ، وفي المبسوط صلى فيه أهله أو أكثرهم ، قال أبو يوسف لا بأس بأن يصلوا جماعة في غير الموضع الذي صلى فيه الجماعة بغير أذان وإقامة ، ذكره عن الوبري وغيره ، وإن فاتته الجماعة في مسجده ويمكن أن يدركها في مسجد آخر إن شاء صلى في مسجده وحده ، وإن شاء ذهب إلى غيره فصلى بجماعة فراعى حق المسجد وفضل الجماعة ، وقيل يذهب فيصلي بالجماعة لزيادة فضلها . وقال الحسن البصري « رح » كان أصحابه عليه السلام إذا فاتتهم الصلاة بالجماعة صلوا فرادى في المسجد ، وقال مالك لو صلى إمام المسجد وحده صلوا فرادى بعده ، ولو غاب الامام وصلوا بغيره إن كان باذنه لا تعاد وإلا أعيدت .

# باب قضاء الفوائت

## ومن فاتته صلاة

---

( باب قضاء الفوائت )

أي هذا باب في بيان حكم قضاء الصلوات الفوائت وهو جمع فائتة من فات يفوت ، والقضاء أصله قضاى ، لأنه وقعت الياء بعد الف زائـدة فقلبت كما عرف في التصريف ، وهو مستعمل على وجه وبمعنى الحكم ، ومنه ﴿ وقضى ربـك ﴾ ٢٣ الإسراء ، وفراغ ومنه قضى حاجته والقتل ، ومنه وضرب ﴿ فقضى عليـه ﴾ ١٩ القصص ، واسم قاض أي قابل والموت ، ومنه قضى نحبه ، أي مات ، والانهاء ومنه وقضينا اليه ذلك الأمر والمعنى ، ومنه ثم اقضوا إلي ، والصنع والتقدير ومنه ﴿فقضاهن سبع سماوات ﴾ ومنه القضاء والقدر والصلح ، ومنه في حديث الحديبية قاضاهم على أن يؤدوا ، أي صالحهم ، والطلب ومنه اقتضى دينـه وتقاضاه ، والأداء ومنه ﴿فاذا قضيت الصلاة ، فانتشروا فيّ الأرض ﴾ ١٠ الجمعة .

وأما معناه الشرعي فالقضاء إسقاط الواجب بمثل من عند المأمور وهو حقه ، والأداء تسليم عين الواجب بسببه إلى مستحقه ، هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وعبـارة فخر الاسلام البزدوي اسم التسلـيم نفس الواجب بالأمر ، ثم القضاء يجب بالسبب الذي يجب به الاداء ، ولهذا يجهر الامام بالقراءة إذا قضاها في الاقامة ، ويصلي صلاة الاقامة أربعاً إذا قضاها في السفر ، وقيل يجب بسبب جديد ، وقد عرف في موضعه ، ولما كان المأمور به على نوعين أداء وقضاء ، وقد فرغ من الأداء وشرع في القضاء كذا قاله الشراح. قلت معنى صلاة الجمعة والعيدين وصلاة الجنازة ، وأما المناسبة بين البابـين فمن حيث وجود معنى الادراك فيهما .

( ومن فاتته صلاة ) فيه رعاية الأدب حيث لم يقل من تركها ترك الصلاة لا يليق بحال

قضاها إذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت ، والأصل فيه أن الترتيب بين الفوائت وبين فرض الوقت عندنا مستحق ، وعند الشافعي « رح » مستحب

---

المسلم وحينها لفوات تحسيناً الظن به ، وحملا لأمره على الصلاح لذلك في قوله عليه السلام من نام عن صلاة أو نسيها فان الحكم غير مقتصر على النوم والنسيان ؛ لأنه إذا ترك فسقاً أو مجانة يجب القضاء أيضاً بالاجماع ، لكن أخرجه صاحب الشرع مخرج البحثين العبارة والظن بالخير ( قضاها إذا ذكرها ) سواء كان فوتها ناسياً أو بغير عذر النسيان أو عامداً وبه قال مالك والشافعي ، وقال ابن حبيب لا يقضي المتعمد في الترك ، لأن تاركها متعمد .

ولنا ما رواه مسلم عن النبي ﷺ أنه قال إذا رقد أحدكم عن الصلاة أي غفل عنها فليصلها إذا ذكرها ، فإن الله عز وجل يقول أقم الصلاة الذي قوله لذكري ، أي لذكر صلاتي من مجاز الحذف أو من مجاز الملازمة ، لأنه إذا قام اليها فقد ذكر الله فيها ، وإنما خص الشارع النائم والغافل بالذكر لذهاب الإثم في حقهما الذي هو من لوازم الوجوب فتوهم انتفاء القضاء لانتفاء الوجوب ، فأمر الشارع بالقضاء من باب التبيين بالأدنى على الإعلاء الذي هو المتعمد .

( وقدمها على فرض الوقت ) أي قدم الفائتة على الوقتية لوجوب الترتيب على ما يأتي الآن ( والأصل فيه ) في هذا الباب ( ان الترتيب بين الفوائت وبينفرض الوقت مستحق ) أي واجب ( عندنا ) وبه قال النخعي والزهري وربيعة ويحيى الأنصاري والليثومالك وأحمد وإسحاق ، وعن ابن عمر ما يدل عليه ( وعند الشافعي مستحب ) أي الترتيب مستحب غير واجب ، وهو قول طاووس وأبي ثور ومذهب ابن القاسم وسحنون ان الترتيب غير واجب ولا شرط . وفي الذخيرة وظاهر المدونة الوجوب والشرطية لقضائه تعاد الحاضرة . ومذهب الظاهرية عدم وجوب الترتيب ، واعتبروه مضاف ، ومذهب مالك ان الترتيب واجب كما قلنا ، ولكنه لا يسقط بالنسيان ولا بضيق الوقت ولا يكره الفوائت ، كذا في شرح الإرشاد ، وفي شرح المجمع والصحيح المعتمد عليه من مذهب

لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : من نام عن صلاة أو نسيها فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام

---

مالك سقوطه الترتيب بالنداء كما نطقت به كتب مذهبه ، وعند أحمد لو تذكر الفائتة في الوقتية يتمها ثم يصلي الفائتة ثم يعيد الوقتية ، وذكر بعض أصحابه ، أنهـا تكون نافلة وهذا يفيد وجوب الترتيب ، ولو اجتمعت الفوائت وجب عليه الترتيب مع الذكر ولا فرق بين قليلها وكثيرها إلا أن يضيق الوقت فعنه روايتان كذا في الحلية .

( لأن كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره ) فإذا كان الترتيب فرضاً يلزم أن يكون إذ الفائت شرطاً لصحة الوقتية فلا يجوز لأن شرط الشيء تبع لذلـك الشيء وكل صلاة أصل بنفسها وبين كون الشيء أصلاً وتبعاً ينافي ذلك كالصيامات المتروكة والمدلولات وسائر العبادات ، فإن صوم اليوم الأول لا يتوقف فإنه فرض متنقل ، وهو شرط الإعتكاف الواجب بالاتفاق . قلت الأصل هذا وهو أن الشيء إذا كان مقصوداً بنفسه لا يكون شرطاً لغيره ، ولكن إذا قام دليل على أنه شرط لغيره يصح أن يكون شرطـاً مع بقائه مقصوداً في نفسه ، وما ذكره من المنافاة لا يلزم عند اختلاف الجهة فالله تعالى جعل الإيمان شرطاً لصحة سائر العبادات في قوله ﴿فمن يعمل من الصالحات وهو مؤمن فلا كفران لسعيه﴾ وكذلك نفى النبي ﷺ صحة الإعتكاف بدون الصوم . قوله : لا اعتكاف إلا بالصوم ، فصار كل واحد منها شرطاً بغيره ، وهذين النصين مقام الدليل ، وأما ما لم يقم الدليل على تعيينه فهو على حقيقته أن لا يصير شرطاً لغيره وفي الجنازية والكافي سائر العبادات فرع الإيمان والفرع لا يوجد بدون الأصل ، فيكون الأفعال على نوعين : افتقـار المشروط إلى الشرط ، وافتقار الفرع إلى الأصل ، وفيما نحن فيه لا يجوز الإفتقار بنوعين فـلا يكون شرطاً لغيره ولا فرعاً له ، لأن كل واحد له أصل بنفسه .

( ولنا قوله ﷺ من نام عن صلاة أو نسيها فلم يـذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليصل التي صلاها مع الإمام ) هذا الحـديث أخرجه

الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليتم صلاته ، فإذا فرغ من صلاته فليعد التي نسي ثم ليعد التي صلاها مع الإمام ، وقال الدارقطني : الصحيح انه من قول ابن عمر كذا رواه مالك عن ابن عمر من قوله ، وقال عبد الحق ، وقد وقفه سعيد بن عبد الرحمن الجحمي ووقفه يحيى بن معين . قلت : وأخرجه أيضاً أبو جعفر بن شاهين مرفوعاً .

فإن قلت روى الدارقطني عن ابن عباس ، أنه عليه السلام قال : إذا نسي أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليبدأ بالتي هو فيها فإذا فرغ صلى التي نسيها . قلت : هو مقطوع ضعيف برواية بقية بن الوليد عن عمر بن أبي عمر عن مكحول عن ابن عباس ، ودلالة حديث الكتاب على وجوب الترتيب ظاهرة حيث أمر بإعادة ما هو فيها عند التذكير .

وقال الأكمل : وفيه بحث من أوجه . قلت: ذكر أربعة أوجه أخذه من كلام السغناقي وغيره ولم يعب التلخيص ولنا تعب التلخيص الأول أنه متروك الظاهر لا يدل على وجوب القضاء على النائم والناسي لا غير . والوجوب ثابت على من فوت الصلاة عمداً أيضاً بالإجماع ومتروك الظاهر لا يكون حجة خصوصاً في إفادة الفرضية . وأجيب بأنه يدل على ذلك بدلالته لأنه لما وجب على المعذور فعلى غيره أولى . فقال الأكمل يرده أن هذا إنما يستقيم إن لو كان قضاء الفائتة عقوبة ، وليس كذلك بل هو رحمة ولا يلزم من استحقاق المعذور ذلك استحقاق غيره العاصي وفيه نظر ، ، لأن المفوت عاص والعاصي مستحق العقوبة وإن كانت رحمة الله نعمة وغيره .

والثاني : أن هذا خبر واحد وهو لا يوجب العلم فكيف يثبت به الفرض . وأجاب الأترازي عن هذا بقوله . قلت : لما ورد بياناً لمجمل الكتاب فالتحق به فصار كان فرضاً لترتيب يثبت بالكتاب وفيه نظر ، لأن دعوى الإجمال غير مسلمة ، وقال الأكمل في هذا الوجه: إن هذا خبر واحد لا يعارض المشهور فإن الجواز يثبت به كما زالت الشمس مثلا. فلو كان الترتيب فرضاً بما رويتم بطل بما تثبت بالمشهور ثم أجاب عنه بقوله : بأنا ما

أبطلنا به العمل بالمشهور بل أخرناه عملاً بالحديث الآخر احتياطاً ، أو كان ذلك أهون من أعمال العمل بخبر الواحد أصلاً على أنهم قالوا : إنه ليس خبر واحد ، بل هو مشهور تلقته الأمة بالقبول ، فإنهم اجتمعوا على وجوب القضاء الثابت به .

قلت هذان جوابان . الأول : مذكور في مبسوط شيخ الإسلام . والثاني : وهو قوله على أنهم قالوا الخ جواب في التميين، وقد قال في الجواب الأول: هذا استدلال ذهب إليه العراقيون من مشايخنا ، وهو فاسد لأن فيه معارضة الخبر الواحد الكتاب ، فان الكتاب يقتضي الجواز ، والخبر يقتضي عدمه والصحيح أن يقال هذا الحديث مشهور وهو موجب للعمل الإستدلالي المضاهي للعلم الضروري ، ولهذا يضلل جاحده ، فجاز أن يعارض الكتاب ، قلت قول الأكمل فانهم أجمعوا على وجوب القضاء الثابت فيه نظر لأن إجماعهم على وجوب القضاء به لا يستلزم وجوب الترتيب ، وذكروا هنا ثلاثة أجوبة أخرى كلها لا تخلو عن التأمل الأول : أن البخاري لا يسلم أن الكتاب يقتضي جواز الوقتية فرضاً كما زالت الشمس فانه يقع نفلاً عند أهل الكتاب ، فلم يكن الكتاب متعارضاً لجوازه فرضاً لمكان الإختلاف . الثاني : ذكره النسفي ، الترتيب ثابت بالنص فان الكتاب يقتضي أن أداء الفجر قبل أداء الظهر والعصر بحكم الأداء فيلزم القضاء كما يلزم الأداء . والثالث : ذكره الشيخ عبد العزيز موجب الدليل القطعي الجواز في الوقت بلا تعيين جزاء منه له ، وهو الموجب الأصلي له ، والجواز قبل الفائتة ليس بحكم أصلي لا يجوز تفويته بترك الأداء بلا ضرورة ، ولا إثم لإمكان تحصيله في الأجزاء الباقية والعمل بخبر الواحد لا يفوت الموجب الأصلي ولكن يفوت الجواز الذي يباح تفويته بالترك ، ومثل هذا التفويت لا يمنع العمل بخبر الواحد لأن تفويته لما جاء فالاستقبال بالعمل بخبر الواحد جاز بالطريق الأولى بخلاف العمل بخبر الواحد في الطواف والتعديل والقراءة ونحوها لأنه يفوت العمل بموجب الدليل القطعي الذي هو الإطلاق وهو الموجب الأصلي فيها فلا يجوز تركه .

الوجه الثالث : إنكم عملتم بهذا الحديث ولم تعملوا به بخبر الواحد وهما خبر واحد فكان تناقضاً ، وقال الأكمل في جوابه : إن العمل بخبر الفاتحة على وجه يلزم فساد الصلاة بتركها

يوجب النسخ قوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر من القرآن ﴾ وذلك لا يجوز بخلاف صورة النزاع فان فيها العمل بالكتاب والخبر جميعاً وذلك لأن قوله تعـالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ يدل على أن هذا الوقت وقت الظهر ، ولا يتعرض بتقديم الفائتةعليه لا بنفي ، ولا إثبات وخبر الترتيب يدل على التقديم فعملنا بهما انتهى.

قلت توضيح هذا الوجه الذي ذكره هو أن الحال ما علمتم بخبر الفاتحة مثـل ما عملتم بخبر وجوب الترتيب حيث قلتم بفساد الصلاة عند ترك الترتيب ، وما قلتم بفسادها عند ترك الفاتحة مع أن كلا منهما ثبت بخبر الواحد ، وتوضيح الجواب أن القراءة ركن في الصلاة لا يجوز إثبات الركن بمثل هذا الخبر ، والترتيب شرط فجاز إثبات الشرط به ، وجواب آخر أن صيغة قوله ﷺ . لا صلاة ، يستعمل استعمالاً ظاهراً لنفي الكمال كما في قوله لا فتى إلا علي رضي الله عنه ، فيمكن أن يحمل على نفي الكمال ، وحديث الترتيب ورد في وجوبه ، ففيه بيان النهاية ولا يحتمل غيره .

الوجه الرابـع : أن الترتيب يسقط بالنسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت وشرط الصلاة لا يسقط بشيء من ذلك كالطهارة واستقبال القبلة ، قلت هذا الوجه ذكره صاحب المحيط من جهة الشافعي توضيحـــه إن كل واحد من الفرضين ليس بشرط لآخر في حق الجواز ، ولهذا يسقط الترتيب عند النسيان وضيق الوقت وكثرة الفوائت والشرائط لا تسقط بعد النسيان وضيق الوقت كالطهارة واستقبال القبلة ولا يلزمني وجوب الترتيب بين الصلوات حالة الأداء لأنه في هذه الضرورة في أوقاتها وذلك لا يوجد في الفوائت لأنها صارت مرسلة عن الوقت فأثبت في الذمة ، وأجاب عنه السغناقي بما ذكره صاحب المبسوط والمحيـط بأن حالة النسيان ليست بوقت للفائتة ، لأن وقت الفائتة وقت التذكر وهو ناس فلا يكون وقتاً لها فكان وقت الفرائض الوقت ، وأما حال ضيق الوقت ، فتمبين الوقت للوقتية بالكتاب وبخبر التواتر . فلم يبق الترتيب شرطاً عند ضيق الوقت لأنه ثبت بخبر الواحد وهو لا يعارض الكتاب والمتواتر وكثرة الفوائت بمعنى ضيق الوقت وأما قوله — لأنهـا صارت مرسلة عن الوقت —فغير مسلم بهذا الحديث وذكر شمس الأئمة السرخسي في الجامع

ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لأن الترتيب يسقط بضيق الوقت .

---

الصغير في تعليل وجوب الترتيب مراعاة الترتيب بين الصلوات ثابتة وقتاً وفعلاً . أما وقتاً فظاهر .

وأما فعلاً فلأن الظهر والعصر بعرفات اجتمعا في حق الحاج في وقت واحد ، ثم لو بدأته بالعصر قبل الظهر لا يجوز فكذلك ها هنا لما أنه لو فاتته مراعاة الترتيب وقتاً فيلزمه فعلاً لأن وقت التذكر وقت للفائتة وقد فاتته وقتاً فيلزمه إعادته فعلاً كما في الصورة المتقدمة .

فان قلت كون الترتيب يسقط مع النسيان يوجب أن يسقط مع الذكر كما إذا فاته يومان من رمضان . قلت هذا القياس غير صحيح . لأن النسيان عذر والذكر لا ، فقياس ما ليس بعذر على ما هو عذر باطل . وأما قضاء رمضان فانه فرض يتكرر ولا كلام لنا في المتكرر . لأن الصلاة إذا تكررت سقط الترتيب فيها أيضاً فان قلت : لو كان وقت التذكر وقتاً لفائتة لجازت الفائتة بنية الوقتية ولجاز أداء الفائتة عند احمرار الشمس لأنه وقت التذكر كما جاز أداء عصر يومه . قلت إسم الوقتي مطلقاً ينصرف إلى ما هو الوقتي بصفة الكمال وهو ما ثبت وقته بالكتاب والخبر المتواتر ، والذي قلنا وجوب الترتيب بخبر الواحد ما قلناه إلا للاحتياط في العمل ، وأما عدم جواز قضاء الفائتة عند احمرار الشمس فلوجوبها في ذمته بصفة الكمال فلا يؤدي في الوقت الناقص للاحتياط بخلاف عصر يومه لنقصان السبب في حقه .

( ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها ) أي ولو كانت عليه فائتة وأراد أن يقضيها في وقت من أوقات الصلاة ، فخاف خروج هذا الوقت يقدم الصلاة الوقتية ، لأن الحكم لا يقتضي إضاعة الموجود في طلب المفقود ( لأن الترتيب يسقط بضيق الوقت ) إنما يسقط به لئلا يلزم ترك العمل بكتاب الله ، ولأن فرض الوقت آكد من فرض الترتيب ، وفي المحيط اختلف المشايخ فيما بينهم . أن العبرة لأصل الوقت أم للوقت المستحب الذي لا كراهية فيه . قال بعضهم : العبرة للوقت المستحب ، وقال الطحاوي : على قياس

وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي إلى تفويت الوقتية ، لان النهي

قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، العبرة لأصل الوقت ، وعلى قياس قول محمد . العبرة للوقت المستحب .

بيانه إذا شرع للعصر وهو ناس للظهر ثم تذكر الظهر في وقت لو اشتغل بالظهر يقع العصر في وقت مكروه ، فعلى قول من قال العبرة لأصل الوقت ، يقطع العصر ويصلي الظهر بعد غروب الشمس وفي المنتهى وفي نوادر الصلاة : إذا افتتح العصر في أول وقتها وهو ناس للظهر ثم احمرت الشمس ، ثم ذكر الظهر يمضي في العصر ، وهذا النص على أن العبرة للوقت المستحب ، وفي جامع قاضي خان يعتبر ضيق الوقت عند الشروع حتى لو شرع مع تذكر الفائتة في أول الوقت وأطال القراءة حتى ضاق الوقت لا يجوز إلا أن يقطع فشرع عند الضيق .

( وكذا بالنسيان ) أي وكذا يسقط بالنسيان ، وقال شيخ الإسلام : من جهل فرضية الترتيب لا يفترض عليه كالناسي . رواه مسلم عن أبي حنيفة وهو قول جماعة من أئمة بلخ ( وكثرة الفوائت ) أي وكذا يسقط بكثرة الفوائت ( كيلا يؤدي إلى تفويت الوقتية ) أما في النسيان فلأن الحديث شرط الذكر وأما بكثرة الفوائت فلأنه إذا اشتغل بها تفوته صلاة الوقت وهي أيضاً في معنى ضيق الوقت ، وعند زفر لا يسقط الترتيب إلى شهر حتى إذا تركه فسدت صلاة الشهر كلها وهو المذكور في شرح الطحاوي والمنظومة والمختلف ، وفي شرح الأقطع قال زفر : لا يسقط الترتيب أبداً . وفي المحيط قال زفر : الترتيب لا يسقط بكثرة الفوائت إذا كان الوقت يتسع لها ، وللوقتية ، وإن كانت الفوائت عشراً أو أكثر . فيفهم من ذلك أن يكون عن زفر ثلاث روايات كما ترى ، وعند ابن أبي ليلى لا يسقط الترتيب إلى سنة ، وعند بشر بن عتاب . لا يسقط في جميع عمره .

( ولو قدم الفائته جاز [١] ) عطف على قوله ولو خاف فوت الوقت فقدم الوقتية يعني الواجب عليه تقديم الوقتية ولو قدم الفائتة عليها عند ضيق الوقت جاز أيضاً ( لأن النهي

(١) عبارة زادها المؤلف . اهـ مصححه .

عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف ما إذا كان في الوقت سعـــة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لأنه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث .

---

عن تقديمها ) أي عن تقديم الفائتة ( لمعنى في غيره ) أي لمعنى في غير الفرض الفائت وهو أداء الوقتية في وقتها لهذا التأويل ذكر الضمير في غيره مع أنه راجع إلى الفائتة حتى أنه أتت في قوله عن التقـديم والنهي لمعنى في غيره لا بعـدم المشروعية كما في الصلاة في الفرض في الأرض المغصوبة . وفي المبسوط لو بدأ بالفائتة عند ضيق الوقت يجوز بخلاف ما لو بدأ له بالوقتية عند سعة الوقت حيث لم تجز لأن النهي عند بـداية فرض الوقت بمعنى في عينه ، وهو كونه مؤدى قبل وقته الثابت بالخبر فيتقدم مشروعيته كالنهي عن بيع الخمر والنهي عن البداءة بالفائتة ليس بمعنى في عينها بل لما فيه فرض الوقت والنهي متى لم يكن في غير المنهي عنه لا يمنع جوازه .

فإن قلت ضده : أين النهي عن الفائتة عند ضيق الوقت ؟ قلت : المراد من النهي قوله تعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ لأن الأمر نهي عن ضده ، وفيه كلام بين في الأصول وقيل المراد به الإجماع لا نهي الشارع . فإن الإجماع منعقدة على تقديم الوقتية عند ضيق الوقت وهو الأصح .

( بخلاف ما إذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز ) قد بينا الفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها ، ناقلاً عن المبسوط وعلل المصنف لهذا بقوله ( لأنـه أداها ) أي لأن المصلي أدى الوقتية ( قبل وقتها ) الفائت ( الثابت بالحديث ) أي قبـــل وقت الوقتية الذي ثبت ذلك الوقت بها بالحديث المذكور وهو واجب العمل .

ثم اعلم أن المصنف ذكر الأعذار التي يسقط بها الترتيب الأول : والظن المعتبر ذكره في الجامع ، فيمن توضأ للظهر والدم سائــل ثم انقطع فصلى الظهر ودخل وقت العصر فتوضأ وصلى العصر ودخل وقت المغرب فسال الدم أو لم يسل . انه يعيد الظهر لأنـــه صلاها بالطهارة دون الأعذار بعذر وان العذر ولا يعيد العصر لأنــه حين صلاها لم يتحقق بفساد الظهر فهو مظن صحته .

الثاني : بخـلاف في فسادها ووجوب مسألة صلى الفجر بغير وضوء ثم صلى الظهر وهو

ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل، لأن النبي عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتباً ، ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي .

---

ذاكر الفجر . ويروى أنه يجزيه بعد الفجر والظهر ، ولو أعاد الفجر ولم يعد الظهر حتى صلى العصر ، فإن العصر يجزئه ، إذ في جواز الظهر اختلاف ويعيد الظهر ، لأنـه صلاها وعليه الفجر ذاكراً لها ، والإختلاف في إعادتها ذكره الاسبيجابي . وفي جوامع الفقه لأن الظهر ليس عليه التعيين بخلاف الفجر ،قيل هذا قول أبي حنيفة ، أما على قول زفر والحسن ورواية عن أبي يوسف إن كان تلك جائزة يجوز الوقتية وإلا فلا ، قال في ظـاهر الرواية يجوز مطلقاً .

الثالث : اختلف المشايخ فيه ذكره في مختصر البحر المحيط امرأة تركت الظهر ثم حاضت ثم طهرت سقط الترتيب ، وكذا لو فاتها ثلاث أو أربع قبل الحيض ، وقال المرغيناني لا يسقط قيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رواية عن محمد أنه لا يصح الوقتيـــة ، وقال محسن هذا بناء على أن الاعتبار في الكثرة بالمدة عندهما ، وعند محمد بالصلاة ذكرها محسن فيمن نسي فائتة ، ثم ذكرها بعد شهر ، وإذا أضفنا إلى هذه الستة ما نقله شيـخ الإسلام عن الحسن عن أبي حنيفة أن الجاهل بالترتيب كالناسي يكون الأعذار التي يسقط بهـــا الترتيب سبعة .

( ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الأصل ) أراد بهذا أن بيان الترتيب كما أنه فرض بين الوقتية والفائتة فكذلك بين الفوائت نفسها ، إلا أن يزيد على ست كما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ، قوله كما وجبت أي كوجوبها في ابتداء الفرض مرتبة ( لأن النبي ﷺ شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتباً ، ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي ) هذا الحديث روي عن ابن مسعود وأبي سعيد الخدري وجابر رضي الله عنهم .

فحديث ابن مسعود أخرجه الترمذي والنسائي عن أبي عبيدة عن أبيه عبـــد الله بن مسعود ، قال قال عبد الله بن مسعود إن المشركين شغلوا رسول الله ﷺ عن أربع صلوات

يوم الخندق حتى ذهب من الليل ما شاء الله ، فأمر بلالاً فأذن ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ، ثم أقام فصلى المغرب ، ثم أقام فصلى العشاء ، ورواه أحمد في مسنده ، وقال الترمذي ليس باسناده بأس ، إلا أن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه ، ووهم الشيخ علاء الدين مقلداً لغيره ، فعلى كلام الترمذي إلا أن أبا عبيدة لم يدرك أباه ، والترمذي لم يقل كذلك في جميع كتابه وإنما قال لم يسمع منه ذكره في خمس مواضع من كتابه، وكذلك قال النسائي في سننه الكبرى في باب صف القدمين وأبو عبيدة لم يسمع من أبيه . وقال أبو داود توفي عبد الله بن مسعود ولولده أبي عبيدة سبع سنين ، واسم أبي عبيدة عامر .

وحديث أبي سعيد رواه النسائي من حديث عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري عن أبيه ، قال جئنا يوم الخندق عن الظهر والعصر والمغرب والعشاء حتى كفينا ذلك ، فأنزل الله تعالى﴿ وكفى الله المؤمنين القتال ﴾فقام رسول الله فأمر بلالاً فأقام ثم صلى الظهر كما كان يصليها قبل ذلك،ثم أقام فصلى العصر كما كان يصليها قبل ذلك ، ثم أقام فصلى المغرب كما كان يصليها قبل ذلك ثم أقام العشاء فصلاها كما كان يصليها قبل ذلك ، وذلك قبل أن ينزل ﴿ فرجالاً أو ركباناً ﴾ ورواه ابن حبان في صحيحه .

وحديث جابر أخرجه البزار في مسنده عن مجاهد عن جابر بن عبد الله أن النبي ﷺ شغل يوم الخندق عن صلاة الظهر والعصر والمغرب والعشاء ، حتى ذهبت ساعة من الليل ، فأمر بلالاً فأذن وأقام فصلى الظهر ثم أمره فأذن وأقام فصلى العصر ،ثم أمره فأذن وأقام وصلى المغرب ثم أمره فأذن وأقام وصلى العشاء ثم قال ما على ظهر الأرض قوم يذكرون الله في هذه الساعة غيركم ، ومنه عبد الكريم بن أبي المخارق وهو ضعيف قوم يقوم الخندق أي يوم حفر الخندق بالمدينة ، وكان في سنة خمس من الهجرة ، وذكر السغناقي في هذا الموضع بما روي أنه عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق فقضاهن من بعد هو يؤدي من الليل مرتباً ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي فوق التشبه على أصله ، ووصفه فدل إن

أداءها بوصف الترتيب شرط ثم قيل ولم يقل النبي ﷺ كما صليت بل قال كما رأيتموني أصلي لأنه لا يمكن لأحد أن يصلي مثل صلاة رسول الله ﷺ وذكره الأكمل مختصراً، ولم يبين من هو الراوي لهذا الحديث. وقال الأكمل أمر بالتشبيه مطلقاً، والكامل منه ما يقع على كنهه وكيفيته فدل على أن الأداء بوصف الترتيب شرط، وإنما لم يقل كما صليت السيد، انتهى.

وذكره صاحب الدراية كما ذكره السغناقي غير أنه قال في آخره رواه أبو سعيد الخدري عنه ﷺ ثم قال وعن الإمام العلامة الكردري في قوله كما رأيتموني أصلي، ولم يقل كما رأيتموني صليت، لأنه ليس في وسع أحد أن يصلي مثل صلاته، وهؤلاء كلهم ذهلوا عن بيان حقيقة هذا الحديث، ولو وقفوا على حقيقته لشبهوا على قوله ثم قال صلوا كما رأيتموني أصلي فإنه ليس في هذا الحديث وهو في حديث مالك بن الحويرث أخرجه البخاري في الأذان عن أبي قلابه حدثنا مالك بن الحويرث لا أخرجه في الأذان بتذكيره، وفيه صلوا كما رأيتموني أصلي. والمصنف أيضاً ما تنبه على هذا، ولو قال وقال صلوا كما رأيتموني أصلي بواو العطف لا بكلمة ثم لكان أجود وأصوب، وأيضاً متن الحديث الذي ذكره صاحب الدراية ليس لأبي سعيد وإنما هو لعبد الله بن مسعود والذي ذكره السغناقي في توجيه معنى قوله — صلوا كما رأيتموني أصلي — غير سديد، بل الذي يقال فيه أنه تشمه، والتشبيه لا عموم له، وأما الأكمل فإنه لم يظهر السر الذى أخفاه.

فإن قلت قوله — فقضاهن — الضمير فيه يرجع إلى قوله — عن اربع صلوات — وذكر منها العشاء ما فاتته فظاهره يدل على أن العشاء أيضاً من الفوائت وليس كذلك. قلت نعم صلاها النبي ﷺ في وقتها ولكن لما أخرها عن وقتها المعتاد لها سماها الراوي فائتة مجازاً، والدليل على ذلك ان ابن حبان روى هذا الحديث في صحيحه ولم يذكر فيه العشاء وهذا يوضح أن العشاء لا تعد من الفوائت إلا مجازاً فافهم.

( إلا أن يزيد الفوائت على ستة صلوات ) استثناء من قوله — رتبها في القضاء — والمعنى الذي يراد به ها هنا إلا أن تصير الفوائت ستاً، ولأجل عدم إفادة ظاهر التركيب المقصود منه اختلف الشراح فيه، فقال السغناقي ظاهر هذا الكلام يقتضي أن تصير الفوائت

تسعاً ، لأنه ذكر الفوائت بلفظ الجمع والزيادة غير المزيد عليه ست فيصير المجموع تسعة ، لكن معناه أن لا تصير الفوائت في نفسها زائـدة على ست صلوات ، والمراد من الصلوات أوقاتها ، فإن فوت الصلاة السابعة ليس بشرط بالإجماع رواه الأكمل بقوله فإنه يقتضي أن تزيد الفوائت على ست أوقات ، وذلك إنما يكون بفوات السابعة وليس بمراد . قلت هذا يراد من كلام الاترازي لأنه قال —وقال بعض الشارحين المراد بست صلوات الأوقات— ثم قال وفيه نظر عندي وذكره وأراد ببعض الشارحين السفناقي .

وقال الأكمل وقيل أراد أوقات الفوائت بحذف المضاف ، ورد بأنه ليستدعي زيادة الأوقات على ست صلوات ، وذلك إنـما يكون بفوت وقت السابعـة وليس بمراد . قلت هذا أيضاً من كلام الاترازي وهو نقله عن تاج الشريعة . قلت هذا الرد ليس له وجه ، لأنه إذا مضى جزء من وقت الصلاة السابعة فقد زاد الوقت على الستة وبدخول جزء منـه لا تكون السابعة فائتة ، ثم إطلاق إسم الفائتة عليه يكون تغليباً .

وقال الأكمل أيضاً وقيل أراد بالفوائت الأوقات ، ومعناه إلا أن تزيد الأوقات على ست صلوات ، ورد برد يشتمل على ما تقدم عليه من الوجهين وهو أن الزيادة لا بد أن تكون من جنس المزيد عليه ، وذلك معدود في هذه التأويلات كلهـا كما ترى . قلت قائل هذا القول بعضهم ، نقله صاحب الدراية عنه يوضح كلامه أنه لا شك أن المزيد يكون غير المزيد عليه ، وأن يكون من جنسه ، والوقت ليس من جنس الصلاة ، والفوائت جمع فائتة أقله ثلاثة فيقتضي التركيب أن تكون الفوائت سبعـاً حتى يسقط الترتيب وليس كذلك ، ونحن نقول أن المراد من مثل هذا التركيب أن يكون في نفسه أكثر من العدد المذكور ، لأن المزيد عليه كلاهما مرادان جميعاً كقولهم هذه الدراهم تزيد على مائة معناه عددها يزيد على عدد المائة لا أن تكون الدراهم مع المائة مراداً به ، ومنه قوله تعـالى ﴿ وأرسلناه إلى مائة الف أو يزيدون ﴾ ١٤٧ الصافات ، فإذا كان كـذلك لم يشترط لصحة الكلام أكثر من واحد ، لأن الأكثرية على المذكور يحصل به فيقتضي اشتراط السبع دون التسع وقيل دخلت اللام في الجمع والمراد الجنس فلا يشترط الثلاث ، وهذا أحسن مما

لأن الفوائت قد كثرت فتسقط الترتيب فيما بين الفوائت بنفسها كما يسقط بينها وبين الوقتية ، وحد الكثرة أن تصير الفوائت ستاً بخروج وقت الصلاة السادسة ، وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وإن فاتته أكثر من صلوات يوم وليلة أجزأته التي بدأ بها ، لأنه إذا زاد على يوم وليلة تصير ستاً ، وعن محمد « رح » أنه اعتبر دخول وقت السادسة والاول هو

---

قاله الأكمل وإسحاق أن يقدر مضافان وتقديره إلا أن يزيد أوقات الفوائت على أوقات ست صلوات بحسب دخول الأوقات دون خروجه .

( لأن الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها كما يسقط بينهاوبين الوقتية ) لأن كثرة الفوائت لما كانت مسقطة للترتيب في اعتبارها كانت مسقطـة له في نفسها بالطريق الأولى ، لأن العلة إذا كان لها أثر في غير محلها فلأن يكون لها أثر في محلها أولى ، والحاصل أن العلة إذا فاتت بشيء يوجب الحكم في ذلك الشيء لا غير ، فاذا أثر في غيره فأولى أن يؤثر في نفسه .

( وحد الكثرة أن تصير الفوائت ستاً ) أي ست صلوات ( بخروج وقت الصلاة السادسة ) المستلزمة لدخول وقت السابعة في الأغلب ، وفي المجتبى إلا أن تزيد الفوائت على خمس صلوات ، لأن كثرة الفوائت في معنى ضيق الوقت والكثرة بالست التكرار ، فاذا دخل وقت السابعة سقط الترتيب عندهما ، وعند محمد إذا دخل وقت السادسة ، وفي مبسوط شيخ الإسلام عن أصحابنا أنه يسقط الترتيب بالخمس لأنها كل الجنس ( وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير ) أي الفوائت ستاً بخروج وقت السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير ( وهو ) أي المذكور هو ( قوله ) أي قول محمد في الجامع الصغير .

( وإن فاتته أكثر من صلوات يوم وليلة أجزأته التي بدأ بها ) أي أجزأته الصلاة التي بدأ بها ( لأنه إذا زاد على يوم وليلة يصير ستاً ) فيدخل وقت السابعة .

(وعن محمد أنه أعتبر دخول وقت السادسة) لأن بدخول وقت السادسة يصير عدد الفوائت خمساً ، والكثير من كل جنس ما يستغرق جنسه وجنس المكتوبة الخمس ( والأول هو

الصحيح ، لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار وذلك في الأول . ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت . وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجراً له عن التهاون ، ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب

---

الصحيح ) أي المذكور من الجامع الصغير هو الصحيح ( لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار ، وذلك في الأول ) معناه أن الشيء إنما يستحق اسم الكثرة بالتكرار كالكثرة في القوم لا يظهر إلا بالزيادة من أحد القسمين على الآخر ، وأدنى مدة التكرار في حق خروج وقت السادسة ، لأن به تصير الفوائت ستاً والواحدة من الصلوات تتكرر بوصف الكثرة يثبت لها قوله – وذلك إشارة إلى قوله لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار – وقوله – في الأول – أراد به المذكور في الجامع الصغير ، فافهم .

(ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة) صورة الفوائت القديمة أن يترك شخص صلاة شهر أو سنة مجانة وفسقاً ، ثم يقبل على الصلاة ندماً على صنيعه ، ثم يترك أقل من صلاة يوم وليلة فهل يجوز له الوقتية مع تذكر ما فات أقل من يوم وليلة اختلفوا فيه إشارة اليه بقوله ( قيل يجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت ) الجواز هو القياس ، لأن الحديثة ليس أداؤها بأحق من القديمة فتحقق كثرة الفوائت وهي مسقطة للترتيب .

( وقيل لا تجوز ) أي الوقية بذكر الحديثة ، وهو الاستحسان ( ويجعل الماضي ) وهو القديمة ( كأن لم يكن ) يعني كأن لم يفت ( زجراً له عن التهاون ) أي لأجل الزجر بهذا المصلي عن الكسل والتهاون في إقامة الصلاة في وقتها إلى الجواز ، قال أبو جعفر الكبير وعليه الفتوى . وفي المحيط القول الأصح هو الأول . وفي المجتبى الثاني هو الأصح ، والقول الأول هو الأحوط . وقيل يجب الترتيب لأن المعصية لا تصير سبباً للتخفيف ، وفي الذخيرة لا يجب الترتيب عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

( ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب ) صورته أن يترك الرجل

عند البعض وهو الأظهر ، فإنه روي عن محمد « رح » فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة في الفوائت جائزة على كل حال ، والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول الفوائت في حد القلة ، وإن أخرها فكذلك إلا العشاء الأخيرة لأنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها .

---

صلاة شهر ثم قضاها إلا صلاة أو صلاتين، ثم صلى صلاة دخل وقتها وهو ذاكر لما بقي عليه هل تجوز الوقتية ، أو لم يجز ، عن محمد فيه روايتان ، في رواية يجوز ، واختارها شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام علي البزدوي ، فإنها قالا متى سقط الترتيب لم يعد في أصح الروايتين ، ولهذا أخذ أيضاً أبو حفص الكبير ، وفي رواية لا يجوز ، وإليها مال بعض المشايخ ، أشار اليه بقوله ( عند البعض ) أي عند بعض المشايخ، منهم أبو علي الدقاق والفقيه أبو جعفر ، واختاره المصنف أشار اليه بقوله ( وهو الأظهر ) أي عود الترتيب هو الأظهر ، ووجه ذلك من وجهين ، الأول من وجه الرواية ، وهو أن علة السقوط الكثرة المفضية إلى الحرج ولم يبق بالعود إلى القلة والحكم ينتهي بانتهاء علته ، فكان كحق الحضانة بالزوج ، ثم ارتفعت الزوجية فإن الحق يعود .

والثاني من وجه الرواية ، أشار إلى هذا الوجه بقوله ( فإنه روي عن محمد فيمن ترك صلاة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة ) يعني يقضي الفجر بالفجر ، والظهر بالظهر ، والعصر بالعصر ، على هذا الترتيب ( فالفوائت جائزة على كل حال ) يعني سواء قدمها على الوقتيات أو أخر عنها (والوقتيات فاسدة إن قدمها لدخول الفوائت في حد القلة)لأنه أدى شيئاً منها صارت سادسة المتروكات إلا أنه إذا قضى متروكة بعدها صارت خمساً ثم لا يزال كذلك فلا يعود إلى الجواز .

(وإن أخرها) أي وإن أخر الوقتيات كلها (فكذلك) أي فكذلك تفسد كلها (إلا العشاء الأخيرة ) لأنه صلاها وقد صلى ما عليه عنده فصار كالناسي ، وقد علل المصنف بعدم فساد العشاء الأخيرة بقوله ( لأنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها ) أي حال أداء

## ومن صلى العصر وهو ذاكر أنه لم يصل الظهر فهي فاسدة إلا إذا كان في آخر الوقت

العشاء الأخيرة الوقتية ، والظن متى لاقى فصلى مجتهداً فيه وقع معتبراً وإن كان خطأ ، والشافعي لا يوجب الترتيب فكان ظنه موافقاً لرأيه ، وصار كما إذا عفى أحد من له القصاص وظن صاحبه أن عفو صاحبه غير مؤثر في حقه ، فقتل ذلك القاتل لايقتص منه ، ومعلوم أن هذا قتل بغير حق ، لكن لما كان متناولاً يجتهد في ذلك صار ذلك الظن مانعاً وجوب القصاص .

فإن قلت شك هذا بما إذا صلى الظهر على غير وضوء ناسياً ثم صلى العصر على وضوء ذاكراً للظهر وهو يحسب أنه يجزئه فعليه أن يعيدهما جميعاً ، وعلى قياس ما ذكر ها هنا أنه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها كان ينبغي أن لا يجب عليه قضاء العصر ثانياً لما أنه قضى الظهر قد وقع في ظنه أنه قضى جميع ما عليه ولم يبق عليه شيء من الفائتة والترتيب غير واجب على مذهب الشافعي « رح » فكان يمكنه ها هنا أيضاً موافقاً لمذهبه كما ذكر . ثم قلت فساد الصلاة بترك الطهارة فساد قوي مجمع عليه فظهر أثره فيما يؤدى بعده ، وأما فسادها بسبب ترك الترتيب فضعيف مختلف فيه ، فلا حكم إلى صلاة أخرى

( ومن صلى العصر وهو ذاكر ) أي والحال إنه ذاكر ( أنه لم يصل الظهر فهي فاسدة) أي العصر فاسدة ( إلا أن يكون [1] في آخر الوقت ) أي في آخر وقت العصر فإنه يجوز العصر حينئذ بضيق الوقت .

فان قلت قد بين المصنف فيما مضى الحكم في هذه المسألة في جنس الصلاة ، فلما أعاده ها هنا . قلت لفائدة وهي الإشارة إلى الإختلاف في آخر وقت العصر ، وهو أن الإعتبار في ضيق الوقت لا أصل الوقت أو للوقت المستحب ، حكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني « رح » أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » الإعتبار بأصل الوقت ، وعند محمد«رح»

---

(١) نسخة ـ إلا إذا كان في آخر وقت .

بالوقت المستحب ، وعلى هذا فيما نحن فيه من المسألة إن أمكنه أداء الظهر والعصر قبل غروب الشمس فعليه مراعاة الترتيب ، وإن كان لا يمكنه أداء الصلاتين قبل غروب الشمس سقط الترتيب ، وعليه أداء العصر ، وإن أمكنه أداء الظهر قبل تغيرها ويقع العصر أو بعضها بعد تغيرها فعليه مراعاة الترتيب عندهما ، خلافاً لمحمد « رح » ، لأن معنى الكراهة تسقط الترتيب لخوف فوات أصل الوقت . وإن لم يمكنه أداء الظهر قبل تغيرها يسقط الترتيب ، لأن أداء شيء من الظهر بعد تغير الشمس لا يجوز بالاتفاق ، لأن ذلك الوقت وقت عصر اليوم ليس إلا .

( وهي مسألة الترتيب ) أي المسألة المذكورة هي مسأله مراعاة الترتيب فيها . وقد ذكرنا وجه الإعادة .

فروع : راع في الفيافي يصح في كل يوم في وقت الفجر تفريماً لعلة ، فالفجر الأول جائز والفجر يوم الثاني لا يجوز لبقاء الترتيب ، وقيل على قول زفر والحسن إن لم يعلم أن المتروكة مانعة من الجواز يجوز الفجر الثاني كما ذكر عنهما في المبسوط ، والفجر الثالث وما بعدها يجوز بسقوط الترتيب ، وفي جوامع الفقه مسافر صلى المغرب شهراً ركعتين قصراً ، فالمغارب كلها باطلة ويفسد المغرب أول لا تجوز العشاء والفجر والظهر والعصر والمغرب فصارت سالم يجوز ما بعدها جميعاً إلا المغرب .

وفي المنتقى إذا غربت الشمس في خلال العصر ثم تذكر الظهر مضى ، ولو افتتحها ذاكراً ثم احمرت استقبل نسي صلاة ولم يعرفها يصلي خمس صلوات وهو قول مالك والشافعي « رح » . قال العتابي « رح » في جوامع الفقه وهو المختار ، وقيل يصلي أربع ركعات بثلاث قعدات ينوي ما عليه ، وهو قول بشر بن غياث ، وفي المذهب وهو قول المزني ، ومثله عن النووي ، وقال بعض مشايخ بلخ يصلي الفجر بتحريمة والمغرب بتحريمة ثم يصلي أربعاً ينوي ما عليه من صلاة يوم وليلة ، وقال الأوزاعي يصلي أربع ركعات لا

---

(١) نسخة — فيصلي صلوات ذلك اليوم .

يقعد إلا في الثانية والرابعة ويسجد للسهو وينوي في ابتدائها ما علي في علم الله تعالى . قال ابن حزم وبهذا نأخذ ، وإن لم يدر الفائتة أمن سفر هي أم من حضر يصلي ثمان صلوات ، وإن نسي صلاتين من يومين يعيد صلاة يومين ، رواه ابن سماعة عن محمد « رح » ، وإن نسي ثلاث صلوات من ثلاثة أيام ولياليهن يعيد صلاة ثلاثة أيام .

وفي المحيط ولو ترك ثلاث صلوات الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم ، ولا يدري أيتها الأولى قيل يسقط الترتيب فيصلي كيف شاء ، قال في المحيط وهو الأصح . وفي جوامع الفقه وهو المختـــار ، وقيل لا يجزىء لأن الفوائت تعتبر أن يكون في نفسها ستاً لسقوط الترتيب فيصلي سبع صلوات الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر . وإن فاتته أربع صلوات يعني العشاء مع ما قبلها من أربعة أيام يصلي سبع صلوات ثم العشاء ثم يصلي سبع صلوات ، وعلى هذا القياس تخريج بعض هذه المسائل كذا في الإيضاح ومبسوط شيخ الإسلام . وفي الواقعات يصلي أحد وثلاثين صلاة ، لأن في الأربع يصلي خمس عشرة ثم يصلي الفجر فيعتبر ست عشرة ، ثم يفعل كما كان يفعل قبل صلاة الفجر ، وذلك خمس عشرة صلاة فتصير الجملة إحدى وثلاثين صلاة .

وفي المفيد إذا نسي صلاة أو ركناً فيها ولا يدري ذلك يعيد صلوات يوم وليـــلة بلا خلاف ، وبين أصحابنا ظهر فات من يومين فنوى أحدهما لا بعينه قيل يجوز لاتحاد الجنس والمذهب أن لا يجزئه ، لأن اختلاف الأوقات يجعلها كالفرائض المختلفة . وفي الذخيرة رجل لم يصل الفجر شهراً وصلى غيرها قيل لا يجزئه الصلوات الأربع في اليوم الأول ، ويجزئه في اليوم الثاني لسقوط الترتيب ولا يجزئه في اليوم الثالث ، ومن كل عشر ست فاسدة وأربع جائزة ، وقيل يجزئـــه خمس عشرة فجراً ولا يجزئه غيرها ، وقيـــل يجزئـــه كل فجر الا الفجر الثاني لأنه صلاة وعليـــه أربع صلوات فلم يجـــز وبعدها كثرت الفوائت .

وفي التحفة ولو ترك صلاة ثم صلى شهراً وهو ذاكر للفائتة فعند أبي حنيفة يعيد الفائتة لا غير ، وعند أبي يوسف « رح » يعيدها وخمساً بعدها ، وعند محمد « رح » يعيـــدها

وإذا فسدت الفرضية لا يبطـــل أصل الصلاة عنـــد أبي حنيفة وأبي يوسف «رح». وعند محمد «رح» تبطـــل، لأن التحريمة عقدت للفرض، فإذا بطلت الفرضية بطلت التحريمة أصلاً، ولهما أنها عقدت

---

وأربعاً بعدها من بعض صلاة عمره من غير أن يكون فات شيء، فان كان لأجل نقصان دخل صلاته أو الكراهة فحسن، وإن لم يكن كذلك لا يفعل.

وفي جوامع الفقه إذا لم يتم ركوعه ولا سجوده يؤمر بالإعادة في الوقت لا بعده. وفي مختصر البحر القضاء أولى في الحالين، وفيه شافعي ترك صلاة ستة ثم صار حنفياً يقضيها على مذهب أبي حنيفة «رح». وقال الججنـــدي «رح» على أي مذهب قضاها جاز. وفي مختصر البحر لو قضى فوائت صلوات نفى يجهل بها ثم علم فعليه إعادة ما قضاه دون هذه النية. وقال المرغيناني الأصح أنه ينوي الظهر والعصر وغيرهما، وليس عليه أن ينوي أنها الأولى،

( وإذا فسدت الفرضية لا يبطل أصل الصلاة ) يعني لو صلى العصر مثلاً ذاكراً أنه لم يصل الظهر فسدت تنقلب نفلاً ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) لكن عند أبي حنيفة بسبيل الوقف حتى لو أدى ست صلوات انقلب الكل فرضاً، وعند أبي يوسف يكون عصره بعدما فسدت نفلاً بسبيل الثبات ( وعند محمد «رح» تبطل ) أصلاً، وبه قال زفر «رح» وهو رواية عن أبي حنيفة «رح» وفائدة الخلاف أنه لو قهقه قبل أن يخرج من الصلوات أو عمل عملاً منافياً ينتقض طهارته عندهما لبقاء التحريمة، وعند محمد «رح» لا ينتقض ( لأن التحريمة عقدت للفرض، فان بطلت الفرضية بطلت التحريمة أصلاً ) يعني تبعـــاً للفرض والنفل، لأن التحريمة وسيلة إلى [1] فاذا بطل المقصود بطلت الوسيلة.

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ( أنها ) أي أن التحريمـــة ( عقدت

---

(١) كلمة غير مقروءة ورسمها تحصيته.

لأصل الصلاة بوصف الفرضيـــة ، فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطـــلان الأصل ، ثم العصر يفسد فساداً موقوفاً حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزة ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» ،

---

لأصل الصلاة بوصف الفرضية ) يعني التحريمة انعقدت لصلاة موصوفة بصفة الفرضيـــة ( فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل ) لأن العارض ينافي صفة الفرضية لا أصل الصلاة فلا يلزم من انتفاء صفة الفرضية انتفاء أصل الصلاة .

فان قلت يجوز أن يكون الوصف متحصلاً لأصله فيكون كالفعل المتبوع فيبطـــل الأصل ببطلانه . قلت لا نسلم جواز كون الوصف متحصلاً لأن المحصل يجب تقـــدمه ، والوصف لا يقدم على الموصوف .

فان قلت وصف الفرضية لم يدخل فيما انعقدت التحريمة لأجله فكان جزاء والكـــل ينتفي بانتفاء جزئه . قلت بلى له مدخل لذلك لكن من حيث تحصيله حيث يكون جزءاً بل من حيث نفي غيره مما يزاحمه في الوقت ، فاذا كان كذلك لم يلزم من انتفائه انتفـاء الكل ، ثم ان بعض أهل نظر من أصحابنا لم يبينوا هذا الإختلاف لأنهم لما اجتمعوا أن من شرع في صوم الكفارة ثم أفسد فيه يبقى نفلاً كان على حكم الصلاة كذلك، وعلى الأول عامة المشايخ « رح » .

( ثم العصر ) يعني في المسألة المذكورة ( يفسد [1] موقوفاً ) نفى على سبيـل التوقف ( حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر ) أي الظهر التي كان تركها وصلى العصر ذاكراً لها ( انقلب الكل ) أي كل الصلوات ( جائزاً ) ولو أعاد الظهر لانقلب جائزاً ( وهذا عند أبي حنيفة « رح » ) وهو استحسان ، وفي المبسوط تفسيره لو صلى المتروك قبـــل السادسة فيه [2] عنده ، قال شمس الأئمة « رح » هذه التي يقـــال لها واحدة تفسد خمساً

---

(١) يفسد فساداً موقوفاً — هامش.

(٢) هنا كلمة مكشوطة .

وعندهما يفسد فساداً باتاً لا جواز لها بحال ، وقد عرف ذلك في موضعه ،

---

وواحدة تصحح خمساً ، فالواحدة المصححة الخمس في السادسة قبل قضاء المتروكة ، والواحدة المفسدة للخمس هي المتروكة يقضي قبل السادسة ، وجه الاستحسان أن الكثرة صفة هذه الجملة من الصلوات ، فاذا ثبتت صفة استندت إلى أولها بحكمها وهو سقط الترتيب ، فسقط الترتيب في أحادها كما سقط في أغيارها ، وهذا كمرض الموت لما ثبت له هذا الوصف عرض [1] الموت أسند إلى أوله بحكمه .

( وعندهما يفسد ) أي العصر ( فساداً باتاً ) بتشديد المثناة من فوق أي قطعاً ، وفسره بقوله ( لا جواز لها بحال ) من الأحوال ، وهذا هو القياس ، ووجه الترتيب حكم الكثرة وكل ما هو حكم العلة يتأخر من علة سقوط الترتيب إنما يكون عما يقع من الصلوات بعد الكثرة لا فيا قبلها ، فإذا ما قلت وجه الاستحسان حصل لك الجواب عن وجه القياس على أن وجه قول أبي حنيفة « رح » أن وجه نص التنزيل يقتضي جواز الوقتية في الوقت ، والحديث يمنع الجواز ليتوقف الجواز على زوال المانع ، ووقف الجواز على سنن أمر في الموقف غير متكفر في الشرع ، كما قلنا في مغرب صلاها بعرفات يتوقف حكمها إن أفاض المزدلفة في وقت العشاء انقلبت نفلاً ولزمته إعادتها مع العشاء في المزدلفة ، وإن لم يأت وأتى مكة من طريق آخر وأتى المزدلفة بعد الاصباح يقع المغرب فرضاً ، وكذا ظهر من صلاها يوم الجمعة في منزله [ وكذلك صاحبة العادة إذا انقطعت عادتها وصلت صلوات ثم عاودها الدم تبين أن الصلوات لم تكن صحيحة وإن لم يعاودها كانت صحيحة ، وكذلك إذا زاد على أيام عادتها ، فإذا انقطع لتمام العشر وظهرت بعد ذلك خمسة عشر يوما تبين أن الكل حيض وليس عليها قضاء الصلوات ، وإن جاوز كان عليها قضاء الصلوات ، فعلم أن توقف الصلوات على أمر في المستقبل مشروع يستعمل فيا بحرفه .

( وقد عرف ذلك في موضعه ) أي في كتاب الصلوات في المبسوط ، صورتـه ترك صلاة ثم صلى بعدها واحدة وثانية وثالثة ورابعة وخامسة فسدت الخمس كلها عندهما ، وعند أبي حنيفة « رح » هي موقوفة وقد ذكرناها عن قريب .

---

(١) نسخة ، باتصاله بالموت .

ولو صلى الفجر وهو ذاكراً أنه لم يوتر فهي فاسدة عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، وهذا بناءعلى أن الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن ، وعلى هذا إذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين أنه صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر لأن الوتر فرض على حدة عنـــده ، وعندهما يعيد الوتر أيضاً لكونه تبعاً للعشاء والله أعلم .

---

( ولو صلى الفجر وهوذاكراً أنه لم يوتر ) أي ولو صلى صلاة الفجر والحال أنه ذاكر أنه لم يصل الوتر ( فهي ) أي الفجر ( فاسدة عند أبي حنيفة ) لأن الوتر فرض عملاً عنده فيجب مراعاة الترتيب ( خلافاً لهما ) لأن الوتر سنةعندهما ، وأشار إلىذلك بقوله(وهذا) أي هذا الخلاف ( بناء ) أي يبنى ( على أن الوتر واجب عنده ) أي فرض عملاً ( سنة عندهما ) فلا يجب مراعاة الترتيب بين الفرض والسنة ، وأشار إلى ذلك بقوله (ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن ) [١] وإنما يجب الترتيب بين فرض وفرض،فلما ثبتهذا اختلاف وهو أن الوتر واجب عنده سنة عندهما جاز أداء الفجر مع تذكر الوتر ، لأنه سنة عندهما ( وعلى هذا إذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبـــين أنه صلى العشاء بغـير طهارة فعنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( يعيد العشاء والسنة ) أما العشاء فلوقوعهـا بغير طهارة ، وأما إعادة السنة فلكونها تبعاً للعشاء ( دون الوتر لأن الوتر فرض على حدة عنده ) يعني يعيد الوتر لأنه صار كأنه صلى فرض بنتيان [٢] فرض آخر .

( وعندهما يعيد الوتر أيضاً لكونه تبعاً للعشاء ) لأنه وإن كان سنة ولكن أداه قبل دخول وقته ووقته بعد العشاء على وجه الصحة ولم يوجد فكان مصلياً قبل وقتـه ، ولو صلى الوتر في وقت العشاء قبل أن يصلي العشاء وهو ذاكر لذلك لم يجزه بالاتفـاق ( والله أعلم بالصواب .

---

(١) نسخة ـ والترتيب بين الواجب بواجب وبين الفرض والسنن .

(٢) هكذا رسمت في الأصل وربما هي بنسيان .

# باب سجود السهو

## يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام

---

( باب سجود السهو )

أي هذا باب في بيان أحكام سجود السهو ، لما فرغ من بيان الأداء والقضاء ، شرع في بيان جابر لنقصان يقع فيها ، ولكن المناسبة بين البابين من حيث أن البـــاب الأول في بيان قضاء الفوائت وقضاؤها جبر لها عن تأخيره عن وقتها ، وهذا الباب أيضاً في بيـــان جبر لها لترك واجب أو لتأخير ركن أو لزيادة في غير محلها ، والإضافة في سجود السهو إضافة الحكم إلى السبب وهي الأصل في الإضافات ، لأن الإضافة للاختصاص ، وأقوى وجوه الإختصاصات إضافة المسبب إلى السبب . قلت علم من هـذا أن سجود السهو يجب بنفس السهو ، ولهذا لا يجب في العمد وبعض المالكية يقولون سببه الزيادة والنقصان ، ذكره ابن راشد المالكي في قواعده . وعن الشافعي يسجد في العمـد بطريق الأولى . وفي الينابيع لا يجب سجود السهو إلا في مسألتين إحداهما إذا أخر سجدتي الركعة الأولى إلى آخر الصلاة ، والثانية إذا ترك القعدة الأولى فإنه يسجد للسهو فيهـــما سواء كان عامداً أو ناسيـــاً . قال صاحب الينابيع ذكرهما في أجناس النـــاطفي ولم أقف في غيره من كتب أصحابنا .

( يسجد للسهو للزيادة ) من جنس الصلاة كزيادة ركوع أو سجود ، والزيادة من غير جنسه يبطل الصلاة والسلام في الزيادة لاثبات معنى النية ، لقوله تعـــالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ ٧٨ الإسراء ( والنقصان ) أي يجب للنقصان أيضاً ، وفيـــه نفي لقول مالك ، فإن عنده إذا كان عن نقصان سجد قبل السلام ، وإن كان عن زيادة فبعدالسلام ، ويأتي تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى ( سجدتين بعد السلام ) اختلفوا فيه على أقوال خمسة ،

ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي « رح » يسجد قبل السلام لما روي أنه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ،

---

مذهبنا بعد السلام كما ذكره وهو مذهب علي بن أبي طالب وسعد بن أبي وقاص وعبد الله ابن مسعود وعمار بن ياسر وأنس بن مالك وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ، ومن التابعين الحسن البصري وابراهيم النخعي وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم .

ومذهب الشافعي قبل السلام على الأصح عنـــدهم ، وهو قول أبي هريرة ومكحول والزهري وربيعة والليث ، ومذهب مالك التعريف إن كان النقصان فقبل السلام ، وإن كان للزيادة فبعد السلام وهو قول الشافعية . ومذهب الحنابلة أنه يسجد قبل السلام في المواضع التي سجد فيها رسول الله ﷺ قبل السلام ، وبعد السلام في المواضع التي سجـــد فيها عليه السلام بعد السلام ، وما كان من السجود في غير تلك المواضع يسجد له قبـل السلام أبداً . ومذهب الظاهرية لا يسجد للسهو إلا في المواضع التي سجد فيها رسول الله ﷺ فقط وغير ذلك إن كان فرضاً أتى به ، وإن كان ندباً فليس عليه شيء .

فالمواضع التي صلى فيها رسول الله ﷺ خمسة أحدها : قام على اثنـين على ما جاء في حديث ابن سحينة . والثاني : سلم من اثنتين كما جاء في حديث ذي اليدين . والثالث : سلم من ثلاث كما جاء في حديث عمران بن حصين . والرابع : أنه صلى خمساً كما جاء في حديث عبد الله بن مسعود . والخامس السجود على الشك كما جاء في حديث أبي سعيد الخـدري ، وسيأتي بيان أحاديثهم مفصلاً إن شاء الله تعالى .

( ثم يتشهد ثم يسلم ) أي بعد أن يتشهد في آخر صلاته يسجد سجدتين ثم يتشهـــد أيضاً ثم يسلم ، وبه قال ابن مسعود والشعبي والثوري وقتادة والحكم وحماد والليث ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق . وقال ابن سيرين وسعد وحماد وابن أبي ليلى يسلم ولا يتشهد ، قال أنس والحسين وعطاء وطاووس ليس في سجدتي السهو تشهد ولا سلام .

( وعند الشافعي « رح » يسجد قبل السلام لما روي أنه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام )

## ولنا قوله عليه السلام لكل سهو ، وروي أنه عليه السلام سجد سجدتي السهو بعد السلام

هذا الحديث رواه عبد الله بن مالك بن يحسينة (١) ، أخرجه الأئمة الستة رحمهم الله واللفظ للبخاري أن النبي ﷺ صلى الظهر فقام على الركعتين الأوليين يجلس وقام الناس معه حتى إذا قضى الصلاة انتظر الناس تسليمه كبر وهو جالس فسجد سجدتين قبل أن يسلم ثم سلم .

( ولنا قوله ﷺ لكل سهو سجدتان بعد السلام ) روي هذا الحديث عن ثوبان «رض» أخرجه أبو داود وابن ماجة عنه عن النبي ﷺ أنه قال لكل سهو سجدتان بعدما يسلم، ورواه أحمد في مسنده وعبد الرزاق في مصنفه والطبراني في معجمه ( ويروى أنه ﷺ سجد سجدتي السهو بعد السلام ) هذا الحديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه أخرجه البخاري ومسلم عنه قال صلى بنا رسول الله ﷺ فسلم في ركعتين فقام ذو اليدين فقال أقصرت الصلاة يا رسول الله أم نسيت ، إلى أن قال فأتم الرسول ﷺ ما بقي من الصلاة ثم سجد سجدتين وهو جالس بعد السلام ، وفي هذا الباب عن عمران بن حصين رضي الله عنه أخرجه مسلم عنه أن رسول الله ﷺ صلى العصر فسلم في ثنتين فات فقام رجل فقال له الخرباق يذكر لصنعه فقال أصدق هذا قالوا نعم ، فصلى ركعة ثم سلم ثم سجد سجدتين ثم سلم .

وعن المغيرة بن شعبة فنهض في الركعتين فسبح به من خلفه فأشار اليهم أن قوموا ، فلما فرغ من صلاته وسلم وسجد سجدتي السهو ، فلما انصرف قال رأيت رسول الله ﷺ صنع كما صنعت . وقال الترمذي حديث حسن صحيح عن أنس بن مالك ، أخرج الطبراني عن محمد بن صالح عن علي بن عبد الله بن عباس قال صليت خلف أنس بن مالك صلاة فسهى فيها فسجد بعد السلام ثم التفت الينا وقال أما اني لم أصنع إلا كما رأيت رسول

---

(١) لا يوجد هذا الإسم في تقريب التهذيب من الرواة الستة وربما هنا خطأ في اسم جده . اه مصححه .

الله ﷺ يصنع وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه أخرج ابن سعد في الطاعات عن عطاء بن أبي رباح قال صليت مع عبد الله بن الزبير المغرب فسلم في الركعتين ثم قال فسبح به القوم فصلى بهم الركعة ثم سلم وسجد سجدتين ، قال فأتيت ابن عباس رضي الله عنه من فوري فأخبرته فقال بعد أنزل ما فات عنه سنة رسول الله ﷺ .

قال النووي في الخلاصة وروى الحاكم في المستدرك من حديث سعد بن أبي وقاص وعقبة نحوه ، قال وحديثهما صحيح على شرط الشيخين .

( فتعارضت روايتا فعله ) أي فعل الرسول ﷺ ، بيان المعارضة بين الفعلين بين الحديثين اللذين ذكرهما الشافعي ، ولنا ظاهر ، لأن حديث الشافعي يدل على أنه عليه السلام سجد قبل السلام ، وحديثنا يدل على أنه سجد بعد السلام ، قال الشراح منهم السغناقي والاترازي لما تعارض الفعلين عنه تركناهما جانباً ، فعملنا بقوله عليه السلام السلامة عن المعارض وهو معنى قول المصنف ( فبقي التمسك بقوله عليه السلام ) وهو قوله عليه السلام لكل سهو سجدتان . قلت فيه نظر ، لأن الأحاديث قد وردت في السجود قبل السلام من مقاله عليه السلام منها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أخرجه مسلم عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أو أربعاً فليطرح الشك وليبن على ما يتيقن ، ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم .

ومنها حديث أبي هريرة أخرجه الأئمة الستة عنه أن رسول الله ﷺ قال إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لم يدر كم صلى ، فإذا وجد أحدكم ذلك فليسجد سجدتين وهو جالس ، زاد فيه أبو داود وابن ماجة وهو جالس قبل التسليم ثم ليسلم .

ومنها حديث عبد الرحمن بن عوف « رض » أخرجه الترمذي وابن ماجة عنه قال سمعت النبي عليه السلام يقول إذا انتهى أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة ، فإن لم يدر ثنتين صلى أو ثلاثاً فليبن على اثنتين ، فإن لم يدر صلى ثلاثاً أو أربعاً فليبن على الثلاث يسجد سجدتين قبل أن يسلم ، وقال السمرقندي حديث حسن صحيح .

وقال البيهقي في المعرفة روي عن الزهري أنه ادعى نسخ السجود بعد السلام ، وأسنده الشافعي عنه ثم أكده بحديث معاوية أنه ﷺ سجدهما قبل السلام ، رواه النسائي في سننه وقال وصحبه معاوية متأخرة . قلت قال بعضهم أن قول الزهري منقطع وهو غير حجة عندهم . وقال الطرطوسي هذا لا يصح عن الزهري ، وفي اسناده مطرف بن مازن، قال البيهقي هو غير قوي . قلت قال يحيى كذاب . وقال النسائي غير قوي . وقال ابن حبان لا تجوز الرواية عنه إلا ولم يذكر البيهقي ذلك لموافقته رواية مذهبه ، وأحاديث السجود قبل وبعد ثابتة قولاً وفعلاً ، وتقدم بعضها على بعض غير معلوم برواية صحيحة والأولى جعل الأحاديث على التوسع ، وجواز الأمرين .

فإن قلت قالوا المراد بالسلام في الأحاديث التي جاءت بالسجود بعد السلام هو السلام على النبي ﷺ في التشهد ، أو يكون تأخيرها على سبيل السهو . قلت هذا بعيد مع أنه معارض بمثله ، وهو أن يقال حديثهم قبل السلام يكون على سبيل السهو، ويحمل حديثهم على السلام المعهود الذي يخرج به من الصلاة وهو سلام التحلل ، يبطل أيضاً حملهم على السلام الذي في التشهد ، إن سجود السهو لا يكون إلا بعد التسليمتين اتفاقاً .

وقال الأكمل في هذا الموضع اعترض عليه بوجهين .. الخ ، قلت أخذ هذا من كلام السغناقي ، تقدير الإعتراض الأول أن المعارضة بين الحجتين إنما يصار إلى ما بعدهما من الحجة لا إلى ما فوقها ، والقول فوق الفعل لأن القول موجب ، والفعل لا ، وكيف يصار إلى القول عند معارضة الفعل . والاعتراض الثاني أنه يلزم من هذا الذي ذكره الترجيح بكثرة الأدلة ، وهو غير جائز إذ كل ما يصلح علة لا يصلح حجة ، وقول الرسول ﷺ من أقوى العلل ، فكيف لا يصلح حجة . أجيب عن الأول بأن المعارضة تقتضي المساواة وليس المعارضة بين القول والفعل لقوة القول وضعف الفعل ، ولما ثبتت المعارضة بين الفعلين لتساويهما في القوة ، أخذنا بالقول ، لأنه يشهد لنا فعلنا به . وقوله - ان المعارضة إذا وقعت بين الحجتين يصار إلى ما بعدها - إنما يكون ذلك عند انعدام الحجة فيما فوقها ، وإن كانت الحجة فوقها لا احتياج حينئذ إلى المعارضة ، وهنا كذلك ، وإن أنكروا ثبوته بنقل العدول .

## ولأن سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى عن السلام يجبر به، وهذا الخلاف في الأولوية

وأجيب عن الثاني بأن ما قلتم إنما يلزم أن لو قلنا بترجيح الفعل بالقول، ولا نقول به، بل نقول لما تعارض فعله جعلنا إلى ما هو الحجة في الباب، وهو حديث القول. قلت فيه نظر لأن بين قوله أيضاً تعارض كما ذكرنا، والأوجه في الجواب ما ذكرناه من جعل الأحاديث على جواز الأمرين، وأيضاً حديث ذي اليدين منسوخ، وفي الأنوار تأويل ما رواه الشافعي أن الراوي دخل في صلاته عليه السلام في سجدتي السهو وعاين السلام بعدهما، فروى كذلك أو كان ذلك منه عليه السلام لبيان الجواز قبل السلام لا لبيان المسنون.

( ولأن سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام ) هذا دليل عقلي على كونه سجود السهو بعد السلام تقديره أن القياس كان يقتضي أن لا يتأخر سجود السهو عن زمان وجود العلة، وهي السهو، إلا أنه لما كان مما لا يتكرر أخر عن السلام، وأما كونه لا يتكرر فلأنه إذا سجد زمان وجود السهو، ثم إذا سهى فلا يخلو اما أن يسجد ثانياً أولا، فإن لم يسجد بقي بعض لازم لا جبر له، وإن سجد يلزم التكرار، فلذلك أخر عن زمان العلة، فلهذا المعنى أخر عن السلام أيضاً حتى لو سهى عن السلام بأن قام إلى الخامسة مثلاً ساهياً يلزمه سجود السهو لتأخير السلام، ولو سهى بعد السلام لا يلزمه السجود لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى. وقال الاترازي سجود السهو ليس يتكرر بالإجماع، قلت ليس كذلك، لأن مذهب ابن أبي ليلى أن السجود يتكرر بعد السهو. قال الأوزاعي إذا سهى سهوين يسجد أربع سجدات، ذكره النووي. ولو سهى في سجدات السهو لم يسجد وهو قول الحسن والنخعي ومغيرة والسين ومنصور بن زادان والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وهذا إجماع.

( حتى لو سهى عن السلام يجبر به ) هذا توضيح فيؤخر عن السلام وسهوه عن السلام يكون القيام إلى الخامسة، فإذا سهى يجبر السلام بالسجود، والأصل النقص ( وهذا الخلاف في الأولوية ) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي في الأولوية لا في الجواز،

أراد أن الأولى عندنا أن سجود السهو بعد السلام، ويجوز عندنا قبل السلام أيضاً والأولى عنده قبل السلام وبعد السلام يجوز أيضاً هذا الذي ذكره المصنف، هذا جواب ظاهر الرواية، وقد ذكر في النوادر أنه إذا سجد للسهو قبل السلام لا تجبر به، لأنه أتى به في غير محله. وفي الذخيرة لو سجد للسهو قبل السلام جاز عندنا. قال القدوري هذا في رواية الأصول، قال وروي عنهم أنه لا يجبر به. وقال صاحب الحاوي من الشافعية لا خلاف بين الفقهاء أن سجود السهو جائز قبل السلام وبعده، وإنما الخلاف في الأولى، وفي قول التقديم والتأخير سواء في الفضيلة لصحة الأخبار في التقديم والتأخير قاله إمام الحرمين، وفي قول عنهم إذا أخره لا يعتده. قال الثوري وهو الصحيح.

( ويأتي بتسليمتين ) أي يأتي من عليه سجود السهو بتسليمتين عن يمينه وعن شماله، وبه قال الثوري وأحمد. وفي المفيد يسلم عن يمينه ويساره كالمعهودتين ( هو الصحيح ) أي الإتيان بتسليمتين هو الصحيح احترز به عما نقل عن فخر الإسلام وهو التسليم من واحدة من تلقاء وجهه. وفي المحيط ينبغي أن يسلم تسليمة واحدة عن يمينه، وهو قول الكرخي، وهو الأصوب وبه قال النخعي. وفي المفيد والمرغيناني والبديع يسلم تلقاء وجهه عند البعض، لأن التسليمة الأولى للتحليل والثانية للتحية ولا تحية في الأولى فكان ضمها إلى الأولى عبثاً، وينبغي أن لا ينحرف فيه لأنه للتحية دون التحليل، وقد سقط معنى التحية هنا، واختار فخر الإسلام وشيخ الإسلام وصاحب الإيضاح أيضاً أن يسلم واحدة ثم اختار فخر الإسلام أن تكون تلك التسليمة من تلقاء وجهه، ولا ينحرف عن القبلة. وقال شيخ الإسلام ولو سلم بتسليمتين لا يأتي بسجود السهو بعد ذلك، لأنه كالكلام، ونسب أبو الليث القائل بالتسليمة الواحدة إلى البدعة.

فإن قلت ما فائدة قولهم أن التسليمة الأولى تحليل وتحية، والثانية تحية. قلت فائدة هذا انه لا يصح الإقتداء بعد الأولى ولا تنقض طهارته، وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف يسلم تسليمتين.

( صرفاً للسلام المذكور إلى ما هو المعهود ) صرفاً بالفتح نصب على أنه مفعول مطلق، كذا قيل، والصحيح أنه نصب على التعليل أي لأجل الصرف للسلام

ويأتي بالصلاة على النبي عليه السلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح، لأن الدعاء موضعه آخر الصلاة .

---

المذكور في قوله وفعله ﷺ في الحديث المذكور بعد السلام إلى ما هو المعهود في الصلاة وهو التسليمتان .

( ويأتي بالصلاة على النبي ﷺ والدعاء في قعدة السهو ) أي يأتي من عليه سجود السهو بالصلاة على النبي ﷺ في القعدة الأخيرة وهي قعدة السهو أي سجود السهو ، وفي الذخيرة اختلفوا في صلاة النبي ﷺ وفي الدعوات أنها في قعدة الصلاة أم في سجدتي السهو ، ذكر أبو جعفر الاستروشي أن ذلك قبلهقبل سلام السهو ، وذكر الكرخي في مختصره أنها في قعدة سجدتي السهو ، لأنها هي القعدة الأخيرة ، واختـــار فخر الإسلام في المصنف وقال ( هو الصحيح ) أي الإتيان بالصلاة على النبي ﷺ والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح ، وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، فمن مشايخنا من اختار الدعاء قبل السلام وبعده ، ثم قال وهو قول الطحاوي رحمه الله ، لأن كل واحد من التشهـدين في آخر الصلاة ، وفي المحيط اختلفوا في الصلاة على النبي ﷺ ، وفي الدعوات قال الطحاوي كل قعـــدة فيها سلام فيها صلاة ، فعلى هذا يصلي في القعدتين جميعاً عنده . وفي فتاوى الظهيرية الأحوط أن يصلي في القعدتين ، وقيل عند أبي حنيفة وأبي يوسف يصلي ويـدعو في الأولى دون الثاني بناء على أن سلام الإمام أو من عليه السهو يخرجه عن الصلاة عندهما وعند محمـد في الأخيرة خاصة ، لأن السلام لا يخرج عنده ، وقال الإمام وفيه نظر ، لأن الأصل المذكور متقرراً ، فلو كانت هذه المسألة مبنية على ذلك لكان الصحيح مذهبنا . قلت هذا النظر غير بين ، لأنه لا يلزم من كون الأصل المذكور متقرراً عدم جواز بنـاء المسألة المذكورة عليه ، وقوله — لكان الصحيح مذهبهما — يرده ما ذكره في المفيد أنه هو الصحيح .

( لأن الدعاء موضعه آخر الصلاة ) هذا التعليل ما اختار المصنف بقوله هو الصحيح، ومعناه أن الدعاء مشروع بعد الفراغ من الأداء أو الفراغ قبل الجبر . قلت لقائل أن يقول آخر الصلاة حقيقة هو قعدة الصلاة الأخيرة ، وسجـــدة السهو ليست من نفس الصلاة وقعدتها كذلك .

قال ويلزمه السهو إذا زاد في صلاته فعلاً من جنسها ليس منها ، وهذا يدل على أن سجدة السهو واجبة هو الصحيح لأنها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون واجبة كالدماء في الحج ، وإن كان واجباً لا يجب إلا بترك واجب

---

( قال ) أي القدوري ( ويلزمه السهو ) هذا البيان ما ذكر في أول الباب بقوله - يسجد للسهو للزيادة والنقصان - لأنه لم يعلم من ذلك أنه ، أي زيادة أو نقصان موجب ذلك ، ففسر هناك بقوله ويلزم السهو ، أي يلزم الساهي في صلاته سجود السهو ( إذا زاد في صلاته فعلاً من جنسها ) أي من جنس الصلاة ( ليس منها ) أي والحال أن الذي زاد ليس من الصلاة ، كما إذا ركع ركوعين أو سجد ثلاث سجدات ساهياً ، لأن الركوع الزائد والسجود الزائد من جنس الصلوات من حيث أنهما ركوع وسجود ، ولكنهما ليسا من الصلاة لكونهما زيادة ( وهذا ) أي قول القدوري - ويلزمه السهو - ( يدل على أن سجدة السهو واجبة ) لأن لفظ اللزوم ينبيء عن ذلك ، وقال محمد رحمه الله إذا سهى الإمام وجب على المؤتم أن يسجد يدل عليه قوله عليه السلام من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدما سلم ، ومطلق الأمر للوجوب ( وهو الصحيح ) أي كون سجود السهو واجباً هو الصحيح من المذهب ، ذكره في المحيط والمبسوط والذخيرة والبدائع ، وبه قال مالك وأحمد في فتاوى المرغيناني ، عد الكرخي من أصحابنا بقوله أنه سنة . وفي التحفة والمفيد قال القدوري هو سنة ، وقول الشافعي أنه يجب بترك بعض السنن والخلف لا يكون فوق الأصل ، كذا في المحيط .

( لأنه ) تعليل الوجوب ، أي لأن سجود السهو ( يجب لجبر نقصان تمكن في العبادة ، فتكون واجبة كالدماء في الحج ) عند وقوع الجناية .

فإن قلت جبر النقصان في الصلاة بالسجدة ، وفي باب الحج بالدم فما وجه تشبيه ذلك بهذا . قلت الأصل أن الجبر من جبر الكسر ، وللمال مدخل في باب الصلاة ، فجبر النقصان بالسجدة ، ووجه التشبيه في كون كل منهما جبراً .

( وإذا كانت ) أي سجدتا السهو ( واجبة لا يجب إلا بترك واجب ) نحو ما إذا ترك

القعدة الأولى أو القراءة فيها وقام إلى الثالثة ساهياً ، لأنه عليه السلام علق إيجابها بالسهو بقوله لكل سهو سجدتان ، وإنما تضاف إلى الشروع في السهو إضافة لازمة ، فلو أجبنا ذلك في العمل لما لزمها الإضافة في السهو . وقال الشافعي أن العمل إذا تعمد الخطأ فما تجب فيه السجدة تجب سجدة السهو ، لأنها تجبر بالنقصان ، والنقصان يحصل فيها حالة العمد ، كما يحصل حالة السهو . وفي المجتبى وفي العمد لا يجب السهو خلافاً للشافعي إلا في المسألتين ذكرهما البديع ، فلو ترك القعدة الأولى عمداً أو شك في بعض أفعال الصلاة فتكفر عمداً حتى شغله ذلك عن ركن يجب السجدة ، فقلت له كيف يجب سجدة السهو بالعمد ، قال ذلك سجود العذر لا سجود السهو ( أو تأخيره ) أي تأخير واجب نحو ما إذا قام إلى الخامسة ساهياً ، لأن إصابة لفظ السلام واجبة ، أو بقي قاعداً على ظن أنه سلم ثم تبين أنه لم يسلم يجب عليه سجود السهو ( أو تأخير ركن ) نحو ما إذا أتى بثلاث سجدات أو ادعى في القعدة الأولى ، لأن القيام ركن يتأخر بزيادة السجدة أو الدعاء ( ساهياً ) نصب على الحال ، وذو الحال محذوف تقديره يجب بترك المصلي الواجب حال كونه ساهياً ، وكذلك مقدر في قوله — أو تأخيره أو تأخير الركن — فهذه ثلاث أشياء ذكرها المصنف .

وفي الذخيرة وتكلم المسيح في هذا وأكثرهم على أنه يجب ستة أشياء بترك الترتيب فيما شرع مكرراً كالسجدة وتقديم الركن وتأخيره وتكراره وترك الواجب وتغييره . وفي المحيط والتحفة والقنية يجب بترك الواجب الأصلي . قال في التحفة هو الذي يجب بسبب التحريمة ، أما لو ترك واجباً ليس بأصلي في الصلاة كما لو وجب عليه سجدة التلاوة فذكرها في آخر الصلاة لا يجب عليه السهو لتأخيرها ، وكذا لو سلم ساهياً ولم يتذكرها لا يسجد للسهو بتأخيرها . وذكر الاسبيجابي أنه يسجد للسهو بتأخير سجدة التلاوة عن موضعها . ومثله في المحيط . وفي رواية النوادر لا يلزمه ، وفي الذخيرة أما تقديم الركن فمثل أن يركع قبل أن يقرأ أو يسجد قبل أن يركع ، وتأخير الركن أن يترك سجدة صلاتية سهواً فيذكرها في الركعة الثانية أو في آخر الصلاة أو تأخير القيام إلى الثالثة بالزيادة على

هذا هو الأصل ، وإنما وجبت بالزيادة لأنها لا تعرى عن تأخير ركن أو ترك واجب . قال ويلزمه إذا ترك فعلاً مسنوناً كأنه أراد به

---

التشهد . وتكرار الركن أن يركع ركوعين ، أو يسجد ثلاث سجدات ، أو ترك الواجب أن يترك القعدة الأولى في الفرائض . وفي المرغيناني في الفرائض أوالتطوع وتغيير الواجب أن يجهر الإمام فيما يخافت أو يخافت فيما يجهر .

وفي التحفة والذخيرة في رواية الأصل سوى بين الجهر والمخافتة في النوادر أن يجهر فيما يخافت فعليه السهو قل أو كثر ، وإن خافت فيما يجهر إن كان بفاتحة الكتاب أو أكثر فعليه السهو وإلا فلا ، وفي غير الفاتحة إن خافت في ثلاث آيات قصار أو آية طويلة عند الكل أو قصيرة عنده فعليه السهو وإلا فلا ، وعن ابن سماعة عن محمد إن جهر بأكثر من الفاتحة سجد ثم رجع إلى مقدار ما يجوز به الصلاة . عن أبي يوسف إن جهر بحرف واحد فسجد والصحيح مقدار ما تجوز به الصلاة ، والفاتحة وغيرها سواء ، والمنفرد للسهو عليه ذكره في الأصل ، وذكر الناطفي رواية مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في المنفرد إذا جهر في المخافتة أن عليه السهو وفي ظاهر الرواية لا سهو عليه . وفي المحيط في رواية النوادر عليه السهو ، وذكر الحلواني أن المنفرد لو كان عنده رجل يصلي وحده فعليه السهو . وفي نوادر أبي سليمان لو نسي حاله وظن أنه قام فجهر سجد للسهو .

( هذا هو الأصل ) يعني أن الأصل في وجوب سجدة السهو ترك الواجب أو تأخير الواجب أو تأخير الركن سهواً ، فإن وجد واحدأمنهـا يتحقق سبب الوجوب فيجب سجود السهو ( وإنما وجب بالزيادة ) هذا جواب عما يقال لا يجب بالزيادة أيضاً ولا ترك هناك ولا تأخير ، فأجاب عن ذلك بقوله ( لأنهـا ) أي لأن الزيادة ( لا تعرى عن تأخير ركن ) كما في زيادة السجود ( أو ترك واجب ) أي الزيادة لا تعرى عن تأخير واجب كما في تأخير القيام بأن قام إلى الخامسة ساهياً ، لأنه حينئذ يلزم بترك الواجب وهو إصابة لفظ السلام .

(قال)أي القدوري (ويلزمه) أي ويلزم الساهي سجودالسهو (إذا تركفعلاًمسنوناً) معناه ظاهر فعلاً ثابتاً بالسنة ، ولكن فسره بقوله ( كأنه ) أي كأن محمداً ( أراد به )

فعلا واجباً إلا انه أراد بتسميته سنة أن وجوبها ثبت بالسنة. قال أو ترك قراءة الفاتحة لأنها واجبة أو القنوت أو التشهد

---

أي بقوله فعلاً مسنوناً ( فعلاً واجباً ، إلا أنه أراد بتسميته سنة ) أي تسمية الواجب سنة، ( إن وجوبها ثبت بالسنة ) يعني ثبوت وجوبها بالسنة من إطلاق إسم السبب على المسبب، وإنما أنث الضمير مع أنه يرجع إلى الفعل على تأويل القعدة لا واجبة بالسنة أو على تأويل سنة الفعل ، وقيل أراد بقوله مسنوناً ما ذكر صاحب المحيط وبترك سنة مضافة إلى جميع الصلاة .

( قال ) أي القدوري ( أو ترك قراءة الفاتحة ) هذا البيان أنه كما يجب سجود السهو بترك الأفعال يجب بترك الفاتحة ، وإن ترك أقلها فلا سهو عليه فكأنه قرأ كلها ، ذكره في المحيط ، وإن قرأ الفاتحة مرتين في أحد الأولين فعليه السهو لتأخير الواجب وهو السورة ، ولو قرأ الفاتحة وسورة ثم أعاد الفاتحة فلا سهو عليه ، وروى ابراهيم عن محمد إذا قرأ الفاتحة في الأولين في ركعة مرتين فعليه السهو من غير فصل ، وفي الآخرين لا سهو عليه ، وفي جمع التفاريق كذلك في تكرار التشهد يعني إن كرره في القعدة الأولى فعليه السهو ، وإن كرره في الثانية فلا سهو عليه ، وفي العيون إذا تشهد مرتين فلا سهو عليه ، ومثله في المحيط . ولو قرأ الفاتحة وآية قصيرة فعليه السهو ، وإن أخر الفاتحة عن السورة . وفي الذخيرة والعيون لو قرأ آية في ركوعه أو سجوده أو القومة القعود فعليه سجدتا السهو ولو تشهد في ركوعه أو سجوده أو القومة فلا سهو عليه. وذكر الناطفي في أجناسه عن محمد لو تشهد في قيامه قبل قراءة الفاتحة لا سهو عليه ، وبعدها يلزمه وهو الأصح ، وفي المحيط والعيون لو تشهد في ركوعه أو سجوده يلزمه السهو .

( أو القنوت ) أي ترك القنوت ، ولو تذكره بعدما سجد عليه السهو ، وكذا بعدما رفع رأسه من الركوع ويمضي ولا يقنت ، ولو تذكر في الركوع ففي عوده إلى القنوت روايتان ، ذكره في المبسوط والذخيرة وفي الينابيع ويسجد للسهو فيهما ( أو التشهد ) أي ترك التشهد ، وفي الينابيع لو قعد قدر التشهد في الركعة الأخيرة ، ولم يتشهد فعن أبي يوسف روايتان في سجود السهو ، ولو ترك بعض التشهد يجب السهو ، وفي الفتاوى

أو تكبيرات العيدين لأنها واجبات، فإنه عليه السلام واظب عليها من غير تركها مرة، وهي أمارة الوجوب، ولأنها تضاف إلى جميع الصلاة فدل أنها من خصائصها وذلك بالوجوب، ثم ذكر التشهد

---

الظهيرية قرأ التشهد قائماً إن كان في الركعة الأولى لا يلزمه شيء، وإن كان في الثانية اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه لا يجب (أو تكبيرات العيد) أي أو ترك تكبيرات العيد. وفي التحفة والعيد لا يجب السهو بترك الاذكار. قال الاسبيجابي كالثناء والتعوذ وتكبيرات الركوع والسجود لجاريها إلا وفي أربعة وهي القراءة والقنوت والتشهد الأخير وتكبيرات العيدين. وفي الاسبيجابي إلا في خمسة وزاد تأخير السلام، وأطلق التشهد ولم يقيده بالآخر، ثم قال ويجب بتركه فيها. وفي التجريد ومختصر البحر لو ترك تكبيرة الركوع من صلاة العيد يجب السهو. قال صاحب المختصر والظاهر أنه أراد تكبيرة الركوع الثاني، لأنه تبع لتكبيرات العيد، وفي البدائع لو زاد في تكبيرات العيدين يسجد، رواه الحسن عن أبي حنيفة.

(لأنها) أي لأن القنوت والتشهد وتكبيرات العيدين (واجبات فإنه عليه السلام واظب عليها) أي على هذه الأشياء (من غير تركها مرة) ومواظبة النبي عليه السلام عليها معروفة، ولم ينقل الترك، وفي المبسوط ترك التشهد في القعدة الأولى أو قنوت الوتر أو تكبيرات العيدين لا يسجد للسهو، لأن هذه الأركان سنة وبتركها لا يمكن كثير من النقصان، كما إذا ترك الثناء والتعوذ، وفي الاستحسان يجب كما ذكره المصنف (وهي) أي مواظبة النبي عليه السلام (أمارة الوجوب) بفتح الهمزة، أي علامة للوجوب (ولأنها) أي ولأن القنوت أو التشهد وتكبيرات العيد (تضاف إلى جميع الصلاة فدل) أي الإضافة (أنها) أي أن هذه الأشياء (من خصائصها) أي من خصائص الصلاة، لأن الإضافة دليل الإختصاص (وذلك) أي الإختصاص إنما يكون (بالوجوب) لأن اختصاص الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه، والوجوب طريق للوجود، والخصائص جمع خصيصة تأنيث الخصيص بمعنى الخاص، كالشريك والنديم بمعنى المشارك والمنادم.

(ثم ذكر التشهد) أي ذكر القدوري التشهد في مختصره بقوله أو ترك فاتحة الكتاب

أو القنوت أو التشهد ( يحتمل القعدة الأولى والثانية والقراءة فيهما ) أي في الأولى والثانية وذلك لأن التشهد يطلق على الدعاء الذي فيه ذكر الشهادتين وتطلق على القعـــدة ( وكل ذلك واجب ) أي كل المذكور من القعدة الأولى والثانيـــة والقراءة فيهما واجب ، وقد استشكل ها هنا من أربعة أوجه . الأول : أن القعدة الثانية فرض ، وذكر أنها واجبة. والثاني : أن قراءة التشهد في القعدة الأولى عنده سنة ، وذكر أنه واجب . والثـــالث : فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز ، إذ التشهد للقراءة فيها حقيقة وللقعدة مجاز ، وإطلاق الإسم الحال على المحل . الرابع : أنه لو كانت القراءة مرادة لزم التكرار ، لأنه ذكر قبله إذا ترك فعلاً مسنوناً أي واجباً بالسنة .

فالجواب عن الأول : أنه أراد بقوله كل ذلك واجب غير القعدة الثانية ، إذ التخصيص شائع ، فإن ذكره سابقاً أنها فرض دليل على أنها غير مرادة ، وهو كقوله تعالى ﴿ وأوتيت من كل شيء ﴾ ٢٣ النحل ، مع نفي أنها لم تؤت كثيراً من الأشياء ، فلهذا ذكره صاحب الدراية وفيه نظر ، لأن ظاهره يناقض ، ولأجل هذا حمله بعضهم على السهو من المصنف ، وتشبيهه بقوله ﴿ وأوتيت ﴾ ليس بملائم ، لأن التخصيص فيه بالحسن على أن قوماً زعموا أن التخصيص لا يجري في الخبر كالنسخ . وأجاب الاترازي فإنه أراد وجوبها أنه إذا سهى عنها بأن قام إلى الخامسة ثم عاد إلى التشهد يلزمه سجود السهو لترك الواجب ، لأنه كان يجب عليه أن لا يؤخر الركن وهو القعدة الأخيرة ، فلما سهى عنها ترك الواجب .

قلت فيه نظر أيضاً ، لأنه لا يدل شيء على ما ذكره من ظاهر لفظ المصنف ولا قامت قرينة تدل على ذلك ، والأوجه أن يقال نعم القعدة الأخيرة فرض ، ولكنها فرض ذاتاً ، وقد أشار اليه فيما سبق وأوجبه محلاً وموضعاً ، ألا ترى أنه إذا قام إلى الخـــامسة يعود إلى القعدة ما لم يقيدها بالسجدة ويسجد للسهو ولا يعيد صلاته ، فعلم أن اتصالها بالركعـــة الأخيرة واجب ، وقد أشار اليه ها هنا فلا يندفع الإشكال إلا بهذا ، ويحمل كلامـــه على السهو والخطأ فحمل كلامه على هذا الذي قررناه أحسن من حمله على السهو ، وفي النهـــاية والأوجه فيه أن يحمل كلامه على رواية الحسن عن أبي حنيفـــة بأنه يجوز الصلاة بدون

القعدة الأخيرة ذكره في الأسرار . قلت هذا إنما يتمشى إذا كان المصنف ذهب اليه لظاهر المذهب خلاف ذلك ، ويبعد عنه أن يكون هذا مذهبه .

وقال الأكمل وأجيب بأن المراد بتركها تأخيرها بالقيام إلى الخامسة ، فإن في التأخير نوع ترك ، وتأخير الركن يوجب السجدة . قلت هذا جواب بعضهم نقله صاحب النهاية ، ونقل عنه الأكمل ثم ينظر فيه بما حاصله أنه أراد حقيقة الترك في غيرها ، ولو أريد به التأخير فيها لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وهذا النظر أيضاً لغيره ، ومع هذا فلقائل أن يقول بجواز الجمع بينهما عند اختلاف المحل عند بعضهم فافهم .

الجواب عن الثاني : ان قراءة التشهد في القعدة الأولى فيها اختلاف ، هل هي سنة أم واجبة ، وإن كان يراها سنة وإنما ذكر أنها ها هنا واجبة على قول من يذهب إلى الوجوب .

وعن الثالث : أن المستحيل اجتماعها مرادين وهو مما يعارض للإرادة ، إلا أن يقول القرء يحتمل الحيض والطهر وهو الجواب عن الرابع .

( وفيها ) أي في ترك قراءة الفاتحة والقنوت والتشهد وتكبيرات العيدين ( سجدة السهو وهو الصحيح ) أي وجوب سجدتي السهو في هذه الأشياء هو الصحيح ، واحترز به عن جواب القياس في هذه الأشياء حيث لا يجب فيها شيء ، كما لو ترك الثناء والتعوذ . وقال الأكمل قوله وهو الصحيح احتراز عما قبل قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة . وقال الاترازي إنما قيد بالصحيح احتراز عما قال القاضي الإمام أبو جعفر الاستروشني رحمه الله ، إن قراءة التشهد في القعدة الأولى سنة . وقال صاحب الدراية هو الصحيح احترازاً عن جواب القياس في التشهد ، وكذا قال السغناقي ثم قال ولكن جواب الاستحسان أنه واجب . قلت الكل متفقون على ما ليس بمراد المصنف ، فالأوجه الإستدلال الذي ذكرته على ما لايخفى على المصنف . وفي المحيط قال الكرخي والطحاوي وبعض المتأخرين القعدة الأولى واجبة وقراءة التشهد فيها سنة عند بعض المشايخ وهو الأقيس ، وعند بعضهم واجبة وهو الأصح ، وقراءة التشهد في القعدة الأخيرة واجبة بالاتفاق . وقال

ولو جهر الإمام فيما يخفى أو خافت فيما يجهر تلزمه سجدتا السهو لأن الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات . واختلفت الرواية في المقدار ، والأصح قدر ما تجوز به الصلاة في الفصلين ،

---

السفناقي وفيه احتراز أيضاً عن إحدى الروايتين عن أبي يوسف في ترك قراءة التشهد في القعدة الثانية أنه لا يجب السهو في رواية عنه ، كذا في جامع قاضي خان .

( ولو جهر الإمام فيما يخفى ) يخفى على صيغة المجهول نحو صلاة الظهر والعصر ( أو خافت فيما يجهر ) يجهر أيضاً على صيغة المجهول ، نحو صلاة المغرب والعشاء والصبح ( يلزمه سجدتا السهو ) أي يلزمه سجود السهو ( لأن الجهر في موضعه ، والمخافتة في موضعها من الواجبات ) لمواظبة النبي ﷺ عليهما فبتركهما يلزم السهو . وقال الشافعي لا يجب السهو بترك الجهر والمخافتة لأنه لم يترك المقصود في المحل ، وإنما ترك صفته ، وقال مالك وأحمد إن جهر في موضع الإسرار يسجد للسهو بعد السلام ، وإن أسر في موضع الجهر سجد قبل السلام ، وعن أحمد إن سجد فحسن ، وإن ترك فلا بأس .

( فاختلفت الرواية في المقدار ) وفي بعض النسخ ، واختلفت بالواو وهذه أحسن ، أي اختلفت الرواية عن أصحابنا في مقدار ما يتعلق به السهو من الجهر فيما يخفى ، والإخفاء فيما يجهر ، فذكر الحاكم الخليل عن ابن سماعة عن محمد أنه قال إذا جهر بأكثر الفاتحة يسجد ثم رجع فقال إذا جهر مقدار ما يجوز به الصلاة تجب وإلا فلا . وروى أبو سليمان عن محمد إن جهر بأكثر الفاتحة سجد ، وإن جهر بغير الفاتحة بآية طويلة ، وقد مر الكلام فيه مستقصى عن قريب .

( والأصح قدر ما يصح به الصلاة ) أي الأصح في المقدار الجهر الذي يجب به السهو القراءة قدر ما تصح به الصلاة وهو ثلاث آيات أو آية طويلة بالاتفاق أو آية قصيرة على مذهب أبي حنيفة ، واحترز بقوله والأصح عما ذكره شمس الأئمة السرخسي أنه يجب سجدتا السهو ، وإن كان ذلك كلمة ( في الفصلين ) أراد بهما جهر الإمام فيما يخفي والإخفاء

لان اليسير من الجهر والإخفاء لا يمكن الإحتراز عنه . وعن الكثير يمكن وما يصح به الصلاة كثيراً غير أن ذلك عنده آية واحدة ، وعندهما ثلاث آيات وهذا في حق الإمام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة

---

فيما يجهر ( لأن اليسير من الجهر والإخفاء لا يمكن الإحتراز عنه ، وعن الكثير يمكن ) أراد بالإمكان وعدمه من حيث العادة ( وماتصح به الصلاة كثيراً ) أي الذي تصح به الصلاة من القراءة يعد كثيراً ، وما لا يصلح به الصلاة يعد يسيراً ( غير أن ذلك ) أي الكثرة الذي تصح به الصلاة ( عنده ) أي عند أبي حنيفة ( آية واحدة ، وعندهما ثلاث آيات ) على ما عرف في موضعه .

فإن قلت روى البخاري ومسلم وأبو داود واللفظ له عن أبي قتادة قال كان النبي ﷺ يصلي بنا يقرأ في الظهر والعصر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين ، وسمعنا الأئمة أحياناً .. الحديث فدل على أن الإخفاء لم يكن واجباً كما ذهب اليه الشافعي قلت هذا محمول على أنه أراد به بيان جواز الجهر في القراءة السرية ، وان الاسرار ليس بشرط لصحة الصلاة بل هو سنة ، ويحتمل أن الجهر بالآية كان يحصل سبق اللسان للاستغراق في التدبر .

( وهذا ) أي وجوب السجدة في الفصلين ( في الإمام ) أي في حق الإمام ( دون المنفرد ، لأن الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة ) .

فإن قلت هذا الجواب في حق المنفرد في حق الصلاة التي يجهر فيها صحيح ، لأنه لا يجب الجهر على المنفرد ، بل من مخير بين الجهر والمخافتة ، وأما في حق الصلاة التي يخافت فيها ينبغي أن يجب سجدة السهو بالجهر فيها ، لأن المخافتة على المنفرد واجبة فيها كالإمام . قلت هذا الذي ذكر جواب ظاهر الرواية . وأما جواب رواية النوادر فإنه يجب عليه سجدة السهو ، وكذا ذكر الناطفي في واقعاته رواية أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في المنفرد ، وإذا جهر فيما يخافت أن عليه السهو . وفي نوادر الظهيرية روى أبو

قال وسهو الإمام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ، ولهذا يلزمه حكم الإقامة بنية الإمام ، فان لم يسجد الإمام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفاً

---

سليمان أن المنفرد إذا ظن أنه إمام فجهر كما يجهر الإمام يلزمه سجود السهو وفي المجتبى سهى الإمام فخافت بالفاتحة ثم ذكر فجهر بالسورة لا يعيد الفاتحة ، وقال شرف الدين العقيلي لا خلاف أنه إذا جهر بأكثر الفاتحة ، ثم ذكر يتمها مخافتة ، ولو خافت بأكثر الفاتحة فيما يجهر ، قيل يتمها ولا يعيد الفاتحة ، وقال شمس الأئمة وقياس مسائل الجامع الصغير أن يؤمر بالإعادة جهراً ، وفي ترك الولاء في القراءة سهواً اختلاف بين أبي يوسف « رح » وأحمد. سهى عن قراءة البسملة في أول ركعة ، فعن أبي يوسف يلزمه السهو ،وفي المنتقى غرائب الرواية لو أم في النفل يجهر ، فإن خافت فعليه السهو ، وفي المحيط زاد في التشهد الأول حرفاً يجب السهو عندنا . وقال أبو شجاع إنما تجب إذا قال اللهم صل على محمد ، وقال الشيخ أبو منصور الماتريدي « رح » إنما يجب إذا قال معه ، وعلى آل محمد، وقال المرغيناني المعتبر قدر ما يؤدي فيه ركن ، وعن أبي يوسف ومحمد لا سهو عليه . وقال الشافعي لو ترك الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول سجد السهو .

( وسهو الإمام يوجب على المؤتم السجود ) السجود منصوب لأنه مفعول يوجب ( لتقرر السبب الموجب في حق الأصل ) أراد بالسببية السهو ، وبالاصل الإمام ، فلما وجب عليه وجب على خلفه ، لان النقصان المتمكن في صلاته متمكن في صلاة القوم ، لان صلاتهم متعلقة بصلاته صحة وفساداً ، فوجب عليهم السجود ( ولهذا ) أي ولاجل تقرر السبب الموجب في حق الاصل ( يلزمه ) أي يلزم المؤتم ( حكم الإقامة بنية الإمام ) يعني إذا نوى الإمام في وسط صلاته الاقامة يصير فرضهم أربعاً ، وإن لم يوجد من القوم النية .

( فإن لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم ) يعني لا يجب عليه أن يسجد ( لانه ) أي لان المؤتم ( يصير مخالفاً ) لامامه إذا سجد بدون أن يسجد الامام ، وبه قال المزني والبويطي

من أصحاب الشافعي وأحمد في رواية ، وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية يسجد المؤتم ، ومذهبنا قول عطاء والحسن والنخعي والثوري والقاسم وحماد بن أبي سليمان . وفي حديث ابن عمر فإن سهى الامام فعليه وعلى من خلفه السهو ذكر هذا الحديث ابن تيمية في شرحه ، وكلمة على للوجوب .

فإن قلت ها هنا إشكالان ، الاول : يشكل على هذه المسائل التسع التي ذكرت في الخلاصة والخزانة أنها إذا لم يفعلها الامام يفعلها القوم ، وهي إذا لم يرفع الامام يديه عند تكبيرة الافتتاح يرفع القوم ، وإذا لم يبني فالمقتدي يبني ، وإذا ترك تكبيرة الركوع وتسبيحه وتسميته وتكبيرة الانحطاط وقراءة التشهد والتسليم ، فيأتي بذلك كله المقتدي والتاسع تكبيرة التشريق . قلت هذه الاحكام لا تثبت في ضمن شيء باشره الامام بل يثبت ابتداء على كل واحد من الامام والمقتدي ، ولا يجزىء فيه النيابة ، بخلاف سجدة السهو ، فانها إنما تثبت في ضمن ما باشره الامام ، فلما لم يأت به لم يجب على غيره الاشكال الثاني : يرد على قوله لانه يصير مخالفاً وهو ما إذا قام المسبوق لقضاء ما سبق بعد فراغ الامام والمقيم المقتدي بالمسافر يتم ركعتين بعد فراغ الامام . قلت المخالفة بعد فراغ الامام لا تعد مخالفة ، وليس في المسألتين تعلق بصلاة الامام فلا تكون مخالفة لاصورة ولا معنى .

وفي مبسوط أبي اليسير ويسجد المسبوق مع الامام للسهو سواء أدركه في القعدة أو في وسط الصلاة ، لقوله ﷺ فلا تختلفوا عليه ولو لم يسجد معه وقام إلى قضاء ما سبق ثم سلم الامام لا يلزمه سجدتا السهو بالقياس لانه خرج عن صلاة الامام ، وفي الاستحسان يلزمه لان هذه الصلاة كلها واحدة من حيث التحريمة يجب الاتيان بالكل . وقال الشافعي لو سهى الامام فيما أدركه بعد فسجد مع إمامه إذا سجد قبل السلام. وعن ابن سيرين أنه لا يتابعه ، ولو سجد مع الامام قبل السلام وقضى ما عليه يعيد سجود السهو في آخر صلاته في قوله الجديد ، وفي القديم لا يعيد ، ولو سهى الامام فيما لم يدركه المسبوق يلزمه حكم إمامه ، وقيل لا يلزمه ، وقال المسبوق في قضاء ما سبق ولم يسجد آتياً للسهو فعليه أن يسجد ثلاثاً .

وما التزم الاداء إلا متابعاً ، فان سهى المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفاً لإمامه،ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعاً . ومن سهى عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو إلى حالة القعود أقرب عاد وقعد وتشهد ، لان ما يقرب من

---

( وما التزم الاداء إلا متابعاً ) وما التزم المقتدي أداء الصلاة إلا حال كونه متابعاً لإمامه ، فلما لم يسجد إمامه لم يسجد هو أيضاً تحقيقاً للمتابعة .

( فإن سهى المؤتم لم يلزم الإمام ولا المؤتم السجود ) السجود مرفوع لأنه مفعول لقوله لم يلزم ( لأنه ) أي لأن المؤتم ( لو سجد وحده ) أي بدون الإمام ( كان مخالفاً لامامه ) قال ﷺ ولا تختلفوا على المتكلم ، ولأنه لم يجز أن ينفرد بسهو نفسه فكذلك لم يجز أن ينفرد بسهو إمامه ( ولو تابعه الامام ) أي لو تابع المقتدي إمامه في سجود السهو الذي سهاه المقتدي ( ينقلب الأصل ) وهو الامام ( تبعاً ) فلا يجوز لأنه متبوع ، وهذا قلب الموضوع .

فإن قلت سجود السهو يؤتى به في آخر الصلاة بعد السلام ، فلم لا يصير إلى أن يسلم الامام فيخرج عن متابعته ثم يسجد . قلت لا يمكن ذلك ، لأن السنة أن يسلم الامام والمأموم عقبه ، فإذا سجد يقع سجوده بعد خروجه من الصلاة ، لأنه يخرج سلام الامام .

( ومن سهى عن القعدة الأولى ) أي في الفرائض الثلاثية والرباعية ( ثم تذكر ) أي القعدة الأولى التي تركها ( وهو إلى حالة القعود أقرب ) أي والحال أنه أقرب إلى القعود من القيام ، وفي الكافي يعتبر ذلك بالنصف الأسفل ، فاذا كان النصف الأسفل مستوياً كان إلى القيام أقرب وإلا لا ، وفي الجنازية وعلامة القرب بأن لم يرفع ركبتيه من الأرض. وفي المحيط ولو رفع إليتيه من الأرض وركبتاه عليها بعد ولم يرفعها قعد ولا سهو عليه ، وفي البدائع إذا كان إلى القيام أقرب فلوجوده وهو إنصاب النصف الأعلى والنصف الأسفل جميعاً وما بقي الانحناء غير معتبر ( عاد ) إلى القعود ( وقعد وتشهد ، لان ما يقرب إلى

الشيء يأخذ حكمه ، قيل ثم يسجد للسهو للتأخير ، والاصح أنه لا يسجد كما إذا لم يقم لو كان إلى القيام أقرب لم يعد ، لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب

---

الشيء يأخذ حكمه ) كفناء المصر له حق المصر في صلاة العيد والجمعة ، وحريم البئر له حكم البئر ، وما يقرب إلى العامر في المنع من الاحياء .

( قيل ثم يسجد للسهو ) أشار بهذا أن المشايخ اختلفوا في الصورة المذكورة ، هل يلزمه السهو ، أم لا . فقال الولوالجي وأبو نصر السرخسي وغيرهما والشافعي وأحمد يسجد وهو معنى قوله – ثم قيل يسجد للسهو – ( للتأخير ) أي لتأخير القعدة التي هي واجبة لانه بهذا المقدار من القيام صار مؤخراً واجباً عن وقته ( والاصح أنه لا يسجد ) وهو اختيار أبي بكر محمد بن الفضل وبعض أصحاب الشافعي ( كما إذا لم يقم ) يعني لو لم يقم ما كان يلزمه السهو ، فكذا ها هنا ، لانه كأنه لم يقم ، لا إنه إذا كان إلى القعود أقرب كان له حكم القاعد فينتفي عنه إطلاق القيام عليه .

( ولو كان إلى القيام أقرب ) بأن رفع ركبتيه من الارض ( لم يعد اليه ) أي إلى القعود ( لانه كالقائم ) يعني ولو كان حقيقة القيام لما عاد إلى القعدة بالاتفاق ، فكذا ها هنا لانه أخذ حكمه بقربه منه ، ثم إنما لا يعود عنه في حقيقة القيام لما أن القيام فرض والقعدة الاولى واجبة ، فلا يترك الفرض لاجل الواجب ( ويسجد للسهو لانه ترك الواجب ) هذا خلاف بيننا وبين الشافعي ، أما عندنا فلأنه ترك الواجب وهو القعده الاولى ، وأما عند الشافعي فان عنده لا يتعلق السهو بترك السنة سوى التشهد الاول والقنوت والصلاة على النبي ﷺ في التشهد الاول .

فان قلت يشكل على هذا ما لو قرأ آية السجدة في القيام ، إن كان يترك القيام قصداً وهو فرض لاجل سجدة التلاوة وهي واجبة . قلت قال شيخ الاسلام القياس ها هنا أن لا يترك القيام إلا أنه جوز ذلك بالاثر ، فانه ﷺ والصحابة « رض » يسجدون ويترك كون القيام لاجلها فترك القياس به . وفي المجتبى قال الحسن لو عاد بعد الانتصاب قبل يتشهد

وإن سهى عن القعدة الاخيرة حتى قام إلى خامسة ، رجع إلى القعدة ما لم يسجد ، لان فيه إصلاح صلاته وأمكنه ذلك ، لان ما دون الركعة بمحل الرفض ، قال والغى الخامسة لانه رجع إلى شيء محله قبله فيرتفض [1] وسجد للسهو لانه أخر واجباً ،

---

لنقضه القيام ، والصحيح أنه لا يتشهد ويقوم وينتقض قيامه بقعوده لم يؤمر به كمن قرأ الفاتحة والسورة ، وركع ثم نقض الركوع بسورة أخرى لا ينقض ركوعه ، ولو سهى عن بعض التشهد فعليه السهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولو ذكر في ركوع الثالثة أنه لم يسجد في الثانية يعود فيسجد ويتشهد ثم يصلي الثالثة بركوعها لو ذكر بعد السجود يقضي السجدة ويتشهد ولا يعيد الركوع . وفي شرح الوجيز إن عاد عمداً وهو عالم بأنه لا يجوز العود بطلت صلاته ، وإن عاد ناسياً لم تبطل وعليه أن يقوم إذا تذكر ، وإن عاد جاهلاً ففي عدم الجواز وجهان ذكره في التهذيب أحدهما أنه لا يعيد وتبطل صلاته لتقصيره بترك التعلم ، وأصحها أنه لا يعيد ولا تبطل صلاته كالناسي .

( وإن سهى عن القعدة الأخيرة ) في ذوات الأربع كالمغرب والوتر إلى الرابعة أو في ذوات الاثنين كما في الفجر فقام إلى الثالثة ( حتى قام إلى الخامسة رجع إلى القعدة ما لم يسجد ، لأن فيه ) أي لأن في رجوعه إلى القعدة ( إصلاح صلاة وأمكنه ذلك ) أي إصلاح صلاته ( لأن ما دون الركعة بمحل الرفض ) لأنه ليس من تمام الصلاة ، ولهذا لا يحنث به في يمينه لا يصلي .

( قال ) أي القدوري ( والغى الخامسة ) أي الركعة الخامسة التي قام اليها ( لأنه رجع إلى شيء محله قبله ) أي رجع إلى القعود الذي محله قبل القيام إلى الخامسة ، أي قيامه إلى الخامسة ليكون إتيانه القعود في محله ( ويسجد للسهو لأنه أخر واجباً ) لأن الواجب عليه أن يأتي بالقعدة الأخيرة قبل القيام إلى الخامسة . وفي الكافي أراد بالواجب الواجب

---

(١) هذه كلمة لم يشرحها الشارح . اهـ مصححه .

وإن قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافاً للشافعي « رح » لانه استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة ، حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي ، وتحولت صلاته نفلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد « رح » على ما مر

---

انقطعي وهو الفرض وهو القعدة الأخيرة ، لأن بتأخير الفرض يجب السهو ( وإن قيد الخامسة ) أي الركعة الخامسة التي قام اليها ( بسجدة ) بأن سجد للخامسة ( بطل فرضه عندنا ) لأن الركعة الواحدة بسجدة صلاة حقيقة وحكماً حتى يحنث في يمينه لا يصلي ( خلافاً للشافعي ) ومالك وأحمد ، فعندهم لا يبطل فرضه ويرجع ويقعد ويتشهد ويسلم لما روي أنه عليه السلام صلى الظهر خمساً فقيل له أزيد في الصلاة ، قال وما ذاك ، قالوا صليت خمساً ، فسجد سجدتين بعدها ( لأنه ) دليلنا العقلي لأن الشأن ( استحكم شروعه في النافلة قبل إكمال أركان المكتوبة ) والشروع في النافلة قبل إكمال الفرض يفسد له ، كما لو صلى ركعتين بخلاف ما إذا لم يقيد الخامسة بسجدة ( لأنه ما دون الركعة ليس لها حكم الصلاة ، بدليل مسألة اليمين ، وتأويل الحديث أنه ﷺ قعد على الرابعة بدليل أنه قال صلى الظهر خمساً والظهر إسم لجميع الأركان ، ومنها القعدة ، وإنما قام إلى الخامسة على ظن أن هذه القعدة الأولى حملاً لفعله ﷺ على ما هو أقرب إلى الصواب ( ومن ضرورته ) أي ومن ضرورة الشرع ( خروجه عن الفرض ) لأن بينهما منافاة .

( وهذا ) أي هذا الذي ذكرنا من الركعة بلا سجدة لا تبطل صلاته ، وإن كانت سجدة تبطل ( لأن الركعة بسجدة واحدة صلاة حقيقة ) لأن الصلاة عبارة عن القراءة والقيام والركوع والسجود ، وقد وجدت حكماً (حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي ) نتيجة ما قبله وقد مر الكلام فيه عن قريب ( وتحولت صلاته نفلاً ) أي الذي مالم يقعد في الرابعة قدر التشهد ، وقيد الخامسة بالسجدة تحولت ، أي صارت تلك سجدة الصلاة التي صلاها نفلاً ( عن أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد على ما مر ) أشار به إلى ما ذكره في باب

فيضم اليها ركعة سادسة ، ولو لم يضم لا شيء عليه ، لانه مظنون ، ثم أنه يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف « رح » ،

---

قضاء الفوائت إن بطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله ( فيضم اليها ركعة سادسة بعد ) يعني عندهما ، لأن النفل شرع شفعاً لا وتراً للنهي عن النبي ، وهل يجب عليه سجدة السهو لم يذكره ، واختلفوا فيه ، والأصح أنه لا يسجد ، لأن النقصان بالفساد لا يجبر بالسجدة .

( ولو لم يضم لا شيء عليه ) يعني لا قضاء عليه ( لأنه مظنون ) أي لأن الذي شرع فيه مظنون ، والمظنون غير مضمون ، لأنه قام على ظن أنها ثالثة ، وهذا عند علمائنا الثلاثة ، خلافاً لزفر « رح » ، فإن اقتدى به إنسان في الخامسة أو السادسة ثم أفسدها يلزم قضاء ستة ركعات في قول أبي يوسف لبقاء التحريمة ، ذكره في قاضي خان . وفي المحيط إن اقتدى به إنسان في الخامسة ثم أفسدها بأن عاد الإمام إلى القعدة يقضي أربعاً ، وإن مضى يقضي ستاً عندهما ، وعند محمد لا يتصور القضاء لبطلان أصل الصلاة ، قالوا أخبر أبو يوسف بجواب محمد فقال – زه – صلاة فسدت صلاة يصليها الحديث ، وهذا معنى ما يسأله العامة إنه صلاة يصليها الحديث ففسد هذه الصلاة على قول محمد ، وإنما قال أبو يوسف هذا لغيظ لحقه من محمد وهو أنه روى أن محمداً أمر بمسجد خراب قد راعت فيه الدواب وبالت فيه الكلاب فقال هذا مسجد أبي يوسف ، لأن مثل هذا يبقى مسجداً ، إلى أن تقوم الساعة عنده ، وعند محمد يعود إلى ملك الواقف أو إلى ورثته بعد وفاته . قال الاترازي – زه – كلمة استعجاب عند أهل العراق ، وإنما قالها أبو يوسف تهكماً ، وقيل الصواب – زه – بالضم ، والزاي ليست بخالصة كذا قال صاحب المغرب ، وفي الفوائد الظهرية – زه – بزاي مكسورة منقوطة من فوقها . قلت الصواب الكسر تقولها العجم عند إعجابهم بشيء فافهم .

( ثم إنما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند أبي يوسف ) هذا بيان خلاف آخر بين أبي يوسف ومحمد ، والأصل فيه أن الإنتقال عن الفرض إلى النفل يتحقق ما لم يسجد في الخامسة ، ثم هذا الإنتقال هل يحصل بمجرد وضع الجبهة أم لا ، فعند أبي يوسف يحصل ،

لانه سجود كامل ، وعند محمد « رح » يرفعه لان تمام الشيء بآخره وهو الرفع ، ولم يصح مع الحدث. وثمرة الاختلاف فيما إذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافاً لابي يوسف « رح » ولو قعد في الرابعة ثم قام لم يسلم عاد إلى القعدة ما لم يسجد للخامسة وسلم ،

---

لأن وجود السجدة بوضع الجبهة على الأرض لا بالرفع ( لأنه ) أي لأن وضع الجبهة على الأرض ( سجود كامل ) لكون السجود حقيقة في وضع الجبهة ( وعند محمد يرفعه ) أي يرفع المصلي جبهته عن الأرض ( لأن تمام الشيء بآخره وهو الرفع )أي آخر السجود رفع الجبهة ( ولم يصح مع الحدث ) أي لم يصلح السجود مع الحدث بالاتفاق ، إنما ذكر هذا لأن محمداً لما قال تمام الشيء بآخره وهو الرفع ، قال لا خلاف بيننا ان الرفع لم يصح مع الحدث فلم يتم السجود .

ثم أشار المصنف إلى ثمرة هذا الخلاف بقوله ( وثمرة الإختلاف فيما إذا سبقه الحدث في السجود بنى ) يعني إذا سبقه الحدث في هذا السجود ، فذهب ليتوضأ ثم تذكر أنه لم يقعد في الرابعة يتوضأ ويعود إلى القعدة ويبني على صلاته ( وعندمحمد ) يعني يتمها بالتشهد والسلام ( خلافاً لأبي يوسف « رح » ) فعنده لا يبني ، لأن صلاته فسدت بوضع الجبهة ، ولا بناء على الفاسد ، قال فخر الإسلام المختار للفتوى قول محمد لأنه أوفق وأقيس ، لأن السجود لو تم قبل الرفع وجعل دوامه لتكراره لم ينقضه الحدث ، يعنيبالاتفاق انالحدث ينقض كل ركن وجد هو فيه ، حتى لو قضى وبنى على صلاته وجب عليه إعادة ذلك الركن الذي وجد فيه الحدث ، ولو تم السجود بوضع الجبهة لما احتاج إلى إعادته كما لو وجد الحدث بعد الرفع .

( ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم ) أي ولو قعد المصلي في آخر الركعة الرابعة ثم قام إلى الخامسة والحال أنه لم يسلم على ظن أنها القعدة الأولى ( عاد إلى القعدة ما لم يسجد الخامسة وسلم ) يعني ما لم يقيد الخامسة بالسجدة ، لأن النبي ﷺ قام إلى الخامسة فسبح

لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه الاقامة على وجهه بالقعود ، لان ما دون الركعة محل الرفض. وإن قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة وتم فرضه

---

فعاد وسلم وسجد سجدتي السهو ( لأن التسليم في حالة القيام غير مشروع وأمكنه الإقامة ) أي أمكن إقامة السلام ( على وجهه ) أي على وجه المسنون ( بالقعود ) يعني بالصعود إلى القعود ( لأن ما دون الركعة محل الرفض ) كما لو أقام المؤذن وهو في الركعة الأولى ، ولم يقيدها بالسجدة فإنه يرفضها .

فإن قلت إذا سلم قائماً ماذا حكمه . قلت لا تفسد صلاته ، كذا في الخلاصة وغيرها ، ثم في هذه المسألة إذا عاد لا يعيد بالتشهد ، وكذا لو قام عامداً . وقال الناطفي يعيد ، ثم قيل القوم يتبعونه ، فان عاد عادوا معه ، وإن مضى في النافلة يتبعونه لان صلاتهم تمت بالقعدة ، والصحيح ما ذكره البلخي عن علمائنا أنهم لا يتبعونه ، لانه لا اتباع في البدعة، لانهم ينتظرونه قعوداً ، فان عاد قبل تقيد الخامسة بالسجدة اتبعوه بالسلام ، فان قيد سلموا في الحال ، كذا في المحيط والتمرتاشي .

( وإن قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ) أنه زاد ركعة خامسة ، وانــه ترك السلام ( ضم اليها ) أي إلى الخامسة ( ركعة أخرى ) وفي المبسوط ما يدل على الوجوب ، فانه قال وعليه أن يضيف ، وكلمة على للايجاب . وعند الشافعي لا يضم لان الركعة الواحدة مشروعة عنده ( وتم فرضه ) لكن في الظهر والعصر والعشاء يضيف إلى السادسة ليكون الاربع الاول فرضاً ، والآخران نفلاً ، وعند الشافعي يعود إلى القعدة ولايضيف السادسة فان أضافها فسدت صلاته لانه انتقل إلى صلاة أخرى وعليه ركن ، لان إصابــة لفظ السلام ركن عنده ، وعندنا لا تفسد ظهره ، لانه انتقل إلى صلاة أخرى وليس عليــه ركن لان إصابــة لفظ السلام ليس بركن عنــدنا ، وإضافة السادسة للاحتراز عن البتيراء المنهية .

فان قلت النهي يدل على المشروعة عندكم كــما عرف في الاصول . قلت يذكر النهي

لأن الباقي إصابة لفظ السلام وهي واجبة . وإنما يضم اليها أخرى لتصير الركعتان نفلا ، لأن الركعة الواحدة لا تجزئه لنهيه عليه السلام عن البتيراء ، ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح ،

---

ويراد به المنفي كالفسخ يراد به النسخ يدل عليه قول ابن مسعود رضي الله عنه ما أجزت ركعة [1] ولا يضيف السادسة في العصر ، لان التنفل بعد العصر مكروه ، وعن هشام عن محمد أنه لا بأس به لان التنفل بعد العصر إنما يكره إذا قصده أما إذا وقع فيه لا يقصده فلا يكره ، لانه لا يخصان إلا عن اختيار ، كذا ذكر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير . قال الصدر الشهيد الفتوى على قول محمد . وقال قتادة والاوزاعي فيمن صلى المغرب أربعاً تضيف اليها ركعة أخرى فتكون الركعتان له نافلة قال وإن لم يضم اليها ركعة أخرى فلا شيء عليه لانه مظنون .

( لان الباقي ) من صلاته ( إصابة لفظ السلام وهي ) أي إصابة لفظ السلام (واجبة) وترك الواجب لا يفسد الصلاة ، ولكن يوجب سجدتي السهو ( وإنما يضم اليها ركعة لتصير الركعتان ) الزائدتان على الاربع نفلاً ( لان الركعة الواحدة لا تجزئه لنهيه ﷺ عن البتيراء ) قد مر الكلام في حديث البتيراء في باب الوتر ( ثم لا تنوبان ) أي هاتان الركعتان الزائدتان لا ينوبان ، يعني يقومان ولا يجزئان ( عن سنة الظهر ) وهي الركعتان المسنونتان بعده ( وهو الصحيح ) يعني عدم إنابة هاتين الركعتين عن سنة الظهر هو الصحيح ، واحترز بقوله عن قول بعض المشايخ أنهما ينوبان عن سنة الظهر وهي رواية ابن سماعة عن محمد ، وقيل هو قول أبي يوسف ومحمد لانه أتى بالركعتين في موضع السنة فيقومان عنها ، كما قال شمس الائمة الحلوائي فيمن صلى آخر الليل ركعتين بنية التطوع على ظن أن الفجر لم يطلع فظهر أنه كان قد طلع عند افتتاحها لفظ هذا الجواب أنهما يجزئانه عن ركعتي الفجر ، كذلك هنا ، وإلى عدم جواز الإنابة ذهب فخر الإسلام البزدوي

---

(١) ربما هنا كلام ناقص .

لأن المواظبة عليها بتحريمه مبتدأة ويسجد للسهو استحساناً لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون ، وفي النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ،

---

وأبو عبد الله الخير وشمس الائمة وقاضي خان وجماعة من مشايخ بخارى ، قيل هو قول أبي حنيفة « رض » .

( لان المواظبة عليها بتحريمه مبتدأة ) أي لان مواظبة النبي ﷺ على سنة الظهر كانت بتحريمة مبتدأة أي مستقبلة لا مبنية على غيرها . لان السنة عبارة عن طريقة النبي عليه السلام وهو كان يتطوع بتحريمة مبتدأة قصداً ، ولان المشروع صلاة كاملة على صفة السنة فلا يتأدى بما هو مظنون ناقصاً غير مضمون .

( ويسجد للسهو استحساناً ) أي من حيث الاستحسان ، والقياس يقتضي أن لا يسجد للسهو ، لان السهو وإن تمكن في الفرضية فقد أدى بعدها صلاة أخرى ولزم من صحة الشروع فيها الإنقطاع عن الفريضة ، ومن سهى في صلاته لا يسجد في صلاة أخرى ، وجه الاستحسان وإن انتقل من الفرض إلى التنفل بناء على التحريمة فيجعل في حق وجوب السهو ، فانهما صلاة واحدة ، وهذا كمن صلى ست ركعات تطوعاً بتسليمة واحدة وسهى في الشفع الاول يسجد للسهو في آخر الصلاة ، وإن كان كل شفع صلاة على حدة لكن كلها في حق التحريمة صلاة واحدة .

ثم اختلف في هذه السجدة هل هي لنقص في النفل أو لنقص في الفرض ، فقال ابو يوسف لنقص في النفل ، وقال محمد لنقص في الفرض ، وأشار المصنف إلى قوليهما من غير تصريح باسمهما بقوله ( لتمكن النقصان في الفرض ) أشار إلى قول محمد أراد أن النقصان تمكن في الفرض ( بالخروج ) عنه ( لا على وجه المسنون ) هو خروجه باصابة لفظ السلام بعد أربع ركعات ، وقد ترك ذلك فيكون نقصاناً في الفرض . وقوله ( وفي النفل وهو الركعتان إشارة إلى قول أبي يوسف وهو تمكن النقصان في النفل ( بالدخول ) أي بدخوله ( لا على الوجه المسنون ) وهو كونه بلا تحريمة مبتدأة ، وإنما قدم قول محمد على قول أبي يوسف لانه هو المختار والمعتمد للفتوى ، ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير .

ولو قطعها لم يلزمه القضاء لأنه مظنون ، ولو اقتدى به إنسان فيهما يصلي ستا عند محمد « رح » لأنه المؤدى بهذه التحريمة وعنـــدهما ركعتين لأنه استحكم خروجه عن الفرض ولو أفسده المقتدي لا قضاء عليه عند محمد « رح » اعتبارا بالإمام، وعند أبي يوسف يقضي ركعتين لأن السقوط بعـــارض يخص الإمام .

---

( ولو قطعها ) أي ولو قطع الخامسة بأن لم يضف اليهـا سادسة ( لا يلزمه القضاء ) عندنا خلافاً لزفر ( لانه مظنون ) والمشروع من الصلاة أو ا سوم على وجه الظن غير ملزم عندنا خلافاً له ( ولو اقتدى به ) أي بالمصلي المذكور ( إنسان فيها يصلي ستاً عند محمد لانه هو المؤدى ) بفتح الدال ( بهذه التحريمة ) .

( وعندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ( ركعتين ) أي يصلي ركعتين ( لأنـه استحكم خروجه من الفرض ) فلا يلزمه غير هذا الشفع ، وذكر صاحب خلاصة الفتـاوى الخلاف بين محمد وصاحبه كما ذكر صاحب الهداية ، ولكن المذكور في شرح الجامع الصغير لصدر الشهيد وشرح الطحاوي والمنظومة وشروحها أنه يصلي ستاً عند محمد وركعتين عند أبي يوسف ، ولم يذكر قول أبي حنيفة وهو الصحيح ، لأنه ذكر الناطفي في الأجناس قول أبي يوسف عن النوادر المعلي وعن قول محمد عن نوادر ابن سماعة ، ولم يذكر قول أبي حنيفة في كتب المتقدمين .

( ولو أفسده المقتدي ) أي لو أفسد المقتدي ما شرع فيه ( لا قضاء عليه عنـد محمد اعتباراً بالإمام ) يعني اعتبر محمداً اعتبار الحال الإمام ، فإن هذه الصلاة المظنونــة غير مضمونة في حق الإمام ، فلو صارت في حق المقتدي مضمونة لصار بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل وهو باطل ( وعند أبي يوسف يقضي ركعتـــين لأن السقوط ) أي سقوط وصف الضمان ( بعارض ) أي بسبب عارض ( يخص الإمام ) وهو شروعه ساهيــاً على عزم أداء الواجب ، ولم يوجد هذا العارض في حق المقتدي فيلزمه القضاء دون الإمام ، لكن يقضي ركعتين لانقطاع إحرام الفرض عنـــد أبي يوسف ، والأصل فيه ما ذكر فخر الإسلام

## قال ومن صلى ركعتين تطوعاً فسهى فيهما وسجد للسهو ثم أراد أن يصلي أخريين لم يبن لأن السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة

ناقلاً عن النوادر أنه إذا شرع في صلاة مظنونة هل تكون هي مضمونة في حق المقتدي أم لا .

قال محمد غير مضمونة ، وأما نفس الصلاة فهي مضمونة في الأصل ابتداء النفل بلا ضمان غير مشروع إذا كان قصداً كاملاً ، بخلاف الصبي والمعتوه ، فإن شروعها ليس بملزم لقصور قصدهما فلا قصر قصد هذا الحصر بسبب شروعه ساهياً التحق بهما ، بخلاف المقتدي فانه شرع عامداً فلم يجر الحاقة بهما فلماى فخر الإسلام هنا [1] على قول أبي يوسف ، وفرق أبو يوسف بين هذا وبين ما إذا لم يقعد على الرابعة بأن هناك بطل فرضه ، لأن الإحرام في الابتداء منعقد بست ركعات ، فإذا اقتضى به إنسان لزمه موجب تلك التحريمة ، وأما ها هنا فقد تم فرضه لما ذكرنا ، وشرع في النفل والمقتدي اقتدى به النفل فلا يلزمه غير ركعتين ، والحاصل أن هناك صلاة واحدة فيلزم الجميع ، وهنا صلاتان فتلزم الآخرة . وقال الأكمل قيل فرق الكلام عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، قلت قائل هذا هو السغناقي فإنه قال ذلك بدليل ما تقدم في قوله ، وعندهما ركعتان بدليل ما ذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ، وعندهما يقضي ركعتان .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن صلى ركعتين تطوعاً سهى فيهما وسجد للسهو ، ثم أراد أن يصلي أخريين لم يبن ) يعني ليس له ذلك ( لأن السجود ) أي سجود السهو ( يبطل لوقوعه في وسط الصلاة ) لأن سجود السهو لم يرع إلا في آخر الصلاة ، ومع ها هنا لو بنى صح بناؤه لبقاء التحريمة وغير المذكور في ظاهر الرواية ، كذا قال خواهر زادة في منبسوطه ، ثم قال وينبغي أن يعيد سجدتي السهو ثانياً لأن سجود السهو في وسط الصلاة لا يعيدها ، قال المرغيناني ولو بنى جاز نص عليه في عصام ، وفي المحيط لو بنى

(١) هكذا الجملة في الأصل ولا معنى لها .

بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة حيث يبني لأنه لو لم يبن تبطل جميع الصلاة، ومع هذا لو أدى صح لبقاء التحريمة ، ويبطل سجود السهو هو الصحيح[1] ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم ، فإن سجد الإمام كان داخلا وإلا فلا ، وهذا

---

جاز ، وفي إعادة السجود اختلف المشايخ والمختار يعيد ( بخلاف المسافر إذا سجد للسهو ثم نوى الإقامة ) يعني المسافر إذا سهى فسجد لسهوه ثم نوى الإقامة يتم ، وإن كان يلزم إبطال سجود السهو .

( لأنه لو لم يبن تبطل جميع الصلاة ) أي صلاته أصلاً ، لأنه صار فرضه أربعاً بنية الإقامة ، وأبطل السجود في إبطال الصلاة ، فلأجل هذه الضرورة، قلنا بمشروعية البنائية في حق المسافر دون المتطوع ، حيث لا ضرورة في بنائه ، وفي المبسوط لأن ذلك بغير شرعي قد يكون بغير صنعه كالجند يصيرون مقيمين بنية الإمام والمرأة بنية زوجها والعبد بنية سيده ، وهنا بالمباشرة وقصده ، وفي المرغيناني لو نوى الإقامة بعد الصلاة قيل لم يصلح صلاته بنية في هذه الصلاة ، وقيل معناه مع كونه لم يبن ويسقط عنه سجود السهو .

( ومع هذا ) أي ومع وقوع سجود السهو في وسط الصلاة (لو أدى صح لبقاء التحريمة ) في حق التطوع ، وذكرنا أن الاختلاف في إعادة سجود السهو عند البناء .

( ومن سلم وعليه سجدتا السهو ) أي ومن سلم في آخر صلاته ، والحال أنه عليه سجدتا السهو ( فدخل رجل في صلاته بعد التسليم ) أي فاقتدى به رجل في الصلاة هذا الإدخال بفضل ( فإن سجده الإمام كان داخلاً ) يعني فإن عاد الإمام إلى سجود السهو كان الرجل داخلاً لكون الإمام في حرمة الصلاة يعوده إلى السجود ( وإلا فلا ) يعني وإن لم يعد الإمام إلى السجود ، فلا يكون الرجل داخلاً ( وهذا ) أي هذا الحكم بالقصد المذكور

---

(١) جملة – ويبطل سجود السهو هو الصحيح – لم يشرحها الشارح . اهـ مصححه .

عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » هو داخل سجد الإمام أولم يسجد لأن عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلاة أصلا ، لأنها وجبت جبراً للنقصان فلا بد أن يكون في إحرام الصلاة ، وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لأنه محلل في نفسه ، وإنما يعمل لحاجة إلى أداء السجـدة فلا يظهر دونهـا أو لا حاجة على اعتبار عدم العود

---

( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) وأصل هذه المسألة أن سلام من عليه السهو لا يخرجه عن حرمة الصلاة ، وإلا فلا ، وأشار إلى هذا الأصل والتعليل من الجانبين بقوله ( وقال محمد هو ) أي الرجل ( داخلا ) أي في صلاة الإمام (سجد الإمام أو لم يسجد ، لأن عنده ) أي عند محمد ( سلام من عليـه السهو لا يخرج عن الصلاة أصلا ) يعني لا خروجاً موقوفاً ولا باتاً ( لأنها ) أي لأن سجدة السهو ( وجبت جبراً للنقصان ) المتمكن في الصلاة ( فلا بد أن يكون في إحرام الصلاة ) أي فلا بد أن يكون الجـابر للنقصان في إحرام الصلاة ، فحينئذ يسقط معنى التحليل على السلام ، ولهذا لو سجد سقط معنى التحليل بالاتفاق .

( وعندهما ) أي وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ( يخرجه ) أي يخرج سلام الإمام إياه عن الصلاة ( على سبيل التوقف ) على العود فإن عاد كان الرجل داخلا وإلا فلا ( لأنه ) أي لأن السلام ( محلل في نفسه ) لقوله عليه السلام تحليلها التسليم ، وبالاجماع أيضاً ( وإنما لا يعمل ) أي السلام لا يعمل عمله ها هنا ( لحاجة ) أي لحاجة المصلي ( إلى أداء السجدة فلا يظهر ) أي عمله ( دونها ) أي دون الحاجة ( ولا حاجة إلى اعتبار ) إعاداتها ( عند عدم العود ) فيعمل عمله لتحقق المقتضى وزوال المانع .

فإن قلت ينبغي أن لا يصلح الاقتداء ، وإن عاد اليها ، لأن التحريمة عنـدهما يعود ضرورة يمكنــه من السجود ، فينبغي أن لا يظهر في حق غيره . قلت العود وإن ثبت بطريق الضرورة ، لكن لما ثبت ثبت مع ما هو من لوازمه وضروراته وصحة الاقتداء من ضروراته ، وهذا كما هو في حرة تحت عبد قالت لمولاه اعتق عبدك عني بألف درهم، وقع

## ويظهر الإختــلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهـة وتغير الفرض بنيـة الإقـامة

العتق عنها وثبت الملك لها بطريق الضرورة ، وجاء فساد النكاح وثبت الولاء لهـا ، لأن الفساد من لوازم الملك والولاء من لوازم العتق ، والشيء متى ثبت ثبت بلوازمه .

ولما بين الأصل والتعليل من الحديثين شرع في بيان ثمرة الاختلاف المذكور بقوله (ويظهر الاختلاف في هذا ) أي تظهر فائدة الاختلاف المذكور بين سجدة في المذكور من المسألة ، وهو ما إذا دخل رجل في صلاة رجل ، وعليهما السهو هل يكون داخلاً أم لا ، فعنـد محمد يكون داخلاً سواء سجد للسهو أو لا ، وعندهما إن سجد يكون داخلاً وإلا فلا ، ثم إذا سجد الامام حتى صار الرجل داخلاً في صلاته ، فلو سجد مع الامام ثم قام يقضي ما عليه لم يكن عليه أن يعيد السهو ، وإن كان ذلك للسهو في وسط الصلاة ، لأن هذا آخر صلاة الامام حقيقة ، فتكون آخر صلاته حكماً تحقيقاً للمتابعة ، فان سهى الرجل فيما يقضي فعليه أن يسجد للسهو ، وسجوده الأول مع الامام لا يجزئه مع سهوه ، لأن المسبوق فيما يقضي منفرداً ، فسجوده مع الامام لا يجزئه عن سهوه في حالة إفراده .

( وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة ) أي وتظهر فائدة الاختلاف المذكور يعني إن ضحك الذي سلم ، وعليه سجود السهو تنتقض طهارته عند محمد وزفر ، لأنه ضحك ، وعنـدهما لا ينقض ، وكذلك لو ضحك المقتدي في هذه الحالة ( وتغير الفرض بنيـة الاقامة ) أي وتظهر أيضاً فائدة الخلاف المذكور في تغير الفرض بنيـة الاقامة يعني المسافر إذا نوى الاقامة في هذه الحالة قبل سجود السهو ، فعند محمد وزفر يتغير فرضه أربعاً كما نوى قبل السلام ، وعندهما لا يتغـير فرضه سواء سجد للسهو أو لا ، والصورة التي ذكرها المصنف ثلاثة ، والصورة الرابعة فمن اقتدي به بنية التطوع ثم تكلم هذا المقتدي قبل أن يسجد الامام للسهو لا قضاء على المقتدي عنـدهما ، وعند محمد يلزمه قضاء ما سهى الامام ، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان .

وسأل تاج الشريعة مسألة القهقهة بقوله ، فان قلت لما كان أمر الخروج موقوفاً لم يحكم

بتمامه ، فكان ينبغي أن يلزمه الوضوء لصلاة أخرى . قلت وإن كان يتوقف فان حرمة الصلاة ها هنا واثقة بالاضافة إلى حرمة الصلاة القائمة قطعاً ، فلا يساوي هتكها في إيجاب الزاجر وهو تجديد الوضوء هتك تلك الحرمة ، فأشبه هتك حرمة الصلاة على الجنازة .

وقال الأكمل ، فان قيل إذا كان الخروج موقوفاً كان خارجاً من وجه دون وجه ، وذلك يستدعي أن يكون حكم هذه المسائل عندهما فحكمها عنده احتياطاً . أجيب بأنه ليس معناه الخروج من وجه دون وجه ، بل معناه الخروج من كل وجه يمكن تعرضه العود . قلت مثل هذا الكلام من كلام السغناقي حيث قال قلت وهذا يعرف إن عندهما من سلم للسهو يخرج عن حرمة الصلاة من كل وجه ، لا أن يكون معنى التوقف إن ثبت الخروج من وجه دون وجه ، ثم بالسجود يدخل في حرمة الصلاة من وجه لكانت الأحكام على حكمها عندهما أيضاً ، كما هو مذهب أحد من انتقاض الطهارة بالقهقهة ، ولزوم الأداء بالاقتداء ولزوم الأربع عند غير الاقامة عملا بالاحتياط . قلت هذا لا يخلو عن نظر ، لأنهم فسروا قوله سلام من عليه السهو لا يخرجه عن الصلاة أصلا بقولهم ، لا خروجاً موقوفاً ولا باتاً يعني عند محمد وعندهما يخرجه خروجاً موقوفاً ، فافهم .

( في هذه الحالة ) في هذه الصور الثلاثة يعني بعد السلام قبل سجود السهو .

( ومن سلم يريد قطع الصلاة ) يعني في عزمه أن لا يسجد السهو ، ومع هذا عليه السهو وهو معنى قوله ( وعليه السهو ) أي والحال أن عليه السهو ها هنا حالان . الأول : جملة فعلية مضارعة بدون الواو . والثانية : جملة إسمية بالواو وعلى الأصل ( فعليه أن يسجد لسهوه ) أي ما يوجب عليه أن يسجد لأجل سهوه ، وهذا كما تراه مطلق ، ولكن قيده في الأصل حيث قال أنه يسجد للسهو ، وقيل أن يقوم أو يتكلم ، وفي رواية قيل أن يتكلم أو يخرج من المسجد ،

فالأولى يدل على أنه متى قام عن مجلسه فاستدبر القبلة لا يأتي بسجود السهو ، وإن لم يخرج من المسجد ، والثانية يدل على أنه يأتي قبل أن يتكلم ويخرج من المسجد، وأن يمشي وانحرف عن القبلة ، وهو قول المشايخ من أصحابنا .

( لأن هذا السلام ) أي لأن هذا السلام الذي أراه به قطع الصلاة ( غير قاطـــع ) بحرمة الصلاة ، أما عند محمد فظاهر ، لأنـــه لا يخرجه عن حرمة الصلاة أصلاً . وأما عندهما فلا يخرجه جاز ، فلا ينقطع الاحرام به مطلقاً ( ونيته ) أي أرادته بذلك السلام قطع الصلاة ( تغيير للمشروع ) لأن السلام غير قاطع شرعاً ، فجعله قاطعاً بالنيـــة تغير الشروع ولا يتغــير بالقصد والعزائم ( فلغت ) أي بنيـــة قطع الصلاة بالسلام ، كما إذا نوى الابانة بتصريح الطلاق ( لا تصح نيته ) [1] فيكون رجعياً ، وكما لو نوى الظهرستاً أونوى المسافر أربعاً تلغو نيته ، كذا في المبسوط .

فان قلت لو سلم وهو ذاكراً بسجدة صلاتية أو سجدة تلاوة أو التشهد فسدت صلاته ، كذا في المحيط ، وهذه النية تغيير للمشروع ، فلم تلغ . قلت تلك الأشياء يؤتى بها في حقيقة الصلاة وقد بطلت بالسلام العمد وسجود السهو يؤتى بها في حرمتها وهي باقيـة إذا كان عليه سجود السهو .

فان قلت نية الكفر تبطل الايمان ، ولم تلغ وإن كانت بتغير المشروع. قلت نية الكفر كفر ، ومتى ثبت الكفر ارتفع الايمان ، لأنهما لا يجتمعان .

فان قلت السلام وحده يخرج عن حرمة الصلاة عندهما ، فكيف لا يكون مخرجاً مع نية القطع ، وهذا تناقض . قلت هذان وإن كانا مختلفين صورة لكنهما متفقان معنى فـلا تناقض ، لأن سلام من عليه السهو يخرج عن إحرام الصلاة ، لكن على عرضه العود اليه بالسجود من غير فصل بين أن ينوي عدمه أو لم ينو شيئاً فلا غيرة لنيته ، فكان الأول لبيان الاطلاق ، والثاني لبيان التقييد فافهم . واستشكل بأن النية هنـا بوجه مجردة عن

(١) عبارة زائدة على المتن .

ومن شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً وذلك أول ما عرض له استأنف لقوله عليه السلام إذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة

---

العمل إذا لم يكن ذلك العمل المقرون به النية مستحقاً على زمان اقتران النية والسلام زمان اقتران النية به تستحق عليه ، لأنه يوجب عليه أن يسلم حتى يمكن من أن يسجد للسهو فلا تعمل النية ، فكانت النية مجردة عن العمل على هذا التقدير .

( ومن شك في صلاته ) الشك في اللغة خلاف اليقين ، وقد شككت في كذا ربت ( فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً ) ذكره بالفاء تنبيهاً على معنى الشك بأنه عبارة عن تساوي الطرفين ، فإن عدم دراية صلاته بثلاث ركعات مثل عدم درايته بأربع ركعات فالطرفان متساويان وإلا فالتركيب كان يقتضي واو الحال والهمزة فيه للتسوية لأنها خرجت عن الإستفهام الحقيقي ، فعند ذلك ترد لمعاني كثيرة منها التسوية وانتصاب ثلاثاً بقوله صلى ( وذلك ) أي الشك ( أول ما عرض له ) اختلفوا في معناه . وقال صاحب الأجناس معناه أول ما سهى في عمره ، وقال شمس الأئمة السرخسي معناه أن السهو ليس بعادة له لا انه لم يشتبه في عمره . قال العقيلي أول ما سهى في هذه الصلاة ، وقيل أول سهو وقع له ولم يكن سهى في صلاته قط من حين بلغ .

( استأنف ) أي استقبل الصلاة ، وهذه الجملة وقعت جواباً ( لقوله ﷺ إذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة ) هذا بهذا اللفظ غريب ولم يبين أحد من الشراح حال هذا الحديث ، فهذا عجيب منهم ، وأعجب من ذلك ما قاله الاترازي ولنا ما روى خواهر زادة وغيره في المبسوط عن النبي ﷺ أنه قال إذا شك أحدكم .. الخ ، روى ابن أبي شيبة في سننه من حديث ابن سيرين عن ابن عمر رضي الله عنه أنه قال أما أنا فإذا لم أدر كم صليت فإني أعيد ، وروي عن سعيد بن جبير عن ابن عمر في الذي لا يدري ثلاثاً صلى أو أربعاً قال يعيد حتى يحفظ . وعن جرير عن منصور قال سألت ابن جبير عن الشك في الصلاة ، فقال أما أنا فإذا كنت في المكتوبة فإني أعيد . وعن اسماعيل بن أبي

خالد عن الشعبي قال يعيد ، وكان شريح يقول يعيد ، وعن ليث عن طاووس قا ، صليت فلم تدر كم صليت فأعدها مرة ، فإن التبست عليك مرة أخرى فلا تعدها . وقال عطاء يعيد مرة ، وروي ذلك عنه عن مالك وعبد الملك .

ومذهب الشافعي أنه يبني على الأقل وبه قال مالك في الأحوال كلها وبه قال أحمد في المنفرد ، وعن أحمد في الإمام روايتان أحدهما أنه يبني على الأقل ، والثانية أنه يبني على غالب الظن ويسجد للسهو . واحتج الشافعي بما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أنه عليه السلام قال إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً فليلق الشك وليبن على اليقين ، رواه مسلم وأبو داود والنسائي ، وابن ماجة أمر بالبناء على اليقين ولم يفصل . ونحن نقول إن القاء الشك كما يكون بالبناء على الأقل يكون بالاستئناف بل الإستئناف أولى ، لأنه أبعد من الشك ، لكونه خروجاً عن العهدة بيقين ، والعجب أن أكثر الشراح يحتجون للشافعي بحديث أبي سعيد المذكور ، ثم يحتجون لهم بما ذكره المصنف ، فما أبعد هذا من القواعد .

أقول قال القدوري قال أصحابنا الشك يتحرى ولم يفصلوا وهـــذه رواية الأصول ، ووجهه حديث ابن مسعود مرفوعاً ، وإذا شك أحدكم فليتحر الصواب فليتم عليـــه . أخرجه البخاري ومسلم . وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنـــه يبني على اليقين كما في حديث أبي سعيد الخدري الذي احتج به الشافعي ، ووفق أصحابنا بين الأحاديث، فحملوا حديث الاستقبال على الشك في أول أمره ، لأنه لا حرج عليه فيه، وحملوا حديث ابن مسعود على ما إذا كان يعرض له الشك كثيراً ، أو له رأي لأن في الاستئنـــاف في كل مرة حرجاً بيناً ، وفي البناء على اليقين احتمال خلط النافلة بالفرض قبل تمـــامه ، وحملوا حديث أبي سعيد على من تكرر له الشك وليس له ظن وترجيح .

وقال النووي قال أبو حنيفة إن حصل له الشك بأول مرة بطلت صلاته ، وإن صار عادة له اجتهد وعمل بغالب ظنه ، وإن لم يظن شيئاً عمل بالأقل ، ثم قال قال أبو حامل قال الشافعي في القديم ما رأيت قولاً أقبح من قول أبي حنيفة هذا ، ولا أبعد من السنه .

وإن كان يعرض له كثيراً بنى على أكبر رأيه ، لقوله عليه السلام من شك في صلاته فليتحر الصواب ،

---

قلت قد ذكر عن النبي ﷺ في كل واحدة من الأحوال الثلاث حديث ، فكيف يقبح الشافعي القول المؤيد بالحديث ويقول ولا أبعد من السنة ، مع كونه قول ابن عمر كما ذكرنا عن قريب ، فذكرنا قوله أيضاً عن جماعة من السلف الصالحين أئمة الهدى ممن بعده أبا حنيفة ، فحينئذ ليس في تخصيصه قول أبي حنيفة بالتقبيح والتبعيد عن السنة معنى ، وليس هذا من دأب أهل العلم ، ونقل النووي وابن قدامه وغيرهما من المخالفين لنا عن أبي حنيفة أنه قال إن حصل له الشك أول مرة بطلت صلاته ليس بصحيح ولا يوجد هذا في أمهات كتب أصحابنا المشهورة ، بل المشهور فيها أنهم قالوا استقبل لتقع صلاته على وصف الصحة بيقين . وقال أبو نصر البغدادي المعروف بالأقطع الاستئناف أولى لأنه يسقط به الشك بيقين . وفي الذخيرة عطف على مسألة الكتاب بقوله أو هل أحدث أم لا ، أو هل أصاب ثوبه نجاسة إن كان ذلك أول مرة استقبل ولا شك أن صلاته لا تبطل بالشك .

( وإن كان ) الشك ( يعرض له كثيراً ) أي غالب أحواله ذلك . وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي كان أبو الحسن يقول معناه إن شك يعتاده حتى يصير غالب حاله كلما أعاد شك ولا يتوصل إلى أداء فرضه باليقين إلا بمشقة ، فجاز أن يرجع إلى الإجتهاد. وقال شيخ الإسلام معناه أن السهو في صلاة واحدة مرتين ، وقيل مرتين في عمره ، وقيل مرتين في سنة ( بنى على أكثر رأيه ) إن كان له رأي ، وعند الشافعي ومالك بنى على الأقل كما ذكرناه ( لقوله عليه السلام من شك في صلاته فليتحر الصواب ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه مرفوعاً ، ولفظهما إذا شك أحدكم فليتحر الصواب فليتم .

فإن قلت قال البيهقي في المعرفة حديث ابن مسعود هذا رواه الحاكم بن عتيبة والأعمش عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله دون لفظ التحري ، ورواه ابراهيم بن سويد عن علقمة عن عبد الله دون لفظ التحرى ، فنسبه أن يكون من جهة ابن مسعود أو في الحديث .

قلت الحديث بن [1] عبد الله بن مسعود صلى رسول الله ﷺ فزاد أو نقص فلما سلم قيل يا رسول الله أحدث في الصلاة شيء ، قال وما ذاك ، قالوا صليت كذا وكذا ، قال فثنى رجليه واستقبل القبلة وسجد سجدتين ثم سلم ، ثم أقبل علينا بوجهه ، فقال أنه لو حدث في الصلاة شيء أنبأتكم به ، ولكن أنا بشر أنسى كما نسيتم ، فاذا نسيت فذكروني ، وإذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب فليتم عليه ثم ليسلم ثم ليسجد سجدتين . هذا لفظ البخاري في أوائل كتاب الصلاة في باب التوجه إلى القبلة حيث كان ولم يذكر فيه السلام، ولفظ فليتم عليه ثم يسجد سجدتين ، وأخرجه أبو داود بلفظ البخاري ، ولفظ ابن ماجة فيه بالواو ، ولفظ مسلم ويسجد سجدتين . وأما النسائي فلم يذكر فيه وإذا شك أحدكم .. الخ ، وقد رأيت لفظ التحري مضافاً إلى النبي ﷺ ، وقد رواها جماعة من الحفاظ عن المسعود والثوري وشعبة ووهب بن خالد وفضيل بن عياض وجريد وغيرهم ، والزيادة من الثقة مقبولة إذا لم يكن فيها خلاف الجماعة والتحري طلب ما هو الأخرى وهو الصواب ، كذا فسره الاترازي والأكمل .

قلت هذا من باب التفعل فلا يدل على الطلب المطلق ، وإنما هو تكلف وإظهار التجلد فيه ، ومعنى التحري تكلف ما هو الأحرى والأحرى هو ما يكون أكثر رأيه عليه ، وكيفيته إذا شك وهو قائم أو راكع أو ساجد يتم تلك الركعة ثم يقعد لاحتمال الرابعة والقعدة فيها فرض ، ثم يصلي ركعة أخرى لاحتمال أنها كانت الثالثة فيحتاج إلى الرابعة ثم يتشهد ويسلم ويسجد للسهو .

( فان لم يكن به رأي بنى على اليقين ) أي على الأقل لأنه هو ليتيقين صورته إذا وقع له الشك بين الركعة والركعتين يجعلها ركعة ، وإن وقع بين الركعتين والثلاث يجعلها ركعتين ، وإن وقع بين الثلاث والأربع يجعلها ثلاثاً فيتم صلاته على ذلك هكذا رواه البيهقي من حديث عبد الرحمن بن عوف في سننه الكبرى ، وفي المنتقى رواه أحمد وابن

(١) هكذا في الأصل وربما هنا كلام ساقط . اه مصححه .

ماجة والترمذي وصححه وعليه أن يتشهد عقيب الركعة التي يقع الشك أنها آخر صلاته احتياطاً ، ثم يقوم ويضيف اليها ركعة أخرى ولو شك بعد الفراغ منها فلا إعادة عليه ، ويجعل كأنه صلى أربعاً أو خمساً ، وإن شك أنه صلى فرداً أو اثنتين أو ثلاثاً ، وفي الأربع أنه صلى أربعاً أو خمساً ، فان كان قائماً يقعد بجواز أن تكون هذه آخر صلاته ثم يصلي ركعة أخرى احتياطاً ، وإن كان قاعداً فان رأى أنها ثانية تحريه وإن لم يكن له رأي تفسد لجواز أنه ترك القعدة في الثانية فيحتمل الفساد ليفسد احتياطاً ذكر هذا كلها في المحيط ، وفي المجتبى بنى على الأقل أي يأخذ بالأقل لكن يقعد حتماً في كل موضع يوهم أنه آخر صلاته ، وفي القعدة الأولى اختلاف المشايخ حتى أن من شك في القيام ذوات الأربع أنها الثالثة أو الرابعة يأتي بركعتين بقعدتين ، فلو شك أنها الثانية أو الثالثة أو الرابعة فثلاث ركعات بثلاث قعدات ، وإن شك أنها الأولى أم الثانية أم الثالثة أم الرابعة فأربع ركعات بأربع قعدات ، ولو شك في الخامسة يجلس بعدالركوع فيتشهد ثم يسجد سجدتين ثم يتشهد ثم يتم ثلاث ركعات بثلاث قعدات ، ولو شك في الخمس بعد السجود فسدت ، وكذا في الرابع والخامس ، إلا أنه إذا ذكر أنه ترك سجدتين من ركعة وركوعاً .

( لقوله ﷺ من شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً بنى على الأقل ) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة عن عبد الرحمن بن عوف ، قال سمعت النبي ﷺ يقول إذا سهى أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أو ثنتين فليبن على واحدة ، فان لم يدر ثلاثاً صلى أم أربعاً فليبن على ثلاث ويسجد سجدتين من قبل أن يسلم هذا لفظ الترمذي ، وقال حديث حسن صحيح ، ولفظ ابن ماجة إذا سهى أحدكم في صلاته فلم يدر واحدة صلى أم ثنتين فليجعلها واحدة ، وإذا شك في اثنتين والثلاث فليجعلها ثنتين وإذا شك في الثلاث والأربع فليجعلها ثلاثاً ثم ليتم ما بقي من صلاته حتى يكون الوهم في

والاستقبال بالسلام أولى ، لأنه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية تلغو وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كيلا يصير تاركاً فرض القعدة والله أعلم .

---

الزيادة ثم يسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم . وأخرجه الحاكم في المستدرك ولفظه فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً فليتم ، فان الزيادة خير من النقصان ، وقال صحيح على شرط الشيخين ، وتعقبه الذهبي في مختصره ، فان فيه عمار بن مطرز الرهاوي ، وقد يرووه . قلت عمار ليس في السنن .

( والاستقبال بالسلام أولى ) هذا متعلق بقوله استأنف يعني إذا استأنف الصلاة فيها اذا عرض له السهو أول مرة استأنف بالسلام وهو أولى ( لأنه ) أي لأن السلام ( عرف محللاً دون الكلام ) لأن السلام عرف محللاً للصلاة شرعاً ، ولم يعلم ذلك بأن الكلام موضع السلام شرعاً ، وإنما ذكر الكلام لدفع شبهة ، فانه عسى أن يهم الوهم بأن هذا لما كان قطعاً للصلاة لاستقبال صلاة من الابتداء لا يتفاوت الحكم من السلام والكلام ، إذ كل منهما قاطع للصلاة ، فان استأنف بالكلام أيضاً يجوز ، لأنه أيضاً قاطع كالسلام ( ومجرد النية ) أي نفس النية بقطع الصلاة من غير اقتران السلام بها ليست بكافية للقطع ، لأن النية لوصف التجرد لا تأثير بها في الشيء الذي يتوقف تحققه على النية ، وعمل الجوارح وقطع الصلاة من هذا فلا يثبت بمجرد النية .

( وعند البناء على الأقل يقعد في كل موضع يتوهم آخر صلاته كيلا يصير تاركاً فرض القعدة ) هذا متعلق بقوله شك في صلاته .. الخ ، وقد بيناه مفصلاً عن قريب شك في أنه صلاها أم لا ، فان كان في الوقت يعيد ، ولو شك خارج الوقت لا يعيدها شك في الركوع والسجود ، وإن كان بعدما يؤتى بها وبعد الخروج منها ، فالظاهر أنه لم يتركها . شك في الحدث وأيقن بالطهارة فهو متطهر صار بالعكس فحدث شك في بعض وضوئه وهو أول ما عرض له غسل ذلك الموضع ، وإن كان يعرض له كثيراً لا يلتفت اليه ، وكذا لو شك أنه كبر الإفتتاح ، فان كان أول ما عرض له استقبل ، وإن كثر وقوعه

يعني . صلى بقوم شهراً ثم قال لهم صليت على غير وضوء لا يصدق ، ولو عرض وغلب على ظنهم صدقه يجب عليهم القضاء قام المسبوق في قضاء ما سبق ثم تذكر الإمام أن عليه سجدة التلاوة ، فعاد فسجدها ، فان عاد المسبوق إلى متابعته فسدت صلاته ، وإن مضى على صلاته ففي فسادها روايتان . وفي الروضة فالواجب على المسبوق بعد سلام الإمام القعود ولا يقوم إلى قضاء ما سبق ، حتى يوجد من الإمام ما بعد صلاته ، ومن الانحراف والكلام والشروع في صلاة أخرى . قال أبو شجاع إذا قال في القعدة الأولى اللهم صل على محمد يلزمه السهو . وعن أبي حنيفة إذا زاد حرفاً يجب سجود السهو . قال الامام أبو منصور الماتريدي لا يجب ما لم يقل – وعلى آل محمد – وعن الصفار للسهو عليه في هذا، وعن محمد أنه استقبح إن أوجب سجود السهو بالصلاة على النبي ﷺ ، ولو قرأ فاتحة الكتاب قبل التشهد يلزم السهو وبعده لا .

* * *

# باب صلاة المريض

## إذا عجز المريض عن القيام

( باب صلاة المريض )

أي هذا باب في بيان أحكام صلاة المريض ، وهو فعيل بمعنى فاعل من باب علم يعلم . قال الجوهري المرض السقم . قلت هو ضعف القوى ، وترادف الاسقام . وفي البدرية الإضافة في صلاة المريض من باب إضافة الفعل إلى فاعله أو إلى محله ، كتحريك الخشبة . وانه شائع كقولهم جرح زيد لا يندمل ، وقال السفناقي قولهم جرح زيد لايندمل يجمعها . قلت ينبغي أن يتعين المعنى الأول ، لأن معنى الصلاة الصادرة من المريض ، فالمريض فاعلها وموجدها ، بخلاف جرح زيد الخروج [1] فلا يكون تنظيره ، لأن المريض بمعنى المارض كما ذكرنا ، ثم المناسبة بين البابين من حيث أن كلاً منهما مشتمل على نوع من العوارض السماوية ، لكن قدم باب السهو لكثرة وقوعه وشدة سائر الحاجة إلى بيانه ، أو لأن في كل منهما صلاة مع قصور ولها جابر ، ففي الأول سجدتا السهو ، وفي هذا قدر الإمكان .

( إذا عجز المريض عن القيام ) بأن يلحقه بالقيام ضرر [2] ، ولم يرو هذا العجز أصلاً ، بحيث لا يمكنه القيام بأن يصير مقعداً بل بحيث لا يقدر على القيام ، إلا أنه يضعفه ضعفاً شديداً أو يجد وجعاً ، كذا في المحيط ، وقيل بحال لو قام سقط عن ضعف أو دوران رأس . وقيل بحيث أن يصير صاحب فراش ، وقيل بحيث ما يسمح الافطار ، وقيل لأبيح التيمم به . وقيل ما يعجزه عن القيام بحوائجه . وأصح الأقاويل ما ذكرنا أولاً ، وهو أن يلحقه بالقيام ضرر كذا ذكره التمر [3] . وفي فتاوى الظهيرية وعليه الفتوى .

(١) هكذا كتبت في الأصل .

(٢) بالأصل — ضرب — .

(٣) ربما قصدبذلك — التمرتاشي — .

صلى قاعداً يركع ويسجد ، لقوله عليه السلام لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائماً ، فإن لم تستطع فقاعداً ، فإن لم تستطع فعلي الجنب تومىء إيماء ،

---

وعن أبي جعفر الطحاوي ولو قدر على بعض القيام ولو قدر آية أو تكبيرة يقوم ذلك القدر وإذ ذلك عجز قعد ، وإن لم يفعل ذلك خفت أن تفسد صلاته ، هذا هو المذهب ، ولا يروى عن أصحابنا خلافه ، وكذا اذا عجز عن القعود وقدر على الإتكاء أو الإستناد إلى إنسان أو حائط أو وسادة لا يجزئه إلا كذلك . ولو استلقى لا يجزئه خصوصاً على قولهما فإنهما يجعلان قدرته على الوضوء بغيره كقدرته بنفسه ، فكذلك في مبسوط شيخ الإسلام ، والفرق بين هذا وبين الصوم ان المريض إذا كان قادراً على الصوم في بعض اليوم ثم عجز فانه لا يصوم أصلاً ، وها هنا يصلي قائماً بقدر ما رأته لنا أفطر في آخر اليوم لم يكن فعله معتداً به في أول اليوم فلا ينتقل به ، وفي الصلاة قيامه في أولها يبقى معتداً به ، وإن قعد آخرها ، وفي المحيط والمجتبى لو تكلف المريض إلى الجماعة يعجز عن القيام قيل لا يخرج مخافة فوت الركن ، والأصح أن يخرج ، لأن الفرض القدرة على الإقتداء . وفي الخلاصة وعليه الفتوى .

( صلى قاعداً يركع ويسجد ) قاعداً نصب على الحال من المريض ، ويركع ويسجد أيضاً حالان متداخلان أو مترادفان ( لقوله ﷺ لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائماً ، فان لم تستطع فقاعداً فان لم تستطع فعلى الجنب تومىء إيماء ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا مسلماً عن عمران بن حصين قال كنت في بواسير ، فسألت النبي ﷺ عن الصلاة ، فقال صل قائماً فان لم تستطع فقاعداً ، فان لم تستطع فعلى جنب ، وزاد النسفي فان لم تستطع فمستلقياً لا يكلف الله نفساً إلا وسعها . وفي رواية أبي داود عن عمران بن حصين قال كان في الناصور ، فسألت النبي ﷺ .. الحديث ، الناصور بالنون والصاد المهملة ، ويقال الناسور بالسين ، وهي علة تحدث في مآقي العين تبقى فلا تقطع ، وقد تحدث أيضاً في أحوال المقعدة هو المراد ها هنا ، وقد تحدث أيضاً في اللبة وهو معرب .

والباسور بالباء الموحدة علة تحدث في المقعدة وفي داخل الأنف أيضاً ، ويجمع على

ولأن الطاعة بحسب الطاقة . قال فإن لم تستطع الركوع والسجود
أومئ إيماءً يعني قاعداً لأنه وسع مثله

---

بواسير ، وفي لفظ مبسوراً ، وقيل بالنون ، وقيل لا يسمى باسوراً إلا إذا خرج وفتحت أفواه عروقه من داخل المخرج . وفي المغرب الباسور قرحة غائرة فلا تبديل .

( ولأن الطاعة بحسب الطاقة ) أي بحسب القدرة ، وقال الله تعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ ٢٨٦ البقرة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء ) أومأ أصله بالهمزة ولكنها تلين ( يعني قاعداً ) هذا تفسير كلام القدوري ، فإنه قال وإن لم يستطع الركوع والسجود أومأ إيماء ، جعل السجود أخفض من الركوع ، ولم يتعرض انه يومىء قائماً أو قاعداً ، فقال المصنف مراده يومىء قاعداً .

فإن قلت إذا قدر على القيام ولم يقدر على الركوع أو السجود ينبغي أن لا يسقط عنه فرض القيام ، ويصلي قائماً بالركوع والسجود ، وهو قول الشافعي لحديث عمران بن حصين فإن لم تستطع قاعداً حيث نقل الحكم من القيام إلى القعود بشرط العجز عن القيام . قلت أجاب السغناقي مجملاً على مبسوط شيخ الإسلام بقوله ذلك محمول على ما إذا كان قادراً على الركوع والسجود حال القيام ، بدليل أنه ذكر الإيماء حال ما يصلي على الجنب ، فدل أن المراد بحال القيام القدرة على الأركان . قلت في أي طريق كان من طرق حديث عمران بن حصين ذكر الإيماء حتى يقول بدليل أنه ذكر الإيماء إلى آخره .

فإن قلت لم يبين صفة القعود كيف هي . قلت قال صاحب التحفة اختلفت الروايات عن أصحابنا في أنه كيف يقعد ، فروى محمد عن أبي حنيفة أنه يجلس كيفما شاء . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا افتتح الصلاة تربع ، وإذا ركع فيفترش رجله اليسرى ويجلس عليها ، وعن أبي يوسف أنه يتربع في جميع صلاته ، والصحيح رواية محمد ، لأن عذر المرض يسقط عنه الأركان ، فلأن تسقط عنه الهيئات أولى

( لأنه وسع مثله ) أي لأن الإيماء بالركوع والسجود قاعداً وسع مثله ، هذا الذي لا

وجعـــل سجوده أخفض من ركوعه، لأنه قائم مقـــامهما ، فأخذ حكمهما ، ولا يرفع إلى وجهه شيء يسجد عليه ، لقوله عليه السلام إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأوم برأسك ، وإن فعل ذلك وهو يخفض رأسه أجزأه لوجود الايماء .

---

يقدر على القيام والركوع ( وجعل سجوده أخفض من ركوعه ) أي أوطأ ( لأنـه ) أي لأن الإيماء ( قائم مقامها ) أي مقام الركوع والسجود ( فأخذ حكمها ) أي فأخذ الإيماء حكم الركوع والسجود ، وهو أن السجود يكون أخفض من الركوع . فكذا في الإيماء .

( ولا يرفع إلى وجهه شيء يسجد عليه ) - لا يرفع - على صيغـة المجهول ، وقوله - شيء - مفعول قائم مقام الفاعل . وقوله - يسجد عليه - جملة في محل الرفع لأنهـا صفة ، كقوله شيء ( لقوله ﷺ إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجـد وإلا فأوم برأسك ) هذا الحـديث رواه جابر وابن عمر رضي الله عنهـما ، فحديث جابر أخرجه البخاري في مسنده والبيهقي في المعرفة عن أبي بكر الحنفي حديث أبي سفيان الثوري وحديث أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ عاد مريضاً فرآه يصلي على وسادة ، فأخذها فرمى بها فأخذ عوداً ليصلي عليه فرمى به ، وقال ﷺ إن استطعت وإلا فأوم إيماء واجعل سجودك أخفض من ركوعك . وقال البزاز لا يعلم أحد رواه عن الثوري إلا أبو بكر الحنفي قال البيهقي هذا بعيد من أفراد أبي بكر الحنفي وقد تابعه عبد الوهاب بن عطـاء عن الثوري به ، وهذا لا يحمل إلا أن يكون في وسادة مرفوعة إلى جهة ، ويحتمل أن يكون موضوعة على الأرض . وحديث ابن عمر أخرجه الطبراني في معجمه عن طارق بن شهاب عن ابن عمر قال عاد النبي ﷺ رجلاً من أصحابه مريضاً .. فذكره .

( وإن فعل ذلك ) أي إن رفع إلى وجهه شيئاً يسجد عليه ( وهو يخفض ) أي والحال أنه يخفض رأسه ( أجزأه لوجود الإيماء ) الذي هو الفرض ، يعني الإيماء في حقـه ، وفي الأصل يكره للمومىء أن يرفع عوداً أو وسادة عليها . وفي الينابيـع يكون شيئـاً وتجوز صلاته إن وجد فيه تحريك رأسه ، وإن لم يوجد لا يجوز . ثم اختلفوا هل يعد هذا سجوداً

وإن وضع ذلك على جبهته لا يجزئه لانعدامه ، وإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه إلى القبلة وأوما بالركوع والسجود

---

أو إيماء ، قيل هو إيماء وهو الأصح ، وفي المبسوط جازت صلاته بالإيماء لا بوضع الرأس ، وقيل هو سجود ، فإن كانت الوسادة موضوعة على الأرض وسجد عليها جازت لما روى الحسن عن أمه قال رأيت أم سلمة زوج النبي ﷺ تسجد على وسادة من أدم من رمد بها، رواه البيهقي باسناده ، وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه رخص في السجود على الوسادة ذكره البيهقي ، وكذا ذكر في سننه عن ابن إسحاق قال قال رأيت عدي بن حاتم يسجد على جدار في المسجد ارتفاعه قدر ذراع ، وذكره أيضاً ابن أبي شيبة في سننه ، وذكر ابن أبي شيبة عن أبي أنس أنه كان يسجد على مرفقه ، وعن أبي العالية أنه كان مريضاً وكانت المرفقة سكنى له فيسجد عليها ، وكره ذلك ابن عمر يكره أن يسجد الرجل على العود، ومثله عن ابن مسعود والحسن ذكره ابن أبي شيبة في سننه وفي المحيط لو كان على جبهته عذر دون الأنف لم يجزه الإيماء ويسجد على أنفه ، لأنه كالجبهة . وقال أبو بكر إذا كان بجبهته أو أنفه عنه يصلي بالإيماء ولا يلزمه تقريب الجبهة إلى الأرض بأقصى ما يمكنه. وفي المجتبى كيفية الإيماء بالركوع والسجود شبيهة على أنه هل يكفي بعض الإنحناء أم أقصى ما يمكنه فظفرت على الرواية ، فإنه ذكر شيخ الإسلام المومىء إذا خفض رأسه للركوع شيئاً ثم للسجود جاز ، ولو وضع بين يديه وسائد والصق جبهته فإن وجد جاز وإلا فلا .

( وإن وضع ذلك ) أي وإن وضع ذلك الشيء بأن وضعه ( على جبهته ) أي على جبهة المريض ( لا يجزئه لانعدامه ) أي لانعدام الإيماء ( وإن لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه إلى القبلة وأوماً بالركوع والسجود ) قال الشيخ حميد الدين بن الضرير وغيره توضع وسادة تحت رأسه حتى يكون شبه القاعد ، وليتمكن الإيماء بالركوع ، إذ حقيقة الإستلقاء تمنع الأصحاء عن الإيماء ، فكيف في المرضى . ثم اختلفت الرواية عن أصحابنا في كيفية الاستلقاء ، وفي ظاهر الرواية يصلي مستلقياً على قفاه ورجلاه إلى القبلة، وروى ابن كاس عنهم أنه يصلي على جنبه الأيمن ووجهه إلى القبلة ، فان عجز عن ذلك

لقوله عليه السلام يصلي المريض قائماً ، فان لم يستطع فقاعداً ، فان لم يستطع فعلى قفاه يومىء إيماء ، فان لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه . وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى القبلة جاز

---

استلقى على قفاه ، وهو قول الشافعي وقول مالك وأحمد كظاهر الرواية المذكورة (لقوله عليه السلام يصلي المريض قائماً ، فان لم يستطع فقاعداً ، فان لم يستطع فعلى قفاه يومىء إيماء ، فان لم يستطع فالله أحق بقبول العذر منه ) هذا حديث غريب رواه أصحابنا في كتبهم عن النبي ﷺ ولم يبينوا رواته ولا حاله .

وذكر صاحب المبسوط فقال دخل رسول الله ﷺ على عمران بن حصين يعوده في مرضه ، فقال كيف أصلي ، قال صل قائماً ، فان لم تستطع فقاعداً ، فان لم تستطع فعلى الجنب تومىء إيماء ، فان لم تستطع فالله تعالى أولى بالعذر ، أي بقبول العذر منك . وقد روى الدارقطني في سننه من حديث علي بن أبي طالب عن النبي ﷺ قال يصلي المريض قائماً ، فان لم يستطع يصلى قاعداً ، فان لم يستطع أن يسجد أومأ جعل سجوده أخفض من ركوعه ، فان لم يستطع أن يصلي قاعداً صلى على جنبه الأيمن مستقبل القبلة ، فان لم يستطع صلى مستلقياً ورجلاه مما يلي القبلة .

وفي المغربي قال عبد الحق كان من رؤساء الشيعة ولم يكن عندهم بصدوق ، ووافقه ابن القطان وفيه الحسين بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب . قال ابن عدي أنا أرجو أن لا بأس به إلا أني وجدت في بعض حديثه نكرة ، وقال السغناقي قوله فان لم تستطع فالله أحق بقبول العذر منه ، هذا من تتمة الحديث ، ولفظ المبسوطين والاسرار أولى فكان أحق معناه على قول من يقول لا يسقط إلا القضاء عنه وإن لم يقدر على الايماء أي أحق بقبول عذر التأخير لا عذر الاسقاط ، وعلى قول من يقول بعدم القضاء وهو الأصح أي أحق بقبول عذر الاسقاط . قلت هذا كلام حسن إذا ثبت أنه حديث .

( وإن استلقى على جنبه ووجهه إلى القبلة فأومأ جاز ) أطلق ذكر الجنب ليتناول الأيمن والأيسر وهو مذهب الشافعي ، ولكنه قال على جنبه الأيمن مستقبل القبلة ، فان لم يستطع استلقى على ظهره ويستقبل القبلة برجليه لحديث عمران بن حصين ولأنه لو اضطجع

لما روينا من قبـل ، إلا أن الأولى هو الأولى عنـدنا خلافاً للشافعي «رح» ، لأن إشارة المستلقـي تقـع إلى هواء الكعبة ،

---

على جنبه يكون وجهه إلى القبلة فهو أولى كما إذا اختصر وجهه إلى القبلة على شقه الأيمن، وكذا في القبر ، وسنجيب عن هذا عن قريب .

ثم اعلم أن الاضطجاع المشروع ستة ، أحدها : في الصلاة على الخلاف . الثـاني : المختص عند الموت يوضع على شقه عرضاً ووجهه إلى القبلة . لكن المتـأخرين اختاروا الاضطجاع مستلقياً وزعموا أنه أسهل بخروج الروح وهو الثـالث . الرابع : الميت إذا وضع على التخت لغسله ، ولا رواية فيه لأصحابنا ، لكن تعارفوا اضطجاعه على قفاه . الخامس : الاضطجاع في حالة الصلاة عليه يكون مستلقياً على قفاه كما هو المعهود بين الناس السادس : الاضطجاع في اللحد يضطجع على جنبه الأيمن ووجهه إلى القبلة .

( لما روينا من قبل ) أراد به حديث عمران بن حصين الذي ذكره في أول الباب ( إلا أن الأولى هو الأولى عندنا ) الأولى بفتح الهمزة بمعنى الأحرى والأجدر ، والأولى الثاني بضم الهمزة تأنيث الأولى ، وأراد به الاستلقاء على الظهر .

فان قلت كيف وجه التأنيث ، والمذكور من الاستلقاء على الظهر مذكر . قلت لما كان هذه هيئة وحالة ذكر بالتأنيث على تأويل الهيئة ، ويجوز أن يكون على تأويـل الرواية الأولى ، وجعله السغنـاقي من باب المزاوجة خطأ فـلا حاجة إلى ذلك ، والتأويل المذكور أحسن ، وفي بعض النسخ الأولى بالضم يقـدم على الأولى بالفتـح ، وعلى هذا فسره الأكمل .

( خلافاً للشافعي ) فان عنده هو الثاني كما ذكرنا ( لأن إشارة المستلقي تقع إلى هواء الكعبة ) هذه إشارة إلى أوجه المعقول ، أراد أن المستلقي على قفاه إذا أومأ يقع إيماؤه إلى الكعبة ، وقد علم أن شرط المصلي أن يصلي إلى القبلة ، والصلاة بالايماء ما له فعل غير الايماء أو الايماء أن يقع إلى الكعبة بما قلنا ، ألا ترى أنه لو حققه لذلك سجود لكان إلى

القبلـــة ، وعلى ما قاله الخصم لو حققه لكان إلى يسار الكعبة (وإشارة المضطجـــع على جنبـــه إلى جانب قدميـــه ) فيكون توجه البدن إلى الكعبـة والشرط أداء الصلاة إلى الكعبة لا البدن ، بدون الأداء ، فالخصم مال إلى ظاهر التوجه ببدنـــه كما في الميت ، ونحن إلى التوجه مصليـــا ، وهذا أولى وقال الأكمل في هذا الموضع ولنا تعـــارض حديث عمران بن حصين وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه وفي حالة عذر جاز العمل بكل منهما ، إلا أن ما ذكرنا أولى ، لأن المعقول معنا ، فان إشارة المستلقي . . الخ .

قلت لم يبين هو حديث ابن عمر أصلاً ولا ذكره ، وكيف قال ولما تعـــارض حديث عمران وحديث ابن عمر أقول حديث ابن عمر رواه البيهقي عن نافع عن ابن عمر قال يصلي المريض مستلقياً ولا يسلم المعارضة بينهما ، فان في حديث عمران أيضاً فان لم يستطـــع فمستلقياً ، رواه النسائي كما ذكرنا . وقال صاحب الدراية وحديث عمران محتمل ، وما رويناه أعني حديث ابن عمر محكم ، والعمل بالمحكم أولى . قلت هذه الدعوى إنما تصح إذا لم يكن في حديث عمران ذكر الاستلقاء على القفاء ، والحال أنه قد ذكر فيه ، فحينئـــذ كلاهما يتساويان فلا تصح دعوى كل واحد من الأكمل وصاحب الدراية ، على أن أصحابنا احتجوا بأول حديث عمران بن حصين وهو قوله – صل قائماً فان لم تستطع فقـاعداً ، فعلى هذا ذكر المصنف ، واحتج الشافعي بتمامه لأن آخر الحديث ، فان لم تستطـــع فعلى الجنـــب .

ثم أجاب أصحابنا عن هذا أن معنى قوله عليه السلام – فعلى الجنب – أي ساقطاً على الأرض ، والمستلقي على الأرض ساقط . قلت هذا ليس بسديد ، لأنه يلزم التكرار في الحديث فلا فائدة ، فافهم . والكلام الموجه فيه أن يقال أن كل واحد من الحديثين يدل على جواز ما قالوا وما قلنا . غاية ما في الباب أن أصحابنا رجحوا صورة الاستلقاء على القفا لمساعدة المعقول إياه كما ذكرنا ، وما في الباب يرجح غير هذا .

( وبه تتأدى الصلاة ) أي بوقوع الاشارة إلى هواء الكعبة تتأدى الصلاة .

فان لم يستطع الايماء برأسه أخرت عنه ولا يومىء بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه ، خلافا لزفر « رح »

---

( فان لم يستطع الايماء برأسه أخرت عنه ) أي أخرت الصلاة عن هذا المريض عند عدم الاستطاعة على الايماء برأسه وسيجيء الكلام فيه مفصلاً ( ولا يومىء بعينه ولا بقلبه ) وفي التحفة والقنية عند الحسن يومىء بقلبه وبحاجبيه ويعيد ( ولا بحاجبيه ) أي ولا يومىء أيضاً بحاجبيه ( خلافاً لزفر « رح » ) فعنده يومىء بعينه وحاجبيه وقلبه .

واعلم أن المريض إذا عجز عن الايماء بالرأس هل يلزمه الايماء بالعينين والحاجبين أم لا ، ولم يذكر هذا في ظاهر الرواية ، روي عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول أنه قال لا يومىء المريض بحاجبيه ولا بعينه ولا بقلبه في الصلاة ، وهكذا روي عن أبي يوسف أيضاً ، وروي عن محمد بن الحسن أنه قال لا يومىء بقلبه ولم يذكر الحاجبين والعينين . وعن زفر أنه يومىء بالحاجبين ولا (1) لقربه من الرأس ، فان عجز فبالعينين ، فان عجز فبقلبه ، وقال الحسن بن زياد يومىء بعينه وبحاجبيه ولا يومىء بقلبه ، كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زادة في مبسوطه خلافهم . وقال القدوري صاحب التحفة قال الحسن بن زيادة يومىء بحاجبيه وبقلبه ويعيد متى قدر علي الأركان . وفي الحاوي يومىء بعينه وبحاجبيه وقلبه عند زفر وأبي يوسف ، ولم يجزه أبو حنيفة . وقال محمد لا شك أن الايماء بالرأس يجوز ، ولا شك أنه بالقلب لا يجوز وأشك في العينين ، ذكره في الذخيرة . وقال قاضي خان وفي الحاوي عن محمد الايماء بالقلب لا يجوز عند أبي يوسف ، ولست أحفظ قوله في الايماء بالعينين والحاجبين . وعند زفر بعينه وحاجبيه ، وإذا صح أعاد. وقال الشافعي إذا عجز عن الايماء برأسه وما بطرفه فان عجز جرى أفعال الصلاة على قلبه ، وكذا القراءة والأذكار يجريها على قلبه عند العجز ، وما دام عاقلاً لا تسقط الصلاة وفي الدراية وقال الشافعي ومالك يومىء بعينه ، فان عجز فبقلبه لأنه وسع مثله .

---

(1) ربما – ولا – زائدة هنا .

لما روينا من قبل ، ولأن نصب الابدال بالرأي ممتنع ، ولا قياس على الرأس لأنه يتأدى به ركن الصلاة دون العين وأختيها. وقوله أخرت عنه إشارة إلى أنه لا تسقط الصلاة عنه وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقا وهو الصحيح

---

( لما روينا من قبل ) أشار به إلى قوله عليه السلام إن قدرت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأوم برأسك ( ولأن نصب الابدال بالرأي ممتنع ) هذا دليل عقلي تقديره أن الشارع اقتصر على الرأس في الحديث المذكور في موضع البيان ، ولو جاز غيره لبينه ، فحينئذ لا يجوز نصب البدل عن الايماء بالرأس بالرأي ( ولا قياس على الرأس ) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال هذا ليس من باب نصب الابدال بالرأي بل بالقياس على الرأس ، وتقدير الجواب أن القياس على الرأس لا يصح ( لأنه يتأدى به ركن الصلاة ) أي لأن الشأن يتأدى بالرأس ركن الصلاة وهو السجود (دون العينين وأختيه) أرد بالأختية الحاجبين والقلب ، وذلك لأنه لا يتأدى بهما ركن من أركان الصلاة ، فالقياس مع وجود الفارق باطل .

( وقوله أخرت عنه ) أي قول القدوري في مختصره ، فان لم تستطع الايماء برأسه أخرت عنه ، أي أخرت الصلاة عن هذا المريض ، ولكن غالب عادة المختصر ، فان لم يستطع برأسه أخرت الصلاة ، والمعنى واحد ( إشارة إلى أنه لا تسقط الصلاة ) إشارة بالرفع خبر المبتدأ ، أعني قوله والضمير في أنه للشان والشرط في عدم السقوط ، وإن كان أكثر من يوم وليلة أن يكون مفيقاً أشار اليه بكلمة إن الواصلة بقوله ( وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقاً ) لوجود فهم الخطاب ، وسبب الوجوب صلاحية الذمة ، وهو الذي ذكره الكرخي في مختصره ، واختاره المصنف فلذلك نبه عليه بقوله ( هو الصحيح ) واحترز به عن قول شيخ الاسلام وفخر الاسلام وقاضي خان وآخرين ، فانهم قالوا الصحيح أنه يسقط ، وبه قال مالك ، وفي فتاوى الظهيرية وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى لأن مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب . قال محمد قال في النوادر من قطعت

لأنه يفهم مضمون الخطاب ، بخلاف المغمي عليه، وإن قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعداً يومىء إيماء لأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم ، فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير ، والافضل هو الايماء قاعداً ، لانه أشبه بالسجود ،

---

يداه من المرفقين ورجلاه إلى الساقين لا صلاة عليه ، فعلم أن بمجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب .

وفي المحيط قال بعض المشايخ إذا كانت الفوائت أكثر من يوم وليلة لا يجب عليه القضاء ، وإن كان أقل من ذلك فعليه القضاء كالجنون والإغماء وهو الصحيح ، وللشافعية وأحمد حكاه صاحب العدة والبيان أنه إذا عجز عن الإيماء بالرأس سقطت عنه ، وفي سنة المفتي إن دام العجز أكثر من يوم وليلة سقطت في الأصح . وقال بعضهم لا يسقط ، وإن دام أكثر من يوم وليلة حتى إذا برىء لزمه القضاء ، ولو مات قضى عنه ورثته . قال في الثاني هو الصحيح ، وقال بعضهم يسقط مطلقاً من غير تفصيل ، واختاره السرخسي .

( لأنه ) أي هذا المريض ( يفهم مضمون الخطاب ) لوجود عقله ( بخلاف المغمي عليه ) لعجزه عن فهم الخطاب ( وإن قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعداً يومىء إيماء ) وقال زفر والشافعي لم يسقط عنه القيام في هذه الحالة ، لأنه ركن فلا يسقط بالعجز عن إدراك ركن ( لأن ركنية القيام للتوسل به إلى السجدة لما فيها ) أي في السجدة ( من نهاية التعظيم ، فإذا كان لا يتعقبه السجود ) أي فإذا كان لا يتعقبه السجود يعني إذا سقطت عنه السجدة وهي الأصل سقط عنه القيام وهي الوسيلة ، كمن سقطت عنه الصلاة سقطت عنه الطهارة حينئذ ( لا يكون ركناً فيتخير ) أي المرض المصلي بين أن يصلي قائماً بالإيماء ، وبين أن يصلي قاعداً بالإيماء .

( والأفضل هو الإيماء قاعداً لأنه أشبه بالسجود ) لكون القعود أقرب إلى السجود من القيام . فإن قلت فقد جاء أفضل الصلاة طول القنوت أي القيام . قلت إنما كان كذلك

وإن صلى الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض أتمهـــا قاعداً يركع ويسجد أو يومىء إن لم يقدر أو مستلقيا إن لم يقدر لانه بنى الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء . ومن صلى قاعداً يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلاته قائما عند أبي يوسف «رح» . وقال محمد «رح» استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء

---

لانضمام قراءة القرآن اليه ، فيكون فضله لأجل الجمع بين الركنين وهو يحصل في القعود ، ولا ترد صلاة الجنازة حيث لم يلزم ثمة سقوط القيام بسبب سقوط السجود ، لأنها ليست بصلاة حقيقة بل هي دعاء .

( وإن صلى الصحيح بعض صلاته قائماً وحدث به مرض يتمها قاعداً يركع ويسجد أو يومىء إن لم يقدر ) أي على الركوع والسجود ، وفي فتاوى قاضي خان ما يخالف هذا حيث قال يفسد صلاته عند أبي حنيفة في هذه الصورة ، وهذه روى ابن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة ، لأن تحريمته انعقدت للركوع والسجود فلايجوز بدونها ( أو مستلقياً إن لم يقدر ) أي ويصلي مستلقياً على قفاه إن لم يقدر على القعود ، وروي عن أبي حنيفة أنه يستقبل ( لأنه بناء الأدنى على الأعلى ) أي في الصور الثلاث وهو الإيماء قاعداً بالركوع والسجود عند عدم القدرة على الركوع والسجود والإيماء ومستلقياً عند عدم القدرة على الإيماء قاعداً ( فصار كالاقتداء ) أي فصار بناء المريض على أول صلاته كالاقتداء أي يجوز كما يجوز ذاك ، فإنه يصح اقتداء القاعد بالقائم والمومىء بالراكع والساجد ، والأصل في المسألة أن كل موضع يصح الإقتداء يصح البناء وإلا فلا .

( ومن صلى قاعداً يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلاته قائماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يستقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء ) أي بنوا بنـــاء على صلاتهم ، أراد به اختلاف الثلاثة المذكورين في الاقتداء يعني ان كل فصل جوز الإقتداء فيه جوز بناء آخر الصلاة على أولها وإلا فلا . ثم عند محمد لا يقتدي القائم بالقاعد ، فكذا لا يبني في حق نفسه وعند القائم يقتدي بالقاعد ، فكذا يبني في حق نفسه .

فإن قلت يرد على هذا ما إذا افتتح الصحيح التطوع قاعداً وأدى بعض صلاته قاعداً

وقد تقدم بيانه وإن صلى بعض صلاته بإيماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعاً ، لأنه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومىء ، فكذا البناء ، ومن افتتح التطوع قائماً ثم أعيا لا بأس بأن يتوكأ على عصاً وحائط أو يقعد ، لأن هذا عذر ، وإن كان الاتكاء بغير عذر يكره ، لأنه إساءة في الأدب ، وقيل لا يكره عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه لو قعد عنده يجوز من غير عذر ، فكذا لا يكره الاتكاء ،

---

ثم بدا له أن يقوم فقام وصلى الباقي قائماً أجزأه بالإجماع ، وهذا الأصل المذكور يقتضي أن لا يجوز على قول محمد . قلت تحريمة المريض لم ينعقد للقيام لقدرته عنده ، فجاز بقاؤه قبله .

( وقد تقدم بيانه ) أي بيان اختلافهم في الاقتداء في باب الأمة .

( وإن صلى بعض صلاته بإيماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف ) أي صلاته ( عندهم جميعاً ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وعند زفر والشافعي ومالك يبني محافظة على عمله ( لأنه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومىء ، فكذا البناء ) لأنه يصير بناء القوي على الضعيف .

( ومن افتتح التطوع قائماً ثم أعيا ) أي تعب ، يقال أعيا الرجل في المشي ، إذا تعب وأعياه الله لازم ومتعد . وقال الجوهري أعيي فهو معي ، فلا يقال عيان ، وأعي علة الأمر ونقيا ونقايا بمعنى ( لا بأس أن يتوكأ على عصا أو حائط أو يقعد ) أي أو أن يقعد ( لأن هذا عذر ) ففي الاتكاء بعض القيام ، وفي القعود بدله ( وإن كان الإتكاء بغير عذر يكره لأنه إساءة في الأدب ) قال البزدوي الإتكاء بغير عذر يكره ، بخلاف القعود ، فإنه مشروع ابتداء إذ صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم كما ورد في الحديث به بخلاف الإتكاء ( وقيل لا يكره عند أبي حنيفة ، لأنه لو قعد عنده ) أي لأن المصلي لو قعد عند أبي حنيفة ( يجوز من غير عذر ) مع أنه ينافي القيام ( فكان لا يكره الإتكاء )

وعندهما يكره لأنه لا يجوز القعود عندهما ، فيكره الاتكاء ، وإن قعد بغير عذر يكره بالاتفاق، وتجوز الصلاة عنده ولا يجوز عندهما

---

لأنه ليس أدنى حال من القعود ، لأنه لا ينافي في القيام ، فلما كان القيام بغير عذر جائزاً مكروهاً عنده كان الإتكاء غير مكروه ( وعندهما يكره ) أي الاتكاء .

( لأنه لا يجوز القعود عندهما ) يعني بغير عذر ( فيكره الاتكاء ) بغير عذر ، لأن القعود بغير عذر يقطع الصلاة عندهما ، والايماء برأسه دون القعود باعتبار أنه لا يتأتى في القيام فكان مكروهاً لكونه إساءة في الأدب ، وبعضهم قالوا على قول أبي حنيفة يجب أن يكره الاتكاء ، بخلاف القعود ، فإنه إذا قعد بعدما افتتح قائماً لا يكره عنده ، ووجه ذلك أنه في الابتداء مخير بين أن يفتتح التطوع قائماً وبين أن يفتتحه قاعداً، فيبقى هذا الخيار في الانتهاء من غير كراهة ، وأما في حق الاتكاء فهو غير مخير في الابتداء بين أن يصلي متكئاً وبين أن يصلي غير متكىء ، بل يكره له ذلك لما فيه من الأدب وإظهار التخير ، وكذلك في الانتهاء .

( وإن قعد بغير عذر يكره بالاتفاق ) أي وإن قعد في صلاة التطوع بغير عذر بعدما شرع قائماً يكره بالاتفاق بين الثلاثة ، لكن هل تجوز الصلاة أم لا ، فعند أبي حنيفة يجوز ، وعندهما لا يجوز ، أشار اليه بقوله ( وتجوز الصلاة عنده،ولا يجوز عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد ، وقال الأكمل وفي كلامه تسامح ، لأن ما لا يجوز لا يوصف بالكل إذ وقد قال يكرة بالاتفاق . وقال صاحب الدراية بعد أن قال ثم عندهما لا يجوز، فكيف يوصف بالكراهة عند العلامة حميد الدين رحمه الله،يجوز أن يراد به أنه صلى ركعة قائماً ، ثم قعد في الثانية ليقرأ لا عياء به ثم قام فأتم الثانية ، فان هذه الصلاة جائزة مع الكراهة . وقال الأكمل وفيه نظر لأن قعوده إذا كان الاعياء به فكذلك قعود بعذر ، والكلام ليس فيه ، بل يجب أن يكون مكروهاً . قلت هما لا يقولان بالكراهة في فصل عدم الجواز ، وإنما يقولان بعدم الجواز فيما إذا قعد ثم قام وأتم الصلاة قاعداً أو بالجواز مع الكراهة فيما إذا قعد ثم قام وأتم الصلاة قائماً ، ومجرد القعود لا يعدم وصف الجواز ، وهو نظير ما إذا قرأ القرآن بالفارسية من عذر لا يجوز عندهما فيما إذا لم يعد القراءة بالعربية

وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعداً من غير علة أجزأه عند أبي حنيفة « رح » ، والقيام أفضل. وقالا لا يجزئه إلا من عذر، لأن القيام مقدور عليه فلا يترك ،

---

أما إذا أعاده فيجوز مع الكراهة . وفي الجنازية والكافي قوله يكره بالاتفاق يخالف ما ذكر قبل هذا بقوله – ولو قعد عنده يجوز – ويجاب عن هذا بما ذكر في مبسوط فخر الاسلام لو قعد في النفل لا يكره عنده في الصحيح ، لأن الابتداء على هذا الوجه مشروع بلا كراهة ، فالبناء أولى ، لأن حكم البناء أسهل من حكم الابتداء ، ألا ترى أن الحديث يمنع ابتداء الصلاة ، ولا يمنع بقاءها . فقوله – في الصحيح – يدل على أن ثمة غير صحيح كذا في باب النوافل يكون على الصحيح . وقوله – هاهنا بالاتفاق – وقع سهواً من الكاتب ( وقد مر في باب النوافل ) أي قال الاترازي فيه نظر ، لأنه لم يذكر في باب النوافل قلت ذكره في فصل القراءة في باب النوافل فصدق عليه أنه مذكور في باب النوافل لعجب منه أن ينظر في مثل هذا .

( ومن صلى في السفينة قاعداً من غير علة ) أي من دوران رأسه ونحوه ( أجزأه عند أبي حنيفة ) قال في المحيط ، قيل هذا إذا كانت السفينة جارية ، وإن كانت راسية لا يجزئه اتفاقاً ، ثم انه قيد بالسفينة لأنه لو صلى على العجلة على الدابة لا يجوز ، أما لو كانت على الأرض يجوز ، وقيد بقوله قاعداً لأنه صلى مسافراً فيها بالايماء لا يجوز سواء كانت مكتوبة أو نافلة ، لأنه يمكنه أن يسجد فيها ولا يقدر ، والايماء شرع عند العجز ، وقيد بقوله – من غير علة – لأن عند العلة يجوز بالاتفاق ، وينبغي للمصلي فيها أن يتوجه إلى القبلة كيفما دارت السفينة ، لأن التوجه إلى القبلة فرض بالنص عند القدرة ، وهذا قادر بخلاف راكب الدابة لأنه عاجز عن استقبال القبلة حتى إذا ركب الدابة إن كان به نحو القبلة فأعرض عنها لم تجز صلاته ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي (والقيام أفضل) يعني الصلاة قائماً أفضل ، لأنه أكمل .

( وقالا لا يجزئه إلا من عذر ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( لأن القيام مقدور عليه فلا يترك ) كما لو كان على الأرض بحيث لا يجوز له ترك القيام مع القدرة عليه .

وله أن الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق ، إلا أن القيام أفضل ، لأنه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج أفضل ما أمكنه لأنه أسكن لقلبه . والخلاف في غير المربوطة ، والمربوطة كالشط هو الصحيح .

---

( وله ) أي لأبي حنيفة ( إن الغالب فيها ) أي في السفينة ( دوران الرأس وهو كالمتحقق ) أي الغالب كالمتحقق ، كما في السفر لما كان الغالب فيه المشقة جعلت المشقة كالمتحققة ، بخلاف ما لو كان على الأرض ، لأن الغالب أن لا يدوب الرأس ولا يحلو الأعين .

فان قلت روي عن ابن عباس قال لما بعث رسول الله ﷺ جعفراً إلى الحبشة قال يا رسول الله كيف أصلي في السفينة قال صل قائماً ، إلا أن تخاف الغرق . قلت في إسناده حسين بن عوان ، قال أبو حاتم والدارقطني متروك ، وقال ابن معين كذاب وقال ابن عدي يضع الحديث ، وذكر ابن حزم في المحلى من حديث ابن سيرين قال صلى بنا في السفينة ونحن قعود ، ولو شئنا لخرجنا ، وقال مجاهد صلينا مع جنادة بن أبي أمية قعوداً في السفينة ، ولو شئنا لقمنا ، ذكره في المحيط والحددة التي ذكره في جميع الغرائب ، والحد بالضم وتشديد الدال شاطع(۱) النهر .

( إلا أن القيام أفضل ، لأنه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج ) أي من السفينة إلى البر ( أفضل إن أمكنه ، لأنه أسكن لقلبه ) لأن القلب تعلق في الماء ، وقيد بقوله إن أمكنه أي الخروج منها ، لأنه إذا لم يمكنه الخروج إلى الشط يصلي فيها .

( والخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( في غير المربوطة ) أي في غير السفينة المشدودة بشيء في الشط ( والمربوطة ) أي السفينة المربوطة ( كالشط ) حكمها حكم الشط ، فلا تجوز الصلاة فيها قاعداً مع القدرة على القيام ( هو الصحيح )

---

(۱) هكذا في الأصل وربما قصد بها - شاطيء النهر - اه مصححه .

احترز به عن قول عامة المشايخ ان على قول أبي حنيفة تجوز الصلاة فيها قاعداً مع القدرة على القيام قاعداً في السفينة جارية كانت أو راسية لاطلاق ما ذكره في المبسوط والجامع الصغير ، والصحيح أن الخلاف في الجارية لا في الراسية ، كما قال بعض مشايخنا . وفي الدراية هو الصحيح احترازاً عن قول بعض المشايخ ، حيث قالوا تجوز الصلاة فيها قاعداً وإن كانت مربوطة تفتح ساعة بساعة أو تفتح بهيجان الريح ، فكان في الخروج خطر عظيم . ولكن الصحيح على قولهم أنه لا يجوز لأن دوران الرأس غالباً حالة الجري مع أنه يمكن الخروج ، لأن المربوطة على الشط كالمستقر على الأرض لامكان الخروج فلا تجوز كالصلاة على الدابة . وقال التمرتاشي هذا إذا كانت مربوطة على الشط ، فان كانت موثوقة باللجة في لجة البحر وهي تضطرب قيل يحتمل وجهين والأصح أنه إن كان الريح يحركها تحريكاً شديداً فهي كالسائرة ، وإن حركها قليلاً فهي كالواقفة .

وفي المجتبى والخلاف في السائرة وقيل في الساكنة أيضاً . أما في المربوطة لا يجوز إلا قائماً بالاجماع ، وعند الدوران يجوز قاعداً بالاجماع .وفي المحيط لا تجوز الفرائض والنوافل فيها بالايماء إلا بعذر على الخروج ، فالمستحب أن يخرج وإلا فلا وتجوز الجماعة فيها ، وكذا في السفينتين المقرونتين والدابة والدابتين المربوطتين ، وكذا لو اقتدى في الحدة بامام في السفينة أو على العكس ، وليس بينهما طريق أو طائفة من النهر جاز وإلا فلا . ومن اقتدى بالاظلال بالامام في أسفل السفينة صح ، إلا أن يكون أمام الامام ، لأنها بمنزلة البيت ولو انقلبت السفينة صح إلا أن يكون أمام الإمام لأنها بمنزلة البيت ، ولو انقلبت السفينة ، وهو يصلي بالجدبة ويخاف بغرقها وسرقة مال أو فوت شيء من متاعه أو انقلبت دابته أو خاف الراعي على غنمه من سبع أو عدو أو رأى أعمى على شفير بئر فله القطع ، وأكثر المشايخ قدروا ذلك المال بدرهم فصاعداً ، لكن ذكر في الكفاية الجنس بالدانق يجوز ، فقطع الصلاة أولى .

وفي شرح الجامع الصغير يكره هذا في مال غيره ، أما في مال نفسه لا يقطع ، والأصح جواز القطع فيها ، ولو شد السفينة أو الدابة أو أخذ المتاع بعمل يسير لم تفسد صلاته . وفي المبسوط رجلان في محمل اقتدى أحدهما بالآخر في التطوع يجوز لعدم ما يمنع

ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى وإن كان أكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان ،

---

الاقتداء . وعن محمد استحسن بجواز الاقتداء إذا كانت دابتهم بالقرب من دابة الامام على وجه لا يكون الفرجة بينهم وبين الامام إلا بقدر الصف ، بالقياس على الصلاة على الأرض .

( ومن أغمي عليه خمس صلوات أو دونها قضى ) تفسير الإغماء قد مر في فصل نواقض الوضوء في كتاب الطهارة . قوله – أو دونها - أي أو أغمي عليه دون خمس صلوات . قوله – قضى – جواب المسألتين ( وإن كان ) أي وإن كان أغمي عليه أو كان الإغماء دل عليه قوله أغمي ( أكثر من ذلك ) أي من خمس صلوات ، فتذكر إسم الإشارة بالاعتبار المذكور ( لم يقض ) جواب إن ، أي لم يقض تلك الصلوات التي هي أكثر من خمس صلوات . وقال بشر عليه القضاء وإن طال ، وقال الشافعي إن استوعب الوقت فلا قضاء عليه ، وعند أحمد الإغماء لا يمنع وجوب القضاء بحال ، لأنه كالنوم . وفي الحلية وعند الشافعي إذا كان بمعصية لا يمنع وجوب القضاء ، وإن كان بغير معصية واستوعب وقت الصلاة يمنع وجوب القضاء ، وبه قال مالك .

وفي البدائع إذا زال عقله بالمرض حتى فاتته ست صلوات لا يجب عليه القضاء . وفي النافع الأعذار أنواع منه ممتد جداً كالصبا يمنع وجوب العبادات ، وقاصر جداً كالنوم لا يسقط شيئاً من العبادات ، وما يكون بين الأمرين كالجنون والإغماء إن امتد ألحق بالممتد جداً حتى سقط عنه القضاء ، وإن قصر ألحق بالنوم حتى يجب عليه القضاء وامتداده يزيد على يوم وليلة لدخوله في حد التكرار على ما يجيء الآن إن شاء الله تعالى .

( وهذا ) أي الذي ذكرناه من وجوب القضاء بالإغماء خمس صلوات أو دونها ( استحسان ) ولحديث علي رضي الله عنه أنه أغمي عليه أربع صلوات فقضاهن . وعمار رضي الله عنه إنما أغمي عليه يوماً وليلة فقضاهن . وابن عمر أغمي عليه يومان وقيل ثلاثة

والقياس ان لا قضاء عليه إذا استوعب الاغماء وقت صلاة كامل لتحقق العجز ، فشبه الجنون . وجه الاستحسان أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيخرج في الأداء ، وإذا قصرت قلت فلا حرج ، والكثير أن تزيد على يوم وليلة ، لأنه يدخل في حد التكرار

---

أيام فلم يقض ، فالقياس [1] أن القضاء عليه إذا استوعب الإغماء وقت صلاة كاملة يسقط القضاء ، بخلاف الإغماء لأن بالجنون يزول العقل الذي هو أصل الأهلية ، وبالإغماء لا ، ولهذا لا يجوز وصف الأنبياء عليهم السلام بالجنون ، وواصفهم به كافر ، وجاز وصفهم بالإغماء فكان المصنف يسوي بينهما في وجه القياس معتمداً على هذه الرواية ، ثم فرق بينهما في وجه الاستحسان ، والأصح أنه لا فرق بينهما في الصلاة في اشتراط الامتداد للسقوط ، لأن بالجنون لا تزول الأهلية كما لا تزول بالإغماء ، والسقوط مبني على الخروج وذلك لا يحصل بدون الإمتداد . وفي المحيط لو زال عقله بالخمر أكثر من يوم وليلة يلزمه القضاء ، وكذا بالبنج عند أبي حنيفة ، لأن الأثر في السماوي . وعند محمد يسقط كالمرض وإن أغمي عليه بفزع من سبع أو آدمي لا يلزمه القضاء اتفاقاً .

( وجه الاستحسان أن المدة إذا طالت كثرت الفوائت فيخرج في الأداء وإذا قصرت ) أي المدة ( قلت ) أي الفوائت (فلا حرج ) حينئذ ، لأن في الأولى شق عليه القضاء ، وفي الثاني لا يشق علية ، ألا ترى أن الحائض تقضي الصوم ، لأنه لا مشقة فيه ولا تقضي الصلاة لأنه تلحقها مشقة ( والكثير أن يزيد ) أي الإغماء ( على يوم وليلة ، لأنه يدخل في حد التكرار ) أراد أن الفرق بين الطويل والقصير بالزيادة على يوم وليلة ليدخل بها الصلاة في حد التكرار ، وهو الظاهر ، لأن الصلوات إذا صارت ستة تكون الواحدة فيها مكررة ، فدخل في حد التكرار .

---

(١) ربما هذا من المتن ، ولكنه مغاير له بنقصان — لا — قبل كلمة —القضاء— والمصنف لم يضع هنا علامة المتن . اهـ مصححه .

والجنون كالاغماء ، كذا ذكره أبو سليمان « رح » بخلاف النوم ، لأن امتداده نادر فيلحق بالقاصر ، ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات عند محمد «رح» لأن التكرار يتحقق به ،وعندهما من حيث الساعات

---

( والجنون كالاغماء ) جواب عن قياس الاغماء على الجنون على زعم أن الجنون إذا استغرق وقتاً كاملاً أسقط القضاء ، ووجهه أن الجنون كالاغماء إن كان أكثر من يوم وليلة سقط القضاء وإلا فلا ( كذا ذكره أبو سليمان ) اسمه موسى بن سليمان الجورجاني صاحب الامام محمد بن الحسن ومن تابعه في السير الصغير وكتاب الصلاة وكتاب الرهن ، وكان أبو سليمان نص عليه في النوادر .

( بخلاف النوم ) يتعلق بقوله — وإن كان أكثر من ذلك لم يقض — يعني أن النوم وإن زاد على يوم وليلة لا يسقط القضاء ( لأن امتداده ) أي لأن امتداد النوم ( نادر فيلحق بالقاصر ) أي فيلحق الممتد منه بالقاصر ( ثم الزيادة ) أي على يوم وليلة ( تعتبر من حيث الأوقات ) أي تعتبر من حيث أوقات الصلوات ( عند محمد ، لأن التكرار يتحقق به ) أي بالاعتبار من حيث الأوقات حتى لا يسقط عنه القضاء ، ما لم تصر الفوائت ستاً ، وإن زادت الساعات على يوم وليلة كما إذا أغمي عليه قبل الزوال ، ثم أفاق في اليوم الثاني وقت الظهر يجب عليه القضاء عند محمد ( وعندهما من حيث الساعات ) حتى لا يجب عليه القضاء في الصورة المذكورة .

ثم اعلم أن الخلاف في مبسوط خواهر زادة وفي أصول فخر الاسلام البزدوي في الأمور المعترضة على الأهلية كما ذكر صاحب الهداية بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبين محمد والفقيه أبو الليث « رح » جعل اعتبار الساعات رواية عن أبي حنيفة ، وذكر شمس الأئمة السرخسي أيضاً أن اعتبار الساعات رواية عن أبي حنيفة ، والصحيح أن العبرة بعدد الصلوات ، كذا قال في شرح الكافي المنظومة والمختلف وشرح الطحاوي ، ذكر الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد ، ولم يذكر قول أبي يوسف « رح » هذا الذي ذكرنا إذا دام الاغماء فلم يفقه إلى تمام يوم وليلة ، فإن كان يفيق ساعة ثم يعاوده الاغماء لم يذكر محمد في الكتاب وانه على وجهين إن كان لإفاقته وقت معلوم ، نحو أن يخف مرضه عند الصبح فهو إفاقة معتبرة تبطل

الحكم ما قبلها من الاغماء إن كان أقل من يوم وليلة ، وأما إذا لم يكن لافاقته وقت معلوم، لكنه يفيق بغتة يتكلم بكلام الأصحاء ثم يغمى عليه فهذه الافاقة غير معتبرة ألا ترى أن المجنون قد يتكلم في جنونه بكلام الأصحاء فلا يعد ذلك منه إفاقه كذا في المحيط .

( هو المأثور عن علي وابن عمر ) قال الأكمل ، أي الاعتبار من حيث الساعات هو المأثور . قلت الذي قاله يجدي ولا يشفي حيث لم يبين كيفية المأثور عن علي وابن عمر . وقال الاترازي ولهما ، أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ما روي عن ابن عمر أنه أغمي عليه أكثر من يوم وليلة ، فلم يقض الصلوات ، قلت هو أيضاً لم يبين حتى ذكر هذا الأثر من أصحاب السنن ، والمصنف أسند الأثر إلى اثنين علي وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم. والمأثور عن علي غريب وذكره أصحابنا في كتبهم أن علياً رضي الله عنه أغمي عليه في أربع صلوات ، فقضاهن ، والمأثور عن عبد الله بن عمر ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه عن نافع قال أغمي على عبد الله بن عمر يوماً وليلة ، فأفاق فلم يقض ما فاته فاستقبل . وروى محمد بن إسحاق في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن ابن عمر أنه قال في الذي يغمى عليه يوماً وليلة قال ويقضي .

فان قلت ما تقول في حديث أخرجه الدارقطني عن الحكم بن عبد الله بن الأيلي أن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق حدثه أن عائشة زوج النبي ﷺ سألت رسول الله عليه السلام عن الرجل يغمى عليه فترك الصلاة ليس بشيء من ذلك قضاء ، لا أن يغمى عليه في وقت صلاة فيفيق فيه فانه يصليه ، واحتج به الشافعي على سقوط الصلاة بالاغماء . قلت هذا حديث لا يساوي شيئاً ، فان أحمد قال الحكم بن سعد الأيلي أحاديثه موضوعة . وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الاثبات . وقال ابن معين ليس بثقة ولا مأمون ، وكذبه الجورجاني وأبو حاتم ، وتركه النسائي ومعه السند كله باطل .

فروع : إذا كان يغمى عليه ويفيق ساعة فساعة تلزمه الصلوات ، وإن دام أياماً . مريض راكب لا يقدر على من ينزله تجزئه المكتوبة راكباً ، وإن قدر لم يجز . عبدمريض

لا يستطيع أن يتوضأ يجب على مولاه أن يوضئه ، بخلاف المرأة المريضة حيث لا يجب على الزوج أن يوضئها . مريض في رمضان صلى قاعداً ، وإن أفطر صلى قائماً يصلي قاعداً . مريض تحته ثياب نجسة ، إن كان بحال لا يبسط تحته شيء إلا وتنجس من ساعته يصلي على حاله ، وكذا إن لم يتنجس ولكن يزاد مرضه ويلحقه مشقة بالتحويل . مريض عجز عن الايماء فحرك رأسه عن أبي حنيفة تجوز صلاته ، وعن الفضلي لا تجوز لأنه لم يوجد منها الفعل . مريض لا يستطيع التوجه إلى القبلة ولم يجد أحداً يحوله اليهـا فصلى إلى القبلة لا يعتد في ظاهر الرواية . وعن محمد أنه يعتد .

مريض صلى قاعداً فلما رفع رأسه من السجدة الأخيرة من الركعة الرابعة ظن أنها ثالثة فقرأ أو ركع وسجد بالايماء فسدت صلاته ، وهو اختيار الزرنجي . مريض صلى جالساً ، فلما قعد في الثالثة قرأ وركع قبل التشهد يمضي ، لأن هذا بمنزلة القيام لو صلى قائماً يسلسل بوله أو لا يقدر على القراءة ، وإن قعد قدر أو لم يسلسل صلى قاعداً بركوع وسجود ، ولو كان يسجد فيغلب بوله يصلي بالايماء ، ولو كان قام أو قعد سال بوله ، وإن استلقى لم يسل يصلي قائماً أو قاعداً ولا يصلي مستلقياً . وعن ابن رستم عن محمد يصلي مستلقياً بحلقه جرح لا يقدر على السجود ويقدر على القيام والركوع صلى قاعداً بالايماء . شرب الخمر فذهب عقله أكثر من يوم وليلة لا يسقط عنـه القضاء يقضي المريض فرأيت الصحة كصلاة المريض ، وقيل يؤخرها إن رجع بصحة ، والنادر بالصلاة يؤخران رجع احتماله أن يصلي قاعداً في الحياء والكل إذا لم تستطع القيام وكان خارجه طين أو مطر أو خوف سبع صلى ركعة بقيـام وركوع وسجود ثم مرض صار إلى حالة الايـماء فسدت صلاتـه عند أبي حنيفة ويستقبلها ، وكذا لو صلى ركعة بقيام وقراءة ثم نسيهـا فانه يستقبلها عنده ، وعندهما يتمها . صلى أمي ركعة ثم تعلم سورة فانـه يستقبلها بالاجماع . به وجع أسنان إذا أمسكه في فمه صار بارداً أو دواء بين أسنانـه يسكن وقد ضاق الوقت .

# باب سجود التلاوة

## قال سجود التلاوة في القرآن أربعةعشر في آخر الأعراف

---

( باب سجود التلاوة )

أي هذا باب في بيان أحكام سجود التلاوة ، والإضافةفيه من قبيل إضافة المسبب إلى السبب كخيار العيب وخيار الرؤية وحج البيت ، وأقوى وجوه الإختصاص اختصاص المسبب بالسبب .

فإن قلت التلاوة سبب في حق التالي أو السماع سبب في حق السامع ، فكان ينبغي أن يقول باب سجود التلاوة والسماع . قلت لا خلاف في كون التلاوة سبباً .

واختلفوا في سببية السماع ، فقال بعضهم ليس السماع سبباً ، ولذلك اقتصرت إضافة السجدة إلى التلاوة دون السماع ، أو يقول أن التلاوة أصل في الباب ، لأنها إذا لم توجدلم يوجد السماع ، فكان ذكر ما مشتملاً على السماع من وجه ، فاكتفى به .

فان قلت ما وجه المناسبة بين البابين . قلت من حيث وجود الرخصة في كل منهما ، فالرخصة في الأركان في هذا التداخل وذلك الحرج فيها . وقول الشارع كان من حق هذا الباب أن يقترن بسجود السهو ، لأن كلاهما سجدة ، لكن لما كان صلاة المريض بعارض معاوي ألحقها بها ، فتأخر سجدة التلاوة ضرورة غير سديدة ، لأن كون كل منهما سجدة لا يكفي المناسبة ولأنه لا ضرورة في تأخيره على ما لا يخفى .

( قال ) أي القدوري ( سجود التلاوة في القرآن أربعة عشر ) أي موضعاً ، وفي بعض النسخ كذلك ( في آخر الأعراف ) عند قوله تعالى ﴿ ولله يسجد من في السماوات

## وفي الرعد والنحل وبني إسرائيل ومريم ، والأولى في الحج والفرقان والنمل وألم التنزيل و ص

( وفي الرعـد ) عند قوله تعالى ﴿ ولله يسجد ما في السماوات والأرض طوعاً وكرهاً وظلالهم بالغدو والآصال ﴾ ١٥ الرعد ،[1] والأرض من دابة والملائكة وهم لا يستكبرون ، يخافون ربهم من فوقهم ويفعلون ما يؤمرون ﴾ ٤٩ النحل ( وبني إسرائيل ) عنـد قوله تعالى ﴿ ويخرون للأذقان يبكون ويزيدهم خشوعاً ﴾ ١٠٩ الإسراء ( ومريم ) عند قوله تعالى ﴿ إذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجداً وبكياً ﴾ ٥٨ مريم ( والأولى في الحج ) أي السجدة الأولى في الحج عند قوله ﴿ ألم تر أن الله يسجـد له من في السماوات ومن في الأرض والشمس والقمر والنجوم والجبال والشجر والدواب وكثير من الناس وكثير حق عليه العذاب ، ومن يهن الله فما له من مكرم إن الله يفعل ما يشاء ﴾ ١٨ الحج ، وسنذكر خلاف الشافعي إن شاء الله ( والفرقان ) عند قوله تعالى ﴿ وإذا قيل لهم اسجدوا للرحمن قالوا وما الرحمن ، أنسجد لما تأمرنا وزادهم نفوراً ﴾ ٦٠ الفرقان (والنمل) عندقوله تعالى ﴿ ويعلم ما يخفون وما يعلنون ﴾ ٢٥ النمل ، على قراءة العامة .

وقال الشافعي ومالك عند قوله ﴿ رب العرش العظيم ﴾ ونقـل عن الزجاج والفراء أن السجدة على قراءة الكسائي ألا اسجدوا المخففة ، وأما على قراءة الأكـثرين ألا مشددة ، فلا ينبغي أن تكون سجدة لأنها تتمة خبر الهدهد من حال بلقيس قومها بخلاف المخففة ، فانها أمر من الله بالسجود والتقدير ألا يا قوم اسجدوا ، وهذا ليس بصحيـح ، إذ المشدد هي قراءة السواد الأعظم فيها ذم تركه ، كسجدة الفرقان والأنفال ، ويجوز أن يكون كلتا القراءتين حكاية خبر الهديد لا يمنع ذلك من أن يكون سجدة .

( وألم التنزيل ) عند قوله تعالى ﴿ إنما يؤمن بآياتنا الذين إذا ذكروا بها خروا سجداً وسبحوا بحمد ربهم وهم لا يستكبرون ﴾ ١٥ السجدة ، ( و ص ) عنـد قوله تعـالى

---

(١) إنما هي آية سورة الرعد ، والمؤلف قدم الآيات ووضعها في غير محلها ، أما آيـة سورة الأعراف فهي ﴿ إن الذين عند ربك لا يستكبرون عن عبادته ويسبحونـه وله يسجدون ﴾ ٢٠٦ الأعراف . اهـ مصححه .

﴿ فاستغفر ربه وخر راكعاً وأناب ﴾ ٢٤ ص ، وبه قال الشافعي ومالك ، وروي عنه قوله ﴿ وحسن مآب ﴾ ( وحم السجدة ) عند قوله تعالى ﴿ فإن استكبروا فالذين عند ربك يسبحون بالليل والنهار وهم لا يسأمون ﴾ ٣٨ فصلت ، وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد ، وقال في القديم عند قوله تعالى ﴿ إن كنتم إياه تعبدون ﴾ وبه قال مالك (والنجم) عند قوله تعالى ﴿ فاسجدوا لله واعبدوا ﴾ ٦٢ النجم ، وعند مالك ليس فيه سجدة (وإذا السماء انشقت ) عند قوله تعالى ﴿ فما لهم لا يؤمنون ، وإذا قرىء عليهم القرآن لا يسجدون ﴾ ٢١ الإنشقاق ، وقال ابن حبيب المالكي في آخر السورة ، وعند مالك ليس فيه سجدة ( واقرأ باسم ربك ) عند قوله تعالى ﴿ واسجد واقترب ﴾ ١٩ العلق ، وفي مختصر البحر لو قرأ واسجد وسكت ولم يقل واقترب تلزمه السجدة ، واعلم أن العلماء اختلفوا في عدد سجود القرآن على اثني عشر قولاً .

الأول : مذهبنا وقد ذكرناه .

الثاني : إحدى عشرة ، باسقاط الثلاثة من الفصل ، وبه قال الحسن وابن المسيب وابن جبير وعكرمة ومجاهد وعطاء وطاووس ومالك في ظاهر الرواية والشافعي في القديم .

الثالث : خمس عشرة ، وبه قال المدنيون عن مالك فكملتها بآية الحج وهو مذهب عمر وابنه عبد الله والليث وإسحاق ، ورواية عن أحمد بن المنذر واختاره المروزي وابن شريح الشافعيان .

الرابع : أربع عشر ، باسقاط ص وهو أصح قولي الشافعي وأحمد .

والخامس : أربع عشر باسقاط سجدة النجم ، وهو قول أبي ثور.

السادس : ثنتا عشرة باسقاط ثانية الحج وص والانشقاق ، وهو قول مسروق .

السابع : ثلاث عشرة باسقاط ثانية الحج والانشقاق ، وهو قول [1] .

---

(١) هنا كلام ناقص من الأصل .

الثامن: إن عزائم السجود خمسة، الأعراف وبنوا إسرائيل والنجم والإنشقاق واقرأ باسم ربك، وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه .

التاسع : أربع ، ألم تنزيل ، والنجم ، واقرأ باسم ربك ، وهو مروي عن علي «رض».

والعاشر : ثلاث ، قاله سفيان بن جبير ، وهي ألم تنزيل والنجم واقرأ باسم ربك .

والحادي عشر : عزائم السجود ألم تنزيل ، والأعراف وحم تنزيل وبنوا إسرائيل ، وهو مذهب عبيد بن عمار .

والثاني عشر . عشر سجدات ، قال به جماعة .

( كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد عليه ) أراد أن المكتوب في مصحف عثمان أربعة عشر سجدة ، كما ذهبنا اليه ، والعمدة على ما كتب فيه .

ثم اعلم أن الآيات المعدودة أربعة عشر كما ذكرنا ، وكذلك عند الشافعي أربع عشر أيضاً ، لكن في الحج سجدتان وليس في ص سجدة ، واحتج الشافعي كون السجدتين في الحج بما رواه أبو داود والترمذي عن عبد الله بن لهيعة بابرح بن عاهان [١] سمعت عقبة بن عامر رضي الله عنه يقول قلت يارسول الله أفضلت سورة الحج على سائر القرآن بسجدتين، قال نعم ، فمن لم يسجدهما فلا يقرأهما ، ورواه أحمد في مسنده والحاكم في مستدركه. الجواب عنه أن الترمذي قال ليس إسناده بالقوي ، وقال الحاكم لم يثبت مسنداً إلا من هذا الوجه، وعبد الله بن لهيعة أحد الأئمة ، وإنما قام عليه اختلاطه في آخر عمره . وقال المنذري في مختصر السنن عبد الله بن لهيعة وشرح ابن هاعان لا يحتج بحديثهما ، وذكر أبو الفرج بن لهيعة في الضعف والمتروكين . وقال يحيى بن سعيد لا نراه شيئاً ، وقال يحيى بن سعيد لا يراه شيئاً ، وقال يحيى بن سعيد لا تراه شيئاً [٢] . وقال يحيى بن معين هو ضعيف قبل

(١) هكذا كتب الإسم في الأصل وهو غلط وسيرد بلفظ — شرح .
(٢) هكذا ذكرت ثلاث مرات بتغير — نراه — .

احتراق كتبه وبعده . وقال عمرو بن علي الفلاس هو ضعيف الحديث . وقال أبو ذرعة ليس ممن يحتج به . وفي المبسوط وتأويله مع ضعفه فقلت سجدتين إحداهما سجدة التلاوة والأخرى سجدة الصلاة ، ويدل عليه ذم تاركها ، وعند المخالف والناسي مستحبة والذم لا يستحق بترك المستحب فلا يستقيم ذلك على أصله ، وفي الذخيرة وهو محمول على النسخ لإجماع قراء المدينة وفقهائها على ترك ذلك مع تكرار القراءة ليلا ونهاراً .

واحتج الشافعي أيضاً بحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن الحارث بن سعيد العتقي عن عبد الله بن سيرين عن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قرأ خمس عشرة سجدة في القرآن ، منها ثلاث عشرة في المفصل وفي سورة الحج سجدتان . والجواب بأن عبد الله بن مبين [1] فيه جهالة . وقال عبد الحق في أحكامه عبد الله بن مبين لا يحتج به ، ولئن سلمنا فالمراد بإحدى السجدتين سجدة التلاوة وبالأخرى سجدة الصلاة .

فإن قلت أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن عبد الله بن ثعلبة فإن صلى بنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه الصبح فيما أعلم قراءتها بالحج فسجد فيها سجدتين ، ورواه الطحاوي أيضاً بإسناد صحيح والبيهقي وأخرج الطحاوي والبيهقي أيضاً عن صفوان بن محرز أن أبا موسى الأشعري سجد فيها سجدتين، وأخرجه أيضاً جند بن جعفر أنه رأى أبا أوردار [2] يسجد في الحج بسجدة ، وأخرج الحاكم عن عبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر وعبد الله ابن عباس أنهم سجدوا في الحج سجدتين . قلت الآثار لا يحتج بها الخصم على قاعدته. وأما جوابها عندنا فهو أنها لا تدل على أن السجدتين كلتيهما سجدة التلاوة ، والدليل على ذلك ما رواه الطحاوي عن ابن عباس أنه قال في سجود الحج الأولى عزيمة ، والأخرى تعليم وإسناده صحيح .

فإن قلت كيف تقول صحيح وفيه عبد الأعلى الثعلبي ، وعن أحمد أنه ضعيف ، وقال

---

(١) وردت سيرين قبلاً .

(٢) هكذا رسمت في الأصل .

أبو حاتم ليس بالقوي وثقه يحيى بن معين والطحاوي ، وروى له الأربعة ، قال الطحاوي وبقول ابن عباس نأخذ ، واحتج الشافعي أيضاً في قوله سجدة – ص – ليست بسجدة تلاوة ولكنها سجدة شكر ، واحتج أيضاً بما رواه النسائي عن ابن عباس أنه عليه السلام سجد في – ص – وقال سجدها داود عليه السلام توبة ونحن نسجدها شكراً ، وبحديث أبي سعيد الخدري أنه قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو على المنبر – ص – فلما بلغ السجدة نزل فسجد وسجد الناس معه ، فلما كان يوم آخر قرأها ، فلما بلغ السجدة يشز الناس للسجود ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما هي توبة نبي ، ولكني رأيتكم شزبتم للسجود فنزل وسجد ، ورواه أبو داود والحاكم في المستدرك وقال صحيح .

والجواب أن هذا حجة لنا ، لأنا نقول سجدها داود عليه السلام توبة ونحن نسجدها شكراً لما أنعم الله على داود بالغفران والوعد بالزلفى وحسن مآب ، ولهذا لا يسجد عندنا عقيب قوله وأناب بل عقيب قوله مآب ، وهذه نعمة عظيمة في حقنا ، فكانت سجدة تلاوة ، لأن سجدة التلاوة ما كانت سبب وجوبها إلا التلاوة ، وسبب وجوب هذه السجدة تلاوة هذه الآية التي فيها الأخبار عن هذه النعم على داود عليه السلام وأطماعنا في نيل مثله ، وكذا سجدة النبي عليه السلام في الجمعة الأولى وترك الخطبة لأجلها تدل على أنها سجدة تلاوة ، وأما تركه في الجمعة الثانية حين القراءة فلا يدل على أنها ليست بسجدة التلاوة ، بل كان يريد التأخير وهو لا يجب على الفور عندنا ، على أنه سجدها أيضاً وأسجد الناس معه لما نشز .

وقوله – نشزن النـــاس – معنــاه هبوا للسجود تهيؤوا له ، ومادته بشين وزاي معجمتان ونون .

واحتج من لم ير السجود في المفصل وهو من سورة محمد إلى آخر القرآن منهم مالـك « رح » بحديث رواه أبو داود عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجـد في شيء من المفصل منذ تحول إلى المنية ، ولما رواه أبو داود أيضاً من حديث زيد بن ثابت قال قرأت على رسول الله صلى الله عليه وسلم النجم فلم يسجد فيها ، وبما رواه ابن حبان في سننه عن أبي الدرداء قال سجدت مع النبي عليه السلام إحدى عشرة سجدة ليس فيها شيء من المفصل .

## والسجدة الثانية في الحج للصلاة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله ﴿ لا يسأمون ﴾ في قول عمر

والجواب عنها أما حديث ابن عباس فإسناده ليس بقوي قال عبد الحق ويروى مرسلاً والصحيح حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ سجد في ﴿ إذا السماء انشقت ﴾ وإسلامه متأخر قدم إلى النبي عليه في السنة السابعة من الهجرة ، وقال ابن عبد البر هذا حديث منكر ، وفي إسناده أبو قدامة الحارث بن عبيد الأيادي ليس بشيء ، وضعف ابن معين وفيه أيضاً نظر لوراق كان نسي الحفظ ، وقد عيب على مسلم إخراج حديثه .

وأما حديث زيد بن ثابت ، فالجواب عنه أنه محمول على بيان جواز ترك السجود عند من يقول أنه سنة وليس بواجب ، وأما الذين يقولون بوجوبه ، فأجابوا عنه بأنه عليه السلام لم يسجد على الفور ولا يلزم منه أنه ليس فيه سجدة ولا فيه نفي الوجوب .

وأما حديث أبي الدرداء ففي إسناده عثمان فإنه قال ابن حبان لا يحتج به ودهان بن عدي وقال أبو داود في سننه وروى عن أبي الدرداء عن النبي عليه السلام إحدى عشرة سجدة وإسناده واه .

( والسجدة الثانية في الحج ) وهي قوله ﴿ اركعوا واسجدوا ﴾ ( للصلاة عندنا ) يعني لأجل الصلاة عندنا ، لأنها مقرونة بالركوع ، وهي سجدة الصلاة لأنه يجمع بينهما في الصلاة ، واحترز بقوله ــ عندنا ــ عن مذهب الشافعي ، فإن عنده في الحج سجدتان ، وقد ذكر مفصلاً ( وموضع السجود في حم السجدة عند قوله ﴿ ولا يسأمون ﴾ ) يعني إذا قرأ آية السجدة في حم السجدة وهي قوله تعالى ﴿ ومن آياته الليل والنهار والشمس والقمر لا تسجدوا للشمس ولا للقمر واسجدوا لله الذي خلقهن إن كنتم إياه تعبدون ، فان استكبروا فالذين عند ربك يسبحون له بالليل والنهار وهم لا يسأمون ﴾ ٣٨ فصلت ، فموضع السجود عندنا قوله ــ وهم لا يسأمون ــ وهو مذهب ابن عباس وابن مسعود ، وبه قال النخعي وابن المسيب وابن سيرين وأبو وائل والثوري وطلحة بن مطرف والشافعي في الصحيح وأحمد وإسحاق . وقال الشافعي في القديم عند قوله ﴿ إن كنتم إياه تعبدون ﴾ وبه قال مالك ، وحكى ابن المنذر عن عمر والحسن البصري والنخعي والليث ( في قول عمر

رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط، والسجدة واجبة في هذا الموضع على التالي والسامع سواء قصد سماع القرآن أو لم يقصد

رضي الله عنه ) هذا وهم وليس قول عمر، وإنما هو قول ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عنه أنه كان يسجد في آخر الآيتين في حم السجدة عند قوله ﴿ وهم لا يسأمون ﴾ ، وزاد في لفظ وأنه رأى رجلاً سجد عند قوله ﴿ إن كنتم إياه تعبدون ﴾ فقال بعد عجلت ، إنما قال ذلك لا يجوز التعجيل قبل السبب ، ويجوز التأخير بعده لأن وقت أدائها موسع ، فمتى أتى بها يكون مؤدياً لا قاضياً ، ذكره في فتاوى الظهيرية .

( وهو المأخوذ ) أي قول عمر الذي يؤخذ به ( للاحتياط ) أي لأجل الإحتياط ، وذلك لأنه لا يخلو إما أن يكون موضع السجود في الواقع عند قوله ﴿ إن كنتم إياه تعبدون ﴾ أو عند قوله ﴿ لا يسأمون ﴾ فان كان عند الأول يجوز أداء السجدة عند الشافعي ، لأنه لا يضره التأخير ، وإن كان عند الثاني فلا يجوز أداؤها عند الأول ، لأنه يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد ، لأن تمام الكلام يقع بما قلناه ، والسجود عند تمام الكلام أولى .

( والسجدة واجبة في هذا الموضع ) الأربعة عشر المذكورة ، وفي الدراية والسجدة واجبة عندنا ، وعند الشافعي ومالك وأحمد ، وعند جماعة سنة ، وقال النووي قال مالك فيما حكاه القاضي أبو محمد هي فضيلة . وقال الاترازي سجدة التلاوة واجبة عند علمائنا. وقال الشافعي أنها سنة ، وذكر النووي في المهذب أنها سنة القارىء والمستمع بلا خلاف عند الشافعية . وفي المبسوط سنة مؤكدة . قلت هذا مذهبنا على ما اختاره البعض في حد الواجب ( على التالي والسامع سواء قصد ) أي السامع ( سماع القرآن أو لم يقصد ) وقال الأكمل وإنما قيد بهذا لأن في بعض لفظ الآثار السجدة على من جلس لها ، وفيه إيهام إن من لم يجلس لها فليست عليه قيد بذلك دفعاً لذلك . قلت هذا أخذه من السغناقي ، وتبعه أيضاً صاحب الدراية وليس كل منهم يبين راويه ولا من أخرجه ، وهل هو صحيح أم لا وليس هذا دأب من يتصدى لشرح كتاب أو لبيان مذهب . وقال الوبري سبب

## لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها وعلى من تلاها وهي كلمة إيجاب وهو غير مقيد بالقصد

وجوب سجدة التلاوة ثلاثة التلاوة والسماع والاقتداء بالإمام ، وإن لم يسمعها ولم يقرأها ، وللشافعية أوجه :

الأول : أن في حق السامع من غير فصل يستحب وهو الصحيح المنصوص في البويطي وغيره ، ولا يتأكد في حقه .

والوجه الثاني : هو كالمستمع .

والثالث : لا يسن له ، وبه قطع أبو حامد والزرنيخي ، وعند أحمد هي سنة في حق القارىء والمستمع دون السامع ، وعنه إذا قرأ شيئاً في الصلاة يجب أن لا يدع السجود وهو في الصلاة أوكد .

( لقوله ﷺ السجدة على من سمعها وعلى من تلاها ) هذا غريب ، فإنما روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر أنه قال السجدة على من سمعها . وفي البخاري قال عثمان رضي الله عنه أن السجود على من استمع ، وهذا التعليق رواه عبد الرزاق في مصنفه أنا عمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عثمان مر بقارىء فقرأ سجدة فسجد معه عثمان ، فقال عثمان إنما السجود على من استمع ثم مضى ولم يسجد وفي المبسوطين والأسرار والمحيط وشروح الجامع الصغير جعل هذا الذي رفعه المصنف إلى النبي ﷺ من الفاظ الصحابة لا من الحديث ، فقال في المبسوط وعن عثمان وعلي وابن عباس وعمر رضي الله عنهم أنهم قالوا السجدة على من تلاها وعلى من سمعها وعلى من جلس لها ، اختلفت الفاظهم في هذه ، وكذا في غيره ، وقد غمز الأكمل ها هنا على السغناقي في قوله من أقوال الصحابة ،لأن من الحديث ثم قال ولولا أنه يثبت عنده أنه من الحديث لما نقده وحديثاً . قلت كلامه هذا صادق من غير تأمل ، فإن غيره أيضاً ادعى أنه ليس بحديث . غاية ما في هذا الباب أن المصنف قلد غيره ، وإلا فر من التقليد له .

( وهي كلمة إيجاب ) أي لفظة على كلمة إيجاب ، يعني يدل على الوجوب ( وهو ) أي الحديث المذكور ( غير مقيد بالقصد ) يعني أن الإيجاب مطلق عن قيد القصد يجب

على كل سامع سواء كان قاصداً للسماع أو لم يكن . وقال الأكمل اعترض بأنهـــا لو كانت واجبة .. الخ أخذه من السفناقي فإنه جعله سؤالاً وجواباً وما كان ينبغي إيراده على هذا الوجه ، لأن السؤال حاصل دلائل من يذهب إلى أن سجدة التلاوة غير واجبة . والجواب حاصل ما قاله أئمتنا في الرد عليهم ، فيقول الخصم استدل على ما ذهب اليـه أولاً بحديث زيد بن ثابت رضي الله عنه ، قال قرأ النبي ﷺ والنجم فلم يسجدفيها،أخرجه البخاري ومسلم ، وبما روي عن عمر أنه قرأ سورة النحل وفيه في الجمعة القابلة قراءة السجـــدة ، قال الموطأ عن عمر فيه أن الله لم يفرض علينا السجود إلا أنا نأخذ بما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا ابن فضيل عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن قال دخل سلمـان الفارسي رضي الله عنه المسجد وفيه قوم يقرؤون فقرأ السجدة فسجدوا ، فقال له صاحبـــه يا أبا عبد الله لولا أتينا هؤلاء القوم ، فقال ما هذا غدونا، وأخرجه البخاري والطحاوي أيضاً.

واستدلوا اثباتاً بالمعقول . الأول : أنها لو كانت واجبة لما جازت بالركوع كالصلاتية الثاني : أنها لو كانت واجبة لما تداخلت . الثالث : ما أديت بالإيماء من ركب يقـدر على النزول . الرابع : أنها تجوز على الراحلة ، فصار كالتأمين الخاص ، لو كانت واجبة بطلت الصلاة بتركها كالصلاتية .

الجواب عن حديث زيد بن ثابت قد مر فيما مضى ، ومن حديث الأعرابي أنه في الفرائض ونحن ندعي أن سجدة التلاوة فرض. وعن حديث عمر رضي الله عنه أنـــه موقوف وهو ليس بحجة عندهم ، وقول النبي ﷺ وفعله أولى . وعن حديث سلمان كذلك .

والجواب عن دليلهم العقلي . أما عن الأول : فإن أداءها في ضمن شيء لايتأتى كالسعي إلى التجارة . وعن الثاني : إنما جاز التداخل لأن المقصود منها إظهار الخضوع والخشوع، وذلك يحصل بمرة واحدة . وعن الثالث : لأن اداءها كما وجبت ، فإن تلاوتها على الدابة مشروعة ، فكان كالشروع على الدابة في التطوع . وفي الرابع : لأن تلاوتها على الراحلة مشروعة ، فلا ينافي الوجوب . وعن الخامس : أن القياس على الصلاتية فاسدة لأنها جزء لصلاة ، والسجدة ليست بجزء الصلاة .

وأما دليلنا على الوجوب فقوله تعالى ﴿ فما لهم لا يؤمنون وإذا قرىء عليهم القرآن لا يسجدون ﴾ ٢١ الإنشقاق ، فذمهم على ترك السجود ، وإنما استحق الذم بترك الواجب وقوله تعالى في سورة النجم ﴿ فاسجدوا ﴾ وقوله تعالى في سورة اقرأ ﴿ فاسجدوا ﴾ ومطلق الأمر للوجوب ، ولأن في بعض السجدة ذكر طاعة الأنبياء عليهم السلام والأولياء وفي بعضها استنكاف الكفار وموافقة الأنبياء والأولياء واجبة ، لقوله تعالى ﴿ فبهداهم اقتده ﴾ ٩٠ الأنعام ، وكذا مخالفة الأعداء ، ولأنها لو لم تكن واجبة لما جاز أداؤها في لأن أداء زيادة سجدة وهي تطوع توجب الفساد ، وعند الخصم إذا كان عمداً ، وعنده يكره ، ولأنه ركن مفرد عن أركان الصلاة الأصلية شرعت قربة خارج الصلاة ، فوجب أن تكون واجبة قياساً على القيام في صلاة الجنازة ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال إذا قرأ ابن آدم السجدة فسجد اعتزل الشيطان يبكي ويقول يا ويله ، وروي يا ويلتي أمر ابن آدم بالسجود فسجد فله الجنة وأمرت بالسجود فأبيت فلي النار . ورواه مسلم وأحمد وابن ماجة ، ووجه التمسك به أنه قال أمر ابن آدم والأمر للوجوب. ووجه آخر أنه قربة فالسجدة التي أمر بها تلك كانت واجبة فكذا هذه .

فإن قلت هذا حكاية قول ابليس وهو ليس إلا قوله ﴿ أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين ﴾ ١٢ الأعراف ، قلت قد أخبر بذلك رسول الله ﷺ ، ولم ينكره ، وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه ﷺ سجد ، في النجم وسجد معه المسلمون والمشركون والجن والإنس ، ورواه البخاري والترمذي وصححه . وعن ابن مسعود أنه عليه السلام قرأ والنجم وسجد فيها ، وسجد من كان معه غير أن شيخاً من قريش أخذ كفاً من حصى أو تراب وضمه فرفعه إلى جبهته وقال يكفيني هذا ، وقال عبد الله فلقد رأيته بعد قد كانوا يتفق عليه ، والشيخ قيل الوليد بن المغيرة ، وقيل ولأن آيات السجدة كلها دالة على الوجوب لأنها بثلاثة أقسام ، قسم هو أمر صريح مثل الذي في النجم ، وفي اقرأ باسم ربك ، والأمر للوجوب . وقسم فيه ذكر طاعة الأنبياء كما قلنا . وقسم فيه ذكر الكفار ومخالفتهم في ذلك واجبة .

وإذا تلى الإمام آية السجدة وسجدها المأموم معه لالتزامه متابعته ، وإذا تلى المأموم لم يسجد الإمام ولا المأموم في الصلاة ولا بعد الفراغ عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يسجدونها إذا فرغوا ، لأن السبب قد تقرر ، ولا مانع بخلاف حالة الصلاة ، لأنه يؤدي إلى خلاف وضع الإمامة أو التلاوة .

---

فإن قلت لا يجب الإقتداء فيما فعلوه على وجه الاستحباب . قلت جهة الاستحباب مرعي تقتضي الإقتداء من هذه الجهة ، فيجب الإقتداء مطلقاً .

( وإذا تلى الإمام آية السجدة سجدها ) وفي بعض النسخ وإذا تلى الامام السجدة على حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه سجدها أي سجد الامام ( وسجد المأموم معها لالتزامه متابعته ) لأنه إذا لم يسجد معه يلزم المخالفة بين الأصل والتبع ، فلا يجوز ، وفي حديث عمر رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يقرأ علينا القرآن ، فاذا قرأ سجدة سجد وسجدنا معه ، رواه البخاري ومسلم ( وإذا تلى المأموم ) يعني المقتدي إذا قرأ آية السجدة وسمعها الامام والقوم ( لم يسجد الامام والمأموم في الصلاة ) هذا بالاتفاق ( ولا بعد الفراغ ) أي لا يسجد الامام والمأموم أيضاً بعد فراغهم من الصلاة ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، وقال حميد الدين بن يمينة الحراقي وهذا إجماع إلا عند محمد بن الحسن .

( وقال محمد يسجدونها إذا فرغوا ) من الصلاة ( لأن السبب قد تقرر ) أي سبب وجوب السجدة وهو التلاوة قد تقرر ووجد ( ولا مانع ) معناه زال المانع ، وهو كونهم في الصلاة كما لو سمع من غيره وهو في الصلاة . وفي الدراية وقال الشافعي حيث قال ويستحب أن يسجد بعد الفراغ من الصلاة ( بخلاف حالة الصلاة ، لأنه يؤدي إلى خلاف موضوع الامامة ) أن يسجد التالي وتابعه الامام ، وذا لا يجوز بتقلب المتبوع تبعاً ( أو التلاوة ) أي أو يؤدي إلى خلاف موضوع التلاوة إن سجد الامام وتابعه الباقي فلا يجوز ، لحديث رواه الشافعي وأبو بكر بن داود من حديث أبي هريرة أنه عليه السلام قال لرجل قرأ آية

ولهما أن المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الإمام عليه وتصرف المحجور لا حكم له، بخلاف الجنب والحائض، لأنهما منهيان عن القراءة إلا أنه لا يجب على الحـــائض بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام أهلية الصلاة بخـــلاف الجنب ،

---

السجدة عنده انك كنت امامنا لو سجدت لسجدنا . قلت هذا مرسل ، ورفعه أبو بكر ابن أبي داود من حديث أبي هريرة ، وفي سنده اسماعيل بن عباس وإسحــاق بن عبد الله ابن أبي فروة وهما ضعيفان ، وإن سجد التالي وحده فلا يجوز أيضاً ، لأنه يصير منفرداً بأداء سجدة في موضع الاقتداء ، وتحريمته انعقدت على أن يؤدي مع الامام ، فـلا يجوز أن ينفرد بشيء .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن المقتدي محجور عن القراءة ) وراءالامام شرعاً ( لنفاذ تصرف الامام عليه ) أي على المقتدي في حق القراءة ، لقوله ﷺ من كان له إمام فقراءة الامام قراءة له ( وتصرف المحجور لا حكم له ) لأنه لا ينعقد مفيداً لحكمة كما عرف في موضعه ( بخلاف الجنب والحائض ) جواب عما يقال المقتدي في كونـه ممنوعاً عن القراءة ، كالحائض والجنب والسجدة تجب على من سمعها ، فكذا على سمع المقتــدي ، وتقدير الجواب قوله ( لأنهما ) أي لأن الجنب والحائض ( منهيان عن القراءة ) وتصرف النهي له حكم كالملك بالبيع الفاسد بعد القبض ، فأثر الحجر في تعطيل السبب ، وأثر النهي في حرمة الفعل دون التعطيل .

( إلا أنه ) استثناء من قوله - لأنهما منهيان - أشار بهذا إلى بيان الفرق بـين الجنب والحائض ، أي إلا أن البيان ( لا يجب على الحائض بتلاوتها ) لا يجب السجدة عليها بسبب تلاوتها ( كما لا يجب بسماعها ) أي كما لا تجب السجدة بسماعها من غيرها ( لانعدام أهليــة الصلاة ) في حقها ، لأن السجدة ركن من أركان الصلاة والحائض لا تلزمها الصلاة مع تعذر السبب ، فلا تلزمها السجدة أيضاً ( بخلاف الجنب ) لأن الصلاة تلزمه ، فكذلك السجدة. قال تاج الشريعة على أنا نقول الجنب والحائض ليسا بممنوعين عن قراءة ما دون الآية على ما

ولو سمعهـــا رجل خارج الصلاة سجـــدها هو الصحيح ، لأن الحجر ثبت في حقهم فـــلا يعدوهم ، وإن سمعوا وهم في الصـــلاة سجـــدة من رجل ليس معهم في الصلاة لم يسجـــدوها في الصلاة ، لأنها ليست بصلاتيـــة ، لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال الصـــلاة ، وسجدوها

---

ذكره الطحاوي ، وما دون الآية يوجب السجدة ، ذكره شمس الأئمـة السرخسي « رح » في شرح الصلاة هو ظاهر المذهب ، أما المقتدي فلما حجر عليـه في قراءة الآية فـيما دونها حجر عليه في قراءة ما دونها ، فجاز أن يختص قراءتها بإيجاب السجدة .

( ولو سمعها رجل ) أي ولو سمع آية السجدة رجل حال كونه (خارج الصلاة سجدها) يعني بالاتفاق ( هو الصحيح ) احترز به عن قول بعض المشايخ الذين قالوا بعدم الوجوب، وفي الدراية احترزعن قول بعض المشايخ حيث قالوا لا يسجدها على قولهما ، خلافاً لمحمد . وقال الاترازي قاله صاحب الهداية ، لأنه لما سلم أن هذا الشخص محجور وجب عليه أن يقول بعدم وجوب السجدة على السامع خارج الصلاة ، لأنه قد ثبت من أصولنا أن تصرف المحجور لا حكم لهذا المحجور بالنسبـة إلى وجه في حق علة الحجر ، وغير محجور أولى ، فالأول مستلزم شمول العدم ، والثاني شمول الواجب فافهم ( لأن الحجر ثبت في حقهم ) هذا تعليل الصحيح ، أي في حق المقتدين والإمام ، وهو أن علة الحجر هي الإقتداء، وهو مختص بهم فلا يتجـاوز الحجر غيرهم ، فلا جرم يجب السجود بقراءة المقتـدي على ما هو خارج الصلاة .

(وإن سمعوا وهم) أي والحال أنهم (في الصلاة سجدة من رجل ليس معهم) يعني المقتدي إذا سمعوا آية السجدة من الرجل خارج الصلاة ( لم يسجد ها في الصلاة لأنهـا ) أي لأن هذه السجدة ( ليست بصلاتية ) يعني ليست من أفعال الصلاة [1] ، لأن أفعال الصلاة إما واجب أو فرض ، وسماعها ليس بواجب ولا فرض فلا يؤتى بها في الصلاة ( وسجـدوها

---

(١) في الأصل — لصلان — والصحيح ما أثبتناه ، اه مصححه.

بعدها لتحقق سببها ، ولو سجدوها في الصلاة لم يجزئهم ، لأنه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الـــكامل . قال وأعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة، لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة. وفي النوادر أنه يفسد لأنهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد « رح » ،

---

بعدها ) أي بعد الصلاة يعني بعد فراغها لتحقق سببها وهو السماع ممن ليس بمحجور ( ولو سجدوها في الصلاة لم يجزئهم لأنه ) أي لأن السجود ( ناقص لمكان النهي ) لأنه نهي عن إدخال ما ليس من الصلاة فيها ، وقد وجبت السجدة كاملة ، فإذا فعلهـــا وقعت ناقصة ( فلا يتأدى به ) أي بالناقص ( الكامل ) لأن ما وجب كاملا لا يتأدى ناقصاً .

( قال وأعادوها ) أي قال المصنف ، وأعادوا السجدة التي يجدوها في الصلاة( لتقرر سببها ) وهو السماع من غير محجور ( ولم يعيدوا الصلاة ، لأن مجرد السجدة لا ينافي إحرام الصلاة ) لأن سجدة التلاوة عبادة والصلاة لا تنافيها ، فصار كمن أتى سجدة زائدة متطوعاً فلا تفسد الصلاة ( وفي النوادر أنه يفسد ) أي ذكر رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ، أي أن السجود يفسد الصلاة ، وقوله – يفسد – بضم الياء من الإفساد(لأنهم زادوا فيها ) أي في الصلاة ( ما ليس منها ) وذلك أنهم اشتغلوا في صلاتهم بشيء حكمه أن يقعدوا بعد الصلاة فصاروا ناقضين صلاتهم ، كمن صلى النفل في حال الفرض .

( وقيل هو قول محمد ) أي قال بعضهم الذي ذكر في النوادر هو قول محمـــد ، وفي مبسوط خواهر زادة ذكر الفساد على قول محمد ، ثم قال والصحيح أن لا تفسد الصلاة عند الكل ، ثم قال هكذا قال العمي ، ويقال قول محمد جواب القياس ، وما ذكر هنـــا وهو وقولهم جواب الاستحسان بناء على أن زيادة ما دون الركعة لا يفسدهـــا عندهما ، وعلى قوله زيادة السجدة يفسدها .

وهذا الاختلاف بناء على اختلافهم في سجدة الشكر ، فعند محمد السجـــدة الواحدة عبادة مقصودة ، ولهذا حكم بأن سجدة الشكر مسنونة ، فتفسد لشروعه في واجب قبل إكمال الفرض ، وعند أبي حنيفة وأحد الروايتين عن أبي يوسف أنها غير مسنونة ،والسجدة

فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة ، فدخل معه بعدما سجدها الإمام لم يكن عليه أن يسجدها ، لأنه صار مدركاً لها بإدراك الركعة ، وإن دخل معه قبل أن يسجدها

---

الواحدة بمنزلة الركعة ، وفي كونها ركناً من أركان الصلاة غير مستقبلة عبادة ، وفي المختلف وملتقى البحرين قول أبي يوسف مع محمد في مشروعية سجدة الشكر ، وفي قاضي خان عن أبي يوسف روايتان فيها .

( فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه بعدما سجدها الإمام لم يكن عليه أن يسجدها ، لأنه صار مدركاً لها بإدراك تلك الركعة ) أي صار الرجل المذكور مدركاً للسجدة ، بإدراك الركعة التي قرأها الإمام فيها ، لأنه لما صار مدركاً للقراءة بإدراكه في تلك الركعة صار مدركاً لما تعلق بالقراءة . وقال شيخ الإسلام خواهر زادة ذكر في الزيادات أنه لا يسقط عنه ما لزمه بالسماع ، ويسجد بعد الفراغ ، ثم قال وذلك قياس ما ذكر في نوادر الصلاة لأبي سليمان ، ثم هذا الذي ذكرنا فيما إذا أدرك الإمام في تلك الركعة ، كما ذكرنا ، أما إذا أدركه في الركعة الأخرى قيل ينبغي أن يسجد خارج الصلاة ، وقال الإمام العتابي ، وأشار في بعض النسخ إلى أنها تسقط عنه لأنها صارت صلاتية .

إن قلت يشكل على هذا لو أدرك الإمام في الركوع في صلاة العيدين حيث لم يصر مدركاً لتلك الركعة ، ويأتي بالتكبيرات في حال الركوع خلافاً لأبي يوسف. قلت الأصل في جنس هذه أن كل ما لا يمكن أن يؤدى به في الركوع أو الركعة فبإدراك الإمام في الركوع يصير مدركاً لتلك الركعة وما يتعلق بها ، وكلما يمكن أنه يؤتى فيها فبإدراك الإمام في الركوع لا يصير مدركاً اليه ، وبينهما الإدراك ممكن .

فإن قلت السجدة من أفعال الصلاة ولا يجري فيها النيابة . قلت لا نسلم ذلك ، لأن الفعل إذا وجب لسبب يجري فيه النيابة ، والسبب هو القراءة .

( وإن دخل معه قبل أن يسجدها ) أي وإن دخل مع الإمام قبل أن يسجد الإمام

سجدها معه، لأنه لو يسمعها سجدها معه، فهنا أولى، وإن لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها فيها لم تقض خارج الصلاة،

---

سجدة تلاوة ( سجدها معه ) أي مع الإمام ( لأنه ) أي أن هذا الداخل ( لو لم يسمعها ) أي سجدة تلاوة من الإمام ( سجدها معه ) أي كان عليه أن يسجدها معه بوجود السبب ( فهنا أولى ) أي في هذه الصورة قد سمعها من الإمام، فأولى أن يسجد ( وإن لم يدخل معه سجدها ) أي لم يدخل الرجل مع الإمام في صلاته سجدها هو خارج الصلاة (لتحقق السبب ) وهو التلاوة الصحيحة أو السماع للتلاوة الصحيحة على اختلاف المشايخ. وقال مالك لا يسجد لأن السماع بناء على التلاوة وهي وجدت في الصلاة، فكانت صلاتية، فلا يؤدى خارجها. قلنا السماع وإن كان مبناه على التلاوة، ولكن الوجوب بالسماع.

فإن قلت الصحيح أن التلاوة سبب في حق السامع، وكانت الصلاة، فكانت السجدة صلاتية فلا يقضى خارجها. قلت لما اختلفوا في أن السماع سبب في حقه أو التلاوة، فقلنا بأدائها خارج الصلاة احتياطاً.

فإن قلت ينبغي أن لا يتابع الإمام فيما إذا لم يسجد حتى شرع، لأنه ما وجب لصلاته قلت صارت صلاتية بالاقتداء إذ للاقتداء تأثير في جعل غير الواجب واجباً، وفي جعل الواجب غير واجب فإن القعدة على رأس الركعتين واجبة للمسافر، وباقتدائه بالمقيم لم يبق واجبة، وكذا لو يحرم للأربع نفلاً يلزمه ركعتان، ولو اقتدى بمصلي الظهر لزمه الأربع، حتى لو قضى يقضي الأربع، وذكر ابن الساعاتي في شرحه للمجمع ليس الخلاف في ذلك راجعاً إلى كونها صلاتية، بل الخلاف في ذلك راجع إلى أن مطلق السماع هل يوجب السجود، فالصحيح أنه إذا قصد الإستماع سجد، وإلا فلا، فكذلك أورد المسألة في المجمع بصيغة لا يفيد خلافاً.

( وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها لم يقض ) أي لم يؤد، والقضاء يأتي بمعنى الأداء كما في قوله تعالى ﴿ فإذا قضيتم الصلاة ﴾ ١٠٣ النساء، أي فإذا أديتم ( خارج الصلاة

لأنها صلاتية ) لأنها منسوبة إلى الصلاة ، واعترض عليه بأن هذا خطأ ، لأن تاء التأنيث لا تثبت في النسب ، والصواب أن يقال أن صلاته كما يقال في النسب إلى الزكاة زكاتــه . وأجاب صاحب الدراية عن هذا بأن هذا خطأ مستعمـــل ، فيكون خيراً من صواب مستعمل ، ورضي الأكمل بمثل هذا ، فأجاب بمثله . قلت كيف يكون الخطـــأ خيراً من الصواب ، وهذا لا يقول به أحد ، والصواب أن يقال في جواب أن الفقهاء قصدهم المعاني، وكثيراً ما يتساهلون في صورة الألفاظ ، لأن جل قصدهم المعنى .

فان قلت هذا الكل منقوض بما إذا سمعوه في الصلاة ممن ليس معهم في الصلاة ، فانها سجدة وجبت في الصلاة ويسجدونها بعدها كما ذكر المصنف بقوله — وإن سمعوه في الصلاة — إلى أن قال — وسجدوها بعدها — قلت قال صاحب الدراية المراد من قوله — وكل سجدة — أي سجدة صلاتية ، ولا بد من هذا القيد حتى لا يرد النقض المذكور ، ولكنــــه ترك هذا بعد ظهوره .

وقال الأكمل وفيه نظر ، لأن قوله — وجبت في الصلاة — إما أن تكون صفة موضحة أو صفة ما يتميز عنها ، لأن كل سجدة صلاتية واجبة في الصلاة أو صفة كاشفـــة ، وعاد السؤال أو غيرهما من التأكيد والمدح والذم والمقام لا يقتضيه ، فالصواب أن يقال تقديره وكل سجدة عن تلاوة وجبت في الصلاة ، أي ثبتت . قلت هذا الذي قاله إنما يتمشى إذا جعلنا قوله — وجبت في الصلاة — حالاً عن تلاوة ، وأما إذا جعلنـــاها صفـــة فالإشكال على حالـه .

فان قلت ذو الحـــــال لا يكون نكرة . قلت ذو الحال ها هنا قرب من المعرفـــة كالوصف ، فافهم .

فان قلت فلم يجدوها فيها غير مقصود ، لأنها تؤدي سجدة الصلاة إذا سجد على الفور ، وأما إذا أخرها فلا ، لأنها تصير ديناً عليه بفوات وقتها فلا يتأدى في ضمن الغـير ، قال قلت وقتها موسع ، فمتى سجد كان أداء لا قضاء . قلت هذا عند محمد روايـــة عن أبي

ولها مزية الصلاة فلا تتأدى بالناقص . ومن تلى سجـــدة فلم يسجدها حتى دخل في صلاة فأعادها وسجد أجزأته السجدة عن التلاوتين ، لأن الثانية أقوى لكونها صلاتيـــة فاستتبعت الأولى . وفي النوادر يسجد أخرى بعد الفراغ ، لأن للاولى قوة السبق ، فاستوتا ، قلنـــا للثانية قوة اتصال المقصود ،

---

حنيفة وعند أبي يوسف ورواية عن أبي حنيفة أن وجوبهـــا على الفور لا على التراخي ، فيجوز أن يكون المصنف اختار ذلك .

( ولها ) أي والسجدة ( مزية الصلاة ) قال قاضي خان ان الصلاتيــة أقوى ، لأنهـا وجبت بتلاوة تعلقها جواز الصلاة ، ألا ترى أنه لو ضحك في سجدة التلاوة تنتقض طهارته ، ولو ضحك فيها خارج الصلاة لا تنقض فيكون لها مزية ( فلا يتأدى بالناقص ) لأن الكامل لا يجوز أداؤه الناقص .

( ومن تلى سجدة فلم يسجدها حتى دخل في صلاة ) أي في مكان واحد . فإن قلت مجلس التلاوة غير مجلس الصلاة . قلت بل واحد حقيقة وحكماً . أما حقيقة فظاهر ، وأما حكماً فلأن مجلس التلاوة مجلس العبادة فكان من جنس مجلس الصلاة ( وأعادها ) أي في الصلاة تلك الآية التي قرأها خارج الصلاة ( وسجد أجزأته السجدة عن التـلاوتين ) أي التلاوة التي وقعت خارج الصلاة ، والتلاوة التي وقعت في الصلاة ( لأن الثانية ) أي السجدة الثانية ( أقوى لأنها صلاتية فاستبقت الأولى ) أي جعلت السجدة الثانية السجدة الأولى تابعة لها ، لأن المتلوة في الصلاة أفضل من الصلاة في غيرها ، هذا على رواية الجامع الكبير والمبسوط ونوادر الصلاة التي رواها أبو حفص .

( وفي النوادر ) أي أراد به نوادر الصلاة التي رواها أبو سليمان لا تستتبع إحداهما ، فإذا كان كذلك سجـد أخرى ، أي من الصلاة ، لأن للأولى قوة السبق فاستويا ، أي في جواب فلا يستتبع إحداهما الأخرى ( قلنا للثانية ) أي السجدة الثانية التي من الصلاتية ( قوة إتصال المقصود ) هو أداء السجـــدة ، لأن المقصود من وجوب السجـدة أداؤها

فترجحت بها . وإن تلاها فسجد ثم دخل في الصلاة فتلاها سجد لها ، لأن الثانية هي المستتبعة ولا وجه إلى إلحاقها بالأولى ، لانه يؤدي إلى سبق الحكم على السبب

---

( فترجحت بها ) أي فترجحت الثانيـــة بقوة الإتصال بالمقصود ، لأن الأصل اتصال المسبب بالسبب .

فان قلت هذه المسائل لبيان التداخل وإلحاق الأولى بالثانية خلاف موضوع التداخل ، لأن السابق قد مضى وأصحابه قد يكون ملحقاً باللاحق . قلت السابق قد يكون تبعاً إذا كان اللاحق أولى كالسنـــة قبل الفريضة ، ولأن التكرار قائم بها ، فكان إلحاق الأولى بالثانية ممكناً .

( وإن تلاها ) أي وإن تلى آية السجدة رجل وكان خارج الصلاة ( فسجد لتلاوته ثم دخل في الصلاة فتلاها ) أي تلك الآية ( سجد لها ) يعني يجب عليه أن يسجـد لها ( لأن الثانية ) أي السجدة الثانية ( هي المستتبعة ) أراد أن المتلوة في الصلاة هي المستتبعة لقوتها للمتلو في غير الصلاة لضعفها ، فلو قلنا بعدم تعدد الوجوب بالحاق الثانية بالأولى يلزم استتبـــاع التابع متبوعه ، فلا يجوز (ولا وجه إلى إلحاقها بالأولى) قال الأكمل لا وجه لإلحاق السجدة المفعولة بالأولى ، أي بالتلاوة الأولى ، لأنها إذا لحقت بها وهي تابعة للثانية كانت السجدة ملحقة بالتلاوة الثانية ، وذلك ( لأنه يؤدي إلى سبق الحكم قبـــل السبب ) فتبين أن التداخل في هذه الصورة متعذرة فتجب سجدة ثانية للصلاة الثانية ، ثم قال وإياك أن ترد ضمير إلحاقها إلى التلاوة الثانية كما فعله بعض الشارحين . واعترض على المصنف ، فانه فاسد قلت أراد ببعض الشارحين الاترازي ، فانه قال في هذا الموضوع بيانه انا لو ألحقنا المتلوة في الصلاة بالمتلوة في غيرها .

فان قلنا السجدة المفعولة خارج الصلاة يتحرى في التلاوة بين جمعها يلزم تقـدم الحكم وهو السجدة على السبب وهو التلاوة ، وتقديمه عليه لا يجوز ، ثم قال وفي هذا التعليـل نظر عندي ، لأنا لا نسلم تقديم الحكم على السبب ، لأن مبنى السجدة على التـــداخل في

ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأه سجدة واحدة ، فان قرأها في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجد ثانية وإن لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان، والاصل أن مبنى السجدة على التداخل دفعاً الحرج ،

---

السبب ، فعلى تقدير إلحاق الثانية بالأولى لا يلزم ما قال ، لأنه يكون السبب هو الأولى وحدها وقد تقدم السبب ، فتلاه بحكمه ، انتهى كلامه . قلت الصواب كما قاله الأكمل والأصوب من كلامها أن تقول لما لم يمكن القول بالتداخل ها هنا وجبت لكل تلاوة سجدة على حدة ، على أن في بعض النسخ ولا وجه إلى كونها مستتبعة الأولى ، فافهم .

( ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة ) قيد بقوله سجدة واحدة ، لأنه إذا كرر سجدات مختلفة يجب لكل واحدة سجدة ، وبقوله في مجلس لأنه إذا كان في مجالس مختلفة تعدد السجود على ما سيجيء بيانه إن شاء الله تعالى، وقال النووي إن لم يسجد للأولى كفته سجدة واحدة ، وإن سجد لها ثلاثة أوجه ، أصحها يسجد ، وبه قال مالك وأحمد . والثاني : يكفيه الأولى ، قاله ابن شريح ورجحه صاحب العدة وقطع به أبو حامد . الثالث : إن طال الفصل قرأها فسجد ثم ذهب يعني أنه مشى ثلاث خطوات ، ورجع فقرأها وسجد ثانياً ، وإن لم يسجد الأولى فعليه سجدتان .

( فان قرأها في مجلسه فسجدها فذهب ورجع فقرأها سجد ثانية ) لتعدد السبب ( وإن لم يكن سجد للأولى فعليه سجدتان ) أراد أنه إذا ذهب عن مجلسه بعد قراءته ولم يسجد لها ثم رجع اليه فقرأها ثانياً ، فعليه أن يسجد لكل تلاوة سجدة ( والأصل ) في هذا ( أن مبنى السجدة على التداخل ) يعني في الاستحسان والقياس أن يجب لكل تلاوة ، والحكم يتكرر بتكرر السبب ، وأما وجه الاستحسان فهو قوله ( دفعاً الحرج ) وذلك أن المسلمين يحتاجون إلى تعلم القرآن وتعليمه ، وذلك يحتاج إلى التكرار غالباً ، فالزام التكرار في السجدة يفضي إلى الحرج لا محالة ، والحرج مدفوع ويؤيد هذا ما روي

أن جبريل عليه السلام كان يقرأها على النبي عليه السلام ويقرأ النبي على أصحابه ويسجد مرة واحدة .

وقال الأكمل وقد صح أن جبريل ﷺ كان ينزل بآية السجدة على رسول الله ﷺ وتكرر عليه ، وكان رسول الله ﷺ يسجد لها مرة واحدة تعليماً لجواز التداخل . قلت نزول جبريل ﷺ بآية السجدة وغيرها من القرآن على النبي ﷺ صحيح لا شك فيه ، ولكن صحة بقية القضية من أين ، ولم يتعرض اليه فاكتفى بمجرد النقل ، كان أبو موسى الأشعري رضي الله عنه يلقن الناس القرآن في مسجد البصرة وتكرر السجدة ويسجد مرة واحدة . وروي عن أبي عبد الرحمن السلمي وهو معلم الحسن والحسين أنه كان يعلم الآية الواحدة مراراً ولا يزيد على سجدة واحدة ، وقد أخذ التلاوة عن الصحابة، فالظاهر أنه أخذ حكمها عنهم .

( وهو تداخل في السبب دون الحكم ) أي التداخل الذي عليه مبنى السجدة هي تداخل في السبب وهو التلاوة دون الحكم ، وهو وجوب السجدة ، وهو أن يجعل التلاوة المؤدية في المجلس تلاوة ، فلم تكن الثانية والثالثة سبباً للوجوب ، إذ السبب إذا تحقق لا يجوز ترك حكمه في العبادات احتياطاً ، وضعف السرخسي التداخل ، وقال الصحيح أن سبب الوجوب حرمة المتلوة ، فالثانية تكرار محض فلم يكن سبباً ، فلا يجب بها شيء . وقال الماتريدى سبب وجوبها تلاوة مقصودة ، ولم يوجد في الثانية لأنها تبع للأولى وتكرير للحفظ والتفكر وذلك وسيلة .

( وهذا ) أي التداخل في السبب ( أليق بالعبادات ) لأنه لو حكم بتعدد الأسباب يلزمه ترك الإحتياط في أمر العبادة ، لأنه يلزم الإسقاط بعد وجوب سبب الإثبات ، فلا يجوز لأن العبادة تحتاط في إثباتها لا في إسقاطها ( والثاني بالعقوبات ) أي التداخل في الحكم دون السبب أليق بالعقوبات ، لأنها ليست مما تحتاط فيها بل في درئها فيجعل التداخل في الحكم ليكون عدم الحكم مع وجود الموجب مضافاً إلى عفو الله وكرمه ، فإنه هو الموصوف بينبوع العفو وكال الكرم .

وإمكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعاً للمتفرقات ، فاذا اختلف عاد الحكم إلى الاصل ، ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هنالك

---

وثمرة هذين الفصلين تظهر في الأول فيما إذا تلى آية سجدة فسجد ، ثم قرأ تلك الآية في ذلك المجلس مرات تكفيه تلك السجدة عن التلاوة التي توجد بعدها ، وفي الثاني إذا زنى فجلد ثم لو زنى يجلد ثانياً ، وكذلك ثالثاً ورابعاً بعدم التداخل في الأسباب ، بخلاف ما إذا زنى ولم يجلد ثم زنى يجلد مرة واحدة لتداخل الحكم للعقوبة .

( وإمكان التداخل ) أراد به الإمكان الشرعي ( عند اتحاد المجلس لكونه جامعاً للمتفرقات ) أي ألا ترى أن شطري العقد يجمعها المجلس وإن تفرقا بالأقوال ، واتحاد المجلس له أثر في جميع المقدورات كما في الإيجاب والأقارير ، ألا ترى أن من أقر بالزنا أربع مرات في مجلس واحد يجعل مقراً مرة واحدة ، وفي المجالس المختلفة يجعل مقراً أربع مرات ، فكذا ها هنا ( فإذا اختلف ) أي المجلس ( عاد الحكم إلى الأصل ) وهو وجوب التكرار لعدم الجامع .

فإن قلت لم لا يجمع الجامع بين الآيات في المجلس كما جمع بين المرات فيه . قلت لعدم الحرج ، فان آية السجدة محصورة ، والغالب عدم تلاوة الجميع في المجلس، بخلاف التكرار للتعليم ، فانه ليس بمحصور .

( ولا يختلف ) أي المجلس ( بمجرد القيام ) ولهذا لو باع وهو قاعداً وقام ثم قبل المشتري صح قبوله ، كذا في الكافي ، ولو قرأها وهو قاعد ثم قام فقرأها لا يجب إلا سجدة واحدة ( بخلاف المخيرة ) وهي التي قال لها زوجها اختاري ،فقامت فقالت اخترت نفسي لا يقع الطلاق ( لأنه ) أي لأن قيام المخيرة ( دليل الإعراض ) لأن المجلس تبدل حقيقة ( وهو ) أي الإعراض ( يبطل هناك ) أي في المخيرة ، ثم المجلس إنما يختلف إذا ذهب عن ذلك بعيداً ، فان كان قريباً لا يختلف ، فالفاصل بينهما ما ذكر في المحيط إذا مشى خطوتين أو ثلاث فهو قريب ، وإن كان أكثر من ذلك فهو بعيد . وفي المبسوط في روايه ابن رستم عن محمد قال محمد نحو عرض المسجد أو طوله فهو قريب .

وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب ، وفي المنتقل من غصن إلى غصن كذلك في الاصل ، وكذا في الدياسة للاحتياط ،

---

وفي المبسوط فان نام قاعداً أو أكل لقمة أو شرب شربة أو عمل عملاً يسيراً ثم قرأ فليس عليه أخرى ، لأن هذا القدر لا تبدل المجلس وفي الروضة بالأكل لا يختلف المجلس حتى يشبع ، وبالشرب حتى يروى ، وبالكلام والعمل حتى يكثر استحساناً . وفي شرح المجمع الامكنة التي تتحد حكمها كالمسجد والجامع والبيت والسفينة سائرة كانت أو واقفة والحوض والغدير والنهر الواسع والدابة السائرة وراكبها في الصلاة قال في هذه الأماكن إذا كرر التلاوة لا يلزمه إلا سجدة واحدة وهو مخير إن شاء سجدها عند التلاوة الأولى ، وإن شاء سجدها عند الأخيرة ، والأمكنة التي يختلف حكمها ويتعدد الوجوب كالدابة السائرة وراكبها ليس في الصلاة ، والماشي في الصحراء ، أو السياح في البحر والنهر العظيم .

( وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب ) قال شيخ الإسلام خواهر زادة في مبسوطه إن كان يسدي الكرباس ويقرأ آية واحدة مراراً اختلف المشايخ ، قال بعضهم يكفيه سجدة واحدة ، لأن المجلس واحد من حيث الإسم . وقال بعضهم يلزمه بكل تلاوة وسجدة ، لأن المجلس تبدل حقيقة بتبدل المكان ، ولا يعتبر اتحاد العمل كما في سائر الدابة وهو الأصح .

( وفي المنتقل من غصن إلى غصن كذلك في الأصل ) أي يتكرر الوجوب في الأصح يرجع إلى المذكورين تسدية الثوب والمنتقل ( وكذا في الدياسة ) وقال الاترازي واختلف في تسدية الثوب والدياسة والذي يدور حول الرحى والذي يسبح في الحوض أو النهر ، والذي علا على غصن ثم انتقل إلى غصن آخر والأصح هو الايجاب ( للاحتياط ) أي بالنظر إلى اتحاد العمل واتحاد المجلس لا يتبدل المجلس فلا يتكرر الوجوب بالنظر إلى حقيقة اختلاف المكان يتكرر الوجوب فقلنا بالتكرار احتياطاً ، وفي الدراية وفي لفظ الكتاب إشارة إلى أنه لا خلاف في التسدية لأنه قطعها بالجواب من غير تردد ، ويدل على أن اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن إلى غصن وفي الدياسة وفي النهاية وهذا اللفظ أشار به إلى التسدية والمنتقل كما ترى يدل على أن اختلاف المشايخ في المنتقل من غصن إلى غصن وفي الدياسة لا في تسدية الثوب ، لأن قطعها بالجواب من غير تردد ،

ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع ، لأن السبب في حقه السماع ، وكذا إذا تبدل مجلس التـــالي دون السامع على ما قيل ، والأصح أنـــه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ، ومن أراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع

---

ثم شبه الجواب الثاني بذكر الأصح ، ولكن ذكر الإختلاف في شروح الجامع الصغير في المسائل الثلاث كلها .

وقال الأكمـــل وقال صاحب النهايـــة وذكره .. الـــخ ما ذكرنا ثم قال وليس بواضح بجواز أن يكون قوله في الأصح متعلقـــاً بالمسلين جميعاً . وقوله – للاحتياط – يجوز أن يكون وجه الأصح في الصور الثـــلاث المذكورة . قلت الظـــاهر أن قوله في الأصح متعلق بمسألة المنتقل من غصن إلى غصن ، وقوله – للاحتياط – متعلق بمسألة الدياسة ، وقطع صاحب الهداية بالجواب في مسألة بنفي أو إثبات لا يستلزم ، ففي كون الخلاف في الحقيقة .

( ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع ) باتفاق المشايخ ، وبه صرح الإمام الزاهد السغناقي ، فعلى قول من يقول السبب في حق السامع السماع فظاهر ، وعلى قول من يقول السبب في حقه التلاوة فكذلك الظاهر ، لأن الشرع أبطـــل تعدد التلاوة المتكررة في حق التالي حكماً لاتحاد مجلسه لا حقيقة ، فلم يظهر ذلـــك في حق السامع ، فاعتبرت حقيقة التعدد فكرر الوجوب عليه ( لأن السبب ) أي سبب وجوب السجدة ( في حقـــه ) أي في حق السامع ( السماع ) فتكرر السبب بتكرار الوجوب ( وكذا ) يتكرر الوجوب ( إذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قلنا ) على قول بعض المشايخ ، وهو قول فخر الإسلام أيضاً ( والأصح أن لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ) أشار به إلى قوله لأن السبب في حقه السماع ، ومكان السماع متحـــد فلا يتكرر الوجوب ، وهذا قول القاضي الاسبيجابي صاحب شرح الطحاوي .

( ومن أراد السجود ) أي سجود التلاوة ( كبر ولم يرفع يديه وسجـــد ثم كبر ورفع

# رأسه اعتباراً بسجدة الصلاة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه

رأسه اعتباراً بسجدة الصلاة ) يعني اعتبروه اعتباراً بسجدة الصلاة ، وقوله – كبر – إشارة إلى أن التكبير فيها سنة كما في المسبب به . وقال الاسبيجابي ويرفع صوته ، وفيه إشارة إلى أن التكبير ليس بواجب بل هو سنة لما ذكرنا ، وأيد ذلك ما ذكره في المحيط ، فقال وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يكبر عند الانحطاط ، لأن تكبير الانتقال من الركن ، وعند الانحطاط ، وها هنا لا ينتقل وهي رواية الحسن عن أبي يوسف . وفي الذخيرة وقيل يكبر في الابتداء ولا يكبر في الانتهاء ، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وقيل يكبر في الابتداء بلا خلاف ، وفي الانتهاء خلاف بين أبي يوسف ومحمد على قول أبي يوسف لا يكبر ، وعلى قول محمد يكبر .

وعند جمهور الشافعية يكبر للسهو إلى السجود ، وعند رفعه . وقال أبو هريرة منهم من لا يكبر فيها وفي غير الصلاة يكبر للافتتاح ثم للسهو ثم للرفع ، وهو قول أحمد وهو شرط في المشهور ، وفي وجه يستحب ، وفي الثالث لا يشرع أصلاً وهو قول أبي جعفر منهم ، وقوله – ولم يرفع يديه – احترازاً عن قول الشافعي ، فإن عنده حقها أن يسجد سجدة واحدة فيكبر رافعاً يديه ناوياً ، ثم يكبر للسجود ولا يرفع يديه ثم يكبر للرفع ولا يسلم ، وأقلها وضع الجبهة على الأرض بلا شروع ولا سلام ، كذا في الخلاصة الغزالية . وقال القاضي من الحنابلة وقياس المذهب أن لا يرفع يديه وهو حديث متفق عليه ، وبقولنا قال ابراهيم وأبو الحسن وأبو قلابة وابن سيرين وأبو عبد الرحمن وعامر ، ذكر ذلك كله ابن أبي شيبة .

( وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ) يعني المذكور من صفة سجدة التلاوة هو مروي عن عبد الله بن مسعود ، وهذا غريب لم يثبت ، وإنما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، وقال كان رسول الله ﷺ يقرأ علينا القرآن ، فإذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا ، رواه أبو داود ( ولا تشهد عليه ) أي على من يسجد التلاوة ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي فيه قولان ، وقال البويطي لا يتشهد ، وقال خواهر زادة قال

ولا سلام لأن ذلك للتحليل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمه قال ويكره أن يقرأ السورة في صلاة أو غيرها ويدع

---

الشافعي في كتابه ليس فيها تسليم ولا تشهد ، وبه أخذ بعض أصحابه ، ومن أصحابه من لم يأخذ بها ، قال الشافعي لكن قال فيها تشهد وتسليم ، وكان ابن شريح يقول فيها تسليم ، لكن لا يحتاج فيها إلى تشهد . وفي التنبيه قيل يتشهد ويسلم ، وقيل يسلم ولا يتشهد ، والمنصوص أنه لا يتشهد ولا يسلم .

واعترض على صاحب التنبيه فيه الشيئين ، أحدهما أنه صرح بنص الشافعي أنه لا يسلم وأنه ليس له نص غيره ، وليس الأمر كذلك بل القولان مشهوران في اشتراط السلام. الثاني أنه صرح بأن الراجح في المذهب أنه لا يسلم - وليس كذلك ، بل الصحيح عند الأصحاب على ما حكاه النووي اشتراط السلام ، قال وممن صححه أبو حامد وأبو الطيب في تعليقهما والرافع وآخرون ، ولا يتشهد عند الحنابلة ، نص عليه في رواية الاترازي . ( ولا سلام ) أي ولا سلام علية أيضاً ، وبه قال النخعي والحسن وسعيد ويحيى بن وثاب ومالك وعطاء وأبو صالح ، وقال ابن المنذر قال أحمد أما التسليم فلا أدري ما هو ، وعنه أنه فرض ويجزئه تسليمة ، وعنه تسليمتان ولا يسلم في البويطي ، وقال المزني يسلم .

( لأن ذلك ) أي السلام ( التحليل وهو ) أي التحليل ( يستدعي ) أي يقتضي ( سبق التحريمة ) ولأنها معتبره بسجود الصلاة وسجود الصلاة لا يقتضي التسليم ( وهي ) التحريمة ( منعدمة ) هذا اللفظ خطأ عند أهل التعريف ، وصوابه معدومة .

فإن قلت كيف يكون معدومة وقد ذكر من أراد السجود كبر ، والتكبير للتحريمة كما في الشروع في الصلاة . قلت ذلك التكبير لا التحريم بل للمشابهة بينها وبين سجدة الصلاة ، والتكبير لها ليس للتحريمة بل للانتقال إلى السجود فكذا ها هنا .

( وقال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ويكره أن يقرأ السورة في الصلاة أو غيرها أو يدع ) أي يترك ، ولم يستعمل ما معنى هذه اللفظة إلى قراءة ﴿ما ودعك

آية السجدة ، لأنه يشبه الإستنكاف عنهـــا ، ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها ، لأنه مبادرة اليها ، قال محمد « رح » أحب إلي أن يقرأ قبلهـــا آية أو آيتين دفعاً لوهم التفضيل ، واستحسنوا إخفاؤها شفقة على السامعين والله أعلم

---

ربك ﴾ ٣ الضحى ، بالتخفيف ، وهي شاذة ويدع ( آية السجدة بأنها يشبه الإستنكاف عنها ) أي الإعراض عن السجدة ، وليس ذلك من خلاف المؤمنين ، وهو يؤدي أيضاً إلى هجران بعض القـرآن . وقال الشافعي يكره قراءة آية السجـدة في الصلاة ، سواء كانت صلاة السر أو الجهر . وقال مالك يكره قراءتهـا في جميع الصلوات ، وعنـدنا يكره فيما يسرون ما يجهر ، وبه قال أحمد .

( ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها ، لأنه مبادرة ) أي مسارعة (اليها) إلى السجدة ( قال ) أي قال محمد في الصلاة ( واحب إلي أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعاً لتوهم التفضيل ) أي تفضيل بعض الآيات على البعض ( واستحسنوا ) أي استحسن المشايخ ( إخفاؤها ) أي إخفاء آية السجدة ( لشفقة ) أي لأجل الشفقة ( على السامعين ) لأن السامع ربما لا يؤديها في الحال لمانع فلا يؤديها بعد ذلك بسبب النسيان فيبقى عليه الواجب فيأثم . وفي المحيط إذا كان التالي وحده يقرأ كيف شاء جهر أو أخفى ، وإن كان معه جماعة ، قال مشايخنا إن كان القوم مهيئين للسجود ، ودفع في قلبه أنه لا يشق عليهم أداؤها ينبغي أن يجهر حتى يسجد القوم معه ، وإن كانوا محدثين ويظن أنهم لا يسجدون أو يشق عليهم أداؤها ينبغي أن يقرأها في نفسه تحرزاً عن تاسهم السلام [1] .

فروع : يختلف المجلس بالنوم مضطجعاً . وقاعداً لا يختلف ذكره في المحيط . وفي جوامع الفقه القيام والقعود والاتكاء والركوب والنزول لا يوجب اختلاف المجلس ، وكذا الإنتقال في البيت والمسجد من زاوية إلى زاوية ، ومن جانب طولاً أو عرضاً . وقيل إن كان البيت كبيراً أو المسجد كبيراً كالمسجد الجامع تختلف . وفي المنتقى عن محمد في المسجد الجامع

---

(١) هكذا عبارة الكتاب .

لا يتكرر من غير تفصيل . وفي جوامع الفقه سئل أبو بكر عمن قرأ القرآن كله وسجد لكل سجدة سجدة ثم قرأ ثانياً يجب ثانياً .

وفي المرغيناني لو تلاها ثم سبح أو هلل كبيراً ثم تلاها يكفيه سجدة ، وفيه ولايجوز أداؤها في الأوقات المكروهة ، إلا أن يقرأها فيها ، فإن قرأها في وقت مكروه سجدها في وقت غير مكروه ، قيل لا يجوز ، وقيل إن قرأها عند الطلوع وسجدها عندالغروب يجوز ولا يجوز العكس . وفي الأصل إذا قرأ سجدة في آخر السورة في صلاته إن كان بعدها آية أو آيتان إلى آخر السورة إن شاء ركع وإن شاء سجد ، يعني إن شاء ركع لها ركوعاً على حدة وإن شاء سجد لها سجدة على حدة والسجدة أفضل ، وإذا سجد يعود إلى القيام ، لأنه يحتاج إلى الركوع ويقرأ بنفسه السورة ثم يركع إن شاء ضم اليها آية من السورة الأخرى حتى يصير ثلاث آيات ، ويكره لو لم يقم بعدها شيئاً إلى الركوع يحتاج إلى النية لمخالفة بينهما ، وفي السجدة لا يحتاج اليها ، وقيل إن شاء أقام ركوع الصلاة مقام سجدة التلاوة ، ونقله عن أبي حنيفة وأبي يوسف .

وروى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن سجدة الركعة تنوب عن سجدة التلاوة ، وقد روي عنه إذا كانت السجدة في آخر السورة كالأعراف والنجم أو قريباً منه كبني إسرائيل وانشقت ، فركع حين فرغ من السورة أجزأته سجدة الركعة عن التلاوة .

واختلف المشايخ فيما إذا ركع وسجد الصلاة دون التلاوة والركوع ينوب عنها أو سجدة الصلاة قبل الركوع لقربه منها ، ثم اتفقوا على أن الركوع لا ينوب عن السجده بدون النية ، واختلفوا في السجود ، قال ابن سماعة وجماعة من أئمة بلخ لا ينوب ما لم ينو في ركوعه أو بعد استوائه قائماً إذا سجد لصلاته وتلاوته . وقال غيرهم أن النية فيها ليست بشرط ، والصلاتية أقوى فتنوب عنها ، كذا في الذخيرة وفي المحيط لو لم ينو في السجود لم يجز ، نص عليه في النوادر ، لأن الصلاتية تخالفها حكماً فلا ينوب عنها شيئاً إلا بالنية . وقيل يجوز بدون النية ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن السجود ينوب دون الركوع وفي المبسوط الأصح أن سجدة الصلاتية تنوب عنها دون الركوع .

وفي قاضي خان وقال عامة المشايخ لا يحتاج إلى النية ، ويصير مؤادة بالصلاتيـة لأنها أقوى ، إلا إذا ان نقطع الصور فيحتاج إلى النية ، وإن كان بعـدها ثلاث آيات إلى آخر السورة ، أو كانت في آخر السورة ، أو كانت في وسطه فالحكم في هذا كلـه ما ذكرناه . فلو أنه لم يركع لها ولم يسجد لها في هذه الوجوه على الفور ، ولكن قرأ ربعـاً من السورة أو خرج إلى سورة أخرى فقرأ منها شيئاً إن قرأ بعدها ثلاث آيات ، أو كانت السجـدة في وسط السورة لم يجزئه الركوع وسجدة الصلاة عن التلاوة ، لأنها صارت ديناً عليه لفوات محلها ، وفي الأصل والمجرد أن الآيات الثلاث إنما تصير فاصلة ومانعة وقوع الركوع والسجود عن التلاوة ، وإذا كانت في وسط السورة ولا تصير مانعة في آخرها .

وفي المرغينـاني عن شيـخ الإسلام إذا قرأ ثلاث آيات بعدها يقطـع الفور ولا ينوب الركوع عن التلاوة ، وقال الحلواني لا ينقطع ما لم يقرأ أكثر من ثلاث آيات ، وكذا في قاضي خان . وفي جوامع الفقه ينوي بها عند الركوع ، ولو قرأها في الركوع اختلفوا فيه وبعدما رفع رأسه لا يجوز إلا رواية عن أبي حنيفة ، ولا ينبغي للإمام أن يقرأ سجدة في (1) لا يجهر بها ، لأنه إذا لم يسجد يصير تاركاً للواجب ، وإن سجد يظن القوم أنهـا صلاتية يأتي بها قبل الركوع فلا يتابعونه .

يشترط في السجدة الطهارة من الأنجاس بدناً ومكاناً وثياباً ، وستر العورة واستقبال القبلة والنية وكل ما يفسد الصلاة يفسدها . وفي المفيد المحاذاة لا يفسدها . وفي روايـة ابن السكن عن ابن عمر أنه كان يسجد على غير وضوء . وعن الشعبي مثله ، وفي سنن ابن أبي شيبـة عن عثمان بن عفـان وابن المسيب أن الحائض تومىء برأسهـا . قال ابن المسيب ويقول اللهم لك سجدت ، هذا خلاف ما عليه الجمهور من أصحاب المذاهب الأربعة .

وعن النخعي في رواية تيمم ثم سجد كما في الجنازة ، وذكر ابن بطال عن ابن عباس وأبي عبد الرحمن أنه يشترط فيها استقبال القبلة ، وقال ابن المنذر ، وقد روينا عن الشعبي

(1) هكذا العبارة في الأصل .

أنه كان بسجد حيث كان وجهه ذكره في الأشراف ، وفي خزانة الأكمل لو سجدها بغير القبلة جهلاً جازت ، وذكر ابن تيمية الحنبلي أن القارىء إذا كان محدثاً ، ثم يسجد ولم يقضها إذا توضأ ، وكذا المستمع ، وكذا المستظهر إذا طال الفصل لم يسجد ، ويروى ذلك عن النخعي والأوزاعي ، وعندنا يسجد إذا توضأ ، وبه قال مكحول والثوري وإسحاق وجماعة .

وفي مختصر البحر يستحب تقدم التالي في السجود على السامعين ، ويصطف السامعون خلفه ولا يرفعون رؤوسهم قبله ، فإذا سجد التالي يسجدون معه حيث كانوا وفي جوامع الفقه خلفه أو قدامه ولا يرون نيوبة الصف خلفه . وفي خزانة الأكمل لا يرفع السامع رأسه قبل التالي التحان أو مثله في المبسوط ، وذكر النووي أنه الإقتداء به والرفع قبله، ولو ذهب التالي ولم يسجد سجد السامع ، وبه قال الشافعي ، ولو قرأ على المنبر إن شاء سجد عليه ، وإن شاء ترك وسجد على الأرض ، وفي الأصل إمام صلى وقرأ سجدة ونسي أن يسجد بها فتذكر ذلك وهو راكع يخر ساجداً لها ثم يقوم فيعود في ركوعه ويمضي في صلاته ، وعليه سجدتا السهو . وفي الذخيرة عن السعدي أن المصلي إذا تلى آية السجدة ونسي أن يسجدها فليس عليه سهو ، وفيه رأي الأبكم والأصم فوقا يسجد والتلاوةلايجب عليه أن يسجدها .

مسألة غريبة ذكرها في عدة المفتي رجل صلى الفجر بعشرين سجدة كيف هذا ، قال الشهيد هذا رجل أدرك الإمام في السجدة في الركعة الثانية ، وعلى الإمام سهو فسجد سجدتين ، ثم تذكر الإمام أنه ترك سجدة تلاوة فسجد لها ثم تشهد وسجد السهو ثم أقام المسبوق وقراءة السجدة ، ونسي أن يسجد لها وسجد سجدتي الركعة الثانية ، ثم تذكر أنه قعد بين الركعتين ناسياً فسجد سجدتين ثم تذكر سجدة التلاوة ، فسجد لها ثم تشهد وسلم وسجد للسهو سجدتين والله أعلم .

ولو سبقه الحدث فيها توضأ وعاد ، قيل هذا قول محمد ، وعند أبي يوسف لا يعيدها لتامها بالوضع عنده ، ولو قرأها على الدابة يومىء لها ، قال الحلواني هذا في خارج المصر،

فإن كان في المصر فأولى لتلاوته لا يجزئه في قول أبي حنيفة ، ولو تـلاها المصلي للراكب مراراً في ركعة ، والدابة تسير ورجل يسوقها فعلى التـالي واحدة ، وعلى السائق لكـل تلاوة سجدة . وفي المنتقى لو كان كل واحد منهما على دابـة يصلي فقرأها كل واحد مراراً يصلي كل واحد منهما بتلاوته سجدة ، وتلاوة صاحبه بعد وقراءتها على الدابة . ولوضحك في سجدة التلاوة يكون حدثاً . وفي المجتبى يعيدها ولا يعيد الوضوء وأداها في الصلاةعلى الفور ، وكذا خارجها عند أبي يوسف وعند محمد والكرخي على التراخي ، ثم على رواية الفور مثل مباح الإنتقال بالحوائج ، ولا يباح التأخير عند النزاع ، فالاستطاعة والصحيح خلافه ، وذكر الطحاوي أن تأخرها مكروه مطلقاً ، والمرأة تصلح إماماً للرجل فيها .

وفي المبسوط لم يذكر محمد رحمه الله ماذا يقول في سجوده ، والأصح أن يقول في سجوده من التسبيح ما يقول في سجود الصلاة ، وبه قال الشافعي ، واستحسنوا أن يقوم فيسجد ، لأن الخرور سقوط من القيام ، والقرآن ورد به ، وإن لم يفعل فلا يضر بـه . وفي المجتبى وإن أتى بغير تسبيح الصلاة جاز ، وذكر أبو بكر بن أبي شيبة في سننه عن عائشة رضي الله عنها ، قالت كان رسول الله ﷺ يقول في سجود القرآن سجد وجهي للذي خلقـه وصوره وشق سمعه وبصره بحوله وقوته ، وعن ابن عمر أنـه كان يقول في سجوده اللهم لك سجدت سوادي .

انتهى الجزء الثاني من كتاب البنايـة
في شرح الهداية ويليه الجزء الثالث وأوله
باب صلاة المسافر

بسم الله الرحمن الرحيم

# باب صلاة المسافر

## السفر الذي يتغير به الأحكام أن يقصد مسيرة ثلاثة أيام ولياليها

---

( باب صلاة المسافر )

أي هذا باب في بيان أحكام صلاة المسافر ، والإضافة فيه إضافة المفعول إلى فاعله ، والمسافر في باب المفاعلة في السفر ، وهو الكشف ، إذ الطريق تكشف المسافر ، والأصل في المفاعلة أن يكون الفعل بين الاثنين ، وقد يستعمل في حق الواحد أيضاً ، وهو من هذا القبيل ، كما في قوله تعالى ﴿ وسارعوا ﴾ بمعنى أسرعوا ، وجه المناسبة بين البابين من حيث وجود النقص فيهما ، وهو ظاهر ، والذي ذكره الشراح ها هنا بمعزل من الوجه على ما لا يخفى .

( السفر الذي يتغير به الأحكام أن يقصد الإنسان مسيرة ثلاثة أيام ولياليها ). السفر في اللغة قطع المسافة ، وليس بمراد ها هنا ، بل المراد قطع خاص ، وهو الذي قاله بقوله - الذي يتغير به الأحكام - أراد بتغير الأحكام قصر الصلاة ، والإفطار والمسح ثلاثة أيام ولياليها ، وسقوط الجمعة والعيدين ، وسقوط الأضحية ، وحرمة الخروج على الحرة بغير محرم . وكلمة - ان - في أن يقصد مصدرية في محل الرفع ، لأنه خبر المبتدأ ، أعني السفر ، والقصد هو الإرادة الحادثة المقارنة لما عزم ، وقيد به لأنه لو طاف جميع العالم بلا قصد سيراً بالأقدام لا يكون مسافراً ، ولو قصد ولم يظهر ذلك بالنية فكذلك ، فكان التغير في حقه تغير الأحكام اجتماعها .

فإن قلت الإقامة تثبت بمجرد النية ، فما بال المسافر وهو لم يحصل بمجردها، وقال الأترازي إذا جاوز بيوت المصر غير قاصد لمدة السفر لا يكون مسافراً ، كذا إذا جاوزها وهو يقصد ما دون مدة السفر ، وكذا إذا قصد مدة السفر ولم يجاوز بيوت المصر لا يكون مسافراً ، لأن مجرد العزم لا يعتبر ما لم يتصل الفعل به ، فمن هذا عرفت أن صاحب

الهداية تسامح حيث لم يذكر فيه مجـاوزة بيوت المصر . قلت المصنف في صدد تعريف السفر ، والذي ذكره شرط لغيره ، وسيجيء إن شاء الله تعالى .

( سير الإبل ) بالنصب على أنه بدل من قوله على أنه مسيرة ، أو على عطف البيـان ، وقد عظم السفناقي إعراب هذا الموضع ، حيث قال بالنصب في سير الإبل، هكذا سمعت من الشيخ ، ووجدته مقيداً بخطه . قلت يجوز أن يكون منصوباً بتقدير أعني سير الإبـل يجوز أن يكون مرفوعاً على أنه خبر المبتدأ المحذوف ، تقديره هي سير الإبـل ( ومشي الأقدام ) بالنصب أيضاً عطفاً على ما قبله ، ويجوز الوجهـان المذكوران أيضاً، ولا يراد بالسير السير ليلاً ونهاراً، وإنما المراد السير نهاراً، لأن الليل للاستراحة، وليس الشرط ذهابه من الفجر إلى الفجر . لأن الآدمي لا يطيق ذلك ، وكذا الدابـة لا تطيق المشي في بعض النهار ، ونزوله للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل السفر .

وفي هذا الموضع اختلاف كثير ، فقال أصحابنا والكوفيون أقل مسافة يقصر فيهـا الصلاة مسيرة ثلاثة أيام ولياليهن بسير الإبـل ومشي الأقدام في أقصر أيام الشتـاء أو على سير البريد وإبطاؤه العمل ، والوسط هو المذكور ، وهو سير القافلة . وفي التحفة هذا جواب ظاهر الرواية . وفي المفيد لو سلك طريق هي مسيرة ثلاثة أيام ، وأمكنه أن يصل في يوم من طريق آخر قصر ، وقدر أبو يوسف بيومين وأكثر الثلاث ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ورواية ابن سماعة عن محمد . وفي المحيط والتحفـة وهو روايـة عن أبي يوسف ومحمد وأكثر اليوم الثالث أن يبلغ مقصده بعـد الزوال في اليوم الثالث ، وذكره الاسبيجابي .

وقال المرغيناني وعامة المشايخ قدروها بالفراسخ فقيل أحد وعشرون فرسخاً، وقيل ثمانية عشر فرسخاً ، قال المرغيناني وعليه الفتوى ، وفي جوامع الفقه وهو المختار ، وقيل خمسة عشر فرسخاً ، وما ذكره المصنف هو مذهب عثمان وابن مسعود وسويد بن علقمة ، وفي التمهيد وحذيفة اليماني وأبو قلابة وشريك بن عبد الله وابن جبير وابن سيرين والشعبي والنخعي والثوري والحسن بن حي ، وحكى صاحب المبسوط عن ابن عباس وابن عمر

رضي الله عنهم مثل مذهبنا ، والصحيح عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما غير ذلك روى البخاري أن ابن عباس وابن عمر كانا يقصران في أربعة وجوه .

الأول : رسول الله ﷺ وإنما هو فعلها والشافعي لا يرى فعل أصحاب رسول الله ﷺ حجة فكيف يعمل به .

الثاني : أن غيرهما من الصحابة .

الثالث : إنه قد اختلف عنهما في ذلك أشد اختلاف ، روى أيوب وحميد بن جريج عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه لا يقصر في أقل من ستة وتسعين ميلاً .

الرابع : أنه لم يذكر أنه منع في أقل من أربعة برد وروي عن حفص بن عاصم وهو أولى من نافع أنه قصر في ثمانية عشر ميلاً ، ذكر ذلك الحافظ أبو جعفر ، والجواب عن الحديث أنه يروونه عن اسماعيل بن عياش ، وهو ضعيف عن عبد الوهاب بن مجاهد وعبد الوهاب أشد ضعفاً منه ، قال يحيى وأحمد ليس بشيء ، وقال الثوري كذاب ، وقال النسائي متروك الحديث .

وقال النووي قال أبو حامد والصاحب والناقل والبيان وغيرهم للشافعي سبعة نصوص في مسافة القصر ، قال في موضع ثمانية وأربعون ميلاً ، وقال في موضع ستة وأربعون ميلاً ، وفي موضع أكثر من أربعين ميلاً ، وفي موضع أربعون ميلاً ، وفي موضع يومان ، وفي موضع يوم وليلة وأصحابه ، وكيف والبطيط في التوفيق بين الأقوال ، واستحب الشافعي أن لا يقصر في أقل من ثلاثة أيام ولياليهن لأجل مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه حتى يخرج من الخلاف .

ولفظ المحكى في مختصر المزني فأما أنا فأحب أن لا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطاً على نفسي . قال أبو الطيب وهكذا كقوله في الصلاة خلف المريض قائماً الأفضل أن يستخلف صحيحاً يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف ، وكقوله إذا خلف الأفضل أن لا يكفر بالمال لا بعد الحنث لتخرج من الخلاف ، وقال الأوزاعي يقصر في يوم تام ، قال ابن المنذر

لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير .

---

في الإسراف[8] وبه أقول . وحكى ابن حزم في المحلى عن أبي وائل شقيق بن سلمة أنه سئل عن القصر من الكوفة إلى واسط ، فقال لا يقصر الصلاة في ذلك وبينهما مائة وخمسين ميلاً ، وعن الحسن بن حي في رواية لا قصر في أقل من اثنين وثمانين ميلاً كما من الكوفة وبغداد .

وذكر في التمهيد عن داود الظاهري أنه يقصر في طول السفر وقصره ، وقال أبو حامد حتى خرج إلى بستان له خارج البلد قصر . وفي المبسوط قال فمناط القياس لا تقدير فيه بل العمل بإطلاق القرآن. وفي المحلى أنه لا يقصر في أقل من ميل عند الظاهرية وهو منهم ، فإطلاق أبي عمر في التمهيد ، وإطلاق أبي حامد وشمس الأئمة من غير صحيح، فإن ابن حزم أخبر بمذهبه من غير أهل مذهبه .

( لقوله ﷺ يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ) الحديث صحيح وقد مر الكلام مستوفى في باب المسح على الخفين ، وأما وجه الاستدلال به فهو قوله (عمت الرخصة الجنس) عم رخصة المسح ثلاثة أيام ولياليها الجنس ، وهو جميع المسافرين وقوله الرخصة مرفوع بإسناده إلى عم ، والجنس منصوب لأنه مفعول ، بيان ذلك أن الألف واللام في قوله – والمسافر – لا يخلو إما أن يكون المراد المعهود أو الجنس ، والمعهود منتف ، فتعين الجنس ، وهو أن يكون المسافر شاملاً لجميع المسافرين فلا يكون القاصد لما دون ثلاثة أيام ولياليها مسافراً ، ولو كان مسافراً يلزم أن لا تكون اللام للجنس وهو فاسد ، فإذا كانت للجنس لعدم المعهود تكون الرخصة عما بالنسبة إلى من هو من هذا الجنس ، وذلك يستلزم أن يكون التقدير بثلاثة أيام أيضاً عما بالنسبة إلى ذلك ، وإلا لكان نقيضه صادقاً وهو بعض من هو مسافر لا يمسح ثلاثة أيام ، ويلزم الكذب المحال على الشارع إن كانت الجملة خبرية أو عدم الإمتثال لأمره إن كانت طلبية وذلك لا يجوز لما ثبت أن اللام للجنس ثبت من ضرورته .

وهو معنى قوله (ومن ضرورته عموم التقدير ) أي ومن ضرورة الجنس التقدير بثلاثة

أيام في حق كل مسافر لا كما ذكرنا ، ويقال إن النص يقتضي ان كل من صدق عليه أنه مسافر يشرع له مسح ثلاثة أيام ، كما أن كل من صدق عليه أنه مقيم يشرح مسح يوم وليله بمقتضى اللام ، ويقال ان قوله المسافر يقتضي أن السفر هو العلة للقصر ، فكلما تحقق السفر تحقق المسح ثلاثة أيام ولياليهن ، لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ٢ النور .

فإن قلت عموم التقدير في المدة إنما يلزم من عموم الرخصة الجنس إذا كان قوله -ثلاثة أيام - ظرفاً لقوله - يمسح - لا للمسافر . قلت لو جاز في قوله يوماً وليلة أن يقع ظرفاً لقوله للمقيم لا لقوله يمسح ، لأنه إلى نسق واحد ، فحينئذ يفسد المعنى لأنه يكون معناه المقيم يوماً وليلة يمسح وغيره لا كما إذا قال ما قام شهراً أو سنة أو سنتين مثلاً ، فاذا كان كذلك ، قلنا الظرف للفعل لا للفاعل في الوجهين .

فان قلت هب أن الظرفية للفاعل ولا يلزم ما ذكرتم ، لأنا نجيد دليلاً يجوز مسح المسافر يوماً وليلة أو أقل ، وهو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ، قال يا أهل مكة لا تقصروا في أدنى من أربعة برد من مكة إلى غطفان ، قلت قد ذكرنا هذا الحديث ما فيه ما يرده .

فان قلت هذا متروك الظاهر ، لأن ظاهره يقتضي استيفاء مدة ثلاثة أيام ولياليها ، وذلك ليس بشرط بالاتفاق . قلت المتروك للاستراحة ملحق بالسير في حق تكمل مدة السفر تيسيراً على ما ذكرناه .

( وقدره أبو يوسف « رح » ) أي قدر أبو يوسف « رح » الحد في مدة السفر ، وفي أكثر النسخ ، وقدر بلا ضمير منصوب ، والتقدير وقدر أبو يوسف مدة السفر ( بيومين وأكثر اليوم الثالث ) وهو رواية المعلى عن أبي يوسف ، وجهاً أن الإنسان قديسا فرمسير. ثلاثة أيام فيجعل السير فبلغ [1] قبل الوقت بساعة [illegible] بذلك ( والشافعي « رح »

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد - فيجد السير فيبلغ - اه مصححه .

بيوم وليلة في قول ، وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط ، وعن أبي حنيفة التقدير بالمراحل وهو قريب من الأول ،

---

بيوم وليلة في قول ) أي وقدر الشافعي مدة السفر بيوم وليلة في أحد أقواله ، وقد ذكرنا أن له أقوالاً سبعة . وقال الأكمل وربما يستدل على ذلك بحديث عبد الوهاب ، قلت نسبة هذا الإستدلال إلى الشافعي لا وجه له ، لأن في حديث عبد الوهاب بن مجاهد أربعة برد ، وهو يومان .

( وكفى بالسنة حجة عليهما ) الباء زائدة ، أي كفى السنة حجة على أبي يوسف والشافعي وأراد بالسنة الحديث المذكور ، وهو قوله ﷺ يمسح المقيم يوماً وليلة . . الحديث ، وكون هذا الحديث حجة عليهما غير ظاهر . وأما أبو يوسف فانه حكم ما قاله أبو يوسف حكم ثلاثة أيام على أن هذه رواية عنده ، وأما الشافعي فان له أقوالاً في هذا كما ذكرنا وقوله المضمر عليه يومان .

( والسير المذكور هو الوسط ) لأن أعجل السير سير بريد ، وأبطأه سير العجلة ، وخير الأمور أوسطها ، وفسره في الجامع الصغير بمشي الأقدام وسير الإبل ، لأنه الأوسط. وفي المبسوط مسيرة ثلاثة أيام مع الإستراحات التي يتخللها من أقصر أيام السنة ، وهذا مذهب ابن عباس ، وأحد الروايتين عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وذلك لأنهم لم يريدوا من مسيرة ثلاثة أيام ولياليها أن يكون ليلاً ونهاراً على ما ذكرناه عن قريب.

( وعن أبي حنيفة التقدير بالمراحل ) يعني روي عن أبي حنيفة أن مدة السفر تعتبر بثلاث مراحل ، وهو جمع مرحلة ( وهو قريب من الأول ) أي التقدير بالمراحل قريب من التقدير بثلاثة أيام ولياليها ، لأن المعتاد في كل يوم من السير مرحلة واحدة ، خصوصاً في أقصر أيام السنة .

فإن قلت يشكل مسألة ذكرها في المحيط على اشتراط مسيرة ثلاثة أيام وثلاث مراحل تمسكاً بالحديث المذكور ، وهو أن المسافر إذا بكر في اليوم الأول ومشى إلى وقت الزوال حتى بلغ المرحلة ، فنزل فيها للاستراحة وبات فيها ، ثم بكر في اليوم الثاني ومشى إلى ما

ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ، ولا يعتبر السير في الماء ، معناه لا يعتبر به السير في البر ،

---

بعد الزوال ونزل فيها للاستراحة وبات فيها ، ثم بكر في اليوم الثـالث ومشى إلى وقت الزوال فبلغ إلى المقصود ، وقال شمس الأئمة الصحيح أنه يصير مسافراً عند النيه، ومعلوم أنه لا يتمكن من استيفاء مسح ثلاث أيام في هذه المسألة ، لأنها ليست بثلاثة أيام كاملة ، ومع ذلك أنه مسافر . قلت أنه لم يتمكن حقيقة فقد تمكن منه تقديراً ، لأن الزوال للاستراحة ملحق بالسير في حق تكميل مدة السفر .

( ولا معتبر بالفراسخ ) أراد أنه لا عبرة في تقدير المدة بالفراسخ ، واحترز بقوله(هو الصحيح ) عن قول بعض المشايخ ، فإنهم قدروها بالفراسخ ، ثم اختلفوا فيما بينهم ،فقيل أحد وعشرون فرسخاً ، وقيل ثمانية عشر ، وقيل خمسة عشر ، وفي الدراية والفتوى على ثمانية عشر ، لأنها أوسع الأعداد . وفي جوامع الفقه هو المختـار . وفي المجتبى وفتوى أكثر أئمة خوارزم على خمسة عشر ، وفي الأربعين للبقالي السفر اثني عشر فرسخـاً . وفي جوامع التاجري قريب من هذا .

وقال المرغيناني وعامة المشايخ قدروها بالفراسخ وهو جمع فرسخ وهو فارسي معرب وهو اثني عشر الف خطوة وستة وثلاثون الف قدم ، والخطوة ذراع ونصف بذراع العامة وذلك أربعة وعشرون اصبعاً بعدد حروف لا إله إلا الله محمد رسول الله ، والميـل ثلاث فراسخ ، وفي الذخيرة للقرافي الميل في الأرض منتهى مد البصر ، لأن البصر يميل فيه على وجه الأرض حتى يقع إدراكه ، وفيه سبعة مذاهب . وقال صاحب التنبيهـات هو عشر غلاء ، والغلوة طلق الفرس ، وهو بمائتا ذراع فيكون الميل الف ذراع. وفي المغرب الغلوة ثلاثمائة ذراع . الثالث : ثلاثة آلاف ذراع نقله صاحب البيان . الرابع: أربعـة آلاف ذراع . الخامس : مد البصر ذكره الجوهري . السادس : الف خطوة بخطوة الجمـل . السابع : أن ينظر إلى الشخص فلا يعلم أهو آت أم ذاهب أرجل هو أم امرأة .

( ولا يعتبر السير في الماء ) هذا كلام القدوري ، وفسره المصنف بقوله ( معناه لا يعتبر به السير في البر ) الضمير في به يرجع إلى السير في الماء ، يعني لا يعتبر سير البر بسير الماء ،

فأما المعتبر في البحر بما يليق بحاله كما في الجبل . قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما. وقال الشافعي «رح» فرضه الأربع

---

بيانه فيما إذا قصد الى موضع له طريقان ، احدهما من البر والآخر من البحر ، ومن طريق البر مسيرة ثلاثة أيام ، ومن طريق البحر أقل من ذلك ، فلو سلك مع طريق البر يترخص وخص المسافرين ، ولو سلك طريق البحر لا يترخص ولا يعتبر أحدهما بالآخر ، والمعتبر في البحر ما يليق بحاله ، وهو معنى قوله .

( فأما المعتبر في البحر بما يليق بحاله ) يعني يعتبر السير فيه ثلاثة أيام ولياليها بعد أن كانت الريح مستوية لا ساكنة ولا عالية ( كما في الجبل ) فإنه يعتبر فيه ثلاثة أيام ولياليها، وإن كان تلك في السهل يقطع بما دونها .

( قال ) أي القدوري ( وفرض المسافر في الرباعية ركعتان ) قيد الفرض احترازاً عن السنن إذ لا يتصف فيها ، وقيد الرباعية احترازاً من الفجر والمغرب والوتر ، فإنها لاتصف ( ولا يزيد عليهما ) أي على الركعتين ، وقال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه الصلاة في السفر ركعتان لا يصح غيرهما . وقال الأوزاعي إن قام إلى الثالثة فإنه يكفيها ويسجد سجدتي السهو ، وقال الحسن بن حي إذا صلى أربعاً متعمداً أعادها إذا كان ذلك منه الشيء اليسير ، فإن طال ذلك منه وكثر في سفره لم يعد ، وقال ابن أبي سليمان إن صلى أربعاً متعمداً يعيد ، وإن كان ساهياً لا يعيد .

ومذهبنا القصر وهو فرض المسافر المتعين ، وبه قال عمر وعلي وابن مسعود وجابر وابن عباس وابن عمر والثوري وحماد بن أبي سليمان « رض » . وقال الأثرم قلت لا حمل للرجل أن يصلي أربعاً في السفر ، قال لا ما يعجبني ، وحكى ابن المنذر في الأشراف إن أحمد قال أنا أحب العافية عن هذه المسألة ، وقال البغوي هذا قول أكثر العلماء . وقال الخطابي الأولى القصر ليخرج من الخلاف . وقال الترمذي العمل على ما فعله رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما وهو القصر ، وهو قول محمد بن سحنون. وقد اختاره القاضي اسماعيل بن إسحاق المالكي وهو رواية عن مالك وأحمد حكاهما ابن المنذر .

( وقال الشافعي فرضه الأربع ) أي فرض المسافر أربع ركعات ، وبه قال مالك

## والقصر رخصة

وأحمد في رواية ( والقصر رخصة ) أي قصر المسافر صلاته رخصة ، وهي في اللغة عبارة عن الإطلاق والسهولة ، وفي الشريعة ما يكون ثابتاً ابتداء على أعذار العباد تيسيراً ، وعند القصر عزيمة وهي في اللغة عبارة عن الإرادة المؤكدة ، دل ذلك على قوله تعالى ﴿ ولم نجد له عزماً ﴾ ١١٥ طه ، أي قصداً بليغاً ، وفي الشريعة ما يكون ثابتاً غير متصل بعارض ، فسمي عزيمة ، وقال صاحب المجمع ونرى القصر عزيمة لا رخصة . وفي المبسوط القصر عزيمة في حق المسافر عندنا . وقال الاترازي فيه اختلاف المشايخ أفما (١) منهم على أنه رخصة . وقال صاحب التحفة هو عزيمة ، والأكمل مكروه ، وقال الشافعي أنه مخير بين القصر والإتمام ، لكن الإتمام أفضل ، وفائدة الخلاف تظهر في افتراض القعدة على رأس الركعتين من الرباعية حتى لو قام إلى الثالثة من غير قصده فسدت صلاته عندنا ، ولو أتم صلاته فقد أساء لتأخير السلام .

احتج الشافعي ومن قال بمذهبه بقوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم أن تقصروا من الصلاة ﴾ ١٠١ النساء ، وأنه شرع القصر بلفظ لا جناح ، وهو تذكر للإباحة لا للوجوب كما قال تعالى ﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ﴾ ٢٣٦ البقرة ، فدل أن القصر مباح ، ولما كان مباحاً كان المسافر فيه بالخيار وبما رواه مسلم ، والأربعة عن يعلى بن أمية .

فإن قلت لعمر بن الخطاب قال الله تعالى ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ ١٠١ النساء ، فإن خفتم فقد أمن الناس ، قال عجبت مما عجبت منه ، فسألت رسول الله ﷺ فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته فقد علق القصر بالقبول ، وسماه صدقة ، والمتصدق عليه مخير في قبول الصدقة فلا يلزمه القبول حتماً ، وبما روي عن عائشة رضي الله عنها ، قالت سافرت مع النبي ﷺ ، فلما رجعت قال يا عائشة ما صنعت في سفرك ما أتممت الذي قصرت وصمت الذي أفطرت ، فقال أحسنت ، ولأن هذا رخصة شرعت للمسافر فيتخير فيه .

---

(١) هكذا كتبت في الأصل .

( اعتباراً بالصوم ) فان الصيام يتخير فيه في السفر ، ولأنه لو اقتدى بالمقيم يصير فرضه أربعاً ، ولو كان فرضه ركعتين لا يتغير بالاقتداء بالمقيم كما في الفجر ، ولنا أحاديث منها حديث عائشة قالت فرضت الصلاة ركعتين فأقصرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر ، رواه البخاري ومسلم . ومنها حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال فرض الله الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع ركعات ، وفي السفر ركعتين ، وفي الخوف ركعة ، ورواه الطبراني في معجمه بلفظ افترض رسول الله ﷺ ركعتين وفي السفر كما افترض في الحضر أربعاً . ومنها حديث عمر رضي الله عنه صلاة السفر ركعتان وصلاة الضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان محمد ﷺ ، رواه النسائي وابن ماجة وابن حبان في صحيحه .

ومنها حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ أتانا ونحن ضلال ، فعلمنا ، فكان فيما علمنا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلي ركعتين في السفر ، رواه النسائي . ومنها حديث أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ المتمم الصلاة في السفر كالمقصر في الحضر ، رواه الدارقطني في سننه .

والجواب عن تعلقه بالآية أن المراد من القصر المذكور فيها هو القصر في الأوصاف من ترك القيام إلى القعود أو ترك الركوع أو السجود إلى الإيماء لخوف العدو ، وبدليل أنه علق ذلك بالخوف إذا قصر الأصل غير متعلق بالخوف بالإجماع بل متعلق بالسفر ، وعندنا قصر الأوصاف عند الخوف مباح لا واجب مع أن رفع الجناح في النص لدفع توهم النقصان ، فرفع ذلك عنهم في صلاتهم بسبب روايتهم على الإتمام في الحضر ، وذلك مظنة توهم النقصان ، فرفع ذلك عنهم .

والجواب عن حديث يعلى بن أمية أنه دليلنا لأنه أمرنا بالقبول والأمر للوجوب ، ولأن هذه صدقة واجبة في الذمة ، فليس له حكم المالي ، فيكون إسقاطاً محضاً ولا يرتد بالرد كالصدقة بالقصاص والطلاق والعتاق يكون إسقاطاً لا ترتد بالرد .

فإن قلت خياره في قبول الصدقة بمنزلة رجل له قبل آخر أربعة دراهم فتصدق عليه

بدرهمين ، فان المتصدق عليه إن شاء قبل الصدقة ، فيبقى عليه درهمان ، وإن شاء رد الصدقة ، فيكون عليه الأربع ، فكذا هذا . قلت هذا يكون نصب شريعة مفوضاً إلى رأي العبد كان الله تعالى قال اقصروا إن شئتم ، وهذا لا نظير له ، وأمر الله من ندب وإباحة ووجوب نافذة بنفسها غير متعلقة برأى العبد .

والجواب عن حديث عائشة أن الروايات متعارضة عنها ، فالتعلق بها غير مستقيم ، وقيل هو محمول على إتمام الأركان ، وكذا كل ما جاء في الأخبار من الإتمام ، بدليل ماروي في حديث مشهور أنه ﷺ صلى الظهر بأهل مكة عام حجة الوداع ركعتين ، ثم أمر منادياً ينادي بأهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ، ولو كان فرض المسافر أربعاً لم يخير منهم فضيلة الجماعة معه . وأما اعتبارنا بالصوم فسيأتي جوابه عن قريب إن شاء الله تعالى . وأما قوله — ولأنه لو اقتدى بالمقيم .. الخ — فينقض بظهر المقيم ، فإن فرضه بدون المقيم أربع وسبب القوم وهو الجماعة يصير ركعتين وهو الجمعة ، كذا ذكره شيخ الإسلام .

فان قلت في صحيح البخاري صلى عثمان بن عفان رضي الله عنه بمنى أربع ركعات . قلت لما قيل ذلك لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه فاسترجع ثم قال صليت مع رسول الله ﷺ بمنى ركعتين ، وصليت مع أبي بكر الصديق رضي الله عنه ركعتين ، وصليت مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمنى ركعتين .

قلت خطمى من أربع ركعات ركعتين ينقلبتان [1] ، قال أبو بكر الرازي اعتمد عثمان رضي الله عنه إتمامه بأنه تأهل بمكة ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه إنما أتم لأنه نوى الإقامة بمكة بعد الحج ، وقيل فعل ذلك من أجل الأعراب الذين حضروا معه لئلا يظنون أن فرض الصلاة ركعتين ابتداء حضراً وسفراً ، وقيل لأنه كان إمام المؤمنين فكأنه في منزله . قلت في كل ذلك نظر .

(١) هكذا عبارة الكتاب فيها خطأ .

ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه ، وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لأنه يقضى ،

---

أما الأول : فلأن النبي عليه السلام سافر بأزواجه وقصروا .

وأما الثاني: فلأن الإقامة بمكة حرام على المهاجر فوق ثلاث .

وأما الثالث : فان هذا المعنى كان موجوداً في زمان النبي عليه السلام بل انتهى أمر الصلاة في زمان عثمان أكثر مما كان .

وأما الرابع: فلأن النبي ﷺ كان أولى بذلك من عثمان رضي الله عنه وكذلك أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، وأحسن ما يقال في ذلك أنه رأى القصر جائزاً والإتمام جائزاً، فأخذ بأحد الجائزين ، وكذلك يقال فيما فعلت عائشة رضي الله عنها من الإتمام .

(ولنا أن الشفع الثاني لا يقضى) أراد أن المسافر إذا لم يصل الشفع الثاني لا يقضي فدل على أن الفرض ركعتين ، إذ لو كان أربعاً كان تجب عليه أن يقضي ركعتين ( ولا يؤثم على تركه ) أي ولا ينسب إلى الإثم على ترك الشفع كالتنفل ، ولا يؤثم على صيغة المجهول بالتشديد ( وهذا ) إشارة إلى كل واحد من عدم القضاء وعدم التأثيم ( آية النافلة ) أي علامة النافلة .

فان قلت شكل هذا بالزائد على قراءة آية أو ثلاث ، فانه لو أتى به يثاب ويقع فرضاً، وكذا من لا استطاعة له على الحج لو تركه لا يعاقب ولا أتى به يثاب ويقع فرضاً . قلت وقوع الفرض في الصورتين بعد الإتيان به بدليل آخر وهو تبادل الأمر ، وأما في الحج فلأنه أتى مكة صار مستطيعاً فيفرض عليه حتى لو تركه يأثم .

( بخلاف الصوم ) هذا جواب عن قياس الشافعي بالصوم حيث قال اعتباراً بالصوم ، وتقدير الجواب أن رخصة الصوم ترفية مبناها سقوط وجوب الأداء في الحال على وجه يترتب عليه القضاء ، ولهذا يسقط في السفر فانه يقضي في الحضر ، وهو معنى قوله ( لأنه يقضى ) أي لأن الصوم يقضى إذا تركه ، بخلاف الشفع فانه لا يقضى ، فالقياس حينئذ باطل . وقد قال الأكمل وفيه بحث من وجهين الأول : أن هذا تعليل في مقابلة

وإن صلى أربعاً وقعد في الثانية قدر التشهد أجزأته الأوليان عن الفرض ، والآخر يكن له نافلة اعتباراً بالفجر ، ويصير مسيئا لتأخير السلام ،

---

النص ، لأن الله تعالى قال ﴿ فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ ١٠١ النساء ، ولفظ لا جناح تـذكر للاباحة دون الواجب ، ولأن النبي ﷺ سماه صدقـة ، والمتصدق عليه بالخيار في القبول وعدمه .

الثاني : ان الفقير لو لم يحج ليس عليه قضاء ولا إثم ، وإذا حج كان فرضاً فلم يكن ما ذكرتم آية النافلة .

قلت الجواب عنها وأحسنها ، أما عن الأول فان القصر المذكور في الآيـة معقود بشرط الخوف بالاتفاق ، إذ الخائن وغيره سواء في قصر السفر ، أو نقول ليس المراد منه قصر أعداد الركعات ، بل المراد هو القصر في أوصاف الصلاة كما في الايماء أو الاباحة الاختلاف أو المشي في صلاة الخوف ، لأن مثله في غيرها يفسد الصلاة ، فسماه قصراً وأباح الصلاة معه ، والتصدق بماله يحتمل التمليك من غير معترض الطاعة ، كالطاعة إسقاط لا يرتد بالرد ، فلأن يكون من معترض الطاعة أولى . وأما الجواب عن الثاني ما ذكرناه عن قريب .

( وإن صلى ) أي المسافر ( أربعاً ) أي أربع ركعات في الرباعية ( وقعد في الثانية ) أي في الركعة الثانية ( قدر التشهد أجزأته ) يعني تجوز صلاته ( والأخريان )[1] أي الركعتان الأخريان اللتان زادهما ( نافلة ) لأن فرضه ركعتان وقدتم فرضه بالقعود وعقيب الشفع الأول وبناء النفل على تحريمة الفرض يجوز ، فصح إلا أنـه كره لترك التسليم ( اعتبـاراً بالفجر ) يعني إذا صلى الفجر أربعـاً بعد القعدة الأولى تجزئه صلاتـه وإلا فلا ( ويصير مسيئـاً لتأخير السلام ) لأن إصابة السلام في آخر الصلاة واجب فإذا تركها يأثم .

---

(١) أجزأته الأوليان عن الفرض ــ نسخة .

وإن لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل إكمال أركانها . وإذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين

---

( وإن لم يقعدها في الثانية قدرها ) أي قدر قعدة التشهد ( بطلت ) أي صلاته، وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح » لا تبطل لما تقدم أن عندهم رخصة ترقيته ( لاختلاط النافلة بها ) أي بصلاته التي شرع فيها ( قبل إكمال أركانها ) لأن القعدة الأخيرة ركن وقد تركها .

فإن قلت المسافر كما يحتاج إلى القعدة يحتاج إلى القراءة ، فإذا لم يقرأ في الركعتين وقام إلى الثالثة ونوى الإقامة وقرأ في الأخريين جازت صلاته عندهما خلافاً لمحمد فكيف يبطل بترك القعدة ، قلت الكلام فيما إذا لم يقعد في الأولى وأتم أربعاً من غير نية الإقامة بخلاف ما إذا نوى الإقامة فإنه يصير فرضه أربعاً ويعني قراءته في الأخريين عن القراءة في الأوليين لم تبق القعدة الأولى فرضاً ، وفي المفيد والتحفة لو صلى أربعاً وترك القراءة في الأوليين أو في أحدهما تفسد صلاته عندنا ، وعند الشافعي لا تفسد . قلت هذا لا يستقيم عند الشافعي ، لأن القراءة ركن عنده في جميع الركعات .

( وإذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين ) أي بيوت مصر صلى ركعتين من الرباعية . وفي المبسوط يقصر حتى يخلف عمران المصر . وفي الذخيرة والمرغيناني إن كانت لها محلة مبتدأة من المصر ، وكانت قبل ذلك متصلة بها ، فانه لا يقصر ما لم يجاوزها ويخلف دونها ، بخلاف القرية التي تكون بعد المصر ، فانه يقصر ، وإن لم يجاوزها . وقال محمد في الأصل ولا يصل المسافر في ركعتين حتى يخلف المصر . وعن الحسن عن أبي حنيفة من خرج من الكوفة يريد سفراً ، فاذا جاوز الفرات وهو يريد بغداد قصر ، وإن كان يريد مكة فحين يجاوز الأبيات وإن كان في سفينة فحين يركبها إلا أن يكون في وسط المصر فيعتبر أن يجاوز البيوت .

وفي جوامع الفقه إذا جاوز حيطان المصر قصر على ظاهر المذهب. وعن الحسن فمن خرج مسافراً وبقرب مصر قرية . فان كان بينهما طول سكة لا يقصر ما لم يجاوز القرية ،

وإن كان أكثر قصر حين خرج من العمران ، وعلى هذا إذا كانت قرى متصلة تربص المصر لا يقصر ما لم يجاوزها ، وإن كانت فراسخ ، وعن بعضهم إذا جاوز التربص قصر .

وفي المفيد والتحفة المقيم إذا نوى السفر ومشى أو ركب لا يصير مسافراً ما لم يخرج من عمران المصر ، لأن بنية العمل لا يصير عاملاً ما لم يعمل كالصائم إذا نوى الفطر لا يصير مفطراً ، وفي المحيط والصحيح أنه يصير مفطراً ويعتبر مجاوزة عمران المصر ، إلا إذا كان ثم قرية أو قرى متصلة بأرض المصر ، فانه حينئذ يعتبر بمجاوزة القرى ، وذكر الإمام التمرتاشي والأشبه أن يكون الإنفصال عن المصر قدر غلوة فحينئذ يقصر .

فان قلت يشكل بصلاة الجمعة والعيدين ، فانه يجوز إقامتها في هذا المقدار والجمعة لا تقام إلا في المصر . قلت فناء المصر إنما ألحق به فيما كان من حوائج أهله ، والجمعة وصلاة العيدين من حوائج أهله وقصر الصلاة ليس منها ، واختلفوا في تقدير الفناء فقدرها بعضهم بفرسخين ، وبعضهم بثلاثة فراسخ ، ذكره في المحيط ، وقال شمس الأئمة السرخسي والإمام خواهر زادة ، والصحيح أن الفناء مقدر بالغلوة .

وقال الشافعي في البلد يشترط مجاوزة السور لا مجاوزة الابنية بالسور خارجة ، وحكى الرافعي وجهان المعتبر مجاوزة الدور ، ورجح الرافعي هذا الوجه في المحرر ، والأول في الشرح ، وإن لم يكن في جهة خروجه سور ، وكان في قرية يشترط مفارقة العمران . وفي المغني لابن قدامة ليس لمن نوى السفر القصر ، حتى يخرج من بيوت مصره أو قريته ويخلفها وراء ظهره ، قال وبه قال مالك والأوزاعي وأحمد والشافعي وإسحاق وأبو ثور « رح » .

وقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وعن عطاء وسليمان بن موسى أنهما كانا يبيحان القصر في البلد لمن نوى السفر ، وعن الحارث بن أبي ربيعة أنه أراد سفراً فصلى بالجماعة في منزله ركعتين وفيهم الأسود بن مزيد وغير واحد من أصحاب عبد الله رضي الله عنهم ، وفي الدراية والشرط عند الشافعي ومالك وأحمد « رح » أن لا يحاذيه عن يمينه أو يساره شيء من البنيان ، وفي رواية أن يكون في المصر ثلاثة أميال ،

## لأن الإقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها ، وفيه الأثر عن علي رضي الله عنه

وحكي عن عطاء أنه قال إذا دخل عليه وقت صلاة بعد خروجه من منزله قبل أن يفارق بيوت المصر يباح له القصر . وقال مجاهد إذا ابتدأ السفر بالنهار لا يقصر حتى يدخل الليل ، وإن ابتدأ بالليل لا يقصر حتى يدخل النهار . وفي المجتبى الدستاني إذا سافر يقصر إذا جاوز بيوت القرية وحيطانها ، وإن لم يكن قرية فالبيوت ، وعند الشافعي القروي إذا جاوز البابين والمزارع المحوطة يقصر ، والبدوي إذا انفصل عن الحلية إذ الحلية كالحي ويعتبر مع ذلك مجاوزة مواضعها كالمطرح الزياد وملعب الصبيان ومعاطن الإبل .

( لأن الإقامة تتعلق بدخولها ) أي الإقامة من السفر تتعلق بدخول بيوت المصر ( فيتعلق السفر بالخروج عنها ) أي عن بيوت المصر ، لأن الشيء إذا تعلق بالشيء تعلق ضده ، وحكم الإقامة وهو الإتمام لما تعلق هذا الموضع تعلق حكم السفر بالمجاوزة عنه ، والمعتبر الجانب الذي يخرج منه لا الجانب الذي بحذاءه حتى لو خلف الأبنية التي في طريقه قصر ، وإن كان بحذائه أبنية أخرى من جانب آخر من المصر ، وقيل يعتبر مجاوزة بفناء المصر كان بينها وبين فنائها أقل من غلوة ، ولم يكن بينهما مزرعة يعتبر مجاوزة الفناء وإلا لا يعتبر الفناء ، بل يعتبر مجاوزة عمران المصر ، وإن كانت قرية متصلة بربض المصر يعتبر مجاوزتها هو الصحيح ، وإن كانت متصلة بفنائها لا بربضها يعتبر الفناء دون القرية .

( وفيه الأثر ) أي فيما ذكرنا من أن الحكم السفر بمفارقة بيوت المصر الأثر عن الصحابة رضي الله عنهم ، قال السغناقي وهو المأثور ( عن علي رضي الله عنه ) وتبعه الأكمل وغيره في هذا . قلت رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عباد بن القوام عن داود بن أبي هند عن أبي حرب بن أبي الأسود الديلي أن علياً رضي الله عنه خرج من السفر فصلى الظهر أربعاً ، ثم قال انا لو جاوزنا هذا الخص لصلينا ركعتين ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن داود بن أبي هند عن أبي حرب بن أبي الأسود أن علياً رضي الله عنه لما خرج من البصرة ، فأتى خصا فقال له هذا الخص فصلينا ركعتين ، فقلت وما الخص قال بيت من قصب . قلت هو بضم الخاء المعجمة وتشديد الصاد المهملة .

لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الإقامة في بلدة أو قرية خمسة عشر يوما أو أكثر .

---

( لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ) هذا بيان قوله وفيه الأثر قائله هو علي بن أبي طالب رضي الله عنه كما ذكرنا ، وفيه حديث أخرجه البخاري ومسلم عن أنس رضي الله عنه قال صليت الظهر مع رسول الله ﷺ بالمدينة أربعاً والعصر بذي الحليفة والعجب من السغناقي أنه ذكر هذا الحديث ثم قال كذا في المصابيح وهذا يدل على عدم اطلاعه في كتب الأحاديث الأمهات .

( ولا يزال ) أي المسافر ( على حكم السفر ) من القصر والإفطار والمسح على الخفين ثلاثة أيام وغير ذلك مما ذكرنا في أول الباب ( حتى ينوي الإقامة ) يعني بعد أن سار ثلاثة أيام إذا نوى الإقامة قبل أن يسير ثلاثة أيام وعزم الرجوع إلى وطنه فانه يكون مقيماً وإن كان في المفازة ، وبه صرح في شرح الطحاوي للاسبيجابي ( في بلدة أو قرية خمسة عشر يوماً ) فيه ثمانية عشر قولاً .

عن أبي حنيفة إذا وضعت رجلك بأرض فأتم ، وعن ربيعة إقامة يوم وليلة ، وعن ابن المسيب ثلاثة أيام ، وعن الشافعي ومالك وأحمد في رواية أربعة أيام ، وعن أحمد خمسة أيام ، وعنه أنه ينوي اثنين وعشرين صلاة ذكره في المغني وجعله مذهباً ، وعن الحسن بن صالح ومحمد بن علي عشر أيام وهو قول علي رضي الله عنه ، وعن ابن عمر اثني عشر يوماً ، وعن الأوزاعي ثلاثة عشر يوماً ، وفي رواية ستة عشر يوماً ، وعن الشافعي في قوله سبعة عشر يوماً ، وعنه ثمانية عشر يوماً وصححوه ، وعن إسحاق تسعة عشر يوماً ، وعن الحسن البصري يقصر حتى يأتي مصراً من الأمصار ، وعن بعضهم عشرون يوماً ، وعن أحمد ذكره ابن المنذر ، وعنه إحدى وعشرين صلاة . والقول السابع عشر يقصر أبداً ، والقول الثامن عشر هو قول أصحابنا وقول الثوري والليث في رواية . وهو المروي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما وهو اختيار المزني .

( أو أكثر ) أي إذا كثر عن خمسة عشر يوماً . وقال الأكمل هذا زائد . قلت أراد أنه لا حاجة إلى ذكر لفظ أكثر ، لأن الحكم إذا ثبت في خمسة عشر يوماً ففيما وراءها

وإن نوى أقل من ذلك قصر ، لأنه لا بد من اعتبار مدة ، لأن السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لأنهما مدتان موجبتان، وهو مأثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنه ، والأثر في مثله كالخبر

---

بطريق الأولى ، ولكن المقدرات الشرعية ما يمنع الأقل لا الأكثر كنصاب الشهادة والسرقة والزكاة ، فربما يظن ظان أن نية الإقامة في محلها بخمسة عشر يوماً يمنع من القصر ولا يمنع أكثر من ذلك ، فقال وإذا كثر دفعاً للظن بذلك .

( وإن نوى أقل من ذلك ) أي من خمسة عشر يوماً ( قصر ) صلاته ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا بد من اعتبار مدة ، لأن السفر يجامعه اللبث ) يعني أن المسافر ربما يلبث في بعض الموضع لمصلحة له كانتظار الرفقة أو شراء السلعة فلا يعتبر ذلك فلا بد من أن يقدر اللبث مدة ( فقدرناها ) أي المدة ( بمدة الطهر لأنهما ) أي لأن مدة الإقامة ومدة الطهر ( مدتان موجبتان ) فان مدة الطهر توجب إعادة ما سقط من الصوم والصلاة بحكم الحيض ومدة الإقامة يوجب ما سقط بحكم السفر حكماً متعذراً أدنى مدة الطهر بخمسة عشر يوماً ، فكذلك أدنى مدة الاقامة ، ولهذا قدرنا أدنى مدة الحيض والسفر بثلاثة أيام لكونهما يسقطان .

( وهو ) أي التقدير بمدة الطهر ( مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ) هذا أخرجه الطحاوي رضي الله عنه ، قالا إذا قدمت بلدة وأنت مسافر ، وفي نفسك أن تقوم خمسة عشر يوماً فأكمل الصلاة بها ، وإن كنت لا تدري متى تظعن فاقصرها ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع ثنا عمر بن ذر عن مجاهد بن عمر أن ابن عمر كان إذا اجتمع على إقامة خمسة عشر يوماً أتم الصلاة أخرجه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة ما سوى ابن مسلم عن مجاهد عن عبد الله بن عمر قال إذا كنت مسافراً فوطنت نفسك على إقامة خمسة عشر فأتم الصلاة ، وإن كنت لا تدري فأقصر .

وقال الشافعي إذا نوى إقامة أربعة أيام صار مقيماً لا يباح له القصر وفي قول إذا قام أكثر من أربعة أيام كان مقيماً ، وإن لم ينو الاقامة ، واحتج الأول بظاهر قوله تعالى

﴿ وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ﴾ ١٠١ النساء ، علق القصر بالضرب في الأرض ، ومن نوى الاقامة فقد قول الضرب والمعلق بالشرط معدوم عند عدمه ، إلا إنما بيناها ما دون ذلك بدليل الاجماع ، والثاني ما روي أن النبي ﷺ قصر للمهاجرين للمقام بمكة بعد قضاء المناسك ثلاثة أيام فهو دليل على أن الزيادة على ذلك يثبت حكم الاقامة ، وروي عن عثمان رضي الله عنه مثل مذهبه ، ولما اختلفت الصحابة كان الأخذ بقول عثمان رضي الله عنه أولى للاحتياط ، وروي أن عمر رضي الله عنه لما أجلى اليهود والنصارى من جزيرة العرب ، ثم ضرب لمن يقدم تاجراً أن المقيم ثلاثة أيام فعلم أن ثلاثة أيام مدة السفر ، فاذا زاد على ذلك صار مقيماً .

ولنا لما ترك ظاهر الآية بالاجماع كان الأخذ بما قلنا أولى لما روي عن ابراهيم أنهما قالا أقل مدة الاقامة خمسة عشر يوماً وسئل ذلك التوقف فيترك منزلة المنصوص ، وروى جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام دخل مكة صبيحة اليوم الرابع من ذي الحجة وخرج إلى منى يوم التروية ، وكان يقصر الصلاة وقد أقام أكثر من ثلاثة أيام .

فان قلت الحديث محمول على ما إذا لم ينو الاقامة وبدون النية لا يصير مقيماً بأربعة أيام عنده . قلت لا يصح هذا لأنه عليه السلام دخل مكة للحج لا بد أنه ينوي الاقامة حتى يقضي حجه وقضى حجه فيما ذكرنا كان أكثر من أربعة أيام وقع ذلك كأن يقصر ، وأما الحديث فانه عليه السلام إنما قدر هذا لأنه علم أن حوائجهم كانت ترفع في هذه المدة لا لتقدير أدنى مدة الاقامة . وما روي عن عثمان رضي الله عنه معارض بما روي عنه أنها تقدر بخمسة عشر يوماً ، فدل على رجوعه . وأما دعوى الاحتياط فانه يشكل بما لو نوى الاقامة ثلاثة أيام أو أقل لا يصير مقيماً ، وإن كان الاحتياط فيه ، وقال الطحاوي ما قال الشافعي خلاف الاجماع لأنه لم ينقل عن أحد قبله بأن يصير مقيماً بنية الاقامة أربعة أيام .

فان قلت روي عن ابن المسيب أنه قال من أجمع على أربع وساعة أتم صلاته . قلت يعارضه ما روي عن ابراهيم عن داود بن أبي منبه عن ابن المسيب أنه قال إذا أقام المسافر

والتقييد بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا تصح نية الإقامة في المفازة وهو الظاهر ، ولو دخل مصراً على عزم أن يخرج غداً أو بعد غد ولم ينو

---

خمسة عشرة أتم الصلاة ، وما كان دون ذلك فليقصر ، ومع هذا لا يجوز أن يعارض قول ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما ، وعن يحيى بن أبي إسحاق للرأي فيه ، فالظاهر أن الصحابي رواه عن رسول الله ﷺ والخبر موجب فكان الأثر كذلك .

فإن قلت كيف مع أنه قال فيه معنى معقول أصله بالأثر ، لا أن يثبت أصلها بدليل المعقول ، فكان هذا من قبيل ترجيح أحد الأمرين بالقياس ، ثم اعلم أنا قلنا إنما يصير مقيماً بنية الإقامة إذا سار ثلاثة أيام ، فأما إذا لم يسر ثلاثة أيام فعزم على الرجوع ونوى الإقامة يصير مقيماً ، وإن كان في المفازة كذا ذكر فخر الإسلام وفي المجتبى لا يبطل السفر إلا بنية الاقامة أو دخول الوطن أو الرجوع اليه قبل الثلاثة ، وبه قال الشافعي في الظهر ونية الاقامة إنما تؤثر بخمس شرائط .

أحدها : ترك الاقامة أو تحريره لم تصح ، واتحاد الوضع والمدة والاستقلال بالرأي حتى لو نوى من كان تبعاً لغيره لا يعتبر كالحربي والزوجة والرقيق والأجير والتلميذ مع استاذه ، والغريم المفلس مع صاحب الدين إلا إذا نوى متبوعه ، ولو نوى المتبوع الاقامة ولم يعلم بها التابع فهو مسافر حتى يعلم كالوكيل إذا عزل وهو الأصح ، وعن بعض أصحابنا يصيرون مقيمين ويعيدون ما أدوا في مدة عدم العلم .

( والتقييد ) أي تقييد محمد بن الحسن صحة نية الاقامة ( بالبلدة والقرية يشير إلى أنه لا تصح نية الاقامة في المفازة ) لأن شماله يبطل عن يمينه ( وهو الظاهر ) من الروايات ، واحترز به عما روي عنه أبو يوسف أن الرعاة إذا تركوا موضعاً كثير الكلأ والماء ونووا الاقامة خمسة عشر يوماً والماء والكلأ يكفيهم بتلك المدة يصيرون مقيمين ، وكذا التراكمة والأعراب والأكراد في ظاهر الرواية لا تصح نية الاقامة إلا في موضعها وهو العمران والبيوت المتخذة من الحجر والمدر لا الخيام والأخبية من الوبر ، كذا في فتاوى قاضي خان .

( ولو دخل مصراً على عزم أن يخرج غداً أو بعد غد ) أي ولو دخل المسافر مصراً من الأمصار على نيـــة أن يخرج منه غداً أو يخرج بعد غد ( ولم ينو ) أي والحال أنه لم ينو

مدة الإقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لأن ابن عمر أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر ، وعن جماعة من الصحابة « رض » مثل ذلك

---

( مدة الاقامة حتى بقي ) في ذلك المصر ( على ذلك ) العزم ( سنين ) عديدة ( قصر ) وعند الشافعي إذا قام ستة عشر يوماً أتم ، وإن لم ينو الاقامة وعنه إذا أقام أكثر من أربعة أيام أتم ، وعنه إذا أقام ثمانية عشر يوماً أتم ، وأخذ الشافعي بما قامه النبي ﷺ بمكة سبعة عشر يوماً أو ثمانية عشر يوماً ، فمن أقام أكثر من ذلك يتم ما زاد على الأصل ، إذ القصر عارض فلم يثبت إلا بقدر ما زاد .

قلت ما رواه يلينا لأنه ﷺ كان يقصر عند عدم النية والاقامة ، وأما قوله بقي ما زاد على الأصل فنقول ترك ذلك بإجماع الصحابة ، وقال الترمذي أجمع أهل العلم على أن للمسافر أن يقصر ما لم يجمع الاقامة وإن أتى عليه سنون وقال ابن المنذر مثله .

( لأن ابن عمر رضي الله عنه أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر ) هذا الأثر رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه أقام بأذربيجان ستة أشهر يقصر الصلاة ، أخرجه البيهقي في المعرفة عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه أقام ارتج علينا الثلج ونحن بأذربيجان ستة أشهر في غزاة ، فكنا نصلي ركعتين ، قال الترمذي وهذا سند على شرط الشيخين . قلت فلذلك خالف المزني الشافعي في ذلك ووافقه الجماعة . النووي

وأذربيجان بفتح الهمزة مقصوراً وضبطه الأصلي والمهلب بمده . قال صاحب المشارق والأنوار ضبطناه عن الأسدي بكسر الباء ، وضبطناه عن أبي عبد الله بن سليمان وغيره بفتحها ، وحكى فيه ابن مكي بفتح الذال وسكون الراء ، وقال ابن الأجداني كلام العرب به سكون الذال وفتح الراء . وضبط عن المهلب أذربيجان بكسر الراء وتقديم الياء آخر الحروف على الباء الموحدة وهو اسم البلاد بترزد وبتريز من أجل مدتها ، والنسبة اليها أذرى وأذربي .

( وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل ذلك ) أي مثل ما روي عن ابن عمر رواه مسلم في صحيحه أقامت الصحابة برامير من تسعة أشهر يقصرون الصلاة ، وروى

وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الإقامة بها قصروا ، وكذا إذا حاصروا فيها مدينة أو حصناً ، لأن الداخل بين أن يَهزِم فيفر ، وبين أن يُهزَم فيفر ،

---

البيهقي وغيره أن أنساً رضي الله عنه أقام بالشام مع عبد الملك بن مروان شهرين يصلي صلاة المسافر ، وأقام سعد بن أبي وقاص بالشرع خمسين ليلة ومعه المسور بن مخرمة وعبد الرحمن بن الأسود حتى دخل رمضان فصام المسور وعبد الرحمن وأفطر سعد بن أبي وقاص فقيل يا سعد أنت صاحب رسول الله ﷺ ، وشهدت بدراً والمسور يصوم وعبد الرحمن وأنت تفطر قال سعد أنا أفقه منهم ، رواه البيهقي في سننه الكبير .

وفي المحلى لابن حزم عن أبي وائل قال كنا مع مسروق بالسلة سنتين وهو عامل عليها فصلى بنا ركعتين حتى انصرف ، وعن أبي منهال العترى قال قلت لابن عباس إني أقيم بالمدينة حولاً لا أشد على سير قال صلي ركعتين . وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا القاسم بن حبان عن الحسن قال كنا مع عبد الرحمن بن سمرة ببعض بلادنا فارق سنين فكان لا يجمع ولا يزيد على ركعتين . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع ثنا المثنى بن سعيد عن أبي حمزة نصر بن عمران قال ، قلت لابن عباس إنا نطيل القيام بخراسان فكيف تهدي فقال صل ركعتين وإن أقمت عشر سنين .

( وإذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الاقامة فيها قصروا ) الرباعية ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال زفر يتمون وهو رواية عن أبي يوسف وقال الشافعي في الجديد إذا نووا إقامة أربعة أيام ، وقال في القديم كقولنا . وقال النووي المحارب إذا نوى إقامة أربعة أيام يصير مقيماً في أصح القولين ( وكذا ) يقصرون ( إذا حاصروا فيها ) أي في أرض الحرب ( مدينة أو حصناً لأن الداخل ) في أرض الحرب ( بين أن يهزم فيفر ) كلمة أن مصدرية ، ويهزم على صيغة المعلوم ، وقوله فيفر أيضاً على صيغة المعلوم ( وبين أن يهزم فيفر ) وكلمة أن مصدرية ، ويهزم على صيغة المجهول ، وقوله فيفر على صيغة المعلوم بالفاء من الفرار ، والحاصل أن أمر هذا الداخل يلي أمرين متناقضين فلا يعمل فيه نية

فلم تكن دار إقامة . وكذا إذا حاصروا أهل البغي في دار الإسلام في غير مصر أو حاصروهم في البحر لأن حالهم مبطل عزيمتهم ،

---

الاقامة ( فلم تكن دار إقامة ) لأنها ليست بموضع إقامة المسلين لمكان الحرب فلم تصح النية كما في المفازة .

(وكذا)الحكم( إذا حاصروا أهل البغي في دار السلام [١] في غير مصر ) يعني في مفازة وأهل البغي هم الذين خرجوا على السلطان ( أو حاصروهم في البحر ) أي أو حاصر أهل العدل أهل البغي حال كونهم في البحر .

فإن قلت حكم هذه المسألة علم عما قبلها ، فما فائدة ذكرها . قلت لدفع شبهة وهو أن يقال إنما لا تجوز نية الاقامة في دار الحرب ، لأنها منقطعة ، فصارت كالمفازة والأرض التي عليها أهل البغي ومدينتهم في يد أهل الاسلام فيجب أن تصح نية الاقامة .

فأجاب عن ذلك بقوله ( لأن حالهم مبطل عزيمتهم ) لأنهم إنما أقاموا الغرض ، فإذا حصل ذلك انزعجوا ، فلا تكون عزيمتهم مستقرة كنية العسكر في دار الحرب ، وقال الأكمل وهذا التعليل يعني قوله لأن حالهم مبطل عزيمتهم يدل على أن قوله في غير مصر ، وقوله في البحر ليس بقيد حتى لو نزلوا مدينة أهل البغي وحاصروهم في الحصن لم تصح نيتهم أيضاً ، لأن مدينتهم كالمفازة عند حصول المصور لا يقيمون فيها فليس الأمر كما ذكره ، لأنه ربما كان يتوهم المتوهم أن حكم المفازة والبحر ليس [٢] فحكم المدينة والحصن باعتبار أن البحر والمفازة ليس عليها يدهم وشوكتهم مثل ما هي على مدينتهم وحصنهم وهذا ظاهر ، فكذلك ذكر قوله في غير مصر وفي البحر .

وفي جوامع الفقه إن نووا الإقامة في موضع وظن فيه أهل الحرب صاروا مقيمين ، وفي الاملاء عن أبي يوسف « رح » إن نزلوا بساتينهم وأكنافهم وللمسلين منعة صحت إقامتهم ولا يصح إذا نزلوا عليهم في جناحهم . وفي الذخيرة إن غلبوا على مدينة

---

(١) في المتن — دار الاسلام — اه مصححه .

(٢) ربما هنا كلام ناقص ، اه مصححه .

وعند زفر « رح » يصح في الوجهين إذا كانت الشوكة لهم للتمكن من الفرار ظاهراً . وعند أبي يوسف يصح إذا كانوا في بيوت المدر ، لأنه موضع إقامة ، ونية الإقامة من أهل الكلأ وهم أهل الأخبية ،

---

واتخذوها داراً صارت دار السلام يتمون فيها الصلاة ، وإن لم يتخذوها داراً ولكن أرادوا الاقامة فيها شهراً قصروا .

وقال زفر إن كان الشوكة لهم صاروا مقيمين لتمكنهم من القرار ، وظاهراً على م يذكره المصنف والملاح وصاحب السفينة لا يصير مقيماً بنية الاقامة في السفينة لأنها ليست موضع إقامة عادة ، إلا أن يكون قريته من وطنه ذكره في المحيط .

( وعند زفر يصح في الوجهين ) أي فيما إذا دخل العسكر أرض الحرب فنووا الاقامة وفيما إذا حاصروا أهل البغي في دار الاسلام في غير مصر ( إذا كانت الشوكة لهم ) أي العسكر المسلمين ( للتمكن من الفرار ظاهراً ) أي لأجل تمكنهم من الفرار ، وهناك يعتبر ظاهر الحال .

( وعند أبي يوسف يصح ) أي نية الاقامة ( إذا كانوا في بيوت المدر لأنه ) أي لأن المذكور هو بيوت المدر ( موضع إقامة ) وقرار ، بخلاف الصبح أقول حاصروا أهل الخيمة والفساطيط لم يصيروا مقيمين بنية الاقامة ، سواء نزلوا بساحتهم أو في أخبيتهم بالاجماع ، لأن هذا لا يعد الاقامة ، ألا ترى أنهم حملوها على الدواب حيثما قصدوا واستحقوا يوم طعنهم ويوم إقامتهم ، فإذا هي حمولة ليست بمنازل. وقال الحلوائي وهكذا إذا قصد العسكر المسلمين موضعاً ومعهم أخبيتهم وفساطيطهم وعزموا فيها على إقامة خمسة عشر يوماً لم يصيروا مقيمين ، لأنها حمولة وليست بمساكن ، كذا في المحيط .

( ونية الاقامة من أهل الكلأ ) بفتح الكاف واللام وبالهمزة في آخره بغير مد هو العشب ، وقد كلئت الأرض والحلاب فهي أرض لكلئه ، وكلئه أي ذات كلأ ورطبة ( وهم ) أي أهل الكلأ هم ( أهل الأخبية ) الأخبية جمع خباياً بالكسر والمد وهو من وبر

قيل لا تصح ، والأصح أنهم مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف « رح » ، لأن الاقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى ، وإن اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت

---

أو صوف ، ولا يكون من شعر وهو على عمودين أو ثلاثة وما فوق ذلك ( قيل لا تصح ) هذه جملة خبر المبتدأ ، أعني قوله ونية الاقامة ولكن بالتأويل تقديره ونية إقامة المسافر من أهل الكلأ فشك فيها لا تصح ، وإنما قدرنا هكذا لأن الخبر إذا كان جملة لا بد أن يكون فيه ضمير عائد إلى المبتدأ ، وهو الذي سمي رابطة الخبر بالمبتدأ كما عرف في موضعه، ووجه هذا القول أنهم ليسوا في موضع الاقامة .

فإن قلت من أهل الأخبية . قلت الأعراب والترك والكرد الذين يسكنون في المفازة.

( والأصح أنهم ) أي أهل الأخبية ( مقيمون يروى ذلك عن أبي يوسف ) وفي المحيط عليه الفتوى وفي التحفة الأعراب والأكراد والتراكمة والرعاة الذين يسكنون في بيوت شعر والصوف مقيمون ، لأن مقامهم المفازة عادة وبه قال الشافعي ، وأما إذا ارتحلوا عن موضع إقامتهم في الصيف وقصدوا موضعاً آخر للاقامة في الشتاء بين الموضعين مسيرة ثلاثة أيام فإنهم يصيرون مسافرين في الطريق عند أبي حنيفة ، كذا في المحيط .

وفي التجريد ذكر البقال والملاح مسافر ، وإن كان أهله وعياله في السفينة ، وبه قال الشافعي السفينة ليست بوطن له ، وعند الحسن وأحمد وفي الذخيرة عن أبي يوسف إذا كانوا يطوفون في المفاوز ينتقلون من مرعى إلى مرعى ومعهم ثقلهم أنهم مسافرون ، إلا إذا نزلوا مرعى كثير الكلأ وأخذوا المخابز ، وكان الكلأ يكفيهم مدة الاقامة صحت نيتهم .

( لأن الاقامة أصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى إلى مرعى ) لأن الانتقال عارض الأصل لا يبطل بالعارض ولأجل حالهم على الأصل أول .

( وإن اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت ) قيد بقوله في الوقت لأنه لا يقتدي المسافر بالمقيم خارج الوقت للزوم اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ، لأن القعدة الأولى

أتم أربعاً لأنه يتغير فرضه إلى أربع التبعية كما يتغير بنية الإقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت

---

فرض في حقه نفل في حق الامام كذا في المبسوط ( أتم أربعاً ) أي أربع ركعات سواء في ذلك اقتدى به في جزء من صلاته أو كلها ، وبه قال الشافعي وأحمد وداود ، وقال مالك إن أدرك من صلاة المقيم ركعة يلزمه الاتمام ، وإن كان دون ذلك لا يلزمه قياساً على الجمعة ، وقال إسحاق بن راهويه يجوز للمسافر القصر خلف المقيم .

وحكى ابن المنذر عن ابن عمر عن ابن عباس والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي ثور وأحمد مثل مذهبنا ، وحكى عن الحسن والزهري مثل مذهب مالك ، وقال طاووس والشافعي إن أدرك معه ركعتين أجزأتاه ، وقول الظاهرية مثل قول إسحاق أنه إنما يتمها أربعاً إذا لم يفسد الامام صلاته ، لأنه إذا أفسدها فعلى المسافر أن يصلي ركعتين عندنا ، وعند الشافعي وزفر ومالك وأحمد يقضي أربعاً ، لأنه ألزم صلاة الامام

( لأنه ) أي لأن الشأن ( يتغير فرضه إلى الأربع التبعية ) أي لالتزامه المتابعة للامام ، لكنه لو أفسد صلاته بعد الاقتداء صلى ركعتين لأنه مسافر على حاله ، بخلاف ما اقتدى بنية النفل ثم أفسد ، فإنه يلزمه قضاء أربع ركعات ، لأنه بشروعه صار ملزماً صلاة الإمام ، وصلاة الإمام أربع .

فإن قلت لكل على هذا ما اقتدى المقيم بالمسافر ثم أحدث الإمام فاستخلف المقيم ، فانه لا يتغير فرضه إلى الأربع مع أن الامام الأول صار بمنزلة المقتدي للخليفة المقيم . قلت لما كان المقيم خليفة عن المسافر صار كأن المسافر هو الامام فيأخذ الخليفة صفة الامام الأول .

( كما يتغير ) أي فرضه إلى أربع ( بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت ) أراد أن سبب وجوب الصلاة هو الجزء القائم من الوقت ، فاذا وجد المغير وهو الاقتداء بالمقيم في الوقت ، عمل عمله في السبب ، فاذا عمل في السبب عمل في الحكم ، لكون الحكم تابعاً للسبب ، فيصير فرضه أربعاً ، فان القول بصحة الاقتداء ، فأما بعد خروج الوقت لم يعمل المغير في السبب لتقرر السبب وتأكده ، فلا يعمل بحكم فيبقى فرضه ركعتين ،

فلا يمكن القول بصحة الاقتداء ، لأنه يؤدي إلى اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة إن اقتدى به في الشفع الأول ، والقراءة إن اقتدى به في الشفع الثاني ، لأن قراءة الامام نفل ، والقراءة له فرض .

فان قلت ما ذكرتم من المعنى يشكل بما لو نسي المقيم القراءة في الشفع الأول ، فاقتدى المسافر به في الشفع الثاني ، وكان ذلك خارج الوقت لا يصح اقتداؤه ، وكان ينبغي أن يجوز ، لأن القراءة فرض عليهما في هذه الحالة . قلت لا يصح الأول بعين محلا للقراءة وجوباً ، والقراءة في الثاني معاً فيلتحق بمحلها ، فصار كأنها وجدت في الشفع الأول فتخلو الركعات من القراءة ، فكان فيه بناء الموجود على المعدوم .

فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يصح اقتداء المتنفل بالمفترض في الشفع الثاني ، فان القراءة فيه نفل عن الامام فرض على المقتدي ، والحال أنه جائز . قلت صلاة المتنفل تأخذ حكم الفرض بالاقتداء تبعاً لصلاة الامام ، ولهذا لو قرأ المتنفل صلاته بعد الاقتداء يجب قضاؤها أربعاً كذا في الجامع الكبير للصدر الحميد « رح » .

وقال الأكمل فان قيل علل بغير فرضه بالتبعية بقوله للتبعية فكيف يستقيم تعليله بعد ذلك بقوله لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت . قلت ذاك تعليل للمقيس عليه ، ومعناه أن الجامع موجود وهو اتصال المغير بالسبب ، فان المغير في الأول هو الاقتداء وقد يتصل بالسبب وهو الوقت كما أن المغير في الثاني هو نية الاقامة وقد اتصل بالسبب ، وإن اقتدى به في غيره لم يجزه لعدم اتصال المغير ، كما إذا نوى الاقامة بعد الوقت ، انتهى . قلت هذا السؤال غير وارد من الأول فلم تكن الحاجة إلى التطويل ، لأنه ذكر حكمين ، وعلل كل واحد منهما بعلة فقاس الأول على الثاني بعلاقة التشبيه لوجود وجه الشبه الذي هو جامع بين المقيس والمقيس عليه .

( وإن دخل معه في فائتة لم يجزه ) أي وإن دخل المسافر مع المقيم في صلاة فائتة لم يجزه الاقتداء ، وإنما قال وإن دخل معه في فائتة ولم يقل وإن اقتدى به في غير الوقت لئلا يرد عليه ما إذا دخل المسافر في صلاة المقيم في الوقت ثم ذهب الوقت ، فانها لا تفسد ،

لأنه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا تتغير بنية الإقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة ، وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم وأتم المقيمون صلاتهم ، لأن المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق ، إلا أنه لا يقرأ

---

وقد وجد الاقتداء بعده ، لأن الاتمام لزم بالشروع مع الامام في الوقت فالتحق الوقت بغيره من المقيمين ( لأنه ) أي لأن الفرض (لا يتغير)عن تصر إلى الكمال ( بعد الوقت لانقضاء السبب ) وهو الوقت .

( كما لا يتغير ) فرضه ( بنية الاقامة ) بعد خروج الوقت ، فلما لم يتغير فرضه لم يجز اقتداؤه ، لأنه لو جاز لا يخلو ، إما أن يقتدي في الشفع الأول أو في الشفع الآخر ، ففي الأول يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة ، لأن القعدة الأولى فرض في حق المسافر نفل في حق المقيم ،وفي الثاني يلزم اقتداء المفترض بالمتنفل فيحق القراءة لأن القراءة فرض في حق المقتدي دون الامام ، فاقتداء المفترض بالمتنفل لا يجوز عندنا ، خلافاً للشافعي وإلى هذا أشار المصنف بفاء النتيجة بقوله .

( فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة ) إذا كان اقتداءه في الشفع الثاني وكلمة — أو — هنا مانعة الخلو ، لا مانعة الجمع لجواز اجتماعها وهو أيضاً يفسد .

( وإن صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم ) أي المسافر الذي هو الامام يسلم في آخر الركعتين اللتين هما صلاته ( وأتم المقيمون ) المقتدون ( صلاتهم ) وهي أربع ركعات ( لأن المقتدي التزم الموافقة ) للامام ( في الركعتين ) اللتين للمسافر ( فينفرد بالباقي ) من الصلاة وهو ركعتان ( كالمسبوق ) فانه ينفرد فيما فاته من صلاته مع الامام ( إلا أنه ) استثناء من قوله فينفرد ، أي إلا أن المقتدي المذكور ( لا يقرأ ) فيما بقي من صلاته إلا أنه لأن فرض الصلاة صار مؤدى بخلاف المسبوق الذي أدرك في الشفع الثاني ، حيث يأتي بالقراءة لأنه أدرك قراءة نافلة .

في الأصح لأنه مقتد تحريمة لا فعلاً ، والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطاً بخلاف المسبوق، لأنه أدرك القراءة نافلة فلم يتأدى الفرض ، فكان الإتيان أولى .

---

( في الأصح ) احترز به عن قول بعض المشايخ من وجوب القراءة فيما يتمون لأنهم ينفردون فيه ، ولهذا يلزمهم سجود السهو إذا سهوا فيه ، فأشبهوا المسبوقين ، وأشار إلى وجه الأصح بقوله ( لأنه مقتد تحريمة لا فعلاً ) أي من حيث التحريمة لا من حيث الفعل ، أما أنه مقتد تحريمة ، فانه التزم الاداء معه في أول التحريمة ، وأما أنه ليس مقتد فعلاً ، فلأن فعل الإمام قد فرغ بالسلام على رأس الركعتين،وكل من كان كذلك فهو لاحق ، ولا قراءة على اللاحق ، لانه بالنظر إلى كونه مقتد بالتحريمة حرم عليه القراءة ، وبالنظر إلى كونه مقتد فعلاً يستحب القراءة ، فيتركها احتياطاً لان المحرم والمستحب إذا اجتمعا فالغلبة للمحرم وإلى هذا أشار بقوله :

( والفرض ) أي فرض القراءة ( صار مؤدى ) لقراءة الامام وقراءته قراءة المقتدي وهو ممنوع من القراءة ، فاذا كان كذلك ( فيتركها ) أي فيترك القراءة ( احتياطاً ) أي لاجل الاحتياط لما ذكرنا .

( بخلاف المسبوق لأنه أدرك القراءة نافلة ) وهي قراءة الإمام في الشفع الثاني ( فلم يتأدى الفرض ) بتلك القراءة النافلة (فكان الإتيان ) أي إتيان القراءة ( أولى ) أي من تركها .

فإن قلت لما أدرك المسبوق قراءة النافلة ولم يتأد به الفرض ، فكان الإتيان به واجباً، فكيف قال فكان الإتيان به أولى . قلت الأولوية لا تنافي الوجوب كما أن الإباحة والندب لا ينافيه ، والمراد بالأولوية ترجيح جانب الوجود على العدم ، وهذا موجود في الوجوب وزيادة . وفي الجنازية أن قوله – فكان به أولى – للمطابقة بينه وبين قوله فيتركها احتياطاً ، لكن مراده أن جعله منفرداً ليجب عليه القراءة ، ولو تركها فسدت صلاته أولى من جعله مقتدياً ، ونقل هذا صاحب الدراية ثم قال وفيه تعقب ونقله الأكمل، وقال

قال ويستحب للإمام المسافر إذا سلم أن يقول أتموا صلاتكم ، فإنا قوم سَفر لأنه عليه السلام قاله حين صلى بأهل مكة وهو مسافر

---

وفيه نظر ، وكلاهما لم يبينا وجه ما ذكرنا ، والتحقيق فيه أن المعنى فكان الإتيان بجهة كون المسبوق مقتدياً أولى من الاتيان بجهة كون المقيم مقتدياً لا أن تكون القراءة سنة أولى أو قراءة المسبوق فرض لا تجوز الصلاة بدونها .

( ويستحب للإمام المسافر إذا سلم ) على رأس الركعتين ( أن يقول أتموا صلاتكم ، فإنا قوم سفر ) بفتح السين وسكون الفاء جمع مسافر ، وهذا يدل على أن العلم بحال الامام يكون مقيماً أو مسافراً ليس بشرط ، لأنهم إن علموا أنه مسافر فقوله هذا عبث وإن علموا أنه مقيم كان كذباً فدل على أن المراد به إذا لم يعلموا حاله وهو مخالف لما ذكر في فتاوى قاضي خان وغيره إن من اقتدى بامام لا يدري أنه مقيم أو مسافر لا يصح اقتداؤه .

فان قلت ما وجه التوفيق بين الروايتين . قلت تلك الرواية محمولة على ما إذا بنوا أمر الامام على ظاهر حال الاقامة ، والحال أنه ليس مقيم وسلم على رأس الركعتين ، وانصرفوا على ذلك لاعتقادهم فساد صلاة الامام ، وأما إذا علموا بعد الصلاه بحال الامام جازت صلاتهم ، وإن لم يعلموا حاله وقت الاقتداء .

فان قلت فعلى هذا التقدير يجب أن يكون هذا القول واجباً على الامام ، لأن صلاح صلاة القوم يحصل به ، وما يحصل به ذلك فهو واجب على الامام ، فكيف قال ويستحب قلت صلاح صلاتهم ليس يتوقف على هذا القول البتة ، بل إذا أسلم على رأس الركعتين وعلم عدم سهوه ، فالظاهر من حاله أنه مسافر حملاً لأمره على الصلاح . فان قوله ــ بعد ذلك ــ زيادة إعلام بأنه مسافر ، فكان أمراً مستحباً لا واجباً . وفي شرح الارشاد ينبغي أن يجهر إمام القوم قبل شروعه أنه مسافر ، فاذا لم يخبر أخبر بعد السلام .

( لأنه ﷺ قال حين صلى بأهل مكة وهو مسافر ) هذا أخرجه أبو داود والترمذي

---

عن علي بن زيد بن أبي نصرة عن عمران بن حصين رضي الله عنهم ، قال غزوت مع رسول الله ﷺ وشهدت معه الفتح ، فأقام بمكة ثماني عشرة ليلة لا يصلي إلا ركعتين يقول يا أهل مكة ، فانا قوم سفر . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، ورواه الطبراني في معجمه وابن أبي شيبة في مصنفه وإسحاق بن راهويه وأبو داود الطيالسي والبزار في مسانيدهم ، ولفظه قال ما سافرت مع رسول الله ﷺ سفر قط إلا صلى ركعتين ثم حججت معه واعتمرت فصلى ركعتين ، قال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ، ثم حججت مع أبي بكر الصديق رضي الله عنه واعتمرت فصلى ركعتين ثم قال أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ثم حججت مع عمر رضي الله عنه واعتمرت وصلى ركعتين ثم قال أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ، ثم حججت مع عثمان رضي الله عنه واعتمرت فصلى ركعتين ثم ان عثمان أتم سهى ، وزاد فيه ابن أبي شيبة وشهدت معه الفتح ، فأقام بمكة ثماني عشرة ليلة لا يصلي إلا ركعتين ، وقال فيه وحججت مع عثمان رضي الله عنه سبع سنين من إمارته فكان لا يصلي إلا ركعتين ثم صلاها يعني أربعاً .

وروى مالك في الموطأ عن أبي هريرة عن سالم بن عبد الله عن أبيه أن عمر بن الخطاب كان إذا قدم مكة صلى بهم ركعتين ثم يقول يا أهل مكة أتموا صلاتكم ، فانا قوم سفر ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه نحوه .

( وإذا دخل مسافر في مصره أتم الصلاة ) سواء دخل مصره مجازاً أو لقضاء حاجة حدث مع نية الخروج أو بدا له أن يترك السفر ، وهذا في مسافر استكمل سير ثلاثة أيام . وفي المحيط وإن خرج من مصره مسافراً ثم بدا له أن يرجع إلى مصره حاجة قبل أن يتم ثلاثة أيام صلى صلاة المقيم في الضرافة بخلاف ما إذا استكمل ثلاثة أيام سيره ثم قرب من مصره وعزم على الدخول وهو على سفره ما لم يدخل ، وإذا خرج من مصره مسافراً فحضرته الصلاة فافتتحها ثم أخذت فانتقل ليأتي مصره، ثم علم ان امامه ما فاته يتوضأ ويصلي صلاة المقيم ، فان تكلم على صلاة المسافر ، وكذلك المسافر إذا كان راكب سفينة وهو يصلي الظهر فجرت به السفينة حتى دخل مصره تم صلاة أربعاً ، ولو افتتحها

وإن لم ينو المقام فيه لأنه عليه السلام وأصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الأول

---

في مصره في سفينة فجرت به حتى خرجت إلى المفازة وهو على عزم السفر لا يصير مسافراً فاذا تكلم وهو متوجه امامه على عزم السفر صار مسافراً .

( وإن لم ينو المقام فيه ) المقام بالضم بمعنى الاقامة ( لأنه ﷺ وأصحابه كانوا يسافرون ويعودون إلى أوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ) هذا ليس له شاهد ، ولا ندري من أين أخذه المصنف ولا اشتغل به أكثر الشراح ولا ذكره ، وإنما ذكر الاترازي فقال لأن النبي ﷺ كان يسافر فيقصر ، فاذا عاد الى المدينة كان يتم بلا عزم جديد ، انتهى ، ولم يبين مخرجه ولا حاله ولا من أي كتاب نقله ، وذكره الأكمل برمته ثم قال وفيه نظر ، لأن العزم فعل القلب وهو أمر باطن ، وليس له سبب ظاهر يقوم مقامه ، بل الظاهر من حالة المسافر العائد إلى وطنه أن يكون في عزمه المقام فيه ، ولعل المراد عزم جديد لمدة الاقامة خمسة عشر يوماً ، فان الظاهر عدمه .

والاستدلال بالمعقول أظهر وفيه أن نية الاقامة إنما تعتبر بصيرورة المسافر مقيماً في غير مصره لكون مثله في حيز التردد بين أن يكون بالمسير وبين أن يكون بالاقامة فاحتيج إلى النيه ، فأما في مصره فهو متعين للاقامه كما كان قبل السير . قلت أيضاً حينئذ النظر بقوله لأن العزم فعل القلب .. الخ غير محرز ، لأن العزم كما هو فعل القلب فكذلك النية فعل القلب غير أن العزم نية مع تصميم . وقوله — فأما في مصره فهو متعين للإقامة كما كان قبل المسير — غير سديد، لأنا نسلم أنه كان قبل المسير غير متردد ، أما بعد المسير وعوده فلا نسلم عدم التردد على ما لا يخفى .

( ومن كان له وطن فانتقل عنه ) أي بالكلية حتى لو انتقل بنفسه وأخذ وطناً في بلدة أخرى يصير كل واحد منهما وطناً أصلياً ( واستوطن غيره ثم سافر ودخل وطنه الأول

قصر لأنه لم يبق وطناً له ألا يرى أنه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لأن الأصل أن الوطن الأصلي تبطل بمثله دون السفر . ووطن الإقامة تبطل بمثله ،

---

قصر ، لأنه ) أي لأن وطنه الأول الذي انتقل منه ( لم يبق وطناً له ) لأنه انتقل بالكلية فخرج عن كونه وطناً له .

( ألا ترى ) توضيح لما ذكره ( أنه ) أي أن النبي ( ﷺ بعد الهجرة ) من مكة إلى المدينة ( عد نفسه بمكة من المسافرين ) يشهد لهذا ما ذكرناه عن قريب من حديث عمران ابن حصين رضي الله عنه وحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال سافرت مع النبي ﷺ ومع أبي بكر وعمر رضي الله عنهما كلهم صلى حين خرج من المدينة إلى أن رجع اليهما ركعتين في المسير والمقام بمكة ، رواه أبو يعلى في مسنده ، وحديث أنس رضي الله عنه خرجنا مع النبي ﷺ من المدينة إلى مكة فكان يصلي ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة ، قيل كم أقمتم بمكة قال أقمنا بها عشراً ، رواه البخاري ومسلم ولو لم يعد النبي عليه السلام نفسه في مكة من المسافرين لما صلى ركعتين ، وكذلك أبو بكر وعمر رضي الله عنهما .

( وهذا ) أي وهذا الذي ذكرنا من بطلان الوطن الأول بالوطن الثاني ( لأن الأصل ) أي في هذا الباب ( ان الوطن الأصلي ) وهو ما يكون بالتوطن بالأهل أو بالمولد ، وسمي أيضاً وطن القرار ( تبطل بمثله ) وهو الذي انتقل اليه بأهله ، وصورته رجل وطنه بالكوفة وخرج إلى مكة فاستوطنها ثم بدى له أن ينتقل باستيطانه بمكة واتخاذها داراً ، فلو أنه لم يتوطن بمكة ثم بدا له أن يرجع ويتخذ خراسان داراً فمر بالكوفة يصلي بها أربعاً ( دون السفر ) يعني الوطن الأصلي لا تبطل بالسفر ، لأنه عليه السلام كان يخرج مع أصحابه إلى الغزوات من المدينة ولا ينتقل وطنه من المدينة ولم يجدد نيته بعد رجوعه .

( ووطن الاقامة ) هو أن ينوي المسافر الاقامة في بلد خمسة عشر يوماً فصاعداً ويسمى أيضاً الوطن الحادث والوطن المستعار ( تبطل بمثله ) أي بمثل وطن الاقامة وصورته خراساني قدم الكوفة فأقام بها وأتم الصلاة ، ثم خرج إلى الحيرة فوطن نفسه

وبالسفر، وبالأصلي وإذا نوى المسافر يقيم بمكة وبمنى خمسة عشر يوماً لم يتم الصلاة لأن اعتبار النية في موضعين تقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع

---

على الاقامة خمسة عشر يوماً فأقام بالحيرة أياماً على تلك النية ثم يريد خراسان ومر بالكوفة فانه يقصر الصلاة لأنه انتقض وطنه الحادث بالكوفة بوطنه الحادث بالحيرة ، فان لم ينو المقام بالحيرة خمسة عشر يوماً إلا أنه كان بها يتم الصلاة، ثم خرج إلى خراسان فمر بالكوفة ، فانه يتم الصلاة ، لأن وطن الاقامة لا يبطل بالوطن السكني .

( وبالسفر ) أي يبطل وطن الاقامة بالسفر ، يعني بانشائه ، لأن السفر ضده ( وبالأصلي ) أي يبطل وطن الاقامة بالوطن الأصلي لانه أقوى منه . ثم اعلم أن عامة المشايخ قالوا الاوطان ثلاثة ، وطن أصلي ، ووطن إقامة ، ووطن السكنى ، وهو ما إذا نوى أن يقيم المسافر أقل من خمسة عشر يوماً وسمي وطن سفر أيضاً ، واختيار المحققين أن الوطن وطنان ، وطن أصلي ووطن مستعار ، وهو وطن الاقامة ، ولم يعتبروا وطن السكنى لانه لا يثبت فيه حكم الاقامة ، بل حكم السفر فيه باق ، ولهذا لم يذكر المصنف « رح » ثم ان وطن السكني ينتقض بالكل ، صورته رجل خرج من النيل وهي سواد الكوفة وبينها أقل من مسيرة ثلاثة أيام ونزل بالكوفة نقله ، ثم خرج من الكوفة إلى القادسية يطلب عزيمته ، ثم خرج من القادسية يريد الشام ويريد أن يمر بالكوفة ، فانه يصلي بالكوفة ركعتين لانه وطن سكناه بالقادسية أبطل وطن سكناه بالكوفة بتركه متاعه فيها ، فان نوى بالقادسية أن يقيم بها خمسة عشر يوماً بطل سكناه بالكوفة، لان وطن السكنى يبطل بوطن الاقامة ، وكذلك إذا انتقل إلى القادسية بأهله ومتاعه يصلي بالكوفة ركعتين ، لان وطن السكنى يبطل بالوطن الاصلي .

( وإذا نوى المسافر أن يقيم بمكة وبمنى خمسة عشر يوماً لم يتم الصلاة ) لانه لم ينو الاقامة في كل واحد منها خمسة عشر يوماً ، وإن نوى أقل من ذلك ، وبه لا يصير مقيماً ( لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع ) أي اعتبار النية

لان السفر لا يعرى عنه إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيماً بدخوله فيه ، لان إقامة المرء مضافة إلى مبيته

---

في مواضع ممتنع ، والحاصل أنه لا يعتبر نية الاقامة خمسة عشر في موضعين لا يجمعهما مصر واحد أو قرية واحدة ، لانه حينئذ يلزم اعتبارها في ثلاثة أمصار أو أربعة أمصار إلى خمسة عشر فيؤدى إلى أن يكون الشخص مقيماً بنفس النزول وذلك فاسد .

( لأن السفر لا يعرى عنه ) أي قليل اللبث ، قال السغناقي هذا مدلول معنى ،وليس مذكور لفظاً ، ووجه هذا ما ذكره في المبسوط . وقال لأن نية الإقامة مايكون في موضع واحد ، فإن الإقامة ضد السفر ، والانتقال من الأرض إلى الأرض يكون خيرها إلى الأرض ، ولا يكون إقامة ولو جوزنا نية الإقامة في موضعين جوزنا فيما زاد على ذلك فيؤدي إلى القول بأن السفر لا يتحقق ، لأنك إذا جمعت إقامة المسافر في المراحل ، ربما يزيد ذلك على خمسة عشر يوماً ، لأن إقامة المرء يضاف إلى مبيته، ألا ترى أنك إذا قلت السوقي أين تسكن يقول في محلة كذا وهو بالنهار يكون في السوق .

( إلا إذا نوى أن يقيم بالليل في أحدهما فيصير مقيماً بدخوله فيه ) أي في أحد الموضعين ( لأن إقامة المرء مضافة إلى مبيته ) أي موضع بيتوتة كما إذا ذكرنا الآن ، وفي المبسوط الا بينهما تفاوت ، فإنه لو دخل الموضع الذي عزم على المقام فيه بالنهار ، أولاً لا يصير مقيماً ، لأن موضع إقامة المرء حيث يبيت فيه . وفي المفيد والتحفة هذا إذا كان كل واحد منهما أصلا كمكة ومنى ، أو كالكوفة والحيرة ، فاذا كان أحدهما تبعاً للآخر بأن نوى الإقامة في المصر ، وفي موضع آخر تبع لها وهو ما يلزم ساكنيه حضور الجمعة يصير مقيماً لأنها مكان واحد إلا أن ينوي أن يقيم في إحداهما ليلا وفي الآخر نهاراً ، فيصير مقيماً بدخول الذي نوى أن يقيم فيه ليلا ، ولا يصير مقيماً بدخول الذي نوى أن يقيم فيه نهاراً . وفي الثوري فاذا دخل الذي نوى الإقامة فيه ليلا صار مقيماً حتى يرحل ، وكذا إذا دخل الآخر يفسده فهو مقيم ، لأنه ليس بينهما مسيرة سفر ، وفي جوامع الفقه بعضهم اعتبر الأكثر .

ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ، ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر أربعاً لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لأنه هو المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت

---

( ومن فاتته صلاة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ، ومن فاتتــه في الحضر قضاها في السفر أربعاً ) أما قضاء الفائتة في السفر فهو ركعتان في الحضر ، وهو أيضاً قول مالك والشافعي في القديم ، وقال في الجديد لا يقصر في الحضر ، واختاره المزني ، وبه قال أحمد وداود لأن المرخص هو السفر وقد زال ، فيزول القصر ، وأما قضاء الفائتــة في الحضر وهو أربع في السفر بالإجماع ، قال لا أعرف فيه خلافاً إلا ما حكي عن الحسن البصري ، وروى الأشعث عنه أنه الإعتبار بحال ليقصر .

وفي المبسوط إن خرج بعد دخول وقت الصلاة يصلي صلاة المسافر . وقال ابن شجاع يصلي صلاة المقيم . وفي شرح المهذب النووي إن سافر في أثناء الوقت وقد تمكن من أدائها فله قصرها عند الشافعي ومالك والجمهور ، واختاره ابن المنذر . وقال زفر إن كان قد بقي من الوقت مقــدار ما يؤدي فيـــه ركعتان يصلي صلاة المسافر ، وإن كان دون ذلك يصلي أربعاً .

( لأن القضاء بحسب الأداء ) يعني كل من وجب عليه أداء أربع قضى أربعــاً ، ومن وجب عليه أداء ركعتين قضى ركعتين ( والمعتبر في ذلك ) أي في وجوب القضاء ( آخر الوقت لأنه ) أي لأن آخر الوقت ( هو المعتبر في السببية عند عدم الأداء في الوقت ) قد تقرر في الأصول أن السبب عندنا هو الجزء القائم من الوقت ، ولكن أصحابنا اختلفوا في الوجوب الذي يتعلق بآخر الوقت ، فقال أكثرهم الوجوب متعلق بمقدار التحريمة من آخر الوقت ، وهو مختار الكرخي والمحققين من أصحابنا والقاضي أبي زيد رحمهم الله .

وقال زفر متعلق بجزء يؤدي الصلاة فيه ، وهو اختيار القدوري وثمرة الخلاف تظهر في الحائض طهرت في آخر الوقت ، والصبي يبلغ والكافر يسلم والمجنون والمغمي عليــه يفيقان ، والمسافر إذا نوى الإقامة والمقيم إذا نوى السفر فعند أكثر أصحابنا يجب ويتغير

الفرض إذا بقي من الوقت مقدار ما يوجد فيه التحريمة . وعند زفر ومن تابعه من أصحابنا لايجب ولا يتغير الفرض إلا إذا أدرك من الوقت ما يمكن الأداء فيه . وقال بعض أصحاب الشافعي إذا مضى من الوقت ما يتمكن من أداء الأربع فانه يجب عليه الإتمام ، وإذا مضى من الوقت ما لم يسع أربع ركعات فانه يقصر . وهذا بناء على أن الصلاة تجب في أول الوقت . وها هنا اعتراضات ثلاثة .

الأول : أن الأصوليين قالوا ان الوجوب يضاف إلى كل وقت عند عدم الأداء فيه لا إلى آخره ، فكيف قال المصنف المعتبر في السببية آخر الوقت عند عدم الأداء . قلت قال الأكمل أجيب بأن بعض المشايخ يقررون السببية على الجزء الأخير ، وإن فات الوقت فجاز أن يكون المصنف قد اختار ذلك ، انتهى ، والأحسن أن يقال أن الذي قاله المصنف هو الصواب ، لأن الوجوب يضاف إلى الجزء الذي يتصل به الأداء إذا وجد الأداء ، فاذا لم يوجد الأداء تنتقل السببية جزءاً فجزء إلى آخر الأجزاء فيكون الآخر معتبراً في السببية .

فان قلت فعلى هذا كان ينبغي أن يجوز قضاء العصر إلا بصبي [1] إذا أسلم في ذلك الجزء ، وإذا قضاها في الجزء الآخر من هذا اليوم . قلت إنما لم يجز باعتبار أنه إذا لم يؤد فيه وجبت كاملة خالية عن الفساد ، فلم يجز قضاؤها في الوقت الناقص .

الاعتراض الثاني : ان قوله – القضاء بحسب الأداء – ينتقض بما إذا دخل المسافر في صلاة المقيم ثم ذهب الوقت ثم أفسد الامام والمقتدي صلاته على نفسه ، فانه يقضي ركعتين صلاة السفر ، وقد وجب عليه أداء الصلاة أربعاً . الجواب عنه ، أن الأربع إنما لزمه متابعة الامام وقد زال ذلك بالافساد دفعاً إلى أصله ، ألا ترى أنه لو أفسد الاقتداء في الوقت كان عليه أن يصلي صلاة السفر ، فكذلك ها هنا .

الاعتراض الثالث : انكم اعتبرتم حال الأداء دون القضاء فيرد عليكم ما إذا فاتته صلاة

(١) هكذا رسمت في الأصل .

والمطيع والعاصي في سفره في الرخصة سواء . وقال الشافعي « رح » سفر المعصية لا يفيد الرخصة ، لانها تثبت تخفيفاً فلا تتعلق بما يوجب التغليظ . ولنا إطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية ، وإنما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره فصلح متعلق الرخصة والله أعلم

---

في الفرض حيث يقضيها في الصحة قائماً بركوع وسجود ، وإذا فاتته في الصحة يقضيها في المرض بالايماء فاعتبرتم حال القضاء دون الأداء . الجواب عنه ، أن المرض لا تأثير له في أصل الصلاة ، بل له أثر في الوصف حتى يقع الأداء بحسب القدرة ، وللسفر تأثير في أصل الصلاة حيث يتغير الحكم من الاكمال إلى القصر ، فلما تحقق القصر في آخر الجزء صار ذلك ديناً لم يتغير بعد ذلك ، ولهذا لا يجوز اقتداء المسافر بالمقيم في القضاء ، فافهم .

( والمطيع ) هو الذي يخرج للحج أو الجهاد ( والعاصي ) هو الذي يخرج لقطع الطريق أو الاباق ( في سفره في الرخصة سواء ) وفي بعض النسخ في سفرهما .

( وقال الشافعي سفر المعصية لا يفيد الرخصة ) وبه قال مالك وأحمد ( لأنها ) أي لأن الرخصة ( تثبت تخفيفاً ) أي لأجل التخفيف على المكلف ( فلا يتعلق بما يوجب التغليظ ) أي الذي يوجب التغليظ هو المعصية ، المعنى أن الحكمة تجيز السبب ، والمعصية سبب التغليظ فكيف يثبت بها التخفيف .

(ولنا إطلاق النصوص ) منها قوله تعالى ﴿فمن كان منكم مريضاً أو على سفر﴾ ١٨٤ البقرة ، ومنها قوله ﷺ فرض المسافر ركعتان كل ذلك مطلقة فيقتضي ثبوت الأحكام في كل مسافر ( ولأن نفس السفر ليس بمعصية ) لأنه عبارة عن خروج بريد وهو يقوي المعصية لا مكان المفارقة بينهما ( وإنما المعصية ما تكون بعده ) أي بعدما صار مسافراً كما في قطع الطريق ( أو يجاوره ) أي أو يجاور السفر كما في الأباق وعقوق الوالدين ( فيصلح ) أي السفر ( متعلق ) أي سبب ( الرخصة والله أعلم ) لأن القبح المجاور لا يقدم المشروعية كالصلاة والبيع وقت النداء .

اعلم أن السفر خمسة ، واجب ومندوب ومباح ومكروه وحرام . فالواجب سفر الحج ، ومندوب مثل حج النفل وطلب العلم وزيارة قبر النبي ﷺ والصلاة في مسجد الأقصى وزيارة الوالدين . والمباح سفر التجارة والمقبرة . والمكروه السفر من بلد إلى بلد لا لغرض صحيح . والحرام السفر لقطع الطريق أو الاباق ونحوهما .

فعندنا يقصر في كل سفر وفي كله، وفرقت المالكية بين العاصي بسفره فجوزوا الرخص الثاني دون الأول ، وبقولنا قال الأوزاعي والثوري وداود وأصحابه والمزني وبعض المالكية ، وعن زياد بن عبد الرحمن إلا أنه نسي أن العاصي بسفر يقصر ويفطر ، لكن المشهور عن مالك المنع بسفر المعصية ، وهو قول الشافعي وأحمد . وقال النووي وبما يلحق بسفر المعصية إن يتعب نفسه ويعذب دابته بالركض بغير غرض ولو انتقل من بلد إلى بلد بغير غرض صحيح ولم يترخص ، والسفر لمجرد رؤية البلاد ليس لغرض صحيح فلا يترخص .

وعن مالك لا يقصر الصائد المتلذذ ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه لا يقصر إلا في السفر الواجب كالحج والجهاد ، وقال عطاء أرى أن لا يقصر إلا في سبيل من سبيل الخير ، ومنهم من قال لا يقصر إلا في الخوف ، وكان الأودني من الشافعية يقول ان العاصي بسفره لا يأكل الميتة ، فاذا قيل له في المنع قتل نفسه وهو حرام ، قال الله تعالى ﴿ ولا تقتلوا أنفسكم ﴾ ٢٩ النساء ، يقول لمن توبة مظهر الانقطاع تابال أي تب كل [1] . قال أبو بكر الرازي لا يجوز له قتل نفسه وإن لم يتب ، لأن ترك التوبة لا يبيح له قتل نفسه إذ فيه جمع بين معصيتين .

وقال أبو بكر الرازي وله الحرجين أن العاصي في سفره يأكل الأطعمة المباحة من غير منع ، ويتوصل به إلى غرضه المحرم ويتقوى عليه بذلك ، وقال ابن العربي عجباً ممن يبيح ذلك مع التمادي على المعصية ، ما أظن أحداً يقوله ، فان قاله فهو مخطيء ، قال القرطبي

---

(١) هكذا الجملة في الأصل

هذا محامل ، والصحيح خلاف هذا ، فان إتلاف المرء نفسه في سفر المعصيـة أشد معصية كما هو فيه ، ولعله يثوب في أثناء الحال فتمحوا التوبة عنه ما كان منه ، وليس أكل الميتة رخصة في حال المخمصة ، بل هو عزيمة واجبة حتى لو امتنع من أكلها كان عاصياً .

فروع : الخليفة إذا سافر يصلي صلاة المسافرين كغيره ، وقيل إذا طاف في ولايتـه لا يصير مسافراً ، ذكره في الذخيرة ، وفي المنتقى حمل كل رجل فذهب به ولا يـدري أين يذهب به ، قال يتم حتى يسير ثلاثاً فيقصر ، واعلم ان للباقي بعدها شيء يسير ، ولو كان صلى ركعتين من جملة أجزائه ، فان سار به أقل من ثلاث أعاد ما صلى .

وفي المبسوط ولو ترك القراءة فيها فلا تنقلب صحيحة ، ولو ترك القعدة الاولى ثم نوى الاقامة تجوز صلاته ، لانها سنة في الفرائض ، ذكره الزهري في شرحه يصح سفر الكافر وكذا الصبي عند أبي ابراهيم وعند أبي سهيل لا يصح ، ولا يصح السفر منهما عند محمد من القصر ، ولا يصح من الحائض في الصحيح . قال السرخسي في المبسوط والمرغيناني لا يقصر في السنن ، وتكلموا في الافضل في حالة الزوال والترك في حالة السير . قال هشام رأيت محمداً كثيراً لا يتطوع في السفر قبل الظهر ولا بعدها ولا يدع ركعتي الفجر والمغرب وما رأيته تطوع قبل العصر ولا قبل العشاء ويصلي العشاء ثم يوتر . في قنية المنية تزوج المسافر في بلد لا يصير مقيماً به وهو قول الشافعي .

وفي فتاوى خواهر زادة يصير به مقيماً ، ولو كان له أهل ببلدتين فأتاها دخلها صار مقيماً فيما ذكر في جوامع الفقه . وفي المحيط فان ماتت زوجته في إحداهما وبقي له فيها دور وعقار قيل لا يبقى وطناً له إذ المعتبر الاهل دون الدار كما لو تأهـل ببلدة واستوت سكناً له وليس له فيها دار ، وقيل يبقى كما إذا حلف لا يسكن هذه الدار ، وانتقل عنها بأهله وبقي فيها ثقله ، والمسافرة تصير مقيماً بنفس التزوج . مسافر ومقيم اشتريا عبـداً يصلي العبد صلاة المقيم قاله علاء الدين أبو الحسن الضاري وظهير الدين المرغيناني . وقال علاء الدين الحمالي الاصح أنه يصلي صلاة المسافر ، قيل إن كانت بينهما مهاياة في الخدمة يعتبر حاله بها فيتم عند المقيم ويقصر عند المسافر ، ذكره المرغيناني المعتـبر في الاقامة

نية الأصل دون التبـع كنية الخليفة والأمير دون الجند ، ونية الزوج مع الزوجـة والمولى مع عبده ، ورب الدين مع مديونه إن كان معسراً ذكره في التحفة، وكذا المحمول مع حامله والاجير مع مستأجره والتلميذ مع أستاذه ، ذكره في الذخيرة .

وفي المحيط قيل إن كانت استوفت مهرها ، وفي قنية المنية السفر والاقامة إلى الزوج إن استوفت مهرها وإلا فاليها ، وكذا بعد الدخول في حق المعجل ، وكذا الجندي إن كان يرزق من الامير وإلا فلا . وفي المحيط جعله قوله — وكذا الغريم مع مديونه إن كان مفلساً — لانه يحبسه أو يلازمه ، وكذا لو انحصر غيره ظلماً لانه عاد عليه ، وكذا الميتة إلى الاعمى إذا قاده أحد وإلا فلا ، وفي الذخيرة المطاوع بالجهاد لا يكون تبعـاً للمولى فيكون حق على حاله . قلت الاليق الوالي بخلاف العبد والمرأة .

وفي المحيط مسافر دخل مصر الجند عزيمة ، إن كان معسراً يقصر لانه لم ينو الاقامة، وإن كان موسراً وعزم أن يقضي دينه أو لم يعزم شيئاً قصر ، وإن عزم أن لا يقضي دينه أتم ، فكأنه نوى الاقامة . وفي الذخيرة ذكر ابن سماعة عن أبي يوسف إذا حبس المسافر بالدين وهو معسر يتم الصلاة ، وكذا إن كان موسراً إلا أن يكون وطن نفسه على أدائـه فيقصر . وفي المنتقى مسلم أسره العدو وإن كان مقصده ثلاثة أيام قصر ، وإن لم يـعلم سـأله كأن لم يخبره . وكان العدو مقيما أتم ، وإن كان مسافراً يقصر لانـه تحت قهره كالعبد مع سيده فانه يسأله ، فان لم يخبره أتم .

وفي الذخيرة إن انفلت الأسير من أمر العـدو فوطن نفسه على إقامة شهرى عبازاً أو نحوه قصر ، لأنه محارب العدو ، وكذا إذا أسلم فهرب منهم وطلبوه ليقتـلوه فخرج هارباً مسيرة السفر ، ثم إذا لم يعلم التابع نية المتبوع للاقامة لا يلزم الإتمام حتى يعلم كما في توجه الخطاب وهو الأصح ، وقيل يلزمه الإتمام لأنه ضمني كعزل الوكيل والمكره بالسفر كالأسير يقصر ، وبه قال مالك وأحمد ، قال الشافعي لا يقصر لعدم النية .

صبي وكافر سافرا ، ثم أسلم الكافر وبلـغ الصبي ، فإن بقي إلى مقصدهما مسيرة سفر قصرا وإن لم يبق فالكافر يقصر دون الصبي ، لأن نيته صحيحة لأنه من أهله ، بخـلاف

الصبي ، وقال الفضلي حكمها حكم المقيم ، وقال بعض المشايخ حكمها حكم المسافر ، والمختار الأول .

ولو طهرت الحائض في السفر وبينها وبين المقصد أقل من مسيرة سفر تتم ، هو الصحيح ، ارتد في السفر ثم أسلم من ساعته وبينه وبين المقصد أقل من مسيرة سفر يقصر، وكذا المرأة لو طلقها زوجها بائناً أو رجعياً وانقضت عدتها وبينها وبين المقصد أقل من مدة السفر ، فأما قبل انقضاء العدة فحكمها في الرخصة حكم الزوج . ولايكره الخروج للسفر يوم الجمعة قبل الزوال وبعده . وقال الشافعي يكره قبل الجمعة ، وقبل الزوال له قولان ، أصحها أنه يكره وهو قول أحمد ، وقال في القديم لا يكره وهو قول مالك ، ولو سافر في رمضان لا يكره من دخل دار الحرب مستأمناً ونوى الإقامة في دارهم في موضع الإقامة صحت نيته .

* * *

# باب صلاة الجمعة

## ( باب صلاة الجمعة )

أي هذا باب بيان أحكام صلاة الجمعة ، ووجه المناسبة بين البابين من حيث أن في كل منهما سقوط شطر الصلاة ، فالأول بواسطة السفر ، والثاني بواسطة الخطبة ، إلا أن الأول شامل في كل ذوات الأربع ، والثاني خاص في الظهر والخاص بعد العام وجود الآن التخصيص لا يكون إلا بعد التعميم ، واشتقاقها من الإجتماع كالفرقة من الافتراق .

وهي بضم الجيم والميم وبفتح الميم مع ضم الجيم ، قال الزمخشري قرىء بينهما بهن جيماً ، فالسكون كالصحلة للمصحول منه ويفتح للوقت الجامع كالصحلة من اللقبة والضم ثقيل ، كالعسر ويسر ، وحكاهن الواحدي عن الفراء والأكثرون إن الإسكان تخفيف كالعتيق ، والفتح لغة بني عقيل ، وجمعها جمات وجمع ، سميت بذلك لاجتماع الناس فيها، وقيل لكثرة ما جمع الله فيها من خصائل الخير وهي اسم شرعي ، وقيل سميت بذلك لأن آدم عليه‌السلام جمع فيها خلقه ، ويروى ذلك عنه عليه‌السلام ، وقيل لأن المخلوقات تمت فيها واجتمعت ، وعن ابن سيرين أن أهل المدينة سموها الجمعة وجمعوا قبل أن يقدم رسول الله عليه‌السلام ونزلت سورة الجمعة ولم يكن بعد فرضت .

وقيل أول من سمى الجمعة كعب بن لؤي وكان اسمه في الجاهلية عروبة من الأعراب الذي هو التحسين لمكان تزين الناس فيه . وفضيلتها عظيمة عن أبي هريرة،قال الله تعالى ﴿ وشاهد ومشهود ﴾ ٣ البروج ، الشاهد يوم الجمعة ، والمشهود يوم عرفة ، رواه البيهقي في سننه الكبرى . وعن أبي هريرة قال قال رسول الله عليه‌السلام خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة ، فيه خلق آدم ، وفيه أدخل الجنة ، وفيه أهبط منها ، ولا تقوم الساعة إلا في يوم الجمعة ، رواه مسلم في صحيحه ، وزاد مالك وأبو داود وفيه يتوب عليه ، وفيه مات، وما من دابة إلا وهي مصخية يوم الجمعة من حين يصبح حين طلعت الشمس مشفقاً من الساعة

إلا الجن والانس ، وزاد الترمذي وفيه ساعة لا يوافقها عبد مسلم يصلي يسأل الله فيها شيئاً إلا أعطاه إياه .

وفي ساعة الإجابة ثلاثة عشر قولاً عن أبي هريرة هي من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس. الترمذي بعد صلاة عصر الجمعة إلى غروب الشمس . الحسن وأبو العالية عند زوال الشمس وعائشة رضي الله عنها عند أذان الجمعة . مسلم في صحيحه إذا قعد الإمام على المنبر حتى يفرغ أبو بردة الساعة التي اختار الله فيها الصلاة ، أبو داود عن أبي ذر هي مابين السا [1] ترتفع شبراً إلى ذراع ، طاووس وعبد الله بن سلام بين العصر إلى غروب الشمس . كعب لو قسم جمعة في جمع إلا على تلك الساعة . أبو داود من حين تمام الصلاة إلى حين الإنصراف أبو هريرة التمسوها في ثلاثة مواطن ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس ، وما بين نزول الامام إلى أن يكبر ، وما بين صلاة العصر إلى غروب الشمس . ابن عمر رضي الله عنه إن طلب ساعة يوم سير قرأها أنها أخفيت في اليوم .

وحكى ابن المنذر إجماع المسلمين على وجوبها . وقال الخطابي وأكثر الفقهاء على أنها من فروض الكفاية ، قالوا هذا غلط . وقال النووي هي فرض على كل مكلف غير أصحاب الأعذار ، وحكى أبو الطيب عن بعض أصحاب الشافعي غلط من قال أنها فرض كفاية ، وقال ابن العربي لا نطلب على فرضية الجمعة دليل ، لأن الاجماع من أعظم الأدلة ، وروى ابن وهب عن مالك أنه قال سموها سنة ، وتكلموا فيه ، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال الجمعة على من سمع النداء ، رواه أبو داود والدارقطني ، وعن حفصة رضي الله عنها أنه ﷺ قال رواح الجمعة يجب على كل محتلم ، رواه النسائي بإسناد على شرط مسلم ، قاله النووي .

وفي الدراية صلاة الجمعة فريضة ، يحكم جاحدها كافر بالاجماع ، وهي فرض عين إلا عند ابن كج من أصحاب الشافعي ، فإنه يقول فرض كفاية وهو غلط ، ذكره في الحلية وشرح الوجيز .

---

(١) هكذا في الأصل .

وفرضيتها بالكتاب والسنة والاجماع ونوع من المعنى .

أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ ٩ الجمعة ، والمراد من الذكر في الآية الخطبة باتفاق المفسرين ، والأمر للوجوب ، فإذا فرض السعي إلى الخطبة التي هي شرط جواز الصلاة فالى أصل الصلاة كان أوجب ، ثم أكد الوجوب بقوله ﴿ وذروا البيع ﴾ يحرم البيع بعد النداء ، وتحريم المباح لا يكون من أجل واجب .

وأما السنة ، فحديث جابر وأبي سعيد ، قالا خطبنا رسول الله ﷺ .. الحديث ، وفيه اعلموا أن الله تعالى فرض عليكم صلاة الجمعة .. الحديث ، رواه البيهقي ، وقال وفيه عبد الله بن محمد العدوي وهو منكر الحديث لا يتابع في حديثه ، وقال محمد بن اسماعيل البخاري ، وذكر في المبسوط أكثر هذا الحديث بمعناه ، وبعضه ذكر صاحب المهذب .

وأما الاجماع ، فأجمعت الأمة على ذلك من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على فرضيتها من غير إنكار أحد ، لكن اختلفوا في أصل الفرض في هذا الوقت ، فقال الشافعي في الجديد وزفر ومالك وأحمد ومحمد في رواية ، فرض الوقت الجمعة والظهر بدل عنها . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي في القديم الفرض هو الظهر ، وإنما أمر غير المعذور باسقاط أداء الجمعة ، وقال محمد في رواية فرض إحداهما غير عين والتعيين اليه ، ولكن رخص في أداء الظهر . وفائدة الخلاف تظهر في حر مقيم إذ الظهر في أول الوقت يجوز مطلقاً ، حتى لو خرج بعد أداء الظهر اليها أو لم يخرج اليها لم يبطل فرضه ، وعندهم لا يجوز الظهر سواء أدرك الجمعة أو لا ، خرج اليها أو لا .

وأما المعنى فلأنا أمرنا بترك الظهر لاقامة الجمعة والظهر فريضة ، ولا يجوز ترك الفرض إلا لفرض هو آكد منه وأولى ، فدل أن الجمعة آكد من الظهر في الفريضة .

( لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع ) شرائط لزوم الجمعة اثني عشر ، ستة في نفس المصلي ، وهي الحرية والذكورة والاقامة والصحة وسلامة الرجلين والبصر ، وقال يجب

على الأعمى إذا وجد قائداً ، وستة في غير نفس المصلي وهي المصر الجامع والسلطان والجماعة والخطبة والوقت والاظهار ، حتى أن الوالي لو أتى على باب المصر وجمع فيه بحشمة ولم يأذن للناس فيه بالدخول لم يجز ، كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله ، وذكر محمد في نوادر الصلاة أن أميراً لو جمع جنوده في الحصن وأغلق الأبواب وصلى بهم الجمعة ، فانه لا يجزئهم ، وأشار المصنف إلى الشرط الأول بقوله لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع، وسيأتي حد المصر الجامع .

( أو في مصلى المصر ) نحو مصلى العيد ، وفي الاسبيجابي والمفيد لا تجب الجمعة عندنا إلا في مصر أو مما هو في حكمه كمصلى العيد ، وفي جوامع الفقه وارياض المصر كالمصر ، وفي الينابيع لو كان منزله خارج المصر لا يجب عليه ، قال وهذا أصح ما قيل فيه ، وفي قاضي خان عن أبي يوسف هو رواية عنه ، وعنه من ثلاثة فراسخ ، وعنه إذا شهد الجمعة فان أمكنه المبيت بأهله يجب الجمعة ، واختاره كثير من مشايخنا ، قال ابن المنذر روي ذلك عن ابن عمر رضي الله عنهما وأبي هريرة ونافع مولى ابن عمر والحسن ، وبه قال عكرمة والحكم وعطاء والأوزاعي وأبو ثور بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه ﷺ قال الجمعة على من أواه الليل إلى أهله ، وضعفه الترمذي والبيهقي .

وعن أبي حنيفة تجب إذا كان يجيء خراجها مع المصر ، وفي الذخيرة في ظاهر رواية أصحابنا لا يجب شهود الجمعة إلا على من سكن المصر والارياض دون السفر ، وسواء كان قريباً من المصر أو بعيداً عنها . وعن محمد إذا كان بينه وبين المصر ميل أو ميلان أو ثلاثة أميال فعليه الجمعة ، وهو قول مالك والليث . وفي منية المفتي على أهل السواد الجمعة إذا كانوا على قدر فرسخ هو المختار ، وعنه إذا كان أقل من فرسخين تجب ، وفي الأكثر لا ، وفي رواية كل موضع لو خرج الامام اليه صلى الجمعة تجب وعن معاذ بن جبل يجب الحضور في خمسة عشر فرسخاً .

وفي المرغيناني يجوز في فناء المصر وهو الذي أعد لمصالح المصر متصلاً به وقدره بعض المشايخ بالغلوة ، وبعضهم بفرسخين ، واختاره السرخسي وخواهر زادة ، وروي ذلك

عن الزهري وعن أبي يوسف لو خرج الامام مع أهل المصر ميلاً أو ميلين جاز له أن يصلي بهم الجمعة ، لأن فنـاء المصر كهي . قال أبو الليث وبـه نأخذ . وفي الذخيرة قيل الجواز بفناء المصر قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز بناء على اختلافهم في مقداره ، وقيل إنما يجوز في فناء المصر إذا لم يكن بين المصر وبينـه مزارع ومراع ، وهكذا في المرغيناني من غير خلاف فعلى هذا القول لا تجوز إقامة الجمعة في مصلى العيد ، لأن بينهما مزارع .

قال في الذخيرة وقد وقعت مدة فأفتى بعض مشايخ زماننا بعدم الجواز ، ولكن هذا ليس بصواب ، فان أحداً لم ينكر جواز صلاة العيد فيه لا من المتقدمين ولا من المتأخرين والمصر وفناؤها شرط جواز صلاة العيد والجمعة ، وفي المرغيناني وإن كان بـين المصر وبينه مزارع وفرجة فلا جمعة عليهم ، وإن كان النداء يبلغهم قال والغلوة والميل والميلان ليس بشيء وهو اختيار الحلواني .

وفي جوامع الفقه وعن ابراهيم يجب على كل من كان دون المكان الذي يقصر المسافر إذا وصل اليه . وقال ابن العربي الوجوب على من سمع النداء عند الشافعي ، قال وتعلقه النسفي على سماع النداء يسقط عمن كان في المصر الكبير إذا لم يسمعه . قال ابن المنـذر الوجوب على من سمع النداء يروى ذلك عن ابن عمر وابن المسيب وعمرو بن شعيب ، وبـه قال أحمد وإسحاق . وقال ابن المنذر يجب عند محمد بن المنذر والزهري وربيعة من أربعة أميال ، وقول المصنف لا تصح الجمعة لا في مصر جامع أو في مصلى العيد قول علي بن أبي طالب وحديث نصر وعطاء والحسن وابراهيم والنخعي ومجاهد وابن سيرين والثوري وعبيد الله بن الجن وسحنون المالكي .

( ولا تجوز الجمعة في القرى ) إنما قال لا يجوز في القرى مع أنه مستعار من قوله لا تصح الجمعة إلا في مصر جامع نفياً لمذهب الشافعي فانه لا يشترط المصر بل يجوزها في كل موضع إقامة أسكنه أربعون رجلاً أحراراً لا يظعنون منه شتاء ولا صيفاً ، وبه قال أحمد . وقال مالك تقام بأقل من أربعين واحتجوا بحديث ابن عبـاس « رض » أنـه قال

أول جمعة جمعت بعد جمعة فى مسجد رسول الله ﷺ فى مسجد عبد مناف بجواثا من البحرين ، رواه البخاري . وفى لفظ أبى داود بجواثا قرية من قرى البحرين ، وبقوله عليه السلام الجمعة على من سمع النداء .

روى داود وابن ماجة عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك وكان قائداً بيده بعدما ذهب بصره عن أبي كعب بن مالك أنه كان إذا سمع النداء يوم الجمعة يترحم على سعد بن زرارة فقلت له إذا سمعت النداء ترحمت إلى سعد بن زرارة قال لأنه أول من جمع بناء في هذا البيت من جده من يناضة في نقيع يعرف بنقيع الخصمان .

وفي سنن البيهقي فإن سعداً أول من جمع بالمدينة قبل ما قدم رسول الله ﷺ قلت له كم أنتم يومئذ . قال أربعون رجلا ، وكتب أبو هريرة رضي الله عنه يسأله عن الجمعة جواباً . قلت له ان جمع بها وجبت ما كتب .

ولنا ما ذكره المصنف من الحديث على ما نبينه إن شاء الله تعالى ولا حجة لهم في قصة سعد بن زرارة لأنه كان قبل مقدم رسول الله ﷺ كا رواه البيهقي في سننه الكبرى وأيضاً نحن نقول بجوازها بالأربعين ، ولا يدل ذلك على عدم الجواز بدون الأربعين وقال المزني لا يتضح ما احتج به الشافعي أنه ﷺ جمع بالأربعين حين قدم المدينة لأن المسلمين كانوا قد تكاثروا وقالوا أيضاً أنه كان أكثر عدداً .

فإن قلت روي عن عطاء وجابر بن عبد الله قال مضت السنة ان في كل ثلاثة إماماً ، وفي أربعين فما فوق ذلك جمعة وأضحى وفطر ، قال ابن قدامة إذا قال الصحابي مضت تنصرف إلى سنة النبي ﷺ . قلت قال في شرح المهذب حديث جابر هذا ضعيف، رواه البيهقي ثم قال هو حديث لا يحتج به . وأما جواثا فقد قال الجوهري وابن الأثير هي اسم الحصن في البحرين . وفي المبسوط هي مدينة ، والمدينة تسمى قرية كا قال الله تعالى ﴿ أخرجنا من هذه القريه الظالم ﴾ ٧٥ النساء ، وقال عمر رضي الله عنه حيث ما كنتم أي من مثل جواثا من الأمصار ، وهي بضم الجيم وبالثاء المثلثة .

قوله — في هزم البيت — بضم الهاء وفتح الزاء المعجمة وهو موضع بالمدينة ، وقال ابن

لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له أمير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود

---

الأثير – هزم – بني بياضة موضع بالمدينة وضبطها بفتح الهاء وسكون الزاء ويلسع الخصمان قرية لبني بياضة ، والنقيع بالنون والخصمان بفتح الخاء وكسر الصاد المعجمتين ، وهي أودية يدفع سلبها إلى المدينة . والحرة بفتح الحاء المهملة وتشديد الراء من بين جبلين ذوات حجارة سود .

( لقوله ﷺ لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع ) قال الزيلعي هذا مرفوعاً غريب ، وإنما وجدناه موقوفاً عن علي رضي الله عنه رواه عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا معمر عن أبي إسحاق عن الحارث عن علي رضي الله عنهم لا جمعة ولا تشريق ولا صلاة فطر ولا أضحى إلا في مصر جامع أو مدينة عظيمة ، وأخرجه عبد الرزاق أيضاً والبيهقي في المعرفة عن سعيد عن زيد الزيلعي به ، ثم قال وكذلك رواه الثوري عن زبيدية ، وهذا إنما يروى عن علي موقوفاً ، فأما النبي ﷺ فإنه لا يروي عنه ذلك شيء . وقال ابن حزم في المحلى وذلك عن علي .

وعن حذيفة ليس على أهل القرى جمعة ، إنما الجمع على أهل الأمصار مثل المدينة . قلت قال الزيلعي وجدناه موقوفاً وقوف البيهقي لم يرو عن النبي عليه السلام لا يستلزم عدم وقوف غيره على كونه مرفوعاً والإثبات مقدم على النفي ، وقد ذكر الإمام خواهر زادة في مبسوطه أن أبا يوسف ذكره في الإملاء مسنداً مرفوعاً إلى النبي عليه السلام وأبو يوسف إمام الحديث حجة ، ولم يثبت عنده كونه مرفوعاً لما قال مسند مرفوع ، ولئن سلمنا أنه موقوف فهو موقوف صحيح ، وهو محمول على السماع لأنه لا يدرك بالعقل وهو مقول علي رضي الله عنه حجة .

( والمصر الجامع كل موضع له أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود ) هذا تفسير المصر الجامع ، وقد اختلفوا فيه ، فمن أبي حنيفة هو ما يجتمع فيه مرافق أهله دنيا وديناً .

وعن أبي يوسف كل موضع فيه أمير وقاض ينفذ الأحكام ويقيم الحدود فهو مصر تجب على أهله الجمعة ، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة في كتاب صلاته وفيه أيضاً ، قال سفيان الثوري المصر الجامع ما يعده الناس مصراً عند ذكر الأمصار المطلقة كبخارى وسمرقند .

وقال الكرخي المصر الجامع ما أقيمت فيه الحدود ، ونفذت فيه الأحكام ، وهو اختيار الزمخشري ، وعن أبي عبد الله البلخي أنه قال أحسن ما سمعت إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم فلم يسعوا فيه فهو مصر جامع ، وعن أبي حنيفة هو بلدة كبيرة فيها سكك وأسواق ولها رساتيق،ويرجع الناس اليه فيما وقعت لهم من الحوادث ، وهواختيار صاحب التحفة . وقال أبو يوسف في نوادر ابن شجاع إذا كان في القرية عشرة آلاف فهو مصر ، وعن بعض أصحابنا المصر ما يعيش فيه كل صانع بصناعته لا يحتاج إلى التجول إلى صنعة أخرى .

وفي المستصفى أحسن ما قيل فيه إذا يوجد فيه حوائج الدين وهو القاضي والمفتي والسلطان فهو مصر جامع ، وعن أبي حنيفة المصر كل بلدة فيها سكك وأسواق ووالى ينصف المظلوم من ظالمه وعالم يرجع اليه في الحوادث وهو الأصح ، ذكره في المفيدوالتحفة وعن محمد كل موضع مصره الإمام فهو مصر حتى أنه لو بعث إلى قرية نائباً إلى إقامة الحدود والقصاص يصير مصراً ، فإذا عزله ودعاه تلحق بالقرى ويؤيد قول محمد هذا ما صح أنه كان لعثمان رضي الله عنه أسود أنزله على الزبدة يصلي خلفه أبو ذر وغيره من الصحابة الجمعة وغيرها ، ذكره ابن حزم في المحلى ، وقال قاضي خان والاعتماد على ما روي عن أبي حنيفة في المحلى كل موضع بلغت أبنيته أبنيه منى ، وفيها مفتي وقاض يقيم الحدود وينفذ الأحكام فهو مصر ، وقيل الجامع أن يوجد فيه عشرة آلاف مقاتل وقيل أن يكون بحال لو قصدهم عدو غلبهم دفعة ، ذكرهما في الينابيع .

وفي الدراية ظاهر المذهب ما حده المصنف بقوله له أمير المراد من الأمير الوالي الذي يقدر على إنصاف المظلوم من الظالم ، وإنما قال ويقيم الحدود بعد قوله — وينفذ الأحكام —

وهذا عن أبي يوسف « رح » وعنه أنهم إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم . والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر ، والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصود على المصلى

---

لأن تنفيذ الأحكام لا يستلزم إقامة الحدود ، فإن المرأة إذا كانت قاضية تنفذ الأحكام ، وليس لها إقامة الحدود وكذلك الحكم والمفتي بذكر الحدود ، وعن القصاص لأنهما يقتربان في عامة الأحكام ، فبذكر أحدهما كان مغنياً عن الآخر .

( وهذا عند أبي يوسف ) إشارة إلى قوله – والمصر الجامع كل موضع .. الـخ – ( وعنه ) أي وعن أبي يوسف ( انهم ) أي أن من تجب عليهم الجمعة من الرجال البالغين الأحرار لا من يكون هناك من الصبيان والنساء والعبيد ( إذا اجتمعوا في أكبر مساجدهم لم يسعهم ) فاذا كان كذلك يكون مصراً جامعاً .

( والأول ) وهو قوله – والجامع كل موضع له أمير ..–إلى آخره (اختيار الكرخي) كرخ سامرى و كرخ بغداد و كرخ حدان و كرخ البصرة انتهت اليه رياسة الأصحاب بعد أبي حازم وأبي سعيد البردعي ، وعنه أخذ أبو بكر الرازي وأبو عبد الله الترمغاني وأبو علي الشامي وأبو حفص بن شاهين وآخرون وتوفي ليلة النصف من شعبان سنة أربعين وثلاثمائة ( وهو الظاهر ) أي الذي اختاره الكرخي هو ظاهر المذهب .

( والثاني ) وهو الذي روي عن أبي يوسف أنهم إذا اجتمعوا إلى آخره ( اختيار الثلجي ) وهو الإمام محمد بن شجاع أحد أصحاب أبي حنيفة ، ونسبته إلى ثلج بالثاء المثلثة ابن عمر بن مالك بن عبد مناف ، وليس هو منسوباً إلى بيع الثلج ، وذكر في كتاب الطبقات ، ويقال له ابن الثلجي ، وهو من أصحاب الحسن بن زياد اللؤلؤي حدث عن وكيع وأبي أسامة والواقدي وغيرهم ، وله تصانيف كثيرة ، قال السغناقي مات فجأة في صلاة العصر ، وهو ساجد في سنة ست وستين ومائتين .

( والحكم غير مقصود على المصلى ) يعني جواز إقامة الجمعة ليس بمنحصر في المصلى بفتح اللام وهو الموضع الذي يصلى فيه العيد لا الموضع الذي يصلى فيه الجمعة، وفي الجوامع

بل يجوز في جميع أفنية المصر لانها بمنزلته في حوائج أهله ويجوز بمنى إن كان الامير أمير الحجاز

---

التي في المصر ( بل يجوز في جميع أفنية المصر ) الأفنية جمع فناء بكسر الفــاء ، وفناء الدار سعة إمامها ، وكذلك فناء البيت ، وفي الفتاوى الصغرى يجوز صلاة الجمعة والعيدين في فنــاء المصر ، وهو أن يكون على قدر غلوة متصلاً بربض المصر كما هو المعتــاد في صلاة العيد ، لكن إذا خرج رجل من المصر بنية السفر يصلي في هذا الموضع صلاة المسافرين ، وكذا لو انتهى المسافر في هذا الموضع نقــله في آخر باب الجمعــة من نوادر شمس الأئمة الحلواني .

( لأنها ) أي لأن الأفنية (بمنزلته) أي بمنزلة المصر ( في حوائج أهله ) أي أهل المصر ، لأنه أعد لحوائجهم ، وقال شمس الأئمة الحلواني في نوادره اختلفوا في فناء المصر الحد فيه فقدره محمد ها هنا بغلوة ، وبعضهم بفرسخ ، وبعضهم بفرسخين ، وبعضهم بمنتهى حــد صوت مؤذنهم إذا أذن ، كذا في تتمة الفتاوى ، وفي شرح الطحاوي عن أبي يوسف أن الإمام إذا خرج يوم الجمعة مقدار ميل أو ميلــين وحضرته الصلاة فصلى جاز . وقال بعضهم لا يجوز الجمعة خارج المصر منقطع عن العمران . وقال بعضهم يجوز على قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لا يجوز ، كما اختلفوا في منى وقــد مر الكلام في هذا الفصل مستقصى عن قريب .

( ويجوز بمنى ) أي يجوز إقامة الجمعة في منى وهي قرية بين مكة وعرفات يذبح بها الهدايا والضحايا ، سمي ذلك الموضع منى لوقوع الأقذار فيه على الهــدايا يامن ومنى كمنى منيا ، أي قدر ، ومنه المنية لأنها مقدرة على اقترايا وهي منصرفة إذا جعلت علماً لموضع، ويمنع من الصرف إذا جعلت علماً للبقعة فيوجد علتان العلمية والتأنيث . ( إن كان الأمير أمير الحجاز ) الحجاز ما بين تهامة ونجد ، سمى حجازاً لأنه يحجز بينهما، والتهامة الناحية الجنوبية من الحجاز ، وما وراء ذلك إلى مكة وحده تهامة ، وفي شرح الطحاوي إن كان الأمير أمير الحجاز أو أمير العراق أو أميراً لمكه أو الخليفة معهم مقيمــين كانوا أو مسافرين جاز إقامة الجمعة عندهما ، وإن كان أمير الموسم إن كان مقيماً جاز وإن كان

أو كان الخليفة مسافراً عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد « رح » لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ، ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم عدم التعييد للتخفيف

---

مسافراً لم يجز . وذكر فخر الإسلام أن أمير الموسم ليس له حق إقامة الجمعة إنما له نيابة الحجاج . وقال في المختلف أمير الحجاج ليس له ولاية إقامة الجمعة إلا إذا ولاه الخليفة أو من له ذلك وهو مقيم .

( أو كان الخليفة مسافراً ) قيد بـه ، إما التنبيه على أنه لو كان مقيماً كان الجواز بالطريق الأولى ، وإنما كنى تنبيهاً وهي أن الخليفة إذا كان مسافراً لا يقيم الجمعة ، كما إذا كان أمير الموسم مسافراً فذكره ليعلم أن حكم الخليفة على خلاف حكم أمير الموسم ، وفي هذا دليل على أن الخليفة أقوى السلطان إذا كان يطوف في ولايته كان عليه الجمعة في كل مصر يكون في يوم الجمعة ، لأن إقامة غيره بأمره يجوز ، فإقامته أولى وإن كان مسافراً ، كذا في الفوائد الظهيرية والجامع الصغير لقاضي خان ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) متعلق بقوله ويجوز بمنى .

( وقال محمد لا جمعة بمنى ) وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو قول عطاء ومجاهد ( انها ) أي لأن منى ، والتأنيث على تأويل القرية أو البقعة ( من القرى ) ولا جمعة في القرية، وهو منزل من منازل الحاج كعرفات ( حتى لا يعيد بها ) نتيجة قوله – لا جمعة بمنى لأنها من القرى – حتى لا يصلي فيها صلاة العيد فلا يصلي فيها الجمعة .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف ( انها ) أي لأن منى ( تتمصر ) أي تصير مصراً ( في أيام الموسم ) لما يكون فيها أسواق وفيها سلطان أو نائبه وقاضي في أيام الموسم فتصير كسائر الأمصار ( وعدم التعييد لا لتخفيف [1] ) هذا جواب عن قول محمد لا يعيد بها ، وتقرير الجواب إنما لا يعيد فيها يعني لا يصلي صلاة العيد لأجل التخفيف على الناس لأنهم مشتغلون بأمور المناسك ، ولأن منى من أفنية مكة وتوابعها لأنها في الحرم وتوابع الشيء

---

(١) في الأصل – للتخفيف – اهـ مصححه .

ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعاً لانها فضاء وبمنى أبنية والتقييد بالخليفة وأمير الحجاز لان الولاية لهما ، أما أمير الموسم فيلي أمور الحج لا غير ، ولا يجوز إقامتها إلا للسلطان أو لمن أمره السلطان ،

---

يقوم مقام ذلك الشيء . وأما عرفات فإنها من الحل وليست من فناء مكة ، وبينها وبين مكة أربعة فراسخ .

( ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعاً ) أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وبه قال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق ، وهو قول الزهري ، وزعم ابن حزم أنه عليه السلام صلى الجمعة بعرفات ، قال ولا خلاف أنه ﷺ خطب وصلى ركعتين، وهذه صفة صلاة الجمعة،قال وماروى أحد أنه ماجهر فيها، والقاطع بذلك كاذب على الله، وعلى رسوله ، ولو صح أنه ما جهر لم يكن لهم به تعلق لأنه ليس بفرض ، قال ولجاء بعضهم إلى دعوى الإجماع على ذلك ، وهذا مكان تبين فيه الكذب على مدعيه .

قلت هذا رجل قد سل لسانه على الأئمة الثلاثة الأجلاء أبي حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم وكلامه متناقض لا يلتفت اليه حتى وجبت الجمعة على العبد والمسافر ويخير إقامتها في البداوى والقفار باستدلالات باطلة .

( لأنها ) أي لأن عرفات ( فضاء ) لا أبنيــة فيها ( وبمنى أبنيه )تقام فيها الأسواق خصوصاً في أيام الموسم يكون فيها نائب السلطان والقاضي كما ذكرنا ( والتقييد بالخليفة وأمير الحجاز لأن الولاية لهما ) أراد بالتقييد التقييد جواز الجمعة بمنى عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالخليفة وأمير الحجاز ، لأن الولاية لهما في إقامة الجمعة .

( أما أمير الموسم ) أي أمير الحاج ( فيلي أمور الحاج لا غير ) يعني ليس له ولاية غير الحاج ، وليس له إقامة الجمعة إلا إذا كان الخليفة كما ذكرنا ( ولا يجوز إقامتها ) أي إقامة الجمعة ( إلا للسلطان ) أراد بالسلطان الخليفة لأنه أراد به الوالي الذي ليس له فوقه وال هو الخليفة ( أو لمن أمره السلطان ) يعني إن لم يكن السلطان يكون إقامتهـا لمن أمر السلطان وهو الأمير أو القاضي أو الخطباء .

لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميماً للفائدة

---

( لأنها ) أي لأن الجمعة ( تقام بجمع عظيم ) من الناس ( وقد تقع المنازعة في التقدم ) تشديد الدال المضمومة من باب التفعل بأن يقول واحد أنا أصلي بالناس ، ويقول آخر أنا أصلي بهم (والتقديم ) بأن تقول طائفة يصلي بالناس فلان ، ويقول الآخرون ويصلي بهم فلان الآخر فتقع الخصومة بينهم ( وقد تقع ) أي المنازعة ( في غيره ) أي في غير ماذكر من التقدم والتقديم بأن تقول طائفة يصلي في مسجدنا ، ويقول الآخرون يصلي في مسجدنا فكثر الخصومة والنزاع ( فلا بد منه ) أي إذا كان الأمر كذلك ، فلا بد من السلطان أو من أمره السلطان ( تتميماً لأمره ) أي لأمر الجمعة وتذكير الضمير باعتبار المذكور ، وانتصاب تتميماً على التعليل ، وكذلك اللام في لأمره . ومن التتميم أمر السلطان لقطع المنازعة وحسم مادة الخلاف ، وعند الشافعي السلطان يؤم ليس بشرط لصحة الجمعة ، ولكن السنة أن لا تقام إلا بإذن السلطان ، وبه قال مالك وأحمد في رواية .

وعن أحمد أنه شرط كمذهبنا ، واحتجوا في ذلك بما روي أن عثمان رضي الله عنه حين كان محصراً بالمدينة صلى علي رضي الله عنه الجمعة بالناس ، ولم يرو أنه صلى بأمر عثمان وكان الأمر بيده فلا يشترط لإقامتها السلطان كسائر الصلوات . قال الاترازي ولنا ما روي عن جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال واعلموا أن الله كتب عليكم الجمعة في يومي هذا في مقامي هذا في شهري هذا فريضة واجبة إلى يوم القيامة ، فمن تركها جحوداً لها واستخفافاً بحقها في حياتي أو بعد موتي وله إمام عادل أو جائر فلاجمع الله شمله ولا أتم له أمره ألا لا صلاة له ألا لا زكاة له ألا لا حج له ، ألا لا صوم له إلا أن يتوب ، ومن تاب تاب الله عليه .

قلت لم يبين ما حال هذا الحديث ، ومن رواه عن جابر وذكر في شرح الأقطع عن سعيد بن المسيب عن جابر ، ورواه ابن ماجة في سننه ، وقال حدثنا محمد بن عبد الله بن نمر ثنا الوليد بن بكر حدثني عبد الله بن محمد العدوي عن علي بن زيد عن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله قال خطبنا رسول الله عليه السلام فقال يا أيها الناس توبوا إلى

الله قبل أن تموتوا وبادروا بالأعمال الصالحة قبل أن تشتغلوا وصلوا الذي بينكم وبين ربكم بكثرة ذكركم له وكثرة الصدقة في السر والعلانية ترزقوا وتنصروا وتجبروا ، واعلموا أن الله قد افترض عليكم الجمعة في مقامي هذا وفي يومي هذا وفي شهري هـذا وفي عامي هذا إلى يوم القيامة ، فمن تركها في حياتي أو بعدي ، وله إمام عادل أو جائر استخفافاً بها أو جحوداً لها فلا جمع الله شمله ولا بارك له في أمره ألا ولا صلاة له ولا زكاة له ولا حج له ولا صوم له ولا بر له حتى يتوب ، فمن تاب تاب الله عليه ، ألا لا تؤم امرأة رجلاً ولا يؤم أعرابي مهاجراً ألا ولا يؤم فاجر مؤمناً إلا أن يقهره السلطان يخاف سيفه وسوطه . وأخرجه البزار من وجه آخر ، وروى الطبراني في الأوسط من حديث ابن عمر نحوه .

فإن قلت في مسند ابن ماجة عن عبد الله بن محمد قالوا انه واهي الحـديث ، وسند البزار علي بن زيد بن جدعان ، قال الدارقطني كلاهما غير ثابت ، وقال ابن عبد البر، هذا الحديث واهي الإسناد . قلت هذا الحديث روي من طرق ووجوه مختلفـة ، فحصل له بذلك قوة فلا تمنع من الإحتجاج به ، واحتجاجهم بما روي عن عثمان رضي الله عنه ساقط، لأنه يحتمل أن علياً رضي الله عنه فعل ذلك بأمره أو لم يتوصل إلى عثمان ، وعندنا إذا لم يتوصل إلى إذن الإمام ، فللناس أن يجتمعوا ويقدموا من يصلي بهم ، كذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي « رح » فمن أين يعلم أن علياً رضي الله عنه فعل ذلك بلا إذن عثمان وهو بحيث يتوصل إلى إذنه ، وفي الأجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد « رح » لوغلب على مصر متغلب فصلى بهم الجمعة جاز فكذلك إذا أجمع جميع الناس على رجل يصلي بهم الجمعة جازت .

قلت فبالنظر إلى ذلك كانت صلاة علي رضي الله عنه أولى وأحق بالجواز ، ونقـل ذلك عن الحسن البصري ، لأن الصحابة صلوا وراء علي رضي الله عنه ورضوا بـه ، سواء كان معه إذن أو لم يكن . وفي فتاوى الكردي صلاة الجمعة خلف المتغلب الذي لا منشور له من الخليفة يجوز إن كانت سيرته سيرة الأمراء . وفي فتاوى العتابي لكن الأنكحة لا تجوز بتزويجه ، وفيه اجتماع الناس على رجل تجمع لهم بغير أمر القـاضي ، وصاحب

الشرط لا يجوز . وفي المجتبى قال أبو بكر لا يعرف جواز الجمعة خلف المتغلب من أصحابنا ، وإنما هو شيء ذكره الطحاوي ، لكن السلطان إذا كان فاسقاً جاز أن يجتمعوا على رجل واحد يجمع لهم بعد موته .

وقال أصحابنا لو مات سلطان بلدة فولى أهلها أميراً ينفذ الأحكام والحدود جاز ، أو كان قاضياً حكم وصار سلطاناً وقاضياً فبإجماعهم عليه الخوارج فولوا رجلاً من أهل العدل للقضاء جاز أحكامه . وفي الفتاوى الظهيرية الإمام إذا امتنع أن يجمعوا لم يجمعوا ، قال الهنداني هذا إذا امتنع بسبب من الأسباب ، أما إذا امتنعهم منعة أو إصراراً بهم يجوز أن يجتمعون على رجل يصلي بهم الجمعة ، وقياسهم على سائر الصلوات فاسد ، لأن الجمعة يشترط طعاماً لم يشترط بغيرها من الصلوات مثل الخطبة والجماعة .

فإن قلت هذا عبادة على البدن فلا يكون السلطان شرطاً فيها كما في الحج والصوم . قلت هذا مبطل بإقامته الحد (١) الوجه بالحج لا يفوت على غيره ، وانفراد طائفة بإقامة الجمعة يفوت الباقين .

( ومن شرائطها ) أي ومن شرائط الجمعة ( الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده ) أي بعد وقت الظهر ، وكان مالك يقول يجوز إقامتها في وقت العصر ، بناء على تداخل الوقتين على مذهبه ، وعند أحمد يجوز إقامتها قبل الزوال . وقال بعض أصحابه أول وقتها وقت صلاة العيد . وقال بعضهم يجوز في الساعة السادسة لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أقام الجمعة ضحى . وقال أبو بكر بن العربي اتفق العلماء عن بكرة أبيهم على أن الجمعة لا تجب حتى تزول الشمس ، ولا يجزئه قبل الزوال إلا من روى عن ابن حنبل أنه يجوز قبل الزوال ، ونقله ابن المنذر عن عطاء وإسحاق والماوردي عن ابن عباس في السادسة احتج ابن حنبل بحديث جابر ، قال كان رسول الله ﷺ يصلي الجمعة ثم يذهب إلى جمالنا فيريحها حتى تزول الشمس ، رواه مسلم . قال البيهقي يعني النواضح .

---

(١) هنا كلام غير مقروء .

وعن سلمة بن الأكوع قال كنا نصلي مع رسول الله عليه السلام الجمعة ثم ننصرف وليس للحيطان ظل نستظل به ، رواه البخاري ومسلم . وعن شريك بن سعد « رض » قال ما كنا نقيل ولا نتغذى الا بعد الجمعة على عهده عليه السلام . وقال أبو سهل إنا كنا نرجع فنقيل قايلة الضحى ، ولأنها عيد لقوله عليه السلام قد اجتمع في يومكم هذا عيدان ، ولقوله عليه السلام إن هذا يوم جعله الله عيداً للمسلمين فصار كالفطر والأضحى . واتفق أصحابنا أن وقتها وقت الظهر ، وهو قول جمهور الصحابة والتابعين ، وبه قال الشافعي .

( لقوله عليه السلام إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ) واحتجوا في ذلك بحديث أنس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس ،رواه البخاري وعن سلمة بن الأكوع قال كنا نجمع مع رسول الله عليه السلام إذا زالت الشمس ثم نرجع نتبع الفيء ، متفق عليه .

فإن قلت روي عن عبد الله بن ميدان أنه قال شهدت الخطبة مع أبي بكر رضي الله عنه فكانت خطبته وصلاته قبل نصف النهار ، وشهدتها مع عمر رضي الله عنه فكانت خطبته وصلاته إلى أن أقول قد انتصف النهار ، ومثله عن عثمان رضي الله عنه فما رأيت أحداً عاب ذلك . قلت قال ابن بطال لا يثبت هذا ، وعبد الله بن ميدان لا يعرف .

قلت روى هذا الحديث الدارقطني وغيره وهو حديث ضعيف . وقال النووي في الخلاصة اتفقوا على ضعف ابن ميدان ، وقد قال الشافعي وقد صلى النبي عليه السلام وأبو بكر وعثمان والأئمة بعدهم كل جمعة بعد الزوال خدل [1] على أنه لا اعتبار بها ، فله.

والجواب عن حديث جابر أنه أجاز أن الصلاة والرواح إلى أجمالهم كانا حين الزوال وما بدايته ، وحديث سلمة حجة عليهم لأن معناه ليس للحيطان في كثير بحيث يستظل به المار ، وأصح منه الرواية الأخرى نتبع الفيء ، وهو تصريح بوجوده ، لكنه قليل ،

(١) هكذا رسمت في الأصل ربما هي – فدا

ومعلوم أن حيطان المدينة كانت قصيرة والشمس فوقها فلا يظهر الفيء الذي يستظل به هنالك عند الزوال إلا بعد زمان طويل .

ومعنى حديث سهيل أنهم كانوا يؤخرون القيلولة والغذاء في هذا اليوم إلى ما بعد صلاة الجمعة ، لأنهم ندبوا في هذا اليوم إلى التبكير اليها والاشتغال بغيره كان يفوته ، لقوله عليه السلام إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة . قال السروجي لم أجد هذا في كتب الحديث ، وقال الزيلعي غريب ، وقال السغناقي لما روي أن النبي عليه السلام لما بعث مصعد بن عمر رضي الله عنه إلى المدينة قبل هجرته قال له إذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ، وتبعه الأكمل ونقله من شرحه ، وكذا نقله صاحب الدراية ، ثم قال قيل هذا الحديث ما وجد في كتب الحديث ، ثم قال وأجيب إن وجد أنه في كتب الحديث ليس بشرط ويجوز النقل بالمعنى .

قلت سبحان الله هذا كلام عجيب يصدر من هؤلاء ، فأي حديث أصله حتى نقل عنه بالمعنى ، وأصل الحديث ما رواه الدارقطني عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ كتب إلى مصعب بن عمير يأمره بإقامة الجمعة ، وفي إسناده عن أبيه وعن أبي إسحاق أن رسول الله ﷺ إنما بعث مصعباً حين كتب الأنصار اليه أن يبعث اليهم ، قال فحدى عاصم بن عمر بن عبادة أنه كان يصلي بهم ، وذلك أن الأوس والخزرج كره بعضهم أن يؤمه بعض، وكان قدوم وفود الأنصار في السنة الثانية عشرة من النبوة ، ولما قدموا إلى النبي عليه السلام في هذه السنة رجعوا إلى قومهم فدعوهم إلى الإسلام وأرسلوا إلى رسول الله ﷺ معاذ بن عفراء ورافع بن مالك أن ابعث الينا رجلاً يفقهنا ، فبعث اليهم مصعب بن عمر، فنزل على أسعد بن زرارة وكان الذين قدموا في هذه السنة ثمانية ، وفيهم معاذ بن عفراء، وزاد ابن مالك وأسعد بن زرارة رضي الله عنهم .

وقال أهل السير والتواريخ قدم رسول الله ﷺ حتى نزل بقباء على بني عمر بن عوف وذلك يوم الاثنين لاثنتي عشرة ليلة من شهر ربيع الأول حين امتد الضحى ، فأقام عليه السلام بقباء يوم الاثنين ويوم الثلاثاء ويوم الأربعاء ويوم الخميس داس مسجدهم ثم خرج

ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبني عليها لاختلافهما ، ومنهـا الخطبة

---

يوم الجمعة عامداً المدينة فأدركته صلاة الجمعـــة في بني سالم بن عوف في بطن دار لهم قدر اسجدوا القوم في ذلك الموضع مسجداً ، وكانت هذه الجمعة أول جمعة جمعها رسول الله عليه السلام في الإسلام فخطب في هذه الجمعة وهي أول خطبة خطبها بالمدينة فما قبلها وبعدها أول جمعة جمعت في الإسلام بقرية يقال لها جواثا من قرى البحرين .

( ولو خرج الوقت ) أي وقت الظهر ( وهو فيها ) أي والحال أنها ، أي أن الإمام في صلاة الجمعة ( استقبل الظهر ) أي صلاة الظهر (ولا يبني عليها) أي على الجمعة (لاختلافهما) أي لاختلاف الظهر والجمعة من حيث الكمية والشرائط ، وهذا لأن الظهر أربعة ، والجمعة ركعتان ، ويخص الجمعة بشروط لا تشترط للظهر ، والظهر يخفى فيه ، والجمعـــة يجهر فيها ، واسم أحدها الظهر واسم الآخر جمعة فيثبت اختلافهما قدراً وحالاً واسماً .

وقال السغناقي لأنها يختلفان بدليل تخير العبد إذا أذن له مولاه بأن يصلي الجمعـة بين أن يصلي الظهر والجمعة مع تعين الوقت في الجمعة بالعلة ، ولو لم يكونا مختلفين لما خير العبد كما في جناية المدبر حيث يجب الأقل على مولاه من الأرش والقيمة من غير خيار لاتحادهما في المالية ، ثم أنه لو دخل وقت العصر وهو في الجمعة وقد تشهد تجزئه الجمعة عند أبي يوسف وأحمد ومحمد وتبطل جمعته عند أبي حنيفة ، ويستقبل قضاء الظهر. وعند الشافعي يصليها ظهراً . وقال ابن القاسم يصليها جمعة ما لم تغب الشمس بناء على أن وقت الظهر والعصر واحد ، وفي الواقعات لو قام المؤتم ولم ينتبه حتى خرج وقت الظهر فسدت الجمعة ، لأنه لو أتمها صار قاضياً في غير وقتها ، وإن انتبه قبل خروج الوقت جازت صلاتـه ، وعنـد الشافعي لو سلم الإمام والقوم في الوقت ثم خرج الوقت وعلى المسبوق ركعـــة ففي أحد الوجهين لا تصح جمعته لوقوع بعض صلاته خارج الوقت ، والثاني تصح تبعاً للامام .

( منها الخطبة ) أي من شرائط الجمعة الخطبة ، وهو مذهب عطـاء والنخعي وقتادة والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور ، وعن عمر رضي الله عنهـــم قال قصرت الصلاة لأجل الخطبة ، وعن عائشة مثله ، وعن سعيد بن جبير قال كانت الجمعـة

لأن النبي ﷺ ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلاة بعد الزوال ، به وردت السنة

---

أربعاً فجعلت الخطبة ، فكان ركعتين ، وقال ابن قدامة لا نعلم في هذا مخالفاً إلا الحسن البصري ، فإنه قال يجزئهم جمعتهم خطب الإمام أو لم يخطب . وذكر النووي معه داود وعبد الملك المالكي . وقال القاضي عياض وروي ذلك عن مالك ، وقال ابن حزم في المحلى الخطبة ليست بفرض تجوز الجمعة بدونها .

( لأن النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره ) ذكره البيهقي ، وذكر أيضاً عن الزهري أنه قال بلغنا أنه قال لا جمعة إلا بخطبة ، واستدل أيضاً بحديث ابن عمر كان عليه السلام يخطب يوم الجمعة خطبتين بينهما جلسة . قلت هذا استدل بمجرد الفعل فلا يتم إلا إذا ضم اليه قوله عليه السلام صلوا كما رأيتموني أصلي ، رواه البخاري ، فلو لم تكن واجبة لتركها مرة تعليماً للجواز .

( وهي ) أي الخطبة ( قبل الصلاة ) [1] لأنها شرط فتقدم كسائر الشروط ، بخلاف العيد فإنه لو لم يخطب فيه أصلاً يجوز ، ولو خطب فيه يجوز ( وبه وردت السنة ) أي بكون الخطبة قبل الصلاة وردت السنة عن النبي عليه السلام يمكن أخذ هذا في اثنين، أحدهما حديث السائب بن زيد ، رواه البخاري عنه قال كان الأذان على عهد رسول الله عليه السلام وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما يوم الجمعة حين يجلس الإمام ، فلما كان عثمان رضي الله عنه وكثر الناس أمر بالأذان الثاني على الزوراء ، ووجهه أن الأذان لا يكون إلا قبل الصلاة ، فإذا كان حين يجلس الإمام على المنبر للخطبة دل على أن الصلاة بعد الخطبة .

والآخر حديث أبي موسى الأشعري أخرجه مسلم عنه قال لي ابن عمر رضي الله عنه أسمعت أباك يحدث عن رسول الله ﷺ في شأن ساعة الجمعة ، قال قلت نعم سمعته يقول سمعت رسول الله عليه السلام يقول هي ما بين أن يجلس الإمام إلى أن يقضي الصلاة. قال أبو بردة يعني على المنبر .

---

(١) الصلاة بعد الزوال ـ هامش .

( ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة ) مقدار ثلاث في ظاهر الرواية ، وقال الطحاوي مقدار ما سمي موضع جلوسه على المنبر ( وبه جرى التوارث ) أي بالفصل بين الخطبتين بقعدة جرى التوارث ، يعني هكذا فعل النبي عليه السلام والأئمة من بعده إلى يومنا هذا ، ولفظ التوارث إنما يستعمل في أمر له خطر وشرف ، يقال توارث المجد كابراً عن كابر ، أي كبيراً عن كبير في القدر والشرف ، وقيل هي حكاية العدل عن العدل ، فإن القيام فيها ، والفصل بين الخطبتين بقعدة متوارث . وقال ابن المنذر اختلفوا فيه ، وكان عطاء بن أبي رباح يقول ما جلس رسول الله عليه السلام على المنبر حتى مات ، وما كان يخطب إلا قائماً ، وأول من جلس عثمان رضي الله عنه في آخر عمر زمانه حين كبر ، فكان يجلس هنيئة ثم يقوم ، وكان المغيرة بن شعبة إذا فرغ المؤذن قام فخطب ولا يجلس حتى ينزل .

قال والذي عليه عمل الناس ما تفعله الأئمة اليوم ، ثم هذه القعدة عندنا للاستراحة وليست بشرط . وقال الشافعي إنها شرط . وقال شمس الأئمة السرخسي الدليل على أنها للاستراحة لا للشرط حديث جابر بن سمرة أن رسول الله عليه السلام كان يخطب قائماً خطبة واحدة ، فلما أسن جعلها خطبتين بينهما جلسة ، هذا دليل على أنها للاستراحة لا للشرط . قلت هذا الحديث غريب وهو عن ابن عباس برواية الحسن بن عماد ، وقال ابن العربي وهو ضعيف .

ثم الخطبة الواحدة تجوز عندنا وهو مذهب عطاء ومالك والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وقال ابن المنذر أرجو أن تجزئه خطبة واحدة ، وقال أحمد لا تكون الخطبة إلا كما خطب النبي عليه السلام . وقال الشافعي يجب أن تخطب خطبتين قائماً يجلس بينهما مع القدرة عليها ، وحكى الرافعي وجهاً آخر أنه لو خطب قائماً كفاه الفصل سكتة مرة من غير جلوس . قال النووي وهذا شاذ مردود ، وقال النووي الإمام والجلوس بينهما سنة عند جمهور العلماء ، حتى أن الطحاوي « رح » قال لم يقل أحد باشتراط الجلوس بينهما غير الشافعي .

ويخطب قائماً على الطهارة لان القيام فيها متوارث ثم هي شرط الصلاة فيستحب فيها الطهارة كالأذان ،

---

( ويخطب قائماً على الطهارة ) أي ويخطب الإمام حال كونه قائماً وحال كونه على الطهارة ، أما القيام فإنه سنة عندنا ، وعند الشافعي لا تصح الخطبة قاعداً ، وبه قال مالك في رواية ، وعنه كقولهما ، وبه قال أحمد ، وأما الطهارة سنة عندنا لا شرط ، خلافاً لأبي يوسف والشافعي ، حتى إذا خطب على غير طهارة عندنا يكره ، وعندهما لا يجوز . وقال الشافعي في القديم كقولهما ، وبه قال مالك وأحمد .

( لأن القيام فيها ) أي الخطبة ( متوارث ) أي عن النبي عليه السلام ومن الأئمة بعده إلى يومنا هذا ، والجواب عما يقال أنه إذا كان كذلك ينبغي أن يكون فرضاً ، كما قال الشافعي وهو قول المصنف « رح » .

( ثم هي ) أي الخطبة ( شرط الصلاة فيستحب فيها ) أي في الخطبة ( الطهارة ) أي من الجنابة والحدث ( كالأذان ) وجه التشبيه بالأذان أن الخطبة ذكرها شبه بالصلاة من حيث أقيمت مقام شطرها ، وتقام بعد دخول الوقت والأذان أيضاً يقام بعد دخول الوقت لا يقال ليس بينهما مشابهة ، بل بينهما مخالفة ، فإذا أذن الجنب تستحب فيها الإعادة ظاهراً ولم يذكر خطبة الجمعة ها هنا ، لأنا نقول لا فرق بينهما في الحقيقة ، غير أن الأذان لا يتعلق به حكم الجواز ، فذكر استحباب الإعادة والخطبة يتعلق بها حكم الجواز ، فذكر الجواز ها هنا ، واستحباب الإعادة ها هنا كهو في الأذان .

ولم يذكر المصنف أنه هل يعيد الخطبة أو لا ، فذكر في نوادر أبي يوسف أنه يعيدها وإن لم يعدها جاز ، لأنه ليس من شرط استقبال القبلة بخلاف الأذان ، فإنه يعيد لأن الأذان أشبه بالصلاة من الخطبة ، ألا ترى أنه شرع استقبال القبلة بخلاف الخطبة ، ولكن يكون مسيئاً إذا تعمد ذلك ، لأنها الصلاة حتى أقيمت مقام الشفع في الظهر ، ولأن فيه دخول المسجد جنباً . وهو مكروه .

وقال الأترازي قوله - كالأذان - فيه نظر ، لأنه يفهم من هذا التركيب أن الأذان

ولو خطب قاعداً أو على غير طهارة جاز ، لحصول المقصود ، إلا أنه يكره لمخالفة التوارث ، وللفصل بينهما وبين الصلاة

---

شرط الصلاة وليس كذلك ، لأنه سنة ، قلت لا نسلم ذلك لأنه قوله — كالأذان — يتعلق بقوله تستحب فيها الطهارة ولا بقوله هي شرط الصلاة .

( ولو خطب قاعداً أو على غير الطهارة جاز لحصول المقصود ) وهو الذكر والوعظ ، وفي المحيط والمبسوطين الخطبة ذكر والمحدث والجنب يمنعان ما خلا قراءة القرآن في حق الجنب ، وليست الخطبة كالصلاة ولا كشطرها ، بدليل أنها تؤدى غير مستقبل القبلة ولا يفسدها الكلام ( إلا أنه يكره ) استثناء من قوله — جاز — والضمير في أنه يرجع إلى كل واحد من الخطبة قاعداً ومن الخطبة على غير الطهارة ، ويذكر الضمير باعتبار المذكور ( لمخالفة التوارث ) يتعلق بقوله — ولو خطب قاعداً — أو أراد بالتوارث ما نقل عن النبي عليه السلام ومن الأئمة بعده من القيام في الخطبة .

( وللفصل بينها وبين الصلاة ) متعلق بقوله — أو على غير طهارة — وأراد أن الطهارة في الخطبة على غير طهارة لأجل وقوع الفصل بين الخطبة وبين الصلاة ، فإنه إذا خطب على غير طهارة يحتاج إلى وضوء لأجل الصلاة ، فوضوءه يكون فصلاً بينهما .

فروع : لو خطب فنظر الناس وجاء آخرون أجزأهم ، لأنه خطب والقوم حضور ، وصلى والقوم حضور ، وكبر للجمعة والناس لم يكبروا حتى ركع ، ثم كبر والقوم معه ، ويجزئهم ، ولو رفع رأسه قبل أن يركعوا لا يجزئهم ، ولو كبروا معه ثم خرجوا من المسجد ثم جاءوا وكبروا قبل رفع الإمام رأسه من الركوع أجزأهم ، كذا في المحيط .

وفي المرغيناني كبر الإمام والقوم حضور لم يشرعوا إن كان شروعهم قبل رفع الإمام من الركوع صحت الجمعة وإلا استقبلها ، قيل هذا قول محمد ، وعن أبي يوسف إن شرعوا قبل أن يقرأ آية قصيرة جازت ، وإلا استقبلها ، وقال أبو يوسف إن كبروا قبل أن يقرأ ثلاث آيات أو آية طويلة صحت وإلا استقبلها .

وفي الواقعات أحدث الإمام وقال لو أحد خطب ولا يصلي بهم أجزأه أن يخطب

ويصلي بهم ، وفي الأصل قدم وإن بعدما خطب الأول وصلى بهم القادم لا يجوز إلا أن يعيد الخطبة ، وكذا إذا أمر الثاني الأول أن يصلي بهم ، فإن الأول مستأنف ثم أمر من يصلي بهم جاز ، ولو خطب وحده لا يجوز ، وإن كان بحضرة النساء ، وعن أبي حنيفة يجوز ، والصحيح الأول عن أبي يوسف لو خطب ولم يسمع الرجال جاز ولا يضر تباعدهم ، ولو خطب والقوم نيام أو صم جازت ذكره في الذخيرة .

ولو خطب بحضرة الإمام بغير اذنه لم يجز والأذن بالخطبة إذن بالصلاة ، وكذا الاذن بالصلاة أذن بالخطبة أو شهدها جاز ، وإن تقدم من غير أن يقدمه الإمام إن كان بعد الشروع يجوز . وقيل لا يجوز إلا إذا كان قاضياً أو صاحب شرط أو ذا سلطان ، ولو خطب ثم ذهب فتوضأ في منزله ثم جاء فصلى جاز ، ولو تفخذ فيه أو جامع فاغتسل فاستقبل الخطبة ، ذكره في الواقعات ومنية المفتي .

وفي المرغيناني لو رجع إلى منزله فتعدى أجزأه ، ولو خطب وهو جنب فاغتسل استقبل .

وفي قنية المنية خطب وفي يده منشور الوالي وصلى بالناس بالغ جاز . وقال القاضي عبد الجبار ومجد الأئمة الترجاني لا يجوز ولا تصح صلاتهم بالبالغ ، وفي صلاة الخلافي ويشترط في الخطبة أهلية الإمام في الجمعة ، وعند الشافعي في المحدث والجنب قولان ، الجديد اشتراط الطهارة ، وكذا طهارة البدن والثوب والمكان وستر العورة ، ولم يشترط الطهارة ، وأحمد وداود في الواقعات لو أحدث الإمام وأمر من لم يحضر الخطبة أن يجمع بهم لم يصح جمعتهم ، وإن أمر من حضر الخطبة أو بعضها فجمع بهم جاز .

وفي الأصل لا يجوز ، بخلاف ما لو شرع في الصلاة ثم استخلف من لم يشهدها جاز ، ولو أحدث الإمام بعدما خطب قبل الشروع في الجمعة وأمر رجلاً لم يشهد الخطبة أن يصلي بهم فأمر المأمور من شهد الخطبة من أهل الصلاة أن يصلي بهم جاز ، وذكر الحاكم في مختصره أنه لا يجوز ، ولو كان المأمور الأول ذمياً ولم يعلم به الأمر فأمر الذمي مسلماً لم يجز ، لأنه ليس من أهل الصلاة ، وكذا لو كان مريضاً يصلي بالإيماء أو أخرس أو أمياً

## فإن اقتصر على ذكر الله جاز عند أبي حنيفة « رح » وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة

أو صبياً فأموا غيرهم لم يجز ، ولو أسلم الذمي وبرىء المريض وتكلم الأخرس وتعلم الأمي فصلى بهم أو أمر غيرهم جاز ، ولو أمر نصراني أو صبي فأسلم النصراني وبلغ الصبي لا يصليان حتى تؤمران بعد ذلك إذا استقضاه ، ولو قال للنصراني إذا أسلمت فصل بالناس أو اقض جاز ، وكذا الصبي .

( فإن اقتصر على ذكر الله جاز عند أبي حنيفة « رح » ) إطلاق كلامه يقتضي أن يجوز بمجرد قول الله من غير أن يقرن به شيئاً كالحمد وسبحان الله ، لأنه ذكر الله ، ولكن الرواية في المبسوط وغيره أنه إذا خطب بتسبيحة واحدة أو بتهليل أو بتحميد أجزأه في قوله . وفي المحيط ويجزىء في الخطبة قليل الذكر نحو قوله — الحمد لله — ونحو قوله — سبحان الله — وقال ابن المنذر روينا عن الشعبي أنه قال يخطب بما قل أو كثر ، وفي قاضي خان التسبيحة الواحدة تجزىء في قول أبي حنيفة . وهو قول أبي يوسف الأول ، وكان القول أولاً لا يجزىء ، وهو قول محمد وقول أبي يوسف الآخر إلا أنه يكون مسيئاً بغير عذر كترك السنة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يخطب خطبة خفية يحمد الله ويثني عليه ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويعظ الناس ويذكرهم ، ويقرأ سورة ، ذكره المرغيناني ، وقال مالك الخطبة كل كلام ذي بال وروى مطرف عنه في مختصر ابن عبد الحكم أو سبح أو هلل أو صلى على النبي ﷺ فلا إعادة عليه ، ثم اشترط عند أبي حنيفة أن يكون قوله الحمد لله على قصد الخطبة ، حتى لو قال يريد الحمد لله على إعطائه لا ينوب عن الخطبة ، وقيل ينوب ، والأول أصح ، ونظيره التسمية على الذبيحة إنما تحل إذا كان قاصداً للذبح . وفي الكافي التكرار شرط في الحمد لله لتسمى خطبة .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة ) وبه قال عامة العلماء . وقال الإمام أبو بكر أقل ما سمي خطبة عندنا مقدار التشهد من قوله التحيات لله إلى قوله عبده ورسوله . وفي التجنيس مقدار الجلوس بين الخطبتين ، وعند الطحاوي

لأن الخطبة هي الواجبة والتسبيحة والتحميدة لا تسمى خطبة . وقال الشافعي « رح » لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبار للمتعارف ،

---

مقدار ما يمس موضع جلوسه المنبر ، وفي ظاهر الرواية مقدار ثلاث آيات وعند الشافعي تجب ، وبه قال أحمد ومالك في رواية . وفي الخلاصة الغزالية في الخطبة الأولى أربع فرائض التحميد والصلاة على النبي عليه السلام والوصية بتقوى الله تعالى وقراءة آية ، وكذا في الخطبة الثانية إلا أن الدعاء للمؤمنين والمؤمنات في الثانية يدل على أن قراءة الآية في الأولى . وفي الحلية قيل تجب القراءة في الخطبتين ، قيل ولا تجب فيهما ، وقيل تجب في إحداهما في أيتها قرأ جاز ، والقراءة في الثانية مستحبة ، وقيل واجبة وبقول أحمد أخذ .

( لأن الخطبة هي الواجبة ) يعني بالإجماع ( والتسبيحة ) الواحدة ( والتحميدة ) الواحدة ( لا تسمى خطبة ) فوجب ما يسمى خطبة .

( وقال الشافعي لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتباراً للعرف ) أي العادة ، لأن الذي يخطب بأقل من ذلك لا يسمى خطبة في عادة الناس ولا تخطب بها خطيباً، وصورة الخطبتين عنده ما قد ذكرناه الآن ، وعلل الأترازي للشافعي بقوله إن ذكر الله مجمل لا يدري أي ذكر هو ، وقد فسره رسول الله عليه السلام بخطبتين بفعله صاربياناً الكتاب، ثم أجاب عن ذلك بقوله لا نسلم أن ذكر الله مجمل ، لأن المجمل ما لا يمكن العمل به إلا ببيان من المجمل ، والعمل بالآية قبل البيان ، لأن ما سمي ذكر الله معلوم عند الناس وفعل النبي عليه السلام لبيان السنة ، ولا نسلم أن الجواز معلق بالخطبة ، بل الجواز معلق بذكر الله وقد حصل ، ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن القدر القليل لا يسمى خطبة ، وكيف لا يسمى خطبة والخطبة موجودة في ذلك القدر .

قلت قوله – لا نسلم أن الجواز معلق بالخطبة – فيه نظر ، وكيف لا يعلق بالخطبة ، والمراد من ذكر الله في قوله ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ ٩ الجمعة ، هو الخطبة ، فإذا كان المراد بالذكر الخطبة ما هو مضاد الخطأ ، ولم يجز لهم عادو بالقدر القليل، وقوله وحقيقة

وله قوله تعالى ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ ٩ الجمعة ، من غير فصل .

---

الخطبة موجودة في ذلك القدر غير مسلم ، لأن المراد هو الخطبة الشرعية التي جرى عليها التوارث ، وليس المراد الحقيقة اللغوية .

ثم سأل الأترازي بقوله فإن قلت فإن قلت ذكر رأيت يقدم على الصلاة فوجب أن لا يقصر على الكلمة الواحدة كالأذان ، قلت لا نسلم أن القياس صحيح ، لأن المقصود من الأذان الإعلام وهو لا يحصل بكلمة واحدة ، بخلاف الخطبة ، فإن المقصود منها ذكر الله وهو يحصل بكل ما يسمى ذكر الله . قلت وفيها أيضاً إعلام بأن هذا يوم فيه قامت الخطبة مقام الركعتين على ما روي عن عمر وعائشة رضي الله عنهما أنهما قالا إنما قصرت الصلاة لمكان الخطبة ، ومعلوم أن قصر الصلاة لا يكون بما يسمى ذكر الله .

( وله ) أي لأبي حنيفة رحمه الله ( قوله تعالى ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ ٩ الجمعة ، من غير فصل ) يعني بين قليل الذكر وكثيره ، والمراد بذكر الله الخطبة باتفاق المفسرين وقد أمر الله تعالى بالسعي إلى ذكره مطلقاً من غير قيد بذكر طويل ولا بخطبتين ، فاشتراطه زيادة على النص بالفعل المنقول بخبر الواحد ، فيحمل ذلك على السنة وكمال الذكر ، وأصل الذكر حاصل بقولنا الحمد لله وسبحان الله ، ولا إله إلا الله والله أكبر ونحو ذلك ، فما زاد على ذلك فهو شرط الكمال .

ثم قوله – الحمد لله أو سبحان الله – كلام وخبر وتحته معان جليلة جمة ، فالمتكلم بهذا اللفظ الوجيز كالذاكر لتلك المعاني الكثيرة بلفظ وجيز ، فيكون خطبة وجيزة قصيرة ، وقصر الخطبة مندوب اليه ، وروي طول الصلاة وقصر الخطبة من فقه الرجل .

فإن قلت ما حال هذا الحديث . قلت قال ابن العربي خرج في الصحيح ، ولكن المشهور أنه من قول ابن مسعود رضي الله عنه ومعنى نيته أي علامة على تفهمه ، وجعل الجوهري الميم أصلية وقيل هي فعلية ، ونقل الأزهري عن أبي عبيد أن وزنها مفعلة فتكون الميم زائدة . وقال ابن الأثير وحقيقتها أنها مفعلة من معنى أن التي للتخفيف والتأكيد غير مشتقة من لفظها ، لأن الحروف لا تشتق منها ، وإنما ضمت حروفها دلالة على أن معناها فيها ، ولو قيل أنها اشتقت من لفظها بعدما جعلت اسماً لكان قولاً ،

ومن أغرب ما قيل فيهـا أن الهمزة بـدل من الطـاء في الخطبة ، والميم في ذلك كلمة زائدة

( وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال الحمد لله فارتج عليـه فنزل وصلى ) هذا غريب ولكن اشتهر في كتب الفقه أن عثمان قال على المنبر الحمد لله فارتج عليه ، فقـال إن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يعدان لهذا المقام مقالاً ، وأنكم إلى إمام عادل أحوج منكم إلى إمام قوال ، وسيأتي في الخطبة بعد هذا والسلام ، وذكره الإمام القـاسم بن ثابت السرقطي في كتاب غريب الحديث من غير سند ، فقال روي عن عثمان رضي الله عنه أنه صعد المنبر فارتج المنبر عليه ، فقال الحمـد لله ان أول مركب صعب وإن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يعدان لهذا المقام مقالاً ، وأنتم إلى إمام عادل أحوج منـكم إلى إمام قائل ، وإن أخشى نأتيكم الخطبة على وجهها ، ويعلم الله إن شاء الله ، انتهى .

قال السراج فنزل وصلى الجمعة ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، فدل أنه يكتفى بهذا القدر ، ومراده من قوله وأنتم إلى إمام عادل أحوج منكم إلى إمام قوال ، إن الخطبـاء الذين يأتون بعد الخلفاء الراشدين يكون على كثيرة المقال مع قبح الفعال ، وإن لم أكن مثلهم فأنا على الخير دون الشر ، فأما أن يزيد هذه المقالة تفضيل نفسه على الشيخين فلا ، كذا في المحيط ، وروي أن الحجاج لما أتى العراق وصعد المنبر ارتج عليه ، فقـال يا أيها الناس قدها التي كبر رؤوسكم واحد فيهم إلي بأعينكم ، وإني لا أجمع عليكم بين الشيخ والصبي ان في نعماء شيء فلان ، فإذا قضيتم الصلاة فانتهبوها فترك ، وصلى معه أنس بن مالك وغيره من الصحابة ، كذا في المبسوط.

وقال تاج الشريعة وصلى معه ابن عمر وأنس والحسن وغيرهم من علماء التابعين رضي الله عنهم ، وقال السروجي وروي عنه أنه كتب إلى الوليد بن عبد الملك يشكو اليه الحصر في الخطبة وقلة شهوة الأكل وضعف شهوة الجماع ، فكتب اليه الوليد أنـك إذا خطبت انظر إلى أخريات الناس ولا تنظر إلى من يكون بقرب منك ، وأكثر ألوان الأطعمـة ، فإنك لو أكلت من كل لون شيئاً يسيراً كفيت ، وأكثر السراري فإن لكل جديدلذة.

قوله – فارتج عليه – بضم الهمزة وسكون الراء وكسر التاء المثناة من فوق وتخفيف الجيم . وقال الجوهري ارتج على القاري،على ما لم يسم فاعله إذا لم يقدر على القراءة ، وارتج الرجل في منطقه إذا استغلق عليه الكلام ، وارتجت الباب أي أغلقته . وفي النهاية لابن الأثير أمرنا رسول الله عليه السلام بارتاج الباب أي باغلاقه . وفي مجمع الغرائب يقال للرجل الذي لم يحزه منطلق قد ارتج عليه قد غلق عليه باب النطق . وقال المريد قول العامة ارتج اليه بالتشديد ليس بشيء . في المغرب الكلام العربي بالتخفيف .

فإن قلت روي عن أبي عبيدة أنه قال يقال ارتج يعني بالتشديد ، ومعناه وقع في وجه أي اختلاط . قلت هذا المعنى يقيد جداً .

فروع : الخطبة تشتمل على فروض وسنن ، أما الفرض فشيئان الوقت وهو ما بعد الزوال وقبل الصلاة ، حتى لو خطب قبل الزوال أو بعد الصلاة لا يجوز . وأما السنن فخمسة عشر الطهارة حتى كره من الجنب والمحدث . وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز منهما . والقيام واستقبال القوم بوجه ، والقعود قبل الخطبتين قال أبو يوسف ، والبداية بالحمد لله والثناء عليه بما هو أهله ، وكلمتا الشهادة والصلاة على النبي عليه السلام ، والموعظة والتذكرة وقراءة القرآن ، وتاركها مسيء ، وقال الشافعي لا يجوز ، وقدرها ثلاث آيات والجلوس بين الخطبتين ، وإعادة التحميد والثناء على الله تعالى في الخطبة الثانية ، وزيادة الدعاء للمسلمين والمسلمات في الثانية وتخفيف الخطبتين بقدر سورة من طوال المفصل .

وأما الخطيب فمن السنة فيه الطهارة واستقباله بوجهه إلى القوم وترك السلام من وقت خروجه إلى دخوله في الصلاة وترك الكلام ، وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد السنة إذا صعد المنبر أن يسلم على القوم إذا أقبلهم بوجهه ، كذا روي عن ابن عمر أن النبي عليه السلام قلت هذا الحديث أورده ابن عدي من حديث ابن عمر في ترجمة عيسى بن عبد الله الأنصاري وضعفه ، وكذا ضعفه ابن حبان .

وقال الأثرم حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة ثنا أبو أسامة عن مجالد عن الشعبي قال كان رسول الله ﷺ إذا صعد المنبر يوم الجمعة إذا استقبل الناس فقال السلام عليكم . .

ومن شرائطها الجماعة لأن الجمعة مشتقة منها ، وأقلهم عند أبي حنيفة « رح » ثلاثة سوى الإمام ،

---

الحديث ، وهو مرسل فلا يحتج به عنده . وقال عبد الحق في الأحكام الكبرى هو مرسل ، وإن أسنده أحمد من حديث عبد الله بن لهيعة فهو معروف في الضعف فلا يحتج به . وقال البيهقي ليس بقوي ، يعني الحديث .

وفي الدراية والحجة عليه أي على الشافعي قوله ﷺ إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام ، وما رواه يحتمل أن يكون قبل هذا القول . وفي المبسوط يستحب للقوم أن يستقبلوا الإمام عند الخطبة ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد ، وقال ابن المنذر وهذا كالإجماع . وقال النووي يكره في الخطبة أن يفعل الخطيب ما فعله الجهال من الخطباء من الدق بسيف على درج المنبر ، وكذا المجازفة في أوصاف السلاطين في الدعاء لهم ، انتهى .

ويستحب أن يتوكأ الخطيب في خطبته على نحو قوس وغيره ، وروى أبو داود عن رجل له صحبة في حديث طويل أنه قال شهدنا الخطبة مع رسول الله ﷺ فقام يتوكأ على عصى أو قوس ، وروى أبو بكر بن أبي شيبة عن وكيع عن ابن حبان عن يزيد بن عبد البر عن أبيه أن النبي ﷺ خطبهم يوم عيد وفي يده قوس أو عصى ، وعن طلحة بن يحيى قال رأيت عمر بن عبد العزيز يخطب وبيده قضيب ، وذكر البقالي يخطب بالسيف في بلدة فتحت بالسيف .

( ومن شرائطها ) أي ومن شرائط الجمعة ( الجماعة ، لأن الجمعة مشتقة منها ) فلا يتحقق بدونها كالضارب لما كان مشتقاً من الضرب لم يتحقق بدونه ، وكذا في سائر المشتقات واجتمعت الأمة على أنها لا تصح من المنفرد إلا ما ذكره ابن حزم في المحلى عن بعض الناس أن الفذ يصلي الجمعة كالظهر .

( وأقلهم ) أي أقل الجماعة في انعقاد الجمعة ( عند أبي حنيفة ثلاثة ) أي ثلاثة رجال ( سوى الإمام ) وبه قال زفر والليث بن سعد ، وحكاه ابن المنذر عن الأوزاعي وأبي ثور والثوري في قول واختاره المزني .

( وقالا ) أي أبي يوسف ومحمد ( اثنان سواه ) أي سوى الإمام ، وبه قال أبو ثور وأحمد في رواية والثوري في رواية ، وهو قول الحسن البصري ، واعلم أن في العدد الذي تصح به الجمعة أربعة عشر قولاً ، الأول والثاني ذكرناهما الآن .

والثالث : إنما تنعقد بواحد سوى الإمام ، وهو قول النخعي والحسن بن حي وأبي سليمان وجميع الظاهرية .

والرابع : بسبعة رجال ، وهو مروي عن عكرمة .

والخامس : بتسعه .

والسادس : باثني عشر رجلاً ، وهو قول ربيعة .

والسابع : بثلاثة عشر رجلاً ، ذكره في المحلى .

والثامن : بعشرين .

والتاسع : بثلاثين ، رواه ابن حبيب ، ذكره في المحلى .

والعاشر : بأربعين سواك ، ذكره ابن شداد عن عمر بن عبد العزيز .

والحادي عشر : بأربعين رجلاً أحراراً بالغين عقلاء مقيمين لا يظعنون صيفاً ولا شتاء إلا ظعن حاجة ، وهو قول الشافعي وظاهر قوله أحد ولم يوافقه على جميع الشروط .

والثاني عشر : بخمسين رجلاً ، حكاه في المحلى عن عمر بن عبد العزيز ، ورواه عن أحمد .

والثالث عشر : ثمانين ، ذكره المازري .

والرابع عشر : بغير تحديد .

واحتج الشافعي بقصة أسعد بن زرارة رواها أبو داود عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه كعب بن مالك أنه كان إذا سمع النداء يوم الجمعة ترحم لأسعد بن زرارة. قلت له إذا سمعت النداء ترحمت لأسعد بن زرارة قال لأنه أول من جمع بنا في هذا البيت في عدة بني بياضة في بقيع يقال له بقيع الخصمات ، قلت كم أنتم يومئذ قال أربعون ، رواه ابن ماجة والبيهقي أيضاً ، وقد ذكرناه في أول الكتاب مشروحاً ، ولا حجة له فيه

بوجهين ، أحدهما : أنه كان قبل أن يقدم النبي عليه السلام كما رواه البيهقي في سننه الكبير . والثاني : أنه يجوز مع الأربعين ولا يدل على عدم الجواز بدون الأربعين ، ونحن نجوزه بدون الأربعين وبأقل من أربعين وبأكثر منها .

واحتج الشافعي أيضاً بما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال مضت السنة ان في كل أربعين فما فوقها جمعة ، وبما روي عن أبي هريرة أنه أقام الجمعة بجواثا بإذن عمر رضي الله عنه ، وفيها أربعون رجلا ، وبما روي عن أبي أمامة أنه عليه السلام قال لا جمعة إلا بأربعين ، وبما روي عنه عليه السلام أنه قال إذا اجتمع أربعون فعليهم الجمعة وأيضاً لم ينقل على عهد النبي عليه السلام والخلفاء بعده الجمعة بأقل من أربعين رجلا .

والجواب عما روى جابر إن قلت أنه لا يدل على نفي الجواز بما دون الأربعين . قلت في قول الصحابة مضت السنة خلافاً بين العلماء ، وقال النووي حديث جابر هذا ضعيف ، رواه البيهقي وغيره بإسناد ضعيف ، وقال هو حديث لا يحتج بمثله .

والجواب عن حديث أبي هريرة كالجواب عن حديث جابر . والجواب عما روي عنه أنه عليه السلام إذا اجتمع أربعون فعليهم الجمعة ان صاحب الوجه ذكره ولم يثبت عند أهل النقل . والجواب عن قولهم ينقل على عهد رسول الله ﷺ .. الخ أنه يرده ما رواه البخاري ومسلم رضي الله عنهما من حديث جابر قال كان رسول الله ﷺ يخطب قائماً يوم الجمعه فقدم عير من الشام فنفر الناس وبقي معه اثني عشر رجلا فأنزل الله تعالى ﴿وإذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا اليها وتركوك قائماً﴾ ١١ الجمعة ، قال أبو بكر الرازي ومعلوم أنه عليه السلام لم يترك الجمعة منذ قام بالمدينة ، ولم يذكر رجوع القوم فوجب أن يكون قد صلى باثني عشر رجلا فبطل اشتراط الأربعين كما قال الشافعي وابن حنبل رحمهما الله ، ولأن أول جمعة كانت بالمدينة صلاها مصعب بن عمير رضي الله عنهما بأمر النبي ﷺ باثني عشر رجلا قبل الهجرة فبطل بذلك اشتراط الأربعين .

فإن قلت روى البيهقي والدارقطني أنهم انفضوا فلم يبق إلا الأربعون . قلت هذا ليس بصحيح ، والصحيح ما رواه الشيخان.

قال « رض » والأصح أن هذا قول أبي يوسف « رح » وحده له ان في المثنى معنى الإجتماع ، وهي منبئة عنــــه ، ولهما أن الجمع الصحيح إنما هو الثلاث لأنه جمع تسمية ، ومعنى الجماعة شرط على حدة ، وكذا الإمام فلا يعتبر منهم

---

فإن قات انفضوا في الخطبـــة أم في الصلاة . قلت في روايات مسلم أنهم انفضوا في الخطبة ، وفي رواية البخاري في الصلاة .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( والأصح أن هذا قول أبي يوسف وحده رحمـه الله ) أي الأصح أن كون الاثنين سوى الإمام شرطاً لانعقاد الجمعـــة ، وهو قول أبي يوسف وحده رحمه الله ومحمد مع أبي حنيفة رحمها الله ، والمذكور في عامة نسخ المختصر أن محمداً مع أبي يوسف ، واحترز المصنف بقوله والأصح عن هذا .

( له ) لأبي يوسف ( ان في الاثنين معنى الإجتماع ) لأن فيه اجتماع واحد مع آخر (وهي) أي الجمعة ( منبئة ) أي مخبرة ( عنه ) أي عن الإجتماع لما ذكر أن الجمعة مشتقة من الجماعة وفي الجماعة اجتماع لا محالة .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمها الله ( ان الجمع الصحيح ) يعني لغـــة ومعنى ( إنما هو الثلاث ) ولهذا يقال رجال ثلاثة ، ولا يقال رجال اثنان ( لأنه ) أي لأن الثلاث ( جمع تسمية ) أي من حيث التسمية في اللغـة ( ومعنى ) أي ومن حيث المعنى أيضاً ، ولهذا صح تقييم أهل الصفة بين أهل الفرد والمثنى والمجموع ونفي الجمع عن التثنية في قول القائل ، هذا مثنى وليس بمجموع ، وهذا تثنية وليس بجمع ، فإذا صح أن الجماعة مشروطة في الجمع وجب حملها على الجمع المطلق وهو الثلاث فما فوقها ، حتى يقوم الدليل على إرادة الإثنين كما قال في قوله تعالى ﴿ فقد صغت قلوبكما ﴾ وقوله عليه السلام لا نكاح إلا بشهود ، ولما قال القائل فيما قاله أبو يوسف رحمه الله كذلك لأنه يقبل مع الإمام ثلاثـة ، وأجاب المصنف بقوله ( والجماعة شرط على حدة ) أي وحدها دون الإمام .

( وكذا الإمام ) شرط على حدة ( فلا يعتبر منهم ) أي من الجماعة لأن الله تعالى قال

وإن نفر الناس قبل أن يركع الإمام ويسجد إلا النساء والصبيان استقبل الظهر عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إذا نفروا عنه بعدما افتتح الصلاة صلى الجمعة ، فإن نفروا عنه بعدما ركع وسجد سجدة بني على الجمعة خلافاً لزفر « رح »

---

﴿ فاسعوا ﴾ وهو يقتضي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع وقوله ﴿ إلى ذكر الله ﴾ يقتضي ذاكراً ، فذلك أربعة ومن وجة خمسة ، لأن قوله إذا نودي يقتضي المنادي ، وهو المؤذن وقوله - فاسعوا - يقتضي ثلاثة لأنها أقل الجمع ، وقوله - إلى ذكر الله - يقتضي الذاكر وهو الإمام ، هو على كل حال يجب أن يكون لهم من يصلح إماماً حتى إذا كان صبياً أو مجنوناً لا يجوز .

( وإن نفر الناس ) يعني إذا اقتدى الناس بالإمام في صلاة الجمعة ، ثم عرض للناس عارض إذا هم إلى نفور فنفروا وبقي الإمام وحده إن كان ذلك ( قبل أن يركع الإمام ويسجد ) يعني بعد الشروع لأنهم إن نفروا قبل شروعهم مع الإمام لا يصلى الجمعة بلا خلاف والخلاف في النفور بعد الشروع قبل الركوع والسجود لما نذكره قوله ( إلا النساء والصبيان ) يعني لم ينفروا فلا يعتبر لبقائهم لما يجيء عن قريب ( استقبل الظهر عند أبي حنيفة « رح » ) ولو بقي معه رجلان أو صبيان أو نساء . وقال الثوري إن بقي معه رجلان صلى الجمعة ، وبه قال أبو ثور وإن بقي معه واحد يصلي الجمعة .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( إذا نفروا عنه ) أي عن الإمام ( بعدما افتتح الصلاة صلى الجمعة ) وإن بقي وحده وبه قال المزني في قول ( فإن نفروا عنه ) أي عن الإمام ( بعدما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة في قولهم جميعاً ) أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله .

( خلافاً لزفر ) فعنده يصلي الظهر ، وعند مالك إن انفضوا بعد الإحرام ويسر رجوعهم بنى على إحرامه أربعاً وإلا جعلها نافلة فانظرهم ، وإن انفضوا بعد ركعة ، قال أشهب وعبد الوهاب رحمهما الله يتمها جمعة ، وهو اختيار المزني ، وقال سحنون هو كما

وهو يقول أنه شرط فلا بد من دوامه كالوقت ، ولهما أن الجماعة شرط الإنعقاد فلا يشترط دوامها

---

بعد الإحرام فيشترط إلى الإنتهاء . وقال إسحاق إن بقي معه اثني عشر صلى الجمعة ، والظاهر كلام أحمد استدامة الأربعين . وقال النووي لو أحرم بالأربعين المشروطة ثم انفضوا فعنده خمسة أقوال ، أصحها يتمها ظهراً كالابتداء ، وللمزني تخريجان ، أحدهما يتمها جمعة واحدة كقولها .

والثاني : إن صلى ركعة سجد فيها أتمها جمعة ، وقيل إن بقي معه واحدة أتمها جمعة ، ونص عليه في القديم ، وذكر ابن المنذر إن بقي معه اثنان لا يتمها جمعة وهو رواية البويطي . وقال صاحب التقريب يحتمل أن يكتفى بالعبد والمسافر وأقام الماوردي الصبي والمرأة مقامها ، فالحاصل بقاء الأربعين في كل الصلاة هل هو شرط أم لا قولان ، فإن قلنا لا فهل شرط بقاء عدد أو لا قولان ، فإن قلنا فهل يفصل بين الركعة الأولى والثانية أم لا قولان . فإن قلنا نعم فلم يشترط قولان ، أحدهما ثلاثة والآخر اثنان ، فإذا أردت اختصار ذلك قلت :

في المسألة خمسة أقوال ، أحدها : يتمها ظهراً كيفما كان وهو الصحيح . والثاني : جمعة كيفما كان . والثالث : إن بقي معه اثنان أتمها جمعة وهو الأظهر . والرابع : إن بقي معه واحد أتمها جمعة . الخامس : إن انفضوا أو بعضهم بعد تمام الركعة يسجد فيها أتم جمعة ، وإلا أتمها ظهراً .

( وهو يقول ) أي يقول زفر فيما ذهب اليه ( أنها ) أي أن الجمعة عنده ( شرط فلا بد من دوامها ) كما في سائر الشروط ( كالوقت ) فإن دوامه شرط لصحة الجمعة فكذلك دوام الجماعة .

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( ان الجماعة شرط الإنعقاد ) أي انعقاد الجمعة لا شرط الأداء ( فلا يشترط دوامها ) والدليل على ذلك أن المقتدي إذا أدرك ركعة من الجمعة يقضي الجمعة بالاتفاق ، وكذا إذا أدرك التشهد عندهما ، خلافاً لمحمد رحمه الله ، ثم حاجة المقتدي إلى الإمام فوق حاجة الإمام إلى المقتدي ، لأن الإمام أصل ، والمقتدى

كالخطبة ولأبي حنيفة « رح » إن الإنعقاد بالشروع في الصلاة ولا يتم ذلك إلا بتمام الركعة ، لأن ما دونها ليس بصلاة

تبع ، ودوام الإمام لم يحصل شرطاً لصحة صلاة المقتدي حتى صح صلاة المسبوق في الجمعة ، مع أن حاجة المقتدي اليه ، فلأن لا يجعل دوام المقتدي شرطاً لصحة الإمام أولى .

( كالخطبة ) وجه التشبيه هو كون كل واحد من الجماعة والخطبة شرطاً لانعقاد الجمعة ، ولكن دوام الخطبه ليس بشرط فكذلك دوام الجماعة ، ألا ترى أن الإمام بعدما كبر وسبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة أتم الجمعة ، فكان استخلافه إياه بعد التكبير كاستخلافه بعد أداء ركعة ، فهذا مثله ، وفي التجنيس خطب وفرغ منها فذهب القوم كلهم وجاء آخرون وصلى بهم أجزأه لأنه خطب والقوم حضور ، وصلى والقوم حضور فتحقق شرط جواز الخطبة .

وعند الشافعي يجب استئناف الخطبة ولو عاد ذلك القوم ولم يطل الفصل لم يجب استئنافها ، ولو طال الفصل ففيه خلاف بين أصحابه قيل يجب ، وقيل لا يجب ، كذا في شرح الوجيز وفي الأجناس لو خطب وحده أو بحضرة النساء لم يجز ، وبه قال الشافعي وعن أبي حنيفة رحمها الله يجوز ، والصحيح الأول ، وعن أبي يوسف رحمه الله لو خطب ولم يسمع الرجال جاز ، ولا يضر تباعدهم ، ولو خطب والقوم نيام أو صم جازت، ذكره في الذخيرة ولو خطب بحضرة الإمام بغير إذنه لم يجز ، والاذن بالخطبة اذن بالصلاة ، وكذا الاذن بالصلاة إذن بالخطبة وقد سبق هذا ونظائره فيما سبق .

( ولأبي حنيفة رحمه الله ان الإنعقاد بالشروع في الصلاة ) تقديره أن أبا حنيفة يقول المقدمة الأولى صحيحة ، وهي كون الجماعة شرط الإنعقاد ، والإنعقاد إنما هو بالشروع في الصلاة ( ولا يتم ذلك ) أي الشروع في الصلاة ( إلا بتمام الركعة ، لأن ما دونها ليس بصلاة ) لكونه في محل الرفض ، لأن ما دون الركعة معتبر من وجه دون وجه ، فالأول فيما إذا يحرم ثم قطع يلزمه القضاء ، والثاني فيما إذا أدرك الإمام في السجود لايصيرمدركاً للركعة وصلاة الجمعة تغيرت من الظهر إلى الجمعة فلا يتغير إلا بتعين ولا يعين إلا بوجود

فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة فإنها تنافي الصلاة فلا يشترط دوامها ولا معتبر في بقاء النسوان وكذا الصبيان لأنه لا ينعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا أعمى

---

الركعة والذي يأتي بركعة يأتي بأركان الصلاة ولا يبقى عليه إلا الركن المكرر والمصلي ما لم يقيد بالسجدة مستفتح لكل ركن ، فكان ذهاب الجماعة ، قبل قيدها بالسجدة كذهابهم قبل التكبير بخلاف ما بعد تقييدها بالسجدة ، فانه مقيد للأركان لا يفتتح ، فافهم ، فانه موضع دقيق .

( فلا بد من دوامها اليها ) أي فلا بد من دوام الجماعة إلى الركعة أي إلى تمام الركعة، والفاء فيه نتيجة قوله لأن ما دونها ليس بصلاة ، وفي الحقيقة الفاء جواب شرط محذوف تقديره إن لم يكن ما دون الركعة صلاة فلا بد من دوام الجماعة إلى تمام الركعة .

( بخلاف الخطبة ) جواب عن سؤال مقدر تقديره بأن يقال سلمنا أن الجماعة شرط دوام الخطبة إلى تلك الغاية ، وتقدير الجواب هو قوله ( لأنها ) أي لأن الخطبة ( تنافي الصلاة ) لأنه حين توجد الخطبة لا توجد الصلاة ، وحين توجد الصلاة لا توجد الخطبة والمنافاة بين الشيئين عبارة عن عدم الإجتماع بينهما في محل واحد في زمان واحد ( فلا يشترط دوامها ) أي دوام الخطبة إلى الركعة ، والفاء فيه مثل الفاء فيما قبلها .

( ولا معتبر في بقاء النسوان ) لأنه لا ينعقد بهن الجماعة ، وهو متعلق بقوله إلا النساء والصبيان ، بخلاف بقاء المسافرين وأصحاب الأعذار،ومن لم يشهدالخطبة(وكذا الصبيان) وكذا لا يعتبر بقاء الصبيان ، وقد علل بهذين الصنفين بقوله ( لأنه لا ينعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة ) وبه قال الشافعي رحمه الله وأحمد ، بخلاف ما إذا خلفه من العبيد والمسافرين ثلاثة ، حيث يصلي بهم الجمعة عندنا ، خلافاً للشافعي رحمه الله وأحمد ، فعندهما يصلي الإمام الظهر ، لأنهما يشترطان أربعين رجلاً أحراراً مقيمين كما ذكرنا .

( ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا أعمى ) أما المسافر

فلما روى البيهقي من حيث جابر ، قال قال رسول الله ﷺ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فعليه الجمعة إلا على امرأة أو مسافر أو عبد أو مريض ، وفي إسناده ضعف ، ولكن له شواهد ذكرها البيهقي وغيره . وروى الحافظ رجاء بن الرجاء في سننه عن تميم الداري رحمهم الله ، قال سمعت رسول الله ﷺ يقول الجمعة واجبة إلا على خمسة ، امرأة أو صبي أو مريض أو مسافر أو عبد . وقال ابن المنذر وفي صلاة رسول الله ﷺ الظهر بعرفة ، وكان يوم الجمعة دليل على أن لا جمعة على مسافر .

قلت هذا وهم منه . فان عرفات مفازة ولا تقام الجمعة في المفازة عند الأئمة الأربعة خلافاً للظاهرية ولا يعتد بخلافهم ، وحكي عن النخعي والزهري الوجوب على المسافر ، وهو قول الظاهرية ، وأما المرأة فلما روى أبو داود رحمه الله في سننه من حديث طارق بن شهاب رحمها الله عن النبي ﷺ قال الجمعة حق واجب على كل مسلم في جماعة إلا أربعة ، عبد مملوك أو صبي أو مريض . وقال أبو داود وطارق بن شهاب رحمهم الله قد رأى النبي ﷺ ولم يسمع منه شيئاً .

قلت هذا غير قادح في صحة الحديث فانه يكون مرسل صحابي وهو حجة ، وكذا قال النووي في الخلاصة والحديث قال على شرط الشيخين ، انتهى . ورواه الحاكم في مستدركه عن هرم بن سفيان برعف طارق بن شهاب عن أبي موسى مرفوعاً ، فقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وقد احتجا بهرم بن سفيان ورواه ابن عيينة عن ابراهيم بن محمد بن المتبين فلم يذكر فيه أبا موسى وطارق بن شهاب تغير في الصحابة ، وذكر الذهبي في تجريد الصحابة وطارق بن شهاب النخلي الاحمى له رؤية ورواية ، وقد صرح ابن الأثير في جامع الأصول بسماعه من النبي ﷺ . وفي التهذيب عن الزهري أنه صحابي أدرك الجاهلية وصحب النبي ﷺ وعقد له المزني في أطراف سننه ، وذكر له عدة أحاديث .

وأما المريض والعبد فللأحاديث المذكورة ، وقال ابن المنذر وجمهور أهل العلم على أنه لا جمعة على مسافر ولا عبد وهو قول الحسن وعطاء وعمر بن عبد العزيز والشعبي

والثوري وأهل المدينة والشافعي وأحمد رحمهما الله في إحدى الروايتين في العبد وإسحاق ابن راهويه وأبي ثور ، وعن الحسن أنها تجبر على العبد الذي يؤدي الضريبة ، وقال في الذخيرة في رواية ابن سفيان الوجوب على العبد عند مالك ، وقال صاحب الذخيرة وهي مردودة بالحديث .

وأما الأعمى فلا تجب عليه الجمعة سواء وجد قائداً أو لا ، وكذا على المقعد والعاجز عن الوضوء والتوجه مع مساعد ، وعندهما يجب عليهم مع وجود القائد والمساعد وبه قال الشافعي رحمه الله ، وذكر المرغيناني العبد لو أذن له مولاه في الجمعة مخير ، وفي منية المفتي يجب عليه وفي المرغيناني في العبد الذي حضر باب الجامع مع مولاه يحفظ الدابة خلاف ، والأصح أنه يصلي إذا لم يخل بحفظ دابته والمكاتب يجب عليه ، وقيل لا يجب عليه ، ومعتق البعض في حال سعايته ، كذلك في جوامع الفقه والأجير يوماً لا يذهب إلى الجمعة والجماعة إلا بإذن المستأجر ، وكذا قاله أبو حفص الكبير . وقال أبو علي الدقاق ليس له منعه في المصر عن حضور الجماعة ، لكن يسقط الأجر بقسطه .

وفي المجتبى ولا تجب الجمعة على الأجير إلا بإذن المستأجر ، أما العبد لو أذن له مولاه فهو مخير بين الجمعة والظهر ، والمختفي من السلطان الظالم يباح له أن لا يخرج إلى الجمعة والجماعة ، وتسقط بعذر المطر والوحل . وفي الذخيرة للمولى منع عبده من الجمعة والعيدين .

( لأن المسافر يحرج في الحضور ) هذا إلى قوله – فان حضروا – تعليل عقلي ولم يذكر المصنف شيئاً من الحجج النقلية قوله – يحرج – من حرج يحرج من باب علم يعلم ، فقال حرج فلان في أمره إذا استدل عليه ، ويقال حرج أيضاً إذا ضاق صدره ، ويقال مكان حرج بكسر الراء وفتحها أي ضيق كثير الشجر لا تصل اليه الراعية ، والحرج بفتح الراء أيضا الاثم ، وقال ابن الأثير الحرج في الأصل الضيق ، ويقع على الإثم والحرام ، وقيل الحرج أضيق الضيق ، والحرج الذي يلحق المسافر ، أما عدم وجدان أجير يحفظ رحله إذا ذهب إلى الجمعة أو خوف انقطاعه عن رفقته .

وكذا المريض والأعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر ، فإن حضروا فصلوا مع الناس أجزأهم عن فرض الوقت

( وكذا المريض والأعمى ) وكذا الحرج الأعمى والمريض في الحضور إلى الجمعة والحرج مرفوع شرعاً . وفي قنية المنية إن وجد المريض ما يركبه فهو كالأعمى على الخلاف إذا وجد قائداً ، وقيل لا يجب عليه اتفاقاً كالمقعد ، وقيل هو كالقادر على المشي فيجب في قولهم وهو الصحيح . قلت ينبغي أن يكون الصحيح عدم الوجوب ، لأن في إلزامه الركوب والذهاب إلى الجمعة زيادة المرض فلا يلزم بالحضور والمتمرض ، قيل كالمريض والأصح أنه إن يبقى ضائقاً بخروجه فهو عذر .

( والعبد مشغول بخدمة المولى ) فإذا ألزم الحضور يحصل الضرر لمولاه بترك الخدمة فصار كالحج والجهاد بخلاف الصلاة المفروضة لأنه يؤديها بنفسه في زمان يسير فلا يلزم الضرر بالمولى ، وكذا الصوم لأنه قادر على الجمع بينه وبين خدمة المولى ( والمرأة بخدمة الزوج ) أي والمرأة مشغولة بخدمة الزوج ، فإذا ألزمت بالحضور حصل الضرر ( فعذروا )أي إذا كان كذلك فهم عذروا وهو على صيغة المجهول المبني للمفعول ، والضمير فيه يرجع إلى المسافر والمرأة والمريض والعبد والأعمى ( دفعاً للحرج والضرر ) أي للدفع للمشقة وهو نصب على التعليل . قوله — والضرر — يجوز أن يكون تفسيراً للحرج أو يكون الحرج في بعض هؤلاء ، والضرر في بعضهم .

( فإن حضروا ) أي فإن حضر هؤلاء المذكورين في يوم الجمعة إلى الصلاة ( وصلوا مع الناس أجزأهم عن فرض الوقت ) أي أجزأتهم الجمعة عن الظهر . وقال ابن قدامة لا نعلم في هذا خلافاً .وقال ابن المنذر أجمع من يحفظ عنه من أهل العلم على أن النساء لو صلين الجمعة يجزئهن عن الظهر مع إجماعهن على أن الجمعة عليهن ، انتهى . وعن الحسن « رض » قال كان نساء المهاجرين يصلين الجمعة مع رسول الله ﷺ يحتسبن بها من الظهر ، ولأن هؤلاء من أهل الفرض والرخصة لهم في ترك السعي للعذر ، فلما حضروا زال العذر وسقط الفرض .

لأنهم تحملوه فصاروا كالمسافر إذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤم في الجمعة . وقال زفر « رح »لا يجزئه لأنه لا فرض عليه ، فأشبه الصبي والمرأة . ولنا أن هذه رخصة ، فاذا حضروا يقع فرضاً على ما بينا ، أما الصبي فمسلوب الأهلية ، والمرأة لا تصلح لإمامة الرجال

---

( لأنهم ) أي لأن هؤلاء المذكورين ( تحملوه ) أي الحرج ( فصاروا كالمسافر إذا صام ) في رمضان يسقط عنه الفرض ، فكذا هؤلاء يسقط عنهم الفرض بحضورهم صلاتهم الجمعة .

( ويجوز للمسافر والعبد والمريض أن يؤم في الجمعة ) أي لكل واحد أن يؤم ، وبه قال الشافعي « رح » في أصح قوليه ، وفي قول إن كان صاحب العذر أحداً من أربعين رجلاً لا يجوز . وقال مالك لا تصح إمامة العبد . وقال أحمد « رح » لا يجوز خلف العبد والمسافر ، وفي الحل منع ذلك من جواز إمامة المسافر في الجمعة ، قيل هو خطأ .

( وقال زفر « رح » لا يجزئه ) أي لا يجزىء كل واحد منهم أن يؤم ( لأنه لا فرض عليه ) أي فرض صلاة الجمعة ( فأشبه الصبي والمرأة ) في عدم جواز إمامتهما . وفي جوامع الفقه روي عن أبي يوسف مثل قول زفر .

( ولنا أن هذه رخصة ) أي سقوط الجمعة عن المذكورين رخصة ، وتأنيث الإشارة باعتبار الخبر ، وإنما كان السقوط رخصة لهم دفعاً للحرج ( فاذا حضروا يقع فرضاً ) يعني إذا تركوا الرخصة وحضروا وصلوا يقع ما صلوا عن فرض الوقت ، لأن الإسقاط عنهم لدفع الحرج ، والقول بعدم الجواز يؤدي إلى الحرج ، وفيه فساد الوضع ( على ما بينا ) أشار به إلى قوله لأنهم تحملوه .

( أما الصبي فمسلوب الأهلية ) جواب عن قول زفر – فأشبه الصبي – وتقريره أن الصبي لا أهلية له لعدم البلوغ ، فالقياس عليه لا يجوز ( والمرأة لا تصلح لإمامة الرجال ) هذا أيضاً جواب عن قول زفر – فأشبه المرأة – وهو ظاهر .

وتنعقد بهم الجمعة ، لأنهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الأولى ، ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا عذر له كره له ذلك و جازت صلاته . وقال زفر « رح » لا يجزئه لأن عنده الجمعة هي الفريضة أصالة ، والظهر كالبدل عنها ولا مصير إلى البدل مع القدرة على الأصل .

---

( وتنعقد بهم الجمعة ) هذه مسألة متبرأة ، أي تنعقد بالمسافر والعبد والمريض الجمعة ( لأنهم صلحوا للإمامة فيصلحون للاقتداء بطريق الأوّلى ) لأن من جازت إمامتـــه في الجمعة يعتد به في العدد ، وفيه إشارة إلى رد قول الشافعي « رح » انهذا لا تصح إمامتهم فلا يعتد بهم في العدد الذي تنعقد بهم الجمعة .

( ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبـل صلاة الإمام ) أي قبل أن يصلي الإمام الجمعة قيد به لأنه إذا صلى الظهر في منزله بعدما صلى الإمام الجمعة جاز بالاتفـاق ( ولا عذر له ) أي والحال أنه لا عذر له ، قيد به لأن المعذور إذا صلى الظهر قبل صلاة إمام الجمعة يجوز بالاتفاق ، والمعذور مثل المسافر والعبد والمريض والمرأة ( كره له ذلك ) أي ما فعله من صلاته في منزله قبل صلاة إمام الجمعة ، وجه الكراهة مخالفـــة إمام الجمعة ( وجازت صلاته ) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وابن نافع والشافعي رحمهم الله في القديم .

( وقال زفر « رح » لا يجزئه ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في الجديد وقال ابن المنذر والفرض هو الذي في بيته إذا كان الإمام يؤخر الجمعة ، قال الحـكم بن عيينة يصلي معهم ويصنع الله ما يشاء ( لأن عنده ) أي لأن عند زفر ( الجمعة هي الفريضة أصالة ) أي من حيث الأصالة ، لأنه مأمور بالسعي اليها فهي عن الإشتغـال بالظهر ما لم يتحقق فوت الجمعة ، وهذا صورة الأصل ( والظهر كالبدل عنها ) أي عن الجمعة ( ولا مصير إلى البدل مع القدرة على الأصل ) كالتيمم مع القدرة على الماء ، وإنمـا قال والظهر كالبدل عنها ولم يقل والظهر بدل عنها لأن الأربع لا تكون بدلاً عن الركعتين حقيقة .

ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الكافة، هذا هو الظاهر . إلا أنه مأمور باسقاطه بأداء الجمعة ، وهذا لأنه متمكن من أداء الظهر بنفسه دون الجمعـــة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده ، وعلى التمكن يدور التكليف »

---

( ولنا أن أصل الفرض هو الظهر في حق الكافة ) أي في حق الناس كافة ( هذا هو الظاهر ) أي كون أصل الفرض هو الظهر ظاهر المذهب عند أصحابنا الثلاثة ، وأشار به إلى أن في هذا اختلاف الرواية ، ففي الذخيرة فرض الوقت الظهر عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وهو قول محمد « رح » الأول ، وفي قوله الآخر الفرض أحدهما غير عين ، وإنما يتعين بالفعل إلا أن الجمعة آكد من الظهر . وفي الينابيع وقيل الفرض أحدهما أو فرضها الجمعة ، حتى لو صلاهما بالفرض وهو الجمعة تقدمت أو تأخرت .

وفي المرغيناني والولوالجي وقيل الواجب كلاهما ويسقطان بأداء الجمعة . وفي المفيد قال أبو حنيفة وأبو يوسف « رح » فرض الوقت الظهر ، لكن أمر غير المعذور باسقاطه بالجمعة حتماً ، والمعذور رخصة . وقال محمد « رح » فرض الوقت الجمعة ، لكن رخص له باسقاطها بالظهر ، ومثله في المحيط . وفي الينابيع هو أصح أقواله ، وعن محمد « رح أنه قال لا أعلم فرض الوقت ما هو ، وإنما الفرض ما استقر عليه فعله .

( إلا أنه مأمور باسقاطه ) أي إسقاط الظهر ( بأداء الجمعة ) عند وجود شرائطها ( وهذا ) أي ما ذكرنا من كون الظهر هو الأصل وكونه مأمور باسقاطه بأداء الجمعـــة ( لأنه ) أي لأن المكلف ( متمكن من أداء الظهر بنفسه ) أي وحده ( دون الجمعة ) أي غير متمكن من أداء الجمعة ( لتوقفها على شرائط ) خارجة عن قدرتـــه هو الإمام والخطبة والجماعة والمصر ( لا تتم ) تلك الشرائط ( به ) أي بالمكلف ( وحده ) من عدم قدرته عليها ( وعلى التمكن يدور التكليف ) لأن مدار التكليف على الوسع بالنص، فدل ذلك أن الظهر هو فرض الوقت ، لكن عليه إسقاطه بالجمعة عند وجود شرائطهـــا كما ذكرنا ، ألا ترى أن الجمعة إذا لم تصل حتى خرج الوقت يقضي الظهر لا الجمعة ،فلولم يكن فرض الوقت الظهر لم يقض الظهر بل الجمعة .

## فان بدا له أن يحضرها فتوجه اليها والإمام فيها بطل ظهره عند أبي حنيفة « رح » بالسعي

وثمرة الخلاف بين محمد « رح » وصاحبيه على غير ظاهر الرواية فظهر ممن نذكر أن عليه فجر يومه يخاف فوت الجمعة إن اشتغل بالفجر فعندهما لا تجزئه الجمعة ، لأن فرض الوقت هو الظهر ، فاذا ترك الجمعة أمكنه فعل الظهر من غير فوات ، وعند محمد يصلي الجمعة لأن فرض الوقت هي الجمعة فصار كالذي يذكر فجر يومه في آخر وقت الظهر ، حيث يصلي الظهر لئلا يفوت فرض الوقت .

( وإن بدا له أن يحضرها ) أي فات ظهر لهذا الذي صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا عذر له أن يحضر للجمعة ( فتوجه اليها ) إلى الجمة (والإمام فيها) أي والحال أن الإمام في صلاة الجمعة لم يفرغ منها ( بطل ظهره ) الذي صلاها في منزله ( عند أبي حنيفة بالسعي ) أي بمجرد سعيه ، سواء أدرك الإمام أو لا .

وها هنا قيدان ، الأول قوله — فان بدا له أن يحضرها — لأنه إذا خرج لا يريد الجمعة لا يرتفض ظهره بالاتفاق . الثاني قوله فتوجه والإمام فيها لأنه إذا توجه بعد فراغ الإمام لا يرتفض ظهره بالاتفاق ، وقد اختلفت عبارات كتب أصحابنا في هذا الباب . ففي المحيط لو توجه اليها والإمام لم يؤدها إلا أنه لا يرجى إدراكها لبعد المسافة لم يبطل ظهره في قول أبي حنيفة « رح » عند العراقيين ، ويبطل عند البلخيين ، وهو الصحيح .

ولو توجه اليها ولم يصلها الإمام بعذر أو بغير عذر اختلفوا في بطلان ظهره ،والصحيح أنه لا يبطل ، وعن الحلواني لو لم يخرج من البيت ولكن أرادها قبل الخروج إذا كان البيت واسعاً لم يبطل ما لم يجاوز العتبة ، وقيل يبطل إذا خطى خطوتين . وفي التحفة هو على وجهين ، الأولى إن صلى معه أو أدركه في الصلاة بعدما فاته يبطل ظهره بلاخلاف والثاني حين سعى كان الإمام في الجمعة ، لكن عند حضوره كان قد فرغ منها ، فكذلك عنده ، وعندهما لم ينقض ما لم يشرع معه .

وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الإمام ، لأن السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه ، والجمعة فوقها فينقضها

---

وفي الاسبيجابي لو صلى الظهر في بيته ثم خرج إلى الجمعة وقد فرغ الإمام لا يرتفض الظهر في قولهم ، ولو أنه خرج كان الإمام فيها ، فلما انتهى فرغ منها يرتفض عنده ، خلافاً لهما. وفي المحيط ذكر الطحاوي أنه إذا كان خروجه وفراغ الامام معاً لم ينقض ظهره . وفي الينابيع إذا توجه والامام فيها أو لم يشرع بعد بطل ظهره . وفي المبسوط يعتبر سعيه بعد انفصاله من داره . وفي قنية المنية يرتفض الظهر عنده بأداء بعض الجمعة ، وعندهما لا يرتفض ما لم يؤدها ، هكذا روى الحسن ومثله في المحيط .

وفي التحفة والمختلف لو صلى المعذور الظهر ثم أدرك الجمعة لا يبطل ظهره عند زفر ، لأنه قدر على الأصل بعد حصول المقصود بالبدل ، وعندنا ينقض لأنه إذا أدى الجمعة كانت هي الفرض عليه فلا يبقى الظهر ضرورة للتنافي . وفي خزانة الأكمل عن أبي يوسف « رح » صلى بقوم الظهر يوم الجمعة ثم دخل مع الامام في صلاة الجمعة فصلى بعضها ثم أفسدها أجزأته الظهر في منزله ولو أتمها مع الامام انقلبت ظهره تطوعاً وبقي للقوم فريضة ، وكذا في المحيط .

( وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام ) كذا ذكروا قولهما في شرح الجامع الصغير ، وكذا ذكر أبو بكر الرازي والاسبيجابي في شرحيهما لمختصر الطحاوي ، وكذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي حيث قال وقالا يبطل الظهر حتى يكبر للجمعة ، وهذا كله يدل على أن الظهر ينقض عندهما بمجرد الشروع مع الامام ، وذكر خواهر زادة في مبسوطه أن قولهما لا يرتفض الظهر ما لم يؤد الجمعة كلها حتى إذا شرع في الجمعة مع الامام ، ثم انه تكلم قبل أن يتم الجمعة فانه يرتفض عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما لا يرتفض ثم قال هكذا ذكر الحسن في كتاب صلاته .

( لأن السعي دون الظهر ) لأنه ليس مقصود بنفسه والظهر مقصود بنفسه ( فلاينقضه بعد تمامه ) أي فلا ينقض السعي الظهر بعد تمام الظهر لأن الأعلى لا ينتقض بالأدنى ( والجمعة فوقها ) أي فوق الظهر ، وإنما أنث الظهر باعتبار الصلاة ( فينقضها ) أي إذا

وصار كما إذا توجه بعد فراغ الامام . وله أن السعي إلى الجمعة من خصائص الجمعة

---

كانت الجمعة فوق صلاة الظهر فتنقض صلاة الظهر ، لأنا أمرنا باسقاط الظهر بالجمعة فجاز أن ينقضه .

( وصار ) أي هذا الذي بدا له أي يتوجه والامام فيها ولم يدخل معه ( كما إذا توجه بعد فراغ الامام ) من صلاة الجمعة فانه لا يبطل ظهره بالاتفاق .

( وله ) أي ولأبي حنيفه « رح » ( إن السعي إلى الجمعة من خصائص الجمعة ) لأنه من الفروض المختصة بالجمعة لقوله تعالى ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ ٩ الجمعة ، وقد نهى عن السعي في سائر الصلوات لما روي عن أبي هريرة أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا أقيمت الصلاة فلا تأتوها تسعون واتوها تمشون وعليكم السكينة فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاتوا ، رواه الأئمة الستة وغيرهم ، وذكر في الأسرار أن وجه كون السعي من خصائص الجمعة هو أن صلاة الجمعة صلاة خصت بمكان لا يمكن الاقامة إلا بالسعي اليها ، فصار السعي مخصوصاً به دون سائر الصلوات فانه يصح أداؤها في كل مكان ، فاذا صار من خصائص الجمعة شرعاً أشبه الاشتغال به الاشتغال بركن منها ، والشخص إذا تشاغل بالجمعة بطل الظهر .

فان قلت كيف لا يبطل الظهر إذا توضأ يريد الجمعة والطهارة من فروضها . قلت سلمنا أنها من فروضها ولكن ليست من الفروض المختصة بها ، واعترض على أصل أبي حنيفة « رح » بمسألة القارن، فإنه إذا وقف بعرفات قبل أن يطوف بعمرته يصير رافضاً لها، ولو سعى إلى عرفات لا يصير به رافضاً للعمرة .

وأجيب بأن في العمرة روايتان ذكرهما أبو بكر الرازي أحدهما رافضاً لعمرته بمجرد التوجه كما في السعي إلى الجمعة فلا يرد الاعتراض ، والأخرى أنه لا يكون رافضاً لعمرته حتى يقف بها وهي الرواية المشهورة ، ووجه الفرق أن الأمر وارد برفض الظهر بخلاف رفض العمرة ، فانه حرام ، فلم تجز إقامة التوجه مقام الوقوف .

فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطاً بخلاف ما بعد الفراغ منها ، لأنه ليس بسعي اليها . ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر ،

---

فان قلت الظهر قوي لأنه حسن لمعنى في نفسه والسعي ضعيف لأنه بمعنى في غيره فلا ينقض الضعيف القوي . قلت لما قام السعي مقام الجمعة اعتبر فيه صفة الجمعة لا صفة نفسه كالتراب لما قام مقام الماء اعتبر فيه صفة الماء لا صفة نفسه ، فلما قام مقام القوي صار هو قوياً في نفسه .

فان قلت السعي الموصل إلى الجمعة مأمور به ، والسعي الذى لا يدرك به الجمعة غير موصل فيجب أن لا تبطل به الظهر . قلت الحكم به دائر بين الامكان لكون الامام في الجمعة ، والادراك ممكن في الجمعة بانذار أهل إياه بالادراك .

( فينزل منزلتها ) أي فإذا كان الأمر كذلك فنزل السعي منزلة الجمعة (في حق ارتفاض الظهر احتياطاً ) أي لأجل الإحتياط إذ الأقوى يحتاط في إثباته ما لا يحتاط في إثبات الأضعف ( بخلاف ما بعد الفراغ منها ) هذا جواب عن قياسها ، أي بخلاف إدراكه بعد فراغ الإمام من الجمعة ( لأنه ليس بسعي اليها ) أي إلى الجمعة فلا يبطل الظهر ، وما قيل أن السعي المذكور في النص نفس الشيء لا المشي بصفة القدر وإلا لا يخلو عن نظر ، وهو موضع التأمل . وفي العتبة سرعة المشي والعدد غير واجب عندنا وعامة الفقهاء، واختلف في استحبابه والأصح أن يمشي على السكينة والوقار .

( ويكره أن يصلي المعذورون الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر ) وقال الشافعي «رح» لا يكره لهم ذلك بل هو أفضل كما في سائر الأيام ، ولكنهم يخفونها حتى أن من رآهم لا يظنهم راغبون عن الإمام . وفي الحلية قال الشافعي « رح » المستحب لأصحاب الأعذار أن يؤخروا الظهر إلى فوات الجمعة ثم يصلونها ، ولكن يجب عليهم إخفاؤها لئلا يتهموا بالرغبة عن صلاة الإمام . وفي شرح الوجيز فيه وجهان ، أحدهما لا يستحب، لأن الجماعة في هذا اليوم الجمعة ، وهو قول مالك وأبي حنيفة « رح » وأصحهما أنه يستحب ، وبه

## وكذا أهل السجن ، لما فيه من الإخلال بالجمعة ، إذ هي جامعة للجماعات ، والمعذور قد يقتضي به غيره

قال أحمد والثوري ، ولو صلى المعذور ظهره في بيته ثم حضر وصلى الجمعة فجمعته تطوع في الجديد ، وبه قال زفر .

وقال الشافعي « رح » في القديم يحتسب الله تعالى بأيتها شاء . وفي الغاية لو صلى المعذورون الظهر أجزأهم وكرهه الحسن وأبو قلابة كقولنا . وقال قوم يصلون جماعة روى مالك عن ابن مسعود . وقال الثوري وربما فعلته أنا والأعمش ، وبه قال أياس بن معاوية وأحمد وإسحاق .

( وكذا أهل السجن ) أي وكذا يكره لأهل السجن إذا صلوا الظهر يوم الجمعة بجماعة ، ورخص مالك « رح » لأهل السجن والمسافرين والمرضى أن يجمعوا ، واختلفوا قوله في القديم تفوتهم الجمعة ، فحكى ابن القاسم عنه أنهم يصلون أفراداً أربعاً . وفي جوامع الفقه أصحاب الأعذار ومن لا تجب عليه الجمعة إذا صلوا الظهر بلا أذان ولا إقامة فرادى من غير جماعة كان أحسن . وفي خزانة الأكمل يصلي المعذور بأذان وإقامة في بيته . وفي الولوالجي لا يؤذن ولا يقيم في السجن وغيره كصلاة الظهر . وفي المبسوط لو صلى الإمام الظهر بأهل المصر جازت صلاتهم وقد أساؤوا .

وفي المرغيناني إذا منع الإمام أهل المصر أن يجمعوا لا يجمعون . وقال أبو جعفر هذا إذا منعهم باجتهاد وأراد أن يخرج تلك البقعة أن تكون مصراً ، فأما إذا نهاهم تعنتاً أو إضراراً بهم فلهم أن يجمعوا على من يصلي بهم وزعم أبو إسحاق والمروزي من الشافعية « رح » أنها تصح على كلا القولين ولم يواسوا عليه .

( لما فيه ) أي لما في الفعل المذكور وهو صلاة المعذورين الظهر بجماعة وصلاة أهل السجن كذلك ( من الإخلال بالجمعة إذ هي جامعة للجماعات ) كلمة إذ للتعليل وهي ترجع إلى الجمعة .

( والمعذور قد يقتدي به غيره ) أي غير المعذور فلا يذهب إلى الجمعة فيخل بالجمعة

بخلاف أهل السواد، لأنه لا جمعة عليهم، ولو صلى قوم أجزأهم لاستجماع شرائطـــه. ومن أدرك الإمام يوم الجمعة صلى معه ما أدركه وبنى عليها الجمعة، لقوله عليه السلام ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا،

---

( بخلاف أهل السواد ) وهم أهل القرى ( لأنه لا جمعة عليهم ) وكذا أهل المفاوز الذين يسقط عنهم شهود الجمعة، لأن يوم الجمعة في حقهم كسائر الأيام، ويعرى صنعهم عن شبه مخالفة الإمام والسواد الأعظم ( وإن فعلوا ذلك ) أي وإن فعل المعذورون الصلاة بالجماعة ( ولو صلى قوم أجزأهم ) فعليهم ذلك ( لاستجماع شرائطه ) الضمير في شرائطـــه يرجع إلى الفعل الذي دل عليه قوله — فإن فعلوا — المراد بالفعل هو صلاتهم بالجماعة.

( ومن أدرك الإمام يوم الجمعة صلى معه ما أدركه ) سواء أدركه في الركعـة الأولى أو في الثانية ( وبنى عليها الجمعة ) أي على ما أدركه كسائر الصلوات ( لقوله ﷺ ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا ) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ إذا أقيمت الصلاة فاتوها تسعون واتوها تمشون وعليكم السكينة، فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا، ولفظ الجمع فيــه فأتموا، ولفظ المصنف أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن سفيان بن عيينة عن الزهري وغيره. وقال أبو داود قال فيه ابن عيينة وحده فاقضوا وقال البيهقي لا أعلم أحداً روى عن الزهري فاقضوا لابن عيينة وحده وأخطأ.

قلت في كل ما قالوا نظر، فقد رواه أحمد في مسنــده عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري به وقال فاقضوا، ورواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب من حـديث الليث عن الزهري به، وقال فاقضوا ومن حديث سليمان عن الزهري بـــه نحوه، ومن حديث الليث عن يونس عن الزهري عن أبي سلمة وسعيد، وعن أبي هريره كذلك ورواه أبو نعيم في المستخرج عن أبي داود الطيالسي عن ابن أبي ذئب عن الزهري به نحوه فقـــد تابع ابن عيينة جماعة.

وإن كان أدركه في التشهد أو في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما.
وقال محمد « رح » إن أدرك معه أكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة،
وإن أدرك أقلها بنى عليها الظهر ،

---

فإن قلت هل فرق بين أتموا وبين فاقضوا في الاستدلال قلت استدل بأتموا من قال ان الذي يدركه المأموم هو أول صلاته ، واستدل — بفاقضوا — من قال إنما يدركه هو آخر صلاته . وقال صاحب التنقيح والصواب عدم الفرق ، فإن القضاء هو الإتمام في عرف الشارع تال الله تعالى ﴿ فإذا قضيتم مناسككم ﴾ ٢٠٠ البقرة ، وقال ﴿ فاذا قضيت الصلاة ﴾ .

( وإن كان أدركه في التشهد ) أي وإن أدرك الإمام حال كونه في التشهد ( أو في سجود السهو ) أي إذا أدرك الإمام حال كونه في سجود السهو ( بنى عليها الجمعة ) أي بنى على صلاة الامام الجمعة ، معناه يصلي ركعتين ( عندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال ابن المنذر وهو قول النخعي والحكم بن عيينة وحماد وداود .

( وقال محمد إن أدرك معه ) أي مع الامام ( أكثر الركعة الثانية ) أراد بأكثر الركعة الثانية أدرك في الركوع ( بنى عليها الجمعة ) أي على صلاة الامام الجمعة يعني يصلي ركعتين ( وإن أدرك أقلها ) أي أقل الركعة الثانية بأن أدرك بعد ركوع الثانية ( بنى عليها الظهر ) يعني بنى على الجمعة التي صلاها الامام صلاة الظهر ،يعني يصلي أربع ركعات، ويقول محمد قال الزهري وزفر والشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله، وجعل النووي قول أبي يوسف « رح » معهم وهو غلط .

وقال النووي في شرح المهذب وإن أدركه بعدما رفع الامام رأسه لم يدرك الجمعة بلا خلاف عندهم ، وفي كيفية نيته وجهان ، أحدهما ينوي الظهر لأنه الذي يؤدي به وأصحهما، وبه قطع الروياني في الحلية ينوي الجمعة موافقة الامام . قلت يبعد أن يصلي الظهر بنية الجمعة ، وهذا لو نوى الظهر في الابتداء لا يصح ، وعند أحمد على ما اختاره الحربي ينوى ظهراً ، ولو نوى الجمعة لا يجزئه . وقيل ينوى جمعة حتى يخالف الامام .

لأنه جمعة من وجه ظهر من وجه ، لفوات بعض الشرائط في حقه ، فيصلي أربعاً اعتباراً للظهر ويقعد لا محالة على رأس الركعتين اعتباراً للجمعة

---

فان قلت ذكر في المنافع والحواشي أنه ينوى الجمعة بالاجماع . قلت هو محمول على اتفاق أصحابنا ، فكيف يكون إجماعاً ، وفيه خلاف للشافعية والحنابلة .

فإن قلت كيف جعل الركوع أكثر الركعة الثانية . قلت لأن الأصل في الصلاة الأفعال وأكثرها هو الركوع والسجود .

فان قلت لم يقل المصنف وإن أدرك معه الركعة الثانية . قلت لئلا يتوهم أنه إذا أدرك القيام يبنى عليه الجمعة ، وإلا فلا ، فيكون هذا بياناً لثلاث مسائل ، وهي إدراكه في القيام قبل القراءة وفيه بعد القراءة ، وفي الركوع وبيان أنه لو أدركه في القومة لا يبني على الجمعة لعدم إدراك الأكثر ، والسجود الذي يأتي به مع عدم الإمام لا يعتد به .

( لأنه جمعة من وجه ) أما كونه جمعة من وجه فاعتبار ما وجد من شرائط فيها الجمعة أدرك التحريمة والجماعة والامام ، وأما كونه ظهراً من وجه فاعتبار ما عدم من الشرائط فيما يقضي كالجماعة والامام ( لفوات بعض الشرائط في حقه ) أي في حق هذا الذي أدرك أقل الجمعة وهو الجماعة والامام كما ذكرنا ( فيصلي أربعاً ) أي إذا كان كذلك يصلي أربع ركعات ( اعتباراً للظهر ) أي يعتبر اعتباراً لجانب الظهر .

( ويقعد لا محالة ) بفتح الميم ، معناه لا بد ، والميم زائدة ، فعلى هذا يجوز أن يكون من الحيلة وهو الحيلة وأن يكون الحول وهو القوة والحركة ، وعلى كل حال وزنها مفعلة ( على رأس الركعتين ) وهما اللتان الكاملتان للإمام ( اعتباراً للجمعة ) أي نظراً لجانب الجمعة ، والحاصل أنه يعمل بالشبهين ولزوم القعدة الأولى ، رواه الطحاوي عن محمد كما هو لازم للإمام . وفي رواية المعلى عنه لا يلزم القعدة الأولى لأنها ظاهر من وجه فلا تكون القعدة الأولى واجبة . وقيل وجوبها للاحتياط .

قلت فقال السرخسي هذا الاحتياط لا معنى له فانه إن كان ظهراً فلا يمكنه بناؤها على تحريمة عقدها للجمعة ، ولهذا لو دخل وقت العصر وهو في الجمعة يستقبل الظهر ، ولا يبنيه على تحريمة الجمعة . وإن كان جمعة فالجمعة لا تكون أربعاً ، وفي المرغيناني روي

ويقرأ في الأخريين لاحتمال النفلية ، ولهما أنه مدرك للجمعة في هذه الحالة ، حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ، ولا وجه لمـــا ذكر ، لأنهما مختلفان فلا يبنى أحدهما على تحريمة الأخرى .

---

عن الشيخ الامام الزاهد أبي حفص الكبير أنه قال لمحمد « رح » يصير مؤديـــاً للظهر بتحريمة الجمعة وقد جاءت به الآثار .

وفي المنتقى مسافر أدرك الامام يوم الجمعة في التشهد صلى أربعاً بالتكبير الذي دخل معه ولم يجده خلافاً . وقالت طائفة من لم يدرك الخطبة صلى أربعاً ، روي هذا القول عن عطاء وطاووس ومكحول ومجاهد محكي عن عمر « رض » لفوات الشرط وهو الخطبـــة في حقه ، قيل لابن سيرين إن من لم يدرك الخطبة صلى أربعـــاً وهو قول أهل مكة ، قال لبنى هذا مبنى .

( ويقرأ في الأخريين ) أي ويقرأ ما تجوز به الصلاة في الركعتين الأخريين اللتـــين يصليها هذا المسبوق للاحتياط ( لاحتمال النفلية ) أي لاحتمال كون ما بين الركعتين نفلاً لأنا ذكرنا أن فيه شبهين فكان في ذلك إعمال الدليلين وهو أولى من إهمال أحدهما .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أنه ) أي أن هذا المدرك لأقل الركعة الثانية ( مدرك للجمعة في هذه الحالة ) وهي الحالة التي أدرك الإمام فيها ( حتى يشترط نية الجمعة ) حتى لو نوى غيرها لا يصح ( وهي ركعتان ولا وجه لما ذكرنا ) أي لا وجه لما ذكره محمد من قوله لأنه جمعة من وجه ظهر من وجه إلى آخره ( لأنهما ) أي لأن الجمعة والظهر ( مختلفان ) حقيقة وحكماً ، لأن الجمعة ركعتان ، فيشترط فيها ما لا يشترط في الظهر ، والظهر أربع ركعات فالأربع خلاف الاثنين ، فإذا كان كذلك (فلا يبنى أحدهما على تحريمة الأخرى ) للاختلاف بينهما .

فإن قلت فيما ذكراه تحريمة الجمعة مع عدم شرطها وذلك فاسد . قلت وجوده في حق الإمام جعل وجودها في حق المسبوق ، كما في القراءة .

فإن قلت ذكـر المصنف قوله ﷺ ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا . قلت هو

حديث صحيح في معرض الإستدلال لأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فما وجه قوله بعد ذلك ، ولهما أنه مدرك الجمعة . قلت لا مانع من ذلك لأنه يجوز الإستدلال على مطلوب واحد بالمنقول والمعقول ، بل هو أقوى ، أو نقول كان الأولى استدلالاً على ما إذا كان النبي أدركه أكثر ، وذلك متفق عليه فحينئذ ليس الإستدلال لهما فقط ، بل لهم جميعاً ، وكون الحديث يدل على المطلوب الثاني لهما أيضاً لا ينافيه .

وها هنا بحث ذكره الشراح فقال السغناقي واحتج من خالف أباحنيفة « رح » وأبا يوسف في المسألة المذكورة بما روى الزهري باسناده عن أبي هريرة « رح » عن النبي ﷺ أنه قال من أدرك ركعة من الجمعة فقد أدركها وليضف اليها ركعة أخرى ، وإن أدرك جلوساً صلى أربعاً . وقال الأترازي قال الشيخ أبو نصر البغدادي ذكر الدارقطني أن النبي ﷺ قال من أدرك الإمام جلوساً قبل أن يسلم فقد أدرك الصلاة. وقال صاحب الدراية لهم أي لمحمد ومن تبعه في المسألة المذكورة ما روى الزهري باسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من أدرك ركعة من الجمعة فيضيف اليها ركعة أخرى ، وإن أدركهم جلوساً صلى أربعاً .

وقال الأكمل أيضاً يعني ما ذكره صاحب الدراية ، ثم أجاب السغناقي بقوله ، قلنا لا يصح التعليق بهذا الحديث ، لأن لفظ الجمعة مع قوله وإن أدركتم جلوساً صلى أربعاً ، إنما نقله ضعفاء أصحاب الزهري هكذا قاله الحاكم الشهيد ، وأما الثقات من أصحابه كمعمر والأوزاعي ومالك روى عن الزهري من أول ركعة من صلاة فقد أدركها ، فأما إذا أدرك ما دونها فما حكمه فهو مسكوت عنه فكان موقوفاً على قيام الدليل ، وقد قام وهو ما روي من قوله عليه السلام ما أدركتم فصلوا .. الحديث .

وأجاب الأترازي بما قاله السغناقي وزاد قوله والحديث مذكور في السير هكذا ، وقال معمر عن الزهرى ما أدى الجمعة إلا من الصلاة إن أدرك منها ركعة فقد أدركها ، وإن أدرك ما دونها صلى أربعاً ، ولو كان عنده نص في الجمعة لم يحتج إلى الرأي ، ولئن صح عن النبي عليه السلام قوله وإن أدركهم جلوساً فمعناه أدركهم جلوساً بعد الصلاة قبل

الإنصراف ، لأنه لم يقل في الصلاة . وأجاب الأكمل وصاحب الدراية أيضاً بما ذكره السفناقي ، وكل منهم لم يحرز الحديث ، وقلد بعضهم بعضاً ، وليس هذا دأب شراح الكتب الموضوعة على الأحاديث النبوية فنقول وبالله التوفيق هذا الحديث له طرق .

منها ما رواه الدارقطني من حديث ياسين بن معاذ عن ابن شهاب عن سعيد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ من أدرك الركوع من الركعة الأخيرة يوم الجمعة فليضف اليها أخرى ، ومن لم يدرك الركوع من الركعة الأخيرة فليصل الظهر أربعاً وياسين ضعيف متروك .

ومنها ما رواه الدارقطني أيضاً من حديث سعيد وأبي سلمة عن أبي هريرة بلفظ إذا أدرك أحدكم يوم الجمعة فقد أدرك ، فإذا أدرك ركعة فليركع إليها أخرى ، وإن لم يدرك ركعة فليصل أربع ركعات ، وهذا أيضاً من رواية ياسين .

ومنها ما رواه الدارقطني أيضاً من حديث سليمان بن أبي داود الجراد عن الزهري عن سعيد وحده مثل اللفظ الأول ، وسليمان متروك .

ومنها ما رواه الدارقطني أيضاً من حديث صالح بن أبي الأحفر عن أبي سلمة وحده نحو الأول وصالح ضعيف .

ومنها ما رواه ابن ماجة حدثنا محمد بن السفناخ أبو محمد بن حبيب عن أبي ذئب عن الزهري عن أبي سلمة وسعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال من أدرك من الجمعة ركعة فليضف اليها أخرى ، ومحمد بن حبيب متروك ، ورواه الدارقطني أيضاً من رواية الحجاج بن أرطأة وعبد الرزاق عن معمر الزهري عن سعيد عن أبي هريرة كذلك ، ولم يذكروا كلهم الزيادة التي فيه من قوله ومن لم يدرك الركعة الأخيرة فليصل الظهر أربعاً لا لبدئه بإدراك الركوع ، وأحسن طرق هذا الحديث رواية الأوزاعي على ما فيها من تدليس الوليد . وقد قال ابن حبان في صحيحه أنها كلها معلومة [1] . وقال ابن أبي حاتم في

(١) ربما قصد معلولة . اهـ مصححه .

وإذا خرج الإمام يوم الجمعة ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته . قال « رض » وهذا عند أبي حنيفة « رح » .

---

العلل عن أبيه لا أصل لهذا الحــديث وله طرق أخرى من غير طريق الزهري ، رواه الدارقطني من حديث داود بن أبي هند عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة وفيه يحيى بن راشد البرادعي وهو ضعيف . وقال الدارقطني في العلل حديثه غير محفوظ .

وقد روي عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه بلغــه عن سعيــد بن المسيب ، قوله وهو أشبه بالصواب ، وفي هذا الباب عن أبي عمر «رض» رواه النسائي وابن ماجة والدارقطني عن حديث شعبة حدثني يونس بن الزبير عن الزهري ، وأما قوله من صلاة الجمعة فوهم ، وذكر الأترازي وقال وروى خواهر زادة في مبسوطــه عن أبي الدرداء عن النبي ﷺ أنه قال من أدرك الإمام في التشهد يوم الجمعة فقد أدرك الجمعة ، انتهى . قلت هذا ليس له أصل ولا ذكره أحد من أئمة الحديث ، والعجب من الأترازي أن هذا طريق مظـــلم كيف يمشي عليه .

( وإذا خرج الإمام يوم الجمعة ) يعني إذا خرج من منزله أو من بيت الخطابــة لأجل الخطبة ، ويقال المراد بخروجه صعوده على المنبر ( ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته ) وبه قال مالك وقيد بالكلام لأن الصلاة في هذين الوقتـــين تكره بالإجماع أي صلاة التطوع .

( قال رحمه الله ) أي قال المصنف إذا خرج الإمام ، إلى هنا من كلام القدوري واشار المصنف بأن هذا قول أبي حنيفة وقال ( وهذا ) القول ( لأبي حنيفة « رح » ) أي وهذا الذي ذكره من كراهة الصلاة والكلام وقت خروج الإمام عند أبي حنيفـــة « رح » ، واختلفوا على قوله فقال بعضهم يكره كلام الناس ، أما التسبيح وأشبــاهه فلا يكره . وقال بعضهم يكره ذلك ، والأول أصح ، وعند الشافعي « رح » يصلي تحية المسجد في حال الخطبة ، وبه قال أحمد .

وقال ابن المنذر اختلفوا فيمن دخل المسجـــد والإمام يخطب ، فقال الحسن يصلي ركعتين ، وبه قال مكحول وابن عيينة والمغيرة والشافعي وابن حنبل « رح » وإسحاق

وقالا لا بأس بالكلام إذا خرج الامام قبل أن يخطب ، وإذا نزل قبل أن يكبر لأن الكراهة للاخلال بفرض الاستماع، ولا استماع ها هنا ، بخلاف الصلاة ، لأنها قد تمتد . ولأبي حنيفة قوله عليه السلام إذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام .

---

وأبو ثور وطائفة من المحدثين ، وعندنا يجلس ولا يصلي ، قال ابن المنذر ، وبه قال عطاء وصالح وعروة وقتادة والنخعي ، وقال ابن حنبل « رح » إن شئت ركعت ، وإن شئت جلست . وقال الأوزاعي إن كان ركعها في بيته ثم دخل المسجد والإمام يخطب قعد ، ولم يركع وإن لم يكن ركعها إذا دخل المسجد . وقال ابن بطال في شرح البخاري والمنع قول الجمهور من أهل العلم ، ذكره ابن أبي شيبة عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس رضي الله عنهم .

( وقالا ولا بأس بالكلام إذا خرج الإمام قبل أن يخطب ) وبه قال الشافعي « رح » وأحمد ، وفي جوامع الفقه عند أبي يوسف « رح » يباح الكلام عند جلوسه إذا مكث ، وعند محمد لا يباح ، وقوله – قبل أن يخطب – يتعلق بقوله لا بأس بالكلام لا بقوله خرج لفساد المعنى .

( وإذا نزل قبل أن يكبر ) أي ولا بأس بالكلام أيضاً إذا نزل الخطيب من المنبرقبل أن يكبر للصلاة ( لأن الكراهة للاخلال بفرض الإستماع ) أي لأن كراهة الكلام لأجل الإخلال بفرض استماع الخطبة ، وعند خروجه قبل الشروع في الخطبة ، وعند نزوله قبل شروعه في الصلاة لا يلزم ذلك ( ولا استماع ها هنا ) أي ولا استماع للخطبة في الحالتين المذكورتين .

( بخلاف الصلاة لأنها قد تمتد ) أي قد تطول فيفضي إلى الإخلال ولا يمكن قطعها بخلاف الكلام ، لأنه يمكن قطعه متى شاء .

( ولأبي حنيفة « رح » قوله ﷺ إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام ) لم يتعرض أحد من الشراح لحال هذا الحديث غير أن الأترازي قال روى خواهر زادة في مبسوطه

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال إذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام . قلت هذا غريب مرفوعاً ، ولهذا قال البيهقي رفعه وهم فاحش ، إنما هو من كلام الزهري رواه مالك في الموطأ عن الزهري ، قال خروجه بقطع الصلاة وكلامه بقطع الكلام ، وعن مالك رواه محمد بن الحسن في موطأه .

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي وابن عباس وابن عمر « رض » أنهم كانوا يكرهون الصلاة والكلام بعد خروج الإمام . وأخرج عروة قال إذا قعد الإمام على المنبر فلا صلاة . وعن الزهري قال في الرجل يجيء يوم الجمعة والإمام يخطب يجلس ولا يصلي. وفي المبسوط استدل أبو حنيفة « رح » بما روي أنه عليه السلام قال إذا كان يوم الجمعة قعدت الملائكة على أبواب المساجد يكتبون القوم الأول فالأول إلى أن قال فإذا خرج الإمام طووا الصحف وجاؤوا يستمعون الذكر وإنما يطوون الصحف إذا طوى الناس الكلام ، فأما إذا كانوا يتكلمون فهم يكتبون ، قال تعالى ﴿ ما يلفظ من قول إلا لديه رقيب عتيد ﴾ ١٨ ق ، انتهى .

وروى الطحاوي من حديث عوف بن قيس عن أبي الدرداء أنه قال جلس رسول الله ﷺ في يوم الجمعة على المنبر يخطب الناس فتلى آية وإلى جنبي أبي بن كعب « رح » فقلت له يا أبي متى أنزلت هذه الآية ، فأبى أن يكلمني حتى نزل رسول الله ﷺ عن المنبر، قال ما لك من جمعتك إلا ما لغوت ، ثم انصرف رسول الله ﷺ فجئته فأخبرته فقلت يا رسول الله إنك تلوت آية وإلى جنبي أبي بن كعب ، فسألته متى نزلت هذه الآية، فأبى أن يكلمني حتى إذا نزلت زعم أنه ليس من جمعتي إلا ما لغوت ، فقال صدق ، فإذا سمعت إمامك يتكلم فانصت حتى ينصرف .

وأخرجه أحمد أيضاً في مسنده نحوه ، غير أنه لفظه فانصت حتى يفرغ . وأخرج البيهقي من حديث عطاء بن يسار عن أبي ذر قال دخلت المسجد يوم الجمعة والنبي عليه السلام يخطب فجلست قريباً من أبي بن كعب فقرأ النبي ﷺ سورة براءة فقلت لأبي متى نزلت هذه السوره فحصر ولم يكلمني ، فلما صلى رسول الله ﷺ صلاته تليت لأبي أني سألتك

فجهني [1] ولم تكلمني فقال أبي مالك من صلاتك إلا ما لغوت ، فـذهبت إلى النبي ﷺ فقلت يا نبي الله كنت بجنب أبي وأنت تقرأ براءة ، فسألته متى نزلت هذه السورة فجهني ولم يكلمني ، فقال أبي ما لك من صلاتك إلا ما لغوت ، فقال صدق أبي .

ثم قال البيهقي رواه عبد الله بن جعفر عن شريك عن عطاء فقـال – أبي الدرداء وأبي بن كعب – وجعل القصة بينهما ، وكـذا رواه حرب بن قيس عن أبي الدرداء ، ورواه عيسى بن حارثة بن جابر بن عبد الله ، فذكر معناها بين أبي مسعود وبين أبي ابن كعب ، رواه الحاكم عن إبان عن عكرمة عن ابن عباس ، أنها قامت بين رجل وبين ابن مسعود ، انتهى .

قلت هذا مرسل لابن عطاء بن يسار لم يدركـه أبو ذر ، وأخرجه ابن ماجة بوجه آخر من حديث عطاء بن يسار عن أبي بن كعب أن رسول الله ﷺ قرأ يوم الجمعة تبارك وهو قائم فذكر بأيام الله ، وأبو الدرداء وأبو ذر تغمزني فقال متى نزلت هذه السورة إني لم أسمعها إلى الآن ، فأشار اليه أن اسكت ، فلما انصرفوا قال سألتك متى أنزلت هذه السورة فلم تخبرني ، فقال أبي ليس لك من صلاتك اليوم إلا ما لغوت ، فذهب إلى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك وأخبره بالذي قال أبي ، فقال رسول الله ﷺ صدق أبي .

وأخرج الطحاوي من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة أن النبي عليه السلام كان يخطب يوم الجمعة فقرأ سورة ، فقال أبو ذر لأبي متى نزلت هذه السورة ، فأعرض عنه ، فلما قضى رسول الله ﷺ صلاته قال أبي لأبي ذر مالك من صلاتـك إلا ما لغوت ، فـدخل أبو ذر على النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال رسول الله صدق أبي .

وأخرجه الطيالسي في مسنده والبيهقي في سننه من طريقه ، وأخرج ابن أبي شيبـة في مصنفه من حديث الشعبي أن أبا ذر والزبير بن العوام سمع أحدهما من النبي ﷺ أنه يقرأ وهو على المنبر يوم الجمعة ، قال فقال لصاحبه متى أنزلت هذه الآية ، قال فلما قضى

---

(١) هكذا وردت هنا وقبل ذلك ، وورد بعدها – فلم تخبرني – اه مصححه .

صلاته قال له عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا جمعة لك ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال صدق عمر « رض »

فإن قلت يشكل على مسألة الصلاة حديث سليك الغطفاني أخرجه الأئمة الستة عن عمر بن دينار عن جابر بن عبد الله أن رجلاً جاء يوم الجمعة والنبي ﷺ يخطب فقال أصليت يا فلان ، قال لا ، قال صل ركعتين ، ويجوز فيها وزاد فيه مسلم وقال إذا جاء أحدكم يوم الجمعة والإمام يخطب فليركع ركعتين ، ويتجوز فيهما وزاد فيه ابن حبان في صحيحه ، وقال له لا تعذر لمثل ذلك ، قال ابن حبان يريد الابطال لا الصلاة بدليل أنه جاز في الجمعة الثانية نحوه فأيده بركعتين مثلها .

قلت أجيب عنه بأجوبة ، أحدها : أن حديث سليك هذا محمول على قيد النهي عن الكلام في الخطبة ، وكان الكلام مباحاً في الصلاة والخطبة أيضاً . والثاني : أنه ﷺ قال من كان إماماً وخطيباً فلا بأس له أن يتكلم ، لأنه يخطب الخطبة من أولها إلى آخرها كلام . الثالث : أنه كان قبل الأمر بالاستماع والإنصات للمأمورين . الرابع : يحتمل أنه كان أمره بذلك بعد قطع الخطبة لإرادة تعليم الناس كيف يفعلون إذا دخلوا المسجد ، ثم استأنف خطبته بعد ذلك .

فإن قلت روى أنس عن النبي ﷺ أنه كان إذا نزل عن المنبر يسأل الناس عن حوائجهم وعن أسعار السوق ثم يصلي ، وعن عمر وعثمان رضي الله عنهما أنهما كانا إذا صعدا المنبر يسألان الناس عن أسعار السوق . قلت حديث أنس كان في ابتداء الإسلام حين كان الكلام مباحاً في الصلاة ، وأما حديث عمر وعثمان رضي الله عنهما فمعارض بحديث ابن عمر وابن عباس أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا نمير عن حجاج عن عطاء عن ابن عباس وابن عمر أنهما كانا يكرهان الكلام والصلاة يوم الجمعة بعد خروج الإمام . وقال ابن عبد البر كان ابن عباس وابن عمر يكرهان الكلام والصلاة بعد خروج للإمام ولا يخالف لهما :

فإن قلت جاء في الحديث أن الدعاء يستجاب وقت الإقامة في يوم الجمعة ، فكيف

يسكت عند أبي حنيفة « رح » . قلت يقرأ الدعاء بقلبه لا بلسانه ، ثم إذا اشتغل الإمام بالخطبة ينبغي للمستمع أن يجتنب بما يجتنب في الصلاة ، لقوله تعالى ﴿ فاستمعوا له وأنصتوا ﴾ ٢٠٤ الأعراف ، وقوله ﷺ إذا قلت لصاحبك انصت يوم الجمعة والإمام يخطب فقد لغوت ، وهذا الحديث رواه أبو هريرة وأخرجه عن الأئمة الستة ما خلا الترمذي ، فإذا كان كذلك يكره رد السلام وتشميت العاطس إلا في القول الجديد للشافعي « رح » ، فإنه يرد ويشمت . قال شيخ الإسلام والأصح أنه يشمت والاستماع من أول الخطبة إلى آخرها وإن كانوا فيها ذكر الولاة والدنف من الامام .

وفي المجتبى قيل وجوب الإستماع مخصوص [1] الوحي ، وقيل في الخطبة الأولى دون الثانية لما فيها من مدح الظلمة . وعن أبي حنيفة إذا سلم عليه يرد بقلبه ، وعن أبي يوسف يرد السلام ويشمت العاطس فيها . وعن محمد ويشمت بعد الخطبة ، وقيل الاشارة بيده ورأسه عند رؤية المنكر يكره ، والأصح أنه لا بأس به ويصلي على النبي ﷺ عند ذكره ﷺ في قلبه .

واختلف المتأخرون فيمن كان بعيداً لا يسمع الخطبة فقال محمد بن سلمة المختار السكوت وهو الأفضل ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » . وقال نصر بن يحيى يسبح ويقرأ القرآن وهو قول الشافعي « رح » وأجمعوا على أنه لا يتكلم ، وقيل الاشتغال بالذكر وقراءة القرآن أفضل من السكوت ، وأما رواية الفقه والنظر في كتب الفقه وكتابته فقيل يكره ، وقيل لا بأس به . وقال شيخ الاسلام الاستماع إلى خطبة النكاح والختم وسائر الخطب واجب . وفي الكامل ويقضي الفجر إذا ذكره في الخطبة . ولو تغذى بعد الخطبة أو جامع فاغتسل بعد الخطبة ، وفي الوضوء في بيته لا يعيد ، ولو صلى ركعتين فالأحسن أن يعيدهما ، ويستحسن ذكر الخلفاء الراشدين .

وعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يستقبل الامام فإذا استقبل بالخطبة انحرف اليه

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة ربما هي – بزمان – .

من غير فصل ، ولأن الكلام قد يمتد طبعاً فأشبه الصلاة ، وإذا أذن المؤذنون الأذان الأول ترك الناس البيع والشراء وتوجهوا إلى الجمعة ، لقوله تعالى ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله

---

واستقبله ، ويستحب أن يقعد فيها كما يقعد في الصلاة لقيامها مقام الركعتين ، ولا بأس بأن يقعد محتبياً [1] لأنه ينتظر الصلاة ، وقيل يقعد كيف شاء ، والنوم مكروه فيها إلا إذا غلب .

( من غير فصل ) أي بين أن يكون ترك الصلاة والكلام إذا خرج قبل أن يخطب وبين أن يكون تركها بعد أن يخطب ( ولأن الكلام قد يمتد طبعاً ) هذا دليل من جهة العقل ، وجواب عما قالا أن الصدقة قد تمت والكلام لا يمتد لأنه يمكن قطعه ، وتقريره أن الكلام قد يمتد من حيث طبيعة الإنسان وإن كان في نفس الأمر يقدر على قطعه ( فأشبه الصلاة ) يعني عند امتداده طبعاً يشبه امتداد الصلاة شرعاً فصار في المنع سواء .

( وإذا أذن المؤذنون الأذان الأول ) ذكر المؤذنين بلفظ الجمع وإن كان لا يحتاج اليه إخراجاً للكلام مخرج العادة ، فإنه كان المتوارث اجتماع المؤذنين يسمع أصواتهم إلى أطراف المصر الجامع ، وأراد بالأذان الأول الأذان الذي يؤذن على المأذنة ، وهو الأذان الذي أحدث على الزوراء في عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه ولم ينكره أحد من المسلمين . وفي المحيط الزوراء المأذنة . وفي البدائع اسم المنارة ، قال وقيل اسم موضع بالمدينة ، وقال ابن بطال الزوراء حجر كبير عند باب المسجد . وقال البخاري الزوراء موضع بالسوق في المدينة ، وفي المغرب الأزور من الرجال الذي منا أحد ينفي صلاة بمؤنته سميت دار عثمان بالمدينة ومنهم ومنه قولهم حديث الاذارة بالزور . وقال الجوهري هي مال كان لاحجة [2] ابن الحلاج الأنصاري ، وفي جمع المفاويز هي الأجهر تكون من القصب .

( ترك الناس البيع والشراء وتوجهوا إلى الجمعة لقوله تعالى ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله

---

(١) هكذا رسمت في الأصل .

(٢) ربما أراد — لحجة — اه مصححه .

## وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ، وإذا صعد الامام المنبر جلس وأذن المؤذنون بين يدي المنبر

وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ) في تفسير المنتقى . ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ فامضوا اليه واعملوا له ، وروي عن ابن عمر « رض » سمعت عمر « رض » يقرأ فامضوا إلى ذكر الله، وعنه ما سمعت عمر « رض » قط يقرأها إلا فامضوا إلى ذكر الله ، وروى الأعمش عن ابراهيم كان عبد الله يقرأها فامضوا إلى ذكر الله ويقول لو قرأتها فاسعوا لسعيت حتى يسقط ردائي وهي قراءة أبي العالية . وعن الحسن ليس السعي على الأقدام ، ولقد نهوا أن يأتوا المسجد إلا وعليهم السكينة والوقار ولكن بالقلوب والنية والخشوع .

وعن قتادة أن تسعى بقلبك وعملك وهي المشي اليها . وقال الشافعي « رح » السعي في هذا الموضع هو العمل ، قال الله تعالى ﴿ إن سعيكم لشتى ﴾ ٤ الليل ، وقال الله تعالى ﴿ وان ليس للانسان إلا ما سعى ﴾ ٣٩ النجم ، وقوله تعالى ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ ٩ الجمعة ، ، إلى موعظة الإمام ، وقيل إلى الخطبة والصلاة .

قوله ﴿ وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ، يعني البيع والشراء ، لأن البيع يتناول المعنيين ، وإنما خص البيع من بين ما يذهل عن ذكر الله من سوى على الدنيا ، لأن يوم الجمعة تهبط الناس فيه من قراهم وبواديهم وينصبون إلى المصر من كل أوب فيوقت هبوطهم واجتماعهم واعتضاض الأسواق بهم إذا انفتح النهار وتعالى الضحى وفي وقت الظهيرة ، وحينئذ تجر التجارة ، ويتكاثر البيع والشراء ، فلما كان ذلك الوقت يبطله الذهول بالبيع عن ذكر الله والمضي إلى مسجد الله ، قيل لهم أدوا تجارة الآخرة ، واتركوا تجارة الدنيا ، واسعوا إلى ذكر الله لا شيء أنفع منه وأربح وذروا البيع الذي نفعه يسير وربحه مقارب . قوله – ذروا – من يذر الدعوى بن يدع ، وأما ثور يذر ويدع إلا ما جاء في قراءة شاذة – وما ودعك ربك – بالتخفيف .

( وإذا صعد الإمام المنبر جلس ) بكسر الميم من المنبر وهو الإرتفاع ، والقياس فيه فتح الميم على ما عرف في موضعه ( وأذن المؤذنون بين يدي المنبر ) هذا هو الأذان الأصلي

بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله ﷺ إلا هذا الأذان ، ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع ،

---

الذي كان في زمان النبي ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهم من بعده ، ثم حدث الأذان الآخر وهو الأذان الأول في عهد عثمان كما ذكرنا ( بذلك ) أي بالأذان بين يدي المنبر بعد الأذان الأول على المنارة ( جرى التوارث ) من زمن عثمان بن عفان إلى يومنا هذا ( ولم يكن على عهد رسول الله ﷺ إلا هذا الأذان ) أي الأذان الذي يؤذن بين يدي المنبر حين صعد الإمام المنبر ، لما روى البخاري من حديث السائب بن يزيد « رح » قال كان النداء يوم الجمعة أوله إذا جلس الامام على المنبر على عهد النبي ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فلما أن كان عثمان رضي الله عنه وكثر الناس زاد النداء على الزوراء كما ذكرناه . وعن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » هو أذان المنارة لأنه لو اشترطوا الأذان عند المنبر يفوته أداء السنة وسماع الخطبة ، وربما يفوته أداء الجمعة إذا كان المصر بعيد الأطراف.

( ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع ) أي ولكن الأذان الأصلي الذي كان على عهد النبي ﷺ بين يدي المنبر ، قال بعضهم وهو الطحاوي هو المعتبر في وجوب السعي إلى الجمعة على المكلف ، وفي حرمة البيع والشراء . وفي فتاوى العتابي هو المختار وبه قال الشافعي وأحمد « رض » وأكثر فقهاء الأمصار ، ونص في المرغيناني وجوامع الفقه أنه هو الصحيح . وقال ابن عمر الأذان الأول بدعة ، ذكر ابن أبي شيبة في سننه عنه ، وقال الأترازي قوله في وجوب السعي وحرمة البيع فيه نظر ، لأن البيع وقت الأذان جائز ، لكنه يكره ، وبه صرح في شرح الطحاوي ، وهذا لأن النهي في معنى لغيره لا يعدم المشروعية .

قلت فيه اختلاف العلماء ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم الله يجوز البيع مع الكراهة ، وهو قول الجمهور ، وقال مالك وأحمد والظاهرية رحمهم الله البيع باطل . وفي المحلى يصح البيع إلا أن بعد الصلاة ولا يصح بخروج الوقت ، ولو كان بين كافرين ولا يحرم نكاح ولا إجارة ولا سلم . وقال مالك كذلك في البيع الذي فيه سلم ، وكذا في النكاح والاجارة والسلم ، وأباح الهبة والقرض والصدقة ، وروي عن ابن

والأصح أن المعتبر هو الأول إذا كان ذلك بعــد الزوال لحصول الإعلام به . وإذا فرغ من خطبته أقاموا

عباس « رض » أنه قال لا يصح البيع يوم الجمعة حين ينادى للصلاة ، وفي بقيـة العقود غير البيع وجهان عند الحنابلة .

وذكر أبو بكر الرازي عن مسروق والضحـاك ومسلم بن يسار أن البيع يحرم بزوال الشمس . قال مجاهد والزهري بالنداء ، واعتبار الوقت أولى إذ يجب عليهم الحضور بدخول الوقت فلا يسقط عنهم تأخير النداء ، ولهذا لم يكن للنداء قبــل الزوال معنى . وقال السروجي ينبغي أن يحرم البيع والشراء قبل الزوال أيضاً إذا كان منزله بعيداً عن الجامع بحيث تفوت عليه صلاة الجمعة .

(والأصح أن المعتبر هو الأول ) أي الأذان الأول ( إذا كان ذلك بعد الزوال لحصول الاعلام به ) أي الأول ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وإسحـــاق بن زياد . وفي المبسوط الأصح أن كل أذان يكون قبل الزوال فذلك غير معتبر ، والمعتـبر أول الأذان بعد زوال الشمس ، سواء كان على المنبر أو على النور . قلت هذا الذي ذكره موافق رواية الهداية ، وهذا أوفق وأحوط .

( وإذا فرغ من خطبته أقاموا ) أي فإذا فرغ الامام من خطبته أقاموا الصلاة كسائر الصلوات المفروضة ، ولو سمع النداء قبل العشاء إذا خاف فوت الجمعة يترك بخروج وقت المكتوبة بخلاف الجماعة في سائر الصلوات .

فروع : لو خطب واحد وصلى غيره جاز عندنا ، وهو قول مالك وأحمد « رح » وأحد قولي الشافعي وأحمد « رح » وصلى غيره جاز عندنا ، وعندهما لا يصح. لو استدبروا الامام في الخطبة صح ، وقد أساؤوا. لا يصح في أحد الوجهين للحنابلة ، وكذا لو عكس كلـمات الخطبة بأن صلى على النبي ﷺ ثم وعظ ثم حمد وأثنى على الله في أحد الوجهين عندهم .
وفي المبسوط يستحب للقوم أن يستقبلوا الامام عند الخطبة ، وعن أبي حنيفة أنه كان إذا فرغ المؤذن من أذانه أدار وجهه إلى الامام وكان ابن عمر وأنس يستقبـــلان الامام إذا

خطب وهو قول شريح وعطاء ، وبه قال مالك والأوزاعي والثوري وسعيد بن جبير والشافعي وأحمد وإسحاق ، قال ابن المنذر وهذا كالاجماع .

قلت لكن اليوم يستقبلون القبلة للحرج في تسوية الصفوف لكثرة الزحام . وقال النووي يكره في الخطبة ما يفعله الخطباء من الدق بالسيف على درج المنبر في صعوده، فإنه بدعة لا أصل له ، وكذا الدعاء على المنبر قبل جلوسه ، وكذا المجازفة في السلاطين والدعاء لهم ، وكذا كذبهم في قولهم السلطان العالم العادل .

وأجمعوا أن القراءة بالحمد في الجمعة . وفي التحفة وغيرها لا يقرأ فيها قدر ما يقرأه في الظهر لأنها بدل منه ، وإن قرأ في الجمعة ﴿إذا جاءك المنافقون﴾ كان حسناً تبركاً بالنبي ﷺ والمواظبة عليها مكروهة لهجران باقي القرآن وإيهام العامة أن ذلك بطريق الحتم والوجوب . وفي الواقعات والمرغيناني لا بأس بالتخطي والدنو من الامام إذا لم يؤذ الناس وقال الفقيه أبو جعفر لا بأس به إذا لم يأخذ الامام في الخطبة ، ويكره إذا أخذ فيها وهو قول مالك . وقال قتادة يتخطاهم إلى مجلسه . وقال الأوزاعي يتخطاهم إلى البعيد. وقال الشافعي والنخعي اليها بواحد أو اثنين لا بأس به وأكره الكثير إلا أن لا يجد السبيل إلى المصلى إلا بالتخطي فيسعه ، ومنهم من أباحه بإذنهم .

وقال ابن المنذر لا يجوز شيء من ذلك لأن القليل من الأذى والكثير مكروه وكره ذلك أبو هريرة وابن المسيب وعطاء . واختلفوا في الدنو من الامام أفضل أو التباعد ، قيل التباعد أفضل لئلا يسمع الظلمة والدعاء لهم ، قال الحلوائي الصحيح أن الدنو منه أفضل، اختلفوا في الصف الأول ، كان أصحاب ابن مسعود يرون أن الصف الأول ما يلي المقصورة لأنهم كانوا يمنعون العامة من دخول المقصورة ، فكان في ذلك إحراز فضيلة الصف الأول في حق العامة ، أما في زماننا فلا يمنع ، ومن الصف الذي يلي الامام ذكره في خزانة الأكمل وغيره

اختلفوا فيمن لم يقدر على السجود على الأرض من الزحام ، فكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول يسجد على ظهر أخيه ، رواه البيهقي باسناد صحيح ، وبه قال أصحابنا

والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، وقال عطاء والزهري يمسك عن السجود ، فإذا رفعوا سجدوا ، وعندنا لو فعله جاز ، وعند الشافعية سجوده على ظهر واجب في الصحيح ، ونقله النووي عن أبي حنيفة وهو وهم . وقال مالك تفسد الصلاة إن فعل ذلك . وقال نافع يومىء إيماء . وفي المرغيناني ينظر حتى يقوم الناس ، فإذا وجد فرجة سجد ، ولو سجد على ظهر رجل ساجد على ظهر رجل ساجد آخر لم يجز ، وكذا لو وجد فرجة ، ومع هذا سجد على ظهر رجل لم يجز ، ولو ركع ركوعين مع الامام فيهاولم يسجد بكاثرة الزحام حتى فرغ الامام .

قال أبو حنيفة يسجد سجدتين للركعة الأولى ويلغي الثانية ويقضيها ، وإن نواها عن الثانية بطلت نيته وكانت للركعة الأولى قال أبو جعفر على أحد الروايتين عن علمائنا ، وعلى الرواية الأخرى تكون السجدتان للثانية . وقال أبو جعفر إن ركع مع الامام في الأولى ولم يسجد وركع معه في الثانية وسجد ، فالثانية تامة ويقضي الأولى ركوعاً وسجوداً .

اختلفوا فيمن زحم في الجمعة عن الركوع والسجود متى فرغ الامام ، فعندنا يصلي ركعتين لأنه أدرك أول الصلاة فهو الأحق ، كما لو نام خلفه وهو قول الحسن البصري والأوزاعي والنخعي وأحمد ، وقال قتادة وأيوب السجستاني والشافعي « رح » وأبو ثور يصلي أربعاً . وقال مالك أحب إلي أن يصلي أربعاً .

وفي المبسوط الصحيح عن أبي حنيفة « رح » ومحمد جواز الجمعة في مصر واحد في موضعين وأكثر ، وفي جوامع الفقه عن أبي حنيفة « رح » روايتان والأظهر عنه عدم الجواز في الموضعين ، فإن فعلوا فالجمعة للأولين ، وإن وقعتا معاً أو جهلت فسدتا . وفي قنية المنية لما ابتلي أهل مرو بإقامة الجمعتين لها مع اختلاف العلماء في جوازهما أمرهم بإقامتهم بأداء الأربع بعد الجمعة احتياطاً .

واختلفوا في نيتها ، قيل ينوي ظهر يومه ، وقيل آخر ظهر عليه ، والأحسن وقيل الأحوط أن يقول نويت آخر ظهر أدركت وقته ولم أصله بعد ، وقال الحسن اختياري أن يصلي الظهر بهذه النية ثم يصلي أربعاً بنية السنة .

ثم اختلفوا في القراءة ، قيل يقرأ الفاتحة والسورة في الأربع، وقيل في الأولين كالظهر.

اختلفوا في سبق الجمعة بما إذا يعتبر إذا اجتمعتا في مصر واحد ، فقيل بالشروع وقيل بالفراغ وقيل بهما ، والأول أصح ، وعند المالكية والحنابلة قيل بالإحرام وقيل بالسلام ذكرهما في الذخيرة وشرح الهداية لأبي البقاء ، وقال فإذا بطلتا يندب إلى أن يجتمعوا في مكان واحد فصلوا الجمعة ، قال وقيل الظهر وهو ضعيف ويكره بعد الزوال يوم الجمعة ولا يكره قبله ، وفي شرح الأقطع لا يكره قبله وبعده ، وفي النوادر أن يسافر يوم الجمعة قبل الصلاة من غير فصل . وفي المبسوط لا يجوز السفر بعد الزوال يوم الجمعة عند الشافعية وكذا عند المالكية ذكره في الذخيرة للقرافي .

قال أبو بضع لا يحل للرجل أن يغطي سوال المسجد . وفي فتاوى قاضي خان قال أبو نصر من أخرجهم من المسجد أرجو أن يغفر له . وقال بعض العلماء من تصدق بفلس في المسجد ثم تصدق بعد ذلك بأربعين . قلنا لم يكن كفارة لذلك الفلس ، وعن خلف بن لهوب أنه قال لو كنت قاضياً لا أقبل شهادة من تصدق هؤلاء في المسجد الجامع ، وعن أبي بكر بن اسماعيل أنه قال هذا فليس يحتاج إلى سبعين مثله كفارة له ، ولكن تصدقوا قبل أن يدخلوا المسجد أو بعد الخروج منه .

وعن ابن المبارك قال يعجبني أن السائل إذا سأل لوجه الله تعالى لا يعطى له شيئاً ، لأن الدنيا ومتاعها حين فإذا سأل بوجه الله فقد عظم ما حقره فلا يعطى له زجراً ، وقال الصدر الشهيد ان السائل إذا كان لا يمر بين يدي المصلي ولا يخطي رقاباً ولا يسأل إلحافاً ولا يسأل لأمره لا بد له منه فلا بأس بالسؤال والاعطاء خير .

وفي المجتبى يستحب لمن حضر الجمعة أن يغتسل ويدهن ويمس طيباً إن وجده، ويلبس أحسن ثيابه إن كان له ، ويستحب الثياب البيض ، و كره الغزالي وأبو طالب المكي لبس السواد وخالفهما الماوردي لأنه ﷺ خطب وعليه عمامة سوداء ، ودخل مكة يوم الفتح وعليه عمامة سوداء ، وعلى علي بن أبي طالب وابن عمر « رض » عمامة سود يوم قتل عثمان « رض » ، وأحدث بنو العباس لبس السواد شعاراً لهم لأن الراية التي عقدت للعباس يوم الفتح ويوم خيبر كانت أسود .

( باب صلاة العيدين )

أي هذا باب في بيان صلاة العيدين الفطر والأضحى ، وفي بعض النسخ باب العيدين على حذف المضاف لعدم اللبس ، ووجه المناسبة بين البابين من حيث أنهما يصليان بجمع عظيم يجهر فيهما بالقراءة ، ويشترط لأحدهما ما يشترط للآخر سوى الخطبة فإنها شرط في الجمعة لا تجوز الصلاة بدونها مستحبة في العيد تجوز صلاة العيد بدونها ، لكن تنسب إلى الاساءة بتركها السنة وأيضاً خطبة الجمعة تقدم على الصلاة ويؤخر خطبة العيد عنها ، فلو قدمت جاز ولا تعاد بعد الصلاة ، وأيضاً ليس في العيدين أذان ولا إقامة ، ويشتركان في حق التكليف ، فإن صلاة العيد تجب على من يجب عليه صلاة الجمعة .

وأما وجه تقديم الجمعة على العيد فظاهر وهو قوله الجمعة في نفسها بالفريضة وكثرة وقوعها ، ثم أصل العيد عود ، لأنه مشتق من عاد يعود عوداً ، وهو الرجوع. قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها كالميزان والميقات من الوزن والوقت ، ويجمع على أعياد ، وكان من حقه أن يجمع على أعواد ، لأنه من العود كما ذكرنا ، ولكن جمع بالياء للزومها في الواحد ، أو جمع بالياء للفرق بينه وبين أعواد الخشبة ، وسميا عيدين لكثرة عوائد الله فيهما ، وقيل لأنهم يعودون اليه مرة بعد أخرى وهو من الأسماء الغالبة على يوم الفطر والأضحى .

والأصل فيه حديث أنس رضي الله عنه قال قدم رسول الله ﷺ المدينة ولأهل المدينة يومان يلعبون فيهما في الجاهلية ، فقال عليه السلام قدمت عليكم ولكم يومان تلعبون فيهما في الجاهلية ، وقد أبدلكم الله خيراً منهما يوم النحر ويوم الفطر ، ورواه أبو داود والنسائي والبيهقي . قال البغوي حديث صحيح وأول عيد صلاه النبي ﷺ عيد الفطر في السنة الثانية من الهجرة ، وفيها فرض زكاة الفطر ، ونزلت فريضة رمضان في شعبان

وحولت القبلة وبنى بعائشة رضي الله عنها في شوال وتزوج علي رضي الله عنه بفاطمـــة رضي الله عنها .

(وتجب صلاة العيدين على كل من تجب عليه صلاة الجمعة ) **أشار بهذا إلى أن صلاة العيد واجبة ،** كما رواه الحسن عن أبي حنيفة « رح » ذكر هذه الرواية في المبسوط ، وذكر الكرخي أنها تجب على من تجب عليه الجمعة ، وفي العتبية هي واجبة في أصح الروايات عن أصحـابنا قال قاضي خان هو الصحيح . وفي المحيط الأصح أنها واجبة . وفي المرغيناني كذلك . وفي جوامع الفقه ومنية المفتي أنها واجبة . وفي المفيد هي واجبة. وفي البدائع هو الصحيح. وفي مختصر أبي موسى الضرير هي فرض كفاية . وفي الغزنوي قيل هي فرض كفاية .وفي العتيبة قيل هي فرض ، وأطلق . وقال مالك والشافعي « رح » هي سنة مؤكدة. وقال الشافعي « رح » أيضاً تجب صلاة العيد على كل من تجب عليه الجمعة وهذا منه يقتضي أن تكون فرض عين ، لأن الفرض والواجب عنده في غير الحج واحد ، وهو خلاف الاجماع ولهذا تكلموا فيه ، وقال ابن العربي في المعارضة لا أعلم أحداً قال أنها فرض كفاية إلا الاصطخري من الشافعية .

قلت ظاهر مذهب أحمد أنها فرض كفاية ، ذكر عنه في المغني ، وقال في جوامع الفقه هو قول ابن أبي ليلى . وقال إمام الحرمين قال به طائفـة مع الاصطخري قوله — على من تجب عليه الجمعة — مشيراً إلى أنها لا تجب على العبد والمسافر والمريض كالجمعة .

فإن قلت ينبغي أن تجب عليه الجمعة مع إذن مولاه لقيام الظهر مقام الجمعة ، وهاهنا ليس كذلك . قلت نعم كذلك إلا أنها لا تجب عليه مع الاذن أيضاً ، لأن المنـافع بالاذن لا تصير مملوكة للعبد ، فبقي الحال في الاذن كهي قبله ، كما في الحج ، فإنه لا يقع من حجة الاسلام ، وإن حج بإذن مولاه ، وكذلك العبد إذا حنث في يمينه يكفر بالمال بإذن المولى فإنه لا يجوز ، لأنه لم يملكه بالاذن .

وقال الشافعي لا يشترط لها ما يشترط للجمعـة ، حتى يجوز أن يصلي العبد العيـد والمسافر والمرأة والمنفرد حيث شاء ، وأهل القرى لأنهـا نافلة ، فأشبهت صلاة الاستسقاء

وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد ، فالأول سنة والثاني فريضة ولا يترك بواحد منهما .

---

والخسوف ، وقال في القديم وهو رواية عن أحمد كقولنا . وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالأول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما لما ذكر المصنف « رح » ان صلاة العيدين واجبة أراد به بلفظ الجامع الصغير ليدل على أنها سنة عند محمد « رح » .

قال شمس الأئمة السرخسي اشتبه المذهب فيها هل هي واجبة أم سنة فالمذكور ( في الجامع الصغير ) أنها سنة لأنه قال ( عيدان اجتمعا في يوم واحد فالأول سنة والثاني فريضة ) وهو تنصيص على السنة . قال والاظهر أنها سنة ولكنها من معالم الدين إقامتها هدى وتركها ضلالة وقال شيخ الاسلام والصحيح أنها سنة مؤكدة . وقال السغناقي كل موضع فيه نوع مخالفة بين رواية القدوري والجامع الصغير يفيد لفظ الجامع الصغير ، ومخالفته هنا ظاهرة وهي إطلاق الواجب على صلاة العيد في لفظ القدوري وإطلاق السنة في الجامع الصغير ، وتبعه في هذا الكلام صاحب الدراية ثم الأكمل كذلك .

قلت لم يتعرض القدوري في مختصره إلى الوجوب ولا إلى السنة ، وإنما قال ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الأولى تكبيرة الافتتاح وليس ذكر لفظ الجامع الصغير إلا لما ذكرنا ، ثم المراد من اجتماع العيدين ها هنا اتفاق كون يوم الفطر ويوم الأضحى في يوم الجمعة وتغلب لفظ العيد على لفظ الجمعة ، إما لعلة الحروف كما في العمرين أو التغليب المذكور كما في القمرين ، أو لأن يوم الجمعة عيد المؤمنين باعتبار ما لهم من وعد المغفرة والكفارة .

قوله ( ولا يترك بواحد منهما ) أي من العيد والجمعة ، أما الجمعة فلانها فريضة ، وأما العيد فلأن تركها بدعة وضلال . وقال فخر الاسلام ومن الناس من قال بأنه إذا شهد الأولى منهما لم يلزمه سجود الأخرى لما روي أنه عليه السلام قال في يوم عيد وجمعة إنكم يا أهل العوالي شهدتم معيا عبد [1] وإنما مجمعون فمن شاء فليرجع . وفي المحلى والاشراف صلى عثمان

---

(١) هكذا عبارة الكتاب وربما هي : معي العيد .

قال وهذا تنصيص على السنة ، والأول على الوجوب وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » وجه الأول مواظبة النبي ﷺ عليها من

---

« رض » العيد ثم خطب فقال انه قد اجتمع في يومكم هذا عيدان لم أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة فلينتظر ، ومن أحب أن يرجع إلى أهله فليرجع فقد أذنت له .

قوله – وإنما يجمعون – دليل على تركها لا يجوز ، وإنما أطلق لهم رسول الله ﷺ وغيرهم عثمان ، لأنهم كانوا أهل أبعد قرى المدينة ، وإذا رجع أهل القرى قبل صلاة الجمعة لا بأس به .

فإن قلت كيف قال محمد ولا يترك واحد منها ، ومعلوم أن صلاة الجمعة فرض عين ، وفرائض الأعيان لا يترك . قلت احترز به عن قول بعض العلماء فإنه روي عن عطاء أنه يجزىء لصلاة العيد عن الجمعة ومسألة عن علي وابن الزبير « رض » وعنه يجزىء أحدهما عن الأخرى ، وقال ابن عبد البر سقوط الجمعة والظهر بصلاة العيد متروك مهجور ، ولا يقول عليه وتأويل ذلك في حق أهل البادية ومن لا يجب عليه الجمعة ، ويستحب تأخير صلاة العيد في الفطر وتعجيلها في النحر لتعجيل الأضاحي وخروج الوقت في أثنائها يفسدها كالجمعة .

وفي قنية المنية يقدم صلاة العيد على صلاة الجنازة وصلاة الجنازة على الخطبة ، ولو أفسدها قضاها ركعتين عندهما ، وعند أبي حنيفة « رح » لا قضاء عليه . وفي منية المفتي لا قضاء عليه ولم يجد خلافاً . وقال أبو حفص الكبير يقضي ركعتين لا يكبر فيهما وإقامتها في الرساتيق يكره كراهة تحريم . قال شرف الأئمة والقاضي عبد الجبار ، وقال الكرابسي فسخ وكان يغضب لذلك غضباً شديداً .

( قال ) أي المصنف ( وهذا ) أي قوله عند أبي حنيفة .. الخ ( تنصيص على السنة ) لأنه صرح بها ( والأول على الوجوب ) أراد بالأول قوله – وتجب صلاة العيد – أي الأول تنصيص على وجوب صلاة العيد ( وهو رواية ) أي الوجوب رواية ( عن أبي حنيفة « رح » ) رواه عنه الحسن كما ذكرناه .

( وجه الاول ) أي الوجوب ( مواظبة النبي ﷺ عليها ) أي على صلاة العيد ( من

غير ترك . ووجه الثاني قوله ﷺ في حديث الأعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن ، قال لا إلا أن تطوع ،

---

غير ترك ) ومواظبة النبي ﷺ من غير ترك يدل على الوجوب ، ولانها صلاة تختص بجماعة وضع لها خطبة فكانت واجبة كالجمعة .

فإن قلت يلزم عليه الاذان والاقامة والجماعة في سائر الصلوات فانها من الشعائر وتقام على سبيل الاجهار مع أنه سنة . قلت صلاة العيد شعار شرعت مقصودة بنفسها ، وهذه الاشياء شرعت تبعاً لغيرها وهو الصلاة ، فانحطت درجتها عن درجة صلاة العيد ، كذا ذكر شيخ الاسلام .

واستدل شيخ الإسلام على وجوبها بقوله تعالى ﴿ لتكبروا الله على ما هداكم ﴾ ١٨٥ البقرة قيل المراد صلاة العيد والأمر للوجوب ، وفي الفوائد الظهيرية الأمر باللام إنما يكون للغائب ، وهذا مخاطب ، لكن روي في قراءة رسول الله ﷺ فبذلك فلتفرحوا ، بالخطاب فيحمل هذا على ذلك أو جعل الأخبار من الأمر مجازاً ، لأنه مستأنفاً ، ومعنى الوجوب من الأخبار أيضاً ، وفيه تأمل ، لأنه روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن المراد تكبيرة ليلة الفطر بدليل عطفه على إكمال رمضان . وقيل المراد بالآية التعليم ، وقيل المراد تكبيرات صلاة العيد ، وقيل في قوله تعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ ٢ الكوثر ، المراد صلاة عيد النحر فيجب بالأمر .

**(ووجه الثاني)** وهو كونه سنة ( **قوله عليه السلام في حديث الأعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن ، قال لا إلا أن تطوع** ) حديث الأعرابي أخرجه البخاري ومسلم في الإيمان عن طلحة بن عبيد الله قال جابر أتى رجل إلى النبي عليه السلام من أهل نجد ثائر الرأس يسمع دوي صوته ولا نفقه ما يقول حتى دنى من رسول الله ﷺ فإذا هو يسأل عن الإسلام فقال رسول الله ﷺ خمس صلوات في اليوم والليلة ، فقال له هل علي غيرهن ، قال لا إلا أن تطوع وصيام شهر رمضان ، قال هل علي غيره قال لا إلا أن تطوع ، وذكر له رسول الله ﷺ الزكاة قال هل علي غيرها ، قال لا إلا أن تطوع ، قال فأدبر الرجل وهو يقول والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه ، فقال رسول الله ﷺ أفلح إن صدق .

## والأول أصح تسميته لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر بأن يطعم الإنسان قبل الخروج إلى المصلى ويغتسل

قوله - عقيب سؤاله - أي عقيب سؤال الأعرابي . قوله - إلا أن تطوع - بتشديد الطاء والواو كلتيهما، لأن أصله تتطوع بتائين ، فأدغمت أحد التائين في الطاء .

( والأول أصح ) أراد بالأول وجوب صلاة العيد ، وأشار هذا إلى أنه أيضاً ممن يقول بالوجوب ( وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كانت صلاة العيد واجبة فكيف تقول أنها سنة ؟ وتقرير الجواب أن تسمية محمد «رح» صلاة العيد سنة مع كونها واجبة لأجل أنها تثبت بالسنة وهي مواظبته ﷺ عليها من غير ترك . وفي المحيط عن أبي يوسف « رح » أنها سنة واجبة أي وجوبها طريقة مستقيمة .

( ويستحب في يوم الفطر أن يطعم الإنسان قبل أن يخرج إلى المصلى ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله لما روى البخاري في صحيحه عن أنس رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ لا تغدوا يوم الفطر حتى تأكلوا تمرات ، وقال أنس قبل ما خرج رسول الله ﷺ يوم الفطر حتى يأكل تمرات ثلاثاً أو خمساً أو سبعاً أو أقل أو أكثر بعد أن يكون وتراً وهو قول فقهاء الأمصار ، وكان ابن عمر رضي الله عنه لا يأكل يوم الفطر حتى يغدو.

وقال ابن مسعود رضي الله عنه وإن شاء أكل وأن شاء لم يأكل ، ومثله عن النخعي ، وقال علي رضي الله عنه من السنة أن يأكل يوم الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى ، وكان ابن عباس رضي الله عنه يحب عليه . وعن سعيد بن المسيب كان الناس يؤمرون بالأكل قبل الغدو في يوم الفطر .

( ويغتسل ) بنصب اللام ، أي يستحب في يوم الفطر أن يغتسل ، وبه قال عطاء وعلقمة وعروة والنخعي والشعبي وابراهيم التيمي وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وابن المنذر . وعن الشافعي « رح » أنه سنة كالجمعة ذكره في المهذب ونهاية المطلب، وفي المدونة غسل العيدين مطلوب دون غسل الجمعة . وفي الذخيرة لما كان العيد منخفض عن

ويستاك ويتطيب لما روي أنه ﷺ كان يطعم في يوم الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولأنه يوم الإجتماع فيسن فيه الغسل والتطيب كما في الجمعة ويلبس أحسن

---

الجمعة في الوجوب وهو في وقت البرودة وعدم انتشار روائح الأعراف المختلط غسله عن غسلها ، وفي الجواهر يغتسل بعد الفجر ، فإن فعل قبله أجزأه .

فإن قلت جعل المصنف الإغتسال ها هنا مستحباً ، وفي الطهارة سنة . قلت اختلفت عبارات المشايخ ، ففي بعضها جعله مستحباً ، وفي بعضها سنة ، والصحيح أنه سنة، وسماه مستحباً لاشتمال السنة على المستحب .

( ويستاك ) بالنصب أيضاً ، لأن العلة التي لأجلها ندب الإغتسال والسواك والتطيب في الجمعة في صلاة العيد . وفي السنن عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال الغسل يوم الجمعة على كل محتلم ، والسواك يمس من الطيب ماقدرله(ويتطيب) بالنصب أيضاً ، أي يستحب في يوم الفطر أن يتطيب بطيب له رائحة ولا لون له كالبخور والمسك حلال للرجل ، وقد غلط من قال بنجاسته .

( لما روي أنه ﷺ كان يطعم في يوم الفطر قبل أن يخرج إلى المصلى ) هذا دليل لقوله ويستحب في الفطر أن يطعم قبل أن يخرج إلى المصلى ، وقد رويناه عن البخاري من حديث أنس « رض » كان رسول الله ﷺ لا يغدو يوم الفطر حتى يأكل تمرات ، وقد ذكرناه عن قريب ( وكان يغتسل في العيدين ) هذا حديث آخر دليل لقوله ويغتسل، رواه ابن ماجة من حديث الفاكه بن سعد ، وكانت له صحبة أن رسول الله ﷺ كان يغتسل يوم الفطر ويوم النحر ، والفاكه بن سعد يأمر أهله بالغسل في هذه الأيام ، ولا يعرف للفاكه بن سعد غير هذا الحديث ، وروى ابن ماجة أيضاً من حديث ابن عباس قال كان رسول الله ﷺ يغتسل يوم الفطر ويوم الأضحى .

( ولأنه ) أي ولأن يوم العيد ( يوم الإجتماع ، فيسن فيه الغسل والتطيب كما في الجمعة ) أي كما سن في يوم الجمعة ( ويلبس ) بالنصب أيضا أي ويستحب له أن يلبس ( أحسن

ثيابه ، لأن النبي ﷺ كان له جبة فنك أو صوف يلبسها في الأعياد
ويؤدي صدقة الفطر إغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلاة

---

ثيابه ) جديداً كان أو غسيلاً ( لأنه عليه السلام كانت له جبة فنك أو صوف يلبسها في الأعياد) هذا الحديث غريب ، لكن روى البيهقي من طريق الشافعي أخبرنا ابراهيم بن محمد الأسلمي أخبرني جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كان يلبس برد حبرة في كل عيد ، وروى البيهقي من حديث جابر بن عبد الله قال كان للنبي عليه السلام برد أحمر يلبسه في العيدين والجمعة .

قوله — جبة فنك — بالإضافة ، ويجوز أن يكون بالصفة ، وكذا الكلام في برد حبرة ، والفنك بفتح الفاء والنون ، حيوان يتخذ من جلده الفراضة السنجاب ، والحبرة بكسر الحاء المهملة وفتح الباء الموحدة برد يمان ، والجمع حبر ، ويقال برد حبر وحبرة بالاضافة والصفة عن عمر « رض » أنه خرج في يوم فطر أو أضحى في ثوب قطن يمشي .

( ويؤدي صدقة الفطر ) بالنصب أيضاً عطفاً على قوله — أن يطعم — ( إغناء للفقير) أي لأجل إغنائه ، لقوله عليه السلام أغنوهم عن المسألة في هذا اليوم ، ويروى عن الطلب ، رواه الدارقطني والبيهقي من رواية أبي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ، وفي رواية البيهقي أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم . وروى البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث ابن عمر رضي الله عنه قال أمرنا رسول الله ﷺ يوم الفطر أن نؤديها قبل خروج الناس إلى الصلاة ( ليتفرغ قلبه للصلاة ) أي لصلاة العيد ، لأن الفقير يشتغل بالسؤال ويطوف ويشتغل قلبه بالتحصيل ، فإذا أعطي شيء من ذلك يفرغ قلبه لأجل الصلاة .

ثم ان المصنف « رح » ذكر ها هنا استحباب ستة أشياء ، وهي قوله — في يوم الفطر — إلى قوله — ويتوجه إلى المصلى — وفي قنية المنية يستحب يوم الفطر للرجل اثني عشر شيئاً ، الغسل والسواك ولبس أحسن الثياب المباحة والتطيب والتختم والتكبير وهو سرعة الانتباه ، والابتكار وهو المسارعة إلى المصلى ، والافطار على حلو قبل الصلاة ، وأداء صدقة الفطر قبلها ، وصلاة الغداة في مسجد حيه ، والخروج إلى المصلى ماشياً ،

والرجوع من طريق أخرى والأضحى كالفطر غير أنــه يترك الأكل حتى يصلي العيد ، وهو سنة ، قال وكانت الصحابة « رض » يمنعون صبيانهم من الأكل وأطفالهم من الرضاع إلى أن يصلوا .

وقال بعضهم هذه سنة لمن أراد أن يضحي بعد الأضحى حتى يكون أول أكله من لحم الأضحية ، فأما من لم يضح فقبل الصلاة وبعدها في حقه سواء ، ثم الخروج إلى جبانة سنة ، وهي المصلى في طرف البلد ، وإن كان يسعهم المسجد الجامع ، وعليه عامة المشايخ ، وقيل ليس بسنة ، وإنما يفعل لضيق الجامع ، والصحيح هو الأول ، وقال ابن المنذر قد ثبت أن رسول الله ﷺ كان يخرج يوم الفطر ويوم الأضحى إلى المصلى والسنة ذلك ، فإن ضعف يوم عنه أمر الامام من يصلي بهم في المسجد ، وهو الأفضل ، روي ذلك عن علي رضي الله عنه واستحسنه الأوزاعي ، وهو قول الشافعي « رح » وأبو ثور .

والمستحب أن يجيء ماشياً لما ذكرنا عن عمر « رض » من السنة أن يأتي العيد ماشياً ، رواه الترمذي وابن المنذر ، وبه قال عمر بن عبــد العزيز ، وكره النخعي الركوب ، واستحب المشي الثوري والشافعي « رح » وأحمد كقولنــا ، وهو أقرب إلى التواضع وموافقة السنة ، والركوب مباح . وفي المرغيناني لا بأس بالركوب في الجمعة والعيــدين والمشي أفضل ، ومثله في الذخيرة ، وكان عليه السلام يقول عند خروجه اللهم إني خرجت اليك مخرج العبد الذليل .

فإن قلت ما أصل اختلاف الطريق يوم العيد عند الخروج إلى المصلى . قلت روي عن عمر أن رسول الله ﷺ أخذ يوم العيد في طريق ، ثم رجع في طريق آخر ، رواه أبوداود وابن ماجة والحاكم . وروى البخاري من حديث جابر أنه عليه السلام كان يغدو يوم الفطر والأضحى في طريق ويرجع في الأخرى .

فإن قلت ما الحكم فيه ، قلت ذكر فيه وجوه ، الأول : أنه انما فعل ذلــك ليكون للطريق الآخر حظاً من العبادة . والثاني : لأن النــاس يسألون عن الشرائع ، وما كانوا يقدرون على الوقوف له في طريق واحد . الثالث : أن كل واحد كان يتمنى إلى وجهه ولا

تيسير له في طريق واحد . الرابع : ليبين أن ذلك كله حسن مختار . الخامس : أنه كان يفعله احتياطاً وتحرزاً عن كيد الكفار . السادس : كان ذلك لكثرة الزحمة ، يروى عن ابن عمر . السابع : لأجل الغبار . الثامن : للتسوية بين أهل الطريقين في التبرك بـــه . التاسع : لتعم الصدقة مساكين الطريقين . العاشر : لإظهار كثرة أهل الإسلام وانتشارهم. وفي التجنيس الحكم في ذلك أن مكان القربة يشهد لصاحبها ، ففي اختلاف الطريقـــين كثرة الشهود .

(ويتوجه إلى المصلى) بالرفع لا بالنصب أي يتوجه من يريد صلاة العيد إلى مصلى العيد ( ولا يكبر ) يجوز أن تكون الواو للعطف ، ويجوز أن تكون للحال ، يعني ولا يكبر جهراً ( عند أبي حنيفة « رح » في طريق المصلى ) إنما قيدنا بالجهر ، لأن التكبير خير موضوع لا خلاف في جوازه بصفة الإخفاء . وذكر الطحاوي أنه يغدو إلى الصلاة جاهراً بالتكبير في العيدين ، ولم يذكر الخلاف .

وقال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي ، ويحكى عن أبي حنيفة «رح» أنه يكبر في الأضحى دون الفطر ، وعليه مشايخنا ما وراء النهر . وفي عامة الكتب الخلاف في الجهرية في طريق المصلى لا في نفس التكبير . ومعنى قوله - ولا يكبر - أي جهراً به عند أبي حنيفة «رح» كما ذكرنا ، ويأتي به سراً كما في سائر الإيام ، وهو رواية المعلى عن أبي يوسف «رح» ذكره المرغيناني . وقال الاسبيجابي مثل قول الطحاوي ثم انه يقطع التكبير إذا انتهى إلى المصلى ، وفي رواية لا يقطعها ما لم يفتتح الإمام صلاة العيد ، ذكر في المحيط.

واختلف أصحاب الشافعي « رح » في انقطاع هذا التكبـير ، فقـال المزني يكبرون حتى يخرج الإمام . وقال البويطي حتى يفتتح الصلاة ، وعن الشافعي « رح » في القديم حتى ينصرف من الصلاة ، ومثله في الأضحى ويجهر به في الطريق إجماعاً . وكان ابن عمر رضي الله عنه يرفع صوته بالتكبير في العيدين ، وروي ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه رأى أمامة الباهلي « رض » .

( ويكبر عندهما ) أي يكبر جهراً عند أبي يوسف « رح » ومحمد في عيـــد الفطر

اعتباراً بالأضحى ، وله أن الأصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الأضحى لأنه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر.

---

( اعتباراً بالأضحى ) أي قياساً على عيد الأضحى ، فإنه يكبر فيه جهراً بلا خلاف ، وبه قال النخعي وسعيد بن جبير وابن أبي ليلى وابن عبد العزيز وإبان بن عثمان والحكم وحماد ومالك والشافعي ومحمد وإسحاق وأبو ثور رضي الله عنهم ، واحتجوا بقوله تعالى ﴿ ولتكبروا الله على ما هداكم ﴾ ١٨٥ البقرة ، وقال ابن عباس « رض » هذا ورد في عيد الفطر بدليل عطفه على قوله ﴿ ولتكملوا العدة ﴾ والمراد بإكمال العدة إكمال صوم رمضان.

( وله ) أي لأبي حنيفة « رح » ( ان الأصل في الثناء الإخفاء ) لقوله تعالى ﴿ واذكر ربك في نفسك تضرعاً وخفية ودون الجهر من القول ﴾ ٥٥ الأعراف ، وقوله ﷺ خير الذكر الخفي ، ولأنه أقرب من الأدب والتطوع وأبعد من الرياء ، وقال ﷺ خير الذكر الخفي انكم لا تدعون أصم ولا غائباً ، وذكر ابن المنذر عن ابن عباس « رض » أنه سمع الناس يكبرون فقال أيكبر الإمام قيل لا ، قال مجانين الناس . وفي الحاوي سئل النخعي عن ذلك قال ذاك تكبير الحاكة .

قلت هذا خلاف ما مر عنه آنفاً أنه يكبر ، وقال أبو جعفر والذي عندنا أنه لاينبغي أن يمنع العامة من ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات ، وقال وبه نأخذ .

( والشرع ورد به ) أي بالجهر بالتكبير ( في الأضحى ) أي في عيد الأضحى ( لأنه ) أي لأن عيد الأضحى ( يوم تكبير ) لقوله تعالى ﴿ واذكروا الله في أيام معدودات ﴾ ٢٠٣ البقرة ، جاء في التفسير المراد به التكبير في هذه الأيام ( ولا كذلك يوم الفطر ) لأنه لم يرد به الشرع ، وليس في معناه أيضاً لأن عيد الأضحى اختص بركن من أركان الحج ، والتكبير شرع علماً على وقت أفعال الحج ، وليس في شوال ذلك .

فان قلت لا نسلم أن الشرع لم يرد به ، فان الله تعالى قال ﴿ ولتكملوا العدة ﴾ ١٨٥ البقرة ، وقد ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنه ما قاله فيه. قلت المراد بما في الآية التكبير في صلاة العيد ، والمعنى صلوا صلاة العيد وكبروا الله فيها .

فان قلت روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ كان يخرج يوم الفطر ويوم الأضحى رافعاً صوته بالتكبير حتى يأتي المصلى ، رواه الحاكم والبيهقي. قلت في إسناده الوليد بن محمد وهو متروك الحديث أيضاً ، وصحح البيهقي رفعه ، ورواه الشافعي « رح » أيضاً موقوفاً .

فروع : قال أبو بكر الرازي قال مشايخنا التكبير جهراً في غير هذه الأيام لا يسن إلا بازاء العدو واللصوص مهيباً لهم . وقيل وكذا في الحريق والمخاوف كلها . وفي جمع النوازل ويكبر كلما لقي جمعاً أو هبط وادياً كالتلبية .

( ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد ) وفي بعض النسخ قبل العيد ، أي قبل صلاة العيد . وفي الذخيرة ليس قبل صلاة العيدين صلاة كذا ذكر محمد في الأصل وإن شاء تطوع بعد الفراغ من الخطبة . وقال أبو بكر الرازي معناه ليس قبلها صلاة مسنونة إلا أنها تكره ، إلا أن الكرخي نص على الكراهة قبل العيد حيث قال يكره لمن حضر المصلى التنفل قبل صلاة العيد . وفي التجريد إن شاء تطوع بعد الفراغ من الخطبة ولم يذكر أنه تطوع في الجبانة أو في بيته فانه قال لأنه يشبه السنة ، فلو أراد أن يفعل ذلك فليفعله في منزله ، وكان محمد بن مقاتل الرازي يقول لا بأس بصلاة الضحى قبل الخروج إلى المصلى ، وإنما يكره في الجبانة .

وعامة المشايخ على الكراهة مطلقاً ، وعن علي وابن مسعود وجابر وابن أبي أوفى رضي الله عنهم أنهم كانوا لا يرونها قبلها ولا بعدها ، وهو قول ابن عمر ومسروق والشعبي والضحاك والقاسم وسالم والزهري ومعمر بن جريج ومالك وأحمد . وقال أنس والحسن وعروة والشافعي « رح » يصلي قبلها وبعدها . وعن والشافعي « رح » في غير الامام . وقال أبو مسعود البزدوي لا يصلي قبلها ويصلي بعدها ، وبه قال علقمة والأسود ومجاهد والثوري والنخعي والأوزاعي وابن أبي ليلى . وفي الجواهر للمالكيه لا يتنفل قبلها ولا بعدها،وفي هذا اليوم حكي ذلك عن ابن حبيب المالكي ، وهو مردود بالاجماع ، وعند أشهب لايتنفل قبلها في المسجد ويتنفل بعدها . وفي المغني قال أحمد أهل الكوفة لايتطوعون قبلها ولا بعدها .

لأن النبي ﷺ لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلاة، ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة ، وقيل فيه وفي غيره عامة لأنه ﷺ لم يفعله

(لأنه ﷺ لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلاة) أي لأن النبي ﷺ لم يصل قبل العيد مع حرصه على فعل الصلاة ، وقد روى الأئمة الستة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ خرج فصلى بهم العيد ولم يصل قبلها ولا بعدها . وروى ابن ماجة في سننه من حديث عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري « رض » قال كان رسول الله ﷺ لا يصلي قبل العيد شيئاً ، فاذا رجع إلى منزله صلى ركعتين .

( ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة ) قائله محمد بن مقاتل الرازي، وأشار بقوله خاصة إلى أنه لا يكره في غير المصلى ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه رأى في المصلى أقواماً يصلون قبل الامام ، فقال ما هذه الصلاة لم نكن نعرفها على عهد رسول الله ﷺ ، فقيل له ألا تنهاهم ، فقال أكره أن أكون من الذين قال الله تعالى في حقهم ﴿ أرأيت الذي ينهى عبداً إذا صلى ﴾ وقال واحد منهم إني أعلم أن الله لا يعذب عبداً على الصلاة ، قال علي رضي الله عنه أنا أعلم أن الله لا يثيب على مخالفة رسول الله ﷺ . قوله ـ خاصة ـ منصوب على الحال من الكراهة ، والعامل فيه قيل ، وكذلك الكلام في عامة .

( وقيل فيه وفي غيره عامة ) أي قيل الكراهة في المصلى وغير المصلى، وهو قول عامة المشايخ ، كما ذكر ، ثم إذا أراد أن يصلي بعدها صلى أربعاً . وفي زاد الفقهاء إن أحب أن يصلي بعدها صلى أربعاً ، إلا أن مشايخنا قالوا المستحب أن يصلي أربعاً بعد الرجوع إلى منزله ، كيلا يظن ظان أنه هو السنة المتوارثة ، ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان جواز التطوع في الجنابة [1] بغير كراهة إذا كان بعد صلاة العيد من غير ذكر عدم الاستحباب ، وكذلك أطلق الجواز في التحفة ، فقال أما لو فعل بعد الفد تم الخطبة فلا بأس به .

( لأنه ﷺ لم يفعله ) أي لم يفعل الصلاة ، أي لم يصل في المصلى قبل صلاة العيد ولا

---

(١) هكذا رسمت في الأصل وقد وردت قبلا بهذا اللفظ وهذا خطأ والصحيح « الجبانة » اهـ مصححه .

وإذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها إلى الزوال ، وإذا زالت الشمس خرج وقتها لأن النبي ﷺ كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح أو رمحين ، ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج إلى المصلى من الغد

---

بعدها ، وعدم فعله دليل الكراهة ، وفي فتاوى الكردري والولوالجي وعليه الفتوى. وفي الصحيحين عن النبي عليه السلام أنه خرج يوم الأضحى فصلى ركعتين ولم يصل قبلهما ولا بعدهما، وقال أبو داود يوم الفطر .

( وإذا حلت الصلاة ) قال السغناقي من الحل لا من الحلول ، لأن الصلاة قبل ارتفاع الشمس كانت حراماً كما جاء في الحديث ثلاث أوقات نهانا رسول الله ﷺ .. الحديث ، وقال تاج الشريعة يحتمل أن يكون من الحلول يعني الوجوب ، ويحتمل أن يكون من الحل ، لأن قبل ارتفاع الشمس لا تحل الصلاة . قلت الصواب ما قاله على ما لا يخفى ( بارتفاع الشمس ) ارتفاعها عند ابيضاضها، وذكر في المحيط أن أول وقتها حين تبيض الشمس ، وآخر وقتها حين نزولها . وفي الينابيع فاذا صليت الصلاة بارتفاع الشمس يريد به إذا حل الوقت بالمباح الصلاة وذلك إذا ارتفعت الشمس وابيض ، وبه قال مالك وأحمد «رح» وأكثر أهل العلم . وقال الشافعي « رح » أول وقتها طلوع الشمس ، ويستحب تأخيرها قدر رمح ( دخل وقتها إلى الزوال ) أي إلى زوال الشمس عن كبد السماء .

( وإذا زالت الشمس خرج وقتها لأن النبي ﷺ كان يصلي العيد والشمس على قيد رمح أو رمحين ) قال الزيلعي هذا حديث غريب ، وقال السروجي قال شمس الدين سبط بن الجورشي متفق عليه . وروى أبو داود ثنا أحمد بن حنبل ثنا أبو المغيرة ثنا صفوان ثنا يزيد بن خمير السرخسي قال خرج عبد الله بن بسر صاحب النبي ﷺ مع الناس في يوم عيد الفطر أو أضحي فأنكر إبطاء الامام وقال إنا كنا قد فرغنا ساعتنا هذه وذلك حين التسبيح أي وقت جواز التسبيح أي صلاة الجمعة وهي صلاة الضحى . قوله – على قيد رمح – بكسر القاف وسكون الياء ، يقال بينهما قيد رمح وقاد رمح ، أي قدره .

( ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال أمر بالخروج إلى المصلى من الغد ) هذا دليل خروج

ويصلي الإمام بالناس ركعتين يكبر في الأولى للافتتاح وثلاثاً بعدها ، ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها

---

وقت صلاة العيد بزوال الشمس ، بيانه أنه عليه السلام أمر بالخروج إلى المصلى من الغد بعد شهادة الشهود ، ولو جاز الأداء بعد الزوال لم يكن للتأخير معنى ، إذ لا يجوز تأخيرها بدون العذر السماوى ، ولا عذر . ها هنا يجوز التأخير سوى أنه خرج الوقت والضمير في – شهدوا – يرجع الى الركب الذين جاءوا إلى النبي ﷺ وشهدوا برؤية الهلال في اليوم المكمل للثلاثين من رمضان بعد الزوال ، فعند ذلك أمر عليه السلام بالخروج من الغد .. إلى آخر ما ذكرناه الآن .

وأصل الحديث ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة واللفظ لابن ماجة من حديث أبي بشر جعفر بن وحيشة عن أبي عمير بن أنس حدثني عمومتي من الأنصار من أصحاب رسول الله ﷺ قالوا أغمي علينا هلال شوال ، فأصبحنا صياماً ، فجاء ركب من آخر النهار فشهدوا عند رسول الله ﷺ أنهم رأوا الهلال بالأمس ، فأمر رسول الله ﷺ أن يفطروا وأن يخرجوا إلى عيدهم من الغد ، وبهذه اللفظة رواه الدارقطني في سننه، وقال إسناده حسن ، ولفظ أبي داود والنسائي أن ركباً جاءوا إلى النبي ﷺ يشهدون أنهم رأوا الهلال بالأمس فأمرهم أن يفطروا وإذا أصبحوا يغدا إلى مصلاهم .

( ويصلي الامام بالناس ركعتين ) أى يصلي الامام صلاة العيد بالناس ركعتين (يكبر في الأولى للافتتاح ) أى يكبر في الركعة الأولى لأجل الافتتاح ، وهي تكبيرة الإحرام ( وثلاثاً بعدها ) أى يكبر ثلاث تكبيرات بعد تكبيرة الإفتتاح ، ولكن بعد الثناء والتعوذ ويرفع يديه في كل تكبيرة ( ثم يقرأ الفاتحة ) أى بعدالفراغ من التكبيرات الثلاث يقرأ فاتحة الكتاب ( وسورة معها ) أى ويقرأ سورة مع الفاتحة أو آية طويلة أو ثلاث آيات قصيرة ( ويكبر تكبيرة ) أى بعد الفراغ من القراءة يكبر تكبيرة واحدة لأجل الركوع وهو معنى قوله ( يركع بها ) أى بهذه التكبيرة وهذه الجملة في محل النصب، لأنها صفة لقوله – تكبيرة – فتكون التكبيرات الزوائد في هذه الركعة ثلاث تكبيرات قبل القراءة ، ومع تكبيرات الإفتتاح وتكبيرة الركوع خمسة .

ثم يبتدىء في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلاثاً بعدها ويكبر رابعة يركع بها ، وهذا قول ابن مسعود « رض » وهو قولنا .

---

( ثم يبتدىء في الركعة الثانية بالقراءة ) كما في سائر الصلوات (ثم يكبر ثلاثاً بعدها) أي ثم يكبر ثلاث تكبيرات بعد الصلاة ( ويكبر الرابعة ) أي يكبر تكبيرة رابعة بعد التكبيرات الثلاث لأجل الركوع ، وهو معنى قوله (يركع بها) أي بهذه التكبيرة الرابعة في الركعة الثانية أيضاً الزوائد ثلاث تكبيرات كما في الأولى ، فالجملة ست تكبيرات زوائد ولا يرفع يديه في تكبير الركوع ( وهذا قول عبد الله بن مسعود « رض » ) أى وهذا الذى ذكرنا بالكيفية المذكورة قول عبد الله بن مسعود ، وبقوله قال أبو موسى الأشعرى وحذيفة بن اليمان وعقبة بن عامر وابن الزبير وأبو مسعود البدرى والحسن البصرى ومحمد بن سيرين والثورى وعلماء الكوفة ، وهو رواية عن أحمد وهو رواية عن ابن عباس « رض » .

وهو قول ابن مسعود هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ثنا هشيم انا مجالد عن الشعبي عن مسروق قال كان عبد الله بن مسعود « رض » يعلمنا التكبير في العيدين تسع تكبيرات خمس في الأولى وأربع الآخرة ويوالي بين القراءتين في الأولى تكبيرة الافتتاح والتكبيرات الزوائد وتكبيرة الركوع والأربع في الركعة الأخيرة التكبيرات الثلاث الزوائد وتكبيرة الركوع .

وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أنا أبو حنيفة « رح » عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن عبد الله بن مسعود أنه كان قاعداً في مسجد الكوفة ومعه حذيفة ابن اليمان وأبو موسى الاشعرى فخرج عليه الوليد بن عقبة بن أبي حفيظ وهو سرالكوفة يومئذ ، فقال إن غداً عيدكم فكيف أصنع ، فقال أخبر ياأباعبدالرحمن ، فأمره عبد الله ابن الزبير أن يصلي بغير أذان ولا إقامة وأن يكبر في الاولى خمساً وفي الثانية أربعاً وأن يوالي بين القراءتين وأن يخطب بعد الصلاة على راحلته .

( وهو مذهبنا ) أى قول ابن مسعود مذهبنا ، وهو مذهب جماعة من الصحابة والتابعين على ما ذكرناه آنفاً .

وقال ابن عباس « رض » يكبر في الأولى للافتتاح وخمساً بعدها ، وفي الثانية يكبر خمساً ثم يقرأ وفي رواية يكبر أربعاً .

---

( وقال ابن عباس رضي الله عنه يكبر في الأولى للافتتاح ) أي يكبر في الركعة الأولى لأجل الإفتتاح ، وهي تكبيرة الإحرام ( وخمساً بعدها ) أي ويكبر خمس تكبيرات أخرى بعد تكبير الإفتتاح ( وفي الثانية يكبر خمساً ) أي يكبر في الركعة الثانية خمس تكبيرات ( ثم يقرأ ) أي بعد التكبيرات الخمس يشرع في قراءة القرآن ، فتكون الجملة ثلاثة عشر تكبيرات ، سبعة في الأولى الزوائد خمسة ، والثنتان تكبيرة الإفتتاح والركوع ، وفي الركعة الثانية خمس تكبيرات زوائد ، واحدة أصلية ، فالجملة ثلاثة عشر ، ثلاثة أصليات وعشر زوائد ، فالخلاف بين قول ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم في موضعين ، أحدهما في عدد تكبيرات الزوائد ، فعند ابن مسعود ست ، وعند ابن عباس عشر ، والآخر ان تكبيرات الزوائد عند ابن مسعود بعد القراءة ، وعند ابن عباس « رض » قبلها .

وهذه الرواية عن ابن عباس رواها ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا يزيد بن هارون ثنا حميد عن عمار بن أبي عمار أن ابن عباس « رض » كبر في عيد ثنتي عشرة تكبيرة ، سبعاً في الأولى وخمساً في الثانية .

( وفي رواية يكبر أربعاً ) أي في رواية أخرى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه يكبر أربع تكبيرات في الركعة الثانية فتكون الجملة اثني عشر تكبيرة ، منها سبعة في الأولى وهي تكبيرة الإحرام ، وخمس بعدها الزوائد وتكبيرة الركوع وأربع في الركعة الأخرى زوائد وواحدة أصلية ، فالجملة ثنتي عشرة .

وعن ابن عباس « رض » في رواية أخرى يكبر في العيدين تسعاً تسعاً ويروى ذلك عن المغيرة وأنس وسعيد بن المسيب والنخعي ، وعن ابن عباس أيضاً أنه يكبر في عيد الفطر ثلاث عشر تكبيرة ، سبع في الأولى منهن تكبيرة الإفتتاح وتكبيرة الركوع ، وست في الثانية منهن تكبيرة الركوع قبل القراءة وواحدة بغيرها ، وعن ابن عباس أيضاً في رواية أخرى أنه تسع يوم الفطر ويوم الأضحى ، وإحدى عشرة وثلاث عشرة .

وعنه أيضاً كمذهبنا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا هشيم أنا خالد الحذاء عن عبد الله بن الحارث قال صلى ابن عباس يوم عيد فكبر تسع تكبيرات ، خمساً في الأولى وأربعاً في الآخرة ووالى بين القراءتين ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه وزاد فيه . ونقل المغيرة بن شعبة مثل ذلك .

وها هنا مسائل أخرى :

الأول : يكبر في الأولى ستاً وفي الثانية خمساً ويقرأ فيهما بعد التكبير ، وهو مذهب الزهري والأوزاعي ومالك وأبو ثور وأحمد في ظاهر قوله .

الثاني : يكبر في الأولى خمساً وفي الثانية ثلاثاً سوى تكبير في الركوع ، قاله الحسن البصري .

الثالث : يكبر في الأولى أربعاً غير تكبيرة الصلاة ، وفي الثانية ثلاثاً بعد القراءة سوى تكبيرة الركوع ، وهو مذهب جابر بن عبد الله « رض » .

الرابع : يكبر ثلاثاً في الأولى سوى تكبيرة الإفتتاح ثم يقرأ في الثانية بعد القراءة ثم يكبر للركوع ، وهو رواية عن الحسن البصري .

الخامس : التفرقة بين الفطر والأضحى ، وهي أن يكبر في الفطر تكبيرة الإفتتاح ثم يقرأ ثم يكبر خمساً يركع بآخرهن ثم يقوم فيقرأ ثم يكبر خمساً ثم يركع بآخرهن ، وتقدم القراءة على التكبيرات . وفي الأضحى يكبر خمساً غير تكبيرة الافتتاح ، ثم يقرأ ثم يكبر ثنتين يركع بإحداهما ثم يقوم فيقرأ ثم يكبر ثنتين يركع بإحداهما وهو مذهب علي بن أبي طالب ، وبه قال شريك بن عبد الله وابن جني .

السادس : عن علي أيضاً في رواية يكبر إحدى عشر تكبيرة في الفطر والأضحى جماً ثلاث أصليات وثمان زوائد ثلاث في الأولى واثنتان في الأخرى .

الثامن (١) : يكبر تكبيرتين ثم يقرأ ، وكذا في الثانية وفي الفطر كقول أصحابنا ،

---

(١) لم يذكر المسألة السابعة . اهـ مصححه .

وهو مذهب يحيى بن أحمد .

التاسع : ليس فيه شيء مؤقت ، وهو مذهب حماد بن أبي سليمان شيخ أبي حنيفة .

العاشر : يأخذ بأي هذه التكبيرات شاء وهو مذهب ابن أبي ليلى ، ورواية عن أبي يوسف .

الحادي عشر : يكبر خمس عشرة تكبيرة ، ثلاث أصليات واثنتا عشرة تكبيرة زائدة في ركعة ، ست منها وهو مذهب أبي بكر الصديق « رض » .

الثاني عشر : عن أبي بكر أيضاً يكبر ست عشرة تكبيرة ، ثلاث أصليات، وثلاث عشرة زوائد ، سبع في الأولى وست في الثانية .

وقد ذكرنا عن ابن عباس « رض » ست روايات فتصير الجملة ثمانية عشر قولاً ، ومع قول أصحابنا تسعة عشر قولاً ، ثم الاختلاف محمول على أن كل ذلك فعله رسول الله ﷺ في الأحوال المختلفة ، لأن القياس لما لم يدل حمل على أن كل واحد من الصحابة«رض» روى قوله عن رسول الله ﷺ وكل واحد من التابعين روى قوله عن صحابي « رض » إلا أن أصحابنا رجحوا قول ابن مسعود لوجوه :

الأول : هو كون جماعة من الصحابة مع ابن مسعود « رض » فيما ذهب اليه على ما ذكرناه

الثاني : لما روى أبو داود في سننه مسنداً إلى مكحول ، قال أخبرني أبوعائشة حابس لأبي هريرة أن سعيد بن العاص سأل أبو موسى الأشعري وحذيفة بن اليمان كيف كان رسول الله ﷺ يكبر في الأضحى والفطر ، فقال أبو موسى كان يكبر أربع تكبيرات على الجنائز فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكبر في البصره حيث كنت عليهم .

وقال أبو عائشة وأبا حامد سفيان بن العاص ورواه أحمد أيضاً في مسنده. قوله ـ تكبيرة على الجنائز ـ أي التكبيرة على الجنائز ، واستدل به ابن الجوزي في التحقيق لأصحابنا

ثم أعله بعبد الرحمن ين ثوبان الذى في سنده فقال قال ابن معين وهو ضعيف ، وقال أحمد لم يكن بالقوي وأحاديثه متأكد . وفي التنقيح عبد الرحمن بن ثوبان وثقه غير واحد . وقال ابن معين ليس به بأس ، ولكن أبو عائشة قال ابن حزم فيه مجهول ، وقال ابن القطان لا نعرف حاله . قلت أبو داود أخرج له وسكت عنه ، وأدنى المرتبة أن يكون حديثه حسناً .

فان قلت قال البيهقي خولف وأنه في موضعين في رفعه ، وفي جواب أبي موسى والمشهور أنهم أسندوه إلى ابن مسعود فأفتاهم بذلك ، ولم يسنده إلى النبي ﷺ . قلت سكوت أبو داود يدل على أنه مرفوع ، لأن مذهب المحققين أن الحكم للرافع لأنه زاد وأما جواب أبي موسى فيحمل أنه قارب مع ابن مسعود فأسند الأمر اليه مرة ، وكان عدة حديث فيه عن النبي ﷺ فذكره مرة أخرى .

وقال أبو بكر الرازي حديث الطحاوي مسنداً إلى النبي ﷺ انه صلى يوم وكبر أربعاً أقبل بوجهه حين انصرف ، فقال أتسهو كتكبيرة الجنائز ، وأشار باصبعه ، وقبض إبهامه وفيه قبول وفعل وإشارة إلى أصل وتأكيد ، والآخر به أولى ، وأراد بالأربع أربع تكبيرات متوالية .

فان قلت ما تقول فيما أخرجه الترمذي وابن ماجة عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده عمرو بن عوف المزني أن رسول الله ﷺ كبر في العيدين في الأولى سبعاً قبل القراءة ، وفي الآخرة خمساً قبل القراءة . قال الترمذي حديث حسن وهو أحسن شيء روي في هذا الباب . وقال في علله الكبرى سألت محمداً عن هذا الحديث فقال ليس في هذا الباب شيء أصح ، وبه أقول . قلت قال ابن القطان في كتابه هذا ليس بصريح في الصحيح ، فقوله – ليس في هذا الباب شيء أصح منه – يبنى أقل ضعفاً ، وقوله – وبه أقول – يحتمل أن يكون من كلام الترمذي ، أي أنا أقول أنا محمد الحديث أن ما في الباب ، قال ونحن وإن خرجنا من ظاهر اللفظ ، ولكن كثير ابن عبد الله متروك قال أحمد لا يساوي شيئاً وضرب على حديثه في المسند ولم يحدث به ،

وبه قال ابن معين ليس حديثه بشيء . وقال أبو ذرعة واهي الحديث . وقال الشافعي هو ركن من أركان الكذب . وقال ابن حبان يروي عن أبيه عن جده نسخة موضوعة لايحل ذكرها في الكتب إلا على سبيل التعجب .

وقال ابن ماجة في كتابه العلم المشهور ولم حسن الترمذي في كتابه من أحاديث موضوعة وأسانيد واهية منها هذا الحديث ، فان الحسن عندهم ما نزل عن درجة الصحيح ولم يرد عليه إلا من كلامه ، فانه قال في علله التي في كتابه الجامع والحديث الحسن عندنا ما روي من غير وجه ، ولم يكن شاذاً ولا في إسناده من يتهم بالكذب .

الوجه الثالث : ان قول ابن مسعود لم يضطرب وقد ساعده جماعة من الصحابة الذي ذكرناهم ، وفي قول غيره اضطراب لصار الأخذ بقوله أولى على أنه قد نقل عن أحمد أنه ليس يروى في التكبير في العيدين حديث صحيح ، قال أبو بكر بن المولى لم يثبت في التكبير شيء .

فان قلت ذكر البيهقي في سننه أحاديث محتجاً بها لمذهب امامه وصحح بعضها ولم يتعرض بالضعيف ، منها حديث عائشة « رض » . قلت كان النبي ﷺ يكبر في العيدين في الأولى بتسع تكبيرات ، وفي الثانية بخمس قبل القراءة سوى تكبيرتي الركوع ، رواه أبو داود وابن ماجة . ومنها حديث عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال النبي ﷺ التكبير في الفطر سبع في الأولى وخمس في الثانية والقراءة بعد كلتيهما ، رواه أبو داود وابن ماجة والدارقطني .

ومنها حديث عمرو بن عوف المزني وقد ذكرناه الآن . ومنها حديث عبد الرحمن بن سعد بن عمار بن سعد مؤذن رسول الله ﷺ قال حدثني أبي عن أبيه أن النبي ﷺ كان يكبر في العيدين في الأولى سبعاً قبل القراءة ، وفي الثانية خمساً قبل القراءة ، رواه ابن ماجة .

ومنها حديث عبد الله بن محمد بن عيار عن أبيه عن جده قال كان رسول الله ﷺ يكبر في العيدين في الأولى سبع تكبيرات وفي الأخرى خمساً ، رواه الدارقطني .

## وظهر عمل العامة اليوم بقول عبد الله بن عباس لأمر بينه الخلفاء،فأما المذهب فالقول الأول

ومنها حديث عبد الله بن عمر قال قال رسول الله ﷺ التكبير في العيدين في الاولى سبع تكبيرات وفي الاخرى خمس تكبيرات ، رواه الدارقطني أيضاً .

قلت حديث عائشة رضي الله عنها في سننه عن عبد الله بن لهيعة وأمره ظاهر. وقال الدارقطني في علله فيه اضطراب ، وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص ضعفه جماعة منهم ابن معين .

فان قلت صححه البخاري والنووي . قلت فيه عبيد الله بن عبد الرحمن الطائفى وقد ضعفه أحمد وضعفه ابن الجوزى أيضاً ، وذكره في الضعفاء والمتروكين مع كونه موافقاً لمذهبه ، وحديث عمرو بن عوف ذكرنا حاله عن قريب . وحديث مؤذن رسول الله ﷺ وحديث عبد الله بن محمد بن عمار ضعفه أحمد به ، وقال ابن معين ليس بشيء .وحديث عبد الله بن عمر فيه الفرج بن فضالة ، قال البخارى وهو ذاهب الحديث .

الوجه الرابع : في قول ابن مسعود فرجح لانه أثبت ولا تردد فيه ولا اضطراب ولان قوله يبقى الزيادة وأقوال غيره . قلت والنفى موافق القياس ، إذ القياس على غيرها من الصلوات ينفى إدخال زيادة الاذكار فيها ، والاثبات يخالفه ، وإذا ترجح قوله فى العدد ترجح فى الموضع ، إذ الرواية واحدة .

( وظهر عمل العامة اليوم بقول عبد الله بن عباس لأمر بينه الخلفاء ) أى ظهر عمل الناس كافة بقول ابن عباس لاجل أن بينه الخلفاء لما انتقلت إليهم الخلافة أمروا الناس بالعمل في التكبيرات بقول جدهم وليتولى مناشيرهم ذلك . وعن هذا صلى أبو يوسف بالناس حين قدم بغداد صلاة العيد و كبر تكبير ابن عباس ، فانه صلى خلفه هارون الرشيد وأمره بذلك ، و كذلك روي عن محمد « رح » وذلك لان المسألة مجتهد فيها وطاعة الامام فيها ليس فيه معصية واجبة ، وهذا ليس بمعصية ، لانه قول بعض الصحابة .

( فأما المذهب فالقول الاول ) أي فأما مذهب أصحابنا فالقول الاول ، وهو قول

لأن التكبير ورفع الأيدي خلاف المعهود فإن الأخذ بالأقل أولى ثم التكبيرات من أعلام الدين حتى يجهر بها فكان الأصل فيه الجمع، وفي الركعة الأولى يجب إلحاقها بتكبيرة الإفتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق ، وفي الثانية لم يوجد إلا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها ، والشافعي « رح » أخذ بقول ابن عباس « رض » إلا أنه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر أو ستة عشر .

---

عبد الله بن مسعود وهو مذهب جماعة من الصحابة والتابعين على ما ذكرنا (لان التكبير) غير تكبير الافتتاح والتكبيرات التي يتخلل فى الصلاة .

( ورفع الايدي ) فى الصلاة ( خلاف المعهود ، فكان الاخذ بالاقل أولى ) أي أقل التكبيرات وهى الست الزوائد أولى ، لان الاخبار تواترت فيه ، فيكون ثبوته بيقين ( ثم التكبيرات من أعلام الدين حتى يجهر بها ) فكان كتكبيرة الافتتاح ، وإنما أنث الضمير بتأويل التكبير ( فكان الاصل فيه الجمع ) أي فكان الاصل فى التكبير الزوائد الجمع مع التكبير الاصلى لان الجنسية علة الضم ( وفى الركعة الاولى يجب إلحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق ) تقريره أن تكبيرات العيد لم تؤخر فى الركعة الاولى عن القراءة إلحاقاً لها بتكبيرة الركوع ، كما هو قول على رضى الله عنه بل قدمت على القراءة إلحاقاً لها بتكبيرة الافتتاح ، لان تكبيرة الافتتاح أقوى من حيث أنها فرض ، ومن حيث أنها سابقة .

( وفي الثانية ) أي وفي الركعة الثانية (لم يوجد إلا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها) لوجود الجنسية ( والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن عباس « رض » ) وهو الأكثر احتياطاً ( إلا أنه حمل ) التكبير ( المروي كله من الزوائد ) إلا أن الشافعي « رح » حمل التكبير المروي كلة على التكبيرات الزوائد ( فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر أو ستة عشر )

لأن الزوائد لما كانت عنده ثلاثة عشر أو ثنتا عشرة ، وضمت إلى الأصليات وهي ثلاثة ، تكبيرة الإفتتاح وتكبيرة الركوع في الركعتين تصير الكل ستة عشر ، والمراد بالمروي هو الذي روي عن ابن عباس لأنه روي عنه سبع أو خمس فهي مع تكبيرة الإفتتاح وتكبير في الركوع ست عشرة تكبيرة ، واعترض على المصنف بأن المراد بالمروي إن كان ماذكره فيما مضى من قوله .

وقال ابن عباس يكبر في الأولى للافتتاح أن لا تجيء التكبيرات هذا المقدار ، لأن الزوائد فيه عشرة أو تسعة ، وبالأصليات يكون ثلاث عشرة أو ثنتي عشرة ، وإن كان غير ما ذكره يكون في كلامة القياس ، وتعقيد بعلو قدره عن ذلك .

وأجيب عنه بأن ابن عباس روي عنه روايتان أحدهما أنه يكبر في العيدين ثلاثة عشر تكبيرة ، والأخرى أنه يكبر بثنتي عشر تكبيرة ، ففسر علماؤنا روايته بأن هذا ذلك إنما هو بإضافة الأصليات لأنها ثلاث ، تكبيرة الإفتتاح وتكبير في الركوع في الركعتين ، فإذا أضيفت إلى خمسة وخمسة كانت ثلاث عشرة ، وإذا أضيفت إلى خمسة وأربعة كانت ثنتي عشرة . قلت ظهر من تفسير علمائنا روايتي ابن عباس إن عمل اليوم وقع عليه لا على تفسير الشافعي « رح » ، فعلى هذا قول من قال العمل اليوم في التكبيرات على مذهب الشافعي « رح » غير مستقيم ، ولهذا قال المصنف وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رضي الله عنهما .

وفي المحيط ثم اعلموا برواية الزيادة في عيد الفطر ، وبرواية النقصان في عيد الأضحى ليكون عملا بالروايتين ، وإنما اختاروا النقصان في عيد الأضحى لاستعجال الناس بالقرابين فيه ، وفي المبسوط عن أبي حنيفة « رح » أنه سكت بين كل تكبيرتين بقدر ثلاث تسبيحات ، لأن صلاة العيد تقام بجمع عظيم ، فلو والى بين التكبيرات يشبه على من كان ناوياً عن الإمام والاشتباه يزول هذا القدر من الكثر ، ثم قال هذا القدر ليس بلازم ، بل يختلف ذلك بكثرة الزحام وقلته .

( قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين ) وبه قال الشافعي وأحمد وهو مذهب عطاء

يريد به ما سوى التكبير في الركوع كقوله ﷺ لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ، وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه .

---

والأوزاعي ، وقال الثوري وابن أبي ليلى ومالك لا يرفع ، وهو مذهب الظاهرية أيضاً . وقال الامام حميد الدين الضرير روي عن أبي يوسف رواية شاذة أنه لا يرفع يديه في تكبيرات العيد قلت هذه ليست برواية شاذة ، فإن الكرخي قال في مختصره ، قال أبو حنيفة ومحمد يرفع يديه في التكبيرات الزوائد في العيدين وقال ابن أبي ليلى لا يرفع يديه ، وهو قول أبي يوسف ، وكذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وأبو بكر الرازي وأبو نصر البغدادي وصاحب التحفة والحاكم الشهيد في مختصر الكافي عن أبي يوسف كذلك ، ومع نقل هذه الأئمة الثقات عن أبي يوسف عدم رفع اليدين فيها كيف تكون شاذة .

( ويريد به ما سوى التكبير في الركوع ) أي يريد القدوري برفع اليدين فيما سوى تكبيرتي الركوع ، لأن تكبير الركوع لا ترفع فيه الأيدي عندنا .

فإن قلت قد قلتم أن تكبيرة الركوع في الركعة الثانية واجبة إلحاقاً لها بأخواتها ، فهلا قلتم ترفع اليد إلحاقاً لها بتكبيرات العيدين . قلت القول بوجوب تكبيرة الركوع نوع احتياط ، بخلاف القول بالرفع ، فإنه عمل على خلاف القياس فلا يتحقق بها .

( كقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ) قدم الكلام في هذا الحديث في باب صفة الصلاة مستوفى ، وإنما قال في سبع مواطن بتأويل البقاع ( وذكر من جملتها تكبيرات الأعياد ) أي ذكر في الحديث من جملة السبع المواطن تكبيرات العيدين .

( وعن أبي يوسف أنه لا يرفع ) أي روي عن أبي يوسف أنه لا ترفع اليد في تكبيرات العيد ، رواها عنه أبو عصمة .

( والحجة عليه ما رويناه ) أي الحجة على أبي يوسف ما رويناه ، وهو الحديث المذكور .

فان قلت استدل أبو يوسف ومن ذهب إلى ما ذهب اليه بعموم قوله عليه السلام قال أراكم رافع أيديكم كأذناب خيل سمين اسكنوا في الصلاة ، وبحديث البراء أنه عليه السلام رفع يديه عند الافتتاح ثم لا يرفع ، ولأن السنه رفع يديه عند الافتتـــاح، وهذه التكبيرات ما لا يفتتح بها ، ألا ترى أن تكبيرة الركوع فيها ولا رفع اليها وهي أصلية ، ففي الزوائـــد أولى ، قلت القياس متروك بالأثر ، والحديث ليس على عمومه بالاتفاق ، وحديث الـبراء يحتمل عدم الرفع في غير صلاة العيد ، والحديث محكم ، فكان أولى لا خلاف أنه يأتي بالثناء بعد الافتتاح قبل القراءة ، فيقدم على الزوائد .

وقال محمد وأبو حنيفة « رح » في رواية والشافعي وأحمد «رح» يأتي به بعد الزوائد عند افتتاح القراءة ، وعند مالك لا يعود ، ولا يرد في المبسوط لا ذكر بين التكبيرات مسنون ولا مستحب لأنه لم ينقل ، وبـه قال الكرخي التسبيح أولى ، ذكره في القنية، وقال الشافعي « رح » يحمد ويهلل بين كل تكبيرتين مقدار آية لا طويلة ولا قصيرة ، ولو قال الله أكبر كبيراً والحمد لله كثيراً وسبحان الله وبحمده بكرة وأصيلاً فحسن ، وقـــد روي عن ابن مسعود نحوه أدرك الامام وقد كبر بعض التكبيرات يتـــابعه وفيما أدرك ويقضي ما فاته في الحال ثم تابع إمامه ، وبه قال الشافعي « رح » في القـــديم ومالك وأحمد . وقال في الجديد لا يقضي ما فاته ، ولو أدرك بعد الفراغ من التكبيرات لا يأتي في الجديد وفي القديم يأتي بها ثم يفعل بالقراءة كذلك فى تتمتهم ، ولو أدركه فى القراءة كبر على رأي نفسه ، وكذا لو أدرك فى الركوع ولم يخف فوته يأتي بها عند أبى حنيفة « رح » ومحمد خلافاً لأبى يوسف والشافعى « رح » وأحمد .

ولو كبر بعد الفاتحة قبل السورة ويعيد الفاتحة والمسبوق بركعة يكبر فـيما مضى على رأي نفسه كالمنفرد واللاحق يتبع رأي الامام فيها ، ولو قرأ ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ والغاشة تبركاً بقراءة النبي ﷺ فحسن ، كذا فى المبسوط ، وعنـــد الشافعى « رح » يستحب أن يقرأ فى زمان الأولى سورة ـــ ن ـ وفى الثانية اقتربت الساعـــة . وقال مالك وأحمد يقرأ بسبح والغاشية تكبيرات العيد واجبة حتى يجب السهو بتركها ، وعند

الشافعى لا سهو عليه يتابع الامام فى التكبير من الامام ، فان كان يسمع من المنادي فلا ينبغى أن يدع شيئاً وإن كثرت .

( قال ويخطب بعد الصلاة خطبتين ) كما فى الجمعة ، لكنها تخالف خطبة الجمعة من وجهين ، أحدهما أن الجمعة لا تجوز بلا خطبة ، بخلاف العيد ، والثاني أنها فى الجمعة متقدمة على الصلاة ، بخلاف العيد ، ولو قدمها فى العيد أيضاً جاز ، ولا تعاد الخطبة بعد الصلاة وبتقديم الصلاة على الخطبة . قال أبو بكر الصديق وعمر وعثمان وعلي والمغيرة وابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم ، وهو قول الثوري والأوزاعى والشافعىوأحمد وأبو ثور وإسحاق وجمهور أهل العلم ، وعن عثمان « رض » أنه لما كثر الناس خطب قبل الصلاة ، ومثله عن ابن الزبير ومروان بن الحكم ، ذكر ذلك ابن المنذر فى الاشراق، قال أبوبكر بن العربى هذا غلط من عثمان « رض » وفى المفيد عن الزهري أول من أحدث الخطبة قبل الصلاة معاوية . وفى المحيط والخطبة فيها سنة ، وهى بعد الصلاة .

وفى الذخيرة يجوز تركها ويغيرها عن محلها ، ويجوز قاعداً كما فعله النبي ﷺ على ناقته العصباء والراكب قاعد ، وذكر ركن الدين الصيادي أن الكلام لا يكره عند هذه الخطبة . وفى السامع فيشترط بصلاة العيد ما يشترط للجمعة الخطبة ، فانها سنة فيها . وفى الولوالجى شروط العيد مثل شروط الجمعة فى المصر ، والقوم والسلطان والوقت إلا الخطبة ، وعن عطاء عن عبد الله بن السائب قال لما قضى رسول الله ﷺ الصلاة ، قال انا نخطب ، فمن أحب أن يذهب فليذهب ، رواه أبو داود والنسائى وابن ماجة ، وهذا دليل على أن الخطبة فيها سنة ، ولو كانت واجبة لوجب الجلوس لها وإسماعها .

وفى الذخيرة ولا يخرج المنبر يوم العيد ، وذكر شيخ الاسلام فى شرحه أن فى زماننا لا بأس باخراجه ، قال وكره بعضهم بناءه فى الجبانة ، وهذا إنكاره يقول يخطب الامام يخطب الإمام قائماً على الأرض أو على دابته ولم يكرهه آخرون . وفي جمع النوازل يبدأ بالتحميد في خطبة الجمعة والاستسقاء والنكاح ، وبالتكبيرات فى خطبة العيدين ويستحب أن يفتتح الخطبة الأولى بتسع تكبيرات ، وفي الثانية سبع ، وبه قال الشافعي « رح » وفي النتف

فبذلك ورد النقل المستفيض ويعلم الناس فيها صدقة الفطر وأحكامها لانها شرعت لاجله ،

---

التوارث في الخطبة افتتاحها بالتكبيرات ويكبر حين أن ينزل من المنبر أربعة عشر ، وإذا صعد المنبر لا يجلس عندنا وعند بعض أصحاب الشافعي « رح » ، وفي رواية عن مالك أن الجلوس لانتظار المؤذن أن يفرغ من الأذان والأذان غير مشروع في العيد فلا حاجة إلى الجلوس ، وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » ومالك في رواية يجلس كما في الجمعة .

( فبذلك ورد النقل المستفيض ) أي بخطبتين بعد الصلاة ورد النقل الشائع ، فروى البخاري عن نافع عن ابن عمر قال كان رسول الله ﷺ ثم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يصلون العيد قبل الخطبة ، وأخرج الطحاوي ومسلم أيضاً عن عطاء هو ابن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال قام النبي ﷺ يوم الفطر فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ، ثم خطب .. الحديث ، رواه البخاري ومسلم أيضاً قال شهدت العيد مع رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فانهم كانوا يصلون العيد قبل الخطبة .

وأخرج الجماعة إلا البخاري عن طارق بن شهاب عن أبي سعيد الخدري بأن رسول الله ﷺ كان يخرج يوم الاضحى ويوم الفطر فيبدأ بالصلاة .. الحديث، وأخرج ابن ماجة عن جابر قال خرج رسول الله ﷺ يوم الفطر أو الاضحى فخطب قائماً قعد قعدة ثم قام. وقال النووي في الخلاصة وروي عن ابن مسعود أنه قال السنة أن يخطب في العيدين خطبتين يفصل بينهما بجلوس خفيف غير متصل ، ولم يثبت في تكرير الخطبة شيء، ولكن المعتمد فيه القياس على الجمعة .

( ويعلم الناس فيها ) أي ويعلم الخطيب في خطبة عيد الفطر ( صدقة الفطر ) انها واجبة ( وأحكامها ) أي ويعلم أيضاً أحكام صدقة الفطر كيف يخرج، ومن أي شيء يخرج، وكم يخرج ، وفي أي وقت يخرج ، وغير ذلك مما يتعلق بها ( لانها شرعت لاجله ) أي لان خطبة صلاة عيد الفطر شرعت لاجل تعليم أحكام صدقة الفطر ، والضمير في لاجله يرجع إلى التعليم الذي يدل عليه ، قوله — يعلم الناس — كما في قوله تعالى ﴿ اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، أي العدل .

( ومن فاتته صلاة العيد مع الامام لم يقضها ) كلمة مع متعلقة بالصلاة لا بقوله فاتته ، أي فاتت الصلاة عنه بالجماعة ، وليس معناه فاتت الصلاة عنه وعن الامام ، حاصله أدى الامام صلاة العيد ولم يؤدها هو ، وأما إذا فاتت الامام أيضاً فاتتة يصليها مع الجماعة في اليوم الثاني إذا كان الفوات بعذر . وفي جوامع الفقه وقاضي خان إذا تركها بغير عذر لا يقضيها أصلاً ، وبعذر يقضيها في اليوم الثاني في وقتها ، وبهقال الاوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وقال ابن المنذر وبه أقول ، وفي جوامع الفقه العذر مثل أن يظهر أنهم صلوها بعد الزوال في يوم غيم ، وعلى قول ابن شجاع لا يجوز في اليوم الثاني ، وبه قال مالك ، فان تركها في اليوم الثاني بعذر أو بغير عذر لا يصليها .

وقال الشافعي من فاتته صلاة العيد يصلي وحده كما يصلي مع الإمام ، وهذا بناء على أن المنفرد هل يصلي صلاة العيد ، عندنا لا يصلي ، وعنده يصلي . وقال السروجي وللشافعي قولان الأصح قضاؤها ، فإن أمكن جمعهم في يوم صلى بهم ، وإلا صلاها من الغد ، وهو فرض قضاء النوافل عنده ، وعلى القول الآخر هي الجمعة يشترط الجماعة والأربعين ودار الإقامة ، وفعله من الغد إن قلنا إذا لا يصليها في بقية اليوم ، وإلا صلاها في نفسه وهو الصحيح عندهم .

وتأخيرها عنه قيل لا يسقط أنه لو قيل إلى آخر الشهر ، وقال السروجي في الذي يفوته صلاة العيد مع الإمام . لكنه إن أحب أن يصلي إن شاء صلى ركعتين وإن شاء أربعاً كصلاة الضحى كسائر الأيام ، ومثله في البدائع ، وعن ابن مسعود رضي الله عنه يصلي أربعاً ، وبه قال أحمد ، لكن إن شاء بتسليمة واحدة ، وإن شاء بتسليمتين ، واستحبه الثوري ، وعند الأوزاعي يصلي ركعتين ولا يجهر فيها بالقراءة ولا يكبر تكبير الإمام . وقال إسحاق أن يصلي في الجبانة صلاها ركعتين وإلا صلاها أربعاً .

وقال السغناقي فإن أحب أن يصلي فالأفضل أن يصلي أربع ركعات لما روي عن ابن مسعود أنه قال من فاتته صلاة العيد صلى أربع ركعات يقرأ في الركعة الأولى ﴿سبح اسم ربك الأعلى﴾ ١ الأعلى ، وفي الثانية ﴿والشمس وضحاها﴾ ١ الشمس ، وفي الثالثة

لان الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قربة إلا بشرائط لا تتم بالمنفرد ، فإن غم الهلال وشهدوا عند الإمام برؤية الهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد ، لان هذا تأخير بعذر وقد ورد فيه الحديث ،

---

﴿ والليل إذا يغشى ﴾ ١ الليل ، وفي الرابعة ﴿ والضحى ﴾ وروي في ذلك عن النبي ﷺ وعدا جميلا وثوابا جزيلا ، كذا في المحيط . قلت قال ابن المنذر لا يصح فيه حديث ابن مسعود رضي الله عنه .

( لأن الصلاة بهذه الصفة ) أراد بها التكبيرات المخصوصة بها ( لم تعرف قربة إلا بشرائط لا تتم بالمنفرد ) أراد بالشرائط هي الشرائط المخصوصة بها ، نحو الجماعة والسلطان والمصر والمنفرد عاجز عن ذلك ، فلا يجب عليه صلواتها . وفي نهاية المطلب تصح صلاة العيد من المنفرد والمسافر والنساء في الدور وراء الخدور كالنوافل ، غير أن الجماعة فيها مستحبة . وقال ابن المنذر يصليها المسافر ومن لا تجب عليه الجمعة والمرأة في بيتها والعبد وهو قول الحسن البصري . وقال الأوزاعي ليس على المسافر صلاة الأضحى ولا الفطر ، وبه قال مالك وإسحاق وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

( فإن غم الهلال ) بضم الغين المعجمة على ما لم يسم فاعله ، معناه إذا ستره عنهم غيم أو غيره فلم ير ( وشهدوا عند الإمام برؤية الهلال ) من الأمس ( بعد الزوال صلى العيد من الغد ) أي صلى إمام العيد من الغد ذكر الطحاوي في شرح الآثار ان هذا قول أبي يوسف « رح » وهو أصح قولي الشافعي وأحمد « رح » . وقال أبو حنيفة « رح » إذا فات في اليوم الأول لم يقض ، وهو أحد قولي الشافعي « رح » وقول مالك « رح » .

( لأن هذا تأخير بعذر ) لأن تركهم الصلاة كان لعدم رؤية الهلال وهو عذر ( وقد ورد فيه الحديث ) أي والحال أنه قد ورد في الصلاة من الغد ، حيث المذكور عند قوله — ولما شهدوا بالهلال .. الخ — والقياس في صلاة العيد أن لا يقضي ، لأنها صلاة تختص بجماعة كالجمعة إلا أن القياس ترك فيما إذا تركت بعذر للحديث المذكور ، بخلاف القياس فبقي ما ترك بلا عذر على أهل القياس فلم يجز قضاؤها في اليوم الثاني إذا تركت .

فإن حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده ، لان الاصل فيها أن لا تقضى كالجمعة إلا أنا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير إلى اليوم الثاني عند العذر ، ويستحب في يوم الاضحى أن يغتسل ويستاك ويتطيب لما ذكرناه ، ويؤخر الاكل حتى يفرغ من الصلاة لما روي أن النبي ﷺ كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من أضحيته

---

( فإن حدث عذر يمنع من الصلاة في اليوم الثاني ) الذي هو وقتها عند العذر ( لم يصلها بعده ، لأن الأصل فيها ) أي في صلاة العيد ( أن لا تقضى كالجمعة ) فإنه إذا فات وقتها لا تقضى وينقلب إلى الظهر ( إلا أنا تركناه ) أي إلا أنا تركنا الأصل الذي هو القياس ( بالحديث ) وهو الحديث المذكور ( وقد ورد ) أي الحديث المذكور ( بالتأخير ) أي تأخير صلاة العيد ( إلى اليوم الثاني عند العذر ) وعند عدم العذر يقتصر على القياس .

( ويستحب في يوم الأضحى أن يغتسل ويستاك ويتطيب لما ذكرنا ) وأراد به عند قوله – وكان يغتسل في العيدين – أي كان رسول الله ﷺ ( ويؤخر الأكل ) بالنصب عطفاً على ما قبله ، أي يستحب أن يؤخر أكله ( حتى يفرغ من الصلاة ) أي من صلاة العيد ( لما روي أنه عليه السلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من أضحيته ) هذا الحديث رواه عبد الله بن بريدة عن يزيد قال كان رسول الله ﷺ لا يخرج يوم الفطر حتى يطعم ، ولا يطعم يوم الأضحى حتى يرجع ، رواه ابن ماجة والترمذي وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وزاد الدارقطني وأحمد في مسنده فيأكل من أضحيته ، وصحح هذه الرواية ابن القطان في كتابه .

والناس في هذا اليوم أصناف ، الله يستحب أن يكون أول تناولهم من لحوم الأضاحي التي هي ضيافة الله ، فاستحب تأخير الأكل إلى ما بعد الصلاة ، وهذا في حق المصري ، أما القروي فإنه يذوق من حين أصبح ولا يمسك كما في عيد الفطر ، لأن الأضاحي تذبح في القرى من الاصباح ، بخلاف المصر ، حيث لا يذبح فيه إلا بعد الفراغ من الصلاة .

ويتوجه إلى المصلى وهو يكبر ، لانه ﷺ كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين، لانه ﷺ كذلك فعل ويعلم الناس فيهما الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت إلا لتعليمه ،

---

( ويتوجه إلى المصلى وهو يكبر ) أي والحال أنه يكبر طوال الطريق بلا توقف ، فإذا انتهى اليه يترك كذا في التحفة ، وفي الكافي لا يقطعه حتى يشرع الإمام في الصلاة .

فروع : ولو قال العبد تقبل الله منا ومنك . وفي القنية اختلف الناس فيه ولم يذكروا الكراهة عن أصحابنا ، وقال مالك يكره لأنه من فعل الأعاجم . وقال أحمد لا بأس به لأن أبا أمامة الباهلي وواثلة بن الأسقع كانا يقولان ذلك . وقال الأوزاعي بدعة وقال الحسن بحديث ، وقال أحمد حديث أبي أمامة جيد ، وروي مثله عن ليث بن سعد .

( لأنه عليه السلام [1] يكبر في الطريق ) هذا غريب ولم يعرض اليه أحد من الشراح ولكن روى البخاري في الصحيح وقال كان ابن عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم يخرجان إلى السوق أيام العشر يكبران ويكبر الناس بتكبيرهما ( ويصلي ركعتين كالفطر كذلك نقل ) أي جماعة من الصحابة ، وهم عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وأبو موسى الأشعري وحذيفة رضي الله عنهم وآخرون ، وقد ذكرنا فيما مضى أحاديث في ذلك عن ابن عمر وجابر وابن عباس « رض » .

( ويخطب بعدها خطبتين لأنه ﷺ كذلك فعل ويعلم الناس فيها الأضحية ) من كونها واجبة أو سنة وما يتعلق بها من أحكامها ( وتكبير التشريق ) أي ويعلم أيضاً كيف يكبر التشريق ( لأنه ) أي لأن كل واحد من الأضحية وتكبير التشريق أيام الاضحية ( مشروع الوقت والخطبة ما شرعت إلا لتعليمه ) أي ليعلم مشروع الوقت ومعنى مشروع الوقت ان كلاً من الاضحية وتكبير التشريق ما يشرع إلا في أيام الاضحى .

---

(١) كان — هامش .

فان كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الاضحي صلاها من الغد وبعد الغد ، ولا يصليها بعد ذلك لان الصلاة مؤقتة بوقت الاضحية فيتقيد بأيامها لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس ليس بشيء

---

( فان كان عذر يمنع من الصلاة في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ) يعني ثلاثة أيام ( ولا يصليها بعد ذلك ) يعني في اليوم الرابع وما بعده ( لان الصلاة مؤقتة بوقت الاضحية ) ووقت الاضحية وهو ثلاثة أيام ( فيتقيد بأيامها لكنه مسيء في التأخير بغير عذر لمخالفة المنقول ) أراد بالمنقول أنه عليه السلام صلى عيد الاضحى في اليوم العاشر من ذى الحجة ، ولم يرد غير ذلك ، وقوله لمخالفة المنقول يصح أن يكون جواباً من سؤال مقدر ، وهو أن يقول لما كانت الصلاة مؤقتة بوقت ، فلو أخرها بغير عذر فكيف يكون مسيئاً ، فأجاب بقوله لكنه مسيء لمخالفة ما نقل عن النبي ﷺ .

( والتعريف الذى يصنعه الناس ليس بشيء ) التعريف مصدر مبتدأ وخبره قوله — ليس بشيء — وإنما قيد بقوله — الذى يصنعه الناس — لان التعريف يجيء لمعان للاعلام وللتطيب من العرف وهو الريح ، وإن شاء الضالة والوقوف بعرفات والوقوف بغيرها شبهاً بأهلها ، وهذا لمعنى هو المراد ها هنا ما يجيء الآن ، وفي المغرب التعريف المحدث هو التشبيه بأهل عرفة في غير عرفة ، وهو أن يخرجوا إلى الصحراء فيدعوا ويتضرعوا. وقال الاترازى التعريف في اللغة الوقوف بعرفات . قال الفرزدق :

إذا ما التقينا بالمصحب من بني صبحة يوم النحر من حيث عرفوا

قلت ليس معنى هذا اللفظ الوقوف بعرفات فقط ، وإنما مستعمل في اللغة لمعان كثيرة كما ذكرنا الآن . قوله — ليس بشيء — أى ليس بشيء في حكم الوقوف كقول محمد في الاصل دم السمك ليس بشيء ، أى ليس بشيء في حكم الدماء ، وهذا لانه شيء حقيقة لكونه موجوداً ، إلا أنه لم يكن معتبراً ، نفى عنه اسم الشيء ويقال ليس بشيء معتبر يعني غير مسنون ولا مستحب يتعلق به الثواب ، وسئل مالك عن ذلك قال إنما مفاتيح هذه الاشياء البدع .

## وهو أن يجتمع النـــاس يوم عرفـــة في بعض المواضع تشبيهاً بالواقفين بعرفـــة

وفي المحيط ولم يرد به محمد نفي مشروعيته أصلا ، لانه دعاء وتسبيح ، بل أراد نفي وجوبه كما قيل في سجدة الشكر عند أبي حنيفة . وعن أبي يوسف ومحمد «رح» في غير رواية الاصول لا يكره ، وبه قال أحمد لما روى عن ابن عباس « رح » أنه فعل ذلـك بالبصره . قلنا ذاك محمول على أنه ما كان للتشبيـــه بل كان للدعاء والتضرع ، وهذا لو طاف حول مسجد سوى الكعبة يخشى عليه الكفر ، حتى لو اجتمعوا لشرف ذلك اليوم لا للتشبيه جاز ، كذا في جامع قاضي خان والتمرتاشي ، وفي جمع التفاريق عن أبي يوسف يكره أن يجتمع قوم فيعتزلون في موضع يعبدون الله عزوجل ويفرغون أنفسهم لذلـك وأهل كان معهم أهلوهم .

وفي الكافي قيل يستحب ذلك لانه سبب لاهل الطاعة ، فيكون لهم ثوابهم ، ولهذا فعله ابن عباس وخروجهم إلى الجبانة سنة وإن وسعهم الجـامع . وقال السروجي روى عن عمر ن حريث وثابت ومحمد بن واسع ويحيى بن معين مثل ما روى عن أبي يوسف « رح » في غير رواية الاصول أنه لا يكره ، وعن أحمد لا بأس بـــه ، وقيل له أنت تفعل ذلك قال أما أنا فلا ، وقال عطاء الخراساني إن استطعت أن تخلو بنفسك عشيـــة عرفة فافعل .

وقال شمس الائمة السرخسي ولو فعلوا ذلك ، أي التعريف تشبيهاً بالواقفين لزمهم أن يكشفوا رؤوسهم أيضاً ، تشبهاً بالمحرمين وهذا لا يقول به أحد ، لانه تشبه بالنصارى في كنائسهم ومتعبداتهم . قال ولو فعلوا ذلك لطافوا أيضاً حول مساجدهم أو بنوا بيتـــاً آخر يطوفون حوله تشبهاً بالطائفين حول البيت ويسعون في أسواقهم تشبهاً بالساعين بين الصفا والمروة . قلت وا لازمة في الوجهين ممنوعة لان التشبه لا يستدعي العموم .

( وهو ) أي التعريف المذكور ( أن يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة ) وهذا تعريف التعريف الذي يصنعه الناس ، وهو الذي عليه أنـــه ليس بشيء ، وقال الاترازى وحقه أن يقال بعرفات لان عرفـــة اسم اليوم ، وعرفات اسم

لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان مخصوص ، فـــلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك .

## فصل في تكبيرات التشريق

---

المكان . قلت معناه بالواقفين يوم عرفة والواقفون بعرفات ، وأدى بحقه على أنه يقال جبل عرفة ، كما يقال جبل عرفات وذلك شائع في ألسنة الناس .

( لان الوقوف ) هذا تعليل لقوله – ليس بشيء – أي لان الوقوف بعرفات ( عرف عبادة مختصة بمكان ) أي بعرفات ( فلا يكون عبادة دونه ) أي لا يكون الوقوف عبادة دون الوقوف ، وفي بعض النسخ دونها ، أي دون عرفات ( كسائر المناسك ) أي كيفية مناسك الحج مثل الطواف والسعي بين الصفا والمروة ، فان الناس لا يسعون في الاسواق مكشوفي الرأس تشبهاً بالساعين في هذه الايام بين الصفا والمروة .

### ( فصل في تكبيرات التشريق )

أي هذا فصل في بيان تكبيرات التشريق . ولما فرغ من بيان صلاتي العيـد وأحدهما صلاة الأضحى شرع في بيان التكبيرات التي هي مختصة بأيامها ، فلذلك أفردها بالفصل ، والتشريق من شرق اللحم إذا بسطه في الشمس ليجف ، وسميت بذلك أيام التشريق لأن لحم الأضاحي كانت شرق فيها بمنى ، وقيل سميت به لأن الهدي والضحـايا لا تنحر حتى تشرق الشمس ، أي تطلع ، وكان المشركون يقولون أشرق ثبير كما تغير ثبير ، بفتح الثاء المثلثة وكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف ، وفي آخره راء ، جبـل بمنى ، أي أدخل أنها الجبل في الشروق ، وهو ضوء الشمس كما تغير أي يدفع للنحر .

وذكر بعضهم أن أيام التشريق سميت بذلك ، وقيل التشريق صلاة العيد ، لأنها تؤدى عند إشراق الشمس وارتفاعها ، كما جاء في الحديث لا جمعة ولا تشريق ، وفي حديث آخر لا ذبح إلا بعد التشريق والمراد بالتشريق فيها صلاة العيد ، كذا في المبسوط. وفي الخلاصة أيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ، ويمضي ذلك في أربعة أيام ، فإن العـــاشر من ذي

## ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب صلاة العصر من يوم النحر عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يختم عقيب صلاة العصر من آخر أيام التشريق

الحجة نحر خاص والثالث عشر تشريق خاص ، واليومان فيما بينهما للنحر والتشريق ، وقال العلامة شمس الأئمة الكردري هذه الإضافة يعني إضافة التكبير إلى التشريق مستقيم على قولهما ، لأن بعض التكبيرات يقع في أيام التشريق عندهما ، وعند أبي حنيفة « رح » لا يقع شيء منها في أيام التشريق ، ولكن أدنى الملابسة كاف للاضافة .

( ويبدأ ) أي المصلي ( بتكبير التشريق بعد صلاة الفجر من يوم عرفة ويختم )التكبير ( عقيب العصر ) أي صلاة العصر ( من يوم النحر عند أبي حنيفة « رح » ) وهو قول عبد الله بن مسعود وعلقمة والأسود والنخعي « رض » .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( يختم عقيب صلاة العصرمن آخر أيامالتشريق ) وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال سفيان الثوري وسفيان بن عيينة وأبو ثور وأحمد والشافعي « رح » في قول . وفي التحرير ذكر عثمان « رض » معهم . وفي المفيد وأبا بكر « رض » وعليه الفتوى ، ذكره في الكامل والتحرير . وها هنا تسعة أقوال وقد ذكرنا القولين .

الثالث : يختم بعد ظهر يوم النحر ، وروي ذلك عن ابن مسعود فعلى هذا يكبر في سبع صلوات ، وعلى قولهما في ثلاث وعشرين صلاة .

الرابع : يكبر من ظهر يوم النحر ويختم في صبح آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي « رح » في المشهور ويحيى الأنصاري ، وروي ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز ، وهو رواية عن أبي يوسف رجع اليه ، حكاه في المبسوط وشرح الأقطع .

الخامس : من ظهر عرفة إلى عصر آخر أيام التشريق ، حكي ذلك عن ابن عباس وسعيد بن جبير .

السادس : يبدأ من ظهر يوم النحر إلى ظهر يوم النحر الأول ، وهو قول بعض أهل العلم .

والمسألة مختلفة بين الصحابة « رض » فأخـــذا بقول علي « رض » أخذاً بالاكثر إذ هو الإحتياط في العبادات ، وأخذ بقول ابن مسعود أخذاً بالاقل ، لان الجهر بالتكبير بدعة

---

السابع : حكاه ابن المنذر ع ابن عيينة ، واستحسنه أحمد أن أهل منى يبتدئون من ظهر يوم النحر ، وأهل الأمصار من صبح يوم عرفة ، وإليه مال أبو ثور .

والثامن : من ظهر عرفة إلى ظهر يوم النحر ، حكاه ابن المنذر .

والتاسع : من مغرب ليلة النحر عند بعضهم ، قاله قاضي خان وغيره .

( والمسألة ) أي مسألة تكبيرات التشريق ( مختلفة بين الصحابـــة « رض » ) وهم الشيوخ منهم والصبيان ، فالشيوخ عمر وعثـــمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وعبد الله ابن مسعود « رح » والشباب عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيـد بن ثابت وعائشة أم المؤمنين ( فأخذا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( بقول علي « رض » أخذاً بالأكثر ، إذ هو الإحتياط ) أي الأخذ بالأكثر هو الإحتياط ( في العبادات ) والأكثر هو تكبيرات علي « رض » وهو أكثر من تكبيرات ابن مسعود « رض » والعبادات يحتاط فيها بالأكثر ، واحتجا أيضاً بقوله تعالى ﴿ واذكروا الله في أيام معدودات ﴾ ٢٠٣ البقرة ، والمراد منها أيام التشريق بالنقل عن أئمة التفسير .

فان قلت فعلى هذا يلزمها تكبيرات العيد ، قلت لا نسلم لأنه ثمة دلت شواهد الأصول على ترجيح قول ابن مسعود « رح » بخلاف تكبيرات التشريق ، فان الترجيح لما لم يكن لاتفاق مذهب الصحابة في الثبوت والرواية عن النبي ﷺ أخذاً بالأكثر احتياطاً .

( وأخذ بقول ابن مسعود « رض » ) أي أخذ أبو حنيفة « رح » بقول عبـد الله بن مسعود « رض » ( أخذاً بالأقل ) أخذاً على أنـــه مفعول مطلق لقوله أخذ ( لأن الجهر بالتكبير بدعة ) لقوله تعالى ﴿ ادعوا ربكم تضرعاً وخفية ﴾ ٥٥ الأعراف ، واحتج أبو حنيفة « رح » أيضاً بقوله تعالى ﴿ واذكروا الله في أيام معدودات ﴾ ٢٠٣ البقرة ، والمراد منه أيام العشر بالنقل من أهل التفسير ، فكان ينبغي أن يكون التكبير واجباً في جميع

أيام العشر إلا أن ما قبل يوم عرفة خص بالإجماع من الصحابة « رض » وفيما بعد يوم الأضحى لا نص ولا إجماع فكان الاقتصار على تكبير ابن مسعود أولى .

فان قلت لا نسلم عدم النص في أيام التشريق ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ واذكروا الله في أيام معدودات ﴾ . قلت لا نسلم أن المراد منه الذكر المفعول عقيب الصلوات ، بل المراد منه الذكر عند رمي الجمار بدليل سياق الآية ﴿ فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ، ومن تأخر فلا إثم عليه ﴾ لأن ذلك الحكم يختص برمى الجمار . وقالت الشافعية الأخذ بالأكثر أولى احتياطاً ، لأن هذا باب لا يعرف بالرأي والزيادة في الأخبار عن الثقات مقبولة ، ولأن هذه التكبيرات منسوبة إلى أيام التشريق واتفقنا أنه يكبر في غير أيام التشريق ، وهو يوم عرفة والنحر ، فلأن يكبر في أيام التشريق أولى .

وفي شرح الوجيز أما تكبير الأضحى فالناس فيه قسمان حاج وغيرهم فالحاج يبدؤون به عقيب ظهر يوم النحر ويختمون عقيب الصبح آخر أيام التشريق ، وأما غيرهم ففيه طريقان أصحها على ثلاثة أقوال أظهرها أنهم كالحاج ، والثاني أنهم يبدؤون عقيب عرفة من الصبح ويختمون عقيب العصر من آخر أيام التشريق ، وقال الصيدلاني وغيره وعليه العمل في الأمصار والطريق الثاني القطع بالقول الأول ، إذ هو الإحتياط .

وفي شرح المهذب للنووي الحاج يبدأ به من ظهر يوم النحر ويختم في صبح آخر أيام التشريق بلا خلاف ، وأما غير الحاج فللشافعي فيه نصوص ثلاثة ، أحدها : كالحاج وهو المشهور ، ونصه في مختصر المزني والبويطي والامام والقديم قاله الحاوي نصه في القديم والجديد . وقال صاحب الشامل هو نصه في أكثر كتبه .

الثاني : يبدأ به خلف المغرب ليلة النحر كليلة الفطر على أصله .

الثالث : من صبح يوم عرفة إلى عصر آخر أيام التشريق ، كقولهما فالقول الأول خمس عشرة صلاة ، والقول الثاني ثماني عشرة صلاة .

وقال أبو إسحاق المروزي لا خلاف في المذهب أنه يكبر من صبح يوم عرفة إلى عصر آخر أيام التشريق ، وإنما ذكره ليلة النحر للقياس على ليلة الفطر وظهر يوم النحر على

قياس الحجيج ، واختارته طائفــة منهم كابن شريح والمزني والروياني والبيهقي . قال النووي هو الذي اختاره ، وقرره بما روي عن جابر « رض » قال كان رسول الله ﷺ لا يكبر من يوم عرفة من صلاة الغداة إلى صلاة العصر آخر أيام التشريق .

قال البيهقي برواية عمرو بن سمرة عن جابر الجعفي بها ، وروى الحاكم في المستـدرك أنه عليه‌السلام كان يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم ويقنت في صلاة الفجر ويكبر يوم عرفة من صلاة الصبح ، ويقطعها صلاة العصر آخر أيام التشريق ، قال هذا حديث صحيـح لا أعلم في رواية منسوباً الى الحرج . قلت روى البيهقي هذا الحديث باسناد الحاكم ، ثم قال هذا الحديث مشهور ، فعمر بن سمرة عن جابر الجعفي عن أبي الطفيل،وكلا الإسنادين ضعيف، وقال النووي والبيهقي أشد تحرياً من نسخة الحاكم وأتقن.

قلت هذا الذي هو أشد تحريا يروي عن الضعفـاء ، وتكلف في التصحيـح إذا وافق مذهبه ، وإذا كان حديثهم عليه ضعفوهم، وذكر من تكلم فيهم، فاذا كان دأب التحري كما ترى ظنك بغيره كالحاكم وأمثاله من المحريين الشافعية . وفي جامع الاسبيجابي والمجتبى ، وفتاوى العتابي والتحرير والخلاصة الفتوى على قولهما ، أي قول أبي يوسف ومحمد «رح» وعليه عمل الأمصار في أغلب الأعصار . وعن الفقيه أبي جعفر أن مشايخنا يرون التكبير في الأسواق في الأيام العشر ، كذا في الفتاوى الظهيرية .

وفي جامع التفاريق قيل لأبي حنيفة « رح » ينبغي لأهل الكوفة وغيرها أن يكبروا أيام التشريق فى الأسواق والمساجد ، قال نعم ، قال أبو الليث وكان ابراهيم بن يوسف « رح » يعنى بالتكبير فى السوق فى الأيام العشر . وقال الهندواني وعندي أنه لا ينبغى أن يمنع العامة من ذلك لقلة رغبتهم فى الخير ، وبه قال نأخذ كذا في المجتبى.

( والتكبير أن يقول مرة واحدة الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد ) وهو قول عمر بن الخطاب وابن مسعود وبه قال الثوري وأحمد وإسحـاق ، وفيه أقوال أخر ، الأول قول الشافعى « رح » أنه يكبر ثلاثاً معاً ، وهو قول ابن جبير

والحسن ، وفى المحيط قال الشافعى التكبير أن يقول الله أكبر الله أكبر الله أكبر ثلاث مرات أو خمساً أو سبعاً أو تسعاً ، لأن التنصيص عليه فى القرآن التكبير ، قال الله تعالى ﴿ ولتكبروا الله على ما هداكم ﴾ ٣٧ الحج ، والتكبير قوله — الله أكبر — وأما قوله — لا إله إلا الله — فتهليل ، وقوله — الحمد لله — تحميد فمن شرط هذا فقد زاد على الكتاب. قال صاحب الدراية فعلم أن قول المصنف والتكبير .. الخ احترازاً عن قول الشافعى «رح» فى موضعين وفى المدة وتعيين الكلام .

الثاني : قول مالك أنه يقف على الثانية ثم يقطع فيقول الله أكبر لا إله إلا الله ، حكاه الثعلبي عنه .

الثالث : عن ابن عباس الله أكبر الله أكبر الله أجل الله أكبر ولله الحمد .

الرابع : هو الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ، وروي عن ابن عمر .

الخامس : عن ابن عباس الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله الحى القيوم يحيى ويميت وهو على كل شيء قدير .

السادس: عن ابن عباس عن عبدالرحمن الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله الله أكبر الله أكبر الحمد لله ، ذكره فى الحلى .

السابع : أنه ليس فيه موقت قاله الحاكم وحماد .

وقول أصحابنا أولى ، لأن عليه جماعة من الصحابة والتابعين . قوله — مرة واحدة — وعن الشافعى « رح » يقول ثلاثاً معاً ، وهو قوله فى الجديد ، وفى القديم يكبر مرتين ، وقال مالك إن شاء يكبر ثلاثاً ، وإن شاء مرتين ، وقولنا هو مذهب عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود ، وهو قول الثوري وإسحاق وأحمد « رح » .

( هذا هو المأثور عن خليل الله صلوات الله عليه وسلامه ) أي هذا الذي ذكرناه عن كيفية التكبير هو المأثور عن ابراهيم الخليل عليه السلام ، قال الزيلعى لم أجده مأثوراً عن

## وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفة « رح »

الخليل ، ولكنـه مأثور عن ابن مسعود ، ورواه ابن أبي شيبة فى مصنفه سننـه جيدة ، حدثنا أبو الأحوص عن أبى إسحاق عن الأسود قال كان عبد الله يكـبر فى صلاة الفجر يوم عرفة إلى صلاة العصر من يوم النحر يقول الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله الله أكبر الله أكبر ولله الحمد ، وقال أيضاً حدثنا يزيد بن هارون ثنا شريك قال قلت لابى إسحاق كيف كان يكبر علي وعبد الله قال كانا يقولان الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله والله أكبر ولله الحمد ، وذكر فى المفيد هو المأثور عن الخليل واسماعيل وجبريل عليهم السلام فانه لما تله للجبين وتناول المدية باليمين ، وجاء جبريل بالفداء ، ونادى فى الهواء الله أكبر الله أكبر فسمعه الخليل فقال لا إله إلا الله والله أكبر فسمعه اسماعيل أو إسحاق حسبما اختلفوا في الذبح ، فقال الله أكبر ولله الحمد .

وفى المبسوط وقاضى خان أصله أن ابراهيم عليه السلام لما اشتغل بمقدمات ذبح ولده وجاء جبريل عليه السلام بالفداء من السماء خاف من العجلة فنادى الله أكبر الله أكبر، فلما سمع ابراهيم ذلك رفع رأسه إلى السماء فعلم أنه جاء بالفداء فقال لا إله إلا الله والله أكبر فسمعه الذبيح ، فقال الله أكبر ولله الحمد فصار ذلك سنة إلى يوم القيامة .

( وهو ) أي التكبير ( عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الأمصار في الجماعات المستحبة عند أبي حنيفة ) وهو مذهب ابن مسعود ، وكان ابن عمر إذا صلى وحده لا يكبر وبه قال الثوري وهو المشهور عن أحمد . وقوله – عقيب الصلوات – إشارة إلى أنـه لا يجوز أن يخلل ما يقطع به حرمة الصلاة حتى لو قام وخرج من المسجد أو تكلم لم يكبر ، وإنما قيد المفروضات ليخرج الوتر وصلاة العيدين والسنن والنوافل ، وقيد المقيمين ليخرج المسافرين ، وقيد في الأمصار ليخرج المقيمين بالقرى ، وقيد بالجماعة ليخرج المنفرد، وقيد بالمستحب ليخرج جماعة النساء وحدهن .

وفي المبسوط وجوامع الفقه والغزنوي وشرح أبي نصر لا يكبر بعد الوتر وصلاة العيدين والجنائز والسنن والنوافل ويكبر بعد الجمعة لأنها مكتوبة ، وقال مالك وأحمـد وسائر

وليس على جماعة النساء إذا لم يكن معهن رجل ولا على جماعة المسافرين إذا لم يكن معهن مقيم ، وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة .

---

الفقهاء لا يكبر عقيب النوافل خلافاً للشافعي فإنه عنده يكبر في النوافل والجنائز على الأصح . وفي الدراية وللشافعي خلف النوافل طريقان أحدهما أنه يكره قولاً واحداً ، والثاني فيه قولان . وفي الحاوي طريقته . والثالث أنه لا يكبر خلفها قولاً واحداً. وقيل يأمن له الجماعة من النوافل يكبر له وإلا فلا يكبر خلفه .

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة « رح » أنه هل يشترط لإقامة الحرية أم لا ، والأصح أنه ليس بشرط عنده ، والسلطان ليس بشرط عنده ، وقول المصنف على المقيمين يدل على وجوب هذه التكبيرات ، وكذا قولهما على كل من صلى المكتوبة . ونص في المفيد والمزيد وقاضي خان وجوامع الفقه على وجوبها ، وذكر في فتاوى المرغيناني في النحرية أنها سنة ، وبه قال مالك والشافعي « رح » وأحمد والصحيح الوجوب لأنها من الشعائر كتكبيرات العيدين .

( وليس على جماعة النساء إذا لم يكن معهن رجل ) يعني إذا لم يكن إمامهن رجلاً ، فإذا كان يجب عليهن بطريق التبعية ( ولا على جماعة المسافرين إذا لم يكن معهن مقيم ) أي وليس التكبير على جماعة المسافرين إذا لم يكن امامهم مقيماً ، وإذا صلى المسافرون جماعات في مصر فيه روايتان ، الأصح أنه لا يجب عليهم .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( هو ) أي التكبير ( على كل من صلى المكتوبة ) وبه قال مالك والشافعي « رح » والأوزاعي ، والمشهور عن أحمد أن المنفرد لا يكبر كقول أبي حنيفة. وقوله– كل من صلى المكتوبة –أي الفرض سواء كان مصرياً أو مقيماً أو مسافراً جماعة أو منفرداً ( لأنه تبع للمكتوبة ) أي لأن التكبير تبع للمفروضة يكبر كل من صلاها ، قلنا التبعية عرفت شرعاً بخلاف القياس ، لأنه لم يشرع في غير هذه الأيام فتراعى لهذه التبعية جميع ما ورد به النص ، والنص جعل من إحدى شرائطه المصر فوجب أن

ولـه ما روينا من قبل والتشريق هو الجهر بالتكبير ، كـــذا نقل عن الخليل بن أحمد

يشترط القوم الخاص والجماعة ، كما في الجمعة والعيد والمسخيون يكـــبرون عقيب صلاة العيد لأنها تؤدى بالجماعة فأشبهت الجمعة ، وعند غيرهم لا يكبرون ، لأن صلاة العيد في الأصل غير مكتوبة .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ، ما روينا من قبل ) وهو الذي ذكره في أول باب صلاة الجمعة ولا تشريق ولا فطر إلا في مصر جامع .

فإن قلت هذه التكبيرات شرعت تبعاً للمكتوبات ، فكيف يشترط لها ما لم يشترط للمتبوع . قلت النص على خلاف القياس .

واختلف المشايخ في اشتراط الحرية على قوله فمنهم من شرطها قياساً على الجمعة والعيد ومنهم من لم يشترطها قياساً على سائر الصلاة ، وفائدته تظهر فيما إذا أم العبد صلاة المكتوبة في هذه الأيام ، فمن لم يشترطها لم يوجب التكبير ، ومن لم يشترط أوجبه .

( والتشريق هو الجهر بالتكبير ) أشار بهذا إلى أن المراد من قوله في الحديث المذكور آنفاً لا جمعة ولا تشريق ، أي ولا يكبر ، وإن كان متعــدداً كما ذكرناه في أول الفصل ، وأشار إلى صحة مجيء التشريق بمعنى التكبير بقوله ( كذا نقل عن الخليـل بن أحمـد ) وهو من أئمة اللغة ، وكذا نقل عن النصر بن سهيل وقال تاج الشريعة فإن صح النقـــل عنهما فظاهر وإلا فلا بد من التحمل لقول الفقهاء ، فيقول ان التشريق في اللغة تقديم اللحم في الشمس ، والمطلق من الشرع لصلاة العيد مأخوذ من شروق الشمس ، أي طلوعهـــا أو إشراقها أي إضاءتها ، لأن ذلك وقتها ، وتسمية أيام التشريق ، أما انها توابع ليوم النحر ، أو لأن لحوم الأضاحي تشرق فيها .

إذا عرفت ذلك يقول التكبير تصح مراداً بالتشريق مجازاً فيحمل النص عليه ، وإنما قلنا أنه يصح مراداً لأنه وصلاة العيد مشتركان في الوقت ، ويكون كل واحد منهما شعاراً يجهر به من شعائر الإسلام وملازمته بينهما من حيث أنهم كانوا يجهرون بالتكبير في الخروج

ولأن الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط إلا أنه يجب على النساء إذا اقتدين بالرجال، وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية،

---

إلى المصلى وهو مسنون في عيد الأضحى بلا خلاف، وفي عيد الفطر في رواية وإطلاق إسم أحد الملزمين أو المتلازمين على الآخر مجازاً شنقص [1] صحيح كإطلاق الأسد على الجري، والصلاة غير معينة به في الحديث لأن حكمها قد أفيد بقولة - لافطر ولا أضحى - فإن المراد بها صلاة العيدين وهو ظاهر، ويقول التشريق وإن كان على حقيقته فإنه أراد بقوله - ولا تشريق - ولا تكبير تشريق فحذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه انتهى. قلت ولهذا يجاب لمن قال إذا كان التشريق هو التكبير بقوله كأنه قال تكبير التكبير، وهذا ممتنع لأن الشيء لا يضاف إلى نفسه فافهم.

واعلم أن الخليل بن أحمد بن عمرو بن حتم الفراهيدي، ويقال الفرهودي الأزدي التحمدي كان إماماً في علم النحو واللغة، وله تصانيف فيها، وسيبويه أخذ عنه علوم الأدب، مات في سنة خمس وسبعين ومائة، وقيل عاش أربعاً وسبعين سنة ومن تلاحن به النص من شميل بن حرشة التيمي المازني النحوي البصري وله تصانيف، مات في سلخ ذي الحجة سنة أربع ومائتين بمدينة مرو من بلاد خراسان وبها ولد، ونشأ في البصرة فكذلك نسب اليها.

( ولأن الجهر بالتكبير خلاف السنة ) لأن الأصل في الدعاء الإخفاء، فلا تكون سنة إلا في موضع النص أو الإجماع ولم يوجد فيما ذكرناه ( والشرع ورد به ) أي بالجهر ( عند استجماع هذه الشروط ) أشار به إلى الفرض والإقامة والمصر والجماعة والذكورية (الأأنه) أي إلا أن التكبير ( يجب على النساء إذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين ) أي ويجب أيضاً على المسافرين ( عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية ) أي الإمام وفي النحر غير أن المسافر يكبر جهراً والمرأة لا تكبر جهراً.

---

(١) هكذا رسمت في الأصل.

قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت أن أكبر فكبر أبو حنيفة « رح » دل أن الإمام وإن ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانـــه لا يؤدى في حرمة الصلاة ، فلم يكن الإمام فيه حتماً وإنما هو مستحب

---

( قال يعقوب ) أي أبو يوسف ( صليت بهم المغرب ) أى بالمسافرين ( يوم عرفـــة ) هذا مجاز لقرب المغرب من النهار ، أو لان ليلة النحر ملحقة باليوم الذي قبلهـــا في حكم الوقت ، لان مدركها مدرك الحج (فسهوت أن أكبر) أي عن التكبير فكلمة ان مصدرية ( فكبر أبو حنيفة « رح » دل ) أي تكبير أبي حنيفـــة « رح » ( ان الإمام وإن ترك التكبير لا يتركه المقتدي ) كالذي يتلو آية السجدة إذا تركها وهو امام السامعـــين لا يترك السامعون .

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأنه ) أي لأن التكبير ( لا يؤدى في حرمة الصلاة ) بـــل يؤدى في أثرها ( فلم يكن الإمام فيه حتماً ) أي واجباً ، بخلاف سجود السهو إذا تركها الإمام يتركه المقتدي أيضاً ( وإنما هو ) أي الإمام ( مستحب ) أي وجوده في التكبـــير فيكبر إذا تركه إمامه ، ولكن إنما يكبر قبله إذا وقع الناس عن تكبير إمامه بأن قام ، وفي ذكر هذه المسألة فوائد منها بيان منزلة أبي يوسف عند أبي حنيفة « رح » حيث قدمه واقتدى به ، ومنها بيان حشمة استاذه حيث ذكره بسهوه فكبر ليتـــذكر هو ويكبر . ومنها ان الاستاذ إذا تفرس في بعض أصحابه الخير يقدمه ويعظمه عند الناس حتى يعظموه كما فعل أبو حنيفة « رح » . ومنها أن التلميذ لا ينبغى أن ينسى حرمة استاذه وإن قدمه استاذه وعلمه ، ألا ترى أن أبا يوسف شغله ذلك حتى سهى.

فروع : فاتته صلاة في غيـــر أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق أو على العكس ، أو قضاها في أيام التشريق من العام القابل لا يكبر ، ولو قضاها في أيام التشريق من العام من هذه السنة يكبر .

اختلفوا في المسبوق متى يكبر ، قال الجمهور يقضي ما فاتـــه ثم يكبر عقيب سلامه

برأيه . وقال الحسن البصري يكبرثم يقضي . وعن مكحول ومجـــاهد يكبر ثم يقضي ذوابه ، قال ابن أبي ليلى « رح » محل هذا التكبير دبر كل صلاة ما لم يتحلـــل قاطع من حديث عمل أو قهقهة أو كلام أو خروج من المسجد ، فمن نسيه فتذكر قبل وجودالقاطع كبر وبعده لا يكبر

وقال الشافعي لا يكبر ليلة عيد الفطر عند الجمهور ، وإنما يكبر عند الغدو إلى صلاة لعيد ، وعن سعيد بن المسيب وعروة وداود وجوب التكبير في عيد الفطر ووقتهغروب الشمس ليلة العيد عند الشافعي « رح » ، ومذهب الجمهور قول علي وابن عمر وأبي أمامة وآخرين من الصحابة ، وبه قال عبد الرحمن بن أبي ليـــلى وسعيد بن جبـــير والنخعي وأبو الزناد وعمر بن عبـــد العزيز وإبان وأبو بكر بن محمـــد وحماد والحكم ومالـــك وإسحاق وأبو ثور .

* * *

# باب صلاة الكسوف

## ( باب صلاة الكسوف )

أي هذا باب في بيان صلاة الكسوف ، وجه المناسبة بين البابين من حيث أنهما يؤديان بالجماعة في النهار بغير أذان ولا إقامة ، وأخرها من العيد لان صلاة العيد واجبة على الأصح كما ذكرناه فيما مضى ، والتناسب بين هذه الأبواب الثلاثة أعني باب صلاة العيد والكسوف والاستسقاء ظاهر وأوردها حسب رتبها ، وقدم العيد لكثرة وقوعها ، وكذلك قدم الكسوف على الاستسقاء لهذا ، ولأن للانسان حالتين حالة السرور والفرح ، وحالة الحزن والفزع ، فقدم حالة السرور على حالة الفزع .

يقال كسفت الشمس والقمر ، بفتح السين فيهما ، وكسفا على ما لم يسم فاعله ، وانكسفا الكسوف اللازم ، والكسف المتعدى ، وأخسفا وانخسفا فهي ست لغات في الشمس والقمر وقيل الكسوف أوله والخسوف آخره فيهما ، لأنه يقال انخسفت الأرض إذا ساخت ما عليها ، وهو أقوى من الكسف ، قال النووي وقد جاءت اللغات الست في الصحيحين ، والأشهر في سنة الفقهاء تخصيص الكسوف بالشمس والخسوف بالقمر وهو الأفصح ، وقيل لا يقال في الشمس إلا خسف ، وفي القمر إلا كسف ، والقرآن يرده ، وقيل الخسوف في الكل ، والكسوف في القمر فقط ، وقال الليث الخسوف فيهما والكسوف في الشمس فقط. وقال ابن دريد خسف القمر وانكسفت الشمس ، وقال الفراء في الأجود كسفت الشمس وخسف القمر ، وقيل العكس ، وقيل هما سواء ، وقيل الكسوف تغير لونهما والخسوف تغيبهما في السواد .

وأصل الكسوف التغير ، ومنه كسف البال أي تغير الحال ، والخسوف الذهاب بالكلية ، ومنه قوله تعالى ﴿ وخسفنا به وبداره الأرض ﴾ ، ولما كان القمر يذهب ضوءه كان أولى بالخسف . قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط عاب أهل الأدب على محمد «رح»

في لفظة كسوف على القمر ، وقالوا إنما يقال خسوف القمر ، كقوله وخسفت القمر ، قال قلنا الكسوف ذهاب دائرته ، والخسوف ذهاب دون دائرته ، وقيل الكسوف والخسوف تغيره والخسوف ذهاب لونه .

قلت قد مر أن الكسوف والخسوف فيهما[1] لا يعاب عليه ، وقال السغناقي كسفت الشمس كسوفاً ويكسفها الله كسفاً يتعدى ولا يتعدى ، وقال الشاعر :

الشمس طالعة ليست بكاسفة ... تبكي عليك نجوم الليل والقمر

أي ليست تكسف ضوء النجوم مع طلوعها ، ولكن لقلة ضوءها وبكاؤها عليك لم يظهر لها نور ، وكذلك كسف القمر ، إلا أن الأجود فيه أن يقال خسف القمر ، وذكر الإمام جمال الدين الأديب في شرح الأبيات يرثي جرير هذا عمر بن عبد العزيز ، ومعنى قوله — تبكي — أي تغلبت النجوم في البكاء ، يقال بكيته فبكيته ، أي غلبته في البكاء ، وروي — النجوم — بالرفع والنصب ، فعلى تقدير الرفع كأن الواو في والقمر بمعنى مع والألف للاشباع .

( قال وإذا انكسفت الشمس صلى الإمام بالناس الركعتين ) أصل مشروعيته صلاة الكسوف بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ وما نرسل بالآيات إلا تخويفاً ﴾ ٥٩ الإسراء ، والكسوف آية من الآيات المخوفة ، والله تعالى يخوف عباده ليتركوا المعاصي ويرجعوا إلى الطاعة التي فيها فوزهم . وأما السنة فقوله ﷺ إذا رأيتم شيئاً من هذا الافزاع فافزعوا إلى الصلاة . وأما الإجماع فإن الأمة قد اجتمعت عليها من غير إنكار أحد ثم يحتاج بعد هذا إلى معرفة ستة أشياء ، سبب شرعيتها وهو الكسوف ، لأنها تضاف اليه وبتكرر بتكرره وشرط جوازها ما اشترط لسائر الصلاة . وصفتها وهي سنة وليست بواجبة على الأصح . وقال بعض مشايخنا أنها واجبة للأمر بها ، ونص في الاسرار على وجوبها وكيفية أدائها بالجماعة ، ولكن اختلفوا فيها كما سيجيء بيانه إن شاء الله تعالى.

(١) هكذا في الأصل .

وموضع صلاته أنه تصلى في المسجد الجامع أو في مصلى العيد ووقتها هو الوقت الذي يستحب فيه سائر الصلاة دون الأوقات المكروهة ، وبه قال مالك . وقال الشافعي «رح» لا يكره في الأوقات المكروهة ، فقوله ركعتين . وفي المحيط عن أبي حنيفة « رح » إن شاؤوا صلوا ركعتين ، وإن شاؤوا صلوا أربعاً .

وفي البدائع والمفيد والتحفة والعتيبة إن شاؤوا صلوها ركعتين ، وإن شاؤوا أربعاً ، وإن شاؤوا أكثر من ذلك ، هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة « رح » والجماعة فيها أفضل ، فلذلك قال يصلي الإمام بالناس ، ويجوز فرادى ، ذكره في المحيط ، وفي الذخيرة الجماعة فيها سنة ويصلي بهم الإمام الذي يصلي الجمعة والعيدين . وفي المرغيناني يؤمهم فيها إمام حيهم بإذن السلطان ، لأن اجتماع الناس ربما أوجب فتنة وضلالاً ولا يصلون في مساجدهم بل يصلون جماعة واحده .

( كهيئة النافلة ) بغير أذان ولا إقامة ( في كل ركعة ركوع واحد ) مثل صلاة الفجر والجمعة ، وبه قال النخعي والثوري وابن أبي ليلى ، وهو مذهب عبد الله بن الزبير ، رواه ابن أبي شيبة عن ابن عباس .

( وقال الشافعي ركوعان ) أي في كل ركعة ركوعان ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق « رح » ، وعن أحمد وإسحاق يركع في كل ركعة ثلاث ركوعات ، وحكى ابن المنذر عن حذيفة وابن عباس في كل ركعة ثلاث ركوعات . وعن علي رضي الله عنه خمس ركوعات ، وعن إسحاق يجوز في كل ركعة ركوعات ثلاثة وأربعة لأنه ثبت ذلك كله عن النبي ﷺ وقال العلاء بن زياد لا يزال يركع ويقوم ويراقب الشمس حتى تنجلي . وفي البدائع قال أبو منصور اختلاف الروايات محمول على النسخ دون التخيير لاختلاف الأئمة . ولو كان على التخيير لما اختلفوا .

( له ) أي للشافعي « رح » ( رواية عائشة « رض » ) حديث عائشة «رض» أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن عروة عن عائشة « رض » قالت خسفت الشمس على عهد رسول

الله ﷺ فخرج رسول الله ﷺ إلى المسجد فقام فكبر نصف النـــاس وراءه فقرأ قراءة طويلة ثم ركع فركع ركوعاً طويلاً ، ثم رفع رأسه ، فقال سمع الله لمن حمده ربنـا ولك الحمد ، ثم قام فقرأ قراءة طويلة هي أدنى من القراءة الأولى ثم كـــبر فركع [1] ركوعاً طويلاً هي أدنى من الأولى ، ثم قال سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد، ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك فاستكمل أربع ركعات وأربع تحيات فانجلت الشمس قبل أن ينصرف ، ثم قام فخطب الناس فأثنى على الله بما هو أهله ، ثم قال إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته ، فإذا رأيتموا ذلك فافزعوا إلى الصلاة .

وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن عطاء بن يسار عن ابن عباس قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فذكر نحو حديث عائشة ، وأخرجا أيضاً نحوه من حديث عبدالله ابن عمرو بن العاص .

وحديث الثلاث ركعات في كل ركعة أخرجه مسلم عن عطاء عن جابر رضي الله عنه قال كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فصلى ست ركعات بأربع سجدات، وأخرجه أيضاً عن عائشة رضي الله عنها . وعن ابن عباس بنحوه .

وحديث أربع ركعات في كل ركعة ، أخرجه مسلم عن طاووس عن ابن عباس أنه عليه السلام صلى في الكسوف فقرأ ثم يركع ثم قرأ ثم يركع ، ثم قرأ ثم يركع ثم سجد. وعن علي مثل ذلك .

وحديث خمس ركعات في كل ركعة أخرجه أبو داود في سننـه من حديث أبي بن كعب أن النبي عليه السلام صلى بهم في كسوف الشمس ، فقرأ سورة من الطوال وركع خمس ركعات وسجد سجدتين وفعل في الثانية مثل ذلك ، ثم جلس يدعو حتى تجلى كسوفها ، وفي إسناده أبو جعفر الرازي ، واسمه عيسى بن عبد الله بن هامان فيه مقال ، وذكر أبوعمرو بن حزم عن عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام صلى في كسوف عشر ركعات في

(١) في الأصل – فرفع – اهـ مصححه .

أربع سجدات ، وروى أبو داود عشر ركعات في كل ركعة .

ثم صورة هذه الصلاة عند الشافعي « رح » ما ذكره في شرح الوجيز أقل هذه الصلاة أن يحرم بنية صلاة الكسوف ويقرأ الفاتحة ويركع ثم يرفع رأسه ويقرأ الفاتحة ثم يركع ثم يسجد ثم يفعل كذلك في الركعة الثانية ، وكلاهما أن يقرأ في القيام الأول بعد الفاتحة سورة البقرة أو بقدرها ثم يركع ويسبح بقدر مائة آية ثم يرفع رأسه ويقرأ في القيام الثاني مقدار مائتي آية من سورة البقرة ، ثم يركع ويسبح بقدر ثمانين آية ، ثم يرفع رأسه ويقرأ ويسجد كما يسجدها في غيرها .

وقال ابن شريح يطيل السجود على حسب ما قبله من الركوع ، وقال غيره لا يطيل بل هو كالسجود في سائر الصلاة والأول أصح ثم يقرأ في الركعة الثانية بعد الفاتحة مائة وخمسين آية ، ثم يركع ويسبح بقدر سبعين آية ثم يرفع رأسه ويقرأ بعد الفاتحة بقدر مائة آية ثم يركع ويسبح بقدر خمسين آية ، ثم يركع ويسجد ، وهذا اختيار المزني وقوله صاحب الحلية .

وقال السفناقي في صورة صلاة الكسوف عند الشافعي « رح » أن يقوم في الركعة الأولى ويقرأ فيها بفاتحة الكتاب وسورة البقرة إن كان يحفظها ، وإن كان لا يحفظها يقرأ غير ذلك مما بعدها ، ثم يركع ويمكث في ركوعه مثلما يمكث في قيامه ، ثم يرفع رأسه ويقوم ويقرأ سورة آل عمران إن كان يحفظها ، وإن كان لا يحفظها يقرأ غير ذلك مما بعدها ثم يركع ثانياً ويمكث في ركوعه مثلما يمكث في قيامه هذا ، ثم يرفع رأسه ثم يسجد سجدتين ثم يقوم فيمكث فى قيامه ويقرأ فيه في القيام الثاني في الركعة الأولى فيمكث في ركوعه مثلما يمكث في هذا القيام ثم يقوم ويمكث فى مقامه مثلما يمكث فى الركوع ثم يرفع رأسه ويقوم مثل ثلثى قيامه فى القيام الأول من هذه الركعة الثانية ، ثم يسجد سجدتين وتتم الصلاة ، كذا فى المحيط .

وذكر فى الخلاصة الغزالية فإذا كسفت الشمس فى وقت مكروه أو غير مكروه يؤدي الصلاة جماعة وصلى الإمام بالناس فى المسجد ركعتين وركع فى كل ركعة ركوعين

أوائلها أطول من أواخرها ، ثم ذكر قراءة الطوال الأربع ، ثم قال وسبح فى الركوع الاول قدر مائة آية ، وفى الثانية قدر ثمانين ، وفى الثالثة قدر سبعين ، وفى الرابع قدر خمسين آية .

( ولنا رواية سمرة وابن عمرو رضى الله عنهما ) فى أكثر النسخ ، ولنا رواية ابن عمر ولم يذكر سمرة - أما حديث سمرة بن عبدة ، فما أخرجه أبو داود حدثنا أحمد بن يونس حدثنا زهير حدثنا الاسود بن قيس حدثني ثعلبة بن عباد العبدي ثم من أهل البصرة أنه شهد خطبة يوما سمرة بن جندب قال : قال سمرة بن جندب بينما أنا وغلام من الانصار نرى عرضين لنا حتى إذا كانت الشمس قدر رمح أو رمحين أو ثلاثة في عين الناظرين الأفق اسودت ، فقال أحدنا لصاحبه انطلق بنا إلى المسجد ، فوالله لتحدثن شأن هذا الشمس له رسول الله ﷺ في أمة حديثاً قال ، قدمنا فإذا هو بارز فاستقدم فقام كأطول ما قام بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً ، قال ثم ركع بنا كأطول ما ركع بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً ، قال ثم سجد بنا كأطول ما سجد بنا في صلاة قط لا نسمع له صوتاً ، ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك ، قال فوافق تجلي الشمس جلوسه في الركعة الثانية ، قال ثم سلم فحمد الله وأثنى عليه وشهد أن لا إله إلا الله وشهد أنه عبده ورسوله ، ثم ساق أحمد ابن يونس خطبة النبي ﷺ ، وأخرجه النسائي أيضاً مطولاً ومختصراً .

وأخرجه ابن ماجة والترمذى مختصراً ، وقال حديث حسن صحيح ، وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً والطحاوي ، وفي لفظها يرمى عرضاً لنا قوله عرضين ثبت عرض بفتح العين والراء وهو الهدف قوله - قدر رمحين - بكسر القاف أي قدره رمحين أضت ، أي رجعت من آض يئيض أيضاً ، قوله - تنومه - بفتح التاء المثناة من فوق وتشديد النون وضمها بعدها واو ساكنة ثم ميم مفتوحة ، وفي آخره هاء وهو نوع من نبات الأرض فيه ، وفي ثمره سواد قليل ، ويقال هو شجر له ثمر يكسر اللون ، قوله - فاذا هو بارز - من البروز وهو الظهور ، وقال الخطابي هذا تصحيف من الراوي ، وإنما هو بارز أي يجمع كثير بقول العرب القضاء منهم أرزوا التثبت منهم أرزاً إذا غصن بهم لكسرتهم.

وأما حديث ابن عمر بدون الواو في عمر لم نجده ، وإنما المروي حديث ابن عمرو هو عبد الله بن عمرو بن العاص ، ولعل الخطأ من الناسخ ، وحديث ابن عمرو أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي في الشمائل عن عطاء بن السائب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو قال كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فقام رسول الله ﷺ لم يكد يركع ثم ركع فلم يكد يركع ، ثم رفع فلم يكد يسجد ، ثم سجد فلم يكد يرفع ثم رفع ، وفعل في الركعة الأخرى مثل ذلك ، ثم نفتح في آخر سجوده ، فقال آفاق ثم قال رب ألم تعدني أنك لا تعذبهم وأنا فيهم ، ألم تعدني أن لا تعذبهم وهم يستغفرون ، ففرغ رسول الله ﷺ من صلاته وقد انحضت الشمس . وأخرجه الحاكم أيضاً وقال صحيح ولم يخرجاه من أجل عطاء بن السائب.

قلت قد أخرج البخاري عن عطاء حديثاً مقروناً لأبي بشر وقال أيوب ثقة ، ولنا أحاديث أخرجها حديث أخرجه النسائي ، وعن أبي قلابة عن النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال إذا خسفت الشمس والقمر فصلوا حديث صلاة صليتموها من المكتوبة ، ورواه أحمد في مسنده والحاكم في مستدركه ، وقال على شرطهما ، ورواه أبو داود ولفظه كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فجعل يصلي ركعتين ركعتين ويسأل عنها حتى انجلت .

وأخرجه ابن ماجة أيضاً ، وقال البيهقي هذا مرسل أبو قلابة لم يسمع من النعمان . قلت صرح في الكمال بسماعه من النعمان ، وقال ابن حزم وأبو قلابة أدرك النعمان وروى هذا الخبر عنه ، وصرح ابن عبد البر بصحة هذا الحديث ، وقال من أحسن حديث ذهب اليه الكوفيون حديث أبي قلابة عن النعمان يظهر من البيهقي دعوى بلا دليل ، والعجب من النووي حكم بصحة هذا الحديث ، ثم قال إلا أنه روي بزيادة رجل بين أبي قلابة والنعمان ، ثم اختلف في ذلك الرجل ، واسم أبي قلابة عبد الله بن زيد الحربي .

ومنها حديث أخرجه أبو داود عن قبيصة الهلالي قال كسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فخرج فزعاً يجر ثوبه وأنا معه يومئذ بالمدينة فصلى ركعتين فأطال فيهما القيام ، ثم انصرف وانجلت فقال إنما هذه الآيات يخوف الله بها ، فإذا رأيتموها فصلوا ، كحديث صلاة صليتموها من المكتوبة . وأخرجه النسائي أيضاً والحاكم في المستدرك وقال حديث

صحيح على شرائط الشيخين ولم يخرجاه ، ورواه البيهقي أيضاً ، ثم قال يسقط بين أبي قلابة وقبيصة رجل وهو هلال بن عامر . وقال النووي في الخلاصة وهذا لا يقدح في صحة الحديث .

ومنها حديث أخرجه البخاري في صحيحه عن الحسن عن أبي بكر قال خسفت الشمس على عهد رسول الله ﷺ فخرج يجر رداءه حتى انتهى إلى المسجد وبادر الناس فصلى بهم ركعتين مثل صلاتكم ، ووهم النووي في الخلاصة فعزى هذا الحديث للصحيحين ، وإنما انفرد به البخاري .

ومنها حديث أخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن سمرة وفيه فصلى ركعتين ، فظاهر هذا الحديث ، والحديث الذي قبله ان الركعتين بركوع واحد ، وقد اختلفوا في الجواب عنها لأجل أنها عليهم ، فقال النووي قوله – صلى ركعتين – يعني في كل ركعة قيامان وركوعان . وقال القرطبي يحتمل أنه إنما أخبر عن حكم ركعة واحدة وسكت عن الأخرى قلت في هذين الجوابين إخراج اللفظ عن ظاهره فلا يجوز إلا بدليل . وأيضاً فلفظ النسائي كما تصلون ، وابن حبان مثل صلاتكم يرد ذلك ، وفي العارضة روى الكسوف عن النبي ﷺ سبعة عشر رجلاً .

( والحال أكشف على الرجال لقربهم ) هذا جواب عن حديث عائشة رضي الله عنها الذي احتج به الشافعي « رح » فيما ذهب اليه أن حال النبي ﷺ وهي الهيئة التي كان عليه السلام عليها في صلاة الكسوف أكشف على الرجال من النساء بقرب الرجال منه عليه السلام ، لأنهم يقومون قبل صف النساء ، ومن هذا أخذ محمد بن الحسن في الآثار فقال يحتمل أنه عليه السلام أطال الركوع زيادة على قدر ركوع سائر الصلاة ، فرفع أهل الصف الأول رؤوسهم ظناً منهم أنه عليه السلام رفع رأسه من الركوع عن خلفهم ورفعوا رؤوسهم ، فلما رأى أهل الصف الأول رسول الله ﷺ راكعاً ركعوا ثمة خلفهم ركعة ، فلما رفع رسول الله ﷺ رأسه من الركوع رفع القوم رؤوسهم ومن خلف الصف الأول ظنوا أنه ركع ركوعين ، فرووه على حسب ما رفع عندهم .

ومثل هذا الإشتباه قد يقع لمن كان آخر الصفوف وعائشة رضي الله عنها كانت واقعة

في صف النساء وابن عباس في صف الصبيان في ذلك الوقت ، فنقلا كما وقع عندهم فيحمل على هذا توفيقاً بين الروايتين . قلت هذا الاحتمال لا يجدي شيئاً ، لأنا وإن سلمنا هذا في ركوعين ، فماذا يقال في ثلاث ركوعات في رواية وأربع ركوعات في أخرى كما ذكرنا .

وقال الأترازي في قوله — والحال أكشف على الرجال — فيه نظر ، لأن الشافعي «رح» لا يتمسك بما روت عائشة « رض » وحدها حتى يلزم ترجيح رواية الرجال على رواية النساء ، بل يتمسك بروايتها ورواية ابن عباس فلا يتأتى الترجيح إلا بما قلنا من القياس . قلت ابن عباس في ذلك الوقت كان في صف الصبيان ، فتكون روايته ورواية عائشة رضي الله عنها على السواء على هذا .

قال الأكمل فإن قيل روى حديثها من الرجال ابن عباس ، وقد كان في صفهم . أجيب بأنه كان في صف الصبيان في ذلك الوقت . قلت هذا أيضاً لا يجري ، وكل منهما حام حول الحمى فلم ينصبا ، لأن الشافعي « رح » لم يتعلق بحديث عائشة رضي الله عنها في حده في الاحتجاج لمذهبه ، بل يتعلق به وبحديث جابر وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهما ، بل الصواب ها هنا أن يقال اختلفوا في صلاة الكسوف ، بل يقال سحير ، وكل واحد منهم تعلق بحديث ورآه أولى من غيره بحسب ما أدى اجتهاده اليه في صحته وموافقة للأصل المعهود في أبواب الصلاة .

وأبو حنيفة « رح » تعلق بأحاديث موافقة للقياس في أبواب الصلاة ، لأن في سائر الصلوات من المكتوبات والتطوع مع كل ركعة سجدتان ، فكذلك ينبغي أن تكون صلاة الكسوف كذلك .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو الطيب وغيرهما يحمل أحاديثنا على الاستحباب وأحاديثهم على الجواز ، وقال السروجي لم ينقل ذلك بالمدينة إلا من واحدة ، فإذا حصل هذا الإضطراب لكبر من الركوع واحد إلى عشر ركوعات نعمل بما له أصل في الشرع انتهى . قلت فيه نظر ، لأن بعضهم قالوا صلى النبي ﷺ صلاة الكسوف غير مرة ، وفي غير سنته فروى كل واحد ما شاء هذه من صلاته وضبطه من فعله .

وذكر النووي في شرح المهذب أن عند الشافعية « رح » لا تجوز الزيادة على ركوعين، وبه قطع جمهورهم ، قال وهو ظاهر نصوصه . قلت الزيادة من العدل مقبولة عندهم ، وقد صحت الزيادة على الركوعين ولم يعملوا بها ، فكل جواب لهم عن الزيادة على الركوعين ، فهو جواب لنا عما زاد على ركوع واحد ، وقال السرخسي وتأويل الركوعين فيما زاد أنه عليه السلام طول الركوع فيها ، لأنه عرض عليه الجنة والنار فمل بعض القوم وظنوا أنه رفع رأسه فرفعوا رؤوسهم إلى آخر ما ذكرنا عن محمد عن قريب فيه ما فيه عما ذكرنا ، وقيل رفع رأسه ﷺ يخبر حال الشمس هل انجلت أم لا ، وهكذا قيل في كل ركوع وفيه نظر أيضاً .

وقد قال يناظر محمد بن إسحاق الم يعلم أن الحديثين إذا جاء من وجهين ، واختلفا وكانت في زيادة كان الأخذ بالزيادة أولى ، لأن الأبى بها أثبت من الذي ينقص الحديث ، قال نعم ، قال المناظر لقي حديث من الزيادة ما ينبغي أن يرجع اليه ، قال محمد فالنعمان ابن بشير لا يذكر في كل ركعة ركوعين ، قال المناظر فقلت فالنعمان يزعم أن النبي ﷺ صلى ركعتين ثم نظر فلم تنجل الشمس ، فقال فصلى ركعتين ثم ركعتين ثم ركعتين فيأخذ به ، قال لا قلت فأنت إذاً تخالف قول النعمان وحديثه ، انتهى .

قلت لقائل أن يقول له كما قال لمحمد سواء أنت تأخذ بحديث عائشة « رض » وجابر وابن عباس ، فإن قال نعم قيل له قد صح عنهم ما ذكر من ثلاث ركعات في كل ركعة ست ركعات ، فهذه زيادة أتأخذ بها ، فإن قال لا ، قيل له فأنت إذاً تخالف ما ذكرت، لأنك اعتمدت به وتخالف أيضاً ويخالفه أيضاً ما ذهبنا اليه بحجتنا وقدوتنا .

وأما حديث أبي بن كعب « رض » حدثنا فيه زيادة رواه الحاكم من حديث أبي جعفر الرازي عن الربيع بن أنس عن أبي العالية عن أبي بن كعب قال انكسفت الشمس فصلى النبي ﷺ فقرأ سورة من الطوال وركع خمس ركعات وسجد سجدتين، وهذا الحديث فيه ألفاظ زائدة ، ورواته صادقون وصححه أيضاً أبو محمد الأسيلي واقر الحفظان بن القطان وابن المواقق فكان ينبغي أن يعمل بها من قال خبر الزيادة من النقد .

فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفى عند أبي حنيفة ، وقالا يجهر . وعن محمد مثل قول أبي حنيفة « رح » أما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف إن شاء ، لأن المسنون استيعاب الوقت بالصلاة والدعاء ، فاذا خفف أحدهما طول الآخر ،

---

( فكان الترجيح لروايته ) الفاء فيه جواب شرط محذوف ، أي إذا كان الحال أكشف للرجال من النساء يؤمهم من النبي ﷺ ، فكان الترجيح له ، ورواية ابن عمرو بن العاص وقد ذكرنا أنه وقع في الكتاب ابن عمر بدون الواو وليس كذلك كما بينا .

( ويطول القراءة فيها ) ويطول الإمام القراءة في ركعتي الكسوف لما مر أن النبي عليه السلام قام في الأولى مقدار البقرة ، وفي الثانية بقدر آل عمران ، وفي المرغيناني يقرأ فيهما كما أحب كالمكتوبة . ولو طول القراءة خفف الدعاء أو على العكس ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » في كسوف الشمس أنهم إن شاؤوا صلوا ركعتين وإن شاؤوا أربعاً ، وإن شاؤوا أكثر من ذلك ، وإن شاؤوا سلموا في كل ركعتين ، وإن شاؤوا في كل أربعة لأنها نافلة .

( ويخفي ) أي القراءة ( عند أبي حنيفة ) وبه قال الشافعي ومالك « رح » (وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد « رح » ( يجهر ) بالقراءة ، وبه قال أحمد ومالك « رح » في رواية ( وعن محمد مثل قول أبي حنيفة ) أي روي عن محمد أنه لا يجهر بالقراءة كمثل قول أبي حنيفة « رح » . وفي التحفة عن محمد روايتان فيه . وفي البدائع وفي عامة الرواية مع أبي حنيفة « رح » .

( أما التطويل في القراءة فبيان الأفضل ) لا بيان الوجوب ، لأن قوله — ويطول القراءة فيها — قول القدوري . وروى في مختصره وهو يحتمل الوجوب وغيره . فأشار بقوله أما التطويل الى آخره إلى أن التطويل غير واجب ، ولو قال وأما التطويل في القراءة فبيان السنة لكان أولى على ما لا يخفى ( ويخفف ) القراءة ( إن شاء لأن المسنون استيعاب الوقت ) أي استغراقه ( بالصلاة والدعاء قال إذا خفف أحدهما طول الآخر )

وأما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ جهر فيها . ولأبي حنيفة « رح » رواية ابن عباس وسمرة بن جندب ، والترجيح قد مر من قبل كيف وأنها صلاة النهار وهي عجماء

---

يعني إذا خفف الصلاة طول الدعاء وهو بالخيار في هذا الدعاء إن شاء جلس فدعى ويستقبل القبلة ، وإن شاء قام ودعى واستقبل الناس بوجهه .

( وأما الإخفاء والجهر فلهما ) أي فلأبي يوسف ومحمد « رح » ( رواية عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام جهر فيها ) حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري ومسلم عن عروة عن عائشة « رض » قالت جهر النبي عليه السلام في صلاة الخسوف بالقراءة الحديث ، والمراد بالخسوف كسوف الشمس والدليل عليه ما رواه البخاري أيضاً من حديث أسماء بنت أبي بكر « رض » قالت جهر النبي عليه السلام في صلاة الكسوف ورواه أبو داود ولفظه أن النبي ﷺ قرأ قراءة طويلة فجهر بها يعني في صلاة الكسوف ، ورواه الترمذي ولفظه أن رسول الله عليه السلام صلى صلاة الكسوف فجهر فيها بالقراءة وحسنه ، ورواة ابن أبي حبان أيضاً في صحيحه قالوا وفي هذه الألفاظ ما يدفع قول من تفسير لفظ الصحيحين بخسوف القمر .

( ولأبي حنيفة « رض » رواية ابن عباس وسمرة « رض » ) حديث ابن عباس رواه أحمد في مسنده عن عكرمة عن ابن عباس قال صليت مع النبي عليه السلام الكسوف فلم أستمع منه فيها حرفاً من القراءة ، ورواه أبو يعلى الموصلي أيضاً في مسنده وأبونعيم في الحلية والطبراني في معجمه والبيهقي في المعرفة .

وحديث سمرة بن جندب رواه الأربعة عن بعدة بن عباد العبدي قال قال سمرة بن جندب بينما أنا وغلام من الأنصار نرمي عرضين لنا .. الحديث وفيه صلى بنا رسول الله عليه السلام الكسوف لا نسمع له صوتاً ، وقد مر هذا الحديث في هذا الباب بتمامه .

( والترجيح قد مر من قبل ) أراد به قوله ـ والحال أكشف على الرجال لقربهم ـ ( كيف وأنها صلاة النهار وهي عجماء ) كيف اسم ، وعن سيبويه أنه ظرف ، ومعناه

## ويدعوا بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله ﷺ إذا رأيتم من هذه الأفزاع شيئاً فارغبوا إلى الله بالدعاء ،

كيف يجهر بالقراءة في صلاة الكسوف والحال أنها صلاة النهار عجماء ، أي ليس فيها قراءة مسموعة ، أخذ من العجماء التي هى البهيمة ، سميت به لأنها لا تتكلم ، وكل من لا يقدر على الكلام فهو أعجم ( ويدعوا بعدها ) أي ويدعو الإمام بعد صلاة الكسوف ( حتى تنجلي الشمس ) أي حتى تنكشف ، لأن الصلاة كانت الدعاء ، فإذا فرغوا من الصلاة يجب أن يدعوا . وقال الشافعى « رح » يخطب خطبتين بعد كما في العيدين ، وبه قال أحمد ، واحتجا بما روى البخاري ومسلم عن عائشة رضى الله عنها أن النبى ﷺ انصرف وقد انجلت الشمس فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته ، فإذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وصلوا وتصدقوا .. الحديث .

ولنا أنه عليه السلام خطب خطبتين أمر بالصلاة ولم يأمر بالخطبة ، ولو كانت مسنونة فيها لبينها ولم ينقل عنه عليه السلام أنه خطب خطبتين ، فليس عليهما دليل ولا القياس. وحديث ابن مسعود وابن عمر وعائشة في الصحيحين ولم يذكر الخطبة .

والجواب عن الحديث المذكور أنه عليه السلام خطب ليردهم عن قولهم أن الشمس كسفت لموت ابراهيم بن رسول الله عليه السلام فقال ان الشمس والقمر . . الحديث هو محمول على الدعاء .

( لقوله عليه السلام إذا رأيتم من هذه الأفزاع شيئاً فارغبوا إلى الله بالدعاء ) هذا اللفظ غريب وهو في الصحيحين من حديث المغيرة بن شعبة ، فإذا رأيتموها فارغبوا إلى ذكر الله ، وأخرجه أيضاً عن عائشة ، فإذا رأيتموها فكبروا وادعوا ، وروى أبو سليمان في كتاب الصلاة قريباً من لفظ المصنف عن محمد عن أبي يوسف عن إبان عن ابن أبي عباس عن الحسن البصرى عن رسول الله عليه السلام أنه قال إذا رأيتم من هذه الأفزاع شيئاً فافزعوا إلى الصلاة . قلت هذا مرسل وهو حجة عندنا ، قوله — فافزعوا — بالزاي المعجمة ، أي التجئوا اليه ، يقال فزع اليه ، أي التجأ ، والمفزع الملجأ .

والسنة في الأدعية تأخيرها عن الصلاة ، ويصلي بهم الإمام الذي يصلي بهم الجمعة وإن لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزاً عن الفتنة ، وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الإجتماع في الليل أو لخوف الفتنة ،

---

( والسنة في الأدعية تأخيرها عن الصلاة ) لما روى الترمذي في جامعه في كتاب الدعوات والنسائي في كتاب اليوم والليلة عن عبد الرحمن بن سابط عن أبي أمامة قيل يا رسول الله ﷺ أي الدعاء اسمع قال جوف الليل الأخير ودبر الصلاة المكتوبة ، قال الترمذي حديث حسن ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه ، وقال ابن القطان وعبد الرحمن بن سابط لم يسمع من أبي أمامة ، وروى أبو داود والنسائي عن معاذ « رض » أن النبي ﷺ قال له يامعاذ والله إني لأحبك أوصيك يامعاذ لا تدع عن دبر كل صلاة أن تقول اللهم أعني على ذكرك وشكرك وحسن عبادتك . واحتج البخاري في تاريخه الأوسط عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ أنه كان يدعو في دبر كل صلاة . ( ويصلي بهم الإمام الذي يصلي بهم الجمعة ) يعني يصلي صلاة الكسوف بالقوم الإمام الذي يصلي بهم الجمعة والعيدين ، وفي التحفة أو غيره بإذن الإمام ، كما في الجمعة والعيدين وفي المرغيناني ويؤمهم فيها إمام حيهم بإذن السلطان في مساجدهم بل يصلون جماعة واحدة ، ولو لم يقمها الإمام صلى الناس فرادى . وفي مبسوط بكر عن أبي حنيفة في غير رواية الأصول لكل إمام مسجد أن يصلي بجماعته في مسجده . وذكر في المحيط وقال الاسبيجابي يمكن بإذن الإمام الأعظم .

( فإن لم يحضر ) أي الامام الذي يصلي بهم الجمعه ( صلى الناس فرادى ) أي منفردين ، وانتصابه على الحال ( تحرزاً عن الفتنة ) في التقديم والتقدم .

( وليس في كسوف القمر جماعة ) هذا لفظ محمد في المبسوط ، وقد عيب عليه بأن لفظ الكسوف لا يستعمل إلا في الشمس ، ورد بأن كلا من لفظ الكسوف والخسوف مستعمل في كل واحد من الشمس والقمر ، وقد حققنا الكلام فيه في أول الباب ، ووقع في بعض النسخ وليس في خسوف القمر جماعة ، والأول أصح ، وقيل الجماعة جائزة لكنها ليست بسنة ( لتعذر الإجتماع بالليل ) لتعذر اجتماع الناس بالليل ، وكان في زمان النبي ﷺ كسوف القمر كما كان كسوف الشمس ، فلو كان فيه جماعة كما في كسوف الشمس ، لنقل وأما نفس الصلاة فبالأحاديث المذكورة عن قريب ( أو لخوف الفتنة ) لأن اجتماع

وإنما يصلي كل واحد بنفسه لقوله ﷺ إذا رأيتم شيئاً من هذه الأهوال فافزعوا إلى الصلاة وليس في الكسوف خطبة لأنه لم ينقل

---

الناس بالليل من أطراف البلد لا يكاد يسلم عن وقوع فتنة منهم ، أما من جهة وقوع الزحام وأما من جهة اختيار الإمام .

( وإنما يصلي كل واحد بنفسه ) يعني منفردين ، وعند الشافعي « رح » يصلي صلاة الخسوف بالجماعة ، كما في الكسوف ، وقال مالك لا صلاة فيه . وفي المغني لابن قدامة ، وعن مالك ليس في كسوف القمر سنة ولا صلاة ، وانفرد به من بين أهل العلم . وقال الشافعي « رح » يصليها جماعة بركوعين وبالجهر بالقراءة وبخطبتين بينهما جلسة ككسوف الشمس ، وهو قول أحمد وإسحاق إلا في الخطبة .

( لقوله ﷺ إذا رأيتم شيئاً من هذه الأهوال فافزعوا إلى الصلاة ) في هذا الموضع نظر من وجهين ، الأول : أن هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وإنما الذي صح ما رواه البخاري ومسلم وحديث عائشة رضي الله عنها فإذا رأيتم ذلك فافزعوا إلى الصلاة ، والثاني : أن هذا الحديث لا يطابق مراعاة ، يظهر ذلك بالتأمل ولا ينكر ذلك إلا المعائد ( وليس في كسوف الشمس خطبة ) وقال الأكمل أي في كسوف الشمس والقمر خطبة . قلت ليس في خسوف القمر جماعة فضلاً عن الخطبة فلا يحتاج إلى ذكر القمر ، وإنما عرفوه قول السغناقي في قول المصنف وليس في الكسوف خطبة ، هذا راجع إلى كسوف الشمس والقمر وليس كذلك، لأن المعنى كسوف الشمس خاصة كما ذكرنا، لأن الخسوف ليس فيه جماعة ، فكيف يكون فيه الخطبة حتى يبنى .

( لأنه لم ينقل ) أي لأن كون الخطبة في كسوف الشمس لم ينقل ، وهذا غير صحيح لما روى البخاري ومسلم من حديث أسماء ثم انصرف بعد أن انجلت الشمس والقمر فقام فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا يكسفان لموت أحد ولا لحياته ولكن يخوف الله بهما عباده ، ما من شيء كنت لم أره إلا قدراً في مقامي هذا حتى الجنة والنار ، ولقد أوحي إلي أنكم تفتنون في قبوركم مثلاً وقريباً من فتنة الدجال .. الحديث . وأخرجا أيضاً من حديث ابن عباس فقال إني

رأيت الجنة نفساً وأكلت الجنة منهاأنفوداً ولو أخذته لأكلتم منه ما بقيت الدنيا ، ورأيت النار فلم أر كاليوم مثلاً قط .. الحديث .

وأخرجه أيضاً عن عائشة رضي الله عنها أنه قال يا أمة محمد ما من أحد أغير من الله أن يرى عبيده أو ونى أمته .. الحديث . وأخرج مسلم عن جابر رضي الله عنه ولقد حي بالنار حين رأيتموني أخرف مخافة أن يصيبني من نفخها .. الحديث . وأخرج أحمدمن حديث سمرة بن جندب فحمد الله وأثنى عليه وشهد أنه عبد الله ورسوله ثم قال يا أيها الناس أنشدكم الله إن كنتم تعلمون اني قصرت في شيء من تبليغ رسالات ربي .. الحديث بطوله ، وأخرجه الحاكم أيضاً في مستدركه ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، وأخرج ابن حبان في صحيحه من حديث عمرو بن العاص فقام فحمد الله وأثنى عليه . الحديث .

وقال الأكمل ولنا أنه لم ينقل ، وذلك دليل على أنه يفعل . وقال صاحب الدراية ولنا ما روي من الحديث في المتن وعدم النقل . وقال السغناقي في معنى قوله لأنه لم ينقل ، أي بطريق الشهرة . قلت أما كلام الأكمل فإنه غير وارد على منهج الصواب ، لأن قوله – لم ينقل – غير صحيح ، لأنه ﷺ قد فعله ، وكذلك قوله وذلك دليل على أنه لم يفعله غير صحيح ، لأنه ﷺ قد فعله ، وأما كلام صاحب الدراية ففيه نظر من وجهين .

الأول : ان قوله ولنا ما روي من الحديث في المتن غير سديد ، ولا يوجد ، لأن الحديث الذي في المتن لا يدل على نفي الخطبة في الكسوف .

الثاني : أن قوله – وعدم النقل – غير صحيح لما ذكرنا . وأما قول السغناقي – أي بطريق الشهرة – فإقرار منه أن النقل موجود وأما قوله – أي بطريق الشهرة – فغير صحيح ، وكيف لا يكون مشهوراً ، وقد رواه غير واحد من الصحابة كما ذكرناه الآن ، ثم أجاب الأكمل بعد اعترافهم بالنقل بأنه ﷺ لم يقصد الخطبة ، وإنما قال ذلك دفعاً لقول من قال ان الشمس انكسفت لموت ابراهيم وأخبار اعمار .. الخ من الجنة والنار .

قلت سبحان الله كيف لا يكون خطبة ومقاصد الخطبة لا تنحصر في شيء معين ، ولا سيما ورد أنه صعد المنبر وبدأ بما هو المقصود من الخطبة ، فحمد الله وأثنى عليه ووعظ

وذكر فضل الخطبة وغير ذلك ، وصعود المنبر رواه النسائي وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، ولفظهم ثم انصرف بعد أن انجلت الشمس ، فقام وصعد المنبر فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ، ثم قال إن الشمس والقمر .. الحديث .

فروع : لو اطلعت مكسوفة لم يصل حتى تحل النافلة ، وبه قال مالك وأحمد وآخرون ، وقال ابن المنذر وبه أقول ، خلافاً للشافعي . ووقتها الوقت المستحب كسائر الصلوات . وفي المبسوط ولا يصلي الكسوف في الأوقات الثلاثة ، وبه قال الحسن وعطاء بن أبي رباح وعكرمة وعمرو بن شعيب وقتادة وأيوب واسماعيل بن علية وأحمد . وقال إسحـــاق يصلون بعد العصر ما لم تضوء [1] الشمس وبعد صلاة الصبح ولو كسفت في الغروب ولم يصل إجماعاً من جنس الكسوف مثل الريح الشديد والظلمة الهائلة بالنهار والثلج والأمطار الدائمة والصواعق والزلازل وانتشار الكواكب والضوء الهائل بالليــــل وعموم الأمراض وغير ذلك من النوازل والأهوال والأفزاع ، إذا وقعت صلوا وحداناً ، واسألوا وتضرعوا ، وكذا في الخوف الغالب من العدو ، وعند الشافعي كذلك .

ولا يصلي عنده جماعة في غير الكسوفين ، وروى الشافعي أن علياً « رض » صلى في زلزلة جماعة ، قال إن صح هذا الحديث قلت به . وقال النووي هــذا الأمر لم يثبت عن علي « رض » . وفي الجواهر لا يصلى للزلازل وغيرها من الآيات عنـد مالك ، وحكى اللخمي عن أشهب الصلاة ، واختاره . وعند أحمد يصلي للزلزلة ولا يصلي للرجفـــة والريح الشديدة وغيرهما كما ذكرناه الآن . وقال الآمدي منهم من يصلي لجميع ما ذكرناه حكاه عن ابن أبي موسى .

---

(١) هكذا رسمت في الأصل .

# باب الاستسقاء

## قال أبو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة

---

( باب الاستسقاء )

أي هذا باب في بيان حكم الاستسقاء ، والمناسبة بين البابين من حيث أن كلا منهما يؤدى بجمع عظيم ، إلا أن صلاة الكسوف أقوى لكونها تؤدى بجماعة بلا خلاف ، وفي أداء الاستسقاء بالجماعة خلاف ، والاستسقاء على وزن استفعال ، وهو طلب السقيا ، بضم السين وهو المطر يقال سقى الله عباده الغيث وأسقاهم واستقيت فلاناً إذا طلبت منه أن يسقيك ، وفي المطالع يقال سقى وأسقى بمعنى واحد وقرىء ﴿ ونسقيكم مما في بطونها ﴾ بالوجهين ، وكذا ذكر الخليل سقى الله الأرض وأسقاها . وقال آخرون سقيته ناولته ليشرب ، وأسقيته جعلت له سقياً يشرب منه ، ويقال سقيته بشفة وأسقيته لما سقيته لماشيته وأرضه ، والإسم السقي بالكسر .

( قال أبو حنيفة « رح » ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة ) وبه قال ابراهيم النخعي وأبو يوسف في رواية . وقال النووي لم يقل أحد غير أبي حنيفة هذا القول . قلت هذا ليس بصحيح ، وقد روى ابن أبي شيبة في مصنفه بسند صحيح وقال حدثنا هشيم عن مغيرة عن ابراهيم أنه خرج مع المغيرة بن عبد الله الثقفي ليستسقي ، قال فصلى المغيرة فرجع ابراهيم حيث رآه يصلي ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ابن أبي شيبة ثنا وكيع عن عيسى بن حفص بن عاصم عن عطاء بن أبي مروان الأسلمي عن أبيه قال خرجنا مع عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ليستسقي فما زاد على الإستغفار وقد تحرى بعض المتعصبين بمن لا يبالي بما لا يترتب عليه في تعصبه بالباطل فقال ، قال أبو حنيفة إن صلاة الاستسقاء بدعة لما قال ليست بسنة ، ولا يلزم من نفي السنة إثبات البدعة ،

لأن عدم السنة يحتمل الجواز ويحتمل الإستحباب ، وفي المنافع مطلق الفعل لا يـدل على كونه سنة .

( فإن صلى الناس وحداناً ) بضم الواو جمع واحد ، كركبان جمع راكب،وانتصابه على الحال ، أي منفردين ( جاز ) يعني لا يمنع وفي شرح مختصر الكرخي ، قال أبو حنيفة إن صلوا وحداناً فلا بأس بها ، وقال صاحب الروضة يصلون وحداناً عنده ، وفي البدائع في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة لا صلاة بجماعة في الاستسقاء . وقال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن الإستسقاء هل فيه صلاة بجماعة ودعاء مؤقت وخطبة ، فقـال أما الصلاة بجماعة فلا ، ولكن فيها الدعاء والاستغفار فإن صلوا وحداناً فلا بأس .

وفي مختصر الكرخي السنة عند تأخر الغيث الاستغفار والصلاة في جماعة عنده ليس بمسنونة ، ولو لم يخرج الإمام وأمر الناس بالخروج فلهم أن يخرجوا ولا يصلون جماعة إلا أن يأمر من يصلي بهم في جماعة ، ذكره في التحفة ، وإن خرجوا بغير إذنه جاز لأنه لطلب الرزق والمنفعة فلا يتوقف على الاذن ، إلا أنهم لا يصلون جماعه .

( وإنما الاستسقاء والدعاء والاستغفار ) الدعاء التضرع إلى الله تعالى والطلب منه ، والاستغفار طلب المغفرة ، وليس فيه دعاء مؤقت ، وإنما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ...ثم قال اللهم اسقنا غيثاً مغيثاً هنيئاً مريئاً مريعاً طبقاً غدقاً عاجلاً غير رائث ثم ترك فما يأتيه أحد من الوجوه إلا قالوا قد أحيينا ، رواه ابن ماجة ، وذكره الشافعي في الإمام .

وروى ابن عيينة باسناده في غريب الحديث عن أنس أنه ﷺ خرج للاستسقـاء فصلى بهم ركعتين جهر بالقراءة فيها وقرأ ما كان يقرأ في العيدين والاستسقاء في الركعة الأولى بفاتحة الكتاب و ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ ، وفي الثانية بفاتحة الكتاب و﴿ هل أتاك حديث الغاشية ﴾ فلما قضى صلاته استقبل القوم بوجهه وقلب رداءه ورفع يديـه وكبر تكبيرة قبل أن يستسقي ، ثم قال اللهم اسقنا وأغثنا غيثاً مغيثاً وسقيا جداً طبقاً غدقاً مغدقاً موسقاً هنيئاً مريئاً مريعاً ،سائلاً مسيلاً مجللاً دائماً درراً نافعا غير ضار عاجلاً

غير رائث ، اللهم لتحيي به البلاد وتسقى به العباد وتجعله بلاغاً للحاضر منا والباد ، اللهم انزل في أرضنا زينتها وأنزل علينا في أرضنا سكنها ، اللهم انزل علينا من السماء ماء طهوراً فأحيي به بلدة ميتاً واسقه مما خلقت انساً وانعاماً وأناسي كثيراً .

فقوله – غيثاً – أي مطراً . قوله – مغيثاً – بضم الميم من الإغاثة ، وهي الإعانة . قوله – هنيئاً – هو الذي لا ضرر فيه . قوله – مريئاً – بالهمزة ، وهو المحمود العاقبة المسمى للحيوان والمسمى له . قوله – مريعاً – بفتح الميم وكسر الراء من المراعاة ، وهي الخصب ، وروي – مربعاً – بضم الميم وسكون الراء وكسر الباء الموحدة من الربيع ، وروي – مرتعاً – بالتاء المثناة من فوق من ماء يرتع فيه الإبل ، ويروى بالتاء المثلثة بمعنى الأول . قوله – طبقاً – بفتح الطاء والباء الموحدة . قال الأزهري هو الذي طبق الأرض والبلاد مطره كالطبق عليها . قوله – غدقاً – بفتح الدال . قال الأزهري هو كثير الماء والخير . قوله – غير رائث – أي غير بطيء . قوله – حياً مقظوراً – المطر العام ، وكذلك – الجد – بالجيم وتخفيف الدال والسابل بالباء الموحدة المطر .

( لقوله تعالى ﴿ استغفروا ربكم إنه كان غفاراً ، يرسل السماء عليكم مدراراً ﴾١٠نوح) علق نزول الغيث بالاستغفار لا بالصلاة ، فكان الأصل فيه الدعاء والتضرع دون الصلاة ، ولما روى البخاري ومسلم من طرق عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أنه قال دخل المسجد يوم الجمعة رجل من باب كان نحو دار القضاء ، ورسول الله ﷺ قائم يخطب فاستقبله ثم قال يا رسول الله هلكت المواشي والأموال وانقطعت السبل فادع الله يغيثنا ، قال فرفع رسول الله ﷺ يديه ، ثم قال اللهم أغثنا ، اللهم أغثنا ، اللهم أغثنا ، قال أنس فلا والله ما نرى من سحاب ولا قزعة ، وما بيننا وبين سلع من بيت ولا دار ، قال فطلعت من ورائه سحابة مثل الترس ، فلما توسطت السماء استشرب ثم أمطرت ، قال أنس فلا والله ما رأينا الشمس سبعاً ، ثم دخل من ذلك الباب في الجمعة المقبلة ، ورسول الله ﷺ قائم يخطب فاستقبله قائماً ، فقال يا رسول الله هلكت الأموال وانقطعت السبل ، فادع الله أن يمسكها عنا فرفع رسول الله عليه السلام يديه ثم قال اللهم حوالينا ولا علينا،

ورسول الله ﷺ استسقى ولم ترو عنه الصلاة . وقالا يصلي الإمام ركعتين لما روي أن النبي ﷺ صلى فيه ركعتين

---

اللهم على الآكام والظراب وبطون الأودية ومنابت الشجر ، قال فأقلعت وخرجنا نمشي في الشمس ، قال شريك فسألت أنس بن مالك أهو الرجل الأول ، قال لا أدري فقد استسقى رسول الله عليه السلام ولم يصل له ، وهو معنى قوله :

( ورسول الله عليه السلام استسقى ولم ترو عنه الصلاة ) يعني في هذا الحديث الذي ذكره ، ونبه عليه بقوله ورسول الله عليه السلام استسقى ولا يظن أن قوله ولم يرو عنه الصلاة على الإطلاق ، فإنه رويت أحاديث كثيرة بأنه عليه السلام صلى صلاة الاستسقاء على ما نذكره إن شاء الله تعالى في قوله نحو دار القضاء سميت دار القضاء لا لأنها بيعت في قضاء ابن عمر الذي كتبه على نفسه ليست مال المسلمين ، وهي ثمانية وعشرون ألفاً عن معاوية ، وهي دار .

وإن قوله في هذا الحديث – لا قزعة – بفتح القاف والزاي قطعة من السحاب و – السلع – بفتح السين المهملة وسكون اللام وبالعين المهملة جبل بالمدينة . قوله – حوالينا – أي اجعله حوالينا ، يقال رأيت الناس حوله وحواليه . و – الآكام – جمع أكمة وهو الراتبة ، وقيل المرتفع من الأرض و – الظراب – بكسر الظاء المعجمة جمع الظرب ، وهي الروابي والجبال الصغار .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( يصلي الإمام ركعتين ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد ، إلا أن عندهما ومالك يكبر ، وعن أحمد لا يكبر ، وعند الشافعي وأحمد في رواية يكبر كما في الجمعة والعيد ، ثم أنه لم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي يوسف مع محمد ، وذكر عن محمد يصلي الإمام أو نائبه فيه ركعتين بجماعة ، كما في العيد ، وذكر في مواضع قول أبي يوسف مع أبي حنيفة ، وكذا ذكره في المبسوط ، وذكر في رواية بشر ابن غياث مع محمد ، وكذا ذكره الطحاوي مع محمد ، وهو الأصح ، والمرغيناني قال أبو حنيفة ليس في الاستسقاء صلاة ، وهو قول أبي يوسف . قال علاء الدين الكاشاني معناه بجماعة .

قال الولوالجي فإن صلى عندهما لا يجهر بالقراءة ، وعند محمد يجهر كصلاة الجمعة والعيدين وعن محمد في رواية لا يجهر ، ذكرها في القنية . وفي البدائع والتحفة الأفضل أن يقرأ فيهما ﴿ بسبح اسم ربك الأعلى ﴾ في الأولى و﴿هل أتاك حديث الغاشية ﴾ في الثانية ، كما ورد في العيدين ولا يكبر فيها زوائد العيد في المشهور ، ويكبر في رواية ابن كاس عن محمد ، ذكرها القدوري في شرحه ، وقال الشافعي يكبر خمساً في الأولى وخمساً في الثانية وقال النووي والحديث فيه ضعيف .

( كصلاة العيدين ) يعني من حيث أنه يصلي بالنهار بالجمع فيهما بالقراءة ، ومن حيث أنه يصلي بلا أذان ولا إقامة ، ولكن لا يكبر فيه التكبيرات الزوائد في العيد ، ثم الاستسقاء لا يختص بوقت صلاة العيدين ولا بغيره ولا بيوم ، وفي تهذيب زوائد الروضة ، قال أبو حامد والمحاملي يختص بوقت صلاة العيد ، قال والصحيح أنه لا يختص بوقت كما لا يختص بيوم ، وفي المدونة يصلي ركعتين ضحوة فقط ، ولو اقتصر المصنف على قوله يصلي الإمام ركعتين ولم يذكر كصلاة العيد لكان أولى ، لأن الشافعي احتج بقوله كصلاة العيد على أنه يكبر فيها تكبيرات التشريق ، لأنه جاء مصرحاً عن ابن عباس .

ورواه الحاكم والدارقطني والبيهقي عن طلحة قال أرسلني مروان إلى ابن عباس أسأله عن سنة الاستسقاء ، فقال سنة الاستسقاء سنة الصلاة في العيدين ، إلا أن رسول الله عليه السلام قلب رداءه فجعل يمينه على يساره ويساره على يمينه وصلى ركعتين ، كبر في الأولى سبع تكبيرات ، وقرأ ﴿ سبح اسم ربك الأعلى ﴾ وقرأ في الثانية ﴿ هل أتاك حديث الغاشية ﴾ وكبر فيها خمس تكبيرات ، قال الحاكم هذا صحيح الإسناد .

وأجيب عنه بأنه ضعيف ، فان فيه محمد بن عبد العزيز بن عمر قال البخاري فيه منكر الحديث . وقال النسائي متروك الحديث ، ويقال أنه معارض بحديث روي عن أنس أخرجه الطبراني في الأوسط أن رسول الله عليه السلام استسقى فخطب قبل الصلاة واستقبل القبلة وحول رداءه ، ثم نزل فصلى ركعتين لم يكبر فيهما إلا تكبيرة .

( رواه ابن عباس ) أخرج الأئمة الأربعة رواية ابن عباس عن عبد الله بن كنانة قال أرسلني الوليد بن عقبة وكان أمير المدينة إلى ابن عباس أسأله عن استسقاء رسول الله ﷺ فقال خرج رسول الله عليه السلام مبتذلاً متواضعاً متضرعاً حتى أتى المصلى فلم يخطب خطبتكم هذه ، لكن لم يزل في الدعاء والتضرع والتكبير ، وصلى ركعتين كما كان يصلي في العيد ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح وأخرجه الحاكم في مستدركه وسكت عنه.

( قلنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن سنة ) هذا جواب عن أبي حنيفة عن رواية ابن عباس التي احتج به ، أي فعل النبي عليه السلام ما ذكره من الصلاة في الاستسقاء مرة واحدة وترك أخرى . وقال الأكمل قلنا إن ثبت ذلك دل على الجواز ، ونحن لا نمنعه ، وإنما الكلام في أنها سنة أم لا ، والسنة مواظبة النبي عليه السلام ، وها هنا فعله مرة وتركه أخرى فلم يكن فعله أكثر من تركه حتى يكون مواظبة ، فلا يكون سنة انتهى .

قلت فيه نظر من وجوه ، الأول : قوله - إن ثبت ذلك - غير سديد ، لأنه ثبت ، نص عليه الترمذي كما ذكرنا عنه الآن . والثاني : قوله - والسنة ما واظب النبي عليه السلام عليه - ليس كذلك ، فان النبي عليه السلام إذا واظب على شيء يكون واجباً . والثالث : وارد عليه وعلى المصنف أيضاً ، وهو قوله فعله مرة وتركه أخرى ، فلم يكن فعله أكثر من تركه حتى يكون مواظبة ، لأنه لم يدل الدليل على أنه فعله مرة .

وقال الأترازي في الجواب فيما ذهب اليه الشافعي في أنه يكبر في الاستسقاء كتكبيرات الزوائد من صلاة العيد أنه لم ينقل عن رسول الله عليه السلام فيها التكبيرات كما نقلت في العيد . قلت هذا أيضاً غير سديد ، لأن ما ذكر الآن أنه عليه السلام كبر كتكبيرات العيد في صلاة الاستسقاء ، ولو اطلع عليه كأن يقول لأنه فعل ، ولكنه ضعيف .

وقال الأكمل فان قيل كلام المصنف متناقض ، لأنه قال أولاً ولم يرو عنه الصلاة ، ثم قال لما روي عنه فالجواب أن المروي لما كان شاذاً فيما تعم به البلوى جعله كأنه غير مروي ،

(١) لم يورد الشارح هذا الحديث على أنه من المتن .

وقد ذكر في الأصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتباراً بصلاة العيد ، ثم يخطب لما روي أن النبي ﷺ خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد ،

---

قلت لا نسلم أن المروي شاذ ، لأن الشاذ عند أكثر المحدثين أي يروي الراوي ما لا يرويه الثقات سواء خالفهم أو لا هذا ، والمروي رواه غير واحد من الصحابة منهم عم عباد بن تميم ، قال خرج رسول الله عليه السلام يستسقي وصلى ركعتين .. الحديث، رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي ، وعم عباد بن تميم هو عبد الله بن زيد بن عاصم الأنصاري المازني .

ومنهم عائشة رضي الله عنها قالت شكى الناس إلى رسول الله عليه السلام قحوط المطر .. الحديث ، وفيه فصلى ركعتين ، رواه أبو داود . ومنهم ابن عباس وقد مضى حديثه عن قريب ، ومنهم أبو هريرة رضي الله تعالى عنه قال خرج النبي عليه السلام يستسقي فصلى ركعتين .. الحديث ، أخرجه ابن ماجة والطحاوي .

( وقد ذكر في الأصل ) أي في المبسوط ( قول محمد وحده ) أشار بهذا إلى الخلاف المذكور في صلاة الاستسقاء بين محمد وأبي حنيفة وأبي يوسف ، كذا ذكره في المبسوط والمحيط ، وذكر في الأسرار والتحفة أن محمداً مع أبي يوسف فيه ، وأبو حنيفة وحده.

( ويجهر فيهما بالقراءة ) أي في ركعتي صلاة الاستسقاء ( اعتباراً بصلاة العيد ) والجمعة ، وعند محمد للجهر ، ذكرها في القنية ( ثم يخطب ) أي بعد الصلاة يخطب الإمام ( لما روي أنه عليه السلام خطب ) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال خرج رسول الله عليه السلام يوماً فاستسقى فصلى بنا ركعتين بلا أذان ولا إقامة ، ثم خطبنا ودعا الله وحول وجهه نحو القبلة رافعاً يديه ، ثم قلب رداءه ، فجعل الأيمن على الأيسر ، والأيسر على الأيمن ، ورواه البيهقي في سننه ، وقال تفرد به النعمان بن راشد عن الزهري ، قال البخاري هو صدوق لكن في حديثه وهم كثير .

( ثم هي ) أي خطبة الاستسقاء ( كخطبة العيد عند محمد ) يعني يطمئن بخطبتين

وعند أبي يوسف «رح» خطبة واحدة ولا خطبة عند أبي حنيفة لأنها تبع للجماعة ولا جماعة عنده. ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي أنه ﷺ استقبل القبلة

---

يفصل بينها بجلسة ، وبه قال الشافعي ( وعند أبي يوسف خطبة واحدة ) لأن المقصود منها الدعاء ، فلا يقطعها بالجلسة ، وفي التحفة بالجلوس بينها روايتان عن أبي يوسف ( ولا خطبة عند أبي حنيفة لأنه تبع للجماعة ) أي لأن الخطبة والتكبير باعتبار المذكور. وفي غالب النسخ لأنها على الأصل ( ولا جماعة عنده ) أي عند أبي حنيفة ، وبه قال مالك وأحمد . وفي الحلية لم يذكر أحمد الخطبة لعدم النقل .

قلت فيه نظر ، لأن النقل موجود . وقال ابن عبد البر ، وعلى الخطبة جماعة الفقهاء ، وفيه أربع روايات ، والرواية المشهورة ان فيها الخطبة . والثانية : يخطب قبل الصلاة ، روي عن عمرو بن المنذر وابن الزبير وابان بن عثمان وهشام بن اسماعيل وأبي بكر محمد ابن عمرة بن مخزوم ، وذهب اليه المكتسب بن سعد وابن المنذر . والثالثة : أنه يخد بين الخطبة قبل الصلاة وبعدها . والرابعة : أنه لا يخطب وإنما يدعو ويتضرع .

( ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي أنه عليه السلام استقبل القبلة ) لما روى أبو داود عن عباد بن تميم عن عبد الله بن زيد أخبره أن النبي عليه السلام خرج إلى المصلى يستسقي وأنه لما أراد أن يدعو استقبل القبلة ، ثم يحول رداءه . وفي المبسوط والمحيط عن أبي يوسف إن شاء رفع يديه بالدعاء وإن شاء أشار بإصبعيه لأن رفع اليد بالدعاء سنة ، فانه عليه السلام كان يدعو بعرفات باسطاً يديه كالمستطعم المسكين . وفي النهاية علم بهذا أن رفع اليدين في الأدعية كلها جائز سوى المواضع السبعة ، لأن الاستسقاء غيرها ، ولو أشار بظهر كفه إلى السماء يجوز ، لما روى أنس رضي الله عنه أنه ﷺ استسقى وأشار بهذا بظهر كفه .

وفي شرح الوجيز قال العلماء وهذه السنة لمزوعى لدفع البلاء ، وإذا سأل شيئاً من الله يجعل باطن كفه إلى السماء ، وكذا في المبسوط .

وحول رداءه ويقلب رداءه لما روينا . قال « رض » هذا قول محمد أما عند أبي حنيفة « رح » فلا يقلب رداءه لأنه دعاء فيعتبر بسائر الأدعية

---

( وحول رداءه ) وفي بعض النسخ ويقلب رداءه ، والتحول أعم من التقليب وصفه ما قاله في المبسوط إن كان مربعاً جعل أعلاه أسفله ، وإن كان مدوراً جعل الجانب الأيمن على الأيسر . وفي المحيط ما يمكن أن يجعل أعلاه أسفله ، وإلا جعل يمينه على يساره عند أبي يوسف . وفي الاسبيجابي والتحفة فان كان أعلاه وأسفله واحداً كالطيلسان والخميصة حول يمينه على شماله ، وشماله على يمينه . وروى محمد بن الحكم عن مالك أنه قال جعل ما على ظهره منه على شماله يلي السماء ، وما كان يلي السماء على ظهره ، وبه قال أحمد وأبو ثور .

وفي الذخيرة للمالكية والتحويل أن يأخذ يمينه ما على عاتقه الأيسر ، ويمر من ورائه على الأيمن ، وما على الأيمن على الأيسر . وفي المحيط إنما قلب عليه السلام رداءه ليكون أثبت على عمامته عند رفع يديه في الدعاء أو عرف بالوحي تغير الحال من الجدب إلى الخصب عند تغير الرداء . قلت جاء ذلك مصرحاً في مستدرك الحاكم من حديث جابر وصححه ، وقيل وحول رداءه ليتحول القحط ، وكذلك رواه الدارقطني في سننه ، وفي السؤالات الطبراني من حديث أنس وقلب رداءه لكي يقلب القحط إلى الخصب ، وفي سند إسحاق بن راهويه لتتحول السنة من الجدب إلى البر ، وذكره من قول وكيع .

( لما روينا ) أراد به قوله – روي أنه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه – ( قال رحمه الله ) أي قال المصنف ( هذا قول محمد « رح » ) أي قلب الرداء قول محمد ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد والأكثرون ( أما عند أبي حنيفة لا يقلب لأنه ) أي لأن الاستسقاء ( دعاء فيعتبر بسائر الأدعية ) وسائر الأدعية لا يقلب فيها الرداء فكذلك الاستسقاء ولم يذكر قول أبي يوسف ، ونقله في منتقى البخاري شرح المنظومة . وفي

المبسوط إذا مضى صدر خطبته قلب رداءه ، ولم يحك خلافاً في المرغيناني ، ذكر قوله مع أبي حنيفة ، وهكذا ذكره الحاكم ، وذكر الكرخي مع محمد والطحاوي ذكره مع أبي حنيفة في موضع ، ومع محمد في موضع .

وقال في الذخيرة اختلف المتأخرون على قول أبي يوسف ، وفي جوامع الفقه لم يذكر قلب الرداء إلا على قول أبي يوسف . وفي المحيط والبدائع والتحفة والفقيه ذكر قوله مع محمد وفي مبسوط شيخ الإسلام ثم إذا دعى لا يقلب رداءه عند أبي حنيفة، وقال أبويوسف ومحمد والشافعي يقلب رداءه .

واحتجوا بما روي عن حديث عبد الله بن زيد ، وقد مر عن قريب ووقت اليه بسبب عندنا عند مضي صدر الخطبة ، وبه قال ابن الماجشون من المالكية ، وفي رواية ابن القاسم بعد تمامها . وقيل قبل تمامها عند اصبغ ، وقيل بين الخطبتين ، وهذه الثلاثة عن مالك والمشهور عنه بعد تمامها ، وبه قال الشافعي .

( وما رواه كان تفاؤلاً ) أي وما رواه محمد من الحديث الذي احتج به كان لأجل التفاؤل ليقلب حالهم من الجدب إلى الخصب ، فلم يكن لبيان السنة . وفي المبسوط ولا تأويل لما رواه سوى أنه ﷺ يتفاءل بتغير الهيئة ليغير الهواء يعني ما كان عليه معين اللهم الحال . وفي الجنازية يحتمل أنه ﷺ يحول رداءه فأصلحه فظن الراوي أنه قلبه ، وفيه وجهان آخران ذكرناهما عن قريب ، قيل في كلام المصنف نظر من وجهين . الأول: أنه تعليل في مقابلة النص وهو غير جائز . والثاني : أنه كان ينبغي أن يتأسى بالنبي ﷺ إن كان فعله تفاؤلاً .

وأجيب عن الأول أنا لا نسلم أنه تعليل في مقابلة النص ، بل هو من باب العمل بالقياس لتعارض النصين بالنفي والإثبات وذلك لأن ما احتج به محمد يثبت ، وما احتج به أبو حنيفة ناف ، وهو حديث أنس رضي الله عنه أن رجلاً شكى النبي ﷺ هلاك المال وجهد العيال ، فدعا الله فاستسقى ، قال البخاري ولم يذكر أنه حول رداءه ، وفيه نظر ،

لأن المصنف لم يذكر ما احتج به أبو حنيفة من الحديث ، وإنما ذكر ما احتج به من القياس ، ووجه النظر أنه عمل بالقياس مع وجود الحديث الصحيح .

وأجيب عن الثاني بأنه ﷺ يجوز أن يكون علم بالوحي أن الحال ينقلب إلى الخصب من قلب الرداء ، وهذا مما لا يتأتى من غيره ، فلا فائدة في التأسي ظاهراً فيما ينفيه القياس ، وفيه نظر ، لأنه لا يلزم أن يعلم الحكمة فيما فعله ﷺ حتى يأتي به فيه ، وكيف يقال لا فائدة في التأسي ظاهراً ، ومجرد التأسي عين الفائدة لوجود صورة الاتباع به عليه السلام ، ولو كان في أمر غير واجب التأسي بفعل النبي ﷺ كيف يترك بالقياس ، وهو في الدرجة الرابعة .

( ولا يقلب القوم أرديتهم ) لا يقلب بالتشديد ، لأنه للتكثير بخلاف . قوله ـ ويقلب رداءه ـ فإنه بالتخفيف ، والأردية جمع رداء ، وعدم تقليبهم أرديتهم نحو قولنا قول سعيد بن المسيب وعروة والثوري والليث بن سعد وابن عبد الحكم وابن وهب من المالكية وعند مالك والشافعي وأحمد القوم كالإمام فيه ( لأنه لم ينقل أنه ﷺ أمرهم بذلك ) أي لأن الشأن لم ينقل أن النبي ﷺ أمر أصحابه بذلك ، أي بتقليب الأردية حين كانوا معه في صلاة الاستسقاء .

قيل فيه نظر ، لأنه استدلال بالمنع وهو غير جائز ، لأنه احتجاج بلا دليل ، وأجيب بأن الاستدلال بالنفي إنما لا يجوز إذا لم تكن العلة متعينة ، أما إذا كانت فلا بأس به ، لأن انتفاء العلة الشخصية تستلزم انتفاء الحكم ، ألا ترى إلى قول محمد في ولد المغصوب أنه لا يضمن ، لأن اسم المغصوب لم يرد عليه .

فإن قيل إن القوم قلبوا أرديتهم حين قلب النبي عليه السلام رداءه ، ولم ينكر عليهم أجيب بأن قلبهم هذا كخلعهم النعل حتى رأوه عليه السلام خلع نعليه في صلاة الجنازة ، فلم يكن ذلك حجة ، فكذا هذا . قلت لقائل أن يقول لم ينقل عنه عليه السلام أنه عرف

ذلك منهم . بل الظاهر أنه لم يعرفهم ، لأنه كان مستدبراً لهم ، فإذا كان كذلك فلا يصح قياس ذلك على خلع النعال .

( ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء لأنه ) أي لأن الاستسقاء ( لاستنزال الرحمة ) أي لطلب نزول الرحمة ( وإنما تنزل عليهم اللعنة ) فلا يستجاب دعاؤهم ، أي لطلب نزول الرحمة ، قال تعالى ﴿ وما دعاء الكافرين إلا في ضلال ﴾ ١٤ الرعد ، وهم أهل السخط واللعنة المطلوب ذلك ، وهذا لا خلاف فيه بين أصحابنا ومنع اصبغ خروجهم دفعاً للعنة عن شفعاء المسلمين ، وبه قال الزهري والشافعي ولم ير مكحول بخروجهم بأساً .

وقال إسحاق ولا يؤمرون به ولا ينهون عنه ، وجوز القاضي من المالكية والظاهرية والشافعي خروجهم منفردين إخفاء لسفارهم ، ومنعه ابن حبيب كيلا يحصل السقي في يومهم فيفتن الناس ، ولو خرجوا مع أنفسهم إلى بيعهم أو كنائسهم أو إلى الصحراء لم يمنعوا من ذلك . وفي المرغيناني يخرجون ثلاثة أيام ، في المحيط والبدائع والتحفة متتابعات مشاة في ثياب خلق أو مرقعة أو غسيلة متذللين متواضعين منه ناكسي رؤوسهم ويقدمون الصدقة في كل يوم قبل خروجهم .

وذكر النووي أنهم يصومون ثلاثة أيام ويدعون في يومهم الرابع . وفي تهذيب زوائد الروضة إذا تأخرت الإجابة ، هل يخرجون من الغد ، نقل المزني الجواز . وفي القديم الاستحباب . وفي خزانة الأكمل عن أبي يوسف أنه قال أحسن سماعنا فيه أن يصلي الإمام ركعتين جاهراً بالقراءة مستقبل القبلة بوجهه قائماً على الأرض دون المنبر متكئاً على قوس يخطب بعد الصلاة بخطبتين ، فإن خطب خطبة واحدة فحسن ، فإذا مضى صدر خطبته حول رداءه . وفي منية المفتي إن اتكأ على عصى أو قوس كان حسناً . وفي الاسبيجابي بله لنا قوسه ، معناه يحملها على منكبيه ، قال وذكر الكرخي أنه يعتمد

على قوسه . وفي مختصر الكرخي يعتمد على قوس أو سيف أو عصى ، لأنه يعينه على طول القيام .

وفي الذخيرة للمالكية لا يخرج المنبر ، ولكن يتوكأ على عصى ، وأول من أحدث المنبر من طين عثمان رضي الله عنه . وفي البدائع ولا يصعد المنبر ولو كان في موضع الدعاء. وفي الجواهر يستحب أن يأمرهم الإمام قبلها بالقربة ورد المظالم وتحليل الناس بعضهم من بعض ، لأن الذنوب سبب المصائب . وفي الدراية والمستحب أن يصلي صلاة الاستسقاء في مصلى العيد ، ويستحب إخراج الأطفال والشيوخ الكبار والعجائز اللاتي لا هيئة لهن . وفي المحيط لا يخرج الاستسقاء المنبر بل يقوم الإمام والناس قعود ، وإن أخرج الإمام جاز .

* * *

# باب صلاة الخوف

إذا اشتد الخوف جعل الإمام الناس طائفتين طائفة إلى وجه العدو، وطائفة خلفه،

---

( باب صلاة الخوف )

أي هذا باب في بيان صلاة الخوف . والمناسبة بين البابين من حيث أنهما شرعا بالعارض لكن قدم الاستسقاء لأن العارض فيه سماوي وهو انقطاع المياه، وها هنا اختياري وهو الجهاد الذي بسبب كفر الكافر .

( اذا اشتد الخوف جعل الإمام الناس طائفتين ) هذه العبارة للقدوري ، والمصنف تبعه واشتداد الخوف ليس بشرط عند عامة العلماء من أصحابنا ، فإنه جعل في التحفة والمبسوط والمحيط سبب جوازها نفس قرب العدو من غير ذكر الإشتداد . وفي مبسوط شيخ الإسلام المراد بالخوف حضرة العدو لا حقيقة الخوف ، لأن حضرة العدو أقيم مقام الخوف ، كما في تعلق الرخص بنفس السفر ، فعلى هذا إذا رأوا سواداً فظنوا أنه العدو وصلوا صلاة الخوف ، فان بين أنه العدو فصلاتهم جائزة ، وإن بين أنه سواد ابل أو بقر أو غنم فصلاتهم غير جائزة .

قوله — جعل الإمام الناس طائفتين — هذا إنما يحتاج اليه إذا تنازع القوم في الصلاة خلف إمام واحد ، أما إذا لم يتنازعوا فالأفضل للإمام أن يجعل القوم طائفتين ، فيصلي كل طائفة بامام ، فطائفة يقومون بازاء العدو ، وطائفة يصلي بهم إمامهم تمام صلاتهم ثم يقومون بازاء العدو ، ويصلي رجل من الطائفة التي كانوا بازاء العدو صلاتهم تمامها .

( طائفة إلى وجه العدو ) ويجوز في طائفة النصب والرفع ، أما النصب فعلى تقدير جعل طائفة ، وأما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف ، والتقدير أحدهما طائفة إلى وجه العدو ( وطائفة خلفه ) بالوجهين أيضاً نحوه .

فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين ، فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة إلى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الإمام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا إلى وجه العدو ، وجاءت الطائفة الأولى فصلوا ركعة وسجدتين وحداناً بغير قراءة لأنهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا إلى وجه العدو وجاءت الطائفة الأخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لأنهم مسبوقون

---

( فيصلي) أي الإمام ( بهذه الطائفة ) وهم الذين جعلهم خلفه (ركعة وسجدتين ) قيد بهذ، احترازاً عن قول بعض العلماء إنه إذا سجد سجدة واحدة سجد معه الصف الأول ، ويحرسهم الصف الثاني من العدو ، ثم يتأخر هذا الصف ، ويتقدم الصف الثاني فيسجد بهم السجدة الثانية ، ويحرسهم الصف الأول من العدو ، ثم يصلي الركعة الثانيـة على هذا الوجه ويتشهد ويسلم بهم وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ﴿فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم﴾ ١٠٢ النساء . قلنا السجدة المطلقة تنصرف إلى الكامل المعهود وهو السجدتان .

فان قلت قوله — ركعة — كان يكفي ، لأن الركعة يتم سجدة ، ولم يحتج إلى ذكر السجدتين . قلت ذكر سجدتين تأكيداً لرفع هذا الإحتال .

( فاذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة ) وهم الذين صلى بهم ركعة وسجدتين ( إلى وجه العدو ) بحيث لا يلحقهم سهام العدو ( وجاءت تلك الطائفة ) وهم الذين كانوا واقفين تجاه العدو (فيصلي بهم الإمام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا ) لأنه بقيت عليهم ركعة وسجدتان ( وذهبوا إلى وجه العدو ) ويقفون تجاههم .

( وجاءت الطائفة الأولى ) وهم الذين صلى بهم أولاً ركعة وسجدتين ( وصلوا ركعة وسجدتين وحداناً ) يعني منفردين ، وانتصابه على الحال ( بغير قراءة ) يعني لا يقرؤون ( لأنهم لاحقون ) واللاحق ليس عليه قراءة ( وتشهدوا وسلموا ومضوا إلى وجه العدو) ويقفون تجاههم ( وجاءت الطائفة الأخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لأنهم مسبوقون)

والمسبوق عليه القراءة ، لأنه في حكم المنفرد فيما عليه من الصلاة ( وتشهدوا وسلموا ) فتمت صلاة الطائفتين بهذا الوجه .

وقال مالك إذا صلى بالطائفة الأولى ركعة وسجدتين وقف حتى تتم هذه الطائفة صلاتها ويسلموا قبل إمامهم ويذهبون إلى وجه العدو ، وتأتي تلك الطائفة التي لم تصل فيصلي بهم الإمام الثانية وتسلم وتذهب إلى وجه العدو . وقول الشافعي وأحمد مثله ، إلا أنه لا يسلم الإمام عندهما ، بل يقف منتظراً حتى تتم الطائفة الثانية صلاتها فيسلم بهم .

وقال النووي ثم إذا قام الإمام إلى الثانية يقرأ ويطيل القراءة حتى تأتي الطائفة الثانية ولا يعتد بهذه القراءة الطويلة ، حتى إذا جاءت الطائفة الثانية يقرأ معها الفاتحة وسورة قصيرة في أحد القولين ، وهو في الإملاء . وقال في إمام لا يقرأ بل يسبح ويذكر الله حتى تأتي الطائفة الثانية والطائفة الثانية إذا صلى بهم الركعة الثانية فارقوه ليتموا الركعة الباقية عليهم ولا ينوون مفارقته .

واتفقوا على أن الطائفة الأولى إذا صلت الركعة الأولى مع الإمام تنوي مفارقة الإمام وتمت صلاتها وتذهب إلى وجه العدو . وفي المستصفى للشافعية ثلاثة أقوال في قول مثل قولنا . وفي قول يصلي بالطائفة التي معه تمام الصلاة ثم تجيء الطائفة الأخرى فصلى بهم مرة أخرى ، فان عنده اقتداء المفترض بالمتنفل جائز . وفي قول وهو المشهور منه يصلي بالطائفة الأولى ركعة فيقوم ويقف ولا يقرأ ، ويمد القيام في انتظار الطائفة الأخرى كذا ذكره المزني ، ويصلي بهذه الطائفة تمام صلاتهم ، لكن ينبغي أن ينووا مفارقته ويسلمون حتى تجيء الطائفة الأخرى ، فيصلي بهم ركعة ولا يسلم ، بل يمكث جالساً حتى تصلي هذه الطائفة تمام صلاتهم من غير نية المفارقة ، ثم يسلم الإمام ويسلمون معه ، كذا في خلاصتهم والوجيز . العارضة : يعني عارضة الأحوذي

وقال أبو بكر بن العربي في العارضة قد رويت عن النبي عليه السلام في صلاة الخوف روايات كثيرة ، أصحها ستة عشر رواية مختلفة . وفي القبس شرح الموطأ صلاها رسول الله عليه السلام أربعاً وعشرين مرة ، ذكر بعضهم أنه عليه السلام في عشرة مواضع .

والأصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا

---

والذي استقر عند أهل السير والمغازي أربعة مواضع . ذات الرقاع عند البخاري ومسلم، عن سهل بن حيثمة ، وبطن نخل عند النسائي عن جابر رضي الله عنه وعسفان عن أبي داود والنسائي عن جابر أيضاً . وذي قرد عن النسائي عن ابن عباس رضي الله عنه.

وروى الواقدي في المغازي حديث سعيد بن عثمان عن وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله قال أول ما صلى رسول الله ﷺ صلاة الخوف غزوة ذات الرقاع ، ثم صلاها بعد بعسفان ، بينهما أربع سنين . قال الواقدي وهذا عندنا أثبت من غيره ، قيل واغرّ بها ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه أنه عليه السلام صلى بكل طائفة ركعتين ، فكانت للنبي عليه السلام أربعاً ولهم ركعتان ركعتان .

ومن أغربها ما رواه أبو داود عن حذيفة بن اليمان رضي الله عنه أنه عليه السلام صلى بكل طائفة ركعة ثم يسلم ولم يقضوا . وروي عن ابن عباس والحسن وإسحاق بن راهويه أن صلاة الخوف ركعة . ونقل عن جابر رضي الله عنه وطاووس والضحاك مثله ، لكن نقل أبو حامد عن هؤلاء أن الفرض على الإمام ركعتان ، وعلى المأمومين ركعة ، والذي نقله الجمهور عنهم أن الواجب على الكل ركعة .

قال النووي مذهب العلماء الكافة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم أن الخوف لا يوجب القصر . وقال الاسبيجابي الخوف لا يوجب قصر الصلاة ويجوز المشي والإنتقال. وقال الحسن البصري يصلي الإمام المغرب ستاً والقوم ثلاثاً .

( والأصل فيه ) أي في هذا الباب ( رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا ) يعني أنه جعل الناس طائفتين ، طائفة خلفه وطائفة في وجه العدو إلى آخر ما ذكرناه ، وحديث ابن مسعود رواه أبو داود، وحدثنا عمر بن مسيرة ثنا ابن فضيل ثنا خصيف عن أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود قال صلى رسول الله عليه السلام صلاة الخوف فقاموا صفاً خلف رسول الله عليه السلام وصفاً يستقبل العدو ، فيصلي بهم النبي عليه السلام ، ثم جاء الآخرون فقاموا مقامهم واستقبل هؤلاء

العدو فصلى بهم النبي عليه السلام ركعة ، ثم أسلم فقال هؤلاء فصلوا لأنفسهم ركعة ، ثم سلموا ثم ذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبل العدو ، ورجع أولئك إلى مقــامهم فصلوا لأنفسهم ركعة ثم سلموا .

وروى البيهقي أيضاً وقال أبو عبيدة لم يسمع عن ابيه ، وخصيف ليس بالقوي .قلت أبو عبيدة اسمه عامر بن عبد الله ثقة ، أخرجه له البخاري محتجــ به في غير موضع . وروى له مسلم وغيره وخصيف بضم الخاء المعجمة ابن عبد الرحمن وثقــه أبو زرعة وابن مغيرة وابن سعد . وقال النسائي صالح .

وفي المبسوط روى سالم عن ابن عمر أنه عليه السلام صلى بالطائفتــين كما روى ابن مسعود رضي الله عنه . قلت حديث ابن عمر أخرجه الأئمة الستــة في كتبهم ، واللفظ للبخاري رحمه الله تعالى ، قال غزوت مع رسول الله عليه السلام قبل نجد فوازينا العدو فصاف معنا لهم ، فقام رسول الله عليه السلام يصلي بنا ، فقامت طائفة معه فصلى ، وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله ﷺ بمن معه وسجد سجدتين ثم انصرفوا مكان الطائفة التي لم تصل فجاءوا فركع رسول الله ﷺ بهم ركعتين وسجد سجدتين ثم سلم ، فقام كل واحد منهم فركع لنفسه وسجد سجدتين وقال القرطبي في شرح مسلم والفرق بين حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود أن في حديث ابن عمر كان قضاؤهم في حالة واحدة ، ويبقى الإمام كالحارس وحده . وفي حديث ابن مسعود كان قضاؤهم متفرقاً على صيغة صلاتهم .

واستدل السروجي لأصحابنــا بحديث ابن عمر هــذا ، وفي حديث ابن عمر لم يذكر كيفية قضائهم ، فحمل على تفسير ابن مسعود ، فإنه نص في الكيفية ، وهكــذا نص أشهب من المالكية على تفسيره ، واختاره موافقاً لمذهبهم . وقال ابن حبيب قضوا معاً ، وهو باطل

واحتج الشافعي وأحمد بحديث صالح بن خوات بن جبير عن سهل بن أبي حيثمة أنه عليه السلام صلاها كمذهبهما في غزوة ذات الرقاع في صحيحي البخــاري ومسلم ، ورواه مالك مرفوعاً ، لأنها كانت ورجح موقوفة على سهل بن ابي حيثمة على مرفوعه ، وله أن يكون الإمام تابعاً للتابعين له . وقال النووي صالح تابعي وأخرت سحابي وفوات الزفاع ،

بكسر الزاء موضع قبل نجد من أرض غطفان . وقيل سميت باسم بحرة هناك . وقيل إسم جبل فيه بياض وحمرة وسواد .

وقيل الزفاع كانت من آلوانهم . وقال النووي ولو فعل مثل رواية ابن عمر، ففي صحته قولان ، والصحيح المشهور صحته . وقول الغزالي قال بعض أصحابنا بعيد ، وقال النووي أيضاً وغلط في شيئين ، أحدهما نسبته إلى بعض الأصحاب ، بل نص عليه الشافعي في الجديد وفي الرسالة ، والثاني تضعيفه . قلت هم يقولون قال الشافعي إذا صح الحديث فهو مذهبي ، وأي شيء يكون أصح من حديث ابن عمر ، وقد خرجته الجماعة . وقال الغزالي في الوسيط رواية خوات بن خبير وهو غلط ، وإنما الراوي ابن صالح عن سهل حيثما أخرجه الشيخان ، وجعل المازري حديث ابن عمر قول الشافعي وأشهب .

وحديث جابر قول أبي حنيفة « رض » هكذا في العلم وهو سهو فيهما ، ثم قال ولا معنى للأخذ به إلا إذا كان العدو بينهم وبين القبلة . قلت بل أخذ أبو حنيفة « رض » وأصحابه وأشهب برواية ابن عمر والشافعي برواية سهل بن أبي حيثمة . وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي وأبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري الكل جائز ، وإنما الخلاف في الأولى ، ثم الركوب في حالة الذهاب والمجيء إذا كانوا نزولاً ، ولا يجوز بأن كان قريباً من العدو .

وفي التحفة فإن انصرفوا ركباناً لا تصح صلاتهم سواء كانوا من القبلة إلى العدو أو من العدو إلى القبلة ، وهو جواب ظاهر الرواية عن أصحابنا . وفي المرغيناني إن ركب واحد منهم عند انصرافه إلى العدو فسدت صلاته . وفي المبسوط من ركب منهم عند انصرافه إلى وجه العدو فسدت صلاته ، لأن الركوب عمل كثير ، بخلاف المشي إلى العدو للضرورة .

( وأبو يوسف وإن أنكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا ) الكلام هنا في موضعين . الأول : في معنى التركيب ، وهو أن قوله وأبو يوسف .. الخ جملة معطوفة على ما قبلها ، لأن قوله — أبو يوسف — مبتدأ وخبره الجملة ، أعني قوله — فهو محجوج عليه

بما روينا - ودخول الفاء فيها لتعلق الجملة الشرطية بالمبتدأ ، والواو في قوله -وإن أنكر- عطف على مقدر ، تقدير الكلام وأبو يوسف لم ينكر شرعيـة صلاة الخوف ، وإن أنكر فهو محجوج عليه بما روينا ، ولكن كلامه لا يخلو عن نظر، لأن أبا يوسف لم ينكر مشروعية صلاة الخوف في زمان الرسول ، حتى يكون حديث ابن مسعود حجة عليـه ، لأن مراده بما روينا هو حديث ابن مسعود رضي الله عنه الذي قال والأصل فيه روايـة ابن مسعود بل يمكن أن يقال هو محجوج عليه بأحاديث مذكورة في غير هذا الموضع .

منها حديث ابن العاص ، رواه أبو يعلى وأبو داود باسناد ثنا يحيى عن سفيان حدثني الأشعث بن سليم عن الأسود بن هلال عن ثعلبة بن زهدم ، قال كنا مع سعيد بن العـاص بطرشان فقام فقال أيكم صلى مع رسول الله ﷺ صلاة الخوف ، فقال حذيفة إنـا نصلي بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا ، وأخرجه أيضاً النسائي ، وسعيد بن العـاص كان عثمان رضي الله تعالى عنه استعمله على الكوفة وغزا بالناس بطرشان ففتحهـا وهي بلاد كثيرة المياه والأشجار شرقي كيلان .

ومنها ما رواه أبو داود وغيره عن عبد الرحمن بن سمرة رضي الله تعالى عنه ثنا سليم ابن ابراهيم ثنا عبد الصمد بن حبيب أخبرني أنهم غزوا مع عبـد الرحمن بن سمرة رضي الله تعالي عنه كابل ، قال صلى بنا صلاة الخوف ، وكابل بضم الباء الموحدة ناحية من يغوز طخار ميان بنا حم للهند .

ومنها ما رواه البيهقي عن علي رضي الله تعالى عنه أنه صلاها بصفين وغيرها ، وقال ويذكر جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً رضي الله تعـالى عنه صلى المغرب صلاة الخوف ليلة الهرير .

ومنها ما رواه أيضاً من طريق قتادة عن أبي العالية عن أبي يوسف أنـه صلى صلاة الخوف ، فهؤلاء الصحابة رضي الله عنهم أقاموها بعد النبي عليه السلام من غير إنـكار أحد، فحل محل الإجماع .

الموضع الثاني : أن العلماء اختلفوا في مشروعية صلاة الخوف بعد رسول الله عليه السلام

فالجمهور على مشروعيتها ، وذهب الحسن بن زياد اللؤلؤي والمزني وأبو يوسف في رواية أنها غير مشروعة الآن ، أما الحسن فالحجة عليه ما ذكرنا من حديث حذيفة مع سعيد بن العاص . وأما المزني فعلل بالنسخ في زمان النبي عليه السلام حيث أخرها يوم الخندق ، وهو مردود بما روي عن هؤلاء الصحابة ويوم الخندق متقدم على المشهور ، فكيف ينسخ المتأخر ذكره النووي وغيره .

وأما أبو يوسف فإنه علل بقوله تعالى ﴿ وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة ﴾ ١٠٢ النساء ، فقد شرط كونه عليه السلام فيهم لإقامتها ، ولأن الناس كانوا يرغبون في الصلاة خلفه ما لا يرغبون خلف غيره ،فشرعت بصفة الذهاب والمجيء على خلاف القياس ، لينال كل فريق فضيلة الصلاة خلفه .وقد ارتفع هذا المعنى بعده ، فلا يجوز أداؤها بصفة الذهاب والمجيء . وأجاب الجمهور في الرد عليه بما فعله الصحابة رضي الله تعالى عنهم بعده ﷺ ، وان سببها الخوف ، وهو يتحقق بعده ﷺ ، كما في حياته ، ولم يكن ذلك دليله لنيله فضيلة الصلاة خلفه ، لأن تركه المشي وترك الاستدبار فريضة ، والصلاة خلفه فضيلة ، فلا يجوز ترك الفريضة لإحراز الفضيلة ، ثم الآن يحتاجون إلى فضيلة تكثير الجماعة ، فإنها كلما كانت أكثر كانت أفضل .

ومعنى قوله تعالى ﴿ إذا كنت فيهم ... ﴾ الخ ، أنت أو من يقوم مقامك في الإقامة ، كما في قوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة ﴾ ١٠٣ التوبة ، وقد يكون الخطاب للنبي عليه السلام ولا يختص به ، كما هو في قوله تعالى ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء ﴾ ١ الطلاق ، كذا في المحيط والمبسوط ، مع أن الأصل عندنا أن تعليق الحكم بالشرط لا يوجب عدمه عند عدم الشرط ، بل هو موقوف على قيام الدليل ، وقد قام الدليل ، وهو فعل الصحابة بعد وفاته عليه السلام على وجود الحكم ، أو نقول لما جاز للنبي عليه السلام بعذر فجاز لغيره بذلك العذر ، كصلاة المريض .

ثم اختلف الأصحاب في نقل هذا القول عن أبي يوسف ، فقال في المبسوط وملتقى البحار أنه قوله الثاني وقد رجع اليه ، وفي المحيط وزيادات الشهيد . وفي المرغيناني أطلقت الرواية عنه من غير تعرض إلى كونه قوله الأول أو الثاني . وفي المفيد والمزيد وشرح

مختصر الكرخي لأبي نصير البغدادي أن هذا قوله الأول وقد رجع عنه . ثم اعلم أن الجزئي لا يؤثر في نقصان عدد الركعات إلا عند ابن عباس والحسن البصري وطـاووس ، حيث قالوا انها ركعة ، وقد ذكرناه .

( فإن كان الإمام مقيماً صلى بالطائفة الأولى ركعتين ، وبالطائفة الثانية ركعتين )وإنما اختص الإمام لأنه لو كان مقيماً تصير صلاة من اقتدى به أربعاً ، ولأن الإمام هو الخليفة أو السلطان ، وفي الأداء يعتبر نيته لا نيه الجند ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد ومالك في المشهور ، وعن مالك لا تجوز صلاة الخوف في الحضر . وقال أصحابه يجوز ، خلافاً لابن الماجشون ، فإنه قال لا يجوز . ونقل النووي عن مالك بعـــدم جوازها في الحضر على الإطلاق غير صحيح ، فإن المشهور عنده الجواز كما ذكرنا . وقال ابن حزم يصلي في الحضر بكل طائفة أربـع ركعات ، وفي المغرب يصلي بكل طائفة ثلاثاً .

والثانية للإمام تطوع ، ولو جعلهم في العصر أربـع طوائف يصلي بكل طائفة ركعة فسدت صلاة الطائفة الأولى والثانية ، لأنها انصرفت في غير أوان الإنصراف ، فلايرخص لها فيه ، وصحت صلاة الثالثة والرابعة .

أما الثالثة : فلأنهـــا من الطائفة الأولى لإدراكهـــا الشفع الأول ، فقـــدانصرفت إلى أوانه .

وأما الرابعة : فلأنها من الطائفة الثانية لأنها أدركت في الشفع الثاني فقـــد انصرفت أيضاً في أوانه .

ومن صلى صلاته ثم قام يقضي ما فاته خلف الإمام يقرأ فيما سبق ، لأنه منفرد فلايقرأ فيما لحق . لأنه خلف الإمام حكماً ، وتقدم ما لحق على ما سبق ، وإذا لم يقـرأ اللاحق يقف بقدر قراءة الإمام ، وإن وقف أقل أو أكثر فلا بأس به . وفي المنافع يقوم بقدر ما ينطبق عليه اسم القيام . وقال النووي في شرح المهذب إذا صلى بكل فرقة ركعة وانتظر فراغها ، أو يجيء التي بعدها ، ففي جوازها قولان ، ويبنى عليها صحـة صلاة الإمام ، وجه البطلان زيادة الإنتظار .

وفي المغني لابن قدامة لا يصح صلاة الأولى والثانية ، لأنها فارقتاه بعــذر ، وبطلت صلاة الثالثة والرابعة إذا علمنا ببطلان صلاتها. وفي المرغيناني لو كان الإمام مسافراً والقوم مقيمين ، صلى بالطائفة الأولى التي معه ركعة ، فانصرفوا إلى جهة العدو ، وصلى بالطائفة الثانية ركعة وسلم ، ثم جاءت الطائفة الأولى ، فصلى ثلاث ركعــات بغير قراءة ، أما الركعة الثانية فلا شك في أنهم لا يقرؤون فيها لأنهم خلف الإمام حكماً ، وفي الأخرتين منفردين فيهما ، وذكر الحسن في المجرد أنهم يقرؤون فيها .

وذكر السرخسي بأن المقيم خلف المسافر لا تلزمه القراءة فيما يقضي روايـة واحدة ، وإن كان القوم فيهم مسافراً أيضاً يصلي بالأولى ركعة ، فمن كان مسافراً بقي له ركعة ، ومن كان مقيماً بقي له ثلاث ركعات ، ثم ينصرفون إلى جهة العدو وترجع الطائفة الأولى إلى مكان الإمام ، فمن كان منهم مسافراً يصلي ركعة بغير قراءة ، ومن كان مقيمـاً يصلي ثلاثاً بغير قراءة في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يقرأ في الأخريين بفاتحة الكتـاب ، ولا يقرأ في الأول ، فاذا أتمت الطائفة الأولى صلاتها ذهبت إلى وجه العدو، وتجيء الثانية إلى مكان صلاتها ، فمن كان منهم مسافراً يصلي ركعة يقرأ ، ومن كان مقيمـاً يصلي ثلاث ركعات ، الأولى بفاتحة الكتاب وسورة والأخريين بفاتحة الكتاب على الروايات كلها .

( لما روي أنه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ) هذا الحديث رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه ، قال أقبلنا على رسول الله عليه السلام حتى إذا كنـا بذات الرقاع .. الحديث ، وفيه ثم نودي بالصلاة ، فصلى بطائفة ركعتـين ثم تأخروا ، وصلى بالطائفة الأخرى ركعتين ، قال فكانت لرسول الله عليه السلام أربع ركعات ، وللقوم ركعتان ، وليس فيه ذكر الظهر ، وهو عند أبي داود وأخرجه بسند صحيح عن الحسن عن أبي بكر ، قال صلى النبي عليه السلام في خوف الظهر ، فصلى بعضهم خلفه، وبعضهم بازاء العدو ، فصلى ركعتين ، ثم سلم فانطلق الذين صلوا معه فوقفوا موقف أصحـابهم ، ثم جاء أولئك فصلوا خلفه ، فصلى بهم ركعتين ثم سلم ، فكانت لرسول الله عليه السلام أربعاً ، ولأصحابه ركعتين .

واعلم أن هذا الحديث صريح في أنه عليه السلام سلم في ركعتين ، وحديث جابر ليس صريحاً فكذلك حمله بعضهم على حديث أبي بكرة ، ومنهم النووي ، ومنهم من لم يحمله عليه ، ومنهم القرطبي . وقال المنذري في مختصره ، قال بعضهم كان النبي عليه السلام في بعض سفره غير حكم سفر وهم مسفرون . وقال بعضهم هذا خاص بالنبي عليه السلام لفضيلة الصلاة خلفه ، وقيل فيه دليل على جواز اقتداء المفترض بالمتنفل ، واعترض بأنه عليه السلام لم يسلم في الفرض كما في حديث جابر رضي الله عنه ، وقيل إنه عليه السلام كان مخيراً بين القصر والإتمام في السفر ،فاختار الإتمام لمن خلفه واختار القصر . وقال بعضهم كان في حضر ببطن نخلة على باب المدينة ، وكان خائف فخرج منه محترساً .

وقيل قد يتقوى هذا بحديث أخرجه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي أخبرنا الفقيه ابن علية أو غيره عن يونس عن الحسن [1] جابر أن النبي عليه السلام كان يصلي بالناس صلاة الظهر في الخوف ببطن نخلة ، فصلى بطائفة ركعتين، ثم سلم ثم جاءت طائفة أخرى ، فصلى بهم ركعتين ثم سلم وأخرج الدارقطني عن عتيبة عن الحسن عن جابر أن النبي عليه السلام كان محاصراً لبني محارب فنوى بالصلاة ، فذكره نحوه ، والأول أصح إلا أن فيه شائبة الإنقطاع ، قال شيخ الشافعي مجهول .

وأما الثانية ففيه عيينة بن سعيد القطان الواسطي ضعفه غير واحد ، وقيل لم يحفظه عن النبي عليه السلام أنه صلى صلاة الخوف قط في حضر ولم يكن له حرب قط في حضر إلا يوم الخندق ، ولم تكن آية الخوف نزلت بعد ، ولما ذكر الطحاوي حديث أبي بكرة المذكور ، قال محمد أن يكون ذلك كان وقت كانت الفريضة تصلي مرتين ؛ فان ذلك كان يفعل أول الإسلام ، حتى نهي عنه ، ثم ذكر حديث ابن عمر أن النبي عليه السلام نهى أن يصلي فريضة في يوم مرتين ، قال والنهي لا يكون إلا بعد الاباحة .

( ويصلي بالطائفة الأولى ركعتين من المغرب ، وبالثانية ركعة واحدة ) وهذا قول

---

(١) هكذا في الأصل وربما سقط حرف – عن – اهـ مصححه .

عامة أهل العلم . وقال الثوري يصلي بالطائفة الأولى ركعة ، وبالثانيـة ركعتين ، وهو أحد قولي الشافعي ، وأصحها الأول ، وصلاها هكذا علي رضي الله عنه ليـلة الهرير ، بفتح الهاء وكسر الراء من ليالي صفين ، سميت بذلك لأنهم كانت لهم هرير عنـدما كمن بعضهم على بعض ، وذكر شيخ الاسلام . وقال الشافعي الامام في المغرب بالخيار إن شاء صلى مثل مذهبنا ،وإن شاء صلى مثل مذهب الثوري، فلو أخطـأ الامام فصلى بالأولى ركعة ، وبالثانية ركعتين جازت صلاة الامام ، لأنه لم يبرح مكانه .

وقال سحنون فسدت صلاته ، لأنة ترك سنتهـا وهو قول الشافعي وفسدت صلاة الطائفتين ، أما الطائفة الأولى فلأنهم انصرفوا في غير أوان انصرافهـم وهو مفسد لوجود المشي من غير حاجة . وأما الطائفة الثانية فلأنهم في الأولى لإدراكهـم الشطر الأول وقد انصرفوا بعد الثالثة وهو أوان عودهم إليها ، فانصرافهم مفسد للاعراض عن العبـادة من غير حاجة وعودهم اليها لا يفسد للاقبال على الطاعة ، ولو جعلهم ثـلاث طوائف ، فصلى بالأولى ركعة فانصرفوا ، وبالثانية الثانية فانصرفوا ، وبالثالثة الثالثة فصلاة الطائفـة الأولى فاسدة وصلاة الثانيـة جائزة ويقضون ركعتيـن بقراءة بغير قراءة ، لأنـه لاحق فيها ، والأولى بقراءة لأنه مسبوق فيها ، ولو أنه صلى بثلاث طوائف بكل طائفة ركعة ،فصلاة الإمام تامة ، وصلاة الطائفـة الأولى فاسدة ، وصلاة الطائفة الثانيـة والثالثة صحيحة .

( لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن ) تعليل لما قبله ، وتقرير هذا أن الأصل إن صلى الإمام بكل طائفة شطر الصلاة وشطر المغرب ركعة ونصف ، فيثبت حق الطـائفة الأولى في نصف ركعة وتنصيفها غير ممكن ، لأنها لا تتجزأ ، فيثبت حقهم في كلها (فجعلها في الأولى أولى بحكم السبق ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر ، تقديره أن يقال إذا كان الأمر كذلك فما وجه تخصيص الطائفة الأولى بركعتين ، فأجاب بقوله فجعلها ، أي جعل الركعة الواحدة التي هي الركعة الثانية في الأولى ، أي في الطائفـة الأولى أحق بحكم السبق . وفيه مدرك آخر وهو أن الركعة الثانية أعطيت حكم الركعة الأولى في وجوب

ولا يقاتلون في حال الصلاة ، فان فعلوا بطلت صلاتهم ، لأنه ﷺ شغل عن أربع صلوات يوم الخندق ، ولو جاز الأداء مع القتال لما تركها

---

القراءة وضم السورة والجهر بالقراءة دون الركعة الثالثة ، والطائفة الأولى هي المختصة بالركعة الأولى دون الطائفة الثانية .

( ولا يقاتلون في حال الصلاة ) وبه قال ابن أبي ليلى . وقال الشافعي يقاتلون وعليهم الإعادة . وقال ابن شريح لا إعادة عليهم . وفي العامة وللشافعي ثلاثة أوجه في التكسير الأول يبطل ، رجحه صاحب المهذب والبدينجي ، ووافقها في الترجيح كثير من خوف فوات الوقت وجوزها مع القتال والمطاردة أحمد بن حنبل ، واختاره ابن المنذر .

( فإن فعلوا ) أي فإن فعلوا القتال في الصلاة ( بطلت صلاتهم ) وقال الشافعي ومالك ولا يبطل لظاهر قوله تعالى ﴿ وليأخذوا أسلحتهم ﴾ ١٠٢ النساء ، والأمر بأخذ السلاح لا يكون إلا للقتال ، ولهذا يجب أخذ السلاح في صلاة الخوف عند الشافعي في قول إن كان في وضعه خطر ، وإن كان الظاهر السلامة يستحب ، وبه قال أحمد وداود .

واحتج المصنف لأصحابنا بقوله ( لأنه عليه السلام شغل عن أربع صلوات يوم الأحزاب[١] ولو جاز الأداء مع القتال لما تركها ) أي لما ترك أربع صلوات مع القتال ، وفيه نظر ، لأن صلاة الخوف ما شرعت بعد يوم الأحزاب .

فإن قلت روي عن ابن إسحاق والواقدي أن غزوة ذات الرقاع كانت قبل غزوة الخندق ، وقد صلى رسول الله عليه السلام صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع . وقال الاترازي فثبت أن صلاة الخوف كانت شرعت قبل الخندق ، فلما ترك رسول الله عليه السلام الصلاة يوم الخندق لأجل القتال ، دل أن القتال يمنع الصلاة . قلت قال البيهقي لا حجة لهم ، لأن صلاة الخوف إنما شرعت بعد الخندق ، وقد جاء التصريح في طريق الحديث ، بأن صلاة يوم الأحزاب كانت قبل نزول صلاة الخوف ، رواه النسائي في سننه وابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما والبيهقي في سننه والشافعي وأبو يعلى والدارمي في مسانيدهم كلهم عن

---

(١) الخندق — هامش .

ابن أبي ذئب عن سعيد المقبري عن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري عن أبيه قال ، جئنا يوم الخندق ، فذكره إلى أن قال وذلك قبل أن ينزل ﴿ فرجالاً أو ركباناً ﴾ ٢٣٩ البقرة .

وقال القاضي عياض في الشفاء والصحيح أن حديث الخندق كان قبل نزول الآية فهي ناسخة ، ويمكن أن يعتذر عن المصنف في احتجاجه بالحديث المذكور بأنه اعتمد ما روي عن الواقدي ، لأن هذا مختلف فيه ، فمن هذا قال النووي قيل أنها أي أن صلاة الخوف شرعت في غزوة ذات الرقاع ، وهي سنة خمس من الهجرة . وقيل أنها شرعت في غزوة بني النضير ، والحديث المذكور تقدم في باب قضاء الفوائت هو يوم حفر الخندق في المدينة والأحزاب هم الذين ذكرهم الله في قوله ﴿ إذا جاؤوكم من فوقكم ومن أسفل منكم ﴾ ١٠ الأحزاب وذلك أن أهل مكة جمعوا الأعراب وأتوا المدينة من فوق الوادي من قبل المشرق بنو غطفان ، ومن أسفل الوادي من قبل المغرب قريش فتحزبوا وقالوا سكون جملة واحدة حتى يتأصل محمداً ، فأرسل الله عليهم ريح الصبا في ليلة شاتية فتسقت التراب في وجوههم وقلعت الملائكة الأوتار ، وقطعت الأطناب ، وأطفئت النيران وأكفئت القدور ، وساحت الخيل بعضها في بعض ، وقذف في قلوبهم الرعب ، وكبرت الملائكة في جانب عددهم فانهزموا من غير قتال .

وحين سمع رسول الله ﷺ بإقبالهم ضرب الخندق على المدينة — أشار عليه بذلك سلمان الفارسي رضي الله عنه — واشتد الخوف ، وظن المؤمنون كل ظن ، وقال بعض المنافقين كان محمد يعدنا كنوز كسرى وقيصر ، ولا يقدر أن يذهب إلى الغاية ، وكانوا ثم قريباً من شهر حتى أنزل الله النصر ، وذلك قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا اذكروا نعمة الله عليكم إذ جاءتكم جنود فأرسلنا عليهم ريحاً ﴾ أي ريح الصبا ﴿ وجنوداً لم تروها ﴾ أي جنود الملائكة ، إلى قوله تعالى ﴿ ورد الله الذين كفروا بغيظهم لم ينالوا خيراً وكفى الله المؤمنين القتال ﴾ ٢٥ الأحزاب ، أي بالريح والملائكة ، قال عليه السلام نصرت بالصبا وهلكت عاد بالدبور .

فان اشتد الخوف صلوا ركباناً فرادى يومئون بالركوع والسجود إلى أي جهة شاؤوا إذا لم يقدروا على التوجه إلى القبلة لقوله تعالى ﴿ فإن خفتم فرجالاً أو ركبـــاناً ﴾ ٢٣٩ البقرة ، وسقط التوجه للضرورة . وعن محمد « رح » انهم يصلون بجماعة ، وليس بصحيـــح لانعدام الإتحاد في المكان

---

( فإن اشتد الخوف ) يعني إذا كان الخوف أشد من الأول ، بحيث لا يتهيأ لهم النزول عن الدابة لأجل هجوم العدو عليهم ( صلوا ركباناً ) أي حال كونهم راكبين ( فرادى ) أي منفردين ( يومئون بالركوع والسجود إلى أي جهة شاؤوا ) ويجعلون السجود أخفض من الركوع ( إذا لم يقـــدروا على التوجه إلى القبـــلة ) هذا قيد إلى قوله — إلى أي جهة شاؤوا — .

وفي الذخيرة إذا اشتد الخوف صلوا رجالاً قياماً على أقدامهم أو ركباناً مستقبلي القبلة وغير مستقبليها . وقال القاضي عياض في الأكمل لا يجوز ترك استقبال القبلة فيها عند أبي حنيفة ، وهو غلط منه ، ولا يجوز في جماعة عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وبـــه قال ابن أبي ليلى .

( لقوله تعالى ﴿ وإن خفتم فرجالاً أو ركباناً ﴾ ٢٣٩ البقرة ) أي فإن كان بكم خوف من عدو فصلوا رجالاً ، أي راجلين ، وهو جمع راجل ، وهو الماشي لا جمع رجل ، قوله ﴿ أو ركباناً ﴾ يجوز [1] بالإيماء ( وسقط التوجه ) أي إلى القبلة ( للضرورة ) أي لأجل الضرورة ( وعند محمد رحمه الله تعالى أنهم ) أي أن الركبان ( يصلون بجماعة ) يعني عند محمد يجوز ، وبه قال الشافعي ( وليس بصحيح ) أي ما قاله محمد ها هنا ، خلاف ظاهر الرواية وهو غير صحيح ( لانعدام الإتحاد في المكان ) أي في مكان الصلاة ، وهذا لا يلزم الفصل بين المقتدي وبين الإمام بما ليس بمكان الصلاة ، فلا يجوز كما لو كان بينهـــما نهراً أو طريق أو حائط .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة . اهـ مصححه .

وإن صلوا ركباناً والدابة تسير تجوز ، والأصل أن كل صلاة تجوز راكباً يجوز مع السير ، كالنفل . وفي المحيط ولأن السير كالنفل ، وفي المحيط ولأن السير فعل الدابة حقيقة ، وإنما أضيف اليه بمعنى ، فإذا جاء العذر انقطعت الإضافة اليه ، بخلاف ما إذا صلى وهو يمشي حيث يفسد صلاته ، لأن المشي فعله حقيقة ، وهو مناف ، بخلاف الذاهب إلى وجه العدو ، لأنه ليس بمصل في تلك الحال ، بل هو في حرمة الصلاة . وفي زيادات الشهيد لا يجوز بالإيماء في المصر عند أبي حنيفة ، وعن أبي يوسف يجوز في حالة المشي بالإيماء ، وبه قال مالك والشافعي ويصلون ركباناً ومشاة في جماعة الخوف من العدو ، والسبع سواء . فالخائف من السبع إذا لم يستطع النزول من الدابة يصلي بالإيماء ، كالخائف من العدو ، وكذلك السابح في البحر ، لأن فعلها ينافي الصلاة فصار كالأكل .

والراكب لا يصلي في حالة السير إذا كان طالباً ، لعدم الضرورة ، وإن كان مطلوباً يصلي للضرورة ، وإذا رأوا سواداً ظنوا أنه عدو فصلوا صلاة الخوف فإذا هو إبل أو بقر أو غنم فعليهم الاعادة ، وبه قال الشافعي في قول واحد . واختاره المزني ، وفي قول لا يجب عليهم الاعادة ، وبه قال مالك ولو ماشياً هارباً من العدو فحضرته الصلاة ولم يمكنه الوقوف لا يصلي ماشياً ، وعند الشافعي يصلي بالايماء في تلك الحالة ثم يعيد الفرض على الدابة بعذر المطر واللص . وفي البادية يجوز إذا لم يقدروا على صلاة الخوف على ما وضعنا آخرها ، ولا يصلون صلاة غير مشروعة ، وعن مجاهد وطاووس والحكم والحسن وقتادة والضحاك يصلون صلاة الخوف لركعة واحدة يومئون إيماء .

وروي هذا عن جابر أيضاً ، وقال الضحاك ، فإن لم يقدروا يكبر تكبيرتين ، حيث كانت وجوههم . وقال إسحاق إن لم يقدروا على الركعة فسجده واحدة ، فان لم يقدروا فتكبيرة واحدة .

أخذ الأسلحة ليس بواجب ، وأخذها لا تفسد صلاته بالنص ، وبه قال مالك وأحمد وداود وعند الشافعي في وجوب أخذ السلاح قولان ، والأصح استحبابه وعدم وجوبه . وفي الوسيط وكيف ما كان لا تبطل الصلاة بتركه .

ذهب فقهاء الأمصار إلى أن صلاة الخوف تصح بثلاث أنفس إمام ومأموم وآخر تجاه العدو . ونقل أبو بكر بن أبي داود عن الشافعي أن كل طائفة بثلاثة ، ونقل عن القراء في مثله . وفي المغني الحنابلة كل طائفة ثلاثة . وقال ابن حزم يصليها من خاف من كافر أو مسلم باغ أو سبع أو خنس أو سيل أو نار أو مجنون أو حيوان عاد أو خوف عطش أو فوت رفقة أو متاع أو ضلال طريق . قال النووي هي جائزة في كل قتال ليس بحرام واجباً كان كقتال الكفار والبغاة وقطاع الطريق ، وكذا الصائل على الانسان بنفسه إذا أوجبنا الدفع أو كان مباحاً كقتال من قصد أخذ ماله أو مال غيره .

ولا يجوز في الحرم قتال أهل العدل ، فقتال أهل الأموال لأخذها ، وقتال القبائل عصبة ، ويجوز للمنهزمين إذا زاد الكفار على الضعيف أو كانوا متحرفين لقتال أو متحيزين إلى فئة ، وإلا فلا . ولو كان عليه القصاص يرجو العفو إذا سكن غضبه فهرب يصلي صلاة الخوف ، واستبعده إمام الحرمين ، وهذا في غير شدة الخوف ، وعند مالك وأحمد لا يترخص في كل قتال هو حرام . وفي فتاوى المرغيناني في صلاة الخوف ليست مشروعة في حق العاصي في السفر .

وفي الزيادات لا يجوز الانحراف بعد ذهاب العدو ، ولزوال سبب الرخصة ولو شرعوا فيها ثم حضر العدو جاز الانحراف في أوانه ، ولو انحرفوا على ظن العدو ، ثم بان أنه إبل بنوا ما لم يجاوزوا الصفوف استحساناً . وفي المبسوط لو سهى الامام في صلاة الخوف سجد السهو وتبعته الطائفة الأولى يسجدون في إتمام صلاتهم .

* * *

# باب الجنائز

## وإذا احتضر الرجل وجه إلى القبلة على شقه الأيمن

---

(باب الجنائز)

أي هذا باب في بيان أحكام الجنازة. وجه المناسبة بين البابين من حيث أن الباب السابق في بيان حالة الخوف، وهذا الباب في أمور الموت والخوف قد يفضي إلى الموت أو الباب السابق في بيان حالة صلاة الحياة، وهذا في صلاة حالة الموت.

وأما تأخير هذا الباب عن الأبواب السابقة في بيان الصلوات المطلقة أي الكاملة، وهذا الباب في الصلاة المعدة والأبواب السابقة في الصلوات التي هي حسن بالمعنى في نفسها وهذا الباب في صلاة حسن يعني في غيرها، فالأول مقدم على الثاني، والجنائز جمع جنازة، وهي بفتح الجيم، إسم للميت المحمول، وبكسرها إسم للنعش الذي يحمل عليها الميت، ويقال عكس ذلك، حكاه صاحب المطالع. ويقال الجنازة بكسر الجيم وفتحها، والكسر أفصح، واشتقاقها من جنز، حتى إذا أستر، ذكره ابن فارس وغيره، ومضارعه يجنز بكسر النون.

(إذا احتضر الرجل) بضم التاء وكسر الضاد المعجمة. قال في المغرب احتضر الرجل، مات إن الوفاة حضرته أو ملائكة الموت. ويقال فلان يحتضر، أي قريب من الموت. قال ومنه إذا احتضر الرجل. وفي النهاية حضر الرجل واحتضر على ما لم يسم فاعله إذا دنى موته، وروي بالخاء المعجمة. وقيل هو تصحيف. وفي المحيط احتضر الرجل، أي دنى موته، وعلاماته أن يترخى قدماه فلا ينتصبان، وينفرج أنفه ويخسف صدغاه، ويمتد جلدة الخصية، لأن الخصية يتعلق بالموت ويتدلى جلدتها.

(وجه إلى القبلة على شقه الأيمن) وعليه نص الشافعي وأكثر أصحابه، وبه قال

مالك وأحمد ، ذكره مالك في رواية ابن القاسم ، لأن سعيد بن المسيب أنكر على من فعل ذلك . وللجمهور ما رواه البيهقي عن أبي قتادة أن النبي عليه السلام حين قدم المدينة سأل عن البراء بن معزور رضي الله عنه ، فقالوا توفي وأوصى بثلث ماله لك يا رسول الله وأوصى أن يوجه إلى القبلة بما احتضر ، فقال رسول الله عليه السلام أصاب الفطرة ، وقد رددت ثلثه على ولده ، ثم ذهب فصلى عليه وقال اللهم اغفر له وارحمه وادخله جنتك وقد فعلت . وقال الحاكم هذا الحديث صحيح ولا أعلم في توجيه المحتضر إلى القبلة غيره .

قلت هذا ليس مساعد له على الصفة المذكورة ، وإنما فيه مجرد الإيصاء بالتوجه إلى القبلة ، وأما مجرد التوجيه ففيه حديث عمر بن قتادة، وكانت له صحبة أن رجلاً سأل النبي ﷺ ما الكبائر ، قال هي تسعة ، الشرك بالله والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات ، وعقوق الوالدين المسلمين ، واستحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتاً. أخرجه أبو داود في الوصايا ، والنسائي في المحاربة . وذكر أبو حفص بن شاهين في كتاب الجنائز له باباً في توجيه المحتضر ،ولم يذكر فيه غير أثر ابراهيم النخعي قال يستقبل بالموت القبلة. وعن عطاء بن أبي رباح نحوه بزيادة على شقه الأيمن ما علمت أحداً تركه سنة .

( اعتباراً بحال الوضع في القبر ) يعني يعتبر توجيه من أشرف على الموت إلى القبله على شقه الأيمن ، اعتباراً بحال وضع الميت في قبره . فإنه في قبره يوجه إلى القبلة على شقه الأيمن . وقال الأترازي لأنه السنة ، ولم يبين السنة كيف هي وقال السغناقي الإضطجاع على ستة أنواع اضطجاع في حالة المرض ، فإنه يضطجع على شقه الأيمن عرضاً للقبلة . واضطجاع في حالة صلاة المريض ، وقد ذكروا اضطجاع في حالة النزع ، فإنه يوضع كما يوضع في حالة المرض ، واضطجاع في حالة الغسل بعدما مضى بجنبه فلا رواية فيه عن أصحابنا كيف يوضع على التخت ، إلا أن العرف فيه يضطجع مستلقياً على قفاه طويلاً نحو القبلة كما في حالة الصلاة .

لأنه أشرف عليه ، والمختار في بلادنا الاستلقاء ، لأنه أيسر لخروج الروح ، والأول هو السنة ولقن الشهادتين

---

واضطجاع في حالة الصلاة عليه ، فإنه يضطجع معترضاً القبلة على قفاه . واضطجاع في حالة الوضع في اللحد ، فانه يوضع على شقه الأيمن ، كما في حالة المرض . قلت هذا كلـــه بالعرف والقياس ، ولم يذكر فيه أثراً ولا حديثاً ، مع أن المصنف قاس على اضطجاع الميت في قبره ، وهذا الشارح ذكر عكس هذا . وذكر صاحب الدراية هنـا حديث البراء بن معزور المذكور آنفاً ، وقد استوفى الكلام فيه .

( لأنه أشرف عليه ) هذا تعليل قوله – اعتباراً بحال الوضع في القبر – لأنه أي لأن المحتضر أشرف على القبر ، والإشراف على الشيء الدنو منـــه وما قرب من الشيء يأخـذ حكمه ( والمختار في بلادنا ) أراد بها ما وراء النهر ( الاستلقاء ) أي استلقاء المحتضر على قفاه ( لأنه الأيسر لخروج الروح ) أي لأن الاستلقاء أيسر لخروج الروح وبه قال الشافعي في قول . وفي شرح الوجيز ، ويلقى على قفاه .

وفي المحيط والاسبيجابي وغيرهما أن العرف أنه يوضع مستلقياً على قفـاه وقدماه إلى القبلة ، قالوا هو أيسر لخروج الروح، ولم يذكروا وجه ذلك ، ولا يمكن معرفته بالتجربة ، وهو أسهل لتغميضه وشد لحيته عقيب الموت ، وأمنع لنفوس أعضائه ، ويرفع رأسه قليلاً ليصير وجهه إلى القبلة دون السماء ، وبه قطع الجوسي والغزالي من الشافعيـة . قال إمام الحرمين وعليه عمل الناس . وقال أبو بكر الرازي هذا إذا لم يشق عليه ، فان شق ترك على حاله والمرجوم لا يوجه .

( والأول هو السنة ) أي توجيهه إلى القبلة على شقه الأيمن هو السنة ، ولم يبين السنة ما هي ( ولقن الشهادة ) كذا بالأفراد ، ولفظ القدوري ولقن الشهادتين بالتثنية . وقال السغناقي لقن الشهادة ، ولفظ المختصر ولقن الشهادتين ، وهو المراد أيضاً هنا. وفي نسخـة الأترازي بخطه ، ولقن الشهادتين ، ثم فسر بقوله لا إله إلا الله ، وقوله – أشهـد أن محمداً رسول الله – وذكر السروجي بلفظ الأفراد ، ثم قال ومثله في المحيط والبدائع والاسبيجابي وشرح مختصر الكرخي والتجريد وجوامع الفقه وخير مطلوب والقنية .

وفي المفيد والمزيد والتحفة والينابيع والمنافع ولقن الشهادتين، وهوالصواب. واكتفي فيما تقدم شهادة التوحيد ، لأن الشهادة بالرسالة تبع لها ، ولا يقبل به دون الشهادةالثانية، ولهذا لم يذكر الثانية في الحديث الذي يأتي بعده ، وبكذا اختلف الشافعية وفي الذخيرة للمالكية والمغني للحنابلة لقن قوله لا إله إلا الله ووجهه أن توجد، ويلزم من اعترافه بالتوحيد اعترافه بالشهادة الأخرى . قلت فيه نظر لا يخفى، وعلم من هذا أن نسخة المصنف بالافراد، والاترازي أصلح وأثبته بالتثنية ، فافهم .

( لقوله عليه‌السلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله ) هذا الحديث روي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة وجابر بن عبد الله وعبد الله بن جعفر وعبد الله بن عمر وواثـــلة بن الأسقع وابن عباس ومسعود وعائشة رضي الله عنهم ، وحديث الخدري عند الجماعة ماخلا البخاري . وحديث أبي هريرة عند مسلم نحوه سواء . وحديث جابر عنـــد الطبراني في كتاب الدعاء له مرفوعاً نحوه ، ورواه العقيلي في الضعفاء ، وأعله بعبد الوهاب بن مجاهد. وحديث عبد الله بن جعفر عند البزار في مسنده . وحديث عبد الله بن عمر عند شاهين في كتاب الجنائز له . وحديث واثلة بن الأسقع عند أبي نعيم في الحلية ر وحديث ابن مسعود وابن عباس عند الطبراني . وحديث عائشة عنـــد الطبراني أيضاً مرفوعاً نحوه ، وعند النسائي أيضاً ، ولفظها لقنوا أهلكم بدل موتاكم .

( والمراد به الذي قرب من الموت ) بطريق المجاز ، باعتبار ما يؤول اليه ، وذلك لأن التلقين حقيقة ما يطاوعه التلقن ، وحصول ذلك من الميت محال ، فالأمر به حقيقة يكون أمراً للعاجز عنه ، والعقل يأباه فوجب حمله على هذا المعنى .

فان قلت عند أهل السنة ، هذا على حقيقته لأن الله تعالى يحيه على ما جاءت به الآثار فلم يحمله على المجاز . قلت لأن المقصود من ذلك أن يكون آخر كلام الميت كلمة الشهادة ، فالتلقين في قبره لا يساعده المقصود ، وقد قال عليه‌السلام من كان آخر كلامه قول لا إله إلا الله دخل الجنة ، رواه أبو هريرة وأخرجه ابن حبان ، وعزاه ابن الجوزي للبخـــاري وليس

كذلك ، فانه ليس فيه وجعله المحب الطبراني من المتفق عليه ، وليس كذلـك . ومعنى التلقين بأن تذكر بين يديه ، وإذا قال مرة لا تعاد عليه إلا أن يتكلم ، ولا يقال له قل . وفي شرح الوجيز ولا يلـح عليه ولا يعاجه ، بل يذكر بـين يديه ، وهذا التلقين مستحب بالإجماع .

وأما التلقين بعد الموت فلا يلقن عندنا في ظاهر الرواية . وعند الشافعي يستحب أن يلقن بعد الدفن ، فيقال يا عبد الله أو يا أمة الله اذكر ما خرجت عليه من الدنيا من شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وأن الجنة حق ، والنار حق ، والبيت حق ، وأن الساعه حق آتية لا ريب فيها ، وأن الله يبعث من في القبور ، وأنـك رضيت بالله رباً ، وبالإسلام ديناً ، وبمحمد ﷺ نبياً ورسولاً ، وبالقرآن إماماً ، وبالكعبة قبلة ، وبالمؤمنين إخواناً ، لظاهر قوله عليه السلام لقنوا موتاكم ، كذا في شرح الوجيز .

قلت روى الطبراني عن أبي أمامة رضي الله تعالى عنه إذا قامت فاصنعوا بي كما أمرنا رسول الله عليه السلام أن يصنع بموتانا أمرنا رسول الله ﷺ ، فقـال إذا مات أحد من إخوانكم فرميتم التراب على قبره فليقم أحد على رأس قبره ، ثم ليقل يا فلان بن فلان ، فانه يسمعه ولا يجيبه ، ثم يقول يا فلان بن فلان ، فانه يستوي قاعداً ، ثم يقول يا فلان ابن فلان ، فانه يقول ارشدنا يرحمك الله ولكن لا تشعرون فليقل اذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، وأنـك رضيت بالله ربـاً وبالإسلام ديناً ، وبالقرآن إماماً ، فان منكراً ونكيراً يأخذ كل واحد منهما بيد صاحبه ، ويقول انطلق بنا ما يقعدنا عند من لقن حجته .

فقال رجل يا رسول الله فان لم يعرف أمه قال ينسبه إلى أمه حواء عليه السلام يافلان ابن حواء ، إسناده صحيح ، وقد قواه أيضاً في أحكامه ، كذا قيل ، ولكن الراوي عن أبي أمامة سعيد الأزدي وقد بيض له ابن أبي حاتم . وفي وجيزة الفقهاء وفتاوى الظهيرية جوز بعض المشايخ التلقين بعد الدفن ، ولا أراه يفعل . قلت وكيف لا يفعل ؛ وقد روي عنه عليه السلام أنه أمر بالتلقين بعد الدفن ، فيقول يا فلان بن فلان ، أو يا فلانـة بنت

فإذا مات شد لحياه وغمض عيناه ، بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

---

فلانة دينك الذي كنت عليه إلى آخر ما ذكرناه في شرح الوجيز .

وقال الحلوائي لا نهي ولا يؤمر به . قال قاضي خان إن كان التلقين لا ينفع لا يضر أيضاً ، فيجوز وحكي عن ظهير الدين المرغيناني أنه لقن بعض الأئمة من السلف بعد دفنه ، وأوصى أن يلقن هو أيضاً بعد دفنه ، كذا في عباب المفتي .

( فاذا مات ) أي المحتضر ( شد لحياه ) بفتح اللام تثنية لحى ، وهو الحنك ( وغمض عيناه ) يعني أطبق جفناه ( بذلك ) أي شد اللحيتين وتغميض العينين (جرى التوارث) من الأئمة على ذلك ، وفي تغميض البصر أحاديث : منها ما أخرجه البخاري في صحيحه عن أم سلمة قالت دخل رسول الله عليه السلام على أبي سلمة وقد تنفق بصره فأغمضه .. الحديث .

ومنها ما رواه ابن ماجة في سننه عن شداد بن أوس قال ، قال رسول الله إذا حضرتم موتاكم فاغمضوا البصر ، فان البصر يتبع الروح ، وقولوا خيراً ، فان الملائكة تؤمن على ما يقول أهل البيت ، ورواه أحمد في مسنده ، وأعله ابن حبان بفرعة بن سويد ، أحد رواته ، ويقول مغمضه بسم الله وعلى ملة رسول الله ، ويروى وعلى وفاة رسول الله اللهم يسر عليه أمره وسهل عليه ما بعده وأسعده بلقائك ، واجعل ما خرج اليه خيراً مما خرج عنه .

( ثم فيه تحسينه فيستحسن ) أي فيما ذكر من شد اللحيين وتغميض العينين تحسين صورة الميت ، لأنه إذا ترك التغميض يبقى فظيع المنظر في أعين الناس ، وفي ترك شد اللحيين كما يمنع من دخول الهوام في جوفه ، والماء عند غسله ، وشد بعصابة عريضة من فوق رأسه . وفي المنتقى يصنع بالميت عشرة أشياء ، يوجه إلى القبلة على قفاه أو على يمينه ، ويمد أعضاءه ، ويغمض عيناه ، ويقرأ سورة يس عنده ، ويوضع عنده من الطيب ، ويلقن كلمة الشهادة ، ويخرج من عنده الحائض والنفساء والجنب ، ويوضع على بطنه سيف أو مرآة لئلا ينتفخ ، ويقرأ عنده القرآن إلى أن يرفع وهكذا في كتب أصحاب الشافعي .

وكره مالك قراءة القرآن عنده ، وأصحابنا كرهوا القراءة بعد موته حتى يغسل ، ويجعل على سرير أو لوح ، حتى لا يغيره نداوة الأرض . وفي فتاوى قاضي خان ولابأس بجلوس الحائض والجنب عند موته ، ثم المستحب أن يعجل في جهازه ولايؤخر . ويستحب أن يلي المريض أرفق لعلمه به ، وأعلمهم بسياسته وأبقاهم ، ويذكره بالتوبة من المعاصي والمظالم وبالوصية ، وإذا رآه قد نزل به معاهد بل حلقه بأن يقطر في فيه ماء أو شراباً ، ويندى في سقيه بقطنة ونحوها .

## ( فصل في الغسل )

أي هذا فصل في بيان غسل الميت ، وهو بفتح الغين . وفي بعض النسخ فصل في غسل الميت ، ولما بين ما يفعل بالمحتضر وقت احتضاره ، شرع يعني ما يفعل به بعد موته ، فبدأ بالغسل ، لأنه أول ما يفعل بالميت ، ثم ذكر فصل التلقين ثم فصل الصلاة ، ثم فصل حمله ، ثم فصل الدفن على الترتيب الخارجي . ليوافق الترتيب الوضعي .

وقال الشيخ أبو نصر البغدادي رحمه الله تعالى ، الأصل في وجوب غسل الميت أن الملائكة عليهم السلام غسلوا آدم عليه السلام وقالوا لولده هذه سنة موتاكم ، وغسل النبي عليه السلام حين مات ، وفعل ذلك المسلمون بعده . وقال صاحب الدراية هو واجب على الأحياء بالسنة وإجماع الأمة ، وتفرع من المعنى .

أما السنة فما روي عن أبي بن كعب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال إن آدم عليه السلام لما حضرته الوفاة نزلت الملائكة بحنوطه وكفنه من الجنة ، فلما مات غسلوه بالماء والسدر ثلاثاً ، وكفنوه في وتر من الثياب ، وصلوا عليه عند البيت ، وأمهم جبريل عليه السلام ، وقال هذه سنة ولد آدم من بعده .

وما روي أنه عليه السلام قال لأم عطية حين توفيت ابنته رقية اغسليها وتراً ثلاثاً أو خمساً أو أكثر إن رأيتن ذلك ، وقال بماء وسدر ، وقال عليه السلام للمسلم على المسلم ست حقوق ، وذكر منها إذا مات أن يغسله ، وأجمعت الأمة على هذا .

وأما المعنى أن الميت في الصلاة بمنزلة الإمام ، حتى لا تجوز الصلاة بدونه ، وهذا شرط تقديمه على القوم ، وطهارة الامام لصلاة القوم ، ولأن ما بعد الموت حال العرض على الرب والرجوع عليه ، فوجب عليه تطهيره بالغسل تعظيماً للرب . وفي شرح الوجيز الغسل والتلقين والصلاة فرض الكفاية بالاجماع ، انتهى .

قلت حديث أبي بن كعب رواه عبد الله بن أحمد في المسند ولفظه أن آدم عليه السلام غسلته الملائكة ولقنوه وحنطوه وحفروا له وألحدوا وصلوا عليها ، ثم دخلوا قبره فوضعوا عليه اللبن ، ثم خرجوا من قبره ، ثم حثوا عليه التراب ، ثم قالوا يا بني آدم هذه سنتكم ، رواه البيهقي .

وحديث أم عطية أخرجه البخاري ومسلم ، واختلف المشايخ في سبب وجه غسل الميت . قال بعضهم هو الحدث ، فإن الموت سبب لاسترخاء مفاصله ، والنبي يغسل الأعضاء الأربعة في الحياة ، لتكرر سببه ، والموت لا يتكرر . وقال الشيخ أبو عبد الله الجرجاني وغيره من مشايخ العراق يقولون إنما وجب لنجاسة الموت ، إذ الآدمي له دم مسفوح كسائر الحيوانات ، ولهذا تتنجس البئر بموته فيها .

وفي المحيط والبدائع ولو وقع فيها بعد غسله لا ينجس ، ولو حمل ميتاً وصلى به قبل غسله لا تصح صلاته ، بخلاف الحدث . وفي البدائع عن محمد بن شجاع البلخي أن الآدمي لا ينجس بالموت كرامة له ، لأنه لو نجس لما حكم بطهارته بالغسل كسائر الحيوانات التي حكم بنجاستها بالموت ، وقول أبي عبد الله هو قول العامة وهو الأظهر ، وعند كل واحد من مالك والشافعي وأحمد خلاف في تنجيس المؤمن بالموت ، وقال بعض الحنابلة يتنجس بالموت ولا يطهر بالغسل ، ويتنجس الثوب الذي ينشف به كسائر الميتات وهذا باطل بلا شك .

( وإذا أرادوا غسله ) بفتح الغين ، أي غسل الميت ( وضعوه على سرير لينصب الماء عنه ) أي لينزل الماء عنه إلى أسفل ، واختلف في كيفية الوضع . قال الاسبيجابي وصاحب شرح الطحاوي يوضع مستلقياً على قفاه نحو القبلة كالمحتضر ، ومثله قال بعض أئمة خراسان ،

وجعلوا على عورته خرقة إقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيراً ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف

واختاره بعض أصحابنا أنه يوضع مستلقياً عرضاً ، كما يوضع في القبر . وقال شمس الأئمة الأصح أنه يوضع كما تيسر . وفي التحفة يوضع على شقه الأيسر حتى تبدأ بشقه الأيمن في الغسل ، ثم على الأيمن [1] . وقال الاسبيجابي لا رواية عن أصحابنا في ذلك ، والعرف أن يوضع على التخت على قفاه طولاً نحو القبلة .

( وجعلوا على عورته خرقة ) لأن ستر العورة واجب على كل حال ، والآدمي محترم حياً وميتاً ، ألا ترى أنه لا يحل للرجال عند النساء ، ولا للنساء على الرجال الأجانب بعد الوفاة ، وقد عرف فيما مضى حد العورة أنها من السرة إلى الركبة ، والركبة عورة عندنا ، وهذا هو الأصل .

ولكن ظاهر الرواية خلاف هذا ، أشار اليه بقوله ( ويكتفي بستر العورة الغليظة ) وهي القبل والدبر ، وعليه الفتوى أشار اليه بقوله ( هو الصحيح ) من المذهب ، وبه قال مالك أيضاً ، ذكره أيضاً في المدونة ، واحترز به عن رواية النوادر ، فإنه قال فيه ويوضع على عورته خرقة من السرة إلى الركبة . وفي المبسوط وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يؤزر بإزار سابغ ، كما يفعله بحياته إذا أراد الإغتسال . وفي ظاهر الرواية قال يشق عليهم غسل ما تحت الإزار فيكتفى ستر العورة الغليظة بخرقة ( تيسيراً ) أي لأجل التيسير على الغاسل .

وفي البدائع يغسل عورته تحت الخرقة بعد أن يلف على يده خرقة وينجى عند أبي حنيفة ، كما كان يفعله في حال حياته ، وعندهما لا ينجى . وفي المحيط والروضة لا ينجى عند أبي يوسف ويغسل سرته بخرقة يلفها على يده . وقيل يجعل الغاسل على اصبعه خرقة يمسح أسنانه ولهاته ولثته ويدخلها في منخريه أيضاً .

( ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ) أي تنظيف الميت . وعن مالك وهو ظاهر قول

---

(١) هكذا وردت هذه الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

أحمد وقول ابن سيرين . وقال الشافعي وأحمد في رواية المستحب أن يغتسل في قميص واسع الكمين ، وإن كان ضيق الكمين خرقها ، لأنه عليه السلام غسل في قميص يلبس عند إرادة غسله ، وصرح به المسعودي والرافعي ، ويدخل الغاسل يده في كمه ، ويصب الماء من فوق القميص ويغتسل من تحته ، واستدل على ذلك بحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله عليه السلام غسلوه وعليه قميصه يصبون الماء عليه ويدلكونه من فوق القميص رواه أبو داود ، وقال النووي إسناده صحيح .

قلت قيل أنه ضعيف ، ولئن سلمنا صحته فنقول كان ذلك من خصائصه عليه السلام ، يدل على ذلك ما رواه أبو داود عن عباد بن عبد الله بن الزبير قال، سمعت عائشة رضي الله عنها تقول لما أرادوا غسل النبي عليه السلام قالوا والله ما ندري أنجرد رسول الله عليه السلام من ثيابه كما نجرد موتانا ، أو نغسله وعليه ثيابه ، فلما اختلفوا ألقى الله عليهم النوم ، حتى ما منهم رجل إلا وذقنه في صدره ، ثم كلمهم مكلم من ناحية البيت لا يدرون من هو، اغسلوا رسول الله وعليه ثيابه ، فقاموا إلى رسول الله عليه السلام فغسلوه وعليه قميص، يصبون الماء فوق القميص دون أيديهم .

وكانت عائشة رضي الله عنها تقول لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما غسله إلا نساؤه ، يعني لو علمنا أن رسول الله عليه السلام يغسل بعد الوفاة ، ما غسله إلا نحن . وهذا يدل على أن عبادتهم كانت تجريد (1) موتاهم ، كان في زمان رسول الله عليه السلام عند غسلهم . ورخص من ذلك النبي عليه السلام لأجل احترامه وتعظيمه، ولأنه إذا غسل في قميصه ينجس القميص بما يخرج منه ، وقد لا يطهر بصب الماء عليه ، فيتنجس الميت به، بخلاف النبي ﷺ ،فإنه كان مأموناً في حقه،لأنه كان طيباً حياً وميتاً، على أن مذهبهم خلاف ما فعل رسول الله عليه السلام ، فان لم يلبس قميص عند غسله ، بل غسله في قميصه الذي مات فيه إن صح الحديث به .

ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق ، لأن الوضوء سنة الإغتسال ، غير أن إخراج الماء منه متعذر فيتركان، ثم يفيضون الماء عليه اعتباراً بحال الحياة ، ويجمر سريره وتراً

---

( ووضوءه من غير مضمضة واستنشاق ) بتشديد الضاد من المض بالتشديد . وفي المبسوط ويبدأ بالميامن في وضوئه | وقال صاحب المغني ولايدخل الماء فاه ولامنخريه. وفي قول أكثر أهل العلم وهو قول سعيد بن جبير والنخعي والثوري وأحمد. وقال الشافعي يمضمض ويستنشق كما يفعله الحي . قلنا المضمضة إدارة الماء في داخل الفم ، والاستنشاق إدخال الماء في الأنف وجذبه إلى الخياشيم ، وهذا كله متعذر. وقال النووي المضمضة جعل الماء في فيه . قلت هذا خلاف ما قاله أهل اللغة .

وقال الجوهري المضمضة تحريك الماء في الفم ، وإمام الحرمين لم يصوب من قال مثلما قال النووي . وفي المحيط والروضة فرق بين الميت والجنب في الغسل في خمسة أشياء لا يمضمض بخلاف الجنب والميت لا ينشف بخلاف الجنب والميت يبدأ بغسل وجهه ، والجنب يغسل يديه ، وفيه خلاف الثلاثة ، والميت لا يمسح برأسه ، هكذا روي عن محمد في النوادر ، ومثله في الإيضاح . وقال خواهر زادة في شرح المبسوط الصحيح أن الميت كالجنب في مسح الرأس ، والميت لا يؤخر غسل رجليه ، بخلاف الجنب. وفي مبسوط شيخ الإسلام الصحيح أن الجواب في غسل الرجلين واحد . وقال الحلواني هذا الذي ذكر في حق البالغ والصبي العاقل ، أما في الصبي الغير عاقل لا يوضأ وضوء الصلاة . لأنه كان في حياته لا يصلي .

( لأن الوضوء سنة الإغتسال ، غير أن إخراج الماء منه ) من الفم والأنف ( متعذر فيتركان ) أي المضمضة والاستنشاق ( ثم يفيضون الماء عليه اعتباراً بحال الحياة ) أي يفيضون الماء على الميت ثلاث مرات كما في حالة الحياة ( ويجمر سريره وتراً ) أي ويبخر، وفي المغرب جمر ثوبه واجمره إذا بخره فيطيب بعود أجر ، وفي تجميره يفعل هذا عند إرادة غسله ، احتراماً للرائحة وإكراماً للميت ، وقيل المراد من التجمير إرادة المجمر حول السرير وتراً ، يعني واحدة أو ثلاثاً أو خمساً .

لما فيه من تعظيم الميت ، وإنما يوتر لقوله ﷺ ان الله وتر يحب الوتر ويغلي الماء بالسدر

---

وقال الاسبيجابي لا يزاد عليها ، وتعيين الوتر لقوله عليه السلام إن الله وتر يحب الوتر ، رواه البزار في مسنده من حديث نافع عن ابن عمر مرفوعاً وسكت عنه ، وروى البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام إن لله تسعة وتسعين إسماً مائة إلا واحدة ، من أحصاها دخل الجنة ، إنه وتر ويحب الوتر . وروى الأربعة وأحمد عن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام يا أهل القرآن أوتروا فان الله وتر يحب الوتر . قال الترمذي حسن ورواه ابن خزيمة في صحيحه ، وروى البزار عن أبي سعيد الخدري نحو رواية عن ابن عمر .

فان قلت ما المراد من السرير . قلت ذكر في المجتبى أن المراد من السرير الجنازة ، فيجمر السرير والكفن ، وقد ترك الناس التجمير على الجنازة في ديارنا ، وبقي التجمير مقصوراً على الكفن . وفي الكافي معنى قوله ويجمر توى قوله حوير كسفدير تحت بردة. وقال صاحب الدراية وسياق كلام المصنف يدل على أن المراد من السرير التخت الذي يغسل عليه الميت ، وقد صرح في المجمع بقوله وغسل على سرير مجمر .

( لما فيه ) أي في التجمير ، دل عليه قوله ـ ويجمر ـ ( من تعظيم الميت ) وإكرامه بالرائحة الطيبة ولدفع الرائحة الكريهة ( وإنما يوتر ) يعني وإنما يجمر وتراً ( لقوله عليه السلام إن الله وتر يحب الوتر ) وقد مر الكلام فيه آنفا .

( ويغلي الماء بالسدر ) يغلي من الإغلاء من الغلي والغليان ، لأنه لازم ، والسدر ورق شجر النبق ، وهو عول ، وكرهت الشافعية وبعض الحنابلة بالماء المسخن وغيره مالك ذكره في الجواهر وفي المحلى من كتب الشافعية قيل المستحسن أولى بكل حال ، وهو قول إسحاق « رح » وفي الدراية وعند الشافعي وأحمد « رح » الماء البارد أفضل ، إلا أن يكون عليه وسخ أو نجاسة لا يزول إلا بالماء الحار ، أو يكون البرد شديد ، إلا أن البارد يشد البدن والماء يرخيه ، والميت استرخى ، فلو غسل بالماء الحار ازداد استرخاءه

أو بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول أصل المقصود ، ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون أنظف له ، ثم يضجع على شقه الأيسر

---

فيفضي إلى النجس فيتنجس الأكفان ، فكان البارد أولى . قلت الحار أولى ، لأن المقصود منه غاية التطهير .

( أو بالحرض ) بضم الحاء المهملة وسكون الراء بعدها الضاد المعجمة وهو الأشنان ( مبالغة في التنظيف ) أي لأجل المبالغة في تنظيف الميت ( فان لم يكن ) أي السدر والأشنان ( فالماء القراح ) بفتح القاف وهو الخالص . وقوله – الماء – مبتدأ والقراح صفة ، والخبر محذوف ، أي فالماء القراح متعين ( لحصول أصل المقصود ) وهو التطهير لأن الماء هو الأصل في باب التطهير ، وهذا الترتيب الذي ذكره يوافق مبسوط شمس الأئمة ولا يوافق مبسوط فخر الإسلام والمحيط لأنه ذكر فيها أولاً بالماء القراح ، ثم بالماء الذي يطرح فيه السدر ، ثم في الثالثة يجعل الكافور في الماء ويغسل في المرة الأولى والثانية بالماء القراح ، والثالثة بالسدر . وقال الشافعي يختص السدر بالأولى ، وبه قال ابن الخطاب من الحنابلة . وعن أحمد يستعمل السدر في الثلاث كلها ، وهو قول عطاء والنخعي وإسحاق وسليمان بن حرب رحمه الله .

( يغسل رأسه ولحيته بالخطمي ) بكسر الخاء المعجمة ، وهو خطمي العراق ، لأنه مثل الصابون في التنظيف . وللشافعي « رح » في استعمال السدر والخطمي في غسل لحيته ورأسه وجهان . وقال أبو إسحاق المروزي « رح » المقصود من الغسل التنظيف ، ويجب أن يستعان بما يزيد فيه التطهير ، والأظهر أن لا استعمال بها ، لأنه سالب للطهورية . قلت لا نسلم ذلك بل يزيد في التطهير ، وبقولنا قال أحمد ، وكره ابن سيرين الخطمي ، إلا أن لا يجد سدراً .

( ليكون أنظف له ) أي ليكون غسل رأسه ولحيته بالخطمي أنظف له ، أي للميت ( ثم يضجع على شقه الأيسر ) أي على جانبه الأيسر ، وذلك ليكون بداية الغسل من

فيغسل بالماء والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه ، ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه، لأن السنة هو البداية بالميامن

---

الميمنة ، لأنها هي السنة ( فيغسل بالماء والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه ) أي بالخاء المعجمة ، لا بالمهملة توهم أن غسل ما يلي التخت يجب في الجنب لا الجنب المتصل بالتخت أما بالمعجمة يفهم الجنب المتصل منه ، أي من الميت . وقال ابن سيرين يغسل شق وجهه الأيمن ثم الأيسر ثم منكبه الأيمن ثم الأيسر ، ثم فخذه اليمنى ، ثم اليسرى ، ثم الساقان كذلك ، ولو فعل كذلك أجزأه .

ولا يكب الميت على وجهه فيغسل ظهره . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الأصول أنه يقعده ويمسح بطنه أولاً ، وهو قول الشافعي ثم يغسله بعد ذلك . وفي الذخيرة للمالكية يغسل جنبه الأيمن والأيسر غسلة واحدة ، فيغسل مثله ثلاثاً .

( ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه، لأن السنة هي البداية بالميامن ) فيه حديث عائشة رضي الله عنها كان رسول الله ﷺ يعجبه التيامن في كل شيء حتى بغسله وترجله ، رواه الجماعة ، وحديث ابن أم عطية رواه الجماعة أيضاً ، واللفظ للبخاري ، قال لما غسلنا ابنة رسول الله ﷺ قال لنا ونحن نغسلها ابدؤوا بميامنها ومواضع الوضوء منها . وهذه البنت هي زينب زوج ابن العاص، وهي أكبر بناته ، وصرح به في رواية مسلم عن أم عطية قالت لما ماتت زينب بنت رسول الله ﷺ قال اغسليها وتراً .. الحديث .

وقد جاء في سنن أبي داود ومسند أحمد وتاريخ البخاري الأوسط أنها أم كلثوم «رض» أخرجوه عن ابن إسحاق « رض » . وقال المنذري في مختصره فيه محمد بن إسحاق وفيه من ليس بمشهور . والصحيح أن هذه القصة في زينب ، لأن أم كلثوم رضي الله عنها توفيت ورسول الله ﷺ غائب ببدر والله أعلم .

ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقاً تحرزاً من تلويث الكفن، فان خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه ،

---

( ثم يجلسه ) أي ثم يجلس الغاسل الميت ( ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحاً رفيقاً ) بالفاء من رفق به ، أي مسحاً ليناً بغير عنف ( تحرزاً عن تلويث الكفن ) أي احترازاً عن تلويث الكفن إذا مسح بالعنف . قال أبو بكر الرازي ويمسح بطنه في الثانية مسحاً خفيفاً . وفي البدائع ويمسح بطنه بعد غسله مرتين ، وروي أن علياً رضي الله عنه مسح بطن رسول الله عليه السلام فلم يخرج منه شيء ، فقال طيب حياً وميتاً . وفي المبسوط عزاه إلى العباس ، وروي أنه لما مسح بطنه فاح من رسول الله عليه السلام ريح المسك في البيت . وفي المبسوط لم يذكر في ظاهر الرواية سوى مسحه . وفي المحيط ذكر مسحه وغسله .

( وإن خرج منه شيء غسله ) أي غسل ذلك الخارج ( ولا يعيد غسله ووضوءه ) وبه قال الثوري ومالك والمزني والشافعية « رح » فيه ثلاثة أوجه ، أصحها كقولنا ، لأن الميت خرج بالموت من التكليف بنقض الطهارة ، وضعف المحاملي وآخرون إعادة غسله ، ونقل صاحب البيان تضعيفه عن أبي حامد رحمه الله . وصحح المحاملي والرافعي وآخرون عدم وجوب إعادة غسله ووضوئه ، أجمعوا على أنه لو خرج منه شيء بعد إدراجه في الكفن لا يجب غسله ولا وضوءه بلا خلاف ، وصرح به المحاملي في التجريد وأبو الطيب في المجرد ، والسرخسي في الأمالي وصاحب العدة ، وجزموا بالاكتفاء بغسل النجاسة بعد الادراج وذكر في الروضة لا يغسل شيء بعده عندنا . الوجه الثاني يعاد الوضوء ، والثالث يعاد الغسل .

ثم الغسل المسنون ثلاث مرات ، هكذا في المبسوط والمحيط . وفي البدائع الواجب فيه مرة واحدة وما زاد سنة ، ومثله في المفيد ، وهو قول الشافعي « رح » ومالك مع الدلك . وقال ابن حزم في المحلى وغسله ثلاثاً فرض . وقال ابن المسيب والحسن البصري والنخعي رضي الله عنهم يغسل ثلاثاً ، وكذا غمسه في الماء يكفي ، ولو غرق في الماء وأصابه المطر بعد موته لا يجزئه ، لأن الواجب فعلنا .

لأن الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ، ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل أكفانه ، ويجعلـــه في أكفانـــه ، ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته

---

وفي البدائع إن كان الحرج حركة في الماء يحرك الشيء بقصد تطهيره سقط غسله ، وفي المحيط عن أبي يوسف يجزئه مرة في الماء ويغسل مرتين بنية ، وإن مات في سفينـة غسل وكفن ثم يرمى في البحر . وذكر البيهقي عن الحسن البصري رحمه الله وإن غرق وينسخ في الماء صب عليه الماء ، وكذا إن احترق ، ذكره في الروضه ، والنيـة ليست بشرط عندنا . وفي الينابيع يحركه في الماء فيكون ذلك غسلاً له ، ولم يشترط النية .

( لأن الغسل ) بضم الغين وفتحها ، وقال السغناقي كذا وجدته مقيـداً بخط شيخي رحمه الله . قلت الفرق بينهما ظاهر ، وكل واحد منهما يصلح ها هنا ، ولا يحتاج إلى الرواية ( عرفناه بالنص قد حصل مرة ) أي وقد حصل الغسل مرة ، فلا يحتاج إلى الإعادة .

( ثم ينشفه بثوب ) أي يأخذ ما عليه بثوب من بلل ، وهو من باب علم يعلم ، كذا في الدستور . وقال السغناقي ، أي يأخذ ما عليه من بلل بثوب حتى يجف من نشف المـاء ، أخذه بخرقة من باب ضرب يضرب ، الأصح ما ذكره في الدستور ، وقال ابن الأثير يقال تشتغل الأرض الماء تنشفه نشفاً شربة ، ونشف الثوب العرق وتنشف ( كيلا تبتل أكفانه ) لأنها إذا ابتلت تصير كالمثلة .

( ويجعل في أكفانه ) أي بعد الفراغ من الغسل والتنشف يدرج في أكفـانه ( ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته ) والحنوط ما يخلط من الطيب لأكفان الموتى ولأجسامهم خاصة . ومنه الحديث أن يرد لما استفتوا بالعذاب يكفنوا بالانطاع ، ويحنطوا بالصبر كيلا يجيفوا وينتنوا . وفي المحيـط لا بأس بسائر الطيب في الحنوط غير الزعفران والورس في حق الرجال ، ولا بأس بهما في حق النساء ، فيدخل فيه المسك ، وأجازه أكثر العلماء ، وأمر به علي رضي الله عنه ، واستعمله أنس وابن عمر وابن المسيب ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد « رح » وإسحاق ، وكرهه عطاء والحسن ومجاهد ، وقالوا رحمهم الله أنه سنة ، واستعماله في حنوط النبي عليه السلام حجة عليهم . وفي الروضة ولابأس بأن يجعل المسك في الحنوط ، وفي الصحاح الحنوط ذريرة ، وهو طيب الميت .

والكافور على مساجـــده ، لأن التطيب سنـــة ، والمساجد أولى بزيادة الكرامة ،

---

( والكافور على مساجده ) أي ويجعل الكافور على مساجده وهو جمع مسجد ، بفتح الجيم وهي الجبهة والأنف واليدان والركبتان والقدمان ، رواه البيهقي عن ابن مسعود ، وهو قول النخعي ، والمساجد أولى لهذه الكرامة . وعن زفر يذره على عينيه وأنفه وفمه إبعاداً للدود عنها . وقال إمام الحرمين وذراعيه على الجملة لطرد الهوام ، وبالكافور يحمل طيب الرائحة ، ويندفع مكروهها من الميت ، وفيه تنزيل وتخفيف للميت وحفظ للميت من إسراع التغيير والفساد وتقويته ويزيل الإمساك والهوام ، وكرهه أحمـــد وقال يتلف العضو ، وما سمعناه إلا في المساجد . وقال النخعي يوضع الحنوط على الجبهة والراحتين والركبتين والقدمين . وفي المفيد وإن لم يفعل لا يضر .

قال ابن الجوزي والقرافي يستحب في المرة الثالثة شيء من الكافور ، قالا وقال أبو حنيفة لا يستحب . قلت تعليمها ذلك عنه خطأ .

( لأن التطيب سنة ) أي تطيب الميت أو التطيب مطلقاً سنـة ، والأول هو الأظهر ها هنا ، والسنة هي حديث أم عطية المخرج في الكتب . قال لهن عليه السلام اغسلنهـا ثلاثاً أو خمساً ، واجعلن في الآخرة كافوراً . وفي حديث عبد الله بن مغفـــل إذ أنا مت فاجعلوا في آخر غسلي كافوراً ، وكفنوني في ثوبين وقميص ، أخرجه الحاكم وسكت عنه. وفيه حديث أبي بن كعب المتقدم في قصة آدم عليه السلام . وأخرج ابن أبي شيبـــة في مصنفه ، وعن علي رضي الله عنه كان عنده مسك ، فأوصى أن يحنط به ، وقال هو فضل حنوط رسول الله ﷺ ، ورواه الحاكم أيضاً وسكت .

والمساجد أولى بزيادة الكرامة ، هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان الطيب سنة فما بال تخصيص المساجد دون سائر البـــدن ، فأجاب بقوله ( والمساجد أولى ) يعني من غيرها ( بزيادة الكرامة ) لأنها الأعضاء التي عليها قوام البدن. وفي الروضة فلا بأس بأن يحشى مخارقه كأنفه وفمه ومسامعه بالقطن ، وأن يجعل القطن على وجهه ، وجوز الشافعي ذلك في دبره واستقبحه مشايخنا . وفي الاسبيجابي عن أبي حنيفة لا بأس

ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ،

بأن يحشى مخارقه كالدبر والقبل والأذنين والفم . وفي المرغيناني قال بعضهم ولا بأس بأن يجعل القطن في صماخ أذنيه .

( ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ) التسريح حل بعض الشعر عن بعض ، وقيل تخليله بالمشط . وقال الشافعي سرح شعره ولحيته بمشط واسع إذا كان ملبداً ( ولا يقص ظفره ولا شعره ) ولا يحلق عانته ولا ينتف ابطه ولا تجمر ، وبه قال محمد بن سيرين ومالك . وقال ابن المنذر هذا أحب إلي . وقال الأوزاعي يقص الأظفار إذا طال ولا يقص غير ذلك ، وفيها خلاف الشافعي ، وذكر في البيان في ختانه ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يختن . الثاني : يختن . الثالث : يختن الكبير لا الصغير ، وله قولان في غير الختان القديم كقولنا ، والجديد يفعل ذلك .

وقال الرافعي لا خلاف أن هذه الأمور لا تستحب ، وإنما القولان في الكراهة ورد عليه ، وصححوا الكراهة . قال النووي وهو المختار نقله البندينجي عن الشافعية . وفي مختصر المزني قال الشافعي تركه أعجب إلي .

( لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا سفيان الثوري عن حماد عن ابراهيم عن عائشة رأت امرأة تكدون رأسها بمشط ، فقالت علام تنصون ميتكم ، ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعي ، ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام وابراهيم الحسرني في كتابيهما في غريب الحديث . وقال أبو عبيد هو مأخوذ من نصوت الرجل انصوه نصواً إذا مددت ناصيته فأرادت عائشة رضي الله عنها أن الميت لا يحتاج إلى تسريح الرأس ، وذلك بمنزلة الأخذ بالناصية .

وفي المغرب وجعل اشتقاقه من منصت العروس خطأ ، قوله أم أصله على ما دخل حرف الجر على ما الإستفهامية فأسقط ألفها للتخفيف ، كما في قوله تعالى ﴿ عم يتساءلون ﴾ .

فإن قلت ذكر الرافعي في كتابه ، وروي أنه عليه السلام قال افعلوا بميتكم ما

ولأن هذه الأشياء للزينة ، وقد استغنى الميت عنها . وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته ، وصار كالختان

---

تفعلون بعروسكم ، وذكره الغزالي في الوسط أيضاً ، ولفظه افعلوا بموتاكم ما تفعلون بأحيائكم . قلت قال ابن الصلاح بحثت عنه فلم أجده بأساً . وقال أبو حامد في كتاب السواك ، هذا الحديث غير معروف .

( ولأن هذه الأشياء للزينة ، وقد استغنى الميت عنها ) لأنه فارقها وفارق أهلها ، ولأن من حكم الميت أن يدفن بجميع أجزائه ، فلا معنى لفصل بعض أجزائه ثم دفنه معه ( وفي الحي كان تنظيفاً لاجتماع الوسخ تحته ) قال صاحب الدراية هذا جواب قول الشافعي أنه تنظيف بها كالحي . وقال السغناقي هذا جواب إشكال ، أي لا يشكل علينا الحي ، حيث يسرح شعره ويقص ظفره ، لأنه يخرج إلى المدينة ، ولا يعتبر في حقه زوال الجزء ، بخلاف الميت . فإنه لا يسن فيه إزالة الجزء . قلت الذي ذكره السغناقي هو الصواب ، لأن خلاف الشافعي لم يذكر في الكتاب حتى يجاب عنه ، والضمير في كان يرجع إلى كل واحد من قص الظفر والشعر ، وكذلك الضمير في قوله تحته ، أي كل واحد من الظفر والشعر .

( فصار كالختان ) قال الاترازي يعني إن الختان سنة في حق الأحياء دون الأموات، وكذا قص الظفر والشارب وشعر الابط . قلت هذا ليس معنى التركيب ، وهو ظاهر ، فإذا علم يرجع الضمير في صار ينحل التركيب كما ينبغي ، والضمير يرجع إلى مقدر تقديره وصار الفرق أو الحكم بين الميت والحي في إزالة الجزء . ومن حيث أنه لا يعتبر في حق الحي ، لأنه يحتاج إلى الزينة ، كما في الختان ، ويعتبر في حق الميت فلا يسن في حق إزالة الجزء ، كما في الختان فإنه لا يختن بالاتفاق .

فروع : يغسل الرجال الرجال والنساء النساء ، إلا أن يكون الميت صغيراً لا يشتهى، أو صغيرة لا تشتهى فلا بأس أن يغسلها الرجال والنساء . وقال ابن المنذر حكاية بما يغسل المرأة الصغيرة ما لم يتكلم ، والرجال الصغيرة ما لم تتكلم . قلت ذكر في المبسوط والصحيح الأول . وقال الحسن يغسله النساء إذا كان تحته أو فوقه شيء يسير . وقال

الأوزاعي وإسحـــاق بن راهويه ، إذا كان ابن أربع أو خمس . وقال أحمد وأحمـــد ابن سبـــع وهو قريب من قول أصحابنا ، وكـــذا الجـارية في حق الرجال وفيمن قال تغتسل المرأة الصغيرة ، ويغسل الرجال الصغـــيرة الحسن وابن سيرين والأوزاعي وأحمد وإسحاق رحمهم الله ، ونقل ابن المنذر في كتاب الاجماع والاشراف والعذري وآخرون الإجماع على جواز غسل المرأة زوجها . وعن أحمـــد ينفرد في رواية ذكرها عنه النووي،وأما غسله زوجتـــه فغير جائز عندنا وهو قول الثوري والأوزاعي ذكره الشعبي رحمه الله .

وقال الشافعي « رح » ومالك وأحمد وآخرون « رح » يجوز ، قال النووي احتجوا بحديث عائشة رضي الله عنها قالت قلت وإن إسناده بصداق لي ، فقال عليه السلام وانا واراساه يا عائشة « رح » ما ضرك إن مت قبلي فغسلتك وكفنتك .. الحـــديث رواه أحمد وابن ماجة والدارقطني والدارمي والبيهقي بإسناد ضعيف ، وفيه محمد بن إسحاق كذبه مالك وغيره .

وقال ابن الجوزي رواه البخاري ومسلم نقل غسلتـــك ، إلا ابن إسحـــاق ، واحتجوا أيضاً بما رواه البيهقي وابن الجوزي عن فاطمة رضي الله عنها أنها قالت لأسماء بنت عميس يا أسمـــاء إذا مت فاغسليني أنت وعلى بن أبي طالب ، فغسلاها . وقال ابن الجوزي فى إسناده عبد الله بن نافع . قال يحيى ليس بشيء . وقال الثاني متروك ، والبيهقى رواه فى سننه الكبرى ولم يتكلم عليه ، وظن أنه يخفى .

وقال صاحب المبسوط والمحيط والبدائع وجماعة غيره أن ابن مسعود أنكر على علي رضي الله عنه ذلك ، فقال له إنها زوجته في الدنيا والآخرة ، يعنون أن الزوجية باقية بينهـــما لم تنقطع . قلت وفيه نظر لأنه لو بقيت الزوجية بينهما لما تزوج أمامة بنت زينب بعد موت فاطمة وقد مات عن أربع حرائر ، ولو مات الرجل في السفر ومعه نساء إن كانت فيهن امرأته غسلته وكفنته وصلين عليه ، وتقوم إمامهن وسطهن . وعند مالك والشافعي النساء وحدهن يصلين عليه منفردات ثم يدفنه ، وإن لم يكن فيهـــا امرأته ومعهن كافر يعلمن

الغسل والتكفين ثم يخلين بينها ثم يصلين عليه النساء وتدفنه ، ويروى جواز غسل الكافر للمسلم عن مكحول وسفيان وعلقمة وغيرهم .

لأحمد وإن لم يكن معهن كافر ، وكانت معهن صبية لا تشتهي وتطيق غسله ، عليها الغسل والتكفين ، ثم يصلي عليه النساء ويدفنه ، وإن لم يكن ييممنه وإن ماتت وليس معها مسلمات ومعها رجل كافر وكافرة أو صبي لم يبلغ حد الشهوة فالرجل يغسلها كما تقدم، وكذا المرأة تتيمم عندنا ، وبه قال ابن المسيب والنخعي وحماد بن أبي سليمان ومالك وأحمد.

وقال الحسن البصري وقتادة والزهري وإسحاق رحمهم الله يصب عليها الماء من فوق ثيابها . وعن ابن عمر ونافع تغمس في ثيابها . وقال الأوزاعي تدفن كما هي ولا تتيمم . وقال ابن المنذر بالتيمم أقول ، وعند الشافعية في أحد الوجهين تغسل الأجنبية بخرقة وتستر بثوب . وقال القاضي حسين وتصح بغير خرقة بلا خلاف ويتيمم المحرم بغير خرقة وغير المحرم بغير خرقة ، وكذا الأمة تيمم الرجل ، والرجل ييمم الأمة بغير خرقة ، ذكره في البدائع . وقال أبو قلابة يغسل الرجل ابنته . وقال مالك لا بأس بأن يغسل أمه وبنته وأخته عند الضرورة . وقال الأوزاعي يصب عليها الماء ، وأنكر أحمد فعل أبي قلابة ، وينظر إلى وجهها دون ذراعيها .

وقال مالك « رح » الرجل ييممها إلى الكوعين ، والمرأة للرجل إلى المرفقين ، ولو كانت زوجته حاملاً فوضعته لا تغسله ، خلافاً لمالك والشافعي « رح » . ولو بانت منه قبل موته أو ارتدت قبله أو بعده أو قتلت ابنه أو أباه أو وطئت بشبهة ، قال في المحيط في رواية الحسن عنه ، وهي الأصح يحرم عليها غسله ، خلافاً لزفر ، والمطلقة الرجعية تغسله ، وبه قال أحمد ، وعند الشافعي لا يغسل أحدهما الآخر كالبائن والفسخ ، وعند مالك « رح » في الرجعي كالمذهبين . وفي المبسوط والمحيط لو كانت مجوسية وهو مسلم لا تغسله إلا أن تسلم ، ولو ارتدت ثم أسلمت لا تغسله .

ولو وطئت بشبهة ثم مات وانقضت مدتها من ذلك الوطىء لا تغسله خلافاً لأبي يوسف ولو طلق إحدى امرأتيه ثلاثاً وقد دخل بها لم تغسله واحدة منها . وفي المحيط إذا ظاهر

منها ثم مات الأصح أنها تغسله ، ولا تغسله أمته ، لأنه مثل الغير ، ولا مدبرته ولا أم ولده . وفي البدائع في أم الولد روايتان ، في رواية تغسله بقول زفر ومالك وأحمد « رح » والثانية لا تغسله . وقال النووي الأصح أنه ليس لأم الولد أن تغسل سيدها ، وله غسلها .

وقال المرغيناني الخنثى ييمم ، وقيل يغسل في ثيابه . وقال الحلوائي يجعل في كوارة ويغسل . وعند الشافعية يغسل المحرم وإن لم يكن ، قيل يغسل من فوق بثوب ، وقيل يتيمم .

لا غسل على من غسل ميتاً ، وهو قول عامة أهل العلم كابن عباس وابن عمر وعائشة والحسن البصري والنخعي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور « رح » ، وحكاه أبو بكر ابن المنذر وقال لا شيء عليه ، وليس فيه حديث يثبت . وعن علي وأبي هريرة أنهما قالا من غسل ميتاً فليغتسل ، وبه قال ابن المسيب وابن سيرين والزهري . وقال النخعي وأحمد وإسحاق رحمهم الله يتوضأ . وقال مالك أحب إلي له الغسل ، واستحب الشافعي . وقال في البويطي إن صح الحديث قلت بوجوبه ، والأول أصح .

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال من غسل ميتاً فليغتسل ، رواه أبو داود وغيره . وقال البيهقي الصحيح أنه موقوف على أبي هريرة رضي الله عنه . وقال الترمذي عن البخاري أنه قال إن أحمد وعلي بن المزني قالا لا يصح في الباب شيء ، وكذا قال محمد بن يحيى شيخ البخاري ، ورواه البيهقي أيضاً من رواية حذيفة مرفوعاً ، وإسناده ساقط .

وأما حديث علي رضي الله عنه أنه غسل أباه أبا طالب فأمره عليه السلام أن يغتسل ، ورواه البيهقي من طريق فهو حديث باطل . وحديث عائشة رضي الله عنها أنه عليه السلام كان يغتسل من الجنابة ويوم الجمعة ومن الحجامة وغسل الميت ، رواه أبو داود وغيره بإسناد ضعيف ، وهكذا الحديث في الوضوء من حمل الميت ضعيف . وروى أبو داود والترمذي عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام من غسل ميتاً فليغتسل ، ومن حمله فليتوضأ .

وقال الترمذي حديث حسن قال النووي مثله عليه قوله حسن بل ضعيف بين ضعفه البيهقي وغيره .

وقال المزني هذا الغسل غير مشروع ، وكذا الوضوء من مس الميت وحمله ، لأنه لم تصح فيها شيء . وقال في المختصر لو مس خنزيراً فليس عليه شيء من الوضوء ولا الغسل ، فالمؤمن أولى . قال النووي هذا قوي . وقال أصحابنا هذا إذا ثبت محمول على غسل ما أصابه من غسالة الميت . والوصي إذا حمله ليصلي عليه ، والمحرم وغير المحرم فيه سواء عندنا . وقال مالك مثله . وقال الشافعي وأحمد وعطاء وداود لا يغطى رأسه ، وإن كان امرأة لا يغطى وجهها ولا يلبس المخيط ولا يقرب الطيب .

ولنا عموم قوله ﷺ غطوا رؤوس موتاكم ولا تشبهوا باليهود ، ويستحب أن يكون الغاسل أقرب الناس إلى الميت ، فإن لم يكن أو كان لا يعلم الغسل يغسله أهل الأمانة والورع . ولو كان الغاسل جنباً أو حائضاً أو كافراً جاز ، ولكن يكره . ولو اختلط موتى المسلمين بموتى الكافرين يغتسلون إن كان المسلمون أكثر . وقال مالك والشافعي رحمهم الله يصلى عليهم بالتحري ، ومن لا يدرى أنه مسلم أو كافر إن كان عليه سمات المسلمين ، أو في متاع دار الإسلام يغسل ، وإلا فلا . ولو سبي صبي مع أحد أبويه ثم مات لا يغسل حتى يقر بالإسلام أو يعقل ، وفي الجد اختلاف . ولو سبي وحده غسل وصلي عليه تبعاً للدار .

ولو وجد أكثر الميت أو نصف مع الرأس غسل وصلي عليه وإلا فلا ، وبه قال مالك. وقال الشافعي وأحمد « رح » يغسل القليل أيضاً ويصلى عليه . وقال ابن حبان لا غسل إلا على البدن الكامل ، والأفضل أن يغسل الميت مجاناً ، ولو طلب الغاسل الأجر فإن كان في البلدة غيره يجوز له أخذ الأجرة ، وإن لم يكن لا يجوز . وأما أجرة خائط الكفن وأجرة الحامل والدفان من رأس المال .

## فصل في التكفين

## السنة أن يكفن الرجل في ثلاثة أثواب إزار وقميص ولفافة، لما روي أنه ﷺ كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية

---

( فصل في التكفين )

أي هذا فصل في بيان أمور التكفين . ولما فرغ عن بيان غسل الميت ، شرع في بيان كفنه على الترتيب . والتكفين متصلاً من الكفن بالتشديد . وقال الجوهري الكفن غزل الصوف ، يقال كفن يكفن من باب نصر ينصر ، ثم قال والكفن معروف ، يقال كفنت الميت تكفيناً .

(السنة أن يكفن الرجل في ثلاثة أثواب ) ذكره بلفظ السنة هذا لبيان كيفية التكفين لا في أصله ، لأن أصل التكفين واجب ، بدليل أنه يقدم على الدين والوصية والارث ، وبدليل أن الميت إذا لم يترك شيئاً ، أو لم يكن له من يجب عليه نفقته يعرض على الناس أن يكفنوا إن قدروا عليه ، وإلا سألوا الناس . وأما قول صاحب التحفة بمن يكفن الميت بعد الغسل لأنه سنة ففيه تسامح ، وقد نص في البدائع وغيره إلى أنه واجب وقيل فرض كفاية كالصلاة والغسل .

( إزار وقميص ولفافة ) يجوز جر هذه الأشياء ورفعها ، أما الجر فعلى أنها بدل من أثواب . وأما الرفع فعلى أنها خبر مبتدأ محذوف أي هي إزار وقميص ولفافة ، وسيأتي بيانها من قريب ( لما روي أنه ﷺ كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث عائشة « رح » قالت كفن رسول الله عليه السلام في ثلاثة أثواب بيض سحولية من كرسف ليس فيها قميص ولا عمامة . وفي رواية أبي أوفى ثلاثة أثواب يمانية بيض . وفي رواية النسائي فذكر لعلة قولهم في ثوبين وبرد حبرة فقالت قد أولق بالبرد ، ولكنهم ردوه . وفي رواية لمسلم أما الحلة فإنها تشبه على الناس أنها اشتريت له ليكفن فيها فليس له .

قيل استدلال المصنف بهذا الحديث لا يتم لأنه حجة عليه في عدة القميص . قلت

استدلاله لا يتم إلا بحديث جابر بن سمرة فإنه قال كفن رسول الله ﷺ في ثلاثة أثواب قميص وإزار ولفافة ، رواه ابن عدي في الكامل ، وهذا هو المناسب في الاستدلال وحديث عائشة رضي الله عنها لا يناسب ، لأنه صرح فيه بعدم القميص ، والشافعي أخذه بظاهره واحتج به على أن الميت يكفن في ثلاث لفائف ، وبه قال أحمد . وقال النووي في إزار ولفافتين ليس فيها قميص ، والازار من السرة واستحب مالك القميص كقولنا .

وقال النووي إن شاء كفنه بقميص ولفافتين ، وإن شاء بثلاثة لفائف وقال ابن المنذر وممن قال يكفن في ثلاثة أثواب طاووس والأوزاعي ومالك يجزآن إذا لم يوجد غيرهما قال ، وقال النعمان يكفن الرجل في ثوبين . قلت السنة عنده ثلاثة كما هو مذكور في كتب أصحابنا ، ونقل عنه خطأ ، ولكن يجزئه ثوبان . وفي المحيط وجوامع الفقه ثلاثة أثواب قميص وإزار ورداء ، فذكر الرداء موضع اللفافة .

فإن قلت إذا لم يتم الاستدلال بالحديث المذكور ، فما دليل أصحابنا أن الثلاثة فيها قميص ، والحديث ليس فيها قميص . قلت أكثر أصحابنا احتجوا بالحديث المذكور بناء على أن نقلهم بعض الحديث الذي يوافق لما ذهبوا اليه غير أن صاحب الدراية قال ولنا حديث ابن عباس أنه ﷺ كفن في ثلاثة أثواب فيها قميص . وروى عبد الله بن معقل أنه ﷺ كفن في قميصه الذي مات فيه ، وروى البخاري ومسلم أن عبد الله بن أبي سلول (١) سأل رسول الله ﷺ أن يعطيه قميصه ليكفن فيه أباه ، فكفن فيه .

وروى البزار أنه ﷺ كفن في سبعة أثواب ، يعني ثلاثة سحولية وقميصه وعمامة وسراويل وقطيفة التي جعلت تحته . قلت هذا الشارح نقل هذه الأحاديث نقلاً مجرداً من غير تعرض حالها . وأما حديث ابن عباس فرواه أبو داود وأحمد بن حنبل وعثمان بن أبي شيبة قالا يا ابن ادريس عن زيد يعني بن أبي زياد عن تمسم عن ابن عباس قال كفن رسول

(١) في الأصل — عبد الله بن أبي مسلول — بالميم ، والصحيح ما أثبتناه .اه مصححه.

الله ﷺ في ثلاثة أثواب نجرانية الحلة ثوبان وقميصه الذي مات فيه . قال عثمان في ثلاثة أثواب ، حلة حمراء وقميصه الذي مات فيه .

وأما حديث عبد الله بن معقل ، وأما حديث البزار فرويا عن علي رضي الله عنه ، ورواه أحمد وابن أبي شيبة أيضاً .

فإن قلت في سند حديث ابن عباس رضي الله عنه زيد بن أبي زياد وهو ضعيف ، ولا يحتجون بحديثه . قلت لا نسلم ذلك ، فإن مسلماً قد أخرج له في المبايعات وفي الكافي روى له مسلم وأبو داود والترمذي ، ولما أخرج حديثه هذا سكت عنه ، وذلك دليل رضاه بصحته .

فان قلت في سند حديث علي رضي الله عنه عبد الله بن محمد عقيل وهو مشى الحفظ. قلت قالوا ان حديثه يصلح لمتابعات ، وإذا انفرد فحسن ، وإذا خالف فلا يقبل، وروى الحاكم من حديث أيوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه ما يقصد رواية ابن عقيل هذه.

ولنا في هذا الباب حديث آخر ، رواه ابن عدى في الكامل عن ناصح بن عبد الله الكوفي عن سماك عن جابر بن سمرة رضي الله عنه قال كفن رسول الله عليه السلام في ثلاثة أثواب ، قميص وإزار ولفافة . وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي أن النبي علية السلام كفن في حلة يمانية وقميص وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه وأخرج عن الحسن نحوه .

قوله — ثلاثة أثواب — والأثواب جمع ثوب . وقوله — بيض — بكسر الباء جمع أبيض . وقوله — سحولية — بفتح السين ثياب منسوبة إلى السحول ، وهو القصار لأنه سحلها أي يغسلها ، أو كان سحول قرية باليمن ، وبالضم جمع سحل ، وهو الثوب الأبيض من القطن ، وعلى هذا ذكرها مع البيض للتأكيد ، وفيه مشدود من حيث نسبتها إلى الجمع، ويجمع على سحل أيضاً ، وقيل بالضم أيضاً اسم القرية . وفي المغرب الفتح هو المشهور. وقال الهروي بفتح السين هي منسوبة إلى قرية باليمن ، وعن الأزهري بالضم . وجاء في رواية ثلاثة أثواب سحول بالضم بدل من الأثواب جمع سحل أو وصف معناه بيض .

ولأنه أكثر ما يلبسه عادة في حياته،فكذا بعد مماته فإن اقتصروا على ثوبين جاز . والثوبان إزار ولفافة،

---

( ولأنه أكثر ما يلبسه عادة في حياته ، فكذا بعد مماته ) هذا دليل عقلي ، أي ولأن الميت أكثر ما يلبس الثياب الثلاث عادة في حياته فكذلك ينبغي أن يكون كفنه أثواب بعد مماته اعتبـاراً بحال الحياة . وفي المبسوط وغيره لأنه كان يخرج إلى ثلاثة أثواب في العادة قميص وسراويل وعمامة ، وفيه نظر ، لأن عادة الخارج من بيته أن يكون في أربعة أثواب يلبس فوق القميص قباء أو جبة أو نحوهما ، ثم الزيادة على الثلاثة فقد ذكر في الذخيرة في كتاب الحي لو صام يكفن الرجل زيادة على الثلاثة إلى خمسة أثواب ، مثل كفن النساء فلا يكره ، ولا بأس به ، وبه قال الشافعي « رح » . وقال مالـك يستحب إلى الخمسة للرجال والنساء إلى التسعة مباحة ، وما زاد في الذخيرة للمالكية ، وكره أحمد « رح » الزيادة على الثلاثة والنقص عنها ، وعنه رواية أخرى كقولنا .

ولنا أن ابن عمر كفن ابنه راقداً في خمسة أثواب قميص وعمامة وثلاث لفائف وأدار العمامة إلى تحت حنكية ، رواه سعيد بن منصور ، وأوصى أنس أبي بن سيرين «رح» أن يغسله فغسله وكفنه في خمسة أثواب ، أحدها العمامة وطلاه بالمسك من فوقـه إلى قدمه ، رواه ابن حرب في مسائله . وفي المبسوط وكره بعض مشايخنا العمامة ، لأنه يصير شفعاً، واستحسنه بعض المشايخ لحديث ابن عمر المذكور ، وكان يعمم الميت ويجعل دفنها على الوجه ، بخلاف الحي ، لأنه للزينة في الحي .

وفي المرغيناني قال بعض المشايخ إن كان عالماً معروفاً أو من الأشراف يعمم، وإن كان من الأوساط لا يعمم .

( فإن اقتصروا على ثوبين جاز ، والثوبان إزار ولفافة ) أي الثوبان اللـذان اقتصروا عليهما إزار ولفافة ، هذا ذكر في المفيد والمزيد والتحفة والدليل على قوله ﷺ في المحرم الذي وقصته[1] دابته اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبين ، رواه البخـاري وغيره في

---

(١) في الأصل – قصة – والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

## وهذا كفن الكفاية لقول أبي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما

القنية السنة من حديث ابن عباس ( وهذا كفن الكفاية ) أي الإقتصار على الثوبين ككفن الكفاية ، لأن الأكفان على ثلاثة أقسام كفن السنة ، وكفن الكفاية ، وكفن الضرورة ، وقد ذكر كفن السنة في حق الرجل ، وهذا كفن الكفاية ، وسيأتي بيان كفن الضرورة عن قريب .

( لقول أبي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين و كفنوني فيهما ) هذا أخرجه أحمد في كتاب الزهد ، ثنا يزيد بن هارون أنا اسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله التيمي مولى الزبير بن العوام عن عائشة بأطول منه ، وفيه ذا تطروا [1] ثوبي هذين فاغسلوهما ثم كفنوني فيها . فإن الحي أحوج إلى الجديد منهما . وروى ابنه عبد الله بن أحمد « رض » في كتاب الزهد أيضاً ثنا هارون بن معروف ثنا حمزة عن جابر بن أبي سلمة عن عباد بن بستي قال لما حضرت أبا بكر الوفاة قال لعائشة رضي الله عنهما اغسلوا ثوبي هذين ثم كفنوني فيها ، فإنما أنوك أحد رجلين أما تكسو أحسن الكسوة أو سلوب أسوأ السلب.

وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عائشة رضي الله عنها قالت ، قال أبو بكر رضي الله عنه لثويب الذي كان بمرض فيهما اغسلوهما و كفنوني فيهما ، فقالت عائشة رضي الله عنها ألا نشتري لك جديداً ،قال لا لأن الحي أحوج إلى الجديد من الميت، وروي أيضاً عن جريج عن عطاء ، قال سمعت عبيد بن عمير يقول أبو بكر رضي الله عنه إما عائشة وإما أسماء بنت عميس بأن يغسل ثوبين كان بمرض فيها ويكفن فيهما ، فقالت عائشة رضي الله عنها أو ثياباً جدداً ، قال الأحياء أحق بذلك .

ورواه ابن سعد في الطبقات أبا الفضل بن دكين أبا سيف بن أبي سليمان ، قال سمعت القاسم بن محمد قال قال أبو بكر رضي الله عنه حين حضره الموت كفنوني في ثوبي هذين اللذين كنت أصلي فيهما واغسلوهما فإنهما للمهل والتراب ورواه أيضاً عن الواقدي عن

---

(١) هكذا كتبت الجملة في الأصل . اه مصححه .

معمر سند عبد الرزاق ومنيته ، وذكره محمد بن الحسن في كتاب الآثار بلاغاً ، فقال بلغناعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال اغسلوا ثوبي هذين و كفنوني فيهما قلت العجب من السروجي كيف يقول في الكتاب لقول أبي بكر الصديق اغسلوا ثوبي هذين و كفنوني فيهما لا أصل له.

فقد روى البخاري خلاف هذا أخرج عن عائشة أن أبا بكر قال لها في كم كفن رسول الله عليه السلام قالت في ثلاث أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة ، قال في أي يوم توفي رسول الله عليه السلام قلت يوم الاثنين ، قال فأي هذا ، قال يوم الاثنين ، قال أرجو فيما بين (١) وبين الليل فنظر إلى ثوب كان يمرض فيه بـه ردع من زعفران ، فقال اغسلوا ثوبي هذا وزيدوا عليه ثوبين ، فكفنوني فيهما ، قالت ان هذا حلو ، قال ان الحي أحق بالجديد من الميت ، إنما هو للمهلة ، فلم يتوف حتى أمسى من ليلة الثلاثاء ودفن قبل أن يصبح ، انتهى .

الردع بفتح الراء اللطخ والأثر ، والمهلة بضم الميم وكسرها وفتحها هي دم الميت وصديده .

والجواب عن قولها ليس فيها قميص ان معناه لم يجد قميصاً جديداً وقميص كاملة له ودخاريص ، ويقال معناه لم يكن فيها قميص الأحياء ، وأيضاً حديث عائشة رضي الله عنها بما روي عن عبد الله بن الفضل وابن عباس ، والأولى أن يعمل بروايتها ، لأنها خصوا تكفين النبي عليه السلام وعائشة لم تحضر ، والحال أكشف على الرجال ، لأنهم المباشرون ، ومع ذلك الميت أولى من الثاني .

( ولأنه أدنى لباس الأحياء ) هذا دليل عقلي . والضمير في لأنه يرجع إلى الإقتصار الذي يدل عليه قوله – فإن اقتصروا على ثوبين أي لأن الإقتصار على ثوبين أدنى لباس الأحياء ، فيقتصر أيضاً في التكفين على ثوبين ، لأنها كسوته بعد الوفاة ، فيعتبر بكسوته في الحياة ، ولهذا تجوز صلاته فيهما بلا كراهة .

( والإزار من القرن إلى القدم ) هذا دليل حد الإزار الذي هو أحد الثياب الثلاثة ،

(١) هكذا الجملة في الأصل .

واللفافة كذلك والقميص من أصل العنق إلى القدم ، وإذا أرادوا لف الكفن ابتدؤوا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حال الحياة وبسطه أن تبسط اللفافة أولاً ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ، ثم اللفافة كذلك ،

---

وأراد بالقرن الرأس ، يقال لأول ما تطلع الشمس قرن الشمس ، وقرنا الرأس فوزاه ، أي ناحيتاه . وقال الاترازي القرن ها هنا بمعنى الشعر . قلت كل ضفيرة من ضفائر الشعر تسمى قرناً . والقرن يأتي لمعان كثيرة ( واللفافة كذلك ) أي من القرن إلى القدم .

( والقميص من أصل العنق إلى القدم ) لكن بلا جيب ولا دحريص وفي مغني الحنابلة يلبس القميص ويكون مثل قميص الحي له كان ودخاريص وإزار ولا تزرر على القميص . قلنا الحي يحتاج إلى هذه الأشياء ليتمكن له المشي فيه، بخلاف الميت .

( وإذا أرادوا لف الكفن ابتدؤوا بجانبه الأيسر فلفوه ثم بالأيمن ) هذه صفة لف الكفن على الميت ، وإنما يقدم الإبتداء بالجانب الأيسر ، لأن اليمين فضلاً عن اليسار ، فإذا أخر لف اليمين فوق اليسار ، أشار اليه بقوله — ثم بالأيمن — أي ثم ابتداؤه بالجانب الأيمن ليكون على الأيسر ( كما في حال الحياة ) أي كما يبدأ في حالة الحياة في لبس القباء بالجانب الأيسر ، ليكون الجانب الأيمن عليه ، وحالة الموت تعتبر بحالة الحياة ( وبسطه ) أي وبسط الكفن وهو مبتدأ وخبره قوله ( أن تبسط اللفافة أولاً ) يعني بغير شيء .

( ثم يبسط عليها الإزار ) أي على اللفافة ، فيكون الإزار بين اللفافة والقميص ( ثم يقمص الميت ) أي ثم يلبس الميت قميصه ( ويوضع على الإزار ثم يعطف الإزار من قبل اليسار ، ثم من قبل اليمين ) وذلك كما ذكرنا ليكون الجانب الأيمن على الأيسر ( ثم اللفافة كذلك ) أي ثم يعطف اللفافة كما يعطف الإزار في الابتداء من الجانب الأيسر ، ليكون الأيمن فوقه .

## وإن خافوا أن ينشر الكفن عنه عقدوه بخرقة صيانة عن الكشف ، وتكفن المرأة في خمسة أثواب درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها

(وإن خافوا أن ينتشر الكفن عنه عقدوه بخرقة صيانة)أي لأجل صيانة الميت ( عن الكشف ) لا سيما في المرأة ( وتكفن المرأة في خمسة أثواب ) هذا كفن السنة في حقها على ما يأتي عن قريب ( درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها ) يجوز في درع وما بعده الجر على البدلية والرفع على أنه خبر مبتدأ ، أي درع .. الخ ، ويجوز النصب أيضاً على تقدير أعني درعاً وإزاراً وخماراً ولفافة وخرقة ، أقول خرقة تربطه فوق ثدييها في محل الرفع أو الجر أو النصب على أنه صفة لخرقة .

وقال ابن المنذر في الأشراف كل من يحفظ عنه يرى أن يكفن المرأة في خمسة أثواب كالشعبي والنخعي والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق « رح » وأبي ثور ، وعن ابن سيرين تكفن المرأة في خمسة أثواب درع وخمار ولفافتين وخرقة . وعن النخعي « رح » تكفن في خمسة ، درع وخمار ولفافة ومبطن ورداء . وعن الحسن في خمسة،درع وخمار وثلاثة لفائف . وعن عطاء تكفن في ثلاثة أثواب ، درع وثوب تحته وثوب فوقه .وقال سليمان بن موسى الأشدق الدمشقي تكفن في درع وخمار ولفافة يدرج فيها .

وقال الشافعي تكفن خمسة ، ثلاثة لفائف وإزار وخمار.وفي القديم قميص ولفافتان وهو الأصح ، واختاره المزني . وقال أحمد تكفن في قميص ومئزر ولفافة ومقنعة وخامة يشد بها فخذها . وفي المنافع الخرقة ثوب واحد من بين ركبتيها إلى صدرها ، ويكون فوق الكفان حتى لا يشد الكفن عنها ، وفي المبسوط والمجتبى والخرقة تشد فوق الأكفان على القدمين والمبطن لئلا ينتشر الكفن . وقيل على الثديين ان عظمنا والأعلى البطن .

وعند زفر على فخذها كيلا يضطرب إذا حملت على السرير والصبي والمراهق كالبالغ ، والمراهقة كالبالغة وأدنى ما يكفن به الصبي الصغير ثوب واحد ، والصغيرة ثوبان ، وفي المبسوط والطفل الذي لم يتكلم إن كفن في خرقتين إزار ورداء فحسن ، ويجوز في إزار واحد ، واللقط المولود ميتاً يلف في خرقة .

وقال ابن المسيب يكفن الصبي في ثوب . وقال النووي يجزئه ثوب . وقال أحمد وإسحاق يكفن في خرقة ، وإن كفنوه في ثلاثة فلا بأس . وعن الحسن يكفن في ثوبين. وقال الشافعي وأقله ما يستر العورة ، وعنهم ثوب يعم البدن ، وأكثرهم صحح الأول ، وإمام الحرمين والغزالي والبغوي والسرخسي من الشافعية قطع بالثاني وحسين صححه ، وحكى البندنيجي وجهاً ثالثاً ، وهو وجوب الثلاثة . وقال النووي وهو شاذ مردود ، ثم المستحب في الكفن البياض جديداً كان أو غسيلاً . وفي البدائع هما سواء إن كان خلقاً، وقال حسين والبغوي من الشافعية الغسيل أفضل من الجديد.وفي الروضة ويكفن في القطن والكتان والبرد وإن كان لها أعلام ما لم يكفن فيها تماثيل .

وفي شرح المهذب للنووي ويجوز بالكتان والقطن والصوف والوبر والشعر على لبسه عادة ، ويكره للرجال المزعفر والمعصفر والحرير والابريسم ، ذكرها في المحيط والإيضاح وغيرهما ، ولا يكره للنساء . وقال الشافعي « رح » يكره تكفينها في الحرير والمعصفر والمزعفر ، وممن يكره تكفين الموتى في الحرير الحسن البصري وابن المبارك وإسحاق . وقال ابن قدامة في تكفين المرأة في الحرير احتمالان ، أقيسها الجواز ، وكره مالك المعصفر في المدونة ، ومنع الحرير فيه للرجال ، وروي عنه جوازه للرجال والنساء ، ذكره في الذخيرة ، وجوزه ابن حبيب للنساء خاصة ، ذكره مالك الخزلان سداه حرير .

ولنا أن حالها بعد موتها في حق الكفن بخلاف الرجل ، وإن لم يوجد إلا حرير يجوز الكفن ولا يزاد على ثوب واحد .

(الحديث أم عطية أن النبي ﷺ أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب) إسم أم عطية نسيبة بنت الحارث ، وقيل بنت كعب الفاسلة ، وحديثها بهذا اللفظ غريب ، وبغير هذا اللفظ أخرجه الجماعة ، ولفظ البخاري قالت لما غسلنا ابنة رسول الله ﷺ قال لنا ونحن نغسلها ابدؤوا بمواضع الوضوء منها وابنة رسول الله عليه السلام هي زينب زوج أبي العاص ، وهي أكبر بناته ومصرح به في لفظ مسلم عن أم عطية قال لما ماتت زينب بنت رسول الله عليه السلام اغسلنها وتراً .. الحديث .

ولانها تخرج فيها حالة الحياة ، فكذا بعد الممات . ثم هذا بيان كفن السنة ، وإن اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز وهي ثوبان وخمار ، وهو كفن الكفاية ، ويكره أقل من ذلك ، وفي الرجل يكره الإقتصار على ثوب واحد

---

وفي سنن أبي داود ومسند أحمد وتاريخ البخاري الأوسط أنها أم كلثوم أخرجوه عن ابن إسحاق حدثني نوح بن حكيم الثقفي وكان قارئاً للقرآن عن رجل من بني عروة بن مسعود يقال له داود قد قارنه أم حليمة بنت أبي سفيان زوج النبي عليه السلام عن ليلى بنت قانف الثقفية قالت كنت فيمن غسل أم كلثوم بنت رسول الله عليه السلام عند وفاتها ، فكان أول ما أعطانا رسول الله عليه السلام الحقف ثم الدرع ثم الخمار ثم الملحفة ، ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر ، قالت ورسول الله عليه السلام جالس عند الباب ومعه كفنها بنا ولبسها ثوباً ثوباً .

وقال المنذري في مختصره فيه محمد بن إسحاق ، وفيه من ليس بمشهور ، والصحيح أن هذه القضية في زينب ، لأن أم كلثوم توفيت ورسول الله غائب ببدر . قوله — الحقف — بكسر الحاء هو الحقف بالفتح والكسر ، وهو المئزر . وقانف بالنون وهو نسبة بقايف بالياء .

( ولأنها تخرج فيها حالة الحياة ، فكذا بعد الممات ) أي ولأن المرأة تخرج من بيتها في خمسة أثواب ، درع وخمار وإزار وملحفة ونقاب ، فكذا يكون بعد موتها ، وفي المبسوط ويجوز لها أن تخرج فيها وتصلي ، فكذا بعد الموت .

( ثم هذا بيان كفن السنة ) أشار بهذا إلى أن ما ذكره في خمسة أثواب في كفن المرأة ، وهو كفن السنة للحديث المذكور ( وإن اقتصر ) على صيغة المجهول ( على ثلاثة أثواب جاز وهي ثوبان وخمار ) والمراد من الثوبان الإزار واللفافة صرح بذلك في الينابيع ( وهو كفن الكفاية ) أي الإقتصار على الثلاثة هو كفن الكفاية في حق المرأة ( ويكره أقل من ذلك ) أي يكره الإقتصار على أقل من الثلاثة في حق المرأة إذا كان بغير عذر .

( وفي الرجل يكره الإقتصار على ثوب واحد ) لأنه لا يستر كما ينبغي ، ولهذا أجمعوا

إلا في حالة الضرورة ، لان مصعب بن عميرة حين استشهد كفن في ثوب واحد ، وهذا كفن الضرورة . وتلبس المرأة الدرع أولاً ، ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع،

---

على أنه لا يكفن في ثوب نصف ما تحته ولا يستر ، وقال ابن تيمية ولا يجوز ستر العورة وحدها ، خلافاً للشافعي ( إلا في حالة الضرورة ) أي في حالة الضرورة مستثناة في الشرع ( لأن مصعب بن عميرة رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب واحد ) وهذا أخرجه الجماعة إلا ابن ماجة عن جابر بن الأرت رضي الله عنه قال هاجرنا مع النبي ﷺ يزيد وجه الله ، فوقع أجرنا على الله ، فمنا من مضى لم يأخذ من أجره شيئاً ، منهم مصعب بن عميرة قتل يوم أحد وترك بمدة ، فكنا إذا [1] رأسه بدت رجلاه ، وإذا غطينا بها رجليه بدت رأسه ، فأمرنا رسول الله ﷺ أن نغطي رأسه ونجعل على رجليه شيئاً من الأذخر، أخرجه الترمذي في المناقب والباقي في الجنائز .

وكفن حمزة رضي الله عنه في ثوب واحد ، وأمرنا عليه السلام بتغطية رجليه بالأذخر دليل ذلك على أن ستر العورة وحدها لا تجزىء ، خلافاً للشافعي . والنمرة بفتح النون وكسر الميم كساء ملون ، والأذخر على أمثال الأغمد ينبت بمكة ، كـذا قاله الاترازي وليس بمخصوص بمكة .

( وهذا كفن الضرورة ) أي الثوب الواحد كفن الضرورة . وفي المبسوط ولو كفنوه في ثوب واحد فقد أساؤوا لأن في حياته تجوز صلاته في إزار واحد مع الكراهة، فكذا بعد الموت إلا عند الضرورة بأن لم يوجد غيره .

( وتلبس المرأة الدرع أولاً ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ) وقال الشافعي يسرح شعرها ويجعل ثلاث ضفائر ، ويجعل خلف ظهرها، لأن اللواتي غسلن ابنة النبي عليه السلام فعلن كذلك ، والظاهر أنها فعلت ذلك بأمر النبي عليه السلام . قلنـا

---

(١) هنا كلمة ناقصة ، وربما هي ، غطينا . اهـ مصححه .

ثم الخمار فوق ذلك ثم الإزار تحت اللفافة قال وتجمر الأكفان قبل أن يدرج فيها الميت وتراً ، لأنه ﷺ أمر بإجمار أكفان ابنته وتراً، والاجمار هو التطييب ،

---

هذه للزينة ، والميت مستغن عنها . وما رواه يحتمل والحكم لا يثبت به . ( ثم الخمار فوق ذلك ) ثم تلبس الخمار فوق الدرع ( ثم الإزار ) أي تلبس الإزار ( تحت اللفافة ) يعني تبسط اللفافة ، ثم يبسط الإزار فتوضع المرأة في الإزار ، ويكون الخمار تحت الإزار واللفافة ، وتربط الخمار فوق اللفافة عند الصدر ، وقد ذكرنا الروايات فيه .

( قال وتجمر الأكفان قبل أن يدرج فيها الميت وتراً ) في الأكفان وانتصاب وتراً على أنه صفة التجمير الذي يدل عليه قوله أي تجميراً وتراً ، يعني مرة أو ثلاثاً أو خمساً، ولا يزاد على ذلك ، وفي الإمام عن أبي يعلى الموصلي عن جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام إذا جمرتم الميت فأوتروا ، والتجمير هو إحراق عود في مجمرة ليبخر به الأكفان وفي المجتبى قيل يحتمل بالتجمير جمع الأكفان وتراً ها هنا ، قيل الغسل يقال أجمر كذا إذا جمعه ، والأول هو الأظهر .

وفي الذخيرة للمالكية والتجمير أربع أحوال عند خروج روحه كرهه مالك ، واستحسنه ابن حبيب ، وعند غسله يستحب يقطع الروائح كتجمير ثيابه ، وهو متفق عليه ، وخلف الجنازة متفق على كراهته ، وقال عليه السلام لا تتبع الجنازة بصوت ولا نار ، رواه أبو داود ، ولما فيه من التشائم بالنار . وفي المبسوط يكره الاجمار في القبر واتباع الميت بها ، فان النخعي كره أن يكون آخر زاده من الدنيا ناراً .

( لأنه عليه السلام أمر بإجمار أكفان ابنته وتراً ) هذا غريب لم يرد على هذا الوجه ، ولكن روى ابن حبان في صحيحه من حديث جابر مثلما ذكرنا عن أبي يعلى آنفاً ،ولكن لفظه أن النبي ﷺ قال إذا جمرتم الميت فاجمروه ثلاثاً ، وفي لفظ له فأوتروا ، وفي لفظ البيهقي جمروا كفن الميت ثلاثاً . قال النووي وسنده صحيح ( والاجمار هو التطييب ) يقال ثوب مجمر ، أي مبخر بالطيب ، ويقال من باب التفعيل، ومن باب الأفعال يعني

مجمر ومجمر ، وجمرت الثوب وأجمرته ، والذي يتولى ذلك يقـــال له مجمر من الاجمار ومن التجمير .

( فإذا فرغوا عنه ) أي عن تكفين الميت ( صلوا عليه ، لأنهـا ) أي لأن الصلاة على الميت ( فريضة ) أراد به فرض الكفاية ، وهذا مجمع عليه . وقال اصبغ من المالكية هي سنة ، قال ابن القاسم في المجموعة وقال سند صاحب الطراز ، وهو المشهور ، بـل قال مالك هي أخفض من السنة والجلوس في المسجد والنافلة أفضل منها إلا جنـازة من ترجى بركته أو له حق قرابة أو غيرها ، واستدلوا بانتفاء له ﷺ لصلاة الكسوف عن الصلاة على ولده ، ولو كانت واجبة لقدمت . قال النووي هذا قول مردود لا يلتفت اليه . قلت لا تعلق لهم به ، فإنه أخرها حتى يجهز فالمنع الجمع بينهما .

وفي البدائع والتحفة هي فريضه لقوله ﷺ صلوا على كل بر وفاجر ، ولقوله ﷺ صلوا على من قال لا إله إلا الله ، رواه الدارقطني وهو ضعيف . وقال صاحب المحيط هي فرض كفاية كالجهاد لكي لا يتبع الإجتماع على الترك كالجهاد .

فروع : تكفين الميت واجب ، وقيل سنة ، والأول هو الصحيح نص على وجوبه في البدائع وغيره ، وعلى ورثته أن يكفنوه في جميع ماله قبل الدين والوصية والميراث كفن في ثيابه في حياته عند خروجه للعيدين والجمعة ، ويستثنى عنه ما إذا كانت التركة عبـداً جانياً أو كانت مرهونة ، فإنهما يقدمان على التكفين . وفي المحلى والدين مقدم على الكفن، وتكفينه حينئذ واجب على من حضر من المسلمين من غريم وغيره ، انتهى .

وقال خلاس بن عمر التكفين من الثلث . وقال طاوس إن كان ماله كثيراً فمن رأس ماله ، وإلا فمن ثلثه ، ولو أوصى بزيادة على كفن المثل يعتبر من ثلث ماله ويقـــدم على وصاياه ويبطل بالدين ، وبإبطال الورثة ولا تجبر الورثة على فور تكفين الأختين [1] بخلاف حمله وحفر قبره، فإن لم يكن له مال يجب على من عليه نفقته في حياته من أقاربه الا الزوجة ،

(١) هكذا كتبت الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

فانه يجب على زوجها عند أبي يوسف ، وعليه الفتوى ، وهكذا في الملتقطات ومنية المفتي وعامة كتب الفقه . وفي شرح الفرائض السراجية لمصنفها جعله قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح في قول الشافعي رضي الله عنه ، وبه قال مالك .

وقال أحمد « رض » الزوج كالأجنبي وهو قول الشعبي وأحمد.. وفي جوامع الفقه ويجب على ولدها عند محمد ، ثم قال الأقارب فالأقرب فالأقرب ، ثم على بيت المال . وفي الجوامع أيضاً . فان لم يكن شيء من ذلك سألوا من الناس بما يواريه . وإن لم يوجد غسل ودفن ، وجعل عليه أوتر ويصلى على قبره .

ولا يجب على الزوجة كفن الزوج بالإجماع لنفقته . وقال ابن الماجشون كفنها عليه ، وإن كان لها مال وهو رواية عن مالك . وفي المرغيناني والروضة وغيرهما يجب الكفن على قدر المواريث ، كما إذا ترك أباً أو ابناً فعلى الأب السدس وعلى الإبن خمسة أسداس ، فان ترك بنتاً وأختاً لأب فعليها نصفان . ولو كانت له خالة موسدة مولاه الذي أعتقه قال محمد كفنه على حالته . ومن لا يجب عليه نفقته لا يجب عليه الكفن وإن كان وارثاً كابن العم ، ذكره المرغيناني .

ولو كفنه من يرثه يرجع به في تركته ، وإن كفنه من أقاربه لا يرجع به في التركة ، سواء أشهد بالرجوع أو لا ، نص عليه في الهاروني . وفي جوامع الفقه ليس لصاحب الدين أن يمنع من كفن السنة ، وهو ثلاثة أثواب في الرجل، وخمسة في المرأة مثل ما بها في العيدين والجمعة . وقال الفقيه أبو جعفر كفن المثل يعتبر بما يلبسه غالباً ، وقيل بأوسط ثيابه . وفي المرغيناني لو كان في المال كثرة وفي الورثة قلة فكفن السنة أولى ، وإن كان على العكس فكفن الكفاية أولى ، ويجوز كفن السنة مع وجود الإتيان ولا يمنعه تحسين الكفن .

وفي الذخيرة للمالكية ليس للغرماء منع الورثة من ثلاثة ، وإن استغرقت الدين. وقال النووي في شرح المهذب عند الدين المستغرق يكفّن في ثوب واحد في أصح الوجهين . وفي الوجه الثاني في ثلاثة كالمفلس ترك له الثياب اللائقة وإن نبش قبره يكفن ثانياً من رأس

المال وبعد قسمة التركة ووفاء الديون تجب على الورثة دون الغرماء وأصحاب الوصايا . وإن نبش بعدما يفتح يكفن في خرقة ، ولو كفنه أجنبي ثم أكله سبع أو غيره فالكفن للأجنبي ، لأنه لم يخرج عن ملكه بعد التمليك ، إذ الميت ليس من أهله . وفي الذخيرة جعله قول أبي يوسف ومحمد .

ولو وهبه الموارث ليكفنه به فهو له ، ولو جمعت دراهم تكفنه ثم فضلت فضلة ردت على أصحابها إن علموا وإن لم يعلم معطيها صرفت إلى كفن ميت آخر ، فان تعذر تصدق بها ، وهو قول الحنابلة ، ذكره ابن تيمية .

حي وميت عريان وبينهما ثوب أو ثوب مباح ، فالحي أولى به ، وإن كان الحي وارثاً فان كان الميت كفن وبحضرته مضطر اليه لبرد أو ثلج أو سبب آخر يخشى منه التلف يقدم الحي على الميت ، كما لو كان للميت ماء وهناك مضطر اليه لعطش ، قدم به على غسله ، بخلاف ما لو كان حاجته إلى الحي إلى السترة للصلاة أو إلى الماء للطهارة ، فان الميت يستر به وبمائه أحق ، لأنه باق على ملكه ، والحي يمكنه أن يصلي عرياناً أو متيمماً لوجود العذر وقالت الشافعية والحنابلة ويجمع بين الاثنين والثلاثة في كفن واحد عند الضرورة ، وعندنا لا يجمع بينهما في كفن واحد فلا ساتر عورة أحدهما عورة آخر .

وفي قاضي خان اشترى الوصي من التركة تابوتاً وثوباً عليه ، وأعطى القراء والشعراء والنوائح الحضار في التعزية ، وبنى في القبر بناء منكراً أو حظيرة أو مقبرة ، لا يجوز ، ويضمن جميع ذلك إلا التابوت . ولو اشترى بعض الورثة من التركة تابوباً للميت من غير إذن البقية والأرض يقبر فيها بغير تابوت يجب عليه دونهم .

مات رجل وله أثواب هو لابسها ، وعليه ديون يكفن فيها ولا يباع ثوباه للدين ، كما في حال الحياة . مات في السفر وأخذ صاحبه ماله وأنفقه في التجهيز والتكفين لا يضمن استحساناً ولا يتفتل الميت . وفي صلاة الجلابي يكفن الخنثى المشكل كما تكفن الجارية وينعش ويسجى قبره بثوب .

## فصل في الصلاة على الميت

وأولى الناس بالصلاة على الميت السلطان إن حضر ، لأن في التقدم عليه ازدراء به ، فإن لم يحضر فالقاضي ، لأنه صاحب ولاية ، فإن لم يحضر فيستحب تقديم إمام الحي لأنه رضيه في حال حياته

---

### ( فصل في الصلاة على الميت )

أي هذا فصل في بيان الصلاة على الميت . ولما فرغ من بيان تكفينه شرع في بيان الصلاة عليه على الترتيب .

( وأولى الناس بالصلاة على الميت ) أي باقامة الصلاة على الميت ( السلطان إن حضر ، لأن في التقدم عليه ازدراء به ) أي استخفافاً به ، والواجب تعظيمه وتوقيره ( فان لم يحضر السلطان فالقاضي ) أي فإن لم يحضر السلطان فالقاضي أولى الناس بالصلاة عليه (لأنه صاحب ولاية ) فيكون أولى من غيره .

( فان لم يحضر ) أي القاضي ( فيستحب تقديم إمام الحي ، لأنه رضيه في حال حياته) أي لأن الميت رضيه إماماً في حال حياته ، فكذا بعد مماته ، وهذا الذي ذكره ترتيب القدوري وروى الحسن « رض » في كتاب الصلاة عن أبي حنيفة «رض» ان الإمام الأعظم وهو الخليفة أولى بالصلاة عليه إن حضر ، فان لم يحضر فإمام المصر ، وهو سلطانها ، لأنه في معنى الخليفة ، وبعده القاضي ، وبعده صاحب الشرط ، وبعده خليفة الوالي ، وبعده خليفة القاضي ، وبعده هو إمام الحي ، فان لم يحضروا فالأقرب من ذوي قرابته ، بهذه الرواية أخذ كثير من المشايخ .

وفي الذخيره ذكر محمد في كتاب الصلاة إن إمام الحي أولى بالصلاة على الميت . وفي البدائع ذكر في الأصل أن إمام الحي أولى بالصلاة عليه . وفي الذخيرة إنما قدم إمام الحي في كتاب الصلاة لأن الخليفة والسلطان لا يوجدان في كل بلد ولا يحضران الجنائز . وقال الكرخي في كتابه وتقديم إمام الحي ليس بواجب ، ولكنه أصلي إما تقديم الإمام الأعظم

والسلطان فواجب . وقال تاج الشريعة أولى الناس بالإمامة السلطان الأعظم إن حضر ، فإن لم يحضر فسلطان كل مصر ، فإن لم يحضر فإمام المصر أو القاضي ، فان لم يحضر أحدهما فا.ام الحي .

وفي الخلاصة ولو حضر والي المصر والقاضي فالوالي أولى ، فان لم يحضر الوالي لكن حضر خليفته فخليفته أحق من القاضي وصاحب الشرط ، والمختار الإمام الأعظم أولى ، فان لم يحضر فسلطان المصر وإن لم يكن فامام المصر أو القاضي ، فان لم يكن فامام الحي. وقال الإمام العتابي إمام مسجد الجامع أولى من إمام مسجد المحلة .

( قال ثم الولي ) أي قال القدوري ثم الولي أحق بالصلاة عليه . وقال النووي في شرح المهذب إن اجتمع الوالي والولي فقولان مشهوران تقديم الوالي ثم إمام المسجد ثم الولي . والجديد والولي مقدم ، ومثله عن الضحاك ، وبالأول قال علي وابن مسعود وأبو هريرة وزيد بن ثابت والحسن والحسين وعلقمة والأسود والحسن البصري وسويد بن علقمة ومالك وأحمد وإسحاق « رح » . قال ابن المنذر وهو قول أكثر أهل العلم قال وبه أقول . وجه قوله الجديد قوله تعالى ﴿ وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ﴾ ٧٥ الأنفال ، مطلقاً من غير فصل بين الحياة والممات ، والاعتبار بولاية النكاح . ولأن معظم الفرض ها هنا الدعاء للميت ، فمن يختص بالشفقة فدعاؤه أقرب إلى الإجابة ، بخلاف سائر الصلوات .

وأما ما روي أن الحسن بن علي « رض » لما مات خرج الحسين والناس معه لصلاة الجنازة فقدم الحسين « رض » سعيد بن العاص ، وكان أميراً على المدينة من قبل معاوية ، فأبى سعيد أن يتقدم ، فقال له الحسين تقدم وصل ، ولولا السنة ما قدمتك ، لأن هذه صلاة تقام بالجماعة غالباً ، فيكون السلطان أولى ، ولأن الوالي نائب الرسول عليه السلام ، وهو الذي كان أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، فينوب نائب منابه في التقديم ، ولأن ولايته وولاية القاضي عامة ، والآية محمولة على المواريث وعلى ولاية الإنكاح ، وليس ولاية الإمامة كولاية الإنكاح ، ولأن ولاية الإنكاح مما لا يتصل بالجماعة ، فكان القريب أولى كالتكفين والغسل .

وأما قولهم دعاء القريب أولى بالإجابة ، فقلنا لا بل دعاء الإمام أقرب لما روي أنه عليه السلام قال ثلاثة لا يحجب دعاؤهم ، وعد منهم الإمام ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام والمحيط .

( والأولياء على الترتيب المذكور في النكاح ) أي الترتيب المذكور في النكاح كالترتيب في الإرث والأبعد محجوب بالأقرب ، وها هنا كذلك يعتبر الأقرب فالأقرب من ذوي الأنساب ، فان تساويا في القرابة فأسنهما أولى مثل ولدين أو أخوين لأب وأم أو عمين هما متساويان في القرابة وأحدهما أكبر سناً من الآخر ، ولو اجتمع الأب والإبن ذكر في كتاب الصلاة أن الأب أولى ، ومن مشايخنا من قال هذا قول محمد ، وأما على قول أبي حنيفة الإبن أولى ، وبه قال مالك وقال أبو يوسف الولاية لهما لكن الإبن يقدم الأب تعظيماً له ، كما في النكاح ، وقيل لا بل الأب أولى ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وفي المحيط وهو الأصح .

ولو اجتمع أخوان لأب وأم أو لأب فأكبرهما سناً أولى كما ذكرنا ، وبه قال الشافعي في قول ، ولو أراد الأسن أن يقدم الأجنبي ليس له ذلك إلا برضى الآخر ، لأن الحق لهما ، لكن قدمناه بالسنة ولا سنة في تقديم من قدمه . وفي قول للشافعي الأتقى مقدم ، لأنه أولى . وفي فتاوى العتابي الزوج كالأجنبي ، وبه قال الشافعي ومالك . وعن أصحابنا أن الزوج أولى من الأجنبي ، وكذا الجار . وفي المحيط ابن عم المرأة أولى من زوجها إذا لم يكن لها ابن من الزوج ، وإن كان منها ولد فالزوج أولى ، خلافاً للشافعي ومالك . وقال القدوري سائر القرابات أولى من الزوج ، وكذا مولى العتاقة وابنه لأنها عصبته .

وقال الشافعي الزوج أولى منها ، وحكى ابن المنذر في الاسراف عن أبي بكر الصديق وابن عباس والشعبي وعطاء وعمر بن عبد العزيز وإسحاق وأحمد ، وأن الزوج أولى بالصلاة على زوجته من الولي . وقال عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب والزهري وبكير بن الاسج والحكم وقتادة وأصحابنا ومالك والشافعي « رح » ولا ولاية للزوج لانقطاع الزوجية بالموت . قال عمر رضي الله عنه في امرأته أنتم أحق بها بعد موتها . وقال الأوزاعي والحسن

البصري الأب أحق ، ثم الزوج ثم الإبن ثم الأخ . وعند الشافعي وأحمد رضي الله عنهم يقدم الأب على الإبن ، وكذا الجد .

وعند الشافعي وعند مالك الإبن أولى ، وعن محمد أبو الميتة أولى من ابنها ثم ابنها إن كان من غير زوجها ، فان كان منه فالأب أولى ثم الزوج . وفي شرح الاسبيجابي ان ابنها أولى من ابنها ، لأنه عصبة لكن يقدم الجد وهو أب الميت ، ولا يقدم أباه وهو زوجها إلا برضى الجد ثم الأب يقدم على الجد ، لكن يقدم أباه ، وكذا المكاتب إذا مات ابنه أو عبده فالولاية للمكاتب ، وله أن يقدم سيده .

وإن مات المكاتب من غير وفاء وله أب أو ابن وهما حران فالمولى احق ، فان ترك وفاء فأديت كتابته أو كانت المال حاضراً لا يخاف التوى، فالأب أحق .عبد مات فاختصم في الصلاة عليه المولى وابن العبد وأبوه وهما حران ، فالمولى أحق ،وقيل أبوه الحر أو أخوه الحر أولى لانقطاع الملك بالموت ، والفتوى على الأول ذكره في الملتقطات . وفي الجنونة الأب أحق من الابن عند الكل ، هكذا قاله بعض المشايخ ، وعن هشام عن محمد عن أبي حنيفة « رح » في النوادر أن الأب أولى ، ولو كان الوليان فتقدم أجنبي إن صلى الأولياء خلفه جازت ، وإلا تعاد وإلا للولي إعادتها ، وإن دفن أعاد على قبره ولا يعيد من صلى مع الأجنبي من غير الأولياء .

( فان صلى غير الولي والسلطان أعاد الولي ) قيد بالسلطان لأنه لو صلى السلطان فلا إعادة لأحد ، لأنه هو المقدم على الولي ، ثم هو ليس بمنحصر على السلطان، بل كل من كان مقدماً على الولي في ترتيب الإمامة في صلاة الجنازة فصلى هو لا يعيد الولي ثانياً ، هكذا في فتاوى الولوالجي . وفي الظهيرية وكذا لو صلى إمام مسجد الجامع لا تعاد . وفي التنجيس للقوم الإعادة ولو اقتدى بعض الأولياء مع رجل وصلى ليس للباقين الإعادة .

( يعني إن شاء ) أي الولي ، وإنما قيد به لأنه لو لم يقيد كان يفهم الوجوب ، ولما كان

لما ذكرنا أن الحق للاولياء ،وإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعده لأن الفرض يتأدى بالأول والنفل بها غير مشروع ، ولهذا

---

الحق له إن شاء أجاز فعله ، وإن شاء لم يجز ( لما ذكرنا أن الحق للأوليـاء ) فيكون لهم الخيار في ذلك .

( وإن صلى الولي لم يجز لأحد أن يصلي بعـــده ) وبه قال النخعي والثوري والليث والحسن بن حي ومالك . وقال الشافعي والأوزاعي يصلي عليه ، وعند أحمد إلى شهر . وقال النووي فيه أربعة أوجه أصحها باتفاق الأصحاب لا تستحب الإعادة بل المستحب تركها ، وفي وجه يكره إعادتها ، وبه قطع التورني وصاحب العدة وغيرهمـــا ، وعند الحنابلة فيها وجهان ، واستدلوا بصلاة الصحابة على النبي عليـه السلام إفراداً . قال ابن عبد البر « رض » مجمع عليه عند أهل السير والنقل. وقال ابن دحية انا نستعجب من قوله مع السماع عله ، فان الخلاف منصوص عليه هل صلوا عليه صلاتنا على موتانا أم لا،حكى ابن القصار قولين ، وهل صلوا عليه أفراداً أو جماعة على الإختلاف .

واختلف فيمن أم ، قيل أبو بكر « رض » ذكره ابن القصار ولا تصح لضعف رواته. وحكى البزار والطبراني أنه عليه السلام قال أول من صلى على رب العزة، وهو موضوع. قال الأزدي والبزار وقيل صلوا عليه بصلاة جبريل عليه السلام ، وهو معلول ، والصحيح أنهم صلوا أفراداً لا يؤمهم أحد ، وهذا مخصوص به . وروي أنه أوصى بذلك ، ذكره البزار والطبري . وفي حديث ابن عباس « رض » قال انتهى عليه السلام إلى قبر رطب وصلوا خلفه فكبر أربعاً ، متفق عليه .

وحجتنا ما أشار اليها المصنف بقوله ( لأن الفرض يتـأدى بالأول ) أي فرض الصلاة على الميت تأدى بالصلاة الأولى ، لأنها فرض كفاية ولا معنى للثانية ( والنفـــل بها غير مشروع ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لم لا يجوز أن يصلي ثانيـــة وكانت نافلة كما في غيرها من الفرائض ، فأجاب عن ذلك بقوله ــ والتنفل بها ــ أي بالصلاة على الميت غير مشروع ، يعني لم يرد به الشرع ؛ ثم أوضح ذلك بقوله ( ولهذا ) أي ولعدم

## رأينا النـــاس تركوا عن آخرهم الصلاة على قبر النبي ﷺ وهو اليوم كما لو وضع

مشروعية النفل بالصلاة على الميت ( رأينا النـاس تركوا عن آخرهم الصلاة على قبر النبي عليه السلام وهو اليوم ) أي والحال أنه اليوم ( كما لو وضع ) لأن الأرض لا تأكل أجساد الأنبياء عليهم السلام .

فان قلت الإقتصار على صلاة غير الولي جائز ، وذلك دليل على سقوط الفرض ، ومع هذا لو أعاد الولي جازفعلم أن التنفل بها مشروع . قلت صلاة غير الولي إنما تعتبر عند عدم تعرض الولي ، فاذا تعرض بالإعادة زال حكم صلاة غيره ، فكانت الميت بغير صلاة عليه ، فاذا صلى الولي يكون ما صلاه هو الفرض ، فكيف يكون نفلاً .

فان قلت ترك الناس الصلاة على قبر النبي عليه السلام إنما كان خوفاً من أن يتخذ قبره عليه السلام مسجداً ولم يكن ذلك لأجل عدم مشروعية التنفــل بها . قلت لا يلزم من الصلاة على قبر اتخاذه مسجداً ،الا ترى أنهم جوزوا أن يصلى عند قبور أهل العلم والأولياء مع مزيد اعتقاد العامة في التعظيم لهم الخارج عن الشرع .

فان قلت حق الميت وإن كان مقضياً بالصلاة مرة فلا يوجب سقوطه أولاً ، لأن الصلاة في حقيقته دعاء ، وهو باق كالوضوء شرع لإقامة الفرض ، والفرض يسقط بواحد ، لكن لو أعاده لكل صلاة كان حسناً . قلت الأصل أن الميت لا ينتفع بالصلاة عليه لقوله تعالى ﴿ وأن ليس للانسان إلا ما سعى ﴾ ٣٩ النجم ، ولكن عرف هذا شرعاً بخلاف القياس ، فإذا كان كذلك سقط بالمرة الواحدة فلم يتصور الثاني قضاء من عندنا بـلا توقيف ، بخلاف الدعاء ، فإن التوقيف فيه باق كما بقي بالأمر بالصلاة على رسول الله عليـــه السلام ، هذه على سبيل الدعاء .

فإن قلت صلى النبي ﷺ على حمزة رضي الله عنه سبعين مره ، وكان الفرض قد تأدى بالأولى . قلت أجيب عنه بجوابين ، الأول : أنه كان موضوعاً بين يديه فيؤتى بواحد من الذين استشهدوا وكان ﷺ يصلي على كل واحد صلاة ، فظن الراوي أنه عليه السلام صلى

وإن دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره ، لأن النبي ﷺ صلى على قبر امرأة من الأنصار ،

---

على حمزة في كل مرة ، فقيل صلى على حمزة سبعين مرة . الثاني : يجوز أن يكون المراد من قول الراوي صلى على حمزة سبعين مرة المعنى اللغوي ، وهو الدعاء ، أي دعى سبعين مرة .

فان قلت قد صلى كل واحد من الصحابة على النبي عليه السلام منفردة، فدل على جواز التكرار . قلت يحتمل أن الصلاة كانت فرض عين على الصحابة لتعظيم حقه كالدعاء اليوم على المسلمين مرة واحدة لقوله صلوا ، وكان تكرار الصلاة عليه من كل أحد لأداء الفرض عليه .

وأما الجواب عن حديث ابن عباس فلأنه عليه السلام كان هو الولي ، قال الله تعالى ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾ ٦ الأحزاب ، ومن العلماء من جعل الصلاة على القبر من خصائص النبي عليه السلام ، بدليل ما روي من قوله عليه السلام واني أنورها لصلاتي عليهم .

فان قلت ابن حبان يتبع هذا الوجه ، فقال ليس الأمر كما توهموه ، بدليل أنه عليه السلام صلى والناس خلفه ، فلو كان من خصائصها لزجرهم عن ذلك. قلت يجوز أن يكون صفهم خلفه لأجل أن يدعوه لا للصلاة حقيقة .

( وإن دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره ) ولا يخرج منه قد سلم إلى الله تعالى ، وفي إخراجه انكشافه ، ويصلي عليه ما لم يعلم أنه تمزق ، هكذا في المبسوط، وهذا يشير إلى أنه إذا شك في تفرقه وتفسخه يصلى عليه ، وقد نص الأصحاب على أنه لا يصلى عليه مع الشك في ذلك ، ذكره في المزيد والمفيد وجوامع الفقه وعامة الكتب وبقولنا قال الشافعي وأحمد وهو قول ابن عمر وأبي موسى وعائشة وابن سيرين والأوزاعي ، ثم هل يشترط في جواز الصلاة على قبره كونه مدفوناً بعد الغسل ، فالصحيح أنه يشترط . وروى ابن سماعة عن محمد أنه لا يشترط .

( لأنه عليه السلام صلى على قبر امرأة من الأنصار ) أخرج ابن عباس رضي الله عنه

من حديث خارجة بن زيد بن ثابت عن عمة زيد بن ثابت رحمهم الله ، وكان أكبر من يزيد ، قال خرجنا مع رسول الله عليه السلام ، فلما أردنا البقيع إذا هو بقبر ، فسأل عنه فقالوا فلانة ، فعرفها ، فقال ، ألا آذنتموني بها ، قالوا كانت قائمة صائمة .. الحديث ، ثم أتى القبر فصففنا خلفه وكبر عليه أربعاً .

وروى البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة أن رجلاً أسوداً كان يقيم بالمسجد ، فمات فسأل النبي عليه السلام عنه فقالوا مات ، قال أفلا آذنتموني به ، دلوني على قبره ، فأتى قبره فصلى عليه . قوله – يقيم بالمسجد – بضم القاف وتشديد الميم أن يكنسه ويخرج منه القمامة ، وهي الكناسة .

فان قلت كيف يصلى عليه وهو غائب عن أعين النـاس بالتراب . قلت نعم ، ولكن هذا لا يمنع جواز الصلاة ، ألا ترى أنه قبل الدفن كان غائباً بالكفن ، ولم يمنع ذلـك عن جواز الصلاة ، وهذا إذا دفن بعد الغسل قبل الصلاة عليه ، وإذا دفنوه بعد الصلاة عليه ثم تذكروا أنهم لم يغسلوه ، فان لم يهل التراب عليـــه يخرج ويغسل ويصلى ، وإن هالوا التراب عليه لم يخرج ، بل يصلى عليه ثانياً في القبر ، ذكر الكرخي أنه يصلى عليه . وفي النوادر عن محمد القياس أن لا يصلى عليه . وفي الاستحسان أن يصلى عليـه ، لأن تلك الصلاة لم يعتد بها لترك الطهارة مع الإمكان ، والآن زال الإمكان وسقطت فريضة الغسل، فيصلى عليه في قبره .

وأما إذا صلي عليه قبل الغسل وهو لم يدفن فانه يغسل وتعاد الصلاة عليه بعدالغسل، وكذا لو غسلوه وبقي عضو من أعضائه أو قدر لمعة ، كذا في المبسوط والمحيط أيضاً لو صلي عليه من لا ولاية له عليه يصلي على قبره .

( ويصلى عليه قبل أن يتفسخ ) يعني إنما يجوز الصلاة على الميت في قبره قبل أن يتفسخ الميت ويتمزق ، ثم أشار إلى معرفة الطريق فيه بقوله ( والمعتبر في معرفة ذلك ) أي في كونه قبل التفسخ ( أكبر الرأي ) أي غالب الظن أنه لم يتفسخ فيصلى عليه ، وإذا شك لا يصلى عليه ، رواه ابن رستم عن محمد ( هو الصحيح ) احترز به عما روي عن أبي يوسف

أنه يصلى عليه إلى ثلاثة أيام وبعدها لا يصلى عليه ، وهذا رواية ابن رستم في نوادره عن محمد عن أبي حنيفة ، لأن الصحابة كانوا يصلون على النبي عليه السلام إلى ثلاثة أيام .

وللشافعية ستة أوجه ، أولها : إلى ثلاثة أيام ، لقول أبي يوسف أنه يصلى عليه إلى ثلاثة أيام . ثانيها : إلى شهر كقول أحمد « رح » . ثالثها : ما لم يبلى جسده . رابعها : يصلي عليه من كان من أهل الصلاة عليه يوم موته . خامسها : يصلي عليه من كان من أهل فرض الصلاه على يوم موته . سادسها : يصلى عليه أبداً ، فعلى هذا تجوز على قبور الصحابة ومن قبلهم اليوم ، واتفقوا على تضعيفه ، وممن صرح به الماوردي والمحاملي والفوزادي والبغوي وإمام الحرمين والغزالي . وقال إسحاق رحمه الله يصلي القادم من السفر إلى شهر ، والحاضر إلى ثلاثة أيام . وقال سحنون من المالكية لا يصلى على القبر سداً للذريعة في الصلاة على القبور .

( لاختلاف الحال ) أي لأجل اختلاف حال الميت بالسمن والهزال ، فانه إذا كان سميناً يتفسخ عن قريب ، وان كان مهزولاً يبطيء في التفسخ ( والزمان ) أي ولاختلاف الزمان ، فانه يتفسخ في الشتاء عن قريب لحرارة ما تحت الأرض في الشتاء ، وفي الصيف يبطيء فيه لبرودة ما تحت الأرض ( والمكان ) أي ولاختلاف المكان،فانه يبقى في الأرض الصلبة أكثر مما يبقى في الأرض الرخوة ، فلما اختلفت هذه الأشياء فرض الأمر إلى رأي المبتلى به .

فان قلت روى البخاري عن عقبة بن عامر أنه عليه السلام صلى على قتلى أحد بعد ثماني سنين . قلت أجاب السرخسي في المبسوط وغيره أن ذلك محمول على الدعاء،ولكنه غير سديد ، لأن الطحاوي روى عن عقبة بن عامر أن النبي عليه السلام خرج يوماً فصلى على قتلى أحد صلاته على الميت . والجواب السديد أن أجسادهم لم تبتلى ، ولما أراد معاوية أن يجري العين التي تؤخذ عند قبور الشهداء أصابت اصبع حمزة سيد الشهداء،قبر النبي عليه السلام في زمن الوليد فبينت لهم قدم ففزعوا ، قالوا هذه قدم رسول الله ﷺ قال عروة لا والله هذه قدم عمر رضي الله عنه ، والمدينة سبخة تأكل الميت الملح عمر رضي الله

عنه بالنبي عليه السلام فما ظنك به [1] ذكره ابن دحية في العلم المشهور ،

وفي الموطأ أن عمرو بن الجموح وعبد الله بن عمر دعيا الأنصاريين كان السيد قد حضر قبرهما من أحد ، فوجدا لم يتغيرا ، كأنهما ماتا بالأمس ولقاهما ستة وأربعون سنة .

والصلاة أن يكبر تكبيرة ، هذا شروع في بيان كيفية الصلاة على الميت وبينها بقوله ( والصلاة ) أي الصلاة على الميت ( أن يكبر تكبيرة ... الخ ) ولم يبين كيف ينوي ، وهي أن يقول نويت أن أصلي لله وأدعو لهذا الميت ، ذكره في سنة المفتي وغيره ، وذكر في البدائع وغيره أن يقول سبحانك اللهم وبحمدك .. الخ بعد التكبير . وفي المحيط جعله رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وذكر في البدائع ذكر الطحاوي رحمه الله أنه لا استفتاح فيه ، ولكن النفل والعادة أنهم يستفتحون في سائر الصلاة . وفي الروضة يقول سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله الذي يحيي الخلائق ويميتهم ، وهو حي قيوم ، أبدي لا يزول أبداً ، سبحان رب الأرباب ، ومسبب الأسباب ، ومالك الأرقاب ، الغني عن خلقه ، الذي لا إله إلا هو .

وإن قرأ الفاتحة على نية الدعاء جاز ، وليس في صلاة الجنازة قراءة القرآن عندنا . قال ابن بطال وممن كان لا يقرأ في الصلاة على الجنازة وينكر عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عمر وأبو هريرة ومن التابعين عطاء وطاووس وسعيد بن المسيب وابن سيرين وابن جبير والشعبي والحكم . وقال ابن المنذر ومجاهد وحماد وبه قال الثوري وقال مالك رضي الله عنه قراءة الفاتحة ليست معمولاً بها في بلدنا في صلاة الجنازة ، وعند مكحول وعطاء والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهويه رضي الله عنهم بقراءة الفاتحة في الأولى .

وقال ابن حزم يقرأها في كل تكبيرة عند الشافعي ، وهذا النقل عنه غلط . وقال الحسن بن علي يقرأها ثلاث مرات . وقال الحسن البصري يقرأها في كل تكبيرة ،

(١) هكذا الحديث بالأصل ، وربما سقط منه بعض الكلام . اهـ مصححه .

## ويحمد الله عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي ﷺ ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين

---

وهو قول شهر بن حوشب . وعن الموز بن مخرمة [١] يقرأ في الأولى فاتحة الكتاب وسورة قصيرة .

( ويحمد الله عقيبها ) أي عقيب التكبيرة الأولى . قال الاترازي يعني يقول سبحانك اللهم وبحمدك .. الخ . قلت الحمد أعم من قراءة سبحانك اللهم وغيرها، ولكن قال شمس الأئمة السرخسي اختلف المشايخ فيه ، فقال بعضهم يحمد الله كما في ظاهر الرواية . وقال بعضهم يقرأ سبحانك اللهم إلى آخره ، كما في الصلوات كلها ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة .

وفي دعاء الاستفتاح للشافعي قولان ، أحدهما : أنه يسن قراءة الفاتحة واجبة عنده ، وهو قول أحمد لما روى جابر أنه عليه السلام كان يقرأ فيها بأم القرآن ، وقرأ ابن عباس الفاتحة وجهر ، ثم قال عمداً فعلت ليعلم أنه سنة ، قلنا كان عليه السلام يقرأ في سبيل الثناء لا على وجه القراءه . وقال الترمذي حديث جابر وابن عباس رضي الله عنهما إسناده ليس بقوي .

( ثم يكبر تكبيرة ) ثانية ( ويصلي على النبي عليه السلام ) الصلاة المعروفة في التشهد. وقيل يقول في الثانية اللهم صل على محمد النبي الأمي البشير النذير عبدك ورسولك، سيد الأنبياء والمرسلين وخير الخلائق أجمعين ، وعلى آل محمد ، كما صليت على ابراهيم وعلى آل إبراهيم إنك حميد مجيد ، اللهم اجعل نواحي صلاتك وفواصل بركاتك، وتحيتك ورحمتك ورأفتك على عبدك ونبيك النبي الأمي وسلم تسليماً كثيراً .

( ثم يكبر تكبيرة ) ثالثة ( يدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ) الدعاء فيها أن يقول اللهم اغفر لحينا وميتنا وشاهدنا وغائبنا ، صغيرنا وكبيرنا ، ذكرنا وانثانا ، اللهم من أحييته منا . فاحيه على الإسلام ، ومن توفيته منا فتوفه على الإيمان ، رواه أبو داود،

---

(١) هكذا الإسم في الأصل .

وأحمد خصص هذا الميت بالروح والراحة والرحمة والمغفرة والرضوان ، اللهم إن كان محسناً فرد في إحسانه ، وإن كان مسيئاً فتجاوز عنه وقه الخير والكرامة والزلفى برحمتك يا أرحم الراحمين ، اللهم اغفر لي ولوالدي ولجميع المؤمنين والمؤمنات، والمسلمين والمسلمات الأحياء منهم والأموات ، وتابع بيننا وبينهم بالخيرات . إنك مجيب الدعوات ، منزل البركات ورافع السيئات ، مقيل العثرات ، إنك على كل شيء قدير ، ﴿ ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ﴾ ٧ آل عمران .

وزاد في بعض شرح القدوري اللهم اجعل قلوبنا قلوب أخيارنا ، اللهم آنس وحدته ، وارحم غربته ، وبرد مضجعه ، ولقنه حجته ، ووسع مدخله وأكرم منزله ، وتقبل حسنته ، وامح بعفوك سيئاته ، اللهم كن له بعد الأحباب حبيباً ، وبعد الأهل والأقارب قريباً ، ولدعاء من دعى له سميعاً مجيباً ، اللهم انه نزل بك وأنت خير منزل به فانه يفتقر إلى عفوك وغفرانك وجودك وإحسانك وأنت غني عن عذابه ، اللهم اقبل شفاعتنا فيه وارحمنا ببركته يا أرحم الراحمين .

وفي صحيح مسلم عن عوف بن مالك أنه عليه السلام صلى على جنازة رجل فقال اللهم واعف عنه وأكرم منزله وأوسع مدخله واغسله بالثلج والماء والبرد ، ونقه من الخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس، وابدله داراً خيراً من داره، وأهلاً خيراً من أهله ، وزوجاً خيراً [1] من زوجه ، وادخله الجنة ، وأعذه من عذاب القبر ، ومن عذاب النار يا أرحم الراحمين .

( ثم يكبر الرابعة ) أي التكبيرة الرابعة ولا يدعو بعدها . وفي البدائع ليس في ظاهر المذهب بعد التكبيرة الرابعة سوى السلام ، وهو قول مالك وأحمد رحمهما الله ، وقد اختار بعض مشايخنا مايختم به سائر الصلوات وهو اللهم ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار . زاد في المبسوط وقنا برحمتك عذاب النار وعذاب القبر وشدة

(١) في الأصل – مغيراً من زوجه – بدلاً من – خيراً – اه مصححه .

الحساب . وقال النووي اتفقوا على أنه يجب الذكر بعد الرابعة ، واستحب في أحد الوجهين . والوجه الثاني إن شاء قاله وإن شاء تركه ، والذي يقوله : اللهم لا تحرمنا أجراه ، ولا تفتنا بعده . وزاد المحاملي وصاحب التنبيه : واغفر لنا وله .

وفي المجتبى قيل هو مخير بين الدعاء والسكوت ، وقيل يقول : ربنا آتنا في الدنيا حسنة .. الخ . وقيل يقول : ﴿ ربنا لا تزغ قلوبنا ﴾ .. الآية ٨ آل عمران ، وقيل يقول ﴿ سبحان ربك رب العزة ﴾ .. الآية ١٨٠ الصافات .

( ويسلم ) عن يمينه وعن يساره . والمشهور عن الشافعي أيضاً تسليمتان. قال العوراني هو أيضاً في الجامع الكبير . ومن الناس من قال تسليمة واحدة ، وبه قال أحمد وآخرون لأن مبناها على التخفيف . وهل يرفع صوته بالتسليم ، قال في البدائع لم يتعرض له في ظاهر الرواية ، وذكر الحسن بن زياد أنه لا يرفع صوته ، لأن رفعه للإعلام ، فلا حاجة اليه بالتسليم عقيب الرابعة ، لأنه مشروع ، والأفضل عقيب التكبير . قال ولكن العمل في زماننا يخالف ما ذكره الحسن .

وفي المحيط ويسلم تسليمتين ويخافت في الكل إلا في التكبير . وفي المرغيناني لا ينوي الإمام الميت فيها ، بل ينوي عن يمينه في الأولى وعن يساره في الثانية . وفي الاسبيجابى وينوي الميت في التسليمة الأولى لا غير ، ومن عن يساره في الثانية . وفي الذخيرة من مشايخ بلخ يقولون السنة أن يسمع الصف الثاني من الصف الأول ، والثالث من الثاني . وعن أبي يوسف لا يجهرون كل الجهر ولا يسرون كل الاسرار .

( لأنه عليه السلام كبر أربعاً في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها ) لما ذكر أن التكبيرات على الجنازة أربع ، استدل في ذلك بقوله - لأنه عليه السلام كبر أربعاً - هذا روي عن ابن عباس وعمر بن الخطاب وابن حيثمة وأنس بن مالك رضي الله عنهم . أما حديث ابن عباس فله طرق ، الأول : عند الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه عن العراب بن السائب عن ميمون بن مهران عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهم قال آخر ما كبر النبي عليه السلام على الجنائز أربع تكبيرات ، وكبر عمر على أبي بكر

رضي الله عنهما أربعاً ، وكبر ابن عمر على عمر أربعاً ، وكبر الحسن بن علي على علي رضي الله عنهم أربعاً ، وكبر الحسين بن علي على الحسن أربعاً ، وكبرت الملائكة على آدم عليه السلام أربعاً ، وسكت الحاكم عنه . وقال الدارقطني العراب بن السائب متروك .

الطريق الثاني : عند البيهقي في سننه والطبراني في معجمه عن النصر أبي عمر عن عكرمة عن ابن عباس قال آخر جنازة صلى عليها رسول الله عليه السلام كبر عليها أربعاً . قال البيهقي تفرد به النصر بن عبد الرحمن أبو عمر الخزاز عن عكرمة ، وهو ضعيف ، وقد روي هذا من وجوه أخر ، كلها ضعيفة إلا أن إجماع أكثر الصحابة «رض» على الأربع كالدليل على ذلك الطريق .

الثالث : عند أبي نعيم الاصبهاني عنه أن النبي ﷺ كان يكبر على أهل بدر سبع تكبيرات ، ثم كان آخر صلاته أربع تكبيرات إلى أن خرج من الدنيا .

الطريق الرابع : عند ابن حبان في كتاب الضعفاء من حديث محمد بن معاوية وقال إنه يأتي عن الثقات بما لا يتابع عليه ، فاستحق الترك إلا فيما وافق الثقات ، فإنه كان صاحب حفظ واثقات قبل أن يظهر منه ما ظهر .

وأما حديث عمر رضي الله عنه فعند الدارقطني من حديث يحيى بن السنية عن جابر عن الشعبي عن مسروق قال صلى عمر على بعض أزواج النبي ﷺ فسمعته يقول لأصلين عليها مثل آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ ، فكبر عليها أربعاً ... ويحيى وجابر الجعفي ضعيفان .

أما حديث ابن حيثمة فقد أتى عمر في الاستذكار قال كان النبي ﷺ يكبر على الجنائز أربعاً وخمساً وسبعاً وثمانياً ، حتى جاء موت النجاشي فخرج إلى المصلى فصف الناس وراءه وكبر عليه أربعاً ، ثم ثبت النبي ﷺ على أربع حتى توفاه الله عز وجل . وأبو حيثمة [1] هذا ابن حذيفة بن غانم القرشي والعدوي ، والد سليمان واحد أبي جهم

(١) ورد قبلاً — ابن حيثمة — اهـ مصححه .

ذكره الذهبي هكذا في تجريد الصحابة ، ثم قال له رواية بلا رواية ، ولم يذكر له اسم ، ومنهم أبو حيثمة اخر احدى واسمه عبد الله ، وقيل عامر بن مساعدة الأومي الحارثي والد سهيل .

وأما حديث ابن عمر رضي الله عنهما فضل الحارث بن أبي أسامة قال آخر ما كبر النبي ﷺ ، فذكره بلفظ حديث ابن عباس ، وزاد وكبر علي رضي الله عنه على يزيد ابن كعب أربعاً ، وكبر ابن الحنفية على ابن عباس بالطائف أربعاً .

وأما حديث أنس بن مالك رضي الله عنه فعند الحازمي في كتاب الناسخ والمنسوخ أن رسول الله ﷺ كبر على أهل بدر سبع تكبيرات وعلى ابن هاشم سبع تكبيرات ، وكان آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ أربعاً حتى خرج من الدنيا ، ثم قال إسناده ، وله قوله فنسخت ما قبلها ، أي نسخت تكبيراته ﷺ أربع التكبيرات التي كبرها خمساً أو ستاً أو سبعاً أو ثمانياً قبل ذلك . ويؤيد ما قاله المصنف قول ابن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه انعقد الإجماع على الأربع ، ولا نعلم أحداً من فقهاء الأمصار قال خمساً إلا ابن أبي ليلى .

وقال صاحب المبسوط وغيره من الأصحاب وقد ثبت ما زاد على الأربع بفعله ﷺ فكيف . أما قول ابن عمر ففيه نظر ، لأن ابن المنذر ذكر في الاشراف أن الخمس قول ابن مسعود وزيد بن أرقم وعن ابن مسعود يكبرون ما كبر الإمام . وأما قول صاحب المبسوط فيه نظر ، لأنه يمكن أن يحمل الكل على الجواز مع أن الصحابة « رض » قد فعلوا ذلك بعد النبي ﷺ .

وروى ابن حزم عن ابن عباس رضي الله عنه باسناد صحيح إن كان يكبر على الجنازة ثلاثاً ، هكذا روي عن أنس . وقال ابن سيرين إنما كانت التكبيرات ثلاثاً ، فزادوا واحدة . وعبر جابر بن زيد أنه أمر يزيد بن المهلب أن يكبر على الجنازة ثلاثاً ، قال هي أسانيد في غاية الصحة ، وكبر زيد بن أرقم على الجنازة خمساً بعد عمر رضي الله عنه . وعن علي رضي الله عنه أنه كبر على سهل بن حنيف ستاً ثم التفت الينا وقال إنه بدري ،

وذكر ابن بطال عن علي رضي الله عنه أنه كان يكبر على البدري ستاً وعلى سائر الصحابة خمساً وعلى غيرهم أربعاً، وكبر علي رضي الله عنه على قتادة سبعاً، ولكن ما رواه محمد ابن الحسن في كتاب الآثار في كفاية الإجتماع على استقرار الأمر على الأربع.

قال أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي رحمهم الله أن الناس كانوا يصلون على الجنائز خمساً وستاً وأربعاً حتى قبض رسول الله ﷺ، ثم كبروا كذلك في رواية أبي بكر الصديق رضي الله عنه، ثم ولي عمر بن الخطاب رضى الله عنه ففعلوا ذلك، فقال لهم عمر انكم معشر أصحاب محمد ﷺ متى تختلفون تختلف الناس بعدكم الناس حديث أحد بالجاهلية [1] فأجمعوا على شيء يجمع عليه من بعدكم، فأجمع رأي أصحاب محمد ﷺ أن ينظروا آخر جنازة كبر عليها النبي ﷺ حتى قبض فيأخذونها ويرفعون ماسواها، فنظروا فوجدوا جنازة آخر جنازة كبر عليها رسول الله ﷺ أربعاً.

قلت فيه انقطاع بين ابراهيم وعمر رضي الله عنه، وصح على النبي ﷺ أن آخر صلاة صلاها على النجاشي كبر أربعاً، وثبت عليها حتى توفي. وذكر ابن بطال عن همام ابن حارث أن عمر رضي الله عنه جمع الناس على الأربع إلا أهل بدر، فإنهم كانوا يكبرون عليهم خمساً وستاً وسبعاً. وقال ابن حزم في المحلى كبر عمر أربعاً وعلي أربعاً وزيد بن ثابت كبر أربعاً على أمه، وعبد الله بن أبي أوقع كبر أربعاً على ابنته، وزيد ابن أرقم كبر أربعاً، وكذا البراء بن عازب وابن عمر وأبو هريرة وعقبة بن عامر رضي الله عنهم. وصح أن أبا بكر الصديق صلى على النبي ﷺ فكبر أربعاً، وصلى صهيب على عمر فكبر أربعاً، وصلى الحسن على علي فكبر أربعاً، وصلى عثمان على خباب فكبر أربعاً.

( ولو كبر الإمام خمساً لم يتابعه المؤتم خلافاً لزفر « رح » ) يقول زفر قال أحمد وابن أبي ليلى والظاهرية والشيعة. وفي المجتبى قال أبو يوسف يتابعه. وفي النهاية وهو

(١) هكذا الجملة في الأصل.

رواية عن أبي يوسف . وحكى أحمد عن الشافعي قولاً فقال إذا كبر خمساً يتابعه المأموم لا تبطل بها الصلاة عندنا ، وعند الشافعي في الأظهر ، وعند أصحابه وجد أنها تبطل ، وعن أصحاب أحمد كذلك . وفي الذخيرة لو زاد الإمام خامسة صحت صلاته . وروى ابن القاسم عن مالك لا يصح فيها لأنها من شعار الشيعة ، وينتظر تسليم الإمام ، وهو المختار . وفي المحيط وهو الأصح . وفي رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه يسلم ولا ينتظر ، وهو قول الثوري ومالك في رواية ابن المنذر وابن القاسم والعتيبة .

وفي الذخيرة قال ابن القاسم يسلمون بسلامه . وجه قول زفر ومن معه أنه مجتهد فيه كما قلنا فيتابعه المقتدي كما في تكبيرات العيد .

ووجه قول أبي حنيفة وأصحابه أشار اليه المصنف بقوله ( لأنه منسوخ ) أي لأن الزائد على أربع تكبيرات منسوخ ، ولا متابعة في المنسوخ . وقال الأكمل قلنا ثبت أن الصحابة تشاوروا فرجعوا إلى آخر صلاة صلاها ، فصار ذلك منسوخاً باجماعهم . قلت فيه نظر ، لأنا قد ذكرنا عن جماعة من الصحابة والتابعين ، ثم أنهم كبروا أكثر من أربع بعد النبي عليه السلام ، فكيف يكون إجماعاً وكيف يكون النسخ بعد النبي عليه السلام .

وقال الاترازي لم يجز الإقتداء في التكبير الزائد على الأربع ، كما لم يجز الإقتداء في تكبيرات للعيد إذا زاد الإمام على الأربع والجنازة ، فعلى كلامه ينبغي أن يتابعه المقتدي ما لم تجاوز عن فعل الصحابة ، وقد ذكرنا عن جماعة منهم أنهم كبروا أكثر من أربع بعد النبي عليه السلام .

( لما روينا ) وهو قوله لأنه عليه السلام كبر أربعاً ( وينتظر تسليمة الإمام في رواية ) أشار بهذا إلى أنه إذا لم يتابعه المقتدي في الزيادة ماذا يصنع ، فقال ينتظر تسليم الإمام ، يعني لا يتابعه في الزيادة ، ولكنه ينتظر تسليم الإمام ( فيسلم معه ) ليصير متابعة مما وجب المتابعة فية . وفي الواقعات وعليه الفتوى ، وبه قال مالك في رواية ، وفي الخليفة في الانتظار وجهان . وفي روضة الزندوسي لم يتابعه إذا كان يسمع من الإمام ، أما إذا

وهو المختار ، والاتيان بالدعوات استغفار للميت ، والبداية بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء

---

كان يسمع من المؤذنين يكبر كما في تكبيرات العيد ( وهو المختار ) أي انتظار تسليم الإمام في الزيادة ، وهو المختار في رواية عن أبي حنيفة « رض » لا ينتظر تحقيقاً للمخالفة .

( والإتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم الصلاة سنـــة الدعاء ) أشار بهذا إلى بيان المقصود من إتيان الدعوات للميت بعد التكبيرة الثالثـة ، وهو أن المقصود من ذلك استغفار للميت ، أي طلب المغفرة له ، ولكن هذه الدعاء ليست سنة يفعل بهـا حتى يستجيب الله تعالى بهذا الدعاء منه ، وهو الذي يبدأ أولاً بالثناء ثم بالصلاة عليـه عليه السلام بعد التكبيرة الثانيـــة ، ثم يأتي بالدعاء بعد التكبيرة الثالثة [١] ، وذلك لقوله ﷺ إذا أراد أحدكم أن يدعو فليحمد الله وليصلي على النبي ﷺ ثم يدعو ، كذا ذكره صاحب الدراية ولم يبيّن من حاله شيئاً .

قلت هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي والنسائي من حديث فضالة بن عبيد قال سمع رسول الله ﷺ رجلاً يدعو لم يحمد الله ولم يصل على النبي ﷺ عجـــل هذا ثم دعاه فقال له : إذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد الله والثناء عليه ثم يصلي على النبي ﷺ ثم يدعو بعد بما شاء . قال الترمذي حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك واعتبر ذلك بالتشهد في الصلاة . وفي التجنيس ولا يجهر بشيء من الحمد والثناء والصلاة على النبي ﷺ والدعاء للميت ، لأن هذه الأفعـــال ذكر كلهم ، والذكر فيه الإخفاء أولى .

وقال بعض المشايخ أن السنة أن يسمع الصف الثاني ذكر الصف الأول ، ويسمع الثالث ذكر الصف الثاني . وعن أبي يوسف أنهم لا يجهرون كل الجهر ، ولا يسرون كل الإسرار ، وينبغي أن يكون بين ذلك . وقال الكرخي وليس مما ذكر من الثناء على الله تعالى ولا في الصلاة على النبي ﷺ ، ولا في الدعاء للميت شيء موقت يقرأ من ذلك ما حضر وتيسر

---

(١) في الأصل الثانية . اه مصححه .

ولا يستغفر للصبي ، ولكن يقول اللهم اجعله فرطاً واجعله لنا أجراً وذخراً واجعله لنا شافعاً ومشفعا . ولو كبر الإمام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر أخرى بعد حضوره عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

---

عليه ، وذلك لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال ما وقت لنا رسول الله ﷺ في صلاة الجنازة قولاً ولا قراءة كبر ما كبر الإمام ، واختر من أطيب الكلام ما شئت . وقد بسطنا الكلام فيه فيما مضى عن قريب .

( ولا يستغفر للصبي ، ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطاً ، واجعله لنا أجراً وذخراً واجعله لنا شافعاً ومشفعاً ) لأن الصبي مرفوع القلم عنه ، ولا ذنب له ولا حاجة إلى الاستغفار . وفي البدائع إذا كان الميت صبياً يقول اللهم اجعله فرطاً وذخراً وشفعه فينا ، كذا روي عن أبي حنيفة ، وهو مروي عن النبي ﷺ . وفي المحيط إذا كان الميت صبياً أو مجنوناً يقول اللهم اجعله لنا فرطاً ، اللهم اجعله لنا ذخراً ، اللهم اجعله لنا شافعاً ومشفعاً . وفي المفيد ويدعو لوالديه وللمؤمنين . وقيل يقول اللهم ثقل به موازينهما واعظم به أجورهما ، اللهم اجعله في كفالة ابراهيم ، والحقه بصالح المؤمنين ، وابدله داراً خيراً من داره ، وأهلاً خيراً من أهله ، اللهم اغفر لسلفنا وفرطنا ومن سبقنا بالإيمان .

قوله – فرطاً – بفتح الفاء والراء ، قال الأصمعي الفرط والفارط المتقدم في طلب الماء ، والمراد ها هنا المتقدم في أمر الآخرة ، ومنه قوله عليه السلام انا فرطكم على الحوض أي متقدمكم . قوله – ذخراً – بضم الذال المعجمة ، أي خيراً باقياً مذخراً . قوله – شافعاً – من شفع له . قوله – مشفعاً – بتشديد الفاء المفتوحة ، اي مقبول الشفاعة .

( ولو كبر الامام تكبيرة أو تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر الامام أخرى ) أي تكبيرة أخرى ( بعد حضوره ) أي حضور الثاني ( عند أبي حنيفة ومحمد ) ثم إذا كبر الامام يكبر معه ، فإذا فرغ الامام كبر هذا الآتي ما فاته قبل أن ترفع الجنازة ،

وقال أبو يوسف « رح » يكبر حين يحضر لأن الأولى للافتتاح والمسبوق يأتي به . ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة ،

---

وهذا الحكم ، سواء أدرك الامام بعد التكبيرة الأولى أو الثانية أو الثالثة . قال ابن المنذر وهو قول الحارث بن زيد والثوري ومالك وإسحاق وأحمد في رواية .

( وقال أبو يوسف يكبر حين يحضر لأن الأولى ) أي التكبيرة الأولى ( للافتتاح ) أي افتتاح الصلاة ، كما في سائر الصلوات ( والمسبوق يأتي به ) أي تكبيرة الافتتاح بلا انتظار ، كما فى غير صلاة الجنازة ، وبقوله قال الشافعي وأحمد فى رواية ، وعن أحمد أنه يكبر .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن كل تكبيرة ) من التكبيرات الأربع ( قائمة مقام ركعة ) فلا يجوز للمسبوق أن يقضي الفائت قبل أن يشرع مع الإمام، والدليل على أن كل تكبيره قائمة مقام ركعة أنه لو ترك واحدة منها لا يجوز صلاته ، كما لو ترك ركعة ، ولهذا قيل أربع كأربع الظهر ، ثم عندهما يقضيها بعد السلام ما لم ترفع الجنازة. ولو رفعت بالأيدي ولم توضع على الأكفان يكبر في ظاهر الرواية ، وعن محمد إن كانت إلى الأرض أقرب يكبر ، وإن كانت إلى الأكتاف أقرب لا يكبر ، وقيل لا يقطع حتى يتباعد .

وعند الشافعي قولان ، وقد أشار الشافعي إلى ترجيح التكبيرات معاً بغير دعاء في البويطي . وفي الاشراف قال ابن المسيب وعطاء والنخعي والزهري وابن سيرين والثوري وقتادة ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية ، وإسحاق والشافعي المسبوق يقضى ما فاته متتابعاً قبل أن ترتفع الجنازة ، فإذا ارتفعت سلمه وانصرف كقول أصحابنا ، قال ابن المنذر وبه أقول . وقال ابن عمر لا يقضي ما فاته من التكبير ، وبه قال الحسن البصري والسجستاني والأوزاعي وأحمد ، ولو جاء وكبر الإمام أربعاً ولم يسلم لم يدخل معه ، وفاتته الصلاة .

وعند أبي يوسف والشافعي « رح » دخل معه ويأتي بالتكبيرات معاً إن خاف رفع الجنازة . وفي المحيط وعليه الفتوى. وعند الشافعي يقرأ الفاتحة أيضاً ، سواء صار مسبوقاً

والمسبوق لا يبتدىء بما فاته إذ هو منسوخ ، ولو كان حاضراً فلم يكبر مع الإمام لا ينتظر الثانية بالاتفاق ، لأنه بمنزلة المدرك ، ويقوم الذي يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لأنه موضع القلب ، وفيه نور الإيمان ، فيكون القيام عنده إشارة إلى الشفاعة لإيمانه. وعن أبي حنيفة « رح » انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ، ومن المرأة بحذاء وسطها

---

بأربع أو أقل ، وظاهر مذهبه أنه أتم الصلاة بالصفة المشروعة وإن رفعت الجنازة .

( والمسبوق لا يبتدىء بما فاته إذ هو منسوخ ) هذا جواب عن قول أبي يوسف والمسبوق يأتي به ، وتقريره أن المسبوق ليس له أن يبتدىء أولاً بما فاته من الإدراك مع الإمام ، لأنه إذا ابتدأ به يقع في قضاء ما فاته قبل أداء ما أدركه مع الإمام ، وانه منسوخ كان ذلك في صدر الإسلام ، ثم نسخ ، وكلمة إذ في قوله – إذ هو – للتعليل ، يعني ان الابتـــداء بما فاته منسوخ .

( ولو كان ) أي الرجل الذي يريد الصلاة وقد فاتته التكبيرة الأولى ( حاضراً مع الإمام فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية ) أي التكبيرة الثانية ( بالاتفاق ) من الأئمة الثلاثة ( لأنه بمنزلة المدرك ) لتلك التكبيرة ضرورة العجز عن المقارن ( ويقوم الذي يصلي على الرجل أو المرأة بحذاء الصدر ) أي بحذاء صدر المرأة ( لأنه ) أي لأن الصدر (موضع القلب وفيه نور الايمان ) قال الله تعالى ﴿ أولئك كتب في قلوبهم الايمان ﴾ ٢٢ المجادلة ، ( فيكون القيام عنده ) أي عند الصدر ( إشارة إلى الشفاعة لايمانه ) يعني إشارة إلى أن يشفع لايمانه . وقال في المبسوط وأحسن موافقـة الامام من الميت تحت الصدر . قال في جوامع الفقه هو المختار ، واختاره الطحاوي .

( وعن أبي حنيفة « رح » إنه يقوم في الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء وسطها ) وبه قال ابن أبي ليلى ، وهو قول النخعي « رح » . وفي البـدائع وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » في كتاب الصلاة أنه يقوم بحذاء وسط الرجل وعنــد رأس المرأة . وفي المبسوط الصدر هو الوسط ، فإن فوقه يديه ورأسه ، وتحته بطنه ورجلاه . قال صاحب

النهاية ـ الوسط ـ بسكون السين لأنه اسم مبهم لداخل الشيء ، يعني ما بين طرفي الشيء ، وليس بمراد ، هكذا نقل الأكمل عن صاحب النهاية وهو السغناقي . وقال صاحب الدراية وضبطها بسكون السين هكذا كان معرباً بخط الشيخ شيخي العلامة ، لأنه بالسكون إسم لداخل الشيء هكذا كان معرباً ، والمتحرك اسم للمركز ، والمراد بالوسط في الحديث الوسط المعنوي لا اللغوي ، والوسط المعنوي هو الصدر ، فإن فوقه الرأس مع اليدين ، وتحته البطن مع الرجلين . وهذه قسمة عادلة كما ترى .

وأراد بالحديث ما رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث سمرة بن جندب . قال صليت وراء النبي ﷺ على امرأة ماتت في نفاسها فقام عليها للصلاة وسطها . وأما الأترازي فإنه بخط الوسط بتحريك السين في مواضع عديدة ، ومن عادته ضبط الألفاظ في تصانيفه ، وهو يحتاط فيه . قلت الصواب معه من وجه ، لأن الوسط بالسكون ، يقال فيما كان متفرق الأجزاء غير متصل كالناس والدواب وغير ذلك ، فإذا كان متصل الأجزاء كالدار والرأس ، فهو بالفتح ، فعلى هذا هنا بالفتح ، ويقال كل منهما يرفع الاجزاء ، فعلى هذا يجوز فيه الوجهان ، وعلى الصواب الفريقان .

ونقل القاضي عياض عن أبي يحيى وغيره سكون السين في الحديث المذكور ، وكذا ضبطه الجبائي . وأجاب ابن دينار الوجهين ، وذكر ابن فرقول عن بعضهم فتحها ، وفي التحفة والمفيد والمشهور من الروايات عن أصحابنا في الأصل وغيره أن يقوم من الرجل والمرأة بحذاء الصدر ، وعن أبي الحسن بحذاء الوسط منهما إلا أنه يكون في المرأة إلى رأسها أقرب ، وعن أبي يوسف أنه يقوم بحذاء الوسط من المرأة ، وبحذاء الرأس من الرجل . ذكره في المفيد ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ذكره في المحيط . وفي ظاهر الرواية يقوم منهما بحذاء صدرها ، وقال مالك يقوم في الرجل عند وسطه ، ومن المرأة عند منكبيها .

وقال أبو علي الطبري من الشافعية يقوم الامام عند صدره ، واختاره إمام الحرمين والغزالي ، وقطع به السرخسي ، قال الصدر الشهيد وهو اختيار أئمتنا ، وقال الماوردي

قال أصحابنا البصريون يقوم عند صدره ، وهو قول الثوري . وقال البغداديون عند رأسه وقالوا ليس في ذلك نص وممن قاله المحاملي في المجموع والتحرير وصاحب الحاوي والقاضي حسين وإمام الحرمين . وفي المغني لا يختلف المذهب في أن السنة أن يقوم الامام في صلاة الجنازة عند صدر الرجل وعند تكبير واحد ونظر المرأة ، وروى حرب عن أحمد كقول أبي حنيفة .

( لأن أنساً فعل كذلك ) أي قام من المرأة بحذاء وسطها ( وقال هو السنة ) أي قال أنس القيام من المرأة بحذاء وسطها وهو السنة. وهذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن نافع أن غالباً قال كنت في سكة المربد فمرت جنازة معها ناس كثير قالوا جنازة عبد الله بن عمر فتبعتها ، فإذا أنا برجل عليه رقيق على رأسه خرقة تقيه من الشمس فقلت من هذا الدهقاني ، فقالوا أنس بن مالك ، قال فلما وضعت الجنازة قام أنس فصلى ولم يسرع ثم ذهب يقعد ، فقالوا يا أبا حمزة المرأة الأنصارية فقربوها وعليها نعش أخضر ، فقام عند عجيزتها فصلى عليها نحو صلاته على الرجل ثم جلس فقال العلاء بن زياد يا أبا حمزة هكذا كان رسول الله عليه السلام كان يصلي على الجنائز كصلاتك يكبر عليها أربعاً ويقوم عند رأس الرجل ، وعجيزة المرأة قال نعم إلى أن قال أبو غالب فسألت عن صنع أنس رضي الله عنه في قيامه على المرأة عند عجيزتها ، فحدثوني انه إنما كان لما لم يكن النعوش ، فكان يقوم الامام حذاء عجيزتها يسترها من القوم ، هذا لفظ أبي داود .

ولفظ الترمذي عن أبي غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حذاء رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة من قريش فقال يا أبا حمزة صل عليها ، فقام حيال وسط السرير ، فقال العلاء بن زياد يا أبا حمزه هكذا رأيت رسول الله عليه السلام على الجنازة مقامك منها ومن الرجل مقامك منه ، قال نعم ، فلما فرغ قال احفظوا . ولفظ ابن ماجة عن أبي غالب قال رأيت أنس بن مالك يصلي على رجل ، فقام حيال رأسه فجيء بجنازة أخرى ، فقالوا يا أبا حمزة صل عليها ، فقام حيال وسط السرير ، فقال العلاء بن زياد يا أبا حمزة هكذا رأيت رسول الله عليه السلام قام في الجنازة مقامك من الرجل وقام من المرأة

مقامك من المرأة ، قال نعم ، فقام فأقبل علينا العلاء بن زياد ، فقـالوا احفظوا ، وهذا اللفظ رواه أحمد وإسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم وأبو غالب اسمه نافع ، وقيل رافع الباهلي الخياط البصري ، قال يحيى بن معين صالح ، وقال أبو حاتم شيخ .

قوله -المربد- بكسر الميم وسكون الراء وفتح الباء الموحدة وهو الموضع الذي يحبس فيه الابل والغنم ، وبه سمي مربد المدينة والبصرة ، والمربد أيضاً الموضع الذي يجعل فيه الثمر لتنشف ، والسكة الطريقة المصلعة من النخل ، ومنها قيل الأزقة السكة ، لاصطفاف الدور فيها قوله - تقيه - أي تحفظه من وقى يقي . والدهقان بكسر الدال وفتحها رئيس القرية ومقدم الشتاء وأصحاب الزراعة ، وهو معرب ونونه أصلية ، وقيل زائدة وأبو حمزة كنية أنس .

قوله - المرأة الأنصارية - وفي رواية الترمذي امرأة من قريش ، قال النووي لعلها كانت من قريش وبالحلف من الأنصار ، وعكسه . قوله - وعليها نعش أخضر - النعش بفتح النون وسكون العين المهملة ، وفي آخره شين معجمة ، وهو مثل المدينة توضع على السرير ، ويغطى بثوب يستر بها عن أعين الناس ، وهي كالقبة على السرير .

( قلنا تأويله أن جنازتها لم تكن منعوشة ، فحال بينها وبينهم ) هذا التأويل غير صحيح ، لأن في رواية أبي داود فقربوها وعليها نعش أخضر ، فكيف أن جنازتها لم تكن منعوشة .

فإن قلت الماوردي يكون قد اعتمد على رواية الترمذي ، فإنها لم يذكر فيها النعش. قلت الحديث واحد في قضية واحدة ، والراوي عن أنس هو أبو غالب فيحتمل أن الراوي عن أبي غالب قد اقتصر فيه عن ذكر النعش ، ولكن يمكن أن يقال أن المرأة التي صلى عليها أنس كانت جنازتها منعوشة ولا يلزم من ذلك أن يكون النساء التي صلى عليها رسول الله ﷺ جنائزهن منعوشات ، فيصح التأويل قوله فحال بينها وبينهم ، أي بين المرأة التي صلى عليها أنس وبين القوم الذين كانوا صلوا معه ليسترنها من القوم .

فإن صلوا على جنازة ركباناً أجزأهم في القياس ، لأنها دعاء ، وفي الاستحسان لا تجزئهم، لأنها صلاة من وجه لوجود التحريمة ، فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطاً ، ولا بأس بالإذن في صلاة الجنازة ، لأن التقدم حق الولي، فيملك إبطاله بتقديم غيره .

---

والعجب من الشراح مع نفوذ أياديهم لم يحوموا حول هذا المكان، ولم يتعرضوا لتحقيقه بالاتقان ، وخصوصاً الاترازى يقول ، قيل في تأويله لأنه حيث لم يكن النعوش وكان يقوم الامام حيال عجيزتها ، لأن يسترها من القوم . قلت كيف يقال لأنه لم يكن النعوش، وقد حكى البنديجي أن أول ما اتخذ لزينب بنت رسول الله ﷺ ، فإنه أمر بذلك .

( فإن صلوا على جنازة ركباناً أجزأهم في القياس لأنها دعاء ) ولا يشترط فيها القيام، فلهذا يجوز بلا ركوع ولا قراءة ، والقهقهة فيها ليس بحدث ، وبه قال بعض المالكية ( وفي الاستحسان لا يجزئهم ، لأنه صلاة من وجه لوجود التحريمة ، فلا يجوز تركه ) أي ترك القيام ( من غير عذر احتياطاً ) أي لأجل الاحتياط ، وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب وآخرون . وقال ابن قدامة رضي الله عنه لا أعلم فيها خلافاً ، وأراد بالتحريمة التكبيرة الأولى ، فانها ركن فيها ، وكذلك يشترط فيها استقبال القبلة والطهارة وستر العورة وإزالة النجاسة .

( ولا بأس بالاذن في صلاة الجنازة ) أي لا بأس باذن الولي لغيره بالامامة إذا أحسن ظنه شخص في تقديمه من به خير وثواب وشفاعة أرجى له ( لأن التقدم حق الولي ) أي لأن التقدم على الغير في الصلاة على الميت حق الولي ( فيملك إبطاله ) أي يملك الولي إبطاله حقه ، أي تركه بغيره ( بتقديم غيره ) في الصلاة عليه ، وقيل أراد به أن يأذن الأقرب للأبعد أن يقدم في الصلاة عليه . وقيل أراد به إذن أولياء الميت للمصلين في الانصراف قبل دفن الميت ، فانه لا ينبغي لهم أن ينصرفوا قبل دفنه إلا باذنهم ، لأنه ﷺ قال أمير المؤمنين ولينا بأمرين ، ولي الميت قبل الدفن ، والمرأة تكون في الركب .

وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ من شهد الجنازة حتى يصلى عليها فله قيراط،

وفي بعض النسخ لا بأس بالأذان أي الإعلام ، وهو أن يعلم بعضهم بعضاً ليقضوا حقه ، ولا يصلي على ميت في مسجد جماعة

---

ومن شهدها حتى يدفنه فله قيراطان ، قيل وما القيراطان، قال مثل الجبلين، متفق عليه. وفي مسلم حتى يوضع في اللحد ، ويروى القيراط مثل أحد .

( وفي بعض النسخ ) أي نسخ الجامع الصغير ( لا بأس بالأذان ، أي الاعلام ، وهو أن يعلم ) الناس ( بعضهم بعضاً ليقضوا حقه ) أي ليؤدوا حق الميت ، لما روي عن أبي هريرة أنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول حق المسلم على المسلم خمس، رد السلام،وعيادة المريض ، واتباع الجنازة ، وإجابة الدعوة ، وتشميت العاطس. أخرجه البخاري ومسلم.

وفي المحيط وكره بعض المشايخ النداء في الأسواق لأنه سنة عن الجاهلية ، والأصح أنه لا بأس به ، لأن فيه تكثير الجماعة من المصلين عليه والمستغفرين . وفي البدائع وجوامع الفقه يكره النداء في المحالة والأسواق . وفي قاضي خان وقد استحسن بعض المتأخرين النداء في الأسواق للجنازة ، أي ترغيب الناس في الصلاة عليها ، ذكر بعضهم ذلك ، والأول أصح . وفي الذخيرة ذكره بعض مشايخ بلخ ذلك ، وذكر البلخي عن أبي حنيفة أنه لا ينبغي أن يؤذن بها إلا أهلها وجيرانها ومسجد فيها ، وكثير من مشايخ بخارى لم يرد به بأساً ، كالنداء الخاص .

( ولا يصلي على ميت في مسجد جماعة ) احترز به عن المسجد الذي بني لأجلها ، وبه قال مالك وابن أبي ذئب . وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ، ولا بأس بها إذا لم يخف تلويثه ، واحتجوا بما روي أن سعد بن أبي وقاص « رض » لما توفي أمرت عائشة رضي الله عنها بإدخال جنازته المسجد حتى صلى عليها أزواج النبي ﷺ ، ثم قالت لبعض من حوله هل أعاب الناس علينا ما فعلنا ، فقال لها نعم ، فقالت ما أسرع [1] ما صلى رسول الله ﷺ على جنازة سهل بن البيضاء إلا في المسجد ، رواه مسلم .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة وربما هي — متبوه — اه مصححه .

وأشار إلى دليلنا بقوله ( لقوله ﷺ من صلى على جنازة في المسجد فلا أجر له ) هذا الحديث رواه أبو داود وابن ماجة من حديث ابن أبي ذئب عن صالح مولى الهوان عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من صلى على ميت في المسجد فلا شيء له ، هذا لفظ داود ، ولفظ ابن ماجة فليس له شيء . وقال الخطيب المحفوظ ، فلا شيء له ، وروي فلا أجر له . وقال ابن عبد البر رواية فلا أجرله خطأ فاحش، والصحيح فلا شيء له ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ فلا صلاة له .

فان قلت روى ابن عدي في الكامل هذا الحديث وعده من منكرات صالح ، ثم أسند إلى شعبة أنه كان لا يروى عنه ، وينهى عنه وإلى مالك لا يأخذوا منه شيئاً فانه ليس بثقة ، وإلى النسائي أنه قال فيه ضعف .وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء واختلط بآخره ولم يتميز حديث حديثه من قديمه فاستحق الترك ، ثم ذكر له هذا الحديث .وقال البيهقي صالح مختلف على عدالته ، كان مالك يخرجه .

وقال النووي أجيب عن هذا بأجوبة أحدها : أنه ضعيف لا يصح الإحتجاج به ،قال أحمد بن حنبل : هذا حديث ضعيف تفرد به صالح مولى التوأمة ، وهو ضعيف .

والثاني : أن الذي في النسخ المشهورة المسموعة من سنن أبي داود فلا شيء عليه ، فلا حجة فيه .

والثالث : ان اللام فيه بمعنى على لقوله تعالى ﴿ وإن أسأتم فلها ﴾ ٧ الاسراء ، أي فعليها ، جمعاً بين الأحاديث . قلت الجواب عما قالوه من وجوه :

الأول : أن أبا داود روى هذا الحديث وسكت عنه ، فهذا دليل رضاه به ، وأنه صحيح عنده .

الثاني : أن يحيى بن معين الذي هو فيصل في هذا الباب ، قال صالح ثقة ، إلا أنه أخلط قبل موته ، فمن سمع منه قبل ذلك فهو ثبت حجة ومن سمع عنه قبل الإختلاط ابن أبي ذئب وابن أبي ذئب هو محمد بن عبد الرحمن بن المغيرة بن الحارث واسكت ابن أبي ذئب .

الثالث : قال ابن عبد البر منهم من يقبل عن صالح ما رواه عنه ابن أبي ذئب خاصة .

الرابع : أن غالب ما ذكر فيه تحامل ، من ذلك قول النووي أن الذي في النسخ المشهورة والمسموعة من سنن أبي داود فلا شيء عليه ، فإنه يرده قول الخطيب المحفوظ فلا شيء له . وقول السروجي وفي الاسرار فلا صلاة له . وفي المرغيناني فلا وجه له ، ولم يذكر ذلك في كتب الحديث يرده ما ذكرناه من رواية ابن أبي شيبة في مصنفه فلا صلاة له . وقال الخطيب وروي فلا أجرله فلعدم اطلاعه في هذا الموضع جاز ، وفيه من تحاملهم جعل اللام بمعنى على بالحكم من غير دليل ، ولا داع إلى ذلك ولا سيا أن المجاز عندهم ضروري لا يصار اليه إلا عند الضرورة ، ولا ضرورة ها هنا ، وأقوى ما يرد كلامه هذا رواية ابن أبي شيبة ، وهي فلا صلاة له فلا يمكن له أن يقول ها هنا اللام بمعنى على لفساد المعنى .

الخامس : أن قول ابن حبان هذا باطل جرأة منه على تعطيل الصواب ، فكيف هذا القول ، وقد رواه أبو داود وسكت ، فأقل الأمر أنه يدل على حسنه عنده ، وأنه رضي به ، وحاشى منه أن يرضى بالباطل .

السادس : ما قاله الجهبذ النقاد الإمام أبو جعفر الطحاوي « رح » ملخصاً ، وهو أن الروايات لما اختلفت عن رسول الله ﷺ في هذا الحديث يحتاج إلى الكشف ليعلم المتأخر منها . فيجعل ناسخاً لما تقدم ، فحديث عائشة رضي الله عنها إخباراً عن فعل رسول الله عليه السلام في حال الإباحة التي لم ينفذ منها شيء . وحديث أبي هريرة إخبار عن نهي رسول الله عليه السلام الذي تقدمه الإباحة ، فصار ناسخاً لحديث عائشة رضي الله عنها ، وإنكار الصحابة عليها مما يؤيد ذلك .

• فإن قلت من أي قبيل يكون هذا النسخ . قلت من قبيل النسخ بدلالة التاريخ ، وهو أن يكون أحد النصين موجباً للحظر ، والآخر موجباً للاباحة ، والحظر صار عليها ، فيكون متأخراً .

فإن قلت لما لا يجعل بالعكس . قلت لئلا يلزم النسخ مرتين ، وهذا ظاه.

## ولأنه بني لأداء المكتوبات ، ولأنه يحتمل تلويث المسجد ، وفيما إذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ

فإن قلت ليس بين الحديثين منافاة ، فلا تعارض فلا حاجة إلى التوفيق . قلت ظهر لك صحة حديث أبي هريرة بالوجوه التي ذكرناه ، فثبت التعارض .

فإن قلت مسلم أخرج حديث عائشة ولم يخرج حديث أبي هريرة . قلت لا يلزم من ترك مسلم تخريجه عدم صحته ، لأنه لم يلتزم إخراج كل ما صح عن النبي عليه السلام ، وكذلك البخاري ، ولئن سلمنا ذلك فان حديث أبي هريرة لا يخلو من كلام ، فكذلك حديث عائشة لا يخلو من كلام ، لأن جماعة من الحفاظ مثل الدارقطني وغيره عابوا على مسلم تخريجه إياه سنداً ، لأن الصحيح أنه مرسل كما رواه مالك والماجشون عن أبي النصر عن عائشة مرسلاً ، والمرسل ليس بحجة عند الخصم ، وقد أول بعضهم حديث عائشة بأنه عليه السلام إنما صلى في المسجد بعذر المطر ، وقيل بعذر الإعتكاف ، وعلى كل تقدير الصلاة على الجنازة خارج المسجد أولى وأفضل ، بل أوجب للخروج عن الخلاف لا سيا في باب العبادات .

( ولأنه بني لأداء المكتوبات ) أي ولأن المسجد بني لإقامة الصلوات المكتوبات ، فيكون في غيرها في غير المسجد أولى وأفضل (ولأنه يحتمل تلويث المسجد) أي ولأن فضل صلاة الجنازة في المسجد يحتمل تلويثه ، وقد أمرنا بتنظيفه . وقد قال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ، فاذا أمروا أن يجنبوا الصبيان والمجانين المساجد فالميت أولى [1] لا مسألة له ، فلا يؤمن منه تلويث المسجد .

( وفيما إذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ) قوله اختلاف المشايخ مبتدأ ، وخبره قوله فيما إذا كان الميت ، وانتصاب خارج المسجد على التوسع ، يعني في خارج المسجد ، وذكر في تتمة الفتاوى ناقلاً عن فتاوى الامام نجم الدين إذا كانت الجنازة والقوم والامام في المسجد فالصلاة مكروهة باتفاق أصحابنا ، وإذا

---

(١) ربما هنا كلام ساقط . اهـ مصححه .

كانت الجنازة والامام وبعض القوم خارج المسجد وباقي القوم في المسجد فالصلاة غير مكروهة بالاتفاق .

وإن كانت الجنازة وحدها خارج المسجد فقد اختلف المشايخ فيه ، بعضهم قالوا يكره ، منهم السيد الامام أبو شجاع لما أن المسجد بني لأداء المكتوبات . وقال بعضهم لا يكره ، لأن المعنى الموجب للكراهة وهو احتمال تلويث المسجد مفقود ، ولا يقال يلزم على ما ذهب اليه السيد الامام أبو شجاع أن لا يجوز التطوع في المسجد ، لأنا نقول أن التطوع تبع للمكتوبة ، فألحق بها ، بخلاف صلاة الجنازة لأنها جنس آخر . وقال اسماعيل المتكلم الصلاة عليه في المسجد مكروهة كراهة تحريم . وقال شرف الأئمة العقيلي كراهة تنزيه ، ذكره في قنية المنية .

( ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه ) – استهل – بفتح التاء على بناء الفاعل ، لأن المراد ها هنا رفع الصوت لا الابصار ، ففي المغرب أهلوا الهلال ، واستهلوا رفعوا أصواتهم عند رؤيته وأهل واستهل على بناء المفعول إذا أبصر ، والمراد رفع الصوت بالبكاء عند ولادته ، وفي الايضاح الاستهلال أن يكون منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو وأن يطرف بعينه ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك لا يصلي إلا أن يطول ذلك فيتحقق حياته . وعن مالك وأحمد في رواية الاستهلال أن يستهل صارخاً .

وفي شرح مختصر الكرخي ومن ولد حياً ثم مات فعلوا به ذلك كله ، يعني التسمية والغسل والصلاة ، وكذا إذا استهل . وفي التحفة وغيرها إذا لم يستهل لا يغسل ولايورث ولا يسمى ، لأن هذه الأمور من أحكام الأحياء . وروى الطحاوى أن الجنين الميت يغسل. وعن محمد في سقط استبان خلقه يغسل ويكفن ويحنط ولا يصلى عليه . وقال النووى إذا استهل السقط فصلي عليه لحديث ابن عباس أنه عليه السلام قال إذا استهل السقط صلي عليه وورث وهو غريب ، ومن رواية جابر . وأما الترمذى والنسائي والحاكم والبيهقي وإسناده ضعيف .

ونقل ابن المنذر الاجماع على وجوب الصلاة على الطفل ، وعن أبي حنيفة لا يصلى عليه حتى يبلغ . وخالف العلماء كافة ، وحكى القدوري عن بعض العلماء أنه صلي عليه ، وهو مردود شاذ ، وعن المغيرة بن شعبة أنه عليه السلام قال الراكب خلف الجنازة والماشي حيث شاؤوا ، والطفل يصلى عليه ، رواه النسائي والترمذي وأحمد ، وقال الترمذي حديث صحيح، ومن لا ذنب له يصلى عليه كالنبي والكافر الذي أسلم ومات عقيب اسلامه قبل أن يحدث ذنباً والمجنون الذي استمر جنونه من حين البلوغ حتى مات . وعن ابن عمر يصلى عليه ، فان لم يستهل وبه قال ابن سيرين وإسحاق . وقال أحمد وداود يصلى عليه إذا كان له أربعة أشهر .

وفي المحيط قال أبو حنيفة إذا خرج أكثر الولد وهو يتحرك صلي عليه ، وإن خرج أقله لا يصلى عليه . وقال ابن حزم في المحلى يستحب أن يصلى عليه استهل أو لم يستهل ولم يجب . واستدل بحديث عائشة رضي الله عنها أنه ﷺ لم يصل على ولده ابراهيم وهو ابن ثمانية عشر شهراً . وقد جاء حديثان مرسلان . قلت أخرج أبو داود في سننه من طريق ابن إسحاق حدثني عبد الله بن أبي بكر عن عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة قالت مات ابراهيم بن النبي عليه السلام ، وهو ابن ثمانية عشر شهراً فلم يصل عليه ، رواه أيضاً أحمد والبزار وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، وأما الحديثان المرسلان فرواهما أبو داود أيضاً .

الأول : قال حدثنا هناد بن السري ثنا محمد بن عبيد عن وائل بن داود قال سمعت النبي قال لما مات ابراهيم ابن النبي عليه السلام صلى عليه رسول الله عليه السلام في المقاعد .

الثاني : قال قرأت على سعيد بن يعقوب الطالقاني حدثكم ابن المبارك عن يعقوب بن القعقاع عن عطاء أن النبي عليه السلام صلى على ابنه ابراهيم ، وهو ابن سبعين ليلة . وقال الخطابي إن مرسل عطاء أولى الأمرين وإن كان حديث عائشة أحسن اتصالاً واعتسل هو وغيره ممن سلم ترك الصلاة عليه بعلل ضعفه منها نقل النبي عليه السلام عن الصلاة صلاة

الكسوف ومنها أنه استغنى بفضيلة النبي عليه السلام عن الصلاة كما استغنى الشهداء بفضيلة الشهادة ، منها أنه لا يصلي على نبي وقد جاز أنه لو عاش لكان نبياً . ومنها أنه لم يصل عليه وهو بنفسه وصلى عليه غيره .

قلت قد جاء في صلاته عليه السلام على ابراهيم عن جماعة من الصحابة « رض » وهم ابن عباس والبراء بن عازب وأنس بن مالك وأبو سعيد الخدري ، فحديث ابن عباس عند ابن ماجة قال لما مات ابراهيم بن النبي عليه السلام صلى عليه رسول الله عليه السلام ، وقال إنه له مرضعاً في الجنة ، ولو عاش لكان صديقاً نبياً واحتقت أخواله القبط وما استرق قبطي .

وحديث البراء عند أحمد في مسنده قال صلى رسول الله عليه السلام على ابنه ابراهيم ومات وهو ابن ستة عشر شهراً .

وحديث أنس عند أبي يعلى الموصلي أن النبي عليه السلام صلى على ابنه ابراهيم وكبر أربعاً ، ورواه ابن سعد في الطبقات .

وحديث الخدري عند البزار في سنده بلفظ أبي يعلى الموصلي ، وقال البيهقي وكونه صلى عليه وهو أشبه بالأحاديث الصحيحة .

قلت الصلاة عليه مستحبة ، ولا يظن به عليه السلام ترك المستحب مع أن الإثبات مقدم على النفي . وقال النووي رواية الإثبات أصح من رواية النفي قوله البهي بفتح الباء الموحدة وكسر الهاء وتشديد الياء اسمه عبد الله بن يسار مولى مصعب بن الزبير تابعي يعد في الكوفي . قوله - في المقاعد - وهي موضع قعود الناس من الأسواق وغيرها .

( لقوله عليه السلام إذا استهل المولود صلي عليه ، وإن لم يستهل لم يصل عليه ) روي هذا عن جابر وعلي وابن عباس والمغيرة بن شعبة وأبي هريرة رضي الله عنه . فحديث جابر رواه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله عليه السلام لا يصلى عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل ، هذا لفظ الترمذي . قال زيد اضطرب الناس فيه ، فرواه بعضهم عن أبي الزبير مرفوعاً ، وبعضهم موقوفاً ، وكأنه

ولأن الاستهلال دلالة الحياة فيتحقق في حقه سنة الموتى ومن لم يستهل أدرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ، ويغسل في غير ظاهر من الرواية ، لأنه نفس من وجه ، وهو المختار ،

---

أصح ، وسنده رواه الحاكم في المستدرك وسكت عنه . ولفظ النسائي إذا استهل الصبي صلي عليه وورث ، ولفظ ابن ماجة كلفظ النسائي .

وحديث علي رضي الله عنه أخرجه ابن عدي في الكامل قال سمعت رسول الله عليه السلام يقول في السقط لا يصلى عليه حتى يستهل ، فإذا استهل صلي عليه وغسل وورث ، وإن لم يستهل لم يصل عليه ولم يورث ولم يغسل ، وحديث ابن عباس أخرجه ابن عدي أيضاً عنه عن النبي عليه السلام إذا استهل الصبي صلي عليه وورث .

وحديث المغيرة بن شعبة أخرجه الترمذي عن النبي عليه السلام قال السقط يصلى عليه ويدعو لوالديه بالمغفرة والرحمة . وقال حديث حسن صحيح ، وحديث أبي هريرة عند ابن ماجة . قال قال رسول الله ﷺ صلوا على أطفالكم ، فإنهم من افراطكم ، وضعفه الدارقطني ، وتحمل الأطفال ها هنا ، والسقط في حديث المغيرة على من استهل ، فالافراط جمع فرط بتحريك الراء ، وهو الذي يتقدم لتهنئة الترك ، والسقط مثلث السين .

( ولأن الاستهلال دلالة الحياة فيتحقق في حقه سنة الموتى ) وسنة الموتى الغسل والصلاة ، فإذا استهل سمي إكراماً له ، لأنه من بني آدم ويجوز أن يكون له مال يحتاج أبوه إلى أن يذكر اسمه عند القاضي في دعوى ذلك المال ، وأما الغسل والصلاة فلأنهما من سنن الموتى .

( ومن لم يستهل أدرج في خرقة كرامة لبني آدم ) أي إكراماً لبني آدم ، وانتصابه على التعليل ( ولم يصل عليه لما روينا ) إشارة إلى قوله عليه السلام إذا استهل المولود ... الحديث ( ويغسل في غير ظاهر الرواية ) وهي رواية عن أبي يوسف ومحمد أنه يغسل ، وبه أخذ الطحاوي ( لأنه نفس من وجه ) بدليل استيلاده وانقضاء العدة به ، ولا يلزم مع سقوط الصلاة سقوط الصلاة والغسل كما في الكافر ( وهو المختار ) أي غير ظاهر الرواية

وإذا سبي صبي مع أحد أبويه ومات لم يصل عليه لأنه تبع لهما، إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل، لأنه صح إسلامه استحساناً

---

هو المختار . وعن محمد لا يغسل ولا يصلى عليه ، وهو ظاهر الرواية، وبه أخذ الكرخي، وعند الشافعي لو لم يظهر فيه علامة الحياة ولم يكن له أربعة أشهر لف في خرقة ودفن بلا غسل ، وإن كان قد بلغ أربعة أشهر ففيه قولان ، القديم يغسل ويصلى عليه، وفي الحديث لا يغسل ولا يصلى عليه .

( وإذا سبي صبي مع أحد أبويه فمات لم يصل عليه ، لأنه تبع لهما ) أي للابوين . وفي بعض النسخ تبع له ؛ أي لأحد أبويه فمات لم يصل عليه الذي سبى الصبي معه ، وإنما لا يتبع دار الإسلام لأن تبعية أحد الأبوين أولى ، لأن الولد جزء ، والتبعية على مراتب ، وأقواها تبعية الأبوين أو أحدهما . ثم الدار إن لم يكن معه أحد أبويه يكون مسلماً تبعاً للدار ، لأن للدار تأثيراً في الاستتباع كما في لقيط يوجد في الدار ، حيث يجعل على دين أهل الدار ثم بعد الدار تعتبر اليد ، حتى لو وضع في الغنيمة صبي في سهم رجل في دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلماً تبعاً لصاحب اليد .

وفي المغني لا يصلى على أطفال المشركين إلا أن يسلم أحد أبويه أو يموت مشركاً فيكون ولده مسلماً أو يسبى منفرداً مع أحد أبويه ، فإنه يصلى عليه . وقال أبو ثور إذا سبي مع أحد أبويه لا يصلى عليه إلا أن يسلم . وفي الاشراف وقال أبو ثور إذا سبي مع أبويه أو أحدهما أو وحده ثم مات قبل أن يحاز الإسلام يصلى عليه .

( إلا أن يقر بالإسلام وهو يعقل ) الاستثناء من قوله - لم يصل عليه - يعني إذا أقر بالإسلام ، والحال أن يعقل صفة الإسلام وصفة الإسلام هي الذي ذكرت في حديث جبريل عليه السلام أنه يؤمن بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره من الله . وقيل معناه يعقد المنافع والمضار وأن الإسلام هدى ، واتباعه خير ، والكفر ضلالة، واتباعه شر ، وكذا لو اشترى جارية واستوصفها صفة الإسلام فلم تعلم لا يكون بذلك مؤمنة ، وإنما يصلى عليه عند الإقرار بالإسلام .

( لأنه صح إسلامه استحساناً ) وبه قال بعض أصحاب الشافعي وفي القياس لا يصح

## أو يسلم أحد أبويه لأنه يتبع خير الأبوين ديناً ، وإن لم يسب معه أحد أبويه صلي عليه

إسلامه ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ( أو يسلم أحد أبويه ) بنصب اللام عطف على قوله — أن يقر — يعني يصلى عليه إذا أسلم أحد أبويه وإن لم يقر الصبي بالإسلام ( لأنه ) أي لأن الصبي (يتبع خير الابوين ديناً) أي من حيث الدين حتى أن الصبي إذا كان بين اليهودية والنصرانية يتبع النصرانية ، لأن اليهودي شر من النصراني و كذلك بالعكس .

( وإن لم يسب معه أحد أبويه صلي عليه ) وبه قال بعض أصحاب الشافعي تبعاً للسابي حتى لو مات في دار الحرب بعدما وقع في يد مسلم يصلى عليه . وقال بعضهم هو على حكم الكفر وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وبه قال مالك ، وكذا لو دخل دارنا ، ولكن بعض مشايخنا جعل تبعية الدار بعد تبعية السابي وجعل تبعية اليد مقدماً على تبعية الدار كما في اللقيطة ، يعني لو وجد في دار يجعل تبعاً لأجل تلك الدار كما يجيء إن شاء الله تعالى . قلت ذكر في المحيط عند انعدام أحد الأبوين يكون تبعاً لصاحب اليد ، وعند انعدام صاحب اليد يكون تبعاً للدار ، جعل الإمام قاضي خان تبعية الدار مقدمة على تبعية صاحب اليد .

وفي جوامع أبي اليسر أولاد المسلمين إذا ماتوا حال صغرهم قبل أن يعقلوا يكونون في الجنة ، فان فيهم أحاديث كثيرة ، روي عن أبي حنيفة الوقف فيهم ، وهذه الرواية غير صحيحة ، وإنما وقف أبو حنيفة « رح » في أولاد الكفار إذا ماتوا في صغرهم قبل أن يعقلوا ووكل أمرهم إلى الله ، واختلف أهل السنة في هذا ، فعن محمد أنه قال أعرف أن الله لا يعذب بغير ذنب . وقال بعضهم يكونون خداماً للمسلمين في الجنة . وقال بعضهم إن كان قال يوم أخذ الميثاق بلى عن اعتقاد ، يكون في الجنة ، وإن كان قال من غير اعتقاد يكون في النار .

وفي فتاوى الظهيرية يحشر السقط ، وعن أبي جعفر الكبير إذا نفخ فيه الروح يحشر ، وإلا فلا ، والذي يقتضيه مذهب علمائنا أنه يحشر إذا استبان بعض خلقه ، وهو قول الشافعي « رح » وابن سيرين . وفي الإحياء وينبغي أن يسمى السقط . قال عبد الرحمن

**لانه ظهرت تبعية الدار فيحكم بالإسلام كما في اللقيط، وإذا مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه ، بذلك أمر علي رضي الله عنه في حق أبيه أبي طالب**

---

ابن يزيد بن معاوية بلغني أن السقط وراء أبيه يوم القيامة يقول ضيعتني وأنت تركتني لا إسم لي اليوم ، فقال عمر بن عبد العزيز كيف ولا ندري أغلام هو أم جارية فقال عبد الرحمن من الأسماء ما يجمعها كحمزة وعمارة وطلحة .

( لأنه ظهرت تبعية الدار ) لعدم سبيه مع أحد أبويه ( فيحكم بالإسلام ) تبعية الدار ( كما في اللقيط ) يوجد في الدار يكون تبعاً لأهل الدار ( وإن مات الكافر وله ولي مسلم ) أي قريب مسلم لأن حقيقة الولاية منفية . وأطلقوا الولي يشارك كل قريب له من ذوي الفروض والعصبات وذوي الأرحام ، وهذا الإطلاق لفظ الجامع الصغير ، وذكر في الأصل كافر مات وله ابن مسلم يكفنه ويدفنه إذا لم يكن هناك من أقربائه الكفار من يتولى أمره ، فإن كان ثمة أحد منهم فالأولى أن يخلي المسلم بينه وبينهم ليصنعوا به ما يصنعون بموتاهم .

( فإنه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك أمر علي رضي الله عنه في حق أبيه أبي طالب ) أخرجه ابن سعيد وحديث علي هذا في الطبقات مطابقاً لما في المتن ، فقال أخبرنا محمد بن عمر الواقدي حدثني معاوية بن عبد الله بن عبيد الله بن أبي رافع عن أبيه عن جده عن علي رضي الله عنه قال لما أخبرت رسول الله عليه السلام بموت أبي طالب بكى ثم قال لي اذهب فاغسله وكفنه وواره ، قال ففعلت ثم أتيته فقال لي اذهب فاغتسل ، قال وجعل رسول الله ﷺ يستغفر له أياماً لا يخرج من بيته حتى نزل عليه جبريل عليه السلام بهذه الآية ﴿ ما كان للنبي والذين آمنوا أن يستغفروا للمشركين ﴾ ١١٣ التوبة الآية .

وأخرج أبو داود والنسائي عن سفيان عن أبي إسحاق عن ناحية [1] بن كعب عن علي

---

(١) إنما هو « بالجيم » المعجمة كما في تهذيب التهذيب . اه مصححه .

لما مات أبوه أبو طالب قال انطلقت إلى النبي ﷺ فقلت له إن عمك الشيخ الضال قد مات، قال اذهب فواري أباك ثم لا تحدث من شيء حتى تأتيني، فذهبت فواريته فأمرني فاغتسلت ودعا لي، ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه وابن أبي شيبة وأبو يعلى والبزار في مسانيدهم وليس فيه التعرض إلى الغسل والتكفين.

واستدل به البيهقي وغيره من الشافعية على الإغتسال من غسل الميت، مع أن البيهقي روى هذا الحديث في سننه من طريق، ثم قال انه حديث باطل، وأسانيده كلها ضعيفة وبعضها منكراً. واستدل ابن الجوزي بهذا الحديث لمن يرى بجواز غسل قريبه الكافر إذا مات وتكفينه ومواراته. ثم أجاب بأنه كان في ابتداء الإسلام، وهذا ممنوع وليس عليه دليل.

واعلم أن أبا طالب وخديجة بنت خويلد زوج النبي عليه السلام ماتا في عام واحد، قاله ابن إسحاق. وقال البيهقي بلغني أن خديجة توفيت بعد موت أبي طالب بثلاثة أيام، وزعم الواقدي أنهما ماتا قبل الهجرة بثلاث سنين عام خرجوا من الشعب، وأن خديجة توفيت قبل موت أبي طالب بخمس وثلاثين ليلة. وقال بعضهم الصحيح أن أبا طالب توفي في شوال سنة عشرة من النبوة بعد خروج النبي عليه السلام من الحضر بثمانية أشهر وإحدى وعشرين يوماً، وكان عمره بضعاً وثمانين سنة. ثم توفيت خديجة بعد أبي طالب بثلاثة أيام وكان موتها قبل الهجرة بنحو ثلاث سنين. وقال ابن كثير مرادهم قبل أن تفرض الصلوات الخمس ليلة الإسراء.

وأبو طالب اسمه عبد مناف، وهو أخ عبد الله لأمه، وكان له من الولد جعفر وعلي وأم هانىء اسمها فاختة، وقيل هند. وقيل فاطمة وهم صحبته، وهو الذي كفل رسول الله عليه السلام بعد وفاة جده عبد المطلب. وذهب بعض الشيعة إلى أنه مات مسلماً، والذي صح في البخاري يخالفه.

( لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ) بإضافة الماء عليه، وبغير وضوء، وغير البداية بالميامن، وغير التثليث من غير مراعاة سنة التكفين من إعشار أو عدد وغير

**وتحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه ، بل يلقى .**

---

حنوط وكافور (وتحفر له حفيرة) من غير مراعاة ترتيب القبر ، وأشار إلى ذلك كله بقوله ( من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ) وهذا يتعلق بالمسألتين ، مسألة اللف عن الخرقة ، ومسألة حفر القبر ( ولا يوضع فيه ) أي في اللحد ، يعني لا يجعل له لحد حتى يوضع فيه ( بل يلقى ) في الحفيرة كما تلقى الجيفة ، وبقولنا قال الشافعي. وقال مالك وأحمد ليس لولي الكافر غسله ولا دفنه ، ولكن قال مالك بل له مواراته ، ولم يبين في الكتاب أن ابن المسلم إذا مات وله أب كافر هل يمكن أبوه من القيام بغسله وتجهيزه ؟

وينبغي أن لا يمكن من ذلك ، بل يفعله المسلمون لأن ابن اليهودي لما آمن برسول الله ﷺ عند موته قال رسول الله ﷺ لأصحابه ادفنوه ، كذا في المبسوط والذخيرة ، ولم يحل بينه وبين والده اليهودي .

ويكره أن يدخل الكافر في قبر قريب المسلم ليدفنه ، لأن موضع الكافر اللعن ، والمسلم يحتاج إلى نزول الرحمة ، فيستر قبره بذلك ، كذا في المبسوط والمحيط . وذكر التمرتاشي لو كان هناك من يقوم من أقاربه الكفرة فالأولى للمسلم أن يدع ذلك لهم ، ولكن يتبع الجنازة إن شاء ، إلا إذا كان معها كفار ينبغي أن يمشي على ناحيته أو أمام الجنازة ، ليكون معتزلاً عنهم . وذكر الإمام الكسائي والمحبوبي أن الكافر إنما يغسل لأنه سنة في عامة بني آدم ، ولأنه حال رجوعه إلى الله تعالى يكون ذلك حجة عليه لا تطهيراً ، حتى لو وقع في الماء يفسده ، بخلاف المسلم إذا غسل ثم وقع فيه فإنه لا يفسده . وقيل الغسل يفسده ، وكذا إذا صلى وهو حامل ميت مسلم إن كان قبل الغسل لا تجوز صلاته ، وبعد الغسل يجوز ، بخلاف الكافر حيث لا يجوز قبل الغسل وبعده ، غير أن الكافر لا ينجس في حال حياته لحمله أمانة الله تعالى ولاحتمال الإسلام ، فلما ختم له بالشقاوة صار شراً من الخنزير .

وفي الخلاصة والمرتد إذا قتل يحفر له حفيرة ويلقى فيها كالكلب ولا يدفع إلى من انتقل إلى دينهم ليدفنوه ، بخلاف اليهودي والنصراني ، وذكر في النوازل أنه يدفع إلى من يدين بدينهم . وقال أبو يوسف لا يدفع كما ذكرناه إذا اختلط موتى المسلمين وموتى

المشركين إن وجدت علامة المسلمين وسياؤهم وهي أربع ، الختان ، والخضاب ، وحلق العانة ، ولبس السواد ، يصلى عليهم ، هكذا ذكره في البدائع . قلت في الختان نظر لأن اليهود وبعض النصاري يختنون .

وإن لم يوجد ، وكان المسلمون أكثر غسلوا كلهم وكفنوا وصلي عليهم وينوى بها المسلمون . وإن كان الكفار أكثر غسلوا ولا يصلى عليهم. وقال الشافعي يغسلون ويكفنون ويصلى عليهم ، وإن كان موتى الكفار أكثر ما يعينون بالصلاة المسلمون ، وبه قال مالك وأحمد . وألزمنا ابن قدامة في المغنى بما اختلطت الميتة بالأجانب أو ركبة بالميتات حيث لا اعتبار بالأكثر ، وهو إلزام باطل ، فإن الميتة إذا كانت أكثر لأنه لا يتحرى ، وحكم الكل حكم الميتات ، وإن كانت إلزامه أكثر يتحرى، وأما إذا اختلطت اخته بالأجنبيات فالتحري إنما يكون فيها يباح عند الضرورة ، والبضع لا يستباح إلا بالضرورة فلا يجوز التحري ، وإن كانوا سواء يغسلون .

وهل يصلى عليهم ؟ قيل لا يصلى عليهم ، وقيل يصلى عليهم وينوى بالصلاة الدعاء للمسلمين . وأما الدفن فلا رواية فيه في المبسوط . وذكر الحاكم الجليل في مختصره أنهم يدفنون في مقابر المشركين ، وقيل في مقابر المسلمين ، وقيل يتخذ لهم مقبرة على حدة وسوى قبورهم ولا يسنم ، وهو قول أبي جعفر الهندواني .

وأصل الإختلاف في كتابية تحت مسلم ماتت حبلى لا يصلى عليها بالإجماع ، ولكن تغسل وتكفن . واختلفت الصحابة في دفنها ، قال بعضهم يدفن في مقابر المسلمين ترجيحاً للولد المسلم . وقيل في مقابر المشركين . وقال عقبة بن عامر وواثلة بن الأسقع يتخذ لها قبر على حدة ، وهذا أحوط ، وفي بعض كتب المالكية يجعل ظهرها إلى القبلة لأن وجه الجنين إلى ظهرها وهو حسن .

فروع أخرى : وجد قتيل في دار الإسلام إن كان عليه سيماء المسلمين يغسل ويكفن ويصلى عليه ، وإن لم يكن ففيه روايتان ، والصحيح أنه مسلم بحكم الدار ، وإن وجد في دار الحرب ، فإن كان عليه سيماء المسلمين فكذلك بالإجماع ، وإن لم يكن ففيه روايتان ،

# فصل في حمل الجنازة

## وإذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الاربع

والصحيح أنه لا يغسل ولا يكفن ولا يصلى عليه ولا يدفن في مقابر المسلمين ويعمل بالسيماء وحدها بالإجماع ، وفي الدار وحدها روايتان ، والصحيح العمل بها بغلبة الظن .

وفي القنية حضرت صلاة في وقت صلاة المغرب قبل تقدم على سنة المغرب ، وقيل يقدم السنة عليها ، ولا خلاف في تقديم صلاة المغرب عليها ، وتقديم صلاة العيد عليها ، وتقديم هي على الخطبة لو جهز الميت صبيحة يوم الجمعة ، يكره تأخير الصلاة عليه ودفنه إلى وقت صلاة الجمعة ، ولو خافوا فوات وقت الجمعة بسبب دفنه أخروا دفنه .

اتباع الجنائز أفضل من النوافل إذا كان بجوار أو قرابة أو صلاح أو مشهور وإلا فالنوافل أفضل . يكره الصلاة على الجنازة قبل طلوع الشمس وزوالها وغروبها . وإن صلوا فيها جازت ، وكرهها في هذه الأوقات عطاء والنخعي والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق ، ورخص فيها مالك بعد العصر ما لم يصفر ، وبعد الصبح ما لم تسفر . وقال الشافعي يصلى عليه في أي ساعة كانت من ليل أو نهار . وفي مختصر الزعفراني تعاد الصلاة عليها في وقت آخر . وفي الأصل لا تعاد ولا تكره بعد صلاة الفجر قبل طلوع الشمس ولا بعد صلاة العصر قبل تغير الشمس .

### ( فصل في حمل الجنازة )

أي هذا فصل في بيان حمل الجنازة يعني في بيان كيفية حملها ، ولما فرغ من بيان كيفية الصلاة عليها شرع في بيان كيفية حملها على الترتيب .

( وإذا حملوا الميت على سريره أخذوا بقوائمه الأربع ) معناه يرفعونه أخذاً باليد لا وضعاً على العنق كما يحمل الأثقال ، كذا قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير . وقال السغناقي ولأن عمل الناس اشتهر بهذه الصفة ، وهو أيسر على الحاملين المتداولين بينهم ، وأبعد عن تشبيه حمل الجنازة بحمل الأثقال ، وقد أمرنا بذلك ، وهكذا ذكره

بذلك وردت السنة ، وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة .
وقال الشافعي « رح » السنة أن يحملها رجلان يضعها السابق على أصل عنقه والثاني على صدره

---

حملها على الظهر أو على الدابة ( وبذلك وردت السنة ) أي بأخذها بقوائم السرير الأربع جاءت السنة ، وهي ما رواه أبو داود الطيالسي وابن ماجة والبيهقي من رواية أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه رضي الله عنهم « قال من اتبع الجنازة فليحمل بجوانب السرير كلها ، فإنها من السنة ، ثم إن شاء فليبطىء ، فإن شاء فليسرع » هذا لفظ ابن ماجة .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي الدرداء نحوه . وفي العلل لابن الجوزي مرفوعاً عن ثوبان وأنس نحوه ، وإسنادهما ضعيف . وروى الطبراني في الأوسط عن أنس مرفوعاً من حمل جوانب السرير الأربع كفر الله عنه أربعين كبيرة .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق أيضاً من طريق الأزدي قال رأيت ابن عمر في جنازة يحمل بجوانب السرير الأربع . وروى عبد الرزاق من طريق ابن المهزم عن أبي هريرة من حمل الجنازة بجوانبه الأربع فقد مضى الذي عليه .

( وفيه تكثير الجماعة ) أي وفي الأخذ بقوائمه الأربع تكثير الجماعة حتى لو لم يتبعها أحد كان هؤلاء جماعة ( وزيادة الإكرام ) حيث لم يحمل مثلما يحمل الأثقال ( والصيانة ) أي لصيانة الميت عن السقوط والإنقلاب .

( وقال الشافعي رحمه الله السنة أن يحملها رجلان يضعها السابق على أصل عنقه والثاني ) أي الذي يتلو السابق ( على صدره ) فتكون محمولة على رجلين . وقال النووي التربيع جائز ، وفي الأفضل ثلاثة أوجه ، والصحيح الذي قطع به أكثرهم الحمل بين العمودين . والثاني التربيع أفضل ، حكاه إمام الحرمين ، وقال وهو ضعيف لا أصل له ، والثالث هو سواء في الفضيلة ، حكاه الرافعي والأفضل مطلقاً الجمع بين الشقين ، وهو أن يحملها خمسة واحد بين العمودين ، وأربعة من جوانبها . قيل أن يحمل تارة بين العمودين وتارة

ولان جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت .

بالتربيع ، ولا يحصل الحمل بين العمودين إلا بالثلاثة في الصحيح . وقال الدارقطني وأبو إسحاق المروزي يحصل باثنين .

وقال النووي وهذا ضعيف شاذ ومردود وحملها بين العمودين هو أن يحمل الحامل رأسه بين عمودي مقدمة النعش ، ويجعلها على كاهله ، ويحمل مؤخرة النعش رجلان أحدهما من الجانب الأيمن ، والآخر من الجانب الأيسر ولا يتوسط المؤخرين أحد ، لأنه لا يرى ما بين قدميه ، بخلاف المتقدمين ، وفي الحلية الحمل بين العمودين أفضل . وقال النخعي يكره الحمل بين العمودين ، وهو قول أبي حنيفة . وقال في المغني التربيع أخذها بجوانب السرير الأربعة ، وهو سنة في حمل الجنازه . وقال في ذخيرة المالكية هو أفضل من حملها بين العمودين ، قال وبه قال أكثرهم كالحسن والنخعي والثوري وأحمدوإسحاق رحمهم الله ، وكره هو حملها بين العمودين وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن جبير . وعن أحمد وإسحاق روايتان .

وفي شرح مختصر الكرخي يكره أن يحمل بين عمود السرير من مقدمه أو مؤخره ، لأن السنة فيه التربيع . وفي الذخيرة قال محمد رأيت أبا حنيفة « رض » فعل هكذا ، وذلك دليل قوله ضعه . وقال في قاضي خان قال يعقوب رأيت أبا حنيفة « رض » فعل ذلك لتواضعه . قلت أو لزيادة الأجر ، والحاصل أن السنة عندنا أن يحملها أربعة من جوانبه الأربعة ، قالوا وينبغي أن يحملها الإنسان من كل جانب عشر خطوات ، لما روي عنه عليه السلام أنه قال من حمل الجنازة أربعين خطوة كفرت عنه أربعين كبيرة ، رواه أبو بكر الحماد .

( ولأن جنازة سعد بن معاذ رضي الله عنه هكذا حملت ) يعني بين العمودين ، رواه الشافعي عن بعض الصحابة عن النبي ﷺ أنه حمل جنازة سعد بن معاذ بين العمودين ، ورواية ابن مسعود عن الواقدي عن أبي حنيفة عن شيوخ من بني عبد الأشهل وسعد بن معاذ بن النعمان أبو عمرو الأنصاري الأزدي سيد الأوس شهد بدراً والمشاهدورمى يوم الخندق بسهم فعاش شهراً ، ثم انتقض جرحه ومات رماه حسين بن العرفة العامري .

## قلنا كان ذلك لازدحام الملائكـــة عليه ويمشون بـــه مسرعين دون الخبـــب

( قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة عليه ) هذا جواب عمـــا رواه الشافعي بطريق التسليم وتقريره أنه كان ذلك بسبب الطريق بازدحام الملائكـــة ، حتى كان النبي ﷺ يمشي على رؤوس أصابعه وصدور قدميه ، وعندنا في حالة الضرورة لضيق الطريق أو لقلة الحاملين لا بأس بأن يحمل الجنازة رجلان .

وأما الجواب بطريق المنع فهو ، أي الذي رواه الشافعي ضعيف لا يصلح الحجـــة ضعفه البيهقي وغيره ، حتى قال النووي ليس في حمـــل الجنـــازة بـــين العمودين نص ثابت عن رسول الله عليـــه السلام . وقال الشافعي الحمـــل عبادة ، وما قلنـــا أوثق على العبادة ، فكـــان أفضل والجواب عما ذكر أن ما قلنا رجع إلى أصل العبادة ، وما قاله راجع إلى وصف العبادة فكانت الصيانة أولى من الاكتساب زيادة المشقة ، كذا ذكره شيخ الإسلام والمحبوبي .

( ويمشون به مسرعين ) أي الذين يحملون الميت يمشون بـــه حال كونهم مسرعين ، لما روى البخاري عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال أسرعوا بالجنازة ، فإن تـــك صالحة فخير تقدمونها ، وإن تك سيئة فشر تضعونها عن رقابكم ، ولما كان الإسراع يتناول الخبب ومادونه ، قيد بقوله ( وترك الخبب ) بفتح الخاء المعجمة ، والبـــاء الموحدة وهو ضرب من العدو يقول خبب الفرس يخبب بالضم خباب وخبيبـــاً ، قاله الجوهري ، وفي المغرب الخبب ضرب من العدو ، والعدو لا يخلو عن الخطر .

وفي المغني لا خلاف بين الأئمة في استحباب الإسراع بها ، وقال بعض الحنابـــلة يخبب ويرمل ، وروى النخعي وعواها ولا تدبوا دبيب اليهود والنصارى . وفي المبسوط ليس في المشي بالجنازة شيء مؤقت غير أن العجلة أحب إلي من الابطاء . وفي التحفـــة الاسراع بالميت سنة ويكون دون الخبب . وفي البدائع وجوامع الفقه يسرع بالميت بحيث لا يضطرب على الجنازة ، وهو قول جمهور العلماء .

لأنه عليه السلام حين سئل عنه فقال ما دون الخبب .

( لأنه عليه السلام حين سئل عنه فقال ما دون الخبب ) أي سئل عن المشي بالجنازة فقال ما دون الخبب ، رواه أبو داود والترمذي عن ابن مسعود رضي الله عنهما ،قال سألنا نبينا عن المشي ، فقال ما دون الخبب أن يكون خيراً يعجل اليه ، وإن كان دون ذلك فبعد الابل النار . وقال الترمذي هذا حديث غريب لا نعرفه من حديث عبد الله بن مسعود إلا من هذا الوجه ، وقال سمعت محمد بن اسماعيل البخاري يضعف حديث ابن ماجة هذا . وقال البيهقي هذا حديث ضعيف . قلت راوي هذا الحديث عن ابن مسعود هو أبوماجدة الحنفي ويقال العجلي ، قال الحميدي عن ابن عيينة قلت ليحيى بن عبد الله الجابر الذي روى هذا الحديث عن أبي ماجدة من أبي ماجة قال طوطار[1] علينا ، وهو منكر الحديث . وقال الدارقطني مجهول متروك ،وقال الترمذي مجهول. وقال أبو أحمد الكرابيسي حديثه ليس بالقائم .

فإن قلت روى البخاري ومسلم رواية عن ابن أبي شيبة قال حضرنا مع ابن عباس جنازة ميمونة رضي الله عنها بسرف ، فقال ابن عباس هذه ميمونة إذا رفعتم نعشها فلا تزعزعوه ولا تزلزلوه ، وارفعوا . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن محمد بن فضيل عن بنت أبي بردة عن أبي موسى « رض » قال مر النبي عليه السلام بجنازة وهي تمحض كما يمحض البرق ، فقال عليه السلام عليكم بالفضل في جنائزكم ، وهذا يدل على استحباب الرفق بالجنازة وترك الإسراع ، فكيف الجمع بين ذلك وبين ما تقدم من الحديث . قلت أما قول ابن عباس فإنه أراد بالرفق في كيفية الحمل لا في كيفية المشي ، فإنه خشي أن يسقط أو ينكشف النعش عنها أو نحو ذلك ، أو أن هذا رأي لابن عباس ، والحديث المرفوع أولى بالاتباع .

وأما حديث أبى موسى ، فإنه منقطع بين بنت أبي بردة وبين أبي موسى، ومع ذلك فظاهره أنه كان يفرط في الإسراع بها .

---

(١) هكذا كتبت الجملة في الأصل • اه مصححه .

وإذا بلغوا إلى قبره يكره للناس أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة إلى التعاون والقيام أمكن منه وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك إيثاراً للتيامن ، وهذا في حالة التناوب .

---

( وإذا بلغوا إلى قبره يكره للناس أن يجلسوا قبل أن يوضع عن أعناق الرجال ، لأنه قد تقع الحاجة إلى التعاون ) في الحمل ، لأن فيه إظهار العناية لأمر الميت ، وكره الجلوس قبل وضعها الحسن بن علي وأبو هريرة وابن الزبير وابن عمر والنخعي والشعبي والأوزاعي وأحمد وإسحاق . وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما لا بأس بالجلوس قبل أن يوضع . وقال ابن شعبان لا ينزل الراكب حتى يوضع .

ولنا ما روى أبو داود ثنا أحمد بن يونس ثنا سهيل بن أبي صالح عن أبي سعيد الخدري عن أبيه قال : قال رسول الله عليه السلام إذا تبعتم الجنازة فلا تجلسوا حتى توضع ، قال أبو داود وروى الثوري هذا الحديث عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة قال حتى توضع بالأرض . ورواه أبو معاوية عن سهيل عن أبيه عن أبي هريرة حتى توضع في اللحد ، وسفيان أحفظ من أبي معاوية ، واسمه ابن محمد بن حازم الضرير .

( والقيام أمكن منه ) أي من الجلوس ، يعني إن التعاون في حال القيام أمكن من التعاون في حال الجلوس ، فلا جرم كره الجلوس قبل وضع الجنازة عن أعناق الرجال .

( وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ، ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك إيثاراً للتيامن ) هذا لفظ الجامع الصغير بلفظ الخطاب خاطب به أبو حنيفة أبا يوسف رحمهما الله . قال في الذخيرة مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك نحو ما في المتن. ثم قال هو السنة عند كثرة الحاملين إذا تناوبوا في حملها ، واليه أشار بقوله ( وهذا في حالة التناوب ) يعني حملها على الوجه المذكور إذا تناوب الحاملون ، وإنما بدأ بالمقدم لأن المقدم أولى ، والابتداء بالأول أولى ، وإنما بدأ بالميامن لأن الله يحب التيامن .

وفي الفتاوى الصغرى ويبدأ في حمل الجنازة بالميامن ، والمراد بالميامن يمين الميت لا يمين الجنازة ، لأن يمين الميت على يسار الجنازة ، ويساره على يمين الجنازة . وفي النهاية ثم أعلم أن في حمل الجنازة سنن هذا بعد السنة وكمالها ، أما نفس السنة هى أن تأخذ الجنـازة بقوائمها الأربع على طريق التعاقب ، بأن يحمـل في كل جانب عشر خطوات ، جاء في الحديث من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت له أربعين كبيرة. قلت قد ذكرنا فيما مضى أن الطبراني أخرج هذا عن أنس مرفوعاً قال وهذا يتحقق في حق الجميع ، وأما كمال السنة فلا يتحقق إلا في حق الواحد فكذلك لا تكون البداية بها إلا للواحد ، فافهم .

## ( فصل في الدفن )

أي هذا فصل في بيـان دفن الميت ، ولما فرغ عن بيان حمل الميت شرع في بيـان دفنه على الترتيب المقصود منـه ستر سوءة الميت ، واليه الإشارة في قوله تعالى ﴿ فبعث الله غرابـاً يبحث في الأرض ليريه كيف يواري سوءة أخيه ﴾ ٣١ المائدة ، وهو واجب إجماعاً .

( ويحفر القبر ويلحد ) كلاهما مجهولان لكن يلحد يحتمل أن يكون مجهول الثـلاثي المجرد وهو لحد ، ويحتمل أن يكون المزيد فيه وهو ألحد ، وكلاهما متعد ، يقال لحد القبر وألحده وقبر ملحود وملحد ولحد الميت وألحد له لحداً ولحد الميت ، وألحده جعله في اللحد . وذكر النووي أن اللحد بفتح اللام وضمها وصفة اللحد أن يحفر حفيرة في القبر في جانب القبلة ، ويوضع الميت فيها . ويقال اللحد طول الإنسان أو أكثر قليلاً في جانب القـبر من جهة القبلة .

واختلفوا في عمق القبر ففي الروضة قامة . وفي الذخيرة إلى صدر الرجل وسط القامة قال فإن زاد فهو أفضل ، وإن عمقوا مقداراً فهو أحسن . وعن عمر رضي الله عنـه قال يعمق القبر إلى صدر الرجل ، ذكره في الذخيرة ، وبه قال الحسن وابن سيرين وعمر بن عبد

العزيز « رض » أنه لما مات ابنه ابراهيم (١) إلى أن يحفروا قبره إلى السرة ولا يعمقوا . قال ما ظهر على الأرض أفضل مما أسفله منها ، وعنه احفروا ولا يعمقوا ، فإن خير الأرض أعلاها وشرها أسفلها ، ذكره في الذخيرة المالكية . وفي المغني يحفر إلى صدر الرجل والمرأة سواء . وقال محمد ليس بمحدد ولكن الوسط . وقال الشافعي قامة .

( لقوله ﷺ اللحد لنا والشق لغيرنا ) هذا الحديث روي عن ابن عباس وجرير بن عبد الله البجلي وعائشة وابن عمر وجابر ، فحديث ابن عباس رواه الأئمة الأربعة حدثنا أبو داود عن إسحاق بن اسماعيل ، والترمذي عن أبي كريب وغيره ، والنسائي عن عبدالله ابن محمد الأدرمي وابن ماجة ، عن محمد بن عبد الله بن نمير كلهم عن حكام بن مسلم عن علي ابن عبد الأعلى عن أبيه عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : قال النبي ﷺ اللحد لنا والشق لغيرنا . وقال الترمذي حديث غريب من هذا الوجه .

وحديث جرير عند ابن ماجة ، وحديث عائشة وابن عمر عند ابن أبي شيبة في مصنفه وحديث جابر عند أبي حفص بن شاهين ، وورد في اللحد للنبي عليه السلام عن جماعة من الصحابة ، وهم سعد بن أبي وقاص وأنس بن مالك وأبو طلحة من الصحابة ، وبريد بن الخطيب والمغيرة بن شعبة وابن عباس ، فحديث سعد عند مسلم والنسائي وابن ماجة عنه قال في مرضه الدي هلك فيه ألحدوا لي لحداً ، وأن صبوا علي اللبن نصباً كما فعل برسول الله عليه السلام .

وحديث أنس عند ابن ماجة من رواية مبارك بن فضالة عن حميد الطويل عن أنس بن مالك قال لما توفي النبي عليه السلام كان في المدينة رجل يلحد ، ورجل يضرح ، وقالوا استخرنا ربنا ، وسعيت اليهما ، فأيهما سبق تركناه ، فأرسل اليهما فسبق صاحب اللحد ، فلحدنا النبي عليه السلام .

وحديث أبي طلحة عند ابن سعد في الطبقات ، قال انا محمد بن عمر قال ثنا عبدالرحمن

---

(١) ربما هنا نقص من الناسخ . اهـ مصححه .

ابن عبد العزيز عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن عبد الله بن أبي طلحة عن أبي طلحة ، قال اختلفوا في الشق واللحد للنبي عليه السلام ، فقال المهاجرون شقوا كما تحفر أهل مكة ، وقالت الأنصار ألحدوا كما نحفر بأرضنا ، فلما اختلفوا في ذلك قالوا اللهم اختر لنبيك ، ابعثوا إلى أبي عبيدة ، وإلى أبي طلحة فأيهما جاء قبل الآخر ، فليعمل عمله ، قال فجاء أبو طلحة فقال والله اني لأرجو أن يكون الله قد جاء لنبيه عليه السلام أنه كان يدي اللحد فيعجبه .

وحديث بريدة عند البيهقي من حديث علقمة بن يزيد عن أبي بريدة عن أبيه قال أدخل عليه السلام من قبل القبلة ، وألحد له لحداً ، ونصب عليه اللبن نصباً . قال البيهقي وأبو بردة ، هذا هو عمرو بن بريدة التميمي الكوفي وهو ضعيف في الحديث ، ضعفه يحيى بن معين وغيره .

وحديث المغيرة عند ابن أبي شيبة في مصنفه قال لحدنا النبي عليه السلام . وحديث ابن عباس عند ابن ماجة قال لما أرادوا أن يحفروا لرسول الله عليه السلام بعثوا إلى أبي عبيدة بن الجراح وكان يضرح بضريح أهل مكة ، وبعثوا إلى أبي طلحة وكان هو الذي يحفر لأهل المدينة وكان يلحد ، فبعثوا اليهما رسولين ، فقالوا اللهم اختر لرسولك ، فوجدوا أبا طلحة ، فجيء به ولم يوجد أبو عبيدة ، فلحد لرسول الله عليه السلام قوله اللحد لنا يعني لأجل أموات المسلمين والشق لهم ، يعني لأجل أموات الكفار ولو شقوا لمسلم يكون تركاً للسنة ، اللهم إلا إذا كانت الأرض رخوة لا تحمل اللحد . فان الشق حينئذ يتعين والشق أن يحفر حفيرة في وسط القبر ويوضع فيها الميت .

وفي المبسوط وصفة الشق أن يحفر حفرة كالنهر في وسط القبر ويبني جانباه باللبن أو غيره ، ويوضع الميت فيا ويسقفوه . وقال فخر الإسلام في الجامع الصغير وان تعذر اللحد فلا بأس بتابوت يتخذ للميت لكن السنة أن يفرش فيه التراب ، واللحد أفضل عند الأئمة الأربعة من الشق . وقال صاحب المبسوط والمحيط والبدائع وغيرهم عن الشافعي أن الشق أفضل عنده ، وهكذا نقله العراقي في الذخيرة عنه . وقال النووي في شرح

**ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافاً للشافعي « رح » ، فان عنده يسل سلاً لما روي أنه ﷺ سل سلاً .**

---

المهذب أجمع العلماء على أن اللحد والشق جائزان ، لكن إن كانت الأرض صلبة لا ينهار ترابها ، فاللحد أفضل . وإن كانت رخوة ينهار فالشق أفضل .

قلت ينبغي أن يتعين الشق حينئذ . وقال صاحب المنافع اختاروا الشق في ديارنا لرخاوة الأرض ، فيتعذر اللحد فيها حتى أجازوا الآجر ودفون الخشب واتخاذ التابوت ، ولو كان من حديد ، ومثله في المبسوط ، ويكون التابوت من رأس المال إذا كانت الأرض رخوة أو مديداً مع كون التابوت في غيرها مكروهاً في قول العلماء قاطبة . وقال أحمد إن كانت الأرض رخوة جعل له من الحجارة شبه اللحد ، ولا أحب الشق . وفي قاضي خان ينبغي أن يفرش فيه التراب ويطين الطبقة العليا مما يلي الميت ، ويجعل اللبن الخفيف على يمين الميت ويساره ليصير مثل اللحد ، وفي المحيط واستحسن مشايخنا اتخاذ التابوت للنساء ، فانه أقرب إلى الستر والحرز منها عند الوضع في القبر .

( ويدخل الميت مما يلي القبلة ) يعني بوضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ، ويحمل منه الميت فيوضع في اللحد وهو مذهب علي بن أبي طالب ومحمد بن الحنفية وإسحاق بن راهويه وابراهيم التيمي وابن حبيب ( خلافاً للشافعي ) يعني خالف في ذلك خلافاً للشافعي ، وانتصاب — خلافاً — بالفعل الذي ذكرناه ( فان عنده يسل سلا ) أي فعند الشافعي يسل الميت سلا ، وهو أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر وهو طرفه الذي يكون فيه رجل الميت ثم سل من قبل رأسه سلا ، والسل إخراج الشيء من الشيء بجذب ، وأريد ها هنا إخراج الميت من الجنازة إلى القبر ، ومنه سل سيفه إذا نزعه من غمده ، وبقول الشافعي « رح » قال أحمد لا بأس بذلك كله ، ومالك خير بين ذلك ، وبه قالت الظاهرية .

( لما روي أنه عليه السلام سل سلا ) روى الشافعي في سنده انا الثقة عن عمر بن عطاء عن عكرمة عن ابن عباس قال سل رسول الله عليه السلام من قبل رأسه . انا مسلم بن خالد الزنجي وغيره عن ابن جريج عن عمران بن موسى أن رسول الله عليه السلام سل من

قبل رأسه ، والناس بعد ذلك ، انا بعض أصحابنا عن أبى الزناد وربيعة وأبى النصر لا خلاف بينهم في ذلك أن النبى عليه السلام سل من قبل رأسه ، وكذلك أبو بكر وعمر « رض » . ومن طريق الشافعى رواها البيهقى وقال هذا هو المشهور فيا بين أهل الحجاز.

( ولنا أن جانب القبلة معظم فيستحب الإدخال منه ) هذا دليل عقلي ، ولم يذكر دليلاً نقلياً ، غير أنه أجاب عن احتجاج الشافعى في السل فيقول روى أحاديث ،وأشار بذلك على ما ذهب اليه أصحابنا ، فمن الأحاديث ما رواه ابن ماجة في سننه حدثنا هارون بن إسحاق ثنا البخاري عن عمر بن قيس عن عطية عن أبى سعيد أن رسول الله ﷺ أخذ من قبل القبلة واستقبل استقبالاً . ومنها ما رواه الترمذي حدثنا أبو كريب ومحمد بن عمرو السواق،قالا حدثنا يحيى بن اليان عن النهاد بن خليفة عن الحجاج بن ارطأة عن عطاء بن عباس أن النبى عليه السلام دخل قبراً ليلاً فأسرج له سراجاً ، فأخذ من قبل القبلة وقال رحمك الله إن كنت لاواهاً تلاء للقرآن ، وكبر عليه أربعاً ، وقال حديث حسن .

ومنها ما رواه الجلال في جامعه عن عبد الله بن مسعود أنه سمع رسول الله عليه السلام وهو في قبر عبد الله ذي البجادين ، وأبو بكر ومحمد وهو يقول ادنيا منى أخاكما حتى أسنده في لحده وأخذه من قبل القبلة ومن الآثار ما رواه ابن أبى شيبة في مصنفه عن عمر ابن سعد أن علياً رضى الله عنه كبر على الزيد بن المكفف أربعاً وأدخله من قبل القبلة . وأخرج أيضاً عن ابن الجبينة أنه ولي أمر ابن عباس فكبر عليه أربعاً وأدخله من قبل القبلة ، وأخرج عن ابراهيم النخعى أنه عليه السلام أدخل من قبل القبلة وقال أخبرني من رأى أهل المدينة يأخذون بالميت من القبلة ثم رجعوا إلى السل لضعف أرضهم . قوله — جانب القبلة — معظم ، لأن جهتها أشرف الجهات ، فكانت أفضل ، فحينئذ المستحب إدخال الميت من جانب القبلة .

فان قلت روى أبو داود عن عبد الله بن زيد الخطمى الأنصاري الصحابى أنه صلى على جنازة ثم أدخله القبر من قبل رأسه وقال إنه من السنة . وقال البيهقى إسناده صحيح.

واضطــــربت الروايات في إدخال النبـــي ﷺ ، فاذا وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله ، كذا

---

قلت ما روينـا من الآثار يعـارض هذا ، فلا يتم به الاستـدلال على أن ابراهيم التيمى أنكر السل ، وقال إن السل لا يصح ، فان صح ففيه أجوبة على ما نذكرها عن قريب إن شاء الله تعالى .

( واضطربت الروايات في إدخال النبى عليه السلام ) إضافة إدخال النبى عليه السلام إضافة المصدر إلى المفعول في إدخال النبي عليه السلام قبره ، ووجه الإضطراب ما روي أنه سل سلاً ، وما روي أنه أدخل من قبل القبلة ، فلما تعارضت الروايات لا يكون المحتمل حجة للخصم ، على أنا نقول أحاديث السل غير صحيحة ، ولئن سلمنـا فالجواب عنها من وجوه . الأول : أن ما رواه الخصم إما فعل الصحابة أو قوله ، وما رويناه فعل رسول الله عليه السلام وليس لأحد كلام معه . الثاني : أنه يحتمل أن ما رواه فعل خوفاً من إقامتها لرخاوة الأرض . الثالث : لم يكن من جهة القبلة ما يسع فيه وضع الجنازة لقرب الحائط .

وفي الدراية وإن كان صح ما رواه قائماً كان ذلك لأجل الضرورة ، لأنه عليه السلام مات في حجرة عائشة رضى الله عنها من قبل الحائط ، وكانت السنة في دفن الأنبياء عليهم السلام أن يدفنوا في الموضع الذي قبضوا فيه ، فلم يتمكنوا من وضع السرير قبـل القبلة لأجل الحائط ، فلهذا سل ، وإلا يدخل الميت من جانب القبلة لما روي عن ابن عبـاس وابن عمر « رض » أن النبي عليه السلام قال إن الميت يدخل من قبل القبلة . وفي الإيضاح روي عن علي رضي الله عنـه قال شهـد النبي عليه السلام على جنـازة رجل وقال يا علي استقبل به القبلة استقبالاً وقولوا جميعاً بسم الله وعلى ملة رسول الله ، وضعوه لجنبه ولا تكبوه بوجهه ولا تلقوه بظهره .

( فإذا وضع ) أي الميت ( في لحده يقول واضعـه بسم الله وعلى ملة رسول الله ) أي بسم الله وضعناك ، وعلى ملة رسول الله سلمناك . وروى الحسن عن أبي حنيفة بسم الله وفي سبيل الله ، رواه ابن ماجة عن ابن عمر . وفي المحيط بسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله ( كذا

قاله عليه السلام حين وضع أبا دجانة في القبر ) هذا وهم فاحش ، فإن أبا دجانة قتل شهيداً يوم اليمامة سنة اثني عشر في خلافة أبي بكر الصديق رضي الله عنه ذكره ابن أبي حيثمة في تاريخه .

وفي معجم الطبراني ترجمة أبي دجانة استدعى محمد بن إسحاق قال في تسمية من استشهد يوم اليمامة من الأنصار أبو دجانة واسمه سماك بكسر السين المهملة ابن خرشة بفتح الخاء المعجمة والراء والشين المعجمة . واليمامة بفتح الياء آخر الحروف مدينة بالبادية يعني مقام مسيلمة الكذاب ، وهي بلاد بني حنيفة وهي أكثر نخلاً من سائر الحجاز ، ولما تبنى بها سأله أرسل اليه أبو بكر الصديق خالد بن الوليد رضي الله عنهما ، ووقع بينه وبين قومه قتال طويل ، وآخر الأمر تقدم اليه وحشي بن حرب مولى جبير بن مطعم قاتل حمزة رضي الله عنه ، فرماه بحربة فأصابته وخرجت من الآخر وسارع اليه أبو دجانة فضربه بالسيف فسقطه واستشهد أبو دجانة رضي الله عنه وأقر (١) هذا الوهم التقليد ، فإن شيخ الإسلام ذكر هكذا في المبسوط ، وكذا ذكره في البدائع ، والذي وضعه النبي عليه السلام في قبره هو ذو البجادين واسمه عبد الله ، وكان اسمه عبد العزى ، فسماه النبي عليه السلام عبد الله ، ولما أسلم عند قومه جردوه واكتسوا بجاداً وهو الكساء الغليظ فهرب منهم ، مات في غزوة تبوك . والبجاد بكسر الباء الموحدة وبالجيم . قال ابن الأثير لما أراد المصير إلى النبي عليه السلام قطعت أمه بجاداً لها قط فقيل فارتداه بإحداهما واتزر بالأخرى .

وقد روي في هذا الباب حديث ابن عمر من طريق فروى ابن ماجة من حديث الحجاج ابن ارطأة عن نافع عن ابن عمر قال كان النبي عليه السلام إذا دخل الميت القبر قال بسم الله وعلى ملة رسول الله ، ورواه الترمذي ، وزاد لفظ بسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله ، وقال حسن غريب من هذا الوجه ، ورواه أبو داود في سننه من حديث همام عن قتادة عن أبي الصديق الناجي عن ابن عمر نحوه بلفظ بسم الله وعلى سنة رسول الله ، وبهذا الإسناد رواه ابن حبان في صحيحه ورواه الحاكم في المستدرك بلفظ إذا وضعتم موتاكم في

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

قبورهم فاقرؤوا له بسم الله وعلى ملة رسول الله ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وهمام بن يحيى بن مأمون إذا أسند هذا الحديث لا يعلل عن رفعه وقد وقفه شعبة ورواه البيهقي ، وقال تفرد به برفعه همام بن يحيى بهذا الإسناد وهو يثبت الآن شعبة وهشاماً الدستوري روياه عن قتادة موقوفاً على ابن عمر . وقال الدارقطني في الموقوف هو المحفوظ . قلت رواه ابن حبان في صحيحه من حديث شعبة عن قتادة به مرفوعاً أن النبي ﷺ كان إذا وضع الميت في قبره قال بسم الله وعلى ملة رسول الله ، وروى الطبراني في الأوسط من حديث أيوب عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً بلفظ الحاكم.

وروى الطبراني أيضاً من حديث عبد الرحمن بن العلاء بن الحلاج عن أبيه قال : قال لي أبي الحلاج بن خالد ثنا ابني إذا قامت فألحدني ، فإذا وضعتني في اللحد فقل بسم الله وعلى ملة رسول الله ، ثم سن على التراب سناً ثم اقرأ عند رأسي بفاتحة البقرة وخاتمتها فإني سمعت رسول الله عليه السلام يقول ذلك . قلت الحلاج أبو العلاء العامري صحابي نزل دمشق روى عنه ابناه العلاء وخالد .

فروع : إذا انتهوا بالميت إلى قبره فلا يضر وتر دخله أو شفع ، لأن المعتبر حصول الكفاية . وفي الذخيرة وقد صح أنه دخل قبره عليه السلام أربع علي والعباس وابنه الفضل ، واختلفوا في الرابع و ذكر شمس الأئمة الحلوائي أن الرابع صالح مولى عتاقة رسول الله عليه السلام ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده أن الرابع صهيب ، وذكر شمس الأئمة السرخسي أن الرابع المغيرة بن شعبة وأبو رافع ، وفي رواية أبي داود دخل قبره عليه السلام علي والفضل وأسامة وابن عبد الرحمن بن عوف معهم ، وصاروا أربعة ، وفي بعض الروايات البيهقي عن علي ولي دفنه عليه السلام أربع علي والعباس والفضل وصالح مولى رسول الله عليه السلام كما ذكره الحلوائي ، وعن ابن عباس أنهم كانوا أربعة ، علي والفضل وقثم بن العباس وشقران مولى رسول الله عليه السلام وهو بضم الشين يغلب صالح مولاه عليه السلام .

وفي المعارضة وقد أدخل قبره عليه السلام أربعة رجال كبراء علي والفضل ابنـا عمه وعبد الرحمن بن عوف وأسامة مولاه ، وقال في ذلك الوتر ، فإن تعـذر فواحد ، وإلا فثلاثة ، والحجة عليه ما ذكرناه ، وذو الرحم المحرم أولى بوضع المرأة في القـبر . وفي الواقعات فأهل الصلاح من جوانبها يلي دفنها وإن لم يكن لها محرم يضعها الأجانب ، ذكر في المحيط والوتري والمحرم من غير رحم ولا يدخل القبر امرأة ولا كافر وإن كانا قريبين ذكر القدوري في شرحه والعتابي في جوامع الفقه . وقال مالك كذلك ، إلا أن يوجدمن قواعد النساء من تطبيق ذلك من غير كلفة ، والأصح من قول أحمد لايباشرها فيها النساء.

وفي شرح المهـذب للنووي الأولى أن يتولى الدفن الرجال ، سواء كان الميت رجلاً أو امرأة ، وهذا لا خلاف فيه . وقال صاحب البيان قال الصيدلاني ويتولى النساء حمل المرأة من المغتسل إلى الجنازة وسلمها إلى من في القبر وحل ثيابها في القـبر ، قال صاحب البيان ولم أر هذا الغير الصيدلاني قالوا وقد نص الشافعي على مثلما قاله الصيدلاني في الأم.

وفي الينابيع السنة أن يفرش في القبر التراب،وفي كتب الشافعية والحنابلة يجعل تحت رأسه لبنة أو حجر ، قال السروجي ولم أقف عليه عن أصحابنا . وفي المبسوط والبدائع وغيرهما ولو وضع في قبره لغير القبلة أو على شقه الأيسر أو جعل رأسه في موضع رجليه ويهل عليه التراب لا ينبش قبره لخروجه من أيديهم ، فان وضع اللبن ولم يهل التراب عليه نزع اللبن . وتراعى السنة في وضعه ويغسل إن لم يكن غسل ، وقول أشهب ورواه ابن نافع عن مالك .

وقال الشافعي يجوز نبشه إذا وضع لغير القبلة ، وإذا وقع متاع القوم في القبر لاينبش بل يحفر من جهة المتاع ويخرج ، كذا في المبسوط . وفي جوامع الفقـه لا بأس بنبشه وإخراجه ، وعن المغيرة بن شعبة أنه سقط خاتمه في قبره عليه السلام ، فما زال بالصحابة حتى رفع اللبن وأخذ خاتمه وقبله بين عينيه ، وكان يفتخر بذلك ويقول أنا آخر عهداً برسول الله عليه السلام ولو بلي الميت وصار تراباً يجوز دفن غيره في قبره وزرعه والبناء فيه وسائر الإنتفاعات بـه ، وكره أن يكون تحت رأس الميت في القبر لحـده ونحوها ،

هكذا ذكره المرغيناني ، وكره ابن عباس أن يلقى تحت الميت شيء في قبره ، رواه الترمذي .

وعن أبي موسى لا يجعل بينه وبين الأرض شي ، وقد جعل في قبره عليه السلام قطيفة حمراء ، قال قال شقران طرحت القطيفة تحت رسول الله عليه السلام في القبر ، رواه الترمذي ولم يكن ذلك عن اتفاق ، وقيل إنما جعلت القطيفة تحته عليه السلام لأن المدينة سبخة . وقال في المعارضة قد روي أن العباس وعلياً تنازعوا في القطيفة فبسطها شقران تحته ليرفع الخلاف وينقطع التنازع في الميراث ، قاله ابن أبي حنيفة . وقال عياض كان عليه السلام يلبسها ويفرشها ، فقال شقران والله لا يلبسك أحد بعده أبداً فألقاها في القبر ويسند الميت بالتراب أونحوه حتى لا ينقلب ويسوي اللبن على اللحد ، أي يسند اللحد من جهة القبر ويقام اللبن فيه .

وفي البدائع ذكر التشريح وهو الإقامة ، وفي المفيد وينسد سداً تحامياً كيلا ينزل التراب على الميت ، واستعمال اللبن فيه باجماع ، وقال ابن حبيب من المالكية أفضل ما أسند به اللبن ثم اللوح ثم القرامد ثم الآجر ثم الحجارة ثم القصب ، وكل ذلك من التراب ، والتراب أفضل من التابوت .

( ويوجه إلى القبلة ) أي ويوجه الميت واضعه إلى جهة القبلة ( بذلك أمر رسول الله عليه السلام ) يتوجه الميت إلى القبلة ، أمر رسول الله عليه السلام ، وورود الأمر بذلك من رسول الله عليه السلام لم يثبت ، ولكن يستأنس[1] له بحديث رواه أبو داود والنسائي عن عبد الحميد بن شيبان عن عبيد بن عمير بن قتادة الكتبي عن أبيه وكانت له صحبة أن رجلاً قال يا رسول الله ما الكبائر ، قال هي التسع ، فذكرتها استحدث البيت الحرام ، ثم قال قبلتكم أحياء وأمواتاً . وروى ابن ماجة من حديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله عليه السلام أخذ من قبل القبلة وأسند به القبلة ، وقد ذكرناه .

---

(١) في الأصل يتأنس ، والأصح ما أثبتناه . اه مصححه .

ويحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوي اللبن على اللحد لانه ﷺ جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل

---

( ويحل العقدة ) أي ويحل واضع الميت في قبره العقدة التي كان عقدها عند التكفين خوفاً من الانتشار ( لوقوع الأمن من الانتشار ) بوضعه في القبر ( ويسوى اللبن عليه ، لأنه عليه السلام جعل على قبره اللبن ) هذا الحديث رواه ابن حبان في صحيحه عن جابر أن النبي عليه السلام ألحد ونصبنا عليه اللبن نصباً ورفع قبره من الأرض نحو شبر وأخرج أيضا عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كفن في ثلاثة أثواب سحولية وألحد له ونصبت عليه اللبن . وأخرج الحاكم في مستدركه عن علي رضي الله عنه قال غسلت النبي عليه السلام إلى أن قال وألحد لرسول الله عليه السلام لحداً ، ونصب عليه اللبن نصباً ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه منه غير اللحد .

قلت هو وهم منه ، فقد أخرج مسلم نصب اللبن أيضاً عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه قال في مرضه الذي مات فيه ألحدوا لي لحداً ، وانصبوا علي اللبن نصباً كما صنع برسول الله عليه السلام . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن الشعبي أن النبي عليه السلام جعل على قبره طناً من قصب .

( ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على لحدها ) يقال سجي يسجى تسجية ، أي غطى تغطية ، والمسجى المغطى ، وثلاثية سجى يقال سجى الليل ، إذا أظلم ، قال الله تعالى ﴿ والليل إذا سجى ﴾ ٢ الضحى ، ذكر في تفسير النسفي إذا اشتد بظلامه ، وعن الضحاك غطى كل شيء . وعن قتادة إذا سكن الخلق واستقر ظلامه . وقال الجوهري سجى يسجو سجواً وسكن ودام ، وقوله تعالى ﴿ والليل إذا سجى ﴾ إذا دام وسكن ، ومنه البحر الساجي ، وسجيت الليث تسجية إذا مدت عليه ثوباً .

( ولا يسجى قبر الرجل ) وبه قال مالك وأحمد والمشهور من مذهب الشافعي أن يسجى قبر الرجل والمرأة آكد ، وتعلق بحديث ضعيف ، وهو ما رواه البيهقي من

ولان مبنى حالهن على الستر، ومبني حال الرجال على الانكشاف،
ويكره الآجر والخشب

---

حديث ابن عباس قال رسول الله ﷺ ستر قبر سعد بثوبه ، ثم قال لا أحفظه إلا من حديث يحيى بن عقبة بن أبي عزاز وهو ضعيف. وحكى الرافعي وجهاً في اختصاصه بالمرأة ، واختاره أبو الفضل . وحكى ابن المنذر عن عبد الله بن زيد وشريح كراهة ذلك للرجل. وروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقوم وقد دفنوا ميتاً وبسطوا على قبره ثوباً فجذبه ، وقال إنما يصنع هذا بالنساء .

وشهد أنس بن مالك رضي الله عنه دفن أبي زيد الأنصاري فخمر القبر بثوب فقال عبد الله بن أنس ارفعوا الثوب ، إنما يخمر النساء وأنس شاهد على سفير [1] القبر ولا ينكرون لأن فيه تشبيهاً بالنساء وهذا لا ينعتق جنازته والمرأة عورة مستورة حتى زيد في كفنها والستر يليق بالنساء إلا لضرورة ، وهي الحر الشديد والمطر والثلج على الداخلين في القبر ، وقد أول بعضهم حديث سعد إنما يسجى لأن كفنه لم يكن ستر بدنه فيسجى حتى لا يقع اطلاع أحد على شيء من أعضائه وفيه تأمل .

( لأنه مبنى حالهن ) أي حال النساء ( على الستر ) لأنهن عورة مستورة ( ومبنى حال الرجال على الإنكشاف ) ولهذا إذا انكشف رأس الرجل وهو في الصلاة أو ظهره أو بطنه لا تبطل صلاته ، بخلاف المرأه فكذلك اختصت المرأة بالنعش على جنازتها، وقد صح أن قبر فاطمة رضي الله عنها سجي بثوب ونعش على جنازتها وأوصت قبل موتها أن استروا جنازتها واتخذوا لها نعشاً من جريد النخل فبقي سنة في حق النساء .

( ويكره الآجر ) بضم الجيم وتشديد الراء ، قال الجوهري الآجر الذي يبنى به فارسي معرب ، ويقال أيضاً آجور على فاعول . قلت الآجر هو الطرق المشوي بالنار ، وقال له الفرسد بالدال المهملة . وقال الجوهري الفرسد الآجر ، والجمع الفراسد، وهنا موسد مبني بالآجر والحجارة ( والخشب ) يعني كره الآجر والخشب في اللحد

---

(١) ربما أراد شفير باعجام الشين المثلثة . اه مصححه .

لانهما لاحكام البناء ، والقبر موضع البلى ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلاً ، ولا بأس بالقصب . وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن و القصب

---

( لأنهما ) أي لأن الآجر والخشب ( لإحكام البناء والقبر موضع البلى ) بكسر الباء الموحدة من بلي الثوب يبلى بلى بالكسر ، فإن فتحت الباء جاز ، وقال في الصحاح والمرتكبة بلاء الشعر بلاء . وقال الاترازي وعند الشافعي لا يكره الآجر . ولنا أن الآجر لإحكام البناء ويقصد به البقاء ، والقبر ليس بموضع البقاء ، وعند بعض مشايخنا إذا جعل الآجر خلف اللبن على اللحد لا بأس به . وفي المغني ذكر الإمام أحمد الخشب وقال ابراهيم النخعي كانوا يستحبون اللبن ويكرهون الخشب ولا يستحبون الدفن في التابوت ، لأنه لم ينقل عن النبي عليه السلام ولا عن أصحابه .

( ثم بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلاً ) أي لأجل التفاؤل ، وهذا إشارة إلى أن بعضهم قد فرق بين الآجر والخشب في التعليل ، فكره الآجر لمناسبة النار دون الخشب لعدم الجامع فيه ، ورده بعضهم لأن مساس النار لا تصلح عليه الكراهة ، فإن السنة أن يغسل الميت بالماء الحار وقد مسته النار ، وأجيب عنه بجوابين ، الأول : أن الماء الحار مسته الحاجة اليه لزيادة النظافة ، ولهذا استحب الإجمار الأجل بالنار عند غسل النجاسة إلى دفع الروائح الكريهة .

الثاني : أن المكروه إدخال ما مسته النار في القبر للتفاؤل بالنار ، والقبر محل الجنة والعذاب بالنار وأول منزلة من منازل الآخرة ، ولهذا يكره الإجمار بالنار عند القبر واتباع الجنازة بها . وقال شمس الأئمة السرخسي التعليل بإحكام البناء أوجب لأنه جمع في كتاب الصلاة بين استعمال الآجر فوق الخشب ، وهي الواجهة ولا يوجد معنى النار فيها . وقال التمرتاشي هذا إذا كان حول الميت ، فإن كان فوقه لا يكره لأنه يكون عصمة من السبع ، وهذا كما اعتادوا التسنيم باللبن صيانة عن النبش ورأوا ذلك حسناً .

( ولا بأس بالقصب ) أي في اللحد . وفي الوبري ويستحب اللبن والقصب والحشيش في اللحد ، وذلك لأن القصب لا يقصد به البقاء وهو سريع الذهاب .

( وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب ) إنما صرح بلفظ الجامع الصغير لمخالفة

روايته رواية القدوري ، لأن رواية القدوري لا تدل على الاستحباب ، بل على نفي المدة لا غير ، حيث قال ولا بأس بالقصب ، ورواية الجامع الصغير تدل عليه ، ولأن رواية القدوري لا تدل على جواز الجمع بينهما ، ورواية الجامع الصغير تدل هذا قاله الأكمل . قلت ما ادعاه إنما يصح إذا كان بلفظ الجامع الصغير ، ويستحب اللبن والقصب بواو العطف وأما إذا كان بلفظ - أو - كما في الأصل ، فلا يدل على ذلك ثم قال الأكمل بعد قوله ورواية الجامع الصغير تدل لأنه عليه السلام جعل على قبره طن قصب . قلت إن واقع الحديث دليلاً على جواز الجمع بينهما فلا يدل ذلك أصلاً على ما لا يخفى .

( لأنه ﷺ جعل على قبره طن من قصب ) هذا رواه الشعبي مرسلاً أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا مروان بن معاوية عن عثمان بن الحارث عن الشعبي أن النبي ﷺ جعل على قبره طن قصب . وفي المغرب الطن بالضم الحزمة من القصب ، وحكي عن شمس الأئمة الحلواني أنه قال هذا في قصب لم يعمل ، وأما القصب المعمول - بورياى بافته أزني - فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم لا يكره لأنه قصب كله . وقال بعضهم يكره لأنه لم يرد السنة بالمعمول . وأما الحصير والمسجد من المروي فإبقاؤه في القبر مكروه ، لأنه لم ترد السنة بالمعمول به .

( ثم يهال التراب ) أي يصب التراب عليه بعد تسوية اللبن ، يقال أهلت الدقيق في الجراب صببته من غير كيل ، وكل شيء أرسلته إرسالاً من رمل أو تراب أو طعام أو نحوه . قلت هلته أهليته هيلاً وأهال ، أي جرى فالصب ومنه يهال التراب ، أي يصب ، وفي طلب الطلبة هال التراب ، وأهاله إذا صبه ، ثم إذا صب التراب على اللبن لا يزاد على التراب الذي خرج من القبر . وفي التحفة يكره الزيادة ، وعن محمد لا بأس بأن يزاد على تراب القبر ، والأول رواية الحسن عن ابي حنيفة ، ذكره في المحيط ، ولا ينقل تراب قبر إلى قبر آخر ، وفي استحباب حثي التراب عليه رواية أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ صلى على جنازة ، ثم أتى القبر فحثى عليه من قبل رأسه ثلاثاً ، رواه ابن ماجة .

وفي شرح الوجيز روي أنه عليه السلام حثى على قبر ثلاث حثيات ، وهو المستحب لكل أحد . وفي اليتيمة ويستحب أن يقول مع الأولى ﴿ منها خلقناكم ﴾ في الثانية ﴿ وفيها نعيدكم ﴾ وفي الثالثة ﴿ ومنها نخرجكم تارة أخرى ﴾ ٥٥طه .

( ويسنم القبر ) من التسنيم وتسنيم القبر رفعه من الأرض مقدار شبر أو أكثر قليلاً . وفي ديوان الأدب يقال قبر مسنم أي مسطح ، وبه قال موسى بن طلحة وزيد بن أبي حبيب والثوري والليث ومالك وأحمد . وفي المغني واختار التسنيم أبو علي الطبري وأبو علي بن أبي هريرة والجويني والغزالي والروياني والسرخسي . وذكر القاضي حسين اتفاقهم عليه . وخالفوا الشافعي في ذلك ، فان عنده يسطح لما يجيء . وقال القاضي عياض في الإكمال ، واختار أكثر العلماء التسنيم وجماعة أصحابنا وأبي حنيفة والشافعي . وفي المحيط وتسنيم القبر قدر أربع أصابع أو شبر . وفي قاضي خان قدر شبر ، وفي المهذب شخص القبر بقدر شبر .

( ولا يسطح ) أي لا يربع ، وقال الشافعي يسطح ، ومثله عن مالك ، واحتج بما رواه عن ابراهيم بن محمد عن أبيه عن النبي عليه السلام سطح قبر ابنه ابراهيم ووضع عليه الحصى ، وبما رواه الترمذي عن أبي الفتاح الأسدي واسمه حبان . قال لي علي ألا بعثك على ما بعثني عليه رسول الله ﷺ لا أدع قبراً شرفاً إلا سويته ولا تمثالاً إلاسويته ، وبما رواه أبو داود عن القاسم بن محمد قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقلت يا أماه اكشفي لي عن قبر رسول الله عليه السلام ، فكشفت لي عن ثلاثة قبور الاشرفه ولا ظبه مسطوح ببطحاء العرصة الحمراء فرأيت رسول الله عليه السلام مقدماً وأبا بكر رأسه بين كتفي النبي عليه السلام وعمر رأسه عند رجل النبي عليه السلام .

ولنا ما أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي بكر بن أبي عياش أن سفيان التمار حدثه أنه رأى قبر النبي مسنماً وهو من مراسل البخاري « رض » ولم يرو البخاري عن ابن دينار ولا التمار إلاقول هذا وقول وقد وثقه ابن معين وغيره . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ولفظه عن سفيان قال دخلت البيت الذي فيه قبر النبي عليه السلام فرأيت قبر النبي

أي لا يربع ، لانه ﷺ نهى عن تربيـــع القبور ومن شاهد قبره
أخبر أنـــه مسنم

---

عليه السلام وقبر أبي بكر وعمر رضي الله عنهما مسنماً .

والجواب عما رواه الشافعي أنه ضعيف ومرسل ، وهو لا يحتج بالمرسل ، وعما رواه الترمذي أن المراد من المشرفة المذكورة فيه هي المبنية التي تطلب بها المباهاة ، وعما رواه أبو داود وان رواية البخاري تعارضها .

فان قلت قال البيهقي والبغوي رواية القاسم بن محمد أصح وأولى أن تكون محفوظة . قلت قال صاحب اللباب هذه كبوة منها من حديث البغض والعناد ، ولا أحـد يرجح رواية أبي داود على رواية البخاري في صحيحه . وقال صاحب المغني رواية البخاري أصح وأولى وأسنده البخاري عن النخعي أن رسول الله عليـه السلام سنم قبره ، وعن محمد بن علي أن قبر رسول الله عليه السلام مسنم ، وعن الشعبي قال رأيت قبور شهـداء أحد مسنمة . وعن محمد بن الحنفية « رض » أنه جعل قبر ابن عباس مسنماً وقال شمس الأئمة السرخسي التربيع من شعار الرافضية . وقال ابن قدامة التسطيح هو شعار أهل البدع ، فكان مكروهاً .

( لأنه ﷺ نهى عن تربيع القبور ) هذا النهي رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة « رح » قال حدثنا شيخ لنا يرفعه إلى النبى عليه السلام أنه نهى عن تربيع القبور وتجصيصها . وقال السروجي قوله في الكتاب لأنه نهى عن تربيع القبور لا أصل له . قلت العجب منه كيف يقول هذا الكلام ، وقد رواه مثل الإمام محمد عن أبي حنيفة ، وأعجب منه أمر الشراح حيث لم يتعرض أحد منهم إلى هذا النهي .

( ومن شاهد قبر النبي عليه السلام أخبر أنه مسنم ) كلمة من موصولة في محل الرفع على الإبتداء ، وخبره قوله — وأخبر — بالنظـر إلى لفظ المبتدأ . وروى أبو حفص بن شاهين في كتاب الجنائز باسناده إلى جابر رضى الله عنـه قال سألت ثلاثة كلهم كذاب في قبر النبى عليه السلام ، سألت أبا جعفر محمد بن علي ، وسألت القاسم بن محمد بن أبي

بكر ، وسألت سالم بن عبد الله ، قلت أخبروني عن قبور آبائكم في بيت عائشة رضي الله عنها فكلهم قالوا إنها مسنمة ،وقد مر مرسل البخاري في هذا .

فروع : في المحيط لا يجص القبر ولا يطين في رواية الكرخى ،وكره التجصيص الحسن والنخعي والثوري ومالـــك والشافعي وأحمـــد ، وأباح أحمد التطين . وفي منيـــة المختار أنه لا يكره ، وكره أبو حنيفة أن يبنى على القبر أو يوطأ عليه ، أو يجلس عليه ، أو ينام عليه ، أو يقضي عليه حاجة الإنسان من بول أو غائط ، أو يعلم بعلامة ، أويصلى اليه ، أو يصلى بين القبور . وحمل الطحاوي الجلوس المنهي عنه على الجلوس لقضاء الحاجة ، وكره أبو يوسف أن يكتب عليه . وفي قاضي خان ولا بأس بكتـــابة شيء أو بوضع الأحجار ليكون علامة . وفي المحيط ولا بأس بالكتابة عند العذر .

ولا بأس برش الماء عليه حفظاً للتراب على القبر حتى لا يندرس ، وكرهه أبو يوسف لأنه يجري مجرى التطين ولا بأس بحجر أو آجر يضعه عليه ، وعن الحسن عن ابن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يزال الميت يسمع الأذان ما لم يطـــين قبره ، ذكره في المغني .

ويكره أن يدفن رجلان في قبر واحد . وقال القـــدوري في شرحه والسرخسي في المبسوط والمرغيناني . وفي الذخيرة إن وقعت الحاجة إلى الزيادة فلا بأس بأن يدفن الإثنان والثلاثة في قبر واحد . وفي المرغيناني أو خمسة وهو إجماع . وفي البدائع ويقدم أفضلها ويجعل بين كل اثنين جزء من التراب فيكون في حكم قبرين ويقدم الرجل في اللحـــد ، وفي صلاة الجنازة تقدم المرأة على الرجل إلى القبلة ويكون الرجل إلى الرجل أقرب ، والمرأة عنه أبعد . وفي المحيط ويجعل الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الغلام ثم المرأة ثم الصبية . وفي الوبري ولا بأس بتعزية أهل الميت وترغيبهم على الصبر وعلى المعزى الرضى بقضاء الله عز وجل لينال ثواب الصابرين والدعاء للميت بالرحمة والمغفرة .

وفي المرغيناني التعزية لصاحب المصيبة حسن فلا بأس بأن يجلسوا في البيت أو المسجد والناس يأتونهم ويعزونهم ، ويكره الجلوس على باب الدار ، وما يضع في بـــلاد العجم من فرش

البسط والقيام على قوارع الطرق من أقبح القبـــائح . أما التعزية فلقوله عليه السلام من عزى مصاباً فله مثل أجره ، رواه الترمذي وابن ماجة عن ابن مسعود . قال النووي إسنـــاده ضعيف وعن أبي بردة رضي الله عنــه قال رسول الله ﷺ من عزى بكل شيء برداً في الجنـــة ، رواه الترمذي وضعفـــه . ويقول للمعزي أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك وغفر لميتك .

وأكثرهم أنه يعزى إلى ثلاثة أيام ثم يترك كيلا يتجدد عليه الحزن ، ولا يدفن الميت في داره وإن كان صغيراً ، بل يدفن في مقابر المسلمين كما كان يفعل رسول الله عليه السلام بأصحابه ، وخصت الأنبياء بذلك ، وخص أبو بكر وعمر من ذلك بشرف جوار رسول الله عليه السلام ولا يسع إخراج الميت من القبر بعد الدفن إلا إذا كان بعذر ، قلت المـــدة أو كثرت ، والعذر مثل ظهر الأرض مستحقة أو أخذ الشفيع لها بالشفعـة ، ذكرها في الواقعات وغيرها .

وفي جوامع الفقه امرأة مات ولدها في القرية ودفن هناك والأم لا تصبر عنه لا ينبش ولا ينقل إلى بلدها ، وعليها أن تصبر .

ويستحب أن يدفن حيث مات في مقابرهم ، وإن حمل ميلاً أو ميلين فلا بأس بــه . وقيل ما دون السفر ، وقيل لا يكره السفر أيضاً ، وعن عثمان رضي الله عنه أنــه أمر بقبور كانت عند المسجد أن تحول إلى البقيع ، وقال توسعوا في مساجدكم . وقيل لا بأس في مثله . وعن محمد أنه إثم ومعصية . وقال المازري ظاهر مذهبنا جواز نقل الميت من بلد إلى آخر وقد مات سعد بن أبي وقاص وسعيد بن زائد بالعقيق ودفنا بالمدينـــة . وفي الحاوي قال الشافعي أحب نقله إلا أن يكون بقرب مكة أو المدينة أو بيت المقـدس ، فاختار أن ينقل اليها لفضل الدفن فيها . وقال البغوي والبندينجي يكره نقـــله . وقال القاضي حسين والدارمي يحرم نقـــله . قال النووي هـــذا هو الأصح ولم ير أحمد بأساً أن يحول الميت من قبره إلى غيره . قال قد نبش معـــاذاً امرأته وحول طلحـــة . وخالف الجماعة في ذلك .

ولا يكره الدفن ليلاً والمستحب النهار ، وهو قول أهل العلم من فقهاء الأمصار منهم عقبة بن عامر وسعيد بن المسيب وشريح وعطاء والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق ، وكرهه الحسن البصري والظاهرية لحديث جابر قال زجر النبي عليه السلام أن يقبر الرجل بالليل حتى يصلى عليه ، إلا أن يضطر إنسان إلى ذلك ، رواه مسلم . وللعامة ما روى جابر عن عبد الله قال رأى ناس ناراً في القبر فأتوها ، فإذا رسول الله ﷺ في القبر، وإذ هو يقول ناولوني صاحبكم وهو الرجل الذي كان يرفع صوته بالذكر ، رواه أبو داود على شرط البخاري ومسلم ودفنت عائشة وفاطمة رضي الله عنهما وغيرهما من الصحابة ليلاً .

والنهي في حديث جابر عن دفنه قبل الصلاة عليه والمشي بالنعلين لا بأس به في القبور إذا لم يدنها الماشي وهو المشهور من مذهب الشافعي وكره النعلين أحمد ومنع ابن حزم النعال البتة دون غيرها . ويكره للنساء زيارة القبور وهو قول الجمهور لقوله عليه السلام زوارات القبور ، رواه الترمذي . وقال حسن صحيح ، ورواه ابن ماجة وأحمد . وفي القنية قال أبو الليث لا نعرف وضع اليد على القبور سنة ولا مستحباً ولا نرى به بأساً . وقال علاء الدين التاجري هكذا وجدنا ، من غير نكير من السلف . وقال شرف الأئمة بدعة قال جاء الله مشايخ مكة ينكرون ذلك ويقولون إنه عادة أهل الكتاب . وفي الأخبار هو عادة النصارى .

وقال أبو موسى الحافظ الأصبهاني قال الفقهاء الخراسانيون لا يمسح القبر ولا يقبله ولا يمسه ، فإن كل ذلك من عادة النصارى ، قال وما ذكروه صحيح . وقال الزعفراني لا يلثم القبر بيده ولا يقبله ، قال وعلى هذا مضت السنة ، وما يفعله القوم الآن من البدع المنكرة شرعاً . وفي جوامع الفقه يزار القبر من بعد ولا يقعد الزائر وعند الدعاء للميت يستقبل القبلة ، وكذا عند قبر النبي ﷺ ، وهو اختيار الزعفراني من الشافعية أيضاً .

ويكره قلع الحشيش الرطب من القبور لأنها تسبح ، وربما يستأنس به الميت، ولا بأس باليابس منه ، وعن هذا قالوا الحشيش الرطب من غير حاجة لا يستحب. وفي القنية يكره أن يتخذ لنفسه تابوتاً قبل موته ، وتكره الصلاة فيه .

ماتت وفي بطنها ولد حي يشق بطنها ويخرج ، وبه أفتى أبو حنيفة في زمانه وخرج وعاش ، وسمرة بن حنيفة « رح » ، ولو علم بعد الدفن ينبش ويشق بطنها ويخرج . وبه قال ابن شريح من أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحابه لا يشق ولكن القابلة تمس بطنها فربما يخرج . وقال أحمد يمسه القوابل فإن خرج وإلا ترك حتى يموت ثم يدفن ، والسؤال في القبر ، فإن مات ولم يدفن أياماً بأن يجعل في تابوت ليحمل من مصر إلى مصر ، فما لم يدفن لا يسأل ، والسؤال لكل ذي روح حتى أن الرضيع يسأل ويلقنه الملك ، ويلهمه الله تعالى .

وهل الأنبياء يسألون في القبر ، قال الإمام الزاهد الصفار ليس في هذا نص ولا خبر. وقال غيره يسألون والسؤال لا يختص بهذه الأمة في قول عامة العلماء . وقال الشيخ الحكيم الترمذي يختص بهذه الأمة .

وفي فتاوى الظهيرية وهل يعذب الميت ببكاء أهله .قال عامة العلماء لا يعذب، والحديث محمول على الوصية . ويكره نقل الطعام إلى [1] في الأنبياء وإسراج السرج وغيرها والخلق الدعوة لقراءة القرآن ويختم القرآن وقراءة سورة الأنعام وسورة الإخلاص الفسمرة، وجمع للصبيان والصلحاء لذلك . وكذا صياح أهل الفطر لستة أيام بعد رمضان ، ولا بأس بقراءة القرآن عند القبور ، ولكن لا يجلس على القبر ولا يدخل في المقبرة ويدخل لقراءة القرآن .

وفي الخلاصة ولا يكسر عظم اليهود إذا وجدوا في قبورهم . وفي جمع العلوم لا يجوز النظر إلى عظام النساء في المقابر . قال بعض مشايخنا لا ينظر إلى عظم ما لاحتمال أنه المرأة .

(١) هنا كلمة غير مقروءة ورسمها — المقبرقا — وربما هي إلى المقبرة — اه مصححه .

# باب الشهيد

## الشهيد من قتله المشركون أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله المسلمون ظلماً

---

**( باب الشهيد )**

أي هذا باب في بيان أحكام الشهيد ، وإنما أفرد هذا الباب عما قبله وإن كان الكل في حكم الموتى . لأن حكم الشهيد يخالف حكم غيره من الموتى في حق التكفين والغسل . وقال صاحب المنافع لما كان المقتول ميتاً بأجله يليق ذكر باب الشهيد عقيب باب الجنائز ، ويحتمل وجهاً آخر وهو أنه لما فرغ من بيان حال من يموت حتف أنفه ، أعقبه بباب من يموت بسبب من جهة . وقال الأكمل إنما بوب للشهيد بحياله لاختصاصه بالفضيلة ، وكان إخراجه من باب الجنائز بباب على حدة كإخراج جبريل عليه السلام من الملائكة ، وفيه تأمل لا يخفى.

واختلفوا في تسميها بالشهيد ، فقيل لأن الملائكة يشهدون موته ، فكان مشهوداً . وقيل مشهوداً بالجنة ، فعلى هذا يكون على وزن فعيل بمعنى مفعول . وقيل لأنه حي عند الله حاضر ، ويشهد حضرة القدس ويحضرها ، وقيل لأنه شهد ما أعد الله له من الكرامة ، وقيل لأنه ممن يستشهد مع النبي عليه السلام يوم القيامة على سائر الأمم المكذبين ، فعلى هذه المعاني :

( الشهيد ) بمعنى فاعل الشهيد مبتدأ وقوله ( من قتله المشركون ) جملة في محل الرفع على أنه خبر ، والشهداء على ما ذكره ثلاثة أنواع الأول : هذا . والثاني : قوله ( أو وجد في المعركة ) وهو موضع القتال ( وبه أثر ) جملة وقعت حالاً ، أي والحال أنه وجد به أثر جراحة ظاهرة أو باطنة ، وسيجيء تفسيره من المصنف عن قريب ( أو قتله المسلمون ) هذا النوع الثالث ، وكذلك لو قتله أهل الحلة ألزمه ، أو المستأمنون ، وإنما قيد بقوله ( ظلماً ) احترز به عما قتله المسلمون رجماً أو قصاصاً ، وانتصابه على أنه صفة المصدر المحذوف ، أي قتلاً ظلماً ، ويجوز أن يكون تمييزاً ، أي من حيث الظلم .

وفي المحيط أو قتل مدافعاً عن نفسه أو أهله أو ماله أو عن المسلمين أو أهل الذمة بأي آلة قتل ، بحديد أو نحاس أو صفر أو رصاص أو حجر أو خشب . وفي البدائع لو قتل في المصر نهاراً بزجاجة أو ليطة قصب أو طعنة برمح لازجله أو رماه بنشابة لا نصل لها، أو أحرقه بالنار أو بكل شيء يعمل عمل الحديد من جرح أو بضع أو طعن لا يغسل . وإن قتل فيها بغير سلاح كالحجر الكبيرة والخشبة الكبيرة أو بحدقة القصار أو خنقاً أو تغريق أو إلقاء من جبل يغسل عند أبي حنيفة « رض » لأنه شبه العمد وبالحجر الصغير والخشبة الصغيرة يغسل اتفاقاً لوجوب الدية ، أو مات بوكزة أو لكزة أو لكثرة أو وجد مقتولاً في محله ولم يعرف قاتله أو افترسه سبع أو تردى من جبل أو سقط عليه حائط ، وكذا المبطون والمطعون والغريق والحريق وصاحب ذات الجنب وصاحب الهرم والغريب والمرأة بموت جميع الذين عدهم رسول الله عليه السلام من الشهداء فهم شهداء في الآخرة وأحكام الآخرة .

وفي المحيط وإن وجد غريقاً أو حريقاً في المعركة ولا يدرى كيف حاله لا يغسله ، وإن كان يخرج دم فمه إن ارتقى من جوفه وهو دم صاف لا يغسل ، وإن لم يكن كذلك فهو ميت حتف أنفه فيغسل كذلك النازل من رأسه . وعند الشافعي لا يغسل من مات في قتال أهل الحرب فهو شهيد سواء كان به أثر أو لا من قتل ظلماً في غير قتل الكفار أو خرج في قتالهم ، ومات بعد انفصال القتال ، وكان بحيث يقطع ثوبه ففيه قولان في قول واحد لم يكن شهيداً ، وبه قال مالك وأحمد . وفي المغني إذا مات في المعركة فإنه لا يغسل رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم ، ولا يعلم فيه خلافاً إلا عن الحسن وابن المسيب ، فإنهما قالا يغسل الشهيد ولا يعمل به .

( ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل ) يعني إن قتله لم يكن موجباً للدية حال المباشرة ، واحترز به عن شبه العمد والخطأ صورة الخطأ ما إذا قصد مباحاً فأصاب محظوراً . وصورة شبه العمد ما إذا قتله بعصى صغيرة أو سيف أو وكزه بيده ، أو لكزه برجله فمات ، ولو سقط القصاص يعارض الأبوة وجبت الدية كان شهيداً ،

لأنه في معنى شهـــداء أحد ، وقد قال ﷺ فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم .

---

والقصاص ليس بعوض عن المحل بل عقوبة يوجبها الله تعالى جزاء للقتل ، ولهذا يجري بين الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى ، والدية عوض مالي .

والصلح على الدية بعد القتل لا يخرجه عن الشهادة ، وكذلك قتل الأب ابنه لا يخرجه عن الشهادة ، وكذا لو قتلت زوجها كان الواجب الأصلي وجوب القصاص فيكفن ويصلى عليه ، ولا يغسل على هذا حكم الشهيد المذكور في الفصول الثلاثة ، وفي هذه القضية ثلاثة أشياء ، الأول : التكفين ، وليس فيه خلاف على ما سيجيء الثاني : الصلاة عليه فيه الخلاف ، وسيجيء أيضاً . والثالث : الغسل ، وليس فيه خلاف معتمد إلا ما روي عن الحسن وابن المسيب على ما ذكرناه .

( لأنه ) أي لأن الشهيد الموصوف المذكور ( في معنى شهداء أحد ) وشهـــداء أحد قتلوا ظلماً ، ولم يرتثوا ولم يجب بقتلهم دية ، فمن كان على صفتهم فهو شهيد ، ومن لا فلا، وفي الذخيرة الشهيد كل مسلم مكلف طاهر قتل ظلماً في قتال ثلاثة مع أهل الحروب أو البغي أو قطاع الطريق بأي آلة قتــل . ولم يرتث يعني ولم يأكل ولم يشرب ولم يعش في المصرع يوماً أو ليلة ولم يجب عن دمه عوض مالي حتى لو حمل للتمريض ومات في أثنائه أو على أيدي الناس يغسل ، وإن حمل كيلا يطأه الخيل ، لا للتحريف ، فهو شهيد ، انتهى .

ويوم أحد كان يوم السبت لإحدى عشرة ليلة خلت من شوال سنة ثلاث للهجرة وأحد جبل على باب المدينة دون الفرسخ ، ويقال له ذو عبتين ، وكانت عدة المشركين فيه ثلاثة آلاف ، وعدة الخيل مائتا فرس ، وقتل منهم اثنان وعشرون رجلاً ، وعدة المسلمين ألفاً والتحول عبد الله بن أبي المنافق بثلث العسكر فرجع إلى المدينة .

( وقــد قال النبي عليه السلام فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم ) قال الزيلعي هذا حديث غريب . قلت أخرج أحمد في مسنده وعن الزهري عن عبد الله بن ثعلبة أن النبي عليه السلام أشرف على قتلى أحد ، فقال إني شهيد على هؤلاء زملوهم بكلومهم ودمائهم ، وأخرجه النسائي عن معمر عن الزهري عن عبد الله بن ثعلبــة قال قال رسول الله ﷺ

زملوهم بدمائهم . الحديث ، وأخرج البخاري في صحيحه وأصحاب السنن الأربعة عن الليث بن سعد عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد ، ويقول أيهما أكثر أخذاً للقرآن ، فإذا شهد له إلى أحدهما قدمه في اللحد وقال أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة وأمر بدفنهم في دمائهم ولم يغسلهم ، وزاد البخاري والترمذي ولم يصل عليهم .

وأخرج أبو داود في سننه عن ابن عباس قال أمر رسول الله ﷺ بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود ، وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم . وأخرج أيضاً عن جابر قال رمى رجل بسهم في أوفى حلقه فمات ، وأدرج في ثيابهم كما نحو ونحن مع رسول الله ﷺ قال النووي سنده على شرط مسلم .

قوله — زملوهم — أي لفوهم فيها ، يقال تزمل بثوبه إذا التف فيه أيضاً ، يقال كلمة كلما بالفتح ، وقرأ بعضهم ﴿دابة من الأرض تكلمهم﴾ أي تجرحهم .

( وكل من قتل ظلماً بالحديد وهو طاهر بالغ ولم يجب به عوض مالي فهو في معنـاهم ) أي في معنى شهداء أحد ، وها هنا قيود :

الأول : أن يكون القتل ظلماً ، احترازاً عن القتل بحق على ما ذكرناه .

والثاني : التقتيل بالحديدة ، وإنما يشترط هذا القيد إذا كان القتل بين المسلمين . وأما من أهل الحرب والبغي وقطاع الطريق ، فليس بشرط فبقتلهم شهيد بأي شيء قتل لايقال احترازاً بالحديدة وهو القتل بالمثقل على قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن الاحتراز عنه يحصل بقوله ولم يجب به عوض مالي ، لأن على قول أبي حنيفة « رض » يجب العوض المالي في القتل بالمثقل ، فلا حاجة إلى قيد الحديدة .

والقيد الثالث : أن يكون طاهراً فلا يكون جنباً وحائضاً .

والقيد الرابع : أن يكون بالغاً ولا يكون صبياً . وفي هذين خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

فيلحق بهم ، والمراد بالأثر الجراحة لأنها دلالة القتل ، وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوه ،

---

والقيد الخامس : أن لا يجب بقتله عوض مالي احترز به عن شبه العمد والخطأ ، فإن الواجب فيهما المال والشرط فيه أن يكون ذلك حالة القتل ، فإن القصاص إذا وجب ثم انقلب مالاً بالصلح فإنه لا يمنع الشهادة ، وكذلك الحكم في قتل الوالد ولده ، فانـه يجب بالمال فيه حالة القتل ولا يمنع الشهادة كما ذكرناه .

وها هنا قيدان آخران لم يذكرهما المصنف . الأول : أن يكون مسلمـاً . والثـاني : أن يكون غير مرتث . وما ذكره في الذخيرة الذي ذكرناه عن قريب ، وهو الجامع الأحسن .

( فيلحق بهم ) أي بشهداء أحد ، ومن لم يكن بمعناهم فـلا يلحق بهم ( والمراد بالأثر الجراحة ) المراد من قوله أو وجد في المعركة وبه أثر ، وهو الجراحة . وعبارة القدوري به أثر الجراحة . وفي الينابيع يريدبالأثر علامة تدل على قتله كالذبح والطعن والجرح والرض وسيلان الدم من عينه أو أذنه أو لا يكون ذلك إلا بجرح في الباطن ، وإنما كان يسيل من دبره أو ذكره أو أنفه لا يكون شهيداً ، لأن الدم يخرج من هذه المخاريق من غير ضرب في العادة ، إذ صاحب الباسور يخرج الدم من دبره . والجبان من يبول دماً من الخوف وتسيل الأسنان بالرعاف ، وكذا إذا وجد ميتاً وليس به أثر إذ الجبـان يبول دماً من الخوف ، وقد يموت من الفزع وكونه في المعركة ليس بسبب لقتـله بدون الإصابة ، فان القتل لا يكون إلا بالأثر .

( لأنه دلالة القتل ) أي لأن الأثر الذي هو الجراحة دلالة القتل ، لأن القتـل يضاف اليه في الظاهر ( وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد ) أي وكذا دلالة القتـل خروج الدم منه ليس في العادة خروج الدم منه ( كالعين ونحوها ) مثـل الأذن والسرة . وفي الزيادات دلالة القتل جراحة تعتبر إذا يخرج من عينه أو أذنه أو يصعد من جوفه إلى فيه ، فأما ما يخرج من أنفه أو دبره أو ذكره أو ينزل من رأسه شيء من دمه فلا يصلح دليلاً على القتل ، لأنه قد يوجد ذلك من غير ضرب عادة .

والشافعي « رح » يخالفنا في الصلاة ، ويقول السيف محـــاء للذنوب فأغنى عن الشفـــاعة ، ونحن نقول الصلاة على الميت لإظهـــار كرامته ، والشهيد أولى بها ، والطاهر عن الذنوب من لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي

---

( والشافعي « رح » يخالفنا في الصلاة ويقول ) لا يصلى على الشهيد وبه قال مالـــك وإسحاق « رض » وهو قول أهل المدينة . وقال النووي في شرح المهذب المـذهب الجزم بتحريم الصلاة عليه . وقال ابن حزم في المحلى إن شاؤوا صلوا عليه ، وإن شاؤوا تركوها ومذهبنا هو قول ابن عباس وابن الزبير وعقبة بن عامر وعكرمة وسعيـــد بن المسيب والحسن البصري ومكحول والثوري والأوزاعي والمـــزني وأحمـــد رضي الله عنهم في رواية . واختاره الخلال ، وقال في موضع آخر يصلى عليه ، وفي رواية المروزي الصلاة عليه أجود .

ويقول ، أي قال الشافعي ( السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفـــاعة ) تقريره إذا كان السيف محاء للذنوب لا يبقى للشهيد ذنب فيستغني عن الشفاعة التي كانت الصلاة لأجلها . وقوله – محاء – على وزن فعال ، مبالغة ماحي من محا يمحو محواً ، ومحى يمحيه محيـاً . ويمتحي ينمحاه أيضاً فهو يمحوه ويمحي صارت الواو بالكسرة ما قبلها فأدغمت في اليـاء التي هي لام الفعل .

( ونحن نقول الصلاه على الميت لإظهار كرامته والشهيد أولى بها ) أي بهذه الكرامة ، ولهذا اختص المسلمون لهذه الكرامة والشهيد من جملة أموات المسلمين والصلاة عليهم فرض من فروض الكفاية عليهم فلا يسقط من غير فعـــل أحد بالتمارض ، بخلاف غسلـه ، إذ النص في سقوطه لا معارض له .

( والطاهر من الذنوب من لا يستغني عن الدعاء ) هذا جواب عن قول الشافعي «رح» السيف محاء للذنوب ، وتقريره أن العبد وإن تطهر من الذنوب لم يبلغ درجة الإستغناء عن الدعاء ( كالنبي والصبي ) فإن النبي مطهر من الذنوب مع أنه صلي عليه ، ومع هذا لايبلغ

أحد درجة الأنبياء ، وكذلك الصبي مطهر من الذنوب ، وقد صلي عليه .

فإن قلت وروى البخاري عن جابر أنه ﷺ لم يصل على قتلى أحد ، وروى أبو داود عن أنس بن مالك رضي الله عنهم أن شهداء أحد لم يغسلوا ودفنوا بدمائهم ولم يصل عليهم . قلت روى البخاري أيضاً ومسلم عن أبي الحزم عن عقبة بن عامر الجهني أن النبي عليه السلام خرج يوماً فصلى على شهداء أحد صلاته على الميت ، ثم انصرف ، قال عقبة فكانت لآخر ما رأيت رسول الله ﷺ على المنبر ، وزاد ابن حبان ، ثم دخل بيته فلم يخرج حتى قبضه الله عز وجل ، والميت أولى من الباقي في باب التراجيح على جابر رضي الله عنه كان يومئذ مشغولاً ، فقد قتل أبوه وأخوه وخاله في ذلك ، فرجع إلى المدينة ليدبر حالهم ، وكيف يحملهم فلم يكن حاضراً حتى صلى رسول الله ﷺ على شهداء أحد ، وقد روى ما رأى .

وذكر الواقدي أيضاً في غزوة أحد قال جابر بن عبد الله كان أول قتيل قتل من المسلمين يوم أحد ، قتله سفيان بن عبد الشمس فصلى عليه رسول الله ﷺ قبل الهزيمة . وروى النسائي عن شداد بن الهاد أن رجلاً من الأعراب جاء إلى النبي ﷺ ما آمن به واتبعه .. الحديث ، وفيه أنه استشهد فيصلى عليه النبي ﷺ .

وروى البخاري في صحيحه أنه ﷺ صلى على شهداء أحد بعد ثمان سنين كالمودع للأحياء والأموات ؛ وعن أبي مالك الغفاري قاله كان يجاء بقتلى أحد تسعة وحمزة عاشرهم فيصلي عليهم النبي عليه السلام فيدفنون التسعة ويدعون حمزة ، ثم يجاء بتسعة وحمزة عاشرهم فيصلى عليهم فيدفنون التسعة ويدعون حمزة ، رواه الطحاوي والدارقطني .

وروى الطحاوي عن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنه أنه ﷺ صلى على شهداء أحد مع حمزة ، وكان يؤتى بتسعة لتسعة ، وحمزة عاشرهم فيصلي عليهم ، وكبر يومئذ سبع تكبيرات . قال وقد صلي على غيرهم كما روى بشيراً وابن الهاد أنه ﷺ أعطى إعرابياً أسلم نصيبه ، وقال قسمة لك ، فقال ما على هذا اتبعتك ، ولكن اتبعتك على أن أرمى ها هنا ، وأشار إلى حلقه بسهم فأموت فأدخل الجنة ، ثم بالرجل قد أصابه

سهم حيث أشار فكفن في جبة النبي ﷺ فصلى عليه ، فكان من صلاته أن هذا عبد خرج مهاجراً في سبيلك فقتل شهيداً أنا أشهد عليه فلم يغسله وصلى عليه ، ورواه النسائي أيضاً .

وأخرج الطحاوي هذا الحديث لمعنيين أحدهما : لأنه شاهد لما ذكره من الدلائل في إثبات الصلاة على الشهداء . والثاني : رداً على من زعم أنه لم ينقل عن النبي عليه السلام أنه صلى على أحد ممن قتل في المعركة في غير غزوة أحد.

فإن قلت لم لا يجوز أن تحمل الصلاة في الأحاديث التي ورد فيها الصلاة على الدعاء ، وممن قال ذلك ابن حبان والبيهقي . قلت يدفع هذا قوله في الحديث الذى رواه عقبة بن عامر المذكور صلاته على الميت .

فإن قلت أنتم لا ترون الصلاة على القبر بعد ثلاثة أيام ، فكيف يحملون عليه على معنى الصلاة العرفية ، وقد كانت واقعة أحد في سنة ثلاث من الهجرة ، وصلاته عليه السلام على شهداء أحد حين خروجه من الدنيا بعد وقعة أحد في سبع سنين. قلت المذهب عندنا الصلاة على القبر يجوز ما لم يتفسخ ، والشهداء لا يلحقهم تفسخ أحياء عند الله ، فاذا لا يجوز حمل الصلاة عليهم على معنى الدعاء ، وكيف يجوز هذا وقد أكد قوله صلاته على الميت لنفي احتمال المحال.

فان قلت قال ابن قدامة حديث عقبة مخصوص بشهداء أحد ، فانه صلى عليهم في القبور وهم لا يرون الصلاة على القبر أصلا ، ونحن فيما بعد الشهر . قلت إذا ثبت أنه صلى على شهداء أحد صحت الصلاة عليهم بعدم القائل بالفرق ، وقوله - وهم لا يرون الصلاة على القبر - غير صحيح ، فاذا دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره ما لم يتغير كما ذكرناه .

فان قلت الصلاة على الميت لا تصح بلا غسل فلما لم يغسل الشهيد لا تصح الصلاة عليه . قلت وكذا لا يدفن بلا غسل ، فلما دفن الشهيد بلا غسل دل على أنه في حكم المغسولين ، فكانت الصلاة عليه صلاة على المغسول حكماً ؛ وهو مغسول بصب رحمة الله تعالى .

فان قلت الشهداء أحياء عند الله ، والصلاة إنما شرعت على الموتى . قلت هم أحياء في حكم الآخرة ، لقوله تعالى ﴿ بل أحياء عند ربهم يرزقون ﴾ ١٦٩ آل عمران ، لا في أحكام الدنيا والصلاه عليهم من أحكام الدنيا كسائر الموتى ، ولهذا يقسم ميراثهم بين ورثتهم ويتزوج نسائهم وتحل ديونهم المؤجلة ويعتق أمهات الأولاد ومدبروهم وينفذ وصاياهم ، ثم هم يدفنون ، فدل ذلك كله أن الحياة لهم عند الله بعد الموت .

فاذا قلت قال الشافعي « رح » لعل ترك الصلاة مع التخفيف على من بقي من المسلمين قلت هذا التعليل لا يقبل ، لأن الصلاة على الميت دعاء له ، ولا يستغني أحد من الدعاء كما ذكرناه ، وكذلك التعليل بالتخفيف فانهم يتمهون [1] القايهم ويحضرون قبورهم ويكلفون دفنهم .

فان قلت الصلاة على الميت من باب الشفاعة ، والشهداء يشفعون للناس ولا يحتاجون إلى من يشفع لهم . قلت الصلاة عليهم زيادة كرامة لهم ، وقضاء لحق الميت ، وقد أشار المصنف إلى هذا المعنى بقوله والصلاة على الميت لإظهار كرامته ، وقد استوفينا الكلام هناك ، وقد ظهر من هذا أن ما ذهبنا اليه أرجح من وجوه عديدة . الأول : أن الخبر المثبت في هذا أولى من النافي .

الثاني : أن أحاديثنا الذي كانت أولى ، قال محمد في السير الكبير أخذنا بما أجمع عليه أهل العراق دون ما انفرد به أهل المدينة ، فرجح بالكثرة .

فان قلت هذا خلاف ظاهر مذهبكم ، فان الترجيح بالكثرة لا يعتبر عندكم . قلت قد ذكر بعض مشايخنا الترجيح بكثرة الرواة إذا يظن بصدق خبر الإثنين أقوى منه بخبر الواحد .

الثالث : أن الصلاة على الموتى أصل في الدنيا وفرض من فروض الكفاية على المسلمين ، فلا يسقط من غير فصل أحد .

---

(١) هكذا كتبت في الأصل .

ومن قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو قطاع الطريق فبأي شيء قتلوه لم يغسل لأن شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح ،

---

الرابع : لو كانت الصلاة عليهم غير مشروعة كما زعموا النبي عليه السلام على عدم مشروعيتها ، وعلة سقوطها كما نبه على علة سقوط غسلهم .

الخامس : يجوز أنه عليه السلام لم يصل عليهم ، وصلى عليهم غيره لما كان به من الجراحات ، وكسور رباعيته وما أصابه يومئذ من المشركين .

السادس : إن لم يكن صلى عليهم في ذلك اليوم صلى عليهم في يوم آخر ، لأنه لا يعتبر عليهم بمرور السن كما ذكرناه .

السابع : قد ثبت أنه عليه السلام صلى على غيرهم من الشهداء ويقولون لا شرع الصلاة على شهيدنا .

الثامن : أن الذي ذهبنا اليه أحوط في الدين ، وفيه تحصيل الأجر والثواب العظيم ، وقد ثبت عن النبي عليه السلام أنه قال من صلى على ميت فله قيراط ، ولم يفصل بين ميت وميت .

( ومن قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو قطاع الطريق فبأي شيء قتلوه لم يغسل ) عندنا خلافاً للشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم في غير أهل الحرب . وقالت الشافعية قتيل أهل البغي يغسل ويصلى عليه في أصح القولين . وفي قتيل قطاع الطريق طريقان ، وكذا في قتيل اللصوص طريقان . ولو أمر الكافر مسلماً وقتلوه صبراً ففي غسله والصلاة عليه وجهان ، أصحها أنه ليس بشهيد ، وعندنا شهيد ، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، ولما كان في قتال أهل الحرب لتيمم الآلة ، فكذا في قتال أهل البغي وقطاع الطريق ، لأنهم في حكم القتال كأهل الحرب حتى لا يضمنون ما أتلفوا .

( لأن شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح ) لأن منهم من دفع بالحجر ، ومنهم من قتل بالعصا ، وغير ذلك ، وعمم النبي عليه السلام في حق ترك غسلهم .

وإذا استشهد الجنب غسل عند أبي حنيفة « رح » وقالا لا يغسل ، لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت ، والثاني لم يجب للشهادة . ولأبي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة ، فلا ترفع الجنابة، وقد صح أن حنظلة لما استشهد جنباً غسلته الملائكة

( وإذا استشهد الجنب غسل عند أبي حنيفه « رح » ) وبه قال أحمد وسحنون. ومن المالكية وابن شريح وابن أبي هريرة رحمهم الله من الشافعية ، وهو قول الأوزاعي .

( وقالا لا يغسل ) أي قال أبو يوسف ومحمد لا يغسل ، وبه قال الشافعي وأشهب ( لأن ما وجب بالجنابة ) الذي هو الغسل ( سقط بالموت ) للعجز عنه ( والثاني ) أي الغسل الثاني ( لم يجب للشهادة ) أي لأجل كونه شهيداً، إذ الشهادة تمنعه، لأن قوله عليه السلام زملوهم بكلومهم ودمائهم لا يفصل بين الشهيد الجنب وغيره .

( ولأبي حنيفة أن الشهادة عرفت مانعة ) وجوب غسل الميت ( غير رافعة ) لقد وجب عليه قبل موته ، ألا ترى أنه لو كان في ثوب الشهيد نجاسة تغسل تلك النجاسة ولا يغسل عنه الدم .

فإن قلت لو لم يكن رافعاً لوضوء الحدث إذا استشهد ، واللازم باطل ، فكذا الملزوم قلت لا يلزم من أن لا يكون رافعاً للأعلى أن يكون رافعاً للأدنى .

( وقد صح أن حنظلة لما استشهد جنباً غسلته الملائكة ) روي هذا من حديث ابن عباس رضي الله عنه رواه الطبراني في معجمه عنه ، قال أصيب حمزة بن عبد المطلب وحنظلة بن الراهب وهما جنبان ، فقال النبي عليه السلام إني رأيت الملائكة تغسلهما . وحديث ابن الزبير رواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك من حديث يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن عبد الله عن جده قال سمعت رسول الله ﷺ وقد قتل حنظلة بن عامر الثقفي أن صاحبكم حنظلة [1] فغسلته الملائكة ، فسألوا صاحبته ، فقالت خرج وهو

(١) هكذا في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط . اهـ مصححه .

جنباً لما سمع الهاتفة ، فقال رسول الله ﷺ لذلك غسلته الملائكة . قال الحاكم صحيح على شرط مسلم وليس عنده ما سألوا صاحبته .

قال السهيلي في الروض الأنف [1] وصاحبته هي زوجته جميلة بنت أبي سلول أخت عبد الله بن أبي ، وكان تلد بها تلك الليلة فرأت في منامها كان باباً من السماء فتح ودخل وأغلق دونه ، فعرفت أنه مقتول من الغد ، فلما أصبحت دعت رجال من قومها وأشهدتهم أنه دخل بها خشية أن يقع في ذلك نزاع ، ذكره الواقدي ، وذكر غيره أنه وجد بين قتلى تغطة [2] رأسه ما تصديقاً لرسول الله عليه السلام . وقال ابن سعد في الطبقات قال رسول الله عليه السلام إني رأيت الملائكة تغسل حنظلة بن أبي عامر بين السماء والأرض بما نزل في صحاف الفضة .

وحديث محمود بن لبيد رواه ابن إسحاق في المغازي أن النبي عليه السلام قال إن صاحبكم يعني حنظلة بن أبي عامر لتغسله الملائكة ، فسألوا أهله ما شأنه . فقالت إنه خرج وهو جنب حين سمع الهاتفة ، بالتاء المثناة من فوق والفاء ، ويقال الهايعة بالياء آخر الحروف وبالعين المهملة ، والهيعة الصوت الشديد عند الفزع . وحنظلة بن أبي عامر عمرو بن صيفي بن زيد الأنصاري الأوسي يعرف أبوه بالراهب في الجاهلية ، فسماه النبي عليه السلام الفاسق ، لأنه يروح من المدينة إلى مكة ثم قدم قريش يوم أحد محارباً ، وكان بمكة إلى أن فتحت ، فهرب إلى هرقل فمات هناك كافراً سنة تسع أو عشر ، وأولاد حنظلة يسمون أولاد غسيل الملائكة .

فإن قلت الواجب غسل بني آدم دون الملائكة ، ولو كان ذلك واجباً لأمر عليه السلام بإعادة غسله . قلت الواجب هو الغسل . وأما الغاسل فيجوز كائناً من كان ، ألا ترى أن الملائكة لما غسلوا آدم عليه السلام فأدى به الواجب ولم يعد أولاده غسله .

---

(١) في الأصل – الرفض الأنفر – اه مصححه .

(٢) الكلام في الأصل هكذا مضطرب . اه مصححه .

وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء إذا طهرتا ، وكذا قبل الإنقطاع في الصحيح من الرواية ، وعلى هذا الخلاف الصبي . لهما أن الصبي أحق بهـــذه الكرامة . وله أن السيف كفى عن الغسل في حق شهـــداء أحد

---

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( الحائض والنفساء إذا طهرتا ) عندهما لا يغسلان ، لأن الغسل الأول سقط بالموت ، والثاني أنـــه لم يجب بالشهادة ، وعنده يغسلان لأن الشهادة عرفت مانعة غير رافعة ( وكذا قبل الإنقطـاع ) أي وكذا يغسلان إذا قتلتا قبل انقطاع الدم ( في الصحيح من الرواية ) عن أبي حنيفـة رضي الله عنه ، وهي رواية الحسن عنه ، واحترز به عن رواية المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة « رض » أنهما لا يغسلان ، لأنه لم يكن الغسل واجباً حالة الحياة قبل الإنقطاع، فلم يجب بالموت غسل آخر .

وجه الصحيح من الرواية أن حكم الحيض انقطع بالموت ، فصار كأن انقطاع الحيض[١] قبل الموت . وعندهما لا يغسلان بكل حال . وفي الجنازية هذا الحديث في النفساء يجري على إطلاقه ، لأن أقل النفاس لا حد له . أما الحائض فتصور فيه فيما إذا استمر بها الدم ثلاثة أيام ثم قتلت قبل الإنقطاع ، أما لو رأت يوماً أو يومين ثم قتلت لا تغسل بالإجماع ، ذكره التمرتاشي بعدم كونها حائضاً .

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( الصبي ) إذا استهل يغسل عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، خلافاً لهما وللشافعي أيضاً ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن الصبي أحق بهذه الكرامة ) وهي سقوط الغسل ، لأن سقوط الغسل لإبقاء أثر مظلوميتـــه في الغسل وكان إكراماً له والمظلومية في حق الصبي أشد ، فكان أحق بهذه الكرامة .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن السيف كفى عن الغسل في حق شهـداء أحد

---

(١) في الأصل — انقطاع الموت قبل الموت — اهـ مصححه .

يوصف كونه طهرة عن الذنوب ، ولا ذنب على الصبي فلم يكن في معناهم، ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف ،

---

يوصف كونه طهرة من الذنوب ، ولا ذنب على الصبي ،فلم يكن في معناهم) أي في معنى شهداء أحد ، فإذا لم يكن في معناهم يغسل ، و كذلك الخلاف في المجنون إذا استشهد . وفي المبسوط الصبي غير مكلف ولا يخاصم بنفسه في حقوقه ، والخصم منه في حقوقه في الآخرة هو الله تعالى ، فلا حاجة إلى بقاء أثر الشهادة لعلهم يدلونه .

فإن قلت: ذكر ابن قدامة في المغني أن جارية بن النعمان وعمير بن أبي وقاص أخا سعد كانا من شهداء أحد وهما صغيران . قلت هذا غلط ، لأن عمير بن أبي وقاص قتل يوم بدر قبل أحد ، وهو ابن ست عشرة ذكره ابن سعد في الطبقات . وأما جارية بن النعمان فتوقف [1] في خلافة معاوية وشهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها ، وإنما جارية المستشهد غلاماً هو جارية بن الربيع الأنصاري قتل يوم بدر ، كذا في الصحيحين وغيرهما ، وليس في قتلى أحد من اسمه جارية . قال ذكر ذلك تميمة في شرح الهداية.

( ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا ) وأشار به إلى ما ذكره من قوله عليه الصلاة والسلام زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم ، وهذا يدل على عدم غسل الدم عن الشهيد ، ولكن لا يدل على عدم نزع الثياب ، وإنما الدليل على ذلك ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال أمر رسول الله عليه السلام بقتلى أحد أن تنزع عنهم الحديد والجلود ، وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم ، أخرجه أبو داود وابن ماجة رضي الله عنه .

( وينزع عنه الفرو والحشو ) أريد بالحشو الثوب المحشو بالقطن وهو بحسب اصطلاح الناس لا بحسب اللغة ( والقلنسوة ) أريد بها القبع ، وفي تفسيره أقوال ( والسلاح والخف

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد – توفي – اهـ مصححه .

لأنها ليست من جنس الكفن ، ويزيدون وينقصون ما شاؤوا إتماماً للكفن . ومن ارتث غسل ،

---

لأنها ) أي لأن هذه الأشياء ( ليست من جنس الكفن ) وفي المبسوط و كفن الشهيد في ثيابه التي [1] وينزع عنه ما ليس من جنس الكفن كالفرو والسلاح والجلود والحشو والخفين والقلنسوة . وفي الذخيرة والسراويل . وقال الشافعي ينزع عنه ما ليس من غالب لباس الناس كالجلود والفرو والخفاف والدرع والبنصر والجبة والمحشوة ، وبه قال أحمد «رح» وقال مالك لا تنزع الفرو والجلود والقلنسوة . وقال مطرف لا ينزع المنطقة ولا الخاتم إلا أن يكثر ثمنها . وفي الاسبيجابي ويكره أن ينزع عنهم جميع ثيابهم ويجدد لهم الكفن . وفي التحفة ولا يكفن ابتداء في ثياب أخر دون ثيابه التي كانت عليه عند قتله .

( ويزيدون وينقصون ما شاؤوا ) إذا كان ناقصاً عن عدد المسنون ، والضمير في يزيدون وينقصون يرجع إلى أولياء القتيل ، لدلالة القرينة عليه ، ولا اشتباه فيه حتى يقال إنه إضمار قبل الذكر ، قيل وقد استدلوا بهذه اللفظة على أن عدد الثلاثة ليس بلازم، وأكثرهم على مراعاة الوتر والكفن قلت ما ذكرنا أوفى التعليل الذي ذكر في الكتاب ( إتماماً للكفن ) أي لأجل إتمام الكفن ، قيل هو يرجع إلى قوله يزيدون ، قلت لا مانع من أن يرجع إلى اللفظين معاً ، لأنه إذا نقص من الزائد على العدد المسنون يكون إتماماً للكفن المسنون ، فإذا لم ينقص لا يسمى كفن السنة . وأشار في المبسوط في نزع الأشياء المذكورة إلى هذه الأشياء كانت لدفع بأس العدد ، وقد استغنى عن ذلك ، ولأن هذه عادة أهل الجاهلية ، لأنهم كانوا يدفنون أبطالهم بما عليهم من الأسلحة ، وقد نهينا عن التشبه بهم .

( ومن ارتث غسل ) على صيغة المجهول ، بالتاء المثناة من فوق المضمومة ، ثم الثاء المثلثة ، وهو من قولهم ثوب رث أي خلق . وفي المغرب ارتث الجريح إذا حمل من المعركة

---

(١) ربما هنا كلام ساقط وهو – التي قتل فيها – اهـ مصححه .

وهو من صار خلقاً في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة ، لأن بذلك يخف أثر الظلم فلم يكن في معنى شهـــداء أحد ، والارتثاث أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يداوى أو ينقل من المعركة حياً لأنه نال بعض مرافق الحياة وشهداء أحد ماتوا عطاشاً والكأس يدار عليهم فلم يقبلوا خوفاً من نقصان الشهادة ،

---

وبه رمق ، لأنه حينئذ يكون ملقى كرثة المتاع . وقال الجوهري ارتث فـلان على ما لم يسم فاعله ، أي حمل من المعركة رثيثة أي جريحاً وبه رمق . ومراد الفقهاء من ذلك ممـا أشار اليه المصنف بقوله ( وهو ) أي المرتث دل عليه قوله – ارتث – كما في قوله تعـالى ﴿ اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، ( من صار خلقاً ) بفتح اللام ، يقال ثوب خلق أي بلي ، يستوي فيه المذكر والمؤنث ، لأنه في الأصل مصدر من خلق يخلق. قال الجوهري وقد خلق الثوب بالضم خلوقه أي بلي إذا خلق الثوب ، مثله وأخلقه إنما متعد ولا يتعدى ( في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة ) وهي راحة الحياة .

( لأنه بذلك ) أي بذلك النيل ( يخف أثر الظلم ، فلم يكن في معنى شهـداء أحد ) لأنهم ماتوا على الحالة التي وقعت فيها الجراحة ، ولم ينالوا من مرافق الحياة شيئاً (والارتثاث) الذي يوجب غسل القتيل ( أن يأكل أو يشرب أو ينام أو يداوى أو ينقل من المعركـــة حياً ) أو يصلي أو يتكلم بكلمـــة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف . وفي رواية عنه أنه يزيد على كلمة . وفي البدائع أو باع أو ابتـــاع أو تكلم بكلام طويل ، وذكر ابن سماعة أن إكثار الكلام بمنزلة الأكل ( لأنه نال بعض مرافق الحياة ) بمباشرة شيء من الأشيـاء المذكورة .

( وشهداء أحد ماتوا عطاشاً والكأس ) أي كأس الماء ( يدار عليهم فلم يقبلوا ) قال الجوهري الكأس كل إناء فيه شراب وهي مؤنثة ( خوفاً من نقصان الشهـــادة ) بشرب الماء الذي هو من لوازم الأحياء حتى لا ينالوا من مرافق الدنيا . وفي شرح المصطفى لعبد الملك بن محمد النيسابوري عن جارحة بن زيد عن أبيـــه أن رسول الله ﷺ يوم أحد

أرسلني إلى سعد بن الربيع وقال إن رأيته أقرئه السلام ، وقل له يقول لـك رسول الله عليه السلام كيف تجدك ، قال جعلت أطوف بين القتلى حاصبة وهو في آخر رمق وبه سبعون ضربة بين طعنة برمح وضربة بسيف ورمية بسهم ، فقلت له يا سعد إن رسول الله ﷺ يقرأ عليك ، ويقول لك أخبرني كيف تجدك ، قال على رسول الله عليه السلام وعليك السلام ، قل له يا رسول الله أجدرائحة الجنـة . وقلت لقومي الأنصار لا عذر لكم إن وصل إلي رسول الله ﷺ وفيكم عين يطرف ، وفاضت بعينيه .

وقال العلامة الكردري في قولـه – خوفاً من نقصان الشهادة – قال الله تعالى ﴿ إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم ﴾ ١١١ التوبة ، أخذ الشهيد بعض مرافقه للحياة ، فكان هذا تصرفاً في البيع قبل التسليم لتحقيق النقصان في تسليم المبيع كما لو تصرف البائع في المبيع قبل التسليم ، فإنه يسقط بعض الثمن أو يثبت للمشتري الخيار ، ولهذا لو استشهد الصبي يغسل لعدم أهليته للبيع عنه ، وروى البيهقي في شعب الإيمـان عن أبي جهيم بن حذيفة العدوي ، قال انقطعت يوم الرسول ابن عمي ومعي سقية ماء ، فقلت إن كان بـه رمق سقيته من الماء فوجدته ومسحت وجهه ، فإذا به ينشبع ، فقلت اسقيـك ، فأشار إلى جانبه فنظرت فإذا رجل يقول آه ، فأشار هشام ابن عمي أن انطلق اليـه فاذا هو هشام بن العاص ، فأتيته فقلت اسقيك ، فسمع آخر يقول آه ، فأشار ابن هشام أن انطلق به اليـه فجئته فاذا هو قد مات ، فرجعت إلى هشام فاذا هو قد مات ، فرجعت إلى ابن عمي فاذا هو قد مات.

( إلا إذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول ، لأنه ما نال شيئاً من الراحة ) الاستثناء من قوله بمن ارتث غسل يعني لا يغسل في هذه الصورة فهو شهيد . قال الاترازي فيه نظر ، لأنا لا نسلم أن الحمل من المصراع ليس بنيل راحة . قلت في نظره نظر ، لأن الحمـل من المصراع إنما يكون نيل راحة إذا كان لصرم القتال ، ألا ترى إلى ما قال في الذخيرة ولو

ولو آواه فسطاطاً أو خيمة كان مرتثاً لما بينا ولو بقي حياً حتى مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل فهو مرتث

---

كانوا في مقمقة [1] القتال ، فوجدوا جريحاً فحملوه والقوم في القتال ثم مات فهو شهيد . قال الحاكم الشهيد ومجرد حمله ورفعه من المعركة والقتال على حاله بعد لا يجعله مرتثاً وإنما ارتثاثه بذلك بعدم تصرم القتال . وفي التحفة وفي المحيط والمفيد أو بقي يوماً وليلة في المعركة .

( ولو آواه ) بالمد ، أي لو ضمه ( فسطاط ) وهي الخيمة الكبيرة فيه ست لغات ، ضم الفاء وكسرها ، وبالباء مكان الطاء الأولى ، وتشديد السين بغير الطاء والباء مع ضم الفاء وكسرها ، ذكرها ابن قتيبة ( أو خيمة كان مرتثاً ) فيغسل ( لما بينا ) أراد به قوله لأنه نال مرافق الحياة .

(لوبقي حياً حتى مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل فهو مرتث ) أي والحال أنه يعقل واحترز به ، أما إذا بقي مغمي عليه لأنه لا يكون مرتثاً ، كذا روي عن أبي يوسف . وفي الذخيرة ذكر ابن سماعة أو مضى عليه وقت صلاه كامل . وفي التحفة أو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل ، ويقدر على أدائها بالإيماء ، حتى يجب القضاء بتركها . وفي المجتبى والمراد بوقت الصلاة قدر ما تجب عليه الصلاة وتصير ديناً في ذمته ، وهو رواية عن أبي يوسف . وعندنا يوم وليلة . ولو كان مغمي عليه يوماً وليلة لم يكن مرتثاً . وعن محمد لو بقي في المعركة حياً يوماً وليلة فهو مرتث وإن لم يعقل . وفي نوادر بشر عن أبي يوسف إذا مكث الجريح في المعركة أكثر من يوم حياً والقوم في القتال وهو يعقل أو لا يعقل ، فهو بمنزلة الشهيد .

قال الاترازي إنه لو تأمل اليوم كله ثم خر ميتاً من جراحة أصابته في أول النهار كان شهيداً ، وإن تصرم القتال بينهم فهو جريح في المعركة فمكث وقت صلاة لا يكون شهيداً .

---

(١) بهذا اللفظ خطأ ، وإنما الصحيح معمعة ، اه مصححه .

لأن تلك الصلاة صارت ديناً في ذمتهوهو من أحكام الأحياء . قال وهذا مروي عن أبي يوسف « رح » . ولو أوصى بشيء من أمور الآخرة كان ارتثاثاً عند أبي يوسف « رح » لأنه ارتفاق ، وعند محمد « رح » لا يكون لانه من أحكام الاموات ، ومن وجد قتيلاً في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية

---

وذكر الكرخي في مختصره إن عاش في مكانه وهو لا يعقل لا يغسل ، وإن زاد على يوم وليلة لأنه لا ينتفع بحياته فكان كالميت .

( لأن تلك الصلاة تصير ديناً في ذمته وهو ) أي كون الدين في ذمته ( من أحكام الأحياء ) فيكون مرتثاً فيغسل .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( وهذا مروى عن أبي يوسف ) وروي عن محمد مثل قول أبي يوسف ، إلا أنه قال إن عاش في مكانه يوماً كان مرتثاً ، سواء كان عاقلاً أو لم يكن ، وإن كان أقل من ذلك لم يكن مرتثاً ( ولو أوصى بشيء من أمور الآخرة كان ارتثاثاً عنده ) أي عند أبي يوسف ( لأنه ارتفاق ) بحصول الثواب .

( وعند محمد لا يكون ارتثاثاً لأنه من أحكام الأموات ) أي لا يعبأ بشيء من أمور الآخرة من أحكام الأموات . وقال الصدر الشهيد في الجامع الصغير . قيل الإختلاف فيما إذا أوصى بشيء من أمور الآخرة ، أما إذا أوصى بشيء من أمور الدنيا كان ارتثاثاً بالإجماع . وقال في شرح الطحاوي قيل إنه لا اختلاف فيما بينهما في الحقيقة . فجواب أبي يوسف خرج في الذي أوصى بأمور الدنيا . وجواب محمد خرج في الذي أوصى بأمور الآخرة.وقال أبو بكر الرازي وإن أكثر من كلامه في وصيته ، فطالغسل ، لأن الوصية شيء من أمور الموت ، فإذا طالت أشبهت أمور الدنيا .

( ومن وجد قتيلاً في المصر غسل ) قيد بالمصر لأنه لو وجد في مفازة ليس بقربهاعمران لا يجب فيه قسامة ولا دية ولا يغسل لووجدبه أثر القتل ( لأن الواجب فيه القسامةوالدية

فخف أثر الظلم إلا إذا علم أنه قتل بحديدة ظلمـــاً لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة، والقاتل لا يتخلص عنهـــا ظاهراً إما في الدنيا وإما في العقبى، وعند أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» ما لا يثبت كالسيف،

---

فخف أثر الظلم ) فلم يكن في معنى شهداء أحد فيغسل ( إلا إذا علم أنه قتل بحديدةظلماً ) هذا الاستثناء من قوله – غسل – يعني لا يغسل القتيل في المصر إذا علم أنه قتـل بحديدة ظلماً مظلوماً ، ولكن هذا فيما إذا علم قاتله لوجوب القصاص . أما إذا لم يعلم قاتلهفيغسل، وإن قتل بحديدة لأنه ليس فيه معنى شهداء أحد ، لأنه إذا لم يعلمقاتله يجب القسامةوالدية . وعند الشافعي يغسل القتيل في المصر ، وإن قتل بحديدة وإن عرف قاتله لوجوب القصاص وهو بدل الدم كالدية وكذا ما قاله المصنف بقوله :

( لأن الواجب فيه القصاص وهو عقوبة ) إما في الدنيا إن وجد ، وإما في الآخره إن لم يوجد ( والقاتل لا يخلص عنها ) أي عن العقوبة ( ظاهراً ) من حيث ظاهر الأمر ( إما في الدنيا ) إن وجد ( أو في الآخرة ) إن لم يوجد كما ذكرنا، والقصاص عقوبة وليس بعوض حق يخفف أثر الظلم ، وإن كان عوضها لكن نفعه يعود إلى الورثة لا له فلم ينتفع الميت به، بخلاف الدية ، فإن نفعها يعود اليه حتى يقضي منها دينه وينفذ وصاياه ، كذا في مبسوط فخر الإسلام ، والسر فيه أن وجوب المال دون القصاص دليل صفة الحياة ، بـدلالة أن المال يثبت بالشبهة ، والقصاص دليل صفة الجناية ، لأن المال يثبت بالشبهـة والقصاص يجب الشبهة .

( وعند أبي يوسف ومحمد «رح» ما لا يثبت بمنزلة السيف ) أراد بهذا أنه لا يشترط في القتيل وجد في المصر أن يقتل بالحديد عندهما ، بل ما لايلبث في الباب مثل الثقل من الحجر ، والخشب مثل السيف عندهما ، حتى لا يغسل القتيل ظلماً في المصر إذا علم قاتله ، وعلم أنه قتل بالمثقل لوجوب القصاص عندهما ، وعند أبي حنيفة رضي الله عنـه لا يجب القصاص في القتل بالمثقل ، لأنه لو وجب فلا يخلو إما أن يستوفى دماً أو جرحاً فـــلا

ويعرف في الجنايات إن شاء الله تعـالى . ومن قتل في حد أو قصاص غسل وصلي عليه ، لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليـه ، وشهـداء أحد بذلوا أنفسهم لابتغـاء مرضاة الله تعـالى فـلا يلحق بهم . ومن قتـل من البغـاة أو قطاع الطريق لم يصل عليه

---

يجوز الأول لقوله ﷺ إلا بالسيف ، ولا يجوز المـال في اللزوم لزيادة ، والقصاص مبنـاه على المماثلة ( ويعرف ذلـك في الجنايات إن شاء الله تعالى ) أي يعرف حـكم عدم القصاص عنـد أبي حنيفة « رض » خلافاً لهما في كتاب الجنـايات على ما يأتي ان شاء الله تعالى .

( ومن قتل في حد أو قصاص غسل وصلي عليه ) هذا بالإجماع ، إلا أن مالكاً يقول لم يصل الإمام على المرجوم والمقتول قصاصاً ، وصلى على غيره لأنه ﷺ لم يصل على عاص وصلى عليه غيره . وقال الزهري لا يصلى على المرجوم أصلاً ( لأنه ) أي لأن المقتول في الحد أو القصاص ( باذل نفسه لإيفاء حق مستحق عليه ) أي واجب عليه ( وشهداء أحد بذلوا نفوسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى ) أي يطلب رضى الله من غير أن يكون عليهم حق ( فلا يلحق بهم ) أي بشهداء أحد في ترك الغسل ، وأما ماعز ففي رواية البخاري أنه ﷺ صلى عليه ، وفي الصحيح أنه ﷺ صلى على المرجومة من الزنا أو من قتل في تعذير أو عدا على قوم فقتلوه يغسل لأنه ظلم نفسه فلا يكون شهيداً .

( ومن قتل من البغاة ) بضم الباء الموحدة جمع باغ كقضاة جمع قاض ، وهو الذي يخرج عن طاعة الإمام ، وأصل البغي مجاوزة حد ( أو قطاع الطريق لم يصل عليـه ) وفي الذخيرة عن محمد قاطع الطريق لا يصلى عليه سواء قتل في الحرب أو قتلـه الإمام حداً ، وفي الملتقطات أو قتلوه بعدما وضعت الحرب أوزارها صلي عليهم ، يعني البغاة ، وكذا قطاع الطريق اذا قتلوا بعد ثبوت يد الإمام عليهم ، وإنما لا يصلى عليهم إذا قتـلوا في حال المحاربة والحرب . وفي الذخيرة ذكر الصدر الشهيد في الواقعات إن قتلوا في الحرب

لا يصلى عليهم ، وإن قتلوا بعدما وضعت الحرب أوزارها صلي عليهم ، وكذا قطاع الطريق مثلما ذكر في الملتقطات .

قال أبو الليث وبه نأخذ ، ولم يذكر أنهم هل يغسلون . وذكر نجم الدين النسفي اختلاف المشايخ قيل يغسلون للفرق بينهم وبين الشهداء . وحكم المقتول بالمعصية حكم الباغي ومن قتل أبويه لا يصلى عليه إهانة له ، ذكره في جوامع الفقه . ومن قتل نفسه خطأ بأن قصد رجلاً من العدو ليضربه بالسيف فأخطأ وأصاب نفسه يغسل ويصلى عليه بلا خلاف ، ومن قتل نفسه بحديدة ظلماً ذكر الصدر الشهيد في الجامع الصغير أنه يغسل ويصلى عليه عند أبي حنيفة رضي الله عنه ومحمد بخلاف الباغي .

وفي شرح السير أن فيه اختلاف المشايخ ، قال شمس الأئمة الحلوائي الأصح أنه يصلى عليه . وقال القاضي أبو الحسن السعدي أنه لا يصلى عليه لأنه باغ على نفسه . وذكر السروجي ومن قتل نفسه أو قتل من المغنم يغسل ويصلى عليه . وقال مالك والشافعي وداود وأحمد رحمهم الله لا يصلي عليه الإمام لأنه باغ على نفسه . وذكر السروجي ويصلي عليه بقية الناس . وقال الأوزاعي وعمر بن عبد العزيز لا يصلى عليه ، وهو رواية عن أصحابنا ويغسل ، وكذا الزنا ويصلى عليه عند جميع أهل العلم خلافاً لقتادة وأهل البغاة ، فعند الشافعي يغسلون ويصلى عليهم .

واختلف أصحاب أحمد في ذلك ودليلنا فيه ما أشار اليه المصنف بقوله ( لأن علياً رضي الله عنه لم يصل على البغاة ) ذكر ابن سعد في الطبقات قضية أهل السهروان وليس فيها ذكر الصلاة ، ولفظه قال لما كان بين علي ومعاوية ما كان وقع بصفين في صفر سنة سبع وثلاثين ، ورجع علي « رض » إلى الكوفة خرجت عليه الخوارج عن أصحابه وغسلوه بحروز الدلك سموا الجرروزية ، فأرسل اليهم عبد الله بن عباس فخاصمهم وحياجهم فرجع منهم كثير ، وثبت آخرون على رأيهم ، وساروا إلى سهروان وقتلوا عبد الله بن خباب بن الأرت فسار اليهم علي رضي الله عنه فقتلوهم السهروان ، وقتل ذو الشديد ، وذلك سنه

ثمان وثلاثين ، ثم رجع علي رضي الله عنه إلى الكوفة فلم يزالوا يخافون عليه من الخوارج حتى قتل رضي الله عنه .

وقال السروجي ولنا أن علياً رضي الله عنه لم يغسل أهل النهروان ولم يصل عليهم فقيل له أكفار هم ، فقال لا إخواننا بغوا علينا فقاتلناهم ، ذلك عقوبة لهم ليكون زجراً لغيرهم كالمصلوب يتحرك على خشبة عقوبة له وزجراً لغيره .

فروع : إذا قتل الباغي في المعركة للكفار لا يغسل ولا يصلى عليه . وكذا الذي يقتل بالحتف عليه ، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه . وفي الخلاصة حكم من قتل بالبغي في الأرض بالفساد كالمكابرين والخناق الذي خنق غير مرة ، والمقتولين بالمعصية حكم أهل البغي وقطاع الطريق وحكم من قتل مسمى لا يوصف بالظلم ، كما إذا افترسه السبع أو سقط عليه البناء ، أو سقط من شاهق جبل ، أو سال عليه الوادي وغرق في الماء حكم المقتولين برجم أو قصاص ومن قتل في المصر ليلاً بسلاح أو غير سلاح نهاراً أو خارج المصر بسلاح أو غيره ولم يجب دية فيكون شهيداً عندنا ، وإلا فلا .

* * *

# باب الصلاة في الكعبة

## الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها ، خلافاً للشافعي « رح » فيهما

---

( باب الصلاة في الكعبة )

أي هذا باب في بيان أحكام الصلاة في الكعبة ، وهي إسم للبيت الحرام. وسمي البيت الحرام بذلك لتربعه من قولهم برد مكعب إذا كان فيه شيء مربع . ولما كانت الصلاة فيها مخالفة لسائر الصلوات من حيث جواز الصلاة فيها بالتوجه إلى الجهات الأربع قصداً ، بخلاف غيرها ، وصارت كأنها جنس آخر أجزأها عنها ، كذلك لقلة دورها بالنسبة إلى غيرها ، ولكون مساس الحاجة إلى غيرها أكثر .

وأما وجه المناسبة في ذكرها عقيب باب الجنائز هو أن البيت ضامن الأمن من دخله بالنص ، فكذلك القبر ضامن الميت .

( والصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها ) ارتفاع فرضها ونفلها بالبدلية من الصلاة بدل الإشتمال ، وبقولنا قال جماعة من السلف ، منهم الثوري والشافعي أيضاً ، وقول المصنف ( خلافاً للشافعي فيهما ) أي في الفرض والنفل ليس كما ينبغي . قال السغناقي كأن هذا اللفظ وقع سهواً من الكاتب ، فإن الشافعي يرى جواز الصلاة في الكعبة فرضها ونفلها ، كذا أورده أصحابه في كتبهم عن الوجيز والخلاصة والذخيرة وغيرها ، ولم يرد أحد من علمائنا أيضاً هذا الخلاف فيما عندي من الكتب كالمبسوط والأسرار والإيضاح والمحيط وشروح الجامع الصغير وغيرها ما خلا أنه يشترط السترة المتصلة بالأرض اتصال قرار إذا كان المصلي في عرصة الكعبة كالحجر والشجر .

قلت ذكر في الوجيز لو انهدمت الكعبة والعياذ بالله تصح صلاته خارج الكعبه متوجهاً اليها كمن صلى على جبل أبي قبيس والكعبة تحته ، ولو صلى فيها لم يجز إلا أن يكون بين

يديه شجرة أو بقيه حائط ، والواقف على سطحها كالواقف في العرصة ، فلو وضع شيئاً لا يجزئه ، ولو غرز خشبة فيه وجهان وفي الخلاصة للغزالي تجوز الصلاة في الكعبة إلى بعض ثباتها . وقال الإمام برهان السمرقندي في جواب ما قاله السغناقي بأن تراد أصحاب الشافعي في كتبهم جواز الصلاة فيها لا يدل على أن عدم الجواز ليس قوله كما في كثير من المسائل ، وعدم إيراد أصحابنا علمائنا لا يدل على ذلك أيضاً ، ومن له أدنى مسكة من العقل إذا تأمل ذلك لاح له بلا ريب بطلان قول هذا القائل :

وقال الشيخ الإمام عبد العزيز في الرد عليه الصحيح ما ذكره السغناقي ، فإن اتفاق أصحابه على إيراد الجواز في كتبهم وتعريفاتهم ، واتفاق أصحابنا على عدم إيراد الخلاف في كتبنا يدل على عدم الخلاف مع اجتهاد كل فريق في بيان الخلاف ، وجهدهم في بيان الأقوال لدفع شبهة الخصوم بقدر الإمكان . وقال السروجي نصرة للمصنف وما ذكر في الكتاب عن الشافعي محمول على ما إذا توجه إلى الباب وهو مفتوح،فإن كان الباب مردوداً أو له عتبة قدر ثلثي ذراع يجوز . قال النووي هذا هو الصحيح . وفي وجه يقدر بذراع. وقيل كفى بحوجها . وقيل يشترط قدر ما قامته طولاً وعرضاً ، ولو وضع بين يديه متاعاً واستقبله لم يجز وأخذ الأكمل من كلامه فقال وأجيب بأن مراده إذا توجه إلى الباب وهو مفتوح وليست العتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرجل ، وهو خير من الحمل على السهو . قلت كل هذا لا يخلو من تأمل ونظر يعنت (١) عليه البيت .

( ولمالك في الفرض ) يعني خلافاً لمالك في صلاة الفرض ، فإنها لا تجوز في الكعبة ، ويجوز النفل . وفي الذخيرة القرافية فإن مالك لا يصلي في البيت والحجر فريضة ولا ركعتا الطواف الواجبتان ولا الوتر ولا ركعتا الفجر ، وذكر القرطبي في تفسيره عن مالك أنه لا يصلي فيها الفرض ولا السنن ، ويصلي التطوع ، فإن صلى فيها مكتوبة أعاد في الوقت كمن صلى إلى القبلة بالاجتهاد . وعن ابن حبيب واصبغ يعيد أبداً ، ويقول مالك

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل .

قال احمد وقال أبي عبد الحكم لا يصلي فيه ومنع محمد بن جرير الطبري الجميع فيها . وجه قول مالك أن المصلي فيها مستدبر ومستقبل بوجه ، فاجتمع ما يوجب الجواز وما يوجب عدمه ، فعملنا على ما يوجب عدم الجواز في الفرض وعلى ما يوجب الجواز في النفل احتياطاً وهو القياس في النفل أيضاً ، لأن بابه أوسع ، ولهذا يجوز قاعداً وراكباً بلا عذر ، ولأنه عليه السلام قال إن الطواف في جوفها لا يصح ، فكذا الصلاة .

ولنا ما أشار اليه المصنف بقوله (لأنه ﷺ صلى في جوف الكعبة يوم الفتح) أخرجه البخاري ومسلم عن أيوب عن نافع عن ابن عمر قال لما قدم رسول الله ﷺ يوم الفتح بمكة ونزل بفناء الكعبة وأرسل إلى عثمان بن طلحة فجاء بالمفتاح ففتح الباب ، قال ثم دخل النبي ﷺ وبلال وأسامة بن زيد وعثمان بن طلحة ، وأمر بالباب فأغلق عليه فلبثوا فيه ملياً ، وللبخاري فمكثوا فيه نهاراً طويلاً ، ثم فتح الباب قال عبد الله فبادرت الباب فتلقيت رسول الله ﷺ خارجاً وبلال على أثره ، قلت لبلال وهل صلى رسول الله ﷺ فيه ، قال صلى فيه رسول الله ﷺ ، قلت أين ، قال بين العمودين تلقاء وجهه ونسيت أن أسأله كم صلى .

وأخرجه عن سالم عن ابن عمر قال أخبرني بلالاً أن رسول الله ﷺ صلى في جوف الكعبة بين العمودين اليمانيين ، وأخرج البخاري أن رسول الله ﷺ دخل الكعبة قال ابن عمر فأقبلت والنبي ﷺ قد خرج ووجد بلالاً قائماً بين البابين فسألت بلالاً . قلت هل صلى النبي ﷺ في الكعبة ، قال نعم ركعتين بين الساريتين على يساره إذا دخلت ثم خرج من الكعبة فصلى في وجه الكعبة ركعتين .

فإن قلت أخرج البخاري ومسلم عن ابن جريج [1] عن عطاء عن ابن عباس أن النبي

---

(١) في الأصل أورده جريح باهمال الحرف الأخير ، وقد ورد قبلاً كذلك ، وليس هو من رواة البخاري ومسلم ، وأما باعجام الحرف الأخير – جريج – فهو من رواة الجماعة كما ورد في تهذيب التهذيب . اه مصححه .

عليه السلام دخل الكعبة قام عند سارية ودعى ولم يصل ، وبه عن ابن عباس أخبرني أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ لما دخل البيت دعى فيه حتى خرج ، فلما خرج ركع في قبل البيت ركعتين ، وقال هذه القبلة . قلت أخذ الناس بحديث بلال رضي الله عنه ، لأنه ثبت وقدموه على حديث ابن عباس لأنه نفي ، وإنما يؤخذ بشهادة المثبت ومن تأول قول بلال إن صلى ، أي دعى فليس بشيء ، لأن في حديث ابن عمر أنه صلى ركعتين رواه البخاري « رح » .

ولكن رواية بلال ورواية ابن عباس صحيحتان ، ووجهها أنه ﷺ دخلها يوم النحر فلم يصل ، ودخلها من الغد ، وذلك في حجة الوداع ، وهو حديث مروي حسن عن ابن عمر ، أخرجه الدارقطني في سننه باسناد حسن عن يحيى بن جدعة عن ابن عمر قال دخل النبي ﷺ البيت ثم خرج وبلال خلفه ، فقلت لبلال هل صلى قال لا ، فلما كان من الغد دخل ، فسألت بلالاً هل صلى ، قال نعم ،صلى ركعتين وأخرج الدارقطني أيضاً والطبراني في معجمه عن حبيب بن أبي ثابت عن سعيد بن جبير عن ابن عباس ، قال دخل رسول الله ﷺ البيت فصلى بين الساريتين ركعتين ، ثم خرج فصلى بين الباب والحجر ركعتين ، ثم قال هذه القبلة ثم دخل مرة أخرى ، فقام فدعى ثم خرج ولم يصل .

وأما حديث أسامة بن زيد فروى عنه خلافه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن ابن عمر أخبرني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ صلى في الكعبة بين الساريتين. قلت خاص الكلام في هذا الباب أن المخلص بين هذه الروايات المختلفة ما ذكرناه أولاً ، مع أنه روي عن ابن عمر بن الخطاب وعبد الله بن السائب أنه ﷺ صلى في الكعبة ، فحديث عمر رواه أبو داود في سننه من حديث مجاهد عن عبد الرحمن بن صفوان ، قال قلت لعمر بن الخطاب كيف صنع رسول الله ﷺ حين دخل الكعبة ، قال صلى ركعتين ، وفي إسناده زيد بن زياد ، وفيه مقال ، قاله الخصم .

قلت روى له مسلم مقروناً بغيره ، واحتجت له الأربعة والطحاوي ، وحديث عبدالله ابن السائب رواه ابن حبان في صحيحه قال حضرت رسول الله ﷺ يوم الفتح وقد صلى

ولانها صلاة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة ، لان استيعابها ليس بشرط . فإن صلى الامام بجماعة فيها ، فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الامام جاز ،

---

في الكعبة فخلع نعليه فوضعها على يساره ، ثم افتتح سورة المؤمنين ، فلمابلغ ذكر موسى وعيسى أخذتها سعلة ، فركع .

وأما الجواب عن قول مالك فنقول أنه استقبل شطر المسجد الحرام وهو المأمور ، قال ﴿ فول وجهك شطر المسجد الحرام ﴾ ١٤٤ البقرة ، فيجزئه قياساً على ما لو صلى خارجها ، فانه حينئذ لا يتوجه إلى الكل ، واستدبار البعض مع استقبال البعض لايضر، لأنه ما أمر بالتوجه إلى الكل في حالة واحدة ، لأنه غير ممكن ، وإلا ينصرف إلى ما في الوسع ، وفي وسعه توجه البعض ، فيكون مأموراً بذلك لا غير ، وليست الصلاة كالطواف لأن الطواف بالبيت مأمور فيه ، والطواف بالكل ممكن ، فيجب الطواف خارج البيت ليقع الكل ، ألا ترى أن الطواف خارج المسجد الحرام لا يجوز، بخلاف الصلاة والاستدبار خارج البيت مفسد لعدم استقبال ما هو مأمور لا الاستدبار، فوقع الفرق بين الإستدبارين، كذا في المبسوط والأسرار .

( ولأنها صلاة ) دليل عقلي ، أي ولأن الصلاة في الكعبة صلاة (استجمعت شرائطها) من الطهارة عن الحدثين ، وطهارة الثوب والمكان والنية ( لوجود استقبال القبلة ) لأنه استقبل جزءاً من الكعبة ، واستقبال الكل ليس بممكن ، ولا هو شرط ، وهو معنى قوله ( لأن استيعابها ليس بشرط ) أي استيعاب أجزاء الكعبة .

(فإن صلى الإمام بجماعة فيها) أي في الكعبة (بجماعة ، فجعل بعضهم )أي بعض الجماعة ( ظهره إلى ظهر الإمام جاز ) أي جاز فعله ذلك يعني صلاته . وفي المرغيناني وجوامع الفقه لو صلوا فيها بجماعة جازت صلاتهم ، سواء كان المقتدي وجهه إلى ظهر الإمام أو إلى وجهه أو إلى جنبه أو ظهره أو إلى ظهره إلى جنبه، لكن يكره إذا كان وجهه إلى وجه الإمام لاستقبال الصورة إلا بحائل ، ولا يجوز صلاة ثلاثة من كان ظهره إلى وجه الإمام

لانه متوجه إلى القبلة ، ولا يعتقد إمامه على الخطأ ، بخلاف مسألة التحري ، ومن جعل منهم ظهره إلى وجه الامام لم تجز صلاته لتقدمه على إمامه ، وإذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة ، وصلوا بصلاة الإمام ،

---

والثاني من كان وجهه إلى الجهة التي وجه الإمام اليها وهو عن يمينه . ويقدم عليه بأن كان أقرب إلى الحائط من الإمام ، والثالث عن يساره مثله لتقدمه على الإمام بذلك أو لم يعلم .

( لأنه متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ ) أي والحال ان لايعتقدعلى الخطأ. قال الأترازي هذا التعليل ليس بكاف لجواز صلاة من جعل ظهره إلى ظهر الإمام ، لأن هذه العلة وهي توجه القبلة وعدم الإعتقاد خطأ الإمام . حاصله فيما إذا جعل ظهره إلى وجه الإمام ، ومع هذا صلاته فاسدة ، وكان ينبغي أن يزاد فيه قيد آخر بأن يقال لأنه متوجه إلى القبلة غير متقدم على إمامه ولا يعتقد إمامه على الخطأ . وأجاب عنه الأكمل بأنه لما علل عدم الجواز في الوجه الرابع بالتقدم على الإمام ، دل على أنه مانع ، فاقتصر عن ذكره في الأول اعتماداً على أنه يفهم من الثاني ( بخلاف مسألة التحري ) يعني إذا صلوا في ليلة مظلمة ، فجعل بعضهم ظهره إلى ظهر الإمام ، وقد علم حال إمامه لا تجوزصلاته ، لأنه اعتقد إمامه على الخطأ .

( ومن جعل منهم ) أي من القوم ( ظهره إلى وجه الإمام لم تجز صلاته لتقدمه على إمامه ) قيد به ، لأنه إذا كان وجهه إلى وجه الإمام جازت صلاته كما ذكرنا. وفي الإيضاح ينبغي لمن يواجه الإمام أن يجعل بينه وبين الإمام سترة ، احترازاً بالتشبيه بعابد الصورة .

( وإذا صلى الإمام بالمسجد الحرام وتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلاة الإمام ) لفظ تحلق الناس جملة وقعت حالاً ، والجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً يجوز إثبات الواو وحذفه ، ولكن لا بد من قد ظاهرة أو مقدرة ، والعجب من الأكمل حيث قال

فمن كان منهم أقرب إلى الكعبة من الإمام جازت صلاته إذا لم يكن في جانب الإمام ، لان التقدم والتأخر إنما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته ، خلافاً للشافعي « رح » لان الكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء

---

فقال بعضهم أن يحلق حال بتقدير قد ، فكأنه استغرب هذا ، وأسنده إلى البعض مع أن معنى التركيب على هذا ، وليست بجواب إذا .

وجواب إذا هو قوله ( فمن كان منهم ) أي من القوم ( أقرب الى الكعبة من الإمام جازت صلاته إذا لم يكن في جانب الإمام ) لأنه مستقبل الجزء من الكعبة وليس بتقدم على إمامه ، فصار كمن صلى خلفه وهذا ( لأن التقدم والتأخر إنما يظهر عند اتحاد الجانب ) لأنها من الأسماء الإضافية فلا يظهر إلا عند اتحاد الجهة ، بخلاف ما إذا كان من جهة الإمام ، لأنه حينئذ يكون مستدبر الكعبة متقدماً عليه في ذلك يخرجه من حكم الإقتداء .

( ومن صلى على ظهر الكعبة ) أي على سطحها ، ولعل اختيار لفظ الظهر لورود الحديث به ( جازت صلاته ) ولكن يكره ، وكذا على جدارها إذا كان متوجهاً إلى ظهرها الذي هو سطحها وإن حمل السطح إلى ظهرها لا تصح صلاته ، ذكره في جوامع الفقه ، وقال مالك لو صلى على ظهر الكعبة يعيد أبداً . وقال أشهب يعيد في الوقت . وقال ابن عبد الحكم لا يعيد . وقال صاحب الجلاب تكره المكتوبة على ظهر الكعبة ، وفيها وفي الحجر ( خلافاً للشافعي « رح » ) فإنه لم يجوزها على سطح الكعبه ، إلا إذا كان بين يديه سترة متصلة ، وإن كان بين يديه عصاً مغروزة غير مبنية ولا مستمرة فوجهان ، ولو جمع تراب السطح أو العرصة وحفر حفرة فوقف فيها أو استقبل شجرة نابتة ، ولو استقبل حشيشاً نابتاً أو خشبة فوجهان . وقال ابن شريح يصح في الكل ، وإن وقف على طرف سطح الكعبة واستدبرها لا يجوز بلا خلاف .

( لأن الكعبة هي العرصة ) بسكون الراء ( والهواء إلى عنان السماء ) بفتح العين .

عندنا دون البناء ، لأنه ينقل، ألا ترى أنه لو صلى على جبل أبي قبيس جاز ، ولا بناء بين يديه ، إلا أنه يكره لما فيه ، ومن ترك التعظيم وقدورد النهي عنه عن النبي ﷺ

---

وفي ديوان الأدب العنان السحاب ( عندنا دون البناء ، لأنه ينقل ) وفي المحيط والوبري وغيرهما القبلة هي موضع الكعبة ، والعرصة مع الهواء إلى عنان السماء ، لأن الجدران مؤلفة من الحجارة والطين والجير ونحوها ، وكل ذلك مما ينقل ويحول ( ألا ترى أنه لو صلى على جبل أبي قبيس جاز ولا بناء بين يديه ) وكذا لو صلى على غيره من المواضع العالية وفي شرح المهذب لو انهدمت الكعبة والعياذ بالله فوقف حارج العرصة واستقبلها في صلاته جازت بلا خلاف،أما إذا توقف على وسط العرصة وليس بين يديه شيء شاخص لم تصح صلاته على المنصوص . وقال ابن شريح تصح صلاته .

( إلا أنه يكره ) استثناء من قوله جازت صلاته ويتذكر الضمير في أنه تأويل فعل الصلاة أو أدائها ( لما فيه ) أي في المصلي على ظهر الكعبة ( ومن ترك التعظم وقد ورد النهي عنه عن النبي ﷺ ) أي عن ترك التعظم ، وقيل عن أداء الصلاة على ظهرها وجب النهي ، رواه ابن عمر ، وأخرجه الترمذي وابن ماجة عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى أن يصلى في سبعة مواطن : في المزبلة والمجزرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام ومعاطن الإبل وفوق ظهر بيت الله ، قال الترمذي حديث حسن ليس إسناده بالقوي .

فروع : امرأة وقعت بحذاء الإمام وقد نوى إمامة النساء فاستقبلت الجهة التي استقبلها الإمام فسدت صلاة الكل ، وإن استقبلت جهة أخرى لا تفسد ، ذكره المرغيناني. وقال القرافي في الذخيرة هل المشروط في الإستقبال بعض هوائها أو بعض بنائها أو جميع بنائها، فالأول: قول أبي حنيفة « رض » . والثاني: قول الشافعي « رح » . والثالث: قول مالك « رض » والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وعليه توكلي ورجائي .

# كتاب الزكاة

## ( كتاب الزكاة )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الزكاة وقرنها بالصلاة تناسباً واقتداء بما ذكر الله تعالى في آي من القرآن في قوله تعالى ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة ، وكذلك في السنة بني الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ، واقام الصلاة وإيتاء الزكاة .

وأما تقدم الصلاة عليها فلأنهما حسن في معنى في نفسها لكن بالواسطة، فكانت هي أحط رتبة من الصلاة، ويقال وجه مقارنتها بالصلاة هو ان سبب وجوب العبادة نعم الله تعالى، والنعمة بدنية ومالية، والنعمة البدنية أعظمها وأتمها فكان صرف عناية المكلف الى تعميمها أحق والعبادة المالية بذريعة المال ، ولهذا سمى النبي ﷺ الصلاة عماد الدين والزكاة قنطرة الإسلام، فاقتضت حكمة الله تعالى تقديم الصلاة على الزكاة وجعلت الزكاة ثانية الصلاة للآية المذكورة .

ثم لفظ الزكاة قائم المصدر أعني التزكية يقال زكى ماله تزكية، إذا أدى عنه زكاته، وأصل مادته يأتي لمعان بمعنى الطهارة ، قال الله تعالى ﴿ وحناناً من لدنا وزكاة ﴾ ١٣ مريم ، أي طهارة ، وقال الله تعالى ﴿ وتزكيهم ﴾ ١٠٣ التوبة أي تطهرهم ، وبمعنى النماء يقال زكى الزرع إذا نمى ، وقال الجوهري زكى الزرع يزكو زكاة ممدودة أي ينمى ، وأزكاه الله تعالى . وبمعنى النعم قال الأموي زكا الرجل يزكو زكا زكواً إذا تنم وكان في خصب . وبمعنى آخر يقال هذا الأمر لا يزكو بفلان ، أي لا يليق به ، وبمعنى آخر يقال تزكى الرجل أي تصدق ، وبمعنى هذا المدح يقال زكى نفسه قال الله تعالى ﴿ فلا تزكوا أنفسكم ﴾ ٣٢ النجم ، وبمعنى الثناء الجميل ومنه زكى الثناء فمخرج الزكاة يحصل الثناء الجميل ، وزكاة الناقة بولدها إذا أدبرت به بين رجليها . وسميت صدقة لدلالتها على صدق العبد في العبودية إذا أداها لأنها على النفس أشق .

وأما معناه الشرعي فقد قال الشيخ قوام الدين الكاكي، وشرعاً عند المحققين من

اصحابنا ايتاء جزء مقدر من النصاب الحولى إلى الفقير لله تعالى ، قلت هذا يحتاج إلى قيد آخر وهو ان يقال إلى الفقير غير الهاشمي ، وقيل الزكاة اسم للمال المؤدى لأنه تعالى أمرنا بإيتاء الزكاة ، والمراد بالايتاء إخراجها من العدم إلى الوجود . وقال السغناقي قـال المحققون من أصحابنا ان الزكاة في عرف الشرع اسم لفعل الاداء بدليـل قولنا الزكاة واجبة ، والوجوب من صفات الافعال لا من صفات الاعيان كذا في المبسوط ، ثم قال يجوز ان يقال ان الزكاة في اصطلاح الشرع عبارة عن اخراج الحر البالغ المسلم العاقـل إذا ملك نصاباً ملكاً تاماً طائفة من المال إلى المصرف لرضاء الله تعـالى لاسقاط الفرض على وجه ينقطع مع المؤدى . وقال تاج الشريعة الزكاة في الشرع عبارة عن إيتاء جزء مـن النصاب الحولي إلى الفقير ، لأنها توصف بالموجود الذي هو من صفات الفعل ، ثم اطلقت على القدر المخرج إلى إلى الفقير مجازاً اما لأنه يوصف بطهر المخرج من الذنوب أو لأنه ينمي ماله ويبارك له ويفتى مدفعاً لتلف أصل المال المذكور في قوله ﷺ ما خالطت الصدقة مالاً إلا أهلكته .

والاحسن ما قاله الشيخ حافظ الدين النسفـي الزكاة تمليك المـال من فقير مسلم غير هاشمي ولا مولاه بشرط قطع المنفعة عن المالك من كل وجه لله تعالى .

قلت ولو قال تمليك جزء من المال لـكان حسناً . وبقي الكلام في صفتها (١) وسبب وجوبها وشروطها وحكمها .

أما صفتها فهي فريضة محكمة يجب تكفير جاحدها على ما يجيء بيانه عن قريب ان شاء الله تعالى ، وفي السنة الثانية من الهجرة فرضت الزكاة .

وأما سبب وجوبها فالمال ، ولهذا تضاف إلى المال ، فيقال زكاة المـال والواجبات تضاف إلى اسبابها ، ولكن المال سبب باعتبار عين الملك ، والعين لان تحصل إلا بمـال مقدر وهو النصاب .

---

(١) في الاصل – في صفقها . اهـ مصححه .

وأما شروطها فسبعة ، اربعة في المالك وهو ان يكون حراً بالغاً عاقلاً مسلماً وليس علية دين ، وثلاثة في المملوك وهو ان يكون النصاب كاملاً حولياً ومساناً أو منجزاً بمقله أو بعلا [ كذا ] .

وأما حكمها فالخروج عن عهدة التكليف في الدنيا ، والنجاة عن العقاب ، ووصول الثواب في الآخرة كذا في المبسوط .

( الزكاة واجبة ) قال الكاكي أراد بالوجوب الفرض ، وفي الكاكي والدراية وصفت بالوجوب مع انها فريضة لأنه اريد به الثبوت والالزام ، فيكون واجباً قطعاً ، أو لان أصلها ثبت بالدليل القطعي ، ولكن مقدارها ثبت بأخبار الآحاد ، فإن قوله تعالى ﴿ وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة ، مجمل في حق المقدار ، ولعل صاحب الكتاب نظر إلى هذا عدول عن لفظ الفرض والواجب ، والفرض يلتقيان في حق العمل ،فيصح اطلاق أحدهما على الآخر مجازاً .

وقال السغناقي وفي عليته والوتر فرض ، ويرى بذكره لما ان الاصح من مذهب أبي حنيفة « ر ض » أن الوتر واجب ، والأولى أن يقال فيه أراد بالوجوب اللزوم والثبوت لأنه يبنى عنه لغة . وقال السروجي وفي البدائع والتحفة وغيرهما انها فريضة ، وأراد بالوجوب التحقق والثبوت ، قال عليه الصلاة والسلام وجبت ،أي ثبتت وتحققت أو لأنه لو قال فرضاً لتبادر الذهن إلى الفرض الذي هو التقدير ، وهو الغالب في باب الزكاة ، لأنها جزء مقدر في جميع اصناف الاموال .

( على الحر البالغ العاقل المسلم ) الجار والمجرور يتعلقان بقوله واجبة ذكر اربعة أشياء . الأول : الحرية فلا تجب على العبد .

والثاني : العقل فلا تجب على المجنون .

والثالث : البلوغ ، فلا تجب على الصبي .

والرابع : الاسلام فلا تجب على الكافر .

وسيجيء بيان كل واحد منها عن قريب ، لأن هذا الكتاب شرح القدوري في نفس الأمر .

اذا ملك نصاباً ملكاً تاماً وحال عليه الحول ، واما الوجوب فلقوله تعالى ﴿ وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة ، ولقوله ﷺ ادوا زكاة أموالكم

---

( إذا ملك نصاباً كاملاً ملكاً تاماً وحـــال علية الحول ) الملك الاختصاص المطلق الحاجز ، وقيل هو القدرة على التصرف على وجه لا يتعلق بذلك تبعة في الدنيا ولا غرامة في الآخرة . والنصاب الاصل وهو كل مال لا تجب فيما دونه الزكاة ، والملك التام الذي يكمل جميع آثار الملك ، واحترز به عن مال المديون والمكاتب ، ومال الضمان وبدل الخلـــع والمهر قبل القبض . وقال السغناقي صاحب الدين يستحقه عليـه ويأخذه من غير قضاء ولا رضى ، وذلك لأنه عدم الملك كما في الوديعة والمغصوب ، قال ولا يلزم على هـــذا الواهب فيما وهب حيث كان له الرجوع في هبته ، وهو لم يمنع تمام الملك للموهوب له حق تجب عليه الزكاة ، لأنا نقول انه لا يتملكها عليه إلا بقضاء أو برضاء .

وأما الصداق قبل القبض ، فان العقد أصل الملك وتمام بما هو المقصود لا يحصل إلا بالقبض وصيرورته نصاب الزكاة بناء على تمام المقصود ، لا على حصول اصل الملك حتى لا تجب الزكاة في مال الضمان ، وان وجد أصل الملك وكذا في المبسوط ، وقيـل يحتمل أن يكون قوله ملكاً تاماً احترازاً عن البيع قبل القبض حيث لا زكاة فيه ، لأن ملكه م يتم ، ولهذا لا يجوز تصرفه فيه ، والملك عبارة عن مطلق التصرف فيكون الملك فيه ناقصاً ، ولا يلزم عليه ابن السبيل لأن يده ثابتة .

( وأما الوجوب فلقوله تعالى ﴿ وآتوا الزكاة ﴾ وقوله عليه السلام ادوا زكاة اموالكم ) أي أما وجوب الزكاة فلقوله عز وجل ﴿ أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة ، وقد أمر الله تعالى بإيتاء الزكاة والامر المطلق للوجوب على المختار عند الاصوليين والفقهاء . وقال المروزي وغيره من الشافعية الآية مجملة . قال البندنيجي هو المذهب وبينتها السنة لكن أصل الوجوب ثابت بها . وقال بعضهم ليست مجملة بل كان ما يتناول اسم الزكاة ، فالآية تقتضي الوجوب والزيادة عليه تعرف بالسنة ، والامر المطلق موقوف على البيان عند بعض الشافعية ذكره السرخسي .

قوله وقوله – عليه الصلاة والسلام ادوا زكاة أموالكم – أي وقوله عليـــه الصلاة

والسلام .. الخ ، وهذا جزء من حديث أخرجه الترمذي في آخر أبواب الصلاة عن سليم ابن عامر قال سمعت ابا امامة يقول سمعت رسول الله ﷺ يخطب في حجة الوداع فقال اتقوا الله وصلوا خمسكم وصوموا شهركم ، وأدوا زكاة اموالكم ، وأطيعوا الله إذا أمركم ، تدخلوا جنة ربكم . وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم ، ولا نعرف له علة ولم يخرجاه .

وقد احتج مسلم بأحاديث سليم بن عامر وسائر رواته متفق عليهم ، وروي هذا ايضاً من رواية أبي الدرداء رواه الطبراني في كتاب سند الشاميين أن النبي ﷺ قال أخلصوا عبادة ربكم ، وصلوا خمسكم ، وأدوا زكاة أموالكم ، وصوموا شهركم ، وحجوا بيت ربكم ، تدخلوا جنة ربكم ، وفيه قصة .

( وعليه اجماع الامة ) أي على وجوب الزكاة اجماع امة محمد ﷺ من الصدر الاول إلى زماننا حتى كفروا جاحدها ، وفسقوا تاركها ، كذا في شرح المبسوط . وقال الكاشاني في البدائع الدليل على فرضيته الكتاب والسنة والاجماع والمعقول .

واعترض عليه بأن السنة لا تثبت بها الفرض إلا أن تكون متواترة أو مشهورة لاسيما فرضاً يكفر جاحده والزكاة جاحدها يكفر ، والسنة الواردة فيها أخبار آحاد صحاح وبها يثبت الوجوب دون الفرض ، والعقل لا يثبت به وجوب الزكاة والصلاة وغيرها من الاحكام الشرعية ، وان اراد بالمعقول المقالية المستنبطة لا يثبت بها الفرضية .

وقال الكاشاني أما المعقول فمن وجوه ثلاثة الاول انه من باب اعانة الضعيف وتقويته على اداء ما فرض الله تعالى عليه من التوحيد والعبادة ، والوسيلة إلى اداء المفروض مفروض . ورد بأنه يمكن حصول التوحيد وغيره بغير هذه الوسيلة فلا يكون فرضاً .

قال الثاني : أنها تطهير نفس المؤدي وتزكية اخلاقه والتخلق بالجود والكرم ورد بأنه أبعد .

قال والثالث : فيه شكر نعمة المال وشكر المنعم فرض عقلاً ورد بأنه لا يخفى .

فروع : إذا امتنع من اداء الزكاة ولم يجحد وجوبها اخذت وغرر ولا يأخذ زيادة على الواجب ، وهذا قول أكثر أهل العلم مثل مالك والشافعي « رح » وأظهر قولي احمد بن حنبل وأصحابه . وقال اسحاق والحسن وعبد العزيز وأحمد « رح » في رواية ، والشافعي في قوله القديم يأخذها الامام وينظر مـــا له ، وفي رواية عن اسحاق « رح » يؤخذ معها مثلها .

فان قلت روى أبو داود والنسائي « رح » من حديث بهز بن حكيم بن معاوية عن أبيه عن جده انه ﷺ كان يقول في كل سائمة الابل في كل أربعين ، بنت لبون من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ومن أبى فأنا آخذها وشطر ماله غريمة من غرامات ربنا لا يحل لآل محمد ﷺ منها شيء .

قلت كان ذلك في بدء الاسلام حيث كان العقوبات بالمال ثم نسخ .

( والمراد بالواجب الفرض لأنه لا شبهة فيه ) أي المراد من قولنا في أول كتاب الزكاة واجبة ، الفرض ، لانه ثبتت بدليل لا شبهة فيه وهو الكتاب والسنة المتواترة . واجماع الامة ، وقد مضى الكلام فيه هناك .

( واشتراط الحرية ) مرفوع بالابتداء وخبره محذوف أي اشتراط الحرية في وجوب الزكاة ( لأن كمال الملك بها ) اي بالحرية إذ العبد قد يملك اليه وانصرف بالكتابة والاذن ، وقد قال الكاكي وقال عليه الصلاة والسلام وليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق ، فلما لم تجب في مال المكاتب مع انه حر من وجه وقِنّ [1] من وجه ، ففي غير المكاتب أولى لأنه قن من كل وجه ، والزكاة وظيفة مالية ولا مال للعبد ، فقطعت الحرية بالاجماع .

وقال الاترازي « رح » انما اشترطت الحرية لما ذكر الشيخ ابو بكر العبد الجصاص « رح » الرازي في شرح الطحاوي باسناده إلى جابر رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال ، ليس في مال المكاتب زكاة حتى يعتق . وقال السروجي العبد المأذون له ان كان عليه دين يحيط كسبه فلا ملك لسيده عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وعندهما يستحق الصرف إلى

---

(١) في مختار الصحاح ( القِنّ ) العبد إذا ملك هو وأبوه .. الخ ا هـ مصححه .

**والعقل والبلوغ لما يذكره والاسلام لأن الزكاة عبادة ولا تتحقق العبادة من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب، لأنه ﷺ قدر السبب به، ولا بد من الحول لأنه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء**

---

غير ماله، وان لم يكن عليه دين تجب الزكاة فيه على مولاه وبه قال الشافعي رضى الله عنه.

وقال مالك رضى الله عنه لا تجب الزكاة في مال العبد لا عليه ولا على سيده. قال ابن المنذر «رح» وهو قول ابن عمر وجابر والزهري وقتادة وأبو عبيدة وأحمد رضى الله عنهم، وقال ابن المنذر «رح» أيضاً اوجبها طائفة على العبد وجوزوا له أخذ الصدقة مع حرمتها على الغنى وهو قول عطاء وأبي ثور وداود رحمهم الله.

**(والبلوغ والعقل لما نذكره)أي واشتراط البلوغ والعقل لما نذكره عن قريب وهو قوله وليس على الصبي والمجنون زكاة (والإسلام)أي واشتراط الإسلام في وجوب الزكاة (لأن الزكاة** عبادة فلا تتحقق من الكافر) لأن الامر بأداء العبادات لينال به المؤدي الثواب في الآخرة، والكافر ليس بأهل الثواب للعبادة عقوبة له على كفره حكماً من الله تعالى، وبدون الاهلية لا يثبت وجوب الاداء ووجوب العقوبات عليهم للزجر، وهو أليق بهم بخلاف الجنب والمحدث، لأن اهليتهما غير معدومة بسبب الجنابة والحدث لانهما مباحان، لكن الطهارة لهما شرط صحة الاداء وبعدم الشرط لا تعدم الاهلية.

( ولا بد من ملك مقدار النصاب، لأنه ﷺ قدر السبب به ) أي لأن النبي ﷺ قدر سبب وجوب الزكاة بالنصاب، وهو ما ذكر في صحيح البخاري عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر صدقة، وليس فيما دون خمسة من الابل صدقة.

( ولا بد من الحول ) أي لا بد من وجوب الزكاة من حولان الحول. وقال الجوهري وقولهم لا بد من كذا كأنه قال لا فرار منه. قلت هذا من الاسماء المبنية على الفتح، واصله من البدو وهو للتفريق، ومعناه لا مفارقة من هذا، ونحوه لا محالة.

( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا بد من مدة يتحقق فيها النماء ) أي نماء المال من نمى المال

وغيره نماء ، وربما قالوا ينموا نموا وأنماه الله انماء ، وذكر أبو عبيدة نما ينمو او ينمى .

( وقدرها الشارع بالحول ) أي قدر المدة المذكورة الشارع بالحول لأن الحول ، قال شهاب الدين القرافي سمي الحول حولاً لأن الاحوال تحول فيه ، كما نسمى سنة السنة الاشياء فيها ، والسنة التغير وتسمى عاماً ، لأن الشمس عامت حتى قطعت جملة الفلك لأنها تقطع الفلك كله في السنة مرة وتقطع من كل شهر برجاً من البروج الاثني عشر ، فلذلك قال الله تعالى: ﴿ وكل في فلك يسبحون ﴾ ٣٣ الأنبياء ، وفي المغرب حال الحول دار ومضى وحالت النخلة حملت عاماً وعاماً لا ، وأحالت لغة ، وحال الشيء تغير عن حاله ، ومنه قـال استاذنا وقد جعل حول الزكاة من الدوران والمضي ، لا من التغير ، فالأول مردود في الصحاح الحول السنة والحيلة والقوة .

( لقوله ﷺ لا زكاة في مال حق يحول عليه الحول ) أي لقول النبي ﷺ ، ولا يقال انه اضمار قبـــل الذكر لأن القرائن تدل عليه ، والحديث رواه علي وابن عمر وأنس وعائشة رضي الله عنهم .

أما حديث علي رضي الله عنه فرواه أبو داود « رح » في سننه من رواية الحـارث الاعور « رح » عنه عن النبي ﷺ وفيه عاصم بن ضمرة والحارث الاعور وعاصم وثقـه ابن معين وابن المديني والنسائي ، وتكلم ابن حبان وابن عدى ، فالحديث حسن لا يقدح فيه ضعف الحارث لمتابعة عاصم له .

وأما حديث عبدالله بن عمر رضى الله عنه فرواه الدارقطني « رح » عن اسماعيل بن عياش عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر (١) مرفوعاً ليس في مال زكاة حتى يحول عليه الحول ، واسماعيل بن عياش « رح » ضعيف . وفي رواية عن غـــير بن معين قال الدارقطني ورواه معمر وغـــيره عن عبدالله موقوفاً ، والصواب انه موقوف وله طرق أخرى .

وأما حديث أنس رضي الله عنه فأخرجـــه الدارقطني « رح » ايضاً في سننه عن

(١) هكذا ورد الاسناد في الاصل .

ولأنه الممكن به من الاستنماء ولاشتماله على الفصول المختلفة
والغالب تفاوت الاسعار فيها فأدير الحكم عليه

---

حسان بن سياه عن ثابت عن أنس رضي الله عنه مرفوعاً ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بحسان بن سياه ، وقال لا أعلم انه يرويه عن ثابت رضي الله عنه غيره . وقال ابن حبان حسان بن سياه منكر الحديث جداً لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد .

وأما حديث عائشة رضى الله عنها فرواه ابن ماجة في سننه عن حارثة بن أبي الرجال عن عمرة عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ، والحارثة هذا ضعيف ، وقال ابن حبان تركه احمد ويحيى « رح » .

( ولأنه الممكن به من الاستنماء ) أي ولأن الحول هو الممكن وهو على وزن الفاعل من التمكين ، والاستنماء طلب النماء .

( ولاشتماله على الفصول المختلفة ) أي لاشتمال الحول على الفصول المختلفة وهي الربيع والصيف والخريف والشتاء ، فإن التجارات مما يتهيأ الاسترباح فيها في الصيف دون الاشتاء ، وقد يكون على العكس وكذلك في الربيع والخريف فلذلك علق الاستنماء بحولان الحول ، ثم لما أقيم حولان الحول مقام الاستنماء فبعد ذلك لم يعتبر حقيقة الاستنماء حتى إذا ظهر النماء ولم يظهر يجب الزكاة كالسفر لما اقيم مقام المشقة لم يعتبر حينئذ وجود المشقة فكذلك هاهنا .

( والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ) هذا كله جواب عن سؤال مقدر ، وهو ان يقال لم اعتبر اشتمال الحول على الفصول المختلفة ، فأجاب بقوله ان الغالب تفاوت الاسعار أي أسعار الاشياء فيها أي في الفصول ، فأدير الحكم عليه أي على الغالب ، وشرط حولان الحول شرط الحول في الحجرين (١) وأموال التجارة والسوائم بخلاف زكاة الزرع ، والسرخسي رحمه الله جعل الحول وصفاً للسبب ولم يجعله شرطاً ، وقال وكلمة

---

(١) هكذا رسمت في الاصل . اه مصحح .

ثم قيل هي واجبة على الفور ، لانه مقتضى مطلق الامر ، وقيل على التراخي

---

حتى في قوله حتى يحول عليه الحول ليست للشرط. وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما إذا نمى النصاب بالربح عند آخر الحول تجب الزكاة، وان لم يكن نصاباً في أوله ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

( ثم قيل هو واجب على الفور ) قائله هو الكرخي ، فانه قال هو واجب أي أداء الزكاة واجب على الفور ، أي على الحال كذا قال في المغرب ، وهو في الاصل مصدر فارت القدر إذا غلت ، فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريب فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره ، أي من ساعته قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى والمراد به ان يجب الفعل في اول اوقات الامكان ، وهو ايضاً قول عامة أهل الحديث ، كذا روي عن محمد ، ففي المنتقى عن محمد « ر ح » له مائتنا درهم فحال عليها حولان ولم يزك فقد أساء ، لا يحل له ما صنع ، وعليه زكاة حول واحد ، وعنه لم يؤد زكاته لا تقبل شهادته ، وان التأخير لا يجوز ذكره في المحيط ، ومن اختار من اصحابنا ان يطلق الامر على الفور الامام ابو منصور الماتريدي ، وفي الميزان عنه لا يعتقد فيه الفور ولا التراخي إلا بدليل زائد يدور الامر ، وفي الوترى لم يذكر في ظاهر الرواية بل تجب وجوباً موسعاً أو مضيقاً .

( لأنه مقتضى مطلق الأمر ) أي لأن الفور مقتضى مطلق الامر ، لأن الامر لحاجة تأخيره ، وهو دفع حاجة الفقير ، والدليل عليه انه إذا أدى في اول اوقات الامكان يخرج من العهدة .

( وقيل على التراخي ) القائل هو محمد بن شجاع البلخي وكذا روى ايضاً أبي بكر الجصاص الرازي « ر ح » . وروى هشام عن أبي يوسف انه يسعه التأخير فرق بينها وبين الحج أن الحج يختص بوقت يأتي في السنة مرة، وفي التأخير تفويت وليس ذلك في الزكاة ، وفي الوترى لو منع السائمة عن المصدق قيل يضمن بالهلاك كبيع الوديعة والعارية ، وقيل لا يضمن وهو الصحيح . ويمنع الزكاة على الفقير لا يضمن لعدم تعينه فإن له ان يدفعها إلى غيره ، وعند الشافعي « ر ح » على الفور ويضمن بالتأخير بعد التمكن وباتلافه قبل التمكن وفي اتلاف الاجنبي قولان .

لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط

وليس على الصبي والمجنون زكاة ، خلافاً للشافعي « ر ح »

---

( لأن جميع العمر وقت الاداء ) أي وقت اداء الزكاة فلا يجوز تقييده بأول اوقات امكان الاداء .

( ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط ) أي ولكون جميع العمر وقت الاداء لا يضمن المزكى بهلاك النصاب أى نصاب كان بعد التفريط ، أى التقصير بعدم الاداء في وقت التمكن .

وقال الشافعي ومالك وأحمد رضى الله عنهم كما في الاستهلاك ، لأنه صار ديناً في ذمته . قلنا الواجب جزء من النصاب فلا يتصور بقاء الجزء بعد هلاك النصاب بخلاف ما إذا استهلكه ، لأنه دخل في ضمانه فيبقي ديناً في ذمته .

( وليس على الصبي والمجنون زكاة عندنا ) وبه قال أبو وائل وسعيد بن جبير والنخعي والشعبي والثوري والحسن البصري ( ر ح ) وحكي عنه انه اجماع الصحابة رضى الله عنهم . وقال سعيد بن المسيب رضى الله عنه لا تجب الزكاة إلا على من وجبت عليه الصلاة والصيام ، وذكر حميد بن زنجويه النسائي انه مذهب ابن عباس رضى الله عنه . وفي المبسوط وهو قول علي رضى الله عنه أيضاً ، وعن جعفر بن محمد عن ابيه مثله وبه قال ابن شريح « ر ح » ذكره النسائي ، وقال سائر اهل العراق لا يرون الزكاة على الصبي ولا على وصيه ، وقالوا لا تجب الزكاة إلا على من وجبت عليه الصلاة . وعن ابن مسعود رضى الله عنهما انه قال إذا بلغ ان شاء زكى وان شاء ترك .

وقال الاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز تجب الزكاة في ماله ولا يخرجها الوصي ولكن يحصيها فإذا بلغ أعلمه حتى يزكيه بنفسه ، وقال ابن أبي ليلى الزكاة في ماله ، فإذا اداها الوصي ضمن . وقال ابن شبرمة لا ازكي الذهب والفضة ، ولكن ازكى الابل والبقر والغنم وما ظهر وما غاب لم أطلبه ذكره ابن المنذر في الأسرار .

( خلافاً للشافعي رضى الله تعالى عنه ) انتصاب خلافاً على انه مصدر فعل محذوف

والتقدير خالفنا خلافاً كائناً للشافعي ، وبقوله قال مالك وأحمد رضى الله عنهما ، فقالوا تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون ،ويطالب الوصي والولي بالاداء ويأثم بالترك وان لم يخرج الولى وجب عليهما بعد البلوغ والاقامة إخراجها لما مضى من السنين .

قال السروجي وعبارة الشافعية لا تجب الزكاة عليهما بل تجب في مالهما . وعندالحنابلة الوجوب عليهما ، ذكره في المغنى ، واحتجوا في ذلك بما رواه الترمذي عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ خطب الناس فقال من ولى يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة . قال الترمذي « رح » انما يروى هذا الحديث من هذا الوجه وفي اسناده مقال ، لان المثنى يضعف في الحديث . وقال صاحب التنقيح قال أبي سألت أحمد بن حنبل عن هذا الحديث فقال ليس بصحيح ، وله طريق آخر اخرجه الدارقطني في سننه عن عبيدالله بن اسحاق حدثنا مندل عن أبي اسحاق الشيباني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « ر ض » قال قال رسول الله ﷺ نحوه ، قال الدارقطني الصحيح انه من كلام ابن عمر رضى الله عنهما .

طريق آخر أخرجة الدارقطني عن محمد بن عبدالله الفخري عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده « ر ض » قال قال رسول الله ﷺ في مال اليتيم زكاة ، قال الدارقطني عن محمد الفخري ضعيف ، وعبدالله بن اسحاق أيضاً ضعيف وقال صاحب التنقيح هذه الطرق الثلاثة ضعيفة ، واحتجوا أيضاً بحديث أنس بن مالك قال قال رسول الله ﷺ اتجروا في اموال اليتامى لا تأكلها الزكاة . أخرجه الطبراني في الاوسط ، حدثنا علي بن سعيد الرازي حدثنا الفرات بن محمد الغراوي حدثنا بحرة بن عيسى الغافري عن محمد بن عبدالملك بن أبي كريمة عن عمارة بن عرنة عن يحيى بن سعيد عن أنس . وقال الطبراني لا يروى هذا الحديث عن أنس إلا بهذا الاسناد .

وقال السروجي رحمه الله وأجاب شمس الائمة وغيره من الاصحاب عن احاديثهم مع انها غير ثابتة ان المراد من الصدقة النفقة ويؤيده انه اضاف الاكل إلى جميع المال والنفقة

فانه يقول هي غرامة مالية فيعتبر بسائر المؤن ، كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقاً لمعنى الابتلاء

---

التي تأكل جميع المال ، وقال ركن الدين امام زاده معني فليترك ماله بالتمييز بالتجارة، لأن الزكاة هي الزاد وهي الثمرة ، والصدقة هي النفقة لقوله عليه الصلاة والسلام نفقة المرء على عياله صدقة وكذلك المراد من الزكاة زكاة الفطر ثم هو منقوض بمال [1] فإنه لا تجب الزكاة فيه على المذهب عندهم ، ذكره النووي في شرح المهـــذب فصار كالحرية والعقل فأنه لا يجب على الصبي .

( فانه يقول هي غرامة فيعتبر بسائر المؤن ) أي فإن الشافعي رضى الله عنه يقول هي أي الزكاة ، غرامة ، أي حق وجب بسبب المال والصغر لا يمنع وجوبه فيعتبر بسائر المؤن . وقال السغناقي غرامة مالية أي وجوب شيء مالي ، استعار لفظ الغرامـــة إلى الوجوب لما أن حقيقة الغرامة هي ان يلتزم الانسان ما ليس عليه .

( كنفقة الزوجات ) هذا من شأن المؤن المعنى أن الزكاة لما كانت مؤنة مالية تجب عليها كما تجب سائر المؤن كنفقة الابوين ونفقة الزوجات والغرامات الماليـــة ( وصار كالعشر والخراج ) أي وصار وجوب الزكاة عليها كوجوب العشر والخراج يؤخذان من مالها.

فإن قلت الزكاة واجبة فاستوى فيها الصغير والكبير كصدقة الفطر . قلت صدقة الفطر اجريت مجرى حقوق الآدميين ، ولهذا تلزم الانسان عن غـــيره وحقوق الادميين يجوز ان تلزم الصبي ، ولأن الفطرة تجب على رقبة الحر لا على طريق البدل فجاز ايجابها في حق الصبي والزكاة حق مالي لا يجب على رقبة الحر ، فإن افتقر إلى النية فـلا تجب على الصبي كالحج .

( ولنا انها عبادة مالية فلا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقاً لمعنى الابتلاء )أي الحجة لنـــا ان الزكاة عبادة مالية ، لأن الاسلام بنى عليه كما ورد في الحديث قوله ـ فـلا تتأدى ـ أي تتحقق العبادة إلا باختيار صحيح أو باختيار ثابت بسبب ثباته عن اختيار صحيح

---

(١) هنا كلمة غير واضحة في الاصل وقد كتبت ( ابين ) .

لا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض، وكذلك الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة، فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم

---

ليتحقق معنى الابتلاء، يعني انا ابتلينا بالعقل ليظهر المطيع من العاص، وذلك لا يكون إلا بفعل على سبيل الاختيار دون الجبر .

( ولا اختيار لهما لعدم العقل ) أى ولا اختيار للصبي والمجنون لعدم عقلهما، ولاصحة لاختيار الصبي العاقل فلا تجب عليهما الزكاة، ولهذا لو أدى الصبي العاقل بنفسه لا يصح عند الخصم، فعلم ان اختياره غير صحيح .

فإن قلت الزكاة عبادة تجزىء فيها النيابة، فلم لا تجوز إذا ادى الولى عنهما بسبيل النيابة . قلت النيابة تثبت باختيار المنوب عنه أو باقامة الشرع النائب مقام المنوب عنه جبراً ولم يوجد .

أما صدقة الفطر فالقياس ان لا تجب وهو قول محمد « رح »، وفي الاستحسان تجب وهو قولهما، لأنها مؤنة، ومعنى العبادة فيها ثابت وكذا العشر، والامر في الخراج اظهر لأنها مؤنة فيها معنى العقوبة .

( بخلاف الخراج لأنه مؤنة الارض ) هذا جواب عن قول الشافعي « ر ض » وصار كالعشر والخراج، أراد ان القياس عليه لا يصح، لأن الخراج مؤنة الارض لأن سبب وجوبه الارض النامية لا الخارج، فباعتبار الاصل فهو الارض النامية مؤنة .

( وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ) هذا ايضاً جواب عن قول الشافعي وصار كالعشر يعني القياس عليه غير صحيح، لأن الغالب في العشر معنى المؤنة، ولهذا لا يشترط النصاب والحول ولا يسقط بالدين قوله – ومعنى العبادة تابع – لأن العشر يثبت إلى الارض لأنها اصل، ومعنى العبادة باعتبار المصرف وكون الواجب جزءاً من النماء .

( ولو أفاق في بعض السنة، فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم ) أي لو افاق المجنون في بعض الشهر يعني هذا إذا كان مفيقاً في جزء من السنة بعد ملك النصاب في

وعن أبي يوسف « رح » انه يعتبر اكثر الحول ، ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن أبي حنيفة « رح » انه إذا بلغ مجنوناً يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة

---

اولها أو في آخرها قل ذلك أو كثر تلزمه الزكاة ، كما لو أفاق في جزء من شهر رمضان في يوم أو ليلة يلزمه صوم الشهر كله .

والمجنون على نوعين ، أصل وهو ان يدرك وهو مجنون ، فحكمه حكم الصبي ، ويعتبر ابتداء الحول من حين الافاقة ، لأن التكليف لم يسبق هذه الحالة فصارت الافاقة كالبلوغ وعارض وهو ان يدرك مفيقاً ثم يجن فحكمه حكم انه إذا أفاق في شيء من السنة ، وان قلت تجب الزكاة لتلك السنة كذا ذكره محمد في نوادر الزكاة ، لأن المعتبر أول الحول لكونه وقت الانعقاد وآخره ، لأنه وقت الوجوب فكان مكلفاً فيهما ولا يضره زوال العقل فيما بين ذلك .

( وعن أبي يوسف رضى الله تعالى عنه انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي ) هذا رواه هشام عن أبي يوسف « رح » انه تعتبر الافاقة في اكثر الحول، وان كان مفيقاً في اكثر الحول تجب وإلا فلا ، لأن الاكثر يقوم مقام الجميع ، فإن كان مفيقاً في الاكثر فقد غلب الصحة الجنون ، فصار كجنون ساعة ، فوجبت الزكاة ، فإذا كان مجنوناً في الاكثر صار كأنه جن في جميع الحول . وقال الكرخي والذي يجن ويفيق بمنزلة الصحيح ، لأن هذا الجنون لا يستحق به الحجر فهو كالنوم .

وأما المغمي عليه فهو كالصحيح ، وفي الاسرار عند زفر والشافعي إذا جن وقت صلاة أو يوماً في رمضان لا تلزمه صلاة ذلك الوقت ولا صوم ذلك اليوم. قوله ــ ولا فرق بين الاصلي ــ أي بين الجنون الاصلي والجنون العارضي ، يعني في ظاهر الرواية، يعني تجب الزكاة إذا افاق في بعض السنة ولا يعتبر اول الحول من حين الافاقة لأن الحول مدة العبادة فإذا افاق في جزء منه تعلق به الوجوب كما في رمضان ، وأما على غير ظاهر الرواية فبين الاصلي والعارضي فرق ، وقد ذكرناه .

( وعن أبي حنيفة « رح » انه إذا بلغ مجنوناً يعتبر الحول من حين الافاقة بمنزلة

الصبي إذا بلغ . وليس على المـــكاتب زكاة لأنه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ، ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ، ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه ، وقال الشافعي « رح » يجب

---

الصبي إذا بلغ ) هذا يوهم انه رواية عن أبي حنيفة « ر ض» وليس كذلك ، بل هو مذهب أبي حنيفة « ر ح » فإنه قال إذا بلغ الصبي مجنوناً يعتبر الحول من حين افاقته عن الجنون بمنزلة الصبي إذا بلغ حيث تعتبر التكليف عليه من حين البلوغ .

(وليس على المكاتب زكاة لأنه ليس بمالك من كل وجه ) لأنه مالك يداً لا رقبة ، لأن رقبته للمولى ( لوجود المنافي وهو الرق ) المنافي كونه مالكاً من كل وجه وهو الرق لأنه عبد ما بقي عليه درهم بالحديث على ما يأتي في بابه .

( ولهذا ) أي ولكونه غير مالك من كل وجه ( لم يكن من أهل ان يعتق عبده ) لأن ملكه ناقص وهو يمنع وجوب الزكاة . وقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على ان لا زكاة في مال المـكاتب حتى يعتق وهو قول جابر بن عبدالله وابن عمر وعطاء ومسروق رضى الله عنهم ، والثوري ومالك والشافعي وابن حنبل ، رحمهم الله . وقال أبو ثور وأبو عبيد وابن حزم مع الظاهرية تجب الزكاة في مال المـكاتب انتهى .

وأما العبد المأذون فإن كان عليه دين يحيط بكسبه فلا زكاة فيه على أحـــد عند أبي حنيفة « ر ض » لأن المولى يملك كسبه ، وعندهما ان كان يملك فهو مشغول بالدين ، والمال المشغول بالدين لا يكون نصاباً بالزكاة وان لم يكن عليه دين فكسبه لمولاه ، وعلى المولى فيه الزكاة إذا تم الحول كذا في المبسط .

( ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه ) هو قول عثمان بن عفان وابن عباس وابن عمر وطاوس وعطاء رضى الله عنهم ، والحسن وسليمان بن يسار والزهري وابن سيرين والثوري والليث بن سعد واحمد بن حنبل رحمهم الله . قال مالك « ر ح » يمنع وجوب الزكاه في الذهب والفضة لا في الماشية .

( وقال الشافعي تجب ) أي الزكاة وللشافيعة ثلاث اقوال اصحها عنده عدم المنع

لتحقق السبب وهو ملك نصاب كامل نام، ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل إذا بلغ نصاباً بالفراغ

---

وهو نصه في معظم كتبه الجديدة . والثالث يمنع في الاموال الباطنة كالذهب والفضة والعروض ، ولا يمنعها في الاموال الظاهرة ، وهي المواشي والزروع والثمار والمعادن ، وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ؛ ويستوي دين الآدميين ودين الله في ذلك .

( لتحقق السبب ) اي سبب وجوب الزكاة ( وهو ملك نصاب كامل نام ) لأن المديون مالك لما له ، فان دين الحر الصحيح تجب في ذمته ولا تعلق له بمال ، ولهذا يملك التصرف فيه كيف شاء ، ثم الدين مع الزكاة حقان اختلفا محلاً ومستحقاً وسبباً فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر .

(ولنا انه)أي أن المال ( مشغول بحاجته الاصلية ) لأن صاحبه يحتاج اليه لأجل قضاء الدين ، وقضاؤه لا يكون إلا من المال العين والحاجة وان كانت صفة محضة غير انها تستدعى محتاجاً اليه وهو المال ، فاستقام وصف المال ، وفي المنافع مال المديون مستحق لحاجته وهي حاجة المطالبة والملازمة والحبس في الدنيا والعذاب في الآخرة ، وقد تعين هذا المال لقضاء هذه الحاجة فاشبه ثياب البذلة والمهنة وعبيد الخدمة ودور السكنى .

( فاعتبر معدوماً ) يعني إذا كان الأمر كذلك فاعتبر هذا المال في حكم العدم فلا تجب فيه الزكاة ( كالماء المستحق بالعطش) أي لأجل نفسه ولاجل دابته ، فانه يعد معدوماً حتى يجوز التيمم مع وجوده(وثياب البذلة والمهنة ) أى وكثياب البذلة ، بكسر الباء الموحدة . قال الجوهري البذلة ما يمتهن من الثياب أى ما يستخدم ، وابتذال الثوب امتهانه . وقال ابن الاثير التبذل ترك التزين على جهة التواضع ، والمهنة بكسر الميم وفتحها الخدمة . وقال تاج الشريعة وكأنها أى البذلة والمهنة لفظان مترادفان ، ورأيت في بعض الحواشي أن ثياب البذلة ما يلبس في أيام الجمع والاعياد ، وثياب المهنة ما يلبسها في كل يوم ولم اعتمد عليه .

(وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل ) أى عن الدين ( إذا بلغ نصاباً بالفراغ

عن الحاجة ) أي عن الحاجة المذكورة ، لأن ملكه فيه قام ويتحقق فيه معنى الغني ، والزكاة انما تجب على الغني .

( والمراد ) أي المراد من قولنا ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكاة عليه ( دين له مطالب ) ارتفع دين على انه خبر المبتدأ وهو قوله والمراد ، وقوله ـ له مطالب ـ جملة من المبتدأ والخبر وقعت صفة لقوله دين ، والمطالب بكسر اللام ( من جهة العباد ) حال من المطالب مثل ثمن المبيع والاجرة والقروض وضمان الاستهلاك ونفقة الزوجة بعد القضاء ونفقة المحارم بعد القضاء ، ونفقة المحارم يصير ديناً بالقضاء .

وذكر في كتاب النكاح ان نفقتهم لا تصير ديناً بالقضاء حتى تسقط بمضى المدة للاستغناء عنها وقدروها بالشهر ، وفي جوامع الفقه الشهر طويل . وفي الحاوي نفقة الصغير لا تسقط بالتأخير بعد القضاء بخلاف الكبير . وفي المحيط مهر المرأة يمنع معجلا ومؤجلا ، وقيل لا يمنع وقيل ان كان الزوج على عدم قضائه يمنع وإلا فلا إذا لا يعد ديناً في زعمه ، ودين العشر والخراج يمنع وغير العشر لا يمنع ، ودين الزكاة مانع حال قيام النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافاً لزفر فيها . ولأبي يوسف في الاستهلاك قال المرغيناني في هذا الخلاف في الاموال الباطنة ، وأما الاموال الظاهرة فعينها ودينها مانعان . وفي التجريد دين الزكاة وعينها سواء في الاموال الباطنة لا يمنع وجوب الزكاة بخلاف الاموال الظاهرة حكاه عن زفر ويمنع العشر أيضاً في رواية عبدالله بن المبارك في رواية أبي حنيفة «رض» وفي ظاهر الرواية لا يمنعه وضمان الدرك قبل الاستحقاق ، وضمان الغصب الاول لرجوعه على الثاني .

( حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ) لانه لا مطالب له من جهة العباد ، وكذا صدقة الفطر ووجوب الحج ، وهدى المتعة والاضحية . وفي الجامع دين النذر لا يمنع ومتى استحق من جهة الزكاة بطل النذر فيه ، بيانه له مائتا درهم نذر ان يتصدق بمائة منها وحال الحول سقط النذر بقدر درهمين ونصف لأن في كل مائة استحق حكمه الزكاة درهمان ونصف ، ويتصدق للنذب بسبعة وتسعين ونصف ، ولو تصدق بمائة منها للنذر

ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب، لأنه ينقص به النصاب ، وكذا بعد الاستهلاك خلافاً لزفر « رح » فيهما . ولأبي يوسف « رح » في الثاني على ما روى عنه

---

يقع درهمان ونصف عن الزكاة ، لأنها تتعين بتعيين الله ، فلا تبطل بتعيينه ولو نذر بمائة مطلقة لزمته ، لأن محل المنذور به الذمة ، فلو تصدق بمائة منها للنذر يضع درهمان ونصف للزكاة ، ويتصدق بمثلها عن النذر لأنه ينقص به النصاب .

( ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب ) قال تاج الشريعة لكن الزكاة تمنع الوجوب عند أبي حنيفة « رض » ومحمد في الاموال الظاهرة والباطنة سواء كان في العين أو في الذمة باستهلاك النصاب . وعند زفر « رح » لا تمنع . وعند أبي يوسف رحمه الله ان كان في العين يمنع ، وان كان في الذمة لا يمنع ، وصورته رجل له ألف دينار أبقاه بعد حولان الحول حتى وجبت خمسة وعشرون ديناراً زكاة ، ثم حصل له اربعون ديناراً وحال عليه الحول فعند أبي يوسف « رح » زكاة الالف المستهلك لا تمنع الوجوب في هذه الاربعين، وعندهما يمنع زفر «رح» يقول إن هذه عبادة محضة فظهر اثر الوجوب في احكام الآخرة فصار كالمنذور والكفارات ، وأبو يوسف « رح » يقول دين زكاة النصاب المستهلك لا يطالب هو به فلا يمنع بخلاف دين النصاب القائم لجواز ان يمر على العاشر فيطالبه بحق .

( وكذا بعد الاستهلاك ) أي وكذا مانع بعد استهلاك النصاب ، وذلك مثل ان يجب عليه الزكاة في النصاب ثم استهلكه ثم ملك نصاباً آخراً لا تجب الزكاة في ذلك النصاب ( خلافاً لزفر فيهما ) أي هي بدين الزكاة والاستهلاك اراد ان دين الزكاة ودين الاستهلاك لا يمنع وجوب الزكاة عند زفر .

( ولأبي يوسف في الثاني ) أي في المال والذي وجب فيه دين الاستهلاك اراد ان أبا يوسف « رح » يخالفنا في دين الاستهلاك دون دين الزكاة ، حيث يقول ان دين الزكاة يمنع الزكاة ، ودين الاستهلاك لا يمنع ، وقد مر عن قريب . ( وعلى ما روى عنه ) أي عن أبي يوسف « رح » ولما لم يكن هذا جواب ظاهر الرواية لأبي يوسف « رح » قال

لأن له مطالباً وهو الامام في السوائم ونائبه فى اموال التجـــارة فإن الملاك نوابه وليست في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة لأنهـــا مشغولة بالحاجة الاصلية

---

على ما روى عنه ، وكلمة على ها هنا تصلح ان تكون التعليـل نحو ﴿ ولتكبروا الله على ما هداكم ﴾ ١٨٥ البقرة ، أى لهدايته اياكم ، والمعنى ها هنا لما روى عنه .

( لأن له ) أى للنصاب القائم ( مطالباً ) من جهة العباد ( وهو الإمام ) أى الذي له أخذ الزكاة ( في السوائم ) لانه يجوز ان يمر به فيطالبه حينئذ ، لان له ولاية المطالبة ( ونائبه ) أى ونائب الإمام له المطالبة ( في أموال التجارة ) ولكن لما أقيمت الملاك مقام النواب عن الإمام في مطالبة الزكاة عمن وجبت عليه قاموا مقام الإمام اشارة إليه بقوله ( فإن الملاك نوابه ) أى نواب الإمام .

وأصل هذا ان ظاهر قوله تعالى ﴿ خـــذ من أموالهم صدقة ﴾ ١٠٣ التوبة ، ثبت للامام حق الاخذ من كل مال ، ولم يفرق الحكم بين الدينين ، فلذلك كان رسول الله ﷺ والخليفتان من بعده كانوا يأخذون الى ان فرض عثمان رضى الله عنه في خــلافته اداء الزكاة عن الاموال الباطنة إلى ارباب الاموال لمصلحة وانها المعد فرآها في ذلك وهي ان معد طمع كل طامـــع فكره تفتيش السعاة على التجار مستوراً أموالهم ، ففرض الاداء اليهم .

( وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنــازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكاة لأنها مشغولة بالحاجة الاصلية ) الحاجة الاصلية ما يدفـع الهلاك عن الانسان تحقيقاً أو تقديراً كالنفقة والثياب التي يحتاج اليها لدفع الحر والــبرد وكذا اطعام أهــله وما يتجمل به من الأواني إذا لم تكن من الذهب والفضة ، وكذا الجواهر واللؤلؤ والياقوت والبلخش والزمرد ونحوها إذا لم تكن للتجــارة ، وكذا لو اشترى فلوساً للنفقة ذكره في المبسوط .

وليست بنامية ايضاً وعلى هذا كتب العلم لاهلها وآلات المحترفين لما قلنا

---

(وليست بنامية أيضاً) أي وليست هذه الأشياء المذكورة بنامية أيضاً . والنماء على نوعين خلقي كالذهب والفضة ، وفعلي بإعداده للتجارة وكلاهما معدوم في الأشياء المذكورة. وبقولنا قال الشافعي وأحمد وأبو ثور رحمهم الله .

( وعلى هذا كتب العلم لأهلها ) أى وعلى ما ذكرنا من عدم وجوب الزكاة حكم كتب العلم لاهلها ، قال الاترازي « ر ح » انما قيد بقوله لأهلها لأنها إذا كانت للبيع تكون فيها الزكاة لوجود النماء بالتجارة . وقال الكاكي « ر ح » قوله لأهلها قيد غير مفيد لما انه لو لم يكن من اهلها وليست هي للتجاره لا تجب فيها الزكاه أيضاً وان كثرت ، لعدم النماء ، وانما يفيد ذكر الاهل في حق مصرف الزكاة ، فإنه إذا كانت له كتب تبلغ النصاب وهو محتاج اليها للتدريس وغيره يجوز له اخذ الزكاة أما إذا بلغت النصاب ولم يكن محتاجاً اليها لا يجوز صرف الزكاة اليه كذا في النهاية .

( وآلات المحترفين لما قلنا ) اشارة إلى ما قلنا من قوله لأنها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ، وآلات المحترفين مثل قدور الطباخين والصباغين وهوائن العطارين وآلات النجارين ، وظروف الامتعة ، وفي الذخيرة لو اشتري جوالق بعشرة آلاف درهم تؤخرها فلا زكاة فيها ، ولو ان نخاساً اشترى دواب ليبيعها واشترى جلالاً ومقاور وبراقع ونحوها فلا زكاة إلا ان يكون من نيته أن يبيعها ، وان كان من نيته ان يبيعها آخر فلا عبرة لهذه النية والآخر إذا اشتروا اعياناً لا يبقى لها اثر في المعهود كالصابون والقلي والاشنان والعفص لا تجب فيها الزكاة ، لأن ما يأخذه الاجير هو ما بإزاء عمله لا بإزاء الملك الاعيان وكذا الخباز إذا اشترى حطباً وملحاً للخبز فلا زكاة فيها ولا زكاة في الشحوم والادهان التي يدبغ بها . وفي المحيط يدهن بها ، وان كان يبقى اثرها في العمول كالعصفر والزعفران والصبغ ففيه الزكاة ، وكذا لو اشترى الخباز سمسماً يجعله على وجه الخبز ففيه الزكاة قال أبو نصير « ر ح » الاصل في هذا ان ما سوى الاثمان من الاموال لا تجب فيه الزكاة حتى ينضم إلى الملك طلب النماء بالتجارة أو بالسوم .

ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت به بينة ، لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بأن اقر عند الناس وهي مسألة المال الضمار وفيه خلاف زفر « ر ح » والشافعي « ر ح »

---

( ومن له على آخر دين فجحده سنين ثم قامت به بينة لم يزكها [1] لما مضى[2] ) أي لما مضى من السنين ومعنى قوله ، ثم قامت به أي بالدين بينة ما كانت له بينة أولا ثم صارت ( بأن أقر ) المديون ( عند الناس ) أو كان شهوده غائبين فحضروا بعد سنين أو تذكروا بعد ما نسوا ، وانما قيد بقوله — قامت به بينة — لأنه إذا كانت له بينة تجب عليه الزكاة ، وفي مبسوط شيخ الاسلام « ر ح » لو كانت له بينة [3] يجب الزكاة فيما مضى لأنه لا يعد تاوياً لما ان حجة البينة فوق حجة الاقرار وهذه رواية هشام عن محمد « ر ح » ، وفي رواية أخرى عنه قال لا يلزمه الزكاة لما مضى وان كان يعلم ان له بينة اذ ليس كل شاهد يعده وكل قاض يعدل

( وهي ) أي هذه المسألة ( مسألة مال [4] الضمار ) المال الضمار المال الغائب الذي لم يرج فإذا رجي فليس بضمار عند أبي عبيد وأصله من الاضمار وهوالتغييب والاخفاء ومنه أضمر في قلبه شيئاً واشتقاقه من الضمير الضمائر . وقال ابن الاثير الضمار على وزن فعال بمعنى فاعل أو مفعول . وفي الفوائد الظهيرية وقيل الضمار ما يكون عليه قائماً ولكن لا يكون منتفعاً به ، مشتق من قولهم بغيره ضامر هو الذي يكون فيه اصل الحياه ولكن لا ينتفع به بشدة هو له .

( وفيه ) أي وفي الضمار ( خلاف زفر والشافعي « ر ح » )فعند زفر والشافعي«رح» في الجديد وأحمد « ر ح » في رواية يجب عليه اخراج ما مضى عن السنين . وقال مالك

---

(١) يزك — هامش .

(٢) معناه صارت له بينة وربما هي عادلة — هامش .

(٣) هنا كلمة في الاصل غير واضحة .

(٤) المال — هامش .

## ومن جملته المال المفقود والآبق والضال والمغصوب إذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط فى البحر ، والمدفون فى المفازة إذا نسى مكانه ، والذي اخذه السلطان مصادرة

رضى الله عنه تجب عليه زكاة حول واحد لأن في الزيادة ضرر عليه .

( ومن جملته ) أى ومن جملة الضمار ( المال المفقود ) لأنه كالهالك لعدم قدرته عليه (والآبق (١) ) أى والعبد الآبق أى الهارب لأنه ضمار كالتاوي ولهذا لا يجب صدقة الفطر عنه .

فإن قلت لو أعتق الآبق عن كفارة يجوز، ولو كان كالتاوي لما جاز كالاعمى والزمن. قلت يجوز اعتاق المكاتب مع نية الملك يداً لما ان التحرير محل الرق دون اليد ، والرق لا ينتقض بالإباق ولا بالكتابة .

( والمغصوب إذا لم يكن عليه بينة ) فإذا كانت عليه بينة تجب . وفي المحيط عن محمد « ر ح » انه لا زكاة في المغصوب والمجحوز وان كانت له بينة ، إذ ليس كل شاهد يقول ، وقد يفق العدل وفي عدة المغنى وان أقر به الغاصب . وفي المرغيناني إلا في السائمة واستبعد الرافعي وجوب الزكاة على الغاصب لعدم ملكه . قال والجاري على القياس ان تجب على المالك ثم يغرم له الغاصب .

( والمال الساقط في البحر ) لأنه في حكم العدم ( والمدفون في المفازة إذا نسى مكانه ) قيد بالمفازة احترازاً عن الموفون في أرض له أو كرم أو غيط أو بيت . وقال السروجي « ر ح » والمدفون في البيت نصاب عند الكل ، وان كان في أرض أو كرم أختلف المشايخ فيه وكذا في الدار الكبيرة ذكره في البدائع . وفي خزانة الاكمل ما دفنه في غير حرزه فهو ضمار بخلاف المدفون في الحرز . وقال السروجي « ر ح » وهذا ينتقض بالدار الكبيرة لامكان الوصول اليه .

( والذي أخذه السلطان مصادرة ) هذا عطف على قوله المال المفقود قال في ديوان

(١) الضال — هامش .

ووجوب صدقة الفطر بسبب الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل . ولنا قول علي رضى الله عنه لا زكاة فى مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه ، وابن السبيل يقدر بنائبه

---

الادب صادره على ماله أى فارقه ، وانتصاب مصادرة على التميز أي من حيث المصادرة.

( ووجوب صدقة الفطر ) هذا مبتدأ ( بسبب الآبق ) أى منه العبد الآبق (والضال) أى وسبب الضال أي التائه وهو يشمل الضال من العبيد ومن الحيوان الذي تجب فيه الزكاة ( والمغصوب ) أى وسبب المغصوب ( على هذا الخلاف ) خبر المبتدأ أى على الخلاف المذكورة يعني لا تجب عندنا خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله .

( لهما ) أى لزفر والشافعي « رح » ( ان السبب قد تحقق ) أى سبب الوجوب وهو ملك النصاب النامي وقد تحقق (وفوات اليد ) أى فوات يد الملك ( غير مخل بالوجوب) أي بوجوب الزكاة ( كمال ابن السبيل ) لقيام ملكه وفوات يده لا يخرجه عن ملكه

( ولنا قول علي « ر ض » لا زكاة في المال المضمر ) قال السروجي « ر ح » روى هذا موقوفاً ومرفوعاً إلى النبي ﷺ بنقل الاصحاب كصاحب المبسوط والمحيط والبدائع وغيرهم « ر ح » . وقال الزيلعي هذا غريب ، قلت اراد انه لم يثبت مطلقاً ثم قال وروى أبو عبيدة في كتاب الاموال فى باب الصدقة حدثنا يزيد بن هارون أخبرنا هشام بن حسان عن الجسن البصري « ر ض » قال إذا حضر الوقت الذي يؤدى الرجل فيه زكاته ادى عن كل مال وعن كل دين إلا ما كان فيه ضماراً لا يرجوه .

( ولأن السبب هو المال النامي ولا نماء إلا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه ) أى على التصرف فلا زكاة ، وذلك لأن النماء شرط لوجوب الزكاة ، وقد يكون النماء تحقيقاً كما في عروض التجارة أو تقديراً كما فى التقدير والمال الذي لا يرجى عوده لا يتصور تحقق الاستنماء فيه فلا يقدر الاستنماء ايضاً كذلك .

( وابن السبيل يقدر بنائبه ) هذا جواب عن قول زفر والشافعي حيث قاسا المال

والمدفون في البيت نصاب لتيسير الوصول اليـــه ، وفى المدفون في الارض او الكروم اختلاف المشايخ « رح » ولو كان الدين على مقر مليء أو معسر تجب الزكاة لامكان الوصول اليه ابتداء أو بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة

---

الضمار على ابن السبيل ، وتوجيه الجواب ان ابن السبيل مقدور على الانتفاع به بنائبـــه بدليل تمكنه من بيعه وجواز بيعه دليل القدرة على التسليم .

( والمدفون في البيت نصاب ) يعني ينعقد نصاباً وقيد البيت اتفاقى ، لأن المدفون في الحرز إذا نسى مكانه ثم علم بعد الحول تجب فيه الزكاة سواء كان مدفوناً في البيت أو في الدارهو ونحوها ( لتيسير الوصول اليه ) لثبوت القدرة عليه بواسطة حفر جميع البيت .

( وفي المدفون في الارض والكرم اختلاف المشايخ « رح » ) أى مشايخ بخاري « رح » وأراد بالارض المملوكة لأن حكم المدفون في المفازة قد علم قبل هذا . وقال تاج الشريعة « رح » وجه من قال ان حفر جميـع الارض ممكن فلا يتعذر الوصول اليه فيصير بمنزلة البيت والدار . ووجه من قال بعدم الوجوب ان حفر جميعها إن لم يتعذر يتعسر ويخرج والحرج منفي حتى لو كان داراً عظيمة والمدفون فيها ضمار فلا ينعقد نصاباً .

( ولو كان الدين على مقر مليء ) أى غني مقتدر ، كذا في المغرب وقـال ابن الاثير المليء بالهمزة الثقة الغني وقد مليء فهو مليء بين الملا والملأ بالمد ، وقد أوقع الناس فيه بترك الهمزة وتشديد الياء . قلت هو من باب فعل يفعـــل بالضم فيهما . ( أو معسر ) أى أو كان معسراً من اعسر إذا افتقر ( تجب الزكاة لامكان الوصول ابتداء ) أى لامكان الوصول إلى الدين ابتداء بلا واسطة لوجود الغني ( أو بواسطة التحصيل ) يعني فى المعسر بواسطة الكسب ولأنه يمكن أن يثبت مالاً فى الحال أو بهبة آخر .

وقال الحسن بن زياد « رض » وان كان الدين على معسر مبعوثة فمضى عليه حول ثم قبضه فلا زكاة لأنه يمكن الانتفاع به فهو كالناوي .

( وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة ) أى وكذا تجب الزكاة لو كان الدين على

أو علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو نصاب عند أبي حنيفة « رح » لان تفليس القاضي لا يصح عنده

---

جاحد أي منكر والحال ان عليه بينة لامكان الوصول . وروى هشام عن محمد « رح » ان الدين المجحود إذا كان لصاحبه بينة فلم يقمها حتى مضى الحول فلا زكاة فيه . وقال في تحفة الملوك والصحيح روايه هشام « رح » لأن البينة قد تقبل وقد لا تقبل فلم يمتنع ذلك من نوى المال .

( أو علم به القاضي ) أي أو علم بالدين القاضي فانه تجب الزكاة لأن القاضي يقتضى بعلمه في الاموال فصاحبه قصر في الاسترداد فلا يعذر ( لما قلنا ) وهو امكان الوصول. وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله ان الغريم إذا كان يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكاة في الدين لعدم الانتفاع به . وروى ابن رستم عن محمد « رح » فيمن أودع رجلا لا يعرفه فنسيه سنين ثم تذكره ففيه الزكاة قال القدوري هذا صحيح .

( ولو كان على مقر مفلس ) أي ولو كان الدين على رجل معترف بالدين مفلس بضم الميم وفتح الفاء وفتح اللام المشددة قال الاترازي « رح » هكذا الرواية وهو الذي فلسه الحاكم أي ناداه بإفلاسه . قال الكاكي « رح » في بعض النسخ مفلس من الافلاس يعني بسكون الفاء وكسر اللام الخفيفة ، قال والمعنى والحكم مختلفان باختلاف اللفظ ، أما المعنى فيقال أفلس الرجل صار مفلساً أي صارت دراهمه فلوساً كما يقال أخبث الرجل إذا صارت اصحابه خبثا ، وأما افلسه القاضي فأدى عليه انه افلس .

وأما الحكم فقال بعض المشايخ « رح » الخلاف في التفليس لا في الافلاس فإن في الافلاس الدين عليه نصاب بالاتفاق فيزكيها إذا قبض ، واما بعد التفليس فنصاب عند محمد « رح » كما هو اصله ، وتعليل الكتاب بقوله لأن تفليس القاضي يدل على ان اللفظ بالتشديد .

( فهو نصاب عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) يعني تجب الزكاة فيه قبل القبض ( لأن تفليس القاضي لا يصح عنده ) أي عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه لأن المال

وعند محمد « رح » لا يجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وأبو يوسف مع محمد « رح » في تحقيق الافلاس ومـــع أبي حنيفة « ر ح » في حكم الزكاة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكاة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة

---

غاد ورائح ، فذمته بعد التفليس صحيحة كما هي قبله .

( وعند محمـــد « ر ح » لا تجب ) أي الزكاة ( لتحقق الافلاس عنده بالتفليس ) أي عند تفليس القاضي لأنه يصير بمنزلة المال الناوي والمحجوز بمنزلة مـا ضاع من مسألة بحيث لا يقدر عليه كذا ذكره الجصاص « رح » وغيره ( وأبو يوسف رحمه الله مع محمد في تحقيق الافلاس ) حتى تسقط المطالبة إلى وقت اليسار ( ومع أبي حنيفة « رض» في حكم الزكاة) يعني تجب الزكاة لما مضى عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ر ح » (رعاية لجانب الفقراء ) أي لأجل رعاية جانبهم ، وذكر أبو اليسر « ر ح » قول أبي يوسف مع قول محمد « ر ح » في عدم الوجوب مطلقاً في غير اختلاف الرواية بناء على اختلافهم في تحقق الافلاس . وفي جامع الكردري وهذا في المفلس الذي فلسه القاضي لأن عند أبي حنيفـــة رضي الله عنه لا يتحقق الافلاس خلافاً لهما ، وأبو يوسف « ر ح » ترك اصله احتياطاً لأمـــر الزكاة ورعاية لجانب الفقراء . وقال الكاكي وعلى هذا الخلاف وجوب صدقة الفطر بسبب العبد الآبق والضال والمفقود والمغصوب إذا لم يكن للمالك بنيتـــه وحلف . وذكر التمرتاشي « ر ح » ولم يذكر وجوب التضحية على قول أبي حنيفة « ر ض » وينبغي أن لا يجب لأن نفس الملك لا يدفع امكان الوصول لا يكفي لوجوب الأضحية كما في ابن السبيل بخـلاف الزكاة ، فإن الملك مع امكان الوصول يكفي لوجوبها .

( ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكاة بالاجماع لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة ) لأن النية إذا كانت مقرونة بالعمل كانت واجبة الاعتبار ، لأن النية لتميز ما اختلف من أنواع الفعل فلا تتصور مع عدم الفعل والتجارة عمل مخصوص والاستخدام ترك ذلك العمل ولما نواها للخدمـة وترك التجارة فيها اتصل المنوي بالعمل الذي هو أساس الاستخدام فيعتبر فتبطل الزكاة. وعن مالك لا تصير للخدمة بمجرد النية.

وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكاة ، لأن النية لم تتصل بالعمل وهو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيماً بمجرد النية وان اشترى شيئاً ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل

---

( وإن نواها للتجارة بعد ذلك ) أي بعد أن نواها للخدمة ( لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكاة لأن النية ) أي لأن النية التجارة ( لم تتصل بالعمل إذ هو لم يتجر فلم تعتبر ) أي نية التجارة، لأن التجارة تصرف لا يحصل إلا بالفعل، بخلاف الخدمة فإنها ترك التصرف فيحصل بمجرد النية .

( ولهذا ) أي ولأجل اعتبار النية عند اتصالها بالعمل وعدم اعتبارها بانفصالها عن العمل ( يصير المسافر مقيماً بمجرد النية) لأن الاقامة ترك السفر فيوجد ذلك بمجرد النية والصائم لا يكون مفطراً بمجرد النية للافطار ويصير صائماً بمجرد النية في وقته، والمسلم يصير كافراً بنية الكفر إذا اعتقده ، والكافر لا يصير مسلماً بمجرد النية ما لم يسلم بلسانه والمعلوفة لا تصير سائمة بمجرد نيته الاسامة ، بخلاف ما لو كانت سائمة فنوى أن تكون علوفة . وفي المبسوط لو نوى أن تكون سائمة علوفة أو عوامل فمضى عليها الحول تجب فيها الزكاة ، لأن نيته لم تتصل بالعمل كنية التجارة والسفر وهي نيته بالسفر ولا كذلك نية الخدمة .

( وان اشترى شيئاً أو نواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل ) هو الشراء بنية التجارة قال السغناقي « رح » ذكره مطلقاً ولم يقيده بشيء ، وهو ليس يجري على اطلاقه بل هو في الشيء الذي تصح فيه التجارة ، وأما إذا اشترى شيئاً لم تصح فيه نية التجارة لا يصير لتجارة ، بأن اشترى أرضاً عشرية أو خراجية بنية التجارة فانه لا يجب فيها زكاة التجارة ، لأن نية التجارة لا تصح فيها لأنها لو صحت يلزم فيها اجتماع الحقين بسبب واحد وهو الأرض ، وهذا لا يجوز ، فإذا لم يصح بقيت الأرض على ما كانت ، وكذا لو اشترى بذراً للتجارة وزرعه في أرض عشرية استأجرها كان فيه العشر لا غير كذا في مبسوط شيخ الإسلام وفتاوى قاضي خان رحمهما الله . انتهى .

وقال النووي لو نوى التجارة بعد العقد لم يصيره للتجارة . وقال الكرابيسي « رح » من الشافعي تصير للتجارة وهو مذهب أحمد واسحاق وابن راهويه « رح » . وفي الذخيرة

بخلاف ما إذا ورث ونوى التجارة لأنه لا عمل منه ولو ملكه بالهبة أو بالوصية أو النكاح أو الخلع أو الصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند أبي يوسف «رح» لاقترانها بالعمل. وعن محمد «رح» لا يصير للتجارة لأنها لم تتقارن عمل التجارة

---

للمالكية لو اشترى عرضاً فنوى به القنية سقطت الزكاة عنه . وقال اشهب لا تبطل التجارة بنية القنية إذا اشترى للتجارة اقوى من النية . وفي الجلاب لو اشترى عرضاً للقنية ثم نوى به التجارة لا يصير للتجارة بل يستقبل حولاً بعد البيع كقول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنهما .

( بخلاف ما لو [1] ورث ونوى التجارة لأنه لا عمل منه ) يعني لا يكون للتجارة بالاجماع لأن النية تجردت عن العمل ، وهو معنى قوله – لا عمل – لأن الميراث يدخل في ملكه بغير عمله وصنعه ، حتى ان الجنين يرث وان لم يكن له فعل ، كذا إذا ورث الرجل قريبه ونوى عن كفارة يمينه لا تجوز اجماعاً .

( ولو ملكه ) أي ولو ملك الشيء ( بالهبة ) بأن وهبه له شخص ( أو بالوصية ) أي أو ملكه بالوصية بأن أوصي شخص له به ( أو بالنكاح ) أو ملكه بالنكاح، والمراد به المهر الذي كان ديناً ، فإذا ماتت المرأة يملك منه ما فرض الله له ( أو بالخلع ) أي أو تملكه بالخلع بأن خالع امرأه على شيء ( أو بالصلح عن القود ) أي أو ملكه بالصلح عن القصاص (ونواه للتجارة) أي ونوى ذلك الشيء الذي ملكه في الصور المذكورة للتجارة ( كان للتجارة عند أبي يوسف « رح » لاقترانها بالعمل ) أي لاقتران النية بالعمل، لأن التجارة عقد اكتساب المال فيما لا يدخل في ملكه إلا بقوله فهو كسبه فصح اقتران النية به فكان للتجارة .

( وعند محمد « رح » لا يصير للتجارة لأنها ) أي لأن النية ( لم تتقارن عمل التجارة ) لأن هذه العقود ليست من عقود التجارة ، ألا ترى ان الاذن في التجارة لا يضمن هذه العقود ولا يملكها المضارب ولا العبد المأذون وهما يملكان التصرف في عقود التجارات .

---

(١) إذا – هامش

وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكاة إلا بنيـــة مقارنة للاداء أو مقارنة لعزل مقدار الواجب

---

( وقيل الاختلاف ) أى الاختلاف المذكور بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( على عكسه ) أى على عكس الاختلاف المذكور وهو ما نقله الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي عن القاضي الشهيد انه ذكر في التخلف ذكر هذا الاختلاف على عكس هذا وهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا يكون للتجارة وعند محمد رحمـه الله يكون للتجارة ، والاختـلاف المذكور أولاً هو الذي ذكره الطحاوي « رح » ان عند أبي يوسف رحمه الله يكون للتجارة وعند محمد رحمه الله لا يكون كالموروثة .

( ولا يجوز اداء الزكاة إلا بنية مقارنة للاداء ) اشتراط النية بالاجماع إلا الاوزاعي « رح » يقول لا يفتقر اخراج الزكاة إلى النية ، وقلنـا ان الزكاة فرض مقصود بعينه كالعتق والوقف والوصية للفقراء مع انها عبادة فلا بد من النية كالصلاة والصوم ، ثم إذا وجدت النية مقارنة للاداء فلا اشكال ، لأنه هو الاصل لأن العبادة تمتاز بالنية المقارنة ، إلا انه اكتفى بوجود النية عند العزل أشار اليه بقوله ( أو مقارنة لعزل مقدار الواجب) لأن اشتراط النية مع تفريق الدفع في كل مرة حرج وذلك مرفوع شرعاً واكتفى بالنية عند العزل .

فإن قلت يرد على هذا ما ذكره الطحاوي « رح » ان من امتنع عن أدائها فأخذهـا الإمام منه كرهاً فوضعها في اهلها اجزأت عنه ، وفي هذه الصورة لم توجد النية — قلت للامام ولاية أخذ الصدقات فقام دفعه مقام دفع المالك كالاب يعطى صدقة الفطر جائز مع عدم نية الصغير لوجود نية من له ولاية الاعطاء ، وقال تاج الشريعة « رح » قوله — مقارنة للاداء عند أبي يوسف « رح » أو مقارنة للعزل عند محمـد — وللشافعي فيما إذا عزل مقدار الوجب اليه ثم دفعه للفقير بلا نية وجهان اظهرهما انه يجوز ، وفي الايضاح لو نوى ان يؤدى الزكاة فجعل يؤدى في آخر السنة ولا تحضره النية لا يجوز لأن النية لم تقترن بالعزل ، وفي المجرد عن محمد رحمه الله لو قال تصدقت إلى آخر السنه فقد نويته من الزكاة ، فجعل يتصدق بدون النية أرجو أن يجزئه . وفي العيون عنه خلاف هـذا .

لان الزكاة عبادة فكان من شرطها النية ، والاصل فيها الاقتران إلا ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها حال العزل تيسيراً كتقديم النية في الصوم ، ومن تصدق بجميع ماله لا ينوى الزكاة سقط فرضها عنه استحساناً لان الواجب جزء منه فكان متعيناً فيه فلا حاجة إلى التعيين

---

وعند مالك رضى الله عنه يشترط قران النية بالاداء وعند احمد « ر ح » يستحب ويجوز التقديم بزمان يسير . وفي منية المغني قال أبو جعفر الهندواني لا تجوز الزكاة إلا بنية مخالطة لاخراجها . وعن محمد بن سلمة البلخي « ر ح » إذا تصدق ولم تحضره النية ينظر ان كان وقت التصدق بحال لو سئل عما يتصدق به أمكنه الجواب من غير فكره يجزءه ويكون ذلك نية منه .

(لأن الزكاة عبادة) مستقلة بذاتها ( فكان من شرطها النية ) لأن الاعمال بالنية ( والاصل فيها ) أى في النية ( الاقتران ) أى اقترانها بالاداء ( إلا ان الدفع ) أي دفع الزكاة ( يتفرق ) لأنه ربما لا يؤديها دفعة واحدة ويدفع شيئاً بعد شيء ( فاكتفى بوجودها ) أي بوجود النية (حال العزل) أى حال عزل المقدار الواجب (تيسيراً) أى لأجل التيسير للمزكي لدفع الحرج ( كتقديم النية في الصوم ) فإنه يجوز للعجز عن اقتران النية بأول الصبح .

( ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكاة ) أى حال كونه لم ينو الزكاة ( سقط فرضها عنه ) أى سقط فرض الزكاة عنه يعني ليس عليه زكاة بعد ذلك ( استحساناً ) لا قياساً لأن القياس عدم السقوط وهو قول زفر ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله ، ورواية عن محمد « ر ح » لأن النفل والفرض كلاهما مشروعان فلا بد من نية التعيين وجه الاستحسان وهو قوله :

( لأن الواجب جزء منه ) أي جميع المال ( فكان ) أي الجزء منه ( متعيناً فيه فلا حاجة إلى التعيين ) لأن التعيين انما شرط لمزاحمة سائر الاجزاء ، فلما أدى الجميع على وجه القربة زالت المزاحمة فسقط الفرض لوجود اداء الجزاء الواجب ضرورة ، وهذا كالصوم

ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى عند محمد « رح » لان الواجب شائع في الكل ، وعند أبي يوسف « رح » لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلاً للواجب بخلاف الاول والله أعلم بالصواب

---

في رمضام لأنه يصاب بمطلق الاسم لتعينه فلا يحتاج إلى التعيين .

( ولو أدى بعض النصاب سقط زكاة المؤدى ) بفتح الدال ( عند محمد « ر ح » لأن الواجب شائع في الكل ) فلو تصدق بالجميع أجزأه عن زكاته ، وكذا إذا تصدق بالبعض أجزأه عن قدره وعن أبي حنيفة كقول محمد « ر ح » .

( وعند أبي يوسف « ر ح » لا يسقط لأن البعض غير متعين لكون الباقي محلاً للواجب ) أي لواجب الزكاة لمزاحمة سائر الاجزاء ( بخلاف الاول ) وهو التصدق بالجميع لعدم المزاحمة فيه .

فروع في الايضاح ؛ تصدق بخمسة ونوى بها الزكاة بالتطوع يقع عن الزكاة عند أبي حنيفة « ر ح » لأن الفرض أقوى ، وعند محمد « ر ح » كفت نيته وبه قال مالك والشافعي وأحمد « ر ح » . وفي الروضة دفع إلى فقير بلا نية ثم نواه عن الزكاة ، ان كان قائماً في يد الفقير أجزأه وإلا فلا ، ولو أعطى رجلاً ليتصدق تطوعاً فلم يتصدق المأمور حتى نوى الأمر عن الزكاة ولم يقل شيئاً ثم تصدق به المأمور وقع عن الزكاة وكذا لو قال له تصدق عن كفارة يمين ثم نواه عن الزكاة ، ولو دفع زكاته الى رجل ليدفعها إلى المصدق عن نصاب الشاة ثم حول منه إلى الإبل فهو على الأول بخلاف أموال التجارة ، فانها تقع من الزكاة ، ولو خلط الوكيل دراهم المزكين ثم تصدق بها عن زكاتهم فهو ضامن .

وفي المحيط وهب دينه مائتي درهم ممن عليه بعد الحول والمديون غني لم تسقط الزكاة وضمنها . وفي النوادر لا يضمن ولو كان فقيراً ولم ينو الزكاة اجزأه عن زكاة هذا الدين استحساناً ، ولو تصدق به أجزأه قياساً واستحساناً وقيل هما سواء . وعن أبي يوسف رحمه الله يضمن زكياته ولو وهب كل الدين ممن عليه وهو فقير بنية الزكاة عين أو دين آخر لا يجزئه قياساً واستحساناً ونية زكاة هذا الدين يجزئه استحساناً لا قياساً . وفي

السروجي واداء العين عن الدين يجوز لأن العين خـــير من الدين واداء الدين عن العين لا يجوز وهو أن يكون له على رجل مائتا درهم وحـال عليها الحول وله على آخر خمسة دراهم جعلها من المائتين لا يجوز. وفي المغني اداء الدين عن العين في الزكاة لا يجوز لأنه اسقاط والواجب فيها التمليك وبه قال أحمد « رح » ولو دفع دراهم إلى وكيله ليتصدق بهـا تطوعاً ثم نوى عن زكاة مـاله فتصدق بها المأمور جاز ، ذكره في منية المفتي ومثله في شرح المهذب ، ولو أدى الزكاة عن مال غيره فأجاز المالك وهو قائم في يد الفقير يجوز وإلا فلا . ولو ادى زكاة غيره من مال نفسه بغير أمره فأجازه لا يجوز وبأمره يجوز .

له مائة دين ومائة عين تجب فيها الزكاة ذكر هذه المسائل في منية المفتي وتعتبر نيـة الموكل في الزكاة دون الوكيل ، ولو لم يعلم المسكين انه زكاة يجزئه لأن النية للمزكى قاله شيخ الاسلام ، وفي جميع العلوم عن أصحابنا « رض » ان من أعطى مالاً بنية الصدقة والمتصدق عليه لا يعلم انه يعطيه لم يكن صدقة ولم يجزئه عن الزكاة . نوى الزكاة بمـا يدفع لصبيان أقاربه في العيدين أو لمن يأتي بالبشارة أو لمن يأتي بالباكورة أجزأه عـن الزكاة ، لأن شيئاً عن ذلك ليس بواجب . ولو نوى الزكاة بهـا يدفع إلى خليفته ولم يستأجره ان كان الخليفة بحال لو لم يدفعه يعلم الصبيان أجزأه وإلا فلا ، وكـذا ما يدفـع إلى الخدم من الرجال والنساء الذين لم يستأجرهم في الأعياد وغيرها بنية الزكاة كذا في المجتبي .

* * *

# باب صدقة السوائم

## ( باب صدقة السوائم )

أي هذا باب في بيان حكم صدقة السوائم ، واراد بالصدقة الزكاة كما في قوله تعالى ﴿ انما الصدقة للفقراء ﴾ ٦٠ التوبة ، والسوائم جمع سائمة وهي المال الراعي ، كذا قال صاحب الديوان « رح » في قولهم سامت الماشية سوماً إذا رعت ، واسامها صاحبها اسامة . وعن الاصمعي كل ابل ترعى ولا تعتلف في الاهل فهي سائمة كذا في المغرب . وفي التحفة السائمة هي التي تسام في البراري لقصد الدر والنسل لا لقصد الحمل والركوب والبيع وفي التي تسام لقصد البيع زكاة تجارة ، ثم الشرط ان تسام في غالب السنة لا في جميع السنة وانما اعتبر السوم ليتحقق النماء ، والنماء يحصل بالزيادة فيها سمنا وبالتوالد ، وانما يعد زيادة إذا خفت المؤنة ، فإذا تكاثرت عليه المؤنة لا يعلف لا يحصل معنى ، وإذا اعتبر السوم اعتبر الاعم والاغلب لأن الحكم للغالب .

فإن قلت ما وجه البداء ، بصدقة الماشية ثم البداءة بذكر الابل ، قلت لأن قاعدة هذا الأمر كانت في العرب وهم ارباب المواشي ، والبداءة بذكر الابل لأن كتاب رسول الله ﷺ الذي كتبه لأبي بكر رضى الله تعالى عنه وكتبه أبو بكر رضى الله عنه لأنس رضى الله تعالى عنه كان هكذا . وفي المبسوط بدأ محمد رحمه الله كتاب الزكاة بذكر المواشي اقتداء بكتاب رسول الله ﷺ فإنه بدأ فيها بزكاة المواشي وقال السكاكي « رح » لأن زكاة الماشية السائمة تجمع عليها خصوصاً في حق الابل ، فإن الاحاديث اتفقت إلى مائة وعشرين ، وعليه اجتمعت الامة إلا ما شذ عن علي رضى الله عنه فإنه قال في خمس وعشرين خمس شياه ، وفي ست وعشرين بنت مخاض . قال سفيان الثوري « رح » هذا غلط وقع من رجال علي وأما علي فإنه أفقه من أن يقول هكذا ، الآن في هذا موالاة بين الوجهتين لا وقص بينهما وهو خلاف اصول الزكاة ، فإن مبنى الزكوات على أن الوقصة يتلو الوجوب وسيجيء مزيد الكلام فيه ان شاء الله تعالى

## فصل في الابل

أي هذا فصل في بيان زكاة الابل ، وقد علم ان الكتاب يجمع الابواب والباب يجمع الفصول والفصل منها وصل ينون ومنها قطع لا تنون،لأن الاعراب لا يكون في المفردات والإبل بكسر الهمزة والباء قد يجوز تسكين الباء تخفيفاً وهو فعل ومثله في الصفات ابلز وهي المرأة القصيرة العظيمة الجثة . وقال ابن الحاجب « رح » لا ثالث لهما ، وذكر الميداني « رح » أربعة وزاد عليها اطلا وهو الخاضر وأبدا للوحشية من الحيوان التي تلد كل عام وقال الجوهري الابل على وزن الابل المولود من أمتة أواقان . وقال ابن عصفور في المقنع فيما زعم سيبويه « رح » لم يأت فعل والابل الإ بلز لا حجة فيه ، لأن الاشهر فيه بلز بالتشديد فيمكن ان يكون تخفيفاً ولا حجة في أطل لأنه لم يأت إلا في الشعر نحو قول امرىء القيس في — شعر — .

له أطل ظبي وساق نعامة

فيجوز ان يكون فيما انعقب الطاء والهمزة للضرورة . وحاونه لغة في الويدوة، وجه للفلج عن الاسنان وابط وحلج وحلب والإبل جنس يقع على الذكور والاناث ولفظها مؤنث تقول ابل سائمة وقال محمد « رح » الجامع الإبل الجمل والبعير والجزور اجناس ، والناقة للانثى ، وفي الصحاح الإبل اسم جمع لا واحد لها من لفظها ولكن مؤنثه ولا تدخلها الناقة إلا في التصغير ، والجمل زوج الناقة والبعير بمنزلة الانسان ويقال للجمل بعير وللناقة بعير ، وشربت من لبن بعير ولا يقال له بعير إلا إذا أجزع ، ولا جمل إلا إذا اربع ، والجزور يقع على الذكر والانثى وهي مؤنثة . وقال النووي تقول اهل اللغة يقال لولد الناقه إذا وضعته ربع بضم الراء وفتح الباء الموحدة ، والانثى ربعة ثم هبع وهبعة . وفي الصحاح الربع الفصيل نتج في الربيع وهو اول النتاج،فإذا انتج في آخره هبع وهبعة ، وناقة مربع نتج على الربيع فهي مرباع ايضاً. وفي الذخيرة البيع الذي يولد لغير حينه فإذا فصل عن أمه فهو فصيل وهو في جميع السنة حوار . وقيل أول ما يخرج يسمى سبيلاً ثم حوار إلى ان يفصل ثم فصيلاً إلى تمام الحول فاذا

دخل في السنة الثانية فهو ابن مخاض والانثى بنت مخاض مضافاً إلى النكرة وقد يضاف إلى المعرفة يسمى بذلك لأن أمه حملت بعده وهي ماخض يقال مخضت الحامل مخاضاً أي أخذها وجع الولادة ، ومنه قوله تعالى ﴿ فاجاءها المخاض إلى جذع النخلة ﴾ ٢٣ مريم ، أو لأنها الحقت بالمخاض من النوق والمخاض ايضاً للنوق الحوالف واحدها خلفه فإذا دخل في السنة الثانية فهو ابن لبون والانثى ابنة لبون ، سمي بذلك لأن أمه وضعت غـيره فصارت ذات لبن بالباء غالباً ، وإذا وجد في الرابعة فهو حق والانثى حقة لأنه استحق ان يحمل ويركب واستحقت ضراب الفحل وتحمل منه إذا كانت انثى ، ولهـذا جاء في الحديث طروقة الفحل وطروقة الحمل بعموه مطروقة الحلومة وركوبه ، وإذا طعن في الخامسة فهو جذع بفتح الذال المعجمة ، والانثى جـذعة وهي آخر الاسنان المنصوص عليها في الزكاة وما فوقها من الكرائم .

وإذا طعن في السادسة فهو ثني والانثى ثنية ، سمي بذلك لا لغـاية ثنيته وهو أول الاسنان المجزئة فى الاضحية من الإبل - وفي السابعة رباع ورباعية قال المطرزي بفتح الراء والباء ، قال النووي رباع بضم الراء ولا يزال رباعاً أو رباعية حتى تدخل السنة الثامنة فهو سدس ، فاذا دخل في التاسعة فهو بازل الذكر والانثى ، لأنه بذل نابه أي طلـع . وفي العاشرة مخلف للذكر والانثى فإذا كبر فهو عود وانثى عودة ومنـه وافق العود بالعود يوم ، فإذا هرم فهو فحم بفتح الفاء وكسر الحاء المهملة وإلا بناقات وشارف . وقال الازهري الشارف السنة العربية والبكر الصغير من ذكور الإبل والداومي الابل منسوبة إلى مهر بن جنيدان قوم من أهـل اليمن ، والارجبية من أهل اليمن وكذا النجيدية والفصلية لحقديد صلاب كرام بلغ الواحد منها مائة دينـار والقرابة بن الترك والعرابيج يحول سديه يرسل في العراب فسح الحث والواحـد بخيي كروم وارمى ونزل ونزكى الواصلة بحيث يصير جمع بين العراب والبانج ، قيل هو الجمل الضخم دون سنامين .

( قال ليس في أقـل من خمس ذود من الإبل السائمة [1] صدقة ) اضافة الخمس إلى

---

(١) كلمة - السائمة - غير مذكورة في المتن - اهـ مصححه .

فإذا بلغت خمساً سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة إلى تسع ، فإذا كانت عشراً ففيها شاتان إلى أربع عشرة ، فإذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه إلى تسع عشرة ، فإذا كانت عشرين ففيها أربع شياه إلى اربع وعشرين ، فإذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهى التى طعنت في الثانية إلى خمس وثلاثين ، فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون وهى التى طعنت في الثالثة إلى خمس واربعين ، فإذا

---

الذود من قبيل اضافة العدد إلى تمييزه كما فى قوله تعالى ﴿ تسعة رهط ﴾ والذود بفتح الذال المعجمة وسكون الواو من الإبل من الثلاث إلى العشرة ، وقيل من اثنين إلى التسعة وهو مؤنثة لا واحد لها من لفظها قوله – صدقة أي زكاة كما في قوله تعالى ﴿ انما الصدقات للفقراء ﴾ ٦٠ التوبة . وفي المبسوط انما وجبت الزكاة في الخمس من الإبل لانها مال كثير لا يمكن اخلاؤه من الواجب ، ولا ايجاب واحد منها للاجحاف بالملاك ولا ايجاب جزءها لأن الشركة في العين عيب ، فكان ايجاب الشاة فيها كايجاب الخمسة فى المائتين ، لأن الغالب ان بنت المخاض قيمتها اربعون درهماً والمأمور ربع العشر لقوله ﷺ هاتوا ربع عشر أموالكم ، والشاة تقرب ربع عشر الإبل ، فان الشاة كانت تقوم بخمسة دراهم هناك .

( فإذا بلغت خمساً سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة إلى تسع ، فإذا كانت عشراً ففيها شاتان إلى اربع عشرة ؛ فإذا كانت خمس عشرة ففيها ثلاث شياه إلى تسع عشرة ، فإذا كانت عشرين ففيها اربع شياه إلى أربع وعشرين ، فإذا بلغت خمساً وعشرين ففيها بنت مخاض ) على هذا اتفقت الآثار وأجمع العلماء ، إلا ما روى عن علي رضى الله عنه قال في خمس وعشرين خمس شياه ، وفي ست وعشرين بنت مخاض ، وروى ذلك عن الشعبي وشريك بن عبد الله ذكره السغناقي في شرح البخاري عنه وبه قال ابن أبي مطيع البلخى وقد مر الكلام فى أوائل الباب ( وهى التي طعنت فى الثانية ) أي ابنة المخاض هى التي دخلت فى السنة الثانية ( إلى خمس وثلاثين ، وإذا كانت ستاً وثلاثين ففيها بنت لبون وهى التي طعنت فى الثالثة إلى خمس واربعين ، وإذا

كانت ستاً وأربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة إلى ستين فإذا كانت إحدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة إلى خمس وسبعين، فإذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون إلى تسعين ، فإذا كانت احدى وتسعين ففيها حقان إلى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله ﷺ

---

كانت ستاً واربعين ففيها حقة وهى التي طعنت فى الرابعة إلى ستين ، فإذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهى التي طعنت فى الخامسة إلى خمس وسبعين ، فإذا كانت ستاً وسبعين ففيها بنتا لبون إلى تسعين ، فإذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان إلى مائة وعشرين ).

أعلم ان الشرع جعل الواجب فى نصاب الإبل الإبل الصغار دون الكبار بدليل ان الاضحية لا تجوز بها ، وانما تجوز بالثني فصاعداً من السدس والبازل ، وانما اختار ذلك بتيسر الارباب المواشى وجعل الواجب ايضاً من الاناث لا الذكور حتى لا يجوز الذكر إلا بالقيمة ، ولهذا لم يجز الشافعى « ر ض » أخذ ابن المخاض لأنه لا يجوز دفع القيمة ، بل قال يؤخذ مكان بنت مخاض ابن لبون ، لأن الانوثة تعد فضلاً فى الإبل ، وقد جاءت السنة بتعيين الوسط ، فلم يعين الانوثة فى البقر والغنم لأن الانوثة فيهما لا تعد فضلاً .

( بهذا اشتهرت كتب الصدقات عن رسول الله ﷺ ) أى بما ذكر القدوري من كيفية زكاة الإبل اشتهرت أي بلغت إلى الشهرة حتى عدت من الاخبار المشاهير التي هى قسم من المتواتر فيها كتاب أبى بكر لانس بن مالك رضى الله عنهما رواه البخاري فى صحيحه وفرقه فى ثلاثة ابواب متوالية عن ثمامة أن أنساً حدثه أن أبا بكر رضى الله عنه كتب له هذا الكتاب لما ارسله إلى البحرين . بسم الله الرحمن الرحيم ، هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله ﷺ على المسلمين والتي أمر الله تعالى بها رسوله فمن سئلها من المسلمين فليعطيها على وجهها ومن سئل فوقه فلا يعطى فى اربع وعشرين من الابل فما دونها من الغنم فى كل خمس شاة ، فإذا بلغت خمساً وعشرين إلى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض انثى ، فإذا بلغت ستاً وثلاثين إلى خمس واربعين ففيها بنت لبون انثى ، فإذا بلغت ستاً واربعين إلى ستين ففيها جذعة ، فإذا بلغت هى ستاً وسبعين إلى تسعين ففيها بنتا لبون ، فاذا بلغت احدى وتسعين إلى عشرين ومائة ففيها حقتان طروقتا الحمل ، فإذا زادت على

عشرين ومائة ففي كل اربعين ابنة لبون ، وفى كل خمسين حقة ، ومن لم يكن معه إلا اربع من الإبل فليس فيه صدقة إلا أن ساومها ، فإذا بلغت خمسة من الإبل ففيها شاة.

وجاءها كتاب عمر رضى الله عنه أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة واللفظ الترمذي عن سفيان بن حصين عن الزهري عن سالم عن أبيه أن رسول الله ﷺ كتب كتاب الصدقة فلم يخرجه إلى عماله حتى قبض فقرنه بسيفه فلما قبض عمل به أبو بكر رضى الله تعالى عنه حتى قبض وعمر رضى الله عنه حتى قبض وكتابه فيه في خمس من الإبل شاة وفي عشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاثة شياه ، وفي عشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض إلى خمس وثلاثين ، فإذا زادت ففيها بنت لبون إلى تسعين ، فإذا زادت ففيها حقتان إلى عشرين ومائة ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون.. الحديث وهو مرسل ورفعه سفيان بن حصين رضى الله عنه وقال المنذري سفيان بن حصين اخرج له مسلم في مقدمة كتابه واستشهد به البخاري إلا ان حديث الزهري فيه مقال وقد تابع سفيان بن حصين على رفعه سليمان بن كثير « رح» وهو ممن اتفق البخاري ومسلم على الاحتجاج بحديثه .

وقال الترمذي في كتاب العلل سألت محمد بن اسماعيل « رح » عن هذا الحديث فقال ارجو أن يكون محفوظاً ، وسفيان بن حصين « رح » صدوق ورواه أحمد في مسنده والحاكم في مستدركه وقال ابن سفيان بن حصين وثقه يحيى بن معين « رح » وهو أحد أئمة الحديث إلا أن الشيخين لم يخرجا له وله شاهد صحيح وإن كان فيه ارسال . وقال ابن عدى وقد وافق سفيان بن حصين على رفعه سليمان بن كثير أخو محمد بن كثير حدثناه ابن مساعد عن يعقوب الدورقي عن عبد الرحمن بن مهدي عن سليمان بن كثير « رح » بذلك ، وقد رواه جماعة عن الزهري عن سالم عن أبيه فوقفوه ، وسفيان بن حصين وسليمان بن كثير « رح » رفعاه .

ومنها كتاب عمرو بن حزم « رح » أخرجه النسائي في الديات وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر محمد بن الفضل عن عمرو بن حزم عن أبيه

ثم إذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه ، وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض إلى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون

---

عن جده رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتاباً فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو بن حزم فقرأت على أهل اليمن وهذه نسختها : بسم الله الرحمن الرحيم من محمد النبي إلى شرحبيل بن عبد فلان نسل ذي رعين ومعافر وهمدان .. الحديث وفيه طول ويناسب هذا من مذهبنا وقال النسائي سليمان بن أرقم متروك . قلت رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر بن عبدالله بن أبي بكر رضى الله عنه به ..

وعن عبد الرزاق اخرجه الدارقطني في سننه ورواه الدارقطني ايضاً عن اسماعيل بن عباس عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر به . ورواه كذلك ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه كلاهما عن سليمان بن داود ، وحدثنا الزهري به قال الحاكم اسناده صحيح وهو من قواعد الاسلام ، وقال ابن الجوزي في الحقيق قال أحمد بن حنبل « رح » كتاب عمرو بن حزم في الصدقات صحيح . قال بعض الحفاظ من المتأخرين نسخه كتاب عمرو بن حزم تلقاها الائمة بالقبول وهي متواترة . وقال يعقوب بن سفيان العولى « رح » لا أعلم في جميع الكتب المنقولة أصح منه كان اصحاب النبي ﷺ والتابعون يرجعون اليه ويدعون اراءهم .

( ثم إذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة ) أي عند أصابنا ، وتفسير الاستئناف أن لا يجب على ما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ الزيادة خمساً فإذا بلغت خمساً ( فيكون في الخمس شاة مع الحقين ، وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه ) أي مع الحقتين .

( وفي العشرين أربع شياه ) أي مع الحقتين ( وفي خمس وعشرين بنت مخاض إلى مائة وخمسين فيكون فيها ثلاث حقاق ثم تستأنف الفريضة ) أي بعد المائة والخمسين ( فيكون

فى الخمس شاة وفى العشر شاتان وفى خمس عشرة ثلاث شياه وفى عشرين اربع شياه وفى خمس وعشرين بنت مخاض وفى ست وثلاثين بنت لبون ، فإذا بلغت مائة وستاً وتسعين ففيها اربع حقاق إلى مائتين ثم تستأنف الفريضة أبداً كما تستأنف فى الخمسين التى بعد المائة والخمسين وهذا عندنا

---

في الخمسة شاة وفي العشر شاتان وفي الخمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض ) أي مع ثلاث حقاق .

( فإذا بلغت مائة وستاً وتسعين ففيها اربع حقاق إلى مائتين ) وفي المبسوط وقاضي خان ثم هو مخير ان شاء أدى فيها أربع حقاق الى مائتين من كل خمسين حقة وان شاء أو في خمس بنات لبون من كل اربعين بنت لبون.

فإن قلت هذا الذي ذكرته إذا بلغ النصاب إلى مائتين اربع حقاق ، قلت ان لم يصح فيها قبل المائتين فيصح في المائتين .

( فله الخيار [1] ) في تأخير الزكاة إلى أن تبلغ الإبل مائتين فله الخيار في اربع حقاق أو خمس بنات لبون ( ثم تستأنف الفريضة أبداً كما يستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين ) قيل بهذا الاحتراز عن الاستئناف الذي بعد المائة والعشرين فإن في ذلك الاستئناف ليس ايجاب بنت لبون ، ولا ايجاب اربع حقاق لانعدام وجوب نصابها لأنه لما زاد خمس وعشرين على المائة والعشرين صار كل النصاب مائة وخمسة واربعين فهو نصاب بنت المخاض مع الحقتين، فلما زاد عليها خمس صارت مائة وخمسين فوجب ثلاث حقاق لأن في الاستئناف الأول تغير الواجب من الخمس إلى الخمس إلى ان بلغ النصاب إلى مائة وخمسين ثم استؤنفت الفريضة ، وفي الاستئناف الثاني تعتبر الواجب من خمس وعشرين إلى الست وثلاثين أي من مائة وخمس وسبعين إلى مائة وست وثمانين فيكون العفو في الاستئناف الاول خمسة والثاني عشرة ثم تغير الواجب في الاستئناف الثاني من ست وثلاثين إلى مائة وست وتسعين وليس هو الاستئناف الاول ( وهذا عندنا ) أي هذا

---

(١) غير موجود في المتن وربما لاحظ القارىء بعض الفرق بين المتن والشرح بزيادة ونقصان — اهـ مصححة .

وقال الشافعي « رح » إذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون ، فاذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الأربعينات والخمسينات فيجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روى انه عليه السلام كتب إذا زادت الابل على مائة وعشرين ففى كل خمسين حقة وفى كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها

---

المذكور في الصورة المذكورة هو مذهب اصحابنا وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه أيضاً، وحكي عن ابن عمر رضي الله عنه أيضاً وبه قال ابراهيم النخعي وسفيان الثوري وأهل العراق رحمهم الله .

( وقال الشافعي رضى الله عنه إذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون ) لأنها ثلاث اربعينات ( فإذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ) لأنها اربعينان وخمسون ( ثم يدار الحساب على الاربعينات والخسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ) فالشافعي « رض » يوافقنا إلىمائة وعشرين فإذا بلغت مائة واحدى وعشرين يدور الحكم عنده على الاربعينات والخسينات وبه قال الاوزاعي وأبو ثور واسحاق وأحمد في رواية ، وعن مالك « ر ح » في رواية اخرى لا يتغير الفرض بالزيادة على مائة وعشرين حتى يبلغ عشراً فتجب فيها حقة وبنتا لبون ، وعنه في رواية ثالثة لو زادت واحدة على المائة والعشرين يتغير الفرض ويتخير الساعي بين حقتين وثلاث بنات لبون ، والاصح عن أحمد مثل مذهب الشافعي .

وقالت الظاهرية وأبو سعيد الاصطخري إذا زادت على عشرين ومائة ربع بعير أو ثمنه أو عشرة ففي كل خمسين حقة ، وفي كل اربعين بنت لبون . وقال السروجي هذا قول باطل بلا شبهة إذ لم يرد الشرع بجعل السائمة نصاباً بربع بعير أو ثمنه او عشره وتعلقوا بقوله فإن زادت وقالوا الزيادة تحصل بالثمن والربع .

( لما روى انه عليه الصلاة والسلام كتب إذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففى كل خمسين حقه وفى كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ) قال السفناقي أي ما

ولنا انه عليه السلام كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم « ر ض » فما كان أقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة

---

دون الاربعينات والخمسينات وما دون ذلك شاة أو بنت مخاض ، يعني أوجب النبي ﷺ في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة من غير ان يوجب في الخمس شاة ومن غير ان يوجب في خمس وعشرين بنت مخاض ، وقال تاج الشريعة قوله — ما دونها — ذكره بتوحيد الضمير ثم قال أي ما دون بنت لبون فانها هي المذكورة من قبل وكذا قال الاترازي لكنه ثم قال وأراد بما دونها الشاة وبنت المخاض .

ثم الذي استدل به الشافعي « رح » وهو في حديث أبي بكر المذكور ونحن نعمل به ايضاً ، ألا ترى ان في تسعين ومائة تجب ثلاث حقاق وبنت لبون ، لكن علل الفقه بحديث عمرو بن حزم « ر ض » وأشار اليه بقوله ( ولنا انه عليه الصلاة والسلام كتب في آخر ذلك ) أشار به إلى آخر قوله في الحديث المذكور إذا زادت الإبل .. الخ ( في كتاب عمرو بن حزم ) بن زيداء وأن الخزرجي الانصاري من بني مالك بن النجار لم يشهد بدراً وأول مشاهده الخندق ، واستعمله رسول الله ﷺ على نجران وهم بالحارث بن كعب وهو ابن سبع عشرة سنة ليفقههم في الدين ويعلمهم القرآن ويأخذ صدقاتهم وذلك مضى ستة عشر بعد أن بعث اليهم خالد بن الوليد رضى الله عنه فأسلموا وكتب له كتاباً وهو الذي مضى في حديثه ، مات بالمدينة سنة احدى وخمسين وقيل سنة اربع وخمسين .

( فما كان أقل من ذلك ) أي من خمس وعشرين ( ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة ) وهو ما كتب في آخر كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه . وقال الكاكي « رح » ما رواه الشافعي رضى الله عنه نحن قائلون به لأنا نوجب في الاربعين بنت لبون ، لأن الواجب منها ما هو الواجب في ستة وثلاثين وفي الخمسين حقة ، وهذا الحديث لا يتعرض لنفي الواجب عما دونه ، وانما هو عمل مفهوم النص ، ونحن علمنا بالنص وأعرضنا عن مفهومه لما روينا وهو نقله في الايضاح .

والبخت والعراب سواء لأن مطلق الاسم يتناولها والله أعلم بالصواب

## فصل فى البقر

وليس في أقل من ثلاثين من البقر صدقة

---

( والبخت ) بضم الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة جمع بختي وهو الذي يولد من العربي والعجمي وقد مر مرة ( والعراب ) بكسر العين المهملة جمع عربي نسبة إلى العرب ، وهم الذين استوطنوا المدن والقرى ، والإعراب اهل البادية ، واختلف في نسبهم والاصح انه نسبوا إلى عربة بفتحتين وهي تهامة ، لأن اباهم اسماعيل عليه السلام يسمى بها كذا في المغرب ( سواء ) مرفوع على الخبرية وانما كانا سواء ( لأن مطلق اسم الإبل ) المذكور في الحديث ( يتناولها ) واختلافهما في النوع لا يخرجها من الجنس .

## ( فصل في البقر )

أي هذا فصل في بيان حكم زكاة البقر ، قدم فصل البقر على فصل الغنم لقربها من الإبل في الضخامة والقيمة . وذكر صاحب كتاب الزينة أن لفظ البقر من البقر وهو الشق لأنه يبقر الأرض أي يشقها ، والبقر جنس وأنواعه الجاموس والعراب والدراسة وهي التي يحمل عليها . وفي الصحاح البقرة للذكر والانثى والهاء للافراد كالتمر والتمرة والبيقور والبقر والياء والواو زائدتان وأهل اليمن يسمون البقرة الباقورة ، والباقر اسم جمع للبقر مع رعاية كالجامل لجماعة الجمال ، وفي شرح النووي البقر جنس وأنواعه بقرة وباقورة ، وعن أبي يوسف رحمه الله البقرة للانثى .

( وليس في أقل من ثلاثين من البقر صدقة ) قال الاترازي « ر ض » لا خلاف بين الامة في هذا . قلت فيه خلاف بين الامة فقالت الظاهرية لا زكاة في أقل من خمسين من البقر فإذا ملك خمسين بقرة عاماً قمرياً متصلاً ففيها بقرة وفي المائة بقرتان ثم في كل خمسين بقرة بقرة ولا شيء في الزيادة حتى يبلغ خمسين وقال آخرون في خمس من البقر شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه ، وفي خمس وعشرين بقرة إلى خمس

# فإذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع أو تبيعة وهي التي طعنت في الثانية

وسبعين ، فإذا زادت واحدة ففيها بقرتان إلى ماية وعشرين ، فإذا زادت واحدة ففي كل اربعين بقرة مسنة . قال ابن حزم وابن المنذر رحمها الله هذا قول عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه وحكه وجابر بن عبدالله الانصاري وسعيد بن المسيب وعمر بن عبد الرحمن بن جلدة وقتادة والزهري وفقهاء المدينة رضى الله عنهم .

وقال ابن حزم « ر ض » فلزم مالكاً اتباعهم على اصله ومـا يروى فيه من الأمر موقوف ومنقطع واعتبروه بالإبل كما في الاضحية إذ كل منها يجزئه عن سبعة ويرد عليهم ان خمساً من الإبل بخمس وثلاثين من الغنم ولا يجب فيها ما يجب في خمس من الإبل وعن مصدق أبي بكر رضى الله عنه انه أخذ من كل عشرة بقرات .

ومذهبنا قول علي بن أبي طالب وأبي سعيد الخـدري والشعبي وطاووس وشهر بن حوشب وعمر بن عبد العزيز والحكم بن عيينة وسليمان بن موسى الدمشقي والحسن ومالك والشافعي وأحمد « ر ح » وحكى ابن المنذر عن أبي قلابة في خمس وعشرين خمس شياه وفي ثلاثين تبيـع .

( فإذا كانت ) أي البقر ( ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع أو تبيعة وهي التي طعنت في الثانية ) لحديث معاذ قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن فأمرني ان آخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعاً أو تبيعة وفي كل أربعين مسنة ومن كل حالم ديناراً أو عدل معافر ، رواه الترمذي من حديث مسروق رضى الله عنه ، وقال هـذا حديث حسن ، ورواه ايضاً بقية الاربعة .

وروى عمر بن حزم « ر ض » ان رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب ... الحديث ، وفيه في كل ثلاثين باقورة تبيـع جذع أو جذعة ، وكل اربعين باقورة بقرة .

واختلفوا في صحة هذا الحديث فصححه ابن حبان والحاكم « ر ح » واختلف النقل فيه عن احمد .

## وفي اربعين مسن أو مسنة وهي التى طعنت في الثالثة بهذ أمر رسول الله عليه السلام معاذاً رضى الله عنه

وروى أبو داود من حديث الحارث الأعور عن علي رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ انه قال هاتوا ربع العشر ... الحديث وفيه وفي البقر في كل ثلاثين تبيع .

( وفي اربعين مسن أو مسنة ) وليس على العوامل شيء وفي الباب عن أنس وأبي ذر وأبي هريرة وابن عباس « رض » قوله – معافر – وهي كسيان باليمن منسوبة إلى معافر قبيلة ، واستدل به ابن العربي على ان البقر لا يؤخذ منها إلا مسنة انثى ، ولو كانت ذكوراً كلها كلف رب المال ان يأتي بانثى . وقال بعض الشافعية يجزئه . وقال ابوحنيفة رضى الله عنه إن كانت كلها اناثاً جاز فيها من ذكر . وقال شيخنا زين الدين العراقي في هذا الحديث لو أخرج عن الاربعين بتبيعين لم يجزئه وهو اختيار البغوي كما لو أخرج عن ست وثلاثين بنتي مخاض لا يجوز ، فإن الذي اختاره البغوي حكاه الرافعي وجها وقال أيضاً استدل بعموم ذكر البقر فيه على ان بقر الوحش إذا هلك تجب فيه الزكاة كغيرها .

وعن احمد روايتان احدهما الوجوب ، والاخرى المنع وهو قول مالك والجمهور .

( وهي التي طعنت في الثالثة ) أي التبيعة هي التي دخلت في السنة الثالثة سمي التبيع تبيعاً لأنه يتبع أمه . وقيل لأن قرنه يتبعان اذنيه ، وسمي المسن والمسنة بذلك لزيادتها وقال الخطابي « رح » ان العجل ما دام يتبع أمه فهو تبيع إلى تمام سنة هوجذع ، ثم ثني ثم رباع ثم سديس وسدس ، ثم ضائع وهو المسن ، وفسرت الشافعية التبيع والمسنة مثل ما فسر أصحابنا ومثل الجرجاني حيث قال في البحرين التبيع ما له دون سنة ، وقيل ما له سنة . والمسنة ما لها سنة وقيل سنتان ، وكذا قول الفورابي « رح » في الابانة التبيع ما استكمل سنة ، وقيل الذي يتبع أمه وان كان له دون سنه . وفي الواقعي ان جماعة حكوا في التبيع ما له ستة اشهر ، وفي المسنة ما لها سنة ، ولم يرو الاصحاب هذا الخلاف معدوداً من المذهب .

وقال ابن حزم « رح » ان التبيع والتبيعة ما له سنتان ، وان المسنة ما لها أربع سنين وهو المشهور عند المالكية .

( وبهذا أمر رسول الله ﷺ معاذاً رضى الله عنه ) أى هذا الذي ذكرنا كيفية صدقة

فإذا زادت على اربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك وإلى ستين عند أبي حنيفة « رح » ففى الواحـــدة الزائدة ربـع عشر مسنة وفى الاثنين نصف عشر مسنة وفى الثلاثة ثلاث ارباع عشر مسنة ، وهذا رواية الاصل لأن العفو ثبت نصاً بخلاف القياس

---

البقر أمر النبي ﷺ معاذ بن جبل رضى الله عنه حين وجهـــه إلى اليمن ؛ وقد ذكرناه الآن .

( فإذا زادت ) أي البقر ( على اربعين وجب ) أي الاداء ( في الزيادة بقدر ذلك إلى ستين عند أبي حنيفة ) وبه قال ابراهيم وحماد ومكحول ( ففي الواحدة الزائدة ربـع عشر مسنة ، وفي الاثنين نصف عشر مسنة ، وفي الثلاثة ثلاثة ارباع عشر مسنة ) الفـاء تفسيرية تفسيرها حكم الزائد على الاربعين وهو ربـع عشر سنة ، وهو جزء من اربعين جزءاً من مسن أو مسنة أو جزء من ثلاثين جزء من تبيـع أو تبيعة وهو ثلاث عشرها مع المسنة وهي الثنتين الزائدتين على الاربعين جزآن من اربعين جزء من مسن أو مسنة وهما نصف عشرها أو جزآن من ثلاثين جزءاً من تبيـع أو تبيعة وهما ثلثا عشر تبيـع أو تبيعة ، وفي الثلاث الزوائد على الاربعين ثلاثة اجزاء من اربعين جزءاً من مسن أو مسنة وهي ثلاثة ارباع عشرها او ثلاثة أجزاء من تبيـع أو تبيعة وهي عشر تبيـع أو تبيعة . وفي الاربعة الزائدة على الاربعين أربعة اجزاء من اربعين جزءاً من مسن أو مسنة وهى عشرهـــا أو أربعة أجزاء من ثلاثين جزء من تبيـع أو تبيعة وهى عشر تبيـع أو تبيعة وثلث عشرها وفي الخمسة الزائدة على الاربعين خمسة أجزاء من اربعين جزء من مسن أو مسنة أوخمسة أجزاء من ثلاثين جزء من تبيع أو تبيعة وهى سدس تبيـع أو تبيعة وهكذا زيد الواجب على جسب الزيادة إلى الاثنين .

( وهذا رواية الاصل ) أي هذا المذكور هو رواية الاصل أى المبسوط رواهـــا أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمها الله هكذا ذكره أبو بكر الجصاص الرازي « ر ح » وهو ظاهر الرواية .

( لأن العفو ) أي عدم الوجوب ( ثبت نصاً ) أي من جهة النص ( بخلاف القياس )

ولا نص هنا ، وروى الحسن عنه « رض » عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع ، لأن مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص ، وفى كل عقد واجب . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا شيء فى الزيادة حتى تبلغ ستين

---

لما فيه من إخلاء المال عن الواجب مع قيام اهلية الوجوب وهو الغنى ( ولا نص ها هنا ) في العفو فلا يثبت نصب النصاب بالرأى لا يكون ، وانما طريق معرفته النص ولا نص فيها بين الاربعين إلى الستين ، فإذا تعذر اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة في قليله و كثيره بحسب ما سبق .

( وروى الحسن « رض » عنه ) أى وروى الحسن بن زياد « ر ض » عن أبي حنيفة رضى الله عنه ( انه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع ) **لأن الزيادة على الأربعين عشرة وهي ثلاث[1] ثلاثين وربع** أربعين فيجزءهن اعطاء ربع المسنة وبين اعطاء ثلث التبيع إلى ستين قال السروجى رحمه الله عن ابن شجاع هى اصح الروايات .

( لأن مبنى هذا النصاب ) أشار به إلى نصاب البقر ( على ان يكون بين كل عقدين وقص ) بفتح الواو وفتح القاف وبالصاد المهملة ما بين الفريضتين في السائمة ، وفتح القاف أشهر عند أهل اللغة وصنف ابن ري جزاء فى تخطئة الفقهاء ولحنهم فى اسكان القاف وليس كما قال ، وجاء فيه الوقس بالسين المهملة والنسق مثله بفتح النون ، ويقال الوقص فى البقر خاصة والنسق فى الإبل خاصة والعفو فى الغنم ، وقيل الوقص يطلق على ما لا تجب فيه الزكاة ويجمع على اوقاص كجمل وأجمال ، وقيل ولو كانت القاف ساكنة يجمع أفعل نحو فلس وأفلس ، ولا يرد حول وأحوال وهول وأهوال لأن معتل العين بالواو يجمع هكذا .

( وفى كل عقد واجب ) غير عفو كما قبل الاربعين وبعد الستين ( وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء في الزيادة) **أي على الأربعين (حتى تبلغ ستين) فإذا بلغت ستين ففيها تبيعان**

---

(١) الصحيح انها – ثلث ثلاثين – اه مصححه .

وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لقوله عليه السلام لمعاذ رضى الله عنه لا تأخذ من اوقاص البقر شيئاً ، وفسروه بما بين الاربعين إلى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها هاهنا الصغار

---

أو تبيعتان وبه قال مالك والشافعي وأحمد « ر ض » وفى المحيط وهو أوفق الروايات عن أبى حنيفة « ر ح » وفى جوامع الفقه وهو المختار .

( وهو ) أي قولهما ( رواية عن أبي حنيفة « ر ح » ) وهو رواية اسد بن عمرو فصار عن أبي حنيفة ثلاث روايات ( لقوله ﷺ لمعاذ بن جبل رضى الله عنه لا تأخذ من أوقاص البقر شيئاً ) أى لقول النبي ﷺ لمعاذ حين وجهه إلى اليمن . قال الاترازي « ر ح » ذكر الشيخ أبو يحيى القدوري في شرح الكرخي ان معاذاً « ر ض » سئل عما بين الاربعين والستين فقال تلك أوقاص لا شيء فيها ، انتهى .

قلت العجب منه مع دعواه كيف ذكر الموقوف من حديث معاذ وترك المرفوع الذي دل عليه كلام المصنف « ر ح » وقد روى الطبراني « ر ح » في معجمه حديث عثمان بن عمر الضبي حدثنا محمد بن كثير حدثنا سفيان عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن الرجل عن معاذ بن جبل « ر ض » عن النبي ﷺ قال ليس في الاوقاص شيء . ورواه ابن أبي شيبة موقوفاً حدثنا عبدالله بن ادريس عن ليث عن طاووس عن معاذ « رض » قال ليس في الاوقاص شيء .

وروى أبو عبيد « ر ض » في كتاب الاموال من حديث مسلمة بن أسامة ان معاذ بن جبل « ر ض » قال بعثني رسول الله ﷺ اصدق اهل اليمن .. الحديث ، وفيه ان الأوقاص لا فريضة فيها .

( وفسره بما بين الاربعين إلى ستين ) أي فسر أهل اللغة الوقص بالذي يكون بين الاربعين من البقر إلى الستين وقيل فسره الصحابة رضى الله عنهم .

( قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ) أي المراد من الاوقاص الصغار من البقر وهي العجاجيل وبه نقول انه لا شيء فيها أو المراد بها ان اريد به العفو فله المدد في الابتداء ، وان الوقص في الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصاباً وذلك في الابتداء كذا في المبسوط

ثم في الستين تبيعان أو تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع ، وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلاثة أتبعة ، وفي المائة تبيعان ومسنة ، وعلى هذا فيتغير الفرض في كل عشرة من تبيع إلى مسنة ومن مسنة إلى تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وفي كل أربعين مسن أو مسنة والجواميس والبقر سواء لأن اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه

---

( ثم في الستين تبيعان أو تبيعتان ) أي ثم الواجب في ستين من البقر تبيعان أو تبيعتان ( وفي سبعين مسنة وتبيع ، وفي ثمانين مسنتان ، وفي تسعين ثلاثة أتبعة ) الاتبعه جمع تبيع ، وفي تسعين ثلاثة أتبعة من كل ثلاثين تبيع (وفي المائة تبيعان ومسنة) أي الواجب في المائة من البقر تبيعان ومسنة وفي الستين تبيعان ، وفي الاربعين مسنه .

( وعلى هذا ) أي وعلى الوجه المذكور ( فيتغير الفرض في كل عشرة من تبيع إلى مسنة ) ففي مائة وعشرة تبيع ومسنتان ، وفي المائة والعشرين ان شاء المالك دفع ثلاث مسنات ، وإن شاء أربعة أتبعة ، والخيار للمالك عندنا وبه قال أحمد « ر ح » . وعند مالك وبعض الشافعية الخيار للمصدق ، وعلى هذا حكم ما زاد على ذلك .

( لقوله عليه الصلاة والسلام في كل ثلاثين من البقرتبيع أو تبيعة وفي كل أربعين مسن أو مسنة ) أي لقول النبي ﷺ ، وقد مر هذا في حديث معاذ رضى الله عنه ، أخرجه الطبراني ، وفي حديث علي رضى الله تعالى عنه أخرجه أبو داود « ر ح » .

( والجواميس والبقر سواء ) يعني في الزكاة وفي كل واحد منهما وفي ضم أحدهما إلى الآخر ليكمل النصاب ، والجواميس جمع جاموس وهو معرب كوميس وهو نوع من انواع البقر وأسم البقر يطلق عليهما ، إلا أن الجاموس أخص . وفي المحيط والجاموس كالبقر الا أنه بقر حقيقة حتى لو حلف انه لا يشترى بقراً يحنث بشراء الجاموس ، وانكرواعلى القدوري في قوله – والجواميس والبقر سواء – فجعلهما نوعين للبقر ، فكيف يكون أحد نوعي البقر ، وصوابه – والجواميس والعراب سواء .

( لأن اسم البقر يتناولهما إذ هو نوع منه ) أي الجاموس اسم نوع لصحة اطلاق اسم

إلا أن أوهام الناس لا تسبق إليه في ديارنا لقلته ، فلذلك لا يحنث به في يمينه لا يأكل لحم بقر ، والله أعلم

## فصل في الغنم

ليس في أقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة

---

البقر عليها ( إلا ان اوهام الناس لا تسبق اليـــه ) يعني إلى الجاموس في ذكر البقر ( في ديارنا ) هي اقليم مرغينان ( لقلته ) أي لقلة الجواميس ( فلذلـك لا يحنث به ) أي يأكل لحم الجاموس ( في يمينه لا يأكل لحم بقر ) لعـــدم العرف ، لأن مبنى اليمين على العرف حتى كرر في موضع ينبغي أن يحنث كذا في المبسوط .

فإن قلت اسم البقر يتناول الوحشي ولا تجب فيها زكاة قلت الجاموس أهلي وذلك وحشي ، والوحشيات من البقر والغنم وغيرهما لا يعتد به في النصاب وكذا المتولد بـين أهلي ووحشي ، كذا قاله السـكاكي ، وفي مغني الحنابلة تجب الزكاة في بقر الوحش ولم يقل به أحد وعند الشافعي « رح » لا تجب مطلقاً وبه قال داود « رح » وعندنا ان كانت الأم اهلية تجب ، وإن كانت وحشية لا تجب وبه قال مالك « رح » .

### ( فصل في الغنم )

أي هذا فصل في بيان أحكام صدقة الغنم ، والغنم اسم جنس لا واحـد له من لفظه وهي مؤنثة ولهذا يقال في التصغير غنيمة وكأنه مأخوذ من الغنيمة . وقـال الجوهري الغنم اسم مؤنث موضوع للجنس يقع على الذكور والأناث وعليها جميعاً ، فإذا صغرتهـا لحقتها الهاء قلت غنيمة لأن اسماء الجموع التي لا واحدها من لفظها اذا كانت لغير الآدميين فالتأنيث لها لازم ، فيقال لها خمس من الغنم ذكور فيونث العدد ، وإن صب الكاس اذا كان ثلاثة من الغنم لأن العدد يجري في تذكيره وتأنيثه على اللفظ لا على المعنى .

( ليس في أقل من أربعين من الغنم السائمة صدقة ) أي زكاة ، قد مر وجه هـذا في

فإذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة إلى مائة وعشرين ، فإذا زادت واحدة ففيها شاتان إلى مائتين ، فإذا زادت واحـــدة ففيها ثلاث شياة فإذا بلغت اربعمائة ففيها اربـع شياه ، ثم في كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله عليه السلام وفي كتاب أبي بكر رضى الله عنه

---

اول الكتاب ( فإذا كانت أربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة ) الشاة من الغنم تذكر وتؤنث وفلان كثير الشاة والبقر وهي معنى الجمع ، لأن الألف واللام للجنس ، وأصل الشاة شاهة لأن تصغيرها شويهة والجمع شياه بالهاء في العـدد سواء ثلاث شياه إلى العشر ، فإذا جاوزت فبالتاء ( إلى مائة وعشرين ، فاذا زادت واحدة ففيها شاتان إلى مائتين ، فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه ، فإذا بلغت اربعمائة ففيها اربـع شياه ثم في كل مائة شاة ) أي في كل مائة بعد اربعمائة شاة ، وهذا قول جمهور أهـل العلم منهم مالك والشافعي وأحمد واسحاق « ر ح » وهو قول الثوري « ر ح » ايضاً .

وقال النخعي « ر ح » ولأنس بن صالح « ر ح » ان زادت الغنم على ثلاثمائة واحـدة وجب فيها أربـع شياه الى أربعمائة ، فإذا زادت واحـــدة تجب فيها خمس شياه ، وهو رواية عن أحمد « ر ح » .

وروى الشعبي عن معاذ رضى الله عنه ان الغنم إذا بلغت مائتين لم يغيرها حتى تبلـغ أربعين ومائتين فيؤخذ منها ثلاث شياه ، فإذا بلغت ثلاثمائة ولم يغيرها حتى تبلغ أربعين وثلاثمائة فيؤخذ منها اربـع شياه . وفي المغني إذا زادت على ثلاثمائة واحدة ففيها أربـع شياه ثم لا يتغير الفرض حتى تبلغ خمسمائة فيكون في كل مائة شاة .

وفي شرح الهداية لأبي الخطاب في أربعمائة وواحدة خمس شياه ، وفي خمس مـــائة وواحد ست شياه وهكذا حتى تنتهى . وقال أبو بكر في العارضة هذا مصادمة للحديث لفظاً ومجازفة بغير معنى فلا يعتبر به .

( هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله ﷺ وفي كتاب أبي بكر الصديق رضى الله عنه ) أي مثل المذكور في كيفية صدقة الغنم ورد البيان في كتابه عليه الصلاة والسلام .

## وعليه انعقد الاجماع والضأن والمعز سواء لأن لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به

أما كتاب النبي ﷺ فرواه الترمذي من حديث الزهري « ر ض » عن سالم عن ابيه أن رسول الله ﷺ كتب كتاب الصدقة إلى عماله ، فلم يخرجه حتى قبض فقرنه بسيفه ، فلما قبض عمل به أبو بكر رضى الله عنه حتى قبض ، وعمر رضى الله عنه حتى قبض ، وقد مر عن قريب ومر الكلام فيه .

أما كتاب أبي بكر لأنس رضى الله عنه فرواه البخاري وقد مر أيضاً .

واحتج شمس الائمة السرخسي «ر ح» في المبسوط برواية أنس رضى الله عنه كتب له كتاب الصدقات .. الحديث ، وكذلك احتج به المصنف . وقال السروجي « ر ح » أصحابنا لم يعلموا (١) ما في كتاب أنس والعمل ببعض ما فيه وترك باقيه ليس بصواب ، وكان الاستدلال في هذا بكتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه وهو الاوجه .

( وعليه انعقد الاجماع ) أي على وجوب صدقة الغنم على الوجه المذكور انعقد الاجماع .

( والضأن والمعز سواء ) الضأن مهموز ، ويجوز تخفيفه بالاسكان كما في رأس وهو جمع ضائنة بهمزة قبل النون كراكب وركب ، ويقال ايضاً ضأن بفتح الهمزة يحارس ونحو بين (٢) ، ويجمع ايضاً على ضؤون كضاروى، وقيل هذه كلها ليست بجمع على الاصح بل هي كلها اسم جمع . والمعز بفتح العين واسكانها اسم جنس والواحد ماعز والمعزي والمعيز بفتح الميم والامعوز بضم الهمزة بمعنى المعز .

قوله – سواء – أي في تكميل النصاب لا في اداء الواجب ، فإن ذكره يأتي بعده .

( لأن لفظة الغنم تتناول (٣) الكل ) لأن لفظة الغنم جنس والضأن والمعز نوعان ويضم أحدهما الى الآخر في تكميل النصاب وهذا لا خلاف فيه ( والنص ورد به ) أي

---

(١) هكذا في الاصل وربما قصد – يعملوا – اهـ مصححه .

(٢) هكذا وردت الجملة في الاصل « «

(٣) شاملة للكل – هامش .

ويؤخذ الثنى في زكاتها، ولا يؤخذ الجذع من الضأن إلا في رواية الحسن «رض» عن أبى حنيفة «رح» والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه أكثرها

---

بلفظ الغنم وهو ما كتب في كتاب رسول الله ﷺ في قوله في اربعين من الغنم شاة ( ويؤخذ الثني في زكاتها ) أى في زكاة الغنم ( ولا يؤخذ الجذع من الضأن إلا في رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » بفتحتين ) والذال المعجمة ، قال الازهري « رح » أول ولد الغنم سخلة قال ابن قدامة في المغني بفتح السين وكسرها ذكراً كان أو أنثى من الضأن أو المعز ثم بهيمة الذكر والانثى فإذا بلغ أربعة أشهر فصل عن أمه فولد المعزجفرة وجمعها جفار بالكسر ، وإذا ادعى وقوي فهو عريض وعنوة وهو في ذلك كله جدي والانثى عناق وجمعها عنوة على غير قياس ، واعنق ما لم يأت الحول عليه ، فإذا اتى الحول عليه فالذكر تيس [1] والانثى عز وفي الثانية الذكر جذع والانثى جذعة ، وفي الثالثة ثني والانثى ثنية ، وفي الرابعة رباع ، وفي الخامسة سديس ، وفي السادسة ضالع ولا يوجد له بعد ذلك اسم .

( والثني منها ما تمت له سنة ) أي الثني من الغنم ما قد أتى عليه سنة ( والجذع ما اتى عليه اكثرها ) أي اكثر السنة ، وفي المبسوط الجذعة التي تمت لها سنة وطعنت في الثانية ، والثني الذي تمت له سنتان وطعن في الثالثة . وذكر النووي « رح » في الضأن والمعز ، وكذا في الصحاح . وفي مجمع الغرائب الجذع التي تمت له سنة ودخل في الثانية وهو الذي يجزىء في الاضحية .

قال الحربي انما يجزىء في الاضحية لأن الجذع من الضأن ينزو فيلقح ، والمعز لا يلقح حتى يصير ثنياً ، وفي البدائع والاسبيجابي والوتري وجوامع الفقه وغيرها من كتب الفقه الجذع ما أتى عليه ستة أشهر ، وفي بعضها اكثر السنة مثل ما ذكرها هاهنا والثنيما تم له سنة ودخل في الثانية ، وفي الذخيرة للمالكية الجذع ابن سنه ، وقيل ابن عشرة أشهر وقيل ابن نصف سنة ، وجمع الثني ثنيان وثنايا ، وجمع الثنية ثنيات وجمع الجذع جذعان

---

(١) في الاصل ـ تليس ـ اهـ مصححه .

وعن أبى حنيفه « ر ح » وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثنى ولأنه يتأدى به الاضحية فكذا الزكاة

---

وجذاع وجمع الجذعة جذعات ، ويقال لولد الشاة في السنة الثانية جذع ولولد البقرة في الحافر في السنة الثالثة وللابلي في السنة الخامسة .

( وعن أبي حنيفة « ر ض » وهو قولهما انه يؤخذ الجذع ) وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « ر ض » انه يؤخذ الجذع من الضأن وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي وأحمد « ر ح » . وقال مالك الجذع من الضأن والمعز ما تم له سنة يجوز لاطلاق النص . وقال الشافعي وأحمد « رح » الجذع من المعز لا يجوز .

( لقوله عليه الصلاة والسلام انما حقنا الجذعة والثني ) لم يتعوض إليه أحد من الشراح وهو غريب لا يعرف من رواه ولا من أخرجه ، وقال السروجي هذا في حق الإبل بعيد لأن الجذعة من الإبل لا يؤخذ في الزكاة إذ الذكر لا يجزىء فيها والثنى من الإبل لا يؤخذ لأنه لا يجاوز الجذعة من الإبل . وقال صاحب التخريج وبمعناه أخرجه أبو داود وابن ماجة في الضحايا عن عاصم بن كليب عن أمه قال كنا مع رجل من اصحاب النبي ﷺ يقال له مجاشع من بني سليم فعزت الغنم فأمر منادياً ينادي أن رسول الله ﷺ يقول ان الجذع ولى ما يولى منه للثنى ورواه أحمد « ر ح » في مسنده ، حدثنا محمد بن جعفر «رح» حدثنا شعبة عن عاصم بن لبيب رضى الله عنه عن أبيه عن جده عن رجل من مزينة وجهينة قال كان أصحاب رسول الله ﷺ إذا كان قبل الاضحى بيوم أو بيومين أعطوا جذعين وأخذوا ثنياً فقال عليه الصلاة والسلام ان الجذعة تجزىء ما يجزىء عنه الثنية وعاصم بن كايب أخرج له مسلم .

( ولأنه يتأدى به الاضحية فكذا الزكاة ) وفي الايضاح باب الاضحية أضيق ، ألا ترى ان التضحية بالتبيع والتبيعة لا يجوز ويجوز احدهما في الزكاة فإذا كان للجذع مدخل في باب التضحية ، ففي الزكاة اولى . وقال الاترازي « ر ح » بعد أن قال ذكره الشيخ ابو الحسين القدوري عن علي رضى الله عنه انه قال لا يجزىء في الزكاة إلا الثني فصاعداً على ما لا يخفى من كلام المصنف « ر ح » .

وجه الظاهر حديث علي « رح » موقوفاً ومرفوعاً لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني فصاعداً لان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصاً

---

وتأويل الحديث أي الحديث الذي ذكره المصنف الجذع من الإبل توفيقاً بينه وبين ما روي عن علي رضى الله تعالى عنه ، فإن الحديثين المذكورين كلاهما لم يصح فلا يحتاج إلى التوفيق .

( وجه الظاهر حديث علي رضى الله عنه موقوفاً ومرفوعاً لا يؤخذ في الزكاة إلا الثني فصاعداً ) أي وجه ظاهر الرواية حديث علي رضى الله عنه وهذا الحديث لم يثبت مرفوعاً الى النبي ﷺ ولا موقوفاً على علي رضى الله عنه ، والعجب من صاحب التحفة انه قال لم يرو عن غير علي رضى الله عنه خلافه فكان كالاجماع . وروى ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث عن ابن عمر رضى الله عنهما قال لا يجزىء في الضحايا إلا الثني فصاعداً .

( ولأن الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ) أي ولأن الواجب في الأخذ هو الوسط بالنص كما يجيء قوله وهذا أي الجذع من الضأن من الصغار قوله ( ولهذا ) أى ولأجل كونه من الصغار ( لا يجوز فيها ) أى في الأخذ في الزكاة ( الجذع من المعز ) بالاتفاق ( وجواز التضحية به عرف نصاً ) هذا جواب عن قوله ـ ولأنه تتأدى به الاضحية ـ فكذا الزكاة ففيه نظر ، ولأن جواز التضحية بالجذع من الضأن نصاً لا يمنع قياس جواز الزكاة عليه قوله به أي بالجذع من الضأن .

قلت أحسن الأوجه ان يقال النص هو ما رواه مسلم عن أبي الزبير عن جابر « رض » قال قال رسول الله ﷺ لا تذبحوا إلا مسنة إلا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن .

واما الحديث الذي ذكره الكاكي فرواه الترمذي عن أبي هريرة رضى الله عنه وقال حديث غريب .

والمراد بما روى الجذعة من الابل ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والأناث لان اسم الشاة ينتظمهما، وقد قال عليه السلام في اربعين شاة شاة والله أعلم

## فصل في الخيل

---

( والمراد بما روى الجذعة من الابل ) هذا جواب عن قوله انما حقنا الجذع والثني وقد مر الكلام فيه عن قريب .

( ويؤخذ في زكاة الغنم الذكور والاناث لأن اسم الشاة ينتظمها ) أى يتناولها ، وعند الشافعي رضى الله تعالى عنه لا تجوز الزكاة إلا إذا كانت كلها ذكوراً كذا ذكر في شرح مختصر الكرخي ، وقال مالك « ر ض » يؤخذ الثني من الضأن الذكر والانثى فيه سواء في المعز يؤخذ الانثى ، وقال الشافعي وأحمد « ر ض » تجوز الجذعة من الضأن والثنية من المعز ، وعند مالك يجزىء الجذعة منها .

( وقد قال النبي ﷺ في كل أربعين شاة شاة ) ذكر هذا الحديث لأن المذكور فيه لشاة وهي تعم الذكور والاناث ، وروى هذا الحديث أبو داود والترمذي من رواية سالم عن أبيه عن النبي ﷺ ، ورواه الطبراني في الأوسط من حديث أنس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كتب الى عماله في سنة الصدقات فى كل أربعين شاة شاة . ورواه كذلك أبو داود عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه عن النبي ﷺ . والشاة الاولى نصت على التمييز والثانية مرفوعة على انه مبتدأ تقدم خبره.

## ( فصل في الخيل )

أي هذا فصل في بيان احكام زكاة الخيل وهو اسم جمع للعراب والبرازيين ذكورها واناثها كالركب ولا واحد لها من لفظها ، وواحدها فرس. وقال الجوهري يذكر ويؤنث ويصغر بغير تاء وهو شاذ والخيل الفرسان ، قال الله تعالى ﴿ واجلب عليهم بخيلك ﴾ ٤٦ الاسراء والخيل ايضاً الخيول .

**إذا كانت الخيل سائمة ذكوراً أو اناثاً فصاحبها بالخيار ان شاء أعطى عن كل فرس ديناراً ، أو إن شاء قومها فأعطى عن كل مائتين خمسة دراهم ، وهـــذا عند أبي حنيفة « ر ح » وهو قول زفر ، وقالا لا زكاة في الخيل**

---

والثاني : جمع اسم الجمع كالقوم والاقوام والخيالة أصحاب الخيل ، وقال ابن الاثير في النهاية يا خيل الله اركبي ، أي يا فرسان خيل الله اركبي بحذف المضاف . قيل لا حاجة إلى حذف المضاف لأن الخيل هي الفرسان كما قال الجوهري ويدل عليه قوله اركبي ، وانما ذكر فصل الخيل الحاقاً بفصل السوائم إذ هي سائمة أيضاً وآخره من الفصول الثلاثة ، لان الاحتياج اليها اكثر من فصل الخيل ، وتقدم الخلاف فيها بخلاف فصل الخيل .

( إذا كانت الخيل سائمة ذكورها واناثها فصاحبها بالخيار إن شاء اعطى عن كل فرس ديناراً أو إن شاء قومها وأعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم ) انما قال صاحبها بالخيار احترازاً عن قول الطحاوي فإنه جعل الخيار إلى العامل في كل ما يحتاج إلى حماية السلطان ولم يذكر نصاب الخيل كم هو ولا ذكره في اكثر كتب الاصحاب غير ان صاحب تحفة الملوك قال ان نصاب الخيل قيل اثنان ، وقيل ثلاثة . وعن الطحاوي خمسة هذا على قول أبي حنيفة رضى الله عنه والاصح ان لا تقدير لعدم النقل به .

( وهذا ) أي هذا المذكور هو (عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ) وبه قال حماد بن أبي سليمان واسمه سليم وهو شيخ أبي حنيفة رضى الله عنه وبه قال النخعي حكاه عنه في الروضة وهو قول زيد بن ثابت عن الصحابة رضى الله عنهم ذكره شمس الأئمة السرخسي كما ذكره في الكتاب ( وهو قول زفر « رض » ) أي قول زفر ابن الهزيل هو قول أبي حنيفة رضى الله عنه .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( لا زكاة في الخيل ) وبه قال عطاء بن أبي رباح ومالك والشافعي وأحمد ويروى ذلك عن عمر وعلي رضى الله عنهما واختاره الطحاوي وقال الخطابي اختلف الناس في زكاة الخيل ، وذكر عمر رضى الله عنه انه قال لا زكاة فيها ، وقال ابن المنذر وابن قدامة من الحنابلة الخلفاء الراشدون لم يكونوا يأخذون

منها صدقة. وقال السروجي هذا باطل ذكر أبو عمر بن عبد البر بإسناده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال لعلي بن أبي أمية تأخذ من كل أربعين شاة شاة ألا تأخذ من الخيل شيئاً خذ من كل فرس ديناراً فضرب على الخيل ديناراً ديناراً فقر علي في الخيل ديناراً ديناراً. وقال أبو عمر الخبر في صدقة الخيل عن عمر رضي الله عنه صحيح من حديث الزهري عن السائب بن زيد أن عمر رضى الله عنه أمر أن يؤخذ عن الفرس شاتان أو عشرون درهماً. وقال ابن رشد المالكي في القواعد قد صح عن عمر رضى الله عنه أنه كان يأخذ الصدقة عن الخيل.

( لقوله ﷺ وليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة ) أي لقول النبي ﷺ وهذا الذي أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن غزال[1] بن مالك عن أبي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة.

وأخرجه ابن حبان أيضاً في صحيحه وزاد فيه إلا صدقة الفطر، وهذه الزيادة عند مسلم ايضاً وقال ابن حبان ففيه دليل على أن العبد لا يملك إذ لو ملك لوجبت عليه صدقة الفطر، وعن أبي حنيفة « رض » فيه روايتان، قالوا سنأتي، وقال الاترازي والمشهور عن أبي حنيفة « رض » انه لا يجب فيها شيء، وفي فتاوى قاضي خان والخلاصة والفتوى على قولهما، ورجع في الاسرار قولهما فقال لا يجب في عينهما شيء ومبنى زكاة السائمة على ان الواجب جزء من العين وللامام فيه حق الأخذ ولا يأخذ الإمام صدقة الخيل بالاجماع.

( وله ) أي لأبي حنيفة « رض » ( قوله ﷺ في كل فرس سائمة ديناراً أو عشرة دراهم ) أي قول النبي ﷺ هذا الحديث اخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن الليث

(١) هكذا ـ غزال ـ في الاصل ولا يوجد من رواة الجماعة بهذا الاسم وربما هو عمرو بن مالك ـ اهـ مصححه.

ابن حماد الاصطخري حدثنا أبو يوسف عن فورك بن الحضرم أبي عبدالله عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ في الخيل السائمة في كل فرس دينار ، وقال الدارقطني تفرد به فورك وهو ضعيف جداً ومن دونه ضعفاً ، وقال البيهقي ولو كان هذا الحديث صحيحاً عند أبي يوسف لم يخالف ، وقال ابن القطان في كتابه وأبو يوسف هذا هو أبو يوسف يعقوب القاضي وهو مجهول عندهم .

قلت فورك معروف أبي جعفر بن محمد يعرفه أهل المعرفة بالرجال ، وقول ابن القطان لم يصدر عن عاقل ، وهل يقال في مثل أبي يوسف مجهول وهو أول من سمي بقاضي القضاة وعلمه شاع في ربع الدنيا الذي هو محل الاسلام ، وهو امام فقه حجة ، ونحن نترك الاستدلال بالحديث المذكور عن أبي حنيفة « ر ض » ونستدل بما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة « رض » أن رسول الله ﷺ ذكر الخيل فقال رجل ربطها تغنياً وتعففاً ثم لم ينس حق الله في رقابها ولا في ظهورها فهي لذلك ستر .

فإن قلت قالوا حقها اعارتها وحمل المنقطعين عليها إذا كان واجباً ، ثم نسخ بدليل قوله قد عفوت لكم عن صدقة الخيل ان العفو لا يكون عن شيء لازم . قلت ثبت انه ﷺ قال ولم ينس حق الله في رقابها وهو الزكاة لأنهم اتفقوا على سقوط سائر الحقوق غير الزكاة ، وإنه لا حق في المال غير الزكاة ، وما ورد فيها من أطراف فحولها وإعارة ذكورها وغيرهما منسوخ بالزكاة عند الجمهور ، وقد ذكرنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ما يساعد قول أبي حنيفة رضى الله عنه .

( وتأويل ما رويناه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت رضى الله عنه )

هذا جواب من جهة أبي حنيفة « رض » عن الحديث الذي رواه أبو يوسف ومحمد رحمهم الله من قوله ﷺ في الحديث المذكور ولا فرسه ، وإن تأويله ان المراد منه فرس الغازي ، لأن الخيل كانت عزيزة في ذلك الوقت لقلتها وما كانت إلا معدة للجهاد ثم كثرت بعد ذلك ولا سيا في بلاد العرب خصوصاً في بلاد إله لست [1] فإن الخيل في بلادها سائمة

---

(١) هكذا في الأصل . ا هـ مصححة .

في البراري ترعى ولا يعرفون العلف، فمنهم من يملك منها ألف رأس وأقل واكثر فصارت كالإبل والبقر والغنم لأن الرقيق إذا كان للتجارة تجب فيه الزكاة ، فكذلك الخيل إذا كانت سائمة ، لأن التجارة والاسامة يؤثران في معنى دخول النماء وسبب وجوب الزكاة هو المال النامي وايضاً لما قرن النبي ﷺ الفرس بالعبد كان ذلك قرينة على ان المراد عبد الخدمة وفرس الركوب فانهما إذا كانا للتجارة تجب فيهما الزكاة بالاجماع .

وفى المبسوط نص على انه لا يؤخذ من عينها لأن مقصود الفقير لا يحصل بذلك لأن عينها غير مأكول اللحم عنده ، ولم يثبت أبو حنيفة « رض » للامام ولاية الأخذ لأن الخيل مطمع كل واحد من أهل الطمع فإنها سلاح ؛ والظاهر ان الائمة إذا علموا به لا يتركون لصاحبه .قوله هو المنقول عن زيد بن ثابت الصحابى وهذا غريب ، وقد ذكره أبو زيد الدبوسي فى كتاب الاسرار فقال ان زيد بن ثابت رضى الله عنه لما بلغه حديث أبى هريرة رضى الله عنه قال صدق رسول الله ﷺ انما هنا فرس الغازي ، ومثل هذا لا يعرف بالرأي انه مرفوع .

وروى أحمد بن زنجويه فى كتاب الاموال حدثنا علي بن الحسن حدثنا سفيان بن عيينة عن أبى طاوس عن أبيه انه قال سألت ابن عباس رضى الله عنهما أفيها صدقة فقال ليس على فرس الغازي فى سبيل الله صدقة .

( والتخيير بين الدينار والتقويم مأثور عن عمر رضى الله عنه ) هذا الاثر غريب ، وأخرجه الدارقطني في سننه عن أبى اسحاق عن حدرثة بن مضرب قال جاء ناس من أهل الشام إلى عمر رضى الله عنه فقالوا انا اصبنا أموالاً خيلاً ورقيقاً ، وانما تجب ان نزكيها فقال ما فعله صاحباي قبلي فأفعله انا ثم استشار أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا حسن وسكت علي رضى الله عنه فسأله فقال هو حسن أو لم يكن جزية راتبة يؤخذ بها بعدك فأخذ من الفرس عشرة دراهم ثم أعاده قريباً منه بالسنة المذكورة الفضة ، وقال فيه يوضع على كل فرس ديناراً ، وقيل هذا فى افراس العرب لتفاوت قيمتها ، وأما فى افراسنا فالتقويم والاداء عن كل مائتي درهم خمسة دراهم .

وليس في ذكورها منفردة زكاة ، لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور ، وعنه انها تجب فى الذكور المنفردة أيضاً ولا شيء فى البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي فيهما شيء

---

( وليس فى ذكورها منفردة ) أي وليس فى ذكور الخيل حال كونها منفردة ( زكاة لأنها لا تتناسل ) هذا على الرواية المشهورة وذلك لعدم النماء بالتناسل والتوالد . وفى المبسوط لا تجب فى الذكور إلا فى رواية شاذة ، وفى المحيط المشهور عدم الوجوب .

(وكذا في الإناث المنفردات في رواية ) أي وكذا لا تجب الزكاة فى الخيل الاناث المنفردات فى رواية عن أبى حنيفة « رض » لعدم النماء بالتوالد .

( وعنه الوجوب فيها ) أي وعن أبى حنيفة « رض » الوجوب للزكاة فى الاناث المنفردات ( لأنها تتناسل بالفحل المستعار ) أى لأنها يوجد فيها النماء بالفحل المستعار فيكون النماء لصاحبها ( بخلاف الذكور ) المنفردة لعدم التناسل .

( وعنه انها ) أي عن ابى حنيفة « رض » ان الزكاة ( تجب فى الذكور المنفردة ايضاً ) لاطلاق الحديث وفى الايضاح باعتبار انها سائمة ( ولا شىء فى البغال والحمير لقوله ﷺ لم ينزل علي فيهما شىء ) أى فى البغال والحمير . والحديث رواه البخاري ومسلم عن ابي هريرة رضى الله عنه ولكن ليس فيه ذكر البغال ، ولفظ الحديث طويل فأوله الخيل ثلاثة وفي آخره فسئل النبي ﷺ عن الحمر فقال ما أنزل علي فيها شيء إلا هذه الآية الجامعة الفاذة ﴿ فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره ومن يعمل مثقال ذرة شراً يره ﴾ ٧–٨ الزلزلة ، قوله الفاذة بتشديد الذال المعجمة أى المنفردة في معناها الفذ الواحد وقد افذ الرجل عن أصحابه إذا شذ عنهم وبقى منفرداً وقيل نجاح جامعة لاشتمال اسم الخير على انواع الطاعات والشر على انواع المعاصي ودلالة الآية على الجواب من حيث ان سؤالهم كان الحمار له حكم الفرس ام لا فأجاب بأنه ان كان بخير فلا بدان يرى خيره والآن يعيش.

والمقادير تثبت سماعاً إلا ان يكون للتجارة [1] ، لان الزكاة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة

## فصل

## وليس في الفصلان والعجاجيل والحملان صدقة عند أبي حنيفة «رح»

---

والدليل الصريح في عدم وجوب الزكاة من الحمير ما رواة البيهقي من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ عفوت لكم عن صدقة الجبهة والكسعة والنحر قال بعسا أحد رواية الجبهة الخيل، الكسعة البغال والحمير والنحر والمرسات في البيوت ، والحديث ضعيف لأن فيه سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث ، لا يحتج به قاله البيهقي ، وقال في ديوان الادب الجبهة الخيل والكسعة الحمير والنحر البقر العوامل .

قلت الكسعة بضم الكاف وسكون السين المهملة وقال ابن الاثير النحر بفتح النون وضمها هي الرقيق ، وقيل الحمير ، وقيل البقر العوامل ، وقيل هي كل دابة استعملت ، وقيل البقر العوامل بالضم وغيرها بالفتح ، وقال الفراء النحر أن يأخذ المصدق دينار أبعد فراغه من الصدقة .

( لأن الزكاة حينئذ ) أي حين كونها للتجارة (تتعلق بالمالية كسائر أموال التجارة) لوجود النماء بالتجارة كما في عروض التجارة وغير ذلك من الاحكام .

## فصل

مهما فصل ينون وإذا وصل لا ينون .

( وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) لما فرغ من بيان احكام الكبار ، شرح في بيان أحكام صغار الفصلان بضم الفاء جمع فصل

---

(١) من قوله ـ والمقادير ـ إلى قوله ـ للتجارة ـ غير مشروحة في الاصل. اهـ مصححه

إلا ان يكون معها كبار وهذا آخر اقواله وهو قول محمد « رح » وكان يقول أو لا يجب فيها ما يجب في المسان ، وهو قول زفر ومالك « رح » ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول أبي يوسف « رح » والشافعي « رح »

---

وكذا الناقة من فصل الرضيع عن أمه والحملان بضم الحاء ، وفي مهذب الديوان بكسرها جمع الحمل بفتحتين قال الجوهري في باب اللام الحمل البرق . وقال في باب القاف البرق الحمل فارسي معرب . وفي المغرب الحمل بفتحتين ولد الضامة في سنته الاولى لجمع الحملان والعجاجيل جمع عجول بمعنى عجل كأبابيل جمع أبول كذا حكي عن الكسائي وفي المغرب العجل من اولاد البقر حين تضعه أمه إلى شهر والجمع العجلة ، وأما العجال في في جمعه فلم اسمعه ، والعجول مثله والعجاجيل الجمع ، قوله صدقة أي زكاة عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

( وهذا آخر أقواله ) أى آخر أقوال أبي حنيفة رضى الله عنه ( وهو قول محمد) وبه قال الثوري والشعبي وأبو سليمان وداود «رض » ( وكان يقول اولاً يجب فيها ما يجب في المسان ) أي كان أبو حنيفة « رض » يقول في اول الأمر يجب في الفصلان والحملان والعجاجيل يجب في المسان وهو جمع مسنة وهي ذات السن من الجذع والثنية ( وهو قول زفر ومالك «رض» ) وبه قال داود وأبو بكر من الحنابلة ( ثم رجع وقال فيها واحدة منها ) أى ثم رجع أبو حنيفة رضى الله عنه عن هذا القول وقال تجب فيها واحدة منها وهذا قوله الثالث .

( وهو قول أبي يوسف والشافعي « رض » ) في الجديد وبه قال الاوزاعي واسحاق وذكر الطحاوي « رح » في اختلاف العلماء عن أبي يوسف قال دخلت على أبي حنيفة « رض » فقلت ما تقول فيمن ملك اربعين حملاً ، فقال فيها شاة مسنة ، فقلت ربما تأتي قيمة الشاة على اكثرها أو جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن تؤخذ واحدة منها، فقلت أو يؤخذ الحمل في الزكاة فتأمل ساعة ثم قال لا إذاً لا يجب فيها شيء وأخذ بقوله الاول زفر وبقوله الثاني ابو يوسف ، وبقوله الثالث محمد وعد هذا مناقبه حيث تكلم في مجلس

وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم [1] الصغار والكبار

---

ثلاثة أقاويل فلم يضع شيء من اقاويله كذا في المبسوط ، وقال محمد بن شجاع لو قال قولاً رابعاً لاخذت به انتهى .

قلت وجاء فيه قول رابع وهو ان يأخذ المصدق مسنة ويرد على صاحب المال فضل ما بين المسنة والصغيرة التي هي في ماشيته وهو رواية عن الثوري « رح » ووجه للحنابلة وجاء فيه قول خامس وهو ضعيف جداً لم ينقل عن غير الحنابلة انه يجب في خمس وعشرين من الفصلان واحدة منها ، وفي ست وثلاثين واحدة سنها كسن واحدة منها مرتين وفي ست وأربعين وأربعين منها مثل سن واحدة منها ثلاث مرات وفي احدى وستين واحدة مثل سنها أربع مرات .

والحاصل أن لأبي حنيفة رضى الله عنه هنا أربع روايات كما ظهر من كلام الطحاوي ، ومن المشايخ من رد هذا وقال ان مثل هذا من الصبيان محال فما ظنك بأبي حنيفة رضى الله عنه ، وقال بعضهم لا معنى لرده فإنه مشهور مستفيض لكن يجب ان يوجه على ما يليق بحال ابي حنيفة رضى الله عنه ، وقيل انه استجس ابا يوسف هل يهتدى إلى طريق المناظرة ، فلما عرف انه يهتدي اليه قال قولاً عول عليه كذا في الفوائد الظهيريه وقال صاحب التحفة تكلم الفقهاء في صورة المسألة فإنها مشكلة ، لأن الزكاة لا تجب بدون مضي الحول وبعد الحول لم يبق اسم الحملان والفصلان والعجاجيل . وقال بعضهم الخلاف في هذا لأن الحول هل ينعقد على هذه أم لا ويعتبر انعقاد الحول من حين الكبر . وقال بعضهم الخلاف فيمن كانت له امهات فمضت ستة اشهر فولدت اولاداً ثم ماتت الامهات وبقيت الاولاد ثم تم الحول وهي صغار وعلى هذا إذا استفاد صغاراً في اثناء الحول ثم هلكت المسنات ، وفي الجامع الصغير هلكت الامهات بعد عشرة اشهر وبقيت الاولاد . وقيل كان له نصاب هو مسنات فاستفاد قبل حوله صغاراً بشراء أو هبة أو نحوها ثم هلك المسنات ويبقى المستفاد .

( وجه قوله الاول ان الاسم المذكور ) من اسم الشاة والإبل والبقر ( في الخطاب ) يعني في النص في قوله خذ من الإبل ( يتناول الصغار والكبار ) كاسم الآدمي ولهذا لو

---

(١) يتناول — هامش .

ووجـــه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحد منهما ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فإذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع أصلاً ، وإذا كان فيها واحـدة من المسان جعل الكل تبعاً له في انعقادها نصاباً دون تأدية الزكاة منها

---

حلف لا يأكل لحم الإبل فأكل فصيلا يحنث .

( ووجه الثاني ) أي في القول الثاني وهو قوله فيها واحدة منها ( تحقيق النظر من الجانبين ) أى من جانب الفقير والغني وهذا الآن في ايجاب الكبير اضراراً بالغني، وفي عدم إيجاب اضرار بالفقير فوجب واحدة من الصغار .

( كما يجب في المهازيل واحد منها ) المهازيل جمـــع مهزول من الهزال وهو خلاف السمن ، وجه التشبيه هو وجوب الواحـــد من نصاب الإبل أو البقر أو الغنم المهزولة تحقيقاً للنظر من الجانبين ، وفي الإسرار اختار قول أبي يوسف لأنه أعدل فإنا رأينــا النقصان بالهزال رد الوجوب الاصلي إلى واحـــد منها ولم يبطل أصلا فكذلك النقصان بالسمن مع قيام الاسامة واسم الإبل ، وفي النهاية ونقصان الوصف لا يسقط الزكاة اصلا حتى ان في العجاف والمهازيل تجب الزكاة بجبسها فكذلك نقصان السن .

( ووجه الاخير ) أي القول الاخير ، وفي بعض النسخ الآخر وهو قولــه ليس في الحملان والفصلان والعجاجيل صدقة ، وقوله ـ ووجه الأخير ـ مبتدأ وقوله ( ان المقادير لا يدخلها القياس ) خبره ( فإذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع ) وهو بنت مخاض في خمس وعشرين من الإبل والثني من الغنم ( امتنع اصلا ) أى امتنع الوجوب بالكلية لأن اخذه من الصغار أخذ خيار المال وذلك لا يجوز .

( وإذا كان فيها) أى في الصغار ( واحدة من المسان جعل الكل تبعا له ) أى الكل من الصغار تبعاً للواحد من المسان ( في انعقادها نصاباً ) أي في انعقــاد الصغار يعني ينعقد النصاب بالصغار ( دون تأدية الزكاة منها ) أى من الصغار ، حتى إذا دفع واحداً منهـــا لا يجوز بل يجب مـــا ورد به الشرع حتى لو هلك المسان بعد حولان الحول

لان الواجب يتعلق بالمال وقد فات ثم عند أبي يوسف « ر ح » لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغاً لو كانت مسان يثنى الواجب

---

سقطت الزكاة عن الكل عند ابى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما هـذا نتيجة كون الصغار تبعاً لواحد من المسان .

صورته رجل له تسعة وثلاثون حملاً ومسنة واحدة ، فإذا كانت المسنة وسطاً أخذت؛ وإن كانت جيدة لم تؤخذ ويؤدي صاحب المـــال شاة وسطاً ، وإن كان دون الوسط لم تجب إلا هـــذه ، وان هلكت الكبيرة بعد الحول بطل الواجب كله عند أبي حنيفة ومحمد « ر ح » .

( لأن الواجب ) اى وجوب الزكاة ( يتعلق بالمال وقد فات ) بالهلاك .

(وعند أبي يوسف لا يجب في الباقي ) في تسعة وثلاثين جزءاً من اربعين جزء من حمل لأن الفصيل على الحمل ، وانما وجب باعتبار الكبيرة فبطل بهلاكها ، وإذا هلكت الكل إلا الكبيرة فإن فيها جزءاً من اربعين جزء من شاة مسنة ، لأن كل الواجب لم يكن فيها بل كان فيها وفي الصغار تبعاً ، فكانت الصغار كأنها كبار ، فإذا هلكت الصغار بقيت الكبيرة بقسطها .

( ثم عند أبي يوسف رحمه الله لا تجب فيا دون الاربعين من الحملان وفيا دون الثلاثين من العجاجيل ؛ ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحـــد ) اختلفت الرواية عن ابي يوسف « ر ح » في كيفية اداء الزكاة عن الفصلان ، ففي رواية بشر بن اسماعيل قال ابو يوسف رحمه الله إذا بلغ الفصلان عدداً وهو خمس وعشرون يجب فيها فصيل واحـد منها ( ثم لا يجب شيء حتى تبلـغ مبلغاً لو كانت مسان يثنى الواجب ) يعني لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغـــاً لو كانت كباراً يثنى الواجب فيه وهي ستة وسبعون إذ فيها يجب بنتا لبون .

ثم لا يجب شيء تبلغ مبلغاً لو كانت مسان بثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين ، وفي رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار ، وعنه انه ينظر إلى قيمة خمس فصيل وفي الخمس وإلى قيمة شاة وسط فيجب اقلهما وفي العشر إلى قيمة شاتين وإلى قيمة خمسي فصيل

---

( ثم لا يجب فيها شيء حتى تبلغ مبلغاً لو كانت مسان بثلث الواجب ) أي ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغاً أي عدداً وهو مائة وخمسة واربعون لو كانت كباراً بثلث الواجب وبثلث على صيغة المجهول من التثليث ، ومعنى يثلث الواجب هو ان يجب فيها ثلاثة من الفصلان لأنه مبلغ يثلث به الواجب من الكبار حيث تجب حقتان وبنت مخاض .

وقد اعترض محمد على أبي يوسف « رح » فقال انما أوجب رسول الله ﷺ في جنس الإبل بصفة مخصوصة وهي وجوب الزكاة من خمسة إلى خمسة وعشرين ومن خمسة وعشرين إلى ستة وسبعين وما لا يجب في هذين الموضعين كذلك في خبره وجب من جهة أن الفرض يتغير بالسن والعدد في الإبل ولا سن في الفصلان فوجب التغير بالعدد .

( ولا يجب فيما دون خمس وعشرين ، وفي رواية ) أى في رواية عن أبي يوسف رواه عنه الحسن بن مالك ( وعنه ) أى وعن أبي يوسف رحمه الله في رواية ابن شجاع عنه (انه) أى ان الشأن ( تجب في الخمس ) بفتح الخاء ففي خمس فصلان ( خمس فصيل ) بضم الخاء ( وفي العشر خمسا فصيل ) أي ويجب في العشر من الفصلان خمسان من فصيل ( على هذا الاعتبار ) يعني يجري على هذا القياس إلى خمس وعشرين تجب فيها واحدة منها فكأنه اعتبر البعض بالكل .

( وعنه ) أي وعن أبي يوسف « رح » ( انه ينظر إلى قيمة خمس فصيل ) بضم الخاء ( وفي الخمس ) بفتح الخاء أى في الخمس من الفصلان ( وإلى قيمة شاة وسط فيجب أقلهما ) أى أقل القيمتين قيمة خمس الفصيل وقيمة الشاة وذلك لأن الأقل متيقن .

( وفي العشر إلى قيمة شاتين وإلى قيمة خمسي فصيل ) أي ينظر في العشر من الفصلان

على هذا الاعتبار . قال ومن وجب عليه مسن فلم يوجد أخذ المصدق أعلى منها ورد الفضل أو أخذ دونها أو أخذ الفضل وهذا يبتنى على أن أخذ القيمة في باب الزكاة جائز عندنا على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

---

إلى القيمتين قيمة شاتين وقيمة خمسين من الفصيل ( على هذا الاعتبار ) أى يجرى على هذا القياس فينظر في خمسة عشرة إلى قيمة ثلاث شياه وقيمة ثلاث أخماس فصيل وفي العشرين إلى قيمة أربع شياه وأربعة أخماس فصيل ، وفي الخمس والعشرين تجب واحدة منها ثم لاشيء حتى تبلغ عدداً يثلث الواجب فيه في الكبار فيجب ثلاثة فصلان وقد مر بيان ذلك .

( قال ومن وجب عليه مسن ) أى ذات من صلى حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه ، وسمى بها كما سمي المسنة من النوق بالباب لأن السن مما استدل به على مسن من الدواب ( فلم يوجد أخذ المصدق ) بكسر الدال المشددة، وهو عامل الزكاة التي يستوفيها من أربابها يقال صدقهم يصدقهم فهو متصدق ( أعلى منها ) أى أعلى من المسن ( ورد الفضل ) أي فضل القيمة مثلاً إذا كانت قيمة المسن المتعينة للوجوب ثلاثين درهماً ، وقيمة الأعلى منها أربعون درهماً أخذ المصدق الاعلى ويرد عشرة دراهم لصاحب المال ( أو اخذ دونها ) أي دون المسن ( أو أخذ الفضل ) مثلاً إذا كانت قيمة المسن ثلاثين وقيمة الذي أخذه عشرون يأخذ من رب المال عشرة دراهم .

وقال أبو يوسف إذا وجبت بنت مخاض ولم يوجد أخذ ابن لبون وبه قال مالك والشافعي واحمد « رح » . وعندهما لا يجوز ذلك إلا بطريق القيمة .

( وهذا ) أى وهذا المذكور من أخذ الاعلى ورد الفضل أو أخذ الادنى واسترداد الفضل (مبني على ان أخذ القيمة في باب الزكاة جائز عندنا على ما نذكره ان شاء الله تعالى) وأصل ذلك ما رواه البخاري حدثنا محمد بن عبدالله انا أبي حدثنا امامه ان انساناً حدثه ان ابا بكر رضى الله عنه كتب له فريضة الصدقة التي أمر الله رسوله من بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة وليست عنده جذعة وعنده حقة فإنها تقبل منه الحقة ويجعل معها شاتين ان استيسرت له أو عشرين درهماً ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده الحقة وعنده الجذعة فإنها تقبل منه الجذعه ويعطيه المصدق عشرين درهماً أو شاتين .. الحديث ، ثم

إلا ان في الوجه الأول له ان لا يأخذ ويطالبه بعين الواجب أو بقيمته لأنه شِراء ، وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيم في الزكاة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر والعشر والنذر

---

المعتبر ما بين القيمتين في الرد والاسترداد أي شيء كان ، لأن القيمة تتفاوت باختلاف الرخص والغلاء وتقدير العشرين في الحديث ليس بلازم لأنه كان بحسب الغالب في ذلك الزمان .

( إلا ان في الوجه الاول ) وهو قوله أخذ المصدق اعلاها ورد الفضل ( له ) أي للمصدق ( ان لا يأخذ ) أى الأعلى ( ويطالبه ) صاحب المال ( بعين الواجب أو بقيمته لانه شراء ) ولا اجبار في الشراء . قال الاترازي وفيه نظر عندي لأنهم قالوا الخيار لصاحب المال حتى يكون رفقاً به ، لأن الزكاة وجبت بطريق اليسر ، فإن كان للمصدق ولاية الامتناع من قبول الأعلى لزم العشر وفيه عود على الموضوع بالنقص فلا يجوز .

قلت ان الخيار للمصدق ذكره صاحب التجريد .

( وفي الوجه الثاني ) هو قوله أو أخذ دونها ( يجبر ) أى المصدق (لأنه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ) فإذا امتنع يجبر لأن دفع القيمة جائز ( ويجوز دفع القيمه في الزكاة عندنا ) وهو قول عمر رضى الله عنه وابنه وابن مسعود وابن عباس ومعاذ وطاووس رضى الله عنهم . وقال الثورى يجوز اخراج العروض في الزكاة إذا كانت بقيمتها وهو مذهب البخاري واحدى الروايتين عند احمد ، ولو اعطى عرضاً عن ذهب وفضة قال اشهب يجزئه ، وقال الطرطوسى هذا قول بين في جواز اخراج القيم في الزكاة .

قال واجمع أصحابنا على انه لو أعطي فضة عن ذهب اجزأه وكذلك إذا أعطى ذهباً عن فضة عند مالك ، وقال سحنون لا يجزئه وهو وجه للشافعية واختار ابن حبيب دفع القيمة إذا رآه أحسن للمساكين .

( وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر ) أى وكذا يجوز دفع القيمة في الكفارة وأراد بالكفارة المالية وإذا ادى نصف قفيز تمر جيد عن قفيز تمر رديء وفي قيل في النذر فإنه يجوز عند محمد وزفر ولا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف « رح » . وفي

وقال الشافعي «رح» لا يجوز اتباعاً للمنصوص كما في الهدايا والضحايا، ولنا ان الأمر بالأداء إلى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه فيكون ابطالاً لقيد الشاة

---

**صدقة الفطر لو أدى نصف صاع من تمر عن صاع من شعير بطريق القيمة لا يجوز فإذا أدى غير المنصوص من المنصوص يجوز في غير الربويات ذكره في الجامع وكذا يجوز الاستدلال بالثمن والمنذور ولو عينه .**

( وقال الشافعي « رض » لا يجوز ) وبه قال داود واحمد وبه قال مالك إلا انه قال يجوز اخراج الذهب عن الفضة والفضة عن الذهب .

( اتباعاً للمنصوص ) يعني اتبع الشافعي اتباعاً العين المنصوص وهو قوله ﷺ في خمس من الإبل شاة ، وفي اربعين شاة شاة وهذا بيان لما هو مجمل في الكتاب ، فإن الايتاء منصوص عليه والمؤتى غير مذكور فيه ، فالتحق الحديث بيـانا لمجمل الكتاب ، وكأنه قال وآتوا الزكاة في اربعين شاة شاة فلا يجوز التقادم لا يقال حق الفقير في العين لأن الحق استحق مراعى بصورته ومعناه كما في حقوق العباد ( كما في الهدايا والضحايا ) أي كما يقع المنصوص في الهدايا والضحايا لانها مقدرة بأعيان معلومة شرعاً فلا تتأدى بالقيمة .

( ولنا ان الأمر بالاداء ) أي الأمر بأداء الزكاة إلى الفقير ( ايصال ) أي لأجـــل الايصال ( للرزق الموعود اليه ) أي إلى الفقير لقوله عز وجل ﴿ وما من دابة إلا على الله رزقها ﴾ ٦ هود ، ولما أمر الغني بأدائها وهو حق الله إلى الفقير الذي هي حقه بحكم الوعد علم ان المقصود من الأمر بأدائها ايصال لذلك الرزق الموعود وكفاءة للفقير ، فكما يحصل رزق الفقير وكفاءته بعين الشاة يحصل بقيمتها بل هي اولى لأنه يتوصل بعـين الشاة إلى نوع من الكفاية وهي الاكل وبقيمتها يتوصل إلى انواع من الكفاية

قلت هكذا ذكره الشراح فللخصم ان يقول في اخذ عين الشاة تحصل كفاية الاكل وبيعها بعد الأخذ يحصل كل الانواع بالكفاية ، والاحسن ان يقول ان التقييد على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز بالاتفاق ، ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال في خمس من الإبل شاة وكلمة في حقيقة الظرف وعين الشاة لا توجد في الإبل فعرف ان المراد قدره من المال .

( فيكون ابطالاً لقيد الشاة ) اى فيكون الأمر بإيصال الرزق ابطـالا لقيد الشاة

فصار كالجزية بخلاف الهدايا، لأن القربة فيها إراقة الدم وهي لا تعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة

---

المنصوص عليه لا يقال ما قلتم فيه تقييد قيمة الشاة المنصوص عليها بالتعليل لأنا نقول لا نسلم ذلك ، وانما اراد بالنص القطعي الذي يوجبه اداء الرزق الموعود بالآية المذكورة ( وصار كالجزية ) اى الحكم كما ذكرنا كأداء القيمة في الجزية ، فإنه يجوز بالاتفاق لأنه ادى مالاً متقوما عن الواجب فكذا تجوز القيمة في الزكاة لهذا المعنى .

( بخلاف الهدايا لأنه القربة فيها اراقة الدم ) هذا جواب عن قياس الشافعي « رح » على عدم جواز اخذ القيمة في الزكاة عنده على عدم جواز اخذ القيمة في الهدايا والضحايا فإنه متفق عليه . والجواب ان معنى القربة في الهدايا والضحايا فإنه اراقة الدم وهي لاتقوم فلا يقيم شيء آخر مقام ذلك ( وهي لا تعقل ) اي اراقة الدم غير معقولة ولا متقومة ، فالمستحق اراقة الدم حتى لو هلك بعد الذبح قبل التصدق به لا يلزمه شيء .

( ووجه القربة في المتنازع فيه ) وهو حكم اخذ القيمة في الزكاة ( سد خلة المحتاج ) يعني سد احتياج الفقير ( وهو معقول ) اي يدرك بالعقل فيتأتى فيه الضرر بالقيمة لأن المقصود كفاءة الفقير .

فإن قلت لا نسلم ذلك ولهذا لا يجوز اداؤها إلى الفقير الكافر وإلى الوالدين والولد وإن كانوا فقراء . قلت الشرع لم يأمر بالاداء اليهم .

فإن قلت المراد بكفاية الفقير كفاية الحال يكن له خادم ودار ومائتا درهم إلا درهم. قلت المقصود الكفاية الحاصلة بقدر الزكاة لا ذاك ولا ذاك فافهم .

( وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة ) اي زكاة الحوامل جمع حامل وهي التي اعدت لحمل الاثقال كذاقاله الكاكي ، وقال تاج الشريعة جمع عاملة قال في الطلبة العوامل المعدات للاعمال والعلوفة بفتح العين ما يعلف من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء ، والعلوفة بالضم جمع علف كذا قاله المطرزي يقال علفت الدابة ولا يقال اعلفتها والدابة معلوفة وعليف كذا في الجمهورة وعدم الزكاة في هذه المذكورات في مذهبنا،

خلافاً لمالك « رح » له ظواهر النصوص ، ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقرة المثيرة صدوه

---

وهو قول عطاء والحسن وابراهيم النخعي وسفيان الثوري وسعيد بن جبير والليث بن سعد والشافعي وأحمد وأبي ثور وأبي عبيد وابن المنذر رضى الله عنهم ، ويروى ذلك عن عمر ابن عبد العزيز « رح » ذكره في الإمام ، وقـــال قتادة ومكحول ومالك « رح » تجب الزكاة في المعلوفة واحتج بالعمومات وهي مذهب معاذ وجـــابر بن عبدالله وسعيد بن عبد العزيز والحسن بن صالح « رح » .

( خلافاً لمالك ) فإنه أوجب الزكاة فيها لما ذكرنا ( له ) أي لمالك « رح » ( ظاهر النصوص ) لأن ظاهر قوله تعالى ﴿ خذ من أموالهم صدقة ﴾ ١٠٣ التوبة ، وقوله عليــه الصلاة والسلام في كل خمس زود شاة يقتضي وجوب الزكاة .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الحوامل والعوامـــل ولا في البقرة المثيرة صدقة ) أي قول النبي ﷺ وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب . وفي العوامـــل أحاديث هاهنا ما رواه أبو داود من حديث زهير « رض » حدثنا أبو اسحاق عن عاصم بن حمزة والحارث عن علي قال زهير وأحسبه عن النبي ﷺ انه قال هـــاتوا زكاة ربـع العشر . الحديث ، وقال فيه وليس على العوامل شيء ، ورواه الدارقطني مجزوماً ، قال ليس فيه قال زهير واحسبه . قال ابن القطان هذا سند صحيح وكل من فيه ثقة معروف .

ورواه عبدالرزاق في مصنفه موقوفاً فقال قال أخبرنا الثوري ومعمر عن أبي اسحاق عن عاصم بن حمزة عن علي رضى الله عنه قال ليس في العوامل البقر صدقة .

ومنها ما رواه الدارقطني من حديث طاووس عن ابن عباس « رض» مرفوعاً ليس في البقر العوامل صدقة ، وفي اسناده سوار بن مصعب نقل ابن عـدى « رح » تضعيفه عن البخاري والنسائي وابن معين ووافقهم وقال عامة ما يرونه غير محفوظ .

ومنها ما رواه الدارقطني أيضاً عن غالب بن عبيد عن عمرو بن شعيب عن أبيــه عن جده عن النبي ﷺ مرفوعاً نحوه ، وغالب لا يعتمد عليه . قال يحيى ليس بثقة ، وقال الرازي متروك .

ولان السبب هو المال النامي ، ودليــله الاسامة أو الاعداد للتجــارة ، ولم يوجد ولان في العلوفة تترا كم المؤنة فينعدم النماء معنى ، ثم السائمة هي التى تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو أعلفها نصف الحول أو اكثر كانت علوفة ، لان القليل تابع للاكثر

---

وأما حديث المغيرة فرواه الدارقطني من حديث أبي الزبير أن النبي ﷺ قال ليس في المثيرة صدقة ، قال البيهقي اسناده ضعيف والصحيح انه موقوف ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن ابي الزبير عن جابر موقوفاً ، وقد مضى تفسير الحوامل والعوامل.

وأما البقر المثيرة فهي التي تثار بها الارض أي تحرث من الإثارة وهي التحريك والرفع.

( ولأن السبب ) أي سبب وجوب الزكاة ( هو المال النامي ودليله ) أي دليــل المال النامي ( الاسامة ) بكسر الهمزة يقال اسمت الماشية فسامت أى رعيتها فرعت وبالاسامة تزداد الماشية سمناً ولهذا أجل السوم بالحول لأن النمو انمــا يتحقق ذكراً ونمواً ونسلاً بالحول ( أو الإعداد للتجارة ) بكسر الهمزة من أعددت الشيء إذا هيأته ، المعنى أو دليله تهيأ المال للتجارة للارباح ( ولم يوجد ) أى واحد من الاسامة والاعداد للتجارة ، فــلم تجب الزكاة لأن الحكم يدار على الدليل وهو معدوم .

( ولأن في العلوفة ) بفتح العــين كما ذكرنا عن قريب ( تترا كم المؤنة ) أى تتكاثر ( فينعدم النماء معنى ) فلا تجب الزكاة ، وفي البدائع أن أسيمت للحمل أو للركوب أو اللحم فلا زكاة فيها ، وإن أسيمت للتجارة ففيها زكاة التجارة حتى لو كانت أربعاً من الإبل أو أقل تساوي مائتي درهم تجب فيها خمسة ، وان كانت خمسة لا تساوي مائتي درهم لا تجب فيها الزكاة .

وان سيمت للدر والنسل ففيها زكاة السائمة وفي الذخيرة اشترى ابلا سائمة بنية التجارة وحال عليها الحول تجب فيها زكاة التجارة دون زكاة السائمة ، واجمعوا على انه لا يجمع بين زكاة السائمة وزكاة التجارة وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله .

( ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول أو اكثر كانت علوفة لأن القليل تابع للأكثر ) لأن اصحاب السوائم لا يجدون بدأ من أن يعلفوا

ولا يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ، ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حرزات اموال الناس أي كرائمها ، وخذوا من حواشي أموالهم أي اوساطها

---

سوائمهم في البرد والثلج ، فجعل الاقل تابعاً للأكثر ، ولا خلاف ان السائمة في جميع الحول تجب فيها الزكاة ، والعلوفة في جميع السنة لا تجب فيها الزكاة ، وانما الخلاف في الاسامه في اكثر الحول ، فعندنا وأحمد وبعض اصحاب الشافعي رضى الله تعالى عنهم لو علفت في نصف السنة أو اكثر كانت علوفة . وقال الشافعي « رض » في الاصح أن السوم شرط في جميع السنة ، حتى لو ترك الاسامة في زمان لو لم يعلف فيه الحيوان يموت ينقطع السوم ، وإذا ترك العلف في يوم أو يومين هل ينقطع أم لا اختلف اصحابه فيه ، فمنهم من قال لا ينقطع لقلة المدة. ومنهم من قال ينقطع كيفما يوجد العلف ومنهم من قال لو قصد العلف وقطع الاسامة ينقطع الحول ، ولو كان العلف ساعة واحدة .

( ولا يأخذ المصدق ) وهو أخذ الزكاة ( خيار المال ولا رذالته ) الرذالة بضم الراء وتخفيف الذال المعجمة اسم جمع لرذل وهو الدون من كل شيء ( ويأخذ الوسط ) هذا مجمع عليه من أهل العلم ، فقال الزهري « رح » إذا جاء المصدق قسم المال اثلاثاً ثلث خيار وثلث أوساط وثلث شرار ويأخذ المصدق من الوسط رواه أبو داود ، قوله ـ الشاة ـ جمع شياه والمراد ـ من الشرار ـ المهازيل المغيرة ومن الخيار السمان الجياد .

( لقوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذوا مس حرزات أموال الناس أى كرائمها وخذوا من حواشي أموالهم أى اوساطها ) أي لقول النبي ﷺ هذا الحديث بهذا اللفظ غريب وروى البيهقي بمضه مرسلا عن هشام بن عروة عن أبيه عروة أن النبي ﷺ قال لمصدق لا تأخذ من حرزات أموال الناس شيئاً خذ الشارف والبكر وذوات العيب ، رواه ابن أبي شيبة عن حفص عن هشام به ، ورواه أبو داود في المراسيل حدثنا موسى بن اسماعيل حدثنا حماد عن هشام به .

قوله ـ لا من حرزات أموال الناس ـ جمع حرزة بفتح الحاء المهملة وسكون الزاي

ولان فيه نظراً من الجانبين . قال ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به

---

وبالزاء وهي خيار مال الرجل سميت حرزة لأن صاحب المال يحرزها في نفسه ، سميت به المرأة الواحدة من الحرز ولهذا اضيفت إلى النفس في حديث البيهقي .

قوله - الشارف - هي الهيبة والبكر بالفتح هو الصغير من الإبل بمنزلة الغلام من الناس . قوله - أوساطها - جمع وسط ، وفي المنتقى الاوساط أعلى الادون وأدون الاعلى، وقيل إذا كان عشرون من الضأن وعشرون من المعز أخذ الوسط ومعرفة أن يقوم الوسط من المعز والضأن فتؤخذ شاة تساوى نصف كل واحد منها مثلاً الوسط من المعز يساوى عشرة دراهم، والوسط من الضأن يساوي عشرين فتؤخذ شاة قيمتها خمسة عشر، ولو لم يكن فيها إلا واحدة وسط يجب فيها ما يجب في الأوساط وان لم يكن فيها وسط يعتبر أفضلها فيكون الواجب بقدره ، وفي الجامع الكبير ولو أخذ شاة سمينة تبلغ قيمتها شاتين وسطين يجوز لأن الجودة في الحيوان مسقوطة المنصوص عليه هو الوسط . وفي المجتبى لو كان في السوائم العمياء والعرجاء والعجاف تعد من النصاب لاطلاق الاسم ، ولكن لا تؤخذ في الصدقة إلا ان تكون قيمة المعيب مثل قيمة الصحيح .

( ولان فيه نظراً من الجانبين ) أي ولأن في أخذ الوسط نظراً لجانبي الفقير وصاحب المال .

( قال ) أي اسدوري ( ومن كان له نصاب فاستفاد فى اثناء الحول من جنسه ضمه اليه ) أي ضم الذي استفاده إلى النصاب الذي معه ( وزكاه به ) أي زكى الذي استفاده بالنصاب الذي معه والمستفاد على نوعين ، الأول : أن يكون من جنسه كما إذا كانت له ابل فاستفاد ابلاً في اثناء الحول يضم المستفاد إلى الذي عنده فيزكي عن الجميع .

والثاني : ان يكون من غير جنسه كما إذا كان له ابل واستفاد بقراً أو غنما في اثناء الحول لا يضم إلى الذي عنده بالاتفاق بل يستأنف له نوع آخر .

والنوع الاول على نوعين ايضاً ، أحدهما ان يكون المستفاد من الاصل كالاولاد

وقال الشافعي « رح » لا يضم لانه أصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح

---

والارباح فإنه يضم بالاجماع ، والثاني أن يكون مستفاداً بسبب مقصود كالموروث والمشترى والموهوب ونحوها فإنه يضم عندنا .

( وقال الشافعي رضى الله عنه لا يضم ) وبه قال أحمد، وقام النووي في شرح المهذب أن المستفاد في اثناء الحول بشراء أو [1] أو ارث او نحوها مما يستفاد لا يضم إلى ماعنده في الحول بلا خلاف ، ويضم اليه في النصاب على المذهب . وفيه وجه انه لا يضم كالحول ، وإذا كان المستفاد دون النصاب ولا يبلغ النصاب الثاني ما تعلق به الزكاة وإن كان دون نصاب وبلغ النصاب الثاني بان ملكت ثلاثين بقرة ستة اشهر ثم اشترى عشراً فعليه بعد تمام الحول في الثلاثين تبيع ، وعند تمام حول العشرة ربع مسنة ، وعند ابن شريح لا ينعقد حول العشرة حتى يتم حول الثلاثين ثم يستأنف حول الجميع انتهى .

وقال مالك إذا كمل النصاب بالاولاد قبل مجيء الساعي زكى ، والوجوب عنده بمجيء الساعي لا بحولان الحول ، وخالفه الائمة ، وان استفاد من غير الامهات لا يضم . وقال ابن حزم لا حكم للشافعي في الوجوب رداً على مالك وأبي ثور ، ونص الشافعي في الأم والقديم وقال ثم تناقضوا ثم قالوا ان ابطأ عاماً او عامين لم يسقط الفرض ووجب اخذها لكل عام ، وحكي القدوري عن الحسن البصري رحمه الله والنخعي ان السخال لا تضم إلى الامهات بل حولها من وقت الولادة . وقال الشعبي وداود لا زكاة في السخال ولا ينعقد عليها الحول .

( ( لأنه أصل في حق الملك ) أي ولأن المستفاد اصل لأنه ملك بغير السبب الذي ملك النصاب الاولى عنده ( فكذا في وظيفته ) وهي وجوب الزكاة ( بخلاف الاولاد والارباح ) يعني تضم الاولاد والارباح لأنها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ، ملكت على صيغة المجهول ، والاصل هو الامهات والمال الذي حصل عنه الربح .

---

(١) كلمة غير مقروءة بالاصل وربما هي – هبة – . اه مصححه .

ولنا أن المجانسة هى العلة في الاولاد والارباح لأن عندها يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول إلا للتيسير

---

فإن قلت ما تقول في الحديث الذي استدل به الشافعي رحمه الله رواه الترمذي وقال حدثنا يحيى بن موسى حدثنا هارون بن صالح الطلحي المديني حدثنا عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من استفاد مالاً فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول . وفي الحديث الذي رواه ابن ماجه من حديث عمرة عن عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول .

قلت أما حديث ابن عمر فإنه ضعيف لأن فيه عبدالرحمن بن زيد ، قال الترمذي وهو ضعيف في الحديث ضعفه أحمد بن حنبل « رح » وعلي بن المديني وغيرهما من أهل الحديث وهو كثير الغلط . وقال الترمذي أيضاً وروى أيوب وعبدالله بن عمر رضى الله عنهما وغير واحد عن نافع عن ابن عمر موقوفاً .

قلت انفرد الترمذي بإخراج هذا الحديث وانفرد ايضاً بالموقوف .

وأما حديث ابن ماجة ففيه حارثة بن محمد ، وقال أحمد ليس بشيء ، وقال يحيى ثقة ولو كتب لما كان مخالفاً لمذهبنا لأن حول الأصل حول الزيادة حكما . قالوا في الاولاد والارباح والزيادة في البدن بالسمن .

( ولنا أن المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح ) يعني في الضم وهو موضع الاجماع ( لأن عندها ) أى عند المجانسة ( يتعسر التمييز فيتعسر اعتبار الحول لكل مستفاد ، وما شرط الحول إلا للتيسير ) لأن المستفاد مما يكثر وجوده ولا يمكن مراعاة الحول عند كل مستفاد إلا بعد ضبط أحوال ذلك في الكمية والكيفية والزمان ، وفي ضبط هذه الجملة عند الكثرة حرج خصوصاً إذا كان النصاب دراهم وهو صاحب غلة يستفيد كل يوم درهماً أو درهمين أو غير ذلك ، كذا في مبسوط شيخ الاسلام .

وفي المستصفى اعتبار الحول في المستفاد يؤدى إلى العسر فيعود على موضوعه بالنقص واستدل الاترازي لأصحابنا بقوله ولنا أن النبي ﷺ أوجب في خمس وعشرين من الابل

بنت مخاض إلى خمس وثلاثين فإذا زادت واحدة ففيها بنت لبون ولم يفصل بين الزيادة في أول الحول أو في اثنائه واطال الكلام فيه .

قلت الذي يتصدى لشرح كتاب ينبغي أن يتتبع متن هــذا الكتاب كلمة كلمة حتى يستفيد الناظر في هــذا الشرح وإلا لا يستفيد أصلاً ويحير لأن المتن في ناحية والشرح في ناحية .

ثم قال الاترازي فإن قلت قد صح في الحديث وقد ذكر الحديث الذي ذكرناه عن إبن عمر وعائشة رضي الله عنهم ، ثم طول الكلام من تعرض لمتن الكتاب فسبحان الله كيف قال قد صح والحال انه لم يصح كما ذكرناه . واحتج السروجي بقوله ولنا ما رواه الترمذي أنه عليه الصلاة والسلام قال ان من السنة شهراً تؤدون زكاة أموالكم ، فما حدث بعد ذلك فلا زكاة فيه حتى يجيء رأس الشهر ثم قال وقــال سبط بن الجوزي رواه الترمذي بمعناه وقيل انه موقوف على عثمان .

وقال الكاكي أيضاً ولنا قوله عليه الصلاة والسلاة اعلموا أن من السنة شهراً تؤدون فيه زكاة أموالكم .. الحديث ، ثم قال رواه الترمذي وجزم بذلك ولم أره في الترمذي والعجب من هؤلاء يستدلون بحديث فيما إلي يتعلق بالمذهب ولا يذكرون غالبــاً من رواه من الصحابة ولا كيف حاله ولا من أخرجه مع دعوى بعضهم بعلم الحديث .

ثم اعلم ان مذهبنا في هــذا الباب هو قول عثمان وابن عباس رضي الله عنهما والحسن البصري والثوري والحسن بن صالح قال في المغني وهو قول مالك في السائمة .

( قال ) أي القدوري ( والزكاة عنــد أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو ) يعنى إذا اجتمع المال في النصاب وعفو يتعلق الوجوب بالنصاب دون العفو عندهما وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد ومالك وأحمد ، واختاره المزني .

( وقال محمد وزفر فيهما ) أي الزكاة في النصاب والعفو جميعاً وبه قــال الشافعي في

حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد وزفر رحمهما الله يسقط بقدره لمحمد وزفر «رح» ان الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال ولكل نعمة، ولهما قوله عليه السلام في خمس من الابل السائمة شاة، وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشراً

---

القديم (حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف «رح») هذا نتيجة قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وكان ينبغي أن يذكر هذا قبل قوله - وقال محمد وزفر فيهما - والعفو هو الذي تزيد بين نصاب ونصاب به لأنه لا يخلو عن الوجوب.

(وعند محمد وزفر يسقط بقدره) أي بقدر العفو صورته رجل له ثمانون شاة فحال الحول عليها فهلك اربعون بقيت الشاة الواجبة عند أبي حنيفة وابي يوسف «رح» صرفاً للهالك إلى العفو وعند محمد وزفر «رح» يبقى نصف الواجب صرفاً للهالك إلى الكل شائعاً.

(لمحمد وزفر ان الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال ولكل نعمة) فيتعلق الوجوب بالكل لأن الشارع أخبر في قوله في خمس من الابل شاة إلى تسع ان الواجب في الكل لأنه حد الوجوب إلى تسع.

(ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» (قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشراً) أي قول النبي ﷺ وقد تقدم في حديث عمر ان رسول الله ﷺ كتب كتاب الصدقة وكان فيه في خمس من الإبل شاة، أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة، وتقدم في كتاب أنس عند البخاري في خمس ذود شاة.

قوله - وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشراً - ليس من الحديث المذكور وانما روى معناه ابو عبيد القاسم بن سلام حدثنا يزيد بن هارون عن حبيب عن عمرو بن حزم عن محمد بن عبدالرحمن الانصاري ان في كتاب النبي ﷺ، وكتاب عمر رضي الله عنه في

وهكذا قال في كل نصاب نفي الوجوب عن العفو ، ولان العفو يتبع النصاب فيصرف الهلاك أولا إلى التبع كالربح في مال المضاربة ، ولهذا قال أبو حنيفة « رح » يصرف الهلاك بعد العفو إلى النصاب الاخير ثم إلى الذي يليه إلى ان ينتهى

---

الصدقات ان الإبل إذا زادت على عشرين ومائة فليس فيما دون العشرين شيء يعني حتى تبلغ ثلاثين ومائة .

( وهكذا قال في كل نصاب ) لم يثبت هذا من الحديث المذكور ولا من غيره وهذا انما ذكره جمال الدين « رح » في تخريجه ببعض موضعه ( نفى الوجوب عن العفو ) أي نفى النبي ﷺ وجوب الزكاة عن العفو وهو الرفض . وفي الذخيرة لا شيء فيه وذكر سنده فى الطبراني لمالك والشافعي في تعلق الزكاة بالرفض قولان ، والاصح عند الشافعية والمالكية تعلقها بالنصاب دون الرفض وهذا نصه في القديم واكثر كتبه الجديدة . وقال البويطي في كتبه الجديدة يتعلق بالجميع ، وقال في مغنى الحنابلة يتعلق بالنصاب دون الرفض عند أصحابنا ولأن العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك أولاً الى التبع .

( ولأن العفو زائد على النصاب وتبع له والاصل هو النصاب فيصرف الهلاك اولاً إلى التبع ) الزائد ( كالربح في مال المضاربة ) فإن الهلاك منه اولاً ينصرف إلى الربح ثم الى رأس المال ووجه الشبه كون النصاب ومال المضاربة اصلين والا العفو والربح تبعان فيصرف الهالك إلى التابع اولى .

( ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله ) أي ولكون النصاب اصلاً والعفو الذي هو الوقص تبعاً ( يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الذي يليه الى أن ينتهى ) أي النصاب الاول وثمرة الخلاف تظهر فيمن ملك تسعاً من الإبل فحال عليها الحول فهلك منها أربع تجب شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ويصرف الهلاك إلى الاربع الوقص ، وعند محمد وزفر « رح » تجب خمسة اتساع الشاة الواجبة ويسقط أربعة أتساعها وهكذا فرضت الشافعية والمالكية والحنابلة في كتبهم وفيه تفصيل عندهم فإن تملكت خمس فعندهما يسقط خمس شاة ، وعند محمد وزفر تسقط خمسة اتساع شاة ، ولو حال على ثمانين شاة فهلك منها اربعون تجب شاة عند ابي حنيفة

ولان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع وعند أبي يوسف يصرف إلى العفو أولا ثم إلى النصاب شائعاً ، وإذا اخذ الخوارج الخراج

---

وابي يوسف وعند محمد وزفر تجب نصف شاة ، ولو كانت مائة وعشرين فهلك منها ثمانون تجب شاة عند أبي حنيفة وأبي يوسف كان الحول على مـا بقي وعند محمد وزفر تجب ثلث شاة ويسقط ثلثها بهلاك الثمانين ، ولو كانت مائة واحدى وعشرين شاة فهلك الاربعون تجب شاتان عند أبي حنيفة وأبي يوسف ويصرف الهلاك إلى النصاب الاخـير ثم وثم إلى ان ينتهي إلى النصاب الأول كذا ذكره محمد رحمـه الله ولم يذكر قول نفسه ولا قول زفر ، وقياس قولهما ان يجب اربعون جزءاً من مائة واحد وعشرين جزءاً من شاتين .

وذكر أبو يوسف قول نفسه في الامالي مثل قول محمد وزفر ومن مشايخنا من ذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة في هذه المسألة كما ذكره في الجامع ، والأول أصح واليه مال الكرخي والقاضي وأبو حازم .

( ولأن الاصل هو النصاب الأول وما زاد عليـه تابـع ) أي لأن الاصل في وجوب الزكاة هو النصاب الاول ولهذا لو عجل الزكاة عن نصب كثيرة في ملكه نصاب واحد جاز فثبت ان النصاب الاول هو الأصل فيصرف الهالك إلى التابـع .

( وعند أبي يوسف يصرف إلى العفو اولاً ثم إلى النصاب شائعاً ) أي بينا ثم يصرف إلى النصب من حيث الشيوع اما الصرف إلى العفو اولا فلصيانة الواجب عن السقوط . واما الصرف إلى النصب شائعاً لأن الملك سبب وليس في صرف الهلاك إلى البعض صيانة الواجب بيانه ان من له خمسة وثلاثين من الإبل حال عليها الحول فهلك منها خمسة عشر فعند أبي حنيفة رضى الله عنه في الباقي اربـع شاة ومن هلك صار كأن لم يكن ، وعند أبي يوسف رحمه الله في الباقي أربعة أخماس ابنة مخاض ، وعند محمد رحمه الله في البـاقي أربعة أسباع ابنة مخاض لشيوع الواجب في الكل .

( وإذا أخذ الخوارج الخراج ) هم قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الإمام العدل بحيث يستحلون قتـل غير العادل وماله بتأويل القرآن ودانوا ذلك وقالوا من أذنب صغيرة أو كبيرة فقد كفر بالله عز وجل وحل قتله إلا أن يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ﴿ ومن

وصدقه السوائم لا يثني عليهم لأن الامام لم يحمهم والجباية بالحماية، وافتوا بأن يعيدوها دون الخراج فيما بينهم وبين الله عز وجل لأنهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكاة مصرفها الفقراء فلا يصرفونها إليهم ، وقيل إذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقطت عنه

---

يعص الله ورسوله فإن له نار جهنم خالداً فيها ﴾ ٢٣ الجن ، الآية كذا في الفوائد الظهيرية.

( وصدقة السوائم ) أي وأخذوا زكاة السوائم من الإبل والبقر والغنم (لا يثني عليهم) أي لا يؤخذ منهم ثانياً ( لأن الإمام لم يحمهم ) لأنها تؤخذ باعتبار الحماة ولهـذا قال عمر رضى الله عنه للساعي ان كنت لا تحمهم فلا يحسبهم فقد ضيعهم الإمام حيث لم يحمهم عن أهل البغى فلا تؤخذ منهم ثانياً ( والجباية بالحماية ) أي جباية السعاة بسبب حمايتهم أي حفظهم والجباية منجبى المال أي جمعه ومنه سميت جباية الاوقاف وهذا الذي ذكره في حق أصحاب السوائم ، واما التاجر اذا مر على عاشر من أهل البغى فعشره ثم مر على عاشر أهل العدل يعشره ثانياً لأن صاحب المال هو الذي عرض ماله عليه فلما يقدر .

( وأفتوا ) على صيغة المجهول ، واصله افتيوا من الافتاء استثقلت لا الضمة على اليـاء فنقلت إلى ما قبلها بعد سلب حركة ما قبلها فالتقى ساكنان الياء والواو فحذف اليـاء لدلالة الواو على الجمع والمعنى المفتي يقول لهم (بأن يعيدوها ) كلمة ان مصدرية أى مـا عادتها ( فيما بينهم وبين الله عز وجل ) لا يصرفونها مصارف الصدقات ( دون الخراج ) يعني لا يفتون بإعادة الخراج ( لأنهم ) أى لأن الخوارج ( مصارف الخراج لكونهم مقاتلة) لأنهم يقاتلون أهل الحرب .

( والزكاة مصرفها الفقراء ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال مـــا معنى تعين لهم بإعادة الزكاة دون الغنى . فأجاب بقوله والزكاة مصرفها الفقراء . ( ولا يصرفونها اليهم ) أي إلى الفقراء .

(وقيل) قائله الفقيه أبو جعفر فإنه يقول (إذا نوى بالدفع عليهم التصدق عليهم سقطت

وكذا ما دفع إلى كل جائر لأنهم بما عليهم من التبعات فقراء، والاول أحوط
وليس على الصبي من بني تغلب في سائمة شيء

---

عنه) أي سقطت[1] الزكاة عن الدافع (وكذا[2] الدفع) وكذا الحكم في دفع الزكاة السقوط.

(إلى كل جائر) أي ظالم من الملوك واصحاب الشوكة (لأنهم بما عليهم من التبعات) أى المال والحقوق التي عليهم كالديون والغصب ونحوها جمع تبعة بفتح التاء وكسر الباء فقراء لأن ما في أيديهم اموال الناس ولو ردوا ما عليهم إلى أربابها لم يبق في ايديهم شيء فهم بمنزلة الفقراء حتى قال محمد بن سلمة يجوز أخذ الصدقة لعلي بن عيسى بن يوسف بن هامان والي خراسان وكان أمير بلخ وجبت عليه كفارة يمين فسأل الفقهاء عما يكفر به فافتوا له بالصيام ثلاثة ايام.

(والاول أحوط) أي القول الاول وهو إعادة الصدقة دون الخراج هو الأحوط لما ان فيه الخروج عن العهدة بيقين، وكذلك كلما يؤخذ من الجبايات إذا نوى عند الدفع من عشرة وزكاته جاز، وفي الجامع الصغير لقاضي خان وكذا السلطان إذا صادر رجلاً وأخذ منه اموالاً فنوى صاحب المال الزكاة وعند الدفع سقطت عنه الزكاة وكذلك إذا أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع للسلطان الظالم جاز. وقال الشهيد هذا في صدقات الأموال الظاهرة.

وأما إذا صادره السلطان ونوى مراد الزكاة اليه فعلى قول طائفة يجوز والصحيح انه لا يجوز لأنه ليس للطالب أخذ زكاة الاموال الباطنة.

(وليس على الصبي من بني تغلب في سائمة شيء) قيد بقوله في سائمة لأن العشر يؤخذ منهم مضاعفاً. وتغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام، وبني تغلب قوم من نصارى العرب بعرب الروم فلما اراد عمر رضى الله عنه ان يوظف عليهم الجزية قالوا نحن من العرب بانف[3] أو الجزية فان وظفت علينا الجزية لحقنا بأعدائك من الروم، وإن رأيت أن تأخذها ما يأخذ بعضكم من بعض فضعه علينا فشاور عمر

---

(١) سقط ـ هامش. (٢) وكذا ما دفع ـ هامش.
(٣) هكذا الجملة في الاصل. اهـ مصححه.

وعلى المرأة ما على الرجل منهم لأن الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخــذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم وإن هلك المال بعد و جوب الزكاة سقطت الزكاة ، وقال الشافعي « رح » يضمن إذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولانه منعه بعد الطلب

---

رضى الله عنه الصحابه وكان الذي بينه وبينهم كرروس التغلبي فقال يا امير المؤمنين صالحهم فصالحهم عمر رضى الله عنه على ذلك وقال هذه جزية فسموها ما شئتم فوقع الصلح على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ولم يتعرض لهذا الصلح بعده عثمان رضى الله عنه فلزم أول الأمة وآخرها .

وقال محمد في النوادر وكان صلحه حنيفاً ولكن بابه كالاجماع وبقول رسول الله ﷺ الا ان ملكاً ينطق على لسان عمر رضى الله عنه وقال عليه السلام اينما دار عمر الحق يدور ثم ان الصبي التغلبي إذا كانت له سائمة من الإبل والبقر والغنم لا يجب عليه فيها شيء لأنها من جملة العهد على أن يضعف عليهم مايؤخذ من المسلمين والصبيان من المسلمين لا تؤخذ منهم زكاة فكذلك لا تؤخذ من صبيانهم .

( وعلى المرأة ما على الرجل منهم ) أي يجب على المرأة من الزكاة بالضعف بمــا على الرجل منهم (لأن الصلح قد جرى على ضعف مايؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم ) وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنه انه لا يؤخذ من نسائهم ، وبه قال الشافعي رحمه الله وزفر وهو قول الثوري أيضاً . وقال الكرخي وهو الاقيس لأنها بدل الجزية ولا جزية على النساء . وقــال أبو بكر الرازى لا يحفظ عن مالك وفيهم شيء ويجب العشر مضاعفاً على صبيانهم لأنه مؤنة .

(وان هلك المال بعد وجوب الزكاة سقطت الزكاة) وبه قال الثوري وأبور ثور وداود وأحمد « رح » في رواية إذا لم يمنعها .

( وقال الشافعي « رح » يضمن إذا هلك بعد التمكن من الاداء لأن الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ) لأنه إذا تمكن يتقرر الوجوب عليه ، فإذا تلف فقــد عجز عن الاداء فبقي عليه كما في ديون العباد وصدقة الفطر ( ولان منعه بعد الطلب ) لأنه مطالب

فصار كالاستهلاك ، ولنا ان الواجب جزء من النصاب تحقيقاً للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد الجاني بالجناية يسقط بهلاكه ، والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن

---

شرعاً ( فصار كالاستهلاك ) لأنه لما كان مطلوباً ومنعه فصار كأنه استهلكه .

( ولنا أن الواجب ) أي الواجب عليه في الزكاة ( جزء من النصاب ) أي متعلق الوجوب بعين النصاب لا بالذمة وهذا بناء على ان الزكاة تجب في العين أو في الذمة ،فعندنا تجب في العين وهو المشهور من مذهب الشافعي رحمه الله ، وفي قول آخر في الذمة والعين مرتهنة بها ( تحقيقاً للتيسير ) أي لأجل التيسير بأن يكون الواجب من غير النصاب إذ الانسان انما يخاطب بما يقدر عليه وهو قادر على اداء الزكاة عن النصاب لا عن مـــال مطلق لجواز أن لا يكون له غير ذلك لا سيما ارباب المواشي ، فإنهم يسكنون في المفاوز ولا يقدرون على تحصيل الذهب والفضة لبعدهم عن البلاد ونزوحهم عن الاسواق ، وإذا كان الواجب جزءاً من النصاب يسقط بهلاك النصاب لفوات الجزاء بفوات العمل .

( فيسقط بهلاك محله ) لأن المأمور به اخراج الجزء فلا يتصور بدون محله وهوالنصاب ( كدفع العبد الجاني بالجناية يسقط بهلاكه ) هذا تمهيد لسقوط الحق بعد فوات محـله كما إذا جنى عبد جناية فقد دفعه مولاه فمات العبد يسقط حق ولى الجناية لموت العبدلفوات محله ، وكذا العبد المديون إذا جنى أو الشقص الذي فيه الشفعة اذا صار بحراً بطل حق الشفيـع وتثبت الشفعة عندنا لا لعجز المأمور به عن الأداء ولكن لفوات المحـــل الذي اضيف اليه فلا يبقى بدونه فلا يضمن .

( والمستحق فقير ) هذا جواب عن قول الشافعي رضى الله عنه ، ولأنه منعه بعـد الطلب يعني للزكاة فقير لأنه من المصارف لكنه هو الفقير الذي ( يعينه المالك ) للدفـع يعني ليس المستحق كل فقير وانما يتعين بتعيين المالك . ( ولم يتحقق منه الطلب ) أي من الفقير الذي يعينه ولم يكن الهلاك بعد طلب المستحق فلا يكون تعدياً فلا يضمن بخلاف ما إذا استهلكه لأنه دخل في ضمانه فصار ديناً في ذمته فلا يسقط .

( وبعد طلب الساعي قيل يضمن ) يعني إذا هلك النصاب بعد طلب الساعي قيـــل

وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجه التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتباراً له بالكل

---

يضمن الزكاة ، والقائل به هو الشيخ ابو الحسن الكرخي « رح » لأنه أمانة عنده وقد هلكت بعد طلب من يملكه المطالبة فيضمن كما إذا طلب صاحب الوديعة فمنعها المودع مع امكان الاداء .

( وقيل لا يضمن ) القائل بعدم الضمان أبو طاهر الدباس وأبو سهل الزجاجي ، وفي المبسوط مشايخنا يقولون لا يضمن وهو الاصح . وفي المفيد والمزيد هو الصحيح ، وفي البدائع ومشايخ ما وراء النهر قالوا لا يضمن وهو الاصح . وجه عدم الضمان هو قوله ( لانعدام التفويت ) لأن المالك كان مخيراً في اعطاء العين أو قيمتها فله أن يؤخر الدفع لتحصيل الفرض . وفي المبسوط إذا حبس سائمة بعدما وجبت الزكاة حتى ماتت لم يضمنها ، وليس مراده بهذا الحبس ان يمنعها العلف والماء فإن ذلك استهلاك وبه يصير ضامناً ؛ انما مراده انه حبسها ليؤدى من محل آخر لانه مخير بين الاداءين السائمة أو من غيرها فلا يصير ضامناً .

( وفي الاستهلاك وجه التعدي ) هذا جواب عن قول الشافعي رضى الله عنه فصار كالاستهلاك اراد أن فيها شبه الهلاك على الاستهلاك غير صحيح لأنه في الاستهلاك متعد بخلاف الهلاك ( وفي هلاك ) أي وفي هلاك القدر ( البعض يسقط بقدره ) أى وفي هلاك بعض النصاب يسقط من الزكاة بقدر الهالك ( اعتباراً له بالكل ) يعني اعتبار الهلاك الجزء بهلاك الكل ، أراد انه إذا هلك كل النصاب كأن يسقط كل الواجب فكذلك إذا هلك بعض النصاب هلك بعض الواجب اعتباراً البعض بالكل ، ولو أزال النصاب بغير عوض كالهبة أو بعوض ليس بمال كالامهار وبدل الصلح عن دم العمد والخلع ونحوها صار ضامناً بقى العوض في يده أولا ، ولو رجع في الهبة بقضاء زال الضمان و كذا بغير قضاء على الاصح ، ولو اشترى بالمال الحول عبداً للخدمة ثم رده بالعيب بقضاء أو بغير قضاء واسترده لا يزول الضمان .

وان قدم الزكاة على الحول وهو مالك للنصاب جاز لانه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز كما إذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك « رح »

---

( فإن قدم الزكاة على الحول وهو مالك النصاب جاز ) بأن قدم المالك الزكاة قبل حولان الحول والحال انه مالك لقدر النصاب جاز تقديمه ( لأنه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز ) سبب الوجوب هو النصاب ولأنه حق يؤجل هذا حسن كالدين المؤجل، وبقولنا قال الشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور وهو قول الحسن البصري والنخعي والزهري والثوري والشعبي ومجاهد والحاكم وابن أبي ليلى وسعيد بن جبير والحسن بن حي « رح » ( كما إذا كفر بعد الجرح ) عن الموت لوجود السبب وهو الجرح .

( وفيه خلاف مالك ) أي وفي تقديم الزكاة على حولان الحول خلاف لمالك ، فإن عنده لا يجوز وبه قال ربيعة وداود وابن المنذر والليث بن سعد « رح » ، وحكى عن محمد بن سيرين والحسن البصري ، وعند المالكية قول آخر وهو التعجيل به على السنة ، فمن بعضهم يجوز التعجيل بيومين ، وعن ابن حبيب « بعشرة أيام » وعن ابن القاسم « رح » بشهر وقيل بخمسة عشر يوماً لأن الاداء اسقاط الواجب ولا يتصور الاسقاط قبل الوجود كأداء الظهر قبل وقته وبهذا استدل الشراح لاصحابنا ، فقال الاترازي لنا ما روى الشيخ أبو الحسين القدوري ان النبي ﷺ استسلف من العامل زكاة عامين . وقال الكاكي ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام استسلف من العباس زكاة سنتين وهو ما روى الترمذي وأبو داود عن علي رضى الله عنه أن العباس رضى الله عنه سأل النبي ﷺ عن تعجيل زكاته قبل أن يحول الحول مسارعة إلى الخير ، فأذن له في ذلك .

وقال السغناقي ولنا ما روى عن رسول الله ﷺ انه استسلف من العباس صدقة العامين . قلت أما الاترازي فإنه احال الاحاديث على القدوري ولم يذكر شيئاً غير ذلك. وأما الكاكي فانه ذكر الحديث ونسبه إلى الترمذي وأبي داود ولفظها ليس كذلك .

أما لفظ الترمذي فإنه قال حدثنا عبدالله بن عبد الرحمن قال انا سعيد بن نصير قال حدثنا اسماعيل بن زكريا عن الحجاج بن دينار عن الحكم بن عيينة عن عبيد بن عدى

عن علي ان العباس رضى الله عنهما سأل رسول الله ﷺ عن تعجيل صدقة قبل أن تحل فرخص له في ذلك .

وروى ايضاً باسناد آخر عن علي رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال لعمر رضى الله عنه انا قد أخذنا زكاة العباس عام الأول للعام .

وأما لفظ أبي داود فكلفظ الترمذي ..

وأما الذي ذكره السفناقي فأخرجه البزار والطبراني في الكبير والاوسط باسناده عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان النبي ﷺ تعجل من العباس صدقة سنتين ، وفي اسناده محمد بن زكوان ضعفه البخاري والنسائي والدارقطني ، وقواه ابن حبان وقال السفناقي عندنا يجوز التعجيل ولكن الاداء معجلاً وبين الاداء في آخر الحول فرق وهو أن في المعجل يشترط ان لا ينقض النصاب في آخر الحول وفي الاداء في آخر الحول لا يشترط بيانه انه اذا عجل شاة من اربعين فحال عليها الحول عنده تسعة وثلاثون فلا زكاة عليه حتى انه إذا كان صرف الفقراء وقعت نفلاً ، وإن كانت قائمة في يد الإمام أخذ بالساعي وإن باعها الإمام ضمنها ، وأما إذا كان ادركه في آخر الحول فتقع عن الزكاة وان انتقض النصاب بأدائه . وفي الايضاح لوانتقض النصاب في آخر الحول فلصاحب المال أن يأخذها من الساعي إن كان قائماً وكذا ان باعه الساعي إن كان قائماً وان اراه الى الفقير يقع نفلاً وكذا في الزيادات وفيه لو باعه للفقراء ثم لم يصدق بثمنه ورد عليه الثمن ، ولو دفعه الامام إلى فقير فأيسر قبل الحول أو مات أو ارتد جاز عن الزكاة .

وقال الشافعي « رض » يسترجع ما أدى من الساعي ان كان باقياً وان كان هالكاً لطالبه بقيمته ولو دفعه الساعي إلى الفقير استرجع من الفقير إن كان باقياً وإن كان مالكاً لزم الساعي قيمة يوم الدفع في اظهر الوجهين وهو قول أحمد ، وفي وجه لزمته قيمة يوم التلف ، ولو عجل الزكاة بنفسه إلى فقير فمات الفقير أو ارتد لزمه قبل تمام الحول لم يجز عن الزكاة ويسترجع ما دفعوا إليه ولو استسعى الفقير من جهة الزكاة قبل الحول يسترجع. وإن استغنى قبل من جهة الزكاة لا يسترجع كذا في الحيلة ، وفي الزيادات لو كان عنده

ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ، ويجوز لنصب إذا كان في ملكه نصاب واحد خـــلافاً لزفر « رح » لان النصاب الاول هو الاصل في السببيه والزائد عليه تابـع له والله أعلم

---

دراهم ودنانير وعروض فجعل زكاة جنس بها فهلك جاز التعجيل عن الباقين لأن الجميع جنس واحد ، ولهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر ، وأما في السوائم المختلفة لا يقـع عن الآخر ، وعن أبي يوسف جاز تعجيل العشر بعد الزراعة وهو قول علي بن أبي هريرة من أصحاب الشافعي ، وعند محمد « ر ح » لا يجوز حتى ينبت .

( ويجوز التعجيل لأكثر من سنة ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجـه ، وفي وجه لا يجوز . وقال صاحب الوجيز والوجه الأول أصح ( لوجود السبب ) وهو النصاب وقال أحمد « رح » لا يجوز اكثر من سنتين وفي السنتين عنه روايتين .

( ويجوز ) أي التعجيل ( لنصب ) بضمتين وهو جمع نصاب يعني ان عجل عن نصب كثيرة يجوز عندنا ( إذا كان في ملكه نصاب واحد خلافاً لزفر « رح » ) وبقوله قال الشافعي واحمد « رح » . وقال زفر « رح » لا يجوز التعجيل إلا عن النصاب الموجود في ملكه حتى إذا كان له خمس من الإبل فعجل أربع شاة ثم تم الحول وفي ملكه عشرون من الإبل عندنا يجوز التعجيل عن الكل وعند زفر رحمه الله لا يجوز إلا عن زكاة الخمس لأنه عجل ما ليس في ملكه فلا يجوز .

( لأن النصاب الأول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له ) أي النصاب الأول فيكون حكم التابع كحكم المتبوع ، لأن الاداء بعد تقرر الوجوب جائز كالمسافر إذا صام رمضان والرجل إذا صلى في أول الوقت جائز لوجود سبب الوجوب .

# باب زكاة المال

## فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتى درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما

---

### باب حكم زكاة المال

أي هذا باب في حكم زكاة المال ، ولما فرغ من الكلام على زكاة الماشية شرع في بيان زكاة المال لأنه نوع من انواع كتاب الزكاة والكتاب يجمع الأبواب ، واراد بالمال مال التجارة كالنقدين وعروض التجارة وعقار التجارة وغيرها من أموال التجار وان كان اسم المال يشمل السوائم وغيرها ، وقد روى عن محمد رحمه الله ان المال كلها فيملكه الانسان من دراهم أو دنانير أو ذهب أو فضة أو حنطة أو (١) أو حيوان أو ثياب أو سلاح أو غير ذلك . وعن الثوري المال النصاب ، وعن الليث مال أهل البادية انعم كذا ذكره مطرزي .

والمال في اصطلاح اهل الجبر والمقابلة ما يجمع في ضرب عدد في مثله كالتسعة هي مضروبة الثلاثة في الثلاثة وهم يسمون الثلاثة اشياء إذا كان مجهولاً واصحاب المساحة يسمون الثلاثة ضلعاً والتسعة مربعاً وسائر الحساب يسمون الثلاثة ضرباً والتسعة محدوداً. وفي المغرب المال العين المضروب وغيره من الذهب والفضة سوى المموه والمصفر والبيضاء والصامت مثله وذكره في الاجوف الوادي وقال ماله يمول ويمال وتمول بمعنى إذا صار ذا مال ويقول تمول الشيء إذا اتخذه مالاً ومنه لنفسه .

قلت المال عبارة عما يتمول به يطلق على القليل والكثير حتى لو أقر رجل وقال لفلان علي مال يقبل قوله في القليل والكثير . وقال صاحب الهداية لا يصدق في أقل من درهم لأن ما دونه من المال من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة ويجمع على أموال.

( فصل في الفضة )

أي هذا فصل في بيان احكام الفضة في باب الزكاة وقدم فصلها لأنها اكثر من الذهب راروج واكثر نفعاً ، ألا ترى ان المهر ونصاب الجزية والسرقة التي يبتدىء الامام وضعها منها دون الذهب والفضة تتناول المضروب وغيره .

( ليس فيما دون مائتي درهم صدقة ) أي زكاة ( لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما

---

(١) كلمة غير مقروءة ، ا هـ مصححه .

دون خمس أواق صدقة ، والاوقية أربعون درهماً ، فإذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه السلام كتب إلى معاذ رضى الله عنه أن خذ من كل مائتى درهم خمسة دراهم، ومن كل عشرين مثقالاً من ذهب نصف مثقال

---

دون خمس أواق صدقة ) أى لقول النبي ﷺ الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث ابي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ، ولا فيما دون خمسة زود صدقة ، ولا فيما دون خمس أواق صدقة ، والاواقي جمع أوقية .

( والأوقية أربعون درهماً ) الأوقية بضم الهمزة وتشديد الياء وجمعها أواقي بتشديد الياء وتخفيفها ، وحكى اللحياني انه يقال وقية ويجمع على وقايا كركية وركايا ، وأنكر غير واحد أن يقال وقية بفتح الواو وزن الأوقية أفعوله من الوقاية لانها تقى صاحبها من الضرر ، وقيل هي فعيلة من الاواق لفعل ووزن الجمع بالتشديد أفاعل كالامناجي والاضحية ، وفي التخفيف أفاعل ، وفي الذخيرة للمالكية كانت الاوقيه في زمنه ﷺ أربعين درهماً والنواة خمسة دراهم والنص نصف درهم بفتح الهاء و كسرها والاول المشهور ويقال درهماً حكاه أبو عمر والزاهد في شرحه ، وقال جمال الدين المخرج قوله في الكتاب الأوقية اربعون درهماً يحتمل ان يكون من تمام الحديث ، ويحتمل ان يكون من كلام المصنف ، فإن كان من تمام الحديث فشاهده ما أخرجه الدارقطني في سننه عن يحيى بن يزيد بن يسار عن يزيد بن أبي شيبة عن أبي الزبير عن جابر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا زكاة في شيء من الفضة حتى تبلغ خمس أواق ، والأوقية اربعون درهماً انتهى .

قلت احتمال كونه من الرسول بعيد والحديث ضعيف فإن يحيى بن يزيد بن بشار ليس بشيء .

( فإذا كانت ) أى الفضة ( مائتي درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لأنه عليه الصلاة والسلام كتب إلى معاذ بن جبل رضى الله عنه ان خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالاً من ذهب نصف مثقال) أى لأن النبي ﷺ كتب إلى معاذ بن جبل رضى الله عنه حين وجهه إلى اليمين ان خذ ... الخ روى الدارقطني باسناده الى محمد بن عبدالله بن جحش رضى الله عنه عن رسول الله ﷺ انه أمر معاذ بن جبل رضى الله

عنه حين بعثه إلى اليمن ان يأخذ من كل أربعين دينار ومن كل مائتي درهم خمسة دراهم ، الحديث وهو معلول بعبد الله بن مسيب في اسناده فإنه يقلب الاخبار ومر بها فلا يجوز الاحتجاج به ، واكتفى السغناقي في الاستدلال بهذا الحديث .

وروى أبو داود من حديث علي رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا كان لك مائتا درهم وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم ، اعلم ان الدراهم كانت مختلفة في زمن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وكانت على ثلاثة اصناف على ما ذكر في الفتاوى الصغرى ، صنف منها كل عشرة عشرة مثاقيل كل درهم عشرون قيراطاً، وصنف منها كل عشرة ستة مثاقيل كل درهم اثنا عشر قيراطاً وهو ثلاثة اخماس مثقال ، وصنف منها كل عشرة خمسة مثاقيل كل درهم نصف مثقال وهو عشرة قراريط ، وكان المثقال نوعاً واحداً وهو عشرون قيراطاً ، وكان عمر رضى الله عنه يطالب الناس في استيفاء الخراج باكبر الدراهم ويشق ذلك عليهم فالتمسوا منه التخفيف فشاور عمر رضى الله عنه اصحاب رسول الله ﷺ فاجتمع رأيهم على ان يأخذ عمر رضى الله عنه من كل نوع ثلاثة فأخذ فصار الدرهم يوزن أربعة عشر قيراطاً فاستقر الأمر عليه في ديوان عمر رضى الله عنه وتعلق احكام به كالزكاة والخراج ونصاب السرقة وتقدير الديات ومهر النكاح .

وفي المرغيناني كان الدرهم صفة النواة فصار مدوراً على عهد عمر رضى الله عنه فكتبوا عليه وعلى الدينار لا إله إلا الله محمد رسول الله وزاد ناحية الدولة من حملان ﷺ فكانت منفعة له . وفي المجتبى جمع النوازل والعيون يعتبر دراهم كل بلدة ودنانيرها. وفي الخلاصة عن العقيلي انه كان يوجب في كل مائتي بخاريه وهي الغطارفة خمسة منها وبه أخذ الإمام السرخسي إذ المعتبر في كل زمان عادة أهله ألا ترى ان في زمان النبي ﷺ وزن خمسة وفي زمان عمر رضى الله عنه وزن ستة وفي زماننا سبعة .

وقال النووي رحمه الله كان أهل المدينة يتعاملون عدداً بالدراهم وقت قدوم النبي ﷺ فأرشدهم إلى الوزن وجعل المعيار وزن أهل مكة . وذكر ابن قتيبة في الميتة وجوامع الفقه أن المعتبر في الزكاة وزن أهل مكة وفي الكيل كيل أهل المدينة يدل

ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ أربعين درهماً فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهماً درهم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح »

---

عليه قوله ﷺ المكيال على مكيال أهل المدينة والوزن على وزن أهل مكة . رواه أبو داود والنسائي وهو على غير شرط البخاري ومسلم .

وقال الخطابي قال بعضهم لم تزل الدراهم على هذا المعيار في الجاهلية والاسلام وانما غيروا الشكل ونقشوها وقام الاسلام . والاوقية أربعون درهماً . وقال الماوردي في الاحكام السلطانية استقر من الاحكام في الاسلام وزن الدرهم ستة دوانق كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل .

وقال السروجي الدرهم المصري اربعة وستون حبة وهي اكبر من درهم الزكاة ، فإن سقطت الزائد كان النصاب من نصاب من دراهم مصر مائة وثمانين درهماً وحينئذ فقط ذكره الشيخ شهاب الدين في ذخيرته .

واعلم ان الدراهم لا تخلو عن قليل عشرة وتخلو عن الكثير وقد يكون العشر فيه خلقياً كالروى من الفضة وهذا ظاهر مكشوف ، فإن من أخذ الفضة الخالصة الطلعم فضربها دراهم ولم يضف اليها صفراً يغرم أجر الضراب والنقاس إذا لم ينقض قط بالعيار ، ولهذا جعل في كل مائة درهم سلطانية وزن درهمين من الصفر ليقوم ذلك بأجرة الصباغ .

(ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ اربعين درهماً فيكون فيها درهم ) أي ولا شيء بواجب في الزيادة على المائتين حتى تبلغ الزيادة اربعون درهماً فيكون فيها درهم واحد .

( ثم في كل اربعين درهما درهم ) أي ثم يجب في كل اربعين درهما التي تزيد على المائتين درهما ( وهذا ) أى هذا المذكور ( عن أبي حنيفة ) وبه قال الحسن البصري رحمه الله ومكحول وعطاء وطاووس في رواية وعمرو بن دينار والزهري والاوزاعي والشعبي وسعيد بن المسيب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي موسى الاشعري رضى الله عنهما رواه عنهما الحسن البصري .

وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابها وهو قول الشافعي « رح » لقوله عليه السلام في حديث علي رضى الله عنه وما زاد على المائتين فبحسابه ، ولان الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغناء

---

( وقال صاحباه [1] ) أي صاحبا أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه ) أي بحساب ما زاد . وفي بعض النسخ بحسابها وكتب بعضهم بحسبه أي بحساب المائتين حتى إذا كانت الزيادة درهما تجب الزيادة بحسب جزء من أربعين جزء من درهم وبقولهما قال مالك والشافعي وأحمد والنخعي وداود وهو قول علي وابن عمر رضى الله عنهما . وقال طاووس اذا زادت الدراهم على المائتين لا يجب شيء حتى تبلغ أربعمائة ففيها عشرة دراهم ، وفي ستمائة خمسة عشر درهما (وهو قول الشافعي) أي قول صاحبي أبي حنيفة قول الشافعي كما ذكرنا .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( في حديث علي وما زاد على المائتين فبحسابها ) وقال الاترازي حديث علي فما زاد حساب ذلك ، وتبعه الاكمل في هذا القدر .

قلت هذا الحديث رواه أبو داود عن ابن وهب أخبرني جرير بن حازم وشخص آخر عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة والحارث عن علي رضى الله عنهم عن النبي ﷺ إن كان لك مائتا درهم وحال عليه الحول ففيها خمسة دراهم .. الحديث ، وفي آخره فمازاد فبحساب ذلك ، قال ولا ادري أعلي يقول فبحساب ذلك أم رفعه إلى النبي ﷺ قال أبو داود رواه شعبة وسفيان وغيرهما عن أبي اسحاق عن عاصم عن علي ولم يرفعوه .

( ولأن الزكاة وجبت شكراً لنعمة المال ) والكل نعمة فيجب فيه الزكاة (واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغناء) هذا جواب من قال النصاب يشترط في الابتداء فكذا هذا النصاب الاول ، فاجاب بقوله فاشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغناء

---

(١) في المتن وقالا ، اهـ مصححه .

بعد النصاب في السوائم وتحرزاً من التشقيص لابي حنيفة «رح» قوله عليه السلام في حديث معاذ «رض» لا تأخــذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة

---

( ليصير المكلف به أهلاً للاغناء وبعد النصاب في السوائم تحرزاً عن التشقيص ) هــذا جواب من قال لو كان اشتراطه كذلك لما شرطه هكذا في السوائم في الانتهاء كما شرطه في الابتداء فأجاب بقوله وبعد النصاب أي واشتراط النصاب بعــد النصاب الاول في السوائم لأجل التحرز عن التشقيص لأن فيه ضرر الشركة على المالك .

( ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ) أى قول النبي ﷺ ( في حديث معاذ لا تأخذ من الكسور شيئاً ) قال الاترازي رواه أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي مسنداً إلى معاذ بن جبل رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ أمره حين وجه إلى اليمن ان لا يأخذ من الكسور شيئاً وكذا قاله الاكمل في شرحه والكاكي .

قلت هو الذي رواه الدارقطني في سننه من طريق ابن اسحاق عن المنهال بن الجراح عن حبيب بن أبي نجيح عن عبادة بن قيس عن معاذ بن جبل رضى الله عنهم ان رسول الله ﷺ أمره حين وجه إلى اليمن ان لا يأخذ من الكسور شيئاً .. الحديث ، وهو ضعيف قال الدارقطني المنهال بن الجراح هو ابو العطوبق متروك الحديث وعبادة بن قيس لم يسمع من معاذ . وقال ابن حبان كان يكذب وقال عبد الحق في حكامه كذاب . وقال ابن أبي حاتم سألت أبي عنه فقال متروك الحديث إذ هو لا يكتب حديثه . وقال أبو محمد الدارمي في مسنده ان رسول الله ﷺ كتب مع عمرو بن حزم إلى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم بن عبد كلال أن في خمس أوراق [1] من الورق خمسة دراهم فما زاد ففي كل أربعين درهماً درهم .

وكلال بضم الكاف وتخفيف اللام . وقال الاكمل معنى الحديث لا تأخـذ من الشيء الذي يكون المأخوذ منه كسوراً فسماه كسوراً باعتبار ما يجب فيه ، قلت أخـذه عن شيخه الكاكي وقال الكاكي وقيل من فيه زائدة وفيه نوع تأمل .

( وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة ) أي وقول النبي ﷺ

---

(١) هكذا في الاصل وربما قصد ـ أواق ـ اهـ مصححه .

**ولان الحرج مدفوع، وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن سبعة وهو ان تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل**

---

وهذا الحديث قد مر في باب صدقة السوائم ( ولان الحرج مدفوع ) شرعاً فلا يجب فيما زاد على الحالتين شيء إلى الاربعين ( وفي ايجاب الكسور ذلك ) أي الحرج ( لتعذر الوقوف ) عليه وفي بعض النسخ لفظ عليه موجود أي على الكسر ، ألا ترى أن من كان له مائتا درهم وسبعة دراهم يجب عليه في السنة الاولى خمسة دراهم وسبعة أجزاء من أربعين جزء من درهم على قولهما ، وفي السنة الثانية تجب خمسة دراهم وجزء واحد من اربعين جزء من درهم صحيح وجزء آخر من أربعين جزء من ثلاثة وثلاثين جزء من أربعين جزء من درهم ، وهذا لا يفهمه كثير من الفقهاء فكيف بالعامي الذي لا خبرة له أصلاً ، كذا ذكره الاترازي وقد أخذه من مبسوط أبي اليسر .

( والمعتبر في الدراهم ) التي تخرج في الزكاة ( وزن سبعة مثاقيل ) وقد فسره بقوله ( وهو ان تكون العشرة منها ) أي من الدراهم ( وزن سبعة مثاقيل ) والمثاقيل جمع مثقال ، قال ابن الاثير المثقال في الاصل مقدار من الوزن أي شيء كان من قليل أو كثير والناس يطلقونه في العرف على الدينار خاصة وليس كذلك ، وقال الجوهري والمثقال واحد مثاقيل الذهب .

قلت عشرون قيراطاً من الذهب هو مثقال وهو الدينار الواحد والدينار الواحد ستة دوانق والدوانق جمع دانق ، والدانق بكسر النون وفتحها وهو قيراطان قاله في المغرب وفيه ايضاً ان أول من احدث الدانق الحجاج . وقال أبو عبيد الدانق سدس درهم فعلت ذلك بنو أمية فاجتمعت الامة عليه ، والقيراط نصف دانق قاله الجوهري . وقال سراج الدين أبو طاهر محمد بن عبد الرشيد السجاوندي في تصنيف له في قسمة التركات فقال اعلم ان الدينار ستة دوانق والدانق اربع طسوجات والطسوج حبتان والحبة شعيرتان والشعيرة ستة خرادل والخردل اثني عشر فلساً والفلس ست فتيلات والفتيلة ست نقرات والنقيرة ثمان قطميرات والقطميرة اثنا عشر ذرة ، وذكر فيها الدينار بحساب أهل الحجاز

عشرون قيراطاً والقيراط خمس شعيرات والدينار عندهم طسوجاً وخمسه .

وفي المنافع الدينار مائة شعيرة عند أهل الحجاز وعند أهـــل سمرقند ستة وتسعون شعيرة ، والقيراط خمس شعيرات وهو طسوجتان ، والطسوج حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية واربعين جزء من درهم والدرهم سبعة أعشار المثقال ، فوزن الدرهم المكي سبع وخمسون حبة وهو ستة أعشار حبة وعشر عشر حبة وهودرهم الزكاة.

قال القاضي عياض وزعم بعضهم ان الدراهم لم تكن معلومـــة إلى زمن عبد الملك ابن مروان وانه جمعها برأي العلماء وجعل كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل ، ووزن الدرهم ستة دوانق ، وهذا لا يصح ولا يجوز ان تكون الدراهم مجهولة والاوقية مجهولة ، وهو تجب الزكاة في أعداد منها وتقع بها البياعات والانكحة كما ثبت في الأحاديث الصحيحة .

قال النووي رحمه الله هذا هو الصواب الذي يجب اعتقاده ،وانما كانت مجموعات من ضرب فارس والروم وصغاراً و كباراً وقطــع فضة غير مضروبة ولا منقوشه ويمنته ومغربية فجمعوا اصغرها واكبرها فضربوها على وزنهم ولم يتغير المثقال في الجاهلية ولا في الاسلام ، وأجمع أهل العصر الأول فمن بعدهم إلى يومنا هذا عليه ، وقيل أول من ضربها عبدالملك ابن مروان بالعراق في سنة اربع وسبعين ، حكاه سعيدبن المسيب ثم أمر بضربها في النواحي سنة ست وسبعين ، وقيل أول من ضربها سعد بن الزبير بأمر أخيه عبدالله بن الزبير سنة سبعين على ضرب الاكاسرة ثم غيرها الحجاج ، وقيل أول من ضرب الدراهم والدنانير آدم عليه الصلاة والسلام وقال أولاوي لا تندفع حوائجم إلا بها ، وقد مر الكلام فيها ايضاً في هذا الفصل .

( بذلك جرى التقدير ) أي بالذكور وهو قوله ــ والمعتبر .. إلى آخره ( في ديوان عمر رضى الله عنه ) الديوان هي الجريدة التي يكتب فيها ما يتعلق بأمور المسلمين ، وهي قطع من القراطيس المجموعة من دون الكتب إذا جمعها ، ويروى ان عمر رضى الله عنه أول من دون الدواوين أي رتب الجرائد للولاة والقضاة ( واستقر الامر عليه ) أي على الذي قــدره عمر رضى الله عنه .

إذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة ، وإذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمته نصاباً ،لأن الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع إلا به ، وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة ، وهو ان يزيد على النصف اعتباراً للحقيقة وسنذكر في الصرف ان شاء الله إلا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض

---

( وإذا كان الغالب على الورق الفضة ) الورق بفتح الواو وكسر الراء، وهو المضروب من الفضة ، وقد تسكن الراء ، وكذلك الورقة بكسر الراء وفتح القاف المخففة ، وقيل الورق الدراهم خاصة ، ونقل صاحب البيان من الشافعية ان الرقة هي الذهب والفضة ، قال النووي رحمه الله وهو غلط فاحش . وفي الذخيرة للقرافي في الرقة الدراهم المسكوكة ولا يقال لغيرها ، والورق المسكوك وغيره ، وقيل مما المسكوك ، وفي المنافع الفضة تتناول المضروب وغيره ، والرقة تختص بالمضروب ( فهو في حكم الفضة ) لأن الغش إذا كان قليلاً لا يعتبر به . لأن الفضة لا تنطبع إلا بقليل الغش ، فجعل القليل عفواً دون الكثير ، فالفاصل بينهما بالغلبة فأيهما كان اغلب يعتبر به .

( وإذا كان الغالب الغش فهو في حكم العروض ) جمع عرض بفتح العين وسكون الراء وهو ما ليس بنقد ، وقيل هو المتاع ( يعتبر ان تبلغ قيمتها نصاباً ) حتى تجب فيها الزكاة ( لأن الدراهم لا تخلو عن قليل غش لأنها ) أي لأن الفضة ( لا تنطبع ) أي لا تطاوع الضرب ولا تلين لأجل تفاسها في العمل والصياغة ( إلا به ) أي بالغش اليسير (وتخلو عن الكثير ، فجعلت الغلبة فاصلة ) بين القليل والكثير ( وهو ) أي الكثير ( ان يزيد على النصف اعتباراً للحقيقة) أي لحقيقة الأمر بين القليل والكثير لانهما لا يتحققان إلا بالزيادة على النصف ، لأن الكثير ما يقابله قليل ، والقليل ما يقابله كثير ( وسنذكره ) أي وسنذكر هذا أو هذا المذكور ( في الصرف ان شاء الله تعالى إلا أن في غالب الغش لا بد من نية التجارة[1] ) لوجوب الزكاة .

---

(١) التجارة كما في سائر العروض ـ هامش .

إلا إذا كان تخلص منهما فضة نصابا لأنه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة والله أعلم

---

( إلا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصاباً ) الاستثناء من قوله – لا بد من نية التجارة – لأن الفضة لا يشترط فيها نية التجارة ، قال الاترازي والظاهر ان خلوص الفضة من الدراهم ليس بشرط بل المعتبر ان تكون في الدراهم فضة بقدر النصاب ، انتهى . قلت لا سبيل إلى معرفة كون الفضة فيها قدر النصاب إلا بالخلوص ولا خلوص إلا بالنار . وقال صاحب الينابيع قوله – وإذا كان الغالب عليها الغش فهي في حكم العروض – يريد به إذا كانت الفضة لا تخلص بالنار ، وان كان شيء يخلص منها لا يكون حكمها حكم العروض ؛ بل يجمع ما فيها من الفضة وبضمه إلى ما عنده من ذهب أو فضة أومال تجارة ويزكى الكل ، وان كانت الفضة والغش سواء تجب فيها احتياطاً ذكره أبو نصر في شرح القدوري ، وقيل لا تجب ، وقيل تجب فيها درهمان ونصف ،وفي المحيط والبدائع والتحفة والغش لا يعتبر في الذهب والفضة صفة زائدة على كونها فضة او ذهباً فتجب في المضروبة والنقرة والحلي والتبر والمصوغ وحلية السيف والكيس المتطقة واللجام والسرج والاواني والمسامير المركبة في المصحف والوالب فيها خلصت بالاذابة والخواتيم والاسورة وغيرها ويجمع بين ذلك ، فاذا بلغت نصاباً تجب فيها الزكاة ، ولو كان وزنها دون المائتين ونصفها وبغشها تساوى المائتين لا تجب وفي الينابيع إذا كانت المائتان في العدد ونقصت في الوزن لا تجب وان قل النقص . وفي البدائع لو نقصت المائتان حبة من ميزان وان كانت تامة لا تجب الزكاة للشك ، والشافعية وجهان اصحها وبه قطع المحاملي والتندبيجي والماوردي وآخرون لا تجب وعنه لا تمنع الحبة والحبتان ، وعنه لو نقصت دانقاً او دانقين تجب الزكاة وبه قال أحمد .

( لأنه لا تعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة ) أي ولا تعتبر ايضاً نية التجارة بخلاف العروض ، وقال الاترازي فيه نظر لانه لا حاجة إلى ذكر القيمة ، وكان ينبغي ان يقول لا يعتبر في عين الفضة نية التجارة ، انتهى . قلت في تنظيره نظر ، لأنه لا مانع من ذكر القيمة وهذا من صفتها الكاشفة فلايجوز ، فلامحذور في ذكرها فلا محل للنظر منه فافهم .

## فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من ذهب صدقة ، فإذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال لما روينا ، والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف

---

### ( فصل في الذهب )

أي هذا فصل في بيان أحكام الذهب ، ووجه تأخيره عن الفضة قد مر في أول فصل الفضة .

( ليس فيما دون عشرين مثقالاً من الذهب صدقة ) وقال الحسن البصري رحمه الله ليس في أقل من أربعين دينار صدقة ، وهو شاذ . وذهبت طائفة ان الذهب إذا بلغت قيمته مائتي درهم ففيه الزكاة ، وان لم تكن عشرين مثقالاً ، وهو قول عطاء وطاووس والزهري وأيوب السجستاني وسليمان بن حرب وكذا لا زكاة في العشرين حتى تبلغ قيمتها مائتي درهم .

(فإذا كانت عشرين مثقالاً ) وحال عليها الحول ( ففيها نصف مثقال لما روينا ) نعني لما رويناه في فصل الفضة وهو حديث معاذ ( والمثقال ما يكون سبعة منها ) الضمير في قوله ـ منها ـ راجع إلى قوله ـ ما يكون في سبعة مثاقيل ـ قال السغناقي واخذ منه الكاكي فقال هذا مختصراً ( وزن عشرة دراهم ) ارتفاع وزن على الخبرية عن قوله ـ والمثقال وزن عشرة دراهم ـ وقال الشراح كلهم ان هذا دور فإنه عرف في فصل الفضة والمعتبر في الدراهم وزن سبعة ، وهو ان تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل والدور باطل ، لتوقف كل منهما على الآخر ، وأجاب الاكمل انه ما عرف الدرهم بالمثقال في فصل الفضة وانما قال المعتبر من اصنافها ما يكون وزن سبعة مثاقيل فكان ذلك معروفاً فيما بينهم ، ثم قال هاهنا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم .

ثم قال (وهو المعروف) المراد بالمثقال هاهنا هو المعروف فيما بين الناس الذي عرف به

وزن الدراهم ، ولا دور في ذلك ، انتهى كلامه . وقال الاترازي وقوله ـ وهو المعروف ـ ليس بعذر عن البيع ، فلو قال والمثقال هو المعروف لكان هان الأمر هونا ، ولكن البيان الدراهم والدينار ، ثم قال وذكر بعضهم في شرحه في هذا الموضع ما يكون عن التحقيق بعيداً الف فرسخ انتهى . قلت غرضه بهذا التشنيع على السغناقي ؛ فإنه قال نعم فيه دور الا انه دفع تلك الشبهة بقوله وهو المعروف ، فان الشيئين إذا كانا معروفين في انفسهما ، ولكن الجهالة إذا وهم من نسبة كل منهما إلى الآخر يجوز ان يعرف نسبة ذاك بهذا أو نسبة ذاك هذا بذاك .

بيانه انك إذا عرفت زيداً وعمرواً بعينهما ولكنك لا تعرف نسبة كل منهما إلى الآخر بأى طريق فتقول من زيد فيجيبك المسؤول عنه بانه ابن عمر ، وثم مضى زمان ثم غفلت عما عرفه فطريق الضمن فتسأله فتقول من عمرو فيقول لك أبو زيد فتحصل لك معرفة نسبة كل واحد منهما إلى الاخر بالتصريح ولا يستبعده احد ، وكذلك هاهنا ذكر تعريف المثقال ، وان كان الاستغناء وقع بما ذكر هناك لكن لم يكن ذلك بطريق التصريح مع اظهار عذره بقوله وهو المعروف انتهى وكذلك الكاكي اجاز بهذا وفيه كناية يعرف بها البعد عن التحقيق بينه وبين ما قاله الاترازي اكثر من الف فرسخ .

( ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان ) أى ثم الواجب بعد عشرين مثقالاً في كل أربعة مثاقيل قيراطان ، لأن الاربعة مثاقيل ثمانون قيراطاً فكان القيراطان ربع عشرها وهو عشر مثقال ، لأن المثقال كان زمانهم عشرة دراهم ، وفي الصحاح القيراط نصف دانق ، وأصله قراط بتشديد الراء يدل عليه جمعه في قراريط بتضعيف الراء فابدلت من أحد حرفي التضعيف ياء ، وكذلك ديناراً اصله دنار بتشديد النون . وقول الجوهري القيراط نصف دانق غير صحيح ، لأن الدانق سدس الدرهم ، والقيراط نصف سبع ، وكل دانق قيراطان وثلث ، وفي المغرب الدانق قيراطان كما في الصحاح ، الا أن يدعى أن الدرهم كانت اثني عشر قيراطاً ، وقد كان من الدراهم ما هو كذلك على عهد عمر رضى الله عنه أو عبد الملك ، ثم صار الدرهم أربعة عشر قيراطاً وكان كذلك في ايام الجوهري

لأن الواجب ربع عشر وذلك فيما قلنا إذ كل مثقال عشرون قيراطاً . وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقة عند أبي حنيفة « رح » وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسألة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون أربعة مثاقيل في هذا كأربعين درهماً .

---

والمطرزي ، وفي الحواشي القيراطان نصف دانق وشعيرة وثلاث أخماس شعيرة .

( لأن الواجب ربع العشر ) أى الواجب في الزكاة ربع العشر ( وذلك فيما قلنا ) أى ربع العشر فيما قلنا وهو ان في كل أربعة مثاقيل قيراطين ، والقيراطان من كل اربعة مثاقيل ربع العشر ( إذ كل مثقال عشرون قيراطاً ) فتكون اربعة مثاقيل ثمانين قيراطاً وعشر الثمانين ثمانية وربع الثمانية اثنان فيكون القيراطان ربع عشر أربعة مثاقيل .

( وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقة عند أبي حنيفة وعندهما تجب بحساب ذلك )أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجب فيما دون أربعة مثاقيل بحساب ما زاد . وقال في الجامع وهو رواية عن أبي حنيفة «رض» ( وهي مسألة الكسور ) أى هذه المسألة وهي وجوب الزكاة فيما دون أربعة مثاقيل عندهما ، وعدم وجوبها فيه عند أبي حنيفة رحمه الله مسألة الكسور يعني او الكسور لا زكاة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما تجب بحساب ذلك ؛ وقد مر الكلام فيه في فصل الفضة من الجانبين ، والخلاف في الموضعين واحد .

( وكل دينار عشرة دراهم في الشرع ) قال الاترازي فيه نظر ، لأنه أراد بهذا التقرير ان الدينار والمثقال سواء ، وقد قرر قبل هذا ان عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل لا وزن دينار واحد ، فيكون الدينار مثل عشرة دراهم ، انتهى . قلت الذى قاله قبل هذا كان في ابتداء الأمر ، وتقرر بعد ذلك كل دينار بعشرة دراهم ، ألا ترى أن الدية قد قررت من الذهب بألف دينار ، ومن الورق بعشرة آلاف درهم ، وفي السرقة لا قطع في أقل من دينار أو عشرة دراهم ( فتكون أربعة مثاقيل في هذا ) أى في الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وبين صاحبيه رحمهما الله ( كأربعين درهماً ) في مسألة المائتين عند زيادة

قال وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكاة ، وقال الشافعي « رح » لا تجب الزكاة في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال ، لأنه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ، ولنا أن السبب مال نام ، ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة

---

الاربعين درهما عليها ، لأن الزيادة في كل واحد منهما خمس النصاب .

( قال ) أي القدوري ( في تبر الذهب والفضة ) التبر بكسر التاء المثناة من فوق وسكون الباء الموحدة ، لما كان غير مضروب من الذهب والفضة ( وحليهما ) بضم الحاء وكسر اللام ، أي جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما تحلى به المرأة من ذهب أو فضة ، وقيل أو جوهر ، والحلية الزينة من الذهب والفضة ( وأوانيهما ) أي الأواني المعمولة من الذهب والفضة ( الزكاة ) مرفوع بالابتداء وخبره هؤ قوله مقدماً — وفي تبر الذهب والفضة —

( وقال الشافعي لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال ) وبه قال مالك وأحمد وفي رواية اسحاق وقد كان الشافعي يقول هذا في العراق وتوقف في مصر ، وقال هذا مما استخير الله فيه ، وقال الليث ما كان من حلى يلبس ويعار فلا زكاة فيه ، وان اتخذ للتحرز عن الزكاة ففيه الزكاة . وقال أنس رضى الله عنه يزكى عاما واحداً لا غير . وقال الحسن البصري وعبدالله بن عتبه وقتادة وأحمد مرة ، وكأنه عارية ، ويروى ذلك عن ابن عمر وجابر إذا زكاة من ذكره من الساى [1] ( لانه ) أي لأن الحلى ( مبتذل في مباح ) وهو الحلى الذي يباح استعماله ، وكل ما كان كذلك فلا زكاة فيه ( فشابه ) أى الحلى يباح استعماله ثيابه ( ثياب البذلة ) وهي ثياب المهنة .

( ولنا أن السبب ) أى سبب وجوب الزكاة ( مال نام ) أي اصله نامي كقاض واصله قاضي فاعل اعلاله ( ودليل النماء موجود ) كأنه جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال ضمن أين النماء فيه ، فأجاب بقوله — ودليل النماء موجود — ( وهو الاعداد للزكاة (٢)

---

(١) هكذا الجملة في الاصل .

(٢) في المتن — للتجارة .

خلقة ) أي من حيث الخلقة فلا تبطل بهذا الوصف باعداده للاستعمال ( والدليل هو المعتبر ) أي الدليل الذي يدل على انه معد للتجارة من حيث الخلقة هو المعتبر لا نفس النماء ( بخلاف الثياب ) هذا جواب عن قوله ـ فشابه ثياب البذلة ـ لأنه لا اعداد فيهما لا من العرف ولا من الشرع ، وقولنا مذهب عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعبدالله بن عمر وعبد الله بن العباس وعبدالله بن عمرو بن العاص وأبي موسى الاشعري وابن حبيب وابن جبير وعبدالله بن شداد وعطاء وطاووس بن مهران وميمون بن مهران وأيوب وابن سيرين ومجاهد والضحاك وجابر بن يد وعلقمة والاسود وعمر بن عبد العزيز والثوري والزهري وذكر الهندواني والضحاك وجابر بن زيد والحسن بن جني واسحر الحسن قال الزهري نص القرآن في الحلي الزكاة وهو قول عائشة وأم سلمة وفاطمة بنت قيس ذكره عبد الحق في الاحكام الصغرى .

فإن قلت ما سند أصحابنا في الاحاديث . قلت روى أبو داود والنسائي عن خالد ابن الحارث عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت النبي ﷺ ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب ، فقال أتعطين زكاة هذا قالت لا ، قال أيسرك أن يسورك الله بهما سوارين من النار فخلعتهما وألقتهما إلى النبي ﷺ وقالت هما لله ولرسوله والمسكتان تثنية مسكة بالفتحات السوار .

وروى أبو داود أيضاً في سننه حدثنا محمد بن أدرمي الرازي حدثنا عمر بن الربيع بن طارق حدثنا يحيى بن أيوب عن عبيدالله بن أبي جعفر أن محمد بن عمر بن عطاء أخبره عن عبدالله بن شداد بن الهاد قال دخلنا على عائشه رضى الله عنها قالت دخل علي رسول الله ﷺ فرأى في يدي فتخات من ورق فقال ما هذا يا عائشة ، فقلت صنعتهن اتزين لك لك بهن يا رسول الله ، قال تؤدين زكاتهن . قلت لا ، قال هذا حسبك من النار انتهى . والفتخات بالفاء وسكون التاء المثناة من فوق وبالخاء المعجمة وهي الخاتم الذي لا فص له .

وروى أحمد في مسنده ، حدثنا أحمد بن علي بن عاصم عن عبد الله بن غيان بن خيتم

عن شهر بن حوشب عن اسماء بنت زيد قالت دخلت انا وخالتي على رسول الله ﷺ وعليهما اسورة من الذهب فقال لهما أتعطيان زكاتها ، فقلنا لا ، فقال لنا أما تخافان ان يسوركما الله [1] من نار أديا زكاته .

وروى الدارقطني في سننه عن خضر بن مزاحم عن أبي بكر الهذلي حدثنا شعيب ابن أطيحان عن الشعبي قال سمعت فاطمة بنت قيس تقول اتيت النبي ﷺ بطرف فيه سبعون مثقالاً من ذهب فقلت يارسول الله خذ منه الفريضة فأخذ منه ثلاثة أرباع مثقال.

وروى الدارقطني أيضاً عن يحيى بن أبي الليث عن حماد بن ابراهيم عن علقمة عن عبدالله بن مسعود قال قلت للنبي ﷺ ان لامرأتي حلياً من ذهب عشرون مثقالاً ،قال فأد زكاته نصف مثقال .

وروى أيضاً عن قبيصة عن علقمة عن عبدالله ان امرأة اتت النبي ﷺ فقالت ان لى حلياً وان لي بني أخ وان زوجي خفيف اليد فتجزىء عني أن أجعل زكاة الحلى فيهم ، قال نعم .

وروى الدارقطني أيضاً عن أبي حمزة عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس ان النبي ﷺ قال ان للحلى زكاة .

وروى ابو داود من حديث أم سلمة قالت كنت البس أوضاحاً من ذهب فقلت يا رسول الله أكنز هو ، فقال بابلغ أن تؤدى زكاته فزكي فليس بكنز ،انتهى ،والاوضاح جمع وضح وهو الحلى .

فإن قلت روى الترمذي حديث عمرو بن شعيب المذكور عن قتيبة عن ابن لهيعة عن عن عمرو بن شعيب .. الحديث ، ثم قال ابن لهيعة ضعيف ولا يصح في هذا الباب شيء، انتهى . قلت ما علينا من هذا الباب والطريق الذي رواه أبو داود صحيح ، وقال ابن القطان في كتابه اسناده صحيح ، وقال المنذري اشارة لا مقال فيه ، وخالد بن الحرث إمام فقيه احتج به البخاري ومسلم ، وكذلك احتجا بحسين المعلم، وقول الترمذي

---

(١) ربما اسقط الناسخ كلمة ـ بسوار ـ اهـ مصححه .

ولا يصح في هذا الباب شيء قال في المنذرى لعله قصد الطريقين اللذين ذكرهما هو ،فإن حديث أبي داود رحمه الله لا مقال فيه ، وعمرو بن شعيب وان كان تكلم فيه بعضهم فقد قال شيخنا زين الدين وحكى البخارى وتبعه فيما حكاه الترمذى عنه قال رأيت أحمد بن حنبل واسحاق بن راهوية وعلي بن المديني وأبا عبيد وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ما تركه أحد من المسلمين من الناس من بعدهم .

فإن قلت في حديث عائشة رضى الله عنها محمد بن عمر قال الدارقطني هو مجهول ، قلت قال البيهقي في المعرفة هو محمد بن عمر بن عطاء لكنه ما نسبه الى جده فظن انه مجهول وليس كذلك وتبع الدارقطني في تجهيله عبد الحق ، وقال ابن القطان خفي عليه كما خفي على الدارقطني وهو من الثقات ، ويحيى بن أيوب أخرج له مسلم وعبيدالله بن أبي جعفر من رجال الصحيحين ، وكذلك عبدالله بن شداد ، والحديث على شرط مسلم واخرجه الحاكم في مستدركه عن محمد بن عمر بن عطاء ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

فإن قلت في حديث اسماعيل بن عاصم رواه زيد بن هارون بالكذب وعبدالله بن حيثم قال ابن معين أحاديثه ليست بالقوية ، وشهر بن حوشب قال ابن عدى لا يحتج بحديثه .قلت علي بن عاصم بن حبيب بن سنان الواسطي وثقه احمد ، وروى عنه وقال يحيى بن زكريا صدوق ، وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجة .وعبدالله بن حيثم هو عبدالله بن عثمان ابن حيثم القارىء من القراء المكي ، قال يحيى بن معين هو ثقة حجة ، ووثقه العجلي وأبو حاتم والنسائي روى له مسلم والاربعة ، وشهر بن حوشب الاشعري الشامي الحمصي، ويقال دمشقي وثقه يحيى ، وعنه ثبت ، وعن أحمد ما أحسن حديثه ووثقه ، وروى له مسلم مقروناً بغيره وروى له الاربعة .

فإن قلت في حديث فاطمة بنت قيس نصير بن مزاحم قال أبو خثيمة كان كذاباً ، وقال ابن معين حديثه ليس بشيء ، وأبو بكر الهندواني قال الدارقطني متروك ، وقال ابن الجوزى قال غندر وهو كذاب ، وقال ابن معين وابن المديني ليس

بشيء ، قلت أخرجه أبو نعيم الاصفهاني في تاريخ اصفهان في حرف الشين عن شيبان بن زكريا عن عباد بن كثير عن شعيب الحنجاب به سواء .

فإن قلت حديث عبدالله بن مسعود ، قال الدارقطني هو مرسل موقوف، قلت فليكن يحسن فيعمل به ، وحديثه الآخر عن قبيصة بن عقبة أحد مشايخ البخاري،واكثر منه في الصحيح ، ولا يلتفت إلى ما قاله ابن القطان .

فإن قلت حديث أم سلمة فيه ثابت بن عجلان ، قال البيهقي تفرد به ثابت . قلت لا يضر ، فإن البخاري أخرج له وأخرجه الحاكم في مستدركه عن محمد بن مهاجر عن ثابت به وقال صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه ، ومحمد بن مهاجر قال ابن حبان يضع الحديث عن الثقات ، وقال ابن الجوزي في التنقيح وهذا وهم قبيح ، فإن محمد بن مهاجر الكذاب ليس هذا ، فان الذي يروى عن ثابت بن عجلان ثقة شامي وأخرج له مسلم في صحيحه ، وأما محمد بن مهاجر الكذاب فإنه متأخر عنه .

وأما أحاديث الخصوم ، فمنها ما رواه ابن الجوزي في الحقيق بسنده عن علقمة بن أيوب عن الليث بن سعد عن أبي الزبير عن جابر بن عبدالله عن النبي ﷺ قال لس في الحلى زكاة ، قال البيهقي والذي يروى عن جابر عن رسول الله ﷺ ليس في الحلي زكاة ، لا أصل له ، وفيه عاقبة بن أيوب مجهول ، فمن احتج به مرفوعاً كان مقرأ بذنبه داخلاً فيا يعيب به من يحتج بالكذابين . وقال السروجي رحمه الله هذا غريب من البيهقي مع نقضه الشافعي ، وقال ابن الجوزي هو ضعيف مع انه موقوف على جابر رضى الله عنه .

ومنها ما رواه مالك رضى الله عنه عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه انه كان يحلي نساءه وجواريه الذهب ثم لا يخرج من حليهن الزكاة .

ومنها ما رواه الدارقطني عن شريك عن علي بن سليان قال سألت أنس بن مالك رضى الله عنه عن الحلى قال ليس فيه زكاة.

# فصل في العروض

## الزكاة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت إذا بلغت قيمتها

---

( فصل في العروض )

أي هذا فصل في بيان حكم الزكاة في العروض . العروض بضم العين جمع عرض وهو المتاع القيمي ، وقيل هو ليس بنقد ، والعرض بفتحتين حطام الدنيا ، كذا في المغرب والصحاح ، وفيه العرض بسكون الراء المتاع وكل شيء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير ، قال أبو عبيد الامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً ، وقال السغناقي فعلى هذا جعل العروض هاهنا جمع عرض بسكون الراء أولى بل هو واجب لأنه في بيان حكم الاموال التي هي تميز الدراهم والدنانير والحيوانات والعرض بالضم الجانب ومنه أوصى بعرض من ماله أي بجانب منه بلا تعيين ، والعرض بالكسر ما يحمد الرجل ويذم عند وجوده وعدمه ، وانما أخر هذا الفصل للاختلاف منها ، أو لأنها تقوم بالنقدين فيكون بناء عليها .

( الزكاة واجبة في عروض التجارة ) قال ابن المنذر اجمع أهل العلم على وجوب الزكاة في العروض ، ورويناه عن ابن عمر بن عياش والفقهاء السبعة ابن المسيب والقاسم بن محمد وعروة بن الزبير وابو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث وخارجة بن زيد وعبدالله بن عبيدالله ابن عيينة وسليمان بن بشار وطاووس والحسن البصرى وابراهيم النخعى والاوزاعي والثوري والشافعى وأحمد واسحاق وغيرهم .

وقال ربيعة ومالك لا زكاة في عروض التجارة ما لم تنض وتصير دراهم أو دنانير فحينئذ تلزمه زكاة عام واحد ، وقال في المبسوط وإن مضى عليها أحوال ، وقالت الظاهرية لا زكاة في العروض للتجارة ، وعن ابن عباس رضى الله عنه كذلك .

( كائنة ما كانت ) كلمة – ما – مصدرية ، وكانت تامة ، وكائنة نصب على الحال ، والتقدير الزكاة واجبة حال كائن كونها من أى شيء كان من جنس ما تجب فيه الزكاة كالسوائم أو من جنس ما لا تجب فيه الزكاة كالثياب والبغال والحمر ، لأن المعتبر فيها العين بقيمتها ، وذلك موجود في جميع الأشياء ( إذا بلغت قيمتها ) أي قيمة العروض

## نصاباً من الورق أو الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم

( نصاباً من الورق ) بكسر الراء أي الفضة المضروبة ( أو الذهب ) المضروب ، وفي الذخيرة والمرغيناني يعتبر في تقويم العروض بالتجارة بالدراهم المضروبة حتى ان من اشترى عبداً للتجارة بنقرة فضة وزنها مائتان ، ولا تساوى مائتي مضروبة لا تجب فيه الزكاة وإن وجبت في رأس ماله لأن عين الذهب والفضة لا يعتبر فيها الضرب ولا التقويم ، وانما جعل نصابها من قيمتها لأنه لا نصاب لها في نفسها ، والمقصود منها ليست اثمانها ، وانما المقصود هو التمول بمعانيها فجعل نصابها من مقصودها وهي القيمة ثم الزكاة تجب في العروض في عينها حتى إذا هلكت بعد الحول سقطت الزكاة . وقال الشافعي رضى الله عنه في قيمتها .

فإن قلت كل مال اعتبر فيه النصاب تعلق الوجوب به ، أصله الاعيان الماشية ، قلت نصابها عدها من أعيانها ، وانما المعتبر التقويم ليعلم أن العين قد بلغت مقداراً معلوماً كما يتعين الوزن والعدد وليبلغ وزناً معلوماً وعدداً معلوماً .

(لقوله عليه الصلاة والسلام فيها يقومها فيؤدى من كل مائتي درهم خمسة دراهم) أي لقول النبي ﷺ في عروض التجارة يقومها إلى آخره ، وهذا حديث غريب لا يعرف من رواه من الصحابة رضى الله عنهم ، ومن رواه منهم ، وفي هذا الباب احاديث مرفوعة وموقوفة فمن المرفوعة مارواه أبو داود في سننه حدثنا محمد بن داود بن سفيان حدثني يحيى بن حيان حدثنا سليمان بن موسى أبو داود ، وحدثنا أبو جعفر بن سعيد بن سمرة بن جندب حدثني حبيب بن سليمان عن أبي سليمان بن حمزة (١) عن سمرة بن جندب ، فأما بعد فإن رسول الله ﷺ كان يأمرنا أن تخرج الصدقة من الذي يعد للبيع وسكت عنه فيدل على انه صحيح عنده وكذلك المنذري بعده . وقال ابو عمر بن عبد البر هذا الحديث رواه أبو داود وغيره باسناد حسن .

(١) مرة — هامش .

ولأنها معـــدة للاستنماء بإعداد العبد فاشبه المعد بإعداد الشرع ، ويشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ،

---

ومنها ما رواه الحاكم في مستدركه بإسناده إلى أبي ذر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول في الإبل صدقتها وفي البقر صدقتها وفي البر صدقة ، وروى رفع دراهم أو دنانير أو تبر أو فضة لا يعدها لغريم ولا ينفقها في سبيل الله فهو كنز يكون به يوم القيامة ، وصححه الحاكم وقال على شرط الشيخين .

ومنها ما رواه الطبراني في معجمه بإسناده عن سمرة رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا بالرقيق الرجل والمرأة الذي هو بلاده وهم عمله ولا يريد بيعهم أن لا يخرج عليهم صدقة ، وكان يأمرنا ان نخرج الصدقة من الذي يعد للبيع ، ورواه الدارقطني أيضاً .

ومن الموقوفة ما رواه أحمد في مسنده وعبد الرزاق في مصنفه والدارقطني في سننه حدثنا يحيى بن سعيد عن عبدالله بن أبي سلمة عن أبي عمر وجلس مع أبيه قال كنت أبيع الآدم والجعاب فمر بي عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال لي أو صدقة مــالك ، فقلت يا أمير المؤمنين انما هو الآدم والجعاب قال قومها وأد زكاتها .

ومنها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج أخبرني موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما انه كان يقول في كل مال يدار في عَبيد أو تجارة أو دواب أو بز للتجارة تدار الزكاة فيه كل عام .

ومنها ما رواه البيهقي من طريق أحمد بن حنبل حدثنا حفص بن غياث حدثنا عبدالله ابن عمر عن نافــع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال ليس في العروض زكاة إلا إذا كان للتجارة .

ومنها ما رواه عبد الرزاق عن عروة بن الزبير وسعيد بن المسيب والقــاسم قالوا في العروض تدار الزكاة كل عام لا تؤخذ منها الزكاة حتى لا يأتي الشه من عام قابل .

( ولأنها ) أي ولأنها العروض ( معدة ) أي مهيأة ( للاستنماء ) أي لطلب النـماء ( باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع ) المعد بضم الميم وفتح العين وتشديد الدال وهو الذهب والفضة ( ويشترط فيه نية التجارة ليثبت الاعداد ) أي حالة الشراع امـا إذا

ثم قال يقومها بما هو أنفع للمساكين احتياطاً لحق الفقراء . قال «رض» وهذا رواية عن أبي حنيفة «رح» . وفي الأصل خيره لأن الثمنين في تقدير قيم الأشياء بهما سواء ،

---

كانت النية بعد الملك فلا بد من اقتران عمل التجارة بنيته ، لأن مجرد النية لا يعمل فلا يصير حتى يبيعه بالاجماع إلا عند الكرابيسي من أصحاب الشافعي رضي الله عنه فإنه يصير للتجارة بمجرد النية في جوامع الفقة السائمة إذا نوى انه وجد ربحاً يبيعها لا يبطل السوم ولو نوى أن يحملها علوفة أو يعمل عليها لا تبطل السوم ما لم يفعل بخلاف التجارة بخلاف عروض التجارة إذا نواها للقنية حيث تبطل التجارة ، وكذا العبد إذا نواه للخدمة ، ولو اشترى الجلاب شياها والقصاب اللحم فهي للتجارة وان رعاها في المفازة لم يبطل كونها للتجارة ، لأن المراعي للتخفيف في المؤنة .

( ثم قال رحمه الله ) أي القدوري أو محمد رحمها الله ( يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطاً لحق الفقراء ) أي يقوم العروض التي للتجارة بالذي هو أنفع للفقراء ، وهو ان يقومها بانفع النقدين عند التقويم ولا بد أن يقوم بما يبلغ نصاباً حتى إذا قومت بالدراهم تبلغ نصاباً ، وإذا قومت بالذهب لا تبلغ نصاباً تقوم بالدراهم وبالعكس كذلك .

فإن قلت في خلافه نظر للمالك وحقه يعتبر ، ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن أخذ كرائم الاموال في الزكاة واشتراط الحول فيها . قلت المالك أسقط حقه باستنماء مدة الحول فيوفر حظ الفقراء بالتقويم بالانفع مراعاة للحقين بقدر الامكان .

( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه بالتقويم بما هو أنفع للمساكين ( رواية عن أبي حنيفة رحمه الله)في التقويم أربعة أقوال، أحدها هذا المذكور وكذا ذكر في الامالي يقومها بأنفع النقدين للفقراء ، وفي التحفة والقنية يقومها بأوفر القيمتين وانظرهما واكثرهما زكاة.

( وفي الاصل ) أى المبسوط ( خيره ) أى خير أبو حنيفة رحمه الله المالك في التقويم بما شاء من النقدين ، وهذا هو القول الثاني ( لأن الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء ) لأن التقويم لمعرفة مقدار المالية والنقدان في ذلك سواء .

وتفسير الأنفع أن يقومها بما يبلغ نصاباً ، وعن أبي يوسف « رح » انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لأنه أبلغ في معرفة المالية ، وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب . وعن محمد « رح » انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك

---

( وتفسير الانفع أن يقومها بما يبلغ نصاباً ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال ما المراد من قوله في القول الأول - يقومها بما هو الانفع - فإن الانفع الذي هو الافضل يحتمل ان يكون من جهة ايصال النفع الفقراء مطلقاً . فاجـــاب بقوله وتفسير الانفع يعني المراد بالانفع من هذه الحيثية يعني كون التقويم بما يبلغ نصاباً هذا هو الانفع لهم لا مطلق النفع .

( وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى ) وبه قال الشافعي في وجه ، وهذا هو القول الثالث يعني يقوم العروض بالثمن الذي اشتراها ( ان كان الثمن من النقود ) أي من الدراهم أو الدنانير ( لأنه ابلغ في معرفة المالية ) لأنه ظهر قيمتها مرة بهـــذا النقد الذي وقع به الشر أو الظاهر إن اشتراها بقيمتها فكان هذا النقد أكثر تعريفاً بقيمتها من نقد آخر .

( وان اشتراها بغير النقود بأن اشتراها بالعروض يقومها بالنقد الغـــالب ) في نقود البلد فإنه لا يصح تقويمها للاشياء ، وكذا لو ورثه فوجب التقويم بغالب نقـــد البلد ، وان كان مسافراً يقومها في البلد الذي يصير اليه .

( وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال ) هذا هو القول الرابع ، وبه قال الشافعي في وجه قوله - على كل حال - يعني سواء اشتراها بأحد النقدين أو بغيره لأن كل ما يحتاج فيه إلى التقويم يعتبر فيه النقد الغالب ( كما في المغصوب والمستهلك ) أي كما يقوم بالنقد الغالب وقت الحاجة إلى تقويم المغصوب والذي استهلكه بغصب فلا يقوم إلا بالنقد الغالب وقت الحاجة في البـــلد . وفي المجتبى الوجوب بالعروض عندنا باعتبار قيمتها حتى يخير بين اداء ربع عشر قيمتها أو ربع عشر عينها وهو أحـــد قولي الشافعي

## وإذا كان النصاب كاملاً في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة لأنه يشق اعتبار الكمال في أثنائه

وفي قول عنه يؤدى ربع عشر قيمتها لو أدى ربع عشر عينها لا يجوز ، وقال بعض أصحاب الشافعي رضى الله عنهم فيه ثلاثة اقوال في قول يخرج ربع عشر القيمة وهو نصه في الأم وعليه الفتوى ، وفي قول ربع عشر العرض ، وهو قول أبي يوسف ومحمد ، وفي قوله يتخير بينهما وهو قول أبي حنيفة كذا في الحلية .

( واذا كان النصاب كاملاً في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك ) أى فيما بين طرفي الحول ( لا يسقط الزكاة ) وانما قيدنا بالنقصان احترازاً عن هلاك كل النصاب ، فإنه ينقطع الحول به بالاتفاق ، وذكر النصاب مطلقاً ليتناول كل مال تجب فيه الزكاة كالنقدين والسوائم ، وقال زفر يشترط كمال النصاب من أوله إلى آخره ، والشافعي رحمه الله فيه أربعة أقوال :

أحدها : انه لو تلف بعض النصاب أو اتلفه ينقطع الحول ، وقال مالك وأحمد رحمها الله ان اتلفه لقصد الفرار عن الزكاة لا ينقطع الحول وإلا ينقطع .

والثاني : مثل مذهبنا .

والثالث : يعتبر في آخر الحول .

والرابع : انه يعتبر بعض التنقيص دون بعض الكساد ، وفي السوائم والنقدين يشترط كمال النصاب في جميع الحول .

وفي المحيط اشترى عصيراً للتجارة ثم تخمر ثم تخلل فهو للتجارة ، وكذا شاة التجارة إذا ماتت فدبغ جلدها فهو للتجارة وعبد التجارة إذا قتل خطأ فدفع بدله ، فالثاني للتجارة بخلاف العمد لو صالحه الولي على عبد أو غيره لم يكن للتجارة ويبطل بالكتابه ، وإذا عجز لا يعود للتجارة ، ولو باع مال التجارة في الحول بجنسها أو بغير جنسها لا ينقطع الحول الذي في خلال الحول لا يقطع حكم الحول وان كان . وقال زفر رحمه الله يقطع .

( لأنه يشق اعتبار الكمال في اثنائه ) أي يشق اعتبار كمال النصاب اثناء الحول لأنه

أما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغناء وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لأنـــه حالة البقاء بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول ، ولا تجب الزكاة لانعدام النصـاب في الجملة ولا كذلـك في المسألة الأولى ، لأن بعض النصاب باق فبقي الانعقاد . قال وتضم قيمـــة العروض إلى الذهب والفضة حتى يتم النصاب ، لأن الوجوب في الكل باعتبـار التجارة وإن افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب إلى الفضة

---

قد يزيد وقـــد ينقص ، واعتبار الزيادة والنقصان في كل ساعة يفضي إلى الحرج وذلك مدفوع شرعاً ( امـا لا بد منه ) أي من كال النصاب ( في ابتدائه ) أي في ابتداء الحول ( للانعقاد ) أي لانعقاد السبب ( وتحقق الغناء في انتهائه ) أى انتهاء الحول (للوجوب) أي لوجوب الزكاة ( ولا كذلك ) أي وليس الحكم كما ذكرنا ( فيما بـين ذلك ) أي فيما بين الابتداء والانتهاء .

( لأنه حالة البقاء بخلاف ما لو هلك الكل حيث يبطل حكم الحول ، ولا تجب الزكاة لانعدام النصاب في الجملة ولا كذلك في المسألة الأولى ، لأن بعض النصاب باق فبقى الانعقاد ) أي بقاء شيء من النصاب فيضم المستفاد اليه وهو خاتم فضة وذلك لتمكن القول ببقاء الانعقاد حتى لو هلك جميع النصاب في أثناء الحول انقطع الحول لعدم النصاب، والانعقاد جميعاً لعدم المحل .

( قال وتضم قيمة العروض إلى الذهب والفضة حتى يتم النصاب ) هـــذا بالاجماع ( لأن الوجوب ) أي وجوب الزكاة ( في الكل ) أي قيمـة العروض والذهب والفضة ( باعتبار التجارة ، وان افترقت جهة الاعداد ) أي الهيئة للتجارة ، لأن الاعـداد في العروض جهة العباد لا إعداد التجارة ، وفي الذهب والفضة من الله عز وجـــل حيث خلقهما للتجارة .

( ويضم الذهب إلى الفضة ) عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، لكن اصحابنا الثلاثة

المجانسة من حيث الثمنية ، ومن هــذا الوجه صار سبباً ، ثم تضم بالقيمة عند أبي حنيفة « رح » وعندهما بالاجزاء

---

اختلفوا في كيفية الضم على ما يجيء الآن ، وقال الشافعي واحمد رضي الله عنهما في روايةوابو ثور وداود لا تضم له ( للمجانسة من حيث الثمنية ) أي علة الضم وهو العروض فلأنيكون في الاقرب أولى ( ومن هذا الوجه صار سبباً ) أي من حيث الثمنية صار كل واحد من الذهب والفضة سبباً لوجوب الزكاة ، ودليل الشافعي رحمه الله انها جنسان مختلفان فلا يضم احدهما الى الآخرلتكميل النصاب بل يعتبر كمال النصاب من كل واحد منهما كالسوائم . قلنا هــذا ينتقض بضم العروض إلى العروض ، وفي الدراهم ولا يرد السوائم لأن العلة الضم هي المجانسة هي ظاهرة بين الذهب والفضة لانها يقوم بها الاشياء وكذا بين عروض التجارة والذهب والفضة ، لأن الكل للتجارة بخلاف السوائم لأنها لا مجانسة بينها عند اختلاف الجنس فلا يضم بعضها إلى بعض ، وكذا لا مجانسة بينها وبين الذهب والفضة لأنها ليست للتجارة ، ولنا ايضاً ما روى عن بكر بن عبدالله الاشج انه قال من السنة ان يضم الذهب إلى الفضة لايجاب الزكاة والسنة إذا أطلقت يراد بها سنة رسول الله ﷺ ذكره صاحب المبسوط والبدائع وغيرهما ، وبكير بن عبدالله الاشج القرشي روى له الجماعة .

( ثم تضم القيمة عند أبي حنيفة رحمه الله ) ان شاء قوم العروض ويضمها إلى الدراهم والدنانير ، وإن شاء قوم الدراهم والدنانير فيضم قيمتها إلى قيمة العروض، وبه قال الاوزاعي والثوري واحمد في رواية ( وعندهما بالاجزاء ) أي عند أبي يوسف ومحمد الضم بالاجزاء ، وبه قال مالك واحمد في رواية ، ولا يرى الشافعي بالضم ، وبه قال أحمد في رواية وأبو ثور وأبو داود ، وذهب آخرون إلى أن الضم انما يكون إذا كمل النصاب من احدهما ، بيان ذلك إذا كان أحدهما ثلثا النصاب فلا بد أن يكون الآخر ثلثي النصاب وكذلك النصف وغيره ، ولو كانت عشرة دنانير ومائة درهم ، وقيمة الدنانير مائة يجب الضم بالاتفاق على اختلاف التخريج عنده باعتبار القيمة وعندهما باعتبار الاجزاء،ولو كانت مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها خمسون لا يضم بالاتفاق كذا في التحفة

وهو رواية عنه ، حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافاً لهما ، هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لاتجب الزكاة في مصوغ وزنه أقل من مائتين وقيمته فوقها ،

---

ولو كانت مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير وقيمة الدنانير لا تساوى خمسين درهماً تجب الزكاة على قولهما .

واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله ، قال بعضهم لا تجب عنده لأن الضم عنده باعتبار القيمة وبضم الأقل إلى الاكثر لأن الاقل تابع للأكثر فلا يكمل النصاب . وقال الفقيه أبو جعفر يجب على قوله وهو الصحيح ان يضم الاكثر إلى الأقل كذا في المختلفات . وذكر البزدوي تضم بالقيمة وبالاجزاء عنده ، وعندهما بالاجزاء فقط ، وفي الاسبيجابي وغيره معنى الضم بالاجزاء ان يكون من كل واحد منها نصف نصاب من غير نظير إلى قيمتها أو من أحدهما نصف وربع ، ومن الآخر ربع ، او من احدهما نصف وربع وثمن ، ومن الآخر ثمن . وفي المحيط لو زاد على النصابين اقل من أربعين درهما أو أقل من اربعة مثاقيل من الذهب تضم احدى الزيادتين إلى الاخرى ليتم النصاب اربعين درهماً أو أربعة مثاقيل عنده ، وعندهما لا يضم ، لأن الزكاة تجب في الكسور عندهما والنصف ليس بشرط فيها ( وهو رواية عنه ) أي الضم بالاجزاء انما هو من مذهب صاحبه ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله رواها هشام عنه ، وفي المفيد رواها الحسن عنه .

( حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب وتبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكاة عنده خلافاً لهما ) هذا بيان نتيجة الخلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه في كيفية ضم الذهب إلى غيره من الفضة وهو ظاهر .

( هما يقولان ) أي أبو يوسف ومحمد يقولان ( ان المعتبر فيهما القدر دون القيمة ) أى الاعتبار في الذهب والفضة القدر يعني عينهما لا قيمتها ( حتى لا تجب الزكاة في مصوغ وزنه أقل من مائتين وقيمته فوقها ) في مصوغ نحو ابريق أو كأس أو نحوهما إذا كان

**هو يقول ان الضم للمجانسة وهو يتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بهـــا والله أعلـم .**

---

وزنه أقل من مائتي درهم وقيمته بمائتا درهم لا تجب الزكاة فيها بالاتفـــاق ، لأن القيمة ساقطة الاعتبار فيها كما في سائر حقوق العباد .

( هو يقول ) أي أبو حنيفـة يقول ( ان الضم للمجانسة ) أي ضم الذهب إلى الفضة للمجانسة بينهما في الثمنية ( وهي ) أي المجانسة ( تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة ) لأن في اعتبار الاجزاء اعتبار الصورة ، ومسألة المصوغ ليست فيما نحن فيه ، إذ ليس فيها ضم شيء إلى آخر حتى تعتبر القيمة ، فإن القيمة في النقود انما تظهر شرعـــاً عند مقابلة احدهما بالآخر وها هنا ليس كذلك ( فيضم بهـا ) أي فيضم الذهب إلى الفضة بالقيمة يعني باعتبارها .

* * *

# باب فيمن يمر على العاشر

## إذا مرّ على العاشر بمـــال

---

**( باب فيمن يمر على العاشر )**

أي هذا باب في بيان حكم من يمر على العاشر ، وألحق هذا الباب بكتاب الزكاة اتباعاً للمبسوط وشرح الجامع الصغير ، ووجه المناسبة فيه ظاهرة ، لأن العشر المأخوذ من المسلم المار على العاشر هو الزكاة بعينها ، إلا ان العاشر كما يأخذ من المسلم يأخـــذ من الذمي والمستأمن وليس المأخوذ منهما زكاة ، فقدم الزكاة على هذا الباب على ما بعـــده لأن الزكاة احدى أركان الدين ، وأما تقديم الصلاة عليها فظاهر ، ولفظ العاشر اسم فاعل من عشره القوم اعشرهم عشراً بالضم إذا اخذت منهم عشر أموالهم ، فعلى هذا فتسمية العاشر الذي يأخذ العشر إنما يستقيم على أخذه من الحربي لا من المسلم والذمي لأنه يأخذ من المسلم ربع العشر ، ومن الذمي نصف العشر ، ومن الحربي العشر ، فعلى كل حال يطلق عليه اسم العـاشر ، وفي الصحاح عشرت القوم أعشرهم بضم الشيء عشر العين إذا أخـذت عشر أموالهم ، ومنهم العاشر ، والعشار بتشديد وعشرة غيرهم بالكسر عشراً بالفتح إذا صرت عاشرهم وعاشر العشر أحدهم ، وعاشر التسعة صير التسعة عشرة بنفسه ، والعاشر من يعينه الإمام لأخذ الصدقات من التجار من المال الذي تجب فيه الزكاة ليأمن التجار عامة من المفـــاوز من قطاع الطريق واللصوص .

فإن قلت روي عن النبي ﷺ انه لعن العاشرين وذمهم ، قلت هـــذا محمول على من يأخذ اموال الناس ظلماً وهم اليوم المـكاسون الذين يأخذون من التجار في مصر والشام ، وقلت في اكثر من عشرة مواضع ظلماً وعدواناً ويقولون نأخذ الزكاة ويكفرون بسبب ذلك ، وهم الذين لعنهم النبي ﷺ وقال لا يدخل الجنة صاحب مكس .

( اذا مر الرجل على العاشر بمال ) أي إذا مر شخص على العاشر بمـــال من الاموال

الباطنة ، وانما قلت كذا لأن في الأموال الظاهرة وهي السوائم لا يحتاج العاشر إلى مرور صاحب المال عليه في ثبوت ولاية الأخذ له ، فإن له أن يأخذ عشر الأموال الظاهرة منه، وإن لم يمر صاحب المال عليه وكذا في الأموال الباطنة لأن الأداء لصاحب المال لكونه غير محتاج إلى الحماية ، فاذا أخرجها إلى المفاوز احتاج إليها فصارت كالسوائم ( فقال أصبته منذ أشهر )أي فقال صاحب المال أصبت هذا المال يعني لم يحل عليه الحول فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول .

فإن قلت قوله – منذ أشهر – كيف يراد به ما دون الحول ، قلت الأشهر جمع قلة يقع على العشرة فيما دونها ، فلا بد أن يراد بها ما دون الستة هذا الطريق ، ورأيت بخط الاترازي منذ شهر بالافراد ، والظاهر انه سهو منه، وفي النسخ كلها بلفظ أشهر ، وكذا الشراح مشوا عليه .

( أو علي دين ) أي أو قال علي دين يراد به ديناً محيطاً بماله والمراد من الدين دين العباد الذي عليه المطالبة من جهتهم والذي لا يطالب من جهتهم لا يمنع الزكاة، وهذا ايضاً إذا لم يكن في يده مال آخر من جنس النصاب قد حال عليه الحول ، فإذا كان في يده شيء من ذلك لا يلتفت العاشر إلى قوله ، ويأخذ من هذا المال لم يحل عليه الحول، لأن المستفاد عندنا يضم إلى ما عنده من النصاب ، إلا ان يكون من أهل الزكاة فحينئذ لا يأخذ باعتباز نصاب آخر عنده حال عليه الحول ، وكذا لا يأخذ إذا كان المال للصبي أو المجنون .

( وحلف صدق ) لأن القول للمنكر مع يمينه ، وكذا لا يأخذ إذا يصدق مع يمينه إذا قال ليس المال لي وانا أجير فيه أو وديعة عندي أو بضاعة أو ليس للتجارة ، أو قال انا مضارب أو مكاتب أو عبد مأذون له في التجارة وفي خزانة الاكمل إذا كان رب المال معه فإنه يعشره ، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يمين عليه في هذه الوجوه كلها لأنها عبادات ولا يمين في عبادات كالصوم والصلاة والحج ، ووجه ظاهر الرواية انه لا يكذب له في العبادات يكذبه العاشر ، وبهذا يحصل الجواب عن سؤال السغناقي بقوله

والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجـار ، فمن أنكر منهم تمام الحول أو الفراغ من الدين كان منكراً للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين ، وكـــذا إذا قال أديتها إلى عاشر آخره ، ومراده إذا كان في تلك السنة عاشر آخر لأنه ادعى وضع الامانة موضعها ، بخلاف مـا إذا لم يكن عاشراً آخر في تلك السنة لأنه ظهر كذبه بيقين،وكذا إذا قال أديتها أنا يعني إلى الفقراء في المصر لأن الاداء كان مفوضاً إليه فيه وولاية الأخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية، وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلاثة فصول ،

---

الزكاة عبادة لله تعالى كالصوم والصلاة فلا يشترط التحليف .

فإن قلت يرد عليه حد القذف فإنه لا يستحلف فيه ، وإن انكروا فيه حق العبد . قلت شرعت اليمين للنكول والقضاء بالنكول متعذر في الحدود .

( والعاشر من نصبه الإمام على الطريق ) أي الطريق الذي يمر عليه أصحاب الأموال ( ليأخذ الصدقات من التجار ) أي الزكاة .

( فمن أنكر منهم ) أي من التجار ( تمام الحول) أي قال ما حال الحول ( أو الفراغ من الدين ) بأن قال علي دين محيط بمـالي ( كان منكراً للوجوب ) أي لوجوب الزكاة ( والقول قول المنكر مع اليمين ، وكذا إذا قال اديتها إلى عاشر آخر ) أي غير هـذا العاشر ( ومراده إذا كان في تلك السنة عاشر آخر لأنه ادعى وضع الامـــانة موضعها بخلاف ما إذا لم يكن عاشراً آخر في تلك السنة ) فانه لا يصدق ( لأنه ظهر كذبه بيقين وكذلك ) أي وكذا القول قوله – فيصدق مع يمينه ( إذا قال أديتها انا يعني إلى الفقراء في المصر لأن الأداء كان مفوضاً إليه ) أي إلى المالك ( فيه ) أي في المصر (وولاية الأخذ) الساعي يإذنت ( بالمرور ) أي بمرور المالك على الساعي ( لدخوله تحت الحمايـــة ) بالمرور عليه .

(وكذا الجواب في مسألةالسوائم) إذا قال العاشر في الإبل والبقر والغنم (في ثلاثة فصول)

وفي الفصل الرابع وهو ما إذا قال أديت بنفسي إلى الفقراء في المصر لا يصدق وان حلف . وقال الشافعي « رح » يصدق لأنه أوصل الحق إلى المستحق ، ولنا أن حق الأخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكاة هو الأول والثاني سياسة ،

---

أولها – اديتها منذ أشهر – والثاني قوله – أو علي دين – والثالث قوله – أديت إلى عاشر آخر – وفي تلك السنة عاشر اخر ففي هذه الفصول الثلاثة إذا حلف صدق فيكون القول قوله .

(وفي الفصل الرابع وهو ما إذا قال أديت بنفسي إلى الفقراء في المصر لا يصدق وان حلف ، وقال الشافعي رحمه الله يصدق ) فيكون القول قوله ، وهذا قول الشافعي رحمه الله في الجديد . وقال في القديم لا يصدق وبه قال مالك وأحمد ، وقال النووي رحمه الله في شرح المهذب أما الأموال الظاهرة على الزروع والثمار والمواشي والمعادن ففي اصح القولين وهو الجديد جواز تفريقه بنفسه ، وفي القديم منعه ، فإن دفعها بنفسه فعليه دفعها ثانياً إلى الإمام أو نائبه وسواء كان الإمام عادلاً أو جائراً ( لأنه أوصل الحق إلى مستحقه ) وهو الفقير ، وأسقطوا المؤنة عن الساعي .

( ولنا ان حق الأخذ كان للسلطان فلا يملك المالك ابطاله ) أى ابطال حق السلطان ( بخلاف الأموال الباطنة ) لأنها مفوضة إليه .

( ثم قيل ) اشار به إلى ان في الفصل الرابع لم يصدق في قوله ، وأخذ منه الساعي ثانياً ماذا يكون حكمه وهو ان فيه الخلاف ، فقال بعضهم ( الزكاة في الأول ) يعني تقع الزكاة به في دفعه بنفسه ، لأنه أوصل الحق إلى مستحقه ( والثاني ) وهو أخذ الساعي ثانياً ( سياسة) يكون سياسة زجراً له حتى لا يفعل ذلك مرة أخرى ، وزجراً لغيره على الإقدام على ما ليس له ، والسياسة القيام على الشيء بما يصلحه وهو ان الاجوف الواوي ، وفي المغرب يقال يسوس الدواب إذا قام عليها ، وسياسها ومنه الوالي يسوس الرعية سياسة أى يلي أمرهم .

وقيل هو الثاني والأول ينقلب نفلاً وهو الصحيح. ثم فيما يصدق في السوائم وأموال التجارة لم يشترط خراج البراءة في الجامع الصغير، وشرطه في الأصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة «رح» لأنه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها،

---

( وقيل هي ) أي الزكاة ( في الثاني ) يعني في أخذ الساعي لأن الزكاة حق الله تعالى، وانما يستوفيه من انتصب ثانياً في استيفاء حقوقه فلا يبرء ذمته إلا بالصرف اليه ( والأول ينقلب نفلاً ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال الزكاة إذا كانت في أخذ العاشر، فماذا يكون حكم الذي دفعه المالك إلى الفقير، فأجاب عنه بأن الأول وهو دفع المالك الزكاة إلى الفقير يقع نفلاً، كمن صلى في منزله الظهر ثم سعى إلى الجمعة ينقلب ظهره نفلا ( وهو الصحيح ) أي القول الثاني هو الصحيح، واحترز به عن القول الاول، وجه الصحة انه لما ثبت ولاية الأخذ للسلطان شرعاً في الأموال الظاهرة كان إذا رب المال فرضاً لغوا كما لو ادى الجزية إلى المقاتلة بنفسه.

( ثم فيما يصدق ) أي في الذي يصدق رب المال ( في السوائم واموال التجارة لم يشترط ) محمد رحمه الله ( اخراج البراءة ) في خط البراءة أراد به العلامة، وفي المغرب البراءة اسم لخط الابراء من برىء من الدين والعيب براءة والجمع براآت، والبراآت لغة العامة ( في الجامع الصغير ) وهو الذي صنفه الإمام محمد رحمه الله (وشرطه ) أي شرط محمد رحمه الله اخراج البراءة ( في الأصل ) أي المبسوط ( وهو رواية عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه ادعى ) أي لأن رب المال ادعى الدفع ( ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها ) أي اظهارها، لأن العادة ان العاشر إذا أخذ كتب بذلك براءة، فإذا لم يكن معه براءة فالظاهر يكذبه فلم يقبل قوله من غير براءة، كالمرأة إذا اخبرت بالولادة، فإن شهدت القابلة قبلت وإلا فلا، ثم على قول من شرط اخراج البراءة هل يشترط اليمين معها فقد اختلف فيه، وفي المحيط وجامع التمرتاشي إذا لم يحلف لم يصدق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصدق لشهادة الظاهر له.

وجه الأول أن الخط يشبه الخط فلا يعتبر علامة . قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي ، لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقاً للتضعيف ، ولا يصدق الحربي إلا في الجواري يقول من أمهات أولادي

---

( وجه الاول ) أي وجه القول الاول وهو عدم اشتراط اخراج البراءة ( ان الخط يشبه الخط ) لأن التزوير يدخله فلا يمكن جعله حكماً ( فلا يعتبر علامة ) وقال الاترازي فيها وقال صاحب الهداية في قوله فيما يصدق في السوائم واموال التجارة نظر ، لأن ما يصدق في السوائم الفصول الثلاثة المذكورة ، لأنه إذا قال علي دين أو أصبت منذشهر أو اديتها إلى الفقراء في المصر فمن أين يأتي بخطوط براءة العاشر ولا يصدق ذلك إلا في صورة واحدة ، وهو أن يقول أديته إلى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر ، فأجاب الاكمل عن ذلك بانه ذكر العام وأراد به الخاص أي الصورة المذكورة فجاز ، انتهى . قلت كأنه أخذ الجواب من كلام الاترازي لأنه اعترض بالمذكور أجاب هكذا ولا يخلو عن تأمل فافهم .

( قال ) أي قال محمد رحمه الله ( وما صدق فيه المسلم ) أي كلما صدق فيه المسلم من قوله ــ علي دين ــ أو ــ لم يحل عليه الحول ــ أو ــ أديته إلى عاشر آخر ــ وهو ليس للتجارة أو ــ هو بضاعة عندي ــ ( صدق فيه الذمي ) إذا حلف ( لأنه يؤخذ منه ) أي الذمي ( ضعف ما يؤخذ من المسلم ) لأنه يؤخذ منه نصف العشر ( فتراعى تلك الشرائط ) وهي النصاب وحولان الحول والفراغ من الدين ( تحقيقاً التضعيف ) أي لأجل تحقيق التضعيف ، وهو أخذ نصف العشر ضعف ما يؤخذ من المسلم وهو ربع العشر ، لأن تضعيف الشيء انما يكون إن كان المضعف على اوصاف المضعف عليه ، وإلا يلزم انيكون تبديلاً فيراعى فيه الشروط المذكورة .

( ولا يصدق الحربي إلا في الجواري ، يقول من امهات أولادي ) أي لا يصدق الحربي الذي دخل دارنا بأمان ومر على العاشر في الفصول المذكورة كلها إلا في الجواري إذا قال

أو غلمـان معـه يقول هم أولادي لان الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الحماية غير أن إقراره بنسب من في يده يده منه صحيح ، فكـذا بأمومية الولد لأنها تبتني عليه فانعدمت صفـــة المالية فيهن ،

---

هن امهات اولادي ( أوغلمان معه يقول هم أولادي لأن الأخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج إليها ) أي الى الحماية إذ لو لم تكن الحماية الامان كان مسبباً مع امواله وانما لم يصدق في شيء من الفصول لعدم الفائدة في تصديقه لأنه لو قال لم يتم الحول فـــلا اعتبار اليه لأن اعتباره لتحصيل النماء والحماية له تمت بنفس الامان وكذا لو قال ــ علي دين ــ لأن الدين الذى وجب علي في دار الحرب لا يطالب به في دارنا ، وفيه نظر ، لأنه يجوز أن يكون الدين المدعى وجب في دار الاسلام قبل مروره على العاشر ، وفي الولوالجى لأنهم لا يصدقون تجارنا في دعوى ذلك ، فنحن لا نصدق ايضاً، حتى لو علم انهم يصدقونهم نصدقهم نحن أيضاً، وكذا لو قال المال بضاعة لأنه لا حرمة لصاحبها ولا أمان ، وكذا لو قال للتجار لأن الظاهر يكذبه ، لأنه لا يتكلف الى نقله إلى غير داره فلم يكن لها ، وكذا لو قال ــ أديتها الى عاشر آخر ــ لأن المأخوذ اجرة الحماية ، وقـد وجدت بنفس الامان هكذا قالوا ، وفيه نظر ، لأنه يتكرر الأخذ منه من غير تجدد الايمان ، وهو غير مشروع ، وكذا لو قال أديتها انا لا يصدق ، لأن اعتقاده يكذبه .

( غير ان اقراره بنسب من في يده صحيح ) هذا بيان استثناء في قوله ــ إلا في الجوارى ــ لأن كونه حربياً لا ينافي الاستيلاء والنسب كما يثبت في دار الاسلام يثبت في دار الحرب ، وبه يخرج من ان يكون مالاً ، والأخذ لا يكون إلا من المال المرور به ( فكذا بامية [1] الولد ) أى فكذا يصح اقراره بأن هذه أم ولد ( لأنها ) أى لأن أمية الولد ( تبتنى عليه ) أى على النسب ، وفي بعض النسخ لأنه يبنى عليه . قال الاترازى أى لأن الشأن هي أمية الولد على النسب ( فانعدمت صفة المالية فيهن ) أى في امهات

---

(١) في المتن ــ بامومية ــ ا هـ مصححه .

الأولاد، لأنهن لم يبقين إلا باقراره ( فلا يؤخذ إلا من المال ) وكذا لو قال هم اولادي لهذا المعنى ، وان قالهم مدبرون لا يلتفت اليه لأن التدبير منه لا يصح في دار الحرب ، كذا في الجامع المحبوبي ، وكذا لو قال كنت اعتقتهم في دار الحرب لا يصدق، لأن عتقه فيها لا يصح كتدبيره ( والأخذ لا يجب إلا من المال ) أي أخذ العاشر لا يجب إلا من المال المرور به.

( قال ) أي محمد رحمه الله ( ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ، ومن الحربي العشر ) أي الذي يؤخذ من المسلم الزكاة ، لأنه لما اخرج ماله إلى البراري احتاج إلى حماية الإمام ، فثبت له ولاية أخذ الزكاة منه كما من السوائم والذمي أحوج إلى الحماية إذ أطماع اللصوص والسراق إلى أموال أهل الذمة اكثر فلذلك وجب الأخذ بضعف ما يؤخذ من المسلم ، ولتحقيق الذل بالكفر ، وأما الحربي فإنه يؤخذ منه العشر لأنه لما يثبت الضعف في الذمي ثبت ضعف ذلك في الحربي تحقيقاً لفضل الذل ، وما يؤخذ من المسلم زكاة توضع موضع الزكاة وتسقط عنه زكاة تلك السنة ، وما يؤخذ من الذمي ليس بزكاة ولا يؤخذ بشرائط الزكاة ، وتصرف في مصرف الجزية والخراج ، ولا تسقط عنهم جزية رؤوسهم في تلك السنة ، وكذا ما يؤخذ من الحربي يصرف إلى مصارف الجزية وكيفية الاخذ المذكور هي مذهب أبي حنيفة رحمه الله (١) وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي والثوري وأبو عبيد . وقال مالك يؤخذ من تجار أهل الذمة العشر إذا اتجروا إلى غير بلادهم مما قل أو اكثر إذا باعوا ويؤخذ منهم في سفره كذلك، ولو مراراً في السنة وان اتجروا في بلادهم لا يؤخذ منهم شيء ، ويؤخذ من الحربي كذلك إلا إذا حملوا إلى المدينة من الحنطة والزيت خاصة ، فإنه يؤخذ منهم نصف العشر فقط وهذا عجيب جداً .

---

(١) هنا كلام ساقط وربما هو « وبعض الصحابة » ، اهـ مصححه .

هكذا أمر عمر رضي الله عنه سعاته إن مر حربي على عاشر بخمسين درهماً لم يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها ، لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لأن المأخوذ زكاة أو ضعفها فلا بد من النصاب ، وهذا في الجامع الصغير ، وفي كتاب الزكاة لا تأخذ من القليل ، وإن كانوا يأخذون منا منه ،

---

( وهكذا أمر عمر رضى الله عنه سعاته ) يعني بمثل المذكور أمر عمر بن الخطاب رضى الله عنه سعاته بضم السين جمع ساع وهو عامل الزكاة ، رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا هشام بن حسان عن أنس وابن سيرين قال بعثني أنس بن مالك رضى الله عنه على الايلة فأخرج لي كتاباً عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه يؤخذ من المسلمين من كل أربعين درهماً درهم ، ومن أهل الذمة من كل عشرين درهماً درهم ، وممن لا زمة له من كل عشرة دراهم درهم ، وروى الشيخ أبو الحسين القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه نصف العشر ، وقال لهم خذوا من المسلم ربع العشر ، ومن الذمى نصب العشر ، ومن الحربي العشر وكان هذا بمحضر الصحابة رضى الله عنهم من غير خلاف فكان اجماعاً .

( وإن مر حربي على عاشر بخمسين درهماً لم يؤخذ منه شيء إلا ان كانوا يأخذون منا من مثلها ) أى من مثل خمسين لأن الأخذ منهم بطريق المجازاة (بخلاف المسلم والذمي لأن المأخوذ زكاة ) يعني من المسلم ( أو ضعفها ) أى والمأخوذ من الحربي ضعف الزكاة وهو نصف العشر ، فإذا كان كذلك ( فلا بد من النصاب ) لأنه شرط في الاصل فكذا في المضاعف ( وهذا في الجامع الصغير ) أي الذي ذكرنا كذا ذكر في الجامع الصغير لمحمد رحمه الله .

( وفي كتاب الزكاة ) يعني المذكور في كتاب الزكاة المذكور في الأصل وهو المبسوط لمحمد رحمه الله ايضاً ( لا يؤخذ ) أي الزكاة ( من القليل وإن كانوا يأخذون منا منه )

لأن القليل لم يزل عفواً ، ولأنه لا يحتاج إلى الحمايـــة . قال وإن مر حربي بمائتي درهم ولا يعـــلم كم يأخذون منا يأخذون منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فإن أعياكم فالعشر ، وإن علم انهم يأخذون منا ربـع عشر أو نصف عشر يأخـــذ بقدره ، وإن كانوا يأخذون الكل لا يأخـــذ الكل لأنه غدر ، وإن كانوا لا يأخذون أصلاً لا يأخذ ليتركوا الأخذ من تجارنا

---

أي من القليل ( لأن القليل لم يزل عفواً ) لنفقته عادة فأخذهم القليل ظلم ، ولا متابعة في الظلم ، ألا ترى انهم لو يأخذون جميع الأموال من التجار لا يؤخذ منهم الجميـع لأنه غدر هكذا في المبسوط وغيره ، وفي المحيط ان أخذوا منا الجميع يؤخـــذ منهم الجميـع إلا قدر ما يبلغهم إلى ما منهم ( ولأنه ) أي ولأن القليل ( لا يحتـــاج إلى الحماية ) لأنه يلتفت لعنه غالباً

( قال ) أي محمد رحمه الله ( وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه للعصر لقول عمر رضى الله عنه ، فإن أعياكم فالعشر ) قول عمر رضى الله عنه غريب لم يدرا معناه ، فإن عجز من معرفة ما يأخذون منكم فيؤخذ العشر يقال عييت بأمر إذا لم يهتد لجهته وأعياني هو عجزني ، وقيل هو مأخوذ من العي وهو الجهل ، فالمعنى فإن جهلكم يعني إذا اشتبه الحال عليكم بأن لم يعلم العاشر ما يأخذون من تجـــارنا يؤخذ منهم العشر .

( وان علم انهم يأخذون منا ربع عشر ونصف عشر يأخـــذ بقدره ، وإن كانوا يأخذون الكل لا يأخذ الكل لأنه غدر ) لوقوعه بعد الحماية والغدر حرام ولأنه امـارة عدم الامان ، وفي مبسوط شيخ الاسلام يؤخذ الكل ، لأن ما يؤخذ منهم بطريق المجازاة فيجازيهم بمثل صنعهم حتى يتزجروا ( وإن كانوا لا يأخذون أصلاً ) أي وإن كان أهـل الحرب لا يأخذون من تجارنا أصلاً ( لا يأخذ)منهم بطريق (ليتركوا الأخـذ من تجارنا

ولأنا أحق بمكارم الاخلاق. قال وإن مر الحربي على عاشر فعشره ثم مر مرة أخرى لم يعشره حتى يحول الحول، لان الأخذ في كل مرة استئصال المال، وحق الأخذ لحفظه ولأن حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان،

---

ولأنا أحق بمكارم الاخلاق ) لأن عدم اخذهم من تجارتنا يدل على الكرم منهم ؛ ونحن اولى بذلك .

( قال ) أى محمد رحمه الله ( وإن مر الحربي على عاشر فعشره ) فأخذ منه العشر (ثم مر مرة أخرى) بعد دخوله دار الحرب قبل حولان الحول ( لم يعشره حتى يحول عليه الحول ) قيل فيه تناقض ، لأنه قال حتى يحول عليه الحول ، ثم قال لأنه لا يمكن من المقام إلا حولاً ، وقال الاترازي وقد تكلم بعضهم في تصحيح هذا اللفظ ، وقال المراد إلى أن يحول الحول ، وهذا تكلف بعيد خارج عن العربية ، فلعل السهو من الكاتب لأنه لا يجوز أن يكون كلام صاحب الهداية لأنه لا يمكن من المقام حولاً بدون حرف الاستثناء قبل قوله حولاً ، ويجوز لأنه يمكن من المقام إلا حولاً بدون حرف النفي قبل قوله يمكن انتهى .

قلت أراد بقوله – وقد تكلف بعضهم – من كتب حاشية في هذا الموضع على هذا الوجه . وقال السغناقي في قوله لا يمكن من المقام إلا حولاً ، أي إلا قريباً من الحول ، وكذا أوله الكاكي ، ورأيت في بعض النسخ كلمة إلا مكشوطة فكأنهم كشطوها حتى لا يرد على المصنف بشيء وليس هذا بصحيح ، وان الشراح ذكروا كلمة إلا واجاب كل واحد بجواب .

( لأن الأخذ في كل مرة استئصال المال ) أى استهلاك المال ( وحق الاخذ لحفظه ) أي لحفظ المال ، أراد أن الأخذ من الحربي لحفظ ماله لا لاستئصاله ( ولأن حكم الامان الأول باق ) ما لم يحل الحول أو لم يرجع إلى دار الحرب ( وبعد الحول يتجدد الأمان

لانه لايمكن من المقام إلا حولاً ، والاخذ بعده لا يستأصل المال ، وإن عشره فرجع إلى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلـــك عشره أيضاً ، لانه رجـــع بأمان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي إلى الاستئصال. وإن مر ذمي بخمر أو خنزير عشر الخمر دون الخنزير، وقوله عشر الخمر ، أي من قيمتها . وقال الشافعي « رح » لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما . وقال زفر «رح» يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم

---

لأنه لا يمكن من المقام إلا حولاً ) قد مر الكلام فيه آنفاً ( والأخذ بعده ) أي بعد الحول ( لايستأصل المال ) لامكان الربح .

( وإن عشره ) أي وان أخذ العاشر عشر الحربي ( فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضاً ) أي يأخذ عشره ثانياً وثالثاً ، ولو كان في يوم واحد لتجدد الأمان ؛ وبه قال اسحاق وأبو ثور وأبو عبيد ، وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم لا يكرر في السنة ؛ وقال ابو عبيد هذا إذا كان المال الذي مر به بعينه في المرة الأولى ، وإن كان غيره أخذ منه ( لأنه رجع بأمان جديد ) اذ العصمة تنقطـــع بالرجوع إلى دارهم ، وبالعود الينا تثبت عصمة جديدة فصار كالمال المتجدد فيؤخذ منه ثانية كذا في الإيضاح .

( وكذا الأخذ بعده ) أي بعد الرجوع ( لا يفضى إلى الاستئصال ) لاحتمال حصول الربح في سفره فأقيم نفس السفر مقامه .

( فإن مر ذمي بخمر أو خنزير ) أى مر بهما بنية التجارة وهما يساويان مائتي درهم ( عشر الخمر دون الخنزير ) أى لا يعشر الخنزير ( وقوله ) أى وقول محمد « رح » ( عشر الخمر أى قيمتها ) أى من قيمتها ، أى من قيمة الخمر ، انما فسر بهـــذا احترازاً عن قول مسروق ، فإنه يقول يأخذ من عين الخمر.

( وقال الشافعي لا يعشرهما ، لأنه لا قيمة لهما ) أى للخمر والخنزير( وقال زفر«رح» يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم ) وكذا في التقويم في حق أهـل الذمة ، ولهذا يجب

وقال أبو يوسف « رح » يعشرهما إذا مر بهما جملة ، كأنه جعل الخنزير تبعاً للخمر ، فإن مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لهـــا حكم العين والخنزير منها ، وذوات الامثال ليس لها هذا الحكم

---

الضمان على متلف خنزير الذمي ، كما يجب على متلف خمره فيعشرهما .

( وقال أبو يوسف يعشرهما إن مر بها جملة كأنه ) أي كأن أبا يوسف ( جعل الخنزير تبعاً للخمر ) لأن مالية الخمر أظهر ، بدليل ان المسلم يرث الخمر ، ولو أخرجت من دار الحرب تدخل في الغنيمة ويملكها المسلم حتى لو تخللت تصير ملكاً له ، والمكاتب إذاعجز وله خمر يصير ملكاً للمولى بخلاف الخنزير فجعله تبعاً للخمر اولى .

( فإن مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ) لعدم التبعية ، كما ان أبا حنيفة لا يقسم العبيد ، فإذا انضمت إلى سائر الاموال يقسمها تبعاً .

( ووجه الفرق على الظاهر ) أي على ظاهر الرواية لا في ظاهر الرواية الخنزيرلايعشر عندهما سواء مر بها أو على الانفراد ( ان القيمة في ذوات القيم ) احـــترز به عن ذوات الامثال ( لها حكم العين والخنزير منها ) ولهذا لو تزوج ذمي ذمية على خنزير فأتاها بالقيمة اجبرت على القبول كما لو أتاها بالعين (وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم ) أي لايكون في معنى المثلي ، لأن ما يكون من ذوات الامثال يجب أن يكون بدله مثلاً له اعتباراً بما ضمنه المغصوب ، وان لم يكن مثلاً لها لا يكون أخذها كأخذها ولا كذلك الخنزير لأنه من ذوات الامثال وأخذ القيمة فيما لا يكون من ذوات الامثال ينزل منزلة أخذ العين ، والدليل على ذلك انه لو تزوجها على خمر فاتاها بالقيمة لم تجبر على القبول .

فإن قيل لا نسلم ان القيمة لها حكم العين في ذوات القيم ، ألا ترى أن الذمي إذا باع داره بخنزير وشفيعها مسلم يأخذها بقيمة الخنزير ،فلو كان لها حكم العين لما أخذ ،وأجيب بأن القيمة إنما اقيمت مقام العين حكماً لا حقيقة فصار لها شبهة العين ، ولهذه الشبهة لم يعتبر في حق العباد لاحتياجهم بخلاف العشر وهو حق الله عز وجل حيث الشبهةاعتبرت بهذه الشبهة لاستغنائه تعالى .

والخمر منها، ولأن حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكــــذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسيبيه بالاسلام فكذا لا يحميـــــه على غيره ، ولو مر صبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء ، وعلى المرأة ما على الرجـــل لمـا ذكرنا في السوائم

---

فإن قيل ينتقض ما قلتم بذمى أخذ قيمة خنزير له استهلكه ذمي آخر وقضى بهـــا ديناً عليه وقعت المعاوضة بينه وبين صاحب الدين، وعند ذلك يختلف السبب، واختلاف الاسباب ينزل منزلة اختلاف الاعيان .

( الخمر منها ) أي من ذوات الامثال ( ولأن حق الأخـــذ الحماية والمسلم يحمي خمر نفسه التخليل وكذا يحميها على غيره ولا يحمى خنزير نفسه بل يجب عليه تسييبه بالاسلام، فكذا لا يحميه على غيره ) ثم تعدى إلى غيره عند وجوب سبب التعدى وللمسلم ولاية خمور نفسه ، حتى ان الذمي إذا أسلم وله خمور كان له حفظها أو يحفظها غيره لتخللها ، أو تتخلل بنفسها ، فيكون ولاية حماية غيره عند دخول سبب التعدى وهو السلطنة ، وليس للمسلم حماية خنزير نفسه حتى ان الذمي إذا اسلم وجب عليه أن يسيبها ولا يحل له ان يحفظها ، ولا يكون له ولاية حماية خنزير غيره عند وجود سبب التعدى .

وقال الكاكي قوله – ولا يحميه على غيره عند وجود سبب التعدى – فإن قيل المسلم أو الذمي إذا غصب خنزير ذمي وتحاكما إلى القاضي فالقاضي يأمره بالرد وهو التسليم والأمر بها حماية ، قلنا وهبنا لو حماه حماه لغرض يستوفيه ولا لذلك القضاء فافترقا .

( ولو مر صبي أو امرأة من بني تغلب بمال ) انما قيده ببني تغلب لأن الصبي من أهـل الحرب المار على العاشر يظن انها مال التجارة يؤخذ منه العشر ، لأن المأخوذ من بني تغلب له حكم الزكاة ، والمأخوذ من الحربي على وجه المجـــازاة لأنه عوض الحماية والظاهر انهم يأخذون من صبياننا حتى لو علم انهم لا يأخذون من صبياننا لا نأخذ من صبيانهم أيضاً ( فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ) أي المأخوذ منهم

ومن مر على عاشر بمائة درهم وأخبره أن له في منزله مائة أخرى قد حال عليها الحول لم يزك المائة التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ، فلو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون بأداء زكاته . قال وكذا المضاربة ، يعني إذا مر المضارب به على العاشر وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعدما صار عروضاً فنزل منزلة المالك ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب وهو قولهما

---

في حكم الزكاة فيؤخذ من النساء دون الصبيان لما ان صاحب مال التجارة لما مر على العاشر صار بمنزلة السوائم في الحاجة إلى الحماية .

( ومن مر على عاشر بمائة درهم ) سواء كان المار مسلماً أو ذمياً ، ( وأخبره ان له في منزله مائة أخري قد حال عليها الحول لم يزك المائة التي مر بهـــا لقلتها ) أي ولأن أدنى ما يستحق بحماية شيء هو النصاب ( وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ) فـلا يضم بما مر به إلى مافي بيته فلا يعشر.

( فلو مر بمائتي درهم بضاعة ) قال الاترازي قوله – بضاعة – بالجر على انهـا صفة لما قبلها ، وقيل يحتمل ان تكون حالاً ، وفيه نظر ، والبضاعة طائفة من المال يدفع للرجل يتجر فيه لنفسه ( لم يعشرها لأنه غير مأذون له باداء زكاتها ) أي زكاة المائتين بضاعة،بل هو مأذون في التجارة ، فلو أخذ غير الزكاة وليس له أخذ شيء سوى الزكاة .

( قال ) أي محمد رحمه الله ( وكذا المضاربة يعني إذا مر المضارب به على العاشر ) أى بمال المضاربة أي مالها ( وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أو لا يعشرها لقوة حق المضارب ) لأنه صار بمنزلة الملك ( حتى لا يملك رب المال نهيه ) أي نهى المضارب ( عن التصرف فيه بعد ما صار عروضاً ) أى بعدما صار مال المضاربة عروضاً ، أي امتعة بالبيع والشراء ( فنزل منزلة المالك ) بتصرفه المطلق ( ثم رجع ) أي أبو حنيفة رحمه الله ( إلى ما ذكره في الكتاب ) وهو الجامع الصغير ( وهو قولهما ) أى الذي رجع اليه هو قول أبي يوسف

لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء الزكاة ، إلا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصاباً فيؤخذ منه لانه مالك له ، ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره . قال أبو يوسف « رح » لا أدري ان أبا حنيفة « رح » رجع عن هذا أم لا ، وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره ، لان الملك فيما في يـــده للمولى وله التصرف ، فصار كالمضارب ، وقيل في الفرق بينهما أن العبـــد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة

---

ومحمد ( لأنه ) أي لأن المضارب ( ليس بمالك ) وهو ظاهر ( ولا نائب عنـــه ) أي عن المالك ( في اداء الزكاة ) بل هو نائب في حق التجارة لا غير ، والنائب تقتصر ولايته على ما فوض اليه ، فكان بمنزلة المستبضع .

( إلا أن يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصاباً ) أي لأن المضارب بلـــغ نصاباً ( فيؤخذ منه ) أي العشر في نصيبه ( لأنه ملك له ) أي لأن المضارب بالمال تلك النصاب الذي هو حقه من الربح .

( ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره ) أي عشر العاشر العبد المأذون له في التجارة ( قال أبو يوسف لا أدري أن أبا حنيفة رجـــع عن هذا أم لا ) قال الكاكي والصحيح رجوعه في المضارب رجوعه في العبد المـأذون . قلت وكذا ذكر في المفيد وشرح المختصر للكرخي .

( وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشر لأن الملك فيما في يده للمولى وله التصرف ) لأن الاذن اطـــلاق وفك في الحجر ( فصار كالمضارب ) أي فصار العبد المأذون كالمضارب في انه ليس بمالك ولا نائب عن مولاها .

( وقيل في الفرق بينهما ) أي بين العبد المأذون كالمضارب في انه ليس بمالك ولا نائب عن مولاه ( ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة ) عند ظهور المستحق أي

على المولى فكان هو المحتاج إلى الحماية ، والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعاً منه في العبد وإن كان مولاه معه يؤخذ منه ، لأن الملك له إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك أو للشغل وقال ومن مر على عاشر الخوارج في أرض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة ، معناه إذا مر على عاشر أهل العدل لأن التقصير جاء من قبله من حيث انه مر عليه

---

( على المولى ) بل يباع فيها ، وما زاد فيطالب بعد العتق ( فكان هو المحتاج إلى الحماية ، والمضارب يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال ، فكان رب المال هو المحتاج إلى الحماية فلا يكون الرجوع في المضارب رجوعاً منه في العبد وان كان مولاه معه ) أي وإن كان مولى العبد المأذون معه ( يؤخذ منه ) أي من المولى ( لأن الملك له ) أي للمولى ( إلا إذا كان على العبد دين يحيط بماله ) فحينئذ لا يؤخذ من المولى ايضاً بالاتفاق (لانعدام الملك) على أصل أبي حنيفة رحمه الله لأن المولى لا يملك ما في يده، ولهذا إذا اعتق عبده المأذون لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله ( أو للشغل ) بفتح الشين يعني لكون العبد مشغولاً بالدين عندهما ، والحاصل ان عندهما ايضاً لا يؤخذ وإن كان يملك المولى ما في يده على اصلهما ، لكن كونه مشغولاً بالدين يمنع عن الأخذ .

فقوله – لانعدام الملك – يرجع إلى ابي حنيفة رحمه الله على أصله وقوله–أو للشغل– يرجع إلى أبي يوسف ومحمد على اصلهما .

( قال ) أي محمد رحمه الله ( ومن مر على عاشر الخوارج في الأرض قد غلبوا عليها فعشره ) أي فعشر عاشر الخوارج هذا المال عليه ، أي أخذ منه العشر ( يثنى عليه الصدقة ) أي يؤخذ منه ثانياً ( معناه إذا مر على عاشر أهل العدل ، لأن التقصير جاء من قبله ) أي من قبل المار ( من حيث انه مر عليه ) أي على عاشر الخوارج ، وأما إذا غلب أهل البغى فأخذوا العشر لا يؤخذ ثانياً ، لأن التقصير ما جاء من قبله بل جاء من قبل السلطان حيث ضيعهم فلم يحميهم والاخذ بالحماية .

# باب في المعادن والركاز

## قال معدن ذهب أو فضـــة أو حديد أو رصاص أو صفر وجد في أرض خراج أو عشر ففيه الخمس عندنا

( باب في المعادن والركاز )

والمال المستخرج من الارض له اسماء كثيرة كنز ومعدن وركاز ، فالكنز اسم لما دفنه بنو آدم . والمعدن اسم لما خلقه الله في الأرض يوم خلقها . والركاز اسم لهما جميعاً ؛ فقد يذكر ويراد به الكنز ، ويذكر ويراد به المعدن . ثم المراد من الركاز في البـــاب الكنز ، لأن الباب يشتمل على بيان المعدن والكنز ، فلو أريد به المعـــدن يلزم محض التكرار بلا فائدة ، ولهذا لقب الباب التمرتاشي باب في بيان المعدن والركاز . وقـــال تاج الشريعة الجواهر المستخرجة من الارض تتنوع إلى مخلوق الله تعالى وإلى مدفون الناس ويعرف النوعان بأسماء ثلاثة وبالمعدن اكثر وبالركاز .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (معدن ذهب أو فضة أو رصاص أوحديد أو صفر ) بضم الصاد . قال الجوهري هو الذي تعمل منه الاواني ، وفي ديوان الأدب هو النحاس والحديد ، وعن أبي عبيدة جاء فيه كسر الصاد ( وجد في أرض خراج أو عشر) قيد بأرض خراج أو عشر ، لأنه لو وجد في ارض مملوكة أو دار لا يجب فيه الخمس عند أبي حنيفة كما يجيء ، وسواء كان الواجد مسلماً أو ذميـــاً أو صبياً أو امرأة أو عبداً أو مكاتباً ( ففيه الخمس عندنا ) يعني يؤخذ الخمس من الواجد والباقي له وبه قال الاوزاعي والثوري وأبو عبيد واختاره الزهري ، ويبنى على هذا مسائل وهي ان من يحفر بعدما يأذن الإمام يخرج الخمس منه وباقيه له ، وان حفر فلم يصل اليه شيء وجـاء آخر فحفر ووصل إلى المعدن فهو له ، لأنه الواجد ، وان اشتركا في الحفر فوجد احدهما دون الآخر فهو للواجد ، ومن تقبل من السلطان معدناً واستأجر آخر واستحق جزء المعدن وتجب

وقال الشافعي « رح » لا شيء عليه فيه ، لأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد إلا إذا كان المستخرج ذهباً أو فضة فيجب فيه الزكاة فلا يشترط الحول في قول لأنه نماء كله والحول للتنمية .

---

فيه الخمس والباقي للمتقبل ، وان عملوا بغير اذن المتقبل فأربعة أخماس لهم دون المتقبل ولو باع الركاز فالخمس على المشترى ويرجع على الواجد البائع بخمس الثمن .

( وقال الشافعي لا شيء عليه فيه ) وبه قال مالك ( لأنه مباح سبقت يده اليه كالصيد ) فهو لمن أخذه ( إلا إذا كان المستخرج ) بفتح الراء ( ذهباً أو فضة فيجب فيها الزكاة ) وبه قال أحمد ، لكن عند الشافعي في الواجب في الذهب والفضة ثلاثة أقوال أصحها أن الواجب فيه ربع العشر ، وبه قال أحمد ومالك في رواية .

والثاني : ان الواجب فيهما الخمس مثل قولنا ، وهو قول المزني .

والثالث : ما ناله بلا تعب ومؤنة ففيه العشر وما ناله بتعب ومؤنة كالمعالجة بالنار ونحوها ففيه ربع العشر ، وبه قال مالك « رح » في رواية ، وعن احمد يجب في المعدن وفي كل ما يستخرج من الارض حتى القير والكحل .

( فلا يشترط الحول في قول ) للشافعي وهذا هو الصحيح من مذهبه ، وبه قال مالك وفي قول آخر يشترط الحول لأنه كالزكاة ، وفي تمنيتهم ان قبلنا ان الواجب فيه الخمس لا يعتبر الحول قولاً واحداً ، وإن قلنا ان الواجب فيه العشر ففيه وجهان احدهما انه يعشر لأنه حق يتعلق بالذهب والفضة فيعتبر فيه الحول كالزكاة .

والثاني : وهو الصحيح لا يعشر لأنه من انزال الأرض فلا يعتبر فيه الحول كما في الحبوب المعشرة .

( لأنه ) أي لأن كل واحد من الذهب والفضة ( نماء كله ) يعني عين النماء ( والحول للتنمية ) يعني شرع الحول للتنمية ، فالنماء عين النقدين فلا يجب اشتراط الحول .

فإن قلت ذكر في جانب الشافعي عدم اشتراط الحول، ولم يذكر في جانبنا مع ان عندنا كذلك ، قلت لأن الشافعي قائل بالزكاة ، وكان عليه أن يشترط الحول فنفاه بما ذكره من الدليل ، ونحن نقول بالخمس فلا يشترط فيه الحول .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أى قول النبي عليه الصلاة والسلام (وفي الركاز الخمس ) رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث أبي سلمة عن ابي هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ العجماء جبار ، والبئر جبار ، والمعدن جبار ، وفي الركاز الخمس . أخرجه مطولاً ومختصراً ، والركاز يطلق على المعدن وعلى المدفون كما ذكرنا .

وجه التمسك به انه سئل عليه الصلاة والسلام عما يوجد في الطريق المار أو الخراب العادي فقال فيه وفي الركاز الخمس ، فعطف الركاز على المدفون ، فعلم ان المراد منه المعدن ، وفي رواية عن ابي هريرة سئل ما الركاز يا رسول الله ، قال الذهب الذي خلقه الله في الأرض .

فإن قلت لو كان الموجود في المعدن ما دون النصاب ، والواجد فقير ينبغي ان لايجب الخمس ، لما ان مصرف الخمس الفقير وهو فقير كما في اللقطة ، وكذلك لو كان الموجود نصاباً والواجد مديون . قلت الحديث عام يتناول الفقير والمديون .

فإن قلت لو كان الواجد ذمياً ينبغي أن يؤخذ منه الكل كما لو كان حربياً لأنهما في الكفر سواء لا استحقاق لهما في الغنيمة . قلت لا بل للذمي حق في الغنيمة فان اهل الذمة لو قاتلوا أهل الحرب فإنه يرضخ لهم في الغنيمة فجاز أن يكون لهم حظ فيما له حكم الغنيمة . أما الحربي فلا حظ له فيها سواء قاتل بأذن الإمام أو بغير اذنه فلا يعطى له من الغنيمة شيء .

فإن قلت الجزء لا تجب فيه الذكاة كالحديد ونحوه لا يجب حق المعدن كالفيروزج لا ينطبع .

فإن قلت احتج الشافعي لربع العشر بانه عليه الصلاة والسلام أقطع لبلال بن الحارث المعادن القبلية وهي مواضع بناحية المدينة فأخذ منها الزكاة ربع العشر فيؤخذ منها ربع العشر إلى يوم القيامة ، رواه مالك وأبو داود ، والقبلة بفتح القاف والباء الموحدة، وقال البكري هي من ناحية الفرع بضم الفاء والراء من أعمال المدينة والصفراء قالوا أعمالها من الفرع ومضافة اليها . قلت قال ابن عبد البر هذا منقطع ، وقال أبو عبيدة ومع انقطاعه

**وهو من الركز فانطلق على المعدن ولأنهـــا كانت في أيدي الكفرة وحوتها أيدينا غلبة فكانت غنيمة ، وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لأنه لم يكن في يد أحد ، إلا أن للغانمين يداً حكمية**

---

ليس فيه انه عليه الصلاة والسلام أمر بذلك وانما قال يؤخذ منه .

وقال النووي في شرح المهذب وقال الشافعي ليس هذا مما يثبته أهـل الحديث ولو أثبتوه لم يكن فيه رواية عن رسول الله ﷺ ، قال البيهقي هو كما قال الشافعي في رواية مالك ، قيل قد اعترف الشافعي انه لا حجة فيه ولم يثبت رفعه عنده لذكره محتجاً به ، فكيف له أن يجعله مذهبه بعد اقراره بذلك بغير دليل .

فإن قلت رواه الداوردي عن كثير بن عبدالله بن عمرو بن عوف عن رسول الله ﷺ أنه أخذ من معادن القبلية الصدقة موصولاً أخرجه البيهقي . قلت كثير مجتمع على ضعفه لا يحتج بمثله ذكره البزار وانفرد به أبو ثيرة ، ولم يتابع على اسناده . وقـــال يحيى بن معين كثير ليس بشيء ، وعن أحمـــد مثله ، وعنه لا يساوى شيئاً . وقال النسائي متروك الحديث .

( وهو من الركز ) أي الركاز مشتق من الركز ، وهو الانبات ، وهذا المعنى حقيقة في المعدن ، ولأنه خلق فيها مركباً وفي الكنز مجاز للمجاوزة ( فانطلق على المعدن ) لما ذكرنا فكانت ارادة المعدن من الركاز أحق للحقيقة .

( ولأنها ) أي ولأن اراضي المعدن ( كانت في أيدي الكفرة وحوتها ) بالحاء المهملة أي جمعها وحاوتها ( أيدينا غلبة ) أي من جهـــة ( فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس ) أي الواجب أيضاً في الغنائم الخمس بالنص ( بخلاف الصيد ) جواب عما قال الشافعي انه مال مباح سبقت يده اليه كالصيد ( لأنه لم يكن في يد أحد ) أي لأن الصيد لم يكن في يد أحد فلم يدل على عدم الوجوب في الصيد على عدم الوجوب في المعـــدن ، وقياسه على الصيد قياس بالفارق وهو غير صحيح .

( إلا أن للغانمين يداً حكمية ) هذا جواب عن سؤال مقدر وارد على قوله كانت غنيمة تقديره أن يقال لو كانت هذه غنيمة حتى يجب فيها الخمس كانت اربعة أخماس للغـــانمين

لثبوتها على الظاهر ، وأما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس ، والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجـــد . ولو وجد في داره معدناً فليس فيه شيء عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا فيـــه الخمس لاطلاق ما روينا . وله انه من أجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لأن الجزء لا يخالف الجمله [1]

---

يداً حكمية لا حقيقية ( لثبوتها على الظاهر ) أي لثبوت اليد الحكمية على ظاهر الارض.

( وأما الحقيقية فللواجد ) أي وأما اليد الحقيقية فللواجد ، وهـــذا ظاهر ( فاعتبرنا الحكمية ) أي اليد الحكمية ( في حق الخمس والحقيقية ) أى اليد الحقيقية ( في حق الاربعة الأخماس حتى كانت للواجد ) انمـــا عملوا هكذا دون العكس ؛ لأن الحقيقية أقوى من الحكمية ولأنهم اعتبروا اليد الحقيقية في حق الخمس مع انه عبادة يحتاط في اثباتها يلزمنا العمل بها في حق الغانمين ، وبتعطيل العمل في الشبهين حينئذ .

( ولو وجد في داره معدناً فليس فيه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله ) وبه قال أحمد سواء كان الواجد مسلماً أو ذمياً .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمـــد (فيه الخمس ) للحال، وعند مالك والشافعي تجب الزكاة في الحال ( لإطلاق ما روينا ) وهو قوله ﷺ وفي الركاز الخمس ولم يفصل بين الدار والارض والحانوت والمنزل كالدار .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( انه ) أى أن المعدن ( من أجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا) لا مؤنة (في هذا الجزء لأن الجزء لا يخالف الجملة).

فإن قلت لو كان المعدن من أجزاء الارض ينبغي أن يجوز به التيمم ، وأجيب بأن التيمم يجوز بما هو جنسها لا من أجزائها خلقة ، وهـــذا ليس من جنسها . قلت فيـــه تأمل لا يخفى .

---

(١) الكل – هامش .

بخلاف الكنز فإنه غير مركب فيها . قال وإن وجده في ارضه فعن أبي حنيفة « رح » فيـــه روايتان ، ووجه الفرق على إحداهما وهو رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار ، فكذا هـذه المؤنة ، وإن وجد ركازاً أي كنزاً وجب فيه الخمس عندهم لما روينا ،

---

( بخلاف الكنز فإنه غير مركب فيها ) كما عرفت ، أي لأن اتصالها اتصال مجاورة ، ألا ترى انه يملكه أحد بالشراء ولم يجب من الحديث ، والجواب عنه انه عام مخصوص منه الاحجـار فخص المتنازع فيه . وقيل ان الإمام لما خصه بهذه الدار فـكانا نقـل بها ، وللامام هذه الولاية .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وان وجـده ) أي المعدن ( في ارضه فعن أبي حنيفة « رح » روايتان ) في رواية الأصل لا شيء فيه ، وفي رواية الجامع الصغير فيه الخمس ( ووجه الفرق على احداهما ) أي على احدى الروايتين ( وهي رواية الجامع الصغير ان الدار ملكت خالية من المؤن فلم يخمس [1] دون الارض ) أي بخلاف الارض ، فإن فيها مؤنة الخارج والعشر فيخمس ( ولهذا ) أي ولكون المؤنة فيها ( وجب العشر والخراج في الأرض دون الدار ) تقرير هذا الفرق أن الإمام وإن أصفى الأرض له لكن ما اخلاها على المؤن حتى اوجب العشر أو الخراج فيها ( فكذا هذه المؤنة ) أما الدار فقد اصفاها له عن الحقوق فكذا في حكم المعدن .

( وان وجد ركازاً ) أي كنزاً انمـــا فسر بهذا لأن الركاز اسم مشترك بين المعدن والكنز ، وقد فرغ من بيان المعدن واراد به الكنز ( وجب عليـه الخمس عندهم ) أي عندنا وعند الشافعي أيضاً ( لما روينا ) وهو قوله عليـه الصلاة والسلام في الركاز الخمس فإن قيل في هذا التمسك يلزم تعميم المشترك وهو لا عموم له ، لأنه استدل بهذا الحديث على

---

(١) ربما عبارة ــ فلم يخمس ــ زيادة من الشارح على المتن ، اهـ مصححه .

واسم الركاز يطلق على الكنز لمعنى الركز وهو الاثبات ثم إن كان على ضرب أهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة، وقد عرف حكمها في موضعها، وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال

---

وجوب الخمس في المعدن ، واستدل به أيضاً على وجوب الخمس في الكنز ، ولفظ الركاز مشترك بين المعدن والكنز كما قال أيضاً فيجوز له .

( واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه ) أي في الركاز ( وهو الاثبات ) وفي المعدن هذا المعنى ايضاً ، والجواب عن السؤال المذكور ان هذا مشترك معنوي، فإن الركز لغة الاثبات ، والركاز التثبت فيتناول المعدن والكنز بالمعنى العام فكان كل واحد من انواع العام لا من انواع المشترك ، ونظير هذا قوله عز وجل ﴿ وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة فإنه يتناول البيع والشراء وكلاهما مراد بالمعنى العام وهو مبادلة المال بالمال .

فإن قلت المراد بالركاز المعدن بدليل العطف في الحديث الذي مضى ، قلت العطف لا يمنع دخول الكنز فيه لجواز أن يكون تعميماً بعد التخصيص كما قوله تعالى ﴿ رب اغفر لي ولوالدي ﴾ ٢٨ نوح .

( ثم ان كان ) أي الكنز ( على ضرب أهل الاسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطه ) في الحكم ( وقد عرف حكمها ) أي حكم اللقطة ( في موضعها ) في كتاب اللقطة ( وإن كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ) وهو ما كان له جسم أو صورة ، فإن لم يكن له جسم ولا صورة فهو وثن . وقال ابن الاثير الصنمَ ما اتخذ إليها من دون الله تعالى ( ففيه الخمس على كل حال ) يعني كان الموجود ذهباً أو فضة أو رصاصاً أو غيرها ، وسواء كان الواجد صغيراً أو كبيراً حراً أو عبداً مسلماً أو ذمياً ذكراً كان أو انثى ، وسواء وجد في دار أو أرض أو موات إلا إذا كان الواجد حربياً أو مستأمناً فيؤخذ منه ، إلا إذا كان الإمام اقطعه المال لقوله عليه الصلاة والسلام والمسلمون عند شروطهم ، غير انه ان وجد في ارض مملوكة اختلف اصحابنا فيمن يستحق أربعة

لما روينا . ثم ان وجده في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لأنه تم الاحراز منه إذ لا علم به للغانمين فيختص هو به ، وإن وجده في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف « رح » لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهو منه . وعند أبي حنيفة ومحمـد « رح » وهو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة أول الفتح، لأنه سبقت يده إليه وهي يـد الخصوص

---

الاخماس ، فأما الاختلاف في وجوب الخمس ( لما روينا ) أي لقوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس .

( ثم ان وجده ) أي الكنز ( في أرض مباحة ) كالمفاوز والجبال وغيرهـا ( فأربعة أخماسه للواجد ، لأنه تم الاحراز منه ) من أحرزت الشيء أحرزه احرازاً إذا حفظه وضمه اليه وصانه عن الأخذ ( إذ لا علم به للغانمين ) هذا الدليل لقوله لأنه تم الاحراز منه أي من الواجد المذكور قوله به أي باحراز الواجد ، فإذا كان كذلك ( فيختص هو به ) أي يختص الواجد بالذي أحرزه ، والأصل فيه ان الغانمين لهم الاستيلاء والاحراز به ، ولكن هذا الواجد سبقهم بالاحراز فاختص بما بقي من الخمس وهو أربعة اخماس .

فإن قلت احراز هذا الحرز ليس بجهاد فكيف وجب فيه الخمس . قلت ابتداء الأخذ جهاد ، فالواجب كذلك .

( وأن وجده في أرض مملوكة فكذا الحكم ) أي فكالمذكور من الحكم هاهنا ، يعني يؤخذ منه الخمس والباقي له ( عند أبي يوسف ، لأن الاستحقاق بتمام الحيازة ) من حازه يحوزه اذا قبضه وملكه واستبد به ( وهي منه ) أي الحيازة الناشئة من الواجد .

( وعند ابي حنيفة ومحمـد رحمهما الله هو للمختط له ) أي الذي اختط له ، وفسره بقوله ( وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح ) يعني يوم الفتح ، وذكر ان الإمام إذا فتح بلدة يجعل لكل واحد من الغانمين ناحية ، ويجعل تلك الناحية له ، ويجعل لهـا علامة ويختط عليها خطاً ليعلم انه قد احتازها ومنه سميت خطط البصرة والكوفة وهو جمع خطة بالكسر ( لأنه سبقت يده اليه ) أي إلى الذي أخـذه ( وهي يد الخصوص )

فيملك به ما في الباطن ، وإن كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم تخرج عن ملكه لأنه مودع فيها

---

يعني اختط بيديه لسبقه اليه ( فيملك به ) أي بالخصوص ما في الباطن .

( وان كانت ) يده ( على الظاهر ) كلمة ان للوصل ، أى يد الخصوص هذا المجموع لدفع شبهة أوردها شيخ الإسلام في مبسوطه ملخصها ان يد المختط له ثابتة من وجه من حيث ان اليد على الظاهر تدل على الباطن تقديراً ، واليد الحكمية لا تثبت الملك كما في حق الغانمين ، فان لهم يداً ثابتة على ما في الباطن ، ومع هذا لم يصر ملكاً لهم ، والجواب ان يد المختط له يد خاصة ، واليد الحكمية إذا كانت بهذه المثابة يثبت الملك في المباح كما في المعدن ، ألا ترى ان تصرف الغازي بعد القسمة نافذ وقبلها غير نافذ لثبوت اليد الحكمية على الخصوص .

( كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع ) أي بيع السمكة ( لم تخرج الدرة عن ملكه لأنه مودع فيها ) أى في السمكة هكذا فسر الاترازى هذا الموضع ، حيث قال كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ، ثم بالبيع أى ببيع السمكة لم تخرج الدرة عن ملكه لأنه مودع فيها ، أى في السمكة ، لا تخرج الدرة عن ملك الصياد ، بخلاف المعدن كما ذكره في المتن ، قال السغناقي ثم بالبيع أي بيع الأرض التي تحتها كنز لم يخرج عن ملكه بلفظ التذكير ، أى لم يخرج الكنز عن ملكه بدلالة قوله لأنه بالتذكير ولم يقل لأنها ترجع إلى الدرة ، لأنه مودع فيها ، أى لأن الكنز مودع في الارض ، وكذا فسره الكاكي تبعاً له وهو الصواب . ثم ذكر شيخ الاسلام في مسألة الدرة فقال في ظاهر الرواية لم يفصل بين كون الدرة مثقوبة أولا ، وقيل ان كانت مثقوبة لم تدخل في ملك المشترى لأنها بمنزلة الكنز ، وإن كانت غير مثقوبة تدخل كمن اصطاد سمكة فوجد في بطنها عنبراً لأنه حشيش يأكله السمك فيكون تبعاً له . وفي المحيط إن كانت الدرة في الصدف فهي للمشترى ، لأن السمك يأكل الصدف ، وكل ما بالسمك فهو للمشترى ، ولو اشترى جملا فوجد في بطنه ديناراً لم يكن له لأنه لا يؤكل عادة .

بخلاف المعدن ، لأنه من اجزائها فينتقل إلى المشتري ، وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالـــكٍ يعرف في الاسلام على ما قالوا لو اشتبه الضرب يجعل جاهلياً في ظاهر المذهب لأنـه أصل . وقيل يجعل إسلامياً في زماننا لتقادم العهد . ومن دخـل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازاً

---

( بخلاف المعدن لأنه من اجزائها فينتقل إلى المشترى ) يعني بانتقال الارض اليه لأنه من عروق الارض .

(وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك يعرف له في الإسلام) يعني لم يعرف المختط له ولا رواية يصرف إلى آخره ، وهو اختيار السرخسي ، وذكر أبو اليسر يوضع في بيت المال ، كذا ذكره التمرتاشي هذا إذا لم يقل مالك الارض انا وضعته ، فإن ادعاه فالقول قوله بالاتفاق ، وإن تصادقا انه كنز فيه خلاف أبي يوسف « رح» .وقال الشافعي «رح» المالك اولى إذا ادعاه ، وبه قال مالك « رح» وإن نازعه غيره كان المالك اولى لان الظاهر ان ما في ملكه له ولو لم يدعه ولم يعرف عاملها ظاهر المذهب أنـه يجعـــل لقطة يعرفه سنة ويتملكها ، وعلى العقار انه مال ضائع يدفعه إلى الإمام ليضعه في بيت المال ولو كانت الارض بيده باعارة أو إجارة وادعى ان المال فيه فهو أولى ، ولو نازعه منازع فالقول له مع اليمين بشرط الامكان ، لأنه صاحب اليد ، وقال المولى المالك اولى ، لأن الدفين تابع للأرض ، وفي اعتبار التصارف قولان أحدهما لا يعتبر كقول العموم الحديث وفي الحديث يعتبر ذكره في الإمام وكذا في الحلية ( على ما قالوا ) أي المتأخرون .

( ولو اشتبه الضرب ) بأن لم يعرف هل هو ضرب الإسلام أو الجاهلية ( يجعل جاهلياً في ظاهر المذهب ، لأنه الاصل ) أي لأن الجاهلي هو الأصل يقدم (وقيل يجعل اسلامياً) أي جعل اسلامياً ( في زماننا لتقادم العهد ) أي عهد الاسلام ، فالظاهر انه ليس بـدفون الكفار ، حتى لو علم انه مدفونهم يخمس والباقي للواجد ، أي من كان فيها ، لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك ، إلا أن يكون حربياً ، وقال الشافعي ما يعرفها سنة .

( ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في دار بعضهم ركازاً ) في المحيط وضع محمد

ردّه عليهم تحرزاً عن الغدر ، لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصاً وإن وجد في الصحراء فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعـــد عذراً

---

هذه المسألة في الجامع في الركاز ، قال شيخ الإسلام أراد بالركاز معــدناً لا الكنز ، والقدوري وضعها في الكنز فهذا أبين لك ان الكنز والمعدن في هــذه الصورة سواء . وقال الاترازي هاهنا إعلم أن الداخل في دار الحرب إذا وجد ركازاً أو معدناً أو كنزاً فإن وجده في الصحراء فهو له بلا خمس ، سواء دخل بأمان أو بغير أمان ، انتهى .

قلت المصنف قيد بقوله – بأمان – إذا وجد في دار أحدهم لأنه اذا وجـــد في الصحراء في غير ملك أحد فهو له ولا يخمس ، دخل بأمان أو بغير أمان وبه قـال ابن الماجشون من المالكية ، وفي القنية ان دخلها بأمان وأخرجه ملكه ولا يطيب له وقال الشافعي إن وجد في دار الحرب في موات لا يدبون عنه ففيه الخمس والباقي له ، وكذا كانوا يدبون عنه في الصحيح وقال مالك هو بين الحر ، وقال الاوزاعي هو بين الحر بعد الخراج الخمس .

( رده عليهم ) أي على أهل الحرب ( تحرزاً عن الغدر ) أي لأجل الاحتراز عن الغدر الذي هو حرام لقوله عليه الصلاة والسلام لكل غادر لواء يعرف به يوم القيامة ( لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصاً ) أي من حيث الخصوص يعني مختص به ليس لغيره.

( وان وجد في الصحراء ) اراد به المفازة وموضعها إلا ملك لا حد فيه ( فهو له ) أى كله له ولا يخمس وعند الشافعي يخمس ( لأنه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد عذراً ) فإن قيل يدهم ثابتة على الصحراء ، فإن المستأمن لو وجد شيئاً من ذلك في دارنا في الصحراء لا حق له فيه لثبوت يدنا عليه حكماً ، فيجب ان يكون كذلك وما وجد المستأمن منا في دارهم ثبتت اليد على ما في الصحراء حكماً لا حقيقة ، واجيب بأن دارنا دار احكام فتعتبر اليد الحكمية فيها بخلاف دارهم فإنها دار قهر لا حـكم فتعتبر فيها اليد الحقيقية لا الحكمية وذلك لم يوجد على ما في الصحراء او كذا في جامع شمس الائمة وفي شرح الطحاوي واما ان أصاب الاسير في دار الحرب والسلم الذي لم يهاجر الينا من كنز

## ولا شيء فيــــه ، لأنه بمنزلة المتلصص غير مجاهد . قال وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في الحجر وفي الزئبق الخمس

أو معدن فهو كالمستأمن إلا فيما أصابا في ملك الحربي فهو لهما بلا عشر ولا خمس ، وإذا أخرجاه فلا بأس للمستأمن أن يتخلص ما في أيديهم بوجه ما في حر مسلم أو ذمي أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد لمسلم أو ذمي فقاتلهم حتى يستنقذهم ، وان أتى ذلك على قتلى بعضهم لا هو يجزيء عليهم ، ولهذا لو اسلموا كانوا ظالمين في امساكهم .

( ولا شيء فيه ) أي لا خمس فيه ( لأنه بمنزلة المتلصص غير مجاهد ) أي لأن هــذا الواجد في الصحراء ، والمتلصص الذى يتلصص أى مباشراً للصوص خفية من غـــير استيلاء ، وهو قوله غير مجاهد .

( قال ) أى محمد فى الجامع الصغير ( وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبـــال خمس ) انما قيد بقوله - في الجبال - احترازاً عما يوجد هنا أو غـيره مما ذكره بمدمن الزئبق واللؤلؤ في خزائن الكفار فأصيب قهراً فإنه يخمس بالاتفاق لأنه نفذ القيمة كسائر الأموال ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( لا خمس في الحجر ) هــذا رواه ابن عدي في الكامل عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قــال رسول الله ﷺ لا زكاة في الحجر ، وضعف ابن عدى عن ابن عمر بن أبي عمرو وقال انه مجهول لا أعلم عنه غير بقيه وحديثه منكر وغير محفوظ ، وأخرجه أيضاً عن محمد بن عبدالله العزرمي عن البخارى وابن معين والنسائي والقلانسي وافقهم فيه وأخرج ابن أبي شيبة فى مصنفه عن عكرمة قال ليس فى حجر اللؤلؤ ولا حجر الزمرد زكاة إلا ان يكون للتجارة ، فإن كان للتجارة ففيه الزكاة . وقال السغناقي لا خمس فى الحجر والفيروزج حجر لانه لا ينطبع ويجوز التيمم به إلا ان بعض الاحجار أضوأ من بعض ، وذكر فى المبسوط لا زكاة في الحجر وهو معرب - بيروزه .

( وفي الزئبق الخمس ) اى ان للزئبق يجب فيه الخمس وهو فارسى معرب وقدعرف

بالهمزة وبفتح الباء الموحدة ، ومنهم من يقول بكسر الباء بعد الهمزة ( في قول أبي حنيفة آخراً وهو قول محمد « رح » خلافاً لأبي يوسف ) كان أبو حنيفة يقول أولاً لا شيء فيه ، وفي قوله الأول كان يقول أولاً لا شيء فيه ، وكنت أقول فيه الخمس فـلم أزل اناظره وأقول انه كالرصاص حتى قال فيه الخمس، ثم رأيت أن لا شيء فيه فصار الحاصل أن قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف الأول وهو قول محمـــد فيه الخمس ، وعلى قول أبي يوسف الآخر وهو قول أبي حنيفة الأول لا شيء فيه لأنه ينبع من عينه ولايستطيع يرب بنفسه فهو كالقير والقرط . وقال التمرتاشي قال أبو يوسف لا يخمس وهو معينبدليل انه يستقي بالدلاء فصار كالنفط ، ولهما انه جواهر أذابته حرارة معدنه فصار كما لو أذيب بالنار معيناً .

( ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند أبي حنيفة ومحمد ) اللؤلؤ بهمزتـين وبواوين واللام والثانية بالواو والأولى بالهمزة وبالعكس ، قال في اللؤلؤ أربع لغات ، قيل لا يقـال بتخفيف الهمزة لغة ، واللؤلؤ شطر البيع يقع في الصدف فيصير لؤلؤاً ، فعلى هـذا أصله ماء ولا شيء في الماء (١) . وقيل ان الصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ والعنبر ، قيـل انه ينبت في البحر بمنزلة الحشيش في البر هكذا رواه ابن رستم عن محمد ، وقيــل انه شجر ينكسر فيلقيها الموج إلى الساحل وليس في الاشجار شيء ، وقيل هي خثي دابة، وليس في أخثاء الدواب شيء ذكر ذلك كله في المبسوط ، وقيل يخرج من عين في البحر، وقيل العنبر نبت يكون في قعر البحر فربما يمتصه (٢) الحوت فإذا استقر في بطنه لفظه لمرارته وما لم يبتلعه الحوت فهو الجيد ، وقيل انه زبد البحر ، قالوا ان البحر إذا تلاطمت فيـه الأمواج صار منها الزبد فلا يزال يضرب الريح بعضها على بعض حتى يمكث من صني الزبد فينعقد عنبراً ثم يمد فيقذفه إلى الساحل وينصب ما لا ينتفع به من الزبد جفـاء ، واليه

(١) في الأصل — المال — بدلاً من الماء ، اهـ مصححه .

(٢) ربما أراد — يبتلعه الحوت — اهـ مصححه .

وقال أبو يوسف «رح» فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر خمس، لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر، ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ منه غنيمة، وإن كان ذهباً أو فضاً. والمروي عن عمر رضي الله عنه

---

أشار الله تعالى في كتابه ﴿ فأما الزبد فيذهب جفاء، وأما ما ينفع الناس فيمكث في الارض ﴾ ١٧ الرعد، ولا خمس في الماء والزبد منه.

( وقال أبو يوسف فيهما ) أي يجب الخمس فيهما أي في اللؤلؤ والعنبر ( وفي كل حلية ) أي يجب الخمس في كل حلية ايضاً ( تخرج من البحر خمس ) الحلية على وزن فعلة بالكسر وهي ما يزين به من الذهب والفضة وغيرهما. وفي المبسوط قال مشايخنا لو وجد الذهب والفضة في قعر البحر لم يجب فيه شيء، لأن ما في البحر ليس في يد أحد قط لأن قعر البحر يمنع قهر غيره ( لأن عمر رضى الله عنه أخذ الخمس من العنبر ) هذا غريب عن عمر ابن الخطاب وانما هو عن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا محمد بن سماك بن الفضل عن عمر بن عبد العزيز أخذ الخمس من العنبر، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن ليث ان عمر بن عبد العزيز خمس العنبر.

فإن قلت روى أبو عبيد في كتاب الأموال انا الحكم بن حماد عن عبد العزيز بن محمد عن رجا بن روح عن رجل قد سماه عبد العزيز عن ابن عباس عن يعلي بن أمية قال كتب إلى عمر رضى الله عنه ان أخذ من العنبر العشر. قلت قال أبو عبيدة هذا اسناده ضعيف، وقول أبي يوسف هو قول الحسن البصري والزهري وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم.

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( ان قعر البحر لم يرد عليه القهر ) يعني بالاستيلاء لعدم القدرة ( فلا يكون المأخوذ منه غنيمة ) ولا شيء فيه ( وإن كان المأخوذ ذهباً أو فضة ) وأصل بما قبله.

( والمروى عن عمر رضى الله عنه ) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف لقوله — لأن

عمر أخذ الخمس في العنبر – وهو أي الذي روى عن عمر ( فيما دسره البحر ) أي دفعه ورماه إلى البر ( وبه نقول ) أي بوجوب الخمس في العنبر الذي دسره البحر نقول ، فلم يبق حينئذ حجة لأبي يوسف في حديث عمر . وقال السغناقي لكن لا يتم دفع قول ابي يوسف بمطلق ما ذكر في الكتاب من دسر البحر الذي يجب فيه الخمس، فإن في حديث ابن عباس كان العنبر مما دسره البحر أيضاً على ما ذكره في المبسوط ، ونفى الخمس عنه فلا بد من زيادة القيد الذي يوجب الخمس ليفيد دخول دسر البحر في حديث عمر وهو ان يقال والمروى عن عمر رضى الله عنه فيما دسره البحر الذى من دار الحرب فدخل الجيش دار الحرب فوجدوه على ساحل بحر دار الحرب فأخذوه فكان غنيمة فيجب الخمس .

وأما حديث ابن عباس رضى الله عنهما ففيما دسره البحر الذي في دار الإسلام وأخذه واحد من الناس أو فيما دسره البحر الذي في دار الحرب ولكن اختتمه واحد من المسلمين فلا خمس فيه لأنه بمنزلة المتلصص لا كالمجاهد ، فليس فيما أخذ بالتلصص خمس ، انتهى . قلت هذا التطويل لا يفيد .

أما الأثر عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه فلم يثبت كما ذكرنا ، بل روى عنه خلافه كما مر .

وأما أثر ابن عباس رضى الله عنه فإن أبا عبيد روى عن ابن حويم عن داود عن عبد الرحمن العطار سمعت عمرو بن دينار يحدث عن ابن عباس قال في العنبر شيء، وروى عنه خلافه ، رواه عبد الرزاق أخبرنا الثوري عن ابن طاووس عن أبيه عن ابن عباس عن ابراهيم بن سعد ان عامل همدان سأل ابن عباس رضي الله عنهما عن العنبر فقال ان كان فيه شيء فالخمس ، واستدل الاترازي لأبي يوسف بقوله ما روى ان يعلى بن أبيه كتب إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه في عنبرة وجدت على ساحل البحر فكتب اليه ذلك سيب الله يؤتيه من يشاء فيها وفيما دسره البحر الخمس انتهى .

قلت لم يبين من روى هذا من أهل الحديث وهل هو حديث صحيح أو ضعيف مع ان له دعوى عريضة في هذا الباب ولم يبين السبب ما هو ووضع نقطة واحدة بعد السين يجب

أن ينظر الناظر فيه انه سبب بيائين موحدتين وليس هو إلا سيب بفتح السين المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره باء موحدة . وقال الزمخشري رحمه الله السيوب جمع سيب يريد به المال المدفون في الجاهلية أو المعدن ، وقال ابن الأثير السيوب الركاز ، وقيل السيوب عروق من الذهب والفضة تسيب في المعدن أي مسكوب فيه ويظهر ، انتهى. قلت ذكر الاترازي هذا الأثر حجة لأبي يوسف غير مناسب لأنه لا يطابق قول أبي يوسف في أخذ الخمس في العنبر على ما لا يخفى على المتكامل .

( متاع وجد ركازاً ) متاع مبتدأ نكرة تخصص بالصفة ، وقوله — ركازاً — بالنصب على الحال أي وجد المتاع حال كونه ركازاً لا حال كونه لقطة ولا حال كونه موضوعاً في البيت وغيرهما من النقدين والاسم بمنزلة المصدر في باب الحال تقول هذا بسراً أطيب منه رطباً ، أبهم الركاز ولم يفسره كما فسره فيما قبل ، وفسره الاترازي بقوله — متاع وجد ركازاً — أي كنزاً يعني إذا وجد كنز متاع في أرض غير مملوكة يجب فيه الخمس ، وقال تاج الشريعة الفاظ المشايخ في تفسير المتاع مختلفة لكن الصحيح انه رحمه الله أراد به كل ما يتمتع به ثياباً أو اثاثاً أو طعاماً أو آنية ذهب أو فضة أو رصاصاً أو حديداً . وقال السغناقي المتاع ما يتمتع به في البيت من الوضاح ونحوه ، وقيل المراد به الثياب قال وتفسيرهم بالذهب والفضة مما لا يكاد يصح ، لأنه يقع تكراراً محضاً من غير فائدة في حق الذهب والفضة ، وان لفظ الكتاب وهو قوله — لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة — يقتضي أن يكون المراد بالمتاع الذهب والفضة .

قلت روي في الإمام عن أبي هريرة قال قال رسول ﷺ الركاز الذهب الذي ينبت بالارض ، ورواه البيهقي في المعرفة وفيه أبو يعلى جبار بن العزي ، قال يحيى صدوق وقال أبو زرعة ليس بثقة ، ورواه البيهقي ايضاً عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ في الركاز الخمس قيل وما الركاز يا رسول الله قال الذهب الذي خلقه الله في الأرض يوم خلقت ، وذكره في الإمام ايضاً ولم يتكلم عليه فدل على أن صحته أوجه .

فهو الذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في الأرض لا مالك لها لأنها غنيمة بمنزلة الذهب والفضة والله أعلم .

---

( فهو الذي وجده ) خبر المبتدأ ( وفيه الخمس ) أي يجب فيه الخمس (معناه وجد في أرض لا مالك لها ) قيد بقوله لا مالك لها لأنه إذا كان لها مالك فحكم فيه كما ذكر في الذهب والفضة ( لأنها غنيمة بمنزلة الذهب والفضة ) يدل عليه حديث أبي هريرة المذكور آنفاً .

★ ★ ★

# باب زكاة الزروع والثمار

## قال أبو حنيفة « رح » في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر

---

( باب زكاة الزروع والثمار )

أى هذا باب في بيان أحكام الزروع والثمار لما فرغ من بيـان العبادات المالية المطلقة شرع في بيان احكام العبادة المالية المقيدة وهذا العشر عبادة فيها معنى المؤنة على ما عرف فيكون مقيداً ، واطلاق اسم الزكاة عليه ان العشر يصرف مصارف الزكاة ، وقال الإمام بدر الدين الكردري رحمه الله فتسمية الزكاة هاهنا خرجت على قولهما لأنه يشترط ان النصاب والبقاء فكان هو نوع زكاة ، ولم يقدم صدقة الفطر على العشر لأن مناسبة العشر بالزكاة اقوى ليكون كل واحد منهما بناء على القدرة الميسرة ولاتحاد سببهما وهو الملك ، بخلاف صدقة الفطر ، لأن سببها الرأس والأصل في وجوب العشر قوله تعالى ﴿ انفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض ﴾ ٢٦٧ البقرة .

قال المفسرون الانفاق من المكسوب إخراج الزكاة والانفـاق من المخرج من الأرض إخراج العشر ، وقوله تعالى ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ ١٤١ الأنعام ، وقول النبي ﷺ فيما رواه البخاري من حديث الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنه قال قـال النبي ﷺ فيما سقت السماء والعيون ، وكان العشر بالعشر وفيما سقى بالنضـح نصف العشر ، وأخرج مسلم من حديث جابر رضي الله عنه قال قـال رسول الله ﷺ فيما سقت السماء والعيون وكان عشر بالعشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر .

( قال أبو حنيفة رضى الله عنه في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر ) الأصل عشرة إن كلما تسبب في الجبان ويقصد به استيفاء اشتغال الأرض ففيـه العشر الحبوب والبقول والرطاب والرياحين والوسمة والزعفران والورد والورس ، وهو مذهب ابراهيم ومجاهد وحماد وزفر وبه قال أحمد قال عمر بن عبد العزيز ذكره أبو عمر ، ويروى عن ابن

سواء سقي سيحـــاً أو سقته السماء إلا القصب والحطب والحشيش
وقالا لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية

عباس رضى الله عنهما وقال ابن المنذر لا نعلم أحداً قاله غير النعمان ، قال السروجي لقد كذب في ذلك فإنه لا يخفى عليه من قاله غيره ، وانما عصبة تحمله على ارتكاب مثله .

( سواء سقي سيحاً ) السيح الماء الجاري من ساح الماء سيحاً إذا جرى على الأرض ، وانتصابه على انه مفعول ثان لسقى كما في قوله تعالى ﴿ وسقوا ماء حميماً ﴾ ١٥ محمـد ، ( أو سقته السماء ) الأولى أن يقول العشر أو نصف العشر لأن الواجب أحد هذين على ما جاء في الحديث الذى مضى ، قلت هذا من تسمية الشيء بأغلب الاسمين ، لأن وجوب العشر في بلاد المسلمين اكثر ، إذ الأرض التي تستقي من الانهار أو من المطر اكثر مما يسقى بالدواليب نظيره العمران في أبي بكر وعمر رضى الله عنهما، لأن خلافة عمر كانت جامعة من ولاية أبي بكر رضي الله عنه فيكون عدل عمر اكثر فكذا هذا .

( إلا الحطب والقصب والحشيش ) وكذلك يستثنى التـــبن والسعف ، وذكر في المبسوط الطرفاءعوض الحطب والسعف ورق جريد النخل الذي يصنع منه المراوح وغيرها والمراد بالقصب الفارسي وهو الذي يدخل في الابنية ويتخذ منه الاقلام ، قيل هــذا إذا كان القصب تنبت في الأرض والجبال ، أما لو أغرز الارض بقصبه فإنه يجب فيه العشر ذكره الاسبيجابي والمرغيناني والوبري، وتجب في قصب السكر والذريرة، وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أنه لا شيء في قصب الذريرة وهي رواية عن أبي حنيفة، وفي نصفه خراجه ومسحوقه عطر يضرب إلى البياض بصفرة يجلب من الهند وسمى ذريرة لأنه يدق ذرة ذرة ، وسيجيء الكلام فيه في الكتاب .

( وقالا ) أي ابو يوسف ومحمد رحمهما الله (لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية) كالحنطة والشعير والجوز واللوز ، وفي الفستق على قول أبي يوسف « رح » وعلى قول محمد لا يجوز وفي المرغيناني عن محمد انه لا عشر في التبن والفستق والجوز واللوز والنبق والنوب والموز والخرنوب ، وعنـه يجب في التبن والفستق ، قـــال الكرخي هو الصحيح عنه ولا في الاهليلج وسائر الأدوية والسدر والاشنان ، ويجب فيما يجيىء منه ما يبقى سنة كالعنب والرطب وغيرهما ، وعن محمد ان كان العنب لا يجيء منه الزبيب لرقته لا يجب فيه العشر

ولا يجب في الصفر والصنوبر والحلبة ، وعن أبي يوسف انه أوجب العشر في الحناء، وقال محمد لا شيء فيه كالرياحين ، وفي المبسوط عن محمد في التبن والاجاص والسقب روايتان وفي الثوم والبصل روايتان .

وذكر في العيون ان التبن الذي ييبس يجب فيه العشر ولا عشر في التفاح والخوخ الذي سقي وييبس ولا شيء في بذر البطيخ والقثاء والخيار والرطبة ، وكل بذر لا يصلح إلا للزراعة ذكره القدوري ويجب في بزر العنب دون عيدانه ، ويجب في الكمون والكراوية والخردل لأن ذلك من جملة الحبوب ، ولا زكاة عند الشافعي في التبن والتفاح والسفرجل والرمان والخوخ والجوز واللوز وسائر الثمار سوى الرطب والعنب ولا في الزيتون في الجديد ، وفي الورس في الجديد ، وأوجبها في القديم من غير شرط النصاب في قليله وكثيره ولا يجب في الترمس الجديد ، وقول مالك مثل قول الشافعي ، وزاد عليه وجوب العشر في البرس والسمسم والزيتون ، والوجوب في الزيتون قول الزهري والاوزاعي والثوري والليث ورواية عن احمد وهو مذهب ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم .

وقال أحمد يجب فيما به الثقال واليبس والكيل من الحبوب والثمار سواء كان قواماً كالحنطة والشعير والسلت وهو نوع من الشعير ، وفي المغرب نوع من الشعير لا قشر له يكون بالغور والحجاز والقلس وهو نوع من الحنطة يزعم اصلدانه إذا خرج من قشره لا يبقى بقاء غيره من الحنطة ويكون منه حبتان وثلاث في كمام واحد هو طعام أهل صنعاء . وفي المغرب هو بفتحتين حبة سوداء إذا أجدب الناس خلطوها وأكلوها .

( إذا بلغ خمسة أوسق ) ذكرت ثلاثة قيود ، وفي مذهب الصاحبين الأول : الثمرة احترازاً عن غير الثمرة ، والثمرة اصم لشيء متفرع يصلح للأكل .

الثاني : البقاء وحده أن يبقى سنة في الغالب من غير معالجة كثيرة كالحنطة والشعير وغيرهما ، واحترز به من الورد والآس والوسمة .

الثالث : أن يبلغ خمسة أوسق ، والوسق ستون صاعاً بصاع النبي ﷺ .

والوسق ستون صاعاً بصاع النبي عليه السلام ، وليس في الخضراوات عندهما عشر ، فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الأول قوله عليه السلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة

---

الوسق بفتح الواو ، وروى بكسرها ايضاً ذكره القاضي عياض وهو ستون صاعاً ، قال الخليل هو حمل البعير ، والوقر حمل البغل والحمار ، والوسق عند محمد اربعمائة رطل وثمانون رطلاً بالبغدادي وخمسة ألف رطل وأربعمائة رطل، وعند أبي يوسف الف وستمائة رطل وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، والوسق ثلاثمائة رطل وعشرون رطلاً بالبغدادي عندهم .

وقال السغناقي ( والوسق ستونَ صاعاً بصاع النبي ﷺ ) فخمسة أوسق الف ومائتا من ، لأن كل صاع أربعة من . وقال شمس الأئمة هذا قول أهل الكوفة ، وقال أهل البصرة الوسق ثلاثمائة من .

( وليس في الخضراوات عندهما عشر ) والخضروات بفتح الخاء لا غير نحو الفواكه كالتفاح والكمثرى وغيرهما ، والبقول كالكراث والكرفس ، واستشكل ابن الأثير في النهاية جمع الخضراء على الخضراوات ، قال وقياس ما كان على هذا الوزن من الصفات ان يجمع على هذا الجمع لأنه صار اسماً لهذه البقول لا صفة ( فالخلاف ) يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه (في موضعين) أحدهما (في اشتراط النصاب) والآخر قوله (وفي اشتراط البقاء) فأبو حنيفة لم يشترطهما وهما شرطاهما .

( لهما في الأول ) أى لأبي يوسف ومحمد فى الأول وهو اشتراط النصاب ( قوله عليه الصلاة والسلام ) أى قول النبي ﷺ ( ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث يحيى بن عمارة عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ليس فيما دون خمسة ذود صدقة ، وليس فيما دون خمسة أواق صدقة ، وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة . وفي لفظ لمسلم ليس في حب ولا تمر صدقة حتى تبلغ خمسة أوسق ، وزاد أبو داود فيه والوسق ستون حبوباً ، وزاد ابن ماجة

ولأنه صدقة فيشترط فيه النصاب لتحقق الغناء ، ولأبي حنيفة «رح» قوله عليه السلام ما أخرجت الأرض ففيه العشر ، من غير فصل ، وتأويل ما روياه زكاة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهماً

---

والوسق ستون صاعاً . والمراد من الصدقة العشر لأن زكاة التجارة تجب فيما دون خمسة اوسق إذا بلغت قيمته مائتي درهم .

( ولأنه صدقة فيشترط النصاب فيه لتحقق الغناء ) هذا دليل عقلي أى ولأن العشر صدقة كالزكاة يتعلق بها المال أو يدل على انه لا يجب على الكافر ابتداء وتصرف مصارف الصدقات وقيمة خمسة أوسق مائتا درهم فيشترط فيه النصاب لأجل تحقق الغناء .

( ولأبي حنيفه عليه الصلاة والسلام ) أى قول النبي ﷺ ( ما أخرجته الأرض ففيه العشر،من غير فصل ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ومعناه ما أخرجه البخاري عن الزهري عن سالم عن ابن عمر ... الحديث ، وقد ذكرناه في أول الباب وليس فيه إشارة إلى النصاب لأنه عام يتناول القليل والكثير فيدل على الوجوب من غير قيد . وأخراج ببعض الخارج عن الوجوب واخلائه عن حقوق الفقراء ، وقال أبو بكر بن العربي في عارضة الأجرومي وأقوى المذاهب في المسألة مذهب أبي حنيفة دليلاً وأحوطها للمساكين وأولاها قياماً شكراً للنعمة وعليه يدل عموم الآية والحديث .

فإن قلت العشر يشبه الزكاة من حيث انه يصرف إلى أهل السهمان المذكورين في الآية فيجب ان يكون لماليته عفو ونصاب . قلت العشر كالخمس حتى إذا أخذ مرة لا يؤخذ ثانياً ، وإن تكرار السنون فيبقى الباقي لرب المال ، والعشر يجب على الفقراء فيجب ان لا يتعلق بقدر معين لما انه يجب بتحقق الارض فيجب في القليل والكثير . قوله – من غير فصل – ليس من الحديث ، يعني من غير فرق بين القليل والكثير .

( وتأويل ما روياه زكاة التجارة ) هذا جواب عن حديثهما المذكور أى بتأويل ما رواه أبو يوسف ومحمد انه محمول على زكاة التجارة ( لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق ، وقيمة الوسق أربعون درهما ) فيكون قيمة خمسة أوسق مائتا درهم ، وكان كذلك في ذلك

ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغناء ، ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء وهو كله نماء ، ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضروات صدقة

---

الوقت غالباً فأدير الحكم على ذلك الكيل كان أيسر عليهم

( ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغناء ) هذا جواب عن قوله لتحقق الغناء ، أى لا اعتبار بالمالك في العشر ، ولهذا يجب العشر في الأرض الموقوفة وأرض المكاتب ، فإذا لم يعتبر المكاتب فكيف يعتبر بصفة وهو الغنى الحاصل بالنصاب ، وذكر في المبسوط ان كانت الأرض لمكاتب أو لصبي أو مجنون وجب العشر في الخارج منها عندنا . وقال الشافعي لا شيء في الخارج من ارض المكاتب العشر عنده لباس الزكاة فلا تجب إلا باعتبار المالك ، أما عندنا فالعشر مؤنة الأرض النامية كالخراج ، فالمكاتب والحر فيه سواء ، وكذلك الخارج من الأرض الموقوفة على الرباطات والمساجد يجب فيه العشر عندنا وعند الشافعي لا تجب إلا في الموقوفة على أقوام بأعيانهم فإنهم كالملاك .

( ولهذا لا يشترط الحول ) والأصل عدم اشتراطه غنى المالك للنصاب لا يشترط الحول في العشر ( لأنه ) أى لأن الحول يشترط ( للاستنماء ) أى لطالب النماء ( وهو ) أى الذي يجب فيه العشر ( كله نماء ) لأن وجوبه يتعلق بالأرض النامية والخراج يجب في قليل الخارج فكذا العشر .

( ولهما في الثاني ) أي ولأبي يوسف « رح » ومحمد في اشتراط البقاء ( قوله عليه الصلاة والسلام ) أى قول النبي ﷺ ( ليس في الخضراوات صدقة ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة « رض » وهم معاذ وطلحة وعلي ومحمد بن عبدالله بن جحش وأنس وعائشة وعبد الله بن عمر وخالد بن عبدالله وأبو موسى الأشعرى وعمر بن الخطاب رضى الله عنهم .

أما حديث معاذ بن جبل فرواه الترمذي ، حدثنا علي بن حزم انا عيسى بن يونس عن الحسن بن عمارة عن محمد بن عبد الرحمن بن عبيد عن عيسى بن طلحة عن معاذ انه كتب إلى النبي ﷺ يسأله عن الخضراوات وهي البقول فقال ليس فيها شيء ، قال أبو عيسى اسناد هذا الحديث ليس بصحيح وليس بصحيح في هذا الباب شيء عن النبي ﷺ ، وانما يروون

هذا عن موسى بن طلحة عن النبي ﷺ مرسل ، والحسن بن عمارة ضعفه شعبة وغيره وتركه عبدالله بن المبارك . وقال شيخنا زين الدين رحمه الله حديث معاذ تفرد بإخراجه الترمذي .

وأما حديث طلحة بن عبدالله فأخرجه الطبراني في الأوسط من حديث موسى بن طلحة عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال ليس في الخضراوات صدقة ، وهو ضعيف .

واما حديث علي فأخرجه الدارقطني والبيهقي من رواية الصعب بن حبيب قال سمعت أبا رجاء العطاردي يحدث عن ابن عباس رضى الله عنهما عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال ليس في الخضراوات صدقة ولا في العرايا صدقة ، الحديث . قال ابن حبان الصعب بن حبيب يروى عن الثقات بالعلويات ، وقال صاحب الميزان ولا يكاد يعرف .

وأما حديث محمد بن عبدالله بن جحش فأخرجه الدارقطني باسناده عن رسول الله ﷺ انه أمر معاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن بأن يأخذ من كل أربعين ديناراً دينار .. الحديث ، وفي آخره وليس في الخضراوات صدقة ، وفي اسناده عبدالله بن شبيب فإنه ضعيف ، قال أبو احمد الحاكم ذاهب الحديث .

وأما حديث أنس رضى الله عنه فأخرجه الدارقطني ايضاً من رواية جرير عن ابن السائب عن موسى بن طلحة عن أنس رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ليس في الخضراوات صدقة ، وجرير انما سمع من عطاء بن السائب بعد اختلاطه .

وأما حديث عائشة رضى الله عنها فأخرجه الدارقطني أيضاً ومن طريق البيهقي عن عائشة رضى الله عنها قالت وجرت السنة من لدن رسول الله ﷺ ليس فيما دون خمسة أوساق .. الحديث ، وفي آخره وليس فيما انبعث الارض من الخضر زكاة ، وفي اسناده صالح بن موسى الطلحي وهو ضعيف . وقال البخاري منكر الحديث ، وقال ابن عدى ليس بشيء ، وقال النسائي متروك .

وأما حديث عبدالله بن عمرو فإنه أخرجه الدارقطني ايضاً من رواية أشعث بن عطاء

الفربري عن عمرو بن شعيب عن أبيه قـال سئل عبدالله بن ... وعـن الجوهر والدر والفصوص .. الحديث وفيه وليس في البقول زكاة ، وقـال شيخنا زين الدين لم يتكلم الدارقطني في اسناده وضعف، فإن الفربري الذي لم يسم فيه هو محمد بن عبدالله قال أحمد ترك الناس حديثه ، وقال ابن معين لا يكتب حديثه ، وقال علاس متروك، وقال النسائي ليس بثقة ، وقال صاحب الميزان هو من شيوخ شعبة المجمع على ضعفهم ولكن كان من عباد الله الصالحين .

وأما حديث جابر بن عبدالله فأخرجه الدارقطني من رواية عدى بن الفضل عن أيوب عن عمرو بن دينار عن جابر قال لم يكن المقاثي فيما جاء به معاذ انما أخذ الصدقه من البر والشعير والتمر والزبيب ، وليس في المقاثي شيء ، وقد كانت تكون عندنا المقثاة تخرج عشرة آلاف فلا يكون فيها شيء ، ولم يتكلم الدارقطني في اسناده ، وهو ضعيف ، فإن عدى بن الفضل متروك الحديث قاله ابن معين وأبو حاتم .

وأما حديث أبو موسى الأشعري فأخرجه الطبراني والحـاكم في مستدركه ومن طريقهما البيهقي من رواية طلحة بن يحيى عن أبي هريرة عن أبي موسى ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم حين بعثهما رسول الله ﷺ إلى اليمن يعلمان الناس من أمر دينهم لا تأخذ الصدقة إلا من هذه الاربعة ، الشعير والحنطة والزبيب والتمر ، قال الحـاكم ان اسناده صحيح أورده شاهد الحديث موسى بن طلحة عن معاذ رضى الله عنه مرفوعـاً فيما سقت السماء والسيل ، وفي آخره فأما القثاء والبطيخ والرمان والقصب فقـد عفى عنه رسول الله ﷺ .

وأما حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأخرجه الدارقطني في رواية عبدالعزيز ابن ابان عن محمد بن عبدالله عن الحكم عن موسى بن طلحة عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال انما سن رسول الله ﷺ الزكاة في هذه الأربعة ، الحنطة والشعير والزبيب والتمر وعبد العزيز بن ابان القرشي قاضي واسط ضعيف جداً منسوب لوضع الحديث .

( والزكاة غير منفية فتعين العشر ) يعني الحديث ليس فيه مـا يدل على نفي الزكاة

وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه يأخذها أبو حنيفة « رح » فيه ، ولأن الارض قد تستنمي بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج. أما الحطب والقصب والحشيش لا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها

---

فتعين نفي العشر . وقال تاج الشريعة يعني لو كان نصابه في بعض الحول رصبا لا ينقطع حكم الحول بل تجب الزكاة عند الحول .

( وله ما روينا ) ولأبي حنيفة ما روينا وهو قوله ﷺ ما أخرجت الأرض ففيه العشر ( وما روياه محمول على صدقة يأخذها العاشر ) أى وما رواه أبو يوسف ومحمد محمول على صدقة يأخذها العاشر لا أخذ الفقراء عند اباء المالك عن دفع القيمة ( وبه أخذ أبو حنيفة ) أى وبهذا الحمل المذكور أخذ أبو حنيفة فيه أي في الحديث الذي روياه وهو قوله ليس في الخضراوات صدقة فيكون عاملاً بالحديثين ( ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى) أى قد يطلب النماء من الأرض بما لا يبقى كالخضراوات والاستنماء بها فوق الاستنماء بما يبقى كالحنطة والشعير لأن نفع الخضراوات أنفع ، ألا ترى أن محمداً وضع الخراج على الكرم اكثر مما وضع على الزرع لأن نفعه أبلغ ( والسبب هي الأرض النامية ) الواو فيه للحال ، والعامل فيها يستنمي أي والحال أن السبب أى الأرض النامية وهي موجود ، فلو لم يجب العشر فيما لا يبقى يلزم اخلاء السبب عن الحكم في موضع يحتاط في اثبات ذلك الحكم وهو لا يجوز .

( ولهذا يجب فيها الخراج ) أى ولأجل كون السبب هو الأرض النامية يجب فيها الخراج ، وفي بعض النسخ يجب فيه الخراج على تأويل المكان .

( وأما الحطب والقصب والحشيش لا يستنبت في الجنان عادة ) لما ذكر هذه الاشياء في اول الباب على وجه الاستثناء ولم يبين وجهه ذكر هنا تعليل عدم الوجوب فيها بقوله – أما – التفصيلية قوله – لا يستنبت – أي لا يطلب انباتها في البساتين عادة (بل ينقى عنها ) أى بل ينقى الجنان عن هذه الاشياء ، وينقى من التنقية ( حتى لو اتخذها ) أى لو

مقصبة أو مشجرة أو منبتاً للحشيش يجب فيها العشر ، والمراد بالمذكور القصب الفارسي أما قصب السكر وقصب الزريرة ففيهما العشر لأنه يقصد بهما استغلال الأرض بخلاف السعف والتبن لأن المقصود الحب والتمر دونهما .

---

اتخذ الجنان ( مقصبه ) أي موضعاً للقصب لأجل الاستغلال ( أو مشجرة ) أي موضعاً للاشجار يغرسها لأجل الحطب ( أو منبتاً للحشيش ) أو اتخذها موضعاً لنبات الحشيش ( يجب فيه العشر ) أي يجب في كل واحد من قليل الاشياء العشر لأنها تصير غلة فيجب فيها العشر .

( والمراد بالمذكور ) يعني في قوله – والقصب – في اول الباب ( القصب الفارسي ) وهو الذي يتخذ منه الاقلام ويدخل في الابنية وقد مر بيانه ( أما قصب السكر وقصب الزريرة ففيهما العشر ) هذا رجوع إلى بيان ما قاله في اول الباب – إلا الحطب والقصب – لأن هناك لم يبين التفصيل الذي فيه ، لأنه ذكر القصب مطلقاً ، وهنا بين أن المراد من القصب المذكور هناك هو القصب الفارسي ، أما قصب السكر وقصب الزريرة فيجب فيها العشر ، وقال شيخ الاسلام في مبسوطه وقصب السكر ان يخرج منه العسل يجب فيه العشر والاقلام ، وقد مر الكلام هناك مستوفى ( لانها يقصد بهما استغلال الأرض ) أي لأن قصب السكر وقصب الزريرة يقصد بهما الاستغلال فيجب فيهما العشر .

( بخلاف السعف والتبن ، لأن المقصود الحب والتبن ) السعف بفتح المهملتين ، وهو غصون النخل ، ومنه قول بعضهم.

يواس الغراب الزبيب في كل صده      وما صاده العربان في سعف النخل

اراد أن العشر لا يجب فيهما ( لأن المقصود بالغرس والزراعة التمر والحب دونهما ) أي دون السعف والتبن .

فإن قلت ينبغى ان يجب العشر في التبن لأنه كان واجباً وقت كون الزرع قصيلاً ، ثم التبن هو القصيل ذاتاً إلا انه زاد فيها اليبوسة وبها لا يتغير الواجب قلت انما لا يجب العشر في التبن لأن العشر كان واجباً قبل ادراك في الساق حتى لو قصله يجب العشر في القصيل ، فإذا ادرك تحول العشر في الساق الى الحب .

قال وما سقي بعرب أو دالية أو سانية ففيه نصف العشر على القولين لأن المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقي بالسماء أو سيحاً ، وان سقي سيحاً أو بداليـــة فالمعتبر اكثر السنة كما هو في السائمة . وقال أبو يوسف « رح » فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيـــه العشر إذا بلغت قيمته خمسة أوسق من أدنى

---

( وما سقى بغرب ) بفتح الغين المعجمة وسكون الراء وبالبـــاء الموحدة وهو الدلو العظيم ( أو دالية ) وهو المنجنون يدير بها البقرة والناعورة يديرهـــا الماء من دلوت الدلو نزعتها كذا في الصحاح ، وفي المغرب الدلالية جذوع طويلة تركب مراكيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها ( أو سانية ) وهي الساقية التي يسقى عليها والجمـــع السواقي ( ففيه نصف العشر على القولين ) أي على اعتبار القولين قول أبي حنيفة ، وقول صاحبيه ، لأن عند أبي حنيفة يجب نصف العشر من غير شرط النصاب والبقاء على أصله وعندهما كذلك ، لكن يشترط النصاب والبقاء على اصلهما .

( لأن المؤنة ) أى الكلفة ( تكثر فيه ) أي في الذي يسقى بالغراب والدلاليـــة والسانية ( وتقل ) أى المؤنة ( فيما يسقى بماء السماء ) أى المطر ( أو سيحاً ) أو سقى سيحاً وهو الماء الجاري ، وانتصابه على انه مفعول ثان كما تقول سقى مـــاء فيتعدى إلى مفعولين ( وان سقى سيحاً أو بدالية فالمعتبر اكثر السنة ) انما ذكر المعطوف بالفاء دون المعطوف عليـــه ، لما ان السيح اسم للماء دون الدالية ، لأن الدالية آلة الاستقاء فـلا يصح أن يقال وإن سقى دالية ، لأن الدالية غـــير مستقية بل هي آلة السقى ، فلذلك ذكرها بالفاء ( كما مر في السائمة ) أى المعتبر في السائمة اكثر السنة في الرعى ، وبه قال عطاء والثوري ومالك وأحمد وهو أحد قولي الشافعي اعتباراً الغالب ، وإن سقى نصفها بكلفة ونصفها بغير كلفة فعند مالك والشافعي وأحمد يجب ثلاثة أرباع العشر فيؤخـذ نصف كل واحد من الوظيفتين .

( وقال فيما لا يوسق ) أى فيما لا يدخـــل تحت الوسق ( كالزعفران ) فإنـــه بالامناء ( والقطن ) فإنه بالاحمال ( يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى

ما يوسق كالذرة في زماننا لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه، فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة ، وقال محمد يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل بثلاثمائة منّ وفي الزعفران خمسة امناء لأن التقدير بالوسق كان لاعتبار انه أعلى ما يقدر به

---

ما يوسق كالذرة ) بضم الذال المعجمه وبفتح الراء ، وفي الوبري من أدنى ما يوسق كالدخن والذرة ( في زماننا ) وفي بعض النسخ ديارنا ( لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته ) أى لا يمكن التقدير الشرعي كالوسق . قوله – فيه – أى فيما لا يوسق فاعتبرت القيمة ، فإذا بلغت قيمة ما لا يوسق قيمة ادنى شيء يدخل في السوق كالذرة يجب فيه العشر وإلا فــلا ( كما في عروض التجارة ) أى كما ترد إلى نصاب الدراهم في العروض التي هي للتجارة .

( وقال محمد يجب فيه العشرة ) أي يجب العشر فيما لا يوسق ( إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه ، فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ) بكسر الحاء ، كذا في المغرب ( ثلاثمائة من بالعراقي[1] ) كذا قال أبو بكر الجصاص الرازي وهو ستمائة رطل ، والحملة ثلاثة آلاف رطل بالبغدادى ، لانك تقول عندي أوقية ورطل ومن وقنطار، وحمل من القطن فالحمل على مقاديره قيل كان ينبغى له ان يقدر بالقناطير ، لأن القنطار أعلى ما يتعلق به التعامل والاقارير فيه ، ولا اعتبار بالحمل فيهما ( وفي الزعفران ) أى اعتبر في الزعفران ( خمسة امناء ) انما قال امناء لأن مفردها من قال الجوهري المن مقصور الذي يوزن به ، والتثنية منوان والجمع امناء وهو افصح من المن ، وتثنية المن منان والجمع امناء .

( لأن التقدير بالوسق كان باعتبار انه أعلى ما يقدر به ) أراد أن النبي ﷺ اعتبر

---

(١) كلمة – بالعراقي – زائدة عن المتن ، وربما وجد القارىء بعض الاختلاف بين ما ورد في المتن وما ورد في الشرح ، ا هـ مصححه .

وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر . وقال الشافعي لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الابريسم ولنـــا قوله عليه السلام في العسل العشر

---

الوسق وهو في زمانه كان باعتبار انه أعلى ما يقدر به الكليات فوجب على هذا ان يعتبر في كل نوع أعلى ما يقدر به ، ومن اقصى ما يقدر به القطن الحمل ، فإنه يقدر اولاً بالاساتير ثم بالامناء ثم بالحمل ثم ما بعده تضعيف المن ، وعند مالك والشافعي وأحمد لا شيء في الزعفران والقطن ، وانما أخذ ابو يوسف في التقدير بالأدنى ، لأن الغالب عنده معنى المؤنة واستدل عليه بوجوبه في مال الصبي والمجنون والمكاتب والمأذون المديون وأراض الوقف فلا تبنى على الاحتياط فلا يقدر بالادنى بالشك ، والاصل براءة الذمة .

( وفي العسل العشر إذا اخذ من ارض العشر ) أي يجب في العسل العشر،وهو مروي عن عمر بن عبد العزيز والأوزاعي والزهري وربيعة ومكحول ويحيى بن سعيد وابن وهب من المالكية وسليمان بن موسى الفقيه الأوسق الدمشقي واسحاق وأبي عبيد وأحمد ، وانما قال إذا أخذ من أرض العشر لأنه إذا كان في أرض الخراج فلا شيء فيه ، وارض العرب كلها عشرية وهي من أول العذيب والقادسية إلى آخر حجر باليمن بمهرة طولاً ، ومن بيوين والدهناء ورمل صالح إلى مشارق الشمس عرضاً . وأما ارض الخراج فسواد العراق كلها خراجية وهي ما بين العذيب إلى عقبة حلوان عرضاً ، ومن العلث إلى عبادان طولاً، وكل أرض فتحت عنوة وقهراً أو تركت على أيادي أهلها ومن عليهم الإمام فإنه يضع الجزية على أعناقهم إذا لم يسلموا ، والخراج على أراضيهم أسلموا أو لم يسلموا .

( وقال الشافعي لا يجب ) فيه العشر وهو قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح ومالك ( لأنه متولد ) أي لأن العسل متولد ( من الحيوان فأشبه الابريسم ) الذي يكون في دود القز وهو بكسر الهمزة وكسر الباء وفتح السين .

قال الجوهري ( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( في العسل العشر ) هذا الحديث بهذا اللفظ رواه العقيلي في كتاب الضعفاء من طريق عبد الرزاق اخبرنا عبدالله بن محرز عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال في العسل العشر، وليس

في مصنف عبد الرزاق بهذا اللفظ ، وانما لفظه أن النبي ﷺ كتب إلى أهـــل اليمن أن يؤخذ من أهل العسل العشر ، وبهذا اللفظ رواه البيهقي من طريق عبد الرزاق، والحديث معلول بعبدالله بن محرر قال ابن حبان في كتاب الضعفاء وكان من خير عباد الله تعـــالى إلا انه كان يكذب ولا يعلم ويقلب الاخبـــار ولا يفهم ، وعبدالله بن محرر بتشديد الراء المفتوحة وتكرارها . وقال العلاس والنسائي متروك ، وقال ابن معين ليس بثقة .

وقال الاترازي في هذا الباب ولنا ما روى الشيخ ابو الحسين القدوري والشيخ أبو نصر البغدادي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـــده ان بني شبابة كانوا يؤدون إلى النبي ﷺ العشر من نحل نحلهم من كل عشر قريب قربة وكان يحمي واديين لهم ، ولما كان زمان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل على تلك الناحية سفيان بن عبدالله الثقفي فأبوا أن يؤدوا اليه منها وقالوا انا كنا نؤدى الى رسول الله فكتب سفيان إلى عمر رضى الله عنهما فكتب إليه عمر رضي الله عنه انما النحل ذباب عسيب يسوقه الله تعالى إلى من يشاء فإن أدوا اليك ما كانوا يؤدونه إلى رسول الله فاحم لهم واديهم وإلا فخل بينهم وبين الناس. فأدوا اليه ذلك وحمى لهم واديهم ، ثم قال الاترازي وذكر الحديث في السنن ايضاً .

قلنا ليس الحديث في السنن هكذا ، وانما هذا الذى ذكره في معجم الطبراني قـــال حدثنا اسماعيل بن الحسن الخفاف المصري حدثنا أحمد بن صالح حدثنا ابن وهب اخبرني امامة بن زيد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جـــده أن بني سنانة بطن من فهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ عن نحل كان لهم العشر من كل عشر قرب قربة ، وكان يحمي واديين لهم ، فلما كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه استعمل على ما هناك سفيان بن عبدالله الثقفي فأبوا أن يؤدوا اليه شيئاً وقالوا انما كنا نؤديه الى رسول الله ﷺ فكتب سفيان إلى عمر رضى الله عنهما فكتب اليه عمر انما النحل ذباب عسيب يسوقه الله عز وجل رزقاً إلى من يشاء ، فإن أدوا اليك ما كانوا يؤدونه إلى رسول الله ﷺ فاحم لهم أوديتهم وإلا فخل بينهم وبين النـــاس ، فأدوا اليه مـــا كانوا يؤدونه الى رسول الله ﷺ فحمى لهم اوديتهم .

ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار ، وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منها بخلاف دود القز ، لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها . ثم عند أبي حنيفة « رح » يجب فيه العشر قل أو كثر لأنه لا يعتبر النصاب ، وعن أبي يوسف « رح » أنـــه يعتبر فيه قيمة خمسة أوسق كما هو أصله ، وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ كذلك

---

( ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار ) أي الأنوار جمع نور بفتح النون وهو الزهر (وفيهما العشر)أي في كل واحد من الثمار والأنوار العشر (فكذا فيما يتولد منهما)أي فكذا يجب فيما يتولد من الأثمار والأزهار ( بخلاف دود القز ) أي الذي يتولد منه الابريسم ، وهذا جواب عما قاله الشافعي فاشبه الابريسم،وحاصله ان يقال لا نسلم ان القياس صحيح لأن النحل تأكل الثمر والزهر وفيها العشر فكذا فيما يتولد منه بخلاف دود القز ( لانه يتناول الأوراق ) أي أوراق شجر التوت ( ولا عشر فيها ) أي في الأوراق ، وكـــذا فيما يتولد منها وهو الابريسم .

( ثم عند أبي حنيفة رضي الله عنه يجب فيه ) أي في العسل ( العشر قـل أو كثر ، لانه لايعتبرالنصاب) لاطلاق الحديث المذكور الذي رواه أبو هريرة وهو حديث الكتاب.

( وعن أبي يوسف انه يعتبر فيه القيمة ) يعني إذا بلغ العسل قيمة خمسة أوسق ففيه العشر ، وهذا ظاهر الرواية عنه ، كذا قاله الإمام الاسبيجابي رحمه الله ( كما هو أصله ) أي كما هو اعتبار القيمة في اصله في قيمة خمسة أوسق من أدنى مـا يوسق ( وعنه ) أي وعن أبي يوسف ( انه لا شيء فيه ) أي ان العسل لا شيء فيه ، أي لا يجب فيـه شيء ( حتى يبلغ عشر قرب ) بكسر القاف جمع قربة خمسون منـا كذا في شرح الطحاوي ( لحديث بني سيارة انهم كانوا يؤدون إلى رسول الله ﷺ كذلك ) أي عشر قرب ، ثم انه وقع في بعض النسخ هكذا الحديث بني سيارة بفتح السين المهملة وتشديد اليـاء آخر الحروف وبعد الألف راء ، وهكذا تصحيف ، وكذا وقع سياب بالسين المهملة وبالبـاء

## وعنـــه خمسة أمناء ، وعن محمد « رح » خمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلاً

الموحدة بعد الألف وهو ايضاً تصحيف والصحيح بني شبابة بفتح الشين المعجمة وتخفيف الباء الموحدة ، يقال بنوا شبابة قوم بالطائف من حيث كانوا يتخذون النحل حتى نسب اليهم العسل فقيل عسل شبابي وشبانة تصحيف يعني بالمهملة، وقال ابن ماكولا شبابة بفتح الشين المعجمة وبالموحدة مكررة بطن من فيهم ، وسيابة بسين مهملة بعدهـــا ياء معجمة باثنين من تحتها وبعد الألف باء معجمة بواحدة فهو سياب بن عاصم سمع النبي ﷺ يقول أنا ابن العواتك بن مسلم فقال الجوهري في فصل السين وهم سيابة قوم بالطائف وذكر في فصل السين الثلخة وبه سمي الرجل، وذكر في فصل الراء في فضل السين السيارة العاقلة، وقولهم أصح من غير أبي سيارة وهو أبو سيارة العدواني كان يدفع بالناس من جميـع اربعين سنة على حماره .

( وعنه خمسه أمناء ) أي عن أبي يوسف في رواية اخرى خمسة امنـــاء وهي رواية الامالي.

( وعن محمد خمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا ) وكان من حق الكلام أن يقول وقال محمد انتهى. في هذا النظر نظر ، لأنه انمـــا قال وعن محمد ليشير به إلى أن لمحمد أيضاً أقوالاً ، فذكر عنه قولاً واحداً ولم يلتزم أن يذكر الجمع ،وفي السروجي وعن محمد أيضاً ثلاث روايات احداها خمس قرب والقربه خمسون مناً ، ذكره في الينابيـع ، وفي المغنى القربة مائة رطل والثانية خمسة امناء والثالثة خمسة أفراق ، قال السروجي وهي أربعون مناً ، والفرق ستة وثلاثون رطلا والفرق بفتحتين ، قال الازهرى النحويون على السكون وكلام العرب على التحريك . وفي التكلة وفرق بينهما في المغنى فقال الفرق بسكون الراء من الاواني والمقادير ستة عشر رطلا وبالفتح مكيال يأخذ ثلاثين رطلا ، وقيل بالسكون مائة وعشرون رطلا ، وقال بالسكون أربعة أرطال ، وذكر النسفى انه ستة وثلاثون رطلا ، ومثله عن القاضي من الحنابلة ، وفي الصحيح الفرق من السكون وقد تحرك والافراق هو الذى يجمع فرق يدل على تحريك الراء فى المفرد ، لأن الفرق

لأنه أقصى ما يقدر به ، وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر . وعن أبي يوسف « رح » أن لا يجب لانعدام السبب وهي الارض النامية ، وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج قال وكل شيء أخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر

---

بالسكون يجمع على أفرق وفروق، وعن أحمد رصار العدد عشر أواق وهو قول الزهري ويروى عن عمر رضى الله عنه ( لأنه أقصى ما يقدر به ) أي لأن الفرق أعلى ما يقدر به في هذا الموضع .

( وكذا في قصب السكر ) قال الاترازي يعني ان في السكر يعتبر خمسة امناء عند محمد، وعند أبى يوسف خمسة أوسق كما في الزعفران كذا ذكره الحاكم الشهيد والجصاص والإمام والاسبيجابي وغيرهم من رهط أبي يوسف ومحمد في السكر قال وهو على هذا البيان عطف على قوله ـ كالزعفران والقطن ـ أي حكم الخلاف بين أبى يوسف ومحمد في قصب السكر كما في الزعفران والقطن انتهى . قلت عطفه على الأقرب هو الأصل، والمعنى وكذا اقصى ما يقدر به في السكر الذى هو ستة وثلاثون رطلا

( وما يوجد في الجبال من العسل والثمار فيه العشر) ذكره محمد في كتاب الزكاة وهي رواية اسد بن عمرو ( وعن أبي يوسف انه لا يجب ) كذا ذكره في الاملاء وبه قال الحسن ابن زياد ( لانعدام السبب ) أي سبب الوجوب ( وهو الارض النامية ) الاولى ان يقال السبب ملك الارض ولم يوجد ( وجه الظاهر ) أي وجه ظاهر الرواية وهو الوجوب (ان المقصود حاصل وهو الخارج) مجرد الخارج لا يكفي للوجوب لأنه مباح كالصيد والحشيش.

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( وكل شيء اخرجته الأرض مما فيه العشر لا تحسب فيه أجرة العمال ) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل ( ونفقة البقر ) وغيرها مثل كرى الانهار واصلاح الارض ، وبه قال الشافعي قال في الوبرى وغيره لا يعتد بصاحب الارض بما انفق على الغلة من سقي ولا عمارة ولا أجرة حافظ ولا أجرة عامل ولا

نفقة البقر ، ويجب العشر أو نصفه في جميع الخارج ، وأجمعوا على ان ما تلف أو سرق أو ذهب بغير صنعه لا عزم عليه في ذلك ، وقال مالك لو أتلفت الجائحة جميع الخارج فلا ضمان عليه ، وفي المحيط وجوامع الفقه والمرغيناني لا يأكل شيئاً من طعــام العشر حتى يؤدى عشره ، ولو أكل ضمن عشرة وعن أبي يوسف رحمه الله لا يضمن لكن يكيل به النصاب وعنه يترك له ما يكفيه وعياله . وفي خزانة الاكمل لا يجب على صاحب الارض ما أطعم عياله وجيرانه وهداياه وما بقى ففيه العشر إن بلغ خمسة أوسق وفي شرح مختصر الكرخي ، وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف رحمــه الله ان ما أكل واطعم بالمعروف أعــد به في تكميل الاوسق لم يلزمه عشره ، وعن محمد يعتــبر ذلك من تسمة أعشاره .

قال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز للمالك ان يتصرف في الثمار قبــل الخرص بأكل ولا بيع ، فإن أكل غرم وعزر مع العلم وإلا غرم . وقال أحمد يجوز له الاكل بقــدر الثلث أو الربع ، ولو خرصه الخارج ترك ذلك ، وفي ذخيرة المالكية ولا يجب المأكول من التمر في الخرص . وفى شرح الموطأ القرطبي انه مــذهب مالك وزفر فقوله كمذهب أبي حنيفة رضى الله عنه ان ما يأكله من الثمرة والزرع محسوب عليه ، وان مــذهب الشافعي كذلك كمذهب أحمد وهو قول الليث . وفي المرغيناني وجوامــع الفقه ان مؤنة حمل العشر على السلطان دون رب الارض ولا يخرص الرطب والعنب وغيرهما من الثمار والزروع عندنا . وقال الشعبي والثوري الخرص بدعة .

وقال الشافعي رضى الله عنه هو سنة فى الرطب والعنب ولا خرص فى الزرع وهو قول مالك وأحمد ، وقال ابو عمر بن عبد البر ذكر أصحاب الاملاء عن محمد بن الحسن رحمه الله انه يخرص الرطب تمراً والعنب زبيباً ، وقال السروجي رحمــه الله لم يذكر أصحابنا هذا القول عن محمد فيما علمته . قلت يمكن أن يكونوا ذكروه فيما علم غيره ، والخروص عند بدء اصلاح الثمار يقول الخارص خرصها كذا و كذا رطبــاً أى حزرها ، ويجيئ يبسه كذا و كذا ثم ذكره النووي رحمه الله تعالى ،ويكتفى بخارص واحــد عندهم

لأن النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها.

قال تغلبي له أرض عشر فعليه العشر مضاعفاً، عرف ذلك بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم. وعن محمد «رح» ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشراً واحداً لأن الوظيفة عنده لا يتغير بتغير المالك،

---

بمنزلة الحاكم. وفي قول الشافعي لا بد من عدلين كالحكمين والمقولين في المتلفات.

(لأن النبي ﷺ حكم بتفاوت الواجب بتفاوت المؤنة) يعني أن النبي ﷺ حين يتفاوت الواجب وهو العشر تتفاوت المؤنة في قوله ما سقته السماء... الحديث، ولو أحسبه الأجرة والنفقة لدخول التفاوت في خير الارتفاع، وكان في ذلك تجويزاً لنفي ما أثبت الشرع وانه ممتنع (فلا معنى لرفعها) أي لرفع المؤنة لأنها إذا رفعت يبقى الواجب متفقاً لا متفاوتاً وهو خلاف الخبر.

(قال) أي محمد رحمه الله تعالى (تغلبي) أي يخص تغلبي بكسر اللام إلى بني تغلب قال الاترازي أما في حال النسبة يجوز فتح لامها وكسرها، والافصح الكسر، وقد عرف في علم التصريف انتهى. قلت إذا كان الحرف الثاني من الاسم الذي ينسب اليه ساكناً الافصح مع الكسرة كما في تغلب، فإنه يجوز فيه الفتح، لأن التالي فيه كالمعدوم فصار كتمر يقال فيه تمرى بالفتح، وقد ذكرنا ان بني تغلب قوم من النصارى بقرب الروم (له أرض عشر فعليه العشر مضاعفاً) أي حال كونه مضاعفاً (عرف ذلك بإجماع الصحابة رضى الله عنهم) وهو اجماع سكوتي وذلك أن عمر رضى الله عنه أقرهم على التضعيف حيث قالوا يلحقنا العار بأداء الجزية، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فاستقر الأمر عليه.

(وعن محمد رحمه الله ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشراً واحداً) انتصاب عشراً على انه اسم ان وخبره مقدماً قوله – فيما اشتراه – (لأن الوظيفة عنده) أي لأن وظيفة الارض عند محمد رحمه الله (لا تتغير بتغير المالك) كالخراج في الارض الخراجية إذا اشتراها مسلم، وهذه رواية عنه. وفي بعض الكتب انه يضاعف عليه العشر كما هو مذهبهما.

فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما إذا مر على العاشر وكذا إذا اشتراها منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة « رح » سواء كان التضعيف أصلياً أو حادثاً لأن التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج . وقال أبو يوسف « رح » يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف.

قال في الكتاب وهو قول محمد « رح » فيما صح عنه .

---

( فإن اشتراها منه ) أي من التغلبي ( ذمي فهي على حالها ) أي الأرض على حالها من التضعيف ( عندهم ) أى عند اصحابنا الثلاثة ( لجواز التضعيف عليه في الجملة ) إلى الذمي أي يجوز التضعيف على ذمي غير تغلبي في الجملة ( كما إذا مر على العاشر ) فإنه يؤخذ منه نصف العشر ومن المسلم ربع العشر والنصف ضعف الربع ( وكذا ان اشتراها منه ) أي من التغلبي ( مسلم ) فالارض العشرية على حالها من التضعيف ( أو أسلم التغلبي ) يعني الارض على حالها من التضعيف ( عند أبي حنيفة « رض » سواء كان التضعيف أصلياً )بأن ورثها التغلبي عن ابائه كذا أو تداولته الايدي من الشراء كذلك ( أو حادثاً ) يعني عارضاً بأن اختارها بأن اشتراها من المسلم ( لأن التضعيف صار وظيفة لها ) أي للارض ( فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج ) وان كان فيه معنى العقوبة لأن الاسلام لا ينافي العقوبة كالحدود ، وذكر أبو بكر الرازي « رح » في احكام القرآن عن عمر رضى الله عنه وعن علي رضى الله عنه أخذ الخراج ممن أسلم وقام على أرضه .

( وقال ابو يوسف رحمه الله يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف ) وهو الكفر أى لأن التضعيف كان بسبب الكفر وقد زال .

( قال في الكتاب ) أى قال شمس الأئمة « رح » في كتاب الزكاة في المبسوط ( وهو ) أي العشر الواحد ( قول محمد رحمه الله فيما صح عنه ) أى في القول الصحيح عنه ، أى عن محمد رحمه الله ، لأن التضعيف الحادث لا يتصور عنده ، فان التغلبي إذا اشترى من مسلم يجب عشراً واحداً.

قال « رض » اختلفت النسخ في بيان قوله والأصح انه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف إلا أن قوله لا يتأتى إلا في الأصلي لأن التضعيف الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ، ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذمياً غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة « رح » أليق بحال الكافر وعند أبي يوسف « رح » عليه العشر مضاعفاً ويصرف مصارف الخراج

---

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( اختلفت النسخ ) أي نسخ المبسوط أو الجامع ( في بيان قوله ) أي قول محمد رحمه الله ، ففي مبسوط شمس الائمة ذكر قول محمد رحمه الله مع أبي حنيفة « رض » ، ثم قال وذكر في رواية أبي سليمان المسألة بعد هذا وذكر قول محمد مع أبي يوسف ( والاصح انه مع أبي حنيفة في بقاء التضعيف ) أي تضعيف العشر ( إلا ان قوله ) أي قول محمد ( لا يتأتي إلا في الأصلي ) أي في التضعيف الاصلي ( لأن التضعف الحادث لا يتحقق عنده ) أي عند محمد رحمه الله ( لعدم تغير الوظيفه ) أي لأن الوظيفة إذا استقرت في شيء لا تتغير من وصف إلى وصف وهو اختيار الكرخي وهو الاصح .

( ولو كانت الارض ) أي الارض المشرية ( لمسلم باعها من نصراني يريد به ذمياً غير تغلبي وقبضها ) أي قبض النصراني الارض فبطل العشر ، فإذا بطل ( فعليه الخراج عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ) أي لأن الخراج ( أليق بحال الكافر ) لأن الكفر ينافي أداء العبادة بخلاف الخراج ، لان الإسلام لا ينافي العقوبة .

( وعند أبي يوسف « رح » عليه العشر ) حال كونه ( مضاعفاً ) لأنه أهل للتضعيف ( ويصرف ) أي العشر المضاعف ( مصارف الخراج ) أي إلى ارزاق المقاتلة ورصد الطريق ونحو ذلك على ما يجيء في باب العشر والخراج إن شاء الله تعالى ، وذلك لأنه انما يصرف ما كان لله تعالى بطريق العبادة ومال الكافر لا يصلح لذلك فيوضع موضع الخراج

اعتباراً بالتغلبي وهذا هو أهون من التبديل . وعند محمد « رح » هي عشرية على حالها لأنه صار مؤنة لها فلا تتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات، وفي رواية مصارف الخراج، فإن أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت أما الأول فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم

---

( اعتباراً بالتغلبي ) لأن التضعيف وظيفة فلا يتغير ( وهذا ) أي التضعيف ( أهون من التبديل ) لأنه في الوصف والخراج واجب اخر عند الشافعي بالاخراج عليه ، لأنه لم يكن من الارض ولا عشر ايضاً لعدم اهليته ، وعند مالك رحمه الله لا يصح البيع .

( وعند محمد رحمه الله هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها ) أي لان العشر صار مؤنة للارض ، لان العشر مؤنة فيها شبه العبادة فلا تجب على الكافر ابتداء ولا تبطل عند بقاء وهو معني قوله ( فلا يتبدل كالخراج ) على المسلم ( ثم في رواية ) على قول محمد وهو رواية السير الكبير ( يصرف ) هذا العشر ( مصارف الصدقات ) لتعلق حق الفقراء به كتعلق حق المقاتلة بالارض الخراجية ( وفي رواية ) عن محمد وهي رواية ابن سماعة عنه يصرف ( مصارف الخراج ) لانه انما يصرف إلى الفقراء ما كان لله تعالى بطريق العبادة ، ومال الكافر لا يصلح لذلك فيوضع موضع الخراج كمال أخذه العاشر من أهل الذمة كذا في الايضاح .

( وإن أخذها منه مسلم ) أي وإن أخذ الارض العشرية مسلم من النصراني الذي اشتراها من المسلم (بالشفعة) أي بسبب الشفعة بأن باع هذا النصراني هذه الارض العشرية وأخذها مسلم منه بحق الشفعة ( أو ردت ) تلك الارض ( على البائع ) وهو المسلم ( لفساد البيع فهي عشرية كما كانت ) اولاً وبطل الخراج أو التضعيف .

( أما الاول ) وهو صورة الاخذ بالشفعة ( فلتحول الصفقة ) أي العقد من المشترى النصراني ( إلى الشفيع) وهو المسلم (كأنه اشتراها منه ) أي فإن المسلم اشتراها ابتداء.

وأما الثاني فلأنه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ، ولأن حق المسلم لم ينقطع بهـــذا الشراء لكونه مستحق الرد ، قال وإذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستاناً فعليه العشر ، معناه إذا سقاه بماء العشر أما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج ، لأن المؤنة في هـــذا تدور مع الماء ،

---

( وأما الثاني ) وهو صورة الرد بالفساد ( فلأنه بالرد ) أي رد البيع ( والفسخ )أي وفسخه ( بحكم الفساد جعـــل البيع كأن لم يكن ) في الاولى ( ولان حق المسلم ) وهو البائع ( لم ينقطع بهذا الشراء لكونه مستحق الرد ) لوقوعه فاسداً فلا خراج ولاتضعيف إذاً وذكر التمرتاشي كذا لو رد على البائع بخيار ، وكذا إذا كان الرد بالعيب بقضاء فإنه يعود كما كانت لزوال المانع قبل تقرره ، ولو كان الرد بلا قضاء أو باعها من مسلم أو أسلم بقيت خراجية، لان الإسلام لا يدفع الخراج .

( قال ) أي قال محمد رحمه الله ( إذا كان لمسلم دار خطة ) إضافة الدار إلى الخطة للبيان ، كما في قولك خاتم فضة . قال السغناقي كذا كان مقيداً بخط شيخي رحمه الله ، ويجوز نصب خطة بالتميز عن اسم تام بالتنوين كما في عندي راقود خلاً انتهى كلامه . والخطة بالكسر هو المكان الذي اختط البناء داراً وغير ذلك من العمائر ( فجعلها بستاناً) البستان كل أرض يحوطها حائط ، وفيها نخيل متفرقة وأشجار ( فعليه العشر معناه إذا سقاه بماء العشر ، وإما إذا كانت تسقى بماء الخراج ) كأنهار لاعاجم ( ففيها الخراج لأن المؤنة ) أي الكلفة ( في مثل هذا تدور مع الماء ) لان النماء يحصل به ، قال الإمـــام الزاهدي العتابي هذا مشكل لان هذا ايجاب الخراج على المسلم ابتداء ، وذكر الشيخ الإمـــام شمس الائمة السرخي في الجامع الصغير ان عليه العشر بكل حال وهو الاظهر ، فإن سقاه مرة من ماء العشر ومرة من ماء الخراج ففيه العشر ، لانه أحق بالعشر من الخراج وإن سقى بسيحون أو جيحون أو دجلة أو الفرات فعند أبي يوسف رحمه الله خراجي، وعند محمد رحمه الله عشري .

وليس على المجوسي في داره شيء ، لأن عمر رضي الله عنـــه جعل المساكن عفواً وإن جعلها بستاناً فعليه الخراج .

---

وقال الاترازي الجواب عن الاشكال المذكور ان وضع الخراج على المسلم ابتـــداء بطريق الجبر لا يجوز ، أما إذا كان اختاره المسلم فيجوز ذلك ، وقـد اختاره حيث سقاه بماء الخراج ، ألا ترى ان المسلم إذا أحيا ارضاً ميتة باذن الإمام وسقاه بماء الخراج يجب عليه الخراج ، فكذا هذا . قلت هذا الجواب لشمس الائمة .

( وليس على المجوسي في داره شيء ) انما خص المجوسي بالذكر ، وإن كان الحكم في اليهودي والنصراني كذلك لما ان المجوسي أبعد من الإسلام بسبب حرمـة نكاح نسائهم وذبائحهم ، فإذا لم يجب في دار المجوسي والحالة هذه فالأولى ان لا يجب في دارهما كذا في الفوائد الظهرية ( لان عمر رضى الله عنه جعل المساكن عفواً ) هـذا غريب ، لكن ذكر أبو عبيد في كتاب الاموال أن عمر رضى الله عنه جعـل الخراج على الارضين التي تعمل من ذوات الحب الثمار التي تصلح الغلة وعطل مـــن ذلك المساكن والدور التي هي منازلهم ، ولم يجعل فيها شيئاً ذكره بغير سند .

وقال شيخ الإسلام رحمه الله انما خص المجوسي بالذكر لانه قيـل لعمر بن الخطاب رضى الله عنه ان المجوسي كثير بالسواد ، فقـــال أعياتي [1] أمراء المجوس وفي القوم عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا أكل ذبائحهم فلما سمع عمر رضى الله عنه بذلك أمر عماله ، وان يمسحوا اراضيهم ويوظفوا عليهم الخراج بقـــدر الطاقة ، وعفى عن رقاب دورهم وعن رقاب الاشجار فيها فلما ثبت العفو في حقهم مع كونهم ابعـد عن الإسلام ثبت في حقها بالطريق الاولى .

( وإن جعلها بستاناً ) أي وإن جعل المجوسي دار خطة بستاناً ( فعليه الخراج ) لانها صارت نامية كما لو جعل العلوفة سائمة ثم عليه الخراج سواء سقاها بماء الخراج او بماء

---

(١) هكذا في الاصل وربما هي ـ أعياني ـ .

وإن سقاها بماء العشر لتعذر ايجاب العشر إذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري إلا أن عند محمد « رح » عشر واحد، وعند أبي يوسف « رح » عشران وقد مر الوجه ، ثم الماء العشري وماء السماء والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد

---

العشر لان الكفر هاهنا في العبادة بخلاف المسلم إذا جعل داره بستاناً يعتبر الماء ، لان الإسلام لا ينافي العقوبة فاستقام توظيف الخراج عليه ( وان سقاها بماء العشر ) واصل بما قبله ، وقد ذكرنا الآن سواء سقاها بماء العشر او بماء الخراج ( لتعذر ايجاب العشر إذ فيه معنى القربة ) اي لان في العشر معنى القربة وإذا كان كذلك ( فتعين الخراج وهوعقوبة تليق بحاله ) اي بحال المجوسي وقيد بقوله جعل داره بستاناً ، فإنه إذا لم يجعلها بستاناً ولكن فيها اشجار تخرج اكراراً من التمر فهي في حكم الدار وليس فيها شيء كذلك في المبسوط ، وفي فتاوى قاضي خان وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم .

( وعلى قياس قولهما ) اي قول ابي يوسف ومحمد وهو جواز ايجاب العشر على الكافر في الارض العشرية ( يجب العشر في الماء العشري ) يعني الماء الذي يسقى به الارض العشرية ( إلا ان عند محمد رحمه الله عشر واحد ) أي يجب عشر واحد ( وعند أبي يوسف « رح » عشران ) أي يجب عشران ( وقد مر الوجه ) أي وجه هذا من الجانبين قد مر وهو الذمي إذا اشترى من مسلم ارضاً عشرية وجب عند أبي يوسف عشران وعند محمد رحمه الله عشر واحد ، وقد مرت روايتان ايضاً في الصرف في رواية يصرف إلى مصارف الخراج ، وفي رواية يصرف في مصارف العشر .

( ثم الماء العشري ماء السماء والآبار والانهار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد ) هذا بيان للمياه انها على نوعين ، مياه عشرية ، ومياه خراجية ، فقوله – ثم الماء العشري – إلى قوله – ولاية أحد – بيان للمياه العشرية ، فالماء تابع للارض ، فإن كانت الارض عشرية فالماء الخارج منها عشري وان كانت خراجية فالماء الخارج منها

خراجي بقوله – ماء السماء – وهو المطر ، فإن كل ماء ينزل على الارض العشرية بعد من المياه العشرية ، وإن كان ينزل على الارض الخراجية يعد من المياه الخراجية ، قوله – والآبار – أي الآبار التي حفرت في الأراضي العشرية والعيون التي ظهرت في الاراضي العشرية ، وفي المحيط بئر حفرت في الارض العشري وعين ظهرت في أرض العشر كان الماء فيها عشرياً تابعاً للارض ، وفي الارض الخراجية كذلك يتبع الارض .

( والماء الخراجي ماء الانهار التي شقها الأعاجم ) هي الانهار الصغار التي في بلاد العجم مثل نهر المالك ونهر يزرجرد ونهر مروالذور لأن مثل هذه الانهار ماء الخراجي فصار ماؤها خراجياً وصارت الارض خراجية تبعاً للماء كذا في مبسوط فخر الإسلام .

ثم اعلم ان الاراضي العشرية ستة .

الأولى : أرض العرب كالحجاز واليمن ونحوهما .

الثانية : أرض أسلم أهلها على ذلك طوعاً .

الثالث : ارض فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين .

الرابعة : ارض أحييت وسقيت بماء العشر .

الخامسة : الارض الخراجية انقطع عنها ماء الخراج فسقيت بماء عشري .

السادسة : جعل داره بستاناً وسقاها بماء العشر .

والارض الخراجية ثمان .

الاول : التي فتحت عنوة وتركت في أيديهم بالخراج المصروف عليها كما فعل عمر رضى الله عنه في أرض سواد العراق ومصر .

والثانية أرض أحياها كافر ذمي بإذن الإمام ، أو قاتل فرضخ له الامام في الدعفة .

الثالثة : جعل داره بستاناً وان سقاها بماء العشر .

والرابعة : طلب بعض الكفار من الإمام أن يضرب على أراضيهم خراجاً من غير قهر .

والخامسة : أرض أحييت بماء الخراج .

والسادسة : ارض اشتراها مسلم من كافر .

والسابعة : الارض العشر إذا انقطع عنها ماء العشر فسقيت بماء الخراج .
الثامنة : لمسلم دار خطة فجعلها بستاناً وسقاها بماء الخراج وقد تقــدم ذلك كله في الولوالجي وغيره .

( وماء جيحون ) قال الاترازي ماء جيحون اسم لنهر بلخ . وقال السغناقي نهر ترمذ بكسر التاء والذال المعجمة وتبعه الاكمل في ذلك . قلت قال صاحب المرآة هو نهر بلخ نهر ومنبعه لعيون ببلاد السبب ، ونهر بلــخ وترمذ وأسوان ويمضي حتى يصب في بحر جرجان ، ومقدار جولانه على الارض ثلاثمائة فرسخ . وقال الاصطخري في كتابه أن نهر جيحون يخرج عن حدود يدجان ثم ينضم اليه انهار كثيرة في حدود الجبل ووحش فيصير نهراً عظيما ثم يمر على بلاد كثيرة حتى يصل إلى خوارزم ولا ينقطــع به شيء من البلاد إلا خوارزم ثم يصب في بحيرة خوارزم التي بينها وبين خوارزم ستة ايام ، وتقويم البلد ان جيحون يقال لها جيحان ، وتسميه العامة جاهان ، فأصلها من بلاد الروم ويسير في بلدتين من الشمال إلى الجنوب وهو مقارب الفرات في القدر ثم يجتمع هو وسيحون وعدادية فيصبان في بحر الروم .

( وسيحون ) قال الاترازي سيحون اسم نهر الترك ، قال السغناقي هو نهر خجند. وقال الجوهري يقال له سيحان وسياحين فسيحون اسم لنهر بالهنــد ، وسيحان نهر بالشام وسياحين نهر بالبصرة ، وقال غيره يخرج من جبال ماستدان وينتهى إلى الملتان ومسيره بروح الذهب ثم ينتهي إلى البصرة ثم يصب في البحر الشرقي مقدار جريانه على وجــه الارض ستمائة فرسخ ، والتماسيح في خلجانه على ما ذكره الجاحظ ، وفي تقديم البلدان سيحون أوله من بلاد الروم يجري من الشمال والغرب إلى الجنوب والشرق، ونهر جيحون ودونه في القدر وهو ببلاد الارمن التي تعرف اليوم ببلاد صين، ثم يجتمع سيحون وجيحون بغداديه فيصيران نهراً واحداً ثم يصبان في بحر الروم بين أياس وطرطوس . وروينــا حديث أبي هريرة « رض » أخرجه احمد حدثنا عبدالرزاق عن همام بن منبه عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنهم قال قال رسول الله ﷺ سيحان وجيحان والنيل والفرات كل من انهار الجنة .

ودجلة والفرات عشري عند محمد « رح » لأنه لا يحميها أحد كالبحار وخراجي عند أبي يوسف « رح » لأنها يتخـــذ عليها القناطير من السفن وهـــذا يد عليهـا . وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجـل

---

(ودجلة)قال الاترازي دجلة اسم لنهر بغداد،وكذا قال غيره. قلت مخرجه من أصل جبل بقرب امد عند حصن ذي القرنين ، وكلما امتدادهم اليه مياه جبال ديار بكر وما مد نحاض فيه بالمدران ثم يميل إلى ماردين ثم يمتد إلى مشارقين ثم إلى حصن كنعان ثم إلى جزيرة ابن عمر ثم إلى الموصل وينصب فيه الزابان وهما نهران يسمى كل منهما الزاب ، ومنهما يعظم ثم إلى بغداد ثم إلى واسط ثم إلى البصرة ثم ينصب في بحر فارس ، ويحمل من دجلة عدة انهار ، منها الصـــاطول والدجيل ونهر الدين وسبق سيرين ونهر الابله ونهر معقل .

( والفرات ) وهو نهر مشهور يخرج من جبل ببلاد الروم يقال له افروخش بينه وبين باقلا مسيرة يوم وقيل يخرج من اطراف ارمينة ثم يمر عن ارض ملطية على مسيرة ميلين منها ثم يمر على سمساط وقلعة الروم والبيرة وجزمنلج وبالسن وقلعـــة جعبر وآل فه والرجعية وقرقيس وغاية والحديث وهبت والانبار ثم يمر بالطرفو ثم بحلب ثم بالكوفة وينتهي إلى البطائح وينصب إلى البحر الشرقي ، وقالوا مقدار جريانه على وجـه الارض أربعمائة فرسخ ، وهذه الانهار لم تعمل فيها الايدي وقيل ان دانيال عليه السلام حفر الفرات ودجلة .

( عشري ) مرفوع لأنه خبر المبتدأ وهو قوله - وماء جيحون - ( عند محمد رحمه الله لأنه لا يحميها أحد كالبحار ) ومياه العيون والامطار ( وخراجي عند أبي يوسف «رح» لأنها يتخذ عليها القناطير من السفن وهذا يد عليها ) أي اثبات يد ولاية عليها، وخلافهما مبني على انه هل تقع عليها الايدي وهل تدخل ولاية أحـــد ، فعند أبي يوسف نعم وعند محمد لا .

( وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل ) يعني يجب في أرض الصبي

يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحـــد في الخراجية لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلـك إذا كانا منهم . قال وليس في عين القير والنفط في أرض

---

التغلبي والمرأة التغلبية ما يجب في أرض الرجل ، ثم أوضح معني قوله – مـــا في ارض الرجل – بقوله ( يعني العشر المضاعف في العشرية ) يعني في الارض العشرية (والخراج) يعني الخراج ( الواحد في الخراجية ) يعني في الارض الخراجية .

( لأن الصلح ) أى صلح عمر رضى الله عنه على ما سئل ( قـد جرى على تضعيف الصدقة ) أى على تضعيف ما يجب على المسلمين من العبادة أو ما فيه معناها ( دون المؤنة المحضة ) أى الخالية من معنى العبادة وارادتها الخراج لأنها مؤنة ليس فيهـا معنى العبادة وذلك ان صلح عمر رضى الله عنه وقع مع بني تغلب في تضعيف الصدقة دون الخراج ، فلهذا يؤخذ من صبيانهم ونسائهم صدقة مضافة وخراج واحد .

فإن قيل الصبي التغلبي والمرأة التغلبية إذا مرا على العاشر يأخذ من المرأة دون الصبي فكيف يؤخذ هاهنا من الصبي التغلبي في ارضه صدقة مضاعفة . قيل له لا تعتبر الاهلية للمالك في العشر حتى يجب في الاراضي الموقوفـــة ، واراضي الصبيان والمجـــانين بخلاف الزكاة .

( إذا كان من المسلمين ) حيث يعتبر فيها الأهلية للمالك والعاشر يأخذ الزكاة ولا زكاة على الصبي (ثم على الصبي والمرأة إذا كانا من المسلمين العشر) أي يجب العشر (فيضعف ذلك) أي العشر ( إذا كانا منهم ) أي من بني تغلب .

( قال ) أي محمد رحمه الله ( وليس في عين القير ) بكسر القاف وهو الزفت ، ويقال له القار أيضاً ( والنفط ) بفتح النون وكسرها ، وهو الاصح وهو دهن يكون على وجه الماء في العين وفي المبسوط لا شيء في القيراط والنفط والملح لأنها فوارة كالماء ( في ارض

العشر شيء لانه ليس من انزال الارض ، وإنما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في أرض الخراج خراج ، وهذا إذا كان حريمهما صالحاً للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

---

العشر شيء لأنه ليس من انزال الارض ) هو جمع نزل بضم النون وسكون الراء ؛ ونزل الارض ريفها وهو ما يحصل منها وغيرها الارزاق كالحنطة ونحوها ، والنفط عين تفور كعين الماء ولا عشر في الماء فكذا في القير والنفط وهو معني قوله ( وانما هو ) أي النفط ( عين فوارة ) من فارت القدر إذا غلت وهي صيغة مبالغة وشبه فوراتها بفوران الماء الذي يخرج من العين وهو معنى قوله ( كعين الماء) أي الذي يفور حتى يخرج منها (وعليه في ارض الخراج خراج ) الضمير في عليه يحتمل مرجعه وجهين ، احدهما : أن يرجع الى النفط يعني عين النفط والقير بأن يمسح موضع النفط والقير تابعاً للارض ، وهو اختيار بعض المشايخ ، والآخر أن يرجع إلى الرجل الذي تدل عليه القرينة ؛أي على الرجل في عين النفط والقير في ارض الخراج خراج .

( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه ( اذا كان حريمهما ) أي حريم عين النفط والقير ( صالحاً للزراعة ، لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة ) وروى ابن سماعة عن محمد لا يمسح موضع العين ، لأنه لا يصلح للزراعة وهو مختار أبي بكر الرازي ، ومنهم من قال لا خراج فيها وعلى ما حولها ، لأنها كالارض السبخة فلا تصلح للزراعة .

* * *

# باب من يجوز دفع الصدقات إليه
# ومن لا يجوز

## قال « رض» الأصل فيه قوله تعالى ﴿ إنما الصدقات للفقراء ﴾ الآية ٦٠ التوبة

---

( باب من يجوز دفع الصدقات إليه ومن لا يجوز )

أي هذا باب في بيان من يجوز دفع الزكاة اليه ومن لا يجوز دفعها اليه ، لما فرغ من بيان أنواع الزكاة وبيان المعدن والركاز شرع في بيان مصارفها ممن هو منها وممن ليس منها وقال تاج الشريعة لما فرغ من بيان السبب وقدر الواجب والنصاب المطلق والمقيد شرع في بيان مصارفها ، ولم يقدم صدقة الفطر للتفاوت في مصرفها ، فإن صدقة الفطر يجوز دفعها إلى الذمي .

( قال الاصل فيه ) أي فيمن يجوز التصرف اليه ( قوله تعالى ﴿ انما الصدقات للفقراء والمساكين ﴾ الآية ٦٠ التوبة ) يجوز في الآية الرفع والنصب ، أما الرفع فعلى الابتداء وخبره محذوف وتقديره الآية بتمامها والنصب ، فعلى المفعولية والتقدير اقرأ الآية قوله – انما – كلمة حصر وقصر ، والقصر تخصيص أحد الأمرين بآخر وحصره فيه ، قال علماء المعاني والبيان انما الحصر الشيء في الحكم كقولك إنما زيد منطلق ، والحصر الحكم في الشيء كقولك انما المنطلق زيد ، لأن كلمة ان للاثبات وما للنفي ليقتضي اثبات المذكور ونفي ما عداه ، ومعنى الآية والله أعلم الصدقات للاصناف المذكورة لا لغيرهم كقولك انما الخلافة لقريش أي لهم لا لغيرهم ، ثم ذكر الاربعة الأولى باللام والاربعة الاخيرة بفي للابدان بانه أرجح في استحقاق التصدق عليهم بمن استحق ذكره ، لأن في الدعاية على انهم أحق بأن توضع فيهم الصدقات ، وذلك لما في دل الرقاب من الكتابة أو الرق أو الأسر ، قلت وفي الغارمين من الغرم من التخليص رلا يعاد الجمع ،

الغاري الفقير أو المنقطع في الحج بين الفقر والعبادة ، وكذلك ابن السبيل فيــه فضل وترجيح لهذين على الرقاب والغارمين والصدقات جمع قلة ، والفقراء والمساكين جمع كثرة، فكيف يناسب قسمة القليل على الكثير من قلة جمع القلة إذ جعله لام التعريف كان للكثرة والاستغراق وأيضاً جمع القلة يستعمل للكثرة وبالعكس ، قال الله تعالى ﴿ ولو ان ما في الأرض من شجرة أقلام ﴾ ٢٧ لقمان ، وقوله ﴿ ثلاثة قروء ﴾ ٢٢٨ البقرة .

( فهذه ثمانية أصناف ) أي المذكورون في الآية الكريمة ثمانية أصناف ، وهو جمـــع صنف بكسر الصاد . قال الجوهري رحمه الله الصنف النوع والضرب والمصنف بالفتـح لغة فيه ( وقد سقط منها ) أي من كيفية اصنافها ( المؤلفة قلوبهم ) وهم ثلاثة عشر رجلاً ذكرهم الحافظ أبو موسى محمد بن أبي بكر المديني في اماليه عند ذكر عدي بن قيس فهم أبو سفيان بن حرب من بني أمية ، والحـارث أبي هشام وعبدالرحمن بن مربوع من بني مخزوم ، وحكيم بن هشام بن خويلد من بني أسد بن عبد العزى ، وصفوان بن أميــة من بني جهينة ، وعدى بن قيس من بني سهم ، وسهيل بن عمر ، وحويطب بن عبد العزى بن عامر بن لؤي ، والعلاء بن حازم من ثقيف ، والعباس بن مرداس من بني سليم ، وعيينة ابن حصين من بني نصير من فزارة ، ومالك بن عوف من بني حنظلة، والأقرع بن حابس فأعطاهم النبي ﷺ مائة مائة من الإبل إلا حويطب بن عبد العزى وعبد الرحمن بن يربوع أعطاهما خمسين خمسين من الإبل .

وذكر فخر الإسلام زيد الخيل وعلقمة بن ملاثكة منهم ، وفي الكامل للمرارنجي من اليمن يذهب فقسمه رسول الله ﷺ أرباعاً أعطى أربعاً الاقرع بن حابس النجاشي وربعاً زيد الخيل الطائي وربعاً علقمة بن علاية الكلابي وربعاً عيينة بن حصن الفزاري وكانوا من المؤلفة ، ومنهم أبو سفيان واسمه صخر بن حرب وصفوان بن أمية، وأعطى رسول الله ﷺ الزبيرقان بن بدربن امرىء القيس ، وكان يقال له قمر بحدلحه وجماله أسلم سنة تسع ةولاه رسول الله ﷺ صدقة قوم وأقره عليها أبو بكر وعمر رضى الله عنهما . ومنهم عدي ابن حاتم « رض » . ومنهم عباس بن مرداس السلمي وأعطى رسول الله ﷺ أبا سفيان

وصفوان والاقرع بن حابس وعيينة كل واحد منهم مائة من الإبل . وقال صفوان بن أمية لقد أعطاني ما أعطاني وهو أبغض الناس إلي ، فما زال يعطيني حتى كان عليه الصلاة والسلام أحب الناس إلي ، رواه مسلم . قال النووي رحمه الله هؤلاء كلهم صحابة .

وفي المحيط والمبسوط كان عليه الصلاة والسلام يعطيهم سهما من الصدقة يتألفهم على الإسلام . وقيل كانوا قد أسلموا ، وقيل كانوا اوعدوا بالإسلام ، وقيل كانوا قوماً يرجى خيرهم وينتصر بهم على غيرهم من الكفار وضرب منهم بخلاف شرهم ، وفي المنافع المؤلفة قلوبهم أصناف ثلاثة ، صنف كان رسول الله ﷺ يعطيهم ليسلموا أو يسلم قومهم لاسلامهم . وصنف أسلموا وفي اسلامهم ضعف فيريد بذلك تقريرهم على الإسلام،وصنف يعطيهم لدفع شرهم .

فإن قلت ما وجه اعطائه عليه الصلاة والسلام إياهم خوفاً من شرهم والأنبياء لا يخافون أحداً سوى الله عز وجل . قيل ما كان ذلك من الخوف منهم بل كان يعطي المؤلفة من الزكاة ، والذي كان أعطى عدي بن حاتم والزبيرقان من خمس الخمس ، والذى اعطى من كان أقعدهم عن الجهاد الصنف من سهم الغزاة ، وقيل من سهم المؤلفة ، والذي أعطى من كان يؤخذ منهم الزكاة ويحمل اليه من الزكاة ، وقيل من سهم الغنيمة .

( لأن الله تعالى أعز الإسلام وأغنى عنهم ) أي عن المؤلفة بالقهر وقوة الإسلام،وكان سقوط ما كان يعطى للمؤلفة في خلافة أبي بكر رضى الله عنه قال الإمام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي كان رسول الله ﷺ يعطيهم ليؤلفهم على الإسلام ، فلما قبض رسول الله ﷺ جاؤوا إلى أبي بكر رضى الله عنه فاستبدلوا منه خطاً لسهامهم فبدل لهم الخط ، ثم جاؤوا إلى عمر رضى الله عنه فأخبروه بذلك فأخذ الخط من يدهم ومزقه وقال ان رسول الله ﷺ كان يعطيكم ليؤلفكم على الاسلام ، فأما اليوم فقد أعز الله دينه فليس بيننا وبينكم إلا السيف أو الاسلام فانصرفوا إلى أبي بكر رضى الله عنه فقالوا أنت الخليفة أم هو ، قال هو إن شاء الله ولم ينكر عليه بطل حقهم من ذلك اليوم وبقي

## وعلى ذلك انعقد الاجماع .

سبعة ، وعن أبي عبيدة انه قال جاء عيينة بن حفص والاقرع بن حابس إلى أبي بكر رضى الله عنه وقالا يا خليفة رسول الله ﷺ ان عندنا ارضاً ليس فيها كلأ ولا منفعة ، فإن رأيت ان يعطيناها (١) ايانا فاشهد عمر فكتب لهما عليها كتاباً وليس عمر في القوم ، فانطلقا اليه فلما سمع ما في الكتاب (٢) ولد من أيديهما فتفل فيه محاه فتدير أو قالا مقالة سنة فقال عمر رضى الله ان رسول الله ﷺ كان يؤلفكم والاسلام يومئذ قليل ، وان الله قد أعز الاسلام اذهبا واحدرا واجهد كما لا ادعى (٣) الله عليهما . وروى انهما ذكرا ذلك لأبي بكر رضى الله عنه وقالا له انت الخليفة أم عمر فقال هو ان شاء الله ولم ينازعه ولم ينكر أبو بكر ذلك من عمر رضى الله عنه ، وكان اتفاقاً منهما على قطع ذلك وبقي للمستوجبين الاقتداء بهما حجة وتابعهما الصحابة في ذلك ، فكان اجماعاً .

وأشار المصنف إلى ذلك بقوله ( وعلى ذلك ) أي على سقوط سهم المؤلفة ( انعقد الاجماع ) أي اجماع الصحابة « رض » السكوتي حتى لا يرد عليه قول الحسن البصري والزهري ومحمد بن علي وأبي عبيد وأحمد والشافعي في قول ان سهم المؤلفة يسقط ، وبه قالت الظاهرية .

فإن قلت كيف تصرف الزكاة لهم وهم كفار . قلت الجهاد واجب على فقراء المسلمين وأغنيائهم لدفع شرهم ، فكان ذلك قائماً مقام الجهاد في ذلك الوقت لعجز الفقراء عنه ، ثم سقط لعدم الحاجة إلى جهاد الفقراء لكثرة اولي القوة والجد من المسلمين .

فإن قلت لا يجوز النسخ بالاجماع بل لا يتصور لأن حجة الاجماع بعد وفاته عليه الصلاة والسلام ، وروي عن عكرمة ان الصدقات كانت تفرق على الاصناف الثمانية ؛ وكيف انتسخت المؤلفة بالاجماع . قلت فيه أجوبة .

الأول : يجوز أن يكون في ذلك نص علمه عمر رضى الله عنه .

الثاني : انه ليس من باب النسخ بل من انتهاء الحكم بأمر العلية الداعية اليه وقد

---

(١) هنا كلمة مكشوطة .

(٢) هنا كلمة مكشوطة كذلك .

(٣) هكذا الجملة في الأصل .

كانوا يعرفون الداعي إلى الحكم ، فلما زال الداعي على ذلك الحكم زال الحكم .

الثالث : انه انما كان يدفع اليهم ذلك لقلة عدد المسلمين و كثرة عدد الكفار دفعاً للفساد عن بيضة الاسلام ، فلما وقع الامن عن شرهم كان الدفع وإلا وضعا فيعود الأمر على موضعه بالنقض وهذا في الحقيقة هو الجواب .

الرابع : ذكر شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام ان بعض المشايخ يجوز النسخ بالاجماع لأنه موجب علم اليقين كالنص ، فيجوز النسخ به والاجماع أقوى من الخبر المشهور ، فإذا جاز النسخ بالمتواتر وبالمشهور فبالاجماع اولى ، وما شرطوا حياة النبي ﷺ لجواز النسخ ، فإن النسخ بالمتواتر والمشهور يجوز ولا يتصور هذا إلا بعد وفاة النبي ﷺ .

فإن قلت ما وجه ما يعمل بسهمهم الذي سقط ، قلت أما عندنا فينضم إلى سهام البقية من الثمانية ولا يعطى مشرك بحال من الأحوال ، وهو قول عمر وعلي وعثمان والحسن والشافعي رضى الله عنهم في قول ، وفي قول عنه بعض كفارهم من غير الزكاة من الصفي فكان نصيب كفارهم ساقطاً عنده من الزكاة قولاً واحداً ، واما مسلموهم فأربعة أصناف قوم شرفاء قومهم وقوم بينهم ضعيفهم ففيهما له قولان ، أحدهما انهم لا يعطون ، والثاني انهم يعطون،ومن أي شيء يعطون فيه قولان ، احدهما من الصدقات والثاني من خمس الغنيمة ، وقوم بازاء الكفار ولهم قوة وشوكة إن أعطوا قاتلوهم،وقوم على طرف دار الاسلام ، ويقرب منهم قوم من المسلمين لا يؤدون الزكاة إلا خوفاً من من جيرانهم ففيهم له اربعة أقوال ، احدها انهم يعطون سهما من المصالح والثاني انهم يعطون من سهم المؤلفة من الزكاة ، والثالث من سهم الغزاة ومن سهم المؤلفة ، كذا في سهمهم .

وفي التحفة اختلف اصحابه في سهم المؤلفة ، قال بعضهم منسوخ ، وقال بعضهم يصرف سهمهم إلى من كان حديث عهد بالاسلام فمن هوفي مثل حالهم من الشركة والقوة لئلا يكون ذلك حائلاً لأمثالهم عن الدخول في الاسلام .

## والفقير من له أدنى شيء ، والمسكين من لا شيء له وهـــذا مروي عن أبي حنيفة « رح »

( والفقير من له أدني شيء ) شرع في تفسير الاصناف المذكورة في الآية الكريمـــة ، فبدأ بالفقير اتباعاً لما في الآية الكريمة وفسره بقوله من له ادني شيء .

( والمسكين من لا شيء له وهذا مروى عن أبي حنيفة رحمه الله ) وبه قـــال مالك وأبو اسحاق المروزي من أصحاب الشافعي رضى الله عنه ، وبه قال من اصحاب اللغـــة الأخفش وتغلب والفراء ، وفي الـكامل عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة الفقير الذي لا يسأل ، والمسكين الذي يسأل ، وقيل الفقير الزمن المحتاج والمسكين الصحيح المحتاج ، وللشافعي «رض» فيهما قولان من قول يشـــترط في الفقراء الزمانة وعـــدم السؤال ، وفي قول لا يشترط فيهما بل من له حاجة قوية ، وفي المسكين قولان في القديم المسكين هو السائل أو من له حرفة ، وفي الجديد السؤال ليس بشرط بل المعتبر فيـــه وجود شيء من المال والقدرة على تحصيله كذا في تتمتهم .

وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنـــه أن الفقير الذي يسأل ويظهر الفقارة وحـــاجته إلى الناس ، والمسكين هو الذي يسأل ولا يعطى وبه زمـــانة ، قال تعالى ﴿ أو مسكين ذا متربة ﴾ ١٦ البلد ، أي لاصق بالتراب من الجوع والعرى ، وفي الينابيـــع قال أبو حنيفة رضى الله عنه الفقير المذكور في الآية هو المحتاج الذي لا يسأل ولا يطوف على الابواب ، والمسكين الذي يسأل ، وفي المرغيناني الفقير والمسكين الذي لا يملك نصاباً غير أن المسكين يسأل والفقير لا يسأل ، وروى ابن سماعة رحمه الله عن محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الفقير أسوأ حالاً من المسكين ، ذكره المرغيناني ، وقيل تفسير الفقير الذي في الآية فقراء المهاجرين والمساكين الذين لم يهاجروا ، قال الضحاك وقيل الفقير من به زمانة والمسكين الصحيح المحتاج وهو قول قتادة ، وقيل الفقير من لا مال له يقع منه موقع الزمن ولا يعينه سائلاً كان أو غير سائل ، وقال ابن المنذر رحمه الله يعزى هذا إلى الشافعي رحمه الله ، وقيل المسكين الذى يخشع ويتمسكن وإن لم يسأل ، والفقير يتحمد ولا يخشع وهذا قول عبدالله بن الحسن البصرى بن عبدالله الصيرفي ، وقال محمـــد بن سلمة

رحمه الله الفقير الذي له مسكن يسكنه ، والخادم والمسكين الذي لا مالك له وفي طلبة الطالب المسكين الذي أسكنه العجز عن الطواف للسؤال ، والفقير المحتاج وقيل الفقراء من المسلمين والمساكين من أهل الذمة ، يروى عن عكرمة رحمه الله . وقيل الفقير الذي ليس له مال وهو بين أظهر عشيرته ، والمسكين الذي ليس له مال ولا عشيرة .

( وقد قيل على العكس ) يعني أن المسكين من له أدنى شيء ، والفقير من لاشيء له ، وبه قال الشافعي والطحاوي والاصمعي من أهل اللغة وابن الانباري ، واستدل الشافعي وابن الانباري بقول الشاعر :

هل لك من أجر عظيم تؤجره　　　تهب مسكيناً كثيراً عسكره

عشر شيئاً سمعه وبصره

وقال الله تعالى ﴿ أما السفينة فكانت لمساكين ﴾ ٧٩ الكهف ، فاثبت لهم سفينة ، وروت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله ﷺ اللهم أحييني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين ، وأعوذ بالله من الفقر ، رواه البخاري ومسلم واحييني مسكيناً وأمتني مسكيناً ، رواه الترمذي والبيهقي واسناده ضعيف . فدل على ان الفقر أشد ، لأن الفقير بمعنى المفقور وهو المكسور الفقار ، ولأن الله تعالى قدمهم على المساكين ، والتقديم يدل على الاهتمام بهم دون غيرهم .

وللجمهور قوله تعالى ﴿ للفقراء الذين احصروا في سبيل الله ﴾ الآية ٢٧٣ البقرة ، سماهم فقراء ووصفهم بالتعفف وترك المسألة ، ولأن الجاهل لا يحسب غنياً إلا وله ظاهر جميل وبرة حسنة ، فدل على ان ملكه للقليل لا يسلبه صفة الفقر ، وانشد ابن الأعرابي يمدح عبد الملك بن مروان ويشكر سماته .

أما الفقير الذي كانت حلوبته　　　وفق العيال ولم يترك له سبد

سماه فقيراً مع وجود الحلوبة وهي الناقة التي تحلب ، ويقال ماله حاله سبد ولا لبد أي شيء ، وقال الجوهري « رض» لا قليل ولا كثير ، والجواب عن الشعر الذي احتج به ابن الانباري ان قائله مجهول ، ولأنه لم يرو ان له عشر شياه بل لو حصل له عشر شياه لكانت سمعه وبصره .

ولكل وجه . ثم هما صنفان أو صنف واحد وسنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

---

والجواب عن الآية انما سماهم مساكين ترحما واستضعافاً ، كما يقال لمن امتحن بنكبة وبلية مسكين ، وفي الحديث مساكين أهل النار ، وقيل لا نسلم أن اضافة السفينة اليهم بسبيل الحقيقة بأن كانت ملكاً لهم فلم لا يجوز أن يضاف اليهم بسبيل المجاز لكونها في ايديهم عارية أو إجارة .

والجواب عن الحديث انه لم يرد به معنى الفقير ، وانما أراد بقوله أحيني مسكيناً أي محيياً متواضعاً لله تعالى غير متكبر ولا جبار . أما قوله فلأن الفقير بمعنى المفقور وهو المكسور الفقار ممنوع ، فإن الأخفش قال الفقير من قولهم فقرت له فقرة يعني اعطيته ، وكون الفقير من له قطعة من المال لا تغنيه .

وأما وجه تقديم الفقراء فلأنهم لا يسألون أو قدموا لكثرتهم وتيسر وجودهم على صاحب الزكاة بخلاف المساكين .

وحاصل المذهب أن المسكين أسوأ حالاً من الفقير ، وعند الشافعي رحمه الله على العكس ، الأول قول ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وعكرمة والزهري والحسن ومالك ومثله عن ابن زيد وأبي عبيدة ويونس وابن السكيت وابن قتيبة والعتبي والاخفش وثعلب وقال السفناقي رحمه الله هو قول اهل اللغة جميعاً .

( ولكل وجه ) أي ولكل واحد من الوجهين وجه ، وفائدة الخلاف لا تظهر في الزكاة بل تظهر في الوصايا والأوقاف والنذور .

( ثم هما صنفان أو صنف واحد ) أي الفقير والمسكين صنفان او صنف واحد لم يبين ذلك ، وأحال البيان إلى كتاب الوصايا بقوله ( وسنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى ) قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، وعن أبي يوسف انهما صنف واحد حتى قال فيمن أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين ان لفلان نصف الثلث ، وللفريقين جميعاً نصف الثلث لانهما صنف واحد وقال أبو حنيفة رضي الله عنه لفلان ثلث الثلث فجعلها صنفين . قال الاترازي أقول هذا هو الصحيح ، لأن العطف للمغايرة ، وقد عطف

والعامل يدفع الامام إليه إن عمل مقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه .
غير مقدور بالثمن خلافاً للشافعي « رح »

---

احدهما على الآخر في الآية . قلت يحتاج أن لا يثبت الاترازي الصحة لقوله ، فإن هـذا الذي ذكره فخر الإسلام لغلبته .

( والعامل ) هذا المصرف الثالث ذكرة بعد المسكين كما في الآية وهو مرفوع على انه مبتدأ ، وقوله ( يدفع الإمام إليه ) خبره وهو الذي يبعثه الإمام بجباية الصدقات وهو الذي يسمي الساعي ( ان عمل ) قال تاج الشريعة رحمه الله قوله – ان عمل – لنفي الجار عن العامل باعتبار ما كان ( بقدر عمله فيعطيه ما يسعه ) أي بقدر ما يكفيه ( وأعوانه ) بالنصب أى وبقدر ما يسعم اعوانه ، والاعوان جمع عون وهو الظهيري المساعد ، وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله يعطي الإمام كفاية ثمناً كان أو أقل،وفي المفيد فيعطيهم ما يكفيهم وعيالهم واعوانهم مدة ذهابهم وإيابهم ، لأنه فرغ نفسه لهذا العمل وكل من فرغ لنفسه لعمل من أمور المسلمين يستحق على ذلك رزقاً كالقضاة وليس ذلك على وجـه الاجارة لانها لا تكون إلا على عمل معلوم ومدة معلومة وأجرة معلومة وقـال النووي رحمه الله ويعطي العـاشر وهو الذي يجمع أرباب الأموال والعريف وهو الذي يعرف الساعي أهل الصدقات كالنقيب للقبيلة والجانب والقاسم والكاتب كلهم يأخـذون من سهم العامل ولا يزاحمونه في أجرة عمله وتزاد في عدد هؤلاء بقدر الكفاية ، وأما الإمام والقاضي فلا يصرف اليها من الزكاة . وفي الذخيرة وروى مالك السابق والداعي وهـو شاذ ، وفي الذخيرة لو أخذ عمالته من غير الزكاة فلا بأس به ، وإن حمله إلى الإمام بنفسه لا يستحق العامل من تلك الصدقة . وفي جوامع الفقه لو كان كفاية العـامل تستغرق الزكاة كلها أخذ نصفها إذا أخذ النصف من الانصاف ، ولو ضاع المـال من يده سقطت عمالته وأجرى المؤدى كالمضارب إذا هلكت مال المضاربة في يده بعد التصرف كذا في المبسوط والايضاح .

( وغير مقدر بالثمن خلافاً للشافعي رحمه الله ) غير مقدر نصب على الحال من قوله ما يسعه أي حال كونه ما لبيمه غير مقدر بالثمن . قال تاج الشريعة وانما قال بالثمن نظراً

**لأن استحقاقه بطريق الكفاية ، ولهذا يأخذ وإن كان غنياً ، إلا أن فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيهاً لقرابـــة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ**

---

إلى الاصناف الثمانية ، والمراد السبع بسقوط المؤلفة قلوبهم ، وقال الكاكي فإن قيل كيف يستقيم قوله غير مقدر بالثمن على قول الشافعي ، فإن المؤلفة سقطت بالاجماع ، فينبغي ان يقول غير مقدر بالسبع . قلت المؤلفة صنفان كفار ومسلمون ، فإن عنده سقوط صنف الكفار فقط فيبقى مقدراً بالثمن .

( لأن استحقاقه ) أي لأن استحقاق العامل ( بطريق الكفاية ) لأن ما يأخذه اجرة من وجه لأجل عمله وصدقة من وجه لأنه عامل لله تعالى فصار مصرفاً للصدقة والصدقة لا توجب التقدير والاجرة توجب التقدير بالكفاية فوجب رزقه على حسب الكفاية ، ثم في الكفاية يعتبر الوسط لا الشهرة لأنها حرام لكونها اسرافاً محضاً ، وعلى الإمـــام ان يبعث من يرضى بالوسط عن غير اسراف ولا تعتبر ( ولهـــذا يأخذ وإن كان غنياً ) أي ولأجل استحقاقه بطريق الكفاية لأجل عمله يأخذ العامل ، وان كان غنياً لأن ما يأخذه هو عوض عن عمله والزكاة لا تجوز ان تدفع عوضاً عن شيء .

وان قلت العـــامل صنف منصوب عليه فصار كسائر الاصناف قلت سائر الاصناف يستحقون الدفع اليهم بكل حال والعامل لا يستحق إلا بالعمل .

( إلا أن فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيهاً لقرابة الرسول ﷺ عن شبهة الوسخ ) هذا استثناء في الحقيقه من قوله لأن الاستحقاق بطريق الكفاية – حاصله أن ما أخذه بطريق الكفاية ، وان كان أجرة ، ولكن فيه شبهة الصدقة لكونه عاملاً لله تعالى كما ذكرنا ، وإذا بان فيه شبهة الصدقة فلا يأخذها العامل إذا كان هاشمياً لقوله عليه الصلاة والسلام ان هذه الصدقات انما هي أوساخ الناس ، وانها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد ، رواه مسلم ، وقوله عليه الصلاة والسلام نحن أهـــل البيت لا تحـــل لنا الصدقة ، رواه البخاري . والهاشمي منسوب إلى بني هاشم وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل الحارث بن عبد المطلب قوله – تنزيهاً – أي لأجـــل التنزيه لقرابة رسول الله ﷺ

والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة ، فلم تعتبر الشبهة في حقه .
وفي الرقاب أن يعان المكاتبون منها في فك رقابهم .

---

ومذهب مالك « رض » كمذهبنا ، وقيل هو مذهب الشافعي أيضاً في الصحيح ، ويحرم على بني المطلب ايضاً ، وفي النهاية الأصح جواز صرفها الى العامل منهم ، فإن بعض المالكية يجوز أن يستأجر بعض بني هاشم على حراستها وسوقها ، قال ابن العربي ولا يجوز لأن حراستها وسوقها كجمعها وضمها . وفي الذخيرة أجاز محمد بن نصر ان يكون العامل هاشمياً أو عبداً او رهباناً أو ذمياً بالقياس على العامل يعني قلنا اوساخ الناس لا ينافى في الغنى وينافي الهاشمي لشرفه والعبد لعجزه والكافر لعدم ولايته على المسلم.

فإن قلت ما تقول في استدلال الشافعي رضى الله عنه بأنه عليه الصلاة والسلام بعث علياً رضى الله عنه إلى اليمن مصدقاً وفوض له ، فإن الظاهر انه فوض له فيما يأخذه . قلت ليس فيه انه عليه الصلاة والسلام فوض له في الصدقات ، وقد كان عليه الصلاة والسلام فوض إليه أمر الحرب والظاهر انه فوض له من الغني لا من الصدقات .

( والغني لا يوازيه من استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه ) هذا جواب عن سؤال مقدر من جهة الخصم ، تقديره ان يقال إذا كان المانع في جواز استعمال عامل هاشمي وجود معنى الصدقة فيما يأخذه فالغني كذلك ينبغي أن يمنع من العمل ، لأن غناه يمنع أخذ الصدقة ، فأجاب بقوله والغني لا يوازيه أي لا يوازي الهاشمي في استحقاق الكرامة فلم تعتبر شبهة الصدقة فيه ، لأن فيه شبهة الاجرة ايضاً ، والهاشمي يمتنع لأن فيه حقيقة الصدقة ، فافهم وتحفظ .

( وفي الرقاب ) هو الرابع من المصارف أي من الزكاة في فك رقابهم ووضع الزكاة في الرقاب وهو جمع رقبة ( أن يعان المكاتبون منها ) أي من الزكاة ( في فك رقابهم ) هذا تفسير لقوله ﴿ وفي الرقاب ﴾ المذكورة في الآية أي يعانون على اداء بدل الكتابة ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وهو قول اكثر العلماء رضي الله عنهم ، وقال مالك وأحمد في رواية المراد به ان يشترى بجير مال الصدقة عبداً فيعتقه وهو المروى عن ابن عباس والحسن البصري . وقال ابن تيمية إن كان معه وفاء الكتابة لم يعط لأجل فقره

لأنه عبد ، وإن لم يكن معه شيء اعطي الجميع ، إن كان معه بعضه تمم سواء كان قبل حلول النجم أو بعده وليس معه شيء فتفسخ الكتابة ويأخذ مع كونه قوياً مكاتباً ويجوز دفعها إلى سيده لأنه أعجل لعتقه ، وعند الشافعية ان لم يحل عليه نجم ففي صرفه إليه وجهان ، وإن دفعه إليه فاعتقه المولى وأبراه من بدل الكتابة أو عجز نفسه والمال في يد المكاتب رجع فيه . قال النووي رحمه الله وهو المذهب .

وفي المغني ان انفسخت الكتابة فما في يده لسيده وهو قول عطاء وأبي حنيفة وأصحابه ورواية المروزي والكوسج عن أحمد كسائر اكسابه ، فإن ادعى انه مكاتب كلف البينة ونقل فيها الاستفاضة ، وان صدقه سيده أنه تقبل إذ من تلك الاشياء ملك الاخبار وتصرف إلى المكاتب بإذن سيده ولا تصرف إلى سيده إلا باذنه ولا تصرف إلى مكاتبه وهو المذهب وجوزه أبو يعلى بن حيران قال وهو ضعيف .

قلت اشتراط اذن المكاتب في الدفع إلى سيده بعيد جداً لأنه قضاء دين المكاتب بغير اذنه ، وقضاء الديون من الأجانب لا يتوقف على اذن المديون . وفي المحيط وقد قالوا لا يدفع إلى مكاتب الهاشمي بخلاف مكاتب الغني . وفي الجواهر يشترى بها الإمام الرقاب فيعتقها عن المسلمين والولاء لجميعهم .

( هو المنقول ) أي عون المكاتبين من الزكاة هو المنقول ، كذا قاله الاترازي ، وقال السغناقي هو المنقول عن رسول الله ﷺ ، وكذا قال الاكمل ، ثم قال فانه روي أن رجلا قال يا رسول الله دلني على عمل يدخلني الجنة ، قال فك الرقبة أو أعتق النسمة ، قال أوليسا سواء يا رسول الله ، قال فك الرقبة أن تعين في عتقه . قلت هذا الحديث أخرجه ابن حبان والحاكم عن البراء بن عازب قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله دلني على عمل يقربني من الجنة ويباعدني من النار ، قال أعتق النسمة وفك الرقبة ، قال أوليسا واحداً ، قال لا أعتق النسمة ان تفرد بعتقها ، وفك الرقبة أن تعين في ثمنها انتهى . هذا ليس فيه المقصود ، فإن مراد المصنف رحمه الله تفسير الآية لا تفسير الفك ، نعم الحديث يفيد في معرفة الفرق بين العتق والفك . فمن هذا عرفت ان الصواب مع الاترازي .

والغارم من لزمه دين ولا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه . وقال الشافعي « رح » من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بـــين القبيلتين

---

وروى الطبراني في تفسيره من طريق محمد بن اسحاق عن الحسن بن دينار عن الحسن البصري ان مكاتباً قام إلى أبي موسى الاشعري رضي الله عنه وهو يخطب النـــاس يوم الجمعة ، فقال أيها الأمير حث الناس على ما يجب عليه أبي موسى الاشعري ، فألقى الناس عليه ، هذا يلقي عمامة وهذا يلقي ملاءة ، وهذا يلقي خاتماً ، حتى ألقى الناس عليـــه سواداً كثيراً ، فلما رأى أبو موسى ما ألقي عليه قال اجمعوه ، ثم أمر به فبيع وأعطى المكاتب كتابته ، ثم أعطي الفضل في الرقاب نحو ذلك ولم يرده على الناس ، وقال ان هذا الذى أعطوه في الرقاب .

( والغارم من لزمه دين ولا يملك نصاباً فاضلاً عن دينه ) هذا هو الخامس من المصارف يعني يصرف للغارم أيضاً ، قوله — من لزمه دين — إلى آخره تفسير الغارم، وهو من الغرم وهو من الخسران ، وكان الغارم وهو الذي خسر ماله ، والخسران النقصان ، وقـــال أبو نصر البغدادي الغارم من لزمه دين ، وان كان في يده مال لأنه يستحق بالدين فصار كمن لا مال له ، وفي الذخيرة الغارم أن يكون ماله قدر دينه أو كان له مـــال على الناس لا يمكنه أخذه فهو غني على الظاهر وتحمل له الصدقة . وقال محمد رحمه الله الغـــارم هو الذى له مال غائب وديون لا يأخذ من الصدقة إلا قدر حاجته بخلاف الفقير حيث يأخذ فوق حاجته .

( وقال الشافعي رضى الله عنه من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين ) أي الغارم من تحمل الغرامة أصل الغرامة اللزوم ، ومنه قوله تعالى ﴿ ان عذابها كان غرامـــاً ﴾ ٦٥ الفرقان ، ويطلق الغريم على المديون ؛ وصاحب الدين . وقال الازهري يعني اصلاح ذات البين اصلاح حال الرجل بعد المباينة ، والبين يكون وصلاً ويكون فرقة ، وقـــال تاج الشريعة قوله — اصلاح ذات البين — يعني الأحوال التي بينهم واصلاحهـــا بالاحسان والاتفاق حتى تصير أحوال اختلاف ائتلافاً ووفاقاً بعد ان كان احوال اختلاف ونفاق ، ولما كانت الاحوال ملابسة ( واطفاء النائرة بين القبيلتين ) النائرة العداوة كأنها فاعلة من

وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف « رح » لأنه هو المتفاهم عنه الاطلاق ، وعند محمد « رح » منقطع الحاج

---

النار واطفاؤه عبارة عن تسكين الفتنة . وفي الحلية والغارم ضربان ضرب لاصلاح ذات البين بأن يحمل مالاً اتلف في حرب لتسكين فتنة فيه وجهان ، احدهما انه يعطي من الغناء الذي تحمل الحمالة وضرب غرم لمصلحة نفسه من الدين في غير معصية ، فهل يعطى مع الغناء ، فيه قولان ، قال في الأم يعطى مع الغنى لعموم الآية . والثاني لا يعطى لأنا لو قضينا دينه بعد التوبة لا يؤمن من أن يظهر التوبة حتى يأخذ المال ثم يعود إلى الفسق .

( وفي سبيل الله ) هو السادس أي وموضع الزكاة ايضاً في سبيل الله ، وفي تفسيره خلاف على ما نذكره الآن ( منقطع الغزاة ) أي في سبيل الله هو منقطع الغزاة ( عند أبي يوسف رحمه الله لأنه ) أي لأن قوله « في سبيل الله » ( هو المتفاهم عند الاطلاق) لأن سبيل الله عبارة عن جميع القرب لكن عند الاطلاق يصرف إلى الجهاد .

( وعند محمد رحمه الله منقطع الحاج ) وفي المبسوط في سبيل الله فقراء الغزاة عند أبي يوسف ، وعند محمد رحمه الله فقراء الحاج . وقال السروجي بعد أن عد جملة من كتب اصحابنا لم يذكر أحد منهم قول أبي حنيفة ثم قال فكشفت عن ذلك من نحو ثلاثين مصنفاً ، فكيف لا يتكلم الامام في معرفة سبيل الله مع وقوع الحاجة إلى ذلك ، وفي الوبري هم الحاج والغزاة المنقطعون عن اموالهم ، وفي الاسبيجابي أراد به الفقراء من أهل الجهاد ، ولم يحكيا فيه خلافاً فيجوز أن يكون ذلك قول ابي حنيفة رحمه الله، وقال الكاكي منقطع الغزاة وهو المراد من قوله تعالى ﴿ وفي سبيل الله ﴾ التوبة،عندأبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ومالك ، وعند محمد وأحمد منقطع الحاج،قلت لم يبين في أي كتاب رأى أن أبا حنيفة مع أبي يوسف ، ولكن يحتمل انه طلع عليه في موضع خفي ذكره معه ، وقال ابن المنذر رحمه الله قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف ومحمد في سبيل الله هو الغازي غير الغني . وحكى أبو ثور عن أبي حنيفة انه الغازي دون الحاج ، وذكر ابن بطال في شرح البخاري انه قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ، ونقله الثوري في

## لما روي أن رجلاً جعل بعيراً له في سبيل الله ، فأمره رسول الله ﷺ أن يحمل عليه الحاج

شرحها ، وقال السروجي فهؤلاء نقلوا قول أبي حنيفة ، ثم وجدت في خزانة الاكمل ما يوافق نقل هؤلاء الجماعة ، فقال في سبيل الله فقراء الغزاة عندنا ، وعند محمد منقطع الحاج فهذا يدل على ان ذلك رواية عن محمد وهي قول ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما وبه قال أحمد في رواية واسحاق واختاره البخاري ، وقال ابن عبد الحكم يدخل فيه سير الناحي والجبال والمراكب ، وكذا النوائبة للغر وتدفع للجواسيس النصارى .

وقاله النووي في شرح المهذب هو الغزاة المنقطعون الذين لا حق لهم في الديون، وفي المرغيناني وقيل في سبيل الله طلبة العلم ، وقال النبي ﷺ مدينة العلم ارسل للناس ليبين لهم ما نزل اليهم غالب من اتبعه في أول الإسلام فقراء منقطعون لأخذ العلم عنه كأبي هريرة وغيره ، وكأنه عبر عنهم بعبارة يفهمها أهل الزمان الآن والله أعلم . وقال السروجي رحمه الله وهذا بعيد ، فإن الآية نزلت وليس هناك قوم يقال لهم طلبة العلم.

( لما روى أن رجلاً جعل بعيراً له في سبيل الله فأمره النبي ﷺ ان يحمل عليه الحاج ) هذا الحديث له أصل في سنن أبي داود والنسائي والحاكم والطبراني والبزار ، وليس بهذه العبارة ، فروى أبو داود عن ابراهيم بن مهاجر عن أبي بكر بن عبد الرحمن قال أخبرني مروان الذي أرسل إلى أم معقل كان مع رسول الله ﷺ فلما قدم قالت أم معقل قد علمت ان علي حجة ، فانطلقا يمشيان حتى دخلا عليه قالت يا رسول الله أن علي حجة وأن لأبي معقل بكراً فقال أبو معقل صدقت جعلته في سبيل الله فقال رسول الله ﷺ أعطها فلتحج عليه فإنه في سبيل الله فأعطاها أبو معقل البكر ، فقالت يا رسول الله ﷺ اني امرأة قد كبرت وسقمت فهل من عمل يجزىء عني من حجتي ، فقال عمرة في رمضان تجزىء حجة ، ورواه أحمد في مسنده ، ورواه أبو داود ايضاً من غير هذا الطريق ، وقال الاترازي رحمه الله وجه قول محمد ما روى البخاري في الصحيح عن ابي أنس قال حملنا النبي ﷺ على ابل الصدقة للحج ، قال يعلم من ذلك ان سبيل الله منقطع الحاج لأن النبي ﷺ صرف الصدقة اليه .

قلت فيه تأمل لا يخفى ، ثم قال وجه قول أبي يوسف ما روى البخاري أيضاً في الصحيح ان النبي ﷺ قال ان خالداً اعطى درعه في سبيل الله ، ولا شك ان الدرع للحروب لا للحج ، فعلم أن المراد اظهار الجهاد لا الحج . قلت فيه نظر أيضاً لا يخفى .

فإن قلت قوله – في سبيل الله – مكثور سواء كان منقطع الغزاة أو منقطع الحاج ، لأنه إما ان يكون له مال في وطنه أولاً ، فإن كان هو ابن السبيل يكون العدد سبعة ، قلت فقير إلا انه زاد فيه شيء آخر سوى الفقر وهو الانقطاع في عبادة الله من الجهاد أو الحج ، فلذلك يغاير الفقير المطلق بذلك ، فان المقيد يغاير المطلق لا محالة .

( ولا تصرف إلى أغنياء الغزاة عندنا ) أي ولا تصرف الزكاة إلى اغنياء الغزاة عندنا ( لأن المصرف هو الفقراء ) أي لأن مصرف الزكاة هو الفقراء ، وأشار بقوله – عندنا – الى خلاف الشافعي « رض » فإن عنده يجوز أن تدفع الى الغازي مع الغناء ، وبه قال مالك . قال الكاكي لقوله ﷺ لا تحل الصدقة إلا لخمسة ، وذكر من جملتها الغزاة في سبيل الله ثم قال وذكر في التنجيس الغازي في سبيل الله والعامل عليها ورجل اشترى الصدقة بماله ، ورجلا تصدق بها على المسكين ما هداها المسكين اليه ، وفي رواية المصابيح ابن السبيل ، قلت هذا عجز حيث أحال بيان الخمسة على التنجيس في الحديث رواه أبو داود مرسلا ومسنداً ، فقال حدثنا عبد الله بن سلمة عن مالك عن زيد بن اسلم عن عطاء بن يسار ان رسول الله ﷺ قال لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة ، لغاز في سبيل الله والعامل عليها أو لغارم أو لرجل اشتراها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين إلى الغني ، هذا مرسل ، وقال حدثنا الحسن بن علي قال حدثنا عبدالرزاق قال أخبرنا معمر عن زيد بن اسلم عن عطاء بن يسار عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ بمعناه وهذا مسند .

وأجاب الاترازي عن هذا بقوله معناه الغني بكسبه أي المستغني بكسبه عن السؤال لأنه أي المستغني بالكسب لا يحل له طلب الصدقة إلا إذا كان غازياً فحل له لاشتغاله بالجهاد عن الكسب ، وقال الكاكي المراد بالغني بقوة البدن والقدرة على الكسب انما

تكون بقدرة البدن لا يملك المال ، فإن الغازي اذا اشتغل بالكسب يقعده عن الجهـــاد فجاز له الأخذ ، والدليل عليه ما روي في حديث آخر وردهـا من فقرائهم ، كذا في المبسوط ، وقال فيه نوع تأمل ، لأن القادر على الكسب غير مالك النصاب يحل له أخذ الزكاة عندنا خلافاً لمالك له إلا أن يعلل على جهة الالزام .

وقال الرازي في احكام القرآن ، قد يكون الرجل غنياً في أهل بلدة بالدار والاثاث والخادم والفرس وله فضل مال تجب عليه الزكاة فيه ولا تحل له الصدقة ، فإذا عزم على الخروج إلى الغزو واحتاج إلى آلات السفر وسلاح الغزو أو العدة فيجوز له أخذ الصدقة اذ قد أنفق الفضل فيما يحتاج اليه من السلاح والعدة ، ولولا سفره الغزو لكان غنياً ، إذ لا يحتاج في اقامته الى انفاق الفضل ، فإذا قصد الغزو جاز له أخذ الصدقة وهو غني في هذا الوجه ، فهذا معنى قوله ﷺ الصدقة تحل الغازى الغنى ، انتهى . وقيل حديثهم يفيد الحصر فى الخمسة المذكورة بين النفى والاثبات ، ويذكر العدد الخمسة ، وقدجوزوا الدفع الى أغنياء المؤلفة وليسوا من الخمسة فوجب تأويل حديثهم . وقـال السروجي رحمه الله ولعلمائنا من قال بقولهم حديث معاذ بن جبل رضى الله عنـه انه ﷺ قال له أعلمهم ان الله تعالى فرض عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم فترد في فقرائهم ، متفق عليه ولا يعارضه حديثهم لأنه لم يصح ، ولو صح لا يبلغ درجة الحديث الثابت في الصحيحين.

( وابن السبيل ) هذا هو المصرف السابع ، أى توضع الزكاة في ابن السبيل ( من كان له مال في وطنه وهو في مكان آخر لا شيء له فيه ) أى ابن السبيل من كان له مال في وطنه والحال انه في مكان آخر لا شيء له فيه ؛ وسمي المسافر ابن السبيل لكثرة ملازمته السبيل ، لأنه لما حصل له كثرة الملازمة صار كأنه ولد الطريق ، ومنه قولهم للصوفي ابن الوقت كذا قاله الاترازي وفيه نظر ، لأن من سافر في عمره مرة وجرى له هذا يطلق عليه انه ابن السبيل ، ويحل له أخذ الزكاة ، ولو كانت ملازمة السبيل شرطاً لما جاز لهذا أن يأخذ الصدقة فافهم . وقال السروجي يجوز أن يقال ابن السبيل لما دفعته من بـلد إلى بلد كما تدفع الآدمي الارحام ، سمى ابن السبيل والسبيل يذكر ويؤنث . وفي اليـنـابيع

قال فهـــذه جهات الزكاة ، وللمالك أن يدفع إلى كل واحد منهم ، وله أن يقتصر على صنف واحد .

---

ابن السبيل هو المختار في مصر قد قطع به أو الحاج أراد الانصراف إلى أهله ولم يجـد ما يتجمل به .

وفي جوامع الفقه هو الغريب الذي ليس في يده شيء وإن كان له مال في بلده ومن له ديون على الناس ولا يقدر على أخذها بغيبتهم أو لعدم البينة أو لاعسارهم أو لتأهله يحل له أخذها . وقال بعضهم ابن السبيل هو من عزم على السفر وليس معه ما يحمل به ، قيل هـذا خطأ لأن السبيل هو الطريق ، فمن لم يحصل في الطريق لا يكون ابن سبيل وكذا لا يصير ابن سبيل بالعزم على السفر ، وابن السبيل كعابر السبيل . وقال ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى ﴿ إلا عابري سبيل ﴾ ٤٣ النساء ، هم المسافرون لا يجدون الماء فليتيمموا فكذا ابن السبيل هو المسافرون لا من عزم على السفر . وفي الينابيع ابن السبيل منقطـع الغزاة . وفي كتاب علي بن صالح الجرجاني ابن السبيل هو الذي لا يقدر على ماله في سفره وهو غني ويقدر أن يستقرض فالقرض خير له من قبول الصدقة ، وإن قبلها احـل عمن يعطيه ولا يلزمه الاستقراض لاحتمال عجزه عن الأداء . وفي خزانة الاكمل لا يجب على ابن السبيل أداء زكاته حتى يرجع على ماله ، ولو تصدق غيره بغير أمره فبلغـه فرضي به لم يجزه وبأمره يجوز ، قيل إذا كانت قائمة في يد الفقير ينبغى أن يجوز ، لأن الاجـازة اللاحقة كالوكالة السابقة على ما عرف .

( قال ) أي صاحب الكتاب ( فهذه جهات الزكاة ) أي هذه التي ذكرناها من الاصناف هي جهات الزكاة ، أي مصارفها لا مستحقوها عندنا ( وللمالك أن يدفع إلى كل واحـد منهم ) أي من الاصناف السبعة المذكورة .

( وله ان يقتصر على صنف واحد ) من السبعة ، وهو قول عمر بن الخطـاب وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عباس وحذيفة بن اليمان ومعاذ بن جبل رضى الله عنهم . وبه قال سعيد بن جبير والحسن البصري وابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وأبو العالية وعطاء بن أبي رباح ، واليه ذهب الثوري ومالك وأحمد في ظاهر الرواية وأبو ثور وأبو عبيد ، وعن

وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثـــة من كل صنف ، لأن الاضافة بحرف اللام للاستحقاق، ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق .

---

النخعي إذا كان المال كثيراً يحتمل قسمته على الاصناف قسمة عليهم ، وإن كان قليـــلا صرف إلى صنف واحد .

( وقال الشافعي لا تجوز إلا أن يصرف إلى ثلاثة من كل صنف ) فيكون واحـــداً وعشرين نفساً ، وكذا صدقة الفطر وخمس الزكاة . وقال الشافعي « رض » إلا العاملين عليها ، فإنه يجوز أن يكون العامل واحداً ، فإن فرق زكاته بنفسه أو بوكيـــله سقط نصيب العامل ، فيفرق الباقي على سبعة أصناف أحد وعشرون نفساً ان وجدوا ، حتى لو ترك واحداً منهم ضمن نصيبه وهو قول عكرمة وداود الظاهري . وقـــال الاصطخري تصرف صدقة الفطر الى ثلاثة من الفقراء لقلتها واختاره الروياني في الحلية ( لأن الاضافة بحرف اللام للاستحقاق ) أي لأن اضافـــة الصدقات اليهم بحرف اللام تقتضي الملك إذا أضيف به إلى من يصح منه الملك كقولك المال لزيد ، فإن أوصى بثلث مـــاله إلى هؤلاء الأصناف لم يجز حرمان بعضهم ، فكذلك في أمر الشرع .

( ولنا ان الإضافة ) أي إضافة الصدقات اليهم ( لبيان انهم مصارف ) وأن تصير العاقبة لهم ( لا لإثبات الاستحقاق ) لأن المجهول لا يصلح مستحقاً ، واللام للاختصاص لا للملك ، كما يقال الجـــل للفرس ولا ملك له ، وكان المراد اختصاصهم بالصرف اليهم ، ومعاني اللام ترتقي إلى اكثر من عشرة ، ولكن أصلها للاختصاص ، ولم يذكر الزمخشري في المفصل غير الاختصاص لعمومه ، فقال اللام للاختصاص كقولك المـــال لزيد والسرج للدابة ، واللام في الآية للاختصاص ، يعني انهم مختصون بالزكاة ، ولا تكون لغـــيرهم كقولهم الخلافة لقريش ، والسقاية لبني هاشم ، أي لا يوجد ذلك في غيرهم ولا يلزم أن تكون مملوكة لهم ، فتكون اللام لبيان محل صرفها ، وأيضاً الفقراء والمساكين لا يحصون لكثرتهم فكانوا مجهولين ، والتمليك من المجهول محال .

قال النووي رحمه الله لو كان في اكثر من ثلاثة من الصنف لا يثبت ملكهم ولاينتقل

وهذا لما عرف أن الزكاة حق الله تعالى ، وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالى باختلاف جهاته ، والذي ذهبنا إليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما

---

إلى ورثتهم بموتهم ، فدل على عدم الملك فبطل دعواهم ان اللام للملك بخلاف الثلاثة عندهم وايضاً قوله تعالى ﴿ وفي الرقاب وفي سبيل الله ﴾ ٦٠ التوبة ، كاللام فيهما ، فإذا حمل عليه على الاختصاص استقام الجميع ولا يستقيم الملك في الطرق ، وهذا مكشوف بين ، وايضاً انهم قالوا يجوز للامام أن يدفع صدقة الرجل الواحد واكثر الى فقير واحد ، والإمام يقوم مقام رب المال في التصرف فابطلوا لام الملك والعدد ولم يستوعبوا أعاد الصنف الواحد أيضاً . قال الشيخ شهاب الدين رحمه الله ابن العراقي وهذه الصورة هو مذهب في الملك . وقال ابن عباس رضى الله عنه المراد في الآية بيان المصارف قال انما صرفت الى أحد من الافراد كما ان الله تعالى أمرنا باستقبال القبلة في الصلاة ، فإذا استقبلت جزءاً منها كنت ممتثلاً للامر .

( وهذا ) أي ما ذكرنا أن الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق ( لما عرف ان الزكاة حق الله تعالى ) لأنها عبادة ولا يستحقها إلا الله تعالى ( وبعلة الفقر صاروا مصارف ) أي بعلة الفقر والاحتياج صارت الاصناف المذكورة مصارف للزكاة ، لأن الله تعالى ذكرهم بأوصاف تنبىء عن الحاجة ( فلا يبالى ) على صيغة المجهول ، أى فلا يلتفت ولا يحملهم ( باختلاف جهاته ) أى بسبب اختلاف جهات المصرف ، وانما ذكر الضمير لأنه يرجع إلى المصرف الذي يدل عليه لفظ المصارف .

( والذي ذهبنا اليه ) أى من الاقتصار على صنف واحد في دفع الصدقات ( مروي عن عمر وابن عباس « رض» ) أما المروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأخرجه الطبري في تفسيره من حديث الليث عن عطاء انه قال ﴿ انما الصدقات للفقراء ﴾ ٦٠ التوبة الآية ، قال ايما صنف أعطيته من هذا أجزأ ، وأخرجه عن حفص عن الليث عن عطاء عن عمر انه كان يأخذ الفرض في الصدقة ويجعله في صنف واحد .

واما المروي عن ابن عباس فأخرجه الطبرى ايضاً عن عمر بن عيينة عن عطاء عن

سعيد بن جبير عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿ انما الصدقات للفقراء والمساكين ﴾ الآية ، قال في أى صنف وصنفه اجزاك ، وقاله الامام الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي جمله ما يجيء ويجمع في بيت المال من الاموال أربعة أنواع ، نوع منها الصدقات ، وهي زكاة السوائم والعشور وما أخذه العاشر من المسلمين الذين يمرون عليه من التجار .

ونوع آخر ما أخذ من خمس الغنائم والمعدن والركاز ويصرف في هذين النوعين في الاصناف التي ذكرها الله تعالى في كتابه ، وهو قوله ﴿ انما الصدقات للفقراء ﴾ ٦٠ التوبة الآية ، وهو قوله تعالى ﴿ واعلموا انما غنمتم من شيء ﴾ ٤١ الانفال الآية ، ففي الآية الأولى بيان مصرف السبعة ، وفي الآية الثانية ما ذكره الله فيها سهم الله تعالى ورسوله واحد ، لأن ذكر الله تعالى للتبرك ، وسهم رسول الله سقط بموته ، وسهم ذوى القربى ساقط عندنا ، وهم قرابة رسول الله ﷺ فيصرف اليوم إلى ثلاثة أصناف ، اليتامى والمساكين وابن السبيل ، وعند الشافعي « رض » سهم ذوى القربى ثابت .

والنوع الثالث : هو الخراج والجزية وما صولح عليه مع بني نجران من الحلل ، ومع بني تغلب من الصدقة المضاعفة ، وما أخذ العاشر من المستأمن من أهل الحرب ، وما أخذ من تجار أهل الذمة ، تصرف هذه في عمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكرى الانهار العظام التي لا ملك لأحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ويصرف إلى أرزاق القضاة وارزاق الولاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وأرزاق المقاتلة ويصرف إلى رصد الطريق في دار الإسلام عن اللصوص وقطاع الطريق .

والنوع الرابع : ما أخذ من تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثاً ، أو ترك زوجاً أو زوجة ، فيصرف هذا نفقة المرضى في أدويتهم وعلاجهم وهم فقراء ، وكفن الموتى الذين لا مال لهم ونفقة اللقيط ، وعقل جناية ، ونفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من يقضي عليه في نفقته وما أشبه ذلك ، فيجب على الأئمة والسلاطين والولاة إيصال الحقوق إلى أربابها ، فأن لا يحبسوها عنهم على ما يرون من تفضيل وتسوية من غير ميل في ذلك إلى هوى ، ولا يحل لهم منا الا مقدار ما يكفيهم ويكفي أعوانهم بالمعروف

ولا يجوز أن تدفع الزكاة إلى ذمي ، لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم ، قال ويدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة . وقال الشافعي « رح » لا يدفع وهو

---

وإن قصروا في ذلك عليهم وصاروا ظلمة مفسدين .

( ولا يجوز ان تدفع الزكاة إلى ذمي ) وقال زفر رحمه الله الإسلام ليس بشرط في صرف الزكاة وغيرها ، وقال الزهري وابن شبرمة يجوز دفعها إلى الذمي ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لمعاذ رضي الله عنه خذهامن اغنيائهم وردها في فقرائهم ) أي خذ الزكاة ، والخطاب لمعاذ بن جبل ، وأخرج الأئمة الستة حديث معاذ من حديث ابن عباس ان النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن ... الحديث مشهور ، وفيه ان افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من اغنيائهم وترد على فقرائهم . قوله - خذها من اغنيائهم - أي من أغنياء المسلمين ، هذا بالاجماع ، لأن الزكاة لا تجب على الكافر ، وكذا الضمير في فقرائهم يرجع إلى المسلمين لئلا يحل لهم العظم . وقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه انه لا يجوز دفع الزكاة إلى دمي ، ويجوز صرف صدقة الفطر والنذور والكفارات اليهم .

وجوز دفـــع صدقة الفطر إلى الرهبان عمر بن شرحبيل ومرة الهمداني . وعن أبي يوسف رحمه الله ثلاث روايات فيها، والأصح انه لا يجوز دفع الصدقة اليهم إلا التطوع وبالمنع قال مالك والشافعي ، وأما الحربي فلا يجوز دفع صدقة ما اليه بالاجمـــاع حتى التطوع ، وفي خزانة الاكمل يجوز صرف صدقة الفطر وصدقة النذر إلى أهل الذمة، وأما الكفارات فلا .

( قال ويدفع اليه ) أي إلى الذمي ( مـــا سوى ذلك من الصدقة ) أراد به صدقـــة الفطر والنذور والكفارات كما ذكرنا .

فإن قلت لم لا يجوز دفع الزكاة إلى الذمي كما ذهب اليه زفر لعموم النص ، ولايجوز الزيادة عليه بخبر الواحد ، قلت هذا خبر مشهور تلقته الأئمة بالقبول ، فجاز الزيادة به .

( وقال الشافعي رحمه الله لا يدفع ) أي ما سوى ذلك من الصدقة إلى الذمي ( وهو

**رواية عن أبي يوسف « رح » اعتباراً بالزكاة . ولنا قوله عليه السلام تصدقوا على أهل الأديان كلها . ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكاة**

---

رواية عن أبي يوسف رحمه الله ) أي قول الشافعي بالمنع رواية عن أبي يوسف (اعتباراً بالزكاة ) بان يقال هذه صدقة واجبة ، فلا يجوز دفعها إلى الذمي كالزكاة .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( تصدقوا على أهل الأديان كلها ) هذا حديث مرسل - رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا جرير بن عبد الحميد عن أشعث عن جعفر عن سعيد بن جبل قال قال رسول الله ﷺ لا تصدقوا إلا على اهل دينكم ، فأنزل الله تعالى ﴿ ليس عليك هداهم ﴾ إلى قوله ﴿ وما تنفقوا من خير يوف اليكم ﴾ ٢٧٢ البقرة فقال رسول الله ﷺ تصدقوا على أهل الأديان والحربي والمستأمن خرجاً منه ، لقوله تعالى ﴿ انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم ﴾ ٩ الممتحنة الآية ، وبالاجماع فبقي أهل الذمة داخلاً فيه .

فإن قلت هذا الحديث لا يقبل التخصيص لقطع الاحتمال بلفظ الكل . قلت لفظ الكل تأكيد للأديان لا للاهل ، فبقي فيه احتمال فيجوز تخصيصه .

( ولولا حديث معاذ رضي الله عنه لقلنا بالجواز في الزكاة ) لاطلاق الآية ، كما قال زفر رحمه الله ، فلولا حديث معاذ جواب عن الثاني ولم يجب عن الأول ، وجوابه ما ذكرناه ، لأنه مخصوص في حق الحربي والمستأمن بقوله ﴿ انما ينهاكم الله عن الذين ﴾ .. الآية قيل فيه نظر ، لأنه لحقه بيان التقرير وهو يمنع الخصوص ، وأجيب بما ذكرنا ان كلمة كل لتأكيد الاديان ، لا لتأكيد الأهل ، قيل فيه غموض ، ولئن سلمناه ولكن يقتضي أن يكون التخصيص مقارناً عندنا وليس بثابت ، على ان في الآية النهى عن التوالي لا عن البر ، فلا يكون التعلق بالصدقة ، قيل في صدر الجواب نحن أمرنا بقتالهم بآيات القتال فإن كان شيء منها متأخراً عن هذا الحديث كان ناسخاً في حقهم ، وإلا لم يبق الحديث معمولاً به في حقهم لأن التصدق عليهم رحمة لهم ومؤاساة ، وهي منافية لمقتضى الآية

ولا يبني بهـــا مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ، ولا يقضى بها دين ميت ، لأن قضاء دين الغــــير لا يقتضي التمليك منه

---

وليس في مرتبتها ، وسقط العمل في حقهم ، ويبقى معمولا به في حق أهل الذمة عملا بالدليل بقدر الامكان .

( ولا يبنى بها مسجد ) أي لا يبنى بالزكاة مسجد ، لأن الركن في الزكاة التمليك من الفقير ولم يوجد ( ولا يكفن بهـا ميت لانعدام التمليك ) من الميت ( وهو الركن ) وكذا لا تبنى بهـا القناطر والسقايات ، ولا يحفر بهـا الآبار ، ولا تصرف في اصلاح الطرقات وسد الثغور والحج والجهاد ونحو ذلك مما لا يملك فيه .

فإن قلت روى أنس والحسن رضي الله عنهما ما اعطيت من الجسور والطريق صدقة ماضية . قلت هذا وهم عليهما ، وليس مرادهما عمارة الجسور والطريق ، بل معناه اعطاء الزكاة لمن يبني الجسور والطريق من العشار الذي يقيمهم السلطـــان لأخذهم الزكاة والعشور ، وان ذلـــك يسقط الفرض ، ووجه الوهم انما قال اعطيت من الجسور والطريق ، ولم يقولا في الجسور . كذا في كتاب أبي عبيد ، وقـد أصلحه بعض من نظر فيه فضرب على من والحق في ليستقيم الكلام على المعنى الذي توهمه ، ولم يعلم ان الرواية صواب ، وانما الوهم في معناها .

( ولا يقضى بها دين ميت لأن قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه ) أي من الغير ، بدليل ان الدائن والمديون إذا تصارفا على ان لا دين بينهما ، وللمؤدى أن يسترد المقبوض من القابض فلم يصر هو ملكاً للقابض ، وانما قيده بقوله دين ميت ، فإنه لو قضى بها دين حي بأمره يجوز ، وتقع الزكاة كأنه تصدق على المديون ، والقابض وكيل في قبض الصدقة كذا في شرح الطحاوى رحمه الله ، وكذا الولوالجي لو أمر فقيراً بقبض دين له من زكاة ماله جاز ، لأنه قبض عيناً والعين تجوز عن العين والدين جميعاً . أما لو تصدق بمـــال على الذي هو له عليه دين وهو فقير جاز عن ذلك ، ولم يجز عن العين ، لأن الوجه الأول أدى المال قبض الناقص عن الناقص فيجوز ، وفي الوجه الثاني أدى الناقص عن الكامل فـــلا يجوز . وقال أبو ثور وابن حبيب من المالكية يقضي بها دين الميت ، وجعلاه من الغانمين ،

لا سيا من الميت ولا تشترى بها رقبة تعتق، خلافاً لمالك «رح»
حيث ذهب إليه في تأويل قوله تعالى ﴿وفي الرقاب﴾. ولنا ان الاعتاق
اسقاط الملك وليس بتمليك . ولا تدفع إلى غني

---

والصحيح ما ذكرناه ، وبه قال الثوري ومالك والشافعي وأحمد ( لا سيا من الميت ) كان في نسخة الاترازي وقع سيا بدون لا ، فقال هذا على خلاف استعمال العرب ، لأن قياس كلامهم أن يقال لا سيا وهي من كلمات الاستثناء ، قال صاحب المقتصد أما لا سيا فله وجهان ، أحدهما أن يقول كما في القوم لا سيا زائدة فيجر وتجعل ما زائدة، كأنك قلت لا سي زيد بمنزلة لا مثل زيد

والوجه الثاني : أن تقول لا سيا زيد فتجعل ما بمعنى الذي ، وزيد خبر مبتدأ محذوف كأنك قلت لا سي الذي هو زيد ، وقيل الجر بعد لا سيا كثير ، والرفع قليل ، وقد يجوز النصب وهو الأقل ، انتهى . وقال الميداني رحمه الله في كتاب الهادي للسادى ان لا سيا كلمة تخصيص ، أي أخص ما يذكر بعده إذا قلت اكرمني الناس ،لا سيا زيد أي خاصة زيد .

( ولا يشترى بها ) أي بالزكاة ( رقبة تعتق ، خلافاً لمالك حيث ذهب اليه ) أي إلى جواز شراء العبد بالزكاة لأن يعتق به ، قال اسحاق وأبو ثور وعبدالله بن الحسن العنبري ، ورواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه ( في تأويل قوله تعالى ﴿ وفي الرقاب ﴾ ) أو لأنه قال يشترى بمملوك فيعتق ، لأن لفظ الرقاب يقتضي ذلك .

( ولنا أن الأعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ) لأن التمليك ركن ، لأنه الأصل في دفع الزكاة . فإن قلت انتم جعلتم اللام في الآية للعاقبة ودعوى التمليك بدلالة اللام فلم تبق إلا دعوى مجردة . قلت معنى جعل اللام للعاقبة ان المقبوض يصير ملكاً لهم في العاقبة ثم يحصل لهم الملك بدلالة اللام فلم تبق دعوى مجردة

( ولأن يدفع شيء منها ) أي الزكاة ( إلى غني ) أي الذي يملك النصاب ، لأن الغني ثلاثة أنواع . أحدها : الغني الذي يتعلق به وجوب الزكاة وهو ان يملك نصاباً من المال النامي الفاضل عن حاجته . الثاني الغنى الذي تحرم له الصدقة وتجب به الفطرة

والأضحية وهو ان يملك ما يساوي مائتي درهم فاضلاً عن ثيابه وثياب أهل بيته وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه . والثالث : الغني الذي يحرم له السؤال وعليه العامة ، وفي العين عن أحمد روايتان في الغنى المانع من أخـذ الزكاة ، أظهرهما مالك خمسين درهما أو قيمتها من الذهب ، وان لم يقل بكفايته . وفي شرح الهداية لأبي الخطاب روي ذلك عن علي وابن مسعود وسعد بن أبي وقاص والنخعي والثوري وابن المبارك وابن جني وابن راهويه.

والروايه الثانية : والغنى المحرم لأخذ الزكاة ما يحصل به كفاية الانسان حتى لو كان محتاجاً حلت له الصدقة وإن كان يملك نصاباً ، وهو قول الشافعي « رض » ، وفي رواية عن مالك وعندنا ملك النصاب الذى يصير به غنياً على ما ذكرته ، وهو قول ابن شبرمة ورواية المغيرة عن مالك ، والتقدير بالحاجه مع ملك النصاب ضعيف إذ لا ضابطة للحاجة ولم يرد به شرع والنصاب ضابط شرعي لأن الغني دافع لا آخذ . وقال الحسن البصري وأبو عبيد الغني من ملك أوقيـة وهي اربعون درهما ، وعن محمد رحمه الله لو كان للرجل دار تساوى عشرة آلاف درهم ليس فيها من فضل على سكناه يحل له أخذ الزكاة ، وان فضل فيها عن ذلك ما يساوى مائتي درهم لا تحل له ولو كانت صيغة علتها لا تفضل عنه وعن عياله لا تحل له الزكاة عندهما وعند محمد رحمه الله تحل له لأنها مشغولة بحاجة ويشق عليه بيعها ، ولو كان له فيها للحرافة لا تحل له الزكاة عندهما. وعند محمد رحمه الله تحل لأنه تبع الضيعة .

وفي فتاوى الفضل قيل لرجل كيف حالك ، قال انا غني عند أبي يوسف فقير عند محمد رحمه الله ، هذا رجل ملك داراً وحوانيت تساوى ألوفاً ، لكن لا تكفي غلتها لقوته وقوت عياله ، عند أبي يوسف رحمه الله غني لا تحل له الصدقة ، وعند محمد فقير تحل له الصدقة ، وعن الحسن البصري وان كانت الصدقة تحل للرجل وله دار وخادم وسلاح يساوى عشرة آلاف درهم عن بيعها ، وفي المرغيناني لو كان له كسوة ثياباً لا يحتاج اليها في الصيف لا تحل له الزكاة عند أبى يوسف ، وقياس هذا لا تحل له الزكاة إذا كان له طعام سنة يبلغ نصاباً ، وهو خلاف المشهور ، وفي المحيط

وجوامع الفقه لو زاد على طعام شهر يبلغ مائتي درهم لا تحــل له الصدقة ، وذلك وفي الذخيرة هــذا قول المشايخ ، واختاره الصدر الشهيد ، وبعض المشايخ اعتبر ما زاد على السنة .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا تحل الصدقة لغني ) هــذا الحــديث روي عن جماعة من الصحابة « رض » فمن عبدالله بن عمر أخرجه أبو داود والترمذي عن النبي ﷺ قال لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوى ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه النسائي وابن ماجة قال ، قال النبي ﷺ إن الصدقة لا تحل لغني ولا لذي مرة سوى ، وأخرجه ابن حبان ايضاً . وعن حسين بن حبارة قال أخرجه الترمذي قال سمعت رسول الله ﷺ في حجة الوداع وهو واقف بعرفة ... الحديث،وفيه ان المسألة لا تحل لغني ولا لذي مرة سوى إلا لذي فقر موقــع أو عزم ، وانفرد به الترمذي .

وعن جابر أخرجه الطبراني في الاوسط ان رسول الله ﷺ قــال من سأل وهو غني عن المسألة يحشر يوم القيامة وهو خموش ، وعن الوازع بن نافع عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله قال جاءت رجل صدقة رسول الله ﷺ صدقة قد تركه ، فقال انها لا تصلح لغني ولا لصحيح سوى ولا لعامل قوى . وقال ابن حبان الوازع بن نافع يروي الموضوعات عن الثقات على قلة رواية .

وعن طلحة بن عبدالله أخرجه أبو يعلى الموصلي قال النبي ﷺ لا تحــل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوى، ضعيف . وعن عبد الرحمن بن أبي بكر رضى الله عنه أخرجــه الطبراني في معجمه نحو حديث طلحة ، وعن ابن عمر رضي الله عنه أخرجه ابن عدى في الكامل نحوه وهو ضعيف ، وعن أنس رضى الله عنه أخرجه أبو داود وابن ماجــة أن رجلا من الأنصار أتى النبي ﷺ يسأله فقال أما في بيتك شيء ، قــال بلى حلس يلبس بعضه ويبسط بعضه وقعب نشرب فيــه الماء .. الحديث ، وفيه ان المسألة لا تصلح إلا لثلاثة ، لذي فقر مدقع ولذي عزم مفضع ولذي دم موجع.

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أخرجه تمام في فوائده من حديث مسروق قال قال رسول الله ﷺ من سأل الناس لبروا ماله فانما هو رضخ من النار يلتقمه ، فمن شاء فليفعل ، ومن شاء فليكثر ، وفيه يحيى بن السلمي ضعيف صالح مروره ، وعن عمران بن حصين أخرجه أحمد والدارمي من رواية الحسن عنه قال قال رسول الله ﷺ مسألة الغني سنين في وجهه يوم القيامة ، وعن ثوبان أخرجه أحمد والبزار والطبراني من رواية معدان ابن أبي ثوبان عن النبى ﷺ قال من سأل مسألة وهو عنها غني كانت شيئاً في وجهه يوم القيامة ، واسناده صحيح ، وعن مسعود بن عمر وأخرجه البزار والطبراني في الكبير باسنادهما عنه قال قال النبي ﷺ لا يزال العبد يسأل وهو غني حتى يخلق وجهه فلا يكون له عند الله وجه .

وعن رجل من بني هلال رواه أحمد من روايه بني زميل ، قال حدثني رجل من بني هلال قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تحل المسألة لغني ولا لذي مرة سوى. وعن رجلين غير مسميين أخرجه أبو داود والنسائي من رواية عبيد الله بن عدى بن الخيار قال أخبرني رجلان انهما أتيا النبي ﷺ في حجة الوداع وهو يقسم الصدقة . فسألاه منها فرفع فينا البصر وخفضه فرآنا جلدين ، فقال ان شئتما اعطينا كما ولاحظ فيها لغني ولا لقوي بكسب ، انتهى . المرة بكسر الميم القوة والشدة وعنه قوله تعالى في وصف جبريل عليه الصلاة والسلام ﴿ذو مرة فاستوى﴾ ٦ النجم ، والسوى الصحيح الاعضاء — ومدفع — بضم الميم وسكون الدال المهملة وكسر الفاء وبعين مهملة هو الشديد وهو المدفعا وهو التراب ، ومعناه يقضي بصاحبه إلى الدفعا والغوم راشي لازم له ومفضع بضم الميم وكسر الضاد المعجمة وهو الشديد الشنيع . قوله — لذي دم — بالدال المهملة وتخفيف و — موجع — بكسر الجيم وهو ما وجب عند العاقلة يحتمله من الدية .

( وهو باطلاق حجة علي الشافعي في غني الغزاة ) فإنه يجوز دفع الزكاة إلى الغازي وإن كان غنياً ، فان قلت خص منه العامل الغني حيث يحل له أخذ الصدقة ، وابن السبيل الذي له مال كثير في بيته ، قلت لا نسلم التخصيص لأن الذي يأخذه العامل أجرة

وكذا حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه على ماروينا . قال ولا يدفع المزكي زكاة ماله إلى أبيه وجده وإن علا ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل ، لأن منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا إلى امرأته للاشتراك في المنافع عادة .

---

عمله لا باعتبار انه صدقة ، وإن الذي يأخذه ابن السبيل باعتبار انه فقير في هذه الحالة .

فإن قلت جاء في حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ لا تحل الصدقة لغني إلا في سبيل الله وابن السبيل أو جار فقير تصدق عليه فهدى لك أو يدعوك لما ناله ، فهذا بدل لما قاله . قلت معناه الغني بكسبه ، أي المستغني بكسبه عن السؤال ، فإنه ان استغنى بالكسب لا تحل له الصدقة إلا إذا كان غازياً فتحل له بالجهاد عن الكسب .

( وكذا حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه على ما روينا ) أي وكذا حديث معاذ بن جبل حجة عليه وقد مر .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا يدفع المزكي زكاته إلى أبيه وجده وإن علا ، ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل ) وكذا لا يدفع اليهم عشرة وسائر واجباته بخلاف الركاز إذا وجده له أن يعطي خمسة من هو من أهل الحاجة منهم ، ولو بقي أم ولده لم يعطه وكذا أخوه المخلوق من مائه بالزنا ( لأن منافع الاملاك بينهم متصلة ) حتى ينتفع احدهما بمال الآخر ، ولهذا لم تقبل شهادة البعض للبعض ، فكان أنه موف اليهم صدقاً إلى نفسه من وجه ( فلا يتحقق التمليك على الكمال ) فالشرط التمليك الكامل ( ولا إلى امرأته ) أي ولا يدفع المزكي زكاته إلى امرأته ( للاشتراك في المنافع عادة ) قال الله تعالى ﴿ ووجدك عائلاً فأغنى ﴾ ٨ الضحى ، قيل أي بمال خديجة « رض » وسواء كانت امرأته في عدة رجعي او بائن بواحدة أو بثلاث ، ولو تزوجت امرأة الغائب فولدت اولاداً قال أبو حنيفة « رض » الاولاد من الغائب ، ومع هذا يجوز دفع الزكاة اليهم لا شهادة الاولاد له ، ذكره الإمام التمرتاشي رحمه الله . وفي المبسوط وعند الشافعي رضي الله

ولا تدفع المرأة إلى زوجها عند ابي حنيفة لما ذكرنا . وقالا تدفع إليه لقوله عليه السلام لـــك أجران أجر الصدقــــة وأجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود رضي الله عنهما

---

تعالى عنه يجزئه اذا دفعها إلى امرأته لأنه لا حرمة بينهما ، وتجوز شهادته لها عنده ، وفي المجتبي وهذا قول مسند والمشهور عن الشافعي انه لا يجوز .

وفي الاسبيجابي وأما الأخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخـــالات وأولادهم فلا بأس بدفع الزكاة اليهم ، وذكر الزندويسي ان الافضل في مصرف زكاة المال إلى هؤلاء السبعة ، أخوته واخواته الفقراء ، ثم اولادهم ثم أعمامه وعماته الفقراء، ثم اخواله وخالاته الفقراء ، ثم ذوو أرحامهم ثم جيرانه ثم أهل سكته ثم أهل مصره .

( ولا تدفع المرأة ) أي الزكاة ( إلى زوجها عند أبي حنيفة « رض » لما ذكرنا ) أي للاشتراك في المنافع ، وبه قال مالك وأحمد ، واختاره الخرقي وأبو بكر من الحنـــابلة ( وقالا تدفع اليه ) أي وقال أبو يوسف ومحمد رضى الله عنهما تدفع المرأة زكاتها إلى زوجها وبه قال الشافعي وأشهب من المالكية ، وقال القرافي كره الشافعي وأشهب، قلت حكى النووي ان زوجها أفضل عند الشافعي ( لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ ( لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود) هذا الحديث أخرجه مسلم وأخرجه الجماعة إلا أبا داود عن زينب امــــرأة عبدالله بن مسعود قالت قال رسول الله ﷺ يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن ، قالت فرجعت إلى عبدالله فقلت انك رجل خفيف ذات اليد ، وإن رسول الله ﷺ قد أمرنا بالصدقة ، فإنه (١) فاسأله فإن كان يجزىء لك عني وإلا صرفتها إلى غير ذلك، قالت فقال لي عبدالله بل آتيه أنت فانطلقت فإذا امرأة من الانصار بباب رسول الله ﷺ حاجتي حاجتها ، قالت وكان رسول الله ﷺ قد اكفى عليه النهابة ، قالت فخرج بلال رضى الله عنه فقلنا له أخبر رسول الله ﷺ ان امرأتين بالباب يسألانك أتجزىء الصدقة عنها على ازواجهما وعلى أيتام في حجورهما ولا

---

(١) ربما الأصح هنا — فاذهب فاسأله — اهـ مصححه .

وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع إلى مدبره ومكاتبه وأم ولده لفقـــدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده ، وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك

---

تخبر من نحن ، قالت فدخل بلال فسأل رسول الله ﷺ فقال من هما فقال امرأة من الأنصار وزينب ، قال أي الزيانب قال امرأة عبدالله بن مسعود ، فقال رسول الله ﷺ لهما أجران أجر القرابة وأجر الصلاة (١) واسم امرأة ابن مسعود زينب وهي بنت عبدالله بن معاوية الثقفية ، ويقال اسمها رابطة ، ويقال ربطة ، ويقال اسمها زينب وربطة لقب لها ، وقيل ربطة زوجة أخرى لابن مسعود وهي أم ولده ذكرها ابن الأثير في الصحابيات . وقال الطحاوي ورابطة هذه هي زينب امرأة عبدالله ولا نعلم ان عبدالله كانت له امرأة غيرها في زمن رسول الله ﷺ .

( وقد سألته عن الصدقة على زوجها ) أي والحال ان امرأة ابن مسعود سألت النبي ﷺ عن التصدق على ابن مسعود ( قلنا هو محمول على النافلة ) هـــذا جواب عن حديث زينب ، وهو انه محمول على صدقة التطوع ، ألا ترى انها سألت عما كانت تنفق على عبدالله وأيتام لها في حجرها ، ومعلوم ان صدقة المحص إذا كانت فريضة فلا يجوز صرفهـــا في ولده ، فعلم بذلك انها كانت نافلة.

( قال ولا يدفع إلى مكاتبه ) أي ولا يدفع زكاته إلى مكاتبه وبه قـــال الثوري والشافعي وجمهور العلماء ، لأن كسب المكاتب موقوف على سيده ، فلم يوجد الاخراج الصحيح ، وإذا دفع إلى مكاتب غيره وإن كان مولاه غنياً ، لأن اداء الزكاة إلى الغني يجوز ، وفي الجملة كالعامل الغني وابن السبيل إذا كان له مال في وطنه ( وأم ولده ) لقيام الملك فيها ، ولهذا يحل وطؤها وانما يحرم بيعها ( ومدبره ) سواء كان مقيداً أو مطلقـــاً لقيام الملك فيه ، ولهذا يجوز عتقه ، وهذا التعليل يرجع إلى الكل ( لفقدان التمليـــك أو كسب المملوك لسيده ، وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ) وهـــذا التعليل يرجع إلى الكل .

---

(١) الصلة — هامش.

ولا إلى عبد قد أعتق بعضه عند أبي حنيفة « رح » ، لأنـــه بمنزلة المكاتب عنده ، وقالا يدفع إليه لأنه حر مديون عندهما ، ولا يدفع إلى مملوك غني ، لأن الملك واقع لمولاه

---

( ولا إلى عبد قد اعتق بعضه عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه بمنزلة المكاتب عنده) إن كانت الرواية بضم الهمزة على ما لم يسم فاعله فصورته إذا رهن عبد ثم أعتقه الراهن وهو معسر فهذا العبد يسعى والمستسعى عنده كالمكاتب ، فلو أدى الراهن زكاته اليه لا يجوز عنده ، لأنه عدى إلى مكاتبه ، وهو محمول على ما إذا أعسر بعد وجوب الزكاة عليه ، وقال السروجي يؤخذ على صاحب الحواشي في حـــكمين فيه ، الأول : كون المستسعى عنده كالمكاتب ليس على الاطلاق ، فتارة يكون حكمه حكم المكاتب عنده . إلا انه لا يرد إلى الرق للعجز ، وتارة يكون حراً وهو يسعى بالاتفاق ، وهذا في مسائل ذكرها في زيادات قاضي خان رحمه الله.

منها إذا قال المولى لأمته أعتقتك على ان تزوجيني نفسك ،فقبلت عتقت ، فإن أبت تسعى في قيمتها وهي حرة بالاتفاق وفيما إذا أعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يسعى في قيمته وهو حر بالاتفاق .

والحكم الثـــاني : وهو قوله – إذا أعتق الراهن العبد المرهون يسعي وهو عنده كالمكاتب عنده – بل هذا غلط بل يسعى وهو حر

( وقالا يدفع اليه لأنه حر مديون عندهما ) وفي الكافي هذا لا يستقيم على قولهما، لأنه لو أعتق نصف عبده يعتق كله بلا سعاية ،وانما يستقيم على قولهما إذا اعتق احدالشريكين نصيبه وهو معسر فحينئذ عندهما حر مديون ، قيل في جوابه هـــذا أبعد عرصة كونه مديوناً لأنه خرج عن الرق ، وليس له شيء ولا يتهيأ له كسب في الحال ، فلا بد من لحوق الدين غالباً وهو غير قوي ( ولا يدفع إلى مملوك غني ) باضافة المملوك إلى الغني ، أي مملوك رجل غني ( لأن الملك واقع لمولاه ) لأن العبد لا يملك شيئاً ، ولا بد من قيد إلى مملوك غني غير مكاتبه ، وفي التحفـة لا يجوز إلى مملوكه اذا لم يكن عليـه دين كدين

ولا إلى ولد غني اذا كان صغيراً ، لأنه يعد غنياً بمال أبيه ، بخلاف ما اذا كان كبيراً فقيراً ، لأنه لا يعـــد غنياً بيسار أبيه وإن كانت نفقته عليه ، بخلاف امرأة الغني لأنها وإن كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار زوجها وبقدر النفقة لا تصير تكون موسرة .

---

الاستهلاك أو دين التجارة ، وإن كان مستغرقاً به ينبغي أن يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه لا يملك كسبه عنده ، وكذا لا يجوز دفعها إلى مدبر غني وأم ولده إذا لم يكن عليهما دين مستغرق . وفي الذخيرة إذا كان العبد زمناً وليس في عيال مولاه ولا يجد شيئاً يجوز ، وكذا إذا كان مولاه غائباً ، وان كان غنيا ، يروى عن أبي يوسف .

( ولا إلى ولد غني إذا كان صغيراً ، لأنه يعد غنياً بمال ابيه ) لأنه تجب ولاية الأب ومؤنته . وفي قنية المنية إذا لم يكن للصغير أب وله أم غنية يجوز الدفع اليه ،وفي الذخيرة وذكر في بعض شروح الجامع الصغير إن على قول أبي حنيفة « رض » يجوز الدفـع إلى ولد الغني صغيراً كان أو كبيراً ، وقال صاحباه يجوز في الكبير دون الصغير ( بخلاف ما إذا كان كبيراً فقيراً ، لأنه لا يعد غنياً بيسار أبيه وإن كانت نفقته عليه ) كلمة ان واصلة بما قبلها ، أي وإن كانت نفقة الولد الكبير على الأب بان كان زمنـــاً أو أعمى أو أنثى ( وبخلاف امرأة الغني لأنها إذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقـــدر النفقة لا تكون موسرة ) لأن مقدار النفقة لا يغنيها ، وفي التحفة يجوز الدفع إلى امرأة الغني إذا كانت فقيرة ، وكذلك إلى البنت الكبيرة الفقيرة ، يعني وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن الزوج لا يدفـــع حوائج الزوجة والبنت الكبيرة . وفي الينابيع يجوز دفع الزكاة الى امرأة الغني عند أبي حنيفة رحمه الله .

وقالا إن فرض القاضي النفقة على الزوج لا يجوز ، وقيل قول محمد مع أبي حنيفة وهو الأصح ، وإن لم يفرض القاضي النفقة لما جاز بالاجماع . وانمـــا شرط القضاء بالنفقة على قول أبي يوسف لأن الاستغناء به يتأكد ، لأن قبل القضاء لا يصير ديناً ، كذا في الايضاح . ولو دفع إلى صبي غـــير عاقل فدفعه هو إلى وصيه أو أبيه لا يجزئه من الزكاة ويجوز

ولا تدفع إلى بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني هاشم إن الله تعالى حرم عليكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمـــة .

---

قبض الصغير بنفسه إذا عقل ذلك . ولو دفع إلى المعتوه جاز بخلاف المجنون .

( ولا تدفع إلى بني هاشم) أي ولا تدفع الزكاة إلى بني هاشم . وفي الايضاح الصدقات الواجبات كلها عليهم لا تجوز باجماع الأئمة الاربعة ، وروى أبو عصمة عن أبي حنيفة «رض» انه يجوز دفع الزكاة إلى الهاشمي ، وانما كان لا يجوز في ذلك الوقت لسقوط خمس الخمس، ويجوز النقل بالاجماع . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف انه قال لا بأس بصدقة بني هاشم بعضهم على بعض ولا ادى الصدقة عليهم مواليهم من غـــيرهم . وفي شرح الآثار عـــن أبي حنيفة رحمه الله لا بأس بالصدقات كلهـا على بني هاشم والحرمة للعوض ، وهو خمس الخمس ، فلما سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام حلت لهم الصدقة ، قال الطحاوي وبه نأخذ وفي السفر يجوز الصرف إلى بني هاشم في قوله خلافاً لهما . وفي المبسوط يجوز دفع صدقة التطوع والاوقاف إلى بني هاشم ، وروي عن أبي يوسف ومحمد في النوادر وفي شرح مختصر الكرخي والاسبيجابي والمفيد إذا سموا في الوقف ، وفي الكرخي إذا أطلق الوقف لا يجوز ، لأن حكمهم حكم الاغنياء . وفي الذخيرة الوقف على أقرباء رسول الله ﷺ جائز وإن كانت الصدقة لا تحـــل لهم ، وفي النسفي عن أبي يوسف يجوز صرف صدقـــات الأوقاف إلى الهاشمي إذا سمي في الوقف . وفي شرح التجريد للكردري الصدقة على بني هاشم بطريق الصلة والتبرع . قال بعض أصحابنا تحل ، وقال بعضهم لا تحل . وفي شرح القدوري الصدقة الواجبة كالزكاة والعشر والنذر والكفارات لا تجوز لهم .

( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليـكم غسالة الناس وأوساخهم ، وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة ) هذا الحديث بهـــذا اللفظ غريب ، وروى الطبراني في معجمه من حديث عكرمة ، وروى مسلم في حديث طويل من رواية عبد المطلب وربيعة مرفوعاً أن هذه الصدقات انما هي أوساخ الناس ، وانهـــا لا تحل لمحمد ولا لآل محمد . وروى الطبراني في معجمه من حديث عكرمة عن ابن عباس

بخلاف التطوع ، لأن المال ها هنا كالماء يتدنس باسقاط الفرض ، أما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء. قال وهم آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب وهو مواليهم

---

قال قال رسول الله ﷺ انه لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء ، انما هي غسالة الأيدي وإن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال أخذ الحسن بن علي رضى الله عنهما تمراً من تمر الصدقات ، فقال رسول الله ﷺ كخ كخ ارم بها أما علمت انا لا نأكل الصدقة ، متفق عليه . وكخ كلمة لزجر الصبيان والورع . وقال الداودي هي كلمة عجمية عربتها العرب ، ويروى بفتح الكاف والتنوين ، وفي رواية أبي ذر بكسر الكاف وسكون الخاء ، ويروى بتشديد الخاء ايضاً .

( بخلاف التطوع ) أي يجوز صرف صدقة التطوع إلى بني هاشم ( لأن المال هاهنا كالماء يتدنس بأسقاط الفرض ) أراد ان حكم المال في هذا الباب كحكم الماء ، فإنه يصير مستعملاً بإسقاط الفرض ( أما التطوع ) أي صدقة التطوع ( فبمنزلة التبرد بالماء ) حيث لايتدنس المؤدي به بمنزلة الماء المستعمل ، وفي النفل يتبرع بما ليس عليه فلا يتدنس به المؤدي كمن تبرد بالماء أو تقول الماء في التطهير فوق المال ، لأن المال يطهر حكماً ، والماء حقيقة وحكماً ، فيكون المال مطهراً من وجه دون وجه ، فيجعل متدنساً في الفرض دون النفل عملاً بالشبهين ، واجيب بالوجه الثاني عن اعتراض من يقول بأن التشبيه بالوضوء على الوضوء كان للسبب باعتبار وجود القربة بها .

( قال وهم ) أي بنو هاشم ( آل علي وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب وهو مواليهم ) أي موالي هؤلاء ، اعلم ان العباس والحارث عما النبي ﷺ وجعفر وعقيل اخوان لعلي بن أبي طالب رضى الله عنهم فكلهم ينتسبون إلى أبي هاشم بن عبد مناف ، لأن رسول الله ﷺ هو محمد بن عبدالله بن عبد المطلب بن هاشم ابن عبد مناف وولد أبي طالب عم النبي ﷺ بن عبد المطلب طالباً ولا عقب له، وجعفراً ذا الجناحين قتل يوم مؤتة وعقيلاً وعلياً وأمهم فاطمة بنت أسد بن هشام بن عبد هاشم بن عبد مناف ، وكان بين طالب وعقيل عشر سنين ، وبين عقيل وجعفر عشر سنين

أما هؤلاء فلأنهم ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف،و نسبة القبيلة إليه .
وأما مواليهم فلما روي أن مولى لرسول الله ﷺ سأله أتحل لي الصدقة فقال لا أنت مولانا ،

---

وبين جعفر وعلي عشر سنين ، قال أبو نصر البغدادي وما عدل المذكورين لا تحرم عليهم الزكاة ويقويه قول الاسبيجابي في شرح القدوري انهم كانوا ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف الا من أبطل النص قرابته وهم بنو أبى لهب . وعن أحمد روايتان في بني عبد المطلب . وقال اصبغ هم عشيرة رسول الله ﷺ الاقربون الذين أمروا بانذارهم إلى قصي ، وقيل قريش كلها . وفي الجمال كل من لم ينسب إلى فهر ليس بقرشي ، وان من تقدم هذا فلا يقال انه قرشي ، وفهر أبو قريش ، وقال محمد بن اسحاق قريش هو النضر ، وتابعه عليه أبو عبيدة واكثر الناس . وحكى الطحاوي رحمه الله في معاني القرآن أن ولد المطلب منهم قال ولم أجد ذلك رواية عنهم ، وجعل بني أبي لهب من أهل البيت ، فمقتضى هذا أن تحرم الصدقة عليهم ، وهذا خلاف ما ذكره أبو نصير والاسبيجابي .

(أما هؤلاء) أشار به إلى قوله وهم آل علي إلى آخره (فلأنهم ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف) انهم هاشم عمرو ، وانما سمى هاشماً لأنه هشم التريد [1] لقومه ، واسم عبد مناف المغيرة (ونسبة القبيلة اليه ) أي نسبة قبيلة بني هاشم إلى هاشم بن عبد مناف،ذكر الزبير بن بكار أن العرب ستة طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة ، قالوا كنانة بن خزيمة قبيلة ، وقريش هو النضر بن كنانة عمارة ، وقصي بطن وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة ، والشعب فوق الكل يجميع القبائل ، والقبيلة تجمع العمائر ، والعمارة تجمع البطون ، والبطن تجمع الأفخاذ ، والفخذ يجمع الفصائل ، والشعب مثل مضر وربيعة وحمير ومدحج .

(وأما مواليهم) جمع مولى أي وأما وجه دخول موالي بني هاشم في حكم بني هاشم في حرمة أخذ الصدقات (فلما روي أن مولى رسول الله ﷺ سأله أتحل لي الصدقة ،فقال لا أنت مولانا)

---

(١) هكذا في الأصل بالتاء المثناة الفوقية والراء بعدها ياء مثناة تحتية آخرها دال مهملة ، اهـ مصححه .

بخلاف ما اذا أعتق القرشي عبداً نصرانياً حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لأن القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة

---

هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن شعبة عن الحكم بن عيينة عن ابن ابي رافع مولى رسول الله ﷺ ان النبي ﷺ بعث رجلاً من بنى مخزوم على الصدقة ، فقال لأبي رافع اصحبني ، فإنك (٢) نصيب منها ، فقال لا حق آتى رسول الله ﷺ فسأله ، فأتاه فسأله فقال مولى القوم من نفسهم ، وانا لا تحل لنا الصدقة . وقال الترمذي هذا حديث صحيح ، وأخرجه احمد في مسنده والحاكم في مستدركه ، واسم ابن أبي رافع عبدالله واسم أبي رافع أسلم وقيل ابراهيم وقيل ثابت وقيل هرمز ، وكان كاتب علي رضى الله عنه قوله رجلاً من بني مخزوم هو الارقم بن أبي الارقم القرشي المخزومي بين ذلك النسائي والخطب كان من المهاجرين الأولين وكنيته أبو عبدالله وهو الذي استخفى رسول الله ﷺ في داره بمكة في اسفل الصفا حتى كملوا اربعين رجلاً آخرهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهي الدار التي تعرف بالخيزران قوله – أتحل لنا الصدقة – الهمزة فيه للاستفهام على وجه الاستخبار ، والمراد بالصدقة الزكاة ، وللشافعي في الموالى وجهان احدهما مثل مذهبنا ، وفي وجه لا تدفع .

( بخلاف ما إذا اعتق القرشي عبداً نصرانياً حيث تؤخذ منه الجزية ، ويعتبر حال المعتق ) بفتح التاء ، هذا جواب عن سؤال مقدر ، بيانه ان يقال كيف ألحق موالي بني هاشم بهم في حرمة الصدقة ، ولم يلحق مولى القرشى في منع أخذ الجزية ، إذ لا يجوز وضع الجزية على القرشي ، ويجوز وضعها على عبده النصراني إذا أعتقه ، فقال في جوابه بخلاف ما إذا اعتق ... الخ ، وحاصله أن القياس ان يعتبر حال المعتق بفتح التاء ، ولا يلحق بالمعتق بكسر التاء في حال ما ، لأن كل واحد منهما أصل بنفسه من حيث البلوغ والعقل والحرية ، وخطاب الشرع ( لأن القياس والالحاق ) أي الحاق المعتق ( بالمولى ) انما كان ( بالنص وقد خص ) أي النص ( الصدقة ) يعني ورد النص خاصاً بالصدقة ،

---

(٢) ربما أراد – فلك نصيب منها ، اهـ مصححه .

قال أبو حنيفة « رح » ومحمد « رح » إذا دفع الزكاة إلى رجل يظنه فقيراً ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر ، أو دفع في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا إعادة عليه .

وقال أبو يوسف « رح » عليه الاعادة

---

فتقتصر على مورد النص لوروده على خلاف القياس فلا يتعداه ، ولهذا يؤخذ من مولى التغلبي الجزية دون الصدقة المضاعفة .

( قال أبو حنيفة ومحمد رضى الله عنهما إذا دفع الزكاة إلى رجل يظنه فقيراً ) أي حال كون الدافع يظن الرجل الذي دفع اليه الزكاة فقيراً ( ثم بان ) أي ظهر ( انه غني أو هاشمي أو كافر أو دفع زكاته في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا اعادة عليه ) أي لا يجب عليه إعادة الزكاة ، وهو قول الحسن البصري وأبي عبيد ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد «رح» في قول هذا من المغنى عنده ،وأما في الكافر فأظهر القولين الاعادة وبه قال مالك وأحمد ، وكذا لو بان هاشمياً أو أحد أبويه أو ابنه فانه يعيدها عندهم ، وفي طريق آخر إن كان الدفع من جهة الإمام فيه قولان ، وان كا من جهة رب المال فعليه الاعادة قولاً واحداً . قوله — أو كافر — أراد به الذمي ، وقد صرح أبو بكر الرازي رحمه الله في شرح مختصر الطحاوي . وقال صاحب التحفة واجمعوا انه إذا ظهر انه حربي أو مستأمن لا يجوز . وفي التحفة ايضاً إذا دفعها إلى المذكورين فهذا على ثلاثة اوجه :

الأول : دفعها بنية الزكاة ، ولم يخطر بباله انه غني أو فقير أو مسلم أو ذمي فهوعلى الجواز ، إلا إذا تبين من يمنعه .

الثاني : دفعها على وجه الشك ، ولم يتحر أو تحرى بقلبه ولم يفهم دليل الفقر ،فالأصل الفساد إلا إذا تبين انه فقير فيجوز .

الثالث : إذا تحرى وطلب ، وفي المبسوط فسأله فأخبره انه فقير أو كان جالساً مع الفقراء أو كان عليه ذي الفقر . وفي المفيد وكان يصنع بصنعهم من مد اليد ، أو كان ضريراً ومعه عصى فظهر خلافه ، فلا اعادة عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

( وقال أبو يوسف عليه الاعادة ) وبه قال الشافعي « رض » وهو قول الثوري وابن

لظهور خطأه بيقين، وإمكان الوقوف على هذه الأشياء وصار كالأواني والثياب. ولهما حديث معن بن يزيد فإنه عليه السلام قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت وقد دفع إليه وكيل أبيه صدقته،

---

حسين، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ( لظهور خطأه بيقين وامكان الوقوف على هذه الأشياء ) فيكون مقصراً فعليه الاعادة ثانياً ولا نفع الأولى عن الزكاة فليس معناه انه يجب استرداد ما أدى لأنه يرد بالاتفاق، وهل يطيب المقبوض للقابض، ذكر الحلواني رحمه الله انه رواية فيه واختلفوا فيه، فعلى قول من لا يطيب ماذا يصنع بها قيل يتصدق به، وقيل يرد المعطى على وجه التمليك ليعيد الاداء ( وصار كالأواني والثياب ) أي صار الحكم في هذه المسألة كالحكم في الأواني والثياب، يعني إذا توضأ من إناء نجس على اجتهاده إنه طاهر، أو صلى في ثوب نجس على اجتهاده انه طاهر ثم تبين انه نجس تلزمه الاعادة، والأواني الطاهرة اذا اختلطت بالنجسة فإن غلبت الطهارة مثل أن يكون اناآن طاهران أو واحد نجس فإنه لا يجوز له ان يترك التحري، فإذا تحرى وتوضأ ثم ظهر الخطأ يعيد الوضوء، وأما إذا غلبت الطهارة أو تساويا يتيمم ولا يتحرى. أما الثياب الطاهرة إذا اختلطت بالنجسة وليس ثمة علامة يعرف بها فإنه يتحرى مطلقاً، فإذا صلى بثوب بها بالتحري ثم ظهر خطأه أعاد الصلاة.

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( حديث معن بن يزيد فإنه ﷺ قال فيه يا يزيد لك ما نويت، ويا معن لك ما أخذت ) هذا الحديث أخرجه البخاري عن معن بن يزيد قال بايعت رسول الله ﷺ أنا وأبي وجدي وخطب علي فانكحني وخاصمت له، وكان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل في المسجد فاخذتها فقال والله ما أتاك أردت فخاصمته إلى رسول الله ﷺ فقال لك مانويت يا يزيد ولك ما أخذت يا معن، وجوز ذلك ولم يستفسر ان الصدقة كانت فريضة أو تطوعاً، وذلك يدل على ان الحال لا يختلف أو لأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة.

( وقد دفع اليه ) أي إلى معن ( وكيل أبيه صدقته ) هـذا بيان صورة الواقعة،

ولأن الوقوف على هـــذه الأشياء بالاجتهاد دون القطع فيبني الأمر فيها على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه القبلة . وعن أبي حنيفة « رح » في غير الغني انه لا يجزئه ، والظاهر هو الأول ، وهذا اذا تحرى ودفع ، وفي أكبر رأيه انه مصرف ،أما إذا شك ولم يتحر أو تحرى فدفع وفي أكبر رأيهانهليس بمصرف لا يجزئه إلا إذا علم أنه فقير هو الصحيح . ولو دفع إلى شخص ثم علم أنـــه عبده أو مكاتبه لايجزئه لانعدام التمليك

---

وبينها في متن الحديث ، ولكن ليس في الحديث أن وكيل أبيه دفعه إليه ، وانما فيه هو الذي أخذهولم يدفعه إليهوكيل أبيه (ولأن الوقوف علىهذهالأشياء بالاجتهاد دونالقطع) أي هذا جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله . وان كان الوقوف على هــذه الأشياء ، يعني سلمنا أن الوقوف على هذه الأشياء يمكن ، لكنه بالاجتهاد دون القطع ، وإذا كان كذلك ( فيبنى الأمر فيها على ما يقع عنده ) لأن العلم بحقيقة الفقر والغنى غـير ممكن ، فإن الانسان قد لا يعرف أحوال نفسه فيها فكيف يعرف أحوال نفسه في غيرهما ، والتكليف بحسب الوسع ، ووسعة الاجتهاد دون القطع ( كما إذا اشتبهت عليه القبلة ) فانه يتحرى بحسب وسعه فيصلي بما يقع على تحريه .

( وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير الغني انه لا يجزئه ) يعني إذا بان انه هاشمي أو كافر أو انه أبوه أو ابنه فإنه يعيده (والظاهرهوالأول) أي ظاهر الرواية عن أبيحنيفة رضي الله عنه هو الإجزاء في الكل ( وهذا ) أي عدم الاعادة ( إذا تحرى ودفعوفياكبر رأيه انه ) أي والحال ان في اكبر رأيه ( مصرف ) أي للزكاة ( أما إذا شك فلم يتحر أو تحرى ودفع وفي أكبر رأيه انه ليس بمصرف لا يجزئه إلا إذا علم انـــه فقير فتجزئه هو الصحيح ) احتراز به عن قول بعض مشايخنـــا انه لا يجزئه عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله .

( ولو دفع إلى شخص ثم علم انه عبده أو مكاتبه لا يجزئه ) وكذا إذا ظهر انه مدبره أو أم ولده وبه صرح في شرح الطحاوي ( لانعدام التمليك ) لأنه لم يوجـد الاخراج عن

لعدم أهلية الملك وهو الركن على ما مر ، ولا يجوز دفع الزكاة إلى من يملك نصاباً من أي مال كان ، لأن الغنى الشرعي مقدر به الشرط أن يكون فاضلاً من الحاجة الأصلية . وإنما النماء شرط الوجوب

---

ملكه ( لعدم اهلية الملك وهو الركن ) أي والحال ان التمليك هو الركن في الزكاة، ولم يوجد لأن العبد وما في يده لمولاه والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم ( على ما مر ) إشارة إلى قوله لفقدان التمليك إذ كسب المملوك لسيده ، وله حق في كسب المكاتب فلم يتم التمليك .

( ولا يجوز دفع الزكاة إلى من ملك نصاباً من أي مال كان ) يعني سواء كان من النقدين أو من العروض أو من السوائم ( لأن الغنى الشرعي مقدر به ) أي بالنصاب ( والشرط أن يكون فاضلا عن الحاجة الأصلية ) أي شرط عدم جواز دفع الزكاة إليه ان يكون النصاب فاضلا عن الحاجة الأصلية ، لأنه إذا كان غير فاضلا عن حاجته الاصلية يجوز الدفع اليه والحاجة الأصلية في حق الدراهم والدنانير ان يكون الدين مشغولاً بها وفي غيرهـا احتياجه اليه في الاستعمال واحوال المعاش ، وعن هذا ذكر في المبسوط لو كان له الف درهم وعليه الف درهم وله دار وخادم لغير الحاجة قيمة عشرة آلاف درهم فلا زكاة عليه لأن الدين مصروف إلى المال الذي في يده ، وأما الدار والخادم فمشغولان بالحاجة الأصلية فلا يصرف الدين اليه ، وعلى هذا قال مشايخنا ان الفقيه إذا ملك من الكتب ما يساوى مالاً عظيماً ولكنه يحتاج اليها يحل له أخذ الصدقات إلا ان يملك فاضلا من حاجته ما يساوي ما درهم . وذكر المرغيناني من كانت عنده كتب فقه أو حديث أو أدب يحتاج إلى دراستها يجوز دفع الزكاة اليه ، وكذا المصاحف ، وفي جوامع الفقه الزائد على مصحف والكتب التي لا يحتاج اليها إذا بلغت قيمتها مائتي درهم يمنع جواز الدفع إلى مالكها ، وعن الحسن البصري رحمه الله ما تعطي الزكاة لمن له عشرة آلاف درهم من الفرس والسلاح والأثاث والثياب والخادم والدار ، كذا في الايضاح .

( وانما النماء شرط الوجوب ) يعني الشرط في عدم جواز الدفع ملك النصاب الفاضل عن الحاجة الأصلية نامياً كان أو غير نام ، والنماء شرط وجوب الزكاة لا كلام فيه فلا

ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحاً مكتسباً ، لانه فقير، والفقراء هم المصارف ، ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها

---

يشترط لحرمان الصدقة ، لأن الحرمان بالغناء وهويحصل بالنامي وغير النامي ، ولهذا تجب صدقة الفطر والأضحية ( ويجوز دفعها ) أي دفع الزكاة ( الى من يملك أقل من ذلك ) أي من النصاب . وقال أحمد رحمه الله لا يجوز دفعها الى من ملك خمسين درهماً لقوله عليه الصلاة والسلام من سأل الناس وعنده ما يغنيه جاء يوم القيامة ومسألته في وجهه خدوش قالوا وما يغنيه يا رسول الله قال خمسون درهماً أو قيمتها من الذهب . ذكر الكاكي هذا الحديث ولم يبين من أخرجه ولا أجاب عنه .

قلت هذا الحديث أخرجه الترمذي عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه قوله – خدوش وفي رواية الترمذي خموش أو كدوح الخموش هي الخدوش وهو جمع خدش وهو قشر الجلد والكدوح جمع كدح وهو كل أثر من خدش أو عض ، وبهذا الحديث استدل الثوري وابن المبارك وأحمد واسحاق ان من كان عنده خمسون درهماً لم تحل له الصدقة وخالفهم في ذلك أبو حنيفة ومالك والشافعي فلم يرو الحديث المذكور حجة لضعفه وهو ان حسنه الترمذي فقد ضعفه ابن معين والنسائي والدارقطني وغيرهم ، لأن في اسناده حكيم بن جبير قال الترمذي وقد تكلم شعبة في حكيم بن جبير من أجل هذا الحديث ، وقال شيخنا زين الدين رحمه الله في شرحه . وسئل شعبه عن حكيم بن جبير فقال اخاف النار ، وقد كان يروى عنه قديماً وقد ضعفه جماعة .

( وإن كان صحيحاً مكتسباً لأنه فقير ، والفقراء هم المصارف ) هذا واصل بما قبله أي وإن كان هذا الذي يملك أقل من النصاب صحيحاً غير زمن ولا أعمى قادراً على الاكتساب واحترز به عن قول الشافعي رضى الله عنه . فإن عنده لا يجوز الدفع إلى فقير قادر على الكسب ، وان لم يكن له مال ( ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها ) أي لأن حقيقة الفقر والغنى لا يعلمها إلا الله عز وجل ، إذ رب شخص عليه آثار الفقر وهو أغنى القوم ، ورب شخص عليه آثار الغنى وهو أفقر القوم في نفس الأمر لا يملك شيئاً

فأدير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب . ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعداً ، وإن دفع جاز . وقال زفر لا يجوز ، لأن الغناء قارن الأداء فحصل الأداء إلى الغني . ولنا أن للغناء حكم الأداء فيتعقبه

---

( فأدير الحكم على دليلها ) أي على دليل الحاجة ( وهو ) أي دليل الحاجة (فقد النصاب) أي عدم النصاب وهو دليل ظاهر ، فيقام مقام حقيقة الحاجة كما في الأخبار عن المحبة فيما إذا قال إن كنت تحبني فأنت طالق ، فقالت أحبك ، وقال الشافعي رضى الله عنه لا يجوز دفعها إلى الفقير الكسوب ، وقد ذكرناه . وقال النووي رحمه الله في شرح المهذب القوي من أهل البيوعات لم يجز عادة بالتكسب بالبدن له أخذ الزكاة ، ولو اشتغل بالعلم وترك التكسب ، ويرجى له النفع حلت له الزكاة .

( ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعداً ) قال في المبسوط الكراهة فيما اذا لم يكن عليه دين أو لم يكن صاحب عيال ، أما إذا كان مديوناً يجوز له أن يعطي قدر دينه وزيادة على دينه دون المائتين ، وكذا إذا كان صاحب عيال يحتاج إلى نفقتهم وكسوتهم . قوله — فصاعداً — نصاباً ( وإن دفع جاز ) أي وإن دفع اكثر من مائتي درهم جاز .

( وقال زفر « رح » لا يجوز لأن الغنى [1] قارن الاداء ) لأنه كما يحصل الاداء يحصل الغنى إذ الحكم يقارن العلة ( فحصل الأداء إلى الغني ) وبه قال الحسن بن زياد .

( ولنا ان الغنى حكم الأداء ) يعني يحصل الغنى بعد الأداء حكماً له فلا يكون الغنى اللاحق له مانعاً من جواز الاداء ، لأن المانع يكون سابقاً لا لاحقاً ، وهو معنى قوله ( فيتعقبه ) أي فيتعقب الأداء ، قيل فيه نظر ، لأن حكم العلة مقارن فلا يتأخر عنها كما في العلة الحقيقية ، فإن الاستطاع مع الفعل عند أهل السنة فكيف يصح قوله فيتعقبه . وأجيب بأن الكل وإن قارب التمليك لكن الغنى يثبت بحقيقة الأداء ، لأن الغنى يقع ثم يقع الاستغناء به ، والاستغناء انما يثبت بالتمكن والاقتدار على التصرفات وذلك بما

---

(١) في المتن رسمت — الغناء — بالهمزة في آخره .

لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة . قال وان يغني بها إنساناً أحب إلي معنـــاه الاغناء عن السؤال لان الاغناء مطلقاً مكروه . ويكره نقل الزكاة من بلد إلى بلد ، وإنمـا تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ رضي الله عنه

---

يقتضيه ولا يقترن به ، وقال فخر الإسلام الأداء يلاقي الفقر ، وانما يثبت الغنى بحكمه ، وحكم الشيء لا يصلح مانعاً ، لأن المانع ما يسبقه لا ما يلحقه ، والجواز لا يحتمل البطلان لأن البقاء يستغنى عن الفقر ( لكنه ) أى لكن دفع المائتي درهم إلى واحـــد ( يكره لقرب الغنى منه ) أي من دفع المائتين ( كمن صلى وبقربه نجـاسة ) فإن صلاته جائزة مع الكراهة .

( قال ) أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( وان يغني به انساناً أحب إلي ) قال الاترازي قال محمد رحمه الله اغناؤك واحد أحب إلي من انفاقها إلى الكثير . وقال السغناقي وتبعه الكاكي والاكمل هـــذا خطاب يخاطب به أبا حنيفة وأبا يوسف رضي الله عنهما . قلت الذي قال الاترازي أقرب الى الصواب على ما لا يخفى ، فيكون الخطاب من محمد إلى دافع الزكاة ، وانما كان أحب اليه لأن المراد منه الاغناء عن السؤال بأداء قوت يومه ، واليه أشار بقوله (معناه ) أي معنى كونه أحب ( الاغناء عن السؤال ) في يومه ذلك ، لقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن المسألة في مثل هـــذا اليوم ( لأن الاغناء مطلقاً مكروه ) بأن يجعله غنياً مالكاً بالنصاب للنصاب . وقال فخر الإسلام من أرادأن يتصدق بدرهم فاشترى به فلوساً يفرقها فقد قصر في الصدقة ،لأن الجمع كان اولى من التفريق وفي قاضي خان إذا أراد أن يتصدق بدرهم فالصدقة على واحـــد أولى من أن يشترى به فلوساً ويتصدق بها على جماعة من الفقراء ، وفي الحاوي دفع زكاته إلى فقير واحد أفضل من تفريقه على جماعة لحصول الغناء للواحد دون الجماعة .

( ويكره نقل الزكاة من بلد إلى بلد ) وفي بعض النسخ ويكره إلى أخذ الزكاة ، قال محمد ( وانما تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ رضى الله عنه ) عن

وفيـــه رعاية حق الجوار ، الا أن ينقله الانسان الى قرابته أو إلى قوم أحوج من أهل بلده لما فيه من الصلة أو زيادة دفع الحاجة ، ولو نقل إلى غيرهم أجزأه وإن كان مكروهاً ، لأن المصرف مطلق الفقراء بالنص والله أعلم .

---

النبي ﷺ قال تؤخذ من أغنيائهم وترد في فقرائهم ( وفيه ) أي في ترك النقل إلى بلد آخر ( رعاية حق الجوار ) لأن رعاية حق الجوار مما يجب ، ومنها كانت المجاورة بقــدر كانت رعايتها أوجب ، ولو نقل إلى غيرهم أجزأه ، وبه قال الشافعي رضى الله عنه في قول ، وبعض المالكية لأن الصدقات في عهده ﷺ كانت تنقل إليــه من القرى والقبائل ، وفي أصح قولي الشافعي « رض» لا يجوز النقل إلا إذا فقد جميع المستحقين . وقال السروجي ومذهب الشافعي يضرب ، والأصح حرمة النقل وعــدم الاجزاء ، وفي قول لا يحرم ويجزيء ، وفي قوله يحرم ويجزيء . ولا فرق في الأصح بين المسافة القصيرة وغيرها ومع النقل أوصى أحمد ولم يفرق بين المسافة القصيرة وغيرها وبين الاحوج والقرابة وغير هما ، وفي المغني فإن خالف ونقلها جاز أجزأ عند أهل العلم ، واختــاره أبو الخطاب ، وهو قول الليث ومالك ، وجوز النقل في رواية ، إلا البقر وهو قول حسن وعبد الرحمن بن مهدي ، ومنع النقل سعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز «رض» .

( إلا أن ينقله الانسـان إلى قرابته ) هذا الاستثناء من قوله – ويكره نقل الزكاة – لأن فيه أجر الزكاة وأجر الصلاة ( أو إلى قومهم ) أي أو ينقله إلى قوم ( أحوج من أهل بلده ) لأن المقصود سد خلة الفقير ، فمن كان أحوج كان اولى ( لما فيه من الصلة ) في النقل إلى قرابته وغيرهم أحوج من أهل بلده ، ووجه الجواز ان يطلق الفقراء ( أو زيادة دفع الحاجة ، ولو نقل إلى غيرهم اجزأه وان كان مكروهاً ) واصل بما قبله ، وجه الكراهة ما في حديث معاذ بن جبل رضى الله عنه وقــد مر ( لأن المصرف ) أي مصرف الزكاة ( مطلق الفقراء بالنص ) في قوله تعالى ﴿ انما الصدقات للفقراء والمساكين ﴾ ولم يقيــد النص بشيء .

# باب صدقة الفطر

## قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم

( باب صدقة الفطر )

أي هذا باب في بيان أحكام صدقة الفطر ، وجه مناسبتها إلى الزكاة ظاهر ، لأن كلا منهما من الوظائف المالية ، وأوردها في المبسوط بعد الصوم بالنظر إلى الترتيب الوجودي ، وأوردها المصنف هاهنا رعاية لجانب الصدقة ، وكان حق هذا الباب أن يقدم على العشر ، لأن العشر مؤنة فيها يعني في العبادة ، وهذه عبادة فيها معنى المؤنة ، لكن العشر ثبت بالكتاب وهي ثبتت بخبر الواحد ، ووضع الطحاوي رحمه الله هذا الباب في مختصره قبل باب مصارف الصدقات ، وهذا هو الأنسب ، لأن وجود الصدقة مقدم على الصرف وقال النووي رحمه الله صدقة الفطر لفظة مؤكدة عربية ولا معربة ، بل هي اصطلاحية للفقهاء من الفطرة التي هي النفوس والخلقة ، أي زكاة الخلقة .

قلت ولو قال لفظة اسلامية لكان أولى ، لأنها ما عرفت إلا في الاسلام ، وقال أبو بكر العربي وأنها على لسان صاحب الشرع ، وهذا يؤيد ما ذكرته ، ويقال لها صدقة الفطر ، وزكاة الفطر ، وزكاة رمضان ، وزكاة الصوم . ومعناها شرعاً اسم لما يعطى من المال بطريق الصلة والعبادة ترحماً مقدراً بخلاف الهبة لأنها تعطى صلة تكرماً لا ترحماً ، ذكره في المحيط ، والصدقة هي العطية التي يراد بها التقرب عند الله تعالى ، وسميت بها لأنها تظهر صدق الرجل .

( قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم ) وعند الشافعي ومالك وأحمد فرض ، وروي عن اسماعيل بن عليه وأبي بكر بن الأصم وابن اللبان من الشافعية ، وحكى ابن عبد البر عن بعض المالكية المتأخرين والداوودية ، وذكر في الذخيرة عن مالك في رواية انها سنة وليست بواجبة ، واستدلوا بحديث أبي عمار غريب عن خمسة عن قيس بن عبادة

إذا كان مالكاً لمقدار النصاب فاضلاً عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده . أما وجوبها فلقوله عليه السلام

---

قال أمرنا رسول الله ﷺ بصدقة الفطر قبل أن تنزل الزكاة ، فلما نزلت الزكاة لم يأمرنا ولم ينهنا ، ونحن نفعله ورواه النسائي وابن ماجة والحاكم في مستدركه ، والجواب ان نزول فرض لا يوجب سقوط فرض آخر ، والجواب هنا على معناه الاصطلاحي وهو ما ثبت بدليل فيه شبهة ( إذا كان مالكاً لمقدار النصاب ) من أي مال كان حال كون النصاب ( فاضلا عن مسكنه ) حتى لو كان له داران دار يسكنها ، والدار الأخرى لا يسكنها يؤاجرها أو لا يؤاجرها تعتبر قيمتها حتى لو كانت قيمتها مائتي درهم تجب عليه صدقة الفطر ، وكذلك لو كانت له دار واحدة يسكنها ويفضل عن سكناه شيء فتعتبر قيمة الفاضل ( وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده ) كذلك في هـذه الأشياء ان فضل عنه شيء تعتبر قيمة الفاضل .

وفي شرح الطحاوي رحمه الله عن العيون إن كان له متاع بيت وهو عنه مستغن وقيمته مائتا درهم وجب عليه صدقة الفطر ، ولم تحل له الصدقة ولو كانت له دور وحوانيت للغلة وهي لا تكفي عياله فهو من الفقراء عند محمد رحمه الله وتحل له الصدقة ، خلافـاً لأبي يوسف ، وعلى هذا الكرم والاراضي إذا كانت غلتها لا تكفي ، وإذا كانت لـه كتب العلم وقيمتها تساوي مائتي درهم وهو يحتاج إليها في الحفظ والدراسة والتصحيح ، ذكر في خلاصة الفتاوى انه لا يكون نصاباً وحل له أخذ الصدقة فقها كان أو حديثاً أو أدباً كثياب المهنة والبدلة والمصحف على هذا ، وإن كان زائداً على قدر الحاجة لا يحل لـه أخذ ، الصدقة ، وإن كانت له نسختان من كتاب النكاح أو الطلاق ، فإن كان كلاهما من تصنيف مصنف واحد فـأحدهما يكون نصابـاً يعني نصاب حرمـان الصدقة ووجوب الفطرة ، وإن كان كل واحـد من تصنيف مصنف الزكاة فيهـا ، والمراد من العبيد عبيد الخدمة ، لان في عبيد التجارة لا تجب صدقة الفطرة عندنا ، بل تجب فيها الزكاة .

( أما وجوبها ) أي أما وجوب صدقة الفطرة ( فلقوله عليه الصلاة والسلام ) أي

في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاع من شعير . رواه ثعلبة بن صعير العدوي

---

فلقول النبي ﷺ ( في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو صاع من شعير ) قوله أدوا فعل أمر يدل على الوجوب ، وعند الشافعي فريضة على أصله ، أي لا فرق بين الواجب والفرض ، لكن هذا نزاع لفظي ، لان الفريضة عنده نوعان مقطوع حتى يكفر جاحده ، وغير مقطوع حتى لا يكفر جاحده ، ومن جحد صدقة الفطر لا يكفر بالاجماع ، ولهذا لا يكفر من قال انها مستحبة وقد ذكرناه عن قريب ، وذكر في المستصفى للغزالى هذا اصطلاح ولا مناقشة في الاصطلاح ، وفي المجرد انها سنة فمعناه ثبت وجوبها بالسنة .

قوله — صغير أو كبير — بدون الواو لكونهما صفة للذي يجب لاجله ، ويجوز ان يكون هما صفتين لعبد ، وهذا واضح فلا يجوز أن يكونا راجعين إلى الحر والعبد ، لأنه لا يجب عليه صدقة الفطر عن ولده الكبير ، ويحتمل أن يرجع الضمير إلى الحر والكبير إلى العبد ويجب الأداء عن العبد الصغير بدلالة النص ، لأنه لما وجب عليه بسبب عبده الكبير فلأن يجب عليه بسبب عبده الصغير أولى . قوله — نصف صاع من بر — هذا مذهب أصحابنا ، وعند الشافعي « رض » صاع من بر أيضاً وسيجيء الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

( رواه ثعلبة بن صعير العدوي ) أي روى الحديث المذكور ثعلبة بالثاء المثلثة . ابن صعير بضم الصاد وفتح العين المهملتين وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره راء ، والمذكور في مسند أبي داود وثعلبة بن أبي صعير بالكنية ، وفي كتب الفقه ذكروه بلا كنية ، وقال ابن معين ثعلبة بن عبد الله بن أبي صعير ، وفي الكمال ذكره في ترجمة أبيه عبد الله فقال ابن عبد الله بن ثعلبة بن صعير ، ويقال ابن أبي صعير بن عمرو بن زيد بن سنان بن المهاجر بن معلمان بن عدي بن صعير بن حمران بن كاهل بن عدي الشاعر العذري حليف بن زهرة ، وعذرة هو ابن سعد بن زيد بن ليث بن سود بن أسلم بن الحاف بن قضاعة ، وقال المزني عبد الله بن صعير مسح رسول الله ﷺ وجهه ورأسه زمن الفتح ، ودعى

**وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية لتحقق التمليك والاسلام ليقع قربه واليسار لقوله عليه السلام لا صدقة إلا عن ظهر غني ،**

---

له . وروي عن النبي ﷺ قيل انه ولد قبل الهجرة بأربع سنين ، وقيل ولد بعد الهجرة، وإن رسول الله ﷺ توفي، وهو ابن أربع سنين وتوفي سنة سبع وثمانين وهو ابن ثلاث وتسعين ، وقيل توفي ابن ثلاثة وثمانين . وقال الاترازي قال حميد الدين الضرير العذري أصح منسوب إلى بني عذرة اسم قبيلة، والعدوي منسوب إلى عدي وهو جده . قلت قال الرساطي العدوي في قبائل ثم عدها ، والعذري بضم العين المهملة وسكون الذال المعجمة بالراء ، والكلام في هذا الحديث كثير روي من وجوه كثيرة .

فإن قلت كيف استدل المصنف رحمه الله لهذا الحديث، وقد تكلموا فيه وأثبتوا فيه عللاً، وادعى بعضهم ارساله ، قلت ما استدل به إلا على أصل وجوب صدقة الفطر لا على مقدار الواجب ، واستدل على المقدار بحديث أبي سعيد ، وسيأتي في فصل مقدار الواجب إن شاء الله تعالى ، ولهذا قال ( وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع ) أيّ وبمثل هذا الحديث الذي هو خبر الواحد يثبت الوجوب لا الفرض لأنه ليس بدليل قطعي .

( وشرط الحرية لتحقق التمليك ) فاعل شرط الإمام القدوري رحمه الله أي شرط الحرية في قوله صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم ليتحقق التمليك ، لأن العبد لا يملك المال فكيف يملك غيره ( والإسلام ) أي شرط الاسلام ( ليقع قربة ) لأن الصدقة قربة ، وفي فعل الكافر لا يقع قربة ( واليسار ) أي وشرط اليسار بقوله إذا كان مالكاً لهذا والنصاب .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا صدقة إلا عن ظهر غنى ) هذا الحديث رواه أحمد في مسنده حدثنا يعلى بن عبيد أخبرنا عبد الملك عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ( لا صدقة إلا عن ظهر غنى ) وذكر الاترازي عن أبي هريرة رضي الله عنه الذي أخرجه البخاري باسناده عن النبي ﷺ قال

وهو حجة على الشافعي « رح » في قوله يجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله، وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغناء في الشرع بـه فاضلاً عما ذكر من الأشياء ، لأنها مستحقة بالحاجة الأصلية والمستحق بالحاجة الأصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو

---

خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى ، هذا الحديث رواه أحمد في مسنده وفيه وابدأ بمن تعول ، وهذا غير مناسب لا لفظاً ولا معنى ، وهو غير ظاهر قوله – عن ظهر غنى – أي صادرة عن غنى ولفظ الظهر معجم ( وهو حجة على الشافعي ) أي هـذا الحديث حجة على الشافعي ( في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله ) لأنه ذكر في آخر حديث ابن عمر رضي الله عنه غني أو فقير، ولأنه وجب طهرة للصائم لقول النبي ﷺ فيستوي فيه الفقير والغني ... الخ قلنا حديث ابن عمر محمول إما على ما كان في الإبتداء ثم انتسخ لقوله لا صدقة إلا عن ظهر غنى ، وأما على الندب فإنه قال في آخره اما غنيكم فيزكيه الله ، وأما فقيركم فيعطيه الله أفضل مما أعطى .

( وقدر اليسار بالنصاب ) قدر على صيغة المجهول ، واليسار مرفوع به ( لتقدر الغناء في الشرع به ) أي بالنصاب حال كونه ( فـاضلا عما ذكر من الأشياء ) التي هي مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبد الخدمة ( لأنهـا ) أي لأن هذه الأشياء ( مستحقة بالحاجة الأصلية ) وهي أن يكون قيامه بهـا ( والمستحق بالحاجـة الأصلية ) كالماء الذي يحتاج إليه في الشرب حيث جعل ( كالمعدوم ) في حق جواز التيمم ( ولا يشترط فيه النمو ) أي لا يشترط في هذا النصاب أن يكون نامياً لوجوب صدقة الفطر ، لأنها تجب بالقدرة المكنة لا الميسرة ، ألا ترى انهـا تجب على من ملك نصابـاً من ثياب البذلة ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن حاجته الأصلية فلا يتحقق النماء بثياب البذلة ، ولهذا لا تسقط عنه الفطرة اذ المال بعد الوجوب ، بخلاف الفطرة ، فإن وجوبها بالقدرة والميسرة فيشترط في النصاب النماء لتحقق اليسر ، ولهـذا إذا ملك المال بعد الـوجوب سقط عنه الزكاة .

ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الأضحية والفطر. قال يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الذكر والأنثى ... الحـــديث. ويخرج عن أولاده الصغار، لأن السبب رأس يمونه ويلي عليه، لانها

---

( ويتعلق بهذا النصاب ) أي الفاضل عن الحاجة الأصلية بدون شرط النماء فيه ( حرمان الصدقة ) يعني لوجود هذا النصاب يحرم عليه أخذ الصدقة ( ووجوب الأضحية ) يعني يتعلق بهذا النصاب وجوب الأضحية ( والفطر ) أي يتعلق به أيضاً وجوب صدقة الفطر، ويتعلق به أيضاً وجوب نفقة المحارم عليه.

( قال يخرج ذلك عن نفسه ) أي يخرج المقدار المشار إليه المذكـور عن نفسه، أي لأجل نفسه، ويخرج من الإخراج، وفاعله مضمر فيه يعود إلى الذي وجب عليه صدقـة الفطر ( لحديث ابن عمر رضي الله عنه ) وهو ما رواه الأئمة الستة في كتبهم من طـريق مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر على كل حر وعبد ذكراً أو أنثى من المسلمين ( قال ) أي القدوري رحمه الله ( فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر على الذكر والأنثى ... الحديث ) يجوز في لفظ الحديث الرفع على تقدير الحديث بتمامه، ويجوز النصب على تقدير اقـرأ الحديث أو أتمه، وتمامه والحـــر والمملوك صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير تعدل الناس نصف صاع من بـــر.

( ويخرج عن أولاده الصغار لأن السبب ) أي سبب وجوب صـــدقة الفطر ( رأس يمونه ) أي يفوته من مانه إذا فاته، وعن أبي عبيدة قلت الرجل امونه أي قمت بكفايته واحتملت مؤنتــه أي ثقله ( ويلي عليه ) أن مستحق الولاية عليه بنفسه كالولد الصغير والعبد، ولهذا لا يلزم على الجـد عن أن يؤدي عن ابن ابنه، لأنه لا يستحق الولاية عليه بنفسه بل من جهة الابن فصـار كالوصي، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان عليه أن يؤدي عن ابن ابنه إذا لم يكن لابنه مال، قال لانه كالميت ( لانهـــا ) أي لان

تضاف إليه ، يقال زكاة الرأس وهي امارة السببية والاضافة إلى الفطر باعتبار أنه وقتها ، ولهذا تتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم

---

صدقة الفطر ( تضاف اليه ) أي إلى الرأس ( يقال زكاة الرأس وهي إمارة السببية ) أي علامة كون الرأس سبباً ، والإمارة بفتح الهمزة ، وهذا لأن الإضافة إلى الاختصاص ، وأقوى وجوه الاختصاص إضافة السبب إلى مسببه ، كقولك كسب فلان وعمل فلان وقال فلان إلى غير ذلك . وفي الجوهرة كل من وجبت نفقته بملك أو قرابة أو نكاح تجب صدقة الفطرة .

وقال القوافي في الذخيرة وأبو حنيفة رحمه الله اعتبر الولاية التامة ، قال ووصف الولاية طرداً وعكساً ، لأن المجنون والفاسق لا ولاية لهما مع وجوبها في مالهما ، والحاكم له ولاية ولا وجوب عليه ، انتهى . قال السروجي نقله خطــأ وغلط ، بل السبب عندنا الولاية التامة والمؤنة التامة ، فالحاكم لا مؤنة عليه فلم يوجد المجموع في حقه ولا في حق المجنون المؤنة ، وكذا ولاية الأب ولايته للعجزى عن النظر لنفسه ومذهب فاسد ، واعتبار النفقة وحدها باطل طرداً وعكساً إلا ان العبد الموصى به لانسان وخدمته لآخر يجب صدقة فطره على صاحب الرقبة على المذهب عندنا ، ونفقته على صاحب الخدمــة ، وعبده الكافر وزوجته النصرانية واليهودية نفقتهم عليه ، ولا تجب عليه صدقة الفطر عنهم ، وكذا الأجير بنفقته تجب عليه نفقته ولا تجب صدقته عليه وتجب صدقة عبده الهارب ومكاتبه عليه عنده ولا تجب نفقته عليه فبطل قوله .

( والاضافة إلى الفطر باعتبار انه وقته ) هذا الجواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كانت الامارة إمارة السببية لكان الفطر سبباً لاضافتها إليه ، فقال صدقة الفطر وليس كذلك عندكم ، فأجاب بقوله – والاضافة – أي إضافة الصدقة إلى الفطر باعتبار انــه وقتيته أي وقت الوجوب فكانت إضافة مجازية ( وهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحــاد اليوم ) أي لأجل تعدد الصدقة يتعدد الرأس إن لم يتعدد الفطر ، فعلم ان الرأس هو السبب في اليوم .

فإن قيل يتكرر بتكرر الوقت في السنة الثانية والثالثة وهلم جرا مع اتحاد الرأس ولو كان

والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كأولاده الصغار ، لانه يمونهم ويلي عليهم ، ومماليكه لقيام المؤنة والولاية ، وهذا اذا كانوا للخدمة ، ولا مال للصغار ، فإن كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، خلافاً لمحمد « رح » لان الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة ،

---

الرأس سبباً لكان الوجوب متكرراً مع اتحاده ، أجيب بأن الرأس إنما جعل سبباًبوصف المؤنة ، وهي تتكرر بمضي الزمان فصار الرأس باعتبار تكرر وصفه ، كالتكرر بنفسه حكماً ، فكان السبب وهو التكرر حكماً .

( والأصل في الوجوب ) أي في وجوب صدقة الفطر ( رأسه ) أي رأس الذي وجب عليه ( وهو يمونه ويلي عليه ، فيلحق به ما هو في معناه ) أي في المؤنة والولاية ( كأولاده الصغار لأنه يمونهم ويلي عليهم ) أي يتولى أمورهم ( ومماليكه ) بالجر عطفاً على قوله من أولاده الصغار ( لقيام المؤنه والولاية ) أي في المماليك ( وهذا ) أي الذي ذكرناه من الوجوب ( إذا كانوا ) أي المماليك ( للخدمة ) لأنهم إذا كانوا للتجارة تجب عليه الزكاة ( ولامال للصغار ) أي هذا الذي ذكرنا من وجوب صدقة الفطر عن أولاده الصغار في حال كونهم لا مال لهم .

( فإن كان لهم مال يؤدى من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) يخرجها عنهم أبوهم أو وصي أبيهم أو وصي وصية أو جدهم أو وصي وصيه أو وصي نصبه القاضي ، ومثله في الأضحية ذكره الاسبيجابي ، ولا تجب على الوصي باتفاق الروايات ، والمجنون على هذا الخلاف ( خلافاً لمحمد ) فعنده لا يجب عليه شيء وبه قال زفروالشافعي وأحمد واسحاق وابن راهويه وابن المنذر والظاهرية ، لأن الصدقة عبادة فلا تجب على الصغير . ولو أدى من مال الصغير ضمن ، لأنها لا زكاة في الشريعة كزكاة المال ، فلا تجب على الصغير ( لأن الشرع أجراه ) أي أجرى وجوب صدقة الفطر ( مجرى المؤنة ) لقوله عليه الصلاة والسلام أدوا عمن تمونون ( فأشبه النفقة ) حيث تلزم الأب إذا كان الصغير لا مال له ، فإذا كان له مال يلزمه في ماله .

ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير حقوق النكاح . ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن أولاده الكبار وإن كانوا في عياله لانعدام الولاية ،

---

( ولا يؤدى ) أي صدقة الفطر ( عن زوجته ) وبه قال الثورى والظاهرية وابن المنذر وابن سيرين « رح » من المالكية ، وخالفا مالكاً فيه . وقال مالك وأحمد والشافعي والليث واسحاق « رح » تجب على الزوج ، وكذا عن خادمها . وقال ابن المنذر وأجمع أهل العلم قاطبة على ان المرأة تجب فطرتها على نفسها قبل أن تنكح ، وثبت انه عليه الصلاة والسلام قال صدقة الفطر على كل ذكر وأنثى ، ولم يصح عن رسول الله ﷺ ما يخالف هذا الخبر ، وليس فيه إجماع يتبع فلا يجوز إسقاطها عنها وأصحابنا على غيرها بغير دليل . وقال ابن حزم في هذا عجيب عجيب وهو ان الشافعي « رض » لا يقول بالمرسل ، ثم اخذ هنا بأمر مرسل في العالم ، وهو رواية ابراهيم بن يحيى الكذاب عن جعفر بن محمد عن ابيه ان رسول الله ﷺ قال صدقة الفطر على كل حر وعبد ذكر وانثى لمن يمانون واجاب الاترازي عن هذا بقوله معنى الخبر انصح يمونون الولاية بدليل أن الفطرة لا تلزمه عن أخيه وذوى قرابته ، والاجانب إذا اسابهم ( لقصور الولاية والمؤنة فإنه ) أى فإن الزوج ( لا يليها ) أى لا يلي زوجته ( في غير حقوق النكاح ) يعني في غير الروايات يعني ولايته عليها مقصورة غير شامله مقيدة بالنكاح .

( ولا يمونها ) أى ولا تلزمه مؤنتها ( في غير الرواتب ) من النفقة والكسوة والسكنى والرواتب جمع راتبة أي ثابتة من ربت إذا ثبت ( كالمداواة ) اذا مرضت فإنها لا تلزمه كغير الرواتب ( ولا عن اولاده الكبار ) أي ولا تجب عليه عن أولاده الكبار لاذ لا يستحق عليهم ولايته فصار كالاجانب ( وإن كانوا في عياله لانعدام الولاية ) واصل بما قبله بأن كانوا فقراء زمناً ، والعيال جمع عيل كجياد جمع جيد ، وفي المجمل عال الرجل عياله إذا امانهم ، وفي الفائق هو من عال يعول إذا احتاج ، وفي المحيط إذا كان الاب فقيراً مجنوناً تجب على الابن إلا ولاية المؤنة ، ولا تجب على حفدته الصغار إن كانوا في عياله ، ذكره في التحفة . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انها تجب عليه وهو

قول الشافعي رضى الله عنه ، وفي الينابيع على الاب إذا كانوا فقراء . وفي الحلبية روايتان عن أبي حنيفة رضى الله عنه ورواية عن الحسن في ظاهر الرواية لا تجب ، وأجمعوا على انه لا تجب على الاول فطرة عبيدهم . وفي المجرد عن أبي حنيفة « رض » تجب على الأب صدقة فطر ولده الكبير الذي أدرك معناها .

وإن كان عاقلا ثم جن لا يجب . وقال محمد رحمه الله لو جن في صغره فلم يزل مجنوناً حتى ولد له لم تجب عليه صدقة الفطر عن ولده ، وإن جن جنوناً مطبقاً في حال صغره فهو بمنزلة الصبي تجب على أبيه ، ولو كان له أبوان تجب على كل واحد منهما صدقة كاملة عند أبي يوسف رحمه الله . وحكى الزعفراني في قوله في الاسبيجابى قول أبي حنيفة مع أبي يوسف ، وعند محمد عليهما صدقة واحدة ، وإن مات احدهما فهو ابن الثاني منهما في ميراثه وصدقته لزوال المزاحمة . وفي التحفة لا تجب على الغني صدقة أخوته الصغار الفقراء . وفي رواية الحسن رحمه الله تجب على الحمل عند عدم الأب ، وإن كان الأب فقيراً لا تجب عليه باتفاق الروايات وتجب عليه نفقته ولا تجب على الجنين عند الجمهور ، واستحبه أحمد رحمه الله ولم يوجبه . وفي رواية أوجبه وهو مذهب داود وأصحابه . وروي عن عثمان رضى الله عنه انه كان يعطي صدقة رمضان عن الحبل ، وقال أبو قلابة « ر ض » كانوا يعطون حتى عن الحبل ، وفي الوترى لا تجب عن فرسه ولا عن غيره من سائر الحيوانات عن الدقيق ، وما روي عن عثمان وغيره محمول على التطوع .

( ولو أدى عنهم ) أي عن أولاده الكبار ( أو عن زوجته ) أي أو أدى عن زوجته ( بغير أمرهم اجزأ استحساناً لثبوت الاذن عادة ) والقياس أن لا يصح كما إذا أدى الزكاة بغير اذنها ، ووجه الاستحسان ان الصدقة فيها معنى المؤنة فيجوز ان تسقط باداء العين وإن لم يوجد الاذن ، وفي العادة ان الزوج هو الذي يؤدي عنها ، وكان الاذن ثابتاً عادة بخلاف الزكاة لأنها عبادة محضة لا تصح بدون الاذن صريحاً والاستحسان اربعة أنواع ، ما ثبت بالأمر كالسلم ، وبالاجماع الاستصناع ، وبالضرورة كتطهير الحياض والآبار

ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره ، وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافاً للشافعي « رح » فإن عنده وجوبها على العبد، ووجوب الزكاة على المولى فلا تنافيه ، وعندنا وجوبهـــا على المولى بسببه كالزكاة فيؤدي إلى الثناء

---

والأواني ، وبالقياس الخفي وهو كثير النظر في الفقه ، كما إذا إختلفا في الثمن قبـل قبض المبيـع لا يجب والثمن على البائع لأنه المدعي لا المنكر ، ويجب استحساناً لأنه ينكر وجوب التسليم بما ادعاه المشتري من الثمن وهنا المراد النوع الثـــاني لا يجوز عندنا وعند الشافعي .

( ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ) وفي التحفة المكاتب والمدبر والمستثنى لا تجب عليه صدقة فطرهم لأنه لا تجب في نفقتهم ولا يجب عليهم ايضاً ، لأنهم لا ملك لهم (ولا المكاتب عن نفسه لفقره ) أي ولا يخرج المكاتب صدقة الفطر عن نفسه لأنه فقير وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد وأحمد ويقال في القديم ثم يؤدي المولى عنه وهو قول عطاء ( وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة ) لأنهـــا لا تنعدم بالتدبير والاستيلاء ، وإنمـــا تختل بالمالية ولا عبرة بـــه ها هنا ، فإن كان كذلك ( فيخرج عنهما ) بضم الياء من الإخراج .

( ولا يخرج عن مماليكه للتجارة خلافاً للشافعي رضى الله عنه ) وبقوله قـال مالك رضى الله عنه ( فإن عنده وجوبها ) أي وجوب الفطرة ( على العبد ووجوب الزكاة على المولى ) لا منافي بين الوجوبين لأنهما حقان مختلفان ( فلا يتداخـلان ) فتجب الفطرة في وقتها ، وزكاة التجارة بعد تمام الحول ( وعندنا وجوبها على المولى بسببه ) أي بسبب العبد يعني كان أولاً على المولى وجوب صدقة الفطر ( كالزكاة ) يعني كوجوب الزكاة عليه بسبب أيضاً لأجل التجارة ( فيؤدي إلى الثناء ) بكسر الثـاء المثلثة وبقصر النون يعني

والعبد بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في كل واحد منهما ، وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة « رح » وقالا على كل منهما ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها

---

يؤدي إلى التثنية وهو لا يجوز لاطلاق قوله عليه السلام لا يثني في الصدقة أي لا يؤخذ في السنة مرتين .

فإن قلت سبب الزكاة فيهم المالية وسبب الصدقة مؤنة رؤوسهم محل الزكاة بعض النصاب ، ومحل الصدقة الذمة فأداهما حقان مختلفان سبباً ومحلا فلا شيء فيه ، قلت مبنى الصدقة على المؤنة والعبد هنا معه للتجارة لا للمؤنة والنفقة لطلب الزيادة فيسقط اعتبارها بحكم القصد ، فإنه السقوط حقيقة كما في الاباق والعصب ، فحينئذ لا تجب الصدقة لزوال سبب الوجوب وهو المؤنة لا المنافي بين الواجبين فافهم .

( والعبد بين الشريكين ) أي العبد الكائن بين الشريكين للخدمة لا للتجارة وبه صرح في المبسوط ( لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما ) لأن الولاية والمؤنة الكاملين سبب ولم يوجد ، قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » على كل واحد منهما بقدر نصيبه ( وكذا العبيد بين اثنين ) أي وكذلك العبيد إن كان بين اثنين لا فطرة فيهم أصلا ( عند أبي حنيفة رحمه الله ) كما لا فطرة في العبد الواحد بينهما بالاتفاق.

( وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤوس دون الاشقاص ) أي دون الابضار وهو جمع شقص وهو النصيب يعني لو كان بينهما خمسة أعبد مثلا يجب على كل واحد منهما في الثاني لقصور الولاية ، والحاصل انه يجب في الزوج دون الفرد كالثلاثة والخمسة والسبعة فلا يجب في الثالث والخامس والسابع اتفاقاً ، ويجب في اثنين واربعة وستة عندهما ( بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق ) أي قال أبو حنيفة هذه المسألة بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق للتفاوت الفاحش فلا يحصل لكل واحد من الشريكين ولاية كاملة في كل عبد ( وهما يريانها ) أي أبو يوسف ومحمد رضى الله عنهما يريان القسمة قياساً على البقر والغنم والإبل

وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم تتم الرقبة لكل واحد منهما ، ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق ما رويناه ، ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنه أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي .. الحديث ، ولأن السبب قد تحقق والمولى من أهله

---

ثم قول أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح » وفي بعض كتب اصحابنا وفي بعضها مثل قول أبي حنيفة وهو الأصح .

( وقيل هو بالاجماع ) أي عدم وجوب الفطرة في العبيد بين اثنان باجماع بين علمائنا الثلاثة وهو قول الحسن البصري والثوري وعكرمة « رح » ( لأنه لا يجتمع النصيب بعد القسمة فلا تتم الرقبة لكل واحد منهما ) لأن اجتماع النصيب بالقسمة ولم يوجد فلم يتم ملك الرقبة الكاملة لكل واحد من الشريكين ( ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر ) أي صدقة الفطر وهو قول أبى هريرة وابن عمر رضى الله عنهما وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز والنخعي والثوري واسحاق وداود « رح » ( لاطلاق ما روينا ) أراد ما تقدم من حديث ثعلبة في اول الباب وهو قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عن كل حر وعبد ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( في حديث ابن عباس رضى الله عنهما أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي .. الحديث ) هذا اللفظ أخرجه الدارقطني في سننه وليس فيه ذكر المجوسي عن سلام الطويل عن زيد العمى عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ أدوا صدقة الفطر عن كل صغير أو كبير ذكراً أو انثى يهودي أو نصراني حر أو مملوك نصف صاع من بر أوصاعاً من شعير أو صاعاً من تمر أو من شعير ، وقال لم يسنده عنه غير سلام الطويل وهو متروك ، ومن طريق الدارقطني رواه ابن الجوزي في الموضوعات ، وغلط القول في سلام عن الساي وابن معين وابن حبان « رح » ، وقال يروي عن الثقات الموضوعات كأنه كان التعمد بها ولم يذكر اكثر الشراح هذا الحدث .

( ولأن السبب قد تحقق ) وهو رأس يمونه بولائه عليه ( والمولى من أهله ) أى من


٥٧٨

وفيه خلاف الشافعي « رح » لأن الوجوب عنده على العبد وهو ليس من أهله ، ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق . قال ومن باع عبداً وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق

---

أهل الوجوب وليس هو بإضمار قبل الذكر لأن الشهرة قائمة مقام الذكر ( وفيه خلاف الشافعي ) أي في الحكم المذكور خلاف الشافعي رحمة الله ، وبقوله قال مالك وأحمد ، وعن بعض اصحاب الشافعي رحمه الله مثل قولنا للاختلاف بينهم ان الوجوب على العبد ويحمل عنه المولى أو على المولى ابتداء بلا محل فيه قولان ( لأن الوجوب عنده ) أي عند الشافعي رضى الله عنه ( على العبد وهو ) أي العبد ( ليس من أهله ) أي من أهل الوجوب هو مستدل لاثبات هـذا الأصل بحديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبي ﷺ فوض صدقة الفطر على كل حر وعبد ، فإن كلمة على للايجاب ، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أدوا عمن تمونون والوجوب لمن خوطب بالأداء وهو المولى ، وكلمة – على – في حديث ابن عمر رضى الله عنه بمعنى عن كما في قوله تعالى ﴿ إذا اكتالوا على الناس يستوفون ﴾ ٢ المطففين ، أي عن الناس .

( ولو كان على العكس ) أي لو كان الأمر على عكس المذكور بأن كان المولى كافراً والعبد مسلماً ( فلا وجوب بالاتفاق ) أي بيننا وبين الشافعي « رض » اما عندنا فلأن الصدقة عبادة والكافر ليس من أهلها فلا تجب علية ، وأما عنده فلأن المخاطب هو المولى وإن كان الوجوب على العبد عنده والكافر ليس مخاطباً بأداء العبادة .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن باع عبداً وأحدهما بالخيـــار ) والحال أن أحد المتعاقدين بالخيار ( ففطرته ) أي فطرة العبد ( على من يصير له العبد ) أعني هذا تفسير فخر الإسلام ، وفي شرح الجامع الصغير فسر قول محمد رحمه الله فطرته على من له الخيار بمعنى إذا تم البيع فعلى المشترى ، وان انتقض فعلى البائع ( ومعناه ) أي معنى قول محمد رحمه الله هذا الكلام من المصنف يفسر كلام محمد الذي قـاله في الجامع يعنى معناه ( إذا مر يوم الفطر ) يعنى فى مدة الخيار ( والخيار باق ) قال الإمام

وقال زفر « رح » على من له الخيار ، لأن الولاية له . وقال الشافعي « رح » على من له الملك لأنه من وظائفه كالنفقة ،

---

حميد الدين الضرير فى شرحـــه هذا من قبيل اطلاق اسم الكل وارادة البعض ، لأن مضي كل يوم فطر ليس بشرط.

( وقال زفر « رح » على من له الخيار ) أي صدقة الفطر على من له الخيار ان كان للبائع فعلى البائع ، وإن كان للمشترى فعلى المشترى ، وان كان الخيار لهما جميعاً أوشرط البائع فعلى البائع ايضاً ، سواء تم البيع أو انفسخ ( لأن الولاية له ) أي لمن له الخيار ، ولهذا إذا جاز البيع تم ، فإن فســـخ انفسخ والفطرة تجب بالولاية والمؤنـــة فوجبت الفطرة على من له الخيار .

( وقال الشافعي على من له الملك ) أي الفطرة تكون على من له الملك يومئذ (لأنه) أي لأن صدقة الفطر ، وذكر الضمير باعتبار التصدق ( من وظائفــه ) أى من وظائف الملك ( كالنفقة ) وهى مدة الخيار على من له الملك يومئذ ، فكذا الفطرة ، وقـــال الاترازى رحمه الله وذكروا فى شرح الجـامع الصغير قول زفر « رح » كما ذكر صاحب الهداية قول الشافعى قالوا والقياس ان تكون الفطرة على من يكون له الملك يومئذ ، ثم قالوا وهو قول زفر « رح » . وقال الكاكى الخلاف المذكور بين الشافعى وزفر « رح » موافق لما فى المبسوط وشرح الطحاوى رحمه الله مخالف لما فى الاسرار وفتاوى قاضى خان ، فإن المذكور فيها عكس ما ذكر في الكتاب من الخلاف حيث ذكر فيها . اعتبر زفر رضى الله عنه الملك ، والشافعي الخيار ، وفي المحيط قـال زفر والحسن والشافعي رضي الله عنهم وأحمد «رح» فطرته على من له الملك ان الخيار للبائع فعليه وإن كان للمشتري فعليه ، وعند مالك رحمه الله على البائع بكل حال ولكن ما ذكر في كتبهم من التتمة والتعليق موافق لما ذكر في الكتاب ، فقالوا في تتمتهم لو اشترى عبداً فاشترط الخيار ، وفي التعليق أو باع بشرط الخيار فأهل الهلال في زمان الخيار ففطرته هي على من لــــه الملك إن قلنا الملك للبائع فالفطرة عليه ، وان قلنا للمشتري فالفطرة عليه ، وإن قلنـا الملك موقوف فالفطرة كذلك فتصير على من له الملك .

ولنا ان الملك موقوف لأنه لو رد يعود إلى ملك البائع ، ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبني عليه بخلاف النفقة ، لأنها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف ، وزكاة التجارة على هذا الخلاف .

---

( ولنا ان الملك موقوف ) أي على ما يبنى عليه،أي لأن كل ما كان موقوفاً فالمبني عليه كذلك ، لأن التردد في الأصل يستلزم التردد في الفرع ( لأنه لو رده يعود إلى قديم ملك البائع ، ولو اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف على ما يبنى عليه ، بخلاف النفقة ) هذا جواب عن قول الشافعي « رض » كالنفقة ( لأنها للحاجة الناجزة ) أي الواقعة في الحال من نجز الشيء بالكسر إذا تم بما يقضى ( فلا يقبل التوقف ) على شيء فيبطل قياس ما يقبل التوقف على ما لا يقبل .

( وزكاة التجارة على هذا الخلاف ) صورته رجل له عبد التجارة فباعه بعروض التجارة بشرط الخيار ثم تم الحول في مدة الخيار فزكاته على الخلاف المذكو على من يصير له الملك،أو على من له الخيار أو على من له الملك يومئذ . وقال الكاكى رحمه الله لو باع عبداً للتجارة فحال الحول فى مدة الخيار فالمشترى للتجارة بشرط الخيار من وقت البيع فى حق من ثبت له الملك . وقيل صورته لاحدهما عشرون ديناراً ولآخر عوض يساويه في القيمة ، ومبدأ حولها على السواء ففى آخر الحول باع صاحب العروض من عرضه من الآخر بشرط الخيار له أو للمشتري فازدادت قيمة العروض فى مدة الخيار قبل تمام الحول ثم تم الحول فإن تقرر الملك للبائع يجب عليه بحصة الزيادة شيء ، وان تقرر للمشتري يجب عليه ذلك أيضاً عندنا .

## فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر أو دقيق أو سويق أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير وقالا الزبيب بمنزلة الشعير

---

( فصل في مقدار الواجب ووقته )

أي هذا فصل في بيان مقدار الواجب في صدقة الفطر وفي بيان وقته .

( الفطرة نصف صاع ) أي صدقة الفطر نصف صاع ( من بر أو دقيق أو سويق ) السويق البر المقلي ( أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير ) وذكر هذه الاشياء اليه ، وقد اختلف اهل العلم فيها اختلافاً شديداً على مانذكره ،منها البر هو الحنطة فلم يخالف فيه إلا داود الظاهري،فإن عنده لا تجب إلا من التمر والشعير ولا يجوز عنده قمح ولا دقيقه ولا دقيق شعير ولا سويق ولا خبز ولا زبيب ولا غير ذلك ، فإنه ذكر في حديث ابن عمر رضى الله عنه التمر والشعير فلم يذكره غيره اتفقا عليه .

ومنها الدقيق فقدذكرفي الذخيرة القرافية منع مالك الدقيق . وفي المدونةلايجزيء دقيق ولا سويق . وقال السروجي رحمه الله وقال مالك « رح » تجزيء من تسعة وهي القمح والشعير والسلت والذرة والدخن والارز والتمر والزبيب والأقط وزاد ابن حبيب المكس فصارت عشرة . وقال ابن حزم في المحلى العجيب قيل العجيب ما أجازه مالك من اخراج الدقيق .

ومنها السويق نص بعض الحنابلة لم يجز السويق لبرات بعض النافع وقال الشافعي « رض » أيضاً لا يجوز الدقيق والسويق في الفطرة على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى .

ومنها الزبيب وفيه خلاف الظاهرية كما ذكر وكذلك خلافهم في غير التمر والشعير ، وقال أبو بكر بن العربي « رح » يخرج من عيش كل قوم من اللبن لبناً ، ومن اللحم لحماً ، ويخرج اللوبياء وغير ذلك، وقال النووي رحمه الله ويجزيء في المذهب الحمص والعدس لأنه قوت ، وفي الجبن واللبن عندهم خلاف .

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الزبيب بمنزلة الشعير ) يعني لا يخرج منه إلا صاع

وهو رواية عن أبي حنيفة ، والأول رواية الجامع الصغير . وقال الشافعي « رح » من جميع ذلك صاع ، لحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله ﷺ

---

مثلما يخرج صاعاًمن الشعير ( وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » ) أي قوليهما في الزبيب رواية عن أبي حنيفة « رح » رواها أسد بن عمرو والحسن بن زياد «رح » ( والأول رواية الجامع الصغير ) يعني الزبيب مثل البر نصف صاع ، كذا روي عن أبي حنيفة « رح »في الجامع الصغير .

( وقال الشافعي عن جميع ذلك صاع ) أشار به إلى المذكور في قوله – من بر – الخ يعني لا يخرج من هذه الأشياء إلا صاع كامل ( لحديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه قال كنا نخرج ذلك على عهد رسول الله ﷺ ) حديث أبي سعيد هذا أخرجه الأئمة الستة عنه مختصراً ومطولاً ، قال كنا نخرج إذا كان فينا رسول الله ﷺ زكاة الفطر عن كل صغير وكبير حر أو مملوك صاعاً من طعام أو صاعاً من أقط أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية رضى الله عنه حاجاً أو معتمراً فكلم الناس على المنبر فكان فيما كلم به الناس فقال اني أرى ان مدين من تمر الشام تعدل صاعاً من تمر ، فأخذ الناس بذلك ، قال أبو سعيد « رح » أما انا فإني لا أزال أخرجه ابداً ما عشت ، وحجة الشافعي من هذا الحديث في قوله صاعاً من طعام ، قالوا والطعام في العرف هو الحنطة سيما وقد وقع في رواية للحاكم صاعاً من حنطة ، ومن الشافعية من جعل هذا الحديث حجة لنا من جهة أن معاوية جعل نصف صاع من الحنطة بدل صاع من التمر والزبيب ، قال النووي رحمه الله هذا الحديث معتمد أبي حنيفة « رح » ثم اجاب عنه بأنه فعل صحابى وقد خالفه أبو سعيد وغيره من الصحابة « رض » ممن هو أطول صحبة منه .

قلنا ان قولهم الطعام في العرف هو الحنطة ممنوع بل الطعام يطلق على كل مأكول ، وهنا أريد به أشياء ليست الحنطة بدليل ما ساقه عنه البخاري عن أبي سعيد قال كنا نخرج في عهد رسول الله ﷺ يوم الفطر صاعاً من طعام ، قال أبو سعيد رضى الله عنه

## ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة « رض » وفيهم الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم

وكان طعامنا الشعير والزبيب والاقط والتمر ، وقول النووي رحمه الله انه فعل صحابي قلنا قد وافقه غيره من الصحابة الجم الغفير « رض » بدليل قوله في الحديث فأخذ الناس بذلك ، ولفظ الناس للعموم فكان اجماعاً ، فكذلك ما أخرجـــه البخاري ومسلم عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قـــال فرض رسول الله ﷺ صدقة الفطر على الذكر والانثى والحر والمملوك صاعـــاً من تمر أو صاعاً من شعير فعدل الناس به مدين من حنطة ، ولا تصير مخالفة أبي سعيد لذلك بقوله أما أنا فلا أزال أخرجـه لأنه لا يقدح في الاجماع سيما إذا كان فيه الخلفاء الاربعة رضى الله عنهم ، أو نقول أرادبالزيادة على قدر الواجب تطوعاً .

( ولنا ما روينا ) أراد به حديث ثعلبة الذي مضى في أول الباب وفيه التصريح بان الفطرة من البر نصف صاع ( وهو مذهب جماعة ) أي نصف صاع من البر مذهب جماعة ( من الصحابة منهم الخلفاء الراشدون « رض » ) أما الجماعة من الصحابة فهم : عبد الله بن مسعود وجابر بن عبدالله وأبو هريرة وعبدالله بن الزبير وعبدالله بن عباس ومعاوية وأسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهم. فأما الخلفاء الراشدون فهم أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وهو مذهب جماعة من التابعين وغـــيرهم وهم سعيد بن المسيب وعطاء بن ابي رباح ومجـــاهد وسعيد بن جبير وعمر بن عبد العزيز وطاووس وابراهيم النخعي وعامر والشعبي وعلقمة والأسود وعروة وأبو سلمة بن عبدالرحمن ابن عوف وأبو قلابة عبدالله وعبد الملك بن محمد وعبد الرحمن الاوزاعي وسفيان الثوري وعبدالله بن المبارك وعبد الله بن شيبان ومصعب بن سعد « رح » .

وقال الطحاوي رحمه الله وهو قول القاسم وسالم وعبد الرحمن بن القاسم والحكم وحماد ، وهو مروي عن مالك «رض» ذكرها في الذخيرة .

أما حديث أبي بكر رضى الله عنه فأخرجه البيهقي ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن عاصم عن أبي قلابة عن أبي بكر انه أخرج زكاة الفطر مدين من حنطة

وما رواه محمول على الزيادة تطوعاً ، ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود ، وله انه والبر يتقاربان في المعنى لأنه يؤكل كل واحد منهما بجميع أجزائه

---

وإن رجلا أدى إليه متاعاً بين اثنين ، قال البيهقي هذا منقطع .

وأما حديث عمر رضى الله عنه فأخرجه أبوداود والنسائي عن عبد العزيز بن أبي زياد عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال كان الناس يخرجون صدقة الفطر على عهد رسول الله ﷺ صاعاً من شعير أو تمر أو سلت أو زبيب ، فقال عبدالله فلما كان عمر وكثرت الحنطة جعل البر نصف صاع من حنطة مكان صاع من تلك الأشياء .

وأما حديث عثمان رضى الله عنه فأخرجه الطحاوي «رح» عنه انه قال في خطبته أدوا زكاة الفطر مدين من حنطة ، قال البيهقي هو موصول عنه .

وأما حديث علي فأخرجه عبد الرزاق عنه قال علي رضى الله عنه من جرى عليه نفقتك نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو تمر .

( وما رواه ) أي وما رواه الشافعي رضى الله عنه من حديث أبي سعيد رضى الله عنه ( محمول على الزيادة تطوعاً ) أى على الزيادة على قدر الواجب من حيث التطوع بدليل انه قال كنا أو كنت ولم ينقل أمر النبي ﷺ وكان الناس في ذلك الزمان حرصاً على التطوعات فكرموا اداء الشقص وليس البر كالتمر والشعير ، فان التمر والشعير مشتمل بما ليس بمأكول ، وهو النواة والنخالة ، وعلى ما هو مأكول . وأما البر فكله مأكول فإن الفقير يأكل دقيق الحنطة بنخالته بخلاف الشعير فلا يمكن قياس البر عليها .

( ولهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( في الزبيب انه والتمر يتقاربان في المقصود ) وهو التفكه والاستحلاء ، فالزبيب يشبه التمر من حيث انه حلو مأكول وله عجم التمر التمر نواة .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضى الله عنه ( انه ) أي الزبيب (والبر يتقاربان في المعنى) هو الأكل ( لأنه ) أي لأن الشأن ( يؤكل كل واحد منهما بجميع أجزائه) أما الزبيب فإنه لا يرض منه شيء ولا يرمي نواه إلا من يتأنق في المأكول. واما البر فإن الفقراء لا يرمون

ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة ، ولهذا ظهر التفاوت بين البر والتمر ، ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر . أما دقيق الشعير كالشعير والأولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطاً وإن نص على الدقيق في بعض الأخبار

---

منه شيئاً ( ويلقى من التمر النواة ومن الشعير النخالة ) هذا جواب عن قولهما ان الزبيب بمنزلة الشعير ، وان الزبيب والتمر يتقاربان ، فأجاب بأن الزبيب ليسر بمتقارب من التمر لأن التمر يلقى منه النواة ولا هو بمنزلة الشعير والشعير يلقى منه النخالة ( ولهـذا ) أي ولكون البر مأكول كله ، ولكون التمر يلقى منه النواة ( ظهر التفاوت بين التمر والبر) فوجبت الفطرة من التمر صاعاً ومن البر نصف صاع ( ومراده ) أي محمد رحمـه الله . وقال الكاكي والشيخ أبو الحسن القدوري « رح» ( من الدقيق والسويق ما يتخذ من البر) يعني دقيق الحنطة وسويقها .

( أما دقيق الشعير كالشعير ) يعني مثل عين الشعير ، وذكر في المبسوط دقيق الحنطة كالحنطة ، ودقيق الشعير كعينه عندنا ، وبه قال الأنماطى من أصحاب الشافعى « رح » وقد مر عن الشافعى انه لا يجوز الدقيق والسويق في الفطرة ( والأولى أن يراعي فيهما ) أي في الدقيق والسويق (القدر والقيمة احتياطاً) حتى إذا كان منصوصاً عليها يتأدى باعتبار القدر . وإن لم يكونا باعتبار القيمة وتفسيره أن يؤدى نصف صاع من دقيق البر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من بر أو أدى نصف صاع من دقيق البر ولكن لا تبلغ قيمته قيمة نصف صاغ من بر لا يكون عاملا بالاحتياط . وفي جامع البرهاني قال بعض مشايخنا يجوز باعتبار العين لأنه منصوص عليه ، وقال بعضهم يجوز باعتبار القيمة لأن الدقيق تزيد على الحنطة غالباً حتى لو انتقض لا يجوز ( وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ) هذا واصل بما قبله ، وأراد ببعض الأخبار ما روي عن أبى هريرة رضى الله عنه ان النبي ﷺ قال أدوا قبل خروجكم زكاة فطركم ، فإن على كل مسلم مدين من قمح ودقيقه . قال في النهاية كذا في المبسوط ، وقال الاترازي « رح » وذكر الشيخ أبو نصر حديث أبىهريرة

ولم يبين ذلك في الكتاب اعتباراً للغالب، والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزناً فيما يروى عن أبي حنيفة «رح». وعن محمد «رح» انه يعتبر كيلاً

---

رضى الله عنه فذكر هذا الحديث .وذكر الاكمل هكذا . وقال الكاكى «رح» ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام فذكره ولم يبين واحد منهم من خرج هذا الحديث وما حاله، ولقد أمعنت النظر في كتب كثيرة من كتب الحديث فما وقفت عليه غير ان النسائى رضى الله عنه روى عن أبى سعيدرضى الله عنه انه قال لم نخرج في عهدرسول الله ﷺ إلا صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير أو صاعاًمن زبيب أو صاعاً من دقيق . . الحديث.

( ولم يبين ذلك في الكتاب ) أي لم يبين محمد رحمه الله ذلك، أشار به إلى الرعاية بين القدر والقيمة، واراد بالكتاب الجامع الصغير ( اعتباراً للغالب ) فإن الغالب ان قيمة نصف الصاع من التمر يساوي نصف صاع من البر .

( والخبز ) مبتدأ وقوله ( يعتبر فيه القيمة ) خبره، يعنى إذا ادى منوين من خبز الحنطة باعتبار القيمة لا يجوز . قال الكاكى «رح» لأنه لم يرد الخبر في شيء من النصوص وكان بمنزلة الذرة، ولأن الخبز نظير الحنطة في معنى القوت، لكن ليس بمعناه في القدر فإن الحنطة كيلية والخبز موزون، فلا يجوز إلا باعتبار القيمة ( وهو الصحيح ) يعنى كونه باعتبار القيمة، واحترز به عن قول بعض المتأخرين حيث قالوا يجوز بلا اعتبار القيمة، فإذا ادى منوين من خبز الحنطة، يجوز، لأنه لما جاز من الدقيق والسويق باعتبار العين فمن الخبز جوز، لأنه أنفع للفقراء .

( ثم يعتبر نصف صاع من بر وزناً فيما يروى عن أبى حنيفه «رح» ) رواه أبو يوسف رحمه الله عن أبى حنيفة رحمه الله، لأن العلماء «رح» لما اختلفوا في مقدار الصاع انه ثمانية ارطال أو خمسة أرطال وثلث رطل فقد اتفقوا على التقدير بما يعدل بالوزن، وذلك دليل على اعتبار الوزن قيد ( وعن محمد رحمه الله انه يعتبر كيلا ) رواه ابن رستم «رح» عنه يعتبر كيلا، حتى قال قلت له لو وزن الرجل منوين من الحنطة وأعطاهما لفقير هل يجوز

والدقيق أولى من البر والدرهم أولى من الدقيق فيما يروى عن أبي يوسف « رح » وهو اختيار الفقيه أبي جعفر « رض » لأنـــه أدفع للحاجة وأعجل به ، وعن أبي بكر بن الأعمش تفضيل الحنطة لأنه أبعد من الخلاف . إذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي « رح » .

قال والصاع عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » ثمانية أرطال بالعراقي

---

عن صدقة ، قال لا فقد تكون الحنطة ثقيلة الوزن ، وقد تكون خفيفة الوزن ، فإنمـا يعتبر نصف الصاع كيلا .

( والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما يروى عن أبى يوسف «رح» ) أماأولويةالدقيق من البر ، فلأنه أعجل بالنفقة ، وأما اولوية الدراهم من الدقيق فـلأن الدراهم يقتضى بها أشياء كثيرة ، وهذا ظاهر بين . وفي جامع المحبوبى قـال محمد بن سليمان رحمه الله كان في زمن الشدة ، فالأداء من الحنطة أو دقيقه أفضل من الدراهم ، وفى زمن السعة الدراهم افضل ( وهو اختيار الفقيه أبى جعفر «رح» ) أي كون الدقيق اولى من البر ، وكون الدراهم أولى من الدقيق ، كما روي عن أبى يوسف هو اختيـار الفقيه أبي جعفر . وقال الاترازي هذا الذي ذكره في الهداية خـلاف ما ذكره الفقيـه أبو الليث رحمه الله في نوادره ، حيث قال وكان الفقيه أبو جعفر يقول دفع الحنطة افضل في الأحوال كلها ، لأن فيه موافقة السنة واظهار الشريعه ( لأنه أدفع للحاجة وأعجل به ) أي بدفع الحاجة .

( وعن أبي بكر بن الأعمش «رح» وتفضيل الحنطة ) أي وعن أبي بكر الأعمش ان الحنطة أفضل ( لأنه أبعد من الخلاف ) لأن الحنطة تجور بالاتفاق ولا يجوز الدقيق .

والقيمة عند الشافعي رضى الله عنه ، وهو معنى قوله ( إذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي ) كلمة إذ هنا للتعليل ، أي لأجل خـلاف الشافعي في جواز الدقيق في الفطرة وجواز القيمة .

( والصاع عند أبي حنيفة ومحمـــد ثمانية ارطال بالعراقي ) أي بالرطل العراقي وهو

وقال أبو يوسف « رح» خمسة أرطال وثلث رطـــل ، وهو قول الشافعي « رح » لقوله عليه السلام صاعنا أصغر الصيعان

---

عشرون استاراً والاستار ستة دراهم ودانقان واربعة مثاقيل ، والصاع العراقي أربعة أمداد كذا ذكر فخر الإسلام ، وقيل ثمانية أرطال بالبغدادي ، والرطل البغدادي مائة وثمانية وعشرون درهماً واربعة أسباع درهم ، وقيل مائة وثمانية وعشرون درهماً ، وقيل مائة وثلاثون درهماً . قال النووي رحمه الله والأول أصح . وقول أبي حنيفة رضى اللهعنه هو قول جماعة من أهـــل العراق وقول ابراهيم النخعي ، وهو قول زفر ايضاً فيما قاله أبو بكر الخصاف .

( وقال أبو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل ) أي الصاع خمسة أرطال وثلث رطل ( وهو قول الشافعي رضى الله عنه ) .

وقول مالك وأحمد أيضاً (لقوله عليه الصلاة والسلام صاعنا اصغر الصيعان) أي لقول النبي ﷺ صاعنا أصغر الصيعان، وهذا غريب . وروى ابن حبان في صحيحه عن ابن خزيمة عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ وقيل له يا رسول الله صاعنا أصغر الصيعان ومدنا اكثر الأمداد ، فقال اللهم بارك لنا في صاعنا وبارك لنـا في قليلنا وكثيرنا واجعل لنا مع البركة بركتين ، انتهى . قـــال ابن حبان وفي ترك المستفي الانكار عليهم ، حيث قالوا صاعنا أصغر الصيعان ، بيـان واضح أن صاع المدينة أصغر الصيعان ، ولم يجر بين أهل العلم إلى يومنا هذا خلافاً في هذا الصاع إلا ما قاله الحجازيون والعراقيون ، فزعم الحجازيون ان الصاع خمسة أرطال وثلث ، وزعم العراقيون ثمانيـة أرطال من غير دليل ثبت على صحته .

فإن قلت روى الدارقطني «رح» في سننه عن عمران بن موسى الطائي حدثنا اسماعيل ابن سعد الخراساني حدثنا اسحاق بن سليمان الرازي قال قلت لمالك بن أنس رضي اللهعنه يا أبا عبدالله كم وزن صاع النبي ﷺ ، قال خمسة أرطال وثلث بالعراقي أنا حرزته ، قلت يا أبا عبدالله خالف شيخ القوم ، فقال من هو قلت أبو حنيفة «رح» يقول ثمانية أرطال ، قال فغضب غضباً شديداً ، وقال قاتله الله ما أجرأه على الله ، ثم قـــال لبعض جلسائه

يا فلان هات صاع جدك ، يا فلان هات صاع عمك ، يا فلان هات صاع جدتك،فاجتمعت أصوع ، فقال مالك «رض» ما تحفظون في هذا ، فقال بعضهم حدثني أبي عن أبيـه انه كان يؤدي هذا الصاع إلى رسول الله ﷺ ، وقال الآخر حدثني أبي عن أخيـه انه كان يؤدى بهذا الصاع إلى رسول الله ﷺ . قال مالك «رض» أنا حرزت هذه فوجدتهاخمسة أرطال وثلث ،قلت يا أبا عبدالله أحدثك بأعجب من هذا انه يزعم أن صدقة الفطر نصف صاع والصاع ثمانية أرطال ، فقال هذا أعجب من الأول ، بل صاع تمام عن كل انسان ، هكذا أدركنا علمائنا ببلدنا هذا .

قلت قال صاحب التنقيح اسناده مظلم ، وبعض رجاله غير مشهورين ، والمشهور مـا أخرجه البيهقي عن الحسين بن الوليد القرشي وهو ثقة قال قدم علينا أبو يوسف من الحج ، فقال اني أريد أن افتح عليكم باباً من العلم بشى تفحصت عنه ، فقدمت المدينة فسألت عن الصاع ، فقالوا صاعنا هذا صاع رسول الله ﷺ فنظرت فهي سواء ، فقال فعـبرته فإذا هو خمسة أرطال وثلث بنقصان يسير ، فرأيت أمر قوماًفتركتقول أبي حنيفةرضى اللهعنهفي الصاع واخذت بقول أهل المدينة هذا هو المشهور من قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال الاترازي «رح» وجه قول أبى يوسف قوله عليه الصلاة والسلام صاعنا أصغر الصيعان . قلت قد علمت بما ذكرناه ، إلا أن هذا ليس لفظ النبي ﷺ ، فكيف ينسبه الاترازي إلى النبي ﷺ مع دعواه أن له يداً في الحديث ، وكذلك الـكاكي والاكـمـل وآخرون على هذا المنوال .

( ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال ) هذا انما قال ولنا ، ولم يقل ولهما ، لأنه صرح بذكر الشافعي « رح » هنا انهمع أبي يوسف «رح» فلذلك قال ولنا ، وهذا الحديث اخرجه الدارقطني «رح» في سننه عن أنس رضى الله عنه في ثلاث طرق منها أن رسول الله ﷺ كان يتوضأ بمد رطلين ويغتسل بصاع ثمانية أرطال ، وضعف البيهقي «رح» هـذه الطرق كلها ، والذي صح وثبت عن

وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنــــه وهو أصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي .

---

أنس رضي الله عنه ليس فيه الوزن ، وما روى في الصحيحين فيه قال كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع ، واستدل الطحاوى لأبي حنيفة ومحمد «رح» بما رواه عن ابن عمران باسناده إلى مجاهد ، قال دخلنا على عائشة رضى الله عنها فاستسقى بعضنابعضاً فأتى بعد فقالت يا عائشة [1] رضى الله عنها كان النبي ﷺ يغتسل بمثل هذا ، فقال مجاهد فحرزته ثمانية ارطال ، تسعة أرطال عشرة أرطال فلم يشك مجاهد في الثمانية وانما شك فيما فوقها ، وذكر الطحاوي أيضاً باسناده إلى ابراهيم عن علقمة عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ يغتسل بالصاع . وروى أيضاً عن ربيع المؤذن باسناده إلى جابر رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع . قال وفي السنن ايضاً عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يتوضأ بما يسع رطلين ، ويغتسل بالصاع ، ثم قال وجه الاستدلال بهذا حديث الآثار على ان الصاع ثمانية أرطال .

إن تقول قد ثبت ان النبي ﷺ كان يغتسل بالصاع لكن كان مقداره غير معلوم ، فعلم من ذلك من حديث مجاهد عن عائشة رضى الله عنها حيث قدره بثمانيــــة أرطال ، ولأن رسول الله ﷺ كان يتوضأ بالمد فعلم من حديث أنس رضى الله عنه أن مقدار المد رطلان فإن ثبت أن المد رطلان يلزم ان يكون صاع رسول الله ﷺ اربعة أمداد ، وهي ثمانيــة أرطال ، لأن المد ربع صاع باتفاق .

( وهكذا كان صاع عمر رضى الله عنه ) يعني ثمانية أرطال ( وهو أصغر من الهاشمي ) أى صاع عمر رضي الله عنه أصغر من الصاع الهاشمي ، لأن الصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلاً ( وكانوا يستعملون الهــــاشمي ) وكان رسول الله ﷺ استعمل العراقي وهو أصغر بالنسبة إلى الهاشمي وهو صاع عمر رضي الله عنه . وقال فخر الاسلام صاع العراق صاع عمر رضى الله عنه ، وذكر الطحاوي « باسناده إلى موسى بن طلحة وابراهيم قالا عايرنا

---

(١) هكذا الجملة في الأصل.

قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر . وقال الشافعي « رح » بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان ، حتى ان من أسلم أو ولد ليلة

---

الصاع فوجدناه حجاجياً ، والحجاجي ثمانية أرطال بالبغدادي. وقال فخر الإسلام«رح» صاع عمر رضى الله عنه فغسل فأخرجه الحجاج ، وكان يمن على أهل العراق ، ويقول في خطبته يا أهل العراق يا أهل الشقاق والنفاق ويا مساوىء الأخلاق ألم أخرج لكم صاع عمر رضى الله عنه ، فلذلك سمى صاعاً حجاجياً . وقيل لا خلاف لأن الرطل كان في زمن أبي حنيفة «رض» عشرين استاراً والاستار ستة دراهم ونصفاً ، فإذا ما ثلث ثمانية أرطال على ان هذا الحساب خمسة أرطال وثلث تجد كل واحد منهما الفاً وأربعين درهماً، نبه على ذلك كله صاحب الينابيع ، وقال فيه غير سديد ، والصحيح ان اختلاف بينهم في الحقيقة ، لأن الكل اعتبر الرطل العراقي فإنه ذكر في المبسوط عن أبي يوسف رحمه الله في كتاب العشر والخراج خمسة أرطال كل رطل ثلاثون أستاراً وثلث رطل بالعراقي.وفي الأسرار خمسة أرطال كل رطل ثلاثون أستاراً أو ثمانية أرطال وكل رطل عشرون استاراً سواء ، وفي المستصفى وقيل الاختلاف بينهم في الرطل لا في الصاع . وفي شرح الارشاد الاختلاف بينهم في المد ، فإن المد عندنا رطلان ، وعندهم رطل وثلث ولاخلاف أن الصاع أربعة أمداد ، ثم التقدير بالارطال دون الامناء لعبرة الطعام عندهم .

( قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر ) وفي اكثر النسخ قال وجوب الفطرة أي قال القدوري ، يعني وقت وجوب صدقة الفطر تثبت بطلوع الفجر الثاني من يوم الفطر ، وبه قال الشافعي رضى الله عنه في القديم يعني في القديم وأحمد في رواية ومالك في رواية ، وهو المشهور عند المالكية وهو قول ابن القاسم وابن مطوف وابن الماجشون وابن وهب ، وبه قال الليث وأبو ثور وآخرون .

( وقال الشافعي رضى الله عنه بغروب الشمس في اليوم الأخير من رمضان ) وبه قال اسحاق وأحمد «رح» في رواية ، وهو قول الثوري أيضاً ، ومنهم من قال تجب بطلوع الشمس كصلاة العيد . وقال ابن العربي رحمه الله لا وجه له ( حتى أن من أسلم او ولد ليلة

الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه أو ولده ، له أن يختص بالفطر وهذا وقته ،ولنا أن الاضافة للإختصاص ، واختصاص الفطر باليوم دون الليـــل ،

---

الفطر تجب عليه فطرته عندنا ) هذا بيان ثمرة الخلاف في المسألة المذكورة فتجب الفطرة عندنا في هذه الصورة ( وعنده لا تجب ) أى وعند الشافعي رضى الله عنـــه لا تجب الأصل في هذا أن وجوب الفطرة متعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر تعلق وجوب الاداء بالشرط لا تعلق وجوب الاداء بالسبب ، إذ الفطرة شرط وجوب الأداء لا سببه، وتظهر ثمرة ذلك في مسألتين :

أحدهما ان الرجل إذا قال لعبده إذا جاء يوم الفطر فأنت حر ، فجاء يوم الفطر عتق العبد ، ويجب على العبد صدقة الفطر قبل العتق لا بعد .

والثانية أن العبد إذا كان للتجارة تجب على المولى زكاة التجارة إذا تم الحول بانفجار الفجر من يوم الفطر . وقال السغناقي رحمه الله هاتان المسألتان شاهدتان على الأصل المعهود وهو ان المعلول يقارن العلة في الوجود ، والمشروط يتعقب عن المشروط ، والمشروط يتعقب عن الشرط في الوجود .

( وعلى عكسها من مات فيها من مماليكه أو ولده ) أي على عكس الحكم المذكور ، يعني لا تجب عندنا لعدم تحقق شرط وجوب الاداء وهو طلوع الفجر من يوم الفطر ،ويجب عند الشافعي «رض» لتحقق شرط وجوب الاداء وهو غروب الشمس من اليوم الأخير من رمضان وهو حي ، ومن مات بعد طلوع الفجر يجب الفطرة عنه بالاتفـــاق ( له ) أي الشافعي ( انه ) أى ان وجوب الفطرة ( يختص بالفطر ،وهذا وقته ) أي غروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان .

( ولنا أن الاضافة ) أى إضافة الصدقـة إلى الفطر ( للاختصاص واختصاص الفطر باليوم دون الليل ) إذ المراد فطر يضاد الصوم ، وهو في اليوم لأن الصوم فيه حرام ، ألا ترى ان الفطر كان يوجد في كل ليلة من رمضان ، ولا يتعلق الوجوب به ، فدل على أن المراد به ما يضاد الصوم .

والمستحب أن يُخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى ، لأنه عليه السلام كان يُخرج قبـــل أن يَخرج ، ولان الأمر بالاغناء

---

( والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى ، لأنه عليه الصلاة والسلام كان يخرج ) بضم الياء من الإخراج ، أي كان يخرج صدقة الفطر ( قبل ان يخرج ) بفتح الياء ، أي قبل أن يخرج إلى المصلى . قال الاترازي «رح» قوله المستحب ان يخرج الناس الفطرة قبل الخروج إلى المصلى ، وهذا المروى في السنن عن نافـــع عن ابن عمر رضى الله عنه قال أمرنا رسول الله ﷺ بزكاة الفطر ان يؤدي قبل خروج الناس إلى الصلاة ، وقد روي ان النبي ﷺ كان يخرج الفطرة قبل الخروج إلى المصلى ، انتهى . قلت هذا الذي صنفه غير مرتب ، لأن صاحب الكتاب لما ذكر قوله – فالمستحب – إلى آخره استدل عليه بقوله – لأنه عليه الصلاة والسلام كان يخرج – فلا شك ان الدليـــل والمدلول في حكم شيء واحد ، فجـــاء الاترازي فكر [1] بينهما ، وذكر حديث ابن عمر رضى الله عنه دليلاً لمدلول المصنف .

وسبب قوله – لأنه عليــه الصلاة والسلام كان يخرج – ثم ذكر قوله وروى تصنيفه التمريض من غير تعوض لبيان من اخرجه ، وما حاله وهذا ليس بصنع من يدعى أن له هذا في الحديث ، وها هنا الذي ذكره المصنف « رح » مذكور في حديث رواه الحـــاكم أبو عبيد النيسابوري في كتاب علوم الحديث ، وهو مجلد كامل في باب الأحاديث التي افرد ابن زياد فيها ، رواه أحمد حدثنا أبو العباس محمد بن يعقوب، حدثنا محمد بن الجهم السمري قال حدثنا أبو معشر عن نافع عن ابن عمر قال أمرنا رسول الله ﷺ ان نخرج صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر أو عبد صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب أو صاعاً من شعير أو صاعاً من قمح ، وكان يأمرنا أن نخرجها قبل الصلاة ، وكان رسول الله ﷺ يقسمها قبل أن ينصرف إلى المصلى، ويقول اغنوهم عن الطواف في هذا اليوم .

( ولأن الأمر بالاغناء ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن المسألة في هـــذا

---

(١) هكذا رسمت في الأصل .

كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة ، وذلـــك بالتقديم ، فإن قدموها على يوم الفطر جاز ، لأنه أدى بعد تقرر السبب ، فأشبه التعجيل في الزكاة ، ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيـح ، وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط ،

---

اليوم ( كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة ) أي عن صلاة العيد ( وذلك ) أي الأغناء ( بالتقديم ) أي بتقديم صدقة الفطر ( فإن قدموها على يوم الفطر جاز ) وللشافعية ثلاثة أوجه . اولها : يجوز تعجيلها في رمضان ولا يجوز قبله . ثانيها : يجوز قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الأول من رمضان ولا يجوز قبله ، انما يجوز في جميع السنة ، وعند الحنابلة يجوز يوم أو يومين ، وقيل بنصف الشهر . وقـال الحسن بن زياد ومالك « رح » لا يجوز تعجيلها قبل وقت وجوبها ( لأنه أدى بعد تقرر السبب ) وهو رأس يمونه ويلي[1] عليه ( فأشبه التعجيل في الزكاة ) بعد تقرر سببها وهو ملك المـــال ، وقيل وقت الوجوب وجوب حولان الحول .

( ولا تفصيل بين مدة ومدة ) أي لا تفصيل في جواز تقديم صدقة الفطرة بـين مدة ومدة ، بل يجوز التقديم مطلقاً ( هو الصحيح ) احترز به عن قول خلف بن أيوب ونوح ابن مريم «رح» حيث قال خلف يجوز تقديمها بعد دخول شهر رمضان لا قبله ، وبه قال الشافعي رضى الله عنه . وقال نوح بن مريم «رح» يجوز تعجيلها في العشر الأخير العرب . وعن الكرخي بيوم وبيومين ، وبه قال أحمـــد ، وروى ابراهيم بن رستم في النوادر عن محمد قال لو أعطى صدقة الفطر قبل الوقت بسنتين جـــاز ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة «رح» ، وقال في الخلاصة وذكر السنة والسنتين وقع اتفاقاً ، بل يجوز مطلقاً لو ادى عشر سنين أو اكثر .

( وان أخروها عن يوم الفطر لا تسقط ) وبه قـــال الحسن البصري والحسن بن زياد

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

وكان عليهم إخراجها ، لأن وجه القربة فيها معقول ، فلا يتقدر وقت الأداء فيها ، بخلاف الأضحية . والله أعلم .

---

ومالك «رح» وتسقط بتأخيرها عن يوم الفطر كالاضحية ، فإنها تسقط بمضى أيام النحر ( وكان عليهم إخراجها ، لأن وجه القربة فيها معقول ) وجه القربة كونها صدقة مالية ، والتصدق بالمال قربة مشروعة في كل وقت ، ووجه القربة معنى معقول ، وهو دفـــع حاجة الفقير ، والاغناء عن المسألة ( فلا يتقدر وقت الأداء ) أي لا يتقـدر وقت الأداء ( فيها ) بل يجوز أن يتعدى إلى غـــيره ، فلا تسقط بعد الوجوب إلا بالأداء كالزكاة ( بخلاف الأضحية ) فإنها تسقط بمضى أيام النحر ، لأن القربة فيها إراقـــة الدم وهي لم تعقل قربة ، ولهذا لم تكن قربة في غير هذه الايام فيقتصر على مورد النص ، ولا تسقط بتأخير الأداء وإن افتقر لأنها متعلقة بالذمـــة دون المال ، كذا في فتاوى الولوالجي والقاضي خان .

★ ★ ★

# كتاب الصوم

( كتاب الصوم )

أي هذا كتاب في بيان احكام الصوم ، ذكر محمد رحمه الله في الجامع الكبير كتاب الصوم عقيب كتاب الصوم (١) ، لكون كل منهما عبادة بدنية ، ولكن الزكاة ذكرت مقرونة بالصلاة في الكتاب والسنة ، فلذا ذكرت عقيب الصلاة ، وقدمت على الصوم وغيره .

والصوم في اللغة عبارة عن الامساك أي إمساك كان ، قال الله تعالى ﴿ إني نذرت للرحمن صوماً ﴾ ٢٦ مريم ، أي صمتاً وسكوتاً ، وكان مشروعاً عندهم . وقال النابغة :

خيل صيام وخيل غير صائمة تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

أي قائم على غير علف قال الجوهري وقال ابن الفارس «رح» ممسكة عن السير ، وصام النهار إذا قام غير قائم الظهيرة ، وقال أبو عبيد كل ممسك عن طعام أو كلام أو سير صائم ، والصوم ركود الريح والصوم السمة ، والصوم ذرق الحمام وسلخ النعام ، والصوم اسم شجر في لغة هذيل ، والصيام مصدر كالصوم ، وفي الشرع الصوم هو الامساك عن الفطرات الثلاثة نهاراً مع النية .

واختلف أي صوم وجب في الإسلام أولاً ، قيل صوم عاشوراء ، وقيل ثلاثة أيام من كل شهر لأنه عليه الصلاة والسلام لما قدم المدينة جعل يصوم من كل شهر ثلاثة أيام ، رواه البيهقي ، ولما فرض رمضان خير بينه وبين الاطعام ، وفرض صوم شهر رمضان في السنة الثانية من الهجرة قبل وقعة بدر ، وقيل في شعبان فصام رسول الله ﷺ تسع رمضانات ، وفيها حولت القبلة وأمر بزكاة الفطر ، وسببه مشهور الشهر ، لأن الصوم يضاف اليه ،

(١) هكذا الأصل ، وربما قصد بها — الزكاة — اه مصححه .

قال الصوم ضربان واجب ونفل ، والواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز الصوم بنية من الليل ، وإن لم ينو حتى أصبح أجزته النية ما بينه وبين الزوال .

---

يقال صوم شهر رمضان وشرطه الوقت والنية والطهارة ، وركنه الكف عن المفطرات . وحكمه الثواب وسقوط الواجب عن الذمة .

( قال الصوم ضربان ) أي نوعان، وفي البدرية جرت العادة بين أهل التحقيق الابتداء بالتحديد ليسهل أمر التقسيم ، وقد بدأ بالتقسيم ليسهل أمر التحديد ، وصاحب الكتاب بدأ بالتقسيم . فان قلت الصوم واحد باعتبار القربة وقهر النفس ، فكيف يتنوع ، قلت تنوعه باعتبار أن هذا الصوم له أو عليه ( واجب ونفل ) أي أحدهما واجب والآخر نفل واختار لفظ الواجب ليشتمل الواجب بايجاب الله تعالى أو الواجب بايجاب العبد ، كذا في المستصفى ، وقيل اراد بالواجب الفرض ، وقيل معناه الثابت علينا .

( فالواجب ضربان ) أي نوعان ( منه ) أي من الواجب الذي هو ضربان (ما يتعلق بزمان بعينه ) أي الذي يتعلق بزمان معين ( كصوم رمضان ) أي كصوم شهر رمضان وهو غير متصرف للعلمية ووجود الألف والنون المزيدتين المضارعتين ، لا لفي التأنيث ، واشتقاقه من رمض الشيء بكسر الميم يرمض بفتحها إذا اكثر جره ، وقيل من الرمضاء وهي الحجارة الحارة لأنه قد يأتي في وقت الحر ، وقال الفراء رمضان يجمع على رماضين كسلاطين وسراجين ، وقال الجوهري رحمه الله على أرماض ورمضانات . وقال ابن الأنباري رحمه الله يجمع على رماض ( والنذر المعين ) أي وكالصوم المنذور المعين بشهر أو يوم ( فيجوز الصوم ) في هذا النوع ، وهو رمضان وصوم النذر المعين ( بنية من الليل) أي من بعد غروب الشمس ، وكلمة من لابتداء الغاية ، وهو الأصل فيها حتى أن باقية معانيها لا تخلو عنها .

( وإن لم ينو حتى أصبح أجزته النية ما بينه وبين الزوال ) يعني وإن لم ينو في هذين اليومين حتى أصبح أجزأته النية ما بين الصبح والزوال ، وعبارة حافظ الدين رحمه الله احسن من هذا ، حيث قال وصح صوم رمضان والنذر المعين والمقيد بنية من الليل إلى ما

وقال الشافعي «رح» لا يجزئه. اعلم أن صوم رمضان فريضة ، لقوله تعالى (كتب عليكم الصيام) ١٨٣ البقرة ،

---

قبل نصف النهار»، لأن النية انما تصح إذا وقتت في الليل أو في اكثر النهار ، لأن للأكثر حكم الكل ، لأن على قول المصنف الذي هو قول القدوري رحمه الله لا تقع النية في اكثر النهار ، لأن للأكثر حكم الكل ، لأن على قوله – لأن نصف اليوم من طلوع الفجر الصادق إلى الضحوة الكبرى – لا وقت الزوال وسيجيء كلام المصنف رحمه الله في هذا ، وقولنا هو قول سعيد بن المسيب والاوزاعي واسحاق وعبد الملك وابن العدل «رح» من المالكية وقال زفر رحمه الله يصح صوم رمضان في حق المقيم الصحيح بغير نية ، وهو مذهب عطاء ومجاهد «رض» قال ابن جرير مع الظاهرية في المحلى ان من نسي أن ينوى من الليل ففي أى وقت نواه من النهار الثاني لتلك الليلة صح صومه ، سواء أكل أو شرب أو وطيء أو جمع بين الثلاثة أو لم يفعل شيئاً من ذلك ، ويجزئه صومه ذلك ولا قضاء عليه ، ولو لم ينو من النهار إلا مقدار ما ينوي فيه الصوم إن لم ينو لا صوم له ولا قضاء عليه ، وكذا من جاءه خبر هلال رمضان بعدما أكل أو شرب أو جامع فنوى الصوم قبل الغروب يجزئه صومه ، وإن لم ينوه فلا صوم له ولا قضاء عليه ، وإن لم يذكر حتى غربت الشمس فلا قضاء عليه ، وعند ابن شريح والطبري وابن زيد الرومي من الشافعية يصح النقل بعد هذه الأشياء لمناقبة للصوم وهو في غاية الضعف .

( وقال الشافعي رضى الله عنه لا يجزئه ) لأن به يتعين نية الرمضانية والتبييت بها من الليل شرط عنده ، وبه قال أحمد «رح» وقال مالك وجابر وابن زيد والمزني وداود ويحيى البلخي «رح» لا يجوز الفرض والنفل إلا بنية من الليل .

( أعلم ان صوم رمضان فريضة ) كان من حسن الترتيب ان يذكر هذا في أول الباب ثم يذكر افتوع الصوم مع الاشارة الحر الخلافيات [1] ( لقوله تعالى ﴿كتب عليكم الصيام﴾ ١٨٣ البقرة ) أي فرض عليكم الصوم كما كتب على الذين من قبلكم ، يعني على الانبياء

---

(١) ربما أخطأ الناسخ بنسخ هذه الجملة . ا هـ مصححه .

وعلى فرضيته انعقد الاجماع ، ولهـــذا يكفر جاحده . والمنذور واجب لقوله تعالى ( وليوفوا نذورهم ) ٢٩ الحج ، وسبب الأول الشهر ، ولهـــذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب وجوب صومه

---

عليهم السلام والأمم من لدن آدم عليه الصلاة والسلام إلى عهدكم ، قال علي رضى الله عنه أولهم آدم عليه الصلاة والسلام ، والصوم عبادة قديمة ما أذن الله امة ممن افترضه عليهم ، وقوله تعالى ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ ١٨٣ البقرة يدل على فرضيته (وعلى فرضية انعقد الاجماع ، ولهذا يكفر جاحده ) أي منكره ، قوله – يكفر – بضم الياء وفتح الفاء من غير تشديد ، يعني من الإكفار لا من التكفير ، معناه حكم بكفر جاحده ، والأمـــة اجتمعت من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير أحد .

( والمنذور واجب لقوله تعالى ﴿ وليوفوا نذورهم ﴾ ٢٩ الحـج ) بناء على أن الأمر للوجوب ، فإن قلت كان ينبغي ان يكون فرضاً لكونه ثابتاً بالكتاب ، كصوم رمضان قلت هذا عام خص منه النذر بالمعصية ، والنـــذر بالطهارة ، وعيادة المرضى ، وصلاة الجنازة ، فيثبت به واجب غير قطعي ، كالواجب بخبر الواحد ، بخـــلاف قوله ﴿ كتب عليكم الصيام ﴾ فإنه غير مخصوص ، فثبت به واجب قطعي .

فإن قلت قد خص منها أيضاً المجانين والصبيان وأصحاب الأعذار ومع هـــذا ثبت الفرضية . قلت هذا المخصص بالدليل العقلي ، وهو لا يخرج النص عن القطع ، لأن العقل دل على اعتبار عدم دخول هؤلاء فلا يكون تخصيصاً ، وقد يقال أن الأمر لتفريغ الذمة عما وجب عليه بالسبب ، فإن كان من الشارع كشهود الشهر في رمضان يكون الثابت به فرضاً ، وان كان من العبد يكون واجبــاً كما في النذر فرقــاً بين ايجاب الرب وايجاب العبد .

( وسبب الأول ) يعني فرض ( الشهر ) يعني حضوره ( ولهـــذا ) أي ولكون الشهر سبب فرض الشهر ( يضاف إليــه ) والاضافة دليـــل السببية ( ويتكرر بتكرره ، وكل يوم سبب وجوب صومه ) أي صوم ذلك اليوم ، لأن صوم رمضان

وسبب الثاني النذور والنية من شرطه ، وسنبينه وتفسيره إن شاء الله تعالى . وجه قوله في الخلافية قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليـــل ،

بمنزلة عبادات متفرقة لأنه يتخلل بين يومين زمـان لا يصلح للصوم لا اداء ولا قضاء وهو الليالي ، فصار كالصلاة ، كذا اختاره صاحب الأسرار وفخر الإسلام . وقال شمس الأئمة السرخسي «رح» الليالي كأول الأيام سبب في السببية .

( وسبب الثاني النذور ) أي سبب المنذور المعين النـــذر ( والنية من شرطه ) أى شرط الصوم ، لأن الاعمال بالنيات ( وسنبينه ) أي سنبين شرط الصوم ، أراد به مـــا يذكره بعد هذا قوله – ولأنه صوم يوم يتوقف الامساك في اوله على النية المتـــأخرة المقترنة – ( وتفسيره إن شاء الله تعالى ) اراد به ما يذكره بقوله – والنية – لتعينه لله تعالى ، لأن النية عبادة عن بقية بعض المحتملات ، فكان ما ذكره تفسير النية .

( وجه قوله في الخلافية ) أي وجه قول الشافعي رحمه الله في المسألة الخلافية وهو أن النية قبل الزوال يجزئه عندنا خلافـاً ( قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ) هذا الحديث بهذا اللفظ وقع في رواية ابن أبي حاتم «رض» قال سألت أبي عن حديث رواه اسحاقَ بنَ حازم عن عبدالله بن أبي بكر [١] سالم عن أبيه عن حفصة رضى الله عنها مرفوعاً لا صيام لمن لم ينو من الليل ، ورواه يحيى بن أيوب عن عبدالله بن أبي بكر عن الزهري عن سالم عن حفصة رضى الله عنهـا مرفوعاً . قلت أيما أصح قال لا ادري ، لأن عبدالله بن أبي بكر ادرك سالماً، وروى عنه فلا أدرى أسمع هذا الحديث منه أو سمعه من الزهري عن سالم ، وقد روي هـذا عن الزهري عن حمزة بن عبدالله بن عمر عن حفصة رضى الله عنها قولها وهو عندي اشبه . ورواه أيضاً الاربعة من حديث عبدالله بن عمر عن اخته حفصة قالت قال رسول الله ﷺ من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له ، هذه الالفاظ إلى داود والترمذي ولفظ ابن ماجـــة

(١) هنا كلام ناقص وتصحيحه ما يأتي بعده . اهـ مصححه .

ولأنه لما فسد الجزء الأول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزأ بخلاف النفل لأنه متجزء عنده

---

لا صيام لمن لم يفرضه من الليل ، وجمع النسائي بين اللفظين ، ورواه أبو داود مرفوعاً وموقوفاً . ورواه الترمذي عن عيسى بن أيوب عن عبدالله بن أبي بكر قال هذا الحديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وقد روي عن نافع عن ابن عمر « رض » قوله وهو أصح ، ورواه النسائي من طريقين ، قال الصواب عندي موقوف ، ولم يصح رفعه ، لأن يحيى بن ايوب ليس بذاك القوى ، ثم اخرجه عن مالك عن الزهري عن عائشة رضى الله عنها وحفظته موقوفاً ، ورواه مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه . قوله وروى الدارقطني في سننه من حديث يحيى بن ايوب عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة رضى الله عنها عن النبي ﷺ قال من لم يثبت الصيام قبل الفجر فلا صيام له ، ثم قال ورجاله كلهم ثقات ، وأقره البيهقي على ذلك في سننة وفي خلافياته .

قلت في رجاله عبدالله بن عباد غير مشهور . وقال ابن حبان وهو يقلب الاخبار ، وفيهم يحيى بن أيوب « رح» ليس بالقوى كما مر .

فإن قلت أخرج الدارقطني أيضاً عن الواقدي باسناده إلى ميمونة بنت سعد تقول سمعت رسول الله ﷺ يقول من أجمع الصوم من الليل فليصم ، ومن أصبح ولم يجمعه فلا يصم . قلت أعله ابن الجوزي في التحقيق والواقدي قوله – ولم يجمع – قال ابن الاثيرمن الاجماع وهو إحكام النية والعزيمة ، وقال غيره بالتشديد والتخفيف يعني من التجميع والاجماع ، ومعنى قوله – لم يفرضه من الليل – أي لم يقطعه ولم يجزمه ويروى من لم يفرضه قال ابن الاثير مرة يقال فرضت المفتق أو ارضته إذا عزمت عليه ، والاصل الهمزة .

( ولانه لما فسد الجزء الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزأ ) أي لأن الشأن كما فسر الجزء الأول من الليل لعدم النية فيه ، فسر الثاني لأن الصوم بناء لجميع اليوم لأنه لا يتجزأ ( بخلاف النفل لأنه متجزء عنده ) أي لأن النفل يتجزأ عند الشافعي رضي الله عنه . وفي الوجيز وشرحه والتتمة يجوز النفل بنيته في النهار قبل الزوال، وفيه

النية بعد الزوال قولان ، ثم إذا نوى قبل الزوال وبعده وما دناه فهو صائم من اول النهار في الأصح ، وقيل من وقت النية وهو اختيار القفال ، ثم على القول الأصح يشترط خلو أول اليوم عن الأكل والشرب والجماع ، فيه وجهـان ، احدهما لا يشترط وهو قول ابن شريح ، لأن الصوم محسوب له من وقت النية ، فكان ما مضى بمنزلة جزء من الليـل ، والأصح انه يشترط وإلا بطل مقصود الصوم ، وكذا اشتراط الخلو أول اليوم عن الكفر والجنون والحيض قولان ، في قول لا يشترط كما ذكرنا ، وفي قول يشترط وهـو الاصح ، انتهى . قلت قول المصنف لأنه منجز لا يصح إلا على قول ابن شريح ، فافهم .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( بعدمـا شهد الأعرابي برؤية الهلال إلا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ، ومن لم يأكل فليصم ) هـذا حديث غريب ، ذكره ابن الجوزي «رح» في التحقيق ، وقال ان هذا الحديث لا يعرف ، وانمـا المعروف انه شهد عنده برؤية الهلال ، وأمر ان ينادى بالناس أن يصوموا غداً ، وقد روى الدارقطني بلفظ صريح ان أعرابياً جاء ليلة شهر رمضان ... فذكر الحديث ، واستدل ابو نصر رحمه الله لأصحابنا في شرحه للقدوري ، فقال ولنا ما روي ان الهلال غم على رسول الله ﷺ فلما اصبحوا جاء اعرابي فشهد برؤية الهلال ، فأمر النبي ﷺ منادياً فنادى الا من أكل فليصم بقية يومه ، ومن لم يأكل فليصم ، واستدل صاحب الزائد بقوله تعالى ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ ١٨٥ البقرة ، أي الشهر لتحصيل الامساك لله تعالى فيه بالنيـة في اكثر النهار ، فصار لله تعالى كما في شهر رمضان ، فلا تثبت الزيادة لأنه نسخ . وفي حديث مشهور عن النبي ﷺ اصبحوا يوم الشك مفطرين متلومين ، أي غير عازمين للصوم ولا آكلين ، فإنه بعد الاكل يتمين الفطر ، فلا يبقى بعده متلوم مع الامساك بلا نية ، حتى تبين انه في شعبان أكل ، وإن تبين انه في رمضان فلا حرج ، ولو كان الصوم لا يصح بنية في النهار في الفرض لم يكن للتلوم معنى .

وفي حديث مشهور عن النبي ﷺ انه قال في يوم عاشوراء الا من أكل فـلا يأكل

بقية يومه ، ومن لم يأكل فليصم . أمرهم بالصوم من النهار ، فثبت انه جائز ، وتبعه الكاكي، فذكر جميع ما قاله . وقال في الحديث الذي احتج به المصنف لا يعرف، وإن المروى انه عليه الصلاة والسلام أمر بلالاً أن أذن في الناس أن من أكل فليصم بقية يومه فليصوموا، فقد رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة «رح» . قلت الحديث المشهور هو الذي رواه البخاري ومسلم عن سلمة بن الاكوع رضى الله عنه انه ﷺ أمر رجلاً من أسلم أن أذن في الناس ان من اكل فليصم بقية يومه ، ومن لم يأكل فليصم ، فإن اليوم يوم عاشوراء، وقال الطحاوي رحمه الله فيه دليل على من ان تعين عليه صوم يوم ولم ينوه ليلاً انه يجوز بها قبل الزوال .

فإن قلت قال ابن الجوزي «رح» في التحقيق لم يكن صوم يوم عاشوراء واجباً فله [١] النافلة يدل عليه ما خرجاه في الصحيحين عن معاوية سمعت رسول الله ﷺ يقول هذا يوم عاشوراء لم يفرض علينا صيامه فمن شاء منكم أن يصوم فليصم ، فإني صائم ، فصام الناس . قال وفيه دليل انه لم يأمر من أكل بالقضاء .

قلت معنى حديث معاوية ليس مكتوباً عليكم الآن ولم يكتب عليكم بعد أن فرض رمضان ، وهذا ظاهر ، فإن معاوية رضى الله عنه اسلم عام الفتح وهو انما سمعه من النبي ﷺ بعد أن أسلم في سنة تسع أو عشر بعد ان نسخ صوم عاشوراء برمضان ، ورمضان فرض في السنة الثانية .

وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان يوم عاشوراء يوماً تصومه قريش في الجاهلية ، وكان عليه الصلاة والسلام يصومه ، فلما قدم المدينة صامه وأمر بصيامه ، ولما فرض رمضان قال من شاء صامه ، ومن شاء تركه ، متفق عليه .

وعن عائشة وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عمر وجابر بن سمرة رضى الله عنهم أن صوم عاشوراء كان فرضاً قبل ان يفرض رمضان ، فلما فرض رمضان فمن شاء صام، ومن شاء ترك ، ذكره ابن شداد في احكامه ، وما ترك الأمر بالقضاء ، فإن لم يدرك اليوم كاملاً لا يلزمه قضاءه كما قيل فيمن بلغ أو أسلم في اثناء يوم من رمضان.

---

(١) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءة .

وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال ، او معناه لم ينو انه صوم من الليل ، ولأنه يوم صوم فيتوقف الامساك في أوله على النيـــة المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفـــل ، وهذا لأن الصوم ركن واحد ممتـــد والنية لتعيينه

---

فإن قلت أخرج أبو داود «رح» في سننه عن سعيد بن أبي عروبـــة عن قتادة عن عبد الرحمن بن مسلمة عن محمد بن مسلمة عن محمد بن أسلم اتيت النبي ﷺ فقال صمتم يومكم هذا ، قالوا لا قال فأتموا بقية يومكم واقضوه ، قال أبو داود يعني عاشوراء ، قلت هذا حديث مختلف فيه ، فقال البيهقي رحمه الله عبدالرحمن هذا مجهول مختلف في اسم أبيه ، فلا يدرى من محمد «رح» ، وقال المنذري عبدالرحمن بن مسلم كما ذكره أبو داود ، وقيل عبد الرحمن بن سلمة ، وقيل ابن المنهـــال بن سلمة ، والحديث رواه النسائي وليس في روايته ما قضوه ، وقال عبدالحق « رح » في الأحكام الكبرى ولا يصح هـــذا الحديث في القضاء .

( وما رواه ) أي وما رواه الشافعي رضى الله عنه من قوله عليـــه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ، وقد اجاب عنه بقوله — ومـــا رواه — ( محمول على نفي الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو انه صوم من الليل ) كما في قوله عليه الصلاه والسلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد . وقال تاج الشريعة رضى الله عنه ولئن قال ما ذكرناه حقيقة قلنا نعم ، ولكن فيه عمل بعموم النص ، وفي نفي الجواز تركه ، لأن صوم النفل يجوز قبل الزوال ( ولأنه يوم صوم ) هذا دليل معقول ، وهو ان يقال سلمنا مـــا رواه ليس بمحمول على شيء مما ذكرناه ، فيكون معارضاً لما رويناه فيصار لما بعـــده من الحجة وهو القياس ، وهو معنى — لأنه يوم صوم — لأن الصوم فيه فرض ، وكل صوم يوم .

( فيتوقف الامساك في أوله على النية المتأخرة المقترنه بأكثره كالنفـــل ) لأنه وقت واحد ، فبالنية في أوله يترجح جهة الوجوب كما في النفل ( وهذا ) أي توقف الامساك على ما ذكرناه ( لأن الصوم ركن واحد ممتد ) يحتمل العادة والعبادة وكلما كان كذلك يحتاج إلى ما يعينه للعبادة ، فلا بد من ذلك وهو معنى قوله ( والنية لتعيينه ) أي لتعيين الصوم

لله تعالى فترجح بالكثرة جنبة الوجود . بخلاف الصلاة والحج ، لأنهما أركان فيشترط قرانها بالقصد على أدائها بخلاف القضاء ، لأنه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل ، وبخلاف ما بعد الزوال ، لأنه لم يوجد اقترانها بالأكثر ، فترجحت جنبة الفوات .

---

( لله تعالى ) فنظر ان وجدت النية من أوله فلا كلام له وإلا ( فترجح [1] بالكثرة ) أي بوجودها في اكثر اليوم ( جنبة الوجود ) أي جانب الوجود ، لأن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من المواضع ، وإذا كان كذلك لم يكن اقتران النية بالشروع شرطاً .

( بخلاف الصلاة والحج ) حيث يشترط اقتران النية بحال الشروع فيهما ، ولا يجعل الأكثر كالكل ( لأنهما أركان ) مختلفة كالركوع والسجود والوقوف والطواف ( فيشترط قرانها ) أي قران النية ( بالقصد ) أي بحال الشروع (على أدائها ) لئلا تخلو بعض الاركان عن النية ( بخلاف القضاء ) هذا جواب عما يقال ، لو كان الصوم ركناً واحداً ممتداً والنية المتأخرة فيه جائزة كذلك ، لم يكن في القضاء اشتراط النية من الليل ، فأجاب عنه بقوله – بخلاف القضاء – ( لأنه ) أي لأن الامساك ( يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل ) يعني يصوم ذلك اليوم ما تعلقت شرعيته بمجيء اليوم لا لسبب آخر من نحو القضاء والكفارة ، فيكون الصوم قد وقع عنه ، فلا يمكن جعله من القضاء إلا قبل أن يقع كون الصوم منه ، وذلك انما يكون بنية من الليل .

( بخلاف ما بعد الزوال ) هذا جواب عما يقال إذا كان ركناً واحداً ممتداً ينبغي أن يكون اقترانها بالقليل والكثير سواء ، فأجاب عنه بقوله ( لأنه لم يوجد اقترانها ) أي اقتران النية ( بالاكثر ) أي بأكثر النهار ( فترجح [2] جنبة الفوات ) لأنه لم يوجد الأكثر الذي يقوم مقام الكل بعد الزوال .

---

(١) فيترجح – نسخة .

(٢) فترجحت – هامش .

ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الأصح ، لأنه لا بـــد من وجود النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى لا وقت الزوال فتشترط النية قبلها ليتحقق في الأكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم ، خلافاً لزفر « رح » ، لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل

---

( ثم قال في المختصر ) أي ثم قال القدوري في مختصره المنسوب اليه ( مـا بينه وبين الزوال ) هو قوله فيه إذا لم ينو حتى أصبح اجزائه النية ما بينه وبين الزوال ( وفي الجامع الصغير ) أي قال في الجامع الصغير اجزائه النية ( قبل نصف النهار ) أي النهار الشرعي ، وهو من طلوع الفجر إلى الغروب ، ونصف النهار من ذلك وقت الضحوة الكبرى ( وهو ) أى الذى ذكره في الجامع ( الأصح لأنه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ، ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى ، فتشترط النية قبلها ) أى قبل الضحوة الكبرى ( ليتحقق ) أى النية ( في الأكثر ) أي في اكثر النهار ، وقد مر الكلام فيه في اوائل الباب .

( ولا فرق بين المسافر والمقيم ) يعني في جواز النية قبل نصف النهار ( خلافاً لزفر رحمه الله ) فانه يقول امساك المسافر في اول النهار لم يكن مستحقاً لصوم الفرض ، فلا يتوقف على وجود النيه ، بخلاف امساك المقيم . وفي المبسوط لو نوى المسافر وقـــد قدم مصراً ولم يكن أكل جاز صومه عن الفرض عنـدنا ، خلافاً لزفر ، فـإن عنده لا يجوز للمسافر إلا بنية من الليـــل ، لأن امساك المسافر في اول النهار لم يكن مستحقاً لصوم الفرض ، فلا يتوقف على وجود النية ، بخلاف امساك المقيم ، وفي الصحيح المقيم لا تشترط النية عند زفر « رح » ، وقال مالك والليث وابن المبارك وأحمد « رح » في رواية تكفي نية واحدة في كل رمضان ( لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل ) يعني المعنى الذى لأجله جوز في حق المقيم وهو إقامة النية في الاكثر مقامهـــا في الجميع موجود في حق المسافر أيضاً ، لأن الوقت في حق المسافر والمقيم في هذا سواء ، وانما يفارق المقيم في حق الترخص بالفطر ، ولم يرخص فيه ، وفي الولوالجي صام المسافر بنية قبل الزوال جاز ، لأنه كالمقيم إذ الاختيار تعجيل الواجب .

وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية و بنية النفل وبنية واجب آخر . وقال الشافعي « رح » في نية النفل عابث ، وفي مطلقها له قولان ، لأنـــه بنية النفل معرض عن الفرض ، فلا يكون له الفرض . ولنا أن الفرض متعين فيه ، فيصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصـــاب باسم جنسه ،

---

( وهذا الضرب ) أى ما يتعلق بزمان معـين ( من الصوم يتأدى بمطلق النية ) بأن يقول نويت الصوم ( وبنية النفل ) أى ويصح نية النفل بأن يقول نويت أن أصوم تطوعاً ( وبنية واجب آخر ) بأن ينوي كفارة أو غيرها قبل . وقال الكاكى « رح » قوله بنية واجبـــة آخر مستقيم في صوم شهر رمضان ، فأما في النذر المعين فلا ، لأنه يقـع عما نوى من الواجب إذا كانت النية من الليل ، ذكره في أصول شمس الائمة وغيره ، فحينئذ قول المصنف ـ وهذا الضرب لا يبقى على الاطلاق ـ ثم قال الكاكى « رح » قال شيخى العلامة ، قلت هو الشيخ عبد العزيز يمكن أن يقال موجب كلام المصنف « رح» ان يتأدى بالجميع فيظهر لكلامه وجه الصحة .

( وقال الشافعي رحمه الله في نية النفل عابث) من العبث أى لا يكون صائماً لافرضاً ولا نفلاً ( وفي مطلقها ) أى في مطلق النية ( له ) أى للشافعي ( قولان ) في قول يقع عن فرض الوقت ، وفي قول لا يقع ، والأصح انه لا يجوز ، وبه قال مالك وأحمـد « رح » ( لأنه بنية النفل معرض عن الفرض ) كما بينهما من المغـــايرة ( فلا يكون له الفرض ) لاعراضه بترك النية ، ومن هـــذا يظهر وجه قوله الآخر ، لأنه لم يصر مفرضاً فيه فيجوز.

( ولنا أن الفرض متعين فيه ) لقوله عليه السلام إذا انسلخ شعبان فلا صوم إلا رمضان ( فيصاب بأصل النية ) أي فيدرك بأصل النية ، وفي المغربي الإصابة الادراك ( كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه ) بأن يقال ما حيوان كما يصاب باسم نوعـه ، بان يقول عند عدم المتنازع إذا كان موجوداً ، أشار إليه أما إذا كان غائباً فلا ، والصوم هـا هنا ليس

وإذا نوى النفل أو واجباً آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الأصل ، وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم ، والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد « رح » ، لأن الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة ، فاذا تحملها التحق بغير المعذور ، وعند أبي حنيفة « رح » إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه ، لأنه شغل الوقت بالأهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان إلى إدراك العدة ، وعنه في نية التطوع روايتان .

---

بموجود ، قلت انه موجود من حيث الشرعية ، وهذا الموجود من حيث الشرعية واحد فتناوله مطلق الاسم ( وإذا نوى النفل أو واجباً آخر ) أي أو نوى واجباً آخر ( فقد نوى أصل الصوم ) وهو جنس النية ( وزيادة جهة ) أي مع زيادة جهة أو نية النفل مع نية واجب آخر ( فقد لغت الجهة ) وهو كونه نفلاً أو واجباً آخر ، لأن الوقت لا بعد هذه الجهة ( فبقى الأصل ) إذ ليس من ضرورة بطلان الوصف بطلان الأصل ( وهو كاف ) أى هاهنا الاصل كاف لما شرع فيه من أصل الصوم المستحق ( ولا فرق ) أي في المسألة المذكورة ( بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد «رح» ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح» ( لأن الرخصة كيلا تلزم المعذور مشقة ) أي لأن الرخصة انما شرعت كيلا يلحق المعذور مشقة ( فإذا تحملها ) أي المشقة ( التحق بغير المعذور ) فصار كالصحيح الذي لم يرخص له ذلك .

( وعند أبي حنيفة رضى الله عنه إذا صام المريض أو المسافر بنية واجب آخر يقع عنه ) أي عن واجب آخر ( لأنه شغل الوقت بالأهم ) وهو اسقاط الفرض عنه ( لتحتمه في الحال ) لأن القضاء لازم في الحال فيؤخذ به ( وتخييره في صوم رمضان إلى ادراك العدة ) في أيام أخر حتى إذا مات قبل إدراك عدة من ايام أخر ليس عليه شيء ( وعنه ) أي وعن أبي حنيفة رحمه الله ( في نية التطوع روايتان ) في رواية ابن سماعة يقع عن الفرض ، وفي

والفرق على أحدهما أنه ما صرف الوقت إلى الاهم والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء شهر رمضان وصوم الكفارة ، فــلا يجوز إلا بنية من الليل ، لانه غير متعين ، ولا بد من التعيين من الابتداء ، والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال ، خلافاً لمالك « رح » فإنه يتمسك باطلاق ما روينا . ولنا قوله ﷺ بعدما كان يصبح غير صائم إني إذاً لصـــائم ،

---

رواية الحسن يقع عما نوى من النفل ، لان رمضان في حقه كشعبان في حق المقيم وبنيته في شعبان تقع عما نوى نفلاً كان أو واجباً ، فكذا هذا .

( والفرق على احدهما ) أي على إحدى الروايتين ( انه مـا صرف الوقت إلى الاهم ) وهو اسقاط الفرض عن ذمته ، فإنما قصد تحصيل الصواب والصواب في الفرض اكثر .

( قال والضرب الثاني ) هو القسم الثاني من قوله في اول الباب الواجب ضربان ، وقد مر الضرب الاول ، وشرع هنا في بيان الضرب الثاني ( وهو ما ثبت في الذمة ) المراد من الثبوت في الذمة كونه مستحقاً فيها من غير اتصال له بالوقت على ما قبل الغرم على ضرب ماله إلى ما عليه ( كقضاء شهر رمضان وصوم الكفارة ) وهي كفارة اليمين والظهار و كفارة قتل الصيد والحلف والمتعة وكفارة رمضان ( فلا يجوز الا بنية من الليل ، لأنه غير متعين فلا بد من التعيين في الابتداء ) الا أن صوم القضاء وجب في زمان يوصف تحريم الاكل فلا يجوز إن لم ينو من الليل .

وعلى هذا النذر أيضاً النذر الذي تعين لا يجوز إلا بنية من الليل وصورته ان يقول لله علي صوم يوم أو صوم شهر ( والنفل كله ) يعني سواء كان من الصحيح أو السقيم أو المقيم والمسافر ( يجوز بنية قبل الزوال خلافاً لمالك « فإنه يتمسك بإطلاق مـا رويناه ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) قول النبي ﷺ ( بعد ما كان يصبح غـير صائم إني اذا صائم ) قوله – إني إذا صائم – هو مقول القول والحديث رواه مسلم عن عائشة بنت

ولان المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في أول اليوم على صيرورته صوماً بالنية على ما ذكرنا ، ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي «رح» يجوز ويصير صائماً من حين نوى ، إذ هو متجزىء عنده لكونه مبنياً على النشاط، ولعله ينشط بعد الزوال إلا ان من شرطه الإمساك في أول النهار ، وعندنا يصير صائماً من أول النهار ، لأنه عبادة قهر النفس ، وهي انما يتحقق بإمساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره .

---

طلحة عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها ، قالت دخل النبي ﷺ ذات يوم فقال هل عندكن شيء ، فقلت لا ، فقال إني إذاً صائم ، ثم أتاني يوماً آخر فقلنا يارسول الله ﷺ أهدي لنا حيس فقال أدنيه فلقد أصبحت صائماً فأكل .

( ولأن المشروع ) أي الصوم المشروع ( خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في أول اليوم على صيرورته صوماً بالنية على ما ذكرناه ) أشار به إلى قوله ولأن صوم يوم فيتوقف الامساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بالكثرة كالنفل ( ولو نوى بعدالزوال لا يجوز ) أي ولو نوى الصوم تطوعاً بعد زوال الشمس عن كبد السماء لا يجوز ، لأن ما لا يكون محلا لنية صوم الفرض لا يكون محلا لنية صوم النفل .

( وقال الشافعي « رح » جاز[1] ويصير صائماً من حين نوى إذ هو متجزىء عنده لكونه مبنياً على النشاط ، ولعله ينشط بعد الزوال الا أن من شرطه الامساك في اول النهار ) وهذا على الاصح من مذهبه ، وفي تتمتهم إذا جوزناه بعد الزوال فهو صائم في أول النهار في الاصح ، وقيل من وقت النية ، وهو اختيار البقال، وقد ذكرناه ( وعندنا يصير صائم من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما يتحقق بامساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره ) أي بأكثر النهار ، وقد مر أن الاكثر يقوم مقام الكل في مواضع

---

(١) يجوز — هامش .

قال وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان ،فإن رأوه صاموا ، وإن غم عليهم أكملوا العدة ثلاثين يوماً ، ثم صاموا لقوله ﷺ صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ، فان غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً ،

---

كثيرة . وفي المرغيناني لو نوى الافطار بعد شروعه في الصوم لم يفطر حتى يأكل ، وكذا لو نوى الرجوع عنه لا يكون رجوعاً ، ولهذا لو نوى الكلام في الصيام لا تفسد حتى يتكلم . وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح » لو نوى الافطار فقد أفطر ، وفي الليل لو نوى الافطار من الغد بعد نيته يكون رجوعاً ولو أكل أو شرب أو جامع أو نام لا يكون رجوعاً إلا عند المروزي من الشافعيه . وقال الاصطخري رحمه الله هذا خرق للاجماع ، وان نوى أن يصوم غداً ان شاء الله تعالى فتجب نيته ، لأن النية عمل القلب دون اللسان فلا يعمل فيه الاستثناء . وقال الحلواني لا رواية لهذه المسألة ، وفي القياس لا يصير صائماً كالطلاق والعتاق والبيع ، وفي الاستحسان يصير صائماً لأنه لا يراد به الابطال ، بل هو استعانة وطلب التوفيق من الله تعالى . قال المرغيناني «رح» هو الصحيح وبه قال الشافعي «رح» في وجه وأحمد «رح» في رواية.

( قال وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال ) أي هلال رمضان ( في اليوم التاسع والعشرين من شعبان ) لأن الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوماً ، والالتماس يكون عشية اليوم التاسع والعشرين ، لأن اليوم التاسع من طلوع الفجر ، والتماسه يكون من الغروب عند الغروب ( فإن رأوه صاموا ، وان غم عليهم الهلال اكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً ، ثم صاموا ) وصوم يوم تمام الثلاثين من شعبان إذا لم ير الهلال مع الصحو إجماع من الأئمة انه لا يجب بل هو ينهى عنه ( لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فإن غم ) بضم الغين المعجمة وتشديد الميم ، أي وإن ستر وغطى عليكم الهلال ( فأكملوا شعبان ثلاثين يوماً ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضى الله عنه واللفظ للبخاري ، قال قال رسول الله ﷺ إذا رأيتموا الهلال فصوموا ، وإذا رأيتموه

ولأن الأصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه إلا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعاً .

---

فافطروا ، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين ، وفي لفظ لهما فعدوا ثلاثين ، وفي لفظ فأكملوا العدة ، وفي لفظ فصوموا ثلاثين يوماً ، والمصنف «رح» احتج بهذا الحديث على ان اليوم الثلاثين من شعبان يوم شك إذا غم هلال رمضان ، فإنه لا يجوز صومه إلا تطوعاً .

( ولأن الأصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه إلا بدليل ، ولم يوجد ) قال الكاكى قوله – فإن غم عليكم الهلال – من تتمة الحديث ، وروي انه قال فإن حال بينه وبين منظره سحاب أو فطرة فعدوا ثلاثين يوماً . قلت هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعاً لا تصوموا قبل رمضان صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ، فان حال بينكم وبينه سحاب فكملوا العدة ثلاثين ولاتستقبلوا الشهر استقبالاً ، وقال الترمذي «رح» حديث حسن صحيح ورواه ابن حزيم وابن حبان في صحيحيهما ، ورواه أبو داود الطيالسي حدثنا أبو عوانة ، عن سماك عن عكرمة رضى الله عنه صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ، فإن حال بينكم وبينة غمامة أو ضبابة فأكملوا شهر شعبان ثلاثين ولا تستقبلوا رمضان يوم من شعبان ، ولا يعتبر قول المنجمين بالاجماع ، ومن رجع إلى قولهم فقد خالف الشرع ، وقد قال عليه الصلاة والسلام من أتى كاهناً أو منجماً وصدقه فيما قال فقد كفر بما أنزل على محمد .

( ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعاً ) قال السغناقي « رح » يوم الشك هو الأخير من شعبان الذي يحتمل انه من اول رمضان أو آخر شعبان . وفي المبسوط الشك انما يقع من جهتين أما بأن غم هلال شعبان فوقع الشك انه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أو غم هلال رمضان فوقع الشك في يوم الثلاثين من شعبان أم من رمضان . وفي الفوائد الظهيرية يوم الشك هو اليوم الذي يتم به الثلاثون في المستهل ، ولم يهل الهلال ليلة لاستتار السماء بالغمام . وفي المجتبى إذا لم ير علامة ليلة الثلاثين والسماء متغيبة يقع الشك ، أما لو كانت السماء مضحية فلم ير الهلال فليس يوم الشك ، ولا يجوز الصوم ابتداء لا فرضاً ولا

لقوله ﷺ لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان إلا تطوعاً ، وهذه المسألة على وجوه : أحدهـــا : أن ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ، ولانه تشبه بأهل الكتاب ، لانهم زادوا في مدة صومهم ، ثم ان ظهر أن اليوم من رمضان يجزئه

---

نفلاً . وقال أحمد «رض» يوم الشك بأن تباعد الناس في طلب الهلال أو شهد برؤيته من يرد الحاكم شهادته ، ونقل هذا القول عن جماعة من الصحابة والتابعين . وفي تتمة الشافعية صورة الشك أن يشهد برؤية الهلال من لا تقبل شهادته كالعبد والمرأة والصبي وأهل الذمة أو يقع في لسان القوم ان الهلال قد رؤي .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان إلا تطوعاً ) هذا غريب جداً ، والشراح كلهم نقلوه على انه حديث ولم يبين أحد منهم ما حاله ( وهذه المسألة على وجوه ) أي مسألة الصوم يوم الشك على وجوه وهي ستة على ما نذكره ( أحدها ) أي أحد الوجوه الخمسة ( أن ينوي صوم رمضان وهـــو مكروه لما روينا ) وهو قوله عليه السلام وهو لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعاً ( ولأنه تشبه بأهل الكتاب لأنهم زادوا في مدة صومهم ) وذلك لأجل مجيء صومهم في أيام الحر أخروه ، وزادوا فيه ، فإذا نوى في صومه يوم الشك انه من رمضان يكره ، وفيه خلاف أبو هريرة وعمر ومعاوية وعائشة واسماء رضى الله عنهم ، فإن عندهم يجب صوم هذا اليوم مطلقاً ذكره ابن المنذر في الاشراق ، وقال أحمد وطائفة قليلة يجب صومه في الغيم يوم الصحو ، وقال قوم إن الناس تبع للإمام إن صام صاموا وان أفطر أفطروا وهو قول الحسن وابن سيرين وسواد العنبري والشعبي في رواية وأحمد رحمه الله في رواية ، وذكر الطحاوي ينبغى أن يصبح يوم الشك منظراً متلوماً غير أكل ولا عازم على الصوم حتى إذا تبين انه من رمضان قبل الزوال نوى ، وإلا أفطر ، وكذلك ذكره النووي رحمه الله وفي خزانة الاكمل وعليه الفتوى .

( ثم إن ظهر أن اليوم من رمضان يجزئه ) أي إن ظهر يوم الشك الذي صام فيه انه

لانه شهد الشهر وصامه ، وإن ظهر أنه من شعبان إن كان تطوعاً ، وإن أفطر لم يقضه لانــــه في معنى المظنون . والثاني : أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه أيضاً لما روينا ، إلا أن هذا دون الاول في الكراهة . ثم إن ظهر أنه من رمضان يجزئه لوجود أصل النية ، وإن ظهر أنه من شعبان فقـــد قيل يكون تطوعاً لانه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل يجزئه عن الذي نواه وهو الاصح ، لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان

---

من رمضان يجزئه عن رمضان ، وبه قـال النووى والاوزاعي ( لأنه شهد الشهر ) أي شهر رمضان ( وصامه وإن ظهر انه من شعبان ان كان ) أى صومه ( تطوعــاً وإن أفطر ) أي في ذلك اليوم ( لم يقضه لأنه في معنى المظنون ) ولم يقل لأنه مظنون ، لأن حقيقة المظنون أن يثبت به الظن بعد وجوبه بيقين ، والحال انه قد أداه فشرع فيه على ظن انه لم يؤده ثم عــلم أنه أداه ، وأما ها هنا فــلم يثبت وجوبه بيقين ، فلم يكن مظنوناً حقيقة .

( والثـاني ) من الوجوه الخمسة ( أن ينوي ) يعني في يوم الشك ( عن واجب آخر وهو مكروه ايضاً لما روينا ) يعني من قوله لا يصام اليوم الذي شك فيه انه من رمضان إلا تطوعاً ( إلا أن هذا دون الأول في الكراهة ) أي إلا أن هــذا الوجه دون الأول في الكراهة لأن الأول يستلزم التشبه بأهل الكتاب دون هذا .

( ثم ان ظهر انه ) أى أن هذا اليوم ( من رمضان يجزئه لوجود أصل النية ، وإن ظهر انه من شعبان ، فقد قيل يكون تطوعاً ) يعني صوم هذا اليوم تطوعاً ( لأنه منهى عنه فلا يتأدى به الواجب ) أي الواجب الكامل فلا يتأدى بالناقص فيقع تطوعاً ( وقيل يجزئه عن الذي نواه ) من الواجب ( وهو الأصح ) أي هذا القول هو الأصح ، وكان المقتضى أن يقول وهو الصحيح كما قــال في المحيط وهو الصحيح ( لأن المنهى عنه وهو التقدم على رمضان ) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تتقدموا على رمضان بصوم يوم ولا بصوم

يصوم رمضان لا يقـوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم كل صوم ، والكراهة هنا بصورة النهي . والثالث : أن ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا ، وهو حجة على الشافعي « رح » في قوله يكره على سبيل الابتداء ،

---

يومين ، رواه الأئمـة الستة عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ ( يصوم رمضان لا يقوم بكل صوم ) قوله - لا يقوم بكل صوم - خبر لقوله المنهى عنه ، وقوله - وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان - عليـه معترضة ، وقوله - لا يقوم بكل صوم - لا يوجد بكل صوم بل يوجد بصوم رمضان ، هذا والمراد من القيام الوجود تقديره ما ذكره في الجامع البرهاني غير الصوم ليس بمنهى عنه ، لأن الوقت وقت الصوم والانسان لا ينهى عن الصوم في وقته ، فالنهى أحد الشيئين ، أما اداء صوم رمضان أو الزيادة على ما شرع ، وهذا لا يوجد بكل صوم، وانما يوجد بصوم رمضان ، وكان ينبغي أن لا يكره واجب آخر ، لأنا أثبتنا نوع الكراهة لأنه مثل رمضان في الفرضية ، أو لعموم قولـه علية الصلاة والسلام لا يصام اليوم .. الحديث . فلا يؤثر في نفس الصوم بالنقصان، فيصلح لاسقاط مـا وجب عليه كالصلاة في الأرض المغصوبة ، فإنه لا يؤثر كراهيتهـا في اسقاط القضاء .

( بخلاف يوم العيد ) أي بخلاف صوم يوم العيد ، فإن الصوم فيه مكروه بأى صوم كان ، وهو معنى قوله ( لأن المنهى عنه وهو ترك الإجابة ) إلى دعوة الله تعالى ( يلازم كل صوم ) أى يحصل بكل صوم من صوم التطوع أو القضاء أو الكفارة ( والكراهة هنا لصورة النهى ) هذا جواب عما يقال ، فعلى هـذا كان الواجب أن يكون صوم واجب آخر مكروهاً ، فأجاب بقوله والكراهة هنـا صورة النهى ، وهو قوله عليـه الصلاة والسلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه الحديث .

( والثالث ) أى الوجه الثالث من الوجوه الخمسة ( أن ينوي التطوع ) أي يصوم في يوم الشك ( وهو غير مكروه لما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام إلا تطوعاً ، وبه قال مالك « رح» ( وهو حجة على الشافعي رضى الله عنه في قوله يكره على سبيل الابتداء )

والمراد بقوله ﷺ لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث نهى التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل أوانه ثم إن وافق صوماً كان يصومه فالصوم أفضل بالاجماع ، وكذا إذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر فصاعداً ،

---

يعني بأن لا يكون له عادة صوم يوم الخميس مثلا ، ما إذا اتفق يوم الخميس كونه يوم الشك ، فيكره صومه حينئذ ، وإما إذا وافق عادة له فلا يكره، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين إلا أن يكون صوم يومه رجل فليصم ذلك اليوم ، وهذا نص على الجواز ، واجاب المصنف عن هذا بقوله ( والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث ) يعني أتم الحديث وتمامه ما ذكرناه الآن ، وقوله – والمراد – مبتدأ ، وقوله المقدم بصوم رمضان –خبره ( نهى التقدم بصوم رمضان لأنه يؤديه قبل اوانه ) أي قبل وقته ، لأن فيه تقديم الحكم على السبب وهو باطل ، والدليل على ذلك ان ما قبل الشهر وقت التطوع لا لصوم الشهر فلا يتصور التقدم بالتطوع .

فإن قلت صوم رمضان هو ما يقع فيه فكيف يتصور التقدم فيه أجيب بان معناه ان ينوي الفرض قبل الشهر ، وهذا كما يقال مثلاً قدم صلاة الظهر على وقته ، فإن معناها نواها قبل دخول وقتها . وقال مخرج أحاديث الهداية بعد ذكر الحديث المذكور وآخر الحديث به تأويل صاحب الكتاب يعني الهداية ، فإنه السند للشافعي « رح » .

( ثم إن وافق صوماً كان يصومه ) على سبيل العادة بأن كان اعتاد يوم الخميس مثلاً فوافق يوم الشك يوم الخميس ( فالصوم أفضل بالاجماع وكذا إذا صام ثلاثة ايام من آخر الشهر ) أي شهر شعبان ( فصاعداً ) أي اكثر من ثلاثة أيام وانتصابه على الحال . وقال الشافعي رضى الله عنه يكره التطوع إذا انتصف شعبان، لحديث ابي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال إذا انتصف شعبان فلا تصوموا ، رواه أبو داود والترمذي والنسائي ، قلنا يعارضه حديث عمران بن حصين ان رسول الله ﷺ قال لرجل

وإن أفرده فقد قيل الفطر أفضل إحترازاً عن ظاهر النهي ، وقيل الصوم أفضل اقتداء بعلي رضي الله عنه وعائشة رضي الله عنها فإنهما كانا يصومانه .

---

هل صمت من شهر شعبان شيئاً ، قال لا ، قال فإذا أفطرت فصم ، رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي ، قال المنذري الصحيح ان سرار الشهر آخره ، سمي بذلك لاستتار القمر فيه ، وقال احمد رضى الله عنه حديث أبي هريرة الذي ذكره الشافعي «رح» ليس بمحفوظ ، قال وسألنا عبد الرحمن بن مهدي فلم يحدثنا به وكان يتوفاه فأنكره من حديث العلاء ، وفي رواية حرب عن أحمد هذا حديث منكر ، وقال الحافظ أبو جعفر هذا على وجه الاشفاق على صوم رمضان لا لكراهية في صومه حتى لو علمنا يحصل له ضعف في صومه منعناه ، قلت وكيف وقد عارضه أحاديث عديدة محتاج إليه ، منها ما رواه البخاري عن أبي هريرة كان رسول الله ﷺ يصوم شعبان كله وسننه كان رسول الله ﷺ يصومه إلا قليلا ، رواه مسلم .

ومنها ما رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ لم يكن يصوم من السنة شهراً كاملا إلا شعبان ورمضان .

ومنها ما رواه الطحاوي رحمه الله عن أسامة قال قال رسول الله ﷺ هو شهر يغفل الناس عن صيامه ، فدل على أن الصوم فيه أفضل من الصوم في غيره .

( وإن أفرده ) يعني لم يوافق صوماً صومه ( فقد قيل الفطر أفضل ) وهو قول محمد ابن سلمة ( احترازاً عن ظاهر النهى ) وهو قوله لا يصام اليوم الذي يشك فيه الحديث ( وقيل الصوم أفضل ) وهو قول نصير بن يحيى ( اقتداء بعائشة وعلي رضى الله عنهما فانهما كانا يصومانه ) قال تاج الشريعة رحمه الله كانا يصومان يوم الشك من شعبان ، وكانا يقولان لأن الصوم يوماً من شعبان أحب إلينا من أن نفطر يوماً من رمضان ، وكذا ذكره الاكمل وغيره ، وقال مخرج الأحاديث هذا غريب يعني لم يثبت على هذا الوجه ، وفي التحقيق لابن الجوزي رضى الله عنه فذهب علي وعائشة رضى الله عنهما انه يجب صوم يوم الثلاثين من شعبان إذا حال دونه غيم ونحوه ، قال وهو أصح الروايتين عن أحمد رضى الله

والمختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذاً بالاحتيـاط ، ويفتي العامة بالتلوم إلى وقت الزوال ، ثم بالافطار نفياً للتهمة.

---

عنه ، قال وعلى هذه الرواية لا يسمى يوم شك، بل هو من رمضان حكما،وقال السروجي وقد صح عن اكثر الصحابة رضى الله عنهم واكثر التابعيين ومن بعدهم كراهة صوم يوم الشك انه من رمضان،منهم عمر وعلي وابن مسعود وحذيفة وابن عباس وأبو هريرة وأنس رضى الله عنهم ، وأبو وائل وابن المسيب واكرمـــة [1] والنخعي والاوزاعي والثوري والأئمة الاربعة أبو عبيد وأبو ثور وأبو اسحاق .

وجاء ما يدل على الجواز عن جماعة من الصحابة وعن أبي مريم يقول سمعت أباهريرة رضى لله عنه يقول لأن التعجيل في صوم رمضان إلى من أن أتاخر لأني إذا تعجلت لم يفتني ، وإذا تأخرت فاتني ، ومثله عن عمرو بن العاص رضى الله عنه وعن معاوية ، لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوماً من رمضان . ويروى مثـله عن عائشة رضى الله عنها واسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهم .

( والمختار أن يصوم المفتي بنفسه ) يعني خاصة دون أن يأمر غيره بالصوم وفي جامع الكردري ، والمختار ان يفتي الخواص بالصوم والعوام بالتلوم ، والفرق بين الخاصة والعامة هو كل من يعلم نية يوم الشك هو من الخواص وإلا فهو من العوام ( أخذاً بالاحتياط )أي لأجل الاحتياط عن وقوع الفطر في رمضان ( ويفتي العامة بالتلوم ) أى بالانتظار ( إلى وقت الزوال ) أى أتى وقت زوال الشمس من كبد السماء ، أي لم يفت بالافطـار ( ثم بالافطار نفياً للتهمة ) قال السفناقي رحمه الله ثم الكاكي أى تهمة الروافض ، وفي الفوائد الظهيرية لا خلاف بين أهل السنة انه لا يصام يوم الشك بنية رمضان .

وقال الروافض يجب صومه . وقال الكاكي أو نفياً لتهم الزيادة في رمضان ، لأنه لو أفتي للعوام ربما يقع في صلاتهم توهم جواز الزيادة على رمضان لأنهم لا يميزون بين رمضان وغيره ، وذكر الإمام الكشاني انه لو وافق العوام بأداء النفل فيه عسى أن يقـع عندهم

---

(١) ربما قصد ــ عكرمة .

انه خالف رسول الله ﷺ حيث نهى رسول الله ﷺ عن صوم يوم الشك ، أو يقع عندهم لما جاز النفل يجوز الفرض أولى ، لأنه أهم ، ولا ينبغي لهم ان يصوموا لذلك نفياً للاتهام ، وذكر فخر الإسلام رحمه الله في هذا حكاية أبي يوسف رحمه الله وهي ما روى أسد بن عمرو انه قال أتيت باب الرشيد ، فأقبل أبو يوسف رحمه الله القاضي وعليه عمامة [1] سوداء وخف أسود وهو راكب فرس أسود عليها سرج أسود ولبد أسود ، وما عليه شيء من البياض إلا الجبة البيضاء وهو يوم الشك ، فأفتى الناس بالفطر ، فقلت له أومفطر أنت ، فقال ادن إلي قال لي اني إذن صائم ، وانما يفتى بالفطر بعد التلوم زماناً لما روي عن النبي ﷺ انه قال اصبحوا يوم الشك منظرين متلومين .. انتهى . وفي بعض نسخ الهداية نفياً للتهمة ، يعني تهمة العصيان الذي دل عليه قوله ﷺ من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ، انتهى .

ولا أدري هذا من المتن الذي الفه المصنف أو كان حاشية فاستلحقها بعض النساخ بالمتن ولكن في كلام مخرج الاحاديث ما يدل على انه من المتن ، حيث ذكر هذا الحديث من جملة الاحاديث التي ذكرها في هذا الباب ، ثم قال هذا غريب ، والمعروف هذا من قول عمار بن ياسر رضى الله عنه ، أخرجه أصحاب السنن الأربعة في كتبهم عن أبي خالد الأصم عن عمرو بن قيس الملائي [2] عن أبي اسحاق عن جبلة بن زفر قال كنا عند عمار في اليوم الذي شك فيه ، فأتى بشاة ضلية ، فتحنى بعض القوم ، فقال عمار رضى الله عنه من صام هذا اليوم فقد عصى أبا القاسم ﷺ .

( الرابع ) أي الوجه الرابع ( أن يضجع ) أي أن يردد من التضجيع بالضاد المعجمة والعين المهملة ، يقال ضجع في الأمر إذا وهن وقصر ، فأصله من الضجوع ، وهو الضعف كذا ذكره المطرزي رحمه الله وابن فارس ، وفي المغرب الضجع في الأمر التردد فيه

---

(١) في الأصل – إمامة .

(٢) في الأصل كتب – عمرو بن ميس الملالي – والتصحيح من تقريب التهذيب وروى له البخاري في الادب المفرد ومسلم . ا هـ مصححه.

في أصل النية بأن ينوي أن يصوم غداً إن كان رمضان ولا يصومه إن كان شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائماً لانه لم يقطع عزيمته، فصار كما إذا نوى انه ان وجد غداً غذاء يفطر وإن لم يجد يصوم. والخامس أن يضجع في وصف النية بأن ينوي إن كان غداً من رمضان يصوم عنه ، وإن كان من شعبان فعن واجب آخر ، وهــذا مكروه ، لتردده بين أمرين مكروهين ، ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه لعدم التردد في أصل النية ، وإن ظهر أنه من شعبان لا يجزئه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها ، وأصل النية لا يكفيه ، لكنه يكون تطوعاً غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه

---

( في أصل النية بأن ينوي أن يصوم غداً إن كان من رمضان ولا يصوم إن كان من شعبان وفي هذا الوجه لا يكون صائما لأنه لم يقطع عزيمته ) أي لم يجزم بنيته ( وصار ) أي صار حكم هذا ( كما إذا نوى انه إن وجد غداً ) يعني في غد ( غذاء يفطر وإن لم يجد يصوم ) وكذا إن قال إن وجدت سحوراً صمت وإلا لا اصوم ، فإنه لا يكون ناوياً .

( والخامس ) أي الوجه الخامس ( أن يضجع في وصف النية بأن ينوى إن كان غداً من رمضان يصوم عنه ، وإن كان من شعبان فعن واجب آخر ، وهذا مكروه ، لتردده بــين أمرين مكروهين ) وهما صوم رمضان وصوم واجب آخر ( ثم إن ظهر انه من رمضان أجزأه ) أي عن رمضان (لعدم الترد في أصل النية ) لأن التردد كان في وصفها ، ومن المشايخ من قال إذا ظهر انه من رمضان لا يكون صائماً عن رمضان ، روي ذلك عن محمد رحمه الله ( وإن ظهر انه من شعبان لا يجزئه عن واجب آخر ، لأن الجهــة لم تثبت ) أي جهة واجب آخر لم تثبت ( للتردد فيها ، وأصل النية لا يكفيه) لعدم التعيين دونه ، ولا بد منه ( لكنه ) أي لكون صومه ( يكون تطوعاً ) موصوفا بكونه ( غير مضمون بالقضاء ) يعنى إذا أفسده لم يلزمه القضاء ( لشروعه فيه ) أي في هــذا الصوم

مسقطاً لا ملتزماً، وإن نوى عن رمضان إن كان غداً منه وعن التطوع إن كان غداً من شعبان يكره، لانه ناو للفرض من وجه، ثم إن ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما مر، وإن ظهر أنه من شعبان جاز عن نفله لأنه يتأدى بأصل النية، ولو أفسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه. ومن رأى هلال رمضان وحده صام وإن لم يقبل الامام شهادته لقوله ﷺ صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته

---

حال كونه ( مسقطاً ) أحد الوجهين ( لا ملتزماً ) أي لا لشروعه حال كونه ملتزماً، لأنه نوى عن رمضان أو عن واجب آخر على ظن انه يسقط عن ذمته.

( والسادس ) [1] اى الوجه السادس ( إن نوى عن رمضان إن كان غداً منه وعن التطوع إن كان من شعبان يكره، لأنه ناو للفرض من وجه، ثم ظهر انه من رمضان أجزأه عنه ) أي عن رمضان ( لما مر ) أى من قوله لعدم التردد في أصل النيـة ( وإن ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لأنه ) أى لأن النفل ( يتأدى بأصل النيـة ) لأن أصل النية كان للجواز ( ولو أفسده يجب أن لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه ) لأن القضاء انما يجب إذا جزم نفسه وهنا لم يجزم به وذكر المصنف رحمه الله هنا ست وجوه وبقى وجه آخر وهو ان ينوى الفطر فيه لم يبين قبل الزوال انه من رمضان، فنوى الصوم فإنه يجزئه. وفي شرح المهذب للنووي رحمه الله إذا قال أصوم غداً من رمضان إذا كان منه، وإلا فأنا مفطر أو متطوع لم يجزئه عن رمضان إذا بان انه منه. وقال المزني يجزئه عن رمضان.

( ومن رأى هلال رمضان وحده ) أي حال كونه وحده ( صام وإن لم يقبل الإمام شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته ) وهذا قطعة من حديث اخرجه

---

(١) لم يذكرها المصنف في المتن.

وقد رأى ظاهراً . وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة . وقال الشافعي « رح » عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع لأنه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكماً لوجوب الصوم عليه . ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط

---

البخاري رحمه الله ومسلم عن أبي هريرة وقد مر ( وقد رأى ظاهراً ) لأنه يفيد العلم في حقه ، وقال الحسن البصري وابن سيرين وعطاء وعثمان المتي واسحاق بن راهويه وأبو ثور لا يصوم إلا مع الإمام ، ولم يذكر هل الإمام تقبل شهادته أم لا . قال في التحفة يجب على الإمام رد شهادته لتهمة الفسق إن كان بالسماء علة والتفتيش إن لم يكن بها علة ، وإن كان عدلاً . وفي البدائع إذا رأى الهلال وحده ورد الإمام شهادته . قال المحققون من مشايخنا لا رواية في وجوب الصوم عليه ، وانما الرواية انه يصوم وهو محمول على الندب احتياطاً ، وفي التحفة يجب عليه ، وفي المبسوط عليه صومه ، وعن أبى حنيفة رضى الله عنه يقبل الإمام شهادته لأنه اجتمع في شهادته ما يوجب القبول وهو العدالة والإسلام وما يوجب الرد وهو مخالفة الظاهر فيترجح ما يوجب القبول احتياطاً لأنه إذا صام يوماً من شعبان كان خيراً من ان يفطر من رمضان . وفي المبسوط انما يرد الإمام شهادته إذا كانت السماء مصحية وهو من أهل المصر ، وأما إذا كانت مغيمة أو جاء من خارج المصر من مكان مرتفع تقبل شهادته ( وإن أفطر فعليه القضاء دون الكفارة ) سواء كان افطاره بالاكل والشرب والجماع .

( وقال الشافعي رضى الله عنه عليه الكفارة إن أفطر بالوقاع ) أى الجماع ، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ( لأنه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به ) أى برمضان اذ لا طريق لليقين أقوى من الرؤية وشك غيره لا يعتبر ( وحكما ) أى فأفطر ايضا من حيث الحكم وذلك ( لوجوب الصوم عليه ) لأن وجوب الصوم عليه بينه وبين ربه فكذلك وجوب الكفارة لأنه عبادة .

( ولنا أن القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط ) فأنها مطلق القضاء

فأورث شبهة ، وهذه الكفارة تندرىء بالشبهات ، ولو أفطر قبل أن يرد الامـام شهادته اختلف المشايـخ فيه ، ولو أكمل هذا الرجل ثلاثين يوماً لم يفطر الا مع الامام، لان الوجوب عليه للإحتياط ، والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار ، ولو أفطر لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده . وإذا كان بالسماء عِلَّة قَبِـــل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلاً كان

---

يردها شرعاً كما في شهادة الفاسق ، وهي هاهنا ركنه لأنه لما ينادى غيره في النظر ظاهراً والنظر وحده البصر ودقة المرقى وبعد المسافة ، فالظاهر عدم اختصاصه للروية من بين سائر الناس فيكون غالطاً ( فأورثت شبهة وهذه الكفارة تندرىء بالشبهات ) واحترز بقوله وهذه الكفارة يعني كفارة الفطر عن كفارة اليمين وكفارة الظهار ، وانما يندرىء بالشبهات بدليل عدم وجوبها على المعذور والمخطيء ، كذا في المبسوط .

( ولو افطر قبل ان يرد الإمام شهادته اختلف المشايخ فيه ) أى في وجوب الكفارة، والصحيح انه لا تجب الكفارة كذا في فتاوى قاضي خان رحمه الله ( ولو اكمل هـــذا الرجل ) وهو الذي رد الإمام شهادته ( ثلاثين يوماً لم يفطر إلا مع الإمام ، لأن الوجوب عليه للاحتياط ) أي لأن وجوب الصوم عليه بعد رد الإمام شهادته كان لأجل الاحتياط لكونه قد رأى ( والاحتياط بعد ذلك ) أى بعد وجوب الصوم عليه ( في تأخـــير الافطار ) إذ أصل الغلط وقع له ، كما روي في حديث عمر رضى الله عنه انه آمر الذي قال رأيت الهلال أن يمسح حاجبه بالماء ، ثم قال اين الهلال ، فقال فقدته ، فقال شعرة قامت من حاجبك فحسبتها هلالاً ( ولو أفطر لا كفارة عليه اعتباراً للحقيقة التي عنده ) وهي صوم ثلاثين يوماً بالرؤية ، وبقولنا قال الليث ومالك وأحمد رضى الله عنهم، وقال الشافعي رضى الله عنه يفطر سراً ، وكذا روي عن مالك «رح» .

( وإذا كان بالسماء علة قبل الإمام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان

أو امرأة حراً كان أو عبداً ، لأنه أمر ديني فأشبه رواية الأخبار ، ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة ، وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول ، وتأويل قول الطحاوي « رح » عدلاً كان أو غير عدل أن يكون مستوراً ، والعلة غيم أو غباراً أو نحوه ،

---

أو امرأة حراً كان أو عبداً لأنه أمر ديني ) يعني إذا أخبر عن أمر ديني وهو وجوب أداء الصوم على الناس ، فيقبل خبره إذا لم يكذبه ، لأنه ربما سبق الفهم من موضع القمر فاتفقت رؤيته دون غيره بخلاف ما إذا كانت السماء مصحية ، لأن الظاهر يكذبه (فاشبه رواية الأخبار ) أي رواية الأحاديث وقول الواحد العدل في الديانات ( ولهذا ) أي ولكونه خبراً عن أمر ديني ( لا يختص بلفظ الشهادة ) لأنها ملزمة لغيره ، بخلاف الأخبار لإلزامه بها نفسه ( ويشترط العدالة ، لأن قول الفاسق في الديانات غير مقبول ) إذا لم يقبل مردود ، لأن حكمه التوقف ، قال الله تعالى ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ ٦ الحجرات ، ولا يلزم منه الرد .

( وتأويل الطحاوي عدلاً أو غير عدل ) هذا كأنه جواب عن ايراد على قوله قبل الإمام شهادة الواحد العدل ، فأجاب بقوله وقال الطحاوي عدلاً وغير عدل ( أن يكون مستوراً ) يعني غير معروف العدالة في الباطن . وفي المجتبى فإن بعض المشايخ ، قال الطحاوي رحمه الله — عدلاً أو غير عدل — لا يصح . وفي المحيط والذخيرة هو غير الرواية والمستور لا يقبل في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة «رض» أنه لا يقبل وهو الصحيح . وفي التحفة تكفي العدالة الظاهرة . وفي الذخيرة وإن كان فاسقاً قبل ، هذا أبعد لأن الصوم من باب الديانات لا من باب العلامات . وفي جوامع الفقه قال الطحاوي رحمه الله معناه العدل بحكم الإسلام ، وقيل معناه العدل بحكم الإسلام ، وقيل لو كان معناه ذلك لم يحتج إلى اشتراطها ( والعلة غيم أو غبار ) لما شرط في قبول خبر الواحد العدل أن يكون في السماء علة فسرنا بقوله والعلة غيم أو غبار في المطلع ( أو نحوه ) نحو الدخان والضباب ، وفي الذخيرة عن أبي جعفر الفقيه قبول خبر الواحد في رمضان سواء كان

وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعدما تاب وهو ظاهر الرواية لأنه خبر ديني. وعن أبي حنيفة «رح» أنها لا تقبل لأنها شهادة من وجه، وكان الشافعي «رح» في أحد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا،

---

بالسماء علة أو لا، وعن الحسن انه قال يحتاج إلى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان في السماء علة أولاً، وذكر في القدورى انه تقبل شهادة الواحد للصوم والسماء مصحية عن أبي جعفر «رض» خلافاً لهما، وفي الذخيرة بين كيفية التفسير عن أبي بكر محمد بن الفضل، قال إذا كانت السماء مصحية انما تقبل شهادة الواحد إذا فسر وقال رأيت الهلال خارج البلدة في الصحراء أو يقول رأيته في البلدة بين خلل السحاب في وقت يدخل في السحاب ثم ينجلي، أما بدون التفسير فلا يقبل لمكان التهمة . وفي المحيط ويكتفي أن يفسر جهة الرؤية، وإن احتمل رؤيته يقبل وإلا فلا .

( وفي اطلاق جواب الكتاب ) أي القدوري وهو قوله قبل الإمام شهادة الواحد العدل ( يدخل المحدود في القذف بعدما تاب ) لأن الصحابة «رض» قبلوا شهادة أبي بكرة بعدما حد في القذف كذا في المبسوط ( وهو ظاهر الرواية لأنه خبر ديني ) أي عن أمر ديني ( وعن أبي حنيفة «رح» انها لا تقبل لأنها شهادة من وجه ) من حيث انه يجب العمل به بعد القضاء، ومن حيث انه يخص بمجلس القاضي أو من حيث انه يسقط العدالة فلا يقبل قوله، وان تاب كسائر الحقوق .

( وكان الشافعي «رح» في أحد قوليه يشترط المثنى ) أي شهادة الاثنين، وبه قال مالك والاوزاعي وأحمد «رض» في رواية وأصح قولي الشافعي وقول أحمد «رض» من قولنا . وفي السروجي المذهب عند الشافعية ثبوته بعدل واحد، ولا فرق بين الفهم وعدمه عندهم لا يقبل قول العبد والمرأة في الأصح، ويقبل قول المستور في الأصح، وشرط عطاء وعمر بن عبد العزيز المثنى ( والحجة عليه ) أى على الشافعي «رح» ( ما ذكرناه ) وهو قوله لأنه أمر ديني .

( وقد صح ان النبي ﷺ قبل شهادة الواحد في رؤية هلال رمضان ) هـذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن زاهد بن قدامة عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهم قال جاء اعرابي إلى النبي ﷺ فقال إني رأيت الهلال ، قال ان اشهد أن لا إله إلا الله ، قال نعم ، قال اشهد ان محمداً رسول الله ، قال نعم ، قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا ، رواه ابن خزيمة وابن حبان في صحيحيهما والحاكم في المستدرك ، وقال على شرط مسلم انه احتج بسماك ، والبخاري احتج بعكرمة ، ولفظ ابن خزيمة وابن حبان وابن ماجة قال يا رسول الله إني رأيت الهلال ليلة الهلال يعني هلال رمضان .

وقال الترمذي حديث ابن عباس فيه اختلاف روى سفيان الثوري وغيره عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي ﷺ مرسلا .

وقال شيخنا زين الدين رحمه الله قول الترمذي ان سفيان وغيره رووه عن سماك عن عكرمة مرسلاً فيه نظر من حيث انه اختلف فيـه على الثوري فرواه الفضل بن موسى الشيباني وأبو عاصم عن الثوري فذكر فيه ابن عباس وكذلك قوله واكثر أصحاب مالك يرويه عن عكرمة عن النبي ﷺ فيه نظر ، فيـه نظر من حيث انه رواه عن سماك موصولاً وزائدة والوليد بن أبي ثور وجابر بن ابراهيم الحلبي وحماد بن سلمة .

فحديث زائدة في السنن الأربعة وصحيح ابن حبان والمستدرك ، وحديث الوليد عند أبي داود والترمذي وحديث حازم عند أبي علي الطوسي في الحكاية والدارقطني في سننه وحديث حماد بن سلمة عند ابن عبد البر في الاستذكار ، وفي هذا الباب حديث عن ابن عمر أخرجه أبو داود ، وقال يرى الناس الهلال فأخبرت رسول الله ﷺ إني رأيتـه ، فصام وأمر الناس بصيامه .

فإن قلت أخرج الدارقطني عن حفص بن عمرو الأيلي حـدثنا مسعود بن كدام وأبو عوانة عن عبد الملك عن ابن ميسرة عن طاووس قال شهد المدينة وبها ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم فجاء رجل واليها فشهد عند رؤية هلال رمضان فسئل ابن عمر وابن عباس عن شهادته فأمر أن يجـيزه ، وقالا ان رسول الله ﷺ لا يجيز شهادة الافطار

ثم اذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوماً لا يفطرون فيما روى الحسن « رض » عن أبي حنيفة « رح » للاحتياط ، ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد . وعن محمد « رح » انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد ، وإن كان لا يثبت بها ابتداء كإستحقاق الإرث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة ،

---

إلا بشهادة رجلين ، قلت قال الدارقطني تفرد به حفص بن عمر الأيلي وهو ضعيف .

( ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوماً لا يفطرون ) يعني إذا لم يرو الهلال ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأم ( فيما روى الحسن عن أبي حنيفة للاحتياط ) لجواز انه خيال لا هلال ( ولأن الفطر لا يثبت بشهادة الواحد ) هذا ظاهر ( وعن محمد ) فيما رواه ابن سماعة عنه ( انهم يفطرون ) وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه. وفي السروجي وهو المذهب عند الشافعية ، وقال الحلواني هذا إذا كانت السماء مصحية وإن كانت مغيمة يفطرون بلا خلاف ، وبالاثنين يفطرون إذا كانت مغيمة بالاتفاق ، وكذلك إذا كانت مصحية ، وفي الفوائد ولد الإسلام على العدى لا يفطرون والاول أصح وفي البدائع بلا خلاف .

( ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد ، وإن كان لا يثبت بها ابتداء ) هذا جواب عن اعتراض ابن سماعة على محمد «رح» حيث قال له هذا فطر بقول الواحد وانت لا ترى بذلك ، والجواب عنه بأن الفطر يثبت بناء على ثبوت الرمضانية ، والحكم بشهادة الواحد تبعاً ومقتضى لا مقصود ، وإن كان لا يثبت بها أي هذه الشهادة ابتداء في ابتداء الأمر لأنه يجوز أن يثبت الشيء في ضمن غيره ، وإن كان لا يثبت اصلا بنفسة ( كاستحقاق الارث ، بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة ) وإن الارث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء ويثبت النسب بشهادتها لم يثبت النسب بناء عليه . وكوقف المنقول لا يجوز في ضمن وقف العقار ، وإن كان لا يجوز ابتداء وكبيع الشرب والطريق فيصحان في ضمن بيع الأرض ، وإن لم يصحا ابتداء قياس على شهادة القابلة انما تصح على قولهما دون قول أبي حنيفة ، كذا ذكره في الايضاح .

وإذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم ، لان التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف حتى يكون جمعاً كثيراً . بخلاف ما إذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر يتفق للبعض من الناس النظر ، ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة . وعن أبي يوسف «رح» خمسون رجلاً اعتباراً بالقسامة

---

( وإذا لم يكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم ) يعني في هلال رمضان ، فكذا في هلال الفطر عند العلة بالسماء ، وأراد بالعلم الشرعي وهو غلبة الظن لا العلم القطعي ، قيل هو نظير قوله في الزيادات إذا كان مع رفيقه ماء وهو في الصلاة وعلم انه يعطيه أو غلب على ظنه وأراد بالعلم طمأنينة القلب أو حقيقة العلم لا تتصور فيه ( لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة ) وهي حالة كون العلة بالسماء ( يوهم الغلط فيجب التوقف فيه ) وفي المحيط إن تفرد الواحد والاثنين يورث الرؤية فيـــه الغلط والكذب أو التخيل ، والمطالع لا تختلف إلا بالمسافة البعيدة الفـاحشة ( حتى يكون جمعاً كثيراً ) وكان القياس أن يقال حتى يكون – جمع كثير – ، ولقد رجعت إلى نسخ الكل – جمعاً كثيراً – يحتاج إلى تقدير وهو أن يقال حتى يكون القوم من الرائين جمعاً كثيراً ، ويقدر نحو ذلك .

( بخلاف ما إذا كان بالسماء علة لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض من الناس النظر ) وفي المنافع قصد به أي صاحب الهداية السجع باعتبار ما يؤول إليه وإلا لا يسمى قمراً إلا بعد ليلتين . وفي الصحاح يسمى هلالاً إلى الثلاث (ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة ) أشار بهذا إلى حد الكثير ، قاله حتى يراه جمع كثير ، فقال حد الكثير أهل المحلة ، ولا يكون اهل المحلة غالبا إلا جمع كثير .

( وعن أبي يوسف رحمه الله خمسون رجلاً ) أي حد الجمع الكثير خمسون رجلاً ( اعتباراً بالقسامة ) أي هو اعتبار بالقسامة ، ويروى اعتباراً بالقسامـة بالنصب وهو

ولا فرق بين أهل المصر ، ومن ورد من خارج المصر ، وذكر الطحاوي « رح » انه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع وإليه الاشارة في كتاب الاستحسان ، وكذا إذا كان الرائي على مكان مرتفع في المصر ،

---

الظاهر ، وقيل مائة ذكره في خزانة الاكمل ، وعن أبي حفص الكبير انه يعتبر ألوفا ، وقيل أربعة آلاف ببخارى ، قيل وقيل خمسمائة ببلخ ، قيل روي ذلك عن خلف ، وكذا في هلال شوال ، وذي الحجة كرمضان ذكره في خزانة المفتيين، وقيل يفوض ذلك إلى رأى الإمام أو القاضي ، فإن استقر ذلك في قلبه قبل ، وإلا فلا ، وقيل هذا قول محمد «رح» قلت ما اشبه هذا بقول أبي حنيفة في تفويضه إلى رأى المسلمين به ، وما أبعد قول من اشترط أربعة آلاف ، والوفاء من الصواب ، وعن محمد رحمه الله يتواتر الخبر من كل جانب يحصل العلم به ، وهكذا روى عن أبي يوسف جماعة لا يتصور اجتماعهم على الكذب . وفي الخلاصة مقدار القلة والكثرة مفوض إلى رأى الإمام . وفي البدائع قيل ينبغي أن يكون من كل مسجد واحد أو اثنان . وقيل من كل جماعة رجل أو رجلان ( ولا فرق ) أى في عدم القول ( بين أهل المصر ، ومن ورد من خارج المصر ) إذا لم تكن بالسماء علة .

( وذكر الطحاوي رحمه الله انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع ) وهي الغبار والدخان ونحوهما ، لأن المطالع تختلف فيه بصفاء الهواء خارج المصر ، وكذا كونه في مكان مرتفع في المصر ( وإليه الإشارة في كتاب الاستحسان ) أي إلى ما ذكره الطحاوي ، وإليه الإشارة في كتاب الاستحسان ولفظه ، فإذا كان الذي يشهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته ، ووجه الإشارة في الرواية يدل على نفي ما عداه ، وكان تخصيصه بالمصر ونفي العلة في عدم قبول الشهادة دليلاً على قبولها إذا كان الشاهد خارج المصر ، أو كان في السماء علة ( وكذا ) أى وكذا تقبل ( إذا كان الرائي على مكان مرتفع في المصر ) لعدم الموانع .

ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطاً ، وفي الصوم الاحتياط في الايجاب وإذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه . والاضحى كالفطر في هذا

---

(ومن رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطاً ) لاحتمال كون ذلك اليوم من رمضان وتفرده بالنظر لا يخلو عن علة ( وفي الصوم الاحتياط في الايجاب ) أى الاحتياط في ايجاب الصوم عليه ، وفي خزانة الاكمل وفي هلال شوال وحده لا يفطر لمكان الاشتباه وقيل الكل سواء كما قال الشافعي «رض» ولو أفطره ان لا كفارة عليه . وفي المحيط ذكر شمس الائمة السرخسي من رأى الهلال لا يفطر وحده ولم يقبل القاضي شهادته ماذايفعل، قال محمد بن سلمة «رح» يمسك يومه ولا ينوي بصومه ، وقال أحمد رحمه الله لا يحل أكله، وقيل ان تبض[1] أفطر ويأكل سراً .

( وإذا كان بالسماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأنه تعلق به نفع العبد وهو الفطر ، فأشبه سائر حقوقه ) ويشترط في الرجلين الحوبة[2] ويشترط لفظ الشهادة لنفع العبد كسائر حقوقه ، وأما الدعوى فينبغي أن لا يشترط كما في عتق الأمة وطلاق الحرة عند الكل وعتق العبد عند أبي يوسف ومحمد «رح» ، وأما على قياس أبي حنيفة «رض» فينبغي أن تشترط الدعوى كما في عتق العبد عنده ، ولا تقبل شهادة المحدود في القذف ، وان تاب وكذا العبد والأمة وهو قول أبي حنيفة « رح » والشافعي «رح» في اعتبار لفظ الشهادة وجهان ، وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح » يقبل قول الاثنين سواء كانت السماء مصحية او مغيمة في الفطر لأنه حجة شرعية تثبت بها الحقوق .

( والأضحى كالفطر في هذا ) أي في انه لا يقبل إلا شهادة رجلين كما لا يقبل على هلال

---

(١) هكذا كتبت في الأصل .

(٢) « « « « وربما أراد ـ الحرية ـ .

في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافاً لما روي عن أبي حنيفة «رح» انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وإن لم يكن بالسماء علة لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا . قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس لقوله تعالى ( كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود ) إلى أن قال ( ثم أتموا الصيام الى الليل ) ١٨٧ البقرة ، والخيطان بياض النهار وسواد الليل

---

شوال ( في ظاهر الرواية وهو الأصح ) أي ظاهر الرواية هو الأصح ( خلافاً لما يروى عن أبي حنيفة انه كهلال رمضان ) أي في قبول شهادة الواحد العدل كما في هلال رمضان ( لأنه تعلق به نفع العباد ، وهو التوسع بلحوم الاضاحي ) هذا التعليل لظاهر الرواية الذي هو الصحيح ( وإن لم يكن بالسماء علة ) يعني في هلال الفطر ( لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأن التفرد بالرؤية في مثل هذه الحالة إلى آخره .

(قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس لقوله تعالى ﴿ كلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الأسود ﴾ إلى أن قال ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ ١٨٧ البقرة ، والخيطان بياض النهار وسواد الليل ) هذا قول فقهاء الامصار وقد كان وقت الصوم في الابتداء من حين يصلي العشاء أو ينام ، وهذا كان في شريعة من قبلنا ، فخفف الله عن هذه الأمة وجعل أول وقته من حين طلوع الفجر بقوله تعالى ﴿ وكلوا واشربوا ﴾ الآية وكان الاعمش « رض» يقول أول وقت الصوم إذا طلعت الشمس ونسخ الأكل والشرب بعد طلوع الشمس . وفي الدراية هذا غلط فاحش لا يعتد بخلافه ، وذلك لأنه يخالف نص القرآن ، وقال ابن قدامة رضى الله عنه لم يخرج أحد على قوله وقال السروجي رحمه الله قد نقل عن جماعة من السلف بموافقته ، وعن ذر قلت

لحذيفة أي ساعة تسحرت مع رسول الله ﷺ قال هي النهار إلا أن الشمس لم تطلع، رواه النسائي ، وعن حذيفة انه لما طلع الفجر تسحر ، وعن ابن مسعود مثله ، وقال مسروق لم يكونوا يعدون الفجر فجركم ، وأما كانوا يعدون الفجر الذي يملأ البيوت والطريق قوله من حين طلوع الفجر ، قال صاحب المالقع حين بكسر النون لأنه معرب ، وإضافته إلى الفرد لا يجوز بناؤه بخلاف قول النابغة الذبياني [1] :

على حين عانيت السبب على الصبي . . . . . . .

فإن المختار فيه بناؤه على الفتح لإضافته إلى الجملة ، انتهى . والظرف المضاف إلى الجملة يجوز بناؤه على الفتح والمضاف إلى الفعل المضارع لا يجوز بناؤه عند البصريين وإن كان جملة لأنه معرب بخلاف المضاف إلى الفعل الماضي ، وانما ذلك مذهب الكوفيين والفتحة في قوله تعالى ﴿ هذا يوم ينفع الصادقين صدقهم ﴾ ١١٩ المائدة ، فتحة اعراب عندهم وهو نصب على الظرفية ولا يجوز أن يكون مبنياً على الفتح ذكره الزمخشري في الكشاف يوم لا تملك نفس لإضافته إلى الحرف .

وقال ابن مالك «رح» فيه وجهان ، فإن أضيف إلى الجملة الاسمية فمعرف . وقال ابن جني يبنى قوله ـ والخيطان ـ تثنية خيط وهما بياض النهار وسواد الليل وقوله ﴿من الفجر﴾ هو الذي بين بياض النهار وسواد الليل لأنه نزل بعد قوله ﴿ حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الأسود من الفجر ﴾ ١٨٧ البقرة ، ولهذا لما سمع عدي بن حاتم هذه الآية علق خيطين أحدهما أبيض والآخر أسود ، وكان يأكل حتى يتبين له الخيط الابيض من الخيط الأسود ففعل ذلك يوماً ، فإذا الشمس طالعة فجاء إلى النبي ﷺ وقال إنك لعريض القفا ، وفي رواية أن وسادتك لعريضة أي منامك طويل ، وقال انما ذلك بياض النهار وسواد الليل .

وفي المجتبى في مبسوط بكر اختلف المشايخ في أن العبرة لأول طلوع الفجر الثاني أم

---

(١) في الأصل الزماني .

والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهاراً مع النية في الشرع ، لان الصوم في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال فيه إلا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر الوصال كان تعيين النهار أولى ليكون من خلاف العادة ، وعليه مبنى العبادة والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء

---

لاستطارته . قال الحلواني الأول احواط والثاني اوسع ، وفي شرح الارشاد والثاني أصح والأول أحوط .

( والصوم هو الامساك عن الأكل والشرب والجماع نهاراً مع النية في الشرع ) قيل هذا منقوض طرداً وعكسا ، أما عكساً فبأكل الناسي فإن صومه باق والامساك فائت وأما طرداً فمن أكل قبل طلوع الشمس بعد طلوع الفجر لما ان النهار هو اسم لزمان هو مع الشمس ، وكذلك في الحائض والنفساء ، فإن هذا المجموع موجود والصوم فائت ، وأجيب عن الأول بمنع فوت الامساك ، لأن المراد بالامساك الشرعي وهو موجود . وعن الثاني فإن المراد من النهار ، النهار الشرعي وهو اليوم بالنص . وعن الثالث بأن الحيض خرجت عن أهلية الأداء شرعاً ، قلت هذا السؤال والجواب للشيخ الإمام العالم بدرالدين الكردي رحمه الله ( لأنه ) أي لأن الصوم (في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال) في معنى الامساك وقد مضى الكلام ( فيـــه ) في اول الكتاب ( إلا انه ) أي إلا أن الامساك ( زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة ) لأن النية هي الأصل في العبادة ( واختص ) أى الصوم ( بالنهار لما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ ١٨٧ البقرة .

( ولأنه ) دليل عقلي ( لما تعذر الوصال ) وهو وصل النهار بالليـل في الصوم ( كان تعيين النهـــار أولى ليكون على خلاف العادة لأن العادة في النهـــار الأكل والشرب ( وعليه ) أي على خلاف العادة ( مبنى العبادة ) لأن العبادة في نفسهـــا مسألة واتعاب النفس ليحصل الأجر ، فلو كانت على العبادة ما كان من ذلك شيء ( والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتتحقق الأداء في حق النساء ) أي لتتحقق اداء الصوم لأن

الحيض والنفاس منافيان الصوم لقوله عليه الصلاة والسلام إحداكن تقعد شطر عمرهـــا لا تصوم ولا تصلي فلو كان الصوم مشروعاً معه لما قعدت بخلاف الجنابة حيث لا تمنع الصوم وهو قول عامة اهـــل العلم منهم علي بن أبي طالب وعبدالله بن مسعود وزيد بن ثابت وأبو الدرداء وأبو ذر وابن عمر وابن عباس وعامر وأم سلمة رضى الله عنهم وبه قـــال أصحابنا والثوري وأحمد «رح» في أهل العراق والشافعي ومالك «رح» في أهل الحجاز والاوزاعي في أهل الشام والليث بن سعد في أهل المصر وداود في أهل الظاهر واسحاق وأبو عبيد في أهل الحديث ، وكان أبو هريرة رضى الله عنه يقول لا صوم له ويروى عن رسول الله ﷺ انه قال من أصبح جنباً فلا صوم له ثم رجع عنه ، وقال سعيد بن المسيب رجع أبو عبيدة عن فتواه بذلك ، وحكي عن الحسن وسالم بن عبدالله انه يتم صومـــه ويقضى . وعن النخعي يقضى الفرض دون النفل ، وعن عروة وطاووس إن علم بجنابته في رمضان ولم يغتسل فهو مفطر وإن لم يعلم فهو صائم . وقال الخطابي حديث أبي هريرة منسوخ والله أعلم وبالله التوفيق .

* * *

# باب ما يوجب القضاء والكفارة

## قال إذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسياً لم يفطر ، والقياس أن يفطر وهو قول مالك « رح »

( باب ما يوجب القضاء والكفارة )

أي هذا باب في بيان ما يوجب القضاء والكفارة على الصائم على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى ، ولما فرغ من بيان الصوم وأنواعه شرع في بيان ما يوجب عند إبطاله لأنه أمر عارض على الصوم فناسب أن يذكر مؤخراً .

( قال وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسياً ) أي حال كونه ناسياً ( لم يفطر ) قال الكاكي لم يفطر بالتشديد والتخفيف ، فعلى الأول يكون مسنداً وما معه ، قلت فيه تعسف لأنه يقال حينئذ الضمير في – لم يفطر – يرجع إلى الاكل الذي دل عليه – اكل – وكذا ينبغي أن يرجع إلى الشرب الذي دل عليه أو شرب والجماع الذي يدل عليه أو جامع فحينئذ ينبغي أن يقال يفطرن بنون الجمع ، وهذا كله تكلف ، والأحسن ان يكون الضمير في – لم يفطر – راجعاً إلى الصائم أي لم يفطر الصائم بالأشياء المذكورة في الأكل والشرب ناسياً لا يفطر عند جماعة من الصحابة والتابعين وغيرهم وهم علي بن أبي طالب وأبو هريرة وابن عمر وعطاء ومجاهد والحسن البصري والحسن بن صالح وعبدالله بن الحسن وابراهيم النخعي وأبو بشر وابن أبي ذئب والاوزاعي والثوري والشافعي «رح» واسحاق وأبو ثور وأحمد «رح» وابن المنذر . وأما في الجماع ناسياً فهو مذهبنا . وهو قول مجاهد واسحاق البصري والثوري والشافعي « رح» وقال عطاء والاوزاعي والليث عليه القضاء وقال احمد «رض» عليه القضاء والكفارة .

( والقياس أن يفطر وهو قول مالك «رح» ) وربيعة وابن سعد وسعيد بن عبد العزيز

لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسياً في الصلاة ، ووجـــه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام للذي أكل وشرب ناسياً تم على صومك فإنما أطعمك الله وسقاك .

---

( لوجود ما يضاد الصوم ) ووجود ما يضاد الشيء يقدم له الاستحاله ووجود الضدين معاً ( فصار كالكلام ناسياً في الصلاة ) حيث تفسد صلاته .

( وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( الذي أكل وشرب ناسياً تم على صومك ، فإنما اطعمك الله وسقاك ) هذا الحديث رواه الائمة الستة في كتبهم من حديث محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضى الله عنه واللفظ لأبي داود ، قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله إني أكلت وشربت ناسياً وانا صائم ، فقال الله أطعمك وسقاك ، انتهى . وهذا أقرب إلى لفظ المصنف ولفظ الباقين من النهى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه ، فانما أطعمه الله وسقاه .

ورواه ابن حبان والدارقطني في سننه ان رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال إني كنت صائماً فأكلت وشربت ناسياً فقال رسول الله ﷺ أتم صومك فإن الله أطعمك وسقاك ، وزاد الدارقطني فيه فلا قضاء عليه ولا كفارة قوله – تم على صومك – بكسر التاء المثناة من فوق وتشديه الميم المفتوحة أمر من تم يتم معناه أتمه وامضى عليه واستتم ، ويقال تم على امره امضاه ، وتم على أمرك أمضه .

فإن قلت هذا الحديث يعارض الكتاب وهو قوله تعـالى ﴿ ثم أتموا الصيام إلى الليل ﴾ ١٨٧ البقرة ، فإن الصيام إمساك وقد فات ، فالآية تدل على بطلانه ، لأن انتفاء ركن الشيء يستلزم القضاء لا محالة والحديث يدل على بقائه كما كان فيجب تركه ، قلب هـــذا السؤال مع جوابه للامام حميد الدين الضرير . وأجاب بأن في الكتاب دلالة على ان النسيان معفو عنه لقوله تعالى ﴿ ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا ﴾ ٢٨٦ البقرة ، فكان الحديث موافقاً للكتاب فعمل ، ويحمل قوله تعالى ﴿ اتموا الصيام إلى الليل ﴾ على حـالة انتفاء الاتمام عمداً ، لأن الاتمـــام فعل اختياري فيكون عمدة الفوات له لذلك والنسيان ليس باختيارى فلا يفوته .

وإذا ثبت هذا في حق الاكل والشرب ناسياً ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلاة، لان هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان عليه ولا مذكر في الصوم فيغلب، ولا فرق بين الفرض والنفل، لان النص لم يفصل، ولو كان مخطئاً أو مكرهاً فعليه القضاء

---

وقال تاج الشريعة هذا الخبر مشهور قبله السلف حتى قال محمد رحمه الله عقيب هذه المسألة حاكياً عن ابي حنيفة «رض» لو قال الناس لقلت يقتضي معنى لولا قال الائمة وروايتهم هذا الحديث لقلت بالقضاء، فان قال السائل سلمنا ذلك لكن النص ورد في الأكل والشرب على خلاف القياس، فكيف تعدى إلى الجماع ؟

فأجاب بقوله ( وإذا ثبت هذا ) أي بقاء الصوم ( في حق الأكل والشرب ناسياً ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية ) لأن كلا منهما نظير للأخرى في كون الكف عن كل منهما ركناً في الآخر، فيكون الثبوت بالدلالة لا بالقياس ( بخلاف الصلاة لأن هيئة الصلاة مذكرة ) هيئة الصلاة القيام والركوع والسجود والانتقال من واحد إلى واحد، وكل هذه الافعال تذكر المصلي ( فلا يغلب النسيان عليه ) ولا يستلزم غلبة النسيان عدم نفي هيئات ما ( ولا مذكر ) أي ولا شيء مذكر ( في الصوم فيغلب ) لأن هيئة الصائم وغير الصائم سواء، لأن الصوم أمر مبطن فيغلب عليه النسيان ( ولا فرق ) أي ولا فرق في المسألة المذكورة ( بين النفل والفرض ) أي بين صوم النفل وصوم الفرض ( لأن النص ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام تم على صومك مطلق ( حيث لم يفصل ) بين النفل والفرض وقال مالك «رح» وابن أبي ليلى ومحمد بن مقاتل الرازي في الفرض وهو القياس، كذا ذكره الإمام المحبوبي .

( ولو كان ) أي الأكل والشرب ( مخطئاً أو مكرهاً ) بفتح الراء ( فعليه القضاء ) الفرق بين النسيان والخطأ أن الناسي قاصد للفعل ناس للصوم، والمخطيء ذاكر للصوم غير قاصد للفعل، صورة المخطيء اذا تمضمض فسبق الماء حلقه، وصورة المكره صب الماء في حلق الصائم كرهاً . وفي المحيط لو جامع ناسياً فنزع مع التذكر فصومه تام، وعند

خلافاً للشافعي « رح » فإنه يعتبره بالناسي . ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب، ولان النسيان من قبل من له الحق والا كراه من

---

زفر عليه القضاء والكفارة . ولو أكل ناسياً فقيل أنت صائم وأكل بعده فلم يتذكر وأكل بعده أفطر في قول أبي حنيفة ، وقال زفر والحسن لا يفطر ، ذكره في المحيط . وفي الخزانة فسد صومه عند أبي حنيفة ولا كفارة عليه ، وفي المرغيناني ان ما أكل ناسياً قبل النية ثم نوى الصوم ذكره في المغازي انه لا يجزىء صومه، وفي البقالي النسيان قبل النية أو بعدها .

وذكر أبو الليث رحمه الله في نوادره إن رجلاً نظر إلى غيره يأكل ناسياً يكره له أن لا يذكره إذا كان قوياً على صومه ، وان كان يضعف بالصوم لا يكره لأن ما يفعله ليس بمعصية عند العلماء . وفي فتاوى قاضي خان إن كان شاباً يخبره ، وإذا كان شيخاً ضعيفاً لا يخبره . وفي الخزانة لو تقيأ ناسياً أكل فيه لا يفسد صومه ، ولو ابتلع ماء في المضمضة خطأ يفسد صومه ، وهذا قول اكثر العلماء ، وقال عطاء والحسن وقتادة وابن أبي ليلى والشافعي واحمد « رح » لا يفسد ، وقال ابراهيم النخعي لا يفسده في الفرض ويفسده في النفل .

( خلافاً للشافعي « رح » فانه يعتبره بالناسي ) أي يقيسه على الناسي والجامع عدم القصد ، وقال الكاكي للشافعي «رح» قولان أحدهما يفطر كقولنا، وبه قال مالك «رح» واختاره المزني ، والثاني انه لا يفطر وهو الأصح عنه ، وبه قال أحمد وأبو ثور « رح » واختلف أصحابه ، فمنهم من أطلق القولين من غير فصل وان لا يبالغ ومنهم من قال كذلك على الحالين إن بالـغ بطل صومه ، وان لم يبالغ فقولان ، احدهما لا تبطل وهو الصحيح .

( ولنا انه ) أي ان كل واحد من الخطأ والنسيان والاكراه ( لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ) فيكون اعتباره فاسداً ، لأنه على خلاف القياس ( ولأن النسيان ) إشارة إلى فرق آخر ، وهو أن النسيان ( من قبل من له الحق ) والحق لله تعالى ( والاكراه من

قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في حق قضاء الصلاة فإن نام فاحتلم لم يفطر لقوله ﷺ ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ، ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معنى وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة

---

قبل غيره ) أي من قبل غير من له الحق ، وإذا كان كذلك ( فيفترقان ) ولا يصح أن يحملا على السواء ، ثم ذكر له نظيراً بقوله ( كالمقيد والمريض في حق قضاء الصلاة ) فإن المقيد الذي قيده احداً إذا صلى قاعداً بقدر القيد يقضي ، والمريض إذا صلى لا يقضى، لأن المقيد من قبل ليس له الحق ، بخلاف المريض ، فإن مرضه من قبل من له الحق .

( فإن نام فاحتلم ) أى أنزل ( لم يفطر ) باجماع الائمة الاربعة لم يفطر ( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( ثلاث لا يفطرن الصيام القيء والحجامة والاحتلام ) هذا الحديث أخرجه الترمذي حدثنا محمد بن عبيد المحاربى حدثنا عبدالرحمن بن زيد بن أسلم عن ابيه عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري رضى الله عنهم قال ، قال رسول الله ﷺ ثلاث لا يفطرن الصائم الحجامة والقيء والاحتلام وقال ابو عيسى حديث ابي سعيد الخدري حديث غير محفوظ ، وقد روى عن عبدالله بن زيد بن أسلم وعبد العزيز وغير واحد من أهل الحديث عن زيد بن أسلم ولم يذكروا فيه عن أبي‌سعيد وعبدالرحمن بن أسلم ضعيف في الحديث . وقال الشراح ذكروا هذا الحديث في معرض الاستدلال ، ولم يذكره الاترازي واستدل هنا بقوله،وهذا لما روى صاحب السنن‌مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ انه قال لا يفطر من قاء ولا من احتلم ولا من احتجم ، ولم يذكر من هو صاحب السنن ولا اسم الصحابي الذي رواه عن النبي ﷺ.قلت هذا الحديث‌اخرجه الطبراني في الاوسط عن ثوبان عن النبي ﷺ ولا يوافق متن حديث المصنف إلا لفظ الترمذي .

( ولأنه لم توجد صورة الجماع ) وهو إيلاج الفرج ( ولا معنى ) أى ولأن معنى الجماع ( وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة ) يعني عن الرجل والمرأة .

## وكذا إذا نظر إلى المرأة فأمنى لما بينا وصار كالمتفكر إذا أمنى، وكالمستمني بالكف على ما قالوا

( وكذا ) أي لا يفطر ( إذا نظر إلى المرأة فأمنى ) أي انزل المني ( لما بينا ) وهو قوله - لأنه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه - ثم انه سواء اذا نظر إلى وجهها أو فرجها بخلاف حرمة المصاهرة فانها تثبت بالنظر إلى فرجها ، وقال مالك « رح» ان نظرت مرة وكذلك وإن نظرت مرتين فسدت ، وفي السروجي بالنظر لا تفسد الصوم وإن تكرر ، وكذا بانزال معه من غير تكرر ، وهو قول جابر وزيد والثوري والشافعي وأبي ثور واختيار ابن المنذر ، وقال مالك يفسد وإن صرف وجهه عنها ، وهو رواية حنبل عن ابن حنبل ولا كفارة فيه عندهم .

( وصار كالمتفكر إذا أمنى ) اذا تفكر في امرأة حسناء فأنزل المني لا يفطر ، ولاصحاب مالك في التفكر روايتان ، وخالف فيه بعض الحنابلة ( وكالمستمني بالكف) يعني أن الصائم إذا عالج ذكره فأمنى أو عالج امرأته لم يفطر ( على ما قالوا )أي المشايخ وهو قول أبي بكر الاسكاف وأبي القاسم لعدم الجماع صورة، وعامتهم قالوا يفسدصومه وعليه القضاء ، وهو قول محمد بن سلمة وهو اختيار الفقيه أبي الليث في النوازل . وقال المصنف في التجنيس الصائم إذا عالج ذكره حتى أمني يجب عليه القضاء وهو المختار لأنه وجد الجماع معنى،وقيل فيه نظر،لأن معنى الجماع يعتمد المباشرة على ما قلنا ولم يوجد.

وأجيب بأن معناه وجد ، وهو المقصود من الجماع وهو قضاء الشهوة وهل يحل له أن يفعل ذلك إن أراد الشهوة لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام ناكح اليد ملعون وإن أرادبه لتسكين ما به من شهوة أرجو أن لا يكون عليه وبال . وقال الاترازي رحمه الله قيل لأبي بكر الاسكاف يحل للرجل قال مثل ما ذكرنا ، ثم قال في آخره وهو مأجور فيه ، قال الفقيه أبو الليث روي عن أبي حنيفة «رح» انه قال ما يكفيه أن ينجو رأساً برأس . وقال الاترازي والأصح عندي قول أبي بكر ، لأن الجماع لم يوجد لا صورة ولا معنى لعدم الايلاج والانزال باليد إلا انا نكرهه احتياطاً ، ونظم فيه شيخنا جلال الدين النهري رحمه الله من جملة نظمه ما في قاضي خان :

ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي ، وكذا إذا احتجم لهذا ولما روينا .

---

وجائز للعازب المسكين امناؤه باليد للتسكين

وعن أحمد والشافعي « رح » في القديم يرخص فيه وفي الجـــديد يحرم ، ولو عملت المرأة عمل الرجال ان انزلا عليهما القضاء وإلا لا قضاء ولا كفارة ولا غسل عليهما .

( ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي ) يعني إذا دهن شعره وشاربه ليس بمناف لصومه فلا يفطر ، لأن المنافي للصوم المفطرات الثلاث ولم يوجد واحد منها ( وكذا ) أي لايفطر ( إذا احتجم لهذا ) أي لعدم المنافي ( ولما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصائم الحجامة والقيء والاحتلام ، ولكن نكره الحجامة ولا يفسد صومه ، وبه قال مالك والشافعي «رح» وداود . وقال أحمد «رح»وبعض اصحاب الشافعي«رح» يفطر الحاجم والمحجوم ، وفي وجوب الكفارة بهـــا روايتان عن أحمد ، وحديث افطر الحاجم والمحجوم روي عن جماعة من الصحابة .

منهم رافع بن خديج رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وعلي بن أبي طالب رضى الله عنه أخرج حديثه النسائي واختلف في رفعـــه ووقفه ، وسعيد بن أبي وقاص رضى الله عنه أخرج حديثه ابن عدى في الـكامل وفيه داود بن الزبير فإنه متروك ، وشداد ابن أوس أخرج حديثه أبو داود والنسائي وثوبان مولى رسول الله ﷺ أخرج حـــديثه أبو داود والنسائي وابن ماجة «رض» وأسامة بن زيد أخرج حديثه النسائي وفي مسنده اختلاف ، وعائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أخرج حديثها النسائى ، واختلف في رفعه ووقفه ، وعقيل بن يسار أخرج حـــديثه النسائي ايضاً مرفوعاً وموقوفاً ، وأبو موسى أخرج حديثه النسائي أيضاً ، وأبو هريرة أخرج حديثه ايضاً مرفوعاً وموقوفاً ، وابن عباس أخرجه النسائي مرفوعاً وموقوفاً ، وأبو موسى أخرج حديثه ايضاً مرفوعاً وموقوفاً . وبلال أخرج حديثه النسائي ايضاً وفي سنده اختلاف ، وأنس بن مالك أخرج حـديثة البزار أيضاً ، وأبو زيد الانصاري أخرج حديثه ابن عدى وفيــه ضعف ، وأبو الدرداء أخرج حديثه الوليد بن مسلم وفيه ضعف .

وقال شيخنا زين الدين في شرح الترمذي وقد ذهب اكثر أهل العلم من أصحاب رسول

الله ﷺ ان الحجامة لا تفطر ، وبه قال من الصحابة سعد بن أبي وقاص وعبدالله بن مسعود وابن عباس وزيد بن أرقم والحسن بن علي وأبو هريرة وأنس وعائشة وأم سلمة رضى الله عنهم . ومن التابعين الشعبي وعروة والقاسم وعطاء بن يسار وزيد بن أسلم وعكرمة وأبو العالية وابراهيم النخعي ، ومن الأئمة سفيان الثوري ومالك وأبو حنيفة والشافعي «رح» . وقال ابن عبد البر الأحاديث متدافعة متناقضة في افساد صوم من احتجم فأقل أحوالها إذا يسقط الاحتجاج بها ، والأصح بأن الصائم لا يقضي فانه قال وصح النسخ فيها قلت لأن قوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم كان ثمان عشرة من رمضان عام الفتح ، فالفتح كان في السنة الثامنة واحتجامه عليه الصلاة والسلام كان في السنة العاشرة ذكره جماعة .

(ولو اكتحل لم يفطر) هذا على اطلاقه قول عطاء والحسن وابراهيم النخعي والاوزاعي والشافعي وأبي ثور ومذهب أنس بن مالك وعائشة رضى الله عنهم ، وإن لم يصل إلى جوفه لم يبطل بلا خلاف ، فإن وصل نفساً (١) أو طاهراً يفسد صومه عند مالك وأحمد وهو قول ابن أبي ليلى وسليمان التيمي ومنصور بن المعتمر وابن شبرمة واسحاق ، وفي شرح مختصر الطحاوي لابأس بالكحل سواء وجد ظلمة أو لم يوجد ، وكذا في المحيط كما لو أخذ حنظلة في فيه فوجد مرارته في حلقه ، أو ماء فوجد عذوبته أو بداويه في حلقه ، وكذا لو صب لبناً في عينه أو دواء فوجد طعمه أو مرارته في حلقه لا يفسد صومه ، ولو بزق بعد الاكتحال فوجد الكحل من حيث اللون ، قيل يفسد ذكر في جامع الفقه ( لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ ) فما وجد في حلقه من طعمه انما هو أثره لا عينه .

وقال الاترازي رحمه الله وليس بين العين والجوف منفذ فلا يصل من الكحل من العين إلى الجوف ، وانما وصل اليه أثر الكحل وهو الطعم ، فقد وصل اليه من المسام فلا يعتدبه كما لو اغتسل بالماء البارد فوجد برودته في الباطن ، انتهى . قلت هذا الكلام غير سديد ، والصواب ما قاله المصنف ليس بين العين والدماغ منفذ ، وذكر الجوف ليس له صحة على

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد بها – نجساً – اه مصححه .

ما لا يخفى ، وقوله ايضاً ، وانما وصل اليه أثر الكحل وهو المفطر غير صحيح ، والطعم الذي هو أثر الكحل كيف يوجد في الجوف ولا يوجد إلا في الحلق ينفذ اليه من الدماغ .

( والدمع يترشح كالعرق ) جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن يقال لو لم يكن بين العين والدماغ منفذ لما خرج الدمع فأجاب بقوله والدمع يترشح أي ينزل من الدماغ شيئاً فشيئاً كما يترشح العرق من مسام الجلد ( والداخل في المسام لا ينافي ) هو من جملة المسام . قال الكاكي المسام المنافذ مأخوذ من سم الابرة ، وإن لم يسمع إلا من الاطباء . قلت ذكره الازهري ، والمراد به مسام العرق ، لأن المنافذ التي هي المخارق المعتادة ( كما لو اغتسل بالماء البارد ) ذكر هذا نظير المناسبة ، فإنه لا ينافي الصوم مع انه يجد برودة الماء في باطنه .

فإن قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو باطل ، وذلك لما روى معبد بن هودة الانصارى عن النبي ﷺ انه قال عليكم بالاثمد المروح وقت النوم وليتقه الصائم ، أجيب بأن النبي ﷺ ندب إلى الصوم يوم عاشوراء والاكتحال فيه ، وقد اجمعت الأمة على الاكتحال يوم عاشوراء فهو راجح على الأول ، انتهى .

قلت هذا الحديث رواه أبو داود من رواية عبد الرحمن بن النعمان بن معبد بن هودة عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه أمر بالأثمد المروح عند النوم ، وقال ليتقه الصائم ، ورواه البخاري في تاريخه .

وقال أبو نعيم حدثنا عبد الرحمن بن النعمان الانصاري عن أبيه عن جده وكان أتي به النبي ﷺ فمسح رأسه وقال لا تكتحل وأنت صائم اكتحل ليلاً الاثمد يجلو البصر وينبت الشعر ، انتهى . قلت الاثمد بكسرة الهمزة بالفارسية ترمذ ، وذكر ابن الجوزي في باب ثمد فدل على ان الألف فيه زائدة ، وقال الاثمد حجر يكتحل به المروح ، بضم الميم وفتح الراء وتشديد الواو المفتوحة وبالحاء المهملة أي المطيب بالمسك لأنه جعل الرائحة تفوح بعد إذ لم تكن لهرائحة . وقول الاكمل قد اجتمعت الأمة على الاكتحال يوم عاشوراء فيه نظر يحتاج إلى الدليل على هذا ، وإيراده السؤال لحديث معبد غير موجه لأن يحيى بن

معين قال حديث معبد منكر لا يحتج به ، وعبد الرحمن ضعيف ، فإذا كان الأمر كذلك فكيف يقول الاكمل هذا تعليل في مقابلة النص ، وهذا باطل ، ثم يجيب بقوله ان النبي ﷺ ندب إلى الصوم يوم عاشوراء ، والاكتحال فيه ، ومع هـــذا لم يبين كيف ندب ومتى ندب .

فان قال ندب في حديث معبد، قلنا قد سمعت حال هذا الحديث، وان قال روى البيهقي في شعب الايمان من رواية حسين بن بشر عن ابن المسيب عن جرير عن الضحـــاك عن ابن عباس رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من اكتحل بالأثمد يوم عاشوراء لم يرمـــد أبداً ، قال قال البيهقي « رض » بعد أن رواه اسناده ضعيف ، وجرير ضعيف والضحاك لم يلق ابن عباس . وقال الأترازي في معرض الاستدلال بأن الاكتحال لم يفطر .

ولنا ما روى أبو بكر الجصاص الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي عن عبدالباقي بن مانع عن عبدالرحمن بن أحمد عن محمد بن سليمان عن حبان بن علي عن محمد بن عبدالله بن أبي رافع عن جده أن النبي ﷺ كان يكتحل بالأثمد وهو صائم . وقال الشيخ أبوالحسين القدوري في شرح مختصر الكرخي قال ابن مسعود كان يكتحل بالأثمد ، خرج رسول الله ﷺ في رمضان وعيناه مملوءتان من الكحل كحلته أم سلمـــة رضى الله عنها ، انتهى . قلت الذي يتصدى لشرح كتاب يذكر فيـــه أحاديث في معرض الاستدلال ينبغي أن يكتفي بهذا المقدار ، لأن الخصم لا يرضى به .

أما حديث أبي رافع فقد أخرجـــه ابن عدي في الكامل باسناده نحوه وهو حديث منكر . قـــال البخاري محمد بن عبدالله منكر الحديث . وقال ابن معـــين ليس حديثه بشيء .

وأما حديث ابن مسعود الذي ذكره فليس بصحيح من وجهين ، أحدهما ان الحديث ليس لابن مسعود ، وانما هو لابن عمر رواه ابن عدي في الكامل ، قال أخبرنا أبو يعـــلى قال حدثنا سعيد بن زيد هو أخو حماد بن زيد حدثنا عمرو بن خالد القرشي عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عمر ، وعن محمد بن علي عن ابن عمر قال خرج علينا رسول الله ﷺ من

بيت حفصة وقد اكتحل بالأثمد في رمضان ، وقال ابن عدى هذه الأحاديث التي يرويها عمرو بن خالد عن حبيب بن أبي ثابت ليست هي المحفوظة ، ولا يرويها غيره أو هو المتهم فيها . وقال شيخنا زين الدين عمرو بن خالد الهمداني الواسطي ، وقال أبو طاهر وقوله القرشي بدليله كيلا يعرض لأنه كذاب . الثاني من الوجهين انه حديث لا يحتج به .

فإن قلت هذا روي عن علي بن أبي طالب ايضاً ، رواه الحارث من حديث أسامة ، قال حدثنا أبو زكريا حدثنا سعيد بن زيد عن عمرو بن خالد عن محمد بن علي عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب ، وعن حبيب بن ثابت عن نافع عن ابن عمر قال انتظرنا النبي ﷺ ان يخرج في رمضان ، فخرج من بيت أم سلمة رضى الله عنها كحلته وملأت عينيه كحلاً انتهى. قلت قد وقفت على حال عمرو بن خالد، وقال شيخنا زين الدين وهذان الحديثان ليسا صريحين الكحل الصائم ، انما ذكر فيها رمضان فقط ، ولعله كان في رمضان .

فإن قلت روى ابن الجوزي في كتاب فضائل الشهور من رواية شريح بن يوسف عن أبي الزناد عن أبيه عن الاعرج عن أبي هريرة رضى الله عنه في حديث طويل فيه صيام عاشوراء والاكتحال فيه ، قلت رواه في الموضوعات لهذا الاسناد ، ثم قال هذا حديث لا يشك فيه عامل في وضعه .

فإن قلت روى الطبراني في الأوسط عن بريدة ، قالت رأيت النبي ﷺ يكتحل بالأثمد وهو صائم ، قلت قال شيخنا زين الدين وفي اسناده غير واحد يحتاج إلى الكشف عنهم .

( ولو قبل امرأة لا يفسد صومه يريد به إذا لم ينزل ) أي يريد القدوري أو محمد في الجامع الصغير بقوله — ولو قبل امرأة لا يفسد صومه—انه إذا لم ينزل المني ( لعدم المنافي صورة ومعنى ) أي لعدم ما ينافي الصوم من حيث الصورة وهو ايلاج الفرج في الفرج ومن حيث المعنى وهو الانزال بالمس عن شهوة ، وقد روى البخاري ومسلم عن عائشة رضى الله عنها انه عليه الصلاة والسلام كان يقبل ويباشر بعض نسائه وهو صائم وكان

أملككم لإربه . قوله – لإربه – بكسر الهمزة وسكون الراء ، قال ابن الأثير أي لحاجة يعني انه كان غالباً لهوأ ، وقال اكثر المحدثين يرويه بفتح الهمزة والواو يعنون الحاجة ، وبعضهم يرويه بكسر الهمزة وسكون الراء ، وله تأويلان أحدهما أرادت به الحاجة ويقال فيها الإربه والمأربة .والثاني أرادت به عضو وقصدت به من الأعضاء الذكر خاصة .

فإن قلت روى ابن ماجة من رواية زيد بن جبير عن أبي يزيد بن الضبي عن ميمونة مولاة النبي ﷺ قالت سئل النبي ﷺ عن رجل قبل امرأته وهما صائمان، قال قدأفطرا جميعاً ثم قال فينبغى ان لا تجوز القبلة للصائم أصلاً ، ثم قال المراد منه إذا أنزل بالقبلة توفيقاً بين الحديثين ، انتهى . قلت هذا الحديث ليس بشيء ، لأنه انما يصح هذا الجواب إذا كان الحديثان متساويان في الصحه حديث ميمونه هذا لا يساوى حديث عائشة رضى الله عنها ، لأن في اسناده أبا يزيد الضبي لا يعرف اسمه، وهو مجهول ، وقال الترمذى «رح» في كتاب العلل المفرد سألت محمداً عن هذا الحديث فقال هـــذا حديث منكر لا أحدث به .

واختلف العلماء في القبلة للصائم على أربعة مذاهب .

أحداها : إباحتها مطلقـــا ، وهو قول ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما وسعد بن أبي وقاص وأبي هريرة وعائشة رضى الله عنهم ،وبه قال عطاء والشعبي والحسن البصرى ،وهو قول أحمد واسحاق وداود ، واختاره ابن عبد البر .

والثانى : كراهيتها مطلقاً للصائم ، وهو قول ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهم ، وقال أبو عمر عن ابن المسيب وابن شبرمة ومحمد بن الحنفية « رض » ان من قبـل فعليه قضاء ذلك اليوم .

والثالث : الفرق بين الشيخ والشاب ، وعبر بعضهم عنه بقوله بالتفرقة بـين من تحرك القبلة شهوته وبين من لا تحرك ، وهو قول ابن عباس وقول أبي حنيفة « رض » واصحابه وسفيان الثوري والشافعي «رح» .

والرابـع : التفرقة بين صيام الفرض وصيام النفل تكره في الفرض ولا تكره في النفل وهي رواية ابن وهب عن مالك .

بخلاف الرجعة والمصاهرة ، لان الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى . ولو أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة

---

فإن قلت حديث عائشة «رض» كان يقبل في شهر الصوم الذي رواه الترمذي ومسلم كما مر الآن لا يلزم منه ان يكون نهاراً ، لأن ليل الصوم من شهر الصوم ، قلت في الذي رواه البخاري ومسلم وهو صائم كما مر الآن .

فإن قلت لا يلزم منه أن يكون في رمضان . قلت في رواية أبي بكر السهلي عن مسلم كان يقبل في رمضان وهو صائم .

فإن قلت الصائم منهي عن الجماع فينبغي أن يمنع من القبلة أيضاً لأنها من دواعيه . قلت هذا غير وارد ، لأن المحرم ممنوع عن الطيب وهو من دواعيه ، والصائم ليس بممنوع عنه ، وفي جوامع الفقه يكره مس فرجها ولا بأس بالقبلة والمعانقة إذا أمن على نفسه ،أو كان شيخاً كبيراً . وعن أبي حنيفة تكره المعانقة والمصافحة ، وعنه تكره المباشرة الفاحشة لا بثوب ، وذلك ان المعانقة وهما متجردان ويمس فرجه ظاهر فرجها، والتقبيل الفاحش مكروه ، وهو أن يمضغ شفتيها .

( بخلاف الرجعة والمصاهرة ) يعني انها يثبتان بالقبلة بالشهوة وكذا بالمس وإن لم ينزل ( لأن الحكم هناك ) أي في الرجعة والمصاهرة (أدير على السبب) إذ حرمة المصاهرة تبتني على الاحتياط ، وأما هنا فالفساد تعلق بالمواقعة ولم توجد صورتها ولا معناها، ولهذا لا تقيده الصوم بفعل النكاح ( على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى ) يعني في باب الرجعة .

( ولو أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء ) لأنه يجب بمجرد الافساد ( دون الكفارة ) لأنها لا تجب إلا بكمال الجناية ، لأنها تسقط بالشبهات لكونها دائرة بين العبادة والعقوبة وعدم صورة الجماع صار شبهة فلم تجب الكفارة .

فإن قيل لا نسلم أن كمال الجناية شرط لوجوب الكفارة ألا ترى انها تجب بنفس الايلاج وإن لم يحصل الانزال والاكمال إلا به أجيب بأن الايلاج يحصل بنفس الايلاج ، ولهذا تجب الغسل انزل أو لم ينزل ، أما الانزال فأمر زائد على الجماع ، ولهذا لا يشترط في تحليل الزوج الثاني لأنه شبع ومبالغة فيه .

لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة أو معنى يكفي لايجاب القضاء احتياطاً ، وأما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية لانها تندرىء بالشبهات كالحدود ، ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه أي الجماع أو الانزال ، ويكره إذا لم يأمن لان عينه ليس يفطر ، وربما يصير فطراً بعاقبته ، فإن أمن يعتبر عينه وأبيح له ، وإن لم يأمن

---

( لوجود معنى الجماع ) وهو قضاء الشهوة بالمباشرة ( ووجود المنافي ) للصوم (صورة) أي من حيث الصورة ( أو معنى ) أي أو من حيث المعنى ( يكفي لايجاب القضاء احتياطاً ) أي لأجل الاحتياط ( وأما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية لأنها تندرىء ) أي تندفع ( بالشبهات ) وهنا الشبهة عدم صورة الجماع كما ذكرنا ( كالحدود ) يعني مثل الحدود فإنها تندرىء بالشبهات .

( ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه أي الجماع والانزال ) قال السغناقي صحت الرواية بكلمة أو ، وقال الكاكي الرواية في النسخ المقروءة على المشايخ كلها ، وقال الاترازي صحت الرواية عن مشايخنا بما وراء بكلمة أو ، والوجه عندي أن يذكر الواو ، ولأن الأمان على أحدهما ليس بكاف لعدم الكراهية، بل الأمان منهما شرط لعدم الكراهة حتى إذا أمن الجماع ولم يأمن الانزال تكره له القبلة لتعريض الصوم على الفساد . وقال تاج الشريعة رحمه الله قوله – أي الجماع أو الانزال – انما ذكر هكذا لأن المشايخ اختلفوا على قول محمد رحمه الله إذا أمن على نفسه قال بعضهم أراد بالأمن عن الوقوع في الوقاع، وقال بعضهم أراد به الأمن من خروج المني .

( ويكره إذا لم يأمن ) يعني إذا لم يأمن الانزال والجماع ( لأن عينه ) أي عين القبلة ذكر الضمير باعتبار التقبيل ، والمراد من عين القبلة نفسها ( ليس يفطر ) وهذا ظاهر ( وربما يصير فطراً بعاقبته ) يعني باعتبار المال بوجود الجماع أو الانزال ( فإن أمن يعتبر عينه ) أي نفس القبلة ( وأبيح له ) أي القبلة لأنها ليست بنفسها مفطرة ( وإن لم يأمن )

تعتبر عاقبتـــه ، وكره له . والشافعي « رح » أطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمباشرة الفاحشة مثل التقبيل في ظاهر الرواية . وعن محمد « رح » انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما تخلو عن الفتنة . ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر ، وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة، وجه الاستحسان انه لا يستطاع الاحتراز عنه فأشبه الغبار والدخان، واختلفوا في المطر والثلج ، والاصح أنه يفسده

---

أي الجماع أو الانزال ( تعتبر عاقبته ) أي ماله ( وكره له ) حينئذ ( والشافعي طلق فيه في الحالين ) أي جوز له القبلة فيما إذا أمن على نفسه أو لم يأمن ، وفيه نظر ، لأنه ذكر في وجيزهم وتكره القبله للشاب الذي لا يملك إربه ( والحجة عليه ما ذكرناه ) أي الحجة على الشافعي رضى الله عنه ما ذكرنا ، وهو قوله لأن عينه ليس بمفطر ... الخ .

( والمباشرة الفاحشة ) وهو أن يعانقها مجردين ويمس فرجه ظاهر فرجها ( مثل التقبيل في ظاهر الرواية ) يكره إذا لم يأمن ولا يكره اذا أمن ( وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لأنها قل مـا تخلو عن الفتنة ) عن الوقوع في الجماع . وهـذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنه .

( ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر ) لأنه مغلوب فيـه كما في الغبار والدخان ( وفي القياس يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه ، وان كان لا يتغذى به ) كلمة إن واصلة بما قبلها ، ولا فرق بين المأكول وغيره ( كالتراب والحصاة ) .

( وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه ، فأشبه الغبار والدخان ) فإنـه لا يستطاع دفعها ، وإن وصل الذباب إلى جوفه ثم خرج حياً لم يفطر ، ذكره في الحاوي وهو قول سحنون من المالكية . وفي خزانة الاكمل ، ولو دخـل جوفه وهو كاره له لم يفطره . .

( واختلفوا في المطر والثلج ) يعني اختلف المشايخ في المطر ، فقال بعضهم المطريفسد والثلج لا يفسد . وقال بعضهم على العكس . وقال عامتهم بافسادهما ( والاصح انه يفسده )

لامكان الامتناع عنه إذا أواه خيمة أو سقف ، ولو اكل لحماً بين اسنانه فإن كان قليلا لم يفطره ، وإن كان كثيراً يفطره . وقال زفر « رح» يفطره في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة . ولنا أن القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه ، بخلاف الكثير لانه لا يبقى فيما بين الاسنان .

---

لحصول الفطر معنى ( لامكان الامتناع عنه إذا أواه ) أي ضمه ( خيمة أو سقف ) قلت إذا كان في البرية وليس عنده خيمة ولا شيء يمنع المطر عنه ، فالقياس أن لا يفسد . ولو خاض الماء فدخل اذنه لا يفطره ، بخلاف الدهن ، وان كان بغير صيغة لوجود اصلاح بدنه ، فلو صب الماء في اذنه ، فالصحيح انه لا يفطر لفقده اصلاح البدن ، لأن الماء يضر بالدماغ ، وفى الخزانة لو دخل حلقه من دموعه أو عرق جبينه فطرتان أو نحوهما لا يضره والكثير الذي يجد ملوحته في حلقه يفسد صومه ، ولو نزل المخاط من أنفه في حلقه على تعمد منه فلا شيء عليه ، ولو بلغ بزاق غيره أفسد صومه ولا كفارة عليه ؛ كذا في المحيط . وفي البدائع لو ابتلع ريق حبيبته أو صديقه ، قال الحلواني عليه كفارة ، لأنه لا يعافه بل يلتذ به ، وقيل لا كفارة فيه ، ولو جمع ريقه في فيه ثم ابتلعه لم يفطر ويكره ، ذكره المرغيناني .

( ولو أكل لحماً بين اسنانه لم يفطره ) يعني اذا كان قليلاً ( وإن كان كثيراً يفطره . وقال زفر رحمه الله يفطره في الوجهين ) يعني فى القليل والكثير ( لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ) وبه قال الشافعي « رح » وأحمد ، وفي تتمتهم إن قدر على إخراجه فابتلعه يفطر وإلا لا . وفي شرح الارشاد ان كان مما يجري به الريق لا يفطر عنده ، وإن كان لا يجري يفطر .

( ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة ريقه ، بخلاف الكثير لأنه لا يبقى فيما بين الاسنان ) فكان الاحتراز عنه ممكناً . وقال محمد رحمه الله في الجامع الصغير انه إذا ابتلعه ، فأما إذا استخرجه فأخذه بيده ثم ابتلعه يجب ان يفسد صومه . ومنهم من قال لا يفسد صومه

والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وإن أخرجه وأخذه بيده ثم آكله ينبغي أن يفسد صومه كما روي عن محمد « رح » أن الصائم إذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه ، ولو أكلها ابتداء يفسد صومه ، ولو مضغها لا يفسد لأنها تتلاشى بالمضغ

---

قصد ابتلاعه أو لم يقصد ، ألا ترى قال محمد في الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رض» في الصائم يكون في اسنانه اللحم فأكله متعمداً فقال ليس عليه قضاء ولا كفارة ، ( والفاصل ) أي بين القليل والكثير ( مقدار الحمصة ) والحمصة بتشديد الميم المفتوحة ، قال ثعلب هو المختار ، وقال المبرد بكسرها (وما دونها ) أي وما دون الحمصة فهو ( قليل ) ولم يذكر محمد « رح» في المبسوط والجامع الصغير ، وذكر في شرح زفر ويعقوب لابن شجاع أبي عبدالله البلخي قال أخبرني ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة «رض» ما كان بين اسنانه في قدر الحمصة فطره اجعل قدر الحمصة كثيراً لأنه لا تبقى بين الاسنان غالباً وما دونه يبقى قال الصدر الشهيد رحمه الله الحمصة فصاعداً كثيراً وما دون ذلك قليل ،وقال أبو نصر الدبوسي إذا أراد أن يبتلعه بغير ريق فهو كثير وإن لم يمكنه ذلك بغير استعانة بالبزاق فهو قليل .

( فإن أخرجه ) أي فإن أخرج الذي بين أسنانه ( وأخذه بيده ثم أكله ينبغى أن يفسد صومه ) لامكان الاحتراز عنه ( كما روي عن محمد ) أي بالقياس على ما روى محمد «رح» ( ان الصائم إذا ابتلع سمسة ) كائنة ( بين أسانه لا يفسد صومه ) لأنه قليل ، وبه قال زفر والشافعي «رح» واحمد . وفي الخلاصة يجب أن يفسد صومه ، وعلى هذا لو أخذ لقمة من الخبز وهو ناس لصومه فلما مضغها ذكر انه صائم فابتلعها وهو ذاكر، إن ابتلعها قبل الاخراج من فيه عليه الكفارة ، وإن اخرجها ثم أعادها لا كفارة عليه ، وبه أخذ الفقيه .

( فلو أكلها ابتداء ) أي لو أكل سمسمة من الخارج ( يفسد صومه ) لأنها من جنس ما يؤكل ويتغذى به ، كذا في فتاوى الولوالجي ، هذا اذا لم يمضغها ( ولو مضغها لا يفسد لأنه يتلاشى بالمضغ ) وكذا لو مضغ حبة حنطة لا يفسد صومه ، لأنها تلتزق بأسنانه فلا

وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عندأبي يوسف « رح» وعند زفر « رح » عليه الكفارة أيضاً لأنــه طعام متغير ، ولأبي يوسف « رح » انه يعافه الطبع ، فإن ذرعه القيء لم يفطر لقوله ﷺ من قاء فلا قضاء عليه ومن

---

تصل إلى جوفه ، لأنه يصير تابعاً لريقه ، ولو ابتلع ريقه لا يفسد باجماع الأمة ، ولواستشم مخاطه فأخرجه من فيه لا يفسد كريقه . ولا تجب الكفارة بشرب الدم في الظاهر ، وفي رواية تجب ، ولو عمل عمل الابريسم فأدخل الابريسم في فمـه فخرجت خضرة الصبـغ أو صفرته أو حمرته فاختلط بالريق فصار الريق أحمراً أو أخضراً ، وابتلع الريق وهو ذكر لصومه يفسد ، كذا في الخلاصة .

( وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف رحمه الله ، وعند زفر عليه الكفارة أيضاً ) أي مع القضاء ( لأنه طعام متغير ) فلا يمنع ذلك وجوب الكفارة، كما اذا اكل اللحم المنتن .

(ولأبي يوسف انه يعافه الطبـع ) أي يكرهه ، يقال اعاف الماء عيافة كرهه ، وذلك لأنه لما بقي بين الاسنان دخل في معنى الغذاء نقصان ، ولهذا إذا تخلل يرميه وربما تكون له رائحة كريهه يكرهها الطبـع ، فلما دخل في معنى الغذاء نقصان قصرت الجناية ، ومع قصورها لا تجب الكفارة .

( فان ذرعه القيىء ) أي سبق إلى فيه وغلبه فخرج منه ، ذكره في المغرب ، وقيل غشيه من غير تعمد من باب منع وهو بالذال المعجمة (لم يفطر) وبه قال علي بن أبي‌طالب وابن عمر وزيد بن أرقم والاوزاعي والشافعي «رح» واسحاق . قال ابن المنذر وهو قول كل من يحفظ عنه العلم ، قال وبه أخذ . قال وعن الحسن البصري رحمـه الله روايتان في الفطر،وقال العبدري نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أن لا فطرفي القيء مطلقاً . وعند المالكية خلاف فى فطر من ذرعه القيء، وعن أحمد رضى الله عنه يفطر في الفاحش .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من قاء فلا قضاء عليـه ، ومن

استقاء عامداً فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم فما دونه ، فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف « رح » لأنه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل . وعند محمد « رح » لا يفسد لانـــه لم توجد صورة الفطر وهو الابتلاع ، وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة ،

---

استقاء عامـــداً فعليه القضاء ) هذا الحديث رواه الائمة الاربعة عن عيسى بن يونس عن هشام بن حصان عن ابن سيرين عن أبي هريرة رضى الله عنه قال، قال رسول الله ﷺ من قاء ... الحديث . وقال الترمذي حسن غريب ، وقال محمد يعني البخـاري لا اراه محفوظاً ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال هذا حديث صحيح حسن على شرط الشيخين ولم يخرجاه . وقال الدارقطني رحمه الله رواته كلهم ثقات .

قوله – استقاء – بالمد استفعل من قاء يقيء يعني طلب القيء و كذلك تقيأ ، ولاقضاء عليه في القيء ، لأن كل ما يخرج من البدن لا يفسد الصوم ، كالبول والغـائط ونحوهما ، فكذا القيء ، وكان هذا هو القياس من الاستقاء ، إلا أنا تركناه بالحديث، فإن قيل روى الطحاوي عن أبي الدرداء ان رسول الله ﷺ قاء فأفطر ينبغي ان يكون القيء مفطراً، كما هو مذهب الشعبي والبعض ، اجيب بأن معناه قاء فضعف فأفطر توفيقاً بين الحديثين.

( ويستوي فيه ) أي في القيء الذي ذرعه ( ملء الفم وما دونه ) يعني إذا ذرعـه القيء لا يفطر ، سواء ملء الفم أو أقل منه ( فـلو عاد ) أي القيء الذي ذرعه ( وكان ملء الفم ) أي والحال انه كان ملء الفم ( فسد عند أبي يوسف رحمه الله ، لأنه خارج ) حقيقة ( حتى انتقض به الطهارة وقد دخل ) أي الخـــارج فيفسد الصوم ( وعند محمد رحمــه الله لا يفسد لأنه لا توجد صورة الفطر وهو الابتلاع وكـــذا معناه ) أي معنى صورة الفطر ( لأنه لا يتغذى به عـــادة ) لأن الاعتبار بحصول التغذي أو الـــتردي إلى الجوف ، قيل لا نسلم عـــدم حصول الفطر معنى ، ألا ترى ان بالقيء تندفع الصفراء أو البلغم ، وفيه صلاح البدن ، واجيب بأن صلاح البـدن إذا كان الخارج لا يؤثر في نقض الصوم ، ولهذا لا يفسد الصوم بالفصد ، وفيه صلاح البدن ، ولهذا يسميه الأطباء الاستفراغ الكلي .

وإن أعاد فسد بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر ، وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال ، فإن أعاد فكذلك عند أبي يوسف « رح » لعدم الخروج . وعند محمد « رح » يفسد صومه لوجود الصنع منه في الادخال ، فإن استقاء عمداً ملء فيه فعليه القضاء لما روينا ، والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة ، وإن كان أقل من ملء الفم فكذلك عند محمد « رح » لاطلاق

---

( وإن أعاد ) أي وإن أعاد الذي قاء فيه فما إذا ذرعه فيه ملء الفم ( فسد ) أي صومه ( بالاجماع لوجود الادخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر ) بدخول الخارج في الجوف بنفسه .

( وإن كان ) أي القيء الذي ذرعه ( أقل من ملء الفم فعاد ) يعني بنفسه إلى الجوف ( لم يفسد صومه لأنه غير خارج ولا صنع له في الادخال ) لأن الدخول يترتب على الخروج ولم يوجد الخروج ( فإن أعاد ) أي فإن أعاد الذي تقيأ ( فكذلك ) أي لاتفسد ( عند أبي يوسف لعدم الخروج ) فلا يوجد الخروج ( وعند محمد رحمه الله يفسد صومه لوجود الصنع منه في الادخال ) وهو فعله والبعض أثر الفعل .

( فإن استقاء عمداً ملء فيه فعليه القضاء ) ذكر العمد تأكيداً لأن الاستقاء استفعال من القيء وهو التكليف فيه ، ولا يكون التكلف إلا بالعمد ، كذا قاله الاترازي . وقال الكاكي قوله — عمداً — إشارة إلى انه لو استقاء ناسياً لصومه لا يفسد صومه . قلت هذا أوجه من الأول ( لما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من استقاء عمداً فعليه القضاء ( والقياس متروك به ) أي بالحديث المذكور ، لأن القياس أن لا يفطر إلا بالدخول ، ألا ترى انه لا يفسد بالبول وغيره ، ولكن ترك القياس بالحديث ، وكذلك إن غلبه ( ولا كفارة عليه لعدم الصورة ) وهو الدخول .

( وإن كان أقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رحمه الله ) أي يفسد ( لاطلاق

الحديث ، وعند أبي يوسف « رح » لا يفسد لعدم الخروج حكماً ثم إن عاد لم يفسد عنده ، لعدم سبق الخروج ، وإن أعاده فعنده انه لا يفسد لما ذكرنا ، وعنه انه يفسد فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع .
قال ومن ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر لوجود صورة الفطر ، ولا كفارة عليه لعدم المعنى .

---

الحديث ) لأنه لم يفصل بين القليل والكثير ( وعند أبي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكماً ) أي من حيث الحكم ، ولهذا لا ينتقض به الطهارة .

( ثم ان عاد ) إلى جوفه بنفسه فيما إذا استقاء أقل من ملء الفم ( لم يفسد عنده ) أي عند أبي يوسف رحمه الله ( لعدم سبق الخروج ، وإن أعاده ) أي أعـاد ما صنعه ( فعنه ) أي فعن أبي يوسف رحمه الله ( انه لا يفسد ) في رواية ( لما ذكرنا ) يريد به عدم سبق الخروج ( وعنه ) أي وعن أبي يوسف رحمه الله في رواية أخرى ( انه يفسده فالحقه بملء الفم لكثرة الصنع ) وهو صنع الاستقاء وصنع الإعادة .

( قال ومن ابتلع الحصاة أو الحديد ) انما قال ابتلع ولم يقل أكل ، لأن الأكل هو المضغ والابتلاع جميعاً ، والمضغ لا يحصل في الحصاة ونحوها ، بخـــلاف الابتلاع ، فإنه يحصل لأنه عبارة عن ادخال الشيء في الحلق ( أفطر ) إلا على قول من لا يعتمد على قوله وهو الحسن بن صالح ، فإنه يقول الفطر بإقضاء الشهوة ، وهو قول بعض اصحاب مالك ( لوجود صورة الفطر ) بايصال الشيء إلى باطنه ( ولا كفارة عليه لعـدم المعنى ) أي لعدم معنى الفطر وهو التغذي والتروي إلى البدن . وقال مالك تجب عليه لأنه مفطر غير معذور ، وكل من هو كذلك يجب عليه عنده ، كذا قاله الاكمل ، وهو خلاف مـا نقله في الذخيرة القوافية ، ولو ابتلع حصاة أو نواة أو مالاً يتغذى به ، قال مالك يقضي ولا يكفر نعم ، قال سحنون من اصحابه عليه الكفارة إن تعمده والا فالقضاء .

وقال ابن القاسم لا شيء في سهوه ، وفي عمده الكفارة ، وذكر في الجواهر وهو من كتب المالكية عن بعض المتأخرين من المالكية لا يفطر ، ومشهور مذهبه الفطر ، وعدم

الكفارة . وفي البدائع لو ابتلع ما لا يؤكل عادة كالحجر والمدر والجوهر والذهب والفضة افطر ولا كفارة عليه ، وكذا لو ابتلع جسا أو حشيشاً أو جوزة رطبة أو يابسة وابتلعها كفر ، وقيل إن وصل القشر إلى حلقه اولاً لم يكفر ، وان مضغ فشقه مشقوقة تجب الكفارة ، وإن لم تكن مشقوقة لا تجب إلا إذا مضغها ، وفي الارز والعجين لا تلزمه الكفارة ، وكذا في دقيق الحنطة والشعير إلا عند محمد ، وفي دقيق الأرز قالوا يلزمه وفي الذخيرة قيل ان لته بسمن أو دهن تجب الكفارة بأكله ، وفي الملح وحده لا تلزمه الكفارة إلا اذا اعتاد ذلك .

وفي الذخيرة قيل في قليله دون كثيره ، لأنه مضر ،وقيل تجب مطلقاً،وإذا ابتلع حبة حنطة تلزمه الكفارة بخلاف حبة الشعير إلا اذا كانت مقلوة ، ولو أكل لحماً غير مطبوخ تلزمه الكفارة ، بخلاف الشحم . وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله ، والأصح عندي في الشحم لزومها ، وفي الشحم واللحم والقديد تجب الكفارة ، لانها يوكلان بذلك عادة ، ولو أكل لحم الميتة وهي منتنة قد تدودت لا كفارة عليه ، وإلا فعليه الكفارة .

وفي المحيط لو ابتلع سمسمة قطرة قيل لا تلزمه الكفارة لعدم التيقن بوصولها إلى الجوف وقيل يجب الكفارة روي ذلك عن أبي حنيفة نصاً ، وهو الاصح ، وبه قال محمد بن مقاتل الرازي ، والأول قول الصفاد ، وإن مضغها لا يفطر ، لانها تتلاشى وتبقى بين اسنانه ، وفي خزانة الاكمل في التفاحة والخوخة الكفارة ، وان ابتلع رمانة صحيحة فلا كفارة عليه . وفي كتاب الصيام للحسن بن زياد في قشر رمانة رطبة وجوزة رطبة ولوزة رطبة فعليه كفارة، وكفارة في اليابسة، ومنها ولو ابتلع بلوطة أو خفصة منزوعة القشر كفر، وفي ابتلاع مسك أو زعفران الكفارة وفي الخزانة ولو أكل طيناً فعليه القضاء دون الكفارة إلا في الطين الأرمني عليه الكفارة إلا عند أبي يوسف رحمه الله فإنه كسائر الاطيان عنده . وقال محمد هو بمنزلة الغاريقون يتداوى به ، وفي ابتلاع الهليلجة روايتان .

( ومن جامع في أحد السبيلين عامداً ) هما القبل والدبر ، وقيد بقوله — عامداً — لأنه إذا كان ناسياً لا يجب عليه شيء أصلاً ( فعليه القضاء ) وعليه جمهور العلماء. قال الاوزاعي

استدراكاً للمصلحة الفائتة والكفارة ، لتكامل الجناية . ولا يشترط الانزال في المحلين اعتباراً بالاغتسال ، وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه

---

وبعض أصحاب الشافعي «رح» إن كفر بالصوم لا يجب عليه القضاء لأنه من جنسه ، وإن كفر بغيره وجب ، وحكي قول عن الشافعي « رح » انه إذا كفر لا قضاء عليه ، لأنه عليه الصلاة والسلام بين للاعرابي الكفارة ولم يبين حكم القضاء ، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز . وقال ﷺ من أفطر متعمداً فعليه ما على المظاهر وليس على المظاهر سوى الكفارة شيء ، ولنا انه وجب عليه الصوم بشهود الشهر ، وقد انعدم فلزمه القضاء ، كما لو كان معذوراً فلم يوجده فليصمه ما عنده ، كما في حقوق العباد ، وانما أراد عليه الصلاة والسلام بقوله فعليه ما على المظاهر بسبب الفطر ، وبه نقول ، لكن وجوب القضاء عند تفويت الأداء غير مشكل كذا في المبسوط .

( استدراكاً للمصلحة الفائتة ) يعني لأجل الاستدراك للمصلحة التي فاتت بافساده الصوم ، لأن الشارع حكيم لا يأمره بالامساك إلا لحكمة ، فإذا فوت هذه الحكمة والمصلحة بالافساد يجب القضاء ليدركها ، قلت هذه الحكمة لمصلحة قهر النفس الأمارة بالسوء ، فبالجماع يفوت قهر النفس للتنافي بينهما فيجب القضاء للاستدراك ، والقضاء يجب على المعذور وعلى غير المعذور أولى.

( والكفارة ) أي وعليه الكفارة ايضاً ( لتكامل الجناية ) صورة ومعنى وهي إيلاج الفرج في الفرج ، وهو قول الجمهور وقال الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير لا كفارة عليه ، وهو قول الزهري وابن سيرين ايضاً وعند أبي حنيفة «رض» في رواية الحسن عنه لا تجب الكفارة في الوطىء في الدبر في الذكر والانثى . قال في المحيط تجب فيه الكفارة بالجماع هو الصحيح ، بخلاف الحد عنده لأنه متعلق بالزنا ولم يوجد .

( ولا يشترط الانزال في المحلين ) أي في القبل والدبر ( اعتباراً بالاغتسال ) يعني إذا أدخل فترك وجب عليه الغسل ، فكذلك الكفارة ، وقيل الكفارة تندرىء بالشبهات وايضاً معنى الجماع وهو قضاء الشهوة فدرئت الشبهة ، والغسل يجب بالاحتياط ، فقياس أحدهما على الآخر غير صحيح ، واجيب بمنع معنى الجماع (لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه)

وانما ذلك شبع . وعن أبي حنيفة انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتباراً بالحد عنده، والاصح انها تجب لان الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ، ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة أنزل أو لم ينزل خلافاً للشافعي ، لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ،

---

أي بدون الانزال والانزال شبع وليس بشرط ، ألا ترى أن من أكل لقمة وجبت عليه الكفارة ، وان لم يوجد الشبع ، واليه أشار بقوله ( وهذا [1] ) أي قولنا الانزال ( وانما ذلك شبع ) هذا جواب عن سؤال ذكر في المبسوط ، فإن تكامل الجناية شرط لإيجاب الكفارة وذلك لا يحصل بدون الانزال . قلنا انقضاء شهوة المحل يتم بالايلاج والانزال شبع ، ولا يعتبر في تكميل الجناية .

( وعن أبي حنيفة « رض» انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه ) وهو الدبر ( اعتباراً بالحد عنده ) أي عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، فإنه لم يجعل هذا الفعل جناية كاملة في ايجاب العقوبة التي تندرىء بالشبهات ، وهذه عقوبة تندريء بالشبهات كالحدود في جانب المفعول ليس لقضاء الشهوة ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي «رض».

( والأصح انه يجب ) أي كفارة رواية عن أبي يوسف رضى الله عنه ( لأن الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ) في محله ، والسبب قد تم وهو الفطر بهذه الجناية ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم ، وقال مالك وأحمد عليها الغسل ، وقال ابن قدامة قال أبو حنيفة في اشهر الروايتين عنه لا كفارة في الوطيء في الدبر . قلت هذا غير صحيح ، والأصح ما ذكرنا .

( ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة انزل أو لم ينزل خلافاً للشافعي ) فالصحيح عنه انه تجب الكفارة . وفي شرح المهذب للنووي أولج في قبل بهيمة أو دبرها بطل صومه انزل أو لم ينزل ، وفيما دون الفرج لا يبطل إلا بالانزال ، ولا كفارة فيه ، كقولنا وتجب الكفارة في البهيمة والميتة ( لأن الجناية تكاملها في قضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد )

---

(١) هذه زيادة على المتن

ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة . وقال الشافعي « رح » في قول لا تجب عليها لأنها متعلقة بالجماع ، وهو فعله ، وانما هي محل الفعل ، وفي قول تجب ويتحمل الرجل عنها اعتباراً بماء الإغتسال

---

تكاملها بالرفع لأنه خبران والأولى أن يكون بالنصب بدلاً من الجناية ، وقوله في قضاء الشهوة يكون خبران ، والتقدير أن تكامل الجنابة في قضاء الشهوة حاصل المعنى ان الكفارة تعتمل الجناية الكاملة ، وتكاملها لا يكون إلا بقضاء الشهوة في محل مشتهى،ولم يوجد ، ألا ترى ان الطباع السليمة تنفر عنها ، فإن حصل به قضاء الشهوة فذلك لغلبة الشهوة والسبق أو لفرط السفه .

( ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة ) هـذا إذا طاوعته المرأة ، أما إذا غلبها على نفسها فعليها القضاء دون الكفارة ، وبه قال مالك وأبو ثور وابن المنذر واحمد في أصح الروايات قال الخطابي هو قول اكثر العلماء .

( وقال الشافعي رضى الله عنه في قول لا تجب عليها ) أي الكفارة وهو أظهرقولي الشافعي رضى الله عنه وهو رواية عن محمد ، وفي قول تجب الكفارة واحدة على الوطىء عنها ويتحمل عنها ، وهو قول الاوزاعي وله قول ثالث كقولنا ( لأنها متعلقة بالجماع ) أي لأن الكفارة متعلقة بالجماع يعني بسبب فعل الجماع ( وهو ) أي الجماع ( فعله ) أي فعل الرجل ، ( وانما هي محل الفعل فلا تجب عليها ، وفي قول ) للشافعي رضى الله عنه ( تجب ويتحمل الرجل عنها ) لأنه أوقعها في هذه المؤنه هذا إذا كان موسراً ، وأما اذا كان معسراً فلا يتحملها كالتكفر بالصوم ( اعتباراً بماء الاغتسال ) يعنى قياساً على مـاء الاغتسال ، فإنه عليه ، لأنه أوقعها فيه والحق التعلق بالجماع ينقسم إلى بدني ومالي ، فما كان مالياً ، فعلى الزوج ، وما كان بدنياً فعليها كثمن ماء الاغتسال فإنه عليه والاغتسال عليها . وفي تتمتهم فيه تسعة فروع :

أحدها : إذا كانوا جميعاً من أهل الاطعام أو العتق يحمل ويتداخلان لأنهما جنس واحد والسبب واحد .

الثاني : إذا كانوا جميعاً من أهل الصوم ، فعلى كل واحد أن يصوم ولا يتحمل عنها ، لانها عبادة بدنية ولا يجزىء فيها التحمل .

الثالث : إذا كان الرجل من أهل الاعتاق ، وهي من اهل الصوم فيه وجهان ، احدهما : عليه الصوم لعدم التحمل فيه ، والثاني : يسقط عنها لعتق الرجل .

الرابع : إذا كان هو من اهل العتق وهي من أهل الاطعام يتحمل عنها ، وهما متدخلان فيه وجهان ، احدهما : لا يتداخلان لأنها جنسان مختلفان ولا تداخل مع الاختلاف . والثاني : تدخل فيه .

الخامس : لو كان هو من أهل الصوم ، وهي من أهـل العتق فوجهان ، احدهما : لا يتحمل عنها ، لأنه عاجز ، والثاني : يتحمل فتبقى في ذمته إلى أن يقدر .

والسادس : لو كان هو من أهل الاطعام وهي من أهل الصوم لا يتحمل عنها ، لأنه بدني فلا يتحمل فيه .

السابع : لو زنى بأمرأة لا يتحمل عنها ، لأن التحمل بسبب الزوجية ولم يوجد ، ولهذا لا يلزمه ثمن ماء الاغتسال .

الثامن : إذا كان نائماً فاستدخلت ذكره فعليها الكفارة ، لأن الرجل لم يجعلها مفطرة .

التاسع : إذا قدم الرجل من سفر مفطراً فجامعها ، فإن ظن انها مفطرة فلا يتحمل ولو جامعها مع العلم بصومها فيه وجهان ، أحدهما : لا يتحمل ، والثاني : يتحمل .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر ) قال الاترازي هذا ما رواه أصحابنا في كتبهم وذكره السغناقي ثم تبعه الاكمل مجرداً من غير بيان في حاله ولا نسبه إلى أحد . وقال الكاكي وفي المبسوط ، واحتج علماؤنا بقوله عليه الصلاة والسلام من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر . رواه أبو هريرة رضى الله عنه ، وقال مخرج احاديثه هذا حديث غريب لم أجده ، واستدل ابن الجوزي في التحقيق لمذهبنا ومذهبه بما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضى الله

وكلمـــة من تنتظم الذكور والإناث ، ولأن السبب جناية الافساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا تحمل لأنها عبادة أو عقوبة ولا يجري فيهما الحمل ، ولو أكل أو شرب ما يتغذى بـه أو ما يتداوى به فعليه القضاء والكفارة

---

عنه أن النبي ﷺ أمر رجلاً أفطر في رمضان أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكيناً ، انتهى . قال ووجهـــه انه علق التكفير بالافطار وهو معنى حسن صحيح .

وقال الكاكي وما رواه في المتن رواه الدارقطني بمعناه ، قلت روى الدارقطني في سننه عن يحيى الحساني حدثنا هشيم عن اسماعيل بن سالم عن مجاهد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمر الذي أفطر يوماً في رمضان بكفارة الظهار .

( وكلمة من تنتظم الاناث والذكور ) قال الله تعـــالى ﴿ ومن يقنت منكن ﴾ ٣١ الأحزاب ، وفي بعض النسخ تنتظم الذكور والاناث ( ولأن السبب ) أي سبب الكفارة ( جناية الافساد ) أي افساد الصوم ( لا نفس الوقاع ) ولهذا اذا حصل الوقاع ولم يوجد الافساد لا تجب الكفارة ، كما في الوقاع في ليـــالي رمضان ( وقد شاركته فيها ) أي في جناية الفساد فشاركته في الكفارة فتجب عليها كما تجب عليه ، وهــذا جواب عن قول الشافعي عن قوله الاول ( ولا تحمل لأنها ) أي لأن الكفارة ( عبادة أو عقوبة ) وأياما كانت لا تلزمه ( ولا يجري فيهما ) أي في العبادة والعقوبة ( الحمل ) لأن العبادة فعـــل اختياري ، فلو جاز التحمل لحصل الجبر واللازم منتف فينتفي الملزوم واما العقوبة فقد شرعت زجراً على الجاني لا على غيره ، وهذا جواب عن قوله الثاني .

( ولو أكل ) أي الصائم ( أو شرب ما يتغذى به أو ما يتداوى به ) في نهار رمضان وكان عمداً ( فعليه القضاء ) أي قضاء ذلك اليوم ، وقال الأوزاعي ليس عليه القضاء ، واستدل بحديث الاعرابي ، فإن النبي ﷺ بين حكم الكفارة ، ولم يبين حكم القضاء. قلنا أنه وجب عليه الصوم بشهود الشهر ، وقد انعدم الأداء عنه فيلزمه القضاء ، وانمـــا بين للاعرابي ما كان مشكلاً ( والكفارة ) أي مـــع القضـــاء هو قول جمهور العلماء منهم

وقال الشافعي « رح » لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة ، فلا يقاس عليه غيره . ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال لا بنفس الوقاع ، وقد تحققت

---

الشعبي والزهري والثوري والحسن البصري وعطاء ومالك واسحاق وأبو ثور ومحمد بن حرب الطهري «رض» وكان سعيد بن جبير يقول لا كفارة على المفطر في رمضان ، أي مفطر كان ، لأن في آخر حديث الاعرابي أن النبي ﷺ قال كل أنت وعيالك فانتسخ بهذا حكم الكفارة ، ولنا ما يأتي عن قريب .

وقال سعيد بن المسيب عليه صوم شهر ، وقال عطاء عليه تحرير رقبة ، فإن لم يجد فبدنة أو بقرة أو عشرون صاعاً من طعام على اربعين مسكيناً . وقال ربيعة بن أبي عبدالرحمن عليه أن يصوم اثنى عشر يوماً لقوله تعالى ﴿ إن عدة الشهور عندالله اثنا عشر شهراً ﴾ ٣٦ التوبة ، وعند ابراهيم النخعي عليه أن يصوم ثلاثة آلاف يوم ، رواه عنه حماد بن ابي سليمان وقال ابن عمر بن عبد البر ، هذا لا وجه له إلا أن يكون كلامه قد خرج على وجه التغليظ والغضب ، وعن ابن عباس « رض » عليه عتق رقبة أو صوم شهر أو إطعام ثلاثين مسكيناً . وعن ابن سيرين يقضى يوماً ، وهو رواية عن الشعبي ومذهب ابن جبير ، ورواه القاضي بكار عن النخعي . وعن عمر «رض» يقضي يوماً ويطعم مسكيناً واحداً .

وعن الحسن البصرى انه سئل عن رجل أفطر أربعة أيام يأكل ويشرب وينكح . قال يعتق أربع رقاب ، فإن لم يجد فأربعة من البدن ، فإن لم يجد فعشرون صاعاً من التمر لكل يوم ، فإن لم يجد صام لكل يوم يومين ، وروى مثله مرسلاً من طريق ابن المسيب . وعن علي وابن مسعود « رض» انهما قالا يقضيه أبداً ، وإن صام الدهر كله ، ورفعه أبو هريرة رضي الله عنه قال ابو عمر وهو ضعيف .

(وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه ) ولكن يعزره السلطان ويجب عليه امساك بقية يومه ، وبه قال أحمد وداود (لأنها) أي لأن الكفارة (شرعت في الوقاع ) أي الجماع ( بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره) بيانه ان الاعرابي جاء إلى النبي ﷺ تائباً نادماً ، والتوبة رافعة للذنب بالنص ، ومع ذلك أوجب النبي ﷺ الكفارة فعلم انها تثبت على خلاف القياس ، وما كان كذلك لا يقاس عليه غيره .

( ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الافطار ) أي ان وجوب الكفارة في الوقاع تعلق بجناية الافساد للصوم ( في رمضان على وجه الكمال لا بنفس الوقاع وقد تحققت ) أى

الجناية في الأكل والشرب فوجب القول بوجوب الكفارة بالطريق الأولى ، لأن الكفارة وردت زجراً ، والزجر انما يكون في اتيان حرام تدعو اليه النفس ، وداعية النفس في الصوم إلى الاكل والشرب اكثر منها إلى الجماع ، فلما وجب في الجماع الزجر ، فلأن تجب الكفارة في الاكل والشرب أولى واحرى ، قيل لا نسلم عدم تعلق الكفارة بنفس الوقاع لأنه حرام في الصوم .

وأجيب بأن وقاع الزوجة من حيث هو ليس بحرام بالنص فعلم ان الكفارة تعلقت بافساد الصوم فقيل لا نسلم تعلقها بأقسام الصوم والفساد حاصل في الافطـار بالحصاة والنواة فأجيب نعم لكن لا على وجه الكمال فيما ذكر لعدم فوت معنى الصوم وهو قهر النفس بالتجويع .

( وبايجاب الاعتاق تكفيراً عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ) هذا جواب عن قول الشافعي « رض» ان الكفارة شرعت فى الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة ، وبيانه أن يقال لا نسلم ان هذه الجناية ترفـع بالتوبة ، فإن الشرع لما أوجب الاعتاق كفارة هذه الجناية ، علم انها غير مكفرة لها كجناية السرقة والزنا حيث لا يرتفعان بمجرد التوبة بل بالحد ، والباقي بإيجاب العتق تتعلق بقوله ـ عرف ـ والتقدير عرف بإيجاب الشارع الاعتاق أن التوبة غير مكفرة ، وقوله ـ تكفيراً ـ نصب على التعليل أي لأجل التكفير .

فإن قال الخصم للجماع مزية في استدعاء الزاجر لغلظه في الجناية ولا يثبت الحكم في غير من زجره . الأول : أن الجمـاع يوجب الفطر من الحكم فكان أشد بخـلاف الأكل والشرب .

والثاني : أن الاحرام يفسد بسبب الجماع ، ولا يفسد بسائر محظورات الاحرام .

والثالث : أن الشارع أوجب في الوقاع عند عدم الملك ولم يشرع في الاكل عند عدم الملك ، فكان أشد.

والرابع : إن تمام الجوع يبيح الفطر لحق الضرورة ، فكان نقيضه يوجب شبهة الاباحة

ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لمـــا روينا ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت وأهلكت ، فقال ماذا صنعت ، فقال واقعت امرأتي في نهـار رمضان متعمداً ، فقال رسول الله ﷺ أعتق رقبة ، فقال لا أملك إلا رقبتي هذه، فقال صم شهرين متتابعين فقال هل جاءني ماجاءني إلا من الصوم ،فقال أطعم ستين مسكيناً ،فقال لا أجد فأمر رسول الله ﷺ أن يؤتى بفرق من التمر

---

والكفارة لا تجب بالشبهة بخلاف الوقاع فإنه لا يباح أصلاً في حق الصائم .

والخامس : أن الوقاع بالمرأة له داعيان من النظر ، وبخلاف الأكل فكان أشد .

وأجيب عن الأول بأنه لا فرق بين جماع الصغير والكبير والمكروهة والبهيمة على أصله وليس فطراً ، ومع ذلك وجبت الكفارة . وعن الثاني خوف الجماع في الحج أقوى حتى لا يرتفع بالحق إلى أن يطوف طواف الزيارة بخلاف سائر المحظورات حتى ترتفع بالحلق ، وهذا كله سواء . وعن الثالث التسوية بين الاكل والوقاع في الركنية حرمة وإباحـــة . وعن الرابع أن تمام الجوع لا يبيح الفطر عن الضرورة ، لأن الضرورة عبارة عن خلو المعتدة للصحة لخوف الهلاك على نفسه بسبب من الجوع ، لأن الجوع عبارة عن الاستشهاء ووقوع الحاجة عن الأكل ، وهذا لا يباح بحال ، والضرورة عبارة عن خـــلو المعتدة التي تعلقها ببقاء الطبيعة ، وذلك الخلو لا يتصور بعضه ببعض الزاد إذا بقي ، ولا يخلو دخول الجوف عما فيه لا يتصور بعضه . وعن الخامس فهو الجواب عن الأول .

( ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار ) أي الكفارة التي تجب بالوقاع ، مثل كفارة الظهار ، وهي عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فاطعـــام ستين مسكيناً لكل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر ( لما روينا ) أراد به قوله عليه الصلاة والسلام ، من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر .

( ولحديث الاعرابي فإنه قال يا رسول الله هلكت وأهلكت ، فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمداً ، فقال رسول الله ﷺ اعتق رقبة ، فقال لا أملك إلا رقبتي هذه ، فقال صم شهرين متتابعين ، فقال هل جاءني ما جاءني إلا من الصوم ، فقال أطعم ستين مسكيناً ، فقال لا أجد ، فأمر رسول الله ﷺ أن يؤتى بفرق من التمر

**ويروى بعرق فيه تمر، خمسة عشر صاعاً ، وقال فرقها على المساكين فقال والله ليس ما بين لا بتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي ، فقال كل أنت وعيالك يجزيك ولا يجزىء أحد بعدك**

---

ويروى بفرق من تمر فيه خمسة عشر صاعاً ، فقال فرقها على المساكين ، فقال ليس بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي ، فقال كل أنت وعيالك يجزيك ولايجزىءأحد بعدك ) الكلام في هذا الحديث على انواع :

الأول : أن هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة من حديث أبي هريرة فقال البخارى حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب عن الزهري قال أخبرني حميد بن عبد الرحمن حدثنا أبو هريرة رضى الله عنه قال بينما نحن جلوس عند النبي ﷺ إذ جاءه رجل فقال يا رسول الله هلكت ، قال مالك ، قال وقعت على امرأتي وأنا صائم ، فقال رسول الله ﷺ هل تجد من رقبة تعتقها ، قال لا ، فقال هل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين ، قال لا ، قال فهل تجد اطعام ستين مسكيناً ، قال لا ، قال فمكث النبي ﷺ ، فبينا نحن كذلك اتي النبي ﷺ بفرق فيها تمر ، والفرق المكيل ، قال ابن السائل فقال أنا ، فقال خذها فتصدق بها ، فقال الرجل أعلى [ وجه الأرض ] أفقر مني يارسول الله ، فوالله ما بين لابتيها – يريد الحرتين – أهل بيت أفقر من أهل بيتي ، فضحك النبي ﷺ حتى بدت أسنانه ، قال أطعمه أهلك .

وقال مسلم حدثنا يحيى بن يحيى وأبو بكر بن أبي شيبة وزهير بن حرب وعبد كلهم عن ابن عيينة ، قال يحيى أخبرنا سفيان بن عيينة عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضى الله عنه قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال هلكت يا رسول الله فقال وما أهلكك ، قال وقعت على امرأتي في رمضان ، قال هل تجد ما تعتق رقبة ، قال لا ، قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين قال لا، قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكيناً ، قال لا ، ثم جلس فأتي النبي ﷺ بفرق فيه تمر ، فقال تصدق بهذا فقال أفقر منا ، فما بين لابتيها أهل بيت أحوج اليه منا ، فضحك النبي ﷺ حتى بدت اسنانه ، ثم قال إذهب فأطعمه أهلك .

وقال أبو داود حدثنا مسدد ومحمد بن عيسى المعي قالا ، حدثنا سفيان ، قال مسدد قال حدثنا الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال أتى النبى ﷺ رجلا فقال هلكت ، فقال ما شأنك ، قال وقعت على امرأتي في رمضان ، فقال فهل تجد ما تعتق رقبة ، قال لا ، قال تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا ، قال فهل تستطيع أن تطعم ستين مسكيناً ، قال لا ، قال اجلس فأتي النبي ﷺ بفرق فيه تمر فقال تصدق به ، فقال يارسول الله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر منا ، فضحك النبي ﷺ حتى بدت ثناياه ، وقال اطعمهم اياه .

وقال الترمذي حدثنا نصر بن علي الجهضمي وأبو عمار الضبي وأحمد واللفظ لفظ أبي عمار ، قال حدثنا سفيان بن عيينة عن الزهري عن حميد بن عبدالرحمن عن أبي هريرة قال اتاه رجل فقال يا رسول الله هلكت ، فقال وما أهلكك ، قال وقعت على امرأتي في رمضان ، قال هل تستطيع ان تعتق رقبة ، قال لا ، قال فهل تستطيع ان تصوم شهرين متتابعين ، قال لا ، قال فهل تستطيع ان تطعم ستين مسكيناً ، قال لا . قال فأجلس فجلس فأتي النبي ﷺ بفرق فيه تمر ، والفرق المكيل الضخم ، قال فتصدق به ، قال ما بين لابتيها أحد أفقر منا فضحك النبي ﷺ حتى بدت ثناياه ، قال خذه فأطعمه أهلك.

وقال النسائي اخبرنا محمد بن نصر النيسابوري ومحمد بن اسماعيل الترمذي ، قالا حدثنا أيوب بن سليمان قال حدثني أبو بكر وهو ابن أبي أويس عن سليمان قال يحيى بن سعيد واخبرني ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن ان ابا هريرة اخبره ان رسول الله ﷺ أمر رجلا أفطر في رمضان ان يكفر بعتق رقبة او صيام شهرين متتابعين او اطعام ستين مسكيناً، قال الرجل يا رسول الله ما اجده، فأتي بفرق من تمر فقال خذ هذا فتصدق به. قال ما أحد احوج يا رسول الله مني فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت انيابه ثم قال كله . ورواه من طريق اخرى .

وقال ابن ماجة حدثنا ابو بكر بن ابى شيبة . حدثنا سفيان بن عيينة عن الزهري عن حميد بن عبدالرحمن عن ابى هريرة قال اتى النبى ﷺ رجل فقال هلكت فقال وما اهلكك قال وقعت على امرأتي فى رمضان فقال النبى ﷺ اعتق رقبة قال لا اجدها .

قال صم شهرين متتابعين قال لا اطيق . قال اطعم ستين مسكيناً . قال لا اجد . قال اجلس ، فجلس فبينما هو كذلك إذ أتي بمكيل يدعى الفرق ، قال اذهب فتصدق به فقال يا رسول الله والذي بعثك بالحق ما بين لابتيها أهل بيت أحوج اليه منا ، قال فانطلق فاطعمه عيالك .

النوع الثاني : في معناة قوله – بينا – أصله بين فأشبعت فتحة النون فصارت بينا ،ثم زيدت فيه الميم فصارت بينما ، وتضاف إلى جملة اسمية وفعلية ، وتحتاج إلى جواب يتم به المعنى ، وجوابه هنا هو قوله – إذ جاء رجل – زعم ابن بشكوال ان هذا الرجل هو سلمة بن صخر البياضي فيما ذكره ابن ابي شيبة في مسنده ، وعن ابن الجارود سليمان بن صخر . وفي جامع الترمذي سلمة بن صخر ، وهذا في المتن لحديث الأعرابي ، والأعرابي نسبة إلى الأعراب ، والأعراب ساكنوا البادية من العرب الذين لا يقيمون في الأمصار ولا يدخلونها إلا لحاجة . والعرب اسم لهذا الجيل من الناس سواء أقاموا بالبادية أو المدن، والنسبة اليه عربي .

قوله – هلكت – في رواية البخاري وكذا في رواية البقية ، وفي متن حديث الباب – هلكت واهلكت – وليس في الكتب الستة لفظ وأهلكت . وقال الخطابي رحمه الله هذه اللفظة غير محفوظة ، واصحاب سفيان لم يرووها عنه ، انما ذكروا قوله –هلكت – فقط غير ان بعض أصحابنا حدثني ان المعلى بن منصور روى هذا الحديث عن سفيان فذكر هذا الحرف فيه وهو غير محفوظ ، والمعلى ليس بذاك القوي في الحفظ والاتقان ، انتهى .

قلت أخرجه الدارقطني في سننه عن أبي ثور حدثنا المعلى بن منصور حدثنا سفيان بن عيينة عن الزهري به ، وفيه هلكت وأهلكت ، وفي رواية البيهقي في سننه أيضاً جاءه رجل وهو ينتف شعره ويدق صدره ويقول هلكت الا بعد وأهلكت، وفي روايةويدعو بالويل ، وفي رواية ويلطم وجهه ، وفي رواية الحجاج بن أرطأة ويدعو ويله . وفي مرسل سعيد بن المسيب عند الدارقطني ويحثي على رأسه بالتراب .

**وهو حجة على الشافعي « رح » في قوله يخير ، لان مقتضاه الترتيب ،**

قوله ـ قال مالك ـ وفي رواية مسلم ـ وما أهلكك ـ وكذا في رواية الترمذي وابن ماجة ، وفي رواية أبي داود ـ وما شأنك ـ وفي متن حديث الكتاب ـ ماذا صنعت . قوله ـ بفرق ـ بفتح الفاء والراء مكيال لستة عشر رطلاً ، والعرق بفتح العين والراء ، وقال أبو عبيد فتح الراء وهو الصواب عند أهل اللغة ، قال واكثرهم يروونة بسكون الراء . وفي ديوان الأدب ـ العرق ـ الزنبيل . قال ابو عمر ـ العرق ـ اكبر من المكتل ، والمكتل اكبر من الفرق ، والعرقة زنبيل ، وفي المحكم الفرق واحدته فرقة .

قوله ـ لابتي المدينة ـ تثنية اللابة ، قال الاصمعي اللابة الحرة وهي الاراضي التي قد البتها حجارة سود ، جمعها لابات ولوب . قوله ـ يجزيك لا يجزي أحد بعدك ـ لم يرد في كتاب من كتب الحديث .

النوع الثالث : ان هـذا الحديث يدل على بيان كفارة من أفطر في رمضان عمداً على الترتيب المذكور فيه ، وفيه كلام كثير لا يحتمل هذا الموضع بيانه ، فمن أراد ذلك فعليه بشرحنا للبخاري والذي سميناه عمدة القاري في شرح البخاري .

( وهو ) أي حديث الأعرابي ( حجة على الشافعي «رح» في قوله يخير ) أي يخير من عليه الكفارة بين الاعتاق والصوم والاطعام مطلقاً ، فأيها أدى خرج عن العهدة . وقال الكاكي قوله ـ وهو حجة على الشافعي في قوله يخير ـ وقع سهواً من الكاتب ، فإن الشافعي لا يقول بالتخيير ، بل يقول مثل مذهبنا بالترتيب ، وبه قال أحمد في أصح الروايتين . وقال في شرح الموطأ وابن المنذر وفي الاشراف قالوا هـــذا مذهب أبي حنيفة «رض» وأصحابه والأوزاعي والثوري والحسن بن حي والشافعي «رح» وأحمد وأبي ثور . وقال السغناقي والشافعي «رح» لا يقول بالتخيير بل يقول بالترتيب المذكور في حق المظاهر كما هو قولنا ، وهو منصوص في كتبهم في الوجيز والخلاصة المنسوبان للغزالي ، وكذلك في كتبنا في مبسوط شمس الإسلام وفخر الإسلام .

( لأن مقتضاه ) أي مقتضى الحديث وجوب ( الترتيب ) ودلالة الحديث على الترتيب ظاهرة ، والذي ذهب إلى التخيير استدل بحديث سعد بن أبي وقاص ان رجلاً سأل

وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه . ومن جامع فيما دون الفرج فأنزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ، ولا كفارة عليه لانعدام الصورة .

---

رسول الله ﷺ فقال إني افطرت في رمضان ، فقال اعتق رقبة أو صم شهرين متتابعين أو أطعم ستين مسكيناً . أجيب بأن حديث الأعرابي مشهور لا يعارضه هـذا الحديث ، فيحمل على ان المراد به بيان ما تتأدى به الكفارة في الجملة لا التخيير ، قلت حديث سعد بن أبي وقاص رواه الدارقطني في سننه .

( وعلى مالك ) أي وحجة أيضاً على مالك ( في نفي التتابع ) فإنه يجوز الصوم مطلقاً تابع أو فرق ، هذا على ما ذكره المصنف ، ولكن نسبه إلى مالك سهو ايضاً ، فإن القائل بنفي التتابع هو ابن أبي ليلى ومالك «رض» لا يقول إلا بالتتابع كقولنا ، وفي الذخيرة للمالكية يجب صوم شهرين متتابعين عند مالك . وقال ابن قدامة في المغنى لا اختلاف بين من اوجب الصوم انه شهران متتابعـان ، وفي السروجي عند ابن عباس « رض » شهر واحد ، وعند ابن أبي ليلى شهرين ولم يوجب فيهما التتابع ، ذكره القرطبي وغيره .

( للنص عليه ) أي لنص الحديث على التتابع ، حيث قال صم شهرين متتابعين ، وكل صيام لم يذكره الله في القرآن متتابعاً فالصائم بالخيار إن شاء تابع وإن شاء فرق ، وكل صوم ذكره في القرآن متتابعاً فعليه التتابع والصيامات المذكورة في القرآن ثمانية ، اربعة منها متتابعة ، صوم رمضان وكفارة القتـل ، وكفارة الظهار ، وكفارة اليمين عندنا . وأربعة منها صاحبها بالخيار قضاء رمضان ، وصوم المتعة ، وصوم كفارة الحلق ، وكفارة جزاء الصيد ، وفي المبسوطين من مشايخنا من قـال كل كفارة شرع فيها عتق فصاحبها بالخيار ، فحينئذ يدخل في كفارة الفطر .

( ومن جامع فيما دون الفرج ) أي أراد به الاستمتاع في فخذ المرأة او في بطنهـا ولم يرد به اللواطة فإنه فيها تجب الكفارة ( فأنزل فعليه القضاء لوجود الجمـاع معنى ) وهو الانزال عن المس بشهوة ( ولا كفارة عليه ) وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأحمد وأبو ثور تجب الكفارة لوجود هتك حرمة الصوم ، ولهذا يجب عليه القضاء بالاجماع ( لانعـدام الصورة ) أي صورة الجماع ، وهو ايلاج الفرج في الفرج .

وليس في إفساد الصوم في غير رمضان كفارة ، لان الإفطار في رمضان أبلغ في الجناية فلا يلحق به غيره. قال ومن احتقن أو استعط أو أقطر في أذنه أفطر ، لقوله ﷺ الفطر مما دخل

( وليس في افساد الصوم في غير رمضان كفارة ) حكى قتادة أن الكفارة تجب بافساد قضاء رمضان اعتباراً بأدائه ( لأن الافطار في رمضان ابلغ في الجناية ) لأن فيه هتك حرمة الصوم ( ولا يلحق به غيره ) أي غير رمضان برمضان ، وهذا بخلاف الكفارة في الحج ، حيث يستوي فيه الفرض والنفل ، لأن وجوبها لحرمة العبادة ،وفي رمضان لحرمة الأمان لا لنفس العبادة ، فافترق صوم رمضان وغيره .

( قال ومن احتقن ) أي وضع الحقنة في الدبر ، والحقن بفتح الحاء كذا في المغرب ، وقال ابن الأثير الحقنة ان يعطى المريض الدواء من اسفله وهي معروفة عند الاطباء ، وفي الحديث انه كره الحقنة ، وقال أصحابنا لا بأس بالاحتقان حال الضرورة ،وهو قول النخعي ، وقال مجاهد والشعبي يكره ( أو استعط) بفتح التاء أيضاً أي صب السعوط فى الأنف ، وهو بفتح السين اسم دواء يصب في أنف المريض ، واستعطه إياه ، ولا يقال استعط على بناء المجهول ، والوجود دواء يصب في وسط الفم ( أو أقطر في اذنه )وقطره مثله ، واقطره ، وقطر بنفسه قطراً سال :

(أفطر)بالفاجوابمن، أي أفطر الصائم بالاحتقان والاستعاط والاقطار في الاذن عند عامة العلماء إلا عند الحسن بن صالح وداود ، فإنهما قالا لا يفطر ، وقال مالك والاوزاعي في السعوط إن نزل إلى حلقه يفطر وإلا لا ، ولمالك في الحقنة روايتان ، وفي الاجناس توجب الفطر ولا يقع بها الرضاع ، نقله عن نوادر هشام ، لأن الرضاع انما يثبت باللبن الذي يشربه الصغار بمعنى النشوء والنمو والتغذية ، ألا ترى انه في حال الكبر لا يوجب ، والحقنة مفارقة للشرب في هذا المعنى .

( لقوله عليه الصلاة والسلام الفطر مما دخل ) هذا الحديث رواه ابو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا أحمد بن منيع حدثنا مروان بن معاوية عن رزين البكري قال حدثنامولاة لنا يقال لها سلمى بنت بكر بن وائل انها سمعت عائشة «رض» تقول دخل علي رسول الله

ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ، ولو أقطر في أذنيـــه الماء أو أدخلهما لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة

---

ﷺ فقال ياعائشة هل من كسرة ، فأتيته بقرص فوضعه على فيه ، فقال يا عائشة هل دخل بطني منه شيء ، كذلك قبلة الصائم ، انما الافطار مما دخل وليس مما خرج .

وروى عبد الرزاق في مصنفه هذا موقوفاً على ابن مسعود فقال أخـبرنا الثوري عن وائل بن داود عن أبى هريرة عن عبدالله بن مسعود «رض» قال انما الوضوء مما خرج وليس مما دخل ، والفطر في الصوم مما دخل وليس مما خرج ، ومن طريق عبد الرزاق أخرجه الطبراني في معجمه ، ورواه ابن أبى شيبة في مصنفه موقوفاً على ابن عباس « رض» فقال حدثنا وكيع عن الأعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس رضى الله عنهما فقال حدثنـــا وكيع عن الاعمش عن أبى ظبيان عن ابن عباس قال الفطر مما دخل وليس مما خرج .

( ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف ) أي إلى جوف الرأس أو البطن ( ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ) أي صورة الفطر ، وهو الوصول إلى الجوف من المنفذ المعهود ، وهو الفم .

( ولو أقطر في أذنه الماء أو دخله ) أي او ادخل الماء اذنـه بنفسه ( لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة ) أراد بالمعنى صلاح البدن وهو معدوم ، لأن الماء الذي يدخل في الاذن يضر ولا ينفع ، وإراد بالصورة الوصول إلى الجوف من المنفـذ المعهود وهو الفم . وعند الشافعية لو اقطر في اذنه ماء أو دهناً فوصل إلى دماغه فطره في احد الوجهين . وقال القاضى حسين والفوزاني واسحق لا يفطره ، وصححه العراقي ، ولو اغتسل فدخل الماء إذنه فلا شيء عليه ، ولو صبه فيها فعليه القضاء ، والمختار لا شيء عليه فيهما ، وهو قول مالك والاوزاعى وداود ، وفي خزانة الاكمل لو صب الماء في إذنه لا يفطر ، هكذا عند بعض مشايخنا بخلاف الدهن يفعله فعليه القضاء . وفي السليمانيـــة من تبخر بالدواء فوجد طعم الدخان في حلقه يقضى الصوم . وفي الخزانة عن ابى حنيفة رضى الله عنـه

بخلاف ما إذا أدخله الدهن . ولو داوى جائفة أو آمة بدواء فوصل إلى جوفه أو دماغه أفطر عند أبي حنيفة « رح » والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه

---

فيمن استنشق فوصل الماء دماغه لزمه القضاء ( بخلاف ما إذا أدخله الدهن ) يعني أفطر إذا أدخل في اذنه الدهن لوجود صلاح البدن .

( ولو داوى جائفه ) وهى الطعنة التي تبلغ الجوف ( أو آمة ) بمد الهمزة وبالتشديد وهي الشجة التي تبلغ أم الرأس وامه يؤمه من آمته إذا ضربته بالعصا إذا ضربت ام رأسه وهي الجلدة التي تجمع الدماغ ، وانما قيل للشجة آمـــة على معنى ذات أم كعيشة راضية ( بدواء يصل إلى جوافه ) يرجع إلى الجائفة ( او دماغه ) يرجع إلى الآمـــة (افطر عند ابي حنيفة «رض» ) وبه قال الشافعي واحمد «رح» ( والذى يصل هو الرطب ) اشار بهذا إلى ان المراد من قوله يصل إلى جوفه هو الدواء الرطب ، لأن الخلاف فيه ، واما إذا كان يابساً لا يفسد صومـــه بالاجماع ، كذا في المبسوط وتحفة الفقهاء وغيرهما ، وهو ظاهر الرواية .

قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فرق في ظاهر الرواية بـــين الرطب واليابس واكثر مشايخنا على ان العبرة للوصول حتى إذا علم ان اليابس وصل إلى جوفه فسدصومه. وإذا علم أن الرطب لم يصل لا يفسد . وفي الاجناس لا فرق بين الرطب واليـــابس إذا وصلا إلى الجوف فطر ، فإذا لم يصلا إلى الجوف لم يفطراه ، ثم قـــال هكذا فسره محمد بن شجاع في تفسير المحدود ، وما ذكره في الأصل مطلقاً في الرطب انه يفطره فهو بناء على الغالب ، لأنه يصل إلى الجوف غالباً، ثم قال روى ابن مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة «رض» إن كان الرطب يصل إلى جوفه ولم يفرق القدوري رحمه الله بين الرطب واليابس في كتاب التقريب ، بل حقق الخلاف فيهما بين أبي حنيفة وصاحبيه .

( وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول ) أي المنفذ الأصلي والمنافي للصوم هو الواصل إلى الجوف من المخارق المعتادة التي خلقها الله تعالى في البدن ( لانضمام المنفذ مرة واتساعه

أخرى كما في اليابس من الدواء . وله أن رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلاً إلى الأسفل فيصل إلى الجوف ، بخلاف اليابس، لأنه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها . ولو أقطر في احليله لم يفطر عند أبي حنيفة « رح» . وقال أبو يوسف « رح» يفطره ، وقول محمد « رح» مضطرب فيه ، فكأنه وقع عند

---

أخرى ) إذا ظهر أن المنفذ إذا انضم وانزوى لا يصل منه شيء إلى الباطن ، وإذا اتسع يصل فلا يتيقن ذلك ولا يصل إلى الجوف فلا يفسد الصوم ( كما في اليابس من الدواء ) أي كما لا يفسد في تداويه بدواء يابس لأنه يستمسك فلا يصل إلى الباطن ، وبقولهما قال مالك رحمه الله .

( وله ) أي لأبي حنيفة «رض» ( ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فتزداد ميلاً إلى أسفل ) لأن ما كان مبطناً في نفسه وله سبب ظاهر يدار الحكم على السبب الظاهر ، والوصول الى الجوف هو الموجب للفطر ، إلا انه مبطن لا يوقف عليه وله سبب ظاهر وهو كون الدواء مائعاً سائلاً ، لأن كل مائع طبعه التحدر والتسفل ، وإذا كان الدواء رطباً يصير مائعاً بانضمام رطوبة الجراحة إليه فينحدر إلى الأسفل ( فيصل إلى الجوف ) بانحداره وتسفله .

( بخلاف اليابس لأنه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ) أي فم الجراحة فلا ينفذ إلى أسفل .

( ولو أقطر في إحليله ) هو مخرج البول من الذكر ( لم يفطر عند أبي حنيفة رحمه الله) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور وداود وبعض أصحاب الشافعي «رح» .

( وقال أبو يوسف رحمه الله يفطره ) وبه قال الشافعي ( وقول محمد مضطرب فيه ) أي غير مستقر على وجه ، فلذلك ذكر قوله في الأصل مع أبي حنيفة رحمه الله ، وذكر الطحاوي في مختصره مع أبي يوسف انه شك في وجود المنفذ من الاحليل الى الجوف فتوقف ، وروى ابن سماعة عن محمد انه توقف في آخر عمره فيه ( وكأنه وقع عند

أبي يوسف «رح» ان بينه و بين الجوف منفذاً ، ولهذا يخرج منه البول ووقع عند أبي حنيفة أن المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه ، وهذا ليس من باب الفقه . ومن ذاق شيئاً بفمه لم يفطره لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ، ويكره للمرأة أن تمضغ لصبيها الطعام إذا كان لها منه بد

---

أبي يوسف ان بينه ) أي بين الاحليل ( وبين الجوف منفذاً ) هذا إشارة إلى أن الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهذه المسألة تبتني على انه هل بين المثانة والجوف منفذ ، والمثانة حائلة بين الجوف وقصبة الذكر أم لا ، فأبو حنيفة يقول لا منفذ بينهما ، وانما ينزل البول إلى المثانة بالترشيح كالجوف الجذبة ، وأبو يوسف يقول بينهما منفذ ( ولهذا ) أى لكون المنفذ بينهما ( يخرج منه البول ) من المنفذ .

( ووقع عند أبي حنيفة «رض» ان المثانة حائلة بينهما ) أي بين الاحليل والمنفذ ( والبول يترشح منه ) أي من المنفذ ( وهذا ليس من باب الفقه ) يعني ليس هذا الخلاف لهذه الصورة متعلقاً بباب الفقه ، بل هو متعلق باصطلاح أهل تشريح الأبدان من الحكماء ، فلذلك توقف محمد لأنه أشكل أمره فاضطرب قوله فيه .

( ومن ذاق شيئاً بفمه لم يفطره ) الذوق معرفة الشيء بفمه من غير إدخال عينه في حلقه ، وانما قيد الذوق بالفم لأنه ليس بمخصوص به ، فإنه ﷺ قال لا حتى تذوقي عسيلته ( لعدم الفطر صورة ومعنى ) أما صورة فلأنه لم يصل إلى الجوف شيء من المنفذ المعهود ، وأما معنى فلأنه لم يصل إلى البدن ما يصلحه ( ويكره له ) أي الصائم ( ذلك ) أي ذوق الشيء بالفم ( لما فيه ) أى لما في الذوق ( من تعريض الصوم على الفساد ) لأنه لا يؤمن أن يصل إلى جوفه . وفي المحيط لا بأس بذوق العسل أو الطعام ليعلم جيده ورديئه كيلا يغبن متى لم يذقه ، وكرهه في فتاوى سمرقند . وقال الحسن بن جني وابن حنبل وابن ادريس لا بأس ، وفي فتاوى قاضي خان قال بعضهم إن كان الزوج سيء الخلق لا بأس للمرأة أن تذوق المرقة بلسانها ، وقيل الكراهة في صوم الفرض دون النفل .

( ويكرة للمرأة أن تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد ) أي اذا كان للمرأة من

لما بينا ، ولا بأس إذا لم تجد منه بد صيانة للولد ، ألا ترى أن لها أن تفطر إذا خافت على ولدها. ومضغ العلك لا يفطر الصائم لأنه لا يصل إلى جوفه ، وقيل إذا لم يكن ملتئماً يفسد، لأنـــه يصل إليه بعض أجزائه ، وقيل إذا كان أسود يفسده وإن كان ملتئماً لأنـــه يتفتت،

---

المضغ بد،أي عدم احتياج ، بأن وجدت حليباً ونحو ذلك . وقال ابن المنذر وروينا عن ابن عباس «رض» قال لا بأس أن تمضغ الصائمة لصبيها الطعام ، وكره الأوزاعي ومالك ذوق الطعام حتى للطباخ ولمن يشتري ، ومضغه للطفل ، وكذا أطلق الثوري الكراهة . وفي الذخيرة المالكية يكره ذوق الطعام ومضغ الطعام في الفم للحقو. وقال سيد الطراز إن وجد طعمه في حلقه ولم يتيقن بالابتلاع فظاهر المذهب افطاره خــلافاً للماغد . وفي المغنى إن وجد طعمه في حلقه أفطر ( لما بينا ) أشار إلى قوله ، لما فيـــه من تعريض الصوم على الفساد .

( ولا بأس إذا لم تجد منه بد ، وحق الله صيانة للولد ) لأنه يباح لهـــا الافطار عند الضرورة ،فالمضغ أولى ،ولأن حق الصبي يفوت لا إلى بدل وحق الله يفوت إلى بدل ،وهو القضاء لأن حق العبد مقدم والله عز وجل مستغن عن الحاجة ( ألا ترى أن لهـــا أن تفطر إذا خافت على ولدها ) هذا توضيح لقوله ولا بأس .. الخ ، فإن كان لها الافطار عند خوفها على الولد إذا صامت فالمضغ اولى كما قلنا .

( ومضغ العلك ) بكسر العين الذي يمضغ ، وأما بالفتح فهو مصدر من علك يعلك علكاً إذا لاك ( لا يفطر الصائم لأنه لا يصل إلى جوفه ) وبه قال الشافعي لأنه لا يدور في الفم ولا يصل إلى الجوف ( وقيل إذا لم يكن ملتئماً ) أي مصلحـــاً مجريا فإن مضغه غيره حتى انضمت أجزاؤه ( يفسد لأنه يصل إليه ) أي إلى جوفه ( بعض اجزائه ) لأنه إذا لم يكن ملتئماً تفتت فيدخل في حلقه من ذلك شيء فيفسد صومه .

( وقيل إذا كان ) أي العلك ( اسود يفسدة ) لأن الاسود يذوب ويصل إلى جوفه منه شيء ، وإذا كان أبيض ملتئماً لا يفطره ( وإن كان ملتئماً ) واصل بمـــا قبله ، أي الأسود يفسد ولو كان ملتئماً ( لأنه يتفتت ) فيدخل منه شيء إلى الحلق .

إلا أنه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم للفساد ، ولأنه يتهم بالافطار ، ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن، ويكره للرجال على ما قيل إذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل

---

( إلا انه يكره للصائم ) هذا استثناء من قوله ومن مضغ العلك لا يفطر (لما فيه من التعريض للفساد ) لأنه يتوهم وصول شيء منه إلى الباطن ، فيكون معرضاً لصومه على الفساد ( ولأنه يتهم بالافطار ) وفي بعض النسخ - ولأنه يتم بالافطار - لأن من رآه من بعيد يظن انه يفطر ، وقال علي «رض» إياك وما سبق إلى القلوب انكاره، وان كان عندك اعتذاره ، وقال الشافعي رضى الله عنه اكرهه لأنه يجفف الفم ويعطش ، ذكره في التهذيب عنه ، لكن يدبغ المعدة ويهضم الطعام ويشتهي الاكل ، ذكره في المبسوط ، وأشار في الجامع الصغير إلى انه لا يكره العلك لغير الصائم ، ولكن يستحب للرجال تركه إلا من عذر مثال ان يكون في فمه بخر .

( ولا يكره للمرأة إذا لم تكن صائمة لقيامه ) أي لقيام العلك ( مقام السواك في حقهن ) لضعف اسنانهن ومضغه ينقي الاسنان ويشك اللثة كالسواك . وقال الكاكي وانما قال ولا يكره ، وإن لم يكن موضع اللثة لان مضغ العلك يورث هزال الجنين( ويكره ) أي العلك ( الرجال على ما قيل ) ذكره فخر الإسلام ( إذا لم يكن ) أي العلك ( من علة ) أي من أجل علة في فمه ، لأن الاشتغال به عند عدم العلة اشتغال بما لا يفيد ( وقيل لا يستحب ) أي العلك الرجال ( لما فيه من التشبه بالنساء ) وقد ورد النهى عن تشبه الرجال بالنساء .

فإن قلت قد ذكر قبله ، ويكره فقوله ولا يستحب تكرار ، قلت قال بعضهم لا فرق بينهما، وليس كذلك بل بينهما فرق لأنه يجوز ان يكون الشيء غير مستحب وغير مكروه كالمباحات في المشي والقيام والقعود في الأمر المباح .

( ولا بأس بالكحل ) بفتح الكاف مصدر من كحل يكحل كحلاً مثل نصر ينصر

ودهن الشارب لأنه نوع ارتفـــاق وهو ليس من المحظورات الصوم
وقد ندب النبي ﷺ إلى الاكتحال يوم عاشوراء

---

نصراً ويجوز ان يكون بالضم فيكون اسماً بمعنى الاكتحـــال ، والأول أولى ( ودهن الشارب ) كذلك يجوز فيه الوجهان وفتح الدال اولى ، فيكون بمعنى الدهان ( لأنه ) أي كل واحد من الكحل والدهن ليس من ممنوعات الصوم ، فإذا لم يمنعا الصوم فلا بأس بهما ( نوع ارتفاق وهو ليس من محظورات الصوم ، وقد ندب النبي ﷺ إلى الاكتحال يوم عاشوراء ) لم يتعرض اكـــثر الشراح إلى ذكر حديث الاكتحال يوم عاشوراء غير ان السروجي قال في شرحه ، وندب النبي إلى صوم يوم عاشوراء قد صح ولم يرد الندب إلى الاكتحال فيه فيما علمت من كتب الحديث ، ثم قال روى شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عن ابن مسعود رضى الله عنه ان النبي ﷺ خرج يوم عاشوراء من بيت أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحلته أم سلمة ، انتهى .

قلت روى البيهقي رضى الله عنه في شعب الايمان من طريق جوهر عن الضحاك عن ابن عباس «رض» قال قال رسول الله ﷺ من اكتحل بالأثمد يوم عاشوراء لم يرمد أبداً ، ثم قال اسناده ضعيف فجوهر ضعيف والضحاك لم يلق أبن عباس ، ومن طريقه ، روى ابن الجوزي في الموضوعات ، ونقل عن الحـــاكم فيه حديث موضوع وضعه قتلة الحسين «رض» انتهى وجوهر ، قال فيه ابن معين ليس بشيء ، وقال أحمد متروك ، وأمـــا الضحاك لم يلق ابن عباس فروى ابن شيبة في مصنفه ، حـــدثنا أبو داود عن شعبة عن عبد الملك بن ميسرة ، قال لم يلق الضحاك ابن عباس امـــا لقي سعيد بن جبير فأخذ عنه التفسير .

وروى ابن أبي شيبة أيضـاً عن أبي داود عن شعبة قال أخـــبر قـدس سألت الضحاك هل رأيت ابن عباس ، قال لا . وروى ابن الجوزي في الموضوعات من طريق ابن أبي الزناد عن الامية عن الأعرج عن ابي هريرة «رض» قال قال رسول الله ﷺ من اكتحل يوم عاشوراء لم ترمد عينه تلك السنة كلها ، وقال وفي رجـــاله من ينسب إلى تفضيل قدس عليه في أحاديث الثقات .

وأما الحديث الذي رواه شمس الأئمة عن ابن مسعود الذي ذكرناه الآن فما رأيت احداً من اهل هذا الشأن ذكره عن ابن مسعود وانما الحديث رواه الحارث بن ابي أسامة حدثنا سعيد بن زيد عن عمرو بن خالد عن محمد بن علي عن ابيه عن جـــده عن علي بن ابي طالب «رض» وعن جد ابن أبي ثابت عن نافع عن ابن عمر قال انتظر قال النبي ﷺ أن يخرج في رمضان الينا فخرج من بيت أم سلمة وقد كحلته وملأت عينه كحلاً .وقال شيخنا زين الدين هذا ليس بصريح في الكحل للصائم انه ذكر في رمضان فقط ، ولعله كان في رمضان في الليل .

وقال الترمذي « رح» «باب ما جاء في الكحل للصائم » حدثنـا عبد الأعلى بن واصل حدثنا الحسن بن عطية حدثنا أبو عاتكة عن أنس «رض» قال جاء رجل إلى النبي ﷺ قال اشتكت عيني فاكتحل وانا صائم ، قال نعم ، ثم قال الترمذي حديث انس ليس اسناده بالقوي ولايصح عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء وأبو عاتكة مضعف قـــال البخاري فيه منكر الحديث ، وقال ابو حاتم الرازي ذاهب الحديث وقال النسائي ليس بثقة ، واسم أبو عاتكة طريف [1] ابن سليمان ، وقيل سلمان بن طريق ، وروى ابن عدى في الكامل والبيهقي من طريق الطبراني في الكبير من رواية حبـان بن علي عن محمد بن عبدالله بن ابي رافع عن ابيه عن جـــده ان النبي ﷺ كان يكتحل بالاثمد وهو صائم ومحمد هذا ، قال البخاري فيه منكر الحديث ، وقال ابن معين ليس حديثه بشيء .

وروى ابن ماجة من رواية بقية الزهري عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة «رض» قالت اكتحل رسول الله ﷺ وهو صائم ، والزهري هذا هو سعيد بن ابي سعيد الزهري قال الترمذي هو من مجاهيل شيوخ بقية ينفرد بما لا يتابع عليه . وقال شيخنا زين الدين رحمه الله ليس بمجهول بل مشهور بالضعف ضعفه ابن عدي والدارقطني والخطيب .

( وإلى الصوم فيه ) أي وندب ايضاً إلى الصوم في يوم عاشوراء لما روى البخـــاري

(١) في الأصل ـ طريق ـ بالقاف ، وفي تهـــذيب التهذيب ـ طريف بن سليمان ـ بالفاء ، ا هـ مصححه .

ومسلم عن سلمة بن الاكوع رضى الله عنه قال بعث رسول الله ﷺ رجلا من أسلم يوم عاشوراء فأمره أن يؤذن في الناس من كان لم يصم فليصم بقية يومه ، ومن لم يكن أكل فليصم ، فإن اليوم يوم عاشوراء . وروى مسلم عن جابر بن سمرة «رض» قال كان رسول الله ﷺ يأمرنا بصيام يوم عاشوراء ويحثنا عليه ويتعاهده عنده .. الحديث وروى فيه أحاديث كثيرة .

( ولابأس بالاكتحال للرجال إذا قصد به التداوى دون الزينة ) لأن الزينة للنساء ، وقال الاترازي «رح» يعني اكتحال الرجل بالكحل الأسود مباح إذا قصد به التداوي، فأما الزينة فلا .قلت لم ادر ما فائدة قيد الكحل بالأسود ، وليس الكحل إلا الاسود وقال السروجي ولا بأس بالاكتحال للرجال في الصوم وغيره التداوى دون الزينة .

قلت اختلفوا فيه فذهب الثوري وابن البارك واحمد واسحاق إلى كراهة الكحل للصائم ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي «رح» في جوازه بلا كراهة وانه لا يفطر به ، سواء وجد طعمه في حلقه أم لا ، وقال شيخنا زين الدين ، وكذا روي عن عطاء والحسن البصري والنخعي والاوزاعي وابي حنيفة «رض» وابي ثور «رض» وحكى عن مالك وأحمد انه إذا وجد طعمه في الحلق افطر ، وحكى أيضاً عن سليمان التميمي وسليمان بن المعتمر وابن شيبه وابن ابي ليلى انهم قالوا يبطل به صومه . وقال قتادة جوز بالأثمد يكره بالصبر ، وقال الثوري واسحاق يكره . وفي سنن أبي داود عن الأعمش قال ما رأيت أحداً من أصحابنا يكره الكحل للصائم. وفي المجتبى لو وجد طعم الكحل في حلقه أو دماغه لا بأس بدخول رائحة المسك والعود ورائحة الغذات [1] ودخان النار فإنها غير معتبرة بالاجماع ، ولو بزق ورأى أثر الكحل ولونه في بزاقه لا يفسد عند الاكثر .

فإن قلت قد ذكر الاكتحال مرة في هذا الباب فما فائدة ذكره ثانياً بعد هذا . قلت قال الكاكي أخذ من النهاية ،قلنا لكل موضع فائدة ، فإنه يستفيد من الأول عدم الفطر به،

---

(١) هكذا رسمت في الأصل .

ولا يلزم منه عدم الكراهة بل يجوز أن يكون الشيء مكروهاً للصائم، وهو غير مفطر كما إذا ذاق شيئاً بلسانه ، وهذه المسألة يعلم انه مكروه ، ثم قد يختلف حكمه بين الرجال والنساء ، كما في العلك ، فعلم المسألة بالمسألة الثانية انهما لا يفترقان إذا قصد الرجل شيئاً غير الزينة ، مع ان هذا من خواص الجامع الصغير ، وذلك من مسائل القدوري ، والثالث من مسائل الفتاوى .

( ويستحسن دهن الشارب ) هكذا بفتح الدال قطعاً مصدر من دهن رأسه أو جسده إذا طلاه بالدهن بضم الدال ( إذا لم يكن من قصده الزينة ) قال فخر الإسلام رحمه الله أصل ذلك أن الصوم كف عن الشهوة وليس في دهن الشارب شهوة لا صورة ولا معنى ، فلم يكن محظوراً بالصوم وليس يحرم بالصوم الارتفاق ولا يجب به الشعث ، بخلاف الاحرام ، فإنه يحرم به دهن الشارب ، وقال الاترازي وقد دل على هذا انه يستحسن دهن شعر الوجه وبذلك جاءت السنة عن رسول الله ﷺ وانه يعمل عمل الخضاب انتهى.

قلت السنة التي جاءت باستحسان دهن شعر الوجه تؤخذ مما رواه الترمذي ، حدثنا يحيى بن موسى قال حدثنا عبد الرزاق عن معمر عن زيد بن أسلم عن أبيه ان عمر بن الخطاب «رض» قال قال رسول الله ﷺ كلوا الزيت وادهنوا به ، فانه من شجرة مباركة. وقوله ادهنوا به يشمل دهن شعر الوجه وغيره من أعضائه والسنة التي جاءت بالخضاب ما رواه الترمذي أيضاً ، قال حدثنا احد بن منيع قال حدثنا حماد بن خالد الخياط قال حدثنا فايد مولى لأبي رافع عن علي بن عبيدالله عن جدته وكانت تخدم النبي ﷺ قالت ما كان يكون لرسول الله ﷺ فوحة ولا نكتة إلا أمرني رسول الله ﷺ ان اصنع عليها الحناء .

( لأنه يعمل عمل الخضاب ) أي لأن دهن الشارب يعمل عمل الخضاب وبالخضاب جاءت السنة ولكن إذا لم يكن لقصد الزينة بل لحاجة أخرى يدل عليه ما رويناه عن الترمذي . وفي المبسوط لا بأس بالخضاب لأجل النساء ولأجل الحرب. قلت خضابه لأجل النساء لا يخلو عن الزينة على ما لا يخفى .

## ولا يفعل لتطويل اللحية إذا كانت بقـــدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي للصائم

( ولا يفعل ) أي الدهن ( لتطويل اللحية إذا كانت ) أي اللحية ( بقـــدر المسنون وهو القبضة ) بضم الكاف ، وقال الكاكي طول اللحية بقدر القبضة عندنا ، وما زاد على ذلك يجب قطعه هكذا روي عن رسول الله ﷺ انه كان يأخذ من طولها أورده أبوموسى اسحاق في جامعه . قلت لفظ الترمذي كان يأخذ من عرضها وطولها آخر حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ كان يأخذ .. الحديث وقال هذا حديث غريب.

قلت هذا لا يدل على أن الذي كان يأخذه النبي ﷺ القبضة ، نعم جاء أثران فيـــه أحدهما : عن ابن عمر «رض» رواه أبو داود والنسائي من حديث مروان بن سالم المقنع ، قال رأيت ابن عمر «رض» يقبض على اللحية فيقطع ما زاد على الكف ، وذكره البخاري تعليقاً ، فقال وكان ابن عمر رضى الله عنه إذا حج أو اعتمر قبض على اللحيـة فما فضل أخذه ، وجهل من قال رواه البخاري ، وانما يقال في مثل هذا ذكره ، ولا يقال رواه .

الآخر : عن أبي هريرة أخرجه ابن أبي شيبة من حديث أبي ذرعة قال كان أبو هريرة يقبض على اللحية فيأخذ ما فضل عن القبضة ، ولكن يعارض هذا حديث ابن عمر «رض» عن النبي ﷺ قال حفوا الشارب واعفوا عن اللحى ، أخرجه البخاري ومسلم ويمكن أن يجاب عنه ان المراد باعفاء اللحى أن لا تحلق كلها كما يفعله المجوس ، والدليل عليه مـا جاء في رواية مسلم من رواية أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ جزوا الشوارب واعفوا عن اللحى ، خالفوا المجوس ، فإن المجوس كانوا يحلقون لحـــام ويتركون شواربهم ولا يأخذون منها شيئاً أصلا .

وفي المحيط اختلف في اعفاء اللحية قال بعضهم يتركها حتى تكثف وتكبر ، والقص سنة فما زاد على قبضة قطعها ، ولا بأس بنتف الشيب واخذ أطراف اللحية إذا طالت ، ولا بأس بالأخذ من حاجبه وشعر وجهه ما لم يشبه المخنثين .

( ولا بأس بالسواك الرطب ) أي لا بأس للصائم استعمال السواك ( بالغداة والعشي للصائم ) يعني في أول النهار وآخره ، وإذا كان بالرطب فـــلا بأس به فباليابس أولى ،

وكذلك إذا كان مبلولاً بالماء أو غير مبلول ، ولفظ الجامع الصغير لا بأس بالرطب بالماء الصائم في الفريضة بالغداة والعشي . وقال الكاكي إعلم أن محمداً ذكر في الأصول انه لا بأس أن يستاك بالسواك الرطب ، ولم يذكر أن رطوبته بالماء أو بالرطوبة الأصلية التي تكون في الأشجار ، ولا ذكر انه بريقه أو بالماء فلولا رواية الجامع لكان لقائل أن يقول إذا كان رطباً بالريق لا بأس به ، أما إذا كان بالماء فيكره لما فيه من الحوم حول الحمى ، ولما نص هاهنا بالماء أو لأن ذلك اشكال ولا يعتبر بما قال أبو يوسف وهو انه يكره بالمبلول لما فيه من ادخال الماء في الفم ، لأن ما يبقى من الرطوبة بعد المضمضة اكثر مما يبقى بعد السواك .

وقد روي عن النبي ﷺ انه كان يأمر عائشة رضى الله عنها يبلى السواك بريقها ثم تغسله ، كذا في الفوائد الظهيرية . وقال شيخ الإسلام شرط محمد « رض » في الكتاب الفريضة قيل مراده إذا توضأ للمكتوبة وإلا فيكره . وقيل إراد الصوم الفرض ابطالاً لقول من زعم انه يكره في الفرض ، وهو المروى عن مالك فإنه قال يكره السواك في الفرض بعد الزوال دون النفل ، لأن المستحب في النوافل الاخفاء ، ولو ترك السواك لا يؤمن أن تظهر رائحة من فمه فيظهر الناس انه صائم ، وقيل أراد الوضوء الفرض وعندنا لا بأس في الأحوال كلها .

وقال أحمد «رض» لا يكره بعد الزوال في النفل ، ويكره في الفرض ، وقال مالك «رح» يكره السواك الرطب بالغداة والعشي لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ، وبسبب دخول الرطوبة ، ولكن ذكر في شرح الوجيز عن مالك لا يكره في المشهور عنه ، وعندنا يكره بعد الزوال وهو رواية عن أحمد لما روى حبان أن النبي ﷺ قال إذا صمتم فاستاكوا بالغداة ولا تستاكوا بالعشي ، فإنه ليس من صائم تيبس شفتاه إلا كانتا نوراً بين عينيه يوم القيامة . وعن علي رضى الله عنه مرفوعاً مثل ذلك ، إلى هنا كلام الكاكي .

وقوله وقد روي ان النبي ﷺ كان يأمر إلى آخره ، وحديث حبان رواه الطبراني والدارقطني والبيهقي «رح» من طريقه في حديث كيسان أبي عمر القصاب عن عمرو بن

عبد الرحمن عن حبان عن النبي ﷺ ... الخ ، وكيسان أبو عمر ضعفه ابن معين والساجي وقال الدارقطني ليس بالقوي .

وقال شيخنا في شرح الترمذي اختلف العلماء في حكم السواك للصائم على ستة أقوال :

الأول : انه لا بأس به للصائم مطلقاً قبل الزوال وبعده بيابس أو رطب ، وهو قول ابراهيم النخعي ومحمد بن سيرين وأبي حنيفة « رض » وأصحابه والثوري والاوزاعي وابن عيينة ويروى عن علي وابن عمر انه لا بأس بالسواك الرطب للصائم ، وروي ذلك ايضاً عن مجاهد وسعيد بن جبير وعطاء .

الثاني : في كراهته للصائم بعد الزوال واستحبابه قبله برطب أو يابس ، وهو قول الشافعي «رح» في اصح قوليه وأبي ثور ، وروي عن علي « رض » كراهة السواك بعد الزوال ، رواه الطبراني .

الثالث : كراهته بعد العصر فقط ، يروى عن أبي هريرة «رض» .

الرابع : التفرقة بين صوم الفرض وصوم النفل ، فيكره في الفرائض بعد الزوال ، ولا يكره في النفل لأنه أبعد عن الريا ، حكاه المسعودي وغيره من اصحابنا عن أحمد بن حنبل ، وحكاه صاحب المعتمد من الشافعية «رح» عن القاضي حسين .

الخامس : انه يكره للصائم بالسواك الرطب دون غيره سواء اول النهار أو آخره ، وهو قول مالك واصحابه .

السادس : كراهته للصائم بعد الزوال مطلقاً و كراهة الرطب مطلقاً ، وهو قول أحمد واسحاق بن راهوية .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( خير خلال الصائم السواك ) هذا الحديث رواه ابن ماجة في سننه من حديث مجاهد عن الشعبي عن مسروق عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ خير خلال الصائم السواك والخلال بكسر الخاء المعجمة جمع خلة بالفتح وهي الخصلة ، قاله الجوهري ( من غير فصل ) يعني الحديث مطلقاً لم يفصل فيه بين حال وحال وينتفى به ما قال أبو يوسف رحمه الله ان الرطب بالماء مكروه .

وقال الشافعي «رح» يكره بالعشي لما فيه من ازالة الأثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد ، قلنا هو اثر العبادة الأليق بـــه الاخفاء بخلاف دم الشهيد لأنـــه اثر الظلم ، ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا

---

( وقال الشافعي «رح» يكره بالعشي ) أى يكره السواك للصائم بالعشي وهو بعد الزوال ( لأن فيه ) أي لأن السواك بالعشي ( من ازالة الأثر المحمود هو الخلوف ) بضم الخاء المعجمة ، قال الاترازي بالضم لا غير ، قال الخطابي في شرح غريب الحـديث أن اصحاب الحديث يقولون بفتح الخاء ، وانما هو خلوف بضم الخاء مصدر خلف فيه يخلف خلوفاً إذا تغير ، فأما الخلوف بفتح الخاء فهو الذي بعدم الخلف ، وقال السروجي فتح الخـاء خطأ ، وقال السفناقي هما لغتان ( فشابه دم الشهيد) أي فشابه الخلوف دم الشهداء فإن كل واحد منهما دم عبادة أثر عبادة وصف بالطيب ، أمـــا في الخلوف قوله ﷺ لخلوف فم الصائم عند الله أطيب من ريح المسك ، وأما دم الشهيد فقوله عليه الصلاة والسلام اللون لون الدم والريح ريح المسك وما يكون محموداً عند الله فسبيله الاستبقاء كما في دم الشهيد ، حيث قال عليه الصلاة والسلام زملوهم بكلومهم ودمائهم .

( قلنا هو أثر العبادة ) أي خلوف فم الصائم أثر العبادة ( واللائق به الاخفاء ) أي اللائق بأثر العبادة الاخفاء فراراً عن الرياء ( بخلاف دم الشهيد ، فإنه أثر الظلم) فيبقى عليه ليكون شهيداً له على خصمه يوم القيامة ، فأما الصوم فبينه وبين ربه فلا حاجة إلى الشاهد .

( ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء ) هذا نفي لقول أبي يوسف رحمه الله حيث قال يكره إذا كان مبلولاً بالماء ( لما روينا ) اراد به قولاً قوله عليـــه الصلاة والسلام خير خلال الصائم السواك ، وقد مر عن قريب .

# فصـــل

## ومن كان مريضاً في رمضان ، فخاف إن صام ازداد مرضه أفطر

---

### ( فصـــل )

أي هذا فصل ، ولا يعرف إلا اذا قدرنا هكذا ، لأن الاعراب لا يكون إلا في الجزء المركب ، ولما فرغ من مسائل الصوم شرع في هذا الفصل الموجود في بيان وجوه الاعذار المبيحة للفطر في الصوم .

( ومن كان مريضاً في رمضان ) أي في شهر رمضان ، والمرض معنى يزول به ويحلو له في بدن الحي اعتذار الطباع الأربع ، فإن قلت ما هذه الواو في قوله –ومن كان مريضاً– قلت سمعت من الاساتذة الكبار ان هـذه الواو التي تذكر في أول الكلام الذي لم يذكر شيء قبله تسمى واو الاستفتاح ، ولم يذكر النحاة هـــذا ( فخاف إن صام ازداد مرضه أفطر ) هذا يشير إلى أن مجرد المرض لا يبيح أى لا يوجب إباحـــة الافطار بنفسه ، بل لعلة المشقة باجماع عامة العلماء . وقال أو يوجب الاباحة بنفسه لظاهر الآية . وحكي عن ابن سيرين هكذا ، قلنا الآية محمولة على مرض يوجب المشقة بالصوم ، بدليـل قوله تعالى ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ ١٨٥ البقرة ، أما السفر فإنه يوجب الاباحة لأنه لا يخلو عن مشقة بخلاف المرض ، فانه نوعان ، ما يوجب المشقة ، وما لا يوجبهـــا فوجب الفصل ، فقلنا كل مرض يضره الصوم يوجب الاباحة ، وما لا فلا ، وكان خوف ازدياد المرض مرخصاً للفطر ، كخوف الهلاك .

وذكر الإمام المحبوبي معرفة طريق ذلك إما باجتهاده أو بقول طبيب حاذق ، وقال القاضي اسلام الطبيب شرط، ثم المرض على اقسام سبعة تخفيف لا يشق معه الصوم وينعقد وخفيف لا يشق منه ولا ينعقد وشاق لا يزيد بالصوم وشاق يزيد به وشاق لا يزيد به ، ولكن يحـدث مع الصوم علة أخرى ، وشاق يخشى طوله ، وصحيح يخشى المرض به ، فالأول والثاني كالصحيح الذي لا يضره الصوم فلا يفطر . والثالث يتخير ، والرابـــع والخامس والسادس يفطر ، وإن صاموا أجزاهم على الصحيح الذي يخشى المرض به كالمرض

وقضى. وقال الشافعي «رح» لا يفطر وهو يعتبر خوف الهلاك أو فوات العضو كما يعتبر في التيمم، ونحن نقول أن زيادة المرض وامتداده قد تفضي إلى الهلاك فيجب الاحتراز عنه.

---

تخشى زيادته، وهذا الفرع الأخير في المغني للحنابلة.

وفي المرغيناني لا يعتبر خوف المرض، وفي الذخيرة المرض الذي يبيح الفطر ما يخاف منه الفوت أو زيادة المرض. وفي المحيط والبدائع خوف ازدياد المرض كاف، واليه وقعت الإشارة في الجامع الصغير إن لم يفطر يزداد جمعاً وعينا أو حمى شديدة أفطر. وعن أبي حنيفة «رض» إذا كان يجوز الأداء قاعداً يجوز له الافطار.

( وقضى ) لقوله تعالى ﴿ فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر ﴾ ١٨٤ البقرة.

( وقال الشافعي رضى الله عنه لا يفطر ) يعني خوف ازدياد المرض ( وهو ) أي الشافعي «رح» ( يعتبر خوف الهلاك على نفسه أو فوات العضو ) أي يخاف فوات عضو من اعضائه ( كما يعتبر في التيمم ) يعني لا يجوز عنده ترك استعمال المال للمريض إلا إذا خاف على نفسه أو عضو منه، فحينئذ يجوز له التيمم بمجرد زيادة المرض.

( ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضى إلى الهلاك فيجب الاحتراز عنه ) أي عن الافضاء إلى الهلاك، فلو برىء من المرض لكن الضعف باق هل يفطر، سئل القاضي الإمام فقال لا، والمبيح المرض لا الضعف، فلو خاف أن يعود المرض لو صام قال الخوف ليس بشيء، وذكر الإمام التمرتاشي الامة إذا ضعفت في الطبخ والخبز والغسل فخافت افطرت وقفت، وفي النصاب وكذا الذي ذهب اليه موكل السلطان للعمارة فاشتد الحر وضعف فأكل لم يكفر، ولو خاف إن صام يضعف فيصلي قاعداً عن محمد رحمه الله يصوم ويصلي قاعداً. وعن نجم الأئمة البخاري من اشتد مرضه كره صومه ولو خاف نقصان العقل أو زيادة الرجع يفطر، ولو اتعب نفسه في عمل حتى اجهده العطش فأفطر كفر، لأنه ليس بمريض ولا مسافر، وقيل بخلافه وبه قال البقالي، وقال مالك في الموطأ ومن أجهده الصوم أفطر وقضى ولا كفارة عليه، ولو علم الغازي يقينا

وإن كان مسافراً لا يستضر بالصوم فصومه أفضل، وإن أفطر وقضى جاز لأن السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذراً بخلاف المرض فإنه قد يخف بالصوم، فشرط كونه مفضياً إلى الحرج. وقال الشافعي «رح» الفطر أفضل لقوله ﷺ ليس من البر الصيام في السفر

---

انه يقاتل العدو وخاف الضعف يفطر قبل الحرب .

( وإن كان مسافراً لا يستضر بالصوم فصومه افضل ) وبه قال مالك والشافعي رحمها الله على ما ذكر في كتبهم وقال النووي هو المذهب ولكن نقلت هذه المسألة عن كتب اصحابنا على خلاف ما وقعت في كتبهم فان الغزالي ذكر ان الصوم أحب من الافطار في السفر لتبرأ ذمته وهو مذهب أنس وعثمان بن العاص الثقفي وحذيفة وابن عباس وعائشة رضى الله عنها وبه قال عروة بن الزبير وعمرو بن ميمون وابو بكر بن عبدالرحمن وطاووس والفضيل بن عياض وابن المبارك وابو ثور وابو وائل والأسود بن يزيد والثوري والنخعي ومجاهد وعن ابن عمر وابن المسيب والشعبي والاوزاعي واسحاق الفطر افضل في حقه وعند احمد رحمه الله عنه الصوم في السفر مكروه .

وذكر في المغني عن عمر وابي هريرة لا يصح الصوم في السفر وعن عبد الرحمن بن عوف الصوم في السفر كالفطر فيه سواء ذكره المنذري في شرح مختصر سنن أبي داود وقال أبو عمر بن عبد البر هو قول علي بن علية والشافعي في قول وعنه قال الصوم أحب إلي .

( وان افطر ) أي المسافر ( وقضى جاز ) للنص الوارد فيه ( لأن السفر لا يعرى عن المشقة ) لأنه مظنة المشقة بكل حال فأدير الحكم فيه على اصل السفر ( فجعل نفسه ) أى نفس السفر ( عذرا بخلاف المرض لأنه قد يخف بالصوم ) كالحيضة ونحوها ( فشرط كونه ) أي المرض ( مفضياً إلى الحرج ) ولهذا لا يجوز الافطار بمجرد المرض كما ذكرنا .

( قال الشافعي الفطر افضل ) أي من الصوم ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( ليس من البر الصيام في السفر ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث جابر قال كان رسول الله ﷺ في سفر فرأى زحاماً ورجل قد ظلل عليه فقال ما هذا

ولنا أن رمضان أفضل الوقتين ، فكان الأداء فيه أولى،وما رواه محمول على حالة الجهـــد وإذا مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لأنهما لم يدركا عدة من أيام أخر،ولو صح المريض وأقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام ،

---

قالوا صائم فقال ليس من البر الصوم في السفر ، وزاد مسلم في لفظ وعليكم برخصة الله التي رخص لكم وروى ليس من ام بر أم صيام في ام سفر ، وهي لغـــة بعض العرب . رواه عبدالرزاق في مصنفه وقدذكرنا ان هذا القول من الشافعي لم يصح ولا حكى عنه ، ولكن مذهب احمد هكذا نقل عن الجوزي واستدل له بهذا الحديث .

( ولنا ان رمضان افضل الوقتين ) أراد بهما خارج رمضان وفي مبسوط فخرالإسلام لا شك ان رمضان افضل الوقتين ، ألا ترى ان عدة من ايام اخر كالخلف من رمضان ، والخلف لا يساوي الأصل بحال والنبي ﷺ اختار لنفسه الصوم ثم ذكر الرخصة عند شكواه الجهد كما روينا من حديث أبي هريرة ، فدل ان الصوم افضل وهو معنى قوله ( فـــكان الاداء فيه ) أي في رمضان اولى وفي المبسوط الصوم عزيمة والفطر رخصة والاخذ بالعزيمة ( اولى وما رواه ) هذا جواب عن الحديث المذكور وهو ما رواه الشافعي رضى الله عنه ( محمول على حالة الجهد ) بفتح الجيم أي المشقة ونحن نقول به ولهذا يكره الصوم في السفر لمن اجهده بالاجماع .

( وإذا مات المريض والمسافر ) أي أو مات المسافر ( وهما على حالهما ) أي والحال انهما على حالهما يعني مات المريض من مرضه والمسافر في سفره ( لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ) لأن شرط وجوب الادراك عدة الايام الاخر بالنص ولم يحصل الادراك فلم يلزم القضاء .

( ولو صح المريض واقام المسافر ثم مـــاتا لزمهما القضاء بقدر الصحة ) في المرض ( والاقامة ) أي بقدر الاقامة في المسافر ( لوجود الإدراك ) إلى ايام أخر ( بهذا المقدار وفائدته ) أي وفائدة لزوم القضاء ( وجوب الوصية بالاطعام ) يعني يجب عليه أن يوصى

وذكر الطحاوي رضي الله عنه خلافاً فيه بين أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف رضي الله عنه ومحمد رضي الله عنه وليس بصحيح وإنما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك العدة فيتقدر

---

بان يطعم عنه من ثلث ماله لكل يوم مسكيناً بقدر ما يجب في صدقة الفطر وإن لم يوص وتبرعت جاز فان لم يتبرعوا لا يلزمهم الاداء بل يسقط في حكم الدنيا عندنا خلافاً للشافعي على ما يجيء .

( وذكر الطحاوي فيه ) أي في المذكور في المسألة أو في وجوب الوصية بالاطعام عن الثاني ( خلافا بين أبي حنيفة رضى الله عنه وأبي يوسف ومحمد ) ، فقال عندهما إذا صح يوماً يلزمه قضاء الجميع فيلزمه الوصية عما لم يصح ، وعند محمد رحمه الله تلزمه الوصية بالاطعام عما لم يصح ما قدر على قضائه تجب الوصية بالاطعام عنه ان لم يصح بالاتفاق ( وليس بصحيح ) أي هذا الخلاف ليس بصحيح ، وقال ابو بكر الجصاص الرازي هذا الخلاف الذي يوافق الطحاوي ولا نعرفه عنهم ، بل المشهور من قولهم جميعاً انه لا يلزم إلا قضاء ما ادرك . وقال صاحب التحفة ذكر الطحاوي رحمه الله هذه المسألة على الخلاف ثم قال وهذا غلط ، وقال صاحب الايضاح ، والصحيح ان لا خلاف هنا ، وقال المصنف وليس بصحيح .

( وانما الخلاف في النذر ) فإن المريض إذا قال لله علي ان اصوم شهرا فمات قبل ان يصح لم يلزمه وان صح يوماً واحداً لزمه ان يوصى بجميع الشهر في قول ابي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله يلزمه بقدر ما صح لأن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فصار كقضاء رمضان ( والفرق لهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما بين قضاء رمضان والنذر ( ان النذر سبب ) وقد وجد المانع وهو عدم صحة الذمة في التزام ادائه قد زال بالبرء وإذا وجد السبب المقتضى وزال المانع (فيظهر الوجوب ) لا محالة وصار كصحيح نذر فمات قبل الاداء وإذا ظهر الوجوب ولم يتحقق بكماله بل بعضها يتحقق ( في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك المدة فيتقدر

بقدر ما ادرك ) لأن وجوب القضاء مشروط بشرط ادراك العدة فوجب بقدر الادراك.

وقيل تعصب ان ارى الطحاوي بأنه لا يتهم في غزارة علمه واجتهاده وورعه وتقدمه ثم ذكر مولده ووفاته ثم مدح كتابه معاني الآثار، وقال هل ترى له نظير في سائر المذاهب فضلا عن مذهبنا ، وقال قد نشأ جماعة بعده بكثير من الزمان ، باعتبار ان الخلاف لم يبلغهم فذلك ليس بحجة لهم عليه ، لأن جهل الانسان لا يعتبر حجة على غيره . وفي آخر كلامه فما اصدق من قال : قل ءأبين الصبح لذي عينين ، وهذا كله لا يغير في تعصبه لأن كل من نشأ بعد الطحاوي فقد اعترف بفضله من علماء مذهبه ومذهب غيره حتى قال حافظ المغرب ابو عمر بن عبد البر كان الطحاوي كوفي المذهب فكان عالماً بجميع مذاهب العلماء . وقال السغناقي كان الطحاوي ثقة ثبتاً .

وقال ابن الجوزي في ترجمته في كتاب المنتظم ، كان الطحاوي ثقة ثبتاً فهماً فقيهاً عاقلا واتفقوا على فضله وصدقه وزهده وورعه وقال ابن كثير في البداية والنهاية وهو احد الثقات الاثبات والحفاظ الجهابذة فهو كما ترى امام عظيم ثبت ثقة حجة كالبخاري ومسلم وغيرهما من أهل السنن والصحاح يدل على ذلك اتساع روايته ومشاركته اياهم بل هو اثبت منهم في استنباط الاحكام من القرآن والسنة وأفقه منهم في الفقه ، يصدق ذلك من ينظر في كلامه وكلامهم ، ولا نسبة للاترازى فيما ذكره في حق الطحاوي رضى الله عنه لأنه مثل الذى يمدح الشمس بقوة النور ويذكره المحاق بقوة الظلمة وما كانت نسبة بكنه [1] إلا فى ترجيح كلامه هنا على من رد عليه وتحقيق كلامه بالرد عليهم ولم يفعل شيئاً .

( وقضاء رمضان ) أى وقضاء صوم شهر رمضان عند فوات الاداء ( ان شاء فرقه ) أى يصوم متفرقاً ( وان شاء تابعه ) أى بصومه متوالياً هذا قول ابن عباس رضى الله عنه وأنس رضى الله عنه وأبى هريرة رضى الله عنه وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنه ومعاذ بن جبل وعمرو بن العاص ورافع بن خديج وسعيد بن جبير وابن محيريز وأبى قلابه

(١) هكذا في الأصل .

لاطلاق النص، لكن المستحب المتابعة مسارعة إلى اسقاط الواجب، وان اخره حتى دخل رمضان اخر صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء.

---

ومجاهد والحسن وابن سيرين وابن المسيب وعبدالله بن عبد الله بن عتبة وطاووس وعطاء وعبيد بن عمير والاوزاعي وابن جني والثوري ومالك والشافعي رحمه الله واحمد واسحاق وقال أبو عمر كلهم يستحبون التتابع ولا يوجبونه وحكي وجوبه عن علي وابن عمر والنخعي والشعبي وعروة بن الزبير .

وقال داود بن علي يجب ولا يشترط (لاطلاق النص) وقوله تعالى ﴿ فعدة من ايام أخر ﴾ وهو مطلق غير مقيد بالتتابع فجاز التتابع والتفريق بحكم الاطلاق ، فإن قلت وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت نزلت فعدة من ايام اخر متتابعات . قلت قالوا لم تثبت صحة هذه الرواية ولو ثبتت كانت منسوخة لفظاً وحكماً ، ولهذا لم يقرأ بها احد من الشواذ .

وفي المنافع قرأ بها أبي ولم تشتهر فكانت كخبر الواحد غير مشهور فلا تجوز الزيادة على الكتاب بمثله ، بخلاف قراءة ابن مسعود في كفارة اليمين فإنها مشهورة غير متواترة والقراءات السبع متواترة عند الأئمة الأربعة وجميع أهل السنة خلافاً للمعتزلة فإنها آحاد عندهم فإن قلت روى ابن المنذر باسناده عن أبي هريرة رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال من كان عليه صيام فليسترده ولا يقطعه قلت فيه صحة نظر ولئن ثبت فهو خبر واحد ، فلا يزاد به على النص .

( لكن المستحب المتابعة مسارعة إلى اسقاط الواجب وان اخره ) أي وان اخر قضاء رمضان ( حتى دخل عليه رمضان آخر صام الثاني ) أي رمضان الثاني ( لأنه في وقته ) فيصومه ( وقضى الأول ) أي رمضان الأول (بعده) أى بعد رمضان الثاني ( لأنه وقت القضاء ) فلا بد من اسقاطه كما في سائر العبادات وسواء في ذلك التأخير بعذر أو بغير عذر وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه والحسن البصري وطاوس وابراهيم والنخعي والشعبي وحماد وداود واصحابه وفي المحيط من افطر بعذر وقدر على القضاء فعليه القضاء .

# ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له أن يتطوع

# والحامـــل والمرضع

وفي البدائع ايضاً على التراخي عند عامة مشايخنا ويضيق عليه عند آخر عمره وعند الكرخي على الفور وحكاه عن اصحابنا ، والصحيح الاول ، وحكى الكرخي ايضاً عن الاصحاب انه موقوف بما بين الرمضانين وهو غير سديد .

( ولا فدية عليه ) خلافا للشافعي رحمه الله وهو قول الشافعي عليه الفدية ، وبه قال مالك وأحمد قالوا عليه لكل يوم مد من الطعام ولو اخر القضاء إلى الرمضان الثاني أثم عندهم ، ومذهبهم يروى عن ابن عمر وأبي هريرة وابن عباس مرفوعـــاً . ومذهبنا عن علي وابن مسعود ، وبقولنا قال المزني .

( لأن وجوب القضاء على التراخي حتى يكون له ان يتطوع ) لأنه لو لم يكن وجوب القضاء على التأخير لما كان له ان يتطوع لأن تأخير الواجب عن وقته المضيق بالنفـــل لا يجوز . فان قلت روى الدارقطني عن أبي هريرة رضى الله عنه «من ادرك رمضان ثم افطر لمرض ثم صح ولم يقضه حتى دخل رمضان آخر صام الذي ادركه ثم يقضي الذي عليه ثم يطعم عن كل يوم مسكيناً» قلت في اسناده عمر بن موسى وهو ضعيف جداً والراوي عنه ابراهيم بن نافع وهو ايضاً ضعيف .

( والحامل والمرضع ) الواو بمعنى او لأن الحكم في كل واحد منهما ثابت على الانفراد بدليل ما ذكر في المبسوط ، إذا خافت الحامل والمرضع على نفسها أو ولدهما والحامل التي في بطنها ما ولد ، والمرضع التي لها لبن ولا يدخـــل في آخرها التاء كما في حائض وطالق ، لأن ذلك صار من الصفة الثابتة لا الحادثة ، فصار كالاسم فقال الخليل هـــذا معنى النسب كلابن وتامر بمعنى ذات حمل وذات ارضاع وذات حيض وذات طلاق .

وقال سيبويه باللسان او شيء حامل ومرضع إذا اريد به الحدوث يجوز ادخال التاء يقال حائضة الآن أو غدا وفي الذخيرة المراد من المرضع الظئر لأنهـــا إذا كانت أم ولد والمولدات لا يفطر الأم لأن الصوم واجب عليها والارضاع غير واجب . قال الكاكي قال شيخي العلامة ينبغي ان يشترط ان يكون الأب موسراً ويأخذ الولد ضرع غـيرها ، أما

إذا خافتا على أنفسهما أو ولديهما أفطرتا وقضتا دفعاً للحرج ولا كفارة عليهما ، لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافاً للشافعي رضي الله عنه فيما إذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني

---

إذا كان الأب معسراً أو الولد لا يأخذ ضرع غير امه فحينئذ يجب على امه الأرضاع .

( إذا خافتا على انفسهما أو ولديهما افطرتا ) باجماع اهل العلم . ( وقضتا ) وهو قول علي بن ابي طالب وعبد الله بن عباس وابى هريرة وانس وابن عمر وعكرمة ومجاهد وعطاءوسعيد بن المسيب وابى الزناد الزهري ويحيى بن سعيد واحمد واسحاق وسعيد بن جبير وطاوس والاوزاعى والثوري وقال مالك لا يجب عليه شيء ويروى ذلك عن ربيعة وخالد بن دريد وابو ثور وداود بن علي الظاهري واختاره الطحاوي رحمه الله وابن المنذر ويحكى ذلك عن القاسم وسالم ومكحول وسعيد بن عبد العزيز لأنه عاجز عن الصوم فاشبه المريض إذا مات قبل البرء والمسافر إذا مات قبل الاقامة والصبي والمجنون .

وللشافعى قولان احدهما ، لا تجب الفدية عليهما لعدم وجوب الصوم عليهما، والثانى تجب الفدية لكل يوم مد من طعام وهو الصحيح ، وعدم وجوب الفدية هو القديم والوجوب هو الجديد ، وفى البويطى هى مستحبة .

( دفعاً للحرج ) أي لدفع الحرج عنهما فى الصوم قال الله تعالى ﴿ ما جعل عليكم فى الدين من حرج ﴾ ( ولا كفارة عليهما ) هذا جواب عن سؤال مقدر بان يقال ، ينبغى ان تجب عليهما الكفارة على قياس مذهبكم ، لأنكم توجبون الكفارة فى الأكل والشرب عمداً فاجاب بقوله ( لأنه افطار بعذر ) ووجوب الكفارة عند عدم العذر فاشبهت المريض والمسافر .

( ولا فدية عليهما خلافاً للشافعى رضى الله عنه فيما إذا خافت على الولد ) يعنى إذا خافت الحامل أو المرضع على ولدهما وأما إذا خافتا على نفسهما لا تجب الفدية .

( هو يعتبره بالشيخ الفانى ) أى الشافعى رحمه الله يعتبر الفطر بفطر الشيخ الفانى أى يقيس عليه وجه الاعتبار ان الفطر حصل بسبب نفس عاجزة عن الصوم خلقة لا علة فيوجب الفدية كفطر الشيخ الفانى الذي قارب الفناء او الذي فنيت قوته .

ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه أصلاً ، والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكيناً كما يطعم في الكفارات، والاصل فيه قوله تعالى ﴿ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين ﴾ ١٨٤ البقرة

---

(ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني) لأن الفدية في الشيخ الفاني تشبيع والصوم تجويع (والفطر بسبب الولد ليس فى معناه) أى فى معنى الشيخ الفانى (لأنه) أى لأن الشيخ الفانى (عاجز عن الوجوب) أى بعد وجوب الصوم عليه لتوجه الخطاب عليه فصار إلى خلفه وهو الفدية .

(والولد لا وجوب عليه اصلا) فكيف يصار إلى الخلف بدون الأصل فيكون قياساً ضعيفاً لوجود الفارق (والشيخ الفانى الذي لا يقدر على الصوم) وفى جامع البرهـا [1] تفسيره ان يعجز عن الاداء او لا يرجى له عود القوة، ويكون ما لـه الموت بسبب الهرم (يفطر ويطعم لكل يوم مسكيناً) وعن مالك والشافعى رحمهما الله فى قول وأبي ثور ولا تجب عليه الفدية وعن مالك انها مستحبة وفي وجوبها عنه روايتان (كما يطعم في الكفارات) نصف صاع وعن الشافعي رحمه الله الفدية مقدرة بالمد من الطعام وعن احمد مدان من البر ومن الشعير والتمر صاع (والأصل فيه) أى في هذا الحكم (قوله تعالى ﴿ وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين ﴾ ١٨٤ البقرة) نزلت في الشيخ الفاني.

وقال في الايضاح وشرح الاقطع على ان المراد بالآية الشيخ الفاني ، وقال الاترازي وفي دعوى الاجماع نظر عندي لأن غيره قال في كلام الايضاح نظر لأنه روي عن سعيد بن جبير عن ابن عباس ، أن الآية في حق الحامل والمرضع فإن قلت روى عن الشعبي انه قال لما نزل قوله تعالى ﴿ وعلى الذين يطيقونه ﴾ كان الاغنياء يفطرون ويطعمون والفقراء يصومون على ان في بدء الإسلام كان الرجل مخيراً بين الصوم والفدية ثم نسخت بعد ذلك

---

(١) هكذا فى الأصل وربما أراد البرهاني .

قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لأن شرط الخليفة استمرار العجز . ومن مات وعليه قضاء رمضان فأوصى به أطعم عنه وليه لكل يوم مسكيناً نصف صاع

---

بقوله تعالى ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ والمنسوخ لا يصح الاستدلال به. قلت اجيب بان الآية وان وردت في الشيخ الفاني كما ذهب اليه بعض السلف فظاهر ، وان وردت في التخيير فكذلك لأن النسخ انما يثبت في حق العاجز عن الصوم ، فيبقى الشيخ الفاني على حاله ، كما كان .

( قيل معناه لا يطيقونه ) جاء حذف لا كثيراً قال الله تعالى ﴿ يبين الله لكم ان تضلوا ﴾ أي ان لا تضلوا وقال ﴿ وجعل منها رواسي ان تميد بكم ﴾ أي أن لا تميد بكم وعادة العرب الاختصار إذا كان المحذوف مما لا يخفى وقرأ ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما ﴿ وعلى الذين يطيقونه فلا يطيقونة ﴾ معناه يكلفون الصوم ولا يطيقونه .

( ولو قدر ) يعني لو قدر الشيخ الفاني ( على الصوم ) بعدما ادى الفدية ( يبطل حكم الفداء ) ويجب عليه القضاء كالآيسة إذا اعتدت بالأشهر ثم حاضت بطل حكم اعتدادها بالشهور ( لأن شرط الخليفة استمرار العجز ) أي لأن شرط كون الفدية خلفا عن الصوم في حق الشيخ الفاني ، دوام العجز ، فلما قدر على الصوم انتفى شرط الخليفة ، ومثل هذا لا يفعل في التيمم لئلا يلزم الجرح بتضاعف الصلاة فإن قلت يلزم الجرح ايضاً في الشيخ الفاني لأنه إذا اطعم لكل يوم مسكيناً نصف صاع ثم قدر على الصوم فأمر بقضاء الصوم وبطلان الفدية يلزم الجرح لأنه تضييع ماله بلا فائدة وهو حرج .

قلت المعنى فيه : ان الشيخ الفاني قدر على الأصل مثل حصول المقصد بالتخلف وهو استمرار العجز فيبطل حكم الخلف هناك قدر على الأصل بعد حصول المقصد بالخلف فلا يبطل حكم الخلف كمن كفر بالصوم ثم وجد ما يعتق ، فإن الوجود لا يظهر في حق ما حصل الفراغ منه .

( ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به ) معناه قرب من الموت فأوصى بقضاء رمضان ، لأن الايصاء بعد الموت لا يتصور ( اطعم وليه لكل يوم مسكيناً نصف صاع

من بر أو صاع من تمر أو شعير ، لانه عجز عن الأداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافاً للشافعي «رح» وعلى هذا الزكاة . هو يعتبره بديون العباد. إذ كل ذلــــك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انــــه عباده ولا بـد فيه من الاختيار ، وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث

---

من بر أو صـــاع من تمر او شعير ) روى كذلك سليمان التميمي عن عمر بن الخطاب وابن عباس رضى الله عنه ( لأنه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ) في جواز الفدية عنه بسبب العجز الـكامل .

( ثم لا بد من الايصاء عندنا ) يعني إذا اوصي يلزم الاطعام عنه على الولى من ثلث ماله وبه قال مالك فيجزئه ان شاء الله ، وان لم يوص لا يلزم على الولى الاطعام ، ومع هذا لو اطعم جاز إن شاء الله .

( خلافاً للشافعي ) فعنده لا حاجة إلى الايصاء ، بل يلزم الوّلى ان يطعم عنه اوصى أو لم يوص وبه قال أحمد ( وعلى هذا الزكاة ) أي وعلى هذا الخلاف الزكاة وصدقة الفطر ، يعني ان الميت إذا اوصى بذلك يلزم على اخراجها عن التركة وإلا فلا ، ولكن إذا تبرع الوصي باخراج الزكاة وصدقة الفطر جاز ، وعند الشافعي رضى الله عنه يجب الاخراج وان لم يوص .

( هو يعتبره ) أى الشافعي يعتبر هذا الدين ( بديون العبـــاد إذ كل ذلك حق مالي تجرى فيه النيابة ) وكما ان ديون العباد تخرج من جميع المال وان لم يوص فكذلك هـــذا ( ولنا انه ) أى ان الاطعام الذي دل عليه قوله اطعم عنه وليه ( عباده ولا بد فيه من الاختيار ) ولم يبق الاختيار بعد الموت ( وذلك ) أى الاختيار ( في الايصاء دون الوراثة لانها ) أي لأن الوراثة ( جبرية ) لا اختيار فيها ( ثم هو ) أى الايصاء (تبرع ابتداء حتى يعتبر عن الثلث ) أي ثلث المال للميت . وعند الشافعي واحمد من جميع المـــال بدون

والصلاة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلاة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح . ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله ﷺ « لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد »

---

الايصاء ، وقول مالك كقولنا . ولما كان الموت مسقطا للعبادة في احكام الدنيا واشتراط الايصاء فجاز من الثلث .

( والصلاة كالصوم ) يعني حكم الصلاة كحكم الصوم في جواز الاطعام عنها (باستحسان المشايخ ) لأن القياس عدم الجواز لأن الصلاة لا تؤدى بالمال حال الحياة فكذا بعد الممات إلا أن المشايخ استحسنوا في التجويز لما انها تشبه الصوم من حيث كونها عبادة بدنية ( وكل صلاة تعتبر بصوم يوم هو الصحيح ) .

( ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي ) احترز به عن قول محمد بن مقاتل فإنه قال يجب بصلاة يوم نصف صاع على قياس الصوم ثم رجع فقال كل صلاة فرض على حدة بمنزلة صوم يوم ، وعن الشافعي رضى الله عنه يطعم عن كل صلاة مد ، وفي النوازل روي عن محمد بن الحسن انه قال يتصدق لكل صلاة مدين من حنطة ، وبه قال الشافعي في القديم يصوم ويصلي عنه الولي يعني لو فعل يجوز وهو قول الزهرى وأبي ثور ومالك وداود وهو قول طاووس وقتادة والحسن رضى الله عنه ايضاً وعند أحمد رضى الله عنه يصوم الولي عنه النذر وهو مذهب ابن عباس ، ويطعم عنه في يوم رمضان ورواه الأثرم . واختار ابن عقيل ان صوم النذر كرمضان لا يصام عنه وقال احمد رضى الله عنه هذا يختص بالولي ، بل كل من يصوم عنه يجزئه .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد ) هذا غريب مرفوعاً وروي موقوفاً عن ابن عباس رضى الله عنه وابن عمر رضى الله عنه فحديث ابن عباس رضى الله عنه رواه النسائي في سننه الكبرى في الصوم من رواية عطاء عن ابي رباح رضى الله عنه عن ابن عباس رضى الله عنه قال : لا يصلي أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد ولكن يطعم عنه مكان كل يوم مدين من حنطة .

وحديث ابن عمر رواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب الوصايا عن ابن عمر قال « لا يصلين أحد عن أحد ولا يصوم أحد عن أحد » واستدل اصحابنا في هذا الباب بما روى الترمذي عن اشعث بن سوار عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ في رجل مات وعليه صيام « يطعم عنه كل يوم لمسكين » قلت وقال الترمذي ولا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه والصحيح عن ابن عمر انه موقوف وضعفه عبد الحق في احكامه.

حدثنا شعيب وابن أبي ليلى وقال البيهقي لا يصح هذا الحديث قال محمد بن ابي ليلى كثير الوهم ، وروى اصحاب نافع عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قوله وروى أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال حدثنا ابن نافع قال حدثنا محمد بن بشير عن محمد بن عبدالله بن سعيد المستملي عن اسحاق الازرق عن شريك عن ابن ابي ليلى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ « من مات وعليه رمضان فليطعم عنه مكان كل يوم نصف صاع لمسكين » .

فإن قلت روى البخاري من حديث عروة عن عائشة رضى الله عنها ان رسول الله ﷺ قال « من مات وعليه صيام صام عنه وليه » وروى ايضاً باسناده إلى مسلم البطين عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنه قال « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله إن امي ماتت وعليها صوم شهر افأقضيه عنها قال نعم فدين الله أحق أن يقضى » قلت المراد من حديث عائشة رضى الله عنها الاطعام الذى يقوم مقام الصوم مجاز ، بدليل حديث ابن عمر .

واما حديث ابن عباس ففي متنه اضطراب لأنه في رواية عطاء ومجاهد عن ابن عباس رضى الله عنه قالت امرأة للنبي ﷺ « ان اختي ماتت كذا في الصحيح » وفي رواية الحكم عن سعيد عن ابن عباس قالت امرأة للنبي ﷺ ان أمي ماتت وعليها صوم نذر كذا في الصحيح ايضاً . ولا يصح الاحتجاج به على انا نقول انما ذكر فيه القضاء وذلك يحصل بالاطعام فلا يراد الصيام .

صوم

ومن دخـــل في صلاة التطوع أو في صلاة التطوع ثم أفسده قضاه خلافاً للشافعي رضي الله عنه له انه تبرع بالمؤدى فـــلا يلزمه ما لم يتبرع به. ولنا أن المؤدى قربة وعمل فتجب صيانته بالمضي عن الابطال

---

فإن قلت يرد عليكم الحج حيث يقضى عن الميت قلت لا إيراد لأن كلامنـا في العبادة البدنية خالصة والحج عبادة تتعلق بالبدن والمال جميعاً .

( ومن دخل في صوم التطوع ) يعني شرع فيه ( او في صلاة التطوع ) أي شرع في صلاة التطوع ( ثم افسدها قضاه ) وهو قول أبي بكر رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنه وابراهيم النخعي والحسن البصري ومكحول وداود واسماعيل بن علية ( خلافـــاً الشافعي رحمه الله تعالى ) وبقوله قال احمد وقال مالك يلزمه الاتمام لكن لو افسدهـا لعذر كالسفر لا يلزمه القضاء في احد الروايتين عنه وبه قال ابو ثور ( له ) أي للشافعي رحمه الله ( انه تبرع بالمؤدى ) بفتح الدال المشددة ( فلا يلزمه ما لم يتبرع به ) لقوله تعالى ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ وهو محسن فيما يفعل ، فلو وجب عليه القضاء يكون عليه سبيل هذا كمن أخرج درهمين ليتصدق بهما فتصدق باحدهما ، لا يلزمه التصدق بالآخر.

( ولنا ان المؤدى قربة وعمل فتجب صيانته بالمضي عن الابطال ) قال الله تعـــالى ﴿ و تبطلوا اعمالكم ﴾ والنهى عن الابطال يوجب الاتمام فإذا ترك الاتمـام الواجب عليه يجب عليه القضاء كالنذر ، فإن قلت ابطال العمل غير متصور لأنه قبل العمل عدم وبعده متلاشى لأنه عرض وحال الموجود غير الموجود على التمام ، وايضاً على الابطال إذا طرأ على الموجود برفعه وإذا قارنه يمنعه ، والمنع في الموجود لا يسمى ابطالاً قلت لو لم يتصور ابطال العمل لم يرد به النهى كما في الآية المذكورة ، والنهى يقتضى التصور لا محـــالة ومطلقة للتحريم والترديد المذكور غير وارد لأن البطلان في اللغة هو الذهاب والتلاشي فإذا أضيف إلى العمل لا يراد به ذاته وتلاشيه بل يراد ذاته فوات الغرض المتعلق به ، وهو الثواب هنا .

فـإن ، قلت روى أبو داود والترمذي والنسائي حديث أم هانيء مرفوعاً « الصائم

المتطوع امير نفسه ان شاء صام وان شاء افطر » وقال الاترازي وفي بعض الروايات إن شئت فاقضه وإن شئت فلا قال ذلك محمول على عدم وجوب القضاء على الفور ، قلت قوله وفي بعض الروايات الخ ليس بمذكور في رواية المذكورين ويكفي هنا ان يقول هـذا الحديث مختلف في لفظه وتكلم عليه البيهقي رضى الله عنه ، وقال النسائي وفيه سماك بن حرب وقد اختلف عليه وليس هو مما يعتمد عليه إذا انفرد في الحديث .

فإن قلت روى البخاري عن أبي جحيفة رحمه الله قال آخى رسول الله ﷺ بين سلمان وأبي الدرداء . الحديث ، وفيه فجاء أبو الدرداء فيصنع له طعامـاً فقال كل فإني صائم فقال : ما أنا آكل حتى تأكل فأكل وفيه فأتى النبي ﷺ فذكر له ذلك فقال عليـه الصلاة والسلام : صدق سلمان وجعله عليه الصلاة والسلام بقوله صدق سلمان ولم يأمره بالقضاء قلت كان الفطر لعذر الضيافة وقد أمر بالقضاء في غيره من الأحاديث .

وقال الكاكى وروي عن عائشة رضى الله عنها وحفصة رضى الله عنها قالتا كنـا صائمتين متطوعتين فأهدى لنا طعام فافطرنا فدخل علينا رسول الله ﷺ فسألته حفصة عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام اقضيا يوماً مكانـه ، ذكره في الموطأ والترمذي والنسائي انتهى .

قلت لم اره في الترمذي ولا النسائي وانما رواه الـبزار والطبراني في الاوسط وفي الطبراني ايضاً عن أبي ربيعة إهديت لعائشة وحفصة هـدية وهما صائمتان فأكلتا منها . فذكرتا ذلك للنبي ﷺ قال « اقضيا يوماً مكانه ولا تعودان » وفي اسناده محمد بن أبي سلمة المـكي ذكره العقلي في الضعفاء ، قال لا يتابع على حديثه .

وروى ابن حزم هذا الحديث عن جرير بن حازم عن يحيى بن سعيد الانصاري عن عمر عن عائشة رضى الله عنها ثم قال وقد صح القضاء بالافطار في ذلك .

ويروى في الموطأ من عدة طرق مرسلا وقال الدارقطني فيه فرج وجرير فخـالفهما حماد بن زيد وعباد بن العوام ويحيى بن ايوب رضى الله عنهم فرووه عن يحيى بن سعيد بن علي وهم جملة من العدول الثقات وقال ابن الحصار ايضاً هذا سند صحيح ورجـاله رجال

وإذا وجب المضي وجب القضاء بتركه . ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في أحد الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر

---

الصحيحين ولا يضره الارسال ، وقال أبو الفرج لا يقبل طعن الدارقطني ، إذا انفرد به لما عرف من عصبيته .

فإن قلت أخرج مسلم عن عائشة رضى الله عنها أم المؤمنين رضى الله عنهاقالت دخل النبي ﷺ ذات يوم فقال هل عندكم شيء قالت لا قال اني صائم ثم اتى يوماً آخر فقلنا يا رسول الله اهدى لنا حيس فقال ارأيته فلقد اصبحت صائماً فأكل فعلم انه غير لازم ، قلت زاد النسائي فيه ولكن يصوم يوماً مكانه ، وصحح هذه الزيادة أبو محمد بن عبد الحق .

فإن قلت روى الدارقطني عن أم سلمة رضى الله عنها أن النبي ﷺ ، كان يصبح صائماً وهو يريد الصوم فيقول اعندكم شيء فنقول لعله يصبح صائماً فيقول بلى ، ولكن لا بأس أن افطر ما لم يكن نذراً وقضاء من رمضان قلت في سنده محمد بن عبدالله العذري ولا يحتج به فإن قلت روى أبو احمد من حديث جعفر بن الزبير عن القاسم عن أبي أسامة عن النبي ﷺ انه قال من كان صام تطوعاً فهو بالخيار ما بينه وبين نصف النهار قلت جعفر بن الزبير متروك ، وكان رجلا صالحاً ذكره القرطبي ، فلو كان ثابتاً لكان بياناً لصحة الشروع في الصوم لأنه لا يصح شروعه بعد نصف النهار .

( وإذا وجب المضي وجب القضاء بتركه ) لأنه لو لم يلزم القضاء يلزم ابطال العمل واللازم منتف بقوله تعالى ﴿ ولا تبطلوا اعمالكم ﴾ فينتفي الملزوم وهو عدم لزوم القضاء .

( ثم عندنا لا يباح الافطار فيه ) أى في الصوم وكان هذا بيان لمبنى الاختلاف وهو ان الافطار بعد الشروع ليس بمباح . ( بغير عذر في احدى الروايتين لما بين ويباح بعذر ) وذكر الكرخي رحمه الله والرازي رحمه الله عن الاصحاب انه لا يباح له الفطر إلا بعذر ( والضيافة عذر ) أي على الاظهر وفي المبسوط والمجتبى والاظهر عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الضيافة عذر ، وهو رواية هشام عن محمد وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله

عنه لا تكون عذراً وفي المرغيناني الصحيح من المذهب ان صاحب الدعوة إذا كان يرضى بمجرد حضوره لا يفطر ومسألة اليمين على هذا التفصيل .

وفي المحيط ان حلف بطلاق امرأته يفطر في التطوع دون الفرض وهو قول أبي الليث وقال في الدراية واختلف المشايخ فيمن حلف بطلاق امرأته أن يطلق قـــال ابو الليث الاولى ان يفطر وقال نصير وخلف بن ايوب لا يفطر ودعه يحنث وهذا كله قبل الزوال وبعده لا يفطر إلا إذا كان في تركه عقوق الوالدين أو أحـــدهما وفي الفرض والواجب لايفطر إلا بعذر والضيافة ليست بعذر وكذا السفر الذي إن شاء فيه وعذر فيما عداه ، والمرض عذر في الايام كلها ذكر ذلك في الذخيرة وروى بشر عن أبي يوسف إذا كان صائماً في ظهار أو نذر أو قضاء رمضان لا يفطر وان أفطر يصوم يوماً مكانه .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( افطر واقض يوماً مكانه ) قال الاترازي هذا ليس بحديث النبي ﷺ بل هو من كلام الصحابة رضي الله عنهم قلت هذا وهم فاحش فقد رواه أبو داود الطيالسي في مسنده من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، قال صنع رجل طعاماً ودعى رسول الله ﷺ نظر اخوك تكلف وصنع لك طعاماً افطر واقض يوماً مكانه وروى نحوه الدارقطني من حديث محمد بن المنكدر عن جابر عن عبدالله رضي الله عنه وفي آخره تقول اني صائم كل وصم يوماً مكانه .

( وإذا بلغ الصبي أو اسلم الكافر في رمضان ) أي في يوم من ايام رمضان ( امسكا بقية يومهما ) وكذلك الحائض إذا طهرت والنفساء والمجنون إذا افاق والمريض إذا برء والمسافر إذا اقام فحكم هؤلاء في الامساك عن المفطرات سواء وهكذا كل معذور زال عذره بعد طلوع الفجر ، اما لو زال قبل طلوع الفجر لزمه الصوم .

وبقولنا قال أحمد في أصح الروايتين وبعض اصحاب الشافعي رضي الله عنه وأبو ثور وهو قول الاوزاعي والحسن بن جني واسحاق وابن الماجشون وقال الشافعي ومالك وداود

قضاء لحق الوقت بالتشبيه ولو أفطر فيه لا قضاء عليهما ) لأن الصوم غير واجب فيه. صاما ما بعده لتحقق السبب والأهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب ،

---

رضى الله عنهم ، يستحب الامساك ولا يلزم لأن هذا شخص لا يلزمه الصوم لا ظاهراً ولا باطنا فلا يلزمه الامساك كما في حالة العذر .

( قضاء لحق الوقت بالتشبيه ) يعنى لقضاء حق الوقت بالتشبيه بالصائمين ولئلاتعرض نفسهم للتهمة ، وفي النهاية اختلفوا في امساك بقية اليوم انه على طريق الاستحباب ، لأنه مفطر فكيف يجب عليه الكف عن المفطرات. وقال الشيخ الإمام الزاهد الصفار رحمه الله الصحيح ان ذلك على طريق الاستحباب انتهى .

وعلى قول ابن شجاع لا خلاف بيننا وبين الشافعي رضى الله عنه ومن معه (ولو افطر) أي الصبى الذي بلغ والكافر الذى اسلم ( فيه ) أى في اليوم الذى بلغ فيه الصبي واسلم الكافر ( لا قضاء عليهما لأن الصوم غير واجب فيه ) وقال زفر واسحاق واحمد في رواية يجب القضاء قياساً على الصلاة وإذا بلغ الصبى قبل الزوال يكون صائماً نفـلا إذا نوى الصوم في ظاهر الرواية ، لأنه أهل للنفل بخلاف الكافر وعن أبي يوسف رحمه الله يجوز صومه عن الفرض بخلاف الكافر وقيل الكافر كذلك عنه ولو اسلم في غير رمضان ونوى قبل الزوال كان صائما حتى لو أفطر يلزمه قضاؤه .

وفي خزانة المفتيين لا يصح نفلا ولا فرضاً بخلاف خارج رمضان حيث يكون نفلا في حق الصبي ولا يتعلق به اللزوم وفي المحيط اذا اسلم بعد الطلوع لا يصح صومه لا فرضاً ولا نفلاً وقيل يصح نفلاً وفي ظاهر الرواية لا يصح وإذا قدم المسافر من سفره قبل الزوال وكان قد نوى الافطار فنوى الصوم أجزأه ، وان كان في رمضان وجب عليـه الصوم لزوال المرض في وقت النية وكذا لو كان مقيما في اول الوقت فسافر لا يباح له الفطر ، ولو افطر فيها لا تجب الكفارة .

( صاما ما بعده لتحقق السبب ) وهو شهود الشهر ( والاهليـة ) الإسلام والبلوغ ( ولم يقضيا يومهما ) الذى بلغ فيه الصبي وأسلم الكافر (ولا ما مضى من الأيام لعدم الخطاب)

وهذا بخلاف الصلاة ولأن السبب فيها الجزء المتصل بالأداء فوجدت الأهلية عنده وفي الصوم الجزء الأول والأهلية منعدمة عنـــده ، وعن أبي يوسف رحمه الله انه إذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه القضاء لأنه أدرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزأ وجوباً وأهلية الوجوب ، منعدمة في أوله

---

لأن الخطـــاب يكون عند الأهلية وكانت منتفية ، فإن قلت انتفـاء الاهلية في اول النهار لا يمنع وجوب القضاء فإن المجنون إذا افاق في يوم رمضان قبل الزوال والاكل ونوى الصوم يقع عن الفرض ، ولو افطر يجب عليه القضاء مع ان الصوم لم يكن واجبـاً عليه في ذلك وقت طلوع الفجر قلت ، لا نسلم ان الوجوب لم يكن ثابتاً عليـــه في ذلك الوقت بل الوجوب في حقه كان ثابتاً إلا انه لم يظهر اثره عند الاستغراق، فإذا لم يستغرق ظهر اثر الوجوب .

( وهذا بخلاف الصلاة ) أى هذا الحكم الذي ذكرنا بخلاف الصلاة وهو عدم وجوب قضاء صوم ذلك اليوم الذي بلغ فيه الصبي أو أسلم الكافر بخلاف الصلاة يجب قضاءها إذا بلغ أو اسلم في بعض الوقت ( لأن السبب ) أى السبب في وجوب الصلاة ( فيها ) أى في الصلاة ( الجزء المتصل بالاداء فوجدت الأهلية عنده وفي الصوم الجزء الأول والأهلية معدومة عنده ) أى عند الجزء الأول .

( وعن أبي يوسف رحمه الله انه إذا زال الكفر ) عن الكافر ( والصبا ) أي وإذا زال الصبا عن الصبي ( قبل الزوال فعليه القضاء لأنه ادرك وقت النية ) وهو كمن اصبح ناويا للفطر ثم نوى قبل الزوال ان الصوم اجزأه ولا شك ان نية الفطر منافيـة للصوم لكنها منافية حكماً لا حقيقة ، فلا تمنع نية الصوم قبل الزوال، وكذا الكفر مناف للصوم حكماً لا حقيقة فلا تمنع نية الصوم قبل الزوال ( وجه الظاهر ) أى وجـه ظاهر الرواية ( أن الصوم لا يتجزأ وجوبا ) أى من حيث الوجوب ( واهلية الوجوب منعدمة في اوله ) أى في اول اليوم ، بيانه ان الصوم لما لم يجب عليه في اول اليوم لعدم اهلية الوجوب في

إلا أن للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لأن الكافر ليس من أهل التطوع أيضاً والصبي أهل له . وإذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه لأن السفر لا ينافي أهلية الوجوب ولا صحة الشروع وإن كان في رمضان

---

البقية لأن الصوم اليوم الواجب ، في الوجوب لا يتجزأ فلا يجب القضاء .

( إلا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة ) أشار بهذا الاستثناء إلى الفرق بين حكم الصبي وحكم الكافر في هذه الصورة وهي ما إذا بلغ الصبي قبل الزوال أو اسلم الكافر قبل الزوال وبيان الفرق بينهما ان الصبي إذا نوى التطوع يصح لأنه أهل له قبل البلوغ. والكافر الذي اسلم ونوى التطوع لا يصح وهو معنى قوله ( دون الكافر ) لعدم الاهلية ( على ما قالوا ) اشارة إلى الاختلاف بين المشايخ فعامة المشايخ على ما ذكر من الفرق ، ان الكافر إذا نوى التطوع بعدما اسلم قبل الزوال لا يصح ، وان الصبي إذا نوى لذلك يصح ، وذكر في الجامع الصغير ، الصغير يبلغ والكافر يسلم قال هما سواء .

وفي المنتقى عن أبي يوسف رحمه الله أنه سوى بينهما ، وقال يكون تطوعاً منهما جميعاً ( لأن الكافر ليس بأهل التطوع ايضاً والصبي أهل له ) هذا التعليل كقول عامة المشايخ الذين فرقوا بينهما ولا ترد مسألة المجنون لأنه لو افاق في نهار رمضان ولم يكن أكل شيئاً فنوى الصوم حيث يقع صومه عن الفرض لأن الجنون إذا لم يستوعب لا ينافي اهلية الوجوب . اما الصبا والكفر فينافيان اهلية الوجوب .

( وإذا نوى المسافر الافطار ) يعني في غير رمضان بدليل قوله فيما بعده وان كان في رمضان ( ثم قدم إلى المصر ) أي مصره ( قبل الزوال فنوى الصوم أجزأه لأن السفر لا ينافي اهلية الوجوب ) أي وجوب الصوم ولهذا يصح اداؤه في السفر ( ولا صحة الشروع لأنه لو صام صح وان كان في رمضان ) أي وان كان المسافر الذي ينوي الافطار وقدم مصره قبل الزوال في رمضان قال الاترازي هذا تكرار من المصنف لأن ما قبله ايضاً في مسافر قدم المصر قبل الزوال في رمضان بدلالة التعليل بقوله لأن السفر لا ينافى

فعليه أن يصوم لزوال المرخص في وقت النية. ألا ترى أنه لو كان مقيماً في أول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحاً لجانب الاقامة فهذا أولى ، إلا أنه إذا أفطر في المسألتين لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح . ومن أغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه

---

اهلية الوجوب، ومثل هذا الكلام لا يستعمل في النفل. قلت قال السغناقي ان المراد من قوله وإذا نوى المسافر الافطار في غير رمضان كما ذكرنا عن قريب فهذا اولى من حمل كلام المصنف على التكرار .

وكذا قال الاكمل ان الاولى في غير رمضان والثانية في رمضان فلا يلزم تكرار ، وقال تاج الشريعة رحمه الله قوله وإذا نوى المسافر الافطار ثم قدم إلى المصر قبل الزوال فنوى الصوم إن كان مراده من هذا الصوم تطوعاً، فيكون من الوجوب في قوله لاينافى اهلية الوجوب الثبوت ، وان كان نذراً معيناً فالمراد الوجوب الاصطلاحي ، وانما قلت كذلك لأنه ذكر بعده وان كان في رمضان انتهى .

قلت يمكن الرد بالشق الأول على تعليل الاترازي في دعواه التكرار في كلام المصنف فليتأمل ( فعليه ان يصوم لزوال المرخص ) وهو السفر ( في وقت النية ألا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحاً لجانب الاقامة ) على جانب السفر لعروضه على الاقامة التي هي الاصل ( فهذا اولى ) يعني ترجيح الاقامة اولى وجه الأولوية ان المرخص وهو السفر وهو قائم في وقت الافطار في تلك المسألة ومع ذلك لم يبح له الافطار فلا يباح في هذه المسألة وهو ليس بقائم فيه اولى ( إلا انه ) أى إلا أن الرجل المذكور ( إذا أفطر في المسألتين ) يعني فى مسألة الذي قام ومسألة المقيم الذي سافر ( لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ) وهو السفر لأنه في الأصل مبيح للفطر فإذا قترن بالسبب الموجب للكفارة يكون مورثا بشبهة مسقطة للكفارة ، وان لم يصر الفطر مباحاً له بمنزلة النكاح الفاسد يكون مسقطا للحد وان لم يكن مبيحاً للوطىء .

( ومن اغمى عليه فى رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه

وهو الامساك المقرون بالنية ، إذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية ، وان أغمي عليه أول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا . وقال مالك « رض » لايقضي ما بعده لأن صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف ، وعندنا لا بد من النية لكل يوم لأنها عبادات متفرقة لأنه يتخلل بين كل يومـــين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف ،

---

وهو الامساك المقرون بالنية إذ الظاهر وجودها ) أي وجود النية ( منه وقضى ما بعده لانعدام النية ) أي قضى ما بعد ذلك اليوم الذى حدث فيه الاغماء لعدم النية فيه لأن الاغماء يمنع وجود النية ولا يصح الصوم بدونها ، ولو كان الرجل الذى اغمى عليـه في رمضان منتهكا قد اعتاد الفطر فى رمضان أو كان مسافراً فيه يقضى الكل لعدم النية فى الكل ، ( وان اغمى عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنـا ) أشار به إلى قوله لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية .

( وقال مالك لا يقضى ما بعده لأن صوم رمضان يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف) لأن الله تعالى اوجب الصوم باسم الشهر وانه شيء واحد وانما رخص له الفطر بالليالي ليتمكن من الأداء فاعتبر الشهور فى حق الشهر النية شيئاً واحداً كالاعتكاف لا يحتاج فيه نية لكل يوم .

( وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها ) أى لأن صيام الشهر ( عبـادات متفرقة ) أى صوم كل يوم عبادة وحدها ألا ترى أن الفساد في الأصل لا يمنع صحة الباقي ، فكانت كصلاة مختلفة فيستدعي لكل نية واحدة ( لأنه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان هذه العبادة) وهو الليالي فيبقى صوم كل يوم عبادة طول الشهر فيحتاج إلى تعداد النية بتعداد الايام ولا عبادة إلا بالنية ( بخلاف الاعتكاف ) لأنه لم يتخلل بين كل يومين فيـه ما ليس بزمان العبادة إذ الليل ايضاً وقت الاعتكاف ولهذا يفسد بوجود المفسد في الليل ، فكان شيئاً واحداً فيكفيه نية واحدة .

**ومن أغمي عليه في رمضان كله قضاه لأنه نوع مرض يضعف القوي ولا يزيل الحجى فيصير ، عذراً في التأخير لا في الاسقاط ومن جن في رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء**

---

( ومن اغمي عليه في رمضان كله قضاه ) أي قضى كل رمضان هذا بالاجماع إلا ما روي عن الحسن البصري وابن شريح من اصحاب الشافعي «رض» فيما إذا استوعب لا قضاء عليه كما في المجنون لأن سبب وجوب الاداء وهو شهود الشهر لم يتحقق موجباً في حقه لعدم الفهم، ووجوب القضاء يبنى عليه ( لأنه نوع مرض ) أي لأن الأغماء نوع مرض ( يضعف القوى ولا يزيل الحجى) بكسر الحاء المهملة وفتح الجيم مقصوراً وهو العقل ، ألا ترى أن الانبياء صلوات الله عليهم كانوا يثبتون بالاغماء دون الجنون لأنه منفى عنهم ، والفرق بينهما أن العقل يكون في الاغماء مغلوباً وفي الجنون مسلوباً ( فيصير ) أى الإغماء ( عذراً في التأخير ) أي في تأخير الصوم إلى وقت زوال الاغماء ( لا في الاسقاط ) أى لا يكون عذراً في اسقاط بالكلية .

( ومن جن رمضان كله لم يقضه ) أى إذا جن قبل غروب الشمس من أول الليلة لأنه لو كان مفيقاً في أول الليلة ثم جن رمضان كله إلى آخر الشهر قضى صوم الشهر كله بالاتفاق غير يوم تلك الليلة .

ذكر شمس الأئمة في أصوله وفي جمع النوازل إذا افاق اول ليلة من رمضان ثم اصبح مجنوناً واستوعب الشهر اختلف فيه أئمة بخارى والفتوى على انه لا يلزمه القضاء لأن الليلة لا يصام فيها وكذا لو أفاق في ليلة من وسطه أو في آخر يوم من رمضان بعد الزوال كما في المجتبى . وقال الحلواني رحمه الله المراد من قوله كله مقدار ما يمكنه ابتداء الصوم ، حتى لو افاق بعد الزوال من اليوم الآخر من رمضان لا يلزمه القضاء لأنه لا يصح فيه كالليل هو الصحيح ، كذا في فتاوى قاضيخان .

( خلافاً لمالك ) فإن عنده يقضيه ، وبه قال أحمد في رواية وابن شريح من اصحاب الشافعي «رض» ( هو ) أى مالك ( يعتبره ) أى يعتبر حكم هذا ( بالاغماء ) لأن الجنون المستوعب لا ينافي اهلية الوجوب قياساً على الاغماء إذا استوعب فلا يمنع الوجوب كغيره

ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج . وان أفاق المجنون في بعضه قضى ما مضى من الشهر خلافاً لزفر « رح » والشافعي « رح » ، هما يقولان لم يجب عليه الأداء لانعدام الأهلية والقضاء يرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا أن السبب قد وجد وهو الشهر والأهلية بالذمة

---

المستوعب ( ولنا أن المسقط ) أي للوجوب ( هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة ) لأن المغمى عليه لا يأكل ولا يشرب ) وصومه إلى شهر بلا أكل وشرب نادر فإذا كان كذلك ( فلا حرج ) لندرته ( والجنون يستوعبه ) أي يستوعب الشهر ( فيتحقق الحرج ) والاسقاط يتعلق بالحرج .

( إن افاق المجنون في بعضه ) في بعض شهر رمضان ( قضى ما مضى من الشهر خلافاً لزفر والشافعي ) في الجديد وأحمد وأبي ثور ( هما يقولان ) أى زفر والشافعي رحمها الله يقولان ( لم يجب عليه الاداء لانعدام الأهلية والقضاء يرتب عليه ) أى الاداء والاداء لا يجب عليه بالاتفاق فكذلك القضاء قياساً عليه كذا ، ذكر الإمام علاء الدين السمرقندي رحمه الله في طريقة الخلاف أن مذهبها قياساً ومذهبنا استحساناً ( وصار كالمستوعب ) يعني في اسقاط كل اعتبار للبعض بالكل .

( ولنا ) وجه الاستحسان ( ان السبب قد وجد وهو الشهر ) لقوله تعالى ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه ﴾ ١٨٥ البقرة ، والمراد بعض الشهر لأن السبب لو كان كله لوقع الصوم في شوال فكان تقدير الآية والله أعلم فمن شهد منكم بعض الشهر فليصم الشهر كله فإن الضمير يرجع إلى المذكور دون المضمر ( والاهلية بالذمة ) الاهلية مرفوع بالابتداء ، وقوله بالذمة خبره وهو جواب عن سؤال مقدر تقديره ، أن يقال ، يجوز أن يمنع من ذلك مانع وهو عدم الاهلية فيما مضى فاجاب بان الاهلية للوجوب بالذمة وهي كونه اهلا للايجاب ، وهي موجودة لأنها بالذمة ، والذمه في الأصل العهدة ، ولهذا سمي قابل الجزية ذميا

وفي الوجوب فائدة، وهو صيرورته مطلوباً على وجه لا يخرج في أدائه بخلاف المستوعب لأنه يخرج من الأداء فلا فائدة، وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الأصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية ، وعن محمد « رح » انه فرق بينهما لأنه إذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب بخلاف ما إذا بلغ عاقلاً ثم جن

---

لكونه معاهداً ، وسمي محل التزام العهد وهو الرقبة بالذمة مجازاً إطلاقاً لاسم الحال على المحل . ثم قال هكذا لقائل ان يقول لو كان ما ذكرتم صحيحاً لوجب على المستغرق أيضاً فأجاب بقوله ( وفي الوجوب فائدة وهو ) أي الفائدة ذكرها باعتبار المذكور .

وفي بعض النسخ وهي على الاصل (صيرورته مطلوباً على وجه لا يخرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يخرج في الاداء فلا فائدة فيه) ولهذا قلنا في النائم والمغمى عليه يجب عليهما القضاء ان استوعب النوم والأغماء شهراً لعدم الحرج .

فإن قلت زفر والشافعي استدلا ايضاً بقوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق قلت المراد منه رفع تكليف الاداء لانفي أصل الوجوب ولهذا يجب على النائم القضاء .

( وتمامه في الخلافيات ) أي تمام البحث المذكور مذكور في الكتب المتعلقة بذكر الخلافيات ( ثم لا فرق بين الاصلي ) أي بين المجنون الاصلي وهو أن يدرك مجنوناً ( والعارضي ) أي المجنون العارض وهو ان يدرك مفيقا ثم جن يعني لا فرق بينهما حيث يلزمه القضاء ما مضى ثم ( قيل هذا ) أي عدم الفرق بين الجنونين .

( في ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما ) أي بين الجنونين ( لانه ) أي لأن الصبي ( إذا بلغ مجنوناً التحق بالصبي فانعدم الخطاب ) في حقه إذا افاق في بعض الشهر ليس عليه قضاء ما مضى لأن ابتداء الخطاب وجه اليه الآن فكان كصبي ثم بلغ، وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه قال : القياس هكذا إلا اني استحسن بأن يقضي ما مضى في الجنون الاصلي إذا افاق في بعض الشهر كما في الجنون العارضي .

( بخلاف ما إذا بلغ عاقلاً ثم جن ) يعني لا يلحق بالصبي فلزمه قضاء ما مضى

وهذا مختار بعض المتأخرين . ومن لم ينو في رمضان كله لا صوماً ولا فطراً فعليه قضاؤه وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لأن الامساك مستحق عليه فعلى أي وجه يؤديه يقع عنه كما إذا وهب كل النصاب من الفقير

---

( وهذا ) أي المروى عن محمد ( مختار بعض المتأخرين ) منهم الإمام أبو عبدالله رحمه الله الجرجاني والامام الربيعي والإمام الزاهد الصغار في المبسوط المحفوظ عن محمد انه لا يقضي مامضى في الاصل كالصبي ولا رواية عن أبي حنيفة رحمه الله واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه والاصح ، انه ليس عليه قضاء ما مضى وبه قال ابن الماجشون المالكي وفي البدائع الجنون العارضي ، اذا افاق في أوله أو في وسطه أو في آخره قضى جميعه . وفي الاصلي روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه سوى بينهما .

( ومن لم ينو في رمضان كله لا صوماً ولا فطراً فعليه قضاؤه) هذه المسألة من خواص الجامع الصغير ، ثم لا بد من التأويل لهذه المسألة لما أن دلاله حال المسلم كافية لوجود النية ألا ترى ان من اغمى عليه بعدما غربت الشمس من الليلة الاولى من رمضان انه يصير صائماً في يومها ولم يعرف منه نية الصوم ولا الفطر لما إنا حملنا أمره على النية على ظاهر حاله .

قال السغناقي ثم قال مشايخنا تأويل هذه المسألة أن يكون مريضاً أو مسافراً أو منتهكاً اعتاد الفطر في رمضان حتى لا يصلح حاله دليلاً على العزيمة ونية الصوم ، كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله .

( وقال زفر يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم ) أبو شجاع هو الذي روى هذا القول عن زفر وروي هكذا عن عطاء ومجاهد واستبعدوا هذا من زفر رحمه الله وكان الكرخي ينكر أن يكون هذا مذهبه عنه ويقول مذهبه انه يتأدى كله بنية واحدة ، وهو قول مالك واسحاق ورواية عن احمد وانما قيد بالصحيح والمقيم لأن المريض والمسافر لا بد لهم من النية بالاتفاق ( لأن الامساك مستحق عليه فعلى أى وجه يؤديه يقع عنه ) لأنه متعين بأصله ووصفه بتعيين الله عز وجل فلما لم يلزم تعيين الوصف لم يلزمه تعيين الاصل لتبعيته ( كما إذا وهب كل النصاب من الفقير ) فإنه تسقط عنه الزكاة.

ولنا ان المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة إلا بالنية وفي هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكاة ومن أصبح غير ناوٍ للصوم فأكل لا كفارة عليه عند أبي حنيفة « رح» وقال زفر « رح » عليه الكفارة لأنه لايتأدى غير النية عنده وقال أبو يوسف ومحمد « رح» إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لأنه فوت امكان التحصيل ، فصار كغاصب الغاصب

---

( ولنا أن المستحق الامساك بجهة العبادة ولا عبادة إلا بالنيـة ) لقوله عليه الصلاة والسلام الأعمال بالنيات (وفى هبة النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكاة) باختيار المحل ووجد معنى القربة لحاجـة المحل ألا ترى ان من وهب الفقير شيئاً لا يملك الرجوع لحصول الثواب له فإن قلت اعطاء النصاب لفقير واحد للزكاة باطل عند زفر فكيف ذكر الجواز ها هنا على مذهبه؟

قلت قالوا جاز أن يكون المراد منه أي على مذهبكم وقيل تأويله أن يكون الفقير مديونا فعند ذلك يجوز اداء النصاب زكاة بالاتفاق .

(ومن أصبح غير ناو) أي حال كونه غير ناو (للصوم فأكل لا كفارة عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ) سواء أكل قبل الزوال أو بعده وكذا لو جامع ، وبقول أبي حنيفة قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله ٠

(وقال زفر عليه الكفارة لأنه يتأدى عنده بدون النية ) يعنى النية ليست بشرط ( وقالا ) أي قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ( إذا أكل قبل الزوال تجب الكفارة لأنه فوت امكان التحصيل ) أى تحصيل الصوم لأن قبل الزوال يجب الحكم موقوفاً على أن يصير صوما قبل نصف النهار ، فصار بأكله مفوتا لإمكان تحصيل الصوم اما بعد الزوال فإمساكه غير موقوف على ذلك فلا يصير مفوتا ، فلا كفارة عليه . قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المشهور عن محمد رحمه الله انه مع أبى حنيفة رحمه الله (فصار كغاصب الغاصب ) فان المغصوب كمـــا يضمن الغاصب الاول لتفويت الاصل يضمن

ولأبي حنيفة « رح » ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع إذ لا صوم إلا بالنيـة. وإذا حاضت المرأة ونفست أفطرت وقضت بخلاف الصلاة لأنها تخرج في قضائها وقد مر في الصلاة وإذا قدم المسافر أو طهرت الحائض في بعض النهار ، امسكا بقية يومهما ، وقال الشافعي « رح » لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلاً للزوم ولم يكن كذلك في أول اليوم وهو يقول التشبيه خلف فلا يجب إلا على من

---

غاصب الغاصب لتفويت امكان الرد .

( ولأبى حنيفة رحمه ان الكفارة تعلقت بالافساد) أي بافساد الصوم(وهذا امتناع) أى عن الصوم لا إفساده( إذ لا صوم إلا بالنية ) فلا كفارة عليه لأنه غير صائم .

( ولو حاضت المرأة أو نفست ) بضم النون أي صارت نفساء ( افطرت وقضت ) أي الصوم ( بخلاف الصلاة ) لا تقضى الصلاة ( لانها تخرج ) يقع فيها الحرج (فى قضائها) لكثرتها (وقد مر فى الصلاة) أي بيان الفرق بين الصوم والصلاة فى وجوب قضاء الصوم دون الصلاة فى باب الحيض .

فإن قلت هذه المسألة مكررة لأنه ذكرها فى باب الحيض قلت ذكر فى باب الحيض أن الحائض لا تصوم لكن لم تذكر ان الصائمة إذا حاضت افطرت .

( وإذا قدم المسافر ) أي مصره ( أو طهرت الحائض فى بعض النهـــار امسكا بقية يومهما ) عن كل ما يمسك عنه الصائم تعظيما للوقت ( وقال الشافعى لا يجب الامساك ) يعنى فى بقية يومهما ( وعلى هذا الخلاف ) يعنى بيننا وبين الشافعى ( كل من صار اهلا للزوم ) أى للزوم الامساك ( ولم يكن كذلك ) أى والحـــال انه لم يكن اهـلا للزوم الامساك ( في أول اليوم ) مثل الكافر يسلم والصبي يبلغ والمجنون يفيق في بعض النهار فانهم يؤمرون بالامساك بقية يومهم خلافا للشافعي .

( هو ) أي الشافعي ( يقول التشبيه خلف ) أى عن الصوم ( فلا يجب إلا على من

يتحقق الأصل في حقه كالمفطر متعمداً أو مخطئاً ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت أصلاً لا خلفاً، لأنه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبيه حسب تحققه عن الصوم

---

يتحقق الاصل ) وهو الصوم ( فى حقه كالمفطر متعمداً ) أى كالذي أفطر عمداً ( أو مخطئا ) أى كالذى افطر حال كونه مخطئاً كالذى أكل يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان او تسحر على ظن انه ليل وكان الفجر طالعاً ، أو كالذى اخطأ فى المضمضة ونزل الماء فى جوفه لا يفطر عنده، وفى الكافى الاصل عنده، من كان له الاصل مباحاً فى اول اليوم ، ظاهراً أو باطناً لا يلزمه الامساك فى بقية يومه ففى الفطر عمداً أو خطأ يلزمه الامساك اجماعاً وفي الحائض والنفساء لا يجب اجماعاً ، فإن قيل ما وجه قوله أو مخطئا وعند الشافعي رحمه الله لا يتحقق الفطر بالخطأ قلنا ، المراد بالخطأ من لم يصح صومه اليوم عنده لعدم قصده في افساد صومه كمن أكل يوم الشك ثم ظهر انه من رمضان فإنه يتحقق منه الأفطار، وها هنا يجب التشبه بالاتفاق .

( ولنا أنه ) أي أن التشبيه ( وجب قضاء لحق الوقت اصلا ) أي من حيث الأصل ( لا خلفا ) أى لا من حيث الخلفية ( لأنه وقت معظم ) ولهذا وجبت الكفارة على المفطر فيه عمداً دون غيره وإذا كان معظما وجب قضاء حقه بالصوم ، إن كان اهلا وبالامساك إن لم يكن خلفاً ( بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب ) أى الأمساك ( عليهم حال قيام هذه الأعذار ) وهي الحيض والنفاس والمرض والسفر .

( لتحقق المانع عن التشبيه ) اما في الحائض والنفساء فإن الصوم عليها حرام والتشبه بالحرام حرام وما في المريض والمسافر فلأن الرخصة في حقهما باعتبار الحرج فلو الزمنا التشبيه عاد على موضوعتها له ( حسب تحققه عن الصوم ) أي مثل تحقق المانع عن الصوم اراد أن المانع من التشبيه متحقق كما أن المانع من الصوم متحقق، وذلك لأن ما كان حراما كان ما يشبه حراما كعبادة الصنم فانها حرام والصلاة بين يديه ايضاً مكروه لمشابهته عبادة الصنم .

قال وإذا تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو قد طلـع ، أو أفطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فإذا هي لم تغرب أمسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن أو نفياً للتهمة وعليه القضـاء لأنه حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ، ولا كفارة عليه ، لأن الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر بن الخطاب « رض » مـا تجانفنا لاثم

---

( قال وإذا تسحر ) في اكثر النسخ قال وإذا تسحر أى قال القدوري ( وهو يظن ) بضم الياء وفتح الظاء أي والحال انه يظن وفي بعض النسخ وهو الظن والمرادمن الظن غلبة الظن حتى لو كان شاكاً تجب الكفارة كذا ذكره الإمام حميد الدين الضرير وحافظ الدين النسفي في مستصفاه . قال الاترازي ذلك لا يصح على اطلاقه ، لأن الرواية في أكل المتسحر الشاك بخلاف ذلك ألا ترى إلى ماذكره في شرح الطحاوي رحمـه الله ، لو شك في طلوع الفجر فالافضل له أن لا يتسحر فإن تسحر مع الشك لم يفسد صومه ولا قضاء عليه لأنه في يقين من الليل وشك في النهار ، والأصل أن اليقين لا يزول بالشك إلا إذا تسحر واكبر راية أن الفجر طالع وقت السحر واجب الينا أن يقضي ثم قال ، كذا ذكر في كتاب الصوم.

( أن الفجر لم يطلع فإذا هو قد طلع أو أفطر وهو يرى ان الشمس قـد غربت فإذا هي لم تغرب أمسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن أو نفيا ) أى لأجل النفي ( للتهمة ) فانه إذا أكل ولا عذر به اتهمه الناس بالفسق والتحرز عن مواضع التهمـة واجب بالحديث ( وعليه القضاء ) خلافاً لابن أبي ليلى وعطاء والحسن ومجاهد واسحاق بن راهوية وداود والمزني فان عندهم لا يجب عليه القضاء لأن صومه لا يفسد ( لأنه ) أي لأن فوات الاداء ( حق مضمون بالمثل ) شرعاً فاذا فوته قضاه ( كما في المريض والمسافر ) أى كما يقضي المريض والمسافر بقدر مرضه والمسافر بقدر قدومه مصره .

( ولا كفارة عليه لأن الجناية قاصرة لعـدم القصد ) خلافاً لبعضهم حيث اوجبوا الكفارة ( وفيه ) أى مثل ما قلنا ( قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه مـا تجانفنا لاثم

وقضاء يوم علينا يسير ) وقال الاترازي في شرحه هذا ما رواه أبو عبيد في كتاب غريب الحديث عن أبي معاوية عن الأعشى عن زيد بن وهب عن عمر رضى الله عنهما انه افطر في رمضان وهو يرى أن الشمس قد غربت ثم نظر فاذا الشمس طالعة فقال عمر رضى الله عنه لا نقضيه ما تجانفنا لأثم أى مايلنا اليه ولا تعمدناه ونحن نعلمه وكل مائل فهو متجانف جنف قال تعالى ﴿ فمن خاف من موص جنفا ﴾ أي ميلا .

أما قوله لا نقضيه فتأويله قال له قائل كأن الشمس طالعة وقد اثمنا فقال ردا عليه لا أي ليس الأمر كما ظننت أي نقضى ما ليس مكان يوم ليس علينا غيره ، ومثله قوله تعالى ﴿ لا اقسم بيوم القيامة ﴾ ١ القيامة ، فاراد من انكره البعث ومثله قوله تعالى ﴿ فلا وربك لا يؤمنون ﴾ وهذا الذي ذكرنا عن محمد رحمه الله هو الصحيح من الرواية عند الثقات ، وما ورد في بعض نسخ الهداية « بعثناك داعياً لا راعيا » فقال ليس بصحيح .

وقد اورد بعضهم في شرح الهداية أن عمر رضى الله عنه حتى افطر مع اصحابه يوماً صعد المؤذن المئذنة وقال الشمس يا امير المؤمنين قال بعثناك داعيا لا راعيا للاذان واعلام الناس ولا حافظا للاحوال ثم قال ما تجانفنا لأثم من الموضوعات فلا ملتفت اليه .

إلى هنا كله كلام الاترازي وفيه نظر في وجوه :

الاول : تأويله في قوله لا نقضيه فيما اوله تكلف جداً لأن ابن أبي شيبة روى في مصنفه « حدثنا معاوية عن الأعمش عن ابن زيد بن وهب قال خروج عباس من بيت حفصة رضى الله عنها وعلى السماء سحاب فنظر ان الشمس قد غابت فافطروا ولم يلبثوا أن تجلى السحاب فإذا الشمس طالعة فقال عمر رضى الله عنه « ما تجانفنا من اثم » حدثنا علي بن شهر عن الشيباني عن خالد بن سحيم عن علي بن حنظلة عن ابيه قال شهدت عمر بن الخطاب رضى الله عنه في رمضان وقرب اليه شراب فشرب بعض القوم وهم يرون الشمس قد غربت فان تقى المؤذن فقال والله يا امير المؤمنين ان الشمس طالعة لم تغرب فقال عمر رضى الله عنه من كان افطر فليصم يوما مكانه ومن لم يكن افطر فليتم حتى تغرب

الشمس وادعاه من طريق آخر فزاد فيه فقال له انما بعثناك داعيا ولم نبعثك راعيا وقد اجتهدنا وقضاء يوم يسير انتهى.

وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا أبو حنيفة رضى الله عنه عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال افطر عمر بن الخطاب رضى الله عنهما واصحابه في يوم غيم ظنوا أن الشمس غابت قال فطلعت الشمس فقال عمر رضى الله عنه ما تعرضنا لجنف فتم هذا اليوم ثم نقضى يوماً مكانه .

الثاني : أن هذا الأثر الذي ذكره عن أبي عبيد هو بالاسناد الذي رواه ابن أبي شيبة والاختلاف في المتن والاخذ بالمتن الذي رواه ابن أبي شيبة اولى واجد من المتن الذي رواه أبو عبيد، على ما يخفى وان كان أبو عبيد أيضاً إماماً كبيراً، ولكن ابن أبي شيبة من مشايخ البخاري ومسلم وأبي داود والنسائى وابن ماجه واحمد بن حنبل وآخرين كثيرين من الائمة وابو عبيد لم يرو له البخاري وذكره في كتاب القراءة خلف الإمام وحكى عنه ايضاً في كتاب افعال العباد .

الثالث : أن قوله الذي ذكرنا عن عمر رضى الله عنه هو الصحيح مجرد دعوى ولم يبرهن عليها ، بل الصحيح الذي ذكره غيره وقوله اورده بعضهم في شرح الهداية ارادبه السغناقي فإنه هو الذي ذكره في النهاية وتبعه الكاكي على ذلك ثم الاكمل .

الرابع : ان قوله بعثناك داعياً لا راعياً فذاك ليس بصحيح غير صحيح يظهر لك ما ذكرنا عن ابن أبي شيبة .

الخامس : قوله في آخر كلامه من الموضوعات احتراز قوى حيث ينسب الأئمة المذكورين إلى الوضع وكأنه لم يطلع على مصنف ابن أبي شيبة واوسع كلامه على عادته في غير تأمل ولا نظر كلام المصنف .

(والمراد بالفجر ) يعني فيقوله أن الفجر لم يطلع (الفجر الثاني) وهو الفجر الصادق وهو المعتبر في الصلاة والصوم لا الفجر الكاذب ( وقد بيناه في الصلاة ) في باب المواقيت ( ثم التسحر مستحب) التسحر أكل السحور بفتح السين وهو مايؤكل وقت السحر وأشار

لقوله عليه السلام « تسحروا فإن في السحور بركة » والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام « ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك »

---

إلى استحبابه بقوله ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( تسحروا فإن في السحور بركة ) أى في أكل السحور بركة وقيل المراد من البركة زيادة القوة في اداء الصوم بدليل قوله عليه الصلاة والسلام استعينوا بقائلة النهار أى بقيلولته على قيام الليل وبأكل السحور على صيام النهار ، وجاز ان يكون بها نيل الثواب لاستنانه بسنن المرسلين وعلمه بما هو مخصوص بأهل الإسلام فإنه عليه الصلاة والسلام قال فرق ما بين صومنا وصيام أهل الكتاب أكل السحور .

( والمستحب تأخيره) أي تأخير السحور فيكون مستحباً في مستحب لما ان نفس السحور وهو أكل السحور مستحب وتأخيره إلى آخر الليل مستحب ايضاً فيكون مستحب ايضاً في مستحب ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك ) هذا الحديث اخرجه الطبراني في معجمه حدثنا جعفر بن محمد بن حرب العبداني حدثنا سليمان بن حرب حدثنا حماد بن زيد عن علي بن أبي العالية عن مورق العجلي عن أبي الدرداء قال قال رسول الله ﷺ ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الفطر وتأخير السحور والسواك ووضع اليمين على الشمال في الصلاة وذكره ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفا .

والدارقطني رواه في الافراد من حديث حذيفة مرفوعاً بنحو حديث أبي الدرداء قال الاترازي روى عن الحسن البصري انه قال ثلاث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور ووضع اليمين على الشمال في الصلاة ولم يتكلم أحد من الشراح في حال هذا الحديث غير ان كلا منهم قال لقوله ﷺ وهذا الاترازى نسبه إلى البصري وقال السغناقي بعد ان ذكر الحديث مجدداً وفي المنافع ذكر وضع اليمين على الشمال في الصلاة مكان السواك ولكن ما ذكر هنا موافق لما ذكر في المبسوط .

وروى البيهقي من رواية ابن عباس رضى الله عنه عن النبي ﷺ انه قال انا معشر

الانبياء أمرنا أن نعجل افطارنا ونؤخر سحورنا ونضع ايماننا على شمائلنا في الصلاة ، ورواه ايضاً هكـذا من رواية ابن عمر رضى الله عنهما ، وفي رواية أبي هريرة رضى الله عنه ثم قال كلها ضعيفة فان قلت على تقدير صحته يدل على أن تأخير السحور واجب وإذا كان تأخيره واجباً يكون السحور أيضاً واجباً . قلت الحديث الذي في المتن يدل على انه مستحب أو سنة والعمل بهذا الحديث ، وفي المحيط السحور مندوب إليه وفي البدائع سنة فإذا كان نفس السحور مستحباً أو سنة يكون تأخيره كذلك .

فإن قلت ما حد تأخيره قلت آخر الليل وعن الليث هو سدسه الآخر ، وقـال ابن عباس وعطاء والاوزاعي يأكل حتى يبيض الفجر . وقال السروجي وهو قول الجمهور وقال النووي لو شك في طلوع الفجر جاز له الأكل والشرب والجماع حتى يتحقق الفجر قال ولم يقل احد بتحريمه إلا مالك فانه حرمه واوجب عليـــه القضاء ، وعن ابن عمر رضى الله عنه قال كان لرسول الله ﷺ مؤذنان بلال وابن أم مكتوم ، قـال ولم يكن بينهما إلا ان ينزل هذا ويرقى هذا رواه البخاري ومسلم .

وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه قال تسحرنا مع رسول الله ﷺ ثم قمنا إلى الصلاة قلت كم كان قدر ما بينهما قال خمسين آية رواه البخاوى ومسلم ، فإن قيل ما وجه تأخير السحور من اخلاق المرسلين وهو مخصوص بأهـــل الإسلام ، فإن النبي ﷺ فرق بين صيامنا وصيام أهل الكتاب بأكل السحور ، أجيب بجوابين آخرين ايضاً :

احدهما : ان يقال لا نسلم انه لم يكن من علتهم لجواز ان يكون ونحن لا نعلم والآخر انه عليه الصلاة والسلام قال ثلاث من سنن المرسلين أى ثلاث خصال لهم فلا يلزم منـه ان يكون لكل واحد منهم ثلاث خصال لجواز ان يكون كل واحـــد منهم مخصوصاً بخصلة كما يقال للعلماء خصال حميدة في البحث والمناظرة والتصنيف ، فلا يلزم ان يكون الكل مجتمعة في واحد ورأيت حاشية نسبت إلى شيخنا عـــلاء الدين السيراجي رحمه الله وهى انه قال الاشبه فى الجواب ان يقال اللام فى المرسلين للجنس إذ لا عهد فيكون من اخلاق نبينا ﷺ لأن الجنس يصدق على الواحـــد او يكون ذلك من خواصهم والله أعلم .

إلا انه إذا شك في الفجر ومعناه تساوى الظنين فالأفضل أن يدع الأكل تحرزاً عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو أكل فصومه تام لأن الأصل هو الليل. وعن أبي حنيفة « رح » إذا كان في موضع لا يستبين الفجر أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة ، أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو أكل فقد أساء لقوله عليه السلام « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك »

---

( إلا انه إذا شك في الفجر ) فحينئذ ترك التسحر هو المستحب للاحتراز عن الوقوع في الحرام ومع هذا لا يجب عليه ذلك كما يجيء الآن ( ومعناه ) أى معنى الشك (تساوى الظنين فالافضل أن يدع الأكل تحرزاً عن المحرم ) قيل هذه العبارة فيها مسامحة لأن الظن رجحان الاعتقاد فكيف يكون بقاء الليل عنده راجحاً على طلوع الفجر وطلوع الفجر راجحاً على بقاء الليل والظن هو راجح والمرجوح وهم وإذا يساويان ومراده بذلك تساوى الامارتين فالأفضل أن يدع الأكل والشرب .

( ولا يجب عليه ذلك ) أى ترك السحور وروى الحسن رحمه الله انه يجب عليه ذلك احتياطاً في أمر الدين ( ولو أكل فصومه تام لأن الأصل هو الليل) أي في رواية عن مالك يبطل صومه في الفرض إذا استبان الفجر قد طلع .

( وعن أبي حنيفة «رح» انه إذا كان في موضع لا يستبين الفجر أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة أو كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو أكل فقد اساء ) رواها الحسن عن أبي حنيفة « رح» ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( دع ما يريبك إلى ما لا يريبك ) قال السغناقي وتبعه الكاكي فإن الكذب ريبة وان الصدق طمأنينة ولم يذكر من رواه من الصحابة ولا من خرجه من الأئمة ، واما الاترازي والاكمل فانهما لم يذكراه اصلا وليس هذا من دأب الشراح وليس ذلك إلا من العجز .

قلت هذا الحديث رواه الترمذي في كتاب الطب والنسائي في كتاب الاشربة عن عن أبي الجون السعدي ، قال قلت للحسن بن علي رضي الله عنه ماحفظت من رسول ﷺ

وان كان أكبر رأيه انه أكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملاً بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لأن اليقين لا يزال إلا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لأنه بنى الأمر على الأصل فلا تتحقق العمدية . ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لأن الأصل هو النهار ولو أكل فعليه

---

قال حفظت منه دع ما يريبك إلى ما لا يريبك زاد الترمذي فان الصدق طمأنينة والكذب ريبة ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ورواه الطبراني في الصغير بإسناده إلى عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « الحلال بين والحرام بين » .

دع ما يريبك انتهى قوله ما يريبك من رابه ريبا شككه والريبة الشك والتهمة أي دع ما يشكك ويحصل فيك الريبة وهي في الأصل قلق النفس سكت واطمأنت ( وان كان أكبر رأيه انه أكل والفجر ) أي والحال ان الفجر ( طالع فعليه قضاؤه ) أي قضاء ذلك اليوم ( عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط ) لأن قضاء ما ليس عليه اولى من قضاء ما عليه . ( وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه ) وفي الايضاح هو الصحيح .

( لأن اليقين لا يزال إلا بمثله ) لأن الليل هو الأصل فلا ينقل عنه إلا بيقين وكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله وجعل هذا في الكتاب ظاهر الرواية ( ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه ) أي لو ظهر طلوع الفجر فيما إذا أكل وفي اكبر رأيه ان الفجر طالع لا تجب عليه الكفارة ( لأنه بنى الأمر على الأصل ) لأن الليل هو الأصل .

( فلا تتحقق العمدية ) أي لا يتحقق القصد على الافطار في رمضان لظهور طلوع الفجر فلا تجب الكفارة وفي بعض النسخ العمدية بفتح النون وسكون الميم وكسر الدال وتشديد الباء والاصح العمل به بضم الدال وبه الجار والمجرور .

( ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لأن الاصل هو النهار ولو أكل فعليه

القضاء عملاً بالأصل ، وإن كان أكبر رأيه انه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة ، لأن النهار هو الأصل ولو كان شاكاً فيـــه وتبين انهـــا لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة نظراً إلى ما هو الأصل ، وهو النهار ،

---

القضاء عملا بالاصل ) وهو النهار ( وإن كان أكبر رأيه انه أكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة ) انما قيد بقوله رواية واحدة احترازا عما إذا كان أكل وفي أكبر رأيه ان الفجر طالع لان في وجوب القضاء روايتين ولم يتعرض المصنف رحمه الله إلى وجوب الكفارة في هذا فقال صاحب التحفة ليس عليـــه الكفارة لأحتمال قيام الغروب فيكفي شبهه خلافاً لما قال بعض الفقهاء انه يجب عليه الكفارة لانه متيقن بالنهار .

( لان النهار هو الاصل ) فيجب عليه القضاء ( ولو كان شاكا فيـــه ) أي في غروب الشمس ( وتبين انها لم تغرب ) أي ظهر ان الشمس لم تغرب ( فينبغى ان تجب الكفارة ) انما قال ينبغى لأن في وجوب الكفارة اختلاف المشايخ ،وفي الخلاصة يلزمه القضاء بالاتفاق وفي وجوب الكفارة اختلاف ، في جامع شمس الأئمة تلزمه الكفارة وعن محمـــد رحمه الله لا يكفر .

(نظراً إلى ما هو الاصل وهو النهار ) يعني بالنظر إلى ما هو الأصل وبالاعتبارية .

وفي النهاية يشكل على هذا ما إذا شهد اثنان ان الشمس قد غابت وشهد آخران انها لم تغب فافطر ، ثم انها لم تغب عليه القضاء دون الكفارة بالاتفاق ، مـــع ان تعارض الشهادتين يورث الشك لا محالة فلا تجب الكفارة هناك بالاتفاق مع ان الشك فيه موجود فكيف وجبت هنا بالشك ، والجواب : انه لم يثبت التعارض لان الشهادة بعد الغروب ليست بشهادة لكونها على النفي فبقيت الشهادة بالغروب خالية عن المعارض فتقبل فـلم تجب الكفارة .

وفي المحيط أمر انساناً ليطالع الفجر فاخبره بالطلوع فان كان عدلاً لا يجب عليـــه يجوز له الاكل حراً كان او مملوكا ، ذكراً كان أو انثى ، وان كان صبياً عاقلاً ان غلب

ومن أكل في رمضان ناسياً وظن أن ذلك يفطره فأكل بعـــد ذلك متعمداً عليه القضاء دون الكفارة لأن الاشتباه استند إلى القياس فتحقق الشبهة وان بلغه الحديث علمه فكذلك في ظاهر الرواية ، وعن أبي حنيفة انها تجب وكذا عنهما لأنه لا اشتباه

---

على ظنه لا يأكل ولو اخبره عدل بالطلوع وعدل بعدمه حرين كانا أو عبدين أو احدهما يتحرى ويأخذ بقول عدلين إذا عارضه الحران العدلان والعبدان يأخذ بقولي العدلين وان كان يأكل فأخبره عدل واحد بالطلوع فأتم الاكل ، وكذا في الجماع لا كفارة عليه عندنا خلافاً للشافعي ، رحمه الله ، ولو كان ممسكا فأكل بعده أو استدام الجماع كفر بالاجماع وقال شمس الائمة لا بأس بالتسحر باكراً لرأى إذا لم يخف على مثله وإلا فيدع الاكل والتسحر بضرب طول المسحر ان كان من جوانب البلد ، أو أحد يعتمد عـدالته يجوز وان عرف فسقه لا يعتمد عليه وان لم يعرف حاله يحتاج واختلف في صياح الديك .

( ومن أكل في رمضان ) حال كونه ( ناسيا وظن ان ذلك يفطره ) أي والحال انه قد ظن أن الاكل ناسيا يفطره بضم الياء وتشديد الطاء ( فأكل بعد ذلك متعمداً ) أي حال كونه قاصداً الأكل ( فعليه القضاء دون الكفارة لأن الاشتباه استند إلى القياس ) والقياس الصحيح يقتضي ان لا يبقى الصوم بانتفاء ركنه بالاكل ناسيا فإذا أكل بعده لم يلاق فعله الصوم فلا تجب عليه الكفارة لتحقق الشبهة وهو معنى قوله ( فتحقق الشبهة ) لاستنادها إلى القياس .

( وان بلغه الحديث ) وهو ما رواه عن ابى هريرة رضي الله عنه ان النبي ﷺ قال إذا نسى احدكم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما اطعمه الله وسقاه ( علمه ) أي وعلم معنى الحديث وهو انه لا يفسده ( فكذلك ) أي فكذلك لا تجب عليـــه الكفارة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية الحسن عنه رحمه الله ( في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله انها ) أي الكفارة ( تجب وكذا عنهما ) وكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ومحمد أن الكفارة تجب ( لأنه لا اشتباه ) أى في معنى الحديث لأنه لما علم معنى الحديث

فلا شبهة وجه الأول : قيام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس فلا ينتفي بالعلم كوطيء الأب جارية ابنه ، ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم أكل متعمداً ، عليه القضاء والكفارة لأن الظن ما استند إلى دليـــل شرعي

---

علم أن القياس متروك به فلم يشتبه عليه الحال ( فلا شبهة ) أي يبقى شبهة وبين الشبهة المؤثرة في إسقاط الكفارة لأن ظنه مدفوع بالحديث .

( وجه الأول ) أي وجه المذكور الأول وهو عدم وجوب الكفارة ( قيـام الشبهة الحكمية بالنظر إلى القياس ) أى الشرعية وهي شبهة المحل وهو الصوم لأن الشيءلايبقى مع فوات ركنه يساوى في هذا الأصل العالم وغير العالم ، فلا تجب الكفارة خصوصاً إذا تأيدت تلك الشبهة باختلاف العلماء ، فإن عند مالك وربيعة الرازي وابن أبي ليلى يفسد صومه بالأكل ناسياً وهو اختيار محمد بن مقاتل الرازي من اصحابنا ، واختلاف العلمـــاء يورث الشبهة ، وقال المحبوبي لا تلزمه الكفارة وإن كان عالماً لأن الشبهة تمكنت في المحل باعتبار انعدام ركن الصوم حقيقة ، وفي مثل هذه الشبهة العالم يساوى الجاهل كالأب إذا وطيء جارية ابنه لا يلزمه الحد سواء علم حرمتها أو ظن انها تحل له وهو معنى قوله :

(ولا ينتفي بالعلم كوطيء الأب جارية ابنه ) يجوز فيها لا ينتفى التذكير باعتبار عود الضمير الذي فيه إلى القياس ويجوز التأنيث باعتبار عوده إلى شبهه والتحقيق في سقوط الحد عن الأب في الصورة المذكورة إن قوله عليـــه الصلاة والسلام انت ومالك لأبيك يقتضى ان يكون مال الابن ملكاً للأب لكن انتفى ذلك بدليل آخر فبقيت الاضافة مورثة الشبهة وهي شبهة المحل فاستوى فيها العلم وعدمه فلم يجب الحد لاسناد الشبهة إلى الاصل .

( ولو احتجم فظن أن ذلك ) أي الاحتجام ( يفطره ثم أكل متعمداً ) أي قصداً ( فعليه القضاء والكفارة لأن الظن ما استند إلى دليل شرعي ) أى لأن ظن المحتجم ما استند إلى دليل شرعى حتى تسقط الكفارة فان الحجامة كالفصد في خروج الدم من

إلا إذا افتاه فقيه بالفساد ، لأن الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث فاعتمده ، فكذلك عند محمد « رح» لأن قول الرسول عليه السلام لا ينزل عن قول المفتي وعن أبي يوسف « رح» خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقـــه إلى معرفة الاحاديث .

---

العرق والفصد لا يفسد وكذا الحجامة وقد صح في البخاري ان النبي ﷺ احتجم وهو صائم فدل هذا على ان الحجامة لا تفطر الصائم .

( إلا إذا أفتاه فقيه بالفساد ) استثناء من قوله والكفارة يعني لا تجب الكفـارة على المحتجم إذا أكل بعد ما افتاه فقيه بفساد صومه بالحجامة وقال الـكاكي فقيه من الحنابلة لأن عندهم يفطر الحاجم والمحجوم بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « افطر الحـــاجم والمحجوم » وقال المحبوبي يشترط ان يكون الفقيه ممن يؤخذ عنـــه الفتوى ويعتمد على فتواه في البلدة ، ولا يعتبر بغيره هكذا روى الحسن عن ابي حنيفة رحمـه الله عنه وابن رستم عن محمد وبشر بن الوليد عن ابى يوسف رحمهم الله .

( لأن الفتوى دليل شرعي في حقه ) لأن العامي يلزمه الرجوع إلى فتوى الفقيه وقد افتاه بما اختلف الفقهاء فيه فصار ذلك عذراً في الشبهة ( ولو بلغه الحديث ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم ( فاعتمده ) أي الحـــديث ( فكذلك عند محمد ) أي لا تجب الكفارة ( لأن قول الرسول ﷺ ) بيان ( لا ينزل عن قول المفتي ) بيان هذا ان قول المفتي بالفطر بالحجامة يكون عـــذراً في سقوط الكفارة فقول الرسول ﷺ هو فوق كل قول اولى بأن يكون عذراً في عدم وجوب الكفارة .

( وعن أبى يوسف خلاف ذلك ) أي خلاف المذكور عن محمدوهو ما روى ابن سماعه وبشر عن أبي يوسف رحمه الله إذا افطر المحتجم الحديث علية القضاء والكفارة (لأن على العامي الاقتداء بالفقهاء ولعدم الاهتداء في فقه إلى معرفة الاحاديث ) يعني العامي إذا سمع حديثاً ليس له ان يأخذ بظاهره لأنه لا يهتدي إلى معرفة احواله لأنه قـــد يكون منسوخاً أو متروكاً أو مصروفاً على ظاهره .

وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي «رح» لا يورث الشبهة لمخالفة القياس . ولو أكل بعدما اغتاب متعمداً فعليه القضاء والكفارة كيفما كان

---

( فإن عرف تأويله ) أي تأويل الحديث ( تجب الكفارة لانتفاء الشبهة ) حاصل المعنى أن العامي إذا بلغه الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم وعرف تأويله ولم يعتمده فأكل بعد ذلك عمداً تجب لعدم الشبهة ، وتأويله ما ذكر الطحاوي في شرح الآثار باسناده إلى أبي الأشعث الصنعاني ، قال انما قال النبي ﷺ أفطر الحاجم والمحجوم لانهما كانا يغتابان حتى حبط أجرهما بالغيبة فصار كالمضطرين لا انهما افطرا حقيقة ، والمحجوم هومعقل بن سنان ، قيل ان النبي ﷺ مر به وجماعة معه وهما يغتابان آخر ، فقال عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم أى فطره بما صنع به فوقع عند الراوي انه قال أفطر الحاجم المحجوم بغير الواو على أن المحجوم مفعول فاعتمده ، وهذه رواية ، والرواية المشهورة بالواو على أن المحجوم عطف على الحاجم .

( وقول الاوزاعي رحمه الله لا يورث الشبهة لمخالفة القياس ). هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال لا نسلم أن منشأ الشبهة ذلك وحده ، بل قول الاوزاعى بذلك منشأ لها أيضاً ، وبقوله أن الحجامة تفطر الصائم ،قال أحمد أيضاً فأجاب بأن قول الاوزاعي لا يورث الشبهة في سقوط الكفارة لمخالفته القياس ، وهو أن الفطر مما يدخل لا مما يخرج لا يقال في عبارته تناقض لانه قال إلا إذا أفتاه فقية ، وفتواه لا يكون إلا بقوله ثم قال ، وقال الاوزاعي لا يورث الشبهة ، وأيضاً في هذا الباب لا يكون إلا مخالفاً للقياس ، فكيف تكون شبهة من غير الاوزاعي دونه ، لانا نقول ذلك بالنسبة إلى العامي ، وهذا بالنسبة الى من عرف التأويل .

واسم الاوزاعي عبدالرحمن بن عمرو رضى الله عنهما من الاوزاع وهم بطن من همدان وقال الواقدي رحمه الله كان يسكن بيروت وأهله باليمامة ومات ببيروت سنة سبع وخمسين ومائة وهو يومئذ ابن اثنين وسبعين سنة .

( ولو أكل بعدما اغتاب متعمداً فعليه القضاء والكفارة كيفما كان ) يعني سواء ظن

لأن الفطر يخالف القياس ، والحديث مؤول بالاجماع . وإذا جومعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة .

---

أن الغيبة فطرته أو استفتي فقيها فافتاه بفساد صومه أو تأويل الحديث بانهـــا تفطره فأكل بعد ذلك عمداً يجب عليه القضاء والكفارة .

( لأن الفطر ) يعني بالغيبة ( يخالف القياس ) لأن القياس يأبى ذلك ( والحديث ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الغيبة تفطر الصائم ، كذا قاله الاترازي ، وقال الكاكي هو قوله عليه الصلاة والسلام ثلاث يفطرن الصائم وتنقض الوضوء ويهدمن العقل ، الغيبة والنميمة والنظر إلى محاسن المرأة ، ولنبين الآن حال الحديثين ( مؤول بالاجماع ) تأويله بأن المراد به ذهاب الثواب ، فلم يوجد الدليل النافي للحرمة في ذاته فلا يكون شبهة ، بخلاف حديث الحجامة ، فإن بعض العلماء أخذ بظاهره من غير تأويل .

وذكر شيخنا زين الدين رحمه الله في شرح الترمذي قد اختلف العلماء في الحجـــامة والفصد للصائم ، فذهب من الصحابة أبو موسى الاشعري وعلي بن أبي طـالب ، ومن العلماء عطاء والاوزاعي وابن المبارك واحمد واسحاق وعبدالرحمن بن مهدي وابن المنذر وابن خزيمة عن الشافعية وداود الظاهري إلى أنها تفطر الصائم .

قلت وردت أحاديث في كون الغيبة مفطرة للصائم كلهـــا مدخولة ، فإن الحديث الأول أخرجه اسحاق بن راهوية في مسنده من حديث يزيد بن ابان الرقاشي عن أنس ابن مالك عن النبي ﷺ إذا اغتاب الصائم فقد أفطر ، والحديث الثاني رواه ابن الجوزي عن أنس أيضاً مرفوعاً ولفظه خمس يفطرن الصائم وينقضن الوضوء الكذب والنميمـــة والغيبة والنظر بشهوة واليمين الكاذب ، ثم قال هذا حديث موضوع .

( وإذا جومعت النائمة أو المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة ) أما صوم النائمة فظاهر ، وأما صوم المجنونة فقد تكلموا في صحته ، لأنها لا تجـــامع المجنون . وحكي عن أبي سليمان الجوزاني انه قال لما قرأت هـــذه المسألة على محمد رحمه الله . قلت كيف تكون المجنونة صائمة ، فقال لي دع هـذه ، فانها انتشرت في الآفاق . ومن المشايخ من قال كانت في الاصل مجبورة فظن الكاتب مجنونة ولهـــذا قال محمد رحمه الله دع .

وقال زفر والشافعي لا قضاء عليهما اعتباراً بالناسي والعذر أبلغ لعدم القصد ، ولنا أن النسيان يغلب وجوده ، وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية .

---

واكثر المشايخ قالوا تأويله أن العاقلة نوت الصوم ثم جنت في بعض النهار ونامت ثم جامعها ثم أفاقت بعد ذلك واستيقظت وعلمت بفعل الزوج فعليهـا القضاء والكفارة ، كذا في جامع الاسبيجابي والمحبوبى ، وفي الفوائد الظهيرية عن يحيي بن أبان انه قال قلت لمحمد هذه مجنونة فقال لا بل مجبورة ، أي المكرهة ، فقلت الا تجعلها مجبورة ، فقال بلى ثم قال وكيف وقد سارت بها الركبان دعوها ، وبقولنا قال مالك رحمه الله ، وقـال احمد لو جامعت المجبورة يبطل صومـه وتجب الكفارة ، ولو اكره بالأكل لا يبطل صومه .

( وقال زفر والشافعي لا قضاء عليها ) أي على النائمة والمجنونة المذكورتين (اعتباراً بالناسي ) أي يعتبران اعتبار الناسي ( والعذر أبلغ ) أي العذر في النوم والجنون أبلغ من العذر في النسيان لأن النـاسى قاصد للأكل والنائمة والمجنونة لا قصد منها أصلاً وهو معني قوله ( لعدم القصد ) فيها لأن الجماع في قصد الناسي بغفلة بخلاف النائمة والمجنونة .

( ولنا أن النسيان يغلب وجوده ) فيفضى إلى الحرج ولا يصح الجمـاع بالناسى ( وهذا ) أى جماع النائمة والمجنونة ( نادر ) فالقضاء لا يفضى إلى الحرج ( ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية ) لعـدم القصد ، وبقول زفر والشافعى « رح » قـال أبو حنيفة رحمه الله في رواية ، وابو ثور وعلي هذا الخلاف إذا صب الماء في حلق الصائم .

* *

## فصل فيما يوجبه على نفسه

## وإذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر وقضى ، فهذا النذر صحيح عندنا خلافاً لزفر والشافعي « رح »

---

### ( فصل فيما يوجبه على نفسه )

أي هذا فصل في بيان حكم ما يوجبه الشخص على نفسه ، ولما فرغ من بيان ما يوجبه الله تعالى شرع في بيان ما يوجبه العباد على أنفسهم ، إذ ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ، وفي النهاية والأصل ما ذكره شيخي أن النذر لا يصح إلا بثلاث شرائط في الأصل إلا اذا اقام الدليل على خلافه أحدها : ان يكون الواجب من جنس ما أوجبه الله تعالى . والثاني : أن يكون مقصوداً لا وسيلة ، والثالث : أن لا يكون واجباً عليه في الحال أو بيان الحال ، فلذلك لا يصح النذر بعبادة المريض لانعدام الشرط الأول ، ولا بالوضوء وسجدة التلاوة لانعدام الشرط الثاني ، ولا بصلاة الظهر وغيرها من المفروضات لانعدام الشرط الثالث .

فإن قلت يشكل على هذا النذر بالحج ماشياً ، والاعتكاف واعتاق الرقبة حيث تجب هذه الاشياء بالنذر ، مع أن الحج بصفة المشى غير واجب شرعاً ، وكذلك نفس الاعتكاف من غير مباشرة بسبب يوجب الاعتكاف غير واجب كذلك الاعتاق ، قلت هذه الصور من المستثنى الذي قام الدليل على وجوبه ، بخلاف القياس .

( وإذا قال لله علي صوم يوم النحر أفطر ) لأن الصوم فيه منهي عنه ( وقضى ) لأن مشروعية الصوم لا تفصيل بين صوم وصوم ، فالصوم في ذاته عبادة ، لأن فيه إظهار الخضوع لله عز وجل وتعظيمه ، ولكن تعلق بصوم هذا اليوم نهى يجب امتثاله ( فهذا النذر صحيح عندنا ) لكونه نذراً بما هو مشروع فيجب القضاء صيانة له ( خلافاً لزفر والشافعي «رح» ) ومالك وأحمد وهو قول أبى حنيفة رحمه الله في رواية ابن المبارك عنه ، وقال مالك لو نذر صوم يوم قدوم فلان ، فقدم يوم العيد ، قال ابن عبد الملك يقضيه وبه قال الشافعى رضى الله عنه .

هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره ، لكنه يفطر احترازاً عن المعصية المجاورة ، ثم يقضي اسقاطاً للواجب ، وإن صام فيه يخرج عن العهدة لأنه أداه كما التزمه . وإن نوى يميناً فعليه كفارة يمين يعني إذا أفطر ، وهذه المسألة على وجوه ستة

---

( هما ) أي زفر والشافعي رضي الله عنهما ( يقولان انه نذر ) أى هذا نذر ( بما هو معصية لورود النهى عن صوم هذه الايام ) وهو يوم العيدين وأيام التشريق ، وأشار بهذا إلى حديث عمر رضى الله عنه أخرجه البخاري ومسلم عن عبيد قال شهدت العيد مع عمر رضى الله عنه فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ، ثم قال ان رسول الله ﷺ نهى عن صيام هذين اليومين ، وأما يوم الأضحى فتأكلون من لحم نسككم ، وأما يوم الفطر ففطركم من صيامكم .

( ولنا انه نذر بصوم مشروع ) بالنظر إلى نفس الصوم ، ولكن اقترن به النهى ( والنهى لغيره ) أى لمعنى في غيره ( وهو ترك إجابة دعوة الله تعالى ) لأن الناس اضياف الله تعالى في هذه الأيام ( فيصح نذره ) لأن النهي لغيره لا يمنع صحة من حيث ذاته (لكنه يفطر احترازاً عن المعصية المجاورة ) وهي النهى المذكور ( ثم يقضي اسقاطاً للواجب )أي لأجل اسقاط الواجب وهو النذر .

( وإن صام فيه ) أى في يوم النحر ( يخرج عن العهدة ) أى عهدة النذر ( لأنه أداه كما التزمه ) كما إذا نذر أن يصلى عند طلوع الشمس أصلي في وقت آخر ، فإذا صلى في ذلك الوقت خرج عن عهدته لأنه أداه كما التزمة .

(وإن نوى يميناً) يعني إن نوى يميناً في قوله لله علي صوم يوم النحر ( فعليه كفارة يمين يعني إذا أفطر ) الفرق بين النذر واليمين أن في النذر يلزمه القضاء دون الكفارة ، وفي اليمين تجب الكفارة دون القضاء ( وهذه المسألة على وجوه ستة ) .

إن لم ينو شيئاً أو نوى النذر لا غـــير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً يكون نذراً ، لأنه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته ، وإن نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ، لأن اليمين محتمل كلامه ، وقد عينه ونفى غيره ، وإن نواهما يكون نذراً ويميناً عنـــد أبي حنيفة « رح» ومحمد « رح » ، وعند أبي يوسف « رح» يكون نذراً

---

الأول : هو قوله ( إن لم ينو شيئاً ) يعني قال لله علي صوم يوم النحر ولم ينو لا نذراً ولا يميناً .

( أو نوى النذر لا غير ) يعني لم ينو اليمين ، هذا هو الثاني من الوجوه الستة .

( أو نوى النذر ونوى أن يكون يميناً ) هذا هو الثالث ( يكون نذراً ) يعني في هذه الوجوه الثلاثة ( لأنه نذر بصيغته ) فتعين النذر في الوجــه الاول بلا نية لكونه حقيقة كلام . وفي الوجه الثاني تعين بطريق الأولى لأنه قد أدى النذر بعزيمة . وفي الثالث أولى وامر واحرى لكونه مراداً لأنه قدر النذر بعزيمته ، وبقي غيره ان يكون مراداً ( كيف وقد قرر بعزيمته ) أي و كيف لا يكون نذراً والحال انه قد قرر كلامه بعزيمته أي بنيته.

( وإن نوى اليمـــين ونوى أن لا يكون نـــذراً يكون يميناً ) هـــذا هو الوجه الرابـــع ( لأن اليمين محتمل كلامه ) لأن اللام يجيء بمعنى الباء كقوله تعالى ﴿ آمنتم له ﴾ أي به ، ألا ترى إلى قول ابن عباس رضى الله عنهما دخل آدم الجنة ، فلله مـــا غربت الشمس حتى خرج أي فبالله ( وقد عينه ) أي وقد عين المحتمل بنيته ونفى غـيره فصار المحتمل هو المراد ( ونفي غيره ) فلم يلزمه حيث نفاه .

( وإن نواهما ) هذا هو الوجه الخامس ، أى وإن نوى النذر واليمين ( يكون نذراً ويمينـــاً عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ) حتى لو لم يصم يجب القضاء والكفارة القضاء باعتبار النـــذر والكفارة باعتبار اليمين ( وعند أبي يوسف يكون نذراً ) كما يجيء دليله فيه .

ولو نوى اليمين فكذلك عندهما ، عنده يكون يميناً لأبي يوسف « رح » أن النذر فيه حقيقة ، واليمين مجاز حتى لا يتوقف الأول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ، ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة، ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه

---

( ولو نوى اليمين ) هو الوجه السادس ، أي ولو نوى اليمين فقط في المسألة المذكورة ( فكذلك ) أي فكذلك يكون نذراً ويميناً كما في الوجه الثالث ( عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

( وعنده ) أي عند أبي يوسف رحمه الله ( يكون يميناً لأبي يوسف رحمه الله أن النذر فيه ) أي في قوله – لله علي صوم يوم النحر – يراد به ( حقيقة ) لعدم توقفه على النية ( واليمين ) أي واراد اليمين ( مجاز حتى لا يتوقف الأول ) أي النذر ( على النية ويتوقف الثاني ) أي اليمين ( على النية فلا ينتظمها )أي فلا ينتظم كلامه النذر واليمين معاً ، لأنه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد وهو لا يجوز ، وذلك كما في قوله لامرأته انت علي حرام ، إن نوى به الطلاق كان طلاقاً ، وان نوى به اليمين كان يميناً فلا يجتمعان .

( ثم المجاز يتعين بنيته ) أراد انه إذا أراد المجاز يتعيين بنيته وتبطل الحقيقة حينئذ لامتناع الجمع بينهما ( وعند نيتها ) أي وعند نية النذر واليمين معاً ( تترجح الحقيقة ) وهذا النذر فلا يكون المجاز مراداً ، فإذا نوى اليمين تعين المجاز بنيته فلا تكون الحقيقة مرادة .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أنه لا تنافي بين الجهتين ) أي بين جهة النذر وجهة اليمين ( لأنهما ) أي لأن الجهتين ( يقتضيان الوجوب ) أرادأن كلا منهما يقتضى الوجوب في ذاته ، لكن يختلف من حيث الجهة أشار اليه بقوله :

( إلا أن النذر يقتضيه ) أي يقتضى الوجوب ( لعينه ) ولهذا يجب القضاء بتركه

واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملاً بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض، ولو قال لله عليّ صوم هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق وقضاهـــا ، لأن النذر بالسنة المعينـة نذر بهـــذه الإيام ، وكـذا إذا لم يعين لكنـه شرط التتابـــع

---

( واليمين لغيره ) أي يقتضى اليمين الوجوب لغيره وهو صيانة اسم الله عز وجـــل عن الهتك ، ولهذا يجب القضاء بل تجب الكفارة ، ويجوز أن يكون الشيء واجباً لعينه وواجباً لغيره ، كما إذا حلف لأصلين ظهر هذا اليوم في الوقت فيجب أداء الظهر لعينه ولغيره ، حتى يجب القضاء باعتبار وجوب عينه ، والكفارة باعتبار وجوب غيره ، ولا يسمى هذا مجازاً ، ولكل واحد من هذا دليل شرعي يجب العمل به إذا امكن ، والعمل هنا يمكن لعدم التنافي بينهما .

( فجمعنا بينهما ) أي بين النذر واليمين ( عملاً بالدليلين ) اللذين نشأ أحدهما من النذر والآخر من اليمين ، يعني نشأ من جهتيهما ( كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبـة بشرط العوض ) جعل هبة في الابتداء للفظ الهبة وبيعاً في الانتهاء لدلالة المعاوضة، ولهذا يصح الرجوع قبل القبض اعتباراً للتبرع وثبتت الشفعة بعد القبض اعتباراً بالبيـع ، فلم يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز لاختلاف الجهة ، فكذا فيما نحن فيه .

( ولو قال لله علي صوم هذه السنة أفطر يوم النحر ويوم الفطر وايام التشريق ) وهي ثلاثة أيام بعد عيد النحر ( وقضاها ) أى الأيام الخمسة ( لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام ) أي لأن السنة لا تخلو عن هذه الأيام ، وصار نذراً لسنة معينة نذراً لهذه الأيام ، والنذر بالايام المنهية صحيح عندنا ، لأن النهى لا يعدم المشروعية ولم يجب قضاء رمضان، لأن صومه لم يجب بهذا النذر .

( وكذا ) أى يفطر الأيام الخمسة وقضاها ( إذا لم يعين ) السنة يعني لم يقل هـــذه السنة ، بل قال لله علي صوم سنة ( لكنه شرط ) أي لكن الناذر شرط ( التتابـع ) بأن

لأن المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولاً تحقيقاً للتتابع بقدر الامكان ، ويتأتى في هذا خلاف زفر والشافعي «رح» للنهي عن الصوم فيها ، وهو قوله عليه السلام ألا لا تصوموا في هذه الايام فانها أيام أكل وشرب وبعال

---

قال صوم سنة متتابعة ( لأن التتابع لا تعرى عنها ) أي عـــن الأيام الخمسة المذكورة (لكن يقضيها) أي لكن يقضي هذه السنة المذكورة ( في هذا الفصل موصولاً ) أي قضاء موصولاً بانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف ( تحقيقاً للتتابع بقدر الامكان ) أي لأجل تحقيق التتابع ، وإن لم تتابع لم يجزه صوم هذه الأيام ويقضى خمسة وثلاثين يوماً ، خمسة للأيام الخمسة ، وثلاثين لرمضان ، ومبنى جواز هذه الايام وعدم جوازه انما وجب كاملاً لا يتأدى ناقصاً وما وجب ناقصاً جاز أن يتأدى ناقصاً .

( ويتأتى ) ويتأدى ( في هذا ) أي في قضاء صوم هذه الأيام ( خلاف زفر والشافعي رضى الله عنهما ) يعني لا تقضى عندهما ( للنهي عن الصوم فيها وهو ) أي للنهى هو (قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( ألا لا تصوموا في هذه الأيام فإنهـا أيام أكل وشرب وبعال ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن ابن عباس رضى الله عنهما رواه الطبراني في معجمه عن عكرمة عنه ان رسول الله ﷺ أرسل أيام منى صائماً يصيح ألا لا تصوموا هذه الأيام ، فإنها أيام أكل وشرب وبعال ، والبعـــال وقاع النساء .

وعن أبي هريرة رضى الله عنه رواه الدارقطني في سننه في الضحايا عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضى الله عنه قال بعث رسول الله ﷺ بديل بن ورقاء الخزاعي على جمل أورق يصيح في فجاج منى ألا أن الذكاة في الحلق واللبة ، ولا تعجلوا الأنفس أن تزهق وأيام منى أيام أكل وشرب وبعال . وفي سعيد بن سلام رماه أحمد بالكذب .

وعن عبدالله بن حذافة أخرجه الدارقطني أيضاً بسند الواقدى قال ابن حذافة بعثني رسول الله ﷺ على راحلته أيام منى أنادي أيها الناس انها أيام أكل وشرب وبعال. وقال

وقد بينا الوجه فيه والعذر عنه ، ولو لم يشترط التتابع لم يجزئه صوم هذه الايام ، لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي ، بخلاف ما إذا عينها لأنـــه التزم بوصف النقصان فيكون الأداء بالوصف الملتزم .

---

الدارقطني الواقدي ضعيف قلت لا يلتفت اليه في هذا .

وعن أم خلدة الانصاري رواه اسحاق بن راهوية في مسنده عن عمر بن خلدة عن أمه قالت بعث رسول الله ﷺ علينا منادياً ينادي أيام منى انها أيام أكل وشرب وبعال ، يعني النـــكاح .

وعن زيد بن خالد الجهني رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده باسناده عنه قـــال أمر رسول الله ﷺ رجلاً فنادى أيام التشريق ألا أن هذه الأيام أيام أكل وشرب ونكاح وعن تنبيه الهذلي ، رواه مسلم في صحيحه عنه ، قال قـــال رسول الله ﷺ أيام التشريق أيام أكل وشرب ، زاد في طريق وذكر الله . وقال المنذري هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة مع كثرة طرقها منها ما هو مقصور على الأكل والشرب ، ومنها مـــا هو فيه وذكر الله ، ومنها ما فيه وصلاة ، وليس في شيء منها وبعال ، وهو لفظ غريب .

( وقد بينا الوجه فيه ) أى في قوله – لله علي صوم يوم النحر – ( والعذر عنه ) أي وبينا العذر عنه ، أي عن وجه النهى ، وهو ما ذكره في أول الفصل بقولنا – ولنـــا انه نذر بصوم مشروع والنهى لغيره – واراد بالعذر الجواب عنه .

( ولو لم يشترط التتابع ) أي ولو لم يشترط الناذر التتابـــع في قوله – لله علي صوم سنة – ولم يذكر متابعة ( لم يجزئه صوم هذه الأيام ) يعني الأيام الخمسة المذكورة ( لأن الأصل فيما يلتزمه الكمال ) فلا يتأدى بالنقص لأن مـــا وجب كاملاً لا يتأدى بالناقص ( والمؤدى ) بفتح الدال ( ناقص لمكان النهى ) فيه بالحديث المذكور .

( بخلاف ما إذا عينها ) متصل بقوله – لم يجزئه صوم هـــذه الأيام – يعني بخلاف ما إذا عين السنة بأن قال لله علي صوم هذه السنة حيث يجوز صوم هـــذه الأيام فيه ( لأنه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم ) بفتح الزاي ، لأن ما وجب ناقصاً

قال وعليه كفارة يمين إن أراد به يميناً وقد سبقت وجوهه ، ومن أصبح يوم النحر صائماً ثم أفطر لا شيء عليه وعن أبي يوسف ومحمد « رح » في النوادر أن عليه القضاء ، لأن الشروع ملزم كالنذر ، وصـــار كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه . والفرق لأبي حنيفة « رح » وهو ظاهر الروايـة ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائماً ، حتى يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكباً للنهي ،

---

يتأدى بناقص ( وعليه ) أي على الناذر المذكور ( كفارة يمين إن أراد يميناً ) لأن كلامه يحتمله وقد سبق وجهه أي وجه هـذا عند قوله — لله علي صوم يوم النحر — وفي بعض النسخ وقد سبق وجهه من قبل ، وفي بعضها ( وقد سبقت وجوهه ) وكذا هو في نسخة الاترازي ، وفسره بقوله أي وجوه ما إذا قال لله علي صوم هذه السنة عند قوله — لله علي صوم يوم النحر — وارا'د به الوجوه الستة المذكورة .

( ومن أصبح يوم النحر صائماً ثم أفطر لا شيء عليه ) أي لا قضاء عليه ، لأن القضاء انما يبنى على سلامة الموجب عن شائبة الحرمة ، والصوم في يوم النحر حرام فلايجب شيء.

( وعن أبي يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء ، لأن الشروع ملزم كالنـــذر ) يعني قياساً على النذر بصوم هذه الأيام ( وصار ) أي حكم هـذا ( كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه ) مثل وقت طلوع الشمس ووقت الزوال ووقت الغروب حيث يجب القضاء فيها إذا أفسدها .

( والفرق لأبي حنيفة رحمه الله ) يعني بين النذر بصوم يوم النحر ، وبـين الشروع في الوقت المكروه في الاوقات المكروهة ( وهو ظاهر الرواية ) أي عن أصحابنا ، كذا قال الاترازي ، والأولى أن يقال وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد ، وهذه جملة معترضة بين المبتدأ والخبر ، اعنى قوله — والفرق — مبتدأ وخبره هو قوله ( أن بنفس الشروع في الصوم يسمى صائماً ) يعني يصح اطلاق اسم الصائم عليه ( حتى يحنث به الحالف على الصوم ) فيما إذا حلف انه لا يصوم ، فصام يوم النحر ( فيصير مرتكباً للنهى ) الوارد

فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ، ووجوب القضاء يبتنى عليـــه ولا يصير مرتكباً للنهي بنفس النذر ، وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلاة حتى يتم ركعة ، ولهـــذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فتجب صيانة المؤدى ، ويكون مضموناً بالقضاء ، وعن أبي حنيفة «رح» انه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضاً ، والأظهر هو الاول والله أعلم بالصواب .

---

فيه ( فيجب ابطاله ) لأجل النهى ( فلا تجب صيانته ) لكونه معصية .

( ووجوب القضاء يبتنى عليه ) أي على وجوب صيانة المؤدى ( ولا يصير مرتكباً للنهى بنفس النذر وهو الموجب ) أي النذر هو الموجب لأنها ايجاب في الذمة ، وهو أمر عقلي وجـــاز للعقل أن يجرد الأصل عن الوصف فلم يكن مرتكباً للنهى ( ولا بنفس الشروع ) أى ولا يصير أيضاً مرتكباً بنفس الشروع ( في الصلاة حتى تتم ركعة ) لأن الشروع في الصلاة ليس بصلاة ، لأن تمامها بالركوع والسجود .

( ولهذا ) أي ولأجل كون الشروع لا يسمى صلاة ( لا يحنث به الحالف على الصلاة ) أي لا يحنث الحالف بالشروع إذا حلف على أن لا يصلي ما لم يركع ويسجد ، فإذا ركـــع وسجد صارت ركعة فيحنث بها حينئذ ( فيجب صيانة المؤدى ) يعني لما كان شروعـــه فيها صحيحاً يجب عليه صون المؤدى ( ويكون مضموناً بالقضاء ) هـــذا هو المشهور عن اصحابنا .

( وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضاً ) يعني اذادخل في الصلاة عند الزوال ثم أفسدها لا يجب عليه القضاء لأنه ممنوع عن الدخول ، وما بعده مبني عليه ( والأظهر ) أي الأظهر والأشهر من الرواية عن أصحابنا ( هو الأول ) أي المذكور الأول ، وهو وجوب القضاء بالشروع في الصلاة في الأوقات الثلاثة إذا أفسدها .

واعلم أن في الوقت لأبي حنيفة رحمه الله وجوهاً أخرى غير الذي ذكر المصنف .

الأول : أن الشروع في الصلاة بالتكبير للافتتاح وهي ليست من الصلاة عندنا فحصل الشروع بها ولا نهى بخلاف الصوم .

الثاني : أن الصلاة وجوبها بالقول كالنذر بخلاف الشروع في الصوم ، فإنه بالنية .

الثالث : أن الصلاة لزومها بالقول ، والنية بايجـاب الصوم بالنية وحدها ، فـكان الأول اقوى ، فلا يلزم من ضمان الأقوى ضمان الأضعف .

الرابع : أن الصوم لا يمكنه الفعل إلا على وجه المعصية ، والصلاة يمكن أداؤها على غير وجه المعصية بأن يصبر حتى يخرج وقت الكراهة فيؤديها على وجـــه الاستحباب ، وكذا لا يكون مرتكباً للنهى بنفس النـــذر ، مع أن النذر ممنوع في رواية أبي يوسف وعبدالله بن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله ، ذكرها في البدائع وغيره. وفي شرح التكملة شرع في صوم يوم النحر ثم أفسده لم يقضه . وقال محمد رحمة الله عليه القضاء ، ولم يذكر خلافاً لأبي يوسف رحمه الله .

وفي العيون جعل قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله ، والخلاف لأبي يوسف رحمه الله. قلت يجوز التطوع بالصوم ممن عليه صوم رمضان ، وبه قال أهل العلم، وقال أحمد لايجوز ممن عليه صوم يوم فرض لقوله عليه الصلاة والسلام من صام تطوعاً وعليه شيء من رمضان لم يقضه ، فإنه لا يقبل منه حتى يصومه ، وفي مسند ابن لهيعة الحال ، وعن أحمـد انه يجوز مثل قول الجمهور لا بأس بقضاء رمضان في يوم العشر غـــير يوم العيد ، وهو قول سعيد بن المسيب والشافعي وأحمد واسحاق ، وروي استحبابه عن عمر رضى الله عنه ، ورويت كراهته عن علي والحسن والزهري وهو رواية عن أحمد .

وفي المبسوط تبع جوازه علي رضى الله عنه أراد أن يقول لله علي صوم يوم ، فجرى على لسانه شهر لزمه شهر ، ولو قـــال لله علي صوم يوم آخر من أول الشهر وأول يوم من آخره يلزمه الخامس عشر والسادس عشر ، ولو نذر صوم يوم غد أو نوى كل ما دار الغد لا تصح فيه . ولو قال صوم يوم ونوى صوم كل ما دار يوم صحت، ذكره في جوامع الفقه

ولو قال صوم الجمعه يلزمه صوم يوم الجمعة لا غير ، إلا اذا نوى أيام الاسبوع . وإن نكر الجمعة لزمه الأسبوع كله .

ولو قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان فقدم ليلاً لا يلزمه شيء ، لأن اليوم اسم للبياض ، وكذا إن قدم بعد الأكل نهاراً أو الحيض ، وعن أبي يوسف رضي الله عنه يقضيه ، وان قدم بعد الزوال فلا رواية فيه . وقال السرخسي الأظهر التسوية بينهما وإن قدم قبل الزوال صامه لبقاء وقت النية .

وفي الواقعات قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان شكراً لله تعالى وأراد اليمين فقدم في يوم رمضان عليه كفارة يمين ولا قضاء عليه ، ولو قال لله علي أن أصوم الأبد فضعف عن الصوم لأجل اشتغاله بالمعيشة له أن يفطر ويطعم .

* * *

# باب الاعتكاف

## قال الاعتكاف مستحب

---

( باب الاعتكاف )

أي هذا باب في بيان كذا آخره عن الصوم ، لأنه شرط مقدم طبعاً فيقدم وضعاً ، والاعتكاف افتعال من عكف ، وهو متعد ، فمصدره العكف ولازم فمصدره العكوف والمتعدى بمعنى الحبس والمنع ، ومنه قوله تعالى ﴿ والهدي معكوفاً ﴾ ٢٥ الفتح ، ومنه الاعتكاف في المسجد ، لأنه حبس النفس ومنه اللازم الاقبال على الشيء بطريق المواظبة ومنه قوله تعالى ﴿ يعكفون على أصنام لهم ﴾ ١٣٨ الاعراف ، وهو من ضرب ومن باب طلب ، يعني يجوز في مضارعة كسر عين الفعل وضمها .

وفي الشرع الاعتكاف هو اللبث في المسجد مع النية ، وفي النهاية تفسيره شريعة هو اللبث والقرآن في المسجد مع نية الاعتكاف ، فكان الشرعي مبنياً على التقرير اللغوي مع زيادة اشتراط المسجد وصفته انه سنة ، وركنه هو تفسيره شريعة ، وشرطه الصوم ومسجد الجماعة ، والأفضل لها مسجد بيتها ، ومنه الاعتكاف في حق الرجال ، وان كان يجوز للمرأة ان تعتكف في مسجد الجماعة .

وسببه ان كان واجباً فالنذر ، وان كان تطوعاً فالنشاط الداعي إلى طلب الثواب .
وحكمه إن كان واجباً ما هو حكم سائر الواجبات وإن كان نفلاً ما هو حكم سائر النوافل ونقيضه الخروج من المسجد إلا لحاجة لازمة طبعا أو شرعا .

ومحظوراته الجماع ودواعيه وأداه به أن لا يتكلم إلا بخير وأن يلزم الاعتكاف عشرين من رمضان وأن يختار أفضل المساجد كالمسجد الحرام ، والمسجد الجامع .

( الاعتكاف مستحب ) وفي المبسوط قربة مشروعة ، وعن بعض المالكية هو جائز.

والصحيح أنه سنة مؤكدة لان النبي عليه السلام واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة

---

وقال أبو بكر رحمه الله في عارضة الأحوذي قول أصحابنا جائز جهـل منهم يعني المالكية ( والصحيح انه سنة مؤكدة ) وكذاذكره في المحيط والبدائع والتحفة ، وقوله والصحيح احتراز عن قول القدوري انه مستحب .

( لأن النبي ﷺ واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان ) هـذا أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ كان يعتكف العشر الاواخر من رمضان ، حتى قبضه الله ، ثم اعتكف أزواجه من بعده إلا ابن ماجة ، فإنه أخرجه عن ابي بن كعب قال كان رسول الله ﷺ يعتكف العشر الأواخر من رمضان، فسافرعاما ، فلما كان العام القابل اعتكف عشرين يوما ، وأخرجه أبو داود والنسائي ايضاً ولفظهما ولم يعتكف ( والمواظبة دليل السنة ) قيل المواظبة دليل الوجوب .

وأجيب بأن المواظبة دليـل السنة المؤكدة ، وهي في قوة الوجوب ، والأحسن أن يقال بانه عليه الصلاة والسلام لم ينكر على من تركه، ولو كان واجباً لانكر وكأن المواظبة بلا ترك معارضة بترك الانكار ، وذكر في المبسوط والبدائع أن الزهري قال عجباً من الناس كيف تركوا الاعتكاف ورسول الله ﷺ كأنه يفعل الشيء ويتركه [1] الاعتكاف حتى قبض عليه الصلاة والسلام ، قيل في جوابه أن أكثر اصحابه عليهم الصلاة والسلام لم يعتكفوا .

قال مالك رحمه الله لم يبلغني أن أبا بكر رضى الله عنه وعمر رضى الله عنـه وعثمان رضى الله عنه وابن المسيب ولا أحد من سلف هـذه الامة أعتكف إلا أبا بكر بن عبد الرحمن رضي الله عنهما وأراهم تركوه لشدته ، لأن ليله ونهاره سواء. وقال في المجموعة تركوه لأنه مكروه في حقهم إذ هو كالوصال المنهى عنها .

---

(١) ربما هنا كلام ساقط .

قال وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف أما اللبث فركنه لأنه ينبي عنه فكان وجوده به ، والصوم من شرطه عندنا ، خلافاً للشافعي «رح» والنيـــة شرط كما في سائر العبادات ، هو يقول أن الصوم عبادة وهو أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره .

ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف إلا بالصوم

---

( قال ) أي القدوري ( وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف ، أما اللبث فركنه لأنه ينبي عنه ) أي لأن الاعتكاف يخبر عن اللبث ( فكان وجوده به ) أي فكان وجود الاعتكاف باللبث ( والصوم من شرطه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ) أي الصوم الواجب من شرطه ، وهو مذهب علي وابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم ، وعامر والشعبي وابراهيم النخعي ومجاهد والقاسم بن محمد ونافع وابن المسيب والاوزاعي والزهرى «رض» وبه قال مالك والثوري والحسن بن جني والشافعي في القديم . وقال الشافعي وأحمد ليس بشرط ، وبه قال داود وأبو ثور لا في الواجب ولا في النفل ، وهو قول عبدالله بن مسعود وطاووس وعمر بن عبد العزيز رضى الله عنهم .

( والنية شرط كما في سائر العبادات ) يعني في كل العبادات لقوله عليه الصلاة والسلام الأعمال بالنيات ( هو ) أي الشافعي رضى الله عنه ( يقول أن الصوم عبادة وهو أصل بنفسه فلا يكون شرطاً لغيره ) وبه قال أحمد في رواية ، وهو مذهب ابن مسعود ، كما قلنا ، فالقياس مع الشافعي رضى الله عنه ، لأن كونه شرطاً يقتضى أن يكون تبعاً ، وبين الأصل والتبع منافاة ولكنا تركنا القياس استحساناً بالحديث الذي إشار اليه بقوله :

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أى قول النبي ﷺ ( لا اعتكاف إلا بالصوم ) هذا الحديث رواه الدارقطني ثم البيهقي من حديث عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ لا اعتكاف إلا بصوم ، وفيه سويد بن عبدالعزيز ، قال الدارقطني تفرد به ، وقد روي عن عطاء عن عائشة موقوفاً .قلت روى أبو داود في سننه عن عبدالرحمن

ابن اسحاق عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت السنة على المعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يخرج لحاجة إلا ما لا بد منه ، ولا اعتكاف إلا بصوم ولا اعتكاف إلا في مسجد جامع .

وقال المنذري في مختصره وعبد الرحمن بن اسحاق أخرج له مسلم ووثقه ابن معين وغيره ، ورواه البيهقي في شعب الايمان عن الليث عن عقيل عن ابن شهاب به ، وفيه قالت السنة في المعتكف أن يصوم ، وقال أخرجاه في الصحيح وروى قوله – والسنة في المعتكف ... الخ – فقد قيل انه من قول عروة .

وروى أبو داود والنسائي عن عبدالله بن بديل عن عروة بن دينار عن ابن عمر أن عمر رضى الله عنه جعل عليه أن يعتكف في الجاهلية ليلة أو يوماً عند الكعبة ،فقال النبي ﷺ اعتكف وصم .

( والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ) هذا ظاهر ، ولكن فيه بحث من وجهين . أحدهما : أن الله تعالى شرع الاعتكاف مطلقاً بقوله ﴿ ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد ﴾ ١٨٧ البقرة فاشتراط الصوم زيادة عليه بخبر الواحد وهو النسخ لايجوز.

والثاني : الاعتكاف يتحقق في الليالي ، والصوم فيها غير مشروع ، وفي ذلك تحقق المشروط دون الشرط وهو باطل ، فدل على انه ليس بشرط .

والجواب عن الأول بأن الامساك عن الجماع ثبت شرطاً لصحة الاعتكاف بهذا النص القطعي ، وهذا أحد ركني الصوم فالحق به ، والركن الآخر وهو الامساك عن شهوة البطن بالدلالة لاستوائهما في الحظر والاباحة كما الحق الجماع بالأكل والشرب تاسياً في حق بقاء الصوم بالدلالة لهذا المعنى ، ثم لما ثبت وجوب الامساك على المعتكف عن الشهوتين لله تعالى كان صوماً ، والثاني : بأن الشرط انما يثبت بحسب الامكان فإن المرأة عليها صوم الشهر متتابعاً ثم ينقطع التتابع بعذر الحيض والصوم في الليالي غير ممكن .

( ثم الصوم شرط ) يعني عندنا ( لصحة الواجب منه ) أي من الاعتكاف، والواجب

رواية واحـــدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة لظاهر ما روينا ، وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم ، وفي رواية الاصل ، وهو قول محمـــد « رح » أقله ساعة فيكون من غير صوم لأن مبنى النفل على المساهلة ، ألا ترى انه يقعد في صلاة النفل مع القدرة على القيام . ولو شرع فيـــه ثم قطعه لا يلزمـــه القضاء في رواية الاصل ، لأنه غير مقدر فلم يكن القطـــع ابطالاً ،

---

أن يقول لله علي أن اعتكف يوما أو شهراً أو يعلقه بشرط فيقول أن يشفي الله مريضي والاعتكاف النفل أن يشرع فيه من غير إجابة بالنذر ( رواية واحدة ) أي ليس فيـه اختلاف الروايات ، فمعناه في جميع الروايات ( ولصحة التطوع ) أي الصوم شرط أيضا لصحة الاعتكاف التطوع ( فيما روى الحسن عن أبي حنيفة « رح » لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون ) أي الاعتكاف ( أقل من يوم ) لأن الصوم مقدر باليوم .

( وفي رواية الأصل ) أي المبسوط ( وهو قول محمد رحمه الله أقـــله ساعة ) لأن الاعتكاف لبث في مكان فلا يقدر بوقت كالوقوف بعرفة ، فإذا لم يقـدر بوقت يكون معتكفا بقدر ما قام ، وله ثواب المعتكفين مـــا دام في المسجد بنية الاعتكاف . وعن أبي يوسف رحمه الله أن قدر أقل الاعتكاف انتقل باكثر اليوم إقامة للاكثر مقام الكل ( فيكون من غير صوم ) يعني إذا كان أقله ساعة فلا يكون فيه صوم ( لأن مبنى النفل على المساهـــلة ، ألا ترى انه يقعد في صلاة النفل مع القدرة على القيام ) لأن باب النفل أوسع .

( ولو شرع فيه ) أي في الاعتكاف النفل ( ثم قطعه لا يلزمـــه القضاء في رواية الأصل ، لأنه غير مقدر ) لشيء يكون زائداً على ما اتى به الشرع ( فلم يكن القطـــع ابطالاً ) لكون اتمامه غير لازم .

وفي رواية الحسن يلزمه لأنه مقدر باليوم كالصوم ، ثم الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة . وعن أبي حنيفة انه لا يصح إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لأنه عبادة انتظار الصلاة فيختص بمكان يؤدى فيه .

---

( وفي رواية الحسن يلزمه ) أي القضاء ( لانه مقدر باليوم كالصوم ) لضرورة لزوم القضاء في شرطه وهو الصوم .

( ثم الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد الجماعة ) اراد به مسجداً تصلى فيه جماعة بعض الصلوات كمساجد الاسواق ( لقول حذيفة رضى الله عنه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة ) هذا رواه الطبراني في معجمه حدثنا علي بن عبد العزيز حدثنا حجاج بن منهال حدثنا أبو عوانة عن معين عن ابراهيم النخعي أن حذيفة قال لابن مسعود ألا تعجب من قوم بين دارك ودار أبي موسى بن عمون انهم معتكفون، قال فلعلهم أصابوا و أخطأت أو ضبطوا ونسيت ، قال أما إذا علمت انه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة .

( وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انه لا يصح إلا في مسجد ) جماعة (تصلى فيه الصلوات الخمس لأنه عبادة انتظار الصلاة فيختص بمكان تؤدى فيه الصلاة ) هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنه لا يجوز إلا في مسجد له امام ومؤذن وتصلى فيه الصلوات كلها وفي الغاوي يجوز الاعتكاف في الجامع وإن لم يصلوا فيه بالجماعة ، أما إذا كان يصلى فيه الصلوات الخمس بالجماعة فالاعتكاف فيه أفضل . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي أفضل الاعتكاف أن يكون في المسجد الحرام ثم في مسجد المدينة وهو مسجد رسول الله ﷺ ثم في مسجد بيت المقدس ثم في المساجد العظام التي كثر أهلها .

وفي المنتقى عن أبي يوسف رضى الله عنه أن الاعتكاف الواجب لا يجوز أداؤه في غير مسجد الجماعة ، وفي البدائع الاعتكاف الواجب والنفل لا يصحان إلا في المسجد وقال الطحاوي رحمه الله لا يصح في كل مسجد . وقال الاترازي والصحيح عندي انه يصح في

أما المرأة تعتكف في مسجد بيتها لأنه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ، ولو لم يكن لها في البيت مسجد تجعل موضعاً فيه فتعتكف فيه ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة

---

كل مسجد . قلت هذا قول الطحاوي رحمه الله ونسبه إلى نفسه .

( أما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها ) المراد من بيتها هو المكان المتعين للصلاة ( لأنه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ) أي انتظارها للصلاة ، أى في الموضع الذي تصلى فيه ، وبه قال النخعي والثوري وابن علية . وفي السروجي ولا تعتكف في مسجد ذكره في الأصل . وفي منية المفتي لو اعتكفت في المسجد جاز . وفي المحيط روى الحسن رحمه الله عن أبي حنيفة رضى الله عنه جوازه وكراهته في المسجد، وفي البدائع وليس لها أن تعتكف في بيتها في غير مسجد بيتها وهو الموضع المعد لصلاتها . وفي المرغيناني لايجوز في بيت إلا مسجد فيه .

وقال ابن بطال قال الشافعي رضى الله عنه معتكف المرأة والعبد والمسافر حيث شاؤوا ، وقال النووي المذهب أن المرأة لا يصح اعتكافها إلا في المسجد كالرجل .

( ولو لم يكن لها في البيت مسجد تجعل موضعاً فيه فتعتكف فيه ) وفي المجتبى لو لم يكن في مسجد بيتها موضع يجعل فيه مسجد فتعتكف فيه ، ولو اعتكفت في مسجد بيتها فليس لزوجها أن يأتيها ولا أن يمنعها من الاعتكاف ، لكن لا ينبغي لها أن تعتكف بغير إذن زوجها ، وكذا العبد لا يعتكف بغير إذن مولاه، ولو أذن لهما ثم إن منعهما صح ويلزم ويأثم ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له أن يمنعها ، والمكاتب لو اعتكف بغير اذنه يصح وليس له منعه .

وقال مالك له منعه ، ولو طلقت المعتكفة في المسجد أو توفى عنها زوجها جاز له الرجوع إلى بيتها لتعتد فيه ثم ترجع الى المسجد على اعتكافها ، وعند مالك رحمه الله تتم اعتكافها في المسجد .

( ولا يخرج ) أى المعتكف ( من المسجد إلا لحاجة الانسان ) وهو التغوط وإراقة البول ( أو الجمعة ) أي أو الجمعة يخرج لها .

أما الحاجـة لحديث عائشة.رضي الله عنها كان النبي عليـه السلام لا يخرج من معتكفه إلا لحاجـــة الإنسان ، ولانه معلوم وقوعها ولا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعـــد فراغه من الطهور ، لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها . وأمـا الجمعـة فلأنها من أهم حوائجه وهي معلوم وقوعهـــا .

---

( أما الحاجة فلحديث عائشة رضى الله عنها كان النبي ﷺ لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الانسان ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ وأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله ﷺ إذا اعتكف فدنى إلى رأسه فيداخـــله وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الانسان ( ولأنه معلوم وقوعها ) أي وقوع الحاجة ( فلا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ) لان الضرورات تبيح المحظورات ، ثم في خروجه لقضاء الحاجة لا تفاوت بين أن يدخل تحت سقف غـير سقف المسجد أو لا فإنه جائز ، وكان مالك رضى الله عنه يقول إذا خرج للحاجة لا ينبغي أن يدخل تحت سقف، فإن أواه سقف غير سقف المسجد فسد اعتكافه لعدم الضرورة فيه ، وهذا ليس بشيء فإنه عليه الصلاة والسلام كان يدخل حجرة إذا خرج لحاجته كذا في المبسوط .

(ولايمكث بعدفراغه من الطهور ) بفتح الطاء مصدر ، وقال المبرد خمسة من المصادر على فعول بفتح الفاء الطهور والوضوء والقبول والودوع والركوع ، وفي المغرب الطهور بالفتح مصدر بمعنى التطهير ، ومنه مفتاح الصلاة الطهور ، وقال ابن الأثير الطهور بالضم وبالفتح الماء الذى يطهر به كالوضوء والوضوء والسجود كالسحور ، قـال سيبويه الطهور بالفتح يقـــع على الماء والمصدر معـــاً ( لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ) أي بقدر الضرورة .

( وأما الجمعة فلأنهامن أهم حوائجه ) لأنهـــا حاجة دينية ولا يمكن من اقامتها الا بالخروج ( وهي معلوم وقوعها ) أي الجمعة معلوم وقوعها فيكون الخروج اليها مستثنى.

وقال الشافعي «رح» الخروج إليها مفسد لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع ، ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع ، وإذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لأن الخطاب يتوجه بعده ، وإن كان منزله بعيداً عنه يخرج في وقت يمكن ادراكها ويصلي قبلها أربعاً ، وفي رواية ستاً الأربع سنة وركعتان تحية المسجد وبعدها أربعاً أو ستاً على حسب الاختلاف في سنة الجمعة

---

( وقال الشافعي الخروج إليها ) أي إلى الجمعة ( مفسد ) للاعتكاف ( لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع ) وبه قال مالك رضى الله عنه . وفي الذخيرة للمالكية يبطل بالخروج للجمعة على المشهور ، وروى عنه كقولنا . وقال ابن العربي إذا خرج للجمعة لا يفسد في الصحيح ، وبقولنا قال سعيد بن جبير والحسن البصري والنخعى وأحمد وعبد الملك وابن المنذر ، وفى الاكمل ومن تلزمه الجمعة لا يعتكف إلا في المسجد وهو المشهور من مذهب مالك ، وهو قول الشافعي والكوفيين ، وقال السروجي قوله الكوفيين غير صحيح .

( ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع ، فإذا صح الشروع ) أي في مسجد غير جامع ( فالضرورة مطلقة ) بضم الميم وسكون الطاء وكسر اللام أي مجوزة على الاطلاق ( في الخروج ) إلى الجمعة ( ويخرج حين تزول الشمس لأن الخطاب يتوجه اليه بعده ) أي بعد زوال الشمس عن كبد السماء ( وأن كان منزله بعيداً عنه ) أى عن الجامع ( يخرج في وقت يمكنه إدراكها ) أي إدراك الجمعة ( ويصلى قبلها ) أى قبل الجمعة ( أربعاً ) أى اربع ركعات .

( وفي رواية ستاً الاربع سنة وركعتان تحية المسجد وبعدها أربعاً أو ستاً ) أي أو ست ركعات ( على حسب الاختلاف في سنة الجمعة ) فإن عند أبي حنيفة ومحمد يصلي

وسنتها توابع لها فألحقت بها ، ولو أقام في مسجد الجامع أكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لأنه موضع اعتكاف إلا أنه لا يستحب لأنه التزم أداؤه في مسجد واحد فلا يتمها في مسجدين من غير ضرورة . ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند أبي حنيفة « رح » لوجود المنافي وهو القياس .

---

اربعاً عند أبي يوسف يصلي ستاً ( وسنتها توابع لها فألحقت بها ) كاذكارها المسنونة .

( ولو أقام في مسجد الجامع اكثر من ذلك ) أي اكثر من صلاة الجمعة وسنتها (لا يفسد اعتكافه لأنه موضع اعتكاف ) فلا يضره ذلك ( إلا انه لا يستحب ) استثناء من قوله لا يفسد اعتكافه ، أي لا يفسد اعتكافه بإقامة المعتكف في الجامع اكثر من صلاة وسنتها ، إلا أن يشبه فيه بعد الفراغ بل يكره له ذلك ( لأنه التزم أداؤه في مسجد واحد فلا يتمها في مسجدين من غير ضرورة ) رعاية للمسجد الذي اعتكف فيه بقدر الامكان .

( ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند أبي حنيفة رحمه الله ) العذر الخروج لغائط أو بول أو جمعة لأنه لا بد منه ، وكذا إذا انهدم المسجد، وفي السقف يجوز له أن يتحول إلى مسجد آخر في خمسة أشياء ، أحدها : أن ينهدم مسجده . الثاني : أن يتفرق أهله فلا يجتمعون فيه . الثالث : أن يخرجه منه سلطان . الرابع : أن يأخذه ظالم . الخامس : أن يخاف على نفسه وماله من المكابرين .

وفي المرغيناني إن خرج لمرض يبطل اعتكافه ، لأن وقت المرض غير معلوم فلم يكن مستثنى ، وقال الحاكم في الكافي وكذا يبطل لو أخذه غريم فحبسه ساعة . قوله في المتن – ساعة – يعني وإن كان قليلاً ، وسواء كان عامداً أو ناسيا ، وفي المبسوط والتحفة قول أبي حنيفة « رح » أقيس .

( لوجود المنافي ) للبث ( وهو ) أي قول أبي حنيفة رحمه الله هو ( القياس ) وبه أخذ مالك والشافعي وأحمد ، الا أن عند مالك رحمه الله يخرج لعيادة أبويه ولا يخرج لجنازتها .

وقالا لا يفسد حتى يكون أكثر من نصف يوم وهو الاستحسان ، لأن في القليل ضرورة . قال وأما الأكل والشرب والنوم يكون في معتكفه لأن النبي عليه السلام لم يكن له مأوى إلا المسجد ، ولأنه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة إلى الخروج ،

---

( وقالا ) أي أبو يوسف رحمه الله ومحمد « رح » ( لا يفسد حتى يكون ) أي الخروج ( اكثر من نصف يوم ) لأن للكثير منه حكم الكل والاقل منه عفو ، وإن كان بغير عذر وهو إذا خرج لحاجة الانسان فتأنى في المشي لا يفسد اعتكافه . فإن كان يحتاج إلى التأني في المشي لأنه في حكم اليسير . وفي الذخيرة الاختلاف في الاعتكاف الواجب، أما في النفل فلا بأس بأن يخرج بغير عذر ( لأن في القليل ضرورة ) والضرورة مستثناة .

( وأما الأكل والشرب والنوم يكون في معتكفه ) أي في موضع الاعتكاف ( لأن النبي ﷺ لم يكن له مأوى إلا في المسجد ) يعني في حال كونه بمعتكفاً ، وهذامعلوم في الاحاديث والنصوص المتطابقة ، ويقال في غالب أحواله لم يتخذ مأوى إلا المسجد فكان أكله متحققا فيه فلا ضرورة إلى الخروج ، وبه قال مالك وابن شريح من اصحاب الشافعي رضى الله عنه ، وهو الاظهر عند صاحب التهذيب .

وقال المزني وأكثر أصحابه له الخروج للأكل والشرب لأن في تكلفه الأكل في المسجد مشقة ونوعاً من ترك المروءة أيضاً ، فإنه قد يختار أن لا يعرف جنس طعامه لفقره أو لتورعه ، فلو كلفناه الأكل يفوت غرضه ، وأيضاً قد يكون في المسجد غيره فيشق عليه الأكل دونه ، ولو أكل معه لم يكفهما الطعام فجعلنا ذلك عذراً في إباحة الأكل في المنزل ، كذا في تتمتهم ، وفي شرح الوجيز لو عطش ولم يجد في المسجد ماء يخرج ، وإن وجد فيه فوجهان أصحهما لا يخرج .

( ولأنه يمكن قضاء هذه الحاجة ) أي حاجة الأكل والشرب (في المسجد فلا ضرورة إلى الخروج ) قيد بقوله لأنه يمكن لأنه إن لم يمكن يخرج ، وفي البدائع لا يخرج لأكل وشرب ونوم ولا عيادة مريض ولا صلاة جنازة، فإن خرج فسد اعتكافه عامداً أوناسياً

ولا بأس بأن يبيع ويشتري ويبتاع في المسجد من غـــير أن يحضر السلعة لأنه قد يحتاج إلى ذلك بأن لا يجد من يقوم بحاجته ، إلا أنهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لأن المسجد متحرز

---

بخلاف ما لو خرج مكرهاً ، وفي شرح الارشاد لا يخرج لأداء شهادة وإن تعين لأدائها، لأن هذا لا يقطع إلا نادراً فلا عبرة للنادر ، وبه قال مالك . وعند الشافعي رضى الله عنـه لو تعين أداؤها عليه لا تبطل بالخروج ، وإن لم يتعين تبطل ، وفي الذخيرة المالكية يؤديها في المسجد ولا يخرج .

( ولا بأس بأن يبيع ) أي المتكف ( أو يبتاع ) أي أو يشتري ( في المسجد من غير أن يحضر السلعة ) وفي التجنيس هذا إذا باع أو اشترى لحاجته الأصلية لا للتجارة ، فإنه للتجارة مكروه . لأن المسجد بني للصلاة لا للتجارة. وفي الذخيرة له أن يبيع ويشتري في المسجد الطعام وما لا بد منه ، وإذا أراد أن يتخـــذ ذلك متجراً يكره له . وقال الكرخي قوله – من غير أن يحضر السلعة – دليل على انه لا بأس به مطلقاً ، سواء كان له منه بد أو لم يكن .

وقال الشافعي ويشترى ولا يكره منه ، وقطـع الماوردي بكراهة البيـع والشراء وعمل الصنائع. وقال في البويطي أكره البيع والشراء في المسجد، ومثله عن أبي حـــامد «رض» . قال النووي في شرح التهذيب هو الاصح ، وكرهه عطاء والزهري، وكان مالك «رض» يقول يخرج لشراء الطعام ثم يرجـــع ، وفي جوامع الفقه للمعتكف أن يبيع ويشترى في المسجد من غير احضار السلعة ويتزوج ويراجع ويحرم بحج وعمرة ويتطيب ويتردد في نواحي المسجد ويصعد المنارة ، وبه قال مالك « رض» والشافعي . وقال معمر لا يتطيب المعتكف ، وقال عطاء لا يتطيب المتكف، وفي الخزنة كره التحرز للمعتكف ومنع سحنون من المالكية إمامة المعتكف في أحد قوليه في الفرض والنفل ، وكذا أذانه في غير المنارة ، والمنارة منعه مالك مرة وأجازه أخرى مع العلماء .

( لأنه ) أي لأن المتكف ( قد يحتاج إلى ذلك ) أي إلى البيع والشراء ( بأن لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قـــالوا ) استثناء ( يكره احضار السلعة للبيع والشراء ، لأن المسجد متحرز ) على بناء المجهول من التحريز بالحاء المهملة ، معناه أن بقعة المسجد قد

عن حقوق العباد، وفيه شغله بها، ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه، لقوله عليه السلام جنِّبوا مساجدكم صبيانكم، إلى أن قال وبيعكم وشراءكم قال ولا يتكلم إلا بخير،

---

تحرزت ( عن حقوق العباد ) فصارت خالية حقاً لله تعالى ( وفيه شغله بها ) أي وفي احضار السلعة شغل المسجد بفتح الشين بها أي بالسلعة فيكره معه بالسلع للتجارة .

( ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه ) أي في المسجد ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( جنبوا مساجدكم صبيانكم ، الى أن قال وبيعكم وشراءكم) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة « رض» وأنكره الاسقع ، روى حديثه ابن ماجه أن النبي ﷺ قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم وإقامة حدودكم وسل سيوفكم ، واتخذوا على أبوابها المطاهر ، وجمروها في الجمع ، رواه الطبراني في معجمه عن العلا بن كبير عن مكحول عن أبي الدرداء وأبي أمامة وواثلة ، قالوا سمعنا رسول الله ﷺ يقول فذكره وسنده ضعيف .

ومعاذ بن جبل « رض» روى حديثه عبد الرزاق في مصنفه من حديث مكحول عنه أن رسول الله ﷺ قال جنبوا مساجدكم ... الحديث باللفظ المذكور، وروى النسائي عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ انه قال إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك .

( قال ولا يتكلم إلا بخير ) قال الله تعالى ﴿ قل لعبادي يقولوا التي هي أحسن ﴾ ٥٣ الإسراء ، أي قل للمؤمنين يقولوا للمشركين الكلمة التي هي أحسن وألين ، ولا تحاشوهم فالنص يقتضي أن لا يتكلم خارج المسجد إلا بخير ، فالمسجد أولى وله قراءة القرآن ، والحديث والعلم والتدريس وكتابه أمور الدين وسماع العلم . وقال القاضي عياض وأبوبكر ابن العربي منعه مالك من ذلك وهو قول ابن حنبل ، واعتبراه بالطواف والصلاة ، وقال أبو الطيب في المجرد .

وقال الشافعي في الإمام والجامع الكبير لا بأن يقص في المسجد ، لأن القصص وعظ وتذكير . وقال النووي ما قاله الشافعي محمول على الاحاديث المشهورة والمغازي والرقائق

ويكره له الصمت ، لأن صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثماً .

---

بما ليس فيه وضع ولا ما تحمله عقول العوام ولا ما يذكره أهل التواريخ والقصص من قصص الانبياء عليهم الصلاة والسلام ، وحكاياتهم أن بعض الانبياء جرى له كذا من فتنة أو نحوها ، فإن كل هذا يمنع منه انتهى .

قلت يمنع ذلك من كان غير معتكف ويمنع الطرقية الذي يعملون المواعيد في المساجد ويوردون الاحاديث الموضوعة والاخبار التي ليست لها صحة ، وفي جوامع الفقه يكره التعليم فيه بأجر ، وكذا كتابة المصحف بأجر والخياطة ، وقيل إن كان الخياط يحفظ المسجد فلا بأس بان يخيط فيه ولا يستطرقه إلا لعذر ، ويكره على سطحه ما يكره فيه .

( ويكره له الصمت ) أي ترك التحدث مع الناس قال الإمام حميد الضرير انما يكره الصمت إذا اعتقله (١) قربة ، أما إذا لم يعتقده قربة فلا يكره لقوله عليه الصلاة والسلام من صمت نجى ، رواه عبدالله بن عمر رضى الله عنهما ، وقال الكاكي قيل معنى الصمت نذر بأن لا يتكلم أصلا كما كان في شريعة من قبلنا، وقيل ان يسكت ولا يتكلم أصلاًقاله الإمام بدر الدين خواهر زاده .

( لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا ) قالوا إن صوم الصمت من فعل المجوس وروى أبو حنيفة عن أبي هريرة « رض » انه عليه الصلاة والسلام نهى عن صوم الوصال وصوم الصمت وعن ابن عباس « رض » عن النبي ﷺ أنه أمر رجلا نذر أن يقوم في الشمس ولا يتكلم ولا يستظل ويصوم ، أن يجلس ويستظل ويتكلم ، رواه البخاري .

وعن علي «رض» عن النبي ﷺ انه قال لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم الى الليل ، رواه أبو داود ، وفي المغني الصمت عن الكلام ليس من شريعة الإسلام ، وأجازه أبو ثور وابن المنذر .

( لكنه يتجانب ما يكون مأثما ) متصل بقوله يكره له الصمت ، يعني يتحدث بما

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد بها — اعتقده — اهـ مصححه .

ويحرم على المعتكف الوطيء لقوله تعـــالى ﴿ ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ﴾ ١٨٧ البقرة . وكذا اللمس والقبلة

---

شاء بعد أن لا يكون فى كلامه مأثم ، والمأثم بمعنى الاثم .

( ويحرم على المعتكف الوطيء لقوله تعالى ﴿ولا تباشروهن وأنتم عـــاكفون في المساجد ﴾ ١٨٧ البقرة ) قيل كيف هاهنا للمعتكف الوطيء ، وأجيب بأنه يجـوز له الخروج للحاجة ، فعند ذلك أيضاً يحرم الوطيء عليه لما أن اسم المعتكف لا يزول عنـه بذلك الخروج ، وفي شرح النازلات كانوا يخرجون ويقضون حاجتهم في الجمـــاع ثم يغتسلون فيرجعون إلى معتكفهم فنزل ﴿ ولا تباشروهن وانتم ﴾ ... الآية سواء كان الوطيء بالليل أو بالنهار عامداً كان أو ناسياً ، وبه قال مالك وأحمد سواء كان فى المسجد أو خارجه .

وعند الشافعي رضى الله عنه إن كان ناسياً لاعتكافه أو جاهلاً بتحريمه لم تبطل على المذهب ، وبه قال داود ، ونقل المزني عن الشافعي أن الاعتكاف لا يفسد الوطيءلأنهلا يوجبه الحد ، وقال إمام الحرمين يقتضي هـــذا أن لا يفسد بالوطيء في الدبر ووطيء البهيمة فيهما الحدود ، وعلى إمام الحرمين فقال النووي المذهب المشهور الاعتكاف يفسد بكل وطيء سواء فيه المرأة أو البهيمة أو اللواطة وغيره .

( وكذا اللمس والقبلة ) أي وكذا يحرم لمس زوجته وقبلته اياها ، وفي بعض النسخ ويكره له المس . وقال الشافعي رضى الله عنه إذا كان اللمس بغير شهوة لا يمنـع ، وفي خزانة الاكمل اللمس والقبلة إن كان معهما انزال يفسد اعتكافه ، وبدون الانزال لا يفسد وإن نظر فأنزل أو افتكر أو احتلم لا يفسد . وفي المحيط والبدائع والتحفة والمنافـع قالوا يحرم عليه اللمس والقبلة إن كان معهما انزال ، ولم يشترطوا فيها الشهوة ، وفى العبد إن نظر إلى امرأته بشهوة فأمن لا يفسد بل يغتسل ويعود إلى معتكفه . وفي المرغيناني يكره للمعتكف المباشرة الفـاحشة ، وإن أمن على نفسه . لا يكره للصائم إذا أمن ، وهذا يدل على أن اللمس من غير شهوة لا يحرم على المعتكف ، وإن أطلقوا الحرمة في

لأنه من دواعيه فيحرم عليه إذ هو محظوره كما في الاحرام بخلاف الصوم ، لأن الكف وركنه لا محظوره فلم يتعد إلى دواعيه ، فإن جامع ليلاً أو نهاراً عامداً أو ناسياً بطل اعتكافه

---

الكتب المشهورة ، وعن ابن سماعة انه ذكر عن بعض أصحابنا ان جماع الناسي لايفسد الاعتكاف ، لانه فرع الصوم .

( لأنه ) أي لان في اللمس والقبلة ( من دواعيه ) أي من دواعي الوطىء ( فيحرم عليه إذ هو محظوره ) أي إذ الوطىء محظور الاعتكاف ( كما في الاحرام ) أي كما هو محظور في حالة الاحرام والحظر في اللغة المنع ، وكثيراً ما يراد به الحرام يقال حظرت الشيء إذا حرمته ( بخلاف الصوم ) جواب عن سؤال مقدر بأن يقال الجماع يفسد الصوم كما انه يفسد الاعتكاف فأجاب بقوله - بخلاف الصوم - .

( لأن الكف ) أي عن الجماع ( ركنه ) أي ركن الصوم ( لا محظوره فلم يتعد إلى دواعيه ) أي فلم يتعد حكم الحرمة من الوطىء إلى دواعي الوطىء ، تقدير هذا الموضوع أن الجماع محظور في الاعتكاف بالنص ، بخلاف الصوم ، فإن التقبيل واللمس لا يحرم بالصوم ، لأن الجماع ليس بحرام في الصوم ، لكن الكف عن الجماع ركن فيه ، وحيث ما يجامع انما يثبت لفوات الركن صورة وجوب الكف ، فلم تتعد الحرمة إلى دواعيه إلا إذا خاف الوقوع في الجماع ، وفي الاعتكاف الركن هو اللبث لا الكف عن الجماع فكان الجماع من محظورات اللبث ، بدليل أن الحرمة تثبت النهى بقوله تعالى ﴿ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد﴾ ١٨٧ البقرة ، وموجب النهى الحرمة إلى دواعيه لأنه من توابع المحظورات كما في الاحرام .

( فإن جامع ) أي المعتكف ( ليلاً أو نهاراً ) أي في الليل أو في النهار حالة كونه ( عامداً ) أي قاصداً ( أو ناسياً ) أي أو جامع حال كونه ناسياً ( بطل اعتكافه ) وبه قال مالك وأحمد وسواء فيه أنزل أو لم ينزل . وقال الشافعي رضي الله عنه إذا جامع ناسياً لا يبطل اعتكافه ، روى ابن سماعة عن أصحابنا مثله .

لأن الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ، ولو جامع فيما دون الفرج فأنزل أو قبل أو لمس فأنزل يبطل اعتكافه لأنه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ،

---

( لأن الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم ) أراد بهذا بيان أن كل ما كان من محظورات الاعتكاف لا يختلف فيه حكم السهو والعمد ، والليل والنهار ، ولهذا إذا جامع يفسد اعتكافه سواء جامع ليلاً أو نهاراً أو ناسيا ، وكل ما كان من محظورات الصوم تختلف فيه حكم السهو والعمد ، والليل والنهار ، ولهذا إذا أكل أو شرب ليلاً عامداً أو ناسيالا يضره ولو أكل في النهار ناسيا لا يضره ، وكذا لو جامع في النهار ناسيا لا يفسد صومه ، وإن أفسد الاعتكاف ، ولو أكل في النهار عامداً يفسد الاعتكاف بفساد صومه .

( وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ) أشار بهذا الكلام إلى الفرق بين الصوم والاعتكاف ، وهو أن المعتكف اقترن به ما يذكره وهو حالة العكوف فلا ينسى بالنسيان عادة ، ولا يعذر بالنسيان والصائم لم تقترن به حالة تذكره فيعذر بالنسيان، وهو أيضاً جواب عن سؤال مقدر يقال الاعتكاف فرع على الصوم ، والفرع بالأصل في حكمه فلو جامع ناسياً في رمضان لم يفسد الصوم ، فكيف يفسد الاعتكاف ، فأجاب بقوله وحالة العاكفين مذكرة

( ولو جامع ) أي المعتكف ( فيما دون الفرج ) مثل البطن والفخذ ( فأنزل أو قبل أو لمس فأنزل يبطل اعتكافه ، لأنه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ) لأنه أنزل بمباشرة فصار كالانزال بالوطيء من حيث قضاء الشهوة ، وللشافعي فيه ثلاثة اقوال . أحدها : إنه لا يفسد اعتكافه وإن أنزل كما لا يفسد الاحرام بها ، وإن أنزل فانها متقاربان في المعنى ، لأن كل واحد منها يدوم الليل والنهار .

والثاني : أن يفسد بها الاعتكاف ، وإن لم ينزل وبه قال مالك « رض» .

والثالث : مثل قولنا وبه قال المزني وأصحاب أحمد.

ولو لم ينزل لا يفسد ، وإن كان محرماً لأنه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ، ولهذا لا يفسد به الصوم، ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام لزمه اعتكافها بلياليها ، لأن ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بإزائها من الليالي ، يقال ما رأيتك منذ أيام ، والمراد بلياليها وكانت متتابعة وإن لم يشترط التتابع ، لأن مبنى الاعتكاف على التتابع ، لأن الأوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم ، لأن مبناه على التفرق ، لأن الليالي غير قابلة للصوم فيجب على

---

( ولو لم ينزل لا يفسد وإن كان محرماً ، لأنه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ) أي الجماع هو المفسد ( ولهذا لا يفسد به الصوم ) أي ولأجل أن التقبيل أو اللمس من غير انزال لا يفسد به الصوم ، لأنه ليس في معنى الجماع .

( ومن أوجب على نفسه اعتكاف أيام ) نحو أن يقول لله علي أن اعتكف ثلاثة أيام ( لزمه اعتكافها بلياليها ، لأن ذكر الأيام على سبيل الجمع يتناول مابإزائها من الليالي، يقال ما رأيتك منذ أيام ، والمراد بلياليها ) لأن ذكر أحد العددين على طريق الجمع ينتظم مابإزائه من العدد، ألا ترى إلى قصة زكريا عليه السلام حيث قال ﴿ ان لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً ﴾ ٤١ آل عمران، وقال ﴿ أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سوياً ﴾ ١٠ مريم ، والقصة كانت واحدة .

( وكانت ) أي الايام ( متتابعة ، وإن لم يشترط التتابع ، لأن مبنى الاعتكاف على التتابع ) لوجوده في اليوم والليلة ( لأن الاوقات كلها قابلة له ) أي للاعتكاف قوله - كلها - بالنصب لأنه توكيد الأوقات وخبر أن قوله - قابلة - وبقولنا قال مالك وأحمد ، ولأحمد في نذر الصوم المطلق روايتان في وجوب التتابع . وقال زفر والشافعي هو بالخيار أن شاء تابع وإن شاء فرق كالنذر بالصوم .

( بخلاف الصوم ، لأن مبناه على التفرق ، لأن الليالي غير قابلة للصوم فيجب على

التفرق حتى ينص على التتابع ، وإن نوى الأيام خاصة صحت نيته لأنه نوى الحقيقة ومن أوجب اعتكاف يومين يلزمه بلياليهما . وقال أبو يوسف « رح » لا تدخل الليلة الأولى ، لأن المثنى غير الجمع ، وفي المتوسطة ضرورة الاتصال ،

---

التفرق حتى ينص على التتابع ) نحو أن يقول لله علي أن أصوم شهراً متتابعا يلزمه التتابع وإذا قال لله علي أن أصوم شهراً يكون له الخيار إن شاء تابع وإن شاء فرق ، لأن التفريق فيه أصل لوجوده في النهار خاصة .

( وإن نوى الأيام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ) أي حقيقة كلامه إذ اليوم اسم لبياض النهار ، فإن قيل الحقيقة منصرف اللفظ بدون قرينة ونية ، فما وجه قوله لأنه نوى الحقيقة ، أجيب كأنه اختار ما ذهب اليه بعضهم أن اليوم مشترك بين بياض النهار ومطلق الوقت واحد معنى المشترك يحتاج إلى ذلك لتعيين الدلالة لا لنفس الدلالة ، وعلى تقدير ان يكون مختاره ما عليه الاكثرون ، وهو أنه مجاز في مطلق الوقت ، فجوابه ان ذكر الإمام على سبيل الجمع صارف له عن الحقيقة فيحتاج إلى النية دفعاً للصارف عن الحقيقة لا للدلالة .

( ومن أوجب ) على نفسه ( اعتكاف يومين يلزمه بلياليهما ) هذا ظاهر الرواية ، لأن الليلتين تتناولان يومها عرفاً يقال لم أرك مذ ليلتين فيدخل الغروب في اليوم الثاني ، ولو نذر اعتكاف ليلة لا يصح لأنه لا يتناول يومها ، والليلة ليست بمحل للصوم ، وإذا نذر اعتكاف يوم صح .

(وقال أبو يوسف رحمه الله لا تدخل الليلة الأولى ، لأن المثنى غير الجمع) كون المثنى غير الجمع ظاهر ولما كان كذلك كان لفظ المثنى ولفظ المفرد سواء ، ولو قال علي أن اعتكف يوماً لم تدخل ليلته بالاتفاق ، فكذا في التثنية ( وفي المتوسطة ) أي في الليلة المتوسطة وهى الليلة الوسطى ( ضرورة الاتصال ) يعني اتصال البعض الآخر بالبعض ، وهذه الضرورة لم توجد في الليلة الاولى قيل ان أبا يوسف ترك أصله لان المثنى له حكم الجمع عنده كما في

وجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطاً لأمر العبادة والله أعلم .

---

المسألة الطريق ومحاذاة النساء ، وجوابه يحتمل ان يكون روايتان في أن المثنى له حكم الجمع أم لا

وقال الاكمل فإن قيل لما كان المثنى غير المجموع وجب ان لا يكتفي في الجمعة بالاثنين سوى الإمام ، وقد اكتفى بالاثنين كما تقدم في باب الجمعة ، اجيب بأن الاصل ما ذكرت هاهنا بأن العمل فيه بأوضاع الوجدان والجمع ، إلا اني وجدت في الجمعة معنى لم يوجد في غيرها ، وهو انه انما سميت جمعة لمعنى الاجتماع ، وفي الجماعة والتثنية ذلك ، فإن كانت التثنية في تحقيق معنى الاجماع كالجمع ، فاكتفيت بها ، انتهى .

قلت كلامه بعده العبارة يوهم انه هو القائل مما قاله حيث اسنده على نفسه وليس كذلك فإن القائل لهذا هو ابو يوسف رحمه الله حيث قال في النهاية ، واما ابو يوسف فيقول كان من حق حكم التثنية ان يغاير حكم الجمع في كل موضع ، لان فيه عملاً بالاوضاع وهو وحدان وتثنية وجمع ، إلا اني قد وجدت في الجمعة ، فذكره إلى آخر ما ذكره الاكمل. وقال صاحب النهاية قوله قال ابو يوسف رحمه الله لا تدخل الليلة الاولى كان من حقه ان يقال عن ابي يوسف « رح » كما هو المذكور بلفظ عن في نسخ شروح المبسوط والجامع الكبير .

( وجه الظاهر ) اشار به إلى ان ما ذكره ابو يوسف خلاف الظاهر ( ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به ) اي بالجمع ( احتياطاً ) اى لاجل الاحتياط ( لامر العبادة ) اي لاجل أمر العبادة ، وفيه إشارة إلى ان ابا حنيفة ومحمداً لم يلحقا المثنى بالجمع في الجمعة لعدم الاحتياط في ذلك ، لان الاحتياط في الخروج عن عهدة ما عليه يتمين ، وذلك في الالحاق غير معين لان الجماعة شرط على حدة بالاتفاق ، وفي كون التثنية بمعنى الجمع تردد لتجاذب المفرد والجمع ، إذ هي بينهما في أشراط الجمع لا تردد في الخروج ، وكان شرطاً ، واما في الاعتكاف ففي إلحاقه بالجمع خروج عنها بيقين ، لان ايجاب ليلتين مع يومين احوط من إيجاب يومين بليلة فافهم .

بعونه تعالى انتهى الجزء الثالث من

البناية في شرح الهداية ويليه الجزء الرابع مبتدئاً بكتاب الحج

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الحج

## ( كتاب الحج )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الحج ، وانما ذكره آخراً رعاية للترتيب بين العبادات الأربعة ، أما الصلاة فإنها عماد الدين ، فإنها عبادة متكررة ، فذكرت أولاً، وأما الزكاة فلأنها تالية للصلاة،وأما الصوم فلأنه عبادة بدنية خاصة كالصلاة ، وأما الحج فلأنه عبادة مركبة من البدن والمال ، وأخر عن الصوم ، لأن المفرد قبل المركب ، ولأن الصوم يتكرر دون الحج ، والاحتياج اليه اكثر ، وذكر الارازي هاهنا ما ذكره الناس ،ثم قال هذا ما أملاه خاطري في وجه المناسبة في هذا المقام ، ونسبة الشخص شيئاً لنفسه مع كونه مسبوقاً به لا يحتج به ، والحج في اللغة القصد بفتح الحاء وكسرها .

وفي الشريعة عبارة عن قصد مخصوص إلى مكان مخصوص على وجه التعظيم في أوان مخصوص ، وذكر بعض العلماء كتاب المناسك عوض الحج منهم الطحاوي والكرخي وصاحب الايضاح والمناسك جمع المنسك بفتح السين بمعنى النسك ، وهو ما يتقرب به إلى الله تعالى لكنه اختص في العرض بأفعال الحج والعمرة، والحج من الشرائع القديمة.وروي أن آدم عليه الصلاة والسلام لما حج تلقته الملائكة ، وقالت بر حجك فإننا قد حججنا هذا البيت قبلك بألفي عام . وقال تعالى لابراهيم عليه السلام ﴿ واذن في الناس بالحج ﴾ الآية ٢٧ الحج .

عن ابن عباس «رض» كانت الانبياء ، عليهم الصلاة والسلام يحجون مشاة حفاة،وعن ابراهيم واسماعيل عليهما الصلاة والسلام حجا ماشين ، وعنه ﷺ كان نبي من الانبياء إذا هلك قومه لحق مكة يعبد الله تعالى حتى يموت،وكذا من معه فمات فيها نوح وهودوصالح وشعيب عليهم الصلاة والسلام وقبورهم بين زمزم والحجر ونوح عليه السلام قبل الطوفان حج أيضاً ، وكل نبي بعد ابراهيم عليه السلام قد حج .

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الأصحاء إذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلاً عن المسكن وما لا بد منه،وعن نفقة عياله إلى حين عوده ، وكان الطريق آمناً وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيتها بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿ولله على الناس حج البيت﴾ الآية ٩٧ آل عمران ،

---

( قال الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الأصحاء إذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلان عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله إلى حين عوده إذا كان الطريق آمناً) هذا كله عبارة القدوري بعينها ذكرها المصنف ثم شرحها كلمة كلمة ، وذكر الشراح كلهم أن المصنف ذكرها بلفظ الجمع ، فقال على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء ، وذكر في الزكاة بلفظ الواحد ، فقال الزكاة واجبة على الحر العاقل المسلم ، ثم أجابوا على ذلك بناء على عادات الناس انهم يؤدون الحج في الغالب بجمع عظيم ، وأما الزكاة واجبة فلأن كل واحد يؤدي زكاة ماله بلا اجتماع .

قلت هذا الجواب والسؤال في عبارة القدوري رحمه الله ، لأن المصنف رحمه الله نقل عبارته على هذا الوجه ولم يقل من عنده . وجواب آخر في عبارة القدوري أن الألف واللام إذا دخلا على الجمع يبطل معنى الجمع ، ويراد به الجنس.

( وصفه الوجوب ) أي وصف القدوري الحج بلفظ الوجوب والضمير المرفوع في وصفه يرجع إلى القدوري ، والمفهوم من كلام الشراح انه يرجع إلى المصنف،وليس كذلك وقال وصفه بالوجوب وسكت اكتفاء بما ذكره في أول كتاب الزكاة بقوله – والمراد بالواجب الفرض لأنه لا شبهة فيه – على أنه أشار إلى هذا أيضاً بقوله :

( وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيتهابالكتاب ) لأن قوله – ثبتت – فيه تلميح إلى أن معنى الوجوب الثبوت بالكتاب ، ولا يكون الثابت بالكتاب إلا الفرض .

( وهو ) أي الكتاب ( قوله عز وجل ﴿ ولله على النـــاس حج البيت ﴾ الآية ٩٧ آل عمران ) فيه وجوه من التأكيد منهـا قوله على الناس ، وكلمة على للالزام ، أي حق

ولا يجب في العمرة إلا مرة واحدة لأنه عليه السلام قيل له الحج في كل عام أم مرة واحدة ، فقال لا بل مرة ، فما زاد فهو تطوع ،

---

واجب في رقاب الناس ، ومنها انه ذكر الناس ثم أبدل من استطاع اليه سبيلاً بدون تكرير العامل ، وفي هذا الابدال من التأكيد . أحدهما : أن الابدال تنبيه على المراد . والثاني : انه إيضاح بعد الابهام ، وتفصيل بعد الاجمال .

ومنها قوله ﴿ ومن كفر فإن الله غني عن العالمين ﴾ ٩٧ آل عمران ، فكان قوله –ومن لم يحج – تغليظاً على من تارك الحج ، وكذا قال ﷺ من مات ولم يحج ... الحديث كذا قاله السكاكي .

فإن قلت روى الترمذي من حديث علي بن أبي طالب رضى الله عنه مرفوعاً من ملك زاداً وراحلة تبلغه إلى بيت الله ، ولم يحجج فلا عليه ان يموت يهودياً أو نصرانياً . وقال الترمذي غريب ، وفي اسناده مقال ، وقد روي عن علي موقوفاً .

ومنها ذكر الاستغناء وذلك مما يدل على المقت والسخط والخذلان . ومنها قوله ﴿ فإن الله غنى عن العالمين ﴾ ٩٧ آل عمران ، ولم يقل عنه لأنه إذا استغنى عن العالمين تناوله الأستغناء لا محالة ، وقيل انما قال على الناس ولم يقل المؤمنين ، لأن هذا الحج غير واجب على الملائكة مع شمول اسم المؤمنين لهم ، وليدل على عدم اختصاصا بهذه الامة بحسب الظاهر .

( ولا يجب في العمر إلا مرة واحدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام ) أي لأن النبي ﷺ ( قيل له الحج في كل عام أم مرة واحدة فقال لا بل مرة واحدة ، فما زاد فهو تطوع ) هذا الحديث رواه أبو داود وابن ماجة في سننهما عن سفيان بن حسين عن الزهري عن أبي سفيان يزيد بن أمية عن ابن عباس رحمهما الله ان الاقرع بن حابس رضى الله عنه سأل رسول الله ﷺ فقال يارسول الله الحج في كل سنة أو مرة واحدة ، فقال لا بل مرة واحدة ، فما زاد فهو تطوع ، ورواه الحاكم في مستدركه ، وقال حديث صحيح الاسناد ، إلا انهما لم يخرجاه لسفيان بن حسين وهو من الثقات .

ولأن سببه البيت وانـــه لا يتعدد فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند أبي يوسف « رح » وعن أبي حنيفة « رح » ما يدل عليـــه

---

( ولأن سببه ) أي سبب الحج ( البيت ) أي الكعبة ( وهي لا يتعدد فـلا يتكرر الوجوب ) وقد علم ان السبب إذا لم يتكرر لا يتكرر المسبب ، وانمـا كان سببه البيت لاضافته اليه يقال حج البيت والاضافة دليل السببية ، وقـال الكرماني في مناسكه أن بعض الناس ، وعن بعض الناس يجب في كل سنة ، وهو مردود .

وقال ابن العربي في العارضة يجب في العمر مرة واحدة بإجماع الأمة إلا من شذ ،فقال يجب في كل خمسة أعوام ومتعلقه ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال على كل مسلم في خمسة أعوام أن يأتي بيت الله الحرام، عن ابن العربي . قلنا رواية هـذا الحديث حرام فكيف العمل به ، وقال السروجي رحمه الله ورد ما يدل على استحباب ذلك دون وجوبه عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال قال الله عز وجـــل أن من صححته وسعت عليه ولم يزرني من كل خمسة أعوام عام لمحروم ، أخرجه أبو ذر الهروي وأبو بكر ابن أبي شيبة وسعيد بن منصور ، ويروى أربعة أعوام .

وعن سعيد حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه ولفظه أن الله تعـالى يقول إن عبداً صححت له جسمه وأوسعت عليه في المعيشة تمضى عليـه أربعة أعوام لا يعود إلى المحروم ، وقام ابن وضاح يريد إلى الحج .

( ثم هو ) أي الحج ( واجب على الفور عند أبي يوسف ) وبه قال أحمد ، وفي البدائع والتحفة عن الكرخي انه على الفور ، والإمام أبو منصور الماتريدي يحمل الأمر المطلق على الفور. ومعنى يجب على الفور يعني عند استجماع شرائط الوجوب يتعين العـام الأول عند أبي يوسف رحمه الله حتى يأثم بالتأخير عنه ، والمراد من الفور أن يلزم المأمور به في اول اوقات الامكان مستعار للسرعة من فارت القدر فوراً إذا غلت .

( وعن أبي حنيفة ما يدل عليه ) أي وروي عن أبي حنيفة رحمـــه الله مـا يدل على انه على الفور مثل قول أبي يوسف ، وهو ما قاله ابن شجاع كان أبو حنيفة رضى الله

وعند محمد والشافعي «رح» على التراخي لأنه وظيفة العمر، فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة. وجه الاول أنه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطاً، ولهذا كان التعجيل أفضل،

---

عنه يقول من كان عنده ما يحج به وكان يريد التزوج فانه يبدأ بالحج لأنه فريضة، وهذا يدل على انه على الفور، وفي المحيط والمرغيناني والكرمانى ان أصح الروايتين عن ابي حنيفة رضى الله عنه انه على الفور، وفي قنية المنية تجب مضيقاً على المختار، وفي الاداء يرتفع الإثم.

(وعند محمد والشافعي رضى الله عنهما على التراخي) وبه قال ابو حنيفة في رواية، وذكر الإمام علي بن موسى العمى انه على التراخي، ولم يعزه إلى احد وهو من عظماء اصحابنا، وله تصنيف في نقض مذهب الشافعي، وذكر ابو عبدالله البلخي انه قال على التراخي عن اصحابنا جميعاً، وفائدة الخلاف انه يأثم بالتأخير عند ابي يوسف ولا يأثم بالتأخير عند محمد رحمه الله، ومعنى قول محمد على التراخي ان العام الاول يتعين، لكن عند محمد رحمه الله لسعة التأخير بشرط انه لا يفوته بالموت، وإذا مات عنه أثم، وعند الشافعي لا يأثم، وقال بعض اصحابه يأثم بالتأخير عن السنة الاولى إذا مات فيها. وقال بعضهم يأثم بالتأخير عن السنة التي مات فيها.

(لأنه) أي الحج (وظيفة العمر) ألا ترى انه لو اداه في السنة الثانية كان مؤدياً لا قضاء (فكان العمر فيه كالوقت في الصلاة) لانه إذا اخر الصلاة إلى آخر الوقت يجوز وكذا إذا اخر الحج إلى آخر العمر بشرط ان لا يفوته.

(وجه الاول) وهو قول ابي يوسف رحمه الله عنه (انه يختص بوقت خاص) وهو اشهر الحج من كل عام، وكل ما اختص بوقت خاص وقد فات عن وقته لا يدرك إلا بإدراك الوقت بعينه وإلا لا يكون مختصاً به، وذلك مدة طويلة تستوي فيه الحياة (والموت في سنة واحدة) مشتملة على الفصول الأربعة لايضاح المزاج (غير نادر فيتضيق احتياطاً) لا تحقيقاً (ولهذا) أي ولأجل الاحتياط (كان التعجيل افضل) إتفاقاً.

بخلاف وقت الصلاة ، لأن الموت في مثله نادر ، وإنما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام أيمـــا عبد حـج ولو عشر حجـج ثم أعتق فعليه حجة الإسلام ، وأيما صبي حج ولو عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الإسلام .

---

( بخلاف وقت الصلاة ) جواب عن قوله ـ كالوقت في الصلاة ـ ( لأن الموت في مثله نادر ) يعني لأن الموت في مثل وقت الصلاة فجأة نادر ( وانما شرط البلوغ والحرية لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( ايما عبد حج ولو عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الإسلام ، وأيما صبي حج ولو عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الإسلام) هذا الحديث رواه الحاكم في مستدركه من حديث محمـد بن المنهال حدثنا يزيد بن ذريع حدثنا شعبة عن الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ أيمـا صبي حج ثم بلغ الحدث فعليه أن يحج حجة أخرى ، وأيما أعرابي حج ثم هاجر فعليه أن يحج حجة أخري ، وأيما عبد حج ثم اعتق فعليه حجة أخرى ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

فإن قلت رواه البيهقي في سننه ثم قال الصواب وقفه تفرد برفعه محمـد بن المنهال عن يزيد بن ذريـع عن شعبة ، ورواه غيره عن شعبة موقوفاً . قلت قـال الشيخ رواه الاسماعيلي في جمعه لحديث سليمان الأعمش عن الحارث بن شريح عن أبي عمر ، ويقـال الجوادربي عن يزيد بن ذريع به مرفوعاً فزال التفرد ، وليس في رواية الحاكم عشرحجج ، وذكر هـذا فيه لبيان الكثرة ، لأن العشر منتهى الآحـاد ولا لبيان انحصار الحكم عليها .

وقال ابن المنذر أجمع أهل [1] الأَمَنْ لا يُعتَدُّ بخلافِهِ أن الصبي والعبد لا يعتبر حجهما في حجة الإسلام ، فإذا بلغ الصبي واعتق العبد ووجد اليه سبيلاً يجب عليهما ، هكذاقاله ابن عباس « رض » وعطاء والنخعي والثوري ومالك والشافعي وابن حنبل وأبو ثور ،

---

(١) ربما أراد أهل العلم .

ولأنه عبادة ، والعبادات بأسرها موضوعة عن الصبيان ، والعقل شرط لصحة التكليف ، وكذا صحة الجوارح ، لان العجز دونها لازم ، والاعمى إذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زاداً أو راحلة لا يجب عليه الحج عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ،

---

والاعرابي محمول على انه حج قبل اسلامه ثم اسلم وهاجر وحج بعده ، وانما أوجب عليه الاعادة لأنه كان جاحداً بأحكام الحج وكانوا يحجون في ذي القعدة ولا يعتد به .

(ولأنه) أي ولأن الحج ( عبادة ، والعبادات بأسرها موضوعة عن الصبيان) لارتفاع القلم عنهم إلى وقت البلوغ ، وأما العبد فإنه يجب عليه الصلاة والصوم ، ولا يجب الحج لأن الحج لا يتأدى بدون المال غالباً ولا يملك العبد شيئاً ، وإن ملك وفي الصلاة والصوم نفى عن أصل الحرية ( والعقل شرط لصحة التكليف ) هـــذا لبيان قوله العقلاء وقوله ( وكذا صحة الجوارح ) كبيان قوله الاصحاء ، أي وكذا صحيح الجوارح شرط ، لأنه لا تكليف بدون الوسع ، ولهذا لا يجب على من لا صحة له في جوارحه كما بينه الآن مفصلا (لأن العجز دونها لازم ) أي دون الصحة ، لأن العاجز لا يجب عليه إلا في ماله إذا كان له مال مقدار ما يحج به وعنه غيره .

( والأعمى إذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زاداً أو راحلة لا يجب عليه الحج عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) وبه قال مالك ، وأرار بمؤنة سفره من يقوده إلى الحج ، وأراد بالزاد الذي يكفيه ذهاباً وإيابا ، وبالراحلة النجيب أو النجيبة من الأهل ولا يشترط الراحلة في أهل مكة ومن حولها ، وقيل يشترط لأن المشي إلى عرفة أربعة فراسخ، وفيه جرح ولا يجب عليه الحج في قوله المشهور ، وذكر الحاكم الشهيد في المنتقى انه يلزمه . وفي فتاوى قاضي خان ، والذخيرة ، أما لو وجد الأعمى زاداً وراحلة ، ولم يجد قائداً لا يلزمه الحج بنفسه في قولهم ، وهل يجب الاحجاج عنه بالمال عند أبي حنيفة لا يجب وعندهما يجب .

( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد فانه يجب عليه عندهما ، وذكر شيخ الإسلام

وقد مر في كتاب الصلاة ، وأما المقعد فعن أبي حنيفة « رح » انه يجب عليه لأنــه مستطيـع بغيره ، فأشبه المستطيع بالراحلة . وعن محمد « رح » انه لا يجب لانه غير قادر على الأداء بنفسه ، بخلاف الأعمى لانه لو هدي يؤدى بنفسه فأشبه الضال عنه ،

---

يلزمه قياساً على الجمعة ، وبقولهما قال الشافعي وأحمد ( وقد مر في كتاب الصلاة ) أي وقد مر الكلام في هذه المسألة في كتاب الصلاة في باب الجمعة .

( وأما المقعد فعن أبي حنيفة انه ) أي الحج ( يجب عليه ) وبه قال الشافعي واحمد وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنهما ، والمشهور عنــه خلاف ذلك ، وفي المفيد لا يجب على الصبي والعبد والمجنون والــكافر والمقعد والزمن والاعمى والمريض والمحبوس ومن لا يملك الزاد والراحلة ، فان وجد الاعمى قائداً أو المقعد والزمن من يحمله إما بملك أو إعارة أو إجارة لا يجب عليه عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب على الاعمى دون المقعد والزمن ، وفي مناسك الكرماني لا يجب على المعضوب بالعين المهملة والضاد المعجمة وهو الذي لا يستمسك على الراحلة إلا بمشقة وكلفة عظيمة من كبر سن أو ضعف بين أو معلله الشلل والفالج ، أو مقطوع اليدين أو الرجلين ، أو كان محبوساً آيساً من الخلاص ، وتجب في أموالهم دون أبدانهم .

وفي الوبري لو أحج صاحب العلة غيره ثم زالت يقع تطوعاً ، وإن أحج غيره ثم عجز ومات لا يجزئه عن حجة الإسلام ، حتى لو استغنى بعد ذلك لا يلزمه ثانياً ، ولو أحــج غيره لا يسقط عنه ، وعند الشافعي رضى الله عنه لا يجوز ، وعن احمد روايتان .

( لأنه مستطيع بغيرة ، فأشبه المستطيع بالراحلة ) أي لأن المقعد يستطيع أن يؤدي أفعال الحــج ، بأن يحمله شخص فيؤدى المنــاسك به فيصير حينئذ كالمستطيع بالراحلة .

( وعن محمد رحمه الله انه لا يجب لأنه غــير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الأعمى لأنه لو هدى ) على صيغة المجهول ، أي لو أرشد ( يؤدي بنفسه فأشبه الضال عنــه ) أي فأشبه الأعمى الضال ، أي الثانية عن الطريق والتهدى إلى المشارع والمواقيت والمطاف ،

ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى به شق محمل أو رأس زاملة وقدر النفقة ذاهباً وجائياً لانه عليه السلام سئل عن السبيل إليه ، فقال الزاد والراحلة

---

فإنه يجب الحج عليه لأنه قادر لسلامته لكنه يحتاج إلى مرشد ، وكذلك الاعمى حاصله لا يسقط عنه ، كما لا يسقط عن الضال.

( ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة ) هذا شرح قوله في أول الكتاب إذا قدر على الزاد والراحلة ، ثم فسر الزاد والراحلة بقوله ( وهو قدر ما يكترى به شق محمل ) بفتح الميم الاولى وكسر الثانية ، أي جانبيه ، لان له جانبين ، ويكفي للراكب أحد جانبيه ( أو رأس زاملة ) الزاملة البعير الذي يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه ، من زمل الشيء إذا حمله ، يقال لها بالفارسية - شبد ماري -

( وقدر النفقة ) أي ولا بد من قدر النفقة حال كونه ( ذاهباً وجائياً ) يعني ذاهباً إلى مكة وجائياً إلى وطنه ، حال كونه ( راكباً ) وفي شرح الطحاوي وروضة الناطفى وذاهباً وجائياً لا ماشياً بنفسه وسط بلا اسراف ولا تقتير ( لانه عليه الصلاة والسلام ) أي لان النبي ﷺ ( سئل عن السبيل اليه ، فقال الزاد والراحلة ) هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم عن ابن عمر رضى الله عنه ، روى حديثه الترمذي وابن ماجة بن ابراهيم [1] يزيد الجوزي عن محمد بن عباد بن جعفر المخزومى عن ابن عمر قال قام رجل فقال يا رسول الله من الحاج ، فقال الشعث التفل ، فقام آخر فقال أي الحاج افضل ، فقال العج والثج ، فقام آخر فقال ما السبيل يا رسول الله قال الزاد والراحلة . قال الترمذي حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث ابراهيم بن يزيد الجوزي وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه ، انتهى .

قال في الإمام وقال النسائي متروك ، وقال ابن معين ليس بشيء ، وقال مرة ليس

---

( ١ ) هكذا السند في الاصل وتصحيحه عن ابراهيم بن يزيد الجوزي كما سيأتي . ا هـ مصححه .

## وإن أمكنه أن يكتري عقبة فلا شيء عليه ، لأنهما إذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ، ويشترط أن يكون فاضلاً عن المسكن

بثقة ، قال الدارقطني متروك الحديث ، وعن ابن عباس رضى الله عنه روى حديث ابن ماجه من حديث عكرمة عنه ان النبي ﷺ الزاد والراحله ، يعني قوله ﴿ من استطاع اليه سبيلا ﴾ .

وأخرجه الدارقطني من طريق أخرى عن ابن عباس قال قيل يا رسول الله الحج كل عام قال لا ، قيل فما سبيل الله ، قال الزاد والراحلة ، وعن أنس روى حديثه الحاكم في مستدركه عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس في قوله تعالى ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ﴾ ٩٧ آل عمران ، قيل يا رسول الله ما السبيل ، قال الزاد والراحلة ، قال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وعن عائشة رضي الله عنها روى حديثها الدارقطني ، قالت سأل رجل رسول الله ﷺ عن قوله ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾ ... الآية ، قال السبيل الزاد والراحلة .

وعن جابر روى حديثه الدارقطني ايضاً ، من حديث عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله بلفظ حديث عائشة ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه روى حديثه الدارقطني أيضاً من رواية ابراهيم عن حماد بن ابي سليمان ، قال ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود بنحوه . وعن عبد الله بن عمرو بن العاص بنحوه .

( وإن أمكنه أن يكتري عقبة فلا شيء عليه ) أي إن امكن من يريد الحج ان يكترى عقبة،أي ركوبة ، وأكثر العقبة أن يكتري رجلان بعيراً واحداً يتعاقبان عليه في الركوب ، يركب كل واحد مرحلة ويمشى مرحلة . قوله — فلا شيء عليه — أي فلا حج عليه .

( لأنهما ) أي لأن الرجلين اللذين يريدان حج ( إذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ) والشرط أن تكون الراحلة في جميع السفر ( ويشترط أن يكون فاضلا عن المسكن ) هذا بيان لقوله في أول الكتاب — إذاقدروا على الزاد والراحلة فاضلا عن

وعما لا بد منه كالخادم وأثاث البيت وثيابه ، لأن هـذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية .

---

المسكن – أي يشترط أن يكون ما قدروا به من الزاد والراحـــلة فاضلاً عن مسكنه الذي يسكن فيه .

وقال الاكمل وهو هناك منصوب على الحال من الزاد والراحلة ، انتهى . قلت أخـذ الاكمل كلام صاحب النهاية ، ولكن ما كمل كلامه فإنه قال هناك في أول الكلام فاضلاً عن المسكن حال من الزاد والراحلة سواء ، وكان حقه أن يقال فاضلين ، لكن افرادهعلى تأويـــل كل واحد منهما ، انتهى . قلت الأحسن أن يكون فاضلاً هناك منصوبا على انه صفة لمصدر محذوف تقديره إذا قدروا على الزاد والراحـــلة أن يكون بطريق الملك أو الاستئجار على وجه يفضل قدر ذلك الملك ، والاستئجار عن حاجته الاصلية ، فإن المال المشغول بالحاجة الأصلية في حكم العدم ، فلا يكون به مستطيعاً .

وفي التحفة ، وهذا إذا قدر عليهما ، أي على الزاد والراحلة بطريق الملك لا بطريق الاباحة والعارية ، سواء كانت الإباحـة من جهة لا منة له ، كالوالدين والمولودين ، أو من جهة المنة كالأجانب ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي رضى الله عنه إن كانت من جهة لا منة له يجب عليه ، وإن كان من جهة الاجنبي فله فيه قولان ، أما لو وهبه انسان مالاً ليحج به لا يجب عليه القبول عندنا ، وبه قال الشافعي فيه قولان ، في الايضاح ذكر ابن شجاع إذا كان له داراً لا يسكنها وعبد لا يستخدمه وما أشبه ذلك يجب عليه أن يبيعه ويحج به ويحرم عليه الزكاة إذا بلـغ نصاباً ، انتهى . قلت فكذلك قيد بقوله – فاضلاً عن المسكن – .

( وعما لا بد منه ) أي يشترط أيضاً أن يكون الزاد والراحلة فاضلتين عما لا بد منه ( كالخادم وأثاث البيت ) قال الجوهري الاثاث متاعالبيت كالفرش والبسط وآلاتالطبخ ونحو ذلك ( وثيابه ) أي ثياب التي يلبسها هو (لأن هذه الاشياء مشغولة بالحاجةالاصلية) والمشغول بالحاجة الأصلية في حكم العدم ، وذكر في فتاوى قاضى خان فاضلا عن فرسه وسلاحه . وقال بعض العلماء إن كان الرجل تاجراً يملك ما لو وقع منه الزاد والراحـلة

ويشترط أن يكون فاضلا عن نفقة عياله إلى حين عوده لأن النفقة حق مستحق للمرأة ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره

---

لذهابه وإيابه ونفقة أولاده وعياله من وقت خروجه إلى وقت رجوعه ويبقى بعد رجوعه رأس حال التجارة التي يتجر بها كان عليه الحج وإلا فلا .

وإن كان حراثاً يملك بما يكفي الزاد والراحلة وتبقى له آلات الحراثين من البقر ونحو ذلك كان عليه الحج ، وإلا فلا ، هذا كله إذا كان آفاقياً ، وأما إن كان مكياً أو ساكناً بقرب مكة كان عليه الحج ، وإن كان فقيراً لا يملك الزاد والراحلة .

( ويشترط أن يكون فاضلا عن نفقة عياله ) هذا أيضاً بيان لقوله في أول الكتاب وعن نفقة عياله ( إلى حين عوده ) العيال جمع عيل ، كجياد وجيد ، كذا في المغرب ، وذكره في باب الواو ، فيدل على أنه أجوف واوي ، يقال عيال عال عياله عانهم وأنفق عليهم . وعيال الرجل من عليه نفقته ، ولكن قول المصنف رحمه الله فاضلا عن نفقة عياله ، ثم تعليله بقوله ( لأن النفقة حق مستحق للمرأة ) يدل على أن المراد من عياله هو امرأته .

وأيضاً قال (وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره ) يدل على ذلك ، ولكن ليس المراد من العيال المرأة وحدها ، وقد قال قاضي خان رحمه الله فاضلا عن نفقة عياله وأولاده الصغار ، وانما كان حق المرأة مقدماً على حق الشرع يعني على حق الله تعالى في أحكام الدنيا لحاجة العبد وغنى الله عز وجل قوله – بأمره – أي بأمر الشرع ، والباء تتعلق بقوله مقدور ولم يقدر النفقة بمدة معلومة ، لأن مدة السفر تختلف باختلاف المواضع فقدروا ذلك مطلقاً قدر مضيه وعوده .

وقال الكاكي ثم قدر النفقة مرة شهراً ومرة سنة عن حسب اختلاف المسافة ، وعن أبي يوسف ونفقة شهر بعد عوده . قال المرغيناني ليستريح شهراً على التكسب ، وفي المحيط عن أبي عبد الله ونفقة يوم بعد رجوعه إلى وطنه ، لأنه يتعذر عليه التكسب في يوم قدومه ، وقال الكرماني رحمه الله ويحسب نفقة الحقارة .

وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة، لأنهم لا تلحقهم مشقة زائدة في الأداء، فأشبه السعي إلى الجمعة، ولا بد من أمن الطريق، لأن الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء، وهو مروي عن أبي حنيفة «رح».

---

( وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة لأنهم ) أي لأن أهل مكة وأهل من كانوا حولها ( لا تلحقهم مشقة زائدة في الاداء ، فأشبه السعي إلى الجمعة ) في عدم اشتراط الراحلة ( ولا بد من أمن الطريق ، لأن الاستطاعة لا تثبت دونه )هذا بيان قوله في صدر الكتاب ، إذا كان الطريق أمنا ، والمراد من أمن الطريق أن يكون الغالب فيه السلامة ، ولو كان بينه وبين مكة بحر يلزمه الحج عندنا ، ولا يلزم عند أبي يوسف والشافعي رضى الله عنه .

وقال عامة أصحابنا لا يلزمه ذكره في قاضي خان وغيره ، وقيل إن كان التجارة هو الغالب يجب ، وبه قال أحمد واسحاق والاصطخري من أصحاب الشافعي رضى الله عنه والصحيح انه لا يجب بكل حال ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضى الله عنه ، لان كل أحد لا يقدر على ركوب البحر والفرات والدجلة وسيحون وجيحون انهار ، وليست ببحار ، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه إن كان الرجل ممن يعتاد ركوب البحر كالملاحين وأهل الجزائر لا يمنع الوجوب ، وإلا يمنع لصعوبته عليه ، وفي الحلية نص في الام أن البحر مانع من الوجوب .

( ثم قيل هو ) أي الامن ( شرط الوجوب ) عند البعض ، وهو رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة انه شرط الوجوب عند البعض ، وهو رواية . وقال الشافعي والكرخي وأبو حفص الكبير من أصحابنا ( حتى لا يجب عليه الايصاء ، وهو مروى عن ابي حنيفة رحمه الله ) هذا ثمرة هذا القول ، يعني لما كان أمن الطريق شرط الوجوب لا تجب عليه الوصية بالحج ، لانه لم يجب عليه الحج لعدم الشرط وهو الامن .

## وقيل هو شرط الأداء دون الوجوب لأن النبي عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير

---

( وقيل هو ) اى امن الطريق ( شرط الاداء دون شرط الوجوب ) وبه قال احمد، وهو الصحيح ( لانه علية الصلاة والسلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ) يعني لمن يذكر امن الطريق ، فلو كان شرطاً لبينه ، لان تأخير البيان عن الحـاجة لا يجوز. وفى الايضاح ثم الفرق بين الزاد والراحلة يتحقق ، فإذا عدما لم يثبت الاستطاعة، واما خوف الطريق فيعجزه عن الاداء بمانع ومعارض ، فلا تنعدم الاستطاعة به ، واعتبر هذا بالمسجون ، فان المقيد الممنوع عن الشيء لا يكون نظير المريض لا يقدروه على هـذا القول يجب عليه الايصاء .

وفي المغنية والمجتبى قال الوبري القادر على الحج ان يمتنع المكتسى الذي يؤخـذ من القافلة ، وبه قال الشافعى ومالك إن كان يسيراً لزمـه ، وكذلك لو كان فى الطريق خفارة ، وقال غير الوبري يجب الحج ، وإن علم انه يأخذ منـه المكس . قال صاحب القنية والمجتبى وعليه الاعتماد . وفي منية المفتي لو قتل بعض الحج فهو عذر فى تركه ، وقال نجم الائمة الحلمي وابو الليث إن كان الغالب فى الطريق السلامة تجب ، وإن كان خلاف ذلك لا يجب عليه الاعتماد وذكره في القنية ، وفي مناسك الكرمانى رحمه الله إن كان الغالب الانهزام والخوف وقطع الطريق لا تجب .

وفى البدائع إن كان بينه وبين مكة بحر حاجز ولا سفينة او عدو حائل لا يجب . وفى شرح المهذب للنووي شرط الأمن فى ثلاثة اشياء ، النفس والمال والصبغ في حق النساء ، ولا يشترط ان يكون كأمن الحضر ، بل يشترط أمن يليق بالبادية ويكره بذل المال للمرصدين في المراصد ، ولا يجب الحج مع ذلك ، وإن استأجروا من يخضرهم فى الطريق وجهان في وجوب الحج .

ويخرج للحج بغير إذن والديه إذا كان [1] الطريق ، وفي ركوب البحر لا يخرج إلا

---

(١) ربما المقصود ــ امن الطريق ــ اهـ مصححه .

بإذنها ، وبإذن احدهما لا يخرج ، وإذا كانا كافرين او احدهما مسلم وكرهـا خروجه او الكافر منهما إن لم يخف الضياع عليه ، فان خافه لا يخرج ، وعند عدم الابوين الاذن إلى الجدين من قبل ابويه ، والجدة من قبل امه . وسئل الكرخي عمن وجب عليه الحج، إلا انه لا يخرج إلا ان القرامطة تدل على الناس بالبادية ، فقال ما سلمت البـادية عن احد يعني إن ذلك ليس بعذر ، والبادية لا تخـلو عن الآفات كقلة الماء وشدة الحر وهيجان ريح السموم ، وبه افتى بعض اصحابنا .

وقال أبو القاسم الصغار رحمه الله لا أشك في سقوط الحج عن النساء في زماننا ، وإنما أشك في سقوطه عن الرجال والبادية عندي دار الحرب ، وعند أبي حنيفة وأبي عبدالله البلخي ليس على أهل خراسان حج . وقال أبو بكر الاسكاف رحمه الله لا أقول الحـج فريضة في زماننا ، قاله سنة ست وعشرين وثلاثمائة ، وأفتى أبو بكر الرازي ببغدادقيل سقط الحج عن الرجال أيضاً في هذا الزمان ، وبه قال الوبرى ، والبرهان الصغير بخوارزم وأبو الفضل الكرماني بخراسان . وعن الشيخ أبي بكر الوراق انه خرج حاجاً ، فلمـا سافر مرحلة قال لأصحابه ردوني ارتكب سبعمائة كبيرة في مرحلة واحدة فردوه .

( قال ويعتبر في المرأة أن يكون لها محرم تحج به أو زوج ) وفي اكثر النسخ ، قـال ويعتبر ، أي قال القدوري رحمه الله ويعتبر في المرأة ... الخ وسواء كانت المرأة شابة أو عجوزة ، قاله القاضي خان والولوالجي وصفة المحرم كل من لا تجوز مناكحتها على التأبيد بأي وجه كانت الحرمة بقرابة أو رضاع أو صهرية لأن الحرمة تزيل التهمة والعبـد والذمي فيه سواء ، إلا أن يكون مجوسياً يفسد نكاحها فلا يسافر بهـا معه ، ولا يجب عليها أن تتزوج ليحج معها ، أما أن يجب على الفقير اكتساب المال لأجل الحج .

وقال محب الدين الطبري وافق أبو حنيفة في اشتراط المحرم أو الزوج أصحـاب الحـديث ، وهو قول النخعي والحسن البصري وسفيان الثوري وأبي ثور وابن حنبل واسحاق بن راهوية وأحد قولي الشافعي . وقال ابن المنذر والمحرم لها من السبيل ، وقال البغوي من الشافعية القول باشتراط المحرم أولى ، واتفقوا على انها لا تخرج بغير محرم في

ولا يجوز لها أن تحج بغيرهما إذا كان بينهما وبين مكة ثلاثة أميال .
وقال الشافعي « رح » يجوز لها الحج إذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الأمن بالمرافقة .

---

غير الفرض ، وقال ابن سيرين تخرج مع رجل من المسلمين ، وقال احمد رحمه الله لا بأس أن تسافر مع قوم صالحين بغير محرم .

( ولا يجوز لها أن تحج بغيرهما ) أي بغير المحرم والزوج يعني بغير واحد منهما ولا يشترط كونهما معاً ( إذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أميال ) وقيل أقل من ذلك يحرم على ما يجيء عن قريب ، قيل لما سئل النبي ﷺ عن السبيل فسره بالزاد والراحلة ، ولم يذكر المحرم ، فلو كان شرطاً لذكره ، وأجيب بأن السائل كان رجلا ، وقيل جاء في الحديث لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ، وأجيب بأن المراد به حضور الجماعة ولم يرد الحج ، بدليل سياق الخبر ، وبيوتهن خير لهن ، وقيل جازت لها الهجرة إلى دار الإسلام بلامحرم فينبغي أن يجوز الحج ، وأجيب بأن خوفها في القيام في دار الحرب اكثر من خوف الطريق .

( وقال الشافعي يجوز لها الحج إذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات لحصول الأمن بالمرافقة ) وقال مالك رحمه الله ، وفي شرح الوجيز هل يشترط أن يكون مع واحدة منهن محرم فيه وجهان ، نعم وبه قال القفال ، وأصحها لا ، وإن لم تجد نساء ثقات لم يكن لها الحج هذا ظاهر المذهب . ورواه قولان ، أحدهما : أن تخرج مع المرأة الواحدة ذكره في الاملاء ، واختار جماعة من الأئمة أن عليها أن تخرج وحدها إذا كان آمنا. وحكي هذا عن الكرابيسي ، وهو قول الأوزاعي .

وأما في حج النفل فالأصح أن لا تخرج مع النساء وحدها ، وفي السروجي وقال الشافعي رضي الله عنه في قول تخرج مع نساء ثقات ولا تخرج مع واحدة وإن أمنت . وفي قول تخرج مع واحدة ، وفي قول تخرج وحدها ، وقال مالك رضى الله عنه في المدونة تخرج بلا محرم مع رجال مؤتمنين ، وفي المرأة الواحدة المأمونة لا يشترط المحرم ولا الزوج .

ولنا قوله عليه السلام ألا لا تحجن امرأة إلا ومعها محرم ، ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها إليها —

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( ألا لا تحجن امرأة إلا ومعها محرم ) هذا الحديث رواه البزار في مسنده حدثنا عروة بن علي حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج أخبرني عمرو بن دينار انه سمع معبداً مولى ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ لا تحج امرأة إلا ومعها محرم ، فقال رجل يا نبي الله اني كنت في غزوة كذا وامرأتي حاجة ، قال ارجع فحج معها ، ورواه الدارقطني في سننه عن حجاج عن ابن جريج به ، ولفظه قال لا تحجن امرأة الا ومعها محرم .

وروى الطبراني من حديث أبي أمامة الباهلي قال سمعت رسول الله ﷺ يقول لايحل لامرأة أن تحج إلا مع زوجها أو محرم . وأخرج البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال لا تسافر امرأة ثلاثاً إلا ومعها زوج أو ذو محرم ، واخرجا عن أبي هريرة مرفوعاً لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر يومين إلا ومعها زوجها أو ذو محرم منهـــا ، وفي لفظ لمسلم ثلاثاً . وفي لفظ له فوق ثلاث ، وفي لفظ له ثلاث أيام فصاعداً ، وأخرجا عن ابن عباس رضى الله عنه مرفوعاً لا تسافر المرأة إلا مع ذي محرم ولم يوقت فيه شيئاً .

وقال المنذري ليس في هذه الروايات تباين ولا اختلاف ، فإنه يحتمل ان يكون النبي ﷺ ، قالها في مواطن مختلفة بحسب الاسئلة ، ويحتمل ان يكون ذلك كله تمثيلا لأقـل الاعداد واليوم الواحد اول العدد واقله الاثنـان اول الكثير ، والثلاث اول الجمع ، وكأنه اشار ان مثل هذا في كله الزمن لا يحل لها السفر فيه مع غير محرم ، فكيف بما زاد ، وقد اورد الاترازي بحديث ابي هريرة المذكور سؤالاً وهـــو انه يدل على خروجها الى دون السفر بغير محرم لا يجوز ، ثم اجاب بما تلخيصه بأن الأحاديث إن كانت مؤخرة التزمه نسخ ما دون الثلاث ، وإن كانت مقدمـة يبقى العمل ايضاً إلى آخر ما ذكر . قلت دعوى النسخ لا تصح لعدم العلم بالتاريخ ، والجواب ما ذكرناه .

( ولأنها بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ) فإن المبتوتة

إذا اعتـدت في بيت الزوج بحيلولة جـاز لم يكن انضمامها اليهـا فتنـه ، أجيب بأن انضمامها إليها فتنة . أجيب بأن انضمام المرأة إليها بعينها ومشاورتها وتعليمها ما عسى يعجز عنه بفكرها ، وإنما لم يكن في المعتدة كذلك ، لأن الاقامة موضع أمن وقدرة على دفع الفتنة .

وقال الاكمل وفيه نظر ، لأن مثلها لا يعد ثقة ، والكلام فيها ، ولأن جواب المسند يناقض جواب المنع ، والاولى ان يقال من ناقصات دين وعقل لا يؤمن ان تنخدع فيكون عليها الافساد ، ويتوسط في التطمين والسمكين فتعجز عن دفعها في السفر ، وهـذا المعنى معدوم في الحضر لامكان الاستعانة .

واورد الكاكي اشكالاً في قوله يخاف عليها أي الفتنة ، وهو انه يشكل على هـذا سفر المهاجرة ، لأن لها الهجرة من دار الحرب الى دار الإسلام بغير محرم ، مع ان الهجرة ليست من اركـان الدين والحج منها ، فينبغى ان يجوز لهـا الحج بغير محرم بالطريق الأولى . قلت قد مر جوابه عن قريب مختصراً ، ونعيده هنـا فنقول المهاجرة لا ينس [1] السفر ، ولكنها تقصد النجاة الاتي ، ألا ترى انها إذا وصلت إلى حس من المسلمين من دار الحرب صارت آمنة ليس لها بعد ذلك ان تسافر بغير محرم ، ولأنهـا مضطرة هناك لخوفها على نفسها ، ألا ترى ان العدة :لا تمنعهامن الخروج هناك لو كانت معتدة لم يكن لها ان تخروج للحج وتأثير فقد المحرم في المنع من السفر كتأثير العدة ، فإذا منعت من الخروج لسفر الحج بسبب العدة فكذلك بسبب فقد المحرم .

( ولهذا تحرم الخلوة ) أي ولأجل زيادة الفتنة بانضمام المرأة اليهـا تحرم الخلوة على الزوج ( بالاجنبية ) أي بالمرأة الاجنبيـة ( وان كان معها غيرها) أي مـع الأجنبية غير الأجنبية .

فإن قلت إذا شهد على الزوج بطلاق امرأة ثلاثاً قلتم يحال بينها وبينه بامرأة ثقة حتى

---

(١) هكذا كتبت في الاصل .

تزكى الشهود ، وكذا قلتم بالحيلولة بثقة في الطلقات الثلاث إذا اعتدت في بيت الزوج فيم جعلتم انضمام المرأة الى المرأة فتنة أجيب بأن الإقامة بموضع من الامنية تقدره على دفعة فى مثله ، بخلاف السفر فإنه مظنة العجز عن الدفع مع ان النص فرق بينهما .

( بخلاف ما إذا كان بينها وبين مكه أقل من ثلاثة ايام ) هذا متصل بقوله ولا يجوز لها ان تخرج بغيرهما ، يعني يباح لها الخروج بدونهما ، أي بدون الزوج والمحرم ( لأنه يباح لها الخروج إلى ما دون السفر بغير محرم ) .

فإن قلت ما تقول في حديث أبي هريرة رضى الله عنه المذكور عن قريب ، اجاب الاترازي بأن الخبر الذي يكون معمولاً به بوجهين اولى بالأخذ من الخبر الذي يكون معمولاً به من وجه أراد أن الخبر الذي فيه الثلاث معمول به بالوجهين ، يعني في الثلاث وفيا دونه معمول به من وجه ، وقيل فيما دون مسافة القصر اضطراب كثير .

وقال المرغيناني اختلف فيا دون مسافة القصر ، قال ابو يوسف رحمه الله اكره لها ان تسافر يوماً ، وهكذا عن أبي حنيفة «رح» .

فإن قلت روى البخاري من حديث عدى بن حاتم رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال يوشك ان تخرج الظعينة من الحيرة لوم البيت لا محرم معها لا تخاف إلا الله ، قال عدي رأيت الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطون بالبيت لا تخاف إلا الله ولم يذكر لها محرماً ولا زوجاً . والحيرة بكسر الحاء المهملة قرية بقرب الكوفة ، والنسبة اليها حيري وحاري على غير قياس ، والجو بضم الجيم وكسرها الذمام .

قلت حديث عدي هذا يدل على الوقوع ولايدل على الجواز بوجه من وجوه الدلالة بمطابقته ولا بالتزام ، لأنه ورد في معرض الثناء على الزمان بالأمن والعدل ، وذكر خروج المرأة على ذلك بلا خفير لبيان الاستدلال عليه ، ولا يقال تأخير للبيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، لأنا نقول ما أخره بل بين حرمة خروجها في عدة أحاديث صحيحة ثابتة ، ولأن الظعينة هي الهودج والمرأة الراكبة ، والغالب أنها تسافر في هذا السفر البعيد مع هودجها

وإذا وجدت محرماً لم يكن للزوج منعها . وقال الشافعي « رح » له أن يمنعها لأن في الخروج تفويت حقـــه ، ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض

---

وحملها إلا ومعها من يحملها ويركبها هودجها ويخدمها ويخدم حملها ، والغالب كالمتحقق سألت عائشة رضى الله عنها .

فإن قلت احتج الشافعي رضى الله عنه بما روي عن عمرة بنت عبد الرحمن انهاقالت سألت عائشة رضى الله عنها فاخبرت أن أبا سعيد الخدري رضى الله عنه يخـــبر عن رسول الله ﷺ انه قال لا يحل لامرأة أن تسافر ثلاثة أيام إلا ومعها محرم، فالتفتت أيضاً عائشة رضى الله عنها وقالت ما كلهن لها محرم ، وعن ابن عمر انه سافر مع مولاة ليس هو بمحرم لها ولا لها محرم ، وما ورد من الخبر في نهي المرأة عن السفر محمول علىالاسفار المباحة فإنه لا يجوز السفر المباح لها عندنا بلا محرم في وجه سفر الحج ، والأول أصحعند الراويان من أصحابه .

قلت قال الكاكي وغيره العجب من الشافعي انه لم يعمل بالأحاديث الصحاح المشهورة ويعمل بأثر عائشة رضى الله عنها وابن عمر مع شذوذهما وعدم دلالتهما على عدم اشتراط المحرم ، مع ان الإثر غير حجة عنده ، وأثر عائشة رضى الله عنها يدل على تعجبها ، وأثر ابن عمر رضى الله عنهما يحتمل أن يكون قبل بلوغ الخبر اليه وحملهم الحـــديث على الاسفار المباحة بعيد ، لما روي من قوله عليه الصلاة والسلام انطلق حج مع امرأتك .

( وإذا وجدت محرماً لم يكن لزوجها منعها ) وبه قـــال أحمد بن حنبل وأبو ثور واسحاق ، وهو قول ابراهيم النخعي ، وقال مالك رضى اللهعنه لا يمنعها على القول بالفور وفي القول بالتراخي قولان . وقال ابن المنير في الأشراف لا نعـــلم انهم يختلفون انه ليس له منعها .

( وقال الشافعي رضى الله عنه له أن يمنعها ) في أظهر القولين ( لأن في الخروج ) أى في خروج المرأة إلى سفرها ( تفويت حقه ) أى حق الزوج .

( ولنا أن حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض ) ألا ترى انه لا يمنعهـــا من صيام

والحج منها ، حتى لو كان الحج نفلا له أن يمنعها ، ولو كان المحرم فاسقاً قالوا لا يجب عليها ، لأن المقصود لا يحصل ، ولها أن تخرج مع كل محرم إلا أن يكون مجوسياً ، لأنه يعتقد اباحة مناكحتها ، ولا عـبرة بالصبي والمجنون لأنه لا تتأتى منهما الصيانة . والصبية التي بلغت حـد الشهوة بمنزلة البالغة ، حتى لا تسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لأنها تتوسل به إلى أداء الحج .

---

رمضان والصلوات ( والحج منها ) أي من الفرائض ( حتى لو كان الحج نفلاً له أن يمنعها ) ولهذا كان له أن يحللها من ساعته ولكن لا يؤخر تحليلها إلى ذبح الهدى ويحللها من ساعته، وعليها هدي لتعجيل الإهلال وعمرة وحجة لصحة الشروع ، بخلاف حجة الإسلام فإن هناك لا يتحلل إلا بالهدي ، وتحليله لها إن سماها ويصنع بها ما يحرم عليها في الاحرام من قص ظفرها ، ولا يكون التحلل بالنهي ولا بقوله حللتك .

( ولو كان المحرم فاسقاً قالوا ) أي علماؤنا ( لا يجب عليها ) أي لا يجب الحـج على المرأة ( لأن المقصود ) حفظها عن الوقوع في سوء ، وهو ( لا يحصل به ) أي بالفـاسق لاحتمال الفتنة منه ( ولها ) أي للمرأة ( أن تخرج مع كل محرم ) يعني سواء كان حراً أو عبداً ، مسلماً أو ذمياً ، لأن الذمي يحفظ محارمه، وإن كن مسلمات ( إلا أن يكون ) أي المحرم ( مجوسياً لأنه يعتقد اباحة مناكحتها ) ولا يؤمن عليها .

( ولا عبرة بالصبي ولا بالمجنون ، لأنه لا يتأتى منهما الصيانة ) لأنهما لا يصونان أنفسهما ، فكيف يصونان غيرهما ( والصبية التي بلغت حد الشهوة ) احترز به عن الصبية التي لا يشتهى مثلها ، لأنها تسافر بها من غير محرم ( بمنزلة البالغة حتى لا تسافر بها من غير محرم ) لأنه يطمع فيها ولا يؤمن من وقوع الفساد عليها .

( ونفقة المحرم عليها ) أي على المرأة ( لأنها تتوسل به ) أي بالمحرم ( إلى أداء الحج ) وبه قال أحمد ، وقال صاحب التحفة إذا لم يخرج المحرم إلا بنفقة منها هل تجب عليها نفقته ، ذكره في شرح القدوري «رح» انما تجب عليها نفقته لأنها لا تتمكن من الحـج

واختلفوا في أن المحرم شرط الوجوب أو شرط الأداء على حسب اختلافهم في أمن الطريق ، وإذا بلغ الصبي بعدما أحرم أو أعتق العبد فمضيا لم يجزئهما عن حجة الإسلام ، لأن إحرامهما انعقد لأداء النفل فلا ينقلب لأداء الفرض ،

---

إلا بالمحرم ، كما لا تتمكن إلا بالزاد والراحلة ، وذكر في شرح الطحاوي « رح» انما يجب عليها نفقته ولا يجب عليها الحج .

وفي الجديد قال أبو حفص « رح » لا يجب عليها الحج حين يخرج المحرم بمال نفسه وفي القدوري تنفق على محرمها للحج بها ، وفي المرغيناني لا تجب نفقة المحرم أو الزوج عليها ، وفي المبسوط عن محمد « رح » لا تجب نفقة المحرم عليها ، وفي القنية كل من قال فقال المحرم يمنع الوجوب وهو الصحيح لقوله لا تجب نفقة المحرم عليها ، وعند الشافعي « رض » لا يجب عليها حتى تجد رفيقاً محرماً أو نسوة ثقات ولو بأجر .

( واختلفوا في أن المحرم شرط الوجوب أو شرط الأداء على حسب اختلافهم في أمن الطريق ) أي اختلف العلماء «رض» فيه ، فقال وجود المحرم أو الزوج شرط الاداء ، فعليها أن تتزوج ، ونفقة المحرم عليها ، وكذا قال القاضي أبو حازم عبد الحميد هو شرط الاداء في رواية ابن شجاع عن أبي حفص الكبير والكرخي عن أبي حنيفة « رح » شرط الوجوب ، ذكره في المحيط ، وفائدة الخلاف تظهر في وجوب الوصية ، ومن شرائط وجوب الحج عليها خلوها عن العدة ، أي عدة كانت ، وعند احمد « رض » لا تخرج في عدتها عن وفاة درجتين ، وتخرج في الطلاق البائن .

( وإذا بلغ الصبي بعدما أحرم أو أعتق العبد فمضيا ) على حجهما ( لم يجزئهما عن حجة الإسلام ، لأن احرامهما انعقد لأداء النفل ولا ينقلب لأداء الفرض ) فإن قيل الاحرام شرط عندنا بمنزلة الوضوء للصلاة والصبي إذا توضأ قبل البلوغ ثم بلغ بالسن تجوز به الصلاة ، قلنا الاحرام يشبه الوضوء من حيث انه مفتاح الحج ، كما أن الوضوء مفتاح الصلاة ، ونية سائر أعمال الحج من حيث انه يفعل في اعمال الحج فيكون من

ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز ، والعبد لو فعل ذلك لم يجزئه ، لأن احرام الصبي غير لازم لعدم الأهلية ، أما إحرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره ، والله أعلم .

---

هذه الوجوه ركناً ، والاخذ في العبارات بالاحتياط أصل ، كذا في جامع شمس الائمة .

وفي المبسوط لو بلغ بعد الاحرام قبل الوقوف او الطواف لم يجزئه عن حجة الإسلام عندنا ، وعند الشافعي « رض » يجزئه ، وكذا بناء على ما نص في كتاب الصلاة إذا صلى في اول الوقت ثم بلغ في آخره يجزئه عنه ، وجعله كأنه بلغ قبل ادائها ، وها هنا أيضاً نجعله كأنه بلغ قبل مباشرة الاحرام فتجزئه عن الفرض .

( ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز ) يعني لو جدد احرامه بعد البلوغ قبل الوقوف ونوى حجة الإسلام جاز عن حجة الإسلام ( والعبد لو فعل ذلك ) أي تجديد الاحرام بعد العتق قبل الوقوف ( لم يجزئه ) أي عن حجة الإسلام ( لأن إحرام الصبي غير لازم لعدم الأهلية ) ولهذا لو حصر لا يلزمه قضاء ولا دم ، ولو تناول شيئاً من محظوراته لا يلزمه شيء ، فإذا كان إحرامه غير لازم انفسخ بتجديد الاحرام للفرض لكونه محتملا الفسخ ، كمن باع عبداً بألف ومائة تنفسخ الأولى ضرورة لا محالة ، وتجديد الثاني لأن البيع اولاً كان محتملا للفسخ .

( أما إحرام العبد لازم ) لأنه من أهل اللزوم لكامل الأهلية فلا يفسد إحرامه لفضل الانفساخ فلا يلزمه ( فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره ) للزوم أجزائه ، ولهذا لو أصاب صيداً لزمه الصيام لكونه جانياً على إحرامه ، فإذا كان كذلك لا يتمكن بعد العتق من فسخ ذلك الإحرام .

* * *

# فصـــل

## والمواقيت التي لا يجوز أن يجاوزها الإنسان إلا محرماً خمسة ، لأهل المدينة ذو الحليفة ،

---

( فصـــل )

أي هذا فصل لا يعرب إلا بهذا التقدير ، لأن الاعراب لا يكون الا في المركب، ولما فرغ من ذكر من يجب عليه الحج وذكر شرط الوجوب ، وما يتبعها ، شرع في بيـان أول مـا يبدأ به من افعال الحـج ، وهي المواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزهـا الانسان إلا محرماً .

( والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزهـا الانسان إلا محرمـاً خمسة ) الواو في اول المواقيت واو الاستفتاح ، وقد ذكرنا مرة ، والمواقيت مرفوع بالابتداء ، وخبره خمسة أى خمسة مواضع ، وهو جمع ميقات اصله موقات، قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها كالموازين لجمع ميزان اصله موزان ففعل به ما ذكرناه ، الميقات على وزن مفعال وهو الوقت المحدود ، فاستعير للمكان . قال الجوهري رحمه الله الميقات موضع الاحرام.

( لاهل المدينة ) ويجوز ان يكون التقدير لاهل المدينة النبوية ظرف مستقر ، وقال البكري ( ذو الحليفة ) تصغير حلفة ، وهي ما بين بني جشم بن هوازن وبـين خفاجة القبلتين بينه وبين المدينة او عمره ، وكان ينزل تحت شجرة في موضع المسجد الذي بذى الحليفة اليوم . قال ابن حزم على اميال من المدينة ، وقال عياض في الاميال على سبعة ، وقال النووي نحو ستة اميال ، وقال الصباغ ميل ، وقال محب الدين الطبري رحمه الله هذا خطأ ظاهر .

قلت وذكر الرافعي بينهما وبين المدينة ميل ، وهو أيضاً خطأ ، لإن الحس يردذلك. وقال شيخنا في شرح الترمذي بينه وبين مكة عشرة مراحل، وقيل عشرة أيام بينهوبين المدينة فرسخان ستة أميال ، هذا هو الصواب ، والميل ثلث فرسخ ، والفرسخ اثني عشر ألف خطوة ، وقال السروجي الميل أربعة آلاف ذراع بذراع محمد بن فرح الشاسي، قلت للعوام يسمون ذا الحليفة آبار علي رضى الله عنه .

( ولأهل العراق ذات عرق ) بكسر العين ، والكلام فيه كالكلام في ذي الحليفة لأهل المدينة ، وهذا هو الثاني من المواقيت ، وهو ما بين المشرق والشمال من مكة ، قال الكرماني « رح » هي ميقات جميع أهل المشرق ، بينها وبين مكة اثنان وأربعون ميلاً وقال غيره بينهما مرحلتان ، وقال الشافعي « رض» الأصل في حقهم ، أى في حق أهل المشرق الاحرام من العقيق اسم لذات عرق ، وهو سهو منه ، وبينهما مرحلة ، وعن ابن عمر «رض» لما فتح هذان المصران أتوا عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، فقالوا يا أمير المؤمنين إن رسول الله ﷺ حد لأهل نجد قرناء ، فإنه جوز عن طريقنا ، وإن أردنا أن نأتي قرناء شق علينا ، قال فانظروا خذوها من طريقكم ، قال فحد لهم ذات عرق ، رواه البخاري .

وقال الشيخ تقي الدين في الإمام المصران البصرة والكوفة وغيرهما ما يقرب منهما ، قال وهذا الحديث يدل على أن ذات عرق فيها لا منصوصة ، قلت أنكر ذلك عليه، وقد أخرج مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر قال سمعت أحسبه رفع الحديث إلى رسول الله ﷺ قال فأخذ أهل المدينة ذا الحليفة والطريق الأخرى الجحفة ، ومحل أهل العراق ذات عرق ، ومحل أهل نجد من قرن ، ومحل أهل اليمن من يلملم .

فإن قلت شهد الراوي في رفعه . قلت أخرجه ابن ماجة من حديث أبي الزبير عن جابر قال خطبنا رسول الله ﷺ فقال محل أهل الشرق من ذات عرق ، ثم أقبل بوجهه إلى الأفق فقال اللهم أقبل بقلوبهم ، وهذه الرواية ليس فيها شك من الراوي .

فإن قلت في سنده ابراهيم بن يزيد الجوزي لا يحتج به ، قلت روى أبو داود في سننه عن أفلح بن حميد عن القاسم عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ وقت لأهل العراق ذات عرق ، رواه النسائي أيضاً .

فإن قلت كان أحمد «رض» ينكر هذا الحديث عن أفلح بن حميد ، قاله ابن عدي ، قلت روى عبد الرزاق « رح» عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ وقت لأهل العراق ذات عرق .

فإن قلت كان الدارقطني يقول عبد الرزاق لم يتابع على ذلك ، ورواه أصحاب مالك عنه لم يذكروا فيه ميقات أهل العراق ، قلت روى البزار في مسنده عن مسلم عن خالد الديجي ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال وقت رسول الله ﷺ لأهل المشرق ذات عرق ، ورواه الشافعي ، أخبرنا سعيد بن سالم أخبرني جريج أخبرني عطاء أن رسول الله ﷺ (١) لأهل المشرق ذات عرق ، رواه الشافعي ، فذكره مرسلا بتمامه ، فلم يتوجه الانكار على الشيخ تقي الدين فيما قاله ، لأن الصواب معه .

وقال الاترازي فإن قلت كيف وقت رسول الله ﷺ ذات عرق لأهل العراق ، ولم يفتح العراق إلا بعد رسول الله ﷺ ، ثم أجاب بأنه مثلما وقت لأهل الشام ولم تفتح الشام إلا بعده عليه الصلاة والسلام ، وقد كان يعلم بطريق الوحى أن العراق ستكون دار الإسلام ، كان يعلم أن الشام كذلك .

( ولأهل الشام جحفة ) الكلام فيه مثل الكلام على ما قبله ، وهذا هو الثالث من المواقيت ، وهي ميقات أهل مصر والمغرب والشام من طريق تبوك ، وهي قرية بين المغرب والشمال من مكة بينها وبين مكة اثنان وثمانون ميلا ، وقال النووي رضى الله عنه بينها ثلاث مراحل أو أكثر أو أقل .وقيل أربعة .وقال الغزالي في بسطه خمسون فرسخاً.

وقال في المشارق بينها وبين البحر ستة أميال ، وبينها وبين المدينة ثلاث مراحل ، ويقال لها مهيعة بكسر الهاء على وزن معيشة . وضبطت في رواية أبي ذر بإسكان الهاء وفتح الياء على وزن مفعلة ، والأول الصحيح ، وإنما سميت الجحيفة لأن العماليق أخرجوا أخوة عاد من يثرب فنزلوا مهيعة ، فجاء السيل فأجحفهم ، أي استأصلهم من قولهم أجحف بهم الذئب إذا استأصلهم ، وقد ذكرت في شرح الكنز ، وهو أن الجحفة موضع بالقرب من رابغ وهو رسم خال لا يسكن به العوام ، يقولون جحفة هي الرابغ وليس كذلك ، بل هي مثل ما ذكرنا .

( ولأهل نجد قرن ) هذا هو الرابع من المواقيت ، وهو بفتح القاف وسكون الراء

---

(١) ربما سقطت كلمة - وقت - أ هـ مصححه .

بلا خلاف ، ويقال له قرن المنازل ، وقرن الثعالب . وقال الجوهري القرن بفتح الراء موضع ، وهو ميقات أهل نجد ، ومنه أويس القرني ، قال السراجي هو مأخوذعليه من مكانين فيه في تحريك الراء ، ونسبة أويس إلى قرن بطن مراد ، وغلط القاضي وغيره . ونسبه في الأكمل قيل هو بالسكون اسم الجبل الشرقي على الموضع ، وبالفتح مقرن الطرق . ونجد بفتح النون ، قال صاحب المطالع فلها من عمل اليمامة ، وفي مناسك الطبري قرن ميقات نجد اليمن ، ونجد الحجاز ، ونجد تهامة ، ونجد الطائف . وقرن شرقي مكة بينها اثنان وأربعون ميلا ، وكانت فيه وقعة الطعان على بني عامر ، يقال له يوم قرن . وفي الامام هو تلقاء مكة على يوم وليلة .

( ولأهل اليمن يلملم ) وهذا هو الخامس من المواقيت ويقال ألملم بالهمزة موضع الياء، وقال ابن السيد ارمرم بالراء أيضاً ،وهو جنوب مكة بينه وبين مكة ثلاثون ميلا ، وفي الإمام هو جبل في جبال تهامة على ليلتين من مكة ، وهو ميقات المتوجهين من بعض اليمن ، لأن اليمن نجد وتهامة .

وقال النووي رحمه الله يجوز صرفه وتركه ، قلت على تأويل المكان والبقعة ، وأنشد بعضهم يقول :

عرق العراق ويلملم اليمني ... بذي الحليفة يحرم المدني
والشام جحفة إن مررت بها ... وأهل نجد بقرن فاستبن

والآخر ، ذكره تاج الشريعة :

قرن يلملم ذو الحليفة جحفه ... بل ذات عرق كلها ميقات
نجد تهامة والمدينة مغرب ... شرق وهي إلى الذي مرقات

وقال الاترازي في شرحه :

ومما قلته في المواقيت ... بلدات عرق عراقي
يلملم اليماني ... وذو الحليفة مدني
وجحفة داني ... ثم نظر قرن لأهل نجد

هكذا وقت رسول الله عليه السلام هذه المواقيت لهؤلاء ، وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الاحرام عنها .

---

منه الاحرام باني قلدوا للموت واتبو بخراب
أو الشان

( هكذا وقت رسول الله ﷺ هذه المواقيت لهؤلاء ) أي المواقيت الخمسة المذكورة ، قوله – هؤلاء – أي للمذكورين من أهل ذي الحليفة وأهل العراق وأهل الشام وأهل نجد وأهل جحفة ، والأصل فيه ما رواه البخاري ومسلم من حديث طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ وقت لأهل المدينة ذا الحليفة ولأهل الشام الجحفة ، ولأهل نجد قرن المنازل ، ولاهل اليمن يلملم هن لهن ولمن أتى عليهن من غير أهلهن ممن أراد الحج والعمرة ، ومن كان دون ذلك ، فمن حيث أنشأ حتى أهل مكة من مكة ، وليس فيه ذكر ذات عرق ، وانما ذكر هذا في حديث عائشة رضي الله عنها ان رسول الله ﷺ وقت لاهل العراق ذات عرق وقد مر الكلام فيه آنفاً مستقصى .

( وفائدة التأقيت ) بسكون الهمزة لغة في التوقيت ( المنع من تأخير الاحرام عنها ) أي عن هذه المواقيت ، قيد بالتأخير لان التقديم ليس بممنوع عندنا ، لكن إذا قدم الاحرام قبل أشهر الحج يكون مسيئاً عندنا ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا يجوز ، كذا صرح به في شرح الطحاوي رحمه الله ، قلت تقديم الاحرام على هذه المواقيت جائز بالاجماع .

وقال داود الظاهري إذا أحرم قبل هذه المواقيت فلا حج له ولا عمرة ، والافضل عندنا تقديم الاحرام على هذه المواقيت ، والتأخير اليها رخصة من الله تعالى ورفق بالناس وكره التقديم مالك واحمد واسحاق ، قيل والشافعي وليس بصحيح ، لان النووي ذكر في المنهاج الافضل أن يحرم من دويرة أهله ، وفي قول من الميقات ، وهو الاظهر . وقال ابراهيم النخعي كانوا يستحبون لمن لم يحج أن يحرم من بيته ، ونقل القرطبي عن علي رضى الله عنه انه قال اتمام الحج والعمرة أن يحرم بها من دويرة اهله . وعن عمر رضى الله عنه مثله اخرجه البيهقي .

لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق. ثم الآفاقي إذا انتهى إليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج والعمرة أو لم يقصد عندنا ،

---

وقال القرطبي في شرح الموطأ باسناده أن ابن عمر رضى الله عنه أهل من بيت المقدس وقال أبو عمر بن عبد البر أحرم ابن عمر من بيت المقدس عام الحكمين ، وذكر انه شكر التحكم بدومة الجندل ، فلما اتفق عمرو بن العاص وأبو موسى من غير اتفاق نهض إلى بيت المقدس فأحرم منه ، رواه مالك وسعيد ، ويدل على صحة ذلك أن علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وعمران بن الحصين وابن عمر وابن عباس وعبدالله بن عامر رضى الله عنهم أحرموا من المواضع البعيدة قبل المواقيت وهم فقهاء الصحابة رضى الله عنهم ، وقد شهدوا احرام رسول الله ﷺ وعلموا ان إحرامه عليه الصلاة والسلام من ميقاته كان تيسيراً على أصحابه ورخصة لهم ، وابن عمر كان أشد الناس اتباعاً لرسول الله ﷺ .

وقال القرطبي كان إحرام ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما من الشام ، وكان احرام عمران بن الحصين من البصرة ، وابن مسعود من القادسية ، وكان إحرام علقمة والأسود وعبد الرحمن بن يزيد الشعبي رحمه الله من بيوتهم ، واحرام سعيد بن جبير من الكوفة على بغلة ، رواه سعيد بن منصور رضى الله عنه ، وهو قول الثورى والحسن بن جني ، وقال اسماعيل القاضي والذين أحرموا قبل الميقات من الصحابة والتابعين كثير .

( لأنه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ) أي لأن الشأن انه يجوز تقديم الاحرام على المواقيت بلا خلاف وقد مر الآن الكلام فيه .

( ثم الآفاقي ) هو من كان خارج المواقيت ، قيل الصواب يبقى نسبة إلى المفرد ، وهو الأفق والآفاق واحد ، فإن السماء والأرض وهي نواحيها ( إذا انتهى إليها ) أى إلى هذه المواقيت ( على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج والعمرة أو لم يقصد عندنا ) وعند الشافعي « رح » يجوز له مجاوزة الاحرام إذا لم يرد النسك ، وفي النهاية وقال الشافعي رضى الله عنه إنما يجب الاحرام عند الميقات على من أراد دخول مكة للحج والعمرة ، فأما من أراد دخولها لعيال فليس عليه الاحرام عنده قولاً واحداً ، لأن النبي ﷺ دخلها يوم الفتح بغير إحرام ، فإن أراد دخولها للتجارة أو طلب غريم له فيه قولان .

وفي المنهاج للنووي من قصد مكة غير محرم لا شك انه يستحب له أن يحرم بحج أو

لقوله عليه السلام لا يجاوز أحد الميقات إلا محرماً ، ولان وجوب الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيــه الحاج والمعتمر وغيرهما . ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير إحرام لحاجته ، لانه يكثر دخوله مكة، وفي إيجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصاروا كأهل مكة،

---

عمرة، وفي قول يجب إلا أن يتكرر دخولها كحطاب وصياد، وقال مالك من دخل مكة غير محرم متعمداً أو جاهلاً فقد اساء ، ولا شيء عليه ، وفي النوادر يحرم على غــير المترددين دخولها وإن لم يرد نسكاً . وفي المغني قال أحمد رحمه الله لا يدخلها أحد بغير إحرام ، وعنه ما يدل على أن الإحرام مستحب .

( لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجاوز أحد الميقات إلا محرماً ) أى لقول النبي ﷺ وهذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا عبد السلام بن حرب عن حصين عن سعيد عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال لا يجـــاوز الوقت إلا بإحرام ، ورواه الطبراني في معجمه .

( ولأن وجوب الإحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة ، فيستوى فيــه التاجر والمقيم وغيرهما ) أى غير التاجر والمقيم مثل طلب غريم له في الحرم أو هارب من أحد أو طالب حاجة ونحو ذلك لأن المقصود من الإحرام عند الميقات تعظيم مكة شرفهـا الله تعالى ، والمكي بالاستيطان لها أو لما حولها جعل نفسه تبعاً لها ، فلم يتصور منه القدوم عليها ، فلا يلزمه ما يجب بحق القدوم على الآفاقي ، فانهم كالحراس حول الحصن . وقال أبو بكر رحمه الله في العارضة الدخول بغير إحرام لأجل القتال حلال بل واجب حتى لو يغلب فيها كفار يجب قتالهم فيها بالاجماع .

( ومن كان داخل الميقات ) أى ومن كان وطنه بين الميقات ومكة ( له أن يدخــل مكة بغير إحرام لحاجته ) أى لأجل حاجته ( لأنه يكثر دخوله مكة ، وفي ايجـــاب الاحرام في كل مرة حرج بين ) أي ظاهر ، والحرج مدفوع شرعاً ( فصاروا كأهل مكة

حيث يباح لهم الخروج منهـــا ، ثم دخولها بغير إحرام لحاجتهم بخلاف ما إذا قصد أداء النسك لانه يتحقق أحياناً فلا حرج ، فإن قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز ، لقوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، واتمامها أن يحرم بهما من دويرة أهله ، كذا قاله علي وابن مسعود رضي الله عنهما ،

---

حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير إحرام لحاجتهم) روي عن ابن عباس رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام رخص للحطابين أن يدخلوها بغير إحرام ، والظاهر انهم لا يجاوزون الميقات فدل انه من كان داخل الميقات .

( بخلاف ما إذا قصدوا اداء النسك ) أي الحج أو العمرة ، حيث لا يجوز دخوله بلا إحرام ولا بمجاوزة الميقات بالاحرام إن خرج عن الميقات ( لأنه يتحقق أحياناً ) أي لأن قصد من كان داخل الميقات أن النسك متحقق في بعض الأحيان ( فـــلا حرج ) حينئذ بخلاف قصد غير ، وذلك ليس بحطب وبحشيش ونحوهما ، فإنه يكثر ، وفي ايجـــاب الاحرام حرج .

( وإن قدم الإحرام على هذه المواقيت ) أي المواقيت المذكورة ( جاز ) وهذا إجماع. خلافاً لداود الظاهري ، فإنه يجوز ولا حج له ( لقوله تعالى ﴿ واتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، واتمامها أن يحرم بهما) أي بالحج والعمرة ( من دويرة أهله ، كذا قاله علي وابن مسعود رضى الله عنهما ) حديث علي رضى الله عنه رواه الحاكم في المستدرك في المعتبر من حديث آدم بن أبي اياس ، حدثنا شعبة عن عمرو بن مرة عن عبدالله بن أبي سلمـــة المرادي ، قال سئل علي رضى الله عنه عن قول الله عز وجل ﴿ واتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، قال أن تحرم من دويرة أهلك ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

ورواه البيهقي في سننه ، وقال وروي من حديث أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعاً وفيه نظر ، وحديث ابن مسعود رضى الله عنه غريب . وقـــال الاترازي روي ذلك عن

والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به ، والمشقة فيه أكثر والتعظيم له أوفر وعن أبي حنيفة « رح » إنما يكون أفضل إذا كان يملك نفسه أن لا يقع في محظور ،

---

علي وابن عباس رضى الله عنهما ، ولم يبين حال تخريجه ، قال في النهاية كان شيخي رحمه الله كثيراً ما يقول ان ذكر الدار هاهنا بلفظ التصغير بمقابلة تعظيم بيت الله تعالى ، يعني أن بيت الله يعظم ، وغيره من البيوت يصغر .

(والأفضل التقديم عليها ) أي الافضل تقديم الاحرام على المواقيت ( لأن اتمام الحج مفسر به ، والمشقة فيه اكثر والتعظيم له اوفر ) وقال الشافعي « رح » الإحرام من الميقات هو الأفضل ، لان الاحرام عنده من الاداء ، وبه قال مالك واحمد ، وهو اختيار المزني والبويطي ، وعن الشافعي رضى الله عنه كقولنا ، وفي شرح الوجيز وهو الاظهر ، وعن أم سلمة زوج النبي ﷺ انه عليه الصلاة والسلام ، قال من أحرم من المسجد الاقصى إلى المسجد الحرام بحج أو عمرة غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر ووجبت له الجنة ، وفي رواية ، وإن كانت اكثر من زبد البحر ، رواه أبو داود وأحمد وابن ماجة والدارقطني .

فإن قلت ما حاله ، قلت أبو داود إذا أخرج حديثاً ولم يتكلم في رجاله كان حجة لان فيه مسارعة إلى الطاعة .

( وعن ابي حنيفة رحمه الله انما يكون ) أي التقديم ( أفضل إذا كان ) أى الذي يحرم قبل المواقيت ( يملك نفسه أن لا يقع في محظور ) من محظورات الاحرام ، وفي المجتبى قال اصحابنا وكلما قدم الاحرام عليها فهو أفضل إذا ملك نفسه ، وعن بعض اصحاب الشافعي يستحب التقديم عنده قولاً واحداً .

فإن قلت كيف يكون التقديم أفضل والنبي ﷺ أحرم من الميقات ، قلت كان ذلك لبيان الجواز لمن لا يأمن على نفسه ارتكاب محظور الاحرام ، والاحرام شفقة على الضعفاء .

ومن كان داخل الميقات فوقته الحل ، معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز إحرامه من دويرة أهله ، وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد ، ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم ، وفي العمرة الحل ، لان النبي عليه السلام أمر أصحابه « رض » أن يحرموا بالحج من جوف مكة

---

( ومن كان داخل الميقات فوقته الحل ) أي موضع إحرامه الحل وقد فسره بقوله ( معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز إحرامه من دويرة أهله ) وهذا دليل لما ادعاه من معنى الحل ، يعني المراد به الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لا مطلق الحل أن لو كان مراده المطلق ، فحينئذ يصير هو كالآفاقي ، ولما جاز له أن يحرم من دويرة أهله ، وحيث جاز له ذلك جاز له أن يحرم من دويرة أهله جاز من أى المواضع شاء من اصل ، ومثاله إذا كان من أهل بستان بني عامر أو نخلة أو عسفان أو خليص ، فالافضل أن يكون إحرامه من منزله ، ويجوز عندنا تأخيره إلى الحرم ، ولا معنى لذكر الحل الذي هو قبل منزله إلى المواقيت ، ومثله في المواقيت إلى آخر الارض .

وفي المحيط والبدائع من كان داخل الميقات كاهل بستان بني عامر فميقاته في الحج والعمرة من داره إلى الحرم ، ومن داره أفضل ، وكذا الآفاقي إذا حل في البستان ، والمكي إذا أخرج إليه من الحرم يكون حكمه حكم أهل البستان .

( وما وراء الميقات إلى الحرم مكان واحد ) في حقه بدليل حل الاصطياد والاحتطاب في هذه الاماكن ( ومن كان بمكة ) أي ومن كان وطنه بمكة ( فوقته ) أى فموضع إحرامه ( في الحج ) يعني في قصده في الحج ( الحرم ) يعني يحرم منه ( وفي العمرة ) أي في قصد العمرة ( الحل ) أى خارج الحرم ( لانه عليه السلام أمر اصحابه رضى الله عنهم بأن يحرموا بالحج من جوف مكة ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال أمرنا رسول الله ﷺ ان نحرم إذا توجهنا إلى منى ، قال

وأمر أخا عائشة رضي الله عنهما أن يعمرها من التنعيم . وهو في الحل ، ولان أداء الحج في عرفة ، وهي في الحل

---

فأهللنا من الابطح ، وذكره البخارى تعليقاً ، فقال وقـــال ابو الزبير عن جابر اهللنا من البطحاء.

(وأمر اخا عائشة رضىالله عنهما أن يعمرها من التنعيم ) أي وأمر النبي ﷺ أخـــا عائشة هو عبد الرحمن بن أبي بكر رضى الله عنهم ، وهذا الحديث أخرجـــه البخاري ومسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله ﷺ موافقين ذي الحجة ، فلما كان بذى الحليفة إلى أن قال فلما كان ليلة الصدر أمر يعني رسول الله ﷺ عبدالرحمن فذهب بهـــا إلى التنعيم فاقبلت بعمرة مكان عمرتها فطـــافت بالبيت فقضى الله عمرتها وحجتها .

( وهو ) أى التنعيم ( في الحـــل ) هو موضع قريب من مكة عند مسجد عائشة رضى الله عنها ، وسمى تنعيماً لأن يمينه جبلاً يقـــال له نعيم وعن شماله جبـــل يقال له ناعم .

( ولأن أداء الحج في عرفة ) يعني المحرم للحج من مكة يكره أداؤه في عرفة يعني بوقوفه ( وهي في الحل ) أى والحال أن عرفة في الحل . قال الاترازي قوله ــعرفة وهي في الحل ــ وفيه نظر ، لأن اسم الموقف عرفات ، سمى بجمع إذا درع ، كـــذا في الكشاف وعرفة اسم اليوم التاسع من ذي الحجـــة ، والذى في الحل فهو الموقف لا اليوم ، انتهى .

قلت نظره ليس بوارد ، لأنه اعترف بكلام الزمخشري رحمـــه الله ، لأن اسم الموقف ... الخ ، أن اطلاق عرفة مفرداً لا يجوز على الموقف ، وليس كذلك فإنه يطلق عليه عرفة أيضاً . قال صاحب المغرب عرفات علم للموقف يقال لها عرفة أيضاً فافهم ، لأنها خارجة عن حد الحرم .

فيكون الاحـرام من الحرم ليتحقق نوع سفره، وأداء العمـرة في الحرم ، فيكون الاحرام من الحل لهذا ، إلا أن التنعيم أفضل لورود أثر بـه والله أعلم .

---

( فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفره ) لأن الحج عبارة عن سفره ( وأداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام في الحل لهذا) ليتحقق نوع سفره ( إلا أن التنعيم افضل) هذا إشارة من قوله – وفي العمرة الحل – يعني أن إحرام المكي في العمرة الحل ، ويجوز له أن يحرم من حيث شاء من الحل ، إلا أن إحرامـــه من التنعيم افضل ( لورود الأثر ) وهو الخبر الذي مضى ( به ) أي بالاحرام من التنعيم .

* * *

# باب الاحرام

## قال وإذا أراد الإحرام اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روي انه عليه السلام اغتسل لإحرامه إلا أنه التنظيف

---

( باب الاحرام )

أي هذا باب في بيان صفة الإحرام ، ولما فرغ من ذكر المواقيت شرع في بيان أن الاحرام كيف يفعل عندها ، والاحرام مصدر من أحرم الرجل إذا دخل في حرمة لا تهتك ، كما تقول اشتى إذا دخل في الشتاء ، وفي عرف الفقهاء أن يحرم المباحات على نفسه لاداء هذه العبادة فإن من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ، ومنها ما ليس لها ذلك كالصوم والزكاة ، وفيه من الأمور ما لا يهتدي اليه العقل كلبس غير المخيط وترك التطيب ، وترك النظافة ورمي الحصيات المعدودة ، وهي كلها تشبه بالأموات ، وكان الاشارة إلى انه مات في سبيل الله .

( قال وإذا أراد الاحرام ) الواو فيه للاستفتاح كما سمعته من المشايخ الكبار ، أي إذا أراد من قصد الحج ( اغتسل أو توضأ والغسل أفضل لما روى أن النبي ﷺ اغتسل لإحرامه ) هذا الحديث رواه الترمذي عن عبدالله بن يعقوب المدني عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه زيد بن ثابت انه ، أي النبي ﷺ نحوه لإ هلاله واغتسل قال حديث حسن غريب ، وأخرجه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه ولفظهما اغتسل لإحرامه ، وقد ذكر الاترازي هنا أحاديث في غسل من أراد الإحرام ، ولكن كلها أحاديث القول وليس منه حديث يطابق متن الكتاب ، والذي رويناه عن الترمذي هو المطابق .

( إلا أنه التنظيف ) أي إلا أن هذا الاغتسال لزيادة تنظيف البدن ، وأشار إلى أنه غير واجب خلافاً لداود الظاهري ، فإنه واجب عنده ، ونقل عن بعض أهل المدينة أن

حتى تؤمر به الحائض وإن لم يقــع فرضاً عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة والعيدين ، لكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة فيه أتم ولأنه عليه السلام اختاره . قال ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين ازاراً ورداء

---

الدم يجب بتركه . وعن الحسن البصرى إذا تركه ناسياً يغتسل إذا تذكره ، والجمهور على أن هذا الغسل مستحب للاحرام ( حتى تؤمر به الحائض ) والأمر أمر استحباب .

( وإن لم يقع فرضاً عنها ) أى عن الحائض ، لأن اغتسالها قبل الطهر لا يخرجها عن الحديث ، وانما هو لقطع الرائحة ، ولتنظيف البدن وحرمة الميقات وكذا النفساء (فيقوم الوضوء مقامه ) أى في حق إقامة السنة لا في حق الافضلية (كما في الجمعة والعيدين لكن الغسل أفضل لأن معنى النظافة فيه أتم ) لأنه يشمل البدن ، فتعم النظافة ولا يعتبر التيمم عند العجز عن الماء كالجمعة والعيدين ، وبه قال مالك وأحمــد . وقال الشافعي رضى الله عنه ليس التيمم عند العجز عن الماء ، وفي جوامع الفقه السنة أن يغتسل قبل إحرامه ، فإن أحدث بعده ثم توضأ لم ينل فضل الغسل للاحرام كالجمعة .

( ولانه عليه السلام اختاره ) أى لان النبي ﷺ اختار الغسل ، كما مر في حديث الترمذي . وروى الطبراني في معجمه الاوسط من حديث عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ كان إذا خرج إلى مكة اغتسل حين يريد أن يحرم .

( قال ولبس ثوبين جديدين أو غسيلين ) أى ولبس ثوبين غسيلين ، وقــال الشيخ أبو بكر الرازى في شرحه لمختصر الطحاوى انما ذكر جديدين أو غسيلين ، لانه روي عن بعض السلف كراهة لبس الجديد عند الإحرام ، قلت المفهوم هنا انه إذا لم يجد جديدين يكون عتيقين غسيلين ( ازاراً ورداء ) كلاهما منصوبان على التمييز ، لان في قوله – لبس ثوبين – أعم من أن يكون مخيطاً أو غير مخيط . وقوله – ازاراً أورداء – بأن المراد من اللبس أن يكون غير مخيط ، لان المحرم ممنوع من لبسه ، ويرجع المعنى إلى تقــدير يلبس ثوباً كالازار في وسطه ، وثوباً آخر يتردى به ، والازار من السرة والرداء كالميت اشتر

لأنه عليه السلام اتزر وارتدى عند احرامه ، ولأنه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد ، وذلك فيما عيناه

---

بالكفن ، ولهذا ليس له لبس المخيط لان لبس المخيط من الزينة .

وهيئة الارتداء انه يدخله تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر ، ويبقى كتفه الايمن مكشوفاً ، ولا يزرره ولا يخلله بخلال ولا يمسكه ولا يشد إزاره بحبل على نفسه ، ولا يعقد الرداء على عاتقه ، ولو فعل ذلك يكون مسيئاً ولا شيء عليه . وقال الدارقطني وهو مذهب الشافعي « رض » أيضاً ، وعند مالك عليه الفدية ، ولا بأس بالطيلسان إذا لم يزره وهو قول ابن عمر رضى الله عنه . وقال ابن أبي ليلى لا بأس به ، وإن زره .

وفي البدائع وهو قول ابن عباس رضى الله عنه لانه ليس بمخيط ، وعن الحكم بن عتبة انه كان لا يرى بأساً أن يتوسخ المحرم ثوبه ويعقده على قفاه ، ذكره ابن منصور عنه ، وهو قول ابن المسيب أباحه إمام الحرمين والغزالي والمتولي كالازار وغيره ، وعن ابي نصر العراقي أنكر انه يكره ولا شيء عليه ، وبه قال ابو ثور وابن المنذر. وقال النووي هو شاذ مردود ، ولا معتبر به ، لان الائمة على خلافه ، وروى عليه الصلاة والسلام رأى محرماً قد عقد ثوبه ، فقال انزع الحبل ويلك ، لكن لم يأمره بالفدية ، وقال ان يتزر في رواية ازاره وقال في المبسوط والبدائع ولا بأس ان يتحرم بعمامته يشتمل بها ولا يعقدها .

( لانه عليه الصلاة والسلام اتزر وارتدى عند إحرامه ) اى لان النبي ﷺ اتزر بالهمزة افتعل من الاتزار ، لان اصله إئتزر بهمزتين ، وقال في المغرب اتزر يعني (١) على اى لبس الازار ، والقى على كتفه الرداء ، والحديث اخرجه البخارى في صحيحه عن كريب عن ابن عباس رضى الله عنهم ، قال انطلق النبي ﷺ من المدينة بعدما ترجل وادهن ولبس ازاره ورداءه هو واصحابه ... الحديث بطوله .

( ولانه ) اى ولان المحرم ( ممنوع عن لبس المخيط ، ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك ) اى ستر العورة ودفع الحر والبرد ( فيما عيناه ) اراد به الازار والرداء

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة وربما هي « بتعدية »

والجديد أفضل ، لانه أقرب إلى الطهارة قال ومس طيباً إن كان له .

وعن محمد « رح » انه يكره إذا تطيب بما يبقى عينه بعد الاحرام ،

---

( والجديد افضل لانه اقرب إلى الطهارة ) وفي الكفن الجديد والخلق سواء ويستحب ان يكون الازر والرداء ابيضين ، لحديث ابن عباس رضى الله عنه ان رسول الله ﷺ قال البسوا من ثيابكم البياض ، فإنها من خير ثيابكم ، وكفنوا فيها موتاكم ، واخرجه الترمذى من حديث سمرة بن جندب رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ البسوا البياض فإنه أطهر واطيب ، وكفنوا فيها موتاكم ، وقال حديث صحيح .

وفي المبسوط يلبس الحر والبرد إذا لم يكن مصبوغاً بالزعفران والعصفر والورس ولا مخيطاً ، وفي خزانة الاكمل يلبس الحر والبرد العروى والمروى ، وفي البدائع والصوف والبرد الملون كالعربي ، وان اقتصر على ثوب واحد جاز لحصول ستر العورة به .

( قال ومس طيباً إن كان له ) اى إن وجده ، وعبارته تشعر بأنه لا يطلب من غيره ان لم يكن عنده شيء من ذلك ، واستحباب الطيب عند الإحرام فذهب جمهور من اهل العلم من السلف والخلف الفقهاء واهل العلم واهل الحديث ، منهم سعد بن ابي وقاص وابن عباس وابو سعيد الخدرى وابن الزبير والبراء بن عازب وعبدالله بن جعفر ومعاوية وعائشة وام حبيبة ومحمد بن الحنفية وعروة والقاسم وابراهيم وابن جريج والشعبي وابوحنيفة « رح » وابو يوسف رحمه الله والشافعي واحمد واسحاق وابن المنذر وداود واصحابه والخطابي ، وكرهه عطاء والزهرى ومالك ومحمد بن الحسن وزفر فيما تبقى عينة بعد الإحرام كالغالية والمسك .

ويجب به الدم عند محمد رحمه الله وزفر ، وفي الوبرى لا شيء عليه إذا فعل ذلك في قولهم جميعاً ، وفي ظاهر المذهب لا فرق ما تبقى عينه وما لا تبقى ، ويستوى فيه الرجل والمرأة ، وكذا يتبخر بالعود والعنبر ، ويتطيب أصناف الطيب من البان الزريرة والكافور والصندل والزعفران والورس ، ذكرهما النووى ، والريحان والنسرين والمرزنجوش ، وكذا يدهن بالادهان الطيبة كدهن البان والورد والبنفسج .

( وعن محمد انه ) أى عن مس الطيب ( يكره إذا تطيب بما تبقى عينه بعد الإحرام )

وهو قول مالك والشافعي «رح» لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام ، ووجـــه المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت أطيب رسول الله عليه السلام لاحرامه قبل أن يحرم ، ولأن الممنوع عنه عند التطيب بعد الاحرام ، والباقي كالتابـع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه

---

أي بما تبقي عينه على بدنه بعد أن أحرم ( وهو قول مالك والشافعي ) وقول زفر أيضاً ( لأنه منتفع بالطيب بعد الإحرام ) وهو ممنوع عن ذلك ، لأن للبقاء حـــكم الابتداء . وعن مالك منع الطيب مطلقاً .

( ووجه المشهور ) أي عن أصحابنا ( حـــديث عائشة رضى الله عنها قالت كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ) حديث عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت أطيب رسول الله ﷺ لإحرامه قبل أن يحرم ، وفي لفظ كأني انظر وبيض الطيب في مفرق رسول الله ﷺ وهو محرم .

( ولأن الممنوع عنه ) أي من الطيب ( عند التطيب بعـــد الإحرام ) يعني ابتداء ( والباقي ) في أثره ( كالتابع له لاتصاله به ) ولا حكم للتابـع ، فيكون بمـــنزلة المعدوم ( بخلاف الثوب ) يعني بخلاف ما إذا لبس ثوباً قبل الإحرام وبقي على ذلك الإحرام ، حيث يمنع عنه لأنه لم يجعل تبعاً ( لأنه مباين عنه ) أي عن بدنه ، ومن هـــذا إذا حلف لا يتطيب فدام على طيب كان بجسده لا يحنث ، وإذا حلف لا يلبس هذا الثوب فدام على لبسه حنث .

فإن قلت استدل محمد رحمه الله بما رواه الطحاوي باسناده إلى صفوان بن أبي يعلى بن أمية عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي ﷺ بالجعرانة وعليه جبـة وهو يصفر لحيته ورأسه ، فقال يا رسول الله إني أحرمت وأنا كما ترى ، فقال انزع عنك الجبة ، وأغسل عنك الصفرة ، ورواه أحمد أيضاً ، واستدل أحمد أيضاً بما رواه مالك في الموطأ عن نافع عن أسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجد ريح طيب فقال ممن ريح هذا الطيب ،

قال وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلى بذي الحليفة ركعتين عند إحرامه. قال وقال اللهم إني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني ، لأن أداءه في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة ، فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسر ،

---

فقال معاوية مني يا أمير المؤمنين ، فقال منك لعمري ، فقال معاوية إن أم حبيبة طيبتني يا امير المؤمنين ، فقال عمر رضى الله عنه عزمت عليك فلترجع فلتغسله .

قلت الجواب عن حديث يعلى أن الطيب كان خلوقاً وهومكروه للرجل لا للاحرام. وعن حديث معاوية انه أمره بالغسل قطعاً لوهم الحاصل انه فعله بعد الإحرام ، وفي الذخيرة يكره المحرم شم الريحان والطيب والثمار الطيبة ، ولا شيء عليه عن مالك ولا يكره عند الشافعي رضى الله عنه .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وصلى ركعتين ) أى في غير الاوقات المكروهة وفي بعض النسخ ويصلي ركعتين بلفظ المضارع ، وكذا في متن القدوري ، وليس في بعض النسخ لفظ قال ، وفي الرواية يستحب أن يصلي ، وفي السروجي هذه سنة وتجزئه المكتوبة كالتحية ( لما روى جابر أن النبي ﷺ صلى بذى الحليفة ركعتين عند إحرامه) نسبة هذا الحديث إلى جابر لم تصح ، والذي في حديث جابر بغير تعيين عدد على ما رواه جابر في حديث طويل انه صلى في مسجد ذى الحليفة ولم يذكر عدداً ، نعم روى أبو داود عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال خرج رسول الله ﷺ حاجاً فلما صلى في مسجده بذى الحليفة ركعتين أوجب في مجلسه ... الحديث .

( قال ) أي قال القدوري ( وقال ) الذى يريد الحج ، وقال الاكمل وقال الذى يريد الحج ، وفي النهاية في بعض النسخ لم يذكر ، قال الاول والحقه بحديث جابر ، أى صلى النبي ﷺ بذي الحليفة . وقال أي النبي ﷺ والصحيح الأول ، لأنه هو المثبت في الكتب المقروءة على الأساتذة :

( اللهم إني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني ، لان اداءها) أى لأن هذه العبادة ، وهو تعليل لسؤال التيسير ، لانه عبادة عظيمة تحصل بأفعال ( في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير ) لأنه عبادة عظيمة تحصل بأفعال شاقة

وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء ، لأن مدتها يسيرة وأداءها عادة متيسر . قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي أن النبي عليه السلام لبى في دبر صلاته وإن لبى بعدما استوت به راحلته جاز ، ولكن الأول أفضل لما روينا ،

---

فاستحب طلب التيسير والتسهيل من الله تعالى .

( وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء ، لأن مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسر ) وفي التحفة والقنية وغيرهما ، قال محمد « رح » في الصلاة يجب أن يقول اللهم إني أريد صلاة كذا فيسرها لي وتقبلها مني ، كما في الحج فلا فرق .

( قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي أن النبي ﷺ لبى في دبر صلاته) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم ، وهو قول الترمذي والنسائي عن عبد السلام بن حرب، حدثنا خصف عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أن النبي ﷺ أهل في دبر صلاته ، وقال حديث حسن غريب .

( وإن لبى بعدما استوت به راحلته ) قال في المغرب أي قامت مستوية على قوائمها والراحلة هو النجيب والنجيبة من الإبل ( جاز ) وبه قال الشافعي في الاصح وهو قول ابن عمر رضى الله عنه ( ولكن الاول أفضل لما روينا ) أشار به إلى قوله – لبى في دبر كل صلاة – وجه الافضلية انه أكثر عملا ، لان من يلبي عقب صلاته يلبي إذا استوى على راحلته ، وإذا على شرف البيداء دون العكس ، والاحاديث اختلف في تلبية رسول الله ﷺ ، قال بعضهم أهل حين صلى ، وقال بعضهم أهل حين استوت به راحلته ، وقال بعضهم حين ارتفع على البيداء .

وبين وجه الاختلاف في شرح الآثار مسنداً إلى سعيد بن جبير ، قال قيل لابن عباس رضى الله عنه كيف اختلف الناس في إهلال النبي ﷺ ، فقال ابن عباس رضى الله عنه سأخبركم عن ذلك أن رسول الله ﷺ أهل في صلاته فشهده قوم فأخذوا بذلك ، فلما استوت به راحلته أهل فشهده قوم ، فقالوا أهل رسول الله ﷺ الساعة ، وانما كان إهلال النبي ﷺ في مصلاه فشهده قوم فأخبروا بذلك .

وإن كان مفرداً بالحج ينوي بتلبية الحج ، لأنـــه عبادة والأعمال بالنيات ، والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك. قوله إن الحمد والنعمـــة بكسر الألف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بنـاء ، إذ الفتحة صفة الأولى ، وهو

---

( وإن كان مفرداً بالحج ينوى بتلبية الحج ، لانه ) أى لان الحج ( عبادة ، والاعمال بالنيات ) هو لفظ الحديث في رواية ( والتلبية أن يقول لبيك اللهم لبيك، لبيك لاشريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك والملك ، لا شريك لك ) لبيك لبيـك من المصادر التي يجب حذف فعلها لوقوعه مثنى ، واختلفوا في معناه ، فقيل مشتق من الب الرجـل إذا أقام في مكان ، فمعنى لبيك أقيم على عبادتك إقامة بعد إقامة ، لان التثنية هناك للتكرير والتكثير ، ويقال معنى لبيك انا أقيم على طاعتك ، منصوب على المصدر من قولهم لب بالمكان ، والب إذا أقام به ، ولزم وكان حقه أن يقال لبالك ، كقولك حمداً لله. ولكن ثني للتأكيد ، أي لبالك بعد الباب ، وقيل مشتق من قولهم امرأة لبة أى محبة لزوجها فمعناه اخلاص لك من قولهم لباب ، أى خالص ، ومنه لب الطعام ، وقـال الحربي الالباب القرب ، وقيل خضوعـاً لك من قولهم أنا ملب بين يديك ، أى خاضع ذكر ذلك في الإمام .

( وقوله إن الحمد والنعمة لك بكسر الالف لا بفتحها ، ليكون ابتداء ) أى ليكون ابتداء الكلام غير متعلق بما قبله ( لا بناء ) أي لا يكون بناء على مــا قبله ، فيكون المعنى أثنى عليك ، لأن الحمــد لك ففيه معنى التخصيص ، بخلاف الكسرة لان فيها معنى التعميم ، فهذا اولى ( إذ الفتحة ) أى فتحة الالف ( صفة الاولى ) أي كلمة الاولى ، وهي قوله — لبيك — ولم يرد به الصفة النحوية ، بل اراد به الصفة الحقيقية ، وهي القائم بالذات ، معناه التعليل معنى ، لان الحمد لك ، وابتداء الثناء اولى .

وفي شرح الارشاد ( وهو ) أى الكسر اختيار جماعة من اهـل اللغة والفقه . وفي

إجابـــة لدعاء الخليل صلوات الله عليه على مـا هو المعروف في القصة ولا ينبغي أن يخل بشيء من هذه الكلمات ، لأنه هو المنقول باتفاق الرواة ،

---

المحيط لان النبي ﷺ كسرها ، قلت لا يعرف ذلك عن النبي ﷺ ( إجابة لدعاء الخليل صلوات الله وسلامه عليه ) أي ذكر التلبية ، إجابه ابراهيم الخليل عليـه الصلاة والسلام ( على ما هو المعروف في القصة ) اى في قصة ابراهيم عليه الصلاة والسلام لما فرغ من بناء الكعبة أمر بأن يدعو الناس إلى الحج ، فصعد ابا قبيس ، وقال إن الله تعـالى امر ببناء البيت له، وقد بنى إلا فحجوا فبلغ الله تعالى صوته الناس في أصلاب آبائهم وأرحام إمهاتهم ، فمنهم من أجاب مرة ، ومنهم من أجـاب مرتين ، واكثروا على حسب جوابهم يحجون .

وبيان هذا في قوله تعالى ﴿ وأذن في الناس بالحج ﴾ ... الآية ٢٧ الحج ، فالتلبية إجابة الداعي بلا خلاف ، ولكن الخلاف في الداعي أشار المصنف إلى أن الداعي هو الخليل عليه الصلاة والسلام ، وقيل الداعي هو الله تعالى ، كما قال تعالى ﴿ يدعوكم ليغفر لكم من ذنوبكم ﴾ ١٠ ابراهيم ، وقيل رسول الله ﷺ كما قال ان سيد ابني داراً واتخذ فيها مأدبة وبعث داعياً ، واراد بالداعي نفسه عليه الصلاة والسلام .

( ولا ينبغي أن يخل بشيء من هذه الكلمات ) لبيك اللهم لبيك ... الـخ ، قوله – يخل – بضم الياء من الإخلال ، وفاعله هو المحرم ، ويجوز أن يكون على صيغة المجهول أيضاً ( لأنه هو المنقول ) أي ذكر التلبية على الهيئة المذكورة هو المنقول ( باتفاق الرواة) فيه نظر إذ ليس ما ذكره منقولاً باتفاق الروايات ، فقد روي حديث التلبية عن عائشة وعبد الله بن مسعود ، وليس فيه والملك لا شريك لك ، فحديث عـائشة رضي الله عنها أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي عطيه عن عائشة رضى الله عنها ، قالت إني لا أعـلم كيف كان رسول الله ﷺ يلبي لبيك اللهم لبيك ، لا شريك لك لبيك ، إن الحمـــد والنعمة لك لبيك .

وحديث ابن مسعود أخرجه النسائي في مسنده عن حماد بن زيد عن إبان بن ثعلب عن

فلا ينقص عنه ، ولو زاد فيها جاز ، خلافاً للشافعي « رح » في رواية الربيع « رح » عنه

أبي اسحاق عن عبدالرحمن بن زيد عن عبدالله، قال كانت تلبية رسول الله ﷺ لبيك اللهم لبيك ، لبيك لا شريك لك لبيك ، إن الحمد والنعمة لك ، ولم يتعرض الشراح لهذا وسكتوا عنه غير أن الاترازي تبع المصنف على هذا ، حيث قال في تفسير قوله — ولا ينبغي أن يخل بشيء من هذه الكلمات — أي لا ينقص من التلبية المذكورة المشهورة باتفاق الرواة عليها .

وأخرج مسلم عن ابن عمر قال ، وكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يهل باهلال رسول الله ﷺ من هؤلاء الكلمات ويقول لبيك اللهم لبيك وسعديك والخير في يديك لبيك ، ورغبتي إليك والعمل .

وروى اسحاق بن راهوية في مسنده أخبرنا وهبة بن جرح بن حازم قال سمعت أبي يحدث عن أبي اسحاق الهمداني عن عبدالرحمن بن يزيد ، قال حججنا في إمارة عثمان بن عفان رضى الله عنه عن عبدالله بن مسعود ، فذكر حديثاً فيه طول ، وفي آخره وزاد ابن مسعود في تلبيته فقال لبيك وعدد التراب ، وما سمعته قبل ذلك ولا بعده ، وروى النسائي وابن ماجة عن الأعرج عن أبي هريرة ، قال كان من تلبية النبي ﷺ لبيك إله الحق لبيك .

( ولا ينقص عنه ) أي عن ذكر التلبية المذكورة ، وفي الاسبيجابي إن زاد عليها أو نقص أجزأه ولا يضره شيء (ولو زاد فيها) أي في التلبية المذكورة ( جاز خلافاً للشافعي «رض» في رواية الربيع عنه ) أي عن الشافعي في رواية الربيع ، والربيع هو ابن سليمان بن الخباز البصري مولاهم المصري المؤذن رواي كتب الامهات عن الشافعي « رض » وهو أحد مشايخ أبي جعفر الطحاوي وأبي داود النسائي وابن ماجة، وذكره ابن حبان في الثقات ، مات سنة سبعين ومائتين . قال الطحاوي وكان مؤذن بفسطاط مصر ، وآخر يقال له الربيع بن سليمان الجيزي المصرى الأعرج ممن روى عن الشافعي

هو اعتبره بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ، ولنا أن أجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة زادوا على المأثور ،

---

وروى عنه الطحاوى أيضاً وثقه ابن معين يونس ، وقال مات سنة ست وخمسين ومائتين ، روى المزني عن الشافعي جواز الزيادة .

وفي شرح الوجيز لا تستحب الزيادة على تلبية رسول الله ﷺ بل يكررها ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حامد ذكر أهل العراق عن الشافعي رضى الله عنه انه ذكر الزيادة على ذلك ، وقال هو غلط لا يكره ولا يستحب ، بل يكررها واختاره ابن المنذر .

( هو ) أى الشافعي رضى الله عنه ( اعتبره بالاذان والتشهد ) أى اعتبر ذلك التلبية بالاذان والتشهد في الصلاة ( من حيث انه ذكر منظوم ) يعني مرتب بألفاظ مخصوصة لا يجوز التغيير فيها كما لا يجوز في الأذان والتشهد .

( ولنا أن أجلاء الصحابة ) أى أجلائهم وأكابرهم ( كابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة ) وابن مسعود ، وهو عبدالله وكذلك ابن عمر عبدالله،وفي اسم أبي هريرةاختلاف كثير ، والاكثر على أن اسمه عبد الرحمن بن صخر الدوسي اليماني . وقال الهيثم بن عدي كان اسمه في الجاهلية عبد شمس . وقال أبو هريرة رضي الله عنه فسماني رسول الله ﷺ عبد الرحمن ، وإنما كنيت بأبي هريرة لأني وجدت هرة فحملتها في كمي ، فقيل لي أنت أبو هريرة ، وقيل رآه رسول الله ﷺ وفي كمه هرة ، فقال يا أبا هريرة .

( زادوا على المأثور ) يعنى في التلبية ، أما زيادة ابن عمر ففي الحديث الذى أخرجه الستة عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه أن تلبية رسول الله ﷺ لبيك اللهم لبيك... الخ كما هو المذكور المشهور ، ثم قال وكان عبدالله بن عمر يزيد في تلبية لبيك لبيك والخير بيديك والرغبتي [1] إليك والعمل ، وأخرج مسلم أيضاً هذه الزيادة من قول عمر أيضاً ، وقد ذكرناه عن قريب ، وعن ابن مسعود أنه لبى غداة جمع ، فقال رجل ومن هذا الأعرابي ، فقال عبدالله لبيك عدد الحصى والتراب ، فقيل له ابن مسعود فأنساب الرجل

---

(١) هكذا في الأصل .

ولأن المقصود الثناء واظهار العبودية فـــلا يمنع من الزيادة عليه

قال وإذا لبى فقدأحرم،يعني إذا نوى،لأن العبادة لاتكون إلا بالنية،

---

في الناس ، رواه سعيد بن منصور ، وذكره في الإسرار والمبسوط .

وفي جامع المحبوبي أجهل الناس أمر طال العهد لبيك عـدد التراب ، وأراد بالعهد عهد رسول الله ﷺ ، وفي رواية لبيك حقاً حقاً تعبداً ورقا ، لبيك عدد التراب، لبيك ذا المعارج ، لبيك لبيك إله الخلق ، لبيك لبيك والرغبة إليك، من عبد آبق لبيك،وأما زيادة أبي هريرة رضي الله عنه على التلبية المشهورة فقد ذكرناها عن قريب .

( ولأن المقصود به الثناء وإظهار العبودية ، فلا يمنع من الزيادة عليه ) لأنه كلما زاد من ذلك كان أفضل ، أما الأذان فلأنه للاعـــلام بدخول الوقت ، فإذا زاد على المشهور يعتقد انه ذكر للثناء على الله لا للاعلام بدخول الوقت ، وأما التشهد فإنه يدعو في الثاني بما شاء ، والزيادة على التشهد الأول إخلال بنظم الصلاة .

فإن قلت هل ررد أن الانبياء كانوا يلبون إذا حجوا ، قلت ذلك ذكر في مناسك الطبراني عن الأزرقي بتلبية الانبياء عليهم الصلاة والسلام مثنى ، منهم يونس بن متى عليه الصلاة والسلام ، يقول لبيك فراح الكرب ، وكان موسى عليه الصلاة والسلام يقول لبيك أنا عبدك ، لديك لبيك لبيك . وتلبية عيسى عليـــه الصلاة والسلام أنا عبدك وابن أمتك .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا لبى فقد أحرم) يعني دخل في الاحرام(يعني إذا نوى ) لا يصير محرماً بمجرد التلبية فلا بد من النية ( لأن العبادة لا تكون إلا بالنية) للحديث المشهور ، وقال الاترازي والعجب من صاحب الهداية مع جلالة قدره تكلم في هذا الموضع بلا تفكر ، حيث فسر قول القدوري بقوله - يعني إذا نوى – وطول كلامه فيه ، ثم قال ولقد صدقوا في قولهم لكل جواد كبوة .

حاصل كلامه أن القدوري أشار إلى النية فيما تقدم بقوله – يعني إذا نوى ، فإن كان الفرد بالحج نوى بتلبية الحج وصوم بالنية ، ومع التصريح كيف يجوز أن يقـال لم يذكر النية ، وكيف يحتاج من له تميز إلى تفسير ذلك بقوله – يعني إذا نوى – قلت سبحان

إلا أنه لم يذكرها لتقدم الإشارة إليها في قوله اللهم إني أريد الحج ، ولا يصير شارعاً في الاحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية ، خلافاً للشافعي « رح» لأنه عقد على الأداء ، فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلاة ، ويصير شارعاً بذكر يقصد به التعظيم سواء التلبية فارسية كانت أو عربية ،

---

الله هذا كلام لا طعم له ؛ فانه ما ارتكب شيئاً يوجب الانكار عليه ، غاية ما في هـذا الباب هذا زيادة إيضاح وتنبيه إلى لزوم النية من كل بد ، وربما لا يطلع أحد على قوله فيما مضى وأطلع على هذا الموضع وليس فيه الإشارة إلى أن يتوهم أن النية ليست بشرط ، فأراد ذلك المقصود بقوله – يعني إذا نوى – ولقد اغـــتره المصنف في ذكره بقوله – يعني إذا نوى – بقوله لأن العبادة لا تتأدى إلا بالنية .

( إلا انه ) أي القدوري رحمه الله ( لم يذكرها ) يعني النية هنـــا ( لتقدم الإشارة اليها في قوله اللهم إني أريد الحج ) حاصل هذا أن الذى فعله القدوري من باب الاكتفاء والذى فعله المصنف من باب الايضاح والتأكيد ولا سيما هو في طبقة الشراح .

(ولا يصير شارعاً في الإحرام بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية ) بدون النية وفي المحيط لو أراد الإحرام ينوى بنية الحج والعمرة ، ويلبى . وفي الايضاح لا يصير داخـلاً في الإحرام بمجرد النية حتى يضم اليها سوق الهدى أو التلبية (خلافاً للشافعي رضى الله عنه) فإن عنده يصير محرماً بمجرد النية لبى أو لم يلب ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف فى رواية ، وروى أبو عوانة البصرى عنه أن قوله كمذهبنا ، وهو اختيار ابن جبير أن ابن أبي هريرة رضى الله عنه والزبير من أصحابه .

( لأنه ) أى لأن الحج ( عقد على الاداء ) أى على عبادة تشمل على أركان مختلفة ، وكلما كان كذلك ( فلا بد من ذكر ) يقصد به التعظيم ( كما في تحريمـة الصلاة ) حيث اشترط الذكر فى الابتداء وهو التكبير ( ويصير شارعاً بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت أو عربية ) ويحتمل ان يكون الضمير فيها كانت راجعاً إلى التلبية .

هذا هو المشهور عن أصحابنا والفرق بينه وبين الصلاة على أصلهما أن باب الحج أوسع من باب الصلاة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر ، كتقليد البدن ، فكذا غير التلبية وغير العربية . قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال ،

---

حاصل الكلام أن كل ذكر فيه تعظيم يصبح به الشروع سواء كانت تلبية او غيرها ، عربياً او فارسياً ، وكذا إذا لبى بالفارسية .

( هذا هو المشهور عن اصحابنا ) يعني انه يصير شارعاً بما يقصد به التعظيم . قال القدوري رحمه الله في شرحه هو المشهور عن ابى يوسف رحمه الله ، رواه ابن إبى مالك وبشر ومعلى ، وروى الحسن بن زياد عنه انه لا يكون محرماً إلا بالتلبية ، وقال في التحفة لو ذكر التهليل او التسبيح او التحميد ونوى الاحرام يصير محرماً ، سواء كان يحسن التلبية أو لا ، وكذلك إذا نوى ، أي بلسان آخر سواء كان يحسن العربية أو لا يحسنها ، هذا جواب ظاهر الرواية .

وروى الحسن عن أبي يوسف إن كان لا يحسن التلبية جاز وإلا فلا ، كما في الصلاة . أما أبو حنيفة فإنه مر على أصله ، وهو أن الذكر الموضوع في ابتداء العبادة لا يختص عنده بعبارة بعينها ولا يلقه ، كتكبيرات الصلاة ، وأما أبو يوسف رحمه الله فقد فرق بين الإحرام والصلاة على ما هو المشهور منها ، وهو أن غير الذكر يقوم مقام الذكر ،وهو التقليد ، فكذلك غير العربية بخلاف الصلاة .

( والفرق بينه ) أى بين الإحرام ( وبين الصلاة على أصلهما ) أى على أصل أبي يوسف ومحمد ( أن باب الحج اوسع من باب الصلاة ) ألا ترى أنه يصير شارعاً بسوق الهدى (حتى يقام غير الذكر مقام الذكر ، وكتقليد البدن ) أو سوقها ( فذكر غير التلبية وغير العربية ) أي فكذا غير التلبية تقوم مقامها غير العربية ، كذلك إذا كان بذكر يقصد به التعظيم ، ويتقى أي المحرم ، أى يجتنب ، وفي بعض النسخ :

( قال ) القدوري ( ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث والفسوق والجدال ،

والأصل فيه قوله تعالى ﴿فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج﴾ ١٩٧ البقرة ، فهذا نهي بصيغة النفي ، والرفث الجماع أو الكلام الفاحش أو ذكر الجماع بحضرة النساء . والفسوق المعاصي ، وهو في حال الاحرام أشد حرمة . والجدال أن يجادل رفيقه ، وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ، ولا يقتل صيداً

---

والاصل فيه ) أي في وجوب الاتقاء عن هذه الاشياء ( قوله تعالى ﴿ فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ﴾ ١٩٧ البقرة ) قرأ ابن كثير وأبو عمر – فلا رفث ولا فسوق – بالرفع والتنوين ، وقرأ نافع وعاصم وابن عامر ، وحمزه والكسائي – فلا رفث ولا فسوق – بالفتح بدون التنوين ، وكلهم اتفقوا على فتح اللام في – ولا جدال– بدون تنوين ( فهذا نهي بصيغة النفي ) وهذا ابلغ في الترك ، والمعنى فلا ترفثوا ولا تجادلوا .

( والرفث الجماع ) هكذا فسره ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وعطاء بن أبي رباح وعطاء بن السائب ومجاهد والحسن البصري والزهري والنخعي وقتادة ( أو الكلام الفاحش ) أي الرفث الكلام الفاحش ، هكذا فسره أبو عبيدة ( أو ذكر الجماع بحضرة النساء ) أي الرفث ذكر الجماع بحضرتهن ، وقيل مطلقاً .

( والفسوق المعاصي ) وهو الخروج عن طاعة الله تعالى ( وهي ) حرام مطلقاً وهي ( في حالة الإحرام أشد حرمة ) ﴿ فلا تظلموا فيهن أنفسكم ﴾ ٣٦ التوبة .

( والجدال أن يجادل رفيقه ) وهي حالة الإحرام ، أي يخاصم معه ( وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ) وقال الزمخشري ان قريشاً كانت تخالف سائر العرب ، فتقف بالمشعر الحرام ، وسائر العرب يقفون بعرفة ، وكانوا يقدمون الحج سنة وهو النبي فرده الله إلى وقت واحد ، والوقوف إلى عرفة فأجر الله تعالى أنه قد ارتفع الخلاف في الحج .

( ولا يقتل صيداً ) أي لا يقتل المحرم صيداً . قال الاترازي أى لا يذبح ولا يقتل لأن القتل يستعمل في الحرام غالباً ، وذبح المحرم الصيد حرام ، قلت لا يحتاج إلى هذا

لقوله تعالى ﴿ ولا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ ٩٥ المائدة ، ولا يشير إليه ولا يدل عليه ، لحديث أبي قتادة رضي الله عنه انه أصاب حمار وحشٍ وهو حلال وأصحابه محرمون فقال النبي عليه السلام لأصحابه هل أشرتم ، هل دللتم ، هل أعنتم ، فقالوا لا ، فقال إذاً فكلوا ،

---

التفسير ، لأن القتل حرام ، فإن القتل أعم ، وفي القرآن أيضاً مذكور بلفظ القتل لا بلفظ الذبح ، قوله – صيداً – يراد به الصيود لا المصدر ، إذ لو أريد به المصدر وهو الاصطياد لما صح اسناد الفعل اليه ، والمراد صيد البر .

( لقوله تعالى ﴿ وحرم عليكم صيد البر مادمتم حراما ﴾[1] ٩٦ المائدة والحرم جمع حرام يعني محرمون ، والصيد هو الحيوان المتوحش الممتنع في اصل الخلقة ، وصيد البحر حلال للمحرم ، وهو ما كان توالده ومثواه في البحر ، وصيد البر ما كان توالده ومثواه في البر ، أما الذي يكون في البحر ويتولد في البر فهو صيد البر ، والذي يتولد في البحر ويكون في البر فهو من صيد البحر كالضفدع ، لأن الأصل هو التوالد ، والكينونة عارض فتعين الأصل دون العارض .

( ولا يشير اليه ) أي إلى الصيد ( ولا يدل عليه ) أي على الصيد الإشارة أن يشير إلى الصيد باليد ، والدلالة أن يقول إن في مكان كذا صيداً ، والإشارة تكون في الحضور ، والدلالة تكون في الغيبة ( لحديث أبي قتادة رضى الله عنه أنه أصاب حمار وحش وهو حلال وأصحابه محرمون ، فقال ﷺ لأصحابه هل أشرتم ، هل دللتم ، هل أعنتم ، فقالوا لا ، فقال إذاً فكلوا ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي قتادة رضى الله عنه فقال إذا فكلوا .

هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم[2] عن أبي قتادة انهم كانوا في سفر لهم بعضهم محرم وبعضهم ليس بمحرم ، قال فرأيت حماراً وحشاً فركبت فرسي وأخذت الرمح

---

(١) استدل الشارح بغير الآية التي استدل بها المصنف في المتن ، أ هـ .

(٢) هكذا الجملة في الأصل مكررة ، أ هـ .

ولأنه إزالة الأمن عن الصيد ، لانه أمن بتوحشه و بعده عن الأعين.

قال ولا يلبس قميصاً ولا سراويل

---

فاستعنتهم ، فأبوا أن يعينوني ، فاختلست صوتاً من بعضهم وشددت على الحمار فاصبته ، فأكلوا منه ، فاستبقوا قال فسألوا النبي ﷺ فقال أمنكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار . فقالوا لا ، قال فكلوا ما بقى منها .

وفي لفظ مسلم والنسائي هل أشرتم هـــل اعنتم ، قالوا لا ، قال فكلوا . واسم أبي قتادة الحرث بن ربعي الانصاري ، وجه التمسك به عليه الصلاة والسلام علق الإباحة بعـدم الإشارة والدلالة ، فدل على انها من محظورات الإحرام ، ولهـذا لو أعطاه سكيناً ليذبحه به ، وليس معه سكين أو أراه موضع سكين وموضع السهم ليرميه به ، كان ذلك داخلا تحت الإعانة والإشارة وقيل الإعانة والإشارة من المحرم محرمة ، فان عـلم المحرم مكانه كذا أن لو أعطاه سكينه أو معه سكين ، لإطلاق الحديث . قلنا إذا كان عالمـاً بمكانه فالموجود من الحلال لغو ، فـلا اعتبار به ، وكذا السكين والسهم ، وفي المبسوط قال السروجي الأصح عندي انه لا شيء على معير السكين من الضمان .

( ولأنه ) أي ولأن المذكور من الإشارة والدلالة والإعانة ( إزالـة الأمن عن الصيد لأنه أمن بتوحشه وبعده عن الاعـين ) لأن إزالة الأمن ربما يتطرق بها الى القتل ، وفي الذخيرة لا ضمان على الدال سواء كان محرماً أو حلالاً في صيد الحرم .

( قال ) أحمد « رض » يضمن بالدلالة ، وقال الشافعي رضى الله عنه لا يضمن بالدلالة لأنه لايلزم حفظه ( ولا يلبس ) أي المحرم ( قميصاً ) ولو كان مـن جلد ( ولا سراويل ) قيل انه عجمي نكرة مفرد غير منصرف ، لأنه وافق بناءه بناء ما لا ينصرف من العربي نحو قناديل ، قلت هذا قول سيبويه ، وقيل انه جمع سروالة في التقدير ، وليس فيـه عجمة بل هو عربي ، وقيل بل هو جمع محقق . قال الشاعر :

عليه من العدم سراولة    فليس يرق المستضعف

فعلى هذا لا كلام في منع الصرف ، ولو لبس السراويل عند عدم الإزار لزمه دم ، إلا أن يشقها نصفين ويتزر بها لتصير بمنزلة الإزار ، ولا يشقها ولا شيء عليه .

ولا عمامة ولا قلنسوة ولا عمامة[1] ولا خفين إلا ان لا يجد نعلين فيقطعهما أسفل من الكعبين، لما روي أن النبي عليه السلام نهى أن يلبس المحرم هذه الاشياء، وقال في آخره ولا خفين إلا أن يجد نعلين فليقطعهما أسفل الكعبين

---

(ولا عمامة ولا قلنسوة) قال صاحب المطالع، القلنسوة معروفة إذا فتحت القاف ضمت السين، وكان با لواو، وإن ضمت القاف كسرت السين، وكان بالباء، وهي مشتقة من قلس الشيء إذا أعطاه، النون الزائدة، قاله أبن دريد وقال ابن الانباري فيها تسع لغات بلا واو، قلينسه وقلنيسة وقلنسة كلها بالتصغير، وقلنساه وقلساة، وقال في دستور اللغة القلسوة — هلاه — يعني بالفارسية وبالعربية القبع، وطول الجوهري فيه الكلام. حاصله أن جمعه قلانس وقلانيس وقلاسي، وأصله قلنسو، فحذف منه الواو لأنه ليس في الاسماء اسم آخره حرف علة، وقبلها ضمة، يقال قلسه يقلس وقلس يقلس، أي البست القلنسوة فيهما.

(ولا قباء) أي ولا يلبس قباء، المراد به اللبس المعتاد، حتى قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يحرم لبس القباء على المحرم إلا إذا أدخل يديه في كمه، وبه قال النووى وأبو ثور والحربي من الحنابلة، وعند الشافعية والمالكية والحنابلة لا يتوقف تحريم لبسه على إدخال اليدين في كميه.

(ولا خفين) أي ولا يلبس خفين (إلا أن لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل من الكعبين) وقال عطاء وأحمد بن حنبل لا يقطعهما لاستدلال بحديث ابن عباس، قال سمعت رسول الله ﷺ يخطب بعرفات من لم يجد النعلين فليبس الخفين، ومن لم يجد ازراً فليبس السراويل ولم يذكر القطع.

ولنا حديث الكتاب وهو قوله (لما روى أن النبي ﷺ نهى أن يلبس المحرم هذه الأشياء، وقال في آخره ولا خفين إلا أن لا يجد نعلين فليقطعهما أسفل الكعبين) أراد

---

(١) قباء هامش.

بهذه الأشياء القميص والسراويل والعمامة والقلنسوة والخفين ، والحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عمر رضى الله عنه ، قال رجل يا رسول الله ما تأمرنا أن نلبس من الثياب في الاحرام ، قال لا يلبس القميص ولا السراويلات ولا العمائم ولا البرانس ولا الإخفاف، إلا أن يكون أحد ليس له نعلان فيلبس الخفين ، وليقطع اسفل الكعبين .. الحديث ، والعمل بحديث ابن عمر رضى الله عنه أولى من العمل بحديث ابن عباس رضى الله عنه ، لأنه لم ينقل عنه صفة لبس الخفين ، ونقلها ابن عمر رضى الله عنه ، ولأن من زاد حفظ ما لم يحفظه الذي اختصر ، والعجب من الاخصام انهم يحملون المطلق على المقيد ، ولا سيما في حادثة واحدة ، وهذا لو أمن ذلك .

فإن قلت زعمت الحنابلة أن حديث ابن عمر رضى الله عنه منسوخ بحديث ابن عباس رضى الله عنه لأنه بعرفات ، وحديث ابن عمر كان بالمدينة ، وكذا ذكره الدارقطني ، أجيب بأن هذا جهل بأصول الفقه ، لأن المطلق والمقيد لا يتناسخان عندهم ، مع أن حديث ابن عباس رضى الله عنه رواه أيوب والثوري وابن عيينة وحماد بن زيد وابن جريج وهشام وشعبة كلهم من حديث عمرو بن دينار عن جابر بن زيد ، ولم يقل أحد منهم بعرفات غير شعبة وانفراد الواحد عن الثقات يوجب الضرر ، فيما انفرد به عندهم .

فإن قلت ذكر الشيخ تقي الدين في شرح العمدة أن ذلك من رواية جعفر بن برقان وقد وهم في موضعين ، أحدهما انه قال نافع ويقطع الخف أسفل من الكعبين ، والثاني انه قال فيه فيمن لم يجد ازاراً فليلبس سراويل ، وليس هذا في حديث ابن عمر رضى الله عنه ، وأخذ به الشافعي رضى الله عنه وابن حنبل ، وأنكره مالك في الموطأ ، وقال أبو عبدالله لا سبيل الانفراد بحديث السراويل عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضى الله عنه ، وهو رجل من أهل البصرة لا يعرف .

قلت غلط أي غلط من يقدح في رواية الحفاظ الذين رفعوا القطع إلى رسول الله ﷺ .

فإن قلت قال عطاء في قطعها فساد ، والله لا يحب المفسدين ، قلت قد ثبت الأمر من صاحب الشرع بقطعها ، وهو مصغرة على الشارع بحكمه ، ولأن حكم الفعل فساد ، انما

والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عنـــد معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد « رح » ولا يغطي وجهه ولا رأسه . وقال الشافعي يجوز للرجل تغطية الوجـــه لقوله عليه السلام احرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها .

---

يعرف من جهة الشرع ، وقال أمر به وهو لا يأمر بالفساد ، والأمر بقطعهما مع ما فيه من اتلاف المالية يدل على خلاف ما قالوا ، فالشافعي معنا في الخفين ، ومع ابن حنبل في السراويل ، ومالك وافقنا فيهما ، وإذا لبس الخفين من غير قطع تلزمه الفدية . وقال ابن بطال في شرح البخاري والطبري في مناسكه أن عند أبي حنيفة رضى الله عنــه تجب الفدية مع قطعهما .

قلت هذا النقل عنه غير صحيح لا أصل له ، ولا تجب الفدية به عندنا مــع القطع ، وان وجد النعلين فلبس الخفين مقطوعين فلا شيء عليه عندنا كالمداس ونحوه ، وعندمالك وأحمد يفدى ، وللشافعي قولان .

( والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك ) انماقال هنايعني في باب الحج ، احترازاً عن الكعب المذكور في باب الوضوء ، فإن الكعب هنا هو الذي نفـــاه بقوله — دون الناتيء — بالنون والتاء المثناة من فوق النتوء وهو الارتفاع (فيما روى هشام عن محمد رحمه الله ) هشام بن عبدالله الراوي ، فإنه روى عن محمد في الحج ان الكعب هو الناتيء ، قالوا إن ذلك وهم عن هشام في نقله عن محمـــد ، لأن محمداً قال ذلك في مسألة الوضوء ، وقد مر الكلام فيه هناك .

( ولا يغطي رأسه ولا وجهه ) وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وفي بعض النسخ ولا يغطى رأسه ولا وجهه ، والأول أصوب على ما لا يخفى .

( وقال الشافعي رضى الله عنه يجوز للرجل تغطية الوجه ) وبه قال مالك واحمد في المشهور عنه ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( إحرام الرجـــل في راسه واحرام المرأة في وجهها ) هـــذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن هشام بن

ولنا قوله عليه السلام لا تخمروا وجهه ولا رأسه ، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً ، قاله في محرم توفي .

---

حسان عن عبدالله بن عمر رضى الله عنهم عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها ، قال هذه قسمة تقطع الشركة .

( ولنا قوله ﷺ لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة ملبياً . قاله في محرم توفي ) هذا الحديث رواه مسلم والنسائي وابن ماجة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنه أن رجلاً أوقصته راحلته فمات ، فقال رسول الله ﷺ غسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبيه ولا تمسوه طيباً ولا تخمروا رأسه ولا وجهه ، فإنه يبعث يوم القيامة ملبياً ورواه الباقون ولم يذكروا فيها وجهاً .

فإن قلت قال الحاكم أبو عبدالله النيسابوري ذكر الوجه في هذا الحديث تصحيفاً من الرواة لإجماع الثقات الأثبات من أصحاب عمرو بن دينار ولا تغطوا رأسه ، وهو المحفوظ قلت المرجوع في ذلك إلى مسلم لا إلى الحاكم ، فإنه كثير الاوهام ، وأيضاً في التصحيف انما يكون في الحروف المتشابهة ، وأي مشابهة بين الرأس والوجه في الحروف، ومثل هذا بعيد عن التصحيف .

فإن قلت كيف يستدل أصحابنا بمثل هذا الحديث في مذهبنا على خلاف حكم هذا الحديث في محرم يموت حيث يصنع به مايصنع بالحلال من تغطية رأسه ووجهه باللبس عندنا، خلافاً للشافعي رضى الله عنه ، وهو يتمثل هناك بمثل هذا الحديث . قلت أجيب بأن الحديث فيه دلالة على أن للإحرام تأثيراً في ترك تغطية الرأس والوجه ، فإنه عليه الصلاة والسلام علل ترك التغطية بأنه يبعث ملبياً ، أى محرماً .

ثم الحجة لنا في تغطية رأس المحرم ووجهه إذا مات ما روي عن عطاء أن النبي ﷺ سئل عن محرم مات فقال خمروا رأسه ووجهه ولا تشبهوه باليهود . وحديث الأعرابي هو الذي أوقصته راحلته تأويله أن النبي ﷺ عرف بطريق الوحي خصوصية ببقاء إحرامه بعد موته ، وقد كان رسول الله ﷺ يخص بعض أصحابه ماشياً . قلت الشراح ذكروا هذا هكذا ، وقالوا عن عطاء أن النبي ﷺ إلى آخره ، فهذا يدل بظاهره أنه مرسل ،

ولأن المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة ، فالرجل بالطريق الأولى . وفائدة ما روي الفرق في تغطية الرأس .

---

وليس كذلك ، فإنه متصل أخرجه الدارقطني عن عبدالرحمن بن صالح الازدي ، حدثنا حفص بن غياث عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ خمروا وجوه موتاكم ولا تشبهوا باليهود .

والعجب من الاترازى انه ذكر هنا للشافعى رضى الله عنه في جواز تغطية الوجه ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلاً كان مع النبى ﷺ وقصته راحلته .. الحديث ، وهو الحديث الذي ذكرناه عن مسلم في الاستدلال الذي استدل به المصنف ، فذكره الاترازى لاستدلال الشافعي رضى الله عنه .

وذكر لنا حديث ابن عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ المحرمة لا تنتقب ولا تلبس القفازين . قلت هذا رواه أبو داود عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبى ﷺ ثم قال الاترازي ، فإذا لم يجز للمرأة تغطية وجهها ، مع أن كشف وجهها موجب الفتنة فأولى أن لا يجوز الرجل تغطية الوجه ، لأن الإحرام في الرجل آكد منه في المرأة انتهى . ولقد أنصف في هذا حيث قال حيث ذكرت حديث البخارى للشافعى ، وليس فيه ذكر الوجه ، ولا يذكر الوجه إلا في رواية مسلم ، كما ذكرنا ، وترك الحديث الذي ذكره المصنف لاستدلال الشافعي رضى الله عنه في خلافه في وجه الرجل .

( ولأن المرأة لا تغطى وجهها مع أن في الكشف فتنة ، فالرجل بطريق الأولى ) يعني أن لا يغطي وجهه ( وفائدة ما روي الفرق في تغطية الرأس ) أي وفائدة ما رواه الشافعي رضى الله عنه ، وهي قوله عليه الصلاة والسلام إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها الفرق في تغطية الرأس ، يعني يجوز للمرأة أن تغطي وجهها ، ولا يجوز للرجل أن يغطي وجهه في الإحرام .

قلت ذكر في روضة الشافعية يغطي أذنيه ولحيته ما دون ذقنه ولا يمسك أنفه بثوب ، ولا بأس في إمساكه بيده ولا يغطي فمه ولا العارضين . وقال أحمد يغطي وجهه ولا يغطي أذنيه لقوله عليه الصلاة والسلام الاذنان من الرأس وبه قال مالك « ر ض » ولو

فطى بطيب أو طائبة أو حائبة أو خشب أو حجر أو زجاج اثلل ، وهو العفة أو هدل أو جوانق حنطة فلا شيء عليه وبغيره بأجر أو بغير أجر فعليه الفداء .

وفي شرح المهذب للنووي لو وضع على رأسه زنبيلا أو حملاً يجوز في اصح الطريقين وعن عطاء رضى الله عنه لا بأس بالمكيل على رأسه ، ويكره أن يكب وجهه على فخذه بخلاف خديه ، ولو أن يضع يده على رأسه ، وكذا يد غيره وينغمس في الماء ، ولو غطى رأسه بالطين فشده بالحناء ، فعليه الفدية ، وعند الشافعي وأحمد رضى الله عنهما الحناء ليس بطيب ، وفي المجانسة تسدل على وجهها ثوباً إن أرادت ولا من طيب .

وفي اكثر النسخ ( قال ولا يمس طيباً ) أى قال القدوري رحمه الله والطيب ماراثحته طيبة . وفي الحلية الطيب ما يتطيب به ، يتخذ منه الطيب كالمسك والزعفران والعنبر والصندل والورد والياسمين والكافور . وفي الريحان الفارسي قولان ، وكذا المرزجوش النيلوفر والنرجس عند بعض أصحابنا ، وفي تتمتهم التفاح على المحرم شيء من الرياحين . وفي المحيط ما له رائحة مستلذة كالزعفران والبنفسج ونحوهما والحناء طيب خلافاً للشافعي رحمه الله والوسمة ليست بطيب ، وعن أبي يوسف رحمه الله هي الحناء والخطمي طيب عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، خلافاً لهما ، وقيل الخلاف في خطمي العراق .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( الحاج الشعث التفل ) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجة عن ابراهيم بن يزيد عن محمد بن عباد بن جعفر عن ابن عمر رضى الله عنهم قال قام رجل فقال يا رسول الله من الحاج ، فقال الشعث التفل . الشعث بفتح الشين المعجمة وكسر العين المهملة ، وبالثاء المثلثة ، وهو مغبر الرأس، وأصله من الشعث ، وهو انتشاء الغبر وتغيره لقلة المهد ، ومنه يقال رجل اشعث وامرأة شعثاء . والتفل بفتح التاء المثناة وكسر الفاء تارك الطيب ، وأصله من التفل ، وهو الريح الكريهة .

( وكذا لا يدهن ) أى كما لا يمس طيباً لا يدهن أيضاً ، وبه قال مالك رضى الله عنه خلافاً للشافعي « رح » وابن حبيب . وفي شرح المهذب الزيت والشيرج والسمن ونحوهما

لما روينا ، ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه ، لقوله تعالى ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم ﴾ ١٩٦ البقرة ، الآية . ولا يقص من لحيته لأنه في معنى الحلق ، ولأن فيـــه إزالة الشعث وقضاء التفث. قال ولا يلبس ثوباً مصبوغاً بورس

---

من الادهان لا يحرم استعمالها على المحرم في بدنه إذا لم تكن مطيبة ، وتحرم في الرأس ، والمطيب منه يمنع في جميع البدن ، واستدلوا على أن الإباحة بحديث فرقد المسيحي الزاهد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ أدهن بزيت غير معيت وهو محرم ، رواه البيهقي . قال النووي رحمه الله هو ضعيف ، وقال فرقد ليس بشيء ، وقال ابن حبان كانت فيه غفلة ، وزاد حفظه ، وكان يرفع المسند ويرفـــع ويسند الموقوف من حيث لا يفهم ، فبطل الاحتجاج به ، وضعفه يحيى بن معـــين قوله - غير معيت - أي غير مطيب .

( لما روينا ) هو قوله عليه الصلاة والسلام الحاج الشعث التفل ( ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه ) مثل شعر ابطه وعانته ، وكذا حلق لحيته وأخذ شاربه ( لقوله تعالى ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم ﴾ ١٩٦ البقرة الآية ) فيدل بعبارته على النهى لحلق الرأس وبدلالة النهى عن حلق شعر البدن ، لأن شعر الرأس استحق الأمن عن الازالة لكونه نامياً يحصل الارتفاق بازالته ، وهذا المعنى في شعر البدن فتلحق به دلالته .

( ولا يقص من لحيته ، لأنه في معنى الحلق ) من حيث الارتفاق به ( ولأن فيـه ) أي في القص من اللحية ( إزالة الشعث ) قد مر تفسيره عن قريب ( وقضاء التفث ) بفتح التاء المثناة من فوق ، والفاء وبالمثلثة ، وقال المطرزي هو الوسخ ، والمراد قضاء ازالـة التفث وقيل هو فسخ الإحرام وقضاؤه بحلق الرأس والاغتسال ، وقـــال الكاكي قضاء التفث إزالة بقص الشارب ، وقلم الأظافر ، ونتف الابط والاستحداد ، وبقولنـا قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية ، وقال أصحاب الظاهر لا يجب شيء في غير شعر الرأس وبه قال مالك في رواية .

( قال ولا يلبس ثوباً مصبوغاً بورس ) الورس بفتح الواو وسكون الراء وبالسين المهملة

ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم ثوباً مسه زعفران ولا ورس إلا أن يكون غسيلاً لا ينفض ، لأن المنع للطيب لا للّون .

---

وهو نبت طيب الرائحة ، وفي القاموس شيء أحمر ، فانه يشبه نحو الزعفران مجلوب من اليمن ، وفي الصحاح الورس نبت أصفر يكون باليمن ، وفي الديوان صبغ اصفر ( ولا زعفران ) أي ولا ثوباً مصبوغاً بزعفران ( ولا عصفر ) أي ولا ثوباً مصبوغاً بعصفر . قال الجوهرى العصفر صبغ ولم يزد عليه .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( لا يلبس المحرم ثوباً مسه زعفران ولا ورس إلا أن يكون غسيلا ) هذا الحديث رواه الحافظ أبو جعفر الطحاوي ، قال حدثنا ابن ابي عمران ، حدثنا عبدالرحمن بن صالح الازدي ، حدثنا أبو معاوية عن عبدالله عن نافع عن ابن عمر قال ، قال رسول الله ﷺ لا تلبسوا ثوباً مسه ورس أو زعفران إلا أن يكون غسيلا ، يعني في الإحرام ، قوله — إلا أن يكون غسيلا — وقع في حديث ابن عمر في رواية الطحاوى ( لا ينفض ) أى لا يوجد منه رائحة العصفر والزعفران ، كذا في فتاوى قاضي خان ، وعن محمد ، أى لا يتعدى أثر الصبغ إلى غيره أى لا تخرج منه رائحة طيبة إلى غيره ، وقيل النفض التناثر ، وهذا لا يصح لأن العبرة للطيب لا للتناثر .

( لأن المنع للطيب لا للون ) أشار بهذا التعليل إلى أن معنى قوله — لا ينفض — لا يخرج منه رائحة طيبة ، لأن المنع لكونه طيباً ، أي لأجل كونه طيباً ، اعترض على القدوري بسبب قوله — إلا أن يكون غسيلاً لا ينفض — حيث ذكر على البناء للفاعل ، لأنه يقال نفضت الثوب انفضه نفضاً ، إذا حركته ليسقط ما عليه ، والثوب منفوض فليس بنافض ، هذا خطأ ، وانما هو ينفض على صيغة المجهول .

قلت هذا اعتراض ساقط لا وجه له ، لأن القدوري رحمه الله لما قال لا ينفض ضبط على بناء الفاعل حتى يتوجه إليه الاعتراض واللفظ يحتمل الوجهين ، ولئن سلمنا انه نقل

وقال الشافعي « رح» لا بأس بلبس المعصفر لأنه لون لا طيب له ، ولنا أن له رائحة طيبة. قال ولا بأس بأن يغتسل ويدخل الحمام، لأن عمر رضي الله عنه اغتسل وهو محرم، ولا بأس بأن يستظل بالبيت والمحمل.

وقال مالك « رح» يكره أن يستظل بالفسطاط

---

عنه على بناء المجهول ، فله وجه بطريق الاسناد المجازي ، وهذا باب واسع .

( وقال الشافعي « رح » لا بأس بلبس المعصفر ، لأنه لون ولا طيب له ) عرفاً، ولهذا لا يباع في سوق العطر ، وبه قال أحمد .

( ولنا أن له رائحة طيبة ) فيكون ممنوعاً منها كالورس والزعفران ، وصحح في الموطأ انكار عمر رضى الله عنه على طلحة رضى الله عنه في لبس المعصفر حالة الإحرام .

( وقالا [1] لا بأس بان يغتسل ) لأنه عليه الصلاة والسلام اغتسل ( وهو محرم ) رواه مسلم ، ولأن ابن عمر بن حفص فيه ، وحكى أبو أيوب الأنصاري « رض » اغتسال رسول الله ﷺ وهو محرم ، متفق عليه ، وأجمع أهل العلم أن المحرم يغتسل من الجنابة ، ورخص جابر رضى الله عنه وابن عمر وسعيد بن جبير والشافعي وأحمد وأبو ثور ، وكره مالك أن يغيب رأسه في الماء لتوهم التغطية ، فإن فعل أطعم ( ويدخل الحمام ) لأنه يصب الماء عليه ، وروى الشافعي والبيهقي باسنادهما عن ابن عباس رضى الله عنه أنه دخل حماماً بالجحفة وهو محرم ، وقال مالك ولو دخل الحمام وتدلك افتدى.

( لأن عمر رضى الله عنه اغتسل وهو محرم ) رواه مالك في الموطأ مطولاً ( ولا بأس بأن يستظل بالبيت والمحمل ) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية ، وفي المغرب بالعكس أيضاً وهو الهودج الكبير ، وعن مالك « رض » وأحمد لو استظل بالمحمل راكباً افتدى ، ولو استظل نازلاً لا شيء عليه .

( وقال مالك رحمه الله يكره أن يستظل بالفسطاط ) وهو الخيمة الكبيرة ، وبه

---

(١) في المتن — قال — بالافراد ، أ هـ مصححه .

وما أشبه ذلك ، لانه يشبه تغطية الرأس ، ولنا أن عثمان رضي الله عنه كان يضرب له فسطاط في إحرامه ولأنه لا يمس بدنه فأشبه البيت .
ولو دخل تحت أستار الكعبة حتى غطته إن كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس بـــه ، لانه استظلال ، ولا بأس بأن يشد في وسطه بالهميان . وقال مالك يكره إذا كان فيه نفقة غيره ، لانه لاضرورة .
ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان

---

قال أحمد ، حتى لو فعل تجب الفدية في إحدى الروايتين عن أحمد ( ومـا أشبه ذلك ) نحو أن يرفع ثوباً على عود أو يقيم ثلاثة أعواد مربوطة رأسها ويضع عليها ثوباً ونحو ذلك ( لأنه يشبه تغطية الرأس ) وإن لم يمس رأسه فيكره .
( ولنا أن عثمان رضى الله عنه كان يضرب له فسطاط في إحرامه ) روى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع حدثنا الصلت عن قتيبة ابن مهان ، قال رأيت عثمان رضى الله عنه بالابطح في فسطاط مضروب وسيفه معلق بالشجرة ، ذكره في باب المحرم ، يحمل السلاح ( ولأنه ) أى ولأن الفسطاط ( لا يمس بدنه فأشبه البيت ) فلا يكره ، لأن الاستظلال في البيت بالسقف .
( ولو دخل تحت أستار الكعبة حتى غطته إن كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلابأس به ، لأنه استظلال ) فيكون الاستظلال بالثوب ، وفي المغنى يكره ذلك .
( ولا بأس بأن يشد في وسطه بالهميان ) وهو ما يوضع فيه الدراهم والدنانير ( وقال مالك « رض » يكره إذا كان فيه نفقة غيره ، لأنه لا ضرورة له في ذلك ) وإن كان فيه نفقته فلا بأس به .
( ولنـــا انه ) أي شد الهميان في وسطه ( ليس في معنى لبس المخيط ، فاستوت به الحالتان ) يعني نفقته ونفقةغيره ، وقال ابن المنذر ، ورخص في الهميان والمنطقة للمحرم ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء وطاووس ومجاهد والقاسم والنخعي والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور رضى الله عنهم أجمعين ، غير أن اسحاق قال ليس له أن يعقد بل يدخل

ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ، ولانـــه يقتل هوام الرأس . قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات كلما علا شرفاً وهبط وادياً أو لقي ركبان وبالاسحار لان أصحاب رسول الله عليه السلام كانوا يلبون في هذه الاحوال

---

بسور بعضها في بعض . وقالت عائشة رضى الله عنها في المنطقة للمحرم أو سويق عليك نفسك ، ذكره محب الدين الطبري .

( ولا يغسل رأسه ولا لحيتة بالخطمي ) بكسر الخاء . وفي المحيط ، وكذا جسده ، وبه قال مالك ، وفي شرح الوجيز في الجديد لا يكره بالخطمي قال والسدر ، وفي القديم يكره ، ولكن لا فدية عليه ، وبه قـــال أحمد ( لأنه ) أي لأن الغسل بالخطمي ( نوع طيب ) هذا في خطمي العراق ، لأن له رائحة طيبة (ولأنه يقتل هوام الرأس ) بتشديد الميم ، جمع هامة ، وأريد بها القمل ماهنا ، ثم إذا غسل رأسه ولحيته بالخطمي يجب عليه الدم عند أبي حنيفة « رض » قال تجب عليه الصدقة ، وعن أبي يوسف روايتان أخريان أحدهما : أنه لا شيء عليه جملة بمنزلة الاشنان ، والثانية : يجب عليه دمان ، دم لأنه طيب ودم لأنه يقتل هوام الرأس ، وأجمعوا لو غسله بالحرض أو بالصابون أو بالمـــاء القراح لا شيء عليه .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ويكثر من التلبية عقيب الصلاة ) وفي بعض النسخ الصلوات ، وفي المحيط عقيب المكتوبات دون الفائتات ، وهو الأفضل في ظاهر الرواية ، وعليه الاجماع إلا عند مالك وأحمد قال لا يلبي عند اصطدام الرفاق ( وكلما علا شرفاً) أي صعد مكاناً مرتفعاً ( أو هبط وادياً أو لقى ركبان ) بفتح الراء وسكون الكاف ، وهو اصحاب الإبل في السفر ( وبالاسحـــار ) عطف على قوله — عقيب الصلاة — أي يكثر من التلبية ، أي أيضاً بالأسحار جمع سحر .

( لأن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا يلبون في هذه الأحوال ) هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو خالد الأحمر عن ابن جريج عن سابط قـــال كان

والتلبية في الإحرام على مثال التكبير في الصلاة فيؤتى بها عند الانتقال من حال إلى حال ، ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه السلام أفضل الحج العج والثج ، فالعج رفع الصوت بالتلبية، والثج إسالة الدم .

---

السلف يستحبون التلبية في أربعة مواضع ، في دبر الصلاة ، وإذا هبطوا وادياً أو علوه وعند التقاء الرفاق .

وعن أبي معاوية عن الأعمش عن خيثمة قال كانوا يستحبون التلبية عند دبر الصلاة ، وإذا استقبلت بالرجل راحلته وإذا صعد شرفا أو هبط وادياً وإذا لقى بعضهم بعضا . وفي الإمام كان عليه الصلاة والسلام يلبي إذا لقي راكباً ، أو صعد ، أو هبط وادياً، وفي ادبار المكتوبة ، وفي آخر الليل . وقال النخعي كان السلف يستحبون التلبية في هذه الأحوال وهو قول الشافعي رضى الله عنه في الجديد ، وقال مالك وابن حنبل رضى الله عنهما لا يلبي عند اصطدام الرفاق .

( والتلبية في الإحرام على مثال التكبير في الصلاة ) أولها شرط وآخرها سنة ( ويأتي بها عند الانتقال من حال إلى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( أفضل الحج العج والثج ) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ، منهم ابن عمر ، وروى حديثه الترمذي وابن ماجة عن ابراهيم بن يزيد الجوزي قال سمعت محمد بن عباد بن جعفر يحدث عن ابن عمر رضي الله عنه قال قام رجل إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله من الحاج ، فقال الشعث التفل ، فقام آخر فقال ، أي الحج أفضل ، فقال العج والثج ، وقد مر الكلام فيه عند قول المصنف : روي ان النبي ﷺ سئل عن السبيل إلى الحج ، فقال الزاد والراحلة .

( والعج رفع الصوت بالتلبية ) قال الجوهري العج رفع الصوت ، وقد عج يعج عجيجاً وعجعج إذا صوت ، ومضاعفته دليل على التكرير ، ( والثج إراقة الدم ) من ثجت الماء والدم ثجه ثجاً إذا أسلته ، وأتانا الوادي بثجيجه أي بسيله، ومطر ثجاج إذا انصب جداً ، والثج سيلان دم الهدى ، وقال مالك رضى الله عنه لا يرفع صوته في مساجد الجماعات ، لانها لم تبن لها إلا في المسجد الحرام ومسجد منى وخالف الجماعة ،

قال فإذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي أن النبي عليه السلام لما دخل مكة دخل المسجد الحرام ، ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ، ولا يضره ليلاً دخلها أو نهاراً ، لانه دخول بلدة فلا تخص بأحدهما . وإذا عاين البيت كبر وهلل ، وكان ابن عمر رضي الله عنه يقول إذا لقي البيت بسم الله والله أكبر .

---

وقد لبى رسول الله ﷺ في مسجد ذي الحليفة في دبر صلاته .

( قال وإذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد ) أي إذا دخل الحرم مكة ابتدأ بالمسجد الحرام ، يعني لا يشتغل بعمل آخر قبل أن يدخل المسجد الحرام ، لأن المقصود زيارة البيت ، أي الكعبة في المسجد ( لأن النبي ﷺ لما دخل مكة دخل المسجد الحرام ) الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضى الله عنها أن النبي ﷺ أول شيء بدأ به حين دخل مكة توضأ ثم طاف بالبيت ، ويستحب ان يدخله من باب بني شيبة بالاجماع .

( ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه ) أي البيت في المسجد ( ولا يضره ليلاً دخلها أو نهاراً ) أي ولا يضر الحاج دخل مكة في الليل أو في النهار ( لانه دخول بلدة فلا تخص بأحدهما ) أي بأحد الليل والنهار ، وفي مبسوط شيخ الإسلام قال بعض الناس دخولها بالنهار افضل ، لما روي أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يكرهون دخولها ليلاً . قلنا كانوا يكرهون ذلك مخافة السرقة .

( وإذا عاين البيت كبر وهلل ) أي قال الله اكبر ، أي أجل من هذه الكعبة المعظمة وهلل ، أي قال لا إله إلا الله ، ومعناه التبرى عن توهم عبادة البيت ، وقد قيل إن الدعاء مستجاب عند رؤية البيت فلا يتغفل ( وكان ابن عمر رضى الله عنه يقول إذا لقي البيت بسم والله أكبر ) هذا غريب ، والذي رواه البيهقي عنه انه كان يقول ذلك عند استلام الحجر الاسود .

ومحمد « رح» لم يعين في الأصل لمشاهد الحج من الدعوات ، لأن التوقيت يذهب بالرقة وأن يترك بالمنقول منها فحسن ، قال ثم ابتدأ بالحجر الأسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي أن النبي عليه السلام دخل المسجد فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل .

قال ويرفع يديه

---

( ومحمد « رح » لم يعين في الأصل ) أي في المبسوط ( لمشاهد الحج شيئاً ) بفتح الميم . أي لأماكن الحج ، وهو جمع مشهد ( من الدعوات ، لأن التوقيت يذهب بالرقة ) لأنه يصير بمنزلة من يكون على محفوظة ( وأن يترك بالمنقول منها ) أي من الدعوات ( فحسن ) منها أن يقول اللهم أنت السلام ومنك السلام حينا ربنا بالسلام ، ذكره هشام عن يحيى ابن سعيد بن محمد بن سعيد بن المسيب عن ابيه أن عمر رضى الله عنه كان إذا نظر إلى البيت قال ذلك .

وروى الشافعي رحمه الله أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج أن النبي ﷺ كان إذا نظر البيت رفع بصره وقال اللهم زد هذا البيت تشريفاً وتعظيما وتكريماً ومهابة ، وزدمن شرفه وكرمه ممن حجه أو اعتمره تشريفاً وتعظيماً وتكريماً . قلت : هذا مفضل ، وعن عطاء رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ كان إذا لقي البيت قال أعوذ برب البيت من الدين والفقر وضيق الصدر وعذاب القبر ، قلت هذا أيضاً مفضل .

( قال ثم ابتدأ بالحجر الأسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي أن النبي ﷺ دخل المسجد فابتدأ بالحجر فاستقبله وكبر وهلل ) الحجر الأسود في الركن الذي يلي باب البيت من جانب الشرق ، ويسمى الركن الأسود والركن العراقي عند من يسمى الذي يليه في طواف الركن الشامي والذي بعده الركن العراقي ، وارتفاعه من الأرض ثلاثة أذرع إلا سبع أصابع ، ويقف بحياله ويستقبله بوجهه ، وقوله ــ كبر ــ أي قال الله اكبر وهلل ، أى قال لا إله إلا الله .

( قال ويرفع يديه ) كما يرفع عند افتتاح الصلاة ، كذا في المجتبى . وفي التحفة يرفعهما كما في الصلاة ثم يرسلها ثم يسلم . وفي البدائع والينابيع والاسبيجابي يرفع يديه ، كما في

لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ، وذكر من جملتها استلام الحجر واستلمه وقبله ان استطاع من غير أن يؤذي مسلماً ، لمـــا روي أن النبي عليـه السلام قبل الحجر الأسود ووضـع شفتيه عليـه

---

الصلاة لكن حذو منكبيه وهو الصحيح ، وفي الكرماني حذو أذنيه ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ، وذكر في جملتها استلام الحجر ) قد مر الكلام فيه مستقصى في صفة الصلاة ، وليس فيه استلام الحجر .

وذكر في شرح الآثار مسنداً إلى ابراهيم النخعي « رض » قال ترفع الايدي في سبع مواضع في افتتاح الصلاة وفي التكبير للقنوت في الوتر ، وفي العيدين وعنـد استلام الحجر على الصفا والمروة وبجمع وعرفات وعند العيدين وعند الجمرتين . وفي المجتبى في كتاب الخصال ترفع الأيدي في سبع مواطن أربعة منهـا افتتاح الصلاة والقنوت وتكبيرات العيدين واستفتاح الطواف والخمس البـاقيات عند الصفا والمروة وعند الجمرتين والموقفين .

( واستلمه ) أي الحجر واستلامه تناوله باليدين أو القبلة أو مسحه بالكف من السلمة بفتح السين وكسر اللام ، وهي الحجر والاستلام طلبه ، وعند الفقهاء الاستلام أن يضع كفيه على الحجر ويقبله بفمه. وقال الأزهري استلام الحجر من السلام وهو التحية، ولذلك أهل اليمن يسمون الركن الأسود المجتبى ، ومعناه أن الناس يحتبونه افتعال من السلام . وقال المغني هو افتعال من السلام بكسر السين ، وهي الحجارة ، تقول استلمت الحجر إذا لمسته بفم أو يد . وقال ابن الأعرابي هو مهموز ، تركت همزته مأخوذ من المسالمـة وهي الموافقة .

( وقبله إن استطاع من غير أن يؤذي مسلماً ، لما روي أن النبي ﷺ قبـل الحجر الأسود ووضع شفتيه عليه ) هذا الحديث رواه بهذا اللفظ ابن ماجة في سننه عن محمد بن عون عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه قال استقبل النبي ﷺ الحجر ثم وضع شفتيه عليه

وقال لعمر رضي الله عنه انك رجـــل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ، ولكن إن وجدت فرجة فاستلمه وإلا فاستقبله وهلل وكبر،

---

يبكي طويلا ثم التفت فإذا هو يعمر بن الخطاب يبكي، فقال يا عمر هاهنا تسكب العبرات ورواه الحاكم في مستدركه ، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ولم يتعقبه الذهبي في مختصره ، ولكنة في ميزانه علله بمحمد بن عون ، ونقل عن البخاري انه قـــال هو منكر الحديث .

وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء هو قليل الرواية فلا يحتج به إلا إذا وافق الثقات وقال في الإمام ومحمد بن عون ، هذا هو الخراساني،قال ابن سفيان هو ليس بشيء، وقال النسائي والازدي متروك الحديث . قلت الحديث رواه الائمة الخمسة ، وليس فيه ذكر الشفتين أخرجه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه جاء إلى الحجر فقبله وقال إني أعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ، ولولا أني رأيت رسول الله ﷺ يقبلك ما قبلتك .

وأخرج البخاريّ عن ابن عمر رضى الله عنه انه سئل عن استلام الحجر ، فقال رأيته عليه الصلاه والسلام يستلمه ويقبله ، وتقبيل الحجر مجمع عليه ، وعن ابن عباس رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام سجد على الحجر ، رواه الدارقطني. وعن ابن عباس انه قبل الركن وسجد عليه ثلاث مراتوعنالشافعي وقبله عمر وسجد عليه ، ثمقال رأيترسول الله ﷺ فعل هكذا ، أخرجه البيهقي ، وكره مالك وحده السجود على الحجر ، وقال انه بدعة . وقال جمهور أهل العلم على استحبابه ويجمع بين التقبيل والاستلام والسجودإن أمكنوإلا يقبل ويستلم أو استلم إن تعـــذر التقبيل عليه أو يمس الحجر شيئاً من محجن أو عصى على ما يأتي الآن .

( وقال لعمر رضى الله عنه ) أي قال النبي ﷺ لعمر بن الخطاب رضى الله عنـــه ( إنك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ، ولكن إن وجدت فرجة) ويروى فرجة . أي إفراجاً ، أى انكشافاً ( فاستلمه وإلا فاستقبله وهلل وكبر ) هــذا الحديث رواه أحمد والشافعي واسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي كلهم عن سفيان عن

ولان الاستلام سنـــة والتحرز عن أذى المسلم واجب . قال وإن أمكـه أن يمس الحجر بشيء في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي أنه عليه السلام طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه

---

أبي يعقوب العبدي واسمه وقدان ، قال سمعت امارة الحجاج يحدث عن عمر بن الخطاب أن النبي ﷺ قال إنك رجـــل قوى لا تزاحم الناس على الحجر فتؤذى الضعيف ، إن وجدت خلوة فاستلمه وإلا فاستقبله وكبر وهلل .

قال الدارقطني ذكروا أن هذا الشيخ هو عبد الرحمن بن نافع بن عبد الحارث قوله ـ أيد ـ بفتح الهمزة وتشديد الياء المكسورة وبالدال المهمله ، أي قوى وهو صفة مشبهة من الايد ، وهو القوة .

( ولان الاستلام سنة ، والتحرز عن أذى المسلم واجب ) أي ولان استلام الحجر سنة حاصل المعنى لا يأتي بالسنة على وجه يخل بالواجب .

( قال وإن أمكنه أن يمس الحجر بشيء في يده كالعرجون ) أي وإن أمكن الطائف إمساس الحجر بشيء كان في يده كالعرجون ، بضم العـــين المهملة ، وهو العذق الذي يرجع ويقطع منه الشماريخ فيبقى على النخل يابساً . وقال الزجاج هو معلول من الانعراج أي الانعطاف ، والعذق الكسانة ، والكسانة ، عنقود النخل ( وغيره ) مثل المحجن ، بكسر الميم وسكون الحـاء المهملة وفتـح الجيم وبالنون ، وهو عود معوج الرأس كالصولجان .

( ثم قبل ذلك ) إلى الشيء الذي في يده نحو العرجون ( فعل ) جواب الشرط ( لما روى انه عليه الصلاة والسلام ) أي لان النبي ﷺ ( طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه ) هذا الحديث رواه البخارى فى الصحيح عن ابن عباس قال طاف النبي ﷺ في حجة الوداع يستلم الركن بمحجن ،وروى مسلم وأبو داود من حديث جابر رضى الله عنه قال طاف النبي ﷺ في حجة الوداع على راحلته يستلم الحجر بمحجنه . . الحديث ، وقد مر تفسير المحجن آنفاً ، قوله ـ يستلم الاركان ـ أراد بالاركان الحجر الاسود والركن اليماني ، وانما جمعه باعتبار تكرر الاشواط .

وإن لم يستطع شيئاً من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمـــد الله وصلى على النبي عليه السلام . قال ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب ، وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة أشواط ، لمـا روي انه عليه السلام استلم الحجر ثم أخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة أشواط ،

---

( وإن لم يستطع شيئاً من ذلك ) أي من الاستلام للحجر أو امساس العرجون وغيره ( استقبله ) هذا الاستقبال مستحب غير واجب ، لما روى الترمذي من حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال يحشر الحجر الاسود وله عينان يبصران ولسان ينطق به فيشهد لمن استلمه أو استقبله ، وهيئة الاستقبال أن يستقبل الحجر ويجعل باطن كفيه نحو الحجر لا إلى السماء ويكون ظهرهما اليه .

( وكبر وهلل وحمد الله تعـالى وصلى على النبي ﷺ قال ثم أخـذ عن يمينه مما يلي الباب ) الضمير في يمينه يرجع إلى الاخذ الطائف دون الحجر ، وقيد به لانه لو أخذه عن يساره يكون الطواف منكوساً ، فإذا طاف منكوساً يعيد به عندنا ما دام بمكة ، فإذا رجع قبل الاعادة فعليه دم ، كذا في الذخيرة ، وفي مبسوط شيخ الإسلام وقال الشافعي واحمد ومالك لا يعتد به ، وفي المبسوط لو افتتح الطواف من غير الحجر فلم يذكر محمد رحمه الله هذا الفصل في الاصل ، وقـد اختلف المتأخرون فيـه ، فقيل لا يجوز ، وقيل يجوز .

( وقد اضطبع رداءه ) الصواب بردائه ، وهذا سهو منه ، وهذه جملة وقعت حـالاً بكلمة قد . لأن الجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لا بد فيهـا من كلمة – قد – ظاهرة أو مقدرة ، نحو قوله تعالى ﴿ أو جاؤكم حصرت صدورهم ﴾ ٩٠ النساء ، أي قد حصرت صدورهم ، واشتقاق الضبع من اضطبع وهو العضد ، وهـــو افتعال منه ، قلبت تاؤه طاء لأجل الضاد .

( فيطوف بالبيت سبعه أشواط ) أى سبع مرات ، وهو جمع شوط يقال عدا شوطاً أى طلقا بفتحتين ، وهو النبا ، وهو الغاية ( لما روى أن النبي ﷺ استلم الحجر ثم أخـذ عن يمينه مما يلي الباب ثم طاف سبعة أشواط ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن جعفر عن

والاضطباع أن يجعل رداءه تحت ابطه الايمن و يلقيه على كتفه الأيسر ، وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه السلام ، قال ويجعل طوافه من وراء الحطيم ، وهو اسم موضع فيه الميزاب يسمى به لانه حطم من البيت ، أي كسر وسمي حجراً لأنه حجر منه ، أي منع ،

---

ابن محمد عن أبيه عن جابر رضى الله عنه ، قال لما قدم النبي ﷺ مكة بدأ بالحجر الاسود فاستلمه ثم مضى على يمينه فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً .

( والاضطباع أن يجعل رداءه تحت إبطه الأيمن ويلقيه على كتفه الأيسر ) أى يبدي كتفه الأيمن ويغطى الأيسر ( وهو سنة ) أى الاضطباع سنة ، وعن مالك رحمه الله لا أعرف الاضطباع وما رأيت أحداً فعله ، وعن أحمد يستحب الاضطباع ، ولو ترك الاضطباع والرمل لا شيء عليه عند الجمهور ، وعليه الاجماع ، وعن الحسن البصري والنوري وابن الماجشون عليه دم ولا يضطبع عند السعى عند الجمهور ، وعن الشافعي « رض » يضطبع قياساً على الطواف .

( وقد نقل ذلك ) أى الاضطباع ( عن رسول الله ﷺ ) هذا رواه أبو داود في سننه من حديث ابن جريج عن أبي يعلى عن يعلى قال طاف النبي ﷺ مضطجعاً ( ويجعل طوافه من وراء الحطيم ) أى من خارج الحطيم ( وهو ) أى الحطيم ( اسم لموضع فيه الميزاب ، يسمى به لأنه حطم من البيت أى كسر ) على صيغة المجهول ، وكذلك حطم وهو من الحطم وهو الكسر ، وهو على وزن فعيل بمعنى مفعول ، أى محطوم ، لأن البيت رفع وترك هو محطوطاً ، وقيل فعيل بمعنى فاعل ، أي حاطم ،لأن العرب كانت تطرح فيه ما طاقت به من الباب ، فبقى حتى تحطم لطول الزمان . قال المصنف الحطيم إسم موضع فيه الميزاب أى ميزاب الرحمة . وقال صاحب النهاية الحطيم اسم لموضع بينه وبين البيت فرجة .

( وسمي حجراً ) أى وسمي الحطيم حجراً بكسر الحاء وسكون الجيم وبالراء ( لأنه حجر منه ) أي من البيت . وقال تاج الشريعة هو فعيل بمعنى مفعول من حجره إذا منعه ،

وهو من البيت لقوله عليه السلام في حديث عائشة رضي الله عنها فإن الحطيم من البيت، فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز ، إلا أنه إذا استقبل الحطيم وحده لا تجزئه الصلاة ،

---

لأنه موضع محجور ، وسمى الحجر بالحطيم ، وعلى العكس توسع. قال ابن دريد في الجمهرة وفيه قبر هاجر واسماعيل عليهما السلام ( وهو من البيت ) أى الحطيم من جملة البيت ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( في حديث عائشة رضى الله عنها، فإن الحطيم من البيت ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم قالت سألت رسول الله ﷺ أمن البيت هو ، قال نعم ، قالت فما بالهم لا يدخلوه في البيت ، قال إن قومك قصرت بهم النفقة ، قلت فما شأن بابه مرتفعاً ، قال فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاؤوا ، ويمنعوا من شاؤوا ، لأن قومك حديثوا عهد بكفر ، وأخاف أن تنكر قلوبهم لنظر ذلك ادخل الجدار في البيت وألزق بابه بالأرض .

وروى أبو داود والترمذي عن علقمة عن أمه عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كنت أحب أن أدخل البيت وأصلي فيه ، فأخذ رسول الله ﷺ بيدى فأدخلني في الحجر فقال صلي في الفجر إذا أردت دخول البيت ، فانما هو قطعة من البيت ، فان قومك اقتصروا حين بنو الكعبة فاخرجوه من البيت ، انتهى .

والحجر محوط مدور على صورة نصف دائرة خارج عن جدار البيوت من جهة الشام وليس كله من البيت بل مقدار ستة أذرع منه من البيت ، بحديث عائشة رضى الله عنها في صحيح مسلم عن رسول الله ﷺ ستة أذرع من الحجر من البيت وما زاد ليس من البيت .

( فلهذا يجعل الطواف من ورائه ) أى فلكون الحطيم من البيت يجعل الطواف من ورائه أي من خارجه ( حتى لو دخل ) أي الطائف ( الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز ) أي بين الحطيم وبين البيت لا يجوز ، وكان الاحتياط في الطواف أن يكون ما وراءه أي يكون الحطيم من البيت ( إلا انه إذا استقبل الحطيم وحده لا تجزئه الصلاة)

لأن فريضة التوجه ثبت بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطاً ، والاحتياط في الطواف أن يكون وراءه . قال ويرمل في الثلاث الأولى من الأشواط ، والرمـــل ان يهز في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين ، وذلك مع الاضطباع

---

هذا استثناء من قوله – وهو من البيت – جواب سؤال مقدر بأن يقال لو كان الحطيم من البيت لجازت الصلاة إذا توجه المصلي اليه ، أجاب بان الصلاة لا تجزئه إذا توجه اليه دون البيت .

( لأن فريضة التوجية إلى البيت ثبت بنص الكتاب ) وهو قوله تعالى ﴿ فولوا وجوهكم شطره ﴾ ١٤٤ البقرة ( فلا يتأدى بما ثبت ) بالنص القطعي فلا يتأدى بما ثبت ( بالخبر الواحد احتياطاً ) لأن فيه شبهة ( والاحتياط في الطواف أن يكون وراءه ) أي وراء الحطيم ليستغرق اطراف البيت.

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويرمل في الثلاث الأولى من الاشواط ، والرمل ) بفتح الميم ، والرمـلان كذا الهرولة ، أشار إليهـا بقوله ( أن يهز ) أي أن يحول ( في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين مع الاضطباع ) أي مع كونه مضطبعاً في هذه الحالة وقوله – في مشيته بكسر الميم على وزن فعلة بكسر الفاء ، لأن الفعلة للحالة والفعلة بالفتح للمرة ، **وقال بعضهم لا رمل اليوم على أهل الآفاق .**

وقال ابن عباس رضى الله عنه لا رمل في الطواف ، وانما فعله ﷺ اظهار الجلادة للمشركين على ما روي في عمرة القضاء انه عليه الصلاة والسلام لما قدم مكة للعمرة عام الحـديبية صده المشركون عن البيت ، فصالحهم على أن ينصرف ثم يأتي في العام الثـاني ويدخل مكة بغير سلاح فيعتمر ويخرج ، فلما قدم في العام الثـاني أخلوا له البيت ثلاثة أيام وصعدوا الجبل ، فطاف رسول الله ﷺ مـع أصحابه فسمع بعض المشركين يقول لبعض أصنامهم حمى يثرب ، أي المدينة ، فاضطبع رسول الله ﷺ بردائه ورمل ، وقال لاصحابه رحم الله امرءاً أظهر من نفسه جلداً فاذا كان الرمل لإظهار الجلد يومئذ ، وقـد زال ذلك المعنى الان فلا معنى للرمل

وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا أضناهم حمى يثرب ، ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام وبعده . قال ويمشي في الباقي على هنية على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله عليه السلام

---

قلنا انه سنة لحديث ابن عمر رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام طاف يوم النحر في حجة الوداع فرمل في الثلاثة الاولى ولم يبق المشركون يومئذ بمكة . وروي أن عمر رضى الله عنه لما أراد الرمل في طوافه فقال يا غلام أمر كتفي وليس هنا أحد يراه ، ولكني مع الحكم مستغن عن بقاء السبب كما في رمي الجمار سببه طرد الشيطان عن ابراهيم عليه السلام ثم بقى ذلك الحكم وإن زال السبب ، وقيل الحكمة في الرمل اليوم إراءة القوة والجلادة في الطاعة فانه حسن في الطاعة يتحمل فيها المشاق ، وقيل إنما يرى الشيطان بأن السفر ما أضناه حتى ينقطع طمعه في وسوستنا في المناسك .

وقال سعيد بن جبير وعطاء وطاووس ومجاهد لا يرمل فيها بين الركن اليماني والحجر وإنما يرمل من الجانب الآخر ، ويرده ما رواه الطحاوي « رض » مسنداً إلى أبي الطفيل قال رمل رسول الله ﷺ من الحجر إلى الحجر .

( وكان سببه ) أي سبب الرمل ( إظهار الجلد للمشركين ) أى مشركي مكة ( حيث قالوا أضناهم ) أى اثقلهم واوهنهم ( حمى يثرب ) أى المدينة ( ثم بقي الحكم ) أى حكم الرمل ( بعد زوال السبب في زمن النبي ﷺ وبعده ) أى وبعد النبي ﷺ كما ذكرناه .

( قال ويمشي في الباقي ) أي من الاشواط ( على هنية ) بكسر الهاء ، أى على السكينة ، والوقار تعظيماً وتواضعاً لله تعالى ( على ذلك ) أى على ما ذكرناه ( اتفق رواة نسك ) أى حج ( رسول الله ﷺ ) إذا طاف بالبيت الطواف الاول خب ثلاث ومشى أربعاً . رواه البخاري ومسلم ، ومنهم جابر قال في حديث طويل حتى إذا أتينا البيت معه استلم الركن فرمل ثلاثاً ومشى أربعاً ، رواه مسلم ومنهم عمر بن الخطاب رضى الله عنه وروى حديثه أبو داود وابن ماجة عن هشام بن سعد بن زيد بن أسلم عن أبيه ، قال سمعت عمر رضى الله عنه يقول يتم الرمل و كشف المناكب ، وقد أعز الله الإسلام، ونفي الكفر وأهله ، ومع ذلك فلا ندع شيئاً كنا نفعله مع رسول الله ﷺ .

والرمـل من الحجر إلى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فإن زحمه الناس في الرمل قام ، فإذا وجد مسلكاً رمل ، لأنه لا بدل له فيقف قائماً حتى يقيمه على وجـه السنة ، بخلاف الاستلام ، لأن الاستقبال بدل له . قال ويستلم الحجر كلما مر إن استطاع ، لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة ، فكما يفتتح المصلي كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وإن لم يستطع الاستلام استقبـــل

---

( والرمل من الحجر إلى الحجر ) أي من الحجر الاسود إلى الحجر الاسود ، وخالف فيه سعيد بن جبير وعطاء وطاووس ومجاهد ، وقـد ذكرناه الآن وروينا عليهم ( هو المنقول ) أي الرمل من الحجر إلى الحجر هو المنقول ( من رمل النبي ﷺ ) وروى مسلم وأبو داود والنسائي ، وابن ماجة عن عبدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما رمل النبي ﷺ من الحجر ، وفي لفظ لمسلم ان ابن عمر رمل من الحجر إلى الحجر، ذكر أن رسول الله ﷺ فعله

( فإن زحمه الناس في الرمل قام ) يعني وقف إلى أن يجد فرصة للرمل ، وانما قال قام ولم يقل وقف ، يشير إلى انه لا يقعد بل يقف قائماً ، وفي المجتبى حائناً ، فان وجد فرجة رمل ، فان رمل في كله لا شيء عليه ( فاذا وجد مسلكاً ) يعني فرجة ( رمل به لانه لا بد له فيقف قائماً حتى يقيمه على وجه السنة ) وهو أن لا يطوف بدون الرمل في تلك الثلاث ( بخـــلاف الاستلام ) أي استلام الحجر إذا تعذر ، لأنه لا يقف إذا ازدحم ( لأن الاستقبال بدل له ) أى للاستلام ، وإذا تعذر الاستلام يكتفي بالاستقبال .

( قال ويستلم الحجر كلما مر به إن استطاع ، لأن أشواط الطواف كركعات الصلاة ) لأنه في كل شوط يفتتح الطواف ( فكما يفتتح المصلي كل ركعة بالتكبير ، كذلك يفتتح الطائف كل شوط باستلام الحجر ؛ وإن لم يستطع الاستلام استقبل ) وجـــه السبب هو

وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية ، وعن محمد انه سنة ولا يستلم غيرهما ، فإن النبي عليه السلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام الحجر . قال ثم يأتي المقام

---

الافتتاح ، فافهم . وإن لم يستطع الاستلام للزحام أو لغيره استقبل الحجر ( وكبر وهلل على ما ذكرنا ) عند قوله – واستلمه إن استطاع من غير أن يؤذى مسلماً .

( ويستلم الركن اليماني ) وهو خلاف الشامي لأنها بلاد على يمين الكعبة ، والنسبة اليه اليماني بالتحقيق على تعويض الألف من إحدى ياء النسبة ، والنسبة اليه في الاصل بتشديد الياء ( وهو ) أي استلام الركن اليماني ( حسن في ظاهر الرواية ) قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ، أما الركن اليماني فان استلمه فحسن ، وإن تركه يضره في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما .

( وعن محمد انه سنة ) لما روى أبو داود في سننه عن ابن عمر رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ لا يدع أن يستلم الركن اليماني والحجر في كل طوافه ( ولا يستلم غيرهما ) أي غير الركن الذي فيه الحجر الاسود والركن اليماني ، وذلك لأن الركنين الاخيرين ليسا من اركان البيت ، لان بعض الحطيم من البيت ، فيكون هذان الركنان إذاً من وسط البيت وليسا بركنين على الحقيقة ، ولهذا يجعل الطواف من وراء الحطيم ، وقال الشافعي رضى الله عنه يستلم اليماني بيده ويقبلها ويقبل الركن ، وقال مالك يستلمه بيده ، ولا يقبل يديه ويضعها على فيه ، وعن أحمد يقبل الركن .

( فإن النبي ﷺ كان يستلم هذين الركنين ولم يستلم غيرهما ) أي غير الركن اليماني والركن الذي فيه الحجر ، وهذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن ابن عمر بلفظ مسلم كان لا يستلم إلا الحجر والركن اليماني ( ويختم الطواف بالاستلام ، يعني استلام الحجر ) لان النبي ﷺ فعل كذلك في حجة الوداع

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ثم يأتي المقام ) يعني بعد فراغه من سبعة الاشواط

فيصلي عنده ركعتين أو حيث تيسر من المسجد ، وهي واجبة عندنا . وقال الشافعي « ر ح » سنة لانعدام دليل الوجوب. ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف لكل أسبوع ركعتين

---

يأتي مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام ( فيصلي عنده ركعتين،أو حيث تيسر من المسجد ) مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام الحجر الذي فيه أثر قدميه والموضع الذي كان فيه حين وضع قدميه (وهي) أي الركعتان المذكورتان ( واجبة عندنا ) وبه قال الشافعي في قوله وبه قال مالك إلا أن عند مالك اتصالهما بالطواف شرط ويجب بتركها الدم .

( وقال الشافعي « رض » سنة لانعدام الدليل على وجوبها ) وفي بعض النسخ لانعدام دليل الوجوب .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين ) هذا الحديث غريب وقيل لا أصل له ، واستدل بعضهم لهذا بما رواه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال قدم النبي ﷺ فطاف بالبيت سبعاً ثم صلى خلف المقام ركعتين .. الحديث ، وهذا لا يدل على الوجوب ، على أن الحافظ الراوى أبا القاسم [1] ابن محمد الرازى روى في فوائده باسناده إلى نافع عن ابن عمر قال سن رسول الله ﷺ لكل اسبوع ركعتين ، واستدل الاترازي على الوجوب بقوله ، ولنا قوله تعالى ﴿ واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى ﴾ ١٢٥ البقرة ، قرأ ابن كثير وأبو عمرو وعاصم والكسائي بكسر الخاء على صيغة الامر ومطلقه الوجوب ، انتهى .

قلت هذا أجنبي من كلام المصنف لان الاستدلال على وجوب الركعتين بهذا الحديث فينبغي أن يكون الكلام فيه .

فإن قلت ذكر صاحب الايضاح لما فرغ النبي ﷺ من الطواف صلى ركعتين عند المقام وتلى قوله تعالى ﴿ واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى ﴾ ١٢٥ البقرة ، رواه الترمذى وغيره وعن عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نسي ركعتي الطواف فقضاها بذى طوى

---

(١) هنا كلمة مكشوط نصفها ، أ هـ مصححه .

والأمر للوجوب ، ثم يعود إلى الحجر فيستلمه لما روي أن النبي عليه السلام لما صلى ركعتين عاد إلى الحجر ، والأصل أن كل طواف بعده سعي يعود إلى الحجر ، لأن الطواف لمـــا كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به

---

فدل الامر والقضاء على الوجوب. قلت قال بعضهم الأمر في الآية باتخاذ البقعة يصلي وليس فيها الامر بالصلاة ورد عليه بأن حمل الآية على ذلك لا يصح ، لانه كان لا يصلي قبـله ، ولان اتخاذ البقعة ليس إلينا ، انما الينا فعل الصلاة فلا يجوز حمله عليه .

وقال اصحابنا في حديث جابر في الصحيح انه علية الصلاة والسلام صلى ركعتين بعد طوافه ، وتلى هذه الآية فنبه عليه الصلاة والسلام أن صلاته كانت امتثالاً لامر الله تعالى وأمره للوجوب . وقال السدى وقتادة أمروا أن يصلوا عند المقـــام ، وقال أبو طاهر الاظهر وجوبها في الطواف الواجب بالدخول في التطوع ، قال ولا خـــلاف بين أرباب المذاهب انها ليسا ركناً ، والمذهب انها واجبتان يجبران بالدم .

قال وقال أبو حنيفة « رض » قلت لا يجبران عند أبي حنيفة رضى الله عنه واصحابه بالدم ، بل يصليها في أي مكان شاء ، ولو بعد رجوعه إلى أهله، وهو قول الشافعي«رح» وأحمد رضى الله عنه . وعند الثوري يصليها مـا دام في الحرم ، وليستا شرطاً لصحة الطواف عند الائمة الثلاثة مع أصحابهم ولا دم في تركها عندهم . وللشافعي « رح »قولان في وجوبها ، وأصحها انها سنة مؤكدة ، وعند أحمد سنة مؤكدة ، وهو معنى الوجوب عندنا ، وتدخلها النيابة فيها عند الشافعي رحمه الله ، فإن الاخير يصليها عن المتـأخر عنده ، وعندنا لا مدخل للنيابة في الصلاة ، وهو قول مالك رضى الله عنه ، ولو طاف وصلى ركعتين ففي وقوعها عن الصبي وجهان .

( والأمر للوجوب ) لان الامر المطلق المجرد عن القرائن يدل على الوجوب ( ثم يعود إلى الحجر ) أى بعد فراغه من الصلاة يعود إلى الحجر الاسود ( فيستلمه لما روي أن النبي ﷺ لما صلى ركعتين عاد إلى الحجر ، والاصل أن كل طواف بعده سعى يعود إلى الحجر لأن الطواف لما كان يفتتح بالاستلام ، فكذا السعى يفتتح به ) أى باستلام الحجر ، وبه

بخلاف ما إذا لم يكن بعده سعي ، قال وهـــذا الطواف طواف القدوم ، ويسمى طواف التحية ، وهو سنة وليس بواجب . وقال مالك « رح » انـه واجب لقوله عليه السلام من أتى البيت فليحيه بالطواف . ولنا أن الله تعالى أمر بالطواف ،والأمر المطلق لا يقتضي التكرار به، وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع ،

---

قال الشافعي « رح » لأن السعي للطواف ، لانه يتصل بأشواطه والسنة أن يستلم الحجر بين الشوطين ، وكذا بين الطواف والسعي (بخلاف ما إذا لم يكن بعده ) أى بعدالطواف ( سعى ) لانه قدم فراغه من الركعتين فلا معنى للعود لما بدأ به الطواف .

( قال وهذا الطواف ) أى الطواف الذى ذكرنا ( طواف القـــدوم ويسمى طواف التحية ) ويسمى ايضاً طواف اللقاء وطواف إحداث العهد بالبيت (وهو ) أي طواف القدوم ( سنة وليس بواجب ) أي طواف القدوم ليس بواجب عندنا ، وبه قـــال الشافعي « رح » وأحمد .

( وقال مالك انه واجب ) وبه قال أبو ثور ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( من أتى البيت فليحيه بالطواف ) ومطلق الامر للوجوب ، فإذا كان واجباً يجب الدم بتركه عنده ، وفي الحلية وقال مالك إن تركه تعجلاً فلا شيء عليه ، وإن تركه مطبقاً فعليه الدم ، وهذا الحديث غريب .

( ولنا أن الله تعالى أمر بالطواف ) في قوله تعالى ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ ٢٩ الحج ( والامر المطلق لا يقتضي التكرار به ) ولا يراد به إلا الواحد ( وقد تعين) بالامر (طواف الزيارة بالاجماع ) فلما يبقى غيرهُ مراداً ولا يلزم التكرار ، فـــلا يجوز ، وقال الاترازى هذا الاستدلال ضعيف ، لان لقائل أن يقول سلمنا أن الامر المطلق لا يقتضي التكرار ، وسلمنا أيضاً أن طواف الزيارة هو المراد بقوله تعـالى ﴿ وليطوفوا ﴾ لكن لا نسلم أن طواف السنة واجباً بدليل آخر توجيه الزيادة للأمر ، فالدليـل الآخر من غير الكتاب الذى يوجبه ، لان غيره لا يعمل به لانه ينافي ما ثبت بالدليل القطعي فـ

وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب ، وليس على أهـــل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم . قال ثم يخرج إلى الصفا فيصعـد عليـه وليستقبل البيت ويكبر ويهلـل ويصلي على النبي ﷺ ويرفـع يديه

---

يعمل به ، وقوله - ولهذا قلنا ... إلى آخره - وأراد لانه يؤتى به بعد تمام التحلل ، فلو جعلناه واجباً لا يؤدي إلى تكرار الواجب في الاحرام .

وأما الجواب عن بنيه فقـد أشار إليه المصنف بقوله ( وفيما رواه ) أى في الحديث الذي رواه مالك « رض » ( سماه ) أى سمى الطواف ( تحيه وهو دليـل الاستحباب ) لان التحية في اللغة اسم الإكرام مبتدأ به على سبيل التبرع فلا يدل على الوجوب ، وإن كان على صيغة الامر كما في قوله عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود .

فإن قلت يشكل على هذا بقوله تعالى ﴿ فحيوا بأحسن منها ﴾ ٨٦ النساء ،وجواب السلام واجب ، وإن كان بلفظ التحية ، قلت الجواب المقيد بالاحسن غير واجب ،فكانت التحية بمعنى الاحسن ، فإن لفظ التحية هنا نخرج على طريق المطابقة لقوله تعالى ﴿ وإذا حييتم بتحية ﴾ فلا يدل على عدم الوجوب .

( وليس على أهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم ) لانهم حاضرون .

( قال ثم يخرج إلى الصفا ) من باب بني مخزوم ، ويسمى باب الصفا ، ولا يتعين ، بل هو مستحب ، وهو أقرب الابواب إلى الصفا ، وللشافعي « رض » جعل الخروج منه سنة ، والصحيح انه مستحب ، وبه قال مالك ويقدم رجله اليسرى في الخروج ، ويقول بسم الله والسلام على رسول الله ﷺ اللهم افتح لي أبواب رحمتك وادخلني فيها وأعذني من الشيطان الرجيم ( فيصعد عليه ) بقدر ما يرى البيت والصعود على الصفا مستحب ، وقيل سنة ، وهو المشهور عن الشافعي « رض » وعنـــه انه ركن ، ذكره الطبري في مناسكه ، وعن أحمد إن لم يصعد عليه فلا شيء عليه ، وعن مالك .

(وليستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي ﷺ ويرفع يديه ) وكفيه نحو السماء

ويدعو الله بحاجته ، لما روي أن النبي عليه السلام صعد الصفا حتى إذا نظر إلى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ، لأن الثناء والصلاة يقدمان على الدعـــاء تقريباً إلى الإجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء ،

---

من أول ما يكبر ويهلل ( ويدعو الله تعالى بحوائجه ) من حوائج الدنيا والآخرة (لما روى أن النبي ﷺ صعد الصفا حتى إذا نظر إلى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعالى ) هذا في حديث جابر أخرجه مسلم مطولاً وهو مشهور .

( ولأن الثناء ) على الله تعالى ( والصلاة ) على النبي ﷺ ( يقدمان على الدعاء تقريبـاً إلى الإجابة ) أراد بهذا أن الدعاء بحوائجه بعد الثناء على الله والصلاة على رسول الله ﷺ لأنه عقيبهما أقرب إلى الإجابة لأنهما وسيلة اليها فلا جرم يقدمان ( كما في غيره من الدعوات ) أي كما يقدم الدعاء والصلاة في غير هذين الوقتين ، ألا ترى أن الدعاء في الصلاة يكون بعد قراءة التشهد والصلاة على النبي عليه السلام ، وكذا في كل موضع يدعو الشخص بحوائجه بعد أن يثني على الله تعالى ويصلي على النبي ﷺ .

وأما ذكر الدعاء هاهنا ولم يذكر عند استلام الحجر وفي الطواف لأن حالة الاستلام حالة ابتداء العبادة والطواف تشبه الصلاة والدعاء يؤتى به بعد الفراغ من العبادة، والسعي تتمة ذلك ، فأشبه آخر الصلاة فاستقام الدعاء للحاجة فيه

( والرفع سنة الدعاء ) أي رفع اليدين سنة ، وروي فيه أحاديث ، منها ما أخرجه أبو داود في سننه في الدعاء من حديث ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قـال المسألة أن ترفع يديك حذو منكبيك أو نحوهما ، والاشمار أن تشير باصبع واحـــدة ، والاهلال أن تمد يديك ، ثم أخرجه عن ابن عباس رضى الله عنه أيضاً موقوفاً ، ومنها ما رواه أبو داود ايضاً من حديث السائب بن يزيد عن أبيه أن النبي ﷺ إذا دعى رفـــع يديه فمسح وجهه بيديه ، وفي مسند لهيعة وهو معلول به .

ومنها ما رواه أبو داو أيضاً من حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ

وإنما يصعد الصفا بقدر ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ، ويخرج إلى الصفا من أي باب شـــاء ، وإنما خـرج النبي ﷺ من بـاب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا ، لانـــه كان أقرب الابواب إلى الصفا لانه سنة .

قال ثم ينحط نحو المروة

---

قال سلوا الله ببطون أكفكم ولا تسألوه بظهورها ، فإذا فرغتم فامسحوا بها وجوهـــكم . وقال أبو داود روى هذا الحديث من غير وجه كلها واهية ، وهذه الطريق امثلهـا وهو ضعيف ايضاً ، ومنها ما رواه الترمذي ، وفي الدعوات من حديث سليمان « رض » عن النبي ﷺ قال إن الله حي كريم يستحي من عبده أن يرفع يديه فيردهما صفراً خائبين . وقال الترمذي حسن غريب ، وبعضهم لم يرفعه .

ومنها ما رواه الترمذي ايضاً من حديث سالم عن أبيه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذا رفع يديه في الدعاء لم يحطها ثم يمسح بها وجهـه ، وقال حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث حماد بن عيسى ، وقد تفرد به ، وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء حمـاد بن عيسى الجعفي يروي المعلولات التي يظن انهـــا معمولة لا يجوز الاحتجاج به . وقال النووي رضى الله عنه وقد ثبت انه عليه السلام رفع يديه في الدعـاء ، ذكرت من ذلك نحو عشرين حديثاً في شرح المهذب .

( وانما يصعد الصفا بقدر ما يصير البيت بمرأى منه ) أي بمنظر من الحاج الصاعد ( لأن الاستقبال ) إلى البيت ( هو المقصود بالصعود ويخرج إلى الصفا من أي باب شاء ) مـن أبواب المسجد ( وإنما خرج النبي ﷺ من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا ، لأنه كان أقرب الأبواب إلى الصفا ) روى الطبراني في الكبير من حديث نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ خرج من المسجد إلى الصفا من باب بني مخزوم ( لأنه سنة ) وإنما كان قربه من الصفا دون سائر الأبواب .

( قال ثم ينحط ) أي ينزل من الصفا عامداً ( نحو المروة ) في بعض النسخ قال ثم ينحط

ويمشي على هنيته، فإذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الأخضرين سعياً ثم يمشي على هنيته حتى يأتي المروة ويصعد عليها ويفعل كمـــا فعل على الصفا ، لما روي أن النبي عليه السلام نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى إذا خـرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة أشواط ،

---

أي قال القدوري « رح » ثم ينحط ( ويمشي على هنيته ) أي على سكونه ووقاره ( فإذا بلغ بطن الوادي ) قيل لم يبق اليوم بطن الوادي لأن السؤال سنة ولم يبق له أثر إلا انه جعل له ميلان أخضر وأصفر ليعلم انه بطن الوادي فيسعى الحـاج بين الميلين ، كذا في المبسوط ( يسعى بين الميلين الاخضرين سعياً ) إنما ذكر الاخضرين بطريق التغليب ، لأن أحدهما أخضر والآخر أصفر كما ذكرنا .

وقال المطرزي رحمه الله الميلان علامتان لموضع الهرولة من بطن الوادي،وقال العلامة حافظ الدين رحمه الله هما علامتان قد ركزا في حـائط المسجد الحرام .وفي شرح الوجيز ثم ينزل من الصفا ويمشى على هنيته حتى يبقى بينه وبين الميل الأخضر الملصق بنيان المسجد وركنه قدر ستة أذرع ويمشى ويسرع ويسعى سعياً شديداً ، وكان ذلك الميل موضوعـاً على متن الطريق في الموضع الذي يبتدأ منه السعي أعلاماً فكان السيل يهدمـه ، فرفعوه إلى أعلا ركن المسجد ، ولهذا معلقاً ، فرفـع متأخراً عن مبدأ السعى ستة أذرع ، لأنه لم يكن موضع أليق منه ، وهذا على يسار الساعي ، والميـــل الثاني متصل بدار العباس رضى الله عنه ، قال الروياني وغيره هذه الاسامي .

( ثم يمشي على هنيته حتى يأتي المروة فيصعد عليها ويفعـــل كما فعل على الصفا ) من استقبال القبلة ورفع اليدين والدعاء لحاجته ( لما روي أن النبي ﷺ نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى إذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط ) هذا أخرجه البخاري ومسلم عن عمرو بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قدم النبي ﷺ مكة فطاف بالبيت سبعاً وصلى خلف المقـام

ركعتين وطاف بين الصفا والمروة سبعاً (وهذا أشواط واحد) أي وهذا الذي ذكرناه شوط واحد.

(فيطوف) ورجوعه منها إلى الصفا شرط آخر، وبه قال الشافعي «رح» ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم، وذكر الطحاوي انه يطوف سبعة اشواط من الصفا إلى الصفا ولا يعتبر الرجوع من المروة إلى الصفا، وبه قال ابن جرير الطبري والصيرفي من اصحاب الشافعي، فقال أبو بكر الرازي هذا غلط لأنه يصير أربعة عشر شوطاً، وانما عليه (سبعة أشواط) لأنه رواة نسك رسول الله ﷺ اتفقوا على انه عليه الصلاة والسلام طاف ينيعاً سبعة أشواط لا أربعة عشر وهي ما قال (يبدأ بالصفا) في كتاب الصفا.

(ويختم بالمروة) أي يبدأ الشوط الأول من الصفاء ويختم الشوط السابع بالمروة، ولو كان الأمر كما قاله الطحاوي «ر ض» يقال يبتدىء لكل شوط بالصفا، كذا في المبسوط وفي المجتبي انما قال يبدأ بالصفا ويختم بالمروة حتى لا يظن أن كل شوط يبدأ بالصفا ويختم به شوط واحد، وقال الاترازي رحمه الله وقد ضعفوا قول الطحاوى في عامة كتب أصحابنا بعضهم قالوا ذلك غلط وبعضهم ليس بصحيح، وعندى لما قال الطحاوي وجه لأن النبي ﷺ لما رقي على الصفا قال يبدأ بما بدأ الله به، وأراد به قوله تعالى ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ ١٥٨ البقرة، فيفهم منه أن يبدأ بالصفا في كل شوط، لأن الحديث مطلق فيه يبدأ به كل شوط فإن كان البداءة في كل شوط من الصفا يكون المضي من الصفا إلى المروة، والعود من المروة إلى الصفا شوطاً واحداً لا محالة.

انا نقول إن أهل الحديث أوردوه في عامة كتبهم إلى النبي ﷺ سعي بين الصفا والمروة سبعاً ولم يذكروا أن البداءة من الصفا شوط والعود من المروة شوط، ويحتمل أن طواف النبي ﷺ على ما قال الطحاوي يحتمل أن يكون على ما قاله، أو نقول في قوله عليه الصلاة والسلام نبدأ محذوف والمفعول إذا كان محذوفاً يقدر أعم الاشياء لا أخصها، لعدم الألوية، فيكون حينئذ تقدير الكلام نبدأ كل شوط من الاشواط بما بدأ الله به، أي بالصفا، فيكون الأمر على ما قاله الطحاوي رحمه الله انتهى.

ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا ، وإنما يبدأ بالصفا لقوله عليه السلام فيه ابدأ بما بدأ الله تعالى به ، ثم السعي بين الصفا والمروة واجب ، وليس بركن . وقال الشافعي « رح » انه ركن لقوله عليه السلام إن الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا .

---

قلت فيه نظر ، لأنا لا نسلم ان المفعول فيه محذوف ، لأن قوله – بما بدأ الله به – هو المفعول في الحقيقة ، لأن كلمة – ما – مصدرية ، فالتقدير يبدأ بابتداء الله تعالى ، أو موصولة ، فالتقدير نبدأ بالذي بدأ الله به وهو الصفا ، فمن أين يأتي ما ذكره .

( ويسعى في بطن الوادى في كل شوط ) المراد من السعى الهرولة ( لما روينا ) أشاربه إلى قوله أن النبي ﷺ نزل من الصفا وجعل يمشي ويسعى في بطن الوادي ( وإنما يبدأ بالصفا لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي في البداية بالصفا ( ابدأ بما بدأ الله تعالى به ) هذا الحديث روي بصيغة الامر ، كما قاله المصنف ، وهذه رواية النسائي والدارقطني ثم البيهقي في تتمتهم . وأما في رواية مسلم من حديث جابر الطويل بصيغة الخبر وهي ابتدأ بما بدأ الله به ، وبنون الجمع في رواية أبي داود والترمذى وابن ماجة ومالك في الموطأ . وقد عزى بعض الفقهاء لفظ الامر لمسلم وهو وهم منه ، فسعى بل تجب النية هاهنا ، ولو بدأ بالمروه لا يعتد به بالاجماع ، وشذ عطاء بن أبي رباح فقال إن بدأ فيه بالمروة أجزأ .

( ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن ) وهو قول ابن عباس رضى الله عنهما وعبدالله بن الزبير وأنس وعروة بن الزبير والحسن البصري وعطاء ومحمد بن سيرين ومجاهد ، ونقل المروزي والميموني عن ابن حنبل انه مستحب ، واختار القاضي من الحنابلة أنه واجب فيجبر بالدم كقولنا .

( وقال الشافعي رضى الله عنه انه ركن ) وبه قال مالك وأحمد في رواية . ويروى عن عائشة رضى الله عنها وإذا كان ركناً لا يصح بدونه ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( إن الله تعالى كتب عليكم السعى فاسعوا ) هذا الحديث رواه الشافعي رضى الله عنه أخبرنا عبدالله بن الموعل العابدي عن عمرو بن عبدالرحمن بن محيض عن

## ولنا قوله تعالى ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ ١٥٨ البقرة ، ومثله أن يستعمل للإباحة فينفي الركنية والإيجاب إلا أنا عدلنا عنــــه في الإيجاب

عطاء بن أبي رباح عن صفية بنت بثينة عن حبيبة بنت أبي تجارة إحدى نساء بني عبدالدار قالت رأيت رسول الله ﷺ يطوف بين الصفا والمروة والنـــاس بين يديه وهو وراءهم يسعى حتى أرى ركبتيه من شدة السعي وهو يقول اسعوا ، فإن الله كتب عليكم السعي .

وقال ابن القطان عبدالله بن الوبل [1] نسي الحفظ ، وفي حديثه اضطراب كبير ،وعن يحيى بن معين والنسائي والدارقطني هو ضعيف ، وقال ابن حبان هو لا يجوز الاحتجاج بحديثه إذا انفرد ، وذكر ابن الجوزي « رح » في الضعفاء والمتروكين ، قلت ولهذا رواه الحاكم في مستدركه وسكت عنه ، وقال السروجي وقــــد رواه البيهقي عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ولم يتعرض له بضعف مع علمه بضعفه ، فلو كان روى عليه طيب في تضعيفه نظراً إلى عصبيته وعدم انصافه ، وهـــذا لا يليق بإنسان في أمر الدين ، وتراهم يقولون الجرح مقدم على التعديل مع وجود التعديل ، فكيف مع عدمه .

قوله حبيبة بنت تجرء بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الجيم وفتح الراء والهمزة . وقال الذهبي رضي الله عنه حبيبة بنت ابن تجراء العذرية ، ويقال حبيبة بالتشديد دون عنها صفية بنت شيبة .

( ولنا قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليه أن يطوف بهما ﴾ ١٥٨ البقرة ) أي بالصفا والمروة وجه الاستدلال به هو قوله ( ومثله ) أي مثل هـــذا الكلام وهو لفظ لا جناح (يستعمل للاباحة ) كما في قوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ﴾ ٢١٥ البقرة ، فإذا كان يستعمل للاباحة ( فينفى الركنية والايجاب ، إلا أنا عدلنا عنـــه ) أي عن ظاهر الآية ( في الايجاب ) أي في نفي الايجاب ، قال الكاكي و – في – بمعنى إلى

---

(١) ورد قبلاً – بن الموعل – وربما هو الذي ذكره في التهذيب عبدالله بن المؤمل بن وهب الله القرشي المخزومي العابدي المدني ويقال المكي بخ ـ ت ـ ق ، اهـ مصححه .

ولأن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد ، ثم معنى ما روى كتب استحباباً كما في قوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ﴾ ١٨٠ البقرة الآية ، ثم يقيم بمكة حراماً لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله .

---

لأن حروف الجر تنوب بعضها عن بعض ، أي عدلنا عن النفي المطلق إلى الايجاب الثابت بالخبر .

قلت إن أراد بالخبر ما رواه الشافعي رضي الله عنه فلا يصح، لأن الخبر ضعيف منكر كما ذكرناه ، ولم يذكر ما وجب العدول ، واختلف فيه الشارحون فمنهم من قال عملاً بما رواه لأنه خبر واحد يوجب الايجاب ، ومنهم من قال بأول الآية ، وهو قوله تعالى ﴿ إن الصفا والمروة من شعائر الله ﴾ ١٥٨ البقرة ، فإن الشعائر جمع شعيرة ، وهي العلامة وذلك يكون فرضاً ، فاول الآية يدل على الفرضية وآخرها على الإباحة فعملنا بهما، وقلنا بالوجوب لأنه ليس بفرض علما وهو فرض عملاً فكان فيه نوع من كل واحد من الفرض والاستحباب وقيل بالاجماع .

قلت الذي قال عملاً بما رواه لم يقف على حال الحديث ، وكيف يعمل به وهو حديث ضعيف ، حتى قال أحمد أحاديث رواة هذا الحديث منكرة ، وقال ابن حبان رضي الله تعالى عنه لا يجوز الاحتجاج بخبره .

( ولأن الركنية لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد ) يعني فيما رواه الشافعي رضى الله تعالى عنه ( ثم يعني ما روى ) أي الشافعي رضى الله عنه ( كتب استحباباً كما في قوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ﴾ ١٨٠ البقرة الآية ) قيل فيه نظر ، لأن الوصية للوالدين والأقربين كانت فرضاً ثم نسخت فكان كتب دلالة على الفرضية ، قالوا وإن ذلك ليس بمجمع عليه ، بل قال بعضهم ليست بمنسوخة بل يحمع للوارث من الوصية والميراث والمانع يكفيه ذلك .

( ثم يقيم بمكة حراماً ) أي بعد فراغه من الطواف والسعي يقيم بمكة محرماً لا يحلق ولا يقصر ( لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بأفعاله ) أي بأفعال الحج فيقيم محرماً

ويطوف بالبيت كلما بدا له ، لأنه يشبه الصلاة ، قال عليه السلام الطواف بالبيت صلاة

---

أي يوم النحر ،وهو وقت التحلل . قال الكاكي قوله ثم يقيم بمكة حراماً ، احترازاً عن قول ابن عباس رضى الله عنهما فإنه قال يحلق أو يقصر ويحل لما روى عن جابر رضى الله عنه انه قال خرجنا مع رسول الله ﷺ حجة الوداع فمنا من أهل بحجة ، ومنا من أهل بعمرة و كنت فيمن أهل بعمرة فدخلنا مكة صبيحة أربعة ذي الحجة ، فلما طفنا وسعينا أمر النبي ﷺ من أهل بحجة بالاحلال فأهللنا وواقعنا النساء .

والجواب عنه انه منسوخ لأنـــه كان ذلك في الابتداء حين كان الناس يعدون العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور فأمرهم أن يحلوا ويجعلوها عمرة تقرير الحكم الشرعي ووراء الحكم الجهلي ثم نسخ ذلك .

وإذا فرغ من السعي وهو مفرد بعمرة حلق أو قصر و كذا المتمتـــع الذي لم يسق الهدى ، وبه قال احمد رضى الله عنه ، وعند مالك والشافعي هما سواء ، ويمكث بمكة حلالاً إلى يوم التروية ، ثم يحرم بالحج يوم التروية من ميقات أهل مكة وإن قدم إحرامه كان أفضل ، وإن كان مفرداً بالحج أو متمتماً ساق الهدي لا يتحلل بل يبقى محرمـــاً ويؤدي أفعاله إلى أوان التحلل .

( ويطوف بالبيت كلما بدا له ) أي كلما ظهر له أن يطوف ( لأنه ) أي لأن الطواف ( يشبه الصلاة ) يعنى في الثواب دون الحكم ، ألا ترى أن الانحراف والشرفية لايفسده. ( قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة ) هذا الحديث رواه ابن حبان « رض » في صحيحه من حديث طاووس عن ابن عباس رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ الطواف بالبيت صلاة ، إلا أن الله تعالى قد أحل فيه المنطق فيمن نطق فيه فلا ينطق إلا بخير ، وأخرجه الحاكم أيضاً وسكت عنه .

ومعنى قوله ــ صلاة ــ يعني يشبه الصلاة لأنه ليس بصلاة حقيقة ، ولهـــذا يجوز الكلام فيه ، وقد رواه الترمذي رضى الله عنه بلفظ الطواف حول البيت مثل الصلاة ، ثم قال وقد روي هذا موقوفاً على ابن عباس رضى الله عنهما .

والصلاة خير موضع، فكذا الطواف إلا انه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة في هذه المدة لأن السعي لا يجب فيه إلا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل أسبوع ركعتين،

---

( والصلاة خير موضوع[1] فكذلك الطواف ) خبر موضوع، وفي شرح الطحاوي رضى الله عنه الطواف للغرباء أفضل، والصلاة لأهل مكة أفضل، وهو مذهب عامة أهل العلم، لان الغرباء يفوتهم الطواف، وأهل مكة لا يفوتهم الأمران، وعند الاجتماع الصلاة أفضل بعينها، وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ أن طهر بيتي للطائفين ﴾ ٢٦ الحج. قبل الغرباء ( إلا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في هذه المدة ) هذا الاستثناء من قوله - ويطوف بالبيت كلما بدا له - يعني لا يسعى بين الصفا والمروة عقيب هذه الأطوفة التي يأتي بها في مدة إقامته بمكة إلى أوان التحلل

( لأن السعى لا يجب فيه ) أي في المفرد بالحج الموصوف من عند قوله - وإن كان مفرداً بالحج - إلى هنا ( إلا مرة واحدة، والتنفل بالسعي غير مشروع ) لعدم ورود النص به.

فإن قلت السعى تبع الطواف، ولهذا لا يجوز قبله والتنفل بمتبوعه مشروع فيجب أن يكون التنفل بالسعى أيضاً مشروعاً تبعاً للطواف، قلت السعى انما ثبت كونه عبادة بالنص، بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص، والنص ورد بالاتيان مرة فلا يشرع ثنياً بالقياس لأنه محال له.

( ويصلي لكل اسبوع ) أي لكل سبعة اشواط، وهو طواف واحد ( ركعتين ) وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله، وإن عنده يجوز أن يجمع بين اسبوعين فصاعداً قبل أن يصلي ركعتي الطواف، وبه قال أحمد، ولكن عند أبي يوسف رحمه الله ينصرف عن وتر ثلاثة أو خمسة أو سبعة، وعند أبي حنيفة ومحمد رضى الله عنهما يكره الجمع بين الاسبوعين وبه قال مالك رضى الله عنه، وعند الشافعي رضي الله عنه الأفضل الفصل بين كل اسبوعين بركعتين.

---

(١) هكذا في الأصل، وفي المتن - خير موضع - أ هـ مصححه.

وهي ركعتا الطواف على ما بينا . قال فإذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلم فيها الناس الخروج إلى منى

( وهي ركعتا الطواف على مـا بينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام يصلي الطائف لكل اسبوع ركعتين ، ذكره عند قوله ـ ثم يأتي المقام فيصلي ركعتين .

( قال فإذا كان قبل يوم التروية بيوم ) وهو اليوم السابع من ذي الحجـــة ، لأن يوم التروية الثامن منه ، كذا في المغرب وانما سمي يوم التروية بذلك ،لأن ابراهيم عليه السلام رأى ليلة الثامن كان قائلاً يقول له أن الله تعـــالى يأمرك بذبح أبنك ، فلما أصبح روي ، أي افتكر في ذلك من الصباح إلى الرواح أمن الله هذا ، أم من الشيطان ، ممن ذلك سمي يوم التروية ، فلما أمسى رأى مثل ذلك فعرف انه من الله تعالى ، فمن سمي يوم عرفة ثم رأى مثله في الليلة الثالثة فهم بنحوه ، فسمي اليوم العاشر يوم النحر .

وقال أبو بكر الانباري في كتاب الزهد ، إنما سميت التروية لأن النـــاس يرون من الماء العطش في هذا اليوم ، ويحملون الماء بالروايا إلى عرفة ومنى ، وانما سمي يوم عرفة لأن جبريل عليه السلام علم ابراهيم عليه السلام المناسك كلها يوم عرفة ، فقـــال أعرفت في أي موضع تطوف ، وفي أي موضع تسعى ، وفي أي موضع تقف ، وفي أي موضع تنحر ويروى فقال عرفت فسمي يوم عرفة ، وسمي يوم الأضحية ، لأن الناس يضحون فيه بقرابينهم ، وقيل إن آدم عليه الصلاة والسلام لـــما هبط بالأرض وقع بالهند ، وامرأته حواء عليها السلام وقعت بالسند ، فلم يلتقيا إلا عشية عرفة ، فسمي يوم عرفة ، لمعرفة كل منهما الآخر .

( خطب الإمام خطبة ) أي خطبة واحدة من بغير جلسة بين الخطبتين بعـد صلاة الظهر ( يعلم الناس فيها الخروج إلى منى ) وهي قرية فيها ثلاث سكك ،بينها وبين مكة فرسخ ، وهي في الحرم ، لأنها منحر ، والمنحر يكون في الحرم ، والغـــالب على منى التذكير والصرف ، وقد تكتب بالالف ، وسميت بمنى لأن الحيوانات تساق إلى مناياها ، وهو جمع منية ، وهي الموت ، وقيل لما تمنى من الدماء ، أي تراق ، وقيل إن جـــبريل عليه السلام لما أراد أن يفارق آدم قال له ماذا تتمنى فقال آدم الجنة ،فسمي ذلك الموضع منى

والصلاة بعرفات والوقوف والافاضة . والحاصل أن في الحج ثلاث خطب أولها ما ذكرنا ، والثانية بعرفات يوم عرفة ، والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر ، فيفصل بين كل خطبتين بيوم . وقال زفر « رح» يخطب في ثلاثة أيام متوالية ، أولها يوم التروية ، لأنها أيام الموسم ومجتمع الحاج .

---

( والصلاة بعرفات ) أي يعلم الصلاة بجبل عرفات ( والوقوف بها والافاضة ) .

( والحاصل أن في الحج ثلاث خطب أولها ما ذكرناه ) وهو الذي ذكر أن الإمام يخطب بمكة يوم التروية ( والثانية ) أي الخطبة الثانية ( بعرفات يوم عرفة ) قبل صلاة الظهر ، وهي خطبتان يجلس بينهما جلسة خفيفة ، قال أبو حنيفة رضى الله عنه يبتدىء الخطبة إذا فرغ المؤذنون من الأذان بين يديه كخطبة الجمعة ، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يخطب الإمام قبل الاذان ، فإذا مضى صدر من خطبته أذن المؤذنون .

( والثالثة ) أي الخطبة الثالثة ( بمنى في اليوم الحادي عشر ) يعلم الناس فيها النفر وطواف الصدر ، ولا يحتاج يوم النحر إلى خطبة ، لأنهم قد علموا ما يحتاجون اليه في خطبة يوم عرفة ، وما روي أن النبي ﷺ خطب يوم النحر ، فإنها لم تكن خطبة من خطب الحج ، وإنما كانت من خطب الوداع علمهم الأحكام لما علم انه لا يتحقق مثله بعدها من الاجتماع والكثرة .

( يفصل بين كل خطبتين بيوم ) أي يفصل الخطيب الذي هو الإمام بين كل خطبتين من الخطب الثلاثة بيوم ، وذلك كما ذكره أن الأولى قبل يوم التروية بمكة ، والثانية يوم عرفة وبينهما يوم ، وهو يوم التروية الثامن من الشهر ، والثالثة في يوم الحادي عشر، وبينهما يوم وهو يوم العيد العاشر من شهره .

( وقال زفر رضى الله عنه يخطب في ثلاثة أيام متواليات ) أي متتابعات ( أولها يوم التروية لأنها أيام الموسم ) أي لأن هذه الأيام الثلاثة أيام الموسم ، وفي المغرب موسم الحاج سوقهم ومجتمعهم مشتق من الوسم وهو العلامة ( ومجتمع الحاج ) أي موضع اجتماعهم

ولنا أن المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوم اشتغال ، فكان ما ذكرناه أنفع وفي القلوب أنجع ، فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى فيقيم بهـــا حتى يصلي الفجر من يوم عرفة . لما روي أن النبي عليه السلام صلى الفجر يوم التروية بمكة ، فلمـــا طلعت الشمس راح إلى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ، ثم راح إلى عرفات .

---

( وذلك لأن المقصود تعليمهم ما يقع في هذه الأيام ) فيجب أن تكون الخطب فيها .

( ويوم التروية ويوم النحر يوماً اشتغال ) جمع شغل ، أمـــا يوم التروية فيوم حاجتهم إلى الخروج إلى منى ، وأما يوم النحر فلاشتغالهم بالحلق والرمي والطواف فلا تفيد الخطبة فيها ، وبقولنـــا قال الشافعي رضي الله تعـــالى عنه ، وعن أحمد رضي الله عنه لا يخطب في اليوم السابع ( فكان ما ذكرناه ) أي من التفريق بين كل خطبتين ( أنفـــع ) مما قال زفر « رح » ( وفي القلوب أنجع ) من نجع الوعظ إذا أثر .

( فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج إلى منى ) يعني بعـــد طلوع الشمس ، وعند عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما إلى منى قبل الزوال ، وبه قال مالك «رح » ويستحب أن ينزل عند مسجد الخيف ( فيقيم بها ) أى بمنى ( حتى يصلي الفجر من يوم عرفة ) أي إلى أن يصلي الفجر الذي صبيحة يوم عرفة ، وقال المرغيناني يصلي الفجر بمنى بغلس ، وفي مناسك الكرماني رضى الله عنه يصلي في وقته ، وفي الوتري يصلي في وقته المعروف ، فإذا طلعت الشمس على ثبير وهو أعلى جبل بمنى راح إلى عرفة مـــع الناس وعليه السكينة والوقار ، وفي خزانة الاكمل يذهب إلى عرفة بعد صلاة الغداة .

( لما روي أن النبي ﷺ صلى الفجر يوم التروية بمكة ، فلمـــا طلعت الشمس راح إلى منى وصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ، ثم راح إلى عرفات ) منقطعة من حديث جابر الذي رواه مسلم مطولاً ، وروى الترمذي وابن مـــاجة عن اسماعيل بن مسلم عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه قال صلى بنا رسول الله ﷺ الظهر والعصر

ولو بات بمكة ليلة عرفة ، وصلى بها الفجر ثم غدا إلى عرفات ومر بمنى أجزأه لأنه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك،ولكنه أساء بتركه الاقتداء برسول الله عليه السلام . قال ثم يتوجه إلى عرفات فيقيم بها لما روينا ، وهذا بيان الأولوية، أما لو دفع قبله جاز

---

والمغرب والعشاء والفجر ، ثم غـــدا إلى عرفات وقال الترمذي واسماعيل بن مسلم تكلموا فيه .

( ولو بات بمكة ليلة عرفة ثم صلى بها الفجر ثم غدا ) بالغين المعجمة والدال المهملة من الغد ، وهو الذهاب أول النهـــار ( إلى عرفات ومر بمنى ) يعني جازها ولم ينزل بهـــا ( أجزأه ) ولا شيء عليه خلافاً للظاهرية ( لأنه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم إقامة نسك ولكنه أساء في ترك الاقتـــداء برسول الله ﷺ ) إساءة الأدب في تركه اتباعه النبي ﷺ وفي ترك العمل بقوله عليه الصلاة والسلام ، وهو أيضاً قوله خذوا ، وأعني مناسككم .

( ثم يتوجه إلى عرفات ) هذا عطف على قوله فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة ( فيقيم بها ) أي بعرفات (لما روينا) إشارة إلى قوله لما روي أن النبي ﷺ صلى الفجر .. إلى آخره ( وهذا ) أي الذهاب والتوجه إلى عرفات بعد طلوع الشمس ( بيان الأولوية ) يعني أولى من الذهاب قبـــل طلوع الشمس ، وذكر هذا القيد ، أعني طلوع الشمس المهد منه .

وقال تاج الشريعة ، رضي الله عنه ينبغي هذا القيد هنا ، وقال الاترازي رحمـــه الله كان هذا القيد تركه سهواً من الكاتب ، وقال الاكمل قال بعض الشارحين ترك هذا القيد من الكاتب ، قلت أراد به الاترازي ، فإنه هكذا ذكره كما ذكرنا .

( أما لو دفع قبله جاز ) أي قبل طلوع الشمس إلى عرفات، وقال الاكمل هذا إضمار قبل الذكر ، وكان من حق الكلام أن يقول ثم يتوجه إلى عرفات بعد طلوع الشمس حتى يصبح ، بناء على قوله ــ أما لو رفع قبله عليه ــ وقال الكاكي مثله ، ثم قال ولكن اتبع لفظ الايضاح، فانه ذكرهنا الضمير بعد طلوع الشمس ، حيث قال ــ وإذا طلعت الشمس إلى أن قال : وإن دفع قبله جاز ــ انتهى .

لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم ، قال في الأصل و ينزل بها مع الناس لأن الانتباذ تجبر والحال حال تضرع ، والاجابة في الجمع أرجى وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المـــارة .

قال وإذا زالت الشمس

---

قلت هذا جواب بطريق الاعتذار لا يحسن على ما لا يخفي ، ولكن يمكن أن يقـال الاضمار قبل الذكر يقع كثيراً من الكلام إذا دلت عليه قرينة لفظية أو حالية ، وهاهنا قد مضي قوله فيما قبل هذا تعليل ، فلما طلعت الشمس راح إلى مني ، فيكون الضمير في قوله ـ قبله ـ يرجع إلى الطلوع الذي يدل عليه لفظ طلعت ، كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ اعدلوا هو أقرب ﴾ ٨ المائدة،فالضمير يرجع إلى العدل الذي يدل عليه اعدلوا .

( لأنه لا يتعلق بهذا المقام حكم ، قال في الأصل ) أى قال محمد رحمـه الله في المبسوط (وينزل فيها ) أى في عرفات ( مع الناس ، لأن الانتباذ ) أى الانفراد والعزلة ( تجبر ) لأنه لا يروى أحد مجاورة من تجبره وتكبره ( والحال ) أى حال الحاج في هـذا الوقت ( حـــال تضرع ) وسكينة ( والاجابة في الجمـــع أرجى ) لأنه قد يكون فيه من لا ترد دعوته .

( وقيل مراده ) أي مراد محمد رحمه الله تعالى من قوله ـ وينزل مع الناس ـ ( أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة ) بتشديد الـراء ، أى النـاس الذين يمرون في الطريق ، وفي فتـاوى الظهيرية وينزل بعرفات في أى موضع شاء ، إلا أنه لا ينزل على الطريق ، وبه قال الشافعي رضى الله عنه في قوله والنزول بقرب جبل الرحمة أفضل . وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما ينزل ببطن نمرة ، والنزول فيه أفضل ، وبه قــال الشافعي رضى الله عنه في قوله ، قالوا نزل عليه الصلاة والسلام فيه ، قلنـا نمرة بعرنة ، وقد قال عليه الصلاة والسلام ارتفعوا عن بطن عرنة ، ونزوله عليـه الصلاة والسلام فيه لم يكن عن قصد .

( فإذا زالت الشمس ) أى شمس يوم عرفة ، وفي الايضاح وإذا زالت الشمس اغتسل

يصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدىء بالخطبة ، فيخطب خطبة يعلم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ، ويخطب خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة ، هكذا فعل رسول الله ﷺ وقال مالك «رح» يخطب بعد الصلاة لأنها خطبة وعظ وتذكير ، فأشبه بخطبة العيد . ولنا ما روينا ، ولأن المقصود منها تعليم المناسك

---

إن أحب ، وهو سنة وليس بواجب ، كما في الجمعة والعيدين ( ويصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدىء ) أي قبل الصلاة ( فيخطب خطبة يعلم فيها النـــاس الوقوف بعرفة والمزدلفة ) هي المشعر الحرام ، وقال في المطالع من الازدلاف ، ولأنها منزلة من الله وقربة وقال الهروي رحمه الله سميت بها لاجتماع الناس في زلفى الليـل ، وقيل الازدلاف حواء وآدم فيها ، أي لاجتماعهما ويسمى الجمع ايضاً لاجتماع الناس فيها . ومزدلفـة فوق منى من الجانب الشرقي ، وعرفات فوق مزدلفة من الجانب الشرقي أيضاً بميل إلى الجنوب ، ومن مزدلفة إلى مسجد عرفات ثلاثة اميال وإلى منى ثلاث أميال .

( ورمى الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة ويخطب خطبتين يفصل بينهما جلسة كما في الجمعة ، هكذا فعل رسول الله ﷺ ) يعني في حـــديث جابر رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام خطب بعرفة قبل صلاة الظهر ، وصفة الخطبة كما ذكره الكرخي رحمه الله وهي أن الإمام يحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويعظ الناس ويأمرهم بمـا يجب عليهم ، وينهاهم الله تعالى عنه ويخبر الناس معالم حجهم وتلبيتهم ، ثم يدعو الله تعـــالى بحاجته ثم ينزل . وفي الذخيرة ويبدأ بالتكبير كخطبة العيد .

( وقال مالك رضى الله عنه يخطب بعد الصلاة لانهـا خطبة وعظ وتذكير ، فأشبه خطبة العيد ، ولنا ما رويناه ) أشار به إلى قوله ـ هكذا فعل رسول الله ﷺ ـ ( ولأن المقصود منها ) أي من الخطبة ( تعليم المناسك ) من الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمى الجمار

والجمع منها ، وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة . وعن أبي يوسف « رح » انه يؤذن قبل خروج الإمام ، وعنه انـــه يؤذن بعد الخطبة ، والصحيح ما ذكرنا لأن النبي عليه السلام لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه

---

( والجمع منها ) أى الجمع بـين الصلاتين من المناسك ( وفي ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنـون كما في الجمعة ) إنما قال كما في الجمعة ، لأن رواية جابر«رض» تقتضي الأذان بعد الخطبة ، ورواية أخرى تقتضى قبلها ، فتعارضت ، يصير إلى القياس على الجمعة .

( وعن أبي يوسف « رض » انه يؤذن قبل خروج الإمام ) لأن هذا الاذان لأداءالظهر كما في سائر الايام ( وعنه ) أي وعن أبي يوسف «رح » ( انه يؤذن بعد الخطبة ) وبه قال مالك رضى الله عنه . وفي البدائع عن أبي يوسف « رض » ثلاث روايات، وظاهر الرواية كقولهما وقول الشافعي « رض » إذا فرغ من الخطبة الأولى يجلس جلسة خفيفـة ثم يقوم ويفتتح الخطبة الثانية والمؤذنون يأخذون في الأذان معه ، ويخفف بحيث يكون فراغه مع فراغ المؤذنين من الأذان .

( والصحيح ما ذكرنا ) أى الصحيح من المذهب مـا ذكرنا وهو ظاهر المذهب . قال الاكمل وقال بعض الشارحين ورواية أبي يوسف « رح » أنه يؤذن بعد الخطبة أصحعندي وإن كان على خلاف ظاهر الرواية لما صح من حديث جابر رضى الله عنه أن بلالاً أذن بعد الخطبة ثم أقام . قلت بعض الشارحين هو الاترازي ، فإنه قال هذه المقالة .

( ولأن النبي ﷺ لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه ) هـذا الحديث غريب جداً ، والذى صح من الحديث ما رواه أبو داود رضي الله عنه في سننه أن النبي ﷺ لما زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له ، فركب حتى أتى بطن الوادي فخطب الناس ، ثم أذن بلال رضى الله عنه ثم أقام ، فعلى الحديث رواه عن جابر «رض» .

ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه أوان الشروع في الصلاة فأشبه الجمعة . قال ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين، وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع

---

( ويقيم المؤذن بعد الفراغ ) أي بعد فراغ الإمام ( من الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلاة فاشبه الجمعة ، قال ويصلى بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان وإقامتين ) ويخفي الإمام القراءة فيها ، لأنها ظهر وعصر ، كما في سائر الأيام عن أحمد رضي الله عنه إن شاء صلى بإقامة من غير أذان ، وبقولنا قال الشافعي « رح » وأبو ثور والثوري وأبو عبيد والطبري وابن الماجشون ، وهو اختيار الأثرم وأبو حامد من الحنابلة .

وقال ابن قدامة وهو أول حديث جابر رضى الله عنه الصحيح انه صلى صلاتين بأذان وإقامتين ، وهو حجة على مالك « رض » في اعتبار الأذانين ، وفي هذه المسألة ستة أقوال .

الأول: مذهبنا الذي ذكره الذى بأذان وإقامتين، وبه قال عطاء والظاهرية والشافعي « رض » في قول وأحمد ، واختاره الطحاوي ، وبه قال زفر وأبو ثور .

والثالث:[1] بأذانين وإقامتين . روي ذلك عن علي بن أبي طالب «رض» ومحمد الباقر بن علي بن زين العابدين بن الحسين ، وهل بينه وهو رواية ابن مسعود .

والرابع : باقامتين فقط ، وروي ذلك عن عمر وعلي رضى الله عنهما وسالم بن عبدالله وهو أحد قولي الثوري وأحمد والشافعي « رح » .

والخامس : إقامة واحدة من غير أذان ، وبه قال الثورى وأبو بكر بن داود، ورواية مقطع عن أحمد .

والسادس : بغير أذان ولا إقامة ، روى ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما .

( وقد ورد النقل المستفيض ) أى الشائع ( باتفاق الرواة ) أى رواة الحديث ( بالجمع

---

(١) لم يذكر الثاني في الأصل ، أ هـ مصححه .

بين الصلاتين ، وفيما روى جابر « رض» أن النبي ﷺ صلاهما بأذان وإقامتين ، ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر ، لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود ، فيفرد بالإقامة إعلاماً للناس ، ولا يتطوع بين الصلاتين تحصيلاً لمقصود الوقت ، ولهـذا قدم العصر على وقته ، فلو انه فعل مكروهاً وأعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية ، خلافاً لما روي عن محمد « رح» لان الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول

---

بين الصلاتين ) أى الظهر والعصر ( وفيما روى جابر أن النبي ﷺ صلاهما بأذان وإقامتين ) كذا في صحيح مسلم كما ذكرنا الآن ( ثم بيانه ) أى أن المؤذن ( يؤدى للظهر ) أى لأجل صلاة الظهر ( ثم يقيم للظهر ثم يقيم للعصر ، لأن العصر يؤذن قبل وقته المعهود ) لأنه يصلى في وقت الظهر ( فيفرد بالإقامة إعلاماً للناس ) أى لأجل إعلام النـــاس من أنه يصلي العصر .

( ولا يتطوع ) أي الإمام ، وكذا القوم لا يتطوعون ( بـــين الصلاتين ) أي الظهر والعصر ( تحصيلاً لمقصود الوقوف ) أى بعرفة ( ولهذا ) أى ولأجـل تحصيل المقصود بالوقوف ( قدم العصر على وقته ) وقال النووي يصلى السنن الراتبة ،فيصلي أولاً سنة الظهر قبلها ، ثم يصلي الظهر ثم العصر ثم سنة الظهر التي بعدها ، ثم سنة العصر ، ولايتنفلون بعد الصلاتين ، ولم يسبح بيهما ولا بعد واحدة منها ، فيتفق عليه ولا فرق بين جمع عرفة .

( فلو أنه فعل ) أى فلو أن الإمام تطوع ذلك اليوم (فعل مكروهاً وأعاد الأذان للعصر في ظاهر الرواية ) وهو قول أبي يوسف « رح » (خلافاً لما روي عن محمد رحمه الله ) رواه ابن سماعة عنه انه لا يعيد الأذان وتجزئه الإقامة ، لأن الوقت قـد جمعها فيكتفي بأذان كما في العشاء مع الوتر .

( لأن الاشتغال ) هذا التعليل وجه ظاهر الرواية ، لأن اشتغال الإمـام ( بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الاول ) أى اتصال الأذان، يقال فلان فعل ذلك من فوره

فيعيده للعصر ، فإن صلى بغير خطبة أجزأه ، لان هذه الخطبة ليست بفريضة . قال ومن صلى الظهر في رحله وحـده صلى العصر في وقته عنـــد أبي حنيفة « ر ح » . وقالا يجمع بينهما المنفرد ، لان جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف ، والمنفرد يحتاج إليه ، ولأبي حنيفة « ر ح » أن المحافظـــة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع بـــه ، وهو الجمع بالجماعة مع الإمام ،

---

ذا وصل الفعل [1] بالآخر لا لبث بينهما ( فيعيده للعصر ) أي لأجل صلاة العصر ( فإن صلى بغير خطبة أجزأه ، لأن هذه الخطبة ليست بفريضة ) إذ هي ليست تخلف عن ركن بخلاف خطبة الجمعة ، فإنها خلف عن ركعتين .

( قال ومن صلى الظهر ) وفي اكثر النسخ قال أي القدوري رحمه الله ومن صلى الظهر ( في رحله ) أي في منزله حال كونه ( وحده صلى العصر في وقته ) يعني لا يجمع العصر مع الظهر ( وهذا ) أي هـــذا المذكور ( قول أبي حنيفة رحمه الله ) وبه قال ابراهيم النخعي والثوري .

( وقالا يجمع بينهما المنفرد ) كما يجمع بينهما الإمام ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وهو مروي عن ابن عمر وعائشة رحمهم الله ، وإليه ذهب عطاء واسحاق وأبو ثور ، وقال ابن حزم لو فاتته مع الإمام يفرض عليه أن يجمع بينهما واحد ( لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج إليه ) لأنه حال تضرع واشتغال بالدعاء ، فيحتاج إلى الامتداد مع ذلك المنفرد ايضاً محتاج اليه .

( ولأبي حنيفة رحمه الله أن المحافظة على الوقت ) أي وقت الصلاة ( فرض بالنصوص ) قال الله تعالى ﴿ حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ﴾ ٢٣٨ البقرة ، وقال ﴿ إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً ﴾ ١٠٣ النساء أي فرضاً موقتاً ( فلا يجوز تركـــه ) أي ترك الفرض الموقت ( إلا فيما ورد الشرع به ) أي بالترك ( وهو الجمع بالجماعة مع الإمام )

---

(١) هكذا الجملة في الاصل.

والتقديم لصيانة الجماعة ، لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه ، إذ لا منافاة ، ثم عند أبي حنيفة « رح » الإمام شرط في الصلاتين جميعاً . وقال زفر « رح » في العصر خاصة ، لانه هو المغير عن وقته ، وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج .

---

أي ما ورد الشرع به هو الجماعة مع الإمام (والتقديم لصيانة الجماعة ) هذا جواب عن قولهما ، تقريره لا نسلم أن جواز الجمع بالتقديم لامتداد الوقوف ، بل لصيانة الجماعة .

( لانه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعدما تفرقوا في الموقف ) لان الموقف موضع واسع ذو طول وعرض ، ولا يمكنهم إقامة الجماعة إلا بالاجتماع ، وانه متعذر في العادة ، فيجعل[1] لئلا تفوتهم فضيلة الصلاة بالجماعة لحق الوقوف ، لان الجماعة تفوت لا إلى خلف ، وحق الوقوف ينادى قبل وبعد ( لا لما ذكره ) أي التقديم لاجل الصيانة لا لاجل ما ذكر أبو يوسف ومحمد رحمهم الله ، وهو الحاجة إلى امتداد الوقوف ( إذ لا منافاة ) أى لانه لا منافاة بين الصلاة والوقوف ، لان الوقوف لا ينقطع بالاشتغال بالصلاة ، كما لا ينقطع بالاكل والشرب والتوضي وغير ذلك .

( ثم عند أبي حنيفة رحمه الله الإمام شرط في الصلاتين جميعاً . وقال زفر رحمه الله في العصر خاصة ) أى الإمام شرط في العصر خاصة ، ولم يذكر قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لان عندهما الإمام ليس بشرط أصلاً ( لانه هو المغير عن وقته ) أى لان العصر هو الذى غير عن وقته حيث قدم قبل وقته ، بخلاف الظهر فانه في وقته ، فجاز له أن يصلي العصر مع الإمام ، وأن يصلي الظهر في منزله .

( وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ) أى الخلاف الذى قلنا في الإمام انه شرط في الصلاتين عند أبي حنيفة رحمه الله ، وشرط عند زفر في العصر وحده الاحرام بالحج ، قال أبو حنيفة رحمه الله الاحرام بالحج شرط فيهما جميعاً حتى إذا صلى الظهر مع الإمام

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة ورسمها وربما هي العصر .

ولأبي حنيفة « رح » أن التقديم على خلاف القياس عرفت شرعيته فيما إذا كانت العصر مرتبة على طهر مؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه ، ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديماً للإحرام على وقت الجمع ،وفي أخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة ، لأن المقصود هو الصلاة .

---

وهو حلال من أهل مكة ثم أحرم للحج فإنه يصلي العصر لوقته ، ولا يجوز كقول زفر ، كذا في شرح الطحاوي رحمه الله .

( ولأبي حنيفة أن التقديم) أي تقديم العصر قبل وقته (ورد على خلاف القياس عرفت شرعيته ) أي عرفت مشروعيته ، وفي بعض النسخ عرفنا شرعيته ( فيما إذا كانت العصر مرتبة على طهر تؤدى بالجماعة مع الإمام في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه ) أي على مورد النص ، وإنما قيد الإحرام بالحج لما روى محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه كان حين صلى الظهر مع الامام محرماً بالعمرة ثم أحرم بالحج قبل العصر لم يجزئه ، لأن إحرام العمرة لا تأثير له في جواز الجمع ، فوجوده وعدمه سواء .

( ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال ) أى لا بد في جواز الجمع بين الصلاتين بأن يكون محرماً من قبل الزوال ، لأن الاحرام شرط جواز الجمع ، وشرط الشيء يسبقه ، ولهذا لا يجوز الجمع قبل الزوال ( في رواية تقديماً ) أي لأجل التقديم ( للاحرام على وقت الجمع ) تحقيق وجه هذه الرواية أن بالزوال يدخل وقت الجمع ، ويختص بهذا الجمع المحرم بالحج ، فيشترط تقديم الاحرام على الحج قبل الزوال .

( وفي أخرى ) أي وفي رواية أخرى ( يكتفي بالتقديم ) أي بتقديم الإحرام ( على الصلاة ، لأن المقصود هو الصلاة ) أي لأن المصنف اشترط الاحرام هو لأجل الصلاة لا لأجل الوقت ، حتى أن الحلال لو صلى الظهر مع الإمام ثم أحرم فصلى العصر أو المحرم بالعمرة صلى مع الإمام ثم أحرم بالحج فصلى العصر معه لم تجز العصر إلا في وقتها .

قال ثم يتوجه إلى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلاة ، لأن النبي عليه السلام راح إلى الموقف عقيب الصلاة والجبل يسمى جبـل الرحمة والموقف موقف الأعظم . قال وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة ، لقوله عليه السلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسّر

---

( قال ) أي القدوري ( ثم يتوجه ) أي الإمام ( إلى الموقف ) بكسر القاف (فيقف بقرب الجبل ) أي الجبل الذي يسمى جبل الرحمة، وهو الجبل الذي بوسط عرفات، يقال له الال على وزن هلال ، والجوهري فتح همزته. وقال النووي المعروف كسرها ، وذهب ابن جرير والماوردي إلى أنه يستحب الوقوف على جبل الرحمة الذي هو وسط عرفات ، ويقال له جبل الدعاء ، قيل هو موقف الانبياء عليهم السلام . وقال النووي رحمه الله ولا أصل له إذ لم يرد به حديث صحيح ولا ضعيف ، والصواب الاعتناء بموقف رسول الله ﷺ .

( والقوم معه ) أي يتوجه القوم مع الإمام ( عقيب انصرافهم من الصلاة ، لأن النبي ﷺ راح إلى الموقف عقيب الصلاة ) كما في حديث جابر الذي رواه مسلم مطولاً ( والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف ) أي ويسمى الموقف ( موقف الاعظم ) .

( قال وعرفات كلها موقف ) أي موضع منها وقف جاز ( إلا بطن عرنة ) بضم العين المهملة وفتح الراء والنون . قال في ديوان الأدب عرنة واد في عرفات ، وعامة أهل العلم على هذا الاستثناء ، وشذ مالك فجوز الوقوف ببطن عرنة ووجب معه ما قال عياض ، روى ابن المنذر عنه انه لم يثبته في حديث جابر الطويل كما لو أثبت الاستثناء في حديث ابن عباس رحمه الله ، وهو الذي ذكره المصنف بقوله – إلا بطن عرنة – ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة ، والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر ) هذا الحديث رواه جماعة

قال وينبغي للإمام أن يقف بعرفة على راحلته ، لأن النبي عليه السلام وقف على ناقته ،

من الصحابة رضى الله عنهم وهم ابن عباس وجابر وجبير بن مطعم وابن عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم ،فحديث ابن عباس أخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضى الله عنه مرفوعاً نحو ما ذكر في الكتاب .

وحديث جابر عند ابن ماجة ولفظه قال رسول الله ﷺ كل عرفة موقف وارتفعوا عن بطن عرنة ، وكل المزدلفة موقف وارتفعوا عن بطن محسر ، وكل منى منحر إلا واد العقبة [1] ، وفي سنده القاسم بن عبدالله بن عمر العمري متروك.

وحديث جبير بن مطعم عند أحمد ولفظه كل عرفات موقف وارتفعوا عن عرنة ، وكل مزدلفة موقف وارتفعوا عن وادي محسر ، وكل منى منحر ، وكل أيام التشريق ذبح .

وحديث ابن عمر عند ابن عدى رضى الله عنه في الكامل بلفظ حديث ابن عباس رضى الله عنه . وحديث أبي هريرة عنده أيضاً ، وفي مسنده يزيد بن عبدالملك العوملي ، وعن النسائي أنه متروك .

ومحسر بكسر السين المهملة المشددة ، هو بين مكة وعرفات عن يسار الموقف ، وقيل رأى النبي ﷺ الشيطان في بطن عرنة ، فنهى عن الوقوف فيه ، فكان هذا نظير النهى عن الصلاة في الاوقات المكروهة الثلاث . وقال بعضهم كانوا ينكرون وينزلون منزلين عن الناس في بطن عرنة وبطن محسر .

( قال وينبغي للامام أن يقف بعرفة على راحلته ) وهي من الإبل والبعير القوي على الأسفار والأحمال ، الذكر والانثى فيه سواء،والهاء فيه للمبالغة وهي التي يختارها الرجل لمركبه ورحله على النجابة وتمام الخلق وحسن المنظر ، فاذا كان من جماعة الإبل عرفت ( لأن النبي ﷺ وقف على ناقته ) هذا حديث جابر رضى الله عنه ثم ركب رسول الله

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وإن وقف على قدميه جاز ، والأول أفضل لما بينا ، وينبغي أن يقف مستقبل القبلة ، لأن النبي عليه السلام وقف كذلك . وقال النبي عليه السلام خير المواقف ما استقبلت بـه القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك ، لما روي أن النبي عليه السلام

---

ﷺ حتى أتى الموقف فجعل بطن ناقته القصواء إلى الصخيرات ، وجعل خيل المشاة بين يديه ، واستقبل القبلة ... الحديث .

يقال ناقة قصواء إذا قطع طرف أذنها ، ولا يقال جمل أقصى ، إنما يقال جمل قصوى على خلاف القياس ، وقال ابن دريد في الجمهرة القصوى اسم ناقة النبي ﷺ .

( وإن وقف ) أي الإمام ( على قدميه جاز ) لحصول المقصود ( والأول أفضل ) أي للوقوف على الراحلة أفضل ( لمابينا ) أشار به إلى قوله — لأن النبي ﷺ وقف على ناقته— ( وينبغي أن يقف مستقبل القبلة لأن النبي ﷺ وقف كذلك ) هذا أيضاً في حديث جابر الطويل .

(وقال عليه الصلاة والسلام خير المواقف ما استقبلت ) هذا حديث غريب بهذا اللفظ ، وأخرج الحاكم في مستدركه عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال إن لكل شيء شرفا ، وإن أشرف المجالس ما استقبل ( به القبلة ) الحديث بطوله وسكت عنه الحاكم ، وفي مسنده هشام بن زياد ، وقال الذهبي في مختصره هو متروك . وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده والطبراني في معجمه الوسط من حديث حمزة بن أبي حمزة النصيبي عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ أكرم المجالس ما استقبل به القبلة ، ورواه ابن عدى في الكامل ، وأعله بحمزة النصيبي ، وقال انه يقف الحديث . ورواه أبو نعيم الاصبهاني في تاريخ أصبهان في باب العين المهملة من حديث ابن الصلت عن ابن شهاب عن نافع مرفوعاً خير المجالس ما استقبل به القبلة .

( ويدعو ) وهو بالنصب عطف على قوله — أن يقف — أى يدعو الإمام ( ويعلم الناس المناسك ) بنصب يعلم أيضاً عطفاً على المنصوب الذى قبله ( لما روي أن النبي ﷺ

كان يدعو يوم عرفة ماداً يديه كالمستطعم المسكين، ويدعو بما شاء ، وإن وردت الآثار ببعض الدعوات وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك بتوفيق الله تعالى .

---

كان يدعو يوم عرفة ماداً يديه كالمستطعم المسكين ) هذا الحديث رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما رأيته عليه الصلاة والسلام يدعو بعرفة ماداً يديه كالمستطعم المسكين ، ورواه البزار في مسنده عن ابن عباس رضى الله عنه عن الفضل رأيت رسول الله ﷺ واقفاً بعرفة ماداً يديه كالمستطعم ، أو كلمة نحو المستطعم ، وفي تقديم المستطعم الذى هو صفة فائدة ، وفي المبالغة في تحقق المد ، فإن الشبهة حينئذ انما تحصل بحالة الاستطعام ، وهي حال الاحتياج .

( ويدعو بما شاء) من الادعية بحسب ماتيسر له ويكثر من الدعاء في هذ اليوم إلى أن تغرب الشمس ويلبى ساعة فساعة في اثناء الدعاء ويدعو الله بحاجته الدينية والدنياوية فإنه مستجاب غير مردود ويجتهد أن تقطر من عينه قطرات من الدمع ، فإنه دليل القبول والاجابة ، ويدعو لابويه ولاهله ولإخوانه ولاصحابه ومعارفه وجيرانه ، ويلح فى الدعاء مع قوة الرجاء للاجابة ولا يقتصر فيه .

( وإن وردت الآثار ببعض الدعوات ) كلمة إن واصلة بما قبلها ، ذلك لان كل الناس ما يقدرون على حفظ الدعوات ، وهذا الدعاء مبناه على اليسير ، ومن الادعية المأثورة في هذا اليوم ما رواه الترمذي في جامعه مسنداً ، إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال خير الدعاء يوم عرفة ، وخير ما قلت أنا والنبيون من قبلي لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير ( وقد أوردنا تفاصيلها) أى تفاصيل الدعوات ( في كتابنا المترجم ) أى المسمى ( بعدة الناسك ) بضم العين ، الناسك السلاح ( في عدة ) بكسر العين من العدد ( المناسك [1] بتوفيق الله عز وجل ) بين العدة والعدة وبين الناسك والمناسك جناس .

---

(١) في المتن بزيادة ـ من ـ قبل المناسك ، اهـ مصححه .

قال وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام لأنه يدعو ويعلم فيعوا ويستمعوا ، وينبغي أن يقف الحاج وراء الإمام ليكون مستقبل القبلة ، وهذا بيان الافضلية ، لأن عرفات كلها موقف على ما ذكرنا .

قال ويستحب أن يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد في الدعاء . أما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب . ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الإحرام . وأما الاجتهاد فلأنه

---

( قال وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام ، لانه يدعو ويعلم فيعوا ) أي فيحفظوا من الوعي ، أصله يوعيوا ، حذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة ، واستثقلت الضمة على الياء ، فحذفت بعد سلب حركتها إلى ما قبلها ( ويسمعوا ) حذفت النون منه ومن قوله - فيعوا - علامة النصب ، لأنها معطوفان على قوله - أن يقفوا - الذي سقط منه النون لأجل الناصب .

( وينبغي أن يقف الحاج وراء الإمام ليكون مستقبل القبلة ) لأن وجه الإمام إلى القبلة ، فشكل من يقف وراءه أن يكون مستقبل القبلة ( وهذا ) أي وقوف الحاج وراء الإمام ( بيان الافضلية لأن عرفة كلها موقف ) ففي أى موضع من عرفة وقف جاز ( على ما ذكرنا ) أشار به إلى قوله عليه الصلاة والسلام عرفة كلها موقف إلى آخره .

( قال ويستحب أن يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد في الدعاء ، أما الاغتسال فإنه سنة وليس بواجب ) إنما قال أولاً ويستحب أن يغتسل ، ثم قال أما الاغتسال فهو سنة ، لأنه في صدد الشرح لكلام القدوري ، فإنه قال يستحب أن يغتسل فنقله ثم قال انه سنة وكل سنة مستحبة من غير عكس ، وقيد بقوله - وليس بواجب - لدفع وهم من يتوهم أن الاغتسال سنة مؤكدة ، وهي كالواجب في القوة ، وما رأيت أحداً من الشراح نبه لمثل هذا الدعاء .

( ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الإحرام ، وأما الاجتهاد فلأنه

## عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لأمته فاستجيب له إلا في الدماء والمظالم

عليه الصلاة والسلام ) أي ولأن النبي ﷺ ( اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لأمته واستجيب له إلا في الدماء والمظالم ) هذا أخرجه ابن ماجة في سننه عن عبد القاهر بن السروري عن عبدالله بن كنانة عن ابن عباس بن مرداس عن أبيه كنانة عن أبيه عباس بن مرداس أن النبي ﷺ دعى لأمته عشية عرفة بالمغفرة ، فأجيب أني قد غفرت لهم ما خلا المظالم ، فاني آخذ المظالم ، قال رب إن شئت أعطيت المظلوم الجنة وغفرت للظالم، فلم يجب ، عشيته ، فلما أصبح بالمزدلفة أعاد الدعاء ، فأجيب بما سأل ، فضحك رسول الله ﷺ ، أو قال فتبسم فقال أبو بكر وعمر رضى الله عنهما بأبي أنت وأمي إن هذه ساعة ما كنت تضحك فيها ، فما الذي أضحكك أضحك الله منك ، قال إن عدو الله إبليس لما علم إن الله قد استجاب دعائي وغفر لأمتي أخذ التراب فجعل يحثو على رأسه ويدعو بالويل والثبور فأضحكني ما رأيت من جزعه .

ورواه الطبراني في معجمه عن أحمد بن حنبل في مسند أبيه وأبي يعلى الموصلي في مسنده ، ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بكنانه، وأسند عن البخاري انه قال كنانة روى عنه ابنه انه لم يصح ، وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء كنانة بن العباس بن مرداس السلمي يروى عن أبيه ، وروى عنه انه منكر الحديث جداً ، ولا أدري التخليط في حديثه منه أو من أبيه أو من أيهما كان فهو ساقط الاحتجاج بما روى ، وذلك لعظم ما أتى من المناكير عن المشاهير .

وروى ابن الجوزي في الموضوعات من طريق الطبراني حدثنا إسحاق بن ابراهيم المدبري حدثنا عبد الرزاق حدثنا معمر عن سماع عن قتادة يقول حدثنا جلاس بن عمرو عن عبادة بن الصامت رضى الله عنهم قال قال رسول الله ﷺ يوم عرفة أيها الناس إن الله تطول عليكم في هذا اليوم فغفر لكم إلا التبعات فيما بينكم ، ووهب مسيئكم لمحسنكم، وأعطى لمحسنكم ما سأل فارفعوا بسم الله، وإبليس وجنوده واقف على جبال عرفات ينظرون ما يصنع الله بهم ، فإذا نزلت المغفرة دعى هو وجنوده بالويل والثبور ، ثم قال هذا حديث لا يصح ، والراوي عن قتادة مجهول .

ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة ، وقال مالك « رح » يقطع التلبية كما يقف بعرفة لأن الإجابة باللسان قبـــل الاشتغال بالأركان .

---

وجلاس ليس بشيء ، قال أيوب لا يروى عنه فإنه ضعيف ، قوله – إلا في الدماء– جمع دم، والمظالم جمع مظلمة وهو الظلم المتعلق بحق العباد بها ، أما في حق الدم الذي وجب قصاصاً فلعجز صاحبه عن الاستغفار . وأما في حق المظالم التي وجبت لبعضهم على بعض فلعجز صاحبه عن الانتصاب وقيل توقف دعاء النبي ﷺ بعرفة في الدمـاء والمظالم إلى المزدلفة فاستجيب فيها في الدماء والمظالم ايضاً .

وفي الروحي عن أنس رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ان الله تطول على أهل عرفة فباهى بأهل عرفة يوم عرفة فيقول انظروا يا ملائكتي أي انظروا إلى عبادي شعثاً غبراً أقبلوا يضربون إلي من كل فج عميق فأشهدوا أني قد غفرت لهم إلا التبعات التي بينهم قال ثم إن القوم أفاضوا من عرفات إلى جمع قال يا ملائكتي انظروا إلى عبـــادي وقفوا وعادوا في الطلب والرغبة والمسألة اشهدوا أني قد وهبت مسيئهم لمحسنهم وتحلت عنهم التبعات التي بينهم ، رواه أبو ذر عن ابن أحمد الهروي في منسكه .

( ويلبي في موقفه ساعة بعد ساعة ) قال الأكمل يعني يستديم ذلك إلى أن يرى أول حصاة من العقبة ، قلت ليس المراد أن يستمر على التلبية وحدها ، بل يلبي بكبر ويهلل ، ويصلي على النبي ﷺ وتكون التلبية في أثناء ذلك من غير انقطاع، وذلك لأن التلبية في ، الاحرام كالتكبير في الصلاة ، ولهذا يؤتى في الانتقالات واختلاف الاحوال ، كما في التكبير في الصلاة كما يتخلل بين التكبيرات في الصلاة بأشياء ، فكذلك ينبغي أن يتخلل بين التلبية بالتكبير والتهليل والصلاة على النبي ﷺ فيؤتى بالتلبية إلى آخر جزء من الاحرام ، وروى الفضل بن عبـاس أن رسول الله ﷺ لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة ، متفق عليه .

( وقال مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة ، لان الإجابة باللسان قبـــل الاشتغال بالاركان ) مبنى هذا الكلام أن التلبية إجابة اللسان ، والاجابة باللسان قبـل الاشتغال بالاركان كتكبيرة الافتتاح في الصلاة .

ولنـــا ما روي أن النبي عليه السلام ما زال يلبي حتى أتى جمرة العقبة ، ولأن التلبية فيه كالتكبير في الصلاة فيأتي بهـا إلى آخر جزء من الاحرام .

---

( ولنا ما روي أن النبي ﷺ ما زال يلبى حتى رمى جمرة العقبة ) هـــذا الحديث أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن الفضل بن عباس وقـــد ذكرناه الآن ، وهو قول ابن مسعود وابن عباس وعطاء وطاووس والنخعي وأبن أبي ليلى والثوري والشافعي وأحمـد وإسحاق قالوا يلبي حتى يرمي جمرة العقبة ، ويقطعها مع أول حصاة يرميها، وعندأحمد واسحاق والظاهرية يقطعها إذا رمى الحصيات السبع بأسرها . وعن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه كان يقطعها إذا زاغت الشمس من يوم عرفة .

( ولان التلبية فيه ) أي في الحج ( كالتكبير في الصلاة ، فيأتي بها ) أي بالتلبية (إلى آخرجزءمن الاحرام ) وهو يكون عند رمي جمرة العقبة ، وكان القياس أن تكون التلبية إلى آخر الحج ، إلا أن القياس ترك فيما بعد الرمي بعد الاجماع ، فبقى مـا وراءه على أصل القياس ، والقارن مثل المفرد بالحج في قطعة التلبية ، وقال الكرخي يقطـع التلبية في اول حصاة في حجر الفاسد ، وأما المحرم بالعمرة فإنه لا يقطع التلبية حتى يستلم الحجر الاسود عندنا ، وعند مالك رحمه الله إذا رأى البيت . وعند محمد رحمه الله والذي يفوته الحج يتحلل بعمرة ويقطع التلبية حين يأخذ في الطواف الذي يتحلل به ، ويقطع المحصر التلبية إذا ذبح هديه ، لانه أبيح له التحلل .

وقال القدورى في شرحه ، فإن حلق الحاج قبل أن يرمى جمرة العقبة قطع التلبية لانه تحلل من الاحرام ، والتلبية لا تثبت بعد التحلل ، قال فإن زالت الشمس قبـل أن يرمي أو يذبح أو يحلق قطع التلبية في قول أبي حنيفة ومحمـد رحمهما الله رواه هشام . وروى محمد رحمه الله عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال يلبى ما لم يحلق ، أو تزول الشمس من يوم النحر ، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن من لم يرم قطع التلبيه إذا غربت الشمس يوم النحر .

أما إذا ذبح قبل أن يرمي فقـــد ذكر الكرخي رحمه الله أن هشاماً روى عن أبي

قال وإذا غربت الشمس أفاض الإمام والناس معـــه على هنيتهم حتى يأتوا المزدلفة، لأن النبي عليه السلام دفع بعد غروب الشمس، ولأن فيه إظهار مخالفة المشركين ،

---

حنيفة ومحمد رحمهما الله انه يقطع التلبية لانه تحلل بالذبح ، وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله انه لا يقطعها ما لم يرم أو يحلق ، وقال الحسن عن أبي حنيفة ومحمد رحمه الله أنه يقطع التلبية لانه تحلل بالذبح انما يقطع التلبية بالذبح ، القارن والمتمتع ، وأمـا إذا ضحى المفرد لم يقطعها ، لان تحلله لم يقف على ذبحه .

( قال وإذا غربت الشمس ) أي يوم عرفة ( أفاض الامام ) أي رجع ، وإنما قـال أفاض اتباعاً لقوله تعالى ﴿ فإذا أفضتم من عرفات ﴾ ١٩٨ البقرة ( والناس معـــه على هنيتهم ) أي غير مسرعين ، بل على السكينة والوقار ، وقال عليـه الصلاة والسلام ليس البر في إيجاف الخيل ولا في ايضاع الابل ، فعليكم بالسكينة والوقار . الايجاف بالجيم نوع من سير الخيل والإيضاع النشراح في الخيل في السير ، وفي المبسوط زعم بعض الناس أن الإيضاع سنة ، وانا نقول به ، وتأويل ما روى أن راحلتــه عليه السلام كانت في ذلك الموضع فنخسها فانبعثت كعادة الدواب لا انه قصد الايضاع .

( حتى يأتوا المزدلفة ، لان النبي ﷺ دفع بعد غروب الشمس ) هـذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث علي بن أبي طالب رضى الله عنـــه قال وقف رسول الله ﷺ بعرفة ، فقال هذه عرفة وعرفة كلها موقف ، ثم أفاض حـــين غربت الشمس ... الحديث . وقال الترمذى حديث حسن صحيح . وفي حديث جابر الطويل رضي الله عنه فلم يزل واقفاً حتى غربت الشمس ، إلى أن قال ودفع رسول الله ﷺ وقد سبق القصواء ... الحديث . وفي حديث أسامة رواه أبو داود عن أحمد بن حنبل كنت ردف رسول الله ﷺ ، فلما وقعت الشمس دفع رسول الله ﷺ .

( ولأن فيه ) أي في الدفع بعد غروب الشمس ( إظهار مخالفة المشركين ) فإنهم كانوا يدفعون من عرفة قبل طلوع الشمس ، وقال الاترازي روي أن النبي ﷺ عشية يوم عرفة قال : أما بعد فإن هذا يوم الحج الأكبر ، وإن أهل الشرك والأوثان كانوا يدفعون في

وكان النبي عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق على هنيته ، فإن خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه ، لأنه لم يفض من عرفة ، والأفضل أن يقف في مقامه كيلا يكون آخذاً في الأداء قبل وقتها

---

هذا اليوم قبل غروب الشمس حين يقوم بها رؤوس الجبال ، كأنها عام الرحال في وجوههم وإنا ندفع فلا تعجلوا ، فدفع بعد غروب الشمس ، انتهى .

قلت هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث المسور بن مخرمة قال خطبنا رسول الله ﷺ بعرفات ... الحديث ، ثم قال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، قال فقد صح بهذا سماع المسور بن مخرمة عن رسول الله ﷺ ، لا كما يتوهمه رعاع أصحابنا أن روايته بلا سماع ، وهذا رواه الشافعي والبيهقي رحمه الله أيضاً ، والعجب من الاترازى مع دعواه الفريضة كيف يذكر الحديث بصيغة التمريض .

( وكان النبي ﷺ يمشي على راحلته في الطريق على هنيته ) - في الطريق - أى في طريق المزدلفة . وفي حديث جابر الطويل قال رفع رسول الله ﷺ وقد شق القصواء الزمام ، حتى أن رأسها لنصب مزل رجله وهو يقول بيده اليمنى : أيها الناس السكينة ... الحديث .

( وإن خاف الزحام ) أي وإن خاف الحاج الحاق الزحام ، أى رحمة الناس ( فدفع قبل الإمام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه ) كذا إذا كان به علة فدفع قبل الإمام ( لأنه لم يفض من عرفة ) بضم الياء وكسر الفاء ومن الإفاضة ، وهو الدفع من عرفات ( والافضل أن يقف في مقامه كيلا يكون آخذاً في الأداء قبل وقتها ) أى قبل وقت الإفاضة ، وفيه إشارة إلى أنه جاوز عرفة قبل الإمام وقبل غروب الشمس وجب عليه الدم ، ولكن إن عاد إلى عرفه قبل الغروب ثم دفع مع الإمام منها بعد الغروب سقط عنه الدم .

وقال زفر رحمه الله لا يسقط ، وعن أبي حنيفة رحمه الله يسقط صححه الكرخي ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد ، وإن عاد بعد غروب الشمس لم يسقط بالاتفاق ، ولو

ولو مكث قليلاً بعد غروب الشمس وإفاضة الإمام لخوف الزحام فلا بأس به ، لما روي أن عائشة رضي الله عنها بعد إفاضة الإمام دعت بشراب فأفطرت ثم أفاضت . قال وإذا أتى مزدلفة فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لأن النبي عليه السلام وقف عند هذا الجبل ،

---

بد بعيره فتبعه حتى خرج من عرفات إذا أخرجه بعيره فعليه دم ، ولا يسقط بالعدد ، كذا في المحيط وخزانة الاكمل ، وقال أبو يوسف رحمه الله لا أحفظ فيه شيئاً عن أبي حنيفة رحمه الله .

( ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وإفاضة الإمام لخوف الزحام فلا بأس به ) وكذا الخوف علة من العلل ( لما روى أن عائشة رضى الله عنها بعد إفاضة الإمام دعت بشراب فأفطرت ثم أفاضت ) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، حدثنا أبو خالد الاحمر عن يحيى بن سعيد عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تدعو بشراب تفطر ثم تفيض .

( وإذا أتى مزدلفة ، فالمستحب أن يقف بقرب الجبل الذى عليه الميقدة ) بكسر الميم ، موضع كان أهل الجاهلية يوقدون عليه النار ، يقال كذلك الجبل قزح ، بضم القاف كذا في المغرب ، وقيل إنها كانون آدم عليه السلام ( يقال له قزح ) أى يقال لذلك الجبل قزح ، بضم القاف وفتح الزاي وبالحاء المهملة ، وهو غير منصرف للعدل والعلمية ، كذا قاله الكاكي .

قلت هو عدل تقديرى ، كأنه معدول عن قازح كزفر عن زافر ، وفي الحديث لا يقول قول قزح من أسماء الشياطين ، قيل سمى بقزح لتسويله الناس بحثه إلى المعاصي ، من القزح وهو الجنين ، وقيل من القزح وهو الطريق والالوان التي في القوس الواحدة قزحة ، ويمكن هذا ايضاً يسمى الجبل به لكونه ذات طرائق وألوان .

( لأن النبي صلى الله عليه وسلم وقف عند هذا الجبل ) يعني جبل قزح رواه أبو داود والترمذي

وكذا عمر رضي الله عنه ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه أو يساره، ويستحب أن يقف وراء الإمام لما بينا في الوقوف بعرفة. قال ويصلي الإمام بالناس المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة. وقال زفر «رح» بأذان وإقامتين اعتباراً بالجمع بعرفة.

---

وابن ماجة عن عبيدالله بن أبي رافع عن علي رضى الله عنهم واللفظ للترمذي قال وقف رسول الله ﷺ بعرفة ... الحديث، فلما أصبح أتى قزح فوقف عليه، وروى الحاكم في المستدرك عن جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال حين وقف بعرفة هذا الموقف، وكل عرفة موقف، وقيل حين وقف على قزح قال هذا الموقف، وكل المزدلفة موقف.

(وكذا عمر رضي الله عنه) أي وكذا وقف عمر رضى الله عنه على قزح، وهذا غريب يعني ليس له أصل.

(ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه أو يساره) وقال الكرخي وإذا جاء الامام المزدلفة، وهي المشعر الحرام، وهي التي أقصيت من وادي عرفات إلى بطن محسر فانزل بها حيث شئت عن يمين الطريق وعن يساره، ولا تنزل على جادة الطريق فيؤذى الناس، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام مزدلفة كلها موقف، وارتفعوا عن بطن محسر وأما النزول على الطريق فهو ممنوع بالمزدلفة وغيرها، لأنه يقطع الناس عن الاجتياز.

(ويستحب أن يقف) أى الحاج (وراء الإمام لما بينا في الوقوف بعرفة) أشار به إلى قوله — لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا — (قال ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء، وهو بأذان وإقامة واحدة) وفي اكثر النسخ قال ويصلي الامام، أي قال القدوري رحمه الله في مختصره.

(وقال زفر بأذان واقامتين اعتباراً بالجمع بعرفة) أى قياساً عليه، واختاره الطحاوي وبه قال الشافعي في قول أبي ثور وابن الماجشون المالكي، وفي قول الشافعي رحمه الله بإقامتين دون الاذان.

ولنـــا رواية جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة ولأن العشاء في وقته فلا يفرد بالإقامة إعلاماً ، بخلاف العصر بعرفة ، لأنه مقدم على وقتـــه ، فأفرد بها لزيادة الإعلام

---

( ولنا رواية جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة ) أي جمع بين المغرب والعشاء بأذان وإقامة واحدة ، يعني في المزدلفة ، وهـذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسماعيل عن محمد بن جعفر بن محمد عن جابر بن عبدالله قال صلى رسول الله ﷺ المغرب والعشاء بجمع بأذان واحد وإقامة واحدة ولم يسبح بينهما ، وهذا حديث غريب ، فإن الذي في حديث جابر الطويل عند مسلم انه صلاهمـــا بأذان وإقامتين وبلفظه ثم أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد وإقامتين ولم يسبح بينهما شيئاً ... الحديث .

وعند البخاري أيضاً عن ابن عمر رضى الله عنه قال جمع النبي ﷺ بـــين المغرب والعشاء ، يجمع كل واحد بينهما بإقامة ولم يسبح بينهما ولا على أثر واحدة بينهما ، وهـذا مخالفاً لرواية أبن أبى شيبة . وقال الاترازى رحمه الله والترجيح لقولنـــا بأن نقول إن حديث جابر رضي الله عنه مضطرب كما ترى ، لأنه حدث في رواية بأذان وإقامتين، وفي رواية بأذان وإقامة ، قلت إنما يصح الحكم بالاضطراب لو كانت زيادة روايته مخرجتين في الصحيح ، والرواية التي تخبر بأذان واحد وإقامة واحدة ليست في الصحيح .

( ولأن العشاء في وقته ) أي مؤداه في وقته ( ولا يفرد بالأقامة إعلامـــاً ) أي لأجل الاعلام ، لأنه معلوم في جميع أهل الموقف ( بخـــلاف العصر في عرفة ، لأنه ) أى لأن العصر ( مقدم على وقته فأفرد بها ) أي بالاقامة ( لزيادة الاعلام ) .

فإن قلت يرد عليكم الفوائت لانه إن شاء أذن وأقام لكل صلاة ، وإن شاء اقتصر على الإقامة ، فينبغي أن يكون هذا كذلك . قلت الفوائت كل واحـد منها صلاة على حدة فينفرد كل منها بالإقامة ، بخلاف الصلاتين بالمزدلفة ، فإنها صارتا كصلاة واحدة ، بدليل انه لا يجوز التطوع بها ، فلأجل هذا انفرد كل واحدة بالاقامة .

ولا يتطوع بينهما ، لأنه يخل بالجمع . ولو تطوع أو تشاغل بشيء أعاد الإقامة لوقوع الفصل ، وكان ينبغي أن يعيد الأذان أيضاً كما في الجمع الأول ، إلا أنا اكتفينا بإعادة الإقامة لما روي أن النبي ﷺ صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الإقامة للعشاء

---

( ولا يتطوع بينهما ) أي بين المغرب والعشاء والمزدلفة ( لانه يخل بالجمع ) ولان النبي ﷺ لم يتطوع بينهما ( ولو تطوع ) أي بينهما ( أو تشاغل بشيء ) مثل التعشي وافتقار النية ونحو ذلك ( أعاد الإقامة لوقوع الفصل ) فيحتاج إلى إعلام آخر . قال الكاكي رحمه الله قال شيخي العلامة رحمه الله يسوى بين التطوع والتعشي والتشاغل بشيء آخر في إعادة الاقامة ، وهو يوافق بما ذكر في المبسوط ، ولكن اشترط في المبسوط الاسبيجابي الذي اختصره في مبسوط البزدوي إلى إعادة الاقامة ، وإلى اعادة الاذان والإقامة في النفس وغيره .

( وكان ينبغي أن يعيد الاذان أيضاً ) لقول زفر رحمه الله ( كما فى الجمع الاول ) أي كما يعيد الاذان أيضاً في الجمع الاول ، وهو الجمع بين الظهر والعصر بعرفة ( إلا أنا اكتفينا بإعادة الاقامة لما روي أن النبي ﷺ صلى المغرب بالمزلفة ثم تعشى ) أى أكل العشاء ( ثم أفرد الاقامة بالعشاء ) أى بصلاة العشاء ، وهذا الحديث غريب ، وتمثيله بفعل النبي ﷺ مشكل لانه قد ذكر أولاً قبل هذا ان النبي ﷺ جمع بأذان وإقامة واحدة ، واحتج به على زفر رحمه الله في إفراد الاقامة ، وكان ذلك هو الثابت الصحيح عنده ضرورة ، وبعد ثبوته لا يمكنه التمثيل بما ذكره ، بعد ، لأنه لم يصح ولم يثبت ، لانه عليه الصلاة والسلام لم يحج إلا مرة واحدة ، فكيف يستدل به .

فإن قلت هذه صورة التعارض فيحمل كل واحد على حالته ، قلت لا يمكن هذا هاهنا لأنا ننفى صحة الحديث الذي ذكره ، فمن أين يأتي التعارض حتى يوفق بينهما بذلك . وقال الكاكي رحمه الله إذا ترجحت ، أعني الرواية المروية في الصحيح انتفت الأخرى ، وحملت على سهو الراوي فلا يصح التمسك به انتهى . قلت فلأجل ذلك اختار الطحاوى رحمه الله

ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند أبي حنيفة « رح» لأن المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة ، لأن العصر مقدم على وقته ، ومن صلى المغرب في الطريق لم تجزئه عند أبي حنيفة « رح» ومحمد « رح» وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر . وقال أبو يوسف« رح» يجزئه،وقد أساء وعلى هذا الخلاف إذا صلى بعرفات. لأبي يوسف«رح» انه أداها في وقتها فلا يجب عليه إعادتها كما بعــــد طلوع الفجر ،

---

مذهب زفر رحمه الله لصحة دليله وترك الرواية الأخرى .

( ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع ) أى الجمع الذي في المزدلفة ( عند أبي حنيفة رحمه الله لأن المغرب ) أى صلاه المغرب ( مؤخره عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة ، لأن العصر مقدم على وقته ) فروعي منه جمع ما ورد به النص وهو الاداء مع الإمام في حــالة الإحرام ، وأما الجمع بمزدلفة فلم يخالف القياس ، لأن المغرب مؤخرة عن وقتها ، وقضاء الصلاة بعد وقتها أمر معقول لوجود المسبب بعد وجود السبب فلم يشترط فيه مراعـــاة ما ورد به النص وهو الإمام ، ولكن الافضل أن يصلي مع الامام بالجماعة ، لأن الاداء بالجماعة أولى كذا في الايضاح ، وقال الامام المحبوبي لا يشترط الاحرام والسلطان أيضاً .

( ومن صلى المغرب ) أى صلاة المغرب ( في الطريق ) قبل أن يأتي إلى المزدلفة (لم يجزئه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر ) وبه قال زفر والحسن ابن زياد رحمهما الله تعالى ( وقال أبو يوسف رحمه الله يجزئه وقد أساء ) لمخالفة السنة ، وبه قال مالك رضى الله عنه والشافعي وأحمد رضى الله عنهما.

( وعلى هذا الخلاف ) أي بين أبي حنيفة ومحمد وبين أبي يوسف رحمهم الله ( إذا صلى ) أى المغرب ( بعرفات ) فعندهما لا يجزئه ، وعند أبي يوسف رحمـــه الله تجزئه ، وفي الايضاح و كذا لو صلى العشاء الآخرة بعد دخول وقتها في الطريق ، لأنها مرتبة على المغرب فإذا لم تجز المغرب فما رتب عليه أولى بتركه .

( لأبي يوسف رحمه الله أنه أداها في وقتها فلا تجب عليه إعادتها كما في بعد الطلوع )

إلا أن التأخير من السنة فيصير مسيئاً بتركه . ولهما ما روي انه عليه السلام قال لاسامة في طريق المزدلفة الصلاة أمامك ، معناه وقت الصلاة ، وهذا إشارة إلى أن التأخير واجب ، وإنما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة ، فكان عليه الإعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعاً بينهما ، وإذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الإعادة

---

أي كما إذا صلى بعد طلوع الفجر ( إلا أن التأخير ) أي تأخير المغرب ليلة المزدلفة ( من السنة ويصير مسيئاً بتركه ) أي بترك التأخير .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( ما روي أن النبي ﷺ قال لأسامة في طريق المزدلفة الصلاة أمامك ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أسامة بن زيد ابن حارثة مولى النبي ﷺ وكان يسمى حب النبي ﷺ ، قال أسامة دفع النبي ﷺ من عرفة حتى إذا كان بالشعب نزل فبال ثم توضأ ولم يسبغ الوضوء ، فقلت له الصلاة فقال الصلاة أمامك ... الحديث ، معناه أي معنى قوله أمامك وقت الصلاة ومكان الصلاة ، لأن الصلاة فعل المصلي ، وفعلته لا يتصور أن يكون أمامه ، فإذا أداها في الطريق فقد أداها قبل الوقت الثابت بهذا الخبر فوجبت الإعادة كما إذا صلى الظهر في منزله يوم الجمعة ، فإنه يؤمر بالقضاء حتى يأتي على هذا الوجه الاكمل .

( وهذا ) أي قوله الصلاة أمامك ( إشارة إلى أن التأخير ) أي تأخير صلاة المغرب ( واجب ، وإنما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة ) ما دام وقت العشاء باقياً ( فكان عليه الاعادة ما يطلع الفجر ليصير جامعاً بينهما ) أي بين الصلاتين ( وإذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة ) وقال القدوري إذا كان يخشى أن يطلع الفجر قبل أن يصلي إلى المزدلفة صلى المغرب لانه إذا طلع الفجر فات وقت الجمع ، وكذلك إن صلى العشاء الاخيرة في الطريق بعد دخول وقتها لم تجزئه إلا على تقدير خوف طلوع الفجر .

فإن قلت قوله عليه الصلاة والسلام قام عن صلاة ... الحديث خبر واحد يوجب

الترتيب ، وتجب عليه الإعادة وإن ذهب ، وهاهنـــا لم تجب الوقت . قلت بأن وجوب الإعادة هناك لوجوب الترتيب ، وهو قائم ما لم يدخل الاكثر ، وهاهنا وجوب الاعادة لرعاية الجمع فيفوت إن كان الجمع يفوات وقت العشاء .

فإن قلت قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب،لا تجب الاعادة لوصلى بدون فاتحة الكتاب ناسياً أو عامداً ، وهاهنا وجبت ما دام الوقت باقياً . قلت خبر الواحد يوجب العمل على وجه لا يؤدي إلى إبطال الكتاب ، ثم هاهنا الاعادة من باب العلم ما دام الوقت باقياً لما انه صلى قبل الوقت الثابت بخبر الواحد ، وقبــل الوقت لا يجوز فتجب الاعادة كما في مسألة الترتيب ، وأما خبر الفاتحة فقد علمنا به كما يليق بحاله حيث قلنا يوجب صلاة السهو إذا تركها ساهياً ، وبالاثم إذا تركها عامداً ، أما لو قلنا بالاعادة كان خبر الواحد مبطلاً لاطلاق قوله تعالى ﴿ فاقرؤوا ما تيسر ﴾ ...الآية ٢٠ المزمل ، وذلك لا يجوز .

فإن قلت ففي حديث أسامة أيضاً القول بوجوب الاعادة في الوقت فوجب الابطال قوله تعالى ﴿ إن الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً ﴾١٣ النساء ، قلت قالوا الاعادة فيه لنوع فساد اقتضاه خبر الواحد لا لفساد قوى ، فلو قلنا بالاعادة بعد الوقت ، لكنا قائلين بالفساد لتؤدى، فحينئذ كنا مبطلين وجوب قوله تعـــالى ﴿ ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً ﴾ ولا نقول به .

فإن قلت خبر أسامة خبر واحد فلا يجوز تأخير المغرب عن دفنه ، لأن محـــافظة الوقت واجبة بالدلائل القطعية ، ولو كان من المشاهير تجب الاعـادة على الاطلاق ، لأنه مؤدى للمغرب قبل الوقت الثابت بالحديث المشهور ، قلت قال الشيخ الكاكي رحمــه الله وجوب التأخير ثبت الجمع بمزدلفة وهو من المشاهـير تجوز الزيادة به على الكتاب فصار للعصر بعرفات وللمغرب بمزدلفة وقتان،أحدهما ثابت بالدليل القطع، والثاني ثابت بالسنة المشهورة إلا أنه مأمور بالأداء في الوقت الثابت بالسنة ، فإذا أداها في الوقت الثـــابت بالكتاب ثبت لها أصل الجواز ، وكان مثبتاً لمخالفة السنة المشهورة فيؤمر بالاعادة تحقيقاً

قال وإذا طلع الفجر يصلي الإمام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي عليه السلام صلاها يومئذ بغلس ولأن في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ،

---

للجمع ، فإذا فات وقت الجمع فلا فائدة في الأمر بالاعادة بعـــدما ثبت جواز الأداء والله أعلم .

وأشكل عن أبي يوسف رحمه الله بأن صلاة المغرب التي صلاها في الطريق ، أما ان وقعت صحيحة أو لا ، فإن كان الاول فلا تجب الاعادة إلا في الوقت ولا بعده ، وإن كان الثاني وجبت فيه وبعده لأنها وقعت فاسدة ، فـــلا تنقلب صحيحة بمضي الوقت . وأجيب بان الفساد موقوف لظهر أثره في ثاني الحال ، كما مر في مسألة الترتيب .

( قال وإذا طلع الفجر ) أي في يوم النحر ( يصلي الامام بالنـــاس الفجر ) أي صلاة الفجر ( بغلس ) بفتحتين ، وهو آخر ظلمة الليل ، قاله الاترازى ثم قال كذا في الديوان وقال الأكمل الغلس ظلمة آخر الليل ، وفي بعض الشروح ناقلاً عن الديوان آخر ظلمـــة الليل ، وقد وافق على ما نحن فيه على مـــا سيظهر ، انتهى . قلت أراد ببعض الشروح شرح الاترازي ( لرواية ابن مسعود رضى الله عنه أن النبي ﷺ صلاها يومئذ بغلس) هذا رواه البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن يزيد عن ابن مسعود قال ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة إلا لميقاتهـــا الا صلاتين ، صلاة المغرب والعشاء بجمع وصلاة الفجر يومئذ قبل ميقاتها .

قوله — قبل ميقاتها — معناه المعهود المعتاد في كل يوم ، إلا أنه صلاها قبـل الفجر وأمكنه غلس بها كثيراً بينه لفظ البخارى ، وصلى الفجر حين طلـع الفجر ، وفي لفظ لمسلم انه ﷺ جمع الصلاتين جميعاً ، وصلى الفجر حين طلع الفجر ، وقائل يقول لم يطلع الفجر ، ولهذا يندفع قول من يقول أن الدليل غير مطابق للمدلول ، لأن الدليل يدل على أنه عليه الصلاة والسلام صلاها بغلس ، والمدلول قوله — وإذا طلـع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس .

( ولأن في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز ) أى التغليس ( كتقديم العصر بعرفة )

ثم وقف أي ووقف معه الناس، فدعا لان النبي عليه السلام وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنه فاستجيب له دعاء ولامته حتى الدماء و المظالم

---

أى كما يجوز تقديم العصر بعرفة قبل وقتها لدفع حاجة الوقوف بها ، واعترض عليه أن هذا الدليل العقلي لا يطابق المدلول ، بيانه أن تقريره في التغليس دفـــع حاجة الوقوف ودفع الحاجة يجوز التقديم للعصر بعرفة ، وتقديم العصر كان على وقته ، فيكون هاهنا تصحيحاً للتشبيه ، وهو خلاف المطلوب ، وأجيب بأن معناه لما جاز تعجيل العصر على وقتها للحاجة الى الوقوف بعدها ، فلا يجوز التغليس بالفجر وهو في وقتها أولى .

( ثم وقف ) أي ثم وقف الامام بعد أن غلس بصلاة الفجر ( أي ووقف معه الناس فدعا ) بما شاء من الادعية ويرفع يديه ويستقبل بها وجهه سبطاً . وفي النوازل ويدعو بالمزدلفة نحو ما دعى بعرفة اللهم حرم لحمي وشعري ودمي وعظمي وجميع جوارحي من النار يا أرحم الراحمين .

( لان النبي ﷺ وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي فيحديث ابن عباسرضىالله عنهما ، فاستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ) فيه حديثان ، أحدهما قوله لأن النبي ﷺ وقف في هذا الموضع ، وأشار به إلى المشعر الحرام الذى هو الجبل الذي يقال له قزح ، ويدعو لقوله تعالى ﴿ فاذكروا الله عند المشعر الحرام ﴾ ١٩٨ البقرة ، وهذا في حديث جابر الطويل رضي الله عنه حيث قال ثم ركب أي النبي ﷺ القصواء حق أتى المشعر الحرام ، فاستقبل القبلة فدعاه وكبره وهلله ووحده فلم يزل واقفاً حتى أسفر جداً ، فدفع قبل أن تطلع الشمس .

الحديث الثاني : هو حديث عباس بن مرداس رضى اللهعنه وليس هو حديث ابنعباس الذي هو عبد الله وقول المصنف في حديث ابن عباس رضى الله عنه وهـم ، ولم ينبه على هذا أحد من الشراح ، واعتذر بعضهم بأن المصنف إنما أراد بابن عباس رضى الله عنـــه كنانة بن عباس بن مرداس وهذا خطأ من وجهين :

أحدهما : أن ابن عباس إذا أطلقلا يراد بهإلا عبداللهبنعباس،فلو أرادكناية لقيده .

ثم هذا الوقوف واجب عندنا ، وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم . وقال الشافعي « رح » إنه ركن

---

والثاني : أن المصنف ليس من عـــادته أن يذكر الشافعي دون الصحابي عند ذكر الحديث ، فلا يليق به ذلك .

وأما حديث ابن عباس بن مرداس فقـــد ذكرناه عند قوله وأما الاجتهاد فـــلأنه عليه الصلاة والسلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لأمته فأستجيب له ، إلا في الدمـــاء والمظالم ، وهاهنا استجيب له دعاءه لأمته ، حتى الدماء والمظالم بالرفع فيهما ، والمظالم جمع مظلمة ، وهو الظلم أو اسم مأخوذ ظلماً يعني حتى استجيب له دعاؤه في الدماء والمظالم ، والأصل أن يبقى حقوق العباد لكن قالوا إن الله تعالى يرضي الخصوم بالازدياد في بيوتهم حتى تركوا خصوماتهم في الدنيا والمظالم واستوجبوا المغفرة .

فإن قلت هذا خاص بالذي يحج أول عام أو لا . قلت لا بل هو عام لجميع أمته ولا قرينة التخصيص ، ثم الكلام في إعراب حتى الدماء والمظالم ، فقد ذكرنا انه بالرفع فيهما لأن حتى العطف كما في قولهم قدم الحاج حتى المشاة ، ويجوز الجر فيهما على أن تكون حتى جارة كما في قولك أكلت السمكة حتى رأسها ، وهاهنا قيل حتى ظهرها قبلها ، لأن الرأس داخل في أكله السمكة ، وتقدير الكلام استجيب له دعاؤه ولأمته في ذنوبهم حتى الدماء والمظالم .

فإن قلت الشرط في الرفع أن يكون ما بعدها مجازاً لما قبلها ، وفيـه الدعاء والمظالم ليس من عين الدعاء ، قلت لا بد من التأويل ، وهو أن يقال أن معناه استجيب له كل ذنب لأمته حتى استجيب له في الدماء والمظالم .

( ثم هذا الوقوف ) أي الوقوف بالمزدلفة ( واجب عندنا وليس بركن ، حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم ) وإن تركه بعذر لازدحام أو تعجيل السير إلى منى فلا شيء عليه ، قاله في المحيط ، والمبيت بمزدلفة سنة وبه قال مجاهـد وعطاء وقتادة والزهري والثوري واسحاق وأبو ثور .

( وقال الشافعي إنه ركن ) أي أن الوقوف بالمزدلفة ركن ، ونسبة هـذا القول إلى

لقوله تعالى ﴿ فاذكروا الله عند المشعر الحرام ﴾ ١٩٨ البقرة ، وبمثله يثبت الركنية ، ولنا ما روي أنه عليه السلام قدم ضعفة اهله بالليل

---

الشافعي غير صحيح ، لأنه ذكر في وجيزهم أن الوقوف بالمزدلفة سنة ، قال الاترازي رحمه الله إن صاحب الهداية وجد نقلاً صحيحاً عن الشافعي رحمه الله أنه ذكره . وقال الشافعي وقال الكاكي رحمهما الله نسبته لهذا القول إلى الشافعي رحمه الله وقع سهواً من الكاتب لما انه ذكر في كتبهم أنه سنة ، وذكر في المبسوط الليث بن سعد مكان الشافعي ، وفي الأسرار علقمة ، وفي فتاوى قاضى خان رحمه الله مالكاً مكانه ، وذكر في المحيط مالكاً والشعبي وعلقمة ، ونسبة هذا أيضاً إلى مالك رضى الله عنه سهو ، لأن الصحيح من مذهبه أن الوقوف بها سنة ، والنزول بها واجب ، وكذا الوقوف مع الإمام سنة عنده .

وذهب علقمة بن قيس والشعبي والنخعي والحسن البصري والاوزاعي وحماد بن أبي سليمان إلى أن الحج يفوت بفوات الوقوف بالمزدلفة ، ويروى عن ابن عباس والزبير ، وفي المبسوط وعلى قول الليث بن سعد هذا الوقوف ركن . وقالت الظاهرية من لم يدرك مع الامام صلاة الصبح بالمزدلفة بطل حجه إن كان رجلاً ، ولو دفع من عرفة قبل غروب الشمس فلا شيء عليه وحجه تام .

( لقوله تعالى ﴿ فاذكروا الله عند المشعر الحرام ﴾ ١٩٨ البقرة ، وبمثله ) أي وبمثل هذا الأمر الذي في الآية الكريمة ( يثبت الركنية ) لأنه نصف قطعي ، فأمر بالذكر عند المشعر الحرام والذكر يكون مع الوقوف فيكون فرضاً .

( ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام قدم ضعفة أهله بالليل ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يقدم ضعفة أهله بغلس ويأمرهم لا يرمون الجمرة حتى تطلع الشمس ، وروى البخاري رضي الله عنه ومسلم عن سالم عن أبيه عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه كان يقدم ضعفه أهله ... الحديث ، والضعفة على وزن فعلة ، جمع ضعيف ويجمع على ضعفاء أيضاً وأراد بهم النساء والولدان والخدام .

ولو كان ركناً لما فعل ذلك ، والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالإجماع ، وإنما عرفنا الوجوب لقوله عليه السلام من وقف معنا هذا الموقوف ، وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات ، فقد تم حجه علق به تمام الحج ، وهذا يصلح أمارة للوجوب ، غير انه إذا تركه بعد زمان

---

( ولو كان ) أي الوقوف بمزدلفة ( ركناً لما فعل ذلك ) أي تقديم الضعفة ، لأن ما كان ركناً لا يجوز تركه للعود ، وفي الايضاح الركن لا يثبت لا بدليل مقطوع به ، وقد اجمعت الأمة أن الوقوف بعرفة وطواف الزيادة من جملة الاركان ، وفي الوقوف بمزدلفة لم ينعقد الاجماع بل الحديث ورد به ( والمذكور فيما تلا الذكر ) هذا جواب عن استدلال الشافعي رحمه الله بالآية ، وتقريره أن المأمور به في الآية هو الذكر .

( وهو ليس بركن بالاجماع ) فكذا ما كان وسيلة إليه ، وهو الحضور في الوقوف ( وإنما عرفنا الوجوب ) جواب عن سؤال مقدر ما يقال إذا نفيتم الركنية عن الوقوف بالمزدلفة ، فمن أين يقولون بوجوبه ، فقال وإنما عرفنا الوجوب ، أي وجوب الوقوف بمزدلفة ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض ، قبل هذا من عرفات فقد تم حجه ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن عروة بن نصير ، قال قال رسول الله ﷺ من شهد صلاتنا هذه ووقف معنا حتى يدفع ، وقد وقف بعرفة قبل ذلك ،ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى تفثه،وأخرجه ابن حبان رضى الله عنه في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وقال هو الصحيح على شرط كافة أئمة الحديث . قوله – هذا الموقف – أشار به إلى موقف المزدلفة ، والواو في – وقد كان – للحال قوله – أفاض – أي رجع ووقع .

( علق ) أي علق رسول الله ﷺ ( به ) أي بالوقوف بالمزدلفة ( تمام الحج وهذا ) أي تعليق تمام الحج بالوقوف ( يصلح أمارة للوجوب ) بفتح الهمزة ، أي علامة وجوب الوقوف ( غير انه إذا تركه ) إشارة من قوله – وهذا يصلح أمارة الوجوب – يعني الوقوف بمزدلفة واجب ، إلا أنه إذا تركه ، أي الوقوف ( بعد زمان ) أي بسبب عذر

يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما رويناه. قال والمزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر لما روينا من قبل . قال فإذا طلعت الشمس أفاض الإمام والنـــاس حتى يأتوا منى . قال العبد الضعيف عصمة الله هكذا وقع في نسخ المختصر ، وهذا غلط ، والصحيح إذا أسفر أفاض الامام والناس ،

---

مثل الخوف من الزحام أو عروض علة من العلل ، أشار إليه بقوله ( بأن يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا ) أراد به انه عليـــه الصلاة والسلام قدم ضعفة أهله بالليل .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( والمزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر لما روينا من قبل ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ومزدلفة كلها موقف ، وارتفعوا عن وادي محسر وفي المحيط وقت الوقوف بمزدلفة بعد طلوع الفجر من يوم النحر ، إلا أن أسفر جداً. وفي الاسبيجابي لو جاوز حد المزدلفة قبل طلوع الفجر ، فعليه دم إلا لعلة أو ضعف ، فخاف الزحمة فدفع منها ليلا أو مر بها من غير أن يقف جاز كالوقوف بعرفة ، وفي التحفة لو مر في حرير آخر المزدلفة جاز ، ومحسر بكسر السين المشددة فاعل من حسر بالتشديد، لأن فيه أصحاب حسر فيه ، أي أعي ، وقيل عن السير وهو واد بين منى والمزدلفة ، وسمي وادي النار ، يقال أن رجلا اصطاد فيه فنزلت نار فأحرقته ، وقيل لأنه يحسر سالكيه رؤوسهم ، ذكره المنذري ، وحد المزدلفة ما بين ماري عرفة ، وقرن بمحسر يميناً وشمالاً من الشعاب والجبال ، ذكره النووي رحمه الله وحكم الاسراع فيه مخـــالفة النصارى لأنه موقفهم .

( قال ) أي القدوري ( وإذا طلعت الشمس أفاض الإمام والناس معـه على هنيتهم حتى يأتوا منى . قال العبد الضعيف عصمه الله ) أي المصنف ( هكذا وقـــع في بعض نسخ المختصر ، وهو غلط والصحيح إذا أسفر أفاض الامام والناس ) معه. وقال الاترازي هذا الذي قال صاحب الهداية رحمه الله صحيح ، لكن الغلط وقـــع من الكاتب لا من

القدوري رحمه الله ، ففسره الاترازي أن الشيخ أبا النصر البغدادي رحمه الله ، وهو من تلامذة الشيخ أبي الحسن القدوري رحمه الله في هذا الموضع في الشرح بقوله، قال ثم يفيض الإمام من مزدلفة قبل طلوع الشمس والناس معه حتى يأتي منى

وأثبت الإمام أبو الحسن القدوري رحمه الله في مختصر الكرخي مثل هـذا ، فقال ويفيض الإمام قبل طلوع الشمس فيأتي فعلم أن ذكر صاحب الهداية منقولاً في مختصر القدوري رحمه الله ، فذلك سهو من الكاتب لا من القدوري، والشيخ أبو الحسن القدوري رحمه الله أخذ نصاً من أن نزل قدمه في هذا القدر وهو محرز حال في الفقه، وغيث مدرار في الحديث ، وناهيك من دليل على غزارة علمه على شرحه لمختصر القدوري رحمه الله، فإذا طالعته عرفت أنه محله في الفقه كان عند العيوب ولا يناله يد كل أحد ويرجع طرف الناظر إلى منزلة من كلال ورمد ، انتهى .

قلت هذا كله لا ينافي وقوع السهو منه لأن تعرض له كبوة ، والعلم له زلة ، وقد وقع من أكابر العلماء ممن تقدموا من السهو والخطأ ، ومع هذا وقوع السهو لا ينافي جلالة قدره وغزارة علمه ، ولكن سمعت من استاذه الكبير يقول إن القدوري رحمه الله لما فرغ من تصنيف مختصره المنسوب اليه حج ، وأخذ المختصر معه ، ولما فرغ من طوافه سأل الله سبحانه أن يوقفه على خطأ فيه وسهو منه عن قلم .

ثم أنه فتح المختصر وتصفحه ورقة ورقة إلى آخره فوجد فيه خمسة مواضع أو ستة مواضع ممحوة ، وهذا يعد من كرامته ، وهذا مما يؤيد أن وقوع هذا الغلط من الكاتب لا منه والله أعلم ، ومختصر القدوري رحمه الله الذي عنده يقرأه أبي وجدي [1] ، وقرأ على شيخ المشايخ هكذا والمزدلفة كلها موقف إلا بطن محسر ، ثم أفاض الإمام والناس قبل طلوع الشمس حتى يأتوا منى. قوله والصحيح إذا اسفر ذكره في المحيط محمد رحمه الله الاسفار يقال إذا لم يبق من طلوع إلا مقدار ما يصلى فيه ركعتان .

( لأن النبي ﷺ وقع قبل طلوع الشمس ) هذا الحديث رواه الجماعة إلا سلمان

---

(١) هكذا كتبت الجملة في الأصل ، اه مصححه .

عن عمر بن سيمون قال شهدت عمر رضى الله عنه صلى بجمع الصبح ثم وقف فقال ان المشركين كانوا لا يفيضون حتى تطلع الشمس ويقولون اشرق ثبير ، وأن النبي ﷺ خالفهم ثم أفاض قبل أن تطلع الشمس و – ثبير – بفتح الثاء المثلثة وكسر الباء الموحدة اسم جبل ، وكانوا يقولون اشرف نهر كما يغير من الإغارة بالغين المعجمة وهو الاسراع .

( قال فيبتدىء بجمرة العقبة ) وفي بعض النسخ (قال) أى القدوري رحمه الله فيبتدىء بجمرة العقبة – الجمرة – الحجر الصغير ، وجمعها الجمار ، وبها سمي المواضع التي يرمي جمار أو حجار أو حجرات لما بينهما من الملابسة . وقيل الجمع ما هنالك من الحصى من تجمر القوة إذا اجتمعوا ، وسميت جمرة العقبة لأنها جبل في طريق منى كذا في مبسوط البكري رحمه الله ، وذكر في مبسوط شيخ الاسلام انما سميت جمرة لأن ابراهيم عليه السلام لما أمر بذبح الولد جاء الشيطان يوسوسه فكان ابراهيم عليه السلام يرمى اليه الأحجار طرداً له ، وكان يجمرتين يديه يسرع في المشي ، الاسراع في المشي (١)

( فيرميها من بطن الوادي ) أى فيرمي الجمرة من أسفل الوادي إلى أعلاه ، هكذا رواه ابن مسعود في الصحيحين والترمذي عن ابن مسعود انه عليه السلام لما رمى جمرة العقبة جعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ، وفي رواية أنه اسطن،وقال ابن مسعود رضى الله عنه هذا المقام الذي أنزلت عليه سورة البقرة ، وإنما خص بسورة البقرة لأن معظم مناسك الحج فيها ، ولو رماها من أعلاها جاز ، والأول السنة ، فإن عمر رضي الله عنه رماها من أعلاها للزحام .

وفي البدائع والتحفة يأخذ الجمار من المزدلفة أو من الطريق ، وفي المحيط يأخذ من الطريق ، وفي مناسك جمال الدين الحضرمي قد جرى التواتر بحمل الحصى من جبل على الطريق ، فيحمل سبعين حصاة ، وفي مناسك الكرماني رحمه الله يرفع من المزدلفة سبع حصاة ، لحديث الفضل هو السنة ، وقال قوم يأخذ منها سبعين حصاة ، ويكره كسر الحجارة إلا عن عذر ، ويستحب التقاطها من الطريق والأمر في ذلك واسع لسبع

(١) هكذا الجملة في الأصل ، اه مصححه .

بسبع حصيات مثل حصى الخذف ، لأن النبي عليه السلام لما أتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة ، وقال عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضاً ، ولو رمى بأكبر منه جاز لحصول الرمي ، غير أنه لا يرمي بالكبير من الأحجار كيلا يتأذى به غيره

---

حصيات مثل حصيات الخذف بالخاء والذال المعجمتين الرمي برؤوس الأصابع والحذف بالحاء المهملة الرامي بالقبض ، وقال الحسن البصري في مناسكه حصى الخذف مثل النواة وقال الشافعي رضى الله عنه يكون أصغر من الأنملة طولاً وعرضاً، لأن النبي ﷺ لما أتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة ، هذا في حديث جابر الطويل رحمه الله ، فدفع قبل أن تطلع الشمس حتى وصل إلى بطن محسر ، فحرك قليلاً ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج على الجمرة الكبرى حتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها .

( بسبع حصيات مثل حصى الخذف ، لأن النبي ﷺ لما أتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة ) فقوله لم يعرج على شيء ، أي لم يقف عنده ، يقال مررت به فأعرجت عليه ، أي ما وقفت وعرجت بالقاف ( وقال النبي ﷺ عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضاً ) هذا الحديث رواه الطبراني رحمه الله في معجمه الاوسط من حديث نافع عن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لما أتى محسراً عليكم بحصى الخذف. وفي رواية ابن ماجة من حديث سليمان بن عمرو بن الاحص عن أمه قالت رأيت رسول الله ﷺ يرمي الجمرة من بطن الوادي ... الحديث ، وفي آخره وإذا رميتم الجمرة فارموا بمثل حصى الخذف .

( ولو رمى بأكبر منه ) أي بحجر اكبر من حصى الخذف ( جاز لحصول الرمي، غير أنه لا يرمى بالكبار من الاحجار كيلا يتأذى به غيره ) وفي المحيط لا يستحب الكبار ، وعند أحمد « رض » لو رمى بحجر كبير لا تجزئه ، وقال مالك رحمه الله عنه يستحب

ولو رماها من فوق العقبة أجزأه ، لأن ما حولها موضع النسك ، والأفضل أن يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة ، كذا روي عن ابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهما ،

---

أن يكون أكبر من حصى الخذف ، وأنكر القرطبي والشافعي « رح » وقالا بعدما صح من قول الشارع انه مثل حصى الخذف لا معنى لأكبر من ذلك .

( ولو رماها من فوق العقبة أجزأة ) جاز لحصول الرمي ، غير أنه لا يرمي بالكبار كيلا يتأذى به غيره أجزأه ( لأن ما حولها موضع النسك ) لأن بعض الصحابة « رض » كانوا يرمونها من فوق العقبة ، ألا ترى أن عبد الرحمن بن زيد « رض » قال إن الناس يرمونها من فوقها ، وأراد بالناس الصحابة والتابعين « رض » ( والافضل أن يكون من بطن الوادي لما روينا ) وهو انه ﷺ رمى هكذا .

( ويكبر مع كل حصاة ) من الحصيات السبع ، قال الناطفي رحمه الله في كتاب الاجناس ذكر في مناسك الحسن بن دينار رحمه الله تعالى يقول عند كل حصاة يرميها بسم الله والله أكبر ، ويرمي بيد واحدة بيده اليمنى . وقال في النوازل يكبر مع كل حصاة ، ويقول اللهم اجعله حجاً مبروراً وسعياً مشكوراً وذنباً مغفوراً . وقال أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله لا تأقيت في دعاء الرمي عند الفقهاء ، وإنما هو ذكر ودعاء ، وعن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه إذا كان يرمي يقول بسم الله اللهم لك الحمد والشكر ، وعن علي رضى الله عنه أنه كان يقول كلما رمى حصاة اللهم اهدني بالهدى ، وقوني بالتقوى ، وأجعل الآخرة خيراً لي من الاولى ، والمعروف عندنا أن يقول عند كل حصاة بسم الله والله أكبر رغماً للشيطان وحزبه ويقوم التسبيح والتهليل مقامه .

( كذا روي عن ابن مسعود وابن عمر رضى الله عنها ) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البخاري ومسلم عن عبد الرحمن بن زيد قال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه جمرة العقبة من بطن الوادى بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ... الحديث .

ولو سبح مكـــان التكبير أجزأه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي، ولا يقف عندها، لأن النبي عليه السلام لم يقف عندها. ويقطع التلبية مع أول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه، وروى جابر أن النبي عليه السلام قطع التلبية مع أول حصاة رمى بها جمرة العقبة

---

وأما حديث ابن عمر رضى الله عنه فأخرجه البخاري عن الزهري « رض » سمعت سالماً يحدث عن أبيه أن النبي ﷺ كان إذا رمى الجمرة رماهـا بسبـع حصيات، يكبر مع كل حصاة ... الحديث.

( ولو سبح مكان التكبير أجزأه لحصول الذكر ) أي ذكر الله تعالى ( وهو من آداب الرمي ) أي التكبير من آداب الرمي ولهذا لو سبح مكان التكبير جـاز لحصول المقصود وهو الذكر ( ولا يقف عندنا ) أي عند جمرة العقبة ( لأن النبي ﷺ لم يقف عندها ) كان إذا رمى الجمرة... الحديث وفيه ثم يأتي الجمرة التي عند العقبة فيرميها بسبـع حصيات يكبر كلما رماها بحصاة، ثم ينصرف ولا يقف عندها.

( ويقطع التلبية مع أول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه ) أشار به إلى قوله فيما مضى. ولنا ما روي أن النبي ﷺ ما زال يلبى حتى جمرة العقبة، هكذا قال الاترازي، وقال مخرج الاحاديث كأن المصنف ذهل، فانه لم يذكر هذا عن ابن مسعود رضى الله عنه، وأما ما ذكر عند التكبير مع كل حصاة إلا أن يكون مفهوماً، فإن قوله – يكبر مع كل حصاة – يدل على انه قطع التلبية مع أول حصاة وصرح به البيهقي في المعرفة، فإنه قال بعد أن ذكره من جهة مسلم وفيه دلالة على أنه قطـــع التلبية بأول حصاة ثم كان يكبر مع كل حصاة، انتهى. وروى جمرة العقبة بأول حصاة.

( وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قطع التلبية مع أول حصاة رمى بهاجمرة العقبة ) هذا الحديث لم يتعرض اليه احد من الشراح، وهذا مفهوم ما جـاء في حديث جابر الطويل « رض » حتي اتي الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ... الحديث.

ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة . ومقدار الرمي أن يكون بين الرمي وبين موضع السقوط خمسة أذرع ، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة « رح » لأن ما دون ذلك يكون طرحاً ، ولو طرحها أجزأه لأنه رمى إلى قدمية ، إلا انه مسيء لمخالفة السنة ، ولو وضعها وضعاً لم يجزئه لأنه ليس برمي ، ولو رماها فوقعت قريباً من الجمرة يكفيه ، لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه .

---

( ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ) أي بالسبابة وهي التي تلي الابهام . قيل أن المسبحة اسم جاهلي ، وقال الكاكي رحمه الله اختلف المشايخ في كيفية الرمي ، قال بعضهم يضع الحصاة على ظهر إبهامه ويستعين بالمسبحة كأنه عاقد سبعين . وقيل يأخذها بطرف ابهامه وسبابته كان عاقداً ثلاثين ويرميها ، وقال بعضهم يحلق سبابته ويضعها على مفصل إبهامه كأنه عاقد عشرة ويرميها وبه قال الشافعي رضى الله عنه ، وفي الفتاوي الظهيرية قال مشايخ بخاري كيفما رمى فهو جائز ، والأول أصح ، كذا في المحيط ، وقيل يضع رأس الابهام عند وسط السبابة ويرمي بظفر الابهام ، وفي البدائع عنه عليه السلام أنه وضع إحدى سبابتيه على الاخرى كأنه يحذف وكيفما رمى جاز .

( ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة أذرع ، كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، لأن ما دون ذلك يكون طرحاً ) فيكون مسيئاً لمخالفة السنة ( ولو طرحها طرحاً أجزأه لأنه رمى إلى قدميه إلا أنه مسيء لمخالفة السنة ، ولو وضعها وضعاً لم يجزئه لأنه ليس برمي ) حكى القاضي عياض رحمه الله عن المالكية أن الطرح والوضع لا يجزىء ، قال وقال أصحاب الرأى يجزىء الطرح ولا يجزىء الوضع . قال ووافقنا أبو ثور إلا أنه قال إن كان يسمى الطرح رمياً أجزأه . وحكى إمام الحرمين عن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله أنه يكفي الوضع.

( ولو رماها فوقعت قريباً من الجمرة يكفيه لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه

ولو وقعت بعيداً منها لا يجزئه لأنه لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص، ولو رمى بسبع حصيات جملة ، فهذه الجملة واحدة ، لأن المنصوص عليه تفرق الأفعال ويأخذ الحصاة من أي موضع شاء ، إلا من عند الجمرة ، فإن ذلك يكره ، لأن ما عندها من الحصى مردود ، هكذا جاء في الأثر فيتشاءم به

---

ولو وقعت بعيداً منها لا تجزئه لأنه) أي لأن الرمي (لم يعرف قربة إلا في مكان مخصوص) وهو الجمرة ، لأن نفس الرمي ليس بقربة فلا يقع قربة إلا في المكان المخصوص الذي عينه الشارع .

( ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه الجملة واحدة ) أي رمية واحدة فعليه أن يأتي بالبقية ( لأن المنصوص عليه تفرق الافعال ) أي لأن المنصوص هو فعل الرمي بسبع حصيات متفرقات لا عين الحصيات . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإن رماها بأكثر من سبع تضره تلك الزيادة ( ويأخذ الحصى من أى موضع شاء إلا من عند الجمرة ، فإن ذلك يكره ) به قال الشافعي رحمه الله ، وقال أحمد رحمه الله وابن شعبان المالكي لا يجوز . وقال الحاكم الشهيد في الكافي فإن رماها بحصاة أخذها من عند الجمرة أجزأه ، وقد أساؤوا .

وقال القدوري رحمه الله في شرحه ، فإن رمى بحجر من الجمرة جاز ، وقال مالك رحمه الله لايجوز. لنا أن الرمي لا يغير صفة الحجر، فجاز الرمي كما جاز في الابتداء بخلاف الماء المستعمل عندنا حيث لا يجوز استعماله ثانياً لأنه انتقلت النجاسة اليه بالاستعمال، وقال القدوري والعجب من مالك رحمه الله حيث جوز الوضوء بالماء المستعمل وإن كان الاستعمال يغير اسم الماء ومنع الرمي بالحجر وإن كان الرمي لا يغير صفته ، انتهى . قلت ذكر الكاكي مالكاً والشافعي رحمهما الله ينافي هذه المسألة .

( لأن ما عندها من الحصى مردود ) أي لأن ما عند الجمرة من الحصى مردود لم يقبل الله من راميه ( هكذا جاء في الأثر ) أي بكونه مردوداً جاء الحديث ( فيتشاءم به ) أي

فيعد ميشوماً مانعاً إلا به ، والأثر أخرجه أبو نعيم في دلائل النبوة عن عبدالله بن خراش عن العوام عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ ما قيل حج امرىء إلا رفع حصاة ، ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده عن ابن عباس رضى الله عنهما قال في حصى الجمار ما قبل منه رفع ولا يقبل منه ترك ، وروى ابن أبي شيبة أيضاً نحوه موقوفاً .

وروى الحاكم في مستدركه والدارقطني في سننه عن يزيد بن سنان عن زيدبن أبي شيبة عن عمرو بن مرة عن عبد الرحمن بن أبي سعيد الخدري رضى الله عنه عن أبيه عن أبي سعيد الخدري قال ، قلنا يا رسول الله ﷺ هذه الجمار التي يرمي بها كل عام فتحسب انها تنتقص فقال إنما قبل منها (١) ولولا ذلك لرأيتها أمثال الجبال . قال الحاكم رضى الله عنه حديث صحيح الاسناد لم يخرجاه ، ويزيد بن سنان ليس بالمتروك . وأعله الشيخ في الإمام بين يدي ابن سنان فيه مقال . وقال صاحب التنقيح هذا حديث لا يثبت ، فأن أبا فروة يزيد ابن سنان ضعفه الإمام أحمد والدارقطني رحمها الله وغيرهما ، وتركه النسائي وغيره .

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً على ابن سعيد ، وقال ما تقبل من حصى الجمار رفع ، والكاكي رحمه الله ذكرهنا عند قوله ، هكذا جاء الأثر قال عليه الصلاة والسلام من قبلت حجته رفعت جمرته ، وعن سعيد بن جبير رحمه الله قال قلت لابن عباس رضى الله عنه ما بال الجمار ترمى من وقت الخليل عليه السلام ولم لون هنا مضايا (٢) أي بلالاً لسد الافق ، فقال أما علمت أن من تقبل حجته ترفع حصاه ، ومن لم تقبل حجته ترك حصاه. قال مجاهد لما سمعت هذا منه جعلت على حصياتي علامة ، ثم توسطت الجمرة لما قبلها لما قيل إنها حصى من لم تقبل حجته ، فإن من قبلت حجته رفعت جمرته ، وقال وقد روي عن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه قال لابن عباس ، فذكر مثل ما ذكره الكاكي

(١) كلمة غير مقروءة ، اهـ مصححه .

(٢) هكذا الجملة رسمت في الأصل ، اهـ مصححه .

ومع هذا لو فعل أجزأه لوجود فعل الرمي ، ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الارض عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » لان المقصود فعل الرمي ، وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر

---

إلى قوله مضاياً ولفظ بيده ، وقال ابن عباس أما علمت أن من قبل حجته رفع حصاه ، انتهى . قلت كل هـذا من عدم اطلاعهم على كتب الحديث ومـا آفة ذاك إلا من التقليد .

( ومع هـذا ) أي وعلى ما ذكرنا من أن أخذه الحصى من عند الجمرة مكروه ( لو فعل ) أي لو أخذ من موضع الجمرة ( أجزأه لوجود فعـل الرمي ) لأن المقصود التشبه بابراهيم عليه السلام في إهانة الشيطان وإنه حاصل .

( ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الارض عندنا ) سواء كان مدراً أو طيناً أو يابساً أو قبضة تراب ، وفي السروجي وكذا المغرة والنورة والزرنيخ والاحجار النفيسة كالياقوت والزمرد والبلخش ونحوها والملح الجبلي والكحل والزبرجد والبلور والعقيق والفيروز ، بخلاف الحشيش والعنبر واللؤلؤ والذهب والفضة والجواهر وهي كبار اللؤلؤ فانها ليست من أجزاء الارض ، وبقولنا قال الثوري .

( خلافاً للشافعي رحمه الله ) فإنه عنده لا يجوز إلا بالحجر ، وفي السروجي وعند الشافعي رحمه الله المرمر والدام ، والكران وحجر النورة قبل ان يطبخ ، وحجر الحديد على المذهب الصحيح ، ومما يتخذ منه الفصوص كالفيروزج واليـاقوت والعقيق والبلور والزبرجد في أصح الروايتين الوجهين ، وهو قول أحمد « رح » ومنع الاسد مع أنه نوع من الحجر . ويقول الشافعي « رح » قال مالك وقال الاتقاني من الحنـابلة لا يجوز بالدام والحام والكران ، وعن أحمد رحمه الله لا يجوز الحجر الكبير ، وذهب ابو داود إلى انة يجوز بكل شيء حتى البعرة والعصفور الميت ، وقال ابن المنذر رحمه الله لا يجوز إلا بالحصى ذكره القرطبي .

( لأن المقصود فعل الرمي ) هذا تعليلنا ، ولم يذكر تعليل الشافعي رحمه الله ، هو يقول أن المأثور هو الحجر ( وذلك ) أي المقصود من الرمي ( يحصل بالطين كما يحصل بالحجر )

بخلاف ما إذا رمى بالذهب أو الفضة ، فإنه لا يجوز لانه يسمى نثراً لا رمياً. قال ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر لما روي عن رسول الله عليه السلام انه قال إن أول نسكنا في يومنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق،

---

والمقصود هو إهانة الشيطان وهو يحصل بكل ما كان مهاناً في نفسه من أجزاء الأرض ، هكذا ذكره الاترازي رحمه الله ، وقال الكاكي المقصود التشبيه بإبراهيم عليه السلام في إهانه الشيطان ، انتهى .

قلت في كلام كل منهما نظر ، أما كلام الاترازي رحمه الله فإنه قال بكل ما كان مهاناً في نفسه ، فالياقوت والزمرد والبلخش والزبرجد والبلور والعقيق والفيروذج عزيزة في أنفسها غير مهانة ، فعلى تعليله ينبغي أن لا يجوز الرمي بهذه الاشياء ، وأما كلام الكاكي رحمه الله ، فإنه قال المقصود التشبيه بإبراهيم عليه السلام ، ففي الرمي بهذه الأشياء لا يوجد التشبيه .

( بخلاف ما إذا رمى بالذهب والفضة ، فانه لا يجوز ، لأنه يسمي نثاراً لا رمياً ) فيه نظر ، لأن فيه الرمي حقيقة ، بل قوله ـ لأنه يسمي نثاراً ـ صحيح ، وقال الاترازي رحمه الله ، لأنه نثار لا رمي ، فلم يدر على الاهانة ، بل على الاعزاز ، وفيه أيضاً نظر ، لأن الاعزاز في الياقوت ونحوه مما ذكرنا أقوى وأشد وأظهر فعلى كلامه ينبغي أن لا يجوز مع هذا يجوز .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ثم يذبح ) بعد رمي جمرة العقبة ( إن أحب ) أي الذبح ، يعني إن شاء ، وأما على المحبة باعتبار الدم على المفرد مستحب لا واجب ، والكلام في المفرد لا في القارن والمتمتع ، فإن الدم واجب عليها ( ثم يحلق أو يقصر ) إنما يرد وبين الحلق والتقصير ، لأن أحدهما واجب ، سواء كان مفرداً أو قارناً أو متمتعاً ، لكن الحلق افضل ، وفي المبسوط اما المبسوط لنا فإنه خير بين الحلق والتقصير إذا لم يكن شعره ملبداً أو معقوصاً أو مصفراً ، فإن كان لا يتخير بل يلزمه الحلق ، وبه قال الشافعي « رح » في القديم وأحمد وقال في الجديد يجوز القصر .

( لما روى أن النبي ﷺ أنه قال إن أول نسكنا في يومنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق )

ولان الحلق من أسباب التحلل ، وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليها ، ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح ، وإنما علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع ، والكلام في المفرد والحلق أفضل، لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين قاله ثلاثاً ... الحديث ظاهر بالترحم عليهم ،

---

هـــذا غريب ، وأخرجه الجماعة إلا ابن ماجة عن محمد بن سيرين عن أنس بن مالك رحمهم الله أن رسول الله ﷺ أتي منى وأتي الجمرة ورماها ثم أتى مـــنزله مني فنحر ثم قال للحلاق خذ ، وأشار إلى جانبه الأيمن ثم الأيسر ثم جعل يعطيه الناس .

( ولأن الحلق من أسباب التحلل ، وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر ) أي الذبـح أيضاً من أسباب التحلل كالحلق ، وهكذا يتحلل به المحصر ، وليس عليه حلق أو تقصير في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما يجيء بيانه في باب الإحصار ( فيقـدم الرمي عليها ) أي على الذبح ( ثم الحلق من محظورات الإحرام ) أي من ممنوعاته بلغ ( فيقـدم عليه الذبح ) أي على الحلق ، فأخر لذلك ( وإنما علق الذبح بالمحبة ) أي إنما علق القدوري الذبح بقوله إن أحب :

( لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوع ) لأنه مسافر ( والكلام ) يعني في هــذا الباب ( في المفرد ) يعني في الحاج المفرد وقد ذكرنا هــذا عن قريب ( والحلق أفضل ) أي من التقصير ( لقوله ﷺ رحم الله المحلقين ، قاله ثلاثاً ... الحديث ) هذا الحديث أخرجـه البخاري ومسلم عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال رحم الله المحلقين قالوا والمقصرين يا رسول الله . وفي رواية البخاري لما كان الرابعة قال والمقصرين ... قوله الحديث – بالنصب ، أي آخر الحديث الخ ، ويجوز رفعه على أنه مبتدأ محذوف الخـبر ( ظاهر بالترحم عليهم ) أي ظاهر النبي ﷺ بالترحم على المحلقين .

قال الأكمل أي كرر الترحم عليهم ، وقال الكاكي المراد به هاهنا التلفظ به مراراً ، يعني كرر لفظ رحم الله، وهو قريب من الأول ، قال تاج الشريعة حيث قال ثلاث مرات

ولان الحلق أكمل في قضاء التفث وهو المقصود ، وفي التقصير بعض التقصير ، فأشبه الاغتسال مع الوضوء . ويكتفى في الحلق بربع الرأس اعتباراً بالمسح ،

---

حيث قال رحم الله المحلقين من ظاهر بين الثوبين ، إذ ليس أحـــدهما فوق الآخر ، قلت ظاهر من باب المفاعلة وأصله للمشاركة بين اثنين ، وهاهنا ليس كذلك ، بل هو بمعني فعل كما في قوله تعالى ﴿ وسارعوا ﴾ أي أسرعوا ، وفي الحديث ظاهر بين درعين ، أي ظهر بينهما معناه ليس أحدهما فوق الآخر ، ومنه بارز علي رضى الله عنه يوم بدر ، أي نصر وأعان ، وقال الاترازي رحمه الله قوله – ظاهر الحديث بالترحم عليهم ، ورفـــع لفظ الحديث ، فيدل على أن لفظ الحديث هو فاعل ، وظاهر فعله ، وبالترحم في محل المفعول وليس كذلك ، بل فاعل ظاهر هو النبي ﷺ لما ذكرنا ، فافهم .

( ولأن الحلق أكمل في قضاء التفث ) أي في إزالة الوسخ ، لأن قضاء التفث قص الشارب والأظافر ونتف الإبط وحلق العانة ، والتفث بالفتحات الوسخ ، ومادته بالمثناة من فوق وفاء وثاء مثلثه ، وكون الحلق أكمل إجماع ، واختلف فيمن وجب عليه الحلق ، وليس على رأسه شعر ، قيل يجب عليه أمرار الموسى على رأسه ، وبه قال مالك وبعض اصحاب الشافعي رحمهما الله ، لأن الواجب عليه إمرار الموسى على رأسه وإزالة الشعر ، إلا أنه عجز عن أحدهما وقدر على الآخر ، فما قدر عليه بقي وما عجز عنه سقط ، وقال بعضهم يستحب وبه قال الشافعي وأحمـــد رحمهما الله ( وهو المقصود ) أي إزالـــة التفث هو المقصود .

( وفي التقصير بعض التقصير ) أى في تقصير شعر رأسه بعض التقصير في إقامة السنة وإنما قيد بالبعض لأن كلا من الحلق والتقصير جائز ، ولكن الحلق أفضل من التقصير ، وفيه نوع قصور ( فاشبه الاغتسال مع الوضوء ) فان المغتسل إذا ترك الوضوء واكتفي بغسله فـــانه يجوز ، ولكن الافضل أن يتوضأ أولاً ثم يغتسل ، فإن ترك الوضوء نوع قصور .

( ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتباراً بالمسح ) في الوضوء ، لأن الربع يقوم مقام

وحلق الكل شيء أول اقتداء برسول الله عليه السلام ، وفي التقصير أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة .

---

الكل ( وحلق الكل شيء أول اقتداء برسول الله ﷺ ) أي أفضل ، وبه قال الشافعي رحمه الله ، وعنده أقل ما يجزىء ثلاث شعرات أو يقصر بها ، وقال مالك وأحمد رحمهما الله بحلق الكل أو الاكثر بناء على مسح الرأس ، وفي حمل النوازل حلق كله مسنون.

( وفي التقصير أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة ) وهذا التقدير مروي عن ابن عمر رضي الله عنه ، وعليه إجماع الأمة والمرأة فيه كالرجل . وفي الولوالجي تقصر ربع رأسها مقدار الأنملة ، وكذا المرأة تأخذ من كل قرن بقدر الأنملة ، ولو تنور حتى زال شعره فهو كالحلق ، وبه قال الشافعي رحمه الله، ومن لا شعر له لو أمر موسى لايأخذ من لحيته أو شاربه . وقال الشافعي رحمه الله يأخذ استحباباً ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله لأن ابن عمر رضى الله عنه فعل ذلك قلنا فعل ذلك اتفاقاً لا قصداً ، والحلق من يمين الحالق ، وعند الشافعي رحمه الله من يمين المحلوق ، فاعتبرنا يمين المحلوق ، وقال الكرماني ذكره بعض أصحابنا ولم يعزه إلى أحد ، بل الاولى اتباع السنة ، فإنه عليه السلام بدأ بيمينه .

وقال الكاكي وقد أخذ أبو حنيفة رحمه الله بقول الحجام حين قال أذن الشق الايمن من رأسه وفيه حكاية معروفة ، قلت الحكاية هي ما روي عن وكيع قال قال أبو حنيفة رحمه الله أخطأت في ستة أبواب من المناسك عليها حجام ، وذلك حين أردت أن أحلق رأسي وقفت على حجام ، فقلت بكم تحلق رأسي فقال لي أعرابي انت ، فقلت نعم ، قال النسك لا يشترط عليه إجلس ، فجلست منحرفاً عن القبلة ، فقال لي حول وجهك إلى القبلة ، فحولت وأردت ان يحلق رأسي من الجانب الايسر ، فقال لي أدر الشق الايمن من رأسك ، فأدرته ، فجعل يحلق وأنا ساكت ، فقال لي كبر ، فجعلت اكبر حتى قمت لأذهب ، فقال رأيت عطاء بن أبي رباح يفعل هذا ، أخرجه ابو الفرج في مسير القوم الساكن إلى أشرف الاماكن اقتداء برسول الله ﷺ .

وقد حل له كل شيء إلا النساء . وقال مالك وإلا الطيب أيضاً لانه من دواعي الجماع . ولنا قوله عليه السلام فيه حل كل شيء إلا النساء ، وهو مقدم على القياس ،

---

أخرج الجماعة إلا ابن ماجة عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال لما رمى رسول الله ﷺ الجمرة ونحر نسكه وحلق ناول الحالق شقه الايمن ، فحلقه ثم دعى أبا طلحة الانصاري رضى الله عنه فأعطاه ثم ناوله الآخر ، فقال احلق فحلقه ابو طلحة ، فقال اقسمه بين الناس ، والتقصير ان يأخذ من رؤوس شعره مقدار الانملة وقد مر الآن .

( وقد حل له ) أي لهذا الحاج المفرد ( كل شيء ) من محظورات الإحرام (إلا النساء) قال الاترازي الرواية بنصب — النساء — لأنه مستثنى من الموجب .

( وقال مالك رحمه الله تعالى وإلا الطيب ايضاً ) وبه قال الشافعي رحمه الله في قوله وقال الليث إلا النساء والصيد ، كذا في شرح مختصر الكرخي ( لأنه ) أي الطيب ( من دواعي الجماع ) كالمس والقبلة ، ولهذا حرم الطيب على المعتدة وروي عن عمر رضى الله عنه انه قال لا يحل الطيب .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( فيه ) اى فيمن رمى وحلق وذبح ( حل له كل شيء إلا النساء ) هذا اخرجه الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار بإسناده إلى عائشة رضى الله عنها ، قال قال رسول الله ﷺ إذا رميتم وحلقتم فقد حل لكم الطيب والثياب وكل شيء إلا النساء . وروى ابو داود عن حجاج بن ارطأة عن الزهري عن عمرة عن عائشة قالت ، قال رسول الله ﷺ إذا رمى احدكم جمرة العقبة فقد حل له كل شيء إلا النساء ، قال ابو داود هذا الحديث ضعيف ، والحجاج بن ارطأة لم ير الزهري ولم يسمع منه .

( وهو مقدم على القياس ) اي الحديث مقدم على القياس الذي قاسه مالك ، حيث لم يجوز الطيب بالقياس ، وقال الجماع لا يحل له بعد الحلق قبل الطواف ، فكذا الطيب ، لأنه من دواعي الجماع ، وجوابه هو قوله — وهو مقدم على القياس — حاصله لا نسلم بأن الطيب من دواعي الجماع ، ولئن سلمنا لكن نقول العمل بخبر الواحد اولى من العمل بالقياس ،

ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » لانه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر إلى تمام الإحلال . ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا ، خلافاً للشافعي « رح ، هو يقول أنـــه يتوقف بيوم النحر كالحلق ، فيكون بمنزلته في التحلل . ولنا أن ما يكون محللاً يكون جناية في غـــير أوانه كالحلق والرمي ليس بجناية ، بخلاف الطواف ، لان التحلل بالحلق السابق لا به .

---

لأن الشبهة في القياس في اصله وفي خبر الواحد في نقله لا في اصله .

( ولا يحل الجماع فيما دون الفرج عندنا ) كالبطن ونحوه ( خلافاً الشافعي « ر ح » ) فإن عنده في احد قوليه يحل الجماع فيما دون الفرج والمباشرة ( لأنه ) اى لأن الجماع فيما دون الفرج ( قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر إلى تمام الإحلال ) وهو بعد الطواف.

( ثم الرمي ) أى رمي جمرة العقبة ( ليس من أسباب التحلل عندنا ) وقبـل الحلق ( خلافاً للشافعي « رح » ) فعنده يتحلل بعد الرمي ، ويحل له كل شيء إلا النساء (هو) أى الشافعي « رح » (يقول انه) أى إن التحلل ( يتوقف بيوم النحر كالحلق ) فإنه يحل له بعد الرمى ، وهو من محظورات الإحرام ( فيكون ) أى الرمي ( بمنزلته ) أي بمنزلة الحلق ( في التحليل ) لأن كل ما هو يتوقف بيوم النحر فهو محلل كالحلق .

(ولنا أن ما يكون محللاً يكون جناية في غير أوانه) لأن كل ماهو يتوقف بيوم النحر فهو محلل ، لأن قبل اوانه فيه صفة الحظر كالسلام في الصلاة فإنه في غير اوانه جناية ( كالحلق والرمي ليس بجناية ) في غير أوانه .

فإن قلت يشكل على هذا دم الإحصار فإنه للتحلل وهو ليس محظور الاحرام . قلت قال في النهاية الاصل فيما شرع هو للذي ذكر في الكتاب ، وهو أنـــه يكون محظور الاحرام ، وأما دم الاحصار فهو ليس بأصل في التحلل ،وإنما صير اليه لضرورة المنع.

( بخلاف الطواف ) هذا جواب عما يقال الطواف محلل في حق النساء وليس بمحظور الاحرام ، وتقديره هو قوله ( لأن التحلل) في حق النساء إنما وقع ( بالحلق السابق لا به)

قال ثم يأتي من يومه ذلك مكة أو من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط ، لما روي أن النبي عليه السلام لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى ،

---

لا بالطواف ، إلا أن الحلق قد يراعى بعض حكمه ، وذلك في حق النساء يكون الطواف مؤدى في الاحرام ليظهر كونه ركناً .

فإن قلت روى في السنن عن عائشة رضى الله عنها قالت ، كان رسول الله ﷺ يقول إذا رمى احدكم جمرة العقبة فقد حل له كل شيء إلا النساء ، قلت مر هذا الحديث مع جوابه .

( ثم يأتي مكة من يومه ذلك ) وفي بعض النسخ ( قال ثم يأتي مكة ) قال أي القدوري رحمه الله ثم يأتي الحاج المفرد مكة من يومه ذلك ، يعني يوم النحر ( أو من الغد ) أي أو يأتي من يوم الغد ، وهو اليوم الحادي عشر من ذي الحجة ( أو من بعد الغد ) وهو اليوم الثاني عشر من ذي الحجة ( فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة أشواط لما روي أن النبي ﷺ لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى .

فإن قلت في حديث جابر الطويل رضى الله عنه انه صلى يوم النحر بمكة ولفظه قال ثم أنصرف إلى المنحر فنحر ثم ركب رسول الله ﷺ فأفاض إلى البيت فصلى بمكة الظهر ... الحديث . قلت قال ابن حزم رحمه الله وأحد الخبرين وهم ، إلا أن الغالب أنه صلى الظهر بمكة لوجود ذكرها ، وقال غيره يحتمل أنه أعادها لبيان الجواز . وقال أبو الفتح اليعمري في سيرته وقع في رواية أبن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رجع في يومه إلى منى فصلى الظهر ، وقالت عائشة رضي الله عنها وجابر رضى الله عنه صلى الظهر ثم اليوم بمكة ، ولا شك أن أحد الخبرين وهم ولا ندري أيهما لصحة الطريق في ذلك .

ووقتــــه أيام النحر ، لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح ، قال ﴿فكلوا منها﴾ ٢٨ الحج ، ثم قال ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ فكان وقتهـا واحـد ،

---

( ووقته ) أي وقت طواف الزيارة ( أيام النحر ) وهي ثلاثة أيام العاشر والحادي عشرة والثاني عشر ( لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح ، فقال ﴿ كلوا منها ﴾ ٢٨ الحج ، ثم قال ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ ) أي قال الله عز وجل ﴿ ويذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام ، فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ، ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ ٢٨ الحج ، والمراد بالذكر والله أعلم التسمية على ما ينحر لقوله تعالى ﴿ على ما رزقهم من بهيمة الأنعام ﴾ قوله ﴿فكلوا منها﴾ ليس بامر لازم ، إن شاء أكل من أضحيته ، وإن شاء لم يأكل ، وهـذا الأمر كما في قوله تعالى ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ ٢ المائدة ، فإن مثل هذا الأمر للاباحة سعة لنا ، وإذا قلنا بالوجوب يعود علينا .

قوله – البائس – هو الذي له بؤس ، وهو شدة الفقر ، يقال بئس الرجل وبئس إذا صار ذا بؤس . قوله – تفثهم – التفث الأخذ من الشارب وتقليم الاظافر ونتف الابط وحلق العانة والأخذ من الشعر وكأنه الخروج من الاحرام إلى الاحلال . و – البيت العتيق – القديم ، سمى به لأنه أعتق من الغرق أيام الطوفان ، وقيل أنه أعتق من الجبابرة فلم يغلب عليه جبار ،وقيل لأنه لم يدعه أحد من الناس . قوله ثم قال–وليطوفوا بالبيت العتيق – فإنه عطف النحر، والنحر موقت بأيام النحر.

( فكان وقتها واحد ) أي وقت النحر والطواف ، لأن حكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، إلا أن الاضحية لم تشرع بعد أيام النحر والطواف مشروع بعد ذلك .

فإن قلت هذا الطواف يجوز أداؤه بعد أيام النحر ، ولو كان موقتاً لما جاز القضاءبعد الوقت كرمي الحجار والوقوف بعرفة ، قلت إنما لا يجوز قضاؤهما بعد الوقت لا لأنهما موقتان ، بل لأن القضاء شرع بالتطوع ، والتطوع بهما غير مشروع ، بخلاف التطوع بالطواف ، فإنه مشروع ، كذا في مبسوط البكري .

وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر ، لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة ، والطواف مرتب عليه ، وأفضل هذه الايام أولها كما في التضحية ، ففي الحديث أفضلها أولها ، فإن كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه ، وإن كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده ، لان السعي لم يشرع

---

( وأول وقته ) أي أول وقت طواف الزيارة [1] ( بعد طلوع الفجر من يوم النحر لأن ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة ، والطواف مرتب عليه ) أى على الوقوف ، وبقولنا قال مالك . وقال الشافعي رحمه الله أول وقته إذا انتصف الليل من ليلة النحر ، وبه قال أحمد ، وآخر وقته اليوم الثاني من أيام التشريق ، فإن أخره عنها طاف وعليه دم عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء عليه ، وفي شرح القدوري آخره آخر أيام التشريق عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما آخره غير موقت ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك رحمه الله آخره بمضي ذى الحجة ، وعن الشافعي وأحمد رحمهما الله أول وقته من نصف الليل ، وأفضله ضحى نهاره ، وآخره غير موقت .

( وأفضل هذه الأيام ) أى أيام النحر ( أولها كما في الأضحية ) فإن التضحية في أول أيام النحر أفضل ( وفي الحديث أفضلها أولها ) أى وجاء في حديث النبي ﷺ أفضل التضحية أول أيامها ، وهذا الحديث غريب جداً ، يعني لم يثبت ، والاولى أن يقال هذا بالاجماع .

( فإن كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم ، لم يرمل في هذا الطواف ) أى طواف الزيارة ( ولا سعي عليه ) أي بين الصفا والمروة ( وإن كان لم يقدم السعي ) يعني عقيب طواف القدوم ( رمل في هذا الطواف وسعى بعده ، لأن السعي لم يشرع

---

(١) وهو طواف الإفاضة ، أ هـ مصححه .

إلا مرة ، والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعـــده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف ، لأن ختم كل طواف بركعتين فرضاً كان الطواف أو نفلاً لما بينا . قال وقد حل له النساء ، لكن بالحلق السابق إذ هو المحلل لا بالطواف ، إلا انـــه أخر عمله في حق النساء . قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركـن فيـــه ، إذ هو المأمور به في قوله تعالى ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ ٢٨ الحج ،

---

إلا مرة ، والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعـــده سعي ) والأصل هنـــا أن السعي الواجب في الحج موضعه طواف الزيارة ، لأنه ذكره في الحج ، فيتبعه ما هو الواجب ، بخلاف طواف القدوم ، فانه سنة فلا يتبعه ما هو الواجب ، لأنه أعلى من السنة فلا يصح أن يكون تبعاً لها ، إلا أنه جاز تقديم السعى وفعله عقيب طواف القدوم رخصة طلبــاً للتخفيف ، لان يوم النحر يوم اشتغال في الافعال ، فاذا لم يترخص بتقـديم السعي عقيب طواف الزيارة لانه هو العزيمة والاصل في الرمل أن كل طواف بعده سعي ففيه رمل ، وكل طواف لا سعي بعده فلا رمل فيه .

( ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف ) أى بعد طواف الزيارة ( لان ختم كل طواف بركعتين فرضاً كان الطواف أو نفلا لما بينا ) أى في طواف القدوم وهو قوله عليه الصلاة والسلام وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين ( قال وقد حل له النساء ) وفي بعض النسخ قال أي القدوري رحمه الله وقد حل له النساء ، أي بعد الطواف ( ولكن بالحلق السابق إذ هو المحلل لا بالطواف ، إلا أنه أخر عمله في حق النساء ) أي إلا أن الشأن أو الحلق آخر عمله في آخر عمله النساء ، لان الطواف لا يصلح للتحلل ، وهذا كالطلاق الرجعي فانه محرم إلا أنه أخر عمله إلى انقضاء العدة ، فان الفرقة بعد انقضائها تضاف إلى الطلاق لا إلى الانقضاء .

( قال وهذا الطواف ) أى طواف الزيارة ( هو المفروض في الحج وهو ركن فيـــه ) أى في الحج ( إذ هو المأمور به في قوله تعالى ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ ٢٨ الحـــج ،

ويسمى طواف الإفاضة وطواف الزيارة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الأيام لما بينا انه موقت بها ، وإن أخره عنها لزمه دم عند أبي حنيفة «رح» وسنبينه في باب الجنايات إن شاء الله تعالى . قال ثم يعود إلى منى فيقيم ، لأن النبي عليه السلام رجع إليها لما روينا ولأنه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى ، فإذا زالت الشمس من اليوم الثاني من أيام النحر رمى الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف

---

ويسمى طواف الافاضة ) عند أهل الحجاز ( وطواف الزيارة ) عند أهل العراق ( وطواف يوم النحر ) أي ويسمي أيضاً يوم النحر ، أي أيضاً طواف يوم النحر ،ويسمي أيضاً طواف الركن ( ويكره تأخيره عن هذه الايام ) أي عن أيام النحر ( لما بينا أنه موقت بها ) أي بأيام النحر ، وهو ما ذكره بقوله – ووقته أيام النحر – .

( فإن أخره ) أي أخر هذا الطواف ( عنها ) أي عن أيام النحر ( لزمه دم عند أبي حنيفة رحمه الله ، وسنبينه في باب الجنايات إن شاء الله تعالى . قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( ثم يعود ) أي من مكة بعد طواف الزيارة ( إلى منى فيقيم بها ، لان النبي ﷺ رجع اليها ) أي إلى مني ( كما روينا ) وهو ما ذكره قبل هذا بقوله وروي أن النبي ﷺ لما حلق أفاض إلى مكة فطاف قبل هذا كقوله روي أن النبي ﷺ طاف بالبيت ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى (ولانه ) أي ولان الحاج ( بقي عليه الرمي وموضعه بمنى ) وفي شرح مختصر الكرخي قال القدوري ، قال أصحابنا إذا بات بمكة فقد أساء ولا شيء عليه . وقال الشافعي رحمه الله إن بات ليلة فعليه....وإن بات ليلتين فعليه بدان ، وإن بات ثلاث ليال فعليه دم .

( فإذا زالت الشمس في اليوم الثاني من أيام النحر رمى الجمار الثلاث فيبتدىء بالتي ) وبالجمرة التي ( تلي مسجد الخيف ) وهو مسجد ابراهيم عليه السلام ، قال في الديوان الخيف ما يحد من غلظ الجبل وارتفع عن سبيل الماء ، ومنه سمي مسجد الخيف ، وفي المغرب

فيرميها بسبع حصيات ويكبر مع كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها من ذلك ويقف عندهـــا ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ، ولا يقف عندها ، هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله عليه السلام مفسراً

---

بالسكون المكان المرتفع نحو خيف مني ، أو الذي اختلف الوان حجارته ، ومنه حديثه عليه الصلاة والسلام نحن نازلون بخيف بني كنانة يعني المحصب . قلت الخيف خيفـان ، خيف منى ، وخيف بني كنانة ، قوله – بالجمرة التي تلي مسجد الخيف – المراد بالجمرة موضعها ، بدليل قوله ( فيرميها بسبـع حصيات ) أي يرمي الجمرة ، أي موضعها بسبع حصيات ( يكبر مع كل حصاة ويقف عندها ) أي عند الجمرة الأولى .

( ثم يرمي التي ) أي الجمرة التي ( تليهـــا ) أي تلي مسجد الخيف ( من ذلك ) يعني بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ( ويقف عندها ) أي عند الجمرة الثانيـة ، وهي التي تلي الجمرة التي تلي مسجد الخيف ( ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ) أي حصيات ( ولايقف عندها ) أي عند جمرة العقبة .

( هكذا روى جابر رحمه الله فيما نقــل من نسك رسول الله ﷺ مفسراً ) نصب على الحال من قوله – هكذا – من أنه مفعول – روى – ويجوز أن يكون حالاً من الموصول في قوله – فيما نقل – أي فيما نقله ، ويجوز حذف الراجع إلى الموصول عند أهل العلم به ، ثم الحديث الذي نسبه المصنف إلى جابر غريب عن جابر ، والذي روي عن جابر رحمه الله في حديثه الطويل إنه عليه الصلاة والسلام رمى جمرة العقبة يوم النحر لا غــير ، وروى أبو داود في سننه عن ابن اسحاق عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أفاض رسول الله ﷺ من آخر يومه حين صلى الظهر ثم رجع إلى مني فمكث بهاليالي أيام التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس كل جمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عند الأولى والثانية فيطيل القيام ويتضرع ، ويرمي الثالثة ولا يقف عندها . قال المنذري في مختصره حديث حسن ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم .

## ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عليه السلام ويدعو الله تعالى بحاجته ويرفع يديه

( ويقف عند الجمرتين ) أي الجمرة الأولى والوسطى (في المقام الذي يقف فيه الناس) وهو أعلى الوادي ، كذا في المحيط ( ويحمد الله تعالى ويثنى عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي ﷺ ويدعو الله تعالى بحاجته ) وكان ابن عمر وابن عباس وسعيد بن جبير والأسود وطاوس والنخعي رضي الله عنهم يطلبون القيام عند الجمرتين وقال ابن المنذر ولا شيء عليه في ترك القيام ، لأنه سنة لا عند الثوري رحمه الله ، فإنه قال يريق دماً .

( ويرفع يديه ) يعني عند الوقوف في الجمرتين ، وفي المرغيناني يرفعهما حذو منكبيه بسطاً ، وفي الينابيع يرفع يديه عقيب كل حصاة ويكبر ويهلل ويسبح ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويسأل حاجته ثم يأتي المقام ، وقيل انه يقول عند كل حصاة يرميها بيمينه بسم الله والله أكبر ثم يرفع يديه ويقول اللهم اجعله حجاً مبروراً وذنباً مغفوراً وعملاً مشكوراً ، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه قال تجب أن يكون بين الرامي وبين المرمى خمسة أذرع ، وفي خزانة الاكمل إن رماها من بعيد فوقعت الحصاة قريباً من الجمرة أجزأه ، وقال الكرماني رحمه الله وعند الشافعي رحمه الله لا يجزئه وهو قول ابن حنبل .

ولو رماها في الهواء فوقعت في المرمى لا يجزئه ، ذكره النووي رحمه الله ويجزئه الطرح ، وإن رمى حصاة فوقعت وطارت أخرى فوقعت الثانية في المرمى دون الأولى لا يجزئه ، وإن التقطها طاهر قبل وصولها لا يجزئه ؛ وإن وقعت الحصاة على حجر أو أرض صلبة فتدحرجت أو على ثوب إنسان فطارت ووقعت في المرمى أجزأه ، وبه قال أحمد والشافعي رحمها الله في الأصح ، ولو وقعت في عنق البعير أو على المحمل فتدحرجت إلى المرمى تجزئه ، وعند الشافعي لا يجزئه في أظهر الوجهين ، ذكرهما النووي. ولو رمى عن القوس أو بالرجل لا يجزئه .

لقوله عليه السلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين ، والمراد رفع الأيدي بالدعاء . وينبغي أن يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لأن النبي عليه السلام قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ، ثم الأصل أن كل رمي بعده رمي يقف بعده ، لأنه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه ، وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف ، لان العبادة قد انتهت ،

---

( لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ) هذا الحديث تقدم في باب صفة الصلاة ، ولفظ الحديث في شرح الآثار بإثبات الفعل بدون حرف الاستثناء بعده ، ولكن الفقهاء ذكروه بنفي الفعل وحرف الاستثناء بعده ، وقالوا لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن ، ولئن صح ما رواه الفقهاء فهو أبلغ ( وذكر من جملتها ) أي من جملة السبعة ( عند الجمرتين ) الأولى والوسطى ( والمراد رفع الايدي بالدعاء ) أي المراد من قوله — لا ترفع الأيدي إلا في سبع مواطن ، رفع الأيدي بالدعاء .

وقال الكاكي رحمه الله يرفع يديه بالدعاء حذو منكبيه ، نص عليه محمد ، ويجعل بطون كفيه إلى السماء بخلاف الافتتاح ، وقال ابن المنذر رفع اليد في الدعاء في المقامين اجماع ، ولا نعلم أحداً أنكر ذلك غير مالك ، واتباع السنة أولى ، وقد ثبت عاده عليه الصلاة والسلام في المقامين .

( وينبغي أن يستغفر للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف ، لأن النبي ﷺ قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك عن شريك عن منصور عن أبي خادم عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

( ثم الأصل أن كل رمي بعده رمي يقف بعده ، لأنه في وسط العبادة فيأتى بالدعاء فيه ) للوقار والسكينة ( وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف ، لأن العبادة قد انتهت ،

ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضاً . قال وإذا كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس ، كذلك وإن أراد أن يتعجل النفر نفر إلى مكة ، وإن أراد أن يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس ، لقوله تعالى ﴿ فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ، ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى ﴾ ٢٠٣ البقرة ،

---

ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضاً ) لأن العبادة لم تبق .

فإن قلت الأصل أن الدعاء بعد العبادة كما في الصلاة . قلت بل الأصل أن يكون الدعاء مقترنة في العبادة ، وإنما أخرت في حق الصلاة لعدم التكلم فيها .

( فإن كان من الغد ) وفي اكثر النسخ قال أى القدوري رحمه الله وإذا كان بعد الغد وهو الثالث من أيام النحر ، أعني اليوم الثاني عشر من ذى الحجة ( رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك ) أي كما رمى في اليوم الحادي عشر يبتدىء بالجمرة التي تلي مسجد الخيف فيرميها ثم يرمي الجمرة الوسطى ويقف عند الجمرتين ويدعو لحاجته ويرفع يديه ثم يرمي جمرة العقبة ولا يقف عندها ولا يرفع يديه .

( وإن إراد أن يتعجل النفر ) أى الرجوع من مني إلى مكة نفر إلى مكة ( وإن أراد أن يقيم ) أي بمني ( رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع ) وهو الثالث عشر من ذي الحجة ، والثالث من أيام التشريق ، والرابع من يوم النحر ( بعد زوال الشمس لقوله تعالى ﴿ فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ، ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى ﴾ ٢٠٣ البقرة ) المراد من اليومين الحادي عشر والثاني عشر من ذي الحجة من نفر بعدما رمي الجمار الثلاث في اليوم الثاني من أيام التشريق فلا إثم عليه ، وهو النفر الأول والنفر الثاني في اليوم الثالث ، وهو آخر أيام التشريق ، والحاصل أنه لا إثم عليه في التأجيل، ولا في التعجيل وإنه يخير فيها ، ويجوز التخيير بين التعجيل والتأخير ، وإن كان التأخير أفضل ، لأنه يجوز التخيير بين الفاضل والأفضل كما خير المسافر بين الصوم والإفطار، وإن كان الصوم أفضل .

والأفضل أن يقيم لما روي أن النبي عليه السلام صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع . وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع ، فإذا طلع الفجر من اليوم الرابع لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمي ، وفيه خلاف الشافعي « رح » ، وإن قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال وبعد طلوع الفجر جاز

---

وقال الزمخشري قيل إن أهل الجاهلية كانوا فريقين ، منهم من جعل التعجيل إثماً ، ومنهم من جعل التأخير إثما فورد القرآن بنفي الاثم عنهما ، ويتمجل يأتي مطاوعاً ومتعدياً ، والأول أولى يدل له قوله ﴿ لمن اتقى ﴾ أي ذلك التأخير ونفي المأثم فيهما للحاج الذي تبقى معاصي الله تعالى .

( والأفضل أن يقيم ) أي بمنى ( لما روي أن النبي ﷺ صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع ) هذا الحديث رواه أبو داود عن ابن اسحاق ، وقد ذكرناه عن قريب .

( وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع) وهو آخر أيام التشريق ( فإذاطلع الفجر من اليوم الرابع لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمي ) فلا ينفر حتى يرمي ( وفية خلاف الشافعي ) فإن عنده لا يجوز له النفر إذا غربت الشمس من اليوم الثانى عشر حتى يرمي الجمار الثلاث في اليوم الرابع ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح» لما روى عمر رضى الله عنه انه قال من أدرك المساء في اليوم الثاني فليقم إلى الغد حتى ينفر مع الناس ، قلنا الليل ليس بوقت لرمي اليوم الرابع، لأن ليلة يوم الرابع ملحقة باليوم الثالث في حق الرمى ، بدليل انه لو ترك اليوم الثالث، ورمي في هذه الليلة يجوز بخلاف ما بعد طلوع الفجر ، فانه وقت الرمى فلا يبقى جاره بعد ذلك ، وما روي عن عمر رضى الله عنه غير مشهور ، ولو ثبت يحمل على الأفضلية .

( وإن قدم الرمى في هذا اليوم يعني الرابع قبل الزوال وبعد طلوع الفجر جاز

عند أبي حنيفة «رح» وهذا استحسان ، وقالا لا يجوز اعتباراً بسائر الأيام ، وإنما التفاوت في رخصة النفر ، فإذا لم يترخص التحق بها ، ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنه ، ولأنه لما ظهر أثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك فلأن يظهر في جوازه في الأوقات كلها أولى ، بخلاف اليوم الاول والثاني ، حيث لا يجوز الرمي فيهما إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية ،

---

عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، وهو استحسان ، وقالا لا يجوز ) وبه قـــال الشافعي ومالك وأحمد رحمها الله ( اعتباراً بسائر الايام ) يعني قياساً عليها ، وأراد بسائر الأيام اليومين ، يوم الثانى والثالث دون اليوم الاول من أيام النحر ، فان رمى جمرة العقبة فى ذلك اليوم قبل الزوال جائز بالاجماع ( وإنما التفاوت فى رخصة النفر ، فان لم يترخص التحق بها ) أي بسائر الأيام ، ولأنه عليه الصلاة والسلام رمى فيه بعد الزوال ، وكون الرمى عبادة لا يعرف إلا بقياس ، فيقتصر على مورد النص .

( ومذهبه ) أى مذهب أبى حنيفة رحمه الله ( مروى عن ابن عباس رضى الله عنه ) رواه البيهقي عنه إذا انفتح النهار من يوم النحر فقد حـــل الرمي والصيد ، والانفتاح الارتفاع ، وفعل النبي ﷺ محمول على الأفضل بدلالة جواز النفر بحكم الآية ، وقياسها على اليوم الثاني والثالث ضعيف لأنه لا يجوز ترك الرمي فيهما أصلاً ، فجاز التقـــديم أيضاً على الزوال .

( ولأنه لما ظهر أثر التخفيف في هذا اليوم ) يعني اليوم الرابع ( في حق الترك، فلأن يظهر في حق جوازه في الاوقات كلها أولى ، بخلاف اليوم الأول والثاني ، حيث لا يجوز الرمي فيهما إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية ) إنما قيد بالمشهور ، احترازاً عما ذكره الحاكم في المنتقى قال كان أبو حنيفة رحمه الله يقول الأفضل أن يرمي في اليوم الثـــاني والثالث بعـــد الزوال ، يعني فمر اليوم الثاني والثالث من أيام النحر ، فان رمى قبله جاز .

لأنه لا يجوز تركه فيهما فبقي على الاصل المروي ، فأما يوم النحر فأول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر . وقال الشافعي « رح » أوله بعد نصف الليل ، لما روي أن النبي عليه السلام رخص للرعاء أن يرموا ليلاً . ولنا قوله عليه السلام لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين ، ويروي حتى تطلع الشمس

---

( لأنه لا يجوز تركه فيهما ) أي لا يجوز ترك الرمي في اليومين ( فبقي على الأصل المروي ) أي بقى حكم الرمي في اليومين على الأصل المروي ، يعني لم يجز إلا بعد الزوال وأراد بالمروي ما روي عن جابر قبل هذا ، أو أراد بالاصل المروي أن لا يتغير حكم المروي عما كان ، والذي روي عن جابر هو انه عليه الصلاة والسلام رمى جمرة العقبة قبل الزوال يوم النحر ورمى في بعض الايام بعد الزوال .

( فأما يوم النحر فأول وقت الرمي فيه وقت طلوع الفجر ، وقال الشافعي رحمه الله أوله بعد نصف الليل ) وبه قال أحمد وهو قول عطاء ( لما روي أن النبي ﷺ رخص للرعاء أن يرموا ليلا ) هذا رواه الطبراني رحمه الله في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ رخص للرعاة أن يرموا ليلا ، وروى الدارقطني رحمه الله عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رخص للرعاء أن يرموا ليلا وأى ساعة شاء من النهار .

وروى البزار رحمه الله في مسنده عن ابن عمر رضى الله عنه من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ رخص لرعاء الإبل أن يرموا بالليل .

وقال ابن القطان رحمه الله مسلم بن خالد الزنجي شيخ الشافعي رحمه الله ضعفه قوم ووثقه آخرون ، وقال البخاري وأبو حاتم منكر الحديث ، والرعاء بكسر الراء وبالمد جمع راع الغنم ، وقد يجمع على رعاة بالضم كقضاة جمع قاض .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين ، ويروى حتى تطلع الشمس ) الرواية الاولى رواها الطحاوي رحمه الله في

شرح الآثار حدثنا ابن أبي داود ثناء المقدمي ثناء فضيل بن سليمان حدثني موسى بن عقبة أخبرنا كريب عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبي ﷺ كان يأمر نساءه نقله صبيحة جمع أن يفيضوا مع أول الفجر بسواد ولا يرموا الجمرة إلا مصبحين . والرواية الثانية رواها الأربعة عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه قال كان رسول الله ﷺ يقدم ضعفة أهله بغلس ويأمرهم أن لا يرموا الجمرة حتى تطلع الشمس .

فإن قلت ما وجه الدليل من الحديثين . قلت الاصباح يوجد بعد الفجر فيقول ثبت أول الوقت برواية الطحاوي رحمه الله ، ووقت الأفضل بحديث ابن عباس رضي الله عنهما قلت كان ما أطلع في هذا الموضع في كتب الحديث ، فالحديثان كليهما لنا ، وما رواه الشافعي يحمل على الليلة الثانية والثالثة .

فإن قلت احتج الخصم أيضاً بما رواه أبو داود رحمه الله من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها انها قالت أرسل رسول الله ﷺ أم سلمة ليلة النحر فرمت الجمرة قبل الفجر ، ثم مضت ففاضت ، وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله ﷺ يعني عندها ، وروى أبو داود رحمه الله أيضاً من حديث ابن جريج قال أخبرنا عطاء رحمه الله ، قال أخبرني مخبر عن أسماء انها رمت الجمرة ، قلت إنا رمينا الجمرة في ليلة قال إنما كنا نصنع هذا على عهد رسول الله ﷺ .

قلت حديث أم سلمة روي من طرق وليس فيها انه عليه الصلاة والسلام أنه أمرها أن ترمي ليلا ، ولأن بين مكة وبين جمرة العقبة ميلين فيجوز أن تكون رمت أول الليل ثم صلت الصبح بمكة . وأما حديث أسماء رضى الله عنها فمنقطع بروايته عن ابن جريج عن عطاء قال أخبرني مخبر عن أسماء فهو منقطع مجهول ، ثم أنه لم يذكر أن رسول الله ﷺ علم بذلك فلم يكره .

( فيثبت أصل الوقت بالأول ) أي يثبت أصل وقت رمي الجمرة بالحديث الاول ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين ( والافضلية بالثاني ) أي وثبت الافضلية بالحديث الثاني ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا ترموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس .

وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولأن ليلة النحر وقت الوقوف، والرمي يترتب عليه، فيكون وقته بعده ضرورة. ثم عند أبي حنيفة يمتد هــذا الوقت إلى غروب الشمس، لقوله عليه السلام إن أول نسكنا في هذا اليوم الرمي، جعل اليوم وقتاً له، وذهابه بغروب الشمس. وعن أبي يوسف «رح» انه يمتد إلى وقت الزوال

---

( وتأويل ما روى ) أي ما روى الشافعي رحمه الله ( الليلة الثانية والثالثة ) هــذا جواب عن الحديث الذي رواه الشافعي رحمه الله، وهو قوله عليه الصلاة والسلام رخص للرعاء أن يرموا ليلاً، وهو أنه محمول على الليلة الثانية والثالثة توفيقاً بين الحــديثين، ولئن سلمنا أن المراد منه ليلة العيد، فنقول لا حجة للخصم علينا، لانه ثبت منه رخصة للرعاء والضعفاء، فلا يعد وهماً، لان الرمي ثابت بخلاف القياس.

( ولأن ليلة النحر وقت الوقوف ) يعني وقوف المزدلفة ( والرمي يترتب عليه ) أي على الوقوف ( فيكون وقته بعده ضرورة ) أي فيكون وقت الرمي بعد الوقوف، وكون الرمي مرتباً على الوقوف بالاجماع، والقول بأن وقته بعد النصف من الليــل يؤدي إلى خرق الاجماع.

( ثم عند أبي حنيفة رحمه الله يمتد هذا الوقت إلى غروب الشمس ) أى عنده وقت رمي جمرة العقبة من وقت طلوع الشمس إلى غروب الشمس، روى ذلك الحسن عنــه، كذا ذكره القدوري رحمه الله ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( إن أول نسكنا في هذا اليوم الرمي ) هذا الحديث قد تقدم عند قوله -ثم يحلق أو يقصر- ومضى الكلام فيه هناك ( جعل اليوم وقتاً له ) أى جعل النبي ﷺ اليوم وقتاً للرمي، يعني جعله ظرفاً، فجاز في كل جزء من أجزائه إلى غروب الشمس ( وذهابه ) أى ذهاب اليوم ( بغروب الشمس ) لان اليوم من طلوع الفجر الصادق إلى غروب الشمس.

( وعن أبي يوسف «رح» أنه ) أى روي عن أبي يوسف رحمه الله أن وقت الرمي ( يمتد إلى وقت الزوال ) وما بعده قضاء، لان الوقت يعرف بتوقيت الشارع، والشرع

والحجة عليه ما روينا ، وإن أخره إلى الليل رماه ولا شيء عليـه ، لحديث الرعاء ، وإن أخره إلى الغد رماه ، لأنه وقت جنس الرمي ، وعليه دم عند أبي حنيفة « رح » لتأخيره عن وقته ، كما هو مذهبه .

قال فإن رماها راكباً أجزأه لحصول فعل الرمي .

---

ورد بالرمي قبل الزوال ، فلا يكون ما بعده وقتاً له، وفي الايضاح وأصل محمد رحمه الله في وقت الرمي كأصل أبي حنيفة رحمه الله .

( والحجة عليه ) أي على أبي يوسف رحمه الله ( ما روينا ) وهو قوله عليـه الصلاة والسلام إن أول نسكنا هذا اليوم الرمي ، وفي مبسوط شيخ الاسلام الحاصل أن ما بعد طلوع الفجر من يوم النحر إلى طلوع الشمس وقت الجواز مع الاساءة ، وما بعـــده إلى الزوال وقت مسنون ، وما بعده إلى الغروب وقت الجواز من غير إساءة ، والليل وقت الجواز مع الإساءة .

( وإن أخره إلى الليل ) أى وإن أخر رمي جمرة العقبة إلى الليل ( رمـاه ) أي في الليل ( ولا شيء عليه لحديث الرعاء ) لانه عليه الصلاة والسلاة رخص لرعـاء الإبل أن يرموا ليلا ( وإن أخره إلى الغد ) أي وإن أخر الرمي إلى غد يوم النحر (رماه لانه )أى لان غد يوم النحر ( وقت جنس الرمي، وعليه عند أبي حنيفة رحمه الله لتأخيره )أي لتأخيره الرمي ( عن وقته كما هو مذهبه ) هو أن تأخير الشك عن وقته يوجب النسك من وقتيه يوجب الدم عنده .

( قال وإن رماها ) أي فإن رمى الجمار حال كونه ( راكباً أجزأه لحصول فعـــل الرمي ) وفي المبسوط والمحيط قال أبو حنيفة رحمـــه الله يجوز الرمي راكباً وماشياً (لحصول الرمي)وفي حمل النوازل عن أبي يوسف رحمه الله إذا رمى يوم النحر أفضل وفيما بعده من الايام راجلا لأنه كذا روى عن فعله عليه الصلاة والسلام،وقال الشافعي رحمه الله المستحب أن يرمي يوم النحر وآخره أيام التشريق راكباً ، لأنه ﷺ رمى فيها راكباً ، كذا ذكره في الاملاء ، والصحيح أن لا يرمى غير الأول راكباً من أيام التشريق كلها ، كما

وكل رمي بعده رمي فالأفضل أن يرميه ماشياً وإلا فيرميه راكباً ، لأن الأول بعـــده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرمي ماشياً ليكون أقرب إلى التضرع ، وبيان الأفضل مروي عن أبي يوسف « رح » ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي ، لأن النبي عليه السلام بات بها وعمـر رضي الله عنه كان يؤدب على ترك المقام بهـا ، ولو بات في غيرها متعمداً لا يلزمه شيء عندنا

---

روي عن أبي يوسف رحمه الله، لأن ابن عمر رضي الله عنهما روى انه عليه الصلاة والسلام يأتي الجمرات بعد يوم النحر ماشياً .

( وكل رمي بعده رمي فالافضل أن يرميه ماشياً وإلا ) أي وإن لم يكن بعـده رمي كرمي جمرة العقبة ( فيرميه ) حال كونه ( راكباً لان الاول ) أى الرمي الاول ( بعده وقوف ودعاء على ما ذكرناه ) عند قوله ثم الاصل إن كان رمي بعده رمى يقف بعده ، لانه وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيـــه ( فيرمي ماشياً ليكون أقرب إلى التضرع ) واظهار المسكنة .

( وبيان الأفضل مروى عن أبي يوسف رحمه الله ) أي بيان الأفضل في الرمي مروي عن أبي يوسف رحمه الله ماشياً أو راكباً ، وهو أن كل رمي بعده رمي ، فالأفضل أن يرمي ماشياً ، وكل رمي ليس بعده رمي كجمرة العقبة ، فالافضل أن يرمي راكباً .

( ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي الرمي ، لأن النبي ﷺ بات بهـا ) وذكرنا فيما مضى عن عائشة رضي الله عنها قالت أفاض النبي ﷺ من آخر يوم حين صلى الظهر ثم رجع إلى منى فمكث بها ليالي التشريق يرمي الجمرة إذا زالت الشمس ( وعمر رضى الله عنـه كان يؤدب على ترك المقام بها ) أي بمنى ، وهـــذا غريب ، نعم روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا ابن نمير عن عبيدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه كان ينهى أن يبيت من وراء العقبة وكان يأمرهم أن يدخلوا بمنى .

( ولو بات في غيره ) أي في غير مني حال كونه ( متعمداً لا يلزمه شيء عندنا ) وإن

خلافاً للشافعي « رح » ، لانه وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه ، فلم يكن من أفعال الحج فتركه لا يوجب الجابر . قال ويكره أن يقدم الرجل ثقله إلى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي أن عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ، ولأنه يوجب شغل قلبه ، وإذا نفر إلى مكة نزل بالمحصب وهو الأبطح ، وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله ﷺ

---

كان يكره ( خلافاً للشافعي رحمه الله ) فإن عنده بالمبيت بمني قولان أحدهما أنه يجب حتى وجب بتركها الدم ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله في رواية ، لأنه نسك والثاني انه مستحب ، وبه قال أحمد رحمه الله في رواية ، وعن أصحاب الشافعي رحمه الله لو ترك البيتوتة ليلة فعليه مد ، ولو ترك ليلتين فعليه مدان ، ولو ترك ثلاث ليال فعليه دم (لأنه ) تعليل لأصحابنا ، أى لأن المبيت ( وجب ليسهل عليه الرمي في أيامه ، فلم يكن من افعال الحج ، فتركه لا يوجب الجابر ) كالبيتوتة بمنى ليلة العيد .

( قال ويكره أن يقدم الرجل ثقله ) بفتح التاء المثلثة وفتح القاف وهو متاع المسافر وحشمه ، كذا في الديوان ( إلى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي أن عمر رضى الله عنه كان يمنع منه ويؤدب عليه ) هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا ابن ادريس عن الأعمش عن عمارة قال ، قال عمر رضي الله عنه من قدم ثقله من منى ليلة نفره فلا حج له ( ولأنه ) أى ولأن تقدم الثقل ( يوجب شغل قلبه ) من الاشتغال وذلك لأنه إذا قدمه يحصل له في قلبه أمور من جهة .

( وإذا نفر ) أي وإذا ذهب متوجهاً ( إلى مكة نزل بالمحصب ) على وزن اسم المفعول من التحصيب وهو الأبطح ، وهو اسم موضع ذي حصى بين مني ومكة ( وهو الابطح ) أي الذي يقال له الابطح ( وهو ) أى المحصب ( اسم موضع قد نزل به رسول الله ﷺ ) فيه أحاديث منها ما رواه قتادة عن أنس أن النبي ﷺ صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء ورقد رقدة بالمحصب ثم ركب إلى البيت فطاف ، ومنها ما أخرجه مسلم عن نافع

## وكان نزوله قصداً ، وهو الأصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عليه السلام قال لأصحابه إنا نازلون غداً عند خيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم

عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانوا ينزلون بالأبطح، ومنها مارواه مسلم أيضاً عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ قال لم يأمرني رسول الله ﷺ أن انزل بالأبطح من حين خرج من منى ، ولكن جئت فضربت قبة في منزل ، قال أبو بكر رضي الله عنه وكان على ثقل النبي ﷺ .

( وكان نزوله قصداً ) أي وكان نزول النبي ﷺ بالمحصب قصداً ( وهو الأصح حتى يكون النزول به سنة ) قوله وهو الأصح احترازاً عما قاله بعض أصابنا ان النزول بالمحصب ليس بسنة ، واحتجوا على ذلك بما روى البخاري عن عطاء عن ابن عباس قال ليس التحصيب بشيء انما هو منزل نزله رسول الله ﷺ ، وعن هذا قال الشافعي رحمه الله التحصيب مستحب وليس بسنة ، وبه قال مالك وذهب المصنف وآخرون أنه سنة، لأنه عليه الصلاة والسلام نزل به قصداً رآه المشركين لطيف صنع الله تعالى به من الفتح والنصر واهانة لهم ، فكان سنة كالرمل في الطواف ، ومعنى ليس التحصيب بشيء ليس بنسك مفروض .

( على ما روي انه عليه الصلاة والسلام ) أي النبي ﷺ ( قال لأصحابه إنا نازلون غداً عند خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم )هذا الحديث أخرجه الجماعة عن عمرو بن عثمان بن عفان رضي الله عنها عن أسامة بن زيد قال ، قلت يا رسول الله اين ننزل غداً أي في حجه ، قال هل ترك لنا عقيل منزلاً ، قال نحن نازلون بخيف كنانة حيث قاسمت قريش على الكفر ، وذلك أن بني كنانة خالفت قريشاً على بني هاشم أن لا يناكحوهم ولا يودوهم ولا يبايعوهم .

وأخرجه البخاري ومسلم ايضا عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضى الله عنها قال قال لنا رسول الله ﷺ ونحن بمنى نحن نازلون غداً بخيف بني كنانة، حيث تقاسموا على الكفر ، وذلك أن قريشاً وبني كنانة تحالفت على بني هاشم وبني المطلب أن لا يناكحوهم ولا

يشير إلى جهدهم[1] على شركهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به إراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار سنة كالرمل في الطواف. قال ثم دخل مكة وطاف بالبيت سبعة أشواط لا يرمل فيها ،

---

يبايعوهم حتى يسلموا اليهم رسول الله ﷺ يعني بذلك المحصب ، وقد ذكر الاترازي الحديث أولاً فقال وقد روى صاحب السنن باسناده إلى أسامة بن زيد فذكره ، ثم قال وأخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن ماجة ، فكان ماطلع اولاً على تخريج البخاري ومسلم ، ثم استدركه وليس هذا طريقة من له يد في الحديث .

وقال أيضاً قوله - خيف بني كنانة - كما ذكرنا في السنن بلا تكرار الخيف خيفان ، وعلى ما ذكره صاحب السنن يكون الخيف الثاني عطف بيان ، لأن الخيف خيفان، أحدهما خيف مني ، وهو الذي فيه المسجد ، وهو مشهور ، والثاني خيف بني كنانة ، وهو المحصب ، وسمي خيف بني كنانة لأنهم تحالفوا مع قريش في ذلك الموضع على بني هاشم.

قوله - حيث تقاسم - أى تعاهد ، وتحالف قوله على شركهم ، أى مع شركهم ، وعلى بمعنى مع ، كما يقال فلان يقول الشعر على صفر سنة ، أى مع صفر سنة .

( ويشير إلى عهدهم ) أي يشير النبي ﷺ إلى عهد بني كنانة ( على هجران بني هاشم ) روي انهم حبسوا بني هاشم في واد سبع سنين ( فعرضنا أنه ) أى النبي ﷺ ( نزل به ) أى بالمحصب ( إراءة ) أى لأجل الإراءة ، وهو مصدر من أرى يرى إراءة ( للمشركين لطيف صنع الله تعالى به ) حيث فتح له مكة ونصره عليهم ( فصار ) أي النزول بالمحصب ( سنة كالرمل في الطواف ) حيث كان لإظهار الجد والقوة ليغيظ به المشركين .

( قال ثم دخل مكة ) وفي أكثر النسخ قال ، أي القدوري رحمه الله ثم دخل الحاج مكة بعد نزوله بالمحصب ( فطاف بالبيت سبعة أشواط لا يرمل فيها ) أي في السبعة

---

(١) عهدهم - هامش .

وهذا طواف الصدر ، ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهد بالبيت ، لأنه يودع البيت ويصدر بـــه عنه وهو واجب عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » لقوله عليه السلام من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ، ورخص للنساء الحيض تركه

---

الاشواط ( وهذا طواف الصدر ) لأنه يصدر به عن مكة ، أي يرجع ، والصدر بفتحتين وهو الرجوع ( ويسمى طواف الوداع ) لأن وداع البيت يحصل به ، والوداع بفتح الواو اسم التوديع كسلام بمعنى التسليم ، وكلام بمعنى التكليم (وطواف آخر العهد) أي ويسمى أيضاً طواف العهد (بالبيت لأنه يودع البيت ويصدر به عنه ) أي يصدر بهذا الطواف عن البيت ، وفي بعض النسخ يصدر عنه ، أي يرجع عن البيت ، والاول أجود .

( وهو ) أي طواف الصدر ( واجب عندنا ) وبه قال أحمد رضي الله عنه ( خلافاً للشافعي « رح » ) فإن عنده يستحب في أحد القولين ، وبه قال مالك رحمه الله أنه سنة ولا دم على تاركه ، وعلى تارك طواف القدوم دم ، وقال ابن قدامـــة في المغني ووافقه أبو حنيفة رحمه الله فيها ، وهذه غفلة ، فالمتأخر يوقف المتقدم دون العكس ، قـــال السروجي رحمه الله أوجب الدم على تارك طواف الوداع الحسن البصري ومجاهد والثوري والحكم وحماد ، وعن ابن عباس رضي الله عنه ما يدل عليه .

( لقوله علية الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ، ورخص للنساء الحيض تركه ) يجوز رفع الآخر ونصب الطواف وبالعكس . قوله — رخص — أي النبي ﷺ للنساء الحيض ، وهو جمع حائض ، وتخصيص الحائض برخصة الترك دليل على الوجوب أيضاً ، وهذا الحديث رواه البخاري عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنه قال أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الطواف ، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض في لفظ مسلم ، قال كان الناس ينصرفون في كل وجـــه ، فقال رسول الله ﷺ لا ينفر أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت ، رواه الشافعي رحمه الله ، وزاد في آخره ، فإن آخر النسك الطواف بالبيت . وهـــذه الزيادة توافق مـــا في الكتاب .

إلا على أهل مكة ، لأنهم لا يصدرون ولا يودعون ، ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ، ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم ويشرب من مائها لما روي أن النبي عليه السلام استسقى دلواً بنفسه فشرب منه ثم أفرغ باقي الدلو في البئر .

---

قال ( إلا على أهل مكة ، لأنهم لا يصدرون ولا يودعون ) هـــذا استثناء في قوله – وهو واجب – أي طواف الصدر واجب إلا على أهل مكة فإنه ليس بواجب عليهم . وقال الاترازي رحمه الله لو كان واجبا لوجب على أهل مكة ، قلت جوابه يفهم من قول المصنف لانهم لا يصدرون ولا يودعون ، فلا يحتاج إلى التطويل ( ولا رمل فيه ) أي في طواف الصدر ( لما بينا أنه شرع مرة واحدة ) أشار بقوله لمـا بينا إلى قوله فيما مضي – والرمل ما شرع إلا مرة واحدة فيطواف بعده سعي – وفي السروجي ويسقط طواف الوداع في ستة : عن المـكي ، لأن التوديع شأن المفارق والمعتمر وأهل المواقيت فمن‌دونها ممن نوى الاقامة بمكة قبل النفر الاول ، وبعـده لا يسقط عند أبي حنيفة رحمه الله . وعند الشافعي رحمه الله يسقط لعدم مفارقته البيت وعن الحائض والنفساء .

( ويصلي ركعتي الطواف بعده ) أي بعد طواف الصدر ( لما قدمنـا ) أى في اوائل هذا الباب ، وهو قوله عليه الصلاه والسلام ويصلي الطائف لكل اسبوع ركعتين ( ويأتي زمزم فيشرب من مائها لما روى أن النبي ﷺ استسقى دلواً بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر ) قال الأترازي قال في الايضاح روي أن النبي ﷺ استسقى ... الخ . نحوه ، والعجب منه كيف يقنع بهذا المقدار ، وقـد روى أحمد في مسنده والطبراني في معجمه عن ابن عباس رضى الله عنه قال جاء النبي ﷺ زمزم فنزعت له دلواً فشرب منها ثم مج فيها ، ثم أفرغناها في زمزم ، ثم قال لولا أن تغلبوا عليها السرعة لبدى .

وروي عن ابن سعد في كتاب الطبقات في باب حجة النبي ﷺ ما يوافق المذكور في الكتاب ، قال أخبرنا عبدالوهاب عن ابن جريج عن عطاء لما أفاض نزع بنفسه الدلو يعني من زمزم لم ينزع‌منه أحد فشرب ثم أفرغ باقي الدلو في البئر ... الحديث وهو مرسل .

ويستحب أن يأتي الباب ويقبل العتبة ، ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر إلى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة يدعو الله تعالى فيها ثم يعود إلى أهله ، هكذا روي أن النبي عليه السلام فعل بالملتزم ذلك . قالوا وينبغي أن ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه إلى البيت متباكياً متحسراً على فراق البيت حتى يخرج من المسجد ، فهذا بيان تمام الحج .

---

( ويستحب أن يأتي الباب ) أي باب الكعبة ( ويقبل العتبة ) أي عتبة الباب (ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر إلى الباب ) أي ما بين الحجر الأسود إلى باب البيت ( فيضع صدره عليه ويتشبث بالأستار ) أي يتعلق بأستار الكعبة وهو جمع ستر ( ساعة يدعو الله تعالى فيها ثم يعود إلى أهله ، هكذا روي أن النبي ﷺ فعل بالملتزم ذلك ) هذا أخرجه أبو داود في سننه عن المثنى بن صالح عن عمرو بن شعيب عن أبيه شعيب قال طفت مع عبدالله فلما جئنا دبر الكعبة ، قلت ألا تتعوذ قال نتعوذ بالله من النار ، ثم مضى واستلم الحجر وقام بين الركن والباب ، فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا وبسطهما بسطا ، ثم قال هكذا رأيت رسول الله ﷺ يفعله .

( قالوا ) أي مشايخنا ( فينبغي أن ينصرف ) أي الحاج ( وهو يمشي وراءه ) أي والحال انه يمشي وراءه يعني ينكص على عقبيه ( ووجهه ) أي والحال أن وجهه ( إلى البيت ) حال كونه ( متباكياً متحسراً على فراق البيت حتى يخرج من المسجد) الحرام فهذا الذي ذكرنا ( بيان تمام الحج ) أي الذي فعله رسول الله ﷺ .

* * *

## فصـــل

وإن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ووقف فيها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لأنه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال ، فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه بتركه لأنـــه سنة وبترك السنة لا يجب الجـــابر . ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج

---

### ( فصـــل )

أي هـذا فصل في بيان مسائل شتى من أفعال الحج ، ذكرها بفصل على حدة لتعلقها بالباب .

( فإن لم يدخل المحرم مكة وتوجه إلى عرفات وقف بها ) وفي بعض النسخ ووقف فيها ( على ما بينا ) أي قبل هذا الفصل من أحكام الوقوف بعرفة ( سقط عنه طواف القدوم لأنه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال ) أي يأتي الافعال ومنـــه السور ( فلا يكون الاتيان به ) أي بطواف القدوم ( على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه بتركه ) أى لترك طواف القدوم ( لأنه ) أي لأن طواف القدوم ( سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ) لأن وقت طواف القدوم في ابتداء الحج قبل الشروع في الافعال والسنن إذا فاتت عن وقتها لا تقضى ، وعند مالك رحمه الله طواف القدوم واجب يحتاج تاركه إلى جابر إلا في حق المراهق للوقوف ، فإنه يسقط عنـــه عنده بلا جابر ، ذكره في الذخيرة .

( ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها ) أى من يوم عرفة ( إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج ) إعلم أن أول وقت الوقوف من وقت الزوال، وهو مذهب الأئمة الثلاثة وأصحابهم ، وقال أحمد « رح » أول وقتـه من طلوع الفجر يوم

فأول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا ، لما روي ان النبي عليه السلام وقف بعد الزوال ، وهذا بيان أول الوقت . وقال عليه السلام من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ،

---

عرفة ولم يوافقه أحد على هذا ، وأبو حفص الكبير من الحنابلة قال بما قاله الأئمة الثلاثة ، وقد أشار المصنف إلى هذا بقوله :

( فأول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا ، لما روي أن النبي ﷺ وقف بعد الزوال ) وهذا في حديث جابر الطويل أذن ثم قال نصلي الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئاً ، ثم ركب رسول الله ﷺ حتى أتى الموقف ... ( وهذا بيان أول الوقت ) لأن الكتاب مجمل ، فالتحقق بفعل النبي ﷺ بياناً به كما في الصلاة .

وقال السروجي ليس في فعل النبي ﷺ ولا في قوله إن أول وقت الوقوف من الزوال لأنه عليه الصلاة والسلام لما طلعت الشمس في منى سار إلى عرفة ، فنزل بنمرة في العقبة التي ضربت له ، فأقام بها حتى إذا زاغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له حتى أتى بطن الوادي فخطب خطبته الطويلة التي ذكر فيها تحريم دمائهم وأموالهم عليهم ، والوصية بالنساء ، ثم صلى الظهر والعصر في وقت الظهر ، ثم ركب القصواء وأتي الموقف ، كما في حديث جابر رضي الله عنه فلم يكن نزوله بعرفة وقت الزوال ولا وقوفه ، لأن نمرة ليست من عرفات في الصحيح ، مع أن نزوله بنمرة كان قبل الزوال ووقوفه بعرفة بعد الخطبتين والصلاتين ، ووقت الزوال قبل هذا بكثير هذا وإن أخذ بقوله فينبغي أن يكون أول الوقت من طلوع فجر يوم عرفة ، لأن قوله الاداء يدل على أن النهار محل الوقوف من أوله إلى آخره ، وهو أقوى في الدليل ، لأن الفعل لو وجد من وقت الزوال لا يدل على انه أول وقته ، لانه يجوز أن يكون الأفضل والاولى هو وقت الزوال مع غيره من أوقات نهار يوم عرفة .

( وقال عليه الصلاة والسلام من ادرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ) هذا الحديث رواه الأربعة عن سفيان الثوري عن بكير بن عطاء بن عبد الرحمن بن معمر الديلي أن ناساً من أهل نجد أتوا رسول الله ﷺ وهو بعرفة فسألوه فأمر منادياً فنادى في الناس الحج

ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج ، فهذا بيان آخر الوقت ، ومالك « رح » إن كان يقول إن أول وقته بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم إذا وقف بعد الزوال وأفاض من ساعته أجزأه عندنا ، لأنه عليه السلام ذكر بكلمة أو ، فإنه قال الحج عرفة ، فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه ،

---

عرفة ، فمن جاء ليلة جمع قبل طلوع الفجر فقد أدرك الحج ... الحديث ، رواه الدارقطني من حديث عطاء ونافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ من وقف بعرفة بليل فقد أدرك الحج .

( ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج ) فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل ، وفي اسناده رحمه الله من مصعب ضعيف ( وهذا بيان آخر الوقت ) لأنه يدل على أن وقت الوقوف بعرفة يبقى الليل من يوم النحر ولا يبقى بعد الليل ، فصح قولهم أن آخر وقت الوقوف قبل طلوع الفجر من يوم النحر .

( ومالك إن كان يقول بأول وقته ) أي أول وقت الوقوف ( بعد طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس ) من يوم عرفة ( فهو محجوج عليه بما روينا) وهو أن النبي ﷺ وقف بعد الزوال ، ونقل هذا غير صحيح عن مالك « رح » فان مذهبه هنا مثل مذهبنا ، وقد ذكر ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع، ولا يجزىء الوقوف بعرفة نهاراً قبل الزوال وقال الكاكي « رح » ما وجدت هذا عن مالك « رح » في الكتب المعتبرة لبيان الخلاف . وقيل هذا سهو من الكاتب وليس هو مذهب مالك رحمه الله ، قلت فلأجل هذا ذكر صاحب الكتاب بقوله ــ وإن كان مالك « رح » يقول ذكره بكلمة الشرط .

( ثم إذا وقف بعد الزوال وأفاض من ساعته أجزأه عندنا ) يعني يكفي من خروجه من العهدة ( لأنه عليه الصلاة والسلام ) أي لأن النبي ﷺ ( ذكر بكلمة أو ، فإنه قال الحج عرفة ، فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه ) هذا الحديث رواه الطحاوي رضى الله عنه من حديث الشعبي ، قال سمعت عروة بن نضر بن الطحاوي يقول

## وهي كلمة التخيير . وقال مالك « رح » لا يجزئه إلا أن يقف في اليوم وجزءاً من الليل

أتيت النبي ﷺ بالمزدلفة فقلت يا رسول الله جئت من جبل طيء والله ما جئت انبعثت وأمضيت راحلتي وما نزلت حبلاً من هذه الجبال إلا وقد وقفت عليه ، فهل لي من حج ، فقال رسول الله ﷺ من شهد معناه هذه الصلاة صلاة الفجر بالمزدلفة ، وقد كان وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهاراً فقد تم حجه ، ورواه الأربعة ايضاً وليس في لفظ واحد منهم ذكر ساعة بعد قوله من وقف بعرفة قوله وانصبت راحلتي ، أي انزلتها .

قال انصب بقرة ينصبها نصباً إذا أنزلها ونضر ومادته بنون وضاد معجمة وراء ، رأيت الاترازي ضبطه بالنون والصاد والباء الموحدة ، ولكن بالحركات لا بالحروف ، قال انتصب أي تعبت ، وليس في رواية المذكورين إلا مثل ما ضبطنا نعم في رواية الترمذي اكللت من الاكلال وهو الالقاب ، قوله — ما نزلت حبلاً — بفتح الحاء المهملة وسكون الباء الموحدة المستطيل من الرمل ، وقيل الضم منه ، وجمعه حبال ، وقيل حبال من غير الرمل ، وضبطه الاترازي رحمه الله بالجيم والباء الموحدة ، وهو الجبل المعهود ، ولكن بالحركات لا بالحروف ، وقال شيخنا زين الدين وروى جبلاً بالجيم ، وهو يؤيد كلام الاترازي رحمه الله ، ولكن في رواية الطحاوي رحمه الله ما نزلت حبلاً زملا من هذه الجبال ، وهذا يرد على من ضبطه بالجيم .

قوله ذكر كلمة أو — يعني في قوله من ليل أونهار، ثم قال ( وهي كلمة التخيير )لأن كل اليوم والليلة غير مشروط فيه ، فيكون الشرط وقوف ساعة من اليوم أو الليل ، فيكون مجملاً ، فالتحق فعل النبي ﷺ بياناً له، قال تاج الشريعة رحمه الله فيكون حجة على مالك رحمه الله ، قلت حتى تصح ما نقل من الذي ذكر فيه .

( وقال مالك رحمه الله لا يجزئه إلا أن يقف في اليوم وجزءاً من الليل ) قال السروجي رحمه الله قلت حتى يصح ما نقل من الذي ذكر عنه ، وقال مالك رحمه الله لا يجزئه إلا أن يقف في الليل ، قال السروجي رحمه الله قوله في الكتاب قال مالك«رح» إلى آخره سهو ، ولم يقل به أحد ، وقال الطرطوسي في معرفة قول مالك رحمه الله إن

ولكن الحجة عليه ما رويناه . ومن اجتاز بعرفة نائماً أو مغمى عليه أو لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف ، لأن ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لأنها لا تبقى مع الإغماء

---

من ترك الوقوف بالليل حجة عندنا ، وعندهم يلزمه الدم ، ولو تركه نهاراً أو وقف ليلاً لا يلزمه شيء ، فدل على أن المعتبر الوقوف بالليل دون النهار .

( ولكن الحجة عليه ) أي على مالك رحمه الله ( ما رويناه ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة ، فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه ( ومن اجتاز بعرفات ) حال كونه ( نائماً أو مغمي عليه أو لا يعلم انها عرفات جاز عن الوقوف )وكذا من كان مجنوناً أو سكراناً أو هارباً أو طالب غريم أو كان جنباً أو محدثاً أو حائضاً أو نفساء ، أو لم ينو الوقوف ، وعند الشافعي رحمه الله لو حصر في جزء يسير من أجزاء عرفات في لحظ بسيره من وقت الوقوف ولا يعلم انها عرفات ولم يثبت وقوع الغفاءةوالنوم وإجتاز بها في طلب غريم له هارب من يديه أو بهيمة صح وقوفه ، بخلاف السكران والمجنون والمغمي عليه ، ذكره النووي رحمه الله ، وهو قول مالك « رح » وابن حنبل والحسن البصري وأبو ثور ، وقال عطاء في المغمي عليه يجزئه ، وقال الحسن البصري رحمه الله يبطل حجه ، وعن التوقف فيه . وقال أبو ثور لا يصح من النائم ، وقال في الذخيرة عن مالك رحمه الله ومن وقف مغمي عليه حتى دفع اجزأه ولا دم عليه .

( لأن ما هو ركن قد وجد ، وهو الوقوف ، ولا يمنع ذلك بالإغماء والنوم ) لأن المقصود من الوقوف حصوله من ذلك المكان ، وقد وجد ( كركن الصوم ) أي فصل الصوم وأفعال الحج كلاهما اختياري ولو نوى ثم نام كل يوم يجعل صائماً ويلحق ذلك الفعل بالاختياري لوجود النية ، فكذا هاهنا إذا اجتاز بعرفات ونوى ، بل أولى لأن هذا الوقوف لو جعل كالمعدوم يلزمه التوقف إلى العام القابل ، وفيه ضرر عظيم .

( بخلاف الصلاة ، فإنها لا تبقى مع الاغماء ) لأن شرط الصلاة أعني الطهارة تنتفى

والجهل يخل بالنية وهي ليست بشرط لكل ركن ، ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز ، ولو أمر إنساناً بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم المأمور عنه صح بالاجماع ، حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز

---

بالاغماء ، فينتفي المشروط ( والجهل يخل بالنية ) هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يجوز الوقوف بعرفات إذا اجتاز بها وهو لا يعلم لعدم النية ، فأجاب وقال سلمنا أن الجهل يخل بالنية ( وهي ليست بشرط لكل ركن ) فلأجل هذا جاز الوقوف وإن كان جاهداً بالموضع .

فإن قلت يشكل على هذا ما إذا طاف حول البيت خلف غريمه أو خائف من سبع ولا ينوي الطواف لا يجزئه ، وإن وجدت النية في أصل الإحرام مع أنه ركن . قلت الوقوف ركن عبادة وليس بعبادة مقصودة ، ولهذا لا يتنفل به ، بخلاف الطواف ، فلأنه عبادة مقصودة ، ولهذا يتنفل به فلا بد من وجود أصل النية فيه .

( ومن أغمي عليه فأهل عنه ) أي أحرم ( رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله عنه ) يعني أحرموا عن أنفسهم بطريق الاصالة ، وعن الرفيق بطريق النيابة ، حتى لو قتل صيداً عليه دم واحد ، كذا في المبسوط ، وصورة المسألة أن الرفقاء إذا لبسوا الرداء أو تجنبوا المحظورات صار هو محرماً ، ويتداخل الإحرامان، وصار إحرامهم عنه كاحرام الأب عن ابنه الصغير ، وإنما قيد بإحلال الرفقاء عنه لأنه إذا أحرم عنه واحد من عرض الناس اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة رحمه الله . قال الشيخ أبو عبدالله الجرجاني كان الجصاص يقول لا يجوز ، ثم رجع وقال يجوز .

( وقالا لا يجوز ) وهو قول عامة الفقهاء،وهذا الخلاف فيما إذا لم يوجد الاذن بالاحرام من المغمي عليه صريحاً ، فأما إذا أذن صريحاً جاز بالاتفاق ، وأشار اليه بقوله ( فلو أمر إنساناً ) أي فلو أمر رجل رجلا ( بأن يحرم عنه إذا أغمى عليه أو نام فأحرم المأمور صح بالإجماع ، حتى إذا أفاق أو استيقظ ) الأمر بذلك ( وأتى بأفعال الحج جاز ) أراد

لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به ، وهذا لأنه لم يصرح بالاذن ، والدلالة تقف على العلم وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء ، فكيف يعرفه العوام ، بخلاف ما إذا أمر غـــيره بذلك صريحاً .

وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجزه عن مباشرته بنفسه ، والاحرام هو المقصود بهذا السفر ، فكان الإذن به

---

بالإجماع عند أصحابنا ، لأن عند مالك والشافعي وأحمد لا يجوزون ذلك . وقال النووي لا يجوز عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سواء كان أذن له فيه قبل الاغماء أم لا ، وهـذا النقل غلط .

واعترض الغزاني على الإمام فقال لو وكل في ذلك لم يصح مع القصد مع عدمه أولى ، ورد عليه بأن قياسه على التوكيل باطل بلا شبهة ، لأن التوكيل بخـلاف الاتفاق على الصحة لا البطلان فليت شعري ما سنده في هذا .

( لهما ) أى لأبى يوسف ومحمد رحمهما الله ( انه ) أى الذى أغمى عليه فأهـل عنه رفقاؤه ( لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به ) أى بالاحرام إذا أغمى عليه ( وهـذا ) أى هذا الذي ذكرناه من انه لم يحرم بنفسه ولا يأذن منه لغيره لا يكون محرمـاً ( لأنه لم يصرح بالاذن منه ) لأنه إما بالصريح ، أو بالدلالة ، فالصريح مستقلان الكلام في عـدم التصريح بالإذن ( والدلالة تقف على العلم ) بجواز الاحرام عن المغمي عليه والعـلم منفوذ ( وجواز الاذن به ) أى بالاحرام عنه ( لا يعرفه كثير من الفقهاء ، فكيف تعرفـه العوام ، بخلاف ما إذا أذن غيره بذلك ) إى بالإحرام إذناً ( صريحـاً ) ففيه يجوز اتفاقـاً .

( وله ) أى ولأبي حنيفة « رح » ( أنه ) أى ان هذا الرجل المغمي عليه ( لما عاقدهم ) أى الرفقاء ( عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم ) أى من الرفقاء ( فيما يعجز عن مباشرته بنفسه ) لأن السفر محل الاستعانة فيما بينهم ( والاحرام هو المقصود ) في سفر هذا الرجل لا رجل مقصود ( بهذا السفر ) هو الاحرام ( فكان الإذن به ) أى بالاحرام

ثابتاً دلالة ، والعلم ثابت نظراً إلى الدليـــل والحكم يدار عليه . قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل ، لأنها مخاطبة كالرجال ، غـــير انها لا تكشف رأسها لأنه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام إحرام المرأة في وجهها ، ولو أسدلت شيئاً على وجهها وجافته عنه جاز ، هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها

---

( ثابتاً دلالة ) أي من حيث الدلالة ، وإن لم يوجد صريحاً ( والعلم ) أي على الرفقاء ( ثابت نظراً إلى الدليل ) وهو عقدهم عقد الرفقة ( والحكم يدار عليه ) إي على الدليـــل ، كمن نصب قدراً على كانون وجعل فيها اللحم ، وأوقد تحتها النار ، وجاء آخر فطبخه لا يضمن لوجود الإذن دلالة ، فكذا هاهنا ، ولو أحرم بنفسه ثم أغمي عليه أو مرض فطافوا به حول البيت على بعير ووقفوا به بعرفة والمزدلفة ووضعوا الاحجار في يده ورموا بهـــا ، وسعوا به بين الصفا والمروة ، فإن ذلك يجزئه عند أصحابنا جميعاً .

( قال والمرأة في جميع ذلك ) أي في جميـــع المناسك ( كالرجل ) أي تفعل مثل ما يفعل الرجل ، إلا في اشياء وهو خمسة عشر موضعاً ويجيء بيانها الآن ( لانها مخـــاطبة كالرجال ) لأن أوامر الشرع عامة غير انها استثناء لبيان انها تختص بأشياء في المواضع خمسة عشر ، أشار إلى المواضع بقوله ( غير انها ) أي غير أن المرأة ( لا تكشف رأسها ، لأنه عورة ، وتكشف وجهها لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( إحرام المرأة في وجهها ) هذا الحديث رواه البيهقي في سننه من حديث ابن عمر رضي الله عنه مرفوعاً إحرام الرجل في رأسه وإحرام المرأة في وجهها .

( ولو أسدلت شيئاً على وجهها ) أي لو أرخت شيئاً ، وفي الثوب سدل الثوب سدلاً من باب طلبه إذا أرسله من غير إن يضم جانبيه ، وقيل هو أن يلقيه على رأسه ويرخيه على منكبيه ، والسدل خطأ ، وفي كثير من النسخ استدلت بالهمزة ، والاصل رعـاية قول أهل اللغة ( وجافته عنه ) بالجيم ، أي باعدت الشيء عن وجهها ، وهو من باب المفاعلة من جفى جنبيه عن الفراش إذا نبا وارتفع ( جاز ) جواب لو ( هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ) هذا أخرجه ابن ماجـــة وأبو داود ، وعن يزيد بن أبي زياد عن عائشة

ولأنه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ، ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمـــل ولا تسعى بين الميلين ، لأنه مخل بستر العورة ، ولا تحلق ولكن تقصر لما روي أن النبي عليه السلام نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير ،

---

قالت كانت الركبان يمرون بنا ونحن مع رسول الله ﷺ محرمات فإذا جـاوزونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها ، فإذا روحنا كشفنا .

( ولأنه ) أي سدل الشيء على الوجه (بمنزلة الاستظلال بالمحمل) فإنه يجوز، فكذلك السدل.والمحمل بفتح الميم الاولى وكسر الثانية وبالعكس الهودج الكبير الحجاجي .

( ولا ترفع هي صوتها بالتلبية ) هذا هو الثاني من الخمسة عشر ( لما فيه ) أي رفـع صوتها ( من الفتنة ) عن عطاء وسليمان بن يسار لا ترفع المرأة صوتها بالتلبية ، بل تسمع نفسها رواه عنهما سعيد بن منصور رحمه الله ، وقال أبو عمر بن عبد البر جمع العلماء على أن السنة في المرأة أن لا ترفع صوتها بالتلبية ، لأن صوتها عورة ، وعن البعض إن لم تكن عورة فهي مشتهى ، وقالت الظاهرية ترفع صوتها كالرجل والتفاوت اليهم .

( ولا ترمل ) هذا هو الثالث من الخمسة عشر ، أي لا ترمل في طوافها لأنه تجد ستر العورة ، لأنه لا يطلب منها إظهار الجلد ، لأن بدنها غير صالح للحرب والقتال (ولاتسعى بين الميلين ) بين الصفا والمروة ( لأنه مخل بستر العورة ) هو تعليل الرمل والسعى كليهما ، وهذا هو الرابع من الخمسة عشر .

( ولا تحلق ) هو الخامس منها ( ولكن تقصر ) هو السادس منها (لما روى أن النبي ﷺ نهى النساء عن الحلق وأمرهن بالتقصير ) هذا غريب ، لأنه مركب من حديثين ، وفي نهى النبي ﷺ أحاديث ، منها ما رواه الترمذي في الحج والنسائي في الزينة من حديث قتادة عن حلاس بن عمرو عن علي بن عمر « رض » قال نهى رسول الله ﷺ ان تحلق المرأة رأسها . ومنها ما رواه البزار من حديث هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة رضى الله عنها ان النبي ﷺ نهى مثله ، ومنها ما رواه البزار ايضاً من حديث وهب بن عمير

ولأن حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجال ،وتلبس من المخيط ما بدا لها ، لأن في لبس غير المخيط كشف العورة . قالوا ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع ، لأنهـــا ممنوعة عن مماسة الرجال ، إلا أن تجد الموضع خالياً .

---

قال سمعت عثمان رضى الله عنه يقول نهى النبي ﷺ مثله .

وأما حديث التقصير فرواه أبو داود في سننه من حـــديث صفية بنت شيبة قالت أخبرتني أم عثمان « رض » أن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ ليس على النساء الحلق ، انما على النساء التقصير . وفي فتاوى الولوالجي تقصر من ربع شعر رأسها قدر الأنملة،وقيل تأخذ من أطراف شعر رأسها كالأنملة من غير تقدير الربع .

( ولأن حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجال ) المثلة حرام فلا تجوز إقامة السنة بارتكاب الحرام ، والسنة في حقها التقصير ، وقال المطرزي رحمـه الله المثلة قطع بعض الاعضاء وتسويد الوجه وتغيير الهيئة .

( وتلبس من المخيط ما بدا لها ) وهو السابع منها ، أي تلبس ما ظهر لها ، وماشاءت ولكن لا تلبس المصبوغ بورس أو زعفران ، إلا أن يكون قد غسل، لأن هذا يزيد،وهو من دواعي الجماع وهي ممنوعة عن ذلك في الإحرام كالرجل ( لأن في لبس غـــير المخيط كشف العورة ) وهو حرام ( قالوا ) أى قال أصحابنا المتأخرون ( ولا تستلم الحجر) هو الثامن ( إذا كان هناك جمع ) من الناس ( لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال ، إلا أن تجد الموضع خالياً ) هذا كما رأيت لم يذكر المصنف إلا ثمانية أشياء من تلك الخمسة عشر .

التاسع : لا يطلع بخلاف الرجل . العاشر : ليس عليها كفارة في تأخـــير طواف الإفاضة عن أيام النحر بعذر الحيض والنفاس . الحادي عشر : لهـــا ترك طواف الوداع بعذر الحيض والنفاس . الثاني‌عشر : اشترط المحرم لها أو الزوج في مسافة السفر، الثالث عشر : لها لبس الخفين ، الرابع عشر : لها لبس القفازين والقفـاز شيء تلبسه النساء في أيديهن لتغطية الكف والاصابع ، لأن سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه كان يلبس بناته

قال ومن قلد بدنة تطوعاً أو نذراً أو جزاء صيد أو شيئاً من الأشياء ، وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد أحرم ،

---

القفاز وهن محرمات ، ورخصت عائشة فيه وبه قال عطاء والثوري ، وحكي عن ابن عمر رضى الله عنه ذكره القرطبي ، وقال البغوي وهو أظهر قولي الشافعي « رض » وقال النووي « رض » أصح قولي الشافعي المنع منه خلاف ما نقله البغوي .

الخامس عشر : لها لبس الحلي ، السادس عشر : لها كشف وجهها وإن كانت مشاركة للرجل فيه ، لكن لا يجوز لها ذلك ، إلا في الإحرام ، فإن قلت كيف حكم الخنثى في هذه الأشياء ، قلت يشترط في حقه ما يشترط في المرأة احتياطاً في المحرمات .

( قال ومن قلد بدنة ) وفي بعض النسخ ، قال أبي محمد في الجامع الصغير ، لأن هذا من مسائله ( تطوعاً ) أي لأجل التطوع ( أو نذراً ) أي أو لأجل النذر الذي عليه ( أو جزاء صيد ) أي ولأجل جزاء الصيد ، بأن قتله حتى وجبت عليه قيمته فاشترى بتلك القيمة بدنة في سنة أخرى وقلدها أو قتل الحلال صيد الحرم فاشترى بقيمته بدنة ( أو شيئاً من الاشياء ) مثل دم المتعة والقران والدماء الواجبة كالحلق وغيره ، قال تاج الشريعة رحمه الله عبر بهذه الاشياء تيسيراً عليه ، وقال الاترازي كان ينبغي أن يقول أو بشيء من الاشياء كما في الجامع الصغير ، لأن أشياء — مفعول له بالعطف على ما قبله واحد شرائط أن يكون مصدراً ، فإن قصده المصنف فلابد من اللام في قولك حد الشيء انتهى . قلت الذي قاله النحاة بأنه لا بد من اللام إما ظاهرة أو مقدرة ، وههنا مقدرة تقديره والشيء من الاشياء .

( وتوجه معها ) أي مع البدنة حال كونه ( يريد الحج فقد أحرم ) أي صار محرماً ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من قلد بدنة فقد أحرم ) هذا حديث غريب مرفوعاً ووقفه ابن أبي شيبة في مصنفه على ابن عباس رضي الله عنه وابن عمر رضي الله عنه قال حدثنا ابن نمير حدثنا عبدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال من قلد

ولأن سوق الهدي في معنى التلبية في إظهار الإجابة ، لأنه لا يفعله إلا من يريد الحج والعمرة وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرماً لاتصال النية بفعل هو من خصائص الإحرام ، وصفة التقليد أن يربط على عنق بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة ، فإن قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرماً لما روي عن عائشة أنها قالت

---

بدنة فقد أحرم حدثنا وكيع عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن ابن عباس رضى الله عنه قال من قلد أو جلل أو أشعر فقد أحرم .

( ولأن سوق الهدى في معنى التلبية في إظهار الإجابة ) أى في إجابة دعاء ابراهيم عليه السلام ( لأنه ) أي لأن التقليد (لا يفعله إلا من يريد الحج أو العمرة) وفي شرح الطحاوي رحمه الله ، ولو قلد بدنة بغير نية الإحرام يصير محرماً ، ولو ساق هدياً قاصداً إلى مكة صار محرماً بالسوق نوى أو لم ينو ، وقال صاحب النهاية صيرورته محرماً بمجرد السوق من غير انضمام نية الإحرام لم أجد في الشروح هذه العبارة إلا في شرح الطحاوي رضى الله عنه ، فإن في عامة النسخ شرط الهدى ، أى كان كما يضم إلى التلبية وسوق هدي المتعة وتقليد البدنة .

( وإظهار الإجابة ) قيل انه معطوف على اسم إن ، قرىء منصوباً وعلى محل إن قرىء مرفوعاً قاله الأكمل ، قلت فيه تعسف إلا وجه أن يكون مرفوعاً بالابتداء وخبره هو قوله ( قد يكون بالفعل كما يكون بالقول ) ألا ترى إن قال يا فلان ، فأجابه تارة بقول لبيك ، وتارة بالحضور ، والامتثال بين يديه (فيصير به محرماً) أى فيصير بالسوق محرماً ( لاتصال النية بفعل هو من خصائص الإحرام ) أراد به التقليد مع السوق (وصفه التقليد أن يربط على عنق بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة ) هي المظهرة ( أو لحاء شجرة ) بكسر اللام وبالحاء المهملة وبالمد وهو القشر أو قطعة ادم أو شراك نعل .

( فإن قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرماً ، لما روي عن عائشة رضى الله عنها انها قالت

كنت أفتل قلائد هدي رسول الله عليه السلام فبعث بهـا وأقام في أهله حلالاً ، فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرماً حتى يلحقها ، لأن عند التوجه إذا لم يكن بين يديه هدى يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية ، وبمجرد النية لا يصير محرماً ، فإذا أدركها وساقها أو أدركها فقـــد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام

---

كنت افتل قلائد هدي رسول الله ﷺ فبعث بها وأقام في أهله حلالاً ) هـــذا الحديث أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن عائشة رضى الله عنها قالت بعث رسول الله ﷺ الهدى فأفتلت قلائدها بيدي من عهن كان عندنا ثم أصبح فينا حلالاً يأتي ما يأتي الرجــل من أهله ، وكانت الصحابة « رض » مختلفين في هذه المسألة على ثلاثة أقاويل ، منهم من قال إذا قلدها صار محرماً ، ومنهم من قال إذا توجه في إثرها صار محرماً ، فأخـذنا باليقين ، وقلنا إذا أدركها وساقها صار محرماً لاتفاق الصحابة « رض » في هذه الحالة .

( فإن توجه بعد ذلك ) أي بأن توجه بعدما بعث هديه ( لم يصر محرماً حتى يلحقها لأن عند التوجه إذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم توجد منــه إلا مجرد النية ، وبمجرد النية لا يصير محرماً ) وفي المحيط لا يصير داخلاً في الإحرام بمجرد النية ما لم يضم اليهـا التلبية أو سوق الهدى .

( وإذا أدركها ) أي البدنة ( وساقها أو ادركها ) اثار وبين السوق والإدراك ، لانه على رواية الجامع الصغير يشترط الادراك ، فحسب لانه قال لم يصر محرمــاً حتى يلحق البدنة ، وعلى رواية الاصل شرط الإدراك والسوق جميعاً ، لانه قال لم يصر محرمـاً حتى يلحق الهدي ويسوقه ويتوجه معه ، والمصنف « رح » جمع بين الروايتين ، وقـال فخر الاسلام رحمه الله فذلك أمر إضافي ، وانما الشرط أن يلحقه ليصير فاعلا ، فعلى المناسك على المخصوص ( فقد اقـــترنت نيته بعمل هو ) أى السوق والادراك ( من خصائص الإحرام )جمع خصيصة وهي التي تختص بالشيء ، ومن خصائص الإحرام سوق الهـدى

فيصير محرماً كما لو ساقها في الابتداء . قال إلا في بدنة المتعـــة فإنه محرم حين توجه ، معناه إذا نوى الإحرام ، وهذا استحسان . وجـــه القياس فيه ما ذكرنا . ووجه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكاً من مناسك الحج وضعاً ، لأنـه يختص بمكة ، ويجب شكراً للجمع بين أداء النسكين وغيره قـــد يجب بالجناية وإن لم يصل

---

( فيصير محرماً كما لو ساقها في الابتداء ) أي في ابتداء الامر .

( الا في بدنة المتعة ) وفي بعض النسخ قال إلا في بدنة المتعة ، أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير إلا في بدنة المتعة ، وهو استثناء من قوله فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرماً، حتى يلحقها ، يعني أن في بدنة المتعة يصير محرماً بمجرد التوجه ، وهاهنا قيد لا بد منه ، وهو انه إنما يصير محرماً بالتقليد ان لو حصل التقليد في أشهر الحج ، وإن حصل في غير أشهره لا يصير محرماً ما لم يدركه ، ويصير معه هكذا ذكره محمد « رح » (فإنه محرم حين توجه ، معناه إذا نوى الاحرام ) يحرم حين توجة إذا وجدت النية ، فإذا لم توجد لا يصير محرماً ( وهذا استحسان ) أي كونه محرماً في بدنة المتعة بمجرد التوجه قبـل اللحاق استحسان ، والقياس أن لا يصير محرما بمجرد التوجه .

( ووجه القياس فيه ما ذكرنا ) يريد به قوله لم يوجد منه إلا مجرد النية ( ووجـه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع فيالابتداء ) احترز به عن دم الجناية والنذر ، فإنهما شرعا بناء عليها لا ابتداء ( نسكا ) أي حال كونه نسكا ، احـترز به عما وجب ابتداء (من مناسك الحج وضعا ) يعني من حيث الوضع الشرعي ( لانه مختص بمكة ) حيث صار نسكا من مناسك الحج .

( ويجب ) أي الهدى ( شكراً للجمع بين اداء النسكين ) هذا بيان اختصاصه بمكة لان الجمع بين النسكين لا يكون إلا بمكة ، فكان هدي المتعة مختصا بمكة ( وغيره ) أي غير دم المتعة ( قد يجب بالجناية ) بأن صاد صيداً قبل وصوله إلى مكة ( وإن لم يصـل

إلى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه ، وفي غـــيره توقف على حقيقة الفعل ، فإن جلّل بدنة أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرماً ، لأن التجليل لدفع الحر والبرد والذبان ، فلم يكن من خصائص الحج والإشعار مكروه عند أبي حنيفة « رح » ، فلا يكون من النسك في شيء ، وعندهما إن كان حسناً فقد يفعل للمعالجة

---

إلى مكة) واصل بما قبله ( فلهذا اكتفى فيه ) أي في هدي المتعة ( بالتوجه وفي غيره ) أى وفي غير هدي المتعة ( توقف ) أصله تتوقف بالتاءين ، فحذفت احداهما للتخفيف أي توقف الهدي ( على حقيقة للفعل ) وهو السوق واللحاق ، حاصله ان الهدي في المتعة لو القران نسك من مناسك الحج ، اكتفى بالتوجه وإن لم يسق لتأكده في النسكية وغيره لمالتأكد نسكيته أم يكتف بالتوجه ، بل يتوقف على الادراك والسوق اوعلى الادراك لتأكد تحققه بالفعل .

( وإن جلل بدنة ) أي القى عليها الجل ( أو أشعرها ) من الإشعار ، وهو الادماء بالجرح ، وقال الاكمل إشعار البدنة إعلامها بشيء انها هدر من الشعار ، وهي العلامة ( أو قلد شاة لم يكن محرماً ، لأن التجلل لدفع الحر والبرد والذبان فلم يكن من خصائص الحاج ) الذبان بكسر الذال المعجمة وتشديد الباء الموحدة جمع ذبابة وهو معروف ، قال الجوهري الواحدة ذبابة ، وجمع القلة أذبة ، والكثير ذباب مثل غراب وغرابة وغربان . وفي جامع العتابي وقد يكون الاشعار للزينة ، وعند الشافعي رضى الله عنه وأحمد ومالك « رح » يصير محرماً في هـــذه الصورة بمجرد النية والاشعار ، وهو قول ابراهيم النخعي « رح » ورخصت عائشة رضى الله عنها في تركه ، ذكره المنذري رحمـــه الله ، وهي لا ترخص في ترك السنن.

( والاشعار مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله ، فلا يكون من النسك في شيء ) يعني لا يعد من النسك ولا يعتبر به ( وعندهما إن كان ) أي الإشعار (حسناً فقد يفعله للمعالجة) يعني إن فعل الاشعار هو حسن ، وإن تركه فلا بأس به ، لأنه قد يفعل لمعالجـــة البدنة

بخلاف التقليد ، لأنـــه يختص بالهدي ، وتقليد الشاة غير معتاد ، وليس بسنة أيضاً .

---

لأجل هدمها . وقال السروجي رحمه الله وعن أبي يوسف « رح » ومحمـــد « رح » ثلاثة أقوال ، قيل سنة عندهما ، ويصير به محرماً مـــع التوجه ، ذكره في البدائع . وقال الاسبيجابي عندهما هو سنة .

وفي المحيط والتحفة لا يصير محرماً عندهما ، وإن كان سنة لأنه من خصائص الاحرام إذ الناس قد تركوه ، وعندهما حسن ولا يصير به محرماً ، لأنه قد يفعل بغـــير الإحرام كالتحيل ، ذكره في المبسوط . وقيل هو مباح ولا يصير به محرمـــاً بالاتفاق ، ذكره في البدائع وغيره وقال الشافعي ومالك « رض » هو سنة ، وابو حنيفة « رض » يقول انـــه مثلة ، والنبي ﷺ نهى عن المثلة ، وأيضاً هو تعـذيب للحيوان ، وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله يحتمل أن أبا حنيفة « رض » كره الاشعار المحدث ، فأما الذي جاءت به السنة فلا . وقال الطحاوي « رح » ما كره أبو حنيفة الاشعار ، وإنما كره على وجه يخاف منه هلاكها لسراية الجرح لا سيما في حر الحجاز ، فأراد سد الباب على العامـــة ، لانهم لا يراعون الحد في ذلك ، فأما من وقف على الحد فقطع الجلد دون اللحم فلايكرهه حكاه عنه في المبسوط وغيره .

وتفسير الإشعار عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وعند أبي يوسف «رح » الطعن بالرمح في أسفل السنام من قبل اليسار ، وقال الشافعي رضى الله عنه من قبـــل اليمين ، وقال فخر الإسلام رحمه الله الاشبه أن الاشعار من قبل اليسار .

( بخلاف التقليد لأنه مختص بالهدى ) يعني لا يكره تقليد البدن بالاتفـاق ( وتقليد الشاة غير معتاد ) فإن من عادة العرب أن لا يقلدوا الشاة ( وليس بسنة أيضاً ) وبه قال مالك « رض » . وقال الشافعي « رح » وأحمد « رض» يقلد الغنم ، لما روى انه عليـــه الصلاة والسلام أهدى مرة غنما وقلده ، هكذا نقله الكاكي رحمه الله عن كتبهم ، ثم قال قلنا هذا غير ثابت ، لأن رواة نسك رسول الله ﷺ ما رووه ، انتهى .

قال والبدن من الإبل والبقر . وقال الشافعي « رح » من الإبـــل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة ، فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة ، والذي يليه كالمهدي بقرة

---

قلت كيف يقول بهذا وقد أخرجه الأئمة الستة عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها أهدى رسول الله ﷺ مرة إلى البيت غنماً فقلدها، ولمسلم بهذا الاسناد قالت لقد رأيتني اقلد القلائد لهدي رسول الله ﷺ من الغنم فيبعث به ثم يقيم فينا حـــلالاً ، انتهى. ولا يصير بتقليد الغنم محرماً عندنا ، وكذا روي عن ابن عمر « رض » فإنه لا يقلد الغنم ، وإنما يقلد البدنة فلا يصير محرماً به . وعن ابن عباس رضى الله عنـــه يصير محرماً بتقليد الشاة والغنم والبدن والبقر .

وفي بعض النسخ ( قال ) أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( البدن من الإبل والبقر ) والهدى من الغنم والبقر ، قلت ( وقال الشافعي رضى الله عنه من الإبل خاصة ) وبه قال ابن سيرين ، وقال مالك « رض » من الابل فمن لم يجد فمن البقر ( لقوله عليــه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( في حديث الجمعة والمتعجل منهم كالمهدي بدنة ، والذي يليه كالمهدي بقرة ) هـــذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه ولفظهما قال قال رسول الله ﷺ من اغتسل يوم الجمعـــة فراح فكأنما قرب بدنة ، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ، ومن راح في الساعة الخـــامسة فكأنما قرب بيضة ، فإذا خرج الإمـــام حضرت الملائكة يستمعون الذكر .

وفي لفظ لهما إذا كان يوم الجمعة وقفت الملائكة على باب المسجد يكتبون الأول فالاول ومثل المتهجر[١] كمثل الذي يهدي بدنة ، ثم كالذي يهدي بقرة ... إلى آخره ، وفي رواية النسائي « رح » قال في الخامسة كالذي يهدي عصفوراً ، وفي السادسة كالذي يهدي عصفوراً[١] وفي رواية قال في الرابعة كالذي يهدي بطة ، ثم كالمهدي دجاجة ، ثم كالمهدي بيضة ، وقال

---

(١) هكذا في الأصل ، اهـ مصححه .

فصل بينهما ، ولنا أن البدنة تنبيء على البدانة وهي الضخامة ، وقد اشتركا في هـــذا المعنى ، ولهذا يجزيء كل واحد منهما عن سبعة ، والصحيح من الرواية في الحديث كالمهـــدي جزوراً ، والله تعالى يعلم بالصواب .

---

النووي « رح » في الخلاصة واسنادهما صحيح، إلا انهما شاذان لمخالفتهما الروايات المشهورة وذكر الاترازي الحديث الذى ذكره المصنف بصيغة التمريض ولم يسنده إلى أحد .

( فصل بينهما ) أى بين البدنة والبقرة بواو العطف ، وهو دليل المغايرة ، فثبت أن البدنة غير البقرة . وفى جامع الفتاوى وهذا فيما إذا أوجب على نفسه البدنة ،فهو بالخيار عندنا إن شاء أهدى الإبل ، وإن شاء أهدى البقر ، ولو أوجب على نفسه الهـــدي فهو مخير بين ثلاثة أشياء ، إمـــا الابل أو البقر أو الغنم ؛ ولو أوجب على نفسه الجزور فهو الإبل خاصة .

( ولنا أن البدنة تنبيء عن البدانة وهي الضخامة ) يقـــال بدن يبدن بدناً فاضخم ( وقد اشتركا ) أى الإبل والبقر ( في هذا المعنى ) أى في الضخامة ( ولهـــذا ) أي ولأجل اشتراكهما في هذا المعنى ( يجزيء كل واحـــد منهما ) أي من الابل والبقر ( عن سبعة أنفس ) والعجب من صاحب الهداية رحمه الله تعالى ، حيث يستدل بالدليل العقلي، والخصم يستدل بالحديث ، وقد روي عن علي رضى الله عنه انه جعل الهـــدي من ثلاثة من الابل والبقر والغنم والبدنة من الابل والبقر .

( والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزوراً ) يعني في موضع البدنة . قلت هذه اللفظة وإن كانت في مسلم ، ولكن رواية البدنة باتفاقهم عليهم ، فليس كما قـــال المصنف ، ولفظ مسلم أن النبي ﷺ قال على كل باب من أبواب المسجد ملائكة ،ويكتب الاول فالاول مثل الجزور ثم نزلهم حيث صغر إلى مثل البيضة ، فإذا جلس الامام طويت الصحف وحضروا الذكر . وقال السروجى « رح » قوله كالمهـــدى جزوراً لا أصل له ، ولفظة البدنة ثابتـــة متفق عليها ، ولم يذكر في كتب الحديث كالمهدي جزوراً فيما علمت ، انتهى .

قلت قد حط عليه بذكر ، فمن الكتب مخرج الاحاديث حظاً بالغاً ، فقال جهل هذا الجاهـــل جهلاً فاحشاً في قوله هذا ، قلت لم يكن من حسن الادب أن يحط مثل هذا الحط ،وكان ينبغي أن يقول وقد ذهل أو دهل أو يطلع عليه ،والعجب من الأكمل أيضاً حيث يقول ولئن ثبتت تلك الرواية ، يعني رواية كالمهدي جزوراً ، وكيف يتردد وقد أخرجه مسلم على ماذكرنا ،ولو اطلع هو أيضاً على هذه الرواية لم يقل هكذا ، ثم أجاب عن تعليل الشافعي رضى الله عنه بقوله فصل بينهما ناقلاً عن النهاية بقوله للتمييز من حيث الحكم بالعطف لا يدل على اختلاف الجنسية ، وكذا التخصيص باسم خاص لا يمنع الدخول تحت اسم العام ، كما في قوله تعالى ﴿ من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال ﴾ ٩٨ البقرة ، والله أعلم .

* * *

# باب القران

## القران أفضل من التمتع والافراد ،

### ( باب القران )

أي باب فى بيان أحكام القران ، وهو مصدر قرنت هذا بذلك ، أى جمعت بينهما . وشرعاً الجمع بين الحج والعمرة وفي الصفة التي تأتي . وهو من باب ضرب يضرب،وأقرن الرجل إذا رفع رمحه لئلا يصيب من قدامه . وفي المشارق يقال قرن ، ولا يقال أقرن ، ولذا يقال أقرن التمرتين في لقمة واحدة . وفى الحديث نهى عن الإقران في التمر، قاله القاضي عياض « رح » كذا فى اكثر الروايات . قال وصوابه القران في صحيح البخاري في باب التمتع والاقران .

قال السغناقي في شرحه الاقران غير ظاهر ، لان فعله ثلاثي ، قال وصوابه قرن وإنما الإفراد على القران لتقدمه طبعاً على القران ، ولان القران إنما عرف بعد معرفة الافراد ، ثم قدم القران على التمتع ، لانه أفضل منه ، وقال تاج الشريعة رحمه الله من حق المقرن يقدم على المفرد في الحج في البيان والذكر إلا أن المفرد قدم ، لان معرفة القران مرتبة على معرفة الإفراد ، ومعرفة الذات مقدمة على معرفة الصفات .

( القران أفضل من التمتع والافراد ) وهو اختيار المزني وأبي اسحاق المروزى رضى الله عنه وابن المنذر من أصحاب الشافعي « رض » وبه قال الثوري واسحاق بن راهوية ومحمد بن جرير الطبري وكثير من أهل الحديث واختيار الظاهرية ، وروى ذلك عن عمر وعلي وعائشة وأبي طلحة وعمران بن الحصين وسراقة بن مالك وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم جميعاً والبراء بن عازب والهرماس بن زياد الباهلي وسبرة وحفصة أم المؤمنين رضى الله عنهم .

وقال الشافعي « رح » الافراد أفضل ، وقال مالك « رح » التمتع أفضل من القران ، لأن له ذكر في القرآن ولا ذكر للقران فيه ، وللشافعي « رح » قوله عليه السلام القران رخصة ، ولأن في الإفراد زيادة التلبية والسفر والحلق . ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً

---

( وقال الشافعي « رض » الإفراد أفضل ) وبه قال أحمد « رح » ( وقال مالك «رح» التمتع أفضل من القران ) وبه قال الشافعي في قول ( لأن له ) أي لأن للتمتع ( ذكر في القرآن ولا ذكر للقران فيه ) أي في القران، قال الله عز وجل ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ فإذا كان مذكوراً في القرآن يكون أهم لو لم يكن أهم لم يذكر في القرآن ( وللشافعي «رح» قوله عليه الصلاة والسلام القران رخصة ) هذا غريب جداً ، وذكر الكاكي وجه قول الشافعي انه عليه السلام قال لعائشة « رض » انما أجرك على قدر تعبك والقران رخصة والإفراد عزيمة ، فالتمسك بالعزيمة أولى ، انتهى .

قلت الشافعي رضى الله عنه لم يرض بهذا ، وانما استدل بما أخرجه البخاري «رض» عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ أفرد الحج ، وبما أخرجه البخاري ومسلم أيضاً عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما قال أهللنا مع رسول الله ﷺ بالحج مفرداً وبما أخرجه الترمذي عن عبدالله بن نافع الصايغ عن عبيدالله بن عمر العمري عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ أفرد بالحج وأفرد أبو بكر وعمر وعثمان رضى الله عنهم ، وبما أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر رضى الله عنه قال أقبلنا مهلين مع رسول الله ﷺ بالحج .

( ولأن في الإفراد زيادة التلبية والسفر والحلق ) لأن القارن يؤدى النسكين بسفر واحد ويلبي لهما بتلبية واحدة ويحلق مرة واحدة ، والمفرد يؤدى كل نسكه بصفة الكمال ، فكان أفضل .

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي ولنا قول النبي ﷺ (يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً)

هذا الحديث أخرجه الطحاوي عن أم سلمة سمعت رسول الله ﷺ يقوم يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً ، ولنا أحاديث غير هذا ، منها ما أخرجه البخاري ومسلم عن عبد العزيز بن صهيب عن أنس رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يلبي بالحج والعمرة يقول لبيك حجة وعمرة .

فإن قلت قال ابن الجوزى رحمه الله في التحقيق مجيباً عنه أن أنساً حينئذ كان صبياً فلعله لم يفهم الحال ، قلت رد عليه صاحب التنقيح ، فقال بل كان بالغاً بالاجماع ، بل كان له نحو من عشرين سنة ، لأن رسول الله ﷺ هاجر إلى المدينة ولأنس عشر سنين ، ومات وله عشرون سنة ، يدل على ذلك ما أخرجه واللفظ لمسلم عن بكير عن أنس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يلبي بالحج والعمرة جميعاً،قال بكير فحدثت بذلك ابن عمر رضي الله عنهما لبى بالحج وحده ، فلقيت أنساً فحدثته فيقول ابن عمر فقال أنس ما يعدوننا إلا صبياناً ، سمعت رسول الله ﷺ يقول لبيك عمرة وحجة .

ومنها ما أخرجه البخاري عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول وهو بالعقيق ، أتاني الليلة آت من ربي عز وجل ، فقال صل في هذا الوادي المبارك ، وقيل عمرة في حجة ، ومنها ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن داود بن عبد الرحمن عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه قال اعتمر رسول الله ﷺ أربع عمرة الحديبية وعمرة القضاء في ذي القعدة من قابل ، والثالثة من الجعرنة ، والرابعة مع حجته .

وقال ابن حزم رحمه الله روى القران عن أنس رضى الله عنه سنة عشر من الثقات ، واتفقوا على أن لفظ رسول الله ﷺ كان إهلالاً بحجة وعمرة معاً ، وهم الحسن البصري « رح » وأبو قلابة عبدالله بن زيد الحرمي وحميد بن عبد الرحمن الطويل وقتادة ويحيى بن سعيد ويحيى بن اسحاق الانصاري وثابت البناني وبكر بن عبد الله المزني وعبد العزيز بن صهيب وسليمان التميمي ويحيى بن اسحاق وزيد بن أسلم ومصعب بن أسلم وأبو أسماء وأبو قتادة وأبو ذرعة ، وهو سويد الباهلي رضى الله عنهم .

ولأن فيه جمعاً بين العبادتين، فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل، والتلبية غير محصورة، والسفر غير مقصود،

---

والجواب عن حديث عائشة رضي الله عنها وحديث ابن عمر وحديث جابر رضي الله عنهم هو أن الصحابة قد اختلفوا في أن رسول الله ﷺ من أين أحرم فبعضهم قالوا من مسجد ذي الحليفة، وبعضهم قالوا من البيداء، فالذين سمعوا تلبيته بالعمرة في المسجد سمعوا تلبيته بالحج بعد أن استقرت راحلته على البيداء قالوا انه عليه الصلاة والسلام قرن الحج بالعمرة، والذين لم يسمعوا تلبيته في المسجد لكونهم غائبين، وسمعوا تلبيته بالحج في البيداء قالوا أفرد بالحج، والذين سمعوا في المسجد ولم يسمعوا تلبيته بالحج بالبيداء، ثم رده عليه الصلاة والسلام بعد فراغه من العمرة ففعل به ما يفعله الحاج من الوقوف بعرفة، وغير ذلك قالوا انه تمتع، وكل منهم شهد بما صح عنده، ثم لما صح هذا الاحتمال ثبت انه عليه الصلاة والسلام كان قارناً، لأن أنساً شهد بالقران بعدما تحقق عنده، وحديث المفرد والمتمتع محتمل والعمل بالمتحقق أولى من المحتمل.

فإن قلت قد صح عن عثمان رضي الله عنه كان ينهي عن القران، فلو كان أفضل لما نهى عنه، قلت روى الطحاوي رحمه الله باسناده إلى مروان بن الحكم، قال كنا نسير مع عثمان رضي الله عنه، فإذا رجل يلبي بالحج والعمرة، فقال عثمان من هذا، فقال فأتاه عثمان فقال ألم تعلم أني نهيت عن هذا، فقال بلى ولكن لم أكن أدع قول النبي ﷺ لقولك فدل إنكار علي على عثمان رضي الله عنهما على أن القران هو الأفضل.

(ولأن فيه) أي في القران (جمعاً بين العبادتين) الحج والعمرة (فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى مع صلاة الليل) يعني بجميع القراءة، ويصلي أيضاً. وجه الشبه في هذين الاثنين هو الجمع بين العبادتين (والتلبية غير محصورة) هذا جواب عن قوله، ولأن في الإفراد زيادة التلبية، وتقديره أن المفرد كما يكون بالتلبية مرة أخرى فكذلك القارن، لأن له أن يأتي منها ما شاء فيجوز أن تكون تلبية القارن اكثر من تلبية المفرد.

(والسفر غير مقصود) هذا جواب عن قوله -والسفر- ووجهه أن المقصود هو

والحلق خروج عن العبادة فلا يترجح بما ذكر ، والمقصود بما روي نفي قول أهل الجاهلية أن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور . والقران ذكر في القرآن ، لأن المراد من قوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، أن يحرم بهما من دويرة أهله على ما روينا من قبل ، ثم فيه

---

الحج والسفر وسبيله اليه ، فلم يقع الترجيح ( والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح لما ذكر ) يعني فلا تؤثر فيهما ليرجح به ، حاصله انه ليس بعبادة بنفسه ، وهو خروج عن العبادة ، بخلاف السلام ، فإنه عبادة بنفسه .

( والمقصود ) أي المراد ( بما روي ) أي ما روى الشافعي رضي الله عنه ( نفي قول أهل الجاهلية ) هذا جواب عن قوله – القران رخصة – فانهم قالوا ( أن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور ) أخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس « رض » قال كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور في الارض، ويجعلون المحرم صفراً ويقولون أدبر الدبر ، وعفى الاثر ، وانسلخ صفر ، حلت العمرة لمن اعتمر ، فقال رسول الله ﷺ وأصحابه صحابة رابعة مهلين بالحج فأمرهم أن يجعلوها عمرة ، فتعاظم ذلك عندهم ، فقالوا يا رسول الله أي الحل ، قال الحل كله .

قوله – من أفجر الفجور – أي من أشر السيئات ، وانما قالوا ذلك لئلا يخلو البيت عن الزوار في سائر الشهور ، فنفى عليه الصلاة والسلام قولهم بقوله القران رخصة جائزة وتوسعة من الله تعالى ، وليس المراد من الرخصة ما هو أصح ، لان القران عزيمة فسماه رخصة ، ويجوز أن يراد بها الصلح ويكون كإسقاط شرط الصلاة في السفر ، والرخصة في مثله عزيمة عندنا .

( والقران ذكر في القرآن ) هذا جواب عن قول مالك « رض » ( لأن المراد بقوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة ﴾ ١٩٦ البقرة ، أن يحرم من دويرة أهله على ما روينا من قبل ) يعني ما روي عن علي وابن مسعود رضى الله عنهم في فصل المواقيت ( ثم فيه ) أي

تعجيل الإحرام واستدامة إحرامها من الميقات إلى أن يفرغ منهما ، ولا كذلك التمتع ، فكان القران أولى منه ، وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي « رح » بنــــاء على أن القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين ، وعنده طوافاً واحداً وسعياً واحداً

---

في القران ، وهذا مشروع في الترجيح بعد تمـــام الجواب ( تعجيل الإحرام ) لأنه إذا لم يكن قارناً يكون إحرام الحج بعد الفراغ من العمرة ، ويحرم من مكة ، وإحرام القارن هما من الميقات ( واستدامة احرامها ) أي استدامة إحرام الحج والعمرة ( من الميقات إلى أن يفرغ منهما ، ولا كذلك التمتع ) لأن إحرامه بالعمرة متما ، وإحرامه بالحـج ممكن قبل إحرام الحج والبقاء في الإحرام نسك وعبادة ( فكان القران اولى في التمتع ) .

( وقيل الخلاف بيننا وبين الشافعي بناء ) أي الاختلاف الحاصل بيننا وبين الشافعي رضى الله عنه مبني ( على أن القارن يطوف عندنا طوافين ويسعى سعيين ، وعنده طوافاً واحداً ) أي يطوف طوافاً واحداً ( وسعياً واحداً ) أي ويسعى سعياً واحداً ، يعني أن النزاع لفظي ، وهكذا الاختلاف في كتبهم . وفي التحفة وحاصل الخلاف أن القارن يحرم بإحرامين فلا يدخل إحرام العمرة في إحرام الحـــج ، وعنده يكون محرماً بإحرام واحد وهو قول ابن سيرين والحسن البصري وطاووس ومسلم والزهري ومالك وأحمـــد « رح » في رواية وابن راهوية وداود ، وفيه قول ثالث ، وهو أن يطوف طوافين ويسعى سعياً واحداً ، وهو قول عطاء بن أبي رباح ، وقولنا قول مجاهد رحمه الله رجـــع اليه ، وجابر بن زيد وشريح القاضي وعامر الشعبي ومحمـــد الاوزاعي إمام الشام ابن علي زين العابدين بن الحسين بن علي بن أبي طالب « رض » وابراهيم النخعي وعبدالرحمن الاوزاعي وعبدالرحمن بن الأسود والثوري والاسود بن يزيد والحسن بن حماد بن سلمة ، وحمـاد بن سليمان والحـكم بن عتبة وزياد بن مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى ، وهو يحكي عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وعلي بن أبي طالب والحسين بن علي وابن مسعود رضي الله عنهم ، ذكر ذلك ابن حزم في المحلى وغيره .

قال وصفة القران أن يهل بالعمرة والحج معـــاً من الميقات ويقول عقيب الصلاة اللهم إني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني ، لأن القران هو الجمع بـــين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء إذا جمعت بينهما ،

---

واحتج الشافعي رضى الله عنه ومن معه بما رواه الترمذي عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال من أحرم بالحج والعمرة أجزأه طواف واحد وسعى واحد . وقال الترمذي رضى الله عنه حديث حسن غريب ، قال روي عن عبدالله بن عمر ولم يرفعوه ، قال وهو أصح وقال الطحاوي رضى الله عنه رفع حديث ابن عمر خطأ فيه الداودي فرفعه ، وإنما هو عن ابن عمر رضي الله عنه نفسه ، قال هكذا رواه الحفاظ ، وهم مع ذلك لا يحتجون بالداودي عن عبدالله أصلاً ، فكيف يحتج بحديث ابن عمر في هذا ، وصح عنه أنه قال تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع ، وصح عنه أنه قال أفرد الحـج والمفرد والمتمتع اتى بطوافين وسعيين .

وأعلم انه يبتنى على هذا الأصل مسائل منها أن القران أفضل ، لأنه يجمع بـــين العبادتين بإحرامين ، وعند الشافعي رضى الله عنه بخلافه ويطوف طوافين ويسعى سعيين وتقدم أفعال العمرة على أفعال الحج ، وعنده خلاف ذلك ، والدم الواجب فيه دم النسك وعنده دم الجبر ، حتى لا يحل له الأكل من عنده ، وعليه دمـان عند ارتـكاب محظور الإحرام ، وعنده دم واحد وإذا أحصر القارن يحل بهديين عندنا ، وعنده بواحدتان[1].

( وصفة القران ) وفي بعض النسخ قال ، أي القدوري « رح » وصفة القران ( أن يهل بالعمرة والحج معاً من الميقات ، ويقول عقيب الصلاة ) وهي الركعتان اللتان يصليهما عند الشروع في الإحرام ( اللهم إني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني ) وذلك بعد أن يأتي بجميع ما ذكر في المفرد من الاغتسال والوضوء والإحرام وغير ذلك ( لأن القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت الشيء بالشيء إذ جمعت بينهما ) القران

---

(١) هكذا – واحدتان – بالاصل ، ا هـ مصححه .

وكذا إذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط ، لأن الجمع قد تحقق إذ الأكثر منها قائم ، ومتى عزم على أدائهما يسأل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه

---

مصدر من قرن يقرن ، من باب نصر ينصر ، وقد استوفينا الكلام فيه في أول الباب.

( وكذا ) أي وكذا يكون قارناً ( إذا أدخل حجة على عمرة ) يعني أحرم بعمرة ثم أدخل على العمرة حجة ( قبل أن يطوف لها ) أي للعمرة ( أربعة أشواط ، لأن الجمع قد تحقق إذ الاكثر منها ) أي من العمرة ( قائم ) لأن اكثر الاشواط منهـا اوفصار [1] كأن الكل باق، وإنما قيد بقوله قبل أن يطوف لها بأربعة اشواط ، لأنه لو أدخل الحج عليها بعد أن طاف أربعة أشواط لا يصير قارناً بالإجماع ، وعند الشافعي ومالك رضي الله عنه وأحمد « رح » لا يصير قارناً أيضاً في الصورة الأولى ولو أحرم بحجة ثم أدخل عليها عمرة يصير قارناً ، ولكن أساء ، لأنه خالف السنة ، وبه قال الشافعي « رح » في القديم ، لأنهما نسكان ، فيجوز الجمع بينهما كما لو أحرم بعمرة ثم أدخل عليها الحج . وقال في الجديد لا يجوزه .

وقال أحمد وفي الذخيرة عن مالك رحمه الله القران هو اجتماع الحج والعمرة في إحرام واحد أو اكثرهما ، فإن أدخل الحج على العمرة كان قارناً ، وإن طاف بعمرته شوطاً ثم أردف الحج قال سند صار قارناً عند ابن القاسم نوى أن يكمل به أحد ركني العمرة بعده وفي قول يصير قارنا في أثناء السعي ويقطع باقيه .

( ومتى عزم على أدائها ) أي على أداء الحج والعمرة ( يسأل الله التيسير فيهما ) أي في الحج والعمرة ( وقدم العمرة على الحج فيه ) أي في أدائها. وقال الكاكي أي في القران وقال أيضاً ويجوز أن يرجع الضمير إلى السؤال .

فإن قلت السؤال الذي دل عليه قوله – يسأل الله تعالى– وقال الاترازي قوله –قدم– معطوف على قوله – يسأل الله – .

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل ، اهـ مصححه .

وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معاً ، لأنه يبدأ بأفعال العمرة ، فكذلك يبدأ بذكرها ، وإن أخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به، لأن الواو للجمع ، ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية أجزأه اعتباراً بالصلاة ، فإذا دخل مكة ابتدأ وطاف بالبيت سبعة أشواط يرمل في الثلاث الأول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة ، وهذا أفعال العمرة ، ثم يبدأ بأفعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة

---

فإن قلت عطف الماضي على المضارع فيه خلاف ، إلا إن كان عنده ـ سأل ـ بصيغة الماضي وسؤاله التيسير أن يقول إني أريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني .

قلت ( وكذلك يقول ) أي بتقديم العمرة على الحج في التلبية يقول ( لبيك بعمرة وحجة معاً ، لأنه يبدأ بأفعال العمرة ) في التلبية ، لأنه يشرع اولاً في أفعال العمرة ( فكذلك يبدأ بذكرها ) أي بذكر العمرة ، يقول اللهم إني أريد العمرة كما ذكرنا الآن ( وإن آخر ذلك ) أي وإن آخر ذلك العمرة أولاً ( في الدعاء ) بأن قال اللهم إني أريد الحج والعمرة إلى آخره ( والتلبية ) بأن قال لبيك بحجة وعمرة ( لا بأس به ، لأن الواو للجمع ) دون الترتيب ، وقال الكرماني « رح » تقديم الحج على ذكر العمرة اقتداء برسول الله ﷺ . وقال السغناقي « رح » في شرح البخارى قدم علي رضي الله عنه العمرة على الحج ، وروى الترمذي « رح » تقديم الحج على العمرة الأول أصح من جهة الرواية ، والمعنى لأن أفعالها مقدمة على أفعال الحج ، وفي الينابيع تقديم عمرة على الحج في التلبية أفضل .

( فلو نوى بقلبه ولم يذكرهما عند التلبية أجزأه إعتباراً بالصلاة ) غير واجب ، ولكن ذكر باللسان أن أحوط الذكر فيهما باللسان واجب ، بل يكتفى بذكرها عند التلبية غير واجب ، ولكن الذكر باللسان أحوط كما في الصلاة ( فإذا دخل ) أي القارن ( مكة ابتداف فطاف بالبيت سبعة أشواط يرمل في الثلاث الاول ، ويسعى بعد الطواف بين الصفا والمروة ، وهذا أفعال العمرة ، ثم يبدأ بأفعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة

أشواط ويسعى بعده كما بينا في المفرد ويقدم أفعال العمرة لقوله تعالى ﴿ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ، والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج ، لأن ذلك جناية على إحرام الحج ، وإنما يحلق في يوم النحر كمـــا يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل ، ثم هذا مذهبنا .

---

أشواط ويسعى بعده» كما بينا في المفرد ) أي في المفرد بالحج ( ويقدم أفعال العمرة » لقوله تعالى ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ) بيانه أن الله تعالى جعل الحـــج غاية ومنتهى إلى التمتع ، فيكون المبدأ من العمرة لا محالة ، فلما ثبت تقديم العمرة على الحـــج في التمتع ، ثبت أيضا في القران ، لأن القران في معناه وهو معنى قوله :

( والقران في معنى المتعة ) لأن في كل منهما جمعاً بين النسكين في سفره . وفي التحفة إذا أفرد بالحج ثم قبل الفراغ من أفعال الحـــج أحرم بالعمرة يصير قارناً أيضاً لكنة أساء لترك السنة .

( ولا يحلق رأسه بين العمرة والحج ، لأن ذلك جناية على إحرام الحج ، وإنمـا يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبـــح ، كما يتحلل المفرد ) قال الكاكي رضى الله عنه وقال الشافعي « رض » يحـــل بالذبح لأنه روي انه عليه الصلاة والسلام قال لا أحل منهما حتى أنحر ، ولنا انه علية الصلاة والسلام قال في رواية لا أحل منهما حتى أحلق ، ولأن التحلل يحصل بالحلق كما في المفرد ، وتأويل ما رواه حتى انحر ثم أحلق بعد ، انتهى .

وقال الاترازي « رح » قال بعض الشارحين « رح » وعند الشافعي رضى الله عنـــه يتحلل بالذبح ، هذا ليس بمشهور عن الشافعي « رض » ويحتمل أن يكون ذلك عنـــه رواية والمشهور عنه أن المحلل هو الرامي انتهى . قلت هو لم يحز مذهب الشافعي كما جاز مذهبه حتى قال هذا القول .

( ثم هذا مذهبنا ) أي اتيان القارن بافعان الحج والعمرة جميعاً هو مذهبنا ، وبه قال

وقال الشافعي « رح » يطوف طوافاً واحداً ويسعى سعياً واحداً لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة ولأن مبنى القران على التداخل حتى اكتفي فيه بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد ، فكذلك في الأركان. ولنا أنه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه

---

جماعة من الصحابة « رض » والتابعين « رح » وقد ذكرناهم عن قريب .

(وقال الشافعي «رح»يطوف)أي القارن(طوافاً واحداً ويسعى سعياً واحداً)وبه قال مالك وأحمد « رح » وهو الرواية عنه ، وهو قول الزهري والحسن البصري رضى الله عنهما وطاووس وسالم وابن سيرين ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أى لقول النبي ﷺ ( دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة ) هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي رحمهم الله عن مجاهد عن ابن عباس رضى الله عنه عن النبي ﷺ هذه عمرة استمتعنا بها ، فمن لم يكن عنده هدى فليحل كله وقد دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة ، وقال الترمذي « رح » حسن ومعناه لا بأس بالعمرة في اشهر الحج . وقال أبو داود هذا منكر ، إنما هو قول ابن عباس « رض » . وقال المنذري رحمه الله ، وفيما قاله نظر .

وقد رواه أحمد بن حنبل رحمه الله ومحمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعثمان بن أبي شيبة « رح » عن محمد بن جعفر عن عتبة مرفوعاً ، ورواه أيضاً يزيد بن هارون ومعاذ بن معاذ العرى وأبو داود الطيالسي وعمر بن مرزوق عن شعبة مرفوعاً وتقصير من قصر من الرواة لا يؤثر فيما اثبته الحفاظ .

( ولأن مبى القران على التداخل ) اوضح التداخل بقوله ( حتى اكتفى فيه ) أي في القران ( بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد ، هكذا في الاركان ) أي فكذا يكفي في الاركان وهو الطواف والسعي ، حاصل المعنى كما جاء التداخل في الاحرام بالاشياء المذكورة جاء التداخل أيضا في الطواف والسعي اللذين هما من الاركان .

( ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضى الله عنه

هديت لسنة نبيك ، ولأن القران ضم عبادة إلى عبادة،وذلك إنما يتحقق بأداء عمل كل واحد على الكمال، لأنه لا تداخل في العبادات المقصودة ، والسفر للتوسل ، والتلبية للتحريم ، والحلق للتحليل ،

---

هديت لسنة نبيك عليه الصلاة والسلام ) هذا الحديث لم يقع هكذا، فقد أخرجه أبوداود والنسائي عن منصور وابن ماجة عن الأعمش كلاهما عن بني وائل عن صبي بن معبد الثعلي قال أهللت بهما معاً فقال عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك عليه الصلاة والسلام،وذكر بعضهم فيه قصة ، ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد واسحاق بن راهوية وأبو داود الطيالسي وابن أبي شيبة في مسانيدهم . وقال الدارقطني « رح » في كتاب العلل وحديث الصبي بن معبد هذا حديث صحيح ، وروى محمد بن الحسين في المبسوط أن صبي بن معبد قرن فطاف طوافين وسعى سعيين ، فذكر ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال هديت لسنة نبيك . وصبي بضم الصاد المهملة وفتح الباء الموحدة الثعلي الكوفي ذكره ابن حبان رحمه الله في التابعين الثقات .

( ولأن القران ضم عبادة إلى عبادة أخرى وذلك ) أي ضم عبادة إلى عبادة ( انما يتحقق باداء عمل كل واحدة على الكمال ) ولا يكون اسقاطا لأحدهما لا قرانا ( ولأنه لا تداخل في العبادات ) بخلاف العقوبات .

فإن قلت هذا منقوض بسجدة التلاوة ، فإنها عبادة وفيها التداخل . قلت المراد العبادة المقصودة ، والسجدة ليست كذلك، ولأن التداخل لدفع الحرج على خلاف القياس فلا يقاس عليها ولا يلحق بها الحج ، لأنه ليس في معناها ، أي في وجود الحرج .

( والسفر للتوسل ) جواب عن قوله – ولسفر بهذا – وقوله ( والتلبية للتحريم ، والحلق للتحليل ) وقع تكراراً ، لأنه ذكره فيما مضي عن قريب، وهو قوله – وبالتلبية غير محصورة . . إلى آخره . قيل ذكر هناك باعتبار الإفراد أفضل ، وهـا هنا باعتبار افراد السعي فيحتاج إلى الجواب عنه بالاعتبارين ، ومثله في التكرار غير منكر . قلت هذا شرح ، والتكرار فيه يزيد وضوحاً .

فليست هـــذه الأشياء بمقاصد بخلاف الأركان ألا ترى أن شفعي التطوع لا يتداخلان ، وبتحريمة واحدة يؤديان ، ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج .

---

( فليست هذه الأشياء ) يعني السفر والتلبية والحلق ( بمقاصد ) وانما هي وسائل ، فجاز التداخل فيها ، لأن السفر للتوسل إلى أداء الحج والعمرة ، فيكتفي بسفر واحد ، والمقصود من التلبية الإحرام ، ويحصل إحرامها بتلبية واحـــدة ، والمقصود من الحلق التحلل ، فيحصل ذلك بحلق واحد ( بخلاف الاركان ) نحو الطواف والسعي ، والطواف ركن ، والسعي واجب ، فلا يتداخلان .

وأوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحـــدة يؤديان ) لما أن التحريمة غير مقصودة، فيجزىء التداخل فيـــه ( ومعنى ما رواه ) هذا جواب عن الحديث الذي احتج به الشافعي « رح » أي معنى الحـــديث الذي رواه الشافعي رضى الله عنه ( ثم دخل وقت العمرة في وقت الحج ) بطريق حـذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ، ويجوز ذلك عند عدم القياس ، كما في قوله تعـالى ﴿ واسأل القرية ﴾ ٨٢ يوسف ، أي اسأل أهلها ، وإنما قدر ذلك لأن حقيقة العمرة لا يمكن دخولها في حقيقة الحج ، لأن الفرض لا يمكن أن يكون ظرفاً لشيء آخر ، فتعين المجاز بأن يراد اتحاد الوقت مجازاً ، فيكون المعنى يجوز أداء العمرة في أشهر الحـــج ، وذلك لنفي قول أهل الجاهلية أن العمرة لا يجوز أداؤها في أشهر الحج ، لا لبيان أن القـارن يأتي بطواف واحد وسعى واحد .

فإن قلت روى الدارقطني عن ابن أبي ليلى عن عطية عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ جمع بين الحج والعمرة فطاف لهما بالبيت طوافاً واحداً وبالصفا والمروة طوافاً واحداً قلت قال ابن الجوزي « رح » ابن أبي ليلى هو محمد بن عبدالرحمن بن أبي ليلى « رح » هو ضعيف ، وقال في التنقيح وعطية أضعف منه ، وقيل ولئن سلمنا صحته فمعناه طاف لهما على صفة واحدة بدليل ما روي عن صبي بن معبد وغيره . وأخرج الدارقطني « رح » في سننه الكبرى في مسند علي رضى الله عنه عن حماد بن عبدالرحمن الانصاري عن ابراهيم بن

قال وإن طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزئه ، لأنه أتى بما هو المستحق عليه وقد أساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء .

---

محمد « رح » قال طفت مع أبي وقد جمع بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافين وسعى لهما سعيين ، وحدثني أن علياً رضي الله عنه فعل ذلك ، وحدثني أن رسول الله ﷺ فعل ذلك .

( فإن طاف طوافين ) وفي بعض النسخ قال فإن طاف طوافين أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضى الله عنه في القارن فإن طاف طوافين ( لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزئه ) قال الاترازي « رح » لو قال صاحب الهداية في قوله وسعى بلفظ أو بحرف الفاء لكان اولى ، لأن صورة المسألة السعيان بعد الطوافين ولا يفهم ذلك من حرف الواو ، ولهذا ذكر محمد رضى الله عنه في الجامع الصغير بلفظ ثم حيث قال محمد رحمه الله عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في القارن يطوف طوافين لعمرته ولحجته ويسعى سعيين قال يجزئه وقد أساء ، انتهى .

قلت تقديم لفظ – طاف طوافين – يشعر أن الطواف كان قبل السعي ، وإن كانت الواو للجمع ، على أن بعضهم ذكر انها تجيء للترتيب أيضاً وإن كان غير مشهور .

( لأنه أتى بما هو المستحق عليه ) وهو الطوافان وسعيان ( وقد أساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ) هاهنا مناقشات ، الاولى : مع المصنف حيث قال طواف التحية يعني طواف القدوم لأن الظاهر من كلام محمد رحمه الله ان المراد أحد الطوافين ، طواف العمرة والآخر طواف الزيارة لا طواف القدوم ، ولهذا قال في جواب المسألة تجزئه . ولمحمد بن عباد « رح » عما يكون كافياً في الخروج عن عهدة الفرض ولا يحصل الأجر بإتيان السنة وترك الفرض .

المناقشة الثانية : مع محمد رضى الله عنه في هذه المسألة كان ينبغي أن يجزئه ، لأنه ترك الترتيب المشروع فيبطل ، كما إذا قدم السعي على الطواف ( ولا يلزمه شيء ) أي دم.

أما عندهما فظاهر ، لأن التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما ، وعنده طواف التحية سنة ، وتركه لا يوجب الدم ، فتقديمه أولى ، والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم ، فكذا بالاشتغال بالطواف . قال وإذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة ، فهذا دم القران ، لأنه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها . والهدي من الإبل والبقر والغنم

---

( اما عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( فظاهر ) يعني عدم اللزوم ظاهر ( لأن التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده ) أى وعند أبي حنيفة رضي الله عنه ( طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه أولى ، والسعي بتأخيره والاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم ، فكذا بالاشتغال بالطواف ) أي بطواف التحية ، لأن عند أحدهما طواف التحية ، والآخر طواف العمرة .

( وإذا رمى الجمرة يوم النحر ) وفي اكثر النسخ قال وإذا رمى ، أى قال القدوري رضى الله عنه وإذا رمى القارن جمرة العقبة يوم النحر ( ذبح شاة أو بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران ) أي فهذا المذكور دم القران ( لأنه ) أي لأن القران ( في معنى المتعة ) لأن كلا منهما يقال في سفرة واحدة ، والمتعة اسم بمعنى التمتع ( والهدى منصوص عليه فيها ) أي في المتعة بقوله تعالى ﴿ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ﴾ ١٩٦ البقرة ، أي فعليه ما استيسر من الهدى ، فإذا كان الهدى واجباً على المتمتع بالنص ، فكذلك يجب على القارن ، لأنه في معنى التمتع في الجمع بين النسكين .

( الهدى من الإبل والبقر والغنم ) أي من هذه الثلاثة ، ولما قال والهدى منصوص عليه في المتعة بين الهدى بقوله — والهدى — أي الهدى المذكور في قوله تعالى ﴿ فما استيسر من الهدى ﴾ ١٩٦ البقرة ، من هذه الثلاثة ثم أحال تفسير الاحكام التي فيه على باب الهدى

على ما نذكره في بابه إن شاء الله تعالى ، وأراد بالبدنة هنا البعير ، وإن كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا ، وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة ، فإن لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج آخرها يوم عرفة

---

بقوله ( على ما نذكره في بابه إن شاء الله تعالى ) أي في باب الهدي ( وأراد بالبدنة هنا ) أي أراد القدوري رحمه الله بقوله ـ أو بدنة او سبع بدنة ـ ( البعير وإن كان اسم البدنة يقع عليه ) أي على البعير ( وعلى البقرة ) لأن اسم للبدنة يطلق عليها ( على ما ذكرنا ) في آخر الفصل الذي قبل هذا الباب .

واعلم أن قوله ـ وأراد بالبدنة البعير ـ كأنه جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال أنتم تقولون البدنة تطلق على البعير ، فكيف قال القدوري رضى الله عنه هاهنا أو بقرة أو بعده بدون أو سبع بدنة ، والجواب نحن لا ننكر إطلاق البدنة على كل واحد من نفسه مفرداً ، وهاهنا كذلك .

فإن قلت سلمنا ذلك ، لكن المنصوص عليه هدي وهو اسم لما يهدى به إلى الحرم وسبع بدنة ليس كذلك ، ولهذا لو قال إن فعلت كذا فعلي هدي ، ففعل كان عليه ما استيسر من الهدي ، وهو شاة . فالجواب أن القياس ما ذكرتم ، ولكن ثبت جواز سبع البدنة أو البقرة بحديث جابر رضي الله عنه قال أشركنا حين كنا مع رسول الله ﷺ في البقرة سبعة وفي البدنة سبعة وفي الشاة واحد ، وأما الناذر إذا نوى سبع بدنة فلا رواية فيه ، ولا تقدير التسليم فالفرق أن النذر ينصرف إلى المتعارف كاليمين وبعض الهدي ليس يهدي عرفا .

( وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة ) لحديث جابر رضى الله عنه المذكور.

( فإن لم يكن له ) أي للقارن ( ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج ) أى في وقته يبدأ إن أحرم بالعمرة ( آخرها ) أي آخر الثلاثة الايام ( يوم عرفة ) يصوم قبل التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة . قال طاووس والشعبي والنخعي وعطاء والحسن وسعيد بن جبير

وسبعة أيام إذا رجع إلى أهله لقوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة﴾ ١٩٦ البقرة. فالنص وإن ورد في التمتع فالقران مثله، لأنه مرتفق بأداء النسكين، والمراد بالحج والله أعلم وقته، لأن نفسه لا يصلح ظرفاً

---

رضوان الله عليهم وعلقمة وعمرو بن دينار. وقال شمس الائمة وهو قول عمر رضي الله عنه وكره صوم يوم عرفة عند الشافعي «رض» وقال الاوزاعي والثوري «رح» يصوم من أول العشر إلى يوم عرفة ويجوز أن يصومها قبل الاحرام بالحج وهو محرم بالعمرة أو حلال، وبه قال عطاء وأحمد «رح». وحكى ابن المنذر عن أبي ثور انه حكي عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه يجوز قبل أن يحرم بالعمرة. قلت هذا غير صحيح، والنقل عنه غلط ولا يجوز إلا بعد الاحرام بالعمرة، وكذا ذكره في المبسوط والمحيط والبدائع قال هذا بلا خلاف.

( وسبعة أيام ) أي يصوم سبعة أيام ( إذا رجع إلى أهله لقوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم تلك عشرة كاملة﴾ ١٩٦ البقرة، فالنص وإن ورد في التمتع فالقران مثله لأنه ) أي لأن القارن ( مرتفق باداء النسكين ) أي العمرة والحج، وقد مر بيانه.

( والمراد بالحج ) أي في قوله تعالى ﴿فصيام ثلاثة ايام في الحج﴾ ١٩٦ البقرة ( والله أعلم وقته ) اي وقت الحج ( لأن نفسه ) اي نفس الحج ( لا يصلح ظرفا ) لأنه عبارة عن الافعال المعلومة، والفعل لا يصلح ان يكون ظرفا لفعل آخر، وهو الصوم فتعين الوقت، وهذا عندنا وعند احمد في رواية، حتى لو صام بعد إحرام العمرة يجوز. وعند الشافعي رحمه الله ومالك وزفر «رح» لا يصوم الثلاثة إلا بعد إحرام الحج، لأن الصوم عبادة بدنية فلا يجوز قبل وقتها كالصلاة. قلنا انه دم نسك حيث وفقه الله تعالى لاداء النسكين في سفرة واحدة، وأثره يظهر في العمرة، فإن الله تعالى منّ علينا وشرع العمرة في أشهر الحج رداً لقول الكفر، فظهر أثره في العمرة فكانت هي الأصل في باب

إلا أن الأفضل أن يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لأن الصوم بدل عن الهدي ، فيستحب تأخيره إلى آخر وقته رجاء أن يقدر على الأصل ، وإن صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ، ومعناه بعد مضي أيام التشريق ، لأن الصوم فيها منهي عنه . وقال الشافعي « رح » لا يجوز لأنه معلق بالرجوع إلا أن ينوي المقام ، فحينئذ يجزئه لتعذر الرجوع. ولنا أن معناه رجعتم عن الحج ، أي فرغتم ، إذ الفراغ سبب الرجوع إلى أهله ،

---

التمتع والقران ، فإذا وجد سبب وجوب الهدي جاز الصوم الذي خلفه للعاجز عنه .

( إلا أن الأفضل أن يصوم ) هذا استثناء من قوله — المراد بالحج وقته — أي المراد بالمذكور من قوله تعالى ﴿ فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ هو الوقت ، لكن الافضل أن يصوم ( قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة ، لأن الصوم بدل عن الهدي ، فيستحب تأخيره إلى آخر وقته رجاء ) أي لأجل رجاء ( أن يقدر على الأصل ) وهو الهدي .

( وإن صامها ) أي إن صام سبعة أيام ( بمكة بعد فراغه من الحج جاز ) في أي مكان كان ( ومعناه ) أي معنى هذا الكلام ( بعد مضي أيام التشريق ، لأن الصوم فيها ) أي في أيام التشريق ( منهي عنه ) لقوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا في هذه الايام ، وقد مر في كتاب الصوم ، وإنما قيد هذا الكلام بقوله — ومعناه — لأنه لم يذكر هذا القيد ، ولكن المراد هو المراد فيه فلذلك ذكره لأنه يشرح كلام القدوري «رح» .

( وقال الشافعي « رح » لا يجوز ) أي صوم السبعة بمكة ، إلا أن يقيم بها ( لانه ) أي صوم السبعة (معلق بالرجوع إلى أهله ) فيكون الرجوع شرطاً ، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط .

( ولنا أن معناه إذا رجعتم عن الحج ، أي فرغتم ، إذ الفراغ سبب الرجوع إلى أهله ،

فكان الأداء بعد السبب فيجوز ، وإن فاته الصوم حتى أتى يوم النحر لم يجزئه إلا الدم . وقال الشافعي « رح » يصوم بعد هـــذه الأيام ، لأنه صوم موقت ، فيقضى كصوم رمضان . وقال مالك « رح » يصوم فيها لقوله تعالى ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ، وهذا وقته . ولنا النهي المشهور عن الصوم

---

فكان الاداء بعد السبب ) أي بعد وجود السبب ، وهذا من باب ذكر السبب وهو الفراغ وكان الاداء بعد السبب ( فيجوز ) وإنما صير إلى المجاز ، لأن الرجوع ليس بشرط بالاتفاق ألا ترى أنه إذا نوى الإقامة بمكة جاز له صوم السبعة بمكة وإن لم يوجد الرجوع إلى أهله ، وقد قيل معناه إذا رجعتم إلى مكة ، وقيل إذا رجعتم إلى الحالة إلا على معنى إذا فرغتم من أفعال الحج .

( وإن فاتة الصوم ) أي صوم هذه الايام الثلاثة (حتى أتى يوم النحر لم يجزئه إلا الدم) روى ذلك عن علي رضى الله عنه وابن عباس رضى الله عنهم وسعيد بن جبير وطاووس ومجاهد والحسن وعطاء « رح » ووجود صومها بعد أيام التشريق حمـــاد والثوري وابن المنذر « ر ح » وهو أحد أقوال الشافعي « رح » على ما يجيء الان .

( وقال الشافعي « رح » يصوم بعد هذه الايام ) أي أيام التشريق وللشافعي « رح » في هذا ستة أقوال ، أحدها : لا صوم ، وينقل إلى الهدي ، الثاني : عليـــه صوم عشرة أيام مطلقاً ، والثالث : عليه صوم عشرة أيام يفرق بيوم ، الرابع : يفرق باربعة أيام . والخامس : يفرق بمدة إمكان السير ، والسادس : بأربعة أيام ، ومدة إمكان السير وهو أصحها عندهم ذكر ذلك كله النووى في شرح المهذب ، وقال النووي رضى الله عنـــه وأخرج ابن شريح وإسحاق والمروزي «رح» قولاً إنه يسقط الصوم ويستقر في ذمته ولا يجب التتابع في الثلاثة ولا في السبعة ، وقال ابن قدامة ولا نعلم فيه خـلافاً ( لأنه صوم موقت فيقضى ) فإذا فات أداؤه يجب قضاؤه .

( وقال مالك رحمه الله يصوم فيها ) أي في أيام التشريق ( لقوله تعالى ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ، وهذا وقته . ولنـــا النهى المشهور عن الصوم

في هذه الأيام فيتقيد به النص أو يدخله النقص ، فلا يتأدى به ما وجب كاملاً ، ولا يؤدى بعدها ، لأن الصوم بدل ، والإبدال لا تنصب إلا شرعاً ، والنص خصه بوقت الحج ، وجواز الدم على الأصل .

---

في هذه الايام ) وهو قوله ﷺ ألا لا تصوموا في هذه الايام،وقد مر في الصوم ، ويعكر عليه حديث أخرجه البخاري عن عائشة وابن عمر رضى الله عنهم قالا لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدي ، وقال البيهقي في المعرفة هذا يشبه المسند،وقال الشافعي « رض » بلغني أن ابن شهاب يرويه عن النبي ﷺ مرسلا ، وقال الاكمل « رح » وفي التعريض بلفظ المشهور إشارة إلى الجواب عما يقال النص يدل على شرعية الصوم في هذه الايام بقوله – في الحج – فلا يجوز تقييده بغير أيام التشريق بالخبر ، لأنه نسخ بالكتاب ، وتقدير الجواب أن الخبر مشهور فيجوز التقييد به .

( فيتقيد به النص ) أي يتقيد بالخبر المشهور قوله تعالى ﴿ فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ، وقد علم في الاصول أن تقييد المطلق من كتاب الله عز وجل بالخبر المشهور جائز ، فيكون العمد بالمقيد نسخاً للاطلاق ( أو يدخله النقص ) يعني يدخل الصوم لورود النهي عن الصوم في هذه الايام ( فلا يتأدى به ما وجب كاملا ) أي فلا يتأدى بسبب النقص ما وجب كاملا ، وأراد بما وجب كاملا صوم ثلاثة أيام .

( ولا يؤدى بعدها ) أي بعد هذه الأيام ( لأن الصوم بدل ) أي عن الهدي ، فلو جاز قضاؤه يلزمه أن يكون للبدل بدل ، ولا نظير له في الشرع ، وذلك لأن أداء الصوم بدل ، ثم قضاؤه يدل على البدل ( والإبدال لا تنصب إلا شرعاً ) يعني البدل على خلاف القياس ، لأنه مماثلة بين إراقة الدم والصوم ، فلا يثبت إلا باثبات الشارع ( والنص خصه بوقت الحج ) النص هو قوله ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ﴾ ١٩٦ البقرة قوله – خصه – أي الصوم بوقت الحج ، حيث قال في الحج ، فإذا فات وقته فات هو أيضاً ، فيظهر حكم الأصل وهو الدم على ما كان .

( وجواز الدم على الاصل ) هو جواب على سؤال وهو أن يقال الدم يجوز في أيام النحر والتشريق ، وبعدها ينبغي أن يجوز الصوم ، لأنه بدله ، فقال وجواز الدم بطريق

وعن عمر رضي الله عنه أنه أمر في مثله بذبح الشاة ، فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان ، دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي ،

---

الاصالة لا بطريق البدل ، ولم يقيده الشارع بوقت ، حيث قال ﴿ فما استيسر من الهدي ﴾ فبقي مطلقاً ، ففي أي وقت أتى به يجوز ، بخلاف الصوم ، لأنه موقت بوقت الحج .

( وعن عمر رضى الله عنه أنه أمر في مثله بذبح الشاة ) يعني في قارن لم يجد الهدي ولم يصم حتى أتت عليه أيام النحر ، وهذا عن عمر رضي الله عنه غريب ، وكذا ذكره في المبسوط فنقل عن عمر أنه أتاه رجل يوم النحر فقال إني تمتعت بالعمرة إلى الحج، فقال اذبح شاة ، قال ما معي شيء ، قال إسأل أقاربك ، قال ما هنا أحد منهم ، فقال يا فتى أعطه قيمة شاة .

( فلو لم يقدر ) أي القارن ( على الهدى تحلل وعليه دمان ، دم التمتع ودم التحلل قبل الهدى ) قال تاج الشريعة « رح » انما يلزم ذلك لوقوع التحلل قبل اوانه .

فإن قلت التحلل جناية على إحرامين ، فينبغي أن يلزمه دمان . قلت انه خرج بالحلق عن إحرام العمرة ، فيكون هذا جناية على إحرام الحج فقط ، ولا يلزمه بتأخير الذبح عن الحلق شيء . وفي المحيط والبدائع لو قدر على الهدي بعد الحال صام ثلاثة أيام قبل يوم النحر لزمه الهدي وبطل صومه ، وإن وجده بعدما حلق أم قصر قبل صوم السبعة فلا هدي عليه ، وكذا لو لم يحل حتى مضت أيام النحر فلا هدي عليه، وصومه تام.

وفي المبسوط وجد الهدي بعد صوم يومين بطل صومه ويجب الهدي ، وبعد التحلل لا يجب كالمتيمم إذا وجد الماء بعد فراغه من صلاته ، وفي المجرد صام ثلاثة ايام ثم وجد الهدي بعد صومه بطل صومه ، وفي قول أبي حنيفة « رض » . وقال محمد « رض » في نوادر ابن سماعة لا ذبح عليه ، وجاز صومه ، سواء وجد الهدي في أيام الذبح أو بعدها. وقال الحسن وقتادة « رض » إذا دخل في الصوم ثم أيسر مضى في صومه ، واختاره ابن المنذر ، وبه قال الشافعي رضى الله عنه ومالك وأحمد « رض » .

وقال الاترازي في هذا الموضع كلاماً كثيراً ، حاصله انه أورد الإشكال بيانه أن قوله

فإن لم يدخل القارن مكة وتوجه إلى عرفات فقد صار رافضاً لعمرته بالوقوف ، لأنه تعذر عليه أداؤها ، لأنه يصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج ، وذلك خلاف المشروع

---

ـ فلو لم يقدر ـ إلى قوله ـ قبل الهدي ـ لفظ القدوري بعينه في شرحه لمختصر القدوري ولكن القدوري « رح » ساق كلامه في المتمتع وصاحب الهداية نقـل ذلك إلى القارن والإشكال انه هو كيف جعل حكمها واحداً في الكفارة والمتمتع حكمه في الكفارة حكم المفرد، سواء لأنه محرم بعمرة، فإذا فرغ منها يجزئه بحجة، وبه صرح في شرح الطحاوي، فلما كان كذلك يجب عليه دم واحد للكفارة، كالمفرد إذا جنى، وأما القارن إذا جنى عليه دمان لأجل الجناية ، إلا انه لو حلق المفرد قبل الذبح لا يلزمه دم عند أبي حنيفة ايضا ، لأنه لا ذبح على المفرد فلا يتحقق تأخير النسك ، فينبغي ان يجب هنا دمان آخران سوى دم النسك بجناية على إحرامين في الحج والعمرة جميعا ، انتهى .

قلت صاحب الهداية « رح » لم ينقل لفظ التمتع إلى القارن قصد الهـدي الذي ذكره حتى يرد عليه اشكال ، بل نية ذلك ان مراد القدوري « رح » من لفظ المتمتـع هو القران ، لأنه يصح إطلاقه عليه من حيث أن كلا منهما نسكان في الصورة ، وان كان بينهما فرق في الحـكم ، ولهذا وقع عند بعض الشراح هنا بعد قوله دم التمتع او القران .

( فإن لم يدخل القارن مكة وتوجـه إلى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف ) هذا لفظ القدوري « رض » في مختصره ، وذكر صاحب الهداية تعليله بقوله ( لانه ) أي لأن القارن ( تعذر عليه اداؤها ) اى اداء العمرة ( لأنه يصير بانيا افعـال العمرة على افعال الحج ، وذلك خلاف المشروع ) لأن المشروع ان يكون الوقوف مرتبا على افعال العمرة . وقال الطحاوي رضى الله عنه في مختصره إلى عرفات قبل ان يطوف لعمرته ، فإن أبا حنيفة « رض » كان يقول قد صار بذلك رافضاً لعمرته حين توجه وعليه رفضها دم وعمرة مكانها ، ويمضي في حجه . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يكون رافضاً لعمرته حتى يقف بعرفات بعد زوال الشمس .

وقال أبو بكر الرازي « رح » في شرحه لمختصر الطحاوي هـذا الخلاف الذي ذكر

ولا يصير رافضاً بمجرد التوجـــه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة « رح » أيضاً والفرق له بينه وبين مصلى الظهر يوم الجمعة إذا توجـه إليها أن الأمر هنالك بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر ، والتوجـــه في القران والتمتـع منهي عنه قبـل أداء العمرة ، فافترقا . قال وسقط عنه دم القران ،

---

أبو حنيفة لا نعرفه ، وإنما نعرف عن أبي حنيفة « رح » فيها روايتين ، وأما رواية الجامع الصغير والاصل فإنه لا يكون رافضاً بالتوجه حتى يقف بعرفات بعـــد الزوال وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة « رض » انه يكون رافضاً بالتوجه وذكر الحاكم الشهيد « رح » في الكافي عن نوادر ابن سماعة قال وفي قول أبي حنيفة «رض» هو رافض للعمرة حين توجه إلى عرفات ، وعند الشافعي رضي الله عنـه لا يصير رافضاً بالتوجه ولا بالوقوف ، انتهى .

قلت وقال الشافعي « رح » لا يكون رافضا ما لم يأخذ في التحلل ، لأن عنده طواف العمرة يدخل في طواف الحج ، فلا يلزمه طواف مقصود وعند مالك « رح » لا يكون رافضاً ما لم يركع الطواف .

( ولا يصير رافضاً بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب أبي حنيفة « رض » ايضاً ) احترز به عن رواية أصحاب الاملاء عن أبي يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رض » وقد مر آنفاً ( والفرق له ) اي لأبي حنيفة « رض » ( بينه ) أي بين التوجه إلى عرفـــات ( وبين أن يصلي الظهر في منزله يوم الجمعة [1] إذا توجه اليها أن الامر هنالك ) وفي بعض النسخ هنالك هو قوله ﴿ فاسعوا إلى ذكر الله ﴾ الجمعة ( بالتوجه متوجه بعد أداء الظهر ) ووجه توجهه أنه مأمور بالتوجه إلى الجمعة وفرض من فروضها بالنص .

( والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل أداء العمرة فافترقا ) أي حكم التوجه إلى الجمعة ، وحكم التوجه إلى عرفات ( وسقط عنه دم القران ) وفي بعض للنسخ قال وسقط

---

(١) بين مصلى الظهر يوم الجمعة ، هامش .

لأنه لما ارتفضت العمرة لم يرفق لأداء النسكين ، وعليه دم لرفض عمرته بعد الشروع فيها ، وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ، فأشبه المحصر ، والله أعلم

---

أي قال القدوري « رح » وسقط في بعض النسخ أيضاً وبطل عنه دم القران ( لأنه لما ارتفضت العمرة لم يرفق لأداء النسكين ) وهما العمرة والحج ، وفي بعض النسخ لم يتوقف لأداء النسكين ( وعليه دم لرفض عمرته بعد الشروع فيها ، وعليه قضاؤها ) أي قضاء العمرة المرفوضة ( لصحة الشروع فيها ) أي في العمرة ، لأن الشروع ملزم ، ولأن هذا تحليل من إحرامها يعني طوافاً ( فاشبه المحصر ) حيث يجب عليه دم رفضا لأنه عليه الصلاة والسلام لما أحصر عام الحديبية بعث البدن للنحر ورجع وقضى عمرته من قابل ، كذا في مبسوط شيخ الاسلام والله أعلم .

* * *

# باب التمتع

التمتع أفضـــل من الإفراد ، وعن أبي حنيفة « ر ح » أن الإفراد أفضل لأن المتمتع سفره واقع لعمرته ، والمفرد سفره واقع لحجته .

---

## ( باب التمتـــع )

أي هذا باب في بيان أحكام التمتع ، وإنما أخره عن القران ، لأنه أفضل من التمتـع عندنا ، والتمتع من المتاع والمتعة ، وهو ما ينتفع به كيف كان ، وقال الجوهري رحمه الله المتاع السلعة والمتاع ايضاً لمنفعته ، وما تمتعت به ، وقد متع به يتمتع تمتعـاً ، والاسم المتعة ومنه متعة النكاح ومتعة الطلاق ومتعة الحج لأنه الانتفاع . وفي المشارق متعة الحج جمع غير المكي بين الحج والعمرة في أشهر الحج في سفر واحد . وفي المتعة بضم الميم ، وعن الخليل كسر ميم متعة الحج دون متعة النكاح . وقال ابن الاثير قد تمتـع بالعمرة في أيام الحج ، أي يتمتع ، لأنهم كانوا لا يرون العمرة في أشهر الحج ، فأجـازها الإسلام . وفي مجمع الغرائب أمتع الله بك ، أي أطال الله عمرك حتى يتمتع بك ، فالكل يرجـع إلى المتعة . وقيل سمى المتمتع متمتعاً لأنهم يتمتعون بالنساء والتطيب بـين التمتع والعمرة والحج .

( التمتع أفضل من الإفراد ) هذا ظاهر الرواية عن أصحابنا ، لأن فيه جمعـاً بين العبادتين ، فكان أفضل كالقران ( وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الإفراد أفضل ) وبه قال الشافعي رضى الله عنهم في أصح قوليه ومالك « رح » ( لان المتمتع سفره واقـع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته ) لأن المتمتع محرم من الميقات للعمرة ، ثم يدخل مكة ويبدأ بأفعالها ثم يحرم بالحج ، فيكون سفره واقعاً للعمرة ، فإن بعد الفراغ من أفعالهـا يعتبر مقيا حكماً كالمكي ، ولهذا لا يطوف للتحية كالمكي .

وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعاً بين العبادتين فأشبه القران ، ثم فيه زيادة نسك ، وهو إراقة الدم ، وسفره واقع لحجته ، وإن تخللت العمرة لأنها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها ، والمتمتع على وجهين ، متمتع يسوق الهـدي ، ومتمتع لا يسوق الهدي . ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين في سفر واحد من غير أن يلم بأهله بينهما إلماماً صحيحاً ،

---

( وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعاً بين العبادتين ، وسفره وقع لحجته وإن تخللت العمرة بينهما ، لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليهـا ) يعني أن السنة تخللت بين صلاة الجمعة وبين السعي إلى صلاة الجمعة ، ومع هـذا لم يكن السعي إلى السنة بل إلى فرض الجمعة (والمتمتع على وجهين متمتع ) أي أحدهما متمتع ( بسوق الهدى) وهو ما يهدي إلى الحرم من الابل والبقر والغنم ( ومتمتع ) أي والآخر متمتع ( لا يسوق الهدى ) وربما يكون بغير سوق الهدي ، وذلك أن التمتع هو الترفق بأداء النسكين ، وربما يكون ذلك بسوق الهدى ، وربما يكون بغير سوق الهدي .

( ومعنى التمتع الترفق ) من الرفق ، وأراد به الانتفـاع ( بأداء النسكين ) وهما العمرة والحج ( في سفر واحد من غير أن يلم ) بضم الياء مصدره الالمام يقال ألم ( بأهله ) إذا نزل ( إلماماً بينهما صحيحاً ) احترز به عن الإلمام الفاسد ، فإنه لا يمنع صحة التمتع عند أبي حنيفة « رض » وأبي يوسف « رح » والإلمام الصحيح النزول في وطنه من غير بقاء صفة الاحرام ، وعند مالك « رض » البلد المساوي لبـلده مثل بلده في ذلك . وعند الشافعي واحمد رضى الله عنهما الاعتبار بمسافة القصر .

وقال الاكمل رحمه الله قال بعض الشارحين عرف المصنف التمتع بقوله ـ ومعنى التمتع الترفق .. إلى آخره ـ واعترض عليه بانه غير مانع لدخول من يترفق بهما إذا كان احدهما في غير أشهر الحج والاخر في أشهر الحج ، وكذا إذا وجد النسكان في كل أشهر الحج لكل أحد فيما حصل في أشهر الحج من هذه السنة في السنة الاخرى ، فإنهما ليسا بتمتعين ، وكان

ويدخله اختلافات نبينها إن شاء الله ، وصفته أن يبتدىء من الميقات في أشهر الحج ، فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى لها ، ويحلق أو يقصر ، وقد حل من عمرته ، وهـــذا هو تفسير العمرة ، وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا ،

---

الواجب أن يقول التملك، التمتع ، وهو الجمع بين النسكين في أشهر الحج في سنة واحدة من غير إلمام بأهله إلماماً صحيحاً انتهى .

قلت أراد بقوله بعض الشارحين الاترازي « رح » فإنه اعـــترض هكذا في شرحه ثم أجاب الاكمل بقوله والجواب أن ما ذكره المصنف « رح » هو تفسير ، وأما كون الترفق في أشهر الحج في عام واحد فهو شرطه .

( ويدخله ) أي يدخل الالمام الصحيح ( اختلافات نبينها إن شاء الله تعالى ) يعني في هذا الباب (وصفته) أي صفة المتمتع (أن يبتدىء من الميقات في أشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى لها ) يعني بين الصفا والمروة سبعة أشواط ( ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته ) هكذا ذكره القدوري رحمه الله في صفة عمرة المتمتع ، أشار إليه المصنف بقوله ( وهــــذا هو تفسير العمرة ) وهي الاحرام والطواف والسعي والحلق والتقصير ، ثم يحرم بالحج من الحرم ويفعل مثلما يفعل المحرم بالحج فإذا حلق يوم النحر فقد حل من احرامي العمرة والحج جميعاً .

قوله — يحلق أو يقصر — هـــذا التخيير فيمن لم يكن بشعره علة أو مقصوصاً أو مضفوراً ، وإنما لم يذكر طواف القدوم ، لأنه ليس للعمرة طواف الصدر ، وعن الحسن رحمه الله أن لها طواف الصدر .

( وكذا إذا أراد ) أي المتمتع ( أن يفرد بالعمرة فعـــل ما ذكرنا ) يعني الإحرام والطواف والسعي والحلق والتقصير . وقال الكاكي « رح » بعـد قوله أو يقصر ظاهر كلام المصنف وغيره أن التحلل حتم لمن لم يسق الهدى ، وذكر الاسبيجابي والوبري هو بالخيار إن شاء أحرم بالحج بعدما حل من عمرته بالحلق أو التقصير ، وإن شاء أحرم قبل

هكذا فعل رسول الله عليه السلام في عمرة القضاء . وقال مالك « رح » لا حلق عليه إنما العمرة الطواف والسعي ، وحجتنا عليه ما روينا ، وقوله تعالى ﴿ محلقين رؤوسكم ﴾ ٢٧ الفتح ، الآية نزلت في عمرة القضاء ، ولأنها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ،

---

أن يحل من عمرته ، ولو ساق الهدى لا يحلق ، وبقولنا قال أحمد ، وعند الشافعي رضى الله عنهما ومالك رحمه الله المتمتع يحلق أو يقصر ساق الهدى اولا .

( هكذا فعل رسول الله ﷺ في عمرة القضاء ) وقصته أنه عليه الصلاة والسلام أحرم من المدينة عام الحديبية للعمرة ، فلما وصل الحديبية منعه أهل مكة من الدخول فيها وصالح معهم وحلق ثم جاء السنة الاخرى فأتى بالطواف والسعي ثم حلق قضاء لتلك العمرة وعام الحديبية كان في سنة ست .

( وقال مالك « رح » لا حلق عليه ) أي على المعتمر ( وإنما العمرة بالطواف والسعي ) وقد وجدا ، وبه قال اسحاق بن راهويه ، وعن ابن عباس رضي الله عنه الطواف . وقال ابن بطال في شرح البخاري اتفقت أئمة الفتوى على أن المعتمر يحل من عمرته إذا طاف وسعى وان لم يكن حلق ولا قصر . وقال الشافعي « رح » جماعة قبل الحلق مفسد لعمرته . وقال ابن المنذر لا أعلم أحداً قاله غيره . قال وقال مالك والثوري « رح » والكوفيون عليه الهدي .

( وحجتنا عليه ) أي على مالك « رح » ( ما روينا ) وهو قوله هكذا فعل رسول الله ﷺ في عمرة القضاء ( وقوله تعالى ﴿ محلقين رؤوسكم ومقصرين ﴾ ٢٧ الفتح ، الآية نزلت في عمرة القضاء ولأنها ) أي ولان العمرة ( لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق ) والآية المذكورة تدل على ذلك . وفي الذخيرة للمالكية التحلل في العمرة بالحلق ، لأن السعي ركن فيها كالوقوف في الحج ويقع التحلل منه برمي الجمرة ( كالحج ) أي كما يقع التحلل في الحج بالحلق ، وعند المالكية برمي الجمرة .

ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف . وقال مالك « رح » كما وقع بصره على البيت ، لأن العمرة زيارة البيت وتتم بـــه . ولنا أن النبي عليه السلام في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ، ولأن المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ، ولهذا يقطعها الحاج عنـــد .افتتاح الرمي

---

( ويقطع ) أي المعتمر ( التلبية إذا ابتدأ بالطواف ) أي بطواف عمرته ، وهذا قول الجمهور ( وقال مالك « رض » ) لما يقع بصره أو يقطعها ( كما وقع بصره على البيت ، لأن العمرة زيارة البيت وتتم به ) أي وتتم الزيارة بوقوع البصر على البيت .

(ولنـــا أن النبي ﷺ لبي في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ) هـــذا الحديث رواه الترمذي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس رضى الله عنه أن النبي ﷺ كان يمسك عن التلبية في العمرة إذا استلم الحجر ، وقال حـــديث صحيح ، ورواه أبو داود ولفظه أن النبي ﷺ قال يلبي المعتمر حتى يستلم الحجر .

( ولأن المقصود ) أي من العمرة ( هو الطواف فيقطعهـــا ) أي فيقطع التلبية، وكان ينبغي أن يقول فيقطعها ، ولكنه ذكره على تأويل الإهـــلال ، قال الأترازى « رح » والصواب أن يقال إنما ذكره باعتبار أن التلبية إن كان مصدراً فيجوز التذكير والتأنيث وإن كان إسما فباعتبار المذكور ( عند افتتاحه ) أي عند افتتـــاح الطواف ، أي ابتدائه بالاستلام .

( ولهذا ) أى ولأجل قطع التلبية عند نسك من المناسك ( يقطع الحـــج عند افتتاح الرمى ) يعني عند أول حصاة من حجرة العقبة يوم النحر ، لأنه نسك ، والحـــاصل أن قطـــع التلبية إنما يكون عند نسك من المناسك وافتتاح الطواف باستلام الحجر نسك فيقطعها عنده ، و كذلك يقطع المفرد بالحج عند أول حصاة من جمرة العقبة .

فإن قلت ينبغي أن يقطع المفرد بالحج التلبية إذا ابتدأ بطواف القدوم لأنه نسك أيضاً، قلت التعليل في تعارض النص لا يجوز ، وقد ثبت في صحيح البخـــاري عن ابن عباس

قال ويقيم بمكة حلالاً لأنه حل من العمرة، فإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد والشرط أن يحرم من الحرم، أما المسجد فليس بلازم، وهذا لأنه في معنى المكي، وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل

---

رضي الله عنه أن النبي ﷺ أردف الفضل من مزدلفة إلى منى فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة.

( قال ) أي القدوري رضي الله عنه ( ويقيم بمكة حلالاً ، لأنه حل من العمرة ) وقال في شرح الأقطع هذا الذي ذكره القدوري رحمه الله ليس على وجه الشرط، وإنما معناه إن أراد أن يقيم ليحج من عامه فليقم حلالاً إلى وقت إحرام الحج، وإن لم يرد أن يحج من عامه فلا يقيم.

( وإذا كان يوم التروية أحرم بالحج من المسجد ) أي المسجد الحرام والاحرام يوم التروية ليس بشرط لازم، بل تقديمه على يوم التروية أفضل، وفي المبسوط والمحيط ولو قدم الاحرام على يوم التروية جاز، بل هو الأفضل لما أنه أشق، وفيه المسارعة إلى العبادة، وهذه الأفضلية ليست بمختصة لسائق الهدي، بل هي تقديم إحرام الحج للمتمتع أفضل مطلقاً، وبه قال مالك، وقال أصحاب الشافعي « رح » لغير واجد الهدي يستحب أن يحرم به قبل اليوم السادس.

( والشرط أن يحرم من الحرم، أما المسجد فليس بلازم وهذا ) أي عدم لزوم الإحرام من المسجد ( لأنه في معنى المكي، وميقات المكي الحرم لما[1] بينا ) أي في آخر فصل المواقيت، وهو قوله ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم، وفي الحل وقال الكاكي « رض » يمكن أن يؤول المسجد بالحرم لما أن المراد منه المسجد الحرام والمسجد الحرام عبارة عن جميع الحرم لقوله تعالى ﴿ فلا تقربوا المسجد الحرام ﴾ ... الآية ٢٨ التوبة، وقيل المراد الحرم، لكن ذكر المسجد لما أن الاحرام منه أفضل ( وفعل ) أي

---

(١) على ما بينا ـ هامش.

ما يفعله الحاج المفرد ، لأنه مؤد للحج ، إلا أنـــه يرمل في طواف الزيارة و يسعى بعده ، لأن هـذا أول طواف له في الحج ، بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة ، ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده ، لأنه قد أتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة

---

هذا الذي فرغ من العمرة وحل ثم أحرم بالحج يفعل ( مـا يفعله الحاج المفرد ، لأنه مؤد للحج ) أي لأنه في صدد أداء الحج وتعلق به افعال المفرد .

( إلا أنه ) استثناء من قوله وفعل ما يفعله الحاج المفرد ، يعني إلا أن هـــذا المؤدي ( يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده ) أي يسعى بين الصفا والمروة بعد طواف الزيارة ( لأن هذا أول طواف له في الحج ، بخـــلاف المفرد ، لأنه قد سعى مرة ) لأن السعي لا يتكرور ولا يرسل في طواف الزيارة لعدم السعي بعده .

( ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده ، لأنه قد أتى بذلك مرة ) فـلا يأتي به مرة أخرى ، والمصنف « رح » لم يذكر في الاستثناء إلا صورة واحدة وشيئآن آخران استثنى أحدهما أن لا يطوف طواف القدوم ، لأنه في معنى المكي ولا يسن في حق المكي طواف القدوم بخلاف المفرد بالحج والقارن ، فإن طواف القدوم يسن في حقهما ، والآخر أنه يجب عليه الهدى ، فيكره الجمع بين النسكين ، بخلاف المفرد ، فإنه لا يجب في حقه الهـــدي بل يستحب ( وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه ) وهو قوله تعالى ﴿ فمن تمتـع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي ﴾ ١٩٦ البقرة ، أي فعليه ما استيسر من الهدي الذي هومن الإبل والبقر والغنم .

( فإن لم يجده ) أي الهـــدي ( صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة ) أي صام سبعة أيام

إذا رجع على الوجـــه الذي بيناه في القران ، فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزئه عن الثلاثة ، لأن سبب وجوب هذا الصوم التمتع ، لأنه بدل عن الدم وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه ، وإن صامها بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جـــاز عندنا ، خلافاً الشافعي « رح » . له قوله تعالى ﴿ فصيام ثلاثة أيـــام في الحج ﴾ ١٩٦ البقرة . ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه ، والمراد بالحج المذكور في النص وقتـــه

على ما بينا ، والأفضل

---

( إذا رجع على الوجه الذي بيناه في القران ) عند قوله وإذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج آخرها يوم عرفة وقد مضى الكلام فيه هناك مستقصى ( فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر ) أي أحرم بالعمرة ( لم يجزئه عن الثلاثة ، لأن سبب وجوب هـــذا الصوم التمتع ، لأنه بدل عن الدم ، وهو في هذه الحالة غير متمتع ) لا حقيقة ولا حكماً أما حقيقة فظاهر ، وأما حكماً فكأنه لم يحرم بها ( فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه ) .

( وإن صامها بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا ) وبه قال أحمد « رح » في رواية عنه يجوز بعد التحلل من العشرة ( خلافاً الشافعي « رض » ) فإن عنده لا يجوز ( له ) أي للشافعي رحمه الله ( قوله تعالى ﴿ فصيام ثلاثة أيام في الحج ﴾ ١٩٦ للبقرة ) وجه الاستدلال به أنه تعالى أخبره أن صيامه يجب أن يكون في الحـــج ومـــا لم يحرم بالحج لا يجوز .

( ولنا أنه ) أي أن المتمتع ( أداه ) أي أدى الصوم ( بعد انعقاد سببه ) لأن السبب ما ذكره الله تعالى وهو التمتع بالعمرة إلى الحج ، لأنه طريق يتوصل به إلى التمتع وأداء المسبب بعد تحقق السبب جائز ( والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا ) يعني في القران ، إذ نفس الحج لا يصلح أن يكون ظرفاً ، والمراد وقت الحـــج ( والأفضل

تأخيرها إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران ، وإن أراد المتمتع أن يسوق الهدي أحرم وساق هديه ، وهذا أفضل ، لأن النبي عليه السلام ساق الهدايا مع نفسه ، ولأن فيه استعداداً أو مسارعة ، فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل لحديث عائشة رضي الله عنها على ما رويناه ، والتقليد أولى من التحليل لأن له ذكراً في الكتاب ،

---

تأخيرها ) أي تأخير صيام ثلاثة أيام ( إلى آخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران ) وقد مر في القران أن الافضل أن يصوم قبل يوم التروية ويوم عرفة ، لأن الصوم بدل عن الهدى ، فيستحب تأخيره إلى آخر وقته رجاء أن يقدر على الاصل وان صام سبعة أيام بعد فراغه من الحج قبل الرجوع إلى اهله جاز عندنا وإذا فات صوم ثلاثة أيام حتى أتى يوم النحر لم يجزئه إلا الدم وفيه خلاف مالك والشافعي رضى الله عنهما ، وقد مر في القران .

( وإن اراد المتمتع أن يسوق الهدي أحرم ) أي أحرم بالعمرة لا يحرم بالحج ما لم يفرغ من العمرة ( وساق هديه وهذا أفضل ) أي هذا الذي يسوق الهدي أفضل من الذي لا يسوق ( لأن النبي ﷺ ساق الهدايا مع نفسه ) هذا رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال تمتع رسول الله ﷺ في حجة الوداع بالعمرة إلى الحج ، وأهدى فساق معه الهدي ... الحديث ( ولأن فيه ) أن في سوق الهدي ( استعداداً ) أي تهنئة للخير ( أو مسارعة ، فإن كانت بدنة ) هدية بدنة باعتبار الخبر ( قلدها بمزاده ) وهي سفرة السفر ( أو نعل لحديث عائشة رضى الله عنها ) فقالت أنا فتلت قلائد رسول الله ﷺ ، رواه الائمة الستة ( على ما رويناه ) أراد به ما ذكر قبل باب القران .

( والتقليد أولى من التحليل لأن له ) أي التقليد ( ذكر في القرآن [1] ) وهو قوله ﴿ والهدي والقلائد ﴾ ٩٧ المائدة ، وفي بعض النسخ ذكر في الكتاب أي في كتاب الله

---

(١) الكتاب ، هامش .

ولأنه للإعلام والتجليل للزينة، ويلبي ، ثم يقلد ، لأنه يصير محرماً فيه بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق ، والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو أفضل من أن يقودها ، لأنه عليه السلام أحرم بذي الحليفة وهداياه تساق بـــين يديه ولأنه أبلغ في التشهير إلا أن لا تنقاد فحينئذ يقودها . قال وأشعر البدنة عند أبي يوسف ومحمد « رح » ولا يشعر عند أبي حنيفة، ويكره .

---

تعالى ( ولانه ) أى ولأن التقليد ( للإعلام ) أي انه هدي ( والتجليل للزينة ) ولدفع الحر والبرد ودفع الذباب ( ويلبي ثم يقلد ، لانه يصير محرماً فيه بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق ) أي ذكر قبل باب القران ، فقوله ومن قلد بدنة تطوعاً .

( والاولى أن يعقدالاحرام بالتلبية) قال الاترازي رضىالله عنه الواو في -والاولى- للحال قلت فيه ما فيه،بل المعنى انه إن قلد البدنة وساقها بنية الاحرام يصير محرماً، سواء لبى بعد ذلك أو لم يلب ، ولكن الاولى أن يعقد الاحرام بالتلبية ثم قلد البدنة وساقها ( ويسوق الهدى وهو ) أى السوق دل عليه قوله ويسوق ( أفضل من أن يقودها ، لان النبي ﷺ أحرم من ذى الحليفة وهداياه تساق بين يديه ) لما روى البخارى ومسلم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما تمتع رسول الله ﷺ ... الحديث وقد مضى الآن .

( ولأنه ) أي لأن السوق ( أبلغ في التشهير ) بأنه هدي( إلا إذا كانت لا تنقاد )هذا استثناء من قوله وهو أفضل ممن يقودها ، وهو ظاهر ( فحينئذ يقودها ) أى حين كونها لا تنقاد ويقودها ( وأشعر البدنة ) وفي أكثر النسخ قال أي القدوري « رض » وأشعر البدنة (عندأبي يوسف«رح»ومحمد)وبه قال مالك والشافعي وأحمد رضي الله عنهم ، فان الإشعار عندهم يستحب ، لكن عند الشافعي رحمه الله وأحمد « رح » هو من قبل اليمين ، وعند غيرها من قبل اليسار ( ولا يشعر عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) وفي بعض النسخ ولا يشعرها أي البدنة ( ويكره ) أي الاشعار .

والإشعار هو الإدماء بالجرح لغـــة ، وصفته أن يشق سنامها بأن يطعن في أسفل السنام من الجانب الأيمن. قالوا والأشبه هو الأيسر ، لأن النبي عليـــه السلام طعن في جانبها الايسر مقصوداً أو في جانب الايمن اتفاقاً

---

ثم أشار إلى تفسير الإشعار بقوله ( والاشعار هو الادماء بالجرح ) أي إخراج الدم من البدنة بجرحها ، وفي المبسوط الاشعار الاعلام ، سمى هذا الفعل بذلك لأنه إعلام لهـــا ( لغة ) أي من حيث اللغة ، يعني الاشعار في اللغة إشعار الدماء بالذبـــح ونحوه ، ومنه حديث مكحول رضي الله عنه لمن أشعر علجاء وقتله ، أى طعنه بالرمح حتى يدخـــل السنان جوفه ، وأما معناه شرعاً فهو مـــا أشار إليه بقوله ( وصفته ) أي صفة الإشعار ( أن يشق سنامها ) أى سنام البدنة ( بأن يطعن في أسفل السنام من الجانب الايمن ) وفي النهاية وصفة الاشعار ، وهو أن يضرب بالمنصع في أحد جانبي سنام البـدنة حتى يخرج الدم منها ، ثم يلطخ بذلك الدم سنامها .

( قالوا ) أى علماؤنا المتأخرون مثل فخر الاسلام « رح » وغـيره ( والاشبه ) أى الصواب في البدنة ( هو الايسر ) يعني هو الطعن بالرمح في أسفل السنام من الجانب الايسر يعني هو الطعن بالرمح في أسفل السنام من الجانب الأيسر وقـــد مر بيانه فيا مضى (لأن النبي ﷺ طعن في جانب اليسار مقصوداً ) أي من حيث القصد إليه ( وفي جانب اليمين اتفاقاً ) أي وقع من حيث الإتفاق لا من حيث المقصد، والمقصود أن ذلك كله روي عن رسول الله ﷺ . أما رواية الطعن في اليمين فأخرجها مسلم عن أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ صلى الظهر بذي الحليفة ثم دعي ببدنة فاشعرها في صفحة سنامها الأيمن.

وأما رواية الطعن في الأيسر فرواها أبو يعلى « رح » في مسنده حدثنا زهـير حدثنا يزيد بن هارون حدثنا شعبة عن الحجاج عن قتادة عن أبي حسان عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ لما أتى ذا الحليفـــة أشعر بدنته في شقها الايسر ثم سلت الدم

ويلطخ سنامها بالدم إعلاماً وهذا الصنع مكروه عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما حسن ، وعند الشافعي « رح » سنة لأنه مروي عن النبي عليه السلام وعن الخلفاء الراشدين « رض » .

---

باصبعه ، فلما علت به راحلته البيداء لبى ، انتهى . وقال ابن عبيد في كتاب التمهيد هذا عندي منكر ، والمعروف حديث ابن عباس رضى الله عنهما الذي أخرجه مسلم وغيره من الجانب الايمن لا يصلح فية غير ذلك ، إلا أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يشعر بدنته من الجانب الايسر .

قلت هذا رواه مالك رضي الله عنه في موطئه عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وكذلك قال الشافعي رضي الله عنه أن الإشعار من قبل اليمين ووجه القول بالأشبه إلى الصواب هو أن الهدايا كانت مقبلة إلى رسول الله ﷺ ، وكان يدخل من كل بعير من قبل الرأس ، وكان الرمح بيمينه لا محالة ، فكان طعنه يقع عادة أولاً على يسار البعير ، ثم كان يطعن عن يمينه ويشعر الآخر من قبل يمين البعير اتفاقاً للأول لا قصداً اليـه ، فصار الأمر الأصلي أحق باعتبار إذا كان واحداً .

( ويلطخ سنامها بالدم إعلاماً ) أي للاعلام بأنها هدي ( وهذا الصنع ) أى الإشعار ( مكروه عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) وقال الخطابي رحمه الله لا أعلم أحداً أنكر الاشعار إلا أبا حنيفة ، وقال السروجي مما ليس بحجة وما لا يعلمه كثير ، وبه قال ابراهيم النخعي ، ومذهبه قبل مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( حسن ) وهو أدنى من السنة ، وقيل إن معناه إن تركه لا يضره ، وفي جامع الاسبيجابي الاشعار عندهما وعنـد الشافعي « رح » سنة ، لكن ذكر في الجامع الصغير أنه حسن ، ولم يذكر أنه سنة .

( وعند الشافعي « رح » سنة ، لأنه ) أى لان الاشعار ( مروي عن رسول الله ﷺ ) وقد مر الان ( وعن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ) وهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم . وقد روى مسلم في صحيحه والاربعة حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قلد نعلين وأشعر الهدى . وقال الترمذى والعمل على هذا عند أهل العلم من

ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج إذا ورد ماء أو كلأ أو يرد إذا أصل . وإنه في الإشعار أتم ، لانه ألزم ، فمن هذا الوجه يكون سنة ، إلا أنه عارضته جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه . ولابي حنيفة « رح » أنه مثلة ، فإنه منهى عنه .

---

أصحاب النبي ﷺ وغيرهم يرون اشعار البهم ، ويدخل في قوله من أصحاب النبي ﷺ الخلفاء الراشدون وغيرهم من الصحابة رضي الله عنهم ، وقد ذكرنا غيره مرة أن الهدى عن الإبل والبقر والغنم ، وأن الاشعار في الإبل .

وقال شيخنا اختلفوا في إشعار البقر ، فذهب الشافعي «رح» والجمهور إلى إشعارها واتفقوا على أن الغنم لا تشعر ، واختلفوا في تقليد الغنم ، فذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما والجمهور انها تقلد ذات القرن، وذهب أبو حنيفة « رض » ومالك «رح» إلى ان الغنم لا تقلد .

( ولهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » (أن المقصود من التقليد ان لا يهاج ) يعني ان لا تطرد عن الماء والكلأ ، وفي المغرب هاجه فهاج ، أي هيجه [1] فبعثه يتعدى ولا يتعدى ( ان اورد ماءاً وكلأ أو يرد إذا أفضل ) [2] أي إذا أتاه ( وانه ) أي وإن الإشعار ( إتم ) أي من التقليد ( لأنه ألزم ) أي لأن القلادة ربما ينقطع من عنق البعير وتسقط ، والاشعار لا يفارقه ( فمن هذا الوجه ) أي من وجه أن الإشعار إتم وألزم من التقليد ( يكون سنة إلا أنه عارضته جهة كونه مثلة ) يقال مثلت بالحيوان أمثل به مثلا إذا قطعت أطرافه وشوهت ، وهو من باب نصر ينصر نصراً ، والمثلة الاسم ( فقلنا نحن تحسنه [3] ) أي نحسن الاشعار ، وفيه تأمل لا يخفي .

( ولأبي حنيفة « رح » انه ) أي ان الاشعار ( مثلة فإنه ) أي فإن فعل المثلة ( منهى عنه ) وجاءت به في النهي عن المثلة أحاديث منها ما رواه البخاري عن عبدالله

---

(١) كلمة غير مقروءة في الاصل وربما هي ـ أثاره ـ ، ا هـ مصححه .

(٢) في المتن أصل ، ا هـ مصححه .

(٣) فقلنا بحسنه ، هامش .

ابن يزيد الانصارى « رض » قال نهى رسول الله ﷺ عن النهبة والمثلة هكذا عزاه عبد الحق للبخارى ، ومنها ما رواه أبو داود عن سمرة بن جندب رضى الله عنه قال كان النبي ﷺ يحث على الصدقة وينهى عن المثلة ، ومنها ما رواه أحمد في مسنده ، والحاكم في مستدركه عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي ﷺ لعن من مثل بالحيوان ومنها ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمران بن الحصين رضى الله عنه سمعت النبي ﷺ يحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة ، ومنها ما رواه أيضاً عن المغيرة بن شعبة قال نهى رسول الله ﷺ عن المثلة . ومنها ما رواه الطبراني عن أيوب رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن النهبة والمثلة ، ومنها ما رواه أيضاً عن الحكم بن عمير وعامر بن قرط قالا قال رسول الله ﷺ لا تمثلوا بشيء من خلق الله عز وجل فيه روح .

( ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم ) وفي بعض النسخ ومتى وقع التعارض وأراد أن القاعدة إذا وقع التعارض بين الحديثين الذي أحدهما يقتضي الإباحة والآخر يقتضي التحريم ، فالذي يقتضي التحريم يرجح على الذي يقتضي الاباحة ، وها هنا وقع انتقاض بين كون أن الاشعار سنة ، وبين كونه مثلة ، وفي كونه حراماً ، فالرجحان للمحرم والمعنى الفقهي أن المبيح يوجب جواز الامتناع ، والمحرم واجب الامتناع ، والواجب أقوى من الجائز ، وكان جماعة من العلماء فهموا عن أبي حنيفة رضي الله عنه النسخ في ذلك ، حتى قال السهيلي رضي الله عنه في الروض الانف ، فكان النهي عن المثلة بأثر عروة أحد ، وحديث الاشعار في حجة الوداع ، فكيف يكون الناسخ متقدماً على المنسوخ ، انتهى.

قلت ليس في كلام المصنف « رح » ما يدل على أن الاشعار منسوخ بحديث النهي عن المثلة في أول مقدمه المدينة ، وأشعر عليه الصلاة والسلام الهدايا في آخر أيام حياته عام حجة الوداع ، فلو كان الاشعار من باب المثلة لما أشعر عليه الصلاة والسلام لأنهن عنها قبل ذلك ، انتهى .

قلت كلامه مع المصنف من حيث قال ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الاشعار مثلة ، ولا إشكال هنا ، لأن مراد أبي حنيفة « رض» ليس مطلق المطلق المثلة ، وإنما مراده المثلة

وإشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي ، لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرضه إلا بـه ،

---

التي لا يباح فعلها كقطع عضو من الأعضاء ، وفي معناه الاشعار بالرمح والشفرة ، وأمـا الاشعار الذي وصفوه بالتصح (١) أوبالشيء الذي يقطع الجلد دون اللحم ، فـلا يكره . وأبو حنيفة رضي الله عنه ما كره أصل الاشعار ، وكيف يكره ذلك مع مـا اشتهر فيه من الآثار . وقال الطحاوي رحمه الله وإنما كره أبو حنيفة «رح» إشعار أهل زمانه ، لأنه رآهم يفضون في ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته ، خصوصاً في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة ، لأنهم لا يقفون على الحد .

وفي المبسوط وأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. والحاصل أن الذي قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لا يدخل في باب المثلة الحقيقة حتى يرد عليه شيء ، والذي ذهب اليه كالمثلة التي أبيح فعلها كالختان وشق أذن الحيوان للعلامة ولا شك أن الختان هو قطع عضو ، مع انه فرض عند الشافعي « رض » وأحمـد وسنة مؤكدة عندنا فارقة بين الاسلام والكفر ، حتى لو اجتمع قوم على تركه قوتلوا عليـه ولا كذلك الاشعار ، فإن الناس تركوه عن آخرهم ولم ينكر على ذلك أحد .

وعن ابن عباس رضي الله عنه وعائشة رضي الله عنها انهما رخصا في تركه ، ولا يظن بهما الترخيص في تركهما سنة النبي ﷺ ، مع انه عليه الصلاه والسلام فعله مرة ، وفي جامع الاسبيجابي معنى قول الراوي أن النبي ﷺ أشعر بدنة اعلمها بعلامة ، ويمكن أن يكون ذلك سوى الجرح ، لأن الاشعار هو الاعلام ، كذا ذكره الإمام المحبوبي .

( وإشعار النبي ﷺ لصيانة الهدي ) هذا جواب عما قاله الشافعي «رض» انه مروي عن النبي ﷺ ، وتقرير الجواب أن يقال سلمنا انه عليـه الصلاة والسلام أشعر ، ولكن لاحتياجه إلى ذلك ، وهو صيانة الهـدي ، أي حفظها ( لأن المشركين لا يمتنعون عن تعرضه إلا به ) أي لأن المشركين ما كانوا يمتنعون عن تعريض الهدي إلا بالاشعار .

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

وقيل إن أبا حنيفة « رح » كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية. وقيل إنما كره إيثاره على التقليد. قال فإذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت من أمري ما استدبرت لمـــا سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها

---

( وقيل إن أبا حنيفة رضي الله عنه كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية ) أي من الاشعار والمراد إلى هلاك الهدي ، وقد ذكرناه الآن ( وقيل إنما كره إيثاره على التقليد ) أي اختياره وتخصيصه على التقليد ، لانه يحصل من التقليد ما هو الغرض من الاشعار .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا دخل ) أي المتمتع (مكة طاف ) بالبيت سبعة أشواط ( وسعى ) بين الصفا والمروة سبعة أشواط (وهذا) أي هذا الفعل ، وهو الطواف والسعي ( للعمرة ) لا للحج ( على ما بينا في متمتع لا يسوق الهدي ) أراد به ما ذكر في أول الباب عند قوله وصفته ، أي يبتدىء من الميقـات فيبتدىء بالعمرة ( إلا أنه ) أي غير أنه (لايتحلل) بعد فراغه من العمرة ، لأنه ساق الهدي بين متمتع يسوق الهـــدي ، ومتمتع لا يسوق ، لانهما يتساويان في نفس الطواف والسعي ، ولكن الذي يسوق الهدي لا يتحلل بعد فراغه من العمرة ( حتى يحرم بالحج ) يحرم هنا برفـع الميم ، لأن حتى هنا ليست للغاية لفساد المعنى ، لأن معناه لا يتحلل إلا بعد الاحرام بالحج ، وليس كذلك ، لأنه لا يتحلل إذا حلق يوم النحر ، فحينئذ تكون حتى هنا للحال كما في قولهم مرض حتى لا يرجونه ( يوم التروية ) وفي الجارية هـــذا ليس بلازم حتى لو أحرم يوم عرفة أو قبل يوم التروية يجوز ، ولكن إحرام أهل مكة يوم التروية فلعله خصه بهذا المعنى .

( لقوله عليـــه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدى ، ولجعلتها عمرة وتحللت منها ) هذا الحديث أخرجه البخاري

## وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ، ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بيناه ، وإن قدم الإحرام قبله جاز ، وما عجل التمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل لما فيه

ومسلم عن أنس رضي الله عنه قال خرجنا بصرح بالحج ، فلما قدمنا مكة أمرنا رسول الله ﷺ أن نجعلها عمرة ، وقال لو استقبلت ... الحديث ، ومعناه لو علمت أولاً ما علمت آخراً من أن يسوق الهدى مانع من التحلل لما سقت الهدي وجعلت الحجة عمرة بأن اكتفيت بالعمرة بنسخ الحجة بها ، ولكني سقت الهدي ، فلأجل هذا ما أقدر أن أجعلها عمرة فعلم بهذا أن سوق الهدي مانع من التحلل ، وقال الكاكي قوله من أمري يشعر على ان المراد منه سوق الهدي والتحلل شيء آخر ، وكلمة ما في استدبرت بمعنى الذي .

قوله - لجعلتها - أي السفرة أو الحجة أو الحج باعتبار الخبر . قوله - وتحللت منها - أي من العمرة ، وإنما أمر النبي ﷺ أصحابه إن يفسخوا إحرام الحج ويجعلوه عمرة لما بلغوا مكة تحقيقاً لمخالفة المشركين ، وكانوا لا يفسخون ولا يحلقون وينتظرون رسول الله ﷺ هل يحلق أو لا ، فاعتذر النبي ﷺ وقال لو استقبلت ... إلى آخره وبقولنا قال أحمد ، وقال مالك والشافعي رحمهم الله المتمتع الذي ساق الهدى اذا فرغ من أفعال العمرة يتحلل كمن لم يسبق الهدى إلا أن عند مالك رحمه الله لا ينحر هديه إلا يوم النحر . وعند الشافعي رحمه الله ينحر عند المروة .

( وهذا ) أى قول النبي ﷺ ( ينفي التحلل عند سوق الهدي ) أى عند سوق المتمتع الهدي ( ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة ) لأن إحرامه مكي ( على ما بيناه ) إشارة إلى ما قال ، وعليه دم التمتع للنص الذي تلونا ، يعني قوله تعالى ﴿ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ( وإن قدم الاحرام قبله ) أى قبل يوم التروية ( جاز ) بل هو أفضل ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه الافضل للمتمتع الذي ساق الهدي أن يحرم بالحج يوم التروية قبل الزوال متوجهاً إلى منى ، وعن مالك رحمه الله يستحب أن يحرم به من أول ذي الحجة عند رؤية الهلال .

( وما عجل التمتع من الاحرام بالحج فهو أفضل لما فيه ) أى في التقديم أو في التعجيل

من المسارعة وزيادة المشقة ، وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم ، وهو دم التمتع على ما بينا ، وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين ، لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما. وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، وإنما لهم الإفراد خاصة ، خلافاً للشافعي « رح »

---

( من المسارعة ) إلى الخير ( وزيادة المشقة ) بزيادة مدة إحرامه ، ومـــا كان أشق على البدن كان أفضل ( وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي ، وفي حق من لم يسق ) يعني كلاهما سواء في هذه الافضلية ( وعليه دم وهو دم التمتع على ما بينا ) أراد به ما ذكره في أول هذا الباب بقوله زيادة نسك ، وهو إراقة الدم .

فان قلت معنى قوله – وهو دم التمتع – بعد قوله وعليه دم ، قلت قوله –وعليه دم– قول القدوري رحمه الله ، وفسره بقوله – وهو دم التمتع – لأنه في صدر شرحه ، وقال الاترازى إنما فسره نفياً لوهم بعض الفقهاء ، ألا ترى أن صاحب زاد الفقهاء وهم ، وقال عليه دم لارتـكابه ما هو محظور إحرامه ، فظن أن تقـــديم الاحرام من المتمتع على يوم التروية محظور ، وهو سهو منه .

( وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين ) أي من إحرام الحج والعمرة جميعاً ( فإن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة ، فيتحلل به ) أى بالحلق ( عنهما ) أي عن الإحرامين، ويخرج كما أن المصلي يخرج من الصلاة بالسلام ، وكان المانع من تحلل إحرام العمرة سوق الهدي ، فلما ذبحه زال المانع فتحلل من الإحرامين جميعاً ، إلا في حق النساء إلى طواف الزيارة ، وهذا لان إحرام العمرة في حق النساء كإحرام الحج ، ولهـــذا لو جامع القارن من بعد الحلق قبل الطواف يجب عليه دمان، كما سيجيء إن شاء الله تعالى.

( وليس لأهل مكة تمتع ولا قران ، وإنما لهم الافراد خاصة ) وإذا تمتع واحد منهم أو قرن كان عليه دم ، وهو دم جناية لا يأكل منه ، بخلاف المتمتع والقارن من أهـــل الآفاق ، فان الدم الواجب عليهما دم نسك فيأكلان منه ( خلافاً للشافعي ) فان عنده

والحجة عليـــه قوله تعالى ﴿ ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ﴾ ١٩٦ البقرة، ولأن شرعيتهما للترفه باسقاط إحدى السفرتين،

---

لا يكره للمكي ومن كان من حاضر المسجد الحرام القران والتمتع ، ولكن لا يجب عليه دم ، وبه قال مالك وأحمد في القران ( والحجة عليه ) أي على الشافعي رضي الله عنـه ( قوله تعالى ﴿ ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ﴾ ) اختلف في حاضري المسجد الحرام ، فإن عند الشافعي رضي الله عنه وأحمد رحمه الله المكي ، ومن كان جاء من مسافة القصر من مكة ، وعند مالك رحمه الله هم سكان مكة وذي طوى .

وعندنا من كان داخل الميقات وأهل الحرم بدليل انهم يدخلون مكة بغير إحرام قوله – ذلك– إشارة إلى التمتع ودلت الآية أن التمتع مشروع لمن كان من أهل الآفاق. وإنما قلنا أن ذلك إشارة إلى التمتع ، لأن موضوعه في كلام العرب للبعيد ، والقرآن نزل على لسانهم ، والذي ذكره الخصم انه إشارة إلى الهدي حتى يصح تمتع المكي ومن بمعناه غير موجه ، لأنه خالف ما استعمله العرب ، والذي ذكره قريب لا يصلح حقيقة له ، والتمتع المفهوم من قوله فمن تمتع يصلح لذلك فصار اليه لأن العمل إذا أمكن بالحقيقة لا يصار إلى المجاز بالاتفاق ، فتكون الآية حجة عليه .

فإن قلت سلمنا ما قلتم ، ولكن لا يدل ذلك على أن التمتع لا يصح من المكي ومن بمعناه ، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه ، قلت سلمنـا ذلك ، ولكن لا نسلم أن يلزم من ذلك ثبوت الحـكم في الغير ، لأن الأصل عدم الحكم في الغير إلى أن يدل الدليل على خلافه .

( ولأن شرعيتهما للترفه باسقاط أحد السفرتين ) هذا دليل معقول بيانه أن شرعيتهما أي شرع القران والتمتع الترفه ، أي للاستراحة من قوله رجل رأفه ومترفه مستريح والترفه بذلك في حق الآفاقي لأن غيره لا يشق عليه هذا السفر لقربه حتى يترفه أن الله شرع القران والمتعة ونسخ ما كان عليه أهل الجاهلية في تحريمهم العمرة في أشهر الحـج ، والنسخ ثبت في حق الناس كافة ، ورجوع الناس إلى ما ذكرتم ينافي ذلك ، قلت النسخ ثابت عندنا في حق المكي أيضاً ، حتى لو اعتمر في أشهر الحج جاز بلا كراهة ، ولكن لا يدرك فضيلة التمتع ، لأن الالمام قطع تمتعه كما قطع تمتعه الآفاقي إذا رجع بين النسكين إلى أهله ، وقال

وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي، حتى لا يكون له متعـــة ولا قران، بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة، وقرن حيث يصح، لأن عمرته وحجته ميقاتان فصار بمنزلة الآفاقي وإذا عاد المتمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة، ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه، لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماماً صحيحاً، وبذلك يبطل التمتع، كذا روي عن عدة

---

الكاكي رحمه الله فيه نظر، لأنه يستدل به على بطلان المتعة لا على إدراك عدم الفضيلة. والصواب أن يقال إن متعته تقتصر عن متعة الآفاقي بصيرورته دم جبر (وهـذا في حق الآفاقي) أي الترفه باسقاط أحد السفرين كائن في حق الآفاقي.

(ومن كان داخل المواقيت) أي ومن كان مسكنه داخل المواقيت (فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران) ومع هذا لو تمتعوا جـاز وأساؤوا، ويجب عليهم دم الجبر كما ذكرناه (بخلاف المكي) متصل بقوله – وليس لأهـــل مكة تمتع ولا قران – (إذا خرج إلى الكوفة وقرن حيث يصح، لأن عمرته وحجته ميقاتان، فصار بمـــنزلة الآفاقي) أي فصار المكي الخارج إلى الكوفة بمنزلة الآفاقي من حيث صحة القران، وقال المحبوبي رحمه الله هذا إذا خرج إلى الكوفة قبل أشهر الحج، وأما إذا خرج بعدها فقـد منع من القران فلا يتغير بخروجه من الميقات، وإنما خص القران حيث قال وقرن، لأنه إذا خرج المكي إلى الكوفة، وقرن لا يكون تمتعاً.

(وإذا عاد التمتع إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه، لأنه ألم بأهله فيما بين النسكين إلماماً صحيحاً، وبذلك يبطل التمتع) أي بالإلمام الصحيح يبطل التمتع باتفاق أصحابنا، قاله الأكمل. وقال الأترازي خـلافاً للشافعي رضي الله عنه. وقال الكاكي بطل تمتعه بالاجماع، أمـا عند الشافعي ومالك رحمهما الله بمجرد العود إلى الميقات لاحرام الحج ساق الهدي أو لا يبطل تمتعه ولا دم عليه، وقد قيـــل إن في أحد قولي الشافعي رضي الله عنه يكون متمتعاً، ويقول لا أعرف الالمام (كذا روي عن عدة

من التابعين ، وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحاً ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمـــد « رح » يبطل تمتعه عليه ، لأنه أداهما بسفرتين . ولهما أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع ، لان سوق الهدي يمنعه من التحلل فلا يصح إلمامه بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعاً ، لان العود هنالك غير مستحق عليه فصح إلمامه بأهله . ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعاً ،

---

من التابعين ) وكذا روى الطحاوي في كتاب أحكام القرآن عن سعيد بن المسيب وعطاء ابن أبي رباح ومجاهد وابراهيم النخعي أن المتمتع إذا رجع إلى أهله بعد فراغــه من العمرة بطل تمتعه ، انتهى . وقال الحسن هو متمتع وإن رجع إلى أهله ، واختاره ابن المنذر .

( وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون صحيحاً فـلا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله . وقال محمد رحمه الله يبطل تمتعه لأنه أداهما بسفرتين ) فإنه لو بدأ له أن لا يتمتع كان له أن يمكث ( ولهما ) لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله ( أن العود مستحق عليه ) أي واجب ( ما دام على نية التمتع ، لأن سوق الهدي ) أي سوق الهـدي ( يمنعه عن التحلل فلم يصح إلمامه ) ولا يدخل تمتعه .

( بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بالعمرة أو ساق الهدى حيث لم يكن متمتعاً ، لأن العود هناك غير مستحق عليه ) أي لأن عود المكي من أهله إلى مكة غير مستحق عليه ، لأنه في مكة وتحصيل الحاصل محال ( فصح إلمامه بأهله ) فلا يصح تمتعه.

( ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج وطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها وأحرم بالحج كان متمتعاً ) وبه قال الشافعي رحمـــه الله في القديم ، وقال في الجديد في الأم لا دم عليه ، وبه قال أحمد وفي تتمتهم في ظاهر المذهب لا فرق بـين أن

لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج ، وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر ، وللأكثر حكم الكل ، وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعداً ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً ، لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج ، وهذا لأنه صار بحال لايفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج.

---

يكون عبوره على ميقات قبل أشهر الحج أو بعد دخولها . قال ابن شريك ان عبر على الميقات قبلها لا يكون متمتعاً ، ولو عبر في أشهر الحج يكون متمتعاً ، وقال مالك رحمه الله إذا تحلل إلى العمرة حتى دخلت أشهر الحج صار متمتعاً ، أي يتمم العمرة بأن يأتي سائر الاشواط ، وقال الشافعي رحمه الله لا يكون متمتعاً كذا في شرح الاقطع ، سواء طاف الأقل أو الاكثر .

( لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج ) وبه قال مالك رحمه الله ، وذلك كالطهارة لما كانت شرطاً للصلاة جاز تقديمه على وقت الصلاة ( وإنما يعتبر أداء الأفعال فيها ) أي في أشهر الحج ( وقد وجد الاكثر ، وللأكثر حكم الكل ) إذا لم يعارضه نص ، ولهذا لا يقام ثلاث ركعات من الظهر مقام أربع ركعات إقامة للأكثر مقام الكل لأن النص ناطق بأن فرض المقيم أربع ركعات .

( وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعداً ) أي اكثر من أربعة أشواط ، وانتصابه على الحال ( ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً ، لأنه أدى الاكثر قبل أشهر الحج ، ولهذا ) أي يكون الاكثر في حكم الكل ( لأنه صار بحال لا يفسد نسكه ) أي عمرته ( بالجماع ) لأن ركن العمرة هو الطواف فيتأكد إحرامه بأداء الاكثر لما يتأكد إحرام الحج بالوقوف ، ولكن عليه دم عندنا ، كذا في المبسوط ، ولكن هذا رد المختلف على المختلف ، لأن عدم الفساد بالجماع بعد طواف الاكثر ، وعند الشافعي ومالك رحمها الله يفسد بالجماع قبل التحليل .

( فصار كما إذا تحلل منها ) أي من العمرة ( قبل أشهر الحج ) يعني لا يكون متمتعاً

ومالك « رح » يعتبر الإتمام في أشهر الحج ، والحجة عليه ما ذكرناه ، ولأن الترفق بأداء الأفعال والمتمتع المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج . قال وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ، كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله تعالى عليهم أجمعين

---

( ومالك رحمه الله يعتبر الاتمام ) أي إتمام العمرة ( في أشهر الحج ) يعني لو طاف ستة أشواط قبل أشهر الحج وطاف شوطاً واحداً في الاشهر يكون متمتعاً إن حج من عامه ذلك ، وقال في مختصر الكرخي قال مالك رحمه الله إذا أتى بالأفعال قبل الاشهر نفى إحرام العمرة حتى دخلت الاشهر ، ثم أحرم بالحج فهو متمتع ( والحجة عليه ) أي على مالك رحمه الله ( ما ذكرناه ) وهو أن للأكثر حكم الكل ( ولان الترفق بأداء الافعال ) يعني الترفق بالنسكين يكون بأداء الأفعال العمرة والحج (والمتمتع المترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج ) فلا بد من أن توجد الافعال كلها أو اكثرها في أشهر الحج ، يكون متمتعاً .

( قال وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ) وفي اكثر النسخ قال وأشهر الحج ... الخ أي قال القدوري رحمه الله ، ولما ذكر قبله أشهر الحج احتاج إلى بيانها ، فقال : وقال وأشهر الحج ، وكذا ذكره الطحاوي رحمه الله في مختصره ، إلا أنه قال والعشر الاولى من ذى الحجة ، وهذا هو الميقات الزماني ، واتفق أهل العلم على أن أوله مستهل شوال .

واختلفوا في آخره ، المذهب ان آخره غروب الشمس من اليوم العاشر من ذي الحجة وبه قال أحمد رحمه الله ( كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبدالله بن الزبير رضي الله عنهم ) العبادلة عند الفقهاء ثلاثة عبدالله بن مسعود وعبدالله بن عمر وعبدالله بن عباس رحمهم الله . وفي اصطلاح المحدثين أربعة فأخرجوا عبدالله بن مسعود وأدخلوا عبدالله بن عمرو بن العاص وزادوا عبدالله بن الزبير ، قاله أحمد وغيره ، وغلطه الجوهري إذ أدخل ابن مسعود

وأخرج ابن العاص . وقال البيهقي لان ابن مسعود تقدمت وفاته ، وهؤلاء عاشوا حتى احتيج إلى علمهم ، ويلحق بابن مسعود كل من سمي بعبدالله من الصحابة ، الحق مــن مائتين وعشرين رجلا ، قاله النووى رحمه الله .

أما حديث ابن مسعود فرواه الدارقطني عن شريك عن أبي اسحاق عن أبي الأحوص عن عبدالله بن مسعود ، قال أشهر الحج شوال وذو القعدة والعشر من ذى الحجة .

وأما حديث عبدالله بن عمر فرواه الحاكم في مستدركه في تفسير سورة البقرة عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر في قوله عز وجـــل الحج أشهر معلومات ، قال شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجـــة ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وأما حـــديث عبدالله بن عباس فرواه الدارقطني عن شريك عن أبي إسحاق عن الضحاك عن ابن عباس قال أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة .

وأما حديث عبد الله بن الزبير فرواه الدارقطني عن محمد بن عبدالله الثقفي عن عبدالله ابن الزبير نحوه ، وهكذا روي عن عطاء ومجاهد والشعبي والثوري وقتادة وسعيد بن أبي عروة وابن حبيب المالكي عن مالك. وقال مالك في المشهور عنه ذو الحجة بتمامها، ويروى ذلك ابن عمر ايضاً وفي رواية عن أبي يوسف رحمه الله تسعة أيام من ذي الحجـــة وعشر ليال ، ذكره في جوامع أبي يوسف رحمه الله ، وبه أخذ الشافعي رحمـه الله ، وحكى الخراسانيون وجهاً انه لا يصح الإحرام ليلة العيد بل آخرها يوم عرفة . وعنه في الاملاء والقديم آخرها آخر ذي الحجة ، ذكر ذلك النووي رحمه الله .

( ولأن الحج يفوت بمضى عشر ذي الحجة ، ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات ) هذا دليل عقلي ، تقديره أن الحج يفوت بفوات العشر الأول من ذي الحجـة ، فلو كان الوقت باقياً إلى آخر ذي الحجة ، لما فات لأن العبادة لا تفوت ما دام وقتها باقياً إلى آخر ذي الحجة فعلم أن المراد من الأشهر الثلاثة .

وها هنا اسئلة ، الأول : أن قوله تعالى ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ ١٩٧ البقرة، والشهر

يقع على الكامل حقيقة لا على الناقص ، كما في العدة. والجواب أن الاشهر إسم عام،ويجوز أن يراد من العام الخاص إذا دل الدليل ، وقد دل نقلاً ، ولهذا أريدت التلبية من الجمع في قوله تعالى ﴿ فقد صغت قلوبكما ﴾ ٤ التحريم ، لدلالة الدليل عليه ، لأن الكل واحد ، وينزل بعض الشهر منزلة كله ، كما في قولهم رأيتك سنة كذا ، وإنما الردية حصلت في بعض زمان السنة لا كلها .

السؤال الثاني : إذا الحج لا يصح في شوال ولا في ذي القعدة ،فكيف سميت أشهر الحج قلت يجوز فيها بعض أفعال الحج ، ألا ترى أن الآفاقي إذا قدم مكة في شوال وطاف القدوم وسعى بعده ينوب هذا السعي عن السعي الواجب في الحج فإنه يجب مرة واحدة في طواف الحج كلها ، فإذا لقي به طواف القدوم لا يجب في طواف الزيارة ولا في طواف الصدر ، ولو قدم في رمضان وفعل ذلك لم ينب عن السعي ، فظهر أن محل البعض أفعال الحج ، إلا أنه لا يجوز الوقوف ولا طواف الزيارة وغيرهما من الأفعال في شوال ،لاباعتبار انه ليس بوقت ،بل باعتبار انه مختص بأزمنة مخصوصة ، فيجب الاتيان بها على الوجه المشروع كالركوع والسجود ، فلا يجوز تقديم السجود عليه ، لا باعتبار انه أتى به في غير وقته ، بل باعتبار انه قدمه على غير الوجه المشروع .

السؤال الثالث : إذا كان مؤقتاً بالأشهر ، كيف جاز تقديم الاحرام عليها . قلت الاحرام شرط وليس من أفعال الحج ، ويجوز تقديم الشرط على وقت المشروط، كتقديم الوضوء على الصلاة ، وأما كراهية التقديم فلئلا يقع في المحظور بطول الزمان ، لا لأنه قدم على وقت الحج .

السؤال الرابع : ما فائدة الخلاف الذي بيننا وبين مالك،قلت قال في المحيط،وفائدة هذا الخلاف تظهر في حق افعال الحج ، فإنها لا تصلح إلا فيها وفي حق المتمتع حتى لو طاف أربعة أشواط الحج والباقي فيها لا يكون متمتعاً ، وفائدة خلاف مالك رحمه الله تظهر أيضاً في تأخر طواف الحج والزيارة إلى آخر ذي الحجة .

السؤال الخامس : هل للمتمتع اختصاص بقوله أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة ، والقارن أيضاً له أن يجمع بين النسكين في أشهر الحج . قلت قال صاحب

وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ شهران وبعض الثالث لا كله ، فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد حجاً ،خلافاً للشافعي « رح » ، فإن عنده يصير محرماً بالعمرة ، لأنه ركن عنده ، وهو شرط عندنا ، فأشبه الطهارة

---

النهايه وجدت رواية في المحيط أنة لا يشترط لصحة الفرائض ذلك . قال في البيهقي دخل جمع بين حج وعمرة ، أي أحرم ثم قدم مكة وطاف لعمرته في شهر رمضان كان قارناً ، ولكن لا هدي عليه .

السؤال السادس : أن قوله الحج أشهر معلومات مبتدأ وخبر ، فكيف يصح حمل الخبر على المبتدأ ، إلا أن الحج عبارة عن الأفعال المعلومة من الوقوف والطواف وغير ذلك ، والأشهر زمان فلا يجوز الوقوف والطواف والسعي ونحوها أشهر . قلت قال الفراء معناه الحج في أشهر معلومات ، يعني أن إحرام الحج فيها . وقال أبو علي الفارسي معناه الحج حج أشهر معلومات يعني أن أفعال الحج ما وقع في أشهر الحج. فقال الزمخشري أي وقت الحج أشهر ، كقولك البرد شهران .

( وهذا ) أي هذا الذي قلنا من فوات الحج بمضي عشر ذي الحجة ( يدل على أن المراد من قوله تعالى ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ ١٩٧ البقرة ، شهران وبعض الثالث لا كله ) لأنه لو كان وقت الحج باقياً بعد مضي العشر لم يفت الحج لأن العبادة لا تفوت مع بقاء وقته .

( فإن قدم الإحرام بالحج عليها ) أي على أشهر الحج ( جاز إحرامه وانعقد حجاً ، خلافاً للشافعي رحمه الله ، فإن عنده يصير محرماً بالعمرة ) هذا قوله الجديد ، وهو قول عطاء وطاووس ومجاهد ، وبقولنا قال في القديم ، وهو قول ابراهيم النخعي والحسن البصري وابن شبرمة والحكم ، وبه قال مالك واحمد رحمها الله . وقال داود الظاهري لا ينعقد ، وهو قول جابر وعكرمة ( لأن الاحرام ركن عنده ) فلا يجوز تقديمه على الاشهر كسائر الاركان ( وهو شرط عندنا ) فيجوز تقديمه على الوقت ( فأشبه الطهارة

في جواز التقديم على الوقت ، ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء ، وذلك يصح في كل زمان ، وصار كالتقديم على المكان . قال وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وحلق أو قصر أو حلق ثم اتخذ مكة أو البصرة داراً قد حج من عامه ذلك فهو متمتع ، أما الأول فلأنه ترفق بنسكين في سفر واحد في أشهر الحج من غير إلمام وأما الثاني

---

في جواز التقديم على الوقت ) فإن الوضوء للصلاة يجوز تقديمه عليها ( ولأن الاحرام تحريم أشياء ) أي يستلزم تحريم اشياء كقتل الصيد ولبس المخيط وحلق الرأس ونحو ذلك ( وإيجاب أشياء ) كالرمي والسعي ونحوها ( وذلك يصح في كل زمان ) ذلك إشارة إلى أن المذكور من تحريم اشياء وإيجاب أشياء ( وصار كالتقديم على المكان ) أي الميقات .

فإن قلت هذا تعليل في مقابلة النص ، وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام قال المهل بالحج في غير أشهر الحج مهل بالعمرة ، وفي ذلك دلالة على أنه ليس بشرط ، بحيث لم يصح تقديمه . قلت هذا الحديث شاذ جداً ، فلا يعتمد عليه .

( قال وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج ) وفي اكثر النسخ قال وإذا قدم ، اى قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير وإذا قدم لأجل عمرة في أشهر الحج ( وفرغ منها ) أي من العمرة ( أو قصر أو حلق ) وحكمها واحد ، لكن اختصر التفسير ، لأنه يعلم منه حكم الحلق بالطريق الاولى دون العكس ( ثم اتخذ مكة أو البصرة ) أي إذا اتخذ البصرة ( داراً ) يعني أقام بها بعدما فرغ من العمرة وحلق ، فاتخاذ الدار من خواص الجامع الصغير ولهذا سوى بين اتخاذ الدار وعدمه في شرح الطحاوي ( وقد حج من عامة ذلك فهو متمتع ) في الوجهين المذكورين ، ولم يذكر في الجامع الصغير فيهما خلافاً ، فأشار إلى الوجه الاول بقوله :

( وأما الأول ) أى الوجه الأول ، وهو ما إذا حج بعدما اتخذ مكة داراً ( فلأنه ترفق بنسكين ) أى بالعمرة والحج ( في سفرة واحدة في أشهر الحج من غير إلمام ) بأهله إلماماً صحيحا ( وأما الثاني ) أي الوجه الثاني ، وهو ما إذا حج بعدما اتخذ البصرة داراً

فقيل هو بالاتفاق وقيـــل هو قول أبي حنيفة « رح » . وعندهما لا يكون متمتعاً ، لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجتـه مكية ، ونسكاه هذان ميقتاتيتان،وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقـــد اجتمع له نسكان فيه ،فوجب دم التمتع ،

فإن قدم بعمرة فأفسدها

---

( فقيل هو بالاتفاق ) لم يعلم منه انه بالاتفاق في كونه متمتعا أو في كونه غير متمتع ، وذكر الجصاص انه لا يكون متمتعا على قول الكل ، ذكره في المحيط .

( وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله ) ذكره الحاكم الشهيد عن أبي عصمة سعد بن معاذ ( وعندهما لا يكون متمتعا ) هذا ذكره الطحاوي ( لان المتمتـع من تكون عمرته ميقاتية ) يعني تكون من الميقات ( وحجته مكية ) وهذا ليس كذلك أشار اليـه بقوله ( ونسكاه هذان ميقاتيتان) لأنه بعدما جاوز الميقات حلالاً وعاد يلزمه الاحرام من الميقات فكان الملم بأهله .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( أن السفرة الاولى قائمة ما لم يعـــد إلى وطنه ) ويروى إلى أهله الذي ابتدأ السفر منه ، ألا ترى أن الرجل ينتقل من بلد إلى بلد ، ويعد ذلك سفراً واحداً ( وقد اجتمع له نسكان فيه ) أي في هـــذا السفر ( فوجب دم التمتع ) احتياطاً ، لأمر العبادة ، وإنمـــا قال فوجب دم التمتع ولم يقل فهو متمتع ، لأن فائدة الخلاف تظهر في حق وجود الدم ، فقال وجب دم التمتع وهو دم قربة لكونه دم شكر، ولهذا حل له التناول منه فيصار إلى إيجابه باعتبار هذه الشبهة احتياطا ، وبقي هـاهنا وجهان أحدهما ، هو أن يخرج من مكة ولا يتجاوز الميقات حتى يحج من عامه ذلك فهو متمتع بلا خلاف ولم يذكره المصنف ، لأن حكمه يعـلم من الوجه الاول ، والآخر هو أن يتجاوز يخرج من مكة،ويتجاوز الميقات وعاد إلى أهله ثم حج من عامه ذلك ، فهو غير متمتع ، لأنه ألم بأهله إلماما صحيحا ، ومثله لا يكون متمتعا ولم يذكر المصنف أيضا لكونه معلوما مما تقدم .

( فإن قدم العمرة ) أي فإن قدم الكوفي مكة مهلا بعمرة ( فأفسدها ) أي فأفسد

وفرغ منها وقصر أو حلق ثم اتخذ البصرة داراً ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة « رح » . وقالا هو متمتع لانه إن شاء سفر وقد ترفق بنسكين ، وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه ، فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعاً في قولهم جميعاً ، لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء سفر الاول ، وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه

---

العمرة يعني بالجماع ( وفرغ منها ) يعني أتمها على فسادها ( وقصر أو حلق ) فحل ( ثم اتخذ البصرة داراً ) يعني خرج اليها وجعلها داراً ( ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا هو متمتع ، لأنه ) أي لأن خروجه من البصرة ( إن شاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين ) فصار كما لو رجع إلى أهله وعاد فقضاها ذبح ، فإنه يكون متمتعاً بالاتفاق ، فكذا هذا ، والأصل أن خروجه إلى البصرة كخروجه إلى أهله عندهما ، وعند خروجه إلى البصرة بمنزلة المقام بمكة ، ولو كان بمكة لا يكون متمتعاً ، وليس للمكي تمتع ولا قران ، لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية ومكية ، كذا في المبسوط .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( أنه باق على سفره ) أي على سفره الأول ( ما لم يرجع إلى وطنه ) ولم يحصل له نسكان صحيحان في سفرة واحدة لفساد العمرة ، فلم يكن متمتعاً ، ولهذا لو لم يخرج من مكة أو في الميقات حتى قضاها أو حج من عامه لا يكون متمتعاً بالاجماع .

( فإن كان رجع إلى أهله ، ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك ، يكون متمتعاً في قولهم جميعاً ) أي في قول أبي يوسف وأبي حنيفة ومحمد رحمهم الله ( لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء سفر الأول ) أي برجوعه إلى أهله ( وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ) أي في هذا السفر الذي أنشأه بعدما رجع إلى أهله.

ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة ، حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعاً بالاتفاق ، لان عمرته مكية والسفر الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهـــل مكة . ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه ، لأنـــه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال وسقط دم المتعة ، لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحدة . وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزئها عن دم المتعة ، لأنها أتت بغير الواجب ،

---

(ولو بقي بمكة ولم يخرج إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعاً بالاتفاق ، لأن عمرته مكية ) لقوله تعالى ﴿ ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام ﴾ ١٩٦ البقرة ، فكذا هذا السفر .

( والسفر الأول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة ) للآية المذكورة .

( ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد ) أى النسكين فأفسد بالجماع ( مضى فيه ، لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام إلا بالافعال ) ولا بعـــدما انعقد صحيحاً لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين كما في الاحرام المبهم ( ويسقط دم المتعة ، لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين في سفرة واحـــدة ) لأن دم المتعة وجب شكراً ، فإذا حصل الفساد ، صار عاصياً ، فبطل ما وجب شكراً .

( وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم تجزئها عن المتعة ، لأنها أتت بغـير الواجب ) لأن دم المتعة واجب ، والاضحية غير واجبة عليها ، لأنها مسافرة ، ولا أضحية على المسافر ، وإنما خصت المرأة وإن كان حكم الرجل كذلك لأنها واقعة امرأة سألت أبا حنيفة رحمه الله فأجابها فحفظها أبو يوسف فأوردها أبو يوسف كذلك ، كذا في الكافي . وقال الإمام الزاهدي العتابي إنما ذكر المرأة ، لأن مثل هذا إنما نسبه إلى النساء ، لأن الجهـــل فيهن غالب ولم يجزئها عن دم المتعة ، فإن عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذى كان واجبـاً عليها ،

وكذا الجواب في الرجل . وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج ، غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ، ولأن الطواف في المسجد والوقوف في مفازة ، وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة

---

ودم آخر ، لأنها قد حلت قبل الذبح ( وكذا الجواب في الرجل ) يعني عن الرجل إذا تمتع فضحى شاة لم يجزئه عن دم المتعة .

( وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج ، غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين حاضت بسرف ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن عبدالرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة رضي الله عنه قالت خرجنا إلى الحج ، فلما كنا بسرف حضت فدخلت على رسول الله ﷺ وأنا أبكي فقال مالك أنفست ، قلت نعم ، قال إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم ، أقضي ما يقضي الحاج ، غير أنك لا تطوفين بالبيت حتى تطهري . وفي لفظ مسلم حتى تغتسلي ، والإستدلال إنما هو بقوله ما يقضي الحاج ، وليس فيه ما يدل على الاغتسال ، ولكن روى أبو داود رحمه الله عن عائشة رضي الله عنها قالت نفست أسماء بنت عميس لمحمد بن أبي بكر بالشجرة ، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكرة بأن تغتسل وتهل .

وسرف بفتح السين المهملة وكسر الراء وبالفاء ، قال الاترازي سرف اسم موضع بالمدينة ، قلت ليس كذلك ، قال في المغرب سرف جبل في طريق المدينة ، وقال ابن الاسير سرف بكسر الراء موضع من مكة على عشرة أميال ، وقيل أقل وأكثر .

( ولأن الطواف في المسجد ) والمرأة الحائض منهية عن دخوله ( والوقوف في مفازة ) يعني الوقوف بعرفة في الصحراء ، وهي غير منهية عنه ( وهذا الاغتسال للاحرام ) هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال لا فائدة في هذا الاغتسال ، لأنها لا تطهر به مع قيام الحيض ، فأجاب بقوله وهذا الاغتسال للاحرام ، أي لأجل الاحرام ( لا للصلاة ) أي

فيكون مفيداً ، فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليه لترك طواف الصدر لأنه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة داراً فليس عليه طواف الصدر ، لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها داراً بعدما حل النفر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة « رح » ويرويه البعض عن محمد « رح » ، لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية إلا بنية الإقامة بعد ذلك والله أعلم .

---

لا لأجل الصلاة ( فيكون مفيداً للنظافة ، فإن حاضت بعد الوقوف بعرفة وطواف الزيارة ) أي وبعد طواف الزيارة ( انصرفت من مكة ولا شيء عليها لترك طواف الصدر ولانه عليه الصلاة والسلام ) أي لان النبي ﷺ ( رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ) هذا رواه البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس رحمهما الله قال أمرنا رسول الله ﷺ أن يكون آخر عهدنا بالبيت ، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض، وروى الترمذي والنسائي عن عبدالله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم من حج البيت فليكن آخر عهده إلا الحيض ، ورخص لهن رسول الله ﷺ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح وهذا إجماع ، والنفساء كالحائض .

( ومن اتخذ مكة داراً فليس عليه طواف الصدر ، لانه ) أي لان طواف الصدر (على من يصدر) أي على من يرجع إلى وطنه ( إلا إذا اتخذها داراً بعدما حل النفر الاول ) يعني اليوم الثالث من ايام النحر ، لانه وجب بدخول وقته فلا يسقط عنه بنية الاقامة بعد ذلك كمن أصبح وهو مقيم في رمضان ثم سافر لا يحل له الفطر ، وأما اذا اتخذها داراً قبل أن يحل النفر الاول ، فلا يجب عليه طواف الصدر ، لانه كمقيم سافر قبل أن يصبح ، فإنه يباح له الافطار ( فيما يروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، ويرويه البعض عن محمد رحمه الله ) .

( لأنه وجب عليه بدخول وقته ،فلا يسقط عنه بنية إلا بنية الإقامة بعد ذلك )أي بعد

دخول الوقت ، وإنما قال فيما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنــه ، ويرويه البعض عن محمد رحمه الله أتى بهذه العبارة لاجـــل الاشتباه والاختلاف في الرواية ، فإن الكرخي والقدوري وصاحب الإيضاح ، قالوا لا يسقط عنه طواف الصدر في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف رحمه الله يسقط إلا إذا شرع في الطواف ، ولم يذكروا لمحمد قولاً . وقال الاسبيجابي وصاحب المنظومة وصاحب المختلف الخلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فقالوا يسقط عنه طواف الصدر عند أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله انه لا يسقط ولم يذكر لأبي حنيفة قولاً .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير معناه إذا اتخذها داراً قبل النفر الاول ، فأما إذا وجد النفر فقد لزمه الطواف ، فلا يبطل باختياره السكنى ولم يذكر خلاف واحد من أصحابنا ، بل ذكر المسألة على الاتفاق . وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير ، أما إذا دخل النفر الأول فقد لزمه طواف الصدر فـــلا يبطل باختياره السكنى ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف رحمه الله يبطل عنه ، وذكر الخلاف بين أبي يوسف وصاحبيه كما ترى ، وذكر الامام العتابي في المسألة ، وقال لا يسقط باختياره هذا قول أبي حنيفة رحمـــه الله وعندهما سقط ولا يلزمه مـــا لم يشرع فيه .

* * *

# باب الجنايات

وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة ، فإن طيب عضواً كاملاً فما زاد فعليه دم ، وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك ،

---

( باب الجنايات )

أي هذا باب في أحكام الجنايات التي تعتري المحرمين ، وهي جمع جناية ، والجناية اسم لفعل محرم شرعاً سواء حل بمال أو نفس ، ولكن الفقهاء خصصوها بالفعل في النفس والاطراف . وأما الفعل في المال فسموه غصباً ، والمراد هنا فعل ليس للمحرم أن يفعله ، وإنما جمع لبيان انها ها هنا أنواع . وفي المغرب الجناية ما يجنيه من شيء ، أي تحدثه لتسميته بالمصدر من جنى عليه شيء ، وهو عام إلا أنه خص ما يحرم من الفعل ، وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجرة .

( وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة ) أجمل ذكر الطيب وذكر الكفارة ، ثم شرع في تفصيل ذلك بقوله ( فإن طيب عضواً كاملا فما زاد ) أي على العضو ( فعليه دم) أما نفس الطيب فإنه ممنوع منه بإجماع أهل العلم ، ولقوله عليه الصلاة والسلام في المحرم الذي وقصته راحلته لا تحنطوه ، متفق عليه ، وأما مقداره فهو ما ذكره من أنه إذا طيب عضواً أو أكثر منه ، فإنه يجب عليه دم وهو شاة ، ووجوب الشاة في جميع الوقوف على ما يأتي إن شاء الله تعالى .

( وذلك ) أي العضو الكامل ( مثل الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك ) مثل الوجه والعضد ، وفي المحيط يحتاج إلى معرفة الطيب وإلى معرفة ما يلزمه بالطيب بها ، فكل ما له رائحة طيبة مستلذة كالزعفران والبنفسج والياسمين بكسر السين في البدائع كالبنفسج والورد والزنبق والبان والخيرى وسائر الادهان. وفي المرغيناني كالمسك والغالية والعنبر والبرد والورس والصندل والكادي .

لأن الجناية تتكامل بتكامـــل الإرتفاق ، وذلك في العضو الكامل ، فيترتب عليه كمال الموجب ، وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية . وقال محمد « رح » يجب بقدره من الدم

---

وأما معرفة ما يلزمه بالتطيب فالتطيب على عضو كامل ، وذكر الفقيه أبو جعفر أن الكثرة تعتبر في نفس الطيب لا في اخصر ، فإن كان كثيراً قدر كفين من مـاء الورد وكف من الغالية والمسك بقدر ما يستكثره الناس،وإن كان في نفسه كثيراً أو كف من ماء الورد ويكون قليلاً ، فالعبرة للعضو لا للطيب حتى لو طيب بالقليل عضواً كاملاً يجب به دم ، وفيما دونه صدقة ، وإن كان الطيب كثيراً فالعبرة للطيب لا للعضو ، حتى لو طيب به،ربع عضو يلزمه الدم،وفي الذخيرة إن كان الطيب كثيراً.وقال الإمام خواهر زادة إن كان الطيب في نفسه قليلا ، إلا أنه طيب به عضواً كامـــلا ، فهو كثير وإن كان كثيراً لا يعتبر فيه العضو نأخذ بالاحتياط ، وإن مسه ولم يلتزق بيده شيء فلا شيء عليه، وإن التزق ففي الكثير دم وفي القليل صدقة .

وفي مناسك الكرماني رحمه الله لو طيب جميع أعضائه فعليه دم واحد لاتحاد الجنس. ولو كان الطيب في أعضائه المتفرقة يجميع ذلك كله ، فإن بلغ عضواً كاملاً فعليه دم وإلا صدقة وفي النوادر إن مس صبياً بأصبعه فأصابها كلها فعليه دم ولا يعتبر قصده ذكره في الذخيرة فجعل الاصبع الواحد عضواً كبيراً ، بخلاف ما ذكره في العين والانف ، وفي النوادر عن أبي يوسف رحمه الله طيب شاربه كله أو بقدره من لحيته أو رأسه فعليه دم فجعل الشارب عضواً ، وإن طيب بعض الشارب أو بقدره من اللحية فصدقة ، ذكره في المحيط ، وإن دخل بيتاً قد أجمر فعلق بثوبه رائحة فلا شيء عليه لعدم عينه ، بخلاف ما لو أجمر ثوبه فإنه يجب في الكثير دم وفي القليل صدقة .

( لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق ) أي الانتفاع ( وذلك ) أي تكامل الارتفاق كائن ( في العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب ) بفتح الجيم وهو الدم (وان طيب أقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية ، وقال محمد رحمه الله يجب بقـــدره من الدم) يعني ينظر كم قدره من قدر ما يوجب الدم فيكون عليه بحساب ذلك ، وإن كان نصف العضو

اعتباراً للجزء بالكل . وفي المنتقى انه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتباراً بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعـــد إن شاء الله . ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى ، وكل صدقـــة في الإحرام غير مقدرة

---

يجب عليه نصف الدم ، وإن كان ربع العضو يجب عليـــه ربع الدم ( اعتباراً للجزء بالكل ) كما في الحساب إذا اشترى شيئاً بدينـــار يجب أن يكون نصفه بنصف دينار بالضرورة .

( وفي المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتباراً بالحلق ) أي قياساً على حلق ربع الرأس ، فإن فيه دماً فكذلك في تطيب ربع العضو ، لأن الربع يحكي حكاية الكل . وعند الشافعي رحمه الله يجب الدم في قليله وكثيره ( ونحن نذكر الفرق بينهما ) أي بـين تطيب ربع العضو حيث لا يجب به الدم وبين حلق ربع الرأس واللحيـة حيث يجب به الدم ( من بعد إن شاء الله تعالى ) أي من بعد ذلك وأشار به إلى قوله ـ ولنـــا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل ... إلى آخره .

( ثم واجب الدم ) أي ثم واجب الدم يتأدى بالشـــاة في جميع المواضع يعني في كل موضع يقال يجب الدم ( يتأدى بالشاة في جميع المواضع أو تجب به صدقة إلا في موضعين ) أحدهما إذا طاف طواف الزيارة جنباً والآخر إذا جامع بعـد الوقوف بعرفة لا تجوز فيهما إلا البدنة ( نذكرهما ) أي نذكر الموضعين ( في باب الهدي إن شاء الله تعالى ) وهو آخر أبواب الجنايات .

( وكل صدقة في الإحرام ) أي كل لفظ صدقة يذكر في باب الإحرام مثل قوله فعليه صدقة أو تجب به صدقة أو نحوها ( غير مقدرة ) يجوز أن يكون مجروراً على أنهـا صفة صدقة ، ويجوز أن يكون منصوباً على الحال أي كل صدقة نذكر حال كونها غير مقدرة شيء في النصف أو الثلث أو الربع. قوله غير مقدرة احترازاً عن المقدرة، وهي في حلق

فهي نصف صاع من بر ، إلا ما يجب بقتل القملة أو الجرادة هكذا روي عن أبي يوسف « رح » . قال فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم لأنه طيب ، قال عليه السلام الحناء طيب

---

الرأس بسبب الهوام ، فإن الصدقة مقدرة بثلاثة آصاع [١] من طعام ( فهي نصف صاع من بر ) أي الواجب فيها نصف صاع ، وهذه جملة وقعت خبراً للمبتدأ ، أعني وكل صدقة.

( إلا ما يجب بقتل القملة أو الجرادة ) فإن في قتلهما يتصدق بما شاء ، قال في التحفة فهو كف من طعام ، وذكر الحاكم في الكافي ويكره له قتل القملة ومـــا تصدق به فهو حرمتها . وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال تمرة خير من جرادة، وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى ( هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله) يعني يتصدق بما شاء في قتـــل القملة أو الجرادة ، هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله .

( قال فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم ) وفي أكثر النسخ قال فإن خضب قال محمد رحمه الله ، فان خضب رأسه ولحيته بالحناء فعليه دم ( لأنه طيب ) أي لأن الحناء طيب. وقال مالك والشافعي رضي الله عنهما وأحمد رحمة الله ليس بطيب ولا يلزمه شيء،وتعلقوا بما روي أن أزواج النبي ﷺ كن يتخضبن بالحناء وهن محرمات . قال النووي وهوغريب رواه ابن المنذر بغير إسناد فلا يكون حجة ، وذلك على انه كان قبل إحرامهن أوضح .

قلنا ( قال عليه الصلاة والسلام الحناء طيب ) هـــذا الحديث رواه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج عن ابن لهيعة عن بكر بن عبدالله بن الاشجع عن خولة بنت حكيم عن أمها أن رسول الله ﷺ قال لا تطيبي وأنت محرمة ولا تمسي الحناء فأنه طيب قـــال البيهقي اسناده ضعيف ، فإن ابن لهيعة لا يحتج به ، قلت قال أبو داود سمعت أحمد يقول ما كان يحدث بمصر إلا ابن لهيعة ، وقال أحمد بن صالح كان ابن لهيعة صحيح الكتاب طلاباً للعلم من سفيان ، وكان عند عبدالله بن لهيعة الاصول ، وعندنا الفروع ، وقال مخرج الاحاديث وعزاه السروجي في الغاية إلى النسائي يعني عزى تخريج قوله عليـــه الصلاة والسلام إلى

---

(١) في الأصل اصبع ، وربما الأصح ما ذكرنا ، اهـ مصححه .

وإن صار ملبداً فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية . ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لأنها ليست بطيب . وعن أبي يوسف « رح » انه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلق رأسه ، وهذا هو الصحيح ،

---

النسائي . وروى أحمد في مسنده من حديث أنس رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ تعجبه الفاء عنه ، قال الاصمعي هو نور الحناء عن أبي حنيفة الدينوري في البستان الحناء من انواع الطيب .

( وإن صار ملبداً ) أي فإن صار رأس المحرم ملبداً يقال لبد المحرم رأسه إذا جعل في رأسه من الصمغ أو نحوه لئلا يتشعث في الاحرام ( فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ) أي لتغطية الرأس ، لأنه جنايتان فيجب دمان ، وعلم من هذا أن في المسألة السابقة لم يكن رأسه ملبداً فلهذا يجب دم واحد وقال الحاكم في كافيته وإن خضبت المحرمة بدنها بالحناء فعليها دم إذا كان كثيراً فاحشاً ، وإن كان قليلاً فعليها صدقة ، وقال محمد رحمه الله يقوم ما يجب فيه الدم فينظر هذا القدر منه فيجعل عليه الصدقة بحساب ذلك .

( ولو خضب رأسه بالوسمة فلا شيء عليـــه ) قال الاترازي الوسمة بكسر السين وسكونها اسم شجرة ورقه خضاب والكسر أفصح ، وكذا قال الاكمل أخذا عن المغرب ولكن قال فيه ورقتها خضاب يخضب يحذو حذو الحناء ( لأنها ليست بطيب ) لانها ليس لها رائحة مسلوة ، وإنما تغير الشعر ، وذلك ليس باستمتاع ، وإنما هو زينة ، وإذا خاف أن يقتل الدواب فعليه صدقة ، لأنه يزيل التفث .

( وعن أبي يوسف رحمه الله انه إذا خضب رأسه بالوسمة لأجل المعالجـة من الصداع فعليه الجزاء باعتبار انه يغلق رأسه ) أي يغطي من التغطية ( وهـذا هو الصحيح ) أي تأويل أبي يوسف رحمه الله بالتعليق ، لأن تغطية الرأس توجب الجزاء . وفي المنتقى إن إن خضب رأسه بالوسمة فعليه دم في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قياس قول أبي يوسف رحمـه الله صدقة وفيه عن الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما إذا خضب

ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون ، فإن أدهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة « رح » . وقالا عليه الصدقة . وقال الشافعي « رح » إذا استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث ، وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه . ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقاً بمعنى قتل الهوام

---

رأسه بالوسمة يطعم مسكيناً نصف صاع ، وفي الينابيع عن أبي يوسف رحمه الله صدقة في الوسمة .

( ثم ذكر في الأصل ) أي المبسوط ( رأسه ولحيته ) يعني ذكر في المبسوط في مسألة الحناء رأسه ولحيته كليهما بواو العطف ( واقتصر على ذكر الرأس ) بدون ذكر اللحية ( في الجامع الصغير دل ) يعني ما ذكره في الجامع الصغير ( على أن كل واحد منهما ) أي من الرأس واللحية ( مضمون ) بالدم ، يعني يلزم لكل واحد منهما دم ، ولا يشترط الجمع ، لأنه مرتبة الجزاء في الجامع الصغير على الرأس ، وما اشترط معه خضاب اللحية .

( فإن ادهن بزيت فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله ) إنما خص الذكر بالزيت لأنه لو ادهن بشحم أو سمن لا شيء فيه ، كذا في التجريد والايضاح ، واليه أشير في المبسوط ( وقالا عليه الصدقة ) ولا فرق بين الرأس وسائر البدن ( وقال الشافعي رحمه الله إن استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث ) أي الوسخ .

( وإن استعمله في غيره ) أي في غير الشعر ( فلا شيء عليه لانعدامه ) وبه قال مالك وأبو ثور ، وفي أصح الروايتين عن أحمد رحمه الله لا يوجب الفدية استعمال الدهن ، وان كان في شعر الرأس واللحية ، لأنه ليس بطيب ، وفى المحلى كره ابن عمر رضي الله عنه أن يدهن المحرم رأسه بالسمن لصداع أصابه ولم يوجب فيه شيئاً . وعن مجاهد إذا تداوى المحرم بالزيت أو السمن أو البنفسج فعليه الكفارة .

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( انه ) أي أن الزيت ( من الأطعمة ، إلا أن فيه ارتفاقاً بمعنى قتل الهوام ) وهي جمع هامة ، وهي في الاصل في الدواب ما يقتل

وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة . ولأبي حنيفة « رح » أنه أصل الطيب ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوماً لا ينافيه كالزعفران ، وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت ، أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما أشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لأنه طيب ،

---

من ذوات السموم كالعقارب والحيات ، ولكن المراد بها هاهنا القمل على سبيل الاستعارة ( وإزالة الشعث ، فكانت جناية قاصرة ) فتجب الصدقة لا الدم .

( ولأبي حنيفة انه ) أي أن الزيت ( أصل الطيب ) على معنى أن الروائح تلقى فيه ، فتصير غالية ، والحكم يتعلق بالمعنى لا الرائحة ، ولهذا لو شم المحرم الطيب أو الريحان لا شيء عليه ، وإن كان يكره ( ولا يخلو عن نوع طيب ) لأن فيه قليل رائحة ( ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتتكامل الجناية بهذه الجملة ، فيوجب الدم )وبه قال أحمد رحمه الله في رواية ( وكونه مطعوماً لا ينافيه ) أي كون الزيت مما يؤكل لا ينافي الطيب ، وهذا جواب عن قولهما أن الزيت من الأطعمة ،قياسهما على اللحم والشحم غير مستقيم لما ذكر انه مثل الطيب ، فيكون طيباً من وجه ، بخلاف الشحم واللحم ( كالزعفران ) وجه التشبيه انه مما يؤكل وهو الطيب بلا خلاف .

( وهذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين العلماء ( في الزيت البحت ) بفتح الباء الموحدة وسكون الحاء المهملة وبالتاء المثناة من فوق أي الزيت المطيب ، وهو الذي القي فيه الطيب ( والحل البحت أما المطيب منه كالبنفسج والزنبق ) بفتح الزاي وسكون النون وفتح الباء الموحدة ،وقال الشراح كلهم هو دهن الياسمين قلت في بلاد الشام وحلب لا يقال زنبق إلا القضبان طوال عليها شماريخ صفر ، ولها رائحة طيبة ، ولها منظر حسن كل قضيب قدر ذراع أو أكثر ( وما أشبهها ) كدهن البان والورد ( يجب باستعماله الدم بالاتفاق ، لأنه طيب ) وعن الشافعي والبنفسج ليس بطيب وقال بعض أصحابه أنه

وهذا إذا استعمله على وجه التطيب ، ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه ، لأنه ليس بطيب في نفسه ، إنمـــا هو أصل الطيب أو هو طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب ، بخلاف ما إذا تداوى بالمسك وما أشبهه ، لأنهـــا وإن لبس ثوباً مخيطاً أو غطى رأسه يوماً كاملاً فعليه دم . وإن كان أقل من ذلك فعليه صدقة

---

طيب قولاً واحداً ، وبعضهم ليس بطيب قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه قولان .

( وهذا ) أي الذي ذكر من الخلاف في ادهـــان الزيت من وجوب الدم أو الصدقة ( إذا استعمله ) أي الدهن ( على وجه التطيب ) على ما يعتاد الناس فيـــه ( ولو داوى به جرحه أو شقوق رجله فلا كفارة عليه ) أي لا شيء عليه ، وبه صرح في المبسوط ، إنما ذكر بنفي الكفارة دون الدم ليتناول الدم والصدقة ( لأنه ليس بطيب في نفسه ، إنما هو أصل الطيب أو هو طيب من وجه ) ومطعوم من وجـــه ( فيشترط استعماله من وجـــه التطيب ) يعني يشترط قصد التطيب به .

( بخلاف ما إذا تداوى بالمسك ) لأنه طيب بنفسه ، فلا يشترط فيه قصد التطيب به ( وما أشبهه ) كالعنبر والكافور والزعفران ( لأنها ) بنفسها فيجب الدم وإن استعملت على وجه التداوي .

( وإن لبس ثوباً مخيطاً ) أصله مخيوط ، كمبيع أصله مبيوع ، استثقلت الضمة على الياء فحذفت فاجتمع ساكنان ، فحذفت الواو وكسرت الخاء لأجل اليـاء ( أو غطى رأسه يوماً كاملاً ، فعليه دم ) وفي الاسرار ومبسوط شيخ الإسلام أو ليلة كاملة أو لبس اللباس كله من القميص والسراويل والعباء والخفين يوماً كاملاً فعليه دم واحد ، وكذا لو دام أياماً أو كان نزعه من الليل ما لم يعزم على تركه ، لأن اللبس قد اتحد ، كذا ذكره التمرتاشي والولوالجي ( وإن كان أقـــل من ذلك ) أي من يوم كامل ( فعليه صدقة ) لنقصان الاستعمال .

وعن أبي يوسف « رح » أنه إذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً . وقال الشافعي « رح » يجب الدم بنفس اللبس ، لأن الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه . ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس فلا يحصل إلا بلبس ممتد فلا بد من اعتبار المدة ليتحصل على الكمال ويجب الدم ، فقدر باليوم لأنه يلبس فيه ثم ينزع عادة ويتقاصر فيما دونه الجناية فتجب الصدقة

---

( وعن أبي يوسف رحمه الله انه إذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه دم ) وهـذا رواه الحسن بن زياد عن إبي حنيفة ( وهو قول أبي يوسف [1] رحمـه الله أولاً ) أي أولاً كان يقول ثم رجع عنه ، فقال لا يلزمه الدم حتى يكون يوماً كاملاً .

( وقال الشافعي رحمه الله يجب الدم بنفس اللبس ) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله ( لأن الارتفـاق ) أي الانتفاع ( يتكامل بالاشتمال على بدنه ) أي باشتمال اللبس على بدن اللابس .

( ولنا أن معنى الترفق مقصود من اللبس ) وهو رفع الحر والبرد ، لأن اللبس أعد لهذا ، قال تعالى ﴿ سرابيل تقيكم الحر ﴾ ٨١ النحل ( فلا يحصل ) أي اللبس بهذا المعنى ( إلا بلبس ممتد ) لا بلبس ساعة ( فلا بد من اعتبار المدة ليتحصل ) أي اللبس ( على الكمال ، ويجب الدم ) بالنصب ، لأنه معطوف على قوله ليتحصل ( فقدر ) أي اعتبار المدة ( باليوم ، لأنه يلبس فيه ) أي في اليوم ( ثم ينزع ) في الليل ( عادة ) فإن من لبس ثوباً يليق بالنهار ينزعه في الليل ، وإذا لبس ثوباً يليق بالليل ينزعه بالنهار فقد حصل عند ذلك رفق كامـل ، فيجب دم ( ويتقاصر فيما دونه الجناية ) أي دون اليوم ( فتجب الصدقة ) لأن الجناية يسيرة في هذا الباب توجب الصدقة ، كذا في المبسوط ،

فإن قلت لم لا يقاس على اليمين ، قلت ليس الرفق مقصوداً في اليمين ، لأن الحـالف منع نفسه عن اللبس مطلقاً بمجرد اللبس وإن قل .

---

(١) أبي حنيفة ، هامش .

غير أن أبا يوسف « رح » أقام الأكثر مقـــام الكل ، ولو ارتدى بالقميص أو إتشح به أو اتزر بالسراويل فلا بأس به ، لأنه لم يلبسه لبس المخيط ، وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخـل يديه في الكمين خلافاً لزفر « رح » لأن لبس القباء لانـــه ما لبسه لبس القبـاء ، ولهـذا يتـكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ،

---

( غير أن أبا يوسف أقام الأكثر ) أي أكثر النهار ( مقام الكل ) لان المرتد يرجع إلى بيته قبل الليل ، فينزع ثيابه التي تلبسها للناس ، فكان اللبس أكثر ارتفاق مقصود ، لكن هذا لا ينضبط ، فإن أحوال رجوع الناس قبـــل الليل إلى بيوتهم مختلفة بعضهم يرجع في وقت الضحى وبعضهم قبله وبعضهم بعده،فكان الظاهر هو الاول .

( ولو ارتدى بالقميص ) أي جعله رداء ( أو اتشح به ) أي بالقميص من الاتشاح ، وهو أن يدخل ثوبه تحت يده اليمنى ويلقيه على منكبه الايسر ( أو اتزر بالسراويل)أي اشتمل به مثل ما يشتمل بالفوطة ( فلا بأس به ، لأنه لم يلبسه لبس المخيط ) أي كلبس المخيط ، فيكون غير معتاد ، فلا يتحقق الارتفاق ( وكذا لو أدخل منكبيه في القبـــاء ولم يدخل يديه في الكمين ) أي لا بأس به ( خلافاً لزفر ) والشافعي رحمـــه الله ( لأن لبس القباء ) هكذا معتاد ، وفي حـــاويهم إن كل من أقبية خراسان قصير الذيل ضيق الكمين ، فعليه الفدية ، وإن كان من أقبية العراق طويل الذيل واسع الكمين فـلا فدية عليه حين يدخل يديه في كميه ، والصحيح هو الأول .

( لأنه ما لبسه لبس القباء ، ولهذا يتكلف في حفظه ) حتى لو زر عليه بلا إدخال يديه كان لابساً تجب الفدية ، وقال الاترازي بخلاف ما إذا زره يوماً كامـلا حيث يجب عليه الدم ، لوجود الارتفاق الكامل ( والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت مـــا بيناه ) إنما أعاد هذا الكلام ليبني عليه الفروع قوله ما بيناه ، وهو قوله أو غطى رأسه يوماً كاملا .

ولا خلاف انه إذا غطى جميع رأسه يوماً كاملاً يجب عليه الدم ، لأنه ممنوع عنه ، ولو غطى بعض رأســـه فالمروي عن أبي حنيفة « رح» أنـه اعتبر الربـع اعتباراً بالحلق والعورة . وهذا لأن ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس . وعن أبي يوسف «رح» انه يعتبر أكثر الرأس اعتباراً للحقيقة . وإذا حلق ربع رأسه أو ربـع لحيته فصاعداً ، فعليه دم ، فإن كان أقل من الربع فعليه صدقة .

---

( ولا خلاف انه إذا غطى جميع رأسه يوماً كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع منه ، ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن أبي حنيفة رحمه الله انه اعتبر الربـع ) أي ربـع الرأس فإنه قال ما يتعلق بالرأس من الجناية ، فالرفع فيه حكم الكل ( اعتباراً بالحلق ) أي بحلق ربـع الرأس يجب دم ، وكذا في حلق ربـع اللحيـــة ، وإن كان أقل من ربـع الرأس تجب صدقة . وفي المبسوط إن أخذ ثلث رأسه أو ثلث لحيته،فعليه دم. عن محمد رحمه الله يجب الدم في حلق عشر رأسه احتياطاً ، وفي المبسوط لو حلق العضو المقصود قبل أوانه يوجب الدم كالرأس والاذنين والرقبة ويجب الدم بحلق أحـــدهما وصنعه بالنورة ، وفي البدائع يجب في حلق الساعد والساق والفصد صدقة ، وفي المحلى إن حلق بعض رأسه من غير ضرورة عامداً عالماً بتجريمه بطل إحرامه عند الظاهرية ( والعورة ) أي واعتباراً بكشف العورة ، فإن الربـع فيه يقوم مقام الكل .

( وهذا ) تثنية لما أتى بعده ( لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس) فإن الاتراك والاكراد والعراقيين يغطون رؤوسهم بالقلانس الصغار ويقدرون ذلك ارتفاقاً كاملا ، فيجب فيه الدم .

( وعن أبي يوسف « رح » انه اكثر الرأس اعتباراً للحقيقة ) أي بحقيقة الكثرة، إذ حقيقتها إنما تثبت إذا قابلها أقل منها ، والربـع والثلث كثير حكماً لا حقيقة .

( وإذا حلق ربـع رأسه أو ربـع لحيته فصاعداً ، فعليه الدم ، وإن كان اقل من الربـع فعليه صدقة ) هذا مخالف لما ذكره السرخسي وقاضي خان وشرح الطحاوي حيث ذكر

وقال مالك «رح» لا تجب إلا بحلق الكل. وقال الشافعي «رح» يجب بحلق القليل اعتباراً بنبات الحرم. ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل، لأنه معتاد، فتتكامل بـه الجناية وتتقاصر فيا دونه، بخلاف تطيب ربع العضو، لأنه غير مقصود، وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق

---

فيها على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله إن حلق جميع الرأس واللحية، فعليه دم، وإن حلق أقل من ذلك فعليه إطعام. وذكر في جامع المحبوبي الصحيح ما ذكره عامة المشايخ، وهو المذكور في الهداية (وقال مالك رحمه الله لا تجب إلا بحلق الكل) عملاً بظاهر قوله تعالى ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى ﴾ ... الآية ١٩٦ البقرة، وأن الرأس الكل (وقال الشافعي «رح» تجب بحلق القليل) وهو ثلاث شعرات، وفي شرح الوجيز في شعرة واحدة مد من طعام، وفي قول درهم، وفي قول ثلث درهم، وفي قول دم كامل (اعتباراً بنبات الحرم) يستوي فيه قليله وكثيره، كذا في جامع البزدوي.

(ولنا أن حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد) فإن الاتراك يحلقون اوساط رؤوسهم، وبعض العلوية يحلقون نواصيهم لانتفاء الراحة والزينة وعامة العرب يمسكون رؤوسهم بشعورهم، وإنما يحلقون النواصي والاقفية (فتتكامل به الجناية) أشار إلى نفي مذهب مالك رحمه الله (وتتقاصر فيا دونه) أشار إلى نفي قول الشافعي رحمه الله، أي تتقاصر الجناية فيما دون الربع (بخلاف تطيب ربع العضو) هذا إشارة إلى بيان الفرق بين حلق الربع وبين تطيب الربع، يعني إذا حلق ربع الرأس أو ربع اللحية يجب الدم، وإذا طيب ربع الرأس أو ربع اللحية لا يجب الدم، بل تجب الصدقة على ظاهر الرواية، وإنما قلنا على ظاهر الرواية، لأنه ذكر في المنتقى انه يجب فيه الدم (لأنه) أي لأن تطيب ربع العضو (غير مقصود) لأن العادة في التطيب لسبب الاقتصار على الربع فصار العضو الكامل في الطيب كالربع في حلق الكفارة.

(وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق) أي يتعارف فإن الأكاسرة كانوا يحلقون

وأرض العرب ، وإن حلق الرقبة كلها فعليه دم ، لانه عضو مقصود بالحلق ، وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم ، لان كل واحد منهمـــا مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة ، فأشبه العانة ذكر في الإبطين الحلق ها هنا ، وفي الأصـــل النتف وهو السنة . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » إذا حلق عضواً فعليه دم . وإن كان أقل فطعام أراد بـــه

---

بعض لحى شجعانهم ، ومنهم من كان يحلقها كلها (وأرض العرب) أي وكذا معتاد بأرض العرب ، وإن كان عامة العرب يحلقون من النواصي والأقفية مقـــدار الربع ، وكذا الأتراك يحلقون من وسط الرأس قـــدر الربع به يقع ترفقهم عادة ، فلحق الربـــع بالكل احتياطاً لايجاب الكفارة في المناسك ، فإنها مبنية على الاحتياط .

( وإن حلق الرقبة كلهـا فعليه دم ، لأنه عضو مقصود بالحلق ، وإن حلق الإبطين أو أحدهما فعليه دم ، لأن كل واحد منهما عضو مقصود بالحلق لدفع الأذى ونيل الراحة ) فإن قلت كان ينبغي في حلق الإبطين أن يجب دمان ، إذ كل إبط عضو مقصود بالحلق . قلت الأصل في جنايات المحرم إذا كانت من جنس واحد أن يجب ضمان واحد ، ألا ترى انه إذا تنور جميع بدنه يلزمه دم واحد ( فأشبه العانة ) في وجوب الدم . وفي جامـــع قاضي خان إذا كان شعر العانة كثيراً ، ففي حلق ربعها دم ( ذكر في الابطين ) أي ذكر محمد رحمه الله في الابطين ( الحلق هاهنا ) أي في الجامع الصغير .

( وفي الاصل ) أي وذكر في المبسوط ( النتف ) أي نتف الابطين ( وهو السنة ) أي نتف الإبطين هو السنة ، وفي العامل بالسنة أولى، وفي الأصل في الحلق وإن كانت سنة هو النتف وفي شرح الطحاوي ولو حلق من أحد الإبطين اكثر وجب للصدقة ، لأنه ليس له نظير في البدن ، وليس لأحدهما حكم الكل .

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ) قيل قولهما بيان قول أبي حنيفة ، لا انه خالفهما في ذلك ، وإنما خصا بالذكر ، لأن الرواية محفوظة عنهما، كذا في الكافي ( لو حلق عضواً فعليه دم ، وإن كان أقل ) أي من العضو ( فطعام ) أي الواجب طعـــام ( أراد به ) أى

الصدر أو الساق وما أشبه ذلك ، لأنه مقصود بطريق التنور فتتكامل بحلق كله ويتقاصر عند حلق بعضه ، وإن أخـــذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ، ومعناه أنه ينظر أن هـذا المأخوذ لم يكن من ربـع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك ، حتى لو كان مثلاً مثل ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة

---

أراد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بالعضو الـكامل ( الصدر أو الساق وما أشبه ذلك ) نحو الساعد والعانة والابط . قال الـكاكي رحمه الله هذا مخالف لما ذكر في المبسوط حيث ذكر فيه الاصل من حلق عضو مقصود بالحلق ، فعليه دم. وإن حلق عضواً غير مقصود فعليه صدقة فيهما ليس بمقصود حلق شعر الصدر والساق ، ولم يذكر الخلاف فيه ( لانه مقصود بطريق التنور ) أي باستعمال النورة ، يقال تنور إذا طـــلى بالنورة ( فتتكامل ) أي الجناية ( بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه ) ولهـــذا قالوا عبد المحرم خبز فاحترق بعض يديه في التنور فعليه صدقة إذا عتق ، لأنه جناية يسيرة ، وإن طلى من غـير أذى فعليه دم إذا عتق ، لأن جنايته غليظة ولا فرق بين الحلق والنتف والتنور في وجوب الفـدية عند الائمة الاربعة .

( وإن أخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ) هذا من مسائل الجـامع الصغير . وفي شرح الطحاوي رحمه الله ولو حلق شاربه فعليه صدقة ، لانه تبع اللحية ، وهو قليل وقليل الشارب عضو مقصود بالحلق ، فإن من عادة بعض الناس حلق الشارب دون اللحية فكان الواجب تكامل الجناية لحلقه ، وأجيب بأنه مع اللحية في الحقيقة عضواً واحداً ، لاتصال البعض بالبعض ، فلا يجعل في حكم أعضاء متفرقة كالرأس ، فإن من العلوية من عادته حلق مقدم الرأس ، وذلك لا يدل على أن كله ليس بعضو واحد .

( ومعناه ) أي معنى ما ذكر من حكومة العدل ( أن ينظر أن هذا المأخوذ لم يكن من ربـع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك ، حتى لو كان ) أي المأخوذ ( مثلا مثل ربـع الربـع ) أي ربـع اللحية ( يلزمه قيمة ربـع الشاة ) فيتصدق به ، وعلى هــــذا

القياس سائر الاجزاء ، وإنما قال مثلا لانه يجوز أن يكون ثلث الربع أو نصف الربع أو غير ذلك ، ففي الاول ثلث الشاة ، وفي الثالث نصف الشاة .

( ولفظة الاخذ من الشارب ) يعني ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير لفظ الاخذ من الشارب ( يدل على أنه ) أي أن الاخذ ( هو السنة فيه ) أي في الشارب ( دون الحلق ) فى شرح الآثار أن الحلق سنة ، وهو أحسن من القص ، والقص حسن جائز ، وقد بوب الطحاوي رحمه الله في كتاب الكراهية باب حلق الشارب ، ثم ذكر أحاديث فيها لفظ قص الشارب منها عمار بن ياسر قال قال رسول الله ﷺ الفطرة عشرة ، فذكر قص الشارب وأخرجه أبو داود بأتم منه ، ومنها عن عائشة رضي الله عنها مثله وأخرجه الجماعة ما خلا البخاري .

فلفظ مسلم قال قال رسول الله ﷺ عشرة من الفطرة قص الشارب ... الحديث . ومنها عن أبي هريرة رحمه الله عن رسول الله ﷺ أنه قال الفطرة خمس ، ثم ذكر مثله وأخرجه مسلم . ومنها عن المغيرة بن شعبة أن رسول الله ﷺ رأى رجلا طويل الشارب فدعاه النبي ﷺ ثم دعى بسواك وشفرة فقص شارب الرجل على عود السواك . وأخرجه أبو داود وأحمد ثم قال فذهب قوم من أهل المدينة إلى هذه الآثار واختياره لقص الشارب على إحفائه ، انتهى .

قلت في شرحي الذي شرحته لكتاب الطحاوي رحمه الله المسمى بشرح معاني الآثار أراد بالقوم هؤلاء سالما وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وجعفر بن الزبير وعبدالله بن عبيدالله بن عتبة وأبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام ، فإنهم قالوا المستحب هو القص لا الإحفاء ، واليه ذهب حميد بن هلال والحسن البصري ومحمد بن سيرين وعطاء بن أبي رباح وبكر بن عبدالله ونافع بن جبير وعراك بن مالك والامام مالك ، وقال عياض ذهب كثير من السلف إلى منع الحلق والاستئصال في الشارب ، وكان مالك يرى حلقه مثلة ، ويأمر بتأديب [1] فاعله ، ثم قال الطحاوى وخالفهم في ذلك آخرون ، فقالوا

---

(١) في الاصل – بأدب فاعله – والصحيح ما أثبتناه ، ا هـ مصححه .

بل يستحب إحفاء الشارب ويراه أفضل من قصه ، انتهى .

قلت أراد بهم جمهور السلف منهم أهل الكوفة ومكحول ومحمد بن عجلان ونافع مولى ابن عمر وأبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف ومحمد رحمه الله، فإنهم قالوا المستحب إحفاء الشارب وهو أفضل من قصه ، وروي ذلك عن عبدالله بن عمر وأبي سعيد الخدرى ورافع بن خديج وسلمة بن الاكوع وجابر بن عبدالله وأبي أسيد وعبدالله بن عمر ،واحتجوا في ذلك بما رواه الطحاوى من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال احفوا الشوارب واعفوا عن اللحى ، وأخرجه مسلم والترمذي ، وبما رواه عن أنس عن النبي ﷺ مثله ، وزادوا لا تشبهوا باليهود ، وأخرجه البزار في مسنده ولفظه خالفوا المجوس جزوا الشوارب وأوفوا اللحى ، وبما رواه عن أبي هريرة رحمه الله قال قال رسول الله ﷺ جزوا الشوارب وارخوا اللحى ، وأخرجه مسلم .

والإحفاء الاستئصال ، قال الخطابي يقال أعفى شاربه ورأسه ، وقال ابن دريد حفى شاربه حفياً اذا استأصل أخذ شعره ، ومنه قوله احفوا الشوارب ، وقال الجوهرى الإحفاء مصدر من قولهم أحفى شاربه إذا استقصى في أخذه . قلت أراد الطحاوى رحمه الله بتبويب باب الحلق الإحفاء ، لان لفظ الحلق لم يرد . والحاصل أن الإحفاء للاستئصال حق يرى جلده ، وكان ابن عمر رضي الله عنه يحفي (1) حتى يرى جلده ويعلم من هذا كله أن الإحفاء أفضل من القص ، وهو خلاف ما ذهب اليه المصنف من أن لفظ الاخذ هو السنة ، لان الإحفاء أوفى من الاخذ .

وقال الكاكي رحمه الله وذكر الطحاوى في شرح الآثار أن حلقه سنة ونسب ذلك إلى العلماء الثلاثة ،انتهى . قلت لم يذكر الطحاوى كذلك وإنما قال بعد رواياته الاحاديث المذكورة والتوفيق بينها أن الإحفاء أفضل من القص ، ثم قال نعم باب حلق الشارب . وإنما أراد بذلك الإحفاء حتى يصير كالحلق . وفي المختار حلقه سنة وقصه حسن . وفي المحيط الحلق احسن من القص ، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله .

---

(1) في الاصل — حقي — وربما الاصح ما أثبتناه ، اهـ مصححه .

والسنة أن يقص حتى يوازي الإطار . قال وإن حلق مواضع المحاجم فعليه دم عند أبي حنيفة « ر ح » . وقالا عليه صدقة لأنه إنما يحلق لأجل الحجامة ، وهي ليست من المحظورات ، فكذا ما يكون وسيلة إليها ، إلا أن فيه إزالة شيء من التفث فتجب الصدقة .

---

( والسنة أن يقص شاربه حتى يوازي الإطار ) هذا تفسير القص وهو أن يأخذ من الشارب حتى يوازى بالزاء المعجمة من الموازاة، وهي المقابلة والمواجهة والاصل فيه العمرة يقال فيه وازيته إذا جازيته . وقال الجوهرى رضى الله عنه ولا يقل وازيته وغيره أجازه على تخفيف الهمزة وثقلها ، والإطار بكسر الهمزة الطرف الاعلى من الشفة العليا وفي المغرب إطار الشفة منتهى جلدها ولحمه استقبال من إطار المنجل والدف ، وإن حلق موضع المحاجم .

وفي اكثر النسخ ( قال ) أي قال القدورى رحمه الله ( وإن حلق المحرم موضع المحاجم ) وفي بعض النسخ مواضع المحاجم ، وفي بعضها موضع المحجم وهي جمع محجمة بكسر الميم وهى قارورة الحجامة ، ويقال لها المحجم أيضاً بكسر الميم والمحجم بفتح الميم والجيم اسم مكان الحجم ويجمع على محاجم ايضاً ، والمراد هو الاول ، وإنما ذكرها بالجمع لاختلاف عادات الناس في مواضع الحجامة ، فإن العرب يحتجمون على الرأس والفرس بين الكتفين وأهل الهند على البطن ( فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله ) وبه قال الشافعي وأحمد . وقال ابن حزم وهو قول ابراهيم النخعي وعطاء. وقال الحسن البصري من احتجم وهو محرم فعليه دم ، وقال مالك رحمه الله من فعل شيئاً من ذلك ، فأما دفع عن نفسه أذى فعليه الفدية .

( وقالا عليه صدقة لأنه ) أي لأن موضع الحجامة ( إنما يحلق لأجل الحجامة ، وهي ليست من المحظورات ) أي من محظورات الإحرام ، أي ممنوعاته ( فكذا ) لا يكون من المحظورات ( ما يكون وسيلة اليها ) أي إلى الحجامة ، لأنه وسيلة إلى الأمر المباح ( إلا أن فيه ) أي غير أن في الحلق ( إزالة شيء من التفث فتجب الصدقة ) لأن ليس في كل منهما ترفق ولا نيل راحة .

ولأبي حنيفة « رح » أن حلقه مقصوداً ، لأنه لا يتوصل إلى المقصود إلا به ، وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل ، فيجب الدم ، وإن حلق رأس محرم بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم . وقال الشافعي «رح» لا يجب إن كان بغير أمره بأن كان نائماً ، لأن من أصله أن الإكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذاً بحكم الفعل والنوم

---

( ولأبي حنيفة رحمه الله أن حلقه ) أي حلق موضع المحاجم ( مقصوداً لأنه لا يتوسل ) يسار ( إلى المقصود ) وهو الحجامة ( إلا به ) أي بالحلق ( وقد وجد إزالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم ) قيل لا شك أن حلق موضع المحاجم وسيلة إلى الحجامة ، وما كان وسيلة إلى الشيء كيف يصح أن يكون مقصوداً ، وأجيب بأنه لا ينافي كونه وسيلة أن يكون مقصوداً ، ألا ترى الإيمان وسيلة لصحة جميع العبادات وهو مع هذا من أعظم المقاصد .

( وإن حلق رأس لمحرم ) أي وإن حلق المحرم رأس محرم آخر ( بأمره أو بغير أمره فعلى الحالق الصدقة ، وعلى المحلوق دم ) وفي البدائع حلق رأس محرم أو حلال أو قلم أظافيره ، وهو محرم فعليه صدقة ، سواء كان نائماً ، وفي شرح الوجيز إذا حلق حلال أو حرام المحرم بغير أمره ينظر إن كان المحرم نائماً أو مكرهاً أو مغمى عليه ، ففيه قولان أصحهما أن الفدية على الحالق ، وبه قال مالك رحمه الله وأحمد ، لأنه هو المقصود لا تقصير من جهة المحلوق ، والثاني : أنها على المحلوق ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، واختاره المزني لأنه هو المرتفق به ، وقد ذكر المزني أن الشافعي رحمه الله قد حط على هذا القول لكن الأصحاب نقلوه عن البويطي ووجدوه غير محطوط عليه ، ولو حلقه بأمره فالفدية على المحلوق ولا شيء على الحالق قولاً واحداً ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله ، لأن فعل الحالق يضاف اليه سواء كان الحالق محرماً أو حلالاً .

( وقال الشافعي رحمه الله لا يجب إن كان بغير أمره بأن كان نائماً ، لأن من أصله ) أي من أصل الشافعي ( أن الإكراه يخرج المكره من أن يكون مؤاخذاً بحكم الفعل والنوم

أبلغ منه ، وعندنا بسبب النوم والإكراه ينتفى المأثم دون الحكم ، وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحـــة والزينة فيلزمه الدم حتماً ، بخلاف المضطر حيث يتخير ، لأن الآفة هناك سماوية ، وها هنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق ، لأن الدم إنما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر

---

أبلغ منه ) أي من الإكراه ، لأن إكراه لا بعدم قصده وإلاأخذبالفعل بالنوم بعـــدما نام ( وعندنا بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم ) يعني ينتفي الإثم الذي هو حكم الآخر دون الحكم الآخرة دون الحكم الذي يتعلق بالدماء ( وقد تقرر سببه ) أي سبب وجوب الفدية والواو فيه للحال ( وهو ) أي السبب ( ما نال من الراحة والزينة) أي ما نال المحلوق من الزينة والراحة بزوال الشعث ومن الزينة بزوال انتشار الشعر .

فإن قلت ذكر في الديات أن في شعر الرأس دية ، لأنه فوق انه كال ، لأن وجود الشعر جمال وزينة ، وجعل هاهنا فرات الزينة . قلت شعر الرأس زينـة من حيث اصل الخلقة ، فكذلك تجب الدية بزواله ، والمراد هاهنا من الزينـة زوال الشعث ، وهو أمر عارض يزيد صفرة الوجه ، فـكان هذا غير زوال ، فأطلق ها هنا جمالاً وهناك زينة للفرق بينهما .

( فتلازمه الدم حتماً ) أي وجوباً ، لأن النذر من قبل من ليس له الحق فيغلظ الحكم ( بخلاف المضطر حيث يتخير ) أي بخلاف المحرم المضطر إلى حلق رأسه ، فإنه إذا حلق يتخير بين الاشياء الثلاثة إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق بهـا على ستة مساكين ، وإن شاء صام ثلاثة أيام ، وفية نفي لقول الشافعي رحمه الله ، فإنه يقول إذا حلق المحرم غير مضطر فهو مخير بين الأشياء الثلاثة كما في حال الضرورة ( لأن الآفة هنـــاك ) أي في الاضطرار ( سماوية ) أي من قبل الله عز وجل ( وها هنا ) أي في الاكراه ( من العباد ) أي من قبلهم ( ثم لا يرجع المحلوق رأسه ) مما وجب عليه من الدم ( على الحالق ،لأن الدم إنما لزمه بمـا نال من الراحة ) وهو الانتفاع (فصار) أي المحلوق ( كالمغرور في حق العقر)

وكـذا إذا كان الحالق حلالاً لا يختلف الجواب في المحلوق رأسه ، وأما الحالق فتلزمه الصدقـــة في مسألتنا في الوجهين ، وقال الشافعي « رح» لا شيء عليه ، وعلى هذا الخلاف إذا حلق المحرم رأس الحلال له أن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غـــيره ، وهو الموجب . ولنـا أن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام لاستحقاقه الأمان

---

حيث لا يرجـــع بالعقر على مانعه . صورته اشترى جارية فاستولدها ، ثم استحقت يغرم قيمة الولد والعقر ، ويرجع بقيمة الولد على البائع ولا يرجع بالعقر ، لان العقر بسبب ما كان من الراحة بالوطء ، ولهذا قال المصنف على من دفع الساق ، وكذا إذا تزوج امرأة فاستحقت لا يرجع على الذي تزوجها لانها حرة ، لأن المغرور هو الذي استوفي منافــع البضع ، وقال في شرح مختصر الكرخي رحمه الله كان أبو حازم يقول يرجـــع ، وعليه الكفارة ، لان الحالق ألجأه إلى التفكير فصار كأنه أخذ من ماله ذلك القدر فاتلفه .

( وكذا إذا كان الحالق حلالاً يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه ) يعني اذا حلق حلال رأس محرم يجب على المحلوق الدم عندنا لحصول الارتفاق الكامل ، وعند الشافعي رحمه الله إذا لم يكن بأمره فلا شيء عليه ، وفي السكون وجهان ( وأما الحالق فتلزمه الصدقة في مسألتنا ) يعني فيما إذا كان المحرم حلق المحرم ( في الوجهين ) أى فيما إذا كان الحالق بأمر المحلوق أو بغير أمره .

( وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه ) أى الحالق ، وبه قال مالك واحمد رحمهما الله ( وعلى هذا الخلاف ) أى بيننا وبين الشافعي رحمه الله ( إذا حلق المحرم رأس الحلال ) فعندنا تجب الصدقة على الحالق ، وعند الشافعي لا شيء عليه ( له ) أى للشافعي رحمه الله ( إن معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غـــيره ، وهو الموجب ) بكسر الجيم ، أى الموجب للدم هو الارتفاق ، ولا يحصل الارتفاق للشخص بحلق شعر غيره .

( ولنا أن إزالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان )

بمنزلة نبات الحرم ، فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره إلا أن كمال الجناية في شعره ، فإن أخذ من شارب حلال أو قلم أظافيره أطعم ما شاء

---

أى لاستحقاق ما ينمو من الامان بمنزلة بيان الحرم . قال السغناقي رحمه الله هذا يقتضى أن الحلال إذا حلق رأس حلال في الحرم أن يجب على الحالق الجزاء كما في قطع نبات الحرم ولكن ما وجدت رواية له بل وجدت رواية انه لا يجب شيء ، قيل لا يقتضي لان شعر الحلال في الحرم لا يصير ( بمنزلة نبات الحرم ) وإنما يصير بالاحرام فلا يلزمه هذا ( فلا يفترق الحال بين شعره وشعر غيره ) أى بين حلق شعر نفسه وبين حلق شعر غيره ، لان الامان يزول في الصورتين .

( الا أن كمال الجناية في شعره ) هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال لم يفترق الحال بين الصورتين ينبغى أن يجب عليه الدم في حلق شعر غيره ، فأجاب بأن كمال الجناية في حلق شعر نفسه لوجود العين إزالة الامن والارتفاق الكامل ، ولهذا يجب الدم ، بخلاف شعر غيره . قلت فإن حلقه الارتفاق الكامل من الراحة والزينة للحالق بل له نوع ارتفاق بأن بدر مع الدارى ينفقه ، ولهذا وجبت الصدقة لقصور الجناية .

( وإن أخذ من شارب حلال ) وفي بعض النسخ فإن حلق من شارب حلال ، وكذا في نسخة الاترازى وقال وهذه من مسائل الجامع الصغير وقد نص في شرحه فخر الاسلام البزدوى عن محمد عن يعقوب عن محمد عن أبي حنيفة في المحرم بأخذ من شارب الحلال أو يقص من أظفاره قال يطعم شيء . . . إلى آخره . وقد قال المصنف بلفظ احمد تبعاً للفظ محمد رحمه الله ( أو قلم ) بالتشديد . وقال الاترازى رحمه الله، لان التفضيل لالتكثير ما في الفعل كما في حول وطوف ، وأما في الفاعل كما في موت الابل ، وإما في المفعول كما في غلقت الابواب وما نحن فيه من قبيل الثالث انتهى . قلت ليس التعليل ها هنا بمعنى ما ذكره ولا معنى من معاني هذه الثلاثة ، وإنما فعل بالتشديد ها هنا للتعدية كما في قولك فرحه ولقن ابن الحاجب إن فعل بالتشديد يجىء للتعدية ، ثم ذكر المقال المذكور ( اظافيره ) جمع أظفار وهو جمع ظفر ، وهو من جموع القلة ( أطعم ما شاء ) في لفظ

والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لأنه يتأذى بتفث غيره ، فإن كان أقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام ، وإن قص أظافير يديه ورجليه فعليه دم ، لأنه من المحظورات

---

محمد رحمه الله في الجامع الصغير يطعم شيئاً ، وفي لفظ النسفي في الكنز وفي أخذ شارب حلال وقلم أظفاره طعام.

قال الشارح أي صدقة بطعام كالفطرة . وقال الاترازى عبارته مشككة جداً ، ثم قال ملخصه إنه إن أراد بقوله أطعم ما شاء العموم ، يعني قليلا أو كثيراً كيفما شاء ، فلا يجوز لانه صرح في شرح الكرخي بإيجاب الصدقة نصاً عن أبي حنيفة رحمه الله في قلم المحرم أظافر الحلال ، وإن أراد الخصوص بإرادة التصديق فنصف صاع من حنطة فلا يجوز أيضاً ، لان إزالة تفث غيره ادنى من إزالة تفث نفسه ، انتهى . قلت لا اعتراض على محمد أيضاً ، لان معنى قوله يطعم شيئاً من الصدقة ، وكذا قول المصنف اطعم ماشاء وهو معنى ما ذكره محمد ، ولا اعتراض على محمد ايضاً ، ولا معنى لقوله يطعم شيئاً من الصدقة ، لان الكرخي رحمه الله نص في إيجاب الصدقة كما ذكرنا ، وبين شارح الكنز الصدقة بقوله اى صدقة بطعام كالفطرة كما ذكرنا .

( والوجه فيه ما بينا ) يعني قوله – إن إزالة ما ينمو من بدن الإنسان من محظورات الإحرام – إلى أن قال – فلا يفارق بين شعره وشعر غيره– ( ولا يعرى عن نوع ارتفاق) هذا جواب عن قول الشافعي رحمه الله في قوله لا يجب شيء على المحرم إذا حلق رأس الحلال ، لأنه قاسه على ما إذا ليس غيره مخيطاً في عدم ارتفاقه ، فكما لا يجب في البأس غيره شيء ، فكذلك هاهنا ورد عليه المصنف بقوله ولا يعرى أي المحرم عن نوع ارتفاق وبين ذلك بقوله ( لأنه يتأذى ) أي لأن المحرم الذي حلق للحلال أو أخذ من شاربه أو أظافره يتأذى (بتفث غيره فإن كان أقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام) أي بأن الصدقة بالطعام كالفطرة كما ذكرنا .

( وإن قص ) أي المحرم ( أظافير يديه ورجليه ) أي وأظافير رجليه أراد به قص أظافيره كلها من اليدين والرجلين ( فعليه دم لأنه ) أي لأن قصة هذا ( من المحظورات)

لما فيه من قضاء التفث وإزالة ما ينمو من بدن الإنسان فإذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ، ولا يزاد على دم إن حصل في مجلس واحد، لأن الجناية من نوع واحد ، فإن كان في مجلس فكذلك عند محمد « رح » لأن مبناها على التداخـــل فأشبه كفارة الفطر إلا إذا تخللت الكفارة لارتفاع الأولى بالتكفير ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » يجب أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يداً أو رجلاً ، لأن الغالب فيه

---

أي من ممنوعات المحرم ( لما فيه ) أي لما في القص المذكور ( من قضاء التفث ) أي من إزالة الفسخ ( وإزالة ما ينمو من بدن الانسان ، وإذا قلم كلها ) أي كل الاظافير مـــن اليدين والرجلين ( فهو ارتفاق فيلزمه الدم ) لأن قص الاظفار لا يجوز للمحرم ، وقـــال عطاء يجوز ولا خلاف فيه عند الائمة الاربعة ( ولا يزاد على دم ) أي على دم واحد ( إن حصل في مجلس واحد ، لأن الجناية من نوع واحد)أي قص الاظافير الارتفاق من حيث القص ، وهو شيء واحد ، وبه قال حماد ومالك والشافعي وأحمد .

( وإن كان ) أي قص الاظافير كلها ( في مجلس فكذلك ) أي يجب دم واحد ( عند محمد رحمه الله ، لأن مبناها ) أي مبنى هذه الكفارة ( على التداخل ) إذا اتحـــد الجنس ( فأشبه كفارة الفطر ) إذا أفطر في أيام رمضان ، فإنه تكفيه كفارة واحـــدة ، وكما تتداخل الكفارة أيضاً إذا ترك الجماع في أيام كلها ، وخرج عن هذا سجدة التلاوة ، لأنها ليست بكفارة عند الشافعي رحمه الله إذا وجدت أفعال متفرقة من جنس واحـــد في مجلس واحد أو مجالس من غير تكفير ، ففي تداخل الكفارة قولان في مثـل قول محمد رحمه الله ، وحكي عن مالك كذلك وفي قول مثل قولهما .

( إلا إذا تخللت الكفارة ) يعني إن كفر للأولى تجب كفارة أخرى الثانية ( لارتفاع الأولى ) أي الجناية الأولى ( بالتكفير ) فتصير الثانية جناية مبتدأة ( وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تجب أربعة دماء إن قلم في كل مجلس يداً أو رجلاً ، لأن الغالب فيه ) أي في

معنى العبـــادة فيتقيد التداخل باتحـاد المجلس كمـــا في آي السجدة . وإن قص يداً أو رجلاً فعليه دم إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق ، وإن كان قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة معناه يجب بكل ظفر صدقة ، وقال زفر «رح» يجب الدم بقبض ثلاثة منها،وهو قول أبي حنيفة «رح» الأول استحساناً ، لأن في أظافير اليـــد الواحدة دماً والثلاثة أكثرها . وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحد أقـل ما يجب الدم بقلمه ، وقـد أقمناها مقـام الكل

---

هذا التكفير ( معنى العبادة ) بدليل أن كفارات الاحرام تجب على المعذورات كالمكره والجاهلي والنامي تجب عليه ولا تجب العقوبات ، بخلاف كفارات الفطر ، فإنها لا تجب على المعذور ( فيتقيد التداخل باتحاد المجلس ) يعني لا يكون التداخل إلا إذا اتحد المجلس لأن لاتحاد المجلس تأثيراً في عدم المتفرقات ، وإذا اختلفت المجالس يترجح جانب اختلاف المجالس ( كما في آى السجدة ) إذا تكررت في مجلس واحد تجب سجدة واحدة،فإن كانت في مجالس مختلفة فعليه لكل واحدة سجدة .

( وإن قص يداً أو رجلا ) أي وإن قص المحرم اظافير رجل واحدة ( فعليه دم إقامة للربع مقام الكل كما في الحلق ) أي كما اذا حلق ربع رأسه فإنه يجب عليـــه دم ، لأن الربع يحكى حكاية الكل ( وإن كان قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة معناه )أي معنى قول القدوري في قص الأقل من الخمسة بقوله فعليه صدقة هو أنه ( يجب لكل ظفر صدقة ، وقال زفر رحمه الله يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو ) أي قول زفر رحمـــه الله ( قول أبى حنيفة رحمه الله الأول استحساناً ، لأن في أظافير اليد الواحدة دماً،والثلاثة ) أي الاظافير الثلاثة ( أكثرهـــا ) أي أكثر الاظافير من اليد والرجل ، لأن حـــكم الاكثر حكم الكل .

( وجه المذكور في الكتاب ) أي القدوري وأراد بالذكر وجوب الصدقة لكل ظفر ( أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه ) باتفاق ( وقد أقمناها مقـام الكل )

فلا يقام أكثرها مقام كلها ، لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى ، وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد « رح » دم اعتباراً بما لو قصها من كف واحد وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة .

---

الواو فيه للحال أي والحال إزالة قد أقمنا أقل ما يجب الدم بقلمه مقام الكل ( فلا يقام أكثرها ) أي اكثر اليد الواحدة ( مقام كلها ، لأنها تؤدى إلى ما لا يتناهى ) أي إلى ما لا يتعسر اعتباره . وفي الكافي المراد من عدم التناهي العسر لا المذكور في أصول الدين في وجودما لايتحرى ، لأنه لو كان وجوب الدم باعتبار الاكثر لكان يجب دم أو الصدقة في عشر الاصبع ، لان العشر اكثر بالنسبة إلى نصف العشر ، وفي العشر لايجب بالاجماع.

وقال الاترازي رحمه الله بيانه أن بيان المؤدى ما لا يتناهى إن أوجبنا الدم في خمسة اصابع اليد الواحدة أو لرجل الواحدة لحصول الارتفاق الكامل بقبض الربع ، لان مجموع الاصابع عشرون والخمسة ربع ذلك ، ثم إذا أوجبنا الدم في ثلاثة أصابع إقامة للأكثر مقام الكل يلزمه اعتبار ذلك فيما دون الثلاثة ، لان الاصبعين اكثر الثلاثة فيلزم أن يجب فيهما دم أيضاً ، لانها نصف الاصبعين وما يقابله ، فليس بكثير ، ويكون كثيراً فيلزم حينئذ بالاكثر في كل أصبع بلا نهاية ، فلا يجوز للزوم خرق الاجماع من ذلك فافهم .

( وإن قص خمسة أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله عليه دم ) هذه من مسائل القدوري . قوله – متفرقة – بالجر صفة المعدود كما في قوله تعالى ﴿ سبع بقرات سمان ﴾ ٤٣ يوسف ، ( اعتباراً بما لو قصها من كف واحدة ) لان الخمسة ربع الاصابع فصار قصها متفرقة كقصها من يد واحدة أو من رجل واحدة (وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ) أي واعتباراً أيضاً بما إذا حلق ربع رأسه من جوانب مختلفة فإنه يضم بعضه إلى بعض كما في النجاسة في مواضع متفرقة .

ولهما أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هـــذا الوجه يتأذى به ويشينـه ذلك ، بخلاف الحلق ، لأنـه معتاد على ما مر .

وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين ، وكذلك لو قلم أكثر من خمسة متفرقاً إلا أن يبلغ ذلك دماً ، فحينئذ ينقص عنـــه أو عن الطعام ما شاء .

---

( ولهما ) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف ( أن كمال الجناية بنيل الراحـة والزينة ، وبالقلم على هــذا الوجه ) أي على وجه التفرق ( يتأذى به ) لاختلاف ما ينتفــع به ( ويشينه ) أي يريد في المنظر مكروهاً وهو من الشنو ، وهو العين ، يقـال شانه يشينه شيناً ، والشين ها هنا من حيث أن البخل لا يكون نقص البعض . وفي المبسوط انـــه لا يحسن في النظر ، فيزداد له شغل القلب ( ذلك بخلاف الحلق ) كأنه جواب عما يقال من جهة محمد رحمــه الله ينبغى أن يكون كذلك في الحلق من جوانب الرأس ، فأجاب بقوله ( لانه ) أي لان الحلق على هذا الوجه ( معتاد على ما مر ) في أن الاتراك والعرب يفعلون ذلك ، لانه معتاد عندهم ، وقص البعض دون البعض ليس بمعتاد فافترقا .

( فإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة ) بمقــدارها ( يجب بقلم كل ظفر طعام مسكين ) وقال مالك رحمه الله في ظفرين فدية ، وقال ابن القـاسم في الواحد ، وفي الموازية لا شيء في الواحد ، إلا أن يميط به اذى ، وقال اشهب يطعم مسكيناً ، وقال الشافعي رحمه الله أوجب الفدية في الثلاثة ، وفيما دونها مداً لكل ظفر .

( وكذلك لو قلم أكـثر من خمسة متفرقاً ) يعني ، وكـذا الحـكم لكل ظفر طعام مسكين عندهما ، وعند محمد رحمـــه الله دم إذا قص اكثر من خمسة أصابـع متفرقاً ، وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف ، أي قلماً متفرقاً يعني من الاطراف ، وليس مـن عضو واحد ( الا أن يبلغ ذلك ) أي الطعام ( دماً ) أي تبلـغ قيمة الطعام الذى وجب لاجل قص الاصابـع المتفرقة دماً ( فحينئذ ينقص عنه ) أي عن الدم ( أو عن الطعام ما شاء ) حتى لو قص ستة عشر ظفراً من كل عضو أربعة فعليه لكل ظفر طعام مسكين، إلا

قال وإن انكسر ظفر المحرم فتعلق فأخذه فلا شيء عليه ، لأنه لا ينمو بعد الإنكسار فأشبه اليابس من شجر الحرم . وإن تطيب او لبس أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء ذبح شاة ، وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام ، وإن شاء صام ثلاثة أيام لقوله تعالى ﴿ ففدية من صيام او صدقة او نسك ﴾ ١٩٦ البقرة

---

أن يبلغ ذلك طعاماً فينقص منه ما شاء . وفي شرح الجمع واختلفوا في كيفية النقصان عن الدم كيلا يبلغ الواجب ، وما قيل ينقص من صاع أو نصفه شيء حتى ينقص منه الواجب عن الدم ، والاصح أن ينظرا على أصوع من الشعير أو التمر ، فإن لم يبلغ ذلك وما إذا خرج فيكون القص من الدم ، وتكون الصدقة بمقدار مقدر شرعاً ، وكذا في نصف صاع من بر .

( قال وإن انكسر ظفر المحرم فتعلق ، فأخذه فلا شيء عليه لانه لا يبقى بعد الإنكسار ، فأشبه اليابس من شجر الحرم ) حيث يجب عليه إذا قلعه ، وكذلك الشعر المقطوع . وقال ابن المنذر في الإشراق أجمع إلى أهل العلم أن له أن يزيل عن نفسه ما كان منكسراً منه كابن عباس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ومجاهد وابراهيم النخعي وسفيان الثوري ومالك والحميدي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور .

( وإن تطيب ) أي المحرم ( أو لبس أو حلق من عذر ) أي من أجل عذر ( فهو مخير إن شاء ذبح شاة وإن شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة أصوع من الطعام ، وإن شاء يصوم ثلاثة أيام بقوله تعالى ﴿ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ ١٩٦ البقرة ) أول الآية قوله ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدى محله ، فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ قوله ﴿ أو به أذى من رأسه ﴾ هو القمل أو الجراحة ، فعليه إذا حلق ففدية من صيام ثلاثة أيام أو صدقة على ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر او نسك ، وهو شاة ، والنسك مصدر ، وقيل جمع منسكه .

وكلمة او للتخيير ، وقد فسرها رسول الله عليه السلام بمـــا ذكرنا ، والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزئه في اي موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان ، وكذلك الصدقة عندنا لما بينا ، وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق ،

---

( وكلمة أو للتخيير ) فيدل على أن الذي يحلق بعذر بين هذه الأشياء الثلاثة ( وقد فسرها رسول الله ﷺ ) أي الآية قوله تعالى ﴿ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾١٩٦ البقرة ، أطلق على بعض الآية انه من قبيل ذكر الجزء وإرادة الكل ( بما ذكرنا ، والآية نزلت في المعذور ) وهو كعب بن عجرة بضم العين المهملة وسكون الجيم ابن أمية بن عدي يكنى أبا محمد شهد بيعة الرضوان مات سنة ثلاث وخمسين بالمدينة وله خمس وسبعون سنة .

وأخرج الأئمة الستة حديثه عنه أن النبي ﷺ مر به وهو بالحديبية قبل أن يدخل مكة وهو محرم يوقد تحت قدرة ناراً والقمل يتهافت على وجهه، فقال أيدبل هوامك هذه قال نعم ، قال فأحلق رأسك وأطعم فوقاً بين ستة مساكين ، والفرق ثلاثة أصوع أوصم ثلاثة أيام أو نسك شاة . وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن عبيد الله بن معقل حدثنا ، قال حدثني كعب بن عجرة أنه خرج مع رسول الله ﷺ محرماً فقمل رأسه ولحيته فبلغ ذلك النبي ﷺ محرماً فقمل رأسه ولحيته فبلغ ذلك النبي ﷺ فأرسل إليه فدعى الحلاق فحلق رأسه ، ثم قال هل عندك نسك ، قال ما أقدر عليه فأمره أن يصوم ثلاثة أيام أو يطعم ستة مساكين لكل مسكين صاع، فأنزل الله فيه خاصة ﴿ فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ﴾ ثم كانت للمسلمين عامة ولا يعتبر رسول الله ﷺ القدر بالصوم ستة أيام إلا لما يقدر الطعام ستة مساكين كان القياس أن يكون الصوم ستة أيام .

( ثم الصوم يجزئه في أي موضع شاء ) هذا بالاتفاق بين الائمة الأربعة ( لأنه ) أي لأن الصوم ( عبادة في كل مكان ) فلا يتقيد بمكان معين ( وكذلك الصدقة عندنا ) خـــلافاً للشافعي فإنه يقول الطعام لا يجزئه إلا في الحرم ، وبه قال أحمد ( لما بينا ) هو أنه عبادة في كل مكان ( وأما النسك ) وهو ذبح الشاة ( فيختص بالحرم بالاتفاق ) أي بيننا وبين

لأن الإرقـــة لم تعرف قربة إلا في زمـان او مكان ، وهذا الدم لا يختص بزمان فتعـين اختصاصه بالمكان ، ولو اختـار الطعـام أجزأه ، ففيه التغذية والتعشية عند أبي يوسف « رح » اعتبـاراً بـكفارة اليمين وعند محمـد « رح » لا يجزئه لأن الصدقة يبني عن التمليك وهو المذكور

---

الشافعي ( لأن الإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان ) كالأضحية ( أو مـــكان ) كجميع الهدايا ( وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ) وهو الحرم . وقـال مالك « رح » إذا ذبحها في الحرم وفرق لحمها في الحل جاز كقولنا . وقال الحسن البصري كل دم واجب فليس له أن يذبحه إلا بمكة ، وعند الظاهرية تجوز الثلاثة في أي موضع شاء، ومثله عن مجاهد رحمه الله ، فإن هلك المذبوح أو سرق سقط لتعيينه كالزكاة، وفيه خلاف الشافعي.

( ولو اختار ) الحالق المعذور ( الطعام أجزأه فيه التغذية والتعشية عند أبي يوسف اعتباراً بكفارة اليمين ) ذكر في القرآن بلفظ الإطعام وهـو يفيد الاباحـــة ، واعتبر أبو يوسف « رح » لفظ الطعام في الحديث حيث قال أطعم مساكين .

( وعند محمد رحمه الله لا يجزئه ، لأن الصدقة يبنى عن التمليك) أي الصدقة المذكورة في قوله تعالى ﴿ أو صدقة ﴾ تبنى على التمليك ( وهو المذكور ) في الآية المذكور ، وإنما ذكر الضمير بالنظر إلى الخبر كما في قوله تعالى الاطعام لا الصدقة، قال عز وجل ﴿ أو طعام عشرة مساكين﴾ قيل لا تدل الصدقة على التمليك ، وقال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على أهله صدقة ، ولا تمليك ها هنا ، فإنما هو الإباحة .

* * *

## فصـــل

فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لا شيء عليه ، لأن المحرم هـو الجماع ولم يوجد ، فصار كما لو تفكر فأمنى . وإن قبل او لمـــس بشهوة فعليه دم . وفي الجامع الصغير يقول إذا مس بشهوة فأمنى ،

---

( فصل )

أي هذا فصل مهما فصل ينون ، ومهما وصل لا ينون ، لأن الإعراب لا يكون إلا بالتركيب .

( وإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لا شيء عليه ) يعني سوى الغسل ، وإنما قال امرأته وإن كان الحكم في غير امرأته كذلك إلا أن النظر إلى فرج الاجنبية حرام ، ولا يظن بالمسلم ارتكاب الحرام ، فراعى الأدب وقـال امرأته . وأراد بالفرج موضع البكارة ، ولا يمكن النظر اليها إلا إذا كان سكينة ، أما النظر إلى ظاهر الفرج فليس بشيء كذا في الكافي ( لأن المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد ) لأن الجماع هو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة ومعنى . أما الصورة فهو الايلاج ، أما معنى فهو الإنزال ولم يوجد ذلك ( فصار كما لو تفكر فأمنى ) فإنه لا يجب عليه شيء ، وكذا لو أطال النظر أو تكرر منه ، وعن عطاء لو أطال النظر فأمنى يفسد حجـه ، ولو دفع فعليه بدنة عند الحسن البصري والحج من قابل ، وهو قول مالك رحمه الله . وفي المغني لو نظر فصرف بصره فعليه شاة عند أحمد رحمه الله ، وإن كرر فعليه بدنة وحجة تامـة عند الائمة الثلاثة . وقال الاوزاعي رحمه الله الإنزال فيما دون الفرج يفسد الحج ، وقال عبدالله بن الحسن إذا لمس فأنزل بطل حجه .

( وإن قبـل أو لمس بشهوة فعليه دم ) سواء أنزل أو لم ينزل على رواية الاصل كما يذكر ( وفي الجامع الصغير يقول إذا مس بشهوة فأمنى ) إنما ذكر لفظ الجامع الصغير لأنه شرط الإنزال حيث قال فأمنى أي أنزل ولم يشترط القدوري ذلك ، كما اشترط في الأصل حيث قال والمس والتقبيل من شهوة والجماع فيما دون الفرج أنزل أو لم ينزل لم يفسد

ولا فرق بينهما إذا أنزل او لم ينزل، ذكره في الأصل، وكذا في الجواب في الجماع فيما دون الفرج . وعن الشافعي « رح » انه يفسد إحرامه في جميع ذلك إذا أنزل واعتبره بالصوم . ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع ، ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات ،

---

الإحرام ، ولكنه يوجب الدم ( ولا فرق بينهما إذا أنزل أو لم ينزل ، ذكره في الأصل ) أي ذكر محمد رحمه الله الفرق بين الإنزال وعدم الإنزال في المس والتقبيل من شهوة في الأصل ، وهو في المبسوط .

وذكر في شرح الطحاوي والكرخي كما في الأصل، وفي شرح المهذب النووي رحمه الله يحرم اللمس بشهوة والقبلة والمباشرة فيما دون الفرج بشهوة ، ولا يفسد بذلك حجه أنزل أو لم ينزل ، ولا تجب بدونه فدية الحلق ، وأما اللمس والقبلة بغير شهوة فلا يحرم ، ولا شيء عليه بلا خلاف . وغلطوا إمام الحرمين والعراقي فيه حيث اعتبراه بنقض الوضوء في الحرمة .

( وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج ) أي تجب الشاة ، ولا يفسد به الاحرام انزل أو لم ينزل ، والجماع فيما دون الفرج هو الادخال بين الفخذ والسرة ، فإن الفرج يراد به القبل والدبر ( وعن الشافعي رحمه الله أنه يفسد إحرامه في جميع ذلك ) ذلك إشارة إلى اللمس بشهوة والتقبيل بشهوة والجماع فيما دون الفرج ، يعني يفسد إحرامه عند الشافعي رحمه الله في هذه الصور الثلاث إذا وجد الانزال ، وهو معنى قوله (إذا أنزل واعتبره بالصوم ) فإن الصوم إنما يفسد بهذه الاشياء إذا أنزل ، لانه مواقعة معنى، وقال السروجي ولا أصل له ، يعني نسبة هذه الرواية إلى الشافعي غير صحيحة ، لأن إحرامه لا يفسد في شيء من ذلك من الذي تقدم ، إنما قال ذلك عقيب نقله ما ذكرناه الآن من شرح المهذب وفي متن المغني لأصحابنا لمس امرأته بشهوة قبل الوقوف فأمنى فسد حجه ، وكذا إذا لم يمن في رواية وهو شاذ ضعيف ، وفي المنافع يعني بالفساد النقصان الفاحش لا البطلان وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم أن الحج لا يفسد إلا بالجماع .

( ولنا أن فساد الحج متعلق بالجماع ) أي على وجه التغليظ ( ولهذا لا يفسد بسائر

وهذا ليس بجمـــاع مقصود فلا يتعلق بـه ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنـى الإستمتاع والارتفـاق بالمرأة وذلــــك محظور الإحرام فيلزمـه الدم بخلاف الصوم ، لأن المحرم فيه قضاء الشهوة ولا يحصـل بدون الإنزال فيما دون الفرج . وإن جامع في أحـــد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسـد حجه ، وعليـه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده .

---

المحظورات ) أي لتعلق فساد الحج بالجماع لا يفسد الحـج بسائر ممنوعات الاحرام من قبيل التقبيل ولبس المخيط واستعمال الطيب ونحوها (وهذا ) أي اللمس والتقبيل بلا إنزال (ليس بجماع مقصود) لأن الجماع المقصود هو الايلاج (فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع) المقصود من الفساد ( إلا أنه فيه ) أي في المس والتقبيل ( معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة ) أي الانتفاع بها ( وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم ) لما تقدم أن دواعي الجماع ملحقة به فيلزمه الدم ، أي ذبح الشاة .

( بخلاف الصوم ) هذا جواب عن اعتبار الشافعي رحمه الله بالصوم تقـديره هو قوله ( لأن المحرم فيه ) أي في الصوم ( قضاء الشهوة، ولا يحصل بدون الانزال فيمادون الفرج) أي الاستعمال بين الفخذين لا اليدين، لأنه يحصل فيه قضاء الشهوة بدون الإنزال . وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي الوطء في الموضع المكروه ، ولا يفسد الحج في احدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه وطء في موضع لا يتعلق وجوب المهر بحال ، فلا يتعلق به فساد الحج ، كالوطء فيما دون الفرج ، ويفسد الحج في الرواية الاخرى ، لانه وطء يوجب الاغتسال من غير إنزال ، فصار كالوطء في الفرج وهي قولهما .

( فإن جامع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه ) وفسد حج المرأة أيضاً سواء كانت مطاوعة أو مكرهة ( وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضى من لم يفسدحجه) وكذا عليها ، ويجزىء شرك بقرة جزور ، وقال الشافعي ومالك واحمد عليه بدنة على ما يجيء الآن في الجامع الصغير يعتبر غيبوبة الحشفة ، وكذلك لو استدخلت ذكر حمـــار أو ذكراً مقطوعاً فسد حجها بالاجماع ، ولو لف ذكره بخرقة ثم أدخله إن وجـد حرارة

والأصل فيه ما روي أن رسول الله عليه السلام سئل عمن واقـــع امرأته وهمـا محرمان بالحج ، قال يريقان دماً ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة « رض » .

وقال الشافعي « رح » تجب بدنة اعتباراً بما لو جامع بعد الوقوف

---

الفرج واللذة يفسد ، والا فلا ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول . وفي أصح قوليه يفسد به مطلقاً سواء وجد حرارة الفرج واللذة أو لا .

( والاصل فيه ما روى أن النبي ﷺ سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحـج قال يريقان دماً ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل ) هذا رواه أبو داود في المراسيل ، حدثنا يحيى أبو شعبة حدثنا معاوية بن سلام عن يحيى بن كثير أنبأنا يزيد بن نعيم أو زيد ابن نعيم سأل أبو شعبة ان رجلاً من خذام جامع امرأته وهما محرمان فسأل الرجل النبي ﷺ فقال اقضيا نسككما واهديا هدياً ، رواه البيهقي ، وقال انه منقطع ، وهو يزيد بن نعيم بلا شك . وقال صاحب الجوهري النسفي من ابن البيهقي أنه يزيد بلا شك .

وروى أحمد بن حنبل رحمه الله حدثنا اسماعيل بن أيوب عن غيلان بن جرير أنه سمع علياً الارزمي قال سألت ابن عمر رضى الله عنه عن رجل وامرأة من عمان أقبـلا حاجين فقضيا المناسك حتى لم يبق عليهما إلا الإفاضة وقع عليها، فسألت ابن عمر فقال ليحجاعاماً قابلاً ، قوله — وهما محرمان — الواو فيه للحال قوله — يريقان دمـــاً — أي يريق كل واحد منهما دماً .

( وهكذا نقـــل عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ) يعني هكذا نقل الحـــكم المذكور قبله فيمن جامع قبل الوقوف عن جماعة من الصحابة ، روى مالك في الموطأ أنه بلغه أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وأبو هريرة رضى الله عنه سألوا عن رجـــل أصاب أهله وهو محرم بالحج ، فقالوا ينفذان بوجوههما حتى يقضيا حجهما ، ثم عليهما حج في قابل والهدي ، وقال علي رضى الله عنه فإذا أهـــلا بالحج من عام قابل فعروا حتى يقضيا حجهما .

( وقال الشافعي يجب بدنة اعتباراً بالجماع بعد الوقوف ) وبه قال مالك وأحمـــد

والحجة عليه إطلاق ما روينا ، لأن القضاء لما وجب عليه ولا يجب إلا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية ، فيكتفي بالشاة ، بخلاف ما بعد الوقوف لأنه لا قضاء عليه ثم سوى بين السبيلين. وعن أبي حنيفة « رح » أن في غير القبل منهما ، وقيل لا يفسده لتقاصر معنى الوطء ، فكان عنه روايتان ، وليس عليه

---

( والحجة عليه ) أي على الشافعي رحمه الله ( إطلاق ما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام يريقان دما ، وذكر الدم مطلقاً ، ولم يقيده بشيء ، فتناول الشاة لأنه متيقن .

فإن قلت المطلق ينصرف إلى الكامل وهو البدنة ، قلت ينصرف إلى الكامل في الماهية مع حصول التيقن به ، والشاة كامل فتجزئه ، وعن عطاء يفسد حجه ويستغفر الله تعالى. وعن سعيد بن جبير أربع روايات الأولى شاة ، والثانية بقرة ، والثالثة يفسد حجه ، والرابعة لا شيء عليه فيستغفر الله تعالى .

( ولأن القضاء كما وجب عليه ) أي على هذا الجامع ، وهذه الجملة معترضة بين لما وجوابه ، وهو قوله — حقاً — ( لا يجب إلا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية ) الفائتة بالقضاء خف معنى الجناية لكون الجماع قبل الوقوف للقضاء ( فيكتفى بالشاة ، بخلاف ما بعد الوقوف ) أي بخلاف الجماع بعد الوقوف بعرفات ( لأنه لا قضاء عليه ) فتجب البدنة ، فتغلظ الجناية وعدم حقها لعدم القضاء ( ثم سوى بين السبيلين ) أي سوى القدوري رحمه الله بين السبيلين القبل والدبر في فساد الحج بالجماع .

( وعن أبي حنيفة أن في غير القبل منهما ) أي من السبيلين ( وقيل ) أي من الرجل والمرأة ( لا يفسده ) أي الحج ( لتقاصر معنى الوطء ) حتى لا يجب الحد عنده ، وقد مر الكلام فيه عن قريب ( وكان عنه ) أي عن أبي حنيفة رحمه الله ( روايتان ) الأولى أنه لا يفسد حجه ، قال في شرح الطحاوي لو جامعها في الدبر فعلى قياس قول أبي حنيفة لا يفسد حجه وعمرته ، كما قال في الخزانة لا يجب الثانية أنه يفسد ، روى الكرخي عنه أنه تجب الكفارة في رمضان وجعلها كالجماع في الفرج ( وليس عليه ) أي على هذا

أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسداه عندنا خلافاً لمالك «رح» إذا خرجا من بيتهما . ولزفر « رح » إذا أحرما ، وللشافعي إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها فيه ، له أنهما يتذاكران ذلك

---

الرجل الذي جامع ( أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسداه ) أي الزوجين ما أفسداه بالجماع .

( وعندنا خلافاً لمالك رحمه الله إذا خرجا من بيتهما ) يعني إذا أراد قضاء الحج الفاسد بالجماع من عام قابل يفرقان عند مالك من حين خروجها من بيتهما ، قال هاهنا وفي شرح الوجيز وتتمتهم أن قول مالك رحمه الله يفترقان إذا أحرما كما هو مذهب زفر ، ويحتمل أن يكون عنه روايتان . وقال السروجي رحمه الله وما ذكر عن مالك لا أصل له، قلت فيه ما فيه ، لأنه لم يطلع على كتب المالكية كلها ، وذكر في المبسوط وغيره أن مالكاً في هذا موضع زفر .

( ولزفر إذا أحرما ) أي وخلافاً لزفر ، فإن عنده يفترقان، إذا أحرما (وللشافعي) أي وخلافاً للشافعي رحمه الله ( إذا انتهيا إلى المكان الذي جامعها فيه ) فعنده يفترقان إذا أتيا المكان الذي جامعا فيه ، وبه قال أحمد وذكر ابن المنذر قول أحمد مع زفر ، وبقول الشافعي قال اسحاق . وفي المحيط والمبسوط والاسبيجابي يستحب الافتراق عند خوف المعاودة ، وقال مسند الافتراق مستحب كقول الشافعي خلافاً للحنابلة،قال ولو كان واجباً لوجب به دم كسائر واجبات الحج . وقال النووي يستحب وفي القديم يجب .

فإن قلت روي عن عمر وعلي وابن عباس رضى الله عنهم أنهم قالوا يفترقان وقولهم حجة ، قلت إنما يكون حجة إذا نفر من العصر ولم يوجد الخلاف ، وقد روي عن الحسن وعطاء مثل قولنا ، وهما قد أدركا عصر الصحابة فيكون خلافاً معتبراً فلا ينعقد الاجماع .

( له ) أي للشافعي رحمه الله ، وقيل لمالك والاول أولى لأنه أقرب، وفي بعض النسخ لهم ، أي لزفر ومالك والشافعي ، وهو الأصح ، لأنه ذكره دليلاً هو أوقع لأقوالهم ( أنهما ) أي أن الزوجين ( يتذاكران ذلك ) أي الجماع الذي وقع في المكان الذي أتياه

فيقعان في المواقعة فيفترقان . ولنا أن الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للإفتراق قبل الإحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندماً وتحرزاً فلا معنى للإفتراق ، ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه ، وعليه بدنة خلافاً للشافعي « رح » فيما إذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وإنما يجب البدنة لقول ابن عباس رضي الله عنه

---

( فيقعان في المواقعة ) أي في المجامعة ( فيفترقان ) حتى لا يقعان فيما وقعا أولاً .

( ولنا أن الجامع وهو النكاح بينهما قائم فلا معنى للإفتراق قبل الإحرام ) لقيام النكاح ، والافتراق ليس بنسك في الاداء ، فلا يكون نسكاً في القضاء ( لإباحة الوقاع ) أي الجماع وهو متعلق بقوله قبل الاحرام ( ولا بعده ) أي ولا بعد الاحرام ( لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة ) وهي السفرة الثانية للقضاء ( بسبب لذة يسيرة ) وهو الجماع الذي يقتضي في ساعة ( فيزدادان ندماً وتحرزاً فلا معنى للافتراق ) فلا يقبل الأمر به .

( ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه ، وعليه بدنة ، خلافاً للشافعي رحمه الله فيما إذا جامع قبل الرمي ) فإن عنده إذا جامع قبل الرمي يفسد حجه ، والمراد بالرمي رمي جمرة العقبة وبعد الرمي لا يفسد ، لأنه عنده محلل ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من وقف بعرفة فقد تم حجه ) هذا دليل لنا ، وليس للشافعي ، وأخرج أحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من حديث عبد الرحمن بن معمر شهدت رسول الله ﷺ وهو واقف بعرفات وأتاه ناس من أهل نجد فقالوا يا رسول الله كيف الحج ، قال عرفة من جاء قبل الفجر من ليلة جمع فقد تم حجه ، لفظ أحمد . وفي رواية لأبي داود من أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك الحج . وفي رواية للدارقطني والبيهقي الحج عرفة .

( وإنما يجب البدنة لقول ابن عباس رحمه الله ) هذا جواب عما يقال إذا لم يفسد الحج

او لأنه أعلى أنواع الارتفاق فيتغلظ موجبه . وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه فخفت الجناية فاكتفي بالشاة . ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعيه شاة . ومن جامع بعدما طاف أربعة أشواط او اكثر فعليه

---

بالجماع بعد الوقوف لكونه أثر الغفران ، فكان ينبغي أن لا يجب شيء بعد تمامه لا يقبل الجناية فلا يقتضي جزاء، وتقدير الجواب أن وجوب البدنة لقول ابن عباس رضى الله عنه وهو ما رواه مالك في الموطأ عن ابن الزبير المكي عن عطاء بن أبى رباح عن عبد الله بن عباس رضى الله عنه أنه سئل عن رجل واقع وهو بمنى قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بدنة ( أو لأنه ) أي أو لان الجماع ( أعلى أنواع الإرتفاق فيتغلظ موجبه ) بفتح الجيم لوجوب التطابق بين الموجب بمقتضى الحكم .

وقال الاكمل قيل إنما ذكر بكلمة أو ليكون أثر ابن عباس هذا غير مشهور ، فأتى بها ليكون متمسكاً بأحدهما ، قال وفيه نظر ، لان المطلوب اثبات الوجوب وهو ثبت بخبر الواحد ، ولا يتوقف على الاشتهار ، انتهى . قلت إن لم يتوقف على الاشتهار يتوقف على صحة طريقه فإذا اشتهر ثبت صحة الفرض فضلاً عن ثبوت الواجب .

( وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه ، فخففت الجناية ، واكتفي بالشاة ) وفي المنافع وإن جامع بعد الحلق هكذا وقع في عامة النسخ وفي بعض النسخ قبل الحلق فإن كانت الرواية قبل الحلق فلأنه محرم بعد الوقوف ، وإن كانت الرواية بعد الحلق فلأنه محرم في حق النساء ، وفي المسعودي ان جامع قبل الحلق بعد الوقوف قبل الطواف لم يفسد حجه ، وعليه بدنة، وإن جامع بعده فعليه شاة مع البدنة .

( ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته فيمضى فيها ) يعني لكمالها ( ويقضيها وعليه شاة ومن جامع بعدما طاف أربعة اشواط أو أكثر فعليه

شاة ولا تفسد عمرته . وقال الشافعي « رح » تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتباراً بالحج ، إذ هي فرض عنده كالحج . ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منـــه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهاراً للتفاوت ومن جامـع ناسياً كان كمن جامَع متعمـــداً وقال الشافعي « رح » جماع الناسي غير مفسد للحج ، وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة .

---

شاة ولا تفسد عمرته ) وكذا بعد السعي قبل الحلق لبقاء إحرام العمرة ، ذكره في المحيط ووجوب الشاة بالوطء في العمرة قول عطاء والثوري وإسحاق وابن المنـذر وأجمعوا على أنه لو وطىء قبل الطواف فسدت عمرته ، فإن وطىء قبل الحلق فعليه دم،وهو قول ابن عباس والثوري ، واختاره ابن المنذر ، وقال أحمد وأبو ثور وعليه هـدي ، وقال مالك والشافعي عليه بدنة .

( وقال الشافعي يفسد في الوجهين ) أي تفسد عمرته سواء كان الجماع قبـل أربعة أشواط أو لا ( وعليه بدنة اعتباراً بالحج ) أي قياساً على الحـج ( إذ هي ) أي العمرة ( فرض عنده ) أي عند الشافعي رحمه الله ( كالحج ) أي كفرضية الحج .

( ولنا انها ) أي أن العمرة ( سنة فكانت أحط رتبة عنه ) أي عن الحج ( فتجب الشاة فيها ) أي في العمرة (والبدنة ) أي تجب البدنة ( في الحج إظهارا التفاوت ) بينهما ، والدليل على سنية العمرة ما رواه جابر رحمه الله ان النبي ﷺ سئل عن العمرة أهي واجبة قال لا وأن تعتمر خير لك.

( ومن جامع ناسياً كان كمن جامع متعمداً ) أي في حق إفساد الحـج والاحرام لا في حق الإثم ، وبه قال مالك والشافعي في القديم ، واختاره المزني ، وفي الجـديد لا يفسد بالنسيان إلا أن يعلم ، وفيه دم عليه ، وذكر المصنف خلافه بقوله (وقال الشافعي رحمه الله جماع الناسي غير مفسد للحج ) ولم يبين إنه قوله الجديد ولا ذكر إلا أن يعلم فيه دم عليه ( وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة ) يعني أن جماعها قبل الوقوف بعرفات يفسد

هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقـــع الفعل جناية . ولنـا أن الفساد باعتبـار معنى الإرتفاق في الإحرام ارتفاقاً مخصوصاً ، وهـــذا لا ينعدم بهذه العوارض، والحج ليس في معنى الصوم ، لأن حالات الإحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة ، بخلاف الصوم والله أعلم

---

الحج عندنا ، خلافاً للشافعي ، وكذا الخلاف في غير النائمة بالتحريم . وقـال أبو هريرة رحمه الله من أصحاب الشافعي ولا خلاف بالفساد وفي المكرهة ، لأن إكراه الرجـل على الوطء ممتنع .

( هو يقول ) أي الشافعي يقول ( الحظر ينعدم بهذه العوارض ) أي بالنسيان والنوم والإكراه ( فلم يقع الفعل جناية ) فلا يفسد .

( ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقاً مخصوصاً ) وهو الارتفاق بالجماع والفساد متعلق به بعين الجماع ( وهذا ) أي هذا الارتفاق المخصوص (لا ينعدم بهذه العوارض ) لإرادة أن أثر هذه العوارض في انعدام المأثم لا في أنعدام أصل الفعل ، ولهذا يلزم الاغتسال مع وجود هذه العوارض ، وتثبت به حرمة المصاهرة ويستوى فيه الصغير والكبير والعاقل والمجنون ، كذا في المبسوط . والنوم لا ينافي الجماع ، ألا ترى أن النائم يحتلم ، ويمكن أن تصل اللذة اليه ولم يعلم .

( والحج ليس في معنى الصوم ) هذا جواب عن اعتبار الشافعي رحمه الله الحج بالصوم وتقديره أن يقال قياس الحج على الصوم غير صحيح ( لأن حالات الاحرام ) أي هيـأته ( مذكرة ، بمنزلة حالات الصلاة ) وهي الانتقال من القيام إلى الركوع ومن الركوع إلى السجود ، ومن السجود إلى القعود ، وعلى غير ذلك من الهيآت ( بخلاف الصوم ) لأنه أمر مبطن لا يطلع عليه أحد وليس عند الصائم أيضاً ما يذكره في غالب الأوقات .

## فصـــل

ومن طاف طواف القدوم محدثاً فعليه صدقة. وقال الشافعي «رح» لا يعتد به لقوله عليه السلام الطواف صلاة ، إلا أن الله تعالى أباح فيه النطق ، فتكون الطهارة من شرطه . ولنا قوله تعالى ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ ٢٩ الحج ، من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضاً

---

### ( فصـــل )

أي هذا فصل في مسائل فصله عن المسائل التي قبله فلأجـــل المغايرة بينهما ذكر لفظ فصل .

( ومن طاف طواف القدوم محدثاً ) أي حال كونه محدثاً ( فعليه صدقة ) كل موضع وجبت فيه صدقة فهي نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو صاع من تمر إلا ما يجب بقتل جرادة أو قمل ، أو بإزالة شعرات قليلة من رأسه أو عضو من أعضائه ، فإن فيه يتصدق بما شاء ( وقال الشافعي لا يعتد به ) أي لا يعتد بطواف المحـــدث ولا ينجبر بالدم ونحوه ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( الطواف صلاة ، إلا أن الله تعـــالى أباح فيه النطق ) هذا الحديث تقدم في باب الاحرام ، والمصنف استدل به هاهنا للشافعي رحمه الله من أن الطهارة شرط لصحة الطواف ، وبقوله قـــال مالك وأحمد قوله أباح فيه النطق بالاجماع ، أي الكلام ( فتكون الطهارة من شرطه ) أي من شرط الطواف ، فلا يصح بدونها كالصلاة .

( ولنا قوله تعالى ﴿ وليطوفوا بالبيت العتيق ﴾ ٢٩ الحج ، من غير قيد الطهارة ، فلم تكن فرضاً ) وجه الاستدلال أن الله تعالى أمر بالطواف وهو الدوران حول الكعبة من غير الطهارة ، فلم يكن فرضاً وجه التشبيه في أنه صلاة كمالاً لا حقيقة فهو اقتضاء ، ولا عموم للمقتضى عندنا ، فثبت كونـــه صلاة في حق تعلق الجواز والبيت ، كما في الصلاة . وأما الاستثناء فدل كلام مبتدأ ، كأنه قال ولكن أبيح فيه الكلام لإزالة إشكال الحرمة ،

ثم قيل هي سنة ، والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها الجابر، ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب ، فإذا شرع في هـذا الطواف وهو سنة يصير واجباً بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجـــبر بالصدقة إظهاراً لدنو رتبته عن الواجب بإيجاب الله وهو طواف الزيارة،

---

ألا ترى أنه أبيح فيه المشي والانحراف عن البيت ، بخلاف الصلاة ، مع أن يحيى بن معين ضعف الحديث وقال إنه منقطع .

( ثم قيل هي سنة ) القائل بأن الطهارة في الطواف سنة ابن شجاع ( والأصح أنهـا واجبة ) وهو قول أبي بكر الرازي ( لأنه يجب بتركها الجـــابر ) فلو لم تكن الطهارة واجبة لما وجب الجابر بتركها ( ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب ) أي وجوب الطهارة ( فإذا شرع في هذا الطواف ) أي طواف القدوم ، هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقال لما كان أصل هذا الطواف سنة وتركه لا يوجب دماً على ما ذكر في شرح الطحاوي ويوجب صدقة على ما ذكر في الايضاح ينبغى أن لا يجب في الحـــديث شيء لأنه يؤدي للتسوية بين تركه وبين الاتيان به محدثاً، فأجاب بقوله ـ فإذا شرع في هــــذا الطواف ـ ( وهو سنة ) أي والحال أنه سنة ( يصير واجباً بالشروع ) فإذا وجب بالشروع الملزم فيلزمه ( ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهاراً ) أي لأجـــل الاظهار ( لدنو رتبته ) أي لقرب رتبة طواف القدوم ( عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة ) وهاهنا سؤالان .

الأول : أن دخول النقص بترك الطهارة على تقدير كونها سنة في جبر النزاع فلا يوجد في الدليل ، والجواب أن ترك السنة يوجب نقصاً أو ينجـبر بالكفارة ، ألا ترى أن من أفاض من عرفات قبل الإمام وجب عليه دم ، وقال لأنه ترك سنة الدفع .

الثاني : أنه منقوض بالصلاة النافلة ، فإنها إذا دخلها نقص ينجبر بسجدتي السهو ولم يظهر دنو رتبة النفل عن رتبة الفرض فيها فليكن هاهنا أيضاً كذلك ، والجواب أن الشارع جعل الجابر في الصلاة نوعاً واحداً فلا يصار إلى غيره ، وفي الحج جعله متنوعاً قد

وكـــذا الحكم في كل طواف هو تطوع ، ولو طاف طواف الزيارة محدثاً فعليه شاة ، لأنه أدخل النقص في الركن فكان أفحش من الأول فينجبر بالدم ، وإن كان جنباً فعليه بدنة ، كذا روي عن ابن عباس « رض » ، ولأن الجنابـة أغلظ من الحدث فيجـب جبر نقصانها بالبدنة إظهار التفاوت ، وكذا إذا طاف أكثره جنبـــاً أو محدثاً ، لأن أكثر الشيء له حكم الكل

---

يكون بالدم وقد يكون بالفدية ، وقد يكون بالصدقة ما أمكن المصير إلى مثنين منه رتبة النفل عن الفرض ، وهذا كله على رواية القدوري التي اختارها المصنف ، وأما على ما ذكره الطحاوي وشيخ الاسلام أنه إذا طاف طواف التحية محدثاً فلا شيء عليه ، لأنه لو تركه أصلاً لم يجب عليـــه شيء ، فكذا إذا أتى به محدثاً فـــلا يحتاج إلى شيء من هذه الكلمات .

(وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ) أي المذكور في طواف القدوم روى الحكم في كل طواف هو تطوع ، وعن بعض مشايخ العراق يلزمه الدم ( ولو طاف طواف الزيارة محدثاً فعليه شاة ، لأنه أدخل النقص في الركن ) لأن طواف الزيارة ركن ( وكان ) أي النقص ( أفحش من الأول ) أي من النقص الذي يدخل في الواجب (فينجبر بالدم ) لأن الدم على حسب الموجب ( وإن كان ) حال كونه ( جنباً فعليه بدنة ، كذا روي عن ابن عباس رضى الله عنهما ) هذا غريب عن ابن عباس ( ولأن الجنابة أغلظ من الحـــدث ) وهو الجنابة ( فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهار التفاوت ) بين الجنابتين .

( وكذا إذا طاف أكثره ) أي اكثر طواف الزيارة (جنباً أو محدثاً، لأن أكثر الشيء له حكم الكل ) أي تركاً وتحصيلا . وفي مبسوط شيخ الاسلام إذا كان للاكثر حكم الكل في الحج ، لأن الشرع أقامه مقام الكل في وقوع الامن عن الغفران احتياطـاً أو صيانة أو تخفيفاً ببيانه أنه عليه الصلاة والسلام قال من وقف بعرفة فقـــد تم حجه ، وكذا لا يفسد بالجماع بعد الرمي بالإجماع ، ولو حلق اكثر الرأس كان محللا ، ولما كان هـــذا

والأفضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه ، وفي بعض النسخ وعليه أن يعيد ، والأصح أنه يؤمن بالإعادة في الحدث استحباباً ، وفي الجنابة وايجاباً بالفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ، ثم إذا أعاده وقد طافه محدثاً لا ذبح عليه ،

---

الامر على هذا الوجه اليسير جرينا على هذا الاصل فأقمنا الاكثر مقام الكل في باب التحلل وما يجرى مجراه صيانة للحج عن الفوات لما أن الطواف أحد سببي التحلل كالحلق.

( والافضل أن يعيد الطواف ما دام بمكة ) وجه ذلك أن فيه تحصيل الخير بما هو من جنسه ، وكان أفضل ( ولا ذبح عليه ) بناء على أن الطواف الاول وإن كان بغير طهارة يعتد به ، والا لزم الدم على قول أبي حنيفة رحمه الله بالتأخير ، فإذا كان معتداً به بنقصان ، وقد أعاده ولم تبق إلا شبهة النقصان ، وهي نقصان الطواف بالحرث وهي لا يوجب شيئاً ( وفي بعض النسخ ) أي وفي بعض نسخ القدوري . وقال الكاكي أي نسخ المبسوط ، وما ذكرناه هو الصحيح ( وعليه أن يعيده ) أي الطواف وهو يدل على وجوب الاعادة والنسخة التي فيها الافضل أن يعيد الطواف بمكة يدل على الاستحباب لا الوجوب ، فهذه على ما إذا كان الطواف مع الحدث وتلك تحمل على ما إذا كان مع الجناية ، لان النقص في الحدث يشير إلى وفي الجناية .

( والاصح أنه يؤمن بالإعادة في الحدث استحباباً ، وفي الجناية ايجاباً لفحش النقصان بسبب الجناية ، وقصوره بسبب الحدث ، ثم إذا أعاده وقد طاف ) أي والحال انه قد طاف ( محدثاً لا ذبح عليه ) وقال الاترازي رحمه الله هذا سهو من صاحب الهداية رحمه الله ، لان تأخير النسك عن وقته يوجب الدم عن أبي حنيفة رحمه الله فكيف لا يكون عليه الذبح إذا أعاد طواف الزيارة بعد أيام النحر قد حصل تأخير النسك عن وقته على أن الرواية في كتب من فقة منه بخلاف ذلك ، وبهذا صرح في شرح الطحاوي رحمه الله إذا أعاد طواف الزيارة بعد أيام النحر يجب عليه الدم لتأخيره سواء كان إعادته بسبب الحدث او بسبب الجناية ، انتهى . قلت يحتمل انه مشى هنا على مذهب الصاحبين

وإن عاده بعد أيام النحر لأن بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهة النقصان وإن أعاده وقد طافه جنباً في أيام النحر فلا شيء عليه لأنه إعادة في وقته ، وإن أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة « رح » بالتأخير على ما عرف من مذهبه ، ولو رجع إلى أهله وقد طافه جنباً عليه أن يعود ، لأن النقص كثير فيؤمر بالعود إستدراكاً له ويعود بإحرام جديد ، وإن لم يعد و بعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له ، لأن الأفضل هو العود ،

---

فلا وجه لنسبة صاحب الهداية إلى السهو ( وإن عاده بعد ايام النحر ) واصل بما قبله فلا يحتاج إلى جواب .

( لان بعد الإعادة لا تبقى إلا شبهة النقصان ) اي بسبب التأخير لا حقيقة التأخير ، لأنه أداء لكن بالحدث ، فيكون تأخيراً بطريق التهمة ، لأن النقصان عدم من وجه أو بعض العدم، كذا في الكافي.

( وإن أعاده وقد طاف جنباً ) أي والحال أنه قد طاف حال كونه جنباً ( في أيام النحر فلا شيء عليه ، لأنه إعادة في وقته ، فإذا أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير على ما عرف من مذهبه) أى بتأخير النسك عن أيامه يجب الدم عنده واختلف المشايخ في أن المعتبر طوافه الأول أم الثاني . قال الكرخي رحمه الله المعتبر هو الأول ، والثاني جبر له . وقال أبو بكر الرازي المعتبر هو الثاني وهو الأصح ، ورجح في الايضاح قول الكرخي ، وهو اقرب إلى الفقه .

( ولو رجع إلى أهله وقد طاف جنباً ) أي والحال انه قد طاف جنباً ( عليه أن يعود ، لأن النقص كثير ، فيؤمر بالإعادة استدراكاً له ) أي تداركاً لما فاته من المصلحة ( ويعود بإحرام جديد ) لكن هذا إذا جاوز الميقات ، أما إذا لم يجاوزه فلا حاجة إلى إحرام جديد ( وإن لم يعد وبعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جابر له ) ولأن فيه حق معنى النقصان ، وفيه نفع الفقراء ايضاً ( إلا أن الافضل هو العود ) استثناء من قوله وإن لم يعد

ولو رجع إلى أهله وقد طافه محدثاً إن عاد وطاف جاز ، وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ، ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاً حتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء أبداً حتى يطوف ، ومن طاف طواف الصدر محدثاً فعليه صدقة لأنه دون طواف الزيارة ، وإن كان واجباً فلا بد من إظهار التفاوت . وعن أبي حنيفة « رح » أنه تجب الشاة إلا أن الأول أصح ، ولو طافه جنباً فعليه شاة ، لأنه نقص كثير ، ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ،

---

وبعث بدنة أجزأه يعني لكن الأفضل أن يعود، لأن استدراك الشيء بجنسه وهوالطواف أولى من استدراكه بغير جنسه ، وهو الفدية .

( ولو رجع إلى أهله وقد طاف محدثاً إن عاد وطاف جاز ، وإن بعث بالشاة فهو أفضل لأنه خف معنى النقصان ، وفيه نفع للفقراء، ولو لم يطف طواف الزيارة أصلاحتى رجع إلى أهله فعليه أن يعود بذلك الإحرام لانعدام التحلل منه ، وهو محرم عن النساء أبداً حتى يطوف ، ومن طاف طواف الصدر محدثاً فعليه صدقة، لأنه دون طواف الزيارة وإن كان واجباً ) كلمة إن واصلة بما قبلها ، أي وإن كان طواف الصدر واجباً ( ولا بد من إظهار التفاوت ) بين الفرض والواجب يعني إذا طاف طواف الزيارة أو اكثره محدثاً تجب الشاة فينبغى أن تلزم الصدقة إذا طاف طواف الصدر أو أكثره محدثاً إظهاراً للتفاوت، وإلا تلزم التسوية بين الفرض والواجب فلا يجوز .

( وعن أبي حنيفة رحمه الله انه تجب الشاة ) أي فيما إذا طاف طواف الصدر محدثاً ، وهو رواية الكرخي ( إلا أن الأول أصح ) أي وجوب الصدقة اصح ، وهو رواية القدوري ( ولو طافه ) أي طواف الصدر ( جنباً فعليه شاة ، لأنه نقص كثير ثم هو ) أي طواف الصدر ( دون طواف الزيارة، فيكتفى بالشاة ) أي إذا أدى من طواف الزيارة

ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فمـــا دونها ، فعليه شاة ، لأن النقصان بترك الأقـل يسير فأشبه النقصان بسبب الحـدث ، فيلزمـه شـاة فلو رجـــع إلى أهله أجزأه أن لا يعود ويبعث شاة لما بينا .

---

فيجب في طواف الزيارة جنباً بدنة بعيراً أو بقرة فيجزئه الشاة في طواف الصدر جنبـاً لأن لا يلزم التسوية بين الفرض والواجب .

( ومن ترك من طواف الزيارة ثلاثة أشواط فما دونها ) أي شوطاً أو شوطين ( فعليه شاة ) وقال الشافعي يلزمه فعل ما ترك ولا يتحلل حتى يفعله ، كذا في شرح الاقطع ، ومذهب الشافعي وأحمد ومالك عدد السبع شوط حتى لو ترك طوفة واحدة أو خطوة لم يجزئه ولا يتحلل من إحرامه ، لأن تقدير الطواف بالعدد السبع ثابت بالنصوص المتواترة فـكان كالمنصوص في القرآن وما يقدر شرعاً بقدر لا يكون لما دون ذلك القدر ، وحـكم ذلك القدر كما في الحدود وأعداد الركعات ، فإنه لا يقوم الاكثر فيها مقام الكل ، وكذا في الطواف .

وأشار إلى دليلنا بقوله ( لأن النقصان بترك الأقل يسير فأشبه النقصان بسبب الحدث فتلزمه شاة ) إنما كان كذلك لجانب الوجود راجح وأفعال الحج متجانسة يقبـــل بعضها الفصل عن بعض ، ولهذا إذا أتى ببعض الاشواط ثم اشتغل بعمل آخر ثم اتى بالبـــاقي جاز ، بخلاف الصلاة ، فإن أفعالها ليست بمتجانسة ، وليس بعضها يقبل الفصل عن بعض لأنه إذا أفسد جزءاً فيها يفسد الجميع ، فلم يجز إقامة الاكثر مقام الكل ، ولمـــا ثبت التجانس وقبول الفصل في الطواف بحيث لم يتعلق صحـــة المؤدى بصحة الباقي أقيم الاكثر مقام الكل .

( فلو رجع إلى أهله أجزأه أن لا يعود ويبعث شاة لما بينا ) أشار به إلى قوله ، لأن النقصان بترك الأقل يسير ، وقيل يرجـــع إلى قوله ، لأنه حق معنى النقصان ، وفيه نفع للفقراء .

ومن ترك أربعة أشواط بقي محرماً أبداً حتى يطوفها ، لأن المتروك أكثر فصار كأنه لم يطف أصلاً . ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه فعليه شاة ، لأنه ترك الواجب أو الأكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامـــة للواجب في وقته ، ومن ترك ثلاثة أشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة . ومن طـــاف طواف الواجب في جوف الحجر فإن كان بمكة أعاده ، لأن الطواف من وراء الحطيم واجب على ما قدمنا ، والطواف في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها

---

( ومن ترك أربعة اشواط ) أي من طواف الزيارة ( بقى محرماً ابداً حتى يطوفها ) أي في حق النساء ، لأنه حل له كل شيء سوى النساء بالحلق ، وإنما ما بقى في حق النساء ( لأن المتروك اكثر فصار كأن لم يطف أصلا ) فلا يجزئه الدم ( ومن ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط منه ) أو ترك أربعة أشواط من طواف الصدر ( فعليه شاة ، لانه ترك الواجب أو الاكثر منه ) أي أو ترك الاكثر من الواجب ( ومـا دام بمكة يؤمر بالإعادة إقامة للواجب في وقته ) أي في مطلق الزمـان ، وهو طواف الصدر ، لأنه ليس بموقت بأيام ، ولهذا لا يجب شيء بالتأخير عنهما بالاتفاق ولا ذبح عليه ، لأنه تلافى الفائت .

( ومن ترك ثلاثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة ) لأن الاصل إنمايجب في ترك كله دم يجب في أقله صدقة كما في الرمى ، والمراد بالصدقة أن يجب لكل شوط نصف صاع من بر ( ومن طاف طواف الواجب ) وفي بعض النسخ ومن طاف الطواف الواجب ( في جوف الحجر ) أي الحطيم ( فإن كان بمكة أعاده ) أي أعاد الطواف ( لان الطواف من وراء الحطيم واجب على ما قدمناه ) أراد به قوله عليـــه الصلاة والسلام الحطيم من البيت ، وعند الشافعي ومالك وأحمد رضى الله عنهم الطواف من جوف الحجر لا يعتد به .

( والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينهـــا

وبين الحطيم ، فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصاً في طوافه ، فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤدياً للطواف على الوجه المشروع وإن أعاده على الحجر خاصة أجزأه ، لأنه تلافى ما هو المتروك هو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي إلى آخره ، ثم يدخل الحجر من الفرجة، ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات ، فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم ، لأنه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع فلا تجزئه الصدقة ، ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر أيام التشريق ظاهراً فعليه دم ، فإن كان طاف طواف الزيارة جنباً فعليه دمان

---

وبين الحطيم ، فإذا فعل ذلك فقد أدخل نقصاً في طوافه فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤدياً للطواف على الوجه المشروع ، وإن أعاده على الحجر خاصة أجزأه لانه تلافى) بالفاء أي تدارك ( ما هو المتروك ) وهو الطواف بالحطيم ( وهو أن يأخذ ) إنما ذكر الضمير الراجع إلى الإعادة بالنظر إلى الخبر ( عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهى إلى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر ، هكذا يفعله سبع مرات ) وعند الائمة الثلاثة تفسيره أن سور الحائط فيطوف حول الحطيم خاصة ، لأن الحائط ليس من الحطيم ، هكذا ذكره القدوري والنووي وغيره من الشافعية . وفي المغني لا يجزىء الطواف عند الحنابلة إلا خارج الحائط ، لانه عليه الصلاة والسلام هكذا فعله ، قلنا فعله لا يدل على الركنية .

( فإن رجع إلى أهله ولم يعده فعليه دم ، لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزئه الصدقة ، ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء ) قال السكاكي يحتمل الجنابة . قلت لا يعمل لهذا الاحتمال لان المراد به الحدث الاصغر جزماً ( وطواف الصدر في آخر أيام التشريق ) حال كونه ( ظاهراً فعليه دم ) أي دم واحد وتجزئه شاة لنقصان الحديث ( فان كان طاف طواف الزيارة جنباً فعليه دمان

عند أبي حنيفة « رح ». وقالا عليه دم واحد ، لأن في الوجه الأول لم ينقـــل طواف الصدر إلى طواف الزيارة ، لأنه واجب ، وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب ، وإنما هو مستحب فلا ينقل إليه. وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لأنه مستحق الإعادة فيصير تاركاً لطواف الصدر مؤخراً لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفـــاق وبتأخير الآخر على الخلاف ، إلا أنه يؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة ، ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا

---

عند أبي حنيفة رضي الله عنه) لان الطواف مع الجنابة في حكم العدم، وهذا يؤمر بالاعادة ما دام بمكة وجوباً لا استحباباً ، ولما كان في حكم العدم وجب نقل طواف الصدر اليه، لان العزيمة في ابتداء الاحرام حصلت للأفعال على الترتيب التي شرعت فبطلت نيته على خلاف ذلك الترتيب ، فانتقـــل طواف الصدر إلى طواف الزيارة ، فيصير كأنه طاف طواف الزيارة في آخر أيام التشريق ، ولم يطف للصدر .

( وقالا عليه دم واحد ، لان في الوجه الاول ) وهو ما إذا طاف طواف الزيارة على غير وضوء ( لم ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة لانه واجب وإعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب ، وإنما هو مستحب فلا ينقل اليه ، وفي الوجه الثاني ) وهو ما إذا طاف طواف الزيارة جنباً ( ينقل طواف الصدر إلى طواف الزيارة ، لانه مستحق الاعادة فيصير تاركاً لطواف الصدر مؤخراً لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق ) بين أبي حنيفة وصاحبيه ( وبتأخير الآخر ) وهو طواف الزيارة ( على الخلاف ) بين أبي حنيفة وصاحبيه ، فإنه يجب دمان عنده ودم واحـــد عندهما ( إلا انه يؤمر بإعادة طواف الصدر ما دام بمكة ، ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ) أي عند قوله – ترك طواف الصدر أو أربعة أشواط فعليه شاة – إلى قوله – وما دام بمكة يؤمر بالإعادة – .

ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء حـــل ، فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليـه ، أما إعادة الطواف فلتمكن النقص فيـه بسبب الحدث ، وأما السعي فلأنه تبـــع للطواف ، وإذا أعادهما لا شيء عليه لارتفاع النقصان ، وإن رجع إلى أهله قبل أن يعيد فعليـــه دم لترك الطهارة فيه ، ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن إذ النقصان يسير ، وليس عليـــه في السعي شيء ، لأنه أتى بـه على أثر طواف معتد به ، وكـذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيـح ،

---

( ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء حل ) أي حلق أو قصر ( فما دام بمكة يعيدهما) أي يعيد الطواف والسعى جميعاً ( ولا شيء عليه ) بعد الإعادة ( أمـا إعادة الطواف فلتمكن النقصان فيه بسبب الحدث ، وأما السعى ) أي وأما اعادة السعى بين الصفا والمروة ( فلأنه ) أي فلأن السعى ( تبـع للطواف ، فاذا اعادهما فلا شيء عليـــه لارتفاع النقصان ، فان رجع إلى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه، ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل بأداء الركن ) وهو الطواف والسعى ( إذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء ) قال الـكاكي رحمه الله قوله – ليس عليه – معطوف على قوله – فعليه دم لترك الطهارة – وهذا جواب سؤال ، وهو أن يقال لما قام الدم مقام الطواف عند الرجوع إلى أصله صار كأنه أعاد الطواف ، ولو أعاده لا يجب عليه إعادة السعي ولما لم يعد السعى وجب الدم ، كما إذا أعـــاد الطواف ولم يعد السعى على رواية التمرتاشي وقاضي خان وغيرها ، فأجاب عن السؤال في الفوائد الظهيرية فقال إنما لزمه دم لعدم إعادة السعي، لأن بالإعادة ارتفع المؤدى فبقى السعي قبل الطواف فلا يقع الإعتداد فيلزم الدم ، بخـلاف ما إذا لم يعد الطواف وأراق الدم حيث لا يرتفع المؤدى .

( لأنه أتى به على أثر طواف معتد به ، وكذا إذا أعاد الطواف ولم يعد السعي ) أي لا شيء عليه ( في الصحيح ) من الرواية ،واحترز به عما ذكره في جامع التمرتاشي وقاضي

ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام ، لأن السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ، ومن أفاض قبل الإمام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي « رح » لا شيء عليه ، لأن الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الإطالة شيء

---

خان وغيرهما انه لو أعاد الطواف ولم يعد السعي كان عليه دم واختار المصنف وشمس الائمة السرخسي والمحبوبي أن لا شيء عليه ، لأن الطهارة ليست بشرط للسعي ، وإن كانت شرطاً للطواف لاختصاصه بالبيت واعتباره بالصلاة من وجه لما جاء في الحديث ، وإنما الشرط في السعي أن يأتي به على أثر طواف معتد به وطواف المحدث معتد به ، ألا ترى أنه تحلل به .

( ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام ، لأن السعي من الواجبات عندنا ) وعند الشافعي ركن ، وعندنا واجب ( فيلزم بتركه دم دون الفساد ) لأن كل نسك ليس بركن فالدم يقوم مقامه كالرمي. قوله دون الفساد احترازاً عن قول مالك وأحمد فإن السعي ركن عندهما فيلزم الفساد بتركه .

( ومن أفاض قبل الامام ) أي قبل غروب الشمس . قال الاترازي وإنما قدر بقبل غروب الشمس لأنه إذا غربت الشمس وأبطأ الامام بالدفع يجوز للناس الدفع قبل الامام، لأن وقت الدفع قد دخل ، وإذا تأخر الامام فقد ترك السنة فلا يجوز للناس تركها، وبه صرح في شرح مختصر الكرخي ودفع قبل الإمام ( من عرفات فعليه دم ، وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه ، لأن الركن أصل الوقوف ، فلا يلزم بترك الاطالة شيء ) أي الاطالة إلى جزء من الليل وهذا المذكور هو أحد قولي الشافعي رحمه الله ، وفي قوله الآخر يجب الدم كقولنا ، وبه قال أحمد ومالك إن لم يجمع بين الليل والنهار في الوقوف لايكون مدركاً له إذا أدراك النهار ، كذا ذكره الكاكي عنه والجمع بين الليل والنهار ليس بشرط عنده ، بل يكفي جزء من الليل لا النهار ، وقال السروجي لم يقل مالك رحمه الله باشتراط الوقوف في شيء من النهار ، وإنما ركن الوقوف عنده وقوف لحظة من الليل دون النهار ، وعند غيره من الفقهاء الركن منه في جزء من ليل أو نهار .

ولنـــا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجب لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم ، بخلاف ما إذا وقف ليلاً لأن استدامة الوقوف على من وقف نهاراً لا ليلاً

---

( ولنا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجب لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( فادفعوا بعد غروب الشمس ) هذا حديث غريب ، وذكر الاترازي رحمه الله هذا الحديث ولم يذكر من حاله شيئاً ، وأمر بالدفع في الافاضة من عرفات ، وكان ينبغي أن يستدل في هذا بما في حديث جابر الطويل رحمه الله ، فلم يزل عليـــه الصلاة والسلام واقفاً حتى غربت الشمس ، وروى أبو داود والترمذي وابن ماجة عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام أفاض منها حـــين غربت الشمس ، ورواة نسك رسول الله ﷺ أجمعوا على أنه أفاض من عرفات بعد غروب الشمس ، فعلم أن الاستدامة في الوقوف إلى جزء من الليل واجبة ، فلزمه بتركه ، وهو معنى قوله :

( فيجب بتركه الدم ) قيل إذا وقف ليــلا ولم يقف بالنهار لا يلزمه شيء بالاتفاق ، فأولى أن لا يلزمه شيء إذا وقف نهاراً ولم يقف ليلا ، لأن الوقوف بالنهار أصل وبالليل تبـع ، وأجيب بأن الوقوف المعتد به ركناً بأن الوقوف بالنهـــار أو بالليل ، إلا ان الواجب هو الوقوف بجزء من الليل لا محالة ، ثم إذا وقف بالنهار دون جزء من الليل أتى بالركن دون الواجب ، فلزمه دم ، وإذا وقف بالليل دون النهار لم يجب عليه شيء ، لأن الجزء الأول من وقوفه اعتبر ركناً ، والجزء الثـــاني اعتبر واجبا ، فلما أتى بالركن والواجب لم يلزمه شيء .

( بخلاف ما إذا وقف ليلا ، لأن استدامة الوقوف على من وقف نهاراً لا ليــلا ) أي بالاجماع ، وهذا متصل بقوله روينا أن الاستدامة إلى غروب الشمس واجبة — قيل قوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة ليلا أو نهاراً فقد ادرك الحج يقتضى أن لا تكون الاستدامة شرطاً لا في الليل ولا في النهار ، فكيف جعلتم شرطاً في النهـار دون الليل . وأجيب بترك ظاهر الحديث في حق النهار بقوله عليه الصلاة والسلام فادفعوا بعد غروب الشمس فبقى الليل على ظاهره ، هـــذا أورد الأكمل في شرحه وأعجبني منه كيف يجب

فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية ، لأن المتروك لا يصير مستدركاً واختلفوا فيما إذا عاد قبل الغروب ، ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم ، لأنه من الواجبات. ومن ترك رمي الجمار في الأيام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد ، لأن الجنس متحد كما في الحلق

---

بهذا الجواب ، إلا أن الحديث الصحيح كيف يترك ظاهره بحديث لا يعرف دلالة أصله عند المحدثين .

( فإن عاد إلى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية، لأن المتروك لا يصير مستدركاً )احترازاً بظاهر الرواية عما روى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله ، وعن ما ذكر الحسن بن زياد رحمه الله في مناسكه أنه يسقط ، لأنه استدرك ما فاته ، فإن الواجب عليه الافاضة بعد غروب الشمس ، وقد أتى به فيسقط عنه الدم، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ، وفي شرح القدوري وهو الصحيح .

( واختلفوا ) أي العلماء الثلاثة وزفر ( فيما إذا عاد قبل غروب الشمس ) فعند زفر رحمه الله لا يسقط ، وعند الثلاثة يسقط ، وبه قال الشافعي واحمد ( ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم ، لأنه ) أي لأن الوقوف بمزدلفة ( من الواجبات ) عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله نفس الوقوف سنة ، والمبيت بمزدلفة واجب ، واستثنى من هذا من جاوزها ليلا عن علة أو ضعف أو خاف الزحام فلا شيء عليه ، وقد مرت المسألة .

( ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها ) وهي الايام الاربعة آخرها آخر ايام التشريق ( فعليه دم لتحقق ترك الواجب ، ويكفيه دم واحد ) يعني في ترك السبعين حصاة كلها ( لأن الجنس متحد ) أي جنس المتروك واحد ، وفي قول الشافعي رحمه الله يجب عليه دمان لما أن رمي يوم النحر منفرد بنفسه ، ورمي أيام التشريق شيء واحد ،والأصح انه يجب اربعة ، وما ذكره في شرح الوجيز ( كما في الحلق ) أي في حلق الرأس ، فإن حلق ربعه في غير اوانه يوجب الدم ، ثم حلق جميعه لا يوجب إلا دماً واحداً ، كذا في

والترك إنمـــا يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي لأنه لم يعرف قربة إلا فيها ، وما دامت الأيام باقيـــة فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ثم بتأخيرها عنه يجب الدم عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما . وإن ترك رمي يوم فعليه دم لأنه نسك تام . ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث فعليه الصدقة ، لأن الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك أقل ،

---

المبسوط ( والترك ) أي ترك الرمي ( إنما يتحقق بغروب الشمس ) من أيام التشريق (من آخر أيام الرمي ) وهو اليوم الرابع ( لأنه ) أي لأن الرمي ( لم يعرف قربة إلا فيهـا ) أي في هذه الايام يعني معنى القربة غير معقول فيه ، وإنما عرفناه قربة لا يفعـله عليه الصلاة والسلام في هذه الايام فلا يكون قربة في رميها كما لا يكون قربة في اراقة الدم في غير ايام النحر .

( وما دامت الايام باقية ، فالإعادة ممكنة فيرميها على التأليف ) يعني على الترتيب وبه قال الشافعي رحمه الله في قول . وفي قول يسقط رمي كل يوم يمضي ، لأنه فات عن وقته ( ثم بتأخيرها ) أي بتأخير الجمرات ( عنـــه ) أي عن أيامها ( يجب الدم عند أبي حنيفة رحمه الله ، خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمـــد رحمهما الله ، فإن عندهما لا دم عليه .

( وإن ترك رمى يوم واحد فعليه دم ، لانه نسك تام ) قيل انه مخير في اليوم الثالث بين النفر وبين الإقامة تمضى ، أي كونه متطوعاً ، فكيف يجب بتركه الدم ، واجيب بأن التخيير قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع ، فأما بعد طلوعه وجب عليه الاقامة ، ويجب بتركه الدم كالتطوع إذا تركه بعد الشروع .

( ومن ترك رمي إحدى الجمار الثلاث من يوم واحد ، فعليه الصدقة ) يعني إذا ترك من يوم واحد ، لان الجمار الثلاث من يوم واحد نسك واحـــد ، وهو معني قوله ( لان الكل في هذا اليوم نسك واحد ، فـكان المتروك أقل ) وهو سبـع حصيات ، فتجب

إلا أن يكون المتروك أكثر من النصف ، فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الأكثر ، وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم ، لأنه ترك كل وظيفة هذا اليوم رمياً ، وكذا إذا ترك الأكثر منها ، وإن ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثاً تصدق لكل حصاة نصف صاع ، إلا أن يبلغ دماً فينقص ما شاء ، لأن المتروك هو الأقـــل فتكفيه الصدقـة ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة « رح » ، وكذا إذا أخر طواف الزيارة . وقالا لا شيء عليه في الوجهين ،

---

صدقة لكل حصاة نصف صاع من بر ( إلا ان يكون المتروك اكثر من النصف ) هـذا استثناء من قوله – قوله عليه الصلاة والسلام فعليه الصدقة– يعني إذا ترك اكثر من الجمار الثلاث ، فان رمى ثمان حصيات ، وترك ثلاث عشرة حصاة ( فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر ) منها .

( وإن ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه ترك كل وظيفة ) يوم النحر من حيث الرمي ، وإنما قيد بقوله – رمياً – احترازاً عن الوارد عليه إذا لم يقل كذلك بأن يقال كيف قلت إن رمي جمرة العقبة كل وظيفة ( هـــذا اليوم ) والذبح والحلق والطواف أيضاً من وظائف هذا اليوم ، فلما قال ( رميـــاً ) خرجت الاشياء المذكورة ( وكذا إذا ترك الاكثر منها ) أي يجب عليه الدم ايضاً إذا ترك الاكثر من جمرة العقبة ( وان ترك منها حصاة أو حصاتين أو ثلاثاً ) أي ثلاث حصيات ( تصدق لكل حصاة نصف صاع ، إلا ان يبلغ دماً ) استثناء من قوله تصدق لكل حصاة نصف صاع ، يعني إذا بلغ قيمة ما تصدق لكل حصاة قيمة الدم ( فينقص ما شاء ) يعني ينقص من الدم ما شاء حتى لا تلزمه التسوية بين الأقل والأكثر ( لأن المتروك هو الأقل ، فتكفيه الصدقة . ومن أخر الحلق حتى مضت أيام النحر فعليه دم عند أبي حنيفة رحمه الله، وكذا إذا أخر طواف الزيارة . وقالا لا شيء عليه في الوجهين ) أي في تأخير الحلق وتأخـــير طواف

**وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبــل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح . لهما أن ما فات مستدرك بالقضاء**

---

الزيارة ، والأصل في هـــذا أن تأخير النسك هل يوجب الدم أم لا ، فعند أبي حنيفة يوجب ، وعندهما لا .

( وكذا الخلاف ) أي بين أبي حنيفة وصاحبيه ( في تأخير الرمي ) بأن أخر رمي جمرة العقبة في اليوم الأول إلى الثاني، وكذا إذا أخر رمي الجمار من اليوم الثاني أو الثالث إلى الرابـع ( وفي تقديم نسك على نسك ) أي وكذا الخلاف بينهم في تقـــديم نسك على نسك ( كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح ) بيانه حلق المفرد بالحج أو القارن أو المتمتع قبل الرمي وذبح القارن أو المتمتع قبل الرمي والذبح ، بخلاف ما إذا ذبح المفرد قبل الرمي أو حلق قبل الذبح حيث لا يجب عليه شيء، لأن النسك لا يتحقق في حقه ، لأن المفرد يذبح إن أحب ، ولا يجب عليه .

واعلم أنه يفعل في يوم النحر أربعة أشياء ، الرمي والنحر والحلق والطواف ، وهذا الترتيب واجب أم لا اختلف العلماء فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله في وجـه ومالك واحمد رحمهما الله واجب ، وعلى قول آخر للشافعي رحمه الله مستحب ، أمـــا لو قدم الحلق على النحر جاز ، ولا يجب شيء عنده قولاً واحداً ، وكذا عندهما، ولو قدمه على الرمي لزمه دم عند الشافعي وعند مالك . وقال احمد لو قدم كل واحـد على الآخر ساهياً أو جاهلاً لا شيء عليـــه ، وإن كان عامـــداً ففي وجوب الدم روايتان ، وعند أبي حنيفة التقديم والتأخير يوجب الدم ساهياً أو جاهـلا ، وبه قال زفر ومالك وعند أبي يوسف ومحمد رحمهم الله لا شيء في التقديم والتأخير ، وإنمـا يجب في حق قول القارن قبل الذبح دم باعتبار الحلق في أوانه جناية على إحرامه، لا باعتبار التقديم والتأخير وقولهما أصح قولي الشافعي .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( أن ما فات يستدرك بالقضاء ) أي بالاتفاق

ولا يجب مع القضاء شيء آخر ، وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انـــه قال من قدم نسكاً على نسك فعليه دم ولأن التأخير عن المكان يوجب الدم فيمـا هو موقت بالمكان كالإحرام ، فكذا التأخير على الزمان فيما هو موقت بالزمان ،

---

( ولا يجب مع القضاء شيء آخر ، وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( حديث ابن مسعود رحمه الله انه قال من قدم نسكاً على نسك فعليه دم ) هكذا هو الغـــالب في النسخ ابن مسعود ، وفي بعضها ابن عباس رحمـــه الله وهو الأصح ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا سلام بن مطيـع أبو الاحوص عن ابراهيم بن مهاجر عن مجاهد عن ابن عباس قال من قدم نسكاً في حجه أو أخره فليهدي لذلك دماً ، وقال الشيخ في الإمام وابراهيم بن مهاجر ضعيف ، وأخرج عن سعيد بن جبير وابراهيم النخعي وجابر بن زيد أبي الشعثاء نحو ذلك .

( ولأن التأخير عن المكان ) كالتجاوز على الميقات بغير إحرام ( يوجب الدم بالإجماع فيما هو موقت بالمكان كالإحرام ) فإنه موقت بميقات ( وكذا التأخير عن الزمـان فيما هو موقت بالزمان ) قوله لأن التأخير جواب عن قولهما ، يعني القياس كما قالا أن لا يجب شيء مع القضاء إلا أنا تركناه استدلالاً بتأخير الإحرام عن الميقات ، والقياس ترك بدلالة النص ، كذا في المبسوط .

فإن قلت معهما أيضاً قياس على سائر ما يستدرك من العبادات بالنص ، فكان قياساً في خير التعارض . قلت إن قياساً يرجح بالاحتياط ، فإن فيـــه الخروج عن العهدة بيقين .

فإن قلت ثبت في الصحيحين عن عبدالله بن عمرو بن العـاص رضى الله عنه أنه ﷺ وقف للناس بمنى يسألونه ، فجاء رجل وقال نحرت قبل الرمي فقال عليه الصلاة والسلام افعـل ولا حرج ، فما سئل ﷺ أن من قدم أو أخر ، لأنـــه قال أفعل ولاحرج ، وهذا دليل واضح على أن لا شيء في التقديم والتأخـير ، قلت انه متروك الظاهر ، لأنه لا يدل على القضاء أيضاً ، ويجوز أن تكون المسائل مفرداً وتقـــديم الذبح على الرمي

فإن حلق في أيام النحر في غير الحرم فعليه دم . ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا شيء عليه . قال « رض» ذكر في الجامع الصغير قول أبي يوسف « رح » في المعتمر ولم يذكره في الحاج ، وقيل هو بالاتفاق ،

---

لا يوجب عليه شيئاً . وفي المستصفى كان هذا في ابتداء الأسلام حين لم تستقر افعال المناسك دل عليه أنه عليه الصلاة والسلام سئل في ذلك الوقت سعيت قبل ان أطوف فقال افعل ولا حرج ، وذلك لا يجوز بالاجماع ، واليوم لا يفتى بمثله ، ولأن نفى الحرج لا يقتضى انتفاء الكفارة كما لو تطيب أو حال من عدد .

( وإن حلق في أيام النحر في غير الحرم عليه دم ) يعني إن حلق الحاج لا للحل في أيام النحر خارج الحرم يجب عليه دم، ولم يذله في هذه المسألة خلافه أبي يوسف في الجامع الصغير ، فلأجل هذا قال بعض المشايخ يجب عليه الدم في هذه المسألة باتفاق. وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير الأصح انه على الاختلاف، يعني لا شيء عليه عند أبي يوسف كما لا شيء عليه عنده إذا حلق المعتمر خارج الحرم،خلافاً لهما ، وأثبت الخلاف في المنظومة والمختلف في الحج والعمرة جميعاً ، وهذا الخلاف مبني على أصل ، وهو أن الحلق عند أبي حنيفة رحمه الله يوقت بالزمان دون المكان، حتى إذا حلق بعد أيام النحر في الحرم يجب عليه الدم عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ، خلافاً لأبي يوسف ومحمد ، وإذا حلق خارج الحرم في أيام النحر يجب عليه الدم عند ابي حنيفة ومحمد وزفر خلافاً لأبي يوسف ، ولكن يتحلل في هذه الصورة بالاتفاق .

( ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد رضى الله عنهما ) لتأخيره عن مكانه كما يلزمه الدم بتأخيره عن وقته ( وقال ابو يوسف رحمه الله لا شيء عليه قال ذكر في الجامع الصغير ) أي قال المصنف رحمة الله ذكر ، أي محمد رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله في الجامع الصغير ( في المعتمر أنه لا شيء عليه ، وفي الجامع ) إذا حلق خارج الحرم ( وقيل هو بالاتفاق ) أى قبل وجوب الدم في الحج بالاتفاق إذا حلق

لأن السنة جرت في الحج بالحلق بمنى ، وهو من الحرم ، والأصح أنــه على الخلاف،هو يقول الحلق غير مختص بالحرم ، لان النبي عليه السلام وأصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم . ولهما أن الحلق لما جعل محللاً صار كالسلام في آخر الصلاة فإنـه من واجباتها وإن كان محللاً . فإذا صــار نسكاً اختص بالحرم كالذبح و بعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه ، فالحاصل أن الحلق يتوقت بالزمان والمكان ،

---

خارج الحرم ، ولا خلاف فيه لأبي يوسف ( لأن السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم ) فبتركه يلزمه الجبر .

( والأصح انه على الخــلاف ) عندهما يجب الدم ، وعند أبي يوسف « رح » لا يجب ( هو يقول ) أي أبو يوسف يقول ( الحلق غير مختص بالحرم ، لأن النبي ﷺ واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ) هــذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم قال خرج النبي ﷺ زمن الحديبية في بضع عشر مائةمن الصحابة... الحديث وفيه فأمرهم بالحلق فحلقوا في الحديبية وهي خارج الحرم، والحديبية تصغير حدبا اسم موضع قريب من مكة .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله ( أن الحلق لما جعــل محللا ) بكسر اللام ( صار كالسلام في آخر الصلاة وانه ) محلل ، ومع هذا هو واجب،ولهذا لو تركه ساهياً يجب سجود السهو وانه ( من واجباتها ) أي فإن السلام من واجبات الصلاة ( وإن كان محللا ) واصل بما قبله .

( وإذا صار نسكاً اختص بالحرم ) أي عبادة اختص بالحرم ، لأنه غير معقول المعنى فيختص بالحرم ، وبه قال مالك واحمــد رحمهما الله في رواية ( كالذبح ) حيث يختص بالحرم ( وبعض الحديبية من الحرم ) هذا جواب عن تمسك أبي يوسف رحمه الله بالحديبية المذكور ، وبه قال الشافعي رحمــه الله في الأظهر ( فلعلهم حلقوا فيه ) أي في الحرم الذي هو من الحديبيه ( فالحاصل أن الحلق موقت بالزمــان والمكان ) عند أبي حنيفة

وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم ، أما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالإجماع ، لأن أصل العمرة لا يتوقف به ، بخلاف المكان ، لأنه موقت به . قال فإن لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعاً ، معناه إذا خرج المعتمر ثم عاد ،

---

لا يتوقف بهما وعند محمد رحمه الله يتوقت بالمكان دون الزمان ، وعند زفر رحمه الله يتوقف بالزمان دون المكان قد مر الكلام فيه آنفاً .

( وهذا الخلاف المذكور في التوقيت في حق التضمين بالدم أما لا يتوقف في حق التحلل ) بالزمان وبالمكان ، وإن الكلام في وجوب الدم عند من يقول بالتوقيت يجب الدم بتركه ( بالاتفاق ) لكونه معتداً به بالاتفاق ( والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع ) لنفس العمرة ، حيث لا يتوقف بالزمان .

فإن قلت في أيام النحر مكروهة فكانت موقتة ، قلت كراهيتها فيها ليست من حيث انها موقتة به ، بل باعتبار أنه مشغول بأفعال الحج فيها ، فلو اعتمر فيها ربما أخل بشيء من أفعال الحج ، فكرهت لذلك .

( لأن أصل العمرة لا تتوقت به ) أي بالزمان ، وأصل العمرة الطواف والسعي ، فلا يتوقت بالزمان بالاجماع ( بخلاف المكان ، لأنه موقت به ) أي بخلاف مكان العمرة، فإن اصلها موقت به ، وهو الحرم ، فكذا يتوقت ما يترتب عليه وهو الحلق والتقصير ،حتى لو حلق خارج الحرم للعمرة فعليه دم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، كما في الحج . وعند أبي يوسف رحمه الله لا شيء عليه كذا في المبسوط .

( فإن لم يقصر حتى رجع وقصر لا شيء عليه في قولهم جميعاً ) وفي اكثر النسخ قال فان لم يقصر ، أي قال محمد في الجامع الصغير فان لم يحلق المعتمر حتى عاد إلى الحرم فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة وصاحبيه جميعاً ، لأنه بدل المتروك في مكان ( معناه ) أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير معنى حكم المسألة ( إذا خرج المعتمر ثم عاد) ذكر

لأنه أتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانة ، فإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة « رح » دم بالحلق في غـــير أوانه ، لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق ، وعندهما يجب عليه دم واحد ، وهو الأول ، ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما قلنا .

---

العود إلى الحرم من خواص الجامع الصغير ( لأنه ) أي لأن المعتمر ( أتى به ) أي بالتقصير أو الحلق ( في مكانه فلا يلزمه ضمانة وإن حلق القارن قبل أن يذبح فعليه دمان عند أبي حنيفة دم بالحلق ) أي بسبب الحلق ( في غير أوانه ، لأن أوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح ) أي بسبب تأخير الذبح ( عن الحلق وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد ( يجب عليه دم واحد ، وهو الاول ) وهو دم القران ، لأنه الواجب أولاً بحكم القران ، لكن لفظه يوهم أنه أراد به الدم الواجب بالحلق في غير أوانه .

(ولا يجب بسبب التأخير شيء على ما بينا ) وفي بعض النسخ على ما قلنا ، وأشار به إلى ما قال ، قيل هذا إنما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر ، وقال الاكمل رحمه الله على هذا تقرير المسألة على ما عليه أصل رواية الجامع الصغير ، فإن محمداً رحمه الله قال فيه في القارن حلق قبل أن يذبح فعليه دمان ، دم القران ودم آخر ، لأنه حلق قبل أن يذبح ، يعني على قول أبي حنيفة رحمه الله ، هذا ما ذكره المصنف رحمه الله غير مطابق له ، لأنه قال دم الحلق في غير أوانه ، لأنه بعد الذبح ، ودم بتأخير الذبح عن الحلق ، وهذا كما ترى يشير إلى أنهما دما جناية ، ولم يذكر دم القران . وقال وعندهما عليه دم واحد وهو الأول ، يعني الذي يجب بالحلق من غـــير رواية ، لأنه لم يذكر أولاً إلا سوى ، ولم يذكر أيضاً دم القران ، ومع عدم مطابقته فهو متقاصر لقوله قبل هذا .

وقالا لا شيء عليه في الوجهين جميعاً ، إلى أن قال والحلق قبل الذبح على هذا كان الحق ان يقول فعليه دمان عند أبي حنيفة رحمه الله دم بالقران ودم بتأخر الذبح ، فكأنه سهو وقع منه أو من الكاتب ولا يجب في السهو على الإنسان انتهى . قلت هذا الذي ذكره أوجه من قول الاترازي ، وقد حط صاحب الهداية لأنه جعل الدمين ها هنا جميعاً للجناية

## فصـــل

## اعلم أن صيد البر محرم على المحرم ، وصيد البحر حلال لقوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم ﴾ ... الآية ٩٦ المائدة .

---

وجعل في باب القران أحدهما للنسك ، والآخر للجناية ، انتهى . قلت يحتمل ان يكون المصنف ذكرها هنا عادة بعض المشايخ ، وهو أن دم القران واجب إجماعـاً ، ودم آخر بسبب الجناية على الإحرام ، لأن الحلق لا يجوز إلا بعد الذبح ، وهذا واجب أيضاً إجماعاً ودم آخر عند أبي حنيفة « رح » بسبب تأخير الذبح عن الحلق .

فان قيل على ما ذكره محمد رحمه الله انه يجب عليه ثلاثة دماء ، إلا أن جنـاية القارن مضمونة بالدمين ، قيل له إنما يجب على المفرد فيه دم ، فعلى القارن دمان ، ولو قدم المفرد الحلق على الذبح لم يجب عليه شيء ، فلا يضاعف على القارن .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل ، فلا يعرب إلا بهذا التقدير ، وهذا الفصل في بيان الجناية على الصيد ولما كان هذا نوعاً خاصاً من انواع الجنايات ذكره في فصل على حدة .

( إعلم أن صيد البر محرم على المحرم ، وصيد البحر حلال لقوله تعالى ﴿ أحـــل لـكم صيد البحر وطعامه متاعاً لـكم ﴾ ... الآية ٩٦ المائدة ) صيد البر كله حرام على المحرم سواء كان مملوكاً أو مباحاً ، وسواء كان مأكول اللحم أو غيرة لعموم اسم الصيد إلا مـا أباح الشرع قتله من الفواسق الخمس وما في معناها ، فلا شيء بقتلها ، وكذا إذا قتـــل الصيد ذاباً عن نفسه إذا صال عليه لا يجب عليه شيء ، بخلاف الجمل إذا صال فقتله حيث تجب عليه قيمته . وعن أبي يوسف والشافعي لا يضمن ، وإذا قتل إنساناً حمل عليـــه بسلاح ذاباً عن نفسه فلا شيء عليـــه بالاجماع ، قوله — وطعامه — أي ما يطعم منه كالسمك . قوله — متاعاً لـكم — نصب على أنه مفعول له ، أي تمتعاً لـكم ، لكونه طرياً وللسيارة بين ودونه قديداً . قوله — ما دمتم حرما — أي محرمين .

وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر ، وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء ، والصيد هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة ، واستثنى رسول الله ﷺ الخمس الفواسق ، وهي الكلب العقور والذئب والحدأة

---

( وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر ) أي مقامه ، وهو اسم مكان من ثوى يثوي ثوا وثويا إذا قام ، والمعتبر المتوالد ، لأنه الأصل ، وفي البدائع الطيور كلها في صيد البر وما توالده في البر ، وما يأوى في البحر من صيد البر ، وما يتوالد في البحر ويأوى في البر كالضفدع من صيد البر .

( وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء ) ولا فرق بين حيوان البحر الملحوبين الانهار والعيون ، ثم الحيوان الذي يعيش في الماء على ثلاثة أنواع ، أحدهما ما لا يعيش إلا في الماء وهو السمك ، وهذا لا جزاء فيه بلا خلاف ، وقال الكرماني رحمه الله في مناسكه الذي يرخص للمحرم من صيد البحر السمك خاصة ، لأنه هو الصيد الحلال عندنا ، ولا نأخذ ما سواه ، وكذا في خزانة الاكمل ، والثاني : ما يعيش في الماء وغيره إلا انه اكثر مأواه كالسرطان والسلحفاة البحرية والضفدع لا شيء فيها . وعن عطاء فيها الجزاء . والثالث : ما تكون إقامته في البر ومعاشه وكسبه في الماء كالطيور ففيها الجزاء ، وقال الشافعي على ما ذكره النووي صيد البحر ما لا يعيش إلا في البحر ، وما يعيش فيهما حرام كالمتولد من مأكول وغيره الطيور المائية التي تعرض في الماء وتخرج منه محرمة ، وقال مالك رحمة الله عليه في قتل طير الماء الجزاء .

( والصيد هو الممتنع المتوحش في أصل الخلقة ) قيد بالممتنع احترازاً عن الدجاج والبط الأهلي ، وقيد بالمتوحش في أصل الخلقة ليدخل الحمام المسرول ، ويخرج البعير المتوحش ، فإنه لا يدخل في حكم الصيد ولا يثبت له ، لأنه عارض إلا في حق الزكاة للضرورة ، وأما البط الذي يطير في الهواء جنس آخر ، وهو من جملة الطيور ، كذا في الايضاح ، وقال مالك رحمه الله لا جزاء في المستأنس كالحمام المسرول والطيب لخروجه من الامتناع .

(واستثنى رسول الله ﷺ الخمس الفواسق ، وهم الكلب العقور والذئب والحدأة

والغراب والحية والعقرب ) روى البخاري ومسلم عن مالك عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ خمس من الدواب ليس على المحرم في قتلهن جناح ، العقرب والفأرة والكلب العقور والحدأة ، وليس في هذه الرواية من الذئب ولا الحية . وفي رواية لمسلم ذكر الخمسة ، وفيها الذئب ، ففي رواية الدارقطني في سننه عن حجاج عن أرطأة عن وبرة ابن عبد الرحمن قال سمعت ابن عمر يقول أمر رسول الله ﷺ بقتل الذئب والفأرة والحدأة والغراب ، والحجاج لا يحتج به .

قوله – واستثنى رسول الله ﷺ – ليس فيه حقيقة الاستثناء لأنه لا يتصور ، وإنما معناه بين رسول الله ﷺ عدم دخول الخمس الفواسق في الآية الكريمة المذكورة ، وما جاز قتل هذه الخمسة بالحديث خرجت عن حكم حرمة قتل الصيد استعار لفظ الاستثناء لوجود معناه ، وإن لم توجد صورته . والخمس منصوب بلفظ استثنى ، والفواسق بالنصب أيضاً صفة ، وهو جمع فاسقة ، وسميت فواسق بطريق الاستعارة لخبثهن ، وقيل لخروجهن عن الحرمة ، والفسق الخروج من الاستقامة ، ومنه قيل للعاصي فاسق لخروجه عما أمر به ، وقيل سميت فواسق لإرادة تحريم أكلها لقوله تعالى ﴿ذلكم فسق﴾ بعدما ذكر ماحرم من الميتة والدم ، وقيل لخروجهن عن السلامة منهن إلى الاذى ، وقيل لخروجهن عن الانتفاع بهن ، ثم تخصيص الخمس بالذكر لا ينافي ما أداها فيا هو في معناهن ، ألا ترى إلى ما روى الحسن عن مسلم عن سعيد بن أبي وقاص رضى الله عنه قال أمر النبي ﷺ بقتل الوزغ ، وسماه فويسقا .

وعن أم شريك رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل الاوزاغ ، رواه البخاري ومسلم ، وروى أبو سعيد الخدري رضى الله عنه عن النبي ﷺ قال يقتل المحرم السبع العاري والكلب العقور والفأرة والعقرب والحدأة والغراب ، رواه الترمذي . وقال هذا حديث حسن رواه أبو داود ، وأيضاً فهذا فيه ستة ، والمذكور في الصحاح خمسة ، والذي ذكره المصنف ستة ، الأول الكلب العقور ، ذكر أبو عمر ان ابن عيينة قال الكلب العقور كل سبع يعقر ولم يخص به . وعن أبي هريرة رحمه الله الكلب العقور

الاسود ، وعن مالك رحمه الله هو كل ما عقر الناس وعدا عليهم مثل الاسد والنمر والفهد وأما ما كان من السباع لا يعد ومثل الضبع والثعلب وشبهها فلم يقتله المحرم ، وإن قتله فداه .

وزعم النووي رحمه الله أن العلماء اتفقوا على جواز قتل الكلب العقور للمحرم والحلال في الحل والحرم ، واختلفوا في المراد به فقيل هو الكلب المعروف ، حكاه عياض عن أبي حنيفة والاوزاعي والحسن بن جني وألحقوا به الذئب ، وحمل زفر الكلب على الذئب وحده ، وفي المبسوط والمراد به الكلب العقور الذئب ، وقيل الكلب والذئب واحد ، لأن الكلب المعروف أهلي ، وليس بصيد ولا يدخل الأسد وإن صح أنه عليه الصلاة والسلام سماه كلباً لتضمنه إبطال العذر ، قلت هذا قول ابن ندمى الحصر والصحيح ما ذكرنا أن التنصيص على عدد لا ينافى ما زاد عليه ، وقد ذكرت في شرح الكنز عن ابي حنيفة رحمه الله الكلب العقور وغيره والمستأنس والمتوحش منه سواء .

وقال أبو المعالي جمع الكلب أكلب وكلاب وكليب ، وهو جمع عزيز لا يكاد يوجد إلا قليلا نحو عبد وعبيد وجمع الأكلب أكالب ، وفي المحكم ويقال فى جمع كلاب كلابات وأكالب كالحامل جماعة الكلاب ، والكلبة الانثى ، وجمعها كلبات جمع مكسر . وفى المحيط والبدائع الكلب العقور شأنه الوثوب على الناس وغيرهم ابتداء ، وهذا المعنى موجود في الأسد والنمر والفهد ، بل أشد . فكان ورود النص في الكلب العقور قد ورد فيما ذكرناه ، ويدل على قوله عليه الصلاة والسلام السبع العادي في حديث الترمذي الذي ذكرناه .

الثاني : من الستة الذئب ، وقد ذكرنا ما فيه من الكلام ، ولكن الظاهر أنه هو الذئب غير الكلب وهو الذئب المعهود .

الثالث : الحداء بكسر الحاء وبعد الدال ألف ممدودة بعدها همزة مفتوحة ، وجمعها حدد مثل عنب وحداى ، كذا في الدستور ، وقال الجوهري رحمه الله حدأة ، وفي المطالع الحدأة لا يقال فيها إلا بكسر الحاء ، وقد جاء الحداء يعني بالفتح وهو جمع حدأة

فإنها مبتدئات بالأذى ، والمراد بـــه الغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن أبي يوسف « رح » .

---

وجاء الحديا على وزن الثريا ، ويجوز قتل الحدأة سواء كان للمحرم أو للحلال ، لأنهـــا تبتدىء بالأذى وتخطف اللحم من أيدي الناس . وروي عن مالك رحمـــه الله في الحدأة والغراب أنه لا يقتلها المحرم إلا أن يبتدئا بالأذى ، والمشهور من مذهبه خلافه .

الرابـــع : الغراب وقد ذكره المصنف على ما يجيء . وقال غيره الغراب الابقع الذي في ظهره وبطنه البياض ، والغراب الأورع والدرعي الاسود والأعصم الابيض الرجلين ، وروي المنع عن ذلك . وقال مجاهد « رح » يرمي التراب ولا يقتله ، وقـــال به قوم ، واحتجوا بحديث أبي سعيد الخدرى رحمه الله أن النبي ﷺ عما يقتل المحرم ، قال الحيـــة والعقرب والفويسقة ، ويرمي الغراب ولا يقتله . الحديث رواه ابن ماجة ، وقال أبو عمر رضى الله عنه ليس هذا مما يحتج به على حديث ابن عمر الذي مر ذكره .

الخامس : الحية .

السادس : العقرب ، وذكر أبو عمر عن حماد بن أبي سليمان والحكم أن المحرم لا يقتل الحية والعقرب ، رواه عنهما شعبة قال وحجتهما انهما من هوام الأرض . وقـــال القاضي لم يختلف في قتل الحية والعقرب . وقال أبو عمر لا خلاف عن مالك رحمـــه الله . وجمهور العلماء في قتل الحية والعقرب في الحل والحرم ، وكذلك الأفاعى ، ولا شيء في قتـــل الرتيلا وأم الاربعة والاربعين .

( فإنها مبتدئات بالأذى ) أي فإن الستة التي استثناها رسول الله ﷺ لانها مبتدئات بالأذى ، يعني أن يؤذين ابتداء من غـــير تعرض أحد اليهن والمؤذي يقتل ( والمراد به الغراب الذي يأكل الجيف هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ) يعني دون الغراب غراب الذرع والفقـــع . وفي السروجي أمر رسول الله ﷺ تقتل الحية في الحل والحرم ابدت جوهرها لحديث حية خانت آدم عليه السلام ، فأدخلت ابليس الحيـــة بين أيديها ، ولو كانت يروه لم يتركها رضوان خازن الجنة أن تدخله ، والفارة أبدت جوهرها بأن عمدت إلى حبال سفينة نوح عليه السلام فقطعتها ، والغراب ابدى جوهره حيث بعثه نوح عليه السلام نبي الله

قال وإذا قتل صيداً أو دل عليه من قتله فعليه الجزاء ، أما القتل فلقوله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء ﴾ ٩٦ المائدة الآية نص على إيجاب الجزاء ، وأما الدلالة ففيها خلاف الشافعي « رح » .

---

ﷺ ليأتيه بخبر الارض فترك أمره وأقبل على جيفة . والوزغة نفخت على نار ابراهيم ﷺ من بين سائر الدواب خلقت .

( قال وإن قتل المحرم ) وفي غالب النسخ قال وإذا قتل ، أي قال القدوري رحمه الله إذاقتل المحرم(صيداً أو دل عليه)أي على الصيد ( من قتله ) بأن قال في مكان ، كذا صيد فقتله المدلول عليه ( فعليه الجزاء ) أي فعلى الدال المحرم الجزاء ، سواء كان المدلول محرماً أو حلالاً ، وسيجيء تفسير الجزاء إن شاء الله تعالى .

( أما القتل فلقوله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ ٩٦ المائدة ) أي أما حكم القتل وهو وجوب الجزاء ( ﴿ ومن قتله منكم متعمد فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ الآية ٩٦ المائدة ) استدل على حرمة قتل المحرم الصيد بهاتين الآيتين الكريمتين إحداهما قوله تعالى ﴿ياأيهاالذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ وقد نهى الله تعالى عن قتل الصيد في حالة الإحرام ، والواو في قوله – وأنتم – للحال أي وانتم محرمون ، والحرم جمع حرام يعني محرم . وقال النووي والعراقي جمع محرم وليس بصحيح من جهة الصناعة ووقع الاجماع على تحريم قتل صيد البر على المحرم وتحريم اصطياده ، وكذا نقل النووي رحمه الله الاجماع عليه ، ويدل عليه الآية المذكورة والآية الثانية قوله عز وجل ﴿ ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ ٩٦ المائدة، أي فعله جزاء يماثل المقتول من النعم الوحشي ، ومثل الحيوان قيمة ، لان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى، فإذا تعذر ذلك حمل على المثل المعنوي ، وهو القيمة .

( نص على إيجاب الجزاء ) أي نص عز وجل على القاتل ( وأما الدلالة ) أي وأما حكم دلالة المحرم غيره على قتل الصيد ( ففيها خلاف الشافعي رحمه الله ) ومالك رضى الله

هو يقول الجزاء تعلق بالقتل ، والدلالة ليست بقتل ، فأشبهت دلالة الحلال حلالاً . ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضي الله عنه . وقال عطاء « رح » أجمع الناس على أن على الدال الجزاء ، ولأن الدلالة من محظورات الإحرام ، ولأنه تفويت الأمن على الصيد ، إذ هو أمن بتوحشه

---

عنه والقسمة العقلية فيها أربعة أقسام ، اما أن يكون الدال والمدلول حلالين أو محرمين، أو الدال حلالاً والمدلول محرماً ، أو بالعكس من ذلك . الاول ليس مما نحن فيه ، والثاني على كل واحد منهما جزاء عندنا . والثالث على المدلول الجزاء دون الدال ، وفي الرابع عكسه . وقال الشافعي رحمه الله لا شيء على الدال أصلاً .

( هو يقول ) أي الشافعي ( يقول الجزاء تعلق بالقتل، والدلالة ليست بقتل، فأشبهت دلالة الحلال حلالاً ) على صيد الحرم ، حيث لا يجب على الدال شيء ، لانه لا إيصال للدلالة بالمحل ، وهذا بخلاف المودع إذا دل سارقاً على الوديعة التي تحت يده يجب عليه ضمانها ، لانه التزم حفظها باثبات يده عليها .

( ولنا ما روينا من حديث أبي قتادة رضى الله عنه ) حديث أبي قتادة هذا تقدم في اول باب الاحرام عند قوله ولا يقتل صيداً لقوله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ﴾ ٩٥ المائدة ، ولا يشير اليه ولا يدل عليه ... الحديث عن أبي قتادة ومر الكلام فيه هناك ( وقال عطاء اجمع الناس على ان الدال الجزاء ) قال الـكاكي رحمه الله هو عطاء بن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضى الله عنهما . وقال مخرج الاحاديث هذا غريب وكأنه ابن أبي رباح صرح به في المبسوط وغيره، وذكر ابن قدامة في المغني عن علي وابن عباس رضى الله عنهما ، وقال الطحاوي رحمه الله هو مروي عن عدة من الصحابة ، ولم يرو عنهم خلافه، فكان إجماعاً .

( ولان الدلالة من محظورات الاحرام ، ولانه تفويت الامن عن الصيد إذ هو ) كلمة إذ للتعليل والضمير يرجع الى الصيد ( أمن ) من التعرض اليه ( بتوحشه ) أي بسبب

وتواريه ، فصار كالإتلاف ، ولان المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض ، فيضمن بترك ما التزمه كالمودع ، بخلاف الحلال ، لانه لا التزام من جهته على أن فيه الجزاء على ما روي عن أبي يوسف « رح » وزفر ، والدلالة الموجبة للجزاء أن لا يكون المدلول عالماً بمكان الصيد وأن يصدقه في الدلالة ، حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب .

---

توحشه أصل الوحشة خلاف الامن ، وقال ابن الاثير والوحشة الخلوة ، ومنه يقال مكان وحش إذا كان خالياً لا ساكن فيه ( وتواريه ) أي عن أعين الناس ، وبالدلالة يزول ذلك ( فصار كالاتلاف ) أي صار إزالة أمنه كاتلافه ( ولان المحرم بإحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه ) أي بسبب ترك ما التزمه بعدم التعرض اليه ( كالمودع ) إذا دل سارقاً على الوديعة ( بخلاف الحلال ، لانه لا التزام من جهته ) فلا يلزمه شيء .

فإن قلت كان ينبغي الجزاء على الحلال أيضاً إذا دل ، لانه ملتزم أيضاً لترك التعرض لصيد الحرم بالاسلام . قلت الاسلام ليس بكاف في ايجاب الضمان، بل التزم الامان بعقد خاص هو المعتبر ، ولهذا إذا دل الاجنبي بسرقة الوديعة إنساناً لا يجب على الاجنبي ضمان، وإن كان الاسلام موجوداً .

( على أن فيه الجزاء ) أي فيما إذا دل الحلال على صيد الحرم الجزاء ( على ما روي عن أبي يوسف وزفر ) ذكره في مختصر الكرخي ( والدلالة الموجبة للجزاء أن لايكون المدلول عالماً بمكان الصيد ، وأن يصدقه في الدلالة ) أي وأن يصدق المدلول الدال ليكون في معنى الإتلاف ( حتى لو كذبه ) أي حتى لو كذب المدلول الدال ( وصدق غيره ) أي غير الدال ( لا ضمان على المكذب ) بفتح الذال ، وفيه إشارة إلى أن الضمان على ذلك الغير إن كان محرماً ، وهاهنا شروط أخر لم يذكرها أن يتصل القتل بهذه الدلالة ، لان مجرد الدلالة لا يوجب شيئاً ، والثاني : أن يبقى الدال محرماً عند أخذه المدلول ، لان فعله إنما يقع جناية إذا بقي محرماً الى وقت الفعل ، والثالث : أن يأخذه المدلول قبل أن

ولو كان الدال حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا ، وسواء في ذلك العامد والناسي لأنه ضمان يعتمد وجوبه الإتلاف ، فأشبه غرامات الأموال والمبتدىء والعائد ، سواء

---

ينقلب ، فلو صدقه ولم يقتله حتى انقلبت ثم أخذه بعد ذلك ، فقتله لم يكن على الدال شيء ، لان ذلك بمنزلة جرح الاول .

( ولو كان الدال حلالاً في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا ) أشار إلى قوله ــ لانه لا التزام من جهته ( وسواء في ذلك ) أي سواء في الضمان (العامد والناسي ) سواء كانا قاتلين أو دالين،ولا خلاف للأئمة الاربعة إلا ما روي عن بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه أن في وجوب الضمان على الناسي قولين ، وكذلك في المخطىء ، وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا شيء على المخطىء ، وبه أخذ داود الاصبهاني وسالم والقاسم لظاهر قوله تعالى ﴿ ومن قتله منكم متعمداً ﴾ ٩٥ المائدة ، وروي عن سعيد بن جبير وأحمد كذلك ، وفي الخطأ روايتان .

( لانه ) أي لان الجزاء ( ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف ، فأشبه غرامات الاموال ) فإن غرامات الاموال يستوى العامد والناسي ، كالكفارة بقتل المسلم ، لانه تعالى حرم قتل الصيد تعمداً بقوله ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ ٩٥ المائدة ، وتقييده في الآية بالعمد ليس لأخذ الجزاء بل للوعيد المذكور في آخر الآية بقوله ﴿ ليذوق وبال أمره ﴾ وليس قتل العمد يدل على نفي الحكم عما عداه ، فجاز أن يثبت حكم النسيان بدليل آخر ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام الضبع صيد ، وفيه شاة من غير فصل بين عمد ونسيان ، وعن الزهري رحمه الله نزل الكتاب بالعمد ، ووردت السنة بالخطأ ، وهو مذهب عمر وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم وسعيد بن أبي وقاص رضى الله عنه .

( والمبتدىء ) هو الجاني أول مرة ( والعائد ) هو الجاني ثانياً ، إلا أن يكون المراد به العود بالقتل ( سواء ) أي مستويان في وجوب الضمان ، وقال ابن عباس رضى الله عنهما لا جزاء على العائد ، وبه قال داود وشرح ، ولكن يقال اذهب فينتقم الله منك ، فظاهر قوله تعالى ﴿ ومن عاد فينتقم الله منه ﴾ ٩٥ المائدة . قلنا إن ضمان إيجابه لا يختلف

لأن الموجب لا يختلف ، والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» أن يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه أو في أقرب المواضع منه إذا كان في بر

بالابتداء والعود بل جناية العائد أشد ، والمراد من الآية ومن عاد بعد العلم بالحرمة كما في آية الزنا ﴿ ومن عاد فاولئك أصحاب النار ﴾ ٢٧٥ البقرة ، أي ومن عاد إلى المباشرة بعد العلم بالحرمة ، كذا في مبسوط الاسبيجابي والكاكي.

( لأن الموجب لا يختلف ) أي لأن الموجب للضمان وهو الاتلاف لا يختلف بالابتداء والعود ، فيجب الجزاء في الحالين كالصيد المملوك ( والجزاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضى الله عنهما ) هذا شروع في تفسير الجزاء ، وهو عند أبي حنيفة وأبي يوسف ( أن يقوم الصيد ) أي يقوم من حيث نفس الصيد لا من حيث الصفة ، حتى لو قتل البازي المعلم فعليه قيمته غير معلم ، لأن كونه معلماً عارض لا مدخل له في الصيدية ( في المكان الذي قتل فيه ) أي قتل فيه إن كانت الصيدقيمة في ذلك المكان وإلا فيقوم في أقرب الاماكن الذي له قيمة فيه ، وهو معنى قوله ( أو في أقرب المواضع منه ) أي من المواضع الذي قتل فيه ( إذا كان في بر ) أى إذا كان القتل في برية ، ثم قتل الصيد على ضربين محرم ومباح ، فالمحرم قتله بغير سبب يبيحه ففيه الجزاء بالنص ، والمباح أنواع ، أحدها في حالة الاضطرار ، فيباح بلا خلاف ، ويضمن قيمته وجد غيره أو لم يجده ، كما إذا كان حال الغير في المخمصة .

وقال الاوزاعي لا ضمان في حالة الضرورة ، والثاني إذا صار عليه ولم يمكنه دفعه فلا شيء عليه . وقال زفر رحمه الله عليه الجزاء كالجمل الصائل ، ونقل أبو بكر من الحنابلة وجوب الجزاء عن أبي حنيفة رحمه الله ، واخطأ في نقل الثالث إذا خلص صيداً من سبع أو شبكة ، فتلف بذلك ، فلا شيء عليه ، وبه قال عطاء وهو رواية عن أحمد ، وعنه انه يضمن ، وهو قول قتادة . الرابع لو حفر بئر الماء أو تنور الطبخ ، فوقع في ذلك صيد ، فلا جزاء عليه ، ولو كان اصطياداً إلا إذا حفر للذئب أو للاصطياد الذي شرع بإباحة قتله ، فوقع فيه غيره ، فمات فلا جزاء عليه لعدم التعدي ، وكذا لو أرسل كلبه

فيقومه ذوا عدل ، ثم هو مخير في الفداء إن شاء ابتاع بها هدياً وذبحه إن بلغت هدياً ، وإن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير ، وإن شاء صام على ما نذكر . وقال محمد والشافعي « رح » تجب في الصيد النظير فيما له نظير ، ففي الظبي شاة ، وفي الضبع شاة ، وفي الأرنب عناق ، وفي اليربوع جفرة

---

على مؤذ فأخذ غيره لا يضمن ذكر ذلك الاسبيجابي .

( فيقومه ذوا عدل ) أي يقوم الصيد رجلان عدلان ممن لهم معرفة في قيمة الصيد ( ثم هو مخير ) أي ثم القاتل مخير ( في الفداء ) وفي بعض النسخ في الفدية ( إن شاء ابتاع بها هدياً وذبحه ) أي اشترى بها ، أي بالقيمة هدياً وذبحه ( إن بلغت هدياً ) أي قيمته قيمة ما يهدى به ( وإن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق به على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير ) فإن فعل هذا فهو بالخيار ( وإن شاء صام ) مكانه يوماً كاملاً ، وإن شاء تصدق به ، لان صوم نصف النهار لا يجوز ( على ما نذكر ) فيما يأتي إن شاء الله تعالى .

( وقال محمد والشافعي رضى الله عنهما تجب في الصيد النظير فيما له نظير ) أي يجب في قتل الصيد مثله فيما له مثل من حيث القيمة ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، ثم فسر النظير بقوله ( ففي الظبي شاة ، وفي الضبع شاة ، وفي الارنب عناق ) وهو الانثى من أولاد المعز ، وفي خزانة الاكمل عناق أو جدي ، وهو الذكر من أولاد المعز ، وهو دون الجذع ( وفي اليربوع جفرة ) وقال الرافعي رحمه الله يجب أن يكون المراد هاهنا بالجفرة ما دون العناق ، لأن الارنب خير من اليربوع ، فكيف يستوى في موجبها .

قلت ذكرتم في موجب الطير والحمام بإيجاب الشاة فيهما. وقال الاترازي رحمه الله اليربوع اسم حيوان من الحشرات فوق الجرذ والذكر والانثى فيه سواء ، وقال الجوهري

وفي النعامة بدنة ، وفي الحمار الوحش بقرة لقوله تعالى (فجزاء مثل ما قتـــل من النعم ) ٩٥ المائدة ، ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة ، لان القيمة لا تكون نعماً والصحابة رضي الله عنهم أوجبوا النظـير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والأرنب على ما بينا ،

---

رحمه الله الباء فيه زائدة لانه ليس في كلامهم بعلول وارض مربعة ذات يرابيع ، والجفرة بفتح الجيم وسكون الفاء الانثى من اولاد المعز .

( وفي النعامة بدنة ، وفي حمـــار الوحش بقرة ) وكذا في بقر الوحش بقرة ، وفي الثعلب الجزاء ، روى ذلك عن عطاء وقتادة ومالك والشافعي وأحمد رضى الله عنهم في رواية الجزاء هو الشاة ، ولا شيء فيه عند الزهري وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وابن المنذر ، وروى ابن القاسم عن مالك في الضب قيمته طعاماً أو صياماً ، وفي رواية ابن وهب شاة ، وأوجب ابن حبيب في الدب الجزاء وأوجب الرافعي الجزاء في أم حبين بضم الحاء المهملة وفتح الباء الموحدة ، وروى الشافعي والبيهقي بإسناد عن عثمان بحلاب من المغنم بضم الحاء المهمله وتشديد اللام ، وهو الحمل أي الحرون ، وفي اسناده مطرف بن مارق وهو ضعيف جداً ، وقال يحيى بن معين هو كذاب .

واختلف الشافعية في حل أكل أم حبين ، وقال النووي الأصح حل أكلها ، ووجوب الجزاء فيها ، وأم حبين دابة على صورة الحرباء . وعن عطاء في القنفذ شاة رواه عنـــه سعيد بن منصور ، وهو شذوذ ، لان القنفذ لا يشبه الشاة لا في الصورة ولا في المعنى ولا في القيمة .

( لقوله تعالى ﴿ فجزاء مثل ما قتل من النعم ﴾ ٩٥ المائدة ، ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة ) لان من النعم بيان المثل ( لأن القيمة لا تكون نعماً ، والصحابة رضى الله عنهم اوجبوا النظير من حيث الخلقـــة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بيناه ) أراد به ما ذكره من قوله ففي الظبي شاة ... إلى آخره ، والمراد

وقال عليه السلام الضبع صيد ، وفيه الشاة ، وما ليس له نظير عند محمد « رح » تجب القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما ، وإذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي « رح » يوجب في الحمامة

---

من الصحابة جماعة منهم على ما رواه الشافعي ، ومن جهة ما رواه البيهقي في سننه عن سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عطاء الخراساني أن عمر وعثمان وعلياً وزيد بن ثابت وابن عباس ومعاوية رضى الله عنهم قالوا في النعامة يقتلها المحرم بدنة من الإبل ، انتهى .

وقال الشافعي إنما القول في النعامة بدنة بالقياس لا بهذا الاثر فإن هذا الأثر غير ثابت عند أهل العلم بالحديث ، قال البيهقي وسبب عدم ثبوته إن فيه ضعفاً وانقطاعا ، وذلك لان عطاء الخراساني ولد سنة خمسين ، قال ابن معين وغيره فلم يدرك عمر ولا عثمان ولا عليا ولا زيد بن ثابت ، وكان في زمن معاوية صبيا ، ولم يثبت له سماع من ابن عباس رضى الله عنه مع احتمال أن ابن عباس توفي سنة ثمان وتسعين وعطاء الخراساني مع انقطاع حديثه هذا متكلم فيه ، وروى مالك في الموطأ أخبرنا أبو الزبير عن جابر أن عمر رضى الله عنه قضى في الضبع بكبش ، وفي الغزال بعنز ، وفي الارنب بعناق ، وفي اليربوع بجفرة .

( وقال ﷺ الضبع صيد وفيه الشاة ) هذا الحديث أخرجه الائمة الاربعة أصحاب السنن من حديث جابر بن عبدالله قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع أصيد هو قال نعم ، ويجعل فيه كبش ، قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ( وما ليس له نظير ) أي من حيث الخلقة (عند محمد رحمه الله تجب القيمة مثل العصفور والحمام وأشباههما) مثل الحمام والقمري والفاختة .

( وإذا وجبت القيمة كان قوله ) أي قول محمد رحمة الله ( كقولهما ) أي كقول أبي يوسف وأبي حنيفة في تغريم الصيد والشراء بقيمة الهدي وإن بلغت هديا أو اشترى بها طعاما للتصدق كما مر عن قريب ، وحاصل الخلاف في موضعين ، أحدهما أن الخيار إلى القاتل عندهما ، وعند محمد رحمه الله معها في هذا ، والله أعلم .

( والشافعي رحمه الله يوجب في الحمامة ) وليس للحكم إلا تعيين القيمة عند محمد

والشافعي « رح » يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث أن كل واحد منهما يعب ويهدر ، ولأبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » أن المثل المطلق هو المثل صورة ، ومعنى لا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى ، لكونه معهوداً في الشرع كما في حقوق العباد ،

---

رحمه الله الخيار للحكمين ، والثاني تجب القيمة فيما له نظير أو لم يكن له نظير عندهما ، وعند محمد رحمه الله معهما في هذا والله أعلم ( والشافعي رضى الله عنه يوجب فى الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث أن كل واحد منهما يعب ) من العب وهو شرب الماء بلا مص ، وهو جرعه جرعا شديداً ، كما تجرع الدواب ، ويقال العب أن يشرب الماء مرة من غير أن يقطع الجرع من باب طلب ، وقال أبو عمر «رض » والحمام يشرب هكذا ، بخلاف سائر الطيور ، فانها تشرب شيئا فشيئا .

( ويهدر ، ولابي حنيفة وأبي يوسف ) من هدر البعير والحمام إذا صوت من باب ضرب يضرب ، والشاة ليست نظيرة للحمامة لا فى الصورة ولا فى المعنى ولا فى القيمه فإن الحمامة تساوى نصف درهم والشاة تساوى عشرين درهما بل وثلاثين واكثر ، والشاة من ذوات الظلف تمشى على أربع ، والحمامة من الطيور ولها جناحان ، وتمشى على رجلين ، ولا اعتبار للعب إذا لم يرد اعتبار أبو يوسف « رح » ( أن المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ) أراد أن الله عز وجل أطلق المثل في قوله ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ والمطلق ينصرف إلى الكامل ، وهو المثل من حيث الصورة ومن حيث المعنى ( ولا يمكن الحمل عليه ) أي على المثل صورة ، ومعنى الخروج ما ليس له صوري من تأويل النص ، وفي ذلك إهمال عن حكم الشرع ( فحمل على المثل معنى ، لكونه معهوداً في الشرع ) أي لكون المثل معهوداً في الشرع ، كما إذا أتلف إنسان ثوب غيره مثلا تجب عليه قيمته ، أما اعتبار الصورة فلا معنى فليس بمعهود في الشرع . ولو كان من الواجب من حيث الخلقة لم يحتج فيه إلى حكم عدلين لحصول العلم بالحس والمشاهدة .

( كما في حقوق العباد ) فإن الحكم فيها بالمثل المعنوي ، قال الله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ، وثمه لما تعذر الحمل على المثل

أو لكونه مراداً بالإجماع أو لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص ، والمراد بالنص والله أعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم والوحشي

---

صورة ومعنى حمل على المثل معنى ، فكذلك ما هنا ( أو لكونه ) أي أو لكون المثل المعنوي ( مراداً بالإجماع ) فيما لا مثل له صورة كالعصفور ، فلا يكون غيره مراداً وإلا لزم عموم المشترك المعنوي ، ولا عموم له في موضع الاثبات ، ولما فيه من الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وكلاهما غير جائز .

فإن قلت المثل ليس بمشترك بين المثل صورة ، وبين المثل معنى ولا هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر ، حتى يلزم ما ذكرتم ، بل هو مطلق يتناول الصورة والمعنى كالأنه يتناول المؤمنة والكافرة ، فيدخل تحت المثل المطلق والمعنوي ، كما في قوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما أعتدى عليكم ﴾ دخل ماله مثل صورة ومعنى ، كما في المثليات وما ليس له مثل لا معنى له كالقيميات . قلت أجيب بأن المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالاثبات ، فهو الدال على الماهية فقط ، وذلك يتحقق تحته كل فرد من أفراده المحتملة ، فلو كان دالاً على ذلك لوجبت النعامة على النعامة ، وليس كذلك بل هو حقيقة فيه في المطلق ، ومجاز في غيره ، والمجاز هنا مراد بالإجماع ، فلا يكون غيره مراداً ، ومثل ذلك قوله في الآية الأخرى .

أما على قول من يقول يوجب الغصب القيمة ورد مخلص فظاهر ، لأن الموجب الأصلي أولى بالإرادة ورد العين ثبتت بقوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى ترده ، وأما على قول من يقول بموجب الغصب رد العين واداء القيمة يخلص فكذلك القيمة ثابتة بالكتاب ورد العين بالسنة ، وهذا الكلام مبحث من كلام السغناقي وغيره .

( أو لما فيه من التعميم ) دليل آخر ، أي لما في دليل المثل معنى من التعميم ، لأنه يتناول ما له نظير ، وما ليس كذلك ( وفي ضده التخصيص ) وفي اعتبار المثل صورة التخصيص لتناوله ما له نظير فقط ، والعمل بالتعميم أولى ، لأن النص حينئذ أعم فائدة ( والمراد بالنص والله أعلم ) هذا جواب عن قوله لأن القيمة لا تكون هما ، والمراد تقديره والمراد بالآية ( فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي ) ولما اعترض المعترض بقوله كيف يقول من النعم

واسم النعم يطلق على الوحشي والأهلي، كذا قاله أبو عبيد «رض» والأصمعي «رض»، والمراد بما روي التقدير به دون إيجاب المعين، ثم الخيار إلى القاتل في أن يجعله هدياً أو طعاماً أو صوماً عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح».

---

الوحشي والنعم يراد به الأهلي ولا يجب بقتل الأهلي، فأجاب دفعاً لسؤاله بقوله :

( واسم النعم يطلق على الوحشي والأهلي، كذا قاله أبو عبيدة) واسمه معمر بن المثنى التميمي من تيم قريش مولاهم، وفي بعض النسخ أبو عبيد بدون التاء في آخره، وأسمه القاسم بن سلام البغدادي صاحب كتاب الحديث والأول أصح ( والاصمعي ) واسمه عبدالملك بن قريب، وهما الإمامان في اللغة ثقتان في نقلهما، فقال النعم كما يطلق على الأهلي يطلق على الوحشي أيضاً.

فإن قلت ما تصنع بقوله هدياً، وهو حال من جزاء، فإن كان الجزاء القيمة كيف يمكن أن يكون هدياً بالغ الكعبة، بأن معناه إذا قوم فبلغت قيمته هدياً بالغ الكعبة.

( والمراد مما روي [1] ) هذا الجواب عما روى محمد رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام الضبع صيد، وفيه الشاة، لأنه لا مماثلة بين الضبع والشاة من حيث الخلقة، وإنما المماثلة بينهما قد تكون من حيث القيمة، وهذا نظير ما قال علي رضى الله عنه في ولد المغرور الغلام بالغلام والجارية بالجارية، والمراد القيمة، والدليل عليه أنهم أوجبوا في الحمامة شاة، ولا تشابه بينهما في النظر، فدل أنهم أوجبوها بالقيمة ( التقدير به دون إيجابه المعين، ثم الخيار ) يعني بعد حكم الحاكمين يكون الخيار ( إلى القاتل في أن يجعله ) أي في إن يجعل النسك (هدياً أو طعاماً أو صوماً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله) كما في كفارة اليمين، حيث يكون بالخيار إلى الحالف، يختار أحد الأشياء الثلاثة من الإطعام والكسوة والتحرير، لأن الخيار للوقت بالحالف فكذا هنا.

---

(١) بما روي – هامش.

وقال محمد « رح » والشافعي « رح » الخيار إلى الحكمين في ذلك ، فإن حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا ، وإن حكما بالطعام أو بالصيام ، فعلى ما قال أبو حنيفة « رح » وأبو يوسف « رح » . لهما أن التخيير شرع رفقاً بمن عليه ، فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين ، ولمحمد والشافعي « رح »

---

( وعند [1] محمد والشافعي رضى الله عنهما الخيار ) أحدثه ( إلى الحكمين في ذلك ) أي في تعيين النوع ( فإن حكما بالهدي يجب النظير على ما بينا [2] ، وإن حكمابالطعام أو بالصوم فعلى ما قال أبو حنيفة « رح » وأبو يوسف « رح » ) يعني من اعتبار القيمةمن حيث المعنى ( لهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( أن التخيير شرع رفقا لمن [3] عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ) حيث يكون الخيار إلى الحالف ، وقد ذكرناه الآن .

( ولمحمد والشافعي رضى الله عنهما ) ذكر المصنف « رح » الشافعي « رض » مع محمد « رح » في كون الخيار إلى الحكمين المذكورين في كتب أصحابه أن الخيار إلى القاتل كما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، ولم يذكر في المبسوط والإسرار وشرح التأويلات قول الشافعي « رح » ، بل اقتصر فيها على قول محمد « رح » قال السكاكي ولم يلزم من عدم ذكر محمد رحمه الله مع الشافعي « رح » في هذه الكتب عدم كونه مع محمد رحمه الله ، وذكر في الحلية وما حكمت الصحابة فيه بالمثل لا يحتاج فيه إلى اجتهاده ، وما لم يحكم فيه فلا بد من حكمين ، ثم قيل يجوز أن يكون القاتل أحدهما ، وفيه وجهان: أحدهما يجوز ، وهو المذهب . وقال مالك رحمه الله لا بد من الحكمين في الجميع . وفي تتمتهم لا يتعين على قاتل الصيد إخراج المثل من النعم ، ولكنه يخير إن شاء ذبح

---

(١) قال — هامش .

(٢) ما ذكرنا — هامش .

(٣) بمن — هامش .

قوله تعالى ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم هدياً ﴾ ... الآية ٩٥ المائدة ، ذكر الهدي منصوباً لأنه تفسير لقوله ﴿ يحكم بـه ﴾ أو مفعول لحكم الحكم ، ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة أو ، فيكون الخيار إليهما . قلنـا الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي ، بدليل أنـــه مرفوع ،

---

بالمثل ، وإن شاء قومه وصرف قيمته إلى الطعام وتصدق به على كل مسكين مداً وإن شاء صام بدل كل مد يوماً ، وعن أحمد « رح » لا يخرج الطعام ، وانمـــا التقويم بالطعام لمعرفة قدر الصيام .

( قوله تعالى ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم هدياً ﴾ ... الآية ٩٥ المائدة ) ووجه ذلك أنه ( ذكر الهدى منصوباً لأنه ) أي لأن قوله هدياً ( تفسير لقوله تعالى ﴿ يحكم به ﴾ ) فإن ضمير به مبهم يفسره بقوله – هدياً – فكان نصاً على التفسير ، قيل بل التميزفثبت أن المثل إنما يصير مثلياً باختيارهما وحكمهما ( أو مفعول لحكم الحكم ، ثم ذكر ) على أن يكون بدلاً عن الضمير محمولا على محله ، كما في قوله تعالى ﴿ قل انني هداني ربي إلى صراط مستقيم ديناً قيما ﴾ ١٦١ الانعام ، وفي ذلك تنصيص إلى التعيين إلى الحكمين ثم لما ثبت ذلك فى الهدي ثبت في الطعام والصيد لعدم القائل بالفعل .

( وذكر الطعام والصيد بكلمة أو ) التي للتنويـع والتخيير عطفاً على هدياًبدليل قراءة غير ابن النحو وكفارة بالنصب ( فيكون الخيار اليهما ) ويقال ان الشافعي رحمـــه الله لا يرى الاستدلال بالقراءة الشاذة وقراءة عيسى شاذة ( قلنا ) جواب عن استدلال محمد « رح » والشافعي « رح » ( الكفارة عطفت على الجزاء لا على الهدي ) أراد أن ما قالا إنما يصح إذا كانت كفارة معطوفة على الهدايا وليست معطوفة على هـــديا ، لاختلاف إعرابها ، لأن قوله كفارة معطوفة على الجزاء ( بدليل انه ) أي ان الجزاء ( مرفوع به ) قال الاترازي « رح » قوله – بدليل أنه مرفوع – أي بدليل أن الكفارة مرفوع ، وإنما ذكر ضمير الكفارة على تأويل المعطوف ، انتهى . وفيه تأمل لا يخفى .

وكذا قوله تعالى ﴿ وعدل ذلك صياماً ﴾ مرفوع ، فلم يكن فيهما دلالة اختيار الحكمين ، وإنما يرجع إليهما في تقويم المتلف ، ثم الاختيار بعد ذلك ، إلى من عليه ، ويقومان في المكان الذي أصابه لاختلاف القيم باختلاف الأماكن ، فإن كان الموضع براً لا يباع فيه الصيد يعتبر أقرب المواضع إليه مما يباع فيه ويشترى ، قالوا والواحد يكفي والمثنى

---

( وكذا قوله تعالى ﴿ وعدل ذلك صياما ﴾ مرفوع ) والعدل ما يعادل الشيء من غير جنسه كالصوم والطعام ، وذلك إشارة إلى الطعام ، وصياما تمييز للعدل ، كقوله لي مثله رجلا ، فإذا كان الإعراب كذلك ( فلم يكن فيهما ) أي في الآية ( دلالة اختيار الحكمين ) في الطعام والصيام ، وإذا لم يثبت الخيار فيها للحكمين لم يثبت للهدي ، لعدم القائل بالفصل ( وانما يرجع اليهما ) أي إلى الحكمين ( في تقويم المتلف ) يعني الحاجة في الرجوع اليهما في تقويم الذي اتلفه القاتل ، لأن القيمة يقع فيها الاختلاف .

( ثم الاختيار بعد ذلك ) أي بعد التقويم ( إلى من عليه ) الجزاء لا إلى الحكمين ( ويقومان ) يعني الحكمين المتلف ( في المكان الذي أصابه ) أي المحرم (لاختلاف القيم) أي قيم الأشياء ( باختلاف الاماكن ) وقال الشعبي رحمه الله يقوم بمكة أو بمنى، ومذهب الثلاثة أنه يقوم في موضع الاتلاف ، لأن الضمان يجب به كما في سائر الأموال، وفي المبسوط لشيخ الإسلام وكذلك الزمان الذي فيه أصابه ، لأن القيمة تختلف باختلاف الزمان ايضاً .

( فإن كان الموضع ) الذي قتل فيه الصيد ( براً ليس فيه بيع ولا شراء للصيد يعتبر أقرب المواضع اليه ) أي إلى الموضع الذي قتل الصيد فيه ( مما يباع فيه ويشترى ) أي مما يباع في أقرب المواضع ويشترى منه ( قالوا ) أي المشايخ ( والواحد يكفي ) لأن قوله ملزم ، ولأنه من باب الخبر لا الشهادة فيقبل قول الواحد العدل ( والمثنى ) أي الاثنان

أولى ، لأنه أحوط وأبعد عن الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ها هنا بالنص ،

---

( أولى ، لأنه أحوط وابعد من [1] الغلط ) كما قالوا في شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ، فيقبل فيه قول الواحدة والمثنى أحوط ( كما في حقوق العباد ) .

( وقيل يعتبر المثنى هنا [2] بالنص ) أو يعتبر أن يكون الحكم بفتح الكاف اثنين في جزاء الصيد ، لقوله تعالى ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ قوله – هنا – وفي بعض النسخ – هاهنا – أي في قيمة الصيد ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله ، قيل يشترط عند مالك أن يكونا فقيهين ، والفقيه ليس بشرط عند الجماعة بالنص ، وقال شمس الأئمة السرخسي « رح » في شرح الكافي ، وعلى طريقة القياس يكفي الواحد للتقويم ، وكان المثنى أحوط ، ولكن يعتبر حكومة بالنص ، وقال الأترازي « رح » قال في الكشاف ، وعن قبيصة أنه أصاب ظبياً وهو محرم فسأل عمر رضى الله عنه فشاور عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه ثم أمره بذبح شاة ، فقال قبيصة والله ما أعلم امير المؤمنين ، حتى سأل غيره ، فأقبل عليه منها بالدرة ، فقال ابيض القفاء تقتل الصيد وأنت محرم ، وقال الله تعالى ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ ٩٥ المائدة ، فانا عمر وهذا عبد الرحمن بن عوف ، وكذا قال الاكمل « رح » قال في الكشاف عن قبيصة ... إلى آخره .

قلت روى مالك « رض » في موطئه عن عبدالملك بن يزيد البصري عن محمد بن سيرين أن رجلا جاء إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال له إني أصبت ظبياً وأنا محرم ، فما ترى في ذلك ، فقال عمر لرجل إلى جنبه يقال حتى أحكم أنا وانت ، قال فحكما عليه بغير قول الرجل ، وهو يقول هذا أمير المؤمنين لا يستطيع أن يحكم في ظبي حتى دعى رجلا فحكم معه ، فلما سمعه عمر رضي الله عنه عاد ، فقال له هل تقرأ سورة المائدة ، قال لا ، قال لو اخبرتني أنك تقرؤها لاوجعتك بالضرب ، إن الله تعالى يقول في كتابه ﴿ يحكم به ذوا عدل

---

(١) عن – هامش .

(٢) ها هنا – هامش .

والهدي لا يذبح إلا بمكة ، لقوله تعالى ﴿ هدياً بالغ الكعبة ﴾ ٩٥ المائدة ، ويجوز الإطعام في غيرها ، خلافاً للشافعي « رح » هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان الحرم ، ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة ، فيختص بمكان أو زمان ، أما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان ،

---

منكم هدياً بالغ الكعبة ﴾ فأنا عمر وهذا عبد الرحمن بن عوف ، انتهى . وقال أبو عبيد يعني قوله المعتمر الفأ لحفرها وتصغى فيها بالغين المعجمة والصاد المهملة .

( والهدي لا يذبح إلا بمكة لقوله عز وجل [1] ﴿ هدياً بالغ الكعبة ﴾ ٩٥ المائدة ) أراد بمكة الحرم ، لأنه تابع مكة ، وبه قال الشافعي ، وفي الأصح وفي قول لا يختص بالحرم ، وقال مالك رحمه الله لا يختص ما يجب من الفدية بالإحرام . وقال في القديم ما اساسه في الحل يجوز ذبحه في الحل، وبه قال أحمد « رح » . وقال مالك رحمه الله لا يختص ما يجب من الفدية بالإحرام بمكان ، ولنا قوله تعالى ﴿ هدياً بالغ الكعبة ﴾ وصفه بكونه بالغ الكعبه ، والمراد من الكعبة الحرم لأن عين الكعبة غير مراد بالإجماع ، لأنها نصان عن إراقة الدماء ، فأريد بها ما حولها ، وهو الحرم الذي له جزء منها .

( ويجوز الاطعام في غيرها ) أي في غير مكة ( خلافاً للشافعي ) فإن عنده لا يجوز الإطعام على غير فقراء مكة ، وبه قال أبو ثور «رح» وهو قول عطاء « رح » ( وهو يعتبره بالهدي ) أي الشافعي يعتبر الإطعام بالهدى قياساً عليه ( والجامع ) أي بين الاطعام والهدي ( التوسعة على سكان الحرم ) يعني على فقراء مكة ( ونحن نقول الهدى قربة غير معقولة ، فيختص بمكان أو زمان ، أما الصدقة فقربة معقولة في كل زمان ومكان ) فلا يختص بواحدة منها ، وقياس الشافعي « رح » ضعيف ، لأن ما ثبت بخلاف القياس ، فغيره لا يقاس عليه .

---

(١) تعالى – هامش .

والصوم يجوز في غـــير مكة ، لأنه قربة في كل مكان ، فإن ذبح بالكوفة أجزأه عن الطعام ، معناه إذا تصدق باللحم ، وفيـــه وفاء بقيمة الطعام ، لأن الإراقة لا تنوب عنه ، وإذا وقع الاختيار على الهـــدي يهدي ما يجزئـه في الأضحيـة ، لأن مطلق اسم الهدي منصرف إليه .

---

( والصوم يجوز في غير مكة لأنه قربة في كل مكان ) فيجوز في مكة وغـــيرها ( فإن ذبح بالكوفة ) وفي بعض النسخ فإن ذبحه ، أي فإن ذبح الهدي بغـير مكة ، وقوله بالكوفة تمثيل لا تقييد لا يجزئه عن الهدي ولكنه ( أجزأه من[1] الطعام ) يعني جاز بدلاً من الطعام ، وبـــين ذلك بقوله ( معناه ) أي معنى جوازه عن الطعام ( إذا تصدق باللحم ، وفيه وفاء بقيمة الطعام ) يعني إنما يخرج عن العهدة بالتصديق في هذه إذا أصاب كل مسكين من اللحم ما يبلغ قيمته نصف صاع من البر على قياس كفـــارة اليمين أو كسي عشرة مساكين ثوباً واحداً أجزأه عن الطعام إذا أصاب كل مسكين منه ما قيمته نصف صاع من البر ( لأن الإراقة ) أي الإراقة الحاصلة بالمكان غير الحرم (لا تنوب عنه) أي لا تجزىء عن الهدي حتى لو سرف المذبوح أو ضاع قبل التصديق لا يخرج عن العهدة لأن الإراقة قربة مخصوصة بمكان وزمان .

( وإذا وقع الاختيار ) أي اختيار القاتل ( على الهدي يهدي ما يجزئه في الاضحية ) وهو الجذع الكبير من الضأن والثني من غيره (لأن مطلق اسم الهدي ينصرف[1] إليه) أي إلى ما يجزىء من الأضحية ، وذلك في هدى القربان ، لأن الهدي الصدقة ، فإن هدي الصدقة قد يقع على الثوب كما في قوله إن فعلت كذا فثوبي هدي ولكن يقع في هدي الصدقة على الثوب ، إلا إذا كان أشار بأن قال ثوبي أو هذا الثوب ، فلو قال إن فعلت كذا فعلي هدي بلا إشارة يقع على شاة ، لأن الهدي يقع على الإبل والبقر والغنم والشاة أدناه ، كذا في المبسوط والأسرار .

---

(١) عن – هامش .

(١) منصرف – هامش .

وقال محمد والشافعي «رح» يجزيء صغار النعم فيها ، لأن الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا عناقاً وجفرة وعند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» يجوز الصغار على وجه الإطعام ، يعني إذا تصدق وإذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا

---

( وقال محمد «رح» والشافعي رضى الله عنه يجزيء صغار النعم فيها ) أي في أضحية الهدي ( لأن الصحابة أوجبوا عناقاً وجفرة ) يعني حكموا في الارنب بعناق ، وفي اليربوع بجفرة وكلام صاحب الهداية ، هذا يدل على أن الخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة «رح» وبين محمد «رح» وإن أبا يوسف «رح» مع أبي حنيفة «رح» وذكر في المبسوط والاسرار وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضي خان وغيرهما قول أبي يوسف «رح» مثل قول محمد «رح» وأحمد «رح» والشافعي لعموم قوله تعالى ﴿ من الغنم ﴾ فإنه تصدق على الصغير والكبير ، والعناق فيهدي ويضحي تبعاً لأمه ، ولأبي حنيفة «رح» وبه قال مالك «رح» إراقة الدم ليست بقربة إلا في زمن مخصوص ومكان مخصوص ، وإن لم يوجد شروط كونها قربة لا يكون قربة فلم يكن نسكاً في مقابلة الجناية على الإحرام أو الحرم .

( وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني إذا تصدق ) يعني إذا تصدق به دون اراقة الدم ( وإذا وقع الاختيار ) أي اختيار القاتل ( على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا ) قال الكاكي المراد به بقوله — عندنا — أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما وهو قول مالك ، فإن عند محمد «رح» والشافعي «رح» المعتبر فيه النظير بناء على اصلهما أن الواجب هو النظير . وقال الاترازي المراد بقوله — عندنا — احترازاً عن قول الشافعي «رح» لا عن قول محمد «رح» ألا ترى إلى ما قال في شرح مختصر الكرخي رحمه الله بقوله ، قال أصحابنا إن الإطعام بدل عن الصيد. وقال الشافعي يدل على النظير ، وقال في الايضاح والاطعام يدل على الصيد بقول الصيد بالطعام وقال الشافعي «رح» هو يدل على النظير [1] تجب شاة وتقوم الشاة

---

(١) هكذا في الاصل كرر قول الشافعي ، اهـ مصححه .

لأنه هو المضمون ، فيعتبر قيمته، وإذا اشترى بالقيمة طعاماً تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير ولا يجوز أن يطعم المسكين أقل من نصف صاع ، لأن الطعام المذكور ينصرف إلى مـــا هو المعهود في الشرع ، وإن اختار الصيام يقوم المقتول طعاماً ، ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر

---

بالطعام ، وقال في شرح الاقطع قال أصحابنا إذا اختار الإطعام أخرج بقيمة المقتول ، وقال الشافعي « رح » بقيمة النظير ، وهنـــا المضمون هو الصيد المقتول ، فيعتبر بقيمته لا قيمة نظيره ، انتهى . قلت اعتمد الكاكي «رح» هنا على قول الشيخ الإمام حميدالدين رحمه الله في شرحه المراد من قوله ـ عندنا ـ وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله بناء على أن الجزاء يجب عند محمد « رح » باعتبار الصورة ، وعندهما باعتبار المعنى .

( لأنه ) أي لأن الصيد ( هو المضمون ، فيعتبر قيمته ) وعند الشافعي « رح » يقوم النظير ، لأنه حوله إلى الطعام باختياره ، فيعتبر قيمـــة الواجب وهو النظير ، وعند الواجب الأصيل قيمة الصيد ، فلا يعتبر بتحويلة إلى الطعام . وقـــال مالك « رح » إن لم يخرج المثل إلى المثل قوم الصيد إلى المثل ، لأنه هو الأصل ، وعن أحمد « رح » أنه لا يخرج الطعام ، وإنما التقويم بالطعام بمعرفة قدر فصيام .

( وإذا اشترى بالقيمة طعاماً تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعاً من تمر أو شعير ، ولا يجوز أن يطعم لكل مسكين أقل من نصف صاع) أي من بر أو صاع من شعير ( لأن الطعام المذكور ينصرف إلى ما هو المعهود في الشرع ) وهو نصف صاع من بر أو صاعاً من شعير كما في صدقة الفطر وكفارة اليمين والظهار ، وبه قال أحمـــد رحمه الله في رواية . وقال الشافعي « رض » يتصدق على كل مسكين مداً منه ، وتقـدير الطعام عنده بالمـــد ، وعندنا بالصاع ، ومذهبه مروى عن ابن عباس ومجاهد « رض » ومذهبنا مروي عن ابن عباس ومجاهد « رض » أيضاً وابراهيم وعطاء ومقسم وقتادة .

( وإذا [1] اختار الصيام يقوم المقتول طعامـــاً ثم يصوم عن كل نصف صـــاع من بر

---

(١) وإن ــ هامش .

أو صاع من تمر أو شعير يوماً ، لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن ، إذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع كما في باب الفدية ، فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير إن شاء تصدق به وإن شاء صام عنه يوماً كاملاً ، لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع ، وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين يطعم قدر الواجب أو يصوم يوماً كاملاً لما قلنا .

ولو جرح صيداً أو نتف شعره أو قطع عضواً منه ضمن ما نقصه اعتباراً للبعض بالكل ،

---

أو صاع من تمر أو شعير يوماً ، لأن تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن إذ لا قيمة للصيام ، فقدرناه بالطعام ، والتقدير على هذا الوجه معهود في الشرع ) أي تقدير صيام يوم بنصف صاع من بر معهود في الشرع ( كما في باب الفدية ) فإن الشيخ الفاني يفدي عن صوم كل يوم بنصف صاع من بر .

( فإن فضل من الطعام أقل من نصف صاع فهو مخير ، إن شاء تصدق به وإن شاء صام عنه يوماً كاملاً ، لأن الصوم أقل من يوم غير مشروع ) وهذا عن الشافعي «رح» ( وكذلك إن كان الواجب دون طعام مسكين ) يعني إن كان الواجب في الاصل دون طعام مسكين ، بان كانت قيمة المقتول أقل منه بأن كان قتل يربوعاً أو عصفوراً ولم تبلغ قيمة الأمداد من الحنطة ( يطعم قدر الواجب أو يصوم يوماً كاملا لما قلنا ) أشار به إلى قوله لأن الصوم أقل من نصف يوم غير مشروع .

( وإن[1] جرح ) أي المحرم ( صيدا أو نتف شعره أو قطع عضواً منه ضمن ما نقصه ) يقال بعض الشيء نقصان ونقصه غيره نقصاً ( اعتباراً للبعض بالكل ) أي قياساً لضمان البعض على ضمان الكل ، ألا ترى أن من أتلف عضواً من دابة إنسان يضمن كما إذا

---

(١) ولو – هامش .

كما في حقوق العبـــاد . ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من حـيز الامتناع فعليه قيمة كاملة ، لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه

---

أتلف كلها . وفي المبسوط جرح صيداً أو نتف شعره أو ريشه أو قلع سنه فنبت كما كان ونبت سنه مكانها ، فلا شيء عليه عندهما . وعند أبي يوسف « رح » يلزمه صدقة الإثم ، وإن غاب الصيد ولم يعلم هل مات أو برىء يضمن النقصان. وعند الاسبيجابي « رح » يلزمه جميع القيمة احتياطاً كمن أخذ صيداً من الحرم ثم أرسله ولم يعـلم دخوله في الحرم، وفي الخزانة لو قطع المحرم يد الصيد ، ثم قطع الآخر رجله فعلى الأول ما نقصه جرحــه من قيمته ، وبه جرح الأول . وقالت المالكية « رح » جرح صيداً أو اندمل لا شيء عليه.

وقال أشهب «رح» وهو قول الشافعي وأحمد «رح» ولو خلص حمامة من سنور أو سبع أو شبكة أو أخذ الصيد فتخلص خيط من رجله فقطعت فلا شيء عليه عند الجمهور «رح» وقال قتادة يضمن ، وفي المبسوط نفر الصيد منه بغير صنعه فانكسر رجله فلا شيء عليه، ولو نفر تنفيره فوقع في بئر أو صدم على شيء فعليه الجزاء ، وكذا لو كان راكباً أو سائقاً أو قائداً فأتلفت الدابه بيدها أو رجلها أو فيها صيداً فعليه الجزاء ، وكذا لو نفـذ السهم منه فقتله آخر يجب عليه جزاؤها ، ولو تعلق بطنب فسطاط المحرم أو حفر بئراً للمــاء أو تنور للخبز فعقب فيها فلا شيء عليه .

( كما في حقوق العباد ) حيث يعتبر ضمان البعض بضمان الكل ( ولو نتف ريش طائر أو قطع قوائم صيد فخرج من حيز الامتناع ) فقد يكون بالطيران ، وقد يكون بالعدو وقد يكون بدخوله في حجره والحيز أصله الحيوز ، اجتمعت الواو واليــاء ، وسبقت إحداهما بالسكون ، فقلبت الواو ياء ، وادغمت الياء في الياء ، فصار حيزاً والحيز الجانب ومنه حيز الدرام ، وهو ما انضم اليها من جوانبها ( فعليه قيمة كاملة ، لأنه فوت عليه الأمن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ) كما إذا قطع قوائم فرس لآدمي ، لأن الصيد هو الممتنع المتوحش بأصل الخلقة ، ولم يبق بعد نتف ريشه وقطع قوائمه كونه متمنعاً إذا

ومن كسر بَيض نعامة فعليه قيمته ، وهذا مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم، ولأنه أصل الصيد ، وله عرضية أن يصير صيداً ، فنزل منزلة الصيد احتياطاً

---

كان بحيث لا يقدر أحد على التصرف والشافعي «رح» في أصح قوليه معنا،وعن ابن شريح من أصحابه أنه يجب عليه قدر النقصان ، لأنه لم يهلكه بالكلية .

( ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته ) أي قيمة البيض ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه وأحمد « رح » . وقال المزني «رح» وداود « رح » لا يجب فيه شيء ، لأنه لم يكن صيداً حقيقة . وقال مالك « رح » تضمينه بعشر قيمة الطير الناقص تشبيهاً بجنين الأمة ، كذا في تتمتهم ، وفي مبسوط شيخ الإسلام الاسبيجابي « رح » وقال مالك « رح » إن كانت البيضة صحيحة غير مذرة يضمن عشر قيمة ما يخرج منه، وهو أحد قولى الشافعي « رح » كما في جنين الميت يلزمه عشر قيمة الأم . وقال ابن أبي ليلى « رح » عليه درهم ( وهذا مروي ) أي هذا الذي ذكرنا مروي ( عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ) .

أما حديث علي رضي الله عنه فغريب يعني لا أصل له ، وأما حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنه فرواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه حدثنا سفيان الثورى « رح » عن عبد الكريم الجروي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال في كل بيضتين درهم ، وفي كل بيضة نصف درهم ، قال وحدثنا وكيع وابن نمير عن الاعمش عن ابراهيم عن عمر رضي الله عنه قال في بيض النعامة قيمته ، وهذا منقطع ، لأن ابراهيم النخعي « رح » لم يدرك عمر « رض » .

( ولأنه ) أي ولأن بيض النعامة ( أصل الصيد ، وله عرضية أن يصير صيداً) قوله وله أي للبيض على أن يصير صيداً ، فصار كالصيد ( فنزل منزلة الصيد احتياطاً ) أي لأجل الاحتياط لئلا يأثم على تقدير كونه صيداً ، والاحتياط في اللغة الحفظ ، وفي اصطلاح حفظ النفس عن الوقوع في المآثم . وقال مالك « رض » في الموطأ أرى في بيض النعامة عشر البدنة . وفي النعمانية وجوب القيمة في بيض النعامة قول عمر بن الخطاب وعبدالله بن

ما لم يفسد ، فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته ، وهـــذا استحسان ، والقياس أن لا يغرم سوى البيضة ، لأن حياة الفرخ غير معلوم . وجـه الاستحسان أن البيض معـــد ليخرج منـه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب موته ، فيحال عليه احتياطاً ، وعلى هـــذا إذا ضرب بطن ظبيـة فألقت جنيناً ميتاً ، وماتت فعليـــه قيمتهما ،

---

مسعود وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري والشافعي وأحمد وأبي ثور ، قال أبوعبيدة وأبو موسى الاشعري يجب صوم يوم أو طعام مسكين . وقال الحسن البصري فيه جنين من الإبل ، وقال مالك فيه عشر البدنة ، وقال السروجي وتجب القيمة في بيض جميـع الطيور ( ما لم يفسد ) أي بيض النعامة إنمـــا يجب مـــا لم يكن مذراً ، لأن المذرة لا شيء فيها .

( فإن خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته ) أي قيمة الفرخ ، ولو كان حياً ، وبه صرح في المبسوط . وقال الشافعي « رح » لا شيء فيه . وقال الشافعي « رح » هذا إذا لم يعلم أن موته بالكسر أم لا ، ولو علم انه كان ميتاً بغير الكسر لا شيء عليه ( وهـــذا استحسان ) أي وجوب القيمة استحسان ،ووجهه يأتي الآن ( والقياس ان لا يغرم سوى البيضة ، لأن حياة الفرخ غير معلومة ، وجه الاستحسان أن البيض معد ليخرج منــه الفرخ الحي والكسر قبل أوانه سبب موته ، فيحال به عليه ) أي يضاف بالموت على الكسر والباء صلة واصلة بحال الموت على الكسر ( احتياطاً ) فعليه قيمته .

( وعلى هذا ) أي على القياس والاستحسان ( إذا ضرب بطن ظبية فألقت جنينـــاً ميتاً ومـــاتت فعليه قيمتهما ) اي قيمة الظبية وجنينها ، ففي القياس لا يغرم ، وفي الاستحسان يغرم . وعند الشافعي في الأم المثل ، وفي الجنين ما ينقض من قيمتها بالوضع وينبغي أن لا يجب قيمة الجنين كما لو ضرب بطن جارية فأسقطت جنينا ميتا، ثم ماتت هي كان عليه قيمة الجارية أو دية الحرة لا ضمان الجنين ، فكيف وجبت هنا قيمة الجنين.

أجيب بأن الجنين في حكم الجزء من وجه ، وفي حكم النفس من وجه فالضمان الواجب في حق العباد غير مبني على الاحتياط ، فلا يجب في موضع النسك ، وأما جزاء الصيد فمبني على الاحتياط فيرجح فيه شبهة النفس في الجنين ووجوب الجزاء .

( وليس في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور جزاء ) ذكر المصنف « رح » في أول هذا الفصل حيث قال فاستثنى رسول الله ﷺ الخمس الفواسق ، وعددها ستا وأعادها ها هنا مع زيادة الفأرة ، فصارت سبعة ، وذكرنا الكلام في المستقصى ، قلت الذئب هناك وهاهنا . وقال الاترازي أما الذئب فلم يذكر في الروايات الصحيحة في كتب الأحاديث ، ولهذا لم يبح قتله ابتداء على رواية الطحاوي وعلى رواية الكرخي يباح قتله ،ثم قال محصله أن الذئب لا يباح قتله ، لأن النبي ﷺ ذكر الخمس ما هن ، فذكر الخمس يدل على أن غير الخمس حكمه غير حكمين ، وإلا لم يكن كذكر الخمس معنى ، انتهى .

قلت ذكر العدد المعين لا ينافي ما زاد عليه ، وكل واحد من المزيد والمزيد عليه معنى باعتبار حال يقتضي ذلك ، وقد ذكرنا هناك من روى الذئب من أهل الحديث ، وذكرنا ما قالوا فيه ، وقال ذكر المصنف في اول هذا الفصل الستة على رواية أو الدلالة. قلت كان هذا جواب عن سؤال مقدر ، تقديره أن يقال لم يذكر الذئب في الاحاديث التي أخرجها الشيخان وغيرهما ، وليس فيها ذكر الذئب ، فالمصنف «رح» ذكره زيادة عليها. فأجاب انما ذكره من حيث رواية جاءت فيه أو من حيث دلالة النص، فإن الذئب مافي الكلب مع زيادة .

وجاء في بعض الروايات ان الكلب العقور هو الذئب روي عن ابن عمر رضي الله عنه وغيره . وأما الفأرة ففيما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور . وفي لفظ مسلم الحية عوض عن العقرب ، وفي لفظهما خمس من الدواب كلهن فواسق ، وفي لفظ لمسلم أربع كلهن فواسق يقتلن في الحل والحرم

لقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور ، وقال عليه السلام يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور ، . وقد ذكر الذئب في بعض الروايات ، وقيل المراد بالكلب العقور الذئب أو يقال أن الذئب في معناه ، والمراد بالغراب الذي يأكل الجيف

---

الحدأة والغراب والفأرة والكلب العقور ، انتهى . وسميت الفأرة فويسقة لخروجها من حجرها لأذى الناس وإفساد أموالهم .

( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور ) هذا الحديث روي بوجوه في الصحاح كما ذكرنا ، والأقرب لما ذكر المصنف حديث عائشة رضي الله عنها ، وليس فيه الحية ، وفيه العقرب ( وقال عليه الصلاة والسلام يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة والعقرب والحية والكلب العقور ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن إحدى نسوة النبي ﷺ قال يقتل المحرم الكلب العقور والفأرة والعقرب والحية والغراب ، وهذا كما ترى فيه تقديم وتأخير بين رواية المصنف وبين رواية البخاري ومسلم .

( وقد ذكر الذئب في بعض الروايات ) قد ذكرنا في أول الفصل من رواه وما حاله فليراجع هناك ، وفي قوله ذكر يجوز أن يكون على صيغة المعلوم ، وأن يكون على صيغة المجهول ، والثاني أقرب .

( وقيل المراد بالكلب العقور الذئب ) قد مر الآن أثر روي عن عمر رضي الله عنه أن الكلب العقور الذئب ( أو يقال إن الذئب في معناه ) أي في معنى الكلب العقور ، وإشار بالقول الأول إلى أن ذكر الذئب يثبت بالرواية وبالقول الكافي إلى أنه بدلالة النص .

( والمراد بالغراب ) أي المذكور في الحديث ( الذي يأكل الجيف ) جمع جيفة

ويخلط ، لأنه يبتدىء بالأذى ، أما العقعق غير مستثنى ، لأنه لا يسمى غراباً ولا يبتدىء بالأذى ، وعن أبي حنيفة « رح » أن الكلب العقور وغير العقور والمستأمن والمتوحش منهما سواء ، لأن المعتبر في ذلك الجنس ، وكذا الفأرة الأهلية والوحشية سواء ، والضب واليربوع ليسا من الجنس المستثناة لأنهما لا يبتدئان بالأذى .

---

( ويخلط ) أي يخلط الحب بالنجس يعني يأكل الحب تارة ويأكل النجس أخرى، وقد ذكره المصنف في أول هذا الفصل ، والمراد بالغراب هو الذي يأكل الجيف هو المروي عن أبي يوسف « رح » وأعاده هنا ، وزاد فيه لفظ ويخلط وقوله ( لأنه يبتدىء بالأذى ) ويرد بهذا ما قاله الاكمل بأن هذا واقع تكراراً ، وكان هذا مستغنى عن ذكره ، والمؤذي يقتل .

( أما العقعق غير مستثنى ، لأنه لا يسمى غرابا ، ولا يبتدىء بالأذى ) أما عدم تسميته غراباً فمسلم ، وأما عدم ابتدائه بالأذى ففيه نظر ، لأنه دائماً يقع على دبر الدابة ، فينبغي أن لا يجب فيه الجزاء ، انتهى . قلت هذا عجيب منه ، لأنه قال اولاً لا يبتدىء بالأذى نظر . وقال الجوهري العقعق طائر معروف وصوته العقعقة، وقال الكاكي «رح» قيل في صوت العقعق سرور .

( وعن أبي حنيفة « رح » أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس والمتوحش منهما) أي من الكلب العقور وغير العقور ( سواء لأن المعتبر في ذلك الجنس ) يعني الحقيقة التي تسمى كلباً الافراد دون فرد ، وجنسه ليس بصيد ، ولهذا يجوز قتل جنسه فيستوى فيه الاهلي والوحشي والعقور وغيره ، قيل فيه نظر لأنه نقص لإبطال الوصف المخصوص عليه هو كونه عقوراً ، وأجيب بأنه ليس القيد بل لإظهار نوع أذائه ، فإن ذلك طبع فيه .

( وكذا الفأرة الأهلية والوحشية سواء ) لإطلاق الحديث ( والضب واليربوع ليسا من الجنس المستثناة ، لأنها لا يبتدئان بالاذى ) يعني يجب في قتل كل منها الجزاء لأنها من الصيود ، لانها يمتنعان وحشيان بأصل الخلقة ، ولا يبتدئان بالأذى ، بخلاف الفأرة فإنها

وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء لأنها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ، ثم هي مؤذية بطباعها ، والمراد بالنمل السوداء أو الصفراء التي تؤذي ، وما لا يؤذي لا يحل قتلها ، ولكن لا يجب الجزاء للعلة الأولى .

---

مستثناة ، ولانه ينقب الغرائر ويسرق أموال الناس ويضرم عليهم بيوتهم ، ويدخل المضائق ويفسد فساداً كبيراً ، ولابي يوسف رحمه الله في السمود والدلف الجزاء ، لانهما من الجنس الممتنع المتوحش الذي لا يبتدىء بالأذى .

( وليس في قتل البعوض والنمل والبراغيث والقراد شيء ، لانها ليست بصيود ) لأنها ليست بمتوحشة عن الاذى ، بل هي طالبة للأذى وليست هذه الاشياء من قضاء التفث ( وليست بمتولدة من البدن ) واحترز به عن القملة على ما يجيء ، وذكر علتين ، وإن كانا علتين ، لأنه ذكر في موضع السلب ، وفي موضع السلب يكون بعلل كثيرة بمعنى علة واحدة في أن الحكم ينتفى بالجميع كما ينتفي بانتفاء الواحدة . وفي المحيط ليس في قتل القنافذ والخنافس والسلاحف والوزغ والذباب والزنبور والدلمة وصياح الليل والصرصر وأم جنين وابن عرس شيء لأنها من هوام الأرض وحشراتها وليست بصيود ولا متولدة من البدن ، بخلاف القمل ، ولم يوجب عمر وعطاء وأبو ثور والشافعي وأحمد رحمهم الله فيها شيئاً ، وعن أبي يوسف رحمه الله يجب الجزاء بقتل القنفذ .

( ثم هي ) أي البعوض وما ذكر معه ( مؤذية بطباعها ) فلا يجب الجزاء بقتلها ( والمراد بالنمل السوداء أو الصفراء التي تؤذى ) أي مراد محمد « رح » من قوله وليس في قتل البعوض والنمل إلى آخر ما ذكره في الجامع الصغير ولفظه محرم قتل برغوثة أو بقة أو نملة فلا شيء عليه ، ولم يذكر في الاصل البرغوث والبق ( وما لا يؤذي لا يحل قتلها ) أي النمل التي لا تؤذي لا يحل قتلها ، يعني النملة ، ولكن لا يحل قتلها ، ومع هذا إذا قتلها المحرم ( ولكن لا يجب عليه الجزاء للعلة الاولى ) وهي انها ليست بمتولدة من البدن ، والعلة الثانية كونها مؤذية بطباعها .

( ومن قتل قملة تصدق بما شاء ) ذكر في الجامع الصغير ، وإن قتل قملة أطعم شيئاً. وقال في الاصل تصدق بشيء ، ولفظ شيء يشمل القليل والكثير ، وأوضحه المصنف « رح » بقوله ( مثل كف من الطعام ) وكذا ذكره القدوري « رح » في شرحه ، حيث قال يتصدق بما شاء بكف من طعام ، وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي رحمه الله ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الصدقة ثم قال وذكر الحسن بن زياد رحمه الله عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال إذا قتل المحرم قملة أو القاها أطعم كسرة ، وإن كانت اثنتين أو ثلاثة أطعم قبضة من الطعام ، وإن كان أكثر أطعم نصف الصاع ، ولو ألقاها على الارض تصدق بما شاء . ولو كانت ساقطة على الارض فقتلها فلا شيء عليه ، كما في البرغوث .

وفي الفتاوى محرم وضع ثيابه في الشمس ليقتل حر الشمس القمل فعليه الجزاء ، ولو وضع في الشمس ولم يقصد قتل القمل لا شيء عليه ، كما لو قتل الثوب فمات القمل ، انتهى . وقال الشافعي « رض » لو كثر القمل على بدنه أو ثيابه لم يكره تنحيته ، ولوقتله لم يلزمه شيء ، ويكره أن يفلي رأسه ولحيته ، فإن فعل وأخرج منها قملةوقتلهايتصدق ولو بلقمة ، لما فيه من ازالة الاذى عن الرأس ، وكذا في شرح الوجيز .

وروي عن ابن عباس رضى الله عنه أطعم شيئاً كثيراً في قملة قتلها . وفي ثنتين وثلاث كف من طعام ، وعن أبي يوسف في القملة كف من دقيق ، كذا في المحيط وقاضي خان ، وفي عيون المسائل ألقى قملة من رأسه أطعم كسرة خبز ، وعن ابن عمر رضى الله عنه يتصدق بكسرة أو قطعة أو قبضة من طعام ، وعن مالك لا يقتله ولا يطرحه من رأسه ، فإن قتله فعليه حفنة من طعام ، وقال أحمد يطعم شيئاً كما قال محمد « رح » ، وقال اسحاق « رح » تمرة فما فوقها ، وقال النووي يكفر إذا كثر . وعن عطاء وقتادة « رض » قبضة من طعام ، وقال سعيد بن المسيب وابن جبير وطاووس وأبو ثور لا شيء فيها ، وقال ابن المنذر ليس لمن اوجب فيها شيئاً حجة ، وللمحرم أن يعود لغيره ، وهو قول عمر بن الخطاب وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والشافعي وابن حنبل وأكثر أهل العلم ، وكرهه ابن عمر ومالك .

لأنها متولدة من التفث الذي على البدن ، وفي الجـامع الصغير أطعم شيئاً وهذا يدل على أنـــه يجزئه أن يطعم مسكيناً شيئاً يسيراً على سبيل الإباحة وإن لم يكن مشبعاً . ومن قتل جرادة تصدق بما شاء ، لأن الجرادة من صيد البر وإن صيد ما لا يمكن أخـذه إلا بحيلة يقصده الآخـــذ ،

---

وفي المنتقى قال الحلال ارفـع هذا القمل عني فطليه الكفارة ، وفي العيون ولو أشار المحرم إلى قملة فقتله المشار إليه يجب على المشير الجزاء ، قال السروجي في هذا بعد، لأن القمل ليس بصيد حتى يجعل بالإشارة مزيلا للأمن .

( لانها ) أي لان القملة ( متولدة من التفث الذي على البدن ) أي من الوسخ والدرن أي على البدن من قلة الإزالة وعدم التنظيف ( وفي الجامع الصغير أطعم شيئاً ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير إذا قتل قملة أطعم شيئا من غير تعيـــين ، وقال المصنف ( وهذا ) أي الذي ذكره في الجـامع الصغير ( يدل على أنه يجزئه أن يطعم مسكينا شيئا يسيراً على سبيل الإباحة ، وإن لم يكن مشبعا ) ككسر خبز ونحوها .

( ومن قتل جرادة تصدق بمـــا شاء ) قوله بما يشمل القليل والكثير ، وروي عن ابن عمر رضى الله عنه وفي الجرادة تمرة أيضا أنه أمر في كل جرادة بقبضة من طعام ، وعنه التمرة خير من جرادة وعنه التمرتان أحب إلي من جرادتين ، أخرجـه سعيد بن منصور « رح» ( لان الجراد من صيد البر ، وإن صيد ما لا يمكن أخذه إلا بحيلة ويقصده الآخذ ) اختلف العلماء في الجراد ، فروي أنه من صيد البحر ، وكذا ذكره الترمذي من حديث أبي المهزم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال خرجنا مع رسول الله ﷺ في حجة أو عمرة فاستقبلنا رجل من جراد ، فجعلنا نضربه بأسيافنا أو عصينا ، فقال النبي ﷺ كلوه فإنه من صيد البحر ، وقـال الترمذي « رح » هذا حديث غريب ، وأبو المهزم اسمه يزيد بن حسين ، وقد تكلم فيه شعبة « رح » .

ورواه أبو داود « رح » من رواية حبيب المعلم عن أبي المهزم ، وقال المحرم ضعيف ،

وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضي الله عنه تمرة خير من جرادة ، ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لأنـــه من الهوام والحشرات فأشبه الخنافس والوزغات ،

---

والحديث وهم . قلت وجه الوهم أن حماد بن سلمة رواه عن ميمون بن حامان عن أبي رافع عن كعب قوله غير مرفوع ، والرجل بكسر الراء وسكون الجيم الجماعة الكثيرة من الجراد ولا يقال ذلك إلا للجراد خاصة . وفي رواية الترمذي وقع أسياطنا جمع سوط ، والمشهور أسواط ، والصحيح انه من صيد البر كما قال المصنف رحمه الله فيجب الجزاء بقتله . قـال شيخنا زين الدين « رح » وهو قول عمر وابن عباس رضى الله عنهما ، وعطاء بن أبي رباح ، وبه قال أبو حنيفة ومـــالك والشافعي في قوله الصحيح المشهور كما حكاه ابن العربي عن اكثر أهل العـــلم . وقال شيخنا وفيه قول ثالث وهو أنه من صيد البر والبحر ، ورواه سعيد بن منصور في سننه عن هشيم عن منصور .

وعن الحسن قوله ( وتمرة خير من جرادة لقول عمر رضى الله عنه تمرة خير من جرادة ) وقصة أن أهل حمص أصابوا جراداً كثيراً في إحرامهم ، وجعلوا يتصدقون مـــكان كل جرادة بدرهم ، فقال عمر رضى الله عنه أن دراهمكم كثيرة يا أهل حمص ، تمرة خـــير من جرادة ، وروى مالك « رح » في الموطأ أخبرنا يحيى بن سعيد أن رجلا سأل عمر رضى الله عنه عن جرادة قتلها وهو محرم ، فقال عمر لكعب يقال حتى يحكم كعب بدرهم ، فقال عمر رضى الله عنه لكعب إنك لتجد الدراهم ، تمرة خير من جرادة.

( ولا شيء عليه ) أي على المحرم ( في قتل السلحفاة ) بضم السين وفتح اللام وسكون الحاء نوع من حيوان الماء معروف ، وقد يكون في البر وجمعها سحالف وسلاحف ، قال الفراء الذكر من السلاحف الغلم والأنثى في لغـة بني أسد السلحفاة ، وحكى أبو عبيد « رح » عن بعضهم سلحفة ، مثل بالهبة لكنها أي جمع حرة ، قال صاحب الديوان هي صغار دواب الأرض ( لأنه من الهوام والحشرات ، فأشبه الخنافس ) وهو جمـع خنفساء بضم الفاء . وفي كتاب الجمهور وصححها بالضم والفتح جميعاً ، وهو دويبة سوداء منتنية الريح ، وجاء في معناها الخنفس والخنفسة بفتح الفاء ( والوزغات ) جمـع وزغة وهي

ويمكن أخذه من غير حيلة، وكذا لا يقصد بالأخذ فلم يكن صيداً ، ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته ، لان اللبن من جزاء الصيد ، فأشبه كله . ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها ، فعليه الجزاء ، إلا ما استثناه الشرع ، وهو ما عددناه .

---

المسماة أم برص(ويمكن أخذها) أي أخذ السلحفاة(من غير حيلة وكذا لا يقصد بالأخذ،فلم يكن صيداً ) فلا يجب بقتلها الجزاء ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح » .

( ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته ، لأن اللبن من أجزاء الصيد ) لقوله تعالى ﴿ نسقيكم مما في بطونها ﴾ ٢١ المؤمنون ، وكلمة من للتبعيض ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » وقال الروياني « رح » من الشافعية والقاضي من الحنابلة لا يضمنه ، وهو قول مالك « رح » . وقال النووي « رح » وقال أبو حنيفة « رح » إن نقص الصيدضمنه وإلا فلا . وقال السروجي « رح » ونقله عنه غلط . وقال الكرماني رضى الله عنه لو حلب الصيد فعليه ما نقص بحلبه يرويه قوم به نقص الصيد عن ضمان اللبن ( فأشبه كله ) أي فأشبه لبنه كله ، لأنه يتولد من عينه ، وتناول الصيد حرام على المحرم ، فكذا ما كان منه اعتباراً للبعض بالكل .

( ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ) هذا لفظ القدوري بعينه ، وقال الإمام حميد الدين « رح » أراد بالسباع النمر والأسد والفهد ( ونحوها ) أراد به القرد والفيل ، كذا قاله حميد الدين . وقال الاترازي فيه،لأن السبع اسم لكل مختطف ينتهب قاتل عادي عادة ، انتهي . قلت في نظره نظار ، لأن الوصف الذي وصف به السبع ، وقال عادة لا يوجد في القرد والفيل عادة،ثم قال الاترازي«رح»ويجوز أن يريد بقوله ونحوها أي ونحو السباع ما لا يؤكل لحمه من السباع كالطربان والسمور والدلف والفيل والثعلب ، انتهى . قلت فيه تأمل لا يخفى . وقال الاكمل ونحوها ، أي سباع الطير ، وكذلك قاله الكاكي ، وهو الاوجه ، وقال السروجي ولا فرق في ذلك بين سباع البهائم وسباع الطير .

( فعليه الجزاء ، إلا ما استثناه الشرع ، وهو ما عددناه ) يعني فيما مضى من الخمس

وقال الشافعي « رح » لا يجب الجزاء ، لانها جبلت على الإيذاء ، فدخلت في الفواسق المستثناة ، وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة . ولنا أن السبع صيد لتوحشه وكونه مقصوداً بالاخذ ، اما لجلده أو ليصطاد به أو لدفع أذاه ، والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد

---

الفواسق ( وقال الشافعي « رح » لا يجب الجزاء ) أي في السباع أصلا ، وبه قال أحمد ، وقال مالك السباع المبتدئة بالضرر من الطير والوحش كالفهد والذئب والغراب لا جزاء فيه وفي غيرها يجب ، وفي السروجي قال الشافعي « رح » لا شيء فيما لا يؤكل لحمه ، وإلا في المتولد مما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لحمه كالسبع بكسر السين وسكون الميم ، وهو المتولد بين الذئب والضبع ( لأنها ) أي لأن السباع ( جبلت ) أي خلقت ( على الإيذاء، فدخلت في الفواسق المستثناة ) لأنها خلقت مؤذية بطبعها ، فكل ما كان في طبعها الايذاء صار كالخمس الفواسق .

( وكذا اسم الكلب يتناول السباع بأسرها ) أي بجميعها ( لغة ) أي من حيث اللغة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حين دعى على عتبة بن أبي لهب فقال اللهم سلط عليه كلباً من كلابك فافترسه الأسد بدعائه ﷺ .

( ولنا أن السبع صيد لتوحشه ) وبعده عن أعين الناس ( وكونه ) أي ولكونه ( مقصوداً بالأخذ أما لجلده ) كما في الأسد والنمر ( أو ليصطاد به ) أي أو لأجل الاصطياد به كالفهد ( أو لدفع أذاه ) كما في الخنزير فيجب بقتله الجزاء ( والقياس على الفواسق ممتنع ) هذا جواب عن قياس الشافعي على الفواسق ، تقديره أن يقال هذا القياس ممتنع ضعيف لوجود الفارق ( لما فيه ) أي في قياسه ( من ابطال العدد ) الذي نص عليه الشارع ، ولا يجوز .

فإن قيل أنتم أبطلتم عدد الخمس حيث الحقتم بها غيرها ، قيل له نحن الحقنا بها ما هو في معناها ، أما إلحاق السباع المضرة بقلة الإيذاء غير مستقيم ، لأن إيذاء الفواسق

واسم الكلب لا يقع على السبع عرفاً ، والعرف أملك ، ولا يجاوز بقيمته شاة . وقال زفر « رح » يجب بالغة ما بلغت اعتباراً بمأكول اللحم منه . ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد ، وفيه الشاة ، ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ ،

---

يتعدى إلينا ، لأنها تسكن بيوتنا ، أما السباع فإيذاؤها لا يتعدى إلينا ولا يستكن في بيوتنا ولا في القرب منا ، فلم يكن في معنى المنصوص ، فلا يلحق بها .

( واسم الكلب لا يقع على السبع عرفاً ، والعرف أملك ) هذا جواب عن قول الشافعي «رح» وكذا اسم الكلب يتناول السباع لغة ، فأجاب بأنه لا يقع في عرف الناس بخلاف ما قال لأنهم لا يفهمون من إطلاق اسم الكلب المعروف عندهم ، والعرف أرجح وأقوى من الحقيقة اللغوية ، ولهذا إذا حلف لا يأكل رأساً فأكل رأس العصفور لا يحنث لعدم العرف فيه وإن كان رأساً في الحقيقة ( ولا يتجاوز [1] بقيمته شاة ) أي لا يجاوز بقيمة البيع أو بقيمة ما لا يؤكل لحمه من السباع ، ولا يجاوز على صيغة المجهول ، وشاة بالرفع ، لأنه أسنده إلى قوله — لا يجاوز — ويجوز النصب على انه مفعول ثان ، واسند الفعل إلى الجار والمجرور ، والمعنى لا يبلغ دماً .

( وقال زفر رضي الله عنه يجب ) أي قيمته بالغة ما بلغت اعتباراً بمأكول اللحم منه ) أي من الصيد ، يعني كما إذا كان الصيد مأكول اللحم ، وكما إذا كان السبع ملكاً لآدمي ( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( الضبع صيد ، وفيه الشاة ) هذا غريب جداً ، وقال الاترازي رحمه الله ولنا ما روى أصحابنا عن النبي ﷺ الضبع صيد ، وفيه الشاة . قلت هذا أغرب من الاول ، ووجه الاستدلال به أنه لما ورد الشرع بتقدير الشاة لا يزاد عليها ، لأن المقادير لا اهتداء للرأي فيها .

( ولأن اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده ) إذ اللحم غير مأكول ( لا لأنه محارب مؤذ ) يعني اعتبار القيمة لا لأجل الجلد معنى المحاربة كما في بعض السباع كالفيل يعلمه

---

(١) يجاوز — هامش .

ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهراً ، وإذا صال السبع على المحرم فقتله لا شيء عليه . وقال زفر « رح » يجب اعتباراً بالجمل الصائل . ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً وقال إنا ابتدأناه

---

أهل الهند المحاربة بحيث يهزم العسكر ، وهو معنى مطلوب للملوك والسلاطين ، وذلك أمر خارج عن الصيدية ، فلا يعتبر ، ولا لمعنى الإيذاء ، يعني لا يقوم له شرعاً ، فينتفي اعتباراً للحم على تقدير كونه مأكول اللحم ، ولذلك لا يزيد على قيمة الشاة غالباً ، لان لحم الشاة خير من لحم السبع والضبع ( ومن هذا الوجه ) أي الوجه الذي ذكره دليلا عقلياً ( لا يزداد على قيمة الشاة ظاهراً ) أي بحيث ظاهر الحال .

( وإذا صال ) أي وقت ( السبع على المحرم فقتله فلا شيء عليه ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » وأكثر أهل العلم ، وكذا الخلاف في غير السباع ، إلا انه ذكر السبع لما انه الصياد فيه غالباً ، كذا في المبسوط ( وقال زفر « رح » تجب قيمته اعتباراً بالجمل الصائل ) وفى شرح الاقطع قال زفر « رح » عليه الضمان إلا في الذئب ، وقاسه على الجمل إذا صال على انسان فقتله إذ ان لا تسقط قيمته وإن كان قتله دفعاً للأذى ، فكذا هنا .

( ولنا ما روي عن عمر رضى الله عنه أنه قتل سبعاً وأهدى كبشاً وقال إنا ابتدأناه ) هذا غريب جداً ، وذكره في المبسوط ، وجه الاستدلال به أن عمر رضى الله عنه علل لإهدائه بأصل نفسه ، فعلم به أن المحرم إذا لم يبتدىء بقتله ، بل قتله دفعا لصولته لم يجب عليه شيء ، وإلا لم يبق للتعليل فائدة ، واعترض أن التخصيص بالذكر لا يدل على نفي الحكم على ما عداه فلا يصح الاستدلال وأجيب بان ذلك في خطابات الشرع ، وأماني الروايات قيل فيه نظر ، لأن قول عمر رضي الله عنه في هذا المحل بمنزلة خطاب الشرع لأنه في حيز الاستدلال به ، فلا يفسده . والجواب أن الاستدلال إنما هو بفعل وقوله رواية مسنده .

ولان المحرم ممنوع عن التعرض لاعن دفع الأذى ، ولهذا كان مأذوناً في دفع المتوهم من الأذى كما في الفواسق ، فلأن يكون مأذوناً في دفع المتحقق أولى ، ومع وجود الإذن من الشرع لا يجب الجزاء حقاً له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن له من صاحب الحق ، وهو العبد . وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء ، لأن الإذن مقيد بالكفارة

---

( ولأن المحرم ممنوع عن التعرض ) هذا الاستدلال بدليل حديث الفواسق ، ووجهه أن المحرم ممنوع من جهة الشرع عن التعرض إلى الصيد ( لا عن دفع الأذى ) أي ليس ممنوعاً عن التعرض لأجل دفع أذاه ( ولهذا ) أي ولأجل كون امتناعه عن التعرض لأجل أذاه ( كان مأذوناً ) من الشرع ( في دفع المتوهم ) أي الأذى المتوهم ( من الأذى كما في الفواسق ) الخمس ، لانه لما جاز قتلهن لتوهم الأذى منهن ( فلأن يكون مأذوناً في دفع المتحقق ) أي الاذى المتحقق ، وهو الصيال ( أولى ) وأبلغ منه ، ولهذا لو أمكنه دفعه بغير سلاح فقتله فعليه الجزاء ، ذكره الطحاوي كالظرف مع البارف ، فلما صارقتله مأذوناً بدلالة النص لا يكون قتله موجباً للضمان ( ومع وجود الإذن من الشارع لا يجب الجزاء حقا له ) أي للشارع .

( بخلاف الجمل الصائل ، لأنه لا إذن له ) موجود ( من صاحب الحق وهو العبد ) على أنه روي عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يجب فيه الضمان أيضاً ، وبه قال الشافعي « رح » ولا يلزم العبد إذا صال بالسيف فقتله المصول عليه ، حيث لا يضمن مع أنه لم يوجد الإذن من مالكه كان العبد مضموناً في الاصل ، لانه آدمي مكلف كالحر حقاً له لا حقاً للمولى ، لكونه مكلف كمولاه ، فاذا جاء المبيح من قبله وهو المحاربة سقط حقه ، كما إذا ارتد ، وسقوط البتة التي هي ملك المولى إنما كان في ضمن سقوط الاصل ، وهو نفسه ، فلا يعتبر به ، كما إذا ارتد .

( وإن اضطر المحرم إلى قتل صيد ) أي إن اضطر إلى أكل لحم الصيد ، وبه صرح في بعض نسخ القدوري ( فقتله فعليه الجزاء ، لأن الإذن ) من الشارع ( مقيد بالكفارة

بالنص على ما تلوناه من قبـــل ، ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الأهلي ، لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش ، والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض ، لانه ألوف بأصل الخلقة ، ولو ذبح حماماً مسرولاً فعليه الجزاء ، خلافاً لمالك «رح» ، له أنه ألوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه ،

---

بالنص ) كما في الحلق ، وهو قوله تعالى ﴿ فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ﴾ ١٩٦ البقرة ، وجه الاستدلال بها أن الحلق محظور الإحرام ، وقد أذن له الشارع فيه حال الضرورة مقيداً بالكفارة و كذا قتل الصيد محظور الإحرام فيباح لأجل الضرورة مقيداً بالكفارة ، ولا يسقط عنه ما يتعلق به من الكفارة ( على ما تلوناه من قبل ) وهو قوله تعالى ﴿ ففدية من صيام أو صدقة أو نسك ﴾ ولو وجد المحرم صيداً وميتة يأكل الميتة ، وبه قال مالك وأحمـد والثوري رحمهم الله . وقال أبو يوسف والشعبي « رح » يأكل الصيد ويؤدي الجزاء . وفي الذخيرة جعـل الاقوى رواية الحسن عن أبي حنيفة « رض » وفي الخزانة عن ابن سماعـة الغصب أولى من الميتة ، واختاره الطحاوي ، وعند الكرخي يخير .

( ولا بأس للمحرم أن يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهـلي ) وفي بعض نسخ القدوري البط الكسكري ، وهو المنسوب إلى كسكر ، ناحيـة من نواحي بغداد ، والمراد الاهلي ( لان هذه الاشياء ليست بصيود لعدم التوحش ) لانهـا مختلطة بالناس بمرأى أعينهم ( والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحيـاض ، لانه ألوف ) مستأنس ( بأصل الخلقة ) وأما البط الذي يطير فانه جنس آخر لا يجوز للمحرم ذبحه لانه من جملة الصيود .

( ولو ذبح حماماً مسرولاً ) بفتح الواو ، وهو مـا في رجله لبس ، من سرولته إذا ألبسته سراويل فتسرول ( فعليه الجزاء ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ( خـلافاً لمالك . له ) أي لمالك ( أنه ألوف مستأنس ولا يمتنـع بجناحيه لبطء نهوضه ) فخرج عن حد الصيد .

ونحن نقول الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنـع بطيرانه وإن كان بطيء النهوض والاستئناس عارض ، فلم يعتبر ، وكذا إذا قتل ظبياً مستأنساً لأنه صيد في الأصل ، فلا يبطله الاستئناس كالبعير إذا ندّ لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم . وإذا ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها . وقال الشافعي « رح » يحل ما ذبحـــه المحرم لغيره ، لأنه عامل له ، فانتقل فعله إليه .

---

( ونحن نقول أن الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه ،وإن كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر ) كالظبي وحمار الوحش .

فإن قلت البراءة لا يحل بذكاة بالاضطرار حتى لو يرمى منها إلى برج حمام لا يحل ، ولو كان صيداً حل بذكاة الاضطرار . قلت من الاصحاب من قال يحل بذكاة الاضطرار ،ذكره في المحيط فزكاة الاضطرار متعلقة بالعجز لا بكونه صيداً ، ألا ترى أن الثور لو ند فـلم يقدر عليه ذكى بذكاة ، إلا وهو ليس بصيد .

( وكذا إذا قتل ظبياً مستأنسا ) أي وكذا يجب الجزاء اذا قتل المحرم ظبياً مستأنساً في البيوت ( لانه صيد في الاصل ، فلا يبطله الاستئناس ) لانه عارض ( كالبعير إذا ندّ ) أي إذا نفر ، ند يند ندوداً ، من باب ضرب يضرب ( لا يأخذ حكم الصيد في الحرمـــة على المحرم ) لان الندود لا يخرج عن حكمه أهلياً .

( وإذا ذبح المحرم صيداً فذبيحته ميتة لا يحل أكلها . وقال الشافعي « رح » يحل ما ذبحه المحرم لغيره ، لانه عامل له ) أي لان المحرم عامل لغيره ( فانتقل فعله إليه ) وهذا التعليل يشير إلى أن اللام في ــ لغيره ــ تتعلق بقوله ــ ذبحه ــ وهكذا ذكره أيضاً في الإيضاح لا لقوله ــ يحل ــ ولكن ما ذكره في المبسوط يدل على أنه حلال لغيره ، وسواء ذبحـــه لاجل غيره أو لاجل نفسه ، وفي تتمتهم ما يدل على هذا ، قال ما ذبحه المحرم ميتة فأكله حرام عليه ، وهل هو ميتة في حق غيره ، فعنه قولان في الجديد يكون ميتة ، وبه قال مالك « رح » وأبو حنيفة « رض » لان ذبحه لا يفيد الحل كذبح المرتد ، وفي القديم يحل

ولنا أن الذكاة فعل مشروع ، وهذا فعل حرام ، فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي ، وهذا لأن المشروع هو الذي قام مقام المميز بين الدم واللحم تيسيراً ، فينعدم بانعدامه . فإن أكل المحرم الذابح من ذلك شيئاً فعليه قيمة ما أكل عند أبي حنيفة « رح »

---

لغيره ، وفي السروجي في شرح المهذب للنووي « رح » ذبيحة المحرم عليه بلا خلاف ، وفي تحريمه على غيره قولان الجديد تحريمه وهو الاصح عند اكثرهم ، وفي القديم حله وصححه كثير منهم .

( ولنا أن الذكاة فعل مشروع ، وهذا فعل حرام ، فلا تكون ذكاة كذبيحة المجوسي ) فإن قلت يشكل على هذا ذبح الغير بغير أمره فإنه حرام ، ومع ذلك يحل تناولها ، قلت النهى في معنى عين الذبح ولم يصير المذبوح حراماً لعينه ، بل لصيانة حق الغير ، ولهذا يحل ذبحه بأذن المالك ، فكان الذبح مشروعاً في نفسه ، أما ها هنا نفس الفعل حرام لعينه ، لقوله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد ﴾ ... الآية ٩٥ المائدة ، فقد وصف الصيد بالحرمة فدل على خروج المحل عن قبول الفعل الحلال .

( وهذا ) أي كون ذبح المحرم حراما ( لان المشروع ) أي الذبح المشروع (هو الذي قام مقام المميز بين اللحم والدم تيسيراً ) لان الذبح لا يتبين بخروج كل الدم النجس لغير الخبيث من الطيب ، لان الميتة حرام باعتبار الدم المسفوح باللحم ، لان الشرع أقام الذبح مقامه تيسيراً ، ولهذا لو ذبح ولم يسل الدم يحل أكله ولو ذبح المجوسي وسال الدم لم يحل أكله ، فينتفى ما لم يكن مشروعا على أصل القياس ( فينعدم ) أي الميزان والحل ( بانعدامه ) أي بانعدام الفعل المشروع ، وهو الذكاة، لأن الانعدام لعدم المحلية كالانعدام بعدم الاهلية كما في المجوسي .

( فإن أكل المحرم الذابح من ذلك ) أي من الذي ذبحه ( شيئا فعليه قيمة ما أكل عند أبى حنيفة رضي الله تعالى عنه ) هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا أكل من الصيد بعدما أدى جزاءه ، فعنده يجب ما أكل وعندهما لا يجب عليه إلا الاستغفار ، أما إذا

وقالا ليس عليه جزاء ما أكل ، وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليـــه في قولهم جميعاً . لهما أن هذه ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار ، وصار كما إذا أكله محرم غـــيره ، ولأبي حنيفة أن حرمته باعتبار كونه ميتة كما ذكرنا ، وباعتبار أنه محظور احرامه ، لأن احرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الأهلية في حق الذكاة ، فصارت حرمـــة التناول بهذه الوسائل مضافة إلى إحرامه ، بخلاف محرم آخر لان تناوله ليس من

---

أكل قبل أداء الجزاء دخل ما إذا أكل في ضمان الجزاء بالاجمـاع ، وبه صرح في المختلف وقول الشافعي مثل قولهما ، كذا في الايضاح ، وقال القدوري رحمه الله أما إذا أكل من المذبوح قبل أداء الجزاء فلا رواية في هذه المسألة ، ويجوز أن يقـال يجب فيه الجزاء مضافا إلى القتل ، ويجوز انهما متداخلان .

( وقالا ليس عليه جزاء ما أكل ) وبه قال الشافعي عنه ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم ( وإن أكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا ) أي لا شيء عليـــه من قيمة ما أكل بلا خلاف كالحلال إذا قتل صيد الحرم فأكل منه ( لهما ) أي لابي يوسف ومحمد « رح » ( أن هـــذه ) أي ذبيحة المحرم ( ميتة فلا يلزمه بأكلها إلا الاستغفار ) والتوبة لانه معصية ( وصار كما إذا أكله محرم غيره ) أي غير الذابح أو أكله حلال .

( ولابي حنيفة أن حرمته ) أي حرمة التناول للآكل المحرم الذابح ( باعتبار كونه ) أي باعتبار كون المذبوح ( ميتة كما ذكرناه ) من أن المذبوح ميتة ( وباعتبار أنه محظور إحرامه ) أي أن المذبوح إحرامه ( لان إحرامه هو الذي أخرج الصيد عن المحلية ) أي كونه ممنوعا اصطياده ( والذابح ) أي وإخراج الذابح ( عن الاهلية في حق الزكاة ، فصارت حرمة التناول بهذه الوسائط ) وهي كونه ميتة ، والاصل والاكل من محظورات إحرامه وخروج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية ( مضافة إلى إحرامـه ) أي إلى إحرام الذبح ، فوجب تناولـــه الجزاء ( بخلاف محرم آخر ، لان تناولـــه ليس من

محظورات إحرامه ، ولا بأس بأن يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ولا أمره بصيده ، خلافاً لمالك « رح » فيما إذا اصطاده لأجل المحرم . له قوله عليه السلام لا بأس بأكل المحرم لحم صيد ما لم يصطده أو يصاد له .

---

محظورات إحرامه ) لانه لم يضف إلى إحرامه .

( ولا بأس بأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه إذا لم يدل المحرم عليه ) أي على اصطياده ( ولا أمره بصيده خلافا لمالك « رض » فيما إذا اصطاده لاجل المحرم ) فإن عنده لا يجوز له أكل ما اصطاده الحلال لأجل المحرم ، وإن لم يكن بإذن المحرم. وقال في الموطأ إذا أكل المحرم من ذلك الصيد الذي صيد لأجله يجب عليه جزاء الصيد كله ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور .

( له ) أي لمالك ( قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا بأس بأن يأكل المحرم لحم الصيد ما لم يصطده أو يصاد له ) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي والنسائي ولكن لفظه عندهم صيد البر لكم وانتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم أخرجوه عن يعقوب بن عبد الرحمن رحمه الله عن عمرو بن أبي عمرو عن المطلب بن عبدالله بن حنطب عن جابر بن عبدالله رضى الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول صيد البر ... الحديث قال الترمذي رحمه الله المطلب بن عبدالله بن حنطب لا نعرف له سماعاً عن جابر . وقال النسائي عمرو بن أبي عمرو ليس بالقوى في الحديث ، وإن كان قد روى عنه مالك .

وقال صاحب التنقيح عمرو بن أبي عمرو تكلم فيه بعض الأئمة ، لكن روي عن مالك وأخرج له البخاري ومسلم في صحيحيهما والمطلب بن عبد الله ثقة إلا أنه لم يسمع من جابر فيما قيل ، والعجب من الاترازي انه ذكر هذا الحديث في معرض الاستدلال لمالك ، ولم يذكر أن لفظه ما ذكره المصنف يخالف ما ذكره أصحاب السنن في صدر الحديث . وأعجب منه أنه قال له قوله عليه الصلاة والسلام صيد البر لكم حلال ... الحديث ، ثم قال رواه الترمذي وصاحب السنن ولم ينبه على صاحب السنن من هو والترمذي أيضاً صاحب السنن .

ولنا ما روي أن الصحابة « رض » تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه السلام لا بأس به ، واللام فيما روى لام تمليك فيحمل على أن يهدي إليه الصيد دون اللحم أو معناه أن يصاد بأمره ،

---

( ولنا ما روي أن الصحابة رضى الله عنهم تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس ) هذا رواه محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن محمد بن المنكدر عن عثمان بن محمد عن طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه قال تذاكرنا لحم الصيد يأكلها المحرم ، والنبي ﷺ نائم فارتفعت اصواتنا فاستيقظ النبي ﷺ ، فقال فيما تتنازعوا فقلنا في لحم الصيد يأكلها المحرم، فأمرنا بأكله ، انتهى . وهو يخالف لفظ ما ذكره المصنف ، فإن قوله – لا بأس به – يخالف قوله فأمرنا من حيث اللفظ ، وإن كانا في الحقيقة بمعنى واحد، على أن الفرق بين اللفظين ظاهر من حيث الظاهر على ما لا يخفى .

( واللام فيما روي لام تمليك ) هذا جواب عن الحديث الذي رواه مالك « رح» وأراد باللام في قوله – أو يصيد له – فزعم المصنف تمليك ( فيحمل على أن يهدى اليه الصيد دون اللحم ) لأن تمليك الصيد إنما يتحقق فيما أهداه إلى المحرم لا فيما أهدى اليه اللحم ، لأن اللحم يسمى صيداً حقيقة ، فاقتضى الحديث حرمة تناول الصيد على المحرم ، وبه نقول لإحرامه أكل لحمه إذا لم يكن باذنه ( أو معناه أن يصاد بأمره ) أي أو أن يكون بمعنى أو يصيد له بأمره ، فحينئذ يحرم .

واعلم أن هذا الحديث روي بالرفع أيضاً أو يصاد له كما رواه أصحاب السنن على ما ذكرناه الآن فحينئذ لا تمسك لمالك بهذه الرواية لا يقتضى الحل إذا صاده غيره لأجله ، لأنه صار معطوفاً على المعنى لا على الغاية ، ومع هذا فهذا الحديث ضعيف ضعفه يحيى بن معين والنسائي والترمذي . وقال الترمذي منقطع ، وقد ذكرناه الآن . وقال الشيخ حميد الدين الضرير والصحيح عندي بالنصب ، وأو هاهنا بمعنى إلى أن لا يأتي إلى أن يصاد له ، وحكم ما بعد الغاية تخالف حكم ما قبلها ، فيستقيم السند به حينئذ ، لأنه صار تقديره يحل للمحرم أكل لحم الصيد بنفسه حلا محدوداً إلى غاية اصطياد الغير لأجله، كذا في الخيار .

ثم شرط عدم الدلالة ، وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة ، قالوا فيه روايتان. ووجه الحرمة حديث أبي قتادة « رض» وقد ذكرناه ، وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال تجب قيمته يتصدق بها على الفقراء ، لأن الصيد استحق الأمن بسبب الحرم ، قال عليه السلام في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها

---

( ثم شرط عدم الدلالة ) أي شرط القدوري « رح » في قوله إذا لم يذكر المحرم ( وهذا تنصيص على أن الدلالة محرمة ) أي شرط عدم الدلالة عن القدوري نص فيرواية على أن المحرم إذا دل حلالاً على صيد الحل ، فذبحه الحلال يكون اللحم حراماً لا يحل له أكله . قوله ـ محرمة ـ بكسر الراء وتشديدها ( قالوا فيه روايتان ) أي قال المتأخرون من أصحاب أبي حنيفة « رض » في تحريم اصطياده حلال بدلالة المحرم روايتان في رواية يحرم ، وفي رواية لا يحرم . قلت رواية الحرمة رواية الطحاوي « رض » ورواية عدم الحرمة رواية أبي عبيد الله الجرجاني .

( ووجه الحرمة حديث أبي قتادة وقد ذكرناه ) أي في باب الإحرام بقوله هل أعنتم هل أشرتم هل دللتم ، وقد مر الكلام فيه وأبو قتادة اسمه الحارث بن ربيعي الانصاري ( وفي صيد الحرم إذا ذبحه الحلال تجب قيمته يتصدق بها على الفقراء ) وفي بعض النسخ عليه قيمته ، وقيد بقوله الحلال ، لأن المحرم لو قتله تلزمه كفارة واحدة لأجل الإحرام . وفي المبسوط ذبح الحلال صيد الحرم فعليه قيمته عند العلماء إلا على قول أصحاب الظاهر فإنه لا شيء عليه عندهم ( لأن الصيد يستحق الامن بسبب الحرم ) .

فإن قلت الصيد كما استحق الأمن بسبب الحرم فكذلك بسبب الإحرام ، وإذا قتل المحرم صيد الحرم ينبغي أن يجب عليه كفارتان وليس كذلك . قلت وجوب الكفارتين وجه القياس صرح بذلك في الإيضاح. ووجه الاستحسان ما ذكره في شرح الطحاوي أن حرمة الإحرام أقوى، لأن المحرم حرم عليه الصيد في الحل والحرم جميعاً. فامتنع الأقوى الأضعف.

( وقال عليه الصلاة والسلام في حديث طويل ولا ينفر صيدها ) وفي بعض النسخ في

ولا يجزئه الصوم، لأنها غرامة وليست بكفارة، فأشبه ضمان الأموال.

---

حديث فيه طول ، والحديث أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضى الله عنه قال لما فتح الله عز وجل مكة على رسول الله ﷺ قام فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين ، وانها أحلت لي ساعة النهار ثم بقي حرام إلى يوم القيامة لا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يختلي خلاها ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد ، فقال العباس إلا الأذخر ، فإنه لقبورنا وبيوتنا ، فقال عليه الصلاة والسلام إلا الأذخر .

وأخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة ... الحديث ، وفيه لا ينفر صيدها ، وذكر المصنف هذا لأنه هو الأصل ، وفي حرمة صيد الحرم على الحلال إذا أحرم يتغير صيد الحرم فالقتل أولى وانها خلا ، والخلى والخلاء بفتح الخاء المعجمة ، وبالقصر الرطب من المرعي وبالمد المكان الخالي والحشيش هو اليابس من الكلأ والعضد القطع من باب ضرب ، وعضده ضرب عضده من باب دخل .

( ولا يجزئه الصوم ) أي ولا يجزيء ذابح صيد الحرم الصوم ( لأنها ) أي لأن قيمة الصيد غرامة ( وليست بكفارة ، فأشبه ضمان الأموال ) وليس فيه إلا الغرامة .

فإن قلت لو كان غرامة ينبغي أن يجب على الصبي والمجنون والكافر كما في أموال الناس ، وقد نص في الإيضاح أنه لايجب عليهم. قلت وإن كان ضمان المحل لكن فيه معنى الحل أيضاً ، حتى لو أخذ حلال صيد الحرم فقتله في يده حلال آخر فعلى كل واحد منهما جزاء كامل ، لأن كل واحد متلف ، فاحدهما بالأخذ والآخر بالقتل والاخذ المفوت للأمن كالاستهلاك ثم يرجع الاخذ على القاتل عما ضمن بالاتفاق .

فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يؤدى في ضمن جزاء الإحرام فيما إذا قتل المحرم صيد الحرم ، كما لا يؤدى ضمان حق العبد في ضمن الجزاء فيمن قتل صيداً مملوكاً في الحرم . قلت حرمة الحرم حصلت في حرمة الإحرام فيما نحن فيه ، لأن حرمة الحرم لإثبات الأمن للصيد ، وكذا حرمة الاحرام فكان الضمان لله تعالى في الحرمتين ، فجعل أحدهما تبعاً للأخرى ، بخلاف الصيد المملوك بان مما يجب بأن القتل حق الله تعالى ، فلا يمكن أن

وهذا لانه لا يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله ، لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو إحرامه ، والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال . وقال زفر « ر ح » يجزئه الصوم اعتباراً بما وجب على المحرم ، والفرق قد ذكرناه ، وهل يجزئه الهدي ففيه روايتان ،

---

يقضي به حق العبد ، فصار في حق العبد كان الضمان لم يستوف ، كذا في الاسرار .

( وهذا ) يشير به بين قتل المحرم الصيد ، وقتل الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الاول دون الثاني بقوله ( لأنه ) أى لان وجوب الضمان ( يجب بتفويت وصف في المحل ) أراد بالوصف الامن ، وبالمحل الصيد ( وهو الامن ) أى الوصف هو الامن ( والواجب على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله ، لان الحرمة باعتبار معنى فيه ، وهو إحرامه ) ولهذا لو شترك حلالان في قتله يجب عليهما ضمان واحد ، بخلاف المحرمين فإنه يجب على كل واحد منهما قيمة كاملة لا جزاء القتل .

( والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال ) أما صلاحية الصوم جزاء الافعال فلقوله تعالى أو عدل ذلك صياماً ، وأما عدم صلاحيته لضمان المحل فلأنه لا مماثلة بين الصوم ، وهو العرض ، وبين المحل وهو العين ( وقال زفر « رض » يجزئه اعتباراً بما وجب على المحرم ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، لان الواجب هنا كفارة كالواجب على المحرم ، فيتأدى بالصوم ( والفرق ) أي الفرق بين قتل المحرم الصيد وبين قتل الحلال صيد الحرم في جواز الصوم في الاول دون الثاني ( قد ذكرناه ) هو الذي ذكره بقوله والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحل .

( وهل يجزئه الهدي ، ففيه روايتان ) في رواية يجزئه ، وبه قال الشافعي وزفر ومالك وأحمد ، حتى لو سرق المذبوح بعد الذبح لا شيء عليه ، ويشترط أن تكون قيمته عندنا مثل قيمة الصيد ، لأن الهدي مال يجعل لله تعالى والإراقة طريق صالح لجعل المال لله تعالى خالصاً بمنزلة التصدق ، وفي رواية لا يجوز حتى لو سرق المذبوح لا يتأدى الواجب

ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه إذا كان في يده ، خلافاً للشافعي « رح » ، فإنه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد . ولنا أنه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم ، أو صار هو من صيد الحرم ، فاستحق الامن لما روينا . فإن باعه رد البيع فيه إن كان قائماً ، لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد ، وذلك حرام ، وإن كان فائتاً فعليه الجزاء لانه تعرض

---

ويشترط أن تكون قيمة اللحم بعد الذبح مثل قيمة الصيد .

( ومن دخل الحرم بصيد فعليه أن يرسله فيه ) أي في الحرم ( إذا كان في يده ) قال في النهاية يعني وهو حلال حتى يظهر خلاف الشافعي رضى الله عنه ، فإن المحرم لايتوقف وجوب الارسال على أدنى بعضه لا يجب عليه الارسال على دخول الحرم ، فإنه يجب عليه الإرسال بالاتفاق ( خلافاً للشافعي، فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ) لأن الله تعالى غني والعبد محتاج فلا يجب الارسال .

( ولنا أنه لمـــا حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم ) أي ترك التعرض للصيد لأجل حرمة الحرم ( أو صار هو من صيد الحرم ) تعليل ثان لوجوب الإرسال، وفي نسخة الاترازي بخط إذ هو من صيد الحرم بكلمة إذ التي هي للتعليل ، وقال قوله – إذا صارت من صيد الحرم – تعليل لوجوب ترك التعرض ، وكلمة هو راجع إلى الصيد.وقال الأكمل أيضاً ما يقوي كلامه حيث قال انه لما صار في الحرم وجب ترك التعرض لحرمـة الحرم وبين الملازمة بقوله إذا صار يعني الصيد من صيد الحرم بالدخول فيـه وصيد الحرم مستحق للأمن ( فاستحق الأمن لما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ولاينفرصيدها.

( فإن باعه رد البيع فيه ) أي فان باع الحلال الصيد الذي أدخله من الحل إلى الحرم رد البيع فيه ، أي في الصيد ( إن كان ) أي الصيد ( قائماً ، لأن البيع لم يجزلما فيه من التعرض للصيد ، وذلك حرام ، وإن كان فائتاً فعليه الجزاء ) يتصدق بقيمته ( لأنه تعرض

للصيد بتفويت الامن الذي استحقه ، وكذلك بيع الحرم الصيد من محرم أو حلال لما قلنا . ومن أحرم وفي بيته أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله . وقال الشافعي « رح » عليه أن يرسله لأنه متعرض للصيد بإمساكه في ملكه فصار كما إذا كان في يده .

---

للصيد بتفويت الأمن الذي استحقه، وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال لما قلنا) أشار به إلى قوله – لأن البيع في الصيد لم يجز لما فيه من التعرض للصيد – وفي مناسك الحسن نقل صاحب الاجناس أن أحد متعاقدي البيع في الصيد إذا كان محرماً لا يجوز البيع سواء كان بيعاً أو هبة أو صدقة، وإن كان المتعاقدان حلالين ينظر إلى موضع الصيد إن كان في الحلال جاز البيع سواء كان المتبايعان في الحل أو الحرم أو أحدهما في الحل ، والآخر في الحرم ، وإن كان الصيد في الحرم لم يجز البيع ، فإن سلمه للمشترى فذبحه كان على المحرم الذي باعه جزاؤه ، وعلى المشترى قيمته للبائع إذا كان قد اصطاده وهو حلال ثم أحرم ثم باعه ، وللبائع أن يتعين بهذه القيمة في الجزاء الذي عليه ، وكذا بيع المحرم الصيد من محرم أو حلال ، يعني يرد البيع إن كان الصيد قائماً ، وإن كان فائتاً فعليه الجزاء .

( ومن أحرم وفي بيته ) أي والحال أن في بيته ( أو في قفص معه صيد فليس عليه أن يرسله ) ولا يزول ملكه عنه ، وهو مذهب الاوزاعي ومجاهد وعبدالله بن الحارث ومالك وأحمد وأبي ثور ، لكن يجب إزالة يده عنه إن كان في يده أو رجليه أو جبهته أو في قفص معه ، أو كان مربوطاً بحبل معه ، وقال أبو ثور رحمه الله لا تلزمه إزالته ، وصححه ابن المنذر ، وإن كان في بيته أو في قفصه لا يلزمه إرساله .

( وقال الشافعي رضى الله عليه أن يرسله ) وبه قال مالك وأحمد في رواية عن كل منهما . وقال الازهري لا يزول ملكه ( لأنه متعرض الصيد بإمساكه في ملكه ، فصار كما إذا كان في يده ) وهذا بناء على أن بالإحرام هل يزول الملك عن الصيد المملوك أم لا ، فعندنا لا يزول ، وعنده يزول .

ولنا أن الصحابة كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ، ولم ينقل عنهم إرسالها ، وبذلك جرت العادة الفاشية ، وهي من إحدى الحجج . ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته ، لانه محفوظ بالبيت والقفص لا بـه ، غير أنه في ملكه، ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك ،

---

( ولنا أن الصحابة « رض » كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو بكر بن عباس عن يزيد بن أبي زياد عن عبدالله بن الحارث كا يحج وينزل عند أهلنا اتنا من الصيد ما نرسلها . حدثنا عبد السلام بن حرب عن ليث عن مجاهد أن علياً رضى الله عنه رأى مع جماعة داجناً من الصيد وهم محرمون فلم يأمرهم بإرساله والدواجن جمع داجن ، وهو الذي تعود المكان وألفه من قولهم بعير داجن ، وشاة داجن ، إذا كان مقيما بالبيت لا يرعى ، وأراد بالصيود نحو الصقر والشاهين ، وبالداجن نحو الغزال .

( ولم ينقل عنهم إرسالها ) أي لم ينقل عن الصحابة « رض » إرسال الدواجن بعد الإحرام ( وبذلك جرت العادة الفاشية ) أي يكون الدواجن في البيوت وهم محرمون أي جرت العادة المستمرة المشهورة من العشر وهو الظهور. وقال قاضي خان ألا ترى أن الرجل يحرم وله بيت حمام لا يجب عليه إرسالها ( وهي من إحدى الحجج ) أي العادة الفاشية من إحدى الحجج التي يحكم بها ، قال عليه الصلاة والسلام ما رواه المسلمون حسناًفهو عند الله حسن . وقال الكاكي العادة الفاشية مثل الإجماع القولي .

( ولأن الواجب ) على المحرم ، هذا دليل آخر يتضمن الجواب عن دليل الشافعي رضى الله عنه ( ترك التعرض ) للصيد ( وهو ) أي المحرم الذي في بيته قفص صيد ( ليس بمتعرض ) للصيد ( من جهته لأنه ) أي أن الصيد ( محفوظ بالبيت والقفص لا به ) أي لا بالمحرم ( غير أنه فى ملكه ) لم يزل عنه .

( ولو أرسله في مفازة فهو على ملكه لا معتبر ببقاء الملك ) لأنه ليس يتعرض للصيد

وقيل إذا كان القفص في يده لزمه إرساله ، لكن على وجه لا يضيع ، قال فإن أصاب حلال صيداً ثم أحرم فأرسله من يده غيره يضمن عند أبي حنيفة «رح» ، وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناهى عن المنكر ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ ٩١ التوبة ، وله أنه ملك الصيد بالاخـــذ ملكاً محترماً ، فلا يبطل احترامه بإحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام لانه لم يملكه أو الواجب عليه

---

فإن وجوب الجزاء لو كان باعتبـار الملك ينبغي أن يجب الجزاء أرسل أو لم يرسل ولا يقول به أحد ، فان أرسله لا ينعدم ملكه ( وقيل إذا كان القفص في يده لزمه إرساله لكن على وجه لا يضيـع ) أي لا يضيـع الملك ، لأن إضاعة المال حرام فيرسله في بيت أو يودعه عنه انسان .

( فإن أصاب حلال صيداً ثم أحرم فأرسله من يده غـيره يضمن عند أبي حنيفة « رض » ) وبه قال مالك وأحمد ( وقالا لا يضمن ، لأن المرسل آمر بالمعروف ) لان الإرسال واجب عليه ( ناه عن المنكر ) لان الإرسال حرام عليه ، فـكان مقيماً للحسنة فلا يكون ضامناً ، قال تعالى ( ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ ٩١ التوبة ) لانه فعل ما فعله طلباً لرضى الله تعالى ، وما لاحد سبيل إلى منع المحسن من إحسانه .

( وله ) أي لابي حنيفة « رض » ( انه ) أي المحرم ( ملك الصيد بالاخـــذ ملكاً محترماً ) أي معصوماً ( فلا يبطل احترامه بإحرامه ) كما في سائر أمواله ( وقـد أتلفه المرسل فيضمنه ) بالاتلاف ( بخلاف ما إذا أخذه في حالة الإحرام ) لان محرم العين على المحرم فلا يضمن المرسل ( لانه ) أي لان الاخذ (لم يملكه ) أي لم يملك الصيد(أو الواجب عليه ) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا انه ملكه ملكاً محترمـاً ، ولكن وجب إخراجـه من الملك تركاً للتعرض الواجب الترك فأجاب بقوله الواجب عليـه

ترك التعرض ، ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته ، فإذا قطع يده عنه كان متعدياً ، ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وإذا أصاب محرماً صيداً فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق ، لانـــه لم يملكه بالاخذ ، فإن الصيد لم يبق محلاً للتملك في حق المحرم لقوله تعالى ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ ٩٦ المائدة ، فصار كما إذا اشترى الخمر ، فإن قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاء ، لان الاخذ متعرض للصيد بإزالة الامن والقاتل مقرر لذلك ،

---

( ترك التعرض ) لا الاخراج عن ملكه ( ويمكنه ذلك بأن يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعدياً ، فيضمنه ، ونظيره الاختلاف في كسر المعازف ) لأنه آمر بالمعروف ناه عن المنكر ، وعند أبي يوسف « رح » يجب الضمان ، لانه مملوك لصاحبه كما اذا قتـــل الجارية المغنية خطأ تجب قيمتها غير مغنية والمعازف الملاهي ، قال ابن دريد قال قوم من أهل اللغة هو اسم يجمع العود والطنبور وأشباههما . وقال آخرون بل المعـــازف التي استخرجها أهل اليمن في ديوان الادب المعزف ضرب من الطنابير يتخذه أهل اليمن .

( فإن أصاب محرم صيداً فأرسله من يده غيره لا ضمان عليه بالاتفاق ) بين أبي حنيفة «رض» وصاحبيه ( لانه ) أي لان المحرم ( لم يملكه ) أي الصيد ( بالاخذ ) ملكاً محـــترماً ( فإن الصيد لم يبق محلا للتمليك ) لان الحرمة اضيفت إلى العين ( في حق المحرم لقوله عز وجل ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ ٩٦ المائدة أي محرمين ( فصار كما إذا اشترى الخمر ) يعني إذا اشترى المسلم الخمر لا يملكها ، فاذا أتلفها آخر لا ضمان عليه ، لانها حرام لعينها لقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمرة لعينهـــا ، فكذا إذا ارسل صيد المحرم ، لان الصيد حرام عليه لعينه ، فلا يجب الضمان .

( فإن قتله محرم آخر في يده ) أي في يد المحرم ( فعلى كل واحـــد منهما ) أي من الآخذ والقاتل جزاؤه ( لان الاخذ متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك )

والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ، ويرجع الآخذ على القاتل . وقال زفر « رح » لا يرجع ، لان الآخذ من أخذ بصنعه فلا يرجع على غيره . ولنا أن الآخذ إنما يصير سبباً للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الأخذ علة ، فيكون في معنى مباشرة علة العلة ، فيحال بالضمان عليه كالغاصب.

---

أي التعرض الموجب لتفويت الامن ( والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ) لانهم يضمنون بما قرروا بشهادتهم ما كان على شرف السقوط بتمكين الزوج على ما عرف ( ويرجع الآخذ على القاتل ).

فإن قلت ليس للاخذ في الصيد ولا يد محرمة ، فكيف يرجع على القاتل ، فالضمان يجب بأحد هذين الامرين . قلت يده على الصيد معتبرة بحق الاخذ ، لانه يتمكن من إرساله وإسقاط الجناية عن نفسه ، فالقاتل صار مفوتاً هذا اليد ، فيضمن إن لم يملكه الآخذ كغاصب المدبر إذا قتله إنسان في يده فأدى الغاصب ضمانه ، فإنه يرجع على القاتل بقيمته كما لو ملكه وإن كان المدبر لا يقبل النقل من ملك إلى ملك .

( وقال زفر « رح » لا يرجع ، لان الآخذ مؤاخذ بصنعه ) وهو تعرضه للصيد الآمن فلا يرجع على غيره ، لانه يستلزم تنزيل الراجع منزلة المالك بواسطة الضمان والصيد غير قابل للملك في حق المحرم ( فلا يرجع على غيره ) كمسلم غصب خنزير ذمي فأتلفه من يده آخر فأخذ الذمي من الغاصب لم يرجع الغاصب على المتلف بشيء ، فكذا هذا .

( ولنا أن الأخذ إنما يصير سبباً للضمان عند اتصال الهلاك به ) أي بالأخذ ( فهو ) أي القاتل ( بالقتل جعل فعل الأخذ علة ، فيكون ) أي قتله ( في معنى مباشره علة العلة ، فيحال بالضمان ) أي يضاف الضمان ( عليه ) أي إلى القاتل ( كالغاصب ) أي إذا اتلف المغصوب وضمنه الغاصب ، فإن حصل الضمان يستقر عليه ، والجواب عما استشهد به زفر أن غاصب الخنزير ثبت له يد محترمة ، لأن خروجه عن محل التمليك لإهانته ، بخلاف الصيد ، لأن ذلك فيه زيادة احترام في حق المحرم بإحرامه لحرمة الأذى ، فبقيت له يد محترمة ، وإن لم يثبت له ملك .

## فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة وهو مما لا ينبته الناس ، فعليه قيمته

( فإن قطع حشيش الحرم أو شجرة ليست بمملوكة ، وهو مما لا ينبته الناس ، فعليه قيمته ) الواو فيه للحال . أعلم أن ما زرعه الانسان وشجر الحرم أنواع أربعة ، إما أن يكون من جنس ما ينبته الناس كالجوز واللوز والتفاح والكمثرى ونحوها ، أو من جنس ما لا ينبتونه كشجر أم غيلان والأثل وكل واحد منها إما أن ينبت بنفسه أو ينبته الناس فينبت ، ولا يجب الجزاء إلا في نوع واحد ، وهو الذي ينبت بنفسه مما لا ينبته الناس ، ولا شي في الأنواع الثلاثه ، لأنها لا تنبت للحرم بل إلى المنبت ، لهذا تملك بالانبات فكانت أهلية ولم تكن حرمية .

وفي المبسوط حرمة شجر الحرم كحرمة صيده فإن صيده يأكل منها ويأوي اليها ويستظل بظلها ويتخذ الوكر على أغصانها، ويسكن اليها في الحر والمطر ، والملتزف كالمضطر ، وما ينبته الناس عادة فهو لهم ، والناس يزرعون في الحرم ويحصدونه من عهد رسول الله ﷺ من غير نكير .

وقال مالك (رح) لا بأس بما انبته الناس في الحرم من النخل والشجر كما في البقول والزروع ، وهو قول أبي الخطاب وابن عقيل من الحنابلة . وقال القاضي منهم يجب الجزاء ، وهو قول الشافعي في الجزاء في الشجر بكل حال ، وهو المذهب عنده ، فأوجب في الدوحة وهي الشجرة العظيمة بقرة ، ورووه عن ابن عباس رضى الله عنهما ، وليس له صحة ، وضعفه مالك رحمه الله ، وفي أصغر من ذلك شاة والكبيرة بالبقرة والصغيرة بالشاة عند الشافعي وابن حنبل ، ولا أصل له إلا ما روي عن عطاء والشافعي لا نقله الصحابة ، وقلد الشافعي فيه مع مخالفة الاصول .

وعن بعض السلف أنه أوجب في الدوحة بدنة ، وعن عبد الله وابن المنذر وابن أبي نجيح في الدوحة سبعة دنانير أو ستة دنانير ، وقال مالك وأبو ثور وداود الظاهري وابن المنذر لا ضمان في شجر الحرم ولا في حشيشه كقطع المحرم في الدليل ، وهو قول الشافعي في القديم . وقال في الجديد يلزمه الجزاء ، وبه قال أحمد ، لكن الجزاء عند الشافعي في الدوحة بقرة

إلا فيما جف منه ، لان حرمتهما تثبت بسبب الحرم ، قال عليه السلام لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل ، لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الإحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ، ويتصدق بقيمته على الفقراء ، وإذا أداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع، لانه ملكه بسبب محظور شرعاً ، فلو أطلق له في بيعه لتطرق الناس إلى مثله ،

---

كما قلنا عن قريب ، وفيما دونها شاة وفي الصغير القيمة والمعتبر فيها أن تكون سبعة العظيمة . وقال ابن المنذر لا أجد دليلاً فيه من كتاب ولا سنة ولا إجماع .

( إلا فيما جف منه ) استثناء من قوله فعليه قيمته ، يعني لا يجب عليه شيء في قطع ما جف منه ، أي يبس ( لأن حرمتهما ) أي حرمة حشيش الحرم وحرمة شجره ( تثبت بسبب الحرم ، قال عليه الصلاة والسلام لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها ) هذا الحديث قد مر ( ولا يكون للصوم في هذه القيمة ) أي قيمة شجر الحرم وحشيشه ( مدخل، لأن حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام ، فكان من ضمان المحال ) لا ضمان الفعل كما في صيد الحرم ( على ما بينا ) أشار به إلى قوله والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان من ضمان المحال .

( ويتصدق بقيمته على الفقراء وإذا أداها) أي إذا ادى القاطع قيمة الشجر إلى الفقراء ( ملكه ) أي ملك الشجر ( كما في حقوق العباد ) كالغاصب إذا أدى قيمة المغصوب إلى مالك ملك المغصوب .

فإن قلت في المقيس عليه تحصل المعاوضة ، وفي المقيس لا تحصل. قلت تحصل المعاوضة في المقيس أيضاً ، لأن الفقير نائب عن الله تعالى ، وقد ملك العوض ، فيملك القاطع المعوض وهو الشجر .

( ويكره بيعه ) أي بيع الحشيش والشجر ( بعد القطع ، لأنه ملكه بسبب محظور شرعاً ، فلو أطلق له في بيعه لتطرق الناس إلى مثله ) ولا يبقى أشجار الحرم ، وفي ذلك

إلا أنه يجوز البيع مع الكراهة ، بخلاف الصيد ، والفرق ما نذكره . والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للأمن بالإجماع ، ولأن المحرم المنسوب إلى الحرم ، والنسبة إليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالانبات ، وما لا ينبت عادة إذا أنبته إنسان التحق بما ينبته عادة ، ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقاً للشرع ، وقيمة أخرى ضماناً لمالكه كالصيد المملوك في الحرم ،

---

إلحاق صيد الحرم ( إلا انه يجوز البيع مع الكراهة ) لأنه ملكه بالضمان (بخلاف الصيد) يعني لايجوز بيع الصيد بعد أداء القيمة أصلاً ( والفرق ما نذكره إن شاء الله تعالى ) وهو قوله لأن بيعه جائز تعرض للصيد إلا من يقف عليه بعد سبعة عشر أو ثمانية عشر شطراً.

( والذي ينبته الناس عادة ) متصل بقوله وهو ما ينبته الناس، ( عرفناه غير مستحق الأمن بالإجماع ) لأن الناس يزرعون في الحرم ويحصدون فيه من عصر النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير من أحد ( ولأن المحرم المنسوب إلى الحرم ) أي الذي يحرم قطعه هو الشجر الذي ينبت إلى الحرم ( والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة إلى غيره بالانبات ) أي بانبات أحد ( وما لا ينبت ) على صيغة المجهول ( عادة ) أي من حيث العادة ( إذا أنبته الناس التحق بما ينبته عادة ) أراد بالالتحاق أن لا يجب بقطعه شيء بحرمة الحرم .

( ولو نبت بنفسه ) أي لو نبت ما لا ينبت عادة كأم غيلان بلا انبات أحد (في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقاً للشرع وقيمة أخرى ) أي تجب قيمة أخرى ( ضماناً ) أي الضمان ( لمالكه كالصيد المملوك في الحرم ) حيث يجب فيه قيمتان إحداهما لحرمة الحرم والأخرى لصاحب الصيد .

فإن قيل النبات يملك بالأخذ ، فكيف تجب القيمة بعد ذلك . وأجيب بأن قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار ، محمول على خارج الحرم ، وأما حكم الحرم فبخلافه ، لأنه حرام التعرض بالنص كصيده .

وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيـــه ، لأنه ليس بنام ٍ ، ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطـــع إلا الأذخر . وقال أبو يوسف لا بأس بالرعي فيه ، لان فيه ضرورة ، فإن منع الدواب عنه متعذر .

ولنا ما روينا ، والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل

---

فإن قيل الحرم غير مملوك لأحد ، فكيف يتصور قوله ـ وقيمة أخرى ضماناً لمالكه ـ وأجيب بأنه على قول من يرى بملك أرض الحرم ، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله .

( وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه ، لأنه ليس بنام ٍ ) لأنه لو وجب الضمان فيه لتضرر أهل الحرم في إيقاد النار ، لان ما جف بمنزلة الميت من الصيد ( ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع إلا الأذخر ) وهو نبت بمكة معروف ، وبه قال الشافعي ومالك « رض » . وفي المحلى لا يحل لاجل قطع شيء من شجر الحرم ولا شوكه ولا من حشيش حاشى الأذخــر ، واستثنى مالك والشافعي رضى الله عنهما السنا أيضاً . قال وهوخلاف أمر رسول الله ﷺ ويجب الضمان بإتلاف الشجر ، وهو مروي عن ابن عباس رضى الله عنه وعطاء ، وبه قال مالك والشافعي وابن حنبل ، ويحرم قطع الشجر والعوسج ، وبه قال مالك وابن حنبل وعطاء . وعن مجاهد وعمرو بن دينـــار والشافعي لا يحرم ، وهو مردود بقوله عليه الصلاة والسلام لا يعقد شركها في حديث ابن عباس في الصحيحين .

وقال الشافعي لا قطـع في الشجر المؤذية كقتل الصيد المؤذي وهو قياس بعيد في مقابلة النص فهو فاسد الوضع ، كاستدلال الشافعية بخبر الواحد فيما تعم به البلوى ، واختار المتولى منهم انه مضمون ، وقطـــع إمام الحرمين والغزالي إلى أن تحريم الشجرة مما لا ينبته الناس .

( وقال أبو يوسف « رح » لا بأس بالرعي ) وبه قال الشافعي ومالك ( لأن فيـــه ضرورة ، فان منع الدواب عنه متعذر ، ولنا ما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يختلي خلاها ( والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل ) هذا جواب عما يقال للنص في القطع لا في الرعي ، والمشافر جمع مشفرة ومشفر البعـــير كالجحفلة من الفرس ، والشفر من

وحمل الحشيش من الحل ممكن ، فلا ضرورة فيه ، بخلاف الأذخر ، لأنه استثناه رسول الله ﷺ فيجوز قطعه ورعيه، وبخلاف الكمأة، وذلك لأنها ليست من جملة النبات، وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا أن فيه على المفرد دماً فعليه

---

الانسان والمناجل جمع منجل، بكسر الميم ، وهذا الحديد الذي يحصد به الزرع ( وحمل الحشيش من الحل ممكن ) هذا جواب عن قول أبي يوسف رحمه الله ، لان فيه ضرورة تقريره سلمنا أن النص في القطع لا في الرعي ، لكن لا نسلم الضرورة ، لان حمل الحشيش من الحل إلى خارج الحرم ممكن ( فلا ضرورة فيه بخلاف الأذخر ) هذا جواب ايضاً عما يقال ما بال الاذخر لم يحرم رعيه ولا ضرورة فيه ، فأجاب بقوله بخلاف الاذخر .

( لانه ) أي لان الاذخر ( استثناه النبي ﷺ ) وهو في حديث طويل أخرجه الائمة الستة عن أبي هريرة رضى الله عنه عن النبي ﷺ لما فتح الله على رسوله مكة ... الحديث ، وقد ذكرناه عن قريب . وفي آخره الاذخر ( فيجوز قطعه ورعيه ) لاستثناء الشارع في أمره ( وبخلاف الكمأة ) معطوف على قوله بخلاف الاذخر ( وذلك لانها ليست من جملة النبات ) إنما هو شيء مزروع في الارض ينبت من ماء السماء لا من الارض في النبات ينبت من الارض ومائها ، كذا قال في الكافي . والكمأة بفتح الكاف وسكون الميم وفتح الهمزة جمع كم على عكس ثمرة .

فإن قيل النص عام ، وقد خص منه الاذخر بالنص أو الإجماع، فلم لا يجوز تخصيصه بغير الرعي والضرورة . قلنا الاذخر خص بالاستثناء المتصل ، والكمأة تداخله ، فلا يجوز تخصيصه المتراخي يجوز عند بعض أصحابنا ، كذا قيل . وفي المبسوط والبدائع تأويل الحديث انه عليه الصلاة والسلام كان من قصد فيه الاستثناء، فسبقه العباس «رض» أو كان أوحى اليه أنه يرخص فيما سبقه العباس ، أو أن النبي ﷺ عممه ، فجاء جبريل عليه السلام بالرخصة ، فقال إلا الأذخر .

( وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ) يعني من الجنايات ( أن فيه على المفرد دماً فعليه )

دمان ، دم لحجته ودم لعمرته . وقال الشافعي « رح » دم واحد بناء على أنه محرم بإحرام واحد عنده وعندنا بإحرامين ، وقد مر من قبل . قال إلا أن يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد خلافاً لزفر « رح » لما أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد ، وبتأخير

---

أي على القارن ( دمان دم لحجته ودم لعمرته . وقال الشافعي « رض » دم واحد ) أي عليه دم واحد ، وبه قال مالك وأحمد في أظهر الروايتين عنه ( بناء على أنه يحرم بإحرام واحد عنده ) لأن إحرام العمرة داخل في إحرام الحجة عنده ، حتى أن القارن يطوف طوافاً واحداً وسعى سعيين ( وعندنا بإحرامين ، وقد مر من قبل ) أراد به ما ذكره بقوله في باب القران الاختلاف بيننا وبين الشافعي « رض » بناء على أن القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين ، وعنده طوافاً واحداً وسعياً واحداً .

( إلا أن يتجاوز ) وفي بعض النسخ ـ قال ـ أي القدوري ( إلا أن يتجاوز القارن ) وفي بعض نسخ القدوري رحمه الله إلا أن يجاوز من باب المفاعلة ، والأول من باب التفاعل ، وهذا استثناء من قوله فعليه دمان ، إلا في هذه المسألة وفيه نظر ، لأن للقارن دمان ، أي على القارن دمان في كل موضع يجب فيه على المفرد دم إلا في صورة واحدة ، وهي أن يجاوز ( الميقات غير محرم ) أي حال كونه غير محرم ( بالعمرة أو الحج فيلزمه دم واحد ) وفي بعض النسخ يلزمه لذلك الدم دم واحد . وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي وليس في الأصول معنى يجب على المفرد دم ، وعلى القارن دم ، إلا في هذه المسألة ففيه نظر ، لأن القارن إذا أفاض قبل الإمام عليه دم واحد ، وكذا إذا أدى طواف الزيارة جنباً أو محدثاً وقد رجع إلى أهله يجب عليه دم واحد ، وكذلك إذا وقف القارن بعرفة ثم قتل صيداً خلافاً لزفر « رح » فإن عنده يجب عليه دمان .

( لما أن المستحق عليه عند الميقات إحرام واحد ) هذا تعليل لنا لا لزفر ، أي الواجب عليه عند عبور الميقات أحد الاحرامين هو إحرام واحد للعمرة ( وبتأخير

واجب واحد لا يجب إلا جزاء واحـد ، وإذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحـــد منهما جزاء كامل ، لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانياً جناية تفوق الدلالة ، فيتعدد الجزاء بتعـــدد الجناية. وإذا اشترك حلالان في قتل صيـد الحرم فعليهما جزاء واحد ، لان الضمان بدل عن المحـل لا جزاء عن الجناية ، فيتحـد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلاً خطأ يجب عليهما دية واحـــدة ، وعلى كل واحد منهما كفارة ،

---

واجب واحد لا يجب إلا جزاء واحـد ) ألا ترى أنه لو أحرم بالعمرة عند الميقات ، ثم جاوز ، ثم أحرم بالحج لا شيء عليه مع أنه قارن ، بخلاف سائر المحظورات ، فإنه صار بجنايته مرتكباً محظورة إحرامين ، فيدخل النقض فيها ، وها هنا ليس كذلك ، وكذا لو أهل بعمرته بعدما جاوز ثم أهل بحجته بمكة فعليه دم واحد بتأخيره إحرام العمرة .

( وإذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحـــد منهما جزاء كامل ) وهو قول الحسن والشعبي وسعيد بن جبير والنخعي والثوري ، وبه قال مالك والمتولى من الشافعية وهو روايه عن أحمد، واختيار أبو بكر من الحنابلة . وعن ابن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما وطاووس والزهري وحماد بن أبي سليمان والاوزاعي أن عليهما جزاء واحد ( لأن كل واحد منهما بالشركة يصير جانيـاً جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية ) الشافعي « رض » يقول هو ضمان المحـــل ، والمحل واحد ، ونحن نقول هو ضمان الفعل والفعل متعدد .

( وإذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد ، لأن الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد ) أي الجزاء ( باتحاد المحل ) والمحل واحد، والجزاءواحد على كل واحد منهما نصف قيمة الصيد ، وإن كانوا أكثر من ذلك ضم الضمان على عـددهم ( كرجلين قتلا رجلاً خطأ تجب عليهما دية واحدة ) لأنه لا ضمان المحل ( وعلى كل واحد منهما كفارة ) لأنها ضمان الفعل .

وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه فالبيع باطل ، لأن بيعه حياً تعرض للصيد بتفويت الأمن وبيعه بعدما قتله بيع ميتة . ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت أولاداً فماتت هي وأولادها فعليه جزاءهن، لأن الصيد بعد الإخراج من الحرم بقي مستحقاً للأمن شرعاً ، ولهذا وجب رده إلى مأمنه ، وهذه صفة شرعية فتسري إلى الولد .

---

( وإذا باع المحرم الصيد أو ابتاعه ) أي اشتراه ( فالبيع باطل ، لأن بيعه حياً ) أي لأن بيع المحرم الصيد حال كونه حياً ( تعرض للصيد بتفويت الأمن ، وبيعه بعدما قتله بيع ميتة ) وكلاهما باطل فيكون البيع باطلاً . وقال الناطقي لو اشترى أو باع حال إحرامه الصيد نقض الحاكم البيع ، وإن قبضه المشترى فاستهلكه والبائع محرم والمشتري حلال ، فعلى البائع قيمة الصيد للكفارة ، ولا ضمان عليه للبائع ان كان صاده حال إحرامه ، وإن صاده وهو حلال ثم أحرم ثم باعه حال إحرامه فعلى المشتري قيمته للبائع .

( ومن أخرج ظبية من الحرم فولدت اولاداً فماتت هي وأولادها فعليه جزاءهن ) أي جزاء الأم والاولاد ( لأن الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقاً للأمن شرعاً ) يعني بعد إخراجه من الحرم متصف بوصف شرعي وهو الأمن . وإذا كان كذلك بقي مستحقاً بأن يكون أمناً من جهة الشرع ، ولقوله تعالى ﴿ ومن دخله كان آمناً ﴾ ٩٧ آل عمران ، فبقى معه هذا الوصف .

( ولهذا ) أي ولاجل استحقاقه الامن شرعاً ( يجب رده إلى ما منه ، وهذه صفة شرعية ) أي كون الصيد واجب الرد إلى المأمن ، أي إلى موضع أمانه ، وهو الحرم صفة شرعية ( فيسرى إلى الاولاد ) يعني يثبت وجوب الرد إلى الحرم في الاولاد أيضاً ، لان الأوصاف القارة في الامهات تسرى إلى الاولاد كالحرية والكتابة والتدبير .

فإن قلت ينتقض هذا بولد المغصوبة ، فإنها واجب الرد ، ولم يسر إلى ولدها . قلت صفة المغصوبة ليست بصفة شرعية فلا يتعدى إلى الولد .

فإن أدى جزاءها ثم ولدت ثم ماتت الأولاد ليس عليه جزاء الولد، لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنة ، لأن وصول الخلف كوصول الأصل . والله أعلم بالصواب .

---

فإن قلت المضمونية صفة شرعية ،فينبغي أن تتعدى . قلت هي صفة غير لازمة ، فلا تسري ، بخلاف التدبير وغيره ، فإنه صفة لازمة وفي جامع قاضي خان إن سبب وجوب الضمان في المغصوب تفويت اليد ، ولم يوجـــد ذلك في الاولاد لا حقيقة ولا حكماً لأن المالك لم يطالب الاولاد حتى إذا طالبه وامتنع كان ضامناً ، أما حق الرد لله تعالى في كل ساعة ، فإذا لم يرد ومنع كان ضامناً من وقت المنع .

( فإن أدى جزاءها ) أي جزاء الظبية ( ثم ولدت ثم ماتت الاولاد ليس عليه جزاء الولد ، لأن بعد أداء الجزاء لم تبق آمنـــة ) أي مستحقة الأمن ، فحينئذ لم تبق الأولاد مستحقة للأمن أيضاً لحدوثهـــا على ملكه خارج الحرم ، وهو معنى قوله ( لأن وصول الخلف ) وهو القيمة إلى الفقراء ( كوصول الأصل ) وهو الصيد إلى الحرم ، ألا ترى أنه لو غصب جارية فأدى قيمتها ثم ولدت أولاداً فاستهلكها واولادها لا يجب عليـه شيء فكذا ههنا، كذا في الجامع المحبوبي. وكذا فسر الإمام حميد الدين الضرير رحمه الله قوله ، لأن وصول الخلف كوصول الأصل ، وقيد بقوله لأن وصول قيمة الصيد إلى فقراء مكة ، بمنزلة وصول الصيد إلى الحرم .

وقال الاترازي فيه نظر ، لأنه يجوز أن يصرف القيمة إلى فقراء مكة وغيرهم عندنا، فإذا أدى الجزاء إلى غيرهم يسقط أيضاً مع انه لم يصل الخلف إلى فقرائها ، فـــلا يستقيم التعليل بأن وصول الخلف إلى فقراء مكـــة كوصول الاصل إلى الحرم ، انتهى . قلت فنظيره غير موجه ، فلا يرد شيء على المصنف ولا على الشيخ حميد الدين الضرير ، أمـــا المصنف فانه أطلق هو ، ويشمل الوصول إلى فقراء مكة وإلى غير فقرائها . وقال الشيخ حميد الدين الضرير رحمه الله ، فإنه قيده باعتبار الغالب والله أعلم بالصواب .

* * *

# باب مجاوزة الوقت بغير إحرام

## ( باب مجاوزة الوقت بغير إحرام )

أي هذا باب في بيان حكم من جاوز الميقات بغير إحرام ، ولما فرغ عن بيان حكم الجناية الواقعة بعد الإحرام شرع في باب الجناية الواقعة قبل الإحرام ، فاشترى كما في معنى الجناية ، لكن لما كانت الجناية بعد الإحرام على الكمال قدم بيانها على هذا الباب والمجاوزة من باب المفاعلة التي تكون بين الاثنين ، ولكنها بمعنى الجواز كما في قوله تبارك وتعالى ﴿ وسارعوا إلى مغفرة من ربكم ﴾ ١٣٣ آل عمران ، بمعنى أسرعوا الوقت . قال في الجمهرة الوقت معروف اسم واقع على الساعة في الزمان والحين ، فعلى هذا يكون استعمال الوقت في معنى المكان مجازاً كما استعمل المكان في معنى الزمان مجازاً في قوله تعالى ﴿ هنالك دعى ﴾ .

وقال الجوهري الوقت معروف ، والميقات الوقت المضروب للفعل والموضع ، يقال هذا ميقات أهل الشام للموضع الذي يحرمون منه ، فعلى هذا يكون إطلاق الميقات على مكان الإحرام حقيقة لاستعمال أهل اللغة الميقات في معنى المكان . قال الاترازي رحمه الله ، ولا يخلو عن تأمل . وقال الاكمل ناقلاً عن غيره :

فإن قيل كان الواجب أن لا يجب على من جاوز الميقات بغير احرام شيء ، لان المحرم للأشياء الموجبة للكفارة هو الإحرام ، والاحرام غير موجود في ذلك الوقت . فالجواب أن من جاوز الميقات بغير إحرام ارتكب المنهي عنه ، وتمكن به في حجه نقصان ، ونقصانه يجبر بالدم إلا إذا تدارك ذلك في أوانه بالرجوع إلى الميقات ملبياًقبل أن يطوف ، انتهى . قلت مذهب الحسن البصري والنخعي أن الاحرام من الميقات غير واجب ، فلا يجب عليه شيء إذا جاوز الميقات بغير إحرام .

وإذا أتى الكوفي بستان بني عامر فأحرم بعمرة ، فإن رجع إلى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت . وإن رجع إليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرة فعليه دم ، وهذا عند أبي حنيفة « ر ح » . وقالا إن رجع إليه محرماً فليس عليه شيء لبى أو لم يلب. وقال زفر «رح» لا يسقط لبى أو لم يلب ، لأن جنايته لم ترتفع بالعود

---

وفي المبسوط ولو جاوزه وأحرم انعقد إحرامه إلا عند سعيد بن جبير فإنه قال لا ينعقد إحرامه ، فإن رجع إلى الميقات قبل التلبس بأفعال الحج بالإحرام سقط عنه الدم عند أكثر العلماء .

( وإذا أتى الكوفي ) أي الرجل من أهل الكوفة ( بستان بني عامر ) هو موضع قريب من مكة داخل الميقات خارج الحرم ( فأحرم بعمرة ) يعني المسألة ما إذا جاوز ذات عرق بلا إحرام ودخل البستان وكان من نيته الحج أو العمرة، لأنه لو لم يكن من ذلك ولم يرد دخول مكة في اوان الميقات ثم أنشأ الإحرام لم يجب عليه شيء لحرمة الوقت ، وذات عرق ميقات أهل العراق . وقال القرطبي ذات عرق عليه أو عصية بينهما وبين مكة يومان وبعض يوم .

( فإن رجع ) أي محرماً قيدنا به ، لأنه إذا رجع قبل الإحرام وأحرم من الميقات لا شيء عليه عندنا ، وعند الشافعي ( إلى ذات عرق ) التخصيص بذات عرق لظاهر حال الكوفي وإلا فالرجوع اليه وإلى غيره من المواقيت سواء في ظاهر الرواية في سقوط الدم . وعن أبي يوسف « رح » انه قال ينظر انه إن عاد إلى ميقات آخر ، وذلك الميقات يحاذي الميقات الأول سقط الدم وإلا فلا ( ولبى بطل عنه دم الوقت ) أي دم الميقات .

( وإن رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم ، وهذا ) أي هذا المذكور بالتفصيل ( قول أبي حنيفة « رض » . وقالا إن رجع اليه ) أي إلى الميقات حال كونه ( محرماً فليس عليه شيء لبى أو لم يلب ) وبه قال الشافعي في قول ( وقال زفر لا تسقط لبى أو لم يلب ) وبه قال مالك رحمه الله وأحمد والشافعي في قول ( لأن جنايته

وصار كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد إليه بعد الغروب . ولنا انه تدارك المتروك في أوانه وذلك قبل الشروع في الأفعـــال فيسقط الدم بخلاف الإفاضة لأنـه لم يتدارك المتروك عاماً من غير أن التدارك عندهما بعوده محرماً ، لانه أظهر حق الميقات كما إذا مر به محرماً ساكناً وعنده « ر ح » بعوده محرماً ملبياً ، لأن العزيمة في حق الإحرام من دويرة أهله

---

لم ترتفع بالعود ) جنايته هو ترك الإحرام من الميقات فلا يرجع بعوده إلى الميقات ، لأن بالعود الواجب عليه إنشاء تلبية واجبة عند الميقات، ووجوب التلبية عند الإحرام لا بعده.

( فصار حكمه كما إذا أفاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب . ولنـا أنه تدارك المتروك في أوانه ) أي في أوان المتروك ، والمتروك قضاء حق الفائت ( فذلك ) أي أوان المتروك ( قبل الشروع في الأفعال ) أي في أفعال الحج ( فيسقط الدم ، بخلاف الإفاضة ) جواب عن قول زفر « رح » كما إذا أفاض ، أراد أن قياسه عليه غـــير صحيح ( لأنه لم يتدارك المتروك ) لأن المتروك هنا استدامة الوقوف إلى غروب الشمس وبالعدة لم يحصل ذلك ( على ما مر ) أي في الجنايات ( غير أن التدارك عندهما ) أشار به إلى أن التدارك هل يحصل بمجرد العود أو مع التلبية ، فقال إن التدارك عندهما أي عند أبي يوسف ومحمد « رض » ( لعوده ) خلاف كونه محرماً ، لأنه أظهر حق الميقات وهو مجاوزته ( محرماً ، لأنه أظهر حق الميقات كما إذا مر به ) أي بالميقات حال كونه ( محرماً ساكناً ) فلا يلزمه شيء ، وكلاهما حالان مترادفان أو متداخلان .

( وعنده ) أي عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ( بعوده ) أي التدارك بعوده حال كونه ( ملبياً ) كلاهما أيضاً حالان مثل ذاك ( لأن العزيمة ) أي الميقات ( في حق الإحرام من دويرة أهـــله ) أي لأن الأخذ بما أوجب الله عليه في الإحرام أن يكون من دويرة أهله في حق الآفاقي . قال تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة ﴾ ... الآية ١٩٦ البقرة على ما مر فيما مضى .

فإذا ترخص بالتأخير إلى الميقات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية ، وكان التلافي بعوده ملبياً ، وعلى هذا الخلاف إذا أحرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميـــع ما ذكرنا . ولو عاد بعدما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ، ولو عاد إليه قبل الإحرام يسقط بالاتفاق ، وهـــذا الذي ذكرنا إذا كان يريد الحج والعمرة ، فإن دخل البستان لحاجته فله أن يدخـل مكة بغير إحرام ، ووقته البستان وهو صاحب المنزل سواء لأن البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الإحرام بقصده ، وإذا دخله إلتحق بأهله ،

---

( فإذا ترخص بالتأخير ) أي بتأخير الإحرام ( إلى الميقـات وجب عليه قضاء حقه بإنشاء التلبية ) اي قضاء حق الميقات بالاتيان بالتلبية ( وكان التلافي بعوده ملبياً ) أي بالتدارك في عوده إلى الميقات حال كونه ملبياً ( فإذا عاد ملبياً ) فقدأتى بجميع المستحق عليه ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( إذا أحرم بحجة بعد المجـــاوزة ) عن الميقات ( مكان العمرة في جميع ما ذكرناه ) من الاشياء .

( ولو عاد ) إلى الميقات ( بعدما أتى بالطواف فاستلم الحجر لا يسقط عنـــه الدم بالاتفاق ) أي باتفاق علمائنا والشافعي في قول ومالك وأحمـد ، والفاء في فاستلم تفسيراً للشروع في الطواف لبيان المعتبر في ذلك الشرط ، وإن عـاد قبله فعلى الخلاف المذكور ( ولو عاد اليه ) أي إلى الميقات ( قبل الإحرام يسقط عنه بالاتفاق ) وذلك لأنه استثناء التلبية الوليمة عند ابتداء الإحرام ( وهذا الذي ذكرناه ) من الأحكام ( إذا كان الرجل يريد الحج أو العمرة ، فإن دخل البستان لحاجته فله أن يدخل مكة بغير إحرام) كما يجوز للبستاني ( ووقته ) أي ميقاته ( البستان ، وهو وصاحب المنزل سواء ، لأن البستان غير واجب التعظيم ) إذ ليس فيه ما يوجب التعظيم ( فلا يلزمه الإحرام بقصده) أي البستان.

( وإذا دخله ) أي البستان ( التحق بأهله ) أي بأهل البستان سواء نوى الإقامة

والبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له ، والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل ، فكذا وقت الداخل الملتحق به، فإن أحرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه ، لأنهما أحرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت وأحرم بحجة عليه أجزأه ذلك من دخوله مكة بغير إحرام

---

خمسة عشر يوماً أو لم ينو ، وعن أبي يوسف « رح » لو نوى الإقامة خمسة عشر يوماً فالجواب على ما ذكر يعني إن نوى أن يقيم به خمسة عشر يوماً جاز له أن يدخله مكة بغير إحرام ، لأنه صار وطناً له ، وإن لم ينو الإقامة فلا يجوز له دخول مكة بغير إحرام لأنه ليس من أهله فلا يعتبر .

( وللبستاني أن يدخل مكة بغير إحرام للحاجة فكذلك له ذلك ) أي الذي دخل البستان لحاجته أن يدخل مكة بغير إحرام، كما يجوز للبستاني ، لأنه التحق بأهل البستان ( والمراد بقوله ) أي بقول محمد « رح » في الجامع الصغير ( ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم ، وقد مر من قبل ) أراد به ما ذكره في فصل المواقيت بقوله — ومن كان داخل الميقات فوقته الحل — معناه الحل الذى بين المواقيت وبين الحرم ( فكذا ) أي فكذا يكون ( وقت الداخل ) أي ميقاته ( الملتحق به ) أي بالبستاني ( فإن أحرما ) أي البستاني والملتحق به ( من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء ) لانهما بالميقات على ما يجيء الآن ( يريد به البستاني والداخل فيه ) أي في البستان ( لأنهما أحرما من ميقاتهما ) وهو الحل .

( ومن دخل مكة بغير إحرام ثم خرج من عامه ذلك إلى الوقت ) أي إلى الميقات ( وأحرم بحجة عليه ) يعني حجة الاسلام أو حجة منذورة أو عمرة منذورة ( أجزأه ذلك ) عما لزمه ( من دخوله مكة بغير إحرام) يعني يسقط عنه ما وجب عليه من العمرة

وقال زفر « رح » لا يجزئه وهو القياس اعتباراً بمـــا لزمه بسبب النذر ، فصار كما إذا تحولت السنة . ولنا أنه تلافى المتروك في وقته، لأن الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالإحرام كما إذا أتاه محرمـــاً بحجة الإسلام في الابتداء ، بخلاف ما إذا تحولت السنة لأنه صار ديناً في ذمته فـــلا يتأدى إلا بإحرام مقصود كما في الإعتكاف المنذور ، فإنه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني .

---

أو الحجـــة بسبب دخول مكة بغير إحرام ، وذكر في الايضاح وشرح الاقطع وشرح مختصر الكرخي غيرها ( وقال زفر لا تجوز وهو القياس اعتباراً بمـا لزمه بسبب النذر ) فإنه إذا كان عليه حجة وجبت بالنذر وحج حجة الإسلام فإنه لا يسقط بهـا المنذور فكذلك ها هنا ، والجامع أن كل واحدة منهما واجبة بسبب غير سبب الأخرى ( وصار ذلك كما إذا تحولت السنة ) التي دخل فيها مكة ثم حج فانه لا يقوم مقام ما لزمه بدخول مكة بلا خلاف .

( ولنا أنه تلافى ) أي تدارك ( المتروك في وقته ) وهو السنة التي دخل فيها مكة ( لأن الواجب عليه تعظيم هـــذه البقعة ) أي الكعبة ( بالإحرام ) يعني لما انتهى إلى الميقات كان حقه أن يجاوزه بإحرام يؤدى أفعاله في تلك السنة لا في سنة أخرى ( كما إذا أتاه ) أي البقعة التي هي مكة حال كونه ( محرماً بحجة الإسلام في الابتـداء ) يعني من أول الأمر ، فإنه يجزئه عن حجة الإسلام التي نوى وعما لزمه بدخول مكة ( بخلاف ما إذا تحولت السنة ، لأنه صار ديناً في ذمته ) بمضي وقت الحج ( فـــلا يتأدى إلا بإحرام مقصود ) أي قصدى ( كما في الإعتـكاف المنـــذور ) أي كما إذا نذر أن يعتكف شهر رمضان هذا (فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دوم العام الثاني) يعني إذا لم يعتكف شهر رمضان الذى نذر فيه الإعتكاف حتى جاز رمضان العام الثاني فصامه فاعتكف فيه قضاء عما عليه لم يعتكف لأنه لما لم يعتكف في الرمضان الأول صار الصوم مقصوداً ، فلم يتأد إلا بصوم مقصود ، كذا هذا .

ومن جاوز الوقت فأحرم بعمرة وأفسدها مضى فيها وقضاها ، لأن الإحرام يقع لازماً فصار كما إذا أفسد الحج ، وليس عليه دم لترك الوقت ، وعلى قياس قول زفر « رح » لا يسقط عنه ، وهو نظير الاختلاف في فائت الحج إذا جاوز الوقت بغير إحرام

---

فإن قيل سلمنا أن الحج يتحول إلى السنة ويصير ديناً ، ولكن لا نسلم أن العمرة تصير ديناً ، لأنها موقتة فينبغي أن تسقط العمرة الواجبة بدخول مكة بغير إحرام بالعمرة المنذورة في السنة الثانية ، كما تسقط هي بها في السنة الاولى ، أجيب بأنه لاشك ان العمرة يكره تأخيرها إلى أيام النحر والتشريق ، فإذا أخرها إلى وقت يكره صار كالمفعول لها ، فصارت ديناً .

( ومن جاوز الوقت ) أي الميقات ( فأحرم بعمرة فأفسدها ) أي العمرة أفسدها بجماع ( مضى فيها وقضاها ) أي العمرة ثم يقضيها (لان الإحرام يقع لازماً ) أي لانه عقد لازم لا يخرج الرغبة بعد الشروع فيها إلا باداء الافعال ، وأما القضاء فلأنه التزم الاداء على وجه الصحة ولم يفعل ( فصار ) أى حكم هذا ( كما اذا أفسد الحج ) فانه يقضيه فكذلك هذا ( وليس عليه دم لترك الوقت ) لانه إذا قضاها باحرام الميقات ينجبر به ما نقص من حق الوقت بالمجاوزة بغير إحرام فيسقط عنه الدم كمن سهى في الصلاة ثم أفسدها ثم قضاها سقط عنه سجود السهو ( وعلى قياس قول زفر « رض » لا يسقط عنه ) الدم لبى أو لم يلب ، لان جنايته لا ترتفع بالعود ، وكذا إذا جاوز الميقات ثم احرم بعمرة ثم وجب عليه القضاء بالافساد ، ولا يسقط عنه الدم بالقضاء لعدم ارتفاع الجناية بالقضاء قياساً على تلك المسألة .

( وهو نظير الاختلاف ) أي هذا الاختلاف بيننا وبين زفر رحمه الله أن الدم الواجب بالمجاوزة عن الميقات يسقط بالقضاء عندنا ولا يسقط عنده نظير الاختلاف الواقع ( في فائت الحج إذا جاوز الميقات بغير إحرام ) ثم أحرم بالحج وفاته الحج بفوات الوقوف بعرفات ويحل بأفعال العمرة ، ووجب عليه القضاء من قابل يسقط الدم الواجب بالمجاوزة

وفيمن جاوز الوقت بغير إحرام وأحرم بالحج ثم أفسد حجته . هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات . ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه في القضاء ، وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات فوضح الفرق . وإذا خرج المكي يريد الحج فأحرم ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة ،

---

بغير إحرام لوجوب القضاء عندنا خلافاً له ( وفيمن جاوز الوقت ) عطفاً على قوله في فائت الحج ، أي ونظير الاختلاف أيضاً بيننا وبينه فيمن جاوز الوقت ، أي الميقات ( بغير إحرام وأحرام بالحج ثم أفسد حجه ) بالجماع قبل الوقوف بعرفات فوجب عليه المضي والقضاء ويسقط عنه دم المجاوزة عندنا خلافاً له .

( وهو ) أي زفر رحمه الله ( يعتبر المجاوزة هذه ) أي يقيس ( المجاوزة هذه بغيرها ) أي بغير المجاوزة ( من المحظورات ) كالتطيب واللبس والحلق ، فإن الدم الواجب فيها لا يسقط بقضاء الحج أو العمرة ، فكذا هذا .

( ولنا أنه يصير قاضياً حق الميقات بالإحرام منه ) أي من الميقات في القضاء (وهو) القضاء ( يحكي الفائت ) فينعدم المعنى الذي لأجله وجب الدم ، وهو أداء الواجب الحج باحرام بعد مجاوزة الميقات ( ولا ينعدم به ) أي بالقضاء ( غيره ) أي غير هذا المحظور ( من المحظورات ) لأن الواجب بها النقصان يمكن في الإحرام الأول ، والجبر لا يقع بأصل العبادة كسجدة في الصلاة يقع بها الجبر وبأصل الصلاة لا يقع ، أما ها هنا الدم وجب بترك أصل الإحرام من الوقت وقد اتى بأصل الأحرام في الوقت في القضاء ، فينوب عما ترك ، لأن أصل الصلاة عن الأصل ، أما الأصل فلا ينوب عن التبع ، كذا في المبسوط وهو معنى قوله ( فوضح الفرق ) أي بين ما نحن فيه وبين ما قاس عليه زفر .

( وإذا خرج المكي ) يعني من الحرم حال كونه ( يريد الحج فأحرم ) يعني للحج ( ولم يعد إلى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة ) لأنه لما خرج عن الحرم ثم أحرم بالحج فصار كالآفاقي إذا جاوز الميقات ثم أحرم فوجب عليه شاة لزكى حرمة الميقات كما وجب على

لأن وقته الحرم وقد جاوزه بغير إحرام ، فإن عاد إلى الحرم ولبى أو لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم ووقف بعرفة فعليه دم ، لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي وأحرم المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه ، فإن رجع إلى الحرم وأهل فيه قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه ، وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

---

الآفاقي ( لأن وقته ) أي لأن ميقاته ( الحرم وقد جاوزه بغير إحرام ) إذا قيد بقوله يريد الحج ، لأنه لو خرج من الحرم لأجل حاجته ثم أحرم بحج لا شيء عليه عاد أو لم يعد لأنه لما خرج إلى ذلك الموضع لحاجة صار من أهله ، ووقت أهله كذا في الجامع الاسبيجابي.

( فإن عاد إلى الحرم ولبى أو لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرناه ) يعني عند أبي حنيفة يسقط عنه الدم بالعود والتلبية عند الحرم ، وعندهما يسقط بمجرد العود ، وعند زفر لا يسقط وإن لبى ( في الآفاقي ) ذكره قبل هذا في اتيان الكوفي في بستان بني عامر قيل الصواب الأفقي ، لأن الآفاق جمع أفق ، فالنسبة تكون للمفرد دون الجمع ، ولم يسمع في كتب اللغة الآفاقي . وعن الأصمعي وابن السكيت الافقي بفتحتين .

( والمتمتع إذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم وأحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم ) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وقيد فيه بالمتمتع لأن إحرام القارن بحجة وعمرة ميقاتي فلا يرد هذا الحكم فيه ( لأنه لما دخل مكة وأتى بأفعال العمرة صار بمنزلة المكي ، وإحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه ) أي بتأخير الإحرام عن الوقت ( فإن رجع إلى الحرم وأهل فيه ) أي أحرم ولبى في الحرم ( قبل أن يقف بعرفة فلا شيء عليه ، وهو على الخلاف الذي تقدم ) فيما مضى أن عند أبي حنيفة رضي الله عنه يسقط عنه الدم إذا لبى ، وعندهما لا تشترط التلبية . وعند زفر رحمه الله لا يسقط الدم في الحالين في الآفاقي إنما قال تقدم ( في الآفاقي ) فإن كان المتمتع ايضاً آفاقياً لأن التمتع في آخر إحرم الحج كالمكي فافهم ، والله أعلم ، وبه التوفيق .

# باب إضافة الاحرام

قال أبو حنيفة « رح » إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطاً ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج ، وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » رفض العمرة أحب إلينا وقضاها ، وعليه دم لرفضها به لانه من رفض أحدهما ، لأن الجمع بينهما

---

( باب اضافة الاحرام )

إلى الإحرام ، أي هذا باب في بيان حكم إضافة الاحرام إلى الإحرام ، ولما كانت هذه من أهل مكة ومن منزله داخل الميقات جناية ، وكذا إضافة إحرام العمرة إلى الحجة في الآفاقي عقيب باب الجنايات بهذا الباب لكونه نوعاً من الجنايات .

( قال أبو حنيفة « رض » إذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطاً ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وعليه حجة وعمرة ) إنما قيد المكي لأن الآفاقي لو أحرم بعمرة فطاف له شوطاً ثم أحرم بحجة يمضي في الحج فيها ولا يرفض الحج ، لأن بناء أفعال الحج على أعمال العمرة صحيح في حقه عندنا ، وعند الشافعي رضى الله عنه ومالك يصح في حق المكي أيضاً لمشروعية القران والتمتع عندهما ، وإنما قيد بقوله وطاف لها شوطاً لأنه إذا لم يطف العمرة أصلاً يرفض العمرة بالاتفاق وقيد بقوله شوطاً ، وأراد به أقل الأشواط ، حتى إذا طاف شوطين أو ثلاثة أشواط كان الخلاف فيه كما ذكره ، أما إذا طاف العمرة اكثر الاشواط يرفض الحج بالاتفاق .

( وقال أبو يوسف ومحمد رفض العمرة أحب الينا ) لأنها أيسر قضاء واداء ، وأخف مؤنة ، فصارت أولى بالرفض على ما يجيء ( وقضاها ) أي العمرة ( وعليه دم لرفضها ) لأنه لا بد من رفض أحدهما ) أي الحجة أو العمرة ( لأن الجمع بينهما ) أي الحجة والعمرة

في حق المكي غير مشروع ، والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالاً وأقل أعمالاً وأيسر قضاء لكونها غير موقتة ، وكـــذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا ، فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف ، لأن للأكثر حكم الكل فتعذر رفضها كما إذا فرغ منها ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة « رح »

---

(في حق المكي غير مشروع ) أي عندنا خلافاً للشافعي ومالك «رض» لقوله تعالى ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ ١٩٦ البقرة ( والعمرة اولى بالرفض ) من الحج ( لأنها أدنى حالاً وأقل أعمالاً وأيسر قضاء لكونها غير موقتة ) لان العمرة سنة والحج فريضة ، لأن أداءها يمكن في جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فيها .

( وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنـــا ) برفض العمرة أيضاً بالاتفاق، وفي عبارته تسامح،لأنه عطف بقوله وكذا المتفق عليه على المختلف فيه ، وفيه تلبيس إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ومات بشيء من أفعال العمرة كما قلنـا هو قوله – لأنها أدنى حالاً وأقل أعمالاً وايسر قضاء – (فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف ، لان للأكثر حكم الكل ، فيتعذر رفضها كما إذا فرغ منها ) أي من العمرة لعدم إمكان الرفض ( ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقـل من ذلك عند أبي حنيفة «رض» ) وفي بعضها وكذلك بحذف كلمة –لا – من قوله – ولا كذلك– وقال السغناقي « رض » قال الإمام حسام الدين « رض » الصواب ، وكذلك قال الكاكي ايضاً هو المثبت في نسخة المصنف ، قال وكذلك وجدت بخط شيخي .

وقال الاترازي في نسخته ولا كذلك ، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقـــال لما قال المصنف فإن طاف للعمرة أربعة أشواط رفض الحج ، لان للأكثر حكم الكل ، ورد عليه السؤال بأن يقال كيف يرفض الحج على مذهب ابي حنيفة رضى الله عنـه فيما إذا طاف الاقل للعمرة ولم يوجد الاكثر الذي له حكم الكل،فأجاب عنه وقال ولا كذلك إذاطاف

وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد ، ورفض غير المتأكد أيسر ، ولأن في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل ، وفي رفض الحج امتناع عنه ، وعليه دم بالرفض أيهما رفضه ، لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه ، فكان في معنى المحصر ، إلا أن في رفض العمرة قضاؤها لا غير ، وفي رفض الحج قضاءه

---

للعمرة أقل من ذلك ، إلا أن أبا حنيفة « رض» لا يعلل لرفض العمرة فيما إذا طاف الاقل للعمرة لوجود الاكثر لم يعلل بعلة أخرى ، وهي ما ذكره بقوله :

( وله ) أي ولابي حنيفة « رض » ( أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من اعمالها وإحرام الحج لم يتأكد ، ورفض غير المتأكد أيسر من رفض المتأكد ) وهذا لان الحكم جاز أن يكون معلولاً بعلل شتى ، وعدم الكل لعلة لا يوجب للكل عدم الحكم (ولأن في رفض العمرة ) هذا وجه آخر لقوله ولا كذلك، أي والجواب أن رفض العمرةوجود بعض أفعال العمرة ، وأشار اليه بقوله ( والحالة هذه ) يعني والحال أنه أتى بشيء من أفعال العمرة ( إبطال العمل ) بالنصب لانه إسم إن ، يعني أن إبطال العمل في الطواف الذي اتى به .

( وفي رفض الحج امتناع عنه ) أي ولان في رفض الحج امتناعاً عن الابطال ، والامتناع أهون في الإبطال ، لان ما وقع معتد به ، ولا كذلك إذا يفعل شيئاً ( وعليه دم بالرفض ايهما رفضه ) يعني الحج عنده والعمرة عندهما ( لانه تحلل قبل أوانه ) بعد اداء الافعال ( لتعذر المضي فيه ) لكون الجمع بينهما غير مشروع ( فكان في معنى المحصر ) من حيث انه تعذر المضي بعد الشروع ، وعلى المحصر دم للتحلل ، ويكون الدم دم جبر لا دم نسك على ما يأتي إن شاء الله تعالى ( إلا أن في رفض العمرة قضاؤها لا غير)أي غير أن في رفض العمرة قضاء العمرة لا غير ، لانه خرج عنها بعد الشروع .

( وفي رفض الحج ) أي ولان في رفض الحج ( قضاءه ) أي قضاء الحج الذي رفضه في

وعمرة ، لانه في معنى فائت بالحج ، وإن مضى عليهما أجزأه لانه أدى أفعالهما كما التزمهما ، غير أنـــه منهي عنه ، والنهي لا يمنع تحقق الفعـــل على ما عرف من أصلنا ، وعليه دم لجمعه بينهما ، لانـه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه وهـذا في حق المكي دم جبر ، وفي حق الآفاقي دم شكر .

---

سنة اخرى ( وعمرة ) بالرفض ، أي مع قضاء عمرة أخرى غير العمرة التي شرع فيهـــا ( لانه ) في معنى ( فائت الحج ) وفائت الحج يتحلل بأفعال العمرة ، لكن يؤدى أولاً العمرة التي شرع فيها ويفرغ عنهـا ، ثم يأتي بعمرة أخرى ( وإن مضى عليها ) أي على العمرة والحج ، يعني لم يرفض المكي ومن في معناه العمرة والحج، بل مضى عليهماوأداهما ( أجزأه لانه أدى أفعالها كما التزمهما ، غير انه منهى عنهما ) أي عن إحرام الحـــج والعمرة ، وقال صاحب النهاية وفي نسخة شيخي بخط عنها أي عن العمرة إذ هي المستتبعة للرفض إجماعاً فيما إذا لم يشتغل بطواف الحج والكلام فيه ، لانهـا هي الداخلة في وقت الحج ، وبسببها وقع العصيان .

( والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا ) لأن النهي إذا كان المعنـى في غيره لا يعدم المشروعية على أصل الحقيقة على ما عرف في موضعه . وفي الكافي فإن قيـل قد ذكر الشيخ في أول المسألة أن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع ، وها هنا قـال النهي تحقيق المشروعية ، وهذا يصير تناقضاً . قلنا أراد بقوله غير مشروع كاملا كما في حق الآفاقي ، فيندفع التناقض في حق المكي ( وعليه دم ) اى دم جبر ( لجمعه بينهما ) اي بين الحج والعمرة ( ولأنه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه ) وهو الجمـــع بينهما فارتكـــب محظوراً فعليه دم جبر لا يحل له ولا لسائر الاغنياء ، فيتصدق به على المساكين كسائر دماء الكفارة ( وهذا ) اي هذا الدم الواجب ( في حق المكي دم جبر ) للنقصان لارتكابه المنهي عنه ( وفي حق الآفاقي دم شكر ) لما أنعم الله به عليه من الجمع بين العبادتين .

ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى ، فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى ولا شيء عليه ، وإن لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر عند أبي حنيفة « ر ح ». وقالا إن لم يقصر فلا شيء عليه ، لان الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة ،

---

( ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى ) إعلم أن الجمع بين الإحرامين لحجتين او العمرتين حرام ، لانه بدعة ، ويأتي هذا على أربعة أقسام بالقسمة العقلية إدخال إحرام الحج على إحرام الحج ، وإدخال إحرام الحج على إحرام العمرة ، وادخال إحرام العمرة على إحرام الحج ، وإدخال إحرام العمرة على إحرام العمرة . وأشار إلى بعضها ، وسيأتي كل ذلك . وأشار إلى ذلك الاول بقوله — ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى — ففيه تفصيل ، أشار إليه بقوله ( فإن حلق في الاول ) اي في الحجة الاولى ( لزمته الاخرى ) اي الحجة الاخرى ، لانه لم يجمع بين الإحرامين ، لانه تحلل من الاولى بالحلق ، ويؤدي الحجة الاخرى في العام القابل ( ولا شيء عليه ) اي ولا دم عليه ، لانه لم يجمع بين الإحرامين .

( وإن لم يحلق في الاولى ) أي في الحجة الاولى ( لزمته الأخرى ) اى الحجة الاخرى ( وعليه دم قصر او لم يقصر ) قال الكاكي قوله — قصر — اي حلق بعد إحرام او لم يحلق ، وعبر بالقصر عن الحلق لانه وضع المسألة بلفظ من يقول ومن أحرم ، وهو يتناول الذكر والانثى ، فذكر أولا لفظ الحلق ، ولا ينافي لفظ التقصير ليشملهما أن الحلق مختص بالرجال . وفي بعض الروايات حلق مكان قصر ( عند أبي حنيفة « رض » ) يعني عند أبي حنيفة « رض » يلزمه دم على كلا التقديرين ، أما إذا حلق فلأنه جناية في حق إحرام الحجة الثانية ، وإنما كان نسكاً في حق إحرام الاولى . وأما إذا لم يحلق للأولى يلزمه الدم أيضاً ، لان تأخير النسك عن وقته يوجب الدم عنده .

( وقالا ) اى أبو يوسف ومحمد « رض » ( إن لم يقصر ) يعني ان يفرغ من الحجة ( فلا شيء عليه ، لان الجمع بين إحرامي الحج وإحرامي العمرة بدعة ) هذا دليل لقوله

فإذا حلق فهو إن كان نسكاً في الإحرام الأول فهو جناية على الثاني، لأنه في غير أوانه فلزمه الدم بالإجماع ، وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته في الإحرام الأول ، وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا ، فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده ، وشرط التقصير عندهما ، ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت ،

---

وعليه دم قصر أو لم يقصر . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير . وذكر بعض مشايخنا في ذلك روايتين يعني في وجوب الدم لاجل الجمع بين الاحرامين في رواية يجب ، وفي رواية لا يجب .

( فإذا حلق فهو إن كان نسكاً في الإحرام الاول فهو جناية على الثاني ) اى على الإحرام الثاني ( لانه في غير أوانه ) لانه حلق قبل أداء الأعمال في الإحرام ( فلزمه الدم بالاجماع ) جواب إذا ( وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل ) فقد أخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول ، وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا ( وهو أن التأخير لا يوجب شيئاً عندهما ، فلهذا ) أي فلأجل أن التأخير جناية عنده ( سوى بين التقصير وعدمه عنده ) أي عند أبي حنيفة «رض» .

( وشرط التقصير عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني إن قصر في هذه السنة فعليه دم بجنايته على الإحرام الثاني ، لأن التأخير غير مضمن عندهما ، كذا في الجنازية والايضاح ، ولكن ينبغي أن لا يجب دم عند محمد لعدم لزوم الآخر . قيل في جواب المسألة مصورة فيما إذا وقف في الحجة الأولى ، فلا يكون جمعاً بين الإحرامين، فيلزمه الإحرام الثاني ، لكن بعد الأداء لكن لا يستقيم هذا مع قوله لأن الجمع بين الإحرامين بدعة .

( ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى ) أي بعمرة أخرى (فعليه دم لإحرامه قبل

لأنه جمع بين إحرامي العمرة ، وهذا مكروه فيلزمه الدم ، وهو دم جبر وكفارة . ومن أهل بحج ثم أحرم بعمرة لزماه ، لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه ، فيصير بذلك قارناً لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئاً ،

---

الوقت ) أي قبل وقت الإحرام،يعني إن وقت الإحرام للعمرة الثانية بعد الحلق أوالتقصير للأولى ، فلما أحرم للثانية قبل ذلك يكون محرماً قبل الوقت ، فيصير جامعاًبين إحرامي العمرتين ، وهذا معنى قوله ( لأنه جمع بين إحرامي العمرة، وهذا ) أي الجمع بين إحرامي العمرة ( مكروه فيلزمه الدم ، وهو دم جبر وكفارة ) .

فإن قلت يجب الدم رواية واحدة في الجمع بين إحرامي العمرة ، والجمع بين إحرامي الحج روايتان ، فما الفرق على إحداهما . قلت الجمع في هذا الإحرام إنما كره لأجل الجمع في الأفعال . وفي الحجتين لا يتحقق الجمع فعلا ، لأن أفعال الحج الثاني لا يؤدى في هذه السنة ، فإنما يؤدى في السنة الثانية ، والجمع بين إحرامي العمرة بسبب الجمع فعلا لجواز العمرة في كل السنة .

( ومن أهل بحج ثم أحرم بعمرة لزماه ) هذا هو القسم الثاني من الأقسام الأربعة المذكورة ، وهو إدخال إحرام الحج على إحرام العمرة ، فإذا جمع بينهما لزماه ( لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي ) قوله – أهل – أي رفع صوته بالتلبية ، وانما اختار الفقهاء لفظ أهل على التلبية في كثير من المواضع إشارة إلى السنة في التلبية وهي رفع الصوت .

( والمسألة فيه ) أي في الآفاقي ، ومعنى المسألة أن الآفاقي إذا أحرم بحجة ثم بعمرة قبل أداء شيء من أفعال الحج لزماه لصدوره من أهله ، لأنه امكن اتيان أفعال العمرة قبل أفعال الحج ، وإنما الترتيب فيا هو وسيلة ، والعبرة للمقصود ( فيصير بذلك ) أي الجمع بين الحج والعمرة ( قارناً ) لأنه جمع بين النسكين ( لكنه أخطأ السنة ) لأن القارن من يحرم بالحج والعمرة معاً أو يقدم إحرام العمرة لا عكس ( فيصير مسيئاً ) لأن الله

فلو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته، لأنه تعذر عليه أداؤها ، إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة ، فإن تواجه إليها لم يكن رافضاً حتى يقف، وقد ذكرناه من قبل فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه،وعليه دم لجمعه بينهما، لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الإحرام بينهما،والمراد بهذا الطواف

---

تعالى جعل الحج أحد الغائتين في قوله تعالى ﴿ فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ، فكان ينبغي أن يدخل الحج على العمرة لا العكس ، لكنه لما لم يؤد الحج صح،لأن الترتيب وجد في الأداء وإن فات الإحرام .

( فلو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته ، لانه تعذر عليه أداؤها ) أي أداء العمرة ( إذ هي ) أي العمرة فقوله هي مبتدأ ( مبنية ) نصب على الحال من هي ، والعامل فيها معنى الإشارة في هي، كذا قال في النهاية ، هكذا كانت مقيدة بخط شيخي ، وفيه نظر ( على الحج ) متعلق بقوله مبنية ( غير مشروعة ) خبر المبتدأ في جامع قاضي خان لما وقف بعرفة يعذر عليه ، إذ أعمال العمرة بعد الوقوع ، لأنه فعل لكان بانياً أفعال الحج ، وذلك غير مشروع.

( فإن توجه اليها ) أي إلى عرفات ( لم يكن رافضاً ) لعمرته ( حتى يقف ) بعرفات حتى لو بدا له فرجع من الطريق إلى مكة فطاف لعمرته وسعى ، ثم وقف بعرفات كان قارناً ( وقد ذكرناه من قبل ) أي في آخر باب القران فقال - ولا يصير رافضاً بمجرد التوجه ، وهو الصحيح من مذهب أبي حنيفة ... إلى آخره .

( فإن طاف للحج ) أي فإن طاف طواف القدوم للحج ( ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه ) حتى يأتي بأفعال العمرة ثم بافعال الحج( وعليه دم ) يعني دم الكفارة حتى لا يأكل منه،لأنه خالف السنة في هذا الجمع ( لجمعه بينهما ) أي بين الحج والعمرة ( لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر ) أراد به قوله لأن الجمع بينهما في حق الآفاقي مشروع ( فصح الاحرام بينهما ) أي بين الحج والعمرة (والمراد بهذا الطواف ) أشار به إلى الطواف

طواف التحية ، وإنــه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء ، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ، ثم بأفعال الحج ، فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح ، لأنه بان بأفعال العمرة على أفعال الحج من وجه ، ويستحب أن يرفض عمرته ، لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله ، بخلاف ما إذا لم يطف للحج ، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيهـا ، وعليه دم لرفضها . ومن أهل بعمرة في يوم النحر

---

الذي في قوله فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرة (طواف التحية) وهو طواف القدوم (وإنه) أي وإن طواف القدوم ( سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء ) إذ ترك السنة أصلا لا يلزمه شيء .

( وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحـج ، فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما ، وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح ) احترز به عما اختاره شمس الأئمة وقاضي خان والمحبوبي انه دم شكر لا دم القران لتحقق القران لوجوب الترتيب المشروع في الأركان وإنما فات الترتيب في طواف التحية ، وهو من التوابع فصار كترك التركيب في الإحرام ، كذا في المبسوط ، ولكن اختار المصنف انه دم جبر لما اختاره فخر الإسلام لانه خالف السنة ، فكان كقران المكي فلا يأكل هو منه ولا الغني .

( لانه بان بأفعال العمرة على أفعال الحج من وجه ) وذاك لان طواف التحية ، وإن كان سنة لكنه من جملة أفعال الحج من هذا الوجـه ، وذلك مكروه ( ويستحب أن يرفض عمرته ، لان إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله بخلاف ما إذا لم يطف للحج ) لانه لا يرفض العمرة ، لانه لا يكون بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج .

( وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها ، وعليـه دم لرفضها ) أي لرفض العمرة ، لانه بالرفض يصير جانياً فيلزمه الدم ( ومن أهل بعمرة في أيام النحر ) قـال

أو في أيام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها ، أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج ، فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضاً على ما نذكر ، فلهذا يلزمه رفضها ، فإن رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا ، فإن مضى عليها أجزأه ، لأن الكراهة لمعنى في غيرها ، وهو كونه مشغولاً في هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج ، فيجب تخليص الوقت له تعظيماً ، وعليه دم لجمعه بينهما ،

---

السغناقي « رض » أي المحرم بالحج إذا وقف بعرفات يوم عرفة ثم أحرم بالعمرة يوم النحر قبل الحلق أو قبل طواف الزيارة ، لان حكم من أهل بها من بعد ما أحل مرة من الحج بالحلق يأتي ذكره . وقال الاكمل والظاهر الإطلاق على ما ذكره ( أو في أيام التشريق لزمته ) اي العمرة ( لما قلنا ) يريد به قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي ( ويرفضها ) أى ويرفض العمرة ( أى يلزمه الرفض ) قال محمد في الجامع الصغير يرفضها، وقالوا في شرح الجامع الصغير ، معناه أن يلزمه الرفض والمصنف أيضاً قال كذلك ( لانه قد أدي ركن الحج ، فيصير بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه، وقد كرهت العمرة في هذه الايام أيضاً على ما نذكره ) في باب القران .

( ولهذا ) أي ولاجل كونها مكروهة في هذه الايام ( يلزمه رفضها فإن رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها ) أى وعليه عمرة مكان العمرة المرفوضة ( لما بينا ) أشار إلى قوله لان الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي ( فإن مضى عليها ) أى على العمرة التي أحرم بهما يوم النحر ( أجزأه ) وفي بعض النسخ عليها أو على الحج والعمرة لما قيل كيف أجزأه أجاب بقوله ( لان الكراهة لمعنى في غيرها ، وهو كونه مشغولاً في هذه الايام بأداء بقية أفعال الحج ، فيجب تخليص الوقت له ) أى للحج ( تعظيماً ) أى لاجل التعظيم له بجعل الوقت خالصاً له بلا مزاحمة عنده ( وعليه دم لجمعه بينهما ) أى للجمع بين الإحرامين

إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية. قالوا وهذا دم كفارة أيضاً. وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل ، وقيل يرفضها احترازاً عن النهي. قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا «رح» على هذا ، فإن فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة ، فإنه يرفضها، لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة

---

( إما في الإحرام ) أي باعتبار أنه أحرم بالعمرة قبل الحلق ( أو في الافعال الباقية ) أي أو الجمع في الافعال الباقية من رمي الجمار وغيره على تقدير الاحرام بعد الحلق قبل الطواف للزيارة أو بعده .

فإن قيل بعد طواف الزيارة كيف يكون جامعاً ، لانه تحلل عن الاحرام أصلا بطواف الزيارة . قلنا يكفي ، لكن بقي عليه بعض واجبات الحج ، وهو رمي الجمار في أيام التشريق .

( قالوا ) أي المشايخ ( وهذا دم كفارة ايضاً لا دم شكر ، وقيل إذا أحرم للحج ثم حلق لا يرفضها ) أي العمرة ( على ظاهر ما ذكر في الاصل ) أي المبسوط قال فيها لا يرفض مطلقاً ( وقيل يرفضها احترازاً عن النهى ) وهو العمرة في أيام النحر والتشريق.

( قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله ) هو محمد بن عبدالله الهندواني من كبار العلماء، مات ببخارى وحمل إلى بلخ ودفن يوم الجمعة لخمس بقين من ذى الحجة سنة اثنين وثلاثين وثلاثمائة ، وهو ابن اثنين وستين سنة ( ومشايخنا على هذا ) أي على هذا القول ، وهو رفض العمرة ( فإن فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فإنه يرفضها ) أي يرفض الثانية حتى لا يلزم الجمع بين الحجتين أو العمرتين ، بيانه أن فائت الحج جاز إحراماً ، لان إحرام الحج باق ومعتمراً (لان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير ان ينقلب إحرامه إحرام العمرة ) وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » ينقلب إحرامه إحرام العمرة ، فائدة الخلاف تظهر في حق لزوم الرفض إذا أحرم بحجة أخرى ، وعندهما يرفضها لئلا يصير جامعا بين إحرامي الحج ، وعنده لا يرفضها بل

على ما يأتيك من باب الفوات إن شاء الله ، فيصير جامعاً بين العمرتين من حيث الأفعال ، فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين، وإن أحرم بحجة يصير جامعاً بين الحجتين إحراماً فعليه أن يرفضها ، كما لو أحرم بحجتين ، وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أدائه

---

يمضي فيها ، كذا ذكر فخر الإسلام وظهير الدين مرغيناني وكذا في المبسوط (على ما يأتي في باب الفوات إن شاء الله تعالى فيصير ) أي فائت الحج الذي أحرم بعمرة ( جامعاً بين العمرتين ) أحدهما العمرة الملتزمة ، والأخرى لكونه فات الحج ( من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها ) العمرة التي أحرم بها .

( كما لو أحرم بعمرتين فإن أحرم بحجة يصير جامعاً بين الحجتين إحراماً ) أي من حيث الإحرام ( فعليه أن يرفضها ) أي الحجة ( كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها ) أي قضاء تلك الحجة ( لصحة الشروع فيها ودم ) أي وعليه دم ( لرفضها بالتحل قبل أدائه ) لأنه تحلل قبل أداء تلك الحجة .

## ( باب الاحصار )

أي هذا باب في بيان حكم الإحصار أعقب باب الجنايات بباب الإحصار ، لأن فيه ما هو جناية في الحرم. الإحصار في اللغة المنسع من حصره إذا منعه ، والمحصر هو الممنوع ، تقول العرب أحصر فلان إذا منعه خوف أو مرض من الوصول إلى أيام حجته أو عمرته ، وإذا حبسه سلطان قاهر تقول حصر . وفي المحلى الإحصار من عـذر أو مرض أو كسر أو قطع طريق أو ذهاب نفقته أو رواحله ، وعندهما هو فائت الحـــج والإحصار بكل حابس . وقال ابن المنذر في الاشراف وهو مذهب ابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وأبي ثور . وقال الاترازي هو قول ابن مسعود وابن عباس وعروة ومجاهد وعلقمة رضي الله عنهم والحسن وسالم والقاسم وابن سيرين والزهري وأبي عبيد وأبي عبيدة وداود واصحابه وهو قول عبادة والكلبي أيضاً .

وقال الفضل بن سلمة وقال بعض الفقهاء لا يكون إلا من عدو دون المرض ، وهو قول مخالف لقول مجتهدي الفقهاء ومذاهب العرب ، قلت هذا قول مالك والشافعي وإسحاق وأحمد في رواية على ما نذكره إن شاء الله تعـــالى . وفي الاسبيجابي والوتري ومناسك الكرماني اختلف العلماء في الإحصار في اثنين وستين موضعاً بعون الله تعـــالى ، ونحن نذكره مختصراً :

الأول : أن الإحصار متحقق بكل مانع يمنـــع المحرم من الوصول إلى البيت لإتمـــام حجته أو عمرته من خوف أو مرض ومنع سلطان أو قاهر في حبس أو مدينة حديثة .

الثاني : أن المحصر لا يتحلل إلا بالذبح عندنا ، وبه قال الشافعي وأحمد وجمهور أهل العلم . وقال مالك « رض » لا هدي عليه إلا أن يكون معه هدي ساقه .

الثالث : يتحقق الإحصار في العمرة عند عامة أهل العلم ، وهو مذهبنا ، ذكره في المبسوط وغيره . وذكر محب الدين الطبري عن ابن عمر رضى الله عنه وابن عباس رضي الله عنه انه لا يتحقق لعدم التأقيت وخوف الفوات ، وذكر ابن قدامة الحنبلي « رح » إنه قول مالك .

الرابع : لا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم عندنا في الحج والعمرة ، وقال أبو بكر الرازي « رح » في أحكام القرآن هو قول ابن مسعود وابن عباس إن قدر عليه وعطاء وطاووس ومجاهد والحسن البصري وابراهيم النخعي وسفيان الثوري . وقال الشافعي رحمه الله ومالك « رح » وأحمد « رح » في العمرة يذبح هديه حيث أحصر ، وعن أحمد رحمه الله في الحج روايتان ، أحدهما أنه يختص بيوم النحر .

الخامس : انه يجوز ذبحه قبل يوم النحر في العمرة إتفاقاً ، وكذا في الحج عند أبي حنيفة رضى الله عنه ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد « رح » في العمرة ، وكذا في الحج رواية . وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد والثوري وأحمد « رح » في رواية انه لا يجوز قبل يوم النحر ، فإذا لم يجز نحره قبل يوم النحر لم يجز له التحلل قبله .

السادس : لا يحتاج إلى الحلق بل يتحلل بالذبح . وقال أبو يوسف « رح » يحلق ، فإن لم يحلق فلا شيء عليه ، وفي الكرماني في حلق المحصر روايتان عن أبي يوسف « رح » في رواية يجب وفي رواية لا يجب . وفي رواية النوادر عنه يجب الدم بتركه ، وعند مالك « رح » واجب ، وعند الشافعي وأحمد « رح » كذلك إذا جعلاه نسكاً .

السابع : إذا لم يجد هدياً يبقى محرماً ولا بدل له عندنا وبه قال الشافعي ومالك «رح» في أحد قوليه . وفي قول آخر يصوم عشرة أيام وهو قول أحمد وأشهب « رح » . وفي المرغيناني والتحفة هو قول أبي يوسف « رح » آخراً . وكان عطاء رحمه الله يقول إذا عجز عن الهدى نظر إلى قيمته فيطعم بذلك كل مسكين نصف صاع من بر أو يصوم . وقال أبو يوسف في الأمالي ، وهذا أحب إلي .

الثامن : المحصر بالحج النفل يجب عليه حجة وعمرة ، وإن كان محصراً بعمرة يجب

عليه قضاء عمرة لا غير ، وهو قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعروة « رض » . وقال أبو بكر الرازي وهو قول ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وعلقمة والحسن والنخعي وسالم والقاسم وابن سيرين وعكرمة والشعبي « رح » ورواية عن أحمد « رح » . وقال مالك وأحمد والشافعي في رواية لا قضاء عليه إلا أن يكون حجة الاسلام .

التاسع : في الاشتراك والاعتبار به عندنا ، ولا يحل إلا بالهدي ، وبه قال مالك والشافعي في الجديد ، وعن محمد « رح » في رواية يعتبر شرطه وهو قول أحمد وداود « رح » وجماعه من أهل الحديث والشافعي في القديم .

العاشر : يبعث القارن بهديين عندنا ، وبه قال إبراهيم وسعيد بن جبير ، وعند الأئمة الثلاثة يحل بهدي واحد .

الحادي عشر : سئل عبد الملك بن الماجشون « رح » عن مالك ، قال إن أحصر بعد إحرامه سقط عنه حجة الاسلام وخالف الجماعة فيه .

الثاني عشر : إذا أحاط به العدو من كل جانب يتحلل عند الجمهور وفي أحد قولي الشافعي « رح » أو الوجهين لا يتحلل .

الثالث عشر : المحصر إذا فاته الحج وقدر أن يتحلل بافعال العمرة يتحلل بها ، ولو لم يتحلل لا يحج من العام القابل بذلك الإحرام عندنا ، وهو قول الجمهور . وقال مالك « رح » يحج به إذا لم يتحلل منه .

الرابع عشر : قال الزهري وعروة بن الزبير لا إحصار على أهل مكة . وفي المبسوط لو أحصر بمكة بعد قدومه فليس بمحصر . وقال السرخسي الأصح أنه إن منع من الوقوف والطواف فهو محصر .

الخامس عشر : لا يتحقق الإحصار بعد الوقوف بعرفة عندنا ، وبه قال مالك لكن يكون حولها حتى يصل إلى البيت فيطوف طواف الزيارة والصدر ، ثم يحلق وقد فاته الوقوف بمزدلفة ورمي الجمار ، فعليه دم للوقوف ودم لرمي الجمار بالإجماع ، ودمان بتأخير طواف الزيارة والحلق عند أبي حنيفة « رح » وعند الشافعي « رح » وأحمد « رح » يتحقق .

السادس عشر : إن امتنع عليه الطواف والوقوف بعرفة فهو محصر ، وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر .

السابع عشر : ذهب بعض الناس إلى أنه لا إحصار اليوم لزوال الشرك عن جزيرة العرب ، وهو شذوذ ، فان العرب وقطاع الطريق لا تخلو الأرض منهم ، وقد كانت القرامطة بعد زوال الشرك أشد على الحج من المشركين ، وكذا بنو خفاجة وبلى ، وبنوا سالم وعنزة لا اكثرهم .

الثامن عشر : المحرم بالحج إذا أحصر وفاته الحج ، فانه يتحلل بأفعال العمرة إذا قدر عليها ، ولا يحتاج إلى إحرام جديد للعمرة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد ، بل يؤديها بإحرام الحج الذي هو فيه . وعند أبي يوسف رحمه الله يحتاج إلى إحرام جديد للعمرة .

التاسع عشر : إذا حبسه السلطان إذا حبس في مدينة يتحلل عند الجماعة خلافاً لمالك « رح » فانه قال لا يحلله إلا البيت .

العشرون : المحصر في الحج إذا تحلل بأفعال العمرة ليس عليه الوقوف بالمزدلفة ولا رمي الجمار . وقال المرغيناني يأتي بكل ما قدر عليه من مناسك الحج مع أعمال العمرة .

الحادي والعشرون : الذبح عندنا يختص بالحرم سواء أمكن ذبحه بالحرم أو لم يكن. وقالت الشافعية في أحد الوجهين يجوز ذبحه بالحل مع القدرة على ذبحه في الحرم، واجمعوا على أنه لو أحصر في الحرم لا يجوز ذبح هديه في الحل . وكذا لو أحصر في الحل لا يجوز ذبحه في الحل في غير مكان الإحصار عندهم .

الثاني والعشرون : لو أحاط العدو به لا يتحلل في الوجهين أو القولين للشافعي ، وعند الجماعة يتحلل .

الثالث والعشرون : يتحقق الإحصار ، كيفما كان العدو في المنع عاماً أو خاصاً ، وعند الشافعي لا يتحلل بشرذمته في قول .

الرابع والعشرون : قال في الذخيرة المالكية المحصر خمس حالات يجوز له التحلل

في ثلاثة منها ويمتنع في وجه ويصح في وجه وإن شرط الإحلال فأحد الثلاثة أن يكون العدو طارئاً بعد إحرامه أو متقدماً ، أو لم يعلم به ، أو علم وكان يروى أنه لا يقيده فقيده. وإن علم أنه يقيده ، أو شك لا يحل انه يشترطه في صورة الشك ، وعندنا لا تفصيل في ذلك ، ويتحقق في الكل ويتحلل منه .

الخامس والعشرون : القارن إذا أحصر يتحلل منهما وتلزمه عمرتان وحجة عندنا ، سواء كان في الفرض أو النفل ، وعند الثلاثة لا يلزمه شيء في النفل .

السادس والعشرون : في الأصل إن المحصر إذا قضى حجته من عامه فلا عمرة ، روى الحسن عن أبي حنيفة « رض » أن عليه حجة وعمرة ، كما لو أخرها إلى العام القابل .

السابع والعشرون : الحاج عن الغير إذا أحصر يجب دم الإحصار على الآمر عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله الحاج .

الثامن والعشرون : إذا أحرمت المرأة بحج التطوع فللزوج أن يحللها بالتقبيل والمعانقة والمس والتطييب وقص ظفر ونحوها في الحال من غير ذبح ، وعليها أن تبعث هدياً فيذبح في الحرم ، وكذا العبد والأمة وعليها الهدي بعد عتقها وقضاء الحج والعمرة ، وكذا بعد إذن المولى لهما في ذلك لم يكره له تحليلها ، وروي عن أبي يوسف وزفر ومالك والشافعي « رح » انه ليس له تحليلها لإسقاط حقـه بالإذن كالزوجة . والصحيح ظاهر الرواية أنه لا يتحلل بالنهي ولا بقوله حللتك .

التاسع والعشرون : لا يلزم المولى به الهدي وإن كان بإذنه . وذكر القدوري رحمه الله في شرحه لمختصر الكرخي أن المولى إذا أعتقه يجب على المولى أن يبعث الهدي عنه، وقبل إعتاقه لا يجب عليه .

الثلاثون : في الينابيع لو أحرمت المرأة بإذن زوجها لا تتحلل إلا بالذبح . وروى زفر « رح » عن أبي حنيفة رضى الله عنه إن تم إحصارها إلى يوم النحر صح إحلالها ، فإن زال في مدة تقدر أن تدرك الحج بعده لا تحل بذبح ذلك الهدي ، ويجب عليها المضي في الحج ، فإن لم تفعله حتى فاتها الحج تتحلل بالعمرة .

الحادي والثلاثون : إذا زال الإحصار وقدر على الحج بعد الذبح جاز له التحلل استحساناً . وفي رواية زفر « رح » عن أبي حنيفة رضي‌الله عنه لا يتحلل .

الثاني والثلاثون : الهدي بسبع بدنة أو بقرة أو شاة بكمالها ، وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعلي بن أبي طالب وعبدالله بن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال الجمهور . وعن عائشة وابن عمر لا تجزئه الشاة .

الثالث والثلاثون : في السن يجزئه ما يجزيء في الأضحية عند الجمهور ، وقال مالك رضي الله عنه لا يجوز من الكل إلا الثني فصاعداً ، وقال الأوزاعي يجزيء الجذع من الكل عن سبعة إلا الشاة .

الرابع والثلاثون : المخطيء في رواية الهلال وعدد الشهر ليس بمحصر بل هو فائت الحج . وقال داود وأصحابه هو محصر وإن وجده ويمكنه أن يذهب معه ويأتي بأفعال العمرة فلا إحصار ، هكذا قالوا . وإن كان لا يمكنه الرواح معه نصف راحلته أو غير ذلك فهو محصر . وفي التحفة إن خاف أن لا يمكنه المشي مع القافلة إذا هلكت راحلته فهو محصر .

الخامس والثلاثون : قال عبدالله وعروة إبنا الزبير رضي الله عنهم أن العدو والمرض سواء لا يحل المحصر فيهما . وقال أبو بكر الرازي لا نعلم أيهما موافقاً من فقهاء الأمصار .

السادس والثلاثون : يتحقق الإحصار عندنا بعد الإحرام . وقال مالك « رض » لا يكون محصراً حتى يفوته الحج ، إلا أن يدرك فيما بقي فيتحلل في مكان .

السابع والثلاثون : ذهب الجمهور إلى جواز قتال الحاصر عند القدرة . وقال مالك لا يجوز ، سواء كان الحاصر مسلماً أو كافراً .

الثامن والثلاثون : إذا لبسوا الدروع والمغفر للقتال فعليهم الفدية ، وقال قوم لا شيء عليهم .

التاسع والثلاثون : لو أحصر في فاسد الحج فله أن يتحلل عند الأئمة وأصحابهم ، وقال داود وأصحابه لا يبقى إحرامه بالإفساد ، وقال مالك والحسن ينقلب عمرة .

الأربعون : قالت الثلاثة الهدي واجب وهو شرط التحلل . وقال أشهب هو ليس بشرط للتحلل .

الحادي والأربعون : قال في المحلى قد روينا عن عطاء وابراهيم والحسن إن حل المحصر دون البيت فعليه هدي آخر دون سوى الذي لزمه . وعندنا لا شيء عليه .

الثاني والاربعون : قال الحكم بن عيينة على القارن إذا حل عليه حجة وثلاثة عمرات وعندنا حجة وعمرتان .

الثالث والاربعون : لو أحرم بحجتين أو عمرتين ثم أحصر يتحلل بدمين عند أبي حنيفة « رض » وعند أبي يوسف « رض » ومحمد والشافعي وأحمد « رح » بهدي واحداً .

الرابع والاربعون : لو أحرمت المرأة بغير محرم بغير إذن الزوج بحجة الإسلام فهي محصرة ، وله أن يحللها بغير هدي ، ذكره في الأصل ، وذكر الكرخي انه لا يحللها إلا بالهدي ، ولو جامعها قيل يكره وقيل لا يكره لحصول التحلل قبل الجماع بالمس بشهوة ، ذكره في المحيط

الخامس والأربعون : في البدائع المفرد بالحج إذا تحلل ثم زال الاحصار عنه فأحرم وحج من عامه فليس عليه نية القضاء ولا عمرة عليه . وروى الحسن عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن عليه قضاء حجة وعمرة ، ولا بد من نية القضاء، وهو قول زفر رحمه الله كما لو تحولت السنة .

السادس والاربعون : في المحلى عن الشعبي إن دخل المحصر قبل هديه فعليه الفدية يخير في إطعام ستة مساكين أو صيام ثلاثة أيام أو شاة ، وعند الأئمة الثلاثة « رح » غير مالك « رح » عليه شاة .

السابع والاربعون ، المحصر إن رجع إلى أهله قال عروة بن الزبير رضى الله عنه لا يحل فيه إلا رأسه وخالفه الجماعة .

الثامن والاربعون : قال أبو مصعب وأبو بكر البقالي أن الحج يسقط عن الحاج إذا أراد الحاج وصد عنه ، وإن لم يجبر دم ، وأبو بكر البقالي تلميذ ابن شعبان وفقيه مصر في وقته ، وهو مذهب ابن شعبان .

التاسع والاربعون : لو باع العبد والأمة المحرمين جاز البيع . وقال سحنون « رح » لا يجوز بيعها ويملكها المشتري عندنا . وقال مالك والشافعي وزفر وأبو ثور « رح » ليس له تحليلها .

الخمسون : روى محمد بن سماعة عن محمد رحمه الله إن الأمة المزوجة إذا أذن لها مولاها في الحج فأحرمت فليس لزوجها أن يحللها ، ذكره في البدائع .

الحادي والخمسون : ينعقد إحرام العبد والأمة بغير إذن المولى عند الفقهاء كافة ، ويثبت فيها حكم الإحصار . وقال أهل الظاهر لا ينعقد .

الثاني والخمسون : في البدائع لو أحرم بشيء ولم ينو حجة ولا عمرة ثم أحصر يجعله عمرة ويحل بهدي واحد وعليه عمرة في الاستحسان ، وفي القياس لا تعين حجته ولا عمرته إلا بالشروع في عمل احدهما ، وهو قياس قاعدة زفر .

الثالث والخمسون : المذهب عندنا إن الهدي ليس له بدل ، والاصح عند الشافعي « رض » إن له بدلاً ، وفيه ثلاثة أقوال . الأول : إطعام فدية الأذى ، وفي الصيام ثلاثة أقوال . أحدها : صوم التمتع ، والثاني : صوم الحلق . والثالث صوم التعديل ، ذكره محب الدين الطبري رحمه الله في مناسكه .

الرابع والخمسون : في قاضي خان إذا أحضر بعد الوقوف بعرفة لا يحل بالهدي وهو محرم عن النساء حتى يصل إلى البيت فيطوف طواف الزيارة في يوم النحر وطواف الصدر ويحلق ، هكذا ذكره في الأصل .

الخامس والخمسون : رجل أحرم بحجة أو عمرة ثم أحصر يبعث بهدى الاحصار ثم حدث إحصار آخر ، فإن علم أنه يدرك هديه ونوى أن يكون لإحصاره الثاني جاز وحل به ، وإن لم ينو حتى ذبح لم يجزئه .

السادس والخمسون : في البدائع وغيره تحليل الزوجة بتطيبها وبساطها بإذن الزوج والمولى ، ولا يفتقر تحليلها إلى الهدي .

السابع والخمسون : اتضال [1] في الحج يلزمه المعنى فيه والقضاء لو أفسده فلو أحصر في قضائه وتحلل لا يلزمه القضاء ، والاصح أنه يلزمه .

الثامن والخمسون : ذكر السغناقي والطبري عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال ليس على المحصر بدل ، وإنما البدل على من نقض حجه بالتلذذ، فأما من حبسه عدو أو غير ذلك فإنه يحل بغير هدي ولا يرجع إن كان معه هدي وهو محصر نحوه وإن كان لا يستطيع أن يبعث به ، وإن قدر أن يبعث به لم يحل حتى يبلغ الهدي محله رواه عنه البخاري ومسلم « رح » قال فيا أصابه الله تعالى بمرض أو بكسر أو بحبس فليس عليه شيء ، رواه سعيد بن منصور وأراد به بالتلذذ النساء، قاله الطبري رحمه الله.

التاسع والخمسون : في المحصر إن كان العدو يرجى زواله وعلم انه قد بقي من الوقت ما لا يملكه إدراكه ، فإنه يتحلل عند الجماعة ، وبه قال ابن القاسم وعبد المالك . وقال أشهب لا يحل حتى يوم النحر ، ولا يقطع التلبية حتى يروح الناس إلى عرفة .

الستون : المكي إذا تلبس بالحج ثم أحصر بمكة فانه يطوف ويسعى ويحل ، وكذا الغريب بمكة إذا أحرم بالحج ، وبه قال الشافعي . وقال مالك « رح » إذا بقى محصوراً حتى فرغ الناس من الحج خرج إلى الحل ويحرم بعمرة ويفعل ما يفعله المعتمر ويحل، وعليه الحج من قابل والهدي مع الحج ، وكذا الغريب إذا أحصر بها ، حكاه عنه ابن المنذر في الاشراف . وقال الزهري لا بد للمحصر المكي أن يقف وإن نفس نفساً .

الحادي والستون : قال القرطبي في شرح الموطأ من أحصر بمرض أو كسر أو عرج فقد حل في موضعه ولا هدي ، وعليه القضاء ، وخالف فيه جماعة .

الثاني والستون : على المحصر هدي واحد . وقال مالك لا شيء عليه . وقال مالك والزهري « رح » عليه هديان ، الأول يتحلل به في حلاق الشعر وإزالة التفث في الحال ويبقى محرماً في حق النساء حتى يصل إلى البيت ويطوف ويسعى ويحل ، وعليه الحج قابلا وهدي ثان .

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل . وقال الشافعي « رح » لا يكون الإحصار إلا بالعدو ، ولأن التحلل بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال

---

( وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل ) قوله المحرم يتناول المحرم بالحج والمحرم بالعمرة قوله ( من المضى ) أي الوصول إلى البيت ، والتحلل الخروج من الإحرام ثم العدو يشمل المسلمين والكافرين ،فإن كانوا المسلمين واحتاج المحرمون إلى القتال فلا يلزمهم القتال ، ولهم التحلل ، وإن كانوا كفاراً يجب القتال إذا لم يزد عدد الكفار على الضعف بشرط وجدان المسلمين أهبة القتال . وقال الآخرون لا يجب القتال ، وإن كان العدو كفاراً وكان في مقاتلة كل مسلم أقل من مشرك .

( وقال الشافعي « رح » لا يكون الإحصار إلا بالعدو ) معناه ليس للمحرم التحلل بعذر المرض،وبه قال مالك وأحمد في رواية،بل يصير حتى يصح ، فإن كان محرماً بعمرة أتمها ، وإن كان محرماً بحج فانه يتحلل بعد العمرة هذا إذا لم يشترط ، أما إذا اشترط التحلل عند المرض وقت الإحرام بأن قال إن أمر ضب يعقبني تحلل فقد نص في القديم على صحة هذا ، وبه قال أحمد ومحمد « رح » في رواية ، وفي رواية جماعة من أهل الحديث لحديث بنت الزبير ضباعة عمة رسول الله ﷺ انه عليه‌السلام قال لها تريدي الحج فقالت إن شاء الله تعالى ، فقال عليه الصلاة والسلام حجي واشترطي أن تحلي حيث حبست .

وقال النووي الصحيح بنت الزبير بن عبد المطلب هاشمية وضباعة الأسلمية كما ذكره الغزالي غلط . قلنا الاشتراط لا يمنع أن يجب بدونه كاشتراط التأخر ، أما التحلل إلى حين بلوغ الهدي محله . وقال الزهري وهو الراوي للحديث لم يقل أحد بالشرط إذ لو تحلل بالشرط من غير هدي لما شرع الهدي ، لأن كل من أحرم كان يشترط . وقال إمام الحرمين تأويل الحديث أي حبسني الموت ، أي حين أدركني الموت انقطع إحرامي . قال النووي هذا التأويل باطل .

( لأن التحلل بالهدى مشروع في حق المحصر لتحصيل النجاة ) من الصيد ( وبالإحلال

**ينجو من العدو لا من المرض ، ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهـل اللغة ،**

---

ينجو من العدو لا من المرض ) بدليل قوله تعالى ﴿ فإن أحصرتم ﴾ ... الآية ١٩٦ البقرة ، والآية في الإحصار بالعدو ، بدليل قوله تعالى ﴿ فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج ﴾ ١٩٦ البقرة ، والأمان من العدو لا المرض ، وإنما يكون من المرض الشفاء، ولأنه عليه الصلاة والسلام كان محصراً بالعدو ، وفيما لم يرد به النص يتمسك بالاصل ، وهو لزوم الإحرام إلى مراد الأفعال ، إلا أن يشترط ذلك عند الإحرام لما مر من الحديث . وروي عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال لا حصر إلا من العدو دون المرض ، واستدل عليه بهذه الآية ذكر ذلك عنه ابن زيد في القواعد .

( ولنا ان آية الإحصار وردت في الاحصار بالمرض بإجماع أهـــل اللغة ) منهم ابن السكيت ، وهو من كبار أهل اللغة ، قال في كتاب الإصلاح يقال قـد أحصره المرض إذا منعه من السفر أو من حاجة يريدها وقد حصره العدو يحصره حصراً إذا منعوا عليه فعلم أن الإحصار بالمرض والحصر بالسكون بالعدو ، ومنهم أبو بكر محمـد بن الحسن بن دريد في كتاب الجمهرة أحصر الرجل إذا منع من النقرة لمرض أو عائق في التنزيل، فإن أحصر . ثم الإحصار وهو أن يعرض للرجل ما يحول بينه وبين الحج من مرض أو كسر أو عدو ، يقال أحصر الرجـــل إحصاراً فهو محصر ، وإن حبس في سجن أو دار فهو محصور . وقال أبو جعفر النحاس جميع أهل اللغة على إن الاحصار إنما هو من المرض ومن العدو ، ولا يقال إلا حصر .

وقال الأخفش والكسائي والفراء وأبو عبيد حصرت الرجل فهو محصور، أي حبسته وأحرني بولي . وقالوا وما كان من ذهب نفقة أو مرض مدمنة أحصر ، وما كان من عدو وأحصروا اقبل منه حصر . وقال ثعلب في الصحيح أحصر بالمرض وحصر بالعدو . وقـــال النووي قال أهل اللغة أحصره وحصر بالعدو . وقيل أحصر وحصر بمعنى واحد ، قاله أبوعمرو النسائي. وحكى ابن فارس أن ناساً يقولون حصره المرض وأحصره العدو .

( فإنهم ) أي فان أهـــل اللغة ( قالوا الاحصار ) يعني من باب الأفعال ( بالمرض والحصر ) بسكون الصاد ( بالعدو ) كما ذكرناه مستقصى قبل في كلام المصنف بحث من وجهين ، الأول : كان من حق الكلام أن يقال بإجماع أهل التفسير ، لأن أهـــل اللغة لا تعلق لهم بورود الآية ، وسبب نزولها . الثاني : إنما نزلت في رسول الله ﷺ وأصحابه وكان الإحصار بالعدو .

وأجيب عن الأول أن معناه بدلالة اجماع أهل اللغة أجمعوا على معنى ذلك المعنى أن تكون الآية واردة في الإحصار بالمرض ، وعن الثاني بمـــا قيل النصوص الوارد مطلقة يعمل بها على إطلاقها من غير حمل على الاسباق الواردة ، وهي الاجتهاد ، ونقول ايضاً إن العلة المبيحة للتحلل من الإحرام من الاحصار قدر مشترك ، وهو المنع وهو موجود في العدو والمرض فيعم بعموم العلة ، ويوضحه ما رواه الترمذي حدثنا إسحاق بن منصور حدثنا روح بن عبادة حدثنا الصواف حدثنا يحيى بن أبي كثير عن عكرمة قال حدثني الحجاج «رض » فقال قال رسول الله ﷺ من كسر أو عرج فقد حل ، وعليه حجة أخرى ، فذكرت ذلك لأبي هريرة وابن عباس رضى الله عنهما ، فقالا صدق .

وقال الترمذي هذا حديث حسن ورواه أبو داود وابن ماجة من طريق عبدالرزاق. قلت الحجاج بن عمرو بن عزيز الانصاري المازني الذي له صحبة ورواية ، وكان آخر من قاتل مع علي رضي الله عنه ، وليس له عند الترمذي ولا في بقية السنن إلا هذا الحديث الواحد .

فإن قلت قال الغزالي في الزخيرة وهو حديث ضعيف ، قلت هذا خطأ منه . وقـال النووي رحمه الله في شرح المهذب روي بأسانيد صحيحة ، ولو كان فيه ضعف لما حكم بصحته ومنها على ضعفه مع مخالفة مذهبه وفي رواية لأبي داود من عرج أو كسر أو مرض ، وفي رواية عن أحمد في حبس بكسر أو مرض ، وقال ابن حزم في المحلى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه أفتى في محرم بعمرة لذع فلم يقدر على النفوذ أن يبعث بهدي ويواعد أصحابه ، فاذا بلغ الهدي المحل ، وصح عنـــه أيضاً أنه أفتى في مريض محرم لا يقدر على النفوذ لا ينحر عنه بدنة ثم ليهل عاماً قابلا مثل إهلاله الذي أهل به .

والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم ، وإذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ، ثم يتحلل

---

والجواب عن استدلال الشافعي بالآية المذكورة قد علم مما ذكرناه عن ابن عباس مضطربة ، وتصديقه الحجاج بن عمر « رح » ودليل على اضطراب قوله ويحمل قوله على نفي الكمال مثل لا فتى إلا علي ولا سيف إلا ذو الفقار ، والتحلل قبل أوانه هذا استدلال مفعول فيه ثانية الترك ، كأنه قال سلمنا أن آية الإحصار وردت في الحصر بالعدو ولا فرق بين الإحصار والحصر ، لكن المرض ملحق به بالدلالة .

( لأن التحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام والحرج في الاصطبار ) أي على الإحرام ( مع المرض اعظم ) لا محالة لكثرة احتياجه إلى المداواة ويمتد ذلك ( فاذا جاز له التحلل ) بسبب العدو ، وجاز بسبب المرض بالطريق الاولى لأن الاصطبار على الاحرام مع المرض أشق من الاصطبار عليه بلا مرض ، وإذا حد له التحلل ( يقال له ابعث شاة ) يعني إذا ثبت له التحلل بالحصر بما ذكرنا من الدليل يقال له ابعث شاة أبعث أمر ، وشاة منصوب ( تذبح ) على صيغة المجهول صفة شاة ( في الحرم ) في محل النصب على الحال ( وواعد ) أمر من المواعدة إنما يحتاج به إلى المواعدة عند أبي حنيفة « رض » لأن دم الإحصار عنده غير موقت بزمان ، أما عندهما موقت بيوم النحر ، فلا يحتاج إلى المواعدة ، كذا في المحيط والمبسوط . وأما في العمرة فمستقيم على قولهم جميعاً ( من تبعثه ) فيقول واعد والخطاب فيه للمحصر ( بيوم بعينه ) اللام فيه متعلق بقوله واعد .

( تذبح فيه ) أي في ذلك اليوم بعينه ، وتذبح على صيغة المجهول أيضاً. قال الأترازي يذبح مجزوم على أنه جواب الأمر ، قلت يجوز أن يكون مرفوعاً على تقدير هو يذبح فيه ( ثم يتحلل ) أي بعد الذبح ، وبعد التحلل هو مخير إن شاء أقام مكانه ، وإن شاء رجع ،

وإنمـــا ينبعث إلى الحرم ، لأن دم الإحصار قربة ، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر ، فلا يقع قربة دونـه ، فلا يقع به التحلل ، وإليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ ١٩٦ البقرة فإن الهدي اسم لمـــا يهدى إلى الحرم . وقال الشافعي « رح » لا يتوقت به

---

لأنه صار ممنوعاً من الذهاب إلى مكة يخير بين المقام والانصراف كذا في المبسوط . وفي جامع قاضي خان ويبقى محرماً ما لم ينبح حتى لو فعل مثل الذبح ما يفعله الحـــلال فقد ارتكب محظور إحرامه.

( وإنما يبعث إلى الحرم ، لأن دم الإحصار قربة ، والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان مخصوص أو مكان مخصوص ) والإراقة لم تعرف قربة قام مقام الحلق في أوانه ، وهو في أوانه نسك ، فكذا ما قام مقامه وأوانه بعد ركن الحج ، وهو الوقوف بعرفات ، لكنه لما وقع قبل الأداء والأوان اعتبر جناية ، فقيل إنه دم كفارة ( على مـا مر ) إشارة إلى قوله في فصل الصيد الهدي قربة غير معقولة ، فيختص بمكان أو زمان (فلا يقع قربة دونه) أي فـلا يقع دم الإحصار قربة دون الحرم ( فلا يقع به التحلل ) أي فلا يقـــع بدونه التحلل يعني إذا نبح دم الإحصار في غير الحرم لا يحصل التحلل .

( واليه ) أي وإلى كون دم الاحصار قربة ( الإشارة بقوله تعـــالى ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ﴾ ١٩٦ البقرة) بالكسر عبارة عن المكان كالمسجد والمجلس نهى عن الحلق حتى يبلغ الهدي محله موضع حله فسر المحل بقوله ﴿ ثم محلهـــا إلى البيت العتيق ﴾ وليس المراد عين البيت ، لأنه لا يراق فيه الدماء فكان المراد به الحرم ( فإن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم ) أي ينعقد إلى الحرم مأخوذ من الإهداء والهدية ، ولهـذا لو جعل ثوبه هدياً لزمه تبليغه إلى الحرم ، كذا في الأسرار. وقال مالك رحمه الله للمحصر التحلل بلا هدي إلا أن يكون معه هدي ساقه وهو خلاف القرآن والحديث .

( وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقت بالحرم ) ويجوز أن ينبح في الموضع الذي أحصر

لأنه شرع رخصة ، والتوقيت يبطل التخفيف . قلنا المراعى أصل التخفيف لا نهايته ، ويجوز الشاة ،

---

فيه ( لأنه ) أي لأن الهدي ( شرع رخصة ) أي لأجل الرخصة ( فالتوقيت ) بالحرم (يبطل التخفيف) وبه قال احمد رحمه الله في رواية . وقال الشافعي رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما أحصر مع أصحابه في الحديبية نحروا بها وهي خارج الحرم . ولنا قوله تعالى ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ﴾ ١٩٦ البقرة ، المراد بالمحل الحرم كما ذكرنا وأما ما يستدل به فقد اختلفت الروايات في نحوه عليه الصلاة والسلام حين أحصر روي أنه أرسلها على يد ناجية الاسلمي لينحرها في الحرم حتى قال ناجية ما لنا اصنع بما تبعث فقال انحرها واصبغ نعلها بدمها واضرب صفحة سنامها دخل بينها وبين الناس ولا تأكل أنت ولا رفقتك منها شيئاً ، وهذه الرواية أقرب إلى موافقة الآية ، وهو قوله تعالى ﴿ هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدي معكوفاً أن يبلغ محله ﴾ ٢٥الفتح.

وأما الرواية الثانية فإن صحت فنقول الحديبية من الحرم ، لأن نصفها من الحل ونصفها من الحرم وكان يضارب رسول الله ﷺ في الحد وصلاة في الحرم [1] ، وإنما تبعث الهدايا إلى جانب الحرم ونحرت فيه ولا يكون للخصم حجة ، وقيل إن النبي ﷺ كان مخصوصاً بذلك ، لأنه عليه السلام ما كان يجد في ذلك الوقت من يبعث الهدايا مع يده إلى الحرم ، كذا في المبسوط ، وقال الواقدي الحديبية هي طوف الحرم على سبعة أميال . وقال أبو القاسم بن عبدالله بن حروبة في كتابه حدود الحرم من طريق المدينة على ثلاثة أميال ، ومن طريق اليمن على سبعة أميال ومن طريق الطائف على أحد عشر ميلاً ، ومن طريق جده على أحد عشرة أميال ، ومن طريق العراق على تسعة اميال .

( قلنا إن المراعى أصل التخفيف لا نهايته ) أي الذي يراعى هنا أصل التخفيف لا نهاية التخفيف ، ولهذا لم يستحق التخفيف من لم يجد الهدي بل يبقى محرماً حتى يطوف ويسعى كما يفعل فائت الحج ( وتجوز الشاة ) يعني في الهدي . وذكر في المحيط إذا كان

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

لأن المنصوص عليه الهدي والشاة أدناه وتجزئه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها ، لأن ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث بالقيمة حتى تشتري الشاة هنالك وتذبح عنه . وقوله ثم تحلـــل إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » عليـــه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه ،

---

معسراً لا يجد قيمة الشاة أقام حراماً حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحـــج ( لأن المنصوص عليه الهدي ) أي في قوله تعـــالى ﴿ فما استيسر من الهدي ﴾ ١٩٦ البقرة ( والشاة أدناه ) أي أدنى الهدي ، لأن الهدي من الإبل والبقر والغنم ( ويجزىء البدنة والبقرة أو سبعها كما في الضحايا ) أي يجزئه بيع البقرة أو سبع البـدنة كما في الأضحية ، وعن أبي يوسف رحمه الله إن عطاء قال للمحصر إذا لم يجد الهدي ، قوم الهدي طعامـــاً تتصدق به على المساكين ، فإن لم يكن عنده طعـــام صام لكل نصف صاع يوماً ، وقال أبو يوسف قول عطاء أحب إلي .

( وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها ، لأن ذلك ) أي بعث الشاة بعينها ( قد يتعذر ، بل له أن يبعث ) شاة ( بالقيمة حتى تشترى بهـــا الشاة هناك ) أي في الحرم ( وتذبح عنه ، وقوله ) أي قول القدوري رحمه الله ( ثم تحلـل إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق أو التقصير ) وذلك لأنه لم يشترط الحلق للتحلل ( وهو ) أي عدم اشتراط الحلق للمحصر ( قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » عليــه ذلك ) أي على المحصر الحلق ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ، ومالك وأحمد « رح » في رواية . وفي الكافي المراد من قوله عليه الصلاة والسلام ذلك ، أي الحلق استحباباً لا وجوباً ، بدليل قوله ( ولو لم يفعل ) أي الحلق ( لا شيء عليه ) .

فإن قلت لا مطابقة بين الدليل والمدلول ، لأن قوله ﷺ مع أمره فيما قربه دليـــل الوجوب ، فكيف يصح دليلاً على قول ، ولم يفعل لا شيء عليه .

لانـــه عليه السلام حلق عـام الحديبية وكان محصراً بهـا وأمر أصحابه « رض » بذلك . ولهما أن الحلق إنما عرف قربـــة مرتباً على أفعال الحج فلا يكون نسكاً قبلها ، وفعل النبي عليه السلام وأصحابه « رض » ليعرف استحكام عزيمتهم على الإنصراف . قال وإن كان قارناً بعث بدمين لاحتياجه إلى التحلل عن إحرامين ،

---

قلت عن أبي يوسف روايتان في المسألة في رواية يجب الحلق ، وفي رواية لا يجب ، ذكره المحبوبي ، والمصنف ذكر دليل رواية الوجوب فقط ، وقيل لا ، لأن ترك الواجب يوجب الدم ، وترك السنة يوجب الإساءة ، ولم يذكر واحـداً من الأمرين . وفي مبسوط شيخ الإسلام رحمه الله على هذه الرواية لا يتحقق الخلاف ، وإنما يتحقق على مـا روي في النوادر أن عليه الحلق . وإن لم يحلق فعليه دم .

( لأنه عليه السلام ) أي لأن النبي ﷺ ( حلق عام الحديبية وكان محصراً بها وأمر أصحابه بذلك ) أي بالحلق ، والحديث صحيح ، رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم ، ولأن بالإحصار يمنع من الطواف والسعي ، ولم يمنـع من الحلق ، فما منع سقط للضرورة ، وما لم يمنع لم يسقط لعدم الضرورة .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أن الحلق إنما عرف قربه مرتباً على أفعال الحج ، فلا يكون نسكاً قبلها ) أي قبل أفعال الحج ولم توجد أفعال الحج ، فلا تكون قربة ، ولأن الحلق من توابع الإحرام قد يؤمر به المحصر كالرمي ( وفعل النبي ﷺ وأصحابه ) هـذا جواب عما تمسك به أبو يوسف « رح » بيانه أن النبي ﷺ لما أحصر بالحديبية صالح مـع كفار قريش أن يعتمر في العام القابل ، وكان رأي أصحابه أن يحـاربوهم ويعتمروا من عامهم ذلك ، فحلق رسول الله ﷺ وأمر اصحابه بذلك ( ليعرف استحكام عزمهم على الانصراف ) أي على الرجوع ، لأن حكم الله كان في الرجوع لا لأجل أن الحلق واجب.

( فإن كان ) أي المحصر ( قارناً بعث بدمين لاحتياجه إلى التحلـــل عن إحرامين )

فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم ، ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر ، ويجوز للمحصر بالعمرة

---

وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح » يكفيه دم ( فإن بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل في واحد منهما ، لأن التحلل منهما ) أي من الإحرامين ( شرع في دفعة [1] واحدة ) فلم يصح تقديم التحلل عن أحدهما كما في المدرك .

فإن قلت وجب أن يكتفي بهدي واحد ، لأن الهدي شرع في التحلل والتحلل عن الإحرامين يقع بتحلل واحد ، كما لو حلق قبل الذبح بعد أداء الأفعال . قلت ليس هذا كالحلق لأن الحلق في الأصل محظور الاحرام ، وإنما صار قربة بسبب التحلل ، فكان قربة لمعنى في غيره لا في نفسه ، فينوب الواحد عن اثنين كالطهارة الواحدة تكفي للصلاة الكثيرة ، وكالسلام الواحد في باب الصلاة ، فانه يكفي للتحلل عن صلوات كثيرة ، فأما الهدي شرع للتحلل ، إلا انها قربة مقصودة بنفسها بدون التحلل كما في الاضحية ، وما شرع قربة مقصودة بنفسها ، فلا ينوب الواحد عن الاثنين كأفعال الصلاة .

( ولا يجوز ذبح دم الإحصار إلا في الحرم ) إنما أعاد هذه المسألة مع انه ذكرها عن قريب في هذا الباب توطئة لقوله ( ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة «رح» ) زيادة في بيان أن دم الإحصار أعرف في الاختصاصية بالمكان ، حيث لم يختلف فيه أصحابنا من اختصاصه بالزمان ، لأنه مختلف فيه ، فعند أبي حنيفة « رح » يجوز ذبحه قبل يوم النحر .

( وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج إلا في يوم النحر ، ويجوز للمحصر بالعمرة ) أن

---

(١) في المتن — حالة واحدة — ا هـ مصححه .

متى شاء اعتباراً بهدي المتعة والقران ، وربما يعتبر أنه بالحلق إذ كل واحد منهما محلل ، ولابي حنيفة « رح » انه دم كفارة حتى لايجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران ، لانه دم نسك ، وبخلاف الحلق لانه في أوانه ، لان معظم أفعال الحج ، وهو الوقوف ينتهي به .

---

يذبح ( متى شاء ) أي بالإجماع ( اعتباراً بهدي المتعة والقران ) فانهما موقتتان بالزمان والمكان بلا خلاف ، وهـذا متصل بقوله – إلا في يوم النحر بالعمرة متى شاء – ففرقنا بينهما احترازاً ( وربما يعتبر أنه ) أي ربما يعتبر أبو يوسف ومحمد « رح » الذبح ( بالحلق ، إذ كل واحد منهما محلل ) هذا بيان وجه الاعتبار بالحلق ، أي القياس عليه بيانه أن كل واحد منهما دم يتحلل به عن إحرام الحج ، فلا يجوز قبل أوان التحلل كالحلق .

( ولأبي حنيفة « رح » أنه ) أى أن الذبح ( دم كفارة ، حتى لا يجوز الأكل منه ، فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دمـاء الكفارات ) لأن هذا دم واجب لأجـل الخروج عن الإحرام قبل أداء الافعال ، والخروج عن الإحرام قبل أداء الأفعال جناية ، فيكون ما وجب لأجله كفارة كما في سائر الجنايات ، ولهذا لا يباح له التناول بالاتفاق . والكفارات تختص بالمكان دون الزمان بالاتفاق ( بخلاف دم المتعة والقران ) هذا جواب عن اعتبارهما ، والذي بالحلق بيانه أن هـذا الاعتبار غير صحيح ( لأنه ) أي لأن دم المتعة والقران ( دم نسك ) وما هو دم نسك يختص بالزمان ، فكذا هذا .

( وبخلاف الحلق ) هذا جواب عن اعتبارهما الآخر ، بيانه أن اعتبارهما الذبـح بالحلق لا يصح ( لأنه ) أي لأن الحلق ( في أوانه ، لأن معظم أفعال الحج ، وهوالوقوف بعرفة ينتهي به ) أى بوقت الحلق ، ووقت الحلق مبدؤه طلوع الفجر من يوم النحر ، فلا بد أن يقع الحلق في يوم النحر . وقال صاحب الأسرار قال الله تعالى ﴿ فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي ﴾ ١٩٦ البقرة ، من غير اشتراط زمان ، فالاشتراط بالنـاس نسخ

قال وللمحصر بالحج إذا تحلل فعليـه حجة وعمرة ، هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهما ولان الحجة تجب قضاء لصحة الشروع والعمرة لما انـــه في معنى فائت الحج ،

---

( والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة ) وفي غالب النسخ قال والمحصر بالحج ، أي قال القدوري رحمه الله المحصر بالحج ... الخ .

( هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما ) قال الاكمل وابن عباس وعمر قال قال رسول الله ﷺ من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فيتحلل بعمرة ، وعليه الحج من قابل . قال والحديث عام في الذي فاته الحج لفوات وقت الوقوف وبفواته في الإحصار لأن كلا منهما قد فاته عرفة ، وقلنا بوجوب العمرة ، وأما الحجة فإنها تجب قضاء لصحة الشروع فيها ، انتهى . قلـــت المصنف لم يبين من أخرج الذي ذكره ، ولو كان له أصل لبينه مخرج الأحاديث ، وانما قال بعد قوله روي عن ابن عمر رضي الله عنه ... إلى آخره ذكره أبو بكر الرازي عن ابن عباس وابن مسعود « رض » لا غير ، وقد ذكرنا فيما مضى ناقلا عن السروجي انه قول عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعروة رضى الله عنهم ، وذكرنا هناك أيضاً انه قول مالك والشافعي وأحمد رحمه الله في رواية لا قضاء عليه إلا أن تكون حجة الإسلام .

( ولأن الحجة ) دليل آخر ( تجب قضاء لصحة الشروع فيها ) والشروع الصحيح ملزم ( والعمرة ) أي وقت العمرة ( لما انه ) أي أن المحصر ( في معنى فائت الحج ) لأن كل واحد منهما خروجاً عن الإحرام بعد الشروع قبل أداء الأفعال ثم فاتت الحج يتحلل بأداء العمرة ويقضي الحج ، فكذا هذا .

فإن قيل العمرة في فائت الحج للتحلل ، وهاهنا يحل بالهدي ، فلا حاجة إلى إيجاب العمرة . قلنا والهدي لأجل لا يسقط العمرة الواجبة بعد تحقق الإحصار لما أن المحصر في معنى فائت الحج والعمرة واجبة ، كذا ذكره العلامة حميد الدين رحمـه الله تعالى ، وفي المستصفى الهدي شرع بتعجيل التحلل عن الإحرام لا للتحلل عن الإحرام ، لأنا لو شرطنا توقف تحلله بالعمرة يؤدي إلى إلحاق الضرر به لعجزه عنها بواسطة الاحصار .

وعلى المحصر بالعمرة القضـــاء والإحصار عنها يتحقق عندنا . وقال مالك « رح » لا يتحقق لانها لا تتوقف . ولنـــا أن النبي عليه السلام وأصحابه « رض » احصروا بالحديبية وكانوا عماراً ، ولان شرع التحلل لدفع الحرج ، وهذا موجود في إحرام العمرة ، وإذا تحقق الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج ، وعلى القارن حج وعمرتان ، أما الحج واحداها فلما بينا ، و الثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها

---

( وعلى المحصر بالعمرة القضاء ، لأن الاحصار عنها يتحقق عندنا ، وقال مالك «رح» لا يتحقق ) أي الاحصار عن العمرة ( لأنها لا تتوقف ) لعدم تحقق الفوات ( ولنـــا أن النبي ﷺ وأصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عماراً ) هذا الحديث قـــد صح من وجوه كثيرة أن رسول الله ﷺ وأصحابه احصروا بالعمرة بالحديبية فقضوها من القابل وكانت تسمى عمرة القضاء ، على أن مالكاً قد أورد في الموطأ ان رسول الله ﷺ كان أهـــل بعمرة عام الحديبية .

( ولأن شرع التحلل ) أي لأن مشروعية التحلل الكائن الناشيء من امتداد الاحرام ( لدفع الحرج ، وهذا المعنى موجود في إحرام العمرة ) بالشروع ، فيشرع التحلل (وإذا تحقق الاحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج ) أى كما في المحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة وعمرة ( وعلى القارن ) أي وعلى المحصر القارن ( حجة وعمرتان، أما حج واحدهما) أي واحد العمرتين ( فلما بينا ) يعني في المفرد من كونه يعني فائت الحج .

( وأما الثانية ) أي وأما العمرة الثانية ( فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فيها ) فوجب قضاؤها ، فإن بعث القارن هدياً قال السغناقي « رح » ذكر القارن هنا وقع غلط ظاهر من النساخ ، فالصواب أن يقال فإن بعث المحصر بيان الغلط من وجهين ، أحـدهما انه ذكر وإن بعث القارن هدياً ، ويجب على القارن بعث الهدي فلأنه يتحلل بالواحد ،

لأنه ذكر قبل هذا في الباب ، فإن كان قارناً بعث بدمين . والثاني أن المصنف جمع بين روايتي القدوري رحمه الله والجامع الصغير ، وهذه المسألة مذكورة في هذين الكتابين في حق المحصر بالهدي بالحج ، ودفع الكاكي هذا عن المصنف فقال يمكن أن يكون ، وهذا المراد من قوله — هدي — أي لكل واحد من الحج والعمرة ، أو يكون أراد بالهدي الجنس كما في قول الراوي قضى رسول الله ﷺ بشاهد ويمين ، أى بجنس الشاهد عند إقامة البينة . وقال الاكمل رحمه الله في دفع هذا لما كان كلام المصنف قبل هذا في القارن لم يرد ذلك النظر .

وقال (وإن بعث القارن هدياً) والهدي إلى الحرم سواء كان ذلك دمين أو دماً واحداً وثوباً ، وكان ذكر الواجب عليه دمان ، وهما هدي القارن ، فكأنه قال فإن بعث القارن دمين فلا منافاة بين هذا وبين ما تقدم ، ولا هو غالط في الكلام ولا من فسخه ، بل ربما لو قال فان بعث المحصر كما بينا في حق القارن ، ولو قال هديين كان غير فصيح ، لأنه اسم لجنس ما يهدى ، ولا شيء إلا إذا قصد الأنواع ، وليس بمقصود ، انتهى .

قلت كلامه لا يخلو عن النظر ، لأن قوله — لأنه اسم جنس — وهذا غير صحيح ، وكذلك في كلام الكاكي نظر من هذا الوجه ، ووجه آخر أن الأصل عدم التقدير . وقال الاترازي قيد بالقارن في الهداية وليس فيه كثير فائدة ، لأن الحكم في المفرد بالحج كذلك ، ولهذا وضع القدوري رحمه الله هذه المسألة في مطلق المحصر ، ولم يقيدبالقارن فقال وإذا بعث المحصر هدياً ولم يقيد في الجامع الصغير ايضاً بالقارن وضع المسألة في المحصر بالحج ، على انه كان ينبغي ان يقول صاحب الهدايةهديين،لأن القارن المحصر يبعث الهديين ، انتهى.

قلت لا يصح نفيه على الاطلاق ، وإما نفي الأكمل العدد ، لأنه قال لم يرد به هاهنا ، ونحن لا نسلم من أن يكون المراد العدد ، لأن ذكر القارن قبله وبأن عليه دمين قرينة على صحة الارادة من قوله هدياً هديين ، وقول الاكمل ولو كان غير فصيح لا يقبل هنا ، لأن هذا في كلام الفصحاء وكلام الفقهاء في متون الكتب مشحونة بالتسامح والتساهل في الكلام .

وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الإحصار ، فإن كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه أن يتوجه ، بل يصير حتى يتحلل ينحر الهدي لفوات المقصود من التوجه ، وهو أداء الأفعال . وإن توجه ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك ، لأنه فائت الحج . وإن كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف ، وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء ، لأنه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه ، وإن كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الأصل ،

---

( وواعدهم أن يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار ) هنا أربعة أوجه القسمة العقلية لانه إما أن لا يدرك الهدي أو يدركهما أو يدرك الهدي دون الحج أو بالعكس ، فذكر المصنف « رح » جميع ذلك ، فالاول هو قوله ( فإن كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه أن يتوجه ) لعدم الفائدة .

فإن قلت ينبغي أن يلزم المتوجه ليتحلل بأفعال العمرة ، وانه واجب وله القدرة على ذلك . قلت لانه قد فاته المقصود الاعظم ، وهو الحج ، وقد رخص له التحلل ببعث الهدي ، فجاز له أن يتحلل .

( بل يصير حتى يحل ينحر الهدي ) المبعوث ( لفوات المقصود من التوجه ) وهو الادراك للحج والهدي معاً ، وهو معنى قوله ( وهو أداء الافعال ) أي أفعال الحج ( ولان توجه ) الثاني ( ليتحلل بأفعال العمرة له ذلك ، لانه فائت الحج ، فإن كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز ) وهو عدم الادراك ( قبل حصول المقصود بالخلف ) كالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة به ( فإذا أدرك هديه صنع به ما شاء ، لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود ، واستغنى عنه ) بإدراك الاصل .

( وإن كان يدرك الهدي دون الحج ) وهو الوجه الثالث ( يتحلل لعجزه عن الاصل )

وإن كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحساناً، وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج ، لأن دم الإحصار عندهما يتوقف بيوم النحر ، فمن يدرك الحج يدرك الهدي ، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة « رح » . وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالإتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر . وجه القياس وهو قول زفر « رح » انه قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل ، وهو الهدي . ووجه الإستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله ، لأن المبعوث على يديه الهدي

---

وفي بعض النسخ بعجزه عن الاصل بالباء الموحدة ، أي بسبب عجزه ، والتقدير فى الكلام ، أي لاجل عجزه (وإن كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحساناً، وهذا التقسيم ) أراد به إدراك الحج دون إدراك الهدي هو الوجه الواقع ( لا يستقيم على قولهما) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » (وفي المحصر بالحج ، لان دم الاحصار عندهما يتوقف بيوم النحر ، فمن يدرك الحج يدرك الهدي ، وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة « رح » وفي المحصر بالعمرة يستقيم ) هذا الوجه الرابع ( بالاتفاق ) بين أبي حنيفة رضي الله عنه وصاحبيه ( لعدم توقت الدم بيوم النحر ) فلا يلزم إدراك الحج إدراك الهدي ، ويجوز أن يكون بنفاذ الذبح أول يوم من عشر ذي الحجة مثلاً على قولهما ، فلا يتأتى لأن الهدي موقت بيوم النحر في المحصر بالحج ، فمن أدرك الهدي لا محالة . وفي المحصر بالعمرة اتفاق .

( وجه القياس وهو قول زفر ) ورواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ( انه ) أي المحصر ( قدر على الأصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل ، وهو الهدي) كالمقيم إذا وجد الماء في خلال الصلاة ، وكالمريض إذا قدر على الوطء في مدة الإيلاء يبطل الفيىء باللسان ، وكالمكفر بالصوم إذا أيسر قبل إتمام الكفارة .

( ووجه الاستحسان أنا لو ألزمناه التوجه لضاع ماله ، لأن المبعوث على يديه الهدي

ليذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار إن شاء صبر في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه فيتحلل ، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام وهو أفضل ، لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ، ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصراً لوقوع الأمن عن الفوات

---

ليذبحه ) أي لأجل أن يذبحه ، وهو جواب أن ، وفي غالب النسخ يذبحه بدون اللام ( ولا يحصل مقصوده ) أي مقصود المحصر ( وحرمة المال كحرمة النفس ) يعني كما أن خوف النفس عذر في التحلل ، فكذلك الخوف على المال .

فإن قلت هذا الذي ذكره المصنف أن حرمة المال كحرمة النفس مخالف لما قال فخر الإسلام رحمه الله والأصوليون أن حرمة المال فجاز أن يكون وقاية النفس، فإذا اكره بالقتل على اتلاف مال غيره جاز الإقدام عليه . أجيب بأن حرمة النفس فوق حرمة المال حقيقة ، لأنه مملوك ليستدل ، فإنه يماثل المالك المستقل ، ولكن حرمة المال تشبه حرمة النفس من حيث كون إتلافه ظلماً لقيام عصمة صاحبه فيه ، وإلى هذا أشار المصنف رحمه الله بكاف التشبيه ، فإن المشابهة بهذين الشيئين لا يقتضي اتحادهما من جميع الجهات ، والا لارتفع التشبيه ، ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه ، فكذا إذا خاف على ماله لأنه ينبغي أن يضمن المبعوث على يده بالذبح لفوات مقصود المحصر ، ولا وجه لايجاب الضمان عليه لوجود الإذن .

( وله الخيار إن شاء صبر ) هذا على وجه الاستحسان ، يعني لما جاز له التحلل استحساناً كان له الخيار إن شاء صبر ( في ذلك المكان أو في غيره ليذبح عنه ) بهديه الذي بعثه ( فيتحلل ، وإن شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالإحرام وهو الأفضل ) أي التوجه أفضل ( لأنه أقرب إلى الوفاء بما وعد ) وهو الحج ، لأنه شرع فيه ووعد أداءه بقوله اللهم اني أريد الحج ، وايضاً التوجه عمل بالعزيمة والتحلل رخصة .

( ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصراً لوقوع الأمن عن الفوات ) أي لا يتحلل

ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف ، فهو محصر لأنه تعذر عليه الاتمام ، فصار كما إذا أحصر في الحل. وإن قدر على أحدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به

---

بالهدي عندنا ، وبه قال مالك ، وعند الشافعي ومحمد رضي الله عنهم لو أحصرعن طواف الزيارة ولقاء البيت يكون محصراً لإطلاق قوله تعالى ﴿ فإن احصرتم ﴾ ... الآية ١٩٦ البقرة ، قلنا حكم الإحصار يثبت عند خوف الفوت ، وبعد الوقوف بعرفة لا يخاف الفوت لقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وكان المنع بعد التمام ، فلا يكون محصراً ، ومعنى قوله تعالى ﴿ فإن احصرتم ﴾ أي فإن منعتم عن إتمام الحج والعمرة ، ولكنه يبقى محرماً إلى أن يطوف للزيارة والصدر ويحلق أو يقصر ، وعليه دم لترك الوقوف بمزدلفة ولرمي الجمار دم ، ولتأخير للطواف دم، ولتأخير الحلق دم عندأبي حنيفة « رح » فكان عليه أربعة دماء ، وعندهما ليس لتأخير الطواف شيء .

فإن قيل أليس انكم قلتم إذا أزدادت عليه مدة الإحرام يثبت حكم الإحصار في حقه. قلنا ليس كذلك ، فإنه يتمكن من التحلل بالحلق إلا في حق النساء ، وإن كان يلزمه بعض النساء فلا يتحقق العذر الواجب للتحلل ، كذا في المبسوط .

( ومن أحصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف ، فهو محصر لأنه تعذر عليه الإتمام ، فصار كما إذا أحصر في الحل ) حاصله أن الاحصار لا يتحقق عندنا ، إلا إذا منع عن الوقوف والطواف جميعاً . وقال الشافعي رضي الله عنه ، يتحقق الاحصار بمكة مطلقاً ، سواء قدر على الطواف اولا ، لإطلاق قوله تعالى ﴿ فان أحصرتم ﴾ ١٩٦البقرة قلنا مورد النص فيمن احصر ، أحصر خارج الحرم بدليل قوله تعالى ﴿ ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله ﴾ ١٩٦ البقرة ، والنهي عن الحلق مقيداً ببلوغ الهدي إلى الحرم دليل إلى أنه خارج الحرم .

( وإن قدر على أحدهما ) أي أحد الاثنين وهما الطواف والوقوف ، ( فليس بمحصر ) يعني لا يكون محصراً ، يعني لا يتحلل بالدم بأيهما أحصر ، فله أن يأتي بالآخر .

( أما على الطواف ) أي أما لو قدر على الطواف ( فلأن فائت الحج يتحلل به ) أي

والدم بدل عنه في التحلل . وأما على الوقوف ، فلما بينا وقد قيل في هذه المسألة : خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» والصحيح ما أعلمتك من التفصيل

---

بالهدي ( والدم بدل عنه ) أي عن الطواف ( في التحلـــل ) في حق المحصر بعمرة عن الطواف ، فلما قدر على الطواف ، وهو الأصل ، لم يثبت البدل ، وهو التحلل بالهدي .

( وأما على الوقوف ) أي أما لو قدر على الوقوف ( فلما بينا ) وهو قوله ومن وقف بعرفة ثم أحصر لا يكون محصراً ( وقد قيل في هذه المسألة ) يعني قوله ومن أحصر بمكة ( خلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله ) وهو مـا ذكر على بن جعد « رح » عن أبي يوسف « رح » قال سألت أبا حنيفة رضي الله عنه عن المحرم يحصر في الحرم فقـال لا يكون محصراً . فقلت أليس أن النبي ﷺ أحصر بالحديبية وهي من الحرم . فقال إن مكة يومئذ كانت دار الحرب ، فأما اليوم ، فهي دار السلام ، فلا يتحقق الاحصار فيها. قال أبو يوسف « رح » وأما أنا فأقول إذا غلب العدو على مكة حتى حـــالوا بينه وبين البيت فهو محصر .

( والصحيح ما أعلمتك من التفصيل ) أي قال المصنف رحمه الله والصحيح من الرواية الممنوع من الوقوف والطواف يكون محصراً باتفاق أصحابنا ، وإذا قدر على أحدهما لا يكون محصراً وهو قوله ما أعلمتك من التفصيل فافهم والله ولي العصمة .

* * *

## باب الفوات

ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر، فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد إليه، وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه، لقوله عليه السلام، من فاته عرفة بليل فقد فاته

---

( باب الفوات )

أي هذا باب في بيان أحكام الفوات في الحج وآخره عن الاحصار لأن الفوات إحرام واداء، والاحرام والاحصار إحرام بلا أداء، فكان الاحصار قابلاً في العارضية، فقدم على الطواف وأيضاً معنى الاحصار من الفوات نازل منزلة المفرد من المركب، والمفرد قبل المركب.

( ومن أحرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا أن وقت الوقوف يمتد اليه ) أي إلى طلوع الفجر من يوم النحر، واراد بقوله لما ذكرنا ذكره في الفصل المتقدم على باب القران

( وعليه أن يطوف ويسعى ويتحلل ) أي بالحلق. وعن مالك « رح » يبقى محرماً حتى يقف بعرفة في العام القابل، واختلف أصحاب الشافعي رضي الله عنهم في أن التحلل بماذا قال بعضهم يتحلل ويسعى ويحلق قولاً واحداً.

وقال بعضهم في المسألة قولان أحدهما وهو الصحيح أن عليه طوافاً وسعياً وحلقاً. والثاني انه ليس عليه شيء. وقال المزني « رح » لا يسقط، وبه قال مالك رحمه الله.

( ويقضي من قابل ) أي من عام قابل. وقال الشافعي « رح » ان كان الحج فرضاً يبقى في ذمته، ويحج من قابل، وإن كان تطوعاً يلزمه القضاء. وعن أحمد لا قضاء في رواية.

( ولا دم عليه لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (من فاته عرفة بليل فقد فاته

الحج ، فليتحلل بعمرة . وعليه الحج من قابل والعمرة ليست إلا الطواف والسعي ، ولأن الاحرام بعدما انعقد صحيحاً لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين

---

الحج ، فليحل بعمرة ، وعليه الحج من قابل ) هذا الحديث أخرجه الدارقطني رحمه الله في سننه عن ابن عمر وابن عباس « رض » .

فحديث ابن عمر « رض » أخرجه عنه رحمة بن مصعب عن ابن أبي ليلى عن عطاء ونافع عن ابن عمر « رض » ان رسول الله ﷺ قال من وقف بعرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته بليل فقد فاته الحج ، فليحل بعمرة ، وعليه الحج من قابل ، ورحمة بن مصعب « رح » ضعيف . قال الدارقطني ، رحمة ضعيف ، وقد تفرد به . ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بمحمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى « رح » وضعفه عن جماعة .

وحديث ابن عباس « رض » أخرجه عن يحيى بن عيسى التميمي النهشلي ، عن محمد بن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ من ادرك عرفات فوقف بها والمزدلفة فقد تم حجه ، ومن فاته عرفات ، فقد فاته الحج ، فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل ، ويحيى بن عيسى النهشلي « رح » قال النسائي « رح » فيه ليس بالقوى . وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء كان ممن ساء حفظه وكثر وهمه حتى خالف الاثبات فبطل الاحتجاج به ، ثم اسند عن ابن معين « رح » انه قال كان ضعيفاً ليس بشيء وقال في التنقيح روى له مسلم والشراح كلهم ذكروا هذا الحديث ولم يذكر احد منهم ما حاله .

( والعمرة ليست إلا الطواف والسعي ) بين الصفا والمروة ( ولأن الاحرام بعدما انعقد صحيحاً لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين ) وهما الحج والعمرة قوله صحيحاً أي نافذاً لازماً ، لا يرتفع برافع احترز به عن إحرام الرقيق بغير اذن المولى . وإحرام المرأة في التطوع بغير إذن زوجها ، فان للمولى والزوج أن يحللاهما وليس باحتراز عن الإحرام الفاسد كما إذا جامع المحرم قبل الوقوف بعرفة ، أو أحرم مجامعاً ، فإن حكمه

كما في الاحرام المبهم . وهنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرةولا دم عليه لأن التحلل وقع بافعال العمرة . فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر ، فلا يجمع بينهما . والعمرة لا تفوت وهي جائزة في

---

حكم الصحيح . قيل قوله لا طريق للخروج عنه إلا بأداء أحد النسكين منقوض بالمحصر ، فإن الهدي طريق له للخروج عنه ، وأجيب بأنه بني الكلام على ما هو الوضع . ومسألة الاحصار في العوارض تثبت بالنص . وقال السغناقي « رح » في الجواب اجرى الكلام على ما هو الأصل فلا ترد العوارض نقضاً .

( كما في الاحرام المبهم ) لا كما لا يخرج في الاحرام المبهم إلا بأحد النسكين، والاحرام المبهم بأن يقول لبيك اللهم لبيك ، ولا يقول بحج وعمرة ، ( وهنا ) يعني في مسألة الفوات عن الوقوف ( عجز عن الحج ، فتتعين عليه العمرة ) لان الحكم إذا دار بين الشيئين وانتفى احدهما ، تعين الآخر وقد انتفى الحج منها لفائتة فتعين العمرة ، ( ولا دم عليه ) وقال الشافعي ومالك والحسن بن زياد « رح » عليه دم لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأبي ايوب الأنصاري انه حين فاته الحج ، فإذا ادركت الحج من قابل ، فحج واهدي ما استيسر من الهدي وهكذا عن ابن عمر « رض » ولأنه صار كالمحصر ، فيجب عليه دم قياساً عليه .

ولنا الحديث الذي رواه الدارقطني رحمه الله المذكور آنفاً هذا دليل على أن الدم غير واجب ، لأنه موضع الحاجة إلى البيان واللائق بمنصبه البيان في موضع الحاجة ، فإذا لم يبين ، علم أنه ليس بواجب . روي عن الأسود « رح » أنه قال سمعت عمر « رض » من فاته الحج يحل بعمرة ولا دم عليه ، وعليه الحج من قابل . ثم لقيت زيداً بن ثابت «رض » بعد ذلك بثلاثين سنة ، فقال مثل ذلك . وعن عثمان « رض » مثله .

( لأن التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما ) ولا يقاس أحدهما على الآخر لأن كل واحد منهما قادر وعاجز على ما يعجز عنه الآخر وعما يقدر عليه ( والعمرة لا تفوت ) لانها غير مؤقتة ( وهي جائزة في

جميع السنة إلا خمسة أيام يكره فيهـــا فعلها ، وهي يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق ، لما روي عن عائشة « رض » انها كانت تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة

---

جميع السنة ) حتى لو أهل بعمرة في أشهر الحج فقدم مكة يوم النحر يقضي عمرته ولا دم عليه . والحاصل أن جميع السنة وقتها ( إلا خمسة أيام يكره فعلها فيها ) أي فعل العمرة في هذه الخمسة أيام .

وقال الشافعي رضي الله عنه لا يكره في وقت من السنة ، وقال مالك تكره في أشهر الحج تعظيما لأمر الحج . وقد اختلف السلف في العمرة في أشهر الحج . وكان عمر رضي الله عنه ينهى عنها ، ويقول الحج فى الأشهر والعمرة في غيرها اكمل لحجكم وعمرتكم .

والصحيح أن العمرة جائزة فيها بلا كراهـــة بدليل ما روى البخاري « رح » في الصحيح باسناده أن رسول الله ﷺ إعتمر أربع عمر في ذي القعدة .

( وهي يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنهـا تكره العمرة في هذه الأيام الخمسة ) أخرج البيهقي عن شعبة عن يزيد عن معاذ عن عائشة رضي الله عنها قالت ، العمرة في السنة كلها إلا أربعة أيام ، يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعد ذلك . وقال الشيخ الإمام في الامام وروى اسماعيل بن عباس عن نافــع عن طاووس « رح » فإن قال البحر يعني ابن عباس « رض » خمسة أيام ، عرفة ويوم النحر وثلاثة أيام التشريق ، اعتمر قبلها وبعدها ما شئت .

وقال مخرج الأحاديث ولم يعزه . قلت روى سعيد بن منصور رضي الله عنه ورواية عائشة « رض » ولا يوافق كلام المصنف ، ولا يوافقه إلا حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، على ما لا يخفى . وقال الاترازي « رح » ولنا ما روى اصحابنا عن عائشة « رض » انها قالت تمت العمرة في السنة كلها إلا يوم عرفة ويوم النحر ويوم التشريق انتهى . قلت هذا ليس فيه الكفاية للدليل وإقامة الحج .

ولأن هذه أيام الحج فكانت متعينة له . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال ، لأن دخول الوقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو أداها في هذه الأيام صح ويبقى محرماً بها فيها لأن الكراهة لغيرها وهو تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة .

---

( ولأن هذه ) أي هذه الأيام الخمسة ( أيام الحج فكانت متعينة له ) أي للحج ( وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول الوقت ركن الحج بعد الزوال ) لأن دخول الوقت ركن الحج بعد الزوال ( لا قبله ، والأظهر من المذهب ما ذكرناه ) وهو كون هذه العمرة يوم عرفة قبل الزوال وبعده ( ولكن مع هذا ) أي مع كونها مكروهة في الأيام الخمسة ( ولو أداها في هذه الأيام صح ، ويبقى محرماً بها فيها ) أي بالعمرة إن لم يؤدها في هذه الايام كبناء الصلاة بعد دخول الوقت المكروه ( لأن الكراهة لغيرها ) أي لغير عين العمرة ، أراد أن الكراهة لمعنى في غيرها لا في نفسها ( وهو ) أي الكراهة لغيرها ( تعظيم أمر الحج وتخليص وقته له ) أي للحج ومن تعظيم أمره أن يجعله له الوقت خاصة لا يكون فيه غيره ، فاذا كان الكراهة لمعنى في غيرها ( فيصح الشروع فيها والعمرة سنة ) وفي الينابيع أي سنة مؤكدة ، وفي البدائع اختلف أصحابنا فيها .

فمنهم من قال إنها واجبة كصدقة الفطر والأضحية والوتر ، ومنهم من أطلق عليها اسم السنة وهي لا تنافي الوجوب . وفي التحفة والقنية ، اختلف المشايخ فيها ، قيل هي سنة مؤكدة ، وقيل واجبة ، وقيل في التحفة وهما متقاربان . وفي الذخيرة لا يوجد في كتب أصحابنا أن العمرة تطوع ، إلا في كتاب الحجر . وقال بعض المشايخ ومنهم محمد

ابن الفضل ، فرض كفاية ذكره في المنافع وبالأول قال الشعبي والنخعي ومالك وأبو ثور « رح » وهو مذهب ابن مسعود « رض » ، ومنهم من قال ، العمرة تطوع ، وبه قال الشافعي « رح » يقول ببغداد ثم قال بمصر هي فريضة كالحج ، وهو الجديد وإليه أشار بقوله المصنف .

( وقال الشافعي « رض » فريضة ) وبه قال أحمد وابن حبيب وأبو بكر بن الجهم « رض » من المالكية . ويروى عن ابن عمر « رض » وابن عباس « رض » ذكر ذلك ابن المنذر « رح » في الاشراف قال وهو قول عطاء وطاووس ومجاهد والحسن وابن سيرين وسعيد بن جبير ومسروق واسحق « رض » ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( العمرة فريضة كفريضة الحج ) هذا غريب .

وروى الحاكم في مستدركه والدارقطني في سننه من حديث محمد بن سيرين عن زيد بن ثابت « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ أن الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت وقيل أحاديث أخر منها ما رواه أبو داود والدارقطني « رح » في سننه عن ابن عمر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رجلاً قال يا رسول الله ما الاسلام، قال أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وأن تحج وتعتمر ومنها ما رواه أبو ذر بن العقيلي « رض » قال يا رسول الله ﷺ أن أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة الطعن ، قال أحجج عن أبيك واعتمر ، ومنها ما رواه ابن ماجة في سننه وأحمد في مسنده عن محمد بن الفضيل عن حبيب عن أبي عمرة عن عائشة بنت طلحة « رض » عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنهم قالت يا رسول الله أعلى النساء جهاد ، قال عليهن جهاد لا قتال فيه الحج والعمرة .

ومنها ما رواه الدارقطني من حديث الزهري ، عن ابن بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « رض » أن النبي ﷺ كتب إلى أهل اليمن كتاباً وبعث به مع عمرو بن حزم وفيه أن العمرة الحج الاصغر ، ومنها ما رواه البيهقي في سننه عن طريق

ابن أبي لهيعة عن عطاء عن جابر « رض » أن رسول الله ﷺ قال الحج والعمرة فريضتان واجبتان ، والجواب عن هذه الاحاديث اما حديث زيد بن ثابت « رض » فقال الحكم بعد أن أخرجه الصحيح عن زيد بن ثابت « رض » من قوله وفي اسناده اسماعيل بن مسلم ضعفوه ، ومحمد بن معبد قال البخاري فيه منكر الحديث ولم يرض به أحد .وقال حرفنا حديثه ما روى زيد بن ثابت مرفوعاً وكذا أخرجه البيهقي موقوفاً قال وهو الصحيح.

وأما حديث عمر بن الخطاب « رض » فهو مخرج في الصحيحين وليس فيه ، وتعتمر وهذه الزيادة فيها شذوذ ، قال صاحب التنقيح ، وأما حديث أبي ذر بن العقيلي فقال أحمد « رض » لا أعلم في إيجاب العمرة حديثاً أصح من هذا ، ولكن لا يدل على وجوب العمرة إذ الأمر فيه ليس للوجوب ، فانه لا يجب أن يحج عن أبيه ، وانما يدل الحديث على جواز فعل الحج والعمرة فيه لكونه غير متطبع ، وأما حديث عائشة « رض » فقال صاحب التنقيح ، قد أخرجه البخاري في صحيحه من رواية غير واحد عن حبيب ، وليس فيه ذكر العمرة .

وأما حديث عمرو بن حزم « رح » ففي اسناده سلمان بن داود « رح » قال غير واحد من الائمة أنه سليمان بن أرقم « رح » وهو متروك . وأما حديث جابر « رض » فنفى البيهقي ، قال ابن لهيعة غير محتج به وورواه ابن عدي في الكامل وأعله بـه واستدل من قال بفرضية العمرة بالآية الكريمة وهو قوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، لأن الله تعالى عطف العمرة على الحج وأمر بها ، والامر للوجوب ، والواجب من هذا ان عمراً وعلياً وابن مسعود وسعيد بن جبير وطاووس « رض » قالوا إتمامها ان يحرم بها من دويرة أهله ، فجعل الإتمام تقديم الإحرام بها على المواقيت المعروفة لا فرض العبادة .

وقال ابن القصار استدلالهم بهذه الآية غلط لان من أراد أن يأتي بالسنة فواجب عليه أن يأتي بها تامة كمن أراد أن يصلي تطوعاً عليه يجب عليه أن يكون على طهارة ويأتي بها تامة الأركان والشروط ، وما قالوه يبطل بعمرة ثانية وثالثة فإنه يجب إتمامها والمضي

ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولأنها غير موقتة بوقت ، وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج ، وهذه امارة النفلية

---

فيها وفي فسادها وإن لم تكن واجبة في الأصل . وقال أبو عمر حافظ المغرب أن الله سبحانه وتعالى لم يوجب العمرة ، ولا أوجبها رسول الله ﷺ في النفل ولا أجمع المسلمون على فرضيتها ، والمفروض لا يثبت الا من هذه الوجوه ، فقد ثبت في الصحيح أنه عليه الصلاة والسلام قال بني الإسلام على خمس ، وذكر منها حج البيت ولم يذكر العمرة . فلو كانت فريضة كالحج كما زعموا لذكرها ، فسقط قول من ادعى انها فريضة .

( ولنا قوله عليه الصلاة السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ) هـذا الحديث غريب مرفوع ، ورواه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه ، موقوفاً على ابن مسعود « رض » ،فقال حدثنا ابن ادريس وأبو ساحة عن سعيد بن أبي عروبة عن أبي معشر عن إبراهيم قال ،قال عبد الله بن مسعود « رض » الحج فريضة والعمرة تطوع . وروى ابن مـاجة في سننه ، حدثنا هشام بن عماد عن الحسن بن الحسن بن يحيي الحسني عن عمر بن قيس عن طلحة بن يحيى عن عمه اسحاق بن طلحة بن عبد الله « رض » أنه سمع رسول الله ﷺ يقول ، الحج جهاد والعمرة تطوع ، وعمر بن قيس « رض » تكلم فيه .

وأخرج الترمذي عن الحجاج بن أرطأة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله « رض » قال سئل رسول الله ﷺ عن العمرة أواجبة قال لا ، وأن تعتمروا هو أفضل. وقـال حديث حسن صحيح ، وهو قول بعض أهل العلم : قالوا العمرة ليست بواجبة . وكان يقال هما حجان الحج الأكبر يوم النحر والحج الأصغر العمرة .

( ولأنها غير موقتة ) أي ولأن العمرة غير موقتة (بوقت) إذ لو كانت فرضاً لتعلقت بوقت كالصلاة والصوم . ( وتتأدى بنية غيرها ) يعني تؤدى بإحرام غيرها بأن نواها بنية الحج ( كما في فائت الحج ) فإنه يتأدى بنية الحج الذي فاته ( وهذه امـارة النفلية ) يعني كونها غير موقتة وكونها تؤدى بنية غيرها ، علامة النفلية ، أي علامة كونهـا نفلا ، والفرض وبيان النفل ، فإن النفل يتأدى بنية الفرض . والفرض الذي هو غير معين ، لا يتأدى بنية النفل .

وتأويل ما رواه ، أنها مقدرة بأعمال كالحج ، إذ لا تثبت الفرضية مع التعارض في الاثار ، قال ، وهي الطواف والسعي . وقد ذكرناه في باب التمتع والله أعلم بالصواب

---

فإن قلت هذا يشكل بالأيمان ، وصلاة الجنازة ، فإنها فرضان وليسا بموقتين. وبالصوم فإنه يتأدى بنية غيره وهو فرض . قلت عدم التوقيت في الأيمان نشأ من فرضية مبتدأة من غير انقطاع ، فكان جميع العمر من غير انقطاع وقته ، ولا كذلك العمرة فإنها غير الخصم ، يتأدى بالبر كما في سائر الفرائض . أما صلاة الجنازة فوقتها حضورها ، فكانت موقتة ، وتتأدى بنية غيرها . وأما صوم رمضان فإنه فرض يتأدى بنية النفل لكونه معيناً في وقت له معتاد ، ولم يشرع في غيره . فكذلك لم يصح بنية النفل .

( وتأويل ما رواه) أي ما رواه الشافعي (أنها) أي العمرة (مقدرة بأعمال كالحج ، إذ لا تثبت الفرضية مع التعارض في الآثار ، قال وهي الطواف والسعي ، وقد ذكرناه في باب التمتع) هذا التعليل كأنه جواب عما يقال ، ما وجه هذا التأويل الذي أولتم وقلتم أن الفرض هنا بمعنى التقدير ، فأجاب بما حاصله أن الآثار اي الأحاديث والأخبار ، إذا تعارضت لا تثبت الفرضية ، لأن الفرض لا يثبت إلا بدليل مقطوع به . فإن قيل هو ثابت بقوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، عطف العمرة على الحج ، والحج فريضة ، والأمر بالاتمام والأمر للوجوب . قلت قد مر الجواب عن هذا عن قريب ونقول أيضاً ، القران في النظم لا يؤوب القران في الحكم . والأمر إنما هو بالاتمام ، والإتمام إنما يكون بالشروع . ونحن نقول به وإن كانت في الإبتداء سنة والله أعلم بالتوفيق .

★ ★ ★

# باب الحج عن الغير

## الأصل في هذا الباب أن الإنسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة أو صوماً أو صدقة أو غيرها

---

### ( باب الحج عن الغير )

لما فرغ عن بيان افعال الحج بنفسه مع عوارضه ، شرع في بيان الحج عن غيره بطريق النيابة . ولما كان الأصل في التصرفات أن تقع عمن تصدر منه ، كان الحج عن الغير خليقاً أن يؤخر في باب على حدة .

( الأصل في هذا الباب ) أي في باب الحج عن الغير ( أن الإنسان لـه أن يجعل ثواب عمله لغيره ) خلافاً للمعتزلة ، فـإنهم قالوا ليس للإنسان ذلك ، لأن الثواب هو الجنة وهي لله تعالى ، ولا يجوز تمليك ملك الغير ، وسيجيء الرد عليهم ( صلاة ) يعني سواء كان جعل ثواب عمله لغيره صلاة ( أو صومـــاً أو صدقة أو غيرها ) كالحج وقراءة القرآن والأذكار ، وزيارة قبور الأنبياء والشهداء والأولياء والصالحين ، وتكفين الموتى ، وجميع أنواع البر والعبادة ، مالية كالزكاة والصدقة والعشور والكفارات ونحوها ، أو بدنيـــة كالصوم والصلاة والاعتكاف وقراءة القرآن والذكر والدعـــاء ، أو مركبة منهـــما كالحج والجهاد .

وفي البدائع جعل الجهاد من البدنيات وفي المبسوط جعل المال في الحج شرط الوجوب ، فلم يكن الحج مركباً من البدل . قيل هو أقرب إلى الصواب ولهذا لا يشترط المال في حق المكي إذا قدر على المشي إلى عرفات . فإذا عمل شخص ، ثواب ما عمله من ذلك إلى آخره يصل إليه وينتفع بـــه ، حياً كان المهدى إليه أو ميتاً ، ومنع الشافعي ومالك « رح » وصول ثواب إلى الموتى ، وثواب الصلاة والصوم وجميع الطاعات والعبادات غير المالية وجوازاً فيها . ويرد عليهما بما رواه الدارقطني أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ ، فقال كان

لي أبوان أبوهما حال حياتها فكيف لي ببرهما بعد موتهما . فقال له عليه الصلاة والسلام ، ان من البر بعد البر أن تصلي لهما مع صلاتك وأن تصوم لهما مع صيامك .

وعن علي بن أبي طالب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال،من مر على المقابر فقرأ﴿قل هو الله أحد﴾ أحد عشر مرة ثم وهب أجرها للأموات ، أعطي من الاجر بعد الاموات، رواه الدارقطني . وعن أنس « رض » أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ ، فقال يا رسول الله إنا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك إليهم ، فقال نعم ، إنه ليصل اليهم ويفرحون به كما يفرح أحدكم بالطريق إذا أهدي إليه . رواه أبو حفص الكبير .

وعن معقل بن يسار قال ، قال رسول الله ﷺ اقرأوا على موتاكم سورة يس ، رواه أبو داود . وروى الحافظ الالكاني في شرح السنة عن أبي هريرة « رض » ، قال يموت الرجل ويدع ولداً ، فترفع له درجات ، فيقول ما هذا يا رب ، فيقول سبحانه وتعالى استغفار ولدك . وقال تعالى ﴿ واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات ﴾ ١٩ محمد . قال ويستغفرن لمن في الارض ، وكذا استغفار نوح وإبراهيم عليهما السلام . وذكر عبد الحق صاحب الاحكام في العينيــة عن رسول الله ﷺ الغريق ينتظر دعوه تلحقه من ابنه وأخيه أو صديق له ، فإذا لحقته كان أحب من الدنيا وما فيها . ولهذا شرع الدعاء للميتة في صلاة الجنازة .

وفي العاقبة أن يصاد بن غالب قال ، رأيت رابعة العدوية العابدة في المنام ،وكنت كثير الدعاء لها ، فقالت يا بشر ، هديتك تأتينــا في أطباق من نور ، عليها مناديل الحرير . وهكذا يأتينا دعاء الاحياء إذا دعوا لإخوانهم الموتى فاستجيب لهم . يقال هذه هدية فلان إليك ، مما يدل على هذا ان المسلمين يجتمعون في كل عصر وزمان ويقرأون القرآن ويهدون ثوابه لموتاهم . وعلى هذا أهل الصلاح والديانة من كل مذهب من المالكية والشافعية وغيرهم ولا ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً .

( عند أهل السنة والجماعة ) خلافاً للمعتزلة وفي مذهب أهل العدل والتوحيد ، أن ليس للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره لان الثواب نعمة دائمة خالصة مع التعظيم ومعظم

ركنه للتعظيم . وبه فارق أغراض الصبيان والمجانين والبهائم وتعظيم المستحق لغير المستحق قبيح في العقل . ولو جاز أن يجب العالم أو التقي أو العادل تعظيمه لخامل أو جاهل أو صبي او حمار ، فإنه صح تعظيمه عقلاً ، وإنكاره مكابرة . ولو جاز هذا فالانبياء أحق الناس بهبة ثواب أعمالهم لآبائهم وأمهاتهم .

وقد علم خلافه بالتواتر حين قال النبي ﷺ لفاطمة « رض » وسائر أولاده وزوجاته إني لا أملك يوم القيامة من الله شيئاً . ولا ينفعكم إلا أعمالكم . وقال الله تعالى ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ ٣٩ النجم . قلنا أما قولهم قبيح عقلاً غير مسلم . بل يجوز في العقل تعظيم غير المستحق بواسطة محبته له . وباعتبار ذلك استحقاق تعظيمه . وأما قولهم قد علم خلافه غير مسلم ، ولئن سلم ذلك لفقد شرطه أو بالمنع عن الله تعالى . وأما الجواب عن الآية فبثمانية أوجه :

الاول أنهـــا منسوخة بقوله تعالى ﴿ والذين آمنوا واتبعتهم ذرياتهم ﴾ ٢١ الطور ، أدخل الابناء الجنة بصلاح آبائهم ، قاله ابن عباس « رض » .

الثاني خاصة بقوم ابراهيم وقوم موسى عليهما السلام ، يعني في صحف إبراهيم وموسى عليهما السلام ﴿ أن لا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ﴿ وأن ليس للانسان إلا ما سعى ﴾ للعطف فهذان في صحيفتهما تختص بهما ، فأما هذه الامة فلقد ما سعيت ما سعى لها غيرها ، قاله عكرمة .

الثالث أن المراد بالإنسان الكافر هنا ، وأما المؤمن فله ما سعى وما سعى له ، قاله الربيـــع بن أنس بن الفضل « رض » .

الخامس (١) أن معنى ما سعى ما نوى ، قاله أبو بكر الوراق « رح » .

السادس أن ليس للانسان الكافر من الخير إلا ما عمله في الدنيا فيثاب عليه في الدنيا حتى لا يبقى له في الآخرة خير البتة ، ذكره الأستاذ أبو اسحق الثعلبي « رح » .

السابع اللام بمعنى على أي ليس على الإنسان إلا ما سعى كقوله تعـالى ﴿ وإن أسأتم فلها ﴾ ٧ الإسراء ، أي فعليها وكقوله تعالى ﴿ ولهم اللعنة ﴾ ٢٥ الرعد ، أي وعليهم .

---

(١) هكذا في الأصل ذكر الخامس ولم يذكر الرابـع ، اهـ مصححه .

لما روي عن النبي عليه السلام أنه ضحى بكبشين أملحين ، أحدهما عن نفســـه ، والاخر عن أمتـه ممن أقـر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ .

---

الثامن ليس إلا سعيه ، غير أن الاسباب مختلفة، فتارة يكون سعيه في تحصيل الشيء بنفسه ، وتارة لتحصيل سببه لسعيه في تحصيل ولد أو صديق يستغفر الله ، وتارة يسعى في خدمة الدين والعبادة ، فيكتب محبة أهل الدين والصلاح فيكون ذلك سبباً حصل بسعيه حكى هذا أبو الفرج بن الجوزي .

( لما روى عن النبي ﷺ أنه ضحى بكبشين أملحين أحـدهما عن نفسه والآخر عن أمته ، فمن أقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ ) روى هـذا الحديث عن جماعة من الصحابة « رض » منهم أبو هريرة وعائشة « رض » ، وروى حديثهما ابن ماجة في مسنده من طريق عبـد الرزاق باسناده عن عائشة وأبي هريرة « رض » أن النبي ﷺ ، كان إذا أراد أن يضحى ، اشترى كبشين عظيمين أقرنين أملحين متوجرين ، فذبـح أحدهما عن أمته ممن شهد بالتوحيد ، وشهد له بالبلاغ ، وذبح الآخر عن محمد وآل محمد .

وكذلك رواه أحمد في مسنده وروى أحمد أيضاً من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة أن عائشة « رض » قالت كان رسول الله ﷺ فذكره ، ورواه الطبراني في الأوسط من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة فذكره ، ومنهم جابر روى حديثه أبو داود وابن ماجة من حديث ابن عباس المعافري عن جابر بن عبد الله قال، ذبح النبي ﷺ يوم النحر كبشين أقرنين أملحين متوجرين ، فلما وجهها قال إني وجهت وجهي . . الآية اللهم لك ومنك عن محمد وأمته بسم الله والله اكبر ثم ذبح .

ومنهم أبو رافع حديثه عند أحمد « رح » وحذيفة بن أسيد عند الحـاكم وأبو طلحة عند أبي شيبة في مسنده وأنس بن مالك حديثه عند ابن أبي شيبة أيضاً قوله أملحين . الأملح الذي مر سواد وبياض ، يقال كبش أملح ، فيه ملحة وهي بياض بشقة شعرات سود ، وقوله أحدهما بالجر وكذا قوله ، والآخر وهما بدلان من قوله بكبشين ، ويجوز نصبهما على تقدير يذبح أحدهما ، لأن قوله ضحى يدل على الذبح قوله وشهد له بالبلاغ أي

جعـــل تضحية أحد الشاتين لأمته ، والعبادات أنواع مالية محضة كالزكاة ، وبدنيـــة محضة كالصلاة ومركبة منهما كالحج . والنيابة تجري في النوع الأول في حالتي الإختيـــار والضرورة ، لحصول المقصود بفعل النائب.

---

شهد للنبي ﷺ بتبليغ أوامر الله ونواهيه إلى عباده ، وإنما بين الأمة ممن آمن وشهد ، لأن الأمة على نوعين : أمة دعوة وإجابة وهم المؤمنون وأمة دعوة لا إجابة وهم الكافرون .

وذلك لأن رسول الله ﷺ كان مبعوثاً إلى كافة الخلق وهم بأجمعهم أمة له . إلا أنه عليه الصلاة والسلام ضحى إحدى الشاتين عن أمة المؤمنين لا عن الكافرين لأنهم لا يستحقون الثواب . وجه الاستدلال به ظاهر لأنه عليه الصلاة والسلام جعل من ثوابه لأمته ، وهذا يعلم منه عليه السلام أن الإنسان يجوز أن ينفعه عمل غـــيره والتأسي برسول الله ﷺ هو العروة الوثقى .

( جعل ) أي النبي ﷺ ( تضحية احدى الشاتين لأمته ) أي ثوابهـا أي جعل ثوابها لامة المؤمنين وهذا دليل صريح على جواز أن يجعل الرجل من ثوابه لغـيره ، وينتفع به الغير سواء كان حياً أو ميتاً .

( والعبادات أنواع مالية محضة) أي نوع منها عبادة مالية خالصة ( كالزكاة )وصدقة الفطر ، والمقصود منها صرف المال إلى سد خلة المحتاج ( وبدنية محضة ) أي نوع منهـا عبادة بدنية محصنة ( كالصلاة ) والمقصود منها التعظيم بالجوارح ، وإتعاب النفس الأمارة بالسوء ابتغاء مرضاة الله ( ومركبة منهما ) أي نوع منها عبادة مركبة من المالية والبدنية ( كالحج ) وقد ذكرنا في اول البـاب أن الصواب أن الحج من العبادات البدنية لأن المال شرط الوجوب .

( والنيابة تجري في النوع الأول ) وهو العبادة الماليـة المحصنـــة كالزكاة فتجوز النيابة فيها ( في حالتي الاختيار) أي الصحة ( والضرورة) أي المرض ( لحصول المقصود بفعل النائب ) وذلك لأن المقصود هو صرف المال لسد خـــلة المحتاج وهو يحصل بفعل

ولا تجري في النوع الثاني بحـــال، لأن المقصود ، وهو إتعاب النفس ، لا يحصل بـــه . وتجري في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال . ولا تجري عند القدرة لعدم إتعاب النفس والشرط العجز الدائم إلى وقت الموت لأن الحج فرض العمر

---

النائب لأن المقصود هو صرف المال ( ولا تجري ) أي النيابة ( في النوع الثـــاني ) وهو العبادة البدنية المحضة كالصلاة ( بحال ) أي في الاختيار والضرورة ( لأن المقصود وهو إتعاب النفس لا يحصل به ) أي بالنائب ( وتجرى ) أي النيابة ( في النوع الثالث ) وهو العبادة المركبة من المال والبدن كالحج ( عند العجز للمعنى الثاني للمشقة بتنقيص المال ) إنما قال للمعنى الثاني لأن الحج يشترط على معنيين : إتعاب النفس وتنقيص المال. فانتفى المعنى الاول عند العجز فتعين الثاني .

وقال الكاكي وفي بعض النسخ للمعنى الأول ، وهو اعتبار كونه مالياً ، وهذا أظهر بالنسبة إلى تقدير الكتاب ، ولا يجزىء عند القدرة حتى لو حج صحيح رجلا ، ثم عجز ، لم يجزه بالإجماع . وفي كتب الشافعية ، لو حج المغصوب غيره نظر إن شفي لم يجزه ذلك قولاً واحداً عند الشافعي رح ، وإن مات فيه قولان في قول يجوز وبه قال أبو حنيفة « رح » . وفي قول لا يجوز . قال الأصحاب وهو الأظهر ، ولو كان مرض لا يرجى زواله ، فاحج غيره فيها لا يجزئه في الاظهر ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله في الأظهر ، ولو حج الصحيح قبل العجز ثم عجز لم يجزه بالإجماع .

( ولا تجري ) أي النيابة ( عند القدرة لعدم إتعاب النفس ، والشرط العجز الدائم ) أي شرط جواز النيابة في الحج عن الغير هو العجز المستمر الدائم ( إلى وقت الموت ) حتى لو قدر المحجوج عنه حج بعد أداء المأمور بحج ثانياً فلا يسقط عنه الفرض كما في الشيخ الفاني إذا قدر على الصوم بعد اداء الفدية يجب عليه الصوم ( لأن الحج فرض العمر ) هـــذا دليل لكون الشرط هو العجز الدائم ، بيانه أن الحج لما كان فرض العمر وقدر على أدائه في اثناء عمره ، وجب عليه وجعل فعل النائب فيما مضى كأن لم يكن .

وفي الحج النفل تجوز الإنابة حالة القدرة لأن باب النفل أوســـع
ثم ظاهر المذهب أن الحج يقع عن المحجوج عنه

---

فان قيل القدرة على الأصل تبطل الخلف قبل حصول المقصود بالخلف ، وقد حصل بالخلف ،وهو حصول المشقة بتنقيص المال ، فالجواب ان لم نسلك في هذه المسألة مسلك الأصل والخلف وإنما قلنـــا أن الحج مركب من أمرين أحدهما يحتمل النيابة والآخر لا يحتملها . فقولنا بأحدهما عند القدرة ، فلم تجز النيابـة ، وبالآخر عند العجز فجوزناها لكن شرطنا لكونه وظيفة العمر أن يكون العجز دائماً لما مر واعترض بيان كونه وظيفة العمر ، لا يصلح دليلا على اشتراط العجز الدائم لتخلفه عنه ، فانه شرط الجواز الفـدية للشيخ الفاني عن الصوم . والصوم ليس وظيفة العمر والجواب أن الدليل يستلزم المدلول ولا ينعكس ، وكل ما كان وظيفة العمر يشترط فيه العجز الدائم ، ولا يلزم أن كل مـــا يشترط فيه العجز الدائم يكون وظيفة العمر .

( وفي الحج ، النفل تجوز النيابة حالة القدرة لأن باب النفل أوسع ) ولهذا تجوز الصلاة النافلة مع القدرة على القيام ، لكن للأمر ثواب النفقة بالاتفاق لأن وقوع النفل عن الأمر بالنص على خلاف القياس ، وهو حديث الخثعمية ، وهو ورد في الفرض ، لأنهـــا قالت أن فريضة الحج ادركت فبقى النفل على أصل القياس ، وقال الفراء في الذخيرة المذهب كراهة النيـــابة في النفل ، وذكر النووي « رح » في شرحه أن في النيابة في الحج النفل قولين والصحيح جوازها .

( ثم ظاهر المذهب ) كراهة النيابة في النفل ، وذكر النووي « رح » ( أن الحـج يقع عن المحجوج عنه ) وهو الامر هذا في الفرض بالنص على ما يجيء ، وأما في نفل ، فيقع عن المأمور بالاتفاق . واعترض عليه الاترازي « رح » حيث قال ، قال بعضهم في هذا الموضع الحج النفل يقع عن المأمور بالاتفاق ، وللأمر ثواب النفقة ، وذلك خـلاف الرواية ألا ترى إلى ما قال الحاكم الجليل الشهيد في مختصر الكافي الحج التطوع عن الصحيح جائز .

ثم قال وإذا حج الصحيح عن نفسه فهو تطوع ، قال وفي الاصل تكون الحجـة عن

الحج ( وبذلك ) أي وبوقوع الحج عن المحجوج عنه ( تشهد الاخبار الواردة في هـــذا الباب ) أي في الباب الواردة في الحج عن الغير ، فمن جملة الاخبار ما أخرجه ابن ماجة عن محمد بن كريب عن أبيه عن ابن عباس ، قال حدثني حصين بن عون « رض » قال ، قلت يا رسول الله إن أبي أدركه الحج ،ولا يستطيع أن يحج إلا مفترضاً فسكت ساعة ، ثم قال حجي عن أبيك . قال العقيلي قال أحمد بن محمد بن كريب منكر الحديث ، وأخرجه البيهقي عن محمـــد بن سيرين عن ابن عباس « رض » أن رجلا أتى النبي ﷺ فذكره ، قال البيهقي رواية ابن سيرين عن ابن عباس « رض » مرسلة ، قال صاحب التنقيح ، قال أحمد وابن معين وابن المديني ، لم يسمع ابن سيرين عن ابن عباس « رض » ، قال وقد روى البخاري في صحيحه حديثاً من رواية ابن سيرين عن ابن عباس « رض » .

ومنها ما اخرجه أصحاب السنن الأربعة عن شعبة عن النعمان بن سالم عن عمرو بن أوس عن أبي ذر ابن العقيلي « رض » رجل من بني عامر ، قال يا رسول الله أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن ، قال حج عن أبيك واعتمر . قال الترمذي حديث حسن صحيح واسم ابن أبي ذر بن لقيط بن عامر ، رواه أحمد « رح » في مسنده ، وابن حبان في صحيحه ، والحاكم في مستدركه ، وقال على شرط الشيخين ، ومنها ما رواه الطبراني من حديث ابن سورة أم المؤمنين « رض » أن رجـــلا قال يا رسول الله أبي شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن ، قال حج عن أبيك . فقال رسول الله ﷺ أرأيت لو كان على أبيك دين فقضيته ، أكان يجزىء عنه ، فقال نعم ، قال حج عنه .

ومنها ما أخرجه البيهقي من حديث عطاء الخراساني عن أبي العون بن المحصن الحنفي « رض » قال ، قلت يا رسول الله ﷺ إن أبي أدركته فريضة الله في الحـــج ، وهو شيخ كبير لا يتمالك على الراحلة أفتأمرني أن أحج عنه ، قال نعم ، حج عنه . قال وكذلك من مات من أهلنا ولم يو حجي ، أفنحج عنه ، قال نعم وتؤجرون ، قال ويتصدق عنه ويصام عنه ، قال نعم والصدقة أفضل . قال البيهقي اسناده ضعيف .

كحديث الخثعمية ، فإنــه عليه السلام قال فيه حجي عن أبيك واعتمري عن محمد « رح » أن الحج يقــع عن الحاج ، وللآمر ثواب النفقة لأنــه عبادة بدنية . وعند العجز أقيم الإنفاق مقامه كالفدية في باب الصوم . قال ومن أمره رجلاً أن يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما

---

( كحديث الخثعمية فانه عليه الصلاة والسلام قال فيه حجي عن أبيك واعتمري ) حديث الخثعمية أخرجه الأئمة الستة في كتبهم . أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عباس « رض » والباقون عن أخيه الفضل بن عباس « رض » أن امرأة خثعم قالت يا رسول الله إن أبي أدركته فريضة الله في الحج ، وهو شيخ كبير لا يستطيــع أن يستوي على الراحلة ، ظهر البعير ، قال حجي عنه . وفي رواية المصنف « رح » وهم ، فان حديث الخثعمية ليس فيه ذكر اعتمري ، وهــذه اللفظة في حديث أبي ذر بن العقيلي رحمه الله كما ذكرناه الآن ، وهذا الحديث يدل صريحاً على جواز الحج عن الغير .

( وعن محمد « رح » أن الحج يقع عن الحاج ) يعني المأمور ( وللآمر ثواب النفقة لأنه عبادة بدنية ) كذا أشار اليه في المبسوط أن الحج غير مركب من البدن ، والمال فيــه شرط الوجوب وقد ذكرناه ( وعند العجز ) عن الحج بنفســه ( أقيم الانفاق مقامه ) أي مقــام أداء الأفعال يعني الواجب عليه إذا حج ، وإنفاق المال في طريقه فان عجز عن الأداء بقي عليه الإمضاء ما يقدر ، وهو الإنفاق في طريقه ( كالفدية في باب الصوم ) فانها أقيمت مقام الصوم ، فكذا الانفاق ههنا يقوم مقام أداء الافعال في حق سقوط الأفعال ، وهذا لان الانفاق سبب أداء الافعال ، وإقامة السبب مقــام المسبب أصل في الشرع في النهاية إلى هذا مال عامة المتأخرين ، منهم صدر الإسلام أبو اليسر والإمام الاسبيجابي وقاضي خان وغيرهم ، وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله إن أصل الحج يكون عن الآمر .

( قال ومن أمره رجلان بأن[1] يحج لكل[2] واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما

---

(١) أن — هامش . (٢) عن كل واحد — هامش .

فهي عن الحاج ويضمن النفقة لأن الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ، وكل واحد منهما أمره ان يخلص الحج له من غير اشتراك . ولا يمكن إيقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك

---

فهي عن الحاج ، ويضمن النفقة لأن الحج يقع عن الآمر ، حتى لا يخرج الحاج عن حجة الإسلام ) يجزيه هذا الموضع ان الحج في هذه الصورة من وجه يقع للمأمور باعتبار المخالفة ولهذا لا يخرج الأمر عن حجة الاسلام ، ومن وجه يقع للآمر من حيث قطع المسألة وتعين النفقة وهذا لا يخرج المأمور عن حجة الإسلام أيضاً ، وقد صرح الإمام العتابي وغيره في شرح الجامع الصغير ان الحج يقع عن الأمر من وجه ، وعن المأمور من وجه ، فلا يخرج عن حجة الاسلام لا المأمور ولا الآمر .

والمصنف « رح » أشار إلى هذين الوجهين أيضاً حيث قال أولا فهي عن الحاج ، ثم قال الحج يقع عن الآمر ، يعني يقع عن وجه من وجه آخر . وقال الأكمل ذهب الشارحون إلى أن الدليل غير مطابق للمدلول ، قوله فهي حجة عن الجميع ، ويضمن النفقة ودليله لأن الحج يقع عن الآمر ، ولا مطابقة بينهما ، ثم نقل عن السغناقي أن هذا التعليل حكم غير مذكور ، قلت لا فائدة في ذكر تعليل بدون ذكر المعلل ، وتحرير الكلام ما ذكرناه الآن. ثم نقل الاكمل خط الاترازي على الشراح من ثقة ، ثم قال أقول بتوفيق الله في تقرير كلامه أي كلام المصنف « رح » يقع عن الآمر على ظاهر الرواية حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام ولا يمكن إيقاعه عن الآمر وكيف يمكن .

( وكل واحد منهما أمره أن يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن أحدهما لعدم الأولوية ) يعني ليس احدهما أولى من الآخر فلا يقع عنهما ولا عن أحدهما ( فيقع عن المأمور ) كلامه لا يخلو عن الاغلاق ( ولا يمكنه أن يجعله لأحدهما بعد ذلك ) . هذا كأنه جواب عما يقال إذا وقع الحج للمأمور فيجعل عن أيهما شاء ، كما إذا حج عن أبويه ، فان له أن يجعل عن أيهما شاء أي إن وقع لنفسه لأنه لما لم يهل به على ألوية المأمور به وقع عن نفسه ولزمه الحج وضمن النفقة .

بخلاف ما إذا حج عن أبويه، فإن له أن يجعله عن أحد هما لأنه متبرع بجعل ثواب عمله لأحدهما، أولهما، فيبقى على خياره بعد وقوعه سبباً لثوابه. وهنا يفعل بحكم الآمر، وقد خالف أمرهما، فيقع عنه ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لأنه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه. وإن أبهم الإحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين، فإن مضى على ذلك صار مخالفاً لعدم الأولوية وإن عين أحد هما قبل المضي. فكذلك عند أبي يوسف «رح» وهو القياس لأنه مأمور بالتعيين. والإبهام يخالفه فيقع عن نفسه

---

( بخلاف ما إذا حج عن أبويه فان له أن يجعله عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لهما او لأحدهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سبباً لثوابه ) كما كان قبله ( وههنا ) أي في المذكور في الصورة الأولى ( يفعل بحكم الآمر وقد خالفهما[1] فيقع عنه ) بخلاف ماهناك لانه متبرع فيه لا بحكم الآمر فكذلك قيد بالامر لأنه إذا أدى العمرة عن رجلين أو عن أحدهما بلا امر يصح، لانه في الحقيقة جعل ثوابه للغير ( ويضمن النفقة إن أنفق من مالهما لانه صرف نفقة الآمر إلى حج نفسه ) فيضمن لتصرفه في المال في خلال الموضع الذي أمر بصرفه فيه.

( فان أبهم الاحرام بأن نوى عن أحدهما غير عين ) يعني من غير تعيين فلا يخلو عن أمرين إما أن لا يمضي على ذلك أو مضى ( فان مضى على ذلك ) أي على الإبهام ( صار مخالفاً لعدم الاولوية وإن عين أحدهما قبل المضي، فكذلك عند أبي يوسف وهو القياس ) أي قول أبي يوسف « رح » هو القياس ( لانه مأمور بالتعيين ) من جهة كل منهما ( والابهام يخالفه ) أي إبهامه عن أحدهما يصير مخالفاً ( فيقع عن نفسه ) كما إذا أمره رجلان كل منهما بشراء عبد هكذا فاشتراه لاحدهما غير معين يقع الشراء للمأمور، ثم إذا أراد أن يعين

---

(١) قد خالف أمرها — هامش.

بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء لان الملزم[1] هناك مجهول، وهذا المجهول من له الحق.

وجه الاستحسان ان الإحرام شرع وسيلة إلى الأفعال لا مقصوداً بنفسه. والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعين فاكتفى به شرطاً

---

أحدهما، لا يصح فكذا هنا (بخلاف ما إذا لم يعين حجة أو عمرة حيث كان له أن يعين ما شاء) كان هذا جواب عما يقال إذا أحرم رجل على الابهام من غير تعين حجة ولا عمرة فانه يصح أن يعين في الحجة والعمرة ما شاء، فلم لا يكون ههنا كذلك.

وأجاب بخلاف ما إذا . . . إلى آخره ثم بين الفرق بينهما بقوله (لان الملتزم هناك مجهول) أي فيما إذ أبهم الاحرام مجهول ومن هـم له الحق معلوم وجهالة الملتزم لا تمنع صحة الاداء كما إذا قال لفلان علي شيء لاحد يصح الاقرار، ويلزمه البيان ولو قال لاحدهما علي شيء لا يصح الاقرار لان جهالة من له الحق تمنع صحة الاقرار (وههنا) يعني فيما إذا لم يعين حجة أو عمرة (المجهول من له الحق) وبينهما فرق.

وقد ذكرناه الان بخلاف ما إذا أحرم عن أحد ابويه حيث يصح، وإن كان من له الحق مجهولاً لان ذلك ليس بحكم الآمر ليراعي شرائط الامساك (وجه الاستحسان) هو قول أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما (أن الاحرام شرع وسيله إلى الافعال) يعني ليس بمقصود بنفسه، بل هو وسيلة يقصد به الاداء ولهذا لا يصح قبل أشهر الحج (لا مقصوداً) أي ليس بشرع مقصود (بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين) لانه شرط فيراعي وجوده لا بصيغة التعيين كالوضوء للصلاة وإن لم يقع بها (فاكتفى به) أي بالاحرام المبهم (شرطاً) أي من حيث الشرطية للأداء فان قيل الاحرام بمنزلة التكبير في الصلاة وفيه جهه الركنية، فينبغي أن يكون بمنزلة الشرع في الافعال، قلنا هو بمنزلة الوضوء عندنا ولهذا يجوز ان يكون قبل أشهر الحج.

---

(١) الملتزم ـ هامش.

بخلاف ما إذا أدى الأفعال على الابهام لأن المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفاً . قال فإن أمره غيره أن يقرن عنه ، فالدم على من أحرم ، لأنه وجب شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين . والمأمور هو المختص بهذه النعمة ، لأن حقيقة الفعل منه . وهذه المسألة تشهد بصحة المروي عن محمد « رح » أن الحج يقع عن المأمور ،

---

( بخلاف ما إذا أدى الافعال على الابهام ) هذا متصل بقوله فاكتفى به شرطاً ، يعني إذا أهل عن احدهما ، ثم عين احدهما قبل المضي ، صح تعيينه بخلاف ما إذا عين احدهما بعد المضي ، وهو قوله بخلاف ما إذا ادى الافعال على الابهام ، لانه إذا ادى ثم عين ، فانه يقع ابتداء ، ثم التعيين يرد على ما مضى ويحمل ، فلا يفيد شيئاً ، وهو معنى قوله ( لان المؤدى لا يحتمل التعيين ، فصار مخالفاً ) لان ما مضى فات لا يعتمد التعيين كما ذكرنا .

( فان امره غيره ) وفي بعض النسخ قال ، فان امره غيره ، أي قال محمد « رح » فان أمر رجل غيره ( بأن يقرن ) بضم الراء من باب نصر ينصر مفرد له عنه ( فالدم ) أي الدم القران ( على من أحرم ) أي وهو القارن ( لانه وجب شكراً لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين ) أي الحج والعمرة .

( والمأمور هو المختص بهذه النعمة لأن حقيقة الفعل منه ) ولكن يقع القران على الآمر . وبه قال الشافعي « رض » في قول وفي أصح قوليه ، يجب دم القران من الآمر لأن مقتضى إحرامه أمره به ، وكأنه القارن بنفسه .

( وهذه المسألة تشهد بصحة المروي عن محمد « رح » أن الحج يقع عن المأمور ) لكون الدم عليه ، وفيه نظر لأن جميع الدماء في مال الحاج إلا دم الإحصار ، فانه مال المحجوج عنه ، وقيل لا تدل هذه المسألة عليه ، لأن سائر الأفعال من الرمي وغيره يوجد منه حقيقة ، ويقع شرعاً عن الآمر ، ووجوب هذا الدم من باب إقامة النسك وإقامة المناسك عليه حقيقته ، وإن انتقل إلى الآمر حكماً .

وكذلك إن أمره واحد بأن يحج عنه ، والآخر بأن يعتمر عنه ، وأذنا له بالقران ، فالدم عليه لما قلنا . ودم الاحصار على الآمر ، وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » على الحاج، لأنه وجب التحلل دفعاً لضرر امتداد الاحرام ، وهذا الضرر راجع إليه ، فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه خلاصه

---

(وكذلك إن أمره واحد ) أي وكذلك وجود الدم على المأمور إن أمره واحـــد ( بأن يحج عنه والآخر ) أي وأمره شخص آخر ( أن يعتمر عنه ، وأذنا له ) أي أذن الإثنان كلاهما ( بالقران فالدم عليه ) أي على المأمور، وإنما قيد بالإذن ، لأنه إذا لم يوجد الإذن منهما بالقران ، ومع هذا قران ، يكون مخالفاً عند أبي حنيفة « رح » ، فان قيـل وجوب الدم عليه ، لا يتوقف على إذنهما لما أنه على تقرير عدم الإذن يلزمه الدم أيضاً، ولان القران أفضل ، فكيف يكون مخالفاً ، قلنا فائدة التقييد بالإذن لدفع وهم وجوب الدم على الآمر كما قـال الشافعي « رح » في الأصح ( لمـا قلنـــا ) وهو أن المأمور مختص بهـذه النعمة .

( ودم الإحصار على الآمر ) لأنـه هو الذي أوقع فيه ( وهذا ) أي وجوب الدم على الآمر ، عند إحصار المأمور ( عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » على الحاج لأنه ) أي لأن الدم ( وجب التحلل دفعاً لضرر امتداد الإحرام وهذا الضرر راجع اليه ) أي إلى الحاج ( فيكون الدم عليه ) أي على الحاج ( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أن الآمر هو الذي ادخله في هـــذه العهدة فعليه خلاصه ) واعترض على قولـه أن الآمر هـو الذي أدخلـه في هـــذه العهدة ، بأن الآمر إذا أمر بالقران ، فهو الذي أدخل المأمور في عهده الدم ، ولا يجب وعليه واجب بأن دم القران نسك فيه ، وقد وقع الآمر النفقة بمقابلة جميع ما كان من المناسك ، وهو من جملتها ، بخلاف دم الإحصار فانه ليس بنسك ولم يكن معلوماً عند الآمر أيضاً .

فإن كان يحج عن ميت فأحصر ، فالدم في مال الميت عندهما خلافاً لأبي يوسف « ر ح » ، ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانـــه صلة كالزكاة وغيرها . وقيـــل من جميع المال لانه وجب حقاً للمأمور ، فصار ديناً ، ودم الجماع على الحاج لان دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه إذا جامع قبل الوقوف، حتى فسد حجه . لان الصحيح هو المأمور به ،

---

(فإن كان يحج عن ميت ) أي فان كان الرجل يحج عن ميت ( فأحصر فالدم ) أي دم الإحصار ( في مال الميت عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ( خلافاً لأبي يوسف « رح ) فإن عنده على الحاج ( ثم قيل هو من ثلث مال الميت لأنـه صلة ) الصلة هي التي لا تكون في مقابلة عوض مالي ( كالزكاة وغيرها ) يعني النذور وغيرها ( من الكفارات ) فإنها من الثلث (وقيل من جميع الما ل ) يعني وتجب من جميع مال الميت ( لأنه ) أي لأن الدم (وجب حقاً للمأمور) يعني لإدخال الآمر في هذه العهدة ديناً على الميت والدين محل جميع المال ( فصار ديناً ) على الآمر .

( ودم الجماع على الحاج لأنه دم جناية وهو الجاني ) أي الحاج هو الجاني ( عن اختيار ويضمن النفقة معناه ) أي معنى قوله يضمن النفقة ( إذا جامع قبل الوقوف بعرفة حتى فسد حجه لأن الصحيح ) أي لأن الحج الصحيح( هو المأمور به )وبه قال الشافعي «رح » ثم عليه المضي في هذه الحجة الفاسدة ، لأنه لا يخرج عن إحرام الحج إلا بافعال الحج لقوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ، من غير فصل بين الجائز والفاسد وعليه الحج من قابل وليسقط الحج عن الميت حتى يحج المأمور في السنة الثانية على وجه االصحة قضاء للأول وللشافعي «رح » في قضاء الحج في السنة الثانية قولان :

أحدهما أنه عليه الآمر وأصحهما أنه عن الأخير ، فعلى هذا يلزمه حجة أخرى سوى القضاء للمستأجر ، فيقضي عن نفسه ثم يحج عن المستأجر ، ويلبث من حج عنه ، كذا في شرح الوجيز .

بخلاف ما إذا فاتـــه الحج حيث لا يضمن النفقة ، لأنه ما فاته باختياره . أما إذا جامع بعد الوقوف ، لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر ، وعليه الدم في ماله ، لما بينا ، وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا . ومن أوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلاً . فلما بلغ الكوفة مات

---

( بخلاف ما إذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لأنه ما فاته باختياره ، أما إذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه ) أي على المأمور ( الدم في ماله لما بينا ) وهو قوله لأنه دم جناية ( وكذلك ) أي وكذلك وجوب الدم ( في سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ) وهو أنه دم جناية ومن هـــذا علم أن الدماء ثلاثة أنواع : دم نسك كالقران والتمتع ، ودم جناية كجزاء الصيد ونحوه ، ودم مؤنة كدم الإحصار

( ومن أوصى بأن يحج عنه ) وفي بعض النسخ قـال ، ومن أوصى ، أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير الوصية فيه خلاف قال ابن المنذر « رح » في الإشراف ، قال محمد بن سيرين وحماد بن أبي سليمان ، وداود بن أبي هند ، وحميد الطويل ، وعثمان البتي ، ومالك ، وأبو ثور « رح » يحج عن الميت من ثلث مـــاله إذا أوصى ، قلت وهو قول أصحابنا « رض » وهو قول ابن عبـاس وأبي هريرة « رض » ويكون من ماله إذا كان ثلثه يكفي . وقال الحسن البصري « رح » وعطاً « رح » وطاوس « رح » والزهري « رح » والشافعي « رح » واسحـــاق « رح » وأحمد « رح » يخرج من رأس ماله من غير وصية .

لكن الشافعي « رح » قال من ميقاته ، وقال أحمد من بلده أو من حيث أيسر هذا في الحج الفرض ، وقال النخعي « رح » وابن أبي ذئب « رح » لا يحج أحد عن أحـــد ذكره النووي « رح » ، ( فأحجوا عنه رجلا ، فلما بلغ الكوفة مات ) إنما قـــال بلـغ الكوفة لأن محمداً وضع المسألة في الخراساني .

أو سرقت نفقته وقد أنفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي . وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يحج عنه من حيث مات الاول . فالكلام هنا في اعتبار الثلث ، وفي مكان الحج . أما الاول فالمذكور قول أبي حنيفة « رح » . أما عند محمد « رح » يحج عنه بما

---

( أو سرقت نفقته وقد انفق النصف ) الواو فيه للحال وقيد النصف اتفاقي ، حتى لو أنفق الثلث أو السدس فالحكم كذلك ( يحج عن الميت من منزله بثلث مابقي ) من المال الذي بقي ( وهذا ) أي هذا المذكور ( عند أبي حنيفة « رض » وقال لا يحج عنه من حيث مات الاول ) وهو الذي أحجوا عنه . صورة المسألة رجل له أربعة آلاف درهم ، أوصى بأن يحج عنه فمات ، وكان مقدار الحج الف درهم ، فدفعها الوصي إلى من يحج عنه فتوفى في الطريق . قال أبو حنيفة « رح » يؤخذ ثلث ما بقي من التركة ، وهو الف درهم ، فإن سرقت ثانياً ، يؤخذ ثلثه مرة أخرى هكذا .

وقال أبو يوسف « رح » يؤخذ ثلث ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم . فإن سرقت ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى ، وقال محمد « رح » إذا سرقت الألف التي دفعها أولاً ، بطلت الوصية ، فإن بقي منها شيء يحج به لا غير، لأن تعيين الوصي كتعيين الموصي لكونه نائباً عنه ولو أفردها الموصي ثم هلكت ،بطلت الوصية فكذلك هذا ، ولأبي يوسف « رح » أن الوصية فعل يعادها بثلث الثلث . ولأبي حنيفة « رح » أن قسمة الوصي وعزله لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي ، لانه لا خصم له لينقبض ، ولم يوجد التسليم إلى ذلك الوجه فصار كما إذا هلك قبل الافراز والعزل ، وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذا في هذا .

( فالكلام هنا ) في موضعين أحدهما ( في اعتبار الثلث ) والاخرى ( وفي مكان الحج ) ففي كل منهما اختلاف ( أما الاول ) أي الموضع الاول ، وهو الذي فيه الوصية بالثلث (فالمذكور ) وفيما قيل ( قول أبي حنيفة « رح » ، أما عند محمد « رح » يحج عنه بما

بقي من المال المدفوع إليه إن بقي شيء وإن بطلت الوصية اعتباراً بتعيين الموصي. إذ تعيين الوصي كتعيينه. وعند أبي يوسف «رح» يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانـــه هو المحل لنفاذ الوصية. ولأبي حنيفة «رح» أن قسمة الوصي وعزله المـــال لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم له ليقبض، ولم يوجد فصار كما إذا هلكَ قبل الافراز والعزل، فيحج بثلث ما بقي. وأما الثاني فوجه قول أبي حنيفة «رح» وهو القياس، أن القـــدر الموجود من السفر قد بطل في أحكام الدنيا. قال عليه السلام إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ... الحديث

---

بقي من المال المدفوع اليه، إن بقي شيء، وإلا بطلت الوصية اعتباراً بتعيين الموصي إذا تعين الوصي كتعيينه) أي كتعيين الوصي لانه قام مقامه.

(وعند أبي يوسف «رح» يحج عنه بما بقي من الثلث الاول) مع ما بقي من المال المفرد (لانه) أي لان الثلث (هو المحل لنفاذ الوصية، ولابي حنيفة «رح» أن قسمة الوصي، وعزله المال، لا يصح إلا بالتسليم إلى الوجه الذي سماه الموصي) وهو الحـــج (لانـــه لا خصم له ليقبض فلم يوجد) التسليم إلى ذلك الوجه (فصار كما إذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي) وفي ذلك يحج من ثلث ما بقي فكذلك في هذا (وأمـــا الثاني) أي وأما الكلام في الثاني وهو مكان الحج (فوجه قول أبي حنيفة «رح» وهو القياس، أن القدر الموجود في السفر قد بطل في حق أحكام الدنيا) استدل أبو حنيفة «رح» بقوله (قال عليه الصلاة والسلام) أي قال النبي ﷺ (اذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ... الحديث).

هذا الحديث رواه مسلم وابو داود والنسائي والترمذي «رح» مـــن حديث العلاء بن عبد الرحمن عن ابيه عن أبي هريرة «رض» أن رسول الله ﷺ قال إذا مـــات ابن آدم

وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا ، فبقيت الوصية من وطنه كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان أن سفره لم يبطل ، لقوله تعالى ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ﴾ ... الآية ١٠٠ النساء . وقال عليه السلام

---

انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعوله .قوله الحديث يجوز بالنصب على تقدير إقرار الحديث بتمامه، ويجوز بالرفع أي الحديث بتمامه قوله عمله أراد عملا ودخل فيه ولا يتمه ، وإذا بطل عمله في أحكام الدنيا .

( وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا ) وجب الاستئناف . ألاترى أنه لو أحرم ثم مات ينقطع ذلك الاحرام حتى لا شيء عليه عندنا وعند الشافعي « رح » في قول شيء عليه وأعترض عليه بان الحديث الذي استدل به أبو حنيفة« رح » ظاهر متروك لانه يقتضي أن يكون غير هذه الثلاثة من الاعمال منقطعاً ، وليس كذلك.لانه يثاب عليها ، ومـا هو كذلك لا يكون منقطعاً ، أجيب بأن الاعمال كلها على ثلاثة أنواع ، أعمال عملهـا فمضت ، وأعمال لم يشرع فيها فهي معدومة ، وأعمال شرع فيها ولم يتمها. والطرفان لا يوصفان بالانقطاع.

أماالأول فلأن الماضي لايحتمل الانقطاع ،لكن يحتمل البطلان بما يحبط ثوابه. نعوذ بالله من ذلك . وكذلك الثاني لأنه غير موجود وهذا لأن الانقطاع عبادة عن تفرق أجزائه والباقي بجميع أجزائه لا يتصور ذلك . وكذلك الذي لم يوجد بجميع أجزائه ، فتعين الذي شرع ولم يتمه تنفذ الوصية من أحكام الدنيا وهو ليس من الثلاث .

(فبقيت الوصية من وطنه ، كأن لم يوجد الخروج وجه قولهما ) اي قول أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » . إنما أخر تعليلهما وقدم تعليل أبي يوسف ، وكان يقتضي الحـال العكس،يشير بذلك إلى أنه اختار قولهما استحساناً . والمأخوذ في الثلث استحسانـاً ، ولهذا ذكر القياس أولاً ، ثم قال وهو الاستحسان اي قولهما(هو الاستحسان أن سفره لم يبطل لقوله تعالى ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ﴾ ) ... الآيـة ١٠٠ النسـاء ) الكلام في إعراب الآية مثل الكلام في قوله الحديث ( وقـال عليه الصلاة

من مات في طريق الحج ، كتب له حجة مبرورة في كل سنة . وإذا لم يبطل سفره اعتبرت الوصية من ذلك المكان. وأصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المأمور بالحج. وقال ومن أهل بحجـــة عن أبويه يجزئه أن يجعله عن أحدهما . لان من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له وذلك بعـــد أداء الحج، فلغت نيته قبـــل أدائه ، وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الاداء

---

والسلام ، من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب .

وروى الطبراني « رح » في الأوسط وأبو يعلى الموصلي « رح » في مسنده من حديث أبي هريرة « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ ، من خرج حاجاً فمات كتب له أجر الحاج إلى يوم القيامة . ومن خرج معتمراً فمات ، كتب له أجر العمرة إلى يوم القيامة . ومن خرج غازياً في سبيل الله فمات ، كتب له أجر الغازي إلى يوم القيامة .

( وإذا لم يبطل سفره ) اي عمله ( اعتبرت الوصية من ذلك المكان )لأن الثواب لم يبطل . ( وأصل الاختلاف ) المذكور ( في الذي يحج بنفسه ) فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه ، فعند أبي حنيفة يحج من وطنه وعندهما من حيث مات فيه ( ويبتنى على ذلك ) اي ذلك الاختلاف ( المأمور بالحج ) إذا مات في بعض الطريق ، فعنده يحج من وطنه وعندهما من موضع مات فيه ( ومن أهل بحجة عن أبويه يجزئه أن يجعلها عن أحدهما ) وذلك لأنه يجعل الثواب لأحدهما ، وإنما يحصل الثواب بعد الأداء فتلغوا نية عنها قبل الأداء .

فبعد ذلك ، إذا جعل ثواب حجته لأحدهما جاز ( لأن من حج عن غيره بغير إذنه فإنما يجعل ثواب حجه له وذلك ) اي يجعل ثواب حجه له ( بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه ) لعدم الثواب قبل الأداء ( وصح جعله ثوابه لأحدهما بعد الاداء )أي لأحد الأبوين، اي بعد الأداء . وكذا صح إذا جعل لهما جميعاً .

بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل ، والله أعلم بالصواب

(بخلاف المأمور ) أي بالحج إذا أهل بحجة عن أبويه حيث لايجوز أن يجعل أحدهما لأنه بحكم الآمر ( على ما قررنا[1] من قبل ) أي عند قوله ومن أمره رجلان أن يحج عن كل واحد منهما حجة .

فروع . الحاج عن الغير إذا نوى الإقامة بمكة لحاجة نفسه لا لحج الميت إن أقام أقل من خمسة عشر يوماً ، فهو مسافر بحاله ونفقته في مال الميت، وفي أكثر من ذلك من مال نفسه إذا وصل إلى مكة قبل الحج بيوم أو يومين ، لم يذكر ما حاله . وفي النوادر عن أبي يوسف ومحمد « رح » لو أقام في أيام العشر فنفقته في مال الميت ، قيل ذلك ينفق من مال نفسه إلى أن ترتحل أيام العشر لو أوصى بمال معين يبلغ ذلك حجاً . فالموصي بالخيار إن شاء دفع كل سنة بحجة ، وإن دفع إلى رجال في سنة ، وهذا أفضل. لو حج المأمور ماشياً كان مخالفاً ، ولو حج على حمار كره ذلك والبعير أفضل .

ولو مرض المأمور في الطريق ، لم يجز أن يدفع النفقة إلى غيره إلا بإذن الآمر . ولو ضاع المال قبل إحرامه يجوز لوصي الميت أو ورثته أن يستردوا المال منه ما لم يحرم. ولو أحرم حين أراد الأخذ منه فله أن يأخذه ويكون إحرامه عن الميت . فان استرد فنفقته إلى بلده من مال الميت . وإن استرده بجناية ظهرت منه ، فالنفقة في ماله لو استرد لجهالته بأمر المناسك أو لضعف رأي فيه فالنفقة في مال الميت . استأجر المأمور من مخدوم وهو محله ممن لا يخدم نفسه فأجره من مال الميت . وإلا فمن ماله .

ولا بأس بخلط المأمور نفع نفقته مع الرفقة أمر بذلك الميت أم لا . ولو أنكر الموصي أو الورثة حجه ، فالقول قوله مع يمينه إلا إذا كان للميت دين على إنسان . وقال حج عني هذا المال ، فحج عنه بعد موته لا يصدق إلا ببينة ولو رجع عن الطريق وقال منعت لم يصدق ويضمن جميع النفقة إلا إذا كان أمراً ظاهراً .

---

(١) فرقنا ــ هامش .

## باب الهدي

الهدي أدناه شاة ، لما روي أنه عليه السلام ، سئل عن الهدي ، فقال أدناه شاة . قال وهو من ثلاثة أنواع : الابل والبقر والغنم ، لانه عليه السلام إن جعل الشاة أدنى ، لا بد أن يكون له أعلى وهو البقر ، والجزور .

---

( باب الهدى )

أي هذا باب في بيان الهدي وأنواعه . ولما ذكر الهدي في كتاب الحج في مواضع كثيرة ، من وجوه كثيرة ، من نسك وجزاء ومؤنة ، شرع في بيانه مع أنواعه . وفي ديوان الأدب ، الهدى ما يهدى للبيت الهدى ، والهدى ما يهدى إلى الحرم من النعم من شاة أو بقرة أو بعير . وفي المشارق وأهل الحجاز يخففونه ويبنونه وبعضهم فسر يعلونه .

( الهدى أدناه شاة لما روي أن النبي ﷺ سئل عن الهدى فقال ادناه شاة ) قال مخرج الأحاديث ، هذا غريب ، ولم أجده إلا من كلام عطاء . رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي « رح » أخبرنا مسلم بن خالد الذنجي عن ابن جريج أن عطاء قال ، أدنى ما يهدى يهراق من الدماء في الحج ، وغيره شاة . وقد ذكر الاترازي « رح » الحديث المذكور وسكت عنه .

( وهو ) أي الهدى ( من ثلاثة انواع ، الإبل ، والبقر ، والغنم . لأنه عليه الصلاة والسلام لما جعل الشاة ادنى ، لا بد أن يكون له أعلى وهو البقر والجزور ) وفيه تأمل في موضعين ، الأول قوله جعل الشاة أدنى ، فالحديث الذي ذكره لم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام فضلا أن يجعل أدناه شاة ، والثاني قوله لا بد أن يكون له أعلى فيه ما فيه ، لأن كون الأعلى من هذين الصنفين من أين يؤخذ ، والاحسن أن تؤخذ هذه الثلاثة من حديث البخاري عن ابن حمزة نصر بن عمران الضبعي ، قال سألت ابن عباس « رض » عن المتعة

ولان الهدى ما يهدى إلى الحرم ليتقرب به فيه . والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ، ولا يجوز في الهدايا إلا ما جاز في الضحايا ، لانه قربة تعلقت بإراقة الدم ، كالاضحية ، فيتخصصان بمحل واحد . والشاة جائزة في كل شيء ، إلا في موضعين : من طاف طواف الزيارة جنباً ، ومن جامع بعد الوقوف ، فإنه لا يجوز فيهما إلا بدنة . وقد بينا المعنى فيما سبق .

---

وأمرني بها ، وسألته عن الهدى فقال فيه جزور أو بقرة أو شاة ... الحديث .

( ولأن الهدى ما يهدى إلى الحرم ليتقرب به فيه ) أي بالهدى في الحرم ( والاصناف الثلاثة سواء في هذا المعنى ) أي في معنى التقرب ، وقيل في معني الإهداء في الحرم ( ولا يجوز في الهدايا إلا ما يجوز في الضحايا ) يعني يجوز الثني فصاعداً من الأنواع الثلاثة. ولا يجوز الجذع إلا من الضأن ، ويشترط أن يكون سالماً من العيب كما في الأضحية والجذع من البهائم قبل الثني . والثني من الغنم ما تمت له سنة وطعن في الثانية ، ومن البقر ما طعن في الثالثة ، ومن الإبل ما طعن في السادسة ، والجذع من الضأن ما طعن في الشهر السابع . وقال الزهري لا يجوز الجذع من الضأن ، وعن الاوزاعي « رح » يجزىء الجذع من الجميع ، وعن أنس والحسن بن أبي حسن « رح » يجزىء الجذع من الإبل عن ثلاثة وعن عطاء « رح » عن سبعة .

( لأنه ) أي لأن الهدى ( قربة تعلقت بإراقة الدم كالأضحية فيختصان ) أي الهدي والاضحية ( بمحل واحد ) وفي بعض النسخ بمكان واحد ، يعني يقعان موقعاً واحداً ، وينزلان منزلاً واحداً ، أي حكماً واحداً يجوز هنا ما يجوز هناك ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمة لان كلا منهما لزمه إراقة الدم ( والشاة جائزة في كل شيء إلا في موضعين، من طاف طواف الزيارة جنباً ، ومن جامع بعد الوقوف بعرفة ، فإنه لا يجوز فيها إلا بدنة ، وقد بينا المعنى فيما قد سبق ) أي في الفصل الاول والثاني في باب الجنايات .

ويجوز الاكل من هدى التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك ، فيجوز الأكل منها بمنزلة الأضحية . وقد صح أن النبي عليه السلام أكل من لحم هديه وحسا من المرقة . ويستحب له أن يأكل منها لما روينا . وكذا يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا . ولا يجوز الأكل من بقية الهدايا لأنها دماء كفارات ، وقد صح أن النبي عليه السلام

---

( ويجوز الاكل من هدى التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك ، فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية ) وبه قال عطاء « رح » وأحمد « رح » وفي المبسوط ويستحب الاكل . وقال مالك « رح » لا يأكل من فدية الاذى وجزاء الصيد وما نذره للمساكين ويأكل مما سواه . وقال الحسن البصري « رح » يأكل من الجميع . رواه سعيد بن منصور « رح » وقال الشافعي « رح » يأكل من هدى التطوع لا غير .

( وقد صح أن النبي ﷺ أكل من لحم هديه وحسا من المرقة ) صح هذا في حديث جابر « رح » الطويل الذي رواه مسلم وغيره أنه ﷺ أمر من قلد بدنة ، فيصنمه ، فجعلت في قدر ، فطبخت ، فأكلا من لحمها وشربا من مرقها يعني علياً « رض » والنبي ﷺ قوله حسا بالحاء والسين المهملتين من حسوت المرق حسواً إذا شربه ( ويستحب له أن يأكل منها ) أنث الضمير لإرادة الهدايا أي من هدى التطوع وهدى المتعة والقران جعلها واحداً ( لما روينا ) وهو قوله وقد صح ... الخ .

( كذا يستحب أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ) يعني يتصدق بالثلث ويطعم الثلث ويدخر الثلث ( ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات ) مثل دماء الكفارات والنذور ، وهدى الإحصار وهدى التطوع إذا لم يبلغ محله . أما إذا بلغ التطوع محله ، فيجوز منه الاكل . والمراد من هدى التطوع في المتن في قوله ، ويجوز الاكل من هدى التطوع هو الذي بلغ محله لانها دماء كفارات ( وقد صح أن النبي ﷺ

# لمـــا أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الأسلمي. قال لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئاً

لما أحصر بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي « رض » قـــال له لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئاً ) روى هذا الحديث أصحاب السنن الاربعة من حديث ناجية «رض» وليس فيه قوله لا تأكل أنت ورفقتك منها شيئاً .

وهو أحاديث أخرى منها ما رواه مسلم وابن ماجة عن قتادة عن ابن سلمة « رح » عن ابن عباس « رض » أن دريباً الخزاعي حدثنا قبيصة أن رسول الله ﷺ كان يبعث بالبدن معه ، ثم يقول إن عطبت منها شيئاً فجنبت عليه قوماً وانحرها ثم أغمس نعلها في دمها ثم اضرب صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحداً من أهل رفقتك . ومنها مـا أخرجه أحمد « رح » في مسنده والطبراني « رض » في معجمه عن شريك عن ليث عن شهر بن حوشب عن عمرو بن خارجة اليماني «رض» قال بعث النبي ﷺ معي هديا وقال إذا عطبت منها شيئاً فانحره ، ثم اضرب نعله في دمه ، ثم اضرب صفحته ولا تأكلها أنت ولا أهل رفقتك وخل بينه وبين الناس .

وزاد فيه الطبراني « رح » بهدى تطوع ، وقال أبو عمر بن عبد البر « رح » في اسناد عمرو اليماني « رح » روى عنه شهر بن حوشب « رض » بعث معي رسول الله ﷺ بهدى تطوعاً ، فقال إن عطب منه شيء فانحره ثم اصبغ نعله في دمـــه ، ثم اضرب به على صفحته ، وخل بينه وبين الناس . كذا ذكره أبو عمر بغير ميتة ، ولم يزدعلى قول عمرو اليماني « رح » وذكره الذهبي « رح » في تجريد الصحابة . وقال عمرو اليماني « رض » روى شهر بن حوشب « رض » ان رسول الله ﷺ بعثه بهدى ، ولم يزد على هذا شيئاً .

ومنها ما رواه مسلم وأبو داود والنسائي « رح » من رواية أبي الشاح الضبعي عن موسى بن سلمة العدي عن ابن عباس « رض » قال بعث رسول الله ﷺ بست عشرة بدنة مع رجل وأمره فيها ، قال فمضى ثم رجع ، فقال يا رسول كيف أصنع بما يدع عليَّ منها قال انحرها ثم اصبغ في دمها نعلها ، ثم اجعله على صفحتها ولا تأكل منها أنت ولا أحد من أهل رفقتك ، هذا لفظ مسلم .

ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران إلا في يوم النحر. قال وفي الأصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر، وذبح يوم النحر أفضل. وهذا هو الصحيح، لأن القربة في التطوعات باعتبار أنهـــا هدايا، وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم. فإذا وجد ذلك

---

وفي رواية له، بعث باثنى عشر بدنة مع رجل، وهذا رواه أبو داود «رح» قال بعث رسول الله ﷺ فلاناً الاسلمي، وبعث معه بهدى ثمانية عشر بدنة وناجية بالنون والجيم المكسورة، ابن جندب بن عمير الاسلمي «رض» معدود في أهل الحجاز بما في أهل المدينة. وذكر ابن عفير ان اسمه كان ذكوان فسماه النبي ﷺ ناجية، والتاء فيه للمبالغة، مات بالمدينة في خلافة معاوية «رض».

(ولا يجوز ذبح هدى التطوع والمتعـــة والقران إلا في يوم النحر) ذكر في شرح الأقطع. قال الشافعي «رح»، إذا أحرم جاز الذبح، ولنا في هدى المتعة والقران قوله تعالى ﴿ فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير، ثم ليقضوا تفثهم ﴾ ٢٨ الحـــج عطف ولا قضاء التفث عـلى الاكل من بهيمة الانعام التي نحروهـــا، وقضاء التفث مختص بيوم النحر فيكون النحر كذلك، واعترض بأن ثم للتراخي فربما يكون الذبح قبل يوم النحر.

وقضاء التفث فيه واجب، واجيب بأن موجب ثم في التراخي يتحقق بالتأخير ساعة، فلو جاز الذبح بقتل يوم النحر، جاز قضاء التفث بعده بساعة وليس كذلك.

والبائس الذي يناله بأس أي شدة في الفقر والتفث الاخذ من الشارب وتقليم الاظفـار ونتف الإبط وحلق العانة والاخذ من الشعر كأنه الخروج من الاحرام إلى الاحلال.

(قال) أي المصنف «رح» (وفي الاصل) أي في المبسوط (يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر) لان القربة في هدى التطوع بوصوله إلى الحرم فلا يشترط الزمـــان (وذبحـــه) أي ذبح دم التطوع (يوم النحر افضل وهـــذا هو الصحيح لان القربة بالتطوعات [1]، باعتبار انها هدايا، وذلك يتحقق بتبليغها إلى الحرم فإذا وجد ذلك)

---

(١) التطوعات – هامش.

جاز ذبحها في غير يوم النحر . وفي أيام النحر أفضل لأن معنى القربة في إراقة الدم فيها أظهر . أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى ﴿ فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم ﴾ ٢٨ الحج ، وقضاء التفث يختص بيوم النحر ، ولأنه دم نسك فيختص بيوم النحر كالأضحية . ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء . وقال الشافعي لا يجوز إلا في يوم النحر اعتباراً بدم المتعة والقران . فإن كل واحد منهما دم جبر عنده .

---

أي تبليغ الهدايا إلى الحرم ( جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر أفضل لان [١] القربة في اراقة الدم فيها ) أي في أيام النحر ( أظهر ) لانها خصت بالهدايا والضحايا ، والاخص منها الهدايا فيكون لها زيادة شرف .

( أما دم المتعة والقران فلقوله تعالى ﴿ فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ،ثم ليقضوا تفثهم ﴾ ٢٨ الحج ، وقضاء التفث يختص بيوم النحر ) وجه الاستدلال بهذه الآية قد ذكره آنفاً وما فيها من المعنى ( ولانه ) أي ولان دم المتعة والقران ( دم نسك ) أي قربة ( فيختص بيوم النحر ) حتى حل التناول منه ( كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز إلا في أيام [٢] النحر اعتباراً بدم المتعة والقران فإن كل واحد منها ) أي من دم المتعة ودم والقران ( دم جبر عنده ) هذا مخالف لما ذكره في كتبه .

فانه ذكر في الوجيز وشرحه والتتمة وغيرها ، إن الدم الواجب في الإحرام إما لارتكاب محظور أو جزاء ترك مأمور ولا يختص بزمان ، فيجوز في يوم النحر وغيره ، وإنما الضحايا هي التي تختص بالحرم وأيام التشريق. وفي شرح الجمع مذهب الشافعي«رض»

---

(١) لان معنى القربة — هامش .

(٢) يوم النحر — هامش .

ولنا أن هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لأنها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك . قال ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد ﴿ هدياً بالغ الكعبة ﴾ ٩٥ المائدة ، فصار أصلاً في كل دم هو كفارة ولأن الهدى اسم لما يهدى إلى مكان . ومكانه الحرم . قال عليه السلام

---

أن لا يختص بيوم النحر والضحايا والهدايا والدماء ، وفي وقت ذبح الهدى وجهان ، الصحيح أنه يختص بيوم النحر ، كالأضحية ، والثاني لا يختص بزمان كدماء الجبر ،وقد ذكر المصنف « رح » الخلاف معه في بقية الهدايا . والصحيح من مذهبه ما ذكرناه أن دماء الجبر أن لا يختص بيوم النحر .

( ولنا أن هذه ) أي بقية الهدايا ( دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لأنها لماوجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به من غير تأخير بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك ) أي قربة .

( قال ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم ) وفي بعض النسخ قال ولا يجوز ، أي قال القدوري ، ولا يجوز ذبح الهدايا إلا في الحرم ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح . وقال في القديم مالنا سنة في الحل يجوز ذبحه في الحل ، وبه قال أحمد « رح » وقال مالك « رح » ما يجب من الفدية بالإحرام لايختص بمكان كما لا يختص بزمان (لقوله تعالى فيجزاء الصيد ﴿هدياً بالغ الكعبة﴾٩٥ المائدة فصار ذلك[1]) أي جزاء الصيد ز أصلاً في كل دم وهو كفارة ) إذ لا فرق بين الكفارات تفاوت فى معنى الجزاء والزجر ، وإذا وجب وجوب التبليغ في البعض بالنص وجب في غيره بدلالة النص .

( ولأن في[2] الهدى اسم لما يهدى إلى مكان ، ومكانه الحرم قال عليه الصلاة والسلام

---

(١) فصار أصلا – هامش .
(٢) ولأن الهدى – هامش .

منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر . ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافاً للشافعي « رح » ، لأن الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة . قال ولا يجب التعريف بالهدايا

---

منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن أسامة بن زيد الليثي عن عطاء بن أبي رباح عن جابر « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ كل عرفة موقف وكل منى منحر وكل المزدلفة موقف ، وكل فجاج مكة طريق ومنحر . وأخرجه أبو داود أيضاً من حديث أبي هريرة « رض » أن رسول الله ﷺ قال فطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون وكل عرفة موقف وكل فجاج مكة منحر وكل جمع موقف .

هذا رواه محمد بن المنكدر عن أبي هريرة « رض » وقال ابن معين محمد بن المنكدر «رح» لم يسمع من أبي هريرة « رض » وقال أبو ذرعة « رض » لم يلق أبا هريرة «رض» قوله منحر بفتح الميم اسم المكان الذي ينحر فيه الهدايا . وفجاج جمع فج ، وهو الطريق الواسع بين الجبلين . وهذا من النبي ﷺ بيان الحكم لا الحقيقة .

( ويجوز أن يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم ) أي وغير مساكين الحرم (خلافاً للشافعي « رح » ) فإن عنده يجب صرفها على مساكين الحرم لأن المقصود التوسعة على فقراء مكة حتى لو فرق القارن على دخول مكة لحمها على غير مساكين الحرم لا يجوز ( لأن الصدقة قربة معقولة ) لأنها لسد خلة المحتاج ( والصدقة على كل فقير قربة ) فلا يختص بها فقير لأن التصدق قربة في كل مكان ، فلا يختص مكان بخلاف الاراقة ، فإنه لا يكون إلا في مكان مخصوص أو زمان مخصوص .

( ولا يجب التعريف بالهدايا ) وفي بعض النسخ قال ولا يجب التعريف بالهدايا ، أي قال القدوري ولا يجب الإتيان بالهدايا إلى عرفات ، والتعريف معاد التنبه بأهل عرفة ، والذهاب بالهدايا إلى عرفات والوقوف بها ، فتعريف الهدايا إعلامها بعلامة مثل التقليد والإشعار ، والكل ليس بواجب لقول عائشة « رض » وابن عباس « رض » تعرف وإن

لأن الهدى يبنى عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دم فيه لا عن تعريف فلا يجب . فإن عرف بهدى المتعة فحسن لأنه يتوقف بيوم النحر ، فعسى أن لا يجد من يمسكه، فيحتاج إلى أن يعرف به ، ولأنه دم منسك . فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات ، لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا . وسببه الجناية ، فيليق به الستر . قال والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح ، لقوله تعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ ٢ الكوثر ،

---

شئت فلا ، ( لأن الهدى يبنى عن النقل إلى مكان ليتقرب بإراقة دم فيه ) أي من ذلك المكان وهو الحرم ( لا عن التعريف ) يعني لا يبنى على التعريف ( فلا يجب ) لعدم معنى التعريف فيه ( فإن عرف بهدى المتعة ) يريد به إخراجه إلى عرفات ( فحسن ) لأن فيه زيادة اشتهار دون السنة في الواجبات الإشهار ، ولهذا ليس رفع الصوت بالتلبية .

( لأنه ) أي لأن هدى المتعة ( يتوقف بيوم النحر ) يعني لا يحل من مكة أي هديه ( فعسى أن لا يجد من يمسكه فيحتاج إلى أن يعرف به ) أي إلى أن يأخذه معه إلى عرفات ( ولأنه نسك ) أي ولأن هدى المتعة قربة ( فيكون مبناه على التشهير ) لما ذكرنا أن السنة في الواجبات الإشهار ( بخلاف دماء الكفارات لأنه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأنها وجبت لجبر النقصان ، كان التعجيل بها أولى لارتفاع النقصان به ( وسببها ) أي وسبب دماء الكفارة ( الجناية فيليق به الستر ) لأن الجناية نوع معصية فالستر فيها أحسن .

( قال والأفضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح) الذي هو قطع الأوداج، وعن الليث الذبح قطع الحلقوم من باطن عند التفصيل وهو أظهر وأسلم ، قاله في المغرب . والنحر في اللبة مثل الذبح في الحلق . واللبة المنحر هو الصدر والنحر هو الوضع الذي ينحر فيه الهدى ( لقوله تعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ ٢ الكوثر ) هذا دليل لقوله ، والأفضل في البدن النحر .

**قيــــل في تأويله الجزور . وقـــال الله تعالى ( أن تذبحوا بقرة )٦٧ البقرة ، وقال الله تعالى ( وفديناه بذبح عظيم ) ١٠٧ الصافات،والذبح ما أعد للذبح ، وقد صح أن النبي عليه السلام نحر الإبل وذبح البقر والغنم .**

---

( قيل في تأويله ) أي في تأويل قوله والنحر (الجزور) أي نحر الجزور والبعير ذكراً كان أو أنثى ، إلا أن اللفظة يريد بقوله هي الجزور ، وإن أردت ذكر والجمــع جزور أو جزائر ، وإنما قال قيل في تأويله بصيغة المجهول ، لأنه ورد فيه معان كثيرة ، وعن علي « رض » معنى النحر ضع يدك على نحرك في الصلاة . وعن بعض الصحابة وجه نحرك إلى القبلة ، وعن عطاء أمران سوى بين السجدتين جالساً حتى يبدو غيره ، وقيل النحر هواك ونفسك وشيطانك في الصلاة .

( وقال الله تعالى ﴿ أن تذبحوا بقرة ﴾ ٦٧ البقرة ) هذا دليل لقوله وفي البقر والغنم الذبح بذكر هذا دليل لذبح البقر ، وذكر الدليـــل لذبح الغنم بقوله ( وقال تعالى [1] ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ ١٠٧ الصافات ) وجه الاستدلال به أن الله لمـــا أمر ابراهيم بذبح ولده إسماعيل ، رأى منهما الصدق والامتثال لأمره مر عليهما بقوله﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ ١٠٧ الصافات ، وكان كبشاً من الجنة .

( والذبح ) بكسر الذال ( ما أعد للذبح ) فعلم منه أن الغنم تذبح ( وقـــد صح أن النبي ﷺ نحر الإبل وذبح البقر والغنم ) ذكر هنا إذا صح عن النبي ﷺ أنه نحر الإبل وذبح البقر والغنم ، أما نحر الإبل فقد صح في حديث جـــابر الطويل ، ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثة وستين بدنة ، ثم أعطى علياً « رض » فنحر ما غبر وأما ذبح البقر فقد ذكر مخرج الأحاديث حديث البخاري ومسلم عن عائشة « رض » قالت ، فدخـل علينا يوم النحر بلحم بقر ، فقلت ما هذا ، قالوا ذبح رسول الله ﷺ عن ازواجه .

---

(١) وقال الله تعالى - هامش .

ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياماً أو أضجعها وأي ذلك فعل فهو حسن . والأفضل أن ينحرها قياماً لما روى أنه عليه السلام نحر الهدايا قياماً وأصحابه « رض » كانوا ينحرونها قياماً معقولة اليد اليسرى .

---

قلت هذا لا يدل قطعاً انه ذبح البقر ، بيده الكريمة يومئذ ، لأنه يحتمل قطعاً أن يكون أمر بذبحها ، بل الظاهر هذا ، كما يقال ، بنى الأمير هذا القصر ، معناه أنه هو الذي أمر ببنائه ، وأما ذبح الغنم فأخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أنس « رض » قال ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين فرأيته واضعاً قدميه على سنامها يسمي ويكبر فذبحها بيده اليمنى ، ولم أر أحداً من شراح الهداية حرر هذا الموضع كما ينبغي ، بل منهم من قال هذا ظاهر ، قلت ليت شعري من أين هذا الظهور .

( ثم إن شاء نحر الإبل في الهدايا قياماً ) الهدايا جمع هدية ، صفة الإبل وقياماً حال من الإبل بمعنى قائمات ، لما روى البخاري عن أنس « رض » أن النبي ﷺ نحر بيده سبع بدن قياماً ( أو اضجعها ) أي أناخها وأبركها لما روى أن ابن عمر « رض » كان ينحر بدنة قائماً وربما ينحرها باركة .

( وأي ذلك فعل فهو حسن ) أي الامرين من الاضطجاع والقيام فعل حسن لما ذكرنا وفعل ذلك ايضاً من الصحابة ( والأفضل أن ينحرها قياماً لما روينا أن النبي ﷺ نحر الهدايا قياماً ) الحديث اخرجه البخاري ومسلم عن انس . قال صلى النبي ﷺ الظهر بالمدينة اربعاً ونحن معه إلى ان قال ونحر رسول الله ﷺ سبع بدنات قياماً ، مختصر .

( واصحابه رضوان الله عليهم اجمعين كانوا ينحرونها قياماً معقولة اليد اليسرى ) هذا رواه ابو داود « رض » عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر ، اخبرني عبد الرحمن بن سابط ان اصحاب النبي ﷺ كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها . قيل هذا مرسل ليس بصحيح ، فإن المخبر عن عبد الرحمن بن سابط هو ابن جريج « رض » والحديث من مسند جابر « رض » كما ذكره أصحاب الاطراف ، واعترض على المصنف بأنه لو استدل على عقل يدها اليسرى بعقل النبي ﷺ ، لكان أولى من أن

ولا يذبح البقر والغنم قياماً لأن في حالة الاضطجاع الذبح أبين . فيكون الذبح أيسر ، والذبح هو السنة فيهما . والأولى أن يتولى ذبحها بنفسه إذا كان يحسن ذلك لما روي أن النبي عليه السلام ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفاً وستين بنفسه ، وولى الباقي علياً وفي القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع إلا أن الإنسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه ، فجوزناه تولية غيره .

---

يستدل عليه بعقل الصحابة ، قلت هذا اعتراض باطل ، لأن المصنف لم يذكر ذلك حتى يستدل وعقل اليد ، لم يذكره المصنف إلا من تمام الحديث .

( ولا يذبح البقر والغنم قياماً لأن في حالة الاضطجاع الذبح أبين ) أي موضع الذبح المحصر بخلاف ما إذا كانت قياماً ( فيكون الذبح ) في حالة الاضطجاع ( أيسر والذبح هو السنة فيها ) أي في البقر والغنم والواو فيه للحال قال ( والأولى أن يتولى الذبح بنفسه ، إذا كان يحسن ذلك ) أي الذبح ( لما روى أن النبي ﷺ ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفاً وستين بنفسه وولى الباقي علياً « رض » ) صح هذا الحديث من حديث جابر الطويل « رض » أنه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة في حجـــة الوداع ، إلى المنحر فنحر ثلاثة وستين بيده ثم أعطى علياً ، فنحر سائرها وقد ذكرناه ( ولأنه ) أي ولأن ذبح الهدى ( قربة ) أي يقرب إلى الله تعالى ( والتولي ) أي بنفسه .

( في القربات أولى لما فيه من زيادة الخشوع ) لأن الشخص إذا تولى حاجة بنفسه يدل على تواضعه ومسكنة ( إلا أن الإنسان ) استثناء من قوله والتوالي ( قد لا يهتدي لذلك ) أي للذبح بنفسه ( ولا يحسنه ) أي الذبح ( فجوزناه تولية غيره ) لأنه إذا لم يحسن ربما يعذب الحيوان ويجعله ميتة . وقد قال الشافعي وأحمد « رح » وقال مالك « رح » يكره أن يتولى ذلك غيره إلا عند العجز ، واستحب الجمهور استقبال القبلة بها ، وكان ابن عمر وابن سيرين « رض » يكرهان ما ليس يستقبل به القبلة ولو استناب يهودياً أو نصرانيـا

قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي أجرة الجزار لقوله عليه السلام لعلي « رض » تصدق بجلالها وبخطامها ولا يعطى أجرة الجزار منها. ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ركبها، وإن استغنى عن ذلك لم يركبها لأنه جعلها خالصاً لله تعالى ،

---

يجوز ، ولكنه يكره ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح » وقال مالك « رح » لا يقع قربة .

( ويتصدق [1] بجلالها ) وفي بعض النسخ قال ويتصدق ، أي قال القدوري « رح » ويتصدق بجلها وهو جمع جل وهو ما يلبس على الدابة ( وخطامها ) بكسر الخاء المعجمة وهو الزمام ، وهو ما يجعل في عنق البعير ( ولا يعطى أجر الجزار منها [2] ) أي من الهدايا . هذا الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي « رض » أنه قال أمرني رسول الى ﷺ أن أقوم على بدنة ، وأقسم جلالها وجلودها وأمرني أن لا أعطي الجزار منها شيئاً ، ويجوز أن يتصدق على الجزار منها شيئاً سوى أجرته عند الاكثر وإن أعطى شيئاً منها لأجل حراسة صلة ، لأنه إتلاف أو معاوضة .

( ومن ساق بدنة فاضطر إلى ركوبها ، ركبها وإن استغنى عن ذلك لم يركبها ) وبه قال الشافعي « رح » وابن المنذر « رح » وقال عروة ومالك وأحمد واسحاق وداود رحمهم الله ، يركبها من غير ضرورة . وقال الماوردي من الشافعية يركبها من غير حاجة إلا أن يهزلها الركوب ، وعن هذا حمل متاعه عليها عند الحاجة وأوجب بعضهم ركوبها. وتلك في الثانية أو الثالثة .

رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي « رح » ( لأنه جعلها خالصة لله تعالى

---

(١) لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضى الله عنه تصدق بجلالها — هامش — قال ويتصدق — هامش .

(٢) وبخطامها ولا يعطى أجرة الجزار منها.

فـــلا ينبغي أن يصرف شيئاً من عينها أو منافعها إلى نفسه ، إلى أن يبلغ محله .إلا أن يحتاج إلى ركوبها، لما روي أنه عليه السلام رأي رجلاً يسوق بدنة ، فقال اركبها ويلك ، وتأويله إن كان عاجزاً محتاجاً بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وإن كان لها لبن لم يحلبهـا لأن اللبن متولد منها ، فلا يصرفه إلى حاجة نفسه . وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن .

---

فلا ينبغي أن يصرف شيئاً من عينها أو منافعها إلى نفسه إلى ان يبلغ محله إلا أن يحتاج إلى ركوبه ، لما روى عن ان النبي ﷺ رأى رجلا يسوق بدنة ، فقـال اركبها ويلك ) هو حديث أبي هريرة « رض » كما ذكرناه الآن قوله ويلك ، هنا كلمة ترحم ، ولهذا جاء في رواية ويحك ، ومعناه اركبها لئلا يفضى مشيك إلى الهلاك .

( وتأويله ) أي تأويل الحديث المذكور ( أنه كان عاجزاً محتاجاً) إلى الركوب وليس معه ما يكره ( ولو ركبها فانتقض بركوبه ، فعليه ضمان ما نقص من ذلك ) أي مـــن ركوبه ويتصدق به على الفقراء ، وبه قال الشافعي « رح » لأن انتفاع الاغنياء بهـا تعلق ببلوغها المحل ، فإذا لم يبلغ ، وجب التصدق على الفقراء (وإن كان لها لبن لم يحلبها لأن اللبن متولد منها فلا يصرفه إلى حاجة نفسه ) وبه قال الشافعي وفي منعهم إلا أن يفضل عن روي الولد أو يموت الولد ، فحينئذ له أن يحلبها لأن ترك الحلب يضر بها .

( وينضح ) أي ترش من باب ضرب ( ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ) وجوز الشافعي « رح » وأحمد « رح » شرب لبنها بعد كفاية فصلها . وفي شرح النووي لـــبن الهدى المنذور يجوز شربه عند الشافعي « رح » مع أنه قد زال ملكه للفقراء ، ولا يجوز بيعه بلا خلاف عندهم . وفي الإمـــام روى ابن أبي العوام الحافظ « رح » في فضائل أبي حنيفة « رح » من جهة إسحاق بن أبي اسرائيل ، قال حدثنا يحيى بن اليماني ، قـال حدثنا أبو حنيفة « رح » عن عمار عن ابراهيم « رح » قال إذا در اللبن من البدنة ، فإذا نفحه بالماء لما يتقلص ، وإن جز دبرها أو صوفها تصدق به أو بقيمته إن استهلكه .

ولكن هذا إذا كان قريباً من وقت الذبح. فإن كان بعيداً منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها. وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله أو بقيمته، لأنه مضمون عليه. ومن ساق هدياً فعطب، فإن كان تطوعاً فليس عليه غيره، لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات. وإن كان عن واجب فعليه أن يقيم غيره مقامه، لأن الواجب باق في ذمته،

---

وفي المبسوط يتصدق بولد الهدى أو بذبحه معها، فإن باعه تصدق بثمنه، ويسري حكم الهدى إلى أولادها، وعليه الأئمة. وقال أشهب، إذا باع ولد الهدى، فعليه بدله كبير. وقال ابن القاسم «رح» إن نحره في الطريق، أبدله ببعير في مباح البدنه، لا ينفره وفساد هذين القولين لا يحتاج إلى بيان (ولكن هذا إذا كان قريباً من وقت الذبح) هذا إشارة إلى قوله لم يحلبها (وإن كان بعيداً منه) أي من وقت الحج (يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك) أي عدم الحلب (بها) أي بهدى البدنة.

(وإن صرفه إلى حاجة نفسه تصدق بمثله) لأنه من ذوات الأمثال (أو بقيمته) أي او يتصدق بقيمته، لأن دفع القيمة في حقوق الله تعالى جائزة (لأنه مضمون عليه) أي لأن اللبن مضمون على نفسه لأنه جزء من أجزاء الهدى، وقد لزمته الإراقة بجميع أجزائه وبالحلب والصرف إلى حاجة نفسه عن الإراقة فيه، وكان عليه التصدق كما لو عجز عن إراقة الكل.

(ومن ساق هدياً فعطب) أي هلك (فإن كان تطوعاً، فليس عليه غيره لأن القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات) كما إذا نذر أن يتصدق بدراهم معينة، فهلكت قبل الصرف إلى الفقراء لا يلزمه شيء إلا حسن لأن الواجب كان في العين لا في الذمة (وإن كان) الهدى (واجباً فعليه أن يقيم غيره مقامه لأن الواجب باق في ذمته) لأن الواجب هنا في الذمة لا في العين ما لم يذبحه في الحرم، لا يسقط عنه ما في الدية، فلزمه غيره كما إذا عزل دراهم الزكاة، فهلكت قبل الصرف إلى الفقراء، يلزمه إخراجها ثانياً.

وإن أصابه عيب كثير يقام غيره مقامه لأن المعيب بمثله لا يتأدى به الواجب ، فلا بد من غيره ، وصنع بالمعيب ما شاء ، لأنه التحق بسائر أملاكه . وإذا عطبت البدنة في الطريق ، فإن كان تطوعاً نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحة سنامها ، ولا يأكل هو ولا غيره من الأغنياء . بذلك أمر رسول الله عليه السلام

ناجية الأسلمي « رض »

---

قال النووي لو نذر هدياً معيناً فتعبت ، لا يلزمه إبداله ، وهو قول عبد الله بن الزبير وعطاء ، والحسن البصري « رح » والنخعي « رح » والزهري « رح » والشافعي « رح » ومالك « رح » واسحاق « رح » قال ، وقال أبو حنيفة « رح » يلزمه إبداله ولا يجوز للهدي ولا للسابمة ولا للغني أن يأكل من هذا الهدى ، ويجوز للفقراء من غير الرفقة . وفي الفقراء الرفقة وجهان أصحهما لا يجوز ويتركه جزءاً للسباع

( وإن أصابه عيب كبير [1] ) أراد بالكبير ما يكون مانعاً في الأضحية . وقال قاضي خان العيب الكبير أن يذهب اكثر من ثلثي الاذن على قول أبي حنيفة « رح » وعلى قولهما بأن ذهب اكثر من مصنف الآن يمنع ( يقيم غيره ) أي غير العيب ( مقامه لأن العيب بمثله لا يتأدى به الواجب ، فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لأنه التحق بسائر أملاكه ) .

وبه قال الشافعي « رح » وعن أحمد « رح » يجب دفع المعيب مع بدله ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » ( وإذا عطبت البدنة في الطريق ) أراد إذا قر من العطب ( تضمن ) أي الهلاك بدليل قوله نحوها ( فإذا كان تطوعاً نحوها وصبغ نعلها بدمها ، وضرب بها صفحة سنامها ، ولم يأكل منها هو ولا غيره من الاعتبار بذلك أمر رسول الله ﷺ ناجية الاسلمي ) قد تقدم حديثه في هذا الباب ، قال في الجنازية هذه

---

(١) كثير — هامش .

والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدى ، فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء . وهـذا لأن الإذن يتناوله ومعلق بشرط بلوغـه محله ، فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلاً إلا أن التصدق على الفقراء أفضل من أن يتركه جزراً للسباع وفيه نوع تقرب . والتقرب هو المقصود ، فإن كانت واجبة أقام غيرها مقامها ، وصنع

---

المسألة مكررة في الظاهر ورد بأن الاول في الهدى ، وهذه في البدنة وخصها بالذكر بعدما دخلت في ذلك العموم ، كما هو رواية من ذكر الاصول على الإبهام ثم الشروع في بيان تفاصيلها ، أو نقول ذلك ذكر في الاولى انه هـذا عليه غيره أم لا وفصل بين الواجب والتطوع في حق هذا الحكم ولم يبين انه ما إذا يفعل بالذي عطب فأعادهـا لبيان ما يفعل به .

في هذا الحكم فصل ايضاً بين التطوع والواجب ، غير انه عاد قوله وإن كانت واجبة اقام غيره تأكيداً ( والمراد بالنعل قلائدها وفائدة ذلك ) اي وفائدة صبغ النعـل بالدم ( ان يعلم الناس انه هدى ، فتأكل منه الفقراء دون الاغنياء ، وهذا ولأن الإذن يتناوله معلق بشرط بلوغه محله ، فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا ، إلا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزراً للسباع ) بفتح الجيم والزاي ، وهو اللحم الذي يأكله السباع. هكذا نقـل عن عائشة « رض » ( وفيه نوع تقرب ) أي وفي التصدق على الفقراء نوع تقرب إلى الله تعالى .

( والتقرب هو المقصود ) وبأكل الفقراء يحصل التقرب الذي هو المقصود ، ولا يجوز للمهدى ولا لسائقة ولا للغني أن يأكل من هذا الهدى ، ويجوز للفقراء من غير الرفقة فإن كانت واجبة وفي فقراء الرفقة وجهان عند الشافعي « رح » أصحهما لا يجوز ، ويترك جزراً للسباع ، ويمنع الفقراء الحاضرون المحتاجون اليه من الرفقة .

( فإن كانت واجبة ) عطف على قوله فإن كانت تطوعاً ( أقام غيرهـا مقامها وصنع

بها ماشاء ، لأنه لم يبق صالحاً لما عينه وهو ملكه كسائر أملاكه، ويقلد هدى التطوع والمتعة والقران ، لأنه دم نسك وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به ، ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات ، لأن سببها الجناية والستر أليق بها . ودم الإحصار جائز ، فيلحق بجنسها . ثم ذكر الهدى ومراده البدنة لأنه لا يقلد الشاة عادة ، ولا يسن تقليده عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم والله أعلم .

---

بها ) أي بالبدنة التي عطبت ( ما شاء لأنه لم يبق صالحاً لما عينه ، وهو ملكه كسائر أملاكه ) وتذكير الضمير في هذه الألفاظ باعتبار الهدى ( ويقلد هدي المتعة والتطوع والقران لأنه دم نسك ، وفي التقليد إظهاره وتشهيره فيليق به ) الضمائر في هذه الالفاظ الثلاثة يرجع إلى دم نسك . وفي المحيط ويقلد دم النذر لأنه دم نسك وعبادة ، وفي إظهار هذه الشعائر مع موافقة السنة ( ولا يقلد دم الإحصار ولا دم الجنايات لأن سببها الجناية والستر أليق بها ) أي بدم الجنايات .

( ودم الاحصار جائز ) كان هذا جواب عما يقال وكيف لا يقلد دم الإحصار وهو غير جناية ، فأجاب بقوله ، ودم الإحصار جائز ( فتلحق بجنسها ) أى يلحق دم الإحصار بجنس وبالجنايات لأنه جابر كهي يعني لا تقلد هؤلاء كما لا تقلدهي . فقيل أنه روي أنه عليه الصلاة والسلام قلد هدايا الإحصار واجب بأنه كان قلدها للمتعة ، فلما أحصرت بقيت كما كانت فبعث إلى مكة على حالها .

( ثم ذكر الهدى ) أي ثم ذكر القدوري الهدى في قوله ومن ساق الهدى فعطبت ( ومراده البدنة لأنه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليده عندنا ) وفي بعض النسخ ولا يسن تقليده بتذكير الضمير على تأويل الهدى ( لعدم [1] الفائدة في تقليدها ) لأن الشاة لا تكون مسيبة بل يكون صاحبها معها يحفظها بخلاف الإبل والبقر ، فإنها تحليان ، فقلدنا صيانة على ايدي من يطمع فيها وفيه خلاف الشافعي « رح » ( على ما تقدم ) يعني قبل باب القران حيث قال هناك تقليد الشاة غير معتاد .

---

(١) لعدم فائدة التقليد — هامش .

# مسائل منثورة

أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم والقياس أن لا يجزيهم اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية ، وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان ، فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان هذه شهادة قامت على النفي

---

( مسائل منثورة ) أي هذه مسائل منثورة أي متفرقة أو مسائل شتى قاله الكاكي « رح » أي لم تدخل في الأبواب ، وقال الأكمل من عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ وندر من مسائل في الأبواب السالفة في فصل على حدة ، تكثيراً للفائدة ويترجموا عنه بمسائل منثورة أو مسائل شتى أو مسائل متفرقة أو مسائل لم تدخل في الأبواب .

( أهل عرفة إذا وقفوا في يوم وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزاهم ) هذه المسألة من خواص الجامع الصغير ، قوله أجزاهم أي وقوفهم حتى يتم حجهم به . صورة المسألة أن يشهد قوم أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة ، لأن اليوم الذي وقفوا فيه اليوم العاشر ( والقياس أن لا يجزيهم اعتباراً بما إذا وقفوا يوم التروية ) يعني قياساً على ما إذا وقفوا يوم التروية وهو يوم الثامن من ذي الحجة . وشهد الشهود انهم وقفوا في هذا اليوم ، يعني يوم التروية حيث لا يجوز ثم أوضح وجه القياس بقوله ( وهذا لأنه ) أي لأن الوقوف ( عبادة تختص بزمان ومكان ، فلا يقع عبادة بدونهما ) أي دون الزمان والمكان المعهودين ، وبوجه المقيس عليه . قال مالك « رح » والشافعي « رح » في الأصح وأحمد « رح » في رواية وعن أحمد « رح » في الأصح أنه يجزيهم فكذا هذا .

( وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي ) ولكن بقي جواز وقوفهم

وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لأن المقصود منها نفي حجهم . والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ، ولأن فيه بلوى عاماً لتعذر الاحتراز عنه . والتدارك غير ممكن . وفي الأمر بالإعادة حرج بين، فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه ، بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية . لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة ، ولأن جواز المؤخر له نظير ،

---

وجواز حجهم فلا يقبل ، لأن المقصود من النية الإثبات . وبالنفي لا يحيط العلم ولاشهادة بدون العلم ، فإن قيل لو ادعت المرأة أن زوجها قال لها أنت طالق ، وأدعى الزوج انه استثنى بعد ذلك ، فشهدوا على أنه لا استثنى يقبل ، وكذا لو ادعت انه لو قال المسيح ابن الله ، وقال الزوج أنه وصل ذلك بقوله قول النصارى تقبل الشهادة أنه لم يقل قول النصارى . وهذا معنى قول. قلنا هذه الشهادة قامت على أمر شاهد معاين وهو هلال ذي الحجة قلنا وهو السكوت ، فإن قيل هنا ايضاً قامت على أمر معين وهو هلال ذي الحجة قلنا لا كذلك ، لأن رواية الهلال لا تدخل تحت الحكم .

( وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم ) أي وقامت أيضاً هذه الشهادة على أمر لا يدخل تحت حكم القاضي ، لأن البر من باب المنازعات ، فصار كأنهم عهدوا بأنه لم يصل ، فلا يجب على القاضي شيء ( لأن المقصود منها نفي حجهم ، والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ) أي الشهادة ، وذلك لما ذكرنا ( ولأن فيه ) للزوجة بأنّ من الاستحسان أي في الخطأ في عرفة أو في الوقوف يوم عرفة أو في عدمجواز الحج ( بلوى عاماً لتعذرالاحتراز عنه ) لأن تغيير هذا اللفظ يتعذر .

( والتدارك غير ممكن ، وفي الأمر بالإعادة حرج بين ،فوجب أن يكتفي به عند الاشتباه ) فيجعل عفواً لئلا يكون تكليفاً بما ليس في الوسع ( بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية ، لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة ) يعني بالوقوف فيها ( ولأن جواز المؤخر له نظير ) كقضاء الصلاة وقضاء الصيامات فيجزيهم الوقوف يوم

ولا كذلك جواز المقدم . قالوا وينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ، ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا ،لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة . وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس وأكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة. قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى ،

---

النحر ( ولا كذلك جواز المقدم ) فإنه لا نظير له في الشرع ، فلا يجزيهم الوقوف بيوم التروية ، فإن قلت له نظير آخر أيضاً ، ألا ترى أن صلاة الفطر تقدم عن وقتها يوم عرفة . قلت هذا أمر مثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه .

( قالوا ) أي العلماء وأصحاب أبي حنيفة « رح » ( ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ، ويقول قد تم حج النـــاس ، فانصرفوا لأنه ليس فيها ) أي في هذه الشهاده ( إلا إيقاع الفتنة ) . قال عليه الصلاة والسلام الفتنة نائمة ، لعن الله من أيقظها . وعن محمد « رح » جاز للشهود أن يقضوا مع الإمام ، ويجوز حجهم ( وكذا إذا شهدوا ) وفي بعض النسخ وكذلك أي وكذلك الحكم في عدم قبول شهادتهم أو شهدوا ( عشية عرفة برؤية الهلال ) صورته أن الشهود شهدوا في الطريق قبل أن يلحقوا عرفات عقبة عرفات وقالوا إنا كنا رأينا الهلال ، يعني هلال ذي الحجة ، وهذا اليوم هو التاسع .

( ولا يمكنه ) أي والحال أن الإمام لا يمكنه ( الوقوف في بقية الليل مع سائر الناس وأكثرهم لا تقبل [1] بذلك الشهادة ) ويقفون من الغد بعد الزوال ، لأنهم لما شهدوا وقد تعذر الوقوف ، صار كأنهم شهدوا بعد الوقوف ، فلا تسمع وإن كان يلحق الوقوف مع اكثر الناس ولكن لا تلحقه الضعفة ، فإن وقف جاز وإلا فات الحج ، لأنه ترك الوقوف مع العلم والقدرة ، وإنما المعتبر قدرة الاكثر لا قدرة الأقل .

( ومن رمى في اليوم الثاني ) وفي اكثر النسخ قال ومن رمى أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( الجمرة الوسطى والثالثة ) أي الجمرة الثالثة (ولم يرم الأولى ) أي الجمرة

---

(١) لم يعمل بتلك الشهادة — هامش .

فإن رمى الأولى ثم الباقيتين فحسن لأنه راعى الترتيب المسنون . ولو رمى الأولى وحدها أجزأه لأنه تدارك المتروك في وقته وإنما ترك الترتيب . وقال الشافعي « رح» لا يجزيه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتباً ، فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا . ولنا أن كل جمرة قربة مقصوده بنفسها ، فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض ، بخلاف السعي ، لانه تابع للطواف ، لانه دونه والمروة عرف منتهى السعي بالنص فلا تتعلق به البداية .

---

الاولى ( فإن رمى الأولى ثم الباقيتين ) أي الجمرتين الباقيتين ( فحسن ) لمراعاة الترتيب المسنون وهو معنى قوله ( لأنه راعى الترتيب المسنون ، ولو رمى الأولى وحدها، أجزأه لأنه تدارك المتروك في وقته وإنما ترك الترتيب ) ولا يضره لانه سنة .

( وقال الشافعي « رح » لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه مشروع [1] مرتباً ، وصار كما إذا سعى قبل الطواف ، او بدأ بالمروة قبل الصفا، ولنا ان كل جمرة قربه مقصودةبنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم بعض على البعض بخلاف السعي ، لأنه تابع للطواف لأنه دونه ) لانفصاله من البيت ، ولكنه من جنسه فيعاد تحقيقاً للتبعية ( والمروة عرف منتهى السعي بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ،ان الصفاوالمروةمن شعائر اللهفابدؤوابمابدأ الله تعالى فبدأ بالصفا ، فلم يعتبر البداية بالمروة وهو معنى قوله ( فلا تتعلق به البداية ) لا يقال كل صلاة مقصودة بنفسها ايضاًلتعلق جوازهابغيرها،ومع هذاوجب الترتيب عندكم ولانانقول ثبت ذلك بالنص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام من نام عن صلاة او نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها .

---

(١) شرع – هامش .

قال ومن جعل على نفسه أن يحج ماشياً فإنـــه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة . وفي الاصـل خيره بين الركوب والمشي . وهذا إشارة إلى الوجوب ، وهو الاصل ، لانه التزم القربة بصفة الكمال، فيلزمه بتلك الصفة ، كما إذا نذر الصوم متتابعاً . وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة ، فيمشي إلى أن يطوفه .

---

( قال ومن جعل على نفسه ان يحج ماشياً،فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة ) وعند الشافعي ومالك رحمهما الله ، يلزمه المشي إلى ان يتحلل التحلل الثاني ، وهو الرمي ثم لم يذكر محمد « رح » في شيء من الكتب من أي موضع يبدأ بالمشي من النذر قيل من بيته وهو الاصح ، وبه قال أصحاب الشافعي رحمهم الله لانه هو المراد عرفاً ، ولهذا كان الافضل ان يحرم من بيته ، وقيل من الميقات وبه قال عامة اصحاب الشافعي « رح »لانه يحرم من الميقات وقيل من أي موضع يحرم فيه .

( وفي الاصل ) أي في المبسوط ( خيره بين الركوب والمشي ) لان الحـج راكباً أفضل ويكره ماشياً ( ومنها اشار (١) إلى الوجوب ) أي وفي الجامـع الصغير أشار إلى وجوب المشي ، وفي بعض النسخ وهـــذا إشارة إلى الوجوب ، أي قوله لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة ، أشار إلى وجوب المشي ، لأنه إخبار عن المجتهد ، وإخباره يعتبر بإخبار الشرع ، لأنه نائبه في بيان الأحـــكام ، ( وهو الأصل ) أي الوجوب هو الأصل ( لأنه التزم القربة بصفة الكمال ، فيلزمه بتلك الصفة كما إذا نذر بالصوم متتابعاً ) يلزمه متتابعاً ، ولكن إذا حج راكباً يجزيه ، لكن يلزمه الجزاء فإذا ركب في الكل والأكثر يلزمه الدم ، وفي الأقل تلزمه الصدقة بقدره من الكل من قيمة الشاة الوسط .

( وأفعال الحج ) يريد بالأفعال الأركان ، لا مطلق الأفعال ، فإن رمى الجمار وغيره من أفعاله ( تنتهى بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه ) أي طواف الزيارة ، لأنه آخر

---

(١) وهذا إشارة – هامش .

ثم قيل يبتدىء المشي من حين يحرم ، وقيل من بيته ، لان الظاهر أنه هو المراد . ولو ركب أراق دماً لانه أدخل نقصاً فيه قالوا ، إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي . وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ، ينبغي أن لا يركب. ومن باع جارية محرمة ، قد أذن لها في ذلك ، فللمشتري أن يحللها ويجامعها .

وقال زفر « رح » ليس له ذلك ،

---

الأركان في الحج ( ثم قيل يبتدىء المشي من حين يحرم ) وعليه فتوى فخر الإسلام والإمام العتابي وغيرهما ، وهو الصحيح ( وقيل من بيته ) أي يمشي من بيته ( لأن الظاهر أنه هو المراد ) وقد ذكرنا هذا عن قريب بما فيه من الخلاف (ولو ركب اراق دماً لأنه أدخل نقصاً فيه ) أي في جعله على نفسه أن يحج ماشياً ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول عند العجز .

( قالوا ) أي قال مشايخنا « رح » يشير به إلى بيان التوفيق بين رواية الأصل وبين رواية الجامع الصغير ، ونقل فخر الإسلام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير عن الفقيه أبي جعفر الهندواني « رح » ( إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي وإذا قربت ) أي المسافة والحال أن ( الرجل ممن يعتاد المشي ، ولا يشق عليه المشي ينبغي أن لا يركب ) وبهذا يحصل التوفيق بين روايتي الأصل والجامع الصغير .

( ومن باع جارية محرمة قد أذن ) البائع ( لها في ذلك ) أي في الإحرام ( فللمشتري أن يحللها ويجامعها ) وقال الأترازي «رح » وفي بعض نسخ الجامع الصغير أو يجامعها بلفظ ، أو قال فخر الإسلام رحمه الله في شرح الجامع الصغير يحتمل أن يكون عن أبي يوسف «رح» في رواية الأولى من الرواية تدل على أن التحليل بأدنى محظورات الإحرام مثل قص الشعر وقلم الظفر والتطيب ونحو ذلك . والثانية تدل على أن التحليل بالواقعة ، وقال في كتاب المناسك للمشتري أن يجامعها ولم يرد على ذلك ، وهذا مذهبنا .

( وقال زفر « رح » ليس له ذلك ) أي للمشتري أن يحللها وبه قال الشافعي ومالك

لان هـذا عقد سبق ملكه ، فلا يتمكن من فسخه ، كمـا إذا اشترى جارية منكوحة. ولنـــا أن المشتري قائم مقام البائع . وقـــد كان للبائع أن يحللها ، فكذا المشتري ، إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد . وهذا المعنى لم يوجـد في حـق المشتري بخلاف النكاح ، لانه ما كان للبائع أن يفسخه إذا باشـــر بإذنه ، فكذا لا يكون ذلك للمشتري . وإذا كان له أن يحللها ، لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر « رح » يتمكن لانـــه

---

وأحمد رحمهم الله ( لأن هذا عقد سبق ملكه ) أي لأن إذن البائع لها بالإحرام عقد سبق ملك المشتري ( فلا يتمكن من فسخه ) لأن المشتري نزل منزلة البائـع ( كما إذا اشترى ) أي اشترى رجل ( جارية منكوحة ) يعني مزوجـة ، فليس له فسخ النكاح ، لأنه عقد سبق ملكه ( ولنا أن المشتري قائم مقام البائع ، وقد كان للبائع أن يحللها ) لأن منافعها كانت مملوكة وخذله بعد الاذن ( فكذا للمشتري ) أن يحللها ( إلا أنه يكره ذلك ) أي التحلل للبائع ( لما فيه من خلف الوعد ) حيث وجد فيه الإذن ( وهذا المعنى ) أي خلف الوعد ( لم يوجد في حق المشتري بخـــلاف النكاح ) جواب عما قاله زفر رضي الله عنه ( لأنه ما كان للبائـــع أن يفسخه ) أي أن يفسخ النكاح ( إذا باشـــر بإذنه ) أي بإذن المولى ، وإنما لم يكن له أن يفسخ إذا كان بإذنه لما أن النكاح حق الزوج .

فقد تعلق حقه بإذن المالك ، فلا يتمكن المالك من فسخه ، وإن بقي ملكه لتعلق حق العبد به ، كالراهن ليس له ولاية الاستمتاع بالمرهون لتعلق حق المرتهن به ، والمشتري قام مقامه بعد الشراء .

( فكذلك لا يكون ذلك ) أي حق الفسخ ( للمشتري ) أمـــا ههنا فقد اجتمع في الجارية حقان ، حق الله في الإحرام ، وحق المشتري في الاستمتاع ، فيقـــدم حق العبد لحاجته على حق الله لغناه ( وإذ كان له ) أي للمشتري ( أن يحللها لا يتمكن من ردهـــا بالعيب عندنا ) لان عيب الإحرام لا يرتفـــع بالتحليل ( وعند زفر « رح » يتمكن لأنه

ممنوع عن غشيانها . وذكر في بعض النسخ أو يجامعها والاول يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ، ثم يجامع ، والثاني يدل على أنه يحللها بالمجامعة ، لانه لا يخلوا عن تقديم مس يقع به التحليل . والاولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيماً لامر الحج والله أعلم . تمت .

---

ممنوع عن غشيانها ) أي من وطئها ، وهذا عيب عنده فيرد به ( وذكر في بعض النسخ ) أي ذكر محمد في بعض نسخ الجامع الصغير ( أو يجامعها ) يعني بكلمة أو ، وذلك في قوله ومن باع جارية محرمة أذن لها في ذلك ، فللمشتري أن يحللها ويجامعها . وذكر فيه بواو العطف وقد بينا هذا هناك مفصلا .

( والأول ) أي قوله أن يحللها يجامعها بواو العطف ( يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعرها وبقلم ظفرها ثم يجامع والثاني ) هو قوله أو يجامعها بكلمة أو (يدل على أنه يحللها بالجامعة لأنه لا يخلوا عن تقديم مس يقع به التحلل [1] والاوفى أن يحللها بغير الجامعة تعظيماً لأمر الحج والله أعلم بالصواب ) ومال اليه صاحب الهداية بقوله ، والأول ولم ير بعضهم الجواز للمجامعة الواقعة عن تقديم شيء يقع به التحلل فيصيبها بعد التحلل.

---

(١) التحليل – هامش .

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب النكاح

## ( كتاب النكاح )

أي هذا كتاب في بيان أحكام النكاح . وقال السكاكي النكاح لغة الجمع والضم ، ومن أمثال العرب أنكحنا الفرى فسنرى ، أي جمعنا بين حمار الوحشي والاتان فننظر ما يتولد منها ، فضرب مثلاً لقوم يجتمعون على الأمر لا يدرون ما يصدر عنه ، وحكى المبرد من البصريين وعلام بعلة عن الكوفيين أنه عبارة عن الجمع والضم، ويستعمل في الوطىء لوجود الضم ، ويستعمل في العقد مجازاً . قال الله تعالى ﴿ فانكحوهن (١) بإذن أهلهن ﴾ ٢٥ النساء ، وقال الله تعالى ﴿ وانكحوا (٢) الأيامى منكم ﴾ ٣٢ النور ، والعقد موقوف على

---

(١) قوله ﴿ فانكحوهن ﴾ الخ ، أقول قال البيضاوي يريد أربابهن ، واعتبار اذنهم مطلقاً لا اشعار له على أن لهن أن يباشرن العقد بأنفسهن حتى يحتج به الحنفية ، انتهى . أقول وجه الاشعار انه لا فائدة بذكر أهلهن إذا كان المباشر أهلهن ، وأجيب باحتمال أن يكون المباشر هو الوكيل ، والاذن من المولى ، وهذا الجواب ليس بشيء ، لأن الوكيل في النكاح سفير محض ، فالمباشر في المعنى هو الموكل ، اه .

(٢) قوله ﴿ وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ ٣٢ النور ، لما نهى عما عسى أن يفضي إلى السفاح المخل بالنسب المقتضي للالفة وحسن التربية ومزيد الشفقة المؤدية إلى بقاء النوع بعد الزجر عنه مبالغة فيه ، أمر بالنكاح الحافظ له والخطاب للأولياء والسادات، وفيه دليل على وجوب تزويج المملوكة والمملوك، وذلك عند طلبها ←

الاذن ، ووطىء الايامى من بناتهن واخواتهن حرام عليهم . وفي شرح قاضي خان النكاح في اللغة والشرع حقيقة في الوطىء مجاز في العقد .

وقال الشافعي انه في الشرع عبارة عن العقد ، لأنه تعالى حيثما ذكره في القرآن أراد به العقد،وهذا لا يصح،لأنه تعالى قال ﴿الزاني[1] لا ينكح إلا زانية أو مشركة ﴾٣ النور

ـــــ وإشعاراً بأن المرأة والعبد لا يستبدان به،إذ لو استبد لما وجب على الولي والمولى،انتهى الجواب على ما في بعض حواشيه . النكاح عادة يحتاج إلى من يصلح في البين ، وإلا فلا ، ولأنه لا حد على المرأة البالغة المكلفة عندنا كما لا ولاية على الذكر العاقل البالغ مع أنه من متناولات الايامى على اعترافه ، اه .

(١) قوله ﴿ الزاني ﴾ الخ تمام الآية ﴿ الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ﴾ قال البيضاوي اذ الغالب أن المائل إلى الزنا لا يرغب في نكاح الصوالح ، والمسافحة لا يرغب فيها الصلحاء ، فإن المشاكلة علة الإلفة والتضام ، والمخالفة سبب النفرة والإفتراق ، وكان حق المقابلة أن يقال والزانية لا تنكح إلا من زان أو مشرك ، لكن المراد بيان أحوال الرجال في الرغبة فيهن ، لأن الآية نزلت في صفة المهاجرين لما هموا أن يتزوجوا بغايا بكرين أنفسهن لينفقن عليهن من اكسابهن على عادة الجاهلية ، ولذلك قدم الزاني وحرم ذلك على المؤمنين ، لأنه تشبه بالفساق ، وتعرض للتهمة وتسبب بسوء المقالة والطعن في النسب وغير ذلك من المفاسد ولذلك عبر عن التكريه بالتحريم ، وقيل النفي بمعنى النهي ، وقد قرىء به والحرمة على ظاهرها والحكم مخصوص بالسبب الذي ورد فيه أو منسوخ بقوله تعالى ﴿وانكحوا الأيامى منكم﴾فإنه يتناول المسافحات، ويؤيده أنه ﷺ سئل عن ذلك فقال أوله سفاح وآخره نكاح والحرام لا يحرم الحلال ، وقيل المراد بالنكاح الوطىء فيؤول إلى نهي الزاني عن الزنا إلا بزانية والزانية أن يزني بها إلا زان وهو فاسد ، اه .

وقال الله تعالى ﴿ حتى [1] إذا بلغوا النكاح ﴾ ٦ النساء ، أراد به الوطىء بالإجماع ، وفي شرح الاسبيجابي النكاح لغة الجمع المطلق ، وشرعاً العقدبشرائطه . وقال فخر الإسلام النكاح العقد الشرعي ،ويذكر ويرادبه الوطىء ،ثم قيل انه حقيقة فيهما لوجود معنى الضم فيهما.وقال فخر الإسلام النكاح العقد الشرعي والأصح انه حقيقة في الوطىء خاصةلوجود معنى الضم فيه حقيقة ، ولا يجوز أن يكون حقيقة في العقد لأنه يؤدي إلى الإشتراك ، وهو خلاف الأصل وعليه فحول أهل اللغة .

وفي المبسوط النكاح لغة الوطىء ، ومنه قول الفرزدق:

التاركين على طهر نسائهم والناكحين بشط دجلة البقرا

يهجو بذلك قوماً . وقال ﷺ ناكح البهيمة ملعون . قال المطرزي ثم قيل للتزويج نكاح لأنه سبب ، ولما فرغ من بيان العبادات شرع في المعاملات لأنها تالية لها اذ بها بقاء العابد ووجود العبادة ، والبقاء بالكسب الحلال ، والكسب الحلال يتوقف على معرفته المعاملات ، ثم قدم النكاح وما يتبعه على سائر المعاملات ، لأن فيه معنى العبادة ، فإن[2]

---

(١) قوله ﴿ حتى إذا بلغوا ﴾ أقول تمام الآية ﴿ وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغواالنكاح ﴾ قال البيضاوي وابتلوا اليتامى اختبروهم قبل البلوغ بتتبع أحوالهم في صلاح الدين والتهدي الى ضبط المال وحسن التصرف بأن يكل إليه مقدمات العقد ، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بان يدفع إليه ما يتصرف فيه حتى اذا بلغوا النكاح حتى اذا بلغوا حد البلوغ بأن يحتلم أو يستكمل خمسة عشر سنة عندنا لقوله ﷺ إذا استكمل المولود خمسة عشر سنة كتب ما له وما عليه وأقيمت عليه الحدود ، وثمانية عشر عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى — وبلغوا النكاح — كناية عن البلوغ لأنه يصلح للنكاح عنده ، اهـ .

(٢) قوله — فإن النكاح — أقول والدليل عليه قوله ﷺ اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح ، رواه الترمذي ، اهـ .

النكاح سنة الأنبياء والمرسلين ، وفيه تحصيل[1] نصف الدين ، وقد تواترت الأخبار والآثار في توعد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه ، قال عليه السلام النكاح من سنتي فمن لم يعمل بسنتي فليس مني ... الحديث وزاد ابن ماجة من رواية موسى بن ميمونة عن القاسم عن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ وقال عليه السلام الدنيا متاع وخير متاع[2] الدنيا المرأة الصالحة ، رواه مسلم والنسائي وابن ماجة من حديث عبد الله بن عمر ، وقال عليه السلام لعكاف ابن رداعة لك أربع ستن من المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح ، رواه الترمذي من حديث أيوب عن النبي ﷺ . وقال الترمذي حسن غريب . وقال عليه السلام لعكاف بن رداعة هل لك زوجة ، قال لا ، ولا جارية قال لا ، قال وأنت موسر قال وأنا موسر ، قال أنت اذاً من اخوان الشياطين[3] إن سنتنا النكاح ، شراركم غرابكم ، هكذا نقله

(١) وفيه تحصيل .. الخ أقول والدليل عليه قوله عليه السلام إذا تزوج العبد فقد استكمل نصف الدين ، فليتق الله في النصف الباقي ، رواه البيهقي في شعب الإيمان ، اه .

(٢) قوله – الدنيا متاع – أقول أي الدنيا كلها تمتع من اللذات والشهوات ، وخير التمتع وعمدة التعيش فيه من الزوجة الصالحة ، لأن بنصحه وتأثير صحبته يحصل التمتع الأخروي ، ويؤيده ما رواه ابن ماجة في سننه ، ما استفاد المؤمن بعد تقوي البر خير له من زوجة صالحة ، إن أمرها أطاعته ، وان نظر إليها سرته ، وإن أقسم عليها أبرته ، وإن غاب عنها نصحته في نفسه وماله ، اه .

(٣) قوله – من اخوان – .. الخ – أقول الوعيد في هذا الحديث وغيره من الأحاديث مثل قوله عليه السلام النكاح سنتي فمن رغب عنه فليس مني ، ليس إلا ممن رغب عن النكاح وتركه اعراضاً عنه غير معتقد على ما هي عليه ، والى هذا ذهب جماهير العلماء . وقال أصحاب الظواهر انما وجب التزويج دون الوطيء ، وتعلقوا بظاهر الأمر في هذه الأحاديث مع القرآن ، قال الله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ وغيرها من الآيات . واحتج الجمهور بقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ الى قوله تعالى ﴿ وما ملكت أيمانكم ﴾ فخيره سبحانه وتعالى بين النكاح والتسري بالإتفاق ، ولو كان النكاح واجباً لما خيره بينه وبين التسري لأنه لا يصح التخير عند الأصوليين بين واجب ، وغيره لأنه يؤدي إلى ابطال حقيقة الواجب ، اه .

السروجي ثم قال رواه أحمد بن حنبل وابن عمر وابن عبد البر،وذكره جار الله في الفائق، وزاد فإن كنت من رهبان النصارى [1] فالحق بهم، وان كنت منا فسنتنا النكاح، انتهى.

قلت نقله [2] شيخنا زين الدين العراقي في شرحه للترمذي، وقال وجدت عكافاً، رواه أبو جعفر العقيلي في تاريخ الفقهاء باسناده إلى عطية بن بشر الهلالي عن عكاف بن رداعة الهلالي أنه أتى النبي ﷺ فقال يا عكاف لك امرأة قال لا قال فجارية، قال لا قال وانت

---

(١) – قوله رهبان النصارى – الخ أقول في مجمع البحار كان النصارى يترهبون بالتخلي من اشتغال الدنيا وترك ملاذها والعزلة عن أهلها، وتعمد مشاقها، فمنهم من يخصي نفسه ويضع السلسلة في عنقه وغير ذلك من أنواع التعذيب، فنفاها عن الإسلام. والرهبان جمع راهب وقد يقع على الواحد، ويجمع على رهابين ورهبانية والرهبنة فعلنة أو فعلله، والرهبانية منسوبة الى الرهبنة، اه.

(٢) قوله – نقله شيخنا .. الخ – أقول في ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري بهذا النمط قوله عليه السلام لعكاف ابن رداعة الهلالي ألك زوجة يا عكاف، قال لا، قال ولا جارية، قال لا، وأنت صحيح موسر، قال نعم والحمد لله، قال فأنت اذاً من إخوان الشياطين، إما أن تكون من رهبان النصارى فأنت منهم، وإما أن تكون منا فاصنع كما نصنع، فإن من سنتنا النكاح، شراركم غرابكم، وأرازل أمواتكم غرابكم، ويحك يا عكاف تزوج فقال عكاف يا رسول الله لا أتزوج حتى تزوجني من شئت، قال فقال رسول الله ﷺ فقد زوجتك والبركة كريمة كلثوم الحميري، رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من طريق بقية، فهو ايجاب على معين فيجوز أن يكون سبب الوجوب تحقق في حقه، اه.

صحيح موسر ، قال نعم ، قال فأنت اذاً من أخوان الشياطين إن كنت من رهبان النصارى فالحق بهم ،وإن كنت منا فسنتنا النكاح [1] وابن رداعة ابن المتزوجين هم المردون من الخبائث الشياطين ، والذي نفسي بيده ما للشياطين سلاح بلغ . وقال بعضهم أنفذ من الصالحين من الرجال والنساء من ترك النكاح وابن رداعة انهم صواحب أيوب وداود ويوسف وكرسف ، قال بأبي يا رسول الله وما كرسف ، فقال رجل عبد الله على ساحل البحر خمسمائة عام ، وقال بعضهم ثلاث مائة عام يقوم الليل ويصوم النهار ، فمرت بـه امرأة فأعجبته فتبعها وترك عبادة ربه وكفر بالله فتداركه الله عز وجل لما سلف فتاب عليه ، فقال بأبي أنت وأمي زوجني يارسول الله ﷺ ، قال قل زوجتك باسم الله والبركة زينب بنت كلثوم الحميرية .

وقال القاضي عكاف بن رداعة الهلالي أمره النبي ﷺ بالزواج ، والحديث قوي ثم قال شيخنا زين الدين رواه أحمد في مسنده ، قال حدثنا عبد الرزاق أنبأنا محمد بن راشد عن مكحول عن رجل عن أبي ذر قال دخل على رسول الله ﷺ رجل سأل عكاف بن بشر التميمي فقال النبي ﷺ هل لك من زوجة ، وساق الحديث بكماله ، وروى البيهقي في حديث أبي أمامة قال قال رسول الله تزوجوا فإني مكاثر [2] بكم الأمم ، ولا تكونوا كرهبانية النصارى .

---

(١) قوله – وسنتنا النكاح .. الخ – فإن قيل ان قولـه عليه السلام النكاح سنتي ، وسنتنا النكاح مطلق فاشعاره على سنية النكاح في كل حال فكيف يصح تفصيلكم . قلنا لما أخبر عليه السلام أن النكاح سنة علم بالضرورة أنه سنته حال الإعتدال اعتباراً بحاله عليه السلام ، لأنه لم يكن كثير المال ، وقد عصمه الله تعالى عن فتنة الشهوة ، فعلم أن الحديث مقيد بما ذكرنا ، اه .

(٢) قوله – مكاثر ... الخ – أقول وانما روي هذا الحديث ولم يرو ماروراه أبو داود تزوجوا الودود الولود فإني متكاثر بكم الأمم مع كونه مما رواه لأنه بصدد بيان مطلق ←

وروى ابن عدي في الكامل من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال لو لم يبـق

---

← التروج الخاص في ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري، قد اختلف هل من العبادات والمباحات ؟ فقالت الحنفية هو سنة مؤكدة على الأصح . وقالت الشافعية من المباحات . قال العمولي في شرح الوسيط المسمى بالبحر في باب النكاح فرع نص الامام على ان النكاح من الشهوات لا من القربات ، وإليه أشار الشافعي حيث قال ، قال الله تعالى ﴿ زين للناس حب الشهوات من النساء ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام حبب الي من دنياكم الطيب والنساء ابتغاء النسل ، به أمر مظنون ، ثم لا يدري أصالح أم طالح ، انتهى . وقال النووي إن قصد به طاعة كاتباع السنة أو تحصيل ولد صالح أو عفة فرجه أو عينه فهو من أعمال الآخرة يثاب عليه وهو للتائق ، أي المحتاج له ولو خصيا القادرعلى مؤنة أفضل من التخلي للعبادة تحصيناً للدين ، ولما فيه من ابقاء النسل ، والعاجز عن مؤنته يصوم والقادر الغير التائق ان تخلى للعبادة فهو أفضل من النكاح ، والا فالنكاح أفضل له من تركه لئلاتقضي به البطالة الى الفواحش ، انتهى .

وقد تعقب الشيخ كمال الدين ابن الهمام قولهم التخلي للعبادة أفضل لقوله تعالى ﴿ وسيداً وحصوراً ﴾ مدح يحي عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه ، لأن هـــذا معنى الحصور حينئذ ، فاذا استدل عليه بمثل قوله عليه السلام أربع من سنن المرسلين ، الحياء والتعطر والسواك والنكاح ، رواه الترمذي ، وقال حسن غريب ، فله أن يقول لا أنكر الفضيلة مع حسن البينة ، وانما أقول التخلي للعبادة أفضل ، فالأولى في جوابـــه التمسك بحاله عليه السلام في نفسه ، ورده على من أراد من أمته التخلي للعبادة فإنه صريح في عين المتنازع فيه ، يعني حديث هذا الباب ، فإنه عليه الصلاة والسلام رد هذا الحال رداً مؤكداً حتى تبرأ منه .

وبالجملة فالأفضلية في الإتباع لا حيثما تخيل النفس أنه أفضل ، نظراً إلى ظاهر عبارة أو توجه ، ولم يكن الله عز وجل يرضى لأشرف أنبيائه إلا بأشرف الأحوال ، وكان حـــاله الى الوفاة النكاح ليستحيل بقائه على ترك الأفضل هذه حياته ، وكان يحي عليه السلام ان ←

من أجلي إلا يوماً واحداً لقيت الله تعالى بزوجة فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول شراركم عزابكم . وروى البغوي في معجم الصحابة من حديث أبي نجيح ، قال قال رسول الله ﷺ من قدر [٢] على أن ينكح فلم ينكح فليس منا ، وابن نجيح هذا ذكره البغوي وابن

← أفضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا،ولو تعارضا قدم التمسك بحال نبينا عليه الصلاة والسلام ، ومن تأمل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الأخلاق وتربية الولد ، والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها ، وعراف الجزم نفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن إلى غير ذلك من الفوائد الكثيرة لم يكد يقف عن الجزم بأنه أفضل من التخلي بخلاف ما إذا عارضه خوف جور إذ الكلام ليس فيه بل في الإعتدال مع أداء الفرائض والسنن، وذكرنا أنه اذا لم تقترن به نية كان مباحاً ، لأن المقصود منه حينئذ مجرد قضاء الشهوة ، ويبني العبادة على خلافه ، ثم قال وأقول بل فيه فضيلة من جهة انه اذا كان متمكناً من قضائها بغير الطريق المشروع ، فالعدول إليه الى ما يعمله مع انه قد يستلزم اثقالاً فيه ترك المعصية وعليه يثاب ، اهـ .

(٢) قوله — من قدر ... الخ — أقول الأمر في هذا الحديث ممن استطاعه وتاقت اليه نفسه وهذا عين مراد من قال ان النكاح واجب عند التوقان ، وقريب منه ما رواه مسلم قال قال رسول الله ﷺ يا معشر الشبان من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء ، قال الامام النووي في شرحه اختلف العلماء في المراد بالباءة ها هنا على قولين يرجعان الى معنى واحد أصحهما أن المراد معناها اللغوي وهو الجماع ، فتقديره من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤنة النكاح فيتزوج ، ومن لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنته فعليه بالصوم ليدفع شهوته ويقطع شريته كما يقطع الوجاء ، وعلى هذا القول وقع الخطاب مع الشباب الذين مظنة شهوة النساء ولا ينفكون عنها غالباً ، أهـ .

والقول الثاني : أن المراد ها هنا بالباءة مؤن النكاح سميت باسم ما يلازمها وتقديره من استطاع منكم مؤن النكاح فليتزوج، ومن لم يستطعها فليصم ليدفع شهوته،والذي حمل ←

عبد البر في الصحابة ، وروى الطبراني من حديث ابن موسى قال قال رسول الله ﷺ تزوجوا فإن التزوج خير من عبادة ألف سنة . قلت ذكره صاحب الفردوس .

بهذه الاحاديث أخذت الظاهرية ، حيث قالوا النكاح فرض عين حق ان من قدر على الوطيء والإنفاق يأثم بتركه ،واختلف أصحابهم فقيل فرض كفاية وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وقيل مستحب وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقيل سنة مؤكدة ، وقال بعضهم واجب على الكفاية . وفي المبسوط النكاح مسنون مستحب في قول جمهور العلماء . وفي المحيط سنة مؤكدة . وفي المنافع قوله من قال انه فرض كفاية عند المتأخرين من مشايخنا ، وقيل هو قول الكرخي . وفي البدائع النكاح فرض حالة التوقان وخوف الوقوع في الزنا بلا خلاف . وفي المبسوط لا يسعه تركه حينئذ . وقال النسفي النكاح سنة يعني في حال الإعتدال ، وعند التوقان يجب ، وهو غلبة الشهوة ، وقالوا حالة الجور مكروه ، لأنه لا يظهر المصالح المطلوبة من النكاح في حالة الجور .

---

← القائلين على هذا أنهم قالوا قوله ﷺ ومن لم يستطع فعليه بالصوم، قالوا والعاجز عن الجماع لا يحتاج إلى الصوم لدفع الشهوة فوجب تأويل الباءة على المؤن ، وأجاب الأولون بما قدمناه في القول الأول وهو أن تقديره من لم يستطع الجماع لعجزه عن مؤنته وهو محتاج إلى الجماع فعليه بالصوم .

وأما الوجاء بكسر الواو والمد وهو رض الخصيتين ، والمراد ها هنا أن الصوم يقطع الشهوة ويقطع شر المني كما يقطعه الوجاء . وفي هذا الحديث الامر بالنكاح لمن استطاعه وتاقت اليه نفسه ، وهذا مجمع عليه لكنه عندنا وعند العلماء كافة أمر ندب لا إيجاب ، فلا يلزم التزوج ولا التسري سواء خافت العنت أم لا ، انتهى .

أقول في هذا كون الأمر أمر ندب قرينة ظاهرة ، وهو أنه اختار صيغتي أفعل التفضيل وهما أغض للبصر وأحصن للفرج وهومشعر بأن الغاية المطلوبة من النكاح إحصان الفرج وغض البصر وهما حاصلان من النكاح على وجه الأفضلية والكمال ، لكن أفضلية شيء لا ينافي فضيلة مخالفة ، بخلاف الفرضية فإنها تستلزم حرمته ضده ، أهـ .

فإن قلت روي عن حذيفة رضي الله تعالى عنه قال إذا كان سنة خمس ومائة فلأن يربى أحدكم جرواً كلباً خير له من أن يربي ولد المرء، وروي أيضاً خيركم الذي لا أهل له ولا ولد ، قلت قال ابن حزم وهما موضوعان لأنهما من رواية أبي عاصم ، رواه الجراح العسقلاني لا يحتج به ، وبيان وضعهما انه لو استعمل الناس ما فيهما من ترك النسل لبطل الاسلام والجهاد والدين ، وغلب أهل الكفر ، فيظهر رده بلا شك ، انتهى كلامه .

( قال النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول ) أراد به أن النكاح ينعقد بالعقد الشرعي الذي يوجب حل المرأة بنفسه، وإنما قيد بنفسه احترازاً عن البيع، فإنه يوجب حلها بواسطة ملك الرقبة والعقد والربط ، يقال عقد الحبل إذا ضم أحد طرفيه بالأخرى وهي العقدة ، ومنها عقدة النكاح والانعقاد مطاوعة يصير أحد العاقدين منضماً [1] إلى الآخر حكماً ، ويحصل تركيب شرعي له آثار مخصوصة عند وجود الشرائط ، وأراد بالإيجاب إخراج الممكن من الإمكان إلى الوجود على ما هو المعروف عند المتكلمين لا الإيجاب الذي يعاقب بتركه ، وقولنا زوجت وتزوجت آلة انعقاده ، وقوله ينعقد بالإيجاب إشارة [2] إلى هذا،

---

(١) قوله – منضما إلى الآخر حكماً – أقول وإنما قال حكماً لفقدان الارتباط الحسي، لأنه فرع الإجتماع والألفاظ خروجها بالتدريج ، لأن التلفظ منطبق على حركة اللسان والحركة منها أجزاء غير قارة على ان الاعراض القائمة في محال مختلفة كالايجاب والقبول كيف ترتبط بارتباط حسي أو عقلي ، اهـ .

(٢) قوله – إشارة ... الخ – أقول هذا جواب مقدر ، وهو ان الإيجاب والقبول ركنان النكاح ولا يصح أن يقال ان شيئا مرتبط بأركانه ، لأن الارتباط بين الشيئين فرع التغاير من حيث التحقيق والوجود ، فأجاب ان الباء ليس صلة ينعقد ، بل للسببية . فإن قيل هذا التأويل لا يدفع الاعضال ولا يحل عقدة الاشكال ، لأن الانعقاد يكون بين الشيئين والطرف الآخر ها هنا مفقود ، قلنا المراد منه المعنى اللغوي يعني يهم بسق وحاصله أن يتحقق .

**بلفظين يعبر بهما عن الماضي ، لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعاً فقد جعلت للانشاء شرعاً دفعاً للحاجة .**

---

لأن الباء تدخل على الآلة كما يقال قطعت بالسكين وكتبت بالقلم ، وكذا قولهم البيع ينعقد هكذا ، يعنون به العقد الشرعي الذي يوجب الملك في المحل .

( بلفظين ) قيد باللفظين ليخرج الكتابة ، فإنه لو كتب رجل على شيء لامرأة زوجيني نفسك ، فكتبت المرأة على ذلك الشيء عقيبه زوجت نفسي منك ، لا ينعقد النكاح وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( يعبر بهما ) أي يبين بهما لأن التعبير والعبارة البيان ( عن الماضي ) أي عن صيغة الفعل الماضي بأن تقول المرأة زوجت نفسي منك ، ويقول الرجل قبلت ( لأن الصيغة وإن كانت للاخبار وضعاً ) أي للاخبار في أصل الوضع ، لأن الأخبار إظهار ما كان أو سيكون لا لاثبات ما لم يكن ، لأن قولك أقمت لا يوجب القيام ، وكذلك قولك تزوجت لا يثبت التزوج وضعاً ولغة ( فقد جعلت ) أي الصيغة . ( للانشاء شرعاً ) أي من حيث [1] الشرع ، لأن الانشاء إثبات أمر لم يكن .

( وإنما جعلت إنشاء دفعاً للحاجة ) لأن الحاجة كانت متحققة في الجاهلية ، وكانت لهم انكحة مقدرة ، قال ﷺ ولدت من نكاح ولم أولد من سفاح ، فقدرها الشارع ، وإنما اختير لفظ الماضي للانشاء ، لأنه يقتضي سبق الوجود ، فيكون أدل على الوجود فصار الوجود حقاً له ، والفرق بين الإنشاء والاخبار ان الإنشاء سبب لمدلوله [2] وليس

---

(١) قوله — من حيث الشرع — أقول قال المولوي عبد الغفور قلت التخصيص بالشرع ليس بمحتاج إليه ، لأن نقل بعض الألفاظ الى الإنشاء قد ثبت في اللغة أيضاً ، لنقل نعم على إنشاء الذم ، ونقل ما أحسن زيداً إلى إنشاء التعجب فليكن هذه الألفاظ منقولة إلى الانشاء لغة أيضاً وهي مستعملة في لسان الشرع على وفق اللغة ، انتهى . أقول مجرد الاحتمال بنوع من القياس بلا نقل من أهل اللغة لا يجوز فيها ، وكيف فإن الحاجة كانت متحققة في الجاهلية ، ولم يكن رواج الانعقاد بهذا النمط الشرعي ، اهـ .

(٢) قوله — سبب لمدلولها — أقول لأنه اثبات أمر لم يكن قبل ، فالأمر المثبت بالفتح مدلوله ، وعلة ثبوته ليست إلا هو ، اهـ .

وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي ، وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول زوجني فتقول زوجتك ، لان هذا توكيل بالنكاح .

---

الاخبار سبباً لمدلوله ، ولأن الإنشاء يتبعه مدلوله ، والاخبار يتبع المدلول، ولأن الإنشاء لا يحتمل التصديق والتكذيب ، والاخبار يحتملها .

( وينعقد [1] بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل ) قال الامام حميد الدين ينظر الانعقاد بالماضي والمستقبل مثل أن يقول الرجل إني تزوجت وقالت المرأة زوجت نفسي منك ، قد صح النكاح ، ويكون بلفظ المستقبل تبعاً للماضي ، وما ورد في الكتاب مثل قوله ( مثل أن يقول ) أي الرجل ( زوجني فتقول ) أي المرأة ( زوجتك ) قال حميد الدين ، قيل انه غير صحيح ، لأن قوله – زوجني – توكيل ، فلا يكون معطى العقد ، قال والنظير الواضح ما قلنا ، ويجاب بأن الواحد يتولى طرفي العقد في النكاح دون البيع وهو معنى قوله (لأن هذا) أي قوله زوجني (توكيل بالنكاح) والولي الواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى .

والحاصل ان قوله – زوجتك – بمنزلة الايجاب والقبول ، والتوكيل بمنزلة التحصين ، والواحد يتولى طرفي العقد في النكاح ، لكن قوله – زوجتك – لا يكون بمنزلة شطري العقد ، إلا بقوله زوجني لان به يصير وكيلا ، فصار كأنه شطر العقد استحساناً .والفرق

---

(١) قوله – وينعقد بلفظين – ونعم ما قال المولوي الهداد . قلت الباء للسببية لا صلة الانعقاد يدل عليه إعادة قوله ينعقد ، ولو كان صلة كما في قوله أولاً وينعقد بالايجاب الخ لما أعاده فلا يرد أن الانعقاد فيما إذا كان قال زوجني فيقول زوجتك بلفظ الماضي القائم مقام الايجاب والقبول لا بقوله زوجني لأنه توكيل وليس بايجاب ، وذلك لأن الانعقاد فيما إذا قال ها هنا ، وإن كان بلفظ الماضي وسنتنا النكاح فلا شك ان زوجني لولاه بما انعقد انتهى ، وقريب منه ما قال الشارح العلامة لكن قوله زوجتك لا يكون بمنزلة .. الخ لكنه جعل قوله زوجني شطر العقد حكما بالاستحسان فلا حاجه إلى التأويل المذكور عنده ، اه .

بين النكاح والبيع ان الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل، والوكيل بالنكاح ليس كذلك، لأنه لا يطالب بتسليم المهر ولا غيره ، وفي شـــرح الاسبيجابي قدرة الزوج على الرد يفضي إلى الاضرار بهـــا والحاق العار والشنار [1] بقبيلتها ، لأنهم إذا أوجبوا العقد عند قولـــه – زوجني – بأن قال الولي زوجتك مثلا لو لم يتم العقد بهذا جاز للزوج أن يرجع ويلحق بالولي عار وشنار ، وهذا لا يجوز ، لأنه يقال زوجها ابنه فلم يقبله بخلاف البيع حيث لا عار في رده، وكذا لو قال الزوج جئتك لتزوجني ابنتك، فقال ابنة لاب قد زوجتك صح النكاح ولزم ، وكذا لو قال لامرأة أتزوجك على ألف درهم ، فقالت قد تزوجتك على ذلك صح ، لان النكاح لا يحصره اليوم . وفي خزانة الاكمل أتزوجك بكذا ، أو أخطبك على كذا، فقالت قد زوجتك نفسي صح ، وهو استحسان ، بخلاف البيع والخلع، ذكره السرخسي. وفي المرغيناني ينعقد بقوله زوجتك ويقول الآخر قبلت ، أو قـــال أتزوجك فقالت قـــد قبلت ، ولو قال خطبتك بألف فقالت زوجت نفسي منك كان نكاحاً . وفي الخبر المروي عن أبي حنيفة قال زوجني ابنتك ، فقالت قد تزوجتك صح ، قال قد زوجتك بنتي بألف ، فقال قبلت ، وسكت عن المهر صح ، وإن قال قبلت ولا أقبل المهر لا يصح ، لانه رد ، وعن أبي حفص الكبير يصح ، لان المال في النكاح تبع . وقـــال المرغيناني قـــال زوجني ابنتك فقال ارفعها وانصبها حيث شئت بحضرة الشهود لا ينعقد . وقال الامـــام محمد بن الفضل ينعقد قال زوجت ابنتي ولم يزد على هذا أبو الصغير فقبلت يقع للاب ، إلا أن يقول قبلت لابني وهذا يدل على ان من قال بعت هذا فقال الآخر قبلت أو اشتريت صح، وان لم يقل ان منك اذا كان منها مقدمات البيع قالت تزوجتك على كذا ان أجـــاز أبي أو رضي فقال قبلت لا يصح ، ولو كان أبوها حاضر يسمع فقال أجزت أو رضيت جاز، ولو قالت زوجت نفسي منك فقال قبلت جاز .

---

(١) في الاصل الشار والصحيح ما أثبتناه . اهـ مصححه .

وفي الذخيرة صرت امرأة لي فقالت نعم أو صرت اختار (١) المشايخ انـــه ينعقد ، وفي جوامع الفقه لو قال (٢) هذه زوجتي بحضرة الشهود لا يصح على المختار قضاء ويصح بينه وبين الله ، ولو قال تزوجتك ان رضيت أو رضي فلان وهو في المجلس فقالت رضيت أو قال رضيت جاز . وفي القنية قام أحد الزوجين قبل القبول بطل ، وفي بطلان البيع روايتان ، وفي البدائع والقول في القبـول ليس بشرط عندنا خلافاً للشافعي . له بنت واحدة وقال زوجتك بنتي صح ، وان كان له بنتان لم يصح تزوج حاضرة منقبته لم يعرفها الشهود ولم يذكروا اسمها ونسبها يجوز الا عند البصر.له بنت واحدةاسمها فاطمة رضي الله تعالى عنها فقال زوجتك بنتي عائشة لم يصح الا أن يقول عائشة هذه ، لان الاسم لغو في المشار اليها .

تزوج وامرأة في بيت فقبلت وليس معها غيرها فسمعوا كلامها صح ، وان كان معها غيرها لم يصح الا اذا عرفوا كلامهـا سميت في الصغر وفي الكبر باسم زوجت بالاشرف . قالت زوجت نفسي بعد انقضاء عدتي(٣) لا يصح وكما لا يصح(٤) تعليق بالنكاح بالشرط لا يجوز اضافته إلى وقت مستقبل .

---

(١) قوله – اختار المشايخ – أقول لان الامام في قوله لي اما الانتفاع والانتفاع عنها من حيث انها امرأة لا يمكن الا بعد الاستمتاع عن ملك المتعة ، وأما للاختصاص فيكون معنى كلامه صرت امرأة لي أي صرت امرأة مختصة لي ، وهذا يدل على اختصاص تمكن الزوج على ملك المتعة والتمليك وهو تمليك ملك المتعة ، اه .

(٢) قولـه – لـو قال هذا .. الخ لانـــه جملة اسمية لا تـدل على أحـــداث التزوج والمناكحة . اه

(٣) قوله – لا يصح – أقول لانه ليس بانشاء للنكاح ، بل عدة له ، اه .

(٤) قوله – وكما لا يصح تعليق .. الخ – أقول المراد منه أن يقول مثلا ان دخلت الدار فزوجتك ، فانه ليس بايجاب للنكاح بل للتنزوج بعد وجود الشرط ، وليس المراد منه تعليق الشرط أي شرط كان وكيف فإنه ﷺ قال أحق ما وفيتم من الشروط ان ←

له بنتان أيم (١) وذات زوج ، فقال زوجتك بنتي ولم يسمها صح . زوجت نفسها منه فلم يقبل شيئاً بل دفع إليه المهر في المجلس فهو قبول . قال برهان الدين السمرقندي وبرهان الدين صاحب المحيط ، وقال القاضي بديع الدين لا ينعقد (٢) . قال لامرأة السلام (٣)

---

← لو وفوا به ما استحللتم به الفروج ، رواه البخاري في إرشاد الساري في شرح البخاري ، ثم ان الشروط ان لم يتعلق به غرض كشرط ان ينفق عليها أو يقيم بها لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق ، وإن لم يوافق مقتضى النكاح فإن لم يخل بمقصود العقد كشرط أن ينفق أو لا ينفق أو لا يتزوج عليها أو لا يسافر بها أو لا يقسم أو يسكنها مع ضرتها صح النكاح لعدم الإخلال بمقصوده ولأنه لا يتأثر بفساد العوض فبفساد الشروط أولى ، لكن لها مهر المثل لا المسمى بفساد الشروط لأنه ان كان لها فلم ترض بالمسمى وحده وإن كان عليها فلم يرض الزوج ينزل المسمى إلا عند سلامة ما شرط ، فإذا فسد الشرط وليس له قيمة يرجع إليها وجب الرجوع إلى مهر المثل ، وإن أخل به كشرط أن يطلقها ولو بعد الوطء أو أن له الخيار في النكاح . قال الحناطي ولو شرط انها لا ترثه أو انه لا يرثها أو انهما لا يتوارثان أو على ان النفقة على غير الزوج بطل للاخلال المذكور . وفي قول يصح ويبطل الشرط ، قال البلقيني وغيره وهذا هو الأصح . ووجهه أن الشرط المذكور لا يخل بمقصود العقد ولو شرط الزوج أن لا يطأها فلا يبطل ، وقال أحمد يجب الايفاء بالشرط ، انتهى .

(١) قوله — أيم وذات ... الخ — أقول الأيم من لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ، اهـ .

(٢) قوله — لا ينعقد — أقول لأن المهر في النكاح ليس كالثمن في البيع لأنه منعقد مع تسمية المهر وعدمها بخلاف البيع ، فدفع المهر ليس قرينة على القبول بل يجوز أن يدفع اليه قبل القبول لطمأنينة المرأة ، اهـ .

(٣) قوله — السلام عليك ... الخ — أقول لأن المقصود في النداء إقبال المنادي فقط فهو لا يتضمن الايجاب والقبول ، اهـ .

عليك يا زوجتي فقالت السلام عليك يا زوجي ، لا ينعقد . ذكر على السعدي ويصح نكاح الهازل واللاعب وبه قال ابن حنبل وهو المشهور من مذهب مالك ذكره في الذخيرة ،قال عليه السلام ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة ، رواه الترمذي وهو حجة على الشافعي في النكاح .

قلت رواه أبو داود أيضاً وفيه أن طلاق الهازل ونكاحه ورجعته مؤاخذ به ، ولا يلتفت إلى قوله كنت هازلاً ولا يدين أيضاً فيما بينه وبين الله عز وجل . وقد ذهب بعض المالكية إلى ان نكاح الهازل غير صحيح ، فقال علي بن زياد منهم لا يجوز نكاح هزل ولا لعب ، ويفسخ قبل البناء وبعده ، وعن ابن القاسم تجزه ، وقال أبو بكر بن اللباد منهم انه صحيح لازم . قال شيخنا زين الدين وهو قول عامة العلماء ، وروي ذلك عن علي بن مسعود وعطاء وهو قول أبي جعفر والشافعي رضي الله تعالى عنهم .

( وينعقد ) أي النكاح ( بلفظ النكاح ) بأن يقول انكحني ، فيقول نكحتك ،وفي بعض النسخ بلفظ الانكاح بأن يقول انكحني ابنتك فيقول انكحتك ( والتزويج ) أي وبلفظ التزويج عن تزوجني فيقول تزوجتك ( والهبة ) أي وبلفظ [1] الهبة بأن يقول

---

(١) قوله – وبلفظ الهبه – أقول فإن قيل كيف ينعقد النكاح بلفظ الهبة وهو من ألفاظ الطلاق كما إذا قال الزوج لامرأة وهبت نفسك منك فلا يكون موجباً لضده ، قلنا هو منقوض بما إذا قال الزوج لامرأته قد تزوجي إذا نوى به الطلاق تطلق وهو من الفاظ النكاح والحل ان الهبة إنما تكون من ألفاظ الطلاق إذا صدرت من الزوج فيما إذا صدرت على المرأة فلا نسلم انه من ألفاظ الطلاق ولك أن تقول ان الكلام فيما إذا كان الموهوب مغاير للموهوب له بالحقيقة وفيما ذكر من المثال ليس كذلك ، وفيه لو اعترض بقول الزوج لامرأته وهبتك لأهلك لا يتم هذا الجواب عند الشافعي رحمه الله لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج وانعقاده بلفظ الهبة مختص بالنبي عليه السلام لقوله تعالى ﴿ خالصة لك ﴾ ولنا أن قوله تعالى ﴿ان وهبت نفسها ﴾ مجاز عن التزوج ، والمجاز لايختص بحضرة ←

والتمليك والصدقة .

---

هي لي نفسك ، فتقول وهبت ، أو يقول لأبيها هب لي ابنتك ، فيقول وهبت (والتمليك) أي وبلفظ التملك بأن يقول ملكني بنتك ، فيقول ملكت ( والصدقة ) أي وبلفظ الصدقة بأن يقول تصدقي لي بنفسك ، فتقول تصدقت ، وبهذا كله قال مجاهد والثوري والحسن بن صالح ومالك وأبو ثور وأبو عبيد وداود . وفي المبسوط والمحيط الألفاظ التي ينعقد بها النكاح نوعان صريح وكناية ، فالصريح لفظ النكاح والتزويج عرفاً وشرعاً وكناية ثلاثة أنواع ما ينعقد به ، وما لا ينعقد به وما اختلف فيه .

أما الأول فالتمليك والهبة والصدقة وغيرها .

والثاني : وهو ما لا ينعقد به الاحلال والاباحة والتمتع والخلع والاقالة والاجازة وبالرأي والرضى والشركة والاعارة والكتابة والولاء والايداع .

والثالث : ما اختلفوا فيه البيع والشراء ولو قالت بعتك نفسي أو قال الأب بعتك ابنتي بكذا ، أو قال الرجل اشتريتك بكذا ، فأجابت بنعم ، فقد اختلف فيه المشايخ ، وكان أبو القاسم البلخي يقول بجوازه ، واليه أشار محمد في كتاب الحدود ، وقال إذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها واشتريتها فسوى بينهما ، وقال يسقط عند الحد فيهما فجعله دعوى النكاح ، وهو رواية عن أبي جعفر وهو الصحيح ، ذكره في الذخيرة وغيره ، وقال أبو بكر الأعمش لا ينعقد بلفظ البيع ، وفي جوامع الفقه وينعقد النكاح بكل لفظ شرع لتمليك العين بغير نية إذا ذكر معه المهر كالبيع والهبة والصدقة ، وإن لم يذكر المهر ينعقد بالنية . وفي البدائع والتحفة ينعقد عند الكرخي بلفظ الاجارة والاعارة ، وعند

---

← الرسالة ، لأن المعتبر في المجاز وجود العلاقة ولا يشترط السماع لأفراد المجازات سواء وجدت العلاقة بحسب اللغة أو بحسب الشرع فصحة العلاقة مصححة للمجاز والعلاقة موجودة فيما نحن فيه لأن الهبة موضوعة بملك الرقبة والنكاح بملك المتعة وملك الرقبة سبب لملك المتعة ، فأطلق اللفظ الذي وضع لملك الرقبة ، وأريد به ملك المتعة ، اهـ .

عامة الأصحاب لا ينعقد بها ، وفي القرض قيل لا [١] ينعقد ، وقيل ينعقد به لأنه يفيد ملك الرقبة للمستقرض . وفي المرغيناني ينعقد على قياس قول أبي جعفر ومحمد ، لأنه يفيد الملك عندهما بالقرض ، وبلفظ السلم قيل لا ينعقد وقيل ينعقد به ، لأنه يفيد ملك الرقبة وينعقد السلم [٢] في الحيوان حتى لو قبضه ملكه ملكاً فاسداً .

واختلفوا [٣] في الصرف ، قيل لا ينعقد بـه وقيل ينعقد ولا ينعقد بالوصية . وعن الطحاوي ينعقد وفي الرهن اختلاف المشايخ. وقال الجرجاني لا ينعقد بالإقالة لأنها موضوعة للفسخ ، وكذا الصلح لكونه لإسقاط الحق لا لابتداء العقد . وقال السرخسي [٤] ينعقد بلفظ الصلح والعطية ، وروى بشر عن أبي يوسف انه ينعقد بلفظ الرد ، صورته طلق امرأة بائناً فقالت رددت نفسي عليك بكذا كان نكاحاً إذا قبل ، وفي الذخيرة قال أتزوجك امتعة لا ينعقد . وفي الهارونيات عنه ينعقد ويلغو لفظ المتعة ، وفي المنتقى أتزوجك أمتعة فهو باطل ، وفي المرغيناني أتمتع بك مدة كذا لا ينعقد إلا إذا كانا لا يعيشان الى تلك المدة غالباً كألفي سنة وثلاثمائة سنة لأنه مؤبد حكماً ، وقال المرغيناني النكاح لا ينعقد بالجعل ، قال في الذخيرة هذا ليس بصحيح ، وفي نوادر ابن رستم عـــن أبي يوسف إذا قالت امرأة

---

(١) قوله – قيل لا ينعقد – أقول لأن الاستقراض غير جائز في الحيوانات فلا يصير سبباً لحكم النكاح ، وفيه بحث وهو انه مجاز في النكاح ولا يشترط صحة المعنى الحقيقي في المجاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ، كما بين في الاصول كذا في بعض شروح الوقاية .

(٢) قوله – وينعقد السلم – أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو ان السلم لا يصح في الحيوانات ، فكيف ينعقد النكاح به ، فأجاب انه ينعقد ولو كان القبض فيه ملكاً فاسداً ، وليت شعري لا حاجة الى هذا التكلف ، لأن صحة امكان الحقيقه عند أبي حنيفة رحمه الله ليس بضروري .

(٣) قوله – واختلفوا في الصرف – أقول فيه سؤال وجواب مثل مـــا تقدم في الاستقراض فتأمل ، اهـ .

(٤) هكذا رسمت في الأصل .

وقال الشافعي « رح » لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازاً عنه لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك أصلاً . ولنا أن التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة

---

**لرجل جعلت نفسي لك بألف بحضرة الشهود فقال قبلت يكون نكاحاً ، ولو عقداه بلفظ يفهمان بكونه نكاحاً ولا يعلمان به اختلف المشايخ فيه .**

( وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج ) وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والزهري ( لأن التمليك ليس حقيقة فيه ) أي في النكاح أو في التزويج (١) ، لأنه لو كان حقيقة فيهما يلزم الترادف وهو خلاف الأصل ( ولا مجازاً عنه ) أي عن النكاح أو التزويج ، لأن المجاز يقتضي المشاكلة في المعاني ولم يوجد ( لأن التزويج للتلفيق ) يقال لفقت الثوبين ولفقت أحدهم بالآخر اذا لازمت بينهما بالخياطة ، ويقال أحاديث ملفقة أي ضم بعضها الى بعض ( والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك **والمملوك**: أصلا ) ولهذا لو اشترى منكوحة يفسد النكاح ، ولو كان بينهما **ملاءمة لما فسد .**

( ولنا ان التمليك لملك المتعة ) يعني تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صارت فعل المتعة لافضائه اليه ، وملك المتعة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز ، وقيد بقوله ( في محلها ) أي في محل المتعة احترازاً عن تمليك الغلمان والبهائم والأخت من الرضاعة والأمة المجوسية فإنها ليست محلاً لملك المتعة (بواسطة ملك الرقبة ) يتعلق بقوله

---

(١) قوله — لأنه . الخ — هذا جواب سؤال مقدر وهو انه من أين علمتم ان التمليك لم يوضع التزويج بل يجوز أن يوضع له كما يوضع للمعنى المشهور ، لأن عدم العلم بالشيء لا يستلزم عدمه فأجاب بان الترادف خلاف الأصل فلا يذهب اليه الاحتمال بغير ثبوته من الدليل القوي .

وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز ،

التمليك سبب لملك المتعة (وهو الثابت) أي ملك الرقبة وهو الثابت (بالنكاح) فكان بينهما اتصال باعتبار السبب ( والسببية طريق المجاز ) وان لم يكن اتصالاً من جهة المعنى [1] فصحت الاستعارة فيكون من باب اطلاق السبب على المسبب ، قال الأكمل واعترض بأن ملك الرقبة اذا ورد [2] على ملك النكاح أفسده ، فكيف يثبت النكاح به وأجيب بأن إفساد النكاح ليس [3] من حيث تحريم الوطىء لا محالة ، بل من حيث ضرب مالكية لها في موجب النكاح من طلب القسم وتقرير النفقة والسكنى والمنع من العزل ، وحينئذ لا منافاة بين ما يثبته وينفيه فجازت الاستعارة .

---

(١) قوله – المعنى .. الخ – أقول فإن قيل ان النكاح موضوع لملك المتعة ، فإذا لم يكن الايجاب والقبول من لفظ النكاح والتزويج لم ينعقد ، لأنها ليس بموضوعان لملك المتعة على هذا التقدير والتقرير على نهج القانون المنطقي على هذا بطريق أن النكاح مجموع الايجاب والقبول لأنها تمام حقيقته فيتحقق من تحققها وإلا يستلزم المجهولية الذاتية ، ومجموعها إذا لم يكن بلفظ النكاح والتزويج لم يكن موضوعاً لملك المتعة لعدم دلالة اللفظ الذي يكون غير لفظ النكاح والتزويج على ملك المتعة من حيث الوضع فينتج ان النكاح ليس بموضوع لملك المتعة ، قلنا ان النكاح عقد شرعي ولفظ الايجاب والقبول دال عليه كما ان الايجاب والقبول معنى شرعي والدلالة عليها يكون معناهما من لفظين ، وبهذا قال الشارح في صدر الكتاب يعبر بهما عن الماضي ، اهـ .

(٢) قوله – إذا ورد ... الخ – أقول ألا ترى ان الزوج لو اشترى منكوحة فسد النكاح ، ولو كان التمليك والازدواج ملازمة لما فسد بل تأكد ، اهـ .

(٣) قوله – ليس من حيث ... الخ – أقول فلا منافاة بين موجباتها من حيث ملك المتعة التي هو الوطىء وقد كان مدار الاستعارة على صحتها ، اهـ .

وينعقد بلفظ البيع لوجود طريق المجاز . ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لأنه

---

( وينعقد ) أي النكاح ( بلفظ البيع ) بأن قالت [1] المرأة بعتك نفسي أو قال الأب بعت بنتي منك ، وكـــذا بلفظ الشراء قال اشتريتك بكذا فأجابت بنعم هو الصحيح يعني انعقاد النكاح بلفظ البيع هو الصحيح ، واحترز به عن قول أبي بكر الاعمش ، فـإنه قال لا ينعقد بلفظ البيع ، وقد ذكرناه عن قريب ( لوجود طريق المجاز ) لان الملك بسبب ملك المتعة في محل فيجوز استعارته .

( ولا ينعقد بلفظ الاجارة ) بأن يقول [2] امرأة أجرت نفسي منك بكذا ، أو يقول الاب أجرت ابنتي بكذا ونوى به النكاح ، واعلم ان الشهود الذين حضروا ذلك فـإنه لا يجوز ( في الصحيح ) احترازاً عن قول الكرخي ، فإنه قال ينعقد [3] بها ( لانه ) أي

---

(١) قوله بان قالت .. الخ – وها هنا كلام وهـــو ان إمكان المعنى الحقيقي شرط عندهما وبيع الحر لا يصح بحال فينبغي أن لا ينعقد بلفظ البيع عندهما أيضاً كما لا ينعقد عند الشافعي رحمه الله إلا أن يقال الحرة المرتدة يجوز سبيها فيصح بيعها فكان الحر ممـا يصح بيعه بهذا الاعتبار هكذا قال الجلبي وفيه نظر لان الصحة بالنظر الحرة المرتدة لا يستلزم الصحة بالنظر إلى الحر وإلا فقابلية النوع أو الجنس يكفي في تقابل العدم والملكية فيستقيم صحة المعنى الحقيقي ، اه .

(٢) قوله – بأن يقول ... – الخ – أقول وأما إذا جعلت الحرة أجرة في الإجارة بأن قال إنسان لآخر استأجرت دارك منك بابنتي وقبل الآخر ، ينعقد النكاح ، كـذا في التبيين .

(٣) قوله – ينعقد بها – أقول لأن المستوفى بالنكاح منتفعة في الحقيقة وإن جعل في حكم العين ، وقد سمى الله تعالى العوض الأجر في قوله تعالى ﴿ فآتوهن أجورهن ﴾ وذلك دليل على أنه بمنزلة إجارة ، لأنها وضعت لتمليك المنفعة ، والأصح أنه لا ينعقد ، لأن الإجارة ليست بسبب لتمليك المنفعة بل هي موجبة لملـــك المنفعة وبـه لا يستفاد ملك المنفعة .

ليس بسبب لملك المتعـــة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لأنها توجب الملك مضافاً الى ما بعد الموت .

قال ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين

---

لان لفظ الاجارة (ليس سبباً لملك المتعة) لان الأجارة لآتنعقد إلا مؤقتة والنكاح لا ينعقد إلا مؤبداً ، وبينهما تغاير على سبيل المنافاة ، فأنى تصح الاستعارة.

( ولا بلفظ الاباحة ) أي ولا ينعقد النكاح أيضاً بلفظ الاباحة ( والاحلال والاعارة لما قلنا ) انه ليس سبباً للملك ، أما الاباحة والاحلال ، فإن من أحل أو أباح طعاماً لغيره لا يملكه ، وإنما يتلفه على ملك المبيح . وأمــا الاعارة انها تمليك المنفعة بغير عوض ، فلا توجب ملكاً يستفاد به ملك المتعة ( ولا بلفظ الوصية )أي ولا ينعقد أيضاً بلفظ الوصية بأن يقول الاب أوصيت لك بابنتي ( لانها ) أي لان الوصية ( توجب الملك مضافــاً إلى ما بعد الموت ) فلا مناسبة بينهما ، فلا تصح الاستعارة . وعن الكرخي لو قال أوصيت لك بابنتي الآن ، فإنه [1] ينعقد أو قال أوصيت لك بضع جاريتي في الحال بكذا لو قبل الآخر ينعقد النكاح . واعلم ان الاعتبار لهذه لالفاظ ينعقد بشبهة فيسقط به الحـــد ، ويجب به أقل من المسمى ومن مهر المثل عند الدخول ، كذا في المبسوط .

( قال ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين ) الشهادة في النكاح شرط عندنا، وهو مذهب سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن البصري وابراهيم النخعي وسفيان الثوري والاوزاعي وقتادة والشافعي وأحمد ، حكاه ابن المنذر في الاشراق ، وقال عبد الرحمن بن مهدي وفريد بن هارون وعبد الله بن الحسن وأبو ثور يجوز من غير شهادة وزوج ابن غير شهود ، وكذا فعل الحسن بن علي وابن الزيد رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال ابن

---

(١) قوله – فإنه ينعقد – أقول لأن المانع في صحة النكاح لم يكن في الوصية الإضافة ملكها إلى مـــا بعد الموت ، لكن احتمال الإضافة إليه مرفوع عن قوله الآن فينعقد بلا مانع .

حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف . قال « رض » اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقولة عليـــه السلام لا نكاح بلا شهود ،

---

أبي ليلى وعثمان العتبي ذكره السرخسي ،وقالت طائفة يجوز بغير شهود إذا أعلنوه[1] وهو قول الزهري ومالك وأهل المدينة ، ثم انه قيد شهادة الشاهدين بتوصيفهما بقوله ( حرين عاقلين بـــالغين مسلمين رجلين أو رجل وامرأتين سواء كانوا عدولاً أو غير عـدول أو محدودين ) أي وكان الشاهدان محدودين ( في القذف ) ثم يذكر مـــا في هذه الاوصاف للشهود بمافيه الخلاف والتعليل .

( قال ) أي المصنف ( رحمه الله تعالى اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقولـه عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا نكاح إلا بشهود ) هذا غريب بهذا اللفظ ، وينبغي أن يستدل بما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ،وما كان من النكاح على غير ذلك فهو باطل ، فإن[2] تشاجر فالسلطان ولي من لا ولي له قال ولا يصح في في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر ، قال الاكمل واعترض بأنه خبر واحد، فلايجوز تخصيص قوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ ٣ النساء ، وغيره من الآيات وأجاب الامام فخر الاسلام بأن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة على كتاب

---

(١) قوله – إذا أعلنوه – أقـول لان المقصود من حضور الشاهدين الاعلان والتشهير وهو حاصل في هذا التقدير .

(٢) قوله – فإن تشاجر أقول التشاجر الخصومة والنزاع من شجر الأمر اذا اختلط، واشتجر القوم وتشاجر اذا تنازعوا واختلفوا .

وهو حجـــة على مالك « رح » في اشتراط الاعلان دون الشهادة .
ولا بد من اعتبار الحرية فيهما ، لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ،

---

الله . قلت هذا فيه [1] نظر لا يخفى ( وهو ) أي الحديث المشهور ( حجة على مـالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ) هذا الحديث لم يثبت بهذا اللفظ ، فكيف يكون حجة على مالك . نعم حديث عائشة المذكور حجة عليه .

واحتج مالك بما رواه الترمذي ، حدثنا أحمد بن منيع عن يزيد بن هارون عن عيسى ابن ميمون عن القاسم عن عائشة عن النبي ﷺ قال أعلنوا النكاح ،واضربوا عليه بالغربال وقال حسن غـريب ، وعيسى بن ميمون في الحديث ، وان سلمنـا صحة هـذا الحديث فنقول [2] الاعلان يحصل بحضور الشاهدين ، ولو شرط كتمان العقد مع حضور شاهدين صح العقد عندنا ، وبـه قال الشافعي والخطابي وابن المنذر والظـاهرية . وقـال مالك يفرق بينهما .

( ولا بد من اعتبار الحرية فيهما ) أي في الشاهدين ( لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية) والشهادة من باب الولاية ، واعترض [3] بأن الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شرعاً

---

(١) قوله ــ فيه نظر ــ أقول وهو ان اختلاف الأئمة فيه مروية ، فكيف يصح أنه حديث تلقته الأمة بالقبول ، والأولى في الجواب أن يقال ان النص عام قد خص منـــه المحرمات ، فيجوز التخصيص بخبر الواحد .

(٢) قوله ــ فنقول الإعلان ... الخ ــ أقول الحديث المذكور يحمل على الإشهـاد ، وإلا يلزم التعارض بين الأدلة ، فالتوفيق أولى ، اهـ.

(٣) قوله ــ واعترض ــ أقول وقريب منه ما قال مولانا حسام الدين في شرح الوقاية، لقائل أن يقول المقصود من الشهود إما التشهير فقط أو الاثبات عنـد الإحتياج أو كلاهما معاً ، والأول يوجب أن لا يشترط الحرمة والذكورة والتكليف والإسلام ، والثاني والثالث يوجبان عدم الإنعقاد بشهادة المحدودين ، فالأظهر قول الشافعي « رح » . ويمكن أن يجاب عنه بأن المقصود منهم تعظيم أمر النكاح وهو لا يتأتى فيمن لا أهلية له أصلاً كالعبيد ←

ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في أنكحة المسلمين ، لأن لا شهادة للكافر على المسلم .

---

لو أبي ، وذلك إنما يحتاج عند الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد ، فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف ينعقد بشهادة العبدين إذ الولاية لا مدخل لها في هذا الحال . وأجيب بأن الأداء يحتاج إلى ولاية متعدية وليست بمراد هنا ، وإنما المراد بها الولاية القاصرة تعظيماً لخطر أمر النكاح ، كاشتراط [1] أصل الشهادة .

( ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأنه لا ولاية بدونهما ) أي بدون العقل والبلوغ ، ولا خلاف في اشتراطهما في الشهادة ، وإنما الخلاف في وصف الذكورة والعدالة على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

( ولا بد من اعتبار الاسلام في أنكحة المسلمين ، لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ) يعني انه [2] من باب الولاية ، ولا ولايـة للكافر على المسلم ، وفيه النظر الذي مر انـه

---

← والصبيان ولا فيمن له أهلية قاصرة ، لكن تحقق عيب ونقصان فيهم كالكفار وجماعة النساء فلا يقبل شهادة طوائف الأربع والفاسق والمحدود في قذف فإنما يقبل شهادتها في الإنعقاد ، لأن الولاية القاصرة كالقدرة على تزويج نفسه وعبده وأمته كافية فلا يتوقف على الولاية المتعدية الواجبة لأداء الشهادة في إثبات الحقوق ، فهي موجودة فيهما مع وجود التعظيم ، لان أعظم الاشخاص السلاطين وأكثرهم بعـد الاربعة الراشـدين الفساق فلا ريبة في حصول التعظيم بحضورهم فيعتبر شهادتهم كما فهم من تقرير الاكمل ، هكذا نقل العلامة الجلبي ، اهـ .

(١) قوله كاشتراط — أقول وإلا فالشهادة ليست شرطاً يتوقف عليه وجود النكاح ، لان الشرط يتقدم على المشروط تقدماً ذاتياً ، والشهادة لا يتصور تقدمهـا على النكاح فتأمل ، فإنه دقيق ، اهـ.

(٢) قوله — انه من ... الخ — أقول قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ فالله تعالى نفى الولاية عنهم للمسلمين والشهادة من باب الولاية .

ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين ، وفيه خلاف الشافعي « رح » وستعرف في الشهادات إن شاء الله . ولا تشترط العدالة حتى ينعقـــد بحضرة الفاسقين عندنا ، خلافاً للشافعي « رح »

---

ليس المراد به الأداء حتى تكون الولاية شرطاً . والجواب إنا قد ذكرنا ان الشهادة وظيفة ، إنما كانت تعظيما ، ولا تعظيم لشيء بسبب حضور الكفار .

( ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضرة رجل وامـرأتين ) وقـال الشافعي وداود وأصحابه واختاره ابن حزم وجوزه بشهادة أربع من النساء (وفيه خلاف الشافعي) فإن عنده لا يجوز فيه شهادة النساء لدلالة قوله ﷺ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، فإن لفظ شاهدين يقع على ذكرين أو على ذكر وأنثى ، والثاني غير مراد بالاجماع فيتعين الأول ، قلنا شهادة النساء حجة أصلية بـالنص [1] لكن فيه نوع شبهة بـاعتبار صورة البدلية والنكاح [2] إنما يثبت بالشبهة ( وستعرف ) أي خلاف الشافعي رحمه الله تعـالى ( في الشهادات إن شاء الله تعالى ) فإنه وعد خلاف الشافعي في كتاب الشهادة ، وسيجيء إن شاء الله عز وجل .

( ولا تشترط العدالـــة ) أي في شهود النكاح ( حتى ينعقد ) أي النكاح ( بحضرة الفاسقين عندنا خلافاً للشافعي ) فإنه يقول لا ينعقد بحضرة الفاسقين ، وبـه قال أحمد ، وقال إمام الحرمين في النهاية لا ينعقد بحضور الفاسقين ، لأن الشهادة فيه مقبولة معنى ، وهـــو صون العقد عن الجحود ، لأن العقد لا يثبت بشهادتها ، انتهى . هذا باطل فالمستورين ، فإنه لا يثبت بشهادتها عند الحجة ، ويصح العقد بحضورهما وبابني الزوجين أو ابني أحدهما على الأصح ولا يثبت بهما .

---

(١) قوله – بالنص – أقول وهو قوله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتين ﴾ ، اه.
(٢) قوله – إنما يثبت ... الخ – وبهذا يثبت بالاكراه والهزل .

له أن الشهادة من باب الكرامة ، والفاسق من أهل الإهانة . ولنا انه من أهل الولاية ، فيكون من أهل الشهادة ، وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره ، لأنه من جنسه ، ولأنه صلح مقلد

---

( له ) أي للشافعي ( ان الشهادة من باب الكرامة ) لقوله ﷺ أكرموا الشهود ، فإن الله يحيي بهم الحقوق ( والفاسق من أهل الإهانة ) لقوله ﷺ إذا لقيت الفاسق فألقه بوجه مكفهر ، ولأن كلامه محتمل الصدق والكذب ، ولا يترجح صدقه لعدم عدالته ، إذ العدالة هو المرجح على ما عرف ، فإذا فات المرجح بقي محتملا فلا يصح حجة .

( ولنا أنه ) أي الفاسق ( من أهل الولاية ) لاسلامه في نفسه ( فيكون من أهل الشهادة ( وهذا ) إشارة إلى جواب عما يقال الولاية على نفسه ولاية قاصرة ، الشهادة ) لأنه إذا كان من أهل الولاية على نفسه يكون من أهل الولاية على غيره وهي فلا نسلم ان من كان من أهل الولاية على نفسه كان من أهل الشهادة ، لأنها متعدية إلى غيره ، وتقرير الجواب ان يقال هذا الذي قلنا ان الفاسق من أهل الشهادة ، لأنه من أهل الولاية ( لأنه ) أي لأن الفاسق ( لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه )أي لكونه مسلماً ( لا يحرم ) أي ( الولاية على غيره ، لأنه ) أي لان كونه أهلا للولاية على غيره ( من جنسه ) ، أي من جنس كونه أهلا للولاية على نفسه . وقيل الضمير في لانه للمشهود .

(ولأنه) أي ولان الفاسق وهو الشاهد (صلح مقلداً) بكسر اللام ، أي سلطاناً وخليفة ، فإن جمهور الائمة بعد الخلفاء الاربعة لم يخلوا من فسق ، أي المشهود عليه من جنس الفاسق من حيث[1]

---

(١) قوله – من حيث أن ... الخ – أقول فإن قيل الاشتراك في الاسلام لا يستلزم الاشتراك في الاحكام الخاصة المتفرعة على المناشي المختلفة ، وأما الاستدلال بجمهور الائمة بعد الخلفاء فنقول في جوابه أن الخروج عن الامامة بالفسق ولو كان يفضي الى فساد عظيم لكنه ليس بستلزم لصحة ولاية الفساق على العموم ، لان المسألة لا تترك إلا فيما يقع معارضة عن المصلحة ، والأمر فيما نحن فيه خلاف ذلك قلت الأمر بينهما سواء ، وإلا يلزم التضييق والحرج في معاملة المناكحة والازدواج ، لأنه يقع الانتظار فيه إلى تفتيش عدالة الشاهدين ، وفيه عم البلوى وكيف بحال أهل التوقان ، فإن التوقف في حقهم ولو كان بزمان قليل لا يخلو عن مخافة وقوع المعصية .

ان كل واحـــد منها مسلم ، لانه أي لان الولايـــة على تأويل الحكم المذكور ونحوه فالقول بالخروج عن الإمامة بالفسق يفضي إلى فساد عظيم . فإذا كان كذلك ( فيصلح مقلداً ) بفتح اللام ، أى قاضياً أو حاكماً ( وكذا شاهداً ) أي فكذا شاهداً ، لان الشهادة والقضاء من باب واحد . قال الاكمل في عبارته تسامح ، لانه يهم منه أن يكون أهلية الشهادة مرتبة على أهلية القضاء ، وقد ذكر في كتاب أدب القاضي أن أهليةالقضاء مستفادة من أهلية الشهادة . ولو قال [١] بالواو كان أحسن لا يقال يجوز أن يكونمرتباً علىمقلد بكسر اللام ،لان أهلية السلطنةليستمستفادةمنأهليةالشهادة ، لانعليه كذلك .

والجواب أن كلامه إذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي أعم ضرراً فلأن لا يمنع عن ولاية عامة الضرر وخاصة أولى ، والترتيب [٢] على هذا الوجه غير خلاف الصحة . ولو قال الفاسق من أهل الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهداً على الانعقاد لانه لا الـزام فيه فكانت [٣] الولاية قاصرة لكان أسهل فهماً .

---

(١) قوله – ولو قال بالواو – أقول وجه الأحسنية رفع التسامح ، لأنه يكون معناه أن الفسق لا يمنع الخلافة فلا يمنع أهلية القضاء والشهادة ، لأن أهلية السلطنة تترتب أهلية هي أعظم تينك الأهلتين ، فإذا لم يمنع الفسق لأهلية عظيمة رفيعة ، فكيف بأهلية هي دونها ، والنسخة التي أنا أطالعه فيه الواو فلا غبار ، ا هـ .

(٢) قوله – والترتيب – أقول حاصله انه لا يفهم من كلام الشارح مثل مازعمالأكمل بل مراده ان الفسق ليس بمانع عن أهلية عظيمة وولانية هي أعظم ضرراً .

(٣) قوله – فكانت الولاية – أقول أي ولاية الشهادة ولاية قاصرة ، لأنهـا ليست بمتعدية إلى الغير ، لأن تعديتها في وقت الأداء ذلـــك ليس وقته ، بل هو وقت صحة الإنعقاد وثبوته لا تصحيحه وإثباته ، وبينهما بون بعيد ، لأن الواسطة في الثبوت لا يجب أن يقع واسطة في الاثبات . والجـــواب عن التمسك بقوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين ، ان المـــراد فيه عدالة الاعتقاد ، لأن العدل ضد الظلم والشرك ظلم بالنص ، فكان الايمان عدلاً ، وقد قيل هذه المسألة مبنية على نقصان الايمـــان بالفسق عنده وعدم نقصانه عندنا ، ا هـ .

والمحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملاً .

---

(والمحدود في القذف من اهل الولاية) نظراً إلى الإسلام (فيكون من اهل الشهادة تحملا) يعني من حيث تحمل الشهادة لا من حيث الاداء . وقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ ٤ النور ، نهى عن القبول ، وهو يعدم وصف الاداء لا أصل الشهادة إذ النفي عن قبول الشي يقتضي تحقق ذلك الشيء وفوت الثمرة لا يدل على فوت الاصل ، كشهادة العميان على ما يجيء ، وقال ابن المنذر اختار أبو جعفر وأصحابه باعميين أو محدودين في القذف أو فاسقين الجمع على رد شهادتها ، وأبطلوه بشهادة العبدين ، وقد اختلفوا في شهادتها .

وأجاب عنه السروجي وقال ما أجهله ، وأكثر الخليفة ما لا يعرفه والمراد بالمحدودين التائبان وإلا فلا فائدة في ذكرهما مع ذكر الفاسقين وشهادتها مقبولة عن جماعة من العلماء بعد التوبة ، منهم الشافعي ، والفاسق له شهادة حتى لو حكم به حاكم نفذ حكمه ، قال الله [1] تعالى ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ ٦ الحجرات فأمرنا بالتثبيت والتبيين ولم

---

(١) قوله ــ قال الله تعالى ــ أقول في تفسير البيضاوي ﴿ يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ فتعرفوا وتفحصوا ، روي انه عليه السلام بعث الوليد بن عقبة مصدقاً إلى بني المصطلق ، وكان بينه وبينهم أجنبية ، فلما سمعوا به استقبلوه فحسبهم مقاتليه ، فرجع وقال لرسول الله ﷺ انهم ارتدوا ومنعوا الزكاة فهم لقتالهم ، فنزلت وقيل بعث اليهم خالد بن الوليد فوجدهم منادين بالصلاة متهجدين فسلموا اليه الصدقات فرجع . وتنكير الفاسق والنبأ للتعميم ، وتعليق الأمر بالتبيين على فسق المخبر يقتضي جواز قبول قول العدل من حيث ان المعلق على كل شيء بكلمة إن عدم عند عدمه ، وإن خبر الواحد لو وجب تبيينه من حيث هو كذلك ، لما رتب على الفسق ، إذ الترتيب يفيد التعليل ، وما بالذات لا يعلل بالغير ، انتهى . وفيه انظار بوجوه . أما أولاً فلأن كلامه ينادي على ان خبر العدل الواحد يجب اعتباره في كل ما أجزاه ، وهذا باطل وإلا يكفي شهادة العدل الواحد في ثبوت الزنا . وأما ثانياً فلأن قوله ان المعلق على كل شيء بكلمة إن عدم عند ←

يأمرنا بالدفع والرد ، بخلاف العبدين ، فإن الشهادة من باب الولاية إذ فيهما الـزام على الغير ، والعبد ليست له ولاية على نفسه ، فكيف تثبت له ولاية على غيره ، وقد جازف في نقل الاجماع في رد شهادة المذكورين ، قال ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر .

قال وكان يزيد بن هارون يعيب على أصحاب الرأي ويقول أمر الله بالاشهاد في البيع ولم يأمر بالاشهاد في النكاح ، فكيف زعم أصحاب الرأي أن البيع بدونه جـــائز ، والنكاح بدونه فاسد ، وقال السروجي جهله أعظم من جهل ابن المنذر ، لان الائمة قائلة على ان الامر في الاشهاد على التبايع أمر استحباب ، ويزيد ليس له من الفهم إلا المتعلق باللغة دون المعاني ، وجمهور العلماء وأهل الفتوى على اشتراط الاشهاد في النكاح ، وطعنه هذا طعن على الذين ذكرناهم مما مضى عن ترتيب ولا يخص أبو حنيفة وأصحابه ، انتهى . قلت قوله — لم يثبت عن رسول الله ﷺ في اشتراط الشاهدين في النكاح خبر يرده مـا رواه ابن حبان من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها وقد مر عن قريب .

( وإنما الفائت ثمرة الاداء ) جواب عما يقال أن المحدود في القذف إذا كان من أهل الولاية ينبغي أن تكون شهادته وليست كذلك ، فأجاب بقوله — وإنما الفائت من شهادة

---

← عدمه لا يصح فيما كان التالي عاماً ، والمقدم خاصاً كقولنا إن كان هذا الشيء إنساناً كان فإنه لا يستلزم انه ان لم يكن إنساناً لم يكن حيواناً ، أو ما علمت ان رفع المقدم لا ينتج رفع التالي . وأما ثالثاً فلان قوله ان خبر الواحد لو وجب ... الخ مضحكة عليه ، لأن خبر الواحد من حيث هو كذلك أي من حيث هو خبر الواحد سواء كان عدلاً أو فاسقاً مما يحتمل الصدق والكذب ، لأن المرجح في الصدق هو العدالة ، والخبر من حيث هو خبر يحتمل كلا الأمرين والإحتمال موجب للتوقف وإلا يلزم الترجيح بلا مرجح والتوقف هـو التثبيت والتبيين ، اهـ .

## بالنهي بجريمته ولا يبالى بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين

المحدود في القذف ثمرة الاداء – أي أداء شهادتهم ( بالنهي بجريمته ) لقوله [١] تعالى﴿ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً﴾ ٤ النور ( فلا يبالي ) بصيغة المجهول ( بفواته ) أي بفوات ثمرة الاداء ، وإنما ذكر الضمير لها باعتبار المذكور ، وأما بـالنظر إلى لفظ الاداء ( كشهادة العميان ) فإن النكاح ينعقد بشهادتهم بالاجماع ، ولا تقبل عند الاداء بالاجماع ( وابني العاقدين ) أي وكذا في شهادة ابني العاقدين ، فإن النكاح ينعقد بشهادتها بـالاجماع ولا يقبل عند الاداء بالاجماع .

فروع ، في المشكلات : وينعقد بشهادة الاخرس والمفلس وابني الزوج وابني الزوجة وابنيها .وفي المغني وفي شهادة محدودين وابني [٢] الزوجين وابني الزوجة وجهان ،واختار

---

(١) قوله – لقوله تعالى – أقول تمام الآية ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون . إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم ﴾ . فان قيل كما انه تصح شهادتهم تقبل أيضاً بعد التوبة بدليل الاستثناء ، قلنا انه راجع إلى قوله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ لا إلى ما قبله وهو ﴿ لا تقبلوا لهم ﴾ لأنه لو كان راجعاً إلى ما قبله لزم الفصل بين الاستثناء والمستثنى منه بكلام أجنبي وهو قوله تعالى ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ فانه غير داخل في خبر الجزاء كما قول علمائنا بقيام عدم دليل المشاركة في الشرط فانه جملة خبريـة غير مخاطبة بها الأمه بدليل افراد الكاف في أولئك بخلاف ﴿ لا تقبلوا لهم شهادة﴾فهوعطف على الجملة الاسمية يعني قوله ﴿ والذين يرمون ﴾ أو كلام مستأنف ، ا هـ .

(٢) قوله – وابني الزوجين ... الخ – أي ولا فرق بين أن يكون أحد الابنين لأحد الزوجين والآخر للآخر ، وبين أن يكون بها بأن وقعت الفرقة بينهما ثم تزوجا بحضور ابنيهما لكن إذا نكحا بحضور ابني الزوج فان ادعى لم يقبل شهادة ابنيه لـــه ، أما إذا ادعت المرأة تقبل شهادتها بها ، وإن نكحا عند ابني الزوجة فان ادعت لا تقبل شهادتها لها ، وإن ادعى الزوج تقبل ، ا هـ .

قال وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد وزفر « رح » لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم . ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر

---

الانعقاد أبو عبد الله بن بطال وينعقد عند الجماعة بالعبدين والمكاتبين والمدبرين والصبيين والأصمين ، وفي المغني ولا ينعقد بشهادة أخرسين وفي شهادة المراهقين احتمال ، وفي النهاية وأجمعوا على انه ينعقد بشهادة الاصمين ، وفي الذخيرة ولا ينعقد بشهادة النائمين لا يسمعان كلام العاقدين . وفي قنية المنية ينعقد بها وهو الاصح .

( قال وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين صح عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) سواء كانا موافقين في دينها أو مخالفين ( وعند محمد رحمه الله وزفر لا يجوز ) وبه قال الشافعي وأحمد ، وفي بعض النسخ وقال محمد رحمه الله وزفر رحمه الله لا يجوز . وقـــال المالكية أنكحة الكفار فاسدة مع انه لا ولاية للكافر على الكافر صحيحة والشهادة ليست بشرط عندهم والاسلام يصححها عندهم ( لان السماع ) أي سمـــاع العاقدين من الايجاب والقبول ( في النكاح بشهادة ولا شهادة للكافــر على المسلم ) بالاتفاق ( فكأنهما ) أي فكأن الذميين ( لم يسمعـــا كلام المسلم ) أي بطريق الشهادة ، وشرط الانعقاد سماع الشاهدين كلام مظهري العقد ولم يوجد فصار كأنهما سمعـــا كلام المرأة دون كلام الزوج ، فلم ينعقـــد كما لو لم يسمعا كلامهما أو كلام الزوج وذلك إن سماع من لا شهادة لـــه يكون وجوده كعدمه كما في العبد .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف ( ان الشهادة شرطت في النكاح على إعتبار اثبات الملـــك ) أي مطلق المتعة ( لوروده ) أي لورود الملك ( على محل ذي خطر )

لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المـــال ، وهما شاهدان عليها

---

فيشترط الشهادة تعظيماً للأبضاع ، فيكون الرجل هو المخاطب بالشهادة لاجل [١] انه [٢] يملك البضع ، ألا ترى [٣] انه عليه السلام كان مخصوصاً بالنكاح بغير شهود ( لا على اعتبار ) أي لا يشترط الاشهاد على اعتبار ( وجوب المهر ) لها عليه ( إذا لا شهـــادة تشترط في لزوم المال ) لان إيجاب المال يصح بلا شهود كالبيع وغيره ( وهما شاهدان عليهـا ) أي الذميان شاهدان عليها أي على الذمية، فشهادة [٤] أهل الذمة على الذمية جائزة .

فإن [٥] قيل ملك الازدواج مشترك . قلنا [٦] نعم لكن ذلك ليس بأصـــل وإنما

---

(١) قوله – لأجل انه – أقول ولهذا لم يجز شهادة النساء في النكاح ، لأنها ليست بمالكة للبضع .

(٢) قوله – انه يملك ... الخ – أي لأجل وروده على العضو الشريف وهو البضع ، وإنما كانت الشهادة دالة على خطره ، لان الوصول إليه لا يكون سهلا .

(٣) قوله – ألا ترى – أقول انه عليه السلام كما انه كان مختصاً بالنكاح بغير شهود وكان مختصاً بالنكاح بلا مهر كما قال تعالى ﴿ خالصة ﴾ والثاني يؤيد الخصم ان الاول يؤيدلنا. قلنا الاختصاص الأول كان عاماً لجميع أنكحته عليه السلام . والثاني كان مختصاً بشرط هبة المرأة نفسها له عليه السلام .

(٤) قوله – فشهادة ... الخ – أقول أي إذا كان الدعوى من جهة المسلم حتى إذا كان من جهة الذمية لا يجوز شهادتهم .

(٥) قوله – فان قيل – أقول فاذا كان الازدواج مشتركاً فكما يقبل شهادة أهـل الذمة على الذمة فليقبل على المسلم أيضاً ، لأن الشهادة اذا كانت واقعة على أحد الزوجين في الازدواج كانت واقعـــة على الآخر أيضـاً ، لأن الازدواج مشترك بسنتها من الطرفين بمساوئه .

(٦) قوله – قلت نعم – أقول يعني أن الشهادة تقع على الزوجة الذمية أصالة، وأما على الازدواج المشترك أو على الزوج الآخر فبالتبـع لا بالذات .

بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج ، لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة على العقد ، ومن أمر رجلاً بأن يزوج ابنته الصغيرة فزوجها الاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح ، لان الاب يجعل مباشراً لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيراً ومعبراً ، فيبقى المزوج شاهـــداً

---

يقع تبعاً للملك الوارد عليه ، كما لو اشترى أمة يملك وطأها بلا طهر ، لانه وقع تبعـاً .

( بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج) جواب عن قول محمد وزفر تقريره الشهادة شرط في النكاح على العقد كما علم ، لانه يخاطب كلام الزوج بالاشهاد عليها بالعقد ( لان العقـد ينعقد بكلاميها[1] )أي بكلام الزوجين ( والشهادة قد شرطت على العقد ) فاذا لم يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد .

( ومن أمر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر ) أي والحال أن الاب حاضر عند العقد ( بشهادة رجل واحد ) يتعلق بقوله فزوجها ( سواهما ) أي سوى الآمر والمأمور ( جاز النكاح، لان الاب يجعل مباشراً العقد ) أي لان الموجود من الوكيل واجب الانتقال الى الموكل في باب النكاح ، وانما جعل الاب مباشـــراً اذا كان حاضراً ( لاتحاد المجلـس ، ويكون الوكيل سفيراً و معبراً ) لانتقال الوكالة الى الاب ( فيبقى المزوج شاهداً ) ونصبه آخر فينعقد ، وقال الكاكي قيل في هذا التعليل نظر . قلنا قائله هو السغناقي ، فانه قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسألة الاولى ، لان الاب يصلح أن يكون شاهداً في باب النكاح فلا حاجة الى نقـل المباشرة من المأمور الى الامر حكماً ، وانما يحتاج اليه في المسألة الاخيرة وهي اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ، فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهـادة على

---

(١) قوله ـ أي بكلام الزوجين ـ أقول حقيقته كما اذا كانا عاقدين للازدواج بـلا نائب أو حكماً كما إذا كان عاقداً له .

وإن كان الاب غائباً لم يجز ، لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشراً ، وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد إن كانت حاضرة جاز ، وإن كانت غائبة لا يجوز .

---

نفسها ، وان كانت غائبة لم يجز ، لان الشيء انما يقدر تقديراً اذ لم يتصور تحقيقاً ، اليه أشار في الفوائد الظهيرية . وقال الاكمل ، وأرى أنه [1] لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذالك التكلف . قلت فيه تكلف لا يخفى ، ومن أراد أن يتضح له ذلك فلينظر في النهاية .

( وان كان الاب غائباً لم يجز النكاح ، لان المجلس مختلف ) لانه لو انتقل اليه العقد لكان الايجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر ( فلا يمكن أن يجعل الاب مباشراً ) لاجل غيبته ( وعلى هذا ) أي وعلى اعتبار حضرة الاب وغيبته ( اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد ، ان كانت ) أي الابنة (حاضرة جاز [2] ) لامكان اعتبار الاب شاهداً ( وان كانت غائبة لا يجوز العقد لعدم شاهد آخر ) .

---

(١) قوله – انه لا فرق – أقول لأن ولاية الأب اذا لم تمنع يكون الأب شاهداً ، فالأمر بين الصورتين سواء .

(٢) قوله – جاز – أقول فلا بد من نقل عبارة الأب اليها ليصلح العقد ، وذلك لأن الموجود بين الوكيل واجب الانتقال الى الموكل في باب النكاح ضرورة أن الوكيل سفير ومعبر فيه ، ومتى كانت البالغة حاضرة أمكن اعتبار الأب شاهداً وأما اذا كانت غائبة فلا ، لأن الشيء انما يقدر تقديراً ان لم تصور تحقيقاً .

* * *

## فصل في بيان المحرمات

قال لا يحـــل للرجل أن يتزوج بأمه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء ، لقوله تعالى ( حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ) ٢٣ النساء والجدات أمهات اذ الام هو الاصل لغة

---

### ( فصل في بيان المحرمات )

أي هذا فصل في بيان النساء المحرمات تزوجها ، لان الله تعالى أخرجهن من محليـــة النكاح ، فاحتيج إلى بيانهن ، وهن أربعة عشر ، سبعة من جهة النسب ، وسبعة من السبب وسيجيء كلها .

( قال لا يحل للرجل أن يتزوج بأمه ) هذه احدى السبعة من جهـــة النسب ( ولا بجداته ) أي لا يحل أن يتزوج بجداته سواء كن ( من قبل الرجـال أو النساء ) اي من قبل النساء ، وليس من كلام العرف تزوجت بامرأة ، وانما يقال تزوجت امرأة ، قالـه يونس ( لقوله تعالى ﴿ حرمت (١) عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ ٢٣ النساء ) فدلالته على حرمة الام ظاهرة ( والجدات ) وأما دلالته على حرمـــة الجـــدات فأشـــار اليه بقوله ( أمهات اذ الام هو الاصل لغة ) يقال لمكة أم القرى لكونها هي الاصل ، لما روي انها خلقت أولاً ثم دحيت الارض منها ، وقال الله تعالى ﴿ هن أم الكتـــاب ﴾ ٧ آل عمران ، أي أصـل يرد اليه المتشابه ، وقال عليه السلام الخمر أم الخبائث ، وهذا عند

---

(١) قوله ــ حرمت عليكم ــ أقول ليس المراد تحريم ذاتهن بل تحريم نكاحن ، لأنه معظم القصد منهن ، لأنه المتبادر الى الفهم ، كتحريم الأكل من قوله ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ولأن ما قبله وما بعده في النكاح و ــ أمهاتكم ــ تعم من ولدتك أو ولدت من ولدك ان جعلت و ــ بناتكم ــ تتناول من ولدتها أو ولدت من ولدهـــا وان سفلت و ــ أخواتكم ــ الأخوات من الاوجه الثلاثه ، اهـ.

المحققين ، ومن مشايخنا الذين لا يجوزون [١] الجمع بين الحقيقة والمجاز ، وعند مشايخنا العراقيين يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف [٢] المحل فحرمة الجدات قد ثبتت بالنص أيضاً بمجازه ، وعند الطائفة الاولى بطريق الحقيقة باعتبار [٣] معنى يعمها لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز . قوله – حرمت الجدات بالنص – ومن يبـنغ يثبت حرمتهن بالاجماع ، واليه أشار المصنف بقوله ( أو ثبتت حرمتهن بالاجماع ) هذا عند الفريقين .

( قال ولابنته ) ولا ببنت بنت وان سفلت على ما يجيء الآن ، والاستدلال فيهن مثل

---

(١) قوله لا يجوزون ... الخ – لأن اللفظ اما ان يستعمل في الموضوع له أو في غيره فبينهم الفصال حقيقي ، والواضع لم يوضعه للمنعيين وضعاً واحداً ، والاستعمال تابع للوضع شخصياً كان أو نوعياً كما في المجاز ، فالاجتماع في الموضوع له وغيره يخرج اللفظ من الوضع الى الاهمال .

(٢) قوله – عند اختلاف المحل – أقول وانما قيد الجواز باختلافه ، لأن عند عدم الاختلاف لا يجوز ، والا يلزم الاجتماع بين المتنافيين أي المعنى الحقيقي والمجازي في محل واحد ، وهو المصداق الواحد .

(٣) قوله – باعتبار معنى – أقول هذا جواب سؤال مقدر وهو أن الاجتماع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عند الطائفة الأولى ، فكيف يصح دلالة الأم على الأم وعلى أم الأم لأنه لا يخلو عن الاجتماع بين الحقيقة والمجاز ، مع أنه لا يجوز على مذهبهم . فأجاب بأن المراد بالأم الأصل ، وهذا حقيقة لغوية يعم المعنى الحقيقي والمجازي الذين بناء وضعها على العرف ولا مشاحة فيه ، لأن هذا دلالة اللفظ على المعنى الحقيقي اللغوي ؛ لكن هذا المعنى يعم الحقيقي والمجازي العرفيين ، وهذا هو الأظهر ، فلا حاجة الى أن يقال في الأم عموم المجاز لا الاجتماع بين الحقيقة والمجاز ، لكن المصنف لو قال وحرم على المرء أصله وفرعه كما هو في متن الوقاية لكان أولى.

لما تلونا ، ولا بنت ولده وإن سفلت للاجماع ، ولا بأخته ولا بنات أخته ولا بنات أخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية

---

الاستدلال في الام ، فان بنت البنت تسمى بنتاً حقيقة باعتبار أن البنت يراد بها الفرع فيتناولها النص حقيقة ومجازاً عند البعض ، ويجوز الجمع عند اختلاف المحل أو بالاجماع ( لما تلونا ) وهو قوله تعالى ( ولا بنت ولده وان سفلت ) ولفظ[1] الولد يتناول الابن والبنت ولما ذكرنا من جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين عند البعض ( للاجماع ) عند الفريقين ( ولا بأخته ) أي ولا يحل أيضاً أن [2] يتزوج بأخته سواء أكانت لاب وام ، أو لاب أو لام ، ضمت الهمزة في – أخت – لتدل على الواو الذاهبة منه بخلاف الأخ ، لاجل التاء التي ثبتت في الاصل والوقف كالاسم الثاني .

( ولا ببنات أخيه ) أي سواء أكن لاب وأم أو لاب أو لام ( ولا ببنات أخته )أي سواء كانت بنت أخته لاب وأم أو لاب أو لام (ولا بعمته) أي ولا يحل أيضاً أن يتزوج بعمته ( ولا بخالته ) أي ولا يحل أيضاً أن يتزوج بخالته ، والخال أخو الام والخالةأختها، ذكره الجوهري في باب خول ليدل على أن أصلها واوي ( لان حرمتهن ) أي حرمة هؤلاء المذكورات كلها من الاخوات المتفرقات وبنات الاخ وبنات الاخت والعمات والخالات ( منصوص عليها في هذه الآية ) أي في قوله تعالى ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ﴾ ٢٣ النساء ، الآية وفي النهاية حاصله أن المحرمات التي ضمها كتاب النكاح والرضاع على أحد وعشرين نوعاً سبعة من [3] جهة النسب: الامهات والبنات والاخوات

---

(١) قوله – ولفظ الولد – أقول هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن المصنف لم يبين حرمة البنت ؟ فأجاب أن بنت البنت أعم من بنت الابن وبنت الولد ، وانما لم يقل لما تلونا لأن بنت البنت لا يقال لها في العرف أنها بنت له.

(٢) قوله – أن يتزوج – أقول وكذا بعمة الأب والأم وخالتها بالاجماع .

(٣) قوله – من جهة النسب – أقول الأمهات وغيرها من المحرمات المذكورةبالمعنى الأعم عن المعنى الحقيقي العرفي فلا يوئم أن حصر المحرمات من جهة النسب في السبعة غير صحيح .

والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت ، وسبعــة من جهة الرضاع كذلك يحرم الرضاع في هؤلاء لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وأربعـة من جهة المصاهرة وهي : أم المرأة وابنتها ومنكوحة الاب وحليلة الابن ، واثنتان من جهة الجمع وهما : الجمع بين أكثر من أربع والجمع بين الاختين وواحدة من جهة الكفر[1] أو من المجوسية كذا في شرح الطحاوي . وفي التحفة تحريم النكاح يتنوع الى تسعة أنواع : القرابة والصهرية والرضاع والجمع وتقديم الامة على الحرة ، وبسبب حق الغير ، وبسبب الشركة ، وبسبب ملك اليمين ، وبسبـب الطلقات الثلاثة ، فعلى هذا تكون الحرمات خمسة وعشرين كلها مذكورة في الكتاب .

( ويدخل فيها ) أي في حرمة الآية ( العمات المتفرقات ) أي العمة لاب وأم ، والعمة لأب دون أم ، والعمة لأم دون أب . وفي المحيط وكذا أم العمة حرام ، لأن أم عمته لأبيه وأمه أو لأمه هي أم أبيه لا محالة ، وأم أبيـه حرام عليه ، وأما عمته لأبيه هي أخت أبيه وأب ، فانها تكون امرأة جد أب الأب وامرأة الجد حرام عليه ، وكذا عمات أبيه

(١) قوله — من الكفر ... الخ — أقول بخلاف الحرة الكتابية ، فان نكاحها جائز بالاتفاق ، قال الله تعالى ﴿ أحل لكم الطيبات ﴾ الى قولـــه ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيتموهن أجورهن ﴾ أي أحل لكم المحصنات ، فان قيل هذه الآية دالة على ان حلتهم قبل ايتائها المهور ليست بثابتة . قلنا ان تقييد الحل بايتائها لتأكيد وجوبها والحث على الأولى هكذا في البيضاوي ، واما بالأمة الكتابية فانه جائز عندنا خلافاً للشافعي ، فان قيل قال الله تعالى ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات ﴾ وهذه الآية تدل على النكاح لا يجوز بالأمة الكتابية ، لأن قيد الإيمان يخرجها . قلنا ان التقييد بالإيمان لبيان الأقل لا للوجوب ، لأن نكاح المحصنات لا يتوقف على الايمان ، وما وصف الايمان الا لبيان الأفضل .

وعمات أجداده وعمات أمه وعمات جداته وإن سفلن . وأما عمة العمة تنظر ان كانـت العمة القربى عمة لأبيه وأمه أو لأبيه ، فعمة العمة حرام ، لأن القربى إذا كانت أخت أبيه لأبيه وأمه أو لابيه ، فان عمتها تكون جدة أب الأب وأخت أب الأب حرام، لأنها عمته وان كانت العمة القربى عمة لإمه ، فعمة العمة لا تحرم لأن أب العمة تكون زوج أم أبيه ، فعمتها تكون أخت زوج الجدة أم الأب وأخت زوج الأم لا تحرم ، وأخت زوج الجدة أولى أن لا تحرم .

( والخـالات المتفرقـات ) أي الخـالة لأب وأم ، والخـالة لأب دون أم ، والخالة لأم دون أم والخالة لأم دون أب، وكذا خالات آبائه وأمهاته. وأما خالة الخالة وان كانت الخالة القربى خالة لأب وأم ، أو لأم فخالتها تحرم عليه ، وان كانت القربى خالة لأب فخالتها لا تحرم عليه ، لأن أم الخالة القربى تكون امرأة الجد أب الأم لا أم أمـه ، فأختها أخت امرأة أب الأب وأخت امرأة الجد لا تحرم عليه .

( وبنات الأخوات المتفرقات وبنات الأخوة المتفرقين ) أي ويدخل في الآية المذكورة بنات الأخوة الأخوات ، وقوله المتفرقين بصيغة الجمع المذكر صفة الأخوة التي جمـع أخ ويدخل فيه الأخوات التي هي جمع أخت ، ومعنى التفرق يعني سواء كانت بنات الأخ لأب وأم أو لأم وبنات الأخت كذلك وكلهن محرمات على التأبيد بالكتاب والسنـة والاجماع . وفي الذخيرة أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات من مباحات لقولـه تعالى ﴿ وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالاتك ﴾ ٢٣ النساء وفي النتف حرم الله تعالى العمة والخالة ولم يحرم بناتها ، وكذا أولادهم وان سفلوا يجوز التناكح فيما بينهم من جميـع القرابات وهم أرحام لا محرم ( لأن جهة الإسم عامة ) يعني المعنى [1] المجوز لاطلاق اسم الأخت يشمل الفرق الثلاث وهو المجاور في رحم أو صلب فكان الإسم حقيقة للكل . وقال تاج الشريعة قوله – وجهة الإسم عامة – أي جهة اسم العمومة والخؤولة لأنها أخت

(١) قوله – يعني المعنى المجوز ... الخ – أقول فان جهة هي كونها جـزءاً من الأصل القريب أو جزءاً قريباً من الاصل البعيد وذلك متحقق في الكل .

قال ولا بأم امرأته التي دخـــل بابنتها أو لم يدخل ، لقوله تعالى (وأمهات نسائكم) ٢٣ النساء ، من غـــير قيـــد الدخول .

ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص ،

---

أبيه وأخت أمه ، وهذه الجهة لا تتغير بكونها لأب وأم .

( قال ولا بأم امرأته ) هـــذا بيان المحرمات من جهة السبب وهي جهة المصاهرة، أي ولا يحل له أن يتزوج بأم امرأته (دخل بابنتها أو لم يدخل فيها لقوله تعالى ﴿وأمهات نسائكم ﴾ ٢٣ النساء ، من غير قيد الدخول ) وكذا بجدتها وان علت لقوله تعالى يعني القرآن مطلق عن قيد الدخول في أمر المرأة والله حرمها مطلقـاً ، فمن قيدها بالدخول فقد نسخه ، وبه قال الجمهور وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وزيد بن ثابت وعمران بن حصين رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال الشافعي وأحمد بن حنبل ومالك في الصحيح . وقال بشر المريسي وابن شجاع وداود دخول ابنتها بشرط[1] ، ويروى عن ابن مسعود وجابر ان أم الزوجة لا تحـرم حتى يدخل بالبنت ولا يحرم بنفس العقد لو طلقها قبل الدخول بها جاز لـــه التزوج بأمها .

( ولا ببنت امرأته ) أي ولا يحل أيضاً أن يتزوج ببنت امرأته (التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص[2]) وهو قوله تعالى ﴿ من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ ٢٣ النساء وإن لم يدخل

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربمـــا الاصح أن تكون ـ الدخول بابنتها ليس بشرط ــ اهـ .

(٢) قوله ــ بالنص ــ أقول تمـام الآيـة ﴿ وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ﴾ في البيضاوي والربائب جمع ربيبة، والربائب ولد المرأة من آخر ، سمي به لأنه يربو كما يرب والده في غالب الأمر ، فعيـــل بمعنى مفعول ، وانما لحقته التاء لأنه صار اسماً، و ـ اللاتي ـ بصلتها صفة لها مقيدة للفظ والحكم بالاجماع قضية للنظم، ولا يجوز تعليقها بالأمهات أيضاً، لأن من اذا علقتها بالربائب ←

سواء كانت في حجره أو في حجر غـــيره ، لان ذكر الحجر خرج مخروج العـادة لا مخرج الشرط ، ولهذا اكتفى في موضع الاحلال

---

بها حق حرمت عليه بطلاق أو موت يحل له أن يتزوج بالبنت ، لأن هذه الحرمة تعلقت بشرط الدخول ، وقال امام الحرمين في النهاية، قال انما تحرم إذا كانت صغيرة يوم العقد فتجعل في حجره وتكمله ، وإذا كانت كبيرة يوم العقد لا تحرم ( سواء كانت ) أي بنت امرأته ( في حجره أو في غير حجره ) اختلف الصحابة رضي الله عنهم في شرطية الحجر بهذه الحرمة، فقال علي رضي الله تعالى عنه الحجر شرط، وبه قال داود لظاهر الآية (لأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة ) فإن العادة أن تكون البنات في حجر زوج أمهاتها ليأتي تربيتها ( لا مخرج الشرط ) أي ما يخرج مخرج كونه شرطاً،والتقييدالعرفي لا يوجب تقييد الحكم به ، كما في قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور ، كذا في المبسوط، ولا الزام فيه على داود لأن علم الخير شرط صحة الكتابة عنده .

( ولهذا ) أي ولأن ذكر الحجر خرج مخرج العادة ( اكتفى في موضع الاحلال ) وهو قوله تعالى ﴿ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ ٢٣ النساء ، يعني اكتفى الله

---

← كانت إبتدائية،وإن علقتهابالامهات لم يجز ذلك،بل وجب أن يكون بياناً لنسائكم، والكلمة الواحدة لا تحتمل معنيين عند جمهور الادباء ، انتهى . فان ـ اللاتي ـ بصلتها أي الموصول الاول بصلتها وهي في حجوركم صفة للربائب ، فالجار مع المجرور في – من نسائكم – لا يكون إلا بياناً لنسائكم في أمهات نسائكم صلة بعد صلة ، كالخبر بعد الخبر أو يكون كلا الطرفين متعلقين بكانت المحذوف ، وهو الصلة في الحقيقة صفة للربائب مقيد اللفظ باعتبار كلا الظرفين مقيدة لتقوية العلة باعتبار الظرف الاول ، ومقيـــدة للحكم باعتبـــار الظرف الثاني ، وانما قلنا مقيدة لتقويته العلة ، لان فائدة قوله – في حجوركم – تقوية العلة وتكميلها ، والمعنى أن الربائب إذا دخلتم بأمهاتهن وهي في أحضانكم أي تربيتكم أو بصـدده قوي الشبهة بينها وبين أولادكم فصار إحقاء بـأن تجردها بجرام .

تعالى في هذه الآية ( بنفي الدخول ) ولم يشترط نفي الحجر مع نفي الدخول، حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم فان الإباحة تتعلق بضد ما تتعلق به الحرمة ، واعترض بأنه يجوز أن يكون الحرمة متعلقة ذات وصفين ، وهما الدخول والحجر ، ثم تنتفي الحرمة بانتفاء أحدهما لأن الشيء ينتفي بانتفاء الجزء ، فلم تكن ثبوت الاباحة عند انتفاء الدخول ، دليلاً على أن الحرمة غير متعلقة بالحجر . وأجيب [١] بأن العادة في مثله نفي الوصفين جميعاً أو نفي العلة مطلقاً لا نفي أحدهما والسكوت عن الآخر .

( قال ) أي القدوري ( ولا بامرأة أبيه ) أي ولا يحل له أن يتزوج بامرأة أبيه ( وأجداده ) أو بنساء أجداده ( لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم إلا ما قد سلف ﴾ ٢٢ النساء ) واسم الأب يتناول الأجداد والأب الحقيقي باعتبار عموم المجاز وهو الأصل ، فثبتت الحرمة في الجميع نصاً أو إجماعاً على ما مر ، وعلى قول من يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في المحلين يثبت نصاً ، وقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ﴾ انتهى، بمعنى النفي، إذ لو كان المراد هو النهي لكان ينعقد نكاحها لأن النهي في الأفعال الشرعية لا يعدم المشروعية ، ثم المراد [٢] من النكاح إن كان هو العقد فالوطىء حرام ، لأن سبب الوطىء

---

(١) قوله – وأجيب ... الخ – حاصله أن الحرمة إذا كانت متعلقة بعلة ذات وصفين فيتردد الحكم بينهما بطريق مانعة الخلو ، فبيان نفي العلة ينفي أحدهما لا يخلو عن الترجيح بلا مرجح ، اه .

(٢) قوله – ثم المراد – أقول هذا جواب سؤال مقدر وهو أن حرمة نكاح نساء آبائه وأجداده لا تثبت إلا إذا كان المراد بالنكاح في النص العقد ، وأما اذا كان المراد الوطىء فلا يثبت إلا حرمة الوطىء دون النكاح والكلام في الثاني دون الاول ، فأجاب أن المراد بالنكاح إن كان هو العقد فالوطىء حرام ، لان انتفاء السبب وهو النكاح بحرمة يستلزم انتفاء المسبب المقصود منه ، وهو الوطىء بحرمة ، وان كان المراد به هو الوطىء فحرمة العقد ثابت بالاجماع، اه .

ولا بامرأة ابنه وبني أولاده لقوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) ٢٣ النساء .

---

عقد النكاح ، ولما كان حراماً فالسبب المقصود به أولى أن يكون حراماً ، وان المراد به هو الوطىء ، فحرمة العقد ثابتة بالاجماع ، لكن لا يتم تمسك المصنف بالآية إلا على قول من قال المراد بالنكاح العقد ، وقوله تعالى ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ معناه إلا ما قد سلف في الجاهلية ، فإنكم لا تؤاخذون [1] بذلك إذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة ، وقيل معناه ولا ما قد سلف لأن – إلا – تأتي بمعنى لا ، قال الله تعالى ﴿ إلا الذين ظلموا منهم ﴾ ١٥٠ البقرة ، فيكون المعنى انه كما لا يحل ابتداء العقد بعد ثبوته الحرمة لا يحل امساك بها قد سلف بعد أول الحرمة كيلا يظن لما ان هذه الحرمة تمنع ابتداء العقد لا تمنع البقاء ، والعرب في الجاهلية كانوا فرقتين ، فرقة يعتقدون الارث في منكوحة الأب إذا لم يكن منها ولد يطأها بغير عقد جديد ، رضيت أم كرهت ، وفرقة يعتقدون أنها تحل لهم بعقد جديد ، وأنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره ، فنزلت ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ الاية ، ناسخة لما اعتقده الفريقان .

( ولا بامرأة ابنه ) أي ولا يحل له أن يتزوج بامرأة ابنه ( وبني أولاده ) أي ولا يحل أيضاً نكاح نساء بني أولاده من الذكور والإناث ( لقوله تعالى ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ ٢٣ النساء ) الحلائل جمع حليلة ، والذكر حليل ، وسميت امرأة الابن حليله لأنها حلت للابن من الحل ، أو لانها تحل فراشه ، ويحل هو فراشها من الحلول أو حل كل واحد إزار صاحبه ، وحليلة الابن حرام على الاب ، سواء دخل بها الابن أولم يدخل لإطلاق النص من الدخول ، وأما حليلة ابن الابن بعمومه أو بالاجماع .

---

(١) قوله – فانكم لا تؤاخذون – أقول هذا دفع التوهم الناشيء عن قوله تعالى ﴿ إلا ما قد سلف ﴾ فإنه يدل بظاهره ان النكاح الذي قد عقدتموها في الجاهلية بنساء آبائكم جائز لكم ، وحلال آبائكم حلال لكم ، فأجاب أن المراد انكم لا تؤاخذون بذلك اذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة لا انه مقرر في الشرع ، لكن هذا التقدير تقدير الإستثناء المنقطع ، اه .

وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة، ولا بأمه من الرضاعة. ولا بأخته من الرضاعة، لقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) ٢٣ النساء، ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

---

( وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني) هذا جواب عما يقال ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يصح تعدية حليلة الابن الصلبي اليه مع هذا القيد ، أجاب بقوله وذكر الاصلاب لاجل اسقاط حرمة اعتبار التبني ، فإن التبني قد انتسخ بقوله تعالى ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ ٥ الاحزاب فكان رسول الله ﷺ تبنى زيد بن حارثة ، ثم تزوج زينب بعدما طلقها زيد ، فكان المشركون قد طعنوا وقالوا انه قد تزوج حليلة ابنه ، فأنزل الله عز وجل ﴿ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ﴾ ٤٠ الاحزاب ، فالتعدي هنا لدفع طعن المشركين ( لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ) فان حليلة الابن من الرضاع تحرم على أبيه من الرضاع عندنا .

وقال الشافعي لا تحرم بناء على أصله أن لبن الفحل لا يحرم واستدل بهذا القيد المذكور ، ودليلنا قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب . وقال الكاكي وذكر في كتب الشافعية أن تقييد الاصلاب ليس لاحلال حليلة الرضاع بل لاحلال حليلة المتبنى ، فحينئذ لا خلاف بيننا وبينهم .

( ولا بأمه من الرضاعة ) أي ولا يحل أيضاً أن يتزوج بأمه من الرضاعة ( ولا بأخته من الرضاعة ) أي ولا يحل أيضاً أن يتزوج بأخته من الرضاع ، والرضاع بفتح الراء وكسرها وبالتاء معها ، وأنكر الاصمعي كسرها مع التاء ( لقوله تعالى ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ ٢٣ النساء ولقوله عليه السلام ) ولقول النبي ﷺ ( يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ) هذا الحديث بهذا اللفظ أخرجه الطبراني في معجمه الكبير من حديث ثوبان أن رسول الله ﷺ قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وأخرج الترمذي من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت ، قال رسول الله

ﷺ ان الله حرم من الرضاعة ما حرم من الولادة ، وقال هذا حديث حسن صحيح .
وأخرج البخاري من حديث ابن عباس ان النبي ﷺ أريد على ابنة حمزة فقال انها لا تحل لي انها ابنة أخي من الرضاعة وانه يحرم من الرضاعةما يحرم من النسب ، وأخرجه مسلم ولفظه ما يحرم [1] من الرحم .

( ولا يجمع بين أختين نكاحاً ) أي من حيث النكاح الذي لا يكونان معه بعقد أو عقدين ( ولا بملك يمين وطئاً ) أي من حيث الوطىء قيد بالوطىء لانه يجوز أن تجمع بين الامتين الاختين من حيث الملك ، غير أنه اذا وطىء أحدهما لا يطأ الاخرى ، وكان عمر رضي الله تعالى عنه يتوقف [2] في الجمع بين الأختين في الوطىء بملك اليمين ، وبقول

---

(١) قوله – ما يحرم من النسب – أقول وجمل سبباً للتحريم، لان الجزء من المرضعة وهو اللبن صار جزءاً للرضيع باغتذائه به ، فأشبه منيها وحيضها ، ولم يخالف في هذا الا أهل الظاهر وابن علية ، فقالوا لا تثبت حرمة الرضاع بين الرجل والرضيع ونقله المازري عن ابن عمر وعائشة ،واحتجوا بقوله تعالى﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ﴾ ولم يذكر البنت والعمة كما ذكرهما في النسب،واحتج الجمهوربالاحاديث المروية في الصحاح من قوله عليه السلام يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، وقوله عليه السلام يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، وقوله عليه السلام يحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم وغير ذلك من الاحاديث الصحيحة الصريحة في هذا الباب . وأجابوا عما احتجوا به من الآية انه ليس فيها نصاً باباحة البنت والعمة ونحوهما ، لان ذكر الشيء لا يدل على سقوط الحكم عما سواه ، ولم يعارضه دليل آخر كيف وقد جاءت هذه الاحاديث الصحيحة .

(٢) قوله – يتوقف في الجمع – أقول فان قيل ولم يجعل لقوله ﴿ وان تجمعوا بين الاختين ﴾ مخصصاً لقوله ﴿ وما ملكت أيمانكم في القدر المشترك . قلنا كان التوقف عنه في الجمع عن وفور احتياطه وشدة اتقائه ، لان المشتبهات لها حكم المحرمات في كف النفس عنها ، ولهذا روي عنه رضي الله عنه التوقف دون التحريم .

لقوله تعالى ( وأن تجمعوا بين الاختين ) ٢٣ النساء ، ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايجمعن ماءه في رحم أختين

---

أحلتها آية وهي قوله تعالى ﴿ وما ملكت أيمانكم ﴾ ٣٦ النساء ، وحرمتها آية وهي قوله تعالى ﴿ وإن تجمعوا بين الأختين ﴾ ٢٣ النساء ، وجعل أبو بكر الرازي هذا قول علي ومجاهد ، رواه عن علي الشعبي ، ويروى عنه إنكاره . وفي الكشاف جعل قول عثمان وعلي ثم قال يرجح علي بالتحريم وعثمان بالإباحة ، والإباحة قول الظاهرية ، لقوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ﴾ ٢٣ النساء، وهو في موضع الرفع، لأنه معطوف على المحرمات، أي ويحرم عليكم الجمع بين الأختين ، والمراد حرمة النكاح ، لأن التحريم في الآية تحريم النكاح لقوله تعالى ﴿ وأن تجمعوا ﴾ عطف على أمهاتكم .

( ولقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن[١] ماءه في رحم أختين ) ، هذا حديث غريب لم يتعرض له أحد من الشراح غير أن الكاكي أحال ما ذكره في المبسوط والبروجي أحال على الذخيرة للمالكية ، نعم روى الترمذي في جامعه من حديث أبي وهب الجيشاني في أنه سمع من فيروز الديلمي يحدث عن أبيه قال أتيت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان ، فقال رسول الله ﷺ

---

(١) قوله – فلا يجمعن – أقول هذا الحديث دليل على حرمة الجمع في النكاح بين الاختين في الوطيء والجمع بينهما في النكاح، فإن النكاح في قوة الوطيء ولو خص بالأول جاز ، لان الآية دليل على حرمة النكاح ، وأما الآية فظاهر سوقها يدل على امتناع الجمع في النكاح . ولو عمم الجمع بحيث يشتمل ملك اليمين في الوطيء لوجب القول بتخصص ملك اليمين بالإجماع هكذا قال بعض المحتيين وفيه نظر ، لان هذه الآية على تقدير الجمع نكاحاً محرمة للجمع بينهما وطئاً بملك اليمين بدلالة النص ، لان الجمع بين الاختين لما حرم نكاحها وهو سبب مفض الى الوطيء ، فلأن يحرم وطئها بملك اليمين ، وعلى تقدير ارادة النكاح والإستمتاع بملك اليمين محرمة بالعبارة على أن الظاهر أن الحرمة غير مقصورة على النكاح ، فان المحرمات المعدودة كما هي محرمة في النكاح فهي محرمة في ملك اليمين .

فان تزوج أخت أمة له وقد وطئها صح النكاح لصدوره من أهله مضافاً إلى محله، وإذا جاز لا يطأ الأمة ، وإن كان لم يطأ المنكوحة لأن المنكوحة موطوءة حكماً

---

اختر أيهما شئت وقال هذا حديث حسن غريب ، وفيه دلالة على أن الجمع بين الأختين لا يجوز ، قال الترمذي وأبو وهب الجيشاني اسمه الديلم بن هوشع والجيشان بفتح الجيم وسكون الياء آخر الحروف وبشين معجمة نسبة إلى جيشان قبيلة باليمن ، وهو جيشان ابن غيلان صخر بن عين ، واسم ابن فيروز الضحاك وذكره ابن حبان في الثقات.

( فإن تزوج أخت أمة له ) أي فإن تزوج رجل أخت أمة في ملكه ( وقد وطئها ) جملة حالية ، والجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لا بد فيها من لفظة قد صريحاً أو مقدرة ، أي والحال أن الرجل قد كان وطىء أمته التي في ملكه ( صح النكاح لصدوره من أهله مضافاً إلى محله ) أي لأجل صدور النكاح من أهله حال كونه مضافاً إلى محله ، لأن الأخت المملوكة وطئها من باب الإستخدام وهو لا يمنع نكاح الأخت إلا انه لا يطأها بعد ذلك (وإذا جاز) أي نكاح أخت أمته وطئها (لا يطأ الأمة )بعد ذلك حتى لا يصير جامعاً بين الاختين بوطىء ( وإن كان لا يطأ المنكوحة ) واصل بما قبله(لأن المنكوحة موطوءة حكماً ) أي من حيث الحكم ، ولهذا تستحق الوطىء على هذا الزوج والأمة لا تستحق الوطىء على المولى .

فإن قيل[1] لما كان النكاح قائماً مقام الوطىء ينبغي أن لا يجوز هذا النكاح حكماً،

---

(١) قوله – فان قيل .. الخ – أقول فان قيل لا حاجة إلى هذا السؤال والجواب لان تحقيق الوطىء الحقيقي من الامة قبل نكاح أختها وثبوت الوطىء الحكمي من نكاحها لا يستلزم الإجتماع من الاختين وطئاً،لان القبل الزماني لايجتمع مع البعد الزماني. قلنا الإشتغال بوطىء الاختين في زمان واحد محال ، والمحال لا يتعلق بوجوده وعدمه تكليف شرعي ، لان عدمه واجب وجوده ممتنع ، وكل من الواجب والممتنع خارج عن تكليف الشرعي فالمراد من نهي الإجتماع بين الاختين وطئاً ، نهي الإجتماع بين أسباب وطئها ، وهو الإجتماع بينهما نكاحاً ، لان النكاح سبب موجب للوطىء بحيث كانه هو بخلاف ملك الرقبة لانتفاء أثره في العبد المملوك أو نهي الإجتماع بين وطىء احداهما،وسبب وطىء أخراهما أو نهي الإشتغال بوطىء إحداهما مع بقاء أثر وطىء أخراهما ، اه .

حكماً ولا يطأ المنكوحة للجمع إلا إذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب ، فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطئاً ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطىء المملوكة لعدم الجمع وطئاً إذ الموقوفة ليست موطوءة حكماً فان تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى فرق بينه وبينهما ، لان نكاح إحداهما باطل بيقين ولا وجه إلى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل

---

كيلا يصير جامعاً بينهما وطئاً كما قال بعض أصحاب مالك ، قلنا نفس النكاح ليس بوطىء ، وانما صار كالوطىء عند ثبوت حكمه ، وهو حل الوطىء وحكم الشيء يثبت بعده ، والنكاح حال وجوده ليس بوطىء صحيح لوجوده في محله .

( ولا يطأ المنكوحة للجمع ) أى لأجل الجمع بينهما ( إلا إذا حرم الموطوءة ) أي الأمة الموطوءة ( على نفسه ، بسبب من الأسباب ) كالبيع والتزويج والهبة بالتسليم وبالاعتاق والكتابة ( فحينئذ ) أي حين حرم الأمة الموطوءة على نفسه ( يطأ المنكوحة لعدم الجمع ) من حيث الوطىء وعن أبي يوسف لا يحل وعنه أيضاً لو ملك فرج الأولى غيره لا يطأ الأخرى حتى تحيض الأولى حيضة بعد وطئها ، لأنه يجوز أن تكون حاملاً منه .

( ويطأ المنكوحة إن لم يكن وطىء المملوكة لعدم الجمع وطئاً اذ الموقوفة ليست بموطوءة حكماً ) لأن ملك اليمين لم يوضع للوطىء ، ولهذا لا يثبت نسب ولد الموقوفة بلا عدة وفي المنكوحة يثبت بدونها .

( فان تزوج أختين في عقدتين ولا يدري أيتهما أولى ) بضم الهمزة ، لأنه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلاً للجمع بين الأختين ، فلا يستحقان شيئاً من المهر ، وقيد بقوله ولا يدري أيتهما أولى ، لأنه لو علم ذلك بطل نكاح الثانية ( فرق بينه وبينهما . لان نكاح أحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية ) لأنه إذا لم يكن وجه لتعيين إحداهما بأن تعين اسم احداهما بعدم الأولوية لعدم التعيين ( ولا إلى التنفيذ مع التجهيل )

لعدم الفائدة أو للضرورة ، فتعين التفريق ، ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فينصرف إليهما

---

يعني لا تنفيذ لاحداهما بغير عينها ( لعدم الفائدة ) لأن المقصود بالنكاح التوالد والتناسل ، وذلك بالوطىء ، والوطىء لا يقع في غير المعينة ، بل يقع في المعينة ، ولا حل [1] في الجمعية أو للضرر في حقهما ، لأن كل واحد منهما متعلقة ، ولا مطلقة على تقدير إبقاء النكاح ، وفيه ضرر بهما ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة ( فتعين التفريق ) بينهما أكثر لما ذكر من الأمور .

( ولهما ) أي الأختين ( نصف المهر ) يعني بينهما نصفان ( لأنه ) أي لأن نصف المهر ( وجب الأولى منهما ) بضم الهمزة قوله – منها – أي من الأختين،أي التي نكاحها أولى لصحة نكاحها ، وقد جاءت من جانب الزوج فصار كالطلاق قبل الدخول لا يصح نكاحها ويبقى الموطوءة على الإباحة وليست إحداهما أولى من الأخرى فصار بينهما [2] ( وانعدمت الأولوية للجهل بالأولوية ) وقال الأكمل وتقرير كلامه المهر للأولى منهما وليس إحداهما بكونها أولى للجهل بالأولوية وفي بعض النسخ بالأولوية ( فينصرف إليهما) أي إلى الأختين .

---

(١) قوله – ولا حل – أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو ان تعيين الواحد يمكن اذا تعين اثنين ، فأجاب انه لا حل في الجمعية ، اه .

(٢) فصار بينهما ... الخ ، نقل الشيخ الهداد عن بعض شروح الهداية أن موضوع المسألة فيما إذا كان مهرها سواء ، وأما إذا تفاوتا فانه يجب ربع كل واحد منهما ، ولم يتعرض به في الكتاب لعدم تفاوت مهر الاختين عادة . وقيل ان لهما نصف المهر أى مهر كان إذا تساوى المهران ونصف أقل المهرين إذا تفاوتا ، فانه ثابت بيقين ، وقال الفاضل عبد الغفور هذا اذا لم يدخل الزوج ، وأما إذا دخل فان دخل عليهما لزم أقل من مهر المثل المسمى ، فانه ثابت بيقين وذلك لان الموطوءة إذا كانت منكوحة لزم المسمى، وإن لم تكن منكوحة لزم مهر المثل فالاول ثابت على كل تقدير ، وإن دخل على واحد منهما دون الآخر فللموطوءة أقل من مهر المثل ، والمسمى وللأخرى ربع أقل المسمى .

وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الأولى والاصطلاح لجهالة المستحقة. ولا يجمع بين المرأة وعمتها وخالتها أو ابنة أخيها أو ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة

---

فإن قيل ينبغي أن لا يقضى على الزوج بشيء كما روي عن أبي يوسف، وبه قال بعض الحنابلة لأن المقضي له مجهول، وجهالة المقضي له تمنع القضاء، كما إذا قال لاحداهما علي ألف، فإنه لا يكون لاحداهما أن تأخذ منه شيئاً ماله صالحاً. وأجيب بأن معنى المسألة أن تدعي كل واحدة منهما أنها الأولى ولا حجر لهما، أما إذا قالت لا ندري النكاح الأول لا يقضى لهما بشيء ما لم يصطلحا على أخذ نصف المهر، لأن الحق وجب لمجهول فلا بد من الدعوى أو الإصلاح ليقضى لهما، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني كذا في الكافي.

وأشار إلى هذا بقوله ( وقيل لا بد من دعوى كل واحـــدة منهما ) أي من الأختين ( بالاولوية أو الإصطلاح ) أو لا بد من اصطلاحهما ( لجهالة المستحقة ) وصورة الإصطلاح أن يقولا [١] عند القاضي لنا عليه المهر فتصطلح على أخذ نصف المهر إذ الحـق لا يعدوفاء ويكون لكل واحدة ربع المهر، وعن محمد يجب مهر كامل لهما، لانه يقر بنكاح احداهما، وعدم طلاقها، فإذا جاز نكاح احداهما وجب المهر كاملاً ( ولا يجمع بين المرأة وعمتهـا وخالتها ) أي ولا يجمع بين المرأة وخالتها وعمتها ( أو ابنة أخيها ) أي أخي المرأة ( أو ابنة أختها ) أي أخت المرأة ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا تنكح [٢] المرأة

---

(١) قوله ـ أن يقولا ـ أقول وانما كان الامر كذلك اذ لو لم يكن الدعوى ولا الإتفاق فلا يصرف المال اليه ولا يجوز للقاضي أن يصرف المال إلى من لا يدعـــي الإستحقاق، وإن علم القاضي استحقاقه فكيف اذا لم يعلم ويلزم من ذلك اذا سكتا لم يصرف نصـف المهر إليهما.

(٢) قوله ـ لا تنكح المرأة ـ أقول بقي ها هنا شيء وهو أن الدليل لا يثبت الدعوى إذ المدعى شامل للجمعية والترتيب والدليل لا يثبت إلا نفي الترتيب، اللهم إلا أن يقال أن العلة موجودة حالة الإجتماع إذ العلة هي العمومة والخوالة .

على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنـــة أختها .

وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله

---

على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنه أخيها ولا على ابنة أختها ) هذا الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي من حديث أبي هريرة ، واللفظ لهم خلا مسلماً قال ، قـال رسول الله ﷺ لا تنكح المرأة على عمتهـــا ولا العمـــة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالـــة على بنت أختها لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى .

واعلم أن مسلماً لم يخرجه هكذا بتمامه ، ولكنه فرقه حديثين فأخرج صدره عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً لا تنكح المرأة على بنت الاخ ولا بنت الاخت على الخالة. وروي عن علي رضي الله تعالى عنه أخرجه أحمد في مسنده من النصف الاول من الحديـث الذى ذكره المصنف ، حيث قال قال رسول الله ﷺ لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتهـا وكذا رواه ابن ماجة من حديث أبي موسى مثله سواء ، وكذا بعينـه رواه الطبراني في الكبير من حديث الحسن عن سمرة بن جندب ، وكذا رواه الطبراني من حديث أيوب بن خالد عن عتاب بن أسيد بن سلمة .

( وهذا مشهور ) أي هذا الحديث مشهور ، وتلقته الامة بالقبول ، واشتهر بين التابعين وأتباع التابعين مع رواية كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، وقد رواه من الصحابة ابن عباس وأبو هريرة وعلي بن عمر وابن سعيد وأبو أمامة وجابر وعائشة وأبو موسى وسمرة ابن جندب وعبد الله بن مسعود وأنس بن مالك وعتاب بن أسيد (يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ) أراد بالكتاب قوله تعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ٢٤ النساء، وكذلك أيضاً قد خصت هذه الآية بالوثنية والمجوسية ، وبناته من الرضاعة فخص هذه الصورة أيضاً بهذا الخبر . وقيل ورد بياناً لمجمل الكتاب ، لان[1] شرط الاحصان في الإباحة بقوله محصنين،

---

(١) قوله – لان شرطه الإحصان – أقول قال الله تعالى ﴿ أحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ﴾ في البيضاوى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير ←

وهو مجمل وخبر الواحد يصح أن يكون بياناً كما هو معهم الكتاب ، وقد احتج بهذا الحديث على تحريم الجمع بين من ذكر في الحديث . وقال ابن عبد البر أجمع العلماء على القول بهذا الحديث قال ولا يجوز عند جميعهم نكاح المرأة على عمتها ، وإن علت ولا على ابنة أختها وإن سفلت ولا على خالتها وإن علت ولا على ابنة أختها وإن سفلت . قال والرضاعة في ذلك كالنسب ولا خلاف فيه للفقهاء ونقل عن [1] الروافض والخوارج والظاهرية وعثمان السني أنه يجوز الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها ، ورد عليهم بما ذكرنا .

فإن قلت ما الحكمة في النهي عن ذلك . قلت قال بعضهم لما فيه من قطيعة الرحم ، وبه جزم الرافعي ، واستدلوا على ذلك بما رواه ابن حبان في صحيحه من رواية حريز أن عكرمة حدثه عن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على المرأة والخالة قال انكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامكن ، ومن قال بهذا يجرى الحكم إلى الاقارب كلها بهذا المعنى فلا يجوز الجمع عندهم بين المرأة وقريبتها سواء كانت عمة أو خالة أو بنت عمة أو بنت خالة أو بنت عم أو بنت خال ، وهكذا يروى عن اسحاق بن طلحة وعكرمة وقتادة وجابر بن زيد ، واختلفت الرواية فيه عن عطاء بن أبي رباح فروى ابن أبي نجيح

---

← مسافحين ﴾ مفعول به ، والمعنى أحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا النساء بأموالكم بالصرف في مهورهن أو أثمانهن حال كونكم محصنين غير مسافحين ، ويجوز أن لا يقدر مفعول تبتغوا ، فكأنه قبل إرادة أن تصرفوا أموالكم محصنين غير مسافحين أو بدل من وراء ذلكم ، انتهى . الظاهر من سياق الآية هو البدل ، والمراد بالاحصان هو انعقاد الصيانة عن قطع الرحم ، كما هو بيان الحديث .

(١) قوله – ونقل عن الروافض ... الخ – أقول قال الإمام النووى وقالت طائفة من الخوارج والشيعة يجوز ، واحتجوا بقوله تعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ واحتج الجمهور بهذه الاحاديث خصوا بها الآية ، والصحيح الذى عليه جمهور الاصوليين جواز تخصيص عموم القرآن بخبر الواحد ، هذا الجواب على حسب مذهب الشافعي وأما على مذهبنا فقد أشبعنا الكلام فيما سبق ، فتذكر ، اه .

عنه موافقة الجمهور، وهو الصحيح عنه، وحكي عن مالك أن غيره أحسن منه واقتصر[1] الجمهور على تحريم ما ورد به الخبر، وقال شيخنا زين الدين ليست الحكمة فيه قطيعة الرحم بل المعنى فيه كما رجحه ابن عبد البر هو المعنى في تحريم الجمع بين الاختين، وذلك لان أحد الاختين لو كان ذكراً لا يحل له نكاح الاخرى، فكذلك من هو بمنزلة الاختين كالعمة والخالة وبنت الاخت وليس كذلك بنت العم وبنت العمة وبنت الخــال وبنت الخالة، فإنه لو كان إحداهما ذكراً يحل له نكاح الاخرى، وقــد روى هذا المعنى عن الصحابة فيما ذكر ابن عبد البر من رواية معتمر بن سليمان عن فضيل بن ميسرة عن أبي جرير عن المتي قال كل امرأتين إذا جعل موضع إحداهما ذكراً لم يحل له أن يتزوج بالاخرى، فالجمع بينهما باطل، فقلت له عمن هذا فقال عن أصحاب رسول الله ﷺ، وابن جرير بفتح الحاء المهملة وكسر الراء، وفي آخره زاي واسمه عبد الله بن حسين وهو قاضي سجستان، واختلف في الإحتجاج به فضعفه الجمهور ويحي بن سعيد القطان وأحمد وأبو داود والنسائي وابن معين في رواية ووثقه في أخرى ووثقه أبو ذرعة أيضاً، ولم يحتج به الشيخان، وعلق له البخاري، وأخرج له ابن حبان في صحيحه.

(ولا يجمع بين امرأتين لو كانت إحداهما ذكراً لم يجز له أن يتزوج الاخرى) قــال الاترازى لو قال[2] لو كانت كل واحدة منهما رجلاً كما هو في لفظ القــدوري لكان

---

(١) قوله – واقتصر الجمهور – أقول قال الإمام النووى وأما باقي الاقارب كالجمع بين بنتي العم وابنتي الخالة أو نحوهما فجائز عندنا، وعند العلماء كافة، إلا مــا حكاه القاضي عن بعض السلف أنــه حرمه، دليل الجمهور قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ والله أعلم، انتهى. وفيه أن التخصيص بما رواه ابن حبان جائز، فانه تخصيص بالخبر وبالقياس بعد تخصيصات كثيرة.

(٢) قوله – لو قال – أقول الاولى أن يقال ولا يجمــع بين امرأتين أيتهما فرضت ذكراً لم يجز له أن يتزوج بالاخرى، هكذا في متن الوقاية، قال العلامة جلبي في شرحه وانما عدل عن قول صاحب الهداية لو كانت احداهما لانه لا ريبة أن المراد افادة عـدم جواز التزويج بينهما على جميع التقادير المحتملة، لان جوازه على بعضها لا يمنع الجمعية.

أولى لان الشرط أن يتصور الرجل من كل جانب من جانب واحد وإلا ينتقض هذا الكلى بالمسألة التي تليه وهي مسألة الجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها من قبل ، ثم إن الشراح قالوا في صورة قوله – ولا يجمع بين امرأتين ... إلى آخره – كالمرأة وعمتها فإن كل واحدة منهما لو فرضت ذكراً حرم العقد بينهما ، لانه لو فرضت المرأة ذكراً يحرم عليه نكاح عمته ، ولو فرضت العمة ذكراً يحرم عليه نكاح بنت أخيه ، فإذا لم يحرم الجمع بينهما إلا من جهة واحدة جاز الجمع بينهما كما إذا جمع بين امرأة وبين بنت زوج كان لها من قبل لان [1] إحداهما لو كان رجلاً وهي الزوجة جاز له أن يتزوج الاخرى فلم يعم التحريم .

وقال زفر [2] رحمه الله تعالى لا يجوز كما في الصورة الاولى وهو مذهب ابن أبي ليلى والحسن البصري وعكرمة ، وفي الينابيع إن كان النكاح لا يحل على كلا التقديرين لا يحل له أن يجمع بينهما بنكاح ولا بملك يمين وطئاً ولا بالمس بشهوة ولا بالتقبيل ، وإن كان يحل إلى إحدى التقديرين دون الآخر يحل عند الجمهور خلافاً لزفر رحمه الله تعالى . وفي المجتبى لفظ المصنف لو كانت كل واحدة منهما رجلاً لم يجز أن يتزوج بالاخرى ، ولما وقع في بعض النسخ لو كانت إحداهما رجلاً سهواً وقع من الكاتب ، لانه ينتقض بالمسألة التي يليها ، وإنما قال هذا لما عرف من دأب هذا الكتاب أن يذكر أصلاً جامعاً يخرج منه المسائل .

---

(١) قوله – لان احداهما – أقول لان بنت الزوج لو فرضت ذكراً كان ابن الزوج وتزويجه عن منكوحة الاب حرام ، أما المرأة الاخرى لو فرضت ذكراً لا تحرم عليه تلك المرأة ، اهـ .

(٢) قوله – وقال زفر ... الخ – أقول قال الامام النووي وأما الجمع بين زوجة الرجل وابنته من غيرها فجائز عندنا وعند مالك وأبي حنيفة والجمهور ، وقال الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى لا يجوز دليل الجمهور قوله تعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ انتهى ، وفيه نظر كما سبق .

لان الجمع بينهما يفضي إلى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ، ولو كانت الحرمة بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من قبل ، ولا بأس بأن يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل لأنه لا قرابة بينهما ولا رضاع.

---

( لان الجمع بينهما ) أى الجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا ( يفضي إلى القطيعة ) أى قطيعة الرحم ، والمحرم والقطع لان المعاداة عادة بين الضرائر ( والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ) أى القرابة إذا كانت ممن يحرم النكاح بها يحرم قطعها لانه يفترض [1] وصلها ، والنكاح [2] سبب لقطعها لجواز أن لا ينقطع الزوج فيما يأمر وينهى فيؤدى إلى التشاجر كما هو العادة وهو سبب القطع والجمع بينهما يؤدى إلىالقطيعة أيضا بل القطيعة هنا أكثر ، وقال صدر الشريعة يعني أن حرمة النكاح ثمة كحرمة القطيعة حتى لا يؤدى إلى استدلالها ، فإن النكاح رق .

( ولو كانت الحرمة بينهما بسبب الرضاع يحرم بينهما ) كما في النسب ( لما روينامنقبل) وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وقد مر عند قوله تعالى﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ ٢٣ النساء ، ( ولا بأس بأن يجمع بينامرأةوبنت زوج كان لها منقبلذلك)وقال الاترازي أراد بإبنة الزوج ابنته من امرأة أخرى وقوله كان لها من قبل صيغة نكرة ، وهي الزوج والضمير في لها يرجع إلى المرأة ، وبه قال الأئمة الأربعة ويرى به العلماء ( لأنه لا قرابة بينهما ) أي بين هذه المرأة وبنت زوج كان لها من قبل ( ولا رضاع ) لأن المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما يشبه القرابة في الحرمة كالرضاع ، وذلك غير موجود فيهما .

---

(١) قوله – لانه يفترض – أقول لقوله عليه السلام الرحم معلقة بالعرش تقول من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعه الله ، وقوله عليه السلام لا يدخل الجنة قاطع رحم رواه مسلم وغير ذلك من الاحاديث المروية في الصحاح في هذا الباب ، اه .

(٢) قوله – والنكاح – أقول والقطع حرام فالسبب كذلك لان مقدمة الحرام حرام ، اه .

وقال زفر لا يجوز لأن ابنة الزوج لو قدرتها ذكراً لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه ، قلنا امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له التزوج بهذه ، والشرط أن يصور ذلك من كل جانب

---

( وقال زفر رحمه الله لا يجوز ) وهو قول الحسن البصري وعكرمة وابن أبي ليلى ، **(لأن بنت الزوج لو قدرتها ذكراً لا يجوز له التزوج بامرأة أبيه ، قلنا امرأة الأب لو صورتها ذكراً جاز له التزوج بهذه )** أي بهذه البنت ( والشرط أن يصور ذلك من كل جانب ) كما كان في الأختين كذلك ، لأن ذلك هو المنصوص عليه ، وما نحن فيه فرع عليه فيجب أن يكون الفرع على وفاق الأصل ، وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة علي وابنته . قال السروجي ذكر البخاري أن عبد الله بن جعفر جمع [1] بين ابنة علي وامرأة علي رضي الله تعالى عنهم عن ابن عباس انه جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها ، رواه الدارقطني ، وكذلك رواه الدارقطني عن رجل من أهل مصر كانت له صحبة يقال له جبلة انه جمع امرأة رجل وابنته من غيرها . وفي المغني لو كان لرجل ابن من غير زوجته ، ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزوج أحدهما من الآخر في قول عامة العلماء . وحكي عن طاووس كراهية إذا كان ممن ولدته المرأة بعد وطىء الزوج لها ، والأول أولى لعموم الآية ، ومتى ولدت المرأة من ذلك الزوج ولداً صار عماً لولدها وخالاً ، وإذا تزوج امرأة وزوج ابنة أمها جاز ، وإذا ولد لكل واحد منهما ولد كان ولد الأب عم ولد الابن خال ولد الأب .

---

(١) قوله — وجمع — أي جمع عبد الله بن جعفر أي ابن أبي طالب بين ابنة علي زينب وبين امرأة علي ليلى بنت مسعود فجمع بين المرأة وبنت زوجها ، وهذا وصله البغوي في الجعديات . وقال ابن سيرين مما وصله سعيد بن منصور بسند صحيح لما قيل له أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة من رجل من ثقيف وابنته من غيرها لا بأس وكرهه أي الجمع بين المرأة وبنت زوجها الحسن البصري مرة ، ثم قال لا بأس به ، وهذا وصله الدارقطني. إرشاد الساري في شرح صحيح البخاري .

ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها. وقال الشافعي الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور. ولنا أن الوطىء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف إلى كل واحد منهما كملاً

---

( ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها وابنتها ) وهو قول عمر وعمران بن الحصين وابن مسعود وجابر بن عبد الله وأبي بن كعب وعائشة وابن عباس في الأصح ، وبه قال الحسن البصري وعامر الشعبي وابراهيم النخعي وعبد الرحمن الأوزاعي وطاووس ومجاهد وعطاء ، وقال أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه وهو قول سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وسالم وحماد والثوري وإسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل ومالك في المدونة عن ابن القاسم .

( وقال الشافعي الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة ) هو قول ابن عباس في رواية عروة والزهري وأبي ثور وابن المنذر ، ورواية مالك في الموطأ . وقال شهاب الدين القرافي ، وهو رواية غير مشهورة عنه ، ذكر ذلك في الذخيرة ، وإن لاط برجل لا يحرم عليه أمه ولا بنيه عندنا ، وبه قال عامة العلماء ، وقال عبد الله بن الحسن والأوزاعي والثوري وابن حنبل في رواية تحرم أمه وبنته عليه ، وقال الحسن بن صالح يكره ، ولو مسه بشهوة أو قبله لا يحرم عليه أمه ولابنته بالإجماع ( لأنها نعمة فلا تنال بالمحظور ) أي لأن المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور الحرام .

( ولنا أن الوطىء سبب الجزئية ) أي بين الواطىء والموطوءة يعني يصيران كشخص واحد ( بواسطة الولد ) حتى لا يحل للزانية أن تتزوج أب الزاني ولا ابنه ( حتى يضاف ) أي الولد ( إلى كل واحد منهما ) أي من الزاني والزانية ، حتى يقال ابن فلان وابن فلانة ( كملا ) على وجه الكمال إضافة حقيقية وعرفا وهذه علة ثبوت الجزئية بين الواطىء والموطوءة .

فإن قيل ما ذكرتم ان الولد يضاف إلى كل واحد كملا ممنوع ، لأنه ليس بولد . قلت يضاف إليه ألا ترى انه عليه السلام أثبت للزاني الحجر ، وجعل كمل الولد منسوباً إلى صاحب الفراش بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر ، وإضافة الولد إلى كل واحد منهما ليست بطريق الحقيقة ، بل بعضها يضاف إليه حقيقة وبعضه مجازاً ، والولد مخلوق من

فيصير أصولهـــا وفروعها كأصوله وفروعه وكذلك على العكس .
والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة
والوطىء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث أنه زنى .

---

مائها ، فكان البعض متولداً من أحدهما والبعض متولد من الآخر ضرورة ، لأن الماءين لما اختلطا حصلت المجاورة بينهما ، والمجاورة من طريق المجاز يقال جرى النهر وسال الميزاب ، فكذا هذا أجيب بأن الولد يضاف إلى كل منهما ، والأصل ان الإستعمال بطريق الحقيقة لا بطريق المجاز ، ولأن هـــذا إضافة واحدة إلى شخص [1] واحد وقد حملت الحقيقة في البعض فلا يجوز حملها على المجاز في البعض الآخر ، لأن اللفظ الواحد لا يطلق على الحقيقة والمجاز في الحالة الواحدة .

( فيصير أصولها ) هذه نتيجة قـوله حتى يضاف إلى كل واحد منهما ( فيصير أصول الموطوءة وفروعها كأصوله وفروعه ) أي كـأصول الواطىء وفروعه ، وأراد بالأصول آباؤهما ، وبالفروع أولادهما في الحل والحرمة ( وكذلك على العكس ) أي وكذلك تصير أصوله وفروعه كأصولها وفروعها والاستمتاع بالجزء حرام ، هذا جواب عما يقال لو كان الأمر كذلك لكانت الحرمة ثابتة في نفس المرأة الموطوءة لأنها حينئذ جزء الواطىء .

فأجاب بقوله ( والاستمتاع بالجزء حرام إلا في موضع الضرورة وهي الموطوءة ) لأنها لو قيد بحرمتها لما حلت امرأة فيؤدي إلى ابطال المقصود من شرع النكاح وهـــو التوالد والتناسل ، فمعنى الضرورة لم يعتبر ذلك هنا كما حلت حواء لآدم عليهما السلام ، وقـــد خلقت منه حقيقة فحلت له ضرورة وحرمت ابنتها ( والوطىء محرم ) بكـسر الـراء ، جواب عن قوله – فلا ينال بالمحظور – وتقديره أن يقال ان الوطىء حـرام ( من حيث انه زنى لا من حيث انه سبب الولد ) وفي بعض النسخ والوطىء محرم من حيث انه سبب

---

(١) قوله – إلى شخص – أقول والسر فيه أن التولد المأخوذ من الـــولد مصدر ، جنس ، والجنس يطلق على البعض حقيقة كما يطلق على الكل فلا يراد أن الحقيقة لاتتحقق إلا من إطلاق اللفظ على مجموع الموضوع له لا على بعضه .

الولد لا من حيث انــه زنى ، والذي يظهر من كلام الشراح هنا أن هــذه النسخة هي الصحيحة ، فإن الأكمل قال بيانه أن الوطىء ليس سبب الحرمة من حيث ذاته ولا من حيث انه زنى ، وإنما سبب لها من حيث انه سبب للولد أقيم مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للسبب الذي هو الوطىء ، لعدم اتصافه بذلك لا يقال ولد عصيان ولا عدوان ، والشيء إذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة أصله لا صفة نفسه كالتراب في التيمم.

وقال الشبلي[1] لا عدوان ولا عصيان في المسبب الذي هو الولد ، فكذا لا عصيان في المسبب الذي قام مقامه في ذلك الوجه وهو الزنى ، لأن وصف النائب إنما يوجد في وصف المنوب كما في التيمم مع الوضوء . وقال الكاكي معنى ابتناء الحرمة بالوطىء بواسطة انه سبب للماء ، والماء سبب للولد ، ووجود[2] الولد هو الاصل في الاعتاق باعتبار انه جزء لوالدين ولا عصيان فيه ، فكان الوطىء قائماً مقام الماء نظراً لكون الماء مطهراً وسقط وصف التراب ، انتهى .

فإن قلت قال الشافعي النكاح أمر حمدت عليه ، والزناء فعل رجمت عليه ، فأنى يكون سبباً للنعمة ، ألا ترى انه لا يثبت به النسب ولا العـدة ، فكذا جهة المصاهرة ، لأنه لو كان سبباً للنعمة يفضي إلى تكثير الزناء ، واستدل أيضاً بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال ، هكذا رواه ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، وروي أبو هريرة رضي الله تعالى عنه انه عليه السلام سئل عمن زنى بامرأة ثم تزوج بأمها ، فقال عليه السلام لا يحرم الحرام الحلال. وقالت عائشة رضي الله تعالى عنها سألت رسول الله ﷺ عن رجل أتى امرأة فجوراً ثم تزوج بنتها ، فقال عليه السلام لا يحرم الحرام الحلال .

---

(١) قوله – قال الشبلي – أقول والأنسب فيه أن يقال أن الوطىء الحرام مؤثر في إفادة حرمة المصاهرة كالوطىء الحلال ، وهذا لأن الوطىء لم يكن سبب للحرمة لكونه حلالاً بل لكونه سبباً للجزئية بواسطة الولد ، والحرام يشارك الحلال في سببه فيشارك في الحرمة ، كذا فهم من أصول فخر الإسلام ، اهـ .

(٢) قوله – ووجود الولد – أقول لان المولى يصير بالولد من الامة كشخص واحـد والمولى حر فيثبت الاعتاق للأمة ، اهـ .

قلت (١) أجيب بأن عدم ثبوت النسب به لكون المقصود من النسب الشرف به ، ولا يحصل ذلك بالنسب إلى الزاني وعدم وجوب العدة لكون وجوبها في الأصل، وباعتبار حق النكاح والفراش ، وبين النكاح والسفاح منافاة ، فبانعدام الفراش ينعدم السبب الموجب للعدة ، واستدلاله بالحديث لا يصح إلا ما لا يجعل الحرام محرماً للحلال، وانما تثبت الحرمة باعتبار أن الفعل حرمة للولد ، وحرمة هذا الفعل لكونه زنى ، مع أن هذا الحديث غير مجرى على ظاهره ، فإن كثيراً من الحرام يحرم الحلال ، كما إذا وقعت قطرة من خمر في الماء ، وكالوطيء بالشبهة ، ووطيء الأمة المشتركة ، ووطيء الأب جارية الإبن ، هذا كله حرام حرم الحلال . وفي حديثهم الأول عثمان بن عبد الرحمن الرحاحي قال يحي بن

---

(٢) قوله — قلت ... الخ — أقول ويظهر من هذا سقوط ما قال القسطلاني في إرشاد الساري في شرح صحيح البخاري ، قال عكرمة عن ابن عباس فيما وصله البيهقي . إذازنى بها أي بأم امرأته لا تحرم عليه امرأته ، لان الحرام لا يحرم الحلال ، وكذا لا يحرم عليه بنت من زنى بها ، ولو كانت من مائه إذ لا حرمة لماء الزنى ، فهي أجنبية عنه شرعاً بدليل انتفاء سائر احكام النسب عنها سواء طاوعته امها على الزنى ، أم لا ، ولو أرضعت المرأة بلبن الزاني صغيرة فكذبته قاله المتولى ، أما المرأة فيحرم عليها وعلى سائر محارمها نكاح ابنتها من الزنى لعموم الآية ولثبوت النسب والارث بينهما ، والفرق ان الإبن كعضو فيها وانفصل منها انساناً لا كذلك النطفة التي خلقت فيها البنت ،نعم يكره نكاح المخلوقة من زناه خروجاً من خلاف من حرمها عليه . قال المرداوي من الحنابلة وتحرم بناته من حلال وحرام أو شبهة ، انتهى كلامه ، وفيه أيضاً أن نكاح الواطيء كما يجوز من بنت الموطوءة من ابنها ، والفرق بأن الابن كعضو منها ولا كذلك النطفة خلقت منها البنت تحكم ، لان جزئية المولود مشتركة بين الواطيء والموطوءة ، واستقرار النطفة في رحم الموطوءة لا يستلزم أن يكون جزء هيئة المولود زائدة في الموطوءة ، لان الاصل هو العلة الفاعلية دون المادة المنفعلة ، والإختلاف من هيئة إلى هيئة إلى أن يحصل له صورة انسانية اختلاف من حيث التشكل دون المادة الأصلية ، اهـ .

ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمهـا وابنتها . وقال الشافعي لا تحرم وعلى هـذا الخلاف مسته امرأة بشهوة ونظره إلى فرجها ونظرها إلى ذكره عن شهوة

---

معين كان يكذب . وقال الحاوي وأبو داودوالنسائيليس بشيء ، وقـال الدارقطني متروك وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات لا يجوز الإحتجاج به . وأماالحديث الآخر فضعيف ، فقال أحمد حديثهم من كلام ابن اشرح بعض قضاة العراق ، وقيل من قول ابن عباس وكبار أصحابه خالفوه في ذلك .

( ومن مسته امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها ) وفي جميـع التفاريق سواء[1] كان ذلك المس عمداً أو خطأ أو ناسياً أو طائعاً أو مكرهاً ، إذا اشتهى . وفي القنيـة لو قال لم أشته لم يصدق . وقال الكاكي سواء كان اللمس حلالاً أو حراماً ، وبـه قال الشافعي في قول ومالك في الحلال ، فإنه ذكر في المبسوط لو قبل أمـة بشهوة لا يتزوج بنتها ، وكذا لو قبل امرأته بشهوة ثم ماتت قبل الوطىء لا يتزوج بنتها .

( وقال الشافعي لا تحرم ) في قول وبه قال أحمد سواء كان في الحلال أو الحرام(وعلى هذا الخلاف ) المذكور بيننا وبين الشافعي ( ومن مسته امرأة بشهوة ) أي مس الرجـل امرأته بشهوة ( ونظرها إلى ذكره عن شهوة ) وكذا في الخلاف في التقبيل والمفاخذة

وقال أبو الليث رحمه الله تعالى فيمسها لمتأويل المسألة انه اذا صدق الرجل المرأة انها مسته بشهوة ، ولو كذبها ولم يقع في أكبر رأيه انها فعلت عن شهوة ينبغي أنه لا تحرم عليها أمها وابنتها ، كذا في جامع قاضي خان والمحبوبي .

---

(١) قوله – سواء كان - أقول في التبيين وجود الشهوة من أحدهما يكفي ، ولو رأى فرجها من وراء الزجاج تثبت الحرمة ، ولو رآه في المرآة لا تثبت ، ولو مسها بحيث قـد وصلت حرارة البدن إلى يده تثبت الحرمة وإلا فلا ، ولا فرق بين أن يكون المس عمداً أو خطأ أو ناسياً أو مكرهاً وشرطه أن لا ينزل ، فلو أنزل عند المس والنظر لم تثبت بحرمته ، لأنه ليس مفضياً الى الوطىء لانقضاء الشهوة ، انتهى .

له إن المس والنظر ليسا في معنى الدخول ، ولهـــذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان بـــه . ولنـــا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطىء فيقام مقامـــه في موضع الاحتياط

---

وفي المجتبي تثبت حرمة المصاهرة بمسها إذا كانت مشتهاة وهي بنت سبـــع سنين فصاعداً ، ولا تثبت في بنت الخمس ، وفيما بين الخمس والتسع ، وقال أبو الليث تكلموا في الثمان والسبع والست. والغالب أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين ، وقال الشهيد في كتاب البينات وعليه الفتوى .

( له ) أى للشافعى ( ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ، ولهـذا ) أي لكونهما ليسا في معنى الدخول ( لا يتعلق بهما ) أي بالمس والنظر ، أي فلا يلحق المس والنظر به ( فساد الصوم والإحرام ووجوب الإغتسال فلا يلحقان به ) أي بالدخول ، لأن الملحـق لابد أن يكون في معنى الملحق به.

( ولنا أن المس والنظر سبب داع إلى الوطىء فيقام ) أى السبب الداعي إلى الوطىء ( مقامه ) أي مقام الوطىء في موضع الإحتياط ، وهذا لأنا وجدنا لصاحب الشرع يزيد اعتناء في حرمة الأبضاع ، ألا ترى انه أقام بشبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام من التوارث ومنع موضع الذكورة، ومنع قبول الشهادة فأقمنا السبب الداعي مقام المدعو، احتياطاً وفساد الصوم والإحرام ووجوب الإغتسال ليس من باب حرمة الأبضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطىء ، ونوقض بأن ما ذكرتم إن كان صحيحا قام النظر إلى جمال المرأة مقام الوطىء في ثبوت الحرمة لكونه سببـــاً داعياً إليه . أجيب بأن النظر إلى الفرج المحرم وهو ما يكون نظراً إلى داخل الفرج بأن كانت ممكنة وهو لا يحل إلا في الملك والظاهر من ذلك أنها لا تكون على هـذه الحالة في خلوة الأجانب .

قال الأكمل فانظر بعد هذا في أن النظـــر إلى الجمال الحلال في الملك وغير خلا ولا

## ثم ان المس بشهوة أن تنتشر الآلة أو تزداد إنتشاراً هو الصحيح

هـل [1] يكون داعياً إلى الوطيء دعوة النظر ذلك اليه أولاً لا أراك قائلاً بذلك إلا مكذباً . قال الكـاكي هنا ولناحديث أم هانيء رضي الله عنها عن رسول الله تعالى ﷺ من نظر إلى فرج امرأة حرمت عليه أمها وابنتها .

وفي حديث ملعون من نظر إلى فرج امرأة ابنتها ، وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه جرد جارية له ونظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه ، فقال أما انها لا تحل لك .

وعن ابن عمر رضي الله تعالى عنه انه قال إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها ، انتهى .

قلت حديث أم هانيء أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه . وقوله في الحديث ملعون إلى آخره خرجه الجرجاني ، وعن إبراهيم كانوا يقولون إذا اطلع الرجل من المرأة على ما لا يحل له أو لمسها بشهوة فقد حرمت عليه جميعاً .

وعن عطاء وابراهيم والحكم والحماد وابن أبي سليمان ومجاهدوجابر بن زيد وابن المسيب مثله ، وعن ابن منبه قال في التوراة التي أنزل الله على موسى عليه السلام انه لا يكشف رجل امرأة وابنتها إلا وهو ملعون ، ذكر ذلك كله ابن ابي شيبة في مصنفه .

( ثم ان المس بشهوة أن تنتشر الآلة ) هذا تعريف المس بشهوة وهو أن تنتشر الآلة يعني إذا لم تكن منتشرة قبل النظر والمس ( أو تزداد إنتشارا ) إذا كانت منتشرة قبل ذلك ( هو الصحيح ) احترز به عن قول كثير من المشايخ بحيث لم يشترطوا انتشاراً ، وجعلوا حد الشهوة أن يميل قلبه إليها ويشتهي جماعها ، واختار المصنف قول شمس الأئمة السرخسي وقول شيخ الإسلام ركن المحيط ، والأصح قول كثير من المشايخ المذكور ،

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما فيها كلام ساقط . اه مصححه .

وإن[1] كان شيخاً أو عنيناً فحد الشهوة فيه أن يتحرك قلبه بالإشتهاء إن لم يكن متحركاً ولا يعتبر مجرد الإشتهاء ، وهكذا ذكره السرخسي رحمه الله تعالى وحكى عن محمد بن ابراهيم الميداني انه كان يميل إلى هذا .

وفي الذخيرة لا تثبت هذه الحرمة بالنظر إلى سائر الأعضاء غير الفرج ، وإن كان عن شهوة ، وقال الصفار إن كان لا يشتهي بقلبه لعلو سنه ، فإن مس مقدار ما لو كان شاباً تنتشر آلته تثبت الحرمة .

وكان الفقيه محمد بن مقاتل الرازى لا يعتبر تحرك القلب ، وانما يعتبر[2] تحرك الآلة ، وكان لا يفتى بثبوت الحرمة في الشيخ الكبير والعنين والذي ماتت شهوته حتى تتحرك آلته لماسته ، وروى ابن رستم عن محمد انه اذا لمسها بشهوة فلم ينتشر عضوه أو كان منتشراً ، فلم يزد انتشاراً وهو لامسها بعد ، وإن كان بينهما ثوب رقيق يجد حرارة الملموس في يده تثبت الحرمة .

وفي طلاق المنتقى للحسن بن زياد عن أبي يوسف إذا لمس شهوة من جسد أم امرأته من

---

(١) قوله – وان كان ... الخ – أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن تعريف المس كما ذكره لا يوجد في الشيخ والعنين ، فكيف حالهما . فأجاب أن حد الشهوة فيه اذا كان عنيناً أو شيخاً أن يتحرك قلبه بالاشتهاء إن لم يكن متحركاً ، لأن تحرك القلب في حكم انتشار الآله في حقهم فالمراد بانتشار الآلة هو الأعم ، أى أعم من أن يكون حقيقة أو حكماً .

فإن قيل ان التحرك في القلب قد يقع عن الإضطراب الذي ينشىء عن رؤيته غرابة الجمال مع انه لا يشتهي قلبه اليها من حيث الوطىء . قلنا ان هذا النوع من التحرك قليل فلا عبرة له على أن الإحتياط يقضي بعموم الحكم .

(١) قوله – وانما يعتبر – أقول وكيف لا ، فإن دعوة الشيء الى الشيء فرع قطع الموانع والشيخ والعنين عن الشيخوخة والعنة لا يصلحان لذلك .

فوق الثياب عن شهوة وهو يجد من جسدها حرارة حرمت عليه امرأته، وكذا مس رجلها فوق الكعب أو مس ساق الخف وأسفل الخف.

وروى ابراهيم عن ابراهيم عن محمد ان النظر الى دبر المرأة موضع الجماع، ثم النظر إلى فرج المرأة ثم رجع، وقال لا يحرم إلا النظر إلى الفرج من داخل، ومثله عن أبي يوسف رحمه الله. وقيل الشهادة على اقراره بالمس والتقبيل بشهوة، وهل يقبل على ذلك بغير اقراره، قيل لا يقبل، وإليه مال محمد بن الفضل لأنه لا يوقف على ذلك، وقيل يقبل وإليه مال علي البزدوي.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف رجل نظر إلى بنته من غير شهوة فتمنى أن يكون جارية مثلها فوقعت له شهوة مع وقوع نظرة، فان كانت الشهوة على ابنته حرمت عليه امرأته، وإن كانت على ما تمنى لم تحرم.

وفي واقعات الناطفي والمحيط أقام امرأته عن فراشه ليجامعها ومعها ابنته فوصلت يده اليها فقرصها باصبعه يظن انها امرأته وهي تشتهى، حرمت عليه امرأته، وان كان يحسبها امرأته، لانه مسها بشهوة، ولا يشترط بلوغها، ويشترط أن تكون مشتهاة.

وعن محمد بن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل، وبنت خمس فما دونها غير مشتهاة وبنت ثمان وسبع وست إن كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة وإلا فلا. وفي الينابيع لو جامع ابنة امرأته فأفضاها وأفسدها لا تحرم عليه أمها. وقال أبو يوسف أكره له الأم والبنت. وفي المحيط تحرم عليه أمها، وقال محمد التنزه أحب إلي، ولا فرق بينهما، ولو وطىء جارية ابنته من الزنى فولدت منه لا تصير أم ولد له بالإتفاق، وسئل ابن سلمة عن امرأة أدخلت ذكر صبي في فرجها وهو ليس من أهل الجماع قال تثبت به حرمة المصاهرة.

( والمعتبر النظر إلى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك ) أي النظر إلى داخل الفرج ( إلا عند اتكائها ) إلا اذا (١) كانت متكئة، أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة، ونظر

(١) قوله – الا اذا كانت متكئة – أقول لأن النظر لا يتعدى الى الفرج الداخل الا في هذه الحالة.

ولو مس فأنزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح أنه لا يوجبها لأنه بالانزال تبين أنـــه غير مفض إلى الوطىء ، وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر .

---

اليها لا تثبت حرمة المصاهرة لأن هذا الحكم متعلق بالفرج، والداخل فرج من كل وجه، والخارج فرج من وجه دون وجه لأن الإحتراز [1] من النظر إلى الفرج الخـارج متعذر ، فسقط اعتباره .

وعن أبي يوسف لو نظر الى بيت الشعر ثبت حرمة المصاهرة . وقـال محمد لا يثبت حتى ينظر إلى الشعر ذكره قاضي خان.

( ولو مس فأنزل فقد قيل انه يوجب حرمة المصاهرة ) وبه كان يفتي شمس الإسلام الاوزجندى ، ووجهه أن مجرد المس بشهوة يثبت الحرمة ، وهذه إن كانت [2] توجب زيادة حرمة لا توجب خلافها ( والصحيح انه لا يوجبها )هذا اختيار المصنف وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي والإمام فخر الإسلام.

( لأنه بالإنزال تبين أنه غير مفض الى الوطىء ، وعلى هذا ) أي على هـــذا الخلاف ( اتيان المرأة في الدبـر ) أي دبر المرأة ، أما لو لاط بغلام لا يوجب ذلك حرمة عند عامة العلماء ، وقد ذكرناه فيما مضى .

وقال الشافعي لو أتى امرأته بنكاح صحيح أوفاسد في دبرها أو أمته في دبرها تثبت به حرمة المصاهرة فيه قولان ، ثم الإتيان في دبر المرأة حرام باجماع الفقهاء .

وروي عن ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال لم يصح تحريمه عندنا عن النبي ﷺ ،

---

(١) قوله — ولأن الإحتراز — أقول هذا جواب ثان عن الإشكال الذي قدذكرناه فيما سبق ،وتقرير الجواب أن الإحتراز من النظر متعذر ، فسقط اعتباره عنعهدةالتكليف، والا يلزم عموم البلوى ، اه .

(٢) قوله — ان كانت — أقول لأن الإنزال يؤكد معنى الوطىء فيورث زيادة الحرمـــة .

وإذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً لم يجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها .

---

والقياس أنه حلال ، فقال ابن الربيع كذب ابن عبد الحكم ، فإن الشافعي نص على تحريمه ، وقال شيخنا في شرح الترمذي له قد انعقد الإجماع آخراً على تحريم اتيان المرأة في الدبر ، وإن كان فيه خلاف قديم قد انقطع ، وكل من روى عنه إباحته فقد روى عنه انكاره ، فأما القائلون بتحريمه من الصحابة ، فعلي بن أبي طالب وابن عباس وأبي هريرة وأبي الدرداء وابن مسعود ، ومن التابعين سعيد بن جبير ومجاهد وعكرمة وابراهيم النخعي وسعيد بن المسيب وطاووس ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وسفيان الثوري والشافعي وآخرين من أهل العلم .

قال الشيخ ولم يختلف فيه أحد من الصحابة الا ابن عمر ولا من التابعين الا نافع ، وأما ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فروى النسائي في سننه الكبرى من طريق مالك قال أشهد على ربيعة حدثني عن سعيد بن يسار انه سأل ابن عمر عن ذلك ، فقال لا بأس به ، وقد صح عن ابن عمر أيضاً انكار ذلك فيما رواه النسائي في سننه الكبرى من طريق مالك ، قال أشهد من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار قال قلت لإبن عمر ان متسرى الجوارى يتحمض لهن ، قال وما التحميض ، قال يأتيهن في أدبارهن ، قال ابن عمر أو يفعل هذا مسلم .

وروى الثعلبي في تفسيره من رواية عطاف بن موسى عن عبد الله بن الحسن عن أبيه أنه حكي عن مالك اباحة ذلك ، وأنكره أصحابه .

( واذا طلق امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً لم تجز له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها ) وكذا لا يتزوج بأربع سواها ولا بعمتها ولا بخالتها ولا ببنت أختها ، وكذا الفسخ بعد الدخول بها حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وزيد ابن ثابت رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والنخعي والثوري وابن حنبل ذكر ذلك في المغني .

وقال الشافعي « رح » إن كانت العدة من طلاق بائن أو ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً للقاطع ، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد . ولنا ان نكاح الأولى قائم لبقاء أحكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ،

---

( وقال الشافعي ان كانت العدة من طلاق بائن أو ثلاث يجوز ) وقال مالك وابن أبي ليلى وأبو ثور وابن عبيد وابن المنذر، ويروى عن القاسم بن محمد وعروة ( لانقطاع النكاح بالكلية إعمالاً (١) للقاطع ) وهو الطلاق البائن والثلاث ( ولهذا ) أى لأجل انقطاع النكاح بالكلية اعمالاً للقاطع ، ولهذا ( لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ) ولو جاءت بولد لأكثر من سنتين لم يثبت النسب ، ولو بقيت بينهما علقة النكاح لسقط به الحد ، ويثبت النسب ، وانما العدة واجبة لأنه من محرم لا لأنها من حقوق النكاح حتى لا يجب بدون توهم الدخول ، فكما كان من العدة حق النكاح لا يعتبر توهم الدخول كعدة الوفاة ، كذا في المبسوط .

( ولنا أن نكاح الأولى ) أى المرأة الأولى ، وفي بعض النسخ النكاح الأول ( قائم لبقاء بعض أحكامه كالنفقة والمنع عن الخروج ) من المسلم ( والفراش ) أى وكالفراش وهو صيرورة المرأة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب ( والقاطع ) وهو الطلاق ، وهو جواب عن قول الشافعي يجوز انقطاع النكاح بالكلية ( بتأخر عمله ) الى زمان انقطاع العدة لبقاء حكم النكاح ، فلو لم يكن قائماً حال العدة تخلف (٢) الحكم عن علته وهو

---

(١) قوله — اعمالاً للقاطع — فإن القاطع اذا وجد يجب أن يتحقق أثره ، اه .

(٢) قوله — تخلف الحكم — أقول لأن النفقة والمنع عن الخروج والفراش وغيرها ليست الا من أحكام النكاح ، والنكاح علة مؤثرة لهذه الأحكام ، فلو وجدت بدون بقائه يلزم تخلف الحكم عن العلة ، فإن قيل يجوز أن يكون العلة عامة كما ان الملزوم علة اللازمة ، وقد يكون اللازم المعلول عاماً. قلنا أن الأحكام المذكورة من خصائص النكاح فكيف يتصور العموم ، اه .

ولهذا بقي القيد . والحد لا يجب على إشارة كتاب الطلاق ، وعلى عبارة كتاب الحدود يجب ، لأن الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنى ولم يرتفع في حق ما ذكرنا

---

باطل ( ولهذا لو وطىء المعتدة بقي القيد ) أي في حق التزوج بزوج آخر ، وفي حق الخروج والبروز في العدة ، والحد كما يجب هذا جواب عن قوله، ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد .

( والحد[1] لا يجب على اشارة كتاب الطلاق[2] ) معنى اشارته ما ذكر في باب ثبوت النسب ، أي الموطوءة اذا جاءت بولد لأكثر من سنتين ، أو لتمام سنتين من بعد الطلاق فادعاه المطلق يثبت نسبه منه ، فدل على ان هذا شبهة في المحل ، والشبهة اذا كانت في المحل يستوى فيه العلم والظن في سقوط الحد عنه ، بخلاف الشبهة في الفعل ، فان النسب لا يثبت بها أصلاً ، كما لو وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته ، وقال ظننت أنها تحل لي (وعلى عبارة كتاب الحدود يجب ) أي الحد (لأن الملك قد زال في حق المحل، فيتحقق الزنى) لوقوع الوطىء في غير الملك فيجب الحد ( ولم يرتفع ) أي الملك ( في حق ما ذكرنا ) يعني

---

(١) قوله – والحد ... الخ – حاصله أن ما قاله الشافعي « رح » يجاب عنه، أما أولاً فبأنا لا نسلم وجوب الحد ، كما هو مقتضى اشارة كتاب الطلاق من المبسوط . وأما ثانياً فبأنا سلمنا ذلك كما هو مقتضى صريح كتاب الحد عن المبسوط ، لكن نقول ان هذا الأمر أعني حل الوطىء غير باق ، لكن بقي آثار أخر كما ذكرنا ، فالنكاح باق من وجه وغير باق من آخر ، فلما بقي النكاح من وجه كان الشخص جامعاً بين الأختين في النكاح، ولا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح ولو كان ذلك نكاحه في الجملة ، اه .

(٢) قوله – على اشارة كتاب الطلاق – وهو قوله اذا كان الطلاق بائناً فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية باق، فقوله – حل المحلية باق – اشارة الى هدم وجوب الحد ، كذا في بعض الحاشية ، وفيه نظر ، لأن حل المحلية لا ينافي وجوب الحد لوجوده في سائر الأبنيات ، مع ان الحد يجب لوطئها ، اه .

فيصير جامعاً ولا يتزوج المولى أمته ولا المرأة عبدها لأن النكاح ما شرع إلا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين

من النفقة ، والمنع والفراش وليس هذا إلا باعتبار الحكم بقيامه والنكاح في حق التزوج بالأخت احتياطاً في التمادي عن الجمع بين الأختين ( وهو ) يعني قوله ( فيصير جامعاً ) يعني إذا كان الملك قد زال في حق الحل ، وتزوج أختها يصير جامعاً بين الأختين .

فإن قلت ما معنى ذكر لفظ الإشارة في عدم وجوب الحد ، ولفظ العبارة في وجوب الحد . قلت لأنها في المسألة الأولى التي ذكرنا صورتها ، وهي نسبه ، ويثبت نفيها إشارة إلى أن الوطىء في عدة الثلاث لا يكون زناً ، فلا يجب الحد .

وفي المسألة الثانية يفهم وجوب الحد من نفس العبارة ، لأنه وطىء في غير الملك،فصار زنا ، وموجب الزنا الحد .

( ولا يتزوج المولى أمته ) سواء ملك كلها أو بعضها ( ولا المرأة عبدها ) أي ولا تتزوج المرأة عبدها ، سواء ملكت كله أو بعضه ، وبهذا قالت الأئمة الأربعة، وعليه الاجماع ، وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على بطلان نكاح المرأة عبدها ، انتهى . ونفاة القياس جوزوا ذلك ، واستدلوا بقوله تعالى ﴿ فانكحوا [1] ما طاب لكم من النساء ﴾ ٣ النساء. وقوله تعالى ﴿مما ملكت[2] أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ ٢٥ النساء والجواب أن الآية المذكورة تعارضها قوله تعالى ﴿ وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم ﴾ ٣٢ النور ، خاطب الله تعالى الموالي بإنكاح الإماء لا بنكاحهن . فإن قيل الآية ساكتة عن نكاحهن ، والساكت ليس بحجة ، فالجواب أن الموضع موضع ما يحتجن إليه من أمر النكاح ، والسكوت عن البيان في موضع يحتاج إلى البيان بيان.

( لأن النكاح ما شرع إلا مثمراً بثمرات مشتركة بين المتناكحين ) ثمرته للزوجة وجوب

(١) قوله – فانكحوا ... الخ – أقول فإن لفظ ما عام ، والعام يستغرق الإفراد .

(٢) قوله – مما ملكت ... الخ – أقول مثله كمثل الأول ، لأن لفظ ما في – ما ملكت – عام ، والعام حكمه في جميع الافراد على السواء بالقطعية ، اه .

المهر والكسوة والنفقة ووجوب الوطىء عليه حكماً وما بعدهاوبأنه لا يحل له العزل بغير رضاها ، ولها الخيار بالجب والعنة ، وثمرته للزوج التمكين من نفسها ، وقرارها في بيته ، وأعمال داخل البيت من الطبخ وغسل ثيابها وتربية ولده منها وارضاعها ، بمكان كل واحدة منهما مالكاً ومملوكاً ، وبينهما منافاة ، أشار إليه بقوله( والمملوكيـة تنافي[1] المالكية ) لأن المالكية تقتضي الظاهرية ، والمملوكية تقتضي المقهورية ، ولا خفاء في التنافي بينهما ، فإن كان كذلك ( فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ) لأن ملك أحدهما صاحبه ينفـي وقوع الثمرة على الاشتراك ، وإذا انقطعت الشركة ينقطع الملك لأن الملك ما يثبت لعينه في باب النكاح ، وانما يثبت لتحقق الثمرات .

فإن قيل المـالكية والمملوكية من جهتين مختلفتين فلا تنافي حينئذ . فـالجواب منه اختلاف الجهة ، لأن كـون المرأة مالكة بجميع أجزائها إنما هو بالنسبة إلى العبد ، فلم تختلف ، ولقائل أن يقول المرأة بجميع أجزائها مالكة للعبد بجميع أجزائـه ، وليست مالكة لمنافع بضعه فجاز أن يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها ، لأن النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكاً ، ولا المولى من حيث منافع بضعها مالكة ، بل من حيث أجزائها .

( ويجوز تزوج الكتابيات ) جمع كتابية ، والذكر كتابي وهو الذي يؤمن بنبي ويقر بكتاب ، ولا خلاف للأمة الأربعة في جواز نكاح الكتابية الحـرة ، وهي النصرانية واليهودية ، وممن آمن بزبور داود ، وصحف ابراهيم وشيث عليهم السلام ، والسامرة من اليهود اختلفوا فيه ، ولكن قـال الشافعي ينبغي أن تكون اسرائيلية ، يعني من أولاد

---

(١) قوله – تنافي ... الخ – يشكل بأنه لو كانت المملوكية تنافي المالكية لم يصح نكاح المملوك أصلاً ، اذ النكاح لا يخلو عن مالكية أحد المتناكحين صاحبه ، الا أن يجاب بأن القياس أن لا يصح نكاحه مطلقاً ، لكنا جوزناه لمساس الحاجة اهـ.

اسرائيل ، وهو يعقوب عليه السلام ، وأمـــا التمسك بكتب الأنبياء السالفة ، بصحف [١] ابراهيم وموسى وإدريس لا يجوز نكاحهم ، كذا في شرح الوجيز .

وممن روي عنهم جواز حرائر أهل الكتاب عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم رضي الله تعالى عنهم .

ويروى عن ابن عمر انه كان لا يجوز نكاح الكتابية ، وقالت الامامية لا يجوز نكاح الكتابية إلا عند عدم المسلمة لاختلاف العلماء في كونهم مشركين ، قـال الله تعالى ﴿ ولا تنكحوا [٢] المشركات حتى يؤمن ﴾ ٢٢١ البقرة ، أي حتى يسلمن من أهل الكتاب .

واختلف اهل العلم أن لفظ الشريك يتناول اهل الكتاب، فقال بعضهم يتناول لقوله تعالى ﴿ قالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ﴾ ٣٠ التوبة ، ثم قـال في آخر الآية ﴿ سبحانه عما يشركون ﴾ والأصح ان اسم الشريك مطلقـاً لا يتناول أهل الكتاب لقوله تعالى ﴿ ربما يود الذين كفروا لو كانوا مسلمين ﴾ ٢ الحجر، ﴿ لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين ﴾ ٢ البينة، والعطف يقتضي المغايرة، والمطلق ينصرف إلى الكامل .

( لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ ٥ المائدة ) أي الكتابيات من أحصنت إذا عفت ، وأحصنها زوجها إذا أعفها فهي محصنة بالفتح ( أي العفائف ) فسر المصنف المحصنات بالعفائف ، وكذا فسر السدى والشعبي ، قـال الأكمل تفسيره بذلك

(١) في الاصل – بصحف – والصحيح ما أثبتناه ، ا هـ مصححه .

(٢) قوله – ولا تنكحوا المشركات – قـال البيضاوي حتى أي ولا تتزوجوهن ، وقـرىء بالضم ، أي ولا تزوجوهن من المسلمين ، والمشركات تعم الكتابيات لان أهل الكتاب مشركون ، لقوله تعالى ﴿ وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ﴾ أي قوله ﴿ سبحانه عما يشركون ﴾ لكنها خصت عنها بقوله ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ انتهى ، .

## ولا فرق بين الكتابية والحرة والأمــة على ما نبين إن شاء الله ولا يجوز تزويج المجوسيات

احترازاً عن قول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ، فــإنه فسره بالمسلمات ، وليست العفة شرطاً لجواز النكاح ، وإنما ذكرها بناء على العادة بدلالة الفرض ، وجه الاستدلال ان الله تعالى قال ﴿ اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ ٥ المائدة ، أي وأحل لكم المحصنات من الذين أوتوا الكتاب فلا خفاء في دلالته على الحل ، والعفائف جمع عفيفة من عف عن الحــرام يعف عفاً وعفة ، أي عف وهو عف وعفيف ، والمرأة عفة وعفيفة .

( ولا فرق بين الحرة والكتابية والأمة على ما نبــين إن شاء الله تعالى ) يعني بعد أسطر ، حيث قال ويجوز تزويج الأمة .

وقال الكاكي الأولى أن لا يتزوج الكتابية ، ولا تؤكل ذبيحتهم إلا للضرورة ، لمـا روي ان عمر رضي الله تعالى منه غضب على حذيفة وكعب وطلحة غضباً شديداً ، فقالوا انطلق يا أمير المؤمنين ولا تغضب ، وكان حذيفة بن اليمان تزوج يهودية ، وكذا كعب بن مالك وطلحة بن عبيد الله .

( ولا يجوز تزويج المجوسيات ) أي بإجماع الائمة الاربعة وفقهاء الامصار والصحابة ، وهي جمع مجوسية ، والذكر مجوسي ، والمجوس يعبدون النار .

وفي المبسوط لا يجوز نكاحها ، لانها ليست من أهــل الكتاب ، وذكر إسحاق في تفسيره جوزنا نكاحها على ما روي عنه ان المجوس من أهل الكتاب ، وبــه قال داود الظاهري وأباح وطئهن بملك اليمين سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار ومالك .

وقال السروجي وأباح أبو ثور وداود الظاهري نكاح المجوسية ، وروي ذلــك عن حذيفة وقال مرة الهمداني والحسن وابراهيم وحماد لا يطأ المجوسية حتى تسلم .

وبه قال الشافعي وأحمد ، قال أبو عمر بن عبد البر عليه جماعة فقهــاء الأمصار ، ولم يبلغنا إباحة ذلــك إلا عن طاووس . قلت قد ذكرنا إباحة ذلك عن غير طاووس ، وقال السروجي لا يجــوز أنكحة عبدة الشمس والكواكب ، وكل من لا كتاب له ولا نكاح الزنادقة والمعطلة .

لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهـــل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم . قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ( ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ) ٢٢١ البقرة ،

---

( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ) هـــذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وقال الاكمل رواه عبد الرحمن بن عوف ،قلت ليست روايته هكذا،ونذكر حديثه الآن كما ورد،روى عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد عن علي أن النبي ﷺ أتى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزيةغير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم . وقال ابن القطان هذا مرسل،ومع ارساله فقيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع ، وقد اختلف فيه وهو ممن ساء حفظه بالقضاء كشريك وابن أبي ليلى .

وروى البزاز في مسنده والدارقطني في غرائب مالك من حديث علي الحنفي حدثنـــا مالك عن ابن انس عن جعفر بن محمد عن أبيه عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، ذكر المجوسي فقال لا أدري كيف أصنع في أمرهم ، فقال عبد الرحمن رضي الله تعـــالى عنه أشهد سمعت رسول الله ﷺ يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، انتهى .

قوله — سنوا بهم سنة أهل الكتاب — أي اسلكوا بهم طريقهم ، يعني عـــاملوهم معاملتهم في إعطاء الأمان وأخذ الجزية .

( قال ولا الوثنيات ) أي قال القدوري ولا يجوز أيضاً تزويج الوثنيات،وهـــو جمع وثنية ، والذكر وثني ، ونسبته إلى عبادة الوثن وهو مـــاله جثة من خشب أو حجر أو فضة أو جوهر ينحت ، والجمع أوثان ، وكانت العرب تنصبها لتعبدهـــا ، ويدخل في الوثنيات عبدة الشمس وعبدة النجوم والصور التي أنحتوها ، والمعطلة والزنادقة والباطنية والإباحية،وفي شرح الوجيز وكـــذا كل مذهب يكفر معتقده ، لأن اسم الشرك يتناولهم جميعاً ( لقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ﴾ ٢٢١ البقرة ) وهـــو بعمومه يتناول الوثنية .

قال الأكمل وهي من يعبد الصنم وغيره.قلت الوثنية من تعبد الوثن وقد قررناه الآن .

ويجوز تزوج الصابئات إن كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لأنهم من أهل الكتاب. وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم تجز مناكحتهم. لأنهم مشركون، والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم، فكل أجاب على ما وقع عنده،

---

والصنم غيره لأنه صورة بلا جثة، كذا فرق بينهما كثير من أهل اللغة، وقيل لا فرق بينهما، وقيل قد يطلق الوثن على غير الصور .

( ويجوز تزويج الصابئات ) هو جمع صابئة ، والذكر صابىء، من صبىء إذا خرج من دين إلى دين ، وقال السدي الصابئون طائفة من اليهود كالسامرة ، وقال الاستاذ أبو إسحاق هو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه . وقال قاضي خان هو قول علي رضي الله تعالى عنه .

وفي الذخيرة القرافية الصابئون من النصارى والسامرة من اليهود يجوز مناكحتهم ، وفي المغني عن أحمد انهم طائفة من النصارى ، ونص عليه الشافعي وهو قول اسحاق بن راهوية ، وقيد المصنف جواز تزويج الصابئات بقوله ( إن كانوا يؤمنون بدين نبي ) أي كانت جماعة الصابئة يؤمنون بنبي من الأنبياء عليهم السلام ( ويقرون بكتاب ) من الكتب المنزلة من السماء ( لأنهم من أهل الكتاب ) أي حين يؤمنون بنبي ويقرون يكونون من أهل الكتاب ، ولا خلاف في تزويج الكتابيات .

( وإن كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لأنهم مشركون ) فلا تجوز مناكحتهم ، قالوا هم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب ، والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين ( والخلاف المنقول فيه ) يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه ان انكحتهم صحيحة عنده ، خلافاً لهما ( محمول على اشتباه مذهبهم ) أي كل واحد من أبي حنيفة وصاحبيه ( فكل أجاب على ما وقع عنده ) فوقع عند أبي حنيفة أنهم من أهل الكتاب يقرؤون الزبور ولا يعبدون الكواكب ، ولكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة الاستقبال إليها ، ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ، ولا كتاب لهم ،

فصاروا كعبدة الاوثان ، فإذاً لا خلاف [1] بينهم في الحقيقة ، لأنهم إن كانوا كما قال أبو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما أيضاً ، وإن كانوا كما قالافلا يجوز مناكحتهم عنده أيضاً ، وقـــال مجاهد والحسن لا كتاب للصابئة ، وقال أبو العاليــة وقتادة يعبدون الملائكة ويصلون إلى القبلة ويقرؤون الزبور . وقال عبد الرحمن بن زيد يقولون لا إله إلا الله ، وليس لهم كتاب ولا نبي ولا عمل ،وقال مقاتل هم قوم يقرؤون الزبور ويعبدون الملائكة ويصلون إلى الكعبة ،أخذوا من كل دين شيئاً .وقال الكلبي هم قوم من النصارى يحلقون وسط رؤوسهم ويجبون مذاكيرهم . وقال عبد العزيز بن يحي قـد درجوا وانقرضوا فلا عـين ولا أثر ، وقال الخليل هم قوم يشبه دينهم دين النصارى ، إلا ان قبلتهم بنحو مهب الجنوب فيزعمون انهم على دين نوح عليه السلام .

( وعلى هذا حل ذبيحتهم ) أي وعلى الخـــلاف المنقول فيه حل ذبيحتهم ، فعند أبي حنيفة رحمه الله تحل ذبائحهم ، وعندهما لا تحل ، وذكر شيخ الاسلام في شرح اليسر ان الصابئين تحل ذبائحهم ونساءهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، خلافاً لمحمد ، والسرخسي ذكر أن أبا يوسف مع محمد وهو المشهور .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز للمحرم والمحرمة أن يتزوجا في حال الاحرام )قال الحافظ أبو جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى ، وهو قـــول عبد الله بن مسعود وعبد الله بن

---

(1) قوله - فإذا لا خلاف - أقول لان الاختلاف المبني على اختلاف المبنى نزاع في اللفظ مع الإختلاف في المعنى وهو لا يصلح أن يقال له نزاع أو اختلاف ، فإن قيل ان الإختلاف اللفظي لا يليق بشأن المحصلين . قلنا هذا لاختلاف ليس باختلاف في الحقيقة ، لانهم إن قالوا كما قال أبو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما أيضاً ، وإن قـــالا يجوز مناكحتهم عنده أيضاً فهذا الاختلاف مبني على اختلاف التقادير والنزاع اللفظي ليس في هذه المثابة ، اهـ .

وقال الشافعي « رح » لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف، له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح، ولنا ما روي أنه عليه السلام تزوج بميمونة وهو محرم

---

عباس وأنس بن مالك رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن جبير وعطاء وطاووس ومجاهد وعكرمة وجابر وعمر بن دينار وأيوب السجستاني وعبد بن أبي نجيح ، وهومذهب أهل العراق .

( وقال الشافعي لا يجوز ) وبه قال مالك وأحمد ( تزويج الولي المحرم وليته ) أي موليته ( على هذا الخلاف المذكور ، فعندنا يجوز ، وعنده لا يجوز له ) أي للشافعي ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا ينكح المحرم ولا ينكح غيره ) هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا ينكح المحرم ولا ينكح ، زاد مسلم وأبو داود في رواية ولا يخطب ، وزاد ابن حنبل في صحيحه ولا يخطب بمكة . قوله ـ لا ينكح ـ بفتح الياء ، و ـ لا ينكح ـ بضم الياء من الانكاح ، أي لا ينكح غيره .

( ولنا ما روي أنه عليه السلام ) أي النبي ﷺ ( تزوج ميمونة وهو محرم ) هذا الحديث رواه الائمة الستة في كتبهم عن طاووس عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، قال تزوج رسول الله ﷺ ميمونة وهو [1] محرم ، زاد البخاري وبنى بها ، وهو حلال ، وماتت بسرف .

---

(١) قوله ـ وهو محرم ... الخ ـ أقول فإن قلت قوله وهو محرم محتمل أيضاً لانه يجوز وهو داخل في المحرم ، قلت نعم ولكن أريد به انه في الأحرام بالاتفاق فإن الشافعية أيضاً جوزوا في نكاح النبي ﷺ أنه في حالة الاحرام في الاصح ، ولكنه مخصوص به عليه السلام ، سلمنا جميع ذلك ، لكن النصوص المطلقة في باب النكاح مثل قوله تعالى﴿فانكحوا ما طاب لكم﴾ وقوله تعالى﴿فانكحوا الايامى﴾ يوجب إباحة النكاح مطلقاً فمن شرط أن لا يكون محرماً فقد زاد على النص بخبر الواحد، وذا لا يجوز، اه.

وأخرجه الدارقطني من حديث أبي هريرة ان النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم ، وأخرجه البزاز في مسنده عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها عليه السلام تزوج وهو محرم واحتجم وهو محرم ، وقال السهلي في الروض الأنف إنما أراد نكاح ميمونة ولكنها لم تسم .

وقال الحافظ أبو جعفر الطحاوي رحمه الله تعالى الذين رووا انه ﷺ تزوج فيها ، وهو محرم أهل ، وثبت من أصحاب ابن عباس مثل سعيد بن جبير وعطاء وطاووس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد ، وهؤلاء كلهم فقهاء الذين نقل عنهم عمرو بن دينار وأيوب السجستاني وعبد الله بن أبي نجيح وهؤلاء أئمة يقتدى برواياتهم .

وأما حديث عثمان فإنما رواه هبة بن وهب ، وليس كعمرو بن دينار ولا كجابر بن زيد ، ولا كمن روى ما يوافق ذلك عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها ولا لهبة أيضاً موضع في العلم كموضع عمرو بن دينار ممن ذكر .

فإن قلت روى يزيد بن الأصم عن ميمونة بنت الحارث ، وقالت تزوجني رسول الله ﷺ ونحن حلالان ، رواه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة ، قلت أجيب أن عمرو بن دينار قال ، قلت للزهري وما يدري ابن الأصم اعرابي نوال على ناقة أنجعل مثل ابن عباس مع انه يحتمل أن يكون روى مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار أن رسول الله ﷺ بعث أبا رافع مولاه ورجلاً من الأنصار فزوجا ميمونة بنت الحارث ورسول الله ﷺ بالمدينة قبل أن يخرج . قلت قال أبو عمر بن عبد البر حديث مالك يعني في هذا الباب غير متصل ، ورواه مطر الوراق فوصله ، قال وهو غلط من مطر الوراق لأن سليمان بن يسار ولد سنة أربع وثلاثين ، ومات أبو رافع بعد قتل عثمان رضي الله تعالى عنه بسنتين ، وكان قتل عثمان رضي الله عنه في ذي الحجه سنة خمس وثلاثين فلا يمكن أن يروى عنه .

وقال الترمذي لا نعلم أحداً أسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة وضعف يحي بن سعيد مطر الوراق ، وضعفه أحمد وضعف البخارى حديث عثمان في النهي عن

نكاح المحرم ورد رواية مالك ، ومذهبه ، وقال أيضاً حديث ابن الأصم مرسل وأدخل في صحيحه عن سعيد بن المسيب انه عليه السلام تزوجها وهو محرم ، وقال الطحاوي ومطر عندهم ليس ممن يحتج بحديث .

فإن قلت قال ابن حبان وليس في هذه الأخبار تعارض ، وعندي أن معنى قوله – تزوج ميمونة وهو محرم – أي داخل في الحرم ، كما يقال أنجدوا انهم إذا دخل نجد أو تهامة . قلت الجواب عنه في ثلاثة أوجه ، الأول : ان حمله (١) على الحقيقة الشرعية أولى من الحقيقة اللغوية لما عرف. والثاني: انهم يزعمون انه كان بالمدينة عند العقد، وإنما زوجه إياها وكيلان عليه السلام فلم يكن في الحرم ، ولو ادعوا ان للمدينة حرماً له ذلك مسلماً لهم ، ويكون على هذا النبي ﷺ محرماً على رواية ، إلا إذا أبعد عن المدينه . والثالث : ان الراوي الذي هو ابن عباس قطع له بعقد الاحرام لأنه وقع به قول من قال تزوج بها ، وهذا حلال ، ولا يمكن حمله على خلاف رواية الراوي .

فإن قلت قالوا النهي قول والجواز فعل ، والقول مقدم بوجهين أحدهما أن القول يتعدى دون الفعل ، والثاني يجوز أن يكون الفعل مخصوصاً به عليه السلام لا سيما في باب النكاح ، ولان الفعل يعارض في نفسه ، ولا معارض للقول . قلت أجيب عن الوجه الاول بالمنع ، فان الفعل يتعدى أيضاً ، لان الاحرام لما لم يكن مانعاً منه في حقه وثبت

(١) قوله – حمله على الحقيقة الشرعية ... الخ – أقول لأن التخاطب في الاحكام الشرعية على نهج مصطلحات الشرع ، وإن قيل فعلى هذا يلزم تكليف ما لا يطاق ، لأن التخاطب على اصطلاحه قبل العلم بهذا الاصطلاح يكون عبثاً بل يلزم التخاطب بتعليم الاصطلاح قبل التخاطب على نهج قوافيه ، مع أن الأمر ليس كذلك . قلنا غاية ما في هذا الباب يلزم التوقف قبل العلم به ، ولهذا كشف السنن النبوية غطاء الاغلاق والاجمال عن المجملات القرآنية ، ألا ترى أن الأمر بالصلاة والزكاة وغيرهما من الاحكام مجمل ، والسنن النبوية قد رفع الاجمال عنها بغاية التفصيل ، بحيث لا يشز عنه شيئاً ، ومن أتى بالخلاف فقد أتى شيئاً فرياً ، اهـ .

وما رواه محمول على الوطىء ، ويجوز تزوج الأمة مسلمة كانت أو كتابية . وقال الشافعي « رح » لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة كتابية، لأن جواز نكاح الإماء ضروري عنده

---

جواز العقد معه ثبت في حق أمته أولى بالرخص ، وهو كالغرم لضعفهم وحاجتهم وقوته يحمل الاشق . وعن الوجه الثاني أن الاصل عدم الاختصاص ، ويلزم منه تفسير الاصل فلا يصار إليه .

( وما رواه ) أى ما رواه الشافعي رحمه ان ( محمول على الوطىء ) لان النكاح للوطىء حقيقة، وللعقد مجازاً أى لا يطأ المحرم ولا يمكن الحرمة حتى يطأ ، هذا ما ذكره بعضهم وهو ضعيف ، لان التمكين من الوطىء لا يسمى نكاحاً مع اختلاله إعراباً لكنه عليه السلام أخبر عن معياد أحوال المحرمين انهم في إحرامهم لا يشتغلون بالنكاح والانكاح ، ولا يباشرون ذلك .

وقال الخطابي الاوجه أن يقال أن الحديث مروي بالنهي مجرداً ، والنهي يكون للتنزيه كما في نهيه عليه السلام عن الخطبة على خطبة أخيه ؛ ولو فعل صح النكاح عندنا والشافعي وأحمد خلافاً لمالك ، وحديث النهي يحمل عليه توفيقاً بين الحديثين ، ولو روى منفياً فالنفي يجيء بمعنى النهي ، كذا في الكاكي .

( ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت أو كتابية ، وقال الشافعي لا يجوز للحر أن يتزوج بأمة أو كتابية ) وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وعن مالك انكاح الامة مطلقاً ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن الحارث والديري انهما قالا يتزوج الحر أربعاً من الاماء من غير فصل .

وقال ابن عباس ومجاهد وسع الله تعالى على هذه الامة نكاح الامة وإن كان موسراً إلا أن تكون تحته حرة ، وقال قتادة والثورى إن خاف العقد جاز له نكاح الامة وإن وجد طولاً . وفي الذخيرة القرافية إذا لم يستغن بأمة واحدة يتزوج إلى أربع وهو قول ابن حنبل ، وإن استغنى بها ففي الزيادة عليها خلاف ، واباح حماد نكاح اثنين من الاماء، وعند الشافعي لا يزيد على واحدة وهو رواية عن احمد ( لان نكاح الاماء ضروري عنده )

لما فيه من تعريض الحر على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة، ولهذا جعل طول الحرة مانعاً منــــه . وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضى ، وفيـه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا إرقاقه ، وله أن لا يحصل الأصل ، فيكون له أن لا يحصل الوصف ،

---

اى عند الشافعي ( لما فيه ) أى لما في تزويج الاماء (من تعريض الحر على الرق) إذ الولد يتبع الام في الرق ( وقد ارتفعت الضرورة بالمسلمة ) اى الامة المسلمة الواحـــدة والضرورة تتقدر مؤنتها بقدرها ، فلا حاجة إلى الكتابة ( لهذا ) أي لكونه ضرورياً ( جعل ) أي الشافعي ( طول الحرة مانعاً منه ) أي من تزويـج الأمة لاندفاع الضرورة بالقدرة على تزويج الحرة .

( وعندنا الجــواز مطلق ) اى جـواز نـكاح الامة مطلقـاً مسلمة كانت او كتابية ( لاطلاق المقتضى ) وهو قوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ ٣ النساء ( وفيه ) أى في نـكاح الامة ( امتناع عن تحصيل الجزء لارقاقه ) لانه لم يوجد بعد كلامه ما يراق، وفيه الارقاق بحال وبعدما صدر لا يصدر منه شيء حتى يقال انه إرقاق ، وبعد وجود المـــال لا يوصف بالرق والحرية ولا بطـــريق التبعية والامتناع [1] عنه ليس بمانع شرعاً .

( وله أن لا يحصل الأصل ) اى الـولد بـــالعزل برضى المرأة وجود العجز العقيم ( فيكون له أن لا يحصل الوصف ) أى وصف الحرية أيضاً يتزوج الامة .

---

(١) قوله - والامتناع ... الخ - حاصله أن المحذور هو جعل الجزء رقاً ، وليس هناك جزء حتى يصير رقاً ، بل ليس إلا الامتناع عن تحصيل الجزء الحـــر ، وكما ان له الإمتناع عن تحصيل الجزء والحر، وكما ان له الامتناع عن تحصيل الأصل كما إذا عزل برضى المرأة جاز له الامتناع عن تحصيل الوصف ، وهو وصف الحرية ، والشافعي جعل المحذور اعم منه ، فانه يقول من المحذور جعل المستعد للحرية رقاً ، فان ابطال استعداد الحرية ايضاً من المحذورات ، كما إن جعل الجزء رقاً من المحذورات ، اهـ .

ولا يتزوج أمة على حرة ، لقوله عليه السلام لا تنكح الأمة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي « رح » في تجويز ذلك للعبد ،

---

( قال ولا يتزوج أمة على حرة ) سواء كان حراً أو عبداً ( لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لا تنكح الأمة على الحرة ) روى الدارقطني في سننه في الطلاق من حديث مظاهر بن أسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، قالت قال رسول الله ﷺ طلاق العبد اثنتان ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقرؤ الأمة حيضتان ، ويتزوج الحرة على الأمة ، ولا يتزوج الأمة على الحرة ، ومظاهر بن أسلم ضعيف . وروى الطبراني في تفسير سورة النساء باسناده عن الحسن أن رسول الله ﷺ نهى أن تنكح الأمة على الحرة ، قال وتنكح الحرة ومن له طول الحرة فلا ينكح أمة ، رواه عبد الرزاق في مصنفه مقصراً على نكاح الأمة ، فقال حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن عيينة عن الحسن،قال نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه أيضاً .

حدثنا أبو داود الطيالسي عن هشام الاسراري عن رجل عن الحسن أن تنكح الأمة على الحرة .

وروى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا ابن جريج أخبرني الزيد أنه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الأمة على الحرة ، وتنكح الحرة على الأمة . وأخرج عن الحسن نحوه .

وأخرج ابن أبي شيبة عن علي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما . وأخرج مكحول أيضاً نحوه ، وفي السروجي وعن سعيد بن المسيب ومكحول في الرجل يتزوج الأمة على الحرة فلا يفرق بينهما .

وعن الزهري يرجع طهره وينزع أمته ، وعن طاووس قلت لأن رجلا تزوج أمة على حرة وانه يزعم أنه قد حرمتها عليه ، قال صدقوه ذكره ابن أبي شيبة .

( وهو باطلاقه ) أي الحديث المذكور يقتضي إطلاقه ( حجة على الشافعي في تجويز[1] ذلك ) أي تجويز الأمة على الحرة ( للعبد ) فإن عنده يجوز للعبد أن يتزوج الأمة على

---

(١) قوله – في تجويز ذلك ... الخ – وذلك لأن الطول هو المانع كما هو مقتضى النص والطول انما يتصور في الحر لا في العبد ، اه .

وعلى مالـــك في تجويزه برضاء الحرة ، ولأن للرق أثر في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق إن شاء الله . فيثبت بـه حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام

الحرة ، وبه قال أحمد في رواية ( وعلى مالك ) أي وحجة على مالـك ( في تجويزه ) أي تجويز الأمة على الحرة ( برضى الحرة ) يعني إذا رضيت الحرة بذلك يجوز ( لأن للرق تأثير الماء [١] ) قوله حالة الإنضمام دليلنا ولم يذكر دليل الشافعي ، ولا دليل مالـك ، فوجه قول الشافعي ان تزوج الأمة ممنوع لمعنى في التزوج إذا كان حراً ، وهو تعريض حريته على الرق مع المانع عنه ، وهو لا يوجد في حق العبد لأنه رقيق بجميـع أجزائه ، ووجه قول مالك أن المنع لحق الحرة ، وإذا رضيت فقد أسقطت حقها.

وأشار إلى وجه قولنا بقوله ( ولأن للرق أثراً ) أى الرق له تأثير [٢] ( في تنصيف النعمة ) وهو الحل الذي بني عليه النكاح في جانب النساء والرجال جميعاً ( على ما نقرره في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى ) قرره في آخر فصل الذمي باب طلاق السنة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى عز وجل .

( فتثبت به ) أي الذي بنى عليه النكاح رداً على قوله ( حل المحلية في حالـــة الانفراد ) وهي إذا تزوج الأمة ولم يكن تحته حرة ( دون حالة الانضمام ) وهي أمـا

(١) هذه الجملة زيادة على المتن ، اهـ مصححه .

(٢) قوله – تأثيراً ... الخ – والدليل عليه أن الشارع جعل العقوبة المقدرة في حق المرأة منصفة في حق الأمة ، كما في الزنا والعقوبة في مقابلة النعمة ، فيلزم أن النعمة في حق الأمة منصفة ، بل في كل رق ومحلية النكاح أمة فتكون منصفة في حقهـا ولما كانت الحرة صالحة للنكاح في جميع الأحوال جعل المحلية في حق الأمة في نصـف من أحوالها ، وجميع الأحوال هو الإنفراد والإجتماع ، فاختير حالة الإنضمام ، إذ لا معنى لأن يجـوز الإنضمام ، ولا يجوز الإنفراد إذ فيه إهانة الشريفة دون الخسيسة ، والمراد من الإنفراد في حدوث النكاح بمعنى أن ينكح ، وليس تحته حرة ، والانضمام مقابله ، وذلك بأن ينكح أمة بعد حرة أو ينكحهما معاً ، اهـ .

ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الأمة ، ولأنها من المحللات في جميع الحالات ، إذ لا منصف في حقها ، فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن لم يجز عند أبي حنيفة « رح » ويجوز عندهما ، لأن هـذا ليس يتزوج عليها وهو المحرِم ، ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها

---

الجمع بين الحرة والامة في عقد النكاح ، أو تزوج الامة على الحرة تقدير هـذا أن في الحقيقة حالتين حالة الانضمام مع الحرة ، وحالة الانفراد عنها ، فيثبت الحـل في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ، وهو تزوجها على الحرة أو مع الحرة ، والتزوج على الحرة انضمام ، لان كل فعل يقبل الامتداد يعطى لبقائه حكم الابتداء ، وحكم النكاح من ذلك ، فيجعل الانضمام على هـذا الطريق ، وقـد طول الاكمل هنا كلامه ، واستغربه وهو في الحقيقـة أخـذه من النهاية ، وصاحب النهاية أخذه من المبسوط ، وفيما ذكرناه كفاية .

( ويجوز تزوج الحرة عليها ) أي على الامة ، ولا يبطل نكاح الامة بإجماع الائمة الاربعة ، وقال المزني من أصحاب الشافعي يبطل نكاح الامة للقدرة على طول الحـرة ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( وتنكح الحرمة على الامة ) تقدم هذا عن قريب في سنن الدارقطني عن عائشة رضي الله تعـالى عنها ( ولأنها ) أي ولأن الحرة ( من المحللات ) بفتح اللام ( في جميع الحالات إذ لا منصف ) بكسر الصاد ( في حقها ) أي في حق الحرة ، بخلاف الامة .

( فإن تزوج أمة على حرة في عدة من طلاق بائن أو ثلاث ) قبل الاعتداد عن طلاق بائن ، لانها لو كانت معتدة عن طلاق رجعي لا يجوز بالاتفاق ( لم يجز عند أبي حنيفة ويجوز عندهما ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وعند عدم طول الحرة ( لان هذا ) أي نكاح الامة في عدة الحرة ( ليس يتزوج عليها ) أي على الحرة لزوال الملك ( وهـو المحرم ) أي التزوج على الحرة هو محرم ، بكسر الراء ( ولهذا ) أي ولكون المحرم هو التزوج على الحرة ( لو حلف لا يتزوج عليها ) أي على المرأة ، بأن قال إن تزوجت عليك

لم يحنث بهذا . ولأبي حنيفة « رح » إن نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الأحكام ، فيبقى المنع احتياطاً بخلاف اليمين ، لأن المقصود أن لا يدخل غيرها في قسمها ، وللحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والاماء ، وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك ،

---

امرأة فهي طالق ، فتزوج امرأة بعدما أبانها ( لم يحنث بهذا ) أي بهذا التزوج ، وهو تزوج المرأة حرة كانت أو أمة في عدة من طلاق بائن ، بخلاف ما إذا تزوج امرأة في عدة أختها من طلاق بائن ، فإنه لا يجوز باتفاق علمائنا ، خلافاً للشافعي ، لان المحرم هناك الجمع ، وفي التزويج في العدة بينهما في حقوق النكاح . أما ها هنا فابلغ لاجل الجمع ، ولهذا لو تزوج الحرة عليها جاز ، بل في تزوج الامة على الحرة إدخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال ، ولهذا لا يوجد بعد البينونة ، كذا في المبسوط والاسرار .

( ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن نكاح الحرة باق من وجه في العدة ، لبقاء بعض الاحكام ) وهو المنع من التزوج والفراش ،حتى بانت منه ، والنفقة فكانت العدة حقاً من حقوق النكاح ، وحق الشيء كنفس ذلك الشيء ( فيبقى المنع احتياطاً ) كما لو تزوج أختاً في عدة أخت ( بخلاف اليمين ) جواب عن قولهما ، ولهذا لو حلف ، تقريره أن اليمين يعتبر فيه العرف، وفي العرف لا يسمى تزوجاً عليها بعد البينونة ، فلهذا لم تطلق .

وأما في ألفاظ الشرع المعتبر المعنى ، ومعنى الحرمة باق ببقاء العدة، وعلل المصنف بقوله ( لان المقصود أن لا يدخل غيرها ) عليها شريكة ( في قسمها ) بفتح القاف ، لان قصد الحالف تطييب قلبها بترك الأشتراك في الفراش ، فاذا تزوجها في العدة فما أشرك غيرها في قسمها .

( ويجوز للحر أن يتزوج أربعاً من الحرائر والاماء ) أي أربعاً من النساء الحرائر ، أو أربعاً من الاماء ، وأربعاً منهما اذا قدم الامة ( وليس له أن يتزوج أكثر من ذلك ) أى من الاربع .

## لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ٣ النساء، والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه

وعن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعة وهو خرق الاجماع ، وهذا نقل عن الروافض انهم يجوزون تسعاً من الحرائر .

وفي الحواس روي عن النخعي وابن أبي ليلى هكذا ، وعن بعض الشيعة والخوارج جواز ثمانيه عشرة تعلقاً بقوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طالب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ ٣ النساء ، فمن جعل مثنى بعد العدل يعني اثنين ، وكذا ما بعده أباح نكاح تسع ، ومن قال مثنى بمعنى اثنين مرتين أباح نكاح ثمانية عشر امرأة .

وحكى القاضي عبد الوهاب عن بعض الناس أنه جوز للرجل أن يتزوج من النساء أى عدد شاء قليلا كان أو كثيراً من غير حصر وعدد.وذكر السروجي ذكر الله سبحانه وتعالى الزواج في التوراة من غير حصر بعددحفظاً لمصالح الرجال دون النساء وحرم في الأنجيل الزيادة على الواحدة حفظاً لمصالح النساء دون الرجال ، وجمع في هذه الشريعة المعظمة بين مصالح الرجال والنساء .

( لقوله عز وجل ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾ ٣ النساء ، والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه ) قيل قوله والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه غير مسلم ، ألا ترى انه ﷺ قال انما يغسل الثوب من خمس من بول وغائط وقيء ودم ومني ، وبالاتفاق يغسل من الخمس أيضاً مع انه ﷺ نص على العدد مع كلمة الحصر ، وأجيب بأن معناه انما يغسل الثوب من خمس مما يخرج من بدن الآدمي ، لان هذا الحديث خرج جواباً لسؤال من سأل عن النجاسة ، وهو مختص على هذا العدد ، وقيل كلام المصنف انما يمشي على قول من يقول أن الواو في الآية بمعنى أو كما في قوله تعالى ﴿ أولي أجنحة مثنى ﴾ ١ فاطر الآية ، ورد بأن الاصح أن الواو بمعناها ، لان اولا تستعمل إلا في التخيير ، والتخيير في الحقيقة لا يدخل في العدد ، ومثل هذا التركيب يدل على جواز احد الاعداد كما في قولهم اقتسموا هذا المال اثنين اثنين وثلاثة ثلاثة وأربعة اربعة .

وقال الشافعي « رح » لا يتزوج إلا أمة واحدة، لأنه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا إذ الأمة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ، ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين ،

---

ولو قلت أو يعلم انه لا ممنوع أن يقتسموه إلا إحدى هذه القسمة وليس لهم أن يجمعوا بينهما ، لأن أو لا حد الشيئين ، والواو تدل على تجويز الجمع بين الفرق ، وقال الفراء المراد واحد من الأعداد ، ولا وجه لحمله على الجمع ، لأن العبارة في التسع بهذا اللفظ من المعنى في الكلام ، فإن من أراد أن يقول أعط فلانا تسعة دراهم ، وقال أعط درهمين وثلاثة وأربعة كان سخيفاً جاهلاً ، فعلم أن المراد واحد ، وقيل معنى الآية فينكح بعضكم اثنين وبعضكم ثلاثة وبعضكم أربعة لا يجوز لا لغة ولا شرعاً . وإذا تزوج تسعاً في زمان واحد لا يكون مثنى ولا ثلاث ولا رباع ، بل يكون تساع .

( وقال الشافعي لا يتزوج إلا أمة واحدة ) يعني عند عدم طول الحرة وخوف العنت ، وبه قال أحمد ، وقال مالك يجوز تزويج أربع من الإماء عند عدم طول الحرة ، وخوف العنت ، وعندنا يجوز الأربع مع الطول وخوف العنت ، ثم في جواز نكاح الأمة عدم طول الحرة وخوف العنت شرط عندهم ، وعندنا ليس بشرط ، ولكن المستحب أن لا يتزوج مع طول الحرة عندنا ( لأنه ضروري عنده ) أي لأن نكاح الأمة ضروري عند الشافعي والضرورة ترتفع بالواحدة فلا يزاد عليها ، كالميتة أحلت للضرورة لم يجز إلا مقدار ما يسد رمقه .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي ( ما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾ ٣ النساء ( إذ الأمة المنكوحة ينتظمها ) أي يشملها ( اسم النساء ) أي كما ان لفظة النساء يتناول الحرائر يتناول الاماء أيضاً . قال الإترازي كان الأولى أن يقول إذ الأمة والحرة ( كما في الظهار ) فإن ابنية مذكورة بلفظ النساء يتناول الأمة المنكوحة ، وحكم المدبرة والمكاتبة على هذا الخلاف المذكور ، فالمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

( ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنين ) وبه قال الشافعي وأحمد وعمر وعلي وعبد

وقال مالك يجوز لأنه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده ، حتى ملكه بغير إذن المولى ، ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنين والحر أربعاً إظهاراً لشرف الحرية . فإن طلق الحر إحدى الأربع طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها ،

---

الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال عطاء والحسن البصرى والشعبي والثوري ( وقال مالك يجوز له الأربعة ) كالحر ،وبه قال سالم وطاووس ومجاهد والزهري وربيعة المراى وأبو ثور وداود والمكاتب والمدبر وأم الولد في هذا كالعبد ( لأنه ) أي لأن العبد ( في حق النكاح بمنزلة الحر عنده ) أي عند مالك ( حتى ملكه ) أي حتى ملك النكاح ( بغير إذن المولى ) لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والرق لا يؤثر فيها ، فصار كالقصاص ، فانه مبنى على أصل الحرية فيه بالإجماع ، فكذا ها هنا .

( ولنا أن الرق منصف ) يعني يؤثر في تنصيف النعم ، وهذا الحل نعمة من الله تعالى يوصل بها إلى قضاء شهوة النكاح حلالاً ، والنعم متفاوت الأحوال في الشرع ، فان حال النبوة لما كان أشرف حل له التسع دون غيره ، وحال الحر أشرف من حال العبد، فتظهر الزيادة في حق الحر دون العبد ( فيتزوج العبد اثنين والحر أربعاً ) أي يتزوج الحر أربع نسوة ( إظهاراً لشرف الحرية ) ويؤيده حديث عمر رضي الله تعالى عنه ، فإنه قال لا يتزوج العبد أكثر من اثنين .

وفي المحلى وعن عطاء أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا يجمع بين النساء فوق اثنين ، انتهى ، وفيه خلاف الشافعي ومالك ، وقد ذكرناه عن قريب .

( فإن طلق الحر إحدى الأربع ) حتى إذا كان الحر متزوجاً بأربع نسوة فطلق إحداهن ( طلاقاً بائناً لم يجز له أن يتزوج رابعة ) أي امرأة رابعة ( حتى تنقضي عنها عدتها ) يروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والنخعي والثوري وأحمد . وقال القاسم بن محمد وعروة ابن أبي ليلى له ذلك ، لانقطاع النكاح بينهما ، وبه قال الشافعي ، وأشار إليه المصنف

وفيه خلاف الشافعي . وهو نظير نكاح الأخت في عـــدة الأخت

قال وإن تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ، ولا يطأها حتى تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف « رح » النكاح فاسد ، وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع

---

بقوله ( وفيه خلاف الشافعي ) اي تزوج الرابعة في عـدة المطلقة طلاقاً بائنـــاً خلاف الشافعي ، يعني يجوز عنده ، وبه قال مالك وأبو ثور وأبو عبد الله المنذر ، قلنا إنكاح المطلقة الرابعة قائم لبقاء أحكامه من النفقة والفراش والمنع من الخروج ، والقاطع قد تأخر عمله إلى انقطاع العدة .

وعن أبي الزناد أنه قال كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة،فطلق واحدة منهن البتة وتزوج غيرها قبل أن تحل ، فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء منهم سعيـد بن المسيب ، قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي . وحكـى مروان شـــاور الصحابة فيه ، فاتفقوا على انه يفرق بينهما ، وخالفهم زيد ثم رجـع إلى قولهم ذكره في المبسوط .

( وهو نظير نكاح الأخت في عدة الأخت ) أي عدم جواز نكاح المرأة وعدة الرابعة قبل انقضائها نظير عدم جواز الأخت في عدة الأخت ، وقـــد مر ذلك فيا مضى . وفي المبسوط لزوج المرتدة أن يتزوج بأختها بعد لحاقها بأهلها قبل انقضاء عدتها ، لأنها لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين ، فان عادت مسلمة لا يضر نكاح الأخت ، لأن العـدة لا تعود ، وعند أبي يوسف تعود ، وفي بطلان نكاحها روايتان عنه

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وإن تزوج حبلى من الزنا جـــاز النكاح ، ولا يطأها الزوج حتى تضع حملها ) هذا اذا لم يكن الحمل ثابت النسب ( وهذا ) اي جواز النكاح ومنع الوطىء إلى حين الوضع ( عند أبي حنيفة ومحمد ) وبه قال الشافعي في جواز النكاح ، ولكنه جوز وطأها.

( وقال أبو يوسف النكاح فاسد ) وبه قال ابن شرذمة وزفر ومالك وأحمد ( وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع ) ولو كان الحمل من الزنا من الزوج فالنكـــاح

لأبي يوسف ان الامتناع في الأصل لحرمة الحمل ، وهذا الحمل محترم ، لأنه لا جناية منه ، ولهذا لم يجز إسقاطه ، ولهما أنهما من المحللات بالنص وحرمة الوطىء كيلا يسقى ماؤه زرع غيره .

---

جائز عند الكل ، ويحل له وطؤها وتستحق النفقة عند الكل ذكره في النوازل ، وإن كان الزنا من غيره تستحق النفقة عند بعض المشايخ ، ولا تستحق النفقة عند البعض على مذهب أبي حنيفة ومحمد . ( ولأبي يوسف أن الامتناع ) أي امتناع النكاح ( في الأصل ) وهو صورة الإجماع يعني فيما إذا كان الحمل ثابتاً بالنسب لحرمة الحمل وصيانة عن سقيته ماءه زرع غيره ، فإن الحمل يزداد سمعه وبصره حدة بالوطىء ( وهذا الحمل محترم ، لأنه لا جناية منه ) أي من الحمل ( ولهذا ) أي ولعدم الجناية منه ( لم يجز اسقاطه )فيمتنع النكاح ها هنا أيضاً.

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( انها ) أي الحبلى من الزنا ( من المحللات بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ٢٤ النساء ، وكل من كانت كذلك جاز نكاحها . فإن قلت ما بال الحامل الثابت النسب لم تدخل تحت هذا النص . قلت لكان تحت قوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ٢٣٥ البقرة ، ( وحرمة الوطىء ) هذا جواب عما يقال لو كانت من المحللات يحل وطؤها بعد ورود العقد عليها ، فأجاب بقوله ( وحرمة الوطىء كيلا يسقى ماؤه زرع غيره ) وهو حرام، لقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره ، يعني وطىء الحوامل ، وقال عليه السلام لا توطأ حامل حتى تضع ، صحيح .

فان قلت فم الرحم ينسد بالحبل ، فكيف يكون سقى زرع غيره . قلت شعره ينبت من ماء الغير .

فان قلت النكاح شرع لأمر ضروري وهو الحمل ، فلا يثبت بدونه والحمل هنا غير ثابت فلا يثبت النكاح . قلت ليس من ضرورة حرمة الوطىء المعارض على شرف الزوال فساد النكاح كما لو حرم بالحيض والنفاس .

والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني ، فإن تزوج حاملاً من السبي فالنكاح فاسد ، لأنه ثابت النسب ، وان زوج أم ولده وهي حامل منه ، فالنكاح باطل ، لأنها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة ، فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد

---

( والامتناع في ثابت النسب ) جواب عن قول أبي يوسف أنه لحرمة الحمل . تقريره لا نسلم أن فساد النكاح لحرمة الحمل ، بل انما هو ( لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني ) لارتكابه الحرام ( فان تزوج حاملاً من السبي فالنكاح فاسد ، لأنه ثابت النسب ) هذا باجماع الأئمة الأربعة ، وكذا المهاجرة إلينا لو كانت حاملا، وروى الحسن عن أبي حنيفة والمهاجرة والمسبية انه يجوز نكاحها لكن لا يطأها حتى يضعا حملها ، وإن لم تكن حاملا فلا يجوز النكاح ، لان الفرقة وقعت بتباين الدارين ، كذا في جامع المحبوبي .

( وإن تزوج[1] أم ولده وهي حامل منه ) أي والحال انها حامل من المولى ( فالنكاح باطل ، لأنها ) أي لأن أم الولد ( فراش لمولاها ) لوجود حده ، وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب الولد منها ، وهو معنى قوله ( حتى يثبت نسب ولدها منه ) أي من المولى ( من غير دعوى ) فان قلت ذكر هنا بلفظ الباطل ، وفيما تقدم بلفظ الفاسد، قلت لأن الحرمة مختلف فيه لما ذكرنا من رواية الحسن ، فكانت حرمتها أخف فذكر بلفظ الفاسد ، وقيل المراد بالفساد هناك البطلان أيضاً ، وفيه تأمل .

( فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين ) وهما فراش المولى وفراش الناكح ، ولانه لا يجوز ، لانه يؤدى إلى اشتباه الانسان كنكاح المنكوحة ( الا انه غير متأكد ) هذا استثناء من قوله - فراش لمولاها - يعني أم الولد فراش لمولاها إلا انها فراش غير قوي ، ويجوز أن يكون هذا جواباً عما يقال وهو انه لو كانت فراشاً لمولاها لما جاز

---

(١) في المتن – زوج – .

حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل .
قال ومن وطىء جاريته ثم زوجها جاز النكاح، لأنها ليست بفراش لمولاها ، فإنها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة إلا أن عليه أن يستبرئها

---

نكاحها عند كونها غير حامل ، مع انه يجوز ، فأجاب عنه بقوله ( إلا انه ) أي الا ان فراشها غير غير متأكد يعني ضعيف ( حتى ينتفي الولد بالنفي ) أي حتى ينتفي ولده بمجرد النفي ( من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ) أي فلا يعتبر هذا الفراش ما لم يتصل به الحمل ، لان الحمل مانع في الجملة ، وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التأكيد .

فان قلت إذا كان غير متأكد ينفي الولد من غير لعان وجب أن يكون الاقدام على النكاح نفياً للسبب ، فانه يقبل النفي دلالة كما إذا قال لجارية له ولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة ، هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين ، واذا انتفى نسبه كان حملا غير ثابت النسب ، وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم . قلت أجيب بأن هذه دلالة ، والدلالة انما تحمل إذا لم يخالفها صريح ، والصريح هنا موجود ، لان المسألة فيما إذا كان الحمل منه، وإن قال رجل تزوج أم ولد وهي حامل منه، وانما يكون الحمل منه إذا أقر به.

( ومن وطىء جارية ثم تزوجها [1] جاز النكاح ) أي قبل أن يستبرئها . وقال الشافعي وأحمد لا يجوز نكاحها قبل الاستبراء بحيضة ، وعند زفر لا يجوز نكاحها حتى تحيض ثلاث ، كما في الزانية عنده ، فانه يجب عليها ثلاث حيض عنده ، وكذا الخلاف في أم الولد غير حامل منه ( لانها ) أي لان الجارية ( ليست فراشا لمولاها هنا ) لعدم حد الفراش وهو صيرورة المرأة متعينة لثبوت نسب ولد الرجل ، ولم يوجد ذلك هنا ( فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة للنكاح ، إلا ان عليه ) أي على المولى ( أن يستبرئها ) قال الشارحون معنى عليه الإستحباب دون الوجوب ، وذلك لان هذا اللفظ

---

(١) في المتن - زوجها - .

صيانة لمائه ، وإذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا أحب له أن يطأها قبل أن يستبرئها لأنه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء . ولهما أن الحكم بجواز النكاح إمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحباباً ولا وجوباً ، بخلاف الشراء لأنه يجوز مع الشغل

---

غير مذكور في الجامع الصغير ، وانما ذكره المصنف فيقال إنه أراد به الإستحباب (صيانة لمائة ) وقد صرح في فتاوى الولوالجي الإستحباب .

( واذا جاز النكاح فللزوج أن يطأها قبل الإستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها ) وفي المشكلات لا يحل له أن يطأها حتى يستبرئها بحيضة ( لانه ) أي لان رحمها ( احتمل الشغل بماء المولى ) لوجود سببه وهو الوطىء ، ولو تحقق الشغل والوطىء يحرم الوطىء تأدباً عن السقي لزرع غيره فاذا احتمل ( فوجب التنزه كما في الشراء ) فان التنزه عن الوطىء في الشراء قبل الإستبراء واجب . وقال الاترازى رضي الله عنه ليس المراد منه الوجوب المصطلح لدلالة قوله لا أحب أن يطأها .

( ولهما ) أي لابي حنيفة وأبي يوسف ( إن الحكم بجواز النكاح إمارة الفراغ ) أي حكم الشرع بجواز النكاح علامة فراغ الرحم ، لان النكاح لم يشرع إلا على رحم فارغ عن شاغل محرم ، وإن كان الرحم فارغاً ( فلا يؤمر بالإستبراء لا استحباباً ولا وجوباً ) أي لا على الإستحباب ولا على طريق الوجوب ، إذ الحكم لا يثبت بلا نسب ، فانما قدم لفظ استحباباً وكان حقه التأخير ، لان نفيه يستلزم نفي الوجوب ، فكان تقديمه يوجب الإستغناء عن نفي الوجوب ، أما لان الخصم يقول به ، وكان نفيه أهم ، وأما ليتصل بقوله — بخلاف الشراء — فان الأستبراء فيه واجب .

( بخلاف الشراء ) هذا جواب عن قياس محمد ، صورة النزاع على الشراء بالفارق ، تقريره أن الشراء ليس مثل الذى قاسه عليه ( لانه ) أي لان الشراء ( يجوز مع الشغل )

دون النكاح ، فأمركم بجواز النكاح إمارة النزاع ، وإلا لكان حكماً بما لا يجوز ، ولا كذلك في الشراء فيجب الإستبراء ، وهذا الخلاف فيما إذا لم يستبرىء المولى ، أما لو استبرأها ثم زوجها بزوج يجوز وطيء الزوج بالإجماع قبل الإستبراء ، ومن المشايخ من قال لا خلاف بينهم في الحامل ، لان عندهما لا يجب الإستبراء ، ولم يقولا لا يستحب ، وعند محمد يستحب ، وما قاله واجب ، وقال أبو الليث وقول محمد أقرب الى الإحتياط ، وبه نأخذ كذا في جامع المحبوبي .

( وكذا ) أي وكذا الحكم مع الخلاف المذكور ( فيما إذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له أن يطأها قبل أن يستبرئها عندهما ) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال الشافعي ومالك ، وقال أحمد لا يجوز إلا بشرط انقضاء العدة بثلاث حيض وتوبتها حتى قال أحمد لو زنت امرأته لا يطأ الزوج حتى تستعد من الزاني بثلاث حيض عنده ، وقيل يكتفي بحيضة . وقال أحمد لا يطأ الجارية الزانية ،وقول قتادة واسحاق وأبي عبيد مثل قول أحمد في انقضاء العدة بثلاث حيض والتوبة .

وقال ابن حزم في المحلى لا يحل للزانية أن تنكح زانياً ولا عفيفاً حتى تتوب ، فإذا تابت حل لها الزواج من عفيف ، ولا يحل للزاني المسلم أن يتزوج مسلمة لا زانية ولا عفيفة حتى يتوب ، وللزاني أن يتزوج كتابية عفيفة . وإن لم يتب ، والزاني الطارىء منهما أو من أحدهما لا يوجب فسخ نكاحها ، وروي ذلك باسناد عن علي وابن مسعود والبراء بن عازب وجابر بن عبد الله وابن عمر وعائشة رضي الله تعالى عنهم .

وقال ابن المنذر وهو قول جابر وطاووس وابن المسيب وابن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري والثوري والشافعي ، وإذا تابا حل للزاني أن يتزوج بمن زنى عند الجمهور ، وعند ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة رضي الله تعالى عنهم انها لا تحل للزاني بحال ،ثم لا يفرق بين الزوجين يزني أحدهما. وعن جابر بن عبدالله أن المرأة إذا زنت يفرق بينها ولا شيء لها ، وعن الحسن مثله ، وعن علي رضي الله تعالى عنه انه فرق بين امرأة ورجل زنى قبل أن يدخل بها .

وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها ، والمعنى ما ذكرنا ، ونكاح المتعة باطل وهو أن يقول لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

---

( وقال محمد لا أحب له أن يطأها قبل أن يستبرئها ) وذلك بطريق الإحتياط لاحتمال الشغل بماء الزاني ( والمعنى ما ذكرنا ) أي ما ذكرنا من الجانبين في مسألة الجارية (ونكاح المتعة باطل ) ادعى غير واحد من العلماء الاجماع على تحريم المتعة ، وقال الخطابي في المعالم كان ذلك مباحاً في صدر الاسلام ثم حرم فلم يبق فيه اليوم خلاف بين الأمة إلا شيئاً ذهب إليه بعض الروافض ، قال وكان ابن عباس يتأول في إباحته للمضطر إليه بطول العزبة وقلة اليسار ، ثم توقف عنه وأمسك عن الفتوى به ، وقال أبو بكر الحازمي يروى جوازه عن بعض الشيعة ، وعن ابن جريج وقال المازري في العلم تقرر الإجماع على منعه ، ولم يخالف فيه إلا طائفة من المبتدعة .

وحكى ابن عبد البر الخلاف القديم في ذلك ، فقال وأما الصحابة فإنهم اختلفوا في نكاح المتعة فذهب ابن عباس إلى إجازتها وتحليلها لاختلاف عنه في ذلك وعليه أكثر الصحابة ، منهم عطاء بن رباح وسعيد بن جبير وطاووس ، قال وروي أيضاً إجازتها وتحليلها عن أبي سعيد الخدري وجابر بن عبد الله ، قال جابر تمتعنا إلى النصف من خلافة عمر رضي الله تعالى عنه حتى نهى عمر الناس ، قال وأما سائر الرواة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من الخلفاء وفقهاء المسلمين فعلى تحريم المتعة ، منهم مالك بن أنس من أهل المدينة ، والثوري وأبو حنيفة من أهل الكوفة ، والشافعي ومن يسلك سبيله من أهل الحديث والفقه والنظر بالإتفاق ، والأوزاعي من أهل الشام ، والليث بن سعد من أهل مصر وسائر أصحاب الآراء .

( مثل أن يقول الرجل لامرأة أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال ) هذه صورة المتعة ، وفي المنافع صورتها أن يقول خذي هذه العشرة لأتمتع بك أو لأستمتع بك ، أو متعيني نفسك أياماً . وفي البدائع نكاح المتعة نوعان ، أحدهما أن يكون بلفظ التمتع ، والثاني أن يكون بلفظ النكاح أو التزوج أو ما يقوم مقامها ، فالأول أن يقول أتمتع بك يوماً أو شهراً أو سنة على كذا ، وهو باطل ، وقال شيخنا زين الدين في شرح الترمذي نكاح المتعة

وقال مالك هو جائز ، لأنه كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه ،

---

المحرم هو ما إذا خرج بالتوقيت فيه ، أما إذا كان في تعيين الزوج انه لا يقيم معها إلا سنة أو شهراً أو نحو ذلك ولم يشترط ذلك ، فانه نكاح صحيح عند عامة أهل العلم ما خلا الأوزاعي ، فإنه قال في هذه الصورة وهي متعة ولا خير فيه .

وإذا تقرر أن نكاح المتعة غير صحيح فهل يحل من وطيء في نكاح متعة ، اختلف فيه العلماء ، فقال أكثر أصحاب مالك لا حد فيه لشبهة العقد . وقال الرافعي إذا وطيء جاهلا بفساده فلا حد ، وإن كان عالماً فقد بنى أمر الحد على ما روي أن ابن عباس كان يجوز نكاح المتعة ثم رجع عنه ، فإن صح رجوعه وجب الحد لحصول الاجماع ، وإن لم يصح رجوعه فيبنى على انه لو اختلف أهل عصر في مسألة ، ثم اتفق من بعدهم على أحد القولين فيها ، فهل يصير ذلك مجمعاً عليه ، فيه وجهان أصوليان ، إذا قلنا نعم يجب الحد ، وإلا فلا قال الرافعي وهو الأصح ، وكذا صححه النووي رحمه الله تعالى . وقال ابن الزبير المتعة الزنا الصريح ، ولا أجد أحداً يعمل بها إلا رجمته .

( وقال مالك هو جائز ) أي نكاح المتعة ، جائز وقال الكاكي هذا سهو ، فإن المذكور في كتب مالك حرمة نكاح المتعة . وقال في المدونة ولا يجوز النكاح إلى أجل قريب أو بعيد وإن سمى صداقاً ، وهذه المتعة . وقال الأكمل معتذراً عن المصنف يجوز أن يكون شمس الأئمة الذي أخذ منه المصنف أطلع على قول له على خلاف ما في المدونة ، انتهى .

قلت لم يذكر في كتاب عن كتب المالكية رواية تجوز المتعة ، وبالاحتمال نقل قول عن إمام من الأئمة غير موجه مع أن مالكاً روى في موطئه حديث الزهري من حديث علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر على ما يأتي بيانه عن قريب إن شاء الله . وقال الأكمل هنا أيضاً معتذراً ليس من يروى حديثاً يكون واجب العمل لجواز أن يكون عنده ما يعارضه أو يترجح عليه ، انتهى . قلت عادة مالك أن لا يروي حديثاً في موطئه إلا وهو يذهب إليه ويعمل به ، ولو ذكر عنه ما ذكره الأكمل لذكره أصحابه ولم ينقل عنه شيء من ذلك .

( لأنه ) أي لأن نكاح المتعة ( كان مباحاً فيبقى إلى أن يظهر ناسخه ) أي يبقى

حكمه إلى أن يظهر ناسخه بحرم ( قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة ) بيان ذلك انه وردت الأحاديث الدالة على نسخها ، منها ما رواه الترمذي من حـــديث الزهري عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر، وقـــال حديث حسن صحيح ، وأخرجه بقية الستة ما خلا أبا داود رحمه الله تعالى عنه .

ومنها مــا أخرجه مسلم وبقية أصحاب السنن من رواية الربيع بن سبرة عن أبيه أن النبي ﷺ نهى عن المتعة ، وقال انها حرام من يومكم هذا إلى يوم القيامة .

ومنها رواه ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه، قال خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك ، فنزلنا ثنية الوداع ، فرأى نساء يبكين ، فقال مــا هذا ، قيل نساء يستمتع بهن أزواجهن ثم فارقوهن ، فقال رسول الله ﷺ حرم أو هدم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث .

ومنها ما رواه مسلم من حديث سلمة بن الاكوع قال رخص رسول الله ﷺ عام أوطاس في المتعة ثلاثة أيام ثم نهى عنها . ومنها ما رواه البيهقي من حديث أبي ذر إنما أحلت لنا أصحاب رسول الله ﷺ متعة النساء ثلاثة أيام ثم نهى عنها رسول الله ﷺ .

ومنها ما رواه أبو داود في سننه من حديث الـزهري قـــال كنا عند عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه فذكرنا متعة النساء ، فقال رجل قال الربيع بن سبرة أشهد على أبي انه حدث أن رسول الله ﷺ نهى عنها في حجة الوداع ، انتهى .

ثم أجمعت الصحابة على أن المتعة قد انتسخت في حياة النبي ﷺ . فكانت الأحاديث الناسخة نـــاسخة ، والإجماع مظهر لأن نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الصحيح .

فان قلت ما وجه الإختلاف المذكور في وقت تحريم المتعة لأنه جاء في زمن خيبر وفي غزوة تبوك في عام أوطاس وفي حجة الوداع ، قلت قال الماوردي يصح أن ينهى عنها في زمن ثم ينهى عنها في زمن آخر توكيداً ، أو ليشهر النهي ويسمعه من لم يكن سمعه أولاً ولا

وابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه إلى قولهم فتقرر الاجماع .
والنكاح المؤقت باطل مثل أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام . وقال زفر « رح » هو صحيح لازم ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

---

سمع بعض الرواة في زمن وسمعه آخر فنقل كل منهم ما سمعه وأضافه إلى زمن سماعه .
وقال بعضهم هذا مما تداوله التحريم والإباحة مرتين والله أعلم . وقال النووي الصواب والمختار أن التحريم والإباحة كانا مرتين ، وكانت حلالاً قبل خيبر ، ثم حرمت قبل خيبر ثم أبيحت يوم فتح مكة ، وهو يوم أوطاس ، ثم حرمت يومئذ بعده ثلاثة أيام تحريماً مؤبداً إلى يوم القيامة واستمر التحريم .

( وابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه إلى قولهم ) هذا جواب عما يقال أين الاجماع وقد كان ابن عباس مخالفاً ، فأجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه عن إباحة المتعة إلى قول الصحابة في تحريمها ، وروى جابر بن زيد أن ابن عباس ما خرج من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة ( فتقرر الإجماع ) أي إجماع الصحابة في تحريمها .

( والنكاح المؤقت باطل ) وهو قول عامة الفقهاء، وفي المحيط كل نكاح مؤقت متعة، وفي ملتقى البحار النكاح المؤقت في معنى المتعة عندنا خلافاً لزفر ( مثل أن يتزوج الرجل امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام ) هذه صورة النكاح المؤقت ، وقوله – عشرة أيام – ليس بقيد ، وكذا قوله شهراً أو سنة ونحوهما ، والفرق بذكر لفظ التزوج في المؤقت دون المتعة ، وكذا بالشهادة فيه دون المتعة ، وحكى ابن عبد البر وابن قدامة الحنبلي والنووي عن زفر أن نكاح المتعة يصح ويتأبد عنده . قال السروجي ونقلهم غلط ، وإنما قال زفر في النكاح المؤقت كما ذكرته عن أصحابنا، وهو الذي ذكره المصنف وغيره .
(وقال زفر هو صحيح لازم) أي النكاح المؤقت صحيح، والتوقيت باطل طالت المدة أو قصرت ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة لأنه أتى بالإيجاب ، والشرط الزائد على ما يتم به النكاح ، فصح الإيجاب وبطل الشرط ( لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة )

ولنا انه أتى بمعنى المتعة ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت ، لان التأقيت هو المعين بجهة المتعة ، وقد وجد.

---

كما لو تزوجها بشرط أن لا يطلقها بعد شهر ، وعن ابراهيم النخعي النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع ، وذلك لأن النكاح من الإسقاطات لأن معناه سقوط حرمة البضع في حق الزوج إلا أنه شرع ملكاً ضرورياً لأجل شرعية الطلاق ، ولهذا لا يبطل بالشرط الفاسد .

( ولنا انه ) أي النكاح بالتوقيت ( أتى بلفظ المتعة ) يعني أتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لأن معنى المتعة هو الإستمتاع بالمرأة لا لقصد مقاصد النكاح ، وهو موجود فيما نحن فيه ، لأنها لا تحصل في مدة قليلة ( والعبرة في العقود للمعاني ) لا للألفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة .

( ولا فرق بين ما إذا طالت مدة التوقيت أو قصرت ) احترز به عن قول الحسن بن زياد انهما إن ذكرا من الواقت ما لم يعلم انهما يعيشان إليه كمائة سنة أو أكثر كان النكاح صحيحاً ، لأنه في معنى التأبيد ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وأشار إلى وجه الظاهر بقوله ( لأن التوقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ) لأن مقتضى قوله تزوجتك التأبيد، لأنه لم يوضع شرعاً إلا لذلك ، ولكنه يحتمل المتعة ، فإذا قال إلى عشرة أيام عين التوقيت لجهة كونه متعة معنى ، وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء ، واستشكل هذه المسألة بما إذا شرط وقت العقد أن يطلقها بعد شهر ، فإن النكاح صحيح ، والشرط باطل ، ولا فرق بينهما وبين ما نحن فيه .

وأجيب بأن الفرق بينهما ظاهر ، لأن الطلاق قاطع للنكاح ، فاشتراط بعد شهر لينقطع به دليل على وجود العقد مؤبداً ، ولهذا لو مضى الشهر لا يبطل النكاح ، فكان النكاح صحيحاً والشرط باطلاً .

أما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ، ولهذا لو صح التوقيت لم يكن بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الإجارة . وقال الكاكي فيما يتعلق بمحلية النكاح

ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة إحداهما لا يحل نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الأخرى لأن المبطل في إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع ، لأنه يبطل بالشروط الفاسدة ، وقبول العقد في الحر شرط فيه ،

---

ان المناكحة بين أهل السنة والإعتزال ، قال الإمام الرسغيني لا يجوز ، وقال الإمام الفضل من قال انا مؤمن إن شاء الله فهو كافر لا يجوز نكاح نسائهم ، وقال أبو حفص الكردي لا ينبغي أن يزوج الحنفي بنته من الشفعوى ، ولكن يتزوج بنتهم . وفي فتاوى الصغرى قال بعض المشايخ يجوز أن يزوج بنته من الشفعوي ، وقياس ما ذكر الفصل لا يجوز ، وقيل لا بأس بتزوج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يأتيها نهاراً دون الليل ، وكره ابن سيرين وجه هذا القيد .

وعن ابن دينار من المالكية يفسخ قبل البناء وبعده ، وبعضهم قالوا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويأتيها ليلاً ونهاراً ، قال لأنه مؤبد ويلغو الشرط ، ولو نكح مطلقاً ونيته إن تمكن معها مدة فنكاحه صحيح ، وشدد الأوزاعي في جعله متعة ، ذكره النووي في شرح مسلم.

( ومن تزوج امرأتين في عقد واحدة احداهما لا يحل نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الأخرى ) باجماع الأئمة الأربعة. وقال السروجي وهو قول الجمهور من العلماء وأحد قولي الشافعي وابن حنبل .

( لأن المبطل في إحداهما بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع ) أي في عقدة واحدة حيث يفسد البيع في العبد ( لأنه ) أي لأن البيع ( يبطل بالشروط الفاسدة) لان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، بخلاف النكاح ، وأيضاً في البيع بمنزلة القمار لأنه مقابلتها بمال ، ولا كذلك النكاح ، وفرق آخر ، وهو أن الحر لم يدخل تحت العقد فكان تبعاً للعبد بالحصة ابتداء ، وهو فاسد ، والنكاح لا يفسد بذلك ، ويدل على التفرقة بينهما ، لأنه لو قال بعتك هذا العبد بقيمة أو لم يذكر شيئاً كان البيع فاسداً ، أو لو قال زوجتك ابنتي بمهر المثل أو لم يذكر شيئاً كان النكاح صحيحاً ويجب مهر المثل .

( وفي قبول العقد في الحر شرط فيه ) أي في تصحيح البيع في العبد ، لانه لو لم يكن

ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يقسم على مهر مثليهما ، وهي مسألة الاصل . ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه ، وأن تدعه يجامعها ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وهو قول أبي يوسف « رح » أولا ، وفي قوله الآخر وهو قول محمد « رح » لا يسعه أن يطأها

---

كذلك لزم تفريق الصفقة وذلك حرام ، وشرط قبول الحرية شرط فاسد ، والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لا النكاح ( ثم جميع المسمى في العقد ) يكون ( للتي حل نكاحها عند أبي حنيفة ) وبه قال الشافعي في قول .

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( يقسم على مهر مثليهما ) وبه قال الشافعي في قول وأحمد ، ففي قول تستحق مهر المثل لفساد المسمى بجهالة ، وبه قال مالك في قول ، وفي المغني تزوج أربعاً في حالة واحدة صح النكاح ، وكذا في أشهر قولي الشافعي وابن حنبل ، وعنهما يجب لكل واحدة مهر مثلها ( وهي مسألة الأصل ) أي المبسوط .

( ومن ادعت عليه امرأة أنه تزوجها وأقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ) بمقتضى شهادة البينة ( ولم يكن تزوجها ) أي والحال أن الرجل لم يكن تزوج هذه المرأة ( وسعها المقام معه ) بفتح الميم وضمها أي وسع المرأة الاقامة مع الزوج ( وأن تدعه ) أي وسعها أيضاً أن تتركه ( يجامعها وهذا ) أي هذا المذكور من الحكم ( عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ) وهذه المسألة تقبه (١) بين الفقهاء بأن قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند ابى حنيفة ظاهراً وباطناً ، ومعنى نفوذه ظاهر الفردة فيما بينا بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ، ومعنى نفوذه ثبوت الحل عند الله تعالى ( وهو قول أبي يوسف أولاً ) أي قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف أولاً .

( وفي قوله الآخر ) أي قول أبي يوسف آخراً ( وهو قول محمد لا يسعه أن يطأها

---

(١) هكذا كتبت في الأصل . اه مصححه .

وهو قول الشافعي « رح » لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبه فصار كما إذا ظهر انهم عبيد أو كفار ، ولأبي حنيفة « رح » أن الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق

---

وهو ) أي قول محمد ( قول الشافعي ) وقول مالك واحمد أيضاً ، وعلى هذا الإختلاف في البيع ، فلو ادعى بيع جاريته ولم يبعها في الواقع فيقضى بالجارية للمدعى حل وطأها عنده خلافاً لهم ، وكذا لو ادعت المرأة الطلقات الثلاثة على زوجها وهو ينكر ، وأقامت بينة ولم يكن طلقها في الواقع فقضى القاضي بالطلقات الثلاث ، وتزوجت بزوج آخر حل الثاني أن يطأها عنده ، وعندهم لا تحل للأول ولا للثاني ، وكـــذا الاختلاف في الفسخ .

والحاصل في المسألة أربع أقاويل ، فأبو حنيفة يقول الثاني لا للأول وعندهما لا تحل الثاني ولا للأول الحرية ، والشافعي يقول يطأها الأول سراً والثاني علانية ، وفيه اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وهو قبيح ، والأوجه ما قاله أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه ، كذا في جامع المحبوبي .

( لأن القاضي أخطأ الحجة إذ الشهود كذبه ) بالفتحات جمع كاذب ، والخطـــأ في الحجه منع النفوذ باطناً ( كما إذا ظهر انهم ) أي الشهود ( عبيد أو كفار ) أو محدودون في القذف ، والمشهود له يعلم بحالهم ، فان قضاه ينفذ ظاهراً لا باطناً ، وكذا لو قضى بنكـــاح منكوحة الغير أو معتدة الغير بشهادة الزور فانه ينعقـــد ظاهراً لا باطناً بالاجماع .

( وعن أبي حنيفة أن الشهود صدقة ) بالفتحات جمع صادق ( عنده ) أي عنـــد القاضي ( وهو الحجة ) أي صدق الشهود عند القاضي هو الحجة ( لتعـــذر الوقوف على حقيقة الصدق ) الحاصل أن القاضي مأمور بالقضاء بنيـــة صادقة ، والتكليف بحسب الوسع وليس في وسعه الوقوف على صـــدق الشهود حقيقة ، ولهذا إذا أقيمت البينة وثبت عنده صدقهم بالتعديل أو غيره يجب القضاء ، حتى لو لم ير ذلك على نفسه يكفر ، ولو

بخلاف الكفر والرق لأن الوقوف عليهما متيسر. وإذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطناً بتقديم النكاح نفذ قطعاً للمنازعة

---

أخره يفسق ، ورجحت ها هنا صدقهم بالتعديل في ظنه فيلزمه ، فوجب تصحيح قضائه إن أمكن .

( بخلاف الكفر والرق ) هذا جواب عن قولهما فصار كما أظهر أنهم عبيد أو كفار ، تقريره أن العبد والكافر يعرفون بسيامم ( لأن الوقوف عليهما مقيس بالامارات ، وإذا ابتنى القضاء ) على صيغة المجهول ( على الحجة ) وهي الشهادة الصادقة عند القاضي ( وأمكن تنفيذه ) أى تنفيذ الحكم باطناً بتقديم النكاح ، جواب عما يقال القضاء اظهار ما كان ثابتاً لا إثبات ما لم يكن ، والنكاح لم يكن ثابتاً ، فكيف ينفذ القضاء باطناً ، فأجاب بقوله بتقديم النكاح ، يعني بتقديم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء ، كأنه قال أنكحتك اياه وحكمت بينهما بذلك ( نفذ قطعاً للمنازعة ) يحل له أن يطأها لئلا تنازعه في طلب الوطىء ثانياً .

فان قيل إن كان قضاؤه متضمناً إن شاء بالعقد ثابتاً فيشترط الشهود عند قوله قضيت . قلنا قال شمس الائمة السرخسي وغيره أنه لا ينعقد باطناً بقوله قضيت إلا بمحضر الشهود ، وبه أخذ عامة المشايخ ، وهو قول الزعفراني ، وقيل لا يشترط حضور الشهود لقضائه ، لأن العقد يثبت بمقتضى صحة قضائه في الباطن ، وما يثبت بمقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عني بألف .

وقد جرى الاكمل في هذه المسألة بحث مع شخص تولى من أولياء المقارأة ، وذكره في شرحه ثم قال وأما منافي هذه المسألة علي رضي الله تعالى عنه وأقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما ، فقالت المرأة إن لم يكن به يا أمير المؤمنين تزوجني منه ، فقال علي رضي الله تعالى عنه شاهداك زوجاك ، ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع عن العقد عند طلبها ورغبه الزوج فيها ، وقد كان في ذلك تحصينها من الزنا ، وكان ذلك منه بشهادة الزور .

بخلاف الاملاك المرسلة ، لأن في الاسباب تزاحماً فلا إمكان والله أعلم .

( بخلاف الاملاك المرسلة ) أى المطلقة عن اثبات سبب الملك إن ادعى ملكاً مطلقا في الجارية أو الطعام من غير تعيين شراء أو إرث لا ينعقد القضاء فيها إلا ظاهراً بالاتفاق حتى لا يحصل للمقضي لهوطأها ( لأن في الاسباب تزاحما ) لانهـا كثيرة ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة ( فلا إمكان ) في تنفيذه الا ظاهراً، لانه لا يمكن تقديم شيء من أسباب الملك في القضاء لعدم أولوية بعضها على بعـض ولا يمكن تقديم الكل للاستحالة بخلاف القضاء بالنكاح ، لان طريقه متعين من الوجه .

قلنا فيمكن تنفيذه واثباته في الهبة والصدقة، وعن أبي حنيفة روايتان في رواية الحقها بالانكحة والاشربة من حيث انها تحتاج الى الايجاب والقبول ، وفى روايةالحقها بالاملاك المرسلة لأنه لا ولاية للقاضي لأنها تمليك مال الغير بغير عوض .

* * *

# باب في الأولياء والأكفاء

وينعقد بنكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولى، بكراً كانت أو ثيباً عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف «رح» أنه لا ينعقد إلا بولي وعند محمد ينعقد موقوفاً .

---

( باب في الأولياء والاكفاء )

لما ذكر النكاح وألفاظه ومحله شرع في بيان العاقد والولي ، أي هذا باب في بيان حال الأولياء والاكفاء. والأولياء جمع ولي وهو المالك، يقال ولي اليتيم والكفيل أي مالك أمرهما . والاكفاء جمع كفوء وهو النظير ، ومنه كافأه أي سواه .

( وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي ) يعني هي زوجت نفسها بنفسها ( سواء كانت بكراً أو ثيبا ) واحترز به عن قول أصحاب الظاهر ، فانهم فصلوا بين البكر والثيب ، فقالوا إن كانت بكراً لا يصح نكاحها بغير ولي ، وإن كانت ثيبا صح ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية ) احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة انه قال إن كان الزوج كفوءاً لها جاز النكاح وإلا فلا .

( وعن أبي يوسف ) يعني في غير ظاهر الرواية ( انه لا ينعقد إلا بولي ) أبو يوسف أو لا يقول لا يجوز تزويجها من كفوء أوغير كفوء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال صح النكاح سواء كان الزوج كفوءاً لها أو لا ، وذكر الطحاوى قول أبي يوسف أن الزوج إذا كان كفوءاً لها أمر القاضي باجازة العقد ، فان أجازه جاز وإن أبى لم يفسخ ، ولكن يجبر القاضي فيخير ، ذكره في المبسوط .

( وعند محمد ينعقد موقوفا إلى إجازة الولي ) سواء كان الزوج كفوءاً لها أو لا ، فان

الولي جاز وإلا فلا . ومن العلماء من قال إن كانت غلبة شريفة لم يجز تزويجها نفسها بغير رضى الولي ، وإن كانت فقيرة يجوز تزويجها نفسها بغير رضى الولي .

( وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة النساء أصلا ) ولا توكيلهن ، ولا بد من الولي أو السلطان عند عدمه ، ويروى ذلك عن بعض الصحابة والتابعين ومن بعدهم. وقال مالك إن كانت ذات حسن وجمال وشرف أو قال يرغب في مثلها لم يصح نكاحها إلا بولي وإن كانت بخلاف ذلك جاز أن يتولى نكاحها أجنبي برضاها، ولا تتولاه بنفسها، قيل هذا النقل عنه غلط، والصحيح عنه أن الزانية إن زوجها الجار أو غيره ليس بولي جاز، والتي لها موضع ، فان زوجها غير الولي فرق بينهما ، فان أجازه الولي أو السلطان جاز .

والشافعي وأحمد شرط في ذلك ، واستدلا بقوله تعالى ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ ٢٣٢ البقرة ، قال الشافعي هذه ابتدائية في كتاب الله عز وجل تدل على النكاح بغير ولي لا يجوز لأنه نهى الولي عن العضل ، أي المنع ، والمنع انما يتحقق منه إذا كان الممنوع في جده إذ الخطاب للاولياء، وروى البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي من رواية الحسن عن معقل بن يسار، قال كانت لي أخت تخطب إلى فامنمها ... الحديث ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ﴿ فلا تعضلوهن ﴾ وروى الترمذي حديث ابن عمر حدثنا سفيان بن عيينة عن أبي جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ قال أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل.. الحديث ، وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة أيضاً ، وروى الترمذي من حديث أبي موسى الأشعري قال قال رسول الله ﷺ لا نكاح إلا بولي .

وأخرج الدارقطني في سننه من حديث قتادة عن الحسن عن عمران بن حصين عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل . وروى الدارقطني أيضاً من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، رواه الحاكم من حديث أنس رضي الله تعالى عنه لا نكاح إلا بولي ، رواه البيهقي من حديث الحسن عن عمران بن حصين ، قال قال رسول الله ﷺ لا يجوز النكاح إلا بولي وشاهدي عدل .

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض إليهن مخل بها . إلا أن محمداً يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي .

---

وروى ابن ماجة من رواية هشام عن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها . وروى ابن عدي في الكامل من حديث قبيصة بن دؤيب عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال أيما امرأة تزوجت بغير ولي فهي زانية . وروى الطبراني في الأوسط من حديث أبي سفيان عن جابر مرفوعاً لا نكاح إلا بولي ، فان شجروا فالسلطان ولي من لا ولي له .

وروى ابن عدي في الكامل من حديث اصبع بن بيانه عن علي رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن لم يكن لها ولي فالسلطان ولي من لا ولي له .

وفي الباب أيضاً عن عبد الله بن عمر وأبي ذر والمقداد بن الأسود والمسور بن مخرمة وأم سلمة وزينب بنت جحش رضي الله تعالى عنهم .

وأما استدلالهم بطريق المعقول فهو ما أشار إليه المصنف بقوله ( لأن النكاح يراد بمقاصده ) ومقاصده هو أن يستدعي التوافق بينهما عادة ولا يوفق عليها إلا بالعقل الكامل ، وعقلها ناقص بالحديث ( والتفويض إليهن ) أي تفويض عقد النكاح إلى النساء ( مخل بها ) أي مقاصد النكاح ، لأنهن سريعات الإغترار سيئات الإختيار لا سيا عند هيجان الشهوة ، فإن الشهوة إذا ثارت حجبت العقول من تحسين النظر في العواقب ، فلو فوض إليهن ربما يعصين أنفسهن في عار لاحقي ولا ينقص قلنا هذا مردود بما أذن لها الولي بأن يأذن الولي بخير الخلل ، فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به .

وأشار إلى هذا بقوله ( إلا أن محمداً يقول يرتفع الخلل بإجازة الولي) والإستثناء من قوله – مخل بها – فالذي قاله محمد جواب بالرد لما قال الخصم ، وتقريره ما قاله محمد أن الغرر الموهوم ينتفي باجازة الولي ولا خلل في نفس العبد فيصح موقوفاً باجازته . وقال

ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من أهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج

---

أيضاً ينفذ عقد الولي عليها بسكوتها عنده ، ولو لم يكن له ولاية عليها لم ينفذ بسكوتها كالأجنبي . قلنا سكوتها إذن منها بجعل الشارع ذلك إذناً منها فلم ينفذ إلا باذنها لوكيلها .

قالوا يجب على الولي تزويجها عند طلبها ولو لم يكن له ولاية لما وجب ذلك عليه. قلنا هذا ممنوع بل هي تأذن لمن يزوجها أو تباشر بنفسها ما لو قام بها وصف نقص بسلب أهلية الأمانة العامة والخاصة ، وسلب الشهادة فيما يندرىء بالشبهات ، وسقوط الجمعة والجماعات فصارت كالرخصة . قلنا هذا قياس شبهة باطل ، والنكاح ليس من الحدود ولا ما يندرىء بالشبهات ، وانما سقطت الجمعة والجماعات للفتنة .

وقولهم تبطل بالمسافر ولا بسبب عقدة الولاية ولا يوصف بسببه بالنقص. قالوا ان الولاية تبقى عليها بعد بلوغها نقص صداقها ، وفي حق الضم والإسكان. قلنا هذا لخوف الفتنة عليها.

قالوا انها قاصرة في البضع، ولهذا لا تسافر وحدها. قلنا يبطل هذا السفر بالحج، فإنها تسافر بغير محرم ولا زوج عند مالك والشافعي .

( ووجه الجواز ) أي جواز عقد النكاح المرأة الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولى ( انها تصرفت في خالص حقها ) حتى كان البدل واجب بمقابلتها لها ( وهي من أهله ) أي المرأة من أهل التصرف خالص حقها ( لكونها عاقلة مميزة ولهذا ) أي ولأجل كونها عاقلة مميزة ( كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الازواج ) بالإتفاق وكل تصرف هذا شأنه فهو جائز .

فإن قلت لا نسلم انها تصرفت في خالص حقها بل في حق تعلق بـه حق الأولياء ، ولهذا لا يجوز إذا لم يكن بكفوء . قلت لا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه ، وأما على رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » فالجواب أن المراد بخالص حقها ما كان من

الموضوعات الأصلية التي يترتب عليها النكاح من تمليك منافع بضعها وايجاب النفقة والكسوة والمهر والسكنى ونحوها ، وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض للحقوق الماء بالأولياء .

فإن قيل هذا استقلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة وكله فاسد ، أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ ٢٣٢ البقرة ، نهى الولي عن العضل وهو المنع ، وانما يتحقق المنع إذا كان الممنوع في يده . وأما السنة فهي الأحاديث التي ذكرناها فيجيب أولاً عن الآية ثم عن الأحاديث ، فنقول الآية مشتركة الإلزام لأنه نهاهم عن منعهن عن النكاح ، فدل على انهم يمكنه ، وإن قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهن فيمافعلن في انفسهن ﴾ ٢٤٠ البقرة ، وقوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجاً غير ﴾ ٢٣٠ البقرة ، وقوله تعالى ﴿ أن ينكحن أزواجهن ﴾ ٢٣٢ البقرة ، يعارضها .

وأما الجواب عن الأحاديث فيأتي واحداً واحداً فنقول أولاً عن استدلال الشافعي بقوله تعالى ﴿ فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ﴾ انه يدل على نكاحهابمباشرتها من غير إذن الولي من وجوه ، الأول : أن الله تعالى أضاف العقد اليها . الثاني أن نهيه تعالى عن العضل إذا تراضى الزوجان . الثالث أن العضل اذا تراضى الزوجان .

الرابع : أن العضل اسم يشترك بمعنى المنع وبمعنى الضيق وآلة العضال ، وذلك كله ظاهر في منعه من الخروج والمراسلة في عقد النكاح ، والأظهر في الآية أن الخطاب للأزواج لا للأولياء ، قال الله تعالى ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ﴾ ٢٣٢ البقرة ، وذلك بالحبس وتطويل العدة عليهن لقوله تعالى ﴿ ضراراً لتعتدوا ﴾وكانوا يطلقون فيراجعون إذا قرب انقضاء عدتهن من غير حاجة ضرر . وقال الإمام فخر الدين بن الخطيب المختار انه خطاب للازواج لا للأولياء ، قال وتمسك الشافعي بها ممنوع على المختار ، رواه ابن عباس وأيضاً ثبوته في حق الولي ممتنع ، لأنه مهما عزل فلا يبقى بعضلها أثر .

وأما الجواب عن حديث معقل بن يسار ، فإن الرازي قال في طريقه مجهول فلايكون

حجة عندهم . وأما حديث عائشة رضي الله عنها فمداره على الزهري وابن جريج سأله عنه فلم يعرفه . وفي رواية فأنكره فسقط عباؤه · وقال الطحاوي قد يثبت عن عائشة رضي الله تعالى عنها ما يخالف هذا الحديث ، فإنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر من الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام ، ولما قدم قال أمثل هذا يصنع به أو يعاب عليه ، فكلمت عائشة رضي الله تعالى عنها المنذر ،فقال المنذر إن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن ما كنت أرد أمراً قضيته، ومرت حفصةعنده ولميكنذلكطلاقاً،قال فلما رأت عائشة تزويجها جائزاً مستقيماً استحال عندنا أن تكون ترى لك وقد علمت ما نسب إليها من رواية الزهري .

فإن قلت قال ابن حزم في المحلى هذا مشهور ، ثم ذكر انكاح عائشة حفصة وفيه أمرت رجلاً فانكح ، ثم قال ليست إلى النساء إلا النكاح ، قال فصح يقيناً بهذا رجوعها عن العمل ، الأول قال كتب إلى داود بن سماعة بهذا ، قلت قال السروجي ما أجهله بالفقه وأصوله، وهل يقول أحد في العالم أن كتاب ابن باشاه يفيد اليقين والعلم الضروري مع أنه لا يعرف صحة سنده ولا يعرف من روى هذا باسناد اليقين ، وخبر الواحد بالمشافهة لا يفيد يقيناً فما ظنك بكتابه .

فإن قلت هذا الحديث قد روي بطرق كثيرة . قلت في طريق زيد بن يسار بن مزود الرهاروي ، قال أحمد وعلي الديلمي والدارقطني هو ضعيف ، وقال يحي ليس بشيء ، وقال النسائي والازدي متروك الحديث،وفيها عبدالله بن حكيم أبو بكر الرازي الغريدي عن هشام بن عرفة ، وقال نوح بن دراح الغاض،قال يحي ليس بثقة ، ولا يدري بالحديث، وقال النسائي قال يحي وعلي وأحمد وهو ليس بشيء ولا يكتب حديثه ، وفيها أبوالحصين وهو مجهول ، وفيها عطاء بن عجلان الحنفي العطار . وقال الترمذي ذاهب الحديث وفيها أبو مالك الحسن ضعفه مسلم ، وفيها الحجاج بن أرطأة وفيه كلام كثير ، وفيه عبد الله بن لهيعة وهو معروف الحال ، والعجب أنهم يضعفونه ، وهو عند كون الحديث عليهم ، ويحتجون به عند كون الحديث لهم ، وفيها ابن ربيعة ضعفه ابن معين وقال ليس بشيء .

وأما حديث أبي موسى الأشعري فرواه أبو الحسن العيسي عن أبي هريرة فمطفه شعبة وسفيان الثوري وأبو اسحاق ، وقد قال عن أبي بردة فلا يكون حجة .

وأما حديث ابي مسعود ففيه بكر بن بكار ، قال يحي ليس بشيء .

وأما حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ففيه ثابت بن زهير ، وقال أبو حاتم منكر الحديث ، وضعفه ابن عدي وابن حبان . وقال أبو داود موقوف على ابن عمر .

وأما حديث عمران بن حصين فقد قال السروجي ليس له حديث عن النبي ﷺ وانما رواه عن ابن مسعود .

وأما حديث أبي هريرة ففيه حيل بن الحسن المضمي ومسلم بن أبي مسلم لا يعرفان.

وأما حديث معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه ففيه نوح بن أبي مريم أبو عصمة ضعفه ابن معين والدارقطني .

وأما حديث جابر رضي الله تعالى عنه ففيه ثعبة بن الوليد أبو محمد الحمصي وكان مدلساً ، وقالوا أبو مسهر ثعبة غير ثقة ، ويروى عن قوم مجهولين متروكين لا يحتج بهم .

وأما حديث علي رضي الله تعالى عنه ففيه اصبع بن أسامة أبو القاسم الحنظلي ليس بثقة ولا يساوي شيئاً ، قال ابن معين وقال النسائي متروك الحديث وعليه عمر بن صبيح التميمي أبو نعيم ، قال انا الذى وضعت خطبة النبي ﷺ وكان يضع الحديث ، وفي الجملة قد ضعف البخاري هذه الأحاديث ، وقال يحي بن معين واسحاق بن راهويه ينسب إلى ثلاثة أحاديث لم تثبت عن رسول الله ﷺ أحدها : لا نكاح إلا بولي . وثانيها : من مس ذكره فليتوضأ . ثالثها : ما أسكر كثيره فقليله حرام ، رواه عنهما ابن عون العرابعي وشمس الدين السبط بن الجوزي ، وقال يحي بن معين لا يصح في هذا الباب إلا حديث عائشة ، قلنا قد روى ما يخالف حديثها ، وقد ذكرناه عن قريب .

وقال الحافظ أبو جعفر الطحاوي فلما لم يكن في هذه الأقاويل دليل على ما ذهب اليه

أهل المقالة الأولى ، وأراد بهم الشافعي ومالكاً وأحمدواسحاق وأبو ثور نظرنا فيما سواها هل نجد شيئا يدل على الحكم في هذا الباب كيف هو ، فإن يونس قد حدثنا قال أخبرنا ابن وهب أن مالكاً حدثه عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن مطعم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قال الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها واذنها سكوتها ، وأخرجه من ثلاث طرق ، ثم قال فبين ذلك رسول الله ﷺ هذا الحديث بقوله الأيم أحق بنفسها من وليها ، وهذا الحديث أخرجه أيضاً مسلم عن يحي ابن يحيى عن مالك ، ثم قال هذا حديث حسن صحيح ، وأخرجه النسائي. والأيم بفتح الهمزة وتشديد الياء التي هي آخر الحروف ، وهو في الأصل التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ، مطلقة كانت أو متوفى عنها زوجها ، قيل وأراد بها هنا الثيب خاصة على ما نبين إن شاء الله تعالى .

وقد ذكرت في شرحي لمعاني الآثار للطحاوى ، وقد اختلف في معنى الأيم هنا مع اتفاق أهل اللغة انه يطلق على كل امرأة لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة بكراً كانت أو ثيباً ، وذهب علماء الحجاز وكافة العلماء إلى أن المراد بها هنا الثيب التي فارقها زوجها ، وقالوا بأنه اكثر استعمالاً فيمن فارقت زوجها بموت أو طلاق ، وبرواية الإثبات فيه الثيب مفسراً ، وهو أيضاً لفظ مسلم الثيب أحق بنفسها من وليها ، ويقابله البكر تستأمر في نفسها ، ولو كان المراد بالأيم كل ما لا زوج لها من الابكار وغيرهن ، وإن جمعن أحق بأنفسهن لم يكن لتفصيل الأيم من البكر معنى .

وذهب الكوفيون وزفر الى أن الأيم هنا يطلق على ظاهره في اللغة ، فان كل امرأة بكراً كانت أو ثيباً إذا بلغت فهي أحق بنفسها من وليها وعقدها على نفسها جائز ، وهوقول الشعبي والظهرى أيضاً ، قالوا وليس الولي من أركان صحة العقد ، ولكن من تمامه وجماله . قلت لا شك أن قوله عليه السلام الأيم أحق بنفسها عام يتناول الثيب والبكر والمتوفى عنها زوجها ويجب العمل بعموم العام ، وانه موجب للحكم فيما يتناوله قطعاً .

فإن قلت رواية الثيب أحق بنفسها تفسر الأيم أحق بنفسها. قلت هذه الرواية ليست فيها اجمال حتى تكون تلك الرواية مفسرة لها بل يعمل بكل واحدة من الروايتين ، فيعمل برواية الايم على عمومها ، وبرواية الثيب على خصوصها ، ولا منافاة بين الروايتين ، على أن أبا حنيفة يرجح العمل بالعام على العمل بالخاص ، ويجمع الأيم على الأيامى . وقال الجوهري الايام الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء ، واصلها أيايم ، فقلبت لأن الواحدة أيم سواء كان تزوج من قبل أو لم يتزوج ، وامرأة أيم أيضاً بكراً كانت أو ثيباً ، وقد أمت المرأة من زوجها يتم أيمة وايماء وأيوما وأيمت المرأة وتأيم الرجل زماناً إذا مكث لا يتزوج ، وقيل أكثر ما يستعمل في النساء ، وقد قيل في المرأة أيمة . قوله - والبكر تستأذن - أى يطلب منها الإذن في نكاحها .

فان قلت قال الترمذى بعد أن ذكر هذا الحديث ، وقد احتج به بعض الناس في اجازة النكاح بغير ولي وليسوا فيه ما قد احتجوا به ، لانه قد روى من غير وجه عن ابن عباس عن النبي ﷺ لا نكاح إلا بولي ، وهكذا أفتى به بعد النبي ﷺ فقال لا نكاح إلا بولي ، وإنما معنى قوله عليه السلام الأيم أحق بنفسها من وليها عند أكثر أهل العلم ، لأن الولي لا يزوجها إلا برضاها . قلت هذا الذى لا يليق بحاله ، لان هذا الكلام لا يصدر من مثله لان كون عباس متى تساوى هذا الحديث الصحيح المجمع على صحته وحديث ابن عباس متكلم فيه ، وقد ذكرنا ...

فان قلت لم ترك المصنف الإستدلال من الجانبين بالحديث لغيره من المصنفين . قلت قال الاكمل وإذا كان الكتاب والسنة متعارضين ترك المصنف الإستدلال بهما للجانبين ، وصار أى المعقول ، انتهى . قلت ليس فيه ما يشفي العليل على ما لا يخفى على المتأمل وما استدل به أصحابنا ما رواه الدارقطني من حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ انه قال ليس للولي من الثيب أمر والبكر يستأمرها أبوها في نفسها ، ومنه ما رواه أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه أن رجلا زوج ابنته وهي كارهة ، فقال عليه السلام لا نكاح لك فانكحي ما شئت ، وقد زوجها من كفر .

## وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفوء وغير الكفوء، لكن للولي الاعتراض في غـــير الكفوء ،

وروى أيضاً من حديث عكرمة عن ابن عباس أن جارية بكراً أتت النبي ﷺ وقد ذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ، قيل رجاله ثقات ، وأعلــه بالإرسال . قلت المرسل عندنا حجة ومنه ما روي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد نكاح بكر وثيب انكحهما أبوهما ، وقال الدارقطني الصواب عن الهاجر عن عكرمة مرسل . قلت المرسل حجة به ما رواه الدارقطني عن أبي سلمة قال أنكح رجل من بني المنذر وهى كارهة ، فرد رسول الله ﷺ نكاحها .

وروى الدارقطني أيضا عن أبي سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أنه عليــه السلام قال لا تنكحوهن إلا باذنهن . وعن الحكم قال كان على رضى الله تعالى عنه إذا رفع اليه رجل تزوج امرأة بغير ولي ، فدخل بها أمضاه ، فلو كان وقع باطلا كما زعم الشافعى لما أمضاه .

(وانما يطالب الولي ) هذا جواب عما يقال إذا تصرفت في خالص حقهافلم أمر الولي ( بالتزويج ) إذا طالبه وأي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خالص حقها . فأجاب بقوله – وانما يطالب الولي بصيغة المجهول بالتزويج – ( كيلا تنسب ) المــرأة ( الى الوقاحة ) من وقح الرجل إذا صار قليل الحياء فهو وقح ، ووقاح بين الوقحــة والوقاحة والقحة وامرأة وقاح الوجه،وذلك لانها تستحى من الخروج إلى محافل الرجال لتباشر العقد ، لان هذا يعد منها وقاحة لانها لا تقدر على المباشرة .

(ثم فى ظاهر الرواية لا فرق بين الكفوء وغير الكفوء ) اذا زوجت نفسها من كفوء أو من غير كفوء جاز نكاحها ، وروى عن الحسن انه لا يجوز من غير كفوء ، ومثله فى المحيط . وفى قاضى خان يجوز فى ظاهر الرواية كما ذكره المصنف .

( لكن للولي حق الإعتراض في غير الكفوء ) دفعاً للعار عنه ، هذا اذا لم تلد ، فان

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» أنه لا يجوز في غير الكفوء لانه كم من واقع لا يدفع ، ويروى رجوع محمد إلى قولهما ، ولا يجور اجبار البكر البالغة على النكاح

---

ولدت فلا حق للولي فى الفسخ كذا فى قاضى خان والخلاصة . وفى شرح شيخ الإسلام له حق الفسخ بعد الولادة .

( وعند أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز التزويج فى غير الكفوء ) وهى رواية الحسن كما ذكرنا ، وفى فتاوى قاضى خان والقنية المختار للفتوى فى زماننا رواية الحسن ، وفى رواية الكافى وبقوله أخذ كثير من المشايخ، قال شمس الائمة فىالمبسوط هذا أقرب إلى الإحتياط ( لان كم من واقع لا يدفع ) أى كم من قضية تقع ولا يقدر أحد على دفعها ، لانه ليس كل ولي يحبس المدافعة إلى القاضى ، ولا كل قاض يعدل ، فكان الاحوط سد باب التزويج من غير كفوء . قال الشيخ صدر الإسلام لو زوجت المرأة المطلقة الثلاث نفسها من كفوء ودخل بها الزوج ثم طلقها لا تحل على الزوج الاول على ما هو المختار من رواية الحسن . وفى الحقائق هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه .

( ويروى رجوع محمد إلى قولهما ) أى إلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يعني ينعقد نكاحها أيضاً عنده بلا ولى ، يتوقف على اجازته ، كما هو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف ، وكذا ذكره أيضاً فى البدائع . وفى قاضى خان كان أبو يوسف يقول يتوقف على إجازة الولي كفوءاً كان أو لا ، ثم رجع ، وقال يجوز فى الكفوء ، ويتوقف فى غيره ثم رجع ، وقال يجوز فيهما ، وفى رواية الطحاوى عنه يجبره القاضى .

( ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح ) يريد أنه لا يزوجها بغير رضاها، فإن فعل ذلك فالنكاح موقوف على اجازتها عندنا ، فإن ردته بطل ، وإن سكتت عند استئذان وليها لها فهو اذن منها وهو قول الاوزاعى والشعبى وطاووس والحسن بن حى

خلافاً للشافعي « رح » له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير أمرها . ولنا انها حرة فلا يكون الغير عليها ولاية الاجبار ، والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ ، بدليل توجه الخطاب عليها فصار كالغلام ، وكالتصرف في المال ، وانما يملك

---

وأبي عبيدة والثورى وأبى ثور وأحمد ، وفى رواية والظاهرية ، واختاره ابن المنذر ( خلافاً للشافعى ) وبقوله قال مالك فى أشهر الروايتين عنه ، وأحمد فى رواية وابن ابى ليلى ، وعند الحسن البصرى أن البنت أيضاً ، وعن ابراهيم ان كانت المرأة فى عيال أبيها لم يستأمرها ، وإن كانت فى عيال غيره استأمرها ، ولكن يستحب عند السلف استئذانها .

( له ) أى للشافعى ( الإعتبار بالصغيرة ) أى القياس على الصغيرة ، لان الصغيرة اذا كانت بكراً تزوج كرهاً ، فكذا البالغة والجامع بينهما الجهالة ، وأشار الى هذا بقوله ( وهذا ) أي وجوب الاعتبار بالصغيرة ( لانها جاهلة بأمر النكاح لعدم التجربة ) لانها لم تمارس الرجال فلا تقف على مصالح النكاح ومفاسدها ، فكان بلوغها بكراً كبلوغها مجنونة ( ولهذا ) اى لاجل كونها جاهلة بأمرالنكاح ( يقبض الاب صداقها بغير أمرها ) كما فى الصغيرة .

( ولنا أنها ) أى البكر البالغة ( حرة مخاطبة ) فالحرية والخطاب وصفان مؤثران في ولاية الاسترداد بالتصرف ( فلا يكون الغير عليها ولاية ) كما في المال ( والولاية على الصغيرة ) جواب عن قياس الشافعي على الصغيرة تقديره أن القياس على الصغيرة قياس بالفارق ، لأن الولاية على الصغيرة ( لقصور عقلها ) وفيما نحن فيه ليس موجود ( وقد كمل بالبلوع بدليل توجه الخطاب عليها فصار ) أي فصار الاجبار عليها ( كالغلام ) أي كالاجبار على الغلام إذا كان بالغاً ( وكالتصرف في المال ) أي صار كالتصرف في المال ، أي مال البكر البالغة ، فإنه لا يجوز للأب التصرف فيه ( وإنما يملك ) جواب عن قوله—

الاب قبض الصداق برضاها دلالة ، ولهذا لا يملك مع نهيها ، قال فإذا استأذنها الولي فسكتت أو ضحكت فهو إذن ، لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها ، فإن سكتت فقد رضيت ، ولان جهة الرضاء فيه راجحة، لانها تستحي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل على الرضاء من السكوت ، بخلاف ما إذا بكت ، لانه دليل السخط والكراهة .

---

ولهذا يقبض الأب صداقها – تقريره إنما يملك ( الأب قبض الصداق برضاها دلالة ) يعني بالسكوت ، لأن الظاهر أن البكر تستحي عن قبض صداقها وان الأب هو يقبض حتى يجهزها بذلك مع مال نفسه ليبعثها إلى بيت زوجها ، فكان ذلك إذنا لا ولاية .

( ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( لا يملك ) أي الأب قبض صداقها ( مع نهيها ) أباها عن ذلك،لأن الدلالة تبطله بالصريح ولم يستدل المصنف للشافعي بالحديث ولا لنا،والأحاديث التي استدل بها أصحابنا في هذا الباب قد ذكرناها عن قريب .

( قال ) أي القدوري ( فإذا استأذنها ) أى فإذا طلب الولي الاذن منها قبل النكاح، قال في المبسوط يستأذنها خالية لا في ملأ من الناس كيلا يمنعها الحياء من الرد أو لايذهب حشمة الأب عند الناس بردها ( فسكتت أو ضحكت وهو إذن ) أي سكوتها وضحكها إذن ، وكذا إذا ابتسمت يكون رضى وهو الصحيح من المذهب ، ذكره الحلواني كذافي المحيط ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ البكر تستأمر في نفسها ( فإن سكتت فقد رضيت ) هذا غريب بهذا اللفظ ، وروى الأئمة الستة من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله – ﷺ – وكيف إذنها ، قال إن سكتت .

( ولأن جهة الرضاء فيه راجحة ) أي لأن جانب الرضى يرجح على جانب الرد (لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد والضحك أدل ) أي أكثر دلالة ( على الرضى من السكوت ) أي على الرضى بالمسموع عن السكوت ، لأن الضحك علامة السرور والفرح بما سمعت ( بخلاف ما إذا بكت ، لأنه دليل السخط والكراهة غالباً ) والبكاء على السرور

وقيـــل إذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضاً ، وإذا بكت بلا صوت لم يكن رداً .

---

نادر ، فلا عبرة به ، ولكن ليس برد حتى لو رضيت بعده ينفذ الحكم .

( وقيل إذا ضحكت كالمستهزئة بمـا سمعت لا يكون رضى ) والضحك الذي يكون بطريق الاستهزاء معروف بين الناس . وفي المرغيناني والحاوي إن بكت وكان دمعها بارد يكون رضى ، وإن كان حاراً لا يكون رضى ( وإذا بكت بلا صوت لم يكن رداً ،وإن أبت لم يزوجها ) [1] وفي المبسوط قال بعض المتأخرين إذا كان لبكائها صوت كالويل يكون رداً ، وأما إذا خرج الدمع من غير صوت لا يكون رداً ، لأنها تحن على مفارقة أبويهـــا وعليه الفتوى . وعـــن أبي يوسف ان البكاء رضى ، وفي جامع قاضي خان يأخـــذ بدموع عينها ، إن كانت باردة فهي من السرور فيكون رضى ، وإن كانت حارة فهي من الحزن فيكون رداً . وقيل إن كان عذباً فرضى، وإن كان مالحـاً فرد . وقال الشافعي البكاء رضى إلا أن يكون مع الصياح أو ضرب الخد .

فائدة . في كتاب الاجناس من جعل السكوت رضى في عشر مسائل .

الأولى : السكوت عند استجار الولي .

الثانية : في بيع الملجئة لو قالا في السر يظهر البيع علانية وهو تلجئه ، ثم قال أحدهما للآخر خذ به إلى أن جعله بيعا صحيحاً فسكت الآخر ثم تبايعا كان البيع صحيحاً .

الثالثة : وقع عبد مسلم في الغنيمة بعدما أسره المسكوت ، فقسمت ، ومولاه حاضر ساكت ولم يطالب العبد فلا سبيل له على العبد بعد ذلك .

الرابعة : قبض المشترى المبيع بغير إذن البائع وهو ساكت قبل نقد الثمن ، فهو إذن لـــه فيه .

الخامسة : رأى عبداً يبيع ويشترى فسكت فهو إذن له في التجارة .

السادسة : سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع يبطل حقه فيها .

---

(١) عبارة — وان أبت لم يزوجها — ليست في الاصل في المتن . اه مصححه .

السابعة : عبده يبيع وهو ساكت ، ثم قال أنا حر لا يقبل ، رواه الطحاوي في مختصره ، فقال له قم مع مولاك فقام لزمه البيع .

الثامنة : قال والله لا أسكن فلاناً داري ، أو لا أتركه في داري ، وهو نازل فيها فسكت يحنث ، وإن قال له أخرج فأبى أن يخرج فسكت الحالف لا يحنث .

التاسعة : ولدت امرأته ولداً فهنأه الناس به فسكت لزمه .

العاشرة : بلغها الخبر فسكتت .

وزاد السروجي عليها أربعة أخرى :

الأولى : لو قبض الموهوب في المجلس والواهب ساكت ملكه استحساناً .

الثانية : قبض المبيع في البيع الفاسد والبائع ساكت ملكه المشترى .

الثالثة : لو جاءت أم الولد بولد آخر فسكت المولى يوماً أو يومين لزمه ، ولا يصح نفيه بعد ذلك .

الرابعة : مجهول النسب إذا بيع وهو ساكت ينظر صح بيعه ، وصار كأنه أقر بالبيع .

وقد ذكر الكاكي خمسة أخرى :

الأولى : إذا هنىء بالولد فسكت لزمه .

الثانية : قال لغيره بع عبدى ، فسكت ثم قام وباع كان ذلك قبولاً للتوكل .

الثالثة : شق زق غيره وهو حاضر فسكت حتى سال ما فيه لم يضمن .

الرابعة : زوج الصغيرة غير الأب والجد ، فبكت بكراً فسكتت ساعة يبطل خيارها .

الخامسة : رأى غيره يبيع ماله عرضا أو عقاراً فقبضها المشتري فتصرف فيها زمانا وهو ساكت سقط دعواه ، ذكره في سنية الفقهاء .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( فان فعل ذلك ) يعني الاستدلال ( غير الولي )

أو ولي غيره أولى منه لم يكن رضى حتى يتكلم به، لان هذا السكوت لقلة الالتفات إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانــــه قائم مقامه ، وتعتبر الزوج على وجه تقـع بـه المعرفة

---

أي من الاجانب ، وفسر قوله – فإن فعل هذا – بقوله ( يعنى استأمرها غير الولي أو ولي غيره ) أي لو استأمرها ولي غيره اولى منه ، كاستئذان الأخ مع وجود الأب ، قوله – غيره أولى منه – جعله وقف صفة لقـوله ولى الضمير في منه يرجع إلى الغير ( لم يكن رضى حتى يتكلم به ، لان السكوت لقلة الالتفات ) أي لقلة التفاتها ( إلى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ) وبه قال الشافعي .

( ولو وقع ) أي السكوت دليلا على الرضى ( فهو محتمل ) أي محتمل الاذن والـرد ( والاكتفاء بمثله ) أي بمثل السكوت المحتمل ( للحاجة ) أي حاجة الإنكاح ولا يوجـد ذلك في حق غير الولي وهو معنى قوله ( ولا حاجة في حق غير الاولياء ) وهذا ردلقوله – ولو وقـــع – أي السكوت ، وفي المبسوط وحكي عن الكرخي ان سكوتها عند الاستئمار الاجنبي يكون رضى ، لانها تستحي من الاجنبي أكثر مما تستحي من الـولي ، والاول أصح ، ولا يكون إذن إذا استأمرها قريب كافر أو عبد مكاتب ( بخلاف مـا إذا كان المستأمر رسول الولي ) يعني يكون استئمار رسول الولي كاستئمار الولي .

( لانه ) أي لان رسول الولي ( قائم مقامه ) أي مقام الولي ، وفي البدائع استئذان البكر البالغ على وجهين الأول أن يستأذنها بعده، والسكوت فيها رضى في الوجهين إذا كان الزوج هو الولي الاقرب قبل العقد . والثاني أن يستأذنها أو وكيله أو رسوله بخلاف الولي الابعد والاجنبي ( يعتبر ) في الاستئمار تسمية ( الزوج على وجه تقع به المعرفة ) أي تقع بالزوج المعرفة حتى لو قال زوجتك بعض جيراني أو بعض ابن عمي لم يكن سكوتهـــا رضى ، لان الرضى بالمجهول لا يتصور ، وقيل لو عد عليها جماعة فسكتت زوجهـا من

لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ، ولا يشترط تسمية المهر هو الصحيح ،

---

أحدهم ، وكذا لو ذكر ابن فلان وهم يحصون ، قالوا والشرط أن يكون الزوج كفوءاً والمهر وافراً حتى لو لم يكن كفوءاً ولم يكن المهر وافراً وعلم أحدهما لم يكن سكوتها رضى إلا في حق الاب والجد عند أبي حنيفة ، لان الاب والجد عنده في هذه العقد . وعندهما الولي مطلقا ، لان الأب والجد بمنزلة الاجانب في هذا العقد ، كذا في جامع قاضي خان والمحيط والمبسوط .

وقال الشافعي يشترط النطق في غير الكفؤ في قوله -وفي غير مهر المثل واستئمار وكيل الاب كالاب - وفي القنية لو قال الأب يذكرك فلان بمهر كذا فوثبت مرتين وهي في نكاحها فزوجها جاز . ولو قال لها أريد أن أزوجك من رجل فسكتت لا يكون رضى ، هكذا روي عن محمد لعدم العلم . وفي الحاوي سئل أبو نصير عن رجل قال لبنته زوجتك من رجل فسكتت فهو رضى ، ولا خيار لها . قال أزوجك من رجل فسكتت لم يكن رضى ، وفرق بين الماضي والمستقبل . وعن أبي القاسم الصفار لها الخيار في الفصلين . وقال صاحب الحاوي وبه نأخذ .

وفي جوامع الفقه لو قالت كنت قلت لك لا أريده فهو رد ، وكذا لا أرضى أو لا أجيز أو أنا كارهة ، ولو قالت لا يعجبني أو لا أريد الازواج ، فليس برد حتى لو رضيت بعد ذلك صح ولو قالت لا أريد فلانا فهو رد ، ولو قالت لا أرضى ثم قالت رضيت موصولاً جاز ، وإن فصلت بطل ، ولو قالت ذلك إليك فهو رضى .

( ليظهر رغبتها فيه ) اي ليظهر رغبة المرأة في الزوج المسمى ( من رغبتها عنه ) اي عن الزوج المسمى ، ولفظ رغب إذا استعمل بكلمة عن يدل على عدم الرغبة .

( ولا يشترط تسمية المهر ) يعني عند تسمية الزوج في الاستئمار ( هو الصحيح ) اي ترك تسمية المهر هو الصحيح ، واحترز به عن قول بعض المتأخرين حيث قالوا لا بد من تسمية المهر في الإستئمار ، لان رغبتها تختلف باختلاف المهر في القلة والكثرة ، والصحيح انه لا يشترط ، كذا في المبسوط . وفي جامع قاضي خان ، لان الظاهر تختلف باختلاف الزوج ، لأن الأب لا يقف على مرادها في حق الزوج ، فأما في حق الصداق يعلم مرادها

لأن النكاح صحيح بدونه ، ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو ما ذكرنا ، لأن وجه الدلالة في السكوت لايختلف ثم المخبر إن كان فضولياً يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة «رح» خلافاً لهما ، ولو كان رسولاً لا يشترط اجماعا ، وله نظائر . ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقبول

---

في ذلك ، وهو صداق مثلها ( لأن النكاح صحيح بدونه ) أي بدون ذكر المهر ، ولا يصح بدون ذكر الزوج ، وفي الكافي إذا كان المزوج أبا أو جداً لا يشترط ، لأنه لا ينقص من المهر إلا بعرض يفوق المهر ، والمصنف أطلق الصحة من غير تفصيل .

( ولو زوجها ) أي زوج المولى المرأة ( فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا ) اي من فصول الرضى بالضحك ، والسكوت دون البكاء ( لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ) أي من حال الاستئمار وحال بلوغ الخبر ، لأن المعنى الذي صار السكوت لاجله رضى قبل العقد وجله بعده ، وهو العجز عن النطق بسبب الحياء .

( ثم ان المخبر إن كان فضولياً يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ، فإن عندهما الاخبار كاف لا يشترط العدد ولا العدالة ( ولو كان رسولاً ) أي ولو كان المخبر رسولاً ( لا يشترط ) أي العدد والعدالة ( إجماعا ) لأنه قام مقام الولي ( وله نظائر ) أي لهذا الخلاف الذي وقع بين أبي حنيفة وصاحبيه، وفي اخبار الفضولي نظائر من المسائل وهي عزل الوكيل وحجر المأذون ووقوع العلم بفسخ الشركة وسكوت الشفيع عن الطلب ، واعتاق العبد الجاني وبيعه بعد الاخبار ، ففي الكل يشترط العدد والعدالة عن أبي حنيفة لهما ، ذكر الخلاف في وجوب الشرائع على المسلم والذمي لم يهاجر ذكره في الكافي .

( وإذا استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقبول ) أي بالإجماع بين الأربعة إذا كانت بالغة ، وفي الثيب الصغيرة لا يحتاج إلى رضاها بل ينكحها الولي جبراً عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا اعتبار برضاها فلا تزوج حتى تبلغ ، ويروى هذا عن مالك

لقوله عليه السلام الثيب تشاور ، ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها . وإذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة ، لان مصيبها اول مصيب لها

---

وعند أحمد لا يجوز اجبار الصغيرة والكبيرة ، وهذه رواية عن مالك إلا أن أحمد قال إذا بلغت تسع سنين صح إذنها في النكاح وغيره ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( الثيب تشاور ) هذا غريب بهذا اللفظ ، وروى مسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا والثيب أحق بنفسها من وليها ، وروى أبو داود والنسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما مرفوعا ، والثيب أحق بنفسها من وليها .

وروى أبو داود والنسائي من حديث نافع بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ ليس للولي مع الثيب أمر .

( ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة بالرجال ) فلا يكتفى بسكوتها عند الاستئمار ( ولا مانع من النطق في حقها ) أي في حق الثيب بخلاف البكر .

( وإذا زالت بكارتها بوثبة ) وهي الوثوب من فوق ( أو ظفرة (١) أو حيضة ) أو أو سبب ورود الحيض ( أو جراحة ) أصابت موضع العذرة ( أو تعنيس ) أي أوبسبب تعنيس من عنست عنوس إذا جاوزت وقت التزويج ، فلم تتزوج ، وقيل عنست الجارية إذا طال مكثها في منزل أهلها بعد ادراكها حتى خرجت عن عداد الابكار . وقال أبوزيد كذلك عنست الجارية تعنيسا . وقال الاصفي لا يقال عنست يعني بالتشديد ، ولكن عنست على صيغة المجهول ، وعنسها أهلها ، وكذلك بشدة حيض وتحمل ثقيل وباصبع أو عود ( فهي في حكم الابكار ) في كون إذنها سكوتها .

( لانها بكر حقيقة ، لأن مصيبها أول مصيب لها ) وبه قال الشافعي في الاصح ومالك واحمد وابن ابي هريرة ، وهو قوله المحمود ، وقال ابن جني من اصحاب الشافعي هي

---

(١) كلمة غير موجودة في المتن .

ومنه الباكورة والبُكرة ، ولأنها تستحي لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي « رح » لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة ، لان مصيبها عائد إليها . ومنه المثوبة والمثابة

---

كالثيب لزوال عذرتها ( ومنه الباكورة ) اي ومن اشتقاق البكر الباكورة ، وهي التي تدرك من الثمار اولاً ، وقال الأكمل البكر من يكون مصيبها اول مصيب ، فهذه اي التي زالت بكارتها بوثبة ونحوها تشتق من الباكورة . قلت الامر بالعكس ، يدل عليه قول المصنف ومنه الباكورة وقوله ايضاً ( والبكرة ) بضم الباء وهي اول النهار ، اى ومنه البكرة ، اى من استقاق البكر وتحقيق الكلام ها هنا ان هذه المادة وهي الباء والكاف والراء يأتي منها الفاظ على معان مختلفة غير خالية عن المعنى الاصلي وهي الاولية وهي البكر بالكسر العذر أو المرأة التي ولدت بطنا واحداً ، وبكرها بالكسر ولدها ، وكذلك البكر بالكسر من الأهل وبالفتح الصبي منها ، وبكرة البكر ما يسقى عليها بالفتح ايضا ، وبكر بالفتح ايضا او قبيلة وهو بكر بن وائل بن قاسط .

( ولأنها تستحي لعدم الممارسة ، ولو زالت بكارتها بزنا ) أي التي زالت بكارتها بزنا ( فهي كذلك ) أي هي في حكم التي زالت بكارتها بوثبة ونحوها ، أي لعدم ممارستها بالرجال الابكار ( عند أبي حنيفة «رح» ) وبه قال مالك وأحمد في رواية ، وحكى أبو اسحاق أن الشافعي قال به في القديم .

( وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها ) يعني عند الإستئذان ، وبه قال أحمد في رواية ، وهو قول الشافعي في الجديد ( لأنها ) أي لان التي زالت بكارتها بزنا ( ثيب حقيقة وحكماً ) أما حقيقة فلأن مصيبها ليس بأول مصيب ، وهو معنى قوله ( لأن مصيبها عائد إليها ) وأما حكماً فإنها تدخل في الوصية في الثيب دون الابكار ( ومنه المثوبة ) أي ومن اشتقاق الثيب المثوبة وهو الثواب ، وانما سمي بها لانها رجع إليها في العاقبة ، لان الثواب جزاء عمله يرجع إليها ( والمثابة ) أي ومنه المثابة وهو الموضع الذي يثاب إليه ، أي يرجع إليه كرة بعد أخرى ، ومنه قوله تعالى ﴿ وإذ جعلنا

والتثويب . ولأبي حنيفة « رح » أن الناس عرفوها بكراً فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفي بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو نكاح فاسد ، لأن الشرع أظهره حيث علق به أحكامها . أما الزنا فقد ندب إلى ستره

---

البيت مثابة للناس وأمنــا ﴾ ١٢٥ البقرة ، قال الزمخشري معاداً ومرجعاً للحاج والعمار ينصرفون عنه ثم يثوبون إليه أي يرجعون ( والتثويب ) أى ومنه التثويب ، وهو الدعاء مرة بعد أخرى ، وهو العود بعد الاعلام .

( ولابي حنيفة أن الناس عرفوها بكراً فيعيبونها من النطق [1] ) وفي بعض النسخ فيعيبونها من التعيب بالنطق ، فتستحي ( فتمتنع عنـــه ) أي عن النطق ( فيكتفى بسكوتها كيـــلا تتعطل عليها مصالحها ) وإن أكرهت على الزنا فلا رواية فيه ، ذكر في الفتـــاوى والمرغيناني . وفي الحواشي لا ينعدم به حياؤها . فان قيل حياء البكر حيـــاء كرم الطبيعة وهو محمود ، وهذا الحياء من ظهور الفاحشة فلم يكن في معنى المنصوص. قلنا هذا الحياء أيضاً محمود ، لانها تستر على نفسها ليستر الله تعالى عليها ، والحيـــاء من ظهور المعصية من كرم الطبيعة وحسن العقيدة أيضاً ، ولما سقط نطقها في موضع يكون نطقها دليلا على رغبتها في الرجال على فحش الوجود أولى ، كذا في المبسوط . وقيـــل لا يمكن إدارة الحكم على حقيقة الحياء لتعذر ضده وتعذر مـــا هو المعتبر منه ، فأدير على مظنته وهو البكارة وتعذر أن يراد حقيقتها لقبح بحض الولي عنها شرعاً وعقلاً ، فاكتفي بالبكارة الظاهرة ، وأصـــل الخلقة والاصل بقاؤها فيكتفي بالسكوت إلى أن يظهر ويشيع .

( بخلاف ما إذا وطئت بشبهة أو نكاح فاسد ) حيث تصير ثيباً بالإجماع ( لانالشرع أظهره حيـــث علق به ) أى بذلك الوطىء ( أحكامها ) وهي وجوب العدة والمهـــر وثبوت النسب ( وأمـــا الزنا فقد ندب ) أي الشرع ( إلى ستره ) حيث قال عليه السلام من

---

(١) بالنطق – هامش .

حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها ، وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها . وقال زفر « رح » القول قوله ، لأن السكوت أصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة ، ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع ، والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع إذا ادعى رد الوديعة ،

---

أصاب من هذه القاذورات فليستر ليستره الله تعالى ( حتى لو اشتهر حالها ) بأن أقيم عليها الحد إذ صار الزنا عادة ( لا يكتفى بسكوتها ) فإن قيل ينبغي أن يكتفي بسكوتها ها هنا أيضاً لانها بكر شرعاً . قال ﷺ البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ... الحديث ، قلنا هو قول بعض المشايخ وهو ضعيف ، فان هذا موجود في الموطوءة بشبهة أو نكاح فاسد ، ولا يكتفي بسكوتها بالإجماع فعلم أن المعتبر بقاء صفة الحياء .

( وإذا قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت فالقول قولها ) أي قول المرأة ( وقال زفر القول قوله ) أي قول الزوج ( لان السكوت أصل والرد عارض) لان السكوت عدم الكلام والعدم هو الاصل في كل شيء ، والمرأة تدعي عارضاً ، والقول قول التمسك بالاصل ( فصار ) أي الحكم في هذا ( كالمشروط في الخيار اذا ادعى الردبعد مضي المدة ) فإنه لا يعتبر قوله ، بل القول قول من يدعى لزوم العقد بالسكوت بالإجماع ، وكذا المشتري والشفيع ، فالشفيع يقول طلبتها بعد البيع ، والمشتري يقول سكت ، فالقول قول للمشتري لتمسكه بالاصل.

( ونحن نقول انه ) أي الزوج ( يدعى لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة ) وكانت متمسكة بالاصل معنى ، فالقول لها كما لو ادعى أصل العقد وأنكرت، وهذا لان العبرة للمعاني لا للصور ( كالمودع ) بفتح الدال ( إذا ادعى رد الوديعة ) أي إلى مالكها فالقول قول المودع لانه ينكر الضمان من حيث المعنى ، والحاصل من هذا

بخلاف مسألة الخيار . لأن اللزوم قد ظهر بمضي المـــدة ، وإن أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه قرر دعواه بالحجة ، وإن لم تكن له بينة فلا يمـــين عليها عند أبي حنيفة « رح » وهي مسألة الإستحلاف في الأشياء الستة ، وسيأتيك في الدعوى إن شاء الله .

---

انما تعتبر الانكار المعنوي ، وزفر يعتبر الإنكار الصوري (بخلاف مسألة الخيار )جواب عن قول زفر ،وقياسه ووجه ما قاله من قوله ( لان اللزوم قدظهر بمضي المدة ) أي لزوم البيع قد ظهر بمضي مدة الخيار ، ولو قالت بلغني الخبر يوم كذا وقت كذا فرددت، وقال الزوج بل سكتت فالقول قول الزوج .

وفي المرغيناني لو قالت أدركت أمس وعلمت بالخيار وفسخت لم تصدق إلا بحجـة وبطل خيارها ، وإن قالت علمت الآن وفسخت صح ، قيل لمحمد كيف يصح وهو كذب، قال لا يصح إلا على هذا الوجه ، فانها لا تصدق في الإسناد ، ولو قالت نسخت حين علمت لا تصدق الا بالبينة . وفي عمدة الفتاوي بكر زوجها وليها فقالت بعد سنة كنت قلـت حين بلغني لا أرضى فالقول قولـهـا ، وان كانت صغيرة فقالت اخترت نفسي حين أدركت أو حين علمت لا تسمع لانها تريد ابطال العقـــد الثابت عليها بخلاف الاول .

( فان أقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه ) أى لان الزوج ( قـــرر دعواه بالحجة ) .

فإن قلت ينبغى أن لا يقبل لانه شهادة على النفى . قلت السكوت أمر وجودى لانه عبـــارة عن ضم شفة الى شفة وعدم التكلم من لوازمه ، فتكون البينة على أمر وجودي .

( وان لم يقم بينة فلا يمين عليها عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنـــه ) وعندهما والشافعى ومالك وأحمد تستحلف ( وهى مسألة الإستحلاف في الاشياء الستـــة ) وهى النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والإستيلاء والرق والولاء ( وسيأتيك ) أي بيان هذه الاشياء الستة ( في الدعوى ) أى في كتاب الدعوى ( ان شاء الله تعالى ) .

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجها الولي بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبة ومالك « رح » يخالفنا في غير الأب ، والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضاً .

---

( ويجوز نكاح الصغيرة والصغير اذا زوجها الولي بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً)وقال ابن شبرمة وأبو بكر الاصم لا يزوجهما أحد حتى يبلغا ، لقوله تعالى ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ ٦ النساء ، فلو جاز تزويجهما قبل البلوغ لم يكن لهذا معنى ولا حاجة لهما إلى النكاح ، لان مقصود النكاح طبعاً قضاء الشهوة ، ولا شهوة لهما ، وشرعاً النسل ولا تناسل لهما الى النكاح لانه مقصود النكاح ، وهذا العقد يعقد للعمر ويلزمها أحكامه بعد البلوغ ولا ولاية لاحد بعد البلوغ حتى يلزمها أحكامه .

وللعامة قوله تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ، بين الله تعالى عدة الصغيرة ، وسبب العدة شرعاً النكاح ، فذلك يقرر نكاح الصغيرة والمراد بقوله تعالى ﴿ حتى إذا بلغوا النكاح ﴾ الإحتلام ، وحديث عائشة رضي الله تعالى عنها مشهور وقريب إلى التواتر فإنه عليه السلام تزوجها وهي بنت ست سنين وبنى بها وهي بنت تسع سنين ، وكانت عنده تسع سنين .

( والولي هو العصبة ) على ترتيب العصبات في الإرث كما سيأتي عن قريب ، فأقرب الأولياء الإبن ثم ابنه وإن سفل ، ثم الأب ثم الجد وإن علا ، ثم الجد عند أبي حنيفة أولى من الأخ ، سواء كان لأب أو لأب وأم . وعندهما لكل واحد من الجد والأخ الولاية كما في الميراث وفي المبسوط النكاح للجد عند الكل هو ظاهر الرواية .

( ومالك يخالفنا ) جملة من المبتدأ والخبر ( في غير الأب ) يعني الولي عنده الأب ليس الأحق غيره ، فلو زوجها الجد عند عدم الأب لا يجوز .

( والشافعي « رض » في غير الأب والجد ) يعني عند وليهما الاب والجد لا غير إذا كانت الصغيرة بكراً أو ثيباً فلا ولاية عليها ، حتى لو زوجها الأخ أو العم وزوج البنت الصغيرة الأب والجد كرهاً لا ينعقد النكاح ( وفي الثيب الصغيرة أيضاً ) أي الشافعي خالفنا أيضاً في تزويج الثيب الصغيرة ، فإن عنده لا ولاية للأب والجد في تزويجها كرها،

وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب تثبت نصاً بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به . قلنا لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر إلا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفوء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغير احرازاً للكفوء .

---

وبه قال أحمد وداود وفي المحلى لا يجوز للأب ولا لغيره تزويج الذكر الصغير قبل بلوغه عند طاووس وقتادة والثوري وداود الظاهري . وقال ابن شبرمة وعثمان البتي لا يجوز لأحد تزويج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، وأجاز تزويج الصغير والصغيرة لغير الأب والجد من العصبات الحسن البصري وعمر بن عبد العزيز وطاووس في رواية وعطاء والأوزاعي ، ولهما الخيار عندهم إذا بلغا ، ذكر ذلك ابن أبي شيبة في مصنفه وأبو بكر بن المنذر في الاشراف .

( وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ) مع قيام المنافي ( ولا حاجة ) الصغير والصغيرة ( لانعدام الشهوة إلا أن ولاية الأب هنا تثبت نصاً بخلاف القياس ) فإن أبا بكر رضي الله تعالى عنه زوج عائشة رضي الله تعالى عنها من النبي ﷺ وهي بنت ست سنين ، وصح النبي ﷺ ذلك فلا يقاس عليه غيره ( والجد ليس في معناه) لقصور شفقته ( فلا يلحق به ) دلالة ، لأن الولد جزء الأب ، وكانت الولاية للأب عليه كالولاية على نفسه، والجزئية قد ضعفت بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه .

( قلنا لا بل هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ) من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ( ولا تتوفر المصالح إلا بين المتكافئين عادة ) أي بين الاثنين الذين كل منهما كفوء للآخر ( ولا يتفق الكفوء في كل زمان ) لقلة الكفوء وغيره وجوده ( فأثبتنا الولاية في حالة الصغير ) للولي ( احرازاً للكفوء ) أي لأجل الاحراز والحفظ ، لأنه لو انتظر بلوغها يفوت ذلك الكفوء ، وكل من يتأتى منه الإحراز أباً كان أو غيره فله الولاية في حالة الصغر .

وجه قول الشافعي «رح» ان النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته، ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة، فلأن لا يملك التصرف في النفس وانه أعلى رتبة أولى. ولنا أن القرابة داعية إلى النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سبب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لأنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل، فلا تفيد الولاية إلا ملزمة، ومع القصور لا يثبت ولاية الالزام.

---

( وجه قول الشافعي ان النظر ) في حـــال الصغر ( لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة ،فلأن لا يملك التصرف في النفس ) لكونه وقاية للنفس فلا يكون يملك التصرف ( وانـــه أعلى رتبة أولى ) قوله – وانه أعلى – جملة حالية وقوله ـ أولى ـ خبر لأن الذي دخلت عليه لام التوكيد .

( ولنا أن القرابة داعية إلى النظر ) والولاية بالنظر وهو موجود في كل قريب ( كما في الأب والجد ) فإن النظر فيهما لم ينشأ إلا من القرابة غاية ما في الباب أنه يتفاوت كمالا وقصور القرب القرابة وبعدها ( وما فيه من القصور ) أي والذي في غير الأب والجد من قصور النظر ( أظهرناه في سلب ولاية الالزام ) يعني لم يكن ولاية الأخ والعم ملزمـــة بل كانت متوقفة إلى البلوغ، حتى جعلنا لهما خيار البلوغ،فإذا بلغا ووجد الأمر علىماينبغي مضياً على النكاح وإن وجد أنه أوقما خللاً لقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح .

( بخلاف التصرف في المال لأنه ) أي التصرف في المال ( يتكرر ) بيد أولي الأيدي بأن يبيع الولي ثم يبيع المشترى من آخر بخلاف النكاح لأنه بعد عمر ( فلا يمكن تدارك الخلل ) لانه لا يمكن توقيف ذلك كله إلى وقت البلوغ ( فلا يفيد الولاية إلا ملزمة ) يعني في المال ( ومع القصور لا يثبت ولاية الالزام ) بخلاف المتناكحين فإنهـــما ثابتان من غير تكرار غالباً فكان التدارك بالتوفيق ، هكذا بخلاف .

وجــه قوله في المسألة الثانية أن الثيابه سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً، وأما ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح إلى العصبات من غير فصل

---

( وجه قوله ) أي قول الشافعي ( في المسألة الثانية ) وهو قــوله في الثيب الصغيرة أيضاً ( ان الثيابة سبب لحدوث الرأي ) ان الرأي أمر باطن ، والثيابة سبب لحدوثــه ( لوجــود الممارسة ) فقام مقامه ( فأدرنا الحكم عليها ) أي على الثيابة ( تيسيراً ) أي لاجل التيسير .

( ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجــة ) يعني ان مقتضى الولاية النظرية هــو الحاجة ( ووفور الشفقة ) وهي موجودة في الأب والجد ( ولا ممارسة ) للصغير ( تحدث الرأي ) بضم التاء من الاحداث ( بدون الشهوة ) يعني الممارسة التي تحدث الرأي لا تحل بدون الشهوة لان الرأي بلذة الجماع إنمــا يحدث عن مباشرة بشهوة ولا شهوة للصغيرة ( فيدار الحكم على الصغر ) لانه سبب للعجز عن التصرف فكلما ثبت الصغر تثبت الولاية .

( ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم ) يعني من اطلاق الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما الولي ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( النكاح إلى العصبات ) ذكر هذا الحديث شمس الائمة السرخسي وسبطابن الجوزي ولم يخرجه أحد من الجماعــة ولا يثبت، مع أن الائمة الاربعة اتفقوا على العمل به في حق البالغة . وقال السروجي روي عن علي رضي الله تعالى عنه موقوفاً ومرفوعاً الانكاح إلى العصبات ، ويروى النكاح إلى العصبات ( من غير فصل ) يعني بين عصبة وعصبة ، فيعمل باطلاقه . وقال أبو الفرج في التحقيق عن أحمد يجوز تزويج الصغير والصغيرة لجميع العصبات، وإن كانا سمين ويثبت لهما الخيار إذا بلغا في رواية عنه ومذهبنا في غير الاب والجد قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود والعبادلة وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم . وزوج رسول الله

ﷺ أمامة بنت حمزة بن أبي سلمة وكانت صغيرة ، والنبي ﷺ ابن عمها وقال لها الخيار إذا بلغت ، وإنما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بوجهين .

أحدهما : انه عليه السلام لم يزوج صغيرة ولا كبيرة ممن كان لها ولي ، ولو كان تزويجها بالنبوة لم يتقدم عليه ولي .

والوجه الثاني : انه أثبت لها الخيار كما زوجها غير الاب والجد ، والولي والنبوةأعظم من ذلك ولا قصور فيها ، والعباس رضي الله تعالى عنه وإن كان عمها يحتمل انه كانغائباً أو متأدباً مع رسول الله ﷺ وجعل الامر إليه ، ذكرهسبط بن الجوزي وغيره. والترتيب في العصبات في ولاية الإنكاح كالترتيب في الآرث فأقرب الاولياء الابن ثم ابنه وإن سفل ثم الاب ثم الجد وإن علا . وفي الذخيرة والاسبيجابي الولاية للأب ثم الجد أبالاب وإن علا ، للأخ لاب وأم ، ثم لاب ثم لاولادهما على الترتيب ، ثم لمولى العتاقة يستوي فيه الذكروالأنثى، ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب ، ثم مولى الموالاة في قول أبي حنيفة كما ذكر في الميراث ، وعند محمد ليس لذوى الارحام انكاح ، ثم القاضي ومن نصبه القاضي .

وعند زفر الاخ لاب وأم والاخ لاب سواء ، ثم مولى العتاقة بعد العصبات النسبية ، ثم عصبته ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب عند أبي حنيفة استحساناً وأبي يوسف في أكثر الروايات ، وذكر الكرخي مع محمد ، والأول أصح . ثم مولى الموالاة ثم السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي .

وفي قاضي خان الابن مقدم على الاب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ثم ابنه وإن سفل ثم الاب ثم الجد ، وذكر الكرخي أن الاخ مع الجد ويشتركان عند أبي يوسف ومحمد كالميراث عندهما ، والاصح ان النكاح للجد عند الكل ، وفي المبسوط وهو ظاهرالرواية وهو الاصح ، وقال شمس الائمة الحلواني في شرحه الاصح عندي أن الجد أولى بالنكاح عند الكل ، وشفقة الجد كشفقة الاب ، ولهذا يثبت خيار البلوغ في الجد كالأب، بخلاف الأخ وفي المحيط والمختلف هما سواء .

والأبعد محجوب بالأقرب فإن زوجهما الأب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وإن زوجهما غير الأب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح ، وإن شاء فسخ ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد، ولهما ان قرابة الأخ ناقصة ،

---

( والابعد محجوب بالاقرب ) منهم وهو ظاهر فيما تقدم ( فإن زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغها ) وبه قال الشافعي ومالك في الاب في حق الصغيرة وأحمد في رواية وغير الاب والجد من الاولياء لا يملكون تزويجهما عندهم ( لانهما ) لان الاب والجد ( كاملا الرأى وافرا الشفقة ) وأصلهما كاملان الرأى وافران الشفقة فسقطت النون منهما للاضافة ( فيلزم العقد بمباشرتهما كما إذا باشراه )أى العقد ( برضاهما بعد البلوغ ) أى بعد بلوغهما.

(وإن زوجهما) أى الصغير والصغيرة ( غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ ) أى النكاح ( وهذا ) أى كون كل واحد منهما مخير بعد البلوغ ( عند أبى حنيفة ومحمد ) وهو قول أبى يوسف أولاً وهو قول ابن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم .

( وقال أبو يوسف لا خيار لهما اعتباراً بالاب والجد ) وهو قول عروة بن الزبير ، وإنما اعتبره أبو يوسف بالاب والجد ، لانه عقد بولاية مستحقة بالقرابة ، فلا يثبت فيه الخيار، إذ القرابة سبب كامل لاستحقاق الولاية ، والولاية لم تشرع في غير موضع النظر صيانة عن الافضاء إلى الضرر ، وإذا صح النظر قام عقد الولي مقام عقد نفسها لو كانت بالغة كما ان الوصي يقوم مقام الأب ، فيكون عقده كعقد الأب .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( ان قرابة الأخ ناقصة ) يعني أن التزويج صدر من

والنقصان يشعر بقصور الشفقة ، فيتطرق الخلل إلى المقاصد عسى التدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي وهو الصحيح من الرواية

---

قاصر الشفقة فلها الخيار لتدارك الخلل في المقاصد ، إذا ملكت أمرها، كذا قاله الكاكي.
ولكن التركيب لا يساعد هذا التقرير ، لأنه ليس معنى قوله — قرابة الأخ ناقصة — فإنه نسب النقصان إلى القرابة لا إلى الشفقة ، ألا ترى كيف قال ( والنقصان مشعر بقصور الشفقة ) أي النقصان في القرابة يشعر بأن شفقة الأم قاصرة ، فحينئذ يكون معنى نقصان قرابة الأخ بالنسبة الى قرابة الأب والابن فهذا التفريع هو الذي يشعر بحصول شفقة الأم قاصرة ، فحينئذ يكون معنى نقصان قرابة الأخ بالنسبة إلى قرابة الأب والابن ، فهذا التفريع هو الذي يشعر بحصول الشفقة ، فإذا كان كذلك ( فليتطرق الخلل إلى المقاصد) قال تاج الشريعة رحمه الله تعالى يعني إن ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد أخر في النكاح من سوء الخلق وحسنه لطافة العشيرة وغليظها وكرم الصحبة ولومها وتوسع النفقة وتعسيرها، قال وإنما عين الأخ لأنه أقرب بعد الأب والجد من سائر الأولياء ، فلما ثبت الحكم فيه مع قربته ثبت في غيره بالطريق الأولى .

( عسى التدارك بخيار الإدراك ) أي رأيها التدارك يحصل بخيار الإدراك ، أي بخيار البلوغ ، ولم يتعرض أحد من الشراح لمعنى عسى ، والذي يليق به ها هنا بمعنى الترجي ( واطلاق الجواب في غير الأب والجد ) أي إطلاق جواب كتاب القدوري في غير الأب والجد بقوله — ولكل واحد منهما الخيار — يدل على أن الأم أو القاضي إذا زوج الصغير أو الصغيرة كان لكل واحد منهما الخيار في نكاح الأم والقاضي إذا أدركا قوله—وإطلاق الجواب—مبتدأ وخبره هو قوله (يتناول الأم والقاضي) يعني في إثبات الخيار عند البلوغ ( وهو الصحيح من الرواية ) احترز عما روى خالد بن صبيح المروي عن أبي حنيفة أنه لا يثبت الخيار لليتيمة إذا زوجتها الأم أو القاضي ، لأن القاضي ولاية تامة تثبت في المال والنفس جميعاً ، فتكون ولاية القاضي كولاية الأب وشفقة الأم فوق شفقة الأب، فكانت كالأب وجه ظاهر الرواية وهو المختار .

لقصور الرأي في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير . ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لأن الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ، ولهذا يشمل الذكر والأنثى ، فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء ، وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ،

---

وأشار إليه بقوله ( لقصور الرأي في أحدهما ) وهو الأم ( ونقصان الشفقة في الآخر ) وهو القاضي ، لان ولايتها متأخرة عن ولاية الاخ والعم ، فإذا ثبت الخيار في تزويجها خفي تزويج القاضي والام أولى ، وهذا لان الولاية الملازمة تبتنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، والام وإن كانت شفقتها وافرة فولايتها قاصرة حيث لا يثبت في المال، والقاضي وإن كانت ولايته كاملة فشفقته قاصرة ، لان شفقته انما تكون بحق الدين ( فيتخير ) أي يقيمة يكون (١) لها الخيار عند البلوغ.

(قال ويشترط فيه البلوغ) أي في فسخ النكاح بخيار البلوغ (القضاء) أي حكم القاضي ( بخلاف خيار العتق) حيث لا يشترط فيه القضاء ( لان الفسخ هذا ) أي في خيار البلوغ ( لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ) لقصور شفقة الزوج ( ولهذا ) أي ولاجل تمكن الخلل ( يشتمل الذكر والانثى ) لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن ، كذلك في حق الغلام ، وإذا كان الضرر خفياً لا يطلع عليه ، لان فرض المسألة فيما إذا كان الزوج كفوءاً والمهر تاماً ، فربما ينكره الزوج فيحتاج الى القضاء ( فيجعل الزاماً في حق الاخر ) لكونه رضى بحكم ثابت ( فيفتقر الى القضاء ) أي في الحكم .

( وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو ازالة الملك عليها ) فان الزوج قبل عتقها كان يملك تطليقتين ويملك بمراجعتها في قرئين ، ثم أزال ذلك بالعتق وهو أمر جلي ليس للاجتهاد فيه مجال حتى يحتاج إلى الالزام ، لكن لها أن ترفع ذلك عن نفسها ، وذلك مع بقاء أصل النكاح غير ممكن ، لان بعد العتق يستلزمها ، ووجود الملزوم بدون

---

(١) هكذا عبارة الكتاب .

ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر دفعاً للزيادة ، والدفع لا يفتقر إلى القضاء ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضى ، وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به والولي يتفرد به فعذرت بالجهل

---

اللازم محال، فكان لها أن ترفع أصل الملك في ضمن مالها من رفع الزيادة، وهي كلها بالعتق.

( ولهذا ) أي ولكون زيادة الملك عليها ( يختص بالانثى ) دون الذكور ، لان زيادة الملك يتصور في الامة دون العبد ( فاعتبر ) أي الضرر الجلي ( دفعاً للزيادة ) لان ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة ، وصار كأن العقد الان في حقها ، فكان الاختيار منها دفعاً للحكم عن الثبوت ( والدفع لا يفتقر إلى القضاء ) لان الدفع أمر يستعمل به الدافع ، اذ لكل واحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض ، فانه يصح بلا حكم .

فإن قيل دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتاً من حق الزوج استتبع للزيادة، وفي ذلك جعل التابع متبوعاً ، وهو عكس المعقول ونقض الاصول . وأجيب بأن هذا ليس يجعل التابع متبوعاً وانما هو من باب الزام الضرر المرضي ، فإن الزوج حين تزوج الامة عالماً لها بخيار العتق التزم الضر ، والذي يحصل به والضرر المرضي غير ضار بخلاف الامة ، فإنها لم ترض بما يزيد عليها من ذلك عند العتق بلزوم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها بمرضى ، فكان ضاراً وغير الضار يدفع الضار دون غيره .

( ثم عندهما ) أي عند أبى حنيفة ومحمد ، خصهما بالذكر ، لان مذهب أبى يوسف لا يرد ها هنا ، لانه يرى خيار البلوغ ، وان كان الزوج غير الاب والجد ( إذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضى ) فلا يكون لها الخيار .

( وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لانها ) أي الصغيرة التي بلغت ( لا تتمكن من التصرف بالرد الا به ) أي بالعلم بأصل النكاح ( فالولي ) أي والحال أن الولي ( ينفرد به ) أي بالنكاح ، فإذا كان الامر كذلك ( فعذرت بالجهل ) على صيغة المجهول .

ولم يشترط العلم بالخيار ، لأنها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل ، بخلاف المعتقة لأن الأمة لا تتفرغ لمعرفتها ، فعذرت بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم انه رضى ،

---

( ولم يشترط العلم بالخيار ) في حق الحرة ( لانها تتفرغ لمعرفة أحكام الشرع والدار ) أي والحال أن الدار ( دار العلم فلم تعذر بالجهل ) بالخيار ، بخلاف المعتقة حيث تعذر ( لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها ) أي لمعرفة أحكام الشرع ، فاذا كان كذلك ( فعذرت بالجهل بثبوت الخيار ) وحاصل ما ذكره المصنف هذه أمور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وهي خمسة أمور :

الاول : أن خيار البلوغ في الفرقة محتاج إلى القضاء دون خيار العتق ، لان خيار البلوغ مختلف فيه فلا بد أن يتأكد بالقضاء كالرجوع في الهبة وخيار العتق ، اذا كان الزوج عبدا مجمع عليه فلا يحتاج الى القضاء ، وقد مر هذا .

الثاني : أن خيار البلوغ يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط ، وقد مر هنا أيضاً .

الثالث : ان الصغيرة اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها ، سواء كانت عالمة بأن لها الخيار أو لم تكن ، وقد مر هذا أيضاً .

وقوله ( ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ) تفريع على خيار البلوغ الشامل للذكر والأنثى ، بيانه ان خيار البكر يبطل بالسكوت لأنها لما كانت صغيرة وأدركت استؤمرت في النكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سقوطها رضى ، فيبطل خيارها ( ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت صريحاً يجيء منه ) أو دلالته ، وقد مضى أو يجيء منه بالجزم عطفاً على قوله — ما لم يقل — قوله — منه — أي من الغلام ( ما يعلم منه انه رضى ) مثل إرسال المهر إليها فتقبلها ونحو ذلك .

وكذلك الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح، وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لأنه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضاء غير

---

( وكذلك الجارية ) أي وكذا لا يبطل خيار الجارية الثيب ( إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ ) أي قبل أن تبلغ ( اعتباراً لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح ) هذا متعلق بمجموع ما ذكر ، وهو خيار البكر وخيار الغلام وخيار الجارية التي دخل بها قبل البلوغ، وقد مر أن الصغيرة البكر إذا أدركت واستؤمرت للنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها رضى عنه ، فكذلك إذا كان لها الخيار فأدركت وسكتت كان سكوتها رضى ، فيبطل خيارها اعتباراً بهذه الحالة بالحالة الأولى ، وهي حالة ابتداء النكاح ، وأما الغلام والجارية والثيب إذا استؤمرا عند ابتداء النكاح لم يكن سكوتهما رضى، بل لا بد من الرضاء أو دلالته ، فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منها رضى بحال لا بد من ذلك اعتباراً بهذه الحالة بالحالة الأولى .

( وخيار البلوغ في حق البكر ) تفريع آخر ، وهو بيان الأمر الرابع في الفرق بين خيار البلوغ والعتق وبيانه ان خيار البلوغ في حق البكر ( لا يمتد إلى آخر المجلس ) يعني مجلس صيرورتها بالغة بأن رأت الدم في مجلس ، وقد كان بلغها خبر النكاح فسكتت أو مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت يبطل خيارها بمجرد السكوت في الوجهين جميعاً (ولا يبطل ) أي الخيار ( بالقيام في حق الثيب والغلام ) بل يمتد إلى آخر المجلس،لأنه ما ثبت دليل البطلان في حق الثيب خاصة .

(لانه) أي لان خيار بلوغها (ماثبت باثبات الزوج) وما لم يثبت باثبات الزوج لايقتصر على المثبت ، بل يمتد إلى ما وراء المجلس لمن التفويض هو القصر على المجلس ( بل لتوهم الخلل ) هذا الاضراب دليل يشمل البكر والغلام تقريره خيار البلوغ يثبت بعدم الرضى لتوهم الخلل ، وما ثبت بعدم الرضى يبطل بالرضى لوجود منافيه ( فإنما يبطل بالرضاء غير

ان سكوت البكر رضى بخلاف خيار العتق لأنه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ، ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق ، لأنها تصح من الأنثى ، ولا طلاق إليها ، وكذا بخيار العتق لما بينا ، بخلاف المخيرة ، لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق . وإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر ، وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق ،

---

أن سكوت البكر رضى ) دون سكوت الغلام فيبطل خياره بمجرد السكوت فيمتد خياره ويمتد خياره إلى ما وراء المجلس .

( بخلاف خيار العتق ) هذا بيان الفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو بيان الأمر الخاص بيانه ان خيار العتق مخالفه ( لأنه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق ) لأنه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار ( فيعتبر فيه المجلس ) لأن كل خيار ثبت باثبات غيره فيقتصر على المجلس ( كما في خيار المخيرة ) فإنه يقتصر فيه على المجلس ( ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق ) يعني سواء كان قبل الدخول أو بعده ( لأنها تصح من الأنثى ) ولا خيار ( ولا طلاق اليها ) أي إلى الأنثى ، وفائدته تظهر في موضعين ، أحدهما ان الفرقة إذا كانت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ، ولو كان طلاقاً لوجب ، والثاني انهما لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلاث تطليقات .

( وكذا بخيار العتق ) أي كذا الفرقة بخيار العتق ليس بطلاق ( لما بينا ) انه يصح من الانثى ( بخلاف المخيرة ) فإن الفرقة بالتخيير ( لأن الزوج هو الذي ملكها ) أي ملك المرأة الطلاق بالتخيير إليها ( وهو مالك الطلاق ) أي والحال أن الزوج مالك بالطلاق .

( فإن مات أحدهما قبل البلوغ ) أي فإن مات أحد الزوجين قبل البلوغ ( ورثه الآخر ) أي الزوج الآخر ( وكذا ) وورثه ( الآخر إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق )

لأن أصل العقد صحيح والملك الثابت بـــه انتهى بالموت، بخلاف مباشرة الفضولي إذا مات أحد الزوجين قبل الاجازة، لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت، وها هنا نافذ فتقرر بـــه. قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية لهم على أنفسهم فأولى أن لا يثبت على غيرهم، ولأن هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ولا ولايـة لكافر على مسلم لقوله تعـالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ١٤١ النساء، ولهذا لا تقبل شهادته عليه

---

أي قبل تفريق القاضي بينهما ( لان أصل العقد صحيح ، والملك ثابت به ) أي بـــأصل العقد ( انتهى بالموت ) فيتوارثان .

( بخلاف مباشرة الفضولي ) بأن عقد بين الرجل والمرأة بغير اذنها ، فإن العقد فيه موقوف على الإجازة ( إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة ) فلا إرث في أحدهما للآخر ( لأن النكاح ثمة موقوف ، فيبطل بالموت وهاهنا ) يعني في المخيرة للنكاح ( نافـذ فتقرر به ) أي بالموت .

( قال ) أي القدوري ( ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهـم على أنفسهم ، فأولى أن لا تثبت على غيرهم ) لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ، فمن لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون له ولاية على غيره (ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض إلى هؤلاء ) يعني العبد والصغير والمجنون، وهذا باجماع . وفي المغني قال أحمد إن كان الصغير ابن عشر زوج وتزوج ، وهـو شذوذ وتعلق بقوله عليه السلام واضربوا عليهـــا لعشر ، وللجماعـة حديث رفع القلم المشهور وحديثه للتزن والتخلق .

( ولا ولاية لكافر على مسلم ومسلمة ) يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحمية فيهـــا ( لقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المـؤمنين سبيلاً ﴾ ١٤١ النساء ) أي سبيلاً شرعياً ( ولهذا ) أي لعدم ولايته على المسلمين ( لا تقبل شهادته عليه ) أي شهادة الكافر

ولا يتوارثان ، أمـــا الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر ،لقوله تعالى ﴿ والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ ٧٣ الأنفال ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الأقارب ولاية التزويج عند أبي حنيفة، معناه عند عدم العصبات،

---

على المسلم ( ولا يتوارثان ) أى المسلم والكافرفلا يرث المسلم من الكافر . وفي المغني الكافر إذا أسلمت أم ولده ، هل يزوجها ، فيه وجهان ، أما سيدة الامة الكافرة فله تزويجها الكافر ، لكونها لا تحل للمسلمين عندهم ، ويزوج الكافر ابنته الكافرة من كافـــر وفي المغني ومن مسلم ، وكذا يزوج ابنة الكافر ويبطل به قوله أن العتق يسلب الولاية ، فإن الكافر فاسق وزيادة ، وعندنا الفسق لا يسلب الولاية وبه قال مالك وأحمد والشافعي .

( أما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر ، لقولـــه تعالى ﴿ والذين كفروا بعضهم أوليـــاء بعض ﴾ ٨٣ الأنفال ) لان أنكحـــة الكفار فيما بينهـــم صحيحة ، إلا على قول مالك ، فإن انكحتهم باطلة عنده ، ونحن نقول بقوله عـز وجل ﴿ وامرأته حمالة الحطب ﴾ ٤ المسد ، ولو لم يكن لها نكاح لما سماها امرأته . قال ﷺ ولدت من نكاح لا من سفاح .

( ولهذا ) أي ولثبوت ولاية الكافر في النكاح على ولده ( تقبل شهادته عليه ) أى شهادة الكافر على ابنه ( ويجرى بينهما التوارث ) أى يجرى بين الاب والابن الكافـــر من الارث ، فيرث كل منهما من الآخر .

( قـــال ولغير العصبات من الاقارب ) نحو الاخوال والخـــالات والعمات (ولاية التزويج ) مرفوع لانه مبتدأ ، وخبره قوله لغير العصبات مقدماً ( عند أبي حنيفة ،معناه عند عدم العصبات ) نسبية كانت أو سببية كمولى العتاقة ، فعند أبي حنيفة بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب ، ثم بنت الابن ثم بنت البنت ، ثم بنت ابن الابن ، ثم بنت بنت البنت ، ثم الاخت لاب وأم ، ثم الاخت لاب ، ثم الاخت لام ، ثم أولادهم ثم العمات والاخوال والخالات وأولادهم على هذا الترتيب ، ثم مولى الموالاة ، ثم السلطان،

وهذا استحسان . وقال محمد لا تثبت وهو القياس ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » وقول أبي يوسف في ذلك مضطرب ، والأشهر انه مع محمد ، لهما ما روينا ، ولأن الولاية انمـــا تثبت صوناً للقرابة عن نسبة غير الكفوء إليها وإلى العصبات الصيانة ، ولأبي حنيفة أن الولاية نظرية والنظـر تتحقـق بالتفويض إلى من هو مختص بالقرابـــة الباعثة على الشفقة .

---

ثم القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار في عهدة منشورة ، أمـــا إذا لم يشترط فلا ولاية له .

( وهذا استحسان ) أى هذا الذى ذهب إليه أبو حنيفة استحسان ( وقـــال محمد لا تثبت ) أى الولاية لغير العصبات ( وهو القياس ) أى الذى ذهب إليه محمد هــو القياس ( وهو رواية عن أبي حنيفة ) أى قول محمد روايـة عن أبي حنيفة ، رواه الحسن عنه ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

( وقول أبو يوسف في ذلك مضطرب ) لانــه ذكر في كتاب النكاح مع أبي حنيفة ، وفي كتاب الولاء مع محمد ( والاشهر انه ) أى ان أبا يوسف ( مع محمد ) ولكن ذكـر في الكافي والجمهور على أن أبا يوسف مع أبي حنيفة .

( لهما ) أى لابي يوسف ومحمد ( ما رويناه ) وهو قوله ﷺ النكاح إلى العصبات ، والالف واللام تدل على جنس النكاح لعدم العهد ، ومعناه هذا الجنس مفوض إلى هــذا الجنس ، فلا يكون لغيره فيه مدخل ، وقد مضى الكلام في الحديث ( ولان الولاية إنما تثبت صوناً للقرابـة عن نسبة غير الكفوء إليهـا وإلى العصبات الصيانة ) أى الصيانـة إلى العصبات .

( ولابي حنيفة أن الـولاية نظريـه ، والنظر يتحقق بـالتفويض إلى من هـو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ) والشفقة موجودة في الام وقرابتها كما في قرابة الاب ، ولهذا قال أصحابنا قوله عليه السلام الانكاح إلى العصبات يتناول الامام لانهـا عصبة في الجملة

ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز لأنه أخو العصبات ، وإذا عدم الأولياء فالولاية إلى الإمام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له ، فإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه أن يزوج .

---

يعني في صورة ولد الزنا وولد الملاعنة وثبت لهم ولاية التزويج أيضاً . والجواب عن الحديث أن النكاح إلى العصبات حالة وجودهم وبه يقول .

( قال ومن لا ولي لها ) هذا لفظ القدوري وقوله ( يعني العصبة من جهة القرابة ) من كلام المصنف والضمير في - لها - يرجع إلى - من - وهي الولية ، وفي بعض النسخ ، ومن لا ولي له بتذكير الضمير وهو ظاهر ( إذا زوجها مولاها الذي أعتقها جاز ) لمولى العتاقة وعصبة التزويج بالاجماع وترتيب عصبات العتق كعصبات القرابة بالاجماع ، ويكون مقدماً على ذوى الارحام والامم وغيرهما ( لانه أخو العصبات ) في الإرث ، وكذا لمولى الموالاة ولاية التزويج على الصغير والصغيرة عندهما إذا لم يكن لها قريب خلافاً لمحمد والشافعي ومالك وأحمد لانه يؤخر عن ذوى الارحام في الميراث عند محمد فلا يكون له ولاية ، كما لذوى الارحام ، وعند الشافعي عقد الموالاة يصح فلا يكون له عصوبة ولا قرابة .

( وإذا عدم الاولياء ) يعني على الوجه المذكور ، وذكر بلفظ الاولياء ليتناول العصبات النسبية والسببية ( والولاية للامام ) أى الخليفة ( والحاكم ) أى القاضي ومن نصبه القاضي إذا شرط تزويج الصغار في عهده ( لقوله ﷺ ) أى لقول النبي ﷺ ( السلطان ولي من لا ولي له ) هذا في آخر حديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث الزهري عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، وقال الترمذي حديث حسن .

(فإذا غاب الولي الاقرب) كالاب (غيبة منقطعة جاز لمن هو أبعد منه) كالجد (ان يزوج)

وقال زفر لا يجوز لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقاً له صيانة للقرابة فلا يبطل بغيبته ، ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للأبعد مع ولايته . ولنا أن هذه ولاية نظرية ليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ففرضناه إلى الابعد وهو مقدم على السلطان كما إذا مات الأقرب . ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد

---

وبـه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعي يزوجها السلطان أو القاضي ولا يجوز أن يزوجها الابعد .

( وقال زفر لا يجوز ) لأحد حتى يحضر الأقرب ( لأن ولاية الأقرب قائمة لأنها تثبت حقاً له ) والأبعد محجوب الولاية ، ولا تأثير للغيبة في قطع الولاية وحقه ثبت ( صيانـة للقرابة ) عن نسبة غير الكفوء إليها ( فلا يبطل ) أي حقه ( بغيبته ولهذا ) أي ولثبوت حقه وعدم بطلانها بغيبته ( لو زوجها حيث هو ) أي لو زوجها الولي الأقرب حيث كان هو ( جاز ) بالإتفاق فدل على قيام ولايته في غيبته ، فإذا كان كذلك لا يجوز تزويج الأبعد ( ولا ولاية للأبعد مع ولايته ) أي مع ولاية الأقرب .

( ولنا ان هذه ) أي هذه الولاية ( ولاية نظرية ) ليس من النظر التفويض إلى من لا ينتفع برأيه ) وهو الأقرب في غيبته لتعذر الانتفاع بغيبته والتحق بمن لا ولي له أصـلا كالصغير والمجنون ، وله أي الابعد خلف عن رأى الأقرب فصار كولاية الحضانة كتقدم فيها الأقرب ، فإذا تزوج كانت الولاية للأبعد ، فإن كان الأمر كذلك (ففرضناه إلى الأبعد) وهذه نتيجة المتقدمتين الصادقتين ، فافهم . ( وهو مقدم على السلطان ) قال الأكمل وهذه إشارة إلى جواب الشافعي ( كما إذا مات الأقرب ) لم تنتقل إلى السلطان ، فعنده إذا غاب الأقرب يزوج السلطان كما ذكرناه . قلت لم يذكر قول الشافعي في الكتاب صريحـاً ، ولم يذكر قوله إلا الشراح .

( ولو زوجها حيث هو فيه منع ) هذا جواب قول زفر ، ولهذا لو زوجها حيث جاز تقريره لا نسلم جوازه ، وفي المحيط لا رواية فيه وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته (وبعد

التسليم لقوله للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير للأقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ولا يرد . والغيبة المنقطعة أن يكون في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة ،

---

التسليم ) أي بعد أن سلمنا ذلك ( لقوله للأبعد بعد القرابة وقرب التدبير وللأقرب عكسه ) وهو قرب القرابة وبعد التدبير وثبوت الولاية فاستويا من هذا الوجه .

( فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد نفذ ) أي العقد ( ولا يرد ) يعني إذا حضر الأقرب وقد زوج الأب ثم حضر الأقرب لا يرد العقد ، وقيل عند زفر يبطل عقد الأبعد إذا حضر الأقرب لعدم ولايته .

( والغيبة المنقطعة ) لما ذكر لفظ الغيبة المنقطعة فيما مضى شرع هنا في بيانها ، فقال ( أن يكون ) أي الولي الأقرب ( في بلد لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة ) وقدرها الشافعي ومالك وأحمد بأدنى مدة السفر وفي المبسوط وإليه أشار محمد في الكتاب ، فقال أرأيت لو كان في السواد ونحوه إنما كان يستطيع رأيه فهذا إشارة إلى انه إذا جاوز السواد ثبتت الولاية للأبعد ، وعن أبي يوسف ومحمد المنقطعة من البصرة إلى الرقة وغير المنقطعة من بغداد إلى الكوفة ، وقيل بعد بمائة وخمسين فرسخاً . وفي المحيط عن محمد روايتان ، أحدهما : مسيرة شهر ، والأخرى مسيرة ثلاثة أيام ، واختارها أبو الليث . وعن محمد من الكوفة إلى الري وهو عشرون مرحلة ، وفي الروضة وهو قول أبي حنيفة ذكره الطحاوي في شرحه ومختصره ، وقيل من الكوفة إلى البصرة .

وفي الاسبيجابي إن كان في مكان لا تختلف إليه القوافل فهو غيبة منقطعة . وقيل إن كان موضع يقع إليه بدفعة واحدة فليست بمنقطعة ، ومن المشايخ من قال ان لا يتوقف له على أثر بأن كان جوالاً من موضع إلى موضع ، أو مفقود حتى لو كان في بلد واحد لا يوقف عليه مختصاً لها كانت غيبة منقطعة ، وقال أحمد يزوجها في السفر البعيد دون القريب ، قيل يحتمل أن يكون البعيد ما يقصر فيه الصلاة . وقيل ما يقطع بكلفة ومشقة وقيل يزوجها الحاكم ، وإن كان قريباً ، وإن كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قريبة فهو كالبعيدة ، وكذا إذا لم يعلم مكانه والشافعية قدروها بمسافة القصر .

وهو اختيار القدوري وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين ، وقيل إذا كان بحال يفوت الكفوء باستطلاع رأيه ، وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ ، وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » أبوها لأنه أوفر شفقة من الابن ، ولهما أن الابن هو المقدم في العصوبة ، وهذه الولاية مبنية عليها ،

---

( وهو اختيار القدوري ) يعني الذي اختاره القدوري في مختصره ، وهو قوله والغيبة المنقطعة أي يكون في بلدة لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة.

( وقيل أدنى مدة السفر ) أي الغيبة المنقطعة أدنى مدة السفر ، وبه أخذ الثوري ومحمد بن مقاتل الرازي وأبو عصمة سعد بن معاذ المروزي وأبو علي النسفي أدناه ، وهو اختيار بعض المتأخرين وأبو اليسر والصدر الشهيد ( لأنه لا نهاية لأقصاه ) أي لأقصى السفر فاعتبر أدناه ( وهو اختيار بعض المتأخرين ) وعليه الفتوى ، وبه قال الثلاثة وبعض المتأخرين هم الذين ذكرناهم .

(وقيل إذا كان بحال يفوت الكفوء باستطلاع رأيه) قال الإمام السرخسي في مبسوطه هو الأصح ، وهو اختيار الفضلي ، ولهذا قال المصنف ( وهذا أقرب إلى الفقه لأنه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ ) يعني لعدم الانقطاع به حينئذ ، وعن هذا قال الإمام قاضي خان في الجامع الصغير حتى لو كان مختفياً في البلدة ، ولا يتوقف عليه تكون غيبة منقطعة .

( وإذا اجتمع في المجنونة أبوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ) وبه قال مالك وأحمد ( وقال محمد أبوها ) أي أبوها أولى ( لأنه أوفر شفقة من الإبن ) لأن ولاية الأب تعم النفس والمال ، وليس للإبن ولاية في المال .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف ( ان الابن هو المقدم في العصوبة ) ألا ترى أن الأب معه يستحق السدس بالفرضية فقط ( وهذه الولاية مبنية عليها ) أي على العصوبة

( ولا معتبر بزيادة الشفقة كأب الام مع بعض العصبات ) هذا جواب محمد وأبو الام أوفر شفقة من ابن الاخ يقدم أبو الام عليه بالإجماع ، ولا فرق بين الجنون بأن يبلغ مجنوناً ، والطارىء هو الجنون بعد البلوغ عاقلا .

قال زفر في الجنون الاصلي كذلك ، أما في العارضي فلا ولاية للولي عليها ، وحكي ذلك عن الشافعي ، وفي الحلية هذا ليس بشيء . وفي شرح الوجيز والأصح أن لا فرق بين الأصلي والعارضي في ثبوت الولاية عليه كمذهبنا ، ولكن يزوجها الاب والجد خاصة . فرع امرأة جاءت إلى القاضي وقالت لا ولي واني أريد أن أتزوج ، فالقاضي يأذن لها في النكاح ، علم ان لها ولياً أم لا ، وعن اسماعيل بن حماد فالقاضي يقول لها إن لم تكن قرشية ولا عربية ولا ذات زوج ولا في عدة أحد فقد أذنت لك . قال شيخ الإسلام للقاضي أن يكلفها إقامة البينة يلزم القاضي ما ادعت من غير خيار . وفي الذخيرة هذه البينة تسمى بينة كشف الحال .

وسئل شيخ الإسلام عن بكر بالغ شافعية زوجت نفسها من حنفي أو شافعي هل يجوز ، قال نعم ، وإن كان لا يصح عند الشافعي والزوجان يعتقدان هذا المذهب ، ولو سألنا ما جواب الشافعي في هذه المسألة أجبنا أنه يصح عند أبي حنيفة ، وسئل أيضاً في عقد عقد بحضرة فاسقين من المسلمين وغاب عنها الزوج غيبة منقطعة هل يجوز للقاضي إن يبعث إلى شافعي يبطل النكاح بهذا السبب ، قال نعم ، وللحنفي أن يبطله بنفسه أيضاً ، أخذ بهذا الإمام ، وإن لم يكن مذهبنا له ، قال وعندي ان هذا على قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه بناء على أن القاضي إذا قضى بخلاف مذهبه ينفذ عنده خلافاً لهما ، وليس هو من ولايته ، فإن أوصى الاب بالنكاح إلا إذا كان الاب قريباً ، فحينئذ يزوج بالقرابة لا بالوصية ، لانه ولاية في المال دون النفس .

وقال أحمد في رواية والشافعي ومالك إن أوصى إليه في التزويج جاز ، وهي رواية هشام عن أبي حنيفة ، وإن كانت الثيب كبيرة يزوجها القاضي بإذنها ، وإن كانت صغيرة وعين الموصي الزوج زوجها الموصي منه كما لو وكل به في حياته ، وإن لم يتعين ينظر

# فصـــل في الكفاءة

## الكفـاءة في النكاح معتبرة ، قال عليه السلام ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء

---

بلوغها لتـــأذن . وفي السروجي والوصي لا يزوج وهو قول الشعبي والنخعي والثوري والحارث النكلي والشافعي وابن المنذر ، ورواية عن أحمـــد ، وفي تعليق الرطوشي الوصي أولى من الولى سواء أقال الموصي أنت وصي أو وصي على بناتي أو أنت وصي على مالى عند مالك .

( فصل في الكفاءة )

لما كانت الكفاءة معتبرة وعدمها يمنع الجواز ، ولهذا يتمكن الاولياء من الفسخ احتاج الى أن يذكر حكمها في فصل على حدة ، قال الجوهري الكفيء النظير ، وكذلك الكفؤ ، والكفؤ على فعل ومفعول ، والمصدر الاكفـــاء بالفتح والمد . وقال ابن الاثير الكفوء النظير والمساوي ومنه الاكفاء في النكاح ، وهو أن يكون الزوج مساوياً للمرأة في حسبها ونسبها ودينها وسنها وغير ذلك .

( قال الكفاءة في النكاح معتبرة ) أصحاب الحديث والفقهـــاء اختلفوا في عبـارة الكفاءة ، قال ابن المنذر في الإشراف ذهب عمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سليمان وعبيد ابن عمرو بن سيرين وابن عون ومالك أن الكفاءة غير معتبرة إلا في الدين . وفي البـدائع وهو قول الحسن البصري والكرخي من أصحابنا ، وفي المبسوط وقـال الكرخي الاصح عندي انه لا اعتبار بالكفاءة في النكاح . وعن الثوري وابن حنبل لا بد من اعتبار الكفاءة ولا يسقط إلا بتراضي الولى والمرأة ، وعنه في الرجل يشرب الشراب أو هو حـــائك يفرق بينهما ، وفي البسيـــط ذهب الشيعة إلى أن نكاح العلويات ممتنع على غيرهم مع التراضي ، قال السروجي وهما قولان باطلان .

( قال عليه السلام ألا لا يزوج النساء إلا الاولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ) قال الاكمل رواه جابر وسكت وراح ، وقال أبو عمرو بن عبد البر هذا حديث ضعيف لا أصل له ولا

يحتج بمثله ، قال البيهقي ضعيف بمرة ، ورواه في السنن عن بشر بن عبيد وأسندفي المعرفة عن ابن حنبل انه قال أحاديث بشر بن عبيد موضوعة كذب ، وقال ابن القطان هو كما قال لكن يبقي عليه ابن الحجاجي بن أرطأة وهو ضعيف ومدلس على الضعفاء .

قلت بشر بن عبيد يروي هذا الحديث عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء بن عمرو بن دينار عن جابر عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما ، ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن بشر بن عبيد عن أبي الزبير عن جابر يذكره وهو أبو يعلى ، ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاء . وقال بشر بن عبيد يروي عن الثقات الموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب . وقال البيهقي وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا يقوم بأكثرها حجة وأمثلها حديث علي رضي الله تعالى عنه ثلاثة لا يؤخرها ، وفيه الايم إذا وجدت كفؤاً .

قلت هذا الحديث رواه الترمذي في الصلاة ، وفي الجنازة حديث فيثبته حدثنا عبد الله بن وهب عن سعيد بن عبد الله الجهني عن محمد بن عمرو بن علي بن أبي طالب عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنهم ان رسول الله ﷺ قال يا علي ثلاثة لاتؤخرها الصلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت والايم إذا وجدت كفؤاً وقال الترمذي حديث غريب ولا أرى اسناده متصلاً ، أخرجه الحاكم في مستدركه ، كذلك في كتاب النكاح، وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

والمصنف استدل بالحديث الذي ذكره في اعتبار الكفاءة ولم يتعرض لاشتراكها ، ولا ذكر الخلاف فيه ، والحديث شاهد على اشتراطها ، وقال البيهقي في المعرفة وأصل الكفاءة مستنبط من حديث بريدة لانه عليه السلام إنما خيرها ، لان زوجها لم يكن كفؤاً لها واستدل ابن الجوزي في التحقيق على اشتراطها بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها انه عليه السلام قال تخيروا لنطفكم وانكحوا الإكفاء . قلت هذا أخرجه ابن ماجة والحاكم في مستدركه من رواية الحارث بن عمر ، وعن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء وانكحوا لهم ، وقال الحاكم تابعه عكرمة بن ابراهيم عن هشام ، ثم رواه كذلك ، ثم قال هذا حديث صحيح الاسناد .

ولأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة، لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

---

وروى الحاكم أيضاً من حديث نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ إذا جاءكم الإكفاء فانكحوهن ولا تربصوا لهن الحدثان ، قال العباس بن حمزة أحد رواة الحديث الحدثان الموت .

( ولان انتظام المصالح ) من المسكن والصحبة والالفة والتولد والتناسل وتأسيس القوابات [1] ( بين المتكافئين عادة ) لان انتظام المصالح لا يكون إلا بهما بخلاف غير المتكافئين والمتكافئان المتساويان . وقال ابن الاثير في حديث العقيقة عن الغلام شاتان متكافئان أي متساويتان وهو بكسر الفاء والمحدثون يقولون متكافئتان بالفتح ، وأرى الفتح أولى ، انتهى . وإنما ذكرت هذا لاجل وقوع هذا اللفظ في الكتاب .

( لان الشريفة ) سواء كانت في الحسب أو النسب ( تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس ) أي للرجل الخسيس في الحسب والحرفة والمدينة ( فلا بد من اعتبارها ) أي اعتبار الكفاءة ، لان ملك النكاح دل على أن النكاح رق حكماً إليه أشار قوله عليه السلام النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته وإذلال النفس حرام ، قال عليه السلام ليس للمؤمن أن يذل نفسه ( بخلاف جانبها ) أي جانب المرأة ( لأن الزوج مستفرش) بكسر الراء ( فلا تغيظه دناءة الفراش ) فليس فيه إذلال النفس ، فإن نسب الولد لا يكون إلى أمه بل يكون إلى أبيه والولي لا يعتبر بأن يكون تحت الرجل لا يكافئه .

وفي المحيط الكفاءة من جانب النساء غير معتبرة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه وهو الصحيح من مذهب الشافعي وابن حنبل ، وعندهما معتبرة استحساناً نص عليه محمد في الجامع الصغير . وفي الذخيرة وروى هشام عن أبي يوسف انه لو تزوج امرأة على انها قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنه ، وعند أبي حنيفة لا خيار له ، وعندهما معتبرة ،

---

(١) هكذا رسمت في الأصل ربما أراد القرابات .

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لأنه يقع بـه التفاخر ،

---

وروي غير معتبرة ، حتى لم يكن للأولياء الاعتراض على الأصل إذا تزوج وضيعة ، وفي المفيد والمزيد غير معتبرة في ظاهر الرواية ، وقيل معتبرة عندهما .

( وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار عن أنفسهم ) أما التفريق فيما لم تلد المرأة ، وفيه خلاف قد مضى ، ولا يبطل حق الولي بالسكوت بعد العلم ، وإن طال السكوت ولا يكون التفريق إلا عند القاضي لأنه مجتهد فيه ، وكل من الخصمين يثبت بدليل فلا يقطع الخصومة إلا بفعل من له ولاية عليهما كالفسخ بخيار البلوغ ، وما لم يفرق القاضي فحكم الطلاق والإرث قائم وكان النكاح انعقد صحيحاً في ظاهر الرواية ، وهذه الفرقة ليست بطلاق لأنه تفريق على سبيل الفسخ لأجل النكاح والطلاق تصرف في النكاح ولا مهر لها إن لم يدخل بها فلها المسمى . وأما إذا رضي بعض الأولياء فيسقط حق الباقين ، إلا أن يكون الباقي أقرب من الرضى .

وقال أبو يوسف وزفر والشافعي في قوله لا يسقط حق الباقين ، لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضى الكل كالدين المشترك إذا ابرىء أحدهم قلنا انه حق واحد لا يتجزأ لأنه ثبت بسبب نكل واحد على الكمال ، كولاية الأمان إذا أبطله أحدهم لا يبقى ضرورة لحق القصاص .

( ثم الكفاءة تعتبر في النسب ) وفي المبسوط الكفاءة تعتبر في حق الرجل في النسب والحرية والمال والحرفة والحسب . وفي فتاوى الولوالجي في التقوى واسلام الأب والعقل أيضاً ، وفي المنهاج عند الشافعي تعتبر الكفاءة في سلامة العيوب التي ترد بهـا والنسب والحرية والعفة والحرفة ، وهي خمس ، ومثله عن أحمد وعنه الدين والمنصب .

( لأنه ) أي لأن النسب ( يقع بـه التفاخر ) وهذا ظاهر ، وكان سفيان الثوري لا يعتبر الكفاءة فيه ، لأن الناس سواء كأسنان المشط ، لا فضل لعربي على عجمي ، إنمـا الفضل بالتقوى . وقال الجوهري تقول مررت برجل سواك وسواك وسوائك ، أي غيرك

فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب أكفاء لبعض ، والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل

---

وهما في هذا الأمر سواء ، وإن شئت ترى ان وهم سواء الجميع ، وهم أسواء وهم سواسية ، أي أشباه ، مثل ثمانية على غير قياس ، وزنه أفعاعلة ذهبت منه الحروف الثلاثة وأصله الباء فقريش أكفاء لبعضهم يدخل فيه بنو هاشم وبنو المطلب ، خلافاً للشافعي فيهما وأحمد في الأول والقرشي من كان من ولد النضر بن كنانة ومن لم يكن من ولد النضر من العرب فهو غير قرشي .

وقال ابن عباس سموا بداية في العجز لم يظهر لهاشمي من الدواب إلا أكلته فشبهت قريش بها لأجل القهر والعز والغلبة . وفي البدائع وقريش كفؤ لجميع العرب كالهاشمي والمطلبي والنوفلي والأموي والقيسي والزهري والتميمي والعدوي .

وحاصله أن هاشماً وعبد شمس والمطلب ونوفل هم أولاد عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب ، فالأربعة أولاد جد رسول الله ﷺ ، وعثمان رضي الله عنه أموي منسوب إلى أمية بن عبد شمس بن عبد مناف . وأبو بكر رضي الله تعالى عنه تيمي منسوب إلى تيم بن مرة بن كعب ، وعمر رضى الله تعالى عنه عدوي منسوب إلى عدي بن كعب بن لؤي بن غالب وهؤلاء سادات .

( فقريش بعضهم أكفاء لبعض ) لصلاحية كل منهم الخلافة بخلاف العرب غير قريش ليست كفؤاً لقريش لعدم مساواتهم لقريش ، لأنهم لا يصلحون للخلافة ( والعرب بعضهم اكفاء لبعض ) وليس اكفاء لقريش ( والأصل فيه ) أي في هذا الباب ( قوله ﷺ قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ) قال السروجي لما روى ﷺ انه قال قريش اكفاء .. فذكر الحديث ، ثم قال إنما ذكرنا بصيغة التمريض لأني لم أجده في كتب الحديث ، وإنما ذكر في كتب الفقه ، فلهذا لم أجزم به ، انتهى .

قلت روى الحاكم حدثنا الأصم حدثنا الصنعاني حدثنا شجاع بن الوليد حدثنا بعض اخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك وحجام . وقال صاحب التنقيح هذا منقطع إذا لم يتم شجاع بن الوليد بعض أصحابه ، ورواه أبو يعلى في مسنده من حديث بقية بن الوليد عن زرعة بن عبد الله الزهري عن عمران بن أبي الفضل الأهلي عن نافع عن ابن عمر نحوه مرفوعاً سنداً . وقال ابن عبد البر ، هذا حديث منكر موضوع ، وقد روى شريح عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر مرفوعاً مثله ، ولا يصح حديث جريح[1] .

ورواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وأعله بعمران بن أبي الفضل ، وقال انه يروي الموضوعات عن الإثبات لا يحل كتب حديثه ، قوله قبيلة - قال السكاكي أي وليس بعض القبائل من قريش أولى من بعضهم ، وقال الزبير بن بكار العرب ست طبقات شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفضيلة ، فالشعب يجمع العمارة ، والعمارة تجمع البطن ، والبطن يجمع الأفخاذ ، والأفخاذ تجمع الفضائل ، فمضر شعب وربيعة شعب ومدلج شعب وحمير شعب وحميش شعب .

والقبائل تتشعب فكنانة قبيله ، وقريش عمارة وقضي بطن وهاشم فخذ ، والعباس فضيلة .

وقال تاج الشريعة العرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيله لا اعتبار لفضل بعض القبائل على بعض في حق الكفاءة إلا بنوا باهلة فإنهم ليسوا بكفؤ لغيرهم من العرب لخساستهم ودناءتهم ، حكي انهم كانوا يستخرجون النقى من عظام الموتى ويأكلون . قلت النقى بكسر النون وسكون القاف مخ العظم وشحم العين من الشمس ، والجمع النقا .

قوله - والموالي اكفاء لبعض قال السكاكي الموالي أي غير العرب ، وسموا الموالي لأنهم نصروا العرب ، وسمي الناصر هؤلاء قال الله تعالى ﴿ وإن الكافرين لا مولى لهم ﴾ ١١ محمد ،

---

(١) لقد ورد شريح قبلاً .

ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا ، وعن محمد « رح » إلا أن يكون نسباً مشهوراً كأهل بيت الخلافة ، كأنه قال تعظيماً للخلافة وتسكيناً للفتنة وبنوا باهلة ليسوا بأكفاء لعامة العرب ،

---

أي لا ناصر لهم ، ولأن قلاعهم فتحت على أيدي العرب وكانوا بسبيل من استرقاقهم ، فكأنهم كانوا عبيدهم ثم عتقوا بالمن عليهم فكانوا موالي العرب . وقال تاج الشريعة الموالي يعني العجم سموا بها لأن بلادهم فتحت عنوة على أيدي العرب ، ثم ذكر مثل الذي ذكرنا الآن . وقال الأكمل الموالي العتق ، لما كانت غير عرب في الأكثر غلبت إلى العجم حين قال الموالي أكفاء بعضها لبعض .

قوله – رجلا برجل – إشارة إلى أن السبب لا يعتبر فيهم ، قال القفال وأبو عاصم من أصحاب الشافعي فإنهم ضيعوا أنسابهم فلا يكون التفاخر بينهم بالنسب ، بل بالدين ، كما أشار إليه سلمان الفارسي حين افتخرت الصحابة بالأنساب وانتهى الأمر إليه ، فقيل سلمان من من ، فقال الإسلام لا أب لي سواه ، والأصح من مذهب الشافعي اعتبار نسب العرب كالعجم ، والعجمي ليس كفؤاً لعربية ، والعربي غير القرشي غير كفؤ لقرشية .

( ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش ) يعني النسب ، لأنهم ضيعوا أنسابهم ولايفتخرون بالأنساب ، وإنما افتخارهم بالإسلام والجزية فيصير ذلك فيما بينهم ( لما روينا ) وهو قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض .

( وعن محمد إلا أن يكون نسباً مشهوراً ) في الحرية ( كأهل بيت الخلافة ) فحينئذ يعتبر التفاضل ، حتى لو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشياً من أولادهم كان للأولياء الاعتراض ( كأنه قال ) هذا كلام المصنف ، أي كأن محمد قال ذلك ( تعظيما للخلافة وتسكيناً للفتنة ) لانعدام أصل الكفاءة ، وفي خزانة الأكمل وقريش بعضهم اكفاء لبعض إلا من كان من بيت الشرف ، كالخلافة .

( وبنو باهله ليسوا بأكفاء لعامة العرب ) الباهلة قبيلة من قيس بن غيلان ، وهو في الأصل اسم امرأة من همدان ، والتأنيث للقبيلة سواء كان في الأصل اسم رجل واسم امرأة

لأنهم معروفون بالخساسة ، وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً فهو من الاكفاء ، يعني لمن له اباء فيه ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام لأن تمام النسب بالأب والجد وأبو يوسف « رح » الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ،

---

وهم معروفون بالدناءة ، وهو معنى قوله ( لأنهم معروفون بالخساسة ) أي بالدناءة والخسيس الدنيء ، والخسيسة والخساسة الحالة التي يكون عليها الخسيس ، ومن خساستهم انهم كانوا يأكلون بقية العظام من ثانية وكانوا يطبخون عظام الموتى ، فيأخذون الدسومات منها ، قال قائلهم ولا ينفع الأصل من هاشم إذا كانت النفس من باهلة ، ومن دناءتهم انهم كان لهم صنم من عجوة فوقع الغلاء فيهم فأكلوه ، وكانت العرب يعيرونهم ويقولون بنو باهلة أكلوا آلهتهم .

( وأما الموالي فمن كان له أبوان في الإسلام فصاعداً ) نصب على الحال من أبوان(١) أي ذهباً إلى حالة الصعود على اثنين ( وهو من الاكفاء يعني لمن له آباء فيه ) وفسر قوله تعالى ﴿ أباء فيه ﴾ أي في الاسلام ، حاصله من كان له أبوان في الإسلام فله نسب صحيح يكون كفؤاً لمن له عشيرة أبا أو أكثر .

( ومن أسلم بنفسه أو له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الإسلام ، لأن تمام النسبة بالأب والجد وأبو يوسف الحق الواحد بالمثنى ) يعني من كان له أب واحد في الإسلام يكون كفؤاً لمن له أبان فيه . وفي المبسوط وعن أبي يوسف الاكفاء بالأب ، والصحيح ظاهر الرواية ، والمذكور في الكتاب رواية عنه ( كما هو مذهبه ) أي مذهب أبي يوسف ( في التعريف ) أي في تعريف الشخص في الشهادة كان الشهود إذا ذكروا اسم الغائب واسم أبيه يحصل به التعريف عند أبي يوسف ، ولا حاجة إلى ذكر الجد ، وبه

---

(١) في المتن شرط كونهم من المسلمين .

ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤاً لمن له أب واحد في الإسلام ، لان التفاخر فيما بـــين الموالي بالإسلام والكفاءة في الحرية ، نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق أثر للكفر ، وفيه معنى الذل ، فيعتبر في حكم الكفاءة ، قال وتعتبر ايضاً في الدين أي الديانة ،

---

قال بعض أصحاب الشافعي وعنده لا بد من ذكر الجد ، وقال السروجي هـذا إذا كان الولد صغيراً لا يشاركه أحد في اسمه ، أمـا إذا كان هناك من يشاركه في اسمه واسم أبيه وجده لا يكتفى بذلك حتى يذكر ما يميزه عنه .

( ومن أسلم بنفسه لا يكون كفؤاً لمن له أب واحد في الإسلام ) وبه قال الشافعي ( لان التفاخر فيما بين الموالي بالإسلام ) نقل صاحب النهاية عن الإمـام المحبوبي ان هـذا في الموالي ، فأما في العرب فإن من لا أب له في الإسلام من العرب وهو مسلم فهو كفؤ لمن له أب في الإسلام ، لأن العرب يتفاخـرون بالنسب فيعدون بالنسب كفؤاً لنسب آخر إذا كانا مسلمين ، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم وتفاخرهم بالإسلام ، فمن له أهل في الاسلام يفتخر على من لا أهل له في الإسلام ولا يعد كفؤاً له .

( والكفاءة في الحرية نظيرها في الإسلام في جميع ما ذكرنا ) من الوفاق والخلاف ، يعني الكفاءة معتبرة باجماع الفقهاء ، حتى لا يكون العبد كفؤاً لحرية الأصل ، وكذا المعتق لا يكون كفؤاً لحرية أصلية ، والمعتق لا يكون كفؤاً لمن له أبوان في الحرية ( لان الرق أثر للكفر ، وفيه معنى الذل فيعتبر فيه معنى الكفاءة ) وعن أبي يوسف ان الذي اسلم بنفسه أو أعتق أو حرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤاً له .

( قال ) أي قال محمد في الجـامع الصغير ( وتعتبر أيضاً ) أي تعتبر الكفاءة أيضاً ( في الدين ) وفسره بقوله ( أى في الديانـة ) وهو التقوى والصلاح والحسب وهـو مكارم الإخلاق ، وإنما فسره بهذا لان مطلق الدين في الاسلام ولا كلام لاجل ان إسلام الزوج شرطه جواز نكاح المسلمة ، إنما الكلام في حق الاعتراض للأوليـاء بعد انفاذ العقد وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة .

وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » هو الصحيح لأنه من أعلى المفاخر ، والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه. وقال محمد « رح » لا يعتـــبر لأنه من أمور الآخرة فلا تبتنى أحكام الدنيا عليه إلا إذا كان يصفع

---

( وهذا ) أي اعتبار الكفاءة في الديانة ( قـول أبي حنيفة وأبي يوسف ) وبـه قال الشافعي ومالك، فإن مالكاً يعتبر الكفاءة في الدين وحده. ونقل هكذا عن الشافعي وأحمد في رواية لا يعتبر إلا في الدين والنسب ، والأصح عن أحمـد مثل مذهب الشافعي حتى لو نكحت امرأة من بنات الصالحين فاسقاً كان للأولياء حق الرد ( وهو الصحيح ) احترازاً عما روى عن أبي حنيفة أن الكفاءة في التقوى والحسب غير معتبرة ، ذكره في المحيط، وعما روي عن أبي يوسف انها غير معتبرة في التقوى، ومعتبرة في الحسب ومكارم الاخلاق ، كذا في المحيط .

وذكر المحبوبى محيلا إلى صدر الاسلام أن الحسب هو الذي له جاه وحرمة وحشمة يكون كفؤاً للخسيس الذى لا جاه له . وفى جامع قاضى خان الحسب كفوء للنسب ، حتى ان الفقيه كفؤاً للعلوى ، لان شرف العلم فوق شرف النسب ، وكـذا الفقيه الفقير كفؤ للغني الجاهل والعالم العجمى كفؤ للعربي الجاهل والعربية . وقيل الاصح انـه لا يكون كفؤاً للعربية .

( لانـه ) أى لان الدين ( من أعلى المفاخر ) قـال الله تعالى ﴿ إن أكرمـكم عند الله أتقاكم ﴾ ١٣ الحجرات ، ( والمرأة تعير بفسق الزوج فوق مـا تعاير بضعة نسبه ) بفتح الضاد المعجمة والعين المهملة وأصله وضعة ، والهاء عوض عن الواو ، يقال فى حسبه ضعة وضعة بكسر الضاد أيضاً ، ومنه الوضيع وهو الدنىء من الناس ، والمعنى المراد يعيرها الناس بفسق زوجها باكثر ما تعير بزيادة نسب زوجها .

( وقال محمد لا تعتبر ) أى الكفاءة فى الدين ( لانه ) أى لان الدين ( من أمـور الآخرة لا تبتنى أحكام الدنيـا عليه إلا إذا كان يصفع ) أى إلا إذا كان الزوج يصفع على صيغة المجهول ، قال الجوهرى الصفع كلمة مركبة ، والرجل صفعان ، وقال غيره يصفع

ويسخر منه أو يخرج إلى الأَسواق سكران ويلعب بهالصبيان لأَنه مستحق به . قال ويعتبر في المال وهو أن يكون مالكاً للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى إن من لا يملكهما أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤاً ، لأَن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام ، والازدواج ودوامه ،

---

يضرب على قفاه ( أو يسخر منه ) أى الزوج ، أى يستهزىء به ، ومنه المتمسخر ( أو يخرج ) أى الزوج ( إلى الاسواق ) حال كونه ( سكران ويلعب به الصبيان لانه مستحق به ) أى بذلك الصنع .

وفى المحيط وعليه الفتوى ، وعن أبى يوسف انه قال الذى يشرب المسكر ، فإن كان يشرب مسكراً ولا يخرج سكراناً فهو كفؤاً ، وإن كان يعلن ذلك لم يكن كفؤاً لامرأة صالحة من اهل البيوتات ، ولم ينقل عن ابى حنيفة فى ذلك شىء ، والصحيح عنده انه غير معتبر ، لان هذا ليس بلازم يمكن تركه . وفى الفتاوى الظهيرية لو تزوج وهو كفؤ ، ثم صار فاسقاً لا يفسخ النكاح ، لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح لاستمرارها بعد النكاح . وفى الحاوى ذكر شيخ الإسلام ان الفاسق لا يكون كفؤاً للعدل عند ابى حنيفة ، وإن لم يعلن الفسق .

( وتعتبر ) اى الكفاءة ( فى المال وهو ) اى الاعتبار فى المال ( أن يكون مالكاً للمهر والنفقة) يتناول الكسوة ، لأنهما مما ينفق على الزوجة ( وهذا ) أي كونه مالكاً للمهر والنفقة ( هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لم يملكها ) أي المهر والنفقة ( أو لا يملك أحدهما لا يكون كفؤاً لأن المهر بدل البضع فلا بد من إيفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه ) فلا بد من ذلك ، وقيل إن كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم فهو كفؤاً وإن لم يملك النفقة . وفي الذخيرة إن قدر على نفقتها بالتكسب ولم يقدر على المهر ، اختلفوا فيه ، وأكثرهم على انه لا يكون كفؤاً ، وذكر هشام عن أبي يوسف انه يكون كفؤاً، وكذا روي عن محمد . وفي جوامع الفقه ومن قدر على المهر وتفقه شهراً فهو كفؤ .

والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله،لأن ما وراءه مؤجل عرفاً ، وعن أبي يوسف « رح» انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر ، لأنه تجري المساهلة في المهر ، ويعد المرء قادراً عليه بيسار أبيه، فأما الكفاءة في الغني فمعتبرة في قول أبي حنيفة ومحمد « رح» حتى أن الفائقة

---

( والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله ، لأن ما وراءه لا يعجل عرفاً ) أي من حيث العرف ، وليس بمطالب بـه فلا تسقط الكفاءة . وفي المجتبى ، قلت وفي عرف أهل خوارزم كله يؤجل فلا يعتبر القدرة عليه بيسار ابنه ، لان الآباء لا يتحملون المهور عن الاولاد دون النفقة الذارة .

( وعن أبي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر ) هذا غير ظاهر الرواية ، وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف انه قال الكفؤ الذي يقدر على المهر والنفقة فإن كان يملك المهر دون النفقةقال ليس بكفء . قلت فإن ملك النفقة دونها المهر قال يكون كفؤاً ، وعن أبى حنيفة ومحمد وبعض أصحاب الشافعى مثل قول أبى يوسف . وفي جامع شمس الائمة المعتبر نفقة سنة ، وقيل نفقة شهرين . وفي المحيط إذا صلحت للجماع وإلا فلا تعتبر القدرة على النفقة كالصغيرة جداً والصبي كفؤ أبيه وهو الصحيح ،

ولو كان له ألف درهم دين وزوج امرأة بألف فهو كفؤ لها في قول أبي حنيفة ومحمد،وبه قال بعض الشافعية في الأظهر .

( لأنه يجوز المساهلة في المهور ) أي لأن اليسار يجري التسهيل والتأجيل في المهر(ويعد المرء قادراً عليه ) أي على المهر ( بيسار أبيه ) ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب ،وفي الذخيرة إذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفؤ ، وفي منية المفتي من لم يملك النفقة فلا يكون كفؤاً موسرة كانت المرأة أو فقيرة .

( وأما الكفاءة في الغنى فمعتبرة عند أبي حنيفة ومحمد ) وفي أكثر النسخ وفي قول أبي حنيفة ومحمد ، وبه قال بعض الشافعية ( حتى ان الفائقة ) أي المرأة الفائقة

في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة، لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر. وقال أبو يوسف «رح» لا يعتبر لأنه لا ثبات له إذ المال غاد ورائح، ويعتبر في الصنائع، وهذا عند أبي يوسف ومحمد «رح» وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ،

---

(في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر) وهذا القول مذكور في غير رواية الأصل، وفي كتاب النكاح لا يشترط إلا القدرة على المهر والنفقة، وقال الإمام السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة والأصح أن ذلك لا يعتبر لأن كثرة المال مذمومة في الأصل، قال ﷺ هلك المكثرون إلا من قال بملكه هكذا وهكذا أي تصدق به.

(وقال أبو يوسف لا يعتبر لأنه لا ثبات له) أي لأن الغنى لا ثبات له (إذ المال غاد ورائح) أي لأن المال لا يستمر في يد شخص لأنه يروح ويأتي، وكم من شخص يمسي غنياً ويصبح فقيراً أو بالعكس.

(وتعتبر) أي الكفاءة (في الصنائع) أي الحرف (وهذا) أى اعتبار الكفاءة (عند أبي يوسف ومحمد) هكذا في أكثر النسخ، وهكذا أورد شيخ الإسلام خواهر زاده ذكر فخر الإسلام أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وبه قال السفناقي والشافعي حتى لا يكون الحجام والكناس والدباغ كفؤاً للبزاز والعطار، أما العطار فهو كفؤ للبزاز.

(وعن أبي حنيفة في ذلك) أى في اعتبار الكفاءة في الصنايع (روايتان) أظهرهما انه لا يعتبر حتى لا يكون العطار كفؤاً للعطار، وهو رواية عن محمد، وعنه في رواية الموالي بعضهم أكفاء بعضهم إلا الحائك والحجام.

(وعن أبي يوسف أنه) أى الكفؤ (لا يعتبر في النكاح إلا أن يفحش كالحجام والحائك والدباغ والكناس) وفي الغاية الكناس والحجام والدباغ والحارس والسايس والراعي ويقيم أى البلان في الحمار ليس كفؤاً لبنت الخياط ولا الخياط لبنت البزاز

وجه الاعتبار أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر أن الحرفة ليست بلازمة ، ويمكن التحول عن الخسيسة إلى النفيسه منها . قال وإذا تزوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فللأولياء الاعتراض عليها عند أبي حنيفة « رح » حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها ،

---

والتاجر ولا هما بنت العالم وقاض الحائك ليس بكفؤ لبنت الدهقان وإن كانت فقيرة . وقيل هو كفؤ ، وأما الكفاءة في العقل ، وقد قال في المحيط والمبسوط لا رواية فيها عن المتقدمين من أصحابنا ، ثم قيل تعتبر فلا يكون المجنون كفؤاً للعاقلة ، لان الجنون يفوت مقاصد النكاح ، فهذا أشد من الفقر ودناءة الحرفة ، وقيل لا تعتبر لأن الجنون بمنزلة المرض وسائر الأمراض لا تثبت الكفاءة ، وكذا الجنون .

وفي المرغيناني لا يكون المجنون كفؤاً للعاقلة ، وعند بقية الائمة هو من العيوب التي يفسخ النكاح بها . وفي المحيط وغيره وهنا جنس خامس أخس من الكل ، وهو الذى يخدم الظلمة أى يدعى شاكردا . قلت وفي مصر جنس سادس أخس من كل جنس وهم الطائفة الذين يسمون السرابانية وانهم ينظفون الحيض وبيوت الخلاء ، وينظفون أوساخ الناس .

( وجه الإعتبار ) أى اعتبار الكفاءة في الصنائع ( أن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتميرون بدناءتها ) أى دناءة الحرف ، قال عليه السلام الناس أكفاء إلا الحائك والحجام ، كذا ذكره الكاكي والله أعلم بصحته .

( وجه القول الآخر ) وهو عدم الاعتبار ( ان الحرفة ليست بلازمة ) لا تنفك من الرجل ( ويمكن التحول عن الخسيسة أي عن الحرفة الخسيسة ( إلى النفيسة ) أي إلى الحرفة الشريفة ( منها ) أى من الحرف بخلاف النسب ؛ لانه صفة لازمة ، والفقر كذلك لا يفارقه عادة .

( وإذا تزوجت المرأة ونقصت على مهر مثلها ) أى بما لا يتغابن الناس في مثله ( فللأولياء الإعتراض عليها عند أبي حنيفة حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها ) ولا تكون

وقالا ليس لها ذلك ، وهذا الوضع إنما يصح على قول محمد « رح » على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه.لهما أن ما زاد على العشرة حقها ، ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ،

---

طلاقاً ، لانها ما وقعت من قبل الزوج ، ولا يكون لها المهر إن كانت الفرقة قبل الدخول وبعده لها المسمى .

( وقالا ليس لهم ذلك ) أي الإعتراض ( وهذا الوضع ) أي وضع القدوري رحمه الله هذه المسألة على هذا الوجه ( إنما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع إليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك ) أي الرجوع ( وهذه ) أي المسألة ( شهادة صادقة عليه ) أي على رجوع محمد إلى قولهما في النكاح بغير ولي ، فإنه لو لم يصح نكاحها بغير الولي لم يقل ليس لهم الإعتراض . وقال الاكمل أقول هذا إنما يستقيم ان لم يعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي وليس كذلك ، فإنه لو أذن لها الولي بالزواج ولم يسم مهراً فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسألة على قول محمد الاول ، وكذلك لو أكره السلطان امرأة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعل ثم زال الاكراه ورضيت المرأة دون الولي ليس له ذلك في قول محمد الاول ، فلم يكن هذا في هذا الموضع دلالة على رجوع محمد إلى قولهما، انتهى.

قلت هذا كله خلاصة ما قاله صاحب النهاية وغيره ، وقال صاحب الاسرار تأويل المسألة فيما إذا كرهت المرأة والولي على أن يزوجها بأقل من مهر مثلها ، ثم زال الاكراه ورضيت ، ويأبى الولي فليس له ذلك عندهما ، ثم قال أو طلبت من الولي التزويج بأقل من مهر مثلها لم يجبر الولي .

( لهما ) أي لابي يوسف ومحمد ( أن ما زاد على العشرة حقها ) لانها تملك اسقاطه وإثباته ( ومن أسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ) يعني لو أبرأت بعد تسمية المهر لا يكون للولي الاعتراض لانه بدل بضعها ، فلها التصرف فيه كيف شاءت .

ولأبي حنيفة «رح» أن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فأشبه الكفاءة بخلاف الإبراء بعد التسمية ، لانه لا يتعير به، وإذا زوج الأب الابنة الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير، وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ، ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ، ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر ، فعند فواته

---

( ولابي حنيفة أن الاولياء يفتخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة ) أى فى التعيير فلم الاعتراض ( بخلاف الابراء بعد التسمية ) جواب عن قولهما بعد التسمية ( لانه لا يتعير به ) لانه ابراء وهبة ، وهذا من باب المروءة ، فليس لهم اعتراض . وعند الشافعي ومالك وأحمد لا يتصور الخلاف فى هذه المسألة لانتفاء جواز النكاح بدون الولى عندهم .

( وإذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها أو ابنه الصغير ) أى زوج ابنه الصغير (وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليها )أي جاز النقصان على الصغيرة ، والزيادة على الصغير عليها ، أى على الصغير والصغيرة ( ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد، وهذا) أي جواز الزيادة والنقصان ( عند أبي حنيفة ) وبه قال مالك وأحمد في الأب .

( وقالا لا يجوز الحط والزيادة إلا بما يتغابن الناس فيه ) وبه قال الشافعي والظاهرية، فعندهم لا يجوز إلا بمهر المثل ، وتكميل النقص يسقط الزيادة ( ومعنى هذا الكلام )أي كلام الصاحبين ( انه لا يجوز العقد عندهما ) انما قال ذلك لأن عند بعض أصحابنا أصل النكاح صحيح ، ولا يجوز الحط والزيادة ، وبه قال الشافعي وترد إلى مهر المثل ، لأن المانع من قبل المسمى وفساده لا يمنع صحة النكاح ، كما لو كان المسمى خمراً ، لأنه ذكر في الكتاب لا يجوز عندهما مطلقاً ، فحمله البعض على ذلك والأصح ان النكاح باطل عندهما، كما في غير الأب والجد ( لأن الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ) بعد فوات النظر

يبطل العقد ، وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيـع ، ولهذا لم يملك ذلك غيرهما ، ولابي حنيفة « رح» ان الحكم يدار على دليـــل النظر ، وهو قرب القرابة ، وفي النكاح مقاصد تربو على المهر أمـا المالية هي المقصودة في التصرف المالي ،

---

( يبطل العقد ) من الأصل كالمأمور بالعقد بشرط يبطل عقده إذا عدم الشرط .

( وهذا ) أي بطلان العقد ( لأن الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء ، كما في البيـع ) يعني إذا باع بأقل من قيمته ، وكان بحيث لا يتغابن الناس في مثله ، فإذاً لا يجوز العقد ( ولهذا ) أي ولأجل قيد الولاية بالنظر ( لم يملك ذلك ) أي المـذكور من حط مهر المثل والزيادة عليه ( غيرهما ) أي غير الأب والجد بالإتفاق .

( ولأبي حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر ) والنظر والضرر في هذا العقد باطنا ، لكن النظر دليل عليه ( وهو قرب القرابة ) الداعية إليه وهو موجود هـا هنا فيترتب عليه الحكم وهو جواز النكاح ( وفي النكاح مقاصد ) تقرير هـــذا الكلام أن المقصود من النفقة ليس حصول المال البتة ، لأن في النكاح مقاصد سوى المال الذي هو المهر ( تربو ) أي تزيد ( على المهر ) من الكمالات المطلوبة في الإحسان والمرائس والظاهر انه قصر في الصداق لتوفير سائر المقاصد التي هن أنفع لها من الصداق فإنه يـــدل على اشتماله على المصلحة ، فصار كالوصي إذا مانع بمال اليتيم جاز وتلـــك بحصول النظر ، وإن كان في الظاهر إتلاف مال اليتيم ، وكان تصرف الأب في هذا واقعاً بشرط النظر حتى إذا علم سوء الإختيار منه بخيانة أو فسق كان عنده باطلا . وقد روي انه عليه‌السلام تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها على صداق خمسمائة زوجها أبو بكر رضي الله تعالى عنه ، وزوج فاطمة من علي رضي الله تعالى عنها عن صداق أربعمائة درهم ، ومعلوم أن ذلـــك لم يكن مثلها ، لأنهما مجمع الفضائل فلا صداق في الدنيا يزيد على هذا المقدار .

( أما الماليـة هي المقصودة في التصرف المالي ) هذا جواب عن قولهـما كما في البيـع ، تقريره قياسهما على البيـع غير صحيح ، لأن المالية هي المقصودة في التصرفات المالية ، فإذا

والدليل عدمناه في حق غيرهما ، ومن زوّج ابنته وهي صغيرة عبداً أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز ، وقال « رض » هذا عند أبي حنيفة « رح » أيضاً لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها ،

---

فسد لم يكن شيء في مقابلتها يجري به خلل الغبن الفاحش ، فلهذا يثبت الإعتراض . وفي المجتبى وقيل لا يجوز بيع الأب مال ابنه الصغير بغبن فاحش ، فلا يجوز النكاح بالطريق الأولى ، وبه قال الشافعي في الاصح وأحمد ، وفي قول مثل قول أبي حنيفة لكن لها الخيار إذا بلغت ، أما لو زوج ابنه الصغير بأمة لا يجوز عند الشافعي ومالك وأحمد لعدم خوف العنت ، ولو زوج ابنه الصغير لا يثبت المهر في ذمة الاب ، بل يثبت في ذمة الابن عندنا سواء كان الاب موسراً أو معسراً ، وبه قال الثوري والاوزاعي وأحمد، وقال الشافعي يثبت في ذمة الاب ، وبه قال حماد شيخ أبي حنيفة ، وقال مالك والليث في الابن المعسر على الاب ، وهو رواية عن أحمد .

( والدليل عدمناه في حق غيرهما ) هذا جواب عن قولهما ، فلهذا لا يملك ذلك غيرها ، وأراد بالدليل وفور الشفقة ، وتقريره أن الدليل الدال على النظر معدوم في حق غير الأب والجد ، فلذلك لا يجوز لغيرهما وقوله – والدليل – مرفوع على الابتداء أو خبره . قوله – عدمناه – ويجوز أن يكون والدليل منصوباً بفعل مقدر يفسره الظاهر تقديره وعدمنا الدليل فهذا حق لا يجتمع المفسر والمفسر .

( ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبداً أو زوج ابنه وهو صغير أمة فهو جائز ) الواو في وهي صغيرة للحال ، وكذا الواو في قوله – وهو صغير – وعند الشافعي ومالك وأحمد لا يجوز له تزويج ابنه الصغير أمة لعدمية خوف العنت على أصلهم فلا تتزوج المعيبة على المذهب ، ويجوز له تزويج من لا يكاد فيه في الخصال على الاصح ذكره في المنهاج ، وفيه لو زوجها السلطان من غير كفؤ وليس لها ولي لم يصح في الاصح .

(قال) المصنف رحمه الله ( وهذا عند أبي حنيفة ) أي الجواز عند أبي حنيفة ( أيضاً لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها ) أي لمصلحة تفوق نفعها ، وقدراه الاب بفوات

وعندهما هو ضرر ظاهر بعـــدم الكفاءة فلا يجوز والله أعلم .

## فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمـــه من نفسه ، وقال زفر « رح » لا يجوز وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعي « رح » لا يجوز . لهما

---

الكفاءة فلا اعتراض حينئذ فى ذلك ( وعندهما هو ضرر ظاهر بعدم الكفاءة فلا يجوز ) والتعليل من الجانبين نظير التعليل من المسألة السابقة فافهم .

### ( فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها )

أي هذا فصل فى بيان حكم الوكالة بالنكاح وغيرها ، أي غير الـوكالة كنكاح الفضولى والولى ، لان هذا الفصل يشتمل على أحكام الوكيل والفضولي والولى ، ولو كانت الوكالة فرعاً من الولاية من حيث أن تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولى على المولى عليه ناسب ذكرها فى باب الأولياء فى فصل على حدة .

( ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه ) أى بنت عمه الصغيرة بغير إذنهـا ، والبالغة باذنها صورته أن يقول اشهدوا أني زوجت بنت عمى فلانة بنت فلان بن فلان من نفسي ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد والثوري وأبو ثور والظاهرية . وقال السروجي وإليه ذهب الحسن البصري ومحمد بن سيرين واسحاق ، واختاره أبو بكر بن المنذر (وقال زفر لا يجوز ) وبه قال الشافعي .

( وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجهـا من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جـاز ) أى أي ذلك عندنا ( وقال زفر والشافعى لا يجوز ) وقال أحمد يرد أمرها إلى غيره ليزوجها ، وقال قتادة وابن المنذري يزوجها منه ابن عم هو أبعد منه ، وهكذا الخلاف فى الوكيل إذا زوجها من نفسه ، وقال الشافعي لا يجوز ذلك أي إلا في أحد الوجهين .

( لهما ) أي لزفر والشافعى إنمـا جمع دليل زفر والشافعى لاشتراكهما فى معنى

أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكاً وممتلكاً كما في البيع إلا أن الشافعي « رح» يقول في الولي ضرورة ، لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل . ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير والتانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق إليه بخلاف البيع ، لانه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ،

---

وهو (ان الواحد لا يتصور أن يكون مملكاً وممتلكاً ) بشيء واحد في زمن واحد ( كما في البيع ) يعني يوكل المشترى البائع بأن يبيع سلعة من نفسه لا تصح هذه الوكالة ، ولا هذا البيع أو وكل زيد رجلا مثلاً بشراء شيء بعينه ووكل صاحب العين ذلك الرجل أيضاً بأن بيعه من زيد لا يجوز كما ان الواحد يصير مملكاً ومتملكاً .

( إلا أن الشافعي يقول ) أشار بالإستثناء إلى أن دليل الشافعي وزفر وإن كان مشتركا في المعنى المذكور ولكنه استثنى الولى ، لان مذهبه فيه كمذهبنا حيث يقول ( وفى الولى ضرورة لانه لا يتولاه سواه ) أي لأن العقد لا يتولاه سوى الولى ، لان عبارة النساء غير صحيحة عنده ( ولا ضرورة فى الوكيل ) ولان فى تقييد العقد بعبارة الولى ضرورة ولا ضرورة فى الوكيل لان أكثر ما فى الباب أن يأمر غيره من أحد الجانبين صورة قائماً مقامه وهو الولي من الجانبين شرعاً فيملك مباشرة العقد .

( ولنا ان الولى [1] في النكاح معبر وسفير ) والواحد يجوز أن يكون معبراً عن اثنين ، والسفير في اللغة المصلح بين القوم ، كذا في الديوان ، وقال ابن دريد في كتاب الجمهورة السفير بين القوم الماشي بينهم في الصلح ( والتانع ) أي النافي ( في الحقوق ) وهو كونه مطالباً ومطالباً ومسلماً ومسلماً ، ومخاصماً ومخاصماً ( دون التعبير ) أي الولى يصلح أن يكون معبراً بين اثنين كما ذكرنا ، فإن العبارة ينعقد إليها فيصير العقد بين شخصين فلا يؤدي إلى أحكام مضادة ( ولا ترجع الحقوق إليه ) أي إلى الوكيل لأنه معبر لا مباشر ( بخلاف البيع لأنه ) أي لأن الوكيل في البيع ( مباشر حتى رجعت الحقوق إليه ) أي

---

(١) في المتن الوكيل .

وإذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج إلى القبول.
قال وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجاز المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلاً بغير رضاه، وهذا عندنا، فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفاً على الاجازة.

---

حقوق عقد البيع من مطالبة الثمن وتسليم المبيع والقيام بالعهدة وغيرها، كل ذلك يرجع إلى الوكيل في البيع.

( وإذا تولى طرفيه ) أي إذا تولى طرفي العقد ( فقوله زوجت يتضمن الشطرين ) أي قول الوكيل زوجت فلانة من فلان يقوم مقام شطري العقد وهما الإيجاب والقبول ولا يحتاج إلى القبول، لأن الواحد قام مقام اثنين قامت عبارته الواحدة أيضاً مقام عبارتين ( فلا يحتاج إلى القبول ).

( قال ) أي قال القدوري في مختصره ( وتزويج العبد والأمة بغير إذن مولاهما موقوف، فإن أجاز المولى جاز، وإن رده بطل، وكذلك ) أي كذلك موقوف ( لو زوج رجل امرأة بغير رضاها أو رجلا ) أي أو زوج رجل رجلا ( بغير رضاه وهذا عندنا ) أي كون العقد موقوفاً على الإجازة مذهب أصحابنا ( فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز ) أي للعقد مجيز رأى قابل يقبل الإيجاب، سواء كان فضولياً آخر أو وكيلا وأصيلا حالة الوقوع كالبيع والنكاح والاجارة ونحوها، وإنما قيد بقوله - وله مجيز - لأنه إذا لم يكن له مجيز كما إذا زوج الفضولي يتيمة يتوقف العقد.

فإن قلت السلطان مجيز، وكذا القاضي فينبغي أن يتوقف العقد. قلت يمكن فرض المسألة في موضع لا سلطان فيه ولا قاضي كدار الحرب مثلا ومن تصور تزويج عبد المكاتب حيث لا يتوقف بل يبطل لعدم المجيز، لأن النكاح عيب وليس بكسب، ولا يجوز إجازة المكاتب، وكذا إجازة المولى لأنه أجنبي عن كسب المكاتب.

( انعقد موقوفاً على الإجازة ) وبه قال مالك وأحمد في رواية، وقال أبو عمر في

وقال الشافعي « رح » تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمة، والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فتلغو . ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفاً حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه ، وقد يتراضى حكم العقد عن العقد

---

التمهيد لم يختلف قول مالك وأصحابه في العبد يتزوج بغير إذن سيده ، إذ السيد بالخيار إن شاء أجازه ، وإن شاء فسخه . وقال يحيى بن سعيد الأنصاري الأمر عندنا بالمدينة على هذا . وقال اسماعيل القاضي وهو قول سعيد بن المسيب والحسن البصري والشعبي والحكم ، وجعل مالك التفرقة طلاقاً ، وأجازوا توقف البيع على إجازة مالك ، وأجمعوا على توقيف الوصية على قبول الموصى له .

( وقال الشافعي تصرفات الفضولى كلها باطلة ) وبه قال أحمد في رواية ( لأن العقد وضع لحكمة ) بناء على المقاصد الأصلية هو الحكم (والفضولىلايقدرعلىإثباتالحكم فتلغو ) وإلا لجاز للناس تمليك أموال الناس للناس وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإذا كان لا يقدر كان كلامه لغواً .

( ولنا أن ركن التصرف ) وهو الإيجاب والقبول ( صدر عن أهله ) وهو العاقل البالغ حال كونه ( مضافاً إلى محله ) وهو الأنثى من بنات آدم ليست بمحرم ولا معتدةولا مشتركة ولا زائدة على العدد المنصوص ( ولا ضرر في انعقاده ) أي في انعقاد التصرف لكونه غير لازم ( فينعقد موقوفاً ) كيلا يلحق الضرر بالغائب ( حتى إذا رأى المصلحة فيه ينفذه ) وإلا أبطله .

( وقد يتراضىحكم العقد عن العقد ) وهو جواب عن قول الشافعي لأن العقد قد وضع لحكمة ، هذا قول بالموجب يعني سلمنا ذلك ، لكن الحكم هنا لم يعدم بل أخر إلى الإجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كالبيع بشرط الخيار ، فإن لزومه متراخ إلىسقوط الخيار ثم أبعد إذا سمها ثم أجاز المولى النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول ومهر آخر

ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فأجازت فهو باطل ، وإن قال آخر أشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز ، وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك ، وهـذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

---

بالإجازة قياساً لأن الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد ، وفي الإستحسان يلزمه مهر واحد ، لأن مهر المثل إنما يلزمه بالعقد فلولاه للزم الحد ، والمسمى أيضاً يلزم بحكمة العقد فلو لزم المهران للزم في العقد الواحد مهران وذا لا يجوز وفي النهاية عقد الوكيل عند غيبة الموكل إنما تصح إذا عرفه باسمه ونسبه ، والتعاريف زوجها من نفسه بأمرها وقال اشهدوا أن فلانة وكلتني ان أزوجها من نفسي ولم ينسبها ولم يعرفها الشهود ينفذ فيما بينه وبين الله تعالى .

وفي النوازل إن لم ينسبها ولم يعرفها الشهود لا يجوز النكاح لأن الغائب إنما يعرف بالتسمية ألا ترى انه لو قال تزوجته امرأة قد وكلتني لا يجوز . وفي شرح القاضي لو كانت منقبة لا يعرفها ولا يعرفها الشهود ، فعن الحسن وبشر لا يجوز ما لم ترفع نقابها ويراها الشهود ، ذكره الإمام التمرتاشي .

( ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فأجازت ) أي أجازت المرأة ما قاله الرجل في غيبتها ( فهو باطل ) عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ( وإن قال آخر ) أي وإن قال فضولى آخر في هذه المسألة ( اشهدوا اني قد زوجتها منه ) أى قد تزوجت فلانة التي قال الرجل اشهدوا اني قد زوجتها منه ( فبلغها الخبر ) أى المرأة ( فأجازت جاز ) أى العقد ، والفرق بين المسألتين ان الأولى لا مجيز لها فبطل ولا يتوقف ، والثانية لها مجيز فيتوقف لما مر ان شرط التوقف وجود المجيز .

( وكذلك ) أى وكذلك يجوز ( إن كانت المرأة هي التي قالت في جميع ذلك ) يعني إذا قالت المرأة في جميع ذلك اشهدوا اني قد تزوجت فلاناً وخاطب عنه واحداً في المجلس ، فقال زوجته إياك ، فبلغه الخبر فأجاز فهو جائز لوجود المجيز ( وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ) أي جميع ما ذكر قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف « رح » إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه فأجاز جاز ، وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضولياً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلاً من جانب عندهما ، خلافاً له ، ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والاصيل جـــاز بالاجماع ، هو يقول لو كان مأموراً من الجانبين ينفذ ، فإذا كان فضوليـاً يتوقف وصـار كالخلـع

---

( وقال أبو يوسف إذا زوجت نفسها غائباً فبلغه الخبر ) أي بلغ الغائب تزوجهانفسها إياه ( فأجاز ) أي فأجاز الغائب ذلك ( جاز ) أى العقد ، وتجويز أبي يوسف المسألةفي هذه الصور كلها .

( وحاصل هذا ) أى حاصل ما ذكر من الصور ( ان الواحد لا يصلح فضوليـــاً من الجانبين أو فضولياً من جانب وأصيلا من جانب عندهما )أي عند أبي حنيفةومحمد (خلافاً له ) أي لأبي يوسف رحمه الله تعالى ، وأجمع أصحابنا أن الواحد يصلح وكيلا من جانب أصيلا من جانب وكيلا من الجانبين ، ووليًا من جانب أصيلا من جانب وو كيلا منالجانبين ووليًا من جانب أصيلاً من جانب ، ووليًا من جانب وكيلاً من جانب في النكاح ، وهـل يصلح فضولياً من الجانبين وفضولياً من جانب ، ووليًا من جانب ، أو فضولياً من جانب ووكيلاً ، أو فضولياً من جانب أصيلاً من جانب ، حتى يتوقف العقد على الإجازة ،فعند أبي حنيفة ومحمد لا يصلح ولا يتوقف ، وعند أبي يوسف يصلح ويتوقف ، أما كون الواحد أصيلاً من الجانبين فهو محال .

( ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والأصيل جـاز بالإجماع ) هاتان صورتان لا خلاف فيهما ، وهما ظاهرتان ( وهـو ) أي أبي يوسف ( يقول لو كان ) أي الفضولي ( مأموراً من الجانبين ينفذ ، فإن كان فضولياً ) يعني بغير أمر ( يتوقف ) لأن كلام الواحد عقد تام في النكاح ، باعتبار الاذن ابتداء ، فكذا باعتبار الاجازة انتهـاء ، لأن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ( وصار كالخلع ) فإن الزوج إذا قال خالعت امرأتي

والطلاق والاعتاق على مال، ولهما أن الموجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ، بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام، وكذا الخلع واختاه ، لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ،

---

على كذا وهي غائبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق ( والطلاق ) أي كالطلاق على مال ( والاعتاق ) أي كالاعتاق ( على مال ) يرجع إلى الطلاق والعتاق جميعاً كما فسرناه .

( لهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( أن الموجود شطر العقد ) أى نصفه ( لأنه شطر ) أي لأن الموجود منه شطر ( حالة الحضرة ) أي حالة كونه حاضراً حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر يبطل بالقيام قبل قبول الآخر ، ولو كان عقداً تاماً لبطل .

( وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع ) كما إذا قال الرجل بعت عبدي من فلان ولم يقبل عن المشتري أحداً ، وقال اشتريت عبد فلان ولم يقبل عن البائع أحداً ، وقال بعت فلان ولم يقبل عنها أحد ، فلما لم يتوقف لم ينفذ بالاجازة اللاحقة بعد المجلس ( بخلاف المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين ) فيصير كالكلامين ( وما يجرى بين الفضوليين عقد تام ) لوجود الايجاب والقبول إلا انه لا ينفذ في الحال بل يتوقف على إجازة المعقود له كيلا يلحق الغرر .

( فكذا الخلع واختاه ) أى الطلاق على مال والاعتاق عليه ( لأنه تصرف يمين من جانبه ) ولهذا كان لازماً لا يقبل الرجوع وهو معنى قوله ( حتى يلزم فيتم به ) أى بالحالف لأن اليمين لا يتم إلا بالحالف فكان عقداً تاماً ، وإنما كان من جانبه لأن الخلع من جانبها معاوضة على ما سيجيء إن شاء الله تعالى ، وإنما قال تصرف يمين لأنه كان قال إن قبلت ألف درهم فهي طالق ، وإن قبل له فهو حر ، والقبول شرط وقوع الطلاق والعتاق لا شطر العقد .

ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ، ولا إلى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا إلى التعين لعدم الأولوية فتعين التفريق . ومن أمره أمـــير أن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره

---

( ومن أمر رجلاً أن يزوجه امرأة فزوجه اثنين في عقدة واحدة لم يلزمـــه ) أي الأمر ( واحدة منها ) أي من الثنتين ( لأنه لا وجه إلى تنفيذهما ) أي تنفيذ العقـــد في الثنتين ( للمخالفة ولا إلى التنفيذ ) أي تنفيذ العقد ( في أحدهما ) حال كونـــه ( غير عين ) أى غير معينة للجهالة ، لأن النكاح في المجهولة يكون معلقـاً بشرط البيان ، ولا يجوز تعليق ملك النكاح بالأخطاء ( ولا إلى التعيين ) أى لا وجه أيضاً إلى تعيين واحدة منها ( لعدم الأولية ) لأن إحداهما ليست بأولى من الأخرى ، فإن كان الأمر كذلـك ( يتعين التفريق ) وفي المسألة قيود الأولى انه أمره بأن يزوجه امـرأة تزوج امرأتين ، فلو أمره أن يزوجه امرأتين في عقدة واحدة فزوجه واحدة جاز إلا إذا قال لا تزوجني إلا امرأتين في عقدة فحينئذ لا يجوز .

والثاني : انه أمره أن يزوجه امرأة ولم يعينها ، فلو عينها فزوجه أخرى معهـــا يلزمه المعينة .

والثالث : ان الوكيل زوجه اثنتين في عقدة واحدة لأنه لو زوجه في عقدتين لزمـــه الأولى ونكاح الثانية موقوف على الاجازة ، لأنه فضولى عنه .

والرابع : قال لم يلزمه واحدة منها أبو يوسف يقول أولا يصح أحدهما بغير عينها منكوحة كما لو طلق إحدى امرأتيه ثلاثاً .

قال شمس الأئمة السرخسي وهذا ضعيف لأنه ليس كالطلاق لاحتمالها التعليق بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لم يثبت في المجهول ، لأنـــه تعلق بالبيان بخلاف الطلاق .

( ومن أمره أمير أن يزوجه امرأة ) قيد بالأمير وحكم غيره كذلك ، وقال الامـــام المحبوبي وعلى هذه الخلاف إذا لم يكن أميراً ( فزوجه الوكيل أمة لغيره ) أو حـــرة عمياء أو مقطوعة اليدين ، قال الكاكي ومفلوجة أو مجنونـــة فعلى هذا كان قيد الأمير

جاز عند أبي حنيفة «رح» رجوعاً إلى اطلاق اللفظ وعدم التهمة ، وقال أبو يوسف ومحمد «رح» لا يجوز إلا أن يزوجه كفؤاً لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء ،

---

اتفاقاً ، وقيل قيد به لأن الكفاءة في جانب النساء لا الرجال مستحسنة في الوكالةعندهما، أما لو زوجه صغيرة لا تشتهي يجوز بالاجماع لأنه عليه السلام تزوج عائشة رضي الله تعالى عنها وهي بنت ست سنين ، انتهى .

قلت الظاهر ان ذكره بالأمير موافقة للفظ محمد رحمه الله لان المسألة في المسائل الجامع الصغير أدى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أمير من امراء قريش أمرني أن أزوجه امرأة فزوجته أمة لغيره قال جاز . وقال الاترازى انما وضع المسألة أبو حنيفة في نفسه واضعاً حيث جعل نفسه مأموراً ولا يتفاوت الحكم بين أن يكون الموكل أميراً أو غير أمير قرشياً أو غير قرشي بعد أن يكون حراً فزوجه أمة لغيره إنما قيد بقوله — أمة لغيره — إذ لو زوجه أمة نفسه لا يجوز بالاجماع لمكان التهمة ، ذكره في جامع قاضي خان .

( جاز عند أبي حنيفة ) أى جاز التزويج فلا يرد ( رجوعاً إلى إطلاق اللفظ ) لان لفظ امرأة مطلق يقع على الحرة والأمة جميعاً ( وعدم التهمة ) أى رجوعاً إلى عدم التهمة، لان الأمة ليست للوكيل فلا يتهم .

( وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز إلا أن يزوجه كفؤاً ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، أما عندم فلطول الحرة ، وأما عندهما فلصرف الاملاق إلى التعارف كنقدالبلد، والمتعارف لتزويج الكفوء ، وهو معنى قوله ( لان المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزويج بالاكفاء ) وفي قاضي خان دلت المسألة على أن الكفاءة في جانب النساء معتبر عندهما أيضاً ، وفي المحيط الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وعندهما معتبرة استحساناً ، وقيل غير معتبرة عندهما بلا خلاف، وإنما لا يجوز في غير الكفوء في هذه الصورة باعتبار المتعارف لا باعتبار الكفاءة ، وجب أن لا يجوز عندهما قياساً واستحساناً ، وعند الشافعي الوكيل بامرأة مجهولة لا يصح في

قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيداً . وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما ، لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج ، فكانت الاستعانة في التزوج بالكفوء والله أعلم ،

---

قول ويصح في قول وينصرف إلى المتعارف .

( قلنا العرف مشترك ) يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل عندنا ، فإن الأشراف كما يتزوجون الحرائر يتزوجون الإماء للتسهيل ( أو هو عرف عملي ) أي من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ ، وبيانه أن العرف على نوعين لفظي نحو الدابة يعتبر لفظاً بالفرس ، ونحو المال بين العرب بالإبل ، وعرف عملي أي من حيث أن عمل الناس كذا كل سهم الجديد يوم العيد وأمثاله ( فلا يصلح مقيداً ) أي للاطلاق ، لأن اطلاق اللفظ عرف لفظي ، والتقييد يقابله ، ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي يرد عليه .

( وذكر ) أي محمد ( في كتاب الوكالة في الأصل أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما ) أي ان اعتبار الكفاءة في النساء للرجال استحسان عند أبي يوسف ومحمد ، وأما اعتبار الكفاءة في الرجال فهو بالإتفاق ( لأن كل واحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج ، فكانت الإستعانة في التزوج بالكفوء ) أي بحسب الظاهر ، فيتقيد به .

فروع . قال في الخلاصة أمره أن يزوجه امرأة ، فزوجه صبية ، أما عندهما فلايجوز إذا كانت لا يجامع مثلها ، كما لو زوجه رتقاء أو قرناء ، هذا قول الكل . ولو أمر أن يزوجه سوداء فزوجه بيضاء أو العكس لا يجوز ، ولو أمره أن يزوجه عمياء فزوجه بصيرة يجوز . وفي المنتقى أمره أن يزوجه أمة فزوجه حرة لا يجوز ، وإن زوجه مكاتبة أو مدبرة أو أم ولد جاز ، ولو أمره أن يزوجه نكاحاً فاسداً فزوجه امرأة نكاحاً صحيحاً لا يجوز ، بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد إذا باع

بيعاً صحيحاً جاز ، والفرق أن الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع ، لأن البيع الفاسد بيع ، لانه يفيد الملك ، فإن باع بيعاً جائزاً فقد خالف إلى خير يجوز .

وأما الوكيل بنكاح فاسد فليس بوكيل للنكاح ، لان النكاح الفاسد ليس بنكاح ، لانه لا يفيد الملك ، ولهذا لا يجوز طلاقها ولا ظهارها ، فاذا لم يصر وكيلاً لم ينفذ تصرفها عليه ، كذا ذكره الولوالجي في فتاواه . وفي الايضاح الفضولي إن فسخ النكاح قبل الاجازة جاز في قول أبي يوسف الآخر ، وفي قوله الاول لا يجوز وهو قول محمد ، وفي النوازل بعث قوماً إلى رجل يخطب ابنته فقال زوجت فقبل رجل منهم ، قيل لم يجز ، لان الكل خاطب ، والخاطب لا يصلح شاهداً ، وقيل يجوز وعليه الفتوى .

* * *

# باب المهر

## قال ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهراً ،

---

( باب المهر )

أي هذا باب في بيان المهر ، لما ذكر ركن النكاح وشرائطه شرع في بيان حكمه وهو وجوب المهر ، إذ وجوبه حكمة النكاح ، قال الاكمل المهر المال ، وقال الكاكي المهر الصداق ، وهو اسم لمال يسمى في عقد النكاح .

وقال الكاكي وللمهر سبعة أسماء في القرآن ، أحدها الصداق . والثاني النحلة ، قال الله تعالى ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ ٤ النساء . والثالث الأجر ، قال الله تعالى ﴿ وآتوهن أجورهن ﴾ المائدة . والرابع الفريضة ، قال الله تعالى ﴿ وقد فرضتم لهن فريضة ﴾ ٢٣٧ البقرة ، والخامس المهر ، قال عليه السلام ، فإن لمسها فلها المهر بما استحل . السادس العليقة ، قال عليه السلام أدوا العلائق ، قيل يا رسول الله ﷺ وما العلائق ، قال ما تراضى الاهلون . والسابع العقر ، قال عليه السلام عقر نسائها ، انتهى .

قلت لم يذكر في القرآن إلا أربعة من الاسامي ، والثلاثة من الحديث . وقال السروجي لها أسماء تسعة ، وقد ذكرها مثل ما ذكرها الكاكي ، وزاد الصدقة والحبا ، والحديث الذى فيه العلائق رواه الدارقطني . ويقال أصدقها ولا يقال أمهرها ، هكذا ذكره ابن قدامة ، وفي المغني وفي الصحاح أمهرها ومهرها ، وفي المغرب مهر المرأة أى أعطاها المهر وأمهرها إذا سمى لها مهراً أو تزوجها به .

( قال ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهراً ) قد ذكرت غير مرة ان هذه الواو في قوله – ويصح – للاستفتاح ، كذا سمعت من الاستاذين الكبار . وفي أكثر النسخ قال أى القدورى ويصح النكاح ، وصحة النكاح بدون تسمية المهر إجماعاً ، وإنما الخلاف هل يجب مهر المثل ولا يجب شيء على ما يأتي في المفوضة وخلو النكاح عن تسميته لا يمنع صحة كما

لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغه ، فيتم بالزوجين ، ثم المهر واجب شرعاً إبانة لشرف المحل ، فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح ، وكذا إذا تزوجها بشرط أن لا مهر لها لما بينا ، وفيه خلاف مالك

أقل المهر عشرة دراهم

---

**إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً ، أو تزوجها على ان لا مهر لها ، أو تزوجها على ما ليس بمال كالميتة والدم ، وهما مسلمان فالنكاح جائز ، ولها مهر مثل نسائها** ( لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين) ويصح بلا تسمية المهر ،قال عز وجل ﴿ فانكحوا ﴾ فلو شرطنا التسمية فيه لزدنا على النص .

( ثم المهر واجب شرعاً ) هذا جواب عما يقال المهر واجب شرعاً ، فكيف يصح النكاح مع السكوت ، فأجاب بقوله المهر واجب شرعاً ، يعني وجوبه ليس لصحة النكاح، وإنما وجب ( ابانة ) أى إظهاراً ( لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح ) فإن قيل هذا دعوى فلا بد من دليل ، أجيب دل عليه قوله تعالى ﴿ لا جناح عليكم إذا طلقتم النساء ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ فمتعوهن ﴾ ٢٣٦ البقرة ، حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية، ولا يكون الطلاق إلا في النكاح الصحيح ، فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح .

( وكذا ) أى وكذا يصح النكاح ( إذا تزوجها ان لا مهر لها لما بينا ) ان النكاح عقد انضمام فيتم بالتزويج ( وفيه ) أى وفيما إذا تزوجها ان لا مهر لها ( خلاف لمالك ) يعني انه لا يجوز ، لانه عقد معاوضة فيفتقر إلى ذكر المال كالبيع إلى ذكر الثمن ونفيه يفسد البيع فنفى المهر ينبغي أن يفسد النكاح . قلنا البيع مبادلة المال بالمال شرعاً ولغة تمليك شيء بشيء فيقتضي ذكر الثمن والمهر ليس بعوض أصلي ، كما ذكر في الكتاب من قوله إن النكاح عقد انضمام إلى آخره .

( وأقل المهر عشرة دراهم ) أو قيمة عشرة . وقال محمد وزن عشرة تبراً إن كان قيمة أقل من عشرة مضروبة ، بخلاف السرقة فإن السرقة لا تقطع فيها ، وقال مالك أقله بقدر ربع دينار أو ثلاثة دراهم . وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم . وقال ابراهيم النخعي

وقال الشافعي «رح» ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع يجوز أن يكون مهراً لها ، لأنه حقها فيكون التقدير إليها . ولنا قوله عليه السلام لا مهر أقل من عشرة ،

---

أقله أربعون درهماً ، وعندهما وعنده عشرون درهماً . وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهماً ، وكل منهم مذهبه في نصاب السرقة الذي يقطع فيه اليد لذلك .

( وقال الشافعي ما يجوز أن يكون ثمناً في البيع ) يعني يجوز أن يكون مهراً في النكاح ، وبه قال أحمد وأبو ثور واسحاق وفقهاء المدينة ، وهو مذهب الثوري أيضاً . وقال ابن حزم ما جاز أن يكون بالهبة أو بالميراث جاز أن يكون صداقاً حل بيعه أو لم يحل كالماء والكلب والسنور والثمرة التي يبدو صلاحها ، والسنبل قبل أن يشتدحبة ، أو حبة حنطة أو حبة شمير ، وقال ابن حزم أيضاً وقول مالك لا نعرفه عن أحد عن أهل العلم قبله ، وقد خالف فيه أئمة المدينة والفقهاء الذي لا يخرج عن قولهم ، وقال ابن عمر بن عبد البر تقدمه إلى هذا أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه فقاس الصداق على اليد عنده ، فإنها لا تقطع إلا في ربع دينار أو عشرة دراهم .

قلت تقطع في ربع دينار عنده ، ولا يكون صداقاً حتى لو تزوجها على دينار قيمته اقل من عشرة دراهم يكمل عشرة دراهم عند علمائنا الثلاثة ، ونقله عنه سهو وغلط .

( لانه حقها ) أى لان المهر حق المرأة ( فيكون التقدير ) أى تقدير المهر ( إليها ) ولهذا يملك التصرف فيه استيفاء واسقاطاً كالبيع والاجارة والكفالة .

( ولنا قوله عليه السلام ) أى قول النبي ﷺ ( لا مهر أقل من عشرة دراهم ) هذاالحديث رواه جابر رضي الله تعالى عنه فقد مر الكلام عليه مستوفى فيالكفالة ،ورواهالدارقطني والبيهقي رواه في سننه من طرق وضعفه ، لكن الحديث إذا روى من طرق مفرداتها ضعيفة يصير حسناً ، ويحتج به ، ذكره النووي في شرح المهذب ، وقال الاترازي ولما روى عن النبي ﷺ انه قال لا مهر أقل من عشرة دراهم ، وروى أبو بكر الرازي هذا الحديث في شرح الطحاوي إشارة إلى جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ انتهى .

قلت لم يذكر الاسناد حتى ينظر فيه ، والظاهر انه بالاسناد الذي رواه الدارقطني ،

ولأنه حق الشرع وجوباً اظهاراً لشرف المحل ، فيقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالاً بنصاب السرقة

---

وقد مر الكلام فيه ، وقال الكاكي وحديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ولا مهر أقل من عشرة دراهم ، وهكذا رواه ابن عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده وهو مذهب علي وابن عمر وعائشة وعامر وابراهيم ، انتهى .

قلت الخصم لا يرضى بهذا المقدار الذى ذكره على ما لا يخفى . وأما قوله وهومذهب علي رضي الله تعالى عنه ، فقد رواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن داود الازدى عن الشعبي عن علي رضي الله تعالى عنه قال لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم ، ولا

**يكون المهر أقل من عشرة دراهم . قال ابن الجوزي في التحقيق قال ابن حبـــان داود الأزدي ضعيف كان يقول بالرجعة ، والشعبي لم يسمع من علي ، وأخرجه الدارقطني أيضاً في الحدود عن جرير عن الضحاك عن البر بن شبرمة عن علي فذكره جرير أيضاً ضعيف .**

( ولانه ) اى ولان المهر ( حق الشرع وجوبـاً ) اى من حيث وجوبـه ( إظهاراً لشرف المحل ) أي لأجل اظهار شرف المحل وخطره صيانة عن شبهة البدل ( فيقدر بماله خطر وهـو العشرة ) اى عشرة دراهم ( استدلالاً بنصاب السرقة ) لانه لا يتلف بـ عضو محترم ،فلا يتلف به منافع البضع كان اولى .

فإن قلت هذا الاستدلال ضعيف ، فإن مـالكاً والشافعي ينكرانه ، فإن نصابهمـا عندها ثلاثة دراهم او ربع دينار . قلت يمنع هذا الآن المدعى ان المهرمقدرخلافاًللشافعي استدلالاً بنصاب السرقة ، فإنه مقدر بالاجماع ،فكذا المهر بالقياس عليه لوجود الجامع، أما التقدير بالعشرة فبنصاب السرقة ، فلما رواه أبو داود في سننه من حديث عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ، قال قطع رسول الله ﷺ رجلاً في مجن قيمته ديناراً أو عشرة دراهم .

فإن قلت من أين قلت إن المهر حق الشرع من حيث الوجوب. قلت لقوله عز وجل ﴿ قد علمنا ما فرضنا ﴾ ٥٠ الأحزاب، وكل مال تولى بيان مقدارها كالزكاة وغيرها أوجبه الشرع، والتقدير

مجهول ، وخبر الواحد يبين ذلك فلا يجوز أقل مما قدره .

فإن قلت ما تقول في حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه ، رواه الجماعة انه لما جاء إلى النبي ﷺ وبه أثر مغرة فأخبره انه تزوج فقال ﷺ كم سقت إليها، قال زنة نواة من ذهب ، فقال ﷺ أولم ولو بشاة . وفي التمهيد رواه مالك في الموطأ عن حميد الطويل عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه فقد أجازه رسول الله ﷺ وقيل مما حده أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه ان النواة خمسة دراهم . وعن أحمد أن النواة ثلاثة دراهم وثلث ، قلت قال عياض لا يصح لهم ذلك ، لأنه قال من ذهب وذلك يزيد على دينارين، وفي الاستذكار أكثر أهل العلم ان وزنها خمسة دراهم فظاهر هذا انه تزوج بأكثر من ثلاثة مثاقيل من الذهب .

فإن قلت روى البيهقي عن حجاج عن قتادة عن أنس قال قومت يعني النواة ثلاثة دراهم وثلث درهم . قلت حجاج هو ابن أرطأة وهو ضعيف ، وقتادة مدلس ، وقد عنعن ، ولهذا قال أحمد هذا حديث لا تقوم به الحجة .

فان قلت ما تقول في حديث جابر رواه أبو داود قال قال رسول الله ﷺ من أعطى في صداق امرأة على كفيه سويقاً أو تمراً فقد استحل . قلت في اسناده موسى بن مسلم وهو ضعيف ، قال القدوري وقال الازدي وهو ضعيف ، رواه أبو داود موقوفاً .

فإن قيل ذلك في المتعة يدل على أن جابراً نفسه قال كنا نسمع بالقبضة من الطعام على معنى المتعة على عهد رسول الله ﷺ ، وأخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن جريج عن أبي الزبير ، قال سمعت جابراً يقول كنا نسمع بالقبضة من التمر والدقيق الايام على عهده ﷺ ، قلت هذا منسوخ ، وكان ذلك للضرورة والفقر في أول الاسلام .

قال ابن الجوزي ، فان قلت قال البيهقي هذا وإن كان منسوخاً لانه في نكاح المتعة، فإنما نسخ منه شرط الاجل ، فأما ما يجعلونه صداقاً فإنه لم ينسخ . قلت فساد قوله هذا ظاهر ، فإن الاجماع على نسخ أحكام المتعة ، ودعوى إخراج بعضها من النسخ دعوى باطله . وقال السروجي ويدل على بطلان قوله هذا واثبات نقيضه افسده ان الذى نسخ

من أحكام نكاح المتعة إنما هو شرط الاجل ، وإن كان باقي أحكامه ثابت في النكاح المشروع المؤبد به ينبغي أن لا يثبت بهذا النكاح نسب ولا يجرى فيه التوارث ، إذهذه الاحكام لنكاح المتعة وهي باقية في هذه الانكحة ولم ينسخ إلا شرط الاجل كمازعم وذلك خلاف لاجماع المسلمين .

وقيل في الجواب عن الحديث المذكور انه روى عن جابر خلاف هذا ، ونص مع ضعف كل واحد منهما فلا يكون هذا دليل على دعواهم ، وقيل لو ثبت كان محمولاً على الحل والله أعلم .

فإن قلت روى البخاري ومسلم عن سهل بن سعيد رضي الله تعالى عنه قال جاءت امرأة إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله ﷺ جئت أهب لك نفسي . الحديث بطوله وفيه فقام رجل من أصحابه فقال يا رسول الله ﷺ إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها ، قال هل معك شيء قال لا والله يا رسول الله ، قال انظر ولو خاتماً من حديد ... الحديث ، وفيه قال ما معك من القرآن ، قال سورة كذا وكذا عددها ، فقال تقرأهن عن ظهر قلبك ، قال نعم ، قال إذهب فقد فزوجتكها بما معك من القرآن ، وهذا من جملة ما استدل به الشافعي ومن يقول بقوله .

قلت أجاب الإترازى عن هذا بقوله هذا خبر الواحد ، وقد عارض نص الكتاب فلا يحتج به . قلت هذا لا نجد كما ينبغي ، بل الجواب الظاهر ما قاله ابن الجوزى ان ذلك كان للضرورة ، والفقر في أول الاسلام ، وأظهر من ذلك ما قاله أصحابنا انه ليس فيه دلالة على انه جعل القرآن مهراً ، ولهذا لم يشترط أن يعلمها ، وإنما معناه ببركة ما معك من القرآن ولأجل انك من أهل القرآن كتزوج على إسلامه وهو لا يصلح صداقاً للبضع . وفي التمهيد قال مالك ولأبي حنيفة وأصحابه ها هنا والليث لا يكون القرآن ليس بمال ، فلان التعليم في العلم والتعلم تختلف لا يكاد ينضبط ، فـأشبه المجهول ، والسكوت عن المهر لا يبطل النكاح ، لأنه معلوم لأنه لا بد منه .

فإن قلت الإستدلال بالآية ضعيف ، لأن الأموال ذكرت بلفظ الجمع في مقابلة الجمع ،

وذلك يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد فعلى هذا يكون المراد تبعاً لكل واحد بماله لا بأمواله ، والمال يقع على القليل والكثير ، قلت قال الاترازي لا نسلم انقسام الآحاد على الآحاد ، إذا ذكر الجمع بمقابلة الجمع ، ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المـــال تبع على القليل الذي هو غاية في القلة عرفا ، وهذا لان المال ما يجري فيه البدل والاباحة والشح والصفة فلا يطلق عليه اسم المال عرفاً كالفلس والجوز ، ولا بد من التقدير بمـــا له خطر فتعينت العشرة بالحديث أو بالقياس انتهى .

قلت أراد بالحديث حديث جابر المذكور وبالقياس القياس على نصاب السرقة وقـــد مر الكلام فيه عن قريب .

فإن قلت روي في حديث ابن مسعود قال، قال رسول الله ﷺ من نكح هذه فقام رجل عليه بردة عاقدها في عنقه ، فقال أنا يا رسول الله ﷺ ، فقال ألك مال قال لا ، قال أتقرأ شيئاً من القرآن ، قال نعم سورة البقرة والمفصل ، قال أنكحتها على أن تقرئها وتعلمهـــا ، وإذا رزقك الله عوضها ، فتزوجها الرجل على ذلك ، انتهى . وقد قلت لم يشترط أن يعلمها ، وهذا قد اشترط إقراءه إياها وتعلمه كذلك . قلت قال الدارقطني ينفرد به تقية ابن السكن وهو متروك . وقوله – عوضها – يدل على انه لا بد من المهر ، وإنما أخره إلى وقت حصوله وتأخيره لا يبطل النكاح .

فإن قلت روى أبو هريرة قال له رسول الله ﷺ ما تحفظ من القرآن قال سورة البقرة والتي تليها ، قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك ، قال ابن عبد الحق هو من روايـــة عسيل ابن سفيان ضعفه يحي بن معين وأحمد ، وقال أبو حاتم منكر الحديث ، وقال أبو عمر في كتاب التمهيد ودعوى التعليم بما معك من القرآن دعوى باطلة لا تصح ، وأكثر أهل العلم لا يجيزون ما قاله الشافعي ، وقال أبو الفرج في التحقيق عن أبي اليمان الازدي قـــال زوج رسول الله ﷺ امرأة من رجل على سورة من القرآن لا يكون لأحد بعدك مهراً ، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن شعبة قال سألت حماداً عن رجل وهب ابنته من رجل فقال كل منهما لا يجوز إلا بصداق .

ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا . وقال زفر « رح » مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كعدمها . ولنا أن فساد هذه التسمية بحق الشرع ، وقد صار مقضياً بالعشرة

---

فإن قلت روى الترمذي وابن ماجة عن عاصم عن عبد الله قال سمعت عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن رسول الله ﷺ أجاز نكاح امرأة على نعلين ، وقال حديث حسن . قلت قال ابن الجوزي في التحقيق عاصم بن عبد الله بن معين ضعيف لا يحتج به ، وقال ابن حبان كان فاحش الخطأ فترك .

فرع . يجوز الدخول بها قبل أن يعطيها شيئاً من صداقها سواء كانت مفوضة أو مسمى لها ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والنخعي والثوري والشافعي وأحمد وعامة أهل العلم ، وروي عن ابن عمر وابن عباس والزهري وقتادة ومالك انه لا يدخل بها حتى يعطيها شيئاً ، قال الزهري مضت السنة عليه ، واستدلوا بمنعه عليه السلام علياً رضي الله تعالى عنه من الدخول على فاطمة رضي الله تعالى عنها حتى يعطيها شيئاً فأعطاها درعه الحطمية .

ولنا حديث عقبة بن عامر الذي زوجه رسول الله ﷺ ولم يعطها شيئاً ، وروي ابن أبي شيبة حديث كريب بن هشام وكان من أصحاب عبد الله انه تزوج امرأة على أربعة آلاف ودخل بها قبل أن يعطيها شيئاً .

(ولو سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا) وقال ابن القاسم في المدونة إن سمى أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم إن كمل قبل الدخول ربع دينار أو ثلاثة دراهم وإلا فسخ عليه ، وبعد الدخول أجبر على تكميله أقل الصداق ، وإن طلقها قبل الدخول يجب عليه نصف المسمى ، وقال غيره من المالكية التسمية فائدة ويفسخوا على كل حال ، ولم يوجبوا مهر المثل ، وأوجبوا مهر المثل في تسمية الخمر والخنزير ، وصححوا العقد .

( وقال زفر مهر المثل ) أي يجب مهر المثل ( لأن تسمية ما لا يصلح مهراً كانعدامه ) يعني فلا تسمية كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس .

( ولنا ) وهو وجه الاستحسان ( أن فساد هذه التسمية لحق الشرع ) وحق الشرع يتأدى بالعشرة وهو معنى قوله ( وقد صار مقتضياً بالعشرة ) باعتبار أن العشرة في كونها

فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتمليك من غـــير عوض تكرماً ، ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ، ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة « رح » ، وعنده تجب المتعة إذا لم يسم شيئاً ،

---

صداقاً لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كما لو أضاف النكاح إلى بعضها صح في جميعها ( فأما ما يرجع إلى حقها ) أي إلى حق المرأة ( فقد رضيت بعشرة لرضاهـــا بدونها ) أي بما دون العشرة ، لان من رضي بخمسة فقد رضي بالعشرة بلا شك ، ومـــا زاد على العشرة فهو حقها ثم رضاها بالخمسة اسقاط حقها وتقضي عن حق الشرع فيصح تصرفها في حقها دون حق الشرع فتتم العشرة ، بخلاف ما إذا لم يوجد التسمية لأن الإنسان قد رضي باسقاط الحق تكرماً وتفضلاً طلباً التناسل الجميل ، ولا يرضى الشيء القليل لما إذا كانت راضية بالعشرة .

( ولا معتبر بانعدام التسمية ) هذا جواب عن قوله كانعدامه تقريره ان هذا القياس غير صحيح ( لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرمـــاً ) أي لأجل التكرم على الزوج ( ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ) ترفعاً في المعاوضة فلا تكون التسمية دليلاً على عـــدم الرضى بالعشرة ، فلذلك لم يجب العشرة وإنما يجب مهر المثل بخلاف الرضى بـــما دون العشرة ، فإنه رضى بها لا محالة .

( ولو طلقها قبل الدخول بها يجب خمسة عند علمائنا الثلاثة وعنده ) أي عند زفـــر ( تجب المتعة كما إذا لم يسم شيئاً ) وعند مالك على قول ابن القاسم والشافعي وأحمـــد يجب نصف المسمى . والجواب عن قياس زفـــر على قيمة الخمر والخنزير ، فنقول بخلاف الخمر والخنزير ، وهذا لأن مادون العشرة يصلح أن يكون مسمى مضموناً إلى غيره من المال فيصح بانفراده أيضاً ، أما الخمر والخنزير فلا تصح تسميتها مع غيرهما أصلاً فبطلب التسمية فوجب مهر المثل ، وعلى هذا لو هذا لو تزوجها على ثوب يساوي مثلهـــا الثوب وخمسة دراهم ، فلو طلقهـــا قبل أن يدخل بها فلها نصف الثوب درهمان ونصف ، وإنمـــا يعتبر

ومن سمى مهراً عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها لأنـــه بالدخول يتحقق تسليم المبدل ، وبه يتأكد البدل ، وبالموت ينتهي النكاح نهاية ، والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه،وإن طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى

---

قيمة الثوب يوم العقد ، وكذا إذا سمى قليلاً أو موزوناً إلا أن الفرق بينهما إذا جاء بقيمة الثوب أجبرت المرأة على القبول ، وإذا جاء بقيمة المكيل أو الموزون لا تجبر .

وقال الكاكي ويعتبر قيمة الثوب يوم التزوج وقيمة المكيل أو الموزون يوم القبض ، وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يعتبر في الثوب قيمة يوم القبض . وفي المكيل والموزون يوم العقد .

( ومن سمى مهراً عشرة فما زاد فعليه المسمى إن دخل بها أو مات عنها ) اعلم ان المهر يجب بالعقد ، إما بالتسميه إذا وجدت والا فبالحكم أعني مهر المثل بحكم الشرع ، ثم يستقر المهر بأحد اشياء ثلاثة ، إما بالدخول أو بموت أحد الزوجين ، واما بالخلوة الصحيحة فذكر المصنف الاولين وهما الدخول وموت أحد الزوجين ، ثم علل بقوله ( لأن بالدخول يتحقق تسليم المبدل ) وهو البضع ( وبه يتأكد البدل ) وهو المهر فيجب عليه إيفاء البدل كما إذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن ( وبالموت ) أي بموت أحد الزوجين ( ينتهي النكاح نهاية ) أي يبلغ منتهاه ولا يبقى بعده شيء ( والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد ) لأنه لا يبقى قابلا للتغيير ( فيتقرر بجميع مواجبه ) الممكن تقريرها لوجوب المقتضى وانتهاء المانع كالإرث والعدة والمهر والنسب .

وقلنا مواجبه الممكن تقريرها احترازاً عن النفقة وحل الزوج بعد انقضاء العدة،فإن النفقة لا تجب بعد الموت ، ولا يحل لها الزوج بعد انقضائها ، ولا خلاف للأئمة الأربعة في هذه المسألة ، وقال أبو سعيد الأصطخري من أصحاب الشافعي إن كانت الزوجة أمة لا يستقر لها المهر بموتها ، قال الشافعي رحمه الله تعالى انه يستقر بموته .

( فإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المسمى ، لقوله تعـــالى

## ﴿ وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية ٢٣٧ البقرة .

﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ﴾ الآية ٢٣٧ البقرة ) منصوبة بتقدير فعل،أى اقرأ الآية بكمالها ، ويجوز رفعها على الإبتداء وخبره محذوف تقديره الآية بتمامها ونحو ذلك، وتمامها هو قوله تعالى ﴿ وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقدة النكاح وإن تعفوا أقرب للتقوى ، ولا تنسوا الفضل بينكم ان الله بما تعملون بصير ﴾ ٢٣٧ البقرة .

قوله تعالى -- من قبل ان تمسوهن – أي من قبل أن تجامعوهن ، والمس الجماع إجماعاً، اوملحق الخلوة الصحيحة على ما يأتي إن شاء الله تعالى . وقوله تعالى – وقد فرضتم –أي والحال انكم قد فرضتم ، أى قدرتم ، ومعنى الفرض هنا التقدير ، وقيل كلمة أو بمعنى الواو ، أي وما لم تفرضوا ، قوله تعالى – فنصف ما فرضتم – أي الواجب نصف ما فرضتم . قوله تعالى – إلا أن يعفون – أي المطلقات ، وهو استثناء من قوله تعالى – فنصف ما فرضتم تقديره الواجب نصف ما فرضتم إلا أن يعفوا – الزوجات فليس بواجب .

واعلم أن صيغة يعفون مشتركة بين الرجال والنساء في الصورة ، ولكن في التقدير مختلفة ، فوزن صيغة الرجال في الأصل يفعلون ، لأن حاصله يعفون استثقلت الضمة على الواو مع ضمة ما قبلها ، فحذفت ثم حذفت الواو لالتقاء الساكنين ، والواو الموجودة فيه ضمير الجماعة والنون علامة الرفع ، ووزن صيغة النساء يفعلن ، والواو لام الفعل فيه ، والنون ضمير جمع النساء ، وهو مبني والأول معرب رفعه بإثبات النون ونصبه وجره بحذفها .

قوله تعالى ﴿ أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح ﴾ فذهب أصحابنا إلى انه الزوج ، وقال أبو بكر بن المنذر في الاشراف روينا ذلك عن علي رضي الله تعالى عنه وعبد الله بن عباس وجبير بن مطعم ونافع بن جبير وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وشريح ومجاهد ومحمد بن كعب وقتادة والربيع ونافع مولى ابن عمر ، والأوزاعي وابن شبرمة والضحاك وابن جريج وابن

حبان وجابر بن زيد وابن سيرين والشعبي والنخعي وطاووس واياس بن معاوية والثوري والليث والشافعي في الجديد خلاف ما ذكره عنه الزمخشري وابن الخطاب في تفسيرهما ، وهو قـــول أحمد وهكذا ذكره أبو بكر الرازي وأبو بكر بن أبي شيبـــة في مصنفه والموقف [1] بن قدامة في المغني .

وروى الدارقطني بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ ولي العقدة الزوج ، وقال علقمة والحسن وعطاء وعكرمة وأبو الزياد هو الولي . وقال مالك والأب وجده في حق البكر وهو قـــول الشافعي في القديم والجد كالأب فيه . وفي المغني وهو قول أحمد في القديم في حق الأب خاصة بخمس شرائط . أن يكون الذي بيده عقدة النكاح أبا ، وأن تكون صغيرة ، وأن تكون بكراً ، وأن تكون مطلقة ، ولا يجوز عفو الأب في الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول .

وفي المبسوط في القديم يجوز بأربع شرائط . الأولى في حق المجبر كالأب والجـــد . الثانية أن تكون ممن لا تملك أمر نفسها . الثالثة : أن يكون بعد الطلاق . الرابعة : أن يكون ديناً لا عيناً . وقال أبو محمد لا فرق بين الدين والعين .

( والاقيسة متعارضة ) الأقيسة جمع قياس وهو معروف هذا جواب اشكال ، وهـــو أن يقال ينبغي أن يسقط الكل ، لأن الطلاق قبل الدخول بعود المعقود عليه ، وهـــو البضع إليها سالماً ، فينبغي أن يسقط كل البدل ، كما إذا تبايعا ثم تقايلا ، فأجـاب عنه بقوله والأقيسة متعارضة ، يعني هذا القياس يقتضي هكذا ، لكن هذا قياس آخر يقتضي وجوب كل المهر ، وهو أن الطلاق قاطع بملك النكاح فيه في وجوب كل المهر ، لأنه فوت ما ملكه باختياره ، وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري إذا تلف المبيع قبل القبض فإذا تعارض القياسان وجب المصير إلى النص فقلنا باستقرار نصف المهر وسقوط نصفه .

واعترض عليه بشيئين أحدهما انه ليس هنا إلا قياسان ولا ثالث لهما ، والآخـــران ظاهر كلامه يدل على أن الرجوع إلى النص إنما كان لتعارض القياسين وليس الأمر كذلك

(١) هكذا في الأصل – موقف .

«ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره، وفيه عود المعقود عليه إليها سالماً فكان المرجع فيه إلى النص»

---

فإنه لا إعتبار بالقياس مع وجود وافق وخالف، اما إن خالف فهو متروك مردود، وأما إذا وافق فإن الحكم بالنص ثابت عندنا بعين النص لا بالعلة، ومنهم من قال إنا نعمل بالقياسين ثبوتاً وسقوطاً، فالقياس المقتضى لوجوب الكل يعمل به في إيجاب الصرف، والقياس الذي يقتضي إسقاط الكل يعمل به في إسقاط النصف عملاً بهما، وهو مقتضى النص.

وذكر في الحواشي العمل بالقياس في معارضة النص المخصوص جائز، وهذا النص قد خص منه الطلاق قبل الدخول بعد الخلوة فيستقيم الرجوع إلى النص المخصوص، لتعذر العمل بالقياس انتهى. قلت لا يجوز ترك النص المخصوص بالقياس، وإنما الجائز بالقياس زيادة التخصيص بعدما خص النص بدليل ولا يجوز تخصيصه بالقياس قبل أن يخص.

فإن قلت ليس من بيان التعارض بين القياسين تركهما، بل العمل بأحدهما. قلت الأصل أن الدليلين إذا تعارضا ولم يكن ترجيح أحدهما على الآخر تهامرا أو تساقطا ولم يعمل بأحدهما بالترجيح من غير مرجح.

(ففيه) أي في الطلاق قبل الدخول والخلوة، والفاء فيه تفسيرية تفسير التعارض بين القياسين، ففسر الأول بقوله - بموت الزوج - والثاني بقوله - وقد عرف المعقود عليه - إلى آخره (تفويت الزوح الملك على نفسه باختياره) قوله- تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره - تفويت مصدر مضاف إلى فاعله، والملك منصوب لأنه مفعول، والباء في باختياره تتعلق بقوله - تفويت الزوج (وفيه) أي في الطلاق قبل الدخول أيضاً (عود المعقود) وهو البضع (إليها) أي إلى المرأة حال كونه (سالماً فكان المرجع فيه) أي في حكم هذا الأمر المرجع، أي الرجوع وهو مصدر ميمي (إلى النص) منصوب لأنه خبر كان، وأشار به إلى القياسين تركاً وعملاً بالنص، وهذا الآية المذكورة.

وشرط أن يكون قبل الخلوة لأنهـــا كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله . قال وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها وقال الشافعي « رح » لا يجب شيء في الموت ، وأكثرهم على أنـه يجب في الدخول . له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء

---

( وشرط ) أي القدوري ، لأن المسألة من مسائله ( أن يكون قبل الخلوة ، لأنهـــا كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله تعالى ) ويأتي بيانه عن قريب في هذا الباب .

( قال ) أي القدوري ( وإن تزوجها ولم يسم لهامهراً أو تزوجها على أن لامهر لهافلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها ) هاتان صورتان ، الأولى أن يزوجها ولم يسم لهامهراً ، يعني سكت عنه ، والثانية على أن يتزوجها على أن لا مهر لها ، يعني يشترط أن لا مهر لها وهي مسألة المفوضة ، وهي التي فوضت نفسها بلا مهر فلها مهر مثلها إن دخل بها أو مات عنها . وفي الذخيرة وكذا لو ماتت هي .

ومذهبنا قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ونصابه ، وبه قال الحسن البصري ، ورواه عن رسول الله ﷺ ، ذكره عنه ابن أبي شيبة والحسن بن حي وابن شبرمة وابن أبي ليلى والشافعي في رواية البويطي وأحمد واسحاق بن راهوية وأبو ثور وابن جرير الطبري وداود وفيما إذا تركا ، ذكره ، وإن نفيا بطل النكاح .

( وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت ) أي لا يجب لها إذا مات عنها قبل الدخول ( وأكثرهم ) أي وأكثر أصحاب الشافعي على انه يجب بالدخول كمذهبنا ، وبه قـــال أحمد . وقال بعض أصحاب الشافعي لا يجب لها شيء بـالدخول ، وفي الموت للشافعي قولان ، أحدها أن يجب ، والثاني انه لا يجب ، وهو قول مالك في صورة نفي المهر .

( له ) أي للشافعي ( ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيـــه ابتداء ) أي في ابتداء العقد ، كالمفوضة ، فلها أن تفوض نفسها بلا مهر ( كما تمكن من اسقاطه انتهـــاء ) أي في انتهاء العقد ، فإن لها ان تسقط مهرها بعد العقد ، كالخلع ، واحتج الشافعي أيضاً بمـــا

روي عن علي وزيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم انهم قالوا لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة .

( ولنا ان المهر وجوباً ) اى من حيث الوجوب ( حق الشرع ) بدليل قوله تعالى ﴿ ان تبتغوا [1] بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء و ﴿ قد علمنا [2] ما فرضنا ﴾ ٥٠ الاحزاب ،

---

(١) قوله — ان تبتغوا — اقول ، فإن قيل ان الإبتغاء بالمال لا ينافي الابتغاء بغيره ، لان تعليق الحكم بالاسم لا يدل على نفي ما عداه . قلنا ان المال جنس وهو من اقسام الخاص ، والابتغاء ايضاً كذلك فيتحق إيجاب الحكم .

فإن قيل هذا النص يدل على فساد نكاح من زوجها بأن لا مهر لها ، لأن الابتغاء بالمال يوجب إرادة طلب نكاحها بإزائه . قلنا النص مسوق لبيان إيجاب المهر بالنكاح ووجوب الشيء لا يتوقف على إرادة المكلف ، نعم توقفه على علته وإرادة السبب في حكم إرادة المسبب .

(٢) قوله — قد علمنا ... الخ — اقول قال صدر الشريعة في التوضيح ، لان قوله فرضنا معناه قدرنا ، وتقدير الشرع اما ان يمنع الزيادة او النقصان ، والاول منتف ، لان الاعلى غير مقدر في المهر إجماعاً ، فتعين الثاني ، فيكون الادنى مقداراً ، ولما لم يبين ذلك المفروض قدرناه بطريق الرأى والقياس بشيء هو معتبر شرعاً في مثل هذا الباب ، اى كونه عوضاً لبعض أعضاء الانسان وهو عشرة دراهم ، فإنه يتعلق بها وجوب قطع اليد، قال العلامة التفتازاني في شرحه المسمى بالتلويح .

وذهب الاصوليون إلى ان الفرض لفظ خاص حقيقة في التقدير ، بدليل غلبة استعماله فيه شرعاً ، يقال فرض القاضي النفقة اى قدرها او — تفرضوا لهن فريضة — اي تقديراً وفرضنا اى قدرناها ، ومنه الفرائض للسهام المعتدة مجاز في غيره دفعاً للاشتراك ، وتعديته بعلى لتضمين معنى الايجاب . وقوله — وما ملكت ايمانهم — معناه وما فرضنا عليهم فيما ملكت ايمانهم على ان الفرض ها هنا بمعنى الايجاب ، ولما كان هذا مخالفاً ←

وإنما يصير حقاً لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ،

وعلم من خصوصية النبي ﷺ النكاح بغير مهر انه في حق غيره لا ينعقد إلا موجباً للمهر ، وفي المحيط في المهر حقوق ثلاثة ، حق الشرع وهو أن لا يكون أقل من عشرة وحق الأولياء وهو أن لا يكون أقل من مهر مثلها وحق المرأة وهو كونه ملكاً لها غير أن حق الشرع ، وحق الأولياء يعتبر وقت العقد لا في حالة البقاء .

( وإنما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الا براء دون النفي ) لأن الأصل ان تلاقي التصرف ما يملكه دون ما لا يملك ، ولهذا ملكت الابراء انتهاء دون النفي ابتداء .

---

← لتصريح الائمة بانه حقيقة في القطع لغة ، وفي الايجاب شرعاً عدل المصنف عن ذلك.

وقال خص فرض المهر ، أي تقديره بالشرع وتحقيقه إن اسناد الفعل إلى الفاعل حقيقة في صدور الفعل عنه ، فيكون لفظ فرضنا من حيث اشتماله على الاسناد خاصاً في ان مقدار المهر هو الشارع على ما هو وضع الإسناد ، وهذا تدقيق منه ، انتهى كلامه ملخصاً ، تدقيقه أن الخاص يوجب الحكم من حيث الوضع والتجوز ينافي ذلك ، فإذا تحقق التجوز في الفرض ، فإنه حقيقة في القطع والإيجاب مجاز في التقدير ، لا يقال له انه حينئذ محمول على الخصوصية ، ومن الظاهر ان التجوز في الاطراف لا يستلزم التجوز في الاسناد والنسبة وإلا يستلزم المجاز اللغوي للمجاز العقلي ، والاستلزام باطل فكذا اللازم ، فالإسناد باق على حقيقة الخصوصية ، وخرج الطرف الواحد منه وهو الفعل فيها لوقوع التجوز فيه .

فإن قيل ان الخاص من أفراد الألفاظ والإسناد في الجملة ليس كذلك لأنه أمر معقول ليس له دال من الألفاظ فكيف يقال له انه خاص ، قلنا تأثراً للمبتدأ والخبر من قبول الاعراب بتأثير العامل المعنوي يدل عليه ، فهو في حكم الألفاظ .

فإن قيل إن الحكم عين الإسناد فقولهم يوجب الحكم يعارض ذلك ، لأن الحكم إذا كان من أفراد الخاص ، فكيف يوجب لنفسه ضرورة التغاير بين الموجب بالكسر والموجب لفتح . قلنا المراد بالحكم الحكم الشرعي وهو غير الحكم بمعنى الإسناد .

ولو طلقها قبل الدخول بهــــا فلها المتعة بقوله تعالى ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره ﴾ الآية ٢٣٦ البقرة ، ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر ، وفيه خلاف مالك « رح » ، والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها

---

( ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة ) وإنما لم يقل فإن طلقهــــا قبل الدخول أو الخلوة ، بل قال قبل الدخول فقط مع ان الخلوة شرط أيضاً ، لأن الدخول يشملها ، إذ الخلوة دخول حكماً ( لقوله تعالى ﴿ ومتعوهن على الموسع قدره ﴾ الآية ٢٣٦ البقرة ) قد مر الكلام في قوله – الآية – عن قريب ، وجه الإستدلال ان الله تعالى قــال ﴿ لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن ﴾ والفريضة هي المهر ، أي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس ، وفــرض الفريضة وأمر بالمتعــــة مطلقاً ، وهو على الوجوب . وقال حقاً وذلك يقتضيه أيضاً ،وذكر بكلمة على .

( ثم هذه المتعة واجبة رجوعاً إلى الأمر ) أي لأجل الرجوع إلى الأمر ، لأن مقتضاه الوجوب عند الاطلاق ، والمتعة الواجبة عندنا هي هذه وحدها ، والباقية مستحبة إلا إذا كانت الفريضة من قبل المرأة حيث لا تسمى لها المتعة ، لأنها جانبه ، ومذهبنا هــو قول ابن عمر وابن عباس والحسن وعطاء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والزهري والثوري والشافعي في رواية الجماعة عنه ، وعنه يجب نصف مهر المثل .

( وفيه خلاف مالك ) أي في الحكم المذكور خلاف مالك ، فإن عنده مستحبة ،وهو قول ابن أبي ليلى والليث ، لأنه تعالى قال ﴿ حقاً على المحسنين ﴾ والمحسن اسم للمتطــوع والوجوب لا يتقيد بالمحسن ، قلنا قد فسر الإحسان بالإيمان ، ولأن التقييد بالمحسن لا ينفي الوجوب على غيره ، كما قال تعالى ﴿ هدى للمتقين ﴾ مع انه هدى لهم ولغيرهم.قال الكاكي والصحيح من مذهبه كمذهبنا .

( والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها ) أي مثل المرأة ، وهذه اللفظة أعني من كسوة مثلها لفظ القدوري في مختصره أشار بهذا إلى اعتبار حالها في الكسوة على ما يجيء الآن

وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم ،

---

( وهي درع وخمار وملحفة ) فسر بهذا قوله – والمتعة أثواب – لأن ذكر الأثواب يتناول أكثر من الثلاثة ففسر الأثواب بقوله – وهي درع وخمار وملحفة – أي الأثواب المذكورة هي هذه لا غير ، والدرع هو ما تلبسه المرأة فوق القميص وهو مذكر ، قاله صاحب المغرب ، وعن الحلوائي هو جابية إلى الصدر . وقال ابن الاثير درع المرأة قميصها والخمار ما تغطي المرأة به رأسها والملحفة بكسر الميم الملاءة ، وهي ما تلتحف به المرأة .

وفي الذخيرة المتعة ثلاثة أثواب ، قميص ومقنعة وملحفة وسط لا جيد غاية الجودة ولا رديء غاية الرد ، ولا يزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم . وفي الينابيع إن كانت من السفلة فمتعتها من الكرباس وإن كانت من الوسط فمتعتها من القز ، وإن كانت مرتفعة الحال فمتعها من الابريسم وهذا هو الصحيح ، وفي المغني أعلاها خادم يروى ذلك عن ابن عباس ، وكذا ذكره عنه في النتف ، وأدناها كسوة تجوز فيها الصلاة ، وإن كان فقيراً يمتعها درعاً وخماراً وثوباً تصلي فيه . وقال الاوزاعي والثوري وعطاء ومالك وأبو عبيدة كقولنا .

وعن أحمد في رواية يرجع فيها إلى الحاكم وهو أحد قولي الشافعي وهو بعيد ، وروى عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه انه طلق الكلبية وحمها جارية أي متعها . وقال النخعي العرب تسمي المتعة التحميم ، وروي عن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما انه طلق امرأة ومتعها بعشرة آلاف فقالت متاع قليل من حبيب مفارق .

وفي التنبيه طلق امرأة قبل المرض والمس تجب المتعة ، وروي عن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما وبعد المسيس يجب مهر المثل . وفي المتعة قولان قبل الفرض ، وإن وجب لها نصف مهر المثل فلا متعة ، وفي المنهاج تجب متعة إذا لم يجب نصف مهر المثل قبل الوطىء ، وكذا الموطوءة في الاظهر مع مهر المثل .

( وهذا التقدير ) أي التقدير بثلاثة أثواب ( مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله تعالى عنهم ) قال الاترازي ولنا ما روى أصحابنا في المبسوط وغيره وابن عباس وعائشة

وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى انه يعتبر حالها ، وهو قول الكرخي « رح » في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل ، والصحيح انه يعتبر حاله عملاً بالنص ، وهو قوله تعالى ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ ٢٣٦ البقرة ، ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ،

---

وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي أن المتعة ثلاثة أثواب ، والبيهقي روى عن ابن عباس .

( وقوله ) أي قول القدوري في مختصره ( من كسوة مثلها إشارة إلى انه يعتبر حالها ) أي حال المرأة . وفي البدائع ثم قيل تعتبر المتعة بحاله ، وبه قال أبو يوسف ، وقيل يعتبر بحالها ، وقيل في المتعة الواجبة بحالها لانها قائمة مقام مهر المثل ، وفي المستحبة بحاله ، قال في الآية إشارة إلى اعتبار حالها ، فلو اعتبرنا بحاله وحده لسوينا بين الشريفة والوضيعة في المتعة ، وذلك غير معروف بين الناس بل هو منكر .

( وهو قول الشيخ الكرخي في المتعة الواجبة ) أي الإعتبار بحال المرأة وهو قول الشيخ أبي الحسن الكرخي ( لقيامها ) أي لقيام المتعة ( مقام مهر المثل ) لانها تجب عند سقوط مهر المثل ، وفي مهر المثل يعتبر بحالها ، فكذا في حقه وهكذا في النفقة والكسوة ( والصحيح انه يعتبر حاله ) أي بحال الرجل ، وهو اختيار أبي بكر الرازي واختيار المصنف وهو الصحيح من مذهب الشافعي أيضاً . ( عملا بالنص وهو قوله تعالى ﴿ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ﴾ ٢٣٦ البقرة ) بيانه ان الله تعالى اعتبر حال الرجل دون حال المرأة ، والتعليل في معارضة النص باطل ، والموسع هو الغني والفقير المقل .

( ثم هي ) أي المتعة ( لا تزاد على نصف مهر مثلها ) وبه قال الشافعي في قول ، وفي بعض النسخ ثم هو فالتأنيث على إرادة المتعة والتذكير على إرادة قدر المتعة ( ولا ينقص من خمسة دراهم ) لان المتعة وجبت عوضاً عن البضع وكل العوض لا يجوز أن يكون أقل من عشرة ، فنصف العوض لا يجوز أن يكون أقل من خمسة ، وهذا معنى ما

ويعرف ذلك في الأصل . وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة ، وعلى قول أبي يوسف « رح » الأول نصف هـــذا المفروض ، وهو قول الشافعي « رح »

---

أحله في الاصل ، وهو قوله ( ويعرف ذلك في الاصل ) أى المبسوط .

بيان ذلك أن المتعة إما أن تكون زائدة على نصف مهر المثل أو لا ،فإن كانت زائدة فلها نصف مهر المثل هو العوض ، ولكن تعذر بنصفه لجهالته فيصار إلى خلفه وهو المتعة ، فلا يزاد على نصف مهر المثل . وإن لم تكن فإما أن يكون مساوياً له أو لا ، فإن كان مساويا له فلها المتعة اتباعا للنص ، وإن لم يكن فإما أن يكون أقل من خمسة دراهم أو لا فإن كان فلها الخمسة لان المهر هو الاصل ، والمتعة خلف ولا مهر أقل من عشرة دراهم فلا متعة أقل من خمسة ، وإن لم يكن فلها المتعة بالنص .

فإن قيل نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل نفيها تقييد له وهو نسخ ، فالجواب ان قوله تعالى ﴿ قد علمنا مـــا فرضنا عليهم في أزواجهم ﴾ ٥٠ الاحزاب ؛ دل على ان المهر مقدر شرعا ، فالإيجاب بالتسمية في مهر من يعتبر بمهره مهر المثل ، بيان ذلك القدر المجمل ، وكذلك قوله عليه السلام ولا مهر أقل من عشرة دراهم فكان معارضاً لآية المتعة ، والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما ، انتهى . قلت هذا كلام الاكمل نقله عن شيخه .

( وإن تزوجها ولم يسم لها مهراً ثم تراضيا على تسميته فهي لها إن دخل بها أو مات عنها ) هذا بالإجماع ، وكذا الحكم لو رافعته إلى القاضي ففرض لها مهراً ، لان لها ان تطالبه وترافعه إلى القاضي ليفرض لها مهرا ، كذا ذكره التمرتاشي .

( فإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة ) وهو قول أبي يوسف في قوله المرجوع إليه ، وهو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى ( وعلى قول أبي يوسف الاول نصف هذا المفروض ) أي لها نصف المفروض الذى فرض لها ( وهو قول الشافعي ) أى قول أبي يوسف الاول

لأنه مفروض، وهو قول الشافعي « رح » لأنه مفروض فينصّف بالنص . ولنا أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل ، وذلك لا ينتصف ، فكذا ما نزل منزلته ، والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف . قال فإن زادها في المهر بعد العقد لزمتــــه الزيادة خلافاً لزفر « رح » ، وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله .

---

وهو قول مالك أيضا ، وفي ظاهر الرواية عن أحمد وهو قول ابن عمر وعطاء والشعبي والنخعي ( لانه مفروض ) كالمسمى ( فينصف بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ .

( ولنا ان هذا الفرض ) أي الفرض الذى بعد العقد ( تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل ، وذلــك لا ينتصف ، فكذا ما نزل منزلته ) فانزل منزلة مهــر المثل ، وأراد بالنازل منزلة المسمى بعد العقد ( والمراد بما تلا ) أي المراد بما تلاه أبو يوسف من قوله تعالى ﴿ فنصف ما فرضتم ﴾ ( الفرض في العقد ) يعني حالة النكاح قوله الفرض مرفوع لان خبر المبتدأ أعني قوله والمراد ( إذ هو الفرض المعتاد ) لان الفرض المطلق لا عموم له .

( قال )اى القدورى في مختصره ( وإن زادها في المهربعدالعقدلزمته الزيادة) وبه قال احمد ( خلافا لزفر ) حيث يقول لا تصح الزيادة ، وبه قال الشافعي ، لان الزيادة هبة مبتدأ لا تلحق بـــأصل العقد إن قبضت ملكت وإلا فلا ، وعند المصنف أن يذكره فيما يأتي حيث قال ( وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى ) اى في فصل يذكر بعد باب المراجعة والتولية قال الاكمل نحن نتبعه في ذلك ، قلت نحن لا نتبع ما قاله الاكمل فنقول قال في المبسوط ودليل جواز الزيادة قوله تعالى ﴿ فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ﴾ ٢٤ النساء ، معناه من فريضة بعد الفريضة ، وبقولنا قال أحمد في الزيادة في النكاح ولا يجوز الزيادة في البيـع .

وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبـــل الدخول ، وعلى قول أبي يوسف « رح » ولا تتنصف مع الأصل، لأن التنصف عندهما يختص بالمفروض في العقد[1]. وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر ، وإن حطت عنه من مهرها صح الحط ، لأن المهر حقهـــا والحط يلاقيه حالة البقاء ،

---

وفي شرح الطحاوي تزوجها على ألف ثم على ألفين لا يثبت المهر الثاني خلافاً لأبي يوسف لأنها فقدا اثبات الزيادة في ضمن العقد ، فلم يثبت العقد ، فكذا الزيادة . وفي شـــرح الاسبيجابي جدد النكاح على ألف آخر تثبت التسميتان عند أبي حنيفة ، وعندهما لا تثبت الثانية ، وكذا لو راجع المطلقة بألف ، وقيل لو قال لا أرض بالمهر الأول أو أبرأتــه ، ثم قالت لا أقيم معك بدون المهر ، ولو وهبت مهرها ثم جدد المهر لا يجب الثاني بالإتفاق .

( وقيل ) أي على الإختلاف ( وإذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول ، وعلى قول أبي يوسف ولا تتنصف ) أي الزيادة ( مع الأصل ، لأن التنصيف عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف في قوله المرجوع إليه ، وهو رواية عن أحمد رحمه الله تعالى .

( وعند أبي يوسف المفروض بعده ) أي بعد العقد ( كالمفروض فيه ) أي في العقد على ما مر بيانــه في المسألة المتقدمة ( فإن حطت عنه من مهرها صح الحط ) يعني إن حطت المرأة عن الزوج من مهرها . صح الحط فيلحق بالعقد ( لأن المهر بقـــاء حقها ، والحط يلاقيه حالة البقاء ) أي الحط يلاقي حقها حالة البقاء لا حالة الإبتداء ، وقد بقي حقها على التمييز ، ولو قال حقها بقاء لمكان أولى ، لأن التمييز لا يجوز تقديمه عليه اتفاقاً ، وخلاف المازني والمبرد في تقديمـــه على الفعل ، ومذهب سيبويه أن لا يتقدم عليه ومـــوضعه كتب النحو .

---

(١) عبارة — يختص بالمفروض في العقد — غير مشروحة . ا هـ مصححه .

## وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطىء ثم طلقها فلها كمال المهر . وقال الشافعي لها نصف المهر

( وإذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطىء ثم طلقها فلها كال المهر ) قال ابن المنذر في الاشراف وأبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه ، وأبو بكر الرازي في أحكام القرآن ، هذا قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال عروة بن الزبير وعلي بن الحسين وزين العابدين ابن سعيد بن المسيب والزهري والنخعي والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق بن راهويه والشافعي في قوله القديم ، وحكى الطحاوي انه إجماع الصحابة ، وقال أبو بكر الرازي هو اتفاق الصدر الأول .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن عوف عن زرارة بن أبي أوفى قال سمعته يقول قضاء الخلفاء الراشدون المهديون إن من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب المهر ووجبت العدة ، ومثله في رواية أبي بكر الرازي وقال الأترازي هذا إذا كان المهر مسمى وإن لم يكن مسمى فلها صداق مثلها ، وإن لم تصح الخلوة فلها نصف المهر ، وإن لم يكن المسمى فلها المتعة ، كذا في مختصر الطحاوي والخلوة الصحيحة قائمة مقام الدخول عندنا في تأكد المهر ووجوب العدة وثبوت النسب ونفقة العدة والسكنى وتزوج البنت وتحريم الأمة على قول أبي حنيفة .

وفي الذخيرة ولم يقيموها مقام الوطىء في حق الاحصان وحرمة البنات وحلها للاولاد الرجعة والميراث ، وأما وقوع طلاق آخر فقد قيل لا يقع ، وقيل يقع وهو أقرب إلى الصواب لأنه لا احتياط ثم هذا الطلاق بل يكون رجعياً أو بائناً ، قال شيخ الاسلام في باب العين يكون بائناً .

( وقال الشافعي لها نصف المهر ) وهو قول شريح والشعبي وطاووس وابن سيرين وأبو ثور ، وقال أبو بكر الرازي وابن المنذر ، وروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه وابن عباس رضي الله تعالى عنه مثله قالا لا يصح ذلك عنهما ، لأن في حديث ابن عباس ليس ابن أبي سليم وهو ضعيف . وقال مالك الرازي وابن المنذر إن خلا بها في منزلها فلها

لأن المعقود عليه انما يصير مستوفياً بالوطىء فلا يتأكد المهر دونه . ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع ، وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع ،

---

نصف المهر ، وإن خلا بها في منزله فلها المهر كله ، وذكر أبو بكر الرازي عنه انه قال إن تطاول ذلك وجب المهر كاملا . وفي الجواهر إن طال المقام يتقرب الكمال في أحد القولين ، ثم قيل في عدة الطول سنة ، وقيل ما يعد طولاً في العادة ( لأن المعقود عليه ) وهو منافع البضع ( إنما يصير مستوفياً بالوطىء ) فلم يوجد ( ولا يتأكد المهر دونه ) أي دون الوطىء والزوج لم يستوف المبدل من المرأة فلا يجب عليه البدل .

( ولنا انها ) أي المرأة ( سلمت المبدل ) وهو منافع البضع ( حيث رفعت الموانع ) وهو جمع مانعة ، أي حالة مانعة من الوطىء ويأتي تفسيرها عن قريب ( وكذا ) أي رفع الموانع ( وذلك وسعها ) أي وسع المرأة وهو الذى تقدر عليه ( فيتأكد حقها في البدل ) وهو المهر ( اعتباراً بالبيع ) أى قياساً عليه ، فإن التخلية فيه تسليم حق يجب على المشترى تسليم الثمن ، فكذا هنا يجب على الزوج تسليم البدل والمبدل ، والمبدل في المعاوضات يتقرر بتسليم المبدل بتحقق استيفائه ، ألا ترى أن الأجر إذا خلا بين المستأجر والمستأجر يتأكد البدل وإن لم يتحقق القبض ، وهذا لأنه توقف بقدر البدل على حقيقة استيفاء المبدل بما تمتنع من عليه البدل عن الاستيفاء ، فيتضرر من عليه المبدل وهو مرفوع شرعاً .

وروى ابن أبي شيبة عن جابر إذا نظر إلى فرجها ثم طلقها فلها الصداق وعليها العدة ، وعنه عليه السلام من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل ، رواه الدارقطني وأبو بكر الرازى في أحكامه وقال شريح يجب بها العدة ولا يتأكد بها المهر ، كذا في التتف .

فإن قلت هذا طلاق قبل المسيس فيتنصف بالنص ، ومن قال بأن الخلوة مكملة فقد علق التنصيف بالخلوة وهو خلاف النص ، إذ النص علقة بعد المس ، قلت المس ليس بوطىء حقيقة ، وإنما هو حامل على الوطىء لأنه سببه ، فاطلق اسم السبب على المسبب ،

وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أو نفـــل أو بعمرة ، أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لأن هذه الاشياء موانع

---

إذ الخلوة بالمس ويتأيد ما ذكره بالنص ، وهو قوله تعالى ﴿ وكيف يأخذونه وقدأفضى بعضكم إلى بعض ﴾ ٢٠ النساء ، والافضاء الخلوة ، وهو مأخوذ من الفضاء ، وهو المكان الخالي ، ونهـى عن استرداد شيء من المهر ، وحمل المس على الخـلوة هو أولى من حمله على الوطىء ، لأن المجوز للاطلاق ليس إلا الملازمة ، وملازمة السبب للمسبب أقوى ، لأن المسبب لا يوجد بدون السبب ، والسبب قد يختلف في المسبب كما في البيع بشرط الخيار فالسبب لازم دائماً ، والمسبب لازم في حال دون حال .

( وإن كان أحدهما مريضاً ) هذا شروع في بيان الموانع إذا كان أحدالزوجين مريضاً، والموانع جمع مانعة ، وهي أقسام ، مانع حقيقي كالمرض ، ومانع طبيعي ككون المـرأة رتقاء أو قرناء أو صغيرة لا تطيق الجماع . ومانع حسي وهو أن يكون معهما ثالث ،سواء كان بصيراً أو أعمى ، يقظاناً أو نائماً ، بالغـــاً أو صبياً ، يعقل والمجنون والمغمى عليه والصغير الذي لا يعقل لا يمنع وزوجته الأخرى تمنع . وعن محمد لا تمتنع وجاريته لا تمنع بخلاف جاريتها والكلب العقور يمنع وإن لم يكن عقوراً ، فإن كان للمرأة يمنع ، وإن كان له لا يمنع ، ومانع شرعي كالإحرام بحج فرض ومانع طبيعي وشرعي كالحيض .

( أو صائماً في رمضان ) هو مانع بلا خلاف لما يلزمه من القضاء والكفارة (أو محرماً) أو كان أحد الزوجين محرماً ( بحج فرض أو نفل أو عمرة ) الكل ســـواء في المنع ( أو كانت حائضا ) أو نفساء ، فإنه مانع طبعا وشرعا ( فليست الخلوة صحيحة ) هذاجواب عن الشرطية أى فليست الخلوة صحيحة في الأشياء المذكورة ( حتى لو طلقها كان لهـــا نصف المهر ، لأن هذه الأشياء ) يعني المرض وصوم رمضان والإحرام مطلقـــا والحيض ( موانع ) وفي العيون والحائض والمحرمة إذا جاءت بولد ثبت المهر بذلك كاملاً ، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه .

وأما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه بــــه ضرر ، وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور ، وهذا التفصل في مرضها ، وأما صوم رمضان فلا يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعاً وشرعاً ، وإن كان أحدهما صائماً تطوعاً فلها المهر كله لأنه يباح له

---

( أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به الضرر ) وهذا تقييد بتفصيل وهو ان بالجماع إن كان لا يلحقه ضرر ، فالخلوة صحيحة ( وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور ) والتكسر في الأعضاء والفتور في الذكر ، وهذا بلا تفصيل وهــو الأصح إذ لا تفصيل في مرضه فكل مرض من جانبه يمنع صحة الخلوة ، لأن جماع الرجل يوجب التكسر والفتور لا محالة ( وهذا التفصيل في مرضها ) وهو الصحيح ( وأما صوم رمضان فلا يلزمه من القضاء والكفارة ) أراد به قوله ما يمنع الجماع أو يلحق به ضرر . وفي الذخيرة مرضها متنوع بلا خلاف ، واختلفوا في مرضه ، وقيل متنوع ، وقيل جميع أنواعه مانع على كل حال . وفي جوامع الفقه ومرضه أو مرضها يمنع إذا كان يضره الجماع . وقــال الصدر الشهيد يمنع جميع الخلوة لأنه لا يجب بالإفطار القضاء والكفارة جميعا ، وفي ذلك حرج فيكون مانعا .

( والاحرام ) عطف على قوله – وصوم رمضان – تقديره ، وأما الإحرام المطلق فإنه يمنع صحة الخلوة ( لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء ) لأن الذى يجــامع في إحرامه تلزمه هذه الأشياء وقد عرف في موضعه مفصلاً ( والحيض ) عطف على قولـــه – وصوم رمضان – تقديره وأما الحيض ( فإنه مانع طبعا وشرعا ) أما طبعا فلأن فيه من التلوث بـــالدم النجس ، وأما شرعا فلقوله تعالى ﴿ ولا تقـربوهن حتى يطهـرن ﴾ ٢٢٢ البقرة .

( وإن كان أحدهما ) أى أحد الزوجين ( صائما تطوعا ) أى صوما تطوعا أو صائمـا متطوعا (فلها المهر كله) لصحة الخلوة لانه لا يلزمه إلا القضاء وعلل المصنف بقوله ( لانه يباح له

الافطار من غير عذر في رواية المنتقى ، وهذا القول في المهر هو الصحيح. وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لأنه لا كفارة فيـــه ، والصلاة بمنزلة الصوم فرضهـا كفرضـه ونفلها كنفله وإذا خلا المجبوب

---

الافطار من غير عذر في رواية المنتقى ) بفتح القاف اسم كتاب في الفقه صنفه الحـــاكم الشهيد أبو الفضل محمد بن أحمد السلمي الروزى وهو صاحب الكافي الذى يسمونه مبسوطا ( وهذا القول في المهر هو الصحيح ) إشارة إلى وجوب كل المهـ في صوم التطوع ،واحترز بالصحيح عن قول من قال صوم التطوع واخواته يمنع صحة الخلوة ، لانه لا يحل إبطاله إلا بعذر ، وبهذا روي عن أبي حنيفة رواية إشارة . وفي النهاية قوله – وهـــذا القول في المهر هو الصحيح – أى أخذ رواية المنتقى في حق كال المهر دفعا للضرر عنها وهـــو الصحيح ، والثاني حق جواز الإفطـــار ، فالصحيح غير رواية المنتقى وهو أن لا يبـــاح الإفطار من غير عذر .

( وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه ) يعني لا يمنع الخلوة . وفي البدائع روى بشر عن أبي يوسف ان صوم النفل وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا تمنع الخلوة ، قال فكان في المسألة روايتان . وفي المنافع في صوم التطوع والكفارة روايتان بالقطع .

( والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله ) أى فرض الصلاة كفرض الصوم ، ونفل الصلاة كنفل الصوم في ان الفرض فيهما يمنع صحة الخلوة ، وإن النفل فيهما يمنع ، وعن أحمد لا يمنع الاحرام والصيام في الحيض والنفاس وغيرهما صحة الخلوة ، وكـــذا لا يمنع الموانع الحقيقية كالجب والعنة والرتق والقرن في المرأة ، وهو يروى عن عطاء وابن ابي ليلى ، والثورى وعنه يمنـــع في روايـــــة ، وعنه في صوم رمضان فـــرق بين المقيم والمسافر .

( وإذا خلى المجبوب ) وهو الذى استؤصل ذكره وحصيتاه من الجـــب وهو القطع

بامرأته ثم طلقها فلهـــا كمال المهر عند أبي حنيفة « رح » . وقالا عليه نصف المهر لأنه أعجز من المريض بخلاف العنين ، لأن الحكم أدير على سلامة الآلة ، ولأبي حنيفة « رح » ان المستحق عليها التسليم في حق المستحق وقد أتت به . قال وعليها العدة في جميع هـــذه المسائل احتياطاً استحساناً

---

( بامرأته ثم طلقها فلها كال المهر عند أبي حنيفة ) وزفر ذكره في العيون وبه قال عطاء وابن أبي ليلى والثورى .

( وقالا عليه نصف المهر لانه أعجز من المريض ) لان المريض ربما يجامع والمجبوب لا يقدر عليه أصلاً لعـدم الآلة ( بخلاف العنين لان الحكم أدير على سـلامة الآلة ) يعني خلوة العنين صحيحة توجب كال المهر اتفاقا ، لان آلته سالمة فأدير حكمه وهو وجوب كال المهر على سلامة الآلة ، ولا آلة للمجبوب فافترقا ، لا يقال سلامتها مـــوجودة في المريض أيضا ، ومع هذا ليست خلوة صحيحة لان السبب الظاهر وهو سلامة الآلة أقيم مقام الأمر الخفي في العنين كـما هو الاصل ، والمانع من الوطىء فيه خفي ، وربـما لا يتحقق بخلاف المريض ، فإن المانع ثمة ظاهر ، وهو المرض يعتبر الظاهر . وفي البدايع خلوة العنين والخصي صحيحة لانهما لا يمنعـان الجماع كغيرهما . وفي القنية صحة خلوة العنين اجماع ومثله في التحفة والعيون .

( ولابي حنيفة ان المستحق عليها بالعقد التسليم ) بأقصى ما في وسعها من التمكين ( في حق المستحق ) أى المس ( وقد أتت به ) اى والحال انها قد أتث به ، اى بالتسليم المستحق عليها ( قال ) اى محمد في الجامع الصغير ( وعليها العدة في جميع هذه المسائل ) أى عند صحة الخلوة وفسـادها بالموانع المذكورة ( احتياطـا ) اى لاجـل الاحتياط ( استحسانا ) اى على وجه الإستحسان فـيما تصح الخلوة وفيما لا تصح ، والقياس أن لا تجب العدة لانه لم توجب الخلوة فلا تجب العدة ، وكذا بعد الخلوة لوجود الجامع وهـو كونه طلاقا قبل الدخول .

لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لأنه مال لا يحتاط في ايجابه. وذكر القدوري في شرحه ان المانع إن كان شرعياً تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة ، وإن كان حقيقياً كالمرض والصغر لاتجب لعـــدم التمكن حقيقة

---

وجه الإستحسان هو قوله ( لتوهم الشغل ) بفتح الشين المعجمة نظرا إلى المنع الحقيقي ( والعدة حق الشرع ) يدل عليه ان الزوجين لا يملكان إسقاطها ، والتداخل يجرى فيها، وحق العبد لا يتداخل ( والولد ) اى وحق الولد ، لقوله عليه‌السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره ، والمقصود غاية نسب الولد وهو حقه ( فلا تصدق) أي المرأة ( في ابطال حق الغير ) بقولها لم يطأني ، وقيل معناه فلا يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطأها .

( بخلاف المهر ) فإنه لا يجب بالخلوة الفاسدة ( لانه مال لا يحتاط في إيجابه ) لانه لا يجب بالشك فلا يجب إذا لم تصح الخلوة . فـإن قيل التوهم معدوم في فصل الجب ، قلنا شغل رحمها بمائه موهوم بالسحق ، ولهذا ثبت نسب ولديهما عند أبي سليمان .

( وذكر القدوري في شرحه ) لمختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي ( ان المانـع ) من الخلوة الصحيحة ( إن كان شرعياً ) كالصلاة والصوم ونحوهما ( تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة ) أي لثبوت تمكنه من الوطىء حقيقة بلا شك ، ولكن لا يتمكن شرعاً فدارت بين الوجوب وعدمه فتجب احتياطاً لجواز انها لا يتأتى بالمانع الشرعي ( وإن كان ) أي المانع ( حقيقياً ) كالصغر والمرض ( لا تجب ) أي العدة ( لانعدام التمكن ) من الوطىء ( حقيقة ) قال الاترازي بيانه إن في كل موضع يتمكن من الوطىء حقيقة لكن تمتنـع لمانع يجب فيه العدة ، وفيه الرتق يتصور الوطىء بالفتق ، وفي المجبوب وفي كل موضع لا يتمكن من الوطىء حقيقة كالمريض السخيف والصغير أو الصغيرة لا تجب العدة ، كذافي فتاوى الصغرى .

أما المهر في الرتق فقال في كتاب الصلاة في باب الرجعة إذا خلا بها ثم طلقهـا يجب

عليه نصف المهر ، قال الصدر الشهيد ، وفي شرح الجامع الصغير ومن المتأخرين من قال الصحيح ان المذكور على قولهما ، وعلى قول أبي حنيفة تصح الخلوة ، ويجب المهر كاملاً كالمجبوب ، قال لكن هذا خلاف ظاهر الرواية وقال صاحب الأجناس اتفقت الروايات أنه يجب نصف المهر وهو الأصح .

وفي شرح الطحاوي أقيم الخلوة مقام الوطىء في بعض الأحكام لتأكد المهر وثبوت النسب ووجوب العدة والنفقة والسكنى في العدة ، وحرمة نكاح خمساً أربع سواها في هذه العدة دون البعض كالاحصان ، أي لا يصير محصناً بالخلوة وحرمة البنات والاحلال للزوج الأول ، والرجعة والإرث حتى لو طلقها ومات وهو في العدة لم ترث ، وفي وقوع الطلاق في هذه العدة اختلاف والصحيح أنه يقع طلاق آخر في هذه العدة ، لأن الأحكام لما اختلفت في هذا الباب وجب القول بالوقوع احتياطاً، وفي حرمة البنت في هذه العدة عن طلاق بائن اختلاف ، فعن محمد يحرم خلافاً لأبي يوسف والخلوة الصحيحة في النكاح لا توجب العدة.

وذكر العتابي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهراً على الحقيقة ، فقيل لو تزوجت وهي متعينة لعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء ، والموت أقيم مقام الدخول في حكم المهر والعدة ، وفيما سواها من الأحكام كالعدة . وفي شرح القاضي خان فإن ماتت الأم قبل أن يدخل بها فابنتها له حلال .

( قال ) القدوري ( وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا مطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهراً ) صدر الكلام يدل على عموم استحباب المتعة لكل مطلقاً ، لأن لفظ كل إذا أضيف إلى النكرة يقتضي عموم الافراد ، ثم استثنى منه هذه المطلقة المذكورة ، قال صاحب المنافع وقع الإشتباه هنا في الإستثناء في صدر الكلام ، أما الإستثناء فإنه ذكر في المبسوط : الحق أن المتعة تستحب للتي طلقها قبل الدخول، وقد سمى لها مهراً فتعذر الإستثناء على هذا .

وأماصدر الكلام فإن المتعة واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً ، قال والجواب أن المتعة في المستثنية ليست بمستحبة عند القدوري،فقد ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة ، فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً ، والمستحبة لكل مطلقة إلا التي طلقها قبل الدخول ؛ وقد سمى لها مهراً ، والمراد من قوله لكل مطلقة غير التي يجب بها المتعة ، لأنه بين حكم هذه قبل هذا .

وقال الأترازي معنى كلام القدوري تستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها ، وهي التي طلقها قبل الدخول وقبل التسمية،فإن متعتها واجبة إلا لمطلقة واحدة، وهي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية ، فإن متعتها ليست بواجبة ولا مستحبة حكماً للطلاق ، ولو كان مستحباً لكان لمعنى آخر كما في قوله في صلاة الفطر ولا يكبر في طريق المصلي عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، أي حكماً للعيد ، ولكن لو كبر لأنه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب ، وهذا اختيار صاحب الهداية ، وعلى رواية صاحب المختلف وغيره أن المتعة المستثناة أيضاً مستحبة فلا يصح الإستثناء على روايتهم.

وقال صاحب الكافي قوله – تستحب المتعة ... إلى آخره – يريد به المطلقة بعد الدخول في نكاح فيه تسمية أولاً ، والمطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية إلا المفوضة فإنها يجب فيها . وقال الكاكي انه ورد الا شكال في الإستثناء وصدر الكلام المذكورين، ثم أجاب عن الأول بأن المصنف اتبع القدوري فذكر ما ذكرناه ، ثم قال لأن من نفى الإستحباب أراد به الإستحباب الناشيء من دفع وحشة الفراق ،وهو معدوم في المستثنى، وظهرت المخالفة بين المستثنى والمستثنى منه من هذا الوجه ، وعن الثاني بأنه أجرى لفظ الإستحباب على العموم ، وأراد به حقيقة في البعض ، وهي التي طلقها بعد الدخول وقبل الدخول سمى لها مهراً أو لا مجازه أي الوجوب في البعض، وهي التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً ، وفي الوجوب استحباب وزيادة،وهذا واضح عند مشايخ العراق لتجويزهم الجمع بين الحقيقة والمجاز عند اختلاف المحل .

وقال الكاكي أيضاً أو يقال أنه أراد به كل مطلقة غير التي يجب لها المتعة لأنه بين

وقال الشافعي تجب لكل مطلقة إلا لهذه ، لأنها وجبت صلة من الزوج ، لأنه

---

حكمها سابقاً فدل سبق ذكرها على أنه أراد بهذا العموم وغيرها كيلا يلزم التكرار في البعض أو التناقض . وقال السروجي بعد أن ساق كلام المصنف وتستحب المتعة إلى قوله – وقد سمى لها مهراً – أو في بعض النسخ – ولم يسم لها مهراً – انتهى .

قلت قال في المجتبى المكتوب في النسخ المتعة إلا التي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهراً ، وهكذا صح الإمام ركن الأئمة الساغي في شرحه للقدوري انتهى . قلت على هذه النسخة لا يبقى الإشكال .

وقال تاج الشريعة قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة اعلم ان المتعة واجبة لمطلقة واحدة وهي التي مر ذكرها في الكتاب ومستحبة لمطلقتين احداهما التي طلقها زوجها بعد الدخول ولم يسم لها مهراً ، والأخرى التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهراً ، والتي طلقها قبل الدخول بعد التسمية لا يكون المتعة واجبة لها ولا مستحبة وهي الصورة المستثناة في الكتاب فصار قوله – وتستحب المتعة لكل مطلقة – أي تستحب لكل مطلقة غير تلك المطلقة التي وجبت متعتها إلا المطلقة الواحدة ،

فالحاصل أن المطلقات أربع لأنها لا تخلو إما ان كانت مدخولا بها أو لم يكن ، فإن لم يكن فلا يخلوا أن كان مهرها مسمى أو لم يكن ، فإن لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة ، وإن كان مهرها مسمى فهي الصورة المستثناة التي لا يستحب لها ولا تجب ، وإن كانت مدخولاً بها فلا تخلو ، اما ان كان مهرها مسمى أولا ، واما ان كان يلزم القسمان الآخران وهما اللتان يستحب لهما المتعة .

( وقال الشافعي تجب ) أي المتعة ( لكل مطلقة إلا لهذه ) وهي التي طلقها قبل الدخول بعد تسمية المهر فليست المتعة عنده واجبة لها على القول الجديد ، وعلى قوله القديم تجب المتعة ، وبقوله قال أحمد في رواية ، وفي رواية مثل قولنا ، وقال مالك انها مستحبة في الجميع ( لأنها ) أي لأن المتعة ( وجبت صلة من الزوج ) وليست بعوض ، ولهذا اختلف بيسار الزوج وإعساره والأعواض لا تختلف كال من عليه ( لأنه ) لأن الزوج

أوحشها بالفراق إلا أن في هذه الصورة نصف المهر طريقة المتعة ، لأن الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ، ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لأنه سقط مهر المثل ووجبت المتعة ، والعقد يوجب العوض ، فكان خلفاً ، والخلف لا يجامع الأصل ولا شيئاً منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش

---

(أوحشها بالفراق ) فأوجبناها صلة رفعاً لوحشة الفراق .

( إلا أن في هذه الصورة ) أي المستثناة ( نصف المهر ) منصوب لأنه اسم ، لأن وطريقة المتعة مرفوع لأنه خبر ان ، وتقدير الكلام المستثناة نصف المهر يجب ( بطريق المتعة ، لأن الطلاق فسخ ) معنى ( في هذه الحالة ) أي في الطلاق قبل الدخول يعود مالها إليها سالماً ، وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع أوجب نصف المهر بطريق المتعة ( والمتعة لا تتكرر ) فلا يجب المتعة لهذه المطلقة مع نصف المهر ، وقيل قوله – وطريق المتعة – وقع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا حيث قالوا الطلاق في هذه الحالة فسخ فيسقط جميع المسمى ، وانما يجب نصفه على طريق المتعة ، وأما الآخرون منهم قالوا يبقى نصف المهر وسقط نصفه بالطلاق ، لقوله تعالى ﴿فنصف ما فرضتم﴾ ٢٣٧ البقرة .

( ولنا أن المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة ) بكسر الواو ، وهي التي طلقها قبل الدخول ، ولم يسم لها مهراً ، أو تزوجها على ان لا مهر لها. ( لأنه ) أي لأن الشأن ( سقط مهر المثل ) بالطلاق قبل الدخول ( ووجبت المتعة والعقد ) أي والحال أن العقد ( يوجب العوض ) لا ينفك عنه لقوله تعالى ﴿ ان تبتغوا بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء ( فكان خلفاً ) عن مهر المثل كالتيمم مع الوضوء ( والخلف لا يجامع الأصل ) فلا تجب المتعة بوجوب المهر لكل المفروض عند الطلاق بعد الدخول أو بعض المفروض قبله ( ولا شيئاً منه فلا يجب ) أي المتعة ( مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الإيحاش ) جواب عن حرف الخصم ، وهو قوله أوحشها بالفراق ، وتقديره سلمنا انه أوحشها بالفراق لكنه لم يكن في ذلك

فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل ، وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه المتزوج بنته أو أخته ليكون أحـــد العقدين عوضاً عن الآخر ، فالعقدان جائزان ، ولكل واحد منهما مهر مثلها ،

---

الإيحاش جانياً لأنه فعل حاصل بإذن الشرع .

( فلا تلحقه الغرامة به ) أي بالإيحاش، وذلك لأن الطلاق مباح شرعاً ، وربما يكون مستحباً إذا كانت المرأة سليطة أو تاركة للصلاة أو خافا أن لا يقيما حدود الله ، قيل هذا مما يعلم ولا يفتى به كما في صورة المرأة الصالحة والزوج مدمن خمر ، ويطلقها ثلاثاً ولا يتزوجها فإنه يجوز لها أن تدفع السم إلى زوجها فتقتله ( فكان من باب الفضـــل ) أي فكانت المتعة من باب الاحسان ، وإنما قال فكان على تأويل المشاع ، والمتعة بمعنى واحد أو على تأويل فعل المتعة .

( وإذا زوج الرجل بنته على أن يزوجه المتزوج بنته أو أخته ليكون أحـــد العقدين عوضاً عن الآخر فالعقدان جائزان ، ولكل واحد منها مهر مثلها ) هذا النكاح يسمى نكاح الشغار من الشغور ، وهو الرفع والإخلاء ، يقال شغر البلد إذا خلا عن النـــاس ، والبلد شاغرة إذا لم تمنع من غارة أحد ، وسمي هذا النكاح بذلك لخلوه عن المهر ، وهو من أنكحة الجاهلية . وقال ﷺ لا شغار في الإسلام ، وقيل هو من الرفع يقال شغـــر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وفيه قولان ، قيل سمي به لأنهما رفعا المهر من العقـــد ، وقيل معناه لا ترفع رجل بنتي حتى أرفع رجل بنتك لأهل الجاهلية ، ذكره الغزالي في الوسيط والبسيط . وقيل الشغار البعد ، فكأنه بعد عن الحق في نفي المهر ، وأشغر في الفلاة أبعد فيها .

فإن قلت قوله عليه السلام لا شغار في الإسلام ، حديث صحيح أخرجه الجماعة من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنه ، وأخرجه الترمذي ايضاً من حديث عمـــران بن حصين ، وأخرجه مسلم من حديـــث جابر رضي الله تعالى عنه ، ولفظه نهى رسول الله ﷺ عن الشغار . قلت النهي الوارد فيه انما كان من أجل خلائه عن تسمية المهر ، وتركه بالكلية عادة الجاهلية لا لعين النكاح، فأشبه البيع وقت النداء والنكاح لا يبطله خلوه من تسمية

وقال الشافعي « رح » بطل العقدان لأنه جعل نصف البضع صداقاً ، والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب . ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقاً فيصح العقد ويجب مهر المثل ، كما إذا سمى الخمر والخنزير ،

---

المهر كالمفوضة ، ولا فساد تسميته كالصداق المجهول ، وملك الغير والأبق ولا تسمية بما ليس بمال كالميتة والدم ، ولا بتسمية ما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير ، وقد نص إمام الحرمين على أن خلوه لا يبطله ولا يشترط آخر في النكاح ، لأنه شرط فاسد والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة .

قوله في الكتاب عوضاً عن الآخر قيد به لأنه لو لم يقل على أن يكون بضع كل واحدة صداقاً للآخر يجوز النكاح ولا يكون شغاراً بإجماع الائمة الأربعة .

وأما إذا قال الآخر زوجتك بنتي على أن تزوجني ابنتك على أن يكون نكاح كل واحدة منهما صداقاً للأخرى فإنه ينعقد النكاح عندنا ، ولكل واحدة منهما مهر المثل ، وكذا إذا قال في الاختين أو الإبنتين . وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يبطل العقدان، وبه قال مالك وأحمد ، واحتجوا بالحديث ،وأجبناه عن قريب ، وبقوله قال عطاء وعمرو ابن دينار ومكحول والزهري والثوري . وقال الاوزاعي إن كان داخلاً بها فلهما مهر مثلهما ، وقبل الدخول يفسخ ويفسد العقد . وقال عطاء المشاغر أن يقران على نكاحهما ويؤخذ لكل واحدة صداق وبه يبطل تشاغرهما ، ولم يستدل المصنف للشافعي في هذا بالحديث ، بل استدل له بالمعقول حيث قال :

( لانه ) أي لان الرجل الذي زوج بنته على أن يزوجه الرجل بنته ( جعل نصف البضع من كل واحدة منهما صداقاً والنصف الآخر منكوحاً ، ولا اشتراك في هذا الباب ) أي في باب النكاح ، لان البضع الواحد لا يكون مشتركاً بين شخصين ، كما إذا زوجت المرأة نفسها من رجلين ، وإذا لم يصح الإشتراك ( فبطل الإيجاب ) وإذا بطل الإيجاب بطل العقد .

( ولنا انه سمي ما لا يصلح صداقاً فيصح العقد ويجب مهر المثل كما إذا سمى الخمر والخنزير )

ولا شركة بدون الاستحقاق ، وإن تزوج حر امرأة على خدمته إياها سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها . وقال محمد لها قيمة خدمته ، وإن تزوج عبد امرأة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته

---

بأن تزوجهـــا على خمر أو خنزير ( ولا شركة بدون الإستحقاق ) هـــذا جواب الخصم ، وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقاً لم يتحقق الإشتراك ، لان منافع بضـــع المرأة لا تصلح أن تكون مملوكة لامرأة أخرى ، فبقي هذا شرطاً فاسداً ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

( وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن ) أي تزوجها على أن يعلمها القرآن صح النكاح (ولها مهر مثلها ) في الصورتين ، وبصورة تعليم القرآن،مثـــل قولنـــا قال مكحول والليث ومالك واسحاق وأحمد في رواية ، واختاره أبو بكر من الحنابلة وابن الجوزي في التحقيق ، لانه عبادة وليس بمال ، وشرع النكاح بالمال فصـــار كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان ، ومعنى حديث الواهبة نفسها وقوله عليه السلام زوجتكها بما معك من القرآن ، أي من أجل أنك من أهل القرآن أو ببركة ما معك من القرآن كتزوج أبي طلحة على إسلامه .

(وقال محمد لها قيمة خدمته سنة سنة ) والمسألة من مسائل القدوري ، ولكنه ذكرها على الإتفاق ، ولم يذكر خلاف محمد ، والمصنف ذكره اتباعاً لرواية الجامع الصغير ، فإنه قال فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تزوج امرأة على خدمة سنة ، قـــال إن كان حراً فلها مهر مثلها ، وإن كان عبداً فلها خدمة سنة ، وقال محمد لها خدمة سنة إن كان حراً ، قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو جعفـــر ينبغي أن يكون قـــول أبي يوسف مثل قول محمد ، وقـــال بعض مشايخنا أن قوله مثل قول أبي حنيفة .

( وإن تزوج عبد امرأة حرة بإذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته سنة ) لما فيه من تسليم رقبته والعبد من الاموال يباع في الاسواق ويعرض عرض الدواب وقـــد سلبت عنه كرامات البشر .

وقال الشافعي « رح » لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين ، لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده لأنــه بذلك تتحقق المعاوضة، وصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاها وعلى رعي الزوج غنمها . ولنا ان المشروع إنما هو الابتغاء بالمال ، والتعليم ليس بمال ، وكذلك المنافع على أصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ،

---

( وقال الشافعي لهاتعليم القرآن والخدمة في الوجهين ) أى في الحر والعبد ، وبه قال مالك وأحمد ، وكذا الخلاف لو تزوجها وجعل مهرها طلاق الغير أو العفو عن القصاص ، فعندنا يجب مهر المثل ، وعندهم المسمى ( لأن ما يصلح أخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهراً عنده ) أي عند الشافعي ، لأن المقصودتحقق المعاوضة ( لأن بذلكتتحقق المعاوضة، فصار كما إذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاها ، أو علي رعـي الزوج غنمها ) أي أو تزوجها على أن يرعى غنمهـا سنة فلا ، وكذا إذا تزوجها على أن يزرع أرضها سنة .

( ولنا أن المشروع ) أي في عقد النكاح ( انمـا هو الإبتغاء بالمال ) أي الطلب بالمال لقوله تعالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء ، ( والتعليم ليس بمال ) أي تعليم القـرآن ليس بمال ، فضلاً أن يكون متقوماً ( وكذا المنافع ) غير متقومة ( على أصلنا ) لأنهـا أعراض لا تبقى زمانين ، وتقومها في العقد على خلاف القياس ( وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ) أي رقبة العبد كما في الإجارة ( ولا كذلك الحر ) لأنــه يتضمن تسليم رقبته ،وعلى هذه النكتة يقـع جواز النكاح على خدمة آخر ورعي الغنم ، قاله الأكمل .

وفي المحيط ولو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته ، ويرجع على الزوج بقيمة حرمته ، وعلى رعي غنمها وزراعة أرضها يجوز في رواية ولا يجوز في رواية ،وفي المرغيناني روايتان ، ولو تزوج العبد على رقبته بإذن مولاه أمة أو مدبرة أو أم ولد جاز. ولو تزوج

ولأن خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه ، لأنـــه لا مناقضة ، وبخلاف خدمة العبد لأنه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بإذنـــه وأمره بخلاف رعي الأغنام لأنه من باب القيام بأمور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ، ثم على قول محمد « رح »

---

عليها حرة أو مكاتبة لا يجوز ولا ينفذ بقيمته ، لأن المنع من جهة الشرع لا من جهة المال ، بخلاف عبد الغير ، حيث يصح النكاح وتجب قيمته .

( ولأن خدمة الزوج الحر لا تجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه ) أي لما في استحقاق خدمة الزوج الحر ( من قلب الموضوع ) لأن موضوع النكاح أن يكون الزوج مالكاً ،قال الله تعالى ﴿ الرجال قوامون على النساء ﴾ ٣٤ النساء ، والمراد بالقيامة المالكية ، ومقتضى النكاح أن تكون المرأة خادمة ، والزوج مخدوماً ، لقولـــه عليه السلام النكاح رق ، وفي جعله خدمته مهراً كان الرجل خادماً ، والمرأة مخدومة ، وهـــذا خلاف موضوع النكاح بلا خلاف .

( بخلاف خدمة حر آخر برضاه لأنه ) يصلح أن يكون مهراً لأنه مسلم من رقبتـــه كالمستأجر ( ولا مناقضة فيه ، وبخلاف خدمة العبد فانه يخدم مولاه معنى ) يعني من حيث المعنى ( حيث يخدمها بإذنه وبأمره بالنكاح ، وبخلاف رعى الأغنام لأنه من باب القيـــام بأمر الزوجية ) وليس من باب الخدمة ، لأنهما يشتركان في منافـــع أموالهما فلم تتمحض الخدمة ، ألا ترى أن الابن إذا استأجر أبيه للخدمة لا يجوز ، ولو استأجره لرعـــي الغنم والزراعة وغيرها يجوز ، وكيف وقد وقع التنصيص في قصة شعيب عليه السلام وشريعة من قبلنا تلزمنا ، إذا نص الله ورسوله بلا إنكار .

( فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ) وهي رواية الأصل الجامع وهو الأصح، ويجوز على رواية ابن سماعة ، وعللها بقوله لأنه من باب القيام بأمور الزوجية ( ثم على قول محمد

تجب قيمة الخدمة لأن المسمى مال إلا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير . وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» يجب مهر المثل لأن الخدمة ليست بمال ، إذ لا يستحق فيه بحال ، فصار كتسمية الخمر والخنزير ، وهذا لأن تقومها بالعقد للضرورة ، فإذا لم يجب تسليمه في العقد لا يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل ،

---

يجب قيمة الخدمة ، لأن المسمى ) وهي الخدمة ( مال ) يرد العقد عليها إذ المنفعة تصير مالاً بإيراد العقد عليها ( إلا أنه عجز عن التسليم ) أي عن تسليم الخدمة ( لمكان المناقضة ) وهي كون المخدوم خادماً ، والخادم مخدوماً ، وهي ممنوعة عن استخدام الزوج شرعاً فتكون لها قيمة المسمى ( فصار كالتزوج على عبد الغير ) فاستحق فلزم قيمته .

( وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يثبت مهر المثل ، لأن الخدمة ) أي خدمة الحر ( ليست بمال إذ لا تستحق فيه ) أي لا تستحق الخدمة في النكاح ، قال الرازي سماعاً في هذا الموضع بكلمة أو التي هي موضوعة لأحد الشيئين على أن تكون هذه الجملة دليلاً ثانياً ، بيانه ان مهر المثل انما وجب لأحد الأمرين إما لأن خدمة الزوج الحر ليست بمال أو لأن خدمته لها لا تعتبر مستحقة في النكاح ( بمال ) يعني أصلاً ، لأن المنافع ليست بمال متقوم حقيقة ، لعدم الاحراز وتقومها المعقود للضرورة شرعاً بخلاف القياس ، وإذا منعنا الشرع عن تسليم هذه المنفعة لمكان المناقضة لم يثبت تقومها ( لما ذكرنا أن فيه قلب الموضوع فصار كتسمية الخمر والخنزير ) إذا عقد ، وسماهما أو إحداهما فإنه يجب مهر المثل .

( وهذا لأن تقومه بالعقد لضرورة ، فإذا لم يجب تسليمه ) أي تسليم ما ليس بمال ( في العقد لم يظهر تقومه فبقي الحكم على الأصل وهو مهر المثل ) ان مهر المثل هو الأصل في النكاح .

فإذا تزوجها على ألف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل إليه بالهبة عين ما يستوجبه ، لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ ، وكذا إذا كان المهر مكيلاً أو موزوناً آخر في الذمـــة لعدم تعينهـا ، فإن لم تقبض الالف

---

( فإن تزوجها بألف ) أي بأن تزوج امرأة وجعل صداقها بألف درهم ( فقبضتها ) أي فقبضت المرأة الألف الصداق ( فوهبتها ) أي للزوج ( ثم طلقها قبل الدخول رجـع عليها ) أي رجع الزوج على المرأة بخمسمائة ، وهي نصف المهر ، وبه قال الشافعي . وقال في الأظهر لا يرجع كما في العين ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ( لأنه ) أي لأن الـزوج ( لم يصل إليها بالهبة ) أي هبة الألف التي قبضتها ثم وهبتها ( له عين ما تستوجبه ) أي عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول ، لأنه يستحق به نصف المهر والمقبوض ليس بمهر ، بل هو عوض عنه ، وهذا لان المهر دين في الذمة ، والمقبوض عين فكان مثله لا عينـه ، فصارت هبة المقبوض كهبة مال آخر ، وحقه في سلامة نصف الصداق فلم يسلم فلهالرجوع وهـذا ( لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقـــود والفسوخ ) عندنا فصـار كهبة مال آخر .

( وكذا ) أي وكذا يرجع عليها بالنصف ( إذا كان المهر مكيلاً أو موزوناً أو شيئاً آخر في الذمة ) كالعدة وليس في الكثير من النسخ لفظ أو شيئاً بل هو أو موزوناً آخر بلفظ آخر صفة الموزون . وقال الاترازي – أو موزوناً آخـر غير الدراهم والدنانير – يعني غير مقبوض بأن تزوجها وجعل مهرها كذا وكذا أكراً من الحنطة أو الشعير ، أو كذا وكذا رطلاً من الاشياء التي توزن ، أو شيئاً آخر عين المكيل والموزون ، وكـل ذلك بلا قبض ، وعلل هذا بقوله ( لعدم تعينها ) أي لعدم تعيين هذه الاشياء عند العقد، ولهذا لم يجب عليها رد عين ما قبضت .

( فإن لم تقبض الالف ) أي فإن لم تقبض المـرأة الالف التي أصدقهـا عليـــه

حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق، وهو قول زفر «رح» لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول. وجه الاستحسان أنه وصل إليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر، ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود، ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كليهما المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند أبي حنيفة «رح»

---

(حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما) أي من الزوجين (على صاحبه بشيء) من ذلك (في قولهم جميعاً) أي في قول أبي حنيفة وصاحبيه استحساناً.

(وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه) أي لان الزوج (سلم المهر له بالابراء وما سلم له بالابراء غير ما يستحقه بالطلاق) وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير ما يستحقه (فلا تبرأ) أي المرأة (عما يستحقه) أي الزوج (بالطلاق) قبل الدخول، فالزوج يسلم له وهو النصف.

(ووجه الإستحسان انه) أي ان الزوج (وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر) لكن بسبب آخر وهو الابراء (ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود) وهو براءة ذمة الزوج عن نصف المهر، لان الاسباب غير مطلوب لذاتها بل لاحكامها، ألا ترى أن من يقول لآخر لك علي ألف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك، وقال الآخر الجارية جاريتك ولي عليك ألف، لزمه المال لحصول المقصود، وإن كذبه في السبب وهو بيع الجارية.

(ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره أو وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع أحدهما بشيء على صاحبه عند أبي حنيفة) أي فيما يتعين

وقالا يرجـــع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل ، ولان هبة البعض حط فيلحق بأصل العقد . ولابي حنيفة « رح » ان مقصود الزوج حصـل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فـلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق بأصـــل العقـد في النكاح ، ألا ترى أن الزيـادة فيـــه لا يلتحـق حتى لا يتنصف ،

---

وفيما لا يتعين ، وبه قال الشافعي في وجه ، وهو الاصح ، وفي وجه يرجع عليها بنصـف الصداق وهو قول زفر وهو القياس .

( وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتباراً للبعض بالكل ) يعني لو قبضت الكل ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت ، فكذا إذا قبضت البعض ( لان هبة البعض حط فيلحق بأصل العقد ) أي البعض الذى لم يقبضه حط والحط يلحق بأصل العقد فكأنه تزوجها قبل الخمسمائة المقبوضة ابتداء .

( ولابي حنيفة أن مقصود الزوج قد حصل ) وقـد فسرمقصوده ، بقوله ( وهـــو سلامة نصف الصداق بلا عوض وقد حصل فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق ) كمن له على آخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل ( والحط لا يلحق بأصل العقـــد في النكاح ) لآنـــه ليس بعقد معاينة ولا مبادلة مـــال بمال فلا تقع الحاجة إلى دفـــع العـــين فلا يلتحق بأصل العقـــد ، وإنما يلتحق في البيع فإنه عقـــد معاينة ومبادلة مال بمال ومرابحة مع الحاجة إلى دفع العين ، ثم استوضح ذلـك بقوله ( ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلحق حتى يتنصف ) وكذا الحط لا يلتحق ، لان الحط والزيادة شيئان، فاذا لم يلتحق الحط لا تلتحق الزيادة ،ألا ترى انها لو حطت عن الزوج إلا خمسة لم يكمل لها عشرة اعتباراً بالإبتداء ، ولو التحق الحط بأصل العقد يكمل ، ولو انتصف ولم تهـب الباقي حتى طلقها لم ينتصف الباقي اعتباراً بالإبتداء .

ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ، ولو كان تزوجها على عرض فقبضت أو لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجـــع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عـــين المهر على ما مر تقريره ، وجه الاستحسان أن حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ،

---

( ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف ) صورته تزوجها على ألف فوهبت منه مائتين وقبضت الباقي ، فعند أبي حنيفة يرجع عليها بثلاثمائة درهم حتى يتم النصف .

( وعندهما ينتصف المقبوض ) يعني يرجع عليها بأربعمائة ، لانـــه عنده ما سلم للزوج العين ، وعندهما المقبوض معتبر فكأنه تزوجها على ما قبضت فينتصف المقبوض .

( ولو كان تزوجها على عرض ) وفي الكافي تزوجها على ما يتمين بالتعيين كالعرض . وفي جامع قاضي خان والمكيل والموزون إذا كانا عيناً فهـو بمنزلة العروض ، وإن كان ديناً فهو بمنزلة الدراهم ( فقبضته أو لم تقبضه ) سواء في حكم المسألة ( فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء استحساناً ) وبه قول الشافعي في القديـــم ، وفي الجديد يرجع ، وهو قول مالك وأحمد في رواية وهو قول زفر .

( وفي القياس وهو قول زفر رجع عليها بنصف قيمته ، لان الواجب فيــه رد نصف عين المهـر على ما مر تقريره ) يعني في قوله لانه يسلم لهـــا المهر في الإبراء فلا تبرأ بما تستحقه .

( وجه الاستحسان أن حقه ) أي حق الزوج ( عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها ) بلا عوض ( وقد وصل إليه ) عين المهر بلا عوض من جهتها فحصل مقصوده فلا

ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه ، بخلاف ما إذا كان المهر ديناً وبخلاف ما إذا باعت من زوجها لانه وصل إليه ببدل. ولو تزوجها على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب ، لأن المقبوض متعين في الرد ، وهذا لأن الجهالة تحملت في النكاح ،

---

يرجع بشيء ، كما عجل الدين المؤجل قبل حلول الاجل ، و كمن عجل الزكاة قبل الحلول ( ولهذا ) أي ولاجل حصول حقه إليه ( لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه ) أى مكان ما تستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه في الرد ( بخلاف ما إذا كان المهر ديناً ) يجرى فيه العوض كالمكيل والموزون حيث يرجع عليها بالنصف ، لان المقبوض لا يتعين بالرد وإذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها.

( وبخلاف ما إذا باعت ) يعني الصداق المعوض ( من زوجها لانه وصل اليه ببدل ) أى بعوض ، لانه اشتراه منها والسلامة بعوض كلا سلامة فلا ينوب عما التحقه بالطلاق فيرجع عليها بنصف المهر .

( ولو تزوجها على حيوان ) بأن تزوجها على حمار أو فرس أو نحوهما ( أو عروض) أى أو تزوجها على عروض حال كونها ( في الذمة ) بأن قال ثوب هروى بين جنسه ونوعه ( فكذلك الجواب ) أى لا يرجع عليها بشيء قبض أو لم يقبض ، وعلى قول الشافعي لا تصح التسمية ويجب مهر المثل ، وعن مالك في رواية وأحمد في رواية بطل النكاح لجهالة المسمى ، وعندنا صح العقد ووجب الوسط ، وانها لا ترجع بشيء ( لان المقبوض متعين في الرد ) ان الاصل في العرض الحيوان العينية وثبوته في الذمة على خلاف الاصل للضرورة لما فيه من الجهالة ، وكان ينبغي أن يفسد العقد ، ولكنه صح ووجب الوسط.

( وهذا ) اشار به إلى شيئين ، احدهما جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين ، والآخر إلى ان المقبوض متعين فى الرد ، فأشار إلى الاول بقوله ( لان الجهالة ) يعنى عدم التعيين ( قد تحملت فى النكاح ) لان مبناه على المسامحة عادة ، وإنما قيد بقوله تحملت

فإذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه ، وإذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى ، لأنه صلح مهراً وقد تم رضاها به ، وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلهـــا مهر مثلها ، لأنه سمى مالها فيه نفع ، فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها ، كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف ،

---

فى النكاح احترازاً عن المعاوضات المحضة ، حيث لا يتحمل فيها الجهالة ، كما لو اشترى فرسا او حماراً لا يجوز لما عرف ان مبناه على المضايقة فيؤدى إلى المنازعة .

وأشار إلى الثاني بقوله ( فإذا عين ) أي عند القبض . ( يصير كـأن التسمية وقعت عليها ) ولو كان كذلك كان متعيناً ، وكذلك إذا عين بالقبض ، وفائدة الأول صحة العقد وإن كان المسمى مجهولاً ، ومنع وجود المهر . وفائدة الثاني عدم رجوع الزوج عليهـــا بشيء إن وهبته له ، وعدم ولاية الإستبدال بغيره ، بخلاف الدراهم والدنانير .

( وإذا تزوجها على ألــف ) أي إذا تزوج رجل امرأة على ألـــف درهم ( على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى ) أي أو يتزوج بشرط أن لا يتزوج عليها امرأة أخرى فالنكاح صحيح ، وإن كان شرط عدم المسافرة أو عدم التزوج فهو فاسد ، لأن فيه المنع عن الأمر المشروع ( فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهراً ) أي لأنه سمى ما صلح مهراً لأنه سمى مالها فيه نفع وهو عدم إخراجها من البلد وعدم التزوج عليها ( وقد تم رضاها به ) أي رضى المرأة بما سمى .

( وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها ) أي من البلدة ( فلها مهر مثلها ) وصورة المسألة فيما إذا كان مهر المثل أكثر من الألف ( لأنه سمى مالها فيه نفع ) حتى رضيت بقبض المسمى عن مهر المثل ( فعند فواته ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامـة ) بأن يكرمها ولا يكلفها الاعمال الشاقة ( والهديـ ) أي وكما في تسمية الهدية ( مع الألف ) بأن شرط ما يبعث به كما لو سمى الهدية مع الألف بأن يرسل إليها مع الألف الثياب الفاخرة .

وقال زفر إن شرط لها مع الألف ما هو مال كالهدية ؛ فالجواب هكذا ، وإن شرط ما ليس بمال كطلاق الضرة فليس لها إلا الالف ، وفي المغنى الشروط في النكاح أقسام ثلاثة ، الاول : يلزم الوفاء به ، وهو ما يعود نقصه إليها وهو أن لا يخرجها من دارها أو لا يسافر بها أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها ، فهذه الشروط يلزمه الوفاء بها ، فإن لم يف فلها فسخ نكاحها يروى ذلك عن عمر وسعيد بن أبي وقاص ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد وطاووس والأوزاعي واسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقتادة وهشام بن عروة والليث والثورى ومالك والشافعي وابن المنذر . وقال أبو حنيفة وأصحابه لكن يكمل لها مهر المثل إن نقصت منه بسبب هذه الشروط .

والثاني : ما يبطل فيه الشروط ويصح النكاح ، مثل أن يشترط أن لا يكون لها مهراً وأن ينفق عليها ، وأن لا يطأها ، أو أن يعزل عنها ، أو لا يكون عندها في الجمعة الا يوماً أو ليلة ، أو شرط لها النهار دون الليل ، أو شرط عليها أن تنفق عليه أو تقطعه شيئاً من مالها ، فهذه الشروط كلها باطلة لانها تنافي مقتضى العقد ، والنكاح صحيح في الصور كلها ، لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة .

والثالث : ما يبطل به النكاح وهو التوقيت في النكاح ، ونكاح المتعة واشتراط الخيار ، وهذا اتفاق ، أو يقول زوجتك إن رضيت أختها أو فلاناً أوجبت بالمهر في وقت كذا ، وإلا فلا نكاح بيننا . وذكر أبو الخطاب فيه وفي خيار الشرط ورضى أمها أو رضى فلان روايتان ، أحدهما النكاح فيها صحيح والشرط باطل ، وبه قال أبو ثور ، وحكاه عن أبي حنيفة في شرط الخيار وزعم انه لا خلاف فيها .

وفي خزانة الاكمل تزوجها على أن أباها بالخيار صح النكاح وبطل الخيار ، وإن قال إن رضي أبي فالنكاح باطل . وقال ابن قدامة عن عطاء وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي ان من قال في النكاح إلى وقت كذا وإلا فلا عقد بيننا أن الشرط باطل والعقد صحيح . وروى منصور عن أحمد ان الشرط والعقد جائزان ، وعن مالك والشافعي وأبى عبيد

ولو تزوجها على ألف إن أقام بها ، وعلى ألفين إن أخرجها ، فإن أقام بها فلها الألف ، وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن الألف، وقالا الشرطان جميعاً جائزان حتى كان لها الألف إن أقام بهـــا ، والألفان إن أخرجها . وقال زفر الشرطان جميعاً فاسدان ، ويكون لهـــا مهر مثلهـا لا ينقص من الألـف ولا يزاد على ألفـــين .

---

فساد العقد . وفي اشتراط الخيار في الصداق عن الحنابلة ثلاثة أوجه صحة العقد وبطلان الخيار وصحتها وصحة العقد وبطلان الصداق .

( ولو تزوجها على ألف إن أقام بها ) يعني في بلدها ( وعلى ألفين إن أخرجها ) يعني من بلدها ( فإن أقام بها فلها الالف ، وإن أخرجها فلهـــا مهر مثلها لا يزاد على ألفين ولا ينقص عن الالف وهذا ) أي هذا الحكم ( عن أبي حنيفة ، وقالا الشرطان جميعاً جائزان حتى كان لها الالف إن أقام بها والالفان ) أي وكان لها أن الالفان ( إن أخرجها ) من بلدها ، فـــإن أقام بها فلها الالف ، وإن أخرجها فلهـــا مهر مثلها لا يزاد على ألفين ولا ينقص .

( وقال زفر الشرطان جميعاً فاسدان ) وبه قال مالك والشافعي ، وذكـــر مشايخ العراق قول زفر والحسن كقول أبي حنيفة ذكره في فتاوى قاضي خان . وفي شـــرح الطحاوي وعلى هذا الخلاف إذا تزوجها بألف إن كان له امرأة، وبألفين إن لم يكن ، أو بألف ان كانت عجمية ، وبألفين إن كانت عربية ، أو بألف إن كانت ثيبا وبـألفين إن كانت بكراً . وعن ابي يوسف وغيره لو تزوجها بألف إن كانت قبيحة ، وبـألفين إن كانت جميلة بالإجماع لانه لا خطر في التسمية الثانية ، لان احد الوجهين ثابتا جزما .وفي نوادر ابن سماعة عن محمـــد نص على الخلاف فيه ، ولو طلقها قبل الدخول في هـــذه الفصول فلها نصف الألف عدة ( ويكون لها مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد على الألفين ) ولم يذكر المصنف وجوه هذه الأقوال ، واحالها على باب الإجارة حيث قال :

وأصل المسألة في الاجارات في قوله إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غـــداً فلك نصف درهم وسنبينها فيه إن شاء الله ، ولو تزوجها على هـذا العبد أو على هـذا العبد ، فإذا أحدهما أوكس والآخر أرفع ، فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس ، وإن كان أكثر من أرفعهما فلهـا الأرفع ، وإن كان بينهما فلهـــا مهر مثلها ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لهـا الأوكس في ذلك كله ، فإن طلقها قبل الدخول بهـــا فلهـا نصف الأوكس في ذلك كله بالاجماع .

---

( واصل المسألة في الإجارات في قوله إن خطته غداً فلك نصف درهم وسنبينها فيه ) اي في كتاب الإجارة ( إن شاء الله تعالى ) وجه قول زفر انه ذكر بمقابلة شيء واحـد وهو البضع لشيئين مختلفين على سبيل النقد وهما الالف والالفان ، فتفسد التسمية للجهالة ، ويجب مهر المثل ، وبه قال الشافعي وابو ثور . ووجه قولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين تقييد فيصحان جميعا ، وبه قال اسحاق واحمد في رواية . ووجه قول ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان الشرط الاول قـد صح لعدم الجهالة فيه ، فيتعلق العقد بـه ، ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح .

( ولو تزوجهـا على هـذا العبد او على هـذا العبد فإذا احدهما ) اي احـد العبدين ( اوكس ) من الوكس وهو النقص ( والآخر ارفع ) اي اكثر قيمة من الآخر ( فإن كان مهر مثلها اقل من اوكسها فلها الاوكس ، وإن كان اكثر من ارفعها فلها الارفـع ، وإن كان بينهما ) اي بين الارفع والاوكس (فلها مهر مثلها ، وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله . وإن طلقها قبل الدخول بهـا فلها نصف الاوكس في ذلك كلـه بالاجماع ) اى بإجماع اصحابنا ، قاعدة هذا ان البدل الاصل عنده مهر المثل ، وعندهما المسمى إذا فسدت على ما يجيء الآن يخرج ذلك من ذكره تعليل الثلاثة وهو قوله :

لهمـــا أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال . ولابي حنيفة «رح» أن الموجب الاصلي مهر المثل ، إذ هو الاعدل ، والعدول عنه عند صحة التسمية وقـــد فسدت لمكان الجهالة ، بخلاف الخلع والاعتاق ، لانه لا موجب له في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الارفـع فالمرأة رضيت بالحط ، وإن كان أنقـص من الاوكس فالزوج رضـي بالزيـــادة والواجـب في

الطلاق قبل الدخول

---

( لهما ) اي لابي يوسف ومحمد ( ان المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقـد امكن إيجاب الاوكس إذ الاقل متيقن فصار كالخلع )**على الالف أو ألفين**(**والاعتاق**) **أي** وصار كالإعتاق على الف او الفين على مال يرجع إلى الخلع والاعتاق جميعا،وكذا الإقرار بالالف او الالفين .

( ولابى حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل إذ هو الاعدل ) اى لان مهر المثل هــو الاعدل ، لكونه معادلاً للبضع ، اى مساويا له بخلاف المسمى ، لانه لا يجوز ان يكون مساويا ، ويجـوز ان لا يكون لان قيمة البضع كالقيمة فى البيـع ، والبضع يتقوم عنـد العقد ( والعدول ) اى عن مهر المثل عند صحة التسمية ، يعنى إنمـا يجـوز العدول عن التسمية عند صحتها ، وها هنا لم تصح ( وقد فسدت ) أي التسمية قـد فسدت ( لمكان الجهالة ) لأنه أدخل فيه كلمة الشك .

( بخلاف الخلع والاعتاق لأنه لا موجب له في البدل ) حتى لا يجب شيء عند ذكـــر عدم البدل ( إلا ان مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس فالزوج رضي بالزيادة ) فعلمنا رضاهما .

( والواجب في الطلاق قبل الدخول ) هذا جواب عما يقال إذا كان كذلك فـإن

في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة ، وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ، ولها الوسط منه ، والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء أعطاها قيمته . قال « رض » معنى هذه المسألة أن يسمى جنس الحيوان دون

---

الواجب أن يجب نصف الارفع فيما وجب فيه الأوضع مهراً ، لأن الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ، وقال الكاكي الواجب في الطلاق قبل الدخول إلى آخره ، جواب قوله – فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع – وتقرير الجواب أن الواجب في الطلاق قبل الدخول ( في مثله ) اي في مثل هذا العقد الذي فسدت التسمية فيه ( المتعة ) مرفوع لأن خبر مبتدأ اعني قوله والواجب .

( ونصف الاوكس يزيد عليها ) اي على المتعة ( في العادة فوجب ) اي نصف الاوكس ( لاعترافه ) اي لاعتراف الزوج ( بالزيادة ) على المتعة . فإن قيل إذا فسدت التسمية عند أبي حنيفة ينبغي أن تجب المتعة كما لو لم يسم شيئاً ، قلنا ان نصف الاوكس بطريق المتعة .

فإن قيل ينبغي أن يحكم المتعة كما حكم مهر المثل قبل الطلاق ، لأن المتعة هي الواجب الأصلي في الطلاق قبل الدخول ، كما ان مهر المثل هو الموجب الأصلي قبل الطلاق . قلنا إنما لم يحكم المتعة ، لأنها لا تزيد على نصف الاوكس عادة، حتى لو كانت زائدة عليه يحكم المتعة .

( وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية) صورة المسألة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف ، يريد انه لم يقل جيداً ووسط أو رديء إلى غير ذلك من أوصافه ( ولها الوسط منه ) أي من الحيوان ( والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك) إشارة إلى الحيوان ( وإن شاء أعطاها قيمته ) أي قيمة الحيوان .

(قال ) أي المصنف ( رحمه الله تعالى معنى هذه المسالة أن يسمي جنس الحيوان دون

الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار . أما إذا لم يسم الجنس بأن يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل . وقال الشافعي « رح » يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً ، لان عنده مالاً يصلح ثمناً في البيع لا يصلح مسمى إذ كل واحد منهما معاوضة . ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا أن يكون

---

الوصف ) يريد المصنف بهذا تفسير قول القدوري ، فـــان المسألة المذكورة من مسائل القدوري قال وإن تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ، قال المصنف معناها انه يسمي جنس الحيوان ، ولم يذكر وصفه ويبين ذلك بقوله ( بأن تزوجها على فرس أو حمار ) فإن التسمية فيه صحيحة .

( أما إذا لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل ) قد تكلم الشراح في هذا الموضع وأطالوا الكلام ، وملخصه أن المصنف سمى الفرس والحمار جنساً وليس كذلك ، بل هما نوع من الحيوان كما عرف في موضعه ، والجواب عن ذلك أن المصنف أراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح غيرهم ، ثم في المسألة الأولى صحت التسمية ويجب الوسط ، وفي المسألة الثانية لا تصح التسمية للجهالة الفاحشة ، ويلزم مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد .

( وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعاً لأن عنده مالا يصلح ثمناً في البيع لا يصلح مسمى في النكاح ) قال الشافعي الحكم في الـــوجهين المذكورين على البيع ، لأن النكاح عقد معاوضة كالبيع ( إذ كل واحد منهما معاوضة ) .

( ولنا أنه معاوضة مال بغير مال ) لانه التزام المال ابتداء بغير عوض ، وهو معنى قوله ( فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد في أصل الجهالة ) المستدركة في الـوصف ( كالدية ) فإن الشرع جعل فيها مائة من الإبل غير موصوفة ( والاقارير ) هـــو جمع اقرار ، فإنه يلزم فيها مال من غير أن يكون في مقابلها عوض مالي ( وشرطنا أن يكون

المسمى مالاً وسطه معلوم رعاية للجانبين وذلك عند إعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ، والوسط ذو حظ منهما ، بخلاف جهالة الجنس ، لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس ، وبخلاف البيع ، لان مبناه على المضايقة والمماسكة ،

---

المسمى مالاً وسطه معلوم ) قال الكاكي هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لا أشبه عقد النكاح بالاقرار في كونه التزام مال ابتداء ، وينبغي أن تصح التسميه فيما إذا سمى الحيوان ولم يبين نوعه كما لو أقر بشيء يصح الإقرار ويلزمه البيان .

فقال وشرطنا أن يكون المسمى بالأوسط معلوم وسطه مبتدأ ، ومعلوم خبره ، والجملة صفة لقوله مالا والوسط بفتح السين وأصله أن يكون اسماً من جهة انه أوسط الشيء وأفضله وخياره ، وقد يأتي صفة كوسط المرعى خير من طرفيه ، ووسط الدابة للركوب خير من طرفيها ، وهنا أيضاً كذلك ، لأنه اسم لما بين طرفي الشيء ، والوسط بالسكون فهو ظرف لا إسم ، يعني بين يقال جلست وسط القوم أي بينهم ( رعاية للجانبين ) يعني جانب الزوج وجانب المرأة ، كما في الزكاة يراعى ذلك لجانب الغني والفقير .

( وذلك عند اعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والردىء والوسط ذو حظ منهما ) يعني من الجيد والرديء ، لأن الوسط بالنسبة إلى الرديء جيد ، وبالنسبة إلى الجيد ردىء ( بخلاف جهالة الجنس ، لأنه لا وساطة له لاختلاف معاني الاجناس ) جهالة الجنس لأنه لا وساطة له لاختلاف كالتزويج على دابة أو حيوان ، حيث لا يمكن ذلك ، لأنه ليس لهما طرفان حتى يكون لها وسطه ، وهي معنى قوله لا وساطة له ، لان الجنس يشتمل على أنواع ، وليس بعض النوع أولى من البعض بالإرادة ، فصارت الجهالة فاحشة وفسدت به التسمية فوجب مهر المثل .

( بخلاف البيع ) جواب عن قوله – ما لا يصلح مسمى في النكاح – وتقديره أن قياس الشافعي للوجهين المذكورين على البيع غير صحيح ( لأن منشأه ) أي منشأ البيع ( على المضايقة ) بين المتبايعين ، لأن كلا منهما يضيق على الآخر في أمور العقد (والمماكسة)

أما النكاح فمبناه على المسامحة ، وإنما يتخير لان الوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، فصارت أصلاً في حق الإيفاء ، والعبد أصل تسميته فيتخير بينهما

---

فسرها الأكمل بقوله أي المنازعة ، وفسره الاترازي بقوله والمماكسة المجادلة ، وفي المغرب المماكسة من المكس في البيع ، وهو استنقاص الثمن من باب ضرب ، والمكس أيضاً الجناية ، وهو فعل المماكس العشار ، ومنه لا يدخل صاحب مكس الجنة .

( أما النكاح فمبناه على المسامحة ) أي المساهلة فلا يفسد بالجهالة ما لم يفحش ( وإنما يتخير ) أي الزوج بين أداء الوسط وبين أداء قيمته ( لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة ، فصارت أصلاً في حق الإيفاء ) وتفسير قيمة الوسط بقدر الغلاء والرخص عندهما وهو الصحيح ، وعليه الفتوى ، وإنما قدر أبو حنيفة بأربعين ديناراً في السود ، وفي البيض بخمسين ديناراً بالمشاهدة في زمانه ، وهما بنيا على الأوقات والأمكنة كلها ، والأمر على ما قالا أن القيمة تختلف باختلاف الغلاء والرخص .

( والعبد أصل تسميتة ) أي من حيث التسمية هذا إذا ذكر مطلقاً ولم يضف إلى نفسه ، أما لو أضافه إلى نفسه بأن قال تزوجتك على عبدي ، فليس له أن يعطي القيمة ، لأن الإضافة من أسباب التعريف ، كالإشارة . ولو كان مشاراً إليه ليس له أن يعطي القيمة هكذا ها هنا ، كذا في المحيط وغيره ( فيتخير بينهما ) أي بين أداء القيمة وبين أداء العبد للوسط ، حتى تجبر المرأة على القبول بأيها . وقال زفر ومالك وأحمد لا تجبر المرأة على القبول ، وقال القاضي من الحنابلة تجبر المرأة على قبولها إن سمى عبداً وسطاً أو جيداً أو ردها كقولنا .

وفي الذخيرة الوسط في زماننا أدون الترك وأرفع السود ، وفي الوسط في بلادهم السندي ، لأن الخادم عندهم أنواع ثلاثة ، رومي وسندي وحبشي ، فالأعلى الرومي والأدنى الحبشي والوسط السندي ، وفي بلادنا التركي والصقلي والهندي ، فالوسط الصقالبة ، وفي المبسوط أرفع الخدم التركي ، والادون الهندي ، والوسط السندي ، فالوسط اعلى الترك وأعلى الهنود في بلادنا ، لأن السود لا توجد عندنا .

وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ، ومعناه أنه ذكر الثوب ولم يزد عليه ، ووجهه أن هـــذه جهالة الجنس ، لأن الثياب أجناس ، ولو سمى جنساً بأن قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا ، وكذا إذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية ، لأنها ليست من ذوات الامثال ،

---

وفي البدائع لو تزوجها على وصف أبيض صح ، لأنه يصح بدون الوصف ، فبالوصف أولى ، والجيد عندهم الرومي ، والوسط السندي ، والرديء الهندي ،والجيد عندنا التركي ، والوسط الرومي ، والرديء الهندي ، وقيمة الجيد خمسون ديناراً والـوسط أربعون أو ثلاثون ، والمعتبر فيه القيمة بلا خلاف ، وفي المغني الوسط من العبيد السندي والمنصوري ، والأعلى التركي والرومي ، والأدنى الزنجي والحبشي .

( وإن تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل ) أي بإجماع الأئمـــة الأربعة ( ومعناه ) أي معنى قوله تزوجها على ثوب غير موصوف ( ذكـر الثوب ولم يزد عليه ، ووجهه ) أي وجـــه وجوب مهر المثل ( أن هـــذه جهالة الجنس ) أي النوع ، وقـد ذكرنا أن مـــراده من الجنس النوع على اصطلاح الفقهاء ( إذ الثياب أجناس ) أي أنواع كالقطن والكتان والابريسم ونحوها .

( ولو سمى جنساً ) أي نوعاً ( بأن قـــال هروي تصح التسمية ويخير الزوج ) يعني بين القيمة والوسط ( لما بينا ) ان الثياب أنواع ( وكذا ) أي وكذا يتخير ( إذا بالـغ في وصف الثوب ) بأن ذكر طوله وعرضه وذرعه ورقعته ، وذكر انـه على منوال كذا وكذا أو صار بحال يجب السلم فيه ( في ظاهر الرواية ) احترازاً عما روي عن أبي حنيفة أن الزوج يجبر على تسليم الوسط ، وهو قول زفر وقال الـكاكي قيد ظاهر الرواية لماروي عن أبي يوسف انه قال ان ذكر الأجل مع ذلـك لا تجبر المرأة على قبول القيمة ، وإن لم يذكر الأجل مع ذلك اجبرت ، لأن الثياب لا تثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً إلا مؤجلا .

ووجه الظاهر ما ذكره بقوله ( لأنها ليست من ذوات الأمثال ) بدليل ان مستهلكها

وكـــذا إذا سمى مكيلاً أو موزوناً وسمى جنسه دون صفته ، وإن سمى جنسه وصفته لا يخير ، لأن الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً ،

---

لا يضمن المثل ، فصارت كالعبد ( وكذا ) أي وكـــذا يتخير الزوج بين الوسط والقيمة ( إذا سمى مكيلا أو موزوناً ، وسمى جنسه دون صفته ) مثل أن تقول تـزوجتك على كرحنطة أو من زعفران ولم يزد على ذلك ، فإنه يخير بين الوسط وقيمته .

( وإن سمى جنسه ) أي نوعه ( وصفته لا تخير ) بل تجبر على الوسط ( لأن الموصوف منهما ) أي من المكيل والموزون ( يثبت ) ديناً ( في الذمة ثبوتاً صحيحاً ) حالاً أو مؤجلاً ، بدليل جواز استقراضه والسلم فيه ، وإن لم يذكر الصفة .

فروع . وفي المحيط وغيره تزوجها على بيت وهو بدوي يلزمه بيت من شعر أو وبر إذ هو نوع من الثياب ، وإن كان حضرياً قال محمد لها بيت وسط ، قال أراد بـه ثياب بيت ، ولهذا قال ما يجهز به هنالك ، والتجهيز لا يكون بالبيت ، قال صاحب المحيط وفي عرفنا بالبيت الذي يبات فيه من المدر ولا يصلح مهراً إذا لم يكـن معيناً . وفي المبسوط المراد بالبيت متاع البيت وهو معروف بالعراق ، وهو ما يجهز به ملك المرأة فينصرف إلى الوسط . وعن أبي حنيفة قيمته أربعون ديناراً . وفي جوامع الفقه هو على مثل متاع بيت وسط في عرفهم ، وفي عرفنا يجب مهر المثل وإن عين البيت فهو على عينه ، بخلاف الدراهم والدنانير ، وفي تعيين التـبر روايتان ، والفلوس التي تـزوج كالدراهم ، والغطارفية كذلك .

وفي المواضع التي تزوج فيها تعيين والمكيل والموزون والعدد بأعيانها يتعين ، وللزوجة أخذ عينها ، وقال مالك يجوز النكاح على بيت وخـادم ، ويجب فيهما الوسط . وعند الشافعي يجب فيهما مهر المثل . وفي مصنف ابن أبي شيبة قال الحسن وابن سيرين والنخعي يجوز النكاح على الوصفاء والوصايف .

زوجت نفسها بمهر أمها جاز به . وفي الذخيرة وهو الصحيح ، ولو طلقها قبل الدخول بها فلها نصفه ، ويجبر إذا علم مقدار مهر أمها . وفي جوامع الفقه لو تزوجها على مثل

مهر فلانة يجب مهر المثل . وكذا إذا تزوجها على مثل هذا الزنبيل حنطة أو قيمة هذا العبد ، أو قيمة عبد ، أو على سكنى دار موقوفة أو على أن يخدمها مـــا عاش أو برد آبقها ، أو على دراهم أو ناقة من هذه الإبل أو على ثوب قيمته عشرة ، أو قـــال بجميع ما أملكه يجب في ذلك مهر المثل .

وفي المرغيناني هذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وعن أبي حنيفة يعطيها ناقة من إبله . تزوجها على غنم بعينها على ان أصوافها له كان له الصوف استحساناً . وتزوجها على جارية حبلى على أن ما في بطنها له فلها (١) الجارية دون ولدها ، قـال عن كل يجب مهر المثل ، إلا أن يحكم بأكثر منه فيجب ذلك على حكم فلان . حكم بأقل من مهر المثل فلا بد من رضاه . وفي المغني لو تزوجها على حكمها أو حكمه أو حكم أخيه لا يصح ، وهو قول الشافعي وقال مالك يجوز ، فإن وقعت الفرقة بالحكم فيها وإلا فسخ ، ولا شيء لها فإن فرض لها مهر المثل لزمها النكاح ، وقال ابن حزم في المحلى يفسد النكاح فيه ، ولو تزوج امرأة على ألف مؤجل لا يصح التأجيل ، ويؤمر الزوج بتعجيل ماتعارف أهل بلده بتعجيله ، ويؤخذ الثاني بعد الطلاق والموت ، ولا يجبر على تسليم الباقي ولا يجبر عليه .

وفي قنية المنية هو عادة خوارزم ، فإن طلقها رجعياً لا يصير المهر حالاً حتى تنقضي العدة به . وقال عامة المشايخ وقال القاضي البديع وقاضي خان ويصير حالاً ، ولو قال بعضه معجل وبعضه مؤجل ولم يزد يجوز ، ويحل بالفرقة وبالموت أو بالطلاق، وقيل يجب حالاً وهو أقرب إلى الحق ، وفي الذخيرة والصحيح الصحة معلومة في نفسها وهو الطلاق أو المـــوت .

وفي البدائع إذا ذكر أجلا مجهولا كالميسرة وهبوب الريح ومجيء المطر، وقال تزوجتك على ألف مؤجلة فهي حالة ، لأن الأجل لم يثبت للجهالة الفاحشة ، وإن تزوجها على ألف على ان ينقدها ماتيسر له ، والبقية إلى سنة كان الألف كله إلى سنـة ، إلا أن تقيم المرأة بينة على انه تيسر له منها شيء فتأخذه . وفي المغني يجوز وبمهر معجل ومؤجل وإن لم

(١) ربما أراد – فله الجارية – اهـ مصححه .

يذكر أجله ، وقال القاضي المهر صحيح ومحله الفرقة . وقال ابن حنبل لا يحل الأجل إلا بموت أو فرقة ، وهو قول الشعبي والنخعي والحسن وحماد والثوري،وقال أبو عبيد يكون حالا. وقال إياس بن معاوية وقتادة لا يحل حتى يطلق أو يخرج من مهرها أويتزوج عليها.

وعن مكحول والأوزاعي والعنبرى حال إلى سنة بعد دخوله ، وقال الشافعي لها مهر المثل ، واختاره الخطاب من الحنابلة . وقال مالك إن كان عرفهم ان لا يؤخذ إلاعند الموت والطلاق فإنه ينظر إلى مهر مثل تلك المرأة فيعطي مثلها إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها يعجل المهر وإلا يفسخ ، ذكره ابن المنذر عنه في الاشراف ، وإن تزوجها على ألف إلى هبوب الريح أو مجيء المطر في حالة الجهالة ، أى المنازعة عند الأجل .

وإن تزوجها إلى الحصاد أو إلى الدياس أو النيروز أو المهرجان قال الإسبيجابي لا رواية في هذه المسألة في الكتب الظاهرة . وقال السرخسي الصحيح صحة التأجيل إلى هذه الأشياء في الصداق كالكفالة ، وفي المرغيناني يجوز التزوج إلى الحصاد والدياس في الصحيح ، ومن المشايخ من قال لا يثبت الأجل في الصداق إلى هذه الآجال ، وفرق بين الصداق والكفالة بأن ما هو المعقود عليه وهو المرأة لا تحمل الجهالة بأن الأصل خلاف الكفالة ، قال والأول أصح .

قال تزوجتك بمهر جائز في الشرع ينصرف إلى مهر المثل ، هكذا في فتاوى أبيالليث وقاضي خان . وقال صاحب المحيط ينصرف إلى عشرة دراهم ، ولو تزوجها على أكثر من مهر مثلها على انها بكر فإذا هى ثيب لا تثبت الزيادة . تزوجها على حجة أو على أن يحجها فلها قيمة حج وسط وهو الحج على الراحلة ، وعند مالك يجب مهر المثل ، إلا أن تكون معه . وقال الشافعي وأحمد التسمية فاسدة لأن الحلان مجهول قلنا هذا باطل بالإجماع على جواز الإستئجار ، وإن زادهم إلى مكة في جميع بلاد الإسلام . وفي القنية يجوز الزيادة في المهر بغير شهود ولا تصح من غير قبول .

( فإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها ) هذه من مسائل القدودى ، وفي الجواهر للمالكية يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده يثبت على

لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع ، لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل ، فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة « رح » . وقال لها مثل وزنه خلاً ، وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » تجب القيمة

---

المشهور . وهل فسخه على الإستحباب والوجوب ، فيه قولان . وعند الشافعي يجب مهر المثل ، وفي قول قيمته . وقال أبو عبيد يفسد النكاح في ذلك كله ، واختاره أبو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة ، وهو قول الظاهرية ، ومثله التزوج على السنة واليوم ، بقولنا قال الأوزاعي والثوري وآخرون .

أما الجواز فهو ( لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط ) وفساد التسمية ليس بأكثر من عدمها ، وذلك لا يفسد النكاح فكذا هكذا ( بخلاف البيع ) حيث لا يصح الخمر والخنزير ( لأنه يبطل بالشروط الفاسدة ) والنكاح لا يفسد ، ولهذا لو سكت عن ذكر الثمن في البيع يبطل ، والنكاح لا يبطل بالسكوت عن ذكر المهر حيث يصح ويجب مهر المثل ، فافترقا .

( لكن لم تصح التسمية ) لأن شرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالاً والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم ، فبين في قوله وهو قوله ( لأن التسمية ليست بمال في حق المسلم ) فوجب مهر المثل . وقال الشافعي في قوله القديم وأحمد يجب في الخمر مهر المثل ، وفي الخنزير القيمة ، وقيل قول المصنف في الخمر ليس بمال فيه نظر ، فإن الأصحاب قالوا فيها انها مال غير متقوم في حق المسلم ، لأن المال يقع فيه شح القسمة ، والخمر بهذه المثابة .

( وإن تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر ) أي ظهر انه حر ( يجب مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد . قال أبو يوسف يجب القيمة ) وقول ابي يوسف أولاً في مسألة الخمر مثل

لأبي يوسف « رح » انه أطمعها مالاً وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وأبو حنيفة « رح » يقول اجتمعت الاشارة والسمية فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف

---

قولهما ، كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الأئمة السرخسي في شرحه ، وكذلك لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف في الحر . وفي جوامع الفقه إذا تزوجها على هذا الدن من الخل أو على هذه الذكية ، فإذا هو خمر أو ميتة يجب مهر المثل فيهما عند أبي حنيفة ، وعندهما يجب فيه خلا أو ذكية أو قيمتها ، ولم يذكر القيمة غيره .

وفي العبد إذا ظهر حراً يجب مهر المثل عندهما ، وعند أبي يوسف قيمته إذا لم يعلمها بكونه حراً ، وإن علما يجب مهر المثل اتفاقاً . وإن قال على هذا الثوب الهروي فإذا هو مروي فعند أبي حنيفة يجب ثوب هروي مجردة ، ولم يذكر قول أبي يوسف ، ولو قال على هذا القفيز من الحنطه فإذا هي شعير ،أو على هذا الخل ، فإذا هو زيت يجب المسمى بقدره عند أبي حنيفة ، وعن محمد يجب الشعير قال والظاهر انه يجب عنده مهر المثل ، ولو قال على هذا الفرق من السمن ، وليس فيه شيء يجب لها مثل ذلك من السمن . ولو قال علي هذا الزق من السمن يجب مهر المثل .

( لأبي يوسف انه ) أي أن الزوج ( أطمعها ) يقال أطمعه الشيء فطمع حيث سمى لها ( مالاً وعجز عن تسليمه فيجب عليه قيمته أو مثله ان كان من ذوات الأمثال ) فالخل من ذوات الأمثال ( كما إذا هلك العبد المسمى في العقد ) بأن تزوجها عليه فهلك ( قبل التسليم ) أي قبل تسليمه إليها فإنه يجب قيمة العبد الهالك اتفاقاً .

( وأبو حنيفة يقول اجتمعت الإشارة ) وهو قوله هذا ( والتسمية ) في قول العبد ( فتعتبر الإشارة لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف ) لكونها قاطعة للشركة ، لأن الإشارة بمنزلة وضع اليد على الشيء ويحصل بها كمال التمييز ، لأن الإشارة إلى شيء

فكأنه تزوج على خمر أو حر . ومحمد « رح » يقول الأصل ان المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه ، وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى ، لان المسمى مثل للمشار إليه وليس بتابع لـــه والتسمية أبلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف الذات ، ألا ترى أن من اشترى فصًّا على انه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس . ولو اشترى على أنـــه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس ،

---

وإرادة غيره ممتنعة ، وأما التسمية فمن باب استعمال اللفظ وإرادة غير ما وضع له (فكأنه تزوج على خمر أو حر ) أي فكأن الرجل تزوجها على خمر في تزوجها على هذا الدن من الخل أو تزوجها على حر في تزوجه على هذا العبد فالواجب فيهما مهر المثل بلا خلاف .

( ومحمد يقول الأصـــل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود في المشــار إليه ذاتا ) أي من حيث الذات ( والوصف يتبعه ) أي يتبع الذات لأنه قائم بالذات وعدمه لا يستلزم انعدام الذات .

( وإن كان ) أي المسمى ( من خلاف جنسه ) أي جنس المشار إليه ( يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل المشار إليه ) من حيث التعريف ( وليس بتابع لـــه ) أي للمشار إليه ( والتسمية أبلغ في التعريف من حيث انها تعرف المــاهية ) وهي الحقيقة من حيث هي (والاشارة تعرف الذات) من غير دلالة على الحقيقة ثم أوضح ذلك ( ألا ترى أن من اشترى فصاً على انه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ) فيتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم ، وبيع المعدوم باطل .

( ولو اشترى على انه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد لاتحــاد الجنس ) لأن المشار إليه من جنس المسمى في تعلق العقد ، وهو موجود فيصح إذا عرفنا هذا ، قال محمد الحر

## وفي مسألتنا العبد مع الحر جنس واحـــد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد

مع العبد جنس واحد لاشتراكهما في الصورة والمعنى والمنافع ، إلا انهما مختلفان في المالية فبعد الاختلاف ، ويغلب الاتحاد والاتفاق فيتحد الجنس ، وكان المشار إليـه من جنس المسمى يتعلق العقد المشار إليه وانه لا يصلح مهراً لعدم كونه مالاً فتفسد التسمية فيصار إلى مهر المثل ، أما الخمر مـــع الخل فجنسان مختلفان لأنهما لا يختلفـــان في الصورة ويختلفـــان في الاسم والمعـــاني فيقـــل الاتحـــاد ويغلب الاختـــلاف ، فكانا جنسين مختلفين في تعليق العقد بالمسمى ، وهو في الاسم والمعاني وهو الدن من الخل ، وأبو حنيفة يقول ان الخمرية والخلية والرقية والحرية صفات تعاقب على الذات الواحد فلا يختلف به الجنس كالصبي والشاب والشيخوخة والصغر والكبر ، فكان المشار من جنس المسمى في الصلاة جميعاً .

( وفي مسألتنا ) أراد به قوله – وإذا تزوجها على هذا العبد فإذا هو حر – ( العبد مع الحر جنس واحد ) وقيل ان الحر الصغير يصير عبداً حراً ، ومنافعهما متقاربة ،أشار إليه بقوله ( لقلة التفاوت في المنافع ) يظهر ذلك في جواز البيع وعدمه ( والخمر مـــع الخل ) في المسألة المذكورة ، وهي ما إذا تزوجها على هذا الدن من الخل ، فإذا هو خمر ( جنسان لفحش التفاوت في المقاصد ) فإذا أحدهما لا يسد مسد الآخر ، وما يصلح لـه الخل لا يصلح له الخمر ، والخل بعد استحكامه لا ينقلب خمراً ، بخلاف هذا قال في المبسوط أبو حنيفة يقول الخمر مع الخل جنس واحد ، فإن الأصل واحد وهـــو العصير والهيئة واحدة أوصاف تعرض على العين فلا توجب تبدل الجنس كالصغر والكبر في الآدمي .

فإن قلت يرد عليه مسألة الجامع ، وهو إذا حلف لا يذوق هذه الخمرة فصارت خلا فذاقه لا يحنث ، فلو لم يتبدل الجنس لحنث ، إذ الوصف في الحاضر لغو وإلحاقه بالآدمي في الصغر والكبر بعد . قلت يمكن أن يجاب بأن الخل والخمر جنسان في العرف ، ومبنى الإيمان عليه وإن كان جنساً واحداً في الحقيقة . وفي المحيط العبد والحر عند أبي حنيفة .

ولو تزوجها على هذا العصير فتخمر قبل قبضه ، عن أبي يوسف لها مثله ، ولم يذكر

فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه مسمى ، ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل . وقال أبو يوسف « رح » لها العبد وقيمة الحر لو كان عبداً لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته . وقال محمد « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لها العبد الباقي

---

قولها ، فإن تزوجها على هذين العبدين هذه المسألة مبنية على الأصل المذكور ، والخلاف فيها كالخلاف فيما ذكر هناك ، فكذلك ذكرها بالفاء فقال :

(فان تزوجها) أي فإن تزوج رجل امرأة (على هذين العبدين فاذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي) أي ليس لها إلا العبد الباقي (إذا ساوى عشرة دراهم عند أبي حنيفة لأنه) أي لأن الباقي ( مسمى ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل) لان المسمى ومهر المثل لا يجتمعان ، بيان هذه ان أبا حنيفة يعتبر الإشارة، والاشارة إلى الحر تخرجه عن العقد ، فكانت تسمية العبد الباقي لغو ، فكأنه تزوجها على عبد وليس لها إلا ذلك ، ولا يجب إلا مهر المثل ، لأنهما لا يجتمعان ، ثم العبد الباقي لو كان يساوى مهر المثل ليس لها إلا ذلك ولا يكمل مهر المثل مع العبد الباقي .

فان قلت قال المصنف قبل هذا لو تزوجها على الف ان أقام بها إلى أن قال إن أخرجها فلها مهر المثل فهذا يدل على أن المسمى لا يوجب مهر المثل . قلت أجيب بأن ذلك الشرط المتحقق بعقد النكاح بفواته يوجب فوات رضاها ، فكمل لها مهر المثل ، فأما المسمى فلم يستحق أصلا ، فافهم .

( وقال أبو يوسف لها العبد ) أي العبد الباقي ( وقيمة الحر لو كان عبدا ، لانه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب قيمته ) وبه قال أحمد والشافعي في قول، وكذا لو ظهر أحدهما مغصوباً ، وعند الشافعي في الأظهر يبطل في الحر والمغصوب ويصح في المملوك ويتخير ، فإن فسخ فمهر المثل .

( وقال محمد وهو رواية أبي حنيفة ) رواه ابن جماعة عن أبي حنيفة (لها العبد الباقي،

**إلى تمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد ، لأنهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده ، فإذا كان أحدهما عبد يجب العبد إلى تمام مهر المثل ، وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها**

---

وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد ،لأنهما) أى لأن العبدين (لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده) أي عند محمد رحمه الله تعالى، وإنما قيد بقوله عند محمد احترازا عن قول أبي يوسف ، ولو ظهر عند الصداق آخر لم يجب قيمته او كان عبدا ، فكذا إذا ظهر العبدان حرين يجب قيمتهما أيضاً ، وكذا في احد العبدين إذا ظهر حرا .

( فإذا كان احدهما عبد ثبت العبد وتمام مهر المثل ) اى إذا كان احد العبدين الذين تزوجها عليها ظهر احدهما عبدا والآخر حرا يجب العبد تمام مهر المثل إن كان اكثر من قيمة العبد .

( وإذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد ) مثل النكاح بغير شهود ، ونكاح الاخت في عدة الاخت في الطلاق البائن ، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ، ونكاح الامة على الحرة ( قبل الدخول ) قيد قبل الدخول بإجماع الائمة الاربعة ، وكذا بعد الخلوة لأن بعد الدخول لها مهر المثل على ما يأتي عن قريب (فلا مهر لها) عند أهل العلم قاطبة ، وعن ابن جندب يجب كالصحيح ، والاصل له ، لان التمكين من الوطىء حرام فلا يقام مقام الوطىء ، واقام اللمس والقبلة من غير خلوه مقام الوطىء ، واوجب بذلك كمال المهر ، ذكره في المغني .

وقال الاترازى وإنما يجب التفريق على القاضي لئلا يلزم ارتكاب المحظور اعزازا لصورة العقد، فان فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر ولا عدة، لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول ، وكذا إذا فرق بعد الخلوة الصحيحة ، لان الخلوة الصحيحة في النكاح إنما قامت مقام الوطىء للتمكن من الوطىء ، وهنا لا يمكن من الوطىء لكون العقد فاسد واجب الرفع ، ولا يقال ينبغي أن يجب نصف المهر لقوله تعالى ﴿ وإن طلقتموهن من

لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده ، وإنما يجب باستيفاء منافع البضع . وكذا بعد الخلوة لأن الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطىء ، فإن دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا

---

قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾ ٢٣٧ البقرة ، لان قبول ذلك في المطلق بعد النكاح من كل وجه ، لان المطلق ينصرف إلى الكامل ولم يوجد النكاح من كل وجه ، انتهى .

قلت قال الاترازى وانما يجب التفريق على القاضى فمن اين الوجوب عليه وقد قالوا لا يتوقف التفريق بينهما على تفريق القاضي ، بل لكل واحد منهما فسخ هذا النكاح بغير مهر من صاحبه قبل الدخول وبعده بمحضر منه ، كالبيع الفاسد لا يجب بمجرد العقد ، فإن لكل واحد فسخه قبل القبض وبعده لا بمحضر من الآخر ، كذا في الذخيرة . قلت يمكن ان يكون الوجوب على القاضي عند ترافع الزوجين إليه .

( لان المهر فيه ) أي في النكاح الفاسد ( لا يجب بمجرد العقد لفساده ) وإنما يجب لاستيفاء منافع البضع . — قوله — لفساده — أي لفساد العقد ( وإنما يجب ) اى المهر ( بسبب استيفاء منافع البضع ، وكذا بعد الخلوة ) اى وكذا يجب المهر في النكاح الفاسد إذا وجد التفريق بعد الخلوة الصحيحة ايضاً ( لان الخلوة فيه ) اى في النكاح الفاسد ( لا يثبت بها التمكن ) من الوطىء ( فلا يقام مقام الوطىء ) فصار كخلوة الحائض ، وهذا قول المشايخ الخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد كالخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح .

( فإن دخل بها ) اى بالمرأة التي تزوجها بنكاح فاسد ( فلها مهر المثل ) لان الوطىء في المحل المعصوم بسبب الضمان الجائر او الحد الزاجر ، وتعذر الثاني بشبهة النكاح فيه فتعين الاول لقوله عليه السلام ايما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، بين عليه السلام ان المهر مستحق في النكاح الباطل بالدخول لا بالعقد والخلوة ( لا يزاد ) اى مهر مثلها ( على المسمى ) أى على الذى سمي عند العقد ( عندنا ) .

خلافاً لزفر « رح » ، هو يعتبره بالبيع الفاسد ، ولنا أن المستوفى ليس بمال ، وإنما يتقوم بالتسمية ، فإذا زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وإن نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية.

---

( خلافاً لزفر رحمه الله تعالى هو يعتبره بالبيع الفاسد ) يقيسه عليه حيث تجب في القيمة في البيع الفاسد بالغة ما بلغت ، وإن زادت على الثمن فكذلك مهر المثل .

( ولنا ان المستوفى ليس بمال ) المستوفى هو البضع وهو ليس بمال لأنه ليس بمتقوم في نفسه ( وانما يتقوم بالتسمية ) عند العقد فيجب تقدير القيمة ، وهى مهر المثل بقدر التسمية ( فإن زادت ) اى التسمية ( على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ) فإن قيل يرد على قوله — وإنما يتقوم بالتسمية — مسألة المفوضة ، فإن مهر المثل يجب فيها وتقوم منافع البضع .

قلنا المراد انها تقوم زائدا على مهر المثل بالتسمية في العقد ، فهذا العقد يمنع النقص عن مسألة المفوضة ، اى فى حق الزيادة لان التسمية فى النكاح الفاسد معدوم حكماً لانه وجد فى ضمن النكاح الفاسد فإذا كان معدوماً حكماً لم تتغير الزيادة على الموجب الاصلي وهو مهر المثل ، كما فى البيع الفاسد إذا كان الثمن زائـدا على القيمة فلا يجب الزائد بل تجب القيمة ، وأما إذا كانت التسمية أقـل من مهر المثل وجب المسمى ، ولا يجب الزائد لوجود الرضى من المرأة بذلك .

( وإن نقصت ) أى التسمية عن مقدار مهر المثل ( لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية ) أى تسمية الزيادة على المسمى . قال الاكمل فإن قلت على هذا الانتقاض لانك اسقطت التسمية إذا زادت على مهر المثل اعتبرتها إذا نقصت عنه وهى وإن كانت فاسدة يجب شمول المعدوم ، وإن كانت صحيحة يجب شمول الوجوب . قلت هى صحيحة من وجه دون وجه ، صحيحة من حيث ان المسمى مال متقوم ، لان فرض المسألة فيه فاسدة من حيث انها وجدت فى عقد واحد ، فاعتبرنا فسادها إذا زادت وصحتها إذا نقصت لانضمام رضاها إليها .

بخلاف البيـــع لأنه مال متقوم في نفسه ، فيتقدر بدله بقيمته ، وعليها العدة إلحاقاً للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط ، وتحرزاً عن اشتباه النسب ، ويعتـــبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطئيات هو الصحيح ، لأنها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعهـــا بالتفريق ويثبت نسب ولدها منه ، لأن النسب يحتاط في اثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ،

---

( بخلاف البيع ) هذا جواب عن قياس زفر ، بيانه ان قياسه على البيع غير صحيح ( لانه ) أى لان العوض عن البيع الفاسد مال ( متقوم فى نفسه فيتقدر بـدله بقيمته ) اى بقدر قيمته بالغة ما بلغت ( وعليها ) اى المرأة المذكورة التي دخل بهـا فى النكاح الفاسد ( العدة إلحاقـاً للشبهة ) اى لشبهة النكاح ( بالحقيقة ) اى حقيقة النكاح (فى موضع الاحتياط ) لان النسب امر يحتاط فى إثباته احيـاء للولد فتجب العدة حفظاً ( وتحرزا عن اشتباه النسب ) عند اختلاطه ، والنسب يحتاط فى إثباته فيه .

( ويعتبر ابتداؤها ) اى ابتداء العدة ( من وقت التفريق ) أي من وقت تفريق القاضي او العزم على ترك الوطىء (لا من آخر الوطئات هو الصحيح ) احترز به عما حكي عن أبي القاسم الصفار انه يعتبر من آخر الوطئات وهو قول زفر ، ولهذا قال الاكمل . قولـه – وهو الصحيح - احترازاً عن قول زفر ، وكذا قاله الاترازى حتى لو حاضت فى آخر الوطئات ثلاث حيض قبل التفريق فقد انقضت عدتها ، ذكر فى المبسوط .

( لأنها ) أي لأن العدة ( تجب باعتبار شبهة النكاح ) يعني من حيث وجـود ركنه من الإيجاب والقبول ( ورفعها ) أي رفع شبهة النكاح ( بالتفريق ويثبت نسب ولدها منه ، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد ) لأن الولد الذي ليس له أب معروف كالميت ، لأنه ليس له من وجهه ولا من يعظمه ويشينه ( فيترتب ) أي ثبوت النسب ( على الثابت من وجه ) وهو النكاح الفاسد .

وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد « رح » وعليه الفتوى ، لان النكاح الفاسد ليس بداع إليه والاقامة باعتباره .

قال ومهر مثلها يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها . لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن أقارب الأب .

---

( ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى ) يعني يعتبر مدة النسب وهو ستة أشهر من وقت دخل الرجل عليها ولا يعتبر من وقت العقد ، وعندهما من النكاح وهو بعيد أشار إليه بقوله ( لأن النكاح الفاسد ليس بداع إليه ) أي إلى الوطىء ، ولهذا لا تثبت حرمة المصاهرة بعقد فاسد ، حتى يكون فيه مس أو تقبيل ( وعليه الفتوى ) [1] أي على قول محمد قال أبو الليث ( والإقامة باعتباره ) يعني ان إقامة العقد مقام الوطىء في النكاح الصحيح باعتبار أن العقد داع إلى الوطىء والنكاح الفاسد ليس بداع إلى الوطىء لكونه حراماً واجب الرفع فلا يقام العقد مقام الوطىء ، ولا تعتبر المدة من حيث العقد .

( قال ) القدوري رحمه الله تعالى ( ومهر مثلها ) أي مهر مثل المرأة ( يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها ) المراد بأخواتها لأبيها أو أمها أو لأبيها ، وكذا عماتها من أخوات أبيها لأبيه وأمه أو لأبيه . وقال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم [2]،وفي المبسوط ويعتبر بعشيرتها من جهة أبيها كأخواتها لأبيها وأمها أو لأبيها وعماتها وبنات أعمامها ، ومثله في المحيط ، وقال وعماتها وبناتهن وهو محمول على ما إذا كان أباً وهن من قبلها .

(لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه لها مثل مهر نسائها لا وكس فيه ولا شطط وهن أقارب الأب ) هذا الحديث أخرجه الأربعة في سننهم عن سفيان بن منصور عن ابراهيم عن علقمة ، واللفظ للترمذي قال سئل ابن مسعود عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة

---

(١) كررها الشارح وليست في المتن . اهـ مصححه .

(٢) ربما هنا كلام ساقط من الأصل . اهـ مصححه .

ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال قضى رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق بنت امرأة منا مثل ما قضيت ، ففرح بها ابن مسعود . وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

وقال شيخنا زين الدين اختلف الأئمة في تصحيح هذا الحديث ونقله له ، فقال الشافعي فيما رواه عنه البيهقي في السنن والمعرفة ولم أحفظه من وجه يثبت مثله ، قال وهو مرة يقال عن معقل بن يسار ، ومرة عن معقل بن سنان ، ومرة عن بعض أشجع لا يسمى فاعله بالإضطراب في تسمية رواته ، انتهى .

قلت قد صححه أكثر أهل الحديث الترمذي وابن حبان وأبو عبد الله بن الأخرم النيسابوري وأبو عبد الله الحاكم البيهقي ، وقال البيهقي هذا الإختلاف في تسمية من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي ﷺ لا يؤمر الحديث ، فإن أسانيد هذه الروايات صحيحة وفي بعضها أن جماعة من أشجع شهدوا بذلك ، فبعضهم يسمى بهذا وبعضهم يسمى اخر وكلهم ثقة ، ولولا ثقة من رواه عن النبي ﷺ كان عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه يفرح بروايته ، وحكم الحاكم في المستدرك عن شيخه عبد الله بن محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال لوحضرت الشافعي لقلت على رؤوس أصحابه ، وقلت قد صح الحديث فقال به .

وقال الترمذي روي عن الشافعي انه رجع بعد عن هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق ، وقال الترمذي والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ، وبه يقول الثوري وأحمد واسحاق . وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم إذا تزوج الرجل امرأة ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، قال لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة ، وهو قول الشافعي .

قلت ومعقل بفتح الميم وسكون العين المهملة وكسر القاف بن سنان الاشجعي ، وليس له في الكتب إلا هذا الحديث ، شهد الفتح وكان ابن عقبة الذي يقال له مشرف حامل لواء

ولان الإنسان من جنس قوم أبيه ، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا تعتبر بأمها وخالتها إذا لم يكونا من قبيلتها لما بينا ،

---

قومه ، ونزل الكوفة وقدم المدينة فقتل بها يوم الحرة صبراً ، فقيل قتله مسلم بن عقبة الذي يقال له شرف ابن عقبة ، وقيل قتله ماحق بن نوفل وله قصة ذكرناها في التاريخ الكبير .

وبروع المشهور فيها عند أهل الحديث كسر الباء الموحدة وسكون الراء ، ثم واو مفتوحة ثم عين مهملة . قال الجوهري أهل الحديث يقولون بكسر الباء ، والصواب بالفتح ، لأنه ليس في الكلام فوعل إلا بروع بنت معروف وعنوا اسم أود ، وهكذا قال صاحب المحكم . وواشق بالشين المعجمة وهي أشجعية وذكرها ابن حبان في الصحابة .

قوله – لا وكس ولا شطط – أي لا نقصان ولا زيادة ، والوكس بفتح الواو وسكون الكاف وبالسين المهملة هو النقصان ، والشطط بفتح الشين المعجمة والطاء المهملة ، وتكرارها الجور والزيادة ومن أقارب الأب أي ونساؤها أقارب الأب .

( ولأن الانسان من جنس قوم أبيه ) لا من جنس قوم أمه ، ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والابنة قرشية تبعاً لأبيها ، ومهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف (وقيمة الشيء انما يعرف بالنظر في قيمة جنسه ) أي جنس ذلك الشيء إلا بعرف النظر في قيمة غير جنسه .

( ولا تعتبر بأمها وخالتها إن لم يكونا من قبيلتها ) يريد بها من قبيلة أبيها ، وذلك مثل أن يتزوج رجل ابنة عمه فتلد له بنتاً يزوجها من رجل لا يسمي لها مهراً فيدخل بها زوجها ثم يطلقها أو يموت عنها قبل الدخول أو بعده ، أو يطلقها بعد الخلوة الصحيحة وأمها من جنسها وجمالها فإنه يحكم لها بمهر مثل أمها وهي بنت عم أبيها أو بمهر أخت أمها وهي خالتها بنت عم أبيها . وقال ابن أبي ليلى يعتبر بأمها وخالتها ونسائها ( من قبل أمها لما بينا ) إشارة إلى قوله وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه .

فإن كانت الام من قوم أبيها بأن كانت بنت عمـــه ، فحينئذ يعتبر مهرها لما انها من قوم أبيها ، ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمـال والعقل والدين والبلد والعصر ، لان مهر المثل يختلف باختلاف هـذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر ،

---

( وإن كانت الأم من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه ، فحينئذ يعتبر بمهرها ، لأنها من قوم أبيها ) لأن الإنسان من جنس أبيه ، ولهذا كان أكثر من تولى من خلفاء بني العباس من الإماء ولم يخرجوا بذلك من أن يكونوا من بني هاشم ، والهاشمية إن ولدت من نبطي كان ولدها نبطياً .

( ويعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة ) وهي ثمانية أشياء . وفي النتف تعتبر المماثلة في خمسة عشر خصلة ، الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم والأدب والتقوى والعفة وكمال الخلق وحداثة السـن والبكارة وحال وصال الزوج ، وأن يكون لها ولد . وفي المحيط والمرغيناني قيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف ، وانما يعتبر ذلك في أوساط الناس ، إذ الرغبـــة فيهن للجمال ، بخلاف بنت الشرف . وفي المحيط فإن لم يوجد في قرابتها من هو مثل حالها يعتبر مثلهـا في الاجنبيات . وفي خزانة الأكمل امرأة لا مثل لها في الجمـــال ومالها في قبيلتها ، ينظـــر إلى قبيلة أخرى مثل قبيلة أبيها ، وعند أبي حنيفة لا تعتبر الأجنبيات .

( لأن مهر المثل يختلف باختلاف هذه الأوصاف ) أشار به إلى الأوصاف الثمانيـــة المذكورة ، فإن الغنية تنكح بأكثر ما تنكح الفقيرة ، وكذا الشابة مع العجوز والحسناء والشوهاء ، وكذا البواقي ( وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر ) أراد بالدار البلد ، وأن يكون من هو يحالها في بلدها حتى لا يعتبر مهرها بمهر عشيرتها في بلدة أخرى ، فإن لم يوجد فيهم من يماثلها اعتبر بالأجانب من بلدها باجماع الأئمة ، وتحصيلاً للمقصود بقـــدر

قالوا ويعتبر التساوي أيضاً في البكارة ، لأنه يختلف بالبكارة والثيوبة . وإذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لأنه أهل الالتزام ، وقد أضافه إلى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتباراً بسائر الكفالات ويرجع الولي إذا أدى على الزوج إن كان بأمره

---

الوسع ، كذا في المبسوط.وفي المحيط والذخيرة يعتبر حالها بمن هو مثلها في هذه الصفات يوم التزويج . قوله – والعصر – أي واختلاف العصر ، أي الزمان .

( قالوا ) أصحابنا ( ويعتبر التساوي في البكارة أيضاً لأنه ) أي لأن الشأن ( يختلف باختلاف البكارة والثيوبة ) قال صاحب المغرب الثيب من النساء التي قد تزوجت والجمع ثيبات ، والثيابة والثيوبة في قصدها فليس من كلامهم. وقال الجوهري رجل ثيب وامرأة ثيب ، الذكر والأنثى فيه سواء .

( وإذ ضمن الولي المهر صح ضمانه ) يعني إذا زوج المولى ابنته وضمن لها المهر صح ضمانه ، سواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً، وسواء كان من جانب الزوج والزوجة ،لكن في الصغير إذا زوجها أبوها فللمرأة أن تطالب الأب بالمهر وإن لم يضمنه باللفظ ، ذكره في شرح الطحاوي والتتمة ( لأنه ) أي لأن الولي ( من أهل الإلتزام ) لأنه عاقل بالغ وصبر نفسه رغيماً ، والرغيم غارم بالحديث ( وقد أضافه إلى ما يقبله ) أي أضاف الإلتزام أو الضمان إلى شيء يقبل الضمان وهو المهر ، وذلك لأن المهر وهو دين مضمون ( فيصح ) بخلاف ما إذا باع الأب مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشتري لم يصح ، فلو صح الضمان كان ضامناً لنفسه ، ولا يصح على ما يجيء عن قريب .

( ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها أو وليها اعتباراً بسائر الكفالات ) لان الحكم في الكفالة هكذا إن المكفول له إن شاء طالب الكفيل ، وان شاء طالب الأصيل على ما عرف في موضعه ( ويرجع الولي إذا أدى ) الولي المهر إلى البنت ( على الزوج ) يتعلق بقوله – يرجع – ( ان كان ) أي الضمان ( بأمره ) أي بأمر الزوج

كما هو الرسم في الكفالة ، وكذلك يصح هذا الضمان وإن كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير ضمن الثمن ، لأن الولي سفير ومعبر في النكاح ، وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة إليه والحقوق إليه

---

( كما هو الرسم ) أي العادة المستمرة ( في الكفالة ) أى الكفيل يرجع على الأصيل إن كان بأمره ( وكذلك يصح هذا الضمان ) أي ضمان المهر ( إن كانت الزوجة صغيرة ) أو كبيرة بكراً .

( بخلاف ما إذا باع الأب مال الصغير وضمن الثمن ) فإنه لا يصح ضمانه ، والعرف هو قوله ( لأن الوكيل سفير ومعبر في النكاح ) ولهذا وكيل الزوجة لا يجبر على تسليمها ووكيل الزوج لا يطالب بالمهر ( وفي البيع عاقد ) أى الولي في البيع عاقد ( ومباشر ) أصيل في حقوقه ( حتى ترجع العهدة عليه والحقوق إليه ) وحقوق العقد مثل تسليم المبيع وتسليم الثمن ونحوهما . وفي الغاية هذا كما لو انه زوج الصغيرة وضمن لها المهر عن الزوج، أما إذا زوج ابنه الصغير في حال صحته وضمن عنه لزوجته المهر يصح إذا قبلت المرأة ذلك ولم يتعرض إليه المصنف ، وإذا أدى الأب بعد ذلك لم يرجع على الأب استحساناً

وفي القياس يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وأدى يرجع في مال الصغير فكذلك الاب . وجه الإستحسان أن الاباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة لا يطمعون في الرجوع ، والثابت بالعرف كالثابت بالنص إلا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان ، فحينئذ يرجع بخلاف الوصي إذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع ، لان الشرع من الوحي لا يوجد عادة ، هذا إذا أدى الاب بعد الضمان ، أما إذا مات قبل الاداء فللمرأة الخيار إن شاءت أخذت المهر من الزوج ، وإن شاءت استوفت ذلك من تركة الاب ، لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ، ثم إذا استوفت من التركة :

قال في المبسوط يرجع على سائر الورثة بذلك في نصيب الإبن ، وعليه إن كان قبض

ويصح ابراءه عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويملك قبضه بعد بلوغه ، فلو صح الضمان يصير ضامناً لنفسه وولاية قبض المهر للأب بحكم الأبوة لا باعتبار انه عاقد ،

---

نصيبه . وقال زفر لا يرجع ولم يذكر خلاف أبي يوسف فيه . وفي الكافي للحاكم الشهيد أيضاً والولوا لجي في فتاواه ذكر خلاف أبي يوسف كما هو مذهب زفر ، وكذا أثبت خلاف أبي يوسف في خلاصة الفتوى منقول عن المحيط ان الخصاف ذكر ذلك ، وان كان الضمان عن الاب في مرض الموت فهو باطل ، وكذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث فهو باطل ، والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك ، لانه ولي عليه كالصغير ، سواء كان الجنون أصلياً أو عارضاً .

ولو زوج الاب طفله الصغير امرأة بمهر معلوم لا يلزم المهر أباه إلا إذا ضمن . وقال مالك والشافعي في القديم المهر على الاب لانه ضمن دلالة ، قلنا الصداق على أخذ الساق بالآثار .

( ويصح إبراءه ) أي ابراء الاب الثمن من المشترى ( عند أبي حنيفة ومحمد ) وذكر شمس الائمة السرخسي في مبسوطه صحة الابراء ولم يذكر الخلاف ( ويملك قبضه بعد بلوغه ) أي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصبي ، هذا إيضاح لرجوع العهدة على العاقد في البيع ( فلو صح الضمان ) أي ضمان الاب الثمن عن المشتري في البيع ( يصير ضامناً لنفسه ) فلا يصح وقد مر بيانه .

( وولاية قبض المهر للاب ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف قلتم أن الاب سفير لا يرجع حقوق العقد إليه ، وله ولاية قبض مهر الصغير ، وقال الكاكي تقدير السؤال أن يقال الاب يملك قبض الصداق كالوكيل يملك قبض الثمن ، فلو صح ضمانه يصير ضامناً لنفسه ، وذا لا يجوز هناك ، وكذا في الاب فأجاب عنه بقوله وولاية قبض المهر للأب ( بحكم الابوة ) أي بولاية الابوة ( لا باعتبار أنه عاقد ) ثم لا يشترط احضار الزوجه بقبض الاب مهرها عند علمائنا ، وعند زفر وهو قول أبي يوسف الآخر فتشترط. وفي المرغيناني لا يشترط ولم يحك خلافاً.

ألا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامناً لنفسه . قال وللمرأة أن تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه أن يخرجها ، أي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع .

---

( ألا ترى أنه ) أي الاب ( لا يملك القبض ) أى قبض المهر ( بعد بلوغها ) أى عند هبتها إياه عن القبض ، فلو كان باعتبار أنه عاقد يقبض بعد البلوغ أيضاً ، كما في ثمن المبيع وقال الولوالجى في فتاواه للأب أن يطالب بمهر البكر ، وإن كانت كبيرة ، والقياس أن لا يطالب لان ولاية الاب ينقطع عنهما بالبلوغ. ووجه الإستحسان أن العادة فيما بين الناس أن الآباء يقبضون صداق البنات ويجهزون بها البنات، والبنت تكون راضية بتصرف الاب ، لانها تستحي عن المطالبة بنفسها ، ولو رغب أباها عن قبض الصداق لا يملك الاب المطالبة ، وليس لاحد من الاولياء أن يقبض الجارية المدركة مهرها إلا بوكالة منها.

ثم الاب في حق البكر البالغة انما يملك قبض صداقها المسمى لا غير ، حتى ان المسمى إذا كان بيضاً والاب قبض السود لا يجوز لانه استبدال ، والاب لا يملك الإستبدال. قال شمس الائمة السرخسي هذا مذهب علمائنا ، وروى عن علماء بلخ انهم جوزوا ذلك حتى من قبض بعض العبد ان من جنس المسمى ، وبالنصف ضياعاً يجوز ، قال هذا أرفق بالناس . وقال في الفتاوى الصغرى لو قبض السود مكان البيض أو على العكس لا يجوز ، وإن قبض الضياع لا يجوز إلا في موضع جرت العادة كما في رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضياعاً .

( فلا يصير ضامناً لنفسه ) توضيح لما قبله (قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وللمرأة أن تمنع نفسها ) أى من الزوج ( حتى يأخذ المهر ) هذا إذا كان المهر عاجلا ، أما إذا كان مؤجلا ففيه اختلاف بين أصحابنا على ما يجيء إن شاء الله تعالى.

( وتمنعه ) أى ولها أيضاً أن تمنع زوجها ( أن يخرجها أى يسافر بها ) فسر الإخراج بالمسافرة ( لتعين حقها في البدل ) أى لتعين حق المرأة في المهر ( كما تعين في حق الزوج في المبدل ) وهو البضع ( وصار كالبيع ) يعني أن البائع يحبس المبيع لطلب الثمن ، فكذلك المرأة تحبس بضعها لطلب المهر .

وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله ، أي المعجل، لأن حق الحبس لاستيفاء المستحق، وليس له حق الاستيفاء قبـــل الايفاء . ولو كان المهر كله مؤجلاً ليس لهـــا أن تمنع نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيـع ، وفيه خلاف أبي يوسف . وإن دخل بها فكذلك الجواب عند أبي حنيفة « رح » .

---

( وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله ) أى منزل الزوج ( وزيـــارة أهلها ) أى ليس له أيضاً أن يمنعها من زيارة أهلها ( حتى يوفيها المهر كله ) أى المعجل من المهر ( لان حق الحبس لاستيفاء المستحق ) لان حق الحبس للزوج لاجل أن يستوفي منها مستحقة وهو الإنتفاع ببضعها ( وليس له حق الإستيفاء قبل الإيفـاء ) أى قبل أن يوفى حقها وهو المهر . وفى المحيط تخرج في حوائجها وزيارة أهلها وتسافر بغير إذنه حتى يوفيها جميع المهر ، والظاهران التأكيد في كل المهر على المعجل منه .

( ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها أن تمنع نفسها لإسقاط حقهـــا بالتأجيل ) أى لإسقاطها حق طلبها بسبب تأجيل المهر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( كما فيالبيـع ) يعني أن الثمن إذا كان مؤجلا، للبائع أن يحبس المبيع ، فكذلك لا تحبس المرأة نفسها إذا كان المهر مؤجلاً .

( وفيه خلاف أبي يوسف ) فإنه قال لها أن تمنع نفسها إذا كان المهر مؤجلا إلى أجل معلوم ، سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة ، لأن ملك البضع لا يعرى عن ملك البدل . وعن أبي حنيفة ومحمد ليس لها أن تمنع نفسها لانها رضيت باسقاط حقها فلا تمنع نفسها ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك .

( وإن دخل بهافكذلكالجواب ) أى كما أن للمرأة لها أن تمنع نفسها حتى تأخـذ المهر وتمنعه هي من أن يخرجها فيا قبل الدخول بالاتفاق ، فكذلك بعد الدخول ( عنـد أبي حنيفة ) وهذا قول أبي حنيفة آخراً كذا في الايضـاح .

وقالا ليس لها أن تمنع نفسها والخلاف فيما إذا كان الدخول برضاها ، حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق ، وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبنى على هذا استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه كله قد صار مسلماً إليـــه بالوطئة الواحدة أو بالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع . وله انهـا منعت منه ما قابل بالبدل ، لأن كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى

---

( وقالا ليس لها أن تمنع نفسها ) وهو قول أبي حنيفة أولاً ( والخلاف ) أى الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( فيما إذا كان الدخول برضاها حتى إذا كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف) المذكـور ( والخلوة بها برضاها ) مثل الخلاف في الدخول ( ويبتني على هذا ) الخلاف ( استحقاق النفقة ) فعند أبي حنيفة إذا منعت نفسها بعد الدخول لا تسقط نفقتها ، لأن المنع بحق ، وعندهما لا نفقة لها . وقال فخر الإسلام البزدوى في شرح الجامع الصغير كان أبو القاسم الصفار يفتي في المنع بقول أبي يوسف ومحمد ، وفي السفر بقول أبي حنيفة ، قال وهذا أحسن في الفتيا ، يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها بطلب المهر ، فاذا امتنعـت لا تسقط نفقتها ، كما هو مذهب أبي حنيفة .

( لهما ) أى لابي يوسف ومحمد ( ان المعقود عليه ) وهو البضع ( كله قد صار مسلماً إليه ) أى إلى الزوج ( بالوطئة الواحدة وبالخلوة ولهذا ) أى ولاجل كون المعقود عليـه مسلماً بالوطئة الواحدة وبالخلوة ( يتأكد بهما ) أى بالوطئة الواحدة وبالخلوة (جميع المهر) فإذا كان الامر كذلك ( فلم يبق لها حق الحبس كالبائع إذا سلم المبيع ) أى باختيـاره قبل قبض الثمن .

( وله ) أى ولابي حنيفة ( انهـــا ) أى أن المرأة ( منعت منـه ) أى من الزوج ( ماقابله البدل) وهو البضع( لأن كل وطئة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى ) على صيغة

عن العوض إبانة لخطره ، والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحماً للمعلوم ، ثم إذا وجد وطىء آخر وصار معلوماً تحققت المزاحمة ، وصار المهر مقابلاً بالكل كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها ، ثم إذا جنى أخرى وأخرى يدفع بجميعها ، وإذا أوفاها مهرها نقلها إلى حيث شاء لقوله تعالى ﴿ اسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ ٦ الطلاق ، وقيل لا يخرجها إلى بلد غير بلدها لأن الغريبة تؤذى ،

---

المجهول الخلاء على البضع المحترم ( عن العوض ) يعني لا يجوز إخلاؤه عن العوض ( إبانة لخطره ) أى لاجل الابانة بخطر الذمى هو المحل المحترم ( والتأكدبالواحدة )هذا جواب عن قولهما ، ولهذا يتأكد بها جميع المهر ، تقديره أن التأكيد بالواحدة ، أى تأكد المهر بالوطئة الواحدة ( لجهالة ما وراءها ) أى لاجل جهالة ما وراء الوطئة الواحدة ( فلايصلح مزاحماً للمعلوم ) لان المجهول لا يزاحم المعلوم .

( ثم إذا وجد آخر ) أى وطىء آخر ( وصار معلوماً تحققت المزاحمة ) فيزاحم الاول لكونه معلوماً يصير المهر مقابلا له وبالاول وإذا وجد آخر فكذلك ( وصار المهر مقابلا بالكل ) أى بكل الوطئات ويظهر ذلك بقوله ( كالعبد إذا جنى جناية يدفع كله بها ) أى بهذه الجناية ( ثم إذا جنى أخرى ) أى جناية أخرى ( وأخرى ) أى وجناية أخرى إلى ما لا يتناهى ( يدفع لجميعها ) أى لجميع الجنايات .

( وإذا أوفاها مهر مثلها إلى حيث شاء ) أى إذا أوفى الرجل امرأته مهرها المعجل ، كذا قيده الكاكي ، نقلها إلى حيث شاء من البلاد ( لقوله عز وجل ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ ٦ الطلاق ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وأصحابهم .

( وقيل ) قاله الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى ، وقال الاترازى هو محمد بن سلمة ، قلت لا يضر ذلك ، لان كلا من أبي الليث ومحمد بن سلمة قائل بذلك ( لا يخرجها إلى بلد غير بلدها ، لان الغريب يؤذى ) وذكر في فصول الاستروشي الزوج إذا أراد أن يخرج

وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة . قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر ، فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل .

---

المرأة إلى بلد أخرى وقد أوفى لها مهرها ليس له ذلك ، هكذا اختاره أبو الليث رحمه الله تعالى . وقال ظهير الدين المرغيناني في الاخذ بقول الله عز وجل أولى من الاخذبقول الفقيه ،قال الله تعالى ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾ وذكر في التنجيس والفتوى على ان الزوج أن يسافر بها إذا أوفاها المعجل ، لقوله تعالى ﴿ أسكنوهن ﴾ ٦ الطلاق ، ولان الغريب يؤذى .

فإن قيل هذا التعليل معارض بقوله ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم ﴾فلا يقبل، قلنا قوله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم﴾مقيد بالنص بترك الاضرار بدليل سياق الآية، وهو قوله تعالى ﴿ ولا تضاروهن ﴾ ٦ الطلاق ، وفي النقل إلى بلد آخر مضارة ، ولهذا جاز الاخراج برضاها . وفي المحيط المختار لمشايخنا أن لا يخرجها من بلدها ، وجواز النقل ظاهر الرواية . وقال صاحب ملتقى البحار وأفتى بأنه يتمكن من نقلها إذا أوفاها المعجل ، ومن المؤجل .

( وفي قرى المصر القريبة ) أي ما دون مدة السفر ( لا تتحقق الغربة ) لقرب المسافة ، بخلاف مدة السفر وما فوقها . وسئل أبو القاسم الصغار عن من يخرجها من المدينة إلى القرية ، ومن القرية إلى المدينة ، فقال ذلك بيتوتة وليس بسفر ، وإخراجها من بلد إلى بلد سفر وليس ببيتوتة.

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر ) أي الزوجان اختلفا في المهر تسميته بأن قال الرجل تزوجتك بألف ، وقالت المرأة بألفين ( فالقول قول المرأة إلى تمام مهر مثلها ، والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل ) وعند الشافعي يتحالفا ، كما في البيع ولا يفسخ النكاح ، سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده ، ويجب مهر المثل . وقال مالك إن كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج ، وكذا لو كان بعد موتهما ، وإن كان قبل الدخول يتحالفان ويفسخ النكاح

بناء على أصله أن فساد الصداق يوجب فساد النكاح ، وهـــذه المسألة على وجوه ذكرت هنا :

منها ما إذا قال الزوج ألف ، وقالت المرأة ألفان ، وكان هذا بعد الدخول قبـــل الطلاق أو بعده بحكم مهر المثل ، حتى لو كان مهر المثل ألفاً أو أقل ، فالقول قول الزوج مع إنكار الزيادة بالله ما تزوجها على ألفين ، وإن نكل أعطاها الالفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها ، وإن حلف لا يثبت الفضل ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، فإن أقاما البينة جميعاً كانت بينة المرأة أولى لانها كانت أكثر إثباتا كالبائـع والمشترى أقاما البينة على مقدار الثمن تكون بينة البائع أولى لما قلنا ، هذا إذا كان مهر المثل ألفاً أو أقل .

فاذا كان ألفين أو أكثر فالقول قولها مع اليمين ما رضيت بألف ، لانها تنكر للحط الذى يدعيه الزوج ، فان نكلت يجب لها الالف باعتبار التسمية ، وإن حلف ثبت لهـا الالفان ، ألف منها باعتبار التسمية وألف آخر باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار فى هذه الالف إن شاء أعطاها دراهم كما سماها ، وإن شاء أعطاها من الدنانير مايساوى ألف درهم ، فأيهما أقام البينة على دعواه قبلت بينته ، لان كل واحد منهما مدع ظاهر ، أو إذا أقاما جميعا فبينة الزوج أولى وهو الصحيح.

فاذا كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة يجب التحالف ويبدأالتحالفبالمقرعة ولم يتعرض له المصنف ، فان نكل الزوج ثبت الالفان سمى ، وان نكلت المرأة ثبت الالف ، وإن حلفا جميعاً يجب ألف وخمسمائة الالف باعتبار التسمية ، والخمسمائة باعتبار تحكيم مهر المثل ، وللزوج خيار فيها ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، وإن أقاما جميعـــاً تهاترت البينتان للتعارض ووجب مهر المثل ويخير الزوج فيها .

( وإن طلقها قبل الدخول بها ) فلها الزوج[1] ( فالقول قوله فى نصف المهر ) هـذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بهذه المسألة ، صورته قال الزوج تزوجتك بألف لا بـــل

---

(١) هكذا في الاصل .

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله . وقال أبو يوسف القول قوله بعد الطلاق ، وقبله إلا أن يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهراً لها هو الصحيح . لأبي يوسف « رح » أن المرأة تدعي الزيادة ، والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ، إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه ، وهذا لأن تقوم منافع

---

بألفين فطلقها قبل الدخول بها فالقول قول الزوج فى نصف المهر ولا يحكم متعـة مثلها ، هذه على رواية الجامع الصغير والمبسوط . وقال فى الجامع الكبير يحكم متعة مثلها ، فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه إن كانت بين الاثنين حلف كل واحد منهما ( هذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ) أى هذا المذكور من قوله من تزوج امرأة إلى هنا عند أبى حنيفة ومحمد ، وبه قال أحمد فى رواية ، وإن خصهما بالذكر لأن عندابى يوسف القول قول الزوج فى جميع الصور .

( وقال أبو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده ) لان القول قول الزوج مع يمينه ، سواء كان الاختلاف قبل الطلاق أو بعده ، وبه قال أحمد فى رواية ( إلا أن يأتي بشيء قليل ) اختلفوا فى معنى الشيء القليل ، فقال المصنف ( ومعناه ) أى ومعنى الشـــيء القليل . وقال الاترازى أى معنى قول أبى يوسف إلا أن يأتي بشيء قليل ( ما لا يتعارف مهراً لها ) يعني تفسير القليل أن يذكر الزوج شيئاً لا يتزوج مثل ذلك المرأة على ذلك المهر عادة . وقيل معناه دون العشرة ، لانه مستنكر شرعاً ، وروي هذا عن أبى يوســف . وفى قاضى خان فى تفسير المستنكر عن أبى يوسف روايتان ، أحدهما ما دون العشر ، والثاني ما لايتزوج على مثله ، وهذه هي الصحيحة أشار إليه المصنف بقوله (هو الصحيح و كذا قال في البدائع هو الصحيح . وفي المحيط وقاضي خان أصح ، ويحكى عن أبي الحسن الكرخي .

( لأبي يوسف أن المرأة قد تدعي الزيادة والزوج ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه ) بأن ذكر أقل من عشرة دراهم ، لأن ظاهر الشرع ينكره ، وظاهر الحال يكذبه ( وهذا ) أي هذا الذي ذكره أبو يوسف (لأن تقوم منافع

البضع ضروري ، فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه ، ولهما أن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل ، لأنه هو الموجب الأصلي في باب النكاح ، وصار كالصباغ مع رب الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه قيمة الصبغ ، ثم ذكر ها هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف

---

البضع ضروري ) لأنه ليس بمال ، وإنما يتقوم تعظيماً لخطره . وقال الاترازي يعني لضرورة التوالد والتناسل ( فمتى أمكن إيجاب شيء من المسمى لا يصار إليه ) أي إلى مهر المثل ، لأن مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية اعتباراً على أصل التسمية فلا نحكم بمهر المثل .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ) يعني ظاهر الحال ( والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لأنه ) أي لأن مهر المثل ( هو الموجب الأصلي في باب النكاح ) شرعاً ( وصار كالصباغ مع رب الثوب ) أي صار تحكيم مهر المثل في الإختلاف في مقدار المهر كاختلاف الصباغ مع رب الثوب ، أي صار بحكم مهر المثل في الإختلاف في مقدار المهر كاختلاف الصباغ مع صاحب الثوب ، بيانه أن رب الثوب قال صبغته بدرهم ، وقال الصباغ بدرهمين ، وهو معنى قولة ( إذا اختلفا في مقدار الأجر ) أي الأجرة ( تحكم ) على صيغة المجهول من التحكيم ( قيمة الصبغ ) ينظر ما زاد الصباغ في قيمة الثوب إن كان درهماً أو أكثر أعطى ذلك ويحلف بالله ما صبغه بما ادعى رب الثوب ، ويحلف رب الثوب بالله ما صبغته بأكثر من ذلك وذلك لأن الصبغ غير مال قائم ، فوجب الرجوع إلى قيمته وتحكيمه ، كذا قال القدوري في شرح كتاب الإستحلاف .

( ثم ذكر ) أي محمد رحمه الله ( ها هنا ) أي في المسألة ، وفي بعض النسخ ثم أنه وضعها ها هنا ( ان بعد الطلاق قبل الدخول والقول قوله ) أي قول الزوج ( في نصف

المهر ، وهذا رواية الجامع الصغير والأصل . وذكر في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها ، وهو قياس قولهما لأن المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كمهر . ووجه التوفيق أنه وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة والمتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها ، والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل .

---

المهر ) أي عند ابي حنيفة ومحمد ولا يحكم متعة مثلها (وهذا رواية الجامع الصغير والأصل) أي المبسوط .

( وذكر ) أي محمد ( في الجامع الكبير أنه يحكم متعة مثلها ) فإن شهدت لأحدهما فالقول له مع يمينه ، وإن كانت بين الأمرين حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح ( وهو قياس قولهما ) أي قول أبي حنيفة ومحمد ، وانما خصهما لأن على قول أبي يوسف القول قول الزوج ( لأن المتعة موجبة ) أي موجب النكاح ( بعد الطلاق ) قبل الدخول ( كمهر المثل قبله ) أي قبل الطلاق ( فتحكم ) أي المتعة ( كمهر ) أي كمهر المثل قبل الطلاق .

( وجه التوفيق ) أي بين رواية الأصل والجامع الكبير ( انه ) أي أن محمداً ( وضع المسألة في الأصل في الألف والألفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ) أي تحكيم المتعة لأن الزوج معترف بنصف الألف ( ووضعها ) أي المسألة ( في الجامع الكبير في العشرة والمائه ومتعة مثلها عشرون فينفذ تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الأصل ) أي المبسوط هو المتعارف إذ المتعارف هو الإختلاف في الألوف . وقيل إن المبسوط صنف أولاً ثم الجامع الصغير فيكون المذكور في المبسوط كالمعهود فيحمل عليه ، وقيل في المسألة روايتان .

وشرح قولهما فيما إذا اختلفا في حال قيام النكاح إن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين فإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل فالقول قوله ، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها وأيهما أقاما البينة في الوجهين تقبل ، وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة ، وفي الوجه الثاني بينته لأنها تثبت الحط ، وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة تحالفا ، وإذا حلفا تجب ألف وخمسمائة ،

---

( وشرح قولهما ) أي قول أبي حنيفة ومحمد ( فيما إذا اختلفا ) أي الزوجان ( في حال قيام النكاح ) هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة ، وهو أن الزوجين إذا اختلفا في مقـــدار المهر قبل الطلاق (ان الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين فإن كان مهر مثلها ألفاً فالقول قوله ) أي مع اليمين ، لأن الظاهر شاهد له،لأن في الدعاوى القول لمن يشهد له الظاهر .

( وإن كان ) أي مهر مثلها ( ألفين أو أكثر فالقول قولها ) أي قول المرأة معيمينها ( وأيهما ) أى أيما الزوجين ( أقام البينة في الوجهين ) أي فيما إذا كان مهر مثلها ألفين أو أكثر ( تقبل بينته ، وإن أقاما البينة في الوجه الأول تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة ، وفي الوجـه الثاني ) أى فيما إذا كان مهر مثلها ألفين أو أكثر ( تقبل بينته لأنهـــا تثبت الحط ) أى حـــط أحد الألفين ، والاصل في هذا هو البينة تثبت مـــا ليس ثابتاً ظاهراً .

( وإن كان مهر مثلها ألفاً وخمسمائة ) هذا وجه آخـــر من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة ( تحالفا ) لان المرأة تدعي الزيادة عليه وهو ينكر ، والزوج يدعي عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر ، وينبغي أن يقرع القاضي في البداية بالحلف ذكره في جامـــع قاضي خان والقرعة مستحبة ، ولكن يبدأ بأيهما شاء ، وذكر الامام المحوبي يبدأ بيمـــين الزوج لانه اثبتهما إنكاراً . وقال مالك بكليهما على المشهور .

( فإذا حلفا يجب ألف وخمسمائة ) يجب ألف بطريق التسمية لا يخير الزوج فيهـــا

هذا تخريج الرازي « رح » . وقال الكرخي « رح » يتحالفان في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك . ولو كان الاختلاف في أصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لأنـــه هو الأصل عندهما ، وعنده تعذر القضاء بالمسمى

---

لاتفاقهما على تسمية الالف ، ويجب خمسمائة باعتبار مهر المثل يخير الزوج ، وأيهما أقام البينة قبلت بينته ، وإن أقاما يقضي بالالف وخمسمائة ، ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل ، لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ، ونص محمد في هذا الفصل أن بينة المرأة أولى لاثباتها الزيادة .

( وهذا تخريج الرازى ) أى وجوب التحالف في فصل واحد ، وهو ما إذا خالــف مهر المثل قولهما هو تخريج الرازى ، أى وجوب التحالف في فصل واحد هو ما إذا خالف مهر المثل قولهما هو تخريج الشيخ أبو بكر الجصاص أحمد بن علي الرازى من كبار علمـــاء العراقيين صاحب التصانيف ( يتحالفان ) .

( وقال الكرخي رحمه الله ) هو الشيخ أبو الحسن الكرخي أستاذ المحققين ، وهـــو أستاذ أبو بكر الرازى ولد سنة ستين ومائتين ومات سنة ثمانين وثلاثمائة . وقال الفائقـة ولد سنة خمس وثلاثمائة ، ومات سنة سبعين وثلاثمائة ( في الفصول الثلاثـة ) أى فيما إذا كان مهر المثل ألفاً أو أقل ، أو ألفين أو أكثر ألفا وخمسمائة ( ثم يحكم مهر المثل بعـــد ذلك ) لانهما لما حلفا تعذرت التسمية فيحكم بمهر المثل ، قيل قول أبي بكر أصح .

( ولو كان الاختلاف في أصل المسمى ) هذا وجه آخر من الوجوه المتعلقـــة بالمسألة المذكورة ، أى ولو كان اختلاف الزوجين في أصل المسمى بأن يدعي أحدهما التسميـــة وينكر الآخر ( يجب مهر المثل بالاجماع ) لانه لا يتمكن المصير إلى المسمى مـــع وجود الشـك ، ولو كان قبل الدخول تجب المتعة بالإجماع ، وهكذا علله بعضهم ، وعلـــل المصنـف بقوله ( لانه هو الاصل عندهما ) أى لانـ مهر المثل هو الاصل عنـــد أبي حنيفة ومحمد .

( وعنده ) أى وعند أبي يوسف ( تعذر القضاء بالمسمى ) مع وجود الشك في وجوده

فيصار اليه ، ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حـــال حياتهما لأن اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما ، ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة « رح » ولا يستثني القليل ، وعند أبي يوسف « رح » القول قول الورثة إلا أن يأتوا بشيء قليل ، وعند محمد « رح » الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة ، وإن كان في أصل المسمى فعند أبي حنيفة « رح » القول قول من أنكره

---

( فيصار إليه ) أى إلى مهر المثل ، وتعليل المصنف :

( ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما ) أى بعد موت أحد الزوجين ، وهذا أيضاً وجه من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة ، وصورته اختلف الحي منهما مع ورثة الميت ( فالجواب فيه ) أى في هذا الوجه ( كالجواب في حال حياتهما ) أى حال قيام النكاح في الاصل ، والمقدار وفي الأصل يجب مهر المثل ( لان اعتبار مهر المثل لا يسقـــط بموت أحدهما ) أى أحد الزوجين كما في المفوضة ، وهي التي زوجت نفسها من رجـل بغير مهر إذا كان أحدهما يجب مهر المثل بالاجماع .

( ولو كان الاختلاف بعد موتهما ) أى بعد موت الزوجين بأن اختلفت ورثتهما ( في المقدار ) أى في مقدار المسمى ( فالقول قول ورثة الزوج عند أبي حنيفة ) مـــع اليمين لانكارهم الزيادة في المقدار ، أى في مقدار المسمى فالقول قول ورثة الزوج أيضاً ، إلا أن يأتوا بشيء ( ولا يستثنى القليل ) أى على مذهب أبي حنيفة بل يصدق ورثته وان أدعوا شيئاً قليلا .

( وعند محمد ) الجواب ( فيه ) أى في هذا الوجه ( كالجواب في حال الحياة ) يعني أن القول قول ورثة المرأة على مهر المثل ، وفيما زاد على ذلك القول قول ورثة الزوج (وإن كان ) أى اختلاف الورثة ( في أصل المسمى ) بأن ينكر أحدهما المسمى ( فعنـــد أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه القول قول من أنكره ) أى من أنكر أصل المسمى ولا يقضي

فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد إن شاء الله ، وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراثه وإن لم يسم لها مهراً فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لورثتها المهر في الوجهين ، معناه المسمى في الوجه الأول ومهر المثل

---

بشيء لانه لا يقضي بمهر المثل بعد موتها عنده ، وعندهما يقضي بمهر المثل ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، وعليه الفتوى ، ولكن الشافعي يقول بعد التحالف ، وعندنا ومالك وأحمد لا يجب التحالف .

( والحاصل أنه لا يحكم بمهر المثل عنده ) أي عند أبي حنيفة ( بعد موتهما ) أي بعد موت الزوجين ، استدل في الاصل ، وقال الاترازي أن ورثة علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه لو ادعوا على ورثة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه مهر أم كلثوم وبنت علي ابن أبي طالب رضي الله تعالى عنهما لم أقض ذلك في ميراث عمر إلا أن تقوم البينة ( على مهر مسمى على ما نبينه من بعد إن شاء الله تعالى ) أشار به إلى دليل أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في المسألة التي تلي هذه المسألة ، وهذا أيضاً وجه من الوجوه المتعلقة بالمسألة المذكورة .

( وإذا مات الزوجان وقد سمى لها مهراً ) أي والحال أن الزوج قد سمى للمرأة مهراً ( فلورثتها أن يأخذوا ذلك ) أي المسمى ( من ميراث الزوج ) انما يأخذ الورثة جميع المسمى من ميراث الزوج إذا ماتا معاً أو لم يعلم سبق أحدهما أو علم أن الزوج مات أولاً ، لان المسمى دين في الذمة وقد تقرر بالموت ، وإن علم أن المرأة ماتت أولاً يسقط من المهر قدر نصيب الزوج من التركة ، لانه ورث ديناً على نفسه على ما يجيء الآن .

( وإن لم يكن سمى لها مهراً فلا شيء لورثتها عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وقالا لورثتها المهر في الوجهين ) أي فيما إذا سمى وفيما إذا لم يسم ( معنى المسمى ) أي معنى قولهما بحسب المسمى ( في الوجه الاول ) أي فيما إذا سمى ( ومهر المثل ) أي ويجب

في الثاني ، أما الأول فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضي من تركته إلا إذا علم أنها ماتت أولا فيسقط نصيبه من ذلك . وأما الثاني فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما إذا مات أحدهما ، ولأبي حنيفة « ر ح » أن موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ،

---

مهر المثل ( في الوجه الثاني ) أى فيما إذا لم يسم .

( أما الأول ) وهو وجوب المسمى ( فلأن المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضي من تركته إلا إذا علم أنها ماتت أولاً ) الاستثناء من قوله ويقضي من تركته ( فيسقط نصيبه من ذلك ) أى نصيب الزوج أى من مهر المثل الذى عليه قدر نصيبه من تركة المرأة وقد ذكرناه الآن .

( أما الثاني ) وهو وجوب مهر المثل ( فوجه قولهما أن مهر المثل صار ديناً في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت ، كما إذا مات أحدهما ) ففيه لا يسقط بالاتفاق .

( ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ان موتهما يدل على انقراض أقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ) أراد ان بانقراض الأقران لا يجد القاضي امرأة من أقرانها حتى يقدر مهر مثلها بتلك المرأة . وقيل إذا لم يتقادم العهد ومرور الزمان الطويل حتى لو لم يتقادم العهد يتضمن بمهر مثلها عنده أيضاً . قال السروجي والتعليل الذى قبل هذا يدل على سقوط مهر المثل بموتهما تقادم أولاً . وفي المنهاج اختلفا في قدر المهر وفي صفة تحالفا ويفسخ المهر ويجب المثل ، وكذا لو أنكر التسمية على الاصح لو اختلفت ورثتهما أو وارث أحدهما مع الآخر .

وفي المغني لو قال لم يكن لها صداق فالقول قولها قبل الدخول وبعده ما ادعت مهر المثل ، وبه قال ابن جبير وابن شبرمة وابن أبي ليلى وابن حنبل وابن راهوية ، وهو قول الشعبي والثورى والشافعي ، وحكي عن فقهاء المدينة السبعة ان بعد الزفاف القول قوله — والدخول يقطع الصداق — وبه قال أصحابه كانت العادة بالمدينة تعجيل الصداق .

ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت هو هدية ، وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لأنه هو المتملك فكان أعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب . قال إلا في الطعام الذي يؤكل فإن القول قولها ، والمراد منه ما يكون مهيئاً للأكل لأنه يتعارف هدية . فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بيناه قيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له أن يحتسبه

---

وفي الجواهر لو اختلفا بعد زوال العصمة بطلاق أو فسخ أو موت ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، ولو ادعت التسمية وأنكر فالقول قوله .

( ومن بعث إلى امرأته شيئاً فقالت هو هدية ، وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المتملك ) على صيغة اسم الفاعل من التمليك ( فكان أعرف لجهة التمليك كيف ) أى كيف لا يكون القول قول الزوج ( وان الظاهر أنه يسعى في اسقاط الواجب ) عن ذمته فيكون القول قول من يشهد له الظاهر ، والواو في — وان الظاهر — للحال وان بكسر الهمزة وانه بفتح الهمزة .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( الا في الطعام الذى يؤكل ) كالجدى المشوى والدجاجة المشوية والحلوى والخبيصة والخبز واللحم وسائر الاطعمة والفواكه الرطبة وما لا بقاء له ( فإن القول قولها ) وكذا ذكره المرغيناني ، وفي قاضي خان وفي المهيأ للأكل وما لا يدخر فالقياس كما تقدم ، وفي الاسبيجابي القول قولها فيه ( والمراد منه ) أى المراد من الطعام الذى يؤكل ( ما يكون مهيئاً للأكل ) أى معداً للأكل ما يتسارع اليه الفساد ( لانه يتعارف هدية ) أى لان مثل هذه الاشياء عرفت هدية فالقول قولها فيها .

( فأما في الحنطة والشعير فالقول قوله ) فيها وكذا في الدقيق والشاة الحية والسمن والعسل وماله بقاء ( لما بينا ) أشار به الى قوله — وان الظاهر انه يسعى في اسقاط حقه وقيل قائله أبو القاسم الصفار ( فلا يجب عليه ) أى في الشرع على الزوج ( من الخمار والدرع وغيره ) كمتاع البيت ( ليس له ) أى للزوج ( أن يحتسبه ) بضم السين ، فقال

من المهر لأن الظاهر يكذبه والله أعلم .

---

حسبته أي عددت عليه حسباناً بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل ( من المهر لان الظاهر يكذبه ) والملاءة لا تجب عليه لانه ليس عليه أن يهيء لها أمر الخروج .

وقال المرغيناني عليه خف امرأة لخروجها . وفي قنية المنية دفع اليها مالاً فقالت كان من مهري ، وقال الزوج كان وديعة عندك ، إن كان المدفوع من جنس مهرها فالقول قولها ، وإن كان من خلاف جنسه فالقول قول الزوج . وفي الاشراف بعث إليها بثوب فقال هو من الكسوة ، وقالت الزوجة بل هو هبة ، فالقول قول الزوج مع يمينه . وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور ، قال أبو بكر وبه أقول .

وفي القنية بعث إلى امرأته متاعاً وبعث ابو المرأة إليه متاعاً ثم ادعى الزوج انه كان من الصداق فالقول قوله مع يمينه ، فإن حلف والمتاع قائم فللمرأة ان ترد وترجع بمهرها وإن كان هالكاً لا ترجع بالمهر وما بعث إليه ابوها إن كان هالكاً لم يكن على الزوج شيء ، وإن كان قائماً وبعث من مال نفسه يرجع ، وإن كان من مال الزوجة برضاها لا يرجع لأن الزوجة لا ترجع فيما وهبت لزوجها بعث إليها بهدايا وعوضت ثم زفت إليه ثم فارقها وادعى أن ذلك كان عارية ، فالقول قوله فإذا استرده فلها أن تسترد ما عوضه عن ذلك ، قيل لا يرجع كل واحد بما فرق على الناس من ذلك بإذن صاحبه صريحاً أو دلالة ولا بالمأكولات من الاطعمة والفواكه الرطبة .

وفي الذخيرة جهز بنته وزوجها ثم زعم ان الذي دفعه إليها ماله وكان على وجه العارية عندها ، قالت هو ملكي جهزتني به ، أو قال الزوج كذلك بعد موتها فالقول قولها دون الاب ، لأن الظاهر شاهد بملك البنت والعادة دفع ذلك إليها بطريق الملك ، وحكي عن ركن الإسلام أبي الحسن السعدي أن القول قول الأب ، لان ذلك يستفاد من جهته وبه أخذ بعض المشايخ . وقال الصدر الشهيد واقعاته المختار الفتوى إن كان العرف ظاهراً في الجهاز بمثل ذلك كما في ديارنا فالقول قول الزوج ، وإن كان مشتركاً فالقول قول الاب .

## فصـــل

وإذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة أو على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لها مهر وكذا الحربيان في دار الحرب، وهذا عند أبي حنيفة «رح» وهو قولهما في الحربيين ، وأما في الذمية فلها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها . والمتعة إن طلقها قبل الدخول بها . وقال زفر « رح» لها مهر المثل في الحربيين أيضاً له أن الشرع

---

( فصل )

لفظ فصل مهما يكتب هكذا لا يكون معرباً ، لان الاعـــراب يقتضي التركيب ، ومهما وصل بشيء مما بعد يكون معرباً . ولما فرغ من بيان انكحة المسلمين شـــرع في بيان أنكحة اهل الذمة .

( وإذا تزوج النصراني نصرانية ) هذا القيد اتفاقي ، لان الحكم في كل أهل الذمـــة هكذا ، ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمي ( على ميتة أو على غير مهر ) أي وتزوجهـــا على غير مهر ، وكذا لو تزوج على دم ( وذلك ) أي وتزوجها على هذا الوجه والواو للحال ( في دينهم جائز فدخل بها أو طلقها قبل الدخول بها أو مات عنها فليس لهـــا مهر ) أي مهر المثل حتى لو ترافعا إلى القاضي لا يقضي بشيء .

( وكذلك ) أي الحكم إذا زوج ( الحربيان في دار الحرب ، وهذا ) أى عدم وجوب المهر ( عند أبي حنيفة وهو ) أى عدم وجوب المهر ( قولهما ) أى قول أبي يوسف ومحمد أى قولهما ( في الحربيين ) كقول أبي حنيفة ، وأما في الذمية ( أى وأما الحكم في الذمية) إذا تزوجت ذمياً ( فلها مهر مثلها ) أى عندهما ( ان مات ) أى الذى ( عنها أو دخل بها والمتعة ) أى ولها المتعة .

( وان طلقها قبل الدخول بها ) يعني اذا ترافعا الينا أو أسلما ، وبه قـــال الشافعي ومالك وأحمد ( وقال زفر لهـــا مهر المثل في الحربيين أيضاً له ) أى لزفر ( ان الشـــرع

ما شرع ابتغاء النكاح إلا بالمال ، وهذا الشرع وقع عاماً فيثبت الحكم على العموم ، ولهما أن أهـــل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام ، وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين، بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا احكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار . ولأبي حنيفة « رح » أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات

وولاية الإلزام متحققة

---

ماشرع ابتغاء النكاح الا بالمال ) قال الله تعالى ﴿ ان تبتغوا بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء (وهذا الشرع ) وهو قوله تعالى ﴿ أن تبتغوا ﴾ ( وقع عاماً ) لانه ﷺ بعث الى الكل قـال تعالى ﴿ قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعاً ﴾ ١٥٨ الإعراف ، وقال ﷺ بعثت الى الاسود والاحمر أى العرب والعجم ، ولان هذا الدين ناسخ الاديان كلها ( فثبت الحكم على العموم ) لان النكاح من باب المعاملات والكفار مخاطبون بالمعاملات .

( ولهما ) أى لابي يوسف ومحمد ( أن أهـــل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام ) لان الالتزام بعقد الذمة قال ﷺ اذا قبلوا عقد الذمة فلهم ما للمسلمين ( وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين ) اى دار الإسلام ودار الكفر ولا الزام الا بالولاية ( بخلاف أهل الذمة لانهم التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا ) فإنهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد (وولاية الالتزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة أن أهل الذمة لا يعرفون أحكامنا في الديانات ) أى لا يلزم أهل الذمة المعاملات ، أى وكـذا لا يلزمون أحكامنا ( وفيما لا يعتقدون خـــلافه في المعاملات ) كالنكاح بغير شهود وبيع الخمر والخنزير والضمير في خلافه يرجع الى ما يعتقدون أى لا يلزمون أحكامنا في الشيء الذى يعتقدون خلاف ذلـــك الشيء لما انا نعتقد حرمة النكاح بغير شهود وهم يعتقـــدون خلاف ذلك .

( وولاية الإلزام ) هذا جواب في قولهما وولاية الالزام ( متحققة ) بيانه ان ولاية

بالسيف أو بالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب بخلاف الزنا لأنه حرام في الأديان كلها ، والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهـــد . وقوله في الكتاب

---

الالزام انما يتحقق ( بالسيف والمحاجة ) ليست بموجودة ( وكل ذلك ينقطع عنهم باعتبار عقد الذمة ، فانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون فصار كأهل الحرب ) وفي عدم الالتزام وانقطاع الولاية .

( بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان ) جواب عن قولهما كالزنا ، بيانه ان القياس عليه غير صحيح لانه حرام في الاديان ( كلها ) فلم يكن دينهم خاصة حتى يتركون عليه والربا كذلك ( جواب عن قولهما ) والربا بيانه ان الربا ( مستثنى من عقودهم لقولـه عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ) هذا حديث غريب ، وذكره الاكمل وسكت عنه غير انـــه قال إلا حرف تنبيه لا حرف الاستثناء ، كـــذا في السماع والفسخ .

قلت هذا عجيب منه لان من ذكر انه حرف استثناء حتى يرده مؤكداً بقوله كـذا السماع والنسخ ، وأعجب منه أيضاً قول الاترازى هو حرف تنبيه لا حـرف استثناء ، كذا وقع السماع مراراً بفرغانة وبخارى ، وكذا سكت عنه بقية الشراح ، وهما أيضاً لو سكتا لكان أوجه ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في باب ذكر أهل نجران حدثنا عيان حدثنا عبد الواحد بن زياد حدثنا خالد بن سعيد عن الشعبي قال كتب رسول الله ﷺ الى نجران وهم نصارى من باه منكم بالربا فلا ذمة له ، وهـــو مرسل . وروى أبو عبيد في كتاب الاموال باسناده عن أبي المليح الهذلي ان رسول الله ﷺ صالح أهل نجران ... الحديث وفيه لا يأكل الربا فمن أكل منهم الربا فمتى يلزم بريد .

( وقوله ) أى قول محمد ( في الكتاب )أى في الجامع الصغير ، أى على غير مهر هذا قد مضى فى أول الفصل وانما ذكره لبيان ان المسألة من مسائل الجامع الصغير ولبيان

أو على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان ، والأصح أن الكل على الخلاف ، فإن تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير ، ومعناه إذا كانا بأعيانهما والاسلام قبل القبض ، وإن كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لها مهر المثل في الوجهين ،

---

التفصيل في قوله ( أو على غير مهر لأنه يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت ) بأن يعقد ويسكتا عن ذكر المهر ، وقال صدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ، فالنفي على الاختلاف لا محالة ، فأما السكوت فإنه ترجع فيه إلى دينهم ، فإن دانوا انه لا يجب إلا بالنص عليه كان على الإختلاف ، وإن دانوا أنه يجب إلا أن ينفي فإنه يجب عند السكوت بالإجماع . وقال فخر الإسلام البزدوي والمتزوج بالميتة بمنزلة النفي لأنه لا قيمة له عند أحد ، والحق شمس الأئمة السرخسي في المبسوط الدم بالميتة لأنهم لا يتمولها المسلمون .

( وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان ) أي عن أبي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا . وفي رواية لا يجب شيء ( والأصح أن الكل على الخلاف ) رواية واحدة فعنده لا يجب شيء لها ، وعندهما لها مهر المثل .

( فإن تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير ) هذه من مسائل الجامع الصغير ( ومعناه ) أي معنى قول محمد فلها الخمر والخنزير ( إذا كانا ) أي الخمر والخنزير ( بأعيانهما ) إذا كانا معينين ( والاسلام ) أى إسلامهما أو إسلام أحدهما ( كان قبل القبض ) أي قبض الخمر والخنزير ( وإن كانا بغير أعيانهما ) يعني كانا ديناً في الذمة ( فلها في الخمر القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل وهذا ) أي هذا كله سواء كانا عينين أو دينين ( عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل في الوجهين ) أي في العين وغير العين ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد.

وقال محمد « رح » لها القيمة في الوجهين ، وجـــه قولهما أن القبض مؤكـــد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الإسلام كالعقد وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما وإذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فأبو يوسف « رح » يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل ، فكذا ها هنا ، ومحمد « رح » يقول صحت التسمية لكون المسمى مالاً عندهم إلا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب

---

( وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد انما جمع بين قوليهما وإن كانا تختلفان فيما بينهما حيث قال أبو يوسف بمهر المثل فيهما ، ومحمد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر والخنزير لأنهما متفقان في أنهما لا يوجبان عين الخمر والخنزير ( أن القبض ) أي قبض المهر المعين ( يؤكد الملك في المقبوض ) ولهـذا لو هلك قبل القبض هلك من الزوج وعليه مثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً وبعدالقبض يهلك من المرأة وينصف بالطلاق قبل الدخول إن لم يكن مقبوضاً ، وبعد القبض لا يعود إلى ملك الزوج شيء إلا بالرضى أو بالمسمى ، وإذا مر يوم الفطر والصداق عبـــد غير مقبوض ثم طلقها قبد الدخول بها لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعـــد القبض ولا تجب الزكاة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى في المهر قبل القبض بخلاف ما يعود.

( فيكون له شبه بالعقد ) أي يكون للقبض شبهة بالعقد من حيث أنه مؤكد (فيمتنع بسبب الاسلام ) أي يمتنع القبض بسبب الاسلام كالعقد ، أي كما لو ابتدأ التمليك بالعقد بعد الاسلام ( وصار كما إذا كانا بغير أعيانهما ) لأن القبض فيه كالقبـض فيهما إذا كان بغير أعيانها في افادة ما لم يكن ، والقبض فيما اذا كان بغير أعيانهما منع عن تسليم نفسها فكذلك إذا كانا بأعيانها كالعقد .

( واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد ، فأبو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا هنا ، ومحمد يقول صحت التسمية ) حالة العقد لأنهما كانا كافرين ( لكون المسمى مالاً عندهم ) أي عند أهل الذمة ( الا أنه امتنع التسليم بالاسلام فتجب

القيمة كما إذا هلك العبد المسمى قبل القبض. ولأبي حنيفة « رح » ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ، ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج إلى ضمانها وذلك لا يمتنع بالإسلام كاسترداد الخمر المغصوب ، وفي غـــير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالإسلام ،

---

القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ) فوجب القيمة .

( ولأبي حنيفه أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ، ولهذا تملك التصرف فيه ) أي في المعين كيف شاءت ببدل وبغير بدل فلو هلك على ملكها دخل ما يتم بنفس العقـد لا يحتاج فيه الى القبض للتمليك ، قوله ، وبهذا ايضاح لتمام الملك بنفس العقد في الصـداق المعين ( وبالقبض ينتقل ) أي الملك ( من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك ) أي انتقـال الضمان ( لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب ) يعني الذمي اذا غصب منه الخمر ثم أسلم له أن يسترده من الغاصب وكذلك المسلم اذا تخمر عصيره ، وهذا لأنه صورة اليد فلا يحصل به ملك الرقبة ولا ملك التصرف ، وصورة اليد لا تمتنع بالاسلام . وفي المواشي ولأبي حنيفة ان الملك نوعان ملك الرقبة وملك التصرف وكلاهما ثابت للزوجة قبل القبض والفائت لها صورة اليد ولا يمتنع ذلك بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره .

( وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين ) لأن حقها كان في الدين وانما يثبت في العين ابتداء بالقبض ( فيمتنع بالاسلام ) وفي الأسرار ولئن سلمنا أن القبض يؤكد الملك في المقبوض ولكن لا نسلم أن الاسلام يمنع تأكد الملك بدليل أن من باع عبداً بخمر وقبض الخمر ، فإن الملك فيه والجواز أن يهلك العين عنده قبل التسليم اليه فالتسليم يقرر الملك ، وهذا التسليم غير ممتنع بالاسلام ، وان كان قبضها كذا الملك في الخمر .

واذا اشترى خمراً وقبضها ثم أسلم ربها يجب فانه سقط خيار الرد ، وان كان في سقوطه تأكيد في الخمر ، ومع هذا لم يمتنع بالاسلام فعلم أن الاسلام لا يمنع تأكد الملـك في الخمر ، وبخلاف المشتري متصل بقوله أن الملك في الصداق المعين يتم بالقبـض ، يعني

بخلاف المشتري لأن ملك التصرف إنما يستفاد بالقبض وإذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لأنه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولا كذلك الخمر لأنه من ذوات الأمثال ، ألا ترى أنه لو جاء بالقيمة قبل الإسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ، ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل أوجب المتعة ، ومن أوجب القيمة أوجب نصفها .

---

بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض ، فإنه لا يجوز القبض بل يفسخ العقد .

وقال الاترازي ( بخلاف المشتري ) يجوز بفتح الراء وكسرها فعلى الأول يكون معناه أن الخنزير المشترى أو الخمر المشترى لا يجوز قبض ذلك بعد الاسلام ، وعلى الثاني أن المشترى الخمر والخنزير ليس له أن يقبضها بعد الاسلام ( لان ملك التصرف انما يستفاد فيه ) أي في البيع ( بالقبض ) والاسلام مانع منه .

( واذا تعذر القبض في غير المعين لا يجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم ) أي لان الخنزير من ذوات القيم لانه لا مثل له من جنسه ( فيكون أخذ قيمته ) أي قيمة الخنزير ( كأخذ عينه ) فكان فيه تقرير حكم عقد باشراه في الكفر لا على وجه الشرع ( ولا كذلك الخمر لإنه ) أي لان الخمر ، قال الكاكي ذكره على تأويل المذكور ، وقال الاترازي على تأويل الشراب ، وهي من الاسماء المؤنثة السماعية ( من ذوات الامثال )لان لها مثلاً من جنسها .

( ألا ترى ) توضيح لما قبله ( انه ) أى الزوج ( لوجاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر ) أي المرأة ( على القبول في الخنزير دون الخمر ) كما لو أتى بالعين فيما اذا تزوج امرأة على خنزير ، ولو تزوجها على خمر لا يجبر بين اعطاء القيمة وبين اعطاء العين .

( ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب مهر المثل مطلقاً ) هو أبو يوسف ( أوجب المتعة ، والذى أوجب القيمة ) مطلقاً ( أوجب نصفها ) أى نصف القيمة . أما محمدوأبو حنيفة أوجبا في الخنزير مهر المثل وفي الخمر القيمة .

## ( باب نكاح الرقيق )

أى هذا باب في بيان حكم نكاح الرقيق ، أى المملوك ، وقد يطلق على الواحد والجمع ، كذافي الصحاح . وفي المغرب الرقيق العبد ، وقد يقال للعبيد ومنه هؤلاء رقيقي . وفي النهاية الرقيق المملوك فعيل بمعنى مفعول . قيل كأنه نظر الى معناه الذى هو المملوك ، فإنه مفعول لأنه من فعل متعد ، والاظهر ان الرقيق بمعنى فاعل لان الرق هو الضعف وهو لازم ، وفيه تأمل . وقال الاترازى انما أخر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية لما ان الرقيق لا ينفذ نكاحه أصلاً الا اذا أذن له مولاه ، بخلاف أهل الكتاب ، فإن لهم ولاية النكاح بأنفسهم ، فلما ذكر من لهم ولاية النكاح وهم المسلمون وأهل الكتاب الحق بهم من ليس لهم النكاح بأنفسهم وهم الارقاء .

وقدم هذا الباب على باب نكاح أهل الشرك لان الرق يتحقق فى المسلم بقاء ، ولم يتحقق ابتداء ، والرقيق المسلم خير من المشرك الحر ، قال الله تعالى ﴿ ولعبد مؤمن خير من مشرك ﴾ ٢٢١ البقرة ، هذا ما عندى من وجه المناسبة .

وقال بعض الشارحين إنما أخره عن فصل النصراني لأن الرق من آثار الكفر ، والأثر يعقب المؤثر لأنه يقتضي أن يكون وضع هذا بعد باب نكاح أهل الشرك لما قال في المعنى انتهى . قلت أراد بعض الشارحين صاحب النهاية السغناقي ، فإنه ذكر في كتابه هكذا ، وفي كلام الإترازي أيضاً نظر ، لأن المناسبة لا تراعى إلا بين الأبواب دون الفصول ، وفصل النصراني والنصرانية داخل في ضمن باب المهر ، وليس بباب بالاستقلال ، وينبغي ان يذكر المناسبة بين باب المهر وباب نكاح الرقيق قد صدر بنكاح الرقيق والرقيق يكون مهراً إنما تزوج رجل امرأة على رقيق فإذا تزوج الرقيق بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه .

## لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما وقال مالك « رح » يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح ،

( لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاهما ) لا يجوز اي لا يعقد ، كما في نكاح الفضولي ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين . وقال السروجي وكذا قال في البدائع والمفيد لا يجوز نكاح المملوك بغير إذن سيده ، وصوابه لا ينفذ ، فـإنه جائز صحيح ، لكنه غير نافذ ، بل نفاذه موقوف إلى إجازة المولى ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وابراهم النخعي ومنصور والحكم ، رواه عنهم ابن أبي شيبة ، قال شيخنا زين الدين رحمه الله تعالى وهو قول اهل الرأي ومالك فيما حكى الخطابي عنهم .

وفرق الرافعي بين قول أبي حنيفة ومالك ، فقال قال مالك يصح وللسيد فسخه . وقال ابو حنيفة موقوف على إجازة السيد . وقال شيخنا أيضاً لما روى حديث الباب فيه حجة على ان نكاح العبد بغير إذن سيده غير صحيح ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم جـابر بن أبي سليمان والأوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق ، انتهى . قلت فعلى قول صاحب الهدايه لا يجوز هو الصواب وكذا قال القدوري بلفظ لا يجوز .

فإن قلت يؤيد هذا ما رواه أبو داود وإذا نكح العبد بغير إذن سيده فنكاحه باطل. قلت هذا الحديث ضعيف وهو معروف عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما .

( وقال مالك يجوز للعبد لأنه يملك الطلاق فيملك النكاح ) قيد بالعبد لأنه لا يجوز للامة بالإجماع ، لأن النكاج من خواص الإنسان فيبقى على أصل الحرية إذ هـو مملوك للمولى من حيث انه آدمي ، ألا ترى انه يملك الطلاق وهـو أثر النكاح فيملك سببه وهو النكاح ،لأن من ملك رفع شيء يملك وضعه ،ولكن ذكر في الجواهر للمالكية لا ينكح العبد إلا بإذن سيده ، فإن عقد بغير إذن سيده صح ، وللسيد أن يطلق عليه بخلاف الامـة ، فإن العقد عليها بغير إذنه باطل ، ولا يصح بإجازته ، وعنه للسيد فسخه او تركه نكاح العبد ، وهي شاذة ، والمهر والنفقة لا زمان له متعلقان بما يتحصل في يده من غير خراجه ولا من كسبه .

وقال ابو عمر في التمهيد نكاحه موقوف على إجـازة السيد ، وإن طلقها العبد قبل

ولنا قوله عليه السلام أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ، ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون إذن مولاهما .

---

إجازة سيده لكان طلاقاً لا يحل إلا بعد زوج . وفي الاشراف لا حد عليه في الوطىء ، وفيه روي ذلك عن الشعبي والنخعي ومالك والشافعي واسحاق وابن حنبل . وقال داود واصحابه يحد بالوطىء حد الزاني إذا علم بالنهي ،وهو مذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنهما، قال فكان ابن عمر يرى نكاحه زنا ويرى عليه الحد وبه قال ابو ثور .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر ) هذا الحديث رواه الترمذي من حديث جابر رضي الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر ، وقال حديث حسن صحيح ورواه الحاكم في مستدركه ، وقال حسن صحيح الإسناد ولم يخرجاه وروى ابن ماجة من رواية مبدل عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ إذا تزوج العبد بغير إذن سيده كان عاهراً ، وقد مر الكلام فيه عن قريب قوله ـ عاهر ـ أي زان قاله الخطابي وغيره .

( ولان في تنفيذ نكاحها تعييبها إذ النكاح عيب فيها ) ولهذا لو اشترى عبداً أو أمة فوجده من زوجها فله أن يرده ( فلا يملكانه ) أي فلا يملك العبد والامة النكاح ( بدون إذن مولاهما ) قال الاكمل ، وفي هذا التعليل جواب لمالك ،لأن مذهبه ليس كانقله المصنف وقد بيناه ، وقال الاكمل أيضاً واستشكل بجواز اقراره بالحدود والقصاص ، فإن وجوب قطع اليد في السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما ، وأما على قول أبي حنيفة بمنزلة الاستحقاق ، وهو أيضاً أقوى العيوب فولايته على هذا التعيب يزيل هذه النكتة .

وأجيب بأن الرق في حدود الله تعالى باق على حريته والرق لا يؤثر فيها ، وإن لزم من ذلك تعييب فهو ضمني لا يعتبر به انتهى . قلت هذا كله من كلام السغناقي رحمه الله تعالى .

وكذلك المكاتب لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فيبقى في حق النكاح على حكم الرق ، ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج أمته ، لأنه من باب الاكتساب ، وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا ، وكذا المدبر وأم الولد لأن الملك فيهما قائم ، وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه ، لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله

---

( وكذلك المكاتب ) لا يجوز تزويجه بغير إذن مولاه ( لان الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب ) فينال بذلك شرف الحرية والنكاح ليس من باب الكسب ( فيبقى في حق النكاح على حكم الرق ) يعني يبقى رقبته موقوفة في حق النكاح ، كما كان ( ولهذا ) أي ولاجل بقائه في حكم النكاح على حكم الرق ( لا يملك المكاتب تزويج عبده ) لانه ليس بكسب في حق الزوج ( ويملك تزويج أمته لانه ) أي لان تزويج أمته ( من باب الإكتساب ) اذ به يحصل المهر والنفقة ، اذ كل مهر وجب للامة بعقد أو دخول فهو للمولى .

( وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا ) اشارة الى قوله — لانه من باب الاكتساب — ( وكذلك ) أي وكذلك لا يجوز نكاح ( المدبرة وأم الولد لان الملك فيها قائم ) ولهذا يعتقان اذا قال المولى كل مملوك لي حر ، وفي المبسوط الأب والجد والقاضي والوصي والمكاتب والمضارب والشريك المفاوض يملكون تزويج الأمة .

( وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه ) وكذا النفقة دين في رقبته حتى لو مات العبد سقط المهر والنفقة ، لأن محل الإستيفاء قد فات ، كذا ذكره التمرتاشي ، وبه قال أحمد وبعض أصحاب الشافعي يباع فيه ، أي في المهر ( لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله ) هذا دليل لقوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم

وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعاً للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة .

---

المصادرة على المطلوب ، تقديره هذا الدين وجب في الرقبة تباع الرقبة فيه ، أما أصل الوجوب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب من أهله ، أي من أهل التزوج ، والسبب هو الفعل والبلوغ ، أما انه وجب في رقبته فلدفع الضرر عن أصحاب الديون وانتفاء المانع من جهة المولى ، لوجود الاذن من جهة أشار إليه بقوله :

( وقد ظهر في حق المولى لصدور الأذن من جهته فيتعلق برقبته دفعاً لمضرة أصحاب الديون ) يعني النساء ( كما في دين التجارة ) أي كما يباع في دين التجارة ، قياساً على دين الإستهلاك ، والجامع دفع الضرر عن الناس ، وإنما قيد التزوج بإذن المولى ، لأن العبد أو المدبر أو المكاتب إذا تزوج بغير إذن المولى ودخل بها ثم فرق بينهما المولى فلا مهر عليه حتى يعتق ، وهذا مذهب الثلاثة ، هذا ما ذكر في كتبهم ، ففي المنهاج للشافعية السيد إذا أذنه لا يضمن نفقته ولا مهراً في الجديد ، وهما في كسبه بعد النكاح فإن كان مأذوناً له في التجارة ففيما في يده من المال ، وكذا في رأس المال في الأصح .

وفي المبسوط لهم ، الأصح ليس في رأس المال ، فان لم يكن مأذوناً له ولا مكتسباً ففي ذمته ، وفي قول على السيد ، وفي الجواهر للمالكية النفقة والمهر لازمان له متعلقان لما يحصل له في يده لما ليس من خراجه ولا من كسبه . وفي المغني للحنابلة المهر يتعلق برقبته ويباع فيه إلا أن يفسد المولى ، وهذا تقييد قولنا . وفي شرح الوجيز للشافعية دين المهر والنفقة يتعلق بذمة العبد ويثبت الخيار للمرأة في القول الأصح . وفي قول يجب على المولى ، لأن الاذن في النكاح في عبد لا يكتسب التزاماً للمؤنات ، وهذا في عبد لم يكن له كسب ، فلو كان مكتسباً يجوز في كسبه بعد النكاح ، حتى لو حبسه المولى واستخدمه في زمان كسبه غرم للمرأة المهر والنفقة .

وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة ، فيه قولان ، انتهى ، له أن العبد إذا بيع في مهرها ولم يف الثمن لا يباع ثانياً ، لأنه بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق . وفي دين النفقة يباع مرة أخرى لأنه يجب شيئاً فشيئاً ، كذا ذكره التمرتاشي ، ولو زوج

والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ، فقال المولى طلقها أو فارقها ، فليس هذا بإجازة ، لأنه يحتمل الرد ، لأن هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً ومفارقة ، وهو أليق بحال العبد المتمرد ، وهو أدنى ، فكان الحمل عليه أولى ، وإن قال طلقها تطليقة تملك الرجعة ، فهذا إجازة ، لأن الطلاق الرجعي لا يكون

---

عبده أمته لا مهر له ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

( والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه ، لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من أنفسهما ) لتعذر الإستيفاء من الرقبة .

( وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه ، فقال المولى طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة ) وقال ابن أبي ليلى يكون إجازة . وعند الشافعي ومالك وأحمد لا ينعقد هذا العقد أصلاً ، ويصير لغواً لا تلحقه الاجازة . ولو قال له طلقها فيما إذا بلغه الخبر ان الفضولي زوجه يكون إجازة ( لأنه ) أي لأن كلام المولى طلقها أو فارقها ( يحتمل الرد ، لأن رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقاً ومفارقة هو أليق بحال العبد المتمرد ) أي الرد أليق بحال العبد المتمرد ، أي المارد الخارج عن الطاعة ( إذ هو أدنى ) أي الرد أدنى لأنه منع من الثبوت والطلاق موقع بعده ، والدفع أسهل من الرفع .

( فكان الحمل عليه ) أي على الدفع ( أولى ) بخلاف مسألة الفضولي ، لأن الزوج يملك التطليق بالإجازة ، فثبت ضمناً له ، لأن فعل الفضولي إعانة له ، فلا يحمل على الرد .

فان قلت الطلاق في الحقيقة لإبطال تمليك النكاح في الرد مجاز ، والعمل بالحقيقة مجاز.
قلت الحقيقة تدرك بدلالة الحال ، وهي افتئات على رأي المولى.

( وإن قال طلقها تطليقة تملك الرجعة ، فهذا إجازة ، لان الطلاق الرجعي لا يكون

إلا في نكاح صحيح ، فتتعين الاجارة . ومن قال لعبده تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا يؤخذ منه إذا أعتق واصله إن الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى. وعندهما ينصرف إلى الجائز لا غير ،فلا يكون ظاهراً في حق

---

إلا في نكاح صحيح، فتتعين الإجازة ) وكذا قال أوقع عليها تطليقة . فإن قيل إذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال ، أو تزوج أربعاً من النساء لا يثبت به العقد ، وإن كان التكفير بالمال ، وتزوج أربعاً من النساء لا يكون إلا بعد الحرية . أجيب بأن ما كان أصلاً في إثبات الاهلية في التصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء ، كالإيمان في خطاب الكفار بالشرائع . وفي الإثبات عتق ذلك بخلاف ما نحن فيه ، فان النكاح ليس بأصل في إثبات الاهلية .

( ولو قال لعبده تزوج هذه الامة ) لا فائدة فيه ، لانه لو قال هذه الحرة ، فعلى هذا الخلاف ، وكذلك لا فائدة في ذكر الاشارة في التعيين ، لان الحكم في غير المعين كذلك ( فتزوجها نكاحاً فاسداً ودخل بها ، فانه يباع في المهر عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وقالا يؤخذ منه إذا أعتق ) ولفظ الاصل ، وإذا أذن له أن يتزوج واحدة فتزوجها نكاحاً فاسداً ، فدخل بها أخذ المهر في حال الرق في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء عليه حتى يعتق ، وعند الشافعي في ذمته كقولهما ، وفي قول في رقبته . وفي المغني وفي تناوله الفاسد احتمال .

( وأصله ) أي أصل أبي حنيفة ( ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده ) أي يشملهما عند أبي حنيفة ( فيكون هذا المهر ظاهراً في حق المولى ) بسبب اذنه فيباع.

( وعندهما ينصرف ) أي الاذن ( إلى الجائز ) أي النكاح الجائز ( لا غير ) يعني ولا ينتظم ، وبه قال الشافعي في أظهر قوليه ، وقد ذكرناه ( فلا يكون ظاهراً في حق

المولى ، فيؤاخذ به بعد العتاق . لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين ، وذلك بالجائز ، ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز ، بخلاف البيع ، لأن بعض المقاصد حاصل ، وهو ملك التصرفات ، وله أن اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه ، كما في البيع ، وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة

---

المولى ) ولا يؤاخذ به العبد في الحال (فيؤاخذ به بعد العتاق. لهما ) أي لابي يوسف ومحمد ( أن المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف ) أي تحصيل العفة ( والتحصين ) أي تحصين النفس عن الحرام ( وذلك ) أي الاعفاف لا يكون إلا ( بالجائز ) أي النكاح الجائز قيد بالمستقبل ، لان مراده في النكاح في الماضي تحقق المخبر عنه فحسب ، لا بالتحصين لاستحالته .

( ولهذا ) أي لاجل كون المقصود من النكاح فى المستقبل الاعفاف ( لو حلف لا يتزوج ينصرف يمينه إلى الجائز ) ولا ينصرف إلى الفاسد فلا يحنث بالفاسد . ولو حلف انه ما تزوج وقد كان تزوج فاسداً يحنث فى يمينه لما ذكرنا أن مقصوده تحقق المخبر عنه ، لا التحصين ، كذا فى المبسوط .

( بخلاف البيع ) يعني لو أمره بالبيع ينتظم الفاسد والصحيح ( لان بعض المقاصد ) وهو الاعتاق والهبة ونحو ذلك من التصرفات ( حاصل ) وفسر قوله بعض المقاصد بقوله ( وهو ملك التصرفات ) وقد ذكرناه ( وله ) أي ولابى حنيفة ( ان اللفظ ) تزوج ( مطلق فيجري على إطلاقه )ولا يقيد بالصحة ، لان الصحة والفساد وصفتا العقد والاذن من المولى فى أصل العقد ، فكذا يتقيد بصفة دون صفة ( كما فى البيع ) أي كما أن الامر بالبيع مطلق ينتظم الفاسد والصحيح ( وبعض المقاصد فى النكاح الفاسد حاصل) كان هذا جواب عما يقال لا شيء يقصد به فى النكاح الفاسد ، فأجاب بقوله — وبعض المقاصد حاصل — .

( كالنسب ) أي كثبوت النسب ( ووجوب المهر والعدة ) أي وجوب العدة بشرط

على اعتبار وجود الوطيء ، ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة
ومن زوج عبداً مأذوناً له امرأة جـــاز ، والمرأة أسوة للغرماء في
مهرها ، ومعناه إذا كان النكاح بمهر المثل

الدخول ، أشار إليه بقوله ( على اعتبار وجود الوطيء ) وكذا سقوط الحـــد من بعض المقاصد . وفى قاضى خان العبد أهل لمباشرة النكاح ، وانما يشترط رضى المولى عنـــه لتعلق المهر بماليته ، وفى هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد .

وفى البدائع لو أذن له فى النكاح الفاسد أيضاً ودخل بها فيه يلزمه المهر فى رقبتـه للحال بالاتفاق ، ولو دخل فى الموقوف ثم أجازه المولى ففى القياس يلزمه مهران ، مهـر بالدخول ومهر بالقصد بالاجازة ، وفى الاستحسان يلزمه مهر واحد .

( ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ) يعني طريقة إجـــراء اللفظ المطلق على الاطلاق ، ولئن كان قول الكل فالعذر لأبى حنيفة أن مبنى الايمان على العرف . وقال الكاكى رحمه الله تعالى هذه طريقة أخرى . وفى المسألة طريقتان ، أحداهما ذكرت فى المتن . الثانية أن الحاجة إلى إذن المولى لشغل رقبته بالمهر ، لا بتمليك البضع ، لان العبد فى حقه يبقى على أصل الحرية ، ومسألة اليمين ممنوعة على الطريقة الاولى، لا على الطريقة الثانية ، على ما لا يخفى .

وثمرة اختلافهم فى هذه المسألة تظهر فيما إذا جدد العقد عليها بشرائط الصحـــة بلا إذن ، وتزوج امـــرأة أخرى صحيحاً بغير إذن لا يجوز عند أبى حنيفـــة لانتهاء الأمر بالفاسد ، وعندهما يجوز لعدم الانتهاء ، لانه لا يتناول الفاسد ، كذا ذكر فى المبسوط .

( ومن زوج عبداً مأذوناً له امرأة جاز ) المراد بالمأذون المديون، صرح به فى الكافى وجاز النكاح ، والمهر فى رقبته ( والمرأة أسوة للغرماء فى مهرها ) وقال الشافعى المهر والنفقة يتعلقان بربح على ما في يده الحاصل بعد النكاح ، وفى أظهر قوليه الربح ســواء حصل بعـد النكاح أو قبله ، وهل يتعلق برأس المال فيه وجهان ، أظهرهما لا يتعلـــق ( ومعناه ) أي معنى قولنا والمرأة إسوة للغرماء ( إذا كان النكاح بمهر المثـل ) تضرب

ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره ، والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصود ، إلا انه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها إسوة للغرماء .

---

المرأة فى ثمن العبد بمهرها ، وتضرب الغرماء على قدر ديونهم ، وذلك كما إذا استهلك العبد مال إنسان يكون صاحب المال اسوة الغرماء .

( ووجه ذلك ) اي وجه كون المرأة إسوة للغرماء من حيث ( أن سبب ولاية المولى) للانكاح ( ملك الرقبة على ما يذكر ) أي فيما بعد هذه المسالة بقوله -- ولنا ان النكاح إصلاح ملكه – لان فى تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك ( والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصوداً ) قيد بقوله – مقصوداً – لان المانعية انما يتحقق بذلك ، وأما إذا كان خفياً فلا يعتبر به ، وها هنا كذلك ، لان محلية النكاح للآدمية ، وحق الغرماء لا يلاقيها .

( إلا أنه إذا صح النكاح ) فولاية المولى تحصيناً لملكه ( وجب الدين بسبب لا مرد له ) لعدم انفكاك النكاح عن ثبوت المال ، وإن كان كذلك فشابه دين الاستهلاك، فان العبد المأذون المديون إذا استهلك مال إنسان صار صاحب المال اسوة الغرماء ( وصار ) أى العبد المأذون والمديون ( كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها اسوة للغرماء ) اي واراد بالاسوة المساوية فى طلب الحق – أي غرماء الصحة ، وإذا كان مهر المثل أكثر منه ، فلا تساويهم بل تؤخر إلى استيفائهم مهر مثلها حقهم كدين الصحة مع دين المرض .

فان قلت المهر يتعلق بمالية رقبته ، وفيه اضرار بالغرماء فوجب ان لا يصح . قلت لا نسلم ذلك ، فالنكاح لا تعلق له بالمالية رقبته ، ولهذا يصح نكاح الحر ، ولا مالية فى رقبته ، والاخ والعم يزوجان الصغيرة ، وليس لهما ولاية التصرف فى المال ، وحق الغرماء يتعلق بالمالية ، فلم يلاقي وجوب المهر حقهم ، فيصح بالمهر.

ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج ، ولكنها تخدم المولى ، ويقال للزوج متى ظفرت بهـــا وطئتها ، لأن حق المولى في الاستخدام باق ، والتبوئة إبطال له ، فإن بوأها معه بيتاً فلها النفقة والسكنى ، وإلا فلا لأن النفقة تقابل الاحتباس. ولو بوأها بيتاً ثم بدا له أن يستخدمها ، له ذلك ، لأن الحق باق لبقاء الملك فـــلا يسقط بالتبوئة ، كما لا يسقط بالنكاح .

---

( ومن زوج امته فليس عليه أن يبوئها بها بيت الزوج ) يقال بوأه منزلاً ، وبوأه له إذا اسكنه إياه ، ولا خلاف فيه لأحد الفقهاء ، ولكن قال الشافعي واحمد يستخدمها بالنهار ويسلمها ليلاً إلى زوجها . وقال مالك يسلمها إليه ليلة بعد ثلاث ، ويأتيها زوجها فيما بين ذلك عند اهلها . وفي الجواهر للمالكية استخدام الامة لا يبطل بالتزويج ، ويحرم على السيد الاستمتاع بها ، وليس عليه ان يبوئها منزلاً ، إلا ان يشترط ذلك في العقد ، وبـه قال احمد بن حنبل ، وعندنا شرط ذلك باطل لا يمنعه من استخدامها ، لان الحـق للزوج حل الوطىء في النكاح لا غير .

( ولكنها تخدم المولى ، ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها ، لان حـــق المولى في الاستخدام باق ، والتبوئة ابطال له ) اي لحق المولى ( فان بوأها معه ) اي مـع الزوج ( بيتاً ، فلها النفقة والسكنى على الزوج ، وإلا فلا ) ان لم يبوئها معه فلا يلزم النفقـــة والسكنى على الزوج ( لان النفقة تقابل الاحتباس ) يعني جزاء الاحتباس ، ولم يوجد ، لكن هذا في غير المكاتبة ، لان المكاتبة لها النفقة والسكنى وان لم توجد التبوئة وبـه صرح في شرح كتاب النفقات للخصاف ، والفرق بينها وبين الامة والمدبرة وام الولد ان المولى لا يملك استخدام المكاتبة ، فلا يحتـاج إلى تبوئة المولى بخلافهن ، فـــان للمولى استخدامهن .

( ولو بوأها بيتاً ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك ، لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة ، كما لا يسقط بالنكاح ) وظهر ، أي ثم ظهر للمولى ، اى كما لا يسقط حـــق

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاهما ، وهذا يرجع إلى مذهبنا أن للولي إجبارهما على النكاح . وعنـــد الشافعي « رح » لا اجبار في العبد ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » ،

---

المولى بانكاحه إياها ، لان المستحق للزوج ملك النكاح لا غير .

فان قلت ينبغى ان لا تسقط النفقة بالاستخدام بعد التبوئة كالحرة إذا منعت نفسهـا لاستيفاء الصداق . قلت القياس غير صحيح ، لان المقيس عليه وجد التفويت من قبـــل الزوج ، فكان امتناعها بحق ، فلم تسقط نفقتها ، وفيما نحن فيه لم يوجد التفويت والنفقة جزاء الاحتباس ، ولم يوجد فسقطت النفقة ٠

فان قلت ينبغى ان يجب عليه التبوئة ، لانه لما ملك الزوج منافع بضعه يجب عليـه تسليمها ، والتبوئة من التسليم . قلنا التبوئة أمر زائد على التسليم ، فان التسليم يتحقق بدون التبوئة ، بأن قال له متى ظفرت بها وطئتها فلا يلزمه التبوئة ، جمعاً بين الحقين بقــدر الامكان ، ولو جاءت الامة بولد ، فنفقة ولدها على مولاها ، لانه مالكه لا على الاب ، وذكر فى الجواهر ان للزوج المسافرة بها ، ويخرج معها ، والنفقة عليه إذا بوأها بيتـاً ، والمهر للأمة مال من مالها ، فلم ينزعه السيد . وفى المغني إذا أراد الزوج المسافرة بهـــا فليس له ذلك ، وإن أراد السيد السفر بها ، قال ابن حنبل لا أدرى .

( قال ) اى المصنف ( ذكر ) اى محمد فى الجامع الصغير ( تزويج المولى عبـــده وامته ، ولم يذكر رضاهما ) يعني لم يقل ان رضاهما شرط لصحة النكاح ام لا ( وهذا يرجع إلى مذهبنا ) وهو تزويجه بلا رضاها ، وهو معنى قوله ( لان للمولى اجبارهما على النكاح ) قال فى شرح الطحاوى للمولى ان يزوج امته على كره منها ، صغيرة كانـــت أو كبيرة بالاجماع . واما فى العبد إذا كان صغيراً فكذلك ، وإن كان كبيراً فكذلك عندنا فى ظاهر الرواية . وروي عن ابى يوسف انه قال لا يجوز إلا برضى العبد ، وهـــو قول الشافعى المشار اليه بقوله .

( وعند الشافعى لا اجبار للعبد ) وبه قال أحمد ( وهو رواية عن ابى حنيفة ) قـــال

لأن النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال ، فلا يملك انكاحه ، بخلاف الأمة ، لأنه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ، ولنا أن الانكاح إصلاح ملكه، لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتباراً بالأمة ، بخلاف المكاتب والمكاتبة ،

---

الوبرى هو رواية الطحاوى عن ابى حنيفة ، وهو رواية شاذة . وقال الشافعى فى القديم ومالك واحمد فى رواية كقولنا ، وهذا الخلاف فى العبد ، اما فى الامة يجوز عقده عليها بغير رضاها بالاجماع ، ولا يجوز تزويج المكاتب والمكاتبة جبراً بالاجماع ، وكذا فى المستسعاة عند ابى حنيفة والشافعى ومالك واحمد .

( لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك نكاحه ، بخلاف الامة ، لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ) بلا رضاها، لكونه تصرفاً فى خالص ملكه .

( لنا ان الانكاح اصلاح الملكة ) يعني ان مملوكه يداوى رقبته فيملك كل تصرف يشعر بصيانة ملكه فيه ، والنكاح منه ( لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان ) اذا بالجلد ربما يهلك لخرق الجلد او الجرح فالنقصان لازم ، الا ترى انه لو اشترى عبدا حد فى الزنا ، فله الرد ، فكان فى النكاح صونه عنهما ( فيملكه ) بلا رضاه ( اعتباراً بالامة ) والجامع قيام سبب الولاية ، وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك والنقصان ، وليس المناط فى جواز انكاح الامة جبراً تملك منافع بضعها ، لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس ، فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر تزويجها ، والمولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها ، فكان التعديل به فاسداً .

( بخلاف المكاتب والمكاتبة ) هذا جواب عما يقال لو كان الإجبار باعتبار تحصين الملك لجاز في المكاتب والمكاتبة ، ولم يجز ، فأجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة

لأنهما التحقا بالاحرار تصرفاً فيشترط رضاهما . قال ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال عليه المهر لمولاها اعتباراً بموتها حتف أنفها ، وهذا لأن المقتول ميت بأجله ،

---

(لأنهما التحقا بالأحرار تصرفاً) اي من حيث التصرف، ففى ملك السيد نظراً لهما،لقصور ملكه فيهما، لأنهما مالكان يداً ، فيكون في تزويجها تفويتاً لملك التصرف عليهما (فإذا كان كذلك فيشترط رضاهما ) اي إذا أراد المولى تزويجهما .

( قال ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها الزوج فلا مهر لها عند أبي حنيفة ) وبه قال الشافعي وأحمد ( وقالا عليه المهر لمولاها اعتباراً بموتها حتف انفها ) أي على الزوج المهر لمولى الأمة التي قتلها ، قيد بقوله – ثم قتلها – لأنه إذا قتلها أجنبي لا يسقط المهر بالإتفاق ، وقيد بقوله – قبل أن يدخل الزوج بها – لأنه إذا قتلها بعد الدخول لا يسقط بالإتفاق ، وإذا غيبها المولى بمكان لا يقدر عليه الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق ، وكذا إذا غابت في مكان لا يقدر عليها او باعها من سلطان او غيره فذهب بها من المصر فانه يسقط المطالبة بالمهر عن الزوج ، وكذا لو أعتقها قبل الدخول فاختارت نفسها .

وإذا ارتدت الأمة أو الحرة قبل الدخول يسقط المهر بالإتفاق ، والحرة إذا قتلت نفسها فيه روايتان عن أبي حنيفة . وفي المنهاج لو قتلت المرأة نفسها او قتلها أجنبي لا يسقط مهرها عند الشافعي قبل الدخول لا يسقط بالإتفاق . والأمة إذا قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لا يسقط مهرها عند الشافعي ، وفي الجواهر لو قتلت الأمة سيدها أو أجنبي أو قتلت نفسها ، اي قياساً على موتها حتف أنفها ، قال في المغرب قولهم – مات حتف أنفه – إذا مات على الفرش ، قيل هذا في حق الآدمي ، ثم عمم في كل حيوان إذا مات. وقال ابن الأثير مات على حتف أنفه كأنه سقط لانفه فمات ، والحتف الهلاك ، كانوا يتخيلون أن روح المؤمن تخرج من أنفه ، فإذا جرح خرجت من جراحته .

( وهذا ) أي اعتبار قتلها بموتها حتف أنفها ( لأن المقتول ميت بأجله ) لا أصل له

فصار كما إذا قتلها أجنبي ، وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل ، كما إذا ارتدت الحرة. والقتل في أحكام الدنيا جعل اتلافاً حتى وجب القصاص والدية ، فكذا في حق المهر . وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر ، خلافاً لزفر رحمه الله ،

---

سوى هذا عند أهل السنة والجماعة ( فصار ) اي حكم هذا ( كما إذا قتلها أجنبي ) حيث لا يسقط .

( وله ) اي لأبي حنيفة ( انه ) اي ان الولي ( منع المبدل ) وهو البضع ( قبل التسليم ) اى قبل تسليمه إلى الزوج ( فيجازى بمنع البدل ) وهو المهر ( كما إذا ارتدت الحرة ) حيث يسقط مهرها مجازاة لفعلها ، فكذلك ها هنا مجازاته تمنع البدل . وقال الكاكي إذا كان من أهل المجازاة تحقيقاً للمساواة ، ثم قال وانما قيدنا بقولنا إذا كان من أهل المجازاة ، لأن الصغيرة لو ارتضت من أم زوجها او المجنونة قبلت ابن زوجها بشهوة قبل الدخول ، حتى بانتا لم يسقط المهر ، لأنهما ليسا من أهل المجازاة ، بخلاف المولى ،فإنه من أهل المجازاة ، حتى يجب عليه الكفارة .

ولو كان المولى صبياً قالوا يجب أن لا يسقط المهر على قول أبي حنيفة ،بخلاف الصغيرة إذا ارتدت حيث يسقط مهرها بالإرتداد ، لأن الإرتداد محظور في حقها ، ولهذا يحرم عن الميراث ، وإنما قيدنا بالإرتداد بالحرة ، لأن في ارتداد الأمة هل يسقط مهرها لا رواية عن أصحابنا فيه . واختلف المشايخ فيه ، قيل لا يسقط ، وقيل يسقط .

( والقتل في أحكام الدنيا ) هذا جواب عن قولهما ، لان المقتول ميت بأجله ، بيانه أن القتل مؤقت في الحقيقة بأجل عند الله تعالى ، ولكن في أحكام الدنيا ( جعل اتلافاً حتى وجب القصاص ) في العمد ( والدية ) في الخطأ ، هذا لا يجب القصاص على المولى لاستحالة انه يجب عليه له لكن عليه الإثم ( فكذا في حق المهر ) يعني أن القتل جعل إتلافاً في حق القصاص والدية ، فكذا جعل إتلافاً في حق المهر ، وجعل كأنه غير الموت، يعني كما أن القتل جعل إتلافاً .

( وإن قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها ، فلها المهر خلافاً لزفر ) وبه قال

هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته ، والجامع ما بيناه . ولنا ان جناية المرء على نفسه غـــير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها ، بخلاف قتل المولى أمته ، لأنه يعتبر في أحكام الدنيـــا ، حتى تجب الكفارة عليه ، وإذا تزوج أمته فالاذن في العزل

---

الشافعي . وفي شرح الكافي خلافاً للشافعي مكان خلافاً لزفر ، ثم قال وفي المبسوط قال الشافعي مكان زفر . وفي الكافي ذكرهما ، وهذا قول من الشافعي . وفي الحلية المنصوص انه لا يسقط مهر مثلها . وفي شرح الوجيز للأصحاب فيه طريقان ، أشهرهما أن المسألة على قولين بالنقل والتخريج ، أحدهما انه يسقط كما قال زفر ، والثاني لا يسقط ، وهو اختيار المزني .

( هو يعتبره بالردة ) أي زفر يقيس حكم هذه المسألة على حكم الردة ، يعني إذا ارتدت الحرة قبل الدخول بها ( وبقتل المولى أمته ) أي ويعتبر أيضاً بقتل المولى أمته (والجامع) أي الجامع بين المقيس ، وهو قتل الحرة نفسها ، وبين المقيس عليه ، وهو ردة الحرة قبل الدخول ، وقتل المولى أمته ( ما بيناه ) وهو أن من له حكم منع المبدل يجازى بمنع البدل، وقياس زفر قتل المولى أمته ، انما يصح على قول أبي حنيفة ، لأن أبا يوسف ومحمـد لا يقولان بسقوط المهر في قتل المولى أمته .

( ولنا ان جناية العبد على نفسه غير معتبرة في حق أحكام النساء[1] ) ولهذا قـال أبو حنيفة ومحمد انها تغسل ويصلى عليها ( فشابه ) أي قتلها نفسها ( موتها حتف أنفها ) فإنها إذا ماتت حتف أنفها لا يسقط مهرها بالإتفاق ( بخلاف قتل المولى أمته ) جواب عن قوله ويقتل المولى أمته ( لأنه يعتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه ) يعني إذا قتلها خطأ ، وكذلك يجب الضمان على المولى إن كان عليها دين .

( وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل ) وهو ان يطأها ويعزل شهوتـه عنها كيلا يتولد

---

(١) في المتن – الدنيا – بدل النساء . اهـ مصححه .

إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن إليها لأن الوطىء حقها حتى ثبت لها ولاية المطالبة ،وفي العزل ينتقص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الأمة المملوكة لأنه

---

الولد ( إلى المولى عند أبي حنيفة ) العزل في الامة المملوكة حلال بإجماع العلماء ، وفي الامة المنكوحة يجوز عند الشافعي في الأصح بغير الرضى وبالإذن يجوز عندنا ، والشافعي في وجه ومالك وأحمد ، ولكن ولاية الاذن للمولى عند أبي حنيفة .

( وعند أبي يوسف ومحمد الإذن إليها ) أي الامة ، قاله الاترازي وفي بعض نسخ الهداية ، وعن أبي يوسف ومحمد ان الاذن إليها وهو أصح لأن لهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل زوج أمته ، فأراد أن يعزل عنها ، قال الاذن في العزل إلى المولى ، ولم يذكر الخلاف ، فدل أن ظاهر الرواية عنهما ، كما قال أبو حنيفة ،ولهذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير.

وعن أبي يوسف ومحمد ان العزل إليها . قلت وفي خير مطلوب ولم يذكر عنهماخلافاً، وفيه وعنهما بالاذن إليها . وفي ملتقى البحار الامة تحت حر وعبد لا يعزل الزوج عنها إلا باذن المولى عند أبي حنيفة رضيت الامة أو لم ترض وهكذا في البدائع وقاضي خان .
وقال ابن حزم فى المحلى لا يحل العزل عن الحرة ، ولا عن الامة . وقال ابن المنذر فى الاشراف رخص فى العزل عن جارية جماعة من الصحابة علي بن ابى طالب وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابو أيوب الانصاري وابن عباس وجابر بن عبد الله وأنس وابى والحسن بن علي وخباب بن الارت رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وطاووس . وعن أبى بكر وعمر وابن مسعود وابن عمر كراهته .

( لان الوطىء حقها ) أي حق الامة المنكوحة ( حتى تثبت لها ولاية المطالبة ) فلا يجوز بغير رضاها ( وفى العزل ينتقص حقها فيشترط رضاها كما فى الحرة ) أي كما يشترط الرضى فى الحرة ، لان لها مطالبة الزوج بالوطىء بالإجماع ، لان النكاح صيانة لها عن السفاح ، وذا بقضاء الوطىء .

( بخلاف الأمة المملوكة ) حيث يجوز لمولاها ان يعزل رضيت او لم ترض ( لأنه

لا مطالبة لها ، فلا يعتبر رضاها . وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد ، وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهـــذا فارقت الحرة

---

لا مطالبة لها ) اي للأمة المملوكة (فلا يعتبر رضاها) والمكاتبة كالأمة عند الجمهور. وقال له قوله تخير المكاتبة ، وصح ذلك عن الحسن ، وهو قول الحسن وأبي قلابة وعبد الله بن زيد الجرمي . وقال سفيان الثوري ان تزوجها بعد الكتابة فلا خيار لها ، وإن تزوجهـا قبل الكتابة فلها الخيار . وقال قوم انها تخير تحت العبد ، ولا تخير تحت الحر ، وهو قول الحسن والزهري وأبي قلابة وعطاء وعروة ، ونسب ذلك إلى ابن عباس رضي الله تعـالى عنهما ، وهو قول ابن أبي ليلي والأوزاعي ومالك والشافعي وابن حنبل وابن راهوية وأبي سليمان وداود الطائي .

( وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد ، وهو حق المولى فيعتبر رضاه ) ولا حق للأمة في قضاء الشهوة ، لأن النكاح لم يشرع لها إبتداء ، وبقاء ولهذا لا تتمكن من مطالبة مولاها بالتزويج ويعذر الزوج على إبطال نكاحها بلا استطاعة رأيها ، وانمـا كانت الكراهة للولد ، والولد حق المولى ، فيشترط رضاه لا رضاها .

وفي جامع المحبوبي على هذا الخلاف حق الخصومة لو وجدت زوجها عنيناً فعنـــده يكون للمولى ، وعندهما لها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، والأصل فيه ما روي ان الصحابة استأذنوا النبي ﷺ في العزل فأذن لهم . وقد جاء عن بعض المفسرين في قولـــه تعالى ﴿ فأتوا حرثكم أنى شئتم ﴾ ٢٢٣ البقرة ، إن شئتم عزلاً وإن شئتم غير عزل ، لما ان اليهود يكرهون العزل ويقولون هو الموؤودة الصغرى، فنزلت فأجمعوا في الحرة أن العزل لا يجوز بغير رضاها ، لكن ذكر في الفتاوي إن خاف الولد السوء في الحرة يسعه العزل في الحرة بغير رضاها لفساد الزمان . وكذا يسعها المعالجة لإسقاط ما لم يستبن شيء من خلقه ثم إذا عزل بإذن أو بغير إذن، ثم ظهر بها حبل هل يحل نفيه، قالوا ان لم يعد إليها أو عادوا لكن بال قبل العود يحل النفي ، وإن لم يبل لا يحل النفي ، كذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه .

( وبهذا فارقت الحرة ) أي بتعليلنا أن العزل يحل بمقصود الولد ، وهو حـق المولى

وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حراً كان زوجها أو عبداً ، لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري ، فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً ، فينتظم الفصلين . والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما إذا كان زوجها حراً وهو محجوج به

---

فارقت الأمة المكوحة الحرة ، لأن لها الحق في الولد دون الأمة ، فلما وجد الفارق بطل القياس .

( وإن تزوجت أمة باذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار ، حراً كان زوجها أو عبداً) يعني لها الخيار ، سواء كان زوجها حال الإعتاق حراً أو عبداً ، إن شاءت أقامت معه ، وإن شاءت اختارت نفسها ففارقته ، ولا مهر لها إن لم يدخل بها الزوج ، وإن كان دخل بها فالمهر واجب لسيدها ، وإن اختارت زوجها فالمهر لسيدها ، دخل الزوج بها أو لم يدخل .

( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لبريرة حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري ) هذا أخرجه الدارقطني عن عائشة أن النبي ﷺ قال لبريرة إذهبي فقد عتق معك بضعك ، ورواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي هند عن عامر الشعبي أن النبي ﷺ قال لبريرة لما عتقت قد عتق بضعك معك، فاختاري، وهذا مرسل . وروى البخاري ومسلم عن القاسم عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت كانت في بريرة ثلاث سنة ... إلى آخر الحديث ، وفيه وعتقت فخيرها رسول الله ﷺ من زوجها فاختارت نفسها .

( فالتعليل بملك البضع صدر مطلقاً ) يعني أن النبي ﷺ جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع ، ولم يفصل بينهما إذا كان زوجها حراً أو عبداً(فينتظم الفصلين ) أي فيشمل الفصلين ، وهو ما إذا كان زوجها حراً أو عبداً ، حيث لا يثبت لها الخيار إذا كان زوجها حراً ، وبه قال مالك وأحمد ( وهو محجوج به )أي الشافعي محجوج بهذا الحديث، لأن التعليل بملك البضع مطلقاً ينتظم الفصلين .

واختلفت الروايات في زوج بريرة ، هل كان حراً أو عبداً حين خيرت ، فإن أصحابنا لا يفرقون بين الحر والعبد في ثبوت الخيار لها ، والشافعي يقول لها الخيار في العبد دون الحر ، فمن أحاديث انه كان حراً ، ورواه الجماعة إلا مسلماً من حديث ابراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت يا رسول الله إني اشتريت بريرة لأعتقها... الحديث ، وفي آخره قال الأسود فكان زوجها حراً . وقال البخاري قول الأسود منقطع . وقول ابن عباس رأيته عبداً أصح . وأخرجه البخاري أيضاً عن الحكم عن إبراهيم ، وفي آخره قال الحكم وكان زوجها حراً ، قال البخاري وقول الحكم مرسل .

ومن أحاديثه أنه كان عبداً ما رواه الجماعة إلا مسلماً عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان زوج بريرة كان عبداً أسود يقال له مغيث... الحديث . ومنها مارواه مسلم وأبو داود من حديث هشام بن عروة عن عائشة محيلا على ماقبله في قصة بريرة ، وزاد وقال وكان زوجها عبداً فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها ، ولو كان حراً لم يخيرها .

ومنها ما أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة أن بريرة خيرها رسول الله ﷺ وكان زوجها عبداً . ومنها ما أخرجه البيهقي عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد أن زوج بريرة كان عبداً ، وقال اسناده صحيح ، وقال الطحاوي إذا اختلفت الآثار وجب التوفيق بينهما فنقول إنا وجدنا الحرية تعقب الرق ولا ينعكس فيحمل على أنه كان حراً عندنا ما خيرت عبداً قبله ، وإن ثبت انه عبد ولا يبقى الخيار لها يجب الحر إذا لم يخبر عن النبي ﷺ انه انما خيرها لكونه عبداً ، انتهى وقال الكاكي ولو تعارضت الروايات بقي قوله عليه السلام ملكت بضعك فاختاري .

( ولأنه يزداد الملك ) دليل معقول ، فنقول بيانه ان ملك الزوج يزداد ( عليها ) أي على الأمة ( عند العتق ) اي عند عتقها ، يعني عند عتق مولاها إياها ، لأنها كانت تخلص من زوجها قبل العتق بطلاقين ، فبعد العتق لا تخلص منه إلا بثلاث ، وهي معنى قوله

فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعاً للزيادة ، وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم أعتقت ، وقال زفر رحمه الله لا خيار لها ، لأن العقد نفذ عليها برضاها ، وكان المهر لها ، فلا معنى لإثبات الخيار ،

---

( فيملك الزوج بعده ) اي بعد العتق ( ثلاث تطليقات ) فيزداد ملك الزوج عليها بسبب العتق بتطليقة ، فيملك ثلاث تطليقات .

ثم هي لا تملك دفع تلك الزيادة إلا برفع اصل النكاح ، فيملك رفع أصل العقد رفعاً للزيادة ، ، فأثبت الشارع لها الخيار ، فلا يتمكن من ذلك إلا برفع اصل النكاح ،فصار هذا كعبد بين اثنين كاتبه أحدهما فلان حرائر والكل ، لأن له أن يرد نصيبه ولايمكن ذلك إلا برد الكل . ولهذا لو اختارت نفسها كان فسخاً لا طلاقاً كخيار البلوغ ، لأن سبب هذا الخيار يعني في جانبها وهو ملكها أمر نفسها ، وكل فرقة كانت بسبب جهة المرأة لا يكون طلاقاً ، ثم خيارها يقتصر على المجلس عندنا .

وعند الشافعي في الأصح على الفور . وفي قول على التراخي ، وفي التراخي قولان في قول الى ثلاثة أيام ، وفي قول إلى أن يمكنه من وطئها ، وإن اختارت نفسها ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن فسخ النكاح جاء من قبلها وبعده ، فالمهر لسيدها ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى .

( وكذا المكاتبة ) هذا لفظ القدوري ، وفسره المصنف بقوله ( يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم اعتقت ) بأداء بدل الكتابة كان لها الخيار ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً لزيادة الملك عليها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

( وقال زفر لا خيار لها ، لأن العقد نفذ عليها ) اي على المكاتبة ( برضاها ، وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار ) وتحقيق كلام زفر وثبوت الخيار من الامة لنفوذ العقد عليها بغير رضاها ، وسلامة المهر لمولاها ، وهذا غير موجود هنا ، لان المهر لها ولا ينفذ نكاحها إلا برضاها . وقال ابن ابي ليلى ان أعانها على بدل الكتابة لا خيار لها ، وإن لم

بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها . ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة، لأن عدتها قرآن وطلاقها ثنتان . وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح، لأنها من أهـــل العبادة

---

يعنها فلها الخيار ( بخلاف الامة ، لانه لا يعتبر رضاها في التزويج ) وقد ذكرناه .

( ولنا أن العلة ) أي علة إثبات الخيار للأمة بعد العتق ( ازدياد الملك عليها ، وقـد وجدناها ) أي العلة وهي ازدياد الملك عليها ( في المكاتبة ) والدليل على ذلك قوله (لأن عدتها ) أي عدة المكاتبة ( قرآن ) أي حيضتان ( وطلقتان ) وكذا إيلاؤها شهران ، فازداد كل ذلك بالعتق كما في الأمة إذا أعتقت ،فيكون لها الخيار ،ولانه عليه الصلاة والسلام خير بريرة ، وهي مكاتبة ، ولو قيل يحتمل انها لم تكن مكاتبة وقت النكاح ، وحينئذ لم يكن نفوذ نكاحها برضاها . قلنا الظاهر انها كانت مكاتبة وقت النكاح ، لأن الحال يدل على ما قبله على انه ﷺ رتب الخيار على ملك بضعها ، فكانت علة لثبوت الخيار والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

فإن قيل المكاتبة مالكة لبضعها قبل العتق ، ولهذا يكون البدل لها ، ولم يحل للمولى وطئها ، فلم يتناول النص . قلنا انها ليست بمالكة لبضعها ، لأنها لا تملك نفسها ، وبعضها جزؤها فلا تملكه ، وإن وجب البدل لها لانها أحق باكتسابها ، ولم يحل وطؤها لأنه من منافعها .

( وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح ) وفي المبسوط وكـــذا الحكم في العبد لو تزوج بغير رضى المولى ، وكذا لو باعه ثم أجاز المشترى فكان التخصيص بالأمة لها مسألة تمليكها ، وهي المسألة المتعلقة بالخيار وقال الشافعي ومالك وأحمد لا يصح لأنه نكاح الفضولي ، وبعبارة النساء فلا تنعقد أصلاً عندهم . وفي المبسوط وعن زفر أنه يبطل النكاح ( لأنها ) أي لأن الأمة ( من أهل العبادة) حتى لو أقرت بدين صح، وتطالب بعد العتق وأهلية العبادة من خواص العبادة وهي فيها ميقات على أهـــل الحرية فينعقد نـــكاحها .

وامتناع النفوذ لحق المولى ، وقد زال . ولا خيار لها ، لأن النفوذ بعد العتق ، فلا تتحقق زيادة الملك ، كما إذا زوجت نفسها بعد العتق ، فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى ، لأنه استوفى منافع مملوكة المولى ، وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها ، لأنه استوفى منافع مملوكة لها ، والمراد بالمهر الألف المسمى ،

---

( وامتناع النفوذ لحق المولى ) هذا جواب عما يقال ، إذا كان الأمر كما ذكرت فلم لا ينفذ نكاحها ، فاجاب بأن امتناع النفوذ أى نفوذ النكاح لحق المولى ( وقد زال ) أى حقه بالعتق ولا خيار لها ، لأن النفوذ بعد العتق ( فلا يتحقق زيادة الملك ) للمولى ( كما إذا زوجت نفسها بعد العتق ) حيث يسقط حق المولى ويتم النكاح فعاد الحرية من جهتها .

( وإن كانت تزوجت بغير إذنه على الف درهم ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر لمولاها ) والنكاح صحيح ، ولا خيار لها، وفي نفاذ النكاح خلاف زفر كما في المسألة المتقدمة ، انما قال والحال أن مهر مثلها مائة ليعلم أن المسمى وإن زاد على مهر المثل فهو للمولى ، إذا كان الدخول قبل العتق ، وانما كان المهر كله للمولى ( لأنه ) أي لأن الزوج ( استوفى منافع مملوكة المولى ) فيجب البدل به .

( وإن لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ، لأنه استوفى منافع مملوكة المولى ) فيجب البدل لها ( والمراد بالمهر الألف المسمى ) هذا جواب عما يقال كان ينبغي أن يكون للمولى مهر المثل بالدخول قبل العتق بالغاً ما بلغ ، كما قال الشافعي وغيره وهو القياس فاجاب بقوله والمراد بالمهر ، أى المراد بالمهر المذكور بقوله فالمهر للمولى ، وفي قوله بالمهر لها هو الألف المسمى لا مهر المثل .

لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد ، فصحت التسمية ووجب المسمى . ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف ، لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ ، فلا يوجب إلا مهراً واحداً ، ومن وطىء أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له ، وعليه قيمتها ولا مهر عليـــه .

---

( لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد ) لأن وجوب العقد بالدخول ، انما يكون باعتبار العقد ( فصحت التسمية وقد وجب المسمى ) للمولى إذا اعتقها بعد الدخول ، وللأمة إذا اعتقها قبله ، فإن قيل كيف يسند الجواز إلى وقت العقد ، والمانع من الاسناد قائم ، لأن المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصر ، ألا ترى أن الأمة إذا حرمت حرمة غليظة على زوج كان لها ، قبل ذلك وتزوجت بغير إذن المولى فدخل بها فأعتقها المولى لا تحل على الزوج الأول باعتبار العتق غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق .

أجيب بأن ما ذكرته قياس لأن القياس هو أن يلزمه مهران ، مهراً بالدخول قبل نفاذ النكاح ، وهو مهر المثل ، ومهراً بالنكاح وهو المسمى لما ذكرت من وجود المانع عن الاسترداد ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر واحد ، وهو المسمى وقت العقد ، لأنه لو وجب مهراً بالدخول لوجب بحكم العقد ، إذ لولاه لوجب الحد ، فكان المهر واجباً بالدخول مضافاً إلى العبد بإيجاب مهر آخر بالعقد ، جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع .

( ولهذا ) أي ولأجل نفاذ العقد مسنداً إلى وقت وجوب العقد وصحة التسمية ( لم يجب مهر آخر بالوطء في النكاح الموقوف لأن العقد مستند ) إلى أصله ( فلا يوجب ) أي العقد المتحد ( إلا مهراً واحداً ) لأنه لا يجوز أن يكون في العقد الواحد مهران.

( ومن وطىء أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له ) أي للأب ، وهذا إذا ادعاه الأب وثبت النسب منه ، وإنما يثبت إذا كانت الأمة في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوى ( وعليه قيمتها ) أي على الأب قيمة الجارية ( ولا مهر عليه ) أي الأب ،

أي العقر إذا ادعى الولد ، سواء صدقه الابن أو لم يصدقه ، وتصير أمته أم الولد للأب وبه قال أحمد والشافعي في الصحيح ، وقال المزني لا تصير أم ولد له ، روي ذلك عن مالك ، لأنها ليست ملكاً له وقت الاحبال .

وفي المبسوط وغيره العقر عبارة عن مهر المثل ، وفي مبسوط شيخ الإسلام ينظر إلى هذه المرأة بكم كانت تستأجر الزنا مع جمالها ، وجاز الاستئجار على الزنا ، فالقدر الذي يستأجر على الزنا يجعل مهراً : وقال السروجي بعد قوله ولا مهرعليه ،وقال زفر والشافعي وابن حنبل يجب المهر ، وفي المنهاج يجب به عليه مهر لا حد على الغاصب . وفي القديم يجب به عليه مهر لا حد على الغاصب ، وفي القديم يجب الحد ، فإن أحبلها فالولد حر نسباً والجارية تصير أم ولد في الأظهر إذا لم تكن أم ولد ابنه وعليه قيمتها مع المهر لا قيمة ولده في الأصح .

وفي المغني إن علقت منه صارت أم ولده ، وهو قول الثوري واسحاق ، ذكره ابن المنذر . وقال أبو ثور إن علم انها لا تحل له يجب ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا عقرها ولا قيمة الولد عند أحمد . قال وقال الشافعي يلزمه ذلك إن حكم بأنها أم ولده . وقال ابن قدامة في المغني وقال أبو حنيفة يلزمها قيمتها ، لأنها حرمت على الابن فوطئها كالأم . وقال السروجي وغلط في النقل ، وهو كثير الخطــــأ والغلط في نقل مذهبنا ، ولو كان الابن زوجها إياه جاز النكاح عندنا ، وهو قـــول أهل العراق ، وعند أهل الحجاز لا يجوز ، وهو قول ابن حنبل .

وفي المبسوط لا يجوز للأب أن يتزوج بجـارية ابنه عند الشافعي . واعلم أن جاريــة الابن لا تحل عند عامة العلماء ، وقال ابن أبي ليلى لا بأس به إذا احتاج إليه ، وهومذهب أنس بن مالك رضي الله عنه قياساً على الطعام ، ومن الصحيحة قول العامة ، قال السروجي وأجمعوا على أن الاب يحرم عليه وطىء أمة ابنه . وذكر التمرتاشي أن العبد لو كان عبداً أو مكاتباً أو كافراً لم تجز دعوته ، لعدم الولاية والأب كالجد عند عدمه .واماأب الأم فلا ولاية بحال ، كذا في جامع المحبوبي .

ومعنى المسألة أن يدعيه الأب ، ووجهه أن له ولاية ملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء ، فله تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء ، غير ان الحاجة إلى ابقـــاء نسله دونها إلى ابقاء نفسه ، فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ، ثم هـــذا الملك يثبت قبل الاستيلاد شرطاً له ، إذ المصحح حقيقة الملك أو حقه ،

---

( ومعنى المسألة أن يدعيه الأب ) إنما فسر المسألة بهذا لأنها من مسائل الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه الدعوى ، بل قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطىء جـــارية ابنه فولدت منه ، قال هي أم ولده ، وعليه قيمتها ، ولا مهر عليه ، وإنمـــا ذكر القدوري الدعوة في باب الاستيلاء ، فقال إذا وطىء الأب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ، ثبت نسبة ، وصارت أم ولده ، وعليه قيمتها ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها .

( ووجهه ) أي وجه ما قلنا ( ان له ) أي ان للأب ( ولاية تملك مال ابنه للحـــاجة إلى البقاء ) أي صيانة نفسه ، لقوله ﷺ أنت ومالك لأبيك ( فله ) أي فللأب ( تملك جاريته للحاجة إلى صيانة الماء ) لأن الماء محترم ، فوجب صون ماله عن الضياع بمال الابن ، وذلك تمليك جاريته لتصحيح فعل الاستناد ، إذ الاستناد إذا خلا عن الملك لغى ، وإذا تملكها غرم قيمتها لابنه ، لأن حاجته ليست بكاملة ، لأنها ليست من ضرورات البقاء.

( غير أن الحاجة ) هذا جواب عما يقال لو كانت صيانة الماء لبقاء الأصل لمـا وجب عليه القيمة كما في الطعام ، فأجاب بقوله غير أن الحاجة ( إلى إبقاء نسله ) ولهذا لا يجـبر الولد على إعطاء جارية والده للاستيلاء لكونه غير ضروري ( فلهذا يتملك الجـارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ) لأنه ضروري .

( ثم هذا الملك ) أي للأب هذا جواب عما يقـال بطريق المعاوضة ، فـإن الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة أو حق الملك ، كما في المكاتبة وليس بشيء من ذلـك وجود ، فأجاب بقوله ثم هذا الملك ( يثبت قبل الاستيلاد شرطاً له ) أي حال كونـه شرطـــاً للاستيلاد ( إذ الصحيح ) يعني للاستيلاد ( حقيقة الملك ) كما في المملوكة ( أو حق الملك )

وكل ذلك غير ثابت للأب فيها ، حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه ، فتبين أن الوطىء يلاقي ملكه ، فلا يلزمه العقر . وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر ، لأنهما يثبتان الملك حكماً للاستيلاد ، كمــا في الجارية المشتركة ، وحكم الشيء يعقبه والمسألة معروفة

---

كما في المكاتبة ( وكل ذلك ) أي حقيقة الملك أو حق الملك ( غـير ثابت لـلأب فيها ، حتى يجوز له التزوج بها ) برفع يجوز ، كقولهم مرض فـلان حتى لا يرجونه وهـو نتيجة لعدم ثبوت حقيقة الملك ، وحق الملك في جارية الإبن للأب ، يعني جـاز للأب التزوج بجارية الابن ، فلو كان فيها حق لم يجز .

( فلا بد من تقديمه ) أي تقديم الملك على الوطىء كيلا يقع فعله حراماً ، أو لكونـه شرطاً لصحة الإستيلاد وشرط الشيء يسبقه ( فتبين ان الوطىء يلاقي ملكه ) أي كأن الوطىء وقع في ملكه ( فلا يلزمه العقر ) .

( وقال زفر والشافعي يجب المهر لأنهما ) أي لأن زفر والشافعي ( يثبتان الملك حكما للاستيلاد ) فإنه سقط الاحصان بهذا الوطىء ، ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه ( كما في الجارية المشتركة ) فإنه إذا استولدها أحدهما وادعى ولده فـإنه يثبت نسبه ، ويجب عليه نصف العقر ( وحكم الشيء يعقبه ) لأن الأثر بعد المؤثر ، وحكم الشيء الأثر الثابت به الملك أو شبهة الملك ، ألا ترى ان هذا الوطىء يثبت الاحصان بالاجماع ، حتى لو قذفـه إنسان يجب على قاذفه حد القذف وعليه شمس الأئمة السرخسي . أما في الجارية المشتركة الملك موجود قبل الوطىء ، فلا يحتاج إلى تقديم التمليك لصحة الاستيلاد ، ولكن ملكه ناقص فيجب نصف العقر بمصادفة الوطىء لملك الغير من وجه .

فان قيل من العجب أن الجارية لو كانت مشتركة بين الأب والابن وولدت وادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر إجماعاً . قلنا العقر لأن الوطىء فيما نحن فيه صادف المحل الخالي عن الملك وشبهه فلا يحتاج إلى إثبات الملك في الكل ، فيجب نصف العقر ، كما في المشتركة بين الوطىء وبين أجنبي ، كذا في جامع المحبوبي .

( والمسألة معروفة ) أي في الجامع الصغير وغيره .

قال ولو كان الابن زوجها أباه فولدت لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه ، وعليـــه المهر وولدها حر ، لأنه صح التزوج عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » لخلوها عن ملك الأب ألا ترى أن الابن ملكها من كل وجه ، فمن المحال أن يملكهـا الأب من وجه ، وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الأب لو كان ، فدل ذلك على انتفاء ملكه ، إلا انه يسقط الحد للشبهة ،

---

( قال ولو كان الابن زوجها أباه فولدت منه ) أي من الأب ( لم تصر أم ولد له ) أي للأب ( ولا قيمة عليه ، وعليه ) أي للأب ( المهر وولده حر ، لأنه صح التزويج عندنا خلافاً للشافعي ) فعنده لا يجوز تزويجه جارية الابن ، لأن للأب حق الملك في مال ولده ، حتى لو وطىء جاريته عالماً بحرمتها عليه لم يلزمه الحـــد ، وكل من له حق الملك في جارية لا يجوز تزويجه إياها ، كالمولى إذا تزوج أمة من كسب مكاتبه ،لأن حق الملك من مال ولده ظاهر ، ألا ترى ان استيلاده في جارية ابنه صحيح ، واستيلاد المولى أمة مكاتبه غير صحيح .

ولنا ما ذكره المصنف بقوله ( لخلوها ) أي لخلو الجارية ( عن ملك الأب ، ألا ترى أن الابن ملكها من كل وجه ) بدلالة حل الوطىء ونفاذ الاعتاق ( فمن المحال أن يملكها الأب من وجـــه ) لأن الجمع بين الملكين لشخصين في محل واحد ، في زمان واحد ممتنع. ولو كان للأب فيها حق ملك لم يحل للابن وطئها كالمكاتب لا يحل له وطىء أمته .

( وكذلك يملك الابن في التصرفـــات ) كالوطىء والبيع والتزويج والهبة والاعتاق والاجارة وغيرها ( مالا يبقى معها ) أي مع هذه التصرفات ( ملك الأب لو كان ) أي ملك الأب ( فدل ذلك على انتفاء ملكه ) أي ملك الأب ( إلا انه يسقط الحد ) هـــذا جواب عما يقال من جهة الخصم ، يعني ينبغي أن يجب الحد بالوطىء ، ثم يثبت للأب حق الملك ، فأجاب بقوله – إلا انـــه يسقط الحد – عن الأب ( للشبهة ) أي لشبهة الملك بظاهر الحديث : أنت ومالك لأبيك .

فإذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناً به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ، ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها ، لأنـــه لم يملكها ، وعليه المهر لالتزامه بالنكاح ، وولدها حر لأنه ملكه أخوه فتعتق عليه بالقرابة قال وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح . وقال زفر رحمـــه الله لا يفسد ، وأصله أنه يقع العتق عن الآمر عندنا ،

---

( وإذا جاز النكاح صار ماؤه مصوناً به ) أي بالنكاح ( فـــلم يثبت ملك اليمين ) لعدم الحاجة إليه ( فلا تصير أم ولد له ) لأنه لو استولدها فيجوز ، صارت أم ولد له ، فبالنكاح أي شبهة النكاح أولى أن تصير أم ولد له ، لأنه لو استولدها فلا يحتاج إلى ملك اليمين لم يكن اثباته إلا لصيانة الماء ( ولا قيمة عليه فيها ) أي ولا قيمة بواجبة على الأب في الجارية ( ولا في ولدها ) أي ولا عليه قيمته في ولد الجارية .

( لأنه ) أي لأن الأب ( لم يملكها ) أي لم يملك الجارية والابن ( وعليه المهر لالتزامه ) أي لالتزام الأب ( بالنكاح ) أي بسبب النكاح التزام المهر ( وولدها حر لأنـــه ملك أخوه فيعتق عليه ) وبه قال مالك . وقال الشافعي لا عتق في ملك غير الوالدين والمولودين على ما يجيء في الاعتاق . وعن حميد الـــدين الضرير فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال ، وثمرته تظهر في الارث ، حتى لو مات المولى وهو الابن يرث الولد على قول من قال يعتق قبل الانفصال ، وعلى قول من قال لا يعتق قبل الانفصال لا يرث .

وأما إذا مات المولى ، لأن الرق مانع من الارث ، قيل الوجه هو الأول ، لأن الولد حدث على ملك الأخ من حيث العلوق ، فلما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث .

قال محمد في الجامع الصغير ( وإذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بألف ففعل ) أي ما قالته ( فسد النكاح ) أي انفسخ ، وبه قال الشافعي ، وللمـــولى على الزوجة ألف .

( وقال زفر لا يفسد وأصله ) أي أصل هذا الخلاف ( انه يقع العتق عن أمر عندنا

حتى يكون الولاء له. ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها أو عنده يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه، وهذا محال، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب، فيقع العتق عن المأمور. ولنا انه أمكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء، إذ الملك شرط لصحة العتق عنه، فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالألف، ثم أمره باعتاق عبد الامر عنه، وقوله اعتقت تمليكاً فيه ثم الاعتاق عنه، وإذا ثبت الملك للأمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين.

---

حتى تكون الولاية له، ولو نوى به الكفارة) أي ولو نوى بعتقه الكفارة التي عليه، أي كفارة كانت (يخرج عن العهده، وعنده) أي عند زفر (يقع عن المأمور، لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنده، وهذا محال لأنه لا عتق فيما لم يملك ابن آدم، فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور) أي لم يصح طلب العتق عن الآمر، فوقع عن المأمور.

(ولنا انه) أي ان الشأن (أمكن تصحيحه) أي تصحيح طلب الاعتاق (منه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء) وهو جعل غير المنطوق منطوقاً بصحة المنطوق، وزفر لا يقول بالاقتضاء (إذ الملك شرط لصحة العتق عنه، فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالألف ثم أمره باعتاق عبد الآمر عنه) فيصير كأنه قال العبد الذي كان لك الآن ملكك لي بألف، واعتقه عني، فإن قيل كيف يصح هذا، ولو صرح به بأن قال ملكه عبدك عني ثم كن وكيلاً بالإعتاق لا يصح. قلنا كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً.

(وقوله وأعتقه تمليكاً منه) أي من المولى، وهو المأمور (منه) أي من الآمر (ثم الاعتاق عنه) بالنصب على انه خبر، صار أي من المولى، ثم يصير قول المأمور اعتقت اعتاقاً عن الآمر (فإذا ثبت الملك للأمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين) أي بين ملك الرقبة وملك المتعة، قال الاترازي وقال الكاكي بين ملك اليمين وملك النكاح.

فإن قيل ينبغي أن لا يفسد النكاح، لأن الملك ثبت ضرورة العتق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها، والضرورة في ثبوت العتق عن الأمر لا في فساد النكاح. قلنا الشيء إنما

ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالاً لم يفسد النكاح والولاء للمعتق ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله . وقال أبو يوسف رحمه الله هـــذا والأول سواء ، لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه ، ويسقط اعتبار القبض

---

ثبت ثبت بلوازمه ، وضروراته من لوازم ثبوت الملـك العاري عن تعلق حق الغير بــه فساد النكاح .

فان قيل أليس انه إذا قال لعبده كفر يمينك بالمـــال عنه لا يعتق ، فينبغي أن يثبت عتقه اقتضاء ، لأنه لا يتمكن من التكفير بالمال إلا بالعتق . قلنا الحرية لا تصلح أن تثبت اقتضاء ، لأن الثابت بالاقتضاء ثابت بالحرية يصير أهلاً للتكفير بالمال ، فكانت الحريـة أصلاً فلا تثبت اقتضاء .

( ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالاً لا يفسد النكاح ) يعني لو قالت الحرة المـذكورة لمولى العبد أعتقه عني ولم تذكر مالا لا يفسد النكاح .

( والولاء للمعتق وتسقط الكفالة عنه [1] ) إذا نوى ، ولا يلزم الألف . وقال زفـر يقع العتق عن المأمور ، حتى يكون للـولاء له ، وتسقط الكفارة عنه إذا نوى، ولا يلزم الألف على الآمر ( وهذا ) الحكم المذكور (عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هذا والأول سواء ) أي عدم ذكر المبدل مع ذكر البدل سواء ، يعني يقع العتق عن الآمر في الصورتين عند أبي يوسف ، وبه قال الشافعي ( لأنه ) أي لأن أبا يوسف رحمه الله تعـــالى ( يقدم التمليك بغير عوض ) يعني بطريق الهبة ( تصحيحاً لتصرفه ) أي لتصرف الآمر ، لما أن تصحيح كلام العاقل واجب مهما أمكن ، وقـــد أمكن هنا بقوله ( ويسقط اعتبار القبض ) لأنه شرط ، وقـد أمكن ذلك باسقاط القبول الذي هو ركن فلا يملك إسقاط الشرط أولى فكان .

---

(١) جملة – وتسقط الكفالة عنه – ليست في المتن في الأصل اهـ مصححه .

كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه . ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص ، فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء ، لأنه فعل حسي ، بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض ، أما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه .

---

( كما إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره بأن يطعم عنه) يعني إذا أمر المظاهر غيره ، وقال أطعم عني ستين مسكيناً ففعل المأمور يقع الاطعام عن الآمر ، وإن لم يوجد القبض . ( ولهما ) أى لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ( أن الهبة شرطها القبض بالنص ) وهو قوله ﷺ لا تصح الهبة إلا مقبوضة ( فلا يمكن اسقاطه ) جواب عن قول أبي يوسف أن القبض شرط ، فيسقط تبعاً كالركن ، فأجاب بقوله ( فلا يمكن اسقاطه ) جواب عن أبي [1] قول أبي يوسف ( ولا إثباته ) أى إثبات القبض ( تبعاً له ، لأنه فعل حسي ) يعني ليس من جنس القولي ، فلا يتضمن الشيء أقوى منه ( بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي ) يعني الايجاب والقبول قولى بجاز أن يتضمنه القول ، وهو قوله – اعتق عبدك عني بألف – مع أن الركن في البيع يحتمل السقوط ، كما في التعاطي .

فان قيل لو قال الاخر اعتق عبدك عني بألف رطل من خمر ففعل فانه يصح ، ويعتق عنه ، وإن لم يوجد القبض والبيع الفاسد كالهبة في اشتراط القبض . قلنا قد ذكر الكرخي أن العتق يقع عن المأمور هنا على قولهما ، والمذكور قول أبي يوسف ، ولئن سلم فالبيع الفاسد ملحق بالصحيح ويأخذ الحكم منه ، فاحتمل سقوط القبض كالصحيح ، لأن حكمه يعرف في الصحيح .

( وفي تلك المسألة ) أى مسألة الكفارة ( الفقير ينوب عن الآمر في القبض ، فأما العبد فلا يقع في يده شيء ) بالاعتاق ، لأن الاعتاق إزالة الملك واتلاف المالية ، ولا يقع في يده شيء ( لينوب عنه ) أي لينوب عن العبدين الامر .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

# باب نكاح أهل الشرك

## وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عـــدة كافر ، وذلك في دينهم جائز ، ثم أسلما أقرا عليه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح »

---

### ( باب نكاح أهل الشرك )

أي هذا باب في بيان نكاح أهل الشرك ، وهم الذين لا كتاب لهم .

( وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر آخر وذلك ) أي التزوج بغير شهود أو في عدة الكافر ( في دينهم جـائز ، ثم أسلما اقرا ) على صيغة المجهول ( عليه ) أي على نكاحها المذكور ، قيد بعدة كافر ، لأنه لو كان في عدة مسلم كان التزوج فاسد بالإجماع ، كذا قالوا ، وفيه نظر ، لأن كلامنا في أهل الشرك ، ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة ،حتى يكون في عدة كذا قاله الأكمل ، ثم قـــال ويجوز أن تصور بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله تعالى في عدة المسلم .

( وهذا عند أبي حنيفة « رح » ) قال الاترازي إنما قال وهذا عند أبي حنيفة ولم يقل ابتداء عند أبي حنيفة بدون ذكـــر هذا ، لأن مسألة القدوري ليس فيها ذكـــر الخلاف ، فقال صاحب الهـداية وهذا عند أبي حنيفة كشفاً لموضع الخـلاف ، ولكن من حق المسألة أن يصفها في الفصل المتقدم على باب الرقيق ، لأن ذلك الفصل هو المشتمل على نكاح الذمي ، وقد أراد بالكافر هاهنا الذمي ، بدليل ما ذكره في بيان الدليل ، وإنما لا يتعرض بهم لذمتهم والمشرك لا ذمة له . ولأنه قال إن حرمة نكاح المعتدة مجمـــع عليه ، فكانوا ملتزمين لها ، والمشرك لا يلزم أحكامنا أصلا ، فعلم ان المراد من الكافر المذكور في المسألة المذكورة هو الذمي ، وكان ينبغي أن يذكره في بابه لا في باب المشرك الذي لا كتاب له ، انتهى . قلت فعلى هذا لا مطابقة بين ترجمة هذا الباب وباب نكاح أهـــل الشرك وبين المسألة التي صدر بها الكتاب .

وقال زفر « رح» النكاح فاسد في الوجهين ، إلا أنه لا يتعرض لهم قبل الإسلام ، والمرافعة إلى الحكام . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الأول ، كما قال أبو حنيفة « ر ح » ، وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله . له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم ، وإنما لا يتعرض لهم لزمتهم إعراضاً لا تقريراً، وإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق .

---

( وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين ) أي في النكاح بغير شهود ، وفي النكاح في عدة الكافر ( إلا انهم لايتعرض لهم قبل الإسلام والمرافعة ) أي وقبل المرافعة ( إلى الحكام ) إنما يتعرض لهم إعراضاً عنهم لاتقربوا على صنعهم الفاحش القبيح ، وترك التعرض لا يدل على الحرمة ، كما في عبادة الأوثان والنيران ، فإذا أسلموا أو ترافعوا إلينا وجب التفريق دفعاً للحرمة القائمة .

( وقال أبو يوسف ومحمد في الوجه الأول ) أي في النكاح بغير شهود ( كما قال أبو حنيفة ، وفي الوجه الثاني ) أي في النكاح في عدة الكافر ( كما قال زفر ) وبه قال الشافعي وأحمد (له) أى لزفر ( أن الخطابات عامة ) مثل قوله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ٢٣٥ البقرة ، وقوله تعالى ﴿ وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾ ٤٩ المائدة ، وقوله ﷺ لا نكاح إلا بشهود ( على ما مر من قبل ) إشارة إلى ما قال في أول الفصل الذى فيه تزويج النصراني بقوله وهذا الشرع وقع عاماً فثبت الحكم على العموم . ( فيلزمهم ) أى الخطابات ، أى مقتضاها يلزمهم .

( وإنما لا يتعرض لهم لزمتهم ) أى لأجل كونهم التزموا عقد الذمة ( إعراضاً ) عنهم ( لا تقريراً ) على فعلهم الباطل (فإذا ترافعوا ) إلى الحكام ( أو أسلموا والحرمة قائمة ) أى ثابتة ، والجملة حالية ( وجب التفريق ) بين من كان منهم من الأزواج والزوجات .

ولهما أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمتين لها. وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه، ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات. ولأبي حنيفة «رح» أن الحرمة لا يمكن اثباتها حقاً للشرع، لأنهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج، لأنه لا يعتقده بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه لا يعتقده، وإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطاً فيها وكذا العدة لا تنافيها

---

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها) أي معتدة الغير أجمعوا على حرمتها، سواء كان الغير مسلماً أو كافراً (فكانوا ملتزمين لها) أي خلافاً باطلا في حقهم أيضاً، لأنهم أتباع لنا، ولكننا لا نتعرض بعقد الذمة، فلما ترافعا أو أسلما وجب الحكم بما هو حكم الإسلام.

(وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه) بين العلماء، فإن مالكاً وابن أبي ليلى وعثمان يجوزونه (ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلاف) ولكن عدم تعرضنا لأجل عقد الذمة (لأبي حنيفة رحمه الله أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع، لأنهم لا يخاطبون بحقوقه) أي بحقوق الشرع، ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير، بخلاف الربا، لأنه مستثنى بقوله ﷺ إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد.

(ولا وجه لإيجاب العدة حقاً للزوج لأنه) أي لأن الزوج (لا يعتقده) أي لا يعتقد وجوب العدة (بخلاف ما إذا كانت) أي الذمية تحت مسلم (لأنه) أي لأن المسلم (يعتقده) أي يعتقد وجوب العدة.

(وإذا صح النكاح) بينهما (فحالة المرافعة) إلى الحاكم (والإسلام) وقوله فحالة المرافعة مرفوع بالابتداء وقوله (حالة البقاء) خبره (والشهادة ليست شرطاً فيها) أي في حالة البقاء، ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح (وكذا العدة لا تنافيها)

كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة ، فإذا تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما ، لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة وجب التعرض بالإسلام فيفرقوا ،

---

أي لا تنافي حالة البقاء ( كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة ) يجب عليها العدة صيانة لحق الوطيء ، ولا يبطل النكاح القائم .

( فإن تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما ) بإجماع الأئمة الأربعة ( لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد ، لأن الخطاب بحرمة هذه الأنكحة شائع في ديارنا ، وهم من أهل دارنا ، فثبت الخطاب في حقهم ، إذ ليس في وسع المتتبع التبليغ إلى الكل ، بل في وسعه جعل الخطاب شائعاً ، فيجعل شيوع الخطاب كالوصول اليهم ، ألا ترى أنهم لا يتوارثون بهذه الأنكحة ، فلو كان صحيحاً في حقهم لتوارثوا ( كما ذكرنا في المعتدة ) أشار به إلى ما ذكر في المسألة المتقدمة بقوله ، ولهذا ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها ، فكانوا ملتزمين .

( ووجب التعرض بالإسلام فيفرقوا ) لأن الاسلام ينافيه ، ولما أسلما دخلا في حكم الاسلام فيفرق بينهما ، وفي العناية إذا أسلم أحدهما فرق بينهما القاضي سواء وجد الترافع أو لم يوجد . وقال محمد إذا وجد الرفع من أحدهما يفرق ، وإلا فلا ، على ما يجيء الآن. وفي المبسوط لو تزوج الذمي محرمة لا يتعرض له ، وإن علم القاضي ما لم يرافعا إليه إلا في قول أبي يوسف الآخر انه يفرق بينهما إذا علم ذلك ، لما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه كتب إلى عماله ان فرقوا بين المجوس ومحارمهم . قلنا هذا غير مشهور ، وإنما المشهور ما كتب عن عمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنه إلى الحسن البصرى قال ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم وإفشاء الخمور والخنازير ، فكتب إليه إنما بذلوا الجزية ليتركوا ما يعتقدون ، وإنما أنت متبع ، ولست بمبتدع والسلام . ولان الولاة والقضاة من ذلك الوقت إلى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع .

وعنده له حكم الصحة في الصحيح إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق ، بخلاف العدة لأنها لا تنافيه ، ثم بإسلام أحدهما يفرق بينهما ، وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده ، خلافاً لهما ، والفرق ان استحقاق أحدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه ، إذ لا يتغير به اعتقاده ، أما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض إسلام المسلم ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ،

---

( وعنده ) أى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ( له حكم الصحة ) أى لنكاح المحارم حكم الصحة ( في الصحيح ) احترز به عن قول مشايخ العراق ان حكم البطلان في حقهم كقول أبي يوسف ومحمد ، فلا يتعرض لهم لعقد الذمة . وجه الصحيح ان الخطاب في حقهم كأنه غير نازل ، لأنهم يكذبون المبلغ ويزعمون عدم رسالته وولاية الالزام بالسيف والمحاجة ، وقد انقطعت بعقد الذمة وقصر حكم الخطاب عنهم ، وشيوع الخطاب اليهم انما يعتبر في حق من يعتقد رسالة المبلغ ، فإذا اعتقدها بالاسلام ظهر حكم الخطاب .

( إلا ان المحرمية ) جواب عن هذا التشكيك ووجها المحرمية ( تنافي بقاء النكاح فيفرق ) بينهما كما لو اعترضت المحرمية على نكاح المسلمين برضاع أو مصاهرة ( بخلاف العدة ، لأنها لا تنافيه ) أي لأن العدة لا تنافي بقاء النكاح ( ثم باسلام أحدهما يفرق بينهما ) بالإتفاق ( وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده ) أي لا يفرق بينهما عند أبي حنيفة ( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد وقد مر الكلام فيه عن قريب .

( والفرق ) يعني بين التفريق باسلام أحدهما وعدم التفريق بمرافعة أحدهما ( ان استحقاق أحدهما ) بواجب النكاح وحقوقه ( لا يبطل بمرافعة صاحبه ، إذ لا يتغير به اعتقاده ) يعني اعتقاده بمرافعة صاحبه ، وهذا المعنى موجود فيما إذا أسلم أحدهما أيضاً ، لكن يترجح الاسلام فيفرق بينهما باسلام أحدهما ، وهو معنى قوله ( أما اعتقاد المصر ) على دينه الباطل لا يعارض إسلام المسلم ( لأن الاسلام يعلو ) على كل شيء ( ولا يعلى )

ولو ترافعا يفرق بالاجماع ، لأن مرافعتهما كتحكيمهما ، ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة ، لأنه مستحق للقتل والإمهال ضرورة التأمل ، والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه ، وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم

---

أي لا يعلى عليه شيء فلا يعارضه إصرار الاخر على دينه .

( ولو ترافعا ) يعني ترافع كلاهما إلى الحاكم ( يفرق بينهما بالإجماع لأن مرافعتهما كتحكيمهما ) يعني إذا حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له أن يفرق بينهما ، فالقاضي أولى بذلك لعموم ولايته .

( ولا يجوز أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لأنه مستحق للقتل ) أي لأن المرتد مستحق للقتل بنفس الردة ، لقوله ﷺ من غير دينه فاقتلوه ، فلا ينتظم نكاحه مصالحة من السكن والازدواج والتناسل ، لأن ذلك للبقاء ، وهو مستحق للقتل ، فصار كالميت .

فإن قيل يرد عليه مستحق القتل قصاصاً ، فإنه يجوز له التزوج ، قلت العفو مندوب إليه فيه ، بخلاف المرتد ، لأنه لا يرجع غالباً ، إذ قد نزل بعد اطلاعة على محاسن الإسلام ، فيكون ارتداده عن شبهة قوية عنده . وقال السروجي يرد عليه ما لو قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ، فإن هذا النكاح غير مستقر ولا تنتظم به المصالح ، لأنه يقع به الطلاق الثلاث عقيب النكاح ، وثبوت النسب مشترك . وقال الكاكي ولا يقال مشركوا العرب لا ملة لهم ، فإنه لا يقبل منهم إلا الاسلام أو السيف ، وقد صحت المناكحه فيما بينهم ، لأنا نقول لهم ملة لأنا نعني بالملة دينا يعتقد الكافر صحته ، ولم يكن أقر ببطلانه وقد وجب الحد فيهم .

( والامهال لضرورة التأمل ) هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يمهل المرتد ، لأنه مستحق للقتل . فأجاب بقوله والامهال أي إمهال المرتد ثلاثة أيام لضرورة التأمل ، ليتأمل فيما عرض له من الشبهة ، ففيما وراء ذلك جعل كأنه لا حياة له حكماً ( والنكاح يشغله عنه ) أي عن التأمل ( فلا يشرع في حقه ، وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم

ولا كافر ، لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها ، ولأنـــه لا ينتظم بينهما المصالح ، والنكاح ما شرع بعينه بل لمصالحه . فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه وكذلك إذا أسلم أحدهما وله ولد صغير صار ولده مسلماً بإسلامه ، لأن في جعله تبعاً له نظراً إليـه . ولو كان أحدهما كتابيـاً والآخر مجوسياً فالولد كتـابي لأن فيه نوع نظر له ، إذ المجوسية شر منه ، والشافعي « رح » يخالفنا فيـــه

---

ولا كافر ، لأنها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها ، ولأنــه لا ينتظم بينهما المصالح ، والنكاح ما شرع بعينه بل لمصالحه ) أي لمصالح النكاح من السكن والازدواج والتناسل والتوالد فإذا فاتت المصالح بالردة لم يشرع أصلا .

(وإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه ) أي على دين الاسلام بإجـــاع الأئمة الأربعة ، ولا يتصور فيما إذا كان الزوج كافراً والمرأة مسلمة ، بل هذا في حـــالة البقاء . وإن أسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على زوجها فولدت قبل العرض ( وكذلك إذا أسلم أحدهما ) أي أحد الزوجين ( ولــه ولد صغير ) الواو فيه للحال ( صار ولده مسلمـــاً بإسلامه ) أي بإسلام أحد الزوجين ( لان في جعله تبعاً له ) أى لأن جعل الصغير تبعـــاً للذي أسلم منهمـا ( نظراً إليه ) أي للصغير ، أي نظر يكون أعظم من الإسلام . وفي الينابيع يريد به إذا كان الصغير مـــع من أسلم في دار واحدة ، وإن كان الصغير في دار الإسلام ومن أسلم منهما في دار الحرب، وإن كان في دار الإسلام والصغير في دار الحرب لا يصير مسلماً

( ولو كان أحدهما كتابياً ) أي ولو كان أحد الزوجين من أهـل الكتاب ( والاخر مجوسيـاً ) أو وثنياً ، والحاصل ان الاخر ليس من أهل الكتاب ( فالولد كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته وتحل ذبيحته ، لأن فيه نوع نظر له ) لأن في جعل الصغير كتابياً نوع نظر له (إذ المجوسية شر منه) من الكتابية ( والشافعي يخالفنا فيه ) أي في جعل الولد تبعاً

الكتابي ( للتعارض ) لان جعله تبعاً للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح وجعله تبعاً للمجوسي لا يوجب ذلك ، فوقع التعارض ، إذ الكفر كله ملة واحدة ، والترجيح للمحرم ( ونحن بينا الترجيح ) وهو قوله – لان فيه نظراً له من حيث حل الذبيحة وجواز النكاح – .

فإن قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب إلى نوع ترجيح ، فمن أين تقوم الحجة . قلت ترجيحنا بدفع التعارض ، وترجيحه بدفعه بعد وقوعه ، والدفع أولى من الرفع ، لان حكم من دافع لا يرفع .

ثم اعلم أن الشافعي فيما إذا كان الاب كتابياً قولان ، أحدهما : انه تبع له حتى يحل ذبيحته ومناكحته ، وبه قال أحمد تغليباً للتحريم . ولو كانت الام كتابية والاب مجوسياً يجعل تبعاً له قولاً واحداً ، حتى لا تحل مناكحته وذبيحته ، وبه قال . وفي الرافعي يتبع الاب إذا كان مجوسياً ، وإن كانت الام مجوسية قولان . وفي البسيط في المتولد بين اليهودي والمجوسي قولان ، أحدهما التحريم ، والثاني هو الاصح النظر إلى الاب وتغليب جانب النسب .

وفي الجواهر إن أسلم الزوج تقر الكتابية على نكاحها ، ويعرض إليها الإسلام ، فاذا أبت وقعت الفرقة قبل الدخول وبعده . وقال أشهب تعجيل الفرقة قبل الدخول كقول الشافعي وأحمد وينتظر فراغ العدة بعده كقولهما ، وإن أسلمت المرأة قبل الزوج وقعت الفرقة قبل الدخول ، وبعده تقف على انقضاء العدة . وفي التمهيد قال مالك إذا أسلم بعد انقضائها في غيبته فان نكحت قبل أن يقدم أوسعها اسلامه فلا سبيل له عليها ، وإن أدركها قبل أن تنكح فهو أحق بها . وقال ابن قدامة يعرض عليها الإسلام إن كانت حاضرة ، وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة .

وعن أحمد روايتان في اعتبار العدة ، أحدهما هو أحق قبل انقضاء عدتها ، وفي الاخرى تعجيل الفرقة ، واختارها الخلال وصاحبه أبو بكر ، وهو قول طاووس وعكرمة وقتادة والحكم وعمر بن عبد العزيز ، ويروى عن ابن عباس وعن علي رضي الله تعالى عنه

وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الإسلام ، فإن أسلم فهي امرأته ، وإن أبى فرق بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت فهي امرأته ، وإن أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة بينهما طلاقاً . وقال أبو يوسف « رح » لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين أما العرض فمذهبنا . وقال الشافعي « رح » لا يعرض الإسلام ، لأن فيه تعرضاً لهم ، وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم إلا ان

---

هو أحق إذا أسلم ما دامت في دار حجرتها . وعن الشافعي هو أحق بها ما دامت في المصر وعن ابراهيم يقران على نكاحهما .

( وإذا أسلمت المرأة وزوجها كافر ) الواو فيه للحال ، وأطلق الكفر في قوله – كافر – لعدم بقاء المسلمة مع الكافر ، أي كافر كان ( عرض القاضي عليه الاسلام ، فاذا أسلم فهي امرأته ، وإن أبى ) أي الزوج عن الإسلام ( فرق بينهما ، وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد ) لا فسخاً ، لانه فات الامساك بالمعروف من جانبه ، فتعين التسريح بالإحسان ، فان أطلق وإلا فالقاضي نائب منابه .

( وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام ) وقيد بالمجوسية ، لأنها إن كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق ( فإذا أسلمت فهي امرأته وإذا أبت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقاً . وقال أبو يوسف لا تكون الفرقة طلاقاً في الوجهين ) أي لا يكون التفريق طلاقاً عنده ، سواء كان بإباء الزوج أو بإباء المرأة ، بل يكون فسخاً . وفائدته انه لا ينقص من عدد الطلاق شيء .

( أما العرض ) أي عرض الإسلام ( فمذهبنا . وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لأن فيه ) أي لأن في العرض ( تعريضاً لهم ، وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم ، إلا أن

ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الإسلام وبعده متأكد ، فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض ، كما في الطلاق . ولنا أن المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبنى عليه الفرقة والإسلام طاعة لا يصلح سبباً لها فيعرض الإسلام ليحصل المقاصد بالإسلام أو ثبتت الفرقة بالاباء

---

ملك النكاح ) أي غير أن ملك النكاح ( قبل الدخول غير متأكد ) فينقطع ( بنفس الاسلام وبعده ) أي بعد الدخول ( متأكد ) فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين ( فيتأجل ) أي التفريق ( إلى انقضاء ثلاث حيض ) قال الشراح قوله – ثلاث حيض – ليس بصواب بل الصواب ثلاثة أطهار ، لأن العدة عنده بالأطهار . وقيل معناه كان الشافعي يقول ينبغي أن يتأجل عندكم إلى انقضاء ثلاث حيض .

( كما في الطلاق ) يريد أن نفس الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع إلا بعد انقضاء العدة ، وبقول الشافعي قال أحمد . وقال أحمد في رواية يفسخ النكاح في الحال . وقال مالك إن أسلمت الزوجة أولاً فالحكم على ما ذكره الشافعي ، وإن أسلم الزوج أولاً فإن أسلمت في الحال يقيما على نكاحهما ، وإلا فسخ نكاحهما .

( ولنا أن المقاصد ) بالنكاح من السكن والازدواج ( قد فاتت فلا بد من سبب تبنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سبباً ) للفرقة ( فيعرض الاسلام على الزوج ليحصل المقاصد بالاسلام ) إن أسلم ( أو ثبتت الفرقة بالاباء ) أي بإباء الزوج عن الاسلام ، أي بامتناعه عنه ومذهبنا مروي عن عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما ، فإن دهقانة في قهر الملك أسلمت ، فأمر عمر رضي الله تعالى عنه بعرض الاسلام على زوجها ، فقال إن أسلم وإلا فرق بينهما ، ويروى إن دهقاناً أسلم في عهد علي رضي الله تعالى عنه فعرض الاسلام على امرأته فأبت ، ففرق بينهما ، كذا في المبسوط ، والدهقان كل سيد من العجم ، والذال لغة فيه ، وقهر الملك على طريق الكوفة إلى بغداد ، وقد طول الاكمل هنا .

حاصله أن سبب الفرقة الاباء عن الاسلام ، لأن الاسلام لا يصح سبباً لما ذكرنا ولا

وجه قول أبي يوسف « رح » أن الفرقة بسبب يشترك فيـــه أحد الزوجان ، فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ، ولهما أن بالاباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مـــع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضي منابه في التسريح ، كما في الجب والعنة. أما المرأة فليست بأهلٍ للطلاق ، فلا ينوب منابها عند إبائهـا ، ثم إذا فرق القاضي بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بها لتأكده

---

كنمر [1] من بقي عليه ، لأنه موجود قبل هذا ، فلم يصلح سبباً إلا الاباء ، لأنـه صالح بسبب النعم ، وإذا أضيف القول إليه أضيف ما يستلزمه الفوات وهو الفرقة ، فكانت الفرقة مضافة إلا الايباء .

ولما فرغ المصنف عن البحث مع الشافعي شرع في البحث مع أبي يوسف وهو قولـه ( وجه قول أبي يوسف أن الفرقة بسبب) وهو الاباء (يشترك فيه الزوجان) على معنى أنه متحقق من كل منهما ( فلا تكون ) أي الفرقة ( طلاقاً ) بل تكون فسخاً عند الشافعي بسبب اختلاف الدين ، وذلك متحقق في كل منهما ( كالفرقة بسبب الملك ) بأن ملك أحد الزوجين الآخـــر ، إذ الطلاق لا يتصور منهما ، فكل سبب يتصور منهما لا يكون طلاقاً .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( ان بالاباء ) أي إباء الزوج عن الإسلام ( امتنـــع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه ) اى على الإمساك ( فينوب القاضي منابه في التسريح ) بالإحسان ( كما في الجب والعنة ) اى كما إذا وجدت زوجها مجبوباً ، وهو مقطوع الذكر والخصيتين ، ووجدته عنيناً ، فإن القاضي يفرق بينهما عند طلب المرأة .

( أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب ) القاضي ( منابها عند إبائها ) لعـــدم تصور التسريح منها ( ثم إذا فرق بينهما بإبائها فلها المهر إن كان دخل بهـا لتأكده ) اي

---

(١) هكذا كتبت في الأصل .

بالدخول ، وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها ، لأن الفرقة من قبلها ، والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة ، وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافراً ، أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ، ثم تبين من زوجها ، وهـــذا لأن الإسلام ليس سبباً للفرقـــة ، والعرض على الإسلام متعـذر لقصور الولاية ،

---

لتأكد المهر ( بالدخول ) فيكون لها كال المهر ( وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ، لأن الفرقة من قبلها ، والمهر لم يتأكد ) لعدم الدخول ( فأشبـه الردة ) يعني كما إذا ارتدت قبـــل الدخول والعياذ بالله ( والمطاوعة ) وأشبه المطاوعة أيضاً ، بأن مكنت نفسها من ابن زوجها قبـــل الدخول ، فلا يجب عليه لها المهر قبل الدخول ، ولا نفقة العـــدة بعد الدخول .

وقال الاترازي المطاوعة بفتح الواو لا كسرها ، لأنها مصدر ، أي مطاوعة المرأة ابن زوجها . قلت يجوز كسر الواو أيضاً ، ويكون إسم الفاعل من طاوع ، ويكون المعنى ما يشبه المرأة المطاوعة لابن زوجها في تمكين نفسها منه ، بل هذا الوجه من الفتح لا يخفى هذا على أهل المذاق .

( وإذا أسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافراً، أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة ) بينهما في الصورتين ( حتى تحيض ثلاث حيض ) وإن لم تكن ممن تحيض فثلاث أشهر ، ثم بعد ثلاث حيض او شهور تقع الفرقة ، ثم لا بد من ثلاث حيض او شهور أخرى للعدة ( ثم تبين من زوجها ) اي بعد ثلاث حيض كما ذكرنا ( وهذا ) أشار به إلى أن لا بد للفرقة من سبب الإسلام او كفر المصر واختلاف الدين لا يصلح أن يكون موجباً للفرقة ، كما مر في المسألة المتقدمة وبين ذلك بقوله : ( لأن الإسلام عاصم [1] والعرض على الإسلام متعذر لقصور الولاية ) لانعدام يد أهل الإسلام عن دار الحرب .

---

(١) هنا بعض الإختلاف عن المتن .

ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر. ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ، والشافعي «رح» يفصل بينهما كما مر له في دار الإسلام . وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها ،

---

( ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد ) وهو كون المسلم تحت الكافر . قوله — والعرض على الإسلام متعذر — من باب نحو عرضت الناقة على الحوض ، والأصل أن يقال وعرضت الإسلام على الكافر متعذر ، إلا انه قلب الكلام لعدم الإلتباس ، كما في قولك أدخلت الخاتم في الأصبع ، والأصل أدخلت الأصبع في الخاتم ، ولما تعذر تقدير السبب أضيف الحكم إلى الشروط وهو معنى قوله ( فأقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب ) لأن الشرط يضاف إليه الحكم عند تعذر الإضافة الموالى العلة والسبب ( كما في حفر البئر ) على قارعة الطريق ، فإن وقع فيها إنسان فإن الضمان على الحافر ، فلا يمكن إضافته إلى العلة والسبب ما عرف ، فأضيف إلى الشرط وهو الحضر .

وتحقيق هذا أن علة الوقوع ثقل الواقع فلا يصلح سبباً لعدم التعدي ، لأنه أمر طبيعي لا صنع للواقع فيه ، وسبب الوقوع مشتبه فلا يصلح سبباً لاضافة الحكم إليه ، لأنه مباح فأضيف إلى صاحب الشرط وهو الحافز ، لأن إزالة سكنة الأرض بالحفر ، فإذا كان كذلك فوقعت الفرقة لانقضاء مدة العدة ، أعني ثلاث حيض إن كانت ممن تحيض ، أو مضي ثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض ، وبه صرح الكرخي في مختصره ، وذلك لأن الطلاق سبب البينونة وانقضاء العدة شرطها .

( ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ، والشافعي يفصل بينهما ) حيث يقول إن كان قبل الدخول تقع الفرقة في الحال ، وإن كان بعد الدخول يتوقف على انقضاء ثلاث حيض ( كما مر . له ) أي للشافعي ( في دار الاسلام ) من قوله — فإن كان قبل الدخول — بالتفصيل المذكور الآن ، وبقوله قال مالك وأحمد .

( وإذا وقعت الفرقة والمرأة حربية ) اي والحال أن المرأة حربية (فلا عدة عليها )

وإن كانت هي المسلمة فكذلك عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، وسيأتيك إن شاء الله تعالى . وإذا أسلم زوج الكتابية فهمـــا على نكاحهما ، لأنه يصح النكاح بينهما ابتداء فلأن يبقى أولى . قال وإذا خرج أحـد الزوجين إلينـا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة

---

اي على الحربية بالاجماع ، لأن حكم الشرع لا يثبت في حقها ، ذكره في شرح الطحاوي ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ( وإن كانت هي ) أي الحربية ( المسلمة فكذلك ) لا عدة عليها بعد الدخول ( عنـد أبي حنيفة خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ، وهـذه متعلقة بما قبلها .

بيانه ان أحد الزوجين إذا أسلم في دار الحرب تقع الفرقة بانقضاء ثلاث حيض ، وبعد ذلك لا تلزم العدة على المرأة ، سواء كان مدخولاً بها أو لا ، وإن كانت غير حربية ،أعني مجوسية أو وثنية فلا عدة عليها أيضاً ، كما ذكرنا . وإن كانت مسلمة فلا عدة عليها عند أبي حنيفة ، لأنه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي ، وأصل المسألة في المهاجرة إلى دار الاسلام ، فإنها إذا هاجرت إلينا مسلمة أو ذمية لم يلزمها العدة في قول أبي حنيفة ،إلا أن تكون حاملاً ، فحينئذ لا تتزوج حتى تضع حملها .

( وسيأتيك بيانه إن شاء الله تعالى ) أي في مسألة المهاجرة . قال الاترازي بعد ثلاثة عشر خطاً ، وقال الكاكي في باب العدة ، والأول هو الأصوب .

( وإذا أسلم زوج الكتابية ، فهما على نكاحها ، لأنه يصح بينهما النكاح ابتداء ، فلان يبقى أولى ) لأن البقاء أسهل من الابتداء ، فكم من شيء يتحمل من النكاح حالة البقـاء ، وإن لم يتحمل في الابتداء ، ألا ترى أن المنكوحة إذا وطئت بشبهة يعتد له ، وتبقـى منكوحة ، ولا يجوز نكاح المعتدة من وطىء بشبهة ابتداء .

( وإذا خرج أحد الزوجين إلينـا ) وفي بعض النسخ ( قال وإذا خرج ) أي قـال القدوري ، وإذا خرج أحد الزوجين ( إلينا ) أي إلى دار الاسلام ( من دار الحرب )حال كونه مسلماً غير مراغم ، حتى إذا خرج مراغماً تقع الفرقة بالاجماع ، أمـا عندنا فلتباين الدارين ، وأما عنده في الرغم القهر كزوجته كذا في مبسوط البزدوي ( ووقعت البينونة

بينهما. وقال الشافعي لا تقع. ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة بينهما بغير طلاق،وإن سبيا معاً لم تقع البينونة. وقال الشافعي «رح» وقعت ، فالحاصل أن السبب هو التباين دون السبي عندنا ، وهو يقول بعكسه . له أن التباين أثره في انقطاع الولاية ، وذلك لا يؤثر في الفرقـــة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن ، أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ، ولهذا يسقط الدين عن ذمـــة المسبي .

---

بينهما ، وقال الشافعي لا تقع ) وقال شيخ الأئمة السرخسي ، ويستوى في وقوع الفرقة بتباين الدارين ان يخرج أحدهما مسلماً أو ذمياً أو خرج مستأمناً ثم أسلم أو صار ذميـاً ، لأنه صار من أهل دارنا ، وفائدة وقوع البينونة حل وطىء تلك الأمة لمن وقعت في سهمه بعد الاستبراء ، وإن كان الخارج الرجل يجوز له أن يتزوج أربعاً سواها أو أختها إن كانت في دار الاسلام .

( ولو سبي أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما ) اتفاقاً ( وإن سبيا معاً ) أي الزوجان ( لم تقع الفرقة . وقال الشافعي وقعت ، فالحاصل أن السبب ) أى سبب وقوع البينونة ( عندنا هو التباين ) أى تباين الدارين ( دون السبي ) وجد أو لم يوجد ( وهو يعكسه )أي الشافعي يعكس ما قلنا ، حيث يقول ان السبي هو سبب البينونة لا التباين ، وبه قـــال مالك وأحمد ، حتى لو خرج أحد الزوجين إلينا مسلما لا تقع الفرقة عندهم على أصلهم .

(له) أي للشافعي ( أن التباين أثره في انقطاع الولاية ) وهو سقوط مالكيته عن نفسه وماله ( وذلك ) أشار إلى انقطاع النكاح كالحربي المستأمن ، يعني إذا دخل دارنا بأمان انقطعت ولايته ، ولا تقع الفرقة بينه وبين امرأته ( أما السبي فيقتضي الصفاء ) بالمد، أى الخلوص ، أى يقتضي صفاء السبي ( للسابي ) ولا يصفى الملك في المسبي للسابي(ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ) الزوج عن المسبية ( وهذا ) إيضاح لقوله يقتضي الصفاء ( يسقـط الدين ) الذي للكفار ( وعن ذمة المسبي ) يصف المسبي السابي .

ولنا أن مع التباين حقيقة وحكماً لا تنتظم المصالح، فشابه المحرمية، والسبي يوجب ملك الرقبة، وهو لا ينافي النكاح ابتداء، فكذلك بقاء، فصار كالشراء، ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح.

---

( ولنا أن مع التباين حقيقة وحكماً ) أي من حيث الحقيقة، ومن حيث الحكم. أما حقيقة فبأن يكون أحدهما في دار الحرب حكماً، لأنه فيه الرجوع. وأما حكماً فبأن لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع، بل يكون على سبيل القرار والسكنى، وفي النهاية وفي قوله حكماً جواب عن قوله كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن، لأن الحربي المستأمن وإن كان في دار الإسلام حقيقة ولكن هو في دار الحرب حكماً، لأنه على نية الرجوع، فكذلك لم يترتب عليه حكم التباين، وكذلك المسلم المستأمن، حتى لو انقطعت نية الرجوع كان حكم التباين ثابتاً في حقه ( لا تنتظم المصالح ) والنكاح شرط للمصالح لا بعينه ( فشابه المحرمية ) أي فشابه التباين المحرمية، يعني إذا اعترضت المحرمية على النكاح، فإنه لا يبقى معها لفوات انتظام المصالح، كذا هنا التباين.

( والسبي يوجب ملك الرقبة ) هذا رد دليل الخصم، تقديره أن السبي يوجب ملك الرقبة ( وهو ) أي ملك الرقبة (لا ينافي النكاح ابتداء) بأن زوج أمته لغيره (فكذلك) لا ينافيه ( بقاء ) بأن اشترى منكوحة الغير ( وصار ) أي السبي ( كالشراء ) أي كالشراء من غيره من حيث أن النكاح لا يفسد بالشراء، فكذلك بالسبي لعدم المنافاة، وكذلك الصدقة والهبة.

( ثم هو ) أي السبي ( يقتضي الصفاء ) يعني مسلماً أن السبي يقتضي الصفاء لكن ( في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح ) وهو منافع البضع باعتبار كونها آدمية، وذلك ليس محل عمله، لأن ذلك من الخصائص الإنسانية لا المالية، وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله وهذا يسقط الدين عن ذمة السبي، لأن الدين في الذمة وهو محل عمله، لأنها في الرقبة. وقوله - وفي المستأمن - جواب عن قوله - كالحربي المستأمن أو المسلم

المستأمن – وكان قد احترز بقوله وحكماً عن ذلك ، فإن التباين وإن وجد في المستأمن حقيقة لكنه لم يوجد حكماً وهو معنى قوله :

( وفي المستأمن لم يتباين الدارين حكما لقصده الرجوع ) إلى دار الحرب . والرجوع منصوب على انه مفعول المصدر ، والمصدر يعمل عمل فعله . فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله تعالى بقضية زينب رضي الله تعالى عنها ابنة رسول الله ﷺ انها هاجرت من مكة إلى المدينة وخلفت زوجها أبا العاص بمكة فردها رسول الله ﷺ بالنكاح الأول ، فعلم ان التباين لا يوجب الفرقة . قلت ردها ﷺ بالنكاح الجديد، يعني قوله – بالنكاح الأول – أي بحرمة النكاح الأول ، وقد صح في السنن عن الترمذي وابن ماجة وأحمد انها ردت بعد ست سنين في رواية ، وفي رواية أخرى بعد سنتين ، وعند الخصم تثبت الفرقة بانقضاء العدة ، وإن لم يثبت التباين فكيف يحتج به علينا .

فإن قلت استدل أيضاً بحديث أبي سفيان ، فإنه أسلم بمر الظهران في معسكر رسول الله ﷺ النكاح [1] بينه وبين امرأته هند ، ولما فتح عليه السلام مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة كل منهما وأخذت الأمان لزوجها وذهبت فجاءت به ، ولم يجدد عليه السلام النكاح بينهما . قلت الصحيح أن أبا سفيان لم يحسن إسلامه يومئذ ، وإنما أجازه رسول الله ﷺ لشفاعة عمه العباس رضي الله تعالى عنه . وعكرمة وحكيم بن حزام انما هربا إلى الساحل وكانت من حدود مكة فلم يوجد تباين الدارين . وقد قال الزهري إن دار الإسلام يتميز من دار الحرب بعد فتح مكة ولم يوجد تباين الدارين يومئذ .

فإن قلت قال الله تعالى ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ ٢٤ النساء ، عدد المنكوحات من المحرمات ، ثم استثنى المملوكات ملك اليمين مطلقاً ولم يفصل بينها إذا كان تزوج المسبية معها او لم يكن ، والمطلق يجري على إطلاقه عندكم ، فكيف لا

---

(١) هكذا الحديث في الأصل ، وربما يوجد هنا نقص سقط من الناسخ سهواً . اه مصححه .

وإذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا عليها العدة ، لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم الاسلام. ولأبي حنيفة « رح » انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهاراً لخطره ولا

---

تجوزون وطىء المسبية إن سبي معها زوجها ، روي في السنن مسنداً إلى أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال في سبايا أوطاس ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ولا فصل فيه أيضاً .

قلت أما الآية فإن قوله تعالى ﴿ ما ملكت أيمانكم ﴾ عام خص منه البعض ، فيخص التنازع بما إذا اشترى الأمة مع زوجها لا يجوز للمشتري أن يطأها بالإجماع مع وجوب ملك اليمين ، فكذا إذا سبى الأمة وزوجها كان مسلماً أو ذمياً لا يجوز السابي وطأها مع وجود ملك اليمين ، فلما كان البعض مخصوصاً ، حملنا الآية على ما إذا سبيت المرأة وحدها وحصل بين الزوجين تباين حكماً .

والجواب عن سبايا أوطاس فإنهن كن سبين وحدهن دون أزواجهن ، فإن الرجال كانوا قد خرجوا للقتال وخلفوا النساء والذراري في الحصن ، فلما انهزموا استولى رسول الله ﷺ على الحصن ، وسبوا النساء دون الأزواج . وأوطاس اسم موضع بقرب مكة على ثلاث مراحل من مكة والله أعلم .

( وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة ) أي حال كونها مهاجرة من دار الحرب إلى دار الإسلام ، سواء كانت مسلمة أو ذمية ( جاز أن تتزوج ولا عدة عليها عند أبي حنيفة ) إلا أن تكون حاملاً .

( وقالا عليها العدة ) أي قال أبو يوسف ومحمد عليها أن تعتد ولا يجوز لها التزوج إلا بعد العدة ( لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام ، فيلزمها أحكام الإسلام ) لأنها حرة فارقت زوجها بعد الإصابة ، فتلزمها العدة ، كالمطلقة في دارنا ، وبه قال جمهور العلماء .

( ولأبي حنيفة انها ) أي أن العدة ( أثر النكاح المتقدم وجب إظهار الحظر ، ولا

خطر لملك الحربي ، ولهذا لا تجب العدة على المسبية وإن كانت حاملاً لم تزوج حتى تضع حملها ، وعن أبي حنيفة « رح » انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها، كما في الحبلى من الزنا . وجه الأول انه ثابت النسب ، فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً . قال وإذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق،وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف« رح »، وقال محمد « رح » إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق

---

خطر لملك الحربي ، ولهذا ) أي ولأجل أن ليس لملك الحربي خطر ( لا تجب ) أي العدة ( على المسبية ) بالاتفاق ( وإن كانت ) أي المرأة المهاجرة المذكورة ( حاملاً لم تتزوج حتى تضع حملها ) للنص ( وعن أبي حنيفة ) رواه عنه الحسن ( أنه يصح النكاح ولا يقربها الزوج حتى تضع حملها ، كما في الحبلى من الزنا ) لا يصح الوطء حتى تضع حملها .

( ووجه الأول ) وهو أنه لا تتزوج حتى تضع حملها ( انه ثابت النسب ) من الغير ( فإذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع عن النكاح إحتياطاً ) في باب النسب كأم الولد حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع .

( وإذا ارتد أحد الزوجين عن الاسلام — والعياذ بالله تعالى — وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ) سواء دخل بها أو لم يدخل ( وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد إن كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق ) وإن كانت منها فهو كما قالا . وفي مغني الحنابلة إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم ، وحكي عن داود الأصفهاني أنه لا ينفسخ بالردة ، وإن كانت الردة بعد الدخول فكذلك في أحد الروايتين عن أحمد بن حنبل ، وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وأبى حنيفة ومالك والثورى وزفر وأبي ثور وابن المنذر .

وفي الرواية الثانية يقف على انقضاء العدة وهو قول الشافعي وإسحاق ثم من المالكية

هو يعتبر بالاباء ، والجامع ما بيناه . وأبو يوسف « رح » مر على ما أصلنا له في الإباء . وأبو حنيفة « رح » فرق بينهما ، ووجهه أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر أن تجعل طلاقاً ، بخلاف الاباء ، لأنه يفوت الامساك بالمعروف ، فيجب التسريح بالاحسان على ما مر . ولهذا تتوقف

---

من جعل الردة فسخاً . ومنهم من جعلها طلقة بائنة . ومنهم من جعلها طلقة رجعية . ومنهم من قال لو أسلم يعود إلى زوجته كانت بغير طلاق ولا بفسخ ، كما يعود المرتد إلى ماله على المعروف من كل مذهب ، وعند ابن أبي ليلى لا تقع الفرقة بالردة قبل الدخول وبعده ، لكن يستتاب المرتد ، فإن تاب فهي امرأته ، وإن مات على الردة أو قتل ورثة امرأته .

( هو ) أي محمد ( يعتبر بالإباء ) أي يعتبر الردة بالإباء ( والجامع بينهما ما بيناه ) وما ذكره قبل هذا قريباً من الورقة بقوله لها ، أي بالإباء امتنع عن الإمساك بالمعروف مع قدرته عليه ، فينوب القاضي منابه في التسريح ، فكذلك بالردة امتنع عن الإمساك ، فناب القاضي منابه ( وأبو يوسف مر على أصلنا له في الإباء ) وهو أن الفرقة سبب يشترك فيه الزوجان ، فلا يكون طلاقاً كالفرقة بسبب الملك ، وهذا ينتقض بالخلع .

( وأبو حنيفة فرق ) أي بين الاباء والردة ( ووجهه ) أي وجه الفرق ( الردة منافية للنكاح لكونها ) أي لكون الردة ( منافية للعصمة ) لبطلان العصمة عن نفسه واملاكه بها فيترك ملك النكاح بها ، ولأنها موت حكماً ( والطلاق رافع ) للنكاح ، وليس بمناف له ( فتعذر أن يجعل طلاقاً بخلاف الاباء ، لأنه يفوت الامساك بالمعروف ، فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ) لأن الأباء إمتناع عن الامساك بالمعروف مع قدرته على الاسلام ، فينوب القاضي منابه في التسريح .

( ولهذا ) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء ، أي لأجل ذلك ( تتوقف

الفرقة بالاباء على القضاء ، ولا تتوقف بالردة ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ، ونصف المهر إن لم يدخل بها ، وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة، لأن الفرقة من قبلها . قال وإذا ارتدا معاً ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً . وقال زفر « رح» يبطل لأن ردة أحدهما منافية ، وفي ردتهما ردة أحدهما . ولنا ما روي أن بني حنيفة ارتدوا ثم أسلموا لم يأمرهم الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين بتجديد الأنكحة ،

---

الفرقة بالاباء على القضاء ) أي على حكم الحاكم ، لأنها ليست للمنافاة ، فتوقف حكمه على القضاء ( ولا يتوقف ) على القضاء ( بالردة ) لأن النافي لا يتوقف حكمه على القضاء كالمحرمية ( ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر إن دخل بها ونصف المهر إن لم يدخل بها ) بالنص ( وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة ، لأن الفرقة من قبلها ) فلذلك يسقط المهر والنفقة كالناشزة لا نفقة لها .

( وإن ارتدا معاً ) أي ارتد الزوجان معاً ( ثم أسلما معاً فلها نكاحهما إستحساناً ) أي من الاستحسان ( وقال زفر يبطل وهو القياس ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( لأن ردة أحدهما منافية ، وفي ردتها ردة أحدهما ) إذا كانت منافية للنكاح ، فردتها بالطريق الأولى .

( ولنا ما روي ) وهو وجه الاستحسان ( أن بني حنيفة ) وهم حي من العرب ( إرتدوا ثم أسلموا ولم تأمرهم الصحابة رضي الله تعالى عنهم بتجديد الأنكحة ) قال مخرج الأحاديث : هذا غريب . قال الاترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في المبسوط وغيره أن بني حنيفة ارتدوا لمنع الزكاة ، وبعث إليهم أبو بكر الصديق رضي

والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ . ولو أسلم أحدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة، لأنـــه مناف كابتدائها .

---

الله تعالى عنه الجيوش حتى أسلموا ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ولا أحد من الصحابة ، وإجماعهم حجة يترك به القياس .

فإذا قلت من الجائز أنهم ارتدوا على التعاقب ، فمن أين يعرف أنهم ارتدوا جميعاً ، بل الغالب التعاقب في الردة ، وهو الظاهر ، قلت ترك الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن تجديد الأنكحة دليل على عدم التعاقب،لأنه لو كان ارتدادهم على التعاقب لأمروا بتجديد الأنكحة ، لان السكوت عن الحق لا يليق بجنابهم .

( والإرتداد منهم واقع معاً ) هذا جواب عما يقال أن ارتداد بني حنيفة ما وقع جملة حتى يستقيم التعلق به ، فأجاب بقوله ( والارتداد منهم ) أي من بني حنيفة ( واقـــع ) منهم جميعـــاً (لجهالةالتاريخ) لهيئة ارتدادهم ، فيجعل كأنـــه وحـــد جملة كالغرقى والحرقى والهدمى .

( ولو أسلم أحدهما ) أي أحد الزوجين المرتدين ( بعد الارتداد ) قبل الآخر ( فسد النكاح بينهما ) يعني تقع الفرقة بينهما بإجماع علمائنا ( لاصرار الآخر على الردة لأنه)أي لأن إصراره على الردة ( مناف ) أي للنكاح ( كابتدائها ) أى كإفسادها حتـى لا يجب لها شيء إن كان المسلم هو الزوج قبل الدخول . وإن كانت هي التي أسلمت قبل الدخول فلها نصف الصداق ، وإن وجد الدخول فلها المهر كاملاً في الوجهين ، لان المهر يستقـــر بالدخول ، ويصير دينـــاً في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة ، وعند زفر والشافعي ومالك وأحمد اسلام أحدهما لا يؤثر في الفرقة الواقعة بارتدادهما والله أعلم .

* * *

# باب القسم

## وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعـــدل بينهما في القسم بكرين كانتا أو ثيبين أو إحداهما بكراً والأخرى ثيباً

( باب القسم )

أي هذا باب في بيان أحكام القسم بفتح القاف ، مصدر قسم الشيء فانقسم، وبكسر القاف النصيب والقسمة إسم للمقاسمة والانقسام والقسم بفتحتين اليمين . وقـال الاترازى بفتح القاف مصدر ، وهو الرواية عن شيوخنا . قلت هذا عجيب لا يحتاج إلى روايـة ، هكذا عن شيوخه ، لأن كل واحد يعلم أنه بالفتح في باب التعديل بين النساء ، ويعلم أنه بالكسر النصيب . ولما ذكر جواز عدد من النساء ولم يكن بـد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة ، والموجب في تأخيره لشدة الاحتياج إلى معرفة غيره على ما لا يخفى .

( وإذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه أن يعدل بينهما في القسم بكرين كانتـا أو ثيبين أو إحداهما بكـراً والأخرى ثيباً ) قال ، وإذا كان بلفظ التذكير ، وإن كان مسنداً إلى المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل ، كقولهم حضر القاضي امرأة ، وهذا جـاء خلافاً للمجرد، وقال حرتان ليشمل المسلمة والكتابية والمراهقة والبالغة والمجنونة والتي يخاف منها ، والحائض والنفساء والحامـل والصغيرة التي يمكن وطئها والمحرمة والمولى عنهـا والمظاهرة منها والجديدة والقديمة فالكل سواء ، وبه قال الحكم وحماد .

وقال مالك والشافعي وأحمد يقيم عند البكر الجديدة سبعاً ، وعند الثيب الجديـدة ثلاثاً ، ولا يحتسب عليها بذلك ، وهو قول إبراهيم النخعي وعامر الشعبي وإسحـاق بن راهوية ، واختاره ابن المنذر . وقيل للبكر ثلاث ، ليلة للثيب ليلتان ، هكذا روي عن سعيد بن المسيب والحسن البصري وخلاس بن عمر ونافع عن ابن عمر .

لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل . وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه ، وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك ، يعني زيادة المحبة

---

( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( كانت له امرأتان ومال إلى إحداهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث همام بن يحي عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشر بن نهيك عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، قال قال رسول الله ﷺ من كانت ... إلى آخره ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه . وقال حديث حسن صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وفي رواية الترمذي وشقه ساقط . وقال شيخنا ، بل المراد به سقوطه حقيقة ، أو المراد به سقوط حجته بالنسبة إلى إحدى امرأتيه التي مال إليها مع الأخرى يحتمل الأمرين ، ولا مانع من الحقيقة ، ويدل على إرادة الحقيقة قوله في رواية أبي داود مائل، فهو ظاهر أنه ليس المراد سقوط الحجة ، وانما المراد سقوط أحد شقيه ، يعني ميلانه ، وفيه أن الجزاء من جنس العمل ، فلما لم يعدل وجاز عن الحق، والجواز الميل كان عذابه بأن يجيء يوم القيامة على رؤوس الاشهاد وأحد شقيه مائل .

( وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ كان يعدل في القسم بين نسائه ، وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك ) هذا أيضاً أخرجه الائمة الاربعة عن عبد الله بن زيد عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ ... إلى آخره، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . قوله – فيما أملك – اى فيما قدرتني عليه مما يدخل تحت القدرة والاختيار ، بخلاف ما لا أقدر عليه من ميل القلب ، فإنه لا يدخل تحت القدرة .

( يعني زيادة المحبة ) هذا ليست من لفظ الحديث ، وإنما هو تفسير من الرواة .

وحكى الترمذي عن بعض أهل العلم أنه فسره بالحب والمودة ، ورواه البيهقي عن الشافعي في تفسير الحديث ، قال يعني والله أعلم قلبه ، وكذا قال أبو داود في سننه يعني القلب ، وفسره الخطابي بميل القلوب ( ولا فضل فيما روينا ) أي لا فضل بين البكر والثيب فيما روينا من الحديث المذكور .

( والقديمة والجديدة سواء ) وقد ذكرنا مذهب الشافعي عن قريب ، ولكن نوضح هنا بأكثر من ذلك ، فنقول قال الشافعي ومالك وأحمد وابن عبيد إن كانت جديدة بكراً أقام عندها بعد العقد سبعاً من غير القضاء ، وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً من غير قضاء ، ولو شاء أقام عندها سبعاً مع القضاء .

وله في القضاء وجهان ، أحدهما أن يقضي جميعاً ، وهو ظاهر المذهب إليه ، والثاني يقضي ما زاد على الثلاث . وفي الجواهر والمغني للامة الجديدة سبع إذا كانت بكراً وإن كانت ثيباً فلها ثلاث عند المالكية والحنابلة ، فجعلوها كالحرة البكر والثيب وللشافعية ثلاثة أقول ، أحدها التسوية بين الحرة والامة . الثاني للامة النصف كسائر القسم . الثالث للبكر من الاماء أربع ، وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة ، ذكره في النهاية لامام الحرمين .

وفي الجواهر الزيادة حق الزوجة أو حق الزوج أو حقهما فيه اختلاف . وفي الجواهر والنهاية والمغني على ولي المجنون أن يطوف به على نسائه . وفي النهاية لو ترك حق واحدة وخص بالباقية يجب عليه القضاء ، وعندنا ما ذكره في المحيط والمبسوط الزوج لو أقام عند واحدة شهراً ظلماً ثم طلب القسم من الباقيات أو بغير طلب فليس عليه أن يعوض ، لانه ليس بمال ، فلم يكن عليه ديناً في الذمة ، لكنه ظالم يوعظ ، فإن استمر يؤدب تعزيراً . ولو جعلت الحرة بالاعلى أن يزيد في أيامها فهي باطلة ، ولها أن ترجع في مالها ، وإن زادها في أيامها ، لان ذلك رشوة ، والرشوة في الحكم . وكذا لو حطت من مهرها شيئاً بهذا الشرط ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال أبو ثور وهو جائز وهو مذهب الحسن البصري في الاشراف .

لإطلاق ما روينا ، ولأن القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك ، والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج ، لأن المستحق هو التسوية بينهن دون طريقها ، والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة ، لأنها تبتنى على النشاط ،

---

( لاطلاق ما روينا ) قال الاترازى هذا تكرار بلا فائدة ، لان عدم القصد فيما رواه يعلم من قوله - لاطلاق ما روينا - وما كان يحتاج إلى ذكرهما جميعاً . وقال الاكمل الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب ، وفي تفضيل الجديدة على القديمة قيد المصنف الاول بقوله ولا فضل فيما روينا ، والثاني لاطلاق ما روينا . قلت لكن النظر في تصويب أحدهما .

( ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك ) أى بين النساء ( والاختيار في مقدار الدور إلى الزوج ) يعني إن شاء ثلث لكل واحدة ، وإن شاء تسع لكل واحدة إلى غير ذلك ، وليس للمرأة أن تقول بت عندى ليلة وليلة أخرى عند صاحبتي ، لان المقصود هو العدل ، وذلك حاصل كيف كان .

( ولان المستحق هو التسوية بينهن ) أى بين الزوجات ( دون طريقها ) أى طريق التسوية ، وفي غالب النسخ دون طريقته ، وقال الاترازى أى دون طريق العدل ، يعني يبت عند أحد المرأتين مثل ما يبيت عند الاخرى ، فإن بات عند هذه ليلة يبيت عند الاخرى كذلك ، وليس لها أن تقول بت عندى ليلة وبت عند صاحبتي مثل ذلك ، لان المستحق عليه العدل لا طريقته لان طريقه مفوض إلى الزوج . ثم قال الاترازي وتذكير الضمير في طريقة ، وإن كان راجعاً إلى التسوية لارادة العدل ، ومثل ذلك جائز كما في قوله والارض أثقل اثقالها .

( والتسوية المستحقة البيتوتة لا في المجامعة ) قال في شرح الكافى وهذه التسوية فى البيتوتة عندها للصحبة والمؤانسة لا فى المجامعة ، لان ذلك شيء يبتنى على النشاط ، ولا يقدر على اعتبار المساواة فيه ، وهو نظير المحبة بالقلب ( لانها ) أى لان المجامعة ( تبتنى على النشاط ) كما ذكرنا .

وإن كانت احداهما حرة والأخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم وللأمة الثلث بذلك ورد الأثر ولأن حل الأمة أنقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الأمة ، لأن الرق فيهن قائم. قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والأولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها . وقال الشافعي القرعة مستحبة

---

( وإن كانت احداهما حرة والاخرى أمة فللحرة الثلثان من القسم ، وللأمة الثلث بذلك ورد الاثر ) وهو ما رواه أبو بكر بن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما والدارقطنى ثم البيهقى فى سننهما عن ابن أبى ليلى عن المنهال بن عمر عن عباد بن عبد الله الاسدى رضى الله تعالى عنه ، قال إذا نكحت الحرة على الامة فلهذه الثلثان ، ولهذه الثلث ، لان الامه لا ينبغى لها أن تتزوج على الحرة ، والمنهال بن عمر فيه مقال ، وعبادة ضعيف قال فى التنقيح قال البخارى فيه نظر ، وروى البيهقى عن ابن المسيب ، وعن سليمان بن يسار أن الحرة إذا أقامت على ضرات فلها يومان ، ولامته يوم ، وبه قال الشافعى وأحمد ومالك فى رواية . وقال مالك فى رواية أخرى انهما سواء فى استحقاق القسم .

( ولان حل الامة انقص من حل الحرة ) لانها على النصف من الحرة فى غالب الحقوق ( فلا بد من إظهار النقصان فى الحقوق ) لئلا يلزم التسوية ( والمكاتبة والمدبرة وأم الولد بمنزلة الامة ، لان الرق فيهن قائم ) فيكون لهن الثلث من القسم .

( قال ) أى القدورى رحمه الله تعالى ( ولا حق لهن فى القسم حالة السفر ، ويسافر الزوج بمن شاء منهن ، والاولى أن يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها . وقال الشافعى القرعة مستحبة ) حتى لو سافر بدون القرعة بواحدة يقضى ما مضى ، يعنى

لما روي ان النبي عليه السلام كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ، إلا أنا نقول أن القرعة لتطييب قلوبهن، فيكون من باب الاستحباب، وهذا لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ، ألا ترى أن له أن لا يستصحب واحدة منهن ، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المرة ،

---

يقيم عند من لم يسافر معها مثل تلك الايام ، وبالقرعة لا يقضى ، وبه قال أحمد يقضى بكل حال .

( لما روي أن النبي ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه ) هذا الحديث أخرجه الجماعة من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، قالت كان رسول الله ﷺ إذا أراد السفر أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه ، أخرجوه مختصراً ومطولاً، بحديث الافك .

( إلا أنا نقول ) يعني نعمل بالحديث كما يعمل الشافعي ، غير أنا نقول ( إن القرعة لتطييب قلوبهن فكانت ) أي القرعة ( من باب الاستحباب ) والشافعي يعمل بظاهره ، ونحن نقول أن التسوية بينهن لم تكن واجبة على النبي ﷺ في الحضر ، ففي السفر أولى، وإنما كان يقرع في السفر لما ذكرنا ( وهذا ) يعني كون القرعه من باب الاستحباب ( لأنه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج ، ألا ترى ) توضيح لما قبله ( ان له ) أي للزوج ( أن لا يستصحب واحدة منهن ، فكذا له أن يسافر بواحدة منهن ) .

هذا دليل على جواز أنه لا حق لهن حالة السفر ( ولا تحتسب عليه تلك المرة )أي لا تحتسب على الزوج السفر يعني إذا سافر بإحدى المرأتين شهراً مثلا ، ولا يؤمر أن يكون عند الاخرى شهراً آخر بل يسوى بينهما في الحضر ابتداء ، وفي الغاية ثم لا يقضي مدة السفر بواحدة منهن ، وكذا لبقية نسائه وقال داود يقضي ، واشترط صاحب الوجيز

وإن رضيت أحد الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز ،
لأن سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عليه السلام
أن يراجعها أو تجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها .

---

بسقوط القضاء على مذهب الشافعي أربعة شرائط ، أحدها أن يقرع .

والثاني : على أن لا يعزم على النقلة لأن سفر النقلة لا يجوز أن يستصحب ببعضهن دون بعض ، وفي سفر التجارة يجوز .

والثالث : أن يكون السفر طويلا ، لان في السفر القصير لغرض التفرج طريقان ، أحدهما يستحب القرعة ، ويقضي الثاني كالسفر الطويل ، ولا يقضي وهو الصحيح عند صاحب التهذيب والتتمة .

والرابع : أن لا يعزم على الاقامة ، ومقصده أربعة أيام أو أكثر .

( وإن رضيت إحدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز ، لان سودة بنت زمعة سألت رسول الله ﷺ أن يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها . ) مفهوم هذا الحديث انه ﷺ طلق سودة وقال مخرجوا الأحاديث ، ولم نجد ذلك . قلت روى البيهقي في سننه بإسناده إلى عروة أن النبي ﷺ طلق سودة ، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه فقالت والله مالي في الرجال من حاجة ، ولكنني أريد أن أحشر في أزواجك ، قال فراجعها وجعل يومها لعائشة ، وهذا مرسل . وفي مستدرك الحاكم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت يا رسول الله ﷺ يومي هذا لعائشة فقبل ذلك منها رسول الله ﷺ قالت عائشة رضي الله تعالى عنها ، وفيها وفي أشباهها أنزل الله تعالى ﴿ فإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً ﴾ ١٢٧ النساء ، وقال صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه .

وروى البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت ما رأيت امرأة أحب إلي من أن أكون في سلاحها من سودة بنت زمعة من امرأة فيها حدة ، فلما كبرت قالت

ولهـا أن ترجع في ذلك لأنها اسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط .

---

يا رسول الله ﷺ قد جعلت يومي منك لعائشة ، فكان عليه السلام يقسم لعائشة يومين ، يومها ويوم سودة ، وروى البخاري أيضاً كان عليه السلام يقسم لكل امرأة منهن يومها ، غير أن سودة بنت زمعة جعلت يومها وليلتها لعائشة تبغي بذلك رضى النبي ﷺ ، انتهى . وزمعة بفتحتين اسم رجل .

( ولها أن ترجع في ذلك ) أي المرأة أن ترجع في قسمها بعد أن وهبت لصاحبها ( لانها اسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط ) فلم يكن اسقاطها يلزمها ، فلها المطالبة بعد ذلك عن وجوب الحق ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ، إلا أن الشافعي قال يشترط قبول الزوج في هبة يومها ، والله أعلم .

* * *

# كتاب الرضاع

## قال قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم .

---

### ( كتاب الرضاع )

أي هذا كتاب الرضاع ، وهو بفتح الراء وهو الأصل ، وبكسرها لغة . وقال عياض والرضاعة بفتح الراء وكسرها فيهما ، وأنكر الأصمعي كسرها مع انها في الصحاح رضع الصبي أمه يرضعها رضاعاً ، مثل سمع يسمع سماعاً ، وأهل نجد يقولون رضع رضاعاً بكسر الضاد ، وفي المضارع مثل ضرب يضرب ضرباً ، والمراضع التي لها ابن رضاع أو ولد رضيع ، قاله عياض . وقال الجوهري المرأة ترضع ذات ولد رضيع ترضعه فإن وصفتها بإرضاع الولد قلت مرضعة ، وإنما كان المقصود من النكاح هو التوالد والتناسل ، والولد لا بد له من الرضاع ، ناسب ذكرنا الرضاع عقيب النكاح .

فان قلت الرضاع سبب التحريم ، فكان المناسب أن يذكره في المحرمات . قلت لما خص الرضاع بمسائل شهادة النساء في الرضاع ، ومثل خلط اللبن بالرق ، وغير ذلك أفرده بكتاب واحد ، والرضاع في الشرع هو مص الرضيع من ثدي الآدمية في وقت مخصوص والمص يتناول القليل والكثير ، وقوله ثدي الآدمية احترازاً عن ثدي الشاة ونحوها ، فان الرضاع لا يثبت به ، والمراد من وقت مخصوص هو مدة الرضاع ، وفي تقديرها اختلاف سيأتي إن شاء الله تعالى .

( قليل الرضاع وكثيره سواء إذا حصل في مدة الرضاع يتعلق به التحريم ) وكذا روي عن علي وابن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ، وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال الحسن البصري وسعيد بن المسيب وطاووس وعطاء ومكحول والزهري وقتادة وعمرو بن دينار والحكم وحماد والأوزاعي

وقال الشافعي لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات لقوله عليه السلام
لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الإملاجة ولا الإملاجتان

---

والثوري وو كيع وعبد الله بن المبارك والليث بن سعد ومجاهد ، وزاد الشيخ أبو بكر الرازي عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه والشعبي والنخعي . وقال ابن المنذر وهو قول أكثر الفقهاء . وقال النووي وهو قول جمهور العلماء ، وحكى أبو بكر الرازى وابن قدامة في المغني عن الليث انه قال أجمع المسلمون على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد كما يفطر الصائم ، وهو قول مالك في رواية .

( وقال الشافعي لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات ) وبه قال أحمد في ظاهر الرواية واسحاق عن أحمد ثلاث ، وعنه واحدة . وقال الرافعي وظاهر المذهب وجهان ، أحدهما كقول أبي حنيفة ، والثاني ثلاث رضعات ، واختاره مشايخنا . وقال ثقات القياس بثلاث رضعات وهو قول زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ، ، كذا في شرح الأقطع . وقال ابن عبيد وأبو ثور إنما تحرم الثلاث من مفهوم لا تحرم المصة والمصتان . ويروى عن عـــائشة رضي الله تعالى عنها انهـــا قالت لا تحرم إلا سبع رضعات . وعن حفصة لا تحـــرم إلا عشر رضعات .

( لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لا تحرم المصة ولا المصتان ، ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ) روي هذا الحديث مرفوعاً ، قوله لا تحرم المصة والمصتان من حديث ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ لا تحرم المصة والمصتان ، وروي قوله ولا إملاجة ولا إملاجتان من حديث أم الفضل بنت الحارث ، قالت دخل إعرابي على رسول الله ﷺ وهو في بيتي ، فقال يا رسول الله ﷺ إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى ، فزعمت امرأتي الأولى انها رضعت الحدثى رضعة أو رضعتين ، قال النبي ﷺ لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان .

ورواه ابن حبان في صحيحه حديثاً واحداً نحو رواية المصنف من رواية محمد بن دينار حدثنا هشام بن عـــروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن أبيه قـــال ، قال رسول الله ﷺ لا تحرم المصة ولا المصتان ، ولا الاملاجة ولا الاملاجتان . وقال الاترازى قولـــه

– ولا الاملاجة ولا الإملاجتان من هذا من تتمة الحديث على ما ذكره صاحب الهداية ، ولكن ليس هو بمثبت في الأخرى ، فركب الحديث ، ولهذا لم يثبته الترمذى في جامعه وأبو داود في سننه على ما روينا لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان انتهى .

قلت عدم اطلاعه في كتب الحديث وقصر باعه في هذا الفن ، الجأه إلى هذا الكلام ، وكيف يقول وليس هذا بمثبت في الأصول من كتب الحديث ، وقد رواه مسلم كما ذكرنا مفرداً ومشتملا ، ورواه ابن حبان كما رواه المصنف وعدم اثبات الترمذى وأبو داود ، هذا لا يستلزم نفي أن يكون هذا من الأحاديث المثبتة . قوله – الحدثى – في رواية مسلم بضم الحاء المهملة ، تأنيث الأحدث ، يريد المرأة التي تزوجها بعد الأولى ، والإملاجة بكسر الهمزة وبالجيم المرأة من أملجت المرأة الصبي أى أرضعته .

وقال ابن الأثير ويروى لا تحرم الملجة والملجتان ثم قال والملج المص ، ملج الصبي أمه يملجها ملجاً ، وملجها تمليجاً إذا رضعها . قلت الأول من باب نصر ينصر . والثاني من باب علم يعلم . قال الكاكي المصة – مكيدن – وهو فعل الرضع ، والاملاجة – شيردادن – يقال أملجه أى أرضعه . قلت حاصل كلامه يشعر بالفرق بين المصة والاملاجة ، فقال المصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرأة التي ترضع ، لأنه قال بالفارسية – شيردادن – يعني إعطاء اللبن من فعل المرأة .

فان قلت ما وجة استدلال الشافعي بالحديث المذكور ، فان مذهبه خمس رضعات مشبعات ، والحديث كيف يدل عليه . قلت قال الكاكي وجه تمسك الشافعي بالحديث المذكور ان المصة داخلة في المصتين ، كقوله لا أكلم فلاناً يوماً ويومين ، حيث لا ينتهي اليمين إلا بثلاثة أيام ، فكأنه قال لا تحرم المصات ، والاملاجتان فانتفت الحرمة عن أربع رضعات ، وثبتت الخمس ، وهذا ضعيف .

وقيل وجه تمسكه لا يثبت إلا بنفي مذهبنا ، فاذا نفى مذهبنا بهذا الحديث ثبت مذهبه لعدم القائل بالفصل ، وقيل تمسكه بهذا الحديث لنفي مذهبنا ، وإثبات مذهبه

ولنا قوله تعالى ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ... الآية ٢٣ النساء ،
وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ،

---

بحديث عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها انها قالت كان فيما أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات ، فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن ، وكان ذلك مما يتلى بعد النبي ﷺ ولا نسخ بعده ، وكان مكتوباً على قرطاس بعده ، فدخل داجن البيت فأكله وتمسك في شرح الوجيز وغيره من كتبهم بهذا الحديث أيضا .

قلت حديث عائشة رضي الله تعالى عنها عنه رواه مسلم بلفظ وانزل الله في القرآن عشر رضعات معلومات نسخ من ذلك خمس ، وصار إلى خمس رضعات ، فتوفي رسول الله ﷺ والأمر على ذلك ، انتهى . ورواه ابن ماجة عن عائشة أيضا ، ولفظه انها قالت كان مما أنزل الله عز وجل من القرآن ثم سقط لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس رضعات ، وروى ابن ماجة أيضا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة قالت لقد نزلت آية الرجم ورضاعة الكبير عشراً ، ولقد كان في صحيفة تحت سريري ، فلما مات رسول الله ﷺ وتشاغلنا بموته دخل داجن فأكلها .

( ولنا قوله تعالى ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ... الآية ٢٣ النساء ، وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ) أصحابنا استدلوا المذهبهم بالاية الكريمة ، وجه الإستدلال أن الله تعالى جعل علة التحريم فعل الرضاع قل أو كثر . وقال أبو بكر الرازي في أحكام القرآن إذا اقتضى فعل الرضاع استحقاق اسم الأمومة والأخوة بوجود نفس فعل الرضاع ، وذلك يقتضي وجوب التحريم بقليل الفعل وكثيره لصدق إطلاق اسم الأم عليه ، وهذا لأن كل حق يتعلق بعلة في الشرع يثبت الحكم بوجوده لا تعدد فيه ، وقيل لابن عمران بن الزبير يقول لا بأس بالرضعة والرضعتين ، فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير .

وقال أبو بكر بن العربي الرضاع وصف ثبت بنفس الفعل ، وهذا معلوم عربية ، وشرعاً . قال عز وجل ﴿ وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ٢٣ النساء ، ارتبط التحريم بالرضاع مطلقاً من غير تقييد بخمس أو سبع أو عشر أو نحو ذلك ، فمن قدره بعدد لا يدل القرآن

ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم ، لكنه أمر مبطن ، فتعلق الحكم بفعل الارضاع ، وما رواه مردود بالكتاب أو منسوخ به

---

عليه فقد رفع حكم الاية بأمر مضطرب لا يعول عليه .

واستدل أصحابنا أيضاً بقول النبي ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وهذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس من حديث عائشة وقد تقدم الكلام فيه في أول كتاب النكاح . قوله – من غير فصل – يعني بين القليل والكثير في الكتاب والحديث ردت عائشة رضي الله تعالى عنها انه عليه السلام قال إن الله حرم من الرضاع ما حرم من الولادة ، متفق عليه . وفي البخاري ومسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم ، في لفظ ما يحرم من النسب من غير تقييد بعدد كالقرآن .

( ولأن الحرمة وإن كانت لشبهة البعضية ) هذا دليل معقول يتضمن جواب سؤال مقدر ، تقديره أن يقال لما كان التحريم باعتبار إنشاز العظم وإنبات اللحم ، وذلك يحصل بالكثير دون القليل ، وتقرير الجواب أن الحرمة وإن كانت باعتبار شبهة البعضية الحاصلة من اللبن ( الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم ) قال عليه السلام الرضاع أنشز العظم وأنبت اللحم ، والإنشار بالراء الإحياء ، قال الله تعالى ﴿ إذا شاء أنشره ﴾ ٢٢ عبس ، والمعنى في الحديث نشره ، كأنه أحياه ، ويروى بالزاي ، يقال نشز الشيء إذا ارتفع .

( لكنه أمر مبطن ) فيه خفاء ، والرضاع سبب ظاهر ( فيتعلق الحكم ) أي حكم الحرمة ( بفعل الارضاع ) يعني بمجرد الإرضاع ( وما رواه ) أي ما رواه الشافعي من قوله لا تحرم المصة ... الحديث ( مردود بالكتاب ) لأن العمل بالكتاب أقوى على تقدير أن يكون الكتاب قبله ( أو منسوخ به ) أي بالكتاب إن كان بعده ، وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنه انه قال قوله لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان ، كان ذلك ، فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فيجعل ذلك منسوخاً حكاه عنه أبو بكر الرازي ، ومثله روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه .

وقال ابن بطال أحاديث عائشة رضي الله تعالى عنها مضطربة ، فوجب تركها والرجوع

من حال إلى حال ، ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فقدر به .

ولهما قوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الاحقاف ، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر فبقي الفصال حولان . وقال النبي عليه السلام لا رضاع بعد حولين ، وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة، فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين ، إلا إنه قام

---

طبع الصبي ( من حال إلى حال ) باعتبار حولان الحول الموجب لتغيير الطباع كما في أجل العنين والزكاة لاشتمال الحول على الفصول الأربعة ( ولا بد من الزيادة على الحولين ) لأن الرضيع لا يحصل فطامه في ساعة واحده بل يفطم بالتدريج على وجه ينسى اللبن،ويتعود بالعظام ، ولا بد من زيادة مدة ( لما نبين ) يعني في وجه قول أبي حنيفة ( فيقدر ) على صيغة المجهول ، أي فتقدر الزيادة ( به ) أي بالحول فيصير ثلاثة أحوال .

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد ( قوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الاحقاف ، ومدة الحمل أدناها ستة أشهر ، فيبقى للفصل حولان ) لأنه تعالى قال﴿وفصاله في عامين﴾ ولا رضاع بعد الفصال ( وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين ) هذا الحديث رواه الدارقطني باسناده عن ابن عباس قال ، قال رسول الله ﷺ لا رضاع إلا في حولين ، ورواه ابن عدي ولفظه لا يحرم من الرضاع إلا ما كان في الحولين . وقال صاحب التنقيح والصحيح وقفه على ابن عباس ، ولم أرى أحدا رواه بعد حولين إلا المصنف ، فكأنه نقله عن المبسوط هكذا .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( هذه الاية ) يعني قوله تعالى ﴿ وحمله وفصاله ﴾(ووجهه) أي وجه الإستدلال بها ( أن الله تعالى ذكر شيئين ) يعني الحمل والفصال ( وضرب لهما مدة ) وهو قوله تعالى ثلاثون شهراً ، فكل ما كان كذلك ( فكانت ) أي المدة ( لكل واحدة منهما بكمالها كالأجل المضروب للدينين ) بأن قال جعلت الدين الذي على فلان ، والدين الذي على فلان سنة يفهم منه تقدير المدة في كل واحد من الدينين ( إلا انه قام

وينبغي أن يكون في مدة الرضاع لما نبين ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة «رح» . وقالا سنتان وهو قول الشافعي «رح» .
وقال زفر «رح» ثلاثة أحوال لأن الحول حسن للتحول

---

إلى كتاب الله تعالى ، وحديث الإملاجة والإملاجتان لا يصح لأنه يرويه مرة عن ابن الزبير عن رسول الله ﷺ ومرة عن عائشة ومرة عن أبيه ومثل هذا الإضطراب يسقط. وفي المبسوط ، فأما حديث عائشة فضعيف جداً لأنه إذا كان متلواً بعد النبي ﷺ، فلماذا ما يتلى ، لأن نسخ التلاوة بعد النبي ﷺ لا يجوز ، وما ذكر أن الداجن دخل البيت فأكل القرطاس غير قوي ، لأنه يؤدي مذهب الروافض ، فإنهم يقولون أن الصحابة تركوا كثيراً من القرآن بعد النبي ﷺ ولم يكتبوه في المصاحف ، وهو قول باطل بالإجماع ، وقيل عجب من الشافعية لا يعملون بقراءة ابن مسعود في صوم الكفارة ، ويعملون برواية عائشة والقرآن لا يثبت بخبر الواحد ، والعمل بالقراءة الشاذة لا يجوز .

( وينبغي أن يكون في مدة الرضاع على ما نبين ) أي ينبغي أن يكون الرضاع الذي يتعلق به التحريم في مدة الرضاع لا بعدها ، وفي مدتها اختلاف وسنبينه إن شاء الله تعالى .

( ثم مدة الرضاع ثلاثون شهراً عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ) وعند بعضهم تثبت حرمة الرضاع في جميع العمر ( وقالا سنتان ) أي قال أبو يوسف ومحمد ومدة الرضاع سنتين ( وهو قول الشافعي ) أي قولهما قول الشافعي ، وبه قال أحمد .

( وقال زفر ثلاثة أحوال ) أي مدة الرضاع ثلاث سنين . واختلفت المالكية بعد الحولين إلى شهرين ، وفي المختصر أيام يسيرة . وقال عبد الملك شهر ونحوه . وفي المبسوط عنه يقدر بزيادة الشهور . وفي الحاوي مثل نقصان الشهور . وقال أبو الوليد يحرم بعد الحولين إلى ثلاث شهور . وذكر الداودي عنه يحرم بعد سنتين ، وعند البصري أربع سنين وقيل خمسة عشر سنة ، وقيل عشرون سنة ، وقيل أربعون سنة ، وقيل سنة ، وقيل جميع العمر كما ذكرنا .

( لأن الحول حسن للتحول ) هذا دليل زفر ، أي الحول صالح للتحول ، أي لتغير

المنقص في احداهما ، فبقي الثاني على ظاهره ، ولأنه لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الإنبات باللبن ، وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بأدنى مدة الحمل ، لأنها مغيرة ، فإن غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق

---

المنقص في أحدهما ) يعني الحمل وهو حديث عائشة رضي الله تعالى عنها لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل ( فبقي في الثاني ) وهو الفصال ( على ظاهره ) وهو ثلاثون شهراً ، وهو عدم النص .

فإن قلت هذا خبر الواحد فلا يجوز تفسير الكتاب به .قلت أجيب بأن الكتاب مؤول قال فخر الإسلام وعامة أهل التفسير ذكروا أن المضروب للدينين يتنوع عليهما بقدر الإمكان ، فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المصنف قطعية ، ويؤيده ما روي أن رجلا تزوج امرأة فولد لستة أشهر ، فجيء بها إلى عثمان رضي الله تعالى عنه فشاور في رجمها ، فقال ابن عباس رضي الله تعالى عنه إن خاصمتكم بكتاب الله تعالى خصمتكم ، قالوا كيف قال إن الله تعالى يقول ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الاحقاف . وقال الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين ﴾ ٢٣٣ البقرة ، فحمله ستة أشهر وفصاله حولان ، فتركها وإذا لم يكن دلالتها على ذلك كذلك لم يلزم التفسير .

( ولأنه ) دليل آخر ، أي ولأن الشأن ( لا بد من تغيير الغذاء ) في الرضيع ( لينقطع الانبات باللبن ) وتحصل بغيره إبقاء لحياته ( وذلك ) أي تغيير الغذاء يكون ( بزيادة مدة يتعود الصبي فيها ) أي في تلك المدة ( غيره ) أي غير اللبن ، لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود يهلك ، وهذا هو الذي وعده المصنف لزفر ، لقوله لما نبين لكن زفر قيد بسنة كما في المنين . وأبو حنيفة قدرها بأدنى مدة الحمل ، لأنها مغيرة ، فإن الولد في بطن الام ستة أشهر يبقى ، ويتغذى بغذاء الأم ، وبعد الإنفصال غذاؤه اللبن ، ويصير أصلافي الغذاء بالطعام

( والحديث ) وهو قوله — لا رضاع بعد الحولين — ( محمول على مدة الإستحقاق )أي

وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب . قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ، ولأن الحرمة باعتبار النشر وذلك في المدة إذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة إلا في رواية عن أبي حنيفة « رح » إذا استغنى عنه ، ووجهه انقطاع النشر بتغير الغذاء ،

---

الرضاع المستحق ، حتى لا تستحق نفقة على الأب بعد ذلك . وقالوا إن تمام الرضاع في حق استحقاق الأجر على الأب مقدر بحولين ، حتى لو طلق امرأته وطلبت الارضاع بعد الحولين وأبى الزوج لا يجبر على ذلك ، ولو دفع ذلك في الحولين يجبر على الاعطاء ( وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب ) أي على استحقاق الصبي الرضاع يحمل قوله حولين كاملين ، بدليل قوله تعالى ﴿ فإن أرادا فصالاً ﴾ ٢٣٣ البقرة ، وذلك لأن الرضاع لو كان حراماً بعد الحولين لم يزل الرضاع في زوال الحرمة الثابتة شرعاً .

( قال وإذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا رضاع بعد الفصال ) هذا الحديث رواه الطبراني في معجمه بإسناده إلى علي رضي الله تعالى عنه ، قال رسول الله ﷺ لا رضاع بعد فصال ، ولا يتم بعد حلم رواه الرزاق مرفوعاً ثم رواه موقوفاً . وقال العقيلي في كتابه هو الصواب ، ورواه الطيالسي في مسنده من حديث جابر نحوه . وفي اسناده حزام بن عثمان ، وأعله ابن عدي به بعد أن رواه ، ونقل عن الشافعي وابن معين رحمهما الله تعالى انهما قالا الرواية عن حزام حرام .

( ولأن الحرمة باعتبار النشر وذلك ) أي النشر ( في المدة ) لان الحرمة في الرضاع باعتبار الصغير لا يتغذى بغيره ( إذ الكبير لا يتربى به ) أي باللبن عادة بوجوب تغذيته بغيره ( ولا يعتبر الفطام قبل المدة ) يعني إذا فطم لا يعتبر ( إلا في رواية عن أبي حنيفة ) رواه الحسن عنه ( إذا استغنى عنه ) أي عن اللبن .

( ووجهه ) أي وجه ما روي عن أبي حنيفة ( انقطاع النشر بتغير الغذاء ) أي انقطاع النشر الصالح باللبن ، يعني ان نشر الصبي باللبن ينقطع بعد استغنائه بالطعام

وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح، لأن اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي . قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا إلا أم أخته من الرضاع ، فإنه يجوز أن يتزوجها ، ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب ، لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه

---

لتغير غذائه لأن غذاءه كان لبناً فصار طعاماً ، فلا تثبت الحرمة برضاع اللبن بعد ذلك ، ولهذا قال عليه السلام في حديث أبي هريرة الرضاع ما فتق الامعاء وكان ذلك قبل الطعام وفي الواقعات الفتوى على ظاهر الرواية لا يعتبر الطعام قبل المدة .

( وهل يباح الارضاع بعد المدة،قد قيل لا يباح ، لان إباحته ضرورية ) أي لان إباحة اللبن في المدة لضرورة الولد، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، فلا يباح بعد المدة لزوال الضرورة ( لكونه جزء الادمي ) أي لكون اللبن جزء الادمي ، والانتفاع به حرام، لان الادمي وجزئه لا يجوز أن يكون مبتذلاً مهاناً، وسواء كان الارضاع من الام أو من الاجنبية . وقال التمرتاشي واختلف المشايخ في الإنتفاع باللبن للدواء ، قيل لم يجز ، وقيل يجوز إذا علم انه يزول به الرمد ، وفي الذخيرة والروضة فطمت في السنتين واستغنت بالطعام ثم رضعت في المدة من امرأة أخرى لا يكون رضاعاً ، وإن لم تستغن كان رضاعاً ، ذكره الخصاف في رضاعه .

وفي املاء بشر بن الوليد هو رضاع . وفي عمدة الفتاوي إن خيف عليه الهلاك لفطام قبل سنتين ونصف يطالب بالاجرة . وفي المحيط الرضاع بعد الفطام لا يحرم عند أبي يوسف ، وعند محمد لا اعتبار بالفطام في الحولين ، بل ذلك عنده محرم . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر لا رضاع بعد مضي المدة ، قاله الاسبيجابي رحمه الله .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذى روينا ) وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وقد ذكره في أوائل كتاب النكاح، واستثني من هذا العموم صورتين أحدهما هو قوله (إلا أم أخته من الرضاع فإنه يجوز أن يتزوجها ولا يجوز أن يتزوج أم أخته من النسب لأنها تكون أمه أو موطوءة أبيه )

بخلاف الرضاع ، ويجوز تزوج أخت ابنه من الرضـاع ولا يجوز ذلك من النسب ، لأنه لما وطىء أمها حرمت عليه ولم يوجد هـــذا المعنى في الرضـــاع

---

أي لأن أم أخته من النسب تكون أمـــه إذا كانت الاخت لاب ( بخلاف الرضاع ) لان المعنى المذكور لم يذكر فيه .

( ويجوز تزويج أخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب ) هذه هي الصورة الثانية المستثناة ( لانه لما وطىء أمها ) أي لان الاب لما وطىء أم أخت ابنه ( حرمت ) أي أخت الابن ( عليه ) أي على الاب بالمصاهرة ( ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع)واعلم ان المصنف لو قال في المسألة الاولى أم أخته وأخيه لـكان أولى ، لان الحكم في الوجهين واحد ، وكذا لو قال في هذه المسألة أخت ولده ليشمل الذكر والانثى لكان أولى.وقال الاترازي وقد سنح في خاطري إنشاء سطر لضبط المسألة ، وما هذا تـزوج أم أختك من رضاع ومن نسب محرمة ، فراعى وأخت ابن رضاعي حلال ، وما نسب يجوزها اتّساع .

واعلم أن كل ما لا يحرم من النسب لا يحرم بالرضاع كما ذكرنا من الصورتين ، وهاهنا صور أخرى من الرضاع دون النسب .

الأولى : يجوز له أن يتزوج أم عمه من الرضاع دون النسب .

الثانية : يجوز له أن يتزوج بجدة ولده من الرضاع دون النسب .

الثالثة : يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع دون النسب .

الرابعة : يجوز لها أن تتزوج بأب أخيها من الرضاع ، ولا يجوز ذلك من النسب .

الخامسة : يجوز له أن يتزوج ام خاله من الرضاع دون النسب .

السادسة : يجوز لها أن تتزوج بأخ ابنتها من الرضاع دون النسب .

وجمع بعض فقهاء بخارى المسائل التي تفارق حكم الرضاع حكم النسب فقال مرتجزاً :

يفارق الارضاع حكم النسب     في خمسة مسطورة في الكتب
ام أخ وأم أخت سيدي     وام ام الابن فـافقه سيدى
وهكذا وقعت اخت الولد     فـاقتبس العلم لكيما تهتدي

وامرأة أبيه أو امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا ، وذكر الأصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني

---

وأم عـم ثم ام عمـة فافقه مقـالي لا لقيت غمه
وام خـال ثم ام خالـة والحـق لا يخفى من الجهالـة
نكاحهن في الرضاع واقـع ومـا عـداه فالدليل مـانع

وقال شيخنا واستثنى بعضهم قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اربع مسائل استثناها الرافعي في الشرح ، وزادها بعضهم التي ثلاث مسائل أخرى وقـد نظم بعض الفضلاء المسائل الأربعة التي استثناها الرافعي في بيتين ، وذيلت عليها بالمسائل الثلاثـة الأخرى في بيتين آخرين ، والبيتين هما :

أربع في الرضاع هن حلال وإذا ما نسبتهن حرام
جدة ابن واخته ثم ام لاخيه وحافر والسلام

والذي زاد شيخنا هو قلت :

عـزز بأم عم وخـال وأخ ابن فتلـك سبع تمـام

وهي ليست بواردات على النص ، ولا الشافعي وهو الأم .

( وامرأة أبيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك في النسب لما روينا ) وهو قوله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وعند الشافعي يجـوز تزوج حليلة الإبن من الرضاع قوله وامرأة أبيه صورته امرأة تزوج بها زوج المرضعة ، ثم فارقها فإنها لا تحل لولده أن يتزوجها كما لا يجوز ذلك في النسب لما روينا ، وهو قـوله ﷺ يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

( وذكر الاصلاب فى النص ) هذا جواب عما يقال انه تعالى حـرم حليلة الابن من الصلب وحليلة الإبن من الرضاع ينبغي أن لا تحرم ، لأن هذا ليس من صلبه فأجاب بقوله ، وذكر الاصلاب في النص ، وهو قوله تعالى ﴿ وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ﴾ ٢٣ النساء ، ( لإسقاط اعتبار التبني ) فإن حليلة الابن المتبنى كانت حراماً في الجاهلية .

فإن قيل لم لا يجوز أن يكون لإسقاط حليلته من الرضاع أو لاسقاطهما جميعاً ، ومـا

على ما نبينه . ولبن الفحل يتعلق بـــه التحريم وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائه ، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أباً للرضيعة ، وفي أحد قولي الشافعي « رح » لبن الفحل لا يحرم ، لأن الحرمة بشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ، ولنا ما روينا والحرمة بالنسب

---

وجه ترجيح جانب حليلة الابن المتبنى في الإسقاط أجيب بأن حرمة الحليلة من الرضـاع ثابتة بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع الحـديث ، فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة المشهورة .

( على ما نبينه ) في فصـــل المحرمات ( ولبن الفحل يتعلق بـــه التحريم ) الاضافة في لبن من باب إضـافة الشيء إلى سببه ، لأن سبب اللبن هو الفحـل ، وقوله يتعلق به التحريم قول عامة أصحاب الشافعي رحمـــه الله تعـالى ومالك وأحمـــد رحمهما الله تعالى . وفي المبسوط قال بعض العلماء وهو داود وابن عليـة لم يتعلق به التحريم ، وهو أحد قولي الشافعي ، ولكن ذكر في شرح الوجيز ويتعلق بلبن الفحل التحريم عند عامة العلماء . وعن بعض الصحابة خلافه ، واختاره عبد الرحمن بن بنت الشافعي رواه عن الشافعي ، لأن النص ذكر حرمة الرضاع في جانب النساء ، لأن الحرمة لا تثبت في حق الرجال بحقيقة فعل الإرضاع منه ، حتى لو نزل له لبن فأرضع به صبياً لا تثبت الحرمة ، فلأن لا تثبت بإرضاع زوجته أولى وفي شرح الأقطع روي عن سعيد بن المسيب وابراهيم النخعي ان ابن الفحل لا يحرم .

( وهو أن ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وأبنائـــه ، ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن أبا للرضيعة ، وفي أحد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم ، لأن الحرمة بشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ، ولنا ما روينا ) وهـــو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وفي رواية عائشة رضي الله تعالى عنها يحرم من الرضاعة ما يحرم بالولادة فقد ألحقه بالنسب .

وأشار إلى وجـــه الاستدلال بالحديث المذكور بقوله ( والحرمة بالنسب ) تثبت

من الجانبين، فكذا بالرضاع ، وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة ،

---

( من الجانبين ) أي من جانبي الرجل والمرأة (فكذا بالرضاع ) أي فكذا بسبب الرضاع الحاصل بسببه الحرمة من الجانبين .

فإن قيل الحرمة هنا تثبت باللبن واللبن منها لا منه ، ولهـذا يتحقق نزول اللبن من البكر . قلنا اللبن منه أيضاً ، لأن سببه الولادة ، وهو الاحبال وهو نسبه فتثبت الحرمة بينهما كما في النسب ، ونزول اللبن بلا إصابة الفحل نادر ، فلا عبرة به .

(وقال عليه السلام لعائشة رضي الله تعالى عنها ليلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة ) الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن عائشة رضي الله تعالى عنها، قالت دخل علي أفلح بن أبي القعيس فاستترت منه ، فقال تستترين مني وأنا عمك ، قلت من أين ، فقال أرضعتك امرأة أخي ، قالت إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل ، فدخلت على رسول الله ﷺ فحدثته فقال انه عمك ، فليلج عليك . وجه الإستدلال به أن العم من الرضاع لا يكون إلا باعتبار لبن الفحل .

وفي المبسوط قوله – ليلج – أمر للغائب من الولوج بالجيم ، وهو الدخول ، وأصله ليولج ، لأنه من ولج يلج ، ولو جاز فأصل يلج يولج ، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة ، فحذفت فصار يلج ، وكذا حذفت من سائر تصرفات هذه المادة وعليك بكسر الكاف ، لأنه خطاب لعائشة أم المؤمنين رضي الله تعالى عنها قوله – أفلح – بالرفع فاعل فلح ، وأفلح بفتح الهمزة وسكون الفاء وبالحاء المهملة على الرجل الذي هو ابن أبي القعيس كما هو المذكور في الحديث المذكور ، وهذا في رواية لمسلم هكذا أفلح ابن أبي القعيس ، وهكذا في أكثر الروايات .

وفي الصحيحين أيضاً والنسائي من طريق مالك أن أفلح أخا لأبي القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة ، وفي رواية لمسلم قالت استأذن علي عمي من الرضاعة أبي الجعد فرددته . قال هشام إنما هو أبو القعيس ، والصواب انه أفلح كنيته أبو الجعد، وهو أخو أبي القعيس . قال القرطبي في المفهم هو الصحيح ، وما سوى ذلك وهم ، ولا

ولأنـه سبب لنزول اللبن منهـــا فيضاف إليه في موضع الحرمة احتياطاً ، ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت أخيه من الرضاع ، لأنه يجوز أن يتزوج بأخت

---

يعرف لأبي القعيس ولا لأخيه أفلح ذكر إلا في هذا الحديث ، يقال انهما في الاشعريين .

ووقع في رواية الترمذي هكذا عن عائشه رضي الله تعالى عنها قالت جـاء عمي من الرضاعة يستأذن علي ... الحديث ، هكذا وقع منهما من غير تعريف له باسم أو كنية أو غيرهما . وقال شيخنا زين الدين رحمه الله تعالى في تفسير رواية الترمذي – جاء عمي من الرضاعة – اختلف في كيفية ثبوت العمومة لأفلح هذا ، فزعم بعضهم ممن رأى أن لبن الفحل لا يحرم بالنسبة إلى الفحل ، والرضيع أن هذا رضع مع أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، فكان عمـــاً لعائشة من الرضاعة ، ولهذا خطـــأ أبو بردة الأحاديث الصحيحة .

والصواب أن عائشة رضي الله تعالى عنها ارتضعت من امرأة أبي القعيس ، وأفلـح اخو ابي القعيس ، فصار عماً من الرضاعة ، كما ثبت مصرحاً به في الصحيحين من رواية عراك عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت استأذن علي أفلح أخو أبي القعيس الحديث ، وأطنب شيخنا الكلام في هذا الحديث ، وذكر فيه زائد منها انه قـد يستدل بقول عائشة رضي الله تعالى عنها ولم يرضعني الرجل على انه لو كان للرجل لبن فأرضع انه يحرم ، وهو قول الكرابيثي من أصحاب الشافعي ، والصحيح انه لا يتعلق به حرمة ، ولكن قد نص الشافعي في البويطي على انـــه إذا نزل للرجل لبن فارضعه صبية كره له نكاحها .

( ولأنه ) أي الزوج ( سبب لنزول اللبن منها فيضاف إليه في مـــوضع الحرمة احتياطاً ) أي إلى الزوج لا يقال انه اضمار قبل الذكر ، لأن الشهوة تقوم مقام الذكر كما في قوله تعالى ﴿ حتى توارت بالحجاب ﴾ ٣٢ ص ، أي الشمس لأن الموضع موضع الحرمة فيجعل كأن البعضية حصلت بين الرضيع وبين الزوج .

( ويجوز أن يتزوج الرجل بأخت اخيه من الرضاع ، لانه يجوز ان يتزوج بأخت

أخيه من النسب ، وذلك مثل الأخ من الأب إذا كانت له أخت من أمه جاز لأخيه من أبيه أن يتزوجها ، وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة واحدة لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالأخرى، هذا هو الأصل، لأن أمهما واحدة فهما أخ وأخت ،

---

اخيه من النسب ، وذلك مثل الاخ من الاب إن كانت له أخت من أمه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها ) أوضح الاترازي كلام المصنف بقوله هذا مثل أن يرضع زيد من ام عمرو فيجوز لعمرو أن يتزوج اخت زيد نسباً ، وإن كان زيد أخاه من الرضاع كما في النسب ذلك مثل الأخوين لأب ولأحدهما أخت من أمه من غير أمها جاز للأخ الآخر أن يتزوج اخته ، لأن هذه أجنبية في حق الأخ لأب ، وعلى هذا اخت الاخت من الرضاع واخت الاخت من النسب ، وكان ينبغي ان يقول اخت اخيه او اخته من الرضاع،ويقول اخت اخيه واخته من النسب ، لكن اكتفى بذكر الأخ لظهور ذلك .

( وكل صبيين ) اراد بهما الصبي والصبية بطريق التغليب ، كما في العمرين لأبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ، فيغلب المذكر على المؤنث والاخف على الاثقل ( اجتمعا على ثدي واحد ) لآدمية كيفما كان ( لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى ) لانهما اخ واخت لأب وأم من الرضاعة ، فلا يجوز كما في النسب هذه المسألة من مسائل القدوري، ولفظ القدوري على ثدي واحد على كورة واحدة صفة لثدي ، والمراد ثدي المرأة كما قدمنا . وفي بعض النسخ وقع على ثدي واحدة ، بإضافة الثدي إلى واحدة ، وبتأنيث الواحدة على تقدير امرأة واحدة،وهكذا شرحه الأترازي لأن في نسخة على ثدي واحدة وكذا قال في النهاية على ثدي واحدة ، كذا حتى لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لم يحرم أحدهما على الآخر ، فكان هو بمنزلة طعام أكلاه من إناء واحد .

( هذا هو الاصل ) اي اجتماع الصبيين على ثدي امرأة واحدة هو الاصل في باب الحرمة ( لان امها ) اي ام الصبيين ( واحدة فهما ) اي الصبيان ( اخ واخت ) والاخت حرام على الاخ من النسب والرضاع جميعاً .

ولا يتزوج المرضعة أحداً من ولد التي أرضعت، لأنه أخوها ولا ولد ولدها، لأنه ولد أخيها، ولا يتزوج الصبي المرضع أخت زوج المرضعة لأنها عمته من الرضاع. وإذا اختلط اللبن بالمـــاء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم ، وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي « رح » هو يقول انه موجود فيه حقيقة ،

---

( ولا تتزوج المرضعة احداً ) المرضعة بفتح الضاد ، اى لا تتزوج الصبية المرضعة (من ولد التي ارضعت ) اى من ولد المرأة التي رضعت الصبية . وقـال الكاكي المرضعة بفتح الضاد ، هكذا عن الثقات ، وبصيغة الفاعل غير صحيح يعرف بالتأمل . وقال السغناقي المرضعة بصيغة اسم المفعول ، وبالرفع على الفاعلية ونصب احداً على المفعولية ، هذا هو الاصح من النسخ . وفي نسخة اخرى ولا يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت ، بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية ، وهذا ايضاً صحيح ، فإن كلاهما بخط شيخي رحمه الله تعالى .

( لانه اخوها ) اى لان الاحد الذى ولد ولد التي ارضعتها ( لانه ولد اخيها ) كما في النسب ( ولا يتزوج الصبي المرضع ) بفتح الضاد ( اخت زوج المرضعة ، لانها عمة من الرضاع ) كما لا يجوز في النسب .

( وإذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب ) اى والحال ان اللبن هو الغالب على الماء (تعلق به التحريم ) لان الحكم للغالب ( وإن غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافاً للشافعي ) فإن عنده على الاصح يتعلق به التحريم إذا كان مقدار خمس رضعات من اللبن ، وبـه قال احمد ، وكذا الخلط بالدواء ، او بلبن بهيمة او بكل مائع او جامد ، واعتبر مـالك ان يكون اللبن مستهلكاً في جميـع ذلك ، لعدم تعلق التحريم به .

( هو يقول انه ) اي الشافعي يقول ان اللبن ( موجود فيه حقيقة ) غاية ما في الباب أن اللبن هالك ، يعني لفوات منفعته بغلبة الماء ، فدارت الحرمة بين الثبوت وعدمـه ، فتغلب الحرمة احتياطاً .

ونحن نقول المغلوب غير موجود حكماً ، حتى لا يظهر بمقابلة الغالب كما في اليمين ، وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم ، وإن كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم . قال « رض »

---

( ونحن نقول المغلوب غير موجود حكماً ، حيث لا يظهر لمقابلة الغالب ، كما في اليمين ) بأن حلف لا يشرب اللبن فشرب لبناً مغلوباً بماء لا يحنث . لكن للخصم أن يجيب عنه ويقول إن الأيمان مبنية على العرف ، فلا يحنث ، لأنه في العرف لا يسمى المغلوب لبناً ، أما الحرمة فمبنية على وجود اللبن ، ولكن الأولى ان نقول ان الحرمة لا تتعلق بصورة الارضاع ، ووجود اللبن كما في الكبير بالاجماع ، بل يتعلق باعتبار إنشاز العظم وإنبات اللحم والمغلوب لا يحصل الإنشاز والإنبات ، لأنه لا يحصل التغذي به .

فإن قيل يشكل هذا بما لو وقعت قطرة دم أو خمر في جب من ماء ، حيث ينجسه ، وإن كان الماء غالباً حقيقة ، قلنا لما لم يكن الماء كثيراً شرعاً بأن لم يكن عشراً في عشر لم يكن غالباً حكماً ، فتعارضتا فرجحنا حجة النجاسة احتياطاً ، كذا نقل عن العلامة حميد الدين الضرير . قال الكاكي لكن سمعت شيخي العلامة مولانا عبد العزيز رحمه الله تعالى ان الرجحان الذاتي ، إنما يكون راجحاً سابقاً على الرجحان الحالي إذا لم يكن في الحادثة نص ، وقد وجد النص ههنا ، وهو قوله ﷺ لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ... الحديث . وقوله عليه السلام إذا بلغ الماء قلتين ... الحديث وقوله عليه السلام الماء طهور ... الحديث ، فلا يعتبر الرجحان الذاتي لأنه يثبت بالإجتهاد ولا اختيار للاجتهاد في مقابلة النص .

( وإن اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم ، وإن كان اللبن غالباً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ) كلمة إن واصلة بما قبله ، وذكر في شرح الطحاوي ان اللبن إذا كان غالباً بحيث يتقاطر من الطعام ، فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا يكون رضاعاً ، خلافاً لصاحبيه .

( وقالا إذا كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم . قال ) أي المصنف رحمه الله تعالى

قولهما فيما إذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق بـــه التحريم في قولهم جميعاً.لهما أن العبرة للغالب ، كما في الماء إذا لم يغيره شيء عن حاله . ولأبي حنيفة « ر ح » أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعـام عنده هو الصحيـح لأن

---

( قولهما ) اي قول ابي يوسف ومحمد ( فيما إذا لم تمسه النار ) اي فيما لم تمس اللبن النار ( حتى لو طبخ فيها ) اي طبخ اللبن بالنار ( لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعاً ) لأنه لا يتغير بالطبخ من غيره عن طعمه وصفة وذكر خواهر زادة ان على قول أبي حنيفة إنما لا يثبت إذا أكل لقمة لقمة ، أما إذا حشاه حشواً يثبت به ، وقيل إذا وصـــل اللبن إلى حلقه معقوداً فلا خلاف فيه ، وإذا تناول الثريد فلا خلاف فيه ، وفي كتاب الرضاع للخصاف إذا ثردت له خبزاً في لبنها حتى يشرب الخبز ذلك اللبن او لت به سويقاً فأطعمته إياه إن كان طعم اللبن يوجد ، فهذارضاع ، وذكر صاحب الاجناس انه قولهما . وفي الرافعي ولو ثردت في اللبن طعاماً او عجنت به دقيقاً وخبزت تعلق به الحرمـة . وفي العجل والخبز وجه على القاضي حسين .

( لهما ) اي لأبي يوسف ومحمد ( ان العبرة للغالب ، كما في الماء ) اي كما إذا خلط بالماء اللبن ، وهو الغالب ( إذا لم يغيره شيء عن حاله ) يعني إذا لم يغـير اللبن شيئاً عن حـاله بالطبخ ، كما إذا خلط لبن المرأة بالماء ، واللبن هو الغالب .

( له ) اي لأبي حنيفة ( ان الطعام اصل ، واللبن تابع له في حق المقصود ) وهـــو الاكل بالموصول إلى المعدة ، ولهذا يؤكل ولا يشرب،وغير المائع يستتبع المائع (فصار) أي اللبن ( كالمغلوب ) فيه نظر ، لأن المغلوب غير موجود حكماً ، أما ما لم يكن مغلوبـــاً ويكون كالمغلوب ، فلا نسلم انه ليس بموجود . والجواب أن هذه مناقشة لفظية تنـدفع بجعل الكاف زائدة .

( ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده ) أي عند أبي حنيفة ( هو الصحيح ، لأن

التغذي بالطعام إذ هو الأصل ، وإن اختلط بالدواء واللبن غالب ، تعلق به التحريم ، لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه ، إذ الدواء لتقويته على الوصول ، وإذا اختلط اللبن بلبن الشاة ، وهو الغالب تعلق به التحريم ، وإن غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتباراً للغالب ، كما في المـــاء ، وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف « رح » ، لأن الكل صار

---

التغذي بالطعام إذ هو الأصل ) قيد بالصحيح احترازاً عما قيل إن الرضاع إنما لا يثبت بالطعام إذ لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة ، اما إذا تقاطر منه اللبن يثبت به التحريم عند أبي حنيفة رحمـــه الله تعالى ، لأن القطرة من اللبن إذا دخلت حلق الصبي كافية لاثبات الحرمة ، والصحيح عدم ثبوت الحرمة بكل حـــال ، وعلله المصنف بقوله لأن التغذي بالطعام إذ هو الأصل ، لأن الأصل في الباب التغذي ، فيكون اللبن تابعاً في حق المقصود .

( وإن اختلط ) اي اللبن ( بالدواء واللبن غالب ) اي والحال ان اللبن هـو الغالب ( تعلق به التحريم ، لأن اللبن يبقى مقصوداً فيه ، إذ الدواء لتقويته ) أي لتقوية اللبن ( على الوصول ) أي مالا يصل بانفراده .

فإن قلت إذا كان الدواء لتقويته على الوصول وجب أن يستوي الغـالب والمغلوب ، لأن وصول قطرة منه يحرم . قلت النظر ها هنا إلى المقصود ، فإذا كان غالباً كان القصد إلى التغذي به ، والدواء لتقويته على الوصول ، وإن كان مغلوباً كان القصد إلى التداوي واللبن لتقويـة الدواء ، يشير إلى هذا بقوله ــ وإذا خلط ــ دون اختلط ، وقوله ــ لأن اللبن يبقى مقصوداً ــ .

( وإذا اختلط اللبن بلبن شاة وهو الغالب ) اي إذا اختلط لبن المـــرأة بلبن شاة ولبن المرأة غالب ( يتعلق به التحريم ، باعتبار الغالب كما في المـــاء ) أي كما إذا اختلط بالماء ، حيث يعتبر الغلبة .

( وإذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بأغلبهما عند أبي يوسف ، لأن الكل صار

شيئاً واحداً فيجعل الأقل تابعاً للأكثر في بناء الحكم عليه . وقال محمد وزفر « رح » يتعلق التحريم بهما ، لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشيء لا يصير مستهلكاً في جنسه لاتحاد المقصود . وعن أبي حنيفة « رح » في هذا روايتان ، وأصل المسألة في الأيمان ، وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبياً تعلق به التحريم لإطلاق النص ،

---

واحداً ، فيجعل الأقل تابعاً للأكثر في بناء الحكم عليه ) وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة .

( وقال زفر ومحمد يعلق التحريم بهما ) أي يتعلق التحريم بالمرأتين ( لأن الجنس لا يغلب الجنس ، فإن الشيء لا يكون مستهلكاً في جنسه ، وإنما يكون مستهلكا في غير جنسه ، لاتحاد المقصود ) أي لاتحاد مقصودهم ، فلا ينتفي القليل ، ويتعلق به التحريم ( وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في هذا روايتان ) في رواية ، كما قال أبو يوسف ، وبه قال الشافعي في قول . وفي رواية كما قال محمد ، وهو قول زفر والشافعي في قول .

وفي الغاية وقول محمد أظهر وأحوط فيه. وفي الرافعي اختلط لبن امرأتين، وغلب أحدهما، فإن علقنا الحرمة بالمغلوب تثبت الحرمة منهما ، والا اختصت بالتي غلب لبنها .

( وأصل المسألة في الايمان ) أي فيما إذا حلف أن لا يشرب من لبن هذه البقرة واختلط لبنها بلبن بقرة أخرى فشربه ، فهو على الخلاف المذكور ، فعند محمد يحنث ، لأن الجنس لا يغلب على الجنس ، وعندهما لا يحنث .

( وإذا نزل للبكر لبن فأرضعت صبيا يتعلق به التحريم لاطلاق النص ) وهو قوله تعالى ﴿ وامهاتكم اللاتي أرضعنكم ﴾ ٢٣ النساء ، مطلق لا فصل فيه بين البكر والثيب وهذا الاختلاف فيه للأئمة الأربعة . وعن الشافعي وجه انه لا يتعلق بة التحريم ، وبه قال أحمد في رواية ، لأنه قادر ، فأشبه لبن الرجل ، ولكن نص الشافعي انه يتعلق به التحريم . وفي المغني نزل للبكر من غير وطىء فأرضعت به طفلا ، ثبت بـــه الحرمة ،

ولأنه سبب للنشوء فتثبت به شبهة البعضية . وإذا حلب لبن المرأة بعد موتها فأوجر الصبي تعلق به التحريم، خلافاً للشافعي « رح »، هو يقول الأصل في ثبوت الحرمة ، انمـــا هو المرأة ثم تتعدى إلى غيرهـا بواسطتها وبالموت لم تبق محلاً لهـا ، ولهذا لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة . ولنا أن السبب هو شبهة الجزئية، وذلك في اللبن، لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن ، وهذه الحرمة

---

وبه قال مالك والثوري والشافعي ، وأصح الروايتين عن ابن حنبل . وقال أبو بكر بن المنذر ، وهذا قول كل من يحفظ عنه .

( ولأنه ) أي ولان لبن البكر ( سبب للنشوء فتثبت به شبهة البعضية ) ويتعلق به الحرمة للاحتياط .

( وإذا حلب لبن المرأة بعد موتهـا فأوجر الصبي ) على صيغة المجهول من الوجر ، وهو الدواء الذي يصيب في وسط الفم ، يقال أوجرته الدواء وجرة واحـــد المفعولين وأوجر الصبي،قام مقام الفاعل ، والآخر هو الصبي ، أي أوجر لبن المرأة الصبي ، ويجوز ان يرفع الصبي بالفعل على ترك المفعول الآخر . وهو اللبن ، أي أوجر الصبي اللبن ( تعلق به التحريم خلافا للشافعي ، هو )أي الشافعي(يقول الاصل في ثبوت الحرمة) اي حرمة الرضاع ( إنما هو المرأة ثم يتعدى إلى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها)أي للحرمة ( ولهذا ) أي ولأجل عدم المحل بالموت ( لا يوجب وطئها ) أي وطـــء الميتة ( حرمة المصاهرة ) وقيد بقوله – بعد موتها – لأنه لو حلب قبل الموت لا يتأتى خلاف الشافعي ، فإن عنده على الأظهر يتعلق به التحريم كمذهبنا ، وبقولنا قال مالك وأحمد .

( ولنا أن السبب ) أي سبب الحرمة ( هو شبهة الجزئية ) بسبب الرضاع ( وذلك ) أي السبب ، وهو شبهة الجزئية ( في اللبن ) أي حاصل في رضاع اللبن ( لمعنى الانشاز والانبات وهو ) أي المعنى المذكور ( قائم باللبن ، وهذه الحرمة ) جواب عما قال الخصم

تظهر في حق الميتة دفناً وتيمما . أمـــا الحرمة في الوطىء لكونه ملاقياً لمحل الحرث ، وقد زال بالموت فافترقا ، وإذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم . وعن محمد « رح » انـه يثبت بـه الحرمة كما يفسد به الصوم ،

---

انها بالموت لم تبق محلا ، بيانه ان الحرمة بسبب الرضاع (يظهر في حق الميتة دفنا) اي من حيث جواز الدفن ( وتيمما ) أي من حيث جواز التيمم ، وهو مصدر من يمم ، يقـــال يممت المريض فتيمم إذا مسحت وجهه ويديه ، ويقال أيضا يممت الميت ، وصورته كانت الصغيرة الموضعة ذات زوج فزوجها يصير محرما للميتة ، لأن الميتة أم امرأتـــه ، فيجوز له دفنها وتيممها .

( أما الحرمة في الوطىء ) جواب عن قوله — ولهذا لا يوجب حرمة المصاهرة بالوطىء إنما تثبت ( لكونه ) أي لكون الوطىء ( ملاقيا لمحل الحرث ) لتثبت به الجزئية ( وقد زال ) أي محل الحرث ( بالموت فافترقا ) أي الرضاع والوطىء ، يعني لا يقاس ذلك على هذا بعد الموت لوجود الفارق .

( وإذا احتقن الصبي باللبن ) من الحقنة ، وهو دواء يجعل في خريطة من ادم يقال لها الحقنة ، ويعطى المريض من أسفله ، وهـــو معروفة بين الناس ، وفي المغرب احتقن بالضم غير جائز ، وإنما الصواب حقن أو عولج بالحقنة ( لم يتعلق به التحريـــم ) أي لم يتعلق بالاحتقان التحريم ، هذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا ، ولهذا لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ، وقد ذكر الكرخي المسألة ، ولم يحك الخلاف ، وكذا لا يتعلق التحريم بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة ، وبه قال الشافعي في الجديد ومالك وأحمد .

( وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ) وبه قال الشافعي في القديم ، وهو اختيار المزني وكذا قال الشافعي في قوله القديم في الاقطار في الاحليل وفي الاذن وفي الجائفة إذا وصل إلى الجوف ، والضمير في انه وفي به في الموضعين يرجع إلى الاحتقان الذي يدل عليه قوله — احتقن — .

ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في الصوم إصلاح البدن ، ويوجد ذلك في الدواء ، فأما المحرم في الرضاع معنى النشر ، ولا يوجد ذلك في الاحتقان ، لأن المغذى وصوله من الأعلى وإذا نزل للرجل لبن فأرضع صبياً لم يتعلق به التحريم ، لأنه ليس بلبن على التحقيق ، فلا يتعلق به النشوء والنحو ، وهذا لأن اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة . وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم ، لأنه لا جزئية بين الآدمي والبهائم ، والحرمة باعتبارها .

---

( ووجه الفرق على الظاهر ) أى ظاهر الرواية عن أصحابنا ( ان المفسد في الصوم إصلاح البدن ويوجد ذلك ) أى إصلاح البدن ( في الدواء وأما المحرم ) بكسر الراء المشددة ( في الرضاع معنى النشر ، ولا يوجد ذلك في الاحتقان ، لأن المغذي ) بضم الميم وفتح الغين المعجمة المشددة اسم فاعل من الغذاء ( وصوله من الأعلى ) أى من أعلى البدن ، يعني إلى الاعضاء العليا ، وبالحقيقة يصل اللبن إلى الاعضاء السفلى لا إلى العليا ، فلا يحصل معنى الغذاء ، فلا يثبت التحريم بخلاف الصوم ، فإن المفسد فيه وصول ما فيه إصلاح البدن إلى الجوف ، وقد حصل هذا المعنى في الحقنة فيفسد الصوم .

( وإذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم ) ولا خلاف للأئمة الأربعة فيه . وعن الكرابيسي من أصحاب الشافعي انه يثبت به التحريم وقد ذكرناه مرة ( لأنه ) أى لأن لبن الرجل ( ليس بلبن على التحقيق ) كدم السمك ليس بـــدم على التحقيق ، فصار كما لو نزل من ثدي البكر ماء أصفر فلا يتعلق به شيء . وفي المغني ولبن الخنثى كلبن الرجل ( فلا يتعلق به النشوء والنمو ، وهذا ) إشارة إلى قوله — لأنه ليس بلبن — أي على التحقيق ( لأن اللبن إنما يتصور ممن يتصور منه الولادة ) فالرجل لا يتصور منه الولادة ، فلا يتعلق به التحريم .

( وإذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم ، لأنـــه لا جزئية بين الآدمي والبهائم ، والحرمة باعتبارها ) أى باعتبار الجزئية .

وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ، لأنه يصير جامعاً بين الأم والبنت رضاعاً ، وذلك حرام، كالجمع بينهما نسباً ، ثم إذا لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ، وللصغيرة نصف المهر ، لأن الفرقة وقعت لا من جهتها

---

( وإذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج ) فيفسخ النكاح ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وحكي عن مالك انه إذا لم يدخل بالكبيرة بطل نكاحها ، ويثبت نكاح الصغيرة لأن الفرقة جاءت منها ، وببطلان نكاحها لم يبق الجمع ، وعن الأوزاعي انه إذا لم يدخل بالكبيرة يثبت نكاحها ويبطل نكاح الصغيرة ( لأنه يصير جامعاً بين الأم والبنت رضاعاً ) أي من حيث الرضاع ( وذلك ) أي الجمع بين الأم والبنت ( حرام كالجمع بينهما ) أي بين الأم والبنت ( نسباً ) أي من حيث النسب .

( ثم إذا لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها ) أي للكبيرة ، سواء قصدت الفساد أو لا ، وجاز أن يتزوج الصغيرة مرة أخرى ، لأنها ربيبة ولم يدخل بأمها ، ولا يتزوج الكبيرة لأنها أم امرأته ( لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها ، وللصغيرة نصف المهر ، لأن الفرقة وقعت من جهتها ) .

فإن قيل يشكل بمسألة صغيرة ارتد أبوها ولحقا بدار الحرب بانت ، ولا يقضى لها بشيء من المهر ، ولم يوجد الفعل منها . قلنا لما حكمنا بارتدادها تبعاً لهما صارت في الحكم كأنها ارتدت ، والردة بحظور الاباحة لها محال ، فلا تبقى مستحقة النظر ، فلا يحل نصف المهر ، أما الإرتضاع لا حاصر له ، فلا يسقط المهر .

فإن قيل يشكل بقتل الرجل امرأة رجل قبل الدخول ، فإنه يقضى على الزوج بالمهر ، ولا يرجع على القاتل بشيء ، مع ان القتل محظور . قلنا وجب بالقتل قصاص أو دية ، وللزوج نصيب فيما هو الواجب بالقتل فلا يتضاعف حقه بالتضمين . أما الزوج فيما نحن فيه

والارتضاع ، وإن كان فعلاً منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها ، كما إذا قتلت مورثها ويرجع بـــه الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت بـــه الفساد ، وإن لم تتعمد فلا شيء عليها وإن علمت بأن الصغيرة امرأته ، وعن محمد « رح » يرجع في الوجهين ، والصحيح ظاهر الرواية لأنها

---

لا نصيب له في شيء فيضمن من أتلف نصف المهر ، كذا في الفوائد الظهيرية .

( والارتضاع ) جواب عما يقال العلة للفرقة الارتضاع ، وهي فعلها ، فــلا تضاف الفرقة إليها . وأجـــاب بقوله ــ والارتضاع ــ أي ارتضـــاع الصغيرة ( وإن كان فعلا منها ) أي من الصغيرة ( لكن فعلها غير معتبر ) شرعاً ( في إسقاط حقها ) كما إذا قتلت مورثها ) لم تحرم على الميراث بلا خلاف ( ويرجع به ) أي بنصف المهر ( الزوج على الكبيرة إن كانت تعمدت الفساد ، وإن لم تتعمد ) بأن قصدت دفع الهلاك عنها جوعاً .

( فلا شيء عليها ، وإن علمت بأن الصغيرة امرأته ) أى امرأة زوجها . وفي المبسوط يعتبر تعمد الفساد بأن قصده مع العلم بأن الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع ، فلو لم تعلم ذلك أخطأت ، أو لم تعلم النكاح أو لم تعلم بأن الرضاع يفسد النكاح ، أو أرادت الخير بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لا يرجع به عليها ، والقول فيه قولها إن لم يظهر منها تعمد الفساد ، ولأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فيقبل قولها باليمين .

فإن قيل يشكل هذا بصغيرتين تحت رجل ، ولرجل آخر امرأتان ، فــأرضعت كل واحدة منهما الصغيرتين ، حتى بانتا على الزوج ولم يغرمـــا شيئاً وإن تعمدت الفساد ، قلنا فعل الكبيرة فيما نحن فيه مستقل بالافساد ، وأما فعل كل واحدة من الكبيرتين هناك غير مستقل بالافساد ، فلا تضاف الفرقة إلى كل واحدة ، لأن الفساد باعتبار الجمع بين الأختين والأجنبية قائمة بهما ، فلا تعدوا إلى المرأتين ، فلا يعتبر تعديها ، وهناك باعتبار الجمع بين الأم والبنت والامية قائمة بالمرضعة يعتبر تعديها لأنها مخاطبة .

( وعن محمد انه ) اى ان الزوج ( يرجع في الوجهين ) أى فيما إذا تعمدت الفساد ، أو لم تتعمد ، وبه قال زفر والشافعي وأحمد ( والصحيح ظاهر الرواية لأنها ) أي الكبيرة

وإن أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر ، وذلك يجري مجرى الاتلاف ، لكنها مسببة فيه إما لأن الارضاع ليس بافساد النكاح وضعاً ، وإنما يثبت ذلك باتفاق الحال ، ولأن فساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر ، بل هو سبب لسقوطه ، لأن نصف المهر

---

( وإن أكدت ) اى الكبيرة ( ما كان على شرف السقوط ، وهو نصف المهر ) كتقبيل ابن الزوج إذا بلغت حداً تشتهى ( وذلك ) أى تأكيد ما كان على شرف السقوط ( يجرى مجرى الإتلاف ) في إيجاب الضمان ( لكنها ) أى لكن الكبيرة (مسببة فيه ) أى في الاتلاف غير مباشرة .

قال الاترازى ما كان يحتاج صاحب الهداية إلى أن يقول بكلمة الإستدراك بين اسم إن وخبرها ، لأنه لا يصح أن يقال ان زيداً لكنه منطلق ، وهذا لأن قوله مسببة يقع خبر إن في قوله – لأنها وإن أكدت ما كان على شرف السقوط – إما لأن الإرضاع هذا وقع بياناً لكون الكبيرة مسببة أى صاحبة سبب لا علة ، يعني أن الكبيرة لما كانت مسببة لأحد المعنيين .

( إما لان الارضاع ليس بإفساد للنكاح وضعاً ) لان وضعه لتربية الصغير ( وإنما يثبت ذلك ) أى إنما يثبت فساد النكاح بالارضاع ( باتفاق الحال ) بأن تقع الكبيرة والصغيرة اتفاقاً في ملك رجل واحد لا قصداً في ذلك .

( وقوله أو لان إفساد النكاح ) عطف على قوله – إما لان الإرضاع ليس بافساد النكاح وهو القسم الثاني لاما التفصيلية ( ليس بسبب لالزام المهر ) لأنه غير مضمون بالاتلاف ، لكنه غير متقوم في نفسه ، لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ، ولهذا لا يقدر على بيعه وهبته وإجارته ( بل هو لسقوطه ) أى لسقوط المهر ( لان نصف المهر ) جواب سؤال مقدر ، بأن يقال كيف قلت أن فساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر ، ويجب على الزوج نصف مهر الصغيرة ، فأجاب بقوله – لان نصف المهر – .

يجب بطريق المتعة على ما عرف ، لكن من شرطه ابطال النكاح ، وإذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ، ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد ، أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ، ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة بذلك ، ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضا ، وهذا ها هنا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم .

---

( يجب بطريق المتعة على ما عرف ) في باب المهر ان المتعة تجب بالمهر ابتداء لقوله تعالى ﴿ ومتعوهن ﴾ لأن المعقود عليه عاد إليها سالماً ( لكن من شرطه ) أي من شرط وجوب المتعة ( إبطال النكاح ) فكانت مباحة لا بشرط .

( وإذا كانت ) أي الكبيرة ( مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ) فإنه له حفرها في ملكه لا يضمن ما وقع فيها . ولو حفرها في الطريق أو في ملك غيره يضمن ما وقع فيها ( ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الافساد ، أما إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح لكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الإفساد لم تكن متعدية ، لأنها مأمورة بذلك ) لأنه يكون حينئذ فرضاً عليها ، وتكون مأجورة بالإرضاع لدفع الهلاك .

( ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية أيضاً ) والقول قولها كما ذكرناه ( وهذا ) أي القول بأن علمها بالنكاح وبفساده بالإرضاع ( ها هنا اعتبار الجهل ) هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقال كيف جعل الكبيرة بفساد النكاح بالارضاع عذراً ، والجهل ليس بعذر في دار الإسلام ، فأجاب بقوله – وهذا اعتبار الجهل – ( لدفع قصد الفساد ) الذي يصير به الفعل تعدياً ( لا لدفع الحكم ) وهو وجوب الضمان ، تقديره أن الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي ، والتعدي إنما يحصل بقصد الفساد ،

ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات ، وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . وقال مالك « رح » يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة ، لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحماً فأخبره واحد انه ذبيحة

---

والقصد إلى الفساد إنما يتحقق عند العلم بالفساد ، وإذا انتفى العلم بالفساد انتفى الفساد ، فكان اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم .

فإن قلت قصد الفساد يستلزم دفع الحكم ، فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم . قلت لزم أن يكون ضمناً ضمناً فلا يعتبر به .

( ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء المنفردات ) يعني وحدهن . وقال الشافعي تقبل شهادة أربع منهن ، وهو قول عطاء ، وفي الغاية وقال الشافعي يثبت بشهادة أربع من النساء أو رجل وامرأتين ، وتقبل بشهادة مرضعة إن لم تطلب أجرة ولا ذكرت ها هنا ، وكذا إذا قالت أرضعته في الأصح ، ذكره النووي في المنهاج . وفي الرافعي يثبت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وكذا بشهادة أربع نسوة ، ولا يثبت بما دون أربع نسوة ، وقبل أحمد شهادة المرضعة .

وفي المغني شهادة الواحدة مقبولة في الرضاع عند أحمد ، وهو قول طاووس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز ، وعنه شهادة امرأتين ، وعنه شهاده امرأة واحدة وتستحلف مع شهادتها وتفارق ، وإن كانت كاذبة لم يحل عليها حول حتى تبيض ثدياها بالبرص . وفي الوبري قال الشافعي يفرق شهادة امرأة واحدة . وقال مالك تثبت بقول شاهدين ، ويمنع من النكاح ابتداء ، ويفرق بينهما لو كانتا تناكحا .

( وإنما يثبت ) أي الرضاع ( بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ) وهو مذهب عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، ذكره في المغني . وفي المحيط هو قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم .

( وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة ، لأن الحرمة حق من حقوق الشرع ، فيثبت بخبر الواحد ، كمن اشترى لحماً فأخبره واحد انه ذبيحة

المجوسي . ولنا أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، بخلاف اللحم ،لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك ، فاعتبر أمراً دينياً والله أعلم .

---

المجوسي ) فإنه ينبغي للمسلم أن لا يأكل منه ولا يطعم غيره ، لأن المخبر أخبره بحرمة العين وبطلان الملك فتعينت الحرمة مع بقاء الملك ، ثم لما تثبت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بائعه ، ولا أن يحبس الثمن على بائعه . قلت هذا الذي ذكره انه مذهب مالك ليس بمذهب مالك ، وإنما هو مذهب أحمد ، ومذهب مالك ما ذكرناه الآن .

( ولنا أن ثبوت الحرمة لا تقبل الفصل ) هكذا شأن الحرمة المؤيدة ، فإنها لا تقبل الفصل ( عن زوال الملك في باب النكاح ) يعني إذا ثبت حرمة الرضاع يزول ملك النكاح لا محالة ، لأن حرمة المحل مع ملك النكاح لا يجتمعان ، فيلزم من إثبات حرمة الرضاع ابطال ملك النكاح ( وابطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، بخلاف اللحم ، فإن حرمة التناول تنفك عن زوال الملك ) لأن الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان ، كما في الخمر ( فاعتبر ) ذلك ( امراً دينياً ) فيقبل فيه خبر الواحد .

* * *

تمّ الجزء الرابع من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء الخامس مبتدئاً بكتاب الطلاق

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الطلاق

## ( كتاب الطلاق )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الطلاق . وفي المغرب مصدر بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ، والكلام بمعنى التكليم ، وهو مصدر طلقت زوجته بالفتح والضم . وقال الأخفش لا يقال بالضم ، وامرأة طالق ، وجاه طالقة ، والطلق وجع الولادة ، من طلقت بضم الطاء فهي مطلوقة ، إذا أخذها الطلق والوجع . طلق اللسان وطليقة ، والطليق الأسير إذا أطلق . وطلق امرأته تطليقاً وطلقت هي طلاقاً . ورجل طلاق وطلقة ، أي كثير الطلاق للنساء .

والطلاق لغة رفع القيد ، وشرعاً رفع قيد النكاح من أهله في محله . وقيل الطلاق عبارة عن حكم شرعي يرفع القيد النكاح بألفاظ مخصوصة ، وسببه الحاجة المحوجة إليه . وشرطه كون المطلق عاقلا بالغاً ، والمرأة في النكاح أو في العدة التي يحصل بها محلا للطلاق ، وحكمه زوال الملك عن المحل ، وأقسامه ما ذكر في الكتاب .

وإيقاع الطلاق مباح وإن كان متبغضاً في الأصل عند عامة العلماء . ومنهم من يقول لا يباح إيقاعه للضرورة ، وذلك إما كبر السن أو الريبية ، لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق مطلاق ، وقال عليه السلام أيما امرأة اختلعت من زوجها من غير نشوز فعليها لعنة الملائكة والناس أجمعين . وروى الترمذي من حديث ثوبان أن رسول الله ﷺ قال أيما امرأة سألت زوجها من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة ، وقال حديث حسن ، وروى أيضاً عن ثوبان عن النبي ﷺ قال المختلعات هن المنافقات .

المناسبة بين كتاب النكاح و كتاب الطلاق ظاهرة ، لان النكاح قيد شرعي ، والطلاق رفعه ، والمناسبة الخاصة بينه وبين الرضاع ان كلا منهما محرم .

# باب طلاق السنة

قال الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي ، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ويتركها حتى تنقضي عدتها لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة ، وان هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد من الندامة ،

---

( باب طلاق السنة )

أي هذا باب في بيان طلاق السنة ، وفي المبسوط الطلاق نوعان سني وبدعي ، والسني نوعان ، سني من حيث العدد ، وسني من حيث الوقت . والبدعي نوعان يعود إلى العدد ، وبدعي بمعنى يعود إلى الوقت ، والسني من حيث العدد نوعان حسن وأحسن ، أما المصنف ذكر كله مفرقاً على ما تقف عليه .

( الطلاق على ثلاثة أوجه ، حسن وأحسن وبدعي ، فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ، ويتركها حتى تنقضي عدتها ، لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة ) أخرج هذا ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن سفيان عن مغيرة عن إبراهيم النخعي ، قال كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض .

( وان هذا ) أي الاقتصار على تطليقة واحدة ( أفضل عندهم ) أي عند الصحابة رضي الله تعالى عنهم ( من أن يطلق الرجل ثلاثاً عند كل طهر واحدة ) أي طلقة واحدة ( ولأنه ) أي ولأن إيقاع الواحدة ( أبعد من الندامة ) حيث أبقى لنفسه ممكنة

وأقل ضرراً بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة. والحسن هو طلاق السنة ، وهو أن يطلق المدخول بهـــا ثلاثاً في ثلاثة أطهار . وقال مالك « رح » انه بدعة ولا يباح إلا واحدة ، لأن الأصـــل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص، وقد اندفعت بالواحدة . ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان السنة أن يستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء تطليقة ،

---

التدارك ، بأن يراجعها في العدة ، وبعدها بتجديد النكاح من غير تزوج آخـــر وإبقاء ممكنة التدارك مندوب إلى الله تعالى ﴿ فلعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ ١ الطلاق (وأقل ضرراً بالمرأة ) حيث لم تبطل محليتها نظراً إليه ، لأن اتساع المحلية نعمة في حقهن ، فـلا يتكامل ضرر الإيحاش .

( ولا خلاف لأحد في الكراهة ) أي لا خلاف في عدم الكراهة ، يعني لم يقل أحـد بكراهة إيقاع الواحد ، بخلاف الحسن ، فإن فيه خلاف فيكون هذا حسن . قلت هكذا فسر الشراح كلهم هذا اللفظ ، وظاهره يقتضي خلافه على مالا يخفى على المتأمل .

( والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار . وقـال مالك انه بدعة ) أي ان الطلاق المفرق على ثلاثة أطهار في المدخول بها بدعة ،وفي المغرب البدعة اسم من ابتداع الأمر إذا ابتدأه وأحدثه ، ثم غلب على ما هـــو زيادة في الدين ونقصان منه . وقيل البدعة إحداث أمر لم يكن من عهد رسول الله ﷺ ( ولا يباح إلا واحدة ) أي طلقة واحدة ( لأن الأصل في الطلاق هو الحظر ) أي المنع، لقوله عليه السلام تزوجوا ولا تطلقوا، رواه أبو داود ( والإباحة ) أي إباحة الطلاق ( لحاجة ) الناس إلى ( الخلاص وقـــد اندفعت ) أي الحاجة ( بالواحدة ) أي بالطلقة الواحدة فـــلا يباح غيرها .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( وفي حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالاً فتطلقها لكل قرء طلقة ) هذا الحديث رواه

ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر ، فالحاجة كالمتكررة نظراً إلى دليلها ، ثم قيل الأولى أن يؤخر الايقاع إلى آخر الطهر احترازاً عن تطويل العدة

---

الدارقطني في سننه من حديث يعلى بن منصور ، حدثنا شعيب بن زريق عن عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال حدثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته تطليقه وهي حائض ، ثم أراد أن يتبعها طلقتين آخرين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، قد أخطأت السنة ، والسنة أن تستقبل الطهر وتطلق لكل قرء ، فأمرني فراجعتها ، فقال إذا طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك ، فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً ، أكان يحل لي أن أراجعها فقال لا ، كانت تبين منك ، وكانت معصية .

وذكره عبد الحق في أحكامه وأعله بعطاء الخراساني وقال انه أتى في هذا الحديث بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف في الحديث لا يقبل ما تفرد به . ورواه الطبراني في معجمه . وقال صاحب التنقيح عطاء الخراساني ، قال ابن حبان كان صالحاً غير انه كان سيء الحفظ كثير الوهم ، فبطل الإحتجاج وأحسن من هذا ما رواه النسائي بإسناده عن عبد الله ، قال طلاق السنة أن يطلقها تطليقة ، وهي طاهرة من غير جماع ، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد ذلك بحيضة ، فأخبر انه طلاق السنة ، وهي سنة رسول الله ﷺ .

( ولان الحكم يدار على دليل الحاجة ) لا على حقيقة الحاجة ، لأن تباين الاخلاق وتنافر الطباع أمر باطن لا يمكن الوقوف عليها ، فأقيم السبب الظاهر ، وهو الامساك بالمعروف مقام دليل الحاجة ( وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر ) الخالي عن الجماع ، لأنه زمان رغبة فيها طبعاً وشرعاً ، فلا يختار فراقها إلا لحاجة ( فالحاجة كالمتكرر نظراً إلى دليلها ) أي دليل الحاجة ، فأصل المعنى كلما تكرر جعل كأن الحاجة إلى الطلاق تكررت ، فأبيح تكرار الطلاق بالتفريق على الإطهار .

( ثم قيل ان الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، احترازاً عن تطويل العدة )

والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخر ربما يجامعها ، ومن قصـــده التطلق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ، وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثاً في طهر واحد ، فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصياً .

---

أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ في الطلاق السني ، فقال بعضهم الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر الطهر ، لأنه إذا لم يؤخر تتضرر المرأة يكون عدتها ثلاثة أطهار وثلاثـة حيض كوامل ، فتطول عدتها لا محالة ، وهو في الخلاصة رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

( والأظهر أن يطلقها كما طهرت ، لأنه لو أخرها ربما يجامعها ) لأن الطهر زمان تجدد الرغبه ( ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع ) أي إيقاع الطلاق ( عقيب الوقاع ) أى الجماع ، فيكون الطلاق بدعيا ، وإنما قال المصنف والأظهر لأن محمداً قـال في الأصل ، فاذا أراد أن يطلقها ثلاثاً طلقها واحدة إذا طهرت من الحيض .

( وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثاً بكلمة واحدة أو ثلاثا ) أى أو يطلقهاثلاث تطليقات ( في طهر واحد ، فاذا فعل ذلك ) أى الطلاق والتطليق بثلاث تطليقات بكلمة واحدة ، أى في طهر واحد ( وقع الطلاق ) وبانت منه وحرمت حرمة مغلظة ( وكان عاصياً ) لأنه ارتكب حراما . وقالت الظاهرية والشيعة لا يقع الطلاق في حالة الحيض ، والثلاث بكلمة واحدة . وعند الإمامية لا يقع شيء أصلا ، وبه قال المريسي ، وعند الزيدية منهم يقع واحدة ، ويزعمون انه قول علي رضي الله تعالى عنه .

وعن ابن عباس رضي الله تعالى عنه كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ واحـداً ، وكذا في زمن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه ، وثلاثا من مـــدة عمر رضي الله تعالى عنه ، رواه البخارى ومسلم . وفي المغني وكان عطاءوطاووس وسعيدبن جبير وعمرو ابن دينار وأبو الشعثاء يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة ، وقال القاضى أبو يوسف كان الحجاج بن أرطأة يقول طـــلاق الثلاث ليس بشيء قال محمد بن اسحاق واحـــدة كقول الشيعة .

وقال الشافعي « رح » كل طلاق مباح لأنــــه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر ، بخلاف الطلاق في حالة الحيض ، لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق

---

( وقال الشافعى كل الطلاق مباح ) وبه قال أبو ثور وداود الظاهرى وابن حبيب من المالكية وأحمد فى رواية عند ارسال الثلاث مباح ( لأنه ) أى لأن الطــلاق ( تصرف مشروع حتى يستفــاد منــه الحكم ) بضم الدال لانــه حــال ، اى مستفــد بالطلاق الحكم ، وهو قوله ( والمشروعية لا تجامع المحظور ) وكل مــا هو مشروع لا يكون محظوراً ( بخلاف الطلاق فى حالة الحيض ) هــذا جواب عما يقال كيف يصح العموم والطلاق فى حال الحيض حرام، فأجاب بقوله – بخلاف الطلاق فىحالة الحيض .

( لأن المحرم ) بكسر الراء المشددة ، أى المحرم للطلاق ويجوز فتحها بـأن يقال ان المحظور ( تطويل العــدة عليها لا الطلاق )أي لا نفــسالطلاق وتطويل العدة ، كما إذا طلقها فى حالة الحيض ، لأن الحيض الذى وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب فى العدة بالاجماع أو يلتبس أمر العدة عليها كما إذا طلقها فى طهر جامعها فيه ، لأنا لا ندرى انها حامل فتعتد بالأقراء ، أو حامل فتعتد بوضع الحمل ، والحاصل فى هذه المسألة ان عندنا يعتبر فى طلاق السنة التفريق والوقت .

وعند مالك يعتبر الواحدة والوقت . وعند الشافعى يعتبر الوقت ، ولا يلتفت إلى العدد ، والشافعى يستدل أيضا بقوله تعالى ﴿ ولا جنــاح عليكم إن طلقتم النساء ﴾ ٢٣٦ البقرة ، وهذا لأنه مطلق ، فيتناول الجمع والتفريق بما روي عن عويمر العجلاني انه لمــا لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله ﷺ ان امسكتها فهى طالق ثلاثا فلم ينكر عليه رسول الله ﷺ إيقاع الثلاث جملة ، وهذا الحديث متفق عليه ، وبــما ورد عن عبد الرحمن بن عوف رضى الله تعالى عنه انــه طلق امرأته تمــاضر فى مرض الموت ، وربما روي من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ان امرأة قالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني وبت وقت طلاقي ، ولم ينكر ، متفق عليه . وبما روي من حديث فــاطمة بنت قيس ان زوجها أرسل إليها بثلاث تطليقات .

ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظراً إلى دليلها ، والحاجة في نفسها باقية

---

والجواب عن الآية قد خص عنها الطلاق حالة الحيض والطلاق في طهر جامعها فيه فيخص المتنازع ، وهو الجمع . والجواب عن حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه وما شابه انه محمول على خلاف السنة ، بأن قال أنت طالق للسنة ، لأنه أليق بحالهم أن يعلموا على وفاق الكتاب والسنة ، ولأن تقليد الصحابي ليس بحجة عنده ،فكيف يحتج بفعل الصحابي علينا . والجواب عن حديث رفاعة انه ليس فيه طلقها ثلاثاً بكلمة واحدة، ويجوز أن يكون مفرقاً على الأطهار . والجواب عن حديث فاطمة بنت قيس ان زوجها أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه إلى اليمن فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها رواه مسلم .

( ولنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية ) من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الأديان ( والدنياوية ) من السكن والإزدواج واكتساب الولد ، وكل ما هو كذلك ينبغي أن لا يجوز وقوعه في الشرع ( والإباحة للحاجة إلى الخلاص ) يعني إباحة الطلاق إنما كانت للحاجة إلى الخلاص عن عهدة المرأة ( ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث ) لحصول الخلاص بما دونه .

( وهي في المتفرق على الاطهار ثابتة ) هذا جواب عما يقال ، فكما لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث ، فكذا لا حاجة إلى المتفرق على الأطهار . فأجاب بقوله - وهي - أي الحاجة إلى الجمع بين الثلاث ، إذ لا حاجة إلى الطلاق المتفرق ثابتة ( نظراً إلى دليلها) وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها أمراً باطناً كما تقدم .

( والحاجة في نفسها باقية ) هذا جواب عما يقال دليل الحاجة إنما يقام مقام الحاجة

فأمكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه إزالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره ، وهو ما ذكرناه ، وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا . واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الأصل انه أخطأ السنة ، لأنه لا حاجة إلى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً

---

فيما يتصور وجودها ، وها هنا لا يتصور ، لأن الحاجة إلى الخلاص عن عهدة الطلاق في الطهر الثاني والثالث مع ارتفاع النكاح بالأولى . فأجاب بقوله – والحاجة في نفسها – أي في ذاتها باقية ( فأمكن تصوير الدليل عليها ) لأن الإنسان قد يحتاج إلى جهة باب النكاح لبنائه فيها ، أو لحاجة أخرى . ( والمشروعية في ذاته ) هــذا جواب عن قوله – والمشروعية لا يجامع الحظر – فأجاب بقوله والمشروعية في ذاته ( من حيث انه إزالة الرق ) أي إزالة قيد النكاح ( لا تنافي الحظر لمعنى في غيره ) تقريره أن يقال يجوز ان يكون الطلاق باعتبار قطع النكاح المسنون محظوراً في جامع المشروعية ، كالصلاة في الأرض المغصوبة ، والبيع في وقت النداء ، فإنها مشروعان بذاتها محظوران لغيرهما ، ولا منافاة لاختلاف الجهة ، فلم يلزم من إثبات المشروعية انتفاء الحظر ( وهو ما ذكرناه ) من فرق المصالح الدينية والدنياوية .

( وكذا إيقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا ) انه لا حاجة إلى الجمع بين الثلاث ( واختلفت الرواية ) عن أصحابنا فيما إذا طلق الرجل امرأته في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة بائنة .

( قال في الأصل ) أي المبسوط في كتاب الطلاق ( انه أخطأ السنة ) فيكره ( لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي ) أي الصفة الزائدة ( البينونة ) لأن الحاجة إلى الطلاق للحاجة ، ولا حاجة إلى صفة زائدة .

(وفي الزيادات انه لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزاً) أي في الحال ، وقال الاترازي ينبغي أن

والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت ، وسنة في العـــدد ، فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها ، وقد ذكرناها ، والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة ، وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيـــه ، لأن الداعي دليل الحاجة، وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع ، أمـــا زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة ،

---

يقول وفي زيادات الزيادات ، لأن محمداً رحمه الله ذكر هذه المسألة فيها لا في الزيادات ، فيحتمل انه وقع سهواً من الكاتب ، أو يحتمل انه إنما قال كذلك ، لأن زيادة الزيادات من تتمة الزيادات ، كأنها مسألة الزيادات .

(والسنة في الطلاق من وجهين سنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها، وقد ذكرناها ) يعني في اول الباب يعني أن السنة في الطلاق من حيث العدد أن يطلقها واحدة ، ويتركها حتى تنقضي عدتها ، وإنما سمي الواحد عدداً تجـــوزاً ، لأن أصل العدد ليس هو بعدد حقيقـة ،لأن العدد ما يوازي نصف حاشيته عن بعد سواء ، وليس الواحد إلا حاشية واحدة .

( والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة ) قال الشافعي ومالك واحمد والخلوة كالدخول عندنا في حكم العدد ومراعاة وقت السنة في الطلاق لأجل العدد مقام الخلوة فيه أيضاً مقام الدخول ، كذا في المبسوط ( وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعهـا فيه ، لأن الداعي دليل الحاجة ، وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبه ، وهـو الطهر الخالي عن الجماع ، اما زمان الحيض فزمان النفرة ، وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة ) فلم يكن فيها دليل الحاجة ، لقيامه مقامه ، وقال الكاكي قوله — في طهر واحـــد لم يجامعها فيه — ولم يسبق طـــلاق في حيض ذلك الطهر لم يكن الطلاق في ذلك الطهر

وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض ، خلافاً لزفر « رح » وهو يقيسها على المدخول بها . ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقبل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها ، وفي المدخول بها يتجدد بالطهر . قال وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهر طلقها أخرى ، لأن الشهر في حقهما قائم مقام الحيض ، قال الله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض ﴾ إلى أن قال ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ،

---

سنياً ، وإن لم يجامعها فيه وكذا لو وطئها حالة الحيض لم يكن الطلاق فيه سنياً في الذخيرة والزيادات .

( وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض ، خلافاً لزفر ) فإنه يكره طلاقها في الحيض ( وهو ) أي زفر ( يقيسها ) أي يقيس غير المدخول بها ( على المدخول بها . ولنا أن الرغبة في غير المدخول بها صادقة ) لأن الرغبة فيها لا تعتبر بحيضها ورغبته بعد الحيض ، كما كانت قبله ، لأن مقصوده لم يحصل منها ، فكان اقدامه على الطلاق لحاجة إليه لا لنفرته عنه ورغبته ( لا تقبل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها ) .

( وفي المدخول بها يتجدد ) أي الرغبة ( بالطهر وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر ، فأراد أن يطلقها ثلاثاً للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى شهراً طلقها أخرى ، لأن الشهر في حقها ) أي في حق الصغيرة والكبيرة التي لا تحيض ( قائم مقام الحيض ) وكذا إذا كانت لا تحيض بالحمل عندنا لأن الحامل لا تحيض ، وعند الشافعي وإن كانت الحامل تحيض فطلاقه في حالة الحيض ليس ببدعة ، وقال ابن من أصحابه بدعة ولا يتأتى هذا خلاف الشافعي ، لان إيقاع الثلاث بكلمة واحد غير بدعة عنده ، ولكن الأولى التفريق على الاشهر ، وفي الأشهر ، وفي البسيط ليس في طلاق للصغيرة والآيسة سنة ولا بدعة ، وبه قال أحمد ، وكذا الحامل عندهم .

( قال الله عز وجل ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ﴾ إلى ان قال ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ) أورد هذه الاية الكريمة دليلا على ان الاشهر تقوم مقام الحيض في

والاقامة في حق الحيض خاصة ، حتى يقـــدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر يعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان

---

حق هاتين الطائفتين ، قوله تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ اى الصغائر اللاتي لم يبلغن ، او اللاتي بلغت بغير حيض كذلك يعتدون بثلاثة أشهر ، كذا فى التيسير ، وعن العلامة حميد الدين الضرير رحمه الله تعالى إنما قال لم يحضن ، وما قال لا يحضن لأنه لو قال لا يحضن يمكن أن لا ترى الحيض فى هذا الزمان ، ويمكن انها قد كانت رأت قبل هـــذا الزمان فقال لم يحضن ، يعنى لا يرين اصلا ، وقوله تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ء الطلاق مبتدأ ، وخبره محذوف ، أي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر .

( والإقامة فى حق الحيض خاصة ) أى إقامة الشهر مقام الحيض خاصة ، واحترز به عن قول بعض مشايخنا ، حيث قالوا الشهر فى التي لا تحيض يقوم مقام الحيض والطهر جميعاً ، واليه ذهب صاحب الينابيع وغيره ، وقال شمس الأئمة ظن بعض أصحابنا ان الشهر فى حق التي لا تحيض بمنزلة الحيض ، والطهر فى حق التي تحيض ، وليس كذلك ، بل الشهر فى حقها بمنزلة الحيض فى حق التي تحيض ( حتى يقدر الاستبراء فى حقها بالشهر ) أى فى حق الأمة التي لا تحيض من صغر او كبر .

( وهو ) اى الاستبراء ( بالحيض لا بالطهر ) وقال الكاكي وغيره اختلاف أصحابنا يظهر فى حق الزام الحجة على البعض بإجماعهم ، لان الاستبراء يكتفى بالحيض ، على ان الشهر يقوم مقام الحيض ، إذ التبع خلف الأصل بحاله لا بذاته ، فإن قيل لما قام الشهر مقام الحيض ينبغي أن يكون الطلاق الثاني في الشهر الثاني في حالة الحيض . قلنا قـــد ذكرنا ان الخلف يتبع الأصل بحاله لا بذاته ، وذات الشهر طهر ، والشهر أقيم مقام الحيض في حكم خاص ، وهو انقضاء العدة لا في جميع الأحكام ، ألا ترى أن الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء حرام ، والآيسة والصغيرة لا تحرم ، وكذا الطلاق الثاني .

( ثم إن كان الطلاق في أول الشهر ) يعني إن كان إيقاع الطلاق في أول الشهر ( يعتبر الشهور باهلة ) أي يعتبر الشهور القائمة مقام الحيض بالأهلة كاملة كانت أو ناقصة ( وإن كان )

في وسطه فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يكمل الأول بالأخــــير والمتوسطان بالأهلة ، وهي مسألة الاجارات . قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان . وقال زفر « رح » يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض . ولأن بالجماع تفتر الرغبة ،

---

أي الايقـــاع ( في وسطه ) أي في وسط الشهر ( فبالأيام ) أي فيعتبر بالأيام ( في حق التفريق ) أى في تفريق الطلاق على الأشهر بالاجماع ، فيحتسب كل شهر ثلاثون يوماً في حق إيقاع الطلاق .

( وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة ) لا يحكم بانقضاء العدة إلا بتمام تسعين يوماً من وقت الطلاق ( وعندهما يكمل الشهر الأول بالاخير ) أى يكمل الشهر الأول بالشهر الاخير بالايام ( والمتوسطان بالاهلة ) اى ويكمل المتوسطان وهما ما بين الاول والاخير بالاهلة ، لان الاصل في الاشهر الاهلة ( وهي مسألة الاجارات ) أى المسألة المذكورتمثل مسألة الاجارات على الخلاف المذكور إذا استأجر داراً شهوراً معلومة او سنة فى خلال الشهر ، فعند ابى حنيفة تكون السنة ثلاثمائة وستين يوماً ، وعندهما يكمل الأول بالاخير وما بينهما معتبر بالأهلية ، وعلى هذا الاجل في البيع .

( ويجوز أن يطلقها ) أى ويجوز أن يطلق الآيسة او الصغيرة ( ولا يفصل بين وطئها وبين طلاقها بزمان ) يعنى لا يشترط الفصل بشهر بين وطئها وطلاقها ، وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وأبو ثور وأبى عبيد ، وهو قول الحسن وابن سيرين وطــاووس وحماد بن سليمان وربيعة . وقال شمس الائمة كان شيخنا يقول هكذا إذا كانت الآيسة لا يرجى منها الحيض والحبل ، وأما إذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل فالافضل الفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ، ولا منافاة بينه وبين قول المصنف ، لان الافضلية لا تنافى الجواز .

( وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ) فيمن تحيض ، وفيها يفصل بين طلاقهــــا ووطئها بحيضة ، فكذا هنا بشهر ( ولان بالجمـاع تفتر الرغبة ) فكانت بمنزلة

وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر . ولنا انـــه لا يتوهم الحبل فيها ، والكراهة في ذوات الحيض باعتباره ، لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة ، والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر من وجه آخر ، لأنه يرغب في وطء غير معلق فراراً عن مؤن الولد ، فكان الزمان زمان رغبـة ، فصار كزمان الحبل

---

ذات الاقراء إذا جومعت فى الطهر ( وإنما تتجدد ) أى الرغبة ( بزمان ) فلا بد منه ، وهو الشهر .

( ولنا انه ) أي ان الشأن ( لا يتوهم الحبل فيها ) اى فى التي نحن فيهـــا من الآيسة والصغيرة ( والكراهة ) اى كراهية الطلاق بعد الجماع ( فى ذوات الحيض باعتباره ) أي باعتبار الحبل ( ولان عند ذلك ) أي عند توهم الحبل ( يشتبه وجه العدة ) أي وجه عدتها ، فلا يدرى انها حامل فتعتد بالاقراء ، او حامل فتعتد بوضع الحمل .

( والرغبة وإن كانت تقل من الوجه الذى ذكر ) هذا جواب عن قول زفر ، وإنـما تتجدد الرغبة وإن كانت تفتر من وجه . فأجاب بقوله – والرغبة وإن كانت تقل – من القلة من الوجه الذى ذكره زفر ، ويجوز أن يكون على صيغة المجهول أي من الوجه الذي ذكره الان ( ولكن تكثر من وجه آخر ) أي ولكن الرغبة من وجه آخـر لا يقال إذا تعارض دليل كثرة الرغبة مع دليل فتور الرغبـة ، يتساقطان لأنا نقول لا يلزم من زوال الرغبة زوال أصل الرغبة فيكون الإقدام على الطلاق في زمان الرغبة .

والذي يظهر لي أن المصنف أجاب عنه بقوله ( لأنه يرغب في وطء غير معلق ) انه يترجح جهة الرغبة بكون الوطء غير معلق ، بضم الميم وسكون العين المهملة وكسر اللام ، وبالقاف من أعلق المرأة إذا أحبلها وثلاثية علق ، يقال علقته المرأة إذا حبلت علوقاً ( فراراً ) أي لأجل الفرار ( عن مؤن الولد ) بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة ( فكان الزمان زمان رغبـــة ، فصار كزمان الحبل ) وفي الذخيرة قيل إذا كانت صغيرة يرجى منها الحيض والحبل ، فالأفضل أن يفصل بينهما بشهر .

وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع ، لأنه لا يؤدى إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطيء لكونه غير معلق ، أو فيها لمكان ولده منها ، فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » لا يطلقها للسنة إلا واحدة ، لأن الأصـــل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها ، فصار كالممتد طهرها .

---

( وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع ، لأنه لايؤدي إلى اشتباه وجه العدة ، وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطيء لكونه ) أي لكون الوطيء ( غير معلق ) أي غير محبل ( أو فيها ) عطف على قوله — في الوطيء — والضمير يرجع إلى الحامل يعني ان زمان الحبل زمن الرغبة في الوطيء ، لأنه في حالة الحبل غير معلق ، وهـــو زمان الرغبة في الحامل ( لمكان ولده منها ) أي لأجـــل حصول ولده من الحامل ( فـلا تقل الرغبة بالجماع ) لأن الولد داع إلى رغبة الرجل في أمه ، ولما كان زمان الرغبة لايقع طلاقها عقيب الجماع.

( ويطلقها ) أي الحامل ( للسنة ثلاثـاً يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة إلا واحدة ، لأن الأصل في الطلاق الحظر ، وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة ) لقوله تعالى ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ ١ الطلاق وقال ابن عباس أي الأطهار عدتهن ، ففي ذوات الأقراء ترقب على الأقراء ، وفي حـــق الايسة والصغيرة على الأشهر ، لأن كل شهر فصل من فصول العدة في حقهن ، كالقـرء في ذوات الاقراء ( والشهر في حق الحامل ليس من فصولها ) أي من فصول العدة ، لأن مدة الحمل ، وإن طـالت فهي طهر وحيض واحد حقيقة وحكماً ، ألا ترى ان انقضاء العدة لا يتعلق .

( فصار كالممتد طهرها ) فلا يكون محلا لتفريق الثلاث ، لأن شهورها وإن امتدت فهو

ولهما ان الإباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها ، كما في حق الآيسة والصغيرة ، وهذا لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة ، فصلح علماً دليلاً ، بخلاف الممتدة طهرها ، لأن العلم في حقها إنما هو الطهر ، وهو مرجو فيها في كل زمان ، ولا يرجى مع الحبل ، وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق ،

---

فصل ، ولا تفرق التطليقات فيه . وقال محمد بلغنا عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري أن الحامل لا تطلق أكثر من واحدة للسنة . وقول الصحابي إذا كان فقيها يقدم على القياس ، هكذا في المبسوط ويقول محمد قال الشافعي ومالك وأحمد .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن الإباحة ) أي إباحة الطلاق ( لعلة الحاجة ) أي باعتبار الحاجة ( والشهر دليلها ) أي دليل الحاجة في حق الحامل ( كما في حق الايسة والصغيرة ) أي كما انها دليل الحاجة في حقهما، لأن مدة الحمل مدة كاملة، ولهذا يلزمها الحد وأحكام العدة ، فكانت كالشهور في حقهما ( وهذا ) أي كون الشهر دليلا فى حق الايسة والصغيرة ( لأنه ) أى لأن الشهر ( زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة ) إنما قال هذا لأن الشخص ربما لا يرغب فى المرأة فى أكثر من شهرين أو ثلاث بآفة عارضة فى ذاته . أما الشخص السليم عن الافة فلا بد أن يجدد الرغبة فى المرأة فى شهر فصلح للشهر دليلا على الحاجة .

( وصلح ) أي الشهر ( أن يكون علما ودليلا على وجود الحاجة ) والحكم يدار على دليلها ، فإذا وجد وجه على ما أبيح لأجله الطلاق ، فيكون نكاحا مباحا ( بخلاف الممتد طهرها ) هذا جواب عن قياس قول محمد ، بيانه هو قوله ( لأن العلم فى حقها ) أى لأن العلم على الحاجة فى حقها هو الطهر بعد الحيض ، يعنى تجدد طهر يعقبه الحيض ( وهو ) أى تجدد الطهر ( مرجو فيها فى كل زمان ) لأنه يمكن أن تحيض فتطهر ، لانها ليست يائسة ولا صغيرة ( ولا يرجى ) أى تجدد الطهر ( مع الحمل ) لأن الحامل لا تحيض ، فإذا رأت دما لا يعتبر حيضها .

( وإذا طلق الرجل امرأته فى حالة الحيض وقع الطلاق ) ويأثم بإجماع الفقهاء، وعند

لأن النهي عنه لمعنى في غيره ، وهو ما ذكرنا فلا تنعدم مشروعيته ، ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها ، وقد طلقها في حالة الحيض ، هذا يفيد الوقوع

---

الشيعة وابن علية وهشام بن الحكم والظاهرية لا يقع ( لأن النهى عنه ) أى عن الطلاق فى حالة الحيض ( لمعنى فى غيره ، وهو ما ذكرنا ) وهو تطويل العدة والإشتباه أمر العدة أوصله بالتدارك ( فلا تنعدم مشروعيته ) لأن النهى لمعنى فى غيره لا يعدم المشروعية كما عرف فى الأصول . قيل المراد بالنهى ها هنا المستفاد من ضد الأمر المذكور من قوله تعالى ﴿ فطلقوهن لعدتهن ﴾ ١ الطلاق ، أى لإظهار عدتهن . وقيل المراد بالنهى قوله تعالى ﴿ ولا تمسوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ ٢٣١ البقرة .

( ويستحب ) أى للرجل الذى طلق امرأته فى حالة الحيض ( ان يراجعها ) هذا لفظ القدورى رحمه الله تعالى ، وقال محمد فى الاصل ، وينبغى له أن يراجعها ( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( لعمر رضى الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما انه طلق امرأته وهى حائض ، فسأل عمر رضى الله تعالى عنه رسول الله ﷺ ، فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر . فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً قبل أن يمسها فتلك العدة التي أمر الله تعالى .

وفي لفظ البخارى ومسلم انه طلق امرأته تطليقة واحدة وهي حائض . قوله ــ مره ــ أي مر من أمر يأمر أمراً ، بهمزتين ، فحذفت الهمزة التي هي فاء الفعل للاستثقال ، واستغنى عن همزة الوصل فحذفت أيضاً ، فصار ــ مر ــ على وزن عل والكاف في قوله ــ ابنك ــ خطاباً لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وابنه عبد الله .

( وقد طلقها ) الواو للحال ، أى والحال ان ابن عمر قد كان طلق امرأته ( في حالة الحيض ) وكان طلقها واحدة كما في الذي ذكرناه ( وهذا ) إشارة إلى قوله عليه السلام ــ فليراجعها ــ ( يفيد الوقوع ) أي وقوع الطلاق إذ لا يتصور الرجعة بدون الوقوع

والحث على الرجعة ثم الاستحباب ، وقول بعض المشايخ والأصح انه واجب عملاً بحقيقة الأمر رفعاً للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهي العدة ، ودفعاً لضرر تطويل العدة . قال فإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها ، قال «رض» وهكذا ذكر في الاصل ،

---

( والحث ) أي ويفيد الحث ( على المراجعة ) أي على أن يراجعها .

( ثم الإستحباب ) أي استحباب الرجعة ( قول بعض المشايخ ) وبه قال الشافعي وأحمد ( والأصح انه ) أي أن المراجعة أو الرجعة ذكر الضمير على تأويل الرجوع ( واجب عملاً بحقيقة الأمر ) لأن مطلق الأمر للوجوب حقيقة . قال الاترازي قال صاحب الهداية والأصح انه واجب ، ولأن فيه نظر محمداً لم يذكر في الأصل لفظ الوجوب ، بل قال ينبغى له أن يراجعها ، قال في الأصل وإذا طلق الرجل امرأته وهي حائض فقد أخطأ السنة ، والطلاق واقع عليها ، فينبغي أن يراجعها ، وشمس الأئمة نقل في المبسوط لفظ محمد كذلك ، ولم يذكر الوجوب . ثم قال الاترازي نعم يحتمل أن تكون الرجعة واجبة ، لأن الأمر بالمراجعة مطلقة ، ومطلق الأمر يدل على الوجوب انتهى ، قلت أراد الاترازى بقوله التصرف فقط ، إذ لا حاجة للتنظير فيه ولا للاعتذار بعد ذلك .

( ورفعاً للمعصية ) أى ولأجل رفع المعصية لأن إيقاع الطلاق في الحيض معصية والسبيل في رفع المعاصي برفعها ( بالقدر الممكن ) أى بقدر ما أمكن كالبيع الفاسد ، والنكاح الفاسد ( برفع أثره ) أى برفع أثر المعصية ، وذكر الضمير على تأويل العصيان والمعصية الطلاق في حالة الحيض ( وهو ) أي أثره هو ( العدة ) أي أثر الطلاق الذي هو سببه هو العدة ( ودفعاً لضرر تطويل العدة ) أي ولأجل رفع الضرر بطول العدة عليها برفعها بالمراجعة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى فإذا طهرت أي بعد المراجعة (وحاضت ثم طهرت، فإن شاء طلقها ، وإن شاء أمسكها قال ) أي المصنف رحمه الله (هكذا ذكر في الأصل )

وذكر الطحاوي «رح» أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة الأولى. قال أبو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكر في الأصل قولهما. ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، والفاصل ها هنا بعض الحيضة، فتكمل بالثانية ولا تتجزأ، فتتكامل، وإذا تكاملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليه زمان السنة، فأمكن تطليقها على وجه السنة. وجه القول الآخر ان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها في الحيض، فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه.

---

أي هكذا ذكر محمد في المبسوط، لأنه قال فيه فإذا طهرت من حيضة أخرى طلقها واحدة قبل الجماع. وهذا يدل على أن الطهر الذي يقع في الطلاق هو الطهر الذي بعد حيضة أخرى، لا الطهر بعد حيضة أوقع فيها الطلاق. قال المصنف (وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة. قال أبو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة، وما ذكره في الأصل قولهما) أي قول أبي يوسف ومحمد. وفي الكافي هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، وبه قال الشافعي في المشهور عنه ومالك وأحمد، وما ذكره الطحاوي برواية عن أبي حنيفة. وبه قال الشافعي في وجه.

(ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل طلاقين بحيضة، والفاصل ها هنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزأ) أي الحيضة الثانية (فتكامل وجه القول الآخر) أراد به ما ذكره الطحاوي (أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة، فصار كأنه لم يطلقها في الحيض، فيسن تطليقها في الطهر الذي يليه) أي يلي الحيض.

واعلم ان المصنف بين وجه القولين المذكورين بالمعاني الفقهيه، ولم يرجع إلى الحديث المروي في الباب، لان كل واحدة من الروايتين مروية في الحديث. فروى البخاري بإسناده إلى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال لعمر

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لأن اللام فيه للوقت ووقت السنةطهر لاجماع فيه وان نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحـــدة فهو على ما نوى ، سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر . وقال زفر لا تصح نية الجمع لأنه بدعة وهي ضد السنة .

---

رضي الله تعالى عنه مر ابنك فليراجعها ... الحديث ، وقد ذكرناه عن قريب ، وهـذا يدل على رواية الأصل . وروى الترمذي في جامعه باسناده إلى سالم عن ابن عمر انه عليه السلام قال مره فليراجعها ... الحديث ، وقد ذكرناه أيضاً ، وهذا يدل على روايـــة الطحاوي فلاجل التعارض بينهما لم يذكرهما المصنف واكتفى بما ذكره في الكتاب .

( ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثاً للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة ) هذا إذا لم يجامعها طاهـر ، ولو جامعها فيه لا يقع حتى تحيض وتطهر إذا لم ينو شيئاً أو نوى عند كل طهر تطليقة وعند الشافعي ورواية عن أحمد يقع الثلاث في الحال إذا لم يجامعها وهي طاهرة . ولو جامعها في ذلك الطهر لا تطلق الثلاث حتى تحيض وتطهر ، لأن عنده لا سنة ولا بدعـــة في العدد حتى ولو نوى تفريق الثلاث على الأطهار لا يقبل قوله في المشهور عنه . وعن بعض أصحابه يقبل وقـــال مالك لا أعرف المباح من الطلاق إلا واحدة ، فيكون الثلاث مدعيا عنده وقيد به وقـــد دخل بها لأن غير المدخول بها تطلق ثلاثاً في الحال بالإجماع .

( لأن اللام فيه ) أي في قوله للسنة ( للوقت ) بأن يستعار الوقت فكأنه قال ووقت السنة ( ووقت السنة ) في الطلاق ( طهر لاجماع فيه ) أى طهر خال عن الجماع .

( وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت ) أي تلك الساعة ( في حالة الحيض أو في حالة الطهر . وقـــال زفر لا تصح نية الجمع لأنه ) أي لأن الجمع بين الثلاث ( بدعة وهي ) أى البدعة ( ضد السنة ) والشيء لا

ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سنة وقوعاً من حيث أن وقوعه بالسنة لا إيقاعاً فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته . وإن كانت آيسة أو من ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى ، لأن الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بينا ،

---

يحتمل ضده ، فقد نوى ما لا يحتمل لفظه فيلغو .

( ولنا أنه ) أي ان الجمع ( يحتمل لفظه ) وهو السنة من حيث الوقوع ( لأنه سني وقوعاً ) أي من حيث الوقوع ( من حيث ان وقوعه ) أي وقوع الثلاث جملة عرف (بالسنة) وهو قوله عليه السلام من طلق امرأته الفاً بانت منه بثلاث ، والباقي رد عليه ( لا إيقاعاً) لأن إيقاع الثلاث جملة مكروه ( فلم يتناوله مطلق كلامه ) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل وذا في السني وقوعاً وإيقاعا .

فإن قيل الوقوع بدون الإيقاع محال لأنه انفعال فإذا صح الوقوع صح الإيقاع ، فكان سنياً وقوعاً وإيقاعا ، وليس كذلك . أجيب بأن الوقوع لا يوصف بالحرمة ، لانه ليس فعل مكلف ، ولانه حكم شرعي وهو لا يوصف بالبدعة ، والإيقاع يوصف بهما لكونه فعل المكلف ، فكان أشبه بالسنة المرضية ، فكذلك قال سني وقوعا .

( وينتظمه ) أي ينتظم الجمع ( عند نيته ) لانه سني من وجه ، فكان محتمل لفظ السنة ، وفيه تشديد على نفسه على ذلك ، فصح نيته كما لو قال كل مملوك لي حر لا يتناول المكاتب لقصور الملك يداً . ولو نواه يصح ويعتق ، وكذا لو حلف لا يأكل لحماً لا يتناول لحم السمك لقصوره في اللحمية ، ولو نواه صح ويحنث بأكله . (وإن كانت آيسة أو من ذوات الاشهر ) يعني صغيرة مدخولا بها فقال أنت طالق ثلاثاً للسنة (وقعت الساعة) بالنصب على أنها ظرف (واحدة) أى طلقة واحدة ( وبعد شهر أخرى ) أى يقع بعد شهر طلقة أخرى ( وبعد شهر طلقة أخرى ، لأن الشهر في حقها دليل الحاجة ) كما تقدم وأن الشهر في حقها قائم مقام الحيض ( كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا) إشارة إلى ما ذكر في التعليل قريبا من ورقة بقوله — لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض .

وإن نوى أن يقع الثلاث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلاث حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت ، فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع ، فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلاث.

---

( وان نوى أن تقع الثلاث الساعة وقعت عندنا ) خلافا لزفر ( لما بينا ) إشارة إلى قوله لانه سني وقوعا ( بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ، ولم ينص على الثلاث ، حيث لا تصح نية الجمع فيه ) قيل هكذا ذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الأئمة السمرقندى ( لان نية الثلاث إنما صحت فيه من حيث أن اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ، ومن ضرورته تعميم الواقع ) أى ومن ضرورة تعميم الوقت الذي هو ظرف الوقوع تعميم الواقع فيه ، أي يلزم من ضرورة تعميم الوقت يعمم الواقع فيه أي في الوقت ، لانه جعل الوقت ظرفاً للواقع ، وقد تكرر الظرف ، فتكرر المظروف .

( فإذا نوى الجمع ، بطل تعميم الوقت ) فيبطل تعميم الواقع فيه ، لان بطلان المقتضى يوجب بطلاق المقتضى ( فلا يصح فيه الثلاث ) بخلاف ما إذا ذكر ثلاثا ، لان الثلاث مذكور صريحا ، فتصح نيته . وقال الاترازى بعد قوله – ومن ضرورة تعميم الواقع فيه – ولنا فيه نظر ، لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق كل يوم ولم تكن له نية لا تقع إلا طلقة واحدة عندنا ، خلافا لزفر ، لان الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ، ولم يلزم منه عموم الواقع انتهى . ودفع نظره بأن المراد من تعميم الوقت تعميم وقت السنه لا مطلق الوقت ، فيلزم من تعميمه تعميم الواقع .

* * *

## فصـــل

## ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلاً بالغاً ، ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز إلا طلاق

---

### ( فصـــل )

أي هذا فصل . لما ذكر طلاق السنة لانه الأصل ، وذكر ما يقابله من طلاق البدعة ، شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع .

( ويقع طلاق كل زوج إذا كان بالغا عاقلا ) وهذا بالإجماع ( ولا يقع طلاق الصبي ) وفي المغنى للحنابلة إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ، وهو أكثر الروايات عن أحمد ، واختاره أبو بكر والخرقي وابن حامد ، وزعموا أن ذلك مروي عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي وإسحاق وروى أبو الحارث عنه إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين العشر إلى اثنتي عشرة . وفي الجامع إذا كان الصبي مجبوباً وفرق بينهما بالجب ، يكون طلاقـاً على المذهب ، وإن لم يقع طلاق الصبي ومنهم من جعله فسخاً .

( والمجنون ) من جن الرجل واجنه الله فهـو مجنون ، ولا تقل مجين ، وقيل الفاصل بين المجنون والمعتوه والعاقل وان العاقل من يستقيم كلامه وافعاله ، والمجنون ضـده ، والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء . وقيل المجنون من يفعل ما يفعله المجانين أحياناً عن قصد ، والعاقل ما يفعله المجانين أحياناً لا عن قصد ، على ظن الصلاح . والمعتوه يفعل ما يفعله المجـانين عن قصد مع ظهور الفساد . وفي الصحاح المعتوه الناقص العقل . وفي الذخيرة من كان قليل الفهم ، مختلط الكلام ، فاسد التدبير ، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعله المجنون .

( والنائم ) وفي الذخيرة وطلاق النائم غير واقع ولا موقوف وإن أجـاز بعدما انتبه ولو قال النائم أوقعت ما تلفظت به في النوم لا يقع . وفي المحيط إن أجازه بعد بان قال أجزت الطلاق يقع ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( كل طلاق جائز الا طلاق

الصبي والمجنون ، ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديم العقـــل ، والنائم عديم الاختيار . وطلاق المكره واقع خلافاً للشافعي « رح » هو يقول ان الاكراه لا يجامـــع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي ، بخلاف الهازل ، لأنـه مختار في التكلم بالطلاق .

---

الصبي والمجنون ) هذا حديث غريب ، وذكر المصنف أيضاً في الحجة لكن بلفظ المعتوه عوض المجنون . واخرج الترمذي عن عطاءبن محجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عن ابي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ، وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً من حديث عطاء ، وهو ضعيف ذاهب الحديث وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص بن غياث عن حجاج بن عطاء عن أبي عباس قال لا يجوز طلاق الصبي في شرح الطحاوي ، ولو أن الصبي والمجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه ، وكذا المغمى عليه والمريم والمدهوش والنائم والمعتوه ، والذي يشرب الدواء مثل البنج ونحوه فتتغير عقله إذا طلق واحـــد من هؤلاء زوجته لم يقع طلاقه ( ولأن الأهلية بالعقل والتميز وهما ) أي الصبي والمجنون ( عديم العقل والنائم عديم الإختيار ) وشرط التصرف الشرعي إنما هو بالإختيار ( وطلاق المكره واقع ) وهو قـول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وبه قال الشعبي وابن جبير والنخعي والزهري وسعيد بن المسيب وشريح القاضي وأبو قلابـة عبد الله بن زيد الحرمي التابعي الكبير ، وقتادة والثوري ( خلافاً للشافعي ) فإنه يقول لا يقع طلاق المكره ، وبه قال مالك وأحمد ، ويروى عن ابن عباس . وابن عمر وابن الزبير رضي الله تعالى عنهم ومن التابعين الحسن وعطاء والضحاك .

( هو ) أي الشافعي ( يقول ان الاكراه لا يجامع الإختيار وبـــه ) أي وبالإختيار ( يعتبر التصرف الشرعي ) ولا اعتبار في التصرف إلا باختيار ( بخلاف الهازل ، فإنه مختار في التكلم بالطلاق ) واستدل الشافعي أيضاً بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعاً لحاجته اعتباراً بالطائع ،وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهـــذا آية القصد والاختيار إلا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل . وطلاق السكران واقع .

---

(ولنا انه) أي ان المكره (قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته) أي في حال عقله وتمييزه وكونه مخاطباً) وبالاكراه لا يخرج عن ذلك (فـــلا يعرى عن قضيته) أي عن حكمه ، لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته (دفعاً لحاجته) أي لحاجة المكره وحاجته أن يتخلص عما توعد به من القتل والجرح ونحو ذلك (اعتباراً بالطائع) وفي وقوع طلاقه دفعاً لحاجته (وهذا) إشارة إلى قوله والطلاق (لأنه عرف الشرين واختار أهونهما) أي أهون الشرين وهو الطلاق (آية القصد) أي علامة القصد (والإختيار) وهذا جواب عن قوله الاكراه لا يجامـــع الاختيار (إلا انه) أى غير ان المكره (غير راض بحكمه) الضمير يرجع إلى إيقاع الطلاق وحكمه وقوع الطلاق وهذا جواب عما يقال لو كان المكره مختاراً لما كان له اختيار فسخ العقد الذى باشره مكره من البيع والشراء والإجارة وغيرها وليس كذلك . وتقريره أنه غير راض بحكمه (وذلك) أى عدم الرضى بحـــكم الطلاق (غير مخل) أى بحكمه (كالهازل) فإنه يقع طلاقه مع عدم الرضى بوقوعه .

وأصحابنا استدلوا أيضاً بما روي عن علي وابن عباس وابن مسعود أنهـم قـــالوا كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي . وحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أيضاً الذى رواه الترمذى وقد ذكرناه . والجواب عن الحديث الذى استدل به الشافعي أنه لا حجة له لأن التجاوز والعفو عن الطلاق والعتاق لا يصح لأنـــه غير مذنب فلم يـــدخل تحت الحديث .

(وطلاق السكران واقع) وكذا يصح اعتاقه وخلعه وبه قال الشافعي في المنصوص والأصح وهو قول الثورى ومالك وأحمد في رواية وفي المبسوط المنصوص للشافعي جديداً وقديماً وقوع طلاق السكران ، ونص في الظهار على قولين ، فمنهم من نقل من الظهار قولاً

إلى الطلاق ، ومعظم العلماء صاروا إلى وقوع طلاق السكران . وفي المغني وهو قول سعيد ابن المسيب ومجاهد وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي والأوزاعي وميمون بن مهران والحكم وشريح وسليمان بن يسار ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وسليمان بن حرب وابن عمر وعلي وابن عباس ومعاوية رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال قتادة وحميد وجابر بن زيد وابن أبي ليلى وعمر بن عبد العزيز والحسن بن حميد .

وقال ابن حزم أجاز مالك جميع تصرفاته الاربعة لقول أصحابنا وروى ابن وهب عنه أنه يجوز طلاقه دون نكاحه . وقال صاحب مطرف بن عبد الله لا يلزمه شيء من تصرفاته الأربعة ، الطلاق والعتق والقتل والقذف . وعن عثمان رضي الله تعالى عنه انه لا يقع طلاقه ، وبه قال طاووس والقاسم بن محمد ويحيى بن سعيد الأنصاري ، وربيعة وعبد الله بن الحسن والليث بن سعد وإسحاق وأبو ثور والمزني وأبو سليمان وابن شريح وأبو طاهر الزيادي وأبو سهل الصعلوكي وابنه سهل من الشافعية وزفر بن هذيل وأبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي وقال عثمان البتي لا يلزمه منه عقد ولا بيع ولا نكاح ولا حد إلا حد الخمر فقط .

وقال الليث لا يلزمه شيء بقوله ، وأما ما عمل بيده من قتل أو سرقة أو زنى فإنه يقام عليه . وفي الذخيرة طلاق السكران واقع إذا سكر من الخمر والنبيذ ولو أكره على الشرب فسكر أو شرب للضرورة فذهب عقله يقع طلاقه . وفي جوامع الفقه عن أبي حنيفة يقع ، وبه أخذ شداد ولو ذهب عقله بدواء أو أكل البنج لا يقع ، وذكر عبد العزيز الترمذي أنه قال سئل أبو حنيفة وسفيان الثوري عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق ، قالا ان كان يعلم حين شرب ما هو يقع والا لا يقع . ولو شرب الخمر ولم يوافقه فصعد منه فزال عقله وقع طلاقه . ولو سكر من الأنبذة المتخذة من الحبوب والعسل لا يقع طلاقه عندهما ، وعند محمد يقع . وفي الينابيع لو سكر بالبنج والدواء لا يقع طلاقه بالإجماع كالنائم بخلاف ما لو شرب رأسه حتى زال عقله فإنه لا ينفذ تصرتافه ولا يجعل عقله باقياً ، وإن كان زواله بمعصية لندوره ولهذا لا يشرع فيه حد . ذكره في

واختيار الكرخي والطحاوي « رح » انه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي « رح » لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل ، فصار كزواله بالبنج والدواء . ولنا أنه زال بسبب هو معصية ، فجعل باقياً حكماً زجراً له ،

---

المحيط بخلاف زواله بالخمر ونحوه أي فاعتبر عقله باقياً ، ووجب عليه الفرائض زجرا له..

( واختيار الكرخي والطحاوى انه ) أى طلاق السكران لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل زائل فصار كزواله بالبنج والدواء ، أى كزوال العقل باستعمال البنج وشرب الدواء ، فإن فيهما لا يقع الطلاق بالإتفاق ، وكذا إذا أكل الافيون أو شرب لبن الرمكة فسكر به ، والبنج تعريب – بنك – قال في المغرب وهو نبت له حب يسكر ، وقيل يثبت ورقه وقشره وبزره . وفي القانون هو سم يخلط العقل ويبطل الذكر ويحدث جنونا وخناقاً .

( ولنا أنه زال بسبب هو معصية ، فجعل ) أى عقله ( باقيا حكما زجراً له ) أى عقوبة عليه . قيل في كلامه تسامح ، لأنه جعل العقل زائلا بالسكر وليس كذلك عندنا لأنه مخاطب ولا خطاب بلا عقل بل هو مغلوب . وأجيب بأن المغلوب كالمعدوم ، فلذلك أطلق عليه الزوال . ويقال ولئن سلمنا أنه زوال ولكنه حاصل بسبب هو معصية فلم يؤثر في إسقاط ما بني على التكليف ، بل يجعل باقيا زاجراً وتنكيلا . ألا ترى انه ألحق بالصاحي في حق وجوب القصاص وحد القذف حتى لو قتل وقذف في هذه الحالة يجب القصاص وحد القذف ، فلأن يلحق بالصاحي فيما لا يسقط بالشبهة أولى . واعترض بوجهين أن شرب المسكر كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر. والثاني : انه لما جعل العقل باقيا في الطلاق حكما زجراً له كانت الردة والاقرار بالحدود أولى لأن الزجر والعقوبة هناك أتم .

وأجيب عن الأول : بأن الشراب نفسه معصية ليس فيه إن كان انفصال ولا جهة إباحة يصلح لإضافة التخفيف . وعن الثاني : بأن الركن في الردة الاعتقاد ، والسكران

حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول أنه لايقع طلاقه وطلاق الأخرس واقع بالاشارة ، لأنها صارت معهودة ، فأقيمت مقام العبارة دفعاً للحاجة ، وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب إن شاء الله . وطلاق الأمة ثنتان ، حراً كان زوجها أو عبداً .

وطلاق الحرة ثلاث حراً كان زوجها أو عبداً .

---

غير معتقد لما يقول فلا نحكم بردته ، لانعدام ركنها للتخفيف عليه بعد تقرر السبب ، وأما الإقرار بالحدود فإن السكران لا يثبت على شيء عما أقر به ، فيؤثر فيما يحتمل الرجوع .

( حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع ، نقول أن لا يقع طلاقه ) لأن حكمه يصير كحكم الاغماء .

( وطلاق الأخرس واقع بالإشارة ) إن كانت له إشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشرائه يقع استحسانا ، سواء قدر على الكتابه أم لا . وبه قال الشافعي ومالك لانه يحتاج إلى ما يحتاج اليه الناطق . ولو لم يجعل إشارته كعبارة الناطق لادى إلى الحرج وهومدفوع شرعاً. وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وإن كان الاخرس لا يكتب وكانت له إشارة في الاشياء التي ذكرناها فهو جائز استحسانا . وفي القياس لا يقع شيء من ذلك بإشارته لا يستبين من إشارة الاخرس حروف منظومة ، فبقي مجرد قصد الإيقاع ، وبهذا لا يقع . وإن لم يكن له إشارة معلومة تعرف ذلك منه أو يشك فيه فهو باطل ، لعدم الوقوف على مراده . وفي الينابيع هذا اذا ولد أخرساً أو طرأ عليه ودام ، وان لم يدم لم يقع طلاقه . وقال قتادة يطلق ولي الأخرس ومثله عن الحسن البصرى .

( لانها ) أى لان إشارة الاخرس ( صارت معهودةفأقيمت مقام العبارة دفعاللحاجة ) أى لاجل دفع حاجته ( وستأتيك وجوهه ) أى وجوه طلاق الاخرس ( في آخر الكتاب ) أى في آخر كتاب الهداية لا في آخر كتاب الطلاق ..

( وطلاق الامة ثنتان ) أنث الطلاق باعتبار التطليق ( حراًكان زوجها أو عبداً . وطلاق الحرة ثلاث حراًكان زوجها أو عبداً ) وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن

وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ، ولأن صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ، ومعنى الآدمية في الحر أكمل ،

---

مسعود رضي الله تعالى عنهما رواه ابن حزم في المحلى ، فقال ولا يثبت ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

( وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجال ) والعدة بالنساء وبه قال مالك في الموطأ وعند أصحابنا عدة الطلاق معتبرة بالنساء وكذا العدة ، وبه قال سفيان وأحمد وإسحاق . وثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد ، أو في أمة تحت حر ، ولاخلاف في حرة تحت حرة أو أمة تحت عبد ، وقال السروجي قال داود وهمام وقتادة ومجاهد والحسن البصري وابن سيرين وعكرمة ونافع وعبيدة السلماني ومسروق وحماد بن أبى سليمان والحسن بن جنى والثوري والنخعي والشعبي يطلق العبد الحرة ثلاثا، وتعتد بثلاث حيض ، ويطلق الحر الامة ثنتين وتعتد بحيضتين . وعند الائمة الثلاث مالك والشافعي وأحمد يطلق الحر الامة ثلاثا وتعتد بحيضتين ، ويطلق العبد الحرة ثنتين وتعتد بثلاث حيض ، حرر ذلك الرافعي وصاحب الانوار وابن حزم عنهم .

( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبى ﷺ ( الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ) هذا الحديث غريب مرفوعاً ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً على ابن عباس ، ورواه الطبراني في معجمه موقوفاً على ابن مسعود ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه موقوفاً على عثمان وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله تعالى عنهم . وجه الإستدلال به انه ﷺ قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ، ثم اعتبار العدة بالنساء من حيث القدر ، فيجب أن يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر ، وتحقيقاً للمقابلة .

وأشار المصنف إلى تعليله بقوله ( لأن صفة المالكية ) أي كون الشخص مالكاً ( كرامة ، والآدمية مستدعية لها ) أي الكرامة بتكريم الله تعالى ﴿ ولقد كرمنا بني آدم ﴾ ٧٠ الاسراء ( ومعنى الآدمية في الحر أكمل ) فإن العبد يشتمل على جهة الآدمية والمالكية ،

فكانت مالكيته أبلغ وأكثر . ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتهـــا حيضان ،

---

ولهذا يباع في الاسواق كما تبـــاع الدواب والثياب ، وتجب القيمة في قتله ، كما في البهيمة ( فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ) وقال الأكمل فــإن قلت الدليل أخص من المدعى إذ المدعي أن الطلاق بالزوج حراً كان أو عبداً ، والدليل يدل على أن الزوج إذا كان حــراً كان مالكاً . قلت إذا ثبت ذلك للحر ثبت للعبد لعدم القائل بالفصل.

( ولنا قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ) وهذا الحديث روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، أخرجه الترمذي وابن ماجة . وقال أبو داود بعدأن أخرجه هذا الحديث مجهول . وقـــال الترمذي حديث غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث مظاهر بن أسلم لا يعرف له في العلم غير هذا الحديث . ونقل الذهبي في ميزانـــه تضعيف مظاهر عن أبي عاصم النبيل ويحيى بن معين وأبي حاتم الرازي والبخاري . ونقل توثيقه عن ابن حبان . قلت التوثيق أقوى لأن الأصل في الراوي العدالة . واخرج ابن ماجة هذا الحديث عن ابن عمر مرفوعاً نحـوه سواء ، ورواه البزاز في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه . وقال الدارقطني تفرد به عمر بن مسيب وهو ضعيف لايحتج بروايته والصحيح ما رواه نافع وسالم عن ابن عمر من قوله واخرج الحاكم هذا من حديث ابن عباس، وقال الحديث صحيح ولم يخرجاه . وقال ذلك بعد ان خرج حديث عائشة . وقال مظاهر ابن أسلم شيخ من البصرة ولم يذكره أحد من متقدمي مشايخنا .

وجه الإستدلال بهذا أنه عليه السلام ذكر الأمة بـلام التعريف ولم يكن ثمة معهود ، فكان للجنس ، وهو يقتضي أن يكون طلاق هذا الجنس اثنتين ، فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان بعض الإماء ثنتين ، ولم تبق اللام للجنس .

فإن قيل يجوز أن يكون المراد بها الأمة تحت العبد عملا بالحديثين . أجيب بـــأنه يقتضي أن تكون الهاء في عدتها عائداً لها ، فيكون تخصيصاً لها بكون عدتها حيضتين ، إذ لا مرجع للضمير سواها ، وليس كذلك ، فإن عدة الأمة حيضتين سواء كان حراً أو عبداً بالاتفاق ، وفيه نظر لجواز أن يكون من باب الإستخدام ، ويكون المراد بالأمة أمة تحت

ولأن حل المحلية نعمة في حقها والرق أثر في تنصيف النعم ، إلا أن العقدة لا تتجزأ فتكامل عقدتان. وتأويل ما روي أن الايقاع بالرجال.

وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى .

---

عبد، والضمير عائد إلى مطلق الأمة. والجواب أن ذلك خطابية لا يجري في مقام الإستدلال.

( ولأن حل المحلية ) أي حل أن تكون المرأة محلا للنكاح ( نعمة في حقها ) أي في حق المرأة ، لأنها تتوصل بذلك إلى دور النفقة والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها ( والرق أثر في تنصيف النعم ) فيكون للحر أزيد منه للعبد ولا يملك العبد من التزوج أكثر من اثنتين ، فكذا في حق النساء ، فإنه لا يتزوج مع الحره ولا بعد هذا ، كأنه جواب عما يقال لما كان حل المحلية نعمة في حق الحرة وجب تنصيفه في حق الأمة بتطليقة ونصف، فأجاب بقوله ( إلا أن العقدة ) أي التطليقة ( لا تتجزأ ) أي لا يمكن تجزئتها ( فتكامل عقدتين ) أي تطليقتين .

( وتأويل ما روى ) أي الشافعي ( أن الإيقاع بالرجال ) يعني قوله الطلاق بالرجال أي إيقاع الطلاق بالرجال ، فإن قيل هذا معلوم فلا يحتاج إلى ذكره . أجيب بل كان إلى ذكره حاجة لأن المرأة في الجاهلية إذا كرهت الزوج غيرت البيت ، وكان ذلك طلاقاً منها ، فرفع ذلك بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال .

(وإذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه ثم طلقها وقع طلاقه، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى) لأن ملك النكاح من خواص الآدمية والعبد فبقى فيها على أصل الحرية ، فكان يجب أن يملك النكاح بدون إذن مولاه ، لكن لو قلنا به لتضرر المولى فتركناه .

* * *

# باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية. فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي ، لأن هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره ، فكان صريحاً ، وأنه يعقب الرجعة بالنص ، ولا يفتقر إلى النية ، لانه صريح فيه ، لغلبة الاستعمال .

---

( باب إيقاع الطلاق )

أي هذا باب في بيان إيقاع الطلاق . ولما ذكر أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنوعه من حيث الإيقاع على ما يجيء بيانه مفصلا إن شاء الله تعالى .

( الطلاق ) أي التطليق ( على ضربين صريح ) أي أحدهما صريح وهو ما ظهر المراد به ظهوراً بينا ، بحيث يسبق إلى فهم السامع مراده ( وكناية ) أي والثاني كناية وهي مالا يظهر المراد منه إلا بنية . ثم الطلاق لا يقع بمجرد الغرم والنية عند أئمة العرب وأصحابهم وقال الزهري يقع بمجرد العزم والنية من التطليق .

( فالصريح قوله ) أي قول الرجل لامرأته ( أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي ) أي الطلاق الرجعي ( لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق لا تستعمل في غيره فكان صريحاً وأنه يعقب الرجعة بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ﴾ ٨٢٢ البقرة سماه بعلا فدل على أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية .

فإن قلت لفظ الرد يدل على زوال ملكه . قلت أطلق إسم الرد بعد انعقاد سبب زوال الملك ، فيكون رد السبب من إثبات زوال الملك ، ويكون فسخاً للسبب ،ويطلق الرد على الفسخ كما يقال رده بالعيب ،انه فسخ .

( ولا يفتقر إلى النية لانه صريح فيه لغلبة الإستعمال ) أي على الطلاق ولا دلالة على

وكذا إذا نوى الإبانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ، ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ، أو يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله . ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل . وعند أبي حنيفة « رح » أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص .

---

البينونة ، وهذا باجماع الفقهاء . وقال داود يفتقر الصريح إلى النية لاحتمال غير الطلاق . قلت هذا الإحتمال مرجوح ، فلا يعتبر نفي الاستعمال في الطلاق والنية في تعيين المبهم والإبهام فيها ( وكذا ) أي وكذا يكون معقباً للرجعة ( إذا نوى الإبانة ) بلفظ الصريح ( لأنه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه كالوارث إذا قتل مورثه يحرم الميراث ، لأنه قصد تعجيل ما أخره الشرع .

( ولو نوى الطلاق عن وثاق ) بفتح الواو وكسرها لغتان ، والافصح الفتح ، يعني لو نوى الطلاق عن قيد ( لم يدين في القضاء ) يعنى لم يصدق قضاء . وفي المغرب قولهم يدين أي يصدق ( ولانه خلاف الظاهر ) أي لأن نية الطلاق عن وثاق خلاف الظاهر فلايصدق قضاء ( ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه ) أي لأن كلامه ( يحتمله ) والله مطلع على نيته ( ولو نوى به ) بقوله طالق ( الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الطلاق لرفع القيد ، وهو غير مقيد بالعمل ) بالتذكير . قال الأكمل وهو قيد بتأويل الشخص أو الذات ، وليس بشيء ، بل الضمير يعود إلى القيد الذى يرفعه الطلاق وهو النكاح . وقال الاترازى وهو غير مقيد بالعمل بالنكاح فلا يصح بنية الطلاق عن العمل أصلا ، لا قضاء ولا ديانة . والمعنى أى الزوج غير مقيد المرأة بالعمل فلا تصح نية الطلاق عن العمل أصلا .

( وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ) هذه رواية رواها الحسن عن أبي حنيفة ( لأنه ) أى لأن الطلاق ( يستعمل للتخليص ) فكان معناه أنت

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً . قال ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى ، لانه محتمل لفظه ، فإن ذكر الطلاق ذكر لغة

---

مخلصة عن العمل ، وهذا إذا لم يصرح بذكره . أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولا صدق ديانه وقضاء رواية واحدة .

( ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية ، لانها غير مستعملة فيه عرفاً، فلم يكن صريحا ) إذا لم يكن صريحاً كان كناية لعدم الواسطة ، والكناية تحتاج إلى النية . ولو قال بالطاء أي طالق لا يقع وإن نوى . ولو قال أنت طالق من هذا القيد لم تطلق لأنه لم يرد به قيد النكاح . ولو قال أنت طالق ثلاثاً من هذا القيد طلقت ثلاثاً ولا يصدق في القضاء في ترك الطلاق لأنه لا يتصور رفع هذا القيد ثلاث مرات ، وانما يرتفع ثلاث مرات قيد النكاح . وفي الذخيرة لو قال أنت طالق من قيد اوغل أو عمل ذكر هذه المسألة في موضعين ، فأجاب في أحدهما أن لا يقع في القضاء ، وأجاب في الأخرى أنه يقع في القضاء . وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لو قال أنت طالق من هذا القيد أو من هذا العمل لم تطلق ، وإن قال ثلاثاً تطلق ثلاثاً كما تقدم .

( قال ولا يقع به إلا واحدة ) هذا من كلام القدوري رحمه الله تعالى متصل بقوله – فهذا يقع به الطلاق الرجعي – أي لا تقع بكل واحد من الألفاظ الثلاث المذكورة إلا واحدة ( وان نوى اكثر من ذلك ) كلمة إن واصلة بما قبله وهذا قول الحسن البصري وعمرو بن دينار والاوزاعي والثوري وأبي سليمان وأبي ثور .

( قال الشافعي يقع ما نوى ) من ثنتين أو ثلاث ، وبه قال مالك والليث وزفر وأحمد في رواية وهو مذهب الظاهرية ، وهو قول أبي حنيفة الأول ، ولم يرتضيه ورجع عنه ، ذكره في المبسوط . وفي البدائع وهو غير ظاهر الرواية ، لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق يعني لفظ الطالق ( ذكر للطلاق لغة ) لكون لفظ الطالق نعته وهو لا يتحقق

كذكر العالم ذكر للعلم ، ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصباً على التمييز . ولنا أنـــه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان، وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد ، لأنـه ضده وذكر الطالق ذكر للطلاق هو صفةللمرأة لا الطلاق والطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف ،معناه طلاقاً ثلاثاً، كقولك أعطيته جزيلاً،أي عطاء جزيلاً.

---

بدون المشتق منه ( كذكر العالم ذكر للعلم ) لان ذكر النعت يقتضي وصفاً ثابتاًبالموصوف لغة ، فإن ذكر العالم ذكر لعلم قام بالموصوف لا بالواصف .

( ولهذا ) أي ولكونه محتمل لفظه ( يصح قران العدد به ) أي بقوله أنت طـالق ( ويكون ) أي العدد ( نصبا على التمييز ) والتمييز من محتملات اللفظ لما صح التمييز .

( ولنا انه ) أي قوله أنت طـــالق ( نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق ، فلا يحتمل العدد ) اى النعت الفرد لا يحتمل العدد ( لان الضد لا يحتمل الضد ، وذكر الطالق ) جواب عن قوله – فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة – وتقديره بـأن ذكر الطلاق ( هو صفة للمرأة ) لانه نعت من الثلاثي ، وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة ( لا للطلاق ) يعني ليس بصفة الطلاق ( هو تطليق ) يعني الطلاق الذى هو بمعنى التطليق ، كسلام بمعنى التسليم ، ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ضرورى تتصف به المرأة ليس بفعل الزوج ، لكنه يقتضي الثاني تصحيحاً له ، فكان ثابتاً ضرورة صحة الكلام مقتضى ، ولا عموم له .

( والعدد الذى يقترن به ) جواب عن قوله – ولهذا يصح قران العدد به – تقريره ان العدد الذى يقرن ، أى بقوله أنت طالق ( نعت لمصدر محذوف معناه طلاقاً ثلاثاً ) يعني انت طالق طلاقاً ثلاثاً ، فلا يـــدل على وقوع الثلاث الا لمصدر المحذوف الموصوف بالثلاثة لا قوله أنت طالق ، ثم مثل لوقوع المصدر المحذوف المنعوت بقوله ( كقوله ) أى كقول القائل (أعطيته جزيلا أى عطاء جزيلا ) فالذى دل على هذا ، كثرة العطاء هو المصدر المحذوف المنعوت ، لاقوله أعطيته لانه لا يدل إلا على مجرد الإعطاء فافهم .

ولو قال أنت الطلاق ، أو أنت طلاق الطلاق ، أو أنت طالق طلاقاً ، فإن لم تكن له نية أو نوى واحـــدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث . ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر ، لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق ، فإذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة أولى واما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم، يقال رجل عدل أي عادل ، فصار بمنزلة قوله أنت طالق ، وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقـع الطلاق بـه أيضاً ،

---

( ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقاً ، فإن لم تكن له نيـــةأو نوى واحدة ) أي أو نوى بواحد من هذه الالفاظ الثلاث طلقة واحدة ( أو ثنتين ) أي او نوى طلقتين ( فهي ) اى الطلقة بهـــذه الالفاظ طلقة ( واحدة رجعية ) فوقع الطلاق بهذه الالفاظ ظاهراً لانها صريحة في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ( وإن نوى ثلاثاً ) اى ثلاث طلقات طلقة ( فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية ) وهو قوله أنت طالق الطلاق ( والثالثة ) أي وقوع الطلاق باللفظة الثالثة ، وهو قوله أنت طالق طلاقاً ( ظاهر ) بالرفع خبر لقوله ووقوع الطلاق .

( لأنه ) أي لأن الرجل ( لو ذكر النعت ) أي الصفة ( وحده يقع به الطلاق فـإذا ذكره ) أي فإذا ذكر النعت ( وذكر المصدر معه ) اي مع النعت ( وانه ) اي والحال أن ذكر المصدر مع النعت ( يزيد وكاده ) اي يزيد المصدر وكادة ، اي تأكيداً كقولـك قمت قياماً ، وقعدت قعوداً ، وقوله ( أولى ) جواب إذا .

( واما وقوعه باللفظة الأولى ) وهو قوله أنت الطلاق ( فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم ، يقال رجل عدل ، أي عادل ) للمبالغة ( فصار ) أي قـــوله انت الطلاق(بمنزلة قوله أنت طالق ) وعلى هذا لو قال انت طلاق ، يقع الطلاق به ايضاً ) لأنه بمعنى طالق، والخلاف في قوله أنت الطلاق صريح أو كناية ، فعندنا ومالك والشافعي في قول صريح وقال الشافعي إنها كناية ، وبه أخذ القفال .

ولا يحتاج فيه إلى النية، ويكون رجعياً لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه، وتصح نية الثلاث، لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنـــه اسم جنس فيعتبر كسائر أسماء الأجناس، فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها، خلافاً لزفر «رح» . هو يقول أن الثنتين بعض الثلاث فلمـــا صحت نية الثلاث، صحت بعضهـا ضرورة، ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً حتى لو كانت المرأة أمـــة تصح نية الثنتين باعتبار معنى

---

فإن قلت أنت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية الثلاث ، كما لا يصح في انت طالق . قلت اجيب بأن نية الثلاث إنما لا يصح في طالق ، لانه نعت فرد كما تقدم ، واما الطلاق فهو مصدر في اصله ، وإن وصفت به يلمح فيه جانب المصدريـة ، وصحت نية الثلاث . وقال الطحاوي في مختصره فلو قال انت طالق لم يكن اكثر من واحدة وإن نوى اكثر منها ، وفرق بينه وبين انت الطلاق للتعريف، وليس ذلك بمشهور بين اصحابنا.

( ولا يحتاج فيه إلى النية ، ويكون رجعيا لما بينا ، لأنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس ) يتناول القليل والكثير ( فيعتبر كسائر اسماء الاجناس فيتناول الأدنى ) وهو الواحد ( مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافــاً لزفر ) فإنه يقول يصح نية الثنتين وبـــه قال الشافعي ومالك .

( هو ) اي زفر ( يقول ان الثنتين بعض الثلاث ، فلما صحت نية الثلاث ) بالإجمـاع ( صحت نية بعضها ضرورة ) لأن المصدر يحتمل الواحد والاثنين ، ولهذا يصح ان يوصف به ، فتصح النية ، لانه يحتمل لفظه . ويقول زفر قـال مالك والشافعي ( ونحن نقول ) يعني في جواب زفر ( نية الثلاث إنما صحت لكونه جنساً ) اي لكون الثلاث جنساً للطلاق من حيث العددية ; حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى

الجنسية ، أما الثنتان في حق الحرة عدد ، واللفظ لا يحتمل العدد ، وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان ، وذلك إما بالفردية أو الجنسية ، والمثنى بمعزل منهما . ولو قال أنت طـــالق الطلاق ، وقال أردت بقولي طالق واحـــدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق ، لأن كل واحـــد منهما صالح للإيقاع ، فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان

---

الجنسية في حقها ) لان ذلك جنس طلاقها ( اما الثنتين في حق الحـرة عدد ) اى عدد محض لا واحد حقيقة ، ولا واحد اعتباراً ( واللفظ ) اي لفظ الاثنين ( لا يحتمل العدد) لعدم صدق حد العدد عليه .

( وهذا ) اي كون اللفظ لا يحتمل العدد ( لان معنى التوحد مراعى في ألفـــاظ الوحدان ) بضم الواو جمع واحد قال الجوهرى الواحـــد اصل العدد والجمع وحدان مثل شاب وشبان ، ومراعاة التوحد إما باعتبار الذات كزيد وإما باعتبار النوع كـرجل ، وإما باعتبار الجنس كالحيوان ، ولا تنوع في لفظ الطلاق . فلا بد من مراعاة التوحد فيه .

( وذلك ) أي مراعاة التوحد يكون بأخذ الأمرين ( إما بالفردية ) بطريق الحقيقة او بطريق الإعتبار ، وأشار إليه بقوله( أو الجنسية ) وهو بطريق الاعتبار كما قلنا إن صحة النية في الثلاث بقوله أنت طالق باعتبار ان الثلاث جنس طلاقها وهو واحد اعتباراً عند تعدد الأجناس ، فصحت النية بالثلاث باعتبار أن الثلاث واحد لا باعتبار أنها عـدد (والمثنى بمعزل منها ) أي الإثنان بمعزل من الفردية والجنسية ، لأنـــه لم يوجد فيه معنى التوحيد لا بحسب الذات ولا بحسب الجنسية ، ومعنى بمعزل بعيد عنه . وقال ابن دريد يقال انا عن هذا الأمر بمعزل أي متنح .

( ولو قال أنت طالق الطلاق ، فقال أردت بقولي طـــالق واحدة ، وبقولي الطلاق أخرى ) أي طلقة اخرى (يصدق لأن كل واحد منهما) أي من قوله طالق ومن قوله الطلاق (صالح للايقاع ) بإضمار انت (فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعيتان ) اي طلقتان رجعيتان

إذا كانت مدخولا بهـــا ، وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها ، أو إلى ما يعـبر به عن الجملة وقع الطلاق ، لأنه أضيف إلى محله ، وذلك مثل أن يقول أنت طالق ،لأن التاء ضمير المرأة أو يقول رقبتك طالق ، أو عنقك طالق ، أو رأسك طالق ، أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك ، لأنه يعبر بها عن جميـــع البدن . أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما ،قال الله تعالى ﴿ فتحرير رقبة ﴾ ٩٢ النساء ، وقال ﴿ فظلت أعناقهم ﴾ ٤ الشعراء ،

---

( إذا كانت مدخولاً بها ) وإن كانت غير مدخول بها ألغى الثاني ، وهو قياس قـــول الشافعي . وقال الاترازي هكذا نقله في شرح الجامع الصغير عن الفقيه أبي جعفر ، وذلك مروي عن ابي يوسف ومنعه فخر الإسلام البزدوي لان طالق نعت وطلاقاً مصدره ، فلا يقع إلا واحدة ، وكذا فى انت طالق الطلاق .

( وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها ) اي إلى جملة المرأة مثل قـوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة ( او إلى ما يعبر به عن الجملة ) اي او اضاف الطلاق إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق ( وقع الطلاق لأنه اضيف إلى محله ) اي لأن الطلاق اضيف إلى محله وهي المرأة ، لأن التاء ضمير المخاطبة وهي عبارة عن المـــرأة ( وذلك ) إشارة إلى قوله لانه اضيف إلى محله ( مثل ان يقول انت طالق لأن التاء ضمير المرأة ) وهي عبارة عنها كما ذكر ( او يقول ) بالنصب عطفاً على قـــوله ان يقول ( رقبتك طالق وعنقك وروحك أوبدنك أو فرجك أو جسدك أو وجهك لأنه يعبر بها ) اي بهذه الالفاظ ( عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر ) لأنها عبارة عن جملة المرأة ( وكذا غيرهما ) اي غير الجسد والبدن من الألفاظ المذكورة ظاهر .

ثم شرع في بيان ذلك ويوضحه بقوله ( قال الله تعالى ﴿ فتحرير رقبة ﴾ ٩٢ النساء ) اي تحرير مملوك ولم يرد الرقبة بعينها ( وقال الله تعالى ﴿ فظلت اعناقهم لها خاضعين ﴾ ٤ الشعراء ) وأراد بالاعناق الذوات ولهذا لم يقل خاضعة ولو أريد بهـا حقيقة العنق لقيل

وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ، ويقال فلان رأس القوم ووجه العرب ، وهلك روحه بمعنى نفسه .

---

خاضعة ( وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ) واراد بالفروج النساء ، وهذا الحديث غريب جداً .

وقال مخرج الأحاديث ولهذا يعد شيخنا علاء الدين حيث استشهد بحديث أخرجه ابن عدي في الكامل قال ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي ﷺ نهى عن ذوات الفروج ان يركبن السروج ، فإن المصنف استدل بالحديث المذكور على أن الفروج هي الأعضاء التي يعبر به عن جملة المرأة كالوجه والعنق ، بحيث يقع الطلاق بإسناده إليه . وحديث ابن عدي أجنبي عن ذلك ، واخرج ابن عدي أيضاً عن علي بن علي المزني عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال نهى رسول الله ﷺ ذوات الفروج أن يركبن السروج ، وضعفه يعلى بن أبي علي وقال انه مجهول .

( ويقال فلان رأس القوم ) أي كبيرهم وليس المراد به العضو بل الشخص وكذا يقال فلان اعتق كذا وكذا رأسا ، ويقال امري حسن ما دام رأسك سالماً ، لكن ، هذا فيما إذا تكلم بإضافة الرأس ، اما إذا قال رأسك طالق والرأس منك طالق ووضع يده على رأسها وقال هذا العضو منك طالق ، فقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لا يقع بشيء ووجهه ان لا يراد به الذات ( ويا وجه العرب ) اي انت وجه ، لان الاستعمال شائع بين العرب بقول بعضهم لبعض يا وجه ويريدون به الذات وقال الله تعالى ﴿كل شيء هالك إلا وجهه﴾ اي ذاته ( وهلك روحه اي نفسه ) اراد به الذات . وفي الينابيع اي ان اضافة الى العضو لا يبقى الإنسان بفقده يقع وإن كان يبقى بفقده ولا يقع ، ومثله في العتق لا يبقى الإنسان بفقده وقيل يرد عليه القلب. قال المرغيناني لا رواية في القلب.

وفي المحيط وإن كان عضو لا يعبر به عن البدن لا يقع وإن نوى ولو قال بعضك طالق ذكر شمس الائمة السرخسي انها لا تطلق ، وذكر شمس الائمة الحلواني انها تطلق . وفي الزيادات لو قال وبرك طالق لايقع ، وفي خزانة الاكمل لو قال إستك طالق يقع عندأبي يوسف كما لو قال فرجك. وفي الروضة لوقال إستك طالق يقع ولم يحك خلافاً ولاقول لاحمد

ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمـــه هدر ومنه النفس وهو ظاهر ، وكذلك ان طلق جزءاً شائعاً مثل أن يقول نصفك طالق ، لأن الجزء الشائع محــل لسائر التصرفات كالبيع وغيره ، فكذا يكون محلاً للطلاق ، إلا انه لا يتجزأ في حق الطلاق ، فيثبت في الكل ضرورة ، ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعي « رح » يقع ،

---

ولو قال خرتك طالق أو بلغمك أو ظفرك او اصبعك او شعرك لا يقع ( ومن هذا القبيل الدم) اي مما يعبر به عن جملة البدن الدم ، بأن قال دمك طالق انه يقع في رواية هي رواية كتاب الكفالة ، فانه لو غل بدم الانسان يصح او اشار في كتاب العتاق ان اضافــة الطلاق الى الدم لا تصح فانه لو قال دمك حر لا يعتق ، وانما قال من هذا القبيل لان القدوري لم يذكر هذا .

( يقال دمه هدر ) يراد به ان نفسه هدر ( ومنه ) اي ومن هذا القبيل ( النفس وهو ظاهر ) لان النفس عبارة عن الذات ( وكذا ) اي وكذا يقع الطلاق ( ان طلق جــزءاً شائعاً منها مثل ان يقول ان نصفك طالق او ثلثك طالق لان الجزء الشائــع محل لسائر التصرفات كالبيــع وغيره ) .

نحو الوصية ( فكذلك يكون محلا للطلاق ، إلا انه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ) اي يثبت الطلاق في كل المرأة ( ضرورة ) اي لاجل الضرورة ، وهو عــدم إمكان التجزؤ .

( ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق ، لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعي يقع ) وبه قال مالك وأحمد . وفي السروجي ولو أضاف الطلاق الى يديها او رجليها يقع عند بعض اصحابنا ، بخلاف اليد الواحدة وقال القاضي الاشبه بمذهب أصحابنا انه لو اراد باليد جميع البدن يقع . وقال شمس الائمة سبط بن الجوزي في الانصاف لو نوى باليد جميع البدن

وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن . لهما أنه جزء متمتع بعقــــد النكاح ، وما هذا حاله يكون محلاً لحكم النكاح ، فيكون محلاً للطلاق ، فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل ، كما في الجزء الشائع ، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدي ممتنـع إذ الحرمـة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء ،

---

يقع ( وكذا الخلاف ) اي بيننا وبين زفر والشافعي ( في كل جزء معين لا يعبر بـــه عن جميع البدن ) كالاصبع واليد والرجل ، وقد بقيت أعضاء لم تذكر وهي الأذن والحاجب والانف والخـــد والصدر والثدي والسن والكتف والخاصرة والجنب والركبة والقدم والرئة والمرارة وغيرها مما يشبهها ، ويؤخذ حكمها مما تقدم . وعند زفر والائمة الثلاثة يقع الطلاق في جميع ذلك الا عند أحمـــد لا يقع في السن والظفر والشعر كقولنا ، وفي البسيط لا يقع بالاضافة الى الجنين وفضلاتها كالبول والمني واللبن والمخاط والدمع والعرق ، وفيه وجه انه يقع إلا في الجنين ، والدمع قيل كالفضلات ومنهم من قطع بالوقوع به وفي الاعضاء الباطنة كالكبد والرئة والقلب ونحوها يقع ، وفي حياتها وروحها يقـع وسمنها وشحمها تردد ولا حياة في الشحم ، وفي الصفات كالحسن والقبح واللون لا يقع ولم يذكر الطول والعرض والقصر .

( لهما ) أي لزفر والشافعي ( انه ) اي ان الجزء المعين ( جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حال ) اى الذي يكون الاستمتاع بعقد النكاح حاله ( يكون محلا لحكم النكاح ) وكل ما كان الشيء محلا للنكاح ( فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم ) اى حكم الطلاق ( فيه ) اى في الاستمتاع ( قضية للاضافة ) اى توفية لاضافة الطلاق فيه ( ثم يسري إلى الكل ) اي إلى كل المرأة ( كما في الجزء الشائع ) يسري الى الكل ( بخلاف مـا اضيف النكاح إليه ) وهذا جواب عما يقال لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح ، لانعقد النكاح إذا اضيف اليه ، ثم يسرى الى الكل . فأجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح .

(لان التعدى) اى السراية (ممتنع إذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء)

وفي الطلاق الامر على القلب . ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها ، وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد ، لانه ينبىء عن رفع القيد ، ولا قيد في اليد ، ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه ، بخلاف الجزء الشائع ، لانه محل للنكاح عندنا ، حتى تصح إضافته إليه ، فكذا يكون محلاً للطلاق .

---

فيمنع من السريان ( وفي الطلاق الامر على القلب ) يعني مضى الطلاق على غلبة الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الاجزاء

( ولنا انه أضاف الطلاق الى غير محله فيلغو ) يعني لا يقع ( كما اذا اضافه ) اى الطلاق ( الى ريقها ) بأن قال ريقك طالق ( او ظفرها ) بأن قال ظفرك طالق وهذا توضيح لما قبله ( لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ) اى الطلاق (ينبىء عن رفع القيد ولا قيد في اليد) لانه عبارة عن المنع مع القدرة عليه ، واليد لا توصف بكونها قادره عليه ، فلا توصف بالقيد ( ولهذا ) اى ولاجل عدم معنى القيد فيها ( لا يصح اضافة النكاح اليها ) فلو قال نكحت يدك وقبلت المرأة لا ينعقد النكاح ( بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا حتى يصح اضافته إليه ) اى اضافة النكاح الى الجزء الشائع (فكذا يكون محلا للطلاق ) وقد مر عن قريب .

فان قيل قد جاء في الآية والحديث ان اليد تطلق على كل البدن ، قال الله تعالى ﴿ تبت يدا ابي لهب ﴾ ١ المسد اى نفسه . وقال عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ، فلم لا يقع الطلاق باعتبار أنه يعبر عن الكل . قلنا قد ذكر في الأسرار والمبسوط أراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وفي الآية اضاف الهلاك إلى اليد لأنه أراد رمي النبي ﷺ بالحجر ، فكان ذلك دليلا على أن المراد به جميع البدن . ولو كان في عرف القوم عبارة عن البدن يقع الطلاق بإضافته إلى اليد . والطلاق يبنى على العرف ، حتى لو لم يكن في بلاد ذلك العرف لا يقع . ولهذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ، والعربي إذا تكلم به وهو لا يدري ما هو لم تطلق . وهذا باب لا مناقشة فيه .

واختلفوا في الظهر والبطن ، والأظهر أنه لا يصح لانه لا يعتبر بهما عن جميع البدن ، وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلث تطليقة كانت طالقاً تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل ، وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا .

---

( واختلفوا في الظهر والبطن ) يعني إذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق ، لأن الظهر والبطن في معنى الأصل ، إذ لا يتصور النكاح بدونهما ، ويعبر بالظهر عن الكل كما يقال فلان يقوي ظهرك ، وقوله ﷺ لا صدقة إلا عن ظهر غنى ( والأظهر انه لا يصح الطلاق ) اي لا يقع الطلاق ( لانه لا يعبر بهما ) أي الظهر والبطن عن جميع البدن . ولو قال ظهرك او بطنك علي كظهر أمي لا يكون مظاهراً .

( فإن طلقها نصف تطليقة ) بأن قال أنت طالق نصف تطليقة ( او ثلثها ) اي او قال انت طالق ثلث تطليقة ( كانت طالقاً تطليقة واحدة ، لأن الطلاق لا يتجزأ وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل ) هذا قول عامة العلماء . وقال نفاة القياس وربيعة الرأي لا يقع شيء بذلك النصف والجزء وثلث من الف جزء من الطلاق ( وكذا الجواب في كل جزء سماه ) يعني يقع واحدة ، وذلك كالعفو عن بعض القصاص يكون عفواً عن الكل ( لما بينا ) وهو انه لا يتجزأ وذكر بعضه كذكر كله . ولو قال انت طالق نصفي تطليقة يقع واحدة لأنه أوقع أجزاء تطليقة واحدة ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . ولو قال لموطوأته انت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة يقع ثلاث لأنه أوقع من كل تطليقة واحدة جزء ، فإنه نكر التطليقة في كل كلمة ، والنكرة إذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الأولى ، وفي غير الموطوءة يقع واحدة ، لأنها بانت بالأولى ، كما لو قال انت طالق وطالق ، ولو قال نصف تطليقة وثلثها وربعها يقع واحدة لأنه اضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة بحرف الكناية ، وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح .

وقال بعض المشايخ يقع ثنتان وبه قال الشافعي في أحد قوليه . ولو قال لأربع نسوة بينكن تطليقة طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة ، وبه قال الشافعي . وكذلك

ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثاً ، لأن نصف التطليقتين تطليقة ،فإذا جمع بين ثلاثةأنصاف تطليقتين تكون ثلاث تطليقات ضرورة . ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان ، لأنها طلقة ونصف ، فتكامل. وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها ، فيصير ثلاثاً . ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحـدة إلى ثنتين فهي واحدة . وإن قال من واحدة إلى ثلاث

---

بينكن تطليقتان او ثلاث او أربع ، إلا إذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعاً يقع على كل واحدة منهن ثلاث تطليقات ، إلا في التطليقتين . فإنه يقع على كل واحدةمنهن تطليقتان، وإن قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين ، وكذا ما زاد إلى ثمان . فإن زاد عن الثمان فقال تسع طلقت كل واحدة منهن ثلاثاً ، فإن زاد على الثمان فكل واحدة منهن طالق ثلاثا .

( ولو قال لها أنت طالق ثلاثــة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثــة . لان نصف التطليقتين تطليقة ، فإذا جمع بين ثلاثة انصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة ) وهذه من خواص الجامع الصغير وهو ظاهر ( ولـــو قال لها انت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان ) وهذا هو المنقول في الجامـــع الصغير عن محمد ، وإليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابى في شرح الجامع الصغير . وقال العتابي هو الصحيح ( لأنها تطليقة ونصف فيتكامل ) اي النصف فيصير تطليقتين .

( وقيل يقع ثلاث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلاثـــاً ) اي ثلاث تطليقات .

( ولو قال انت طالق من واحدة إلى ثنتين او ما بين واحدة ) اي لو قال انت طالق ما بين واحدة( إلى ثنتين فهي واحدة ) اي طلقة واحدة ( ولو قال من واحدة إلى ثلاث

أو ما بين واحـــدة إلى ثلاث فهي ثنتان ، وهـذا عند أبي حنيفة «ر ح» ، وقالا في الاولى ثنتان ، وفي الثانية ثلاث . وقال زفر «رح» وهي في الاولى لا يقع شيء ، وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس ، لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية ،

---

او ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان ) اي طلقتان ( وهذا ) اي المذكور في الحكم (عند ابي حنيفة . وقـــالا في الأولى ) أي في المسألة الأولى ( يقع ثنتان ) اي طلقتان ( وفي الثانية ) أي في المسألة الثانية ( ثلاث ) أي يقع ثلاث تطليقات .

( وقال زفر في الأولى لا يقع شيء ، وفي الثانية يقع واحدة هذا ) الكلام مشتمل على الغايتين فعندهما تدخل الغايتان وعند زفر لا يدخلان ، وعند ابي حنيفة يدخل الإبتداء دون الانتهاء – والقسم الرابع هو ان يدخل الانتهاء دون الابتداء ولم يقل بـــه أحد ، واختلفوا فيه قال من واحدة إلى واحدة ، والصحيح انه يقع واحدة ويلغوا آخر كلامه ، ذكره قاضي خان ، وعلل بأن الشيء الواحد حداً ومحدوداً ، فيلغوا آخر كلامه ويبقى قوله أنت طالق . وقال السروجي فيه نظر لأن إلى واحدة نكرة ، وهي غير الـواحد بالاولى فلا تكون الواحدة حداً ومحدوداً .

من جوامع الفقه من واحدة إلى واحدة ولم يحك خلافاً ، ومن واحدة إلى اخرى وإلى الثانية واحدة عنده ، وعندهما ثنتين ومن ثنتين إلى ثنتين اثنتان عندهما ، وعنده ثلاث . في المبسوط ما بين واحدة إلى اخرى على قياس قول زفر لا يقع شيء . وعند ابي حنيفة يقع واحدة ، وعندهما ثنتان . ومن واحدة إلى واحدة قيل على الخلاف وقيل تقع واحدة بالاتفاق ، وتلغو الغاية وفيه مـــا بين واحدة إلى الثلاث او من واحدة إلى الثلاث فهو واحدة في القياس ، وبه قال زفر ، وعندهما ثلاث وعند ابي حنيفة ثنتان .

( وهو القياس ) اي قول زفر هو القياس ( لان الغايـــة لا تدخل تحت المضروب له الغاية ) أي تحت الشيء التي تضرب له الغاية ، وهو المعنى لان الغايـة إنما تذكر للفصل بينها وبين المضروب ، فينبغي ان لا يدخل تحته ليحصل الفصل بينهما كما في المسوحات،

كما لو قال بعت منك من هـذا الحائط إلى هذا الحائط . وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد بـــه الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة . ولأبي حنيفة « رح » أن المراد بـــه الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين ومـــا بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه ،

---

كذا في جامع البرهاني ( كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط ) لا يدخل الجدار في البيع

( وجه قولهما ) اى وجه قول أبي يوسف ومحمد ( وهو الاستحسان . أن مثل هـــذا الكلام متى ذكر في العرف ) أي في عرف الناس ( يراد به الكل ، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائه ) كان له أن يأخذ المائة ، وكذا لو قال كل من الملح إلى الحلو يريد به تعميم الاذن، وكذا لو قال اشترى لي هذا العبد من مائة إلى ألف يكون له إذن بالشراء بألف ، إذ مطلق الكلام يحمل على المتعارف .

( وجه قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن المراد بمثله ) [1] أي بمثل هذا الكلام بحسب العادة ، وهو أيضاً يحتج بالعادة ( الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ) وهو مـــا بينهما ( فانهم يقولون سني من ستين إلى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه ) يعني الاكثر والاقل من الاكثر .

قال الاترازي فيه نظر لانـــه لا يتمشى من واحدة الى ثنتين . وأجيب بأنه يتمشى أيضاً لان الاكثر فيه الثلاث ، والاقل فيه الواحد والاكثر من الاقل ، والاقل من الاكثر الثنتان . وقيل هذا ليس بشيء ، لان قوله – لان الاكثر فيه يعني في الطلاق – وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في الاقل والاكثر من كلام المتكلم ، والثلاث غير مذكورة فيه.

---

(١) هذه غير عبارة المصنف ، وربما هي من نسخة أخرى ، ا هـ مصححه .

وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكر ، والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد أن تكون موجودة لتترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها

---

وقال الاكمل قوله ان المراد به الاكثر من الاقل إذا كان بينهما ، وذلك في قوله - من واحدة الى ثلاث وقوله والأقل من الأقل معناه إذا لم يكن بينهما ، وذلك كما في قوله من واحدة إلى ثنتين - وعلى هذا سقط الاعتبار ، انتهى .

وقد حاج أبو جعفر زفر حيث قال له كم سنك ، فقال سني ما بين ستين إلى سبعين ، فقال له انت اذا ابن تسع سنين ، فتحير زفر . وقال فخر الاسلام حاج الاصمعي زفر على باب الرشيد ، فقال له ما قولك في رجل قيل له ما سنك فقال ما بين ستين إلى سبعين أن يكون ابن تسع سنين . وقال استحسن في مثل هذا ما ذكر لابي يوسف ومحمد . وقال الاترازى وجوابه ان المراد في العرف والعادة من قول الرجل سني ما بين العددين المذكورين ، ولا شك ان العدد الذى بينهما اكثر من ستين ، وما كان اكثر من ستين كيف يكون تسعة ، ولا يصح سؤال الاصمعي ، وكذا يقول زفر في قوله ما بين واحد الى ثلاث ان المراد ما بين العددين ، وهذا ما ساعد به خاطرى زفر في هذا العلم .

( وارادة الكل ) جواب عن قولهما يراد به الكل كما في قوله خذ من درهم الى مائة ، تقديره أن ارادة الكل ( فيما طريقه طريق الاباحة كما ذكر ) اى أبو يوسف ومحمد في قوله خذ من مالي ( والاصل في الطلاق الحظر ) فلا يراد الكل حتى لا ينسد باب التدارك

( ثم الغاية الاولى ) جواب عن قول زفر ، ووجهه انه لا تدخل الغايتان ، تقديره ان الغاية الاولى وهي الواحدة ( لا بد ان تكون موجودة لتترتب عليها الثانية ) اى الغاية الثانية ، لانه لا ثانية الا بعد الاولى ( ووجودها بوقوعها ) حاصله أن القياس ما قاله زفر ان الغاية لا تدخل تحت المغيا ، الا انه لا بد من ادخال الاولى ، لانه اوقع الثانية قبل الاولى ، فدعت الضرورة الى وجودها ، ووجودها بوقوعها . اما ايقاع الثانية يصح بلا ايقاع الثالثة ، فأخذنا فيه بالقياس .

بخلاف البيع، لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ، ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء ، لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر . ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم تكن له نية فهي واحدة . وقال زفر «رح» تقع ثنتان لعرف الحُسَّاب وهو قول الحسن بن زياد «رح» . ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب

---

( بخلاف البيع ) هذا جواب عن قول زفر ان الحدين لا يدخلان في المحدود ، كما في قوله بعت من هذا الحائط ، فأجاب بقوله بخلاف البيع ( لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ) فلم تقع الضرورة الى ادخال الغاية في المغيا ، فبقيت الغاية خارجة عن المغيا على أصل القياس ( ولو نوى واحدة ) يعني في قوله ما بين واحدة الى ثلاثة او في قوله من واحدة الى ثلاث ( يدين ديانة ) يعني يصدق ديانة ( لا ) يصدق ( قضاء لانه محتمل كلامه، لكنه خلاف الظاهر ) لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يستعمل لارادة الاقل من الاكثر الى آخره .

( ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم يكن له نية فهي واحدة) أي طلقة واحدة(وقال زفر تقع ثنتان لعرف الحساب) بضم الحاء وتشديد السين جمع حاسب ، يعني هو معروف عندهم ان واحدة في ثنتين ثنتين ( وهو ) اى قول زفر ( قول الحسن بن زياد ) ومالك والشافعي في وجه .

( ولنا ان عمل الضرب أثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ) أى فيما ليس له طول وعرض وعمق ، اما في الممسوحات يعني فيما له طول وعرض ، يكون لبيان تكثير المضروب ، فإنه لو زاد بالضرب في نفسه لم يبق أحد فى الدنيا فقير لانه يضرب ما مسكه من درهم فى مائة فيصير مائه ويضرب المائة فى ألف ، فيصير مائة الف . وقال الاكمل الغرض ازالة كسر يقع عند القسمة ، فمعنى واحدة فى ثنتين واحدة ذات جزئين . وقال الاترازى وجه قول أصحابنا ، والضرب أثره فى تكثير اجزاء المضروب

وتكثير أجزاء التطليقة لا يوجب تعددها ، فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث، لانه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع ، والظرف يجمع إلى الظروف ، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين ، وإن نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث ، لان كلمة في تأتي بمعنى مع ، كما في قوله تعالى ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ، أي مع عبادي، ولو نوى الظرف يقع واحدة ، لان الطلاق لا يصلح ظرفاً

---

لا في زيادة العدد ، والطلاق الذى له اجزاء كثيرة مثل الطلاق الذى لـه اجزاء قليلة ، ولهذا لو قال لها أنت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة ، وعلى هـذا إذا أقر وقال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى الحساب والضرب فعندنا يلزمه عشرة،وعند زفر يلزمه مائة،الا ان ينوي الواو أو مع،فحينئذ يلزمه جميع ذلك ، ويحلفه بالله ما أردت الاقرار بذلك كله إذا كان الخصم يدعيه .

( وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها ) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وربعها وثمنها لم يقع الا واحدة ( فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث ) أى ثلاث تطليقات ( لأنه يحتمله ، فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ) لأن بينهما اتصالاً ( ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة ) أي طلقة واحدة ( كما في قوله واحدة وثنتين ) أي كما يقع واحدة في قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة وثنتين .

( وإن نوى واحدة مع ثنتين ) يعنى قوله أنت طالق واحدة في ثنتين ( يقع الثلاث ) اي ثلاث تطليقات ( لان كلمة في تأتي بمعنى مع ، كما في قوله تعالى ﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ) اي مع عبادي ) ويقال دخل الأمير في جنده ، أي مع جنده . وقال صاحب الكشاف لا تكون في بمعنى مع ها هنا ، إذ لو نوى كذلك لما قيل وادخلي جنتي ، وقال على الحقيقة ، اى ادخلي في جملة عبادى .

( ولو نوى الظرف تقع واحدة ، لان الطلاق لا يصلح ظرفاً ) لان احد العددين لا

فيلغو ذكر الثاني . ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان ، وعند زفر « رح » ثلاث ، لأن قضيته أن يكون أربعاً ، لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث ، وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه . ولو قال أنت طالق من ها هنا إلى الشام ، فهي واحدة يملك الرجعة . وقال زفر « رح » هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول

---

يصلح ظرفاً للآخر ، وبين الظرف والمظروف من الهيئة فاستعير له ، ولو نوى الظرف يقع واحدة ، لان الطلاق معنى فهي لا يصلح ان يكون ظرفاً للغير ( فيلغو ذكر الثاني ، ولو قال اثنتين في اثنتين ) اى لو قال أنت طالق اثنتين في اثنتين ( ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان ) وبه قال الشافعي في الاظهر ( وعند زفر ثلاث ) يعني يقع ثلاث طلقات ، وبه قال الحسن ومالك والشافعي فيوجه وأحمد ( لان قضيته أن يكون أربعاً) بعرف الحساب ( لكن لا مزيد في الطلاق على الثلاث ، وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ) يعنى أن الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ، وعلى هذا الخلاف مسائل الإقرار بان قال عشرة في عشرة ، أو درهم فى دينار ، أو كرحنطة فى كر شعير لم يكن عليه إلا المذكور أولاً عندنا ، إلا ان يقول الواو أو حرف مع فيلزمه جميع ذلك ، فحلفه القاضى بأنه ما أراد الجمع إذا ادعى الخصم الجميع ، كذا فى المبسوط .

( ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام ) قال الاترازي الشام بسكون الهمزة ناحية بلد . قلت ليس كذلك ، بل هو اسم لصقع يجمع بلاداً كثيرة وأعظمها دمشق ( فهى واحدة تملك الرجعة . وقال زفر هى بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ) هذا التفصيل فيه نظر ، فانه لو قال أنت طالق تطليقة واحدة ونص على الطول تقع رجعية عنده ، فيحتمل أن يكون عنه روايتان فى المسألة ، ويحتمل ان يستفاد من قوله ـ ها هنا إلى الشام ـ المبالغة فى الطول والزيادة فيه .

قلنا لا بل وصفه بالقصر متى وقع وقع في الأماكن كلها . ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذلك لو قال أنت طالق في الدار ، لأن الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان ، وإن عني به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى الإضمار وهو خلاف الظاهر . ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة ، لأنـــه علقه بالدخول . ولو قال في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنته بين الشرط والظرف، فحمل عليه عند تعذر الظرفية

---

( قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع فى مكان وقع فى الاماكن كلها ) فلمـــا خصه ببعض الاماكن يكون وصفاًله بالقصر ، والطلاق لا يحتمل الطول والقصر حقيقة ، وإنما يحتمل ذلك حكماً ، والقصر من حيث الحكم هو الرجعى .

( ولو قال أنت طالق بمكة أو فى مكة فهى طالق فى الحال فى كل البلاد ، وكذا قوله أنت طـالق فى الدار ، لان الطلاق لا يتخصص بمكان دون مكان لان المطلقة فى مكان مطلقة فى كل مكان ( وان عنى به ) أى وإن قصد بقوله انت طالق بمكة ( إذا أتيت مكة يصدق ديانة ) يعنى بينه وبين الله تعـــالى ( لا قضاء ) أي لا يصدق فى الحكم ( لانه نوى الاضمار او هو ) أى الاضمار ( خلاف الظاهر ) فلا يصدق القاضى لمـا فيه نوع تخفيف على نفسه .

( ولو قـــال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة ، لانه علقه بالدخول ) اى بقوله – إذا دخلت مكة – لا صريح بالتعليق فيعلق بالدخول ( ولـــو قـــال فى دخولك الدار يتعلق بالفعل ) اى يتعلق الطلاق بفعل الدخول ( لمقارنته بين الظرف والشرط ) لان الظرف يسبق المظروف، كما ان الشرط يسبق المشروط ( فحمل عليه ) اى على الشرط ( عند تعذر الظرفية ) لان الفعل لا يصلح ظرفاً لانه عرض فـلا

## فصل في اضافة الطلاق إلى الزمان

ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد، وذلك بوقوعه في أول جزء منه . ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله وكان مخالفاً للظاهر .

---

يقوم بنفسه فلا يصلح الدخول ظرفاً الطلاق . وفى المبسوط و كذا الحكم فى ذهابك إلى مكان كذا او فى لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل .

### ( فصل في اضافة الطلاق الى الزمان )

أي هذا فصل في بيان حكم إضافة الطلاق إلى الزمـــان ، ذكر هنا فصولاً مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه وتشبيهه ، وإضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت الحكم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة الشرط .

( ولو قال انت طالق غداً وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر ، لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك وقوعه في أول جزء منه ) أي من الغد وهــو طلوع الفجر ، لأن الغد يتحقق في ذلك الوقت ( ولو نوى به ) اي بقوله غداً ( آخر النهار يصدق ديانـــة ) أي لاحتمال كلامه ذلـــك ( لا قضاء ) أي لا يصدق قضاء في الحكم ( لأنه نوى التخصيص في العموم ، وهـــو يحتمله ) اي يحتمل الخصوص فيصدق ديانة ، كما لو قال لا آكل طعاما ونوى طعاماً دون طعام ( لكنه يخالف الظاهر ) لأنــه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، وذلك بوقوعه في أوله ، وفيه تخفيف عليه فلا يصدقه القاضي .

ولقائل ان يقول العام ما يتناول افراد متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك ، ومـا يتوهم فيه من الطول والوسط ، والآخر فهو من أجزائه لا من أفـراده ، وحينئذ لا تكون النية آخر النهار ، فلا عموم ولا تخصيص . والجواب ان المراد الحقيقة والمجاز ، فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة .

ولو قال أنت طالق اليوم غداً أو غداً اليوم فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به ، فيقع في الأول في اليوم ، وفي الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان منجزاً والمنجز لا يحتمل الإضافة . ولو قال غداً كان إضافة ، والمضاف لا يتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغى اللفظ الثاني في الفصلين ولو قال أنت طالق في غد ، وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة « ر ح »

---

( ولو قال أنت طالق اليوم غداً ، أو غداً اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به ) أي تكلم به ( فيقع في الأول ) اي في الوجه الأول ، وهو قوله انت طالق اليوم غداً ( في اليوم وفي الثاني ) وهو قوله أنت طالق غداً اليوم ( في الغد ، لأنه لما قال اليوم كان منجزاً ، والمنجز لا يحتمل الاضافة ) فكان قوله غداً لغواً ، وبقولنا قال الشافعي ، وحكي عنه في قوله أنت طالق غـــداً اليوم وجهان ، أصحهما انه لا يقع في الحال شيء ويقع واحدة غداً ، كقولنا . والثاني أن الحكم فيه كما لو قال أنت طالق اليوم غداً .

( ولو قال غداً كان إضافة ، والمضاف لا ينجز لما فيه من إبطال الاضافة ، فلغى اللفظ الثاني في الفصلين) في قوله أنت طالق اليوم غداً،وقوله غداً اليوم،فإن قيل لم لم يحمل غداً ظرفاً لطلاق آخر ، وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق ، والأصل خلافه فلا يصار إليه في غير موضع الضرورة ، وفيه نظر ، لأن صون كلام العاقل عن الالغاء نوع ضرورة، والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا ، وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود ،فلا حاجة إلى غيرها ، فعلى هذا كان كلامه مصوناً عن الالغاء .

فإن قيل هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم ، لأنه وصفها بالطلاق غدا ، والموصوف به غدا لا يكون موصوفاً به اليوم . أجيب بأن إيقاع الثانية فيها مفض إلى المكروه ، وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة لا ينتقي لاثباتها ، فيكون الثاني لغوا .

( ولو قال أنت طالق في غد ، وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة،

وقالا لا يدين في القضاء خاصة ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فصار بمنزلة قوله غداً على ما بينا ، ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية ،وهذا لأن حذف في واثباته سواء ،لأنه ظرف في الحالين ، ولأبي حنيفة « رح» أنــــه نوى حقيقة كلامه ، لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم ، فإذا عين آخر النهار كان التعين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري ، بخلاف قوله غداً ، لأنه يقتضي الإستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة، مضافاً إلى جميع الغد نظيره إذا قال والله لأصومن

---

وقالا يدين في القضاء خاصة ، لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد ، فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ) هو انه تخصيص العموم ، وهو خلاف الظاهر فــــلا يصدق قضاء ويصدق ديانة ، ( ولهذا ) اي ولأجل كونه وضعها بالطلاق في جميــع الغد ( يقع ) أي الطلاق ( في أول جزء منه ) أي من الغد ( عند عدم النية وهـــذا ) أي وقوع الطلاق في أول جزء منه عند عدم النية ( لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين ) أي الحذف والاثبات .

( ولأبي حنيفة انه نوى حقيقة كلامه ) لأنه لما قال في الغد جعل الغد ظرفاً ( لأن كلمة في الظرفية لا تقتضي الاستيعاب ) أي استيعاب المظروف ، كقولنا زيــد في الدار يقتضي وجوده في جزء من أجزاء الظرف ، وقـــد يشغل جميــع المظروف ، فكان كلامه محتملا للوجهين ( وتعيين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم ، فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي ) من المعين ( أولى بالاعتبار من الضروي بخلاف قوله غـــدا ) يعني إذا قال غدا بدون ذكر كلمة في (لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها ) أي وصف المرأة (بهذه الصفة) يعني بصيغة الطلاق حال كون هذه الصفة ( مضافاً إلى جميع الغد ) فلا يصدق ديانة في نيته آخر النهار وقضاء .

( نظيره ) أي نظير حكم هذا المذكور بدون ذكــر كلمة في ( إذا قال والله لأصومن

عمري ، ونظير الأول والله لأصومن في عمري،وعلى هذا الدهر وفي الدهر،ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء،لأنه أسنده إلى حـــالة معهودة منافية لمالكية الطلاق ، فليلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق، ولأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج . ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة ، لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ،

---

عمري ، ونظير الاول ) وهو المذكور بكلمة في ( والله لأصومن في عمري ) فـان الاول يتناول جميع عمره حتى لا يبر في يمينه إلا بصوم جميع العمر ، وفي الثانية وهو قولـــه لأصومن في عمري يتناول ساعة من عمره، حتى لو صام ساعة يبر في يمينه ( وعلى هذا ) أي وعلى الحـكم المذكور ( الدهر وفي الدهر ) يعني لو قال لأصومن الدهر ، أو قال لأصومن في الدهر ، ففي الأول لا يبر حتى يصوم الدهـــر كله ، وفي الثاني لو صام ساعة منه يبر في يمينه .

( ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها ) أي والحال انه قـــد تزوجها ( اليوم ) بالنصب ، أي في اليوم الذي قال أنت طالق ( لم يقع شيء ، لأنه أسنده ) أي أسند كلامه ( إلى حالة معهودة ) أي معلومة ( منافية لمالكية الطلاق فيلغو ) كلامه فلا يقع شيء ( كما إذا قال أنت طالق قبل أن اخلق ) او قبل أن تخلقي ، ولا خلاف فيه للفقهاء، وذلك لأنه وصفها بالطلاق في وقت لم تكن هي في ملكه ( ولأنـه يمكن تصحيحه ) أي تصحيح هذا الكلام ( إخباراً عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج) اي او يكون إخباراً عن كونه هذه المـرأة مطلقة بتطليق غيره من الأزواج ، وهذا لا يستقيم إن كانت المرأة بكراً او ثيباً بغير نكاح أو متوفى عنها زوجها ،ولا يستقيم الكلام الا في التعليل الأول ، وهذا التعليل أيضاً في نفس الأمر تكرار ، لأن عدم النكاح يصدق على هذا ، فافهم .

( ولو تزوجها أول من أمس وقع الطلاق الساعة ، لأنه مـا أسنده إلى حالة منافية ،

ولا يمكن تصحيحه اخباراً أيضاً ، فكان إنشاء ، والإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة . ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء ، لأنه أسنده إلى حالة منافية ، فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو يصح إخباراً على ما ذكرنا ، ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك ، وسكت طلقت ، ولأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت ، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت ، لأنهما من ظروف الزمان ،

---

ولا يمكن تصحيحه إخبارا ايضاً ) أي كما في المسألة السابقة ، فلما لم يكن تصحيحه إخبارا ( فكان إنشاء ، والانشاء في الماضي إنشاء في الحال فتقع الساعة ) لأن الانشاء إيجاب أمر لم يكن ، والإيجاب في الماضي إنشاء في الحال فيكون طلاقاً في الحال . ولو قال انت طالق قبل أن اتزوجك لم يقع شيء ، لانه أسنده إلى حالة منافية ، لأنه اضاف الطلاق إلى زمان مناف للطلاق ، لانه لا وجود للطلاق قبل النكاح فلا يقع ( فصار ) أي حكم هذا ( كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم ) لأنه اسنده إلى حالة غير معهودة ، فلا يعتبر قوله في الإضافة .

( او يصح اخباراً ) يعني يحمل قوله انت طالق ، إخبارا عن عدم النكاح قبل التزوج في قوله انت طالق قبل ان اتزوجك ( فلا يقع ) أي فصار حكم هذا قبل أن اتزوجك لأن حقيقة الصفة للاخبار ، وامكن العمل بها فلا يحمل إنشاء (على ما ذكرنا) إشارة إلى قوله – لأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم النكاح ، وعن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج.

( ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت ، لانه اضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق ، وقد وجد حيث سكت ) وهذا باتفاق الفقهاء ( وهذا ) توضيح لما قبله (لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت ، لانهما من ظروف الزمان )

وكذا كلمة ما للوقت ، قال الله تعالى ﴿ ما دمت حياً ﴾ ٣١ مريم ، أي وقت الحياة ، ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت ، لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة

---

إذا متى فإنها لمبهم في الوضع ، ولكن لمـــا كان الفعل يليهـــا دون الإسم جعلت للشرط والابهام فيما دخل عليه يعني بين ان يوجد وبين ان لا يوجد ، فصحت المجازاة بهـــا مع قيام معنى الوقت به ، فإذا قال لامرأته انت طالق متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب اليمين وجود وقت لم يطلقها فيه بعد كلامه ولم يقتصر على المجلس ، لانه باعتبار ابهام فيه يعم جميع الازمنة ، واما متى ما فإنه ايضاً متى في الاصل ، فزيدت فيه كلمة ما فانها تستعمل للوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت .

( وكذا كلمة ما ) اي تستعمل في الوقت كما ذكرناه ( قال الله تعالى ﴿ مـــا دمت حياً ﴾ ٣١ مريم ، اي وقت الحياة ) وقال الله تعالى حكاية عن عيسى عليه السلام ﴿ وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا ﴾ أي مدة دوامي حياً . قلت شرطية ايضاً ، قال الله تعالى ﴿ ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها ، وما يمسك فلا مرسل له من بعده ﴾ ٢فاطر ، فينبغي ان لا تقع إلا إذا كانت للوقت دون الشرط ، وهي تكون شرطية من غير وقت ، وللوقت بلا شرط ، بخلاف متى ومتى ، فانها إذا كانت للمجازاة فلا ينفك عن الوقت . فاذا قلت متى القتال كانت للاستفهام عن زمـــان القتال ، وليس فيه شرط ، وإذا قلت متى تقم اقم معك كانت ظرفاً تضمنت معنى الشرط ، وكذا متى ما .

( ولو قال انت طالق إن لم اطلقك لم تطلق حتى يموت ، لان العدم )اي عدم التطليق ( لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، وهو الشرط ) اي اليأس عن الحياة هو الشرط ، فاذا انتهى إلى الموت وقد وجد اليأس فوجد الشرط ، والمحل قائم والملك باق ، فوقع قبل موته بقليل وليس لذلك القليل حد معروف باتفاق الفقهاء ، ثم إن كان دخل بها فلها الميراث بحكم القرار عندنا خلافاً للشافعي ، وإن لم يدخل بها فلا ميراث لها ( كما في قـــوله إن لم آت البصره ) يعني كما إذا قال لها انت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق ، حتى يقع

وموتها بمنزلة موته هو الصحيح . ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تطلق حين سكت ، لأن كلمـــة إذا للوقت ، قال الله تعالى ﴿ إذا الشمس كورت ﴾ ١ التكوير ، وقـال قائلهم ، شعر :

وإذا تكون كريهة ادعى لها      وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

---

الاياس عن الاتيان ، فاذا انتهى إلى الوقت فقد وقع اليأس فوجد الشرط فوقع .

( وموتها بمنزلة موته ) اي موت الزوج يعني يقع الطلاق قبل موتها ايضاً (هو الصحيح) احترازا عن رواية النوادر ، فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها ، وفائدة وقوع الطلاق عليها بعد موتها ان لا يرث الزوج منها ، لانها بانت قبل الموت فلا تبقى بينهما واجبة عند الموت، وشرط التوريث هذا وقد عدم .

( ولو قال انت طالق إذا لم اطلقك أو إذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة ) وبه قال احمد في رواية ( وقالا تطلق حين سكت ) وبه قال الشافعي ومالك (لأن كلمة إذا للوقت ، قال الله تعالى ﴿ إذا الشمس كورت ﴾ ١ التكوير ) استدلالهم بهذه الآية ضعيف ، فان إذا فيها للشرط ، ولهذا أتى فيها بالجواب ، وهـــو قوله تعالى ﴿ علمت نفس ما قدمت وأخرت ﴾ والشمس مرفوعة بالفاعلية رافعة فعل مضمر، تفسيره كورت هكذا ، ذكره الزمخشري ورفعه بالفاعليه مـــذهبه وغيره يرفعه بالفعل المقدر المفسر على انه مفعول ما لم يسم فاعله .

( وقال قائلهم ، شعر :

وإذا تكون كريهة ادعى لها      وإذا يحاس الحيس يدعى جندب )

ولم يبين المصنف قائل هذا البيت من هو ، وعزاه الكاكي إلى عنترة العبسي وليس بصحيح ، وعزاه سيبويه إلى رجل من مذحج ، وقال أبو رياش قائله همام بن مرة أخو جناس بن مرة قاتل كليب ، وزعم ابن الاعرابي انه لرجل من بني عبد مناف قبل الإسلام بخمسمائة عام ، وذكر هذا وان البيت من قصيدة من الكامل مع بيان لغاتها واعرابها في

فصار بمنزلة متى ومتى ما ، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ، ولأبي حنيفة « رح » أنه يستعمل في الشرط أيضاً ،

---

الكتاب الذي صنفته وسميته بالمقاصد النحوية في شرح شواهد شروح الالفية . وقال الكاكي أول الشعر :

هل في القضية ان إذا استغنيتم ... وامنتموا فانا البعيد الاجنب

قلت ليس كذلك ، بل أوله :

يا ضمر أخبرني وليس بكاذب ... والقول ما فعل الذي لا يكذب

أمن السوية إن إذا استغنيتم ... وامنتموا فانا البعيد الاجنب

وإذا الشدائد بالشدائد مرة ... اسجتكم فانا الحب الاقرب

ولجندب سهل البلاد وعذبها ... وإلى الملاح وحزنهن المجذب

وإذا تكون كريهة ادعى لها ... وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

هذا وجدكم الصغار بعينه ... لا أم لي ان كان ذاك ولا أب

عجباً لتلك قضية وإقامتي ... فيكم إلى تلك القضية اعجب

قوله -ياضمر- أراد ضمرة فرخم . قوله -اسجتكم- من السجأة إذا غضبه . قوله -الملاح- بضم الميم وبتشديد اللام نبات الحمص ، والحزن بالفتح ما حزن من الارض ، وفيهاغلاظة . قوله - واذا يحاس (١) الحيس - وهو تمر يخلط بسمن واقط ثم يدلك حتى يختلط . قوله - وجدكم - الواو فيه للقسم ، اي وحق حظكم وعندكم وسعدكم . والصغار بالفتح الذلة .

( فصار ) أي اذا ( بمنزلة متى ومتى ما ) يعني في عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطاً واستوضح كونه بمعنى متى بقوله ( ولهذا ) أي ولاجل كونه بمعنى متى ( لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يديها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت ، ولابي حنيفة رحمه الله يستعمل في الشرط ايضاً ) .

---

(١) وردت قبلا - يحاس باهمال الحاء ، ا هـ مصححه .

وأصل الخلاف بين أهـــل اللغة والنحو قال قائلهم ، شعر :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتحمل

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد به الوقت تطلق ، فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

---

( وأصل الخلاف بين أهل اللغة والنحو ) الكوفيون يقولون أن إذا قد تستعمل الشرط ايضاً ، وقد تستعمل للوقت على السواء ، واذا كان بمعنى الشرط يسقط عنه معنى الوقت أصلا كحرف ان ، وهو مذهب ابي حنيفة رحمه الله تعالى ، وعند البصريين حقيقة للوقت وللشرط يستعمل مجازا ولا يسقط منه معنى الشرط ( قال قائلهم ) أي قائل الجمع الذين قالوا انه يستعمل للشرط ( شعر :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتحمل )

ومعنى قوله — وان تصبك — بالجزم ، فلو كان لهما الجزم ودخل الفاء في جوابه ، وهو محتمل ، والبيت لعبد قيس بن خفاق ، وهو من الكامل من قصيدة مشهورة في المعلقات وما قبله — نظم :

ابني ان أباك حارب يومه واذا دعيت الى المكارم فاعجل

الله فاته واوف بنذره واذا حلفت ممارياً فتحلل

واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتحمل

قوله — ابني — اي يابني . قوله — خصاصة — أي مجاعة بالجيم ، وهو أكل المر وهو الشحم المذاب ، والمراد الاكتفاء والقناعة بأدنى شيء ، لانه اذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيها دفعة .

( فان أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وان أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال ) فان قيل النظر الى الشرطية يقتضي بقاء النكاح والحل والنظر الى الوقتية يوجب الطلاق والحرمة فاجتمعت الحرمة والحل ، فينبغي أن ترجح الحرمة كما عرف ، قلنا هذا متروك في جميع صور التردد ، فانه لو شك في الانتقاض بعد الطهارة ،

بخلاف مسألة المشيئة ، لأنه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الأمر من يدها على انـــه للشرط يخرج ، والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والإحتمال، وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية . أما إذا نوى الوقت يقع في الحال، ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر ، لأن اللفظ يحتملهما . ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولاً به ،

---

فان بقاءها يوجب اباحة الصلاة بالنظر الى الانتقاض يحرم اداؤها ، ومع هذا لا يترجح الحرمة ، وان كان مبني على الاحتياط لان الشك لا يحدث شيئاً ، فلا يكون من قبيل تعارض دليل الحل ، كذا قيل .

( بخلاف مسألة المشيئة ) جواب عن قولهما كما فى قوله متى شئت ، وتقديره قوله ( لانه على اعتبار انه ) أي ان اذا ( للوقت ) أي لمعنى الوقت ( لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج ) وكان الامر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك والاحتمال ( لان الشك لا يعارض اليقين ، وهذا الخلاف ) اي المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( فيما اذا لم تكن له نية ) فى قوله أنت طالق اذا لم اطلقك .

( وأما اذا نوى الوقت يقع الطلاق ) فى الحال ( ولو نوى الشرط يقع فيآخرالعمر ) بموت أحدهما ( لان اللفظ يحتملها ) اي يحتمل الوقت والشرط ، فاذا احتملهاعلىالسوي يقع ما نوى بالإجماع ، قيل اذا تستعمل للشرط مجازا عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى ، وكذا عندهما فينبغي أن لا يصدقه القاضى فيما إذا نوى به معنى ان ، لأن فيه تخفيفاً على نفسه ، قيل في جوابه لما كثر استعماله فى معنى الشرط فصار كالظاهر في حقه ، فجازأن يصدقه القاضى ، مع انه قيل حقيقة فيهما عنده ، وفيه نوع تأمل .

( ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق فهى طالق بهـــذه التطليقة ) أى التطليقة الأخيرة المضافة إلى المعلقة بعدم التطليق ( معناه ) أي معنى ما قـــاله محمد أو القدوري ( قال ذلك موصولاً به ) قيد به لأنه لو قـــال مفصولا يقعان بالإجماع قياساً

والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولاً بها ، وهو قول زفر « رح» لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه ، وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق، قبل أن يفرغ منها . وجـــه الإستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة الحال ، لأن البر هو المقصود ولا يمكنه تحقق البر إلا أن يجعل هـــذا القدر مستثنى ، وأصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى

---

واستحساناً ، لأنه وجد الزمان الخالي عن التطليق ( والقياس أن يقع المضاف ) وهو قوله ما لم أطلقك ( فيقعان ) أي المضاف والتطليقة الأخيرة ( إن كانت مدخولاً بهاوهو )أي القياس ( قول زفر ، لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قــوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها ) بيانه أنه وجد ما بين اليمين ، ووقوع الطلاق مقدار مـا يقع فيه ستة أحرف ، وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير .

( وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين به لدلالة الحال ) لأن الحالف إنما يحلف ليبر في يمينه ولم يمكنه البر في هذه إلا أن يجعل الساعة التي تشتغل بالإيقـاع فيها مستثنى ، فيصير هذا القدر مستثنى من اليمين بدلالة الحـــال ( لأن البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر ، إلا أن يجعل هذا المقدار ) أى مقدار ما تشتغل بالإيقاع فيه (مستثنى) عن اليمين ( أصله ) أي أصل هذا الخلاف الذى وقع بيننا وبين زفر مسألة كتاب الايمان، أشار إليه بقوله :

( من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته ) فإنه لا يحنث استحساناً وعند زفر يحنث قياساً ( وأخواته ) أى وأخوات من حلف ، وهي قوله لا تلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال ، ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لا يحنث ، خلافاً لزفر ( على ما يذكر في الايمان إن شاء الله تعالى ) أى على ما يذكر أصل

ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت ، لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد كالصوم ، والأمر باليد لأنه يراد بـــه المعيار ، وهذا أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال ، والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد ، والطلاق من هذا القبيل

---

هذه المسألة وأخواتها في كتاب الايمان إن شاء الله عز وجل .

( ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا ) أى فى الليل ( طلقت ، لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار ، فيحمل عليه ) أى على بياض النهار ( إذا قرن ) أى اليوم ( بفعل يمتد كالصوم ) فانه يمتد ( والامر باليد ) كما فى قــوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان ( لانه يراد به المعيار ) أى أراد باليوم المعيار إذ الفعل ممتد ، والمراد بالمعيار أن يكون مقدرا بقدر الفعل كالصوم فى اليوم ( وهو أليق به ) أى كون المعيار مراداً من اليوم أليق بالفعل الممتد ، لان الفعل الممتد يحتاج إلى وقت مؤبد وهـو بياض النهار الذى صار المعيار عبارة عنه ، بخلاف ما إذا لم يكن الفعل ممتداً ، حيث لا يحتاج إلى وقت مديد بل يكفيه مطلق الوقت .

( ويذكر ) اى اليوم ( ويراد به مطلق الوقت ، قــال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الانفال ، والمراد مطاق الوقت فيحمل عليه ) أي على مطلق الوقت ( إذاقرن بفعل لا يمتد والتزوج من هذا القبيل ) أي مما لا يمتد إذ لا يقال تزوجتك شهرا وسنة ، فلو قال ذلك يتأبد ويمتد ، وفي أكثر النسخ والطلاق من هذا القبيل . قال الإمام حميد الدين هذا يدل على ان المعتبر جانب الشروط ، وفي النسخة التي فيها الطلاق قال الإمـام ظهير الدين هذا يدل على أن المعتبر في الإمتداد وعدمه جانب الجزاء لا جانب الشرط . وقــال الاترازي اختلفوا في الفعل الذي لا يمتد ، قال صاحب الهداية أي انه الطلاق ، لأنه قال والطلاق من هذا القبيل ، أي مما لا يمتد أبداً ، قال شمس الأئمة السرخسي وقـــال فخر

فينتظم الليل والنهار . ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء ، لأنـــه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار لا يتناول إلا البياض خاصة وهو اللغة .

## فصـــل

ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً ،

---

الاسلام البزدوي والصدر الشهيد العتابي انه التزوج ( فينتظم الليل والنهار ) ويقع الطلاق إذا قدم ليلا أو نهاراً في قوله — أنت طالق يوم يقدم فلان — وبه قال الشافعي في وجه ، وفي الأصح عنده لا يتناول الليل فلا يقع الطلاق إذا قدم ليلا .

( ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين ) أي صدق ( في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه ) لأن النهار بياض النهار خاصة ، والليل السواد خاصة ، واليوم يستعمل في بياض النهـار ، ومطلق الوقت الاشتراط عند البعض ، والصحيح بطريـــق المجاز ( والليل لا يتناول السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة ) يعني حقيقتهما اللغوية .

( فصل )

أي هذا فصل في إضافة الطلاق إلى النساء . ولما كانت هذه مخالفة لإضافة الطلاق إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة . وقال الأكمل ذكر فيه مسائل أخر متنوعة ، وكان حقها أن يذكرها في مسائل شتى . قلت ليس من حقها ما ذكره ، لأن الذى ذكره في هذا الفصل كله من أنواع الطلاق ، والمناسب ذكرها كلها في فصول الطلاق .

( ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ) هـــذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه عن محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل يقول لامرأته أنا منك طالق ، ينوي الطلاق ، قال لا يكون طلاقاً ، انتهى .وهذا معنى قول المصنف فليس قوله — وإن نوى طلاقاً — واصل بما قبله .

ولو قال أنا منك بائن أو عليـــك حرام ينوي الطلاق فهي طالق. وقال الشافعي « رح » يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى ، لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطىء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكـــذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافاً إليه كما يصح مضافاً إليها ، كما في الإبانة والتحريم.

---

(ولوقال أنا منك بائن أو عليك ) أي أو قال أنا عليك ( حرام) حال كونه ( ينوي الطلاق فهي طالق ) هـــاتان الصورتان من تتمة مسائل الجامع الصغير المذكورة الأولى أنا منك بائن ينوي الطلاق كان طلاقاً ، الثانية قوله أنا عليك حرام ينوي الطلاق كانت طلاقاً ، وبقولنا قال أحمد .

( وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقع الطلاق في الوجـه الأول أيضاً إذا نوى ) الوجه الأول هو قـــوله انا منك طالق ( لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى تملك ) أي المرأة ( أي المطالبة ) أي مطالبة زوجها ( بالوطىء كما يملك ) أي الزوج ( المطالبة ) أي مطالبة المرأة ( بالتمكين ) أي تمكين نفسها من الزوج ( وكذا الحل مشترك بينهما ) أي بين الزوجين وذلـــك محـــل استمتاع كل منهما بصاحبه ولانتهاء النـــكاح بموت كل منهما وتسمية كل واحد ناكحاً ( والطلاق وضع ) أي شرعاً ( لإزالتهما ) أي لإزالة الحـــل والتمكين ، وكل ما وضع كذلك ( فيصح مضافاً إليه ) أي على الزوج ( كما صح مضافــاً إليها ) أي إلى المرأة ( كما في الإبانة والتحريم ) أي كما يصح في قوله أنا منك بائن ، وأنا عليك حرام .

وهذا التعليل الذي علل به الشافعي مرضي عند أكثر أصحابه فقالوا لو كان كذلك لما احتاج إضافة الطلاق إليه ، أي إلى النية كما لا يحتاج الإضافة اليها ، أي إلى النية ، بل المختار عند أصحابـــه أن على الزوج حجراً من جهتها من حيث انـــه لا ينكح اختها ولا أربعاً سواها فيصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد ، لأن الاضافة إلى الزوج غير معهودة ، فاحتيج إلى النية كذا في كتبهم .

ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ، ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة ، والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة ، بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل ، وهو مشترك فصحت إضافتهما إليهما ، ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها .

---

( ولنا أن الطلاق لازالة القيد ) أي القيد الحاصل بالنكاح ( وهو ) أي القيد (فيها) أي في المرأة ( دون الزوج ) يعني القيد للنكاح حصل للرجل على المرأة لا للمرأة على الرجل ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى انها ) أي المرأة ( هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر ) والخروج ) أي وممنوعة من الخروج والبروز ، والرجل ينطلق حيث شاء ويريد ويستمتع بإمائه وإن كثرت وبثلاث سواها .

( ولو كان ) أي الطلاق ( لازالة الملك ) كما قال الشافعي ( فهو عليها ) أي فالكل عليها ( لأنها مملوكة والزوج مالك ) وهذا جواب عما قاله الشافعي بطريق التسليم بعد المنع ، فإن الطلاق لازالة الملك ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ولهذا ) أي ولأجل كونها مملوكة ( سميت منكوحة ) ولما ملك بضعها وجب عليه المهر والنفقة وبمقابلته تملكه ( بخلاف الابانة ) أي بخلاف قوله — أنا منك بائن — ( لأنها ) أي لأن الابانة ( لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما ) أي بين الزوجين ، ولهذا جاز إضافتها إلى كل واحد منهما ألا ترى انه يقال بان عنها ، كما يقال بانت عنه .

( وبخلاف التحريم ) أي وبخلاف قوله — أنا عليك حرام - ( لأنه ) أي لأن لفظ حرام ( لازالة الحل وهو ) أي الحل ( مشترك ) أي بينهما ( فصحت إضافتها ) أي إضافة الحرام والابانة ( إليهما ) أي إلى الزوجين ، ألا ترى انه يقال حرم عليها كما يقال حرمت عليه ( ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها ) أي إلى المرأة ، لأن الطلاق زوال القيد ، ولما لم يكن القيد على الرجل لم يصح إضافة الطلاق إليه ، ولأن الطلاق لو وقع على المرأة لا

ولو قال أنت طالق واحـــدة أو لا فليس بشيء قال رضي الله عنه هكـذا ذكر في الجامـع الصغير من غـير خلاف ، وهـذا قول أبي حنيفـــة «رح» وأبي يوسف «رح» آخراً ، وعلى قول محمد «رح» وهو قول أبي يوسف أولاً تطلـق واحدة رجعية ، ذكر قول محمد «رح»

---

يخلو إما أن يثبت ابتداء أو بناء على ثبوته في الرجل ، فلا يجوز الأول لعدم إضافة الطلاق إليها ، ولا يجوز الثاني أيضاً ، لأن الرجل ليس طالقاً عن المرأة عـــدم القيد فيه ، فلغى قوله – أنا منك طالق – كما إذا قال لعبده أنا منك حر ، حيث لا يعتق .

فإن قيل لا نسلم عدم القيد في الرجل ، ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أربعاً سواها عليها وأختها وابنة أخيها ، قيل له ذلك باعتبار عدم المشروعية لا باعتبار أن القيد واقـــع على الرجل .

( ولو قال أنت طالق واحدة أولا ليس بشيء ) هذه مسألة الجامع الصغير ،وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل قال لامرأته أنت طالق واحدة أولا قال ليس بشيء ،انتهى ،وكذا لو قال أنت طالق أولاً أو غير طالق لا يقع شيء وبه قال الشافعي وأحمد ومالك على هذا الخلاف لو قال أنت طالق ثلاثاً أو لا شيء .

( قال ) هكذا ذكره ، أي قال المصنف رحمه الله تعالى ( كذا ذكر هذا في الجـامع الصغير من غير خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ) وقال في الأصل وإن قـال أنت طالق واحدة أو لا شيء فهي طالق واحدة رجعية في قـول محمد وقول أبي يوسف الأول ، ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل كما ترى . ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق إملاء ابي سليمان قال أبو حنيفة لا يقع الطلاق ، ثم قال صاحب الاجناس وكذا ذكره عن ابي حذيفة في الجرجانيات ( وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخراً ) أي المذكور من قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء .

( وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولاً يطلق واحدة رجعية ذكر قـول محمد

في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة ، ولا شيء ولا فرق بين المسألتين ، ولو كان المذكور ها هنا قول الكل ، فعن محمد « رح » روايتان له انه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ، ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع . ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ، ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً ،

---

في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته انت طالق واحدة ولا شيء ولا فرق بين المسألتين ) اى من قوله انت طالق واحدة او لا ، ومن قوله انت طالق واحدة او لا شيء ، لانهما في المعنى واحد ، يعني لا فرق بينهما في حق التردد في الايقاع أو في الوضع ( ولو كان المذكور ها هنا قول الكل فعن محمد روايتان ) اي لو كان المذكور في الجامع الصغير قول الثلاث فيكون عن محمد روايتان ، لانه ذكر قول الثلاثة عن محمد في طلاق المبسوط انه يقع واحدة رجعية لبذكر الخلاف في الجامع الصغير ،وهذا يستلزم ورود الروايتين عنه .

( له ) اى لمحمد رحمه الله تعالى ( انه ) اى ان الرجل الذى قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ( ادخل الشك في الواحدة لدخول الشك بينهما ) اى بين الواحدة ( وبين النفي ) وهو قوله لا شيء ( فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق )سالماً من الشك ، فتقع طلقة واحدة رجعية ( بخلاف قوله انت طالق او لا ، لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع شيء ) .

( ولهما ) اى ولابى حنيفة وابى يوسف ( ان الوصف ) وهو قوله انت طالق ( متى قرن بالعدد ) مثل ان يقول انت طالق واحدة او اثنتين او ثلاثاً ( كان الوقوع ) اى وقوع الطلاق ( بذكر العدد ) وهو قوله واحدة ، إنما أطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث انه أصل العدد ( ألا ترى انه ) توضيح لما قبله ، اى الا ترى ان الرجل ( لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً ) بالاتفاق ، فعلم ان الوقوع بالعدد

ولو كان الوقوع بالوصف للغي ذكر الثلاث ، وهذا لأن الواقع في الحقيقة ، إنما المنعوت المحذوف ، ومعناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما مر ، واذا كان الو اقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع ، فلا يقع شيء ، ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فيلس بشيء . لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له ، لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ، ولا بد منهما .

---

(ولو كان الوقوع) اى وقوع الطلاق (بالوصف للغى ذكر الثلاث) يعنى لو كان بقوله انت طالق لما وقع الثلاث ، فعلم ان الوقوع بالعدد لا بالوصف .

( وهذا ) أشار به إلى قوله ولو كان الوقوع بالوصف ( لان الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف ، معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر ) اراد بقوله ان الوقوع بالعدد لا بالصفة وهى طالق ، لكن العدد وقـــع نعتاً لمحذوف ، اى تطليقة واحدة ، فالمنعوت هو الواقع في الحقيقة فافهم ( وإذا كان الواقع مـــا كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الايقاع فلا يقع شيء) الضمير في له يرجع إلى الموصول وهو قوله ماهو عبارة عن التطليقة المحذوفة ، وأراد بقوله العدد الواحد وقوله كان الشك الى آخـــره جواب قوله اذا كان .

( ولو قال أنت طالق مع موتى او مع موتك ) اى او قال انت طالق مـــع موتك ( فليس بشيء ) أي هذا القول ليس بشيء حتى لا يقع به طلاق ، و قال الشافعي ومالك وأحمد ، وهذه من مسائل الجامع الصغير وليس فيه خلاف ، وكذا إذا قـــال أنت طالق بعد موتي أو بعد موتـــك بل أولى ( لأنه اضاف الطلاق إلى حـــالة منافية له ) اي للطلاق ( لأن موته ) أي لأن موت الرجل ( ينافي الأهلية ) أي للطلاق ( وموتها ) أي موت المرأة ( ينافي المحلية ) أي كونه محلاً للطلاق ( فلا بد منهما ) اي فلا بد لوقـــوع الطلاق من الأهلية والمحلية ، لأن الطلاق معلق لوجود الموت ، فصار الموت شرطـــاً كما لو قال انت طالق مع دخولك الدار والجزاء يعقب الشرط ، فكان هذا إيقاعاً له بعد الموت

وإذا ملك الزوج امرأته أو شقصاً منهـا أو ملكت المرأة زوجها أو شقصاً منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين ، أما ملكها إياه فللإجتماع بين المالكية والمملوكية، وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي .

---

ولا ملك بعد الموت ، ولأن النكاح موقت بحياتها ، فموت أحدهما ينتهي لوجود غـايته ، والحكم لا يبقى بعد الغاية . وفي الجامع قال والله لا أقربك حتى تموتي أو أمـوت صار مولياً ، فكأنه قال والله لا أقربك ما دام النكاح بيننا .

(وإذاملكالزوجامرأته) أي إذاملك الرجل امرأته بشراء او إرث او بهبة او صدقـة ( او شقصاً منها ) اي او ملك الرجل شقصاً من امرأته ، والشقص بالكسر السهم ، قـال ابن دريد ( او ملكت المرأة زوجها ) يعني بشراء او نحوه كما ذكرنا ( او شقصاً منه ) اي وملكت المـرأة شقصاً من الزوج ( وقعت الفرقة ) جواب إذا ، يعني يرتفع النكاح من بينهما بالفسخ وهذا قول الجمهور ، وبه قالت الأئمة الثلاثة والظاهرية . وفي التمهيد عن عبد الله بن عتبة والشعبي والنخعي انها لو ملكت زوجها فأعتقه حين ملكته كانا على نكاحهما لو ملكها الزوج ووطئها بملك اليمين بعده ، ولو ملك بعضها ينفسخ النكاح ولا يطأها . وقال قتادة لم يردد منها الاقرباء ويطؤوها بنكاحه وهو مشذوذ ( للمنافاة بين الملكين ) وهما ملك النكاح والملك بالشراء ونحوه .

( أما ملكها إياه ) اي اما ملك المرأة زوجها ( فللاجتماع بين المـالكية والمملوكية ) وهو مستحيل ، لأن ملك النكاح الرقبة يقتضي ان يكون خادمـاً ، وملك النكاح يقتضي أن يكون مخدوماً ، فاستحال اجتماعها .

( وأما ملكه إياها ) اي واما ملك الرجل امرأته ( فلأن ذلكملكالنكاحضروري) بيانه ان اثبات الملك على الحر على خلاف القياس ، وإنما يثبت ضرورة الحـل لبقاء النسل ( ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين ) لأنه لما طرأ عليه ملك اليمين وهـو الحل القوي ( فينتفي ) الحل الضعيف ، وفي تملك الشقص وإن كان لا يثبت الحل ولكن يثبت الملك،

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء ، لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجـــه ولا من كل وجه ، وكذا إذا ملكته أو شقصاً منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة . وعن محمد « رح » انه يقع لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول ، لأنـــه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له

---

فقام مقام الحل ، لأنه دليل عليه ، بخلاف المكاتب إذا اشترى منكوحة حيث لا يبطل النكاح ، لأن الثابت في كسبه حق الملك ، وحق الملك لا يمنع حق النكاح .

( لو اشتراها ) اي ولو اشترى الزوج امرأته الأمة ( ثم طلقها لم يقع شيء ، لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له ) أي للنكاح ( مع المنافي ) وهو ملك اليمين (لا من وجه ) العدة ، لأنها أثر من آثاره ، فـــلا يحنث مع وجود المنافي ، وإلا لكان ملك النكاح باقياً من وجه ولا من كل وجه متعلقاً بقوله ولا بقاء . وقال الاكمل – وقيل لامن وجه – يعني إذا ملك الشقص لا من كل وجه ، يعني إذا ملك اليمين الجمع ، وعلى هـــذا يتعلق بقوله مع المنافي ، انتهى . قلت هذا القول الذي أشار إليه الأكمل بقوله وقيل هـــو قول الاترازي ، هكذا فسره في شرحه .

( وكذا إذا ملكته ) اي وكذا لا يقع الطلاق إذا ملكت المرأة الحرة زوجها وهـــو عبدبميراث أوغيره (او شقصاً منه ) اي أو ملكت شقصاً من زوجها ( لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة ) بين المالكية والمملوكية .

( وعن محمد انه يقع ) اي الطلاق في الصورة الثانية لوجوب العـــدة عليها ، والطلاق يعتمد ملك النكاح أو قيام العدة ، ولهذا تجب العدة ، ولهذا لا يحل لهوطؤها ( لأن العدة واجبة بخلاف الفصل الأول ) وهو ما إذا ملك الزوج امرأته ( لأنه لا عدة هنالك ،حتى حل وطؤها له ) اى لا عدة في حق مولاها الذى يملكها . وفي الكافي فإن قيل اليس انه لا يجوز له التزويج ، وهذا دليل على الوجوب . قلنا قد قالوا لا عدة عليها بدليل انه لـــو زوجها من آخر جاز ، والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر ، فعلم انـــه لا تجب العدة

وإن قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة ، لأنه علق التطليق بالاعتاق والعتق ، لأن اللفظ ينتظمهما ، والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللحكم تعلق به ، والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق ،

---

عليها في حق من استبرأها ، وفي حق غيره روايتان ، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم من الماء ، ويستحيل استبراء رحمها من مـــاء نفسه مع بقاء السبب المـــوجب لحل الوطيء .

( ولو قال لها ) اى ولو قال رجل لامرأته ( وهي امة لغيره ) اى والحال انها أمة لغيره ( انت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك ) اى اعتاق مولاك إياك فاستعير الحكم لعلة، لأن العتق حكم الاعتاق ، والدليل عليه انه قال بعده علق التطليق بالاعتاق او بالعتق ، لأن الاعتاق يضاف حقيقة إلى المولى لا العتق ( فأعتقها ) يعني مولاهـــا ( ملك الزوج الرجعة ،لأنه علق التطليق بالاعتاق أو العتق ) أى بالعتق الحاصل بإعتاق المولى (لأن اللفظ) وهو قـوله مع عتق مولاك ( ينتظمها ) اى ينتظم الإعتاق والعتق على طريق البدل لا الشمول ، لاستحالة الحقيقة والمجاز مرادين ، ولهذا يندفع قول الاترازى . ولنا في قوله – لأن اللفظ ينتظمها – نظر ، لأنه حينئذ يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز .

( والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ) اى وقد علم ان الشرط مـــا يكون معدوماً ، ويكون على خطر الوجود والعتق والإعتاق بهـــذه المثابة شرط على خطر الوجود ( وللحكم تعلق به ) اى وقد علم ايضا ان للحكم تعلقا بالشرط ، لأنه موقوف على وجود الشرط ( والمذكور ) اى العتق ( بهذه الصفة ) يعني معدوم على خطر الوجود وللحكم تعلق به ، فيكون شرطا لأنه جعل التطليق متصلا بالعتق ، وذلك التعلق إما ان يكون تعلق العلة بالمعلول او الشرط بالمشروط والاعتاق والعتق لا يكون علة لتطليق الزوج ، وكذا تطليق الزوج لا يكون علة لاعتاق المولى والعتق الحاصل به والطلاق تعلق به ، وهو معنى قوله ( والمعلق به ) اي العتق ( التطليق ) لا الطلاق عندنا لما تقرر في

لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقاً عند الشرط عندنا ، وإذا كان التطليق معلقــاً بالاعتاق ، أو العتق يوجد بعده ، ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق ، فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين

---

الأصول ان أثر التطليق في منع السبب لا في منع الحكم .

( لأن في التعليقات يصير التصرف معلقا [1] عند الشرط عندنا ) بناء على ان الشرط عندنا غاية العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول . وقال تاج الشريعة قوله — لأن في التعليقات ... إلى آخره — يعني ان المعلق بالشرط عندنا لا ينعقد سببا ، والشرط يمنع الانعقاد ، وعند الشافعي يؤخر الحكم .

( واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجــد بعده ) اى يوجد التطليق بعد الاعتاق او العتق ، لأن المشروط مع الشرط يتعاقبان ( ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخراً عن العتق ) بالضرورة ( فيصادفها ) اى يصادف الطلاق المرأة ( وهي حرة ) اى والحال انها حرة عند المصادفة ( فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين ) اى التطليقتين ، وعند الشافعي العتق والطلاق وقعا معا فلم يكن رجعيا في اظهر قوليه بعد وقوع الطلاق ، لكن عنده صورة المسألة فيما إذا قال السيد لامرأته انت طالق مع عتق مولاى إياى ، لأن عنده اعتبار الطلاق بالرجال ، وبه قال مالك وأحمد . وفي قول عنه يحرم حرمــة غليظة ، لأن العتق لو تقدم وقوع الطلاق ، فصار كما لو طلقها اثنتين ثم عتق .

وفي الكافي وذكر في العناية لأنه علق التطليق بالعتق إلى آخره ، وهو مشكل ، لأنه لو يريد به الإعتاق ها هنا ، فاستعير الحكم عن علته ، ألا ترى الى قوله — ليالله — ولا تستعمل ذلك الا في الفعل المتعدى ، قيل في جوابه ليس بمشكل ، لأنه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل من الاعتاق وقد بينا ان كل واحد يصلح شرطا

---

(١) هنا غير ما ورد في المتن ، اهـ مصححه .

يبقى شيء ، وهو أن كلمة مع للقران . قلنا قد يذكر للتأخر كما في قوله تعالى ﴿فإن مع العسر يسرا﴾ ٦ الشرح ،

---

اذ كل منها على خطر الوجود ، ويكون قوله مع عتق مولاك اياك مع العتق الحاصل من اعتاق مولاك اياك ، فلهذا أول المصنف قوله – علق العتق بالاعتاق او العتق – .

فإن قلت كيف سمى المصنف اضافة الطلاق الى زمان الاعتاق تعليقا ، والمعلق غير مضاف . قلت أجيب بأنه سماها تعليقا مجازاً لا حقيقة ، لان التعليق توقيف الامر على أمر بحرف الشرط ، فلما وجد توقف الطلاق على العتاق سماه تعليقا ، وان لم يذكر لحوق الشرط فصار كأنه قال انت طالق ان اعتق مولاك .

( يبقى شيء ) اى اشكالاً ( وهو ان كلمة مع للقران ) عند أرباب اللسان ، حاصل هذا انه اعتذار عما ورد على كلامه ، حيث قال يكون الطلاق متأخراً عن العتق فورد عليه بأن قال لا نسلم انه متأخر عنه ، لأن كلمة مع للقران والصحبة ، فقال سلمنا ذلك لكن ( قلنا قد تذكر ) اى لفظ مع ( للتأخر ) مجازاً ( كما في قوله تعالى ﴿فإن مع العسر يسرا﴾ ٦ الشرح ) لانه لا يمكن المعية بين العسر واليسر للتضاد بينهما ، فيحمل على التأخير ، وتحقيقه ان كلمة مع قد تذكر للاقتران في زمان الوجود ، وقد تذكر للاقتران في أصل الوجود كما في قوله تعالى ﴿واسلمت مع سليمان﴾ ٤٤ النحل ،وكما في قوله تعالى ﴿ان مع العسر يسرا﴾ ٦ الشرح ، فلو كان المراد هو الأول يحرم حرمة غليظة ،ولو كان المراد هو الثاني لا يحرم والحرمة الغليظة لم تكن ثابتة فلا يثبت بالشك والاحتمال .

فإن قيل ينقض هذا بما ذكر في الجامع بقوله لامرأته انت طالق مع نكاحك ، حيث لم يصح ولم يصر معنى الشرط ، فينبغي أن يكون كذلك ، كما في قوله مع عتق مولاك الى آخره بأن العدول عن حقيقة معنى القران باعتبار انه ملك للتطليق تخييراً تعليقا ، فكان من ضرورة كلامه ان يحمل على معنى الشرط ، اما ها هنا لم يملك الطلاق، والطلاق مع النكاح متنافيان ، فلا يلزم العدول عن معنى القران ، فيلغوا ضرورة . وقال الكاكي وهذا الجواب لم يتضح لي لانه تمليك بتعليق الطلاق بالنكاح ، فيمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه .

فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط . ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين . وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » زوجها يملك الرجعة ، لأن الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق ، وإنما ينعقد المعلق سبباً عند الشرط ، والعتق يقارن الاعتاق لأنه علته أصله الاستطاعة مع الفعل

---

( فيحمل عليه ) اى اذا كان الامر كذلك فيحمل لفظ مع على التأخر ، كما في الآية الكريمة ( بدليل ما ذكرنا ) من معنى الشرط لضرورة تصحيح الكلام .

( ولو قال اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين ) اى ولو قال الرجل لامرأته الامة اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين ( وقال المولى اذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ) لانها حرمت عليه حرمة غليظة ( وعدتها ثلاث حيض ) اى عدة الحرائر ، وهذه المسألة لا خلاف فيها على رواية ابى سليمان الجرجاني ، وفيها الخلاف على رواية ابى حفص الكبير ، إشار اليه بقوله ( وهذا عند ابي حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد زوجها يملك الرجعة ) يعنى لا تحرم حرمة غليظة . وللشافعى قولان ، لكن صورة المسألة عنده فى العبد كما ذكرنا ( لان الزوج قرن الإيقاع ) اى ايقاع الطلاق باعتبار المولى ، حيث علقه بالشرط الذى علق به المولى ، وذلك ان الزوج اضاف الطلاق الى زمان اضاف اليه المولى الاعتاق وهو مجيء الغد .

(وإنما ينعقد المعلق سببا عند الشرط) يعنى المعلق انما يكون سببا للايقاع عند وجود الشرط، فكأنا مقترنين في السببية فحكمها أيضاً كذلك ( والعتق يقارن الإعتاق لأنه ) أي لأن الإعتاق ( علته ) أي علة العتق والعلة مع المعلول يقترنان عند الجمهور ، وعند البعض يتعاقبان في العلة الشرعية ، والتصرفات الشرعية بمنزلة الجواهر ( أصله الإستطاعة مع الفعل ) يعني الإستطاعة التي يحصل بها الفعل لا تسبق الفعل ، لأن الفعل معلول لها ،

فيفترقان في الحكم ، لأنها لو سبقت لا يخلو إما أن تبقى إلى زمان وجـود الفعل أولاً ، فيلزم في الأول قيام العرض بالعرض ، وفي الثاني يلزم حصول الفعل بلا قدرة ، وهو محال، فكذا الاعتاق لا يستبق العتق ، لأن العتق معلولة .

( فيكون التطليق مقارناً للعتق ضرورة ) لأن الاعتاق أيضاً مقارن بمجيء الغد ،لأن المقارن لمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء لا محالة ، فالطلاق بعد العتق فاسد ، لأن الطلاق حكم التطليق لا يتأخر عنه ،والتطليق يقارن الاعتاق ،والاعتاق يقارن العتق ،والطلاق يقارن العتق كان المقارن لمقارن الشيء مقارناً لذلك الشيء ،فكيف يقع بعده ،انتهى. وقال الكاكي لا يتضح قول محمد إلا أن يوصف حكم العلة يتأخر عن العلة كما هو مذهب البعض كما وصفه شمس الأئمة في مسألة أنت طالق مع عتق مولاك إياك إلى آخره . وقـــال تاج الشريعة ، اختلف المشايخ في جواز تأخير المعلولات عن العلل الشرعية ، بعضهم قالوا لا يجوز ذلك، وبعضهم جوزه ، لأن العلل الشرعية بمنزلة الجواهر على ما عرف ، فمحمد أخذ في الطلاق بجواز التأخر ، وفي العتق بالمقارنة .

ووجه ذلك ان الطلاق مختص ببطء الثبوت لحقه مـع التنافي ، والاعتاق مختص بسرعة الثبوت ، لكنه على وفاق الدليل فيقدم على الطلاق فيصادفها الطلاق وهي حرة ، فيملك الرجعة ، ولهذا يتأخر الملك في البيع الفاسد عن البيع إلى زمان القبض ، بخلاف البيع الصحيح لما ذكرنا ان أحدهما على وفق الدليل ، والآخر على خلافه ، انتهى . وعلل ركن الإسلام القاضي أبو الحسن السعدي رحمه الله تعـالى . لمحمد رحمه الله ان العتق وإن كان يقارن الإعتاق ، لكن العتق لا يزول ما لم يزل الرق مع العتق لا يجتمعان في محل واحد، فيكون نزول العتق بعد زوال الرق فكان الطلاق بعد الحرية .

وقيل في الجواب انه يجوز ان يكون مراده بقوله بعد العتق أي معه كـما أن مراده بقوله عتق مولاك إياك ، أي بعد عتق مولاك إياك ، وقيل المعلق بالشرط كالمرسل عنده فيكون قول المولى عند الشرط عند حرة . وقال الزوج طالق مقترنين في زمان واحـــد ويتأخر ثنتين عن الحرية ضرورة فيقعان عليها ، وهي حرة .

فصار كالمسألة الأولى ، ولهذا يقدر عدتها بثلاث حيض ، ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ، ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأنه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه ، بخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط ، وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ، ولا وجه إلى ما قال ، لأن العتق لو كان يقارن الاعتاق لأنه علته

---

( فصار كالمسألة الأولى ) وهي قوله أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك ( ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض ) هذا إيضاح لقوله لتطلق بعد العتق ، بيانه ان الطلاق صادف الحرية ، ولهذا تعتد بثلاث حيض ، فلو صادف الأمة لزمها الإعتداد بالحيضتين ، هكذا شرحه الاترازي ، ثم قال وعلى هذا الاستدلال الذى أورده صاحب الهداية نظر ، لان الاعتداد بثلاث حيض باعتبار انها حرة زمان وجوب العدة كما في المسألة الأولى ، باعتبار ان الطلاق صادف الحرية ، انتهى . قلت هذا الاستدلال هو الذي ذكره ثم نصبه لصاحب الهداية ثم نظر فيه ، ولم يذكره صاحب الهداية هنا على ما لا يخفى .

( ولهما ) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف ( انه ) أى الزوج ( علق الطلاق بما علق به المولى العتق ) وهو بمجيء الغد ( ثم العتق يصادفها وهي أمة ) اي والحال انها أمة ( وكذا الطلاق ) مصادفها وهى امة ( والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة ) فلا يملك الرجعة ( بخلاف المسألة الاولى ، لانه علق التطليق باعتبار المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه ) أى في المسألة الاولى ، وهو ان الشرط مقدم على المشروط ( وبخلاف العدة لانه ) أى لان الشأن ( يؤخذ فيها بالاحتياط ) صيانة لامر الدين ( وكذا الحرمة يؤخذ فيها بالإحتياط ) .

( ولا وجه إلى ما قال ) اى محمد ( لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته ) أى

فالطلاق يقارن التطليق لأنه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته أنت طالق ، هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث ،

---

لأن الاعتاق علة العتق ( فالطلاق يقارن التطليق ، لأنه علته ) أي لأن التطليق علة الطلاق ( فيفترقان ) اي الاعتاق والتطليق ، يعني كما ان الإعتاق يصادفها ، وهي أمة فكذلك التطليق .

( فصل في تشبيه الطلاق ووصفه )

أي هذا فصل في بيان تشبيه الطلاق . ولما ذكر أصل الطلاق شرع يذكر وصفه وتنويعه في فصل على حدة ، لكونه تابعاً .

( قال ومن قال لامرأته أنت طالق ، هكذا يشير ) أي حال كونه يشير ( بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث ) اي ثلاث تطليقات ، وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله – والسبابة – لأنه ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير هكذا ، وقال انه اسم جاهل في الإسم الشرعي المسبحة ، وورد عليه بأن السبابة وردت أيضاً في الشرع ، وقد روى الطحاوي من حديث موسى بن أبي عامر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال كيف الطهور ، فدعى رسول الله ﷺ بماء فتوضأ فأدخل اصبعيه أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه انتهى ، على ان في النسخ السباحة ، فكان السبابة والسباحة أيضاً وردت بالحديث .

وقد روى النسائي وابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رجلا أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله كيف الطهور ، فدعى بماء في إناء فغسل كفيه ثلاثاً ثم غسل وجهه ثلاثاً ثم غسل ذراعيه ثلاثاً ثم مسح برأسه وأدخل اصبعيه السباحتين في أذنيه ومسح بابهاميه ظاهر أذنيه ، وبالسباحتين باطن أذنيه ثم غسل رجليه ثلاثاً ثم قال هكذا الوضوء ، فمن زاد على هذا او نقص فقد أساء وظلم ، أو ظلم وأساء .

لأن الاشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم ، قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا ... الحديث .

---

وقال الاترازي المعتبر في اللغات استعمال العرب العربا لاستعمال اهل الحضر والمولدين، فاستعمال السبابة أولى لكونها لغة العرب الفصيح ، وعدم النهي عن التكلم بها انتهى . قلت لا فائدة في هذا الذي قاله أصلا ، لأن كل واحدة من السباحة والسبابة استعملت في الشرع كما ذكرنا ، وأيضاً دعواه الأولوية في السبابة غير موجهة على ما لا يخفى .

( لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت ) أي الإشارة ( بالعدد المبهم ) وهو أن يقول هكذا . وقال العتابي في شرحه قوله يشير بالإبهام والسبابة والوسطى يريد به الإشارة بالأصابع التي اعتاد الناس الاشارة بها وبين الأصابع الاخر . وقال تاج الشريعة يعني يشير بالثلاثة بمرة واحدة ، وفي المغني قالت أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاثة يقع واحدة وإن قال هكذا ، وأشار بها وقع الثلاث .

( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( الشهر هكذا وهكذا ... الحديث ) روي عن ابن عمر عن سعد بن أبي وقاص وعن عائشة رضي الله تعالى عنهم . وحديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم في الصوم ، قال قال النبي ﷺ الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس الابهام في الثالثة . وحديث سعد أخرجه مسلم عن محمد بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه قال ضرب رسول الله ﷺ بيده على الأخرى ، وقال الشهر هكذا وهكذا وهكذا ،وأمسك في الثالثة اصبعاً . وحديث عائشة رواه الحاكم في المستدرك عنها ان النبي ﷺ أقسم انه لا يدخل عليها شهراً فغاب عنها تسعة وعشرين يوماً ، ثم دخل عليها في الثلاثين ، فقلت له إنك حلفت ان لا تدخل علينا شهراً فقال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأمسك في الثالثة الابهام ، وقال صحيح على شرط البخاري .

قوله - وحبس - أي وقبض والاحتباس الانقباض،وفي المبسوط قوله وحبس في المرة الثالثة ابهامه ، بيان منه ان الشهر تسعة وعشرين يوماً ولا خلاف في هذه المسألة ، والاشارة تقع بالمنشورة منها لا بالمضمونة لاعتبار العرف والعادة ، ألا ترى انه عليه السلام حبس إبهامه في المرة الثالثة ، وفهم منه تسعة وعشرون يوماً ، ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم أحد وعشرين يوماً .

وإن أشار بواحدة فهي واحدة وإن أشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا ، والإشارة تقع بالمنشورة منها ، وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمونة منها ، وإذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منهـــا ، فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ، وفي الثانية واحدة

---

( وإن أشار بواحدة ) يعني وإن أشار بأن واحدة وقال أنت طالق ( فهي واحدة ) أي فهي تطليقة واحدة .

( وإن أشار بثنتين ) بإصبعين وقـــال أنت طالق هكذا ( فهي ثنتان ) أي تطليقة ثنتان يعني يقع تطليقتان ( لما قلنا ) يريد به قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم ( والاشارة تقع بالمنشورة) اى الأصابع المنشورة ( منها ) اى من أصابع اليد ولا تقع بالمضمومة باعتبار العرف والعادة .

( وقيل إذا أشار بظهورها ) أى بظهور الأصابع إلى المرات ( فبالمضمومة منها ) أي فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة من الأصابع لا بالمنشورة . ( وإذا كان تقـــع الاشارة بالمنشورةفلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء ) وبه قال الشافعي لأنه كما وجد الاشارة بالمنشورة وجدت بالمعقودة ، إلا انه خلاف الظاهر ، لأن الاشارة المعهودة فيما بين الناس في بيان العدد المبهم بالأصابع المنشورة لا بالمحبوسة ولا بالكف ، فإذا ادعي خلافه فلا يصدق في القضاء ، كذا في مبسوط شيخ الاسلام .

(وكذا إذانوى الاشارةبالكف) وصورةالاشارةبالكف أن لكون جميع الأصابع منشورة، يعني أشار إليهابالأصابع المنشورةوبطونها إلى المرات وقال أنت طالق هكذا، ثم قال عنيت بها الاشارةبالكف لابالأصابع. يصدق ديانةلاقضاء(حتى تقع في الأولى) أي في المضمومتين (ثنتان) أي طلقتان ديانة لا قضاء(وفي الثانية) أي الاشارةبالكف (واحدة) يعني يصدق ديانة حتى يقع واحدة لا قضاء حتى ثلاثاً في القضاء ، لأنه أشار إليها بأصابعه الثلاث المنشورة. وفي المبسوط وبعض المتأخرين قالوا لو جعل ظهر الكف إلى نفسه وبطون الأصابع إليهـــا لا يصدق في القضاء كذا في مبسوط شيخ الإسلام .

لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر، ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم تقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله أنت طالق، وإذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة، وقال الشافعي « رح » يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول، لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة، فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك .

---

وكذا إذا نوى الاشارة بالكف وصورة الاشارة بالكف أن يكون جميع الاصابع منشورة ، يعني أشار إليها بالأصابع المنشورة وبطونها إلى المرأة وقال أنت طالق هكذا، ثم قال عنيت بها الاشارة بالكف لا بالأصابع يصدق ديانة لا قضاء حتى يقع في الأولى ، أى في المضمومتين ، وذكر الامام التمرتاشي قيل لو كان باطن كفه إلى السماء فالعبرة النشر، وإن كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم ، وقيل إن كان نشراً عن ضم ، فالعبرة للنشر ، وإن كان ضماً عن نشر فالعبرة للضم العادة .

( لأنه يحتمله ) أى لأن قوله نويت الاشارة بالكف يحتمل ما نوى ( لكنه خلاف الظاهر ) فلا يصدق قضاء ( ولو لم يقل هكذا ) يعني إذا أشار إليها بالأصابع المنشورة، وقال أنت طالق لكنه لم يقل لفظ هكذا ( يقع واحدة ) أى طلقة واحدة ( لأنه ) أى لأن قوله عند الاشارة بدون لفظ هكذا ( لم يقترن بالعدد المبهم ) فاعتبر وجود الاشارة كعدمها ( فبقي الاعتبار بقوله أنت طالق ) فلا يقع به إلا واحدة ، وإن نوى الثلاث عندنا وبه قال الشافعي عند عدم النية .

( وإذا وصف الطلاق بضرب ) أى بنوع ( من الشدة والزيادة كان ) أى الطلاق (بائناً مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) أي وانت طالق البتة أي القطع .

( وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقع رجعياً ) أى طلاقاً رجعياً ( إذا كان بعد الدخول) وبه قال مالك وأحمد ( لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة ، وكان وصفه بالبيونة خلاف المشروع فيلغو ) أى وصفه بالبيونة ( كما إذا قال أنت طالق على ان لا رجعة لي عليك ،

ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ، ألا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ، فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين

---

ولنا انه ) اي ان الزوج ( وصفه ) أي وصف الطلاق ( بما يحتمله ) وهو البينونة ، ولهذا ثبتت البينونة به قبل الدخول ، وبعد انقضاء العدة بالطلاق .

فإن قيل ينتقض بما إذا قال أنت طالق ونوى البينونة إلى الثلاث حيث لا يصح بالإجماع ، فينبغي ان يصح لانه محتمل كلامه ، قلنا النية تصح للملفوظ والبينونة ما صارت ملفوظة بقوله أنت طالق ، بخلاف قوله أنت طالق بائن ، فإن البينونة ملفوظة . وقال الكاكي في هذا الجواب نوع ضعف ، لأنه ذكر في المبسوط قوله انت طالق يحتمل المبين وغير المبين ، فكان قوله بائناً تعيين أحد محتمليه ، إلا أن يقول لا يحتمله بطريق الحقيقة لكنه يحتمله بطريق المجاز فلا بد للمجاز من نيته ، ولهذا لا يندفع السؤال .

فإن قيل بائن صفة المرأة لا صفة الطلاق ، فكيف واصفاً للطلاق بالبيونة ، كذا قيل وقال الكاكي وفيه نوع تأمل ، انتهى . قلت قوله بائن صفة لطلاق ، أو خبر بعد خبر ، وليس صفة الطلاق وإنما يكون صفة الطلاق لو قال أنت طالق بائناً .

( ألا ترى ان البينونة قبل الدخول أو بعد العدة تحصل به ) أي بقوله أنت طالق ( فيكون هذا الوصف ) أي وصف المرأة بقوله – أنت طالق بائن – ( لتعيين أحد المحتملين ) وهو البينونة . وقال الاترازى هو بفتح الميم ، وأراد بهما الرجعي البائن ، وفيه نظر ، لأن الرجعي ليس يحتمل الطلاق ، بل هو موجبه ، والمحتمل هو البائن . وقال الاكمل ملخصاً من كلام السفناقي ، واعترض بأنه لو قال مختلا لما جاز نيته فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك . وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله أنت طلاق مغيرة ، لأن الطلاق شرع معقباً للرجعة . ورد بأنه تسليم لدليل الخصم وخروج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة ، وجواز كون الوصف مغير للمشروع .

وأجيب بأن الفرق بينهما ان الوصف الملفوظة أقوى في اعتبار الشرح من النية ، بدليل انه لو قال انت طالق ، ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشارع ، وذلك طلاقاً . ولو

ومسألة الرجعة ممنوعة ، فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ، ولو عنى بقوله أنت طالق واحدة ، وبقوله بائن أو البتة أخرى يقع تطليقتان بائنتان

---

نوى طلاقاً ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبره طلاقاً لئلا يتغير المشروع ، وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق .

( ومسألة الرجعة ممنوعة ) هذا جواب عن قول الشافعي كما إذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ، يعني لا نسلم انه لا يقع بائناً بل يقع واحدة بائنة ، وهو معنى قوله ( فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن لـه نية أو نوى الثنتين ) أي الطلقتان ( أما إذا نوى الثلاث ) أي الطلقات الثلاث ( فثلاث ) اى يقع ثلاث طلقات ( لما مر من قبل ) أى في باب إيقاع الثلاث بقوله ، ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً آخر .

وقال الكاكي مسألة الرجعة ممنوعة يعني تقع واحدة بـائنة فيها ، ولئن سلم فالفرق ان قوله ان لا رجعة ، صرح بنفي الشروع . وفي مسألتنا وصف البينونة ، ومـا نفى الرجعة صريحاً ، ولكن يلزم منهـا نفي الرجعة ضمناً ، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً ، كذا سمعته من شيخي العلامة ، وذكر الاكمل هذا برمته ، قال كذا قال شيخي العلامة وشيخه هو قوام الدين الكاكي وشيخ قوام الدين هو عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري أي الامام البحر في الفقه والأصول شارح البزدوي ، وكان وضع كتاباً على الهداية بسؤال قوام الدين المذكور إياه حين اجتمع بـه بترمذ ، وتفقه عليه ، ووصل إلى كتاب النكاح واخترم منه المنية برد الله مضجعه .

( ولو عني بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة أخرى ) اي طلقة أخرى ( يقع تطليقتان بائنتان ) وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان . وقال في فتاوى الولوالجي وقيل الأول يقع رجعياً . وقال الاترازي أقول هذا أصح عندي ، لان قـوله – بائن – في قوله – أنت طالق بائن – وقع خبراً بعد خبر المبتدأ ، كما في قولهم زيد عالم عامل ، أي جامع لهذين الوصفين ، فثبت لكل واحد منهما موجبه ، وموجب الطلاق ثبوت الرجعة ، وموجب البائن ثبوت البينونة ، ولا معنى لثبوت التطليقتين

البائنتين، ولا يلزم من كون الثاني بائناً كون الأول بائناً ، انتهى . قلت هذا كله مبادر من غير تأمل ، ولا يخلو عن ما هو قصر ، لان قوله خبر بعد خبر لا يصلح أن يكون مصححاً لكلامه بل هو يرد كلامه ، لأن معناه كأنه قال أنت طالق أنت بائن نعم، كان قوله أنت طالق يقتضي ان يكون رجعياً ابتداء ، إلا انه جعل بائناً لعدم الامكان ، لأن الثاني يكون بائناً لا محالة عندنا فيكون الأول بائناً ايضاً ضرورة إذ لا يتصور بقاء الاول رجعياً إذا صار الثاني بائناً .

وقال الأكمل ومن الناس من ذهب إلى ان الاول يقع رجعياً بأن أراد ما ذكرناه يعني قوله ان الاول يقع رجعياً ابتداء ، فينقلب بائناً لوقوع الثاني بائناً لعدم تصور بقائه رجعياً ، فهذا صحيح ظاهر ، وإن أراد بقاؤه رجعياً فليس بصحيح .

( لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ) أراد بالوصف لفظ بائن والبتة ، وانه يصلح للايقاع ابتداء بأن قال أنت بائن ، او انت طالق البتة ، ونوى به الطلاق يصح ويقع ، وكذا إذا نوى بلفظ البتة تطليقة أخرى . وقال الاترازي وقوع الثنتين في قوله أنت طالق البتة فيها نظر عندي ، لأن قوله البتة ذكر منصوبا ، وهو من حيث العربية لا يصح إذا جعل صفة لمصدر محذوف بأن يراد أنت طالق البتة ، والطلقة للمرة الواحدة ولا دلالة فيها على التكرار ، اما إذا لم ينوه فظاهر ، وكذا إذا نواه ، لان الطلقة مصدر وقع تأكيداً لما دل عليه قوله طالق ، فلا يثبت بها شيء آخر على سبيل الاصالة انتهى .

قلت هذا أيضا فيه ما فيه لان المصدر المحذوف المؤكد بكسر الكاف لما قبله صفة في نفس الامر وصف بها لفظ طالق بلفظ الشدة ، فلا ينافي ان يكون له معنى زائداً على معنى تأكده بفتح الكاف الذي يـــدل على طلقة واحدة ، وبالمعنى الزائد يقع طلقة أخرى ، فافهم .

( وكذا ) أي وكذا تقع التطليقة البائنة ، وهذا معطوف على قوله أنت طالق بائن في الاحكام الاربعة وهو قوله فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نيـة أو نوى الثنتين . ولو نوى الثلاث فثلاث ، ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق أخرى

إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق لأنه إنما يوصف بهـــذا الوصف باعتبار أثره ، وهو البينونة في الحال ، فصار كقوله بائن ، وكذا إذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه لما ذكرنا

---

تقع تطليقتان، وكذا الجواب عن قوله أخبث الطلاق أو أشره أو أشده أو أكبره (إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق ، لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره ) أي أثر الطلاق باعتبار ذاته ( وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن ) إنما قلنا لا باعتبار ذاته ، لأن ذاتــه لا توصف بهذه الأوصاف أعني الفحش ، والشرط والشدة والخبث والعظم والكبر ، لأن الطلاق ليس بمحسوس، ولا هذى هيئته ، حتى يكون وصفاً لذاته ، وغير المحسوس يعرف بأثره ، فتكون هــذه الأوصاف لأثره . ومن شدة أثره وفحشه وخبثه وكبره وعظمه أن يكون قاطعاً للنكاح في الحال ، فصار كانه بلفظ البائن ، لأن أفعل التفضيل لبيان أصل التعارف ، وذلك في الواحدة البائنة لأنها أشد حرمة حكماً وأفحش من الرجعية ، وقد يذكر لبيان نهاية التعارف وذلك في الثلاث . فإن نوى الثلاث فقد نوى محتمل كلامـــه فصحت ، وإن لم تكن له نية يصرف إلى الأدنى ، لأنه المتيقن .

فإن قيل أفحش أفعل التفضيل ، فيقتضي أن يكون هناك فاحشاً . قلت هذا الوزن مشترك بين التفضيل وبين الإثبات ، فيحمل على مجرد الإثبات ، لأن طالـــقاً لا يحتمل طالقان ، ولأن مجرد هذا متيقن ، هذا في الفوائد الظهيرية .

( وكـــذا إذا قـــال أخبث الطلاق ) أي وكذا الجواب إذا قال أنت طالق أخبث الطلاق ( أو أسوأه ) أو قال طالق اسوأ الطلاق ( لما ذكرنا ) من قــوله لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره ) ، وذكر ابن سماعة في نوادره انه إذا قال أنت طـالق أقبح الطلاق ، فإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نـوى واحدة فهي واحدة رجعية عند أبي يوسف بائنة عند محمد . وفي الكافي للحاكم الشهيد ، وإن قال أنت طالق اكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين إذا قال نويت واحدة ، وإن قـال أنت طالق أكمل الطلاق وأشر الطلاق فهي واحدة رجعية . وإن قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثاً ، وإن نواها .

وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة لأن الرجعي هو السنة فيكون البدعة، وطلاق الشيطان بائناً . وعن أبي يوسف « رح » في قوله أنت طالق للبدعة انه لا يكون بائناً إلا بالنية، لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة حيض فلا بد من النية . وعن محمد « رح » انه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعياً ، لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا يثبت البينونة بالشك ، وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة ،

---

وإن قال أنت طالق خير الطلاق أو عدله او أحسنه او أفضله فهي طالق للسنة في وقت السنة ، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث للسنة . وقال الطحاوي في مختصره . ولو قال لها أنت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقاً تطليقة يملك فيها الرجعة كانت حائضاً او غير حائض ، ولم تكف هذه التطليقة للسنة ، ثم قال وروى صاحب الإملاء عن أبي يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما إذا قال أنت طالق أحسن الطلاق .

( وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة ) أي وكذا يقع البائن إذا قال أنت طالق طلاق الشيطان أو طلاق البدعة ، اي او قال انت طالق طلاق البدعة ( لأن الرجعي هو السنة فيكون ) طلاق البدعة وطلاق الشيطان ( بائناً ، وعن أبى يوسف فى قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائناً إلا بالنية ، لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة الحيض فلا بد من النية . وعن محمد رحمه الله انه إذا قال أنت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعياً ، لأن هذا الوصف ) أي وصف البدعة والشيطان (قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض، فلا تثبت البينونة بالشك) هذا الذي ذكره المصنف عن محمد هو رواية هشام عنه .

( وكذا إذا قال كالجبل ) أي وكذا يكون بائناً إذا قال أنت طالق كالجبل وهذا قول أبي حنيفة ومحمد ( لأن التشبيه به ) أي بالجبل ( يوجب زيادة ) وهي البينونة ، لأنه

وذلك بإثبات زيادة الوصف ، وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا . وقال أبو يوسف « رح » يكون رجعياً لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهاً به في توحده ، ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي ثلاثاً ، أما الأول فلأنه وصفه بالشدة ، وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض

---

لا يحتمل الزيادة من حيث العدد ، لأنه ليس بذي عدد لكونه واحداً في الذات فيحمل على على الزيادة التي ترجع إلى الوصف ( وكذا إذا قال مثل الجبل ) أي وكذا يكون بائنا إذا قال أنت طالق مثل الجبل ( لما قلنا ) يريد به قوله ان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة .

( وقال أبو يوسف يكون ) أي الطلاق ( رجعيا ) وبه قال الشافعي وأحمد ( لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها في توحيده ) اي توحيد الجبل وهو مزيدة عن الوصف والعدد ، ويحتمل التشبيه في العظم فلا تقع البينونة بالشك . ولو قال أنت طالق كالصخرة أو كالقل فإنه رجعي وبائن عند محمد ، ذكره المرغيناني . وفي الذخيرة لو قال أنت طالق مثل التراب أو الأساطير تقع واحدة رجعية عندهما . وعند ابي حنيفة وزفر تقع واحدة بائنة .

( ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة ، إلا أن ينوي ثلاثا ) هذه من مسائل الجامع الصغير ويقع بهذه الألفاظ طلقة واحدة بائنة نواها أو لم ينو . فلو نوى ثلاثا فثلاث ( اما الأول ) وهو قوله انت طالق أشد الطلاق وفيه البينونة ( فلأنه وصفه ) اي وصف الطلاق ( بالشدة وهو البائن ) إذ الوصف بالشدة هو الطلاق البائن ، لأن شدة الطلاق بالإبانة ( لأنه ) اي لأن البائن ( لا يحتمل الانتقاض ) أي النقض ( والإرتفاض ) من الرفض ، ولهذا لا يحل له فيه إلا التزوج الجديد .

أما الرجعي فيحتمله وإنمـــا تصح نية الثلاث لذكره المصدر ، وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة ، وفي العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فيصح نية الأمرين ، وعند فقدانها يثبت أقلهما . وعن محمد « رح » انه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهراً ، فصار

---

( أما الرجعي ) أي الطلاق الرجعي ( فيحتمله ) أي فيحتمل الانتقاض ( ولهذا ) أي في الطلاق الرجعـي لأن يراجعها بقول أوفعل ولا يحتاج فيه إلى رضاها ، وإنمـا صح نية الثلاث لذكره المصـدر هذا جواب عما يقـال سلمنا ان قوله انت طالق اشد الطلاق يقتضي الإبانة بواحدة بوصفه الطلاق بالشدة فمن أين يصح نية الثلاث فأجاب بقوله :

( وإنما تصح نية الثلاث لذكره بالمصدر ) وهو اسم جنس يحتمل الثلاث بلا وصف الشدة ، وهاهنا أولى . فإن قيل هذا ينبغي ان يتيقن الثلاث بلا نية ، لأنه لو قـال أنت طالق شديد ، يقع البائن واشد اقوى منه فينبغي ان يصرف إلى الثلاث . قلنا الجواب عندما ذكرناه عند قوله افحش الطلاق وهو ان المراد من افعل التفضيل هنا مجرد الاثبات لا اثبات التفضيل فلا يجوز حمل مطلق اللفظ مع الاحتمال على الثلاث .

( واما الثاني ) وهو قوله كألف ( فلأنه ) اي فلأن الشأن ( قد يراد بهذا ) أي بقوله ( كألف التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى) أي ويراد التشبيه في العدد مرة أخرى ( يقال كألف رجل ) اي فلان كألف رجل ، يعني يعد كألف رجل ( ويراد به القوة ) يقال فلان كألف رجل في القوة ( فتصح نية الأمرين ) يعني إذا نوى الواحدة يقع البائن باعتبار التشبيه في القوة . وإذا نوى الثلاث يقع ايضـا باعتبار التشبيه في العدد ( وعند فقدانها ) اي عند فقدان النية ( يثبت أقلها ) اي اقل الأمرين وهـــو الواحد البائن ، لأن الأقل متيقن .

( وعن محمد رحمه الله تعالى يقع الثلاث عند عدم النية لانه عدد ) أي لان الألف عدد ( يراد به التشبيه في العدد ظاهراً ) هذه رواية عن محمد وذكرها الولوالجي وغيره (فصار)

كما إذا قال طالق كعدد ألف . وأما الثلاث فلأن الشيء قـــد يملأ البيت لعظمة في نفسه ، وقد يملأ لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته ، وعند انعدام النية ثبت الأقل

---

أي فصار الحكم ( في هذا كما إذا قال طالق كعدد الف ) وهذا لا خلاف فيه ، لانه نص على العدد . ولو قال أنت طالق واحدة كألف فهي واحدة بائنة ، ولا تكون ثلاثا ، لان الواحدة لا تحتمل العدد فيكون التشبيه لزيادة القوة .

( وأما الثالث ) وهو قوله ملء البيت ( فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمة في نفسه ، وقد يملأ لكثرته ، وأي ذلك نوى صحت نيته ) فـــالعظم في الطلاق بالإبانة والكثرة بالثلاث ، فأيهما نوى صح ( وعند انعدام النية يثبت الاقل ) وهـــو الإبانة ، لان الاقل متيقن . وروى الطحاوي رحمه الله تعالى عن ابي يوسف ومحمد في غير ظاهـــر الرواية إذا قال انت طالق مثل الجبل او ملء البيت او مـــلء الكوز ، يكون رجعيا . وفي شرح الاقطع لو قال انت طالق تطليقة تملأ الكوز كان بائنا في قولهم جميعا ، لانه صفة للطلاق يقتضي زيادة عظم ، وليس ذلك إلا بالبينونة .

وفي الروض مختصر الرافعي قال انت طالق ملء البيت أو البلدة أو السماء او الارض او اعظم من الجبل او اكثر الطلاق او أعظمه او أشده او اطولـه او أعرضه ، او طلقة كبيرة او عظيمة يقع واحدة رجعية وتلغو هذا كلها ، وهكذا في مغني الحنابلة . وهكذا لو قال ملء الدنيا يقع واحدة رجعية كقول الشافعي وأقصى الطلاق واكثره واحدة رجعية وهو المذهب ، ويحتمل الثلاث في أقصاه ، قال السروجي هـــذا الاحتمال هو الحق والمذهب ضعيف جداً . ولو قال أنت طالق عـدد التراب يقع واحدة عند ابي يوسف ، واختاره البغوي وأحمد . وفي جوامع الفقه عن محمد عدد الرمل ثلاث ، لانـــه ذو عدد ، بخلاف التراب ، وفي التراب روايتان عنه . ولو قال أنت طالق واحدة مـــائة مرة لم يقع إلا واحدة قاله المتولى عن الشافعية وهو بعيد جداً .

وفي المرغيناني قال انت طالق كثلاث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف ، وثلاث عند

ثم الأصل عند أبي حنيفة «رح» انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائناً، أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف. وعند أبي يوسف «رح» ان ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به، لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد، أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة، وعند زفر «رح» إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائناً، وإلا فهو رجعي. وقيل محمد «رح» مع أبي حنيفة «رح»، وقيل مع أبي يوسف «رح».

---

أبي يوسف، وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث. ولو قال كعدد الشمس او القمر فهي واحدة بائنة عند أبي حنيفة ورجعية عند ابي يوسف، وعن محمد كالنجوم واحدة، وكعدد النجوم ثلاث. وفي المرغيناني وغيره قال انت طالق كعدد كل شعرة على جسد إبليس لعنه الله يقع واحدة حتى يعلم عدد شعره، او هل له شعر. وذكر الكرخي لو قال أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي، وقد طلقت ثلاثا، لان الشعر ذو عدد، وإن لم يكن موجوداً. وإن قال كالثلج فهو بائن.

( ثم الاصل عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه ) اراد بهذا بيان الاصل الذي يبنى عليه أقوال الامام وصاحبيه وزفر رحمه الله تعالى ( انه ) أي ان الرجل ( متى شبه الطلاق بشيء ) من الاشياء ( يقع الطلاق بائنا، اي شيء كان المشبه به يذكر العظم او لم يذكر لما مر)عن قريب (ان التشبيهيقتضيزيادة وصف) وزيادة الوصف توجب البينونة.

( وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا، وإلا فلا أى شيء كان المشبه به ) يعني سواء كان صغيراً او كبيراً ( لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد ) أي من وصف العظم ( وأما ذكر العظم فللزيادة لا محالة ) وذلك بالبينونة ( وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم وإلا فلا وإن لم يكن على وصف عندالناس بالعظم فهو رجعي ) سواء ذكر العظم او لم يذكر (وقيل محمد مع أبي حنيفة، وقيل محمد مع أبي يوسف)

وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ، ومثل الجبل مثل عظم الجبل ، ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة ، لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه هو البائن ، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض .

---

أشار بهـذا إلى ان قول محمد مضطرب . وفي الذخيرة عند ابي يوسف ومحمد ان ذكر العظم كان بائنا ، وإن كان المشبه به حقيراً . وإن لم يذكر العظم وإن كان له حد يقع بائنا وإلا يكون رجعيا .

( وبيانه ) اي بيان هذا الخلاف ( في قوله مثل رأس الإبرة ) اى في قوله انت طالق مثل رأس الإبرة ، اى في قوله مثل رأس عظم الابرة ( مثل الجبل ) اى في قوله – أنت طالق مثل عظم الجبل – ففي قوله مثل رأس الابرة بائن عند ابي حنيفة ومحمد لمكان التشبيه رجعي عند أبي يوسف لانه لم يذكر العظم ، وكذا زفر ، لان المشبه به مالا يوصف بالعظم والشدة . وفي قوله – مثل عظم رأس الابرة – يكون بائنا عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه ، وكذا عند ابي يوسف لذكر العظم . وعند زفر رجعي ، لان الابرة لا توصف بالعظم والشدة . وفي قوله – مثل الجبل – بائن عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه ، ورجعي عند ابي يوسف لعدم ذكر العظم ، وبائن عند زفر لان الجبل يوصف بالعظم عند الناس ، وفي مثل عظم الجبل يكون بائناً عند الكل للتشبيه عندهما وذكر العظم عند أبي يوسف وكون المشبه به عظيماً عند زفر ولو قال مثل السمسم أو مثل حبة الخردل وقع رجعية عند الثلاث وعند ابي حنيفة .

( ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهو واحدة بائنة ) وفيه خلاف زفر وقد ذكرناه ( لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه ) أي على الزوج ( وهو البائن ) لأن شدة الشيء وقوته لا يحتمل الإعتراض عليه بالإنتقاض ، وذلك في الطلاق البائن ، وهو معنى قوله – وهو البائن – الضمير يرجع إلى كلمة ما في قوله ما لا يمكن ( وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض ) ويقال هذا امر شديد وطويل وعريض .

وعن أبي يوسف « رح » انـــه يقع بها رجعية ، لأن هذا الوصف
لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صحت نيته

---

( وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى انه يقع بها ) أي بهذه الألفاظ ( رجعية ) أي طلقة رجعية ( لأن هذا الوصف ) أي ولوصف الطلاق بالشدة والطول والعرض ( لا يليق به ) أي بالطلاق ، لأن هذه الأوصاف من صفات الأجسام ( فيلغو ) أي يصير ذكره لغواً فلا يعمل به . وقال الاترازي وصف الطلاق بالشدة والطول والعرض ليس يمكن للزوم قيام العرض بالعرض ، وجوابه انا لا نسلم أن قيام العرض بالعرض يجوز ، لكن نقول فللأحكام الشرعية حكم الجواهر ، فيجوز حينئذ . او نقول سلمنا انه لا يجوز حقيقة ، ولكن لانسلم انه لا يجوز مجازاً .

( وإن نوى الثلاث ) أي الطلقات الثلاث ( في هذه الفصول ) اي في فصل قوله أنت طالق بائن أو البتة او انت طالق أفحش الطلاق ، وفصل قوله أخبث الطلاق وأسوأه ، وطلاق الشيطان ، وطلاق البدعة ، وفصل قوله أشد الطلاق أو كألف او ملء البيت أو مثل رأس الإبرة او مثل إذن رأس الإبرة ، ومثل الجبـل ، ومثل عظم الجبل . وفصل قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة ، ففي هذه الفصول ( كلها صحت نيته ) ويقع الثلاث إذا نواها عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأنها بائن عنده ، والبائن على نوعين خفيفة وغليظة فإذا نوى الثلاث فقد نوى غلظ النوعين وأعلاهما فصح اعلاهما . وذكـر الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير مثل ما ذكر صاحب الهداية في صحة نية الثلاث في الفصول كلها ، ولكن الإمام الزاهد العتابي ، قال في شرحه للجامع الصغير ، والصحيح انـــه لا يصح في انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة ، لأنه نص من التطليقة ، وإنهـا تتناول الواحدة ثم قال هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي .

قال الاترازي هذا هو الأصح عندي ، لأن النية إنما تصح فيما يحتمل اللفظ ذكر ذلك ، والباء موصوفة للوحدة فلا يحتمل غير ذلك ، فلا تصح نية الثلاث ، انتهى . قلت كـون الباء للوحدة لا تنافي نية الثلاث ، لأنه وصفها بالشدة والطول والعرض ، وصحة نية الثلاث تؤخذ من الوصف .

لتنوع البينونة على ما مر ، والواقع بها بائن .

## فصل في الطلاق قبل الدخول

وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها

---

( لتنوع البينونة ) اي غليظة وخفيفة ( على ما مر ) اشار به إلى قوله -قبل صفحة- ويقع واحدة بائنة إذا لم يكن له نية او نوى الثنتين . اما إذا نوى الثلاث فثلاث (والواقع بها ) اي بهذه الالفاظ المذكورة ( بائن ) لما ذكرنا عند قوله انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة .

فروع . لو قال لامرأته والحجر أو بهيمة إحداكما طالق ، او قال هذه وهذه طلقت امرأته عند ابي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لا يقع للشك ، وإن قال لامرأته ورجل احداكما طالق ، او هذه او هذه لا يقع عند ابي حنيفة . وقال أبو يوسف يقع ولو قال لامرأته وأجنبية احداكما طالق ، او قال هذه أو هذه لا تطلق زوجته إلا بالنية ، وفي المبسوط حلف انه لم ينوها ، وعند الشافعي وأحمد يقع على زوجته إلا بالنية ، وإن قال أردت الأجنبية قيل في الصحيح على المنصوص ذكر في الاملاء ، وعند مالك لا يقبل منه ، ذكر في الجواهر . ولو قال إحدى امرأتي طالق وليس له إلا امرأة واحدة يقع عليها ذكره الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير .

### ( فصل في الطلاق قبل الدخول )

أي هذا فصل في الطلاق قبل الدخول على المرأة لما كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله من العوارض ، والعارض يذكر بعد الأصل وهو الطلاق بعد الدخول .

(وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها وقعن عليها) عند عامة العلماء ، وهو مذهب عمر وعلي وابن عباس وابي هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص وابن مسعود وأنس ابن مالك رضي الله تعالى عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعكرمة وابراهيم النخعي وعامر الشعبي وسعيد بن جبير والحكم وابن أبي ليلى والأوزاعي وسفيان

لأن الواقع مصدر محذوف ، لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه ، فلم يكن قوله أنت طالق ايقاعاً على حدة فيقعن جملة . فإن فرق الطلاق وبانت بالأولى ولم تقع الثانية ولا الثالثة

---

الثوري . وقال ابن المنذر وبه أقول ذكر أبو بكر بن أبي شيبة انه قول عائشة وأم سلمة وخالد بن محمد ومكحول وحميد بن عبد الرحمن ، وكان طاووس وابن الشعثاء وعمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثاً فهي واحدة . وفي مصنف ابن ابي شيبة عن جابر بن زيد وطاووس وعطاء ان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها فهي واحدة . وفي المبسوط وهو قول الحسن البصري .

( لأن الواقع مصدر محذوف ) وهو الطلاق الذي قام صفة ، وهو الثلاث مقامه ( لأن معناه طلاقاً ثلاثاً على ما بيناه ) إشارة إلى ما ذكره في الفصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق بقوله ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد إلى آخره ( فلم يكن قوله انت طالق إيقاعاً على حدة فيقعن جملة ) يعني إذا كان الواقع مصدراً محذوفاً لم يكن قوله أنت طالق إيقاعاً على حدة ، وإلا زاد عدد الطلاق وهو غير مشروع ، فيقعن جملة ، وصار الكلام واحداً ولا يفصل بعضها عن بعض ، فإن إيقاع الطلاق لا يتأتى بلفظ او جزء منه ، بخلاف قوله أنت طالق وطالق وطالق ، حيث انفصلت الثانية والثالثة لأنها كلمات متفرقة فوقعت الأولى .

( وإن فرق الطلاق ) بأن يقول أنت طالق طالق طالق على ما يجيء الآن ( بانت بالأولى ) أي باللفظ الأول ، وهو قوله- أنت طالق - وتبين لا إلى عدة ، لأنها غير مدخولة ( ولم تقع الثانية ولا الثالثة ) لأنه لا يبقى لوقوعها محل ، فيلغو كلامها . وحكي عن الشافعي القديم أنها تطلق ثلاثاً ثلاثاً . وقال ابن أبي هريرة من أصحابه هذا قول آخر ، وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي والليث بن سعد وربيعة ومالك . وقال أحمد لو ذكر بالواو تطلق ثلاثاً ، وبغير الواو لا تطلق لمذهب العلماء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لها أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، حيث يقع الثلاث جملة إذا وجد الدخول لوجود المعين في الآخر ،

وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق ، لأن كل واحد إيقاع على حدة إذ لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه ، فتقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مباينة ، وكذا إذا قال لها أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى .

---

وهو الشرط . وإذا قدم الشرط فعند أبي حنيفة تقع الواحدة ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط .

فإن قيل الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، فلو قال لها أنت طالق ثلاثاً يقع الثلاث فينبغي أن يقع الثلاث أيضاً إذا قال لها أنت طالق وطالق وطالق . أجيب بأنه مسلم ولكن إذا وقعت الأولى فلا توقف لعدم المغير في الآخر بانت بها ، ولم يبق محل للثانية ولا للثالثة.

فإن قيل ينبغي أن تقع الثلاث تحقيقاً لمعنى الجمع في الواو ، أجيب بأنه حينئذ تكون الواو للمقاربة ولا دلالة لها عليها لأنها للجمع المطلق.

فإن قيل يلزم الترتيب على ما قلتم ، والواو لم توضع له . أجيب بالمنع لأنه إنما يلزم إذا كان وقوع الثانية والثالثة متحققاً فلا وقوع ولا ترتيب .

( وذلك ) أي التفريق ( مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق ) ذكر المصنف صورة التفريق بدون حرف الواو ، والحكم فيما إذا ذكره بحرف الولو كذلك ، ولهذا إذا قال أنت طالق وطالق وطالق تبين بواحدة لا إلى عدة ، قاله الأترازي ( لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يكن في آخر كلامه ما يغير صدره ) أي صدر الكلام كالشرط والإستثناء ( حتى يتوقف عليه ) أي على ما يغير صدره ( فتقع الأولى ) في لفظ أنت طالق ( في الحال وتصادفها ) أي تصادف الأولى ( الثانية ) أي اللفظة الثانية وهي طالق ( وهي مباينة ) أي والحال انها مباينة فلا يبقى للثانية محل ولا للثالثة .

( وكذا إذا قال ) أي وكذا تقع واحدة إذا قال ( أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة كما قلنا انها بانت بالأولى ) يعني لما سبقت الأولى في الوقوع صادفتها الثانية وهي مبانة .

ولو قال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلاً لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل، وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً لما بينا ، وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى.

---

( ولوقال لها أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا ) يعني لا يقع شيء ، وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين فماتت قبل أن يقول ثنتين ، أو قال أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل أن يقول ثلاثاً ، أو قال أنت طالق إن شاء الله تعالى فماتت قبل أن يقول إن شاء الله تعالى لم تطلق شيئاً ( لأنه قرن الوصف ) وهو الطلاق ( بالعدد ) وهو واحدة أو ثنتين أو ثلاثة ( فكان الواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد ) فهو واحدة أو ثنتين أو ثلاث ، فكان الواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد ( فات المحل قبل الإيقاع فبطل ) كلامه فلا يقع شيء .

( وكذا ) أي وكذا يبطل كلامه ( لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثاً ) أي أو قال أنت طالق ثلاثاً ، فماتت قبل أن يقول ثلاثاً ( لما بينا ) إشارة إلى قوله لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ( وهذه ) أي هذه المسائل الثلاثة المذكورة هي قوله أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وقوله أنت طالق ثنتين فماتت قبل قوله أنت طالق ثنتين ، وقوله أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل أن يقول ثلاثاً ( تجانس )أي تشاكل وتماثل ( ما قبلها ) أي المسألة التي قبلها ( من حيث المعنى ) وهي ما إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً قبل الدخول بها.

بيانه أن المعتبر في الوصفين في الإيقاع هو العدد لا الوصف ، فكانت هذه المسائل مماثلة للمسألة المتقدمة من حيث المعنى ، إلا أن بينهما تفاوتاً في الحكم ، وهو أن الطلاق واقع في المسألة المتقدمة ، لأن العدد صادفها وهي منكوحة ، وهاهنا لم يقع شيء لأن العدد صادفها وهي ميتة ليست بمحل لوقوع الطلاق . ثم لأصحاب الشافعي فيما إذا ماتت قبل ذكر العدد ثلاثة أوجه،أحدها: وهو اختيار المزني أنه يقع واحدة في المسألة الأولى، وفي

# ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ،

قصد الثنتين وفي قصد الثلاث ثلاث . الثاني : أنه يقع واحدة . والثالث : أنه لا يقع شيء كقولنا .

( ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحده وقعت واحدة ) هذه المسألة مذكورة في الجامع الصغير والقدوري جميعاً ، وعندنا في صورة قبل معتبراً بكنايته وبعد الكناية يقع واحدة وفي قبل بهاء الكناية وبعد بغير الكناية يقع واحدة كما في قبل بغير الكناية [1] فعنده يقع في الصور الأربع إلا واحدة . وفي الروضة للنووي قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة قبل طلقة أو بعدها طلقة ، بانت بالأولى. وإن قال بعد طلقة أو قبلها طلقة ففيه ثلاثة أوجه ، أصحها يقع واحدة ، والثاني لا يقع شيء ، والثالثة يقع ثنتان ويلغو قوله قبلها . وإن قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة فوجهان ، أصحها وقع الثنتين ، والثاني واحدة .

وإن قال أنت طالق طلقة تحت طلقة أو تحتها طلقة أو فوق طلقة أو فوقها طلقة فثنتان ، وفيه وجه أنه طلقة كما في الإقرار فإنه لا يلزمه إلا درهم واختاره ابن لمح [2] والحياطي . وقال إمام الحرمين والغزالي حكمه حكم مع ، وفي كلام المتولي ما يقتضي أنه لا يقع في غير المدخول بها إلا واحدة . وإن قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة أو بعدها طلقة وذلك قبل الدخول فوجهان ، أحدهما يقع واحده ، والثاني لا يقع شيء. وفي المغني يقع واحدة ، وهو ظاهر قول الشافعي . وقال السروجي هو أحد قولي الشافعي ولا قول له فيه . وقال أبو بكر من الحنابلة يقع ثنتان كقول أصحابنا ويلغو قوله وبعدها . وفي المدخول بها يقع الثلاث ، وفي الجواهر قال أنت طالقة طلقة مع طلقة أو معها طلقة أو فوقها طلقة أو تحتها طلقة وقعت طلقتان .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل ، اهـ مصححه .

(٢) هكذا رسمت في الأصل ، وربما هو صالح . اهـ مصححه .

والأصل أنه متى ذكر شيئين ادخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخراً كقوله جاءني زيـد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو . وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال ، لأن الإسناد ليس في وسعه ، فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية ، والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى .

---

( والأصل ) أي في المسائل المذكورة ( انه ) أي أن الرجل ( متى ذكر شيئين أدخل بينهما حرف الظرف ) وهو قبل وبعد ( إن قرنها بهاء الكناية كان ) أي الظرف ( صفة للمذكور آخراً كقوله جاءني زيد قبله عمرو ) وتكون القبلية صفة لزيد ، وليس المراد بالصفة مصطلح النحاة ، بل المراد الصفة المعنوية كيف كانت ( وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو ) فتكون القبلية صفة لزيد ، وهذاالذي ذكره هو أحد الفصلين الذين بني عليهما الفصول الثلاثة ، وهي قبل وبعد وكلمة مع والأصل الثاني هو قوله :

( وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال ، لأن الإسناد ليس في وسعه ) لأن الطلاق وضع لرفع الإستباحة ، وما مضى من الإستباحة لا يمكن رفعه ، فيقع في الحال ، لأنه يملكه فيثبت ما أمكن صوناً لكلامه عن الإلغاء ( فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى ) هذا تفريع الأصل الأول ، ولهذا ذكره بالفاء وأراد بالأولى لفظة واحدة الأولى ( فتبين بها ) أي فتبين المرأة بالواحدة الأولى ( فلا تقع الثانية ) لعدم بقاء المحل لوقوعها .

( والبعدية في قوله بعدها واحدة ) أي قوله أنت طالق واحدة بعدها واحدة ( صفة للأخيرة) أي صفة للواحدة الاخيرة وهي الثانية ( فحصلت الإبانة بالاولى ) أي بالواحدة الاولى لما ذكرنا .

ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان ، لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الاولى في الحال ، غير أن الايقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضاً ، فيقترنان فتقعان ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان ، لأن البعدية صفة للأُولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال ، وإيقاع الاخرى قبل هذه فيقترنان. ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان ، لان كلمة مع للقران . وعن أبي يوسف « رح» في قوله معها واحدة تقع واحدة ، لأن الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة .

---

( ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان ) أي طلقتان (لان القبلية صفة للثانية ) أي للواحدة الثانية ( لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي إيقاع الاولى في الحال أيضاً فيقترنان ) أي الإيقاعان يقترنان في الوقوع ( فيقعان جميعاً ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة ) أي وكذا يقع ثنتان ( لان البعدية صفة للأولى ) أي للواحدة الاولى ( فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال والاخرى قبل هذه فيقترنان ) في الوقوع .

( ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة ) أي أو قال أنت طالق واحدة معها واحدة ( تقع ثنتان ) أي طلقتان ، وهذا الفصل الثالث من الفصول الثلاثة ، وهي قبل وبعد ومع . ولما ذكر الفصلين الاولين وهما القبلية والبعدية ذكر الفصل الثالث وهو فصل كلمة مع ( لان كلمة مع للقران ) أي المقارنة فتتوقف الاولى على الثانية تحقيقاً لمراده فوقعتا معاً .

( وعن أبي يوسف في قوله معها أنه يقع واحدة ، لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة ) فيتقضي أن لا يقع السابق فلا يقع ثنتان . وعلل ابن قدامة له أن الطلقة إذا

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى . ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة « ر ح » وقالا تقع ثنتان . ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالإجماع .

---

وقعت لا يمكن أن يقع معها غيرها ، والتعليل الصحيح هو الأول ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي في وجه ، وهو اختيار المزني ( وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها ) أي في قوله قبل واحدة أو قبلها واحدة وبعد واحدة أو بعدها واحدة أو مع واحدة أو معها واحدة ( لقيام المحلية بعد وقوع الأولى ) لأنها في العدة وهي محل الإيقاع . وقال الكاكي قيل هذا الجواب مشكل في قوله – أنت طالق واحدة قبل واحدة – فإن كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير ، ثم قال وجوابه مذكور في أصول الجامع الكبير ، انتهى .

قلت هذا تعليق فيه تسويف ، وجوابه أن اللفظ أشعر بالوقوع وهو ظاهر فيه ، والعمل بالظاهر واجب كما لو قال أنت طالق ، فإن الطلاق الثاني يقع أيضاً كالأول ، وإن احتمل الخبر والتأكيد لكونه غالباً في الإنشاء ظاهراً فيه .

( ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة ) وبه قال الشافعي في وجه . وقال أبو نصر من أصحابه وهو أقيس ( وقالا يقع ثنتان ) وبه قال الشافعي في وجه ، وهو اختيار القاضي أبو الطيب وهو قول مالك وأحمد وربيعة والليث بن سعد وابن أبي ليلى لأن حرف الجمع كلفظ الجمع عندهم .

( ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار ، فدخلت الدار طلقت ثنتين بالإتفاق ) هذه من مسائل القدوري رحمه الله تعالى وفيها أخر الشرط فوقعت طلقتان ، لأن صدر الكلام يتوقف على آخره إذا كان في آخره ما يغير موجبه فوجد

لهما أن الواو للجميع المطلق فيقعن جملة كما إذا نص على الثنتين[1] أو أخر الشرط ، وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب ، فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان ، وعلى اعتبار الثاني لا تقع إلا واحدة كما إذا أنجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك، بخلاف ما إذا أخر الشرط لانه مغير صدر الكلام، فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة،

---

الشرط فوقع جميع ذلك بخلاف المسألة الأولى التي فيها قدم الشرط حيث يقع واحدة ، لأن المعلق بالشرط بالمنجز عند وجوده ، فلما طلقت واحدة لغت الثالثة ، لأنها صادفتها وهي أجنبية ، وإن كانت المرأة مدخولاً بها وقع الجميع بلا خلاف ، قدم الشرط أو أخره ، لأن الثانية صادفتها وهي في العدة .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن حرف الواو للجمع المطلق فيقعن جملة ) كلاهما به بغير جماعة النساء على إسناد الفعل إلى الطلقات ، وهي غير مذكورة ، أي الطلقات جملة. وكان ينبغي أن يقول فيتعلقان أو يقعان بالتثنية ، لأن الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات كا إذا نص على الثلاث كان ينبغي أن يقول هنا أيضاً ( كا إذا نص على الثنتين ) على ما لا يخفى (أو أخرالشرط ) أي كما لو أخر الشرط كما في قوله أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار حيث يقع ثنتان كما مر .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ( أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب ) لأن تحقيقه في الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين ( فعلى اعتبار الأول ) أي على اعتبار القران يقع ثنتان ( وعلى اعتبار الثاني ) أي على اعتبار الترتيب( لا يقع إلاواحدة) لكونه غير المدخول بها فلا يقع على ما زاد على الواحدة بالشك( كا إذا أنجز بهذه اللفظة) بأن قال أنت طالق واحدة واحدة حيث لا يقع إلا واحدة بالإتفاق لعدم المحلية للثانية ( فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه ) أي لأن الشرط ( يغير صدر الكلام فيتوقف الأول عليه ) أي أول الكلام على الشرط( فيقعن جملة ) كان

---

(١) الثلاث ــ هامش .

ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ، ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي « رح » وذكر الفقيه أبو الليث « رح » انه يقع واحدة بالاتفاق ، لان الفاء للتعقيب وهو الأصح .

وأما الضرب الثاني وهو الكنايات

---

ينبغي أن يقول يقعان جملة ( ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ) فيقع على الترتيب فتبين بالأولى ولا تقع الثانية لعدم المحلية .

( ولو عطف بحرف الفاء ) بأن قال أنت طالق واحدة فواحدة إن دخلت الدار ( فهو على هذا الخلاف ) يعني عند أبي حنيفة ثنتان ، وعندهما واحدة ( فيما ذكره الكرخي ) فإنه جعل العطف بالفاء والواو سواء . وقال إن حرف العطف يجعلها كلاماً واحداً فتعلقتا كما في صورة الواو سواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافاً له . وفي المبسوط الطحاوي مكان الكرخي.

( وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالإتفاق ، لأن الفاء للتعقيب ) فتقع الأولى ولا محل للثانية ( وهو الأصح ) أي الإتفاق أصح ، لأن الفاء للعطف على التعقيب لغة لا مطلق العطف ، فيقتضي التعليق على التعقيب فينز من [1] كما علقت بالأولى تبين ، فلاتقع الثانية ، كذا في المبسوط ، وفيه لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق في المدخول بها تعلقت الأولى ووقعت الثانية ولغت الثالثة عند أبي حنيفة ، ولو أخرت الشرط وقعت الأولى والثانية في الحال وتعلقت الثالثة في المدخولة وغير المدخولة يقع واحدة في الحال ، ويلغو ما سوى ذلك عنده وعندهما ، وللشافعي ومالك وأحمد يتعلق الثلاث بالشرط سواء قدم أو أخر في المدخولة وغيرها ، وعند وجود الشرط إن كانت مدخولة يقع الثلاث وإلا تطلق واحدة .

( وأما الضرب الثاني وهو الكنايات ) هذا عطف على ما ذكر بقوله فالصريح مثل قوله أنت طالق في أول باب إيقاع الطلاق ، لأنه قسم الطلاق ثمة إلى صريح و كناية ، وقد

---

(١) هكذا الكلام في الأصل . اه مصححه .

لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنهـا غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته . قال وهي على ضربين منها ثلاثة ألفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا تقع بها إلا واحدة، وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك ، وأنت واحـدة . أما الاولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح ، وتحتمل

---

فرغ من بيان الصريح ، والآن شرع في بيان الكناية . والصريح ما هو المكشوف المراد ، والكناية ماهومستتر المراد من قولهم كنيت أو كنوت الشيء إذا سترته ( لا يقع بها )أي الكناية ( الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال ) إذ هي دليل على المراد كما في البيع بالدراهم المطلقة يصرف إلى غالب نقـد البلد ، وكذا لو أطلق النية في الحج يصرف إلى الفرض بدلالة الحال ، ولهذا جعل أحمد رحمه الله تعالى دلالة الحال مقام النية في جميع الكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج وقال الشافعي لا يقع الطلاق بشيء من الكنايات في حالة الغضب وغيره بلا نية من الزوج ومن المرأة ، وعندنا يكفي نية الزوج ، لاحتمال إرادة غير الطلاق فيها في جميع الأمور . وقال مالك يقع الطلاق بلا نيـة في الكنايات الظاهرة ، كقوله بائن بتـة حرام . فإذا قال ما نويت الطلاق لا يصدق ، لأن ظاهرها في الطلاق .

( لأنها ) أي لأن الكنايات ( غير موضوعة للطلاق بل يحتمل الطلاق وغيره فلا بد من التعيين ) بالنية ( أو دلالة ) أي أو دلالة معنى التعيين ، ويجوز أن يرجـع الضمير إلى الحال لأن الحال مما يذكر ويؤنث ودلالة الحال بأن تكون في مذاكرة الطلاق ، وكان اللفظ لايصلح رداً .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( وهـي على ضربين ) أي نوعين وأراد بهما الرجعي والبائن ، أجمل أولاً ثم فصل ذلك بقوله ( منها ) أي من الكنايات (ثلاثة ألفاظ تقع بها ) طلاق رجعي ولا يقع بها ( إلا واحدة ، وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة أما الأول ) وهي لفظة اعتدي ( فلأنها تحتمل الإعتداد عن النكاح وتحتمل

اعتداد نعم الله تعالى . فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقاً سابقاً ، والطلاق يعقب الرجعة . وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته وتحتمل الاستبراء لتطليقته . وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة وتحتمل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومها ، ولما احتملت هذه ألفاظ

---

اعتداد نعم الله تعالى ، فإذا نوى الأول تعين بنيته ) أي نية الأول ، ويجوز أن يقال بنية الزوج (فيقتضي طلاقاً سابقاً ، والطلاق يعقب الرجعة) .

( وأما الثانية ) هي لفظة استبرئي رحمك ( فلأنها تستعمل بمعنى الإعتداد ، لأنه تصريح بما هو المقصود منه ) أي من الإعتداد ( فكان بمنزلة ) أي بمنزلة الإعتداد ، أي في حق إثبات الرجعة لا في حق إحتمال الإعتداد بنعم الله تعالى (ويحتمل الإستبراء لتطليقته) والإستبراء طلب براءة الرحم من الولد ، كذا في المغرب ، وإنما يحتاج إلى النية ، لأن قوله استبرئي رحمك يحتمل أن يكون معناه اطلبي براءة رحمك حتى تعلمي أنها فارغة عن الولد أم لا ، فلو كانت فارغة أطلقك ، وإلا فلا ، فلو كانت نيته هكذا لا يقع الطلاق ، ولو كانت نيته الإعتداد عن النكاح يقع الطلاق سابقاً كما في قوله اعتدي ، فلذلك احتاج إلى النية .

( وأما الثالثة ) أي لفظ أنت واحدة ( فلأنها تحتمل أن تكون نعتاً لمصدر محذوف ، معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه جعل كأنه قاله ) أي قال مصدراً محذوفاً ( والطلاق يعقب الرجعة ) أراد بهذا أنه طلاق رجعي ، والطلاق من الرجعي فيه الرجعة ( ويحتمل غيره ) أي غير ما ذكر ( وهو أن يكون واحدة عنده ) أي عند الزوج ( أو عند قومها) أي عند قوم المرأة ( ولما احتملت هذه الألفاظ ) أراد بها اعتدي واستبرئي رحمك وأنت

الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة ، لان قوله أنت طالق منها مقتضى أو مضمر . ولو كان مظهراً لا تقع بها إلا واحدة فإذا كان مظهراً أولى ، وفي قوله واحدة إن صار المصدر مذكوراً ، لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث

---

واحدة ( الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية ) لأجل التمييز ( ولا يقع بها إلا واحدة ، لأن قوله أنت طالق منها مقتضى ) في قوله اعتدي واستبرئي رحمك ( أو مضمر ) في قوله أنت واحدة كان تقديره أنت طالق طلقة واحدة ، وعند الشافعي لا يقع شيء بقوله أنت واحدة وإن نوى ، لأنه نعت المرأة وليس فيه معنى احتمال الطلاق أصلاً .

قلنا إذا نوى يقع ، لأنه أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة فيحمل عليه ، وعند زفر يقع بائناً بقوله أنت واحدة كما في سائر الكنايات . وبعض المشايخ جعل الطلاق في اعتدي بعد الدخول بالإقتضاء ، وقبله بطريق الإستعارة المحضة .

فإن قيل قلت الأمر بالإعتداد إنما يصح بعد وقوع الطلاق ، فكيف يكون قبله . قلت قوله اعتدي قبل الدخول جعل مستعاراً عن الطلاق ، لأن الطلاق سبب لوجوب العدة على ما هو الأصل ، إذ الطلاق قبل الدخول إنما وقع لعارض أن النكاح لم يوضع لهذا ، والعوارض غير داخلة في القواعد ، فيكون الطلاق سبباً لوجوب العدة ، فاستعير الحكم لسببه .

( ولو كان مظهراً ) يعني لو كان الطلاق وقال أنت طالق ( لا يقع بها ) يعني بلفظة أنت طالق ( إلا واحدة ) أي إلا طلقة واحدة ( فإذا نوى ) أي الطلاق ( مضمراً ) في قوله أنت واحدة ( أولى ) أن لا يقع إلا واحدة ، وذلك أن الأصل في الكلام الصريح لكونه أولى على المراد ، بخلاف المضمر لأن فيه قصوراً ، ولهذا لا يثبت حكمه إلا بالنية ( وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكوراً ) هذا سؤال بيانه أن يقال لما كان المصدر مذكوراً ينبغي أن يصح نية الثلاث ، فأجاب بقوله ( لكن التنصيص بالواحدة ينافي نية الثلاث ) بيانه أن نية الثلاث لا تصح ، وقوله أنت واحدة وإن ذكر المصدر بأن قيل

ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح ، لان العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب . قال وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً وإن نوى ثنتين كانت واحدة بائنة ، وهذا مثل قوله أنت بائن وبتّة وبتلة

---

أنت طالق واحدة ، لأن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث للمنافاة بين الواحدة والعدة فلا يحتمل لفظاً لا حقيقة ، لأنه ليس بموضوع له ولا مجازاً للمنافاة.

( ولا يعتبر إعراب الواحدة عند عامة المشايخ ) يعني سواء قال أنت واحدة بالرفع أو بالنصب أو بالسكون ( هو الصحيح ) احترز به عن قول بعض المشايخ المذكور في شرح الجامع الصغير أنه إذا أعرب الواحدة بالرفع لم يقع شيء ، وإن نوى لانها صفة شخصها ، وإذا أعرب بالنصب يقع من غير نية ، لانه نعت مصدر محذوف ، وإن سكن ولم يحرك يحتاج إلى النية ، وإن نوى كان على الإختلاف ، يعني عندنا يقع واحدة رجعية ، وعند الشافعي لا يقع شيء . وقيل عدم الوقوع في الرفع قول محمد ، والصحيح أن الكل سواء ، فلا اعتبار للاعراب ( لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب ) فلا يحتاج إلى التفصيل .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( وبقية الكنايات ) أراد بها ما سوى الالفاظ الثلاثة المذكورة ( إذا نوى بها ) بلفظ فيها ( الطلاق كانت واحدة بائنة ) أي طلقة واحدة بائنة ( وإن نوى ثلاثاً ) أي ثلاث تطليقات ( وإن نوى ثنتين ) أي طلقتين ( كانت واحدة ) أي كانت الطلقة واحدة . وقال زفر ومالك والشافعي يقع ما نوى . وقال أحمد هو عندي ثلاث لكني أكره .

( وهذه ) أي المذكور من بقية الكنايات ( مثل قوله ) أي قول الزوج ( أنت بائن ) أي من البينونة وهو القطع ، وهو نعت للمرأة ويحتمل أن يكون استبرئي عن النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات ونحو ذلك ( وبتة ) من البت وهو القطع أيضاً ، وفيه الإحتمالات المذكورة ( وبتلة ) أي بتلت التي إذا أبتله عن غيره ، وفيه الإحتمالات المذكورة

## وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخليّة وبرية ، ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة ، وتقنعي وتخمري واستبرئي واغربي واخرجي

( وحرام ) أصله المصدر كالحرمية ، ويراد به النعت ومعناه الممنوع ، وفيه الإحتمالات المذكورة ( وحبلك على غاربك ) وهو استعارة عن التحلية ، والغارب بالغين المعجمة ما تقدم من الظهر وارتفع عن العنق فيحتمل الخلو من الخيرات لكونك غير مطيعة ، ويحتمل الخلو عن قيد النكاح لكونك بائنة .

( والحقي بأهلك ) الحقي أمر من لحق من حد علم وفتح الالف وكسر الحاء خطأ ، فإنه يصير من الإلحاق وهو فعل متعد ، والصحيح أن يجعل من اللحوق فيحتمل لاني طلقتك إلحقي بأهلك ، ويحتمل سيري بسير أهلك ( وخلية ) من الخلو ، بضم الخاء من حد دخل ، فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح ( وبرية ) من البراءة من حد علم ، فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح ( ووهبتك لاهلك ولا ملك لي عليك ) يحتمل اني عفوت عنك لاجل أهلك ، ووهبتك لاهلك لاني طلقتك ( وسرحتك ) يحتمل التسريح بالطلاق أو بغيره ( وفارقتك ) تحتمل المفارقة بالطلاق أو بغيره . قال الشافعي هما صريحان لا يحتاجان إلى الطلاق ، فيكون تفويضاً له إليها ، ويحتمل غيره في تصرف آخر .

( وأمرك بيدك واختاري ) يحتمل اختيار نفسها بالفراق من النكاح أو في أمر آخر ، وفي هذين اللفظين لا تطلق حتى تطلق نفسها ( وأنت حرة ) يحتمل عن حقيقة الرق أو رق النكاح ( وتقنعي ) هذا أمر بأخذ القناع على وجهها ، فيحتمل لانك بنت مني بالطلاق وحرم علي نظرك أو عن الاجنبي لانظر إليك ( وتخمري ) هو أمر بأخذ الخمار ، فيحتمل ما يحتمله تقنعي ( واستتري ) هو أمر بالسترة ، فيحتمل ما احتمل تخمرى ( واغربي ) وهو بالغين المعجمة والراء المهملة ، أى تباعدي عني ، لاني طلقتك . واغربي لزيارة أهلك ، ويروى اعربي بالعين المهملة ، والثاني من العروبة وهو النقد ( واخرجي ) يحتمل

أخرجي من عندي لاني طلقتك ، واخرجي أمر لشيء آخر ( واذهبي وقومي وابتغي الازواج ) أي اطلبيهم ، فيحتمل لاني طلقتك ، أو ابتغي الازواج من النساء ، لان لفظ الازواج مشترك بين الرجال والنساء ، وهذه اثنتان وعشرون لفظاً .

وفي شرح الاسبيجابي وجوامع الفقه هي كنايات ومدلولات . وفي الينابيع ثلاث كنايات ومدلولات وتفويضات، أما الكنايات فقوله أنت بائن وبتة وخلية وبرية وحرام. وما ألحق بها القاضي أبو يوسف في رواية الطحاوي وهي أربعة ذكرها السروجي في المبسوط وقاضي خان في الجامع الصغير ، وهي لا سبيل لي عليك ، لا ملك لي عليك ، خليت سبيلك وفارقتك ، وخرجت عن ملكي . قالوا هو بمنزلة خليت سبيلك . وفي الينابيع وألحق أبو يوسف بالخمسة ستة أخرى ، وهي الاربعة المتقدمة ، وزاد خالعتك ، والحقي بأهلك . وقال السروجي ينبغي أن يزاد فيها أنت بتة ، ولا سلطان لي عليك ، فتصير ثلاثة عشر .

وأما المدلولات فيل قومي واذهبي واخرجي وتقنعي وتخمري واستبرئي والحقي وانتقلي واغربي وابتغي الازواج ، لا نكاح بيني وبينك ، وحبلك على غاربك ووهبتك لاهلك ، وما أنا بزوج لك ، وبنت مني . ولو قال فسخت نكاحك أو النكاح الذي بيني وبينك ، وأنا بريء من نكاحك ونجوت مني أو تخلصت أو نزلت لك طلاقاً يقع بالنية . وفي التكملة تحرمي ونوى به الطلاق كانت طلقة بائنة إذا لم ينو ثلاثاً . وفي المرغيناني قال أنا بريء من نكاحك يقع ، وأطلق في الكتاب وهو محمول على النية ، ولو قال ابتداء وهبت لك طلاقك أو وقعت به يقع بالنية عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقال أبو يوسف هو تمليك إن نوى بها تمليكاً كان تمليكاً بلا خلاف .

وفي الذخيرة عن أبي يوسف إذا قال لها وهبتك لاهلك أو لابيك أو لابيك أو لامك أو لابنك أو للأزواج فهو طلاق بالنية . وإن قال وهبتك لاختك أو لعمتك أو لخالتك وما أشبه ذلك فليس بطلاق وإن نواه ، ولا يشترط القبول لوقوع الطلاق عندنا ، ولو قال اذهبي ألف مرة ونوى به الطلاق فثلاث . ولو قال خذي طلاقك فقالت أخذت

يقع ، وكذا اخرجي إن شئت ، ونوى فقالت شئت يقع . ولو قال تزوجي زوجاً ليحلك فهو إقرار بالثلاث .

وأما التفويضات فقوله أمرك بيدك ، والطلاق إليك ، بخلاف الطلاق منك فإنه كناية يقع بالنية . وفي البدائع أو أنت طالق إن شئت أو طلقي نفسك . ولو قال لم أتزوجك أو لم تكوني بامرأة ، وما أنت بامرأة إلي ، أو نوى لا يقع ، وكذا لو قال له لك امرأة فقال لا لم يقع ، وأجمعوا على انه لو قال لم أتزوجك أو لم يكن بيننا لا يقع ، وإن نوى ، وإن قال لا نكاح بيننا يقع إذا نوى ، قال المرغيناني ولو قال لم يبق بيني وبينك شيء ونوى لا يقع . وفي الفتاوى لم يبق بيني وبينك ونوى يقع . ولو قال لها أعرتك طالق ، وأنا بريء من طلاقك . أو بريت لك من طلاقك ، أو أعرضت أوصفحت عن طلاقك لا يقع ، وإن نوى .

وفي الحاوي قال بريت إليك من طلاقك الأصح انه يقع بالنية . وفي المرغيناني قال اعرتك طلاقك صار بيدها . وعن ابي حنيفة يقع . وعن محمد ولو قال أقرضتك طلاقك يقع . ولو قال رهنتك ، قال المتأخرون لا يقع ، وقيل يقع ، ولو قال بعتك طلاقك فقالت اشتريت يقع رجعياً ، وبه قال مالك . وقال أحمد وإسحاق لا يقع ، ونحن نعتبر بالهبة ، ولو قال ابحتك طلاقك لا يقع ، وبمهرك بائن ، وكذا بعتك نفسك ، ولو زوج امرأته من غيره لا يكون طلاقاً ، قاله أبو حامد وغيره . وقال أبو جعفر الهنك وأنى يقع إن نواه . ولو أراد أن يطلقها فقالت هب لى طلاقي فقال وهبت لا يقع ، ولو قال أربع طرق مفتوحة لك لا يقع وإن نوى ما لم يقل خذي أو اذهبي أيها شئت . وفي المبسوط إذهبي وبيعي ثوبك ونوى الطلاق لا يقع عند أبي يوسف ، وعند زفر يقع ، وبه قال الشافعي ، ولو قال لآخر أحل إليها طلاقها أو أخبرها به طلقت في الحال .

وقال في المبسوط لو قال لها أنت علي كالميتة أو كالخمر أو كلحم الخنزير ونوى الطلاق وقع ، وبه قال الشافعي . وفي الكافي قال لامرأته هذه أختي أو بنتي أو أمي من الرضاع وثبت عليه فرق بينهما . ولو قال أخطأت أو وهمت أو نسيت لم يصدق قياساً

لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية. قال إلا أن يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه.

---

لانه أقر بالتحريم ويصدق استحساناً، لان هذا إيجاب بالتحريم فلا يقع إلا بقرينة،وهي الدوام بأن يقول ما قلت حق. ولو قال طلقك الله، أو لعبده أعتقك الله وقعا بلا نية، وبه قال الشافعي. ولو قال طلاقك علي واجب أو لازم أو ثابت أو فرض، أو طلاقك علي تكلموا فيه قيل يقع واحدة رجعية، وبه قال بعض أصحاب الشافعي، وفي قوله لازم واجب تطلق عند الجميع، وقيل لا يقع شيء، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقيل يقع عند أبي حنيفة خلافاً لهما إلا في قوله لازم، فإنه يقع به

وقال أكثر أصحاب الشافعي يقع بلا نية لانه بمنزلة الصريح، ومع النية يقع عند جميعهم، وبه قال مالك وأحمد، وقيل على عكسه. وقيل في قوله واجب يقع بلانية، والصحيح انه يقع في الكل، بخلاف ما لو قال لعبده عتقك علي لازم أو واجب لا يعتق، ولو قال لها قولي أنا طالق تطلق إذا قالت، وإذا لم تقل لا. ولو قال نساء أهل الري، لو قال نساء أهل الدنيا أو عبيد أهل الدنيا أحرار يقعان بالنية، وبه أخذ عصام ابن يوسف،وعليه الفتوى وعن محمد يقعان بلا نية، وبه أخذ الشافعي، ولو قال أنت طالق ونوى يقع، وإلا فلا. ولو قال يا طال بكسر اللام تقع بقرينة، وهذا كله في حالة الرضاء، وفي حالة الغضب. وفي مذاكرة الطلاق يقع، وإن لم يذكر اللام مكسوراً.

( لانها ) أي لان هذه الالفاظ ( تحتمل الطلاق وغيره،فلا بد من النية ) لاجل التعيين ( إلا أن يكون ) وفي بعض النسخ قال إلا أن يكون، أي قال القدوري رحمه الله تعالى إلا أن يكون أي المتكلم بهذه الالفاظ ( في حال مذاكرة الطلاق ) وفي بعض النسخ إلا أن يكونا بضمير الإثنين، أي إلا أن يكون الزوجان، وهو استثناء من قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة إلا في حال مذاكرة الطلاق ( فيقع بها الطلاق في القضاء، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى، إلا أن ينويه ) أي الطلاق.

قال « رض » سوى بين هذه الألفاظ ، وهـــذا فيا لا يصلح رداً ، والجملة في ذلـــك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة ، وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب . والكنايات ثلاثة أقســـام ما يصلح جواباً ورداً ، وما يصلح جواباً لا رداً ، وما يصلح جواباً ويصلح سباً وشتيمة ، ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقاً إلا بالنيـة ، والقول قوله في إنكار النية لمـا قلنا ، وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيا يصلح جواباً ولا يصلح رداً في القضاء مثل قوله خلية

---

( قال ) أي المصنف رحمـــه الله تعالى ( سوى ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( بين هذه الألفاظ ) وقال لا يصدق في القضاء ، يعني سوى القدورى بين هذه الألفاظ في وقوع الطلاق بلا نيـة في حال مذاكرة الطلاق (وهذا) اى الذى قاله من التسوية ( فيا لا يصلح رداً ) إذا سوى للمرأة ثم شرع يبين تفصيل ذلـــك بقوله ( والجملة في ذلك ) اى في بيان ذلك ( لأن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاع ) وهي حالة ابتداء الـــزوج بالطلاق ، وليست بحالة مذاكرة الطلاق ولا حـــالة الغضب ( وحالة مذاكرة الطلاق ) وهي أن تسأل المرأة أوغيرها طلاقها زوجها ( وحالة الغضب ) وهو الغضب من الجانبين.

( والكنايات ثلاثة أقسام ) الأول ( ما يصلح جواباً ورداً لا غير ) اي جواباً لسؤال المرأة الطلاق ورداً لكلامها عند سؤالها ( و ) الثاني ( ما يصلح جوابـاً لا رداً ) اي لا يصلح رداً ( و ) الثالث ( ما يصلح جواباً ويصلح سباً وشتيمة ) فإذا عرف هـذا يعرف حكم هذه الأقسام ( ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها ) أي من هذه الألفاظ ( طلاقاً إلا بالنية ) للاحتمال وعدم دلالة الحال ( والقول قوله ) اي قول الزوج ( فى إنكار النية لما قلنا ) إشارة إلى قوله لأنها غير متنوعة للطلاق بل يحتمله وغيره .

( وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق ) اي الزوج ( فيا يصلح جواباً ولا يصلح رداًفي القضاء ) يتعلق بقوله يصدق ، أي لا يصدق قضاء في انه لم ينو الطلاق ( مثل قوله خلية

وبرية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري ، لأن الظاهر أن مراده الطلاق عنـــد سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جواباً ورداً مثل قوله إذهبي أخرجي قومي تقنعي تخمري ، ومـا يجري هذا المجرى ، لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه ، وفي حـالة الغضب يصدق في جميـع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتـدي واختاري ، وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها

---

وبرية بائن بتة حرام اعتدي أمرك بيدك اختاري ) هذه ثمانية الفاظ ومثله يصلح جواباً ولا يصلح رداً في حال مذاكرة الطلاق ، وقد ذكرنا معانيها عن قريب ( لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ) لأن كلامه جواب لسؤالها الطلاق والسؤال يصلح مفاداً في الجواب ، والقاضي مأمور باتباع الظاهر ( ويصدق فيا يصلح جواباً ورداً مثل قـوله اخرجي إذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هـــذا المجرى ) أراد ما يصلح جوابـاً ورداً كالألفاظ المذكورة ، وفي قوله اغربي واستبرئي . وقال شمس الأئمـة في المبسوط لو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقاً موجباً للبينونة ، لأنـه لا يلزمها الذهاب إلا بعد زوال الملك ( لأنه يحتمل الرد ، وهو الأدنى فحمل عليه ) أي على الادنى ، لأن الأدنى متيقن ، وذلك لأن الرد رافع ، والجواب رافع ، لأن الطلاق رافع لقيد النكاح والدفـع أسهل من الرفع فيكون الرد أدنى في الجواب .

( وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك ) أي فيا يصلح جواباً ولا يصلح رداً ، وفيا يصلح جواباً ورداً ( لاحتال الرد ) في السبعة المذكورة مثل اخرجي ... إلى آخـــره ( والسب ) أي لاحتال السب في الخمسة المذكورة في اوائل الثانية ، وهي خلية ... إلى آخره ( إلا فيا يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم ) الاستثناء في قوله يصدق في جميع ذلك ( كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها ) أي في هذه الثلاثة

لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف « رح » في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السبب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا . وقال الشافعي « رح » تقع بها رجعي ، لأن الواقع بها طلاق ، لأنها كنايات عن الطلاق ، ولهـذا تشترط النية وينتقص بها العدد ، والطلاق معقب للرجعة كالصريح .

ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله

---

( لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق ) ألا ترى انه من قال لغيره في حالة الرضا لايكون قاذفاً ، ولو قال في حالة الغضب يكون قاذفاً .

( وعن أبي يوسف لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ) لان معنى لا ملك لي عليك ، لأنك أدون من أن تملك ، ومعنى لا سبيل لي عليك لسوء خلقك ، واجتماع أنواع الشر فيك . ومعنى فارقتك أي في المسكن اتقاء لشرك ( ثم وقوع البائن بمـا سوى الثلاث الاول ) وهي المذكورة في أول الكنايات بقوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة (مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة ، كذا في المحصر منهم علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم .

( وقال الشافعي يقع بها ) أي بالكنايات ( رجعي ) اي طلاق رجعي ، وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، وبه قال أحمد في روايـة ، وفي أخرى كقولنا ، وبه قال مالك ( لان الواقع بها ) أي بألفاظ الكنايات ( طلاق ، لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية ) أي ولكونهـــا كناية عن الطلاق يشترط النية في وقوع الطلاق ( وينتقص بها العدد ) اي ينتقص عدد الطلاق بوقوع واحدة منها ( والطلاق معقب للرجعة كالصريح ) اي كما هو معقب الرجعة في الطلاق الصريح .

( ولنا ان تصرف الإبانة صدر من أهله ) وهو الزوج ، لانه يملك تصرف البينونـة ،

مضافاً إلى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الأهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق

---

ولهذا إذا أخذ العوض يقع البائن بالإجماع فعلم ان الإبانة مملوكة للزوج وإلا لم يجز الاعتياض عنه ( مضافاً إلى محله ) أي محل التصرف وهو المرأة ( عن ولاية شرعية ) لان الشارع جعل ولاية الطلاق إليه ( ولا خفاء في الاهلية ) اى في اهلية الزوج ( والمحلية ) أي محلية المرأة للبينونة اللفظية بالاتفاق ( والدلالة على الولاية ) وهذا جواب عما يقال لم قلتم إن له ولاية شرعية في تصرف الابانة ، فأجاب بقوله والدلالة على الولاية ( ان الحاجة ماسة إلى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ) قال بعض الشراح اى التدارك بإيقاع الثلاث ، والأوجه ما قاله صاحب النهاية تدارك دفع المرأة عن نفسه ، وذلك لانه لو لم تقع البينونة عند نيته فتثبت الرجعة والزوج يريد فراقها .

( ولا يقع ) بالنصب عطفاً على قوله — كيلا ينسد — ( في عدتها ) وفي بعض النسخ في عهدتها ( بالمراجعة من غير قصد ) فيقع في فرطها بالمراجعة إذا كانت فاجرة أو بها مسلاطة ، وما رأيت شارحاً حرر هذا الموضع كما ينبغي ، غير أن الاكمل تعرض لكلام المصنف بغير جدوى ، حيث قال ما ملخصه ان ها هنا وجهين ، وأراد بها قوله — والدلالة على الولاية — إلى قوله — التدارك ، وقوله — ولا يقع ... إلى آخره — وقد جعلهما واحداً ، لان الاول بعينه تفسير الوجه الثاني ، وان جعل الثاني تفسير الاول فلا يستقيم ، لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه ، وإذا فسد التفسير فسد المفسر ، والحال الكلام فيه ويراد دعواه للوجهين ، لان قوله — لا يقع ... إلى آخره — تتمة الكلام الذى قبله وإيضاح له ، وقوله — لا يستقيم — غير مستقيم ، لان الطلاق الرجعي يعقب الرجعة ، والرجعة اعم من أن تكون بالقول أو بالفعل ووقوع نظره إلى داخل فرجها فعل منه فتقع به الرجعة .

( وليست بكنايات على التحقيق ) هذا جواب عن قول الشافعي انها كنايات، فأجاب

لأنها عوامل في حقائقها والشرط تعين أحــد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة ، وإنما يصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة ، وعنـــد انعدام النية يثبت الأدنى ولا تصح نية الثنتين عندنا،خلافاً لزفر «رح»

---

بالمنع بأنا لا نسلم ان الفاظ الكنايات على التحقيق ، اى على الحقيقة ( لانها معلومة المعاني ، ولا استتار في حقائقها ) [1] وإنما سميت كنايات مجازاً للاستتار فيما يتصل به هذه الالفاظ لا للاستتار في نفسها ، فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقائقها وهو معنى قوله ( **لأنها** ) **أي لأن الكنايات ( عوامل في حقائقها ) لانعدم مضي التردد بنية الطلاق**، فاللفظ هو عامل في حقيقة موجبة حتى تحصل به الحرمة والبينونة .

( والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق ) هذا جواب عن قوله ولهـــذا تشترط النية ، أى نية الطلاق ، تقريره اشتراط النية لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم ، وليس كذلك ، بل هو لتعيين أحد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة لا الطلاق، يعني النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد ( وانتقاص العدد ) جواب عن قـــول الشافعي وينتقص به العدد ، تقريره ان انتقاص العدد من الطلاق ( لثبوت الطلاق ) في ضمن البينونة ( بناء على زوال الوصلة ) اى على وصلة النكاح ، ومنه يلزم وقوع الطلاق ولا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن ، فكان النقص من حيث كونه طلاقاً بائناً ( وإنما تصح نية الثلاث ) هذا جواب عما يقـال ان البائن لو كان عاملا بنفسه ينبغي ان لا تصح نية الثلاث .

( وإنما تصح نية الثلاث ) اى ثـــلاث تطليقات ( فيها ) أى في الكنايات ( لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة ) فالخفيفة هي الطلقة الواحدة البائنة والغليظة هي الطلقات الثلاث ( وعند انعدام النية ) اى نية الثلاث تثبت الادنى وهي الواحدة الثانية لانهـــا متيقنة ( ولا تصح نية الثنتين ) اى الطلقتين ( عندنا خلافاً لزفر ) وبه قـــال الشافعي

---

(١) هذا غير نص المتن ، ا هـ ، مصححه .

لأنه عدد، وقد بيناه من قبل، وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقاً، وبالباقي حيضاً دُيِّن في القضاء، لأنه نوى حقيقة كلامه، ولأنه يأمر امرأته في العدة بالاعتداد بعد الطلاق، فكان الظاهر شاهداً له، وإن قال لم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق، فتعين الباقيات الطلاق

---

ومالك وأحمد في الكتابات الخفيفة ( لانه عدد ) أى لان الثنتين عدد ، إنما ذكر الضمير باعتبار المذكور ، او باعتبار لفظ الخبر وهذا دليلنا ، لان الثنتين عدد في حق الحرة ، وقوله انت بائن لا يحتمل العدد ، لانه فرد إلا إذا كانت المرأة أمة لانه جنس طلاقها ( وقد بيناه من قبل ) يعني في أوائل باب إيقاع الطلاق ، وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنساً إلى آخره ..

( وإن قال لها اعتدى اعتدى اعتدى ) أى قال الرجل لامرأته اعتدى ثلاث مرات ( وقال نويت بالاولى ) اى باللفظة الاولى من قوله اعتدى ثلاث مرات ( طلاقاً وبالباقي ) وهو الثنتان الباقيان ( حيضاً دين في القضاء ) يعني يصدق في قوله في الحكم ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( لأنه نوى حقيقة كلامه ) مثل اللفظة الثانية والثالثة ، ونوى محتمل كلامه بالاولى ، لان لفظة اعتدى تحتمل معنيين ، أحدهما اعتدى لا فى طلقتك ، والاخرى اعتدى نعمى عليك او نعم الله تعالى عليك ، او اعتدى خباياتك تهديداً لها . وفى اللفظ المحتمل لا يتعين الطلاق إلا بالنية أو بما يدل عليه من غضب أو مذاكرة الطلاق ، وها هنا قد صرح بأنه نوى الطلاق باللفظة الاولى وبالباقيتين الحيض فيصدق لما ذكرنا ( ولانه ) دليل آخر لتصديقه ، أي ولأن الرجل ( يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق ( وكان الظاهر ) اي ظاهر الحال ( شاهداً له ) فيما يقول .

( وإن قال لم أنو بالباقيتين شيئاً فهي ثلاث ) اي ثلاث طلقات ( لأنه لما نوى بالأولى ) أي باللفظة الأولى ( الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيات الطلاق

بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية ، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء ، لأنه لا ظاهر يكذبه ، وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين حيث لا يقع إلا واحدة ، لأن الحال عند الأولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق .

---

بهذه الدلالة ) أي بدلالة الحال لأنها حال مذاكرة الطلاق (فلا يصدق في نفي النية ) اي في قوله لم أنو بالباقي شيئاً ( بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر بكذبه وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأولين حيث لا يقع إلا واحدة ، لأن الحال عند الأولين لم يكن حالة مذاكرة الطلاق ) قال الإمام السرخسي وقاضي خان المسألة على اثني عشر وجهاً ، أحدها : ان يقول لم أنو الطلاق بشيء ، فالقول قوله مع اليمين ، وبه قال الشافعي وأحمد .

والثاني : قال نويت بالأولى ولم أنو بالباقي شيئاً فهي ثلاث .

الثالث : قال لم أنو بالثالثة شيئاً فهي ثلاث ، وفيه خلاف زفر والشافعي ومالك ، فعندهم واحدة .

الرابع : قال نويت بكلها الطلاق فهي ثلاث بالإجماع .

الخامس : قال نويت بالأولى والثانية الطلاق ، وبالثالثة الحيض فهو يدين قضاء أيضاً بالإجماع .

والسابع [1] : قال نويت بالأولى الطلاق ، وبالثالثة الحيض ، ولم أنو بالثانية شيئاً فإنها تطلق ثنتين ، وبه قال أحمد . وعن الشافعي ومالك وزفر واحدة .

والثامن : من قال نويت بالأولى الطلاق وبالثانية لم أنو بالثالثة شيئاً فإنها تطلق طلقتين أيضاً .

والتاسع : ان يقول لم أنو بالأولى والثانية شيئاً ، ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة بالإجماع .

---

(١) هكذا انتقل من الخامس إلى السابع من غير ذكر السادس ، ا هـ مصححه .

## وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين

والعاشر : قـــال لم أنو بالأولى شيئاً ، ونويت بالثانية طلاقـــاً وبالثالثة حيضاً فهي طلقة واحدة .

الحادي عشر : قال لم انو الأولى شيئاً ونويت بالثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئاً فهي ثنتان عندنا وأحمد وزفر والشافعي ومالك يقع واحدة .

والثاني عشر : لو قال اعتدي ثلاثاً ، وقال نويت بقولي اعتدي طلاقاً وبالثلاث ثلاث حيض فهو كما قال بالإجماع .

وزاد السرخسي الثالثة عشر : قال اعتدي اعتدي اعتدي فنوى واحدة فهي كذلك ديانة ولا يصدق قضاء . وفي المبسوط قال لها اعتدي فـاعتدي أو اعتدي واعتدي ، أو قال اعتدي اعتدي ونوى به الطلاق يقع ثنتان في القضاء .

وقال زفر تعمل نية الواحدة في القضاء . وعن أبي يوسف في قوله اعتدي فـاعتدي كذلك ، بخلاف الواو ، لأن الفاء للوصل ، فيكون معناه فاعتدي بذلك الإيقاع ،والواو للعطف ، فكان الثاني غـــير الأول ، وفي مصنف ابن أبي شيبة ان اعتدي طلقة عند ابن مسعود وعطاء ومكحول والنخعي والأوزاعي ، وقـــال أبو حنيفة واحدة رجعية إذا نوى الطلاق ، وبه قال الشعبي وأحمد . وقال الحسن والشعبي هو على ما نوى إلا أن يقول لم أنو شيئاً فهي واحدة . وإن قال اعتدي اعتدي اعتدي قال قتادة ثلاث ، وبـه قال الحسن والشعبي . وقال أحمد والحكم هي واحدة . ولو قال أنت طالق يقع واحدة رجعية ، فإن قال واعتدي ، ثنتان عندنا .

( ثم في كل موضع يصدق الزوج على نفي النية ) أي يصدق ( وإنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الأخبار عما في ضميره ، والقول قول الأمين مع اليمين ) لنفي التهمة عنه ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأحمد في الكنايات الخفيفة كذلـــك لا في الظاهر ، واشتراط اليمين لأن في قوله إلزاما على الغير وفيه ضعف ، فاحتيج إلى المؤكد وهو اليمين .

# باب تفويض الطلاق

## فصل في الاختيار

وإذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق ، أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك ،

---

**( باب تفويض الطلاق )**

أي هذا باب في بيان تفويض الطلاق إلى غيره ، ولما ذكر بيان الطلاق بنفسه إذ هو الأصل شرع في بيان الطلاق بالنيابة .

**( فصل في الاختيار )**

أي هذا فصل في بيان الاختيار ، والإختيار من الخيرة على وزن الغيبة ، وهي اسم من قولك اختاره الله عز وجل ، وقال الجوهري الخيار اسم من الإختيار ، وقال أيضاً الإختيار الاصطفاء وقال تاج الشريعة اختيار الميل إلى الخير وإلى ما هو الأفضل ، والأولى. والباب المذكور يشتمل على ثلاثة فصول ، فصل في الاختيار ، وفصل في الأمر باليد ، وفصل في المشيئة ، وقدم فصل الاختيار على الفصلين المذكورين لأنه يؤيد بإجماع الصحابة رضى الله عنهم أجمعين .

( وإذا قال لامرأته اختاري) حال كونه ( ينوي بذلك ) أي بقوله اختاري ( الطلاق أو قال لها طلقى نفسك فلها ان تطلق نفسها ) في الصورتين جميعاً ( ما دامت في مجلسها ذلك ) اى الذى وقع فيه هذا القول من الرجل ، وهذا الشرط بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ما يأتي . قال الكاكي ما دامت في مجلسها ذلك يدل على ان المجلس وإن تطاول يوماً أو أكثر لا يبطل خيارها ، لأن المجلس قد يطول ، وقد يقصر كذا في المبسوط .

## فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين

فإن قيل إجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم في ان الخيار يقتصر على المجلس خلاف النص ، لانه عليه‌السلام قال لعائشة رضى الله تعالى عنها حين نزلت آية التخيير فلا تجيبني حتى تستأمري أبويك ، وأبواها ليسا بحاضرين فى المجلس ، فهذا دليل على ان الخيار لا يبطل بالقيام عن المجلس كما قال الشافعي في القديم . قلنا إحسان الظن بالصحابة رضى الله تعالى عنهم فرض ، لانا تلقينا الشرع منهم بالقبول فلا يجوز مخالفتهم بلا دليل . وها هنا لادليل لانه عليه السلام أثبت لها الخيار مطلقاً ومنمياً [1] إلى غاية استئثارها لأبويها .

( فإن قامت منه ) أى من مجلسها ( أو أخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها ، لان المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم ) فيه عن عبد الله بن مسعود ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه قال إذا ملكها أمرها فتفرقا قبل أن ينقضى شىء ، فلا أمر لها . وعن جابر عن عبد الله رضى الله تعالى عنه رواه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا ابن جريج عن ابن الزبير عن جابر بن عبد الله قال إذا خير الرجل امرأته فلم يخير مجلسها ذلك فلا خيار لها .

وعن عمر وعثمان وعبد الله بن عمرو بن العاص رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهما قالا أيما رجل ملك امرأته أمرها وخيرها ثم افترقا من ذلك المجلس فليس لها خيار ، وأمرها إلى زوجها انتهى ، وخالف الجماعة وشد الحكم وأبو ثور حيث لم يشترطا فيه المجلس ، واختاره ابن المنذر في الإشراف . وفي المغنى لا يقتصر على مجلسها ذلك وإن تطاول ما لم يفسخ أو يطأها وهذا قول أحمد أيضا .

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل . ا هـ مصححه .

ولأنه تمليك الفعل منها ، والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس كما في البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنـــه ، ومرة بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ،

---

ويروى عن علي رضى الله تعالى عنه وهو قول الحسن وقتادة ، وقال السروجي وهذا الخلاف في الامر باليد . وفي المغنى واكثر أهل العلم على ان الخيار على الفور ، روى ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر ، وبه قال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي هو قول أصحابنا . وقال الزهري وقتادة وأبو عبيد وابن المنذر على التراخي ، وهو رواية عن مالك .

( ولأنه ) اي ولأن قوله اختاري وطلقي نفسك ( تمليك الفعل منها ) يعني لا توكيل لها ، لأن الوكيل عامل لغيره ( ولأن التمليك يقتضي جواباً في المجلس ) لأنـه خطاب ، فـإذا أخذت في عمل آخر يبطل التفويض ، وكذا لو خاضت في كلام آخر يبطـــل التفويض ، قال الله تعالى ﴿ حتى يخوضوا في حديث غيره ﴾ ١٤٠ النساء ، علم أن الخوض في عمل آخر بمنزلة الإعراض ، وليس بتوكيل ، لان الوكيل من يعمل لغيره ، وهي عاملة لنفسها بأن تخلص نفسها عن ذل رق النكاح ، بخلاف ما لو قال لأجنبي طلق امرأتي فإنه توكيل ، لأنه أمر لغيره .

( كما في البيع ) اى كما يقتضي الخطاب جواباً في البيع ، لأن الأصل فيه خيار القبول في المجلس ( لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة ) لرفع الضرورة ، قال الحاكم الشهيد في الكافى إذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس ، وإن تطاول يومـاً أو أكثر ( إلا أن المجلس ) اي غير ان المجلس ( تارة يستدل بالذهاب عنه ) اي عن المجلس ( ومرة الإشتغال بعمل آخر ، إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ) اي غير مجلس الأكل ، وغير مجلس المناظرة .

والحاصل من هذا الكلام بيان أن انقطاع المجلس تارة يكون سبب حسي وهو نحوها

ويبطل خيارها بمجرد القيام، لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك بالافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري، لأنه يحتمل تخييرها في نفسها، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره، فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة

---

من ذلك المكان، وتارة بسبب حكمي وهو اشتغالها بعمل آخر، ألا ترى ان الرجلين إذا كانا يتناظران في مجلس يكون مجلسهما مجلس النظر، ثم إذا اشتغلا بالأكل يكون مجلسهما مجلس الأكل،، ثم إذا اشتغلا بشيء آخر يكون مجلس ذلك الشيء.

( ويبطل خيارها بمجرد القيام، لأنه دليل الإعراض ) لأنها لو اختارت لما قامت، وكذا إذا اشتغلت بعمل آخر ( بخلاف الصرف والسلم، لان المفسد هناك ) اي في باب الصرف والسلم ( بالإفتراق من غير قبض، ثم لا بد من النية ) اي من نية الطلاق ( في قوله اختارى لانه يحتمل تخييرها في نفسها، ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره ) لا شك أن الإختيار يحتمل وجوهاً أخر سوى اختيار النفس بأن يراد اختارى الكسوة او النفقة او الدار السكنى، فلا بد من نية الطلاق ليزول الإحتمال.

( فإذا اختارت نفسها في قوله اختارى كانت واحدة بائنة ) قال الكاكي وهو قول علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه. وقال الشافعي وأحمد رجعية وهو قول عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما في سائر الكنايات، وعند زيد ثلاث. وكأنه حمل على إتم يكون من الإختيار، وبه قال مالك وعمر وابن مسعود حملا على ادنى ما يكون منه، وهو طلاق رجعي. وجه قول علي رضي الله تعالى عنه أن اختارها النفسها إنما يتحقق بزوال ملك الزوج حتى تصير مالكة أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائنة، ولهذا قلنا لو نوى الثلاث بهذا اللفظ لا يقع إلا واحدة بائنة. وقال الترمذى اختلف اهل العلم في الخيار فروى عن عمر بن الخطاب وابن مسعود أن اختيارها لنفسها طلقة بائنة، وكذا عن علي رضي الله تعالى عنه واحدة بائنة، لكن إن اختارت زوجها فواحدة رجعية، ومثله عن

زيد رضي الله تعالى عنه إلا أنه قال إن اختارت نفسها فثلاث ، وعنه واحدة بائنة .

وقال الترمذي وذهب أكثر أهل العلم إلى قول عمر وابن مسعود من بعدهم من أهل العلم والوقفة وهو قول الثوري والكوفيين ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، فإن طلقت نفسها ثلاثاً ، فليس للزوج أن ينكر ذلك عند مالك وأكثر أصحابه . وقال ابن جهم وسحنون له ذلك . وقال طاووس اختيارها نفسها ليس بطلاق ، لان الطلاق لا يكون إلى النساء . وقال ابن عمر ومثله قال ابو حنيفة في التخيير لا يقع به الطلاق ، وأخطأ في النقل عنه .

فان قلت لو قال لها أمرك بيدك او طلقي نفسك او أنت بائن يصح نية الثلاث ، وهاهنا لا يصح مع أن فيها لفظ الامر ، مع أن الإختيار متنوع أيضاً ، وهو الادنى والاعلى لما قال زيد بن ثابت . قلت أجاب بعضهم بأن الوقوع بلفظ الإختيار على خلاف القياس ، وإنما يثبت ذلك بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، والإجماع انعقد بالطلقة الواحدة ، بخلاف تلك المسائل . قلت فيه نظر وقوع تأمل . وأشار شيخ الإسلام بأن الامر إسم عام يتناول كل شيء ، قال الله تعالى ﴿ والامر يومئذ لله ﴾ أراد به الاشياء كلها ، فصلح إسماً لكل فعل ، فإذا نوى الطلاق صار كأنه قال طلاقك بيدك ، والطلاق يحتمل العموم والخصوص . فأما اختيار اسم لفعل خاص وهو الخلوص والصفوة وثبوت البينونة ، وفيه مقتضى الصفوة ، فلم يصح فيه العموم .

ثم لو اختارت المرأة زوجها لا يقع به شيء عندنا ، وبه قال الشافعي ، وهو قول عمر ابن الخطاب وابن مسعود وأبي الدرداء وغيرهم غير علي ، فقالت عائشة رضي الله تعالى عنها خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، ولم يكن ذلك طلاقاً . عن علي رضي الله تعالى عنه في رواية تقع رجعية ، وبه قال الحسن البصري وربيعة .

( والقياس أن لا يقع بهذا ) اى يقتضي القياس أن لا يقع بقوله – اختاري – ( شيء ) كما ذهب إليه طاووس ( وإن نوى الزوج الطلاق ) واصل بما قبله ( لانه ) اى لان الزوج

لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض الى غيره ، إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هـذا الحكم ، ثم الواقع بها بائن ، لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك في البائن ولا يكون ثلاثاً وإن نوى الزوج ذلك ، لأن الاختيار لا يتنوع ، بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع. قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها ، حتى لو قال لهـا اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل ، لأنـه

---

( لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ ) اى بقوله – اختارى – ( فلا يملك التفويض إلى غيره ) لان من لا يملك الشيء كيف يتصرف فيه .

( إلا انا استحسناه ) اى قلنا بالاستحسان ( لاجماع الصحابة ) رضي الله تعالى عنهم ( ولانه ) اى ولان الزوج ( بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها ) اى للزوج التصرف في امرأته إن شاء يبقيها بحسب ما يريد ، وإن شاء فارقها ولا حجر عليه في ذلك ، فـان كان كذلك ( ذلك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ) اراد به حكم استدامة النكاح ، وحكم مفارقتها ( ثم الواقع بها ) اى بلفظ – اختاري – ( بائن ) اى طلقة بائنة ( لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ) اى بثبوت اختصاص المرأة نفسها ( وذلك ) اى ثبوت الاختصاص ( في البائن ) اى في وقوع الطلقة الواحدة البائن .

( ولا يكون ) اى الواقع بلفظ اختاري ( ثلاثاً ) اى ثلاث طلقات ( وإن نوى الزوج ذلك ) اى الثلاث ( لان الاختيار لا يتنوع ) وفيه نظر ، لانه الادنى والاعلى كما قال زيد بن ثابت ، وقد مر عن قريب ( بخلاف الابانة ، لان البينونة قـد تتنوع ) إلى غليظة وخفيفة .

( قال ) اى القدورى ( ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها ، حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل ) يعني لا يقع شيء ( لانه ) اى لان وقوع الطلاق بلفظ

عرف بالإجماع ، وهو في المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ولا تعيين مع الإبهام ولو قال لهـــا اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة ، لأن كلامه مفسر ، وكلامها خرج جواباً له فيتضمن اعادته .

---

الاختيار (بإجماع الصحابة) رضي الله تعالى عنهم ( في المفسرة من أحد الجانبين ) من الزوج والمرأة لا في اللفظة المبهمة من الجانبين جميعاً ( ولان المبهم ) وهو قولهـــا اخترت ( لا يصلح تفسيراً للمبهم ) وهو قوله - اختارى - لان كل واحد منها مبهم ليس فيه ذكر النفس ( ولا تعيين مع الابهام ) اى لا يتعين الطلاق مع وجود الابهام في الجانبين، والكلام الذى يقوم مقام النفس كالتطليقة ، والاختيار كذكر النفس .

وفي المحيط ولا بد من ذكر النفس والتطليقة ، والاختيار في أحـد الكلامين ، لان الاختيار يحتمل المعاني فلا بد له من تفسيروهو ذكر لنفسه او ما يدل عليها . وعند مالك والشافعي وأحمد ، وذكر النفس ليس بشرط ، واما عند مالك فأى الكلام صدر منهمع النية يقع به الطلاق وإن لم يشعر به . واما عند الشافعي وأحمد فلا بـــد ان يكون في كلامه او جوابها يصرف الكلام اليه عند عدم ذكر النفس . ولو قال اختارى فقالـت فعلت لا يقع شيء ، ولو قال اختارى نفسك فقالت فعلت يقع ، ومثله في البدائع ،وزاد تكرار الاختيار في كلام الزوج ، وكذا لو قال اختارى فقالت أبي وأمـــي أو اهلي ، والاوزاج يقع استحسانا.

وفي جوامـــع الفقه بخلاف اخترت اختي او عمتي او قالت اخترت نفسي وزوجي فالعبرة للسابق . وإن قالت او زوجي او عمي بطل . ولو قـــال لها اختاري فقالـت طلقت نفسي تقـــع بائنة . وفي البدائع قال لها اختاري فقالت اخترت الطلاق يقع واحدة رجعية .

( ولو قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت يقع واحدة بائنة، لأن كلامه مفسر ، وكلاهماخرج جواباًله) اي لكلام الزوج ( فيتضمن إعادته ) أي يتضمن كلام المـــرأة

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت، لأن الهاء في الاختيارة تنبيء عن الاتحاد، والإنفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسراً من جانبه. ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي يقــع الطلاق إذا نوى الزوج، لأن كلامها مفسر، وما نواه الزوج من محتملات كلامه.

---

إعادة كلام الزوج، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال (وكذا) اي وكذا تقع واحدة بائنة.

(ولو قال) لامرأته (اختاري اختيارة فقالت قد اخترت، لأن الهاء) اي الهــاء سماها لتصورها بصورة الهاء، ولكونها عند الوقف (في الإختيارة تنبيء عن الإتحــاد والإنفراد) أما الإتحاد فإنما يكون في اختيارها (واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة) بأن قال لها اختاري نفسك بتطليقة (ويتعدد أخرى) بأن قال لها اختاري نفسك ماشئت او بثلاث، وأما الإنفراد فلكونها للمرأة (فصار مفسراً من جانبــه) بخلاف خيارها الزوج، فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إيقاع النكاح وهو غير متعدد.

وادعى الأترازي أن في كلام المصنف تناقضاً، لأنه ذكر قبل هذا بقولــه – لأن الإختيار لا يتنوع – وها هنا يشعر كلامه بأنه يتنوع، وأجاب بعضهم بأن لا تناقض، لأن الإختيار هنا غير الإختيار ثمة، لأن الإختيار هنا اختيارها نفسها، وثمة يجوز أن يكون اختيارها زوجها، وحط الأترازي على هذا المجيب بأنه لأن الإختيار في الموضعين هو اختيارها نفسها، فالتناقض باق، والمساق لهذا المجيب أن يقــول مراده في اختياره الذى لا يتنوع مطلق الإختيار، وأما المقيد من أحد الجانبين فيتعدد.

(ولو قال لها اختاري، فقالت اخترت نفسي يقــع الطلاق إذا نوى الزوج، لأن كلامهـــا مفسر، وما نواه الزوج) اي الذي نواه الزوج وهو الطلاق (من محتملات كلامه) اي كلام الزوج، لأن كلامه وهو قوله – اختاري – يحتمل الطلاق بأن يكون مراده النفس.

ولو قال اختاري فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لا تطلق ، لأن هذا مجرد وعد ويحتمله ، فصار كما إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي . وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها ، فإنها قالت لا بل اختار الله ورسوله ، واعتبره النبي عليه السلام جواباً منها ولأن هذه الصيغة حقيقة في في الحال ، وتجوز في الاستقبال

---

( ولو قال لها اختاری فقالت أنا أختار نفسي فهي طالق ، والقياس أن لا تطلق ،لأن هذا ) اي قول المرأة أختار نفسي ( مجرد وعد ) إن كان مرادها بهذا الإستقبال ( او يحتمله ) اي او يحتمل الوعد ، لأن الصيغة مشتركة بين الحال والإستقبال، ولا يقع الطلاق بالوعد والإحتمال ( فصار هذا كما إذا قال لها طلقي نفسك ، فقالت أنا أطلق نفسي ) اي فلا يقع الطلاق قياساً واستحساناً ، وبه قال الشافعي إلا إذا قال أردت إنشاء الطلاق ، فحينئذ يقع .

( وجه الإستحسان حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، فإنها قالت لا بل اختار الله ورسوله ، واعتبره رسول الله ﷺ جواباً منها ) هذا الحديث أخرجه البخاری ومسلم عن ابن شهاب عن بي سلمة عن عائشة قالت لما أمر رسول الله ﷺ بتخيير أزواجه بدانيفقال إني ذاكراً لك أمراً فلا تملكين ان تجعلني حتى تستأمری أبويك ، وقد علم أن أبوای يأمراني بفراقه ، قال إن الله تعالى قال ﴿ يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة﴾ إلى قوله ﴿ أجراً عظيماً ﴾ ٢٨ الأحزاب ، فقلت ففي هذا استأمر أبوای ، فإني أريد رسول الله ﷺ والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج رسول الله ﷺ مثل الذی فعلت . وفي لفظ لمسلم بل اختار الله ورسوله . وروى الأئمة الستة في كتبهم عن مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، فلم يعده علينا شيئاً . وفي لفظ لها فلم يعد ذلك طلاقاً .

( ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال ، ويجوز في الاستقبال ) قال الاترازيفيهنظر ،

كما في كلمة الشهادة وفي أداء الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعذر حمله على الحال ، لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة ، ولا كذلك قولها أنا أختار نفسي ، لأنه حكاية عن حالة قائمة ، وهو اختيارها نفسها ،

---

لان اهل اللغة قالوا ان صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال ، وكلامهم فيمايتعلق بالوضع والمشترك يدل على المعنيين جميعاً بسبيل الحقيقة ، لكن يترجح أحد المعنيين بالدليل ، وقد دل على إرادة الحال فيما نحن فيه انتهى . قلت إطلاق النظر فيه غير مسلم، لان فيه خلافاً ، منهم من قال مثل قول المصنف ، ومنهم من قال بالعكس ، ومنهم من قال بالاشتراك ، وهو قول مرجوع ، لان اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز ، فالمجاز أولى ، لان الاشتراك مخل بالفهم ، ومعنى قول المصنف رحمه الله تعالى حقيقة في الحال يعني بحسب استعمال الشرع والعرف ، يقال فلان يختار كذا ، وأنا أختار كذا ، ويقال أنا أملك كذا من العبيد وغيرها ، والمراد الحال ، وأشار إلى ذلك بقوله :

( كما في كلمة الشهادة ، وفي أداء الشهادة ) أي يدل على الحال لفظ أشهد في كلمة الشهادة ، وفي اداء الشهادة فإن لفظ شهد فيها يدلان على الحال شرعا ، فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله ، وأشهد ان محمداً عبده ورسوله ، يعتبر ذلك منه إيمانا ، لا وعداً بالإيمان . وكذا الشهادة اذا قال شهد بكذا فلا يعاد الى المجاز ( بخلاف قولها ) أي قول المرأة ( أنا اطلق نفسي ) في الجواب عن قول الزوج اختاري ( لانه تعذر حمله على الحال ) لان الطلاق ليس من عمل القلب ، بل ايجاب وايقاع بنفس هذه الصيغة لانه اخبار عن معنى ثابت ، وهو قوله ( لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ) أى ثابتة ، لان الطلاق يتعلق بالصيغة لا بالقلب ، كما ذكرنا ، ولهذا لو أراد الطلاق في قلبه لا تطلق .

(ولا كذلك)أطلق نفسي مثل( قولها أنا أختار نفسي ) اي ليس مثل قولها أطلق نفسي مثل قولها أنا أختار نفسي ، لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيار نفسها ، لأن الإختيار من عمل القلب ، فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم .

ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الأولى والوسطى والأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة « رح » ولا يحتاج إلى نية الزوج. وقالا تطلق واحدة ، وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه ، إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما أن ذكر الأولى وما يجري مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب ، ولكن يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد

---

(ولو قال لها اختاري اختاري اختاري ، وقالت قد اخترت الأولى او الوسطى والأخيرة طلقت ثلاثاً في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ولا يحتاج إلى نية الزوج ) ولا إلى ذكر النفس ( وقالا ) اى أبي يوسف ومحمد وبه قال الشافعي ( تطلق واحدة ) اى طلقة واحدة ( وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه ) اى على الطلاق ( إذ الإختيار في حق الطلاق ، وهو الذى يتكرر ) دون اختيار الزوج .

( لهما ) اى لابي يوسف ومحمد ( أن ذكر الأولى وما يجرى مجراه ) أراد به الوسطى والأخير والضمير في مجراه رجع إلى ذكر الأولى ( وإن كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الإفراد فيعتبر فيما يفيد ) اي في الإفراد فيبقى الافراد ، فكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى ، لأن معنى قولها اخترت اخترت ما صار إلى بالكلمة الاولى ، والذي صار إليها بالكلمة الاولى تطليقة ، فكأنها صرحت بذلك ، وفي ذلك يقع واحدة ، فكذا هنا ، وهذا لان الاولى تأنيث الاول ، وهو اسم لفرد سابق ، والوسطى تأنيث الاوسط ، وهو اسم لفرد تقدم عليه مثلها تأخر ، والاخيرة اسم لفرد لاحق ، فكان لقولها معنيان الفردية والسبق ، فلو بطل معنى السبق الذى يقتضي الترتيب بالاتفاق ، فبقي الفرد ، فصار كقوله اخترت تطليقة الاولى ، فوقعت واحدة.

فإن قلت ينبغي أن يقع هنا شيء ، لانه لا يقع شيء بلفظ اخترت بدون ذكر النفس او ما يقوم مقامها . قلت هذا إذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق ، وهنا ما يدل عليه ، وهو تكرار لفظ الاختيار .

وله أن هذا وصف لغو، لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه، كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب، والإفراد من ضروراته، فإذا تعافى حق الأصل، تعافى حق البناء . ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعاً، لأنها للمرة، فصارت كما إذا صرحت بها .

---

( وله ) اى ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ( أن هذا ) إشارة إلى ذكر الاولى والوسطى والاخيرة ( وصفاً لغواً ) اى وصف لغو ( لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان ) فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر، وإنما الترتيب في فعل الاعيان، يقال هذا جاء أولاً وهذا جاء آخراً ( والكلام في الترتيب ) وهو الاول واختناها ( والافراد من ضروراته ) اى من ضرورات الكلام .

( فإذا لغى[1] ) اى الكلام ( في حق الاصل ) وهو الترتيب ( لغى في حق البناء ) وهو الافراد، لان الترتيب فيه أصل، بدلالة الاشتقاق . وإذا لغى في حقها بقي قولها اخترت، وهو يصلح جوابا للكل، فيقع الثلاث، قيل فيه نظر من وجهين، أحدهما أنه أطلق الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة، وكل مفرد فلا يكون كلاماً، والثاني أن الاولى اسم لفرد سابق، فكان الإفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه . والجواب عن الاول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة، وإن لم يكن مفيداً، وهذا على ذلك الاصطلاح، ويجوز أن يكون مجازاً من[2] ذكر الكل وإرادة الجزء . وعن الثاني بأن كلا من ذلك صفة، وما ذكر عن ذات باعتبار معنى، فيكون الاولى دالة على الفرد السابق، ومعنى السبق هو المقصود .

( ولو قالت اخترت اختيارة، فهي ثلاث في قولهم جميعاً ) يعني لو قالت المرأة اخترت اختيارة في جواب قول الرجل اختارى اختارى اختارى فهي ثلاث طلقات في قول أبي حنيفة وصاحبيه ( لانها ) اى لان لفظ اختيارة ( للمرأة، فصار كما إذا صرحت بها )

---

(١) في المتن تعافى . اه مصححه .

(٢) كلمة غير مقروءة في الاصل وربما هي – باب – . اه مصححه .

ولأن الاختيارة للتأكيد، وبدون التأكيد يقع الثلاث فمع التأكيد أولى ، ولو قالت قــد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة ، لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة ، فكأنها اختارت نفسها بعـد العدة وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة ، فاختارت نفسها فهي واحدة

---

اى بالمرة بأن قالت اخترت نفسي مرة في جواب قوله اختارى ثلاث مرات ، فكذا إذا ذكرت اللفظ الذى يدل على المرة .

( ولان الاختيارة للتأكيد ) لكونه مصدراً ( وبدون التأكيد يقع ثلاثاً، فمع التأكيد أولى ) بأن يقع الثلاث ( وكما لو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة فهـــي واحدة ) اى فهي طلقة واحدة ( تملك الرجعة ، لان هذا اللفظ يوجـب الإنطلاق ) اى البينونة ( بعد انقضاء العدة ) لكونه من ألفاظ الصريح ، وما يوجب البينونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعياً .

فإن قيل إذا لا يكون الجواب مطابقاً للتفويض ، لان المفوض إليها الإختيار ، وهو يفيد البينونة .

أشار إلى الجواب بقوله ( فكأنها اختارت نفسها بعد العدة ) فكان مطابقاً من حيث أن الإختيار وجد منها ، قيل قوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب ، لان المرأة إنمـا تتصرف حكماً للتفويض ، والتفويض بتطليقة بائنة لكونه من الكنايات ، فتملك الإبانة لا غير ، والاصح أن الرواية فهي واحدة لا يملك الرجعة ، لان روايات المبسوط والجامـع الكبير ، والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير ، هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام ، فانه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب . قلت فعلى هذا ينبغـــي أن يكون المذكور في الجامع الصغير لصدر الإسلام سهواً أيضاً من الكاتب ، ويمكن أن يحمل على تعدد الرواية ، فيتفق الكل .

( وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة او اختارى تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة

تملك الرجعة،لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة .

## فصل في الأمر باليد

وإن قال لها أمرك بيدك ينوي ثلاثاً فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث ، لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليـــد لكونه تمليكاً كالتخيير

---

تملك الرجعة ، لانه جعل لها الإختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة ) قيـل لو كان كذلك كان قوله هذا بمنزلة قوله طلقي نفسك ، وقد مر أن قولها اخترت لايصلح جواباً، لقوله طلقي نفسك . وأجيب بأن آخر كلامه لما صار تفسيراً للأول كان العامل هـــو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير ، وقولها اخترت يصلح جواباً له كذا في جامع قاضي خان .

### ( فصل في الامر باليد )

فصل الامر باليد عن فصل الاختيار ، لان ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين .

( وإذا قال لها أمرك بيدك ) وهذه من مسائل الجامع الصغير ( ينوى ثلاثاً) أى حال كونه ينوى ثلاث تطليقات قيد بثلاث ، لانه إذا لم ينو ثلاثاً يقع واحدة بائنـة عندنا ، ورجعية عند الشافعي وأحمد وعند أبي ليلى ومالك يقع ثلاث ولا يصدق قضـاء إذا نوى واحدة ، وكذا الخلاف لو نوى الطلاق فقط ، ولو نوى ثنتين يقع واحدة عندنا خلافـــاً لمالك والشافعي وأحمد ( فقالت قد اخترت ) وفي بعض النسخ اخترت بدون لفظ قـد ( نفسي بواحدة ) أى بطلقة واحدة ( فهي ثلاث ) اى بلا خلاف بين الائمة الاربعة .

( لأن الإختيار ) اي قولها اخارت نفسي ( يصلح جواباً للأمر باليد ) اي لقولـــه أمرك بيدك ( لكونه ) اي لكون قوله امرك بيدك ( تمليكاً )لأنه مالك لأمرها فيملكها ما هو مملوك له ، فيصح قياساً واستحساناً ( كالتخيير ) اي كما في قوله لها اختاري تمليك

والواحدة صفة الاختيارة ، فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة ، وبذلك يقع الثلاث . ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة ، واخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة ، لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف ، وهو في الأولى الاختيارة ، وفي الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة ، لأن التفويض في البائن ضرورة ملكها أمرها وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الإيقاع ،

---

لها ( والواحدة ) اي الواحدة التي في قولها اخترت نفسي بواحدة ، وهو مبتدأ ، وهو قوله ( صفة الإختيارة ) خبره ، اي صفة الاختيارة المقدرة ، لأن الواحدة صفة فلا بد لها من موصوف ، وهو لفظ الاختيارة ، والتقدير اخترت نفسي باختيارة واحدة ( فصارت كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة ، وبذلك ) اي بقوله مرة واحدة ( يقع الثلاث ) لأنها إنما تصير مختارة بمرة واحدة ، وإذا وقع الثلاث ويجيء مزيد الكلام فيه .

( ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة واخترت ) اي او قالت اخترت ( نفسي تطليقة فهي واحدة بائنة) وهاتان المسألتان جوابها واحد ، ثم علل ما ذكره من المسائل بقوله ( لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف ، وهو ) اي المصدر المحذوف ( في الأولى ) أي في الصورة الأولى أو في المسألة الأولى ، وهو قولها اخترت نفسي بواحدة ، أى باختيارة واحدة ( الاختيارة ، وفي الثانية التطليقة ) هو قولها قد طلقت نفسي بواحدة ، أى بتطليقة واحدة ( إلا أنها ) أى إلا أن التطليقة الواحدة ( بائنة ، لأن التفويض في البائن ) أى لأن التفويض كائن في البائن ، فقوله في البائن خبر أن ( ضرورة ملكها أمرها ) أى لضرورة أنه ملكها أمرها ، فإن تمليكه إياها أمرها يقتضي البينونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية .

( وكلامها ) أى وكلام المرأة ( خرج جواباً له ) أى التفويض أو الكلام الزوج (فتصير الصفة المذكورة في التفويض ) يعني البينونة في التفويض ( مذكورة في الإيقاع ) أى في

وإنما تصح نية الثلاث في قوله أمرك بيدك ، لانـــه يحتمل العموم والخصوص ، ونيـة الثلاث نيـة التعميم ، بخلاف قوله اختـاري ، لانه يحتمل العموم ، وقد حققناه من قبل . ولو قال لهـــا أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل ، وإن ردت الامر في يومهـا بطل أمر ذلك اليوم وكان بيدها أمر بعد غد لأنه صرح بذكر الوقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر إذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل ، فكانا أمرين ، فبرد أحدهما لا يعتد للآخر .

---

إيقاع المرأة ، لكون كلامها مطابقاً لكلامه ( وإنما تصح نية الثلاث ) أشار به إلى الفرق بين الأمر باليد والإختيار ، حيث يصح في الأول نية الثلاث ، ولا يصح في الثاني ، فقال إنما تصح نية الثلاث ( في قوله أمرك بيدك ، لأنه ) أى لأن أمرك بيدك ( يحتمل العموم والخصوص ) فالعموم في الثلاث ، والخصوص في الواحدة ، لأن الأمر اسم عام يصلح إسماً لكل فعل ، فإذا سوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك ، والطلاق مصـــدر يحتمل العموم والخصوص .

( فتكون نية الثلاث نية التعميم ، بخلاف قوله اختاري ، لانه يحتمل العموم ) لان الاختيار هو الخصوص ، وإنه لا يتنوع ، وقد مر فيما مضى ، أشار إليه بقوله ( وقـــد حققناه من قبل ) أشار به إلى ما ذكره في فصل الاختيار ، بقوله إذ الاختيار لا يتنوع .

( ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل ) حتى لو اختـارت في الليل لا يقع شيء ( ولو ردت الأمر في يومها يبطل أمر ذلك اليوم ، وكان الأمر في يدها بعد الغد ، لأنه صرح بذكر الوقتين) يعني اليوم وبعد غد ( بينهما وقت من جنسها ) يعني الغد ( لم يتناوله الأمر ) فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق ( إذ ذكر اليوم بعبـارة الفرد لا يتناول الليل ) هذا دليل قوله لم يدخـل فيه الليل ، وفيه تلبيس ، وإن كان ظاهراً ( فكانا أمرين ) أى فكان الوقتان اللذان بينهما وقت فاصل أمرين ( فبرد أحدهما لا يرتد الآخر ) يعني إذا ارتد الامر في اليوم لا يكون ذلك رداً فيما بعد .

وقال زفر رحمه الله هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت ، والامر باليد يحتمله فيوقت الأمر بالاول ، ويجعل الثاني أمراً لمبتدأ . ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل في ذلك ، وإن ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد ، لان هذا أمر واحد ، لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد هجم الليل

---

( وقال زفر هما ) يعني الامر الذى بيدها اليوم ، والامر الذى بيدها غداً ( امر واحد ) لانها إذا ردت الامر في اليوم لا يبقى الإمر بعدها في الغد أيضاً ، وذلك(بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد ) تكون طلقة واحدة لاثنتين ، لكون أحدهما معطوفاً على الآخر من غير تكرار لفظ الامر .

( قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت ) فكان الطلاق اليوم طلاقاً غداً وبعد غد وغيره ( والامر باليد يحتمله ) أى يحتمل التأقيت ( فيتوقف الامر بالاول ) أى لكون الامر موقتاً بالوقت الاول ، وهو اليوم ، حتى يخرج ذلك بمجيء الليل ( ويجعل الثاني ) اى الوقت الثاني وهو قوله وبعد غد ( أمراً لمبتدأ ) أى أمر آخر ابتداء . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الصغير الكبير ، ذكر ابراهيم بن رستم أنه لو قال أنت طالق اليوم وغداً طلقت واحدة . ولو قال أنت طالق اليوم وبعد غد طلقت طلاقين ، فعلى هذه الرواية لا يصح قياس زفر مسألة الامر باليد على مسألة الطلاق .

( ولو قال أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل الليل ) لان الليل المتوسط يدخل تحت الامر ( وإن ردت الامر في يومها لا يبقي الامر في يدها في الغد ، لان هذا أمر واحد ، لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين )وهذا اليوم والغد ( وقت من جنسها لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ) اى يدخل من قولك زحمت على القوم للمجلس ، وكون الغد قريباً إذا دخلت عليهم هذا لبيان الليل المتخلل بين اليوم والغد لا يكون قاطعاً للمجلس ، وكون الغد قريباً من اليوم حيث لم يدخل بينهما زمان قاطع ، فلم يجعلها كا لو قتل ، فكان الغد

ومجلس المشورة لا ينقطع ، فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين . وعن أبي حنيفة « رح » انها إذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً ، لانها لاتملك رد الأمر كما لاتملك رد الإيقاع . وجه الظاهر انها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها برد الامر ، لان المخير بين الشيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما . وعن أبي يوسف « رح » انه إذا قال أمرك بيدك اليوم ، وأمرك بيدك غداً انهما أمران لما انه ذكر لكل وقت خبراً على حدة ،

---

ملحقاً باليوم ، لان الاصل في العطف وقوع الشركة فيها فيما تم به المعطوف عليه من غير أن ينفرد العطف بخبر آخر .

( وبمجلس المشورة لا ينقطع ) الواو للحال والمشورة ، بفتح الميم وضم الشين المعجمة المشورى وجاء فيها فتح الميم وسكون الشين ( فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين ) حيث يدخل الليل فيهما .

( وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى ) رواية أبي يوسف عنه في الامالي ، وكذا قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط ( أنها إذا ردت الامر في اليوم لها أن تختار نفسها غداً ، لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع ) بيانه أن الزوج لو قال لها طلقتك يقع الطلاق ، ولا تملك المرأة رد الايقاع ، فكذلك لا تملك رد الامر باليد (ووجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها بردالامر) لانها خيرت بين شيئين اختيارها نفسها واختيارها زوجها ، فإذا اختارت نفسها اليوم خرج الاختيار من يدها في الغد ( وذلك لان المخير بين شيئين لا يملك إلا اختيار أحدهما ) لانه لا يملكها جميعاً بل يملك أحدهما .

( وعن أبي يوسف انه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً إنهما أمران لما أنه ذكر لكل وقت خبراً ) حتى إذا ردت الامر اليوم كان لها أن تختار نفسها غداً ، لانه

بخلاف ما تقدم ، وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل ، فلا خيار لها ، لان الامر مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار ، وقد حققناه من قبل ، فيتوقف بـــه ثم ينقضي بانقضاء وقته ، وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فمكثت يوماً ولم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر ، لان هـذا

---

لما ذكر لكل وقت خبر عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر الواحد . وقـــال شمس الائمة هذه هي الرواية الصحيحة ، وجعل قاضي خان هذه الرواية ، أصـل الرواية ولم يذكر خلاف أحد ( بخلاف ما تقدم ) أراد به قوله أمرك بيدك اليوم وغــــداً يفي أن التكرار في الاختيار لم يوجد فلم يتجدد الامر .

( ولو قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم يعلم بقدومه حتى جن الليل )اى أظلم ، يقال جن عليه الليل جنوناً ، ويقال واجنه الليل وأجنه بمعنى ، وإجنان الليـل ادلهامه ، وقال ابن السكيت ، ويروى جنون الليل ، اى سده ما يستره من ظلمته ( فلا خيار لها ، لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به ) أي بالامر باليد (على بياض النهار ) فحينئذ لا يبقى لها الخيار بعد الغروب لانقضاء مدة الامر . وقـال الرافعي إذا قال أنت طالق يوم يقدم فلان ، فقدم ليلا لا تطلق . ومنهم من حكم بوقوعه وحمل اليوم على مطلق الزمان كقولنا ، وإذا لم يعلم بقدومه حتى جن الليل خرج وقت خيارها فـلا يبقى بعده ( وقد حققناه من قبل ) أى في آخر فصل إضافة الطلاق إلى الزمان(فيتوقف به ) أى فيتوقف الامر باليد ببياض النهار ( ثم ينقضي بانقضاء وقته ) أى ثم ينقضي وقت الامر باليد بانقضاء بياض النهار .

( وإذا جعل أمرها بيدها ) يعني إذا قال أمرك بيدك ( أو خيرها ) أى أو قال لها اختارى نفسك ( فمكثت يوماً لم تقم فالامر في يدها ) يعني فلها الخيار في المجلس ( ما لم تأخذ في عمل آخر ) لان الاخذ في عمل آخر دليل الاعراض ( لان هذا ) أى جعـــل

تمليك التعليق منها ، لان المالك من يتصرف برأي نفسه ، وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس ، وقد بيناه من قبـــل ، ثم إذا كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت لا تسمع فمجلس علمها أو بلوغ الخبر إليها ، لان هــــذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه ، بخلاف البيع ، لانـــه تمليك محض ولا يشوبه التعليق ، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ،

---

الامر باليد ( تمليك التعليق منها ) اى من المرأة ، وليست بإبانة ( لان المالك من يتصرف برأى نفسه ، وهي ) أى المرأة ( بهذه الصفة ) أى بتصرف معرفته برأى نفسها (والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل ) يعني في فصل الاختيار في قوله التمليكات تقتضـي جواباً في المجلس كما في البيع .

( ثم إن كانت تسمع ) يعني هذا الذى ذكرنا فيها إذا كانت المرأة حاضرة تسمـع ( فيعتبر مجلسها ذلـــك ، وإن كانت غائبة لا تسمع فمجلس علمها ) أى فيعتبر حينئذ مجلس علمها ( وبلوغ الخبر إليها لان هذا ) أى الامر باليد ( تمليك فيه معنى التعليـق ) لانه تعليق بالطلاق باختيارها نفسها ( فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه ) اى مجلس الزوج حتى إذا قام بعد أن جعل إليها الامر لا يبطل خيارها .

( لأنه ) أي لأن التعليق ( لازم في حقه ) ولهــذا ليس له أن يرجع ويفسخ الخيار ( بخلاف البيع ) حيث يعتبر مجلس البائع والمشتري ، حق أن أيهما قـام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع ( لأنه ) أي البيع ( تمليك محض لا يشوبه التعليق ) وبهـذا إذا رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر فله ذلك .

( وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ) إلى مجلس آخر ( ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ) وهــو قوله ان مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ،

ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانـه دليل الإعراض إذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما إذا مكثت يوماً لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر، لان المجلس قد يطول وقـد يقصر فيبقى إلى أن يوجـد ما يقطعه أو يدل على الإعراض، وقوله مكثت يوماً ليس للتقدير به،

---

ومجلس القتال غيرهما ( ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض ، إذالقيام يفرق الرأي بخلاف ماإذا مكثت يوماً ولم تقم عن مجلسها) أي حال كونهالم تقم عن مجلسها (ولم تأخذ في عمل آخر ، لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فبقي ) أي المجلس ( إلى أن يوجد ما يقطعه وما يدل على الإعراض ) وقطع المجلس بقيامها عنه ، والإعراض بـأخذها في عمل آخر ، سواء كان دينياً أو دنياويـاً ، وكان القياس أن يكون لها الخيار أبداً لإطلاق الأمر ، ولكنه ترك وأخذ بالإستحسان لإجمـاع الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقولهم للمخيرة المجلس .

( وقوله ) أي قول الجامع الصغير ( مكثت يومـاً ليس للتقدير به ) أي ليس لتقدير الخيار باليوم بل المراد منه المكث الدائم ، سواء كان قليلا أو كثيرا ما لم يوجد ما يدل على الإعراض ، وفي المغني للحنابلة الأمر باليد لا يقتصر على المجلس بقول علي رضي الله تعالى عنه حتى الكل ، وقال ابن قدامة لا تعرف له مخالفاً في ذلك ، فيكون إجماعاً ، ولأنه توكيل في الطلاق فيكون على التراخي كما لو جعله في يد أجنبي . قلت دعواه الإجماع غير صحيح، لأن قول جماعة من الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم أن لها الخيار ما دامت...فمن الصحابة رضي الله تعالى عنهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وجابر وغيرهم رضي الله تعالى عنهم ومن التابعين ابراهيم ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وطاووس والشعبي ، وأحرز ذلك كله ابن أبي شيبة في مصنفه .

وقال أصحابنا هم إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وعدم علمه مخالفاً لعلي رضي الله تعالى عنه لا يستلزم عدم علم غيره ، لأن إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم إلى خلاف ذلك مع عدم شهرة ما نسب إليه إلى علي رضي الله تعالى عنه ، وقوله انـــه توكيل غير

وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل،ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها ، لانه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت ، لان هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً كما إذا كانت محتبية فتربعت . قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير ، وذكر في غيره

---

صحيح ، لأنه تمليك عند الأئمة ، وقوله كما لو جعله في يد أجنبي باطل ، لأنــه يقتصر على المجلس في الأجنبي أيضاً ، إلا إذا كان وكيلا عنه .

( وقوله ) أي قول محمد رحمه الله تعالى ( ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف به انه قطع لما كان فيه ) أي قطع المجلس الذي كان المجلس واقعاً فيه ذكر الشيء واللام في المـا زائدة ، كما في قوله تعالى ﴿ ردف لكم ﴾ ٧٢ النمل ، أي ردفكم ( لا مطلق العمل ) أي ليس مراد محمد مطلق العمل،حتى لو لبست ثيابها من غير قيام أو أكلت او شربت أو قرأت قليلا من القرآن أو ما أشبه ذلك ما هو من عمل الفرقة ، فكانت هي على خيارها ، وهــذا كما يكون في قوله أمرك بيدك ، يكون في قولــه اختاري ، وفي قوله طلقي نفسك .

( ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها ، لأنــه دليل الإقبال ، فإن القعود أجمع للرأي ) التمكن فيه ( و كذا إذا كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة) أي أو كانت متكئة ( فقعدت ، لأنــه انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضاً كما إذا كانت محتبية فتربعت ) يقال احتبى الرجل إذا جمع ظهره وساقيه بعمامة أو يديه .

( قال ) أي المصنف رحمه الله تعالى ( هذا ) أي هذا الذي قلنا من كونها على خيارها فيما إذا كانت قاعدة ، فاتكأت ( رواية الجامع الصغير ) لأن الاتكاءة نوع جلسة ، فكأنها كانت متربعة ، فاحتبأت أو كانت محتبية فتربعت ( وذكر في غيره ) أي في غير الجامع

انها إذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لهـــا ، لان الاتكاء إظهار التهاون بالامر ، فكان إعراضاً ، والاول هو الاصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف « رح » ، ولو قالت أدعو أبي استشير أو شهوداً أشهدهم فهي على خيارهـــا ، لان الاستشارة لتحري الصواب والاشهـــاد للتحرز عن الانكار ، فلا يكون دليل الاعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل

---

الصغير ، وهي رواية الأصل ( انها إذا كانت قاعدة ، فاتكأت لا خيـــارلها ، لأن الاتكـــاءة اظهار التهاون بالأمر ، فكان إعراضاً ) وذكـــر المرغيناني لو كانت قاعدة فاتكأت ، قال الحلواني لا يبطل خيارها في ظاهر الرواية . وفي الذخيرة عن أبي يوسف يبطل ( والأول هو الأصح ) أي رواية الجامع الصغير أصح من رواية غيره .

( ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ) في رواية الحسن بن زياد عنه ، قال لا يبطل خيارها . وفي رواية الحسن بن أبي مالك ويبطل ، وبه قال زفـــر ، وفي المحيط وهو ظاهر الرواية .

( ولو قالت ادعو أبي ) أي لو قالت المرأة لخادمها أو لأحـــد ادع ابي ، اى اطلبه ( استشير ) اي أطلب منه الرأي في أمري ( او شهوداً ) اي او قـــالت ادع لي شهوداً ( اشهدهم فهي على خيارها ، لأن الإستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن الجحود والإنكار ، فلا يكون دليل الإعراض ) الاشياء دلالة على الإعراض ، لانهـــا من إثبات الاختيار . وفي الذخيرة والمرغيناني إن لم تجد أحداً يدعو لها الشهود فقامت بنفسها ولم تنتقل لتدعو بالشهود ، قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض . وقيل يبطل لتبدل المجلس .

( وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت يبطل

خيارها ، لان سير الدابة ووقوفها مضاف إليها والسفينة بمنزلة البيت ، لان سيرها غير مضاف إلى راكبها ، ألا ترى انه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر

## فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له ،

---

خيارها ، لان سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ) لانها تجري حسب سوق الراكب ومسيرها دليل الإعراض . وإذا قادها الجمال وهما فيه لا يبطل ، ولا يبطل بالنزول عن الدابة ، بخلاف القعود عن القيام ، وكذا لو قامت قائمة فركبت أو راكب فانتقلت إلى دابة أخرى بطل ، ولو أخبرت بالسفينة ينبغي أن تقول اخترتها ( والسفينة بمنزلةالبيت ) يعني انها إذا سارت لا يبطل خيارها ( لان سيرها غير مضاف إلى راكبها ، الا ترى انه لا يقدر على إيقافها ، وراكب الدابة يقدر ) لان السفينة لا يجريها راكبها ، بل تجري براكبها ، قال الله تعالى ﴿ وهي تجري بهم في موج كالجبال ﴾ ٤٢ هود ، فلم يدل على إعراض المرأة ، ولكن كلما يبطل في البيت يبطل الخيار في السفينة ، سواء كان عمل الدنيا أو عمل الدين .

### ( فصل في المشيئة )

اي هذا فصل في بيان المشيئة ، قال الجوهري الإرادة ، قال ابن الاثير المشيئةمهموزة الارادة ، وقد شئت المشيئة إشاءة ، ويقال المشيئة مصدر كالمسير والمجيء ، قلت مصدر في الاصل ، ولكنه استعمل استعمال الاسم ، وهو اسم للوجود ، وعند أهل السنةوالفرق بين المشيئة والإرادة ان المشيئة عامة ، والإرادة ليست كذلك ، حتى لو قال الزوج شئت طلاقك ونوى يقع ، بخلاف قوله اردت طلاقك فلا يقع ، ولو نواه لانه لا ينبي عن الوجود .

( ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له ) اي والحال انه لا ينوي الطلاق

أو نوى واحـــدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لأن قوله طلقي، معناه أفعلي فعـــل الطلاق، وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل، كسائر أسماء الأجناس، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث، وينصرف إلى الواحدة عند عدمها، وتكون الواحدة رجعية، لان المفوض إليها صريح الطلاق،

---

( أونوى واحدة فقالت طلقت نفسي ،فهي واحدة رجعية ، وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك ) اي والحال ان الزوج اراد الثلاث ( وقعن عليها ) اى وقعت الثلاث على المرأة ، سواء طلقت نفسها ثلاثاً جملة او متفرقة ، ولو نوى ثنتين لا يصح ،وفيه خلاف الشافعي ومالك وأحمد ، وعن الظاهرية لا يجـــوز إيقاعها ، وتوكيل غيره بالطلاق ولا إضافة الطلاق إلى الزمان المستقبل . وقال الاكمل ترجم الفعل بالمشيئة وكان الابتداء فيه بمسألة فيما ذكر المشيئة أولى .

وقال الاترازي النظر إلى المشيئة ليس من المسألة التي ابتدأها ذكر المشيئة ، ثم أجاب بقوله المشيئة ، وإن كانت غير مذكورة لفظاً مذكورة معنى ، لأن قولـــه طلقي نفسك تفويض الطلاق إليها بمشيئتها واختيارها ، ولهـذا يقتصر على المجلس ، انتهى . قلت فيه بعد جداً ، والفقهاء لا يراعون هذه الأشياء ، لأن مقصودهم بيان المسائل بالدلائل مع قطع النظر عن التركيب الوضعي .

( وهذا ) أي وقوع الواحـدة في المسألة الأولى والثلاث في المسألة الثانية ( لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل التطليق ، وهو ) أي التطليق ( اسم جنس ) لانـه مصدر يحتمل أدنى الجنس وكله ( فيقع الآخر ) وهو الواحدة ( مع احتمال الكل كسائر أسماء الجنس ، ولهذا ) أي ولأجـــل ان التطليق اسم جنس ( تعمل فيه ) أي في قوله طلقي ( نيـــة الثلاث ) لأنـــه يحتمل ويقع بالنية ( وينصرف إلى الواحدة ) اي الطلقة الواحدة ( عند عدمها ) أي عند عدم النية ( وتكون الواحدة رجعية ، لان المفوض إليها صريح الطلاق،

وهو رجعي ، ولو نوى الثنتين لا يصح ، لانه نيـــة العدد إلا إذا كانت المنكوحة أمة ، لانه جنس في حقها ، وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ، ولو قالت قـــد اخترت نفسي لم تطلق ، لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوي به الطلاق ، وقالت أبنت نفسي فقال الزوج أجزت ذلـــك بانت فكانت موافقـــة للتفويض في الاصل إلا أنها زادت فيه وصفاً ، وهو تعجيل الإبانة فيلغو

---

وهـــو رجعي ) وصريح الطلاق يعقب الرجعة .

( ولو نوى الثنتين لا يصح ) وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد يصح (لأنه نية العدد) أي لان ما نواه نية العدد والثنتان غير عدد ، لان العدد ماله كل شيئان ( إلا إذا كانت الزوجة أمة ) اى إلا إذا كانت امرأته أمة ( لانه ) اي لان الثنتين ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور والتقدير ، لان لفظ الثنتين ( جنس في حقها ) أى في حق الامة لقولـــه عليه السلام طلاق الامة ثنتين .

( وإن قال لها طلقي نفسك، فقالت ابنت نفسي طلقت ) أي رجعية لان المفوض رجعي وقد أتت بزيادة وصف وهو البينونة ، فيلغو ذلك ( ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق، لان الإبانة من ألفاظ الطلاق ) فصلحت جواباً لقول الرجل طلقي نفسك ، بخلاف ما إذا قالت اخترت نفسي ، لان الإختيار ليس من ألفاظ الطلاق .

( ألا ترى ) أشار به إلى إيضاح الفرق بين المسألتين ( انه ) أي ان الزوج ( لو قال ) اى لامرأته ( ابنتك ينوى به الطلاق ، او قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت ) أى بانت المرأة بتطليقة بائنة ( فكانت مـوافقة للتفويض في الاصل ) اى كانت المرأة موافقة لتفويض الرجل بقولها أبنت نفسي في أصل الطلاق دون وصفه ، وهـــو البينونة فيثبت الاصل بموافقتها ، ويلغو الاصل لمخالفتها ، وهو معنى قوله ( إلا أنها زادت فيه ) أى في التفويض ، ويجوز ان يقال في الجواب ( وصفاً ، وهو تعجيل الابانـة فيلغو

الوصف الزائد وثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي أن يقـــع تطليقة رجعية ، بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ، ألا ترى أنـــه لو قال لامرأته اخترتك ، أو اختـاري ينوي الطلاق لم يقـع ، ولو قالت ابتـداء اخترت نفسي فقال الزوج أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالاجماع إذا حصـــل جواباً للتخيير ، وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو ،

وعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يقع شيء بقولها أبنت

---

الوصف الزائد ) وهو البينونة ( ويثبت الاصل ) وهو وقوع الطلاق الرجعي .

( كما إذا قالت ) في جواب طلقي نفسك ( طلقت نفسي تطليقة بائنة ) فإنها زادت وصفاً فيلغو الوصف ويثبت الاصل ( وينبغي ان تقع تطليقة رجعية ) يعني في قولها أبنت نفسي في جواب قول الرجل طلقي نفسك ، وإنما قال بلفظ ينبغي لان هـذه المسألة من خواص الجامع الصغير ، ومحمد لم ينص فيه على الرجعي ، بل قال هي طالق ، ولفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يقول لامرأته طلقي نفسك ، فتقول أبنت نفسي ، قال هي طالق .

( بخلاف الاختيار ) متعلق بقوله لان الابانة من ألفاظ الطلاق ( لانه ) أي لان لفظ معنى الإختيار ( ليس من ألفاظ الطلاق ) ثم أوضح ذلك بقوله ( الا ترى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري نوى الطلاق لم يقع ، ولو قالت ابتداء ) اى من اول الامـر ( اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء ) لانه ليس من ألفاظ الطلاق ( إلا انه عرف طلاقاً ) استثناء من قوله بخلاف الاختيار ، لانه ليس من ألفاظ الطلاق والاستثناء منقطع بمعنى لكن ( بالإجماع ) اى بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم كما مر بيانه ( إذا حصل جواباً للتخيير ) بأن يقول اختاري ، فتقول هي اخترت نفسي .

( وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير ) بأن تقول اختاري ( فيلغو ) ولا يصلح قولهـــا اخترت جواباً له ( وعن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه انـــه لا يقع شيء بقولها ابنت

نفسي ، لأنهـــا أتت بغير ما فوض إليها ، إذ الإبانة تغاير الطلاق ، وإن قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه ، لأن فيـه معنى اليمـين ، لانه تعليق الطلاق بتطليقها ، واليمـين تصرف لازم. ولو قامت عن مجلسها بطل ، لانه تمليك ، بخلاف ما إذا قال لهـا طلقي ضرتك ، لانه توكيل وإبانة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع. وإن قال لها طلقي نفسك متى شئت فلهـا أن تطلق نفسها في المجلس وبعده ، لان كلمة متى عامة في الأوقات كلها ،

---

نفسي ، لانها اتت بغير ما فوض الزوج إليها إذ الابانة تغاير الطلاق ) لانها تحصل بدون الطلاق ، فيكون مغايراً له ، فما أتت بما فوض إليها ، وكذا في سائر ألفاظ الكنايات ، وبه قال ابن جيران من أصحاب الشافعي .

( وإن قال لها طلقي نفسك فليس له أن يرجع عنه ) اذا طلقت نفسها بعد اذنها يقع الطلاق ، وبه قال مالك وابن جيران من أصحاب الشافعي ، وعند الشافعي وأحمد يملك الرجوع ، لان فيه معنى التوكيل والتمليك ، وباعتبار التوكيل صح الرجوع كما في سائر التوكيلات ، وباعتبار التمليك يصح الرجوع قبل القبول كما في سائـر التمليكات ( لان فيه ) أي في قوله طلقي نفسـك ( معنى اليمين ، لانه تعليق الطلاق بتطليقهـا ) فيكون يميناً ، لان الطلاق مما يحلف ، وفي كل تعليق يعنى اليمين لما فيه من المنع والحمل ( واليمين تصرف لازم ) لا يقع الرجوع بإجماع الصحابة ، لان اليمين يعقد للزجر والحل على وجـه التأكيد ، فلو طلبت الرجوع ما أفادت فائدتها .

( ولو قامت عن مجلسها بطل ) اى قوله طلقي نفسك ( لانه تمليك ) لانها تتصرف لنفسها لا لغيرها ، فيقتصر على المجلس ( بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك ، لانه توكيل وابانة ، فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع ) لان فيه نوع سند على الموكل ، وفي ذلك ضرر عليه ، فيجوز دفع ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع .

( وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده ) أى بعد المجلس ، ولا خلاف للأئمة الاربعة فيه ( لان كلمة متى عامة في الاوقات كلها ) فلايملك

فصار كما إذا قال في أي وقت شئت ، وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع ، لانه توكيل وانه استعانة فـــلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ، بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك ، لأنها عاملة لنفسها ، فكان تمليكاً لا توكيلاً . ولو قال لرجـــل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة ، وليس للزوج

---

الرجوع ، خلافاً للشافعي وأحمد ( فصار كما اذا قال في اى وقت شئت ) اى فصار هذا كما اذا قال لها طلقي نفسك في أى وقت شئت ، فيعم . وقال الاترازى هذه من مسائل القدورى رحمه الله تعالى لفظه بعينه، إلا انها وقعت مكررة في الهدايـــة ، لان صاحب الهداية ، ذكرها بعد هذ، قريباً من ورقة عند قوله اذا قال لها أنت طـالق إذا شئت ، وذكر ثمة وضع الجامع الصغير ، وذكـــر هنا وضع القدورى كان ينبغى ان يذكرها في موضع ، ما هنا ، واما ثمة .

فإن قال القائل التمليك في هذه الصورة موجود أولا ، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق ، وليس كذلك ، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك.وأجيب بأن الاقتصار على المجلس من أحكامها التمليك ، وقد يتأخر المانع كما في شرط الإختيار، وهي تطليقة تخصص العلة وموضعه الأصول .

( وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في المجلس وبعده ، وله أن يرجع، لانه توكيل واستعانة ، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ) أما جواز التطليق للوكيل فلانه أقامه مقام نفسه ، وأما جواز ذلك بدون قيد المجلس ، فلان الوكيل أجنبي وقد يقدر على أن يعين الوكيل في المجلس ، وقد لا يقدر فلم يقتصر على المجلس ، وأما جواز رجوعه عن ذلك فظاهر من كلام المصنف ( بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك ، لانها عاملة لنفسها ، فكان تمليكاً لا توكيلا ) فليس له الرجوع عن قوله .

( ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصـة ، وليس للزوج

أن يرجع. وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء، لان التصريح بالمشيئة كعدمه، لانه يتصرف عن مشيئته، فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت. ولنا أنه تمليك، لانه علقه بالمشيئة، والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق، بخلاف البيع، لانه لا يحتمله. ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة، لانها ملكت

---

الرجوع. وقال زفر هذا) اى هذا الحكم (والاول) اى القول الاول، وهو قوله لاجني طلق امرأتي بدون ذكر مشيئة (سواء) في الحكم، وبه قال أصحاب الشافعي (لان التصريح بالمشيئة كعدمه) لانها لغو (لانه) اى لان الرجل الذى قال له طلق امرأتي إن شئت (يتصرف عن مشيئته) لا محالة (فصارت) اى حكم هذا (كالوكيل بالبيع) يعني إذا وكل رجلا يبيع شيء (اذا قيل له) يعني إذا قال له (بعه إن شئت) يكون توكيلا لا تمليكاً، ولا يخرج كلامه ذكر المسألة عن التوكيل فكذا هذا.

(ولنا أنه) أي قول الزوج للرجل (تمليك، لانه علقه بالمشيئة، والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته، والطلاق يحتمل التعليق) على وجه الشرط يصح ذكر المشيئة، ويعتبر لازماً (بخلاف البيع) اي بخلاف التوكيل بالبيع، لأنه ذكر المشيئة على وجه الشرط فلا يمشي (لأنه) اي لأن البيع (لا يحتمله) اي لا يحتمل الشرط، يعني ليس من مقتضيات البيع فلا يصح ذكر المشيئة، وبدون ذكر المشيئة لا يصير لازماً، وبقولنا قال الثوري والليث. وقيل الوكيل يتصرف عن مشيئته واختياره. قلنا نشأ ذلك الإختيار عن عدم نفاذ الأمر عليه، لعدم الأولوية لا من الصيغة، لأن الصيغة مذمة إذا صدرت من ذي ولاية، فمتى قال لأجني إن شئت فالمشيئة جاءت من الصيغة صريحاً، وأثبت خاصية المالكيه، فكان هذا الكلام تمليكاً لا إلزاماً.

(ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة فهي واحدة) بالإتفاق، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك لا يقع شيء، لأنها أتت بغير ما فوض إليها (لأنها ملكت

إيقاع الثلاث ، فتملك إيقاع الواحدة ضرورة . ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء ، عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يقع واحدة ، لأنها أتت بما ملكته وزيادة . فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً . ولأبي حنيفة « رح » أنها أتت بغير ما فوض إليها ، فكانت مبتدأة ، وهذا لان الزوج ملكها الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، لان الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع ، والواحد فرد لا تركيب فيه ، فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة ،

---

إيقاع الثلاث ) أي ثلاث تطليقات بمقتضى كلامه ( فتملك إيقاع الواحدة ضرورة ) لأن من يملك الكل يملك أجزاءه .

( ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثاً لم يقع شيء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ) وبه قال زفر ومالك (وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( يقع واحدة ) وبه قال الشافعي وأحمد ( لأنها ) اي لأن المرأة ( اتت بما ملكته وزيادة) عطفاً على قوله ـ بما ـ وهذا لأن الواحدة موجودة في الثلاث ، فصارت كما إذا قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة . وكما إذا قال لها طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرتها ، أو قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه وصاحبه . وكذا لو قال لأجنبي بع عبدي هذا فباعه مع عبد آخر ، فالذي فرض إليها يقع ، وما زاد على ذلك لغو .

( فصار كما إذا طلقها الزوج ألفاً ) فإن الثلاث الذي يفرض إليها شرعاً يقع ، والثاني لغو لأنه لا يملكه شرعاً ( وعن ابي حنيفة انها أتت بغير ما فوض إليها ، فكانت مبتدأة ) في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج ( وهذا ) أشار بــه إلى توضيح ذلك بقوله ( لأن الزوج ملكها الواحدة ، والثلاث غير الواحدة ، لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع ، والواحد فرد لا تركيب فيه ، فكانت بينها ) أي بين الواحدة والثلاث ( مغايرة على سبيل المضادة) لأن الواحدة ليست بمركبة ، والثلاث مركب من الآحاد ، والثلاث عدد ، والواحدة ليس

# بخلاف الزوج ، لانه يتصرف بحكم الملك ، وكذا هي

بعدد ، بخلاف قولها واحدة وواحدة وواحدة ؛ لأنها بالكلام الأول تكون ممتثلة لما فوض إليها ، وفي الكلام الثاني والثالث مبتدأة ، وكذا لو ردت على نفسها وضرتها .

فإن قيل فكذلك هنا بقولها طلقت نفسي ممتثلة لو اقتصرت عليه ، وتكون مبتدأة بقولها ثلاثاً فتلغو الزيادة . قلنا الطلاق متى قرن بالعدد كان الوقوع بالعدد إلا لم يقع الثلاث على غير الموطوءة بقوله أنت طالق ثلاثاً ، والحال انه يقع ثلاثاً بالإجماع ، وكذا لو ماتت قبل قولها ثلاثاً لا يقع الثلاث .

فإن قيل قد ذكر من المبسوط في اول فصل الأمر باليد ان الزوج إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وهي طلقت نفسها ثلاثاً يقع واحدة عندنا ، خلافاً لابن أبي ليلى ، فعلى ما ذكره ابو حنيفة رحمه الله تعالى ينبغي ان لا يقع شيء ، لأنها أتت بغير ما فوض اليها ، لان الثلاث غير الواحدة . قلنا التفويض لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصاً ، وقد يكون عاماً فإذا نوى فقد نوى تفويضاً خاصاً ، وهو غير مخالف الظاهر ، فلما وقعت ثلاثا فقد وقعت فيما هو اصل التفويض ، وهو لا يكون أقل من الواحدة ، فتقع الواحدة .

فإن قيل مذهبنا ان الواحدة لا عين العشرة ولا غيرها ، فينبغي ان يقع من حيث انها لا غير الثلاث . قلنا المغايرة بين اسماء الاعداد أصلها ونفسها فوق المغايرة بين ألفاظ العموم والخصوص جرى مجرى المجاز بين العام والخاص ، ولا يجري بين اسماء الاعداد ، لانها بمنزلة الإعلام ، فيقال ستة ضعف ثلاثة بغير تنوين للعلمية والتأنيث ، ولا يجوز اطلاق لفظ الثلاث على غيرها لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز ، فعلم ان المغايرة بينهما ثابتة من كل وجه . وأما قولنا لا غيرها فباعتبار عدم تصور الاكثر منها بدون الأول منه ، وهذا الاعتبار لا يقدح ثبوت المغايرة بينهما بحسب العرف والإستعمال ، مع ان الواحد في العشرة الموجودة ، وأما الثلاث ها هنا فمعدوم ، والواحد الموجود غير الثلاث المعدوم لا محالة .

( بخلاف الزوج لان يتصرف بالملك ) اي بحكم الملك ( وكذا هي ) اي المرأة

في المسألة الأولى ، لانها ملكت الثلاث ، أما ها هنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليهـــا فلغا ، وإن أمرها بطلاق تملك الرجعة فطلقت بائنة ، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر بـــه الزوج ، فمعنى الاول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية ، لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ،

---

(في المسألة الأولى) اي وكذا تصرفت المرأة بحكم الملك في المسألة الأولى، وهي فيما إذا طلقت نفسها واحدة . وقد قال لها طلقي نفسك ثلاثاً (لأنها ملكت الثلاث) فكانت مالكة للواحدة لان الثلاث تدل على الواحدة تضمنا ، بخلاف ما اذا أمرها بالواحدة وقد بانت بالثلاث لان الواحدة لا دلالة لها على الثلاث لا حقيقة ولا مجازاً ، لعدم التضمن والالتزام، فكانت المرأة مخالفة فلم يقع شيء .

( أما ها هنا ) اي في قوله طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثـــا ( لم تملك الثلاث ، وما أتت بما فوض اليها فلغا ) لعدم الموافقة بين قوله وجوابها ( وان أمرهـــا بطلاق تملك الرجعة فيه ) أي وإن أمر الزوج امرأته بأن تطلق نفسها بطلاق حـــال كونها تملك الرجعة فيه ( فطلقت بائنة ) اي فطلقت نفسها طلقة بائنة ( او امرها بالبائن ) اي أو امرها بأن تطلق نفسها طلقة بائنة ( فطلقت رجعية ) اي طلقت رجعية ( وقع ما أمر به الزوج ، فمعنى الأول ) وهو قوله بطلاق تملك ( ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية ) بالنصب عطفا على الحال من الضمير الذي وقع ، او من المجرور ، أعني قوله بالصفة ، أي تقع الطلقة بالصفة التي عينها الزوج بائنة . قلت هذا كله تعسف . ولو قال بائنة منصوب على انه صفة الواحـدة لسلم من هذا التعسف تقع رجعية .

( لانها اتت بالاصل ) أي بـــأصل الطلاق ( وزيادة وصف ) اي وأتت ايضا بزيادة وصف ، وهو قولها — بائنة — ( كما ذكرنا ) عند قوله لانهـــا اتت بما ملكت وزيادة ( فيلغو الوصف ) وهو البينونة ( ويبقى الاصل ) اي اصل الطلاق .

ومعنى الثانية أن يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية لغو منها ، لان الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إلى إيقاع الاصل دون تعيين الوصف ، فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائناً أو رجعياً . وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء ، لان معناه إن شئت الثلاث ، وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط . ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً ، فكذلك عند أبي حنيفة « رح » ،

---

( ومعنى الثانى ) وفي بعض النسخ ومعنى الثانية ، أي المسألة الثانية ( ان يقول لها طلقى نفسك واحدة بائنة ، فتقول ) بالنصب ايضا عطف على ان تقول ( طلقت نفسى واحدة رجعية ) تقع بائنة ، لان قولها واحدة رجعية (لغو منها ، لان الزوج لما عين لها صفة المفوض فحاجتها بعد ذلك الى إيقاع الاصل دون تعيين الوصف،فصار كأنهااقتصرت على الاصل ، فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا ) لان الزوج فوض اليها ذات الطلاق مع الوصف ، وانها اتت بما فوض اليها وخالفت فى الوصف ، فثبت الاصل دون الوصف .

( وان قال لها طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شىء ) وبه قال الشافعى ومالك ( لان معناه ان شئت الثلاث ، وهى بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث ، فلم يوجد الشرط ) لان قوله ان شئت شرط فلا بد له من الجزء ، او لم يذكر بعد فكان جزاءه ما ذكر قبل الشرط ، والمذكور قبل الشرط ثلاث ، فصار كما إذا قال ان شئت الثلاث ، وبإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث ، بل شاءت الواحدة ولم يوجد الشرط ، فلم يقع شىء .

( ولو قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت واحدة فكذلك عندابىحنيفة )

لان مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها . وقالا يقع واحدة لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة ، لما أن إيقاعها إيقاع للواحـــدة فوجد الشرط . ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت ، فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر ، لانه علق طلاقهـــا بالمشيئة المرسلة وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط ، وهو اشتغال بما لا يعنيها ، فخرج الامر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق ، لانـــه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائناً [1] طلاقها ، والنية لا تعمل في غير المذكور ،

---

اي لم يقع شيء وبه قال اصحاب الشافعي ( لان مسيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحـــدة كإيقاعها ) اي كإيقاع الواحدة فيما لو قال لها طلقي نفسك واحـده فطلقت ثلاثاً لم يقع شيء عند ابى حنيفة رحمه الله تعالى لما بيناه ( وقـــالا يقع واحدة ، لان مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة ، لمـا ان ايقاعها ) اي ايقاع الثلاث ( ايقاع للواحدة فوجـــد الشرط ) وترتب عليها الجزاء ، وهو وقوع الواحدة .

( ولو قال لهـــا انت طـــالق ان شئت ، فقـــالت شئت [2] نوى الطلاق يبطل الامر ) يعني لا يقع الطلاق ( لانه علق طلاقها بالمشيئة المـــرسلة ) يعنى غير المعلقة بشيء ( وهى اتت بالمعلقة ) يعني المرأة اتت بالمشيئة المعلقة بمشيئة الزوج (فلم يوجد الشرط وهى) أي المرأة ( اشتغلت بما لا يعنيها ) بمخالفتها زوجها ( فخرج الامر من يدها) لوجود دليل الاعراض ( ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق ، لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شاء طلاقها ، والنية لا تعمل في غير المذكـور ) لان النية تعمل في الملفوظ لا في غيره ، والطلاق ليس بمذكور الا في قوله شئت ان شئت ، فلا يقع شيئاً .

---

(١) هكذا في الاصل .

(٢) هذا غير ما ورد في المتن ، اهـ مصححه .

حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى ، لأنه إيقاع مبتدأ ، إذ المشيئة تنبىء عن الوجود ، بخلاف قوله أردت طلاقك ، لأنه لا ينبيء عن الوجود

---

( حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى ، لانه ايقاع مبتدأ ، اذ المشيئة تنبىء عن الوجود ) لانها مأخوذة من الشيء ، والشيء اسم للوجود ، فكان قوله – شئت – بمعنى أوجدت ، بخلاف الطلاق بإيقاعه ( بخلاف قوله أردت طلاقك ) لانه ، اي لان لفظ أردت ( لا ينبيء عن الوجود ) لان معنى الإرادة عبارة عن الطلب ، قال عليه السلام الحمى زائدة الموت ، اي طالبة . وقال الاكمل فإن قيل ذهب علماؤنا في اصول الدين ان الارادة والمشيئة واحدة ، فما هذه التفرقة ، فالجواب يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد ، والتسوية بالنسبة الى الله تعالى ، لان ما يطلبه تعالى يوجد كما يوجدما شاء ، بخلاف العباد ، انتهى . قلت هذا الذي ذكره من الفوائد الظهيرية .

وقال الكاكي فإن قيل لان الله تعالى طلب الايمان من فرعون وأبى جهل وأمثالهما بالامر ، ولم يوجد منهم وطلب التقوى من جميع المؤمنين ولم يوجد من اكثرهم. قلنا الطلب من الله تعالى على نوعين طلب التكليف ، وطلب لا تعلق له باختيار العبد ، وهو المسمى بالمشيئة والإرادة والوجود من لوازمها ، اذ لو لم يكن ملازم العجز ، وهو منزه عنه ، بخلاف العباد . قال شيخي العلامة هذا ما اشير اليه في عامة الكتب في بيان هذه المسألة ، ولكنه مشكل ، لأن ما ذكروه يشير إلى ان الإيجاد هو المعنى الأصلي للمشيئة ، وليس كذلك . فإن المشيئة مفسرة في أكثر كتب اللغة بالإرادة لا بالإيجاد ، ومستعملة في القرآن والحديث ، وفي تراكيب كلام الناس بمعنى الإرادة دون الإيجاد ، قال الله تعالى ﴿ ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء ﴾ ٤٨ النساء ﴿ ويدخل من يشاء في رحمته ﴾ ٧ الشورى . وقال ﷺ إن شئت ان تقوم فقم ، وإن شئت ان تقعد فاقعد وأطال الكلام .

وملخصه ان القائل يقول شئت طلاقك لا يرى الإيقاع جعل الذي هو بمعنى الوجود مصدراً ، وأخذ منه الفعل ، لأن المشيئة مصدر شاء بمعنى اراد فهذا ، الطريق يحتمل ان يكون المشيء بمعنى الإيجاد ، وشئت بمعنى أوجدت ، فلأن الايجاد محتمل هذا اللفظ لا

يوجد ، فيحتاج إلى النية ، بخلاف الارادة فإنها لا تحتمل معنى الايجاد فلا يقع به الطلاق وإن نوى ، لأن النية لم تصادف محلا ، كما في قولك هو بت طلاقك وأجبت طلاقك . وفي المبسوط ولو قال لها شائي الطلاق ينوي به الطلاق ، فقالت شئت فهي طـالق ، وإن لم يكن له نية لا تطلق .

ولو قال لها أريدي الطلاق او اهوى الطلاق ، فقالت قد فعلت ، كان باطلا وإن نوى ، لأن الارادة من العبد نوع تمن . فلو قالت تمنية لا يقع ، وهـــذا لأن المشيئة في صفات المخلوقين ألزم من الارادة والهوى لغة . ألا ترى ان المشيئة لا تذكر مضافة إلى غير العقلاء ، وقد تذكر الارادة ، قال الله تعالى ﴿ فوجدا فيها جداراً يريد ان ينقض فـأقامه ﴾ ٧٧ الكهف ، وليس إلى الجدار إرادة ، وفيه تأمل .

قال الاترازي هذا الذي قالوه من الفرق بين الارادة والمشيئة ضعيف ، لأن من أهل اللغة كالجوهري وصاحب الديوان وغيرهما لم يفرقوا بينهما . قـال الجوهري في الصحاح في كتاب الألف المهموز المشيئة هي الإرادة . وقال في باب الدال الارادة هي المشيئة ، وكـــذا قال في الديوان وقد صرح أصحابنا في كتب الكلام ان لا فرق عند أهل السنة بين الارادة والمشيئة وقول شمس الأئمة ان المشيئة لا تذكر مضافـة إلى غير العقلاء فيه نظر ، لأن ابن السكيت أنشد في الاصلاح .

يا مرحباً بحمار عفراء إذا اتى قربة لما شاء من الشعير والحشيش والمـاء

وشرحه ابو محمد بن الحسن بن عبدالله السيرافي الزيرج وهو مشهور عند أهل اللغة واسناد الارادة إلى الحمى مجاز ، وكلامنا في الحقيقة ، ولا نسلم ان المشيئة لا تستعمل في مثل ذلك مجازاً ، وقد فسروا الارادة بتخصيص احد المقدورين بالوجود ، فتكون هي ايضاً مبنية على الوجود ، ثم يقـع الطلاق بقوله شئت طلاقك بالاتفاق ، فينبغي ان يقع بقوله أردت طلاقك أيضاً ، لأنها مترادفان ، سواء في المعنى ، يؤيده ما ذكره في خلاصة الفتاوى بقوله وقال في المنتقى وفي القياس كل ذلك سواء انتهى . والحاصل ان لا نتبع كلام شمس الأئمـة الذي في الأصل وقد ذكرناه .

وكذا إذا قالت شئت إن شـــاء أبي أو شئت إن كان كذا، الأمر لم يجيء بعد لما ذكرنا أن المأتي به مشيئة معلقة، فلا يقع الطلاق وبطل الأمر، وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قـــد مضى طلقت، لان التعليق بشرط كائن منجـز . ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى مـــا شئت فردت الأمر لم يكن رداً، ولا يقتصر على المجلس،

---

( وكذا إذا قالت شئت إذا شاء أبي أو شئت إن كان كـذا الأمر لم يجيء بعد ) اي وكذا لا يقع الطلاق ايضاً في هاتين الصورتين، قوله - الأمر لم يجيء بعد - نحو قولها شئت إذا دخل إلى الدار ونحوه ( لما ذكرنا ان البائن به مشيئة معلقة ) والزوج فوض إليها بمشيئة مرسلة، فبطل الأمر من يدها ( فلا يقع الطلاق، ويبطل الأمر ) لأنها خالفت زوجها فيما فوض إليها .

( وإن قالت قد شئت إن كان كذا الأمر قد مضى طلقت ) يعني إذا علقت مشيئتها بأمر ماض، بأن قالت إن كان أبي في الدار وهو في الدار يقع الطلاق ( لأن التعليق بشرط كائن منجز ) يعني في الحال لا تعليق، كقوله أنت طالق إن كانت السماء فوقنا .

فإن قيل يرد على هذا حلف الرجل وقال هو يهودي إن فعل كذا، وهو يعلم انه فعل حيث لا يحكم بكفره، فلو كان التعليق بشرط كان تحقيقاً لكان كافراً، وأجيب بأنه لا يرد لأنه لا يكفر على ما روي عن محمد بن مقاتل الرازي أنه يكفر فاطرد الأصل، ولئن سلمنا أنه لا يكفر على ما روي عن ابن شجاع. وعن أبي يوسف أيضاً فنقول إنما لا يكفر، لأن الكفر إنما يكون تبديل الإعتقاد، وهو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الإعتقاد بل قصد أن يصدق في مقالته، او نقول هذا وأمثاله كناية عن اليمين عرفاً، فيحمل عليها تحامياً عن تكفير المسلم .

( ولو قال لها أنت طالق إذا شئت، او إذا ما شئت او متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن رداً ) فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد ذلك ( ولا يقتصر على المجلس )

أما كلمة متى ومتى ما فلأنهما للوقت ، وهي عامة في الاوقات كلها ، كأنه قال في أي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ، ولو ردت الأمر لم يكن رداً ،لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت، فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ، ولا تطلق نفسها إلا واحدة ، لانها تعم الأزمان دون الافعال ، فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقاً بعد تطليق . وأما كلمة إذا وإذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة « رح » ، فكان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت ، لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك

---

بالإجماع ، حتى إذا قامت من المجلس او أخذت في عمل آخر او كلام آخر ، فلها أن تطلق نفسها واحدة لا غير ، ثم شرع في بيان كيفية الأمر في هذه الصور المذكورة بقوله ( أما كلمة متى ومتى ما فلأنها للوقت ، وهي عامة في الأوقات كلها ) اي كلمتا متى ومتى ما عامة ، فتعم الأوقات كلها ، وليست لتعميم الفعل ، فلم يكن ردها رداً ، لأن الزوج فوض إليها الطلاق في اي وقت شاءت ( كأنه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ) لعموم الوقت .

( ولو ردت الأمر لم يكن رداً ، لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت ) فأي وقت شاءت تطلق نفسها فيه ( فلم يكن تمليكاً قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها ) لأن كلمة متى ( تعم الازمان دون الافعال ، فتملك التطليق في كل زمان) لعموم متى في الأزمان ( ولا تملك تطليقاً بعد تطليق ) حاصله لا تملك إلا تطليقة واحدة متى شاءت ، لأنا قلنا أن متى لتعميم الوقت ، لا لتعميم الفعل .

( وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما ) اي عند أبي يوسف ومحمد ( وعند أبي حنيفة « رح » إن كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت ، لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج الأمر بالشك ) فإن قلت يحمل على الشرط هنا تصحيحاً للرد . قلت إنما يحمل

وقد مر من قبل ، ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثاً ، لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال ، إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم ، حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء ،

---

على الشرط اذا صدر الرد ممن وجب أن صدر عنه التعليق ، لأن إرادة الشرط تختص بمن كان التعليق منه لا بمن صدر الرد منه ، فلهذا لا يحمل على الشرط تصحيحاً .

فإن قلت في قوله — إذا شئت ومتى شئت — ينبغي أن لا يبقى لها المشيئة بعدالقيام عن المجلس او إذا انقطع المجلس بقوله لا أشاء ، لأن المفوض إليها مشيئة واحدة ، حتى لا يبقى لها المشيئة مرة أخرى بعد قوله شئت واحدة ، كما في قوله إن شئت فأنت طالق فقالت لا أشاء ، قيل في جوابه الثابت بها مشيئة واحدة في حق الحنث ، لأن الحنث تعليق بإيجاد مشيئة واحدة ، لأن البر تعلق بنفي مشيئة نكرة ، فإن قوله — إن شئت — يقتضي مشيئة ، فالبر بمعنى هذه المشيئة والنكرة في النفي تعم ، وفي الإثبات تخص ، وإذا كانت والنكرة تعم في النفي فإنما يتم البر بنفي المشيئة ، ولم يوجد فتبقى اليمين .

( وقد مر من قبل ) يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله — أنت طالق إذا لم أطلقك — .

( ولو قال لها أنت طالق كلما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة ، حتى تطلق نفسها ثلاثاً ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل قال لامرأته أنت طالق كلما شئت ، قال لها أن تطلق نفسها وان قامت من مجلسها وأخذت في عمل آخر او كلام آخر واحدة بعد واحدة ، حتى تطلق نفسها ثلاثاً ( لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال ) والدليل عليه قوله تعالى ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ ٥٦ النساء ، فلما كان كذلك لها مشيئة بعد مشيئة إلى أن تستوفي الثلاث .

( إلا أن التعليق ) اي غير أن التعليق ، وهو قوله أنت طالق كلما شئت ( ينصرف إلى الملك القائم ) يعني في عصمته ( حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر وطلقت نفسها لم يقع شيء ،

لأنه ملك مستحدث ، وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثاً في كلمة واحدة ، لأنها توجب عموم الإفراد لا عموم الاجتماع . فإذا كان كذلك فلا تملك الإيقاع جملة وجمعاً . ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء . وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها ، لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان، والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو

---

لأنه ملك مستحدث ) يعني متجدد بعد الملك القائم بالزوج الأول ( وليس لها ) اي لهذه المرأة التي قال لها زوجها أنت طالق كلما شئت ( أن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة لأنها ) اي لأن كلمة كلما ( توجب عموم الإفراد ) اي فرداً فرداً لا جملة (لا عموم الاجتماع) اي لا توجب عموم الاجتماع بأن تطلق نفسها ثلاثاً بكلمة واحدة بأن تقول طلقت نفسي ثلاثاً .

( فإذا كان ) يعني كلمة كلما ( كذلك فلا تملك ) اي المرأة ( الايقاع ) اي إيقاع الطلاق ( جملة وجمعاً ) قيل معناهما واحد ، وقيل أراد بالجملة أن تقول طلقت نفسي ثلاثاً ، وأراد بالجمع أن تقول طلقت وطلقت ، والأول أصح .

( ولو قال لها أنت طالق حيث شئت او أين شئت لم تطلق حتى تشاء ) لانه علق وقوع الطلاق في الحقيقة بالشرط ، لان حيث وأين من الظروف المكانية ، ولا تعلق للطلاق بالمكان ، لان الواقع في مكان واقع في جميع الامكنة ، فيصير ذكر المكان لغواً ، فبقي الطلاق معلقاً للشرط تشبيهاً فلا يقع حتى تشاء ، فكأنه قال أنت طالق ، إن شئت .

( وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها ) كما في قوله أنت طالق إن شئت ( لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان ) كلمة حيث للمكان اتفاقاً . وقال الاخفش وقد ترد للزمان ، ويلزم الاضافة إلى الجملة الإسمية كانت او فعلية ، وندرت إضافتها إلى المفرد. وإن اتصلت بما الكافة ضمنته معنى الشرط ، وكلمة أين سؤال عن المكان .

وإن قلت أين زيد فإنما تسأل عن مكانه ( والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ) اي

ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمـــان ، لان له تعلقاً به ، حتى يقـــع في زمان دون زمان ، فوجب اعتباره خصوصاً وعموماً . وإن قال لها أنت طاق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ، معناه قبل المشيئة

---

يلغو ذكر حيث وأين ( ويبقى ذكر مطلق المشيئة ) فكأنه قال أنت طالق إن شئـــت ( فيقتصر على المجلس ) كما في قوله أنت طالق إن شئت .

فإن قلت إذا لغى ذكر المكان فيبقى قوله أنت طالق شئت ، فينبغي أن يقع الطلاق، كما لو قال أنت طالق دخلت الدار ، فإنه يقع الطلاق الساعة فمن أين فيهما معنى الشرط. قلت قالوا إن حيث وأين يفيدان ضرباً من التأخير ، وحروف الشرط أيضاً تفيـدان ضرباً من التأخـــير فيشتركان في معنى التأخير ، فيجعلان مجازاً عن حرف الشرط .

فإن قلت إذا جعلا مجازاً عن إذا ، فلا يبطل بالقيام عن المجلس ، فلم لم يجعلا مجازاً عن إذا . أجيب بأن جعلهما مجازاً عن أن أولى لتمحضها في معنى الشرط ،فكانت أصلا في الباب والاعتبار بالاصل أولى من غيره .

( بخلاف الزمان ، لان له تعلقاً به ) أي لان للطلاق تعلقاً بالزمان ، لان الزمان جزء داخل في ماهية الفعل ، ليدل فعل الطلاق على الزمان ( حتى يقع في زمان دون زمان ) يعني يقع في زمان مستقبل دون زمان ماض ( فوجب اعتباره ) أي اعتبار الزمـــان ( خصوصاً ) كما لو قال أنت طالق وغداً ( وعمومـاً ) لو قال أنت طالق في أي وقـت شئت ، وانتصابهما على التمييز من اعتباره ، وعامله الفعل ، أعني وجب .

( وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة ) قوله تملك الرجعة جملة من الفعل والفاعل والمفعول وقعت صفة لقوله تطليقة وقوله ( معناه ) اي معنى قول محمد ، لانه ذكر المسألة في الجامع الصغير . وقال طلقت تطليقة تملك الرجعة فيها ( قبـل مشيئة المرأة ) أما إذا شاءت المرأة الواحدة البائنة او الثلاث يقع ذلـك إذا نواه الزوج وهو معنى قوله :

فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثاً . وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال، لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته ، أما إذا أرادت ثلاثاً والزوج أراد واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية، لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة، فبقي إيقاع الزوج ، وإن لم تحضره النية يعتبر مشيئتها فيما قالوا جرياً على موجب التخيير ،

---

( فإن قالت قد شئت واحدة بائنة ) يعني عقيب قوله أنت طالق كيف شئت ( أو قالت ) اي او قالت شئت ( ثلاثاً ) طلقات ( وقال الزوج ذلك نويت ) اي والحال قال الزوج نويت ما قالته المرأة من البينونة بالواحدة وبالثلاث ( فهو كما قال ) اي فالامر كما قال الزوج ( لان عند ذلك ) اى لان عند قول الزوج ذلك نويت ( تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته ) اي بين مشيئة المرأة وإرادة الزوج فيكون الواقع على ما ذكر ( أما إذا أرادت ثلاثاً ) اي ثلاث طلقات ( والزوج أراد واحدة بائنة ) اي وأراد الزوج طلقة واحدة بائنة ( او على القلب ) بأن أراد المرأة واحدة بائنة ، وأراد الزوج ثلاثاً ( يقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة ) اى المطابقة بين قولها وقول الزوج ( فبقي إيقاع الزوج ) يعني في قوله أنت طالق كيف شئت ، لانه أصل الطلاق ، فلا يعتد بوصفه .

( وإن لم يحضره النية ) يعني إذا لم ينو الزوج شيئاً ( تعتبر مشيئتها ) فيقع ما شاءت سواء شاءت الواحدة البائنة او الثلاث ( فيما قالوا ) اى فيما قال المتأخرون ( جرياً على موجب التخيير ) لان الزوج خيرها في وصف الطلاق بقوله كيف شئت فيجرى على موجب تخييره ، وإنما قال المصنف فيما قالوا لانه لم يرد فيه نص من المتقدمين . قال الاترازى والظاهر أنه يقع الرجعي إذا لم ينو الزوج شيئاً على إشارة الجامع الصغير ، لانه وقع الواحدة البائنة او الثلاث بمشيئتها إذا نوى الزوج ، فعلم أنه إذا لم ينو شيئاً لا يقع البائن والثلاث ، فبقي إيقاع أصل الطلاق ، وهو الرجعي .

قال رضي الله عنه قال في الاصل هـــذا قول أبي حنيفة « رح »
وعندهما لا يقـع ما لم توقـع المرأة فتشاء رجعية أو بائنة أو ثلاثاً ،
وعلى هذا الخلاف العتاق ، لهما أنه فوض التطليق إليها على أي صفة
شاءت ، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ليكون لهـا المشيئة
في جميع الأحوال ، أعنى قبل

---

( قال ) اى المصنف رحمه الله ( قال في الاصل ) اى قال محمد في المبسوط ( هذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ) اى المذكور من الاحكام المذكورة قول أبي حنيفـــة رحمـــه الله تعالى ، إنما قال المصنف ذلك لان محمداً رحمه الله لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ، وإنما ذكره في الاصل ( وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة ) يعني لا يقع شيء مـا لم تشاء المرأة ( فتشاء ) اى المرأة ( رجعية ) اى تطليقة رجعية ( او بائنـــة ) اى او تشاء بائنة ( او ثلاثاً ) اى او تشاء ثلاث تطليقات والحاصل أنها مخيرة بين هذه الاشياء .

فإن قيل كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثاً ، والزوج لا يسعه أن يطلقهـا ثلاثاً . أجيب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شاءت نفسها ثلاثاً بمشيئة القدرة لا مشيئـــة الاباحة ، كما في قوله تبارك وتعالى ، فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك يباح لها في التخيير ، وفي الفوائد الظهيرية لـــو طلقت نفسها ثلاثاً على قولهما او ثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره ، لانهـا مضطرة إلى ذلك ، لانها لو فرقت خرج الامر من يدها ، بخلاف ما لو أوقع الزوج ذلك .

( وعلى هذا الخلاف ) اى الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( العتاق ) يعني إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت يعتق عبده في الحال ولا مشيئة له وعندهما لا يعتـق قبل المشيئة ، وبه قال الشافعي .

( لهما ) اي لأبي يوسف ومحمد ( أنه فوض التطليق إليها على اي صفة شاءت ، فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها ) لأنه إذا لم يتعلق أصله لا يقع كيف شاءت ، لان الوصف لا يتحقق بدون الاصل ( ليكون لها المشيئة في جميع الأحوال ) يعني سواء كان ( أعني قبل

الدخول وبعده . ولأبي حنيفة « رح » أن كلمة كيف للاستيصاف ، يقال كيف أصبحت ، والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ، ووجود الطلاق بوقوعه ، وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ، لأنهما يستعملان للعدد ، فقد فوض إليها ، أيّ عدد شاءت ،

---

الدخول وبعده ) وقد فسره بقوله أعني قبل الدخول وبعده ، فلا يقع الطلاق بدون مشيئتها عندها كما في قوله أنت طالق إن شئت او كم شئت او حيث شئت او أين شئت.

( وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن كلمة كيف للاستيصاف) اي للسؤال عن وصف الشيء ( يقال كيف أصبحت ) اي صحيح أم بك تشويش وهو اسم ويستعمل على وجهين، أحدهما أن يكون شرعاً نحو كيف تضع ، والثاني هو الغالب فيه أن يكون استفهاماً حقيقة ، نحو كيف زيداً ، وغير حقيقي نحو قوله تعالى كيف تكفرون بالله ، فإنه خرج مخرج التعجب ، فإنه كان وضع كيف لسؤال الحال ، لأن الذات كان لوصف الطلاق في البينونة العدد متعلقاً بالمشيئة دون أصله ، ولكن في غير المدخول بها لا مشيئة لها بعد وقوع أصل الطلاق ، لحصول البينونة . وفي المدخول بها يقع ما شاءت إذا وافقت نية الزوج . وإذا خالفت يقع الطلاق الرجعي .

( والتفويض في وصفه ) اي وصف الطلاق (يستدعي وجود أصله) اي أصل الطلاق، لان الوصف قائم به ( ووجود الطلاق بوقوعه ) اي بوقوع الطلاق .

فإن قلت لما كان تفويضاً في وصفه إلى مشيئتها ، فيجب أن يكون في مستقبله في إثبات ما شاءت بلا نية الزوج ، كما في سائر التفويضات . أجيب بأن أبا بكر الرازي ذكر أن لها المشيئة في إثبات وصف البينونة او الثلاث بلا نية الزوج ، وما ذكر في الكتاب قول الجصاص .

( وإن قال لها أنت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما) اي لان كم وما ( يستعملان في العدد ، وقد فوض إليها اي عدد شاءت ) اما كم فإنه كناية عن

فإن قامت من المجلس بطل ، وإن ردت الأمر كان رداً ، لأن هذا أمر واحد ، وهو خطاب في الحال ، فيقتضي الجواب في الحال .

وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت ، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين

---

العدد لا على سبيل التمبين ، ألا ترى إلى قولهم كم درهماً عندك ، وكم غلام ملكت في الإستفهامية والخبرية ، فوقعت عامة لابهامها كان لها أن تطلق إن شاءت واحدة ، وإن شاءت ثنتين ، وإن شاءت ثلاثاً .

( فإذا قامت من المجلس بطل ) اي لا يقع شيء ، لان هـذا تمليك والتمليكات تقتصر على المجلس ، فإذا وجد دليل إعراض من القيام عن المجلس، ومن الإشتغال بعمل آخربه، حيث يقع المجلس بطلت مشيئتها ولم يقع بعد ذلك شيء بمشيئتها ( وإن ردت الامر كان رداً ، لان هذا أمر واحد ) هذا احتراز عن كلما وقوله ( وهو خطاب في الحال ) احتراز عن إذا ومتى ، يعني إذا تمليك في الحال ، لانـه ليس في كلامه ذكر الوقت ( فاقتضى جواباً في الحال ) لا يقال إن كم تستعمل في العدد والواحد ليس بعدد ، فينبغي أن يملك الواحد ، لانا نقول أن الواحد أصل العدد ، وفي الفرق يستعمل في العدد ، ألا ترى لوقيل كم معك استفهام الجواب عن الواحد .

فان قيل كلمة ما تستعمل للعدد ، وتستعمل للوقت ، كقوله تعالى ﴿ ما دمت حيـاً ﴾ فوقع الشك في تفويض العدد ، فلا يثبت العدد بالشك . أجيب بأن هذا معارض بمثله، فأما لو عملنا بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس . ولو علمنا بمعنى العدد يبطل ، فوقـع الشك بكونه مما وراء المجلس فلا يثبت بالشك ، ثم رجحنا جانب العدد بأصل آخـر ، وهو أن التفويض بمعنى التمليك ، والتمليكات تقتصر على المجلس ، وإنما يكون لو كانت معمولاً ، وبمعنى العدد لا بمعنى الوقت . قال الاكمل فيه نظر ، لان فيه معنى التعليق ، فيتوقف على ما وراء المجلس ، فيتعارض جهتا الترجيح . والجواب أنه تمليك فيـه معنى التعليق ، والاول كالاصل ، فالترجيح به أولى .

( وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة او ثنتين

ولا تطلق ثلاثاً عنـــد أبي حنيفة « رح » . وقالا تطلق ثلاثاً إن شاءت ، لأن كلمـة ما محكمة في التعميم ، وكلمة من قـد تستعمل للتمييز فيحمـــل على تمييز الجنس ، كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق من نسائي من شاءت ، ولأبي حنيفة « رح » أن كلمـة من حقيقة للتبعيض ، ومـا للتعميم ، فيعمل بهما ، وفيمـــا استشهد به ترك التبعيض

---

ولا تطلق ثلاثاً عنـــد أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقالا تطلق ثلاثاً إن شاءت ، لان كلمة ما محكمة التعميم ، وكلمة من قد تستعمل التعيين ) اي للبيان ، كما في قولـه تعالى ﴿ فاجتنبوا الرجس من الاوثان ﴾ ٣٠ الحج ، وقد تكون لغيرهما ، فاذا عرفت ذلك قد اجتمع في كلامه المحتمل والمحكم ، فيحمل المحتمل على المحكم ، كما هو الاصل . وقـال المصنف رحمه الله تعالى ( فيحمل على تمييز الجنس ) اي يحمل بيان العموم لعموم الجنس ، اي لتمييز الطلاق من سائر الاشياء في التفويض ، او هو صلة ، كذا في المبسوط .

( كما إذا قال كل من طعامي ما شئت ) يعم الاذن ( او طلق من نسائي من شئت ) فله أن يطلق من شاء من نسائه ( ولابي حنيفة رحمه الله تعالى إن كلمة من حقيقة التبعيض ) فيه نظر ، لان من تأتي بخمسة عشر معنى الغالب عليها إبتداء الغاية ، حتى ادعى جماعـة أن سائر معانيها راجعة إليه ( وما للتعميم ) اي كلمة ما للتعميم ( فيعمـل بها ) لان الاصل أن يعمل بحقيقة الكلام ما لم يدل دليل المجاز . وقال الاترازي لا يقال ينبغي على هـذا أن لا تطلق نفسها واحدة ، لان الواحدة ليس فيها معنى العموم أصلا ، وهي بعض حرف ، لانا نقول لما ملكت الثنتين بحكم الامر ملكت الواحدة أيضاً ، وهذا ما سنح به خاطري في هذا المقام . قلت سبق لهذا غيره ، لان الاكمل سأل هذا ، وأجاب بقوله بأنه يتناول الواحدة دلالة

( وفيما استشهدا به ) هذا جواب عن قول أبي يوسف ، ومحمد مستشهدين بقوله ، كما إذا قال كل من طعامي تقريره ان فيه قام الدليل على إرادة المجاز ، وهو ( انه ترك التبعيض )

لدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة ، وهي المشيئة ، حتى لو قال من شئت كان على الخلاف .

---

بدليل خارجي ، وهو قوله ( لدلالة إظهار السماحة ) لأن في العرف يراد بمثل هذا الكلام إظهار السماحة والكرم ، وذلك بالعموم ( او لعموم الصفة، وهي المشيئة ) لأن النكرة إذا وصفت بصفة عامة تعم ( حتى لو قال من شئت ) يعني لو قال طلق من نسائي من شئت ( كان على الخلاف ) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ، ثم عنده إن طلقت نفسها ثلاثاً لا يقع .

فروع . لو قال لها انت طالق ثلاثاً ، إلا ان تشائي واحدة فشاءت واحدة يقع واحدة عند ابي يوسف . وقال محمد لا يقع شيء ، ولو قال طلقها إن شاء الله وشئت ، او قال أنت طالق إن شاء الله وفلان او شئت ما شاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة شيء . ولو قال ان شئت وشاء فلان يقع بمشيئتها . ولو قال إن شئت فأنت طالق ان شئت او متى شئت أو حين شئت ، فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال .

ولو قال لامرأتيه إن شئتهما فأنتما طلقتان فشاءت إحداهما أو شاء باطلاق احداهما لا يقع لعدم وجود الشرط . ولو قال طلقها ثلاثاً فطلقها أحدهما واحدة ، والآخر ثنتين وقع الثلاث . ولو قال لها ان شئت فأنت طالق ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذه يقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا لم يقع . ولو قال انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف « رح » . ولو قالت طلقني وطلقني وطلقني ، فقال الزوج طلقت فهي ثلاث ، ولو قالت طلقنى طلقني طلقني بغير واو فطلق الزوج ، فإن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثلاثاً فثلاثاً .

وفي الاشراف لابن المنذر اختلفوا في الرجل يملك أمر امرأتي رجلين يشترط اجتماعهما على الطلاق ، قاله الحسن والأوزاعي والثوري ومالك والشافعي « رح » وأبو ثور وأبو عبيد . وقال زفر ينفرد أحدهما به ، فإن طلق إحداهما ثلاثاً والأخرى واحدة يقع واحدة عندنا ، وبه قال أحمد وابن راهوية ، واختاره عند مالك واصبغ من المالكية . وقال مالك « رح » لا يقع شيء . وقال الزهري هي طالق والله أعلم بالصواب .

# باب الأيمان في الطلاق

## وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقـــع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأته إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق .

---

### ( باب الأيمان في الطلاق )

اي هذا باب في بيان حكم الإيمان في الطلاق . ولما فرغ من ذكـــر الطلاق بالتخيير بالصريح والكناية ، شرع في ذكره بسبيل التعليق قدم التخيير ، لأنه هو الأصل والتعليق مركب من ذكر الطلاق ، وحرف الشرط والمركب فرع المفرد ، ثم اليمين يقع على الحلف بالله حقيقة ، ويقع على التعليق مجازاً ، لأن اليمين لغة القوة ، قال الشاعر :

إن المقـــادير بالأوقـــات نازلة ولا يمين على دفع المقاديـــر

اي لا قوة ، واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر يدل على معنى الشرط ، فهو في الحقيقة شرط وجزاء ، سمي يميناً مجازاً لما فيه من معنى التشبيه ، وإضافة مـــا يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعتاق والظهار إلى المالك جائزة ، سواء كانت على الخصوص ، كما إذا قال لامرأته إذا تزوجتك فأنت طالق أو على العموم ، كقوله كل امرأة تزوجتهـــا فهي طالق .

فإن قلت سميت اليمين بالله يميناً لزيادة القوة ، لأن الإنسان منقلب البـــال ، فربما لا يثبت على ما يقصده ، فيذكر اسم الله تعالى على وجه الحد او المنع فيتقوى بذلك على ما يريده ، فما معنى اليمين في ذكر الشرط والجزاء . قلت وفيه معنى الحد او المنع ، فسمي لذلك فافهم .

(وإذا اضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح، مثل ان يقول لامرأته إن تزوجتك فأنت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق ) وبه قـــال عمر بن الخطاب وعبد الله بن

مسعود وعبد الله بن عمر وأبو بكر بن عمرو بن حزم وأبو بكر بن عبد الرحمن وشريح والزهري وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومكحول وسالم بن عبد الله وعطاء وحماد ابن ابي سليمان في اخرين ، وهو قول مالك وربيعة والأوزاعي والقاسم وعمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى ، لكن قالوا هذا إذا لم يعين بل عين امرأة وقال كل امرأة اتزوجها من بني تميم او بني اسد .

فإن عين قبيلة او بلدة ( فعند الشافعي « رح » لا يقع ) وبه قال أحمد ويروى ذلك عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله تعالى عنهم ، وهو قول الظاهرية ، وفيه قول آخر ، وهو انه إذا نكح لم يؤمر به ، قاله ابو عبيد ، وفيه قول آخر ، وهو انه يصح تعليق العتق بالملك دون الطلاق ، وهو رواية عن أحمد « رح » ( لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ) هذا الحديث رواية ابن ماجة في سننه عن هشام بن سعيد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبي ﷺ قال لا طلاق قبل النكاح ولا عتاق قبل ملك ، وضعفه ابن عدي،وقال رواه الزهري عن عروة مرة مرفوعاً،ومرة عن عروة مرسلا .

وفي هذا الباب روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم وهم علي بن أبي طالب وعبد الله بن عمرو بن العاص وعائشة ومعاذ وجابر وابن عباس وأبو ثعلبة الخشني رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، فحديث علي عند ابن ماجة من رواية جويبر عن الضحاك عن النزال بن مغيرة عن علي عن النبي ﷺ لا طلاق قبل نكاح. وجويبر هو ابن سعيد أبو القاسم الأزدي الخراساني البلخي ضعفه علي بن المديني ويحي بن سعيد . وقال أحمد لا يشتغل بحديثه . وقال يحي بن معين ليس بشيء . وقال النسائي والدارقطني متروك .

وحديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما عند الدارقطني في سننه عن ابي خالد الواسطي عن ابي هاشم الرماني عن سعيد بن جبير عن عمر عن النبي ﷺ انه سئل عن رجل قال يوم اتزوج ، فلانة فهي طالق،قال طلق ما لا يملك . قال صاحب التنقيح هذا حديث باطل ، وأبو سعيد الواسطي هو عمرو بن خالد ، وهو وضاع . وقال احمد ويحي كذاب .

وحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنه عند ابى داود والترمذي وابن ماجة عن عامر الأحول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال قال رسول الله ﷺ لا نـــذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك . وقال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ،وهو أحسن شيء روي في هذا الباب . قلت قال ابن العربي اخبارهم ليس لها اصل في الصحة، فلا يشتغل بها ، ولئن صح فهو محمول على التخيير ، ولا يلزم من بطلان التعليق ، ولم يقل ﷺ لا تعليق طلاقاً . فإن قالوا هو مضمر فنقول الأصل عدم الاضمار . وقال صاحب الاستذكار روي من وجوه الا انها عند أهل الحديث معلولة .

فإن قلت قال البخاري هذا الحديث اصح ما في الباب . قلنا تركه إياه وعدم تخريجه في الصحيح يرد ما ذكر عنه من هذا .

وحديث عائشة رضي الله تعالى عنها عند الدارقطني من رواية الوليد بن سلمة الازدي عن يونس عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت بعث النبي صلى الله تعالى عليه وسلم أبا سفيان بن حرب ، فكان فيما عهد اليه ان لا يطلق الرجل ما لم يتزوج ولا يعتق ما لم يملك. قال الاردني وابن حبان الوليد بن سلمة كان يضع الحديث على الثقات لا يجـوز الاحتجاج به . وقال هو كذاب .

وحديث معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه عند الدارقطني من روايـة عبد المجيد ، وهي ابن داود عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن معاذ بن جبل ان رسول الله ﷺ قال لا طلاق قبل نكاح ، ولا نذر فيما لا يملك ، ورواه ايضاً من رواية يزيـد بن عياض عن الزهري عن سعيد بن المسيب وطاووس عن معاذ بن جبل مرسلا ، وكذا سعيد ابن المسيب، ورواه ايضاً ابن عدي في الكامل من رواية عمرو بن عمرو عن ابى فـــاطمة النخعي وعمرو بن عمرو يروي الموضوعات ، وابن فاطمة مجهول لا يعرف .

وحديث ابن عباس رضى الله عنه عند الحـــاكم عن أيوب بن سليمان الجندي عن ربيعة عن ابن أبى عبد الرحمن عن عطاء بن ابى رباح عن ابن عباس مرفوعاً . وقـــال ابن عبد الحق في أحكامه اسناده ضعيف ، وسليمان بن ابى سليمان شيخ ضعيف . وقـــال ابن معين ليس بشيء .

ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ، فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال، لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده ، وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف . والحديث محمول على نفي التخيير والحمل مأثور عن السلف

---

وحديث ابى ثعلبة الخشنى عند الدارقطنى من رواية بقية بن الوليد عن ثور بن يزيد عن خالد بن حدان عن ابى ثعلبة الخشنى قال ، قال لي عليه‌السلام الحديث ، وفيه لا طلاق إلا بعد نكاح .

( ولنا ان هذا ) اي التعليق بالشرط ( تصرف يمين ) من الحالف في ذمة نفسه ( لوجود الشرط والجزاء ) وهو التعليق ( لصحة قيام الملك في الحال ) كاليمين بالله تعالى والنذر المعلق بالعتق ( لأن الوقوع عند الشرط ) اي لأن وقوع الطلاق عند وجود الشرط لا يقع قبل وجوده ، فحين وجود الشرط يحصل ملك الطلاق ، لأن التزوج سبب لملك الطلاق وذمة الحالف كافية لصحة اليمين لأهليته ( والملك متيقن به عنده )أي عند الشرط ، ويصح مع احتمال الملك عند الشرط ، فمع المتيقن بالملك أولى ، وبيانه ان من قال لامرأته إن دخلت الدار ، وإن احتمل عند وجود الشرط بأن تصير مطلقة فلأن يصح هنا هو التيقن أولى .

( وقبل ذلك أثره للمنع ) اي قبل وجود الشرط اثر الشرط لم يمنع السبب من أن يتصل بالمحل ( وهو قائم بالمتصرف ) اى تصرف اليمين الحلف قائم بالمتصرف ، ولا حاجة إلى اشتراط المحل ، بل ذمة الحالف كافية ( والحديث ) اي الحديث الذي احتج به الشافعى « رح » ومن معه المذكور ( محمول على نفى التخيير ) أي لا طلاق قبل النكاح منجزاً ، والمنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق . وتحقيقه انهم سألوه عليه‌السلام عن كون ذلك الطلاق ، فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز ، وليس في الحديث ما يدل على نفيه ام اثباته .

( والحمل ) اى حمل الحديث على التخيير ( مأثور عن السلف ) اى مروى عنهم

كالشعبي والزهري وغيرهما ، وإذا أضافـــه إلى شرط وقع عقيب الشرط ، مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طـالق ، وهـــذا بالاتفاق ، لأن الملك قائم في الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط

---

( كالشعبى ) هو عامر بن شرحبيل من كبار التابعين نسبته إلى شعيب الأصغر بطن بالكوفة ( والزهري ) هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب ، ونسبته الى ( غيرهما ) أي غير الشعبي والزهري مثل سالم والقاسم وابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز والأسود وأبى بكر بن عبد الرحمن ومكحول ، فإن أبا بكر بن ابى شيبة « رض » خـرج عن هؤلاء في مصنفه في رجل قال إن تزوجت فلانة فهى طالق او يوم اتزوجها فهى طالق ، قالوا هو كما قال . وفي لفظ يجوز ذلك عليه .

( واذا أضافه ) اى اضاف الرجل الطلاق ( إلى شرط وقـع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ) لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجـود الشرط ( وهـذا بالإتفاق ) احترز به عن المسألة المتقدمة أعنى قـوله إن تزوجتك فأنت طالق ، لان فيها خلاف الشافعى « رح » كما مر . قال الاترازي يجوز ان يكون احترازاً عن المسألة التي بعد هذه ، اعنى قـوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجهـا فدخلت الدار لم تطلق ، لأن فيها خلاف ابن أبى ليلى ، فعنده تطلق .

( لأن الملك قائم في الحال ) هذا جواب عما يقال سلمنا أن الطلاق يقع عقيب الشرط إذا كان الملك حينئذ قائماً ، اما إذا زال فلا ينبغى ان يصح يمينه اصلا لاحتمال زوال الملك. فأجاب بقوله لأن الملك قائم في الحال لكونه محققاً في الحال ( والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط ) لأن الأصل في كل ثابت استمراره ، خصوصاً النكاح الذى هو عقد العمر، ومجرد احتمال الزوال لا يلتفت اليه ، لأنه ليس بناشىء عن الدليل ، فلمـا صح تعليقه بالنظر إلى بقاء الملك ظاهراً وقع كلامه المعلق يميناً على أصلنا، لأن التعليقات ليست بإثبات في الحال عندنا ، وإنما تنقلب اسباباً عند الشرط ، وعلى اصل الشافعى إيقاعاً لأن التعليقات اسباب عنده في الحال والملك في الحال موجود .

فيصح يميناً أو إيقاعاً ، ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكاً أو يضيفه إلى ملكه ، لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهراً ليكون مخيفاً ،

---

( فيصح ) ان تعليقه على الأصلين ( يميناً ) اى من حيث انه يمين عندنا ( او ايقاعاً ) اى او صح من حيث الإيقاع عنده . وقال الكاكى مستدلاً لاصحابنا في هذه المسألة ، ولنا قوله ﷺ كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمجنون ، وقد صح سنده ، فلا يخرج ذلك من العموم بما لا يثبت ، فإن احاديثهم ضعيفة ، وقد ضعفها ابن حنبل والقاضى ابو بكر بن العربى الاشبيلي ، فقال أبو بكر احاديثهم ليس لها أصل في الصحة فلايشتغل بها ، ولهذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعى من أهل الحديث انتهى .

قلت هذا الحديث ذكره المصنف في فصل بعد طلاق السنة ، وهذا حديث غريب ، وكيف يقول الكاكى وقد صح سنده ، واعاده المصنف ايضاً في باب الحجر بلفظ المعتوه عوض المجنون . واخرج الترمذى عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومى عن ابى هريرة قال قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ، وقال هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً الا من حديث عطاء بن عجلان ، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث .

( ولا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكاً ) يعنى الا اذا حلف في الملك ( او يضيفه ) اى او يضيف الطلاق ( الى ملكه ، لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهراً ) أي ظاهر الوجود او غالب الوجود (ليكون) اي الجزاء (مخيفاً) اي بوقوع الجزاء فيما إذا كان المقصود منه المنع بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق ، فعلى تقدير الإقدام على دخول الدار يقع الطلاق ، لأنه دار نفقتها و كفايتها ، فكان وقوعه مطلقاً لها ، فأما اذا كان الحمل بحرف الشرطية يدخل على المنهى ، كما في قوله ان لم تدخل الدار فأنت طالق .

فإن قيل لو قال لها ان حضت فأنت طالق يصح مع انه لا يكون فيها فائدة اليمين ، وهو المنع لما انها غير قادرة على منع حيضها . قيل الاعتبار الغالب لا النادر ، لأن الكلام

فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين ، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليـــه ، لأنه ظاهر عند سببه . فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طـالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ، لأن الحالف ليس بمالك ، وما أضافـــه إلى الملك وسببه ، ولا بد من واحد منهما

---

في الكليات لا في الافراد والتخلف في الافراد لا يضرنا ، قيل فيه نظر ، لان الكلي ينبغى ان يكون شاملا للأفراد ، فإذا لم يشملها لا يكون كليا ، انتهى . قلت السؤال والجواب للكاكى ، والنظر للأترازى ، ولكن فيه نظر لا يخفى على المتأمل .

(فيتحقق معنى اليمين) بالنصب عطفاً على قوله ليكون ( وهـو القوة ) أى قـوة خوف نزول الجزاء والخوف إنما يحصل بكون الجزاء غالباً لوجود عند الشرط ( والظهور ) أي ظهور الجزاء ( بأحد هذين ) وهو كون الحالف مالكا او مضيفاً إلى الملك ( والإضافة إلى سبب الملك ) أي اضافة الطلاق إلى سبب الملك وهو التزوج ( بمنزلة الإضافـة إليه ) اى إلى الملك ، وذلك فيما إذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق ، وهو بمنزلة إضافـــة الطلاق إلى الملك ، لأن الجزاء جزء من الوجود عند وجـــود الشرط فيصير قولـه إن تزوجتك بمنزلة قوله إن ملكتك بالتزويج ( لأنه ) اي لأن الجزاء ( ظـاهر عند سببه ) أي عند سبب الملك .

( فإن قال لأجنبية ) هذا تفريع على ما مهد من الأصل ، يعني إذا قال الرجل لامرأة اجنبية ( إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق ،لأن الحالف ليس بمالك ، وما اضافه إلى الملك وسببه ولا بد من واحد منهما ) يعني الحالف في هذه المسألة لم يكن مالكاً ولا مضيفاً الى الملك وسببه ، ولا بد منهما . وقال ابن أبي ليلى يقع طلاقه إذا دخلت بعد التزوج ، قيل كان ينبغي ان يقـــع الطلاق في هذه الصورة ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده . أجيب بان المعلق انما يكون كالمنجز اذا صح التعليق ولم يصح في هذه الصورة ولا يقدر في تصحيح كلامـــه ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت

طالق ، لأن كلامه صحيح بدون تقدير التزوج ، ولا يخفى ذلك .

( والفاظ الشرط ) انما لم يقل حروف الشروط ، لأن كلمة ان هو الحرف وحده ، والباقي اسماء وكلمة ( إن ) وهو الأصل في باب الشرط لدخوله على الفعل ، وفيه حظر ، بخلاف سائر الألفاظ ، فإنها تدخل على الإسم وليس فيه حظر ، فيرد لثلاثة معان أخرى ، الأول : معنى المعنى نحو ﴿ إن الكافرون الا في غرور ﴾ ٢٠ الملك ، والثاني : انتكون مخففة من الثقيلة نحو ﴿ وإن وجدنا أكثرهم لفاسقين ﴾ ١٠٢ الاعراف . والثالث : ان تكون زائدة نحو ان طباحين .

( وإذا ) اعلم ان اذا ترد على وجهين ، أحدهما : ان تكون للمفاجأة ، فتختص بالجملة الإسمية ، نحو خرجت فإذا زيد . والآخر : ان يكون ظرفاً للمستقبل متضمنة معنى الشرط ، فيختص بالجملة الفعلية ويكون الفعل بعدها ماضيا كثيراً أو مضارعاً دون ذلك .

( واذا ما ومتى ) متى ترد على أربعة أوجه استفهام نحو ﴿ متى نصر الله ﴾ ٢١٤ البقرة ، واسم شرط كقوله متى اضع العمامة تعرفوني واسم مرادف للوسط ، يقال وضعت متى كمي أوسط كمي . وحرف بمعنى من ادنى ، وذلك في لغة هذيل ، يقولون اخرجها متى كمه ، اى منه ( ومتى ما ) دخلت ما في متى وكلاهما يلزمان ( وكل ) لفظية كل اسم موضوع لاستغراق افراد المنكر نحو قوله تعالى ﴿ كل نفس ذائقة الموت ﴾ ١٨٥ آل عمران . والمعرف المجموع نحو قوله تعالى ﴿ وكلهم آتيه ﴾ ٩٥ مريم ، وأجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن ( وكلما ) .

وقد ذكر المصنف الفاظ الشرط هنا سبع كلمات . وفي جوامع الفقه حروف الشرط وان وإذا ومتى ومتى ما ولولا . وقال ابن نفيس في شرح المفصل الأسماء التي يجازى بها احدى عشر من وما ومهما وأى ، والظروف اين وان ومتى وحتى ما وحيثما واذا ما زاد عليها في المحل في شرح الجمل ايا وكيفما عند الكوفيين ، ولم يذكروا كلا وكلما وجميعا يجزم مثل ان . وفي الروضة للنوى رحمه الله الالفاظ التي تعلق بها الطلاق بالشرط من وإذ واذا

ومتى ومتى ما وكيفما وأى ، وليس فيها ما يقتضي التكرار الا كلما ، وانما لم يذكر المصنف كلمة لو مع انه للشرط وضعا ذكر في شرح المفصل باعتبار انه يعمل عمل الشرط معنى لا لفظاً وغيرها يعمل لفظاً ومعنى حتى يجزم في مواضع الجزم ، وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزائهن .

( لان الشرط مشتق من العلامة ) هذا الكلام لا يستقيم ، لأن معنى الاشتقاق هو أن ينتظم الصيغتان معنى واحداً من لفظ الشرط ومن لفظ العلامة ، غير ان الشراح تكلفو وقالوا الشرط بالتحريك العلامة ، فتقدير كلامه الشرط مشتق من العلامة ، اي من الشرط الذي هو بمعنى العلامة .

ثم اعلم ان الشرط مشتق من أشرط بفتح الراء الذي بمعنى العلامة لا من شرط الحاكم وشرط اليمين فإنه بسكون الراء على شروط في الكثرة ، واشرط في القلة كفلوس وأفلس في جمع فلس . واما الشرط بالتحريك فيجمع على اشراط ، ومنه ذكر اشراط الساعة ، اي علامتها والشرط هنا عبارة عن أمر منتظر على حظر الوجود يقصد نفيه ، وإثباته كقولك إن زرتني أكرمتك ، وان لم تشتمني اجبتك ، فمن هذا يعرف أن كلمة ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل ، وفيه حظر بخلاف سائر الألفاظ ، فإنها تدخل على الاسم ، وليس فيها حظر ، وإنما المجازاة باعتبار تضمنها معنى إن ، فكان ينبغي على هذا ان لا تستعمل كل في المجازاة الدخول على الاسم خاصة ، إلا ان الإسم الذي يتعقبه يوصف بفعل لا محالة ، فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط ، كقولك كل عبد اشتريته فهو حر ، وكل امرأة تزوجتها فهي طالق ، فألحق كل بحرف الشرط .

ثم اعلم ان الشروط شرعية وعقلية وعرفية ولغوية ، فالشرعية كالوضوء للصلاة والعقلية كالحياة مع العلم يلزم من وجود العلم وجود الحياة دون العكس والعرفية ، ويقال لها الشروط العادية أيضاً كالسلم مع صعود السطح يلزم من وجود صعود السطح وجود نصب السلم . واللغوية مثل التعليقات كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، فانه يلزم من وجود الشرط وجود المشروط ، فيلزم من دخول الدار وقوع الطلاق .

وهذه الألفاظ مما يليها أفعال ، فتكون علامات على الحنث ، ثم كلمة ان حرف للشرط ، لأنه ليس فيها معنى الوقت ، وما وراءها ملحق بها ، وكلمة كل ليس شرطاً حقيقة ، لأن ما يليها اسم ، والشرط ما يتعلق به الجزاء والأجزية تتعلق بأفعال ، إلا أنه ألحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر .

قال ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت

---

( وهذه الالفاظ ) اي ان وإذا ... إلى آخرها ( مما يليها افعال ) يستثنى منها كلمة كل ، لأنها ليست شرطاً حقيقة ، لأن ما يليها اسم الشرط يتعلق بـــه الجزاء ، والأجزية تتعلق بالأفعال ، الا انه الحق بالشرط لتعلق الفعل بالإسم الذي يليها مثل كل عبداشتريته ، وكل امرأة اتزوجها ، ولهذا لم يذكره النحاة في أدوات الشرط ( فيكون علامات على الحنث ) اي فتكون الأفعال علامات على الحنث ، اي على الجزاء .

( ثم كلمة إن حرف للشرط ) اي خالص الشرط ( لأنه ) اي لأن الشأن ( ليس فيها معنى الوقت ) لكونها اصلا في باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه حظر .

فإن قلت قـــد جاء دخولها على الإسم ايضاً كقوله تعالى ﴿ وإن أحد من المشركين استجارك ﴾ ٦ التوبة ، وقوله تعالى ﴿ إن امرؤ هلك ﴾ ١٧٦ النساء ، فينبغي ان يكون أصلا . قلت الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر تقديره ان استجارك أحد ، ان هلك امرؤ ، وإنما حذف لئلا يلزم الجمع بين المفسر والمفسر .

( وما وراءها ) اي ما وراء كلمه إن ( يلحق بها ) اي بأن باعتبار تضمنها معنى إن ( وكلمة كل ليست شرطاً حقيقة ، لأن ما يليها ) اي لأن الذي يليها ( اسم ) ولا يليهـا فعل ( والشرط ما يتعلق به الجزاء ، والأجزية تتعلق بالأفعال ، إلا انـــه ألحق بالشرط لتعلق الفعل ) أي لملازمة الفعل ( بالإسم الذي يليها ، مثل قـولك كل عبد اشتريته فهو حر ) وكذا إذا قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( ففي هذه الألفاظ إذا وجـــد الشرط انحلت

اليمين وانتهت ، لأنها غير مقتضية للعموم ، والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ، ولا بقاء لليمين بدونه ، إلا في كلمة كلما ، فإنهـا تقتضي تعميم الأفعال . قال الله تعالى ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ الآية ٥٦ النساء ، ومن ضرورة التعميم التكرار . قال فإن تزوجها بعد ذلك ، أي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء ، لأن باستيفاء الطلاقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء ، وبقاء اليمين به وبالشرط

---

اليمين وانتهت ، لانها ) اى لأن هذه الالفاظ ، اى ان وما ذكر معها ( غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه ) أي بدون الشرط ، وذلك لأن اليمين تعليق جزاء معدوم ، والشرط إذا انتهى بوجوده مرة ، لعدم دلالة اللفظ على التكرار لا يبقى اليمين لا محالة ( إلا في كلمة كلما ، فإنها تقتضي عموم الأفعال ) وفي بعض النسخ تعميم الافعال ( قال الله تعالى ﴿ كلما نضجت جلودهم ﴾ ... الآية ٥٦ النساء ، ومن ضرورة التعميم التكرار ) بخلاف سائر الفاظ الشرط ، فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار ، وجنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة ، فاذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ، ولا يقع الجزاء إذا وجد الفعل ثانياً لارتفاع اليمين .

( قال ) اي القدوري رحمه الله تعالى ( فإن تزوجها بعد ذلك ، اي بعد زوج آخر ، وتكرر الشرط ) اي الدخول ( لم يقع شيء ، لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء ، وبقاء اليمين به وبالشرط ) اي بالجزاء وبالشرط ، لأن اليمين ذكر شرط وجزاء . وفي المنتقى عن أبي يوسف لو قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها مرة طلقت ، ولو تزوجها ثانياً لا تطلق ولا يحنث ، وفي هذا مرتين ، كما في قوله المرأة التي أتزوجها طالق .

فالحاصل أن عند أبي يوسف أن كلما إذا دخلت على المعينة فوجب التكرار ، وفي غير المعينة لا تقتضي ، واستدل على ذلك بما لو قال كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة في كذا

وفيه خلاف زفر «رح» وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى . ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة ، وإن كان بعد زوج آخر ، لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج ، وذلك غير محصور . قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها ، لأنه لم يوجد الشرط ، فبقي والجزاء باق لبقاء محله ، فبقي اليمين ،

---

وسكنت هذه الدار ، فعلي صدقه كذا يلزمه لكل مرة . ولو قال كلما اشتريت ثوباً او ركبت دابة ، فعلي صدقة كذا لا يلزمه إلا مرة ، ذكره في الذخيرة .

( وفيه خلاف زفر ) اي فيما إذا تزوجها بعد زوج آخر وتكرار الشرط خلاف زفر فعنده يقع الطلاق ، وهو بناء على التخيير في مطلق التعليق عندنا ، خلافاً له ، وبه قال مالك والشافعي في الجديد وأحمد ( وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ) اي سنقرر خلاف زفر بعد في قوله وإن قال لها إن دخلت الدار لم يقع شيء .

( ولو دخلت ) اي لفظة كلما ( على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة ) لوجود الشرط أبداً ( وإن كان بعد زوج آخر ) وهذا واصل بما قبله ( لأن انعقادها ) اي انعقاد اليمين ( باعتبار مايملك عليها من الطلاق بالتزوج ) اي بسبب التزوج ( وذلك غير محصور ) اي التزوج غير محصور ، فلا يكون الطلاق محصوراً أيضاً ، لأن وجود السبب متكرر يقتضي وجود المسبب متكرراً ، بخلاف كلمة كل لأنه يوجب تعميم الأسماء بالأفعال .

( قال ) اي القدوري رحمه الله تعالى ( وزوال الملك بعد اليمين ) اى زوال ملك الرجل عن عصمة امرأته بأن طلقها بائنة بعد اليمين ( لا يبطلها ) اى لا يبطل اليمين صورته : قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها تبقى اليمين ( لأنه لم يوجد الشرط ، فبقي ) اى اليمين ( والجزاء باق لبقاء محله ) لأن الثلاث لم توجد ( فبقي اليمين ) كما كان في ذمة الحالف .

ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق ، لأنـــه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء ، فينزل الجزاء ولا يبقى اليمـين لما قلنا ، وإن وجـــد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ، ولم يقع شيء لانعـدام المحلية ، وإن اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة ، لأنـه متمسك بالأصل ، وهو عدم وجود الشرط ، ولأنه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه ، فإن كان الشرط

---

( ثم إن وجد الشرط ) وهو دخول الدار ( في الملك ) يعني بعد أن تزوجها ثانيـــاً ( انحلت اليمين ) لأن اللفظ لا يدل على التكرار ، فبوجود الشرط مـــرة انتهت اليمين ، بخلاف كلمة كلما ( ووقع الطلاق لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء ) المحل هي المرأة والملك فيها موجود والجزاء ووقوع الطلاق ( فتنزل الجزاء ولا يبقى اليمين ) لأنها انتهـت لعدم دلالة اللفظ على التكرار ( لما قلنا ) إشارة إلى قوله فبوجود الفعل مرة يتم الشــرط ( وإن وجد ) اى الشرط ، وهو دخول الدار ( في غير الملك ) يعني بعد زوال الملك قبل التزوج ثانياً ( انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء ) من الطلاق ( لانعدام المحلية ) اى محل الطلاق لعدم الملك.

( وإن اختلفا في وجود الشرط ) بأن قال الزوج لم يوجد الشرط ولم يقـــع الطلاق ، وقالت الزوجة قد وجد الشرط ووقع الطلاق ( فالقول قول الزوج ) لأن الأصل عـــدم الشرط والقول لمن يتمسك بالأصل ( إلا أن تقيم المرأة البينة ) على وجود الشرط حينئـذ يكون القول قولها ( لأنه ) اى لان الزوج ( متمسك بالاصل وهو عـدم وجود الشرط ) لدلالة الظاهر على ملك كالمدعى عليه إذا أنكر المال .

( ولانه ) اى ولان الزوج ( ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيـــه ) اى تدعي وقوع الطلاق ، فالقول قول الزوج إلا إذا أقامت المرأة البينة ( وإن كان الشرط

لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة ، فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ، ووقوع الطلاق استحسان ، والقياس أن لا يقع ، لأنه شرط فلا تصدق ، كما في الدخول . وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها ، فيقبل قولها كما قيل في حق العدة والغشيان ، ولكنها شاهدة في حق ضرتها ، بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها ،

---

لا يعلم إلا من جهتها، فالقول قولها فيحق نفسها ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، ثم أوضح الذي لا يعلم إلا من جهتها بقوله ( مثل أن يقول ) اى الزوج ( إن حضت فأنت طالق وفلانة ) يعني ضرتها ( فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ، ووقوع الطلاق استحسان ، والقياس أن لا يقع ) اى الطلاق ( لانه ) اى لان الحيض ( شرط فلا تصدق ) اى المرأة ( كما في الدخول ) اى في دخول الدار ، فكان ينبغي أن يكون القول قول الزوج ، ولا يقع الطلاق لانه ينكر وقوعه متمسكاً بالاصل .

( وجه الإستحسان أنها أمينة في حق نفسها ) لان النساء امينات بإظهار ما في أرحامهن مأمورات بذلك لقوله تعالى ﴿ ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ﴾ ٢٢٨ البقرة ( إذ لم يعلم ذلك إلا من جهتها ) لانه لم يعلم الحيض إلا منها ( فيقبل قولها ) في حقها ( كما تقبل في حق العدة ) اى في انقضائها ( والغشيان ) اى وكما قبل قولها في الغشيان ، وإذا قالت أنا حائض حيث يحسب الزوج عن غشيانها، وهو كناية عن الوطء ( لكنها ) اى لكن المرأة ( شاهدة في حق ضرتها ) بوقوع الطلاق عليها ( بل هي متهمة ) لانها ليست بأمينة في حق ضرتها ( فلا يقبل قولها في حقها ) لان شهادة المتهم مردودة ، وهذا إذا كذبها الزوج .

أما إذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها ايضاً ، قيل فيه بحث ، وهو أن المرأة لا تخلو من الحيض وعدمه ، والحال شمول طلاقها ، وشمول عدمه لانها إن كانت حائضة فقد وجد

وكذلك لو قال إن كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي حر ، فقالت أحبه أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها

---

الشرط ، ويقع طلاقها وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما . فأما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فإنه يستلزم كون الشيء موجوداً معدوماً في حالة واحدة وهو محال . وأجيب بأن الشرع اثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصنين متعاقدين الامانة والشهادة ، ورتب على ذلك حكمين بحسب اقتضائها .وليس ذلك ببدع في الشرع ، فإنه رتب على النكاح ، وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره ، وفيه نظر لان الحل والحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والآخر العدم بخلاف ما نحن فيه .

والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض بعينه ، وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه ، وإنما الكلام في الامر الدال عليه ، وهو قولها حضت وليس فيه اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه ، انتهى . قلت هذا ذكره الاكمل ناقلاعن كلام الشغناقي،وهذا تطويل كان يكتفى عنه بشيء مختصر ، بأن يقال الحيض امر خفي لا يطلع عليه إلا الله تعالى والمرأة هنا متهمة ، والشرع رتب عليه الحكم بحسب ما يقتضيه ظاهر الحال .

( وكذا ) اى وكذا الحكم في أن القول قول المرأة في حقها دون حق غيرها ( لو قال ) الزوج لامرأته ( إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدى حر فقالت احبه ) فالقول قولها في حق نفسها فتطلق ولا يقبل في حق غيرها فلا يعتق العبد ( او قال ) اى او قال الزوج لامرأته ( إن كنت تحبين ) يجوز بنون العماد وبتركه أيضاً لانه ليس بلازم في المضارع الذى في آخره نون الإعراب ( فأنت طالق وهذه معك ) واشار بهذه إلى ضرتها وعبدى حر فقالت ( فقالت احبك طلقت هي ) اى المرأة المخاطبة ولم يعتق العبد ولم تطلق صاحبتها ) وهي ضرتها اطلق عليها صاحبتها باعتبار الظاهر .

لما بينا ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قـــد تحب التخليص منه بالعذاب ، وفي حقها أن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ففي حق غيرهـــا بقي الحكم على الأصل وهي المحبة ، وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة أيام ، لأن ما ينقطـــع دونه لا يكون حيضاً فإذا أتمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه

---

وفي الحقيقة هى عدوتها ( لما بينا ) إشـــارة إلى قوله أمينة في حق نفسها شاهدة في حق ضرتها .

( ولا يتيقن، بكذبها لانها لشدة بغضها إياه) اى زوجها والبغض ضد الحب واستعمل بمعنى الابغاض ، حيث ذكر له مفعولاً ، وهو قوله إياه ، اى لشدة إبغاض المرأة زوجها ( قد تحب التخليص منه ) اى من الزوج ( بالعذاب ) اى بعذاب نار جهنم ، لان الجاهل قد يختار عذاب الآخرة على صحبته من بغضه فلم يتيقن بكذبها ( وفي حقها ) اى وفي حق المرأة المخاطبة ( ان تعلق الحكم بإخبارها ) أن بفتح الهمزة يجوز أن تكون زائدة كما في قوله تعالى ﴿ فلما أن جاء البشير ألقاه ﴾ ٩٦ يوسف . ويقال لمـــا أن جاء أكرمته ، ويجوز أن تكون مصدرية، وأن تكون مخففة من الثقيلة على أن ضمير الشأن فيها مستتر .

( وإن كانت كاذبة ) كلمة إن هذه بالكسر واصلة بما قبله ( ففي حق غيرها بقـــي الحكم على الاصل ، وهي ) اى الاصل ( عدم المحبة ) وبقولنا قال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبه ، وعنه إن كذبها لا يقع . ولو قال لها إن كنت تحبيني بقلبك فأنت طالق فقالت احبك بقلبي اوقالت احبك و كذبها الزوج طلقت عندهما . وقال محمد إن كانت كاذبة فيما بينها وبين الله تعالى لا تطلق .

( ولو قال لها إن حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى تستمر ثلاثـــة أيام ، لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضاً ) لان ما دون ثلاثة ايام لا يكون حيضاً (فإذا تمت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه ) اى لان الذى رأتـــه عن الدم

بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء . ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ، وبهذا حمل عليه في حديث الاستبراء

---

( بالإمتداد عرف أنه من الرحم فيكون حيضاً بالإبتداء ) اى من أول الامر ، وفائدته تظهر في غير الموطوءة ، فإنها لما رأت دماً وتزوجت بزوج آخر فاستمر بها الدم ثلاثة ايام كان النكاح صحيحاً ، ويظهر فيما إذا قال إن حضت فعبدى حر ، والمسألة بحالها كان العبد حراً من حين رأت الدم ، ويظهر في حق الجناية من العبد ، وقيل يجب على المفتي أن يجب بقوله كانت مطلقة من اول ثلاثة ايام إذا سئل بعد الإستمرار ، ولا يقول يقع الطلاق لوهم فهم الحال والإستقبال .

وعند الشافعي « رح » لو انقضى يوم وليلة يقع الطلاق وفيه وجه مشهور انه يقع من أول الرواية ، وبه قال أحمد « رح » . وقال ابن المنذر لا يعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكاً وابن القاسم حيث قال فتنجيزه قبل الحيض ، ولو كانت حائضاً لم يقع حتى تطهر ثم تحيض ، وكذا لو قال الظاهرة أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تظهر ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ذكره في المغني .

( ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها ، لأن الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ) اي من الحيضة ، لأن الفعلة بالفتح للمرة ، والمرة من الحيض لا يكون إلا بكماله وكماله بانتهائه وانتهاؤه بالطهر ( ولهذا ) اي ولأجل أن الحيضة بالهاء هي الشيء الكامل او الدم الكامل من الحيضة ( حمل عليه ) اي على الكامل ( في حديث الإستبراء ) اي قوله ﷺ لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة ، رواه ابو داود في سننه عن شريك عن قيس بن وهب عن ابي الدرداء عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ قال فى سبايا اوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ، ورواه الحاكم في المستدرك ، وقال صحيح على شرط مسلم ، وأعله ابن القطان في كناية شريك ، وقال انه بدائن وهو ممن نسى حفظه بالقضاء .

وكمالها بانتهائها ، وذلك بالطهر ، وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم ، لان اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال لها إذا صمت لانه لم يقدره بمعيار ، وقد وجد الصوم بركنه وشرطه .

---

وروى ابو الدرداء أيضاً من حديث رويفع بن ثابت الأنصاري رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث علي رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ أن توطأ الحامل حتى تضع ، والحامل حتى تستبرأ بحيض ، انتهى . والأوطاس واد في بلاد هوازن وهو موضع حرب حنين .

( وكمالها ) اي وكمال الحيضة ( بانتهائها وذلك ) اي الإنتهاء ( بالطهر ) لأن الشيء ينتهي بضده ، ثم الطهارة عن الحيض تثبت بالإنقطاع عن العشرة بمضي العشرة ، وفيما دونها تثبت بالإغتسال او بمضي وقت صلاة ، فما لم يثبت أحدهما لم يثبت الإنقطاع ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ، ولهذا قالوا لو كان الطلاق في الأولى بدعيا . وفي الثانية سبباً لوقوعه في الطهر بعد الحيض ، ذكره التمرتاشي .

( وإذا قال لها أنت طالق إذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم فيه ، لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار ) والصوم فعل ممتد ( بخلاف ما إذا قال صمت ) يعني من غير زيادة عليه فإنها إذا شرعت في الصوم يقع الطلاق بمجرد الشروع ( لأنه لم يقدره بمعيار ) اي لأن الزوج لم يقدر الصوم باليوم والمراد من المعيار الوقت المثبت لقدر الفعل ، حيث يطول بطوله ويقصر بقصره . ووقت الصوم للصوم معيار لا ظرف بخلاف الصلاة ، فإن وقتها ظرف لا معيار كما ذكر في الأصول ( وقد وجد الصوم بركنه ) وهو الإمساك عن المفطرات الثلاث نهاراً وركنه ، وهو النية والطهارة من الحيض والنفاس .

ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة ، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة ، لانها لو ولدت الغلام أولاً وقعت واحـــدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به ، لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء ، فإذا في حال يقع واحـــدة ، وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال والأولى أن نأخذ

---

( ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة ، وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ، ولا يدرى أيهما أول ) اي ولم يعلم اي الولدين ولد أولاً . الغلام اسم لذكر لم يبلغ ، فإذا بلغ صار شاباً ، والجارية اسم لانثى لم تبلغ ، وقد سمى الجارية غلاماً ( لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه )التباعد عن السوء [1] والتورع عن مظان الحرمة ، لأن ترك وطء امرأة يحل وطأها خير من أن يطأ امرأة محرمة عليه حتى لو كانت عنده بتطليقتين لا تتزوج إلا بعد زوج آخر احتياطاً ، كذا في المبسوط ( تطليقتان ) اي لزمه تطليقتان ( وانقضت العدة ) بالولد الأخير ( لأنها لو ولدت الغلام أولاً وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقـــع أخرى به ، لأن حـــال انقضاء العدة ) والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة ، لأنه حال الزوال والمزيل لا يعمـــل حال الزوال .

( ولو ولدت الجارية أولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ، ثم لا يقـع شيء آخر به ) اي بوضع الغلام ( لما ذكرنا انه حال الانقضاء ) اي انقضاء العدة ( فإذا في حال يقع واحدة ، وفي حال يقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والإحتمال ، والأولى أن يأخذ)

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

بالثنتين تنزهاً واحتياطاً ، والعدة منقضية بيقين لما بينا . وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة أولى . وقال زفر « رح » لا يقع ، وهذه على وجوه ، أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر أو وجدا في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في الملك ، والثاني في غير الملك فلا يقع أيضاً ، لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع

---

على صيغة المعلوم ، اي ان يأخذ الزوج ، او أن يأخذ القاضي او يأخذ المفتي ( بالثنتين تنزهاً ) اي تورعاً ( واحتياطاً ) واقتضاء فيها على التعليل . فقال الأترازي ويجوز أن يقال بناء الغالب على صيغة المجهول بإسناد الفعل إلى الجار والمجرور ( والعدة منقضية بيقين لما بينا ) اي لأنها لو ولدت الغلام اولا تنقضي عدتها بوضع الجارية ، ولو وضعت الجارية أولاً تنقضي عدتها بوضع الغلام ، لان الحامل عدتها بوضع الحمل بالنص .

( وإذا قال ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثاً مع الواحدة ) اي الطلقة الأولى التي تجرها بعد التطليق .

( وقال زفر لا يقع ، وهذه ) اي هذه المسألة ( على وجوه ) الأولى هي قوله ( أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق ، وهذا ظاهر ) اي وقوع الطلاق ظاهر لوجود الشرط في الملك ، وهذا لا خلاف فيه ، والثانية هي قوله ( او وجدا ) اي الشرطان ( في غير الملك فلا يقع ) اي الشرط الأول ( في الملك والثاني ) اي وجد الشرط الثاني ( في غير الملك فلا يقع ) اي الطلاق ( أيضاً ، لأن الجزاء ) وهو الطلاق ( لا ينزل على غير الملك فلا يقع ) لأنه غير محل ، وفيها خلاف ابن أبي ليلى ، ذكره في المبسوط .

أو وجد الاول في غـــير الملك ، والثاني في الملك، وهي مسألة الكتاب الخلافية . وله اعتبـار الاول بالثاني إذ همـا في حكم الطلاق كشيء واحد . ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحـال فيصح اليمـين

---

والرابعة وهي قوله ( او وجد الاول ) اى الشرط الأول ( في غير الملك والثاني ) اى وجد الشرط الثاني ( في الملك ، وهي مسألة الكتاب الخلافية ) بيننا وبين زفر ( له ) اى لزفر رحمه الله تعالى ( اعتبار الأول بالثاني ) اى اعتبار الوصف الأول بالوصـــف الثاني ، كذا فسره الأترازى ، ثم قال بيانه أن الوصف الثاني لو وجد في غير الملـك لا ينزل الجزاء ، فكذا إذا وجد الأول في غير الملك ينبغي أن لا ينزل الجـزاء ، لأن كلام أحدهما بعد الشرط كلام الآخر ، وفي أحدهما يشترط الملك ، فكذا في الآخر. وقال تاج الشريعة قوله اعتبار الأول بالثاني ، يعني أن الملك شرطاً لوقوع الطلاق عنـــد وجود الشرط الثاني ، فكذلك عنـــد وجود الشرط الأول ( إذ هما ) اى الشرطان ( في حكم الطلاق كشيء واحد ) من حيث أنه لا يقع إلا بهما

( ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم ) اى صحة هذا الكلام الذى هو اليمين بأهلية المتكلم ، وهو كونه عاقلاً بالغاً ، وهي قائمة به فيكون صحة الكلام قائمة به ، ومحلـه الذمة ، فاذا كان كذلك كان ينبغي أن لا يشترط الملك وقت التعليق ، فأجاب عن ذلك بقوله ( إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال) لان استصحاب الحال عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل ، فإذا كان الملك باقياً عند وجود الشرط بالنظر إلى الإستصحاب ينزل الجزاء عنده غالباً ، لان الاصل في كل ثابت دوامه . وإن كان يحتمل الملك الزوال حينئذ ، فإذا كان كذلـــك ( فيصح اليمين ) لان الجزاء الذى هـــو غالب الوجود يتحقق حينئذ فيحصـــل اليمين وهو القوة .

وعند تمام الشرط لينزل الجزاء ، لأنه لاينزل إلا في الملك ، وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين ، فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة ، وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجت زوجاً آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر « رح » . وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما ، فتعود إليه بالثلاث .

---

( وعند تمام الشرط ) اى شرط بقاء الملك أيضاً عند تمام الشرط ( لينزل الجزاء لانه لا ينزل إلا في الملك ) ولا ينزل في غير الملك ( وفيما بين ذلك الحال ) اي بين حالة التعليق ، وتمام الشرط ( حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك إذ بقاؤه )اي بقاء اليمين ( بمحله وهو الذمة ) اي ذمة الحالف ، وإنما ذكر الضمير الراجع إلى اليمين ، وإن كانت مؤنثة على تأويله التعليق ، لان تعليق الطلاق والعتاق يمين عند الفقهاء .

( وإن قال لها ) اي وإن قال رجل لامرأته ( إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فطلقها ثنتين وتزوجها رجل آخر فدخل بها ثم عادت الى الاول ) اي الزوج الاول ( فدخلت الدار طلقت ثلاثاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف ) قال ابن المنذر هذا قول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء وشريح والنخعي . وفي المبسوط وهو قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه .

( وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق ، وهو قول زفر ) وهو قول جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم والتابعين،وبه قال مالك والشافعي وأحمد وأصحابهم رحمهم الله ( وأصله ) اي أصل هذا الخلاف ( أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( فتعود إليه بالثلاث ) اي فتعود المرأة إلى الزوج

وعند محمد وزفر « رح » لا يهدم ما دون الثلاث فتعود إليه بما بقي ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى . وإن قال لهـــا إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ، ثم قال أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء . وقال زفر « رح » يقع الثلاث ، لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ ، وقد بقي احتمال وقوعها ، فيبقى اليمين .

---

الأول بثلاث تطليقات ( وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلاث ، فتعود إلى ما بقي من الطلاق وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى ) اي في آخر فصل مما تحل به المطلقة .

( وإن قال لها ) اي وإن قال رجل لامرأته ( إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ، ثم قال لها أنت طالق ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول ) اي إلى الزوج الأول ( فدخلت الدار لم يقع شيء ) عند علمائنا الثلاثة ، وبه قال الشافعي « رح » في الجديد على المنصوص ومالك « رح » وأحمد . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على ذلك .

( وقال زفر والشافعي ) في قول ( يقع الثلاث ، لأن الجزاء ثلاث مطلق ) لأن الثلاث المملوكات ، فيتناول ثلاث طلقات مطلقاً ، سواء كانت مملوكة في الحال اومستحدثة في المال ( وذلك لإطلاق اللفظ ) واللفظ المطلق لا يتناول المقيد ، لأنه ضده حكماً (وقد بقي احتمال وقوعها ) اي احتمال طلقات ثلاث مطلق ( فتبقى اليمين ) فإذا وجد المحل يقع الجزاء ، والدليل على انه لم يصرف إلى الطلقات الثلاث المملوكات مسألة الهدم ، فلو انصرف إلى الملك قائم يوقع بما بقي ، وكما لو قال كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها بعد زوج آخر يبقى اليمين ، وبدليل ولو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار يعتق ، فلو تقيد الجزاء بهذا الملك لما عتق ، ولهذا لو قال إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج آخر يكون مظاهراً عنها ، وكيف يبطل التعليق التخيير ، لأن ما صادفه التخيير طلاق ، وما صادفه التعليق ما سيصير طلاقاً .

ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك ، لأنها هي المانعة ، لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تنعقد للمنع أو الحمل ، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتخيير الثلاث المبطل للمحلية ، فلا تبقى اليمين ، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله .

---

( ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك ) بدلالة الحال ( لأنها ) اي لأن طلقات هذا الملك ( هي المانعة إذ الظاهر عدم ما يحدث ) وكل ما كان مانعاً من وجود الشرط وحاملا عليه فهو الجزاء ( واليمين تنعقد للمنع او الحمل ) وهنا عقدت للمنع ، فيكون الجزاء هذا الملك .

( وإذا كان الجزاء ما ذكرناه ) وهو قوله إن طلقات هذا الملك إلى آخره (وقد فات) اى والحال أن الجزاء قد فات ( بتخيير الثلاث المبطل للمحلية ) يعني لا يبقى محلا للطلاق ( فلا يبقى اليمين ) لأن بفوات محل الجزاء يبطل اليمين لفوات محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ، ثم جعلت الدار بستاناً لا يبقى اليمين ، فهذا مثله .

فإن قلت انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق ، لأنه لا يتصور فيه منع ولا حمل لكون الحيض عارضاً سماوياً . قلت أجيب بأن الإعتبار للغالب الشائع دون النادر ، وفيه نظر ، لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادراً ، وإنما هو في الوجه كالمحبة والكراهة والجزع وغيره . والصواب أن يقال إن الشرط في مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك الحمل ، والمنع فيه متصور .

( بخلاف ما إذا أبانها ) يتعلق بقوله – وقد فات بتخيير الثلاث – اي فات الجزاء بتخيير الثلاث المبطل للمحلية ، بخلاف ما إذا أبانها بطلقة او بطلقتين ( لأن الجزاء باق لبقاء محله ) اي محل الجزاء ، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بطلقات ثلاث عند أبي حنيفة « رح » . وعند أبي يوسف « رح » وهي مسألة الهدم ، لأن في صورة الإبانة طلقة او طلقتين يزول الحل لا الملك . والدليل على بقاء الملك أن الزوج الأول تزوجها بلا تحليل زوج آخر .

ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها ، فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ، وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر . وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة . وعن أبي يوسف « رح » انه أوجب المهر في الفصل الأول أيضاً لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد

---

والجواب عن مسألة الهدم أن اليمين بقيت ببقاء الجزاء ، لأن اليمين لا ينقسم على الجزاء كما لا ينقسم على الشرط ، ولما بقيت اليمين بالملكية صار كأنه قائل عند الدخول أنت طالق ثلاثاً ، وهو يملك الثلاث فيقع . وعن مسألة العبد أن تعليق عتقه إنما لا يبطل اليمين بعد البيع ، لأن محلية العتق لم تبطل بالبيع ، وقد كان محلا للعتق بصفة الرق ، والرق باق بعد البيع ، حتى إذا أعتقه لا يبقى اليمين لفوات المحل ، وعن مسألة الظهار أن محل الظهار لم يفت بتنجيز الطلقات الثلاث ، لأن حرمة الظهار غير الطلاق ، لأن الاولى متناهية بالتكفير ، والثانية بالزوج الآخر ، وإنما لا يصير مظاهراً بعد التطليقات الثلاث ، لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولا يتحقق ذلك إلا بالتزوج .

( ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثاً فجامعها، فلما التقى الختانان طلقت ثلاثاً ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ) اي العقر ، وهو مهر المثل ( وإن أخرجه ثم أولجه ) من الإيلاج وهو الإدخال ( وجب عليه المهر ، وكذا ) اي وكذا لا يجب المهر باللبث والمكث ( إذا قال لامته إذا جامعتك فأنت حرة . وعن ابي يوسف انه أوجب المهر في الفصل الاول أيضاً ) وهو ما إذا لبث ساعة بعد الإدخال ( لوجود الجماع بالدوام عليه ) اي على اللبث ، ومعناه انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الإبتدائي ( إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد ) اي لاتحاد الإيلاج الحلال مع اللبث الحرام من حيث المقصود ، وهو قضاء الشهوة ، فكان الجماع واحد من وجه ، وأوله غير موجب للحد ، فسقط الحد ووجب العقر ، لان الوطء المحرم لا يخلو عن عقر او حد ، وعلى هذا الخلاف إذا قال لامته إن جامعتك فأنت حرة .

وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج، لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق، إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس، والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر، إذ الوطء المحرم لا يخلو عن أحدهما.

ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث عند أبي يوسف «رح»، خلافاً لمحمد «رح» لوجود المساس، ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالاجماع لوجود الجماع.

---

( وجه الظاهر ) اي ظاهر الرواية ( أن الجماع ادخال الفرج في الفرج ) ولم يوجد ذلك بعد الطلقات والعتق ( ولا دوام للادخال ) حتى يكون للدوامه حكماً لابتداء، كمن حلف أن لا يدخل هذه الدار وهو فيها لا يحنث باللبث ساعة ، وكذا لو حلف لا يدخل فرسه الاصطبل وهو فيها فأمسكها فيه لا يحنث ( بخلاف ما اذا أخرج ثم أولج ، لانه وجد الإدخال بعد الطلاق ، إلا أن الحد لا يجب بشبهة الإتحاد ) اي بين الإخراج والإيلاج ( بالنظر إلى المجلس ) اى بالنظر ( والمقصود ) هو قضاء الشهوة .

( فإذا لم يجب الحد وجب العقر ) اى مهر المثل . وفي ديوان الادب العقر مهر المرأة إذا وطئت على شبهة ، والمراد منه المثل وبه فسر العتابي العقر في شرح الجامع الصغير (ان الوطء المحرم ) اي لان الوطء المحرم ( لا يخلو عن أحدهما ) اي عن أحد العقر والحد .

( ولو كان الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللباث ) اى باللبث والمكث ( عند أبي يوسف رحمه الله خلافاً لمحمد ) فإنه لا يصير مراجعاً عنده ، لانه نظير الدخول والدوام على المدخول ليس بدخول ( لوجود المساس ) وهو دليل أبي يوسف ، اي مقصود المساس بشهوة ( ولو نزع ثم أولج صار مراجعاً بالإجماع لوجود الجماع ) النزع الإخراج والإيلاج الإدخال ، قال الله تعالى ﴿ يولج الليل في النهار ويولج النهار في الليل ﴾ ٢٩ لقمان .

فروع . لو قال أنت طالق إن دخلت الدار كان شرطاً مثل ان عند أحمد « رح » ، وروي ذلك عن أبي يوسف ، وقيل لا يتعلق لانها للمضي ، كأنه قال أمس . وفي جوامع الفقه لا يقع . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » يقع في الحال ، ولا يتعلق . وكذا لو قال أنت طالق لولا دخولك الدار لا يقع . وفي المغني قال أنت طالق او دخلت الـدار يقـع وأو للمضي ، ويحتمل أن لا يقع كقوله أمس ، وعندنا يقع فيها . وفي جوامع الفقه قال ادخلي الدار فأنت طالق تطلق ، لان جواب الامر كالشرط بالفاء .

وفي المبسوط والذخيرة قال أدي إلى الفاء وأنت طالق لا يقع حتى تؤدى ، لانـــه جواب الامر. وفي المبسوط لأن الواو للحال. ولو قال ادنى الفاء فأنت طالق يقع في الحال، لان الفاء للتعليل . ولو قال إن وطئتك فيمينه على الجماع . وقال ابن قدامة وعن محمد بن الحسن يمينه على الوطيء بالقدم . ولو قال أردت به الجماع لم يقبل وقد غلط ابن قدامـة في النقل عن محمد رحمه الله تعالى ، فإن محمداً ذكر في الجامع واو قال لها إن وطئتك فهـو على الجماع في فرجها بذكره ، ولو نوى الدوس بالقدم لا يصدق في الصرف عن الجمـــاع ويحنث بالدوس بالقدم أيضاً لاعترافه به على نفسه .

ولو قال إن وطئت من غير ذكر امرأة فهو على الدوس بالقدم وهو اللغة والعرف ، وذلك باتفاق أصحابنا ، ولو قال رجل لامرأة غيره إذا دخلت الدار فأنت طالق فبلـغ الزوج فأجازه صح ، حتى لو دخلت بعد الإجازة تطلق وبعدها .

## ( فصل في الاستثناء )

أي هذا فصل في بيان حكم الإستثناء وهو التكلم بالباقي بعد الاستثناء وهو الإستفعال من المثني وهو العرف ، يقال ثنيته اى عطفته ، والحق الاستثناء بالتعليق ، لانها في بيان التفسير ، ولان الشرط يمنـع كل الكلام ، والإستثناء بعضـــه ، والجزاء مقدم على الكل .

(وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق ) قيل كان ينبغي أن يذكر هذه المسألة في الفصل المتقدم ، لانها ليست باستثناء ، بل هي تعليق . وأجيب بأن التعليق بمشيئة الله تعالى شبهاً قوياً بالاستثناء بمنع حكم صدر الكلام عما كان قبل الاستثناء بحيث لا يتوقف وجوده على وجود الشرط ، فكذا حكم صدر الكلام يمتنع أصلا في التعليق بمشيئة الله تعالى ، ولا يتوقف على وجود الشرط ، فلهذه المناسبة ذكر التعليق بالمشيئة في فصل الاستثناء .

قوله – متصلا – نصب على انه صفة لمصدر محذوف ، اي قولاً متصلا ، والمراد من الإتصال أن لا يقطع قوله إن شاء الله تعالى قبل قوله أنت طالق بكلام آخر او سكوت. وأما الفصل لانقطاع النفس فلا عبرة به لعدم امكان التحرز عنه . ولو أتى بحروف الاستثناء بحيث لا يسمع يقع الاستثناء صحيحاً ، وهو اختيار الكرخي، لأن السماع ليس بشرط صحة الكلام ، ولهذا يصح استثناء الاصم، وإن لم يسمع هو أيضاً ، وعلى شرط الاتصال جمهور العلماء ، وهو قول الائمة الاربعة ، ومنهم من جوز الاستثناء ما لم يقم من المجلس ، وبه قال الحسن البصرى وطاووس . وعن ابن عباس رضي الله عنه جوازه إلى مدة سنة ، وعنه جوازه أبداً . وقال سعيد بن جبير بعد أربعة أشهر . وقال قتادة بعد سنتين . وقال أحمد له الاستثناء ما دام في ذلك الامر . ولو جرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع طلاقه ، لان الاستثناء وجد حقيقة ،وهو صريح في بابه ، والصريح لا يفتقر إلى النية كقوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك ، وفيه خلاف الشافعية .

قوله لم يقع الطلاق وبه قال طاووس وابراهيم النخعي والحكم والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وهو قول عطاء ومجاهد والزهري والشعبي وحماد وعبد الرزاق وسعيد بن المسيب والاوزاعي وعثمان البتي ، وبه قالت الظاهرية وأبو سليمان . وقال مالك ومكحول وقتادة وغيره قال أصحابنا لا شيء عليه ، وبه قال الشعبي وابن أبي ليلى وإسحاق وأبو عبيد . وقال مالك لا استثناء في الطلاق والعتاق والصدقة ، ويعتبر اليمين والنذر . وعند أحمد لا يرفع الطلاق خاصة ويرفع العتاق والايمان ، ثم اختلفوا في عمله،

## لقوله عليه السلام من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلاً به لا حنث عليه

اى في عمل الاستثناء فقال أبو يوسف ابطال ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال محمد تعليق . وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله تعالى أنت طالق، فعندأبي يوسف « رح » انه لابطال الكلام ، سواء قدم أو أخر بحرف الفاء أو بغيره . وعن محمد رحمه الله يقع ، لانه للتعليق ، فإذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق نفي الطلاق بلا شرط ، كذا في الجامع الكبير لقاضي خان . وذكر في الفتاوى الصغرى الفتوى على قول أبي يوسف ، وذكر في الايضاح الاختلاف على العكس .

ثم اختلف أبو يوسف ومحمد « رح » في الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يقع الاستثناء هل يكون يميناً . قال أبو يوسف ومحمد « رح » يكون يميناً ، حتى لو قال لها إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله يحنث في يمينه عند أبي يوسف . وقال محمد « رح » لا يكون يميناً ولا يحنث ولا يقع الطلاق ، وكذا العتاق لو قال لعبده إن حلفت بعتقك فأنت حر ، ثم قال أنت حر إن شاء الله تعالى .

( لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله متصلا به فلا حنث عليه ) أى لقول النبي ﷺ ، وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وروى اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السجستاني عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رسول الله ﷺ قال من حلف عين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه بلفظ الترمذي ، وقال هذا حديث حسن . وقد روي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما موقوفاً . وروي عن سالم عن ابن عمر موقوفاً ، ولا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السجستاني . وقال اسماعيل بن ابراهيم كان أيوب أحياناً يرفعه ، وأحياناً لا يرفعه ، ولفظ أبي داود فيه فقد استثنى .

وروى الترمذي والنسائي وابن ماجة عن عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاووس عن أبيه عن ابي هريرة « رض » ان النبي ﷺ قال ان سليمان عليه السلام قال لأطوفن الليلة به ... الحديث ، وفيه لو قال ان شاء الله تعالى لكان كما قال . وروى ابن عدى في الكامل عن

ولأنه أتى بصورة الشرط ، فيكون تعليقاً من هذا الوجه، وانه اعدام قبل الشرط ، والشرط لا يعلم ها هنا ، فيكون إعداماً من الأصل ، ولهذا يشترط أن يكون متصلاً به ، بمنزلة سائر الشروط

---

اسحاق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز بن ابي داود عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم من قال لامرأته انت طالق إن شاء الله او لغلامه انت حر أو على المشي الى بيت الله إن شاء فلا شيء عليه ، وهو معلول باسحاق الكعبي .

فان قلت ليس في الحديث الذى رواه اصحاب السنن متصلا به ، وقد روي ان النبي ﷺ قال لاغزون قريشاً ، ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى . قلت اجيب بمنع صحة هذا وبعد التسليم بصحته نقول ان الاستثناء كان من قوله لاغزون قريشاً الذى سبق قبل سنة ، لانــه يحتمل ان الاستثناء كان منه ، لكن لا نسلم ان قصد النبي ﷺ كان من قولــه – لاغزون – الاستثناء فلم يجوز ان يكون قصده الاستدراك المأمور به الثابت من قوله تعالى ﴿ ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا ان يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت ﴾ ٢٤ الكهف .

( ولانه ) أي ولأن المستثني بكسر النون ( أتى بصورة الشرط ) أى بحرف صريح دون حقيقة الشرط ، لان حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعاً أو انتفائها كذلك ، وما هو كذلك ( فيكون تعليقاً من هذا الوجه ) يعني من حيث الصورة ( ولانه ) اى قوله ان شاء الله تعالى ( إعدام ) للعلية ( قبل ) وجود ( الشرط ، والشرط ) وهو مشيئة الله تعالى ( لا يعلم هـــا هنا ) اى في صورة التعليق بمشيئة الله تعالى ، لانا لا نطلع عليها ( فيكون إعداماً ) اى للجزاء ( من الاصل ) اى ابتداء العدم العلم بالمشيئة ، فصار كأنـــه لم يقل انت طالق أصلاً ، فكان إبطالاً الكلام .

( ولهذا ) اى ولان في الاستثناء معنى الشرط ( يشترط ان يكون متصلاً به ) وعليه جمهور العلماء ، وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب ( بمنزلة سائر الشروط ) لكونــه بيان تغيير ، وشرطه هو الاتصال .

ولو سكت يثبت حكم الكلام الأول ، فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الاول . قال وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى ، لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً ، والموت ينافي الموجب دون المبطل ،

---

( ولو سكت ) اى المتكلم زيادة على قدر النفس بين قوله انت طالق وبين قوله إن شاء الله ( يثبت حكم الكلام الاول ) وهو وقوع الطلاق ، لانه لا يصح الاستثناء المنفصل على مذهب الجمهور (فيكون الاستثناء) على قول محمد « رح » والاستثناء بالنصب ، لانه يكون بالتعليق بمشيئة الله تعالى استثناء عن الكلام الاول ، ويجوز بالرفع على ان تكون تامة أو ناقصة يكون خبرها الجار والمجرور ، اعني قوله عن الأول (او ذكر الشرط) على قول أبي يوسف « رح » ، أى ويكون ذكر الشرط وهو قوله إن شاء الله ( بعده ) أي بعد قوله أنت طالق ( رجوعاً عن الأول ) أي عن الكلام الأول . وإنما قلنا لكون الاستثناء على قول محمد « رح » والشرط على قول أبي يوسف «رح» لأن محمداً يقول أن بقوله إن شاء الله إعدام ، لأن بمنزلة الاستثناء . وأبو يوسف « رح » يقول انه شرط ، ولهذا قال في الفتاوى الصغرى أنت طالق إن شاء الله فهو يمين عند أبي يوسف « رح » حتى لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله يحنث عند أبي يوسف ، وعند محمد لا يكون يميناً حتى لا يحنث به عنده .

( قال وكذا لو ماتت ) وفي بعض النسخ وكذا إن ماتت ، وليس فيه لفظ قال ، وهو معطوف على قوله لم يقع في أول الفصل ، يعني إذا ماتت المرأة بعد قوله انت طالق ( قبل قوله إن شاء ) أي لا يقع الطلاق ( لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون إيجاباً ) فإذا بطل الحكم ( والموت ينافي الموجب ) جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال الموت ينافي قوله انت طالق حتى لا يقع الطلاق به بعد موتها ، فينبغي أن يكون منافياً للاستثناء وهو المبطل ، فيقع الطلاق . فأجاب بقوله الموت ينافي الموجب ، وهو قوله انت طالق ( دون المبطل ) وهو الإستثناء ، اعني قوله إن شاء الله ، لأن الموجب يستدعي المحل ، ولهذا لو

بخلاف ما إذا مات الزوج ، لأنه لم يتصل به الاستثناء . وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين طلقت واحدة .

---

قال لامرأته أنت طالق واحدة كانت قبل قوله واحدة لا يقع ، لأن الموت ينافي المحلية ، والإستثناء يبطل ، وانـه يستدعي صحة الإيجاب الذي يقوم بالزوج ، والموت يلائمه في الإبطال .

( بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لا يتصل به الاستثناء ) اي بخلاف ما إذا مات الزوج قبل قوله إن شاء الله ، حيث يقع الطلاق ، لأنه لم يتصل المغير وهو الإستثناء بقوله قبل ذلك إني أطلق امرأتي واستثنى .

( ولو قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال إلا ثنتين ) اي وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين ( طلقت واحدة ) وفي ذكر المثالين إشارة إلى القليل والكثير سواء ، خلافاً للفراء ، فإنه لا يجوز الأكثر ويدعي انه لم تتكلم به العرب . وفي الغايـة ذهب النحاة من أهل الكوفة والبصرة إلى ان استثناء الأكثر غير جائـز ، واختلفوا في جواز استثناء النصف ، وتبعه أحمد فيها ، ونصب بعض المالكية إلى هـذا ايضاً ، وفي البدائع والميزان روي عن أبي يوسف وهو قول الفراء انه لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل ، وصوابه من الكل . وفي الاسبيجابي روي عن ابي يوسف « رح » لا يجوز استثناء الاكثر وهو الصواب ، وزعموا ان العرب لم يوجد في كلامهم له علي عشرة إلا تسعة ، ولم تتكلم به ، ولا يصح استثناء الكل من الكل ، وذكر ابن طلحة في مختصره المعروف بالمدخل قولين في جواز استثناء الكل من الكل .

وقال الأموي منع بعض أهل اللغة استثناء العقد ، ولا يقال له علي مائة إلا عشرة إلا خمسة . وذكر أبو بكر من الحنابلة ان الاستثناء لا يكون في الطلاق ، فإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقع الثلاث وهذا باطل . ولو قال انت طالق أربعاً إلا ثلاثاً صح الاستثناء ويقع واحدة . وفي المحيط لو قال أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثنتين ان نوى استثناء الأولى والأخيرة لا يصح ، لانه استثنى الكل فيقع الثلاث ، وإن نوى واحدة من الأولى وواحدة

من الثانية صح ويقع ثنتان ، وكذا عند عدم النية ، خلافاً لزفر وأحمد « رح » . وفي الذخيرة وهذا قول أبي يوسف .

وروى هشام عن محمد لو قال انت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثاً يقع الثلاث ، لأنه نوى إستثناء الكل . ولو قال ثلاثاً إلا نصفاً يقع ثنتان عند أبي يوسف ، وعند محمد « رح » يقع الثلاث ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد « رح » . ولو قال انت طالق واحدةونصفاً إلا واحدةونصفايقع ثنتان عندأبي يوسف ، وهو روايةعن محمد ، وعنه يقع واحدة . وفي الذخيرة قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلاث عند أبي حنيفة ، وعندهما يقع ثنتان . وعن ابي يوسف يقع واحدة . ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثاً بطل الإستثناء . ولو قال أنت طالق ثنتين وواحدة وواحدة وثنتين إلا ثنتين فهي ثلاث . ولو قال انت طالق واحدة وثنتين إلا واحدة يقع ثنتان ، ويصير مستثنياً الواحدة من الثنتين . ولو قال ثنتين وأربعاً إلاّ خمساً يقع الثلاث ذكره القدوري .

وفي المنتقى قال أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً فهي ثلاث عند أبي حنيفة ، ويروى عن محمد ويصير قوله وثلاثاً ثانياً لغواً فاصلا . وقال أبو يوسف تطلق ثنتين ، وهو الظاهر من قول محمد . ولو قال انت طالق عشراً إلا اربعاً إلا تسعاً يقع واحدة . ولو قال أنت طالق عشراً إلا أربعاً إلا تسعاً يقع واحدة . ولو قال إلا ثمانياً يقع ثنتان . ولو قال إلا سبعاً يقع الثلاث . ولو قال هذه طالق وهذه طالق إلا هذه كان الإستثناء باطلا . ولو قال أنت طالق خمساً إلا واحدة يقع الثلاث . وفي وجه للحنابلة يقع ثنتان .

( والأصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا ) بضم الثاء المثلثة وسكون النون وهم اسم بمعنى الاستثناء ، ومعناه ان صدر الكلام بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء الاستثناء يدل عليه قوله تعالى ﴿ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً ﴾ ١٤ العنكبوت ، معناه لبث فيهم تسع مائة وخمسين عاماً ( هو الصحيح ) احترز عما قال البعض انه إخراج ، وفيه معنى المعارضة ، وهو صفة الأصول .

ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة ، فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ، ولايصلح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً اللفظ إليه ، وإنما يصلح الاستثناء إذا كان موصولاً به كما ذكرنا من قبل

---

( ومعناه ) أي معنى الثنيا ( انه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم ، وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة ، لأنــه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل ، لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً اللفظ إليه ) الضمير في – بعده – يرجع إلى استثناء الكل ، وفي – به – يرجع إلى شيء ، وكذا في – اليه – وهذا كما اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا إلا ثلاثاً تطلق ثلاثا لبطلان الاستثناء .

وقال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه وعن بعض مشايخنا ان استثناء الكل رجوع ، وان الرجوع عن الطلاق باطل ، وليس كذلك لانه يبطل استثناء الكل من الوصية ، مع أن الوصية تحتمل الرجوع .

وذكر المصنف في زياداته اذا استثنى الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بمعنى ذلك اللفظ ، وأما اذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح ، وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى ، فإنه لو قال كل نسائي طوالق الا كل نسائي لا يصح الاستثناء ، بل يطلق كلهن . ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن ، وان كان هو استثناء الكل من الكل ، وهـذا لأن الاستثناء تصرف لفظي ، فيصح فيما صح فيه اللفظ كلما استثنى الجزء عن الكل ، وصح لفظا ، فكذا فيما بقي ، فلو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشراً الا تسعا ، لأنه لا يزيد على الثلاث شرعا وهو الصحيح بلا خلاف .

( وانما صح ) اي الاستثناء ( اذا كان موصولاً به ) أي بالإستثناء ( لما ذكرنا من قبل )

وإذا ثبت هـذا ففي الفصل الاول المستثنى منـه ثنتان فيقعان ، وفي الثاني واحدة فيقع واحدة . ولو قال إلا ثلاثاً يقع الثلاث لانـــه استثناء الكل من الكل ، فلم يصح الاستثناء والله أعلم .

---

أي في قوله انت طالق ان شاء الله يعني كما لا يصح قوله ان شاء الله الا متصلا ، لا يصح قوله أنت طالق الا واحدة ، وقوله الا ثنتين الا متصلا .

( اذا ثبت هذا ففي الفصل الأول ) اراد به استثناء الواحدة من الثلاث ( بقى منه ) اي بقى من المستثنى منه ( ثنتان فيقعان ، وفي الثاني ) أي في الفصل الثاني ، أراد به استثناء الثنتين من الثلاث ( واحدة فيقع واحدة . ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث ) يعني اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا يقع الثلاث ( لانـــه استثناء الكل من الكل ، فلم يصح الاستثناء ) لعدم بقاء شيء بعد الاستثناء ، ويصير الكلام عبارة عنه ، والله أعلم .

* * *

# باب طلاق المريض

## إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها

---

( باب طلاق المريض )

أي هذا باب في بيان احكام طلاق المريض ، ولما فرغ من بيان طلاق الصحيح شرع في بيان طلاق المريض ، لان المرض عارض ، والأصل عدمه ، والمرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع .

( وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته ) أي ورثت المرأة زوجها المطلق ميراثها الشرعي ( وان مات بعد انقضاء المدة فلا ميراث لها ) في هذه اربعة عشر قولاً . الأول : انه لا يقع طلاقه ، وعزاه ابن حزم الى عثمان رضي الله تعالى عنه .

الثاني : يقع طلاقه وترثه بشرط قيام المدة ، وهو قول عمر وابنه وابن مسعود وابي ابن كعب وعائشة رضي الله عنهم . وبه قال المغيرة والنخعي وابن سيرين وعروة والشعبي وشريح وربيعة بن ابي عبد الرحمن وطاوس والأوزاعي وابن شبرمة والليث بن سعد وسفيان الثوري وحماد بن أبي سليمان والحارث العكلي .

الثالث : ترثه ما لم تتزوج زوجا آخر ، وان انقضت عدتها ، وهو قول ابن ابي ليلى وأحمد واسحاق وابي عبيد .

الرابع : ترثه ، وان تزوجت عشرة أزواج ، وبه قال مالك « رح » والليث في رواية عنه ، وذكره ابن رشيد في الفوائد .

الخامس : ترثه ويرثها ، وبه قال الحسن البصري .

السادس : إن صح منه ومات من مرض آخر لا ترثه عندنا . وقال الزهري والثوري والأوزاعي وزفر وأحمد وإسحاق ترثه إن مات قبل انقضاء عدتها منه ، ذكره عنهم ابن حزم في المحلى .

وقال الشافعي « رح » لا ترث في الوجهين ، لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ،

---

السابع : ترثه ويرثها إذا كان لها حمل أو قصد المضارة ، وهو قول عروة بن الزبير .

الثامن : ترثه وتنتقل عدتها إلى عدة الوفاة ما لم تنكح ، وبه قال الشعبي .

التاسع : تعتد بأبعد الأجلين من ثلاث حيض او أربعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد .

العاشر : ترثه قبل الدخول ، وعليها العدة ، وهو قول الحسن واسحاق وأبو عبيد .

الثاني عشر [1] : لو خيرها فطلقت نفسها ثلاثاً او اختلعت منه او حلف بطلاقها على دخولها الدار ، وهو صحيح عند الحلف مريض عند الدخول أو قال وهو صحيح إن قدم فلان فأنت طالق ثلاثاً فقدم وهو مريض طلقت ثلاثاً لا ترثه عندنا . وعند مالك ترثه في الكل .

الثالث عشر : يجب الصداق لها كاملا ، ولا ميراث لها ولا عدة عليها ، وبه قال جابر ابن زيد .

الرابع عشر : لا ترثه اصلا قبل الدخول وبعده ، وهو قول الظاهرية وأبي ثور ، واختاره ابن المنذر في الاشراف ، وهو الجديد للشافعي . وفي القديم الزوج فار والميراث فيه ثلاثة أقوال . الأول : مثل قولنا . والثاني : مثل قول احمد . والثالث : مثل قول مالك أبداً .

( وقال الشافعي لا ترث في الوجهين ) اي قبل العدة وبعدها . وفي شرح الأقطع والشافعي أقوال . أحدها : انها لا ترث في الوجهين ، سواء مات في العدة أو بعد العدة والآخر : انها ترث ما لم تتزوج بزوج آخر ، وإن انقضت العدة ، وهو قول مالك . والآخر : انها ترث وإن تزوجت بزوج آخر ، وهو قول ابن أبي ليلى ( لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض ) اي بعارض الطلاق البائن ( وهي السبب ) اي الزوجية هي سبب الميراث .

---

(١) لم يذكر الحادي عشر في الأصل . اهـ مصححه .

ولهذا لا يرثها إذا ماتت . ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها ، وقد أمكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار ، فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه ، بخلاف ما بعد الانقضاء ، لانه لا امكان ، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها ، فيبطل في حقه

---

( ولهذا ) إيضاح لقوله - لأن الزوجية بطلت بهذا العارض - ( لا يرثها إذا ماتت ) لأن سبب الإرث قد زال فلا يثبت الحكم بلا سبب .

( ولنا ان الزوجية سبب إرثها في مرض موته ، والزوج قصد إبطاله ) أي إبطال إرثها ( فيرد عليه قصده ) أي يرد على الزوج قصده ، وهو قصد إبطال الإرث ( بتأخير عمله ) أي عمل الطلاق ( إلى زمان انقضاء العدة دفعاً الضرر عنها ) أي لأجل دفع الضرر عن المرأه ، وكأن الطلاق لم يوجد في حق الإرث ( وقد أمكن ) جواب عما يقال إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب أن يستوي في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعدها ، فأجاب بقوله - وقد أمكن دفع الضرر - وتقديره إنما يصح توريثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائماً ، وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة .

( لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار ) من حرمة التزويج وحرمة الخروج والبروز ، وحرمة نكاح الأخت ونكاح أربعة سواها ( فجاز أن يبقى في حق إرثها منه ) دفعاً الضرر عنها ( بخلاف ما بعد انقضاء العدة ، لأنه لا إمكان ) أي لا إمكان التأخير عمل الطلاق لعدم بقاء النكاح أصلا ( والزوجية في هذه الحالة ) هذا جواب عن قوله - ولهذا لا يرثها إذا ماتت - أي الزوجية فيما إذا كان الزوج مريضاً مرض الموت (ليست بسبب لإرثه عنها ) لأنه لم يتعلق حقه بمالها لكونها صحيحة ( فيبطل في حقه ) قال السغناقي فيبطل بالنصب لأنه جواب النفي . وقال الأكمل وقال بعض الشارحين بالرفع

لا غير ، ولكل منهما وجه خلا قوله - لا غير - فإنه لا وجه له ، انتهى .

قلت أراد بقوله بعض الشارحين الأترازي فإنه قال في شرحه فقوله يبطل في حقه بالرفع لا غير ، أي فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكماً ، فلا يرثها إذا ماتت لبطلان الزوجية أصلا ، بخلاف ما إذا مات الزوج حيث ترثه المرأة ،لأن الزوجية وان بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها ، لأنه قصد ابطال حقها . ولا يجوز ان يقال بالنصب جواباً للنفي ، لأنه حينئذ ينعكس الغرض، لأنه يكون معناه لو كانت الزوجية سببا إرث الزوج عنها لبطلت ، ولكنها ليست بسبب ، فإذا لم تبطل الزوجية يجب ان يرثها ولا يقول به أحد لا نحن ولا الشافعي«رض». والذي وقع في بعض الشروح بنصب اللام سهواً ، انتهى . قلت الكاكي تبع السفناقي فقال فيبطل بالنصب ، لأنه جواب النفي ، والذي قاله الاكمل هو الوجه ، فافهم .

( خصوصا اذا رضي به ) اي لا سيما ان الزوج اذا رضي بحرمانه من الارث ، حيث أُقدم على الطلاق .

واعلم ان اصحابنا استدلوا في هذا الباب بالنقل والعقل ، وصاحب الهداية لم يذكر شيئا من النقل ، فنقول بإجماع الصحابة توريث امرأة الفار ، بيانه ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه طلق امرأته تماضر في مرض موته فورثها عثمان رضي الله تعالى عنه ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، فحل محل الإجماع .

فإن قلت لا نسلم الإجماع، لأنه روي عن عبد الله بن الزبير رضي الله تعالى عنهما في حديث تماضر انه قال لو كان الأمر إلي لما ورثتها . قلت أجيب بأنه قد صح عن ابن الزبير رضي الله تعالى عنهما انه قال هذا الكلام في وقت إمارته بعد سبق الإجماع ، والخلاف المتأخر لا يرفع الإجماع السابق ، ولئن سلمنا انه قاله وقت توريث تماضر ، فنقول ما ورثها لخفاء وجه الاستحسان عليه ، ونقول كانت تماضر سألت الطلاق فاعتقد ابن الزبير رضي الله عنه ان سؤالها يسقط الإرث ، ... نقول ، ولكن عثمان إنما ورثها عند وجود سؤال الطلاق فعند عدمه أولى ، انتهى .

وفي السروجي وأجابوا عن قول ابن الزبير في خلافته لو كنت أنا لم أقل بتوريثها إن لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء . وفي البدائع وكان الإجماع قد انعقد على ذلك ، وخلافه بعد وقوع الاجماع من الصحابـــة لا يقدح فيه ، لأن انقراض العصر ليس بشرط لصحة الاجماع ، أو خالفه لتوريثه بعد سؤالها ، وقد روي ذلك ، ولعل عثمان كان يرى ان ذلك لا يسقط ارثها . وفي الجواهر والمحلى في رواية كان توريث عثمان رضي الله عنه بعد انقضاء العدة ، وروى هشام عن ابي مسلم عن أبيه انه كان بعد العدة ، وروى عنه أبو عمر انه كان في العدة . وقال ابن حزم وعمر هذا ضعيف ، لكن ثبت من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج عن ابي مليكة انه سأل عبد الله بن الزبير قـــال قال طلق عبد الرحمن بن عوف رضي الله تعالى عنه بنت الاصبغ الكلبية فبتها ، ثم مات في العدة فورثها عثمان ، رواه عنه الحجاج بن المنهال وسعيد بن منصور ، وقد اتفقا على ان توريثها كان في العدة ، وهـــو قول الجمهور .

ويحتمل قول من قال انه ورثها بعد انقضاء العدة مع ضعفه انه كان تأخير المخـاصمة والقسمة وقع بعد العدة ، وكان موته قبل انقضاء العدة يدل عليه قوله فلم يلبث إلا يسرا حتى مات ، وتماضر بضم التاء المثناة من فوق ، وتخفيف الميم وكسر الضاد المعجمة ، وفي آخره بنت عمر بن الشريد السلمية . قـــال أبو عمر وهي الخنساء الشاعرة بنت عمرو بن الشريد رباح بن ثعلبة بن جفاف بن امرؤ القيس بن نهبة بن سليم قدمت على النبي ﷺ مـع قومها فأسلمت فذكروا ان رسول الله ﷺ كان يستنشدها ويعجبه شعرهـــا ، فكانت تنشده ، وهو يقول فيه بأجناس ويومىء بيده عليه السلام . واجمع اهل العلم بالشعر انه لم يكن امرأة قط قبلها ولا بعدها أشعر منها ، وقـــالوا اسم الخنساء تماضرة ، وكانت حضرت حرب القادسية ومعها بنوها اربعة رجال ، واستشهد الأربعة فيها ، وكان عمر رضي الله تعالى عنه يعطي الخنساء أرزاق أولادها الأربعة لكل واحد مائتي درهم حتى قبض رضي الله تعالى عنه .

وفي السروجي وروي عن عثمان رضي الله تعالى عنه لما قضى بتوريثها قال فرمن كتاب

الله ، وروي عنه أنه قال ما فررت من كتاب الله أي ما قصدت الفرار ، وحصل لها بالصلح عن ربع سهمها ثمانون الفا . وذكر بعض أهل الحديث انها كانت دنانير . وذكر عبد المغني في الأربعين ان ورثته كانوا يقطعون مسائل الذهب بالقوس ويقتسمونها . ومن الدليل في هذا الباب ما روي عن ابراهيم النخعي انه قال جاء عروةالبارقي إلى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه بخمس خصال منهن إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهي في العدة . وعن الشعبي ان أم البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه فارقها بعدما حوصر فجاءت إلى علي رضي الله تعالى عنهفأخبرته بذلك فقال تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها فورثها منه وعن عائشة رضي الله تعالى عنها ان امرأة الفار ترث . ثم اعلم ان الذي ذكره صاحب الهداية مع الخلاف فيه انه إذا كان طلاق المريض بائنها كما إذا صرح به، وأما إذا كان رجعياً فبالأولى ان ترث، لأن حكم النكاح قائم .

فإن قلت على ما ذكرت كان ينبغي ان الإرث ايضاً في البائن . قلت زمن مرض الموت زمن تعلق حق الوارث بمال الموروث . ولهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلث ، فبقى النكاح حق الإرث .

فإن قلت يمنع النكاح أصلا ، ولهذا ثمه يجب عليه الحد إذا وطئها ولا ترث إذا كان الطلاق برضاها ، وكذلك إذا كان الطلاق قبل الدخول ، وكذا الإرث إذا مات بعد انقضاء العدة ، وكذا لا ترث إذا برأ ثم مات وهي في العدة . قلت أجيب ان وجوب الحد باعتبار ارتفاع الحل ، ولم يدل على ارتفاع النكاح أصلا ، بل هو قائم من وجه ، ولهذا لا يجوز للمعتدة ان تتزوج بزوج آخر ، وان الطلاق برضاها يبطل حقها ، والاقرار منه ، وأن الطلاق قبل الدخول باعتبار عدم وجوب العدة ، فلم يمكن إبقاء النكاح حكما ، وإن انقضاء العدة يمكنها من التزوج بزوج آخر ، فوجد المنافي للنكاح الأول ، فلم يجعل قائماً حكماً ، وان في البراءة لم يكن حقها متعلقاً بمال الزوج زمان الطلاق ، ولم يوجد قصد ابطال الحق ، وإن موت المرأة لا يبقى الزوجية في حقه لا حقيقة ولا حكما .

وإن طلقها ثلاثاً بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه ، لأنها رضيت بإبطال حقها ، والتأخير لحقها . وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته ، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ،

---

وفي مختصر الكافي وإن كانت المرأة أمة أو يهودية أو نصرانية فأبانها في مرضه بغير أمرها ثم اعتقت الأمة واسلمت الكافرة ثم مات ، وهي في العدة ، فلا ميراث لها منه ، لأنه لم يكن فاراً من ميراثها يوم طلق ، لأنه لم يتعلق حقها بماله .

( وإن طلقها ثلاثاً بأمرها ) أي قالت له طلقني ثلاثاً فطلقها ثلاث تطليقات في مرض موته ( او قال لها اختاري ) اي او خيرها في مرض موته ( فاختارت نفسها ) اي قالت اخترت نفسي ( أو اختلعت منه ) اي او اختلعت المرأة من الزوج ( ثم مات ) اي الزوج والحال انها في العدة ، وهو معنى قوله ( وهي في العدة لم ترثه ) جواب المسائل الثلاث ، أي لم ترث الزوج ( لأنها رضيت بابطال حقها ، والتأخير ) أي تأخير عمل الطلاق في بطلان إرثها ، أي انقضاء عدتها ( لحقها ) وقد رضيت سقوطه .

وفي المحيط لو جاءت الفرقة من قبلها في مرضه لم ترث منه ، لأنها باشرت سبب بطلان حقها . ولو جاءت الفرقة منها في مرضها ورثها الزوج . قيل ينبغي ان يرثها لأنا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ، ولا عدة ها هنا عند موتها فلم يبق النكاح كما بعد العدة . قيل في جوابه لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقينا النكاح في حق الإرث دفعاً للضرر عنه أو رداً لقصدها إبطال حقه كما حكمنا في مستعجل الإرث بحرمانه رداً لقصده . وكذا لو حصلت الفرقة بسبب الجب والعنة ، وخيار البلوغ والعتق في مرضه لا يرث لرضاها بالمبطل ، فإن كانت مضطرة لأن سبب الإضرار لم يكن من جهة الزوج فلم يكن جانياً في الفرقة . وفي الجامع لو فارقته في مرضها في خيار العتق والبلوغ ورثها الزوج لأنها جاءت من قبلها ، ولهذا لم يكن . وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

( وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثاً ورثته ، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ،

فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها ، وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يجوز اقراره ووصيته ، وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ، ومن الميراث في قولهم جميعاً إلا على

---

فلم تكن بسؤالها راضية بإبطال حقها ) والسؤال مصدر سأله الشيء ، وهو إضافة المصدر إلى الفاعل والمفعول متروك ، أي بسؤال المرأة الطلاق الرجعي ، وفي بعض النسخ بسؤاله بتذكير الضمير المضاف إليه ، وهو من إضافة المصدر المضاف إلى المفعول والفاعل متروك ، أي بسؤال الطلاق الرجعي كذا قرره الاترازي والتقدير على هذا الوجه بسؤال المرأة إياه الطلاق الرجعي .

( وإن قال لها ) أي وإن قال الرجل لامرأته ( في مرض موته قد كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ) اي المرأة صدقت زوجها بذلك ، ولا ميراث لها ان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة ( ثم أقر لها بدين ) بأن قال لها في ذمتي كذا و كذا ،وربما مثلاً ( أو أوصى لها بوصية ) من تركته ( فلها الأقل من ذلك ) اي من المقربة والوصية ( ومن الميراث عند ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز وصيته وإقراره لها ) يعني لها جميع ما أقر لها وأوصى لها ، سواء كان أقل من الميراث أو اكثر .

( وإن طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها ) بأن قالت له طلقني وهو مريض فطلقها ثلاثاً ( ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ، ومن الميراث في قولهم جميعاً ) أي في قول ابي حنيفة وصاحبيه . وفي الجامع جعل هذا قول ابي حنيفة وحده ( إلا على

قول زفر ، فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية . وجه قولهما في المسألة الأولى انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه ، حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ، ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسألة الثانية لأن العدة باقية ، وهي سبب التهمة ، والحكم يدار على دليل التهمة ، ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عـــدة في المسألة الأولى ،

---

قول زفر ، فإن لها جميع ما أوصى به وما أقر ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية ) ولا ميراث لها ، لأنها أسقطته بسؤالها.

( وجه قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد ( في المسألة الأولى ) أي فيما إذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثاً في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ( انهما ) أي الزوجين ( لما تصادقا على الطلاق ) أي على وقوعه ( وانقضاء العدة ) اي وعلى انقضاء العدة ( صارت أجنبية عنه ) اي عن الزوج ( حتى جاز له أن يتزوج اختها وانعدمت التهمة ) لوجود التصادق ( ألا ترى ) إيضاح لانعدام التهمة ( انه ) اي أن الشأن ( تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة إليها ) لأن إقراره صار كإقراره لسائر الأجانب ، وكذا وصيته لعدم التهمة ، فهذه الأحكام ( بخلاف المسألة الثانية ) وهي ما إذا طلقها ثلاثاً في مرضه بأمرها .

( لأن العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ) أي الحكم يترتب على دليل التهمة ويثبت به ( ولهذا ) أي ولكون الحكم دائراً على دليل التهمة ( يدار على النكاح ) حيث لا يجوز شهادة أحد الزوجين للآخر للتهمة ( والقرابة ) حيث لا يجـوز شهادة القريب للقريب ، يعني قرابة الولاد ، لأنه يجوز شهادة الأخ لـلأخ لانعدام التهمة ، هكذا أطلقوا ، والمراد إذا لم يكن الأخ في عيال أخيه ( ولا عــدة في المسألة الأولى ) لتصادقهما على انقضاء العدة ، وليس فيها دليل التهمة .

ولأبي حنيفة « ر ح » في المسألتين أن التهمة قائمة ، لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها ، فيزيد حقها ، والزوجان قد يتواضعان على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام . قال ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً لم ترثه ، وإن كان قد بارز رجلاً

---

( ولأبي حنيفة في المسألتين ان التهمة قائمة ) بسبب التواضع ( لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها ) اي على المرأة ، وهو يتعلق بقوله لينفتح ( فيزيد حقها ) بالرفع لأنه فاعل (والزوجان قد يتواضعان ) من التواضع،وهو عبارةعن وضع الشخصين رأيهما على شيء واحد ، وكذا المواضعة ( على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة ) أي لأجل الزيادة ( على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ) أي الزيادة ( ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ) أي قدر الميراث .

( ولا مواضعة عادة ) جواب عن مسألة ابيها ، بيانه ان المواضعة عادة لا تكون ( في حق الزكاة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الأحكام ) لأن الاقرار وتهمة الإيثار يتحقق في حق الارث لا في حق هذه الأحكام ، فاعتبرت في حق الارث دون غيره . وفي الذخيرة لا بد من تحكيم الحال إذا كان حال خصومة وغضب يقع الطلاق عليها بهذا الاقرار ، وإن لم يكن كذلك لم يقع .

( قال ومن كان محصوراً ) وفي أكثر النسخ أي قال محمد في الجامع الصغير ومن كان محصراً هذا البيان ان حكم الفرار غير منحصر في المرض ، بل قال كل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً ، فهو في معنى مرض الموت ( أو في صف القتال ) أي لو كان في صف القتال في الحرب ( فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه ) اي لم ترث المرأة زوجها ( وإن كان ) أي الذي في صف القتال ( قد بارز رجلا ) من المبارزة في الحرب ، وهي الخروج من

أو قُدِّم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قتل ، وأصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحساناً ، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ، وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً ، كما إذا كان صاحب الفراش ، وهو أن يكون بحال لا يقوم بحوائجه

---

الصف لطلب القتال ( أو قدم ) على صيغة المجهول ، أي أو قدم الرجل ( ليقتل في قصاص ) كلمة في ها هنا للتعليل ، أي لأجل قصاص نحو قوله تعالى ﴿ فذلكن الذي لمتنني فيه ﴾ ٣٢ يوسف ، وفي الحديث ان امرأة دخلت النار في هرة ، أى لأجل هرة ( او رجم ) أى او قدم لأجل رجم بسبب الزنا .

( ورثت إن مات في ذلك الوجه او قتل ) اى او قتل بسبب آخر ، وفيه دليل على أنه لا فرق بينهما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل ، هذا ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وهو المذكور في مختصر الكافي والمبسوط والشامل . وقال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه كان عيسى بن إبان يقول لا ميراث لها لأن مرض الموت ما يكون سببا للموت ، ولما مات بسبب آخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت . ولنا ان الموت اتصل بالمرض والسبب الآخر يكون متمما له ، ولا منافاة فيثبت الفرار فترث .

( وأصله ) أى اصل ثبوت حكم الفرار ( ما بينا ) أى في اول الباب ( ان امرأة الفار ترث استحسانا ) لا قياسا كما هو أحد أقوال الشافعي ، لأن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالطلقات ، والحكم لا يثبت بدون السبب . وجه الاستحسان ما مر وهو اتفاق الصحابة رضي الله تعالى عنهم على ذلك كما ذكرناه مفصلا .

( وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ) أى بمال الزوج ( وإنما يتعلق ) أى الفرار ( بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب فراش ، وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه ) كالذهاب إلى المسجد وإلى قضاء حاجته . وعن شمس الأئمة السرخسي ان

كما يعتاده الأصحاء ، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة ، لأن الحصن لدفع بأس العدو ،

---

المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على الخروج إلى المسجد ، وفي السوق ان لا يقدر على الخروج إلى الدكان . وفي المرأة ان لا يخرج إلى السطح ، ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي إلى الخلاء ولا يقوم بحوائجه خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخارى . وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح .

وقال بعض المشايخ من المتأخرين إذا كان بحال يمكنه أن يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو بمنزلة الصحيح ، وهذا ضعيف ، فإن المريض جداً لا يعجز عن هذا. وقيل الذي يتعذر عليه أداء الصلاة جالسا . وقيل الذى لا يقدر أن يقوم الا ان يقيمه إنسان . وقيل ان لا يقدر على الشيء إلا أن يهادى بين اثنين . وفي المرأة ان تعجز عن القيام بمصالح بيتها . والمرأة في حال الطلق في حكم المرض .

( كما يعتاده الأصحاء ) اى من القيام بحوائجه ، والأصحاء جمع صحيح ( وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ) فيكون ذلك سببا في حكم مرض الموت ، فالآن يوضحه المصنف رحمه الله تعالى :

( وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار ) وإن كان يخاف منه الهلاك ، فلا يعطى له حكم المرض ( فالمحصور ) إلى قوله ولهذا اخوات، إيضاح لما قبله ، وبيان له ، فلذلك ذكره بالفاء والمحصور هو المحبوس يقال حصره إذا حبسه ( والذى في صف القتال ) أى في الصف للقتال ( الغالب منه السلامة ) أى في كل واحد من المحصور والذى في صف القتال السلامة غالبا ، وإن كان يمتنع الهلاك نادراً ( لأن الحصن لدفع بأس العدو ) وهذا تعليل للمحصور ، لأن الغالب الذى في الحصن يأمن من شدة العدو .

وكذا المتعة فلا يثبت به حكم الفرار الذي بارز أو قُدم ليقتل الغالب منه الهلاك ، فتحقق به الفرار ، ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف . وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل دليل على انه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل ، وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح . إذا جاء رأس الشهر

---

( وكذا المتعة ) تعليل للذى في صف القتال ، لأن حواسه من يمنع كل من العدو ، والمنعة بالفتحات ، ويقال فلان في منعة من قومه ، أى في عز وأمن ( فلا يثبت به حكم الفرار ) نتيجة لما قبله ( والذي بارز ) اى الذى خرج للمبارزة ( او قدم ) على صيغة المجهول ( ليقتل ) في قصاص أو رجم ( الغالب منه الهلاك ) والخلاص نادر ( فتحقق به الفرار ) نتيجة لما قبله ( ولهذا ) اى ولهذه الصورة المذكورة ( أخوات ) يعني من الصورة الأخرى ( يخرج على هذا الحرف ) أى على هذا الأصل المذكور وحرف كل شيء حده وناحيته ، والأصل المذكور هو ثبوت حكم الفرار بما هو فى معنى المرض فى توجه الهلاك الغالب وعدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامة ، فمن الأول النازل فى السبعة والراكب فى السفينة وبقى على لوح ، وكذا فى المحيط .

وفى جوامع الفقه كان فى سفينة فاضطربت الأمواج ، وكان الغالب منه الغرق فهو كمرض الموت ، وكذا الواقع فى فم السبع والمسلول والمفلوج والمقعد ما دام يزداد مابه فهو من الثاني وإلا فهو من الأول ، وصاحب جرح وقرحة او وجع لم يصبه على الفراش بمنزلة الصحيح فى الطلاق وغيره .

( وقوله ) اى قول محمد فى الجامع الصغير ( إذا مات فى ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل ) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

( وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح ) اى والحال انه صحيح ( إذا جاء رأس الشهر

أو إذا دخلت الدار ، أو إذا صلى فلان الظهر ، أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق ، فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث ، وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار ، وهذا على وجوه ، إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي ، أو بفعـــل نفسه ،

---

او إذا ) أي او قال لهـــا إذا ( دخلت الدار ، أو إذا صلى فـلان الظهر ، أو إذا دخل فلان الدار ) وهذه أربع صور تعليقه وقوله ( فأنت طالق ) جوابها ، أي طالق بائن لان حكم الفرار يثبت بالبائن ( فكانت ) أي وجدت وحدثت فكانت تامة ( هذه الأشياء ) أي بمجيء رأس الشهر ، ودخول المـرأة الدار ، وصلاة فلان الظهر ، ودخول فلان الدار ( والزوج مريض ) اى والحال ان الزوج كان مريضاً وقت وجود هذه الأشياء ( لم ترث ) جواب إذا في الصور المذكورة إلا في صورة المستثناة ، على ما يجيء الآن . وقال زفـــر ترث ، لأن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط . قلنا لا ترث ، لأنـــه لم يوجد منه الفرار ، فلا ترث بيانه انه كان حين علق صحيحاً ولم يكن حق المـرأة متعلق بماله ، فلم يوجد الفرار ، وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج ، لأن الشرط أمـر سماوى أو فعل الأجنبي ، والزوج ليس بقادر على إبطال التعليق ، ولا على منع الفعل السماوى ، ولا منع الأجنبي من إيجـــاد الشرط ، فلم يكن قادراً فلم تـــرث لعدم قصد العدوان من الزوج .

( وإن كان القول في المرض ترث إلا في قوله إذا دخلت الدار ) هذه الصورة المستثناة من الصور الأربعة المذكورة ( وهذا ) إشارة إلى المذكور من الصور المذكورة ، منها ، أي من قوله إذا دخلت الدار ، الخطاب إلى المرأة أو إلى نفسه ( على وجوه أربعة ) الأول هو قوله ( إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت ) بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، والثاني هو قوله ( او بفعل الأجنبي ) بأن قال إذا صلى فلان الظهر او إذا دخل فلان هذه الدار . والثالث هو قوله ( او بفعل نفسه ) بأن قال ان دخلت هــذه الدار بالإخبار عن نفسه ، والرابع

أو بفعل المرأة ، أو كل وجه على وجهين ، أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في مرض ، أما الوجهان الأولان وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر وكان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث ، لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر « رح » ترث ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فكان إيقاعاً في المرض . ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً

---

هو قوله ( أو بفعل المرأة ) بأن قال مخاطباً لها إن دخلت هذه الدار ( او كل وجه ) أى من الوجوه المذكورة .

( على وجهين ) أحدهما قوله ( امـا إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض ) والآخر هو قوله ( او كلاهما ) اى التعليق والشرط وجدا كلاهما ( في المرض . أمـا الوجهان الاولان وهو ما إن كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، او بفعل الاجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر ، فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد الى الفرار قـد تحقق منه ) أى من الزوج ( بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله ) وهو حال المرض الذى يخاف منه الهلاك ، ولهذا لا يجوز له أن يوصي بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة .

( وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر « رح » ترث ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ، فكان ايقاعاً فى المرض ) اى فكان المعلق بالشرط إيقاعاً في المرض .

( ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ) يعني من حيث

ولا ظلم إلا عن قصد، فلا يرد تصرفه . فأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه ، فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل ، ومما له منه بد أو لا بد له منه فيصير فاراً لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له بد من فعل الشرط بد فله من التعليق ألف بد ، فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها . وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد لكلام زيد ونحوه

---

الحكم لا من حيث القصد ، يعني يسلم قول زفر انه يصير كالمنجز لكن حكما لاقصداً ، ولهذا لو كان عاقلا عند التعليق ومجنونا عند الشرط يقع الطلاق . فلو كان التعليق تطليقاً عند وجود الشرط لما ارتفع لعدم القصد منه ، وكذا لو حلف بعد التعليق بأن لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث ، فلو كان التعليق تطليقاً عند وجود الشرط ينبغي ان يحنث ( ولا ظلم إلا عن قصد ، فلا يرد تصرفه ) لأنه علق ولم يتعلق حقها بماله ، فلم يوجد من جهته منع بعد وجود الشرط ، ولا يقدر على إبطال التعليق ولا على منع الأجنبي عن إيجاد الشرط .

( فأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه ، فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا ) اي او كان التعليق والشرط ( في المرض والفعل ما له منه بد ) أي الفعل شيء للزوج من ذلك الشيء بد ، ككلام زيد مثلاً ( او لا بد له منه ) اي او الفعل شيء لا بد للزوج منه ، كالأكل والصلاة ونحو ذلك ( فيصير فاراً لوجود قصد الابطال ، اما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له بد من فعل الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها ) أي عن المرأة .

( اما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل ) اي او كان الفعل ( مما لها منه بد لكلام زيد ونحوه ) مثل دخول الدار

لم ترث ، لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر ، وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا أو في العقبى ولا رضاء مع الاضطرار . ولنا إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض إن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال انه لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد « رح » وهو قول زفر « رح » لأنه لم يوجد من الزوج منع بعدما تعلق حقها بماله ، وعند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »

---

(لم ترث ، لأنها راضية بذلك ) اي باسقاط حقها ، حيث باشرت الشرط ( وإن كان الفعل ) مما ليس لها منه بد . وفي أكثر النسخ ، فإن كان الفعل ( لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر ) قال الاترازي تقييد صلاة الظهر اتفاقي لا احترازي ، لأن الحكم في سائر المكتوبات كذلك ، وتخصيصها باعتبار انها اسبق في الظهر ، بحيث الأولية ، لأنها أول صلاة فرضت ، قلت ، هذا الوجه ذكره السغناقي .

( وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الإمتناع من خوف الهلاك في الدنيا ) كالأكل ، فإن لم تأكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا ( أو في العقبى ) ومن خوف الهلاك في العقبى كالصلاة المكتوبة وكلام الأبوين ترث ، لأنها مضطرة في المباشرة لمالها في الإمتناع من خوف الهلاك ، فإن في الإمتناع عنهما بخلاف الهلاك ، أي العقوبة في الآخرة ( ولا رضاء مع الإضطرار ، ولنا إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض إن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال انه ) أي ان الشأن ( لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد ) اي لا ميراث لها ( وهو قول زفر ) اي قول محمد « رض » قول زفر ايضاً .

( لأنه لم يوجد من الزوج منع بعدما تعلق حقها بماله ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح »

ترث ، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه . قال وإذا طلقها ثلاثاً وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث . وقال زفر « رح » ترث لأنـــه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ، ولكنا نقول المرض إذا تعقبــه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها ، يتعلق بماله ، فلا يصير الزوج فاراً .

---

ترث ، لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة ) اي إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها ( فينتقل الفعل إليه كأنها ) اي كأن المرأة ( آلة له كما في الإكراه ) يعني إذا أكره زيد عمراً على إتلاف مال الغير فأتلفه عمرو يضمن زيد ، لان المكره بفتح الراء صار كأنه آله للمكره بكسر الراء ، فانتقل فعل المكره إلى المكره ، فكذا فيما نحن فيه ، فلما كانت المرأة مضطرة انتقل فعلها إلى الزوج ، فصار كأنه فعل الشرط في مرض موتــه فورثت لكونه فاراً .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ، وليس في كثير من النسخ لفظ قال ( وإذا طلقها وهو مريض ) أي وإذا طلق الرجل امرأته ثلاث تطليقات والحال انه مريض ( ثم صح ثم مات لم ترث . وقال زفر ترث ) ولم يذكر في الجامع الصغير خلاف زفر ، وكـــذا لم يذكر في الأصل ولا ذكره الحاكم في مختصره ، وإنما ذكره شمس الأئمـــة السرخسي في شرح المختصر ، وبقول زفر قال الثوري والزهري والأوزاعي وأحمـــد وإسحاق ابن راهوية .

ودليل زفر هو قوله ( لأنـــه ) أي لأن الزوج ( قصد الفرار حين أوقع الطلاق في المرض وقد مات ) والحال انه قد مات ( وهي في العدة ) ولا يعتبر البرء المتخلل ، فكأنه لم يبرأ بين الطلاق والموت ( ولكنا نقول المرض إذا تعقبــه برء فهو بمنزلة الصحة ، لأنه ينعدم به مرض الموت ، فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله ، فلا يصير الزوج فـــاراً )قيل هذا إذا كان به حمى ربع وصاحب فراش فانقطعت وصح منها ثم مـــات بحمى غب أو

ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرض موته وهي في العدة لم ترث ، وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت . وجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهليـــة الإرث ، إذ المرتد لايرث أحـــداً ، ولا بقاء له بدون الأهلية ، وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية ، لأن المحرمية لا تنافي الإرث وهو الباقي ، بخلاف ما إذا طاوعت في حـــال قيام النكاح ، لأنها تثبت الفرقة ، فتكون راضيـة ببطلان السبب ، وبعـد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها ،

---

غيرهما من الأمراض ، أما لو صح من حمى الربع ثم عادت حمى ربع ومـات يجعل الثاني عين الأول ، ولا يحكم بزوالها ، فينبغي ان ترثه على هذا ، وفيه نظر ، لأنـــه لو حكم بزوالها لم يحكم لما بقي تعلق حقها بماله فلا يتحقق قصد الفرار .

( ولو طلقها ) أي ثلاثاً أو بائناً ( فارتدت والعياذ بالله تعالى ثم أسلمت ثم مـات من مرضه وهي في العدة ) أي والحال انها في العدة ( لم ترث ) لأن الردة منافية للإرث ( وإن لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت وجه الفرق بين المسألتين انهـــا بالردة ابطلت أهلية الارث ، إذ المرتد لا يرث أحداً ولا بقاء له ) أي للإرث ( بدون الأهلية وبالمطاوعة ) أي بمطاوعة ابن زوجها ( ما أبطلت الأهلية ، لأن المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي ) اي الارث هو الباقي .

( بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح ، لأنها تثبت الفرقة ، فتكون راضية ببطلان السبب ) اي سبب الارث وهو النكاح ( وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمـة بالمطاوعة لتقدمها عليها ) اي لتقدم الطلقات على المطاوعة يعني اهليـــة الارث لم تثبت بالمطاوعة فأمكن إبقاء النكاح في استحقاق الارث فى هذه الحالة كما كانت .

فافترقـــا ، ومن قذف امرأته وهو صحيح . لاعن في المرض ورثت . وقال محمد « رح » لا ترث ، وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً ، وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لهـا منه ، إذ هي ملجئة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيـــه .

---

فإن قيل ينبغي ان لا ترث لانا تيقنـا النكاح حكماً في حق الارث والنكاح الباقي حقيقة يبطل بالحرمية فهذا أحق وصار كما إذا طاوعت ابن زوجهـا قبل الطلاق كالمسألة الاولى . أجيب بأن الردة تنافي نفس الحق وهو الارث كما ان المرتد لا يرث أحـداً ، فلم يتصور بقاء النكاح بدون الاهل . فأما المحرمية فإنها يبطل بها الارث بسبب بطلان النكاح مضافاً إليها ،ولو يوجد، لان النكاح قـــد يبطل بالثلاث . وانما بقي في حق الارث خاصة ، وبالمطاوعة في حال قيام النكاح تقع الفرقة مضافاً إليها فلا يجب إبقـاء النكاح في حق الاستحقاق نظراً لها مع رضاها ببطلان السبب ، كذا في الكافي .

( فافترقا ) وارتداد المـــرأة بعد الإبانة ، حيث لم تـــرث في الاولى ، وورثت في الثانية .

( ومن قذف امرأته وهو صحيح ) أي والحـــال انه في الصحة ( ولاعن في المرض ورثت ) منه ( وقال محمد « رح » لا ترث ) وبه قال زفر لعدم الفرار لان سبب الفرقـة قذف الرجل لم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله ( وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً ، وهذا ) اي هذا الحكم ( ملحق بالتعليق بالفعل الذي لا بد لها منه ، اذ هي ملجئة الى الخصومة ) يعني مضطرة اليها ( لدفع عـــار الزنا عن نفسها ) فلم تكن راضية ببطلان حقها ، فجعل الزوج مطلقاً في المرض حكماً باعتبار الشرط ، فكان لها الميراث لوجود الفرار منه بالطلاق في المرض ( وقد بينا الوجه فيها ) أي بينا وجه هـذه

وإن آلى امرأته وهو صحيح ثم بانت بالإيلاء وهو مريض ترث ، وإن كان الإيلاء أيضاً في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خال عن الوقاع ، فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيىء الوقت ، وقد ذكرنا وجهه ، قال رضي الله تعالى عنه والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع

---

المسألة في التعليق بفعل لا بد لها منه عند قوله – وان كان لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد ... الى آخره – .

( وان آلى امرأته وهو صحيح ) اي وان آلى رجل من امرأته والحال انه صحيح ( ثم بانت بالايلاء ) يعني تمت الاربعة الأشهر ( وهو مريض ) أي والحال انه مريض ( لم ترث ) لان البينونة مضافة الى ايلاء الزوج وقد وقع ذلك في حال الصحة ، ولم يوجد من الزوج في المرض شيء آخر من مباشرة علة او شرط ، فلا يكون فاراً ، وهو فرع التعليق بمجيء الوقت .

( وان كان الايلاء ايضاً في المرض ورثت ، لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي أربعة أشهر خال عن الوقاع ، فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت ) فإن قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت إن كان الايلاء في الصحة لما انه ممكن من إبطال الايلاء بالنفي ، واذا لم يبطل في حالة المرض صار كأنه إنشاء الإيلاء في المرض وهناك ترث ، فكذلك هنا . فكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته ، فطلقها الموكل في المرض ، فكان فاراً لتمكنه من العزل ، فإذا لم يعزل يجعل كأنه أنشأه ، فكذلك ها هنا . أجيب بأن الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه ، فلم يكن ممكناً مطلقاً ، بخلاف مسألة الوكالة ( وقد ذكرنا وجهه ) أي وجه التعليق بمجيء الوقت .

( قال ) أي قال المصنف رحمه الله ( والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع

الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء ، فكان السبب قائماً ، وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات وهي في العدة ، وقد بيناه .

---

الوجوه ) اي في جميع الصور ، سواء نجز او علق بالوجوه الأربعة المذكورة في التعليق ( لما بينا ) فيما مضى ( انه ) أي ان الطلاق الرجعي ( لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء ، فكان السبب ) اي سبب الإرث ( قائماً ) وهو النكاح حكماً ( وكلما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات ) أي الزوج ( وهي في العدة ) أي والحال انها في العدة ( وقد بيناه ) في أول الباب بقوله وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فمات وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها .

* * *

# باب الرجعة

وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت ذلـــك أو لم ترض ، لقوله تعالى ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ ٢٣١ البقرة

---

( باب الرجعة )

أي هذا باب في بيان حكم الرجعة . ولمـــا كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعاً أخره وضعاً ليناسب الوضع الطبع من قولهم رجع يرجع رجعاً ورجوعاً ورجع إلى أهله ، أي ردته إليهم . ويقال إلى الله مرجعك ورجوعك ورجعاك ، وربما قالوا رجعناك ، وطلق فلاناً امرأته بملك الرجعـة والرجعة قاله ابن دريد . قلت يعني بفتح الـراء وكسرها ، والفتح أفصح . وفي المنافع رجع يستعمل لازماً ومتعدياً ، فالرجوع مصدر الـــلازم ، كالقعود والجلوس والدخول ، فمن اللازم قـــوله تعالى ﴿ لئن رجعنا إلى المدينة ﴾ ٨ المنافقون ﴿ فلما رجعوا إلى أبيهم ﴾ ٦٣ يوسف ﴿ وإنا إليه راجعون ﴾ ١٥٦ البقـــرة . ومن المتعدي قوله تعالى ﴿ فإن رجعك الله إلى طائفة منهم ﴾ ٨٣ التوبـــة ﴿ ثم ارجع البصر ﴾ ٤ الملك

والرجع مصدر المتعدي ، وهي في الشريعة استدامة ملك النكاح ، ولهـا شرائط ، أحدها : تقديم صريح لفظ الطلاق وبعض الفاظ الكناية كما تقدم . الثانية : ان لا يكون بمقابلة مال . والثالثة : ان لا يستوفي الثلاثة من الطلاق . والرابعة : ان لا تكون المـرأة مدخولاً بها . والخامسة : ان تكون العدة قائمة ، ولا خلاف لمشروعيتها لأحد لثبوتهـــا بالكتاب والسنة والاجماع .

( وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو طلقتين فله أن يراجعها في عدتهـــا ، رضيت بذلك او لم ترض ) وهـــذا بإجماع أهل العلم ( لقوله تعالى ﴿ فأمسكوهن بمعروف ﴾ ٢٣١ البقرة ) الإمساك هو الابقاء ، وقوله تعالى ﴿ فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن

من غير فصل ، ولا بد من قيام العدة ، لأن الرجعة استدامة الملك ، ألا ترى انه سمي امساكاً وهو الابقاء ، وإنما تتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها ، والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي ، وهذا صريح في الرجعة ، ولا خلاف بين الأئمة .

---

بمعروف أو فارقوهن بمعروف ﴾ يعني إذا بلغن منتهى عدتهن فأنتم بالخيار إن شئتم فالرجعة والإمساك من غير ضرار ، وإن شئتم فالمفارقة من غير ضرار ، وروى أبو داود عن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي ﷺ طلق خديجة رضي الله عنها ثم راجعها . وفي حديث ابن عمر انه عليه السلام قال له مر ابنك فليراجعها ... الحديث متفق عليه ( من غير فصل ) يعني ان إطلاق النص لم يفصل بين رضى المرأة وعدمه ، بل اثبت الرجعة مطلقاً .

( ولا بد من قيام العدة ، لأن الرجعة استدامة الملك ) ولا ملك بعد انقضاء العدة ( ألا ترى انه سمي إمساكا ) توضيح لما قبله ، بيانه إن شاء الله تعالى سمى الرجعة إمساكا ، وذلك بإجماع أهل التفسير ( وهو الإبقاء ) اي الإمساك ( وإنما تتحقق الإستدامة في العدة ، لأنه لا ملك بعد انقضائها ) فإذا انقضت العدة لم يبق محل الإمساك والطلاق الرجعي في الحال سبب لزوال الملك عند انقضاء العدة ، والزوال محل حل المحلية عند استيفاء عدد الطلاق .

( والرجعة ان يقول ) أي كيفية الرجعة أن يقول للذي طلقها طلقة أو طلقتين (لامرأته راجعتك ) بالخطاب لها ( أو راجعت امرأتي ) أي او يقول راجعت امرأتي بالغيبة (وهذا صريح في الرجعة ، ولا خلاف فيه ) اي في هذا يعني بالقول ( بين الأئمة ) أراد ان الرجعة بالقول تصح بالإجماع . وفي المحيط وكذا إذا قال ارتجعتك أو رجعتك أو رددتك أو مسكتك ، وهذه الألفاظ صريحة في الرجعة غير مفتقرة إلى النية . ومن الكنايات في الرجعة انت عندي كما كنت ، او قال انت امرأتي ونوى به الرجعة صار مراجعاً ، ذكره في الذخيرة .

قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر إلى فرجها بشهوة ، وهذا عندنا . وقال الشافعي « رح » لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه ، لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده حتى يحرم وطؤها ، وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه ،

---

وفي الحاوي عزاه إلى أحمد بن مقاتل الرازي قاضي قضاة بغداد . وفي الروضة في حصول الرجعة براجعتك بلانية قولان لمالك ، كنكاح الهازل . واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج . وفي الذخيرة لو قال راجعتك بمهر الف درهم وقبلت صحت ، وإلا فلا ، لأنها زيادة في المهر ، ويشترط قبولها . وفي المرغيناني والحاوي راجعتك على الف . قال أبو بكر لا يجب الألف ولا يصير زيادة في المهر ، كما في الإقالة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( أو يطأها ) اي أو يطأ التي طلقها ( أو يقبلها او يلمسها بشهوةاو ينظر إلى فرجها بشهوة)وفي المبسوط والذخيرة والتقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ، ولم يقيد الشهوة في التقبيل في الكتاب . وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع اليه . وأما النظر إلى موضع الجماع من دبرها فليس برجعة ، واختلفوا في الدبر قيل ليس برجعة اليه اشار القدوري والفتوى على انه رجعة .

( وهذا عندنا ) أي كون الرجعة بالوطء او بالمس بالشهوة او بالنظر إلى فرجها بالشهوة عند اصحابنا الحنفية ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن البصري ومحمد بن سيرين وطاوس وعطاء بن أبي رباح والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي . وقال مالك وإسحاق إن أراد به الرجعة فهو رجعة .

( وقال الشافعي لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه ) اي على القول بأن لم يكن أخرس أو معتقل اللسان ، أما اذا كان كذلك فيصح بالاشارة ، وبه قال أبو ثور والظاهرية ، وقول أحمد مضطرب . وفي الحلية هو رجعة كقولنا ( لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح عنده ) اي عند الشافعي ( حتى يحرم وطؤها ) اي عنده ( وعندنا هي ) اي الرجعة . وفي بعض النسخ هو على تأويل الرجوع ، وتذكير المؤنث على التأويل سائغ ، كما في قوله ، ولا أرض اثقل اثقالها ، أي ولا مكان ( استدامة النكاح على ما بيناه )

وسنقرره إن شاء الله تعالى ، والفعل قد يقع دلالة على الإستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح ،وهذه الأفاعيل تختص به ، خصوصاً في حق الحرة ، بخلاف المس والنظر بغير شهوة ، لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها .

---

أي قوله ألا ترى انه سمي امساكا ( وسنقرره ان شاء الله تعالى ) أي في آخر هذا الباب عند قوله – والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء – ( والفعل ) نحو اللمس ( قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار ) فإن باعه على انه بالخيار ثلاثة أيام ، ثم وطئها في مدة الخيار يكون وطؤها دليلا على استدامة الملك ، فيسقط الخيار ، فكذلك في الطلاق الرجعي يدل الوطىء على استدامة النكاح ، بل أولى ، لأن هناك تحتاج إلى فسخ السبب المزيل وهو البيع ، وهنا لا تحتاج الى فسخ السبب المزيل ، وهو الطلاق ، لانه لا يقبل الفسخ .

( والدلالة فعل يختص بالنكاح ) اي الدلالة تتحقق بفعل مخصوص بالنكاح لا بكل فعل ( وهذه الأفاعيل ) اي النظر إلى الفرج الداخل بشهوة والمس بشهوة والتقبل بشهوة ( تختص به ) اي بالنكاح فيقع دلالة ( خصوصاً في حق الحرة ) قيد بالحرة احترازاً عن الأمة ، لأن الحرة لا تحل هذه الأفاعيل بلا ثبوت نكاح ، فكانت مختصة بالنكاح ، فدلت على استدامة ملك النكاح ، بخلاف الأمة ، فإن هذه الأفاعيل تحل فيها بملك المتعة ، وملك اليمين أيضاً .

(بخلاف النظر والمس بغير شهوة ،فإنه قد تحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما) مثل الختانة والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة (والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان ) اي لو كانت هذه الأفاعيل من غير شهوة ( رجعة لطلقها ) لانه لا يريدها لتخلف الواقع ( فتطول العدة عليها ) وفيه ضرر بالمرأة ،

قال ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ، فإن لم يشهد صحت الرجعة . وقال الشافعي « رح » في أحد قوليه لا يصح ، وهو قول مالك « رح »

---

فلا يجوز لقوله تعالى ﴿ فامسكوهن بمعروف أوسرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ﴾ ٢٣١ البقرة .

فإن قلت قد ذكر هنا تقبيل الرجل ومسه إياها بشهوة ونظره إلى فرجها بشهوة ، فان قبلته المرأة بشهوة او لمسته او نظرت الى فرجه بشهوة كيف يكون حكمه . قلت قال شمس الائمة فى المبسوط تثبت الرجعة عندهما ، ولا تثبت عند أبي يوسف ، لأن هذا الفعل من الزوج دليل استبقاء الملك ، وليس لها ولاية استبقاء الملك ، ولا يكون فعلها به رجعة ، وهما يقولان فعلها به كفعله بها ، فان الحل مشترك بينهما ، ولهذا تثبت المصاهرة بفعلها بهذه الأشياء ، فكذلك الرجعة .

( قال ) اي القدوري رحمه الله تعالى ( ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ) صورة الاشهاد ان يقول لاثنين من المسلمين اشهدوا اني قد راجعت امرأتي . وفي المبسوط استحباب الاشهاد على الرجعة قول ابن مسعود « رض » وعمار ( فـان لم يشهد صحت الرجعة ) وبه قال مالك .

( وقال الشافعي فى احد قوليه لا يصح ) أي لا تصح الرجعة بلا إشهاد ، وهو قوله القديم ، وقوله الجديد ان الاشهاد مستحب فيها كقولنا ، ذكره في المبسوط ، وفي الروضة الإشهاد ليس بشرط على الأظهر . وفي المحيط الإشهاد لازم عند الشافعي ، ولا يصح بمهر عنده . وفي المبسوط وفي أحد قولي الشافعي الإشهاد واجب ، وعن أحمد روايتان في الإشهاد ، وذكرها في المغني ولا يفتقر إلى ولي ولا مهر ولا رضاها ، وهو إجماع . وقال ابن حزم الإشهاد عند الرجعة شرط ، وإذا رجع ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها حتى انقضت عدتها بانت منه ، وفي الاشراف لم يختلف أهل العلم ان الإشهاد فيه سنة ، وان الرجعة إلى الرجل ما دامت في عدتها وإن كرهت ، وذلك بغير مهر ولا عوض .

( وهو قول مالك ) اي قول الشافعي ، وهو قول مالك ، وقد ذكرنا ان قول مالك

لقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ، والأمر للإيجاب. ولنا إطلاق النصوص عرى عن قيد الاشهاد ، ولأنه استدامة للنكاح والشهادة ليست بشرط فيه في حالة البقاء ، كما في الفيء في الايلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها ، وما تلاه محمول عليه ، ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة

---

كقولنا ( لقوله تعالى ﴿ واشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ، والأمر للايجاب ) في الحقيقة الاستدلال بهذه الآية للظاهرية ومن تابعهم ، لأن مذهب الشافعي في الأظهر وأحمد ومالك كقولنا إلا في رواية عن أحمد كقولهم .

( ولنا ان الطلاق المنصوص عرى عن قيد الإشهاد ) المنصوص في قوله تعالى ﴿ وبعولتهن أحق بردهن ﴾ ٢٢٨ البقرة ، وقوله تعالى ﴿ فإمساك بمعروف ﴾ وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها ، قاله عليه السلام لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه حين طلق ابنه عبد الله امرأته وكل هذا عارية عن قيد الاشهاد ، وفي الكافي وفي اشتراط الإشهاد زيادة على النص المطلق ، وهي فسخ فلا يجوز .

( ولأنه ) اي ولأن الرجعة ذكر الضمير باعتبار الرجوع ( استدامة للنكاح ) اي طلب الدوام للنكاح ( والشهادة ليست بشرط فيه ) أي في النكاح ( في حالة البقاء ) أي بقاء النكاح ( كما في الفيء في الإيلاء ) حيث يصح بلا إشهاد ( إلا انها ) أي إلا ان الشهادة ( تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها ) أي في الرجعة ( وما تلاه ) الشافعي وهو قوله تعالى ﴿ واشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ( محمول عليه ) أي على الاستحباب .

( ألا ترى ) توضيح لما قبله ( انه ) أي ان الله تعالى ( قرنها ) اي قرن الرجعة ( بالمفارقة ) حيث قال الله تعالى ﴿ او فارقوهن بمعروف وأشهدوا ﴾ ٢٣١ البقرة ، اعترض بأن القران في التكلم لا يوجب القران في الحكم ، كما في قوله تعالى ﴿ اقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة . وأجيب بأن ذلك فيما إذا حكم على إحدى الجملتين

وهو فيهما مستحب ، ويستحب أن يعلمها كيلا تقع في المعصية ، وإذا انقضت العدة فقـــال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة ، وإن كذبته فالقول قولها ، لأنه أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال ، فكان متهماً إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة

---

المتقاربتين بحكم الجملة الأخرى ، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل من الجملتين مستقل بحكمها ، وإنما يعقبا جملة أخرى تعلقت بهما واحداهما ، فتقتضي تعلقها بهـــا من حيث الاستحباب ، فكذلك الأخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ في معنيين مختلفتين ( وهـو فيهما مستحب ) اي الاشهاد يستحب في الرجعة ، وهو من وجه تكرار ، لأنه علم مما قبله .

( ويستحب أن يعلمها ) أي يعلم المرأة بالرجعة (كيلا يقع في المعصية) وذلك أن المرأة إذا لم تعلم بالرجعة ربما تتزوج على زعمها إن زوجها لم يراجعها ، وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج ، فكانت عاصية وزوجها يكون مسيئاً بترك الإعلام ، ولكن مع هذا لو لم يعلمهـا صحت الرجعة ، لأنها استدامة القائم ، وليست بإنشاء ، فكان الزوج متصرفاً في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه ، يتوقف على علما [ كذا ] علم الغير لغير ، قال فإن قيل كيف تكون عاصية بغير علم . أجيب بأنها إذا تزوجت بغـير سؤال وقعت في المعصية ، لأن التقصير جاء من جهتها .

( وإذا انقضت العدة ) أي عدة المرأة المطلقة بالطلاق الرجعي ( فقال ) أي الزوج ( كنت راجعتك في العدة فصدقته ) أي فصدقت المرأة زوجها في ذلك ( فهي راجعة ) أي مقالة الزوج بذلك ، وتصديق المـــرأة إياه تكون رجعة لظهورها بتصادقها ( وإن كذبته فالقول قولها ، لأنه ) اي لأن الزوج ( اخبر عما لا يملك إنشاءه في الحـــال ) لأن العدة منقضية ( فكان متهما ) في دعوى الرجعة ( إلا ان بالتصديق ) أي بتصديق المرأة إياه ( ترتفع التهمة ) وهذا كالوكيل إذا قال بعد العزل قد كنت بعت حيث لا يقبل قوله، بل يكون القول قول الموكل إذا صدقه الموكل ، بخلاف ما إذا قال في العدة قـــد كنت راجعتك أمس فأنكرت المرأة حيث يكون القول قوله ، لأنه أخبر بمـا يملك إنشاءه في الحال ، فإذا لم تثبت الرجعة في الأمس يصير كأنه راجعها في الحال .

ولا يمين عليها عند أبي حنيفة « رح » وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح . وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تصح لأنها صادفت العدة . إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ، ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ،

---

( ولا يمين عليها عند ابي حنيفة « رح » وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح ) لم يبين هذه المسألة في كتاب النكاح ؛ بل قال في مسألة دعوى السكوت على البكر ، فلا يمين عليها عن ابي حنيفة ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، ثم قال وسيأتيك في الدعوى ، ومثل هذا لا يقال مر لأنه لم يكن ثمة للرجعة أثر .

( وإذا قال الزوج قد راجعتك في العدة ، فقالت مجيبة له ) أى للزوج ( قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة « رح » ) هذا إذا قالت متصلا بكلام الزوج حتى لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتي ، وقال الزوج مجيباً لها موصولاً راجعتك لا تصح الرجعة بالاتفاق ، ذكره في شرح الطحاوي ، وبقول ابى حنيفة قال الشافعى وأحمد .

( وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة ) أي زمان العدة ( إذ هى باقية ظاهراً إلى ان تخبر ) اي المرأة عملا باستصحاب الحال والرجعة فى العدة صحيحة ( وقد سبقته الرجعة ) اي وقد سبقت اخبارها الرجعة بانقضاء العدة ، فصحت الرجعة وسقطت العدة .

( ولهذا ) أي ولأجل سبق اخبارها ( لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ) لسبق اخبارها ، وقيل مثله الطلاق على الخلاف ، والأصح انه يقع لإقرار الزوج بالوقوع ، كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها فى العدة كان مصدقاً

ولأبي حنيفة « رح » انها صادفت حالة الانقضاء، لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء ، فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء ، وأقرب أحواله حال قول الزوج. ومسألة الطلاق على الخلاف ، ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به .

وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى

---

بخلاف الرجعة . وفي الروضة لو اتفقا على انقضاء العدة ، واختلفا في الرجعة ، والصحيح ان القول لها ، وعليه الجمهور ، ولو اتفقا على الرجعة يوم الجمعة ، وقالت انقضت عدتي يوم الخميس ، وقال الزوج يوم السبت قيل يصدق بيمينه امهي أم السابق بالدعوى فيه ثلاثة أوجه الصحيح الأول . ولو كانت العدة باقية فالصحيح ان القول قوله ، لأنه يملك الانشاء فلا تهمة في الاخبار ، وقيل القول قولها .

( ولأبي حنيفة رحمه الله انها ) اي الرجعة ( صادفت حالة الانقضاء ) أي صادفت زمان انقضاء العدة ، فلا تصح الرجعة زمان الانقضاء ( لانها ) أي لان المرأة ( أمينة في الاخبار عن الانقضاء ) أي أمينة في الاخبار عما في أرحامهن ، قال الله تعالى ﴿ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ ٢٢٨ البقرة ( فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء واقرب أحواله ) اي اقرب أحوال الانقضاء ( حال قول الزوج ) لأن الاخبار يقتضي سبق المخبر عنه ، ولا دليل على مقدار معين ، فيعتبر حال قول الزوج ، بخلاف ما إذا سكتت ساعة ، فان أقرب احوال الانقضاء حال السكوت .

( ومسألة الطلاق على الخلاف ) هذا منع لاستشهادهما بما لو قال لها طلقتك ، فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ، يعني لا نسلم ان مسألة الطلاق على الخلاف ثم أشار إلى الجواب بطريق التسليم بقوله ( ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء ) اي بعد انقضاء العدة ان طلقها في العدة ( والمراجعة لا تثبت به ) أي او بالاقرار بعد الانقضاء ، فإن فيه تهمة ، لانه تصرف على حق الغير .

( واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها في العدة وصدقه المولى

وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة « رح » . وقالا القول قول المولى ، لأن بضعها مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج ، فشابه الاقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة ، والقول في العدة قولها ، فكذا فيما يبتني عليها ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ، وكذا عنده في الصحيح ، لأنها منقضية العدة في الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى ، ولا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة

---

وكذبته الامة » فالقول قولها ) أي قول الامة ( عند ابي حنيفة « رح » ) وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور .

( وقالا القول قول المولى » لان بضعها مملوك له ) اى للمولى ( فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج ) فلا مرد له ( فشابه الاقرار عليها بالنكاح ) اى شابه اقرار المولى على الامة بالنكاح بأن قال زوجت أمتى من فلان حيث يكون القول قوله ( وهو يقول ) اي أبو حنيفة يقول ( حكم الرجعة يبتني على العدة ) إبقاء وانقضاء ( والقول في العدة قولها ) دون قول المولى ( فكذا فيما يبتني عليها ) اي على العدة ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره .

( ولو كان على القلب ) اي لو كان الأمر أو الخلاف على القلب بأن صدقته الأمة وكذبه المولى ( فعندهما ) اي عند ابي يوسف ومحمد ( القول قول المولى » وكذا عنده ) أي وكذلك القول قول المولى عند ابي حنيفة ( في الصحيح ) من الرواية عنه ( لأنها منقضية العدة في الحال » وقد ظهر ملك المتعة للمولى ) لأن منافع بضعها في الحال خالص حق المولى ( فلا يقبل قولها في إبطاله ) أي في إبطال حق المولى ( بخلاف الوجه الأول ) وهو الوجه الذي فيه صدق المولى الزوج وكذبته الأمة حيث يكون القول فيه قولها .

( لأن المولى بالتصديق في الرجعة ) اي بتصديقه الزوج في الرجعة ( مقر بقيام العدة

عندها ، ولا يظهر ملكه مع العدة . وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها ، لأنها أمينة في ذلك ، إذ هي العالمة به ، وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة كامل ، لان الحيض لا مزيد له على العشرة

---

عندها ) أي عند الرجعة ( ولا يظهر ملكه ) أي ملك المولى ( مع العدة ) فلا يعتبر قوله ( وإن قالت ) أي الأمة ( قد انقضت عدتي ، وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك ، فالقول قولها ، لأنها أمينة في ذلك ) أي في قولها قد انقضت عدتي ( إذ هي العالمة به ) أي لأن الأمة هي العالمة بالإنقضاء ، وهو تعليل لكونها أمينة فيقبل قولها انقضت عدتي .

( وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل ) لأن انقطاع الرجعة تعلق بانقضاء العدة ، وهو تعلق بالخروج عن الحيضة الثالثة ، وهو تعلق بشرط حصوله الطهارة ، فإن كان أيام حيضها عشراً تحصل الطهارة بمجرد الانقطاع ، لأن الحيض لا يحتمل الزيادة على العشرة ، فلما حصلت الزيادة انقطعت الرجعة ، وإن لم تغتسل . وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العدة ، وقد روي عن عمر وعلي وعبد الله وآخرين من الصحابة رضي الله عنهم ، ثم اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة .

( وإن انقطع ) أي الحيض ( لأقل من عشرة أيام لم تنقطع ) أي الرجعة ( حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل ) بالرفع ، لأنه صفة الوقت . وفي الينابيع أو يمضي عليها وقت أقرب الصلاة مع القدرة على الإغتسال ( لأن الحيض لا مزيد له على العشرة ) هذا تعليل لانقطاع الدم من الحيضة لعشرة أيام ، اي لأن الحيض لا يزيد على

فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقطعت العدة وانقطعت الرجعة، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم، فلا بد أن يعتضد الانقطـــاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة، بخلاف ما إذا كانت كتابية، لانه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة، فاكتفى بالانقطاع، وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »، وهذا استحسان. وقال محمد « رح » إذا تيممت انقطعت،

---

عشرة أيام، لأن ما زاد على العشرة استحاضة، إلا إذا كان لها عادة تزيد على أيام عادتها، فيجوز أن تنقضي عدتها على العشرة إذا لم ينقطع على العشرة.

( فبمجرد الإنقطـــاع ) أي بمجرد انقطـــاع الحيض لعشرة أيام ( خرجت من الحيض فانقطعت العدة وانقطعت الرجعة ) لأنها تنقضي بخروجها من الحيضة الثالثة وانقطعت الـرجعة لعدم بقاء المحلية ( وفيما دون العشرة ) أي انقطاع الحيض فيما دون العشرة أيام ( يحتمل عود الدم ) لأنه في مدة الحيض ( فلا بد من أن يعتضد الانقطاع ) أي يقوأ ( بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات ) وهو وجوب الصلاة ( بمضي وقت الصلاة ) يعني ان الوقت إذا مضى صارت الصلاة فرضاً في زمنها، وهو من أحكام الطاهرات مع القدرة على الإغتسال، وفيه خلاف زفر.

( بخلاف ما إذا كانت ) اي المرأة ( كتابية ) نصرانية أو يهودية ( لأنـه ) اي لأن الشأن ( لا يتوقع في حقها ) من التوقع عبارة عن انتظار وقوع أمر عن ( أمارة زائدة ) بفتح الهمزة، أي امارة زائدة على انقطاع حقها عند تمام مدة حيضها ( فاكتفى بالإنقطاع ) أي بمجرد الإنقطاع، لأنها لا تتكلف بالاغتسال ولا تجب عليها الصلاة ( وتنقطع الرجعة إذا تيممت وصلت ) يعني إذا انقطع دم المعتدة لأقـــل من عشرة أيام فتيممت وصلت مكتوبة او تطوعاً ( عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وهذا استحسان ) اي قولهما استحسان يعني الانقطاع لا يكون إلا بالتيمم والصلاة أيضاً.

( وقال محمد إذا تيممت انقطعت ) أي بمجرد التيمم تنقطع الرجعة عنده، وبه قال

وهذا قياس ، لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته. ولهما أنه ملوث غير مطهر، وإنما اعتبر طهارة ضرورة لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية ،

---

زفر ( وهذا قياس ) أي قول محمد هو القياس ( لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة ) لأنه يقوم مقام الماء عند عدمه (حتى يثبت) بالرفع لأن حتى هذه ليست الغاية ( به ) أي بالتيمم ( من الأحكام ) نحو دخول المسجد وقراءة القرآن ومس المصحف وجواز اداء الصلاة ( ما يثبت بالإغتسال ) أي الذي يثبت به وهو فاعل يثبت الذي بعد حتى ( فكان ) أى التيمم ( بمنزلته ) اي بمنزلة الإغتسال .

( ولهما ) أى لابي حنيفة وابي يوسف « رح » ( انه ) أى التيمم ( ملوث غير مطهر ) يعني حقيقة لا شرعاً ، وإنما قال ملوث بحسب الغالب ، وإن كان يجوز بالحجر الأملس عند ابي حنيفة والرمل بالاتفاق ولا غبار ثم ولا تلويث ( وإنما اعتبر طهارة ) أى وإنما يعتبر التيمم طهارة وشرعاً ( ضرورة ان لا تتضاعف الواجبات ) اى لأجل ضرورة تضاعف الواجبات لأنه لو لم يعتبر حتى يجد الماء لكان بمضي أوقات صلاة متعددة فيحصل الضرر ( وهذه الضرورة ) أى الضرورة المذكورة ( تتحقق حال أداء الصلاة لا فيا قبلها من الأوقات ) أي لا يتحقق فيا قبل حال اداء الصلاة قد يكون قبلها طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة .

( والاحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية ) هذا جواب عن حرف محمد ، يعني الاحكام التي ذكرها محمد أيضاً ضرورية تثبت اقتضاء، لأن الضرورية إذا تثبت تثبيت بجميع لوازمها، ومن لوازم ثبوت الصلاة عند أدائها انقطاع الحيض ، ومن لوازم انقطاعه مضى العدة ، ومن لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته . وأما الجواب عن جعل أبي حنيفة وأبي يوسف التيمم ، هذا طهارة ضرورية . وفي باب الامة طهارة مطلقة ،

ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما ، وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة ، وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء إن كان عضواً فما فوق لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من عضو انقطعت . قال « رض » وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى ،

---

وجعل محمد بالعكس فقد مضى هناك مستوفى ( ثم قيل تنقطع ) اى الرجعة ( بنفس الشروع ) في الصلاة ( عندهما ) اى عند ابي حنيفة وأبي يوسف .

( وقيل بعد الفراغ ) أي من الصلاة ( ليتقرر حكم جواز الصلاة ) وهو الصحيح ، لأن الحال بعد الشروع فيها كالحال قبله ، ألا ترى انه لو رأى الماء في الصلاة لا يبقى لتيممه أثر بخلاف ما بعد الصلاة ، كذا في المبسوط .

(وإذا اغتسلت) أي إذا اغتسلت المعتدة من الحيضة الثالثة ( ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء ، فإن كان عضواً ) أى فإن كان الذى لم يصبه الماء عضواً ( فما فوقه ) أى فما فوق العضو ( لم تنقطع الرجعة ) استحساناً ( وإن كان أقل من العضو ) قال في المحيط نحو الاصبع ، وكذا بعض الساعد وبعض العضو دون العضو الكامل نحو اليد والرجل ( انقطعت ) اى الرجعة .

( قال « رض » وهذا استحسان ) اى قال المصنف هذا المذكور استحسان . اعلم ان محمداً لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو العضو فما فوقه أو ما هو دونه . وروي عن أبي يوسف في العضو فما فوقه بأن القياس أن تنقطع الرجعة ، وفي الاستحسان ان لا تنقطع ، وعند محمد فيما دونه ، فإن القياس يبقي الرجعة . وفي الاستحسان ان تنقطع ، فعلم أن على كل منهما قياس واستحسان ، فانظر الآن في عبارة المصنف كيف يفهم منها كل ذلك ، وهذا يدل على قوة حذقه ، وغاية إدراكه رحمه الله تعالى .

( والقياس في العضو الكامل ان لا يبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر ) اى اكثر البدن وللاكثر حكم الكل ، فكأنها غسلت جميع البدن ( والقياس فيما دون العضو ان تبقى )

لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ . ووجـه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إلى الجفاف لقلتـه فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا تحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل ، لانـه لا يتسارع إليه الجفوف ولا يغفل عنه عادة فافترقا ، وعن أبي يوسف « رح » ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد « رح » بمنزلة ما دون العضو ، لان في فرضيتهما

---

أى الرجعة ( لان حكم الجنابة والحيض مما لا يتجزأ ) بأن يكون البعض بحكم الجواز والبعض بعدمه .

( ووجه الاستحسان وهوالفرق) بين العضو الكامل وما دونه ( أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ) وفي المحيط حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه ( فقلنا انه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج ) تزوج آخر ( أخذاً بالاحتياط فيها ) أى في انقطاع الرجعة والتزوج ( بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة ، فافترقا ) أى العضو الكامل وما دونه .

( وعن أبي يوسف إن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل ) والواو في قوله – والاستنشاق – بمعنى أو ، كما في قـوله تعالى ﴿ مثنى وثلاث ورباع ﴾ ٣ النساء ، بيان ذلك إذا اغتسلت عن الحيضة الثالث فيما دون العشر لكنها تركت المضمضة أوالاستنشاق، فعن أبي يوسف روايتان في رواية هشام عنه لا تنقطع الرجعة ، أشار بقولـه كترك عضو كامل ، حيث لا تنقطع الرجعة فيه .

وفي رواية أخرى رواها الكرخي تنقطع ، أشار اليها بقوله ( وعنه ) اى وعن ابي يوسف ( وهو ) أى ترك المضمضة والاستنشاق ، ولفظه هو في محل الرفـع على الابتداء ( وهو قول محمد ) جملة معترضة بينه وبين خبره ، وهو قوله ( بمنزلة ما دون العضو ) أى بمنزلة ترك ما دون العضو ، حيث إذا تركه تنقطع الرجعة ( لان في فرضيتها )أى فرضية

اختلافاً ، بخلاف غيره من الاعضاء ، ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة ، لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش،

---

المضمضة والاستنشاق في الغسل ( اختلافاً ) فإن عند مالك والشافعي هما سنتان في الغسل، وفي الوضوء أيضاً ، وعندنا واجبان في الغسل وسنتان في الوضوء ، وعند ابن أبي ليلى وعبد الله بن المبارك وأحمد وإسحاق فرضان فيهما جميعاً ، لكن قال أحمد الاستنشاق آكد من المضمضة فإذا كان فيهما اختلاف في فرضيتهما فالاحتياط في انقطاع الرجعة ( بخلاف غيره من الاعضاء ) فإنه لا خلاف لاحد في فرضيته .

( ومن طلق امرأته وهي حامل ) أي والحال أنها حامل ( أو ولدت منه )أي والحال أنها ولدت منه في نكاحها قبل الطلاق ( وقال لم أجامعها فله الرجعة ) ولا يعتبر قوله لم أجامعها ( لان الحمل متى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه ) لانها إذا كانت حاملا يوم الطلاق وظهر ذلك بأن ولدت لأقل من ستة أشهر فصار النسب ثابتاً منه (لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( الولد للفراش ) روى هذا الحديث عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم عنه أخرجه الائمة الستة من حديث سعيد بن المسيب عنه قال قال رسول الله ﷺ الولد للفراش وللعاهر الحجر . وفي لفظ البخارى الولد لصاحب الفراش .

وعن عائشة رضي الله تعالى عنها اخرجه الستة إلا الترمذى من حديث عروة عنها قالت اختصم سعيد بن أبي وقاص وعبد الله بن رافعة في غلام ... الحديث الولد للفراش. وعن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قام رجل فقال يا رسول الله ... الحديث ، وفيه الولد للفراش وللعاهر الحجر . وعن عثمان رضي الله تعالى عنه أخرجه أبو داود أيضاً فيه طول وفيه الولد للفراش . وعن أبى امامة رضي الله تعالى عنه أخرجه الترمذى عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ان الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ، الولد للفراش وللعاهر الحجر .

وذلك دليل الوطء منه ، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً ، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان ، فلأن تثبت بها الرجعة أولى ، وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق

---

( وذلك ) أي جعل العمل منه ( دليل الوطء منه ، وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً ، وإذا ثبت الوطء تأكد الملك ، والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه ) بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان ، قاله ابن دريد ، وأكثر ما يقع الزعم على الباطل ( بتكذيب الشرع ) إياه وفيه بحث من وجهين ، أحدهما ان النسب يثبت دلالته وقوله – لم أجامعها – صريح ، والصريح يفوق الدلالة . والثاني انه أقر بقوله – لم أجامعها – سقوط حق مستحق له وتكذيب الشرع لم يرده كما لو أقر يعني لإنسان ثم اشتراها ثم استحقت في يده ثم وصلت اليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعاً .

أجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع ، والصريح من العبد ودلالة الشرع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع . وعن الثاني بان لم يتعلق بإقراره ههنا حق الغير والموجب للرجعة هو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم لثبوت المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المسر المستشهد به ، فإن المانع ثمه موجود وهو تعلق حق الغير .

( ألا ترى ) توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ( انه ) اى ان الشأن ( يثبت بهذا الوطيء الاحصان ، فلأن يثبت بها الرجعة اولى ) بيان الاولوية ان الاحصان له مدخل في وجوب العقوبة ، ومع هذا يثبت بهذا الوطء فلا تثبت به الرجعة ثبوت الاحصان كالامة النصرانية .

( وتأويل مسألة الولادة ان تلد قبل الطلاق ) قال الاترازى هذه المسألة من خواص الجامع الصغير ، ولو تبع المصنف لفظ محمد في الجامع الصغير ، وجعله كما هو لا يحتاج إلى

لأنها لو ولدت بعـــده تنقضي العدة بالولادة فـــلا تتصور الرجعة ، فإن خلا بها وأغلق باباً او أرخى ستراً او قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة ، لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه ، والرجعة حقه ولم يصر مكذباً شرعـــاً ، بخلاف المهر المسمى يبتنى على تسليم المبـــدل لا على القبض ، بخلاف الفصل الأول ،

---

التأويل ، وصورته في الجامع الصغير روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تزوج امرأة ثم طلقها ، وهي حامل فقال لها لم أجامعها ، قال له عليها الرجعة ، وكذلك إن كانت ولدت قبل ذلك .

( لأنها لو ولدت بعد الطلاق تنقضي المدة بالولادة فلا تتصور الرجعة ) لفوات المحل ( فإن خلا بها ) أي بالمرأة ( إذا أغلق بابا وأرخى ستراً ) ذكر وأرخى ستراً ، وذكر في كتاب الطلاق أو أرخى بكلمة أو ، وهو الصحيح ، لأن أحد الأمرين من إغلاق الباب وإرخاء الستر كاف في ثبوت الخلوة الصحيحة ( وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة ، لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في نفسه والرجعة حقه ) فيصدق في حقه إذا قال لم أجامعها .

( ولم يصر مكذباً شرعاً ) جواب عما يقال قد صار مكذبـاً شرعاً ، ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول ، وأجاب بقوله — ولم يصر مكذباً شرعاً ( لأن تـأكد المهر المسمى يبتنى على تسلم المبدل ) أي البضع ( لا على القبض ) أي قبض المبدل وهو الوطء يعني إن تأكد المهر بالخلوة الصحيحة لم يدل على كون الرجل واطئاً حكما ، لأن المهر يتأكـد بتسلم البضع ولا يتوقف على الوطء فـلم يلزم ثبوت الوطء بثبوت كال المهر ، وذلك ان المرأة قادرة على تسلم نفسها ، وليست بقادرة على جعل الرجل واطئاً ، فتأكد المهر بالتسلم دفعاً للضرر عنها .

( بخلاف الفصل الأول ) مرتبط بقوله — ولم يصر مكذباً — والفصل الأول هـــو

فان راجعها معناه بعدما خلا بهـــا وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه ثبت النسب منه ، إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة ، فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون مـا بعده ، لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعـدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام ، فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعـــة

---

ثبوت النسب فبظهور الحمل حالة الطلاق او بالدلالة قبل الطلاق صار مكذباً شرعـاً في قوله لم أجامعها حيث جعله الشرع واطئاً حكماً ، لأن الـرجعة تنبيء عن الدخول ، وقد ثبت النسب فتثبت الرجعة ، لأنه لا نسب بلا ماء ، ولا مـــاء بلا دخول فثبتت الرجعة لوجود الدخول ( فإن راجعها ) معناه بعد ما خلا بها ( وقال لم أجامعها ثم جاءت بولـد لأقـل من سنتين بيوم ) أي من يوم الطلاق لا من يوم الرجعة ( صحت تلك الرجعة ) أي الرجعـــة السابقة ( لأنه ثبت النسب منه ) فيثبت الدخول لا محـــالة ، والطلاق بعد الدخول معقب للرجعة .

( إذ هي ) أي لأن المرأة ( لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة ) ولا يكون ذلك إلا بالدخول ( فنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده ، لأن على الإعتبار الثاني ) وهو كونه واطئاً بعد الطلاق ، لأن المذكور الأول هو كونـه واطئاً قبل الطلاق ( تزول الملك بنفس الطلاق ) إلى عـدة ( لعدم الوطء قبله ) أي قبل الطلاق ( فيحرم الوطء ) لأنـه أنكره بعد الخلوة ( والمسلم لا يفعل الحرام ) ولا يرضاه بغيره فيحمل على الدخول قبل الطلاق حملاً لأمر المسلم على الصلاح .

( وإن قال لها ) اي إن قال رجل لامرأته ( إذا ولدت فأنت طالق فولدت ولداً ثم أتت بولد آخر ) لأقـل من سنتين بيوم أو أكثر ( فهي رجعة ) أي الولادة الثانية رجعة

معناه من بطن آخر ، وهو أن يكون بعد ستة أشهر ، وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقـر بانقضاء العدة ، لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ووجبت العدة ، فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة ، لأنهـا لم تقر بانقضاء العدة ، فيصير مراجعاً ، وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طـالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفه ، فالولد الأول طلاق والولـد الثاني رجعة وكذا الثالث ، لأنها إذا جاءت بالولد الأول وقع الطلاق وصارت معتدة ، وبالثاني صار مراجعاً لما بينا أنه

---

( معناه من آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين ما لم تقر بانقضاء العدة) كلمة ان للوصل ، يعني لما كان بين الولدين ستة أشهر لا يتفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في من أقل من سنتين، وبين ان يكون في أكثر من ثبوت الرجعة ( لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه ) أي من الزوج حال كونه ( في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعاً ) لأن العلوق الحادث بعد الطلاق في العدة معقب للرجعة .

فإن قيل ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقاً رجعياً لو ولدت لأقـل من سنتين بيوم لا تكون رجعة ، وفي الأكثر من سنتين تكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني . قلنا قد سقط هـذا الإحتمال هنا لأنها إذا كان من بطنين كان الثاني من علوق حـادث ضرورة ، ولا يصار مع الولد الأول من بطن واحـد والإتحاد لا يثبت بالشك .

( وإن قال كلما ولدت فـأنت طالق فولدت ثلاثـة أولاد في بطون مختلفة ) المراد من البطون المختلفة أن يكون بين الولدين ستة أشهر فصاعداً ( فالولد الثاني رجعة ، وكذلك الثالث لأنهـا إذا جـاءت بالولـد الأول وقـع الطلاق وصارت معتدة ) لأن العدة تعقب الطلاق ( وبالثاني ) أي وبالولد الثاني ( صار مراجعاً لما بينا ، قيل انـه

يجعل العلوق بوطء حادث في العـــدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني ، لأن اليمـين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالإقراء لأنها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق.

والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لأنها

---

يجعل العلوق من وطء حادث في العدة ، ويقع الطلاق الثاني بولادة الولـــد الثاني ، لأن اليمين معقودة بكلمة كلما) وهي تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط) ووجبت العدة، وبالولد الثالث صار مراجعاً لما ذكرنا) إشارة إلى قوله – لأنه وقـع الطلاق عليها بالولد الأول ... إلى آخره – ( وتقع الطلقة الثالثة بولادة الولد الثالث ، ووجبت العـــدة بالاقراء ) أي بالحيض .

( لأنها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق ) وذوات الحيض عدتها بـالحيض ، ولو ولدت ثلاثـــة أولاد في بطن واحد يقع عليها طلقتان لا غير ، وتنقضي العدة بوضع الولد الثالث ، لان شرط الطلاقين وجد في الملك موقوفاً ، بخلاف الطلاق الثالث ، فإن شرطه وجد في غير الملك لعدم الرجعة ، قيل ذلك لانهم ولـــدوا في بطن واحد فلم يقع لوقوعه في غير الملك وانقضت العدة بالولد الثالث ، لانها وضعت جميع مـــا في بطنها الآن ، ولو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الاول واحدة ، وتنقضي العدة بالولد الثاني ، ولا يقع به الطلاق ، لانها حينئذ ليست بمنكوحة ولا معتدة .

( والمطلقة الرجعية تتشوف ) لفظ محمد في الاصل والمعتدة من الطلاق الرجعيـــة تتشوف لزوجها ( وتتزين ) وقال ابن دريد شفت الشيء أشوفه شوفاً إذا جلوتـــه ، ومنه قوله تتشوف المرأة إذا تزينت ، وفي ديوان الأدب رأيت النساء يتشوفن ، اي ينظرن ، أي يتطاولن ، وقيل التشوف التزين ، لكنه خاص بالوجه والتزين عام يستعمل في الوجه وغيره . قلت إذا كان التشوف والتزيـــن بمعنى واحد يكون قـــوله – ويتزين – عطف تفسيري ، وإذا كان التزين عاماً يكون عطف العام على الخاص ( لأنها ) أي لأن المـــرأة

حلال للزوج ، إذ النكاح قائم بينهما ، ثم الرجعة مستحبة ، والتزين حامـــل عليها ، فيكون مشروعاً ، ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه ، معناه إذا لم تكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون مجردة ، فيقع بصره على موضع يصير به مراجعـــاً ثم يطلقها

---

( حلال له ) اي للزوج ( إذ النكاح قائم بينهما ) اي لأن النكاح قائم بين الزوجين حتى يجري التوارث بينهما ، وكذا جميع أحكام النكاح ، ويدخل في قولـــه كل امرأة لي طـــالق .

( ثم الرجعة مستحبة ) لما جاء في حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ، قال لعمر مر ابنك فليراجعها متفق عليه ، وروى أبو داود عن عمر رضي الله تعالى عنه ان النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها وجاء فيه أحاديث أخرى تدل كلهـــا على مشروعية الرجعة واستحبابها (والتزين حامل عليها ) أي على الرجعة ، لان نظره اليها ليس بمحرم ، فربما إذا نظر إلى زينتها رغب فيها وراجعها ( فيكون مشروعاً ) أي إذا كان الأمر كذلك ، فيكون التزين مشروعاً بخلاف المعتدة من طلاق بائن ، حيث لا تتشوف له لحرمة النظر إليها وعدم مشروعية الرجعة .

( ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها ) أي على التي طلقها زوجها ( حتى يؤذنها ) أي يعلمها بالتخلخ[1] ونحوه ( أو يسمعها خفق نعليه ) أي صوتهما حين يدخل من الباب ، وهو من خفق التراب خفقاً إذا اضطرب وهو لفظ مشترك ، يقـــال خفق النجم يخفق خفوقاً إذا ضاء وطلع ، ومن خفق النجم والقمر إذا انحطا وغربا ، وخفق القلب خفقاناً وخفق الـرجل خفقة إذا نعس ثم انتبه ( معناه ) أي معنى كلام القدوري ( إذا لم يكن من قصده المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على مـوضع يصير به مراجعاً ) وهو الفرج ، لانه إذا وقع نظره على فرجها يكون مراجعاً ( ثم يطلقها ) بأن لم يكن من

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل وربما هي التنحنح .

فتطول عليها العدة ، وليس له أن يسافر بها يشهد على رجعتها .
وقال زفر « رح » له ذلك لقيام النكاح ، ولهذا له أن يغشاها عندنا .
ولنا قوله تعالى ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ﴾... الآية ١ الطلاق .
ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة ، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ،

---

قصده أن يراجعها ( فتطول العدة عليها ) فيحصل عليها الاذى بذلك ، لان فيه استئناف العدة . وقال محمد في المبسوط أكره ان يراها متجردة إذا كان لا يريد رجعتها وإن رآها لم يكن عليه شيء ، لان ما فوق الرؤية وهو الوطء حلال ، فالرؤية أولى .

( وليس له أن يسافر بها ) أي بالمطلقة الرجعية ( حتى يشهد على رجعتها ، وقال زفر له ذلك ) أي للزوج أن يسافر بها ( لقيام النكاح ) ما لم تنقض العدة ( ولهذا )أي ولاجل قيام النكاح ( له أن يغشاها عندنا ) أي له أن يجامعها .

( ولنا قوله تعالى ﴿ لا تخرجوهن من بيوتهن ... ﴾ الآية ١ الطلاق ) وجه الاستدلال ان الآية نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن أئمة التفسير ، أي لا تخرجوهن حتى تنقضي عدتهن من بيوتهن من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة ، وهي بيوت الأزواج ، وأضيفت اليهن لاختصاصها بها من حيث السكنى ، فدلت ان إخراجهن للازواج لا يحل ، وكذا خروجهن بأنفسهن قبل انقضاء العدة فاحشة في نفسها .

( ولأن تراخي عمل المبطل ) هذا دليل على جواز عدم المسافرة بها قبل الرجعة ، بيانه أن تراخي عمل المبطل الذي هو الطلاق ( لحاجته ) أي لحاجة الزوج (إلى المراجعة) إذ الطلاق يعني أن الطلاق معطل لملك النكاح ، فكان ينبغي أن يبطل النكاح زمان وجود الطلاق لأن حكمه تأخر إلى وجود الشرط وهو انقضاء العدة لحاجة الزوج إلى الرجعة .

( فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة له ) إلى الرجعة ( فتبين أن المبطل للنكاح عمل عمله من وقت وجوده ) أي وجود المبطل ، فمنع لذلك كالبيع الذي

ولهذا تحتسب الإقراء من العـــدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج ، وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الإستحباب على ما قدمناه ، والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشافعي « رح » يحرمه ،

---

فيه الخيار ، وتأخر عمل البيع في اللزوم ، ثم بالإجازة يعمل من وقت البيع ، ولهـــذا يملك الزوائد الحاصلة في مدة الخيار ( ولهذا ) أي ولأجل ان عمل المبطل من وقت وجود المبطل ( يحتسب الأقراء من العدة ) أي الأقراء المـــاضية قبل انقضاء العدة تحتسب من العدة ، فلو كان عمل المبطل مقتصراً على انقضاء العدة لا تحتسب الاقراء الماضية من العدة، كما لا تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق ، فـإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة ، لأنه شرط وقوع الطلاق ، فإذا كان كذلك ( فلم يملك الزوج الإخراج ) أي إخراجها إلى السفر ، لأنه عمل المبطل لما لم يكن مقتصراً على الإنقضاء كانت المرأة كالمبتوتة ، فلا يملك إخراجها كالمبتوتة تحقيقاً .

( إلا أن يشهد ) الزوج ( على رجعتهـا فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج ) فلم يكره السفر . فإن قيل السفر بها دلالة الرجعة فتثبت الرجعة أشهد أو لم يشهد . أجيب بـــأن كلامنا في رجل ينادي صريحاً بأنه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع وجود الصريح ، ثم كم الديباح [1] إخراجهن وخروجهن إلى السفر لا يباح أيضاً إلى مـــا دون السفر لإطلاق النص المحرم .

( وقوله ) أي قول محمد في الجامع الصغير ( حتى يشهد على رجعتها معناه الإستحباب) يعني لا يريد به ان الاشهاد على الرجعة واجب ، بل الاشهاد مستحب عندنا ( على مـــا قدمناه ) يعني في أوائل الباب عند قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين ، وإن لم يشهد صحت الرجعة .

( والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشافعي يحرمه ) وبه قال أحمد في رواية ،

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما هي ـ كما لا يباح ـ .

لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع ، وهو الطلاق . ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها ، لأن حق المراجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم ، وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة النكاح لا إنشاء، إذ الدليل ينافيه ، والقاطع أخر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم .

---

وقال الثوري والأظهر انه ليس بشرط على الأظهر ( لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ) قال أبو نصر قال الشافعي فإن وطئها قبل الرجعة فعليه المهر ( ولنا أنها ) أي الزوجية ( قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها ، لأن حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم ) واليه أشار الله تعالى بقوله ﴿ لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً ﴾ ١ الطلاق ، قال الزمخشري الأمر الذي يحدثه الله تعالى أن يقلب قلبه من بغضها إلى محبتها ، ومن الرغبة عنها إلى الرغبة فيها ، ومن عزيمة الطلاق إلى الندم عليه فيراجعها ، والمعنى فطلقوهن بعدته واحصوا العدة لعلكم ترغبون وتندمون فتراجعون .

( وهذا المعنى ) أي ثبوته نظراً للزوج ( يوجب استبداده ) أي استقلاله ( وتفرده به ) أي بحق الرجعة ( وذلك ) أي تفرد الزوج بحق الرجعة ( يؤذن ) أي يعلم (بكونه) أي بكون حق الرجعة ( استدامة النكاح ) أي طلب دوامه كما كان ( لا إنشاء ) أي ليس بانشاء نكاح جديد ( إذ الدليل ينافيه ) أي لان الدليل الدال على استبداده ينافي الإنشاء، إذ لو كان الرجعة إنشاء لم ينفرد الزوج بالرجعة بلا رضى المرأة أو رضى وليها .

( والقاطع أخر عمله إلى مدة ) جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زائلة لوجود القاطع ، تقريره أن وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية بأن أخر عمله إلى انقضاء العدة ( إجماعاً ) بدليل ان الرجعة بالقول تصح بلا رضى المرأة عند الشافعي أيضاً ( ونظراً له) أي وأن القاطع أخر عمله إلى انقضاء العدة ( على ما تقدم ) بيانه وهو قوله تثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم .

## فصل فيا تحل به المطلقة

وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها ، لان حل المحلية باق ، لان زواله معلق بالطلقة الثالثة ، فينعدم قبله، ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه،

---

### (فصل فيما تحل به المطلقة )

هذا فصل في بيان ما تحل به المطلقة المرأة . ولما فرغ من بيان ما يتدارك بـه الطلاق الرجعي ، شرع في بيان ما يتدارك بـه غيره من الطلقات ، ففي الحرة فيا دون الثلاث التدارك نكاح جديد . وفي الثلاث بإصابة الزوج الآخر بعد نكاحه ، وكذا التدارك في الأمة في الشين بإصابة الزوج الآخر .

( وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث ) بأن كانت واحدة بائنة أو ثنتين ( فله ) أى للزوج ( أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها ، لأن حل المحلية بـاق ) أى لان حل المحل باق ، لان محل النكاح انثى من بنات آدم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير ( لان زواله ) أى زوال المحل ( متعلق بـالطلقة الثالثة ) وإذا وجدت الطلقة الثالثة ( فينعدم قبلها ) لقوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، أى فإن طلق الثالثة ( ومنع الغير في العدة ) أى غير الزوج عن النكاح في العدة ( لاشتباه النسب ) أى لاجل اشتباه النسب صيانة ( ولا اشتباه في إطلاقه ) أى لا اشتباه ينسب في إطلاق الشارع الزوج في نكاح معتدته ، هكذا فسره الاترازى والاحسن أن يقال ولا اشتباه في إطلاقه ، أى في تجويز نكاح معتدته إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه ، وذلك إنما يكون في معتدة الغير .

قال الاكمل واعترض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة المياه قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فإنه لاشتباه في هذه المواضع ، ولا يجوز التزوج في هذه المواضع في العدة . وأجيب بأن ذلك بيان الحكة والحكم يرى في الجنس لا في كل فرد لبيان العدة لوجود التخلف فيا ذكر من المواضع ، انتهى . قلت أخذ هذا من كلام انسفناقي ملخصاً.

وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة وثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها ، والاصل فيه قوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة والمراد الطلقة الثالثة . والثنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة ، لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ، ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً ،

---

( وان كان الطلاق ثلاثاً في الحرة وثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ، ويدخل بها ) أى الطلقة الثالثة لا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجاً غيره ، وأطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره والمجنون وغيره ، إذا كان يجامع مثله ، وبذلك صرح في شرح الطحاوى ويذكر عن قريب ما فيه من المذهب والأقوال ، وإنما قيد بالنكاح الصحيح ، لان الزوج الثاني إذا تزوجها نكاحاً فاسداً لا تحل للأول ، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل ، لانه عز وجل قال ﴿ زوجاً غيره ﴾ والزوج المطلق هو الذى صح نكاحه .

( والأصل فيه ) اى الاصل في هذه المسألة ( قوله تعالى ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ) أى وإن طلقها الطلقة الثالثة بعد التطليقتين المذكورتين في قوله تعالى ﴿ الطلاق مرتان ﴾ أى مرة بعد أخرى ( والمراد الطلقة الثالثة ) كما ذكرناهذا في حق الحرة.

( والثنتان ) أى الطلقتان ( في الامة كالثلاث ) أى كالطلقات الثلاث ( فيحق الحرة ، لان الرق منصف لحل المحلية ) إضافة التنصيف إلى الرق مجاز لمعنى أن الرقية سبب لتنصيف حل المحلية ، لكونه نعمة ، والطلقة الواحدة لا تتجزأ فكملت وقد مر بيانه قبيل باب الطلاق في فصل المحرمات أيضاً ( على ما عرف ) أى في الاصول ( ثم الغاية ) أى الغاية بكلمة حتى في قوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ ( نكاح الزوج مطلقاً ) يعني

والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح ، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص ، وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملاً للكلام على الإفادة ،إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور ، وهو قوله عليه السلام لا تحل للأول ، وحتى تذوق عسيلة الآخر

---

ذكر من غير قيد نصفه ( والزوجية المطلقة ) أى الكاملة ( إنما تثبت بنكاح صحيح ) لان الوطء يحرم في الفاسد ، ويجب التفريق .

( وشرط الدخول ) هذا جواب عما يقال المشروط في قوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، مطلق النكاح ، فمن أين شرط الدخول ، فأجاب بقوله وشرط الدخول ( يثبت بإشارة النص ، وهو أن يحمل النكاح ) في قوله ﴿ حتى تنكح زوجاغيره﴾ ( علىالوطء حملا الكلامعلى الإفادة دون الإعادة ) يعني لو حملنا النكاح على العقد في الآية يلزم ذكر العقد مرتين ( إذ العقد استفيد بإطلاق إسم الزوج ) في قوله تعالى ﴿ زوجاً غيره ﴾ وأيضاً في حمل النكاح على العقد يكون ذلك تأكيداً ،والتأسيس أولى من التأكيد .

فإن قيل يلزم أن تكون المرأة واطئة على هذا التقدير ، والمرأة موطوءة وليست بواطئة . أجيب بجواز إضافة الوطء اليها ، ولهذا تسمى زانية ،والزنا هو الوطء الحرام ، إلا أنه لا يشتهر استعماله . والحاصل ان المصنف استدل ها هنا في شرط الدخول بوجهين أحدهما بإشارة نص الكتاب على ما قررناه .

والآخر بقوله ( أو يزاد على النص ) أى على قوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره﴾ ( بالحديث المشهور ) وقد عرف جواز الزيادة على النص بالحديث المشهور كما عرف في الأصول ( وهو ) أي الحديث المشهور هو ( قوله ) أي قوله ﷺ ( لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة الآخر ) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، قالت سئل رسول الله ﷺ عن رجل طلق زوجته فتزوجت زوجاً غيره

فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أتحل لزوجها الأول ، قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول .

( روي بروايات ) أي روي هذا بروايات مختلفة ، فروى الجماعة إلا أبا داود عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي ﷺ فقالت إني كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير ، وان ما معه إلا مثل هدبة الثوب ، فتبسم عليه السلام وقال أتريدين ان ترجعي إلى رفاعة ، فقالت نعم ، قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك .

وفي لفظ الصحيحين أنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات ... الحديث ، وفي لفظ البخاري كذبت يا رسول الله إني لانفضها نفض الأديم ، ولكنها ناشرة تريد أن ترجع إلى رفاعة ، فقال عليه السلام فإن كان كذلك فلم تحلين له حتى يذوق من عسيلتك ... الحديث ، وروى مالك في موطئه عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير ابن عبدالرحمن بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها ، فأراد رفاعة أن ينكحها فنهاه رسول الله ﷺ وقال لا يحل له حتى يذوق العسيلة .

وروى الطبراني في معجمه الأوسط من حديث هشام بن عروة عن أبيه قالت كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها وتزوجها رفاعة رجل من قريظة ثم فارقها فأرادت أن ترجع إلى عبد الرحمن بن الزبير فقالت والله يا رسول الله ما هو منه إلا هدبة ثوبي ، قال والله يا تميمة لا ترجعين الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك رجل غيره ، وهذا المتن عكس متن الصحيح .

وروى أبو موسى محمد الحافظ بن أبي بكر المديني في كتاب الأماني بإسناده إلى مقاتل ابن حيان قال قوله عز وجل ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، نزلت في عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضري كانت تحت رفاعة بن عتيك وهو ابن عمها فطلقها طلاقاً بائناً ، فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها ، فأتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجي عبد الرحمن طلقني قبل أن

يمسني فأرجع إلى ابن عمي زوجي الأول ، فقال النبي ﷺ لا حتى يكون مس ، فلبثت ما شاء الله ان لبثت ثم رجعت إلى النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن زوجي الذي كان تزوجني بعد زوجي الأول كان قد مسني ، فقال النبي ﷺ كذبت بقولك الأول ، فلن أصدقك في الآخر ، فلبثت ثم قبض النبي ﷺ فأتت أبا بكر رضي الله تعالى عنه فقالت يا خليفة رسول الله ﷺ ارجع إلى زوجي الأول قد مسني ، فقال أبو بكر رضي الله عنه قد عهدت رسول الله ﷺ حين قال لك وسمعته حين أتيته وعلمت ما قال لك ، فلا ترجعي إليه ، فلما قبض أبو بكر رضي الله تعالى عنه أتت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقال لها لئن اتيتني بعد مرتك هذه لأرجمنك .

واختلف في رفاعة ، قيل انه رفاعة بن شموال ، وقيل رفاعة بن وهب ، وفرق بينهما أبو جعفر بن أحمد بن عثمان بن أحمد المروزي المعروف بابن شاهين ، والظاهر أنها واحدة. وكذا اختلف في اسم المرأة ، فقيل اسمها ابهيمة التميمة والرميصاء والغميصاء .

( ولا خلاف فيه ) أي في شرط الدخول ( لأحد سوى سعيد بن المسيب ) بن حزن بن أبي وهب بن عمرو بن عايد بن عمران بن مخزوم القرشي المخزومي أبي محمد المديني سيد التابعين ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه مات سنة أربع وتسعين في خلافة الوليد بن عبد الرحمن وهو ابن خمس وسبعين سنة ، روى عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وأبو سعيد الخدري وأبو موسى الأشعري وأبو هريرة وكان زوج ابنته وأعلم الناس بحديثه وعائشة وأم سلمة وخولة بنت حكيم وفاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وروى عن أبيه المسيب بن حزن وله صحبة .

وقال أبو حاتم ليس في التابعين أمثل من سعيد بن المسيب وهو اثبتهم في أبي هريرة رضي الله تعالى عنه وقول صاحب الهداية ، ولا خلاف فيه سوى سعيد بن المسيب ليس على إطلاقه ، لأنه تبعه في هذا بشر المريسي وداود الظاهرى والشيعة والخوارج ، ولكن لا يلتفت إلى هذا .

وقوله غــير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفـذ ، والشرط الإيلاج دون الإنزال لانـه كمال ومبالغة فيــه والكمال فيـه رائه[1] ، والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجـود الدخول في نكاح صحيح ، وهو شرط بالنـص ، ومالك « رح » يخالفنا فيـه،

---

قال المصنف ( وقوله غير معتبر ) لأنه خلاف الاجماع ، وقال ابن المنذر لا نعلم أحداً قال من أهل العـلم بقوله إلا الخوارج ولا أسوغ لأحد المصير إليه . وقـــال أبو بكر الرازي لا أعلم أحداً قال بقوله ، وقوله غير معتبر حتى لا يجوز لأحد أن يأخذ بقولـــه لمخالفة الحديث المشهور . ولو أفتى مفت بقوله فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين ذكره في الخلاصة ( حتى لو قضى القاضي به ) أي بقول سعيد بن المسيب في هـذا ( لا ينفذ) ويرد عليه ويبطل . وذكر قاضي خان لا ينفذ قضاؤه. وفي القنية فقيه بمذهبه يعزر ، قال المتكلم والقاضي بديع يحتال في التطليقات ويأخذ الرشى ويزوجها للأول بدون دخول الثاني هل يصح النكاح ، قال وما جزاء من يفعل ذلك ، قالوا يسود وجهه ويعزر . وفي فتاوى النضر بن سعيد رجع عن مذهبه هذا ، وقال لعله لم يبلغه الحديث المشهور .

( والشرط ) أي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الأول ( الإيلاج ) أي الإدخـــال (دون الإنزال) يعني إنزال المني ( لأنه كمال ) أي لأن الإنزال كمال في الإيلاج ( ومبالغة فيه ) أي في الإيـــلاج ( والكمال قيد ) يعني قيد النص المطلق ، فلا يجوز ولا يثبت إلا بدليل ، ولا دليل عليه ، والدليل يدل على عدمه ، لأنه ذكر العسيلة وهو تصغير العسلة وهي كناية عن إصابة حلاوة الجماع ، وهي تحصل بالإيلاج ، فكان التصغير وإلا على عدم الشبع بالإنزال فاللذة بالجماع قبل الانزال ، وبالإنزال تزول اللذة وتفتر الرغبة فلا يشترط الانزال وشذ الحسن البصري رحمه الله تعالى ، واشترط الانزال بظاهر الحديث .

( والصبي المراهق في التحليل كالبالغ ) وبه قال عطاء والشافعي وابن المنذر ( لوجود لدخول في نـكاح صحيح وهـــو ) أي النكاح الصحيح ( هـــو شرط بالنص ) لأن الشرع علق حلها للزوج الأول بنكاح زوج آخر ، ووطئه وحصل ذلك ( ومـــالك يخالفنا فيه )

---

(١) هكذا في المتن ، وليس هو كما ورد في الشرح ، اهـ مصححه .

والحجة عليه ما بيناه . وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع امرأة وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الاول ، ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي ، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين ، وهو سبب لنزول مائها ، والحاجة إلى الإيجاب في حقها

---

أي في المراهق ، فإن عنده إنزاله شرط ولم يوجد ، وبه قال حماد والحسن البصري كما ذكرنا ( والحجة عليه ) أي على مالك ( ما بيناه ) وهو قوله أن الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه . وقال الاترازي والحجة عليه قوله تعالى ﴿ حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، والمراهق يسمى زوجاً إذا وجد شرط النكاح . وقال الكاكي والحجة عليه ما بيناه وهو الحديث المذكور ، وما ذكرناه هو الأنسب .

( وفسره ) أي فسر محمد المراهق ( في الجامع الصغير ، وقال غلام لم يبلغ ، ومثله يجامع امرأة وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول ) ، وهذا كله تفسير محمد في المراهق ، وفي الجامع قال محمد أودع صبياً يعقل ابن اثنتي عشرة سنة . قلت هذا ليدل على أن المراهق ينبغي أن يكون ابن اثنتي عشرة ، وكذا قال القاضي من الحنابلة .

( ومعنى هذا الكلام ) أي الكلام الذي نقله عن محمد في المراهق ( أن تتحرك آلته ويشتهي ) أي الشرط آلة المراهق ويشتهي الجماع ، وإنما شرط ذلك لأنه عليه السلام شرط الذوق من الطرفين ( وإنما وجب الغسل عليها ) هذا جواب عما يقال إذا لم يكن الانزال شرطاً فلم يجب الغسل على المرأة ، فأجاب بقوله — إنما وجب الغسل عليها — أي على المرأة ( لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها ) فأقيم السبب الظاهر مقام المسبب الباطن وهو الانزال ، فيجب الغسل .

فإن قيل لا نسلم انه سبب ظاهر ، وإنما يكون كذلك إذا كان الشخص بالغاً ، وكلامنا في غير البالغ . وأجيب بأن كلامنا فيما إذا كان الصبي تتحرك آلته ويشتهي الجماع لا فيما دون ذلك .

( والحاجة إلى الإيجاب في حقها ) أي الحاجة إلى إيجاب الغسل في حق المرأة ، لأن أمر

أما لا غسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقاً . قال ووطء المولى أمتـــه لا يحلها ،

---

الغسل يبنى على الاحتياط وجماع مثله سبب ظاهر لانزال مائها فيجب الغسل عليها .

( اما لا غسل على الصبي ) لعدم الخطاب ( وإن كان ) واصل بما قبله ، أي وإن كان الصبي ( يؤمر به ) أي بالغسل ( تخلقاً ) أي من حيث التخلق ليتعود به ويصير له نتيجة قبل بلوغه حتى لا يشق عليه عند بلوغه فروعــه . وفي الجواهــر للمالكيه لا يحل وطء صبي وإن كان يقوى على الجماع ، وهو قول أبي عبيد ، ويروى عن الحسن . وفي البسيط وأجمعوا على انه يحصل بوطء الصبي ويحصل باستدخال المرأة ذكر زوجها وهو نائم ،ولا يشترط الانتشار . وفي المحيط وطء الصبي والمجنون يحلها ، ووطء المجبوب لا يحلهـا إلا إذا حبلت .

وفي المبسوط في رواية أبي حفص إن كان المجبوب لا ينزل لا يحلها ولا يثبت نسب الولد منه ، لأنه إذا جف ماءه صار كالصبي أو دونه . وقيل هذا إذا جب ذكـره في الأصل ، ولو بقي بقدر الحشفة يولج في فرجها تحل . وذكر الاسبيجابي انه لو كان خصياً يجامع مثله حلت .

وفي المفيد وكذا المسلول ، وفي المدونة إن علمته بأنه خصي فوطئهـا حلت للأول وثبت إحصانها وإن لم تعلم لا يحلها ولا يثبت إحصانها ، وإن تزوجت شيخاً فلم تنتشر آلته فأدخلت في فرجها بإصبعها ان انتعش عمل حلت وإلا فلا . ولو لف آلته بخرقة وهي لا تمنع من وجود حرارة فرجها إلى ذكره يحل ، ذكره المرغيناني ولو كانت المرأة مفضاة وحبلت من الثاني حلت للأول لوقوع الوقاع في قبلها . ووطء النائمـة والمغمي عليها يحل عندنا . وفي أحد قولي الشافعي ، ذكره الثوري . والوطء في الدبر لا يحل ، ولو ادعت وصول المحلل صدقت ، ووطء الذمي الذمية يحلها للأول عندنا والشافعي وأحمد ، وبه قال الحسن والزهري والثوري وأبو عبيد . وقال مالك وربيعة لا يحلها ، ولو خلا بها الزوج الثاني أو مات عنها لا يحل .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( ووطء المولى أمته لا يحلها ) بأن طلق رجل

لان الغاية نكاح الزوج ، وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليـــه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

---

امرأته ثنتين وهي أمة للغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للأول ( لأن الغاية نكاح الزوج) أي لأن غاية الحرمة نكاح الزوج، لقوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ ٢٣٠ البقرة ، لم يوجد ، لأن المولى لا يسمى زوجاً . وقال في شرح الأقطع روي عن عثمان رضي الله تعالى عنه سئل عنه عن ذلك ، وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما فرخص ذلك عثمان وزيد ، وقالا هو زوج ، فقال علي رضي الله تعالى عنه مغضباً كارهاً لما قالا ، وقال ليس بزوج .

( وإذا تزوجها بشرط التحليل ) بأن قال تزوجتك على ان أحللك أو قالت هي ذلك ( فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لعن الله المحلل والمحلل له ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أخرج حديثه الترمذي والنسائي من غير وجه عن سفيان الثوري عن ابى قيس واسمه عبد الرحمن بن أثروان الاودي عن هزيل بن شرحبيل الأودي عن عبد الله ابن مسعود قال لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له ، قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وعن علي رضى الله تعال عنه أخرج حديثه أبو داود والترمذي وابن ماجة الحارث عن علي رضى الله تعالى عنه قال لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له . وفى لفظ أبي داود فيه شك ، فقال أراه رفعه إلى النبى ﷺ ، وهو معلول بالحارث . قلت الحارث هو ابن عبد الله الأعور الحارفى الكوفى أبو ذرعة لا يحتج بحديثه ، وقال ابن المديني الحارث كذاب. وعن جابر بن عبد الله رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه الترمذى عن مجالة عن الشعبي عن جابر نحوه سواء . وعن عقبة بن عامر رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابن ماجـــة عن الليث بن سعد قال أبو مصعب مشرح بن هاعان قال عقبة بن عامر قال رسول الله ﷺ إلا أكبركم با حيش [1] المستمار ، قالوا بلى يا رسول الله يقال هو المحلل ، لعن الله المحلل

---

(١) هكذا الجملة فى الأصل .

والمحلل له ، قال عبد الحق فى أحكامه إسناده حسن . وقال الترمذى فى علله الكبرى الليث بن سعد ما أراه سمع من شرح بن هاعان شيئاً ، ولا روى عنه وعن ابي هريرة رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه احمد والبزاز وابو يعلى الموصلي واسحاق بن راهوية فى مشاهدهم من حديث المقبرى عن ابى هريرة نحوه .

وعن ابى عباس رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابن ماجة عن عكرمة نحوه سواء ، ( وهذا هو محله) يعنى الحديث هو الكراهية ، وقد استدل المصنف بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل وظاهره يقتضى التحريم ، وهو مذهب احمد ، ولكن يقال لما سمـــاه محللا دل على صحة النكاح ، لان المحلل هو المثبت للحل ، فلو كان فاسداً لما سماه محللا .

فإن قلت لم لعن مع حصول التحليل . قلت لأن التماس ذلك هتك للمروءة وإعارة التميس في الوطء لعرض الغير رذيلة ، فإنه إنما يطأها ليعرضها لوطء الغير ، وهو قلة حمية ، ولهذا قال عليه السلام هو التميس المستعار ، وإنمـــا يكون مستعاراً إذا سبق التماس من المطلق . وقال السروجي واختلف العلماء في معناه ، فقيل أراد به طالب الحل من نكاح المتعة والموقت ، وسماه محللا ، وإن كان لم يحلل لأنه يمتقد ويطلب الحل منه ، وأما طالب الحل من طريقة لا يستوجب اللعن . وقيل هـــو التزوج بلفظ الاحلال والتحليل . وفي الاسبيجابي لو تزوجها بنية التحليل من غير شرط حلت لـــلأول ، ولا يكره ، والنية ليست بشيء .

وقال بعض مشايخنا لو تزوجها ليحللها للأول ، فهو مثاب مأجور في ذلك ، حكاه المرغيناني وغيره ، لكن يرد عليهم أن المعروف كالمشروط ، ولا خلاف في كراهية المشروط . وفي الجواهر المعتبر نية المحلل دون المرأة والزوج الأول ، فيصير كاشتراطه في العقد ، فيفسد العقد ، ولو نكح بشرط الطلاق فسد العقد ، ولم تحل ، ويفسد بشرط عدم الوطء ، فإذا فسد فرق قبل البناء وبعده بطلقة بائنة ، ولها المسمى في الأظهر في البسيط ، وإن شرط

فإن طلقها بعدما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط . وعن أبي يوسف « رح » انه يفسد النكاح ، لأنه في معنى المؤقت فيه ، ولا يحلها للأول لفساده وعن محمد « رح » انه يصح النكاح لما بينا ، ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث ،

---

فيه طلاق قيل يبطل العقد كالمؤقت . ومنهم من قال يلغو الشرط ، ولا خلاف في انه لو قال زوجتك بشرط أن لا تزوج عليها أو لا تتسرى أو لا تسافر بها ، فالنكاح لا يفسد بذلك كله . ولو قال بشرط أن لا تطأها اختلفوا فيه وذكر التمرتاشي لو خافت ان لا يطلقها الثاني فتقول زوجت في نفسي منك على ان أمري بيدي اطلق نفسي كلما أريد ، ويقول تزوجت او قبلت جاز النكاح ، وصار الأمر في يدها .

( فإن طلقها ) اي فإن طلقها محلل المرأة ( بعدما وطئها حلت للأول ) اي حلت المرأة للزوج الأول ( لوجود الدخول في نكاح صحيح ، إذ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ) وبه قال الحكم وعطاء وزفر .

( وعن أبي يوسف انه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت فيه ، ولا يحلها للأول لفساده ) وهو قول ابراهيم النخعي والحسن البصري وبكر بن عبد الله المزني وقتادة . وقال ابن المنذر روينا عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه قال لا أوتي بمحلل ولا محللة إلا رجمتها ، وقال ابن عمر لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة . وعن عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه انه قال ذلك السفاح ، وممن قال ولا يصح في ذلك إلا نكاح رغبة لا رهبة عند مالك والليث وابن حنبل واسحاق وأبو عبيد .

(وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا) أراد به قوله إذ النكاح لا يبطل بالشرط (ولا يحلها على الأول) أي لا يحل المحلل المرأة على الزوج الأول (لأنه استعجل ما أخره الشرع) وذلك لأن النكاح عقد عمر وشرط الطلاق خلافه ( فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث ) كما إذا قتل

وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث ، وهـــذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا يهدم ما دون الثلاث ، لأنه غاية للحرمة بالنص

---

شخص مورثه ، فإنه يحرم الميراث ، لأنه استعجل ما أخره الشرع ، وذكر الترندويشي في الروضة أنها لو قالت أنا أزوجك نفسي لتجامعني ثم طلقني لأكون حلاً لزوجي الأول. قال أبو حنيفة رحمه الله النكاح جـــائز والشرط جائز ، فإن امتنع من تطليقها أجبره الحاكم على ذلك ، وتحلل للأول . وفي المرغيناني فالشرط يكره للأول والثاني مع جوازهما عند أبي حنيفة وزفر ، وعند أبي يوسف النكاح باطل ولا تحـل للأول ، وعند محمد تحل الثاني ، ولا تحل للأول . وفي المفيد والمزيد قـول محمد النكاح صحيح ، ولا تحل للأول لا يظهر له وجه .

( وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخـــر ، ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين ) والمراد بقوله يهدم الزوج إلى آخره ان المرأة بعده تصير بحالة لا تحرم حرمة غليظة ( كما يهدم الثلاث ) أي كما يهدم الزوج الثاني ثلاث طلقات جميعاً أو فرادى ( وهذا عند أبي يوسف وأبي حنيفة ) وهـــو قول ابن عباس وابن عمر وابراهيم النخعي وعطاء وشريح وميمون بن مهران .

( وقال محمد لا يهدم ما دون الثلاث ) يعني أنها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة لما بقى من الطلقات الثلاث ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وزفر وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضى الله تعالى عنه ، والمسألة مختلفة بين الصحابة كما ترى . وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي أخذاً لكبار من الفقهاء بقول الكبار من الصحابة ( لأنه ) أي لأن نكاح الزوج الثاني ( غاية الحرمـــة بالنص ) يعني

فيكون منهياً ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت ، ولهما قوله عليه السلام
لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللاً ، وهو المثبت للحل

---

قوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ، لأن حتى حرف موضوع للغاية والمغيا ينتهى بالغاية (فيكون) أي الزوج الثاني (منهياً للحرمة) وهو بضم الميم اسم فاعل من الإنهاء .

(ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت) أي لا يكون بوطء الزوج الثاني عبرة قبل التطليقات الثلاث ، لأن الحرمة غير ثابتة ، ولا شيء معها ، لأنه لا يتجزأ ثبوتها فلاحرمة قبل الثلاث ، فلا يكون الوطء غاية لها ، وهذا كقوله والله لا أكلم فلاناً فى رجب حتى استشير فلاناً فاستشاره قبل رجب لم يعتبر في حق اليمين ، إذ اليمين أوجب تحريم الكلام بعد رجب إلى غاية الاستشارة فقبل رجب لا حرمة فلا تكون الاستشارة غاية لها .

(ولهما) أي ولأبى حنيفة وأبى يوسف (قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له ، سماه محللا) أي سماه الشارع محللا ، أي جاعل المحلل حلالاً لا يكون إلا بإثبات الحل فيه (وهو المثبت للحل) أي الزوج الثانى هو مثبت للحل ، يعنى الحل الجديد لأنه لا يجوز أن يكون المراد الحل السابق ، لأنه تحصيل الحاصل وهو فاسد ، لأن الحل السابق موجود فيما دون الثلاث فصارت المرأة بالزوج الثانى ملحقة بالأجنبية فلم تحرم على الزوج الأول إلا بثلاث تطليقات ، لأن حكم الحل الجديد هذا وقد ذكر الاترازى أسئلة وأطال الكلام فيه ملخص كلامه في السؤال الاول : منع كون المراد بالمحلل هو الزوج الثانى لعدل ما يدل عليه، ويجوز أن يكون المراد نكاح المتعة بقرينة اللعن ، لانه كان مشروعاً ثم انتسخ. والجواب ان الذي نقلوا هذا الحديث ثقات حكمافكما يقبل نقلهم في نقل الحديث ، فكذا يقبل نقلهم فيمن جاء فيه الحديث ، وقد أورده في باب ما جاء في الزوج الثانى .

السؤال الثانى : منع كون المراد بالمحلل الزوج الثانى مطلقاً ، لانه أريد به قبل الطلاق الثلاث ، فهو ممنوع ، لانه غير محلل قبله لوجود الحل ، وإلا أريد بعد الثلاث فمسلم لكنه لا يفيد ، لان النزاع فيما دون الثلاث . والجواب ان المراد به الزوج الثانى

مطلقاً عملا بإطلاق الحديث ، ولا نسلم نفى كونه محللاً قبل الطلاق الثلاث ، لأنه يثبت حلا جديـــداً ، بحيث لا يحرم عليه إلا بثلاث تطليقات مستقلات ، فلا يـــلزم تحصيل الحاصل .

السؤال الثالث : أن الحديث متروك العمل بالظاهر ، لان الزوج الثانى بعد الطلقات الثلاث لا يثبت الحل ، لم توجد الإصابة . والحديث يثبته مطلقاً ، فكانت الاصابة هى المثبتة للحل دون الزوج الثانى . والجواب منع من باب ترك العمل بظاهره ، لانه من باب التخصيص ، لان ما قبل الاصابة خرج عن عمومه بحديث العسيلة ، فبقى الثانى على عمومه فيما دون الثلاث .

والسؤال الرابع : ان الحديث إذا كان مقتضياً للحل الجديد يلزم المعاوضة بقولـــه تعالى ﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم ﴾ ٢٤ النساء ، لانه يقتضى الحل مطلقاً في عموم الاوقات بالحرمة التي تثبت بثلاث تطليقات مغياة إلى غاية الزوج الثانى ، فإذا انتهت به ثبت الحل الاصل بالسبب السابق ، فلا حاجة إلى سبب مبتدأ . والجواب منع ثبوت الحل بالسبب السابق ، فلا حاجة إلى سبب مبتدأ . والجواب منع ثبوت الحل بالسبب السابق (١) عند انتهاء الحرمة من كل بد لجواز ثبوته بسبب آخر إذا دل الدليل عليه ، وقد دل إذ لو كان ثبوت الحل بالسبب السابق لم يكن الـــزوج الثانى محللا ، وقد سماه رسول الله ﷺ محللا .

وها هنا سؤال آخر ذكره تاج الشريعة مع جوابه ، وهو ان المحلل هو الذى يثبت الحل ، وإثبات الحل يقتضي عدمه ، إذ اثبات الثابت محال . والجواب ان اثبات الثابت إنما لا يعتبر إذا لم يفد ، اما إذا أفاد فيعتبر ، الا ترى ان بيع الانسان ماله بماله لا يفيد ، وكذا شراؤه بماله ، أما إذا افاد فيعتبر كما اذا اشترى ماله من المضارب قبل أن يظهر فيه ربح ، وان كان ماله لما انه يفيد ملك التصرف .

---

(١) هكذا في الاصل ، الجملة مكررة . اهـ مصححه .

وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي ، والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به ، وقول الواحد فيهما مقبول ،

---

( واذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر فدخل بى الزوج الثانى وطلقنى وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك ) هذه من مسائل القدورى رحمه الله تعالى ، والمراد من قوله ودخل بى الزوج الثانى والمدة التي تحتمل ذلك تأتي عن قريب ( جاز للزوج الاول ) جواب اذا ( أن يصدقها اذا كان في غالب ظنه أنها صادقة ) قال الاترازى كلامه يوهم بأن اخبارها مقبول وان تكن عدلاً ، لانه أطلق فى التعليل ، وليس الامر كذلك ، فإن الرواية منصوصة فى آخر كتاب الاحسان ، بأن الزوج الأول لا بأس عليه أن يتزوجها إذا كانت عنده ثقة أو وقع في قلبه انها صادقة ، انتهى .

قلت استدلاله برواية كتاب الاستحسان يرد عليه قوله – وليس الأمر كذلك – لأنه ذكر فيه كونها ثقة أو وقوع صدقها في قلبه ، وقد صرح بذلك القدوري بقوله إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة ، وتعليله مقيد بهذا الوجه ، وليس بمطلق حتى يترتب عليه الوهم الذي ذكره .

( لأنه ) أي لأن النكاح ( معاملة ) لكون البضع متقوماً عند الدخول ، وإذا كان معاملة فخبر الواحد مقبول فيهـا بشرط التميز كالولايات والمضاربات والإذن في التجارة ( أو أمر ديني لتعلق الحل به ) اي بالنكاح ، ويقبل قولها فيه أيضاً كما أخبرت بنجاسة الماء وطهارته وروت حديثاً ( وقول الواحد فيهما مقبول ) أي في المعاملة والأمر الديني ، أما في الديانات فلأن الصحابة كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد ، وأمـا في المعاملات فعلى نوعين ، الأول : هي التي ليس فيها معنى الإلزام كالوكالات ونحوهـا كما ذكرنا ، فيعتبر فيها خبر مميز عـدلاً كان أو فاسقاً ، صبياً كان أو بالغاً ، مسلماً كان أو كافراً ، حـراً كان او عبداً ، ذكراً كان ام انثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعاً للضرورة .

وهو غيرمستنكر إذا كانت المدة تحتمله . واختلفوا في أدنى هذه المدة،

النوع الثاني : الذي فيه إلزام من حقوق العباد ، فيشترط فيه العدد والعدالـة وتعيين لفظ الشهادة ، لأنها تبنى على المنازعة فاحتيج إلى زيادة التوكيد دفعاً للتزوير والحيل .

( وهو غير مستنكر ) اي اخبار المرأة المذكورة غير أمر مستنكر فيه ( إذا كانت المدة تحتمله )أي إذا كانت المدة التي ذكرتها تحتمل ذلك،لأن القول قول الأمين فيما لا يستنكر ( واختلفوا في أدنى هذه المدة ) أي اختلف أبو حنيفة وصاحباه في أدنى المدة التي تصدق المعتدة في انقضاء العدة .

واعلم ان الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم اختلفوا في المدة التي تصدق المـرأة في انقضاء عدتها على أقوال ، الأول : قال أبو حنيفة أقلهـــا شهران وثلاث حيض بشهر وطهران بشهر وثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوماً وثلاث حيض بخمسة عشر يوماً كل حيضة خمسة أيـــام .

الثاني : قال أبو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوماً طهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتباراً لأقل الحيض .

الثالث : قال شريح لو ادعت انها حاضت ثلاث حيض في شهر او في خمسة وثلاثين يوماً فجاءت ببينة من النساء العدل من بطانة أهلها انها رأت الحيض وتغتسل عند كل صلاة وتصلي فقد انقضت عدتها .

الرابع : قال الشافعي انها تصدقت في أقل من اثنين وثلاثين يومـــاً ، هذا مذهبه أو قول منه ذكره ابن المنذر .

الخامس : قال أبو ثور لا تصدق في اقل من سبعة وأربعين يوماً على ان أقل الحيض يوم، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً .

السادس : قال مالك أربعون يوماً ، ذكره في الجواهر .

السابع : قال إسحاق بن راهوية وأبو عبيد ان لهـــا اقراء معلومة يعرفها بطانة أهلها تصدق على تشهد به وإلا تصدق في اقل من ثلاثة أشهر .

الثامن : قال الحنابلة اقله تسعة وعشرون يوماً قالوا هذا ان قلنا اقل الطهر عشرة أيام.

فإن قلنا خمسة عشر يوماً يزاد اربعة ايام فيكون ثلاثة وثلاثين . وإن قلنا اقــل الطهر ثلاثة عشر يوماً يزاد على ذلك اربعة ايام فيصير اثنين وثلاثين وصارت الأقوال فيه إحدى عشر يوماً .

( وسنبينها في باب العدة إن شاء الله تعالى ) أي سنبين تلك العدة في باب العدة، وقال الاترازي هذا وعد لم يتحقق بالإنجاز . وقال السغناقي في الحوالة وقعت غير رائجة ، لأنه ما قال في عدة هذا الكتاب حتى تقع الحوالة غير رائجة . قال الأكمل في رد كــلام السغناقي في الحوالة ورد من حيث اللفظ والمعنى . اما الرد فلأن مثل هذا يسمى وعداً لا حوالة ، فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز ، واما المعنى فإنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب، فيجوز ان يكون وعده منجزاً في باب العدة من كتاب آخر ، انتهى . قلت الذي من جهة المعنى اخذه من شيخه الكاكي ، ومع هذا لم يجب احد منهم عن هــذا ، ويمكن ان يقال انه وعد ، ولكنه ذهل عن وفائه بسبب اشتغاله بغيره من الكتب .

* * *

# باب الايلاء

## وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك ، أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول

---

( باب الايلاء )

اي هذا باب في بيان حكم الايلاء ، وهو مصدر من آل يولي إيلاء ، اي حلف ،والإسم الآلية . قال الكاكي الايلاء والآلية اليمين لغة ، وجمعوا الاياء ، وجمع الآلية اليـات كركبة أركبات . وقـال الجوهري الأولياء لا يرد ، يعني حلف ، والالية اليمين لغة على فعيلة ، والجمع الإلياء، وكذلك الألـوة بتثبيت الهمزة . قلت اصل الإيلاء الأولاء قلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها . وفي المرغيناني الحلف على الامتناع والحلف اليمين على الفعل والقسم اليمين فيهما .

ثم الإيلاء تفسير شرعـاً وهو الحلف على ترك قربان المنكوحة على ترك اربعة اشهر فصاعداً، وشرط وهو كون اليمين معقوداً على المنكوحة ، واهل وهو ان يكون من أهل الطلاق، وحكم وهو تعلقه بالحنث المتعلقة بالكفارة ،ومدة وهي أربعة أشهر عند الجمهور ، على ما يأتي الخلاف فيه ، وسبب هو قيـام المشاجرة وعـدم الموافقة كما في سبب الطلاق الرجعي .

وقال الاترازي كان القياس ان يذكر الخلع قبل الايلاء ، لأن الخلع نوع من الطلاق ، إلا انه لما كان لغرض تباعد عن الطلاق فأخر عن الايلاء ، وقـدم الخلع عن الظهار ، لأن الظهار منكر من القـول وزور ، وليس الخلع كذلك ، ثم قدم الظهار على اللعان ، لأن الظهار اقرب إلى الاباحة من اللعان ، بدليل ان سبب اللعان وهو القذف بالزنا لو اضيف إلى غير الزوجة يجب الحد ، والموجب للحد معصية محضة بلا شائبة لأحد .

( إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول )

لقوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعـــة أشهر ﴾ ... الآية ٢٢٦ البقرة ، فإن وطئها في الأربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة ،

---

أصله مولي فاعل إعلال قاض ، وهنا صورتان ، وهما قوله لا اقربك أبداً ففيها هـو مول إجماعاً ، والثاني قوله لا أقربك اربعة اشهر ففيها هو مول عندنا ، خلافاً للشافعي ومالك واحمد وإسحاق ، فإن عندهم لا يكون مولياً حتى يحلف على اكثر من اربعة اشهر بناءعلى ان الفيء عندهم بعد اربعة اشهر فلا بد من مدة زائدة على اربعة اشهر حتى يزيد يوماًعند مالك ولحظة عند الشافعي ، ويرد قولهم ظاهـر القرآن حيث لم يجعل التربص اكثر من اربعة اشهر وعشراً في عدة الوفاة وثلاثة قروء في عدة الطلاق ، فلا يجوز الزيادة في هذين التربصين ، فكذا في مدة الايلاء .

ثم اعلم ان عند الأئمة الأربعة واصحابهم والجمهور الايلاء لا يكون بغير يمين ولا تعليق، وعند ابن المسيب ويزيد بن الاصم من ترك جماع امرأته بغير يمين يصير مولياً،نقلهالاترازي في احكام القرآن ، وعن بعض العلماء لو حلف لا يكلمها يكون مولياً ، وهـــذا كله شاذ مخالف للنص .

( لقوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاؤوا ﴾ ... الآيـة ٢٢٦ البقرة ) اي اقرأوا، تمام الآية وهو ﴿ فان الله غفور رحيم ﴾ وبعدها ﴿ وإن عزموا الطلاق فان الله غفور رحيم ﴾ وبعدها ﴿ وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم ﴾ قـال الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن بإسناده إلى عطاء عن ابن عباس رضي اللهتعالىعنه قال كان إيلاء اهل الجاهلية السنة والسنتين او اكثر من ذلك فوقت الله تعالى اربعةاشهر، فمن كان إيلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء ، ثم حكي عن ابن المسيب انه قـال كان الايلاء ضرار اهل الجاهلية ، كان الرجل لا يريد المرأة ولا يحب ان يتزوجهاغيره،فيحلف أن لا يقربها ابداً ، وكان تركها كذلك لا إيماء ولا ذات بعل ، فجعل الله تعالى الأجل به ما عند الرجل في المرأة اربعة اشهر ، وانزل ﴿ للذين يؤلون من نسائهم ﴾ ... الآية .

( فان وطئهـا في الاربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة ) اي كفارة اليمين

لان الكفارة موجب الحنث وسقط الإيلاء، لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة. وقال الشافعي «رح» تبين بتفريق القاضي،

---

( لأن الكفارة موجب الحنث ) والايلاء حلف وقد حنث فيه فتلزمه الكفارة في المبسوطين . قال الشافعي لا كفارة عليه ، ويحنث في يمينه ، لان الله تعالى وعد المغفرة وفعل ما صار مغفوراً لا تجب الكفارة . قلنا المغفرة في الآخرة، فلا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا ، ولكن هذا في قوله القديم ، وفي الجديد تجب الكفارة وهو الاصح كمذهبنا ، وبه قال مالك وأحمد والجمهور . وقال الحسن البصري لا كفارة عليه في ذلك ، وقال قتادة خالف الحسن الناس .

( وسقط الايلاء ، لان اليمين ترتفع بالحنث ) وهذا بالإجماع ( وإن لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة بائنة ) وهو قول جابر بن زيد ومسروق وشريح وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وعامر الشعبي وعبد الرحمن الاوزاعي وسفيان الثوري وقبيصة بن ذؤيب وعكرمة [1] وعلقمة وابن جريج وابن ابي ليلى . وفيهم من قال يقع طلقة رجعية ، وهو قول سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث ابن هشام ومكحول والزهري ، هكذا في الاشراف وفي المحلى هذا عن ثلاثة لا غير ، وهم الزهري ومكحول وأبي بكر المذكور .

( وقال الشافعي تبين منه بتفريق القاضي ) يعني يتوقف بعد مضي المدة ، وإذا أبى من الفيء والفرقة فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة كان تفريقها تطليقة رجعية . وفي المبسوط تطليقة بائنة . قال الكاكي وما وجدت ذلك في كتبهم إلا عند مالك لا رجعة له عليها إلا ان يطأها ولا يطلقها الحاكم ثنتين او ثلاثاً او يفسخ النكاح . وقال احمد الحاكم ان يطلقها رجعية أو بائنة او ثنتين او ثلاثاً او يفسخ النكاح ، والمختار عنده أن يطلقها رجعية كما قال الشافعي ومالك ، وقالت الظاهرية لا يطلق الحاكم تطليقة

---

(١) في الأصل – عكة – وربما الصحيح ما اثبتناه .

لأنه مانع حقها في الجماع، فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة. ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند معنى هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة

---

بائن، ولكن يجبره بسوط ويحبسه إلى ان يفيء ويطلقها، وبه قال الشافعي في القديم. وقال ابو ثور يطلقها الحاكم طلقة بائنة إذ لا فائدة في الرجعة، فانه لا يراجعها ويعود الامر فصار كفرقة العنة.

( لانه ) اي لان المولي ( مانع حقها في الجماع ) اي ثبوت الايلاء بقصده الاضرار والتعنت منع حقها في الجماع ( فينوب القاضي منابه في التسريح ) بالاحسان ( كما في الجب والعنة ) اى ينوب القاضي منابه في التفريق فيما إذا وجدت زوجها مجبوباً او عنيناً. وجه القياس دفع الضرر عنها عند فوت الامساك بالمعروف.

( ولنا انه ظلمها بمنع حقها ) والمستحق عليه وهو الوطء في المدة (فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ) تخليصاً لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص بالرجعي فوقع بائناً، ولان الايلاء كان طلاقاً بائناً على الفور في الجاهلية، بحيث لا يقربها الزوج بعد الايلاء ابداً فجعله الشرع مؤجلا بقوله تعالى ﴿ تربص اربعة اشهر ﴾ الى انقضاء المدة، فحصلت الاشارة الى ان الواقع بالايلاء بائن لكنه مؤجل.

( وهو المأثور ) اي مذهبنا، وهو وقوع البينونه بعد مضي مدة الإيلاء مروي ( عن عثمان وعلي ) اما المأثور عن عثمان فقد رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة عن عبد الرحمن ان عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهما كانا يقولان في الإيلاء إذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة، وهي احق بنفسها، وتعتد عدة المطلقة ( والعبادلة الثلاثة ) وهم عند الفقهاء وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهم، وعند المحدثين هم اربعة ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود، لأنه من كبار الصحابة، فلا يدخل فيهم، كذا في المغرب.

وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين ، وكفى بهم قدوة ، ولانه كان طلاقاً في الجاهلية ، فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة ، فإن كان حلف على أربعة أشهر ،

---

وقال الاترازي وفيه نظر ، لأن مالكاً حدث في الموطأ عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه انه كان يقول إذا آلى رجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق . فإن مضت الأربعة الأشهر حتى توقف ، فإما ان يطلق ، وإما ان يفي ، وكذلك روى البخاري في الصحيح انه لا يقع الطلاق ، حتى يطلق ، ونقل ذلك عن عثمان وعلي وابن عمر وأبي الدرداء وعائشة ، واثني عشر رجلا من اصحاب النبي ﷺ ، فعلم أن عثمان وعلي وابن عمر ليس كما قال صاحب الهداية ، على ما قال البخاري ، انتهى . قلت روى ابن ابي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد ابن جبير عن ابن عباس وابن عمر رضي الله تعالى عنهم .

وقالا إذا آلى فلم يف حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ، وأخرج نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي سلمة رضي الله تعالى عنهم ، انتهى . قلت قد علم ان الذي قاله صاحب الهداية عن ابن عمر مثل ما قاله ، وكذلك الذي قاله عن عثمان وعلي مثل ما قاله ، كما مر الآن عن عبد الرزاق .

( وزيد بن ثابت ) وقد مر الآن عن عبد الرزاق الذي رواه زيد بن ثابت بن الضحاك الانصاري كاتب وحي النبي ﷺ ( وكفى بهم قدوة ) اي وكفى بهم قدوة ، اي كفى بالمذكورين من عثمان وعلي والعبادلة وزيد بن ثابت اقتداء ، وكذلك غيرهم من الصحابة والتابعين على اصحابنا .

( ولأنه ) اي ولأن الايلاء ( كان طلاقاً في الجاهلية ، فحكم الشرع بتأجيله إلى ان تنقضي المدة ) المذكورة في النص ، فإن فاء في المدة حنث في يمينه وتلزمه الكفارة وإلا تقع طلقة بائنة بمضي المدة كما مر بيانه .

( فإن كان حلف على أربعة اشهر ) اي فإن كان الرجل حلف وقال والله لا اقربك اربعة اشهر ، وهذا الفصل حكم الإيلاء على تقدير عدم الوطء في المدة ، وهو ان يقال لا

فقد سقطت اليمين ، لانها كانت موقتة به ، وإن كان حلف على الابد فاليمين باقية ، لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به ، إلا أنــــه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج ، لانه لم يوجد منع الحق بعد البينونة ، فإن عاد فتزوجها

---

يخلو من أحد الأمرين احدهما ان يحلف على اربعة اشهر فمضت المدة ( فقد سقطت اليمين، لانها كانت موقته به ) اي يحلف على اربعة اشهر ، والآخر هو قوله ( وإن كان حلف على الأبد ) بأن قال واالله لا أقربك ابداً ، او قال واالله لا اقربك فقط بدون ذكر الأبد ومضت المدة ووقعت البينونة ( فاليمين باقية لأنها مطلقة ) اي لأن اليمين مطلقة عن الـــوقت ، فكان مؤبداً ( ولم يوجد الحنث ) يعني الموجب للحنث ، وهو الوطء ( لترتفع بــه ) اى لترتفع اليمين بالحنث ، لأنها كانت مؤبدة فبقيت على حالها .

( إلا انه لا يتكرر الطلاق ) استثناء من قــوله – واليمين باقية لعدم الحنث – حتى وجد الوطء بعد الوطء يلزمه الكفارة ، لكنه لا يتكرر الطلاق بمضي المــدة الأخرى ( قبل وجود التزوج ) وإن كانت في العدة بأن كانت ممتدة الطهر مثلا . قال الكاكي هذا احتراز عن قول ابي سهل البرعي ، فانه قال ينعقد اليمين بعد مضي اربعة اشهر اخرى قبل انقضاء عدتها وتقع تطليقة بمضيها ، وكذا الثالثة لأن معنى الإيلاء كلــما مضت اربعة أشهر ولم اقربك فيها فأنت طالق . ولو صرح بها كان الحكم فيه ما بيناه ، فكذا هذا .

وقال الاترازى وقال الشيخ النسفي في شرح الجامع الكبير ، ولا نص في هذه المسألة يعني عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد . واختلف مشايخنا فيهــا ، كان الشيخ أبو بكر الأعمش والفقيه محمد بن ابراهيم الميداني والفقيه الجليل ابن أحمد العياضي وشيخ أبي الحسن الكرخي والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل والفقيه أبو إسحاق الحافظ يقـــولون لا يتكرر الطلاق على المولى منها ، وإن تكررت المدة وهو في العدة . وقال الفقيه ابن سهل يتكرر الطلاق بتكرر المدة ، وقدمنا كلامه .

فأما وجه هؤلاء فقد أشار إليه المصنف بقوله ( لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة ) إذ لا حق لها في الجماع بعد البينونة ، فلا يكون الرجل ظالما ( فان عـاد وتزوجها ) اى

عـــاد الإيلاء ، فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقـة أخرى ، فإن اليمين باقيـــة لإطلاقها ، وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج ، فإن تزوجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لمـــا بيناه ، فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التخيير الخلافية ،

---

وإن عاد هذا الرجل المولى وتزوج هذه المرأة بعد البينونة بمضي اربعة اشهر ،وبعدانقضاء عدتها ( عاد الإيلاء ، فان وطئها ) في المـــدة ( وإلا وقعت بمضي اربعة اشهر ) طلقته ( أخرى ، لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها ) وهو الوطء ، وقد منع الزوج ذلك لبقاء يمينه ( فتحقق الظلم ) فيؤول بالطلاق البائن ( ويعتبر ابتداء هذه المدة ) اى مدة الايلاء الثاني ( من وقت التزوج ) قيل هذا احتراز عما إذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج ، كذا ذكره التمرتاشي .

( فان تزوجها ثالثاً ) قال الاترازى وفي بعض النسخ ثانياً ، ولكل وجه . اماالاول في النظر إلى التزوج قبل الايلاء . واما الثاني فبالنظر إلى التزوج بعد الايلاء ( عادالإيلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ) اي طلقة اخرى ( إن لم يقربها لما بينا ) اشار به إلى قوله ، لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم .

( فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هـذا الملك ) لأنـــه بمنزلة التعليق بعدم القربان ، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق ( وهي ) أى هذه المسألة ( فرع مسألة التخيير في الخلافية ) فانهيبطل التعليق عندنا ، خلافاً لزفر ( وقد مر من قبل ) اى في باب الايمـــان في الطلاق(واليمين باقية لإطلاقها ) أى لاطلاق اليمين ، فتكون باقية بعد الطلاقالثالث(وعدمالحنث)بالجر عطف على إطلاقها ، أي لإطلاق اليمين فتكون باقية بعد الطلاقالثالث وعدم الحنث بالجر عطف على إطلاقها أي ولعـــدم الحنث ، إذ الكلام فيما إذا لم يطأها ، قال في المبسوط ، وإذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها ثم طلقها يبطل الايلاء عندنا ، خلافاً لزفر ، ولأن

وقد مر من قبل ، واليمين باقية لاطلاقها ، وعدم الحنث، فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ، فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً لقول ابن عباس رضي الله عنه لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر،

---

الإيلاء وطلاق مؤجل ، فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ، ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها ، وكذا لو بانت بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر يكون مولياً إلا عند زفر . وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين ، وإطلاقها وجود الحنث .

( فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث ) فاليمين انحلت ووجبت الكفارة ( فإن حلف على أقل من أربعة أشهر ) بأن يقول لا أقربك شهراً وهو وضع المبسوط ، أو قال لا اقربك شهرين أو ثلاثة اشهر ( لم يكن مولياً ) وبه قال الأئمة الأربعة ، وأكثر العلماء منهم سعيد بن جبير وطاووس والأوزاعي وأبو ثور وأبو عبيد ، واختاره ابن المنذر وهو نص القرآن . وقال ابراهيم النخعي وقتادة وحماد وابن أبي ليلى وإسحاق من حلف على قليل المدة او كثيرها فتركها اربعة اشهر فهو مول ، وتضرب تلك المدة بثلاثة ، وبه قالت الظاهرية ، وفي التحرير فكان ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول به ، ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنده .

( لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا إيلاء فيما دون اربعة اشهر ) قال في الأصل بلغنا ذلك عن ابن عباس ، كذا نقله الاترازي واكتفى به ، وغيره من الشراح سكتوا عن تخريجه ، والأخصام لا يرضون بذلك . قلت روى هذا ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا علي ابن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس قال إذا آلى من امرأته شهراً او شهرين او ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء . واخرج نحوه عن عطاء وطاووس وسعيد بن جبير الشعبي .

فان قيل فتوى ابن عباس مخالفاً النص ظاهراً ، لأنه تعالى اطلق الايلاء وقيد التربص بمدة ، وذلك يقتضي ان من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص أربعة اشهر ، فالتقييد بمدة زيادة على النص ، وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس . وأجيب بأن فتواه تفسيراً النص لا لتقييده ، لأن الرأي لا دخل له في المقدرات الشرعية .

ولان الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه . ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول ، لأنه جمع بينهما

---

( ولأن الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع ) خبر لأن ، أي لأن الإمتناع عن القربان حاصل بلا مانع ، وأراد بالمانع اليمين بيانه ان المولى من ترك قربانها في المدة ، ويلزم شيء ، وهنا يتمكن من قربانها بمضي الشهر من غير شيء ، فلم يكن مولياً ، كما لو ترك مجامعتها في المدة من غير يمين ، كذا في المبسوط . وقال الاترازي وقيل اكثر المدة ليس بتقدير لازم ، لأن الامتناع عن القربان بلا مانع ربما يكون في اقل المدة بأن حلف لا يقربها ثلاثة أشهر مثلا ، فبعد مضي ثلاثة اشهر يبقى شهراً آخر إلى تمام المدة ، والامتناع فيه بلا مانع لا محالة ، فلو قال صاحب الهداية رحمه الله تعالى في بعض المدة بدل قوله — في أكثر المدة — لكان أولى ، لان البعض اعم وأشمل .

وقال الكاكي في قوله — أكثر المدة — أي مدة الإيلاء هو مثلا بثلاثة اشهر قوله بلا مانع وهو لزوم شيء . قيل هو مشكل لجواز ان يحلف على ثلاثة أشهر ، فلا يكون الامتناع عن القربان في أكثر المدة بلا مانع . وأجيب عنه ان وضع المسألة في الأصل فيمن حلف لا يقربها شهراً فعند الجمهور لا يكون مولياً . وعند أبي ليلى يكون مولياً حتى لو لم يقربها اربعة اشهر تطلق . وقال في جوابه الامتناع عن القربان في اكثر المدة بلا مانع ، لان المانع وهو اليمين معدوم في ثلاثة أشهر من هذه المدة . وقيل المراد بالأكثر اربعة أشهر وهو جمع المدة ، سماها اكثر باعتبار هذا الحلف ، لأنها اكثر منها ، وإذا كان كذلك فلا شك أن المانع غير موجود في جميع الصور التي دون تلك المدة . وإن وجد المانع في البعض لانتفاء المجموع بانتفاء البعض ، وهذا ضعيف ، وإنما يصح أن لو قال أكثر المدتين ، كذا في الكافي . وقيل لفظ الأكثر وقع مقحماً .

( وبمثله ) اي ومثل هذا الامتناع وهو بلا مانع يمين ( لا يثبت حكم الطلاق فيه ) لأنه يمكنه القربان في بعض المدة بلا شيء فلا يتحقق الإيلاء .

( ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول ، لأنه جمع بينهما

بحرف الجمع ، فصار كجمعه ، ولو مكث يوماً ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين لم يكن مولياً ، لان الثاني إيجاب مبتدأ ، وقد صار ممنوعاً بعد الاولى شهرين ، وبعد الثانية أربعة أشهر ، إلا يوماً مكث فيه ، فلم تتكامل مدة المنع . ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً ،

---

بحرف الجمع ) وهو الواو ( فصار كالجمع بلفظ الجمع ) وفي بعض النسخ فصار كجمعه اي كجمع المولى بلفظ الجمع ، اي فصار كأنه قال لا اقربك اربعة اشهر ، فيكون مولياً ، وما حكى فيه خلاف . ولهذا لو قال لا اكلمك يوماً ويومين يصير مدة اليمين ثلاثة أيام ، وكذا لو قال بعت هذا إلى شهرين وشهرين كان الاجل شهرين كذا في قاضي خان . وفي جوامع الفقه قال والله لا اقربك شهرين وشهرين وشهرين قبل شهرين ، او قال وشهرين بعد شهرين ، فهو كقوله أربعة اشهر .

( ولو مكث يوماً ) صرح قاضي خان يوماً او ساعة ، وكذا صرح المحبوبي ساعة ، وقيل تكرير اليمين في مجلسين او مجالس ، وهما اقل من يوم متحد يخير عند ابي حنيفة وابي يوسف ، فقيد مكثه بيوم لتكون المسألة اتفاقية ( ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن مولياً ) وبه قال الشافعي وأحمد وابو ثور ( لأن الثاني ) اي الكلام الثاني ( إيجاب مبتدأ ) اي إيجاب يمين مبتدأ ( وقد صار ممنوعاً بعد اليمين الأولى بشهرين ، وبعد الثانية ) اي اليمين الثانية ( أربعة اشهر إلا يوماً مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ) فلا يكون مولياً . والأصل في ذلك انه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ، ولم يمكث بينهما ساعة دخل المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كما في المسألة الأولى . واما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجاباً مبتدأ ، وعلى هذا لا يكون في المسألة الثانية مولياً لفوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوماً ، إعادة اسم الله وحرف النفي ، فقد صار ممنوعاً إلى آخر ما ذكره المصنف ، وإذا لم يكن مولياً هنا يكون كلامه يمينين مستثنيين ، ويلزمه بالقربان كفارتان .

(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً لم يكن مولياً ) في حق وقوع الطلاق ، ولكن لو

خلافاً لزفر وهو يصرف الاستثناء إلى آخرها إعتباراً بالاجارة فتمت مدة المنع . ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمـــه ، ويمكنه هاهنا ، لان المستثنى يوم منكر بخلاف الاجارة ، لان الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها

---

قربها في هذه المدة تلزمه الكفارة ، قاله تاج الشريعة . وقال الاترازي المراد من قوله – لم يكن مولياً – اي في الحال ، لأنه يكون مولياً إذا قربها يوماً ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس ، وبقي بعده ، اي تمام السنة اربعة اشهر فصاعداً . فـــإن لم يبق اربعة اشهر لا يكون مولياً إلا إذا قربها مـــرة فبقي بعد القربان في السنة اربعة أشهر فصاعداً ، وعلى ذلك نص في المبسوط وشرح الطحاوي .

( خلافاً لزفر ) فإنه يكون مولياً عنده ، وبه قال الشافعي . وذكر شمس الأئمـــة البيهقي في كتاب الشامل فيه قياس واستحسان . وقال يصير موليـــاً قياساً ، ولا يصير مولياً استحساناً ، ولم يذكرهما الحاكم في الكافي وشمس الأئمة السرخسي في مبسوطه ،وهو شرح الكافي ، وكذا لم يذكرهما في شرح الطحاوي وغير ذلك ( وهو ) أي زفر (يصرف الاستثناء ) وهو قوله إلا يوماً ( إلى آخرها ) أي إلى آخر السنة ( اعتباراً بالإجازة ) أي كما إذا اجر داره سنة إلا يوماً ، ولهذا لو قال والله لا اقربك السنة إلا نقصانيوم ، يصرف اليوم إلى آخر السنة بالإتفاق ( فتمت إلى مدة المنع ) اي فيصرف الاستثناء إلى آخر السنة تم مدة المنع .

( ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان اربعة أشهر إلا بشيء يلزمـه ويمكنه هنا ) أي يمكن المولي هنا قربان المرأة بلا شيء يلزمـــه في يوم واحد ، أي يوم كان من أيام السنة فلا يكون مولياً ، وبين هذا بقوله ( لأن المستثنى يوم منكر ) شائـــع في فصول السنة ، فلا يعتبر صرفه إلى آخر السنة إجراء لكلامه على حقيقته ، لأن اليمين مع الجهالة لا يصح بلا ضرورة ان يراد بـــه آخر السنة ( بخلاف الإجارة ، لأن الصرف ) أي صرف اليوم ( إلى الآخر ) اي إلى آخر السنة ( لتصحيحها ) اي لتصحيح الإجارة ( فإنها ) أي فإن الإجارة

لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ، ولو قربها في يوم ، والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء . ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بهـــا لم يكن مولياً ، لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة . قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول

---

( لا تصح مع التنكير ) لعدم حصول المقصود ، وهو التمكن من استيفاء المنفعة .

( ولا كذلك اليمين ) لأنها تصح مع الجهالة كما ذكرنا ، فافترقت المسألتان ( فإن قربها في يوم ) وفي بعض النسخ ولو قربها في بعض يوم ، أي في المسألة المذكورة ( والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الإستثناء ) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

(ولو قال وهو بالبصرة ) أي والحال انه كان بالبصرة ( والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها ) اي والحال ان امرأته بالكوفة ( لم يكن مولياً ، لأنـه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة ) لوكيله أو نائبه قبل مضي اربعة اشهر فيقربهـا فلا يتحقق معنى الإيلاء . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإن حلف لا يقربها في مكان كـــذا ، او في مصر كذا او في أرض العراق لم يكن مولياً ، لأنه يقدر ان يخرجها من ارض العراق قبل مضي أربعة أشهر فيطأها بغير حنث . وقال ابن ابي ليلى هو مول . وفي جوامع الفقه لو كان في بلد وامرأته في بلد آخر وقـــال والله لا أدخل وبينهما اقل من ثمانية أشهر لا يصير مولياً لجواز انها تخرج فيلقيان في اقل من اربعة اشهر . وفي المرغيناني وقاضي خان لو كان بينه وبينها مسيرة أربعة اشهر ففيؤه باللسان ، ولم يعتبر خـــروج كل واحد منهما إلى صاحبه .

( قال ) أي القدوري ( ولو حلف بحج ) إن قـربتك فعلي حج البيت او العمرة او المشي إلى بيت الله ( أو بصوم ) بأن قال إن قربتك فعلي صوم سنة ( او صدقة او عتق ) بأن قال إن قربتك فعلي عتق رقبة ( او طلاق ) بأن قال إن قربتك فضرتك طالق ( فهو مول ) في كل الصور المذكورة على ظاهر الرواية عن أصحابنا ، ففي بعضها خلاف يأتي إن

لتحقق المنع باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة ، وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده ،

---

شاء الله تعالى ( لتحقق المنع ) عن القربان ( باليمين ، وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية ) اشار بها إلى الحج والصوم والصدقة والعتق والطلاق ( مانعة ) اي مانعة من الشرط ، يعني ان الجزاء الذي في وقوعه مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط ( لما فيها ) أي في الأجزية ( من المشقة ) لأنه إذا باشر الشرط يقع الجزاء لا محالة ، فتحصل المشقة ، فيكون الجزاء مانعاً ، وبقولنا قال مالك في الأظهر .

وعنه ان الإيلاء لا يكون إلا باليمين بالله تعالى او بصفاته الذاتية كقول الظاهرية ، وقال ابن عباس كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وبه قال الشعبي والنخعي وأهل الحجاز وأهل العراق وأبو ثور وأبو عبيد ، واختاره ابن المنذر . وقال ابن المنذر الصحيح في قول الشافعي بمصر ان كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وهذا هو الجديد . ولو قال إن قربتك فعلي صلاة او صلاة ركعتين او عزو فليس بمول . وقال محمد مول ،وبه قال مالك والشافعي وأحمد وزفر والحسن ، وهو قول أبي يوسف اولاً . ولو قال فعلي اتباع الجنازة أو سجدة التلاوة او قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول اتفاقاً . ولوقال فعلي انأتصدق بكذا على هذا المسكين لم يصح ، لأنه لما عين كان حق العبد ، وكذا في مالي هبة في المساكين لم يصح ، إلا أن ينوي التصدق به .

وفي الخزانة عن أبي حنيفة قال إن قربتك فعلي ان اتصدق بهذه الدراهم على هؤلاء المساكين لم يصر مولياً . ولو قال والله لا اقربك حتى ينزل عيسى بن مريم او يخرج الدجال او يأجوج ومأجوج أو الدابة او تطلع الشمس من مغربها فهو مول استحساناً ، وهو الصحيح من مذهب الشافعي . ولو قال والله لا أقربك حتى تصعدي السماء او حتى يشيب الغراب فهو يصير مولياً .

(وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده) إنما عين بيان صورة الحلف بقربان امرأته بعتق عبده ، لأن فيه خلافاً لأبي يوسف ، ذكره شمس الأئمة السرخسي في

وفيـــه خلاف أبي يوسف « رح » ، فإنه يقول يمكنه البيع ، ثم القربان فلا يلزمه شيء ، وهما يقولان البيع موهوم ، فلا يمنع المانعية فيه ، والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها[1] ، وكل ذلك مانع . وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً ، وإن آلى من البائنة لم يكن مولياً ، لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ، ومحل الإيلاء من أن تكون من نسائنا بالنص ،

---

مبسوطه ، اشار إليــه بقوله ( وفيه خلاف أبي يوسف ، فانـــه ) اي فـان ابا يوسف ( يقول يمكنه البيـع ) بأن يبيع عبده ( ثم القربان ) اي ثم يمكنه قربان امرأته بعدبيـع العبد ( فلا يلزمه شيء وهما ) اي ابو حنيفة ومحمد ( يقولان البيع موهوم ) يعني يحتمل أن يبيـع ، ويحتمل أن لا يبيـع ( فلا يمنع المـانعية فيه ) أي في الايلاء ، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء ، إلا انه صار بحال يملك قربانها من غير ان يلزمه شيء ، فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء ، وكذا إن ملكه بارث خلافاً لمالك . ولو جامعها بعدمـا باعه ثم اشتراه لم يكن مولياً لسقوط اليمين ، لوجود شرط الحنث بعد بيـع العبد . فان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الإيلاء ، لأنه يمكنه من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه شيء .

( والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقاً او طلاق صاحبتها ) ذكـــر في شرح الطحاوي والمختلف ان أبا يوسف قال لا يكون مولياً ( وكل ذلك مانع ) أي كل الأجزية المذكورة مانع من الوطء على ما ذكرنا .

( وإن آلى من المطلقة الرجعية كان مولياً ) بـاجماع الأئمة الأربعة وجمهور العلماء إلا رواية عن أحمد ( وإن آلى من ) المطلقة ( البائنة لم يكن مولياً ، لان الزوجية قـائمة في الاولى ) اي في المطلقة الرجعية ( دون البائنة ) أي المطلقة البائنة ( ومحل الايلاء من أن تكون من نسـائنا بالنص ) وهـو قـوله تعالى ﴿ للذين يؤلون من نسـائهـم ﴾

---

(١) ضرتها – هامش .

فلو انقضت العـــدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحليـــة ، ولو قال لاجنبية والله لا أقربـك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليـــاً ولا مظاهراً ، لان الكلام في مخرجه وقـع باطلاً لانعـدام المحلية ، فـلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك. وإن قربها كفّر لتحقـق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه

ومدة إيلاء الامة شهران

---

٢٢٦ البقرة ، وبعد الابانة تنتفي الزوجية ، لكنها إذا وطئها تلزمه الكفارة ، إلا انـه ليس بمول في حق الطلاق دون الكفارة ، بخلاف المعتدة الرجعية ، حيث يصح إيلاؤهـا لقيام الزوجية ، لأن وطأها مباح عندنا (فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية ) اي لان محل الإيلاء فات . وقـال الحاكم الشهيد في الكافي ، ولو آلى من امته او ام ولده لم يكن مولياً ، وإن قربها كفّر .

( وإن قال لأجنبية والله لا أقربك أو انت علي كظهر أمي ، ثم تزوجها لم يكن مولياً ولا مظاهراً ، لان الكلام في مخرجه وقـــع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحاً بعد ذلك ) أي بعد وقوع الكلام باطلاً ( وإن قربهـــا كفر لتحقق الحنث فاليمين منعقد في حقه ) اي في حق الحنث ، هذا في قوله والله لا أقربك لا في قـــوله انت علي كظهر امي ، لان الاولى يمين دون الثانية ( وقد وجد الحنث فيلزمه الكفارة ) .

( ومدة إيلاء الأمة شهران ) حراً كان زوجها او عبداً ، وهو قـول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وبه قال الحسن والشعبي وقتادة والنخعي والثوري ، وهو روايـة عن مالك وأحمد والمشهور عن مذهب مالك إيلاء العبد شهران على الحرة والامة ، وهـو قول عطاء والزهري وإسحاق ، ورواية أحمد . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر الرواية عنه وابن المنذر والظاهرية أن الحر والعبد والحرة والامة سواء ، ومـــدة الكل أربعة أشهر ، وبه قال أبو ثور وأبو سليمان ، وهذه إيلاء الأمة شهران .

لان هذه مدة ضربت أجلاً للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة ، وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع ، أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء .

---

( لان هذه المدة ) أي مدة الايلاء ( مدة ضربت أجلا للبينونة ، فتتنصف بالرق ) أي بسبب الرق ، كما في طلاقها ثنتان وعدتها حيضتان ( كمدة العدة ) حيث ينصف بالرق وقال الاترازي لى فيه نظر ، أي في تعليل المصنف بقوله مدة ضربت أجلا ، لان لقائل أن يقول لا نسلم ان مدة الايلاء شرعت أجلاً للبينونة ، لان عند مالك والشافعي يكون الزوج مخيراً بعد انقضاء المدة بين أن يفي إليها أو يطلق ، فان طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة ، فلا يكون حينئذ مدة الايلاء اجلا للبينونة ، فلا يصح قياسها على مدة العدة لعدم الجامع بين المقيس والمقيس عليه ، وهو كون المدة أجلا للبينونة ، انتهى . قلت الجامع موجود فيكون الرق منصفاً لحل المحلية .

( وإن كان المولى مريضاً لا يقدر على الجماع ، او كانت المرأة مريضة او رتقاء ) أى بينة الرتق ، يعني لم يكن لها طرق إلا المبال ( او صغيرة لا تجامع ) مثلها ( او كانت بينهما مسافة ) بأن يكون بينهما مسافة بأن يكون مسيرة اربعة اشهر فصاعداً ( لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها ، فان قال ذلك سقط الايلاء ) وإن قربها كفر . وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها أوصغرها أو الجب او العنة ، او كان اسيراً فى دار الحرب ، او لكونها ممتنعة ، او كانت فى مكان لا يعرفها وهى ناشزة ، او بينهما اربعة أشهر او حال القاضى بينهما بشهادة الطلاق الثلاث، ففيؤه باللسان بأن يقول فئت إليها أو رجعت او راجعتها او ارتجعتها او أبطلت إيلاءها بشرط تمام العجز إلى تمام المدة .

وفي البدائع او كان محبوساً . وفي شرح الطحاوي أو آلى منها وهي مجنونة او هو

وقال الشافعي « رح » لا فيىء إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئاً لكان حنثاً . ولنا أنه أذاها بذكر المنع ، فيكون إرضاءها بالوعد باللسان ،

---

محبوس ، او كانت بينهما أقل من اربعة أشهر ، إلا ان السلطان والعدو يمنعه من ذلك لا يكون فيؤه باللسان . قال ويمكن ان يفرق بين القولين في الحس بأن يحمل ما ذكر في شرح المختصر على إمكان الوصول إلى السجن وان تدخل عليه ليجامعها ، ومنع العدو والسلطان نادر على شرف الزوال والحبس بحق لا يعتبر في الفيء باللسان ، وبظلم يعتبر كالغالب . وفي خزانة الأكمل المريض فيؤه بقلبه ولسانه ، وفيه ايضاً لو كانت مريضة او صغيرة لا يجامع مثلها ففيؤه بالرضى بالقلب . وفي المرغيناني لا يكون الفيء بالقلب . وذكر الجرجاني لوفاه بقلبه ، ولم يتكلم بلسانه ومضت المدة إن صدقته كان فيئاً . وفي المغني قال في الفيء متى قدرت جامعتك .

( وقال الشافعي لا فيء إلا بالجماع ) وهو قول سعيد بن جبير ، وبه قال ابو ثور ، واختارة الناطفى ( وإليه ذهب الطحاوي ) اي إلى قول الشافعي ذهب الإمام ابو جعفر الطحاوي على ما نقل عنه فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير . قال الاترازي فيه نظر، لأن الطحاوي جعل في المولي باللسان إن كان بينه وبين امرأته مسيرة اربعة اشهر واكثر منها ، أو آلى وهو مريض ، او هي مريضة لا معه إلى قربها في مختصره . قلت نظره غير وارد ، لأن الذي نقله عنه يرد نظره ، لأنه جعل ذلك عند العجز ، وأما عند القدرة فالفيىء بالجماع هو الأصل ، وكذلك نقل عن الشافعي حيث قالوا ولا خلاف للشافعي ، إذ الفيىء باللسان إنما يعتبره عند العجز عن الوطء .

( لأنه لو كان فيئاً لكان حنثاً ) لأن المعلق بالفيىء حكمان ، الكفارة وامتناع حكم الفرقة ، ثم الفيىء باللسان لا يعتبر في حق الكفارة،فكذا في الآخر . وتحقيقه عن الفيىء رجوع عن الظلم المعلق بالبر ، فيكون الفيىء بترك البر وترك البر بما يضاده وهو الحنث إذا لم يكن الفيىء باللسان حنثاً لا يصير به الانسان تاركاً للبر ، فلا يكون فيئاً .

( ولنا انه ) اي ان الزوج ( أذاها ) أي أذى المرأة ( بذكره المنع ) اي بمنع حقها من الجماع ( فيكون إرضاءها بالوعد باللسان ) لأن الزوج إذا كان عاجزاً عن الجماع

وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق . ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيىء ، وصار فيؤه بالجماع ، لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف . وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيتـــه ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق في القضاء ، لانه يمين ظاهراً

---

حالة الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع ، إذ لا حق لها فيه حينئذ ، وإنما قصده الايحاش باللسان ، ومثل هذا الظلم يرتفع باللسان ( وإذا ارتفـــع الظلم لا يجازى بالطلاق ) لأن التوبة تجب الجناية ( ولو قدر على الجماع في المدة ) وفي بعض النسخ فـإن قدر ، أي المولى المريض على ان يجامعها في مدة الايلاء ( بطل ذلك الفيىء ) الذي كان باللسان ( فصار فيؤه بالجماع ، لأنه قدر على الأصل ) الذي هـــو بالجماع ( قبل حصول المقصود بالخلف ) وهوالفيىء باللسان ، فصار كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال صلاته ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

( وإذا قال لامرأته انت علي حرام ) هذا كلام مبهم محتمل وجوه ، ولا يمتازالبعض عن البعض إلا بالارادة ، ولأجل ذلك قال ( سئل عن نيته ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال ) يعنى يكون كذباً ( لانه نوى حقيقة كلامه ) لأنها حلال له ، فلا يقع به طلاق الايلاء ، ولا غير ذلك ( وقيل لا يصدق في القضاء ، لأنه يمين ظاهراً ) لانه تحريم الحلال. واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق ، وهذا القول منقول عن الطحاوى والكرخى فإنهما قالا فى مختصرهما انه لا يصدق فى إبطال الايلاء فى القضاء .

وقد اختلف اهل العلم في لفظة الحرام اختلافاً شديداً يرتقى إلى خمسة عشر مذهباً :

الأول : انه سئل عن نيته ، وهـــو قول ابى بكر وعمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهم ، وبـــه قال الحسن البصرى وعطاء وطاووس وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير ، ورواية عن احمد وسليمان بن يسار وقتادة والاوزاعى وأبو ثور. وكان ابن عباس يقول هو يمين .

الثاني : ان الحرام ثلاث ، روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن عمر ، وبـــه قال الحكم وابن أبي ليلى ومالك إلا انه قال ينوي في غير المدخول بها .

الثالث : إن فيه كفارة الظهار مروي عن ابن عباس ، وبه قال أبو قلابة وأحمد .

الرابع : هو على ما نوى ثنتين فثنتان ، هذا قول الزهري وزفر .

الخامس : انه تطليقة بائنة لا غير ، وهو قول حماد بن أبي سليمان .

السادس : التوقف فيه ، روي عن علي رضى الله تعالى عنه قال مـــا أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك ، ولا آمرك أن تتقدم وإن شئت فاختر .

السابع : إذا لم تكن نيته فليس بشيء ، روى ذلك رواية أخرى عن النخعي وعند الشافعية فيه ثلاثة أوجه . أحدها : مثل الروايـة عن النخعي . الثاني أن فيه الكفارة . والثالث : صريح في حرمة الأمة كناية في حق الحـــرة . وإن نوى به الطلاق فهي طلقة رجعية ، وإن نوى ثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى ، وإن نوى ظهاراً فهو ظهار ، وإن نوى التحريم فليس فيه إلا الكفارة .

الثامن : قاله مسروق والشعبي وهو مثل تحريم بضعة منها ليس بشيء ، وبه قـال أبو سلمة بن عبد الرحمن .

التاسع : هو على ما نوى في الواحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثـاً فثلاث ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء ، وهو مذهب الثوري .

والعاشر : انها تصير حراماً بذلك ، ولم يذكروا خلافاً ، يروى ذلـك عن ابي هريرة وجلاس بن عمرو وجابر بن زيد انهم أجروه باجتنابها فقط .

الحادي عشر : إن نوى واحدة او لم ينو شيئاً فهي واحدة ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى ثنتين فثنتين ، يروى ذلك عن ابراهيم وعليه المتأخـرون من مشايخنا إلا في نية الثنتين ، فإنه لا يصح عند أئمتنا الثلاثة .

الثاني عشر : هو يمين ، لكن كفارته عتق رقبة ، روي ذلك عن ابن عباس . وقـال المتأخرون وهو يمين فقط .

وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث ، وقد ذكرناه في الكنايات ، وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة، وهو الركن فيه . ولهما أنه

---

والثالث عشر : هو يمين في غير الزوجة وليس يمين في الزوجة ، يروى عن الحسن ووجه للشافعية .

والرابع عشر : ليس بشيء في الأمة ولا في الزوجة والطعام كالأمة ، وبه قال مالك .

والخامس عشر : إن ذلك باطل وكذب ، وهي زوجة ، وإن زاد كالميتة والدم ولحم الخنزير ، ونوى بذلك حكم الطلاق أو لم ينو ، ذكره ابن حزم في المحلى ، وزعم انه مذهب ابن عباس والشعبي وأبي سلمة بن عبد الرحمن وابي سليمان الخطابي وجميع الظاهرية .

( فإن قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة ، إلا ان ينوي الثلاث ) لأنه من الفاظ الكنايات يقع على الأدنى مع احتمال الكل ، وإذا نوى ثنتين كانت واحد بائنة عندنا ، إلا ان اللفظ لا يحتمل العدد ، خلافاً لزفر ، إلا إذا كانت المرأة أمة فحينئذ يقع الثنتان ،لأن ذلك جنس طلاقها ( وقد ذكرناه في الكنايات ) اشار به إلى انه تقدم البحث في الكنايات .

( وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ) هكذا ذكر القدوري ، ولكنه ليس بظاهر الرواية عن اصحابنا ، ولهذا لم يذكر الطحاوي والحاكم الشهيد في مختصريها حكم ما إذا نوى الظهار ، وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ناقلا عن النوادر أنه ينوي ظهاراً عند ابي حنيفة وأبي يوسف ، اشار اليه المصنف بقوله ( وهذا ) اي كونه ظهاراً ( عند أبي حنيفة وابي يوسف . وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة ) ولم يوجد التشبيه لعدم حرف التشبيه وهو الكاف ، فلم تصح نيته ( وهو الركن فيه ) اي التشبيه المذكور هو الركن في الظهار .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف ( انه ) اي القائل بقوله انت علي حرام

أطلق الحرمة ، وفي الظهار نوع حرمة ، والمطلق يحتمل المقيد ، وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئاً فهو يمين يصير بـه مولياً ، لأن الاصل في تحريم الحلال إنمـــا هو يمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله . ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف ، والله أعلم بالصواب .

---

( اطلق الحرمة ) حيث لم يقيدها بشيء ، والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق ، وتارة بالظهار ، ومطلق الحرمة يحتمل المقيد ( وفي الظهار نوع حرمة ) لأنه إذا قـــال لامرأته أنت علي كظهر امي فقد حرمت عليه حتى يكفر عن ظهاره ( والمطلق يحتمل المقيد ) ومن نوى محتمل كلامه صدق .

( وإن قال أردت التحريم او لم أرد ) اي قال لم أرد به ( شيئاً فهو يمين يصير بـــه مولياً ) حتى إذا قربهـــا كفر عن يمينه . وإن لم يقربهـــا حتى مضت اربعة اشهر بانت بالإيلاء ، اما إذا اراد التحريم فإنما يكون يميناً ، لأن تحريم المباح يمين ، لقوله تعالى ﴿ يا أيها النبي لم تحرم ما احل الله لك ﴾ الى قوله تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ أول التحريم ، وأما إذا لم يرد شيئاً فلأن الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات ، لأن في الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة ، وفي الظهار ليس كذلك . وإذا اريد به الطلاق وقـــع بائناً ويحرم الوطء ، والإيلاء لا يحرم الوطء ، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمـات تعينت لتيقنها ( لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا ) لأن تحريم الحلال ليس من العبد بل من الله تعالى ، لأنه قلب المشروع ، لكن العبد يمنع نفسه عن ذلك الشيء ، فـــإذا باشره فعليه الكفارة ( وسنذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى ) اي سنذكر هذا الفصل في كتاب الايمان إن شاء الله عز وجل .

( ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق ) في قوله لها انت علي حرام ( من غير نية بحكم العرف ) ، لأن العادة جرت بين الناس في زماننا هـذا انهم يريدون الطلاق بهذا ، وأراد من المشايخ أبا بكر الاسكاف وأبا بكر بن سعيد ، والفقيه أبا جعفر الهندواني

وهم من كبار علمائنا الماضين ببلخ ، فإنهم قالوا يقع الطلاق . وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ ، وكذا الجواب في قوله كل حل علي حرام ، وحلال الله علي حرام ، أو قال حلال المسلمين علي حرام . وفي الذخيرة هـــذا كله طلاق بائن باتفاق ، وإن كان له أربعة نسوة وقع على كل واحدة طلقة بائنة . وفي فتاوى الأذرجندي والإمـــام مسعود بن الحسين الكشاني انه يقع واحدة ، والبيان اليه .

قال صاحب الذخيرة وهو الأظهر والأشبه . وفيه لو قال علي حرام ولم تكن له امرأة لم يلزمه شيء ، لأنه يمين بالطلاق ولا زوجة له . فإن تزوج امرأة وباشر الشرط اختلفوا فيه ، قال أبو جعفر تبين الزوجة . وقال غيره لا تبين ، وبه اخذ الفقيه ابو الليث وعليه الفتوى . ولو قال أنت حرام الف مرة فهي واحدة . ولو طلق الحرة واحدة ثم قال أنت علي حرام ينوي ثنتين لا تصح نيته ، وإن نوى الثلاث صحت ويقع طلقتان أخريان ،وإن لم ينو اليمين فهي يمين، لأن تحريم الحلال يمين ، واليمين في الزوجات إيلاء . ولو قال أنتما علي حرام فنوى الثلاث في إحداهمـــا وواحدة في الأخرى كان كما نوى عند ابي حنيفة ، ذكره المرغيناني .

ولو قال انت معنى في الحرام ، ولو قال أنا عليك حرام ، او قال حلال فقالت أنت معنى او علي مثل ما انت على جميع اهل المصر فهي طالق إن نواه . ولو قـــال الطلاق يلزمني يقع واحدة ، وهذا الكلام ناشيء عن اهل مصر .

فروع . آلى من امرأته ثم قال لأخرى أشركتك في إيلاء هذه كان باطلاً . ولو قـــال انت علي حرام ثم قال لأخرى أشركتك معها كان مولياً منهما ، وكذا لو قال إن وطئتك فعبدي هذا حر فمات العبد او أعتقه بطل الإيلاء ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . ولو قال والله لا وطئتك في الدبر ، اي فيما دون الفرج لم يصر مولياً ، خلافاً لمالك . ولو قال والله لا اجامعك إلا جماع سوء سئل عن نيته ، فإن قال اردت الوطء في الدبر صار مولياً ولو قال اردت به جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً ، ولو قـــال أردت التقاء الختانين فهو مول ، كما لو قال والله لا أطأك إلا فيما دون ، فإن لم يكن له نية فليس

بشيء . ولو قال إن قربتك فعلي ان امش في السوق لا يكون موليـــاً عند الجمهور ، إلا رواية عن أحمد .

ولو قال الذمي والله لا أقربك فهو مول عند ابي حنيفة ، لأنه من أهل الطلاق ، وبه قال الشافعي ، وكذا ظهاره ، وبه قال أحمد وأبو ثور . وقال مالك يسقط بـــإسلامه ، وقـــال ابو يوسف ومحمد إن حلف بالله لا يصير مولياً ، ولو حلف بالعتق والطلاق يصير مولياً ، ولو حلف بالصوم والحج والعمرة والصدقة لا يصير مولياً بالطلاق بالإتفاق . ولو آلى مسلم من امرأته ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون مولياً عند أبي حنيفة ، وروى أبو يوسف عنه يبطل إيلاءه . ولو قال ظاهرت ثم ارتد ثم أسلم فهو على ظهاره في قـــول أبي حنيفة أن ظهاره يبطل عنده . ولو ابانها في مدة الايلاء ثم قربها بطل إيلاؤه . ولو ظاهر ثم ارتد ثم اسلم فهو على ظهاره في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا يسقط وروى زفر عن ابي حنيفة ان ظهاره يبطل عنده . ولو ابانها في مدة الإيلاء ثم قربها بطل إيلاؤه للحنث . ولو فاء إليها بلسانه وهي مبانة لا يبطل ويقع الطلاق بمضي مـــدة الايلاء لعدم صحة الفيء باللسان بعد البينونة ، وكذا لا يصح بعد مضي مـــدة الايلاء .

وإن اختلفا في الفيء بعد بقاء المدة فالقول للزوج ، لأنـــه يملك الفيء ، وبعد مضي المدة فالقول لها ، لأنه ادعى الفيء في حالة لا يملك فيها الفيء .

# باب الخلع

## وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما

---

### ( باب الخلع )

أي هذا باب في بيان أحكام الخلع . وقال الأترازي الخلع اسم من الانخلاع ، وكذا قال الكاكي . وقال الاكمل الخلع بالضم اسم من قولهم خلعت المرأة زوجها ، واختلعت عنه بمالها . قلت قال الجواهري خلع ثوبه ونعليه ، وقاه مدة خلعاً وخلع عليه خلعاً ، وخلع امرأته خلعاً بالضم انتهى ، فدل كلامه أن الخلع بالضم والخلع بالفتح كلاهما مصدران غير ان الفرق بينهما انه إذا كان بمعنى النزع الحقيقي يستعمل بالفتح ، فإذا كان بمعنى المجاز يستعمل بالضم ، لان كلاً من الزوجين لباس لصاحبه ، كما قال الله تعالى ﴿ هن لباس لكم ﴾ ١٨٧ البقرة ، فاذا فعلا ذلك فانهما نزعا لباسهما ، فيكون من باب ترشيح الاستعارة ، والفرق بينه وبين التجريد ان ترشيح الاستعارة ينظر فيه إلى جانب المستعار منه كقولك رأيت بحراً جار ، والتجريد ينظر فيه إلى جانب المستعار له ، كقولك رأيت بحر ماء أحسن من مائه ، فالخلع من باب الترشيح على ما لا يخفى .

وقال الجوهري أيضاً خالعت المرأة بعلها إذا رضي على طلاقها ببدل منها له فهي خالع والاسم الخلع ، وقد تخالعا فاختلعت فهي مختلعة . وخلع الوالي عزل ، واما معناه الشرعي فهو عبارة عن أخذ مال من المرأة بأن النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق ، وحكمه حكم الطلاق البائن وصفته انه من جانب المرأة معاوضة على قول ابى حنيفة رحمه الله تعالى ، او يمين من الجانبين عندهما على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

( وإذا تشاق الزوجان ) أي إذا اختصما واختلفا ، مشتق من الشق ، وهو الجانب ، فكأن الزوجين إذا تخاصما وتجادلا يأخذ كل واحد شقاً خلاف شق صاحبه ( وخافا ) أي علما ، لأن الخوف من لوازم العلم ، والمراد من الخوف العلم ، قال أبو عبيد ( ان لا يقيما

حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به ، لقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة ،

---

حدود الله ) أي ما يلزمها من حقوق الزوجية ( فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها ) الضمير في نفسها يرجع للمرأة ، لأن لفظ الزوجين يدل عليه ، وفي – منه – يرجع إلى الزوج بالوجه المذكور والضمير المستتر في – يخلعها – يرجع إلى الزوج والبارز – التاء – إلى المرأة ، وفي به يرجع إلى المال .

( لقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة ) أي فلا إثم على الزوجين لا على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت فداء من فداه من اسر إذا استنقذ ، ولما ان النساء عوان عند الأزواج ، لأن النبي ﷺ سمى النساء أسارى في قوله عليه السلام اتقوا الله في النساء ، فإنهن عندكم عوانا ، رواه الترمذي ، والعواني يعني عانية ، والذكر عاني وهو الأسير ، وروى البخاري في حديث علي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله تعالى عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكني أكره الكفر في الإيمان ، انتهى . اي لشدة بغضها إياه لقضامة وجهه [١] ، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديقته ، قالت نعم ، قال رسول الله ﷺ اقبل الحديقة وطلقها .

والآية نزلت في ثابت وامرأته ، وهو اول خلع في الإسلام قاله الزمخشري ، واختلفوا في امرأة ثابت بن قيس ، فقيل حبيبة بنت سهل ، وقيل جميلة بنت سهل ، وقيل جميلة بنت سلول ، وسلول اسم امه ، وزينب بنت عبد الله بن أبي سلول ، والأول اكثر ، وإنما قال لا بأس بأن تفتدي نفسها ، لأن الطلاق أبغض المباحات عند الله تعالى .

وروى الترمذي من حديث ثوبان عن النبي ﷺ قال المختلعات هن المنافقات ، وقال غريب ، وروى الترمذي ايضاً عن ثوبان قال قال رسول الله ﷺ أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة .

ثم اعلم انه لم يخالف في جواز الخلع إلا بكر بن عبد الله المزني ، وزعم ان الآية التي

---

(١) هكذا الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

## فإذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ، ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة

دلت على جوازه منسوخة بآية النساء ، وهي قوله تعالى ﴿ وإن اردتم استبدال زوج ﴾ ... الآية ٣٠ النساء ، وليس كذلك ، لأنه شرط النسخ تأخير تاريخ الناسخ والإختلاف وتعذر الجمع ولم يوجد واحد منها . قال ابن شبرمة وأبو قلابة لا تحل حتى على بطنها رجلا لقوله تعالى ﴿ ولا تعضلوهن ﴾ إلى قوله ﴿ إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ﴾ ١٩ النساء . وقالت الظاهرية لا يجوز الخلع إلا بشرطين ، إلا إذا كرهته المرأة وخافت ان لا توفيه حقه فلها ان تفتدي نفسها بتراضيه . وقالت طائفة لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان ، يروى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن البصري . وقالت طائفة لا يجوز الخلع إلا ان تقول المرأة لزوجها لا أطيع له امر ولا أغتسل لك من جنابة . وقالت طائفة لا يجوز إلا مع نشوزه وإعراضه .

( فإذا فعل ذلك ) وفي بعض النسخ فإذا فعلا ذلك بألف التثنية ، أي الزوجان إذا فعلا ذلك ، اي الخلع الموصوف ( وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال ) وهو قول عثمان وعلي وابن مسعود والحسن وابن المسيب وعطاء وشريح والشعبي وقبيصة بن ذئب ومجاهد وابي سلمة والنخعي والزهري والأوزاعي والثوري ومكحول وابن ابي نجيح وعروة ومالك والشافعي في الجديد ، وعليه الفتوى ، ذكره في المبسوط . وقالت الظاهرية تطليقة رجعية ، حتى لو راجعها رد عليها ما أخذه وقال أحمد وإسحاق بن راهوية فرقة بغير طلاق ، وهو قول ابن عباس والشافعي في القديم ، قيل ذكرت الشافعية ان الشافعي غسل كتبه القديمة وأشهد على نفسه بالرجوع عنها ، فمن جعلها مذهباً فقد كذب عليه ، قاله إمام الحرمين وغيره ما قال إن الفتوى عليه من القديم في خمسة عشر مسألة ، فذلك بالإجتهاد منهم ، ولم ينسبه إلى الشافعي رحمه الله تعالى .

( لقوله عليه السلام ) اي لقول النبي ﷺ ( الخلع تطليقة بائنة ) هذا الحديث رواه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما من حديث عباد بن كثير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة ، وأعله بعباد بن كثير

الثقفي ، واسند عن البخاري قال تركوه ، وعن النسائي قال متروك الحديث . وعن شعبة قال أخذوا حديثه وسكتوا عنه إلا إذا خرج عن ابن عباس خلافه من رواية طاووس عنه قال الخلع فرقة ، وليس بطلاق انتهى . ولم يذكر أحد من الشراح دليلا لنا صحيحاً في هذا قال الأكمل لقوله عليه‌السلام الخلع تطليقة بائنة ، روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم موقوفاً عليهم ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ انتهى .

فهذا كما رأيت ليس بدليل صحيح ، لأنه متى ثبت رواية هذا الحديث عن هؤلاء الصحابة موقوفاً عليهم ، متى يكون مرفوعاً . وقال الاترازي وروى أصحابنا في المبسوط ، فذكر مثله ، غير انه قال اولاً ولنا ما روى البخاري فذكر حديث ثابت بن قيس الذي ذكرناه عن قريب ، وفيه إقبل الحديقة وطلقها ، فهذا يدل على ان الخلع طلاق ، ولكن لا يتم بهذا الدليل ، لأن المدعي انه طلاق بائن ، وليس ما يدل على انه بائن . وقال الكاكي روى البخاري انه عليه‌السلام قال لثابت إقبل الحديقة وطلقها تطليقة . وفي رواية قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ، وفي رواية قال اقبل الحديقة وخل سبيلها ، فدل على انه تطليقة بائنة ، ولأنه لو كان رجعياً يردها كرها فالأمر على موضوعه بالنقض .

قلت لفظ وخل سبيلها وقع في رواية ابي داود من حديث عائشة رضي الله تعالى عنها بلفظ فارقها . وقال الاترازي وأما كون الخلع بائناً فلما روى القطني في كتاب غريب الحديث الذي صنفه عن عبد الرزاق عن معمر عن المغيرة عن ابراهيم النخعي انه قال الخلع تطليقة بائنة ، وابراهيم قد أدرك الصحابة وزاحمهم في الفتوى ، فيجوز تقليده ، أو يحمل على انه شيء رواه عن رسول الله ﷺ ، لأنه من قرن العدول فيحمل أمره على الصلاح صيانة عن الجزاف والكذب ، انتهى . قلت هذا الكلام بطوله لا يرد الخصم ولا يرضى به .

فإن قلت الخصم يقول قال الله تعالى ﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان ﴾ ٢٢٩ البقرة ، ثم قال الله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ بيانه ان الطلاق محصور بالثلاث بالاجماع ، فلو كان الخلع طلاقاً لكان الطلقات اربعاً ، واللازم

منتف فيقتضي الملزوم ، ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة ، وخيار العتق وخيار البلوغ ، فيجوز فسخه ايضاً بالتراضي بالخلع كالبيع . قلت اجيب عن الآية بأن الله تعالى ذكر الطلقة الثالثة بعوض وغير عوض ، فلا يكون الطلاق أربعاً ، بيانه أن قوله تعالى ﴿ أو تسريح بإحسان ﴾ بغير عوض ، وقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ طلاق بعوض .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قوله تعالى الطلاق مرتان ، بين حكم الطلقتين على غير وجه الخلع ، ثم قال فإن طلقها فلا جناح عليهما فيما افتدت به على الطلقتين ، يعني على وجه الخلع ، ثم قال ﴿ فإن طلقها ﴾ ، أي الثالثة يلزم من جعل الخلع طلاقاً كون الطلاق اربعاً . قلت فيه تأمل ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ، ألا ترى انه لا فسخ بالهلاك قبل التسليم ، والملك الثابت به ضروري لا يظهر في حق الاستيفاء ، والفسخ بعد الكفاءة وخيار البلوغ قبل التمام ، فكان في معنى الامتناع عن الاتمام ، فأما الخلع يكون بعد تمام العقد ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه ، ولكن يحتمل القطع في الحال ، فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع القيد .

فإن قلت قال ابن حزم حديث ثابت مفسوخ لما ان رواية ابن عباس وعمله بخلاف رواية دليل نسخه . قلت اجاب الكاكي عن هذا بقوله صح رجوع ابن عباس إلى قول العامة ، مع انه روي عن ابن عباس انه عليه السلام جعل الخلع تطليقة بائنة ، انتهى . قلت هذا مجرد دعوى فلا يرضى بها الخصم ، فمن هو الذي صح رجوعه ، وروايته فإن كان الاعتماد على تصحيح روايته عن النبي ﷺ كما في الباب ، فقد وقفت على حاله مع انه روي عنه خلافه كما ذكرنا .

( ولأنه ) اي ولأن الخلع ( يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات ، والواقع بالكنايات بائن ) سوى قوله انت واحدة ، واعتدي ، واستبرئي رحمك ( إلا ان ذكر المال ) جواب عما يقال لو كان الخلع من الكنايات لكانت النية شرطاً فيه ، وليست بشرط ، فأجاب

أغنى عن النية هنا ، ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها ، وذلك بالبينونة ، وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً ، لقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ إلى أن قال ﴿ فلا تأخذوا منه شيئاً ﴾ ٢٠ النساء ،

---

بقوله – إلا ان ذكر المال – ( أغنى عن النية هنا ) اي في الخلع ، تقريره انجانب الطلاق يتعلق بذكر المـــال وقبوله بمقابلة فداء نفسها ، فلم يحتج إلى النية كما في حـــال مذاكرة الطلاق .

( ولأنها ) أي ولأن المرأة ( لا تسلم المـــال إلا لتسلم لها نفسها ) بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح ، فلما ذكر العوض كان المراد الانخلاع عن النكاح كما مر ، وذلك إشارة إلى ما ذكر من سلامة النفس عند تسليم المـــال ( ولا يكون ذلك إلا بالبينونة ) فقلنا يكون الخلع بائناً .

( فإن كان النشوز ) من نشزت المرأة إذا استصعبت عليه وابغضته . وقال الزجاجهو الكراهة والاعراض من كل واحد من الزوجين عن الآخر ، وكذلك النشوز يقال نشزت المرأة عن زوجها ونشضت[1] ، ثم إن كان النشوز ( من قبله ) اي من قبل الزوج ( يكره له أن يأخذ منها ) أي من المرأة ( عوضاً ) قليلاً كان أو كثيراً ( لقوله تعالى ﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج ﴾ إلى أن قال ﴿ فلا تأخذوا منه شيئاً ﴾ ٢٠ النساء ) تمـــام الآية ﴿ وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً ، أتأخـذونه بهتاناً وإثماً مبينا ﴾ فالزوج يشترك فيه الذكر والأنثى ، كما في قوله تعـــالى ﴿ ادخل انت وزوجك الجنة ﴾ والقنطار مل مسك ثور ذهباً او فضة ، ويقال هو سبعون ألف دينار ، ويقال ألفومائتا أوقية كذا قال صاحب ديوان الأدب ، والأوقية أربعون درهماً .

وقال الزمخشري القنطار المال العظيم . والبهتان ان يستقبل الرجل بأمر قبيح ، وهو بريء منه ، والآية نص على كراهة اخذ العوض،ومع هذا لو أخذ العوض جاز،لان النهي

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الاصل . ا هـ مصححه .

ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها ، وفي رواية الجامع الصغير طاب له الفضل أيضاً لإطلاق ما تلوناه

---

لمعنى في غيره ، وهي زيادة الايحاش ، فلا يعدم مشروعيته كالبيع وقت النداء يوم الجمعة يجوز و كره ، ويجوز الخلع على مال ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية ابن القاسم. وقال الزهري ومالك لا يحل له أخذ شيء إذا كان النشوز منه ، ومع ذلك لو تخالعا لزمه الطلاق ، ويرد ما أخذ منها . وفي الذخيرة خالعها ثم قال لم أنو به الطلاق ، فإن لم يذكر بدلاً صدق قضاء وديانة ، وإن ذكر لا يصدق قضاء ، وفيه لو قضى يكون الخلع فسخا ، قال بعض اصحابنا ينفذ ، لانه مروي عن ابن عباس . وقال بعضهم لا ينفذ .

وفي كتب الشافعية الخلع طلقة إذا كان بلفظ الطلاق ، وبلفظ الخلع والفسخ . والمفازاة إن نوى الطلاق فطلاق وإن لم ينو الطلاق فثلاثة أقوال طلاق او فسخ او ليس بشيء . ولفظ الخلع صريح ، وفي قول كناية والمفازاة كالخلع في الاصح لا خلاف في مذهبه ان الكناية تقع بلا نية ، وخالف فيه الائمة الثلاثة .

( ولانه ) اي لان الزوج ( أوحشها بالاستبدال ، فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال ) حتى لا يحصل لها ضرر من وجهين استبدال الزوج وأخذ المال ( وإن كان النشوز منها ) من المرأة ( كرهنا له ) اي الزوج ( ان يأخذ منها اكثر مما أعطاها ) وهو أخذ الفضل على ما ساق إليها ، اما مقدار المهر فلا يكره أخذه ، وهذه رواية كتاب طلاق الاصل .

( وفي رواية الجامع الصغير طاب له الفضل ايضا ) اي الفضل على مقدار مهرها ( لاطلاق ما تلوناه ) وهو قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ وهو بإطلاقه يشمل القليل ، والكثير والمهر وغيره . وفي التمهيد وجوز مالك والشافعي الخلع بجميع مالها إذا كان النشوز منها لقوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ وعن مولاة لصفية بنت ابي عبيد اختلعت بكل شيء لها ، فلم ينكر ذلك ابن عمر ، وقال ابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهما لا بأس ان يأخذ منها اكثر مما أعطاها ، وهو اخذ الفضل على ما ساق اليها ، وهو قول عكرمة ومجاهد وابراهيم وآخرين قال عكرمة يأخذ منها

بدءاً . ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا ، وقد كان النشوز منها .

---

حتى مرطها . وقال ابراهيم ومجاهد يأخذ منها عقاص رأسها . وفي المحلى وكـره علي بن أبي طالب والحكم بن عتبة وحماد بن ابي سليمان وميمون بن مهران ان يـأخذ زيادة على ما اعطاها . وفي التمهيد وهو قول الحسن وعطاء وطاووس وعن ابن المسيب والشعبي لا يأخذ منها كل ما اعطاها إذا كان النشوز منه وهو مضاراً ( بدءاً ) أولا يعني الآية التي بدأنا بها اولاً ، وهو قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ .

( ووجه الاخرى ) أي الرواية الاخرى ، اراد به رواية القدوري وهو قوله كرهنا له ان يأخذ مما اعطاها ، وهي رواية الاصل ( قوله عليه السلام في امرأة ثـابت بن قيس بن شماس ، اما الزيادة فلا ) هذا روي مرسلاً عن عطاء . وعن ابن الزبير رضي الله تعالى عنهم ، فحديث عطاء رواه ابو داود في مراسيله عنه ، قال جاءت امرأة إلى النبي ﷺ تشكو زوجها ، فقال أتردين إليه حديقته التي اصدقك ، قالت نعم وزيادة ، قال امـا الزيادة فلا . وحديث ابن الزبير اخرجه الدارقطني في سننه عن حجاج عن ابن جريج قال أخبرني أبو الزبير بن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنـده زينب بنت عبد الله بن ابي بن سلول ، وكان اصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي ﷺ اتردين عليه حديقته التي أعطاك قالت نعم وزيادة ، فقال النبي ﷺ أمـا الزيادة فلا ، ولكن حديقة فخذها وخل سبيلها ، انتهى .

وقال الاترازي وجه ما روى أصحابنا ان امرأة ثابت بن قيس بن شماس اتت رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت فقال اتردين عليه حديقته ، قالت نعم وزيادة ، فقال اما الزيادة فلا ، فدل الحديث على الكراهة في اخذ الفضل .

( وقد كان النشوز منها ) الواو فيه للحال . واعلم ان الزيادة المذكورة في حديث ثابت ابن قيس ليست ثابتة في رواية البخاري وغيره من الصحاح . وقال الاترازي اصحابنا أثبتوها في رواتهم في كتب الفقه ، انتهى . قلت هذا عمد في حق الاصحاب ، لأنهم مـا اثبتوها من عندهم بل اعتمدوا فيها على مرسل ابي داود ومرسل ابن الزبير الذين ذكرناهما .

ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه ولأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكماً ، والإباحة . وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض ، فبقي معمولاً في الباقي ، وإن طلقها على مال

---

( ولو أخذ الزيادة ) اي ولو اخذ الزوج الزيادة فيما إذا كان النشوز من قبلها ( جاز في القضاء ، وكذا إذا أخذ والنشوز منه ) أي وكذا إذا أخذ الزوج والحال ان النشوز منه ( لأن مقتضى ما تلوناه ) وهو قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة ( شيئان ) تثنية شيء ، اشار إلى أحدهما بقوله ( له الجواز حكماً ) اي شرعاً ، وأشار إلى الآخر بقوله ( والإباحة ) وهي الحل ( وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض ) اي لأجل معارض ، وهو قوله ﷺ اما الزيادة فلا ( فبقي ) اي النص ( معمولاً به في الثاني ) وهو الجواز ، لأنه لا يلزم من نفي الاباحة نفي الجواز ، كما في البيع وقت النداء .

فإن قيل الجواز والإباحة عبارتان عن معنى واحد ، لأنه لا جواز بدون الاباحة ، ولا إباحة بدون الجواز ، فكيف يجوز أحدهما مع انتفاء الآخر . اجيب بل هما شيئان مختلفان ، لأن ضد الإباحة الكراهة ، وضد الجواز الحرمة ، وبضدها تتبين الأشياء ، وكذا شيئان لا ينفكان ، ألا ترى ان البيع وقت النداء جائز مع الكراهة وليس بمباح لما ان الاباحة عبارة عن عدم الكراهة ، واحتمل ان يكون الشيء جائز مع الكراهة ، وهذا كثير النظير ، فإن جميع صور النهي في الأفعال الشرعية كذلك .

فإن قلت الحديث الذي فيه ـ اما الزيادة فلا ـ خبر واحد ، فكيف يعارض قوله تعالى ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ ٢٢٩ البقرة ، قلت أجيب بأن النص إذا خص منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن كونه قطعياً ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد ، مع ان هذا الحديث إن كان معارض النص فهو موافق لنص آخر ، وهو قوله تعالى ﴿ فلا تأخذوا ﴾ فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب لا معارضة خبر الواحد فجاز التمسك به ، لأنه موافق لأحد النصين .

( وإن طلقها على مال ) بأن قال طلقتك على الف درهم مثلا ( فقبلت ) في المجلس

فقبلت وقـــع الطلاق ولزمها المال ، لأن الزوج يستبد بالطلاق تخييراً وتعليقـاً ، وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المـــال لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ، وإن لم يكن مالا كالقصاص

---

( وقع الطلاق ولزمها المال ) المذكور ، وكذا الحكم إذا قـــال خلعتك على الف درهم وبارأتك على الف درهم ، وكذا إذا بدأت المرأة فقالت طلقني على الف درهم ، او خالعني أو بارئني ( لأن الزوج يستبد ) اي يستقل ( بالطلاق تخييراً وتعليقاً ) اي من حيث التخيير بأن قال أنت طالق ، ومن حيث التعليق بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق ( وقد علقه بقبولها ) وقد علق الزوج طلاقها بقبولها المال ، لأن الحكم معاوضة من جانب المرأة بدليل اقتصاره على المجلس وولاية الرجوع ، فلا بد من القبول ، لأنه شرط في المعاوضات .

( والمرأة تملك التزام المال بولايتها على نفسها ) حاصله ان هذا الصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعارضين وصلاحية المحل إلا أهلية الزوج فلا مستبد بذلك كما قدمناه ، وأمـــا اهلية المرأة فلأنها تتولى أمور نفسها ، وأمـا صلاحية المحل فقد اشار إليها بقوله ( وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ) هذا كأنه جواب عما يقال كيف جاز الاعتياض في الخلع ، وليس البضع بمتقوم حالة الخروج ، فأجاب بقوله وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه . ( وإن لم يكن مالاً ) وهو واصل بما قبله ( كالقصاص ) فإنه ليس بمال ، فجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله . قال الأكمل كذا في بعض (١) وأراد بـــه شرح الأترازي ، فإنه قال في شرحه هذا ، فكان الأكمل ما اعجبه هذا حتى نسبه إلى غيره ، ولكنه لو كان عنده أوجه منه لبينه .

قال الاترازي فإن قلت لا نسلم ان الخلع تعليق الطلاق بالقبول ، ويجوز ان يكون تعليقاً بالأداء . قلت لأن الخلع من المقدمـات ولا يجب الأداء في المعاوضات إلا بالقبول ، فكان تعليقاً بالقبول دون الأداء .

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما هي ـ بعض النسخ ، اهـ مصححه .

وكان الطلاق بائناً لما بينا، ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر، وهو النفس تحقيقاً للمساواة. قال وإن بطـــل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة ، فلا شيء للزوج ، والفرقة بائنة،

---

( وكان الطلاق ) أي الطلاق الواقع على المال ( بائناً لما بينا ) وأشار بـــه إلى قوله - والواقع بالكنايات بائن - ( ولأنه ) أي ولأن الطلاق المذكور ( معاوضة المال بالنفس) لأنهـــا تخلص نفسها بالمال الذي تدفعه إليه ( وقد ملك الزوج أحد البدلين ) وهو المال ( فتملك هي ) أي المرأة ( الآخر وهو النفس تحقيقاً للمساواة ) بينهما ، لأن نفسها لا تسلم لها إلا بالبائن ، لان حق الزوج في الرجعي ليس بمنقطع ، فلو جعل الخلع رجعياً لذهب مالها بلا عوض ، ولم يحصل غرضهـــا ، وذلك لا يجوز ، وكذلك يلزمها المال ، لانها من أهل الالتزام وقد تصرفت في خالص حقها ، فلو لم يلزمها بعد قبولها لزم الغرور على الزوج وذا لا يجوز ، ولانه لم يرض بفوات حقه بلا عوض .

( قـــال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة ، فلا شيء للزوج والفرقة بائنة ) أي يقع الطلاق البائن، والحكم فيما إذا خالعها على خمر أو دم كذلك ، وبه صرح في التحفة والمغني . ولو خالعها على خمر أو خنزير او ميتة أو دم أو حر فهو كالخلع بغير عوض لا يلزمها عند الائمة الثلاثة وأصحابهم ، ويقع عند مالك وأحمد رجعياً ، وعند زفر ترد مهرها ، وعند الشافعي يجب مهر المثل ويقع طلاقاً بائناً كقولنا ، انتهى .

واعلم ان الخلع والطلاق على مـــا لا يحل كالخمر وأخواتها جائز ، ويقع الطلاق لوجود الشرط ، ولا يجب له عليها شيء ، لانهـــا لم تغرره، والخمر وإن كانت مالاً لكنها ليست بمتقومة ، لان الشرع أهانه ، والامر في الميتة اظهر ، لانها ليست بمال اصلاً ، بخلاف مـــا إذا اغرته وقالت اختلع منك بهذا الخل فإذا هو خمر عليهـــا ان ترد المهر المأخوذ في قول أبي حنيفة . وفي قولها عليها مثل كل ذلك من خل وسط، كذا ذكر الخلاف في مبسوط شمس

وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعياً فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول، وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العمل في الاول لفظ الخلع ، وهو كناية ، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة ، وإنما لم يجب للزوج شيء عليها ، لأنها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارّةً له ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ، ولا إلى إيجاب غيره

---

الائمة السرخسي ، وإنما لم يبطل الخلع ببطلان العوض ، لان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة .

( وإن بطل العوض في الطلاق كان ) اي الطلاق ( رجعياً ) أي في الموطوءة دون الثلاث ، وبه قالت الائمة الثلاثة ( فوقوع الطلاق في الوجهين ) يعني بطلان العوض في الخلع ، وبطلان العوض في الطلاق ، واشار به إلى وجه الافتراق بينهما فقال وقوع الطلاق في الوجهين ( للتعليق بالقبول ) اي لاجل تعليق الطلاق بقبول المرأة ( وافتراقهما ) أي الوجهين ( في الحكم لانه ) اي لان الشأن ( لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع ) قال تاج الشريعة لفظ الخلع ينصب العامل ويرفع لفظ الخلع بخط المصنف ،انتهى. وأراد بالاول بطلان العوض في الخلع ( وهو ) أي لفظ الخلع ( كناية ) من الفاظ الكنايات ، والواقع بالكناية يأتي سوى الالفاظ الثلاثة التي مر بيانها فيا تقدم . وقال الكاكي هو كناية لا ينتفى به ، بل يجب أن يقال وهو كناية ، ولها دلالة على قطع الوصلة ، لانه مشتق من خلع الخف أو القميص ، وإنما احتيج إلى هذا التأويل لانه من الكنايات ما هو رجعي ، انتهى . قلت هذا زيادة تعسف في التصرف على ما لا يخفى .

( وفي الثاني ) وهو بطلان العوض في الطلاق ( الصريح ) اي صريح الطلاق ( وهو ) أي الصريح ( يعقب الرجعة ) لبقاء المحل ( وإنما لم يجب للزوج شيء عليها ) اي على المرأة ( لأنها ما سمت مالاً متقوماً حتى تصير غارة له ) اي للزوج ، فإذا لم تصر غارة فلا يجب عليها شيء ( ولأنه ) اي ولأن الشأن ، هذا دليل آخر ( لا وجه إلى إيجاب المسمى للاسلام ) اي لأجل الاسلام ، لأن المسلم ممنوع من تسليمه وتسلمه ( ولا إلى إيجاب غيره )

لعدم الإلتزام ، بخلاف ما إذا خالع على خـل بعينه فظهر أنه خمر ، لأنها سمت مالاً فصار مغروراً ، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد ، لأن ملك المولى فيه متقوم ، وما رضي بزواله مجاناً ، أما ملك البضع في حالة الخروج غـــير متقوم على مـــا نذكر ، وبخلاف النكاح ، لأن البضـع في حالة الدخول متقوم ، والفقـــه فيه

---

اي لا وجه أيضاً لإلزام غيره ( لعدم الالزام ) من جهة الغير بذلك ( بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر ، لأنها سمت مالاً فصار ) اي الزوج (مغروراً) لأنها غرته حيث قالت هذا الخل بعينه ، فإذا هو خمر ، فلزم عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة، وعندهما يجب كيل مثل ذلك من خل وسط كما في الصداق . ولو علم الزوج بكونه خمراً فلا شيء عليه . وعند الشافعي يجب مهر المثل ، وعند أحمد وأبي ثور يجب قيمته .

( وبخلاف مـــا إذا كاتب عبده او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد ، لأن ملك المولى فيه ) اي في العبد ( متقوم ) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب ( ومارضي) أي المولى ( بزواله ) اي بزوال ملكه ( مجاناً ) أي بلا شيء . قال الجوهري قولهم أخذه مجاناً ، اي بلا بدل ، وهو فعال ، لأنه ينصرف ، انتهى . قلت ذكره في باب مجن، وقال المجون ان لا يبالي الإنسان بما صنع ، وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف تقديره مارضي زوالاً مجاناً .

( وأما ملك البضع ) يعني في الخلع ( في حالة الخروج غير متقوم ) فلا يلزم من بطلان البدل فساد الخلع ،(على مانذكره) اراد بـه ما نذكره بعيد هذا بقوله – والفقه ... إلى آخره – ( وبخلاف النكاح ) أشار بـه إلى الفرق بينه وبين الخلع ، حيث يصح النكاح ويجب مهر المثل ويصح الخلع ولا يجب شيء ( لأن البضع في حالة الدخول متقوم ) ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها جاز من جميع المال ( والفقه فيه ) أي في كون البضع غير متقوم في حالة الخروج دون الدخول ، والفقـه في اللغة الفهم ، ولكن العرف خصه

انـــه شريف ، فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهاراً لشرفه ، فأما الإسقاط فنفسه شريف فـــلا حاجة إلى إيجاب المال وما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع ،

---

بعلم الشريعة ، وخصصه بعلم الفروع ( منها انه ) اي ان البضع ( شريف ) يعني له مقدار في نفسه ( فلم يشرع تملكه إلا بعوض يقابله إظهاراً لشرفه ) اي لأجل الإظهار أنه شريف، فلم يشرع تملكه بلا بدل إظهاراً لخطر المحل .

( فأما الإسقاط ) أي إسقاط ملك الزوج عن البضع ( فنفسه شرف فلا حاجـة إلى إيجاب المال ) لعدم لزوم إهانة المحل المحترم . وقـال السغناقي فنفسه شرف أي يتشرف المرأة حيث تعود مالكة على نفسها من كل وجه كما كانت ، فلذلك لم يجب على الزوج شيء، بخلاف النكاح ، فإنه يجب عليه المهر ، لأن في النكاح استيلاء على كل محترم ، فيجب المال على مقابله بالإستيلاء . وقال الكاكي فلا حاجة إلى إيجاب المال إلا إذا تراضيا على مـال . وفي الجواهر للمالكيه خالعها على حرام وحلال صح مثل خمر ومال ، ولا يجب للزوج إلا المال ، وهو قياس قول اصحابنا وأحمد وقياس قول الشافعي يجب مهر المثل .

في جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء ، لأنه مال لا يستحقه بحال، ولا بد من القبول لوقوع الطلاق ، كخلع المبانة والصغيرة ، ولو خالعها على براءتها من دين لها عليه غير المهر ، او على براءتهـا من كفالة نفس ، أو على تأخير دين لها عليه صحت البراءة والتأخير إلى أجل معلوم ، ويكون الطلاق رجعياً ، ويصح التأجيل في بدل الخلع إلى أجل مجهول وجهالة مستدركة نحو الحصاد والدياس وإلى القطاف وهبوب الرياح لا يجوز، وكذا إلى الميسرة لا يصح التأجيل . وفي المحيط ويجب المال حالاً . وفي جهـــالة البدل تفسد التسمية وهو قول أحمد . وقال أبو ثور تفسد بالجهالة ، وهو قول أبي بكر من الحنابلة . وقال الشافعي يجب مهر المثل كالنكاح .

( قال ) اي القدوري رحمه الله تعالى ( وما جاز ان يكون مهراً جاز أن يكون بدلاً في الخلع ) وهذا بإجماع العلماء ، وإنما لم يذكر عكسه حيث لم يقل ومالا يجوز أن يكون مهراً لا يجوز أن يكون بدلاً في الخلع، لأن من الأشياء ما لايصح للمهر ويصح لبدل الخلع كدرهم إلى

لأن ما يصلح عوضاً للمتقوم أولى أن يصلح لغير المتقوم . فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها، لأنها لم تغروه بتسمية المال

---

تسعة دراهم ( لأن ما يصلح عوضاً للمتقوم اولى أن يصلح لغير المتقوم ) هو البضع أيضاً ، لأنه غير متقوم حالة الخروج ، ولهذا إذا اختلعت على ثوب موصوف جاز كما في المهر ، وإن اختلعت على ثوب فالتسمية فاسدة للجهالة كما في المهر ، وله المهر ، لأنها غرته ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمة ، كما إذا اختلعت على ما لا يحل كالخمر والميتة ، لكن هنا لا شيء للزوج على المرأة إذا وقع الخلع بقبول الزوج ، بخلاف النكاح على الخمر ونحوها حيث يجب مهر المثل .

( فإذا قالت له ) اي المرأة لزوجها ( خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها ) أي فلا شيء للزوج على المرأة ، لأن كلمة ما عامة تتناول المال وغيره ( لأنها لم تغروه بتسمية المال ) اي لأن المرأة لم تغرر زوجها بذكر ما له قيمة ، والمراد من اليد الجسة ، وكذا إذا اختلعت على ما في هذا البيت ، او على ما في شجري أو نخلي ، أو بطون غنمي ، فلم يكن شيء في تلك الساعة لا يرجع عليها كما ذكرنا ، أما إذا كان في تلك الساعة شيء فله ذلك ، لأن المسارعة الناشئة من الجهالة ترتفع بالإشارة الى المحل ، وفي النكاح يجب مهر المثل في هذه الصور ، لأن البضع متقوم عند الدخول ، وفي الصورة المذكورة يقع الطلاق ، وبه قال مالك وأحمد .

وفي البسيط لو وقع الخلع بدون ذكر المال قيل يجب المال ، بخلاف النكاح ، فإذا قلت لا يجب هل يفتقر إلى القبول ، قيل يفتقر ، لأن المخالعة مفاعلة كالمقاتلة والمضاربة ، فلا بد منه ، والخلع قد يقف على القبول كخلع السفينة والصغيرة على مال . وفي الوسط لو قال خلعتك على ما في كفك صح الخلع إن صححنا بيع الغائب وترك على ما في كفها ، وإن لم يصح فسد العوض ويجب الرجوع إلى مهر المثل . قال الغزالي وقال أبو حنيفة إن لم يكن في كفها شيء نزل على ثلاث دراهم ، وعلل وقال السروجي مذهب أبي حنيفة

وإن قالت له خالعني على ما في يدي من مال ، فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها ، لأنها لما سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ، ولا إلى قيمة البضع ، أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج ، فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعاً للضرر عنه ،

---

وأصحابه انه لا يلزم شيء البتة من غير خلاف ، ونقله عنه غلط قبيح ، وتقليد وهم ، وخيال باطل مبني على الخطأ او المجازفة فيه .

وقال وكان قد اتفق ثلاثمائة مفتي على إباحة دمه في أيام السلطان محمود رحمه الله تعالى ، وافتوا بقتله من أجل اعتقاده مذهب الحكماء ، فقال السلطان محمود أنا رجل عامي لا أعرف هذا الأمر إن وجب قتله فاقتلوه ، فخلصه منهم الارصابندي من الحنفية ، ثم صنف إحياء علوم الدين ، وذكر فيه مناقب ابي حنيفة وأطنب في مدحه بالعلم والزهد والورع ، وذكر ابن عطية في تفسيره في سورة التكوير : ذهب قوم من الملحدين كالغزالي إلى ان الشمس نفس ابن آدم ، والنجوم عيناه وحواسه ، والعشاء ساقاه ، وذلك عند موته . وكفروه بأمور منها ليس في الممكن ابدع من هذا العالم .

( وإن قالت له خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها سمت مالاً لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه لإيجاب المسمى وقيمته للجهالة ، ولا وجه ) أي ولا وجه ايضاً بالرجوع ( إلى قيمة البضع ، أعني مهر المثل ، لأنه غير متقوم حالة الخروج ) لأن الزوج لم يملك شيئاً ، بل اسقط حقه عنها ( فتعين إيجاب ما قام به على الزوج ) اي إيجاب ما قام البضع بالمال على الزوج ، وهو المهر ، وبه قال القاضي من الحنابلة . وفي المغني عليها ما يقع عليه اسم المشاع ، وعند أحمد وعند الشافعي عليها مهر المثل قولاً واحداً ( دفعاً للضرر عنه ) اي عن الزوج ، لأن فيه دفعاً للغرور بقدر الامكان ، ولا يقال البضع صار مستهلكا ولا إمكان بفسخ الخلع ، فيجب قيمة البضع عليها ، لأنا نقول يبطل ذلك بارتداد المرأة ، فإن استهلاك البضع حاصل مع هذا لا رجوع بقيمة البضع عليها .

ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدهـــا شيء فعليها ثلاثة دراهم ، لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه

---

وفي قاضي خان لو قال لها اخلعي نفسك بالمال أو بما شئت ، وقالت اختلعت لا يقع الطلاق ، لأنه يصير مستزيداً ومستنقصاً وهو محال ، وكذا لو قال بألف فقالت اختلعت ذكر في الوكالة انه يقع ، وفي الطلاق انه لا يتم ، ولو قال اخلعي نفسك ولم يذكر مـالاً ذكر خواهر زادة انه تقع طلقة واحدة بائنة ، وفي المنتقى لا يصح ولا يكون دخولها إلا بالمال ، إلا ان ينوي الزوج الطلاق بغير مال ، وكذا لو قال لغيرها اخلع امرأتي فليس له أن يخلعها إلا بمال . وذكر ابن سماعة عن محمد انه يكون طلاقاً بائناً بغير مال ، وبه أخذ المشايخ . وفي جوامع الفقه لو قال بعتك نفسك بكذا كان خلعاً ، ولم يذكر البدل في رواية هشام وابن سماعة عن محمد . وعن الكرخي وأبي القاسم انـــه ليس بخلع . وفي موضع آخر انه يقع به طلاق بائن ولا يـبرأ الزوج عن المهر . وعن ابن سلام يبرأ ، وهو اختيار الشهيد حسام الدين في الفتاوى .

وفي الفتاوى ان نوى الطلاق يقع ولا يبرأ من المهر وقال إخلعي نفسك كذا ،فقالت فعلت لم يذكر البدل كان سؤالاً وطلباً للخلع ، حتى لو قـــال خلعتك بكذا يتوقف على قبولها ، هكذا في الأصل . وعن محمد يقع بغير شيء ، وكذا لو قالت اخلعني بـــمال . وفي الفتاوى لو قال اشتري نفسك مني ولم يذكر مالاً فقالت اشتريت لا يصح ، بخلاف قولـــه اخلعي نفسك مني فقالت اختلعت . ولو قالت اخلعني بكذا فقال طلقتك فهو جواب . وقيل ابتداء ولو قال طلقتك للسنة هو ابتداء بلا خلاف . ولو قال خلعتك بكذا فقالت نعم فليس بشيء كأنها قالت نعم خلعتني ، ولو قالت رضيت او أجزت صح .

( ولو قالت خالعني على مـــا في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم ، لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة ، وكلمة من هنا للصلة ) اي البيان ( دون التبعيض ، لأن الكلام يختل بدونه ) اي بدون من ، لانها لو قالت اخلعني على ما في يدي دراهم كان الكلام مختلا ، فكان صلة ، ويبقى لفظ الجمع فيلزمها ثلاثة دراهم .

وإذا اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ ، وعليها تسليم عينه إن قدرت ، وتسليم قيمته إن عجزت ، لانـــه عقد المعاوضة ، فيقتضي سلامـــة العوض ، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل ، إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ،

---

فإن قلت ينبغي ان يلزمها درهم واحد ، لأن الجمع المعروف باللام للجنس ، قلت نعم إذا كان الجمع مجرداً عن الاضافة والإشارة لاختصاصه بما تحويه يده والدراهم حقيقة ، فيجب اعتبار معنى الجمعية على انا نقول أن اللام الداخل على الجمع فيه اختلاف ، قيد البعض بمطلق الجمع لعل المصنف ذهب إلى هذا القول ولا يرد عليها ما إذا قال لامرأته اختاري من الثلاث ما شئت ، فإنها إذا اختارت الواحدة او الثنتين يصح ، لأن – من – فيه للتبعيض لعدم اختلال الكلام بدونه ، بخلاف صورة الخلع ، فـــإن – من – فيها للتبين والصلة لاختلال الكلام بدونه ، ولا يقال المفهوم من اختاري ما شئت غير المفهوم من اختاري من الثلاث ما شئت ، لانا نقول المغايرة بين المعنيين لا تقتضي الاختلال في الكلام ، لأن المدعي صحة الكلام بدون ذكر من ، وصحته ليست بموقوفة على عدم المغايرة .

( وإذا اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه ) اي إيابه ، يعني لا تطيق على تحصيله إن وجدته سلمته ، وإلا فلا شيء عليها ( لم تبرأ ) وعند مالك لا ضمان عليها، وعند الشافعي يجب مهر المثل ان صح الخلع ، وفي الاصح عنده لا يصح الخلع ( وعليهـا تسليم عينه ) اي وعلى المرأة تسليم عين العبد ( ان قدرت ، وتسليم قيمتـه ان عجزت ، لانه ) اي لأن الخلع ( عقد المعاوضة ، فيقتضي سلامـة العوض ، واشتراط البراءة عنه ) اي عن الزوج ( شرط فاسد فيبطل ) اي الشرط ( إلا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة ) وكذا التبرعات لا تبطل بها .

فـإن قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بالشرط الفاسد ، ولكن ينبغي ان تفسد التسمية ويرجع الزوج عليها بالمهر . والجواب ان مبنى الخلع على التوسع ، فلا يمنع صحته باعتبار الاباق ، لان العقد إذا كان صحيحاً كان ماينافضه من الشرط فاسداً ساقطاً ، والساقط لا يؤثر فساد شيء .

وعلى هذا النكاح إذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف لأنها لما طلبت الثلث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف، وهذا لان حرف الباء تصحب الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض ، والطلاق بائن لوجود المال ، وإن قالت طلقني ثلاثاً على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة «رح» ويملك الرجعة

---

فإن قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى فكذا يوجب تسليمه بوصف كونه سليما ، واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح ، فيصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضاً . أجيب بأن استحقاق التسليم بوصف السلامة ، الا ترى ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا لا يجوز ، والبيع شرط البراءة عن العيوب يجوز ، فلا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى .

( وعلى هذا النكاح ) يعني على هذا الحكم إذا تزوجها على عبد آبق له باشتراط البراءة عن ضمانه جاز النكاح ، ولم يبرأ عن ضمانه ، ويجب تسليم عينه اذا قدر ، وإلا تسلم قيمته .

( وإذا قالت طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف ) وبه قال الشافعي وعند مالك يقع بألف ، وعند أحمد يقع بغير شيء ( لأنها لما طلبت الثلاث بالألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف ، وهذا لأن حرف البـاء تصحب الأعواض ، والعوض ينقسم على المعوض) اي على اجزاء المعوض ، فيقابل كل طلقة بثلث الألف .

فإن قلت هذا يشكل بالبيع ، فلو قال بعت منك هذه العبيد الثلاثة كل واحد بثلث الألف ، فقبل البيع في واحد بعينه لم يجز ، ولم يجب ثلث الألف . قلت الطلاق لايبطل بالشرط الفاسد لقبوله التعليق والأخطار ، ولا كذلك البيع .

( والطلاق بائن لوجوب المال ) اي بالإجماع .

( وإن قالت طلقني ثلاثاً على الف فطلقها واحدة ، فلا شيء عليها عند ابي حنيفة ) وبه قال أحمد كقوله في الباء . وقال مالك كالكلام في الباء ( ويملك الرجعة ) لأنها لما

وقالا هي واحــــدة بثلث الألف ، لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى أن قولهم إحمل هـذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء . وله أن كلمة على للشرط قال الله تعالى ﴿ يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً ﴾ ١٢ الممتحنة . ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطاً ،

---

لم يجب المال ، لأن الشروط لا تتوزع على اجزاء الشرط كان الطلاق رجعيـاً ، لأن الزوج كان مبتدئاً في إيقاع الطلاق ، وصريح الطلاق يعقب الرجعة في المدخولة إذا لم يقرن بالثلاث ( وقـالا ) اي قال أبو يوسف ومحمد ( هي واحدة بائنة بثلث الألف ) أي الطلقة واحدة بائنة ، وبه قال الشافعي ( لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات ) يعني تستعمل في المعاوضات بمعنى الباء والخلع معاوضة ، فيكون بمنزلة البـــاء كدخوله على المال دون الطلاق ، والمال لا يقبل التعليق ( حتى ان قولهم احمل هــــذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء ) سواء بالرفع خبر إن ، والباء لمعان كثيرة منها تستعمل بمعنى الاستعلاء ، فتكون بمعنى على ، كما في قوله تعالى ﴿ من إن تأمنه بقنطار ﴾ ٧٥ آل عمران ، اي على قنطار ، ﴿ وإذا مروا بهم ﴾ أي عليهم ﴿ يتغامزون ﴾ .

( وله ) اي ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى ( ان كلمة على الشرط ، قــال الله تعالى ﴿ يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئاً ﴾ ١٢ الممتحنة ) أي شرط ان لا يشركن ، وهذا في بيعة النساء ، والشرط يقابل المشروط جملة ، ولا يقابله أجزاءه وعلى هذا لو قال لها أنت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً ، وكذا إذا قال بعت هــذا العبد على انه خباز أو كاتب كان شرطاً .

فإن قلت يشكل هذا بما إذا قالت له طلقني وفلانة على الف ، فطلقها وحدها كان عليها حصتها من المال بمنزلة مــا لو التمست بحرف الباء . وأجيب بأنه حملت هناك على الباء ، لأنه لا غرض لها في طلاق فلانة ، فيجعل ذلك كالشرط . ولهـا في اشتراط إيقاع الثلاث غرض صحيح ، كذا في المبسوط .

( ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطاً ) هذه المسألة للاستشهاد على

وهــــذا لأنه الملزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه يلازم الجزاء ، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجـزاء الشرط ، بخلاف الباء ، لأنه للعوض على ما مر ، وإذا لم يجب المال كان مبتدأ ، فوقـع الطلاق ويملك الرجعة . ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثـاً بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقـع شيء ، لأن الزوج ما رضي بالبينونة إلا ليسلم الألف كلها ، بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بألف لأنها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها .

---

ان على للشرط ، وليست هي بمسألة ابتدائية ( وهذا لأنه ) اي لأن حرف على ( الملزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه ) اي لأن الشرط ( يلازم الجزاء ) بيانـــه ان كلمة على للاستعلاء ، ثم إذا استعملت للشرط تكون مجازاً ، ويجوز المجاز للاتصال من حيث الملازمـــة ، لأن وجود الشرط مستلزم لوجود الجزاء ( وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع ) على صيغة المجهول ، يقال توازعوه إذا اقتسموه ، وهو متعد كما ترى ( على أجزاء الشرط ) لأن المشروط لا يوجد إلا عند وجود الشرط ، والشرط عبارة عن جميع الأجزاء فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط ، لعدم وجود الشرط ( بخلاف حرف الباء ، لأنه للعوض على ما مر ) اي عند قوله لأن حرف الباء يصحب الاعواض .

( وإذا لم يجب المال ) في المسألة المذكورة ، وهي قوله وإن قالت طلقني ثلاثاً ... إلى آخره ( كان مبتدأ ) اي كان الرجل مبتدأ غير مبني على سؤالها ( فوقع ) اي الطلاق وقع رجعياً ، وهو معنى قوله ( ويملك الرجعة ) لان الطلاق الصريح يعقب الرجعة .

( ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثاً بألف أو على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء ، لان الزوج ما رضي بالبينونة إلا لتسلم له الالف كلها ) لان رضاه بزوال ملكه بالالف لا يدل على رضاه بزوال ملكه بأقل من الالف ( بخلاف قولها طلقني ثلاثاً بألف ) فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة ( لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها ) أي ببعض

أرضى . ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف ولا بد من القبول في الوجهين ، لأن معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك ، والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن لما قلنا .

---

الالف ( ارضى ) يعني لما رضيت بتملك نفسها بوقوع البينونة بأقل من الالف كان رضاها بالالف بالطريق الاولى .

( ولو قال لها انت طالق على الف وقبلت فقبلت وعليها الالف ) وإنما توقف على قبولها ، لانه إيجاب معاوضة فلا بد من القبول ، فإذا قبلت وقعت واحدة بائنه لوجوب المال ، لكن بشرط القبول في المجلس ، حتى إذا قامت قبل القبول بطل ذلك ، لانه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيئتها وتمليك الامر منها ، والتمليكات تقتصر على المجلس ( وهو كقوله أنت طالق بألف ) أي حكم هذا الحكم ذلك فيما ذكر . وذكر التمرتاشي لو قال أنت طالق بألف او على الف أو خالعتك على الف او باريتك او طلقتك بألف يقع على القبول في المجلس ، وهذا يمين من جهة فيصح تعليقه وإضافته ، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويتوقف على البلوغ عليها إذا كانت غايته ، لانه تعليق الطلاق بقبولها المال ، وهو من جهتها المبادلة ، فلا يصح تعليقها وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ، ويبطل بقيامها عن المجلس .

( ولا بد من القبول في الوجهين ) أي في قوله انت طالق على الف ، وفي قوله أنت طالق بألف ( لان معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك ، والعوض لا يجب بدون قبوله ، والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن كما قلنا ) اي لوجوب المال .

ولو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف فقبلت ، أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة « رح » ، وكذا إذا لم يقبلا ، وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبلا وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق . لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ، فإن قولهم إحمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم، وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بماقبلها إلا بدلالة الحال

---

( ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف ، فقبلت ، او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما ) اي على المرأة والعبد ، اي لايجب عليهما شيء ( عند ابي حنيفة ، وكذا إذا لم يقبلا ) اي المرأة والعبد ( وقالا ) اي قال أبو يوسف ومحمد وبه قال الشافعي وأحمد ( على كل واحد منهما ) اي من المرأة والعبد(الالف إذا قبلا ) أي كل واحد منهما ( وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ) وكذا اي على الخلاف إذا قالت طلقني ولك الف درهم ففعل الزوج وقع الطلاق ، ولم يكن له في الالف شيء عند ابي حنيفة .

( لهما ) اي لابي يوسف ومحمد ( ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة ) أراد بهذا الكلام قوله وعليك الف ، وقولها ذلك الف وهو يستعمل للمعاوضة ، والخلع معاوضة ايضاً(فإن قولهم احمل هذا المتاع ولك علي درهم بمنزلة قولهم بدرهم ) وكذا خيط هذا الثوب ولك درهم توضيحه ان الواو قد تكون للحال ، ولا وجه لتصحيح كلامه ان يحمل على ذلك ، فيصير كأنه قال انت طالق في حال ما يجب عليك الف ، ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها ، كما لو قال أد لي الفاً وأنت طالق ، أو لعبده أد إلي الفاً وأنت حر ، فإن الطلاق والعتاق لا يقعان إلا بالمال .

( وله ) أي ولابي حنيفة ( انه ) اي ان قوله عليك الف ( جملة تامة ) مستقلة بنفسها، لانها مبتدأ وخبر ، والاصل فيها الاستقلال ( فلا ترتبط بما قبلها إلا بدلالة الحال ،

إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة هنا ، لأن الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ، بخلاف البيع والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه . ولو قال أنت طالق على ألف على أني بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وهو جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل ، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف ، وهذا عند أبي حنيفة « ر ح » . وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع ، وعليها ألف درهم لأن الخيار للفسخ بعد الإنعقاد لا للمنع من الإنعقاد والتصرفات لا يحتملان الفسخ من الجانبين ،

---

إذ الاصل فيها ) أي في الجملة ( الاستقلال ) اي الاستبداد بنفسها ( ولا دلالة هنا ) على الارتباط بما قبلها ( لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال ) لان عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض ( بخلاف البيع والاجارة ، لانهما لا يوجدان دونه ) اي دون المال لكونهما معاوضة محضة ، فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلاً .

( ولو قال انت طالق على الف درهم على اني بالخيار ، او على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت ) أي قالت قبلت ( فالخيار باطل إذا كان للزوج ) فالطلاق واقع ( وهو ) أي الخيار ( جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث ) أي في ثلاثة أيام ( بطل ) أي الطلاق ( وإن لم ترد ) اى الخيار ( طلقت ولزمها المال ، وهذا ) اى هذا الذى ذكرناه عند ابي حنيفة ( وقالا ) اى أبو يوسف ومحمد ( الخيار باطل في الوجهين ) أي فيما إذا كان الخيار من جانبها او من جانبه ( والطلاق واقع وعليها الف درهم ) وبه قال الشافعي وأحمد ( لان الخيار ) اي شرعية الخيار ( للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ) يعني أثر الخيار في الفسخ بعد صحة الإيجاب لا في المنع من الايجاب ( والتصرفات ) أى إيجاب الزوج وقبول المرأة ( لا يحتملان الفسخ من الجانبين ) اى من جانب الزوج وجانب اليمين .

لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ، ولأبي حنيفة « رح » أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ، ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، فيصح اشتراط الخيار فيه ، أما في جانبه فيمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق .

---

( لانه ) لان الخلع ( في جانبه يمين ) لانه ذكر شرط وجزاء ، يعني اليمين لا يقبل الفسخ ( ومن جانبها شرط ) اى اليمين ، فإن يمين الزوج تتم بقبول المرأة ، فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ( ولابي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع ) لانه تمليك مال بعوض ( حتى يصح رجوعها ) ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع ، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه ( ولا يتوقف على ما وراء المجلس ، فيصح اشتراط الخيار فيه ، اما في جانبه ) اى اما الخلع في جانب الزوج ( فيمين حتى لا يصح رجوعه ، ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ) يعني يصح الخيار من العبد ، إذا خيره في الاعتاق على مال كما يصح الخلع من جانب المرأة توضيحه إذا طلقها على مال جعل لها الخيار ثلاثة ايام جاز عند ابي حنيفة لانه في معنى البيع ، فكذلك إذا اعتق عبده على مال ، وجعل له الخيار ثلاثة أيام جاز ، لانه في معنى البيع ، وعندهما لا يصح الخيار ، لان بذل المال شرط اليمين ، ولا يصح الخيار في اليمين ، وكذا في شرطها .

فإن قيل ثبوت الخيار ثبت بخلاف القياس ، فلا يقاس عليه غيره . قلنا اثبتنا الخيار هنا بدلالة النص لا بالقياس ، فإن ثبوت الخيار في البيع لرفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضر ، والحاجة إلى الرأي فيه اكثر ، فإنه ربما يفوته هذا الازدواج على وجه لا يحصل له مثله أبداً ، فيصح فيه الخيار للتأمل ، وهذا المعنى يعرفه كل من يعرف اللغة ، فيكون ثابتاً بدلالة النص .

ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل ، فقال قبلت فالقول قول المشتري ، ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط لصحته بدونه ، وأما البيع فلا يتم إلا بالقبول ، والإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه . قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح

---

( ومن قال لامرأته طلقتك أمس على الف درهم ، فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ) مع يمينه ( ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل ،فقال قبلت فالقول قول المشتري ، وجه الفرق ) اي بين المسألتين ، مسألة الطلاق ومسألة البيع ( ان الطلاق بالمال يمين من جانبه ) لأنه تعليق الطلاق بشرط قبول المرأة المال واليمين يتم بالحالف ( فالإقرار بـه ) أي باليمين ، وإنما ذكر الضمير على تأويل الحلف ( لا يكون إقراراً بالشرط ) اي لوجود الشرط ، لأنه إذا وجد الشرط انحلت اليمين وارتفعت ، فكان القول قول الزوج مع اليمين ( لصحته ) أي لصحة اليمين ، وجه تذكير الضمير مر الآن ( بدونه ) اي بدون الشرط .

( أما البيع فلا يتم إلا بالقبول ، فالإقرار بـه ) أي بالبيع ( إقرار بما لا يتم إلا به ) الضمير المستتر في – لا يتم – يرجع إلى البيع أيضاً (فإنكاره القبول رجوع منه) فلا يصدق.

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( والمبارأة كالخلع ) المبارأة من بارأ شريكه ، أي إبراء كل واحد منهما صاحبه ، وهي بالهمزة . قال في المغرب ترك الهمزة خطأ ( كلاهما ) اي كل من المبارأة والخلع ( يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح ) أي بسبب النكاح مثل المهر والنفقة الماضية دون المستقبلة ، لأن المختلعة والمبارأة

عند أبي حنيفة «رح». وقال محمد «رح» لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف «رح» معه في الخلع، ومع أبي حنيفة «رح» في المبارأة. لمحمد «رح» أن هذه معاوضة، وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير، ولأبي يوسف «رح» إن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقضيها من الجانبين، وإنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض،

---

تستحق النفقة والسكنى ما دامت في العدة، وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي، وقوله - بما يتعلق على الآخر بالنكاح - احتراز عن دين وجب بسبب آخر، فإنه لا يسقط على ظاهر الرواية، ونفقة العدة لا تسقط أيضاً إلا بالتسمية، وكذا السكنى بالإجماع، ولو خالعها ولم يذكر المال وقبلت لا يسقط شيء من المهر في ظاهر الرواية. وقال الشيخ الإمام السعدي وشيخ الإسلام سقط إن كان عليه، ولا يجب عليها رد ما قبضت، لأن المال مذكور عرفاً بذكر الخلع.

( هذا عند أبي حنيفة، وقال محمد لا يسقط فيهما ) اي في المبارأة والخلع ( إلا ما سمياه ) أي الزوجان، يعني لا يسقطان شيئاً سوى المسمى في عقد الخلع، وبه قال الشافعي ( وأبو يوسف معه ) اي مع محمد ( في الخلع، ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد ان هذه ) اي المبارأة والخلع ( معاوضة، وفي المعاوضات تعتبر المشروط لا غير ) أي الذي وقع عليه الشرط (ولأبي يوسف ان المبارأة مفاعلة من البراءة) وباب المفاعلة يقتضي نسبة الفعل إلى فاعلين إلى أحدهما صريحاً، وإلى الآخر ضمناً فثبت براءة كل واحد منهما بالآخر، وهو معنى قوله ( فتقضيها ) اي فتقتضي البراءة ( من الجانبين ).

( وانه ) أي وإن لفظ البراءة والتذكير باعتبار المذكور ( مطلق ) يعني غير مقيد بشيء ( فقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض ) وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح وانقطاع المنازعة، إنما يكون بإسقاط ما وجب بسبب تلك الوصلة، كذا قاله بعض الشراح، وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة

أما الخلع فمقتضاه الإنخلاع وقــد حصل في نفس النكاح ، ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ، ولأبي حنيفة « رح » أن الخلع ينبيء عن الفصل ، ومنـه خلع النعل وخلع العمل ، وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه . ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها ، لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة الخروج غير متقوم ، والبدل

---

بالنكاح ، فتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح .

( اما الخلع فمقتضاه الانخلاع ، وقد حصل في نفس النكاح ، فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ) اي سائر الأحكام ، لأنها لم تكن بسبب وصلة النكاح ( ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الخلع ينبيء عن الفصل ، ومنه خلع النعل وخلع العمل ) وهو انفصال العامل عنه ( وهو ) أي الخلع ( مطلق كالمبارأة ) فيضاف إلى الكامل ( فيعمل بإطلاقهما ) اي بإطلاق المبارأة والخلع ( في النكاح وأحكامه وحقوقه ) الواجبة بــه دون سائر الديون . وقال الأترازي ثم بالخلع هل يقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح في ظاهر الرواية ، أو في رواية الحسن عن أبي حنيفة يقع ، وكذلك المبارأة هل توجب البراءة عن سائر الديون فيه اختلاف المشايخ ، والصحيح أنها لا توجب ، وكذا في الفتاوى الصغرى ، أما إذا كان العقد بلفظ الطلاق على مــال ، فهل تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح ، ففي ظاهر الرواية لا يقع ، لأن لفظ الطلاق لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح . وفي روايـة الحسن عن ابي حنيفة تقع البراءة عنها لاتمام المقصود . ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة قال في الفتاوى الصغرى ، والصحيح انــه كالخلع والمبارأة .

( ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها ) وبـه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك يجوز ، لأن ولايته نظرية ( لأنه لا نظر لها فيه ) اي في هذا الخلع ( إذ البضع ) اى لأن البضع ( في حالـة الخروج غير متقوم ) ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ( والبدل

متقوم بخلاف النكاح ، لأن البضع متقوم عند الدخول ، ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ، ثم يقع الطلاق في رواية ، وفي رواية لا يقع ، والأول أصح ، لأنه تعليق بشرط قبوله ، فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط ، وإن خالعها على ألف ، على أنه ضامن ، فالخلع واقع ، والألف على الأب ، لأن اشتراط بدل الخلع على الأجني صحيح ، فعلى الأب أولى

---

متقوم ) ولا نظر في إلزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم ( بخلاف النكاح ) فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح ( لأن البضع متقوم عند الدخول )أى حالة الدخول ( ولهذا ) أى ولأجل كون البضع في حالة الخروج غير متقوم ،ومتقوم عند الدخول ( يعتبر خلع المريضة من الثلث ) اى من ثلث التركة ( ونكاح المريض ) أى يعتبر نكاح المريض ( بمهر المثل من جميع المال ) فكأنه بمقابلة المتقوم بالمتقوم ، وهذا من وجوه النظر .

( وإذا لم يجز ) اى الخلع ( لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ) أى لا يستحق الزوج مالها بدل الخلع ( ثم يقع الطلاق في رواية ، ولا يقع فى روايته والأول ) اى وقوع الطلاق ( أصح ) قال الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع الصغير ( لأنه تعليق بشرط قبوله ) اى لأن الخلع تعلىق الطلاق بشرط قبول الأب وقد وجد ( فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط ) مثل ان يقول إن دخلت الدار وغيره ، وذلك إذا وجد الشرط ، فكذلك إذا وجد القبول .

( فإن خالعها ) أى فإن خالع الأب الصغيرة ( على الف على انه ) اى ان الأب (ضامن فالخلع واقع ، والألف على الاب ، لان اشتراط بدل الخلع على الأجني صحيح ، فعلى الاب اولى) ومعنى الضمان هنا التزام المال على نفسه لا لكفالة الصغيرة ، لان الزوج

ولا يسقط مهرها ، لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب ، وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال ، لأنها ليست من أهل الغرامة ، فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان ، وكذا إن خالعها على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ، وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين

---

لا يستحق عليه مالاً حتى يكفل عنها أحد ( ولا يسقط مهرها لانه لا يدخل تحت ولاية الأب ) بل يبقى الكل إن دخل بها ، والنصف إن لم يدخل بها ( وإن شرط الألف عليها ) أى وإن شرط الأب الالف على الصغيرة ( توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ) أى إن كانت عاقلة . وقال التمرتاشي إن كانت تعقل العقد وتعبر عن نفسها ( وإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ) وهو القبول ( ولا يجب المال لانها ) اى لان الصغيرة (ليست من أهل الغرامة) بل يجب الكل إن دخل بها،والنصف إن لم يدخل بها.

( وإن قبله الاب عنها ) أى فإن قبل بدل الخلع الاب عن الصغيرة ( ففيه ) أى ففي هذا القبول ، قاله الاكمل وقال الاترازى ، اى في وقوع الطلاق ( روايتان ) عن أصحابنا قلت الذى قاله الاكمل هو الصحيح روايتان في رواية يصح ، لان هذا نفع محض ، لان الصغيرة تخلص عن عهدته بغير مال فصح من الاب كقبول الهبة ، وفي رواية لا يصح ، لان هذا القبول بمعنى شرط اليمين ، وذلك لا يحتمل النيابة كذا في مبسوط شيخ الاسلام في الكافي ، وهذا لا يصح .

( وكذا إن خالعها على مهرها ) وكذا الحكم إن خالع الصغيرة زوجها على مهرها ( ولم يضمن ) الاب ( المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر ، وإن قبل الاب عنها ، فعلى الروايتين ) قال تاج الشريعة ، يعني في قبول الاب المهر روايتان ، في رواية يصح ، وهو قول عامة المشايخ ، لانه نفع محض ، وفي رواية لا يصح ، لان هذا القبول شرط اليمين ، وذلك لا يحتمل النيابة .

وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت لوجود قبوله ، وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحساناً . وفي القياس يلزمه الألف ، وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ، ومهرها ألف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة ، وفي الاستحسان لا شيء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها

---

( وإن ضمن الاب المهر ) أى في صورة خلع الاب مع الزوج ( وهو ) أى المهر ( الف درهم طلقت لوجود قبوله ، وهو الشرط ويلزمه ) اى يلزم الاب ( خمسمائة استحساناً ) لأن المسألة مصورة في غير الموطوءة بدليل إيراد أهل هذه المسألة في الكبيرة التي يدخل بها ، ثم لما كانت الصغيرة غير موطوءة ، وأضيف الخلع إلى مهر ، والمهر ما يجب بالنكاح ، والواجب بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة ،فكأنه خالعها على خمسمائة ( وفي القياس يلزمه الف ) بحكم الضمان .

( وأصله ) أي وأصل ما ذكر من هذه المسألة ( في الكبيرة ) أي في المرأة الكبيرة ( إذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ، ففي القياس عليها خمسمائة زائدة ) أي على المهر زائدة ، لأن الصفة تتبع المضاف اليه ، كما في قوله تعالى ﴿ سبع بقرات سمان ﴾ ٤٣ يوسف ، لأن الصداق إذا لم يكن مقبوضاً استحق الزوج عليها الفاً باعتبار القبول في الخلع ، ولها على الزوج خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيصير خمسمائة قصاصاً بخمسمائة ، فبقي للزوج عليها خمسمائة زائدة .

( وفي الاستحسان لا شيء عليها ، لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها ) اي يراد بالخلع عادة حاصل ما يلزم المرأة على الزوج . وقال تاج الشريعة وجه الاستحسان انهم يريدون بالخلع على المهر ما يلزمه لها ، وهو خمسمائة بالطلاق قبل الدخول ، فيكون الخلع على مهرها في الحقيقة خلعاً على خمسمائة،وقد سقط عن الزوج فلا يبقى عليها شيء ، فافهم.

فروع . لو قال خلعتك ولم يذكر عوضاً فقالت قبلت لا يسقط شيء من مهرها في ظاهر الرواية . وقال شيخ الإسلام والسعدي يبرأ من مهرها ويرد المهر ولو قبضت . وعن

أبي حنيفة روايتان لم يذكر العوض في الخلع ، والأصح براءته . وفي شرح الشافعي يبرأعن المهر عنده ، وفي المحيط والصحيح ان ما قبضه فهو لها ، وما كان أيضاً في ذمته يسقط ، ولو شرط البراءة عن نفقة العدة ومؤنة السكنى [1] سقطا بلا خلاف ، ولو شرطا البراءة عن السكنى لا يصح ، لأن السكنى في بيت العدة حق الله تعالى . وفي المرغيناني لا يصح البراءة عن نفقة العدة اتفاقاً إلا بالشرط بالطلاق ، ولا يقع الابراء عن نفقة الولد ، وهو مؤنة الرضاع وإرضاع بالشرط ، ولو وقت له وقتاً جاز .

ولو مات الولد قبل تمام الوقت يرجع الأب إلى تمام المدة والحيلة ان لا يرجع اليها أن يقول الزوج خالعتك على أني بريء من نفقة ولدك ، فإن مات فلا رجوع لي عليك ، ولا يدخل نفقة العدة في قوله خلعتك بكل حق لك علي ، لأنه لم يكن حق عليه عند الخلع . وفي الينابيع لو أبرأته من نفقة العدة بعد الخلع صح بخلاف الإبراء من العدة حال قيام النكاح ، قال صاحب الينابيع هكذا ذكره الطحاوي . وفي القنية خالعها على نفقة ولده عشر سنين وهي معسرة ، وطالبته بنفقتها يجبر عليها . وفي الذخيرة خالعها على رضاع ابنه سنتين بعد الفطام يجوز ، وكذا لو خالعها على ان تكسوه من مالها في المدة ولا يضره الجهالة ، ولو لم يشترط ذلك فلها طلب كسوته ، ولو كان في بطنها والمسألة بحالها ، ثم ولدته ميتاً رجع عليها بأجرة الرضاع سنتين ونفقة عشر سنين .

اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز ، والشرط باطل قالت بعتك مهري ونفقة عدتي ، فقال اشتريت في الظاهر انها لا تطلق ولكن الأحوط تجديد نكاح المختلعة يلحقها صريح الطلاق في العدة عندنا ، وبه قال الظاهرية ، وهو قول ابن المسيب وشريح وطاووس والزهري والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وهو قول ابن مسعود وأبي الدرداء وعمران بن حصين رضي الله تعالى عنهم ، وعند الشافعي ومالك وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم .

* * *

(١) هكذا الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

# باب الظهار

## ( باب الظهار )

اى هذا باب في بيان أحكام الظهار ، وهو مصدر ظاهر يظاهر ظهاراً ، وفي الصحاح يقال ظاهر من امرأته وتظاهر وأظهر والظاهر وتظهر وظهر كل ذلك قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي ، والظهر في قوله عليه السلام لا صدقة إلا عن ظهر غنى مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب ، وظاهره إذا أعانه وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر وعدى بمن ، وإن كان ظاهر أمتعدياً ، لأنهم إذا ظاهر وها تباعدوا منها كما في الإيلاء ، وفي المحيط والينابيع الظهار لغة مقابلة الظهر بالظهر والرجل والمرأة إذا كان بينهما شحناً يدير كل واحد منهما ظهره إلى الآخر .

وفي مبسوط الطوسي سمي ظهاراً اشتقاقاً من الظهر خص به دون البطن والفرج والفخذ ، لأن كل دابة يركب ظهرها ، فلما كانت الزوجة تركب وتغشى شبهت بذلك ، والمعنى ركوبك على محرم كركوب ظهر أمي . وفي جامع الأصول أنهم أرادوا أنت علي كبطن أمي ، يعني على جماعها ، فكنوا عن البطن بالظهر لأنه عمود لبطن وللمجاوزة . وقيل ان اتيان المرأة من ظهرها كان محرماً عندهم ، فيقصد مطلق التغلظ في تحريم امرأته تشبيها بالظهر ، ثم لا يقتنع بذلك حتى يجعلها كظهر أمه .

وأمـــا الظهار شرعاً فهو تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التأبيد كالأم والأخت والخالة والعمة سواء كانت من نسب أو رضاع أو مصاهرة ، وبه قال الشافعي بقوله ، ومالك وأحمد ، وفي قوله القديم يقتصر على التشبيه بالأم ، وفي قول يلحق بها الجدة ، ثم الظهار له ركن ، وهو قوله أنت علي كظهر أمي ، فيقع الظهار به ، سواء وجدت النية أو لم توجد ، لأنه صريح في الظهار ، وكذا إذا شبهه بعضو شائع أو معبر عن جميع البدن كما في الطلاق. وشرط ان يكون المظاهر مسلماً ، فلا يصح ظهار الذمي عندنا خلافاً للشافعي وأحمد ،

وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقـــد حرمت عليه لا يحل له وطأها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ إلى أن قال ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ ٣ المجادلة

---

وبقولنا قال مالك ، ومن شرطه ان تكون منكوحته ، وفي المرأة كونها زوجته حتى لا يصح الظهار من أمته أو مدبرته أو أم ولده ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك والثوري يصح الظهار من كل أمة ، ومن شرطه أن يكون أهلاً لسائر التصرفات وهو العاقل البالغ ، فلا يصح ظهار الصبي بالإجماع .

وحكم ، وهو حرمة الوطء ودواعيه مؤقتاً إلى وجود الكفارة مع بقاء أصل النكاح ، كما في حالة الحيض .

وسبب وهو النشوز ، فإن آية الظهار نزلت في خولة ، وكانت ناشزة .

( وإذا قال الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي فقد حرمت عليه لا يحل له وطأها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم يوعظون به ، والله بما تعملون خبير ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ ٣ المجادلة ) وسبب نزول الآية ما روى الواحدي في كتاب أسباب نزول القرآن باسناده إلى عروة ، قال قالت عائشة رضي الله تعالى عنها تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهي تشتكي زوجها إلى رسول الله ﷺ وهي تقول يا رسول الله ﷺ أبلى شبابي ، ونثرت له بطني حتى إذا كبر سني ، وانقطع ولدي ، ظاهر مني ، اللهم إني أشكو إليك ، قالت فما برحت حتى نزل جبريل عليه السلام بهذه الآية ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾... الآية المجادلة .

قال الزمخشري هي خولة بنت ثعلبة امرأة أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت ،

والظهار كان طلاقاً في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غـــير مزيل للنكاح ، وهذا لأنه جناية لكونه منكراً من القول وزورا ، فيناسب المجازاة عليها بالحرمة ، وارتفاعها بالكفارة

---

انتهى . قلت الذي قاله مروي عن عكرمة وعروة ومحمد بن كعب ، وقال أبو عمر خولة بنت ثعلبة بن صيرم فهر بن ثعلبة بن غنم بن عوف . وقيل ان التي نزلت فيها هذه الآية جميلة امرأة أوس بن الصامت . وقيل بل هي خولة بنت دملح ، ولا يثبت شيء من ذلك .

( والظهار كان طلاقاً في الجاهلية ، فقرر الشارع أصله ) أي أصل الظهار ( ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ) ولا خلاف لأحد من العلماء (وهذا) أشار إلى حكم نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة ( لأنه ) أي لأن الظهار ( جناية ، لأنه منكر من القول وزورا ) كما في قوله تعالى ﴿وانهم ليقولون منكراً من القول وزورا﴾ ٢ المجادلة ، وبالمنكر ما تنكره الحقيقة والشرع ، وبالزور الكذب الباطل حيث شبه من هي في أقصى غايات الحل بمن هي في أقصى غاية الحرمة ، فناسب المجازات عليها بالحرمة جزاء على جنايته .

( وارتفاعها ) أي ارتفاع الجناية ( بالكفارة ) قال الله تعالى ﴿ إن الحسنات يذهبن السيئات ﴾ ١١٤ هود ، وقال ﷺ اتبع السيئة الحسنة تمحها . وفي المنافع الكفارة تجب بالظهار والعود ، لأن الظهار منكر من القول وزوراً ، فهو كبيرة محضة ، فلا يصلح سبباً للكفارة ، لأنها عبادة ، إذ الغالب فيها معنى العبادة ، فلا يكون سبباً محظوراً محضاً ، فتعلق وجوبها بها ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو إمساك بالمعروف بعد الظهار وهكذا في الينابيع ، وفي الحواشي وفي المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء ، والظهار شرط قبل الحكم يتقرر بتقرر سببه لا شرطـــه ، والأمر على العكس ، فإن الكفارة تتكرر بتكرار الظهار دون تكرار العزم على الوطء .

وفي المبسوط بمجرد العزم على الوطء لا تتكرر الكفارة عندنا ، حتى لو أبانها بعد هذا

# ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الإحرام، بخلاف الحائض

أو مات لا تجب الكفارة ، وهذا دليل على ان الكفارة غير واجبة لا بالظهار ، ولا بالعود إذ لو وجب لما سقطت ، بل موجب الظهار ثبوت التحريم ، فإذا أراد رفعه لا بد من الكفارة حتى لو لم يرد ذلك ولم تطلب لا تجب عليه الكفارة أصلا . وفي الينابيع رضي أن يكون محرمة ولا يعزم على وطئها لا تجب الكفارة . ولو عزم ثم ترك لا تجب أيضاًفعلم أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار ، وهو قول أحمد ومالك في الصحيح . وعنده في قول تجب بنفس الظهار .

واختلف أهل العلم في العود المذكور في قوله تعالى ﴿ ثم يعودون ﴾ فعندنا هو العزم على إباحة الوطء . والقول الثاني : قال مالك إرادة الوطء في رواية أشهب . والثالث : إرادة الوطء مع استدامة العصمة ، وإن لم يجمع على الوطء لم تجب الكفارة . ولو كف لا يجزئه ، وهو قول مالك ، وعندنا يجزئه ، وفي شرح مختصر الكرخي لو بانت منه بالطلاق أو تزوجت بغيره وكفر صح التكفير . والرابع : العود إلى الوطء نفسه رواه عبدالوهاب عن مالك ، فعلى هذا لا يجزئه التكفير قبل الوطء . والخامس : سكت عن طلاقها عقيب الظهار ، وفي زمان يمكنه طلاقها ، وبه قال الشافعي وأصحابه وبعض الظاهرية . والسادس : العود أن يعود فيتكلم بالظهار مرة ثانية ، ولا يجب عليه بالأول شيء ، وهو قول داود الظاهري . السابع : هو العود في الإسلام لا نفس القول بالظهار الذين كانوا يظاهرون به في الجاهلية في تعاطي الظهار، وهو قول الثوري .

( ثم الوطء إذا حرم حرم بدواعيه ) وهي اللمس والقبلة ، لأنهما داعيان إلى الوطء ، وبه قال الزهري والأوزاعي والنخعي ومالك والشافعي في أحد قوليه ، وأحمد فيرواية. وقال الشافعي في قول لا تحرم الدواعي وبه قال أحمد في رواية ( كيلا يقع فيه ) أي في الوطء ( كما في الإحرام ) أي في حالة الاحرام بالحج يحرم الوطء ودواعيه أيضاً ، وكذا في الاعتاق والاستبراء ، لأن من حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه ( بخلاف الحائض

والصائم لأنــه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام ، فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ، ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ،

---

والصائم لانه يكثر وجودهما ، فلو حرم الدواعي يفضي إلى الحرج ) وهو منتف بالنص ( ولا كذلك الظهـار والإحرام ) فإنما يقعان قليلاً ولا يفضي حرمة الدواعي فيهما إلى الحروج .

( فإن وطئها قبل ان يكفر ) عن يمينه ( استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ) هي الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ، وهو قول الجمهور ومالك والشافعي وأحمد . وقال عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير والزهري وقتادة وعبد الرحمن بن مهدي يجب كفارتان . وقال الحسن البصري والنخعي يجب ثلاث كفارات .

ولنا حديث ابن عباس رضي الله عنهما أتى رسول الله ﷺ وتظاهر عن امرأته وقد وقعت عليها قبل ان أكفر قال ما حملك على هذا ، قال رأيت خلخالهـا في ضوء القمر ، قال لا تقربها حتى تفعل ما أنزل الله ، ورواه أبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجة . وفي الكشاف هو سلمة بن صخر البياضي . قلت هو في رواية الترمذي عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ، قال كفارة واحد . ثم هذا حديث حسن غريب ، وسلمة بن صخر هذا معرف بالبياضي وليس منهم ، وإنما كانت دعوته فيهم فنسب إليهم . وهو من الخزرج وهو سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمت بن حارثـة بن الحارث بن زيد بن مناب بن حبيب بن عبد حارثـة بن مالك بن عصيب بن جسم بن الخزرج الأكبر . وذكر الترمذي الخلاف في اسمه سلمة أو سلمان .

( ولا يعاود ) أي ولا يعاود الوطء ( حتى يكفر لقوله عليه السلام ) اي لقول النبي ﷺ ( للذي واقع في ظهـاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ) وقد ذكرنا هذا

ولو كان شيئاً آخر واجباً لبينه عليه السلام . قال وهذا اللفظ لا يكون إلاظهاراً لانه صريح فيه ، ولو نوى به الطلاق لا يصح ، لأنه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به ، وإذا قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر ، لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمة ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لايجوز النظر إليه .

---

الحديث آنفاً عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن سلمة بن صخر ( ولو كان شيئاً آخر واجباً عليه ) هذا وجه الاستدلال بالحديث المذكور ، أي ولو كان يجب على المظاهر المذكور شيء آخر واجباً عليه غير الكفارة الأولى ( لبينه عليه السلام ) أي لبينه النبي صلى الله عليه وسلم .

( قال ) أي قال المصنف رحمه الله تعالى ( وهذا اللفظ ) يعني قوله أنت علي كظهر أمي ( لا يكون إلا ظهاراً لأنه صريح فيه حتى لو نوى الطلاق) أو الإيلاء ، ولم ينو شيئاً يكون ظهاراً ( ولو نوى به الطلاق لا يصح لأنه منسوخ ، فلا يتمكن من الاتيان به )لأنه تغيير موضوع الشرع وليس في العبد ذلك ، ولأن التعيين بعض محتملات اللفظ ، واللفظ صريح فلا يحتمل غيره ، فلا نية الطلاق ، وكذا إذا نوى تحريم اليمين ، لانه صريح في الظهار . وكذا إذا قال أردت به الخبر عن الماضي كاذباً لا يصدق قضاء .

( ولو قال أنت علي كبطن امي او كفخذها أو كفرجها ، فهو مظاهر ، لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة بالمحرمية ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه ) احترز به عن التشبيه باليد والرجل والشعر والظفر ، لانه يحل النظر إليه . وقالت الظاهرية يختص الظهار بظهر الأم . وقال الشافعي ومالك وأحمد لو قال أنت علي كيد أمي أو كرجلها او كرأسها أو كعنقها أو كعضدها يكون مظاهراً أيضاً كما في الظهر للتلذذ بها ، ولو قال كشعرها او سنها او ظفرها لا يكون مظاهراً لعدم التلذذ بها . وقال الماوردي قال أبو حنيفة ما يجيء بعد فقدها لا يصير مظاهراً به ، وما لا يجيء بفقده يكون مظاهراً بالتشبيه به . وقال الكاكي وفي نقله ذلك الضابط عن ابي حنيفة غلط ، فإن بعد زوال

وكذا إن شبهها بمن لا يحل النظر إليها على التأبيد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة ، لأنهن في التحريم المؤبد كالأم ، وكذلك إذا قال رأسك عليّ كظهر أمي ، أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك ، لأنه يعبر بها عن جميع البدن ،

---

الرأس لا يجيء قطعاً ، وقد ذكرنا انه لا يصير مظاهراً ، وبقطع فخذه يجوز ان يجيء ، ويصير به مظاهراً ، بل الأصل ما ذكره في المتن .

( وكذا ) أي وكذا يكون ظهاراً ( إذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل أخته او عمته او اخته من الرضاع لانهن في التحريم المؤبد كالأم ) وأم المرأة وامرأة الاب قال أبو نصر قال الشافعي إذا شبهها بالام والخالة فهو ظهار ، وإن شبهها بالبنت والاخت ففيه قولان . وإن شبهها بمن كانت حلالاً ثم حرمت كأم امرأة لم يكن مظاهراً قولاً واحداً . وفي فتاوى الولوالجي لو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف لانها محرمة على التأبيد . وقال محمد لا يكون مظاهراً للاختلاف فيه ، وإن شبهها بامرأة قد فرق الحاكم بينهما باللعان .

قال أبو يوسف لا يكون مظاهراً ، لان موجب اللعان ، وإن كانت الحرمة المؤبدة عنده تسع فيه الاجتهاد ، ولهذا لو حكم الحاكم بجواز نكاحها جاز ، فلم تكن في معنى الام ، كذا ذكر شمس الائمة السرخسي وغيره ، وقال فيها ايضاً ولو شبهها بما يحل في حال نحو اخت المرأة ، وامرأة لها زوج ، او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهراً ، لان الحرمة هنا تقبل الزوال . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإن قال لامرأته انا منك مظاهراً وقد ظاهرت منك او انت مني كظهر امي ، أو انت عندي كظهر امي أو أنت معي كظهر امي ، فهذا كله ظهار .

( وكذلك ) اي يكون ظهاراً ( إن قال رأسك علي كظهر أمي او فرجك اووجهك أو رقبتك او نصفك او ثلثك أو بدنك لانه يعبر بها عن جميع البدن ) فيكون تشبيه هذه الاعضاء من المرأة كتشبيه ذات المرأة ، فيكون مظاهراً وكذا إذا قال جسدك .

ويثبت الحكم في الشائع ، ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق . ولو قال أنت عليّ مثل أمي أو كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه ، فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام . وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ، لأنه تشبيه بجميعها وفيـــه تشبيه بالعضو ، لكنـــه ليس بصريح ، فيفتقر إلى النية ، وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن لأنه تشبيه بالأم في الحرمة ، فكأنه قال أنت علي حرام ، ونوى الطلاق وإن لم يكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة

---

وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ، ولو قال جنبك او ظهرك علي كظهر أمي لم يكن مظاهراً بمنزلة قوله يدك او رجلك ( ويثبت الحكم في الشائع ) اي يثبت حكم الظهـار في الجزء الشائع اولا ( ثم يتعدى ) أي ثم يسري إلى سائر البدن ( كما بيناه في الطلاق ) فليعاود اليه هناك .

( ولو قال أنت علي مثل امي او كأمي يرجع إلى نيته لينكشف حكمه ) وبـه قال الشافعي ، وذلك لانه يحتمل وجوها من التشبيه ( فإن قال أردت الكرامة ) يعني انت عندي في استحقاق الكرامـة والمنزلة مثل امي ( فهو كما قال ) يعني يحمل على ما قال فلا يلزمه شيء ( لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام ) فاش من الفشو ، وهو الانتشار . قال الجوهري الخبر يفشو فشواً ، اي داع وافشاه غير فاش اصله فاشي فاعل إعلال القاضي.

( وإن قال أردت الظهار فهو ظهار ، لأنه تشبيه بجميعها ) اي بجميع امـــه ، فإذا شبهها بظهرها وهو عضو منها كان ظهاراً فلأن يكون ظهاراً وقد شبهها بجميعها وجميعها مشتمل على الظهر أولى وأخرى ( وفيه ) أي وفي قوله أنت علي مثل أمي ( تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح ، فيفتقر إلى النية ) لأنـــه لما كان كالصريح صار كالكناية ، فلا يزول الابهام منه إلا بالنية .

( وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن . لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنـــه قال أنت علي حرام ، ونوى به الطلاق ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عنـــد ابي حنيفة

وأبي يوسف « رح » لاحتمال الحمل على الكرامة. وقال محمد « رح » يكون ظهاراً ، لأن التشبيه بعضو منها لمـــا كان ظهاراً ، فالتشبيه بجمعها أولى ، وإن عني به التحريم لا غير فعند أبي يوسف « رح » هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين . وعند محمد « رح » ظهار ، لأن كاف التشبيه تختص به . ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهاراً أو طلاقاً فهو على ما نوى ، لأنـه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له ،

---

وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة ) وبه قال أصحاب الشافعي في وجه ،لأنه مجمل ولم يبين . ( وقال محمد يكون ظهاراً ، لأن التشبيه بعضو منها لما كان ظهاراً ،فالتشبيه بجميعها أولى ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد والشافعية وجهه . وفي المبسوط لم يذكر قول أبي يوسف وعنه روايتان إحداهما كقول محمد ، لأنـــه قال في الأمالي إذا كان هذا في حالة الغضب ، وقال نويت به البر لا يصدق في القضاء ، وهو ظهار .

( وإن نوى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت بـــه أدنى الحرمتين ) وهما حرمة الإيلاء ، وحرمة الظهار وأدناهما حرمة الإيلاء من وجوه ، أحدهما أن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم يمض أربعة أشهر . وفي الظهار يثبت في الحال. وفي الثاني : حرمة الإيلاء يمكن دفعها في المدة بالوطء ، بخلاف الظهار ، فإنه لا يجوز الوطء فيه مـــا لم يكفر . والثالث : ان الظهار منكر من القول وزوراً ، والإيلاء بين مباح . الرابع : ان كفارة الإيلاء إطعام عشرة مساكين ، وفي الظهـــار إطعام ستين مسكيناً ، والصوم فيه شهران متتابعان . وفي الإيلاء ثلاثة أيام متتابعة .

( وعند محمد ظهار ، لأن كاف التشبيه يختص به ) أي بالظهار ، وهذا الخلاف المذكور بين ابي يوسف ومحمد على قول بعض المشايخ ، وقرره الصدر الشهيد ، وقال بل هو ظهار بالإجماع.

( ولو قال أنت علي حرام كأمي ونوى ظهاراً او طلاقاً فهو على ما نوى ، لأنه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له ) أي التحريم ،

وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف « رح » إيلاء ، وعلى قول محمـــد « رح » ظهار ، والوجهان بيناهما . وإن قال أنت عليّ حرام كظهر أمي ونوى به طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة « رح » . وقالا هو على ما نوى ، لأن التحريم يحتمـل كل ذلك على ما بينا ، غير أن عند محمد « رح » إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً وعند أبي يوسف « رح » يكونان جميعاً

---

وإنما قال يحتمل الوجهين دل على انه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه الكرامة ( وإن لم يكن له نية فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إيلاء ، وعلى قول محمد ظهار ، والوجهان مـا بيناهما ) أي وجهـــا قول أبي يوسف ومحمد ، وأشار بهما إلى قوله لكون الثابت أدنى الحرمتين ، وإلى قوله – لأن كاف التشبيه مختص به – أي بالظهار .

( وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى بـه طلاقاً أو إيلاء لم يكن الاظهاراً عند أبي حنيفة ) وبه قال أحمد والشافعي في قول ، وفي قول إن نوى طلاقاً كان طلاقاً ، وهو قول أبي يوسف ومحمد غير أن عند أبي يوسف يكون طلاقاً وظهـاراً إن نوى الطلاق ، وعند محمد لا يكون ظهاراً ويكون طلاقاً فقط ( وقال هو على ما نوى إن ظهاراً فظهار ، وإن نوى طلاقاً فطلاق ، وإن نوى إيلاء فإيلاء ، كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيها للجامع الصغير ( لأن التحريم يحتمل كل ذلك ) ونية المحتمل صحيحة ( على ما بيناه ) أشار به إلى قوله لأنه يحتمل الوجهين إلى قوله – تأكيد له – .

( غير ان عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً ) لأن ظهار المبانة لا يصح ( وعند أبي يوسف يكونان جميعاً ) أي يكون الظهار والطلاق جمعاً لكن هذا ليس بظاهر الرواية عن أبي يوسف ، وروى اصحاب الإيلاء عن أبي يوسف انه يكون ظهاراً وطلاقاً ، لأنه باعتبار التلفظ بلفظ التحريم يكون طلاقاً عند النية ، وباعتبار التصريح بالظهار يكون ظهاراً ، ولا منافاة ، لأنه إذا طلق ثم ظاهر أو ظاهر ثم طلق صح ، ولكن هذا ضعيف ، لأن الطلاق لما وقع بقوله انت علي حرام نيته كان متكلماً بلفظ الظهار بعدما بانت علي

وقد عرف في موضعه . ولأبي حنيفة « رح» أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ، ثم هو محكم فيرد التحريم إليه . قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهراً لقوله تعالى ﴿ من نسائهم ﴾ ولأن الحل في الأمة تابع ، فلا تلحق بالمنكوحة .

---

حرام . قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين ، كذا في المبسوط . وذكر في الفوائد الظهيرية جواب أبي يوسف في هذا ، فقال جاز أن يكون ظهار المبانة على قوله ، وكان هذا رواية منه ( وقد عرف في موضعه ) أي في شرح الكافي ، قاله الاترازي . قال الكاكي أي في مبسوطه .

( ولأبي حنيفة أنه ) اي ان قوله أنت علي حرام كظهر أمي ( صريح في الظهار ، فلا يحتمل غيره ) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية ، فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ( ثم هو محكم ) لعدم احتمال الغير ، وقوله أنت علي حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره ( فيرد التحريم إليه ) أي إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل إلى المحكم .

( قال ) اي محمد في الجامع الصغير ( ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لوظاهر من أمته لم يكن مظاهراً ) وكذا لا يكون من أم ولده ومدبرته . وقال مالك يصح منهن، وقد ذكرنا الخلاف فيه عن قريب ( لقوله تعالى ﴿ من نسائهم ﴾ ) والنساء اسم للزوجات والمملوكة لا تسمى زوجة فلا يصح الظهار منها ، كذا قاله الاترازي . قلت النساء جمع امرأة من غير لفظها ، فيتناول الزوجات وغيرها ، ولكن تفسير النساء من الزوجات ممكن من حيث قصد الآية يدل على ان المراد الزوجات ، وإلا فلفظ النساء من حيث اللغة أعم من الزوجات وغيرها .

( ولأن الحل في الأمة تابع ) ليس بمقصود ، لأن المقصود ملك اليمين ( فلا يلحق بالمنكوحة ) بدليل انه لو اشترى امته فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة، فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة حتى يلحق بها .

ولأن الظهار منقول عن الطلاق ، ولا طلاق في المملوكة، فإن تزوج امرأة بغير أمرها ، ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل، لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف، فلم يكن منكراً من القول ، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف ،

---

فإن قلت قوله تعالى ﴿ وأمهات نسائكم ﴾ ٢٣ النساء ، دخل فيه الإماء والحرائر بالاجماع . قلت الاجماع ممنوع ، وأما الأمة الموطوءة حرام باعتبار انها من أمهات نسائنا، بل باعتبار وطء البنت ، ولا يمكن إلحاق الأمة بالنساء بدلالة النص ، لأنه ليس في معنى ما ورد به النص .

( ولأن الظهار منقول عن الطلاق ) هذا دليل آخر ، أي كان الظهار طلاقاً في الجاهلية، فنقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة ( ولا طلاق في المملوكة ) حتى يكون منها الظهار فإن قلت الأمة محل الظهار بقاء ، فيجب ان يكون ابتداء كما ظاهر من امرأته وهي أمة، ثم اشتراها يبقى حكم الظهار ، وهي أمة ، أجيب بأنه كم من شيء يثبت بقاء ، ولايثبت ابتداء كإبقاء النكاح في المعتدة ، وإن لم يثبت ابتداء .

( وإن تزوج امرأة من غير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل ) أورد هذه المسألة بسبيل التفريع لما قبله ، لأنه لما قال ولا يكون الظهار إلا من الزوجة فرع هذه المسألة عليه ، يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره ، لأنها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصح ظهارها ( لأنه ) اي لأن الرجل الذي ظاهر ( صادق في التشبيه وقت التصرف ) اي وقت تشبيه الحرمة بالحرمة ، لأنه صادق فيه غير كاذب ( فلم يكن ) كلامه ( منكراً ) والظهار منكر من القول وزور ( والظهار ليس بحق من حقوقه ) هذا جواب سؤال مقدر ، وهو ان يقال الظهار مبني على الملك ، والملك موقوف ها هنا ، فينبغي أن يكون الظهار موقوفاً ، فأجاب بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه ، اي من حقوق النكاح . ( حتى يتوقف عليه ) أي على النكاح ، لأن النكاح أمر مشروع، والظهار منكر من القول، وبينهما تناف، فلا يتوقف المحظور بتوقف المشروع.

بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك . ومن قال لنسائه أنتن عليّ كظهر أمي كان مظاهراً منهن جميعاً ، لأنه أضاف الظهار إليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق إليهن ، وعليه لكل واحدة كفارة ، لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة ، والكفارة لإنهاء الحرمة ، فيتعدد بتعددها ، بخلاف الإيلاء منهن ، لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

---

( بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب ) هذا كأنه جواب عن قياس هذا السائل ما سأله على توقف اعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المالك ، لأنه إذا أجازه ينفذ ، وتقرير الجواب ان اعتاق المشتري من الغاصب ، إنما يتوقف على إجازة المالك ( لأنه ) أي لان الاعتاق ( من حقوق الملك ) فيلزم من توقف الكل توقف الاعتاق .

( ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر امي كان مظاهراً منهن جميعاً ) هذا ما لا خلاف فيه ، كما لو قال أنتن طوالق ، وعليه لكل واحدة كفارة ، يعني عليه أربع كفارات إذا قصد وطؤهن ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وهو قول الحسن والنخعي والزهري ويحي بن سعيد الانصاري والحكم والثوري . وقال مالك وأحمد وأبو ثور وإسحاق عليه كفارة واحدة ، روي ذلك عن عمرو وعلي وعروة وطاووس وعطاء وربيعة ( لانه أضاف الظهار اليهن ، فصار كما إذا أضاف الطلاق اليهن ) وقال انتن طوالق ( وعليه لكل واحدة كفارة ، لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة منهن ) كما إذا ظاهر من كل واحدة منهن على حدة ( والكفارة لإنهاء الحرمة ) أي وجوب الكفارة لاجل أن تنتهي الحرمة الموقتة (فيتعدد بتعددها ) اي تعدد الكفارة بتعدد الحرمة .

( بخلاف الايلاء منهن ) حيث لا تتعدد الكفارة ( لان الكفارة فيه ) أي في الايلاء ( لصيانة حرمة الاسم ) اي إسم الله عز وجل ( ولم يتعدد ذكر الاسم ) أراد به قوله والله ، وإنما لم يتعدد ، لانه قاله مرة واحدة .

فروع . لو قالت هي انت علي كظهر امي ، او قالت انا عليك كظهر امك لا يصح

# فصل في الكفارة

## قال وكفارة الظهار عتق رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطـع

---

الظهار عندنا . وفي المبسوط عن ابي يوسف عليهـا كفارة يمين . وقال الحسن بن زياد هو ظهار ، قال محمد ليس بشيء ، وهو الصحيح ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والثورى والليث واسحاق وأبو ثور . وفي الينابيع والروضة هو يمين عند أبي يوسف ظهـار عند الحسن . وفي شرح المختار حكى الخلاف بين أبي يوسف والحسن على العكس ، ومثله في المفيد والمزيد والمحيط . وأوجب الاوزاعي عليهـا كفارة الظهار . ولو قال انت امي لا يصير مظاهراً . وفي الخزانة انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك فهو ظهار ، ويكره أن يقول لامرأته يا اختى لورود النهي عن ذلك . ولو أخر المظاهر التكفير فلها مطالبته به ، والقاضي يجبره عليه وتمنع نفسها من القربان والمس والتقبيل . ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب ، ولو أبى من التكفير بعد ظلمهـا يحبس ، فإن ابى يضرب ولا يضوب في الدين .

### ( فصل في الكفارة )

أي هذا فصل في بيان احكام الكفارة ، ولما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما تنتهي تلك الحرمة ، وهو الكفارة ، والكفارة عبارة عن الفعلة إذ الخصلة التي من شأنها ان تكفر الخطيئة اي يسترها وتمحوها على وزن فعالة للمبالغة كقتالة وقرابة ، وهي من الصفات الغالبة في باب الاسمية . واصل اشتقاقه من الكفر وهو الستر ، ومنه الكافر لانه يستر الايمان ويظهر الكفر والزارع ايضاً ، لانه يستر الحب في الارض .

( قال ) اي القدورى رحمه الله تعالى في مختصره ( وكفارة الظهار عتق رقبة ) أي إعتاق رقبة ، إذ العتق لا ينوب عن الكفارة حتى لو ردت إياه ونوى الكفارة لا يخرج عن العهدة ( فمن لم يجد ) أى رقبة ( فصيام شهرين متتابعين ، فـإن لم يستطع ) اى

فإطعام ستين مسكيناً للنص الوارد فيه ، فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب، قال وكل ذلك قبل المسيس ، وهذا الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ، وكذا في الإطعام ، لأن الكفارة فيه منهية للحرمة ، فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالاً . قال وتجزىء في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير، لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء ، إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه .

---

الصيام ( فإطعام ستين مسكيناً للنص الوارد فيه ) وهو قوله تعالى ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ ستين مسكيناً ﴾ ٣ المجادلة ( فإنــه ) اى فإن النص ( يفيد الكفارة ) اى كفارة الظهار ( على هذا الترتيب ) دون التخيير ، لان الله تعالى ذكرهـا بحرف الفاء ، وهي للترتيب .

( قـــال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( وكل ذلك قبل المسيس ) أي كل ماذكر من الاعتاق والصيام والإطعام قبل الوطء ( وهذا ) أي الترتيب ( في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ) لأن الله تعالى قال ﴿ فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ﴾ ٣ المجادلة (وكذا في الاطعام ، لأن الكفارة فيه ) اي في الاطعام ( منهية للحرمة ) الثابتة بالظهار والقرب جميعاً ( فلا بد من تقديمها ) أي تقديم الكفارة ( على الوطء ليكون الوطء حلالاً ) لأنــه لو حل الوطء قبل الكفارة بالإطعام لم يكن المنهي منهياً ، وهو فاسد . وفي شرح مختصر الكرخي وقال مالك يجوز الاطعام قبل المسيس ، وبه قال داود .

( قال ) اي القدوري رحمـــه الله تعالى ( ويجزء في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة ، والذكر والأنثى ، والصغير والكبير ، لأن اسم الرقبة يطلق على هؤلاء ) لأنـــه ليس فيه تقييد بصفة دون صفة ، فيجوز الكل ( إذ هي ) أي الرقبة ( عبارة عن الذات المملوك المرقوق من كل وجه ) اعترض على المصنف هنا من وجهين ، أحدهما في قوله المملوك بالتذكير ، لأن الذات مؤنثة ، ولا يجوز تذكيرها ، والصواب عن الذات المرقوقة . والجواب ان

والشافعي « رح » يخالفنا في الكافرة ، ويقول الكفارة حق الله تعالى ، فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ، ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق مطلق الرقبة ، وقد تحقق ، وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره

---

الذات تستعمل استعمال النفس ، والشيء . وعن أبي سعيد كل شيء ذات ، وكل ذات شيء ، تذكيره باعتبار المعنى الثاني .

والوجه الآخر أن المحفوظ عن أئمة اللغة استرق العبد اتخذه رقيقاً ولم يسمع رقه حتى يشتق منه المرقوق ، وإنما يقال رق فلان اي صار رقيقاً ، أي عبداً . والجواب عنه ان الأزهري حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق ، وكلاهما ثقة . وقال تاج الشريعة ووجهه أن يكون من رق له إذا رحمه فهو مرقوق له ، ثم حذفت الصلة كما في المندوب .

واعلم ان قوله من كل وجه يتعلق بالمرقوق دون المملوك ، لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ، ولهذا لو اعتق المكاتب الذي يرد شيئاً صح عن الكفارة ، ولو أعتق المدبر لم يصح ، لأن الرق فيه ناقص .

( والشافعي يخالفنا في الكافرة ) فإنها لا تجزىء في كفارة الظهار عنده ، وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن مالكاً يقول بجواز اعتاق المجوسي عنها لما أنه يجبر على الإسلام عنده فيحصل الاسلام بعده بالاكراه عليه ( وهو ) اي الشافعي ( يقول هو حق الله فلا يجوز صرفها إلى عدو الله كالزكاة ) أي كما لا يجوز صرف الزكاة إلى الكافر لأنه عدو الله ، وفي بعض النسخ فلا يجوز صرفه ، أي صرف حق الله تعالى .

( ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق مطلق الرقبة ، وقد تحقق ) لأن المطلق عبارة عن المنصوص للذات دون الصفات وقد تحقق ، لأنه ليس فيه بأس على الايمان والكفر ( وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعات ) هذا جواب عن قول الشافعي الكفارة حق الله تعالى ، تقديره ان قصد المكفر بالاسلام هو ان يتمكن المعتق من الطاعة بخلوصه عن خدمة المولى ( ثم مقارفته ) بالقاف بعد الميم ، أي ثم ارتكابه ( المعصية يحال به إلى سوء اختياره )

الضمير في به يرجع إلى المقارفة على تأويـــل الاقتراف والكسب ، لأن المقارفـة تمنع الاقتراف ، وهو كسب السيئة .

ثم توضيح معنى هذا الكلام ان يقال تحرير الكافر ليس بسيئة من وجـــه ، بل هو حسنة من كل وجه ، لانه تخليصه من الرق وتمكينه من الطاعة والنظر في محاسن الاسلام ، لانـه احسن اليه ، فإن لم يفعل ذلك فهو من سوء اختياره ، فلا يضاف ذلك إلى المولى . ولقائل أن يقول مقارفة المعصية يحال به إلى سوء اختياره ، لكن لم لا يكون قصور ذلك منه مانعاً عن الصرف اليه كما في الزكاة . والجواب ان القياس جواز صرف الزكاة اليه أيضاً ، لأن فيه مواساة عباد الله ، لكن قوله ﷺ خذها من أغنيائهم وردها في فقراء أخرجهم عن المصرف ، وقد اطال الشراح هنا بذكر دلائل من جهة الخصم وردهـــا من جهتنا فنذكرها ملخصة :

فقالوا الكفارة مطهرة ، والكافر غير أهل لذلك ، قال الله تعالى ﴿ ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون ﴾ ٢٦٧ البقرة ، ولا خبث أشد من الكفر ، ولهذا لا يجوز المرتدة ، لأن الإيمان شرط في كفارة القتل بالنص والإجماع ، فكذا في سائر الكفارات ، لأنها جنس واحد ، ولأن المطلق يحمل على المقيد في جنس الواحد ، والكفارات جنس واحد ، ولأنا أمرنا بعتق رقبة حي قائم من كل وجه ، ولهذا الذمي والكافر ميت ، قال الله تعالى ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ ، الأنعام ، ولأن الكفارة حسنة ، وإعتاق الكافر سيئة لما فيه من تفريغ باله لعبادة الأوثان ، ولأنه عليه السلام قال لمعاوية بن الحكم حين أتى بجارية مجوسية وقال يا رسول الله علي رقبة فأعتقها عنه ، فقال لها رسول الله ﷺ أين الله فأشارت إلى السماء ، فقال أعتقها فإنها مؤمنة ، رواه مسلم والنسائي ، وما سأل عن وجوب الكفارة ، فدل أن الإيمان شرط في الجميع ، ولأنه لا يجوز التقرب إلى الله بعتق أعدائه ، ولأن العمل بالقيد عمل بالدليلين ، لان المطلق جزء المقيد .

قلنا جواز المؤمنة باعتبار أنها رقبة لا لأنها مؤمنة ، و كذا الكافرة كما في الكبيرة والصغيرة وبينهما تضاد ، والمرتد ممنوع يجوز عند بعض مشايخنا ، وعند البعض لا يجوز ، لانه مستحق

ولا تجزىء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين، لأن الفائت جنس المنفعة وهي البصر أو البطش أو المشي ، وهو المانع .

---

القتل ، حتى يجوز بالمرتد بلا خلاف ، وتقييده بالإيمان زيادة على النص ، وهي نسخ لا يجوز تقييده بالقياس على كفارة القتل أيضا ، لأنه قياس المنصوص على المنصوص ، فلا يجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله تعالى بيانه ، ولا يحمل المطلق على المقيد إذا أمكن العمل بها ، وإطلاق الميت على الكافر مجاز ، فإنه لو قال كل مملوك لي حي حر عتق جميع عبيده الكفار بالإجماع .

والقول بأن إعتاق الكافر سيئة غير مستقيم لصحة النذر به . ولأنه تعاون على البر والتقوى كما ذكر عن قريب . وحديث معاوية بن الحكم مؤول عند الثقات ، فإن فيه السؤال عن مكان الله وهو محال على الله عز وجل ، أو نقول الحديث محمول على كفارة القتل بدليل قوله إن علي رقبة مؤمنة . وفي رواية أخرى وقولهم لا يجوز التقرب إلى الله تعالى بعتق أعدائه مخالف للنص ، قال الله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين يقاتلوكم ﴾ إلى قوله ﴿ أن تبروهم وتقسطوا إليهم ﴾ ٨ الممتحنة ، فإنه تعالى ما نهانا عن الاحسان إليهم ، ولهذا يصح النذر بإعتاق العبد الكافر ، وقد جوزت المالكية اعتاق المجوسي والصابئين ، ولم يجوز أهل الكتاب .

وقولهم العمل بالمقيد عمل بالدليلين وهو باطل ، لأن الاطلاق ضد التقييد فلا يكون العمل بالمقيد عملاً بالمطلق ، إذ في الإطلاق توسعة بعتق أي رقبة شاء وفي التقييد تضييق .

فإن قلت المقيد بمنزلة البيان للمطلق قلت هذا فاسد لأن المطلق لا يحتاج إلى البيان ، إذ العمل بإطلاقه ممكن .

( ولا تجزىء العمياء ولا مقطوعة اليدين أو الرجلين من خلاف ) المراد من العمياء الرقبة العمياء ، وهي تشمل الذكر والأنثى جميعا ، لا الأمة العمياء ، لأن عدم الجواز لا باعتبار الانوثة ، بل باعتبار فوات جنس المنفعة ( لان الفائت جنس المنفعة ) وهو ما ثبت في هذه الصور ( وهو البصر ) من العمياء ( أو المشي ) في مقطوعة الرجلين ( أو البطش ) في مقطوعة اليدين ( وهو المانع ) أي فائت جنس المنفعة هو المانع .

أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع ، حتى يجوز العوراء أو مقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف ، لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد ، حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي ، إذ هو عليه متعذر ، ويجوز الأصم ، والقياس أن لا يجوز ، وهو رواية النوادر ، لأن الفائت جنس المنفعة ، إلا أنا استحسنا الجواز ، لأن أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه يسمع ، حتى لو كان بحـــال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزئه ،

---

( أما إذا اختلت المنفعة ) أي جنس المنفعة ( فهو غير مانع حتى يجوز العوراء او مقطوعة إحدى اليدين أو أحد الرجلين من خلاف ، لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ) أي المنفعة وجنسها باق ، ولا خلاف للأئمة الاربعة وأصحابهم أنه لا يجزىء عن الكفارة في عيب يفوت به جنس المنفعة . وعن ابراهيم النخعي والثعلبي أن عتق الاعمى جائز . وعن ابن جريج يجزىء الأشل . وعند داود وأصحابه لا يمنع شيء من العيوب .

( بخلاف ما إذا كانتا ) أي اليدان والرجلان ( مقطوعتين من جانب واحد ، حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي ) وكذا منفعة البطش ( إذ هو ) أي المشي عليه متعذر ، وكذا البطش . وكذا لا يجوز إذا كان من كل يد ثلاثة أصابع مقطوعة ( ويجوز الاصم ) في الاستحسان ( والقياس أن لا يجوز ، وهو رواية النوادر ، لان الفائت جنس المنفعة . إلا أن استحسنا الجواز ) أي جواز الاصم ( لان أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيح عليه يسمع ، حتى لو كان بحال لا يسمع أصلا بأن ولد أصم وهو الاخرس لا يجزئه ) وفي الشامل يجزىء الاصم ، ثم قال وقالوا لان الصمم لا يؤثر في الكسب تأثيراً فاحشا . ثم قال وقيل الصمم بأصل التخليق تمنع التكفير . وقال في فتاوى الولوالجي ويجوز الاصم عن كفارة الظهار إذا كان يسمع شيئاً ولا يسمع شيئاً . وإذا كان لا يسمع شيئاً لا يجوز وهو المختار .

ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين ، لأن قوة البطش بهما ، فبفواتهما يفوت جنس المنفعة . ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل ، لأن الإنتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائت المنافع ، والذي يجن ويفيق يجزئه ، لأن الاختلال غير مانع . ولا يجزىء عتق المدبر ولا أم الولد لاستحقاقها الحرية بجهته ، فكان

---

وفي الحلية يجوز مقطوع الأنف والأصم إذا فهم بالإشارة والأخرس إذا فهمت إشارته ، وهو قول الشافعي وأبي ثور . ولا يجزىء عند احمد على المنصوص ، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ومالك في رواية .

( ولا يجوز مقطوع إبهامي اليدين ، لأن قوة البطش بهما فبفواتهما تفوت جنس المنفعة ) وكذا لا يجوز إذا قطعت من كل يد ثلاثة أصابع لفوات منفعة البطش . وقطع اكثر الأصابع كقطع جنسها ، ولو كان المقطوع من كل يد اصبعاً او اصبعين سوى الابهام يجزىء لأن منفعة البطش باقية ، كذا في المبسوط . وقال الشافعي لو كان مقطوع السبابة او الوسطى لا يجوز ، كقطع الإبهام ، لأن معظم العمل يتعلق بهذه الثلاثة .

( ولا يجوز المجنون الذى لا يعقل ، لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل ، فكان فائت المنافع ) المجنون الذى لا يعقل اصلا هو المجنون المطبق لا يجوز بلا خلاف للائمة الأربعة ( والذى يجن ويفيق يجزئه ، لان الاختلال غير مانع ) وإنما يجزئه إذا اعتقه في حال الافاقة لا يقال الرقبة الصغيرة فائتة المنافع من المشي والنطق والعقل والكلام ، لأنها عديمة المنافع إلى زمان الاصابة ، فلا يعد ذلك عيباً . وفي المبسوط وفيه روى ابراهيم عن محمد بخلاف حال الدم الذى قد قضي بدمه ثم عفي عنه لم يجز ، كذا في المحيط .

( ولا يجزىء عتق المدبر ) خلافاً للشافعي لأنه يرى جواز بيعه ، وبه قال أحمد وعثمان البتي وداود الظاهرى ( ولا أم الولد ) اى وعتق ام الولد لا يجزىء عتقه . وقال عثمان وداود يجوز عتق ام الولد بناء على جواز بيعها عندهما ، ولا يجوز عند الحسن ومن ذكرنا معه الآن ( لاستحقاقها الحرية بجهته ) وهي جهة التدبير ، وجهة الاستيلاد ( فكان

الرق فيهما ناقصاً ، وكذا المكاتب الذي أدى بعض المال ، لأن اعتاقه يكون ببدل . وعن أبي حنيفة « رح » يجزئه لقيام الرق من كل وجـــه ، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يحتملان الإنفساخ ، فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز ، خلافاً للشافعي « رح » . له أنـــه استحق الحرية بجهة الكتابة ، فأشبه المدبرة .

---

الرق فيهما ناقصاً ) لتوجه العتق إليهما قبل ( وكذا ) أى وكذا لا يجزىء ( المكاتب الذى أدى بعض المال ، لان الاعتاق يكون ببدل ) اى بعوض ، والعوض يبطل معنى القربة ، هذا ظاهر الرواية ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد في رواية .

( وعن أبي حنيفه انه يجزئه ) اى ان عتق المكاتب الذى ادى بعض المال يجزئه ، رواه الحسن عن أبي حنيفة ( لقيام الرق من كل وجه ) لأن رقـه لا ينقض بما ادى من البدل ( ولهذا ) اى ولأجل قيام الرق من كل وجه ( تقبل الكتابة الإنفساخ ) سواء كان بعد استيفاء بعض او قبله ( بخلاف أمومية الولد والتدبير ، لأنها لا يحتملان الإنفساخ )فلا يجوز عتقهما عن الكفارة ، لأن الكفارة عتق الرقبة وهي اسم للذات المرقوقة لغة وشرعاً، فيقتضي قيام الرق مطلقاً ، والمطلق يقع على الكامل لا الناقص والاستيلاد والتدبير يمكن النقصان فيهما ، فلا يجوز .

( وإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً ) يعني من مال الكتابة ( جاز ) عندنا ، وبـه قال أحمد في رواية ( خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى ) وزفر ومالك وأحمد في رواية ( له ) أي للشافعي ( انه ) أي ان المكاتب ( استحق الحرية بجهة الكتابـة ، فأشبه المدبرة ) اي على مذهبه ، لأن عنده بيع المدبرة ، واعتاقه عن الكتابة جائز ، وهذا إلزام من الشافعي على أصحابنا على ما أجابوا ، يعني ان المدبر لا يجوز اعتاقه عن الكفارة عندكم ، لأنكم قلتم انه مستحق العتق بجهته ، فينبغي ان لا يجوز اعتاق المكاتب ايضاً ، لأنـــه مستحق العتق بجهته ، وهو باطل ، لأنه ينفسخ وذلك لا .

ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا ، ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، والكتابة لا تنافيه ، فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة ، إلا أنه بعوض ، فيلزم من جانبه ، ولو كان مانعاً ينفسخ بمقتضى الاعتاق ، إذ هو يحتمله إلا انه يسلم له الأكساب والأولاد ،

---

( ولنا ان الرق ) اي في المكاتب ( قائم من كل وجه على ما بينا ) اشار به إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ( ولقوله عليه السلام ) اي لقول النبي ﷺ ( المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ) هذا الحديث أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي عليه من الكتابة شيء انتهى . فعلم ان الرق فيه كامل قبل اداء بدل الكتابة ، فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة ( والكتابة لا تنافيه ) اي تنافي الرق ، يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة ( فإنه ) اي فإن عقد الكتابة ، وفي بعض النسخ – من – فإنها اي فإن الكتابة ( فك الحجر ) عن العبد في حق المكاسب ( بمنزلة الأذن في التجارة ) وذا لا يمكن نقصاناً في الرق .

فإن قلت لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لا يستبد المولى بالفتح كما في عزل المأذون ، فأجاب بقوله ( إلا انه ) أي ان عقد الكتابة ( بعوض ، فيلزم من جانبه ) أي من جانب الولي ، بخلاف الإذن ، فإنه فك بغير عوض .

( ولو كانت ) جواب بطريق التنزيل ، يعني لو سلمنا أن الكتابة لو كانت ( مانعة ) اي وقوع الاعتاق عن الكفارة ( تنفسخ ) اي الكتابة ( بمقتضى الاعتاق ) يعني ضرورة صحة الإعتاق بطريق الاقتضاء ( إذ هي ) اي الكتابة ( تحتمله ) اي تحتمل الفسخ ، ولو كان مانعاً للفسخ بمقتضى ، إذ هو يحتمله ، اي ولو كان عقد الكتابة مانعاً وقوع الاعتاق ... إلى آخره .

( إلا انه يسلم له الأولاد والاكساب ) هذا جواب عما يقال إن عقد الكتابة لما انفسخ التحق بالعدم ، فينبغي ان يكون الاكساب والأولاد للمولى ، فأجاب بجوابين ، أحدهما:

لأن العتق في المحل بجهة الكتابة ، أو لأن الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب ، وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها . وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين ، والمسألة تأتيك في كتاب الإيمان إن شاء الله ، فإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقية لم يجز عند أبي حنيفة ، ويجوز عندهما ، لأنه يملك نصيب صاحبه

---

هو قوله – يسلم له الأولاد والأكساب – ( لأن العتق في حق المحل لجهة الكتابة ) وفي حق المولى لجهة الكفارة رعاية للجانبين . والجواب الآخر هو قوله (اولأن الفسخ ضروري) أي فسخ عقد الكتابة ضرورة الجواز من جهة التكفير ( لا يظهر في حق الولد والكسب) لأن الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها .

( وإن اشترى ) أي المظاهر ( أباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها ) أي عن الكفارة ، واليه ذهب اصحاب الشافعي ، وكذا لو اشترى كل ذي رحم محرم يعتق عليه ( وقال الشافعي لا يجوز ) وبه قال أبو حنيفة اولاً ومالك واحمد وزفر ، وعلى الخلاف لو وهب له او اوصى بـه ، اما لو ملكه بلا صنعه ، كما لو دخل بالميراث لا يجزئه بالإجماع ( وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين ) وكذا كفارة الظهار والقتل ( والمسألة تأتيك في كتاب الايمان إن شاء الله تعالى ) فرجواً من كرم الله تعالى وفضله إن فضل اليه ، وإلى ما بعده إلى آخره إن شاء الله تعالى .

( فإن أعتق نصف عبد مشترك ، وهو موسر ) اي والحال انه غني ، قيد بـه ، لأنه كان معسراً تجب عليه السعاية ، فلا يجزىء عن الكفارة عندهما ايضاً ، لأنه إعتاق بعوض ( فضمن قيمة باقية لم يجز عند أبي حنيفة ، ويجوز عندهما ) وقال الشافعي لو أعتق بقيمته ونوى عتق جميعه عن الكفارة أجزأه ، ولو كان معسراً فأعتق نصيبه عن كفارة اشترى نصيب شريكه فأعتقه عن كفارته أجزأه فيه وإلا لا ( لأنه يملك نصيب شريكه

بالضمان ، فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة ، وهو ملكه ، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً،لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك، فيكون إعتاقاً بعوض . ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ، ومثله يمنع الكفارة . وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقية عنها جاز ، لأنه أعتقه بكلامين ، والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ، ومثله غير مانع

---

بالضمان فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة وهو ملكه ) اي والحال انه ملكه في ذلك الوقت ( بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً ، لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك ، فيكون اعتاقاً بعوض ) فلا يجوز بالإعتاق .

( ولأبي حنيفة ان نصيب صاحبه ينقص على ملكه ) لاستحقاق الحرية ولتعذر استدامة الملك فيه ( ثم يتحول اليه بالضمان ) ما بقي منه ( ومثله يمنع الكفارة)لتمكن النقصان منه ، فإذا أعتق يكون معتقاً رقبة ناقصة .

فإن قيل المضمونات بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان الاعتاق ، فكان النقصان في ملك شريكه ، ومثله لا يمنع الكفارة . أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون، لا في حق غيرهما ، والكفارة غيرهما فيتمكن النقصان في حقها فلا يجوز .

(وإن اعتق نصف عبده عن كفارة ثم اعتق باقيه ) أي باقي عبده ( عنها جاز ) استحساناً والقياس ان لا يجوز عند أبي حنيفة كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الآخر. وجه الاستحسان ما أشار إليه بقوله ( لأنه أعتقه بكلامين ) ولا محظور فيه (والنقصان) هذا جواب عما يقال قد يمكن النقصان كما مر . فأجاب بقوله والنقصان أي الواقع في النصف الآخر ( يتمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ، ومثله غير مانع ) أي ومثل النقص الذي حصل بسبب الاعتاق غير مانع من الجواز ؛ وبه قال الشافعي

كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها ، بخلاف ما تقدم، لأن النقصان تمكن على ملك الشريك ، وهذا على أصل أبي حنيفة « رح » . وأما عندهما الإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف اعتاق الكل ، فلا يكون اعتاق بكلامين . وإن عتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم أعتق باقية لم يجز عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده . وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل ، فحصل الكل قبل المسيس ،

---

وأحمد . والمشهور عن مالك عدم الجواز ، وبه قال أبو ثور . وعن القاسم من أصحاب مالك يجوز .

( كمن اضجع شاة ) ذكر هذا نظير الاستحسان في الجواب ، وهو انه اضجع شاة ( الأضحية ) ليذبحها ( فأصاب السكين عينها ) لا يمنع جواز التضحية ، لأن النقصان حصل من فعل التضحية كما حصل هنا من فعل الكفارة ( بخلاف ما تقدم ، فإن النقصان فيه متمكن على ملك الشريك ) أي النقصان فيه وقع في ملك الشريك ( وهذا ) أي جعله اعتاقاً بكلامين ( على أصل ابي حنيفة ) في تجزؤ الإعتاق .

( أما عندهما الإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف اعتاق الكل ، فلا يكون اعتاقاً بكلامين ) وعلى هذا مبنى المسألة التي تليها ، وهي قوله ( وإن اعتق نصف عبده على كفارته ثم جامع التي ظاهر منها أعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ، لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة من قبل أن يتماسا ﴾ ٣ المجادلة ( وإعتاق البعض حصل بعده ) أي بعد المسيس ، فلا يجوز عن الكفارة .

( وعندهما اعتاق النصف إعتاق الكل ) على اصلهما ، لأن الاعتاق لا يتجزأ ( فحصل الكل قبل المسيس ) فيجوز .

وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق. أما التتابع فلأنه منصوص عليه، وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله، والصوم في هذه الأيام منهي عنه، فلا ينوب عن الواجب الكامل.

---

( وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق ) وفي المحيط إذا لم يملك الرقبة ولا ثمن رقبة (فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ) اي ليس في الشهرين شهر رمضان ، إلا إذا كان مسافراً وصام شعبان ورمضان بنية الكفارة أجزأه عند أبي حنيفة وأبي ثور ، ولا يجزئه عند أبي يوسف ومحمد والشافعي ( ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق أما التتابع فلأنــه منصوص عليه ) بقوله تعالى ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من من قبل أن يتماسا ﴾ ٣ المجادلة ( وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله تعالى ) لأن الله تعالى أمر بالصوم فيه ، فالصوم الواقع فيه يقع عن صوم رمضان ، فلا يقع عن فرض آخر .

فإن قلت كيف صار صوم رمضان عنه ، وعن صوم الاعتكاف إذا نذر أن يعتكف فيــه فصامه معتكفاً . قلت الصوم فيه شرط ، فيشترط وجوده كيفما كان لا قصداً ، بخلاف الصوم في الكفارة ، لأنه فرض مقصود يعتبر وجوده قصداً .

( والصوم في هذه الأيام ) أي في أيام الفطر والنحر والتشريق ( منهي عنــه ، فلا ينوب عن الواجب الكامل ) لما روى الطبراني من حديث ابن عباس ان رسول الله ﷺ قال أيام منهي صيامها فلا يصح ان تصوموا هذه الأيام ، فإنهـــا أيام أكل وشرب وبعال ، والبعال وقاع النساء . وروى البخاري ومسلم من حديث عبيد قــال شهدت العيد مع عمر رضي الله عنه فبدأ بالصلاة قبل الخطبة ، ثم قال إن رسول الله ﷺ نهى عن صيام هذين اليومين ، اما يوم الأضحى فتأكلون من لحم نسككم ، واما يوم الفطر ففطركم من صيامكم . وأخرجا أيضاً عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنــه قال نهى رسول الله ﷺ عن صيامين ، صيام يوم الأضحى ويوم الفطر .

فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد «رح». وقال أبو يوسف «رح» لا يستأنف، لأنه لا يمنع التتابع إذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط، وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً ففيما ذهبنا إليه تقديم البعض، وفيما قلتم تأخير الكل عنه. ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس، وأن يكون خالياً عنه ضرورة بالنص، وهذا

---

( فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلاً عامداً أو نهاراً استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد ) وبه قال الثوري ومالك وأحمد وأبو عبيد، وإنما قيد الجماع بالتي ظاهر منها، لأنه إذا جامع غيرها، فإن كان وطئاً يفسد الصوم بقطع التتابع يلزمه الاستئناف بالإتفاق، وإن كان لا يفسد الصوم بأن وقع بالنهار ناسياً أو بالليل كيف كان لا يلزمه الاستئناف بالاتفاق. وقيل يجامع التي ظاهر منها بالنهار ناسياً، لأنه إذا جامع بالنهار عامداً استأنف بالإتفاق، وذكر العمد في الليل وقع اتفاقاً، لأن العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء، فعرفت ان الخلاف في وطء لا يفسد الصوم.

( وقال أبو يوسف لا يستأنف ) وبه قال الشافعي وابن المنذر والظاهرية ( لأنه لا يمنع التتابع، إذ لا يفسد به الصوم ) أي بالجماع ليلاً عامداً أو نهاراً ناسياً، فصار كوطء غيرها ( وهو الشرط ) اي التتابع هو الشرط للصوم كفارة وقد وجد ( وإن كان تقديمه على المسيس شرطاً ) هذا جواب عما يقال التقديم على المسيس شرط ولم يوجد، فأجاب بقوله وإن كان الى قوله ( ففيما ذهبنا إليه تقديم النص، وفيما قلتم ) يعني الاستئناف ( تأخير الكل عنه ) تأخير البعض هو من تأخير الكل.

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( ان الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس ) لأنه قال الله تعالى ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ ( وأن يكون خالياً عنه ) أي والشرط أيضاً أن يكون الصوم خالياً عن الجماع ( ضرورة بالنص ) أي لأجل ضرورة كون الصوم قبل المسيس كونه خالياً عنه بمقتضى النص، وهو قوله تعالى ﴿ من قبل أن يتماسا ﴾ ( وهذا

الشرط ينعدم به فيستأنف . وإن أفطر منهما يوماً بعذر أو بغير عذر استأنف لفوات التتابع ، وهو قادر عليه عادة . وإن ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة إلا الصوم ، لأنه لا ملك له ، فلم يكن من أهل التكفير بالمال . وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجز ، لأنه ليس من أهل الملك ، فلا يصير مالكاً بتمليكه ، وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً لقوله تعالى ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ ٤ المجادلة ، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير

---

الشرط ) أشار به إلى خلو الشرط ( ينعدم به ) أي بالمسيس في خلال الشهرين ، فإذا كان كذلك ( فيستأنف الصوم ، فإذا أفطر منهما ) أي من الشهرين ( يوماً بعذر أو بغير عذر يستأنف ) الصوم ( لفوات التتابع ) المشروط بالنص ( وهو قادر ) أي على التتابع ( عادة ) أي من حيث العادة ، واحترز به عن المرأة إذا أفطرت في كفارة الظهار والقتل بعذر الحيض ، فإنها لا تستأنف ، لأنها معذورة عادة لا تجد شهرين متتابعين لا تحيض فيهما .

( وإذا ظاهر العبد لم يجزئه في الكفارة إلا الصوم ، لانه لا ملك فلم يكن من أهل التكفير بالمال ) وإن ملك لوجود التنافي بين الرق والملك ، فتعين كفارته بالصيام كالفقير ( وإن أعتقه المولى أو أطعم عنه لم يجز ، ولأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكاً بتمليكه ) أي بتمليك المولى إياه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو مروي عن الحسن . وقال ابن القاسم المالكي لو أطعم باذن مولاه أجزأه لو أعتق لا يجزئه . وقال الأوزاعي يجزئه ، فانه بإذنه اذا لم يقدر على الصيام .

( فاذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكيناً ، لقوله تعالى ﴿ فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكيناً ﴾ ٤ المجادلة ، ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ) من دقيق الحنطة أو سويقها او نصف صاع من زبيب عند

أبي حنيفة ، وعندهما صاع من زبيب وهي إحدى الروايتين عن أبي حنيفة كذا في الطحاوي ( أو قيمة ذلك ) اي أو يطعم قيمة ذلك ، لكن من غير الأعداد المنصوصة مطلقاً ، وأما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدراً مما قدر الشرع إن كان من الآخر قيمة ، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز ، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع من حنطة يبلغ قيمته صاعاً من تمر أو شعير لا يجوز ، والأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلاً عن جنس آخر هو منصوص عليه ، وإن كان في القيمة ، لأنه اعتبار لمعنى في المنصوص عليه ، وإنما الاعتبار له في غيره .

( لقوله عليه السلام ) تعليل لقوله – أو يطعم كل مسكين نصف صاع – إلى قوله – أو شعير – وليس بتعليل لقوله – أو قيمة ذلك – أي لقول النبي ﷺ ( في حديث أوس بن الصامت ) الحديث لخولة بنت ثعلبة زوج أوس بن الصامت أخي عبادة بن الصامت ، هكذا رواه أبو داود من طريق ابن اسحاق عن عمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خولة بنت ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه وهو يجادلني فيه ، ويقول اتق الله ، فانما هو ابن عمك ، فما برحت حتى أنزل الله ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها ﴾ ... الآية ١ المجادلة ، فقال ﷺ يعتق رقبة ، قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين ، قالت انه شيخ كبير لا يستطيع أن يصوم ، قال يطعم ستين مسكيناً ، قالت ليس عنده شيء يتصدق به ، قال فإني أعينه بعرق من تمر ، قالت يا رسول الله وأنا أعينه بعرق من تمر ، قال أحسنت ، فاطعمي بهما ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك . قال والعرق ستون صاعاً .

( وقال ابن صخر العرق ستون صاعاً لكل مسكين نصف صاع من بر ) (١) والصواب سلمة بن صخر ، وكذا ذكر في المبسوط . قال أبو عمر بن عبد البر هو سلمة بن صخر بن

(١) هذا غير ما ورد في المتن .

سليان بن حارثة الأنصاري ثم البياضي مدني ، ويقال سلمان بن صخر وسلمة أصح ، وهو الذي ظاهر من امرأتـــه ثم وقع عليها ، فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر ، وكان من البكائين . وقـال أبو عمر أيضاً سهل بن صخر له صحبة ورواية حديثه عن يوسف بن خالد عن أبيه عن جده انه أوصاه وقال يا نبي الله املكت ثمن عبد فاشترى عبداً ، فإن الحدود في نواصي الرجال ، ولم يذكر له شيئاً متعلقاً بالظهار .

وقال الذهبي سهل بن صخر الليثي ، وقيل سهل نزل البصرة وحديثه عند خالدالسمني عن أبيـــه ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك ، وقد عرفت من ذلك تقصير صاحب الهداية فيما ذكره . واعجب من هذا الأترازي الذي طول الكلام في هذا الموضع وقوة الناظر فيه . وقال في معرض الاستدلال ولنا ما روى الشيخ أبو الحسن الكرخي في جامعـه في قصة خولة إن النبي ﷺ قال فليطعم وسقاً من تمر ستين مسكيناً . ثم قال والحديث مسند في سنن أبي داود بطولـــه ، انتهى . وكان ينبغي أن يذكر الحديث بلفظ ما رواه أبو داود بسنده .

وأشد عجباً منه الأكمل حيث قال في شرحه ومـا ذكره المصنف موافق لما ذكره المستغفري في معرفـــة الصحابة قال سهل بن صخر ونظر فيه في موضعين ، أحدهما أن الأصح فيه سهل مكبراً كما ذكرناه ، ولم ينبه عليه ، بل بلغـه كما وجد بخطوط من لا يعتبر نقلهم ، والآخر ادعى انما ذكره المصنف موافق إلى آخره وليت شعري من أين هذه الموافقة ، لأن المصنف ذكر هذا دليلا لما ذكر ولم يرد شيئاً أصلا عن سهل بن صخر مما يتعلق بالظهار . وكان المستغفري ذكره في الصحابـــة لا يستلزم رواية شيء منه في الظهار ، وليس المقصود من ذكر المصنف إياه معرفة كونـه صحابياً ليس إلا . وكذا الكاكي قال سهل بن صخر ، كذا أورد المسعر المستغفري والحال بالحال .

وقــال أيضاً لنا حديث أوس بن الصامت كما ذكر في المتن ، رواه أبو داود وأحمد ، وقد قلنا ان الحديث لخولة بنت ثعلبـة ، ولم يجرد الحديث . واكتفى بقوله كما ذكر في المتن ، فان هذه الأشياء من التقليد ، والشافعي هنا يطعم مداً من الطعام ويجب ذلك من

ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين ، فيعتبر بصدقة الفطر . وقوله ــ أو قيمة ذلك ــ مذهبنا ، وقد ذكرناه في الزكاة ، فإن أعطى مناً من بر ، ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود إذ الجنس متحد ،

---

غالب قوت البلد من الحبوب والثمار التي يجب فيها الزكاة . وقال مالك يجب مد بمد هشام ، وهو مدان بمد النبي ﷺ ، وقيل إنه دونها ، لأنه عليه السلام نص على مدين في فدية الأذى والظهار مثله . وقال أحمد يجب من البر مد ، ومن التمر ومن الشعير مدان ، لأنه روي عن عطاء عن أوس أخي عبادة بن الصامت أنه عليه السلام أعطى خمسة عشر صاعاً من شعير . قال أبو داود هذا منقطع ، لأن عطاء لم يلق أوساً .

( ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين ، فيعتبر بصدقة الفطر ) يعني في المقدار ، لكن بينهما فرق ، فانه يجوز التفريق في صدقة الفطر ، فان أدى منا من الحنطة إلى مسكين ومناً آخر ، وهنا لا يجوز بل يجب عليه أن يتم على ذلك المسكين ، فانه لم يجد يستأنف على غيره ، لان المعتبر في صدقة الفطر المقدار دون العدد ، وفي الكفارة العدد بالنص قال الله تعالى ﴿ فاطعام ستين مسكيناً ﴾ ٤ المجادلة ، كذا في مبسوط فخر الاسلام وشرح الطحاوي .

( وقوله – أو قيمة ذلك – مذهبنا ) أي قول القدوري رحمه الله تعالى ، لأن المسألة مذكورة في القدوري هكذا ( وقد ذكرناه في الزكاة ) أي وقد ذكرنا معناه في كتاب الزكاة ، وفي فصل الحملان والفصلان .

( فان أعطى مناً من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز ) هذه من مسائل الأصل ، ولم يذكر في القدوري ولا في الجامع الصغير ذكرها المصنف رحمه الله تعالى على سبيل التفريع ، ولفظ الأصل ولو أعطى لكل مسكين مداً من بر أو مدين من شعير أو تمر أجزأه ( لحصول المقصود ) وهو دفع حاجة الفقير ( إذ الجنس متحد ) وهو الكفارة ، وهو متحد من حيث الإطعام ، لأن كل واحد من الاصلين اصلا ، فيجوز النصف من كل واحد منهما ، وهو سد خلة المحتاج في يومه يحصل ذلك بخلاف ما إذا اعطى من صنف أقل مما قدر فيه ،

وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه ، لأنه استقراض معنى والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فتتحقق تملكه ثم تمليكه ،

---

لكنه يساوي كمال الواجب من صنف ، فانه لا يجوز ، كما إذا أعطى مداً وهو يساوي صاعاً من شعير إذا أعطى نصف صاع من تمر ، وهو يساوي نصف صاع حنطة لا يجوز ، لان الرديء غير المنصوص ، فلا يعتبر فيه القيمة .

فان قيل لو أعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه رقبتين فأعتق نصيبه منهما من الكفارة لا يجوز مع أن الجنس متحد من حيث الإعتاق . قلنا نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة ، إذا الشركة في كل رقبة تمنع التكفير ، بخلاف الأضحية بأن ذبحا شاتين بينهما عن أضحيتهما حيث يجوز ، لان الشركة لا تمنع الاضحية كما في البدنة ، كذا في المبسوط .

( وإن أمر غيره أن يطعم المساكين عن ظهاره ففعل أجزأه ) هذه ايضا من مسائل الاصل ، ذكر بسبيل التفريع ( لانه استقراض معنى ) أي لان أمره بالاطعام عنه طلب الفرض منه من حيث المعنى ( والفقير قابض له أولاً ، ثم لنفسه ) أي قابضاً له نيابة عنه ، ثم يكون قابضا لنفسه ( وتحقق تمليكه ) أي تملك الامر ( ثم تمليكه ) اي ثم يتحقق تمليكه إلى الفقير ، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه ، فانه يجوز لانه يصير قابضا للواهب ، ثم يجعله لنفسه ، كذا هنا . ولا يقال كيف يجعل الفقير نائبا ، وهو مجهول ، والرضى بكونه نائبا شرط ، لانا نقول انما يراعى شرائط النيابة إذا كانت تصدية لا ضمنية لما عرف أن ما ثبت ضمنا لا يراعى شرائطه .

قال الكاكي ويرد على ظاهر الرواية التزوج على عبد الغير أو ثوب الغير ، فانهما يجعل فيهما قرضاً لا هبة ، وإن كان في القرض شك والفرق ان في معنى الإطعام معنى القربة والصدقة ، فيقصد بذلك الثواب والاجر دون المال ، بخلاف غيره . ومنهم من يقول الصدقة تقع في يد الرحمن قبل أن تقع في يد المحتاج ، ولهذا لا تضر الجهالة في الصدقة ، لان القابض معلوم ، ولهذا لو تصدق بدار تحتمل القسمة على فقيرين جاز ، وعلى غنيين لا يجوز . والفرق أن القابض في الصدقة معلوم دون الهبة .

فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً. وقال الشافعي «رح» لا يجزئه إلا التمليك اعتباراً بالزكاة وصدقة الفطر، وهذا لأن التمليك أدفع للحاجة، فلا ينوب منابه الإباحة. ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الإباحة

---

( فإن غداهم وعشاهم جاز ) هذه من مسائل القدوري ، أي فإن غدى ستين مسكيناً يعني أطعم الغداء ، وهو طعام الغداة . قوله - وعشاهم - أي أطعمهم العشاء ، وهو طعام العشاء الرواية بالواو لا بأو ، فإن التغذية الواحدة دون التعشية ، والتعشية من غير التغذية لا يجوز ذكره في المبسوط . وعن أبي حنيفة لو غدى ستين مسكيناً وعشى آخرين لا يجوز . وقال الكاكي وما في بعض نسخ الهداية إن عشاهم أراد به غداهم غدائين أو عشاهم عشائين ، ذكره في المحيط ، فعلم أن المراد غداآن أو عشاآن أو غداء وعشاء ( قليلا أكلوا أو كثيراً ) أي بعدما شبعوا ، إذ القصد الشبع لا المقدار ، لأن المقصود دفع حاجة اليوم . وفي المحيط المعتبر أكلتان مشبعتان ، ولا يعتبر فيه مقدار الطعام ، حتى لو قدم أربعة أرغفة أو ثلاثة في كفارة اليمين بين يدي عشرة وشبعوا أجزأ وإن لم يبلغ ذلك صاعاً أو نصف صاع .

ولو كان أحدهما شبعان هل يجوز ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يجوز ، لأنه وجد إطعام العشرة . وقال بعضهم لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع العشرة ، ولم يوجد ، وبقولنا قال ابراهيم النخعي ومالك .

( وقال الشافعي لا يجزئه إلا التمليك ) وبه قال أحمد ، وإنما يعتبر فيه التمليك دون الإباحة ( اعتباراً بالزكاة ، وصدقة الفطر ) أي قياساً عليهما ( وهذا ) أي وجه اعتبارها بالزكاة وصدقة الفطر ( لأن التمليك أدفع للحاجة ، فلا تنوب منابه الإباحة ) لأن الإباحة ليست مثل التمليك في دفع الحاجة .

( ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام ) وهو جعل الغير طاعماً ( وهو حقيقة في التمكين من الطعم ) بضم الطاء وهو الطعام ، والطعام بالفتح مذاق الشيء ( وفي الإباحة

ذلك ، كما في التمليك . أما الواجب في الزكاة الإيتاء، وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتمليك حقيقة ، ولو كان فيمـن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه ، لأنه لا يستوفيه كاملاً ، ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبـع

---

ذلك ) أي الإطعام ( كما في التمليك ) أي كما في معنى التمليك الإطعام ، فإذا كان كذلك فيتأدى الواجب بكل واحد منهما ، فكانت الإباحة ثابتـة بالنص ، والتمليك في معناه ، بل هو فوقه فيما هو المقصود ، وهو سد خلة الفقير وإغناؤه .

( أما الواجب في الزكاة ) جواب عن قول الشافعي اعتباراً بالزكاة ، وصدقـة الفطر وتقريره أن الواجب في الزكاة ( الإيتاء ) وهو الإعطاء ( وفي صدقة الفطر ) الأداء ( وهما للتمليك ) أي المعنى التمليك ( حقيقة ) فلا يجوز الإباحة ، وفي الكافي الأصل ان الإباحة تصح في كفارة الظهار ، والإفطار واليمين ، وجزاء الصيد والفدية دون الصدقات كالزكاة وصدقة الفطر والحلق عن الأذى والعشر ، فإنه يشترط فيها التمليك ، وفي صدقة الحلق عن الأذى خلاف بين أبي يوسف ومحمد ، فأبو يوسف يجوز الإباحة . ومحمد يشترط فيه التمليك.

( ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزئه ) هذه من مسائل كتاب الإيمان ذكره بسبيل التفريع ، أي ولو كان في المساكين الستين الذين عشاهم صبي فطيم عن اليمين لا يجزئه ( لأنه ) أي لأن الصبي الفطيم ( لا يستوفيه كاملاً ) لأن تعشيته وتغذيتـه ناقصة ، فلا تجزىء عن الكامل . فإن قيل تجزىء في البالغين قليلاً ما أكلوا أو كثيراً ، فينبغي أن يجزئه في العظيم ، قيل له صلاحية الأكل التام أقيمت مقام الاكل التام فيهم ، ومـا نحن فيه بخلافه .

( ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء إلى الشبع ) أورد هذا أيضاً على سبيل التفريع ، والادام مما لو قدم بـه ، وهو الذي يؤكل شبعاً لغيره ، وإنما شرط الإدام في خبز الشعير دون خبز البر ، لأن الفقير لا يستوفي من خبز الشعير حاجته إلا إذا كان مأدوماً كذلك في الذرة والدخن ، بخلاف خبز البر ، فانه يستوفي منه حاجته ، ولم يكن مأدوماً قال العضدي و كذلك لو غداهم أو عشاهم بسويق تمر قالوا هذا في ديارهم ، أما في ديارنا فلا بد من الخبز .

وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام وإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه ، لأن المقصود سد خلة المحتاج ، والحاجة تتجدد في كل يوم، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره ، وهذا في الإباحة من غير خلاف. وأما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزئه، وقد قيل يجزئه ، لأن الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة، لان التفريق واجب

---

( وفي خبز الحنطة لا يشترط الإدام ) لأن إدامته فيها لا سيا إذا كان سخنا ، وإنما يتوقف أكله على الإدام عند أهل الرفاهية دون المساكين .

( وإن أعطى مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه ) يعني إذا كانت أكلتان مشبعتان في كل يوم . وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه لا يجوز ، كذا في شرح الطحاوي ، وبه قال الشافعي وأحمد في الأظهر ( وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزئه إلا عن يومه لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم ، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره ) بخلاف ما إذا أعطاه في يوم واحد ، لأن الواجب التفريق على ستين مسكيناً ولم يوجد ذلك لا حقيقة ، لأنه مسكين واحد ولا حكماً لعدم تجدد الحاجة ، بخلاف المسألة الأولى ، لأن إطعامه في ستين يوماً كاطعام ستين مسكيناً. لما قلنا ( وهذا في الإباحة من غير خلاف ) أي عدم الاجزاء فيما إذا أعطى كله مسكيناً واحداً في يوم واحد بطريق الاباحة بلا خلاف ، يعني لا تجزئه إلا بتجدد الايام ، لأن الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكيناً في يوم واحد .

( وأما التمليك ) يعني إذا أعطى الطعام كله مسكيناً واحداً في يوم واحد بطريق التمليك ( من مسكين واحد في يوم واحد بطريق التمليك بدفعات ، فقد قيل لا يجزئه ) وهو الأصح ، كذا في المحيط لان المعتبر سد الخلة ( وقد قيل يجزئه ، لان الحاجة إلى التمليك تتجدد في يوم واحد ، بخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة ، لان التفريق واجب

بالنص ، وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف ، لأنه تعالى ماشرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس ، إلا أنه يمنع من قبله؛ لانه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم ؛ فيقعان بعد المسيس . والمنع لمعنى في غيره لا بعدم المشروعية في نفسه . وإذا أطعم عن ظهارين ستين مسكيناً لكل مسكين صاعاً من بر لم يجزئه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح ». وقال محمد«رح» يجزئه عنهما ، وإن أطعم ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما .

له أن بالمؤدى

---

بالنص ) فاذا جمع لا يجزئه إلا عن واحد كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة ، كذا في المبسوط .

( وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف ، لانه عز وجل ماشرطفي الاطعام أن يكون قبل المسيس ) وبه قال الشافعي وأحمد ، لان مالك يستأنف ، واعتبر بالصوم ( إلا أن يمنع من المسيس قبله ) أي قبل الإطعام ( لانه ربما يقدر على الإعتاق والصوم ، فيقعان بعد المسيس ) فالمنع لا لمعنى المسيس لتوهم القدرة على الاعتاق فيكون لمعنى في غيره ( والمنع لمعنى في غيره لا بعدم المشروعية في نفسه ) فلا يقتضي الفساد كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة .

( وإذا أطعم من ظهارين ستين مسكيناً كل مسكين صاعا لم يجزئه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) هذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه روى محمدعن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يكون عليه طعام مائة وعشرين مسكينا عن ظهارين ، فأطعم ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين من امرأة واحدة أو امرأتين لم يجزئه إلا من إحداهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

( وقال محمد يجزئه عنهما ) أي عن ظهارين ( وإن أطعم ذلك عن إفطارو ظهارأجزأه عنهما ) أي عن الافطار والظهار بالاعتاق ( له ) أي لمحمد ( ان بالمؤدى ) وهو قدرالصياع

وفاء بهما ، والمصروف إليه محـــل لهما ، فيقع عنهما كمـا لو اختلف السبب أو فرق في الدفع . ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو . وفي الجنسين معتبرة ، وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفـارة واحدة ، لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة ،

---

( وفـــاء بهما ) أي بكفارتيهما لكل واحد من ستين مسكينا ( والمصروف عليه محل لهما جميع فيقع عنهما ) أي عن الكفارتين ( كما لو اختلف السبب ) يعني أطعم ذلك عن إفطار وظهار ( أو فرق في الدفع ) بأن أعطى مسكينا نصف الصاع عن إحدى الكفارتين ،ثم أعطى النصف الآخر إياه عن الكفارة الأخرى جاز بالإتفاق .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن النية في الجنس الواحد لغو ) لأن النية للتمييز بين الاجناس المختلفة أو لتمييز المشترك ولا يوجد ذلك في الجنس الواحد ( وفي الجنسين معتبرة ) ألا ترى من كان عليه قضاء أيام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز ، ولا يجب فيـــه نية التعيين ، وفي قضاء رمضان وصوم النذر يفتقر إلى تعيين النيـــة لاختلاف جنسها .

فان قيل لو أعتق عبداً عن أحد الظهارين بعينه صح نيـة التعيين ولم يجعل لغوا في جنس واحد ، ولهذا حل وطء التي عينها . قلنا أفاد الحل التي رفع حرمتها بعينها .

فان قيل تعلق بنية الظهارين هنا غرض صحيح ، وهو رفع الحرمة عنها ، فوجب أن يصح . قلنا إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن إحدى الظهارين قدراً ومحلا ، فصحت بنيته . فأما إطعام ستين مسكينا صاعا إن كان يصلح عن الظهارين قدراً لا يصلح محلاً لهما ، لان محل الظهارين مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق ، فاذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطا ، كما لو أعطى ثلاثين مسكينـــا كل واحد صاعا .

( وإذا لغت النية ، والمؤدى يصلح كفارة واحدة ، لان نصف الصاع أدنى المقادير وذلك ) يعنى أدنى المقادير ( يمنع النقصان دون الزيادة ) لان الشيء إذا وجب مطلقا ،

فيقـــع عنهـا ، كمـا إذا نوى أصـل الكفارة ، بخلاف ما إذا فرق في الدفع ، لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخـر ، ومن وجبت عليه كفارتا الظهار فأعتق رقبتين لا ينـــوي عن إحداهما بعينها جاز عنهما ، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جـــاز ، لأن الجنس متحد ، فـلا حاجة إلى نية معينة وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحـد منهما . وقال زفر « رح » لا يجزئه عن أحدهما في الفصلـــين . وقال الشافعي « رح » له أن يجعل ذلك عن أحدهمـا في الفصلين ، لأن الكفارات كلها

---

ثم ورد الشرع بالتقدير ، وذلك التقدير لا يمنع الزيادة ، فاذا كان كذلك ( فيقع عنها ) أي عن الكفارة الواحدة ( إذا نوى أصل الكفارة ) فانه يقع عن إحداها بالإتفاق ( بخلاف ما إذا فرق في الدفع ، لانـه فى الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ) هذا جواب عن قول محمداً ، أو فرق في الدفع حاصله أن قياســـه على هذا غير صحيح ، ووجه يظهر عن المتن .

( ومن وجبت عليـــه كفارتا ظهار فأعتق رقبتين لا ينوي عن إحداها بعينهما جاز عنهما ، وكذلك إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا جاز ، لان الجنس متحد ، ولا حاجة إلى نية معينه ) بكسر الباء المشددة ( وإن أعتق عنهما رقبة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيها شاء) هذا جواب الاستحسان، والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر ، لخروج الامر من يده .

( وإن أعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما . وقال زفر لايجزئه عن أحدهما في الفصلين. وقال الشافعي له ان يجعل ذلك من أحدها في الفصلين ، لأن الكفارات كلهـا

باعتبار اتحـــاد المقصود جنس واحد . وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد ، فتلغو ، وفي الجنس المختلف مفيـد ، واختلاف الجنس في الحكم ، وهو الكفارة هاهنا باختلاف السبب نظير الأول إذا صام يوماً في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد، ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر ، فإنه لا بد فيـه

---

باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد ) فالنية في الجنس الواحد لا تفيد ، ويبقى نية اصل الكفارة ، وذلك يكفي ، فله أن يجعل بعد ذلك عن أيهما شاء . وقال أبو ثور يقرع في الظهارين أيها أصابتها القرعة حل وطؤها ( وجه قول زفر أنه أعتق عن كل ظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما بعدما اعتق عنهما ، لخروج الأمر من يده ) بعدمـا اعتق ، فصار كما إذا أعتق عن ظهار وقتل .

( ولنا أن نية التعيين في الجنس المتحد لا يفيد ، فتلغو ) أي نيته ، هذا جواب عما يقال لا نسلم اختلاف الجنس ، فان الحكم وهو الكفارة ها هنا بالإعتاق في القتل والظهار واحد ، فأجاب بقوله واختلاف الجنس ( وفي الجنس المختلف يفيد ) للتمييز ( واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب ) فان القتل يخالف الظهار لا محالة ، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم ، لان الحكم ملزوم السبب ، واختلاف الملزوم يدل على اختلاف الملزومات ، ولما اختلف الجنس صحت النية ، فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفين ، فيكون لكل منهمـا نصف الرقبة ، فلا يجوز . ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية .

فقال ( نظير الاول ) يعني الجنس المتحد ( إذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزئه عن قضاء يوم واحد ) بناء على لغوية التوزيع وبقاء أصل النية ، إذ الجنس متحد ( ونظير الثاني ) يعني الجنس المختلف ( إذا كان عليه صوم القضاء والنذر ، فانه لا بد فيه

من التمييز ، والله أعلم .

---

من التمييز ) فان نوى من الليل أن يصوم غداً عنهما كانت النية غير معتبرة، فلا يصير صائما أصلا إذ الجنس مختلف .

فان قيل إذا نوى ظهرين في يومين فانه لا يجوز عن واحد وإن اتحد الجنس . قلنا لا نسلم اتحاد الجنس ، لانه يختلف باختلاف الخطاب والسبب ، فان لكل منهما سببا وخطابا على حدة ، فأما الخطاب فظاهر ، وأما السبب فان دلوك الشمس في اليوم الثاني غير الاول ، بخلاف قضاء رمضان ، لان الخطاب بزمان يجمعها ، وهو الشهر ، ولا يحتاج إلى تعيين يوم السبب والاحد ، حتى إذا كان في قضاء من رمضانين شرط التعيين ، ذكره قاضي خان .

فروع . في المنتقى عن أبي يوسف لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا . وفي جوامع الفقه ظاهر عن أربع فأعتق عبداً عنهن ، ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عنهن جاز استحسانا لاتحاد الجنس ونقصان الهلال لا يمنع ، وفي الخزانة صام تسعة وعشرين يوما بالهلال وصام قبله خمسة عشر يوما جاز . وقيل لا يجوز ويجب إتمامه بالعدد . وفي الاشراف يجزئه بالاهلة ثمانية وخمسون يوما ، وبه قال الثوري ومالك وأهل الحجاز والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد ، وإن لم يستقل الهلال .

وقال الزهري يصوم ستين يوما . وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن صومه ستين يوما إن صام بغير الاهلة . وفي المنهاج يجوز اعتاق عبديه عن كفارته في كل واحد نصف ونصف وعندنا لا يجوز ، وإعتاق العبد الحربي في دار الحرب عن الكفارة والعبد المستأمن يجوز ، خلافا للائمة الثلاثة ، ولا يجوز صرف الكفارة إلى فقير أهل الحرب ، وإن كان مستأمنا ويجوز إلى فقير أهل الذمة ، خلافا لابي يوسف والائمة الثلاثة ، وفقير المسلمين أحب عندنا . ولو قال الآخر أعتق عبدك عن كفارتي فأعتقه عن كفارته أجزأه ، وعندنا إذا لم يشترط عن عوض لا يقع عن الامر . وعند أحمد روايتان .

# باب اللعان

## قال إذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من أهل الشهادة

---

( باب احكام اللعان )

أي هذا باب في بيان أحكام اللعان وهو مصدر من لاعن يلاعن ملاعنة ولعانا ، وأصله من اللعن ، وهو الابعاد والطرد في اللغة ، يقال التعن أي لعن نفسه ولاعن إذا لعن غيره ، ورجل لعنه بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره ولعنه بسكونها إذا لعنه الناس كثيراً ، ومعناه شرعاً عبارة عما يجزىء بين الزوجين من الشهادات الأربع ، واللعن والغضب ، وسمي الكل لعاناً لما فيه من ذكر اللعن كالصلاة تسمى ركوعاً لما فيها من الركوع ، وكالتحيات تسمى تشهداً لما فيها من التشهد وركنه الشهادة المؤكدة باليمين ، وسببه قذف الرجل زوجته قذفاً يوجب الحد في الأجانب ، وشرطه قيام النكاح. وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن . وأهله من كان أهلاً للشهادة عندنا ، حتى لا يجزىء بين مملوكين أو أحدهما صبي أو مملوك .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( إذا قذف الرجل امرأته بالزنا ) سواء في ذلك قوله رأيتك تزنين، وقوله أنت زانية ويا زانية عند الجمهور ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية . وفي المشهور عنه لا يجب بقوله يا زانية أو أنت زانية بل يجب فيه الحد ، وبه قال الليث وعثمان البتي ويحي بن سعيد ( وهما من أهل الشهادة ) يعني من أهل الأداء ، ولهذا لا يجزىء بين مملوكين .

فإن قلت يجزىء بين الأعميين والفاسقين ، مع أن الشهادة لهؤلاء . قلت الأعميان من أهل الشهادة ، وعدم قبول شهادتهما لعدم التمييز بين المشهود له ، وعليه لو قضى القاضي بشهادة الفاسقين جاز . وقال في النهاية ولو قضى القاضي بشهادة هؤلاء جاز .

والمرأة ممن يحد قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان ، والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن والغضب قائمـــة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقـــها

---

( والمرأة ممن يحد قاذفها ) حتى لو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد وليس له أب معروف لا يجزيء اللعان ، أو زنت في عمرها ولو مرة ، او وطئت وطئاً حراماً ولو مرة ، ذكره الاسبيجابي ( أو نفى نسب ولدها ) بأن قال هذا الولد من الزنا ، أو قال ليس مني قبل الإقرار بالولد . وقيل مضي التهنئة التي هي قائمة مقام الإقرار ، بخلاف مـــا إذا نفى الحبل ، حيث لا لعان ولا حد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه على ما يجيء ( وطالبته بموجب القذف ) أي طالبت المرأة زوجهـــا بموجب القذف ( فعليـــه اللعان ) أي فعلى الزوج اللعان ، أي يلاعنها ، وإنما شرطت مطالبتها، لأنه حقها،لأنه لبراءة عرضها حيث قذفها بالفجور،فاشترطت مطالبتها كسائر حقوقها ، حتى لو كانت كفت عن مرافعته ، فهي امرأته .

( والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان ) إنمـــا قال عندنا ، لأن عند الشافعي أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة ، حتى أن عند أهل اللعان من كان أهلاً للشهادة ، وعنده من كان أهلاً لليمين ، فلا يجري اللعان إلا بين زوجين مسلمين حرين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف عندنا وعنده يجري بين المسلم وامرأته الكتابية ، وبين الكافر وامرأته وبين العبد وامرأته ، ويقول الشافعي قال مالك وأحمد في رواية كقولنا(مقرونة باللعن والغضب ) صفة لما قبله ، وهذا المجموع هو اللعان ، وهو ركن اللعان ( قائمة ) أي اللعان قائمة ، إنما انثـه باعتبار الملاعنة أو باعتبار انه شهادات .. إلى آخره ( مقام حد القذف في حقه ) أي في حق الزوج ، ولهذا يشترط كونهـــا ممن يحد قاذفها ولا تقبل شهادته بعد اللعان أبداً .

(ومقام حد الزنا في حقها ) اي في حق الزوجة ، ولهذا لو قذفها مراراً يكفي لعاناً

لقوله تعالى ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ ٦ النور، والإستثناء إنما يكون من الجنس . وقال الله تعالى ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ ٦ النور ، نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين

---

واحداً كالحد ( لقوله عز وجل ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ ٦ النور ) وجه الإستدلال أن الله تعالى قال ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ﴾ ٦ النور ، واستثناء الأزواج من الشهداء ( والإستثناء إنما يكون من الجنس ) هذا هو الأصل ، ولا شهداء إلا بالشهادة ، ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان ، فدل أنها شهادات أكدت بالأيمان نفياً للتهمة .

( وقال الله تعالى ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهدات بالله ﴾ ٦ النور ، نص على الشهادة واليمين ، فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ) لأن الحاجة ها هنا إلى إيجاب الحكم في الطرفين ، والذي يصلح لإيجاب الحكم الشهادة دون اليمين ، الا أنها مؤكدة باليمين ، لأن يشهد لنفسه التأكيد باليمين لا يخرجه من أن يكون شهادة . فقلنا الركن الشهادة المؤكدة باليمين عملاً بحقيقة لفظ القرآن والسنة على ما يأتي . وقال الماوردي في الحاوي وتأويل أبي [1] خطأ ، لأن شهادة المرء على نفسه غير مقبولة فاسد ، لأن من قال بحقيقة لفظ الشهادة المذكورة في القرآن والحديث لم يكن قوله تأويلاً ، بل التأويل قول من ترك حقيقة اللفظ بالإشهاد الفاسدة وتعطيل القرآن بالحديث .

وأما شهادته لنفسه فغير مقبولة لمكان التهمة ، إلا أنه لا يصلح للشهادة ، ألا ترى إلى قوله عز وجل ﴿ شهد الله ﴾ ... الآية وكان من أصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين ، مع أنها بإذن الله تعالى او شرع رسوله عليه السلام ، وأما تكرار الشهادة لقيامها مقام أربع شهادات ، فإن الواجب عليه إقامة أربع شهادات من شهود

---

(١) وهكذا في الأصل – أبي – وربما هنا كلمة ناقصة ، اهـ مصححه .

ثم قرن الركن من جانبه باللعن لو كان كاذباً ، وهو قائم مقام حد القذف ، وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا

---

أربعة ، وقد عجز عن إقامة شهود أربعة ، ولم يعجز عن إقامة أربع شهادات فما عجز عنه .

( ثم قرن الركن ) هو الشهادة ( في جانبه ) اي في جانب الزوج ( باللعن لو كان كاذباً ) تأكيداً ( وهو قائم مقام حد القذف ) ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بشهادة النساء وكتاب القاضي إلى القاضي (وفي جانبها) اي وفي جانب الزوجة (بالغضب) أي قرن الشهادة بالغضب ، وإنما خص الغضب في جانبها في المرة الخامسة لأنهن يستعملن اللعن كثيراً في البيوت على ما جاء في الحديث أنهن يكثرن اللعن ، ويكفرن العشيرة ، وسقطت حرمة اللعن عند أعينهن فيجرين على الأقدام عليه لكثرة حربه ، فأقيم الغضب مقامه في حقهن ليكون أدعى لهن عن الإقدام، وإنما أفردت الخامسة بالغضب لأنها ليست من جنس الشهادة لعدم ذكر الشهادة فيها ( وهو قائم مقام حد الزنا ) ولهن لو قذفها مراراً يكفى لعان واحد كالحد .

فإن قيل ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين ، وهنا المناسبة بين الحد والشهادة . أجيب بأن الحد زاجر ، والإستشهاد بالله تعالى كاذباً مقروناً باللعن على نفسه سبب الهلاك ، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سببه .

فإن قيل لو كان اللعان قائماً في حقه مقام حد القذف لجرى كجريانه في الإتحاد والتعدد ، وليس كذلك ، فان من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة ، وفي كلام متفرق فعليه أن يلاعن عن كل واحدة منهن على حدة ، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد القذف لهذا مرة واحدة . أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام امرأته لا مطلقاً ، لأنه صار بدلاً عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها ، فلا يرد عليه الاجنبيات ، على أن ذلك لاختلاف المقصود ، فإن المقصود هنا وقع عار الزنا عنهن ، وذلك يحصل بإقامه حد واحد ، وهنا لا يحصل المقصود بلعان واحد تعذر الجمع بينهن بكلمات اللعان ، فقد يكون صادقاً في حق بعض دون بعض ، والمقصود التفريق بينه وبينهن ، ولا يحصل ذلك

إذا ثبت هذا نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة، لأن الركن فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها إلا أنه قائم في حقه مقام حد القذف ، فلا بد من إحصانها ، ويجب بنفي الولد ، لأنه لما نفى ولدها صار قاذفاً لها ظاهراً ، ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة، كما إذا نفى أجنبي نسبه عن أبيه المعروف، وهذا لأن الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

---

بلعان بعضهن ، فيلاعن كلاً منهن على حدة ، حتى لو كان محدوداً في قذف كان عليه لمن حد واحد ، لأن موجب قذفهن الحد حينئذ ، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبيات .

( إذا ثبت هذا ) يعني إذا ثبت ان الأصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالأيمان ( نقول لا بد أن يكونا من أهل الشهادة ، لأن الركن فيه ) أي في اللعان ( الشهادة ، ولا بد أن تكون هي ) أي المرأة ( ممن يحد قاذفها ) حتى لو كان من أهل الشهادة والمرأة ممن لا يحد قاذفها ، فان كان معها ولد لأب له معروف لا يجب اللعان ( لأنه ) أي لأن اللعان ( قائم في حقه مقام حد القذف ، فلا بد من إحصانها ) أي إحصان المرأة ( ويجب بنفي الولد ) أي يجب اللعان إذا نفى ولده بأن قال هذا الولد من الزنا ، وقد مضى الكلام فيه عن قريب ( لانه لما نفى ولدها صار قاذفاً ظاهراً ) كما إذا نفى أجنبي نسب ولد عن أبيه المعروف ، فإنه يكون قذفاً للمرأة ، وكذلك هذا .

( ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة ، كما إذا نفى أجنبي نسبه ) أي بنسب الولد ( عن أبيه المعروف ) فإنه التباس قذف صريح ( وهذا ) إشارة إلى قوله ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره (لأن الأصل في النسب الفراش هو الصحيح) أي الفراش الصحيح ( والفاسد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ) وفي المبسوط الولد من الوطء بشبهة ثابتة بالنسب عن النسيان ، والذي لا

ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ، فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه ، لأنه حق مستحق عليه ، وهو قادر على إيفائه ، فيحبس بـه حتى يأتي بما هو عليه أو يكذبه نفسه ليرتفع السبب ،

---

إذا كذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه،حتى لو كذب نفسه لا يجب اللعان، وفي بعض فقد زعم أن لا نسب له ، فيكون قاذفاً بالزنا .

وقال الشافعي لا يصير قاذفاً بالنفي ما لم يقل انه من الزنا ، لجواز أن يكون من الوطء بشبهة ، كما قال لأجنبية ليس هذا الولد من زوجك ، والقياس مـا قاله ، إلا أنا تركناه بالضرورة ، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها وعزلها عزلاً بيناً ، فاكتفى بنفي الولد ، حتى ينتفي منه نسب الولد ، وهذه الصورة معدومة في حق الأجنبي . قيل ذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها ، لأنـه يحتمل الحل والجماع بشبهة ، والنكاح الفاسد ، فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا ، لأنه لم [1] بالزنا . أجيب عنه جعلناه كالصريح بالزنا بالضرورة كما بينا .

( ويشترط طلبها ) أي طلب المرأة بموجب القذف ( لأنه حقها ، فلا بد من طلبهـا كسائر الحقوق ) لأنه باللعان يندفع عنه عار الزنا ، وبه قالت الثلاثة ( فإن امتنع عنه ) أي عن اللعان ( حبسه الحاكم حتى يلاعن ) وهذا عندنا . وقـال الشافعي ومالك وأحمد يقام عليه حد القذف بناء على أن موجب القذف عندهم الحد ، وعندنا اللعان ( ويكذب نفسه فيحد ، لأنه حق مستحق عليه ) أي على الزوج ( وهوقادر على إيفائه ) قال الاكمل قيل هذا احتراز عن المديون المفلس ، فإن الدين مستحق ، ولكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس . قلت القائل بهذا الكافي ، فإنـه هكذا شرح هذا الموضوع ( فيحبس فيه ،حتى يأتي بما عليـه أو يكذب نفسه ) فإذا كذب نفسه فحينئذ يجب عليـه حد القذف ( ليرتفع السبب ) أي سبب اللعان ، أي علته وهو التكاذب، لأن اللعان إنما يجب

---

(١) ربما هنا كلام ناقص .

ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص ، إلا أنه يبتدىء بالزوج ، لأنه هو المدعي فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه ، لأنه حق مستحق عليها ، وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه ، وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد ، لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته ، فيصار إلى الموجب الأصلي ، وهو الثابت بقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ... الآية ٤ النور ، واللعان خلف عنه ،

---

إذا كذب واحد منهما الآخر فيما يدعيه ، حتى لو كذب نفسه لا يجب اللعان ، وفي بعض النسخ ليرتفع الشين ، أي العار بالتكاذب ، وهو بفتح الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبالنون .

( ولو لاعن ) أي الزوج ( وجب عليها اللعان لما تلونا ) من النص وهو قوله عز وجل ﴿ فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله ﴾ ٦ النور ( إلا انه يبتدىء بالزوج ، لأنه هو المدعي ) بناء على أن اللعان شهادات ، والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى لكن ، كأنه استشعر ان يقال المتلو من النص لا يدل على المبدو به ، فقال إلا انه يبدأ به .

( فإن امتنعت حبسها الحاكم ، حتى تلاعن أو تصدقه ) أي تصدق الزوج ( لأنه حق مستحق عليها ، وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه ) وقال الشافعي ومالك لا تحبس بل ترجم للزنا بعد الدخول بها ، ولأحمد في حبسها روايتان .

( وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً أو محدوداً في قذف فقذف امرأته فعليه الحد ) صورة ما إذا كان الزوج كافراً والمرأة مسلمة بأن كان الزوجان كافرين فأسلمت المرأة فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه ( لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته ) وهو كونه ليس من أهل الشهادة ( فيصار إلى الموجب الأصلي ) وهو حد القذف ( وهو الثابت بقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ... الآية ٤ النور ، واللعان خلف عنه ) فإنه كان هو

وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف ، أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته والأصل في ذلك قوله عليه السلام أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

---

المشروع أولا ، ثم صار اللعان خلافاً عنه في الزوج عند وجود الشرط ، فإذا عدمت صير إلى الأصل .

( وإن كان هو من أهل الشهادة وهي أمة ) أي والحال ان المرأة أمته ( أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية ) أي وكان ظهور زناها بين الناس كذلك ، أو تزوجها بنكاح فاسد أو ولدها من غير أب معروف ( فلا حد عليه ولا لعان ) هذا من مسائل القدوري رحمه الله تعالى إلا قوله –بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية – فإنه تفسير من المصنف ( لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها ) أي في جانب المرأة ( وامتناع اللعان لمعنى في جهتها ) أي لأجل امتناع وجوب اللعان لعلة في جهة المرأة وهو ظاهر ، فإذا كان كذلك ( فيسقط الحد كما إذا صدقته ) أي المرأة ، أي كما يسقط الحد إذا صدقت المرأة زوجها ، لأن سقوط اللعان يكون من جهتها ، وبقولنا قال الشعبي والزهري وحماد ومكحول وعطاء وأحمد في رواية ، وفي ظاهر مذهبه من كان أهلاً لليمين فهو أهل للعان ، كما قال الشافعي ومالك .

( والأصل في ذلك ) أي في الذي ذكر من البيان ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر، والحرة تحت المملوك ) والمحدود في قذف مع امرأته . أقول ونذكر أولاً ما ذكره الشراح

هنا ، حتى يعرف القصد والتقليد في أمثاله . فقال الأترازي هذا الحديث لم نجد له أصلاً في كتب الحديث كالموطأ وصحيح البخاري وسنن أبي داود والجامع الترمذي وغير ذلك ، إلا أن أبي بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبد الباقي عن نافع عن أبي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال ليس أربع بينهن ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك ، انتهى .

قال الأكمل قيل هذا الحديث لم يوجد لـــه أصل في كتب الحديث ، لكن أبو بكر الرازي ذكر في شرحه مختصر الكرخي بإسناده عن عبد الباقي أبي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قيل كفى بأبي بكر الرازي العدالة والفقه والضبط مقتدى ، انتهى . وقال الكاكي بعد أن ذكر الحديث رواه الشيخ أبو بكر الرازي والدارقطني وفيه وليس بين المملوكين ولا الكافرين لعان ، ذكره أبو عمر بن عبد البر أيضاً وضعفه ، ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه ، والضعيف إذا روي من طرق يحتج بـــه على ما عرف ، انتهى .

فنقول قال الأترازي هذا الحديث لم نجد له أصلا ... إلى آخره غير صحيح ، لأن ابن ماجة والدارقطني وعبد الباقي بن قانع ، ذكره فعرفت انه من المقلدين المقصرين . وقول الأكمل قيل في الموضعين يدل على انه من المقلدين المقصرين . وأما قول الكاكي فقريب من التوجيه ، ولكنه لم يحرره كما ينبغي . قال الشيخ جمال الدين الزيلعي في تخريج أحاديث الهداية بعد أن ذكر الحديث المذكور ، أخرجه ابن ماجة في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال أربعة من النساء لا ملاعنة بينهن النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرة تحت المملوك ، هذا لفظ ابن ماجة وأخرجه الدارقطني في سننه عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب وقال عن جده عبد الله بن عمرو موقوفاً أربعة ليس بينهم لعان ليس بين الحر والأمة لعان ، وليس بين الحرة والعبد لعان ، وليس بين المسلم واليهودية لعان ، وليس بين المسلم والنصرانية لعان .

وقال الدارقطني الوقاصي متروك الحديث ، ثم أخرج عن عثمان بن عطاء الخراساني عن أبيه عن عمرو به. قال وعثمان بن عطاء الخراساني ضعيف الحديث جداً ، وتابعه يزيد بن ذريع عن عطاء وهو ضعيف أيضاً . وروي عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن جده انتهى . قلت عطاء هذا وثقه ابن معين وأبو حاتم وغيرهما ، واحتج به مسلم في صحيحه وابنه عثمان ، ذكره ابن أبي حازم في كتابه وقال سألت عنه أبي فقال يكتب حديثه ثم ذكر عن أبيه سألت رحيماً عنه فقال لا بأس به ، فقلت ان أصحابه يضعفونه ، فقال وأي شيء حديث عثمان في الحديث ، واستحسن حديثه وعثمان ابن عبد الرحمن بن عمرو بن سعد بن أبي وقاص أبو عمرو الوقاصي المالكي قال ابن الجوزي إنما قيل له المالكي لأن سعداً هو ابن مالك . قلنا هو أبو وقاص ، فلذلك نسب إليه وكان هو ضعيفاً ، فقد أخرج الحديث أيضاً عن عمرو بن شعيب غيره .

وروى الذهبي في المتن الأحاديث منها ما رواه عن سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً الكذب يقصر الرزق ، والدعاء يرد القضاء نافذ والله في خلقه قضاء يحدث . وقال البيهقي قال الشافعي قالوا روي عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال أربع لا لعان بينهن ... الحديث . قلنا رويتم هذا عن رجل مجهول ورجل غلط ، وعمرو بن شعيب عن عبد الله بن عمرو منقطع . قلت لم يسم الشافعي المجهول ولا الذي غلط ولا بينهما .

وقد روى هذا الحديث عبد الباقي بن قانع وعيسى بن ابان من حديث حماد بن خالد الخياط عن معاوية بن صالح عن صدقة بن أبي ثوبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، وحماد ومعاوية من رجال مسلم ، وصدقة ذكره ابن حبان في كتاب التابعين ، قال وروى عنه معاوية بن صالح ، ذكره ابن أبي حاتم في كتابه ، وقال روى عنه الوليد وعبيد الله بن موسى ، وهذا يخرجه عن جهالة العين والحال . وقول الشافعي رجل غلط قال الشيخ علاء الدين في الجواهر النقي أظنه أراد به عمرو بن شعيب وهو ثقة ، وقد عمل العلماء بحديثه وعمل به الشافعي في مواضع والبيهقي . وقد خالف الشافعي في قوله

**ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد . وصفة اللعان أن يبتدىء القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات .**

---

ان الحديث منقطع وأثبت اتصاله ، وقد تبين بما قلنا أن اسناد الحديث جيد ، فلا نسلم قول البيهقي ، ولم ينسلخ بيانه إلى عمرو .

( ولو كانا ) أي الزوجان ( محدودين في قذف فعليه الحد ) لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته ، إذ هو ليس من أهله . هذه من مسائل الأصل ذكرها المصنف على سبيل التفريع ، قوله من جهته هو كونه ليس من أهل الشهادة .

فإن قلت هلا اعتبر جانبها وهي أيضاً محدودة في القذف ذا الحد . قلت المانع من الشيء إنما يعتبر مانعاً إذا وجد المقتضى ، لأنـــه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضاه ، وهنا المانع هو الرجل لكونه الأصل فيه ، وإنما يعتبر أهلية المرأة فيه إذا وجدت أهلية الرجل ، فإذا لم توجد أهلية الرجل لا يعتبر بحالها في اللعان كالعبد يقذف امرأته المحدودة العفيفة الحرة البالغة ، حيث يجب عليه الحد .

( قال وصفة اللعان ) أي قال القدوري رحمه الله تعالى وصفة اللعان ( أن يبتدىء القاضي بالزوج ) أي يقيم القاضي الزوج بين يديـه ويأمره ( فيشهد أربع شهادات ) من الإشهاد بنصب الدال عطفا على قوله أن يبتدىء . واعلم انهـــا إذا خاصمت إلى القاضي فينبغي أن يقول لها اتركي وانصرفي ، ولو تركت وانصرفت ثم خاصمت بعد ذلك ثانياً جاز ، لأن العفو عن القذف باطل ، فإذا اختصمت وانكر الزوج فعليها أن تقيم شاهدين عدلين ، ولو أقامت رجل وامرأتين لم يقبل . ولو أقامت شاهدين ثم أن الرجل أقام رجلا وامرأتين على تصديقها سقط اللعان ولا حد . ولو لم يكن لهـــا بينة فأرادت أن تحلف الزوج على القذف ليس لها ذلك ، فإن أقر الزوج بأنه قذفها بالزنا مثل البينة ، فإن شهد أربعة أنهم رأوا كالميل في المكحلة ، والقلم في المحبرة ينظر إن كانت امرأة محصنة رجمت ، وإن كانت غير محصنة جلدت . ولو لم يكن له بينة وجب اللعان إذا اجتمعت الشرائط . وقال في الأصل يقول له القاضي قم فالتعن فيقوم .

يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها بـه من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها في جميع ذلك ، ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني بـه من الزنا .

والأصل فيه ما تلوناه من النص . وروى الحسن « رض » عن أبي حنيفة « رح » أنه يأتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا ، لأنه أقطع للاحتمال .وجه ما ذكر في الكتاب لفظة المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الإحتمال.

---

ثم ( يقول في كل مرة أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، ويقول في الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها في جميع ذلك . ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا ) وإذا كان القذف بنفي الولد تقول المرأة في كل مرة فيما رماني به من الزنا في نفي الولد .

( والأصل فيه ) أي في اللعان على هذه الصورة ( ما تلونا من النص ) وهو فيما مضى بقوله تعالى ﴿ ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات ﴾ إلى قوله ﴿ إن كان من الصادقين ﴾ ٦ النور ( وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يأتي بلفظ المواجهة ) أي المخاطبة ( يقول فيما رميتك به من الزنا ، لأنه أقطع للاحتمال ) لأن هاء الغيبة محتملة فكانت المخاطبة أرفع للإحتمال ، وبه قال زفر ، كذا ذكره في شرح الأقطع .

( وجه ما ذكره في الكتاب ) أي القدوري ( أن لفظ المغايبة إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال ) لأنه يجتمع أداتا تعريف فهو أولى . وفي تنبيه الشافعية يسميها إن كانت غائبة ويشير إليها إن كانت حاضرة . وقيل يجمع بينهما ، وأنكره السرخسي فقال لا معنى

قال وإذا إلتعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما . وقال زفر « رح » تقع بتلاعنهما ، لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث . ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه دفعاً للظلم ،

---

لذكر الاسم والنسب مع الحضرة . وفي المنهاج لو بدل الشهادة بحلف ونحوه أو الغضب يلغيها أو على العكس ، قبل تمام الشهادات لم يصح على الأصح .

( قال ) اي القدوري رحمه الله ( فإذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما ) تكون الزوجية قائمة ويقع ظهاره وطلاقه ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما عندنا ، كذا في شرح الطحاوي ( وقال زفر تقع ) اي الفرقة ( بتلاعنهما ) وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه ، وبه قال أبو ثور وأبو عبيد في رواية داود ، وهو مروي عن ابن عباس . قال الشافعي يقع بلعانه كما إذا ارتد أحد الزوجين . وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج لا سلف له فيه ،قيل ليس كذلك ، لأنه ذكر في المقدمات انه ظاهر قول مالك وعبد الله بن عمرو بن العاص. وقال ابن حزم في المحلى قول الشافعي قول لا برهان عليه . وقال عثمان البتي وجماعة من أهل البصرة لا يتعلق باللعان فرقة بحال ، وهو خلاف السنة والحديث .

( لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ) قال الأكمل والكاكي أراد بالحديث قوله ﷺ المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبداً ، نفي الإجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على نفي الفرقة بالتلاعن . وقال الأترازي ولزفر قول الصحابة المتلاعنان لا يجتمعان أبداً . قلت الصواب مع الأترازي انه لم يرو مرفوعاً ، إنما روي موقوفا على جماعة من الصحابة من ذلك ما رواه أبو داود من حديث ابن شهاب عن سعد بن سهل رضي الله تعالى عنه في هذا الخبر ، قال فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله ﷺ فمضت السنة بعد في المتلاعنين إذا افترقا لا يجتمعان أبداً . وروى عبد الرزاق في مصنفه المتلاعنان لا يجتمعان أبداً موقوفا على عمر وابن مسعود رضي الله عنهم ( ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف ، فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منا به دفعاً للظلم ) .

دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبتُ عليها يا رسول الله فقال له أمسكها ، فقال إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً قاله بعد اللعان ،

---

( قال ) المصنف رحمه الله تعالى ( دل عليه ) اي دل على عدم وقوع الفرقة ( قول ذلك الملاعن عند النبي ﷺ كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً، قاله بعد اللعان ) وأراد بالملاعن عويمر العجلاني . وجه الإستدلال أنه قال كذبت عليها عند النبي ﷺ ... إلى آخره ، ولم ينكر عليه النبي ﷺ ، ولو وقعت بينهما بمجرد التلاعن لأنكر رسول الله ﷺ ، فإن قيل قد أنكر عليه بقوله إذهب فلا سبيل لك عليها . أجيب بأن ذلك ينصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روي أنه قال إذا كنت صادقاً فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذباً فلا سبيل لك عليها ، والتركيب المذكور قلق جداً ، حتى في بعض النسخ دل عليه قوله ﷺ لذلك الملاعن إن أمسكتهافهي طالق ثلاثاً، قاله بعد اللعان ، أي بعد وقوع اللعان وبين النسختين فرق لا يخفى . ولو ذكر الحديث ثم بين وجه الإستدلال لكان أحسن وأوضح .

والحديث ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن ابن المسيب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري ، فقال له يا عاصم أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً يقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ، سل لي عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال رسول الله ﷺ ، فقال له عاصم ما كنت لتأتيني بخبر فذكره رسول الله ﷺ المسألة التي سألته عنها، قال والله لا انتهى ، حتى أتى رسول الله ﷺ وسأله عنها فأتى عويمر النبي ﷺ وسط الناس فقال يا رسول الله ﷺ رأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل ، فقال رسول الله ﷺ قد أنزل الله تعالى فيك وفي صاحبتك ، اذهب فأت بها، قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ .

قال ابن شهاب فكانت تلك سنة الملاعنين ، ورواه البخاري في صحيحه عن اسماعيل

وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد « رح » لأن فعل القاضي انتسب إليـــه كما في العنين وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما. وقال أبو يوسف هـو تحريم مؤبد

---

عن مالك عن ابن شهاب ورواه مسلم أيضاً وأبو داود . وفي رواية عويمر بن أشقر . وقلنا حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أيضاً انه ﷺ لاعن بين رجل وامرأته ألحق الولد بأمه ، ذكره في الصحيحين . وعن سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله ﷺ وأنا ابن خمس عشر سنين فرق بينهما حين تلاعنا ، فهذه الأحاديث الصحاح كلها تدل على عدم وقوع الفرقة بتمام تلاعنهما حتى يفرق بينهما ، وكذا إيقاع الطلاق الثلاث ، ولم يرد في حديث أنه عليه السلام فرق بينهما قبل لعان المرأة بعد لعان الرجل ، قال الطحاوي قول الشافعي خلاف القرآن والحديث ، وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلا ، لأنها ليست زوجة عند لعانها .

( وتكون الفرقة ) اى الفرقة الحاصلة بالتلاعن ( تطليقـــة بائنة عند أبي حنيفـــة ومحمد رحمها الله تعالى ، لأن فعل القاضي انتسب إليه ) للنيابة عنه ( كما في العنين ) حيث يؤجله القاضي سنة ، فان وصل إليها وإلا فرق القاضي بينهما إذا طلبت المرأة الفرقـة ، والفرقة بالطلاق لا تتأبد ، غير انها بائنة ، لأن المقصود دفع الظلم عنها فلا يحصل ذلك إلا بالبائن ، وهما يحتجان أيضاً بما روى مسلم عن ابراهيم النخعي انه قال اللعان تطليقـــة بائنة ، ولأن الثابت بالنص اللعان ، فلو أثبت الحرمة الموة [1] لزم الزيادة على النص، وذلك لا يجوز ، لأنه نسخ .

( وهو خاطب إذا أكذب نفسه ) هذه مسألة مبتدأة ، اي هذا الرجل بعد الإكذاب صار خاطباً من الخطاب ، اي يجوز له أن يتزوجها كما لغيره يجوز أن يتزوجها فعليه الحد بإكذاب نفسه ( عندهما ) اي عند أبي حنيفة ومحمد ( وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبـد ) يعني بعد التلاعن تبقى المرأة حرام عليه أبداً ، فلا يجوز له أن يتزوجها ، وبه قال زفـر

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل وربما هي ـ المؤبدة.

لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبداً نص على التأبيد . ولهما أن الإكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان . ولو كان القذف بنفي الولد نفي القاضي نسبه والحقه بأمه

---

والحسن والشافعي لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان أبداً ، وقد مر الكلام عن قريب مستقصى ، وهو قول الصحابة رضي الله تعالى عنهم ولم يرد مرفوعاً ( نص على التأبيد ) اي نص ظاهر هذا الخبر على تأبيد الحرمة .

( ولهما ) اي لأبي حنيفة ومحمد ( ان الإكذاب ) اي إكذاب الرجل الملاعن نفسه ( رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ) يعني يبطل حكمها ( ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ) ولا منافاة بين نص التأبيد والعود خاطباً ، لأن معناه ما داما في حال التلاعن ( ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب ) اي لم يبق حقيقة التلاعن ولا حكماً يعني لا حقيقة ولا حكماً ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكماً فلأنه لما أكذب نفسه وجب عليه الحد ، فبطلت أهلية اللعان ، فإذا بطلت الأهلية بطل حكمها( فيجتمعان )اي المتلاعنان، يعني يجوز اجتماعها بعد ذلك التزويج . وقال الكاكي إذا كذب نفسه قبل تفريق القاضي حلت له من غير تجديد النكاح .

(ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه وألحقه بأمه) أي ألحق الولد بأمه،وبه قال الشافعي وأحمد . وقال ابراهيم وابن معقل وموسى لا يفتقر نسب الولد على الفراش بالنفي ، لقوله عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ذكره في الصحيحين . وللجمهور حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ان رجلاً لاعن امرأته فانتفى ولده وفرق بينهما ، وألحق الولد بأمه رواه الجماعة .قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من الأب سوى الميراث والنفقة ،حتى أن شهادة الأب له لاتقبل وشهادته لابنه لا تقبل ودفع الزكاة إليه لا يجوز . ولو كان انثى فزوجه أباها أو تزوج بنته منه إن كان إبناً لا يجوز ، وغير ذلك من أحكام النسب .

وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد ، وكذا في جانب المرأة ، ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين، ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روينا أن النبي عليه السلام نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال ، وألحقه بها

---

( وصورة اللعان ) اي في نفي الولد ( أن يأمر الحاكم الرجل ، فيقول أربع مرات أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد ، ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأمرين ) أراد بهما الزنا ونفي الولد ( ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بأمه لما روي انه عليه السلام ) اي ان النبي ﷺ ( نفى ولد امرأة هلال بن أمية عن هلال ، وألحقه بها ) الحديث رواه أبي داود في سننه قال حدثنا الحسن بن علي قال حدثنا يزيد بن هارون قال أخبرنا عباد بن منصور عن عكرمة عن ابن عباس قال جاء هلال بن أمية ، وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله إني جئت على عشاء فرأيت عندهم رجلا ، فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه فنزلت ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم ﴾ ... الآيتين كليهما ٦ النور ، فسرى عن رسول الله ﷺ فقال بشير يا هلال قد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً .

قال هلال وقد كنت أرجو ذلك من ربي ، فقال رسول الله ﷺ أرسلوا إليها فجاءت فتلى عليها رسول الله ﷺ وذكرها وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، فقال والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذب فقال رسول الله ﷺ لا عنوا بينهما ، فقيل لهلال أشهد فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، فلما كان الخامسة قال يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب ، فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله

عليه إن كان من الكاذبين ، ثم قيل لها أشهدي فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقي الله ، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد .

وقضى أن لا بيت عليه ولا قوت من أجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال إن جاءت به أصيهب أريصح اثيبج مناقي الإليتين حمش الساقين فهو لها، وإن جاءت به أورق جعد اجمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال رسول الله ﷺ لولا الأيمان لكان لي ولها شأن ، قال عكرمة وكان ولدها بعد ذلك أميراً على مصر ، وما يدعى لأب ، ورواه أحمد في مسنده ، وهو معلول بعباد بن منصور . وقال ابن معين عباد ابن منصور ضعيف قدري . وقال ابن حبان كان قدرياً داعياً إلى القدر . وقال في التنقيح وثقه يحي القطان .

قوله – أصيهب – تصغير أصهب، وهو الذي يعلو لونه صهبة، وهي كالشقرة . وقوله – أريصح – تصغير الأرصح بفتح الهمزة وسكون الراء وفتح الصاد المهملة وبالحاء المهملة هو الناتيء الإليتين، ويجوز بالسين، قاله الهروي. قوله أثيبج تصغير أثبج بفتح الهمزة وسكون الثاء المثلة وفتح الباء الموحدة وبالجيم، وهو الناتيء الثبج اي ما بين الكتفين والكاهل، قوله – حمش الساقين – بفتح الحاء المهملة وسكون الميم وبالشين المعجمة اي دقيقهما . قوله – أورق – اي أسمر قوله – جعد – بفتح الجيم وسكون العين المهملة وبالدال المهملة ، وهو القصير بمتردد الخلق . قوله – جمالياً – بضم الجيم وتخفيف الميم واللام وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو الضخم الأعضاء التام الأوصال . قوله – سابغ الإليتين – بالسين المهملة وكسر الباء الموحدة وبالغين المعجمة ، اي قائمها وعظيمها .

( ولأن المقصود من هذا اللعان ) اي لأن مقصود الزوج من لعانه ( نفي الولد فيوفر

عليه مقصوده فيتضمنه القضاء بالتفريق . وعن أبي يوسف « رح » أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه وأخرجته من نسب الأب ، لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره ، فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه وحل له أن يتزوجها ، وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهل للعان ، فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم .

---

عليه ) اي على الزوج ( مقصوده ) في نفيه ( فيتضمنه القضاء بالتفريق ) اي يتضمن نفي الولد قضاء القاضي بالتفريق ، يعني إذا قال فرقت بينهما يكفي .

( وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول قد ألزمته أمه ) اي ألزمت الولد أمه ( وأخرجته ) اي الولد ( من نسب الأب ) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه ( لأنه ينفك عنه ) اي لأن نفي الولد ينفك عن التفريق إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفي النسب عنه ( فلا بد من ذكره ) اي من ذكر نفي الولد ، ألا ترى انه إذا نفى ولد أم الولد ينتفي به ولا يجري اللعان . وإذا قال لامرأته زنيت يجري اللعان ولا ينتفي الولد .

( فإن عاد الزوج فأكذب نفسه ) يعني بعد اللعان ( حده القاضي لإقراره بوجوب الحد عليه ) حيث قذف محصنته . وفي المبسوط هذا إذا لم يطلقها بائناً بعد القذف، أما لو كذب نفسه بعد البينونة لا يجب الحد ولا اللعان ، لأن المقصود باللعان التفريق ، ولا يتأتى ذلك بعد البينونة ولا حد عليه ، لأن قذفه كان موجباً للعان والقذف الواحد لا يوجب الحدين ( وحل له أن يتزوجها ) قال الأكمل هذا تكرار لقوله – وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما – ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعاً ، ونقل هنا لفظ القدوري ( وهذا عندهما ) اي جواز حل الزوج بعد اللعان والتكذيب والحد عند أبي حنيفة ومحمد ( لأنه لما حد لم يبق أهل اللعان ، فارتفع بحكمه المنوط به ) اي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به ( وهو التحريم ) كما ارتفع اللعان .

وكذلك إن قذف غيرها فحد به لما بينا، وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها. وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبياً ، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه، وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً لعدم أهلية الشهادة وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان ، لأنه يتعلق بالصريح كحد

---

( وكذلك ) اي يحل كذلك ( إن قذف غيرها ) اي غير امرأته بعد تفريق القاضي ( فحد به ) اي بسبب قذفه ( لما بينا ) يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان ، فارتفع بحكمه المنوط به ( وكذا إذا زنت فحدت لانتفاء أهلية اللعان من جانبها ) فإن قيل لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما يرجمان ، فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت ، فبعد ذلك أن تبقى محلا للزوج . أجيب بأن معنى قوله — حدت — جلدت ، وتصور المسألة أن يتلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ، ثم إنها زنت بعد اللعان ، فكان حدها الجلد دون الرجم ، لأنها ليست بمحصنة ، لأن من شرط احصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد .

( وإذا قذف الرجل امرأته وهي صغيرة ) اي والحال أنها صغيرة ( او مجنونة فلا لعان بينهما ، لأنه لا يحد قاذفها ) اي قاذف الصغيرة والمجنونة ( لو كان ) اي القاذف ( أجنبياً ، فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه ) اي لقيام اللعان مقام حد القذف ( وكذا ) اللعان ( إذا كان الزوج صغيراً او مجنوناً لعدم أهلية الشهادة ) واللعان شهادة عندنا ، وبه قال الشافعي . وفي المدونة يلاعن بقذف الصغيرة . وفي المغني لو قذفها وهي بنت تسع فعليه الحد وتطالبه إذا بلغت ، وبدون التسع يعزر . ولو قال لها زنيت وأنت صبية أو مجنونة ، وجنونها معهود فلا حد ولا لعان ، ولا يحمل قاذفاً في الحال ، لأن فعلها لا يوصف بالزنا ، بخلاف قوله زنيت وأنت ذمية او منذ أربعين سنة وعمرها عشرون سنة ، حيث يعذر ، ذكره في الجوامع .

( وقذف الأخرس لا يتعلق به اللعان ، لأنه ) اي لأن اللعان ( يتعلق بالصريح كحد

القذف ، وفيه خلاف الشافعي « رح » ، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرىء بها وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » وزفر « رح » لأنه لا يتيقن بقيام الحمل ، فلم يصر قاذفاً . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، وهو معنى ما ذكر في الأصل ، لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده ، فيتحقق القذف .

---

القذف ) فيندرىء بالشبهة ، ولأن شهادة حتى يشترط لفظ الشهادة ( وفيه خلاف الشافعي ) فإنه يقول يصح قذفه ولعانه ، لأن إشارة الأخرس كعبارة الناطق ( وهذا ) اي إشارة الأخرس ( لأنه ) اي كان قذف الأخرس ( لا يعرى عن الشبهة ) لأن فيه احتمالاً ( والحدود تندرىء بها ) اي تندفع بالشبهة ، وكذا إذا كانت المرأة خرساء لا يجري اللعان بينهما .

( وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان ) اي ولا يجب اللعان ولا الحد ( وهذا ) اي عدم وجوب اللعان ( قول أبي حنيفة وزفر ) وبه قال أحمد وأبو ثور ، وهو قول الحسن البصري والشعبي والثوري وابن أبي ليلى ( لأنه لا يتيقن بقيام الحمل ) لعله يكون ريحاً ( فلم يصر قاذفاً ) فلا يكون موجباً للعان .

( وقال أبو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ) وبه قال مالك والشافعي وأحمد وأبو حنيفة أولاً . وعن أبي يوسف يلاعن في الحال . وإنما قيد بقوله إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، لأنه إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يجب اللعان ، لأنه لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف ( وهو معنى ما ذكر في الأصل ) اي قيده بمجيء الولد لأقل من ستة أشهر ما ذكره محمد رحمه الله تعالى في الأصل ( لأنا تيقنا بقيام الحمل عنده ) اي عند القذف ( فيتحقق القذف ) فهذا ونفيه بعد الولادة سواء ، ولهذا ثبت حكم الإرث والوصية إذا ولدت لأقل من ستة أشهر بتيقن وجوده .

قلنـــا إذا لم يكن قذفاً في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنـه قال إن كان بك حمــل فليس مني ، والقـذف لا يصح تعليقه بالشرط . فإن قال لها زنيت ، وهذا الحبل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً ، ولم ينف القاضي الحمل. وقال الشافعي « رح » ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقــد قذفها حاملاً. ولنا أن الأحكام لا تترتب عليـه إلا بعــد الولادة لتمكن الإحتمال قبله ،

---

( قلنا إذا لم يكن قذفاً في الحال ) هذا جواب من جهة أبي حنيفة ، يعني إذا لم يكـن قوله ليس حملك مني قذفاً في الحال بالإحتمال ( يصير كالمعلق بالشرط ، كأنه قـال إن كان بك حمل فليس مني ، والقذف لا يصح تعليقه بالشرط ) قبـل وجود الشرط ، ولا حاجة إلى إبقاء حكمه إلى وجود الشرط لعدم الحاجة إلى إيجاب الحــد ، لأن الحدود يحتال إلى درئها لا إلى إثباتها ، بخلاف الإرث والوصية ، فإنهما يتوقفان إلى انفصال الولد ولا يتوقف القذف . وقيل إن هلال بن أمية قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله ﷺ بينهما . أجيب بأنا لا نسلم انه قذف امرأته بنفي الحمل ، نعم انه قذفها وهي حامل، وذلك لا يدل على قذفها بنفي الحمل ، لأن الحديث قال إذا رأى أحدنا رجلا على امرأتـه فذلك يدل على انه كان قاذفاً بصريح الزنا لا بنفي الحمل .

( وإذا قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً ولم ينف القاضي الحمل . وقال الشافعي ينفيه لأنه عليه السلام نفى الولد عن هلال ، وقد قذفها حاملا ) وقد ذكرنا عن قريب حديث هلال بن أمية بتمامه .

( ولنا أن الأحكام لا تترتب عليه ) أي على الحمل ، يعني ان نفي الولد حكم من أحكامه والأحكام لا تترتب عليه ( إلا بعد الولادة لتمكن الإحتمال قبله ) أي قبل انفصـال الولد أو قبل حصول الولد. فإن قيل بل يترتب عليه قبل الولادة كالرد بالعيب والميراث والوصية

والحديث محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به ، وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت

---

به. وأجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد ، فلا يقام مع الشبهة ، بخلاف الرد بالعيب ، لأنه يثبت مع الشبهة والإرث والوصية يتوقفان على انفصاله ، ولا ينفرد في الحال . وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا تثبت يراد به بعضها ونفي الولد منها ، لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة .

( والحديث ) أي حديث هلال ( محمول على انه ) أي أن النبي ﷺ عرف قيام الحمل بطريق الوحي ، بدليل أن في الحديث إن جاءت به أصيهب ... الحديث إلى آخره ، كما ذكرناه . ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي . ومن أصحابنا من قال ان هلالاً قذفها نصاً ، فإنه قال وجدت شريك بن سماء على بطنها يزني بها ، ثم نفى الحمل بعد ذلك ، وعندنا لو قذفها نصاً لاعن ، كذا في المبسوط . قال ابن الجوزي ان أحمد أنكر لعان هلال بالحمل ، فقال إنما لاعن رسول الله ﷺ لما جاء وشهد بالزنا ولو كان اللعان بالحمل لكان الحمل منه منتفياً عن الزوج غير لاحق به اشتبه به أم لم يشتبه ، وهكذا نقل عن محمد بن جرير بن أبي صفرة . وفي شرح الكردي أجمع أصحابنا على أن النسب لا ينتفي ، وهو حمل للشك في وجوده . وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين أصحابنا .

( وإذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة ) أي حين ولدته ( أو في الحالة ) أي أو نفاه في الحالة ( التي تقبل التهنئة ) على بناء المجهول برفع التهنئة ، قال الجوهري التهنئة خلاف التعزية ، وتقول هنأته بالولادة تهنئة تهنيئاً ، وكل أمر آت من غير تعب فهو هنيء ، ومنه كلوا هنيئاً مريئاً ، وأصله مهموز اللام ( ويبتاع ) على صيغة المجهول أي يشتري ( آلة الولادة ) مثل الشد والقماط والشيء الذي يفرش تحت الولد حين يوضع ، والأشياء التي يلف فيها الولد حين تضعه أمه ( صح نفيه ، ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت

النسب ، هـــذا عند أبي حنيفـــة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » يصح نفيه في مدة النفاس ، لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ، ففصلنا بينهما بمدة النفـاس ، لأنه أثر الولادة . وله أنه لا معنى للتقدير ، لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة ، فاعتبرنا ما يدل عليه ، وهو قبوله التهنئة أوسكوته عند التهنئة أو ابتيـاعه متاع الولادة أو مضى ذلـك

---

النسب ) وهو قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه .

اعلم أن اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وإن طالت المدة ، لأنه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه ، لكن الولد هل ينتفي ، فان كان النفي بحضرة الولادة حين يولد أو بعد ذلك بيوم أو يومين أو نحو ذلك ينتفي . ولم يوقت أبو حنيفة في [1] بشيء غير هـــذا . وروى الحسن عنه انه يصح نفيه إلى سبعة أيام .

( وقال أبو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس ) وعند الشافعي متى أمكن نفيه بالمرافعة على الحاكم ، فلم ينفه لزمه نسبه ، وهو قول أبي عبيد وابي ثور وابن المنذر . وقال مجاهد وشريح يجوز للزوج نفيه متى شاء . وقال الشعبي ومحمد وابن ابي ذئب وبعض أهل المدينة لا ينتفي بنفيه ، ولكن يجب به اللعان ، واحتجوا بقوله ﷺ الولد للفراش (لأن النفي يصح في مدة قصيره ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنـــه اثر الولادة ) أي لأن النفاس اثر الولادة . وفي المبسوط مدة النفاس كحالة الولادة ، بدليل انها لا تصوم ولا تصلي فيها .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه لا معنى للتقدير ، لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه ) اي في التأمل ( مختلفة ، فاعتبرنا ما يدل عليه ) اي على عدم النفي ( وهو قبوله التهنئة أو سكوته على التهنئة ) لأنه دليل الرضى ( او ابتياعه متاع الولادة أو مضي ذلك

---

(١) هنا في الأصل بياض وربما هو كلام ناقص . ا هـ مصححه .

الوقت وهو ممتنع عن النفي . ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادة ، ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناه على الأصلين قال وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما ، لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد ، وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني . وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ، ولم يرجع . والإقرار بالعفة سابق

---

الوقت وهو ممتنع ) أي والحال أن الزوج ممتنع ( عن النفي ) بأن كان ساكتاً . وفي الشامل ابو حنيفة لم يوقت ، بل فوض إلى الإمام ، قال وحكي عنه انه اعتبر ثلاثة أيام ، وروي عن سبعة ايام ، لأن في هذه المدة يستعد للحقيقة ، وإنما تكون الحقيقة بعد سبعة أيام . وفي المبسوط هذا ضعيف، لأن نصب المقدار بالرأي لا يكون . وروى عن محمد إذا هنىء بولد الأمة فسكت لم يكن قبولاً ، بخلاف ولد المنكوحة .

( ولو كان ) أي الزوج ( غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم يعتبر المدة ذكرناها على الأصلين ) اي أصل ابي حنيفة . وأصل أبي يوسف ومحمد فعلى أصل ابي حنيفة يجعل كأنها ولدته الآن ، فله النفي في مقدار ما يقبل النسبة ، وعلى اصلهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم ، لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به ، فصارت حالة القدوم كحالة الولادة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما ) هذا إذا ولدت لاقل من ستة اشهر ( لأنها ) اي لأن الولدين ( توأمان خلقا من ماء واحد ) التوأم يقال لكل واحد ، وهو الاسم لا يستحق كل واحد وحده ، وجمعه توائم ، وهو اسم جمع وليس بجمع حقيقة ( وحد الزوج لأنه اكذب نفسه بدعوى الثاني ، ولو اعترف بالأول ونفى الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ) اي كذب نفسه ( ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه ) اي عن النفي ( والإقرار بالعفة سابق ) هذا جواب عما يقال ينبغي ان يحد لأنه اكذب نفسه بعد القذف ، لأن الإقرار الأول بثبوت

على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ، ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا .

---

النسب باق بعد نفي الثاني ، فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ، ولو وجد الإقرار بعد النفي يثبت الإكذاب ، فيجب الحد ، فكذا هذا .

فأجاب بقوله – والإقرار بالعفة سابق ( على القذف ) حقيقة ، والإعتبار بالحقيقة ( فصار كما إذا قال هي عفيفة ، ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن ) أي واجب ( فكذا هذا ) اي فكذا حكم هذا كحكم ذلك . وفي المحيط والمبسوط فلو نفاهما ثم مات أحدهما او قتل لزمـاه . وفي مختصر الكرخي لا يجب اللعان عند ابي يوسف ويجب عند محمد . ولو ولدت احدهما ميتاً فنفاهما لاعن بالإتفاق ، ولزمه الولدان . ولو ولدت ولداً فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزماه . وفي النوادر عن ابي حنيفة رواه الحسن عنه ان امرأة جاءت بثلاثة اولاد في بطن فنفى الثاني وأقر بالأول والثالث يلاعن وهم بنوه . ولو نفى الأول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه . وفي المغني التوأمان يكون بينهمـا اقل من اشر [1] ، ومثله عن مالك . وإذا ولدت فسكت لم يكن له نفيه بعد ذلك ، وهو قول الشافعي ، وقال ابن قدامة وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرؤيا لعيب ، يعني انه يبطل بالسكوت ، ونقله عنه غلط ، وذلك مذهب الناقل ويبطل مذهبه بالحمل ، فانـه لا يبطل بالسكوت .

ولو هنأ به فأمن على دعائه لزمه ، كذا إن قال احسن جزاك او بارك الله فيك ، او رزقك الله مثله لزمه الولد ، وكذا عندنا وعند الشافعي لا يلزمه . وكل موضع لزمه الولد لا يكون له نفيه بعد ذلك عند الائمة الأربعة واصحابهم . ولو قال ليس هذا الولد مني أو ليس ولدي ، ولم يذكر زناها خلا حد ولا لعان . وكذا لو قال أكرهت على الزنا لا حد ولا لعان . وفي المحيط او نفى ولد زوجته وهما في اللعان لا ينتفي ، وإن كانت كتابية أو أم ولد ثم اعتقت او اسلمت ثم وضعت لا يصح نفيـه . ولو ولدت بعد اللعان إلى سنتين لزمه الولد ، وإن لم يكن عليها عدة يلزمه ما بينه وبين ستة أشهر ، لأنه مطلق حكماً .

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما قصد بها – أقل من شهر – ا هـ مصححه .

ولو لاعنها بولد ثم ولدت إلى سنتين لزمه ، لأنها معتدة ويقبل شهادته عليها بالزنا مع ثلاثة ، وفيه خلاف الأئمة الثلاثة . ولو قذفها ثم شهد مع الثلاثة بالزنا لا تقبل ، لأنه سقط عنه اللعان الواجب عليه . ولو شهد ثلاثة غير عدول خلا حد ، ولا لعان ولا على المشهور . ولو قذف امرأة رجل بالزنا فقال الزوج صدقت لم يكن على الزوج المصدق حد ولا لعان إلا أن يقول صدقت هي كما قلت ، فيكون قاذفاً ، ولو عين الذي رماها به وطلب الرجل حد القذف يحد له عندنا . وقال الشافعي ومالك لا يحد . وفي الروضة زنت قبل تفريق القاضي بعد التلاعن يسقط اللعان عند ابي حنيفة ، وحل له وطؤها .

ولو اقام الرجل البينة على صدقة سقط عنه اللعان وحدت ، وهو قول الظاهرية . وقال مالك يلاعن . وقال الشافعي يلاعن إن كان معها ولد وإلا لا ، ولا لعان في البائن لا في العدة ولا في غيرها عندنا ويحد ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك والثوري وأهل الحجاز وأهل العراق وبعد اللعان يجب لها نصف الصداق عندنا ، وبه قال مالك وسعيد ابن جبير وقتادة والحسن وقال حماد بن أبي سليمان شيخ ابي حنيفة يجب لها المهر الكامل. وقال الزهري لا صداق لها . وقلنا التفريق بينهما طلاق قبل الدخول، فيجب نصف المهر .

فروع أخرى . في المبسوط لو مات ولد الملاعنة عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويضرب الحد . وإن ترك ابناً وبنتاً يثبت نسبه من الاب وورثه الأب . ولو كان الولد الميت فشاركها ولد فأكذب نفسه يثبت عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما . وقيل الخلاف على العكس . وفي جوامع الفقه مات الشاهدان او غابا بعدما [1] لا يقضي باللعان . وفي المال يقضي بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما ، والوطء الحرام بشبهة أو نكاح فاسد يسقط إحصانها ، خلافاً لأبي يوسف ، ثم رجع وقال هو ملحق بالوطء الحلال في ثبوت النسب ووجوب العدة ، ولا لعان في النكاح الفاسد ولا في الوطء بشبهة

---

(١) هنا كلمة مكشوطة . اهـ مصححه .

عندنا . وقال الشافعي وأحمد يجب اللعان فيها إذا كان ينفي الولد . وعند أبي يوسف فيه الحد واللعان لإلحاقها بالنكاح الصحيح .

ولو قذفها ثم طلقها ثلاثاً سقط اللعان ولا يجب الحد ، وكذا لو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لو أقر به بعد الاستبراء يلزمه. وأجمعوا أنه لا لعان في النكاح الفاسد بغير ولد . ولو تلاعنا لا يثبت التحريم المؤبد في وجه عند الحنابلة وقذف المبانة وأضافها إلى حال قيام النكاح ، وبينهما ولد يريد نفيه يلاعن ولا حد ولا لعان عند الشافعي ومالك . وعندنا يحد ولا لعان ، وهو قول عطاء ويروى عن الحسن وعثمان البتي ، وهو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

ولو قذف مطلقته الرجعية يلاعن ، وبه قال النخعي والزهري وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد والظاهرية ، وهو قول ابن عمر وجابر بن زيد. وقال ابن عباس ولا لعان . وفي جوامع الفقه قال قذفتك بعد أن أتزوجك او زنيت قبل أن أتزوجك فهو قاذف في الحال يلاعن . وقال الشافعي ومالك ويحد . ولو قذفها ثم زنت أو وطئت حراماً لا حد ولا لعان عندنا ، وبه قال الشافعي . ولو فرق القاضي بعد إلتعانها ثلاثاً خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ، وبقية الائمة لا ينفذ . ولو بدأ بلعان المرأة فقد أخطأ ولا يجب إعادته ، وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد يجب إعادته ويسقط اللعان بردتها ، ولو اسلمت بعدها لا يعود . وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يتلاعنا حتى قذفها اجنبي بالولد ، فحد الاجنبي يثبت نسب الولد ولا ينتفي بعد ذلك ، لان حد قاذفها حكم بكذبه .

★ ★ ★

# باب العنين وغيره

## وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة ،

---

( باب العنين وغيره )

اي هذا باب في بيان أحكام العنين. ولما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق شرع في بيان أحكام من به مرض له تعلق بالنكاح والطلاق ، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء والعنين من لا يقدر على اتيان النساء من عن إذا حبس في العنة ، وهي حظيرة الإبل ، او من عن إذا عرض لأنه يعن يميناً وشمالاً ولا يقصد . وقيل سمي العنين عنيناً لأن ذكره يسترخي ، فيعن يميناً وشمالاً ولا يقصد للمأتي من المرأة ، وجمع العنين عنين . وفي البصائر يقال فلان عنين بين العنين ، ولا يقال بين العنة . وكذا في المغرب وغيره . وفي قاضي خان والمرغيناني العنين من لا يصل إلى النساء مع قيام الآلة ، ولو كان يصل إلى الثيب دون البكر او إلى بعض النساء دون البعض ، وذلك لمرض به ، اوضعف في خلقته او لكبر سنه او سحر فهو عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها ، هكذا ذكره الاسبيجابي وقال السحر له حقيقة وتأثير عند أهل السنة .

وعند الهندواني يؤتى بطشت فيه ماء بارد فيجلس العنين فيه إن كان عضوه يؤول إلى النقصان ويتردى علم أنه لا عن فيه ، وإن كان لا يؤول ولا يتزوي علم أنه عنين . وفي المغنى العنين العاجز عن الإيلاج مأخوذ من عن ، اي إذا اعترض . وفي المحيط آلة قصيرة لا يمكنه إدخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق . وفي الجواهر العنين من لا ينتشر ذكره ، وهو كالاصبع في البدن لا ينقبض ولا ينبسط . قوله وقوله كالمجبوب والمقطوع أكثر ذكره والخصي .

( وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة ) اي بعد طلبها ، وابتداء التأجيل من وقت الخصومة يؤجل سنة ، وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه ، والشافعي

فإن وصل إليها فيها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك ، هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم . ولأن الحق ثابت لها في الوطء ، ويحتمل أن يكون الإمتناع لعلة معترضة

---

وأصحابه ، ومالك وأصحابه ، وأحمد وأصحابه ، وهو قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة وسعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار وقتادة وابراهيم النخعي وسفيان وعبد الرحمن الأوزاعي وإسحاق لا يؤجل ستة أشهر في العبد . وعنه وروي عن علي رضي الله تعالى عنه وعن مالك يؤجل ستة أشهر في العبد . وعنه وعن ابن المسيب لو كانت حديثة العهد يؤجل خمسة أشهر . وعند عبد الله بن نوفل يؤجل عشرة أشهر .

( فإن وصل إليها ) فلا كلام ( وإلا ) اي وإن لم يصل إليها ( فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك ) اي التفريق ، لأن الحق لها ( وهكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم ) اما الرواية عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب في العنين أن يؤجل سنة . قال معمر وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصمه . وروى محمد بن الحسن الشيباني في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة حدثنا اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فقالت إن زوجها لا يصل إليها ، فأجله حولاً ، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ، ففرق عمر رضي الله تعالى عنه بينهما ، وجعلها تطليقة بائنة .

وأما الرواية عن علي رضي الله تعالى عنه فأخرجها ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد الأحمر عن محمد بن اسحاق عن خالد بن كثير عن الضحاك عن علي يؤجل العنين سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما . وأما الرواية عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فأخرجها ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا وكيع عن سفيان عن الركو بن الربيع بن عميلة عن أبيه عن حصين بن قبيصة عن عبد الله بن مسعود قال يؤجل العنين سنة ، فإن جامع وإلا فرق بينهما .

( ولأن الحق ثابت لها في الوطء ، ويحتمل أن يكون الإمتناع لعلة معترضة ) من .

ويحتمل لآفة أصلية ، فلا بد من مدة معرفة لذلك ، وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة . فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ، ففات الإمساك بالمعروف ، ووجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ، ولا بد من طلبها ، لأن التفريق حقها ،

---

رطوبة او برودة فيداوى بما يضاده ، او من يبوسة[1] فكذلك ( ويحتمل لآفة الأصلية ) يعني في أصل الخلقة ( فلا بد من معرفة ذلك ) يعني إن الآفة أصلية او معترضة ( وقدرناها ) اي قدرنا مدة التأجيل ( بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة ) اي لاشتمال السنة على أربعة فصول ، الربيع وهو ما إذا كانت الشمس في الحمل والثور والجوزاء ، وهوحار رطب على طبيعة الهواء . والثاني الصيف ، وهو ما إذا كانت الشمس في السرطان والأسد والسنبلة ، وهو حار يابس على طبيعة النار . والثالث الخريف ، وهو ما إذا كانت الشمس في الميزان والعقرب والقوس ، وهو بارد يابس مثل طبيعة الأرض . والرابع الشتاء ، وهو ما إذا كانت الشمس في الجدي والدلو والحوت ، وهو بارد رطب على طبيعة الماء .

( فإذا مضت ) اي السنة ( ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ، ففات الإمساك بالمعروف ، ووجب التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ) من المفارقة ( ناب القاضي منابه ، ففرق بينهما ) دفعاً للظلم ، لأن القاضي هو انتصب لدفع الظلم ( ولا بد من طلبها ، لأن التفريق حقها ) فإذا اختارت نفسها بعد مضي المدة فهل تقع الفرقة من غير تفريق الحاكم ، أم يحتاج إلى التفريق ، فيه اختلاف الرواية عن أصحابنا فقال صاحب المختلف فإن اختارت نفسها بانت منه في ظاهر الرواية ، ثم قال روى الحسن عن أبي حنيفة أنها إذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما ولا تقع الفرقة من غير تفريق ، كذا ذكر الإمام

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

وتلك الفرقة تطليقة بائنة ، لأن فعل القاضي أضيف إلى فعل الزوج ، فكأنه طلقها بنفسه . وقال الشافعي « رح » هو فسخ ، لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة

---

الاسبيجابي أيضاً في شرح الطحاوي . وقال التمرتاشي لو سأل الزوج القاضي بعد السنة أن يؤجل سنة أخرى او شهراً او أكثر لا يفعل ذلك إلا برضاها ، فإذا رضيت ثم رجعت فلها ذلك ، ويبطل الأجل . ولو وجدته عنيناً ولم يخاصم زماناً لم يبطل حقها ، لأن ذلك قد يكون للتجربة والإمتحان لا للرضى .

( وتلك الفرقة تطليقة بائنة ) وبه قال مالك والثوري وقال الشافعي وأحمد فسخ لأنه فرقة من جهتها ، والقياس على الجب ، قاله الماوردي من أصحابه . ولنا الفرقة من جهته ( لأن فعل القاضي أضيف إليه ) اي إلى الزوج لامتناعه عن الإمساك بالمعروف ، والفرقة بالطلاق مشروعة بكتاب الله تعالى او الإجماع ، والفسخ مختلف فيه ، فالحمل بالجمع أولى ولا يستقيم قياسه على الجب ، لأن الجب كالعنة ، فيكون قياس المختلف على المختلف ( فكأنه طلقها بنفسه ) اي فكأن الزوج طلقها بنفسه لإضافة فعل القاضي اليه .

( وقال الشافعي هو فسخ ) اي تفريق القاضي بينهما فسح للنكاح ( ولكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ) يعني بعد تمام العقد ، أما قبل تمام العقد فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة ، لأن ذلك امتناع من تمام العقد ( وإنما يقع ) اي الفرقة ( بائنة ، لأن المقصود وهو رفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها ) اي بالبائنة ( لأنها ) اي لأن الفرقة ( لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ) وهي التي لا تكون ذات زوج ولا مطلقة . أما الأول فلفوات المقصود ، وهو الوطء . وأما الثاني فلأنها تحت زوج فلا يحصل حينئذ دفع الظلم ، وهو المقصود من فرقة العنين .

ولها كمال مهرها إن كان خلا بها ، فإن خلوة العنين صحيحة وتجب العدة. بينا من قبل ، هذا إذا أقر الزوج انه لم يصل إليها ، ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ينكر إستحقاق حق الفرقة ، والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه ، وإن قلن ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لا حق لها ، .

وإن نكل يؤجل سنة ،

---

( ولها كمال مهرها إن خلا بها ، فإن خلوة العنين صحيحة ) قيد به لأنه لو لم يكن خلا بها يلزم نصف المهر . وقال الشافعي لا يجب شيء من المهر ولا النفقة لانه فسخ عنده ( وتجب العدة ) بالإجماع ( لما بينا من قبل ) يعني في باب المهر ( هذا ) اي تأجيل العنين سنة ، والتفريق بعد السنة ( إذا أقر الزوج انه لم يصل إليها ) يعني كان مقراً بها في الاول .

( ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها ) فقال الزوج وصلت وقالت المرأة لم يصل إلي ( وإن كانت ) اي المرأة ( ثيباً فالقول قوله مع يمينه ، لانه ينكر استحقاق حق الفرقة ، والاصل هو السلامة في الجبلة ) اي سلامة الآلة في أصل الخلقة . وقال زفر وابن أبي ليلى القول قولها ( ثم إن حلف بطل حقها ) فلا يبقى لها خيار ( وإن نكل ) عن اليمين ( يؤجل سنة . وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لا حق لها ، وإن نكل يؤجل سنة ) بعد ذلك والواحدة في النظر تكفي ، والاثنتان أحوط . وفي البدائع أوثق . وفي الاسبيجابي أفضل . ثم كيف يعرف أنها بكر او لا . قالوا تدفع في فرجها أصغر بيضة من بيضة الدجاج ، فإن دخلت بلا عنف فهي ثيب وإلا فبكر . وقيل إن

وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت ، لأنه لا فائدة في التأجيل ، والخصي يؤجل كما يؤجل العنين ، لأن وطؤه مرجو ، وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر خيرت، لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد ، وهي البكارة . وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول .

---

أمكن بها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب . وفي شرح الطحاوي إذا وقع الشك للنساء في أمرها يفعل ذلك . وعن أحمد في الثيب يقال له أخرج المني ، فإن أخرجه وقالت ليس بمني يمتحن بالنار ، فان تصادقا على أنه مني يخرج به عن العنة ، لان الغالب عدم خروج مني العنين .

( وإن كان مجبوباً ) اي وإن كان الزوج مجبوباً وهو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه من الجب وهو القطع ( فرق بينهما في الحال إن طلبت المرأة ، لانه لا فائدة في التأجيل ) لانه لا يرجى منه الوصول ( والخصي ) من خصيت الفحل خصاء ممدوداً إذا سللت خصيتيه ، والجمع خصيتان وخصيته ( يؤجل كما يؤجل العنين ، لان وطؤه مرجو ) فان حكمه حكم العنين .

( ولو أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء ، فإن قلن هي بكر خيرت ) اى يخيرها القاضي بدون يمينها ، فلو اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما ، هكذا ذكر محمد في الأصل . وفي المنتقى لو اختارت نفسها بانت منه ، فعلى هذه الرواية لا يحتاج إلى قضاء القاضي لوقوع الفرقة ( لأن شهادتهن ) اى شهادة النساء ( تأيدت ) اي تقوت ( بمؤيد ) على وزن اسم الفاعل ( وهي البكارة ) اى المؤيدة لشهادتين هي البكارة ، إذ البكارة هي الأصل ( وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل ) اى عن اليمين ( خيرت لتأيدها بالنكول ) اى لتأييد دعوى المرأة بنكول الزوج . فإن اختارت الزوج او قامت من مجلسها او أقامها أعوان القاضي ، او

وإن حلف لا تخير . وإن كانت ثيبة في الأصل فالقول قوله مع يمينه ، وقد ذكرناه، فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها ، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها ، لأن

---

أقام القاضي قبل أن تختار شيئاً بطل خيارها ، لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته ، وذلك موقت بالمجلس ، فهذا مثله . فإن اختارت نفسها في المجلس يؤمر الزوج بالتفريق ، فان أبى فرق القاضي ( وإن حلف لا تخير ) لبطلان حقها .

( وإن كانت ثيباً في الأصل فالقول قوله مع يمينه ، وقد ذكرناه فيما مضى ) وهو قوله فالقول قوله مع يمينه ، لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة ، والأصل هو السلامة في الجبلة ( فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك الخيار ، لأنها رضيت ببطلان حقها . وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح ) أطلق محمد في الاصل ، ولم يقيد بالقمرية ولا بالشمسية . قال في شرح الطحاوي ويعتبر سنة قمرية بالأهلة في ظاهر الرواية . وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة انه يعتبر سنة شمسية ، وهي تزيد على القمرية بأيام. وذهب السرخسي في شرح الكافي إلى رواية الحسن أخذاً بالإحتياط . وقال الولوالجي في فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية ، وهو الصحيح ، لان المنطوق هو السنة ، والسنة تنصرف إلى القمرية مطلقاً ، وهي أقل من الشمسية باحدى عشر يوماً . وذكر الحلواني الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم . والقمرية ثلاثمائة يوم وأربعاً وخمسون يوماً .

( ويحتسب ) اى المدة ( بأيام الحيض وشهر رمضان ) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل ، وذلك لان الصحابة رضي الله تعالى عنهم قدروا مدة التأجيل سنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها ( لوجود ذلك في السنة ) أي لوجود ما ذكر من أيام الحيض وشهر رمضان في السنة ( ولا يحتسب بمرضه ومرضها ) أي لا تحتسب المدة بسبب مرضه ومرضها ( لأن

السنة قد تخلو عنه . إذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج .

وقال الشافعي « رح » يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام و البرص والجنون والرتق

---

السنة لا تخلو عنه ) أي المرض ، يعني لا يكون زمان المرض محسوباً في مدة التأجيل قليلا كان امرض أو كثيراً ، بل يعوض ذلك من أيام أخر ،وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضاً لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر لم يحتسب عليه .

وفي البدائع روى ابن سماعة عن أبي يوسف إن صح في السنة يوماً أو يومين احتسب عليه . وفي رواية عنه ان ما فوق الشهر كثير لا يحتسب . وفي رواية عنه أن مدة الكثرة السنة ، وفي رواية عنه أكثر السنة . وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه ، وعليه الفتوى ، وعن أبي يوسف لو حجت أو هربت أو غابت لا يحتسب على الزوج ،لأنه من جهتها . ولو حج هو أو غاب احتسب عليه . ولو حبس وامتنعت من المجيء إلى السجن لم يحتسب عليه مدة الحبس ، وكذا لو حبسه القاضي بمهرها ، ولم يحضرها . وإن لم تمتنع ، وكان في السجن موضع خلوة احتسب عليه ، وإن لم يكن وطئها فيه لم تحتسب قال محمد إن كان محرماً يؤجل بعد إحرامه . ولو رافعته وهو مظاهر فتعتبر المدة من حين المرافعة إن كان قادراً على الإعتاق . وإن كان عاجزاً عنه أمهله شهرين لعدم القدرة على الجماع فيها. ولو ظاهر بعد التأجيل لا يلتفت إليه ولم يزد على المدة .

( وإذا كان بالزوجة عيب ) أي عيب كان ( فلا خيار للزوج ) وبه قال عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبو قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري وأبو سليمان الخطابي وداود الظاهري ، وفي المبسوط وهو مذهب علي وابن مسعود ( وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة ،وهي الجذام ) وهو علة ردية تحدث من انتشار المرةالسوداء ( والبرص ) وهو بياض يظهر في البدن ، ويكون في بعض الأعضاء دون بعض وربما يكون في سائر الأعضاء ، حتى يكون ظاهر البدن كله أبيض ، وسببه سوء مزاج العضو إلى البرودة وغلبة البلغم ( والجنون ) وهو زوال العقل ( والرتق ) وهو مصدر من قولك

والقرن ، لانها تمنـــع الاستيفاء حساً وطبعاً ، والطبع مؤيد بالشرع ، قال عليـه السلام فر من المجـذوم فرارك من الاسد .

---

امرأة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها بأن لا يكون لها نقب سوى المبال ( والقرن ) بسكون الراء ، وهو مانع يمنع من سلوك الذكر في الفرج من عظم أو غيره .

( لأنهـا ) أي لأن هذه العيوب ( تمنع الاستيفاء حساً ) أي من حيث الحس في القرن والرتق(أوطبعا)أي أو من حيث الطبع في الجذام والبرص والجنون ، لأن الطباع السليمة تنفر من جماع هؤلاء ، وربما يسري إلى الأولاد ( والطبع مؤيد بالشرع ) أي يمنع الاستيفاء من حيث الطبع ، وقد تأيد بالشرع حيث ورد فيه الامتناع منه ، أشار إليه بقوله ( قال ﷺ فر من المجذوم فرارك من الأسد ) هذا الحديث أخرجه البخاري تعليقاً عن سعيد ابن مسا(١) عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، وفر من المجذوم فرارك من الأسد أو من الأسد. وقال الكاكي ناقلاً عن ابن حزم هذا الحديث غير صحيح لأنه لا يجب على أحد أن يفر من المجذوم ، ويجوز الجلوس عنده ، ويثاب على تمريضه وخدمته والقيام بمصالحـه ، ولهذا لو حدث ذلك بعد سنين لا ينفسخ النكاح .

فإن قلت استدل الشافعي أيضاً بأن النبي ﷺ تزوج امرأة من بني بياضـــة فوجد بكشحهابياضاًفردها، وقال ولستم على . قلت أجاب الأترازي عن هذا بأن المراد من رد النبي ﷺ هو الرد بالطلاق ، وقال الكاكي هو رواية جميل بن زيدعن زيد بن كعب بن عجرة وهو متروك ، وزيد مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد .

فإن قيل روي عن عمر رضي الله تعالى عنـه الرد بالجنون والجذام والبرص . قـــال الكاكي هذه رواية مكذوبة من طريق عبد الله بن حبيب ، وهو هالك . وقال الاترازي معناه الرد بالطلاق .

---

(١) هكذا في الأصل — سعيد بن مسا — اهـ مصححه .

ولنا أن فوت الإستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ ، فاختلاله بهذه العيوب أولى . وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن ، وهو حاصل

---

( ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ ، واختلاله بهذه العيوب أولى ) أي فوت الاستيفاء بالكلية بموت أحد الزوجين لا يوجب الفسخ ، حتى لا يسقط شيء من المهر . قوله – فاختلاله – أي فاختلال الإستيفاء بهذه العيوب المذكورة أولى أن لايوجب الفسخ ، لأن الاستيفاء ها هنا يتأتى ، ومقصود النسل يحصل غير انه يوجب نفرة طبيعية ، وذا لا يوجب الرد كالبخر والقروح الفاحشة ، قيل فيما قاله المصنف ضعف ، لأن النكاح يتوقف بحياتهما .

( وهذا ) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ ( لأن الاستيفاء ) أي الوطء ( من الثمرات ) أي ثمرات النكاح وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح . ألا ترى انه لو لم يستوف لبخر أو دفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ فيها ( والمستحق التمكن ) أي المستحق بالعقد هو التمكن من الوطء ( وهو ) أي التمكن من الوطء ( حاصل ) في جميع الصور . وأما في الجذام والبرص والجنون فظاهر . وأما في الرتق والقرن فبالفتق والشق ، ولا يرد الفسخ لعدم الكفارة وخيار البلوغ ، لأن ذلك فسخ قبل تمام العقد ، وذلك امتناع من تمام العقد ، وكذلك الفسخ بخيار المتاقة ، لان ذلك امتناع من ازدياد الملك عليها قبل التمام والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه . ألا ترى أنه لا يحتمل الفسخ بالإقالة ، فلا يفسخ بهذه العيوب ، كما لا يفسخ بالعيوب الأخر من الزمانة والجرب والبخر والدفر والعمى والشلل .

قال ابن حزم في المحلى أما المالكيون والشافعيون فقد خصوا الرد بالعيوب المذكورة ، فبطل قياسهم بالبيع ، فكيف يشبه بالنكاح البيع والبيع خلافه ، فإنه نقل ملك الرقبة ولا نقل في النكاح ، والنكاح يصح من غير ذكر بدل ، والبيع لا يصح ، وقالوا لا تطيب النفس بجماع برصاء ولا بجذومة ، ولا يقدر على جماع الرتقاء والقرناء ، وإنما يزوجها للوطء . قلنا طيب النفس على الجماع ليس بشرط ، فإن نكاح العجوزة الشوهاء الصماء البكماء العمياء عمرها مائة سنة أو مريضة بالدق والسل لا براء منه عند الاطباء

وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبى حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لها الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة ، بخلاف جانبه ، لأنه يتمكن من دفع الضرر بالطلاق . ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح ، وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا ، والله أعلم بالصواب .

---

يجوز ، وهذا مما لا شك فيه من العقلاء لما أمر الله تعالى بـــه وهو الإمساك بالمعروف أو تسريح بإحسان ، ولم يأت ظن صحيح فيما لا يتوقف عنده .

( وإذا كان بالزوج برص أو جنون أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لها الخيار ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( دفعاً للضرر عنها ، كما في الجب والعنة ) أي كما كان لها الخيار في الجب والعنة ، فتتخير دفعاً للضرر عنها ، حيث لا طريق لها سواه ( بخلاف جانبه ) أي جانب الزوج ( لانه لا يتمكن من دفع الضرر بالطلاق ) لان بالطلاق يندفع الضرر عنه .

( ولهما ) أي لابي حنيفة وأبي يوسف ( أن الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج ) برفع النكاح ( وإنما يثبت الخيار في الجب والعنة لأنهما بخلاف المقصود المشروع له النكاح ) أي المقصود الذي شرع النكاح لاجـــله ، وذلك المقصود هو الوطء لا شرعية النكاح لاجل الوطء ( وهذه العيوب غير مخلة به ) أي بالوطء ( فافترقـــا ) اي افترق المقيس وهو الجنون والجذام والبرص والمقيس عليه وهو الجب والعنة .

فإن قيل جعل المصنف الوطء فـيما إذا كان بالمرأة من العيوب الخمسة من الثمرات ، ولم يثبت له خيار الفسخ. وفي مسألة الجب والعنة جعل المقصود المشروع له النكاح، ويلزم من ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح ، وأن لا يكون ذلك باعتبـــار الموضعين ، وهو تحكم . أجيب بـأن هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراده ، وإنما المراد به التمكن ، وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة والله أعلم .

# باب العـــدة

## ( باب العدة )

أي هذا باب في بيان احكام العدة ، ولما كان أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبهابذكر وجوه التفريق في بـــاب على حدة ، لان الاثر يعقب المؤثر . والعدة في اللغة أيام أقراء المرأة . وفي الشريعة تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكداً بالدخول أو الخلوة أو الموت . وقيل هي عبارة عن تربص المرأة بعد زوال النكاح او شبهة ، ويقال عددت الشيء أعـــده ، أي أحصيته ، قال الله تعالى ﴿ وأحصوا العدة ﴾ ١ الطلاق . والعدة بالضم الاستعداد والتهيؤ للأمر . والعدة أيضاً ما أعددته لحوادث الدهرمن المال والصلاح. والعدة بالفتح اسم للمرأة من العدد . في المنافع العدة بمعنى المعدود ، وسمي زمان التربص بها لانها تعد الايام المضروبة عليها في الشرع .

وسبب العدة نكاح متأكد بالدخول أو بالموت . وركنها حرمات ثابتــة إلى أجل وهي تكون بشهور وحيض ووضع حمل . وشرطه الفرقة بطلاق وغيره . وحكمها عدم جواز الغير واختها وأربع سواها ، وما يجري مجراها . ومحظوراتها كالزينة والتطيب في المبانة والخروج عن البيت عموماً .

والعدة على أربعة عشر وجهـــا ، عدة بثلاثة قروء ، وهي عدة الحرة المطلقة ذات الحيض . وعدة بثلاثة أشهر وهي عدة الحرة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت أو كبيرة. وعدة بأربعة أشهر وعشرة أيام ،وهي عدة المتوفى عنها زوجها. وعدة بشهرين وخمسة أيام، وهي عدة الامة المتوفى عنها زوجهـــا . وعدة بثلاث حيض وأربعة أشهر وعشرة أيام ، وهي تتصور في أربع مواضع ، فيمن طلق زوجته الحرة طلاقاً بائناً ، وهو مريض ثم مات في عدتها ترث عنه ، أو كانت له امرأتان أو ثلاث أو أربع ، فقال إحداكن طالق ، فمات قبل البيان يجب على كل واحدة منهن أربعة أشهر وعشراً ، فيستكمل فيهـــا ثلاث

حيض . وأم ولد لرجل هي منكوحة لا خبر فمات المولى والزوج ، وبين موتهما شهران وخمسة أيام ولا يعلم أيهما مات أولاً فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام فتستكمل فيهـا ثلاث حيض .

وإن لم يعلم أن بين موتهما كم كان ولا من مات أولاً فعدتها أربعة أشهر وعشر أتستكمل فيها ثلاث حيض عند أبي يوسف ومحمد . وعند ابي حنيفة عدتها أربعة اشهر وعشراً لا حيض فيها . وكذلك إن علم أن بين موتهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعدتهـا أربعة أشهر وعشراً لا حيض فيها بلا خلاف . وإن مات المولى اولاً وهي تحت زوج او في عدة منه من طلاق رجعي ثم مات الزوج فتعتد بأربعة أشهر وعشرة ايام ، وإن كانت العدة من طلاق بائن لا تلزمها عدة الوفاة .

وعدة بوضع الحمل ، وهي عدة الطلاق والوفاة والعتاق بوضع الحمل إذا كانت حاملا ، فإن بقي الحمل إلى سنتين من يوم طلقهـا ثبت نسبه ، وتنقضى العدة بوضع الحمل . وإن جاءت بـه لاكثر من سنتين بيوم لا يثبت نسبة ، ويحكم بانقضاء العدة بعد ستة اشهر ، وتسترد نفقتها إن كانت قبضتها في قول ابى حنيفة ومحمد . وقال ابو يوسف تنقضى عدتها بوضع الحمل ، وإن لم يثبت نسبه . وعدة إلى ستين سنة ، وصورته ان ينقطع حيضها بعد الطلاق تصير إلى ان يصير سنها ستين ثم تعتد بثلاثة اشهر ، ثم تزوج . وكذلك لو اعتدت بقدرين ثم انقطع الحيض تصير إلى ان يصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثـة اشهر . وإن كانت عادة أمهـا واخواتها انقطاع الحيض قبل ستين سنة يؤخذ بعادتهن . وإن كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يؤخذ بذلك ، ويؤخذ بستين .

وعدة إلى شهرين وتسعة وعشرين يوماً وثلاث حيض بعدها ، وهى عدة صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر إلا يوماً ثم حاضت ما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضى عدتها . او كانت يائسة فاعتدت بثلاثة اشهر إلا يوماً ثم حاضت ، فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضى عدتها . وعدة بجميع العمر ، وهى عدة امرأة المفقود مـا لم يمت اقران زوجها لا يرفع النكاح ، قال بعضهم إلى مائة سنة . وقال بعضهم إلى مائة وعشرين سنة . وعدة بثلاث

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً او رجعياً أو وقت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء، لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ٢٢٨ البقرة،

---

حيض إلا يوماً فمات الزوج يلزمها أربعة أشهر وعشراً . وعدة بقرأين إلا يوماً وشهرين وخمسة أيام، وصورته طلق الرجل امرأته الأمة رجعية فاعتدت بقرأين إلا يومان فمات زوجها يلزمها شهران وخمسة أيام .

وعدة بثلاث حيض في الحياة والوفاة ؛ وصورته رجل أعتق أم ولده أو مات عنها أو وطىء امرأته في نكاح فاسد أوشبهة عقد ففرق بينهما أو مات عنها تعتد عنه بثلاثة أقراء، فإن آيست أم ولد والموطوءة في نكاح فاسد أو شبهة عقد من صغير أو كبير فعدتهن بثلاثة أشهر في الوفاة والحياة جميعاً ، كذا ذكره أبو الليث في خزانة الفقه .

( وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً ) قال الكاكي لم يذكر في بعض النسخ - أو رجعياً - ولا بد من ذكره . وقال الاترازي لم يذكر قوله - أو رجعياً - في هذا الموضع في أكثر النسخ ، لأن الطلاق الرجعي مر حكمه ، ومقدار عدته في باب الرجعة ( أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ) وهي الفرقة بخيار البلوغ والعتاقة وعدم الكفارة وملك أحد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفائت والردة ( وهي حرة ) أي والحال أن المرأة حرة كائنة ( ممن تحيض فعدتها ) مبتدأ ، وقوله ( ثلاثة أقراء )خبره والجملة جواب قوله إذا ولم يذكر الدخول في الطلاق بناء على الأصل إذ الأصل في النكاح الدخول ، لأن العدة لا تجب على غير المدخول بالنص .

( لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ٢٢٨ البقرة ) والمراد بهن المدخولات بهن من ذوات الحيض ، وهي خبر في معنى الأمر ، وأصل الكلام فليتربصن المطلقات . قال المكنون لام الأمر محذوف ، فاستغنى عن ذكره ، وإخراج الأمر في صورة الخبر تأكيد الأمر ، وإشعاراً بأنه مما يجب أن يتلقى بالمسارعة إلى امتثاله ، ونحوه قولهم في الدعاء يرحمك الله أخرج في صورة الخبر ثقة بالاستجابة ، كأنما وجدت الرحمة ، فهو مخبر عنها ، وبناؤه على المبتدأ يدل على زيادة التأكيد . ولو قيل يتربص المطلقات لم

والفرقة إذا كانت بغـــير طلاق فهي في معنى الطلاق ، لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق فيها ، والاقراء الحيض عندنا .

---

يكن ذلك التأكيد ، لأن الجملة الاسمية تدل على الدوام والثبات ، بخلاف الفعلية . وفي ذكر الأنفس تهييج لهن على التربص ، وزيادة النعت إذ أنفسهن طوامح إلى الرجـــال ، فأمرن أن يطعمن أنفسهن ، وبغلبتها على الطموح ويجبرنها على التربص ، وانتصب ثلاثة على الظرف ، أي يتربصن مدة ثلاثة قروء . وجاء المميز على جمع الكثرة دون القلة التي هي الأقراء لجواز استعمال أحد الجمعين مكان الآخر لاشتراكهما في الجمعية ، ولعل القرء أكثر من جمع قرء على الأقراء ، فأوثر عليه تنزيلاً لقليل الإستعمال منزلة المهمل .

( والفرقة إذا كانت بغير طلاق ) قد مر عن قريب أن الفرقـة غير الطلاق ( فهي في معنى الطلاق ، لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم ) حتى لا يشتبـه النسب ( في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا المعنى يتحقق فيها ) أي في الفرقة بغير طلاق ، لكن هذا فيما إذا كانت المرأة مدخولة ، لان غير المدخولة لا عدة عليها ، سواء كانت الفرقـــة بطلاق أو بغير طلاق ، والخلوة جعلت كالدخول فاسدة كانت أو صحيحة في حق العدة احتياطاً استحساناً لتوهم الشغل .

( والأقراء الحيض عندنا ) وهو قول الخلفاء الأربعة والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيـد بن ثابت وأبي موسى الاشعري . وزاد أبو داود والنسائي معبد الجهني وعبد الله بن قيس رضي الله تعالى عنهم ، وهو قول طاووس وعطاء وابن المسيب وسعيد بن جبير والحسن بن حي وشريك بن عبد الله والقاضي والحسن البصري والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وأبي عبيدة وربيعة ومجاهد ومقاتل وقتادة والضحاك وعكرمة والسدي وإسحاق وأحمد وأصحاب الظاهر . وقال احمد كنت أقول الاطهار ثم وقفت بقول الاكابر . وقـــال أبو بكر الرازي وإليه انتهت رياسة الحنفية ببغداد بعد أبي الحسن الكرخي ان الشعبي روى عن ثلاثـة عشر من الصحابة أن الرجل أحق بامرأته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة .

وقال الشافعي الاطهار ، واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الاضداد . كذا قال ابن السكيت لا ينتظمهما جملة للاشتراك ، والحمـــل على الحيض أولى ، أمـــا عملاً بلفظ الجمع ، لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعاً ،

---

( وعند الشافعي الاطهار ) اي عند الشافعي الاقراء هي الاطهار ، وبه قال مالك ، ويروى ذلك عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم .

وفائدة الخلاف فيما إذا طلقها في الطهر لا تنقضي عدتها ما لم تطهر من الحيضة الثالثـة عندنا ، وعنده تطهر كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثـــة ، يعني كما شرعت في الحيضة الثالثة .

( واللفظ ) اي لفظ القروء ( حقيقة فيهما ) اي في الطهر والحيض ( إذ هو ) اي لفظ القرء ( من الأضداد ) جاء بمعنى الحيض والطهر جميعا ( كـــذا قاله ابن السكيت ) وغيره من أهل اللغة . وقال الجوهري هو من الأضداد كالجوف الظلمة والنور والصريم لليل والنهار ( ولا ينتظمها ) اي ولا يشمل المعنيين ( جملة للإشتراك ) لأنه لا عموم للمشترك بين الأضداد با لإجماع ، ولانه وقع الاختلاف في المراد من الآية في الصحابة ، وما حمله أحد عليها فحل محل الإجماع في أنه ينتظمها . وقال الاكمل ولا يبعد ان يكون غرض المصنف بكونه من الاضداد إشارة إلى نفي قول من قال انه مجاز في أحدهما ، لانه لا بد للمجاز من مناسبة ، وكونه من الاضداد ينفيها ، فلما كان الامر كذلك أشار بقوله :

( والحمل على الحيض أولى ) لمعان كثيرة ، أحدها وهو قوله ( أما عملاً بلفظ الجمع ) يعني بالقرء المذكور في الآية جمع قروء ، بفتح القاف ، كذا قال الجوهري وجمعه أقراء وقروء . وكذا قال القي بفتح القاف ، وروي بضم القاف أيضا ، قاله الزمخشري. ووجه العمل بلفظ الجمع ان أقل الجمع ثلاثة ، فلا يتحقق ذلك إلا إذا حملناه على الحيض لا على الطهر ( لانه لو حمل على الاطهار ، والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ) بيانه ان اقل الجمع ثلاثة ، وذلك انما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر ، لان السنة في الطلاق ان يوقع في

ولانه معرف لبراءة الرحم، وهو المقصود ، أو لقوله عليــــه السلام وعدة الامة حيضتان ، فيلحق بياناً به . وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتهـا ثلاثة أشهر لقوله تعالى ﴿ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ﴾ ... الآية ٤ الطلاق

---

الطهر ، ثم هو محتسب من الاقراء عند من يقول بالاطهار ، فيكون حينئذ مدة عدتها قرأين وبعض الثالث لا لفظ الثلاثة . وقوله تعالى ﴿ ثلاثة قروء ﴾ خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وهو لا يحتمل النقصان .

فإن قلت الجمع يطلق على اثنتين وبعض الثالث ، كما في قوله عز وجل ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ ١٩٧ البقرة ، والمراد شهران وبعض الثالث . قلت ذا بطريق المجاز ثبت على خلاف الاصل بالاجماع ، فلا يقاس عليه غيره ، مع ان ذلك إنما يستقيم في جمع غير مقرون بالعدد ، وهنا مقرون بالعدد ، وهو الثلاثة ، وهو لفظ خاص لعدد معلوم فلا يحتمل غيره .

وأشار إلى المعنى الثاني بقوله ( أو لأنه ) أي أو لأن الحيض ( معرف لبراءة الرحم ) إذ تعريف بقاء الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر ، لأن الحمل طهر ممتد ، فيجتمعان ، فلا يحصل التعريف بأنها حامل او حائل ( وهو المقصود ) .

وأشار إلى المعنى الثالث بقوله (أو لقوله عليه السلام )أي أو لقول النبي ﷺ ( وعدة الأمة حيضتان ) هذا الحديث قد مضى في كتاب الطلاق قبل باب ايقاع الطلاق بأربعة أسطر ، معنى الكلام فيه هناك . والحاصل أن المصنف استدل به على ان القرؤ اسم للحيض ، لأن الرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض ( فيلحق ) أي هذا الحديث ( بياناً به ) أي من حيث البيان ، بيانه أنه خبر الواحد ، وإن كان لا يصلح به الزيادة على كتاب الله تعالى يصلح بياناً لما فيه من الإجمال والإشتراك ، فكان قوله عليه السلام عدتهـــا حيضتان ، بياناً للمشترك في قوله تعالى ﴿ ثلاثة قروء ﴾ فكانت الحيضة هي المرادة .

(وإن كانت ممن لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر ) تقوم مقام ثلاث حيض في التي لا تحيض، وهذا بالإجماع (لقوله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض ﴾... الآية ٤ الطلاق)

وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية .

---

وهو قوله تعالى ﴿ واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ﴾ لكن حذف للدلالة المذكورة قوله تعالى ﴿ إن ارتبتم ﴾ إن شككتم في دم البالغات مبلغ اليأس هو دم الحيض أو دم الاستحاضة ، فإذا كان عدة المرتاب لها هذه فغيرها أولى. وروى البخاري عن مجاهد قال إن لم يعلموا يحضن أم لا يحضن .

واختلفوا في حد الإياس ، ففي الفتاوى الصغرى حد الإياس غير مقدر بشيء . وفي رواية مقدر بأن رأت بعد ذلك دماً ، هل يكون حيضاً ، فعلى رواية عدم التقدير يكون حيضاً، وعلى رواية التقدير لا تكون حيضاً ، فعلى رواية التقدير اختلفت الروايات ،فقال محمد في الروميات خمس وخمسون سنة . وفي المولدات ستون سنة ، لأن الروميات أسرع تكسراً . وعن أبي حنيفة من خمس وخمسين إلى ستين . وقال محمد بن مقاتل والزعفراني خمسون ، وهكذا روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، وهكذا قال عبد الله بن المبارك وسفيان الثوري .

وقال الكاكي روي من عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت إذا بلغت المرأة خمسين سنة لا ترى قرة عين ، أي لا تلد ، وهي رواية الحسن ،وعليه الفتوى. وقيل يعتبر بتركيب بدنها فإنها تختلف بالسمن والهزال . وقيل لا تلد لستين الافرسية ، وقال الصفاء وسبعون سنة . فإذا رأت بعد ذلك دماً لا يكون حيضاً كالدم الذي تراه الصغيرة، وعلى رواية عدم التقدير لو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لاتبطل الأشهر ،وهو المختار عندنا، ذكره الأسبيجابي.

( وكذلك التي بلغت بالسن ) أي وكذا بثلاثة أشهر عدة المرأة التي بلغت بالسن بخمس عشر سنة على قول أبي يوسف ومحمد ، وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ( ولم تحض ) أي والحال أنها لم تحض ( بآخر الاية ) وهو قوله تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ، لأنها داخلة فيه ، لأنها لم تحض بعد . قال في تتمة الفتاوى اختلف مشايخنا في وجوب العدة على الصغيرة ، لأنها غير مخاطبة ، لكن ينبغي أن يقال تعتد . وقال في مبسوط السرخسي قال علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ، ولكن المولى يخاطب بأن لا يزوجها حتى تنقضي مدة عدتها ، مع ان العدة مجرد مضي المدة ، فبثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجه الخطاب عليها.

وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان ، ولأن الرق منصف ، والحيضة لا تتجزأ فكملت ، فصارت حيضتين ، وإليه أشار عمر رضي بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً

---

( وإن كانت حاملا ) أي إن كانت المطلقة حاملا ( فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ) ولا يعلم فيه خلاف ، وكذا لو كان حمل النكاح الفاسد أو بالوطء بالشبهة ، والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقه لم تنقض به العدة .

( وإن كانت أمة ) أي وإن كانت المطلقة أمة ( فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( طلاق الأمة تطليقتان ، وعدتها حيضتان ) هذا الحديث قدمر في كتاب الطلاق في أواخر الفصل الذي فيه ، وقد مر الكلام فيه مستوفى ( ولأن الرق منصف ) بدليل قوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء ( والحيضة لا تتجزأ فكملت ) أي الحيضة ( فصارت حيضتين ) لأن النصف متقدر ، لأن الدم تارة يدر ، وتارة ينقطع ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك وقرآن وهما طهران ، وكذا لو كانت مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد لإطلاق الحديث .

فإن قيل النص الوارد في المطلقات عام ، وتخصيص العام ابتداء لا يجوز بخبر الواحد والقياس ، ولهذا قال أبو بكر الأصم وابن سيرين والظاهرية عليها ثلاثة أشهر كعدة الحرائر . أجيب بأن هذا مشهور عمل به كبار الصحابة والتابعين ، وتلقته الأمة بالقبول ، فدخل في حد المشاهير .

( وإليه أشار عمر رضي الله تعالى عنه ) أي إلى عدم تجزؤ الحيضة ، أشار عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه بقوله ( لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً ) ولقوله عدة الأمة حيضتان . ولو استطعت لجعلتها ، أي لجعلت عدة الأمة حيضة ونصف حيضة ، ولكن جعلتها حيضتين

وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف ، لأنه متجزىء ، فأمكن تنصيفه عملاً بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، لقوله تعالى ﴿ ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ ٢٣٤ البقرة .

---

كاملتين ، لعدم الاستطاعة على تجزؤ الحيضة ، لأنها تختلف قلة وكثرة ووقتاً ، وأثر عمر رضي الله تعالى عنه هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول أخبرني رجل من ثقيف ، قال سمعت عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه يقول لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفاً فعلت ، فقال له رجل لو جعلتها شهراً ونصفاً فسكت عمر رضي الله تعالى عنه ، ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا سفيان بن عيينة بن عمرو بن دينار ، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في كتاب المعرفة .

( وإن كانت ) أي الأمة المطلقة ( لا تحيض ) من صغر أو كبر ( فعدتها شهر ونصف ، لأنه ) أي لأن الشهر ( يتجزأ ، فأمكن تنصيفه ) فتعتبر عدتها شهراً ونصفاً (عملا بالرق) أي من حيث العمل بمقتضى الرق لأنه منصف لذوات الأعداد كالجلدات في الحدود ، وكذا عدة المدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول أبي حنيفة ، وإن كانت ممن لا تحيض بشهر ونصف. وفي شرح الأقطع هذا أيضاً قول الشافعي. وفي قول آخر شهران. وفي قول آخر ثلاثة اشهر.

( وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشراً ) أي عدة الإمرأة الحرة التي مات عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض ، مسلمة كانت أو كتابية صغيرة كانت أو كبيرة ، مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، آيسة كانت أو غير آيسة ، وزوجها حر أو عبد ( لقوله تعالى ﴿ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً﴾ ٢٣٤ البقرة ) أول الاية ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون ﴾ أي يتركون ، أي يموتون عن أزواج . وذكر الازواج مطلقاً فدل على ان هذه العدة لا تجب إلا بنكاح صحيح ، لان الزوجية المطلقة لا تحصل إلا بعد صحة النكاح .

## وعدة الأمة شهران وخمسة أيام ، لأن الرق منصف .

قال مالك يشترط معها حيض في الموطوءة مع ان الحامل تحيض عنده ، وخالفه أشهب. واختلف قول مالك في الكتابية على قول يستبرىء بحيضه إن كانت موطوءة . وإلا لا عدة عليها ، لانهـــا غير مخاطبة بشرائع الإسلام . وعلى قول تستبرىء بحيضه إن كانت موطوءة، وإلا لا عدة عليها لا في الطلاق ولا في الوفاة .

واختلف السلف في عدة المتوفى عنها زوجها في أربعة فصول . الاول : ان منهم من قال عليها عدتان ، الطولى وهي الحول ، والقصرى وهي أربعة أشهر وعشراً ، فالحول عزيمة ، والاقصر رخصة استدلالاً بقوله تعالى ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجـاً وصيه لازواجهم متاعاً الى الحول غير إخراج ﴾ فإن خرجن اي بعد أربعة أشهر وعشراً فلاجناح عليكم ، وفيه بيان ان العدة الكاملة هي الحول ، والاكتفاء بأربعة أشهر وعشراً رخصة لها ، وجواب عامة أهل العلم ان هذه الآية منسوخة ، وكان ذلك في الابتداء ، ثم نسخ بقوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ .

وقال أبو بكر الرازي وقد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة ، لقوله تعالى ﴿ والذين يتوفون منكم ﴾ . . . الاية ، فحكم فيها بثلاثة أشياء أحدها إيجاب العدة سنة ، والاخر نفقتها في الحول في مال الزوج . والثالث : منع الخروج فنسخ منها ماعدى الاربعة أشهر والعشر ونسخ منها وجوب نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله ، وهي منع الخروج في الاربعة أشهر والعشر .

الفصل الثاني : ان يعتبر عشر ليال وعشرة أيام عند الجمهور . وقال عبد الله بن عمرو ابن العاص عشر ليال وتسعة أيام، وبه قال الاوزاعي حتى يجوز لها أن تزوج في اليوم العاشر.

الفصل الثالث : إذا كانت حاملا فعدتها وضع الحمل عند الاكثر . وعن علي رضي الله تعالى عنه تعتد بأبعد الأجلين كما يجيء .

والفصل الرابع ان عدتها معتبرة من وقت الوفاة عند الاكثر وكان علي رضي الله تعالى عنه يقول من وقت العلم بالموت .

(وعدة الامة شهران وخمسة أيام ، لان الرق منصف ) لان الشهور قابلة للتنصيف ،

وإن كانت حاملاً فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق . وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه من شاء باهله أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة

---

فتنصف عدتها ، وعليه الائمة الاربعة والجمهور من السلف إلا ما نقل عن ابن سيرين والظاهرية . وقد ذكرناه ، وكذلك الحكم في المدبرة والمكاتبة وأم الولد المستسعاة على قول أبي حنيفة ، أمـــا إذا مات مولى أم الولد فعدتها ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، على مـــا يجيء إن شـــاء الله .

( وإن كانت حاملاً ) يعني وإن كانت المتوفى عنها زوجها حاملاً ( فعدتهـا أن تضع حملها ) سواء كانت حرة أو أمة أو أم الولد أو مطلقة أو بعد الفسخ من النكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة (لإطلاق قوله تعالى﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) ٤ الطلاق وعليه فقهاء الأمصار واكثر السلف . وعن علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم في رواية تعتد المتوفى عنها زوجها بأبعد الأجلين ، تفسيره أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض ، حتى لو حاضت ثلاث حيض ولم يمض أربعة أشهر وعشراً لا تنقضي العدة حتى يتم الأربعة . ولو تمت الأربعـــة ولم تحض لا تنقضي حتى تحيض ثلاث حيض ، ذكره في فتـــاوى قاضي خان .

( وقال عبد الله بن مسعود من شاء بأهله أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة ) أورد هذا عن ابن مسعود ، إشارة إلى قوله تعالى ﴿ وأولات الأحـــمال أجلهن ﴾ متأخر عن قوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن ) فيكون ناسخاً في ذوات الأحـــمال قوله باهلته من المباهلة ، أي الملاعنة من البهل ، وهو اللعن ، يقال عليه بهلة الله بفتح الباء وضمها ، أي لعنـــة الله ، وتباهل القوم وابتهلوا إذا لاعنوا وكانوا يقولون إذا اختلفوا في شيء بهلت الله على الكاذب منا . قالوا هي مشروعة في زماننا أيضاً . وأراد بسورة النساء القصرى ﴿ يا أيها النبي إذا طلقتم النساء ﴾ وهي بعد سورة التغابن . وأما سورة النساء

الطولى فهي بعد آل عمران ، وهي قوله تعالى ﴿ يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ﴾ ... إلى آخر السورة . وأراد بالتي في سورة البقرة الآية التي فيها ، وهي قوله تعالى ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً ﴾ يعني أن قوله تعالى ﴿ وأولات الاحمال ﴾ في سورة النساء القصرى ، وهي آخر الآيتين نزولاً ناسخة لقوله تعالى ﴿ أربعة أشهر وعشراً ﴾ في حق عدة الحامل وقاضية عليه .

وقال الاترازي وروى أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود أنه قال من شاء باهلته إلى آخره . قلت هذا أخرجه البخاري في تفسير سورة الطلاق ، وفي أوائل البقرة عنه ، قال أيجعلون عليها التغليظ ولا يجعلون عليه الرخصة أنزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ . وقال الاترازي أيضاً ،ورواية أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود انه قال من شاء باهلته إلى آخره . قلت هذا أخرجه البخاري في تفسير سورة الطلاق ، وفي أوائل سورة البقرة وروي في السنن مسنداً إلى مسروق عن عبد الله بن مسعود قال من شاء لاعنته لا نزلت سورة النساء القصرى بعد أربعة أشهر وعشراً ، انتهى .

قلت هذا أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة ، وأخرجه البزار في مسنده عن علقمة عنه بلفظ من شاء . وخالفه أن ﴿ أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، نزلت بعد آية المتوفى ، فإذا وضعت المتوفى عنها حملها فقد حلت ، وقرأ ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً ﴾ ... الآية ٢٣٤ البقرة ، وروى الترمذي مسنداً إلى إبراهيم عن الأسود عن أبي السنابل بن لعكك قال وضعت سبعة بعد وفاة زوجها بثلاث وعشرين ، أو خمسة وعشرين يوماً ، فلما فعلت تشوقت للنكاح ، فأنكر ذلك عليها ، فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال إن تفعل فقد حل أجلها ، قال أبو عيسى حديث أبو السنابل حديث مشهور ، والعمل على هذا الحديث عند اكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم ، وهو قول سفيان ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق. وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ تعتبر بأبعد الأجلين ، والأول أصح ، انتهى .

قال وعمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ، وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ثلاث حيض ، ومعناه إذا كان الطلاق

---

قلت اسم أبي السنابل عمرو . وقيل هو من المؤلفة قلوبهم ، وسبيعة مصغر سبعة ، اسمها الحارث الأسلمية ، واسم زوجها سعد بن خولة ، مات بمكة ، فولدت بعده بنصف شهر .

( وقال عمر رضى الله تعالى عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ) هذا رواه مالك في موطئه عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة المتوفى عنها زوجها وهي حامل ، فقال إذا وضعت حملها فقد حلت ، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال لو وضعت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وعبدالرزاق في مصنفه والسرير التخت ، المراد الذي يغسل عليه الميت .

( وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين ) أراد به امرأة الفار ، يعني المريض مرض الموت إذا طلق امرأته ثلاثاً أو [1] بائنة ثم مات وهي في العدة ترث باتفاق أصحابنا . وفي العدة اختلاف بينهم ، أشار إليه بقوله ( وهذا ) أي كون عدتها أبعد الأجلين ( عند أبي حنيفة ومحمد ) وأراد بأبعد الأجلين ، أي الأجلين الذين هما ثلاث حيض وأربعة أشهر أيها كان أبعد فتأخذ هي بذلك احتياطاً ، حتى لو أبانها ثم مات تتم أربعة أشهر وعشرة أيام بعد الموت ، وما حاضت في هذه المدة إلا حيضة فعليها حيضتان أخريان .

( وقال أبو يوسف ثلاث حيض ) يعني إذا رأت ثلاث حيض ولم يتم بعد أربعة أشهر وعشرة أيام تنقضي عدتها ( ومعناه ) أي معنى الخلاف في أبعد الأجلين ( إذا كان الطلاق

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة . اهـ مصححه .

بائناً أو ثلاثاً ، أما إذا كان رجعياً فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ، لزمها ثلاث حيض ، وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة ، لأنه بقي في حق الإرث لا في حق تغـــير العدة ، بخلاف الرجعي ، لأن النكاح باق من كل وجه . ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيـاً في حق العـدة احتياطاً ، فيجمع بينهما . ولو قتـل على ردته حتى ورثتـه امرأته

---

بائناً أو ثلاثاً ، أما إذا كان ) أي الطلاق ( رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع ) لعدم انقطاع النكاح.

( لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ) لا بالوفاة ( ولزمهـا ثلاث حيض ) وهي عدة الطلاق ( وإنما يجب عدة الوفاة إذا زال النكاح بالوفاة ) فلا يلزمها عدة الوفاة ، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور وأبو عبيد ( إلا انه بقي في حق الإرث ) هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث . وأجاب بقوله إلا انه ، أي أن النكاح بقي في حق الإرث بالدليل الدال على توريثها بسبب الفرار ( لا في حق تغيير العده ، بخلاف الرجعي ) أي بخلاف الطلاق الرجعي ( لأن النكاح باق من كل وجه)لأنه لا ينقطع بالرجعي ، ولهذا إذا مات المرتد أو قتل ترثه امرأته المسلمة ، ومع هـــذا لا يلزمها عدة الوفاة ، لأن النكاح انقطع بالردة لا بالموت .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( انه ) أي ان النكاح ( لما بقي في حق الإرث يجعل باقياً في حق العدة احتياطاً ، فيجمع بينهما ) أي بين العدتين لأنها مبانة حقيقة وتوفى عنها زوجها حكماً ( ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته ) يعني حصر استحقاقها إلى وقت الردة ، لأن المسلم لا يرث الكافر ، وهو جواب عما استدل به أبو يوسف ، فقال ألا ترى أن المرتد إذا قتل أو مات على ردته ترثه زوجته المسلمة ، وليس عليهـا عدة الوفـاة

فعدتها على هذا الإختلاف ، وقيل عدتها بالحيض بالإجماع ، لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث ، لأن المسلمة لا ترث من الكافر ، فإن اعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه ، وإن اعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت .

---

بالإجماع ، لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته ، فكذلك زوال النكاح هنـا بالطلاق البائن لا بالموت ، وتقريره أن ذلك أيضاً على هذا الاختلاف ، يعني تعتد بأبعد الأجلين ، وهو معنى قوله ( فعدتها على الإختلاف المذكور وقيـل عدتها بالحيض بالاجمـاع ، لأن النكاح ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث ، لأن المسلمـة لا ترث من الكافـر فـإن اعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي ، انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر ، لقيـام النكاح من كل وجه ) صورته الأمة المنكوحة طلقها زوجها رجعياً ثم أعتقها مولاهـا في عدتها تحولت عدتها إلى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها ان تعتد بثلاث حيض إن كانت ممن تحيض وبثلاثة أشهر إن كانت ممن لا تحيض .

( وإن اعتقت وهي مبتوتة ) أي وإن أعتقت الأمة المطلقة وهي مبتوتة ، أي والحال انها مطلقة طلاقاً بائناً أو ثلاثاً (أومتوفى عنها زوجها ) أي أو كانت متوفى عنها زوجها ( لم تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة والموت ) فـإذا كانت كذلك لا تعتد بحيضتين أو بشهر ونصف ، أو بشهرين وخمسة أيام على حسب اختلاف حالها ، وبه قال الشافعي في الأظهر واعد [1] واسحاق ، وهو قول الحسن والشعبي والضحاك . وقال مالك لا يكمل ، وهو قول أبي ثور . وعن عطاء والزهري وقتادة يكمل فيها اعتباراً بحال اعتدادها .

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل .

وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ، وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ، ومعناه إذا رأت الدم على العادة ، لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح

---

فإن قيل العدة حكم زوال الزوجة ، وحكم الزوال يثبت عند الزوال ، فينبغي أن لا تحول العدة في الرجعي أيضاً ، لأن عند الزوال أمة ، ولهذا تعتد من وقت الطلاق . وأجيب بأنه إنما تحولت العدة لأن سببها وهو الزوال متردد ليس بمستقر ، فكانت مترددة أيضاً لتردد سببها ، فتغيرت . ولهذا يتحول بالموت من الأقراء إلى الشهود بخلاف البائن ، فإن سببه مستقر ليس بمتردد ، فلم تتحول العدة بالعتق . وفي شرح الاقطع عن الشافعي قولان في كل واحد من الرجعي والبائن في أحدهما ينتقل فيهما ، وفي الآخر ينتقل فيهما . وفي وجيزهم ولو أعتقت في أثناء العدة فهي كالحرة في قول ، وكالأمة في قول . وفي القول الثالث إن كانت رجعية التحقت بالحرة ، وإن كانت بائنة فتعتد بقرأين .

( وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ،وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ) لأن الشهور في الآيسة بدل عن الحيض ، ولا معتبر بالبدل مع القدرة على الأصل ، فلما رأت الدم علم أن الإياس عن الأصل لم يكن متحققاً ، والشرط هو اليأس إلى الموت كالفدية في الشيخ الفاني ( ومعناه ) أي معنى ما ذكره القدوري لأن المسألة من مسائل القدوري ( إذا رأت الدم على العادة ) التي كانت قبل الاياس ،يعني كثيراً سائلاً ، أمـــا إذا كانت بلة يسيرة لا يكون حيضاً ، بل كان ذلك من نتن الرحم فكان فاسداً لا يتعلق به حكم الحيض ( لأن عودها ) أي عود العادة ( يبطل الإياس هو الصحيح) احترز عن قول محمد بن مقاتل الرازي ، فإنه كان يقول هذا لو لم يحكم بإبانتها ، فأما إذا انقطع الدم عنها زماناً حتى يحكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة ونحوهـا فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضاً . وقيل هذا على قول من وقت الإياس وقتـاً ثم يظن انها آيست ، ثم يظهر بخلافه فتستأنف العدة بالحيض ، كذا ذكره الجصاص.

فظهر أنه لم يكن خلفاً ، وهذا لأن شرط الخلفية تحقق اليأس و ذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني . ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور تحرزاً عن الجمع بين البدل و المبدل، والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت ، لأنها للتعرف عن براءة الرحم لانقضاء حق النكاح

---

( فظهر أنه لم يكن خلفاً ، وهذا ) اي عدم ظهور الخلفية (لأن شرط الخلفية تحقق اليأس ، وذلك ) اي تحقق اليأس ( باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ) يعني إن شرط الخلفية في الشيخ الفاني استمرار العجز مدة العمر ، فكذا هنا .

( ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور تحرزاً ) اي احترازاً ( عن الجمع بين البدل والمبدل ) فإنه لا يجوز . فإن قلت يشكل بمن يصلي بالإيماء حيث يجوز، ولا يشترط العجز إلى الممات . قلت لأن الصلاة بإيماء ليست بخلف ، بل الإيماء بعض الشيء لا يكون خلفاً كالركوع والسجود ، أما العدة بالأشهر بدل عن العدة بالحيض ، وإكمال الأصل بالبدل غير ممكن .

فإن قلت المصلي إذا سبقه الحدث ولم يجد الماء حتى يتيمم وبنى يجوز . قلت البدلية في الطهارة وإن كانت لكن لا يجمع بينهما ، لأنه لا يكمل أحدهما بصاحبتها .

( والمنكوحة نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت ) أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الأخت في عدة الأخت ، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ، أراد بالموطوءة بشبهة ما زفت إليه غير امرأته . وقال الحاكم الشهيد في الكافي إذا دخل الرجل بالمرأة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة ثلاث حيض إن كانت حرة ، وحيضتان إن كانت أمة ، وسواء إن مات عنها او فرق بينهما وهو حي ، فإن كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة أشهر ، وعدة الأمة شهر ونصف .

( لأنها ) اي لأن العدة ( للتعرف عن براءة الرحم ، لانقضاء حق النكاح ) إذ لا حق

والحيض هو المعروف . وإذا مات مولى أم الولد عنها اعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي « رح » حيضة واحدة ، لأنها تجب بزوال ملك اليمين ، فشابهت الاستبراء . ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأشبهت عدة النكاح ،

---

للنكاح الفاسد والوطء بشبهة ( والحيض هو المعروف ) ولا فرق في ذلك بين الفرقة والموت. فإن قيل فعلى هذا وجب أن يكتفي بحيضة واحده او شهر كما في الاستبراء ، وليس كذلك . أجيب بأنها انها كانت ثلاث حيض الحاقاً للشبهة بالحقيقة ، فإن أحكام العقد الفاسد أبداً يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة ، فإنها يفيدان إفادة الصحيح ، غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض كونها فيه ، ولذلك ثبت أجر المثل دون المسمى كذلك ، وها هنا أيضاً لم يثبت عدة الوفاة كونها فيه ، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة النكاح ، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد ، فلذلك اختصت بالصحيح ، ولكن لما كانت فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطاً .

( وإذا مات مولى أم الولد أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين ، فشابهت الاستبراء ) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة ، وبه قال مالك وأحمد وهو قول عمر وعائشة وابن المسيب وابن سيرين وابن جبير وخلاس وعمر بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي وإسحاق . وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد لا في العتق ولا في الموت ، وتزوج من شاءت إذا لم تكن حاملا . وقال الأترازي وقال الشافعي عدتها حيضة واحدة . إن كانت ممن تحيض . وإن كانت ممن لا تحيض فشهر . وقال مالك في الموطأ وعدتها حيضة واحدة ، وإذا لم تحض فثلاثة أشهر ، وبه قال أحمد بن حنبل . وقال في شرح الأقطع ومن أصحاب الشافعي من قال انه ليس بعدة ، وإنما هو استبراء .

( ولنا أنها ) اي العدة ( وجبت بزوال الفراش ، فأشبهت عدة النكاح ) يعني إذا طلق أم الولد زوجها ، وهي ممن لا تحيض ، فعدتها ثلاثة أشهر ، وفيه لا يكتفي بحيضة

وأما منافية عمر رضي الله عنه فإنه قال عدة أم الولد ثلاث حيض ، ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح ،وإذا مات الصغير عن امرأة وبها حبل فعدتها أن تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » عدتها أربعة أشهر وعشراً،وهو قول الشافعي « رح » ، لان الحمل ليس بثابت النسب منه ، فصار كالحادث بعد الموت .

---

واحدة ( وأما منافية ) اي في الحكم المذكور ( عمر رضي الله تعالى عنه فانه قال عدة أم الولد ثلاث حيض ) هذا غريب ، ولكن روى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص أمر أم الولد إذا أعتقت أن تعتد بثلاث حيض . وكتب إلى عمر رضي الله تعالى عنه فكتب بحسن رأيه. وروى محمد ابن الحسن في الأصل عن علي وابن مسعود وابراهيم أنهم قالوا عدة أم الولد ثلاث حيض، فسموه عدة وقدروها بثلاث .

وقال الكرخي في مختصره حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى ابن آدم عن أبي خالد عن حجاج عن الشعبي عن الحارث عن علي وعبد الله رضي الله تعالى عنهما عدة أم الولد ثلاث حيض اذا مات عنها سيدها . وروى الحكم عن علي رضي الله تعالى عنه قال ثلاث حيض . وعن عطاء ثلاثة قروء . وعن ابراهيم عدة أم الولد ثلاث حيض .

( ولو كانت ) أي أم الولد ( ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح ) يعني كما يجب أن تعتد بثلاثة أشهر إذا طلقها زوجها ( وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف رحمه الله عدتها أربعة أشهر وعشراً ، وهو قول الشافعي ) ومالك وأحمد ، وهو قول أبي حنيفة أولاً ( لأن الحمل ليس بثابت النسب منه ) اي من الصغير ( فصار كالحادث بعد الموت ) يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ . وقال بعضهم بأن تأتي

لهما إطلاق قوله تعالى ﴿ وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ٤ الطلاق ، ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الاحمال قصرت المدة أو طالت لا لتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء، لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي ، وإن لم يكن الحمل منه ، بخلاف الحمل الحادث

---

به لأكثر من سنتين . وقال في نهايته والأول أصح ، وتفسير قيام الحمل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت موته ، كذا في الفوائد الظهيرية .

( ولهما ) اي لأبي حنيفة ومحمد ( إطلاق قوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ﴾ ... الآية ٤ الطلاق ) يعني من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج ومن غيره في عدة الطلاق او الوفاة ، بخلاف ما إذا حدث الحمل بعد موت الصبي ، حيث تعتد بالشهور ، لأنها لم تكن حاملا عند الموت ، فلم تدخل تحت الآية المذكورة ، ولا يرد علينا امرأة الكبير إذا حبلت بعد موته لأقل من سنتين ، حيث تعتد بوضع الحمل ، وإن لم يكن الحمل وقت الموت ، لأن النسب لما ثبت منه وهو أمر شرعي حكم بوجود الولد أيضاً عند الموت حكماً تبعاً لحكم شرعي ، وهنا فيما نحن فيه لا يثبت النسب ، فلم يمكن إثبات الحمل عند الموت حكماً .

( ولأنها مقدرة ) دليل معقول لهما، اي ولأن عدة الوفاة مقدرة ( بوضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة او طالت لا لتعرف ) اي غير مقدرة للتعرف ( عن فراغ الرحم لشرعها ) اي لشرع عدة الوفاة ، اي لمشروعيتها ( بالأشهر مع وجود الأقراء ، لكن قدرت لقضاء حق النكاح ، وهذا المعنى ) يعني قضاء حق النكاح ( يتحقق في الصبي ) وإن لم يكن الحمل منه ) فاذا كان كذلك تعتد امرأته بوضع الحمل لنص قوله تعالى ﴿ وأولات الأحمال ﴾ ٤ الطلاق ( بخلاف الحمل الحادث ) جواب عن قول الشافعي، فصار كالحمل الحادث بعد الموت .

لانه وجبت العدة بالشهور ، فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل ، فافترقا، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت ، لان النسب يثبت منه ، فكان كالقائم عند الموت حكماً ، ولا يثبت نسب الولد في الوجهين ، لان الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ، والنكاح يقام مقامه في موضـــع التصور .

---

( لأنه ) أي لأن الشأن أنه ( وجبت العدة بالشهور ) حقاً للنكاح بآية التربص ( فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه ) اي فيما إذا مات الصبي عن امرأة وبها حبل ( كما وجبت ) العدة ( وجبت مقدرة ) اي حال كونها مقدرة ( بمدة الحمل )وهو وضع الحمل، لأنها عدة أولات الأحمال ( فافترقا ) اي افترق الحمل القائم عند الموت ، والحادث بعده ( ولا يلزم امرأة الكبير ) جواب عما يقال إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا ، فقد ألزمناها العدة بالشهور ، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل ، فقد تغيرت العدة بوضع الحمل ، فأجاب بقوله ولا يلزم امرأة الكبير ( إذا حدث لها الحبل بعد الموت ) اي بعد موت الزوج ( لأن النسب يثبت منه فكان ) اي الحمل ( كالقائم عند الموت حكماً ) تبعاً لحكم شرعي آخر ، وهو ثبوت النسب ، لان النسب بلا حمل لا يثبـــت في امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائماً عند الموت ، فكان الحمل مضافاً إلى أقرب الاوقات ، فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة .

( ولا يثبت نسب الولد في الوجهين ) اي فيما إذا كان الحمل قائماً عند موت الصغير ، وفيما إذا كان حادثاً بعد موته ( لان الصبي لا ماء له ، فلا يتصور منه العلوق ) بلا ماء ، فلا يثبت النسب ( والنكاح يقوم مقامه ) أي مقام الماء. وقال الاترازي أي مقام العلوق، هذا جواب عما يقال النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله ﷺ الولد للفراش . فأجاب بقوله والنكاح يقوم مقامه ( في موضع التصور ) اى في موضع يتصور الوطء .

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق ، لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل ، فلا ينقص عنها ، وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ، ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسباً منهما جميعاً . وإذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية ، وهذا عندنا

---

( وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق ) لم تعتد ، اي لم تحتسب ، ويجوز فيه أن يكون على صيغة المجهول مستنداً إلى ما تحيضه ، وأن يكون على بناء المعلوم ، مستنداً إلى المرأة ( لأن العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل ، فلا ينقص عنها ) وهذا بالإجماع ، بخلاف الطهر الذي وقع فيه الطلاق ، فإنه محسوب عند مالك والشافعي.

( وإذا وطئت المعتدة بشبهة ) اي المعتدة عن طلاق بائن رجل وطئها بشبهة ، بأن قال ظننتها تحل لي ( فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان ) وبه قال الشافعي في قول . وأشار إلى صورة التداخل بقوله ( فيكون ما تراه ) اي المرأة ( من الحيض محتسباً منهما ) اي من العدتين ( جميعاً ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية ) هذا الذي ذكره المصنف أعم من أن تكون العدتان من جنس واحد اومن جنسين ، وأعم من أن يكون الواطيء هو الزوج او غيره ، فهذه أربعة صور ، الأولى : أن تكون العدتان من جنس واحد بأن كان الكل حيضاً . والثانية : أن يكونا من جنسين ، بأن يكون أحدهما عدة الوفاة . والثالثة : ما ذكرناه ، وهو أن الواطيء هو الزوج ، والرابعة : أن يكون الواطيء غير الزوج ، بأن المطلقة تزوجت في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما دفعاً للفساد ، فوجب عليها عدة أخرى ، ففي هذه الصور كلها تجب العدتان ، ويتداخلان عندنا .

وصورة التداخل ذكرها المصنف بقوله ( وهذا عندنا ) اي تداخل العدتين مذهب

وقال الشافعي «رح» لا يتداخلان ، لان المقصود هو العبادة ، فإنها عبادة كف عن التزوج والخروج ، فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد . ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم ، وقد حصل بالوحدة فتتداخلان ، ومعنى العبادة تابع ،

---

أصحابنا ( وقال الشافعي لا يتداخلان ) في مذهبه تفصيل ، وهو أن العدتين إذا كانتا من شخص واحد تداخلت إذا اتفقا بأن لم يكن إحبال ، وكانت من ذوات الأشهر او الأقراء ، وإن اختلف بأن احد بها بالحمل ففي تداخلهما وجهان ، أحدهما : التداخل كالمتفقين . الثاني : لا ، وإن كانت العدتان من شخصين لم تتداخل ، ذكر في الوسيط ، وبه قال أحمد . وقالت المالكية المتفقان في الأقراء والأشهر متداخلان ، إما من واحد او من شخصين . ولو اختلفا كانت إحداهما بالحمل ينتقضان . وعند الشافعي وأحمد إن كانت إحداهما بالحمل وقدمت ثم تعود إلى الأقراء .

( لأن المقصود من العدة هو العبادة فإنها ) اي فإن العدة ( عبادة كف عن التزوج والخروج ) من البيت والمنع عن الزينة وغيرها في مدة معلومة ( فلا يتداخل كالصومين في يوم واحد ) اي كما لا تداخل في الصوم ، وإنه كف عن امضاء المفطرات في وقت مقدر ، وهو اليوم ، فلا يتأدى صومان في يوم واحد ، فلا يتداخل فيه ، وكذا في العدة .

( ولنا أن المقصود ) من العدة وهو ( التعرف عن فراغ الرحم ) في حق ذوات الأقراء ( وقد حصل ) المقصود ( بالواحدة ) بالعدة الواحدة ، فلا حاجة إلى عدة أخرى ( فيتداخلان ) ولا يقال ينبغي أن يكتفي بالحيضة وعدة الموطوءة بالشبهة ونكاح الفاسد بثلاث حيض او ثلاثة أشهر ، لأنا بينا أن الفاسد ملحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة ( ومعنى العبادة تابع ) جواب عن قول الشافعي ، لأن المقصود هو العبادة . وتقدير الجواب أن معنى العبادة في العدة تابع غير مقصود ، لأن ركنها حرمة الازدواج والخروج ، قال الله تعالى ﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾ ٢٣٥ البقرة ، فهي أجل ،

ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف. والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ، وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان

---

والآجال إذا اجتمعت بمدة واحدة كرجل عليه ديون مؤجلة لا بأس بأنها تنقضي بمدة واحدة ، ثم استوضح كون معنى العبادة فيها طريق التبعية لا بالقصد بقوله ( ألا ترى أنها ) اي أن العدة ( تنقضي بدون علمها ) اي علم المرأة ( ومع تركها الكف )عن الخروج والأذى ، حتى إذا خرجت او تزوجت بزوج آخر لا تبطل العدة ، ولو قال معنى العبادة فيها ركناً مقصوداً لم ينتقض بدون الكف ، لأن العبادة لا تتحقق بلا ركن .

فإن قلت لا نسلم أن المقصود تعرف براءة الرحم ، فلو كان كذلك لم تجب العدة على الصبية والآيسة والمتوفى عنها زوجها ، لأنه لا شغل في الصبية ، وفي المتوفى عنها زوجها لا يحتاج الزوج إلى ذلك . قلت الصبية التي تحتمل الوطء تحتمل العلوق ، وكذا الآيسة ، فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء ، لأن العدة لا تكتفي في إيجابها توهم الشغل وإن كان بخلاف العادة المتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة لصيانة ماء الزوجين عن الإختلاط ، لأن ماء الأول محترم في نصيبه ، وكذا ماء الثاني .

فإن قلت لو كان التداخل معتبراً لتداخل أقراء عدة واحدة . قلت لا نسلم الملازمة، لان التعريف بحيضة واحدة ليس كالتعريف بثلاث حيض في حصول المقصود ، لان المقصود من الأولى تعريف الفراغ ، ومن الثانية إظهار حظر النكاح فرقاً بينه وبين الإستبراء ، ومن الثالثة إظهار شرف الحرمة ، وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة . وقال الاكمل فيه نظر ، لان المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم، فكان السؤال وارداً عليه ، انتهى . قلت تعليله بالتعريف عن فراغ الرحم يقتصر عليه لا ينافي التعليل بغيره ، فلا يرد عليه شيء .

( والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) اي في الشهور ( تحقيقاً للتداخل بقدر الإمكان ) قال في المبسوط لو تزوجت في عدة

وابتداء العـــدة في الطلاق عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو بالوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها ، لأن سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة ، فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ، ومشايخنا « رح » يفتون في الطـــلاق إن ابتداؤها من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواصفة

---

الوفـــاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها تجب من الاولى تمام أربعة أشهر وعشراً ، وعليهـــا ثلاث حيض للاخر عقيب مـــا حضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضاً .

( وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق ، وفي الوفاة عقيب الوفاة ) لان العلة الموجبة للعدة الطلاق او الوفاة ، فلا بد من اقتران المعلول ، وهو وجوب العدة بعلتها ، وعليـه الائمة الاربعة وجمهور الصحابة والتابعين ( فإن لم تعلم ) اي فإن لم تعلم المرأة ( بالطلاق او بالوفاة ) اي او لم تعلم بوفاة زوجها بأن كان غائباً ( حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها ، لان سبب وجوب العدة الطلاق او الوفاة ) اي وفاة الزوج ( فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ) وعن علي رضي الله تعالى عنه أنها تعتد من يوم يأتيها الخبر . وقـــال مكي إن قامت به البينة تعتد من يوم الموت والطلاق ، وإلا فمن يوم الخبر . وقـــال داود طلاق الغائب لا يقـــع أصلا حتى يأتيها الخبر وتعتد المتوفى عنها زوجها من خبر موته .

( ومشايخنا ) أراد بهم علماء بخارى وسمرقند لا جماعة التصوف الذين هم أهل البدع ( يفتون في الطلاق ان ابتداؤها ) اي ابتداء العدة ( من وقت الإقرار نفياً لتهمة المواضعة ) بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض بها بالدين والوصيـــة ، او يتواضعا على انقضائها بأن يتزوج أختها او أربعاً سواها . وفي الذخيرة قال محمد في الاصل يجب العدة من وقت الطلاق ، واختارها مشايخ بلخ على أنها تجب من وقـــت الإقرار عقوبة عليه وزجراً على كتمانه الطلاق ، ولكن لا تجب لها نفقة العـدة والسكنى ، لأن

والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطىء ، على ترك وطئها . وقال زفر « رح » من آخر الوطئـــات ، لأن الوطء هو السبب الموجب . ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطء الواحد لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد ، فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ،

---

ذلك حقها وقد أقرت هي بسقوطه ، وينبغي على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها ما لم تنقضي العدة من وقت الإقرار .

( والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطىء على ترك وطئها ) بأن أخبرها أنه ترك وطأها ، والاخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه ، أما آخر الوطئات فلا يعلم لاحتمال وجود غيره ، اي غير الوطء الذي وجد . وفي الخلاصة وكذا في النكــاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول بقوله تركتك او ما يقوم مقامه بأن يقول تركتها وخليت سبيلها .

( وقال زفر من آخر الوطئات ) وبه أخذ أبو القاسم الصفار . وقال أبو بكر البلخي تجب العدة من وقت الفرقة . وقال داود ولا عدة في النكاح الفاسد (لأن الوطء هو السبب الموجب ) اي العدة إذ لو لم يطأها لم تجب العدة .

( ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجرى مجرى الوطأة الواحدة ) تقديره القول بالموجب هو أن يقال سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب هو تمكن جميع الوطئات التي وجد العقد الفاسد بمنزلة وطأة واحدة ( لاستناد الكل ) اي كل الوطئات ( إلى حكم عقد واحد ) وهو بشبهـــة العقد ، وتلك الشبهة إنما ترتفع بالمشاركة كما في النكـــاح ترتفع بالطلاق .

( ولهذا ) إيضاح لقوله استناد الكل إلى حكم عقد واحد ( يكتفى في الكل بمهـــر واحد ، فقبل المتاركة او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ) فلا يكـــون الذي

ولأن التمكن على وجـــه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره . وإذا قالت المعتـدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين ، لأنها أمينـة في ذلك ، وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع . وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليهمهر كامل، وعليها عدة مستقبلة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح»

---

قبله أخيراً ، وتقديره أن العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة لا يؤخذ إلا بالتفريـق والعزم ، والوطء الأخير لا يتوقف عليه لما قلنا انه يجوز أن يوجد غيره ( ولأن التمكن ) دليل آخر ، اي لأن التمكن من الوطء ( على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ) اي لخفاء الوطء ( ومساس الحاجة ) جواب عما يقال لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفـــي بالنسبة إلى الزوجين والحاجة إلى معرفة الزوجين ، والحاجة إلى معرفة أيها ، فأجـاب بقوله ومساس الحاجة ( إلى معرفة الحكم في حق غيره ) اي غير الواطىء وغيره هو الزوج الذي يريد أن يتزوجها وأخت الموطوءة وأربع سواها .

( وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين ، لأنهـا أمينة في ذلك ) اي في اخبارها بانقضاء عدتها لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها (وقد اتهمت بالكذب ، فتحلف كالمودع ) بفتح الدال اذا ادعى الرد او الهلاك وكذبه المودع بكسر الدال . وقال فخر الإسلام إذا حلفت صدقت ، معناه إن حلفت بطلت الرجعـة ، وإن نكلت لم تبطل ، بل بقيت كما كانت . وقال الأترازي وهذا ليـــس باستحلاف على الرجعة ، بل على بقاء العدة ، فلا يرد نقضاً على أبي حنيفة يعني لا استحقـــاق عنـده في الرجعـــة .

( وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها فطلقها قبل الدخول بهـا فعليه مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة ، وهذا ) اي هذا الحكم المذكور ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) وإنما زاد هذا اللفظ أعني قوله هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن هذه

وقال محمد «رح» عليه نصف المهر ، وعليها إتمام العـــدة الأولى ، لأن هـذا طلاق قبـل المسيس فلا يوجب كمال المهر ، ولا استئناف العدة وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني ، فإذا ارتفع بالطلاق

---

المسألة من مسائل القدوري ، ولم يذكر فيها أبا حنيفة وأبا يوسف . وإنما قـــال إذا طلق الرجـــل امرأته طلاقاً بائناً إلى قوله وعليها عدة مستقبلة ثم قال مثل ما قال المصنف .

( وقال محمد لها نصف المهر وعليها إتمام العدة الأولى ) وعند زفر يجب نصف المهـــر الثاني ولا عدة عليها ، وعلى هذا الخلاف إذا تزوجت المرأة غير كفوء ودخل بهـــا وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي وألزمه المهر وألزمها العدة ، ثم تزوجهـــا في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل أن يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملا ، وعليها عـــدة مستقبلة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ولو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان لهـــا نصـــف المهر في قولهم جميعاً ، كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي في باب الأكفاء . وفي شـــرح الكافي قوله طلاقاً بائناً ، وكذا لو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق ثم تزوجها في العدة ، ثم قال وصورتها أنها تزوجت بغير كفء ، وقد ذكرناها الآن . وفي الذخيرة هذه المسائل مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هـــل يكون دخولاً في النكاح الثاني أم لا ، فعند أبي حنيفة وابي يوسف يكون ، وهو رواية عن أحمد .

( لأن هذا طلاق قبل المسيس ) اي قبل الدخول والخلوة الصحيحة ( فلا يوجب كمال المهر ) وكل طلاق هكذا لا يوجب كمال المهربل هو منصف المهر بالنص (ولا استئناف) اي ولا يوجب إليهـــا استئناف ( العدة ) لأن العدة لا تجب في الطلاق قبـــل المسيس بالنص أيضاً .

( وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر ) يعني اكمال العدة الأولى ( حالة التزوج الثاني ) لعدم اختلاط المياه ( فإذا ارتفع ) أي التزوج الثاني (بالطلاق

الثاني ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولد ثم أعتقها . ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الأولى ، وبقي أثره ، وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح

---

الثاني ظهر حكمه ) أي حكم الطلاق الأول ، لأنه لما طلقها ثانياً بلا دخول فصار النكاح الثاني كالمعدوم ، فيجب عليه اكمال العدة الأولى ( كما لو اشترى أم ولده ثم اعتقها ) صورته رجل اشترى امرأته وهي أمة فولدت منه فسد النكاح وكانت حلالاً له بالملك ، فلا بأس بأن تتزين ولا تبقى الطيب لأنها غير معتدة في حقه ، لأن العدة أثر النكاح ،فلما كان الملك ينافي أثر النكاح ينافي أثره ، لكنها معتدة في حق غيره ، حتى إذا أراد أن يزوجها من غيره ليس له ذلك ، حتى تحيض حيضتين ، فإن الفرقة بعد الدخول ،فكانت معتدة في حق غيره .

ثم إذا اعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث حيض ، لأنها صارت أم ولد حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح ، وعلى أم الولد ثلاث حيض ، لكنها تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الأوليين استحساناً . وفي القياس ليس لها ذلك ، لان الحداد لم يلزمها عند وقوع الفرقة، فلا يلزمها بعد ذلك . وجه الاستحسان أن العدة وجبت عليها بالفرقة لكنها لم تظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالاً له بالملك ، فظهرت تلك العدة وحق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد ، فأما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها ، لأنها لم تجب بسبب النكاح بل العتق ، ولا حداد على أم الولد .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أنها مقبوضة في يده ) أي أن أم الولد مقبوضة في يد مولاها ( حقيقة بالوطئة الأولى ) إذ الوطء في هذا الباب بمنزلة القبض ( وقد بقي أثره ) أي والحال انه بقي أثر الوطء ، والأول ( وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ) بالدخول في النكاح الاول ( ناب ذلك القبض ) أي في الدخول الاول ( عن القبض المستحق في هذا النكاح ) فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول

كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد ، فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول. وقال زفر « رح» لا عدة عليها أصلاً ، لأن الأولى قد سقطت بالتزوج ، فلا تعود ، والثانية لم تجب ، وجوابه ما قلنا . وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها ، وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة ،

---

في النكاح الثاني ، فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة .

فإن قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالنكاح بعد الدخول لكان صريحة معقباً للرجعة ، كالطلاق الصريح بعد الدخول ، وليس كذلك . فإن الواقع بائن . أجيب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول ، وإنما هو كالطلاق بعد الدخول ، والمساوية للشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الوجوه ، ألا ترى أن الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب العدة لا فيما سواهما ، حتى لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائناً .

( كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضاً بمجرد العقد ) شبه الحكم المذكور بحكم الغاصب الذي اشترى المغصوب الذي في يده من المالك يصير قابضاً بقبض الذي يتم به العقد ( فوضح بهذا ) أي فظهر بما قررناه من الدليل ( أنه ) أي هذا الطلاق ( طلاق بعد الدخول ) تشبيهاً لا تحقيقاً ، بدليل قوله قبله ناب ذلك القبض عن القبض المستحق .

( وقال زفر لا عدة عليها أصلاً ، لأن الأولى ) أي العدة الأولى ( قد سقطت بالتزوج فلا تعود ) لأن الساقط لا يعود ( والثانية ) أي العدة ( لم تجب ) لأنه طلاق قبل الدخول ( وجوابه ما قلنا ) أي جواب زفر ما قلنا من الدليل ، وهو أنها مقبوضة في يده ببقاء أثر القبض ، وهو العدة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها ، وكذا ) أي وكذا لا عدة ( إذا خرجت الحربية ) من دار الحرب ( إلينا ) أي إلى دار الإسلام حال كونها ( مسلمة ) والاسلام ليس بشرط في عدم وجوب العدة ، بل الشرط هو الخروج على سبيل المراغمة ، أي المغاضبة ، وعلى نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبداً ، يقال فلان راغم قوله ،

فإن تزوجت جاز ، إلا أن تكون حاملاً ، وهـذا كله عند أبي حنيفة « رح » . وقالا عليها وعلى الذمية العدة ، أما الذمية فالإختلاف فيها نظير الإختلاف في نكاحهم محارمهم، وقد بيناه في في كتاب النكاح . وقول أبي حنيفة « رح » فيما إذا كان معتقدهم انه لا عدة عليها، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العـدة ، فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل

---

إذا تابذهم وخرج عنهم ، ذكره التمرتاشي ، وقال خرج أحد الزوجين إلينا مسلماً أو ذمياً أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذمياً والآخر على حربه ثم فقد زالت الزوجية .

( فإن تزوجت ) أي هذه كمهاجرة إلى دار الاسلام ( جاز ) ولا عدة عليها ( إلا أن تكون حاملاً ) فلا تزوج حتى تضع حملها وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي . وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وروى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها ، والصحيح جواب الكتاب يعني لايجوز تزوجها مع الحبل ( وهذا ) أي وهذا المذكور ( كله قول أبي حنيفة . وقالا ) أي وقال أبو يوسف ومحمد ( وعليها ) أي على التي خرجت من دار الحرب ( وعلى الذمية ) التي طلقها زوجها ( العدة ، أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم ) يعني ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك .

( وقد بيناه في كتاب النكاح ) في باب نكاح أهل الشرك ( وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها ) يعني قول أبي حنيفة في جواز تزوج الذمية المطلقة من الذمي بلا عدة إنما يجوز إذا كان في اعتقاد أهل الذمة جواز ذلك .

( وأما المهاجرة ) التي هاجرت من دار الحرب إلى دار الاسلام ( وجه قولهما ) في ذلك ( أن الفرقة ) بين الزوجين الذميين ( لو وقعت بسبب آخر ) كالطلاق ( وجبت العدة فكذا ) يجب ( بسبب التباين ) من دار الحرب ( بخلاف ما إذا هاجر الرجل ) أي

وتركها لعـــدم التبليغ . وله قوله تعالى ﴿ولا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ ١٠ الممتحنة ، ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم ، والحربي ملحق بالجماد ، حتى كان محلاً للتمليك ، إلا أن تكون حاملاً ، لأن في بطنها ولداً ثابت النسب ، وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا ، والأول أصح

---

الزوج إلى دار الإسلام ( وتركها ) في دار الحرب لا تجب العدة عليهـــا بالاتفاق ( لعدم التبليغ ) أي لعدم تبليغ حكم الشرع اليها .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( قوله تعالى ﴿لا جنـــاح عليكم أن تنكحوهن﴾ ١٠ الممتحنة ) نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقاً ، فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص ( ولان العدة ) دليل معقول ، تقديره أن العدة ( حيث وجبت كان فيها حق بني آدم ) لأنها تجب صيانة لماء محترم ، ولهذا لا يجب قبل الدخول ( والحربي ملحق بالجماد ، حتى كان محلاً للتمليك ) يباع في الأسواق كالبهائم ( إلا أن تكون حاملاً ) يجوز أن يكون استثناء من قوله — والحربي ملحق بالجماد — لأن معناه والحربي لا حق له ، إلا أن تكون امرأة حاملاً ( لأن في بطنها ولداً ثابت النسب ) والفراش قائم بنكاحهـــا ، فيستلزم الجمع بين الفراشين ، ولا كذلك إذا لم تكن حاملاً .

فإن قلت قوله تعالى ﴿لا جناح عليكم أن تنكحوهن﴾ ١٠ الممتحنة ، مطلق لايفصل بين الحامل والحائل ، فتقييده بالحمل زيادة على النص فلا يجوز . قلت ان قوله ﷺ من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره ، حديث مشهور تلقته الأئمـــة بالقبول فيجوز به الزيادة ، بخلاف العدة ، فإنه ليس فيها مثله .

( وعن أبي حنيفة ) رواه الحسن عنه ( أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا ) أي لا حرمة لماء الحربي كماء الزنا ( والأول ) وهو عدم صحة نكاحها ( أصح ) لأن الحمل من الزنا لا نسب له ، وهنا النسب ثابت من الحربي .

ثم اعلم أن المصنف لم يذكر في هذا الباب وجوب العدة على الصغيرة والمكاتبة .وفي

## فصـــل

### قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد،

---

الذخيرة طلق الصغيرة بعد الدخول تعتد بثلاثة أشهر ، وعن الفضلى إذا كانت مراهقة فعدتها لا تنقضي بالأشهر ، بل يوقف حالها إلى أن يظهر أنها حبلت بذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر كانت عدتها بوضع الحمل ، وإلا فبالأشهر . ولو حاضت في الأشهر تستأنف العدة .

واختلف مشايخنا في إطلاق إيجاب العدة على الصغيرة ، وأكثر المشايخ لا يطلقون لفظ وجوب العدة ، لأنها غير مخاطبة ، لكن ينبغي أن يقال تعتد وتجب العدة على الكتابية إذا كانت تحت مسلم كالمسلمة لو كانت تحت ذمي ، فلا عدة عليها في موت ،ولا فراق عند أبي حنيفة ، وعندهما تجب .

واختلف العلماء في عدة المستحاضة ، فعندنا هي وغيرها سواء ، لأنها إذا كانت صاحبة العادة ردت إلى أيام عادتها ، والمبتدأة والناسية عادتها تعتد بثلاثة أشهر ، وعند الشافعي وأحمد ثلاثة أشهر إذا لم يوجد تميز . وقال مالك سنة في الطلاق كالوفاة فتسعة أشهر استبراء وثلاثة أشهر عدة حرة كانت أو أمة أو كتابية .

## ( فصل )

أي هذا فصل في بيان ما يجب على المعتدات من الفعل والترك .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( وعلى المبتوتة ) هذه اللفظة تقع على المطلقة بائناً أو ثلاثاً ، وعلى المختلعة ( وهو المتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد ) بكسر الحاء المهملة وتخفيف الدالين المهملتين مصدر من حدت المرأة إذا تركت الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها ، وهو من نصر ينصر ، وضرب يضرب ، وفتح يفتح . واحدت المرأة أيضاً إحداداً . وأبى الاصمعي إلا احدت ، فهي محد ، كذا قاله ابن دريد . وقال ابن شداد في أحكامه أحد وحد لغتان،وهو من الحد ، وهو المنع ، وانها منعت نفسها ، والحداد أيضاً ثبات الماء ثم السود .

أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً

( اما المتوفى عنها زوجها فلقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشراً ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن أم عطية قالت قال رسول الله ﷺ لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ، ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط واظهار . وفي لفظ البخاري ومسلم وقد رخص للمرأة في طهرها إذا اغتسلت من حيضها في نبذة من قسط أو اظهار [1] .

وقال الاكمل وفي وجه الاستدلال بهذا الحديث اشكال ، لان مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها ، لكون الاستثناء من التحريم إحلال ، وليس الكلام فيه ، وإنما هو في الايجاب . ثم قال وقــال في النهاية يمكن أن يقال قوله ﷺ لا يحل نفي إحلال الاحداد نفسه ، فحينئذ كان في المستثنى إثبات الإحداد لا محالة ، وكان تقدير الحديث لا تحد المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجهـــا ، فإنها تحد أربعة أشهر وعشراً ، فكان هذا اخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجباً ، لان اخبار الشرع آكد من الامر ، وهذا نسب ما وجدت من الشرح ، انتهى .

قلت هذا التعسف لغـــة من التقصير من النظر في تمـــام الحديث ، فإن المصنف أيضاً ما أخرج الحديث بتمامه ، وقد ذكرناه ، وفيه تصريح بوجوب الاحداد على مــا لا يخفى على المتأمل والعصب من برود اليمن يصنع غزله ثم يحاك قوله نبذة من قسط بضم القاف وسكون السين المهملة ، وهو ضرب من العود ، وقيل ضرب من الطيب لا واحد له من لفظه . وقيل واحدة ظفر ، ويروى من قسط ظفار بدون الألف بوزن قطـام ، وهو

---

(١) وردت بإعجام الظاء ، وهنا بالطاء المهملة . ا هـ مصححه .

وأما المبتوتة فمذهبنا . وقال الشافعي « رح » لا حداد عليها لأنه وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج ، وفي تعهدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته . ولنا ما روي أن النبي ﷺ نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال الحناء طيب

---

اسم مدينة لحمير باليمن ، قوله — نبذة — أي قطعة ، وهو بضم النون وسكون الباء الموحدة ، والمتوفى عنها زوجها تحد وعليه أصحاب رسول الله ﷺ ، وهو مذهب أصحابنا وسفيان والثوري ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق ، سواء كانت حاملاً أو غيرها . وقال الشعبي والحسن البصري والحكم بن عيينة لا يجب . وقال الظاهرية فرض عليها الإحداد .

فإن قيل الإحداد التأسف على فوت النعم ، وذلك مذموم ، قال الله تعالى ﴿ لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما أتاكم ﴾ ٢٣ الحديد ، فكيف صار واجباً بالخبر معارضاً بالكتاب . أجيب بأن المراد بقوله تعالى ﴿ لكيلا تأسوا ﴾ ... الآية ، الأسى مع الصباح، والفرح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفاً ومرفوعاً إلى النبي ﷺ .

( وأما المبتوتة فمذهبنا ) وبه قال الشافعي في القديم وأحمد في رواية (وقال الشافعي) في الجديد ( لا حداد عليها ) وبه قال مالك وأحمد في رواية . وفي المنهاج يستحب ، وفي قول يجب ( لأنه ) اي لأن الإحداد ( وجب إظهاراً للتأسف على فوت زوج ،وفي تعهدها) اي وفي تعهد المرأة ما فاتها من حسن العشرة ، إلا أن فرق الموت بينهما ( وقد أوحشها بالإبانة ) حيث أساء إليها بالفراق وإيثاره غيرها عليها ( فلا تأسف بفوته ) اي بفوت هذا الزوج .

( ولنا ما روي ان النبي ﷺ نهى المعتدة ان تختضب بالحناء ، وقال الحناء طيب ) ظاهر ما ذكره المصنف يدل على أنه حديثان ، ذكره السروجي حديثاً واحداً لا كما زعم السروجي . وقال مخرج الأحاديث هذا وهم منه ، لأن المصنف استدل بهذا الحديث على أن المبتوتة عليها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها ، وفيه خلاف الشافعي ، فتعين ان يكون الحديث واحداً .

ولأنه يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها ، والإبانة أقطع لها من الموت ، حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الابانة لا بعدها ،

---

فإن قلت استدل بعضهم بقول المصنف ، ولنا ما روي ان النبي ﷺ إلى قوله ، وقال الحناء طيب ، بحديث أخرجه أبو داود في سننه عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة ، قالت قال لي رسول الله ﷺ وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء ، فإنه خضاب . قلت بأي شيء أمتشط يا رسول الله ﷺ قال بالسدر تغلفين به رأسك . قلت حديث أبي داود هذا أجنبي عن المقصود على ما لا يخفى ، فالاستدلال به غير مطابق .

وقوله – نهى المعتدة – أعم من أن تكون معتدة الوفاة ومعتدة الطلاق ، وتمام الحديث الحناء طيب ، فالحديث حديث واحد وأخرجه البيهقي في كتاب المعرفة في الحج عن ابن لهيعة عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن خولة بنت حكيم عن أمها ان رسول الله ﷺ قال لاتطيبي وأنت محرمة ، ولا تمسي الحناء ، فإنه طيب ، وعزاه السروجي في الغاية إلى النساء ، لفظه نهى المعتدة عن التكحيل والدهن والخضاب بالحناء ، وقال الحناء طيب . وقال البيهقي إسناده ضعيف ، فإن ابن لهيعة لا يحتج به . قلت تكلموا فيه كثيراً ، ولكن روي عن أحمد انه قال من كان مثل ابن لهيعة بمصر في كثرة حديثه وضبطه وإتقانه ، وحدث عنه أحمد كثيراً ، وروى له مسلم مقروناً بعمرو بن الحارث ، روى له الأربعة والطحاوي .

( ولأنه ) اي ولأن الإحداد ( يجب إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها ) اي لصون المرأة عن ارتكاب ما لا يجوز ( وكفاية مؤنها ) ولأجل كفاية مؤنها ، وهو جمع مؤنة من نفقتها وكسوتها ( والإبانة أقطع لها ) اي لنعمة النكاح ( من الموت ) لأن حكم النكاح باق بعد الوفاة إلى ان تنقضي العدة ( حتى كان لها ان تغسله ) أي حتى كان للمرأة ان تغسل زوجها ، حال كونه ( ميتاً قبل الإبانة لا بعدها ) لأنه لا يبقى النكاح بعدها أصلاً .

والحداد ، ويقال الاحداد وهما لغتان أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر . وفي الجامع الصغير إلا من وجع ، والمعنى

---

فإن قيل المبتوتة يتناول[1] ، فكيف تتأسف المختلعة وقد افتدت نفسها بالمال لطلب الخلاص منه ، وكذا المبانة كيف تتأسف وقد جفاها بالإبانة وآثر غيرها عليها ، بل تظهر السرور بالتخلص عن مثل هذا الزوج كما قال الخصم . أجيب بأن وجوب الإحداد دائر بفوت النكاح الصحيح بالمشيئة لا بالاعتبار وفاء الزوج وجفائه - وفي هذا لا فرق بين المختلعة والمبتوتة .

فإن قيل لو كان كذلك ينبغي أن تجب على الأزواج كما تجب على الزوجات ، لما ان نعمة النكاح مشترك بينهما . أجيب بأن النص لم يرد إلا في الزوجات ، والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح ، لما فيه من صيانتهن ، لأنهن لحم على وضم وورود النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن الكسب عواجز عن التغلب ، ولا كذلك الازواج .

( قال والحداد ويقال الإحداد ) أراد بهذا تعريف الإحداد ، وكان موضعه في أول الكلام . قوله – الحداد – مبتدأ وخبره قوله أن يترك الطيب ... إلى آخره . وقوله ويقال الإحداد جملة معترضة، أي يقال في الإحدادالحداد أيضاً(وهما لغتان) جملة معترضة أيضاً ، اي الحداد بلا همزة في أوله ، والإحداد بهمزة لغتان مستعملتان ، وقد مضى الكلام فيه عن قريب ( أن تترك الطيب ) اي تترك المعتدة استعمال الطيب ( والزينة ) اي واستعمال الزينة ( والكحل ) بضم الكاف ، اى يترك الكحل ، وهو مصدر ، وبالضم اسم ( والدهن ) اى واستعمال الدهن(المطيب ، وغيرالمطيب إلا من عذر) هكذا لفظ القدوري ولفظ محمد .

( وفي الجامع الصغير إلا من وجع ) وهو إشارة الى أن المنر هو التداوى ( والمعنى

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

فيه وجهان ، أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف ، والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيهـا وهي ممنوعة عن النكاح ، فتجتنبها كيلا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم ، وقد صح أن النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيـه زينة الشعر ، ولهـذا

---

فيه إلى وجهين ) اى في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان ( أحدهما ما ذكرنا من إظهار التأسف ) على زوال النكاح ( والثاني ) اى وجه الثاني ( أن هذه الأشياء ) اى الطيـب والزينة والكحل والدهن ( دواعي الرغبة فيها ) اى في المرأة ، لانها إذا كانت مطيبـة متزينة تزيد رغبة الرجل فيها فوق ما يكون إذا كانت خالية عن الأشياء المذكورة (وهي ممنوعة عن النكاح ) اى المرأة المحدة ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة النكاح والوفاة ( فتجتنبها ) اى إذا كان الامر كذلك تجتنـب هذه المحدة الأشيـاء المذكورة ( كيلا تصير ذريعة ) اى كيلا تصير هـذه الأشياء وسيلة ( إلى الوقوع في المحرم ) أى الحرام .

( وقد صح أن النبي ﷺ لم يأذن للمرأة في الاكحال ) أراد بالمعتدة التعميم ، ولم يرد غير المتوفى عنها زوجها خاصة ، كذا قال مخرج الاحاديث في تخريجه . وقوله – وقـد صح – النهي عن الاكتحال ، فإن الائمة الستة قد أخرجوه في سننهم مختصراً ومطولاً عن زينب بنت أم سلمة عن أمها امرأة توفى عنها زوجها فخافوا على عينهـا ، فأتوا النبي ﷺ فاستأذنوه في الكحل ، فقال رسول الله ﷺ لا مرتين او ثلاثاً حتى تمضي أربعـة أشهر وعشراً ، وأمـا على الدهن فلم يصح شيء ، غير انه إذا كان مطيباً فظاهر أنها ممنوعة عن الطيب وإن لم يلق فيه على ما يجيء الآن .

( والدهن ) مبتدأ ، وقوله ( لا يعرى ) خبره ، وأشار بهذا الى أن الدهـن ممنوع مطلقاً ( لانه في ذاته ) لا يعرى عن نوع طيب وان لم يلق فيه الطيب ، ولهذا قال عن نوع طيب ( وفيه زينة الشعر ) لانه يحسنه ويزيد فيه بهجة ( ولهذا ) اى ولاجل كونـه

يمنع المحرم عنه ، قال إلا من عذر لأن فيـــه ضرورة ، والمراد الدواء لا الزينـــة ، ولو اعتادت الدهن فخافت وجعـــاً ، فإن كان ذلك أمراً ظاهراً يباح لها ، لأن الغالـب كالواقع ، ولبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لمارويناه ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا بزعفران ، لأنه يفوح منـــه رائحة الطيب

---

زينة للشعر ( يمنع المحرم عنه ) فلا يجوز استعماله ( قال إلا من عذر ) اى قال القدورى تترك المحدة الاشياء المذكورة من الطيب والزينة والكحل والدهن إلا من عذر وضرورة وقعت ، فحينئذ يجوز الادهان والاكتحال على وجه الزينة ، كما إذا كان بهـــا صداع فدهنت رأسها واشتكت عينيهـــا فاكتحلت وأشار المصنف الى ذلك بقوله ( لان فيه ضرورة ، والمراد الدواء لا الزينة ) اى لا قصد الزينة ، لان الزينة ممنوعة.

( ولو اعتادت الدهن ) بفتح الدال ( فخافت وجعاً في رأسها او في عضومن أعضائها فان كان ذلك أمراً ظاهراً ) اى كان خوفها الوجع ظاهراً غالباً ( يباح لها ، لان الغالب كالواقع ) فيتحقق الضرورة ( وكذا لبس الحرير ) اى وكذا يجوز لها لبس الحرير ( اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ) والعذر نحو الحكمة والقمل ونحوهما ، وروى البخارى ومسلم مسنداً إلى أنس رضي الله تعالى عنه قال رخص النبي ﷺ الزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكمة كانت بهما . وقال مالك يباح للمعتدة لبس الحرير الاسود .

وفي المحيط لو اكتحلت وادهنت لرفع إذا يجوز وللزينة لا يجوز ، وتمتشط بالاسنـــان الواسعة لا بالاسنان الضيقة . وقال الشافعي ومالك وأحمد يجوز الامتشاط مطلقـــاً ، وعندهم لها أن تدخل الحمام وتغسل رأسها بالخطمي والميدر . وأجمعوا على منع الادهان المطيبة ، فاختلفوا في غير المطيبة ، فعندنا والشافعي حرام لغير الضرورة . وعند مالك وأحمد والظاهرية تدهن بالزيت والسيرج الغير المطيب .

( ولا تختضب بالحناء ) أراد به قوله عليه السلام الحناء طيب ، ومر الكلام فيه ( ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا زعفران ، لانه يفوح منه رائحة الطيـــب ) وفي الكافي إلا

قال ولا حداد على كافرة لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة ، لأن الخطاب موضوع عنها ، وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج ، لأن فيه

---

إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ ، فحينئذ لا بأس به بضرورة ستر العورة ، ولكن لا تقصد الزينة . قال الإمام الحلواني ، والمراد بالثياب المذكورة الجدد منها ، أما الخلق منها لا يقع به الزينة ، فلا بأس به ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة أن لا يقصد به الزينة ، بل أبلغ في الحدادة . قالت الظاهرية يجتنب عن لبس السواد كما في المصبوغ بالحمرة والخضرة ، ولا تخضر المعتدة على الطيب ولا تجزئه ولا تبيعه ولم يكن كسب إلا منه ، ولم يوافق عليه . قال محمد في النوادر لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها ، فانما هو في حق الزوج خاصة . قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث إذ في الحديث إباحة الإحداد للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام ، ولم يحك خلافاً في المنهاج لها الاحداد على غير الزوج ثلاثة أيام وتحرم الزيادة .

( قال ) اى القدوري ( ولا احداد على كافرة ، لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ) وقال الشافعي ومالك والظاهرية عليها الاحداد ( ولا على صغيرة ، لان الخطاب موضوع عنها ) يعني غير داخلة في الخطاب ، وعند هؤلاء عليها الحداد ، وفي عدة الوفاة .

فإن قلت ما الفرق بين الحداد والعدة ، حيث تجب العدة على الصغيرة . قلت لا نسلم أن العدة تجب عليها ، لأنها ليست بمخاطبة ، بل الولي يؤمر بأن لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع ، ولهذا شرط الإيمان لوجوبه ، وإنما يشترط الايمان لحق الله تعالى ، فعلى هذا لا حاجة إلى الفرق لعدم وجوب العدة أيضاً .

( وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ) لأن فروع الشرع التي ليس فيها إبطال حق المولى يلزم المملوكة كالصوم والصلاة ، فيلزمها الحداد ( بخلاف المانع من الخروج من البيت في العدة ، لأن فيه ) اي في منعها من الخروج

إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته . قال وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد حداد ، لأنها ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة الأصل

---

( إبطال حقه ) اي حق المولى من الاستخدام ونحوه ، ولا يفوت الإحداد بذلك ( وحق العبد مقدم ) على حق الشرع ( لحاجته ) اي لحاجة العبد واستغناء الشرع، ألا ترى ان للمولى منعها من النوافل ومنع المعتدة من شهود الجمعة والجماعة ، وكذا الحكم في المدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة والمنكوحات في الوفاة والطلاق لفوات نعمة النكاح، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

فإن قلت لو وجب الحداد لفوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء منكوحته لزوال النكاح بالشراء . قلت لم يفت الحل ببقائه بملك اليمين .

( قال ) اي القدوري ( وليس في عدة أم الولد ) يعني إذا أعتقت (ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد ، لأنه ) اي لان الشأن ( ما فاتها نعمة النكاح ليظهر التأسف ) أما أم الولد إنما يجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به ذلك العتق ، فالمناسب لذلك السرور لا الحزن، لأن ما فاتها نعمة ، بل حصل نعمة الحرية التي صارت بها أهلاللولاية .وأما النكاح الفاسد، وكذا الوطء عن شبهة ، فلا يلزم الحداد ( والإباحة الأصل ) كان ينبغي أن يقول الأصل الإباحة . قال الأترازي أراد بها إباحة الزينة لها ، وذلك لقوله تعالى ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده ﴾ ٣٢ الأحزاب ، وقال الكاكي اي إباحة الزينة أصل خصوصاً في حق النساء . وقال الأكمل الأصل هو الإباحة في الزينة . وقال السغناقي اباحة الزينة أصل، والكل في الحقيقة معنى واحد .

وقال تاج الشريعة فإن قلت ما وجه إيراد قوله والإباحة أصل . قلت وجهه انه لما ذكر قوله فإنها نعمة النكاج يمكن ان يقال عليه إن هذا تعليل بالعدم ، وانه لا يصح ،فأجاب بقوله ـ والإباحة أصل ـ يعني انا لا يثبت بعدم فوات نعمة النكاح ، بل بالأصل المقتضى للاباحة السالم من وجود العلة المحرمة للزنية ، انتهى . قلت تخصيص إباحة الزينة بكونها

ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ، ولا بأس بالتعريض في الخطبة ، لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النســـاء ﴾

---

أصلا على الإنفراد لا وجه له ، لأن الأصل الإباحة في كل الأشياء التي منعت قولاً او فعلا على أن مذهب فخر الإسلام أن الإباحة ليست بأصل .

( ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ) الخطبة التزوج ، ونكاح المعتدة لا يجوز ، وقد مــر في المحرمات ( ولا بأس بالتعريض في الخطبة ) التعريض التلويح وحقيقته إمالة الكلام إلى غرض يدل على التعرض ، منه قوله عليه السلام إن في الأعاريض لمندوحة عن الكذب ، وذلك مثل أن يقول إنك لجميلة ، وإنك لشابه ، وإن النساء لمن حاجتي ، فلعل الله يسوق إليك خيراً وما أشبه ذلك من الاشارة دون التصريح بالنكاح أن لا يجوز أن يقول صريحاً أريد أن أنكحك او أتزوجك او أخطبك ، لأن الخطبة التزوج كما ذكرنا ، والفــرق بين الكناية والتعريض أن الكناية أن يذكر الشيء بغير اللفظ الموضوع له لقولك طويـــل النجاد لطويل القامة ، كثير الرماد للمضياف .

والتعريض أن يذكر شيئاً يدل على شيء لم يذكره ، كما يقول المحتاج للمحتاج إليــه جئتك لأسلم عليك ولأنظر إلى وجهك ، قاله الزمخشري . وقــال تاج الشريعة التعريض الكلام دلالة ليس له فيها ذكر ، كقولك ما أقبح البخل تعريض بأنه بخيل ، والكنايــة ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، يعني طويل القامــة . كثير الرماد يعني انه مضياف . وفي شرح التأويلات أراد بالتعريض للمتوفى عنها زوجها ، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع ، لأنه لا يجوز لها الخروج من مهر لها أصلا،فلايتمكن من التعريض على وجه لا يخفى عن الناس .

وأما المتوفى عنها زوجها لها الخروج نهاراً فيمكنه التعريض على وجه لا يقف عليــه سواها ، وأجمعوا على منع الخطبة وجواز التعريض في المتوفى عنها زوجها . وفي المنهاج لا تعريض لرجعية ، ويحل في عدة الوفاة . وكذا في البائن في الأظهر .

( لقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او أكننتم في أنفسكم ،

إلى أن قال ﴿ ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ ٢٣٥ البقرة . وقال عليه السلام السر النكاح . وقال ابن عباس رضي الله عنه التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج .

---

علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سراً الا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ ٢٣٥ البقرة ) بقوله تعالى ﴿ ولا جناح عليكم ﴾ اي لا إثم عليكم أن تعرضوا بخطبة النساء في عدتهن من وفاة أزواجهن من غير تصريح . قوله تعالى ﴿ أو أكننتم ﴾ اي اسررتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لا معرضين ولا مصرحين ، والمستدرك بقوله تعالى ﴿ ولا تواعدوهن ﴾ محذوف تقريره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ﴿ ولكن لاتواعدوهن سراً ﴾ اي وطئاً ، لأنه مما يسر .

وقال الحسن والنخعي وقتادة والضحاك ومقاتل بن حبان والسري ، يعني الزنا ، وهو رواية العوفي عن ابن عباس ، واختاره ابن جرير . وقال ابن أبي طلحة عن ابن عباس ﴿ ولكن لا تواعدوهن سراً ﴾ لا تقولوا لها إني عاشق وعاهديني أن لا تتزوجي غيري ، ونحو هذا قوله تعالى ﴿ إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا ، والاستثناء يتعلق بقوله تعالى ﴿ ولا تواعدوهن ﴾ اي لا تواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة ، فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره المصنف على ما يجيء الآن ، وكذا فسره مجاهد والثوري والسدي . وقال ابن سيرين قلت بعيدة ما معنى قوله تعالى ﴿ إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ﴾ قال يقولون فيها لا تسبقني بها ، يعني لا تزوجها حتى تعلمني ، رواه ابن أبي حاتم .

( وقال عليه السلام السر النكاح ) هذا غريب ، قاله مخرج الأحاديث أراد انه لم يثبت ولم يتعرض إليه أحد من الشراح ، غير أن الأترازي قال ولنا في صحة هذا الحديث عن النبي ﷺ نظر .

( وقال ابن عباس التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج ) أخرجه البخاري عن مجاهد عن ابن عباس ﴿ لا جناح عليكم فيما عرضتم ﴾ يقول إني أريد التزوج ولوددت أن يتيسر لي امرأة صالحة .

وعن سعيد بن جبير رضي الله عنـــه في القول المعروف إني فيك لراغب، وإني لأرجو أن نجتمع ، ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ، ولا يبيت في غير منزلها . أما المطلقة فلقوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ ١ الطلاق ، قيل الفاحشة نفس الخروج . وقيل الزنا ويخرجن لإقامة الحـــد .

---

( وعن سعيد بن جبير في القول المعروف إني فيك لراغب ، وإني لأرجو أن نجتمع ) أخرجه البيهقي عنه ﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾ قال يقول إني فيك لراغب ، وإني لأرجو أن نجتمع .

( ولا يجوز للمطلقة الرجعيه والمبتوته ) اي المطلقة طلاقاً بائناً ، إما واحدة بائنة ، ثلاثاً ( الخروج من بيتها ليلا ولا نهاراً ، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ، ولا يبيت في غير منزلها ) وأوجب المبيت على المتوفى عنها زوجها عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وأم سلمة رضي الله تعالى عنهم ، وبه يقول ابن المسيب والقاسم بن محمد والاوزاعي ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق بن راهوية وأبي عبيدة وجماعة من فقهاء الأمصار . وعن علي وابن مسعود وجابر وعائشة رضي الله تعالى عنهم أنها تعتد حيث شاءت ، وهو قول الحسن وعطاء والظاهرية .

( أما المطلقة ) اي أما الدليل على عدم جواز خروج المطلقة من بيتها ليلا ونهـــاراً ( فلقوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشه مبينـــة﴾ ١ الطلاق ، قيـــل الفاحشة نفس الخروج ) قاله إبراهيم النخعي وبه قال أبو حنيفة فيكون معناه إلا أن يكون خروجها فاحشة كما يقال لا يسب النبي إلا كافر ، ولا يزني احد إلا أن يكون فاسقاً .

( وقيل الزنا ) اي الفاحشة هو الزنا ( ويخرجن لإقامة الحد ) عليهن قاله ابن مسعود

وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها ، فيحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة ، لأن النفقة دائرة عليها من مال زوجها ، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل أنها تخرج نهاراً ، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها ، فلا يبطل به حق عليها ، وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت، لقوله تعالى ﴿ ولا تخرجوهن من بيوتهن ﴾ ١ الطلاق ، والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه

---

رضي الله تعالى عنه ، وبه أخذ أبو يوسف . وقال ابن عباس هي نشوزها ، او يكون بذية اللسان تبدداً على زوجها ( وأما المتوفى عنها زوجها ) اي وأما جواز خروج المتوفى عنها زوجها نهاراً او بعض الليل ( فإنه لا نفقة لها ، فيحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش ) وقيل لا تخرج لانها أسقطت ( وقد يمتد إلى ان يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة لان النفقة دائرة عليها من مال زوجها ، حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهاراً ، وقيل لا تخرج ، لانها اسقطت حقها فلا تبطل به ) أى بإسقاط حقها ( حق عليها ) وفي شرح الكافي وإن كانت غنية فلها ان تخرج لانها لا تخاطب بما هو أعظم من هذا في حق الشرع كالصلاة والحدود وليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن ، لانه لم يبق لها عليه ملك ولا يتوهم ، قالوا إلا أن تكون مراهقة يتوهم ان تحبل ، فحينئذ هي كالكتابية .

( وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة ـ والموت ـ لقوله تعالى ﴿ولا تخرجوهن من بيوتهن﴾ ١ الطلاق ، والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه ) نسب البيوت إليهن بحق السكنى ، ولما قال الله تعالى ﴿ وقرن في بيوتكن ﴾ ٣٣ الاحزاب ، وإنما البيوت للازواج ، والسكنى عام يشمل البيت المملوك والمستأجر والمستعار جميعاً .

ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه . وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ،

---

( ولهذا ) اي ولاجل وجوب اعتداده في المنزل الذي يضاف إليهن بالسكنى ( ولوزارت أهلها وطلقها زوجها ، كان عليها ان تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام ) اي وقال النبي ﷺ ( للتي قتل زوجها ، اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة كلهم من طريق سعد بن اسحاق بن كعب بن عجزة عن عمته زينب بنت كعب بن عجزة ، ان الربعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري أخبرتها انها جاءت إلى رسول الله ﷺ فسألته ان ترجع إلى أهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب عبد له ، ابقوا حتى إذا كان بطرق العروم ، لحقهم فقتلوه .

قالت ، فسألت رسول الله ﷺ ان أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك مسكناً ولا نفقة قالت ، فقال يا رسول الله ﷺ نعم . قالت فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة او في المسجد ناداني رسول الله ﷺ او أمر بي فنوديت له ، فقال كيف قلت ، فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي ، قال اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله . قالت فاعتدت فيه أربعة أشهر وعشراً ، قالت فلما كان عثمان رضي الله تعالى عنه أرسل إلي ، فسألني عن ذلك ، فأخبرته فاتبعه وقضى به . وأخرجه الترمزي :

حدثنا الانصاري ، حدثنا معين ، حدثنا مالك عن سعد بن اسحاق إلى آخره ، ثم قال هذا حديث حسن صحيح أخرجه أبو داود والنسائي من طريق مالك ، وأخرجه ابن ماجة من رواية أبي خالد الأحمر . ورواه أحمد وإسحاق وأبو داود الطيالسي الشافعي ، وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم . ورواه ابن حبان في صحيحه ، وأخرجه الطحاوي من ثمان طرق . وقد طعن ابن حزم فيه ، بأنه من طريق زينب بنت كعب بن عجزة ، وهي مجهولة ولا روى عنها غير سعد بن اسحاق بن كعب وهو غير مشهور . وأجيب بأنه لا يلتفت إلى كلامه بعد أن حكم الترمذي بصحته .

وإن كان نصيبهـــا من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم ، انتقلت ، لأن هذا انتقال بعذر . والعبادات تؤثر فيهـــا الأعذار ، أو صار كما إذا خافت على متاعها أو خـافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد

---

وقال ابن المنذر ثبت دليل حديث فريعة في تصحيح الترمذي اياه توثيقها توثيق سعد ابن اسحاق ، ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه إلا واحد . وقـــال ابن عبد البر ، حديث مشهور معروف عند علماء العراق والحجاز . واعلم أنه وقع في رواية يحيي بن يحيي عن مالك عن سعيد بن اسحاق بزيادة البـــاء بعد العين . وكذا وقع في رواية عبد الرزاق والبخاري في تاريخه ، ووقع في رواية الجمهور عن سعد بدون الباء ، وهو تصحيح بطرق القدوم بفتح القاف وضم الدال المخففة ، وهو اسم موضع على ستة أميال من المدينة .

وجاء في حديث آخر أن ابراهيم عليه السلام اختير بالقدوم قوله حتى يبلغ الكتاب أجله ، يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك . فإن قلت حديث يشكل على المذهب ، وهو مـــا رواه الدارقطني عن محرب بن محرز عن أبي مالك النخعي عن عطاء بن السائب ، عن علي رضي الله عنه . قال أن النبي ﷺ أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت قلت قال الدارقطني ، لم يسنده غير أبي مالك النخعي ، وهو ضعيف . وقال ابن القطان ومحرب ابن محرز أيضاً ضعيف وعطاء مخلوط .

( وإن كان نصيبها دار الميت لا يكفيها ) بأن كان نصيبها وحدها لا يكفيهـــا ( وأخرجها الورثة من نصيبهم ) بأن لم يرضوا بسكناها ( انتقلت لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات يؤثر فيها الأعذار ) والدليل عليه ما روي ان علياً رضي الله تعـالى عنه نقل ابنته أم كلثوم حين قتل عمر رضي الله تعالى عنه من بيت العدة ، لأن عمر رضي الله تعالى عنه كان يسكن في دار الإمارة ، وقد انتقلت الدار إلى عثمان رضي الله تعالى عنه ( فصار كما إذا خافت على متاعها ) في ذلك المنزل من سرقة أو نهب .

( أو خافت سقوط المنزل ) عليها ( أو كانت فيها بأجر ) يعني بأجرة ( ولا تجـــد

ما تؤديه . ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث ، لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقاً يخاف عليها، فحينئذ تخرج ، لأنه عذر . ولا تخرج عما انتقلت إليه . والأولى أن يخرج هو ويتركها إن جعلا بينهما امرأة ثقة، تقدر على الحيلولة فحسن. وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج . والأولى خروجه. وإذا خرجت

---

ما تؤديه ) أي لا تقدر على أدائها . وكذا إذا كانت في بعض الرساتيق ، فدخل عليها من السلطان أو غيره ، فلها أن تنتقل إلى المصر ( ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث ) أي ثلاث تطليقات ( لا بد من سترة بينهما ) أي بين الرجل والمرأة . قال في النهاية يعني إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد ، وكذا هذا في الوفاة ، إذا كان في ورثة من ليس بمحرم ( ثم لا بأس ) أي بعد وجود السترة ، لا بأس أن يسكنها في بيت واحد ( لأنه ) أي لأن الرجل مسلم ( معترف بالحرمة ) وحال من هو كذا يجتنب الحرام ( إلا أن يكون فاسقاً ) استثناء من قوله لا بأس مع السترة ( يخاف عليها منه ، فحينئذ يخرج لأنه عذر ) ولو كانت بينهما سترة ، فيكون ذلك المنزل ، كالمنزل الأول ، فلا تنتقل منه إلا ببعض الأعذار وهو معنى قوله :

( ولا تخرج عما انتقل إليه ) أي ولا تخرج عن المنزل الذي انتقلت إليه . قالوا في شرح الجامع الصغير وإن أخرج الزوج فهو أولى وهو معنى قوله ( والأولى أن يخرج الزوج) من بيت ( ويترك المرأة ) فيه احتراز عن الخروج .

( وإن جعلا ) أي الزوجان ( بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة ) أي على كونها حائلة بينهما (فحسن) لحصول المقصود . وإن لم يجد امرأة ثقة ، فلها الانتقال إلى منزل آخر . ولو كان الزوج غائباً ، تعطى أجرة المنزل إذا طلبها صاحبها بإذن القاضي لترجع على الزوج .

( وإن ضاق عليها المنزل فلتخرج ) أي المرأة ( والأولى خروجه ) أي خروج الرجل، فيكتري منزلاً آخر لنفسه ، ويتركها في المنزل الذي وقعت فيه الفرقة ( وإذا خرجت

المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام ، رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى ، بل هو بناء . وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها ولي أو لم يكن . معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج . إلا أن الرجوع أولى ، ليكون الاعتداد في منزل الزوج .

---

المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها ) في بعض الطريق ( فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بامتداد الخروج معنى ) أي من حيث المعنى ، لأن خروج المعتدة ما دون السفر مباح ( بل هو بناء على الخروج الاول إن كانت أي بينها وبين مصرها ) ثلاثة أيام ( رجعت إلى مصرها ، لأنه ليس بامتداد الخروج ، بل هو بناء على الخروج الأول وإن كانت ) أي الممتدة ( بينها وبين مصرها ثلاثة أيام . إن شاءت رجعت إلى مصرها وإن شاءت مضت ) إلى مقصدها .

( سواء كان معها ولي أو لم يكن ) أي معنى قول محمد ، لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير . وذكر محمد إن كانت ثلاثة أيام ، رجعت إلى مصرها ، وإن شاءت مضت معناه ( إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج ) أي الخوف عليها أكثر من خوف الخروج بغير محرم . كالتي أسلمت في دار الحرب لها أن تهاجر بغير محرم لخوفها على نفسها ودينها . فهذا في المفازة كذلك ، ولو كان المصر يقرب منها على غير طريق القافلة ، فليس لها أن تختلف عن القافلة . كذا في شرح الطحاوي .

( إلا أن الرجوع أولى ) استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت ، أي الا أن الرجوع إلى مصرها أولى ( فيكون الاعتداد في منزل الزوج ) لأنه حينئذ تقع

قال إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر، فإنها لا تخرج حتى تعتد، ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند أبي حنيفة «رح». وقال أبو يوسف ومحمد «رح» إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد. لهما إن نفس الخروج مباح دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة. وهذا عذر. وإنما الحرمة للسفر، وقد انقطعت بالمحرم. وله أن العدة أمنع من الخروج من عدة المحرم، فإن للمرأة إن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم. وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير محرم ففي العدة أولى

---

عدتها في المنزل الذي أمرت به في قوله ﷺ، اسكني في بيتك.

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر) استثناء من قوله إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت، يعني أن لها الخيار في ذلك، إلا إذا كانت المفارقة في مصر (فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج) يعني بعد انقضاء عدتها (إن كان لها محرم وهذا) أي المذكور (عند أبي حنيفة «رح»، قال أبو يوسف ومحمد إن كان معها محرم فلا بأس أن تخرج من المصر قبل أن تعتد) وهو قول أبي حنيفة أولاً (لهما) أي لأبي يوسف ومحمد (أن نفس الخروج مباح) بالاتفاق بدليل أنها تخرج إلى ما دون السفر بالاتفاق (دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة، فهذا عذر. وإنما الحرمة للسفر وقد انقطعت) أي الحرمة (بالمحرم) أي بوجود المحرم، فصار السفر مع المحرم كما دون السفر بدون المحرم.

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم، فإن للمرأة أن تخرج إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى) بأن يحرم وفي المحيط البدوي طلق امرأته، فأراد نقلها إلى مكان آخر، فإن لم تتضرر، يتركها في ذلك الموضع في نفسها وما ليس له ذلك. وإن تضررت فله ذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات.

# باب ثبوت النسب

ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق ، فتزوجها، فولدت ، ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها فهو إبنه وعليه المهر ، إما بالنسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولـد لستة أشهر من وقت النكاح ، فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق . فكان العلوق قبله في حالة النكاح . والتصور

---

## ( باب ثبوت النسب )

أي هذا باب في بيان ثبوت النسب ، لمـــا ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر واولات الأحمال ذكر ما يلزم من اعتداد اولات الاحمال ، وهو ثبوت النسب .

( ومن قال تزوجت فلانـــة فهي طالق ، فتزوجها فولد ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها ) أي من وقت تزوجها ، لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد ، فيكون بمعنى الوقت ، يعني من غير زيادة ولا نقصان . وإنما قيد بهذا لأنها إذا جاءت بالولد لأكثر من ستة أشهر وقت النكاح ، لا يثبت النسب ، لأنها جاءت بالولد بعد الطلاق ظاهراً ، فلا يثبت النسب ولا يجب العدة . وكذا إذا جـــاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، لا يثبت النسب أيضاً ، لأن العلوق يكون حينئذ قبل النكاح . ( فهو ابنه وعليـــه المهر ، أما النسب ) أي اما ثبوت النسب :

( فلأنها ) أي فلأن المرأة ( فراشه ) قال ﷺ ، الولد للفراش وللعاهـر الحجر أي لصاحب الفراش . والفراش العقد كذا فسره الكرخي ( لأنها ) أي لأن المرأة ( لمـــا جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت ) أي بالولد ( لأقل منها ) أي من ستة أشهر ( من وقت الطلاق ، فكان العلوق قبله ) أي قبل الطلاق ( في حالة النكاح ، والتصور

ثابت بأن تزوجها وهو مخالطها ، فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته . وأما المهر ، فلأنه لما ثبت النسب منه ، جعل واطئاً حكماً فتأكد المهر به . قال ، ويثبت نسب ولد المطلقة

---

ثابت ) أي تصور الوطء والإعلاق ثابت ، وبين ذلك بقوله ( بان تزوجها ) أي بأن يتزوج هذه المرأة ( وهو مخالطها ) أي والحال أنه يجامعها ، يعني كأنه تزوجها وهو على بطنها والناس يسمعون كلامها ( فوافق الإنزال النكاح ) مقارناً الطلاق . وقال الأترازي ، إذ من الجائز أن يكون على بطنها ، وحالة الإنزال تزوجها والشهود عنده ، أو قد علقت من ساعته فيكون وقت النكاح ووقت الوطء ، واحداً .

( والنسب يحتاط في إثباته ) هذا فيثبت هذا أيضاً جواب عما يقال ، هذا تصور بعيد وأمر نادر ينبغي أن لا يثبت النسب ، كما هو قول زفر وقول محمد أولا فأجاب بقوله ، والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت استحساناً لأنه يحتال في أمره كما ذكرنا .

ومن المشايخ من قال ، لا يحتاج إلى هذا التكليف ، وقيام الفراش كاف ، ولا يعتبر إمكان الدخول إذا النكاح قائم مقام الماء ، كما في تزوج المشرقي بالمغربية ، وبينهما مسيرة سنة ، فجاءت بالولد لستة أشهر يثبت النسب وإن لم يتوهم الدخول لبعده عنها ، قيل التصور شرط فيه . ولهذا لو جاءت امرأة الصغير بولد ، لا يثبت نسبه ، وفي حق المشرقي الإسكان موجود ، وكرامة الأولياء حق بأن يكون صاحب خطوة .

( وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئاً حكماً ، فيتأكد المهر به ) أي بالوطء حكماً وهو أقوى من الخلوة ، فيجب المهر كاملا وقال الفقيه أبو الليث ، قال أبو يوسف في الأمالي ، ينبغي في القياس أن يجعل على الزوج مهر ونصف ، لأنه قد وقع الطلاق عليها ، فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول .

قال إلا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب إلا مهر واحد ، لأنا جعلناه بمنزلة الدخول في طريق الحكم ، فتأكد ذلك الصداق ، فاشتبه وجوب الزيادة (ويثبت نسب ولد المطلقة

الرجعة إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ، ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة ، لجواز أن تكون ممتدة الطهر. وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة ، وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة . ولا يصير مراجعاً لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده ، فلا يصير مراجعاً بالشك .

---

الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ، ما لم يقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أن تكون ممتدة الطهر ).

فكان وطؤه اللازم من ثبوت النسب الواقع في العدة رجعة عليها ( وإن جاءت به لأقل من سنتين ، بانت من زوجها لانقضاء العدة ) بوضع الحمل ( وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ، ولا يصير مراجعاً لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك ) فإن قيل ينبغي أن يصير مراجعاً لأن الوطء هنا حلال ، فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات ، وهي حالة العدة إذ الأصل في الحوادث أن يحال أقرب الأوقات ، فتثبت الرجعة .

قلنا في ذلك العمل ، أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعاً دون الإشهاد بالفعل . فأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحالته كذا في المبسوط لشيخ الإسلام ، وهذا كله إذا لم تقر بانقضاء العدة البائن أو الرجعي . أما لو قرت بالإنقضاء ، والمدة تصلح لثلاثة اقراء عند أبي حنيفة ستون يوماً وعندهما تسعة وثلاثون يوماً ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، يثبت النسب لتيقنها ببطلان الإقرار إن ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يثبت . وكذا المتوفى عنها زوجها،لو أقرت بانقضاءالعدةبعد اربعة أشهر وعشراً فهي على هذا التفصيل . وإن لم تقر ، يثبت النسب إلى سنتين ، لأن عدة الوفاة يحتملها الانقضاء ، بانقضاء أربعة أشهر وعشراً بوضع الحمل .

وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، كانت رجعة لأن العلوق بعد الطلاق . والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها ، فيصير بالوطء مراجعاً والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين ،لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً وقت الطلاق ، فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ، فيثبت النسب احتياطاً . وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة ، لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق ، فلا يكون

---

( وإن جاءت به ) أي بالولد ( لأكثر من سنتين كانت رجعة ، لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر انه منه ) أي أن الولد من الرجل ( لانتفاء الزنا منها ) أي لأجل انتفاء الزنا منها حملا لحالها على الصلاح ( فيصير بالوطء مراجعاً ) فإن قيل هاهنا وجه آخر من غير أن يلزم الزنا منها بأن يحمل امرها على التزوج بآخر بعد انقضاء العدة . فإن قالت ، والحال أنها لم تزوج ، قلنا والحال انه لو وطئها في العدة ، إذ لو وطئها تثبت الرجعة من غير تقرير هذا التكليف . فلما كان كذلك ، كان حمل أمرها على التزوج بآخر أولى ، لما فيه من رعاية الأصل ، وهو انه لا يثبت الرجعة بالشرك ، قلنا نعم كذلك إلا أن الحكم في النكاح الأول اسهل من الحكم بإنشاء نكاح آخر .

قال الأكمل ، وفيه نظر ، لأنه غير واقع ، بل هو التزام سؤال . والصواب في الجواب ، أن المراد بقوله لانتفاء الزنا عنها لازمة وهو تضييع الولد ، فيكون ذلك الملزوم وإرادة اللازم وهو مجاز . وحينئذ يندفع السؤال لأنا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول ، بقي الولد ضائعاً . فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما في معناه فيه .

( والمبتوتة ) أي المطلقة طلاقاً بائناً أو ثلاثاً ( يثبت نسب ولدها إذا جاءت به ،لأقل من سنتين ، لأنه يحتمل أن يكون الولد قائماً ) أي ثابتاً ( وقت الطلاق فلايتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ،فيثبت النسب احتياطاً . وإذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة ، لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق ) وإلا لزاد أكثر مدة الحمل سنتين وهو باطل ( فلا يكون

منه ، لان وطأها حرام . إلا أن يدعيه لانه التزمه وله وجه ، بأن وطأها بشبهة في العدة . فإن كانت المبتوتة صغيرة ، يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لاقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يثبت النسب منه إلى سنتين ، لانها معتدة ، تحتمل أن تكون حاملاً ، ولم تقر بانقضاء العدة ، فأشبهت الكبيرة

---

منه لأن وطأها حرام إلا أن يدعيه ) استثناء من قوله لم يثبت ، أي لم يثبت النسب إذا جاءت المبتوتة بولد تمام سنتين ، إلا أن يدعيه أي إلا أن يدعي الزوج الولد ( لأنه التزمه ) أي لأنه التزم النسب عند دعواه .

( وله وجه ) شرعي ( بأن وطأها بشبهة في العدة ) والنسب يحتاط في إثباته ، فيثبت . قيل هذا مناقض لرواية كتاب الحدود حيث قال إن النسب لا يثبت بالوطء في عدة المبتوتة ، أجيب بأنه يمكن أن تحمل المبتوتة في كتاب الحدود على المبتوتة بثلاث أو على مال لا على المبتوتة بالكنايات ، فحينئذ يندفع التناقض لمكان الاختلاف في وقوع البائن في الكنايات . ولهذا قيده صاحب الكتاب في الحدود بطلاق البائن على مال ، وهل يحتاج لتصديق المرأة أم لا . قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان ، في رواية يحتاج إلى تصديقها وفي رواية لا يحتاج . ولم يذكره السرخسي في شرح الكافي والبيهقي في الشامل .

( فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر ) أي من وقت الطلاق ، وهي لم تقر بانقضاء العدة . اما لو اقرت بالانقضاء بثلاثة أشهر ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، يثبت لأنا عرفنا بطلان الإقرار إذ في بطنها ولد .

( لم يلزمه ) اي يلزم النسب ( حتى تأتي به ) اي بالولد ( لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة ، يحتمل أن تكون حاملا ، ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ) وبيان الاحتمال ما قيل أن الكلام في

ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهو الاشهر فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء ، وهو في الدلالة فوق إقرارها لانه لا يحتمــل الخلاف والإقرار يحتمله ، وإن كانت مطلقة طلاقاً رجعياً ، فكذلك الجواب عندهما وعنده

---

المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة ، فتحتمل أن تكون حاملا وقــت الطلاق ، فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل . ويحتمل أنها حبلت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر . وإذا كانت كذلك ، كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها في سنتين .

( ولهما ) اي ولأبي حنيفة ومحمد ( أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الأشهر ) لقولـه تعالى ﴿ واللائي لم يحضن ﴾ ٤ الطلاق ( فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء وهو ) اي الشرع بالإنقضاء ( في الدلالة ) بالانقضاء ( وهو ) اي حكم الشرع بالانقضاء ( وهــي ) اي حكم الشرع ( فوق إقرارها ) اي في الدلالة على انقضاء العدة فوق إقرار المرأة ( لأنه ) اي لأن حكم الشرع ( لا يحتمل الخلاف والإقرار ) اي إقرار المرأة ( يحتمله ) اي الخلاف والكذب.

فإن قيل يشكل عليه المتوفى عنها زوجها ، فإن لعدتها جهة معينة ، وهي أربعــة أشهــر وعشراً ، ما لم يكن فيه الحبل ظاهر . ثم هناك ما يثبت إلى سنتين عند علمائنا الثلاثة وإلا يحكم بالانقضاء بالأشهر ، هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع . فكذا هنا قلنـا لا يشكل لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي الحبل ، إذا الأصل في الكبيرة الإحبال ، وهنـا لأن الأصل في الصغيرة عدم الإحبال في الكبيرة أيضاً ، لا نقول ذلك في حق غير المنكوحة ، فلا تعتد إلا للإحبال فكان الأصل فيه الإحبال كذا في المبسوط .

( وإن كانت ) اي الصغيرة مطلقة طلاقاً رجعياً ، فكذلـك الجواب عندهما ، اي عند أبي حنيفة ومحمد يعني إن ولدت لأقل من تسعة أشهر يثبت النسب وإلا فلا ( وعنده ) اي عند أبي يوسف ( يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً ، لأنه يجعل وطئاً في آخر العدة ، وهي الثلاثة الأشهر ، ثم تأتي به لأكثر من مدة الحمل ، وهو سنتتان . فإن كانت الصغيرة ادعت

يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً ، لأنه يجعل واطئاً في آخر العدة ، وهي ثلاثة الاشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان . وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة ، فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لأن بإقرارها حكم ببلوغها . ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين . وقال زفر إذ جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر ، لا يثبت النسب ، لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة ، فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة ،

---

الحبل في العدة ، فالجواب فيها وفي الكبيرة ، سواء لأن بإقرارها حكم ببلوغها ) معناه ، أعرف بأمر عدتها ، فيحكم بإقرارها ببلوغها ) فيثبت نسب ولدها لأقل مدة تبين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعي ، وبه صرح في شرح الطحاوي.

( ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين ) هذا إذا لم يكن المتوفى عنها زوجها صغيرة ، لأن نسب ولدها يثبت إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ، وإذا ولدت لأكثر من ذلك ، لا يثبت عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف .

( وقال زفر ، إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر ، لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة ) لأنه لما لم يكن الحبل ظاهراً فقد حكم الشرع بالانقضاء بمضي أربعة أشهر وعشراً وذلك أقوى من أقرارها ( فصار كما إذا أقرت بالانقضاء ) ثم بعد انقضاء العدة ، وإذا ولدت لأقل من ستة أشهر يثبت النسب لا بالقضاء بوجود الحبل قبل انقضاء العدة وإذا ولدت لأكثر من ذلك فلاحتمال حدوث الحبل فلا يثبت النسب بالشك ( كما بينا في الصغيرة ) أشار به إلى قوله لأن لانقضاء عدة جهة معينة .

إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى ، وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحل ، لأنها ليست بمحل قبل البلوغ ، وفيه شك . وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه ، لأنه ظهر كذبها بيقين ، فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر ، لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده . وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة. وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة «رح» إلا أن يشهد بولادتها رجلان

---

( إلا أنا نقول ) اي غير أنا نقول ( لانقضاء عدتها جهة أخرى ، وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة ، لأن الأصل فيها ) اى في الصغيرة ( عدم الحل لأنها ليست بمحل ) اى لأن الصغيرة ليست بمحل الحمل ( قبل البلوغ وفيه ) اى في الصغيرة ( شك ) وكان الصغر ثابتاً فلا يزول بالشك .

( وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ، ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه ) يعني من وقت الإقرار ( لأنه ظهر كذبها بيقين ، فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت ) وقال الشافعي يثبت منه إلا أن تكون قد تزوجت ، فيثبت من الثاني لو تأتي به لأكثر من أربعة سنين . وقوله إذا اعترفت المعتدة يتناول كل معتدة عن وفاة او عن طلاق بائن او رجعي ، لأنه أطلق المعتدة ولم يقيدها ( لانا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ ) أراد به قوله وإذا اعترفت المعتدة ( بإطلاقه يتناول كل معتدة ) وقد ذكرناه الآن قبل ذكر المرغيناني وقاضي خان أن الآيسة لو أقرت بانقضاء عدتها ، ثم جاءت لاقل من سنتين ، ثبت نسب ولدها ، فلم يتناول كل معتدة . وقال الكاكي إلا أن قوله كل معتدة غير الآيسة .

( وإذا ولدت المعتدة ولداً لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان

أو رجل وامرأتان ، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر ، أو اعتراف من قبل الزوج ، فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة

---

او رجل وامرأتان ، إلا أن يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج ) بكسر القاف وفتح الباء الموحدة ( فيثبت النسب من غير شهادة ) ثم قوله المعتدة باطلاقها يتناول المعتدة عن وفاة او عن طلاق رجعي او بائن . ولهذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ، وإن ادعت أنها ولدت وذلك بعد الوفاة او طلاق بائن لم يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين عند أبي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي .

( وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة ) مسلمة عدلة حرة . وبه قال أحمد وعند الشافعي يشترط أربع نسوة ، وعند مالك وابن أبي ليلى يثبت بشهادة امرأتين . وعند زفر لا يثبت بشهادة النساء ، وعندهما يشترط الحرية ولفظ الشهادة ، ولا يشترط الذكورة والعدة . وذكره في المبسوط . وقال فخر الإسلام يثبت بشادة القابلة عند أبي يوسف ومحمد ، وفي المختلف لا تقبل شهادة القابلة على الولادة ، إلا بمؤيد وهو ظهور الحبل وإقرار الزوج بالحبل او قيام الفراش.

يعني أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج . وفي تعليق الطلاق بالولادة ، لا تقبل إلا ببينة ، ولا تقبل شهادة القابلة إلا عند ما ذكرنا من القرائن ، وعندهما يقضي بشهادة القابلة وحدها . الى هنا لفظ المختلف . وفي المحيط لا يشترط العدد لئلا يكثر النظر الى العورة . وقال مشايخ خراسان يشترط لفظ الشهادة لانها موجبة على غيره . وعند مشايخ العراق لا يشترط ، وفي قاضي خان . وعلى هذا الخلاف كل ما يطلع عليه الرجال . وأجمع أصحابنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة القابلة ، عند قيام النكاح ، واختلفوا بعد الموت والطلاق ، فعند أبي حنيفة لا يثبت وعندهما يثبت .

لأن الفراش قائم بقيام العدة ، وهو ملزم للنسب . والحاجة إلى تعيين الولد أنه منهـــا ، فتعيين بشهادتها كما في حال قيام النكاح . ولأبي حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل . والمنقضي ليس بحجة، فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء ، فيشترط كمال الحجـة ، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صـدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين ثبت بشهادتها. فإن كانت معتدة عن وفاة وصدقها الورثة في الولادة ، ولم يشهد على الولادة أحد ، فهو ابنه في قولهم جميعـــاً .

---

( لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ) اى قيام الفراش ( ملزم للنسب ) وبغير الفراش كونها متعينة الى الزوج حتى أن كل ولد يحدث منها يثبت نسبه ( والحاجـــة الى تعيين الولد) اى الحاجة هنا في اثبات النسب الى تعيين الولد ( فيتعين بشهادتها ) اى بشهـــادة القابلة ( كما في حال قيام النكاح ) واقرار الزوج بالحبل وظهور الحبل ( ولابي حنيفـة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل ، والمنقضي ليس بحجة ) يعني الذي انقضى ليس بحجة ، والحجة هو القائم ( فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء ) بانقضاء ( فيشترط كمال الحجة ) لان المرأة لما ولدت صارت أجنبية لانقضاء عدتها ونسب ولد الاجنبية من الاجنبي ، لا يثبت الا بحجة تامة ، فلا يقضى بشهادة القابلة وحدها ( بخلاف ما اذا ظهـر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتهـــا ) أي بشهادة القابلة ، لأنه عليه السلام أجاز شهادة القابلة على الولادة .

( وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ، ولم يشهد على الولادة أحد ، فهو ابنه في قولهم جميعاً ) ويرثه بمعنى تصديق الورثة أن يقروا به جميعاً . أو أقر جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بأن كان رجلان منهم او رجل وامرأتان منهم ، وجب الحكم باثبات النسب حتى يشارك المصدقون والمنكرون . ذكره البزدوي والتمرتاشي . وقـــال

وهذا في حق الإرث ظاهر ، لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم . أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم ، قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة . ولهذا قيل تشترط لفظ الشهادة . وقيل لا تشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط

---

الاسبيجابي هذا جواب الاستحسان . وفي القياس لا يثبت لانهم يقرون على الميت بالنسب فلا يقبل .

وقال شمس الأئمة في تعليل المسألة الوارثون قائمون مقام الزوج ومن قال الزوج أنها ولدته يثبت النسب ، فكذا تصديق الورثة بعد موته . وهذا لأن ثبوت النسب باعتبار الفراش ، وذلك باق ببقاء العدة بعد موته والحاجة إلى الشهادة ليظهر له ولادتها ، فيصان الولد ، وقد حصل ذلك بتصديق الورثة بل باعتبار الضرر .

( وهذا ) اي تصديق الورثة ( في حق الإرث ظاهر ، لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم ) واختلف مشايخنا في أن لفظ الشهادة هل يشترط من الورثة أم لا . قال بعضهم يشترط بعد ان يكون في مجلس الحكم كذلك . قال فخر الإسلام وذلك لأن النسب لا يثبت في حق الناس كافة إلا بلفظ الشهادة . وقال بعضهم لا يشترط وإليه ذهب الفقيه أبو الليث .

( أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم ) أي في حق غير المصدقين وغيرهم هم المنكرون من الورثة وغيرهم الميت ( قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة ) بان كانوا ذكوراً أو إناثاً لم يثبت النسب في حق غيرهم ، حتى يشارك الولد المنكرين أيضاً في الإرث ويطلب غريم الميت بدينه ( ولهذا ) أي ولاشتراط كونهم من أهل الشهادة ( قيل يشترط أيضاً لفظ الشهادة ، وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع الثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعاً لا يراعى فيه الشرائط ) كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الإقامة .

وإذا تزوج رجل امرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها ، لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه. وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً ، يثبت نسبه منه، إعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة ، فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بولادة ، حتى لو نفاه الزوج يلاعن ، لأن النسب يثبت بالفراش القائم . واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورية وجود الولد ، فإنه يصح بدونه .

---

( وإذا تزوج الرجل المرأة فجاءت بالولد لأقل من ستة اشهر ، منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه ، لأن العلوق سابق على النكاح ، فلا يكون منه . وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً ، يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لان الفراش قائم والمدة ) اي مدة هذا الحمل من وقت النكاح ( تامة ) فيثبت النسب ( فإن جحد الولادة ) أي فإن انكر الزوج الولادة ( يثبت ) اي النسب بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة . وأراد بامرأة واحدة حرة مسلمة . وبه صرح في المبسوط وهاهنا خلاف بين العلماء ذكرناه عن قريب ( حتى لو نفاه الزوج يلاعن ) لأن اللعان بالقذف ( لان النسب يثبت بالفراش القائم ) ولا ينتفي باللعان على تقيد في مدة يصح نفيه فيها . وقد مر بيان المدة في باب اللعان . (واللعان إنما يجب بالقذف ) هذا جواب عما يقال اللعان هنا إنما يجب بنفي الولد ، والولد يثبت بشهادة القابلة . وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد ، والحد لا يثبت بشهادة النساء . وأجاب بقوله :

( واللعان إنما يجب بالقذف ) والقذف موجود لان قوله ليس مني قذف لها بالزنا معنى . والقذف لا يستلزم وجود الولد ، فإنه يصح بدونه فلم يضر الولد الثابت بشهادة القابلة ( وليس من ضرورته ) اي من ضرورة اللعان ( وجود الولد فإنه يصح بدونه ) أي بدون الولد .

فإن ولدت ثم اختلفا ، فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة ، وقالت هي منذ ستة أشهر ، فالقول قولها وهو إبنه لأن الظاهر شاهد لها ، فإنها تلد ظاهراً من النكاح لا من سفاح ، ولم يذكر محمد الاستحلاف ، وهو على الاختلاف . وإن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق ، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك . قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه

---

( فإن ولدت ثم اختلفا ، فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر ، وقالت هي منذ ستة اشهر ، فالقول قولها وهو ابنه لان الظاهر شاهد لها ، فإنها تلد ظاهراً من نكاح لا من سفاح ) وهو الزنا لا يقال الظاهر شاهد له أيضاً ، لان الاصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الازمان ، فتعارضا ، فلا بد من دليل الترجيح لانا نقول الحوادث هو لزوم حمل أمرها على الفساد تقوير اعتبار قول الزوج ولا يجوز ذلك .

( ولم يذكر محمد الاستحلاف ) أي ان المرأة تستحلف أم لا ( وهو على الاختلاف ) المذكور في الاشياء الستة ، فتستحلف عندهما خلافاً لابي حنيفة ، لان الإختلاف وقع في النسب والنكاح .

( وإن قـــال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق ، فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة ، وقالا تطلق لان شهادتها ) اي لان شهادة المرأة (حجة في ذلك ) أي في باب الولادة وهنا قيدان تركهما المصنف فلا بد من ذكرهما . أحدهما عدم إقرار الزوج بالحمل ، والآخر عدم كون الحبل ظاهراً . وهنا مسألتان إما أن يقر الزوج بالحبل أو لا يقر به ، فإن لم يقر بـــه لا يقع الطلاق بقولها ولدت ، ولا يثبت النسب بالاتفاق إذا لم تشهد القابلة . أما إذا شهدت وقع الطلاق .

( قال عليه‌السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليـه ) هذا حديث

ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق . ولأبي حنيفة « رح » أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق ، لانه ينفك عنها . وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما تشترط

---

غريب ، فلذلك لم يذكره أكثر الشراح . وقال مخرج الاحاديث روى ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع ، حدثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن الزهري ، قال مضت السنة أن يجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء منهن . ويجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال ، وامرأتان فيما سوى ذلك . ورواه عبد الرزاق في مصنفه. أخبرنا ابن جريج عن الزهري فذكره .

( ولانها ) أي ولان المرأة أعني القابلة ( لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ) لان وقوع الطلاق متعلق بها ( ولابي حنيفة انها ) أي ان المرأة التي هي الزوجة ( ادعت الحنث ) على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك ( فلا يثبت إلا بحجة تامة ) أي كاملة . وهذا إشارة إلى عدم ثبوت دعوى المرأة إلا بحجة كاملة ( لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة ) لأن مجلس الولادة لا يطلع عليه الرجال . والثابت بالضرورة لا يتعدى موضع الضرورة ( فلا يظهر في حق الطلاق لأنه ) أي لأن الطلاق ( ينفك عنها ) أي عن الولادة في الجملة يعني يوجد بدونها . وكذا الولادة توجد بدون الطلاق وإن صار الطلاق هنا من لوازمها ، كمن اشترى لحماً ، فشهد مسلم أنه ذبيحة مجوسي قبلت ذبيحته في حرمة الأكل ، ولا يثبت تمجس الذابح في حق الرجوع على البائع بشهادة الواحد ، كذا في جامع قاضي خان .

( وإن كان الزوج قد أقر بالحبل ) يعني إذا أقر الزوج بالحبل ، ثم علق طلاقها بالولادة ، فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج ( طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط

شهادة القابلة ، لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث ، وشهادتها حجة فيه على ما بينا . وله أن الإقراز بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة . ولأنه أقر بكونها مؤتمنة ، فيقبل قولهـا في رد الأمانة . قال وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة « رض » الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل ،

---

شهادة القابلة لأنها لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه ) أي شهادة القابلة حجة في الحنث ( على ما بينا ) يعني في المسألة الأولى .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن الإقرار بالحبل إقرار بمـا يفضى إليه ) أي بالشيء الذي يفضي الحبل إلى ذلك الشيء ( وهو الولادة ) الضمير في وهو يرجع إلى مـا ( ولأنه أقر بكونها مؤتمنة ) لأنه علق طلاقها بأمر كائن وهو الولادة . والقول قول المؤتمن في دعوى رد الأمانة ( فيقبل قولها في رد الأمانة قال ) أي القدوري ( وأكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله تعالى عنها ، الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل ) أخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك :

حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة « رض » قال أتزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر مـا يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ لا يكون الحمل أكثر من سنتين . وأخرج الدارقطني أيضاً من جهة البيهقي عن الوليد بن مسلم ، قالت ، قلت لمالك بن أنس حديث عائشة رضي الله تعالى عنها ، قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل المغزل ، قال كان من يقول هذا ، هذه جاءتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدوق ، وزوجها رجل صدوق ، حملت ثلاثة أبطن في اثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين قوله ولو بظل مغزل أي بقدر كمث ظله حال الدوران ، لأن ظله حال الدوران أسرع زوالاً من سائر الظلال ، والغرض المبالغة في تعليل المـــدة . وفي بعض النسخ ولو بفلك مغزل وهو رواية المبسوط ، والإيضاح أي بدور فلكة مغزل . وفي شرح الإرشاد ولو بدور ظله مغزل .

وأقله ستة أشهر لقوله تعـالى ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الأحقاف ، ثم قال ﴿ وفصاله في عامين ﴾ ١٤ لقمان ، فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي يقدر الاكثر بأربع سنين والحجة عليه ما رويناه . والظاهر أنها قالته سماعاً ، إذ العقل لا يهتدي إليه .

ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها ، فإن جاءت بولد لاقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه ، وإلا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة ، فإن العلوق سابق على الشراء . في الوجه الثاني

---

( وأقله ستة أشهر لقوله عز وجل ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ﴾ ١٥ الأحقاف ثم قال الله تعالى ﴿ وفصاله في عامين ﴾ ١٤ لقمان ، فبقي للحمل ستة أشهر والشافعي «رض» يقدر الأكثر ) أي أكثر مدة الحمل ( بأربع سنين ) وبه قال مالك في المشهور وأحمد كذلك . وقال عبادة خمس سنين ، وقال الزهري ست سنين ، وقال ربيعة بن عبد الرحمن سبع سنين ، وقال الليث ثلاث سنين ، وبقولنا قال الثوري والضحاك بن مزاحم وهو ابن حيان وأحمد في رواية .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي ( ما رويناه ) وهو حديث عائشة ( والظاهر انها قالته سماعاً ) أي الظاهر أن عائشة قالت الحديث المذكور من حديث السماع عن النبي ﷺ ( إذ العقل لا يهتدي إليه ) يعني العقل لا يدرك هذا ، لأن ما في الرحم لا يعلمه إلا الله تعالى .

( ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها ) يريد به طلاقها بعد الدخول ، إذا لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن يجيء لأقل من ستة أشهر منذ فارقها ( فإن جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه ) أي الولد ( وإلا لم يلزمه ) أي وإذا جاءت به لأكثر من ذلك لم يلزمه ( لأنه في الوجه الأول) أراد به ما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر ، ولد المعتدة ( فإن العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ) أراد به ما إذا ولدته

ولد المملوكة لانه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة ، وهذا إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً . أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق ، لانها حرمت عليه حرمة غليظة ، فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله ، لانها لا تحل بالشراء . ومن قال لامته ، إن كان في بطنك ولد فهو مني ، فشهدت على الولادة امرأة ، فهي أم ولده لان الحاجة إلى تعين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع

---

لستة أشهر أو اكثر من وقت الشراء ( ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته ) وهو وجوب وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوى وهو معنى قوله ( فلا بد من دعوة ) يعني لا يثبت النسب إلا بأن يدعيه .

( وهذا ) أي هذا الحكم الذي ذكرناه ( فيما إذا كان الطلاق واحداً بائناً أو خلعاً أو رجعياً ، أما إذا كان ) أي الطلاق ( اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت حرمة غليظة ) بطلقتين ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ( فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله ) أي ما قبل الطلاق وهو أبعد الأوقات ( لأنها لا تحل بالشراء ) إذ الوطء لا يحل له قبل الشراء لأنها حرمت عليه حرمة غليظة بالسنتين . وإذا لم يحل وطؤها بملك اليمين لا يقضي بالعلوق من أقرب الأوقات ، إذ في القضاء بالعلوق إلى أقرب الأوقات يلزم حمل أمر المسلم على الحرام ، وهو الممكن للوطء الحرام من المولى .

فإن قيل وجب أن يحل بقوله تعالى ﴿ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾ ٦ المؤمنون ، قلنا لا تحل لقوله تعالى ﴿ فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ، والثانية في الأمة كالثلاث في الحرة . وإذا لم يحل وطأها ، فلا يضاف إلى أقرب الأوقات ، بل يضاف إلى الأبعد ، وهو ما قبل الطلاق ، فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ الطلاق .

( ومن قال لأمته إن كان في بطنك ولد فهو مني ، فشهدت على الولادة امرأة فهي أم ولده ) أي بالإجماع ( لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع )

ومن قال لغلام هو ابني، ثم مات ، فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته، فهي امرأته وهو إبنه ويرثانه . وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان. والقياس أن لا يكون لها الميراث ، لان النسب كما يثبت بالنكاح، الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقراراً بالنكاح

---

أي باتفاق أصحابنا . وبه قال أحمد وقد مر الخلاف فيه ، وهذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار . ولو ولدت لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة الولي ، فلم يكن المولى مدعياً لهذا الولد بخلاف الأول لتيقننا ببقائه في البطن وقت القول فتيقننا بالدعوى ، هذا في جامع قاضي خان .

وقال الاترازي ومثله مسألة كتاب العتاق وإن قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة أشهر لم يعتق ، وإن ولدته لأقل من ستة أشهر عتق . وكان ينبغي لك أن تعرف انه فيما إذا قال إن كان في بطنك ولداً . وقال إن كان بها حبل فهو مني بلفظ التعليق . أما إذا قال هذه حامل مني يلزمه الولد ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين حتى ينفيه ، وبه صرح في الأجناس في كتاب الاعتاق .

( ومن قال لغلام هو ابني ثم مات ، فجاءت أم الغلام فقالت أنا امرأته ، فهي امرأته وهو ابنه ويرثانه ) أي الأم والابن يرثان الميت ( وفي النوادر جعل ) أي محمد (هذاجواب الاستحسان ، والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح ، يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة ، وبملك اليمين ، فلم يكن قوله إقراراًبالنكاح ) واعترض انه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الإستحسان ، لأن هذا النكاح يثبت اقتضاء ، فيثبت بقدر الضرورة ، وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث .

وأجيب بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث والنكاح ليس بسبب له ، فلا يثبت النكاح بطريق الاقتضاء ، وثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعاً ، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتابية والأمة لأنه من العوارض .

وجه الاستحسان . إن المسألة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام . والنكاح الصحيح وهما المتعين لذلك وضعاً وعادة ولو لم يعلم بأنها حرة ، فقالت الورثة أنت أم الولد ، فلا ميراث لهـــا لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث.

---

( وجه الإستحسان أن المسألة فيما إذا كانت ) أي أم الغلام (معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام ) قيد بكونها معروفة بالحرية لأنها لو لم تكن معروفة بأنها حرة من الأصل لا ترث . لأن للورثة أن يقولوا ، إن كنت ام الولد لمورثنا إنما عتقت بموته . غاية مـــا في الباب أنها حرة في الحال ، والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع لا للاثبات ، فيندفع عنها الرق ولا يثبت الإرث ، وقيد أيضاً بكونها أم الغلام ، لأنه إذا لم يثبت أنها أم الغلام فلا ترث .

( والنكاح الصحيح وهما المتعين لذلك ) أي لثبوت النسب ( وضعاً وعادة ) أي من حيث الوضع ، ومن جهة الشرع ، ومن حيث العادة بالشهرة بين الناس ( ولو لم يعلم أنها حرة ، فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها ) قد قررنا هذا لان قولنا فيه بكونهـا معروفة الحرية ( لان ظهور الحرية باعتبار الدار ) أي دار الإسلام ( حجة في دفع الرق لا في استحقاق الإرث ) لان الإرث لا يثبت إلا بنسب صحيح . وقال التمرتاشي لاميراث لها ، ولكن لها مهر المثل لانهم أقروا بالدخول بهـــا ، ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم ، وقال الاترازي وفيه نظر . لان الدخول إنما يوجب بمهر المثل في غير صورة النكاح ، إذا كان الوطء عن شبهة ، ولم يثبت النكاح هنا . والاصل عدم الشبهة ، فبأي دليل يحمل على ذلك ، فلا يجب مهر المثل .

* * *

## باب حضانة الولد ومن احق به

وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فالام أحق بالولد ، لما روي أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حوى ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنــــه ينزعه مني . فقال عليه السلام ، أنت أحق به ما لم تتزوجي .

---

( باب في تربية الولد )

اي هذا باب في بيان حكم الولد في الحضانة والتربية لمن هو ( ومن أحق به ) لأن الولد عاجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه ، فجعل الشرع الولاية إلى من هو متفق عليه ، فجعل ولاية التصرف إلى الأب لقوة رأيه مع النفقة ، وحق الحضانة إلى الام لرفقها ، في ذلك مع الشفقة عليه ، وهي أقدر على ذلك للزومها البيت ، وكونها أشفق ، ثم المناسبة بين الناس ظاهرة لا تحتاج إلى بيان .

( وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين ، فالأم أحق بالولد ) سواء كانت كتابية أو مجوسية ، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين ( لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ﷺ ، ان ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجرى له حوى ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال ﷺ ، أنت أحق به ما لم تتزوجي ) هذا الحديث رواه أبو داود في سننه . حدثنا محمد بن خالد السلمي ، حدثنا الوليد عن أبي عمرو ، ويعني الأوزاعي ، حدثنا عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو ، ان امرأة قالت يا رسول الله ﷺ ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد ان ينزعه مني ، فقال لها عليه السلام أنت أحق به ما لم تنكحي .

ورواه الحاكم ، وصحح إسناده ، قالوا عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو

ولان الام أشفق وأقدر على الحضانة ، فكان الدفع إليها أنظر .
وإليه أشار الصديق « رض » ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر « رض » قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ، والصحابة حاضرون متوافرون

---

ابن العاص ، فإذا أراد بجده محمد ، كان الحديث مرسلا ، وإذا أراد به عبدالله ، كان الحديث متصلا ، وهنا قد صرح عن جده عبد الله ، فالحديث متصل صحيح وعمرو وشعيب ومحمد كلهم ثقات . قولها وحجري بفتح الحاء وكسرها ، حجر الإنسان ، والحوى بكسر الحاء المهملة وتخفيف الواو بيت من الوبر والجمع الأحوية كذا في الصحاح .

وقال ابن الأثير الحوى اسم المكان الذي يحوي الشيء اي يضمه ويجمعه ، هكذا فسره في هذا الحديث ، ثم قال الحوى بيوت مجتمعه من الناس ، والجمع أحوية ، فسره في حديث آخر والسقاء بالكسر الدلو .

( لان الأم أشفق عليه وأقدر على الحضانة ) مأخوذ من الحضن وهو ما دون الابطال الكشح ، وحضن الشيء جانباه ، وحضن الطائر وبيضه إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه ، وكان المربي للولد يتخذه في حضنه ويضمه إلى جانبه ( فكان الدفع إليها أنظر ) اي فكان دفع الولد إلى أمه أنظر في حقه يعني أقوى نظراً في حاله من غيره .

( وإليه ) اي إلى هذا المعنى ( أشار الصديق ) اي أبو بكر الصديق رضي الله تعالى عنه بقوله ( ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر « رض » ، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ، والصحابة حاضرون متوافرون ) هذا غريب بهذا اللفظ ، وقصته ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا محمد بن بشر ، حدثنا سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن سعيد بن المسيب ، أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه طلق أم عاصم ، أتى عليها وفي حجرها عاصم ، فأراد ان يأخذه منها ، فتجادلاه بينهما حتى بكى الغلام ، فانطلقا إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه فقال ، مسحها وحجرها وريحها خير له منك يا عمر « رض » حتى يشب الصبي فيختار لنفسه .

والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها ، لانها عست تعجز عن الحضانة . فإن لم تكن له أم ، فأم الام أولى من أم الاب . وان بعدت لان هـــذه الولاية

---

ورواه عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن عاصم عن عكرمة قال ، خاصمت امرأة عمر رضي الله تعالى عنه إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه وكان طلقها ، فقال أبو بكر رضي الله تعالى عنه هي أعطف وألطف وأرحم وأحسن وأرأف، وهي أحق بولدها ما لم تتزوج. وتفسير الذي ذكره المصنف قوله، ريقها اي ريق أم عاصم امرأة عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه واسمها جميلة وقوله من شهد بضم الشين وفتحها ، عسل في شمعه. وفي المبسوط ريحها وفي رواية ريح رقاعها وهو ثوب تشتمل به المرأة ، خير له من سمن وعسل عندك يا عمر ، فدعه عندها . وقضى به بحضرة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع .

( والنفقة على الأب على ما نذكر ) أي نفقة الولد على أبيه على مـــا يأتي في باب النفقات ( ولا تجبر الأم عليها ) أي على الحضانـــة ، وفي بعض النسخ عليه أي على الولد ، يعني إذا طلبت فهي أحق ، وإذا أبت لا تجبر على الأخذ ( لأنها عست تعجز عن الحضانة ) وبـــه قال الشافعي وأحمد والثوري ومالك في رواية . وفي رواية تجبر . وبه قال ابن أبي ليلى ، والحسن بن صالح وأبو ثور ، واختاره أبو الليث والهندواني من أصحابنا . والمشهور عن مالك لا تجبر في الشريعة التي لا عادة لها بإرضاع الولد ، وإن كانت ممن ترضع تجبر . فإن توجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلاخلاف ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع .

( فإن لم يكن له أم ) أي فإن لم يكن للولد أم ، بـــأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ميتة ( فـــأم الأم أولى وإن بعدت ) أي وإن علت عند الجمهور ، وعن أحمد ، أم الولد أولى وهو ضعيف لأن أم الولد تدلى بالأم ، وهي مقدمة على الكل، فما دامت واحدة منهن من جانب الأم قائمة فهي أحق ( لأن هذه الولاية ) أي ولايـــة

تستفاد من قبل الامهات ، فإن لم تكن أم الام ، فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات . ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولادة . فإن لم تكن له جدة فالاخوات أولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ، ولهـــذا قدمن في الميراث . وفي رواية الخالة أولى من أخت الاب لقوله عليه السلام الخالة والدة ،

---

الحضانة ( تستفاد من قبل الأمهات ) لما مر من وفور شفقتهن ، فمن كانت تدلى إليه بأم ، فهي أولى من تدلى بأب ويستوي في ذلك المسلمة والكافرة ، لأن الحضانة باعتبار الشفقة . وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى الحبارى .

( وإن لم تكن ) أي الأم ( فـأم الاب أولى من الاخوات ) من أم أو أب ، لان استحقاق الحضانة باعتبار قرابة الأم . قلنا هذه في نفسها كأم الام والام مقدمة على غيرها في الحضانة . ولهذا تجوز ميراثهـــا من السدس وأصل الشفقة باعتبار الولادة ، وذلك للجدات دون الاخوات . وعن مالك الخالة مقدمة على الجدة لاب (لأنها من الأمهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ) أي تحرز ميراث الامهات . هـــذا إيضاح لكون أم الاب من الامهات ، انها تحرز السدس في الميراث وهو ميراث الام .

قال الاترازي فيه نظر ، لان ميراث الام إنما يكون هو السدس إذا كان معها ولداً وولد الإبن والاخوة ثنتان من الاخوة والاخوات . وهنا عند عدمهم أيضاً ، يكون للجدة السدس ، وميراث الام عند عدمهم ثلث الجميع أو ثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين .

( ولانها ) اي ولان ام الاب ( اوفر شفقة للولادة ) اي لاجل الولادة ( فإن لم تكن جدة ، فالاخوات اولى من العمات والخـــالات لانهن ) اي الاخوات ( بنات الابوين ولهذا قـــدمن في الميراث وفي روايـــة ) أي في روايـــة كتاب الطلاق ( الخالة أولى من أخت الاب لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( الخالة والدة) هذا الحديث رواه البخاري عن البراء بن عازب في حديث طويل عن النبي ﷺ ، الخالة بمنزلة الأم . رواه أبو داود من حديث علي رضي الله تعالى عنه بلفظ الخالة أم . وروى الطبراني من حديث ابن مسعود

وقيل في قوله تعالى ﴿ ورفع أبويه على العرش ﴾ ١٠٠ يوسف ، أنها كانت خالته ، وتقدم الاخت لاب وأم لانها أشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات أولى من العمات ترجيحاً لقرابة الام ، وينزلن كما نزلن الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ، ثم قرابة الأم ثم العمات ينزلن كذلك .

---

رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ ، الخالة والجدة . وكذا رواه العقيلي من حديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه .

( وقيل في قوله تعالى ﴿ ورفع أبويه على العرش ﴾ ١٠٠ يوسف (أنها كانت خالته وتقدم الأخت لأب وأم لأنها اشفق ، ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب) وبه قال المزني وابن شريح من الشافعية . وقال الشافعي في الأصح تقدم الأخت لأب على الأخت من ام . وبه قال أحمد واعتبراه بقوة الميراث ولنا ما أشار به المصنف بقوله :

( لأن الحق ) أي حق الحضانة ( من قبل الأم ) معناه ان ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة واحدة لما فيها من زيادة الشفقة . وعند زفر الأخت لأب وأم ، والأخت لأم يستويان في الحضانة ( ثم الخالات أولى من العمات ترجيحاً لقرابة الأم ) أي لأجل الترجيح لقرابة الأم ، لأن الحضانة من قبل الأمهات ( وينزلن كما نزلن الاخوات ) يعني أن الخالة لاب وأم من الخالة لام أشار إليه بقوله ( معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ) والخالة لابه وأم ذات قرابتين . والخالة لام ذات قرابة واحدة . وعند الشافعي وأحمد تقدم الخالة من الاب على الخالة من الام ( ثم العمات ينزلن كذلك ) يعني أن العمة لاب وأم أولى من العمة لام ، ثم العمة لام أولى من العمة لاب وبنات الأعمام والعمات والاخوال والخالات بمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية .

كذا في المحيط وفي البدائع ، لا حق للرجال من قبل الام في الحضانة ولا يسلم إليهن إلا بطلبهن بخلاف الاب عند استغناء الصغير يجبر على القبول . وفي التصوري ابن العم أولى بالذكر والخال أولى بالانثى ، وكل ذكر من قبل الام لا حق له في الولد مع العصبة الا

وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها كما روينا ، ولان زوج الام إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً ، وينظر إليه شزراً فلا نظر . قال إلا الجدة إذا كان زوجها الجد لانه قام مقام أبيه ، فينظر له . وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية ، لان المانع قد زال

---

الخال ، مع ابن العم فينظر في النساء من كان من قبل الام ، وفي الرجل من كان من قبل الام ، ويدفع الصغير إلى مولى العتاقة .

( وكل من تزوجت من هؤلاء ) يعني كل من تزوجت من النساء ممن كان لها حق الحضانة ( سقط حقها لما روينا ) وهو قوله ﷺ ما لم تزوجي وفيه خلاف الحسن البصري ، قال ابن المنذر أجمع على هذا أهل العلم إلا الحسن البصري ، وهو رواية عن أحمد ، فإن عندهما لا يسقط حقها بالتزوج ( ولان زوج الام إذا كان أجنبياً يعطيه نزراً ) أي يعطي الصغير شيئاً قليلا يقال شيء نزر ، أي قليل ومادته نون وزاي وراء مهملة ( وينظر إليه شزراً ) أي ينظر زوج الام الاجنبي إلى الصغير بمؤخر عينيه ، يقال شزره بعينه يشزره وشزره مشزراً إذا نظر إليه بمؤخر عينيه ومادته شين معجمة وزاي ثم راء ، المقصود أن هذا عبارة عن قلة الشفقة على الصغير وقلة الإلتفات إليه ، ولهذا قال المصنف ( فلا نظر ) أي إذا كان حال زوج الام الاجنبي هكذا فلا نظر منه على الصغير .

( قال ) أي القدوري ( إلا الجدة إذا كان زوجها الجد ) هذا استثناء من قوله سقط حقها ، يعني إذا كانت الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها ، وإن كانت ذات زوج ( لانه ) أي لان الجد ( قائم مقام أبيه ) لقيامه مقام أبيه فينظر له ( وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه ) أي من الولد ، كعم الولد إذا تزوج بأمه لا يسقط حقها ( لقيام الشفقة نظراً إلى القرابة القريبة ) أي بالنظر إلى القرابة ، وهو العم ، وإنما ينزع الولد من يد الام إذا تزوجت بغير محرم . وإذا ارتدت أو خيف على الصبي .

( ومن سقط حقها بالتزوج يعود ) أي حقها ( إذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال )

فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله ، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيباً ، لان الولاية للأقرب . وقد عرف الترتيب في موضعه ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم ، كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً عن الفتنة . والام والجدة أحق بالغلام ، حتى يأكل وحده ، ويشرب وحده ، ويلبس وحده ، ويستنجي وحده ،

---

والسبب قائم يعود الحق . وبه قال الشافعي وأحمد ومالك في رواية . وفي رواية عن مالك لا يعود والرجعي مانع حتى تنقضي عدتها عندنا ، وبه قال المزني وقال غيره من الشافعية يعود بالطلاق الرجعي .

( فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله ، فاختصم فيه الرجال فأولاهم به ) أي أولى الرجال بإمساك الصبي ( أقربهم تعصيباً ) أي من حيث التعصيب أي أقرب العصبات ( لان الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعين ) في باب الميراث وولاية الإنكاح .

( غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم ) هذا استثناء من قوله — فأولاهم أقربهم تعصيباً ، قيد بقوله الصغيرة ، لان الصغيرة تدفع إلى أقرب العصبات سواء كان محرماً أو غير محرم ( كمولى العتاقة وابن العم تحرزاً عن الفتنة ) لانه لا يؤمن عليها منها وكذلك ذو الرحم المحرم عن العصبية إذا لم يؤمن عليها منه لفسقه ومجانة لا تدفع إليه لان في الدفع ضرراً بالصغيرة .

وقال الصدر الشهيد وعند أبي حنيفة ، إذا لم يكن عصبة للصغير يدفع إلى الاخ لام ، لان عنده يقوم الام ولاية . وقال في تحفة الفقهاء وإن لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم . والإختيار للقاضي وإن رآه أصلح ، لضم إليه وإلا فيضع عند أمينه . وقال محمد لا حق للذكر من قبل النساء ، والتدبير إلى القاضي يدفع إلى ثقة يحضنها .

( والام والجدة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده ) وذكر في نوادر ابن رشيد ويتوضأ وحده ، وتكلموا في المراد من الاستنجاء من مشايخنا من قال المراد به كمال الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بالماء ، بحيث لا يحتاج إلى

وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل ويشرب وحـــده ويلبس وحـده . والمعنى واحـــد ، لان تمـام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه أنه إذا استغنى يحتـــاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم . والاب أقدر على التأديب والتثقيـــف والخصـــاف « رح » قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب .

---

من يمينه ويعلمه . ومنهم من قـال المراد منه أن يطهر نفسه عن النجاسة ، وإن كان لا يقدر على تمام الطهارة .

(وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل فيأكل ويشرب وحده ويلبس وحده) ولم يذكر فيه الاستنجاء وشرطه في السير الكبير وغيره ( والمعنى واحد ) يعني ذكر الاستنجاء فـيما مضى . وذكر الاستغناء في رواية الجامع الصغير في المعنى واحد ، وبين المصنف ذلك بقوله ( لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ) أي القدوري على الاستنجاء أن يمكنه أن يفتح سراويله عند الاستنجاء ، ويشده عند الفراغ ( ووجهه ) أي وجه ذكر الاستغناء ( انه ) أي أن الصغير ( إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم . والاب أقدر على التأديب والتثقيف ) أي التسوية ( والخصاف ) وهو الشيخ الإمـام أبو بكر أحمد بن عمر ، من كبار علمائنا .

وكان يروى عن بشر بن الوليد عن أبي يوسف القاضي ، وقال صاحب الطبقات أحمد ابن عمر بضم العين وقيل عمرو بالفتح ابن مهير وقيل مهران الشيباني . روى عن مشايخ بخارى مثل أبو عاصم النبيل ومسدد والقعنبي وغيرهم ، وله مصنفات كثيرة ، وكان زاهد ويأكل من كسب يده ، فلذلك سمي خصافاً لانه كان .. مات ببغداد سنـــة إحدى وستين ومائتين .

( قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب ) لانـه إذا بلغ سبع سنين استغنى عن الحضانة غالباً ، ويستنجي وحده وعليه الفتوى . كذا في الكافي وغيره . وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين وعند مالك الام أحق بالغلام حتى يحتلم . وقيل حتى يثغر ، أي

والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ،لان بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء . والمرأة على ذلك أقدر ، وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ ، والاب فيه أقوى وأهدى . وعن محمد« رح» أنها تدفع إلى الاب ، إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة،ومن سوى الأم والجدة أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهى .

---

حتى تبدو أسنانه . وعند الشافعي يخير الغلام في سبع ، فإن اختاره أحدهما وسلم اليه ، ثم اختار الآخر . فإنه ذلك ودد إليه ، فإن عادوا اختار الاول أعيد اليه . هكذا أبداً قال في المغني ، وهذا لم ينقل عن أحد من السلف والمعتوه لا يخير ويكون عند الام .

( والام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض ، لان بعد الاستغناء يحتاج إلى معرفة آداب النساء ) من الغزل والطبخ وغسل الثياب ( والمرأة على ذلك أقدر ) لانها لو دفعت إلى الاب اختلطت بالرجال ، فقل حياؤها والحياء في النساء زينة ( وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والاب فيه أقوى وأهدى ) لانها بعد البلوغ تحتاج إلى التزويج ، والاب فيه هو الاصل . وفي التحصين والحفظ الاب أقوى ، لقدرته على ما لا تقدر عليه الام ، وأهدى إلى طريق معرفة ذلك لانه تصير عرضة للفتنة ، وطمعة للرجال والنساء يخدع عنها .

( وعن محمد ) رواها عنه ( انها تدفع إلى الاب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة ، والاب أقدر على هذا ) وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام لفساد الزمان . وإذا بلغت إحدى عشرة سنة ، فقد بلغت حد الشهوة في قولهم ،وعندالشافعي إذا اختار الغلام امه ، يكون عندها بالليل ، وعند الاب بالنهار ، والبنت أيهما اختارت، تكون عنده ليلا ونهاراً عند مالك ( ومن سوى الام أحق بالجارية حتى تبلغ حداً تشتهى ) تكلموا في حد المشتهاة لينبنى عليه ثبوت حرمة المصاهرة ، وكون الاب أولى .

وقالوا إذا كانت بنت خمس سنين وما دونه ، لم تكن مشتهاة . وإذا كانت بنت ست سنين ، أو ثمان سنين ، ينظر إن كانت علية ضخمة ، كانت مشتهاة ، وإلا فلا . وقال

وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانهـــا لا تقدر على استخدامها ، ولهـــذا لا تؤاجرها للخدمة ، فلا يحصل المقصود . بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعاً . قال والامة إذا أعتقها مولاها ، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد ، لانهمـــا حرتان أوان ثبوت الحق

---

الفقيه أبو الليث في إيمان الفتاوى الغالب ، انها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين . قـــال شمس الائمة السرخسي وبه نأخذ .

( وفي الجامع الصغير حتى تستغني ) ذكر أولاً رواية القدوري أن الصغيرة تترك من سوى الاب والجدة إلى أن تشتهى . ثم ذكر روايـــة الجامع الصغير إلى أن تستغني ، واستغناؤها أن تدفع إلى الأب ( لأنهـــا ) أيّ لأن من سوى الأم والجدة مثل الأخوات ونحوها ( لا تقدر على استخدامها ) أي على استخدام الصغيرة التي استغنت . وإن كانت تحتـــاج إلى تعلم آداب النساء ( ولهذا ) أي ولأجل عدم قدرة من سوى الأم والجدة على استخدامها ( لا تؤجرها ) أي الصغيرة ( للخدمة ) أي لاجل خدمة من كان يريد استخدامها ( فلا يحصل المقصود ) وهو التعلم .

( بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليـــه ) أي على الاستخدام ( شرعاً ) أي من حيث الشرع بدليل الإجارة .

( قال ) أي القدوري ( والأمة إذا أعتقها مولاها ، وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في في حق الولد ) وذلك بأن زوجها مولاها ، ثم ولدتا ، ثم عتقتا ، فكانتـــا أحق بالولد من مولاهما لان الخصومة هنا إنمـــا تكون مع المولى ، لأن الزوج لا حق له في الولد إذ الولد يتبع الام في الملك ومالك المملوك أحق به من غيره ، كذا في الكافي ، واختلف المالكية في أم الولد إذا أعتقت مع اتفاقهم على ثبوت الام ذكره في الجواهر . ( لأنها ) أي الامة وأم الولد اللتين اعتقتا ( حرتان ) فكانتا أحق بالولد من مولاهما ( أوان ثبوت الحق ) أي وقت ثبوت الحق .

وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية أحق بولدها المسلم ، ما لم يعقل الاديان أو يخاف أن يألف الكفر للنظر قبل ذلك ، واحتمال الضرر بعده ، ولا خيار للغلام والجارية . وقال الشافعي « رح » لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير .

---

( وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالإشتغال بخدمة المولى ) وبه قال عطاء والثوري والشافعي وأحمد . وعند مالك تثبت الحضانة للرقيق .

( والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان ) فإن عقل الاديان يؤخذ منها ، ويدفع إلى الاب ، وبه قال مالك في المشهور وأبو القاسم وأبو ثور ، وتمنع أن تغذيه بالخمر ولحم الخنزير وإن خيف ضم إليه ناس من المسلمين . وقال الشافعي وأحمد ، لا حضانة لها وهي رواية عن مالك ( أو يخاف أن يألف الكفر ) أي بأن يألف الكفر ،فإن مصدرية ، أي يخاف ألفة الكفر . وأما قوله أو يخاف ، فيجوز فيه ثلاثة أوجه ، الاول النصب على تقدير ، إلى أن يخاف . كما في قوله لألزمنك او تعطيني حقي ، أي إلى أن تعطيني . الثانية الرفع على انه استئناف أي هو يخاف ، الثالثة الجزم عطفاً على قوله ما لم يعقل فيقرأ أو يخف .

( للنظر قبل ذلك ) أي الذمية احق بولدها المسلم لاجل النظر في حق الصغير ، قبل ان يعقل الاديان ،وقبل أن يخاف عليه من فتنة الكفر ( واحتمال الضرر بعده ) اي ولاجل احتمال حصول الضرر بعده ، لانه بانتقاش احوال الكفر في ذهنه بعد أن يعقل الاديان ( ولا خيار للغلام والجارية ) يعني بين الابوين بأن يكون الولد عند الام ما لم تزوج بزوج آخر إلى المدة التي ذكرناها وبه قال مالك .

( وقال الشافعي لهما الخيار) إذا بلغا من التمييز ويسلم إلى من اختاره وبه قال أحمد ( لان النبي ﷺ خير ) روى أصحاب السنن الاربعة عن هلال بن أسامة عن أبي ميمونة سليم ، ويقال سليمان مولى من أهل المدينة ، رجل صدوق . قال بينا أنا جالس مع أبي

هريرة رضي الله تعالى عنه إذ جاءته امرأة فارسية معها ابن فادعيا وقد طلقها زوجها. وقالت يا أبا هريرة ، ورطنت بالفارسية ، زوجي يريد أن يذهب بابني . فقال أبو هريرة استهما عليه ولو أظن بذلك .

فجاءه زوجها وقال من يحاقني ولدى ، فقال أبو هريرة اللهم إني لا أقول هذا إلا أني سمعت امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ وأنا قاعد عنده ، فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبة وقد نفعني . فقال رسول الله ﷺ استهما عليه . فقال زوجها من يحاقني في ولدى . فقال النبي ﷺ هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به. وجه الإستدلال ، هو أنه ﷺ خيره بقوله هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت .

قوله رطنت من الرطانة بفتح الراء وكسرها وهي كلام لا يفهمه الجمهور وانما هو مواضعة بين اثنين او ثلاثة ، والعرب تخص بها غالباً كلام العجم قوله من بئر أبي عنبة ، بكسر العين المهملة وفتح النون وبالباء الموحدة وهي بئر معروف بالمدينة . عندها عرض رسول الله ﷺ أصحابه لما سار الى بدر . قولـــه يحاقني بالحاء المهملة وبالقاف . اى من ينازعني .

واستدل الشافعي أيضاً بحديث رافع بن سنان وهو الذى ذكره المصنف . وأجاب عنه على ما يأتي . أخرجه ابو داود والنسائي عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع ابن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فجاءت بابن لهما صغير لم يبلغ ، فأجلس النبي ﷺ الاب ههنا والام ههنا ثم خيره وقال اللهم اهده ، فذهب الى أمه . ولفظ أبي داود أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فصيم وقال رافـع ابنتي ، فاقعد النبي ﷺ الام ناحية والاب ناحية وأقعد الصبي بينهما وقال لهما ادعواها فمالت الصبية الى أمها ، فقال عليه السلام اللهم اهدها فمالت إلى أبيهـــا ، فأخذها وأخرجه أحمد في مسنده ولفظه في ولد صغير .

ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتنحليته بينه وبين اللعب ، فلا يتحقق النظر . وقد صح أن الصحابة « رض» لم يخيروا . وأما الحديث فقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الانظر بدعائه عليه السلام أو يحمل على ما إذا كان بالغاً

---

( ولنا أنه ) اى أن الصغير ( لقصور عقله يختار من عنده الدعة ) بفتح الدال والعين المهملة اى الراحة والخفض والهاء فيه عوض عن الواو لأنه من ودع الرجل بالواو وضم الدال ، فهو وديع اى ساكن وهو من باب فعل يفعل بضم العين فيهما كحسن يحسن ( بتخليته بينه وبين اللعب ) اى بسبب تخلية من عنده الدعة بين الصبي وبين اللعب (فلا يتحقق النظر ) وعدم تحقق النظر على الصبي إذا اشتغل باللعب ظاهر .

( وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ) لم يتعرض إليه أحد من الشراح. وقد روى مالك والبيهقي عن أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه دفع الغلام لأمه لما اختصم فيه عمر رضي الله تعالى عنه وأمه ، قال فيه سمعت رسول الله ﷺ يقول لا تولد والدة عن ولدها ،أي لا يفرق بينهما ، وكل انثى فارقت ولدها فهي والهة وقد ولهت تله ولهاً فهي والهة ووآله والوله ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد .

والمصنف احتج بهذا ، ومع هذا أورد ما يخالف هذا . روى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا ابن جريج أن عبد الله بن عمر يقول اختصم أب وأم في إبن لهما إلى عمر رضي الله تعالى عنه فخيره ، فاختار أمه ، فانطلقت به . روى ابن حبان عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه خير غلاماً بين أبيه وأمه .

( وأما الحديث ) أشار به إلى الحديث الذى استدل به الشافعي ، وهو قوله لأن النبي ﷺ خيره وأشار به إلى الجواب عنه فقال ( قلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختياره الأنظر بدعائه ) هذا جواب عما استدل به الشافعي في حديث التخيير بيانه ، أنه لو كان التخيير اعتبار ، لم يقل النبي ﷺ ، اللهم اهده فوفق لاختياره الأنظر في حقه ببركة دعائه عليه السلام ، ولم يوجد ذلك فيما نحن فيه ( او يحمل على ما إذا كان بالغاً )

هذا جواب ثان عن حديث الشافعي ولكن ليس بموجه ولا يرضى الخصم لأنه صرح فيه فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ وهو في حديث رافع بن سنان الذى مضى عن قريب •

وفي رواية أخرجها أبو داود عن رافع بن سنان ولفظه أنه أسلم وأبت امرأته فأتت النبي ﷺ فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي . وأقعد النبي ﷺ الأم ناحية والأب ناحية ، فأقعد الصبية بينهما وقال لهما أدعواها ، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي ﷺ اللهم اهدها ، فمالت الى أبيها وأخذها وانتهى، وهذا ايضاح صرح فيه بالصبية وأنها فطيم فكيف يكون الولد بالغاء والمعنى أن أصحابنا قصروا في هذا الباب حيث يستدل الخصم بالاحاديث الصحيحة ، وهم يستدلون بالدليل العقلي .

وأجابوا عن حديث أبي هريرة بأربعة أجوبة ، الاول أنه عليه السلام أمر إما بالاستهام وهو متروك بالاجماع ، والثاني لم يذكر فيه الطلاق وقولها أن زوجي دليل على قيام النكاح ، والثالث ليس فيه سبع سنين ، والخصم يشترط التخير في سبع سنين ، والرابع أن بئر أبي عنبة كانت بالمدينة ، ولا يمكن للصغير أن يسقي منها ، ولا يخلوا الكل عن تأمل ، وأعلم أن الإبن إذا بلغ يخير بين أبويه . فإن أراد أن ينفرد فله ذلك، إلا إذا كان فاسقاً يمضي عليه شيء ، فحينئذ يضمه الاب إلى نفسه ، لأنه أقدر على صيانته، أما الجارية فإن كانت بكراً يضمها إلى نفسه سواء كانت مأمونة او غير مأمونة. فإن كانت ثيباً مأمونة ليس لها أن يجبرها حتى تكون معه لزوال ولايته عنها كذافي نسخ الفتاوى وغيرها قاله الاترازى. وفي الكافي اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج ، فالخلع جائز والشرط باطل .

## فصـــل

وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لمافيه من الإضرار بالاب ، الا أن تخرج به الى وطنها . وقـد كان الزوج تزوجها فيه ، لانه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً . قال عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ،

---

اى هذا فصل في بيان حكم من يريد إخراج الصغيرة إلى القـرى ، وبين ذلك بقوله في فصل على حدة .

( واذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك ) هذا بعد انقضـاء عدتها ، فإنه صرح به في جامع قاضي خان وغيره ( لمـا فيه من الاضرار بالاب ) اى في الخروج بالولد لانقطاع ولده عنه ( إلا أن تخرج ) بولدها من المصر ( إلى وطنها ) هـذا استثناء من قوله فليس لها ذلك ( وقد كان الزوج ) اى والحال أن الزوج ( تزوجهـا فيه ) اى في وطنها ( لانه التزم المقام فيه عرفاً وشرعاً ) أما العرف فلأن الزوج يقيم في البلد الذى يتزوج فيه عادة ، إلا أنه يلزمها متابعة الزوج إذا أعطاها جميـع المهر رضيت بذلك او لم ترض . فبعد زوال الزوجية يعود الامر الاول .

وأما شرعاً ، فلأن العقد متى وجد في مكان العقد . والأولاد من ثمرات عقد النكاح ، فيجب إمساكها في موضع العقد ، بخلاف ما إذا أراد النقل إلى مصر ليس هو مصرها، ولم يكن ثمة أصل النكاح ، ليس لها أن تنقل الأولاد وكذا إذا أرادت الانتقال بالأولاد إلى مصرها ، لكن ثمة أصل النكاح لعدم دليل العرف والشرع .

( قال عليه السلام ) اي قال النبي ﷺ ( من تأهل ببلدة فهو منهم ) لم يتعرض أحـد من الشراح لهذا الحديث ، ولا بمجرد ذكره . وروى هذا الحديث ابن أبي شيبة في مصنفه، حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبدالله بن عبد الرحمن بن الحارث ابن أبي وهاب عن أبيه أن عثمان رضي الله تعالى عنه صلى بمنى أربعاً ثم قال ، قال رسول الله ﷺ من تأهـــل في بلدة فهو من أهلها يصلي بصلاة المقيم وإني تأهلت منذ قدمت مكة .

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده كذلك ، ولفظه سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا تزوج الرجل من بلدة فهو من أهلها ، وإنما أتممت لأني تزوجت بها منذ قدمتها . ورواه أحمد في مسنده ولفظه سمعت رسول الله ﷺ يقول من تأهل في بلده فيصلي بصلاة مقيم . واستدل به المصنف لقوله لأنه اليوم المقيم فيه شرعاً ، حاصله أن الرجل إذا تزوج امرأة في بلد هو وطن المرأة يكون من أهل ذلك البلد .

( ولهذا يصير الحربي به ) اي بالتزوج . قاله الأترازي والأكمل ذمياً ، وقال تاج الشريعة الضمير يرجع إلى التزام المقام . وبيانه أنه لما استدل بقوله التزم المقام عرفاً وشرعاً ، فلقائل أن يقول هب أنه التزم المقام ، فلماذا يصير مقيماً ، فيجاب عنه بأنه لالتزام المقام أثر . ولهذا يصير الحربي ذمياً . قيل هذا خلاف المفهوم من كلامه . وقال صاحب النهاية هذا وقع غلطاً ، اي قوله ولهذا يصير الحربي به ذمياً .

فإن ذكر في غير هذا الكتاب أن المستأمن إذا تزوج ذمية لا يصير ذمياً ، لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع . وقد وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت بنسخة المصنف هذه الجملة . وقال الأترازي ونقل عن الإمام حافظ الدين الكبير ، أن هذه الجملة ليست في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف ، فعلى هذا يكون السهو من الكاتب ، لأنه قال في السير الكبير بعد كتاب الحدود فارض الحروب بباب ، وإذا دخلت المرأة من أهل الحرب دار الإسلام بأمان وهي كتابية ، فتزوجها ذمي او مسلم فقد صارت ذمية لأن لزوجها أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب ، فكان الإقدام على النكاح مع علمها أن لزوجها أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب رضى منها بالمقام في دار الإسلام .

وأما الحربي إذا تزوج ذمية ، لا يصير ذمياً لأن المرأة ليس لها أن تمنع زوجها من دار الحرب انتهى . وغير بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية حتى ترد السؤال . وقال بعضهم لا حاجة إلى تغيير اللفظ . لجواز أن تكون الحربي صفة لشخص اي الشخص الحربي ذكراً كان او أنثى . قلت هذا بعيد جداً .

وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها ، وقد كان التزوج فيه ، أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك . وهذه رواية كتاب الطلاق . وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك ، لأن العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه . ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد،وجه الأول أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً . وهذا أصح ، والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً ، الوطن ووجود النكاح ، وهذا كله

---

( وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها ) صفة المصر ( وقد كان التزوج فيه ) اي والحال إن تزوج الزوج فيه اي في مصر غير وطنها ( أشار في الكتاب ) اي القدوري وقيل المراد به المبسوط ( إلى أنه ليس لها ذلك ، وهذه رواية كتاب الطلاق ) من الأصل .

( وذكر )أي محمد( في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى وجد في مكان فيه) أي في ذلك المكان ( يوجب أحكامه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ) اي تسليم المعقود عليه في موضع العقد ( ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد ) لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيوجب إمساكها في موضع العقد ( وجه الأول ) أراد به قوله ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق ( أن التزوج في دار الغربة ليس التزاماً للمكث فيه عرفاً ) اي من حيث العرف أراد بأن العرف لم يجر بأن يكون للتزوج في دار الغربة التزاماً للاقامة ( وهذا أصح ) اي الوجه الأول هو الأصح .

( والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعاً الوطن ووجود النكاح ) اي لانتقال الأم بالأولاد الصغار ،ولا بد من وجود أمر آخر وهو أن تريد الانتقال إلى دار الحرب ، فإنه ذكر في شرح كتاب الطحاوي ، ولو أرادت الانتقال إلى دار الحرب ، وإن كان أصل النكاح وقع هناك في حربية بعد أن يكون زوجها مسلماً أو ذمياً ، ليس لها ذلك، ولو كان كلاهما حربيين فلهما ذلك ( وهذا كله ) اي هذا الذي ذكرناه كله :

إذا كان بين المصرين تفاوت . وأما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به . وكذا الجواب في القريتين ، ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به لأن فيه نظر إلى الصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر ، وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه ضرر بالصغير ، لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك .

---

( إذا كان بين المصرين تفاوت ) أراد به البعد بحيث لا يمكن الأب رجوعه إلى بيته في يوم مطالعة أولاده ( أما إذا تقاربا ) اي المصران ( بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ) يعني إذا كانت قريبتين بحيث يمكن الاب مطالعة الأولاد في يومه فلها ذلك وإلا فلا .

( ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به لأن فيه نظر إلى الصغير ، حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر ، وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه ) وهو الإنتقال من المصر إلى القرية ( ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك ) اى ليس لها أن تنقل الصغار من المصر إلى القرية ، إلا إذا وقع العقد فيها فحينئذ لها ذلك . ذكره في شرح الطحاوي وفي فتاوى البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولاً .

فروع ، لو جاءت بصبي وقالت هذا إبن بنتي وقد ماتت ، فاعطني نفقته ، فقال إنها لم تمت وهي في منزلي ، وأراد أخذه منها ، لم يكن له ذلك حتى يعلم القاضي أمه ، فيجيء بها ، فتأخذه منها . وإن جاء بامرأة وقال هذه بنتك وهي أمه ، وقالت ابنتي ماتت ، فالقول للزوج ، لأن الفراش لها ، قال الأب هو ابن ست سنين ، وقالت ابن سبع إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع إليه وإلا فلا .

ولو ادعى التزوج عليها بأخرى وأنكرت ، فالقول لها . ولو قالت طلقني وعاد حقي إن لم تعين الزوج فالقول لها وإن عينت لا يقبل قولها في الطلاق . وإن كان معسراً فقالت العمة أنا أولى بغير أجر ، والأم طلبت أجره ، فالعمة أولى وهو الصحيح .

# باب النفقـة

## قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، مسلمة كانـت أو كافرة . إذا أسلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكنها .

---

( باب في احكام النفقة )

أى هذا باب في بيان أحكام النفقة ، وهي إسم بمعنى الإنفاق ، وهي عبـارة عن الإدرار على الشيء بمـا به بقاؤه . والنفقة تجب بأسباب الزوجية ، ومنها النسب ومنها الملـك ، والكل يجيء بيانه على الترتيب مشتملاً على ذكر فصول على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

( قال ) اى القدورى ( النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، سواء كانت المرأة مسلمة او كافرة . إذا أسلمت نفسها في منزله فعليه نفقتهـا وكسوتها وسكناها ) اى في منزل الزوج . قال الأقطع في شرحه ، تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقـة ولا خلاف في ذلك . وقال الأترازي فعلم بهذا إذا ادعى بعض الشراح للهداية ، بقوله هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية ، فإنه ذكر في المبسوط وهو ظاهر الرواية بعد صحة العقد ، النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل الى بيت الزوج . ألا ترى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيت جاز لها ان تطالبه بالنفقة . وقال في الإيضاح ، وهذا لأن النفقة حق المراة ، والانتقال حق الزوج . فإذاً يطالبها بالنفقة ، فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها .

وقال في النهاية وقال بعض المتأخرين من أئمة بلخ لا تستحق النفقة إذا لم تزف إلى بيت زوجها . والفتوى على جواب الكتاب ، وهو وجوب النفقة وإن لم تزف فإن كان الزوج قد طالبها بالنفقة ، وإن لم تمتنع من الانتقال إلى بيت زوجها فلها النفقة أيضاً وأما إذا كان الامتناع بحق ، بأن امتنعت لتستوفي مهرها ، فلها النفقة أيضاً ، وإن كان الامتناع بغير حق ، بأن كان أوفاها المهر ، أو كان المهر مؤجلا أو وهبته منه ، فلا نفقة لها ، فكل من

والأصل في ذلك قوله تعالى ( لينفق ذو سعة من سعته ) ٧ الطلاق وقوله تعالى ( وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) ٢٣٣ البقـرة وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، ولأن النفقـة جزاء الاحتباس ، وكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره ، كانت نفقته عليه

---

كان محبوساً لغيره بحق مقصود ، كانت نفقة عليه .

( والأصل في ذلك ) أي في وجوب النفقة ( قوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ) أمر بالإنفاق ، والأمر للوجوب والسعة القدرة ( وقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ٢٣٣ البقرة ) المولود له هو الأب ورزقهن الأمهات قوله تعالى ﴿ بالمعروف ﴾ اي بالوسط . وقال الزجاج في تفسيره مما تعرفون أنه العدل على قـدر الإمكان ، وكلمة على للايجاب .

( وقوله عليه السلام ) اي قول النبي ﷺ ( في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ) هذا الحديث رواه مسلم عن جابر عن عبد الله وهو حديث طويـل جداً ، وفيه فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح . ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، الحديث أخرجه مسلم في باب حجة الوداع ( ولأن النفقة جزاء الاحتباس ) اي احتباس المرأة عند الرجل ( فكل من كان محبوساً بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه ) لا يقال يرد على هذا نفقة الرهن ، فإنها على الراهن مع أنه محبوس بحق المرتهن ، لأنا نقول سلمنا أنه محبوس عند المرتهن ولكن لا نسلم أنه محبوس بحق هو مقصود للمرتهن فحسب .

فإنه كما يحصل مقصود المرتهن يحصل مقصود الراهن أيضاً . ألا ترى أنه إذا هلك ، هلك الدين الذي على الراهن مضموناً بأقل من قيمته ، ومن الدين ، لكن على هـذا كان ينبغي أن تجب النفقة عليهما جميعاً ، إلا أن النفقة لما كانت لبقية الرهن وهـو على ملك

أصله القاضي والعامل في الصدقات ، وهذه الدلائل لا فصل فيهـــا ، فتستوي فيها المسلمة ، والكافرة وتعتبر في ذلك حالها جميعاً ، قـال العبد الضعيف وهـذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى . وتفسيره أنهمـــا إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار . وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار . وإن كانت معسرة والزوج موسر ، فنفقتهـا دون نفقـة الموسرات

---

الراهن ، وجبت عليه خاصة كالوديعة يجب نفقتها على صاحب المال .

( وأصله ) اى اصل من كان محبوساً لمنفعة ترجع الى غير ( القاضي والعامـــل في الصدقات ) لانهما حبسا أنفسهما لمصالح المسلمين فيجب كفايتهما ، وكذلك المفتي والمتولي والوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا بكفاية المسلمين في دفـــع عدوهم يجب كفايتهم ( وهذه الدلائل ) أشار به الى ما ذكره من الكتاب والسنة ، وقال الاترازى أى الآيات الدالة على وجود النفقة والدليل العقلي . ( لا فصل فيها ) اى لا فرق فيها بل على إطلاقها ( فيستوى فيها المسلمة والكافرة ) والغنية والفقيرة ، والموطوءة وغير الموطوءة ، والمنتقلة الى بيت زوجها وغير المنتقلة ( ويعتبر في ذلك حالهما جميعـــاً ) اى حال الزوجين وهذا لفظ القدورى .

( قال ) اى المصنف ( وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى ) أى على اختيار الخصاف الفتوى . وظاهر الرواية عن أصحابنا اعتبار حال الرجل في اليسار والإعسار دون حال المرأة . وبه صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وصاحب الشامل في قسم المبسوط ، والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوى ، واليـــه ذهب الكرخي وكثير من مشايخنـا المتأخرين ، كصاحب التحفة وصاحب النافع وغيرهم وهو قول الشافعي .

( وتفسيره ) اى تفسير قول الخصاف ( أنهما ) اى أن الزوجين ( اذا كانا موسرين يجب نفقة اليسار ، وان كانا معسرين فنفقته الإعسار ) اى يجب نفقة الاعسار ( وان كانت المرأة معسرة والزوج موسر ) اى وكان الزوج موسر ( فنفقتها دون نفقة الموسرات

وفوق نفقة المعسرات . وقال الكرخي « رح » تعتبر حال الزوج ، وهو قول الشافعي « رح » لقوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ، من وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان ، خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف

---

وفوق نفقة المعسرات ) وفي الذخيرة بيانه ، اذا كان الزوج موسراً بفرط اليسار نحو أن يأكل الحلوى واللحم المشوي والباجات ، والمرأة فقيرة كانت تاكل في بيتها خبزالشعير ، لا يؤخذ الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفقته ، ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ، ولكن يطعمها فيما بين ذلك ، ويطعمها خبز البر ، وباجة وباجتين ، فهذا معنى اعتبار حالها .

وأما إذا كان الزوج معسراً والمرأة موسرة ، لم يذكر المصنف هذا القسم ، قال الأترازي لا أدري كيف ذهب عنه ، ولا بد من ذكره فقال الخصاف في كتاب يفرض له نفقة صالحة ، يعني وسطاً ، فيقال له تكلف إلى أن تطعمها خبز البر وباجة وباجتين ، كيلا يلحقها الضرر . وقال الأترازي هذا التكليف ، تكليف ما ليس في الوسع ، فلا يجوز . قال الإمام السرخسي ، لم يذكر صاحب الكتاب أنه يؤاكلها يعني الخصاف لم يذكره في كتاب النفقات ، ثم قال ولكن مشايخنا قالوا المستحب له أن يؤاكلها لأنه مأمور بحسن العشرة معها ، وزاد في أن يؤاكلها ليكون نفقتها ونفقته سواء .

( وقال الكرخي يعتبر حال الزوج ، وهو قول الشافعي لقوله عز وجل ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ، وهو ظاهر الرواية وقال الله تعالى ﴿ ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ﴾ ٧ الطلاق بين ان التكليف بحسب الوسع وان النفقة على حسب حاله. ولما زوجت نفسها من معسر ، فقد رضيت بنفقة المعسرين ، فلا يستوجب على الزوج إلا بحسب الزوج وحاله .

( ووجه الاول ) أي وجه اعتبار حالها وهو اختيار الخصاف ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف ) هذا الحديث اخرجه غير الترمذي عن هشام عن عروة عن ابيه عن عائشة رضي الله تعالى

اعتبر حالها ، وهو الفقه . فإن النفقه تجب بطريق الكفاية . والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات ، فلا معنى للزيادة . وأما النص فنحن نقول بموجبه أنه يخاطب بقدر وسعه ،

---

عنها ان هنداً ام معاويــــة قالت يا رسول الله ﷺ ان ابا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطيني مايكفيني وولدي إلا ما اخذت منه ، وهو لا يعلم ، فقال عليه‌السلام خذي مــا يكفيك وولدك بالمعروف .

( اعتبر حالها ) اى اعتبر عليه‌السلام حال المرأة ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق للمدعى ، وهو الاعتباربحالها . الحديث يدل على اعتبار حالها . واما اعتبار حاله فالآية تدل عليه ، والخصم يدل عليه . فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما ، بأن يكون حاله معتبرة من جهة وحالها كذلك . فـإن قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونـــه من الأحاديث ، فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف ﴾ ٢٣٣ البقرة ، فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما ( وهو الفقه ) أي اعتبار حال المرأة هو الفقه أي هو الذي يفهم من الدلائل . وأشار بهذا إلى أنه اختار قول الخصاف حيث اعتبر حالها ، لكن ذكر الدليل من جهة نفسه لما اختاره وإنما قلنا من جهة نفسه لئلا يرد عليه اعتراض الاترازي حيث قال قوله :

( فإن النفقة ) قوله فلا معنى للزيادة وفيه نظر ، لأنـــه ما بقي بين الدليل والمدلول مطابقة ، لأن صاحب الهداية أورده دليلاً لقول الخصاف وقول الخصاف اعتبار حـال المرأة وحدها انتهى . ونحن نقول اختيار المصنف ما اختاره الخصاف ، ولكن دليله من جهة ويرد ما ذكره ، ثم بين ذلك بقوله لأن النفقة ( تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ) يعني عن كفايتها نظراً إلى حال الزوج ، ثم أجاب عن قوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ﴾ ٧ الطلاق ، بقوله وأما النص ( فنحن نقول بموجبه ) أي بموجب النص وهو انــــه ( مخاطب بقدر وسعه ) لئلا يلزم التكليف بمـــا ليس بالوسع ، لكن زاد كفايتها على ما في وسعه يكون ديناً عليـــه وهو معنى

والباقي دين في ذمته . ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي « رح » أنه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد

---

( والباقي دين في ذمته ) عملا بالدليلين ، ولا يؤديه مع العجز .

واعترض الأترازي على المصنف بقوله ، وهذا لا يكون جواباً لما ذهب إليه الكرخي من ظاهر الرواية ، لأن نص القرآن لا يثبت الزيادة على نفقة الاعسار ، فمن أين يثبت الزيادة بموجب النص حتى يكون ديناً عليه انتهى . قلت المصنف لم يثبت الزيادة بقوله تعالى ﴿ لينفق ذو سعة من سعته ) ٧ الطلاق حتى صده ما قال ، وإنما أثبت الزيادة بقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، الآية وفيما قاله عمل بالدليلين . وهذه الآية تدل على وجوب كفايتهن بكلمة على غير انه إذا عجز عن الكفاية لا يكلف في الحال بل الزيادة على الكفاية في ذلك الوقت يكون ديناً عليه ، والعمل بالنص أولى من ترك أحدهما .

( ومعنى قوله بالمعروف الوسط ) أي قوله عليه السلام بالمعروف في قوله لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف وكذا في قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة الآية الوسطى ( وهو الواجب ) اى الوسط هو الواجب . وفي المبسوط يجب على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وزمان . فكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام ، فكذلك من الآدام لأن الخبز لا يتناول عادة إلا مأدوماً وجاء في تأويل قوله عز وجل ﴿ من اوسط ما تطعمون أهليكم ﴾ ٨٩ المائدة ، انه أعلى ما يطعم الرجل امرأته الخبز واللحم وأوسطه الخبز والزيت وأدناه الخبز واللبن . وأما الدهن يستغني عنه خصوصاً في زيادة الحر فهو من أهول الحواريج كالخبز .

( وبه ) أي وبالمعروف المذكور في القرآن والحديث ( يتبين أنه لا معنى للتقدير ) أي في تقدير النفقة ( كما ذهب إليه ) أى إلى التقدير ( الشافعي أنه ) أى التقدير ( على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف المد ) المد بالضم وتشديد الدال رطل

وثلث بالعراقي عند الشافعي وأهل الحجاز ، ورطلان عند أبي حنيفة وأهل العراق . وقيل إن أصل المد مقدر بأن يمد الرجل يديه فيملأ كفيه طعماً .

وقال الماوردى في الحاوي ما ملخصه أن الاصل في اعتبار الحب في النفقة الكفارات، لأنه طعام يقصد به في الحرمة ويستقر في الذمة وفي النكاح عليه تمليكها حباً ،وعليه طحنه وخبزه في الأصح ، ويجوز الاعتياض في الأصح إلا دقيقاًوخبزاًعلى المذهب.ولو أكلت معه سقطت نفقتها في الأصح وفي المغني إيجاب الحب تحكم ، فإن الشرع ورد بالإنفاق مطلقاً من غير قيد ولا تقدير ، فيجب أن يرد إلى العرف والعادة وذلك في الطعام دون الحب .

وما بلغنا عن أحد من السلف أنه أطعم زوجته حباً ولا حكم بذلك الحاكم ، وقد تركوا قوله في جميع البلاد الاسلامية على تقدير مد فحينئذ على الأكابر . وعن مالك يفرض بمد تمر وإن كان كل يوم .

وهو مـد وثلث بمد النبي ﷺ قال ابن حبيب أخذه هشام بن اسماعيل بفرض نفقة الزوجات ما استحسنه مالك ، وهو ظاهر خلاف مذهبه ، ومذهبنا ما ذكره علماؤنا فقال في مختصر شرح الكافي للحاكم الشهيد ، إذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير يتمكن من تناول مقدار كفايتها ، فليس لهـا أن تطالب الزوج بفرض النفقة وإن يكن بهذه الصفة ، فخاصمت في النفقة يفرض لهـا بالمعروف ، وهو فوق التقتير دون الإسراف ، رعاية للجانبين .

ولا تقدر النفقة بالدراهم ، لأن المقصود الكفاية ، وقـد يرخص السعر ويغلو ، فلا يحصل المقصود. فكما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية كل يوم يفرض الإدام أيضاً لأن الخبز لا يتناول إلا مأدوماً عادة . وكذلك يفرض الدهن لأنه لا يستغني عنه . وقال في الأقضية لا إدام الا على اللحم والأوسط الزيت والادنى اللبن والحطب والصابون والأشنان ، وثمن مـاء الاغتسال عليه . كذا في خلاصة الفتاوى ويفرض لها من الكسوة مـا يصلح للشتاء والصيف .

ففي الشتاء قميص وملحفة وخمار وكساء كأرخص ما يكون كفايتها مما دينها . إن

كان الرجل معسراً ولا كساء في الصيف،وإن كان موسراً فبأجود من ذلك على قدر اليسار والخادم قميص وإزار و كساء كأرخص ما يكون ولا كساء في الصيف ، وإن كان الرجل موسراً فأجود ما يكون من ذلك . وقال محمد في الأصل من التقدير بالدراهم بقوله إن كان معسراً فرض لها من النفقة كل شهر أربعة دراهم أو خمسة أو ما بين ذلك . ولخادمها ثلاثة دراهم وأقل من ذلك وأكثر . وإن كان موسراً ، عليه للمرأة ثمانية دراهم أو سبعة أو نحو ذلك ، ولخادمها ثلاثة دراهم أو أربعة أو نحوذلك،فذاك ليس بتقدير لازم،بل هو بناء على ما شاهده محمد في ذلك الوقت من صرف زمانه ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل .

وقــال السرخسي لم يذكر محمد في الأصل كسوه المرأة الإزار والخف في شيء من المواضع . وذكر الإزار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف أيضاً ، وإن كانت الخادمة ممن يحتاج أن تخرج إلى الحوائج،فلها الخف والمكعب بحسب ما يكفيها . وأما المرأة فإنها مأمورة بالقرار في البيت ممنوعــة من الخروج ، فلا تستوجب الخف والكعب على الزوج ، وكذلك لا تستوجب الإزار لأنها تكون مهيئة نفسها بنشاط الزوج ، فليس على الزوج أن يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الإزار ، هذا لفظه في شرح الكافي .

وقال في خلاصة الفتاوى ، هذا في ديارهم بحكم العرف، أما في ديارنا فيفرض الإزار والمكعب ، ويفرض ما تنام عليه . وقال الخصاف ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش والمضربة والمرفقة في الشتاء ولحافاً يتغطى بـــه . قال شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب النفقات ذكر لها كتاباً على حدة ولم يكتف بفراش واحد ، لأنها ربما تنعزل عنه في أيام الحيض أو في زمان مرضها .

وقــال الحاكم الشهيد وقال محمد لا ينبغي أن يوقت النفقة على الدراهم ، لأن السعر يلغوا ويرخص ، ولكن يجعل النفقة على الكفاية في كل زمان ، فينظر قيمته ، فيفرض لها عليه دراهم شهراً بشهر . قال السرخسي وهذا بناء على عــادتهم ، وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا يعتبر في ذلك حال الرجل فإنه إن كان محترفاً يفرض عليه النفقة يوماً

لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعاً في نفسه ، وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها ، فلها النفقة لأنه منع بحق ، فكان فوت الإحتباس لمعنى من قبله ، فيجعل كلا فائت .

---

يوماً لانه يتعذر عليه أداء نفقة شهر ومعه واحدة . وإن كان من التجار ، يفرض عليه الأداء شهراً ، وإن كان من الدهاقين يفرض عليه النفقة على الكفاية في كل زمان ، فينظر قيمة ذلك ، فيفرض لها عليه دراهم شهراً بشهر .

قال السرخسي وهذا بناء على عادتهم ، وبعض المتأخرين من مشايخنا قالوا يعتبر في ذلك حال الرجل ، فإنه إن كان محترفاً يفرض عليه النفقة يوماً يوماً ، وإن كان من الدهاقين يفرض عليه النفقة سنة سنة ليتيسر الأداء عليه . كذلك عند ازارك الغلة واتخاذ غلة الحوانيت ، وأما الكسوة فيفرض في السنة مرتين .

( لأن ما وجب كفاية لا تقدر شرعاً في نفسه ) لأنها مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم ، وبحسب الأوقات والأماكن ففي التقدير قد يكون إضراراً بأحدهما وفي المبسوط وكل جواب عرفته من اعتبار حاله أو حالها في فرض النفقة فهو الجواب في كسوة .

( وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى تعطيها مهرها فلها النفقة لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كالأموات ) المراد من المهر هو العاجل . وبه صرح في شرح الطحاوي فقال ولو أنها منعت نفسها لأجل مهرها العاجل ، فلها النفقة لأن هذا منع بحق .

وقال في التحفة وإن كان الإمتناع بغير حق ، بأن أوفاها الزوج المهر ومؤجلا ، فإنه يسقط النفقة لأنه وجد النشوز منها ، لكن ينبغي لك أن تعرف ان الامتناع لطلب المهر إذا كان قبل الدخول لا يزيل النفقة إتفاقاً لأنه منع بحق و كذلك بعد الدخول إذا كان برضاها عند أبي حنيفة . وقالا لا نفقة لها كذا في المختلف وفي فتاوي قاضي خان، ولو كان الزوج ساكناً معها في منزلها فمنعت زوجها من الدخول عليها كانت ناشزة إلا إذا

وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها وإذا عادت جاء الاحتباس ، فتجب النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج ، لأن الاحتباس قائم ، والزوج يقدر على الوطء كرهاً . وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها ، فلا نفقة لها لأن امتناع الإستمتاع لمعنى فيها

---

منعت لتحولها إلى منزله أو لتكتري لها منزلاً ، فحينئذ تكون ناشزة ولو كانت مقيمة في منزله ، ولم يمكنه من الوطء لا تكون ناشزة .

( وإن نشزت فلا نفقة لهـــا حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها ) تفسير الناشزة والناشصة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق. وقيل لشريح هل للناشزة من نفقة ؟ فقال نعم ، فقيل كم ، فقال جواب من تراب معناه لا نفقة لها وإذا كان الرجل يسكن في الأرض المغصوبة ، فخرجت المرأة لأجل أنه يسكن في الغصوبة لا تكون ناشزة لأنها محقة ونقل في خلاصة الفتاوى عن فتاوي النسفي لو كان الزوج بسمرقند وامرأته بنسف فيبعث إليها أجنبياً ليحملها إلى سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم يفرض لها النفقة .

( وإذا عادت ) أي المرأة إلى منزل الزوج ( جاء الاحتباس ) فلها ( فتجب النفقة ) لوجود العلة ( بخلاف ما إذا امتنعت ) متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها (من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً ) أي من حيث الكره ( وإن كانت ) أي وإن كانت الزوجة ( صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لهـــا ) المراد من الاستمتاع الجماع لان الحاكم الشهيد قد صرح به في مختصره الكافي وكذلك السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وعليه جمهور العلماء .

وعند الثوري والظاهرية والشافعي في قول لها النفقة لانهـــا مال تجب بالعقد كالمهر فتستوي الكبـــيرة والصغيرة ، والاصح عند الشافعية وجوبهـــا لو كانت في المهر لإطلاق النص .

( لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها ) وهي غير مسلمة نفسها إلى الزوج فصارت كالناشزة

والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ، ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين . وقال الشافعي «رح» لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنـــده كما في المملوكة بملك اليمين . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة . وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة ، فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها ، وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين .

---

( والاحتباس الموجب ) أي النفقة ( ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح )وهو الجماع أو دواعيه ( ولم يوجد ) فلا يجب شيء ( بخلاف المريضة على ما نبين ) أي قريباً من خمسة عشر خطاً يعني يجب النفقة في المريضة وإن تعذر الجماع .

( وقال الشافعي لها ) اي للصغيرة النفقة ( لانهـا ) أي لان النفقة ( عوض عن الملك عنده ) أي عند الشافعي ( كا في المملوكة بملك اليمين ) حيث تجب نفقتها على المالك ( ولنا أن المهر عوض عن الملك ) لان الفرض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية ، والداخل تحته هو المهر دون النفقة ، فإذا كان المهر عوضاً لا تكون النفقة عوضاً ( ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد ) فلا تجب النفقة لاجله بخلاف المهر ، وهو معنى قوله ( فلها المهر دون النفقة ) كا مر .

( وإن كان الزوج صغيراً لا يقدر على الوطء وهي كبيرة ) أي والحال أن المرأة كبيرة ( فلها النفقة في ماله ، لان التسليم قد تحقق منهـــا وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين ) حيث يجب عليها النفقة لان العجز منهما وعليه الجمهور .

وقال مالك لا نفقة لها ، وإن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع لا نفقة لها بالإجماع ، لان المنع جاء من جهتها . كذا قاله الكاكي وقال الاترازي ولو كانا ، صغيرين جميعاً لم يذكر حكم النفقة لا في الأصل ولا في الجامع ، ولكن يفهم من التعليل المذكور فيما إذا كانت

وإذا حبست المرأة في دين ، فلا نفقة لها لأن نفقة الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها . وعن أبي يوسف « رح » أن لها النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ،ليجعل باقياً تقديراً . وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها. وعن أبي يوسف « رح » أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ،

---

صغيرة والرجل كبيراً ، إذ لا نفقة لها في هذه الصورة لان تلك العلة وهي عدم تسليم النفس موجود هنا وقد صرح بما قلنا أي بعدم وجوب النفقة في الذخيرة أيضاً .

( وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لان نفقة الاحتباس منها بالمماطلة ) لانها لما ماطلت صارت كأنها هي التي حبست نفسها فصارت كالناشزة ( وإن لم يكن منها ) أي وإن لم يكن الإحتباس من المرأة ( بأن كانت عاجزة ) عن أداء الدين ( فليس منه ) أي من الزوج أيضاً فلا يطالب بالنفقة ( وكذا ) أي وكذا لا نفقة لها ( إذا غصبها رجل كرهاً فذهب بها )لفوات الاحتباس .

( وعن أبي يوسف أن لها النفقة ) لانه لا منع من جهتها واختاره السعدي ( والفتوى على الاول ) أي على ظاهر الرواية وهو انه لا نفقة في المغصوبة فيما مضى ( لان فوت الاحتباس ليس منه ) يعني من الزوج ( ليجعل باقياً تقديراً ) بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة يجعل ذلك الاحتباس باقياً ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهة باقياً تقديراً ، فكأنه لم يفت ، فتجب النفقة كما إذا منعت نفسها قبل الدخول ، لاجل الصداق أو حبس الزوج لاجل دين عليه ، أو ارتدأو أسلمت هي وأبى الزوج الإسلام ، أو طلقها بعد الدخول .

( وكذا إذا حجت مع محرم ) أي لا نفقة لها ( لان فوت الاحتباس منها ) إلا إذا كان الزوج معها على مايجيء الآن ( وعن أبي يوسف أن لها النفقة لان إقامة الفرض عذر ) فحينئذ تجب النفقة . وقال محمد لا نفقة لها ، لعدم الإحتباس بحقه والتمكين من الاستمتاع

ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه . ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق، لأن الإحتباس قائم لقيامه عليها، وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا تجب الكراء لما قلنا. وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة . والقياس أن لا نفقة لها إذا كان مرضاً يمنع من الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم ، فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت . والمانع بعارض فأشبه الحيض . وعن أبي يوسف « رح » انها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ،

---

بالجماع ودواعيه ( ولكن تجب نفقة الحضر ) يعني قيمة الطعام في الحضر ولا يجب عليه على السفر ( دون السفر ) أي دون نفقة السفر لأنها تزيد على نفقة الحضر . كذا في شرح كتاب النفقات ( لأنها هي المستحقة عليه ) أي لأن نفقة الحضر هي الواجبة على الزوج ، لأن المأمور هو النفقة بالمعروف وهو عبادة عما لا إسراف فيه ولا تقتير . وفي النفقة السفر إسراف لغلاء السفر فلا يكون معروفاً ، فلا يجب ذلك .

( ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالإتفاق ) وبه قال الشافعي ( لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها ) أي لقيام الزوج على المرأة ( ويجب نفقة الحضر دون السفر ) لما مر ( ولا يجب الكراء لما قلنا ) أي في قوله لأنها هي المستحقة ( وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة ) هذا الموعود من المصنف بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما تبين ، إعلم ان المريضة مطلقاً لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مريضاً يمنع من الجماع كما في الحيض ( والقياس أن لا نفقة لها إذا مرضت مرضاً يمنع من الجماع لفوات الاحتباس الاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه ) أي فإن الزوج ( يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت، والمانع ) أي من الجماع ( بعارض ) أي بسبب عارض وهو المرض ( فأشبه الحيض ) في كونه مانعاً وتجب النفقة .

( وعن أبي يوسف انها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ،

ولو مرضت ثم سلمت ، لا تجب لان التسليم لم يصح . قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه ، قال ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ، ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم .

---

ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح بسبب المرض.قالوا) أي قال مشايخنا ( هذا حسن ) أي هذا التفصيل حسن ( وفي لفظ الكتاب ) أي كتاب القدوري ( مايشير اليه) أي إلى ما روي عن أبي يوسف في ظاهر الرواية ، لأنه قال وإن مرضت في منزل الزوج ، لأنه يفهم منه لأنها سلمت نفسها إلى الزوج في منزله ثم مرضت فيه .

( وقـال ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسراً ونفقة خادمها ) هذه من مسائل القدوري ، ولما كان ظاهر هذا تكرار لأنه قال في أول الباب النفقة واجبة للزوجة على زوجها ، عذره المصنف بقوله ( والمراد بهذا ) أي بقوله ويفرض للزوجة على الزوج النفقة إن كان موسراً ونفقة خادمها ( بيان نفقة الخادم ) وهناك لم يذكر نفقة الخادم ، وتجب نفقته بإجماع الأئمة الأربعة .

وقالت الظاهرية لا تجب نفقة الخادم ، لأنه ما جاء فيه خبر يعتمد عليه ، وإنما قيد بقوله إن كان موسراً وزاد فيه هذا القيد ، لأنه إذا كان معسراً لا تجب عليه نفقة الخادم . وإن كان لها خادم على ما روى الحسن عن أبي حنيفة . كذا في مختصر الكرخي وفي الاسبيجابي والينابيع وإن كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها، يفرض له النفقة بالمعروف . وفي الذخيرة إن لم يكن لها خادم لا يفرض له في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة ، وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعي .

وفي المبسوط عن زفر يفرض نفقة خادم واحد ، لأن على الزوج أن يقوم بمصالح طعامها وحوائجها ، وإذا لم يفعل ذلك أعطاها نفقة خادم ، ثم هي تقوم بنفسها ، او تتخذ خادماً . ثم اختلف المشايخ في الخادم ، قيل المملوك لها حتى لو كانت حرة ، او غير مملوكة لها لا تستحق . وقيل كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها . وينبغي أن ينقص نفقة لخادمها عن نفقة نفسها في حق الإدام لا الخبز .

ولهـذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها ، ووجهه أن كفايتها واجبة عليه ، وهـذا من تمامها ، إذ لا بد لها منه ، ولا تفرض لأكثر من نفقة خادم واحد . وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف «رح» تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخـارج

---

( ولهذا ) اي ولصحة ما قلت والمراد بهذا بيان الخادم ( ذكر في بعض النسخ ) اي في بعض نسخ القدوري ( ويفرض على الزوج إذا كان موسراً نفقة خادمها ) وقـال الأترازي ، وتلك النسخة هي الاصح ، لأن الشيخ أبا نصر اعتبرها في نسخته ، أعني الشرح المعروف بالأقطع ( ووجهه ) اي وجه وجوب نفقة الخادم ( أن كفايتها ) اي كفايـة المرأة ( واجبـة عليه ) اي على الزوج ( وهذا من تمامها ) اي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المرأة ( إذ لا بد لها منه ) اي لأنه لا بد للمرأة من الخادم .

وهو واحد الخادم غلاماً كان أو جارية ، ثم المرأة إذا لم يكن لها خادم ، فهل يجب عليها أن تخبز وتعالج بنفسها . فإن قالت لا أفعل ، لا تجبر على ذلك ، لأن الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الاعمال ، بخلاف الخادم إذا امتنع من الخدمـة لا يستحق النفقة .

( ولا تفرض ) اي النفقة ( لاكثر من خادم واحد ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، ولم يذكـر الخلاف . وكذا لم يذكر الحاكم الشهيد في مختصره ولا الكرخي في مختصره ، وذكر الخلاف شمس الائمة البيهقي والاسبيجابي ، وصاحب المختلف ، ولذلك ذكر المصنف أيضاً مثلهم قال ( وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ) اي عدم فرض النفقة لاكثر من خادم عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول الجمهور وقول الائمة الاربعة .

( وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لانها ) اي لان المرأة ( تحتاج إلى أحدهما لمصالـح الداخل ) اي داخل البيت ( وإلى آخر ) اي وتحتاج إلى خادم آخر ( لمصالح الخارج )

ولهما أن الواحد يقوم بالامرين، فلا ضرورة إلى اثنين، ولانه لو تولى كفايتها بنفسه، كان كافياً. فكذا إذا قام الواحد مقام نفسه، وقالوا إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته، وهو أدنى الكفاية.

---

اي خارج البيت. وفي التحفة وهذا الذي ذكره عن أبي يوسف غير المشهور عنه، لان المشهور من قوله كقولهما. وبه صرح الطحاوي في مختصره وفي فتاوى أهل سمرقند، إذا كانت المرأة من بنات الاشراف وذوي الاقدار لها خدم كثير، يجبر على نفقة خادمين أحدهما للخدمة والآخر للرسالة. وعن أبي يوسف في رواية أخرى، إذا كانت فائقة المعنى لها خدم كثير زفت إليه كذلك استحقت نفقة الخدم كلها، وهو رواية هشام عن محمد واختاره الطحاوي (ولهما) اى ولابي حنيفة ومحمد:

(أن الواحد) اى الخادم الواحد (يقوم بالامرين) اى بمصالح الخارج ومصالح الداخل (فلا ضرورة إلى اثنين) لان ما زاد على ذلك فللزينة والتجمل (ولانه) اى ولان الزوج (لو تولى كفايتها بنفسه كان كافياً، فكذا إذا أقام الواحد) اى الخادم الواحد (مقام نفسه) ولو كانت الزوجة أمة، فلا نفقة لخادمها ولو كان له أولاد لا يكفيها خادم واحد، فرض عليه خادمين او أكثر.

(وقالوا) اي المشايخ (إن الزوج الموسر يلزمه من نفقه الخادم مايلزم المعسر من نفقة امرأته) اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة، وهو النصاب من المال النامي الفاضل عن حاجته، والغني الذى تحرم به الصدقة، وتجب به الفطرة والاضحية، هو أن يملك أن يساوى مائتي درهم فاضلاً عن ثيابه ومآربه وخادمه ومسكنه وفرسه وسلاحه، وكتب العلم إن كان من أهله، إذا لم يكن له فضل عن ذلك (وهو أدنى الكفاية) والضمير يرجع إلى قوله ما يلزم. والحاصل أن نفقة الخادم أدنى الكفاية، وهو ما يلزم المعسر من نفقة امرأته.

وفي النوادر روى قتادة عن جلاس عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه، أنه

وقوله في الكتاب إذا كان موسراً ، إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره . وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ، وهو الاصح ، خلافاً لما قاله محمد « رح » لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية . وهي قد تكتفي بخدمة نفسها .

ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ، ويقال لها استديني عليه ، وقال الشافعي « رح » يفرق ،

---

فرض لامرأة وخادمها في الشهر اثني عشر درهما ، أربعة للخادم ، وثمانية للمرأة ، منها درهمان للقطن والكتاب . وروي عن شريك أنه قال شهدت ابن أبي ليلى أنه فرض للمرأة ستة دراهم وللخادم ثلاثاً .

( وقوله في الكتاب ) اى القدورى ( إذا كان موسراً ، إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ) بن أبي زياد اللؤلؤى، قال شيخنا برهان الدين الخوارزمي ، معنى الحسن إذا ذكر في نسخ الفقه لاصحابنا ، المراد به الحسن ابن زياد ، وإذا ذكر مطلقاً في كتب التفسير أن المراد الحسن البصرى ( وهو الاصح ) اى الذى رواه الحسن عن أبي حنيفة ، هو الاصح ( خلافاً لمحمد ) فإنه قال إلا إذا كان الزوج معسراً ، فإن كان له خادم فرض نفقة الخادم ، وإن لم يكن فلا يفرض ( لان الواجب على المعسر أدنى الكفاية ، وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ) هذا تعليل لما رواه الحسن .

( ومن أعسر بنفقة زوجته لم يفرق بينهما ) اى بينه وبين امرأته وهو قول الزهرى وعطاءبن يسار ، والحسن البصرى ، وسفيان الثورى ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وحماد بن أبي سليمان ، والظاهرية ( ويقال لها ) اى للمرأة ( استديني عليه ) اى على الزوج . ومعنى الاستدانة أن تشترى الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه . وقال الخصاف معنى الاستدانة الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج.

( وقال الشافعي يفرق ) وبه قال مالك وأحمد . وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف ، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنه ، بـــل أولى لان الحاجة إلى النفقة أقوى . ولنـــا أن حقه يبطل وحقها يتأخر . والاول أقوى في الضرر ، هذا لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي ، فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال

---

والعجز عن المسكن . وفي المهذب في العجز عن الكسوة والمسكن وجهان. وقال أبونصر من أصحابه في العجز عن الكسوة والمسكن يفسخ قولاً واحداً ، وهذا التفريق فسـخ عند الشافعي وأحمد . وقال مالك طلاق . وفي مدة حكم القاضي بالتفريق قولان في القديم يوم اعساره وفي الجديد يمهل ثلاثة أيام ، ولو غاب عنها ولم يعرف موضعه لم يثبت لها الفسخ . كـذا في الحلية . وللشافعي في الفسخ من الإعسار عن الصداق الواجب ثلاثـة أقوال أحدها له الفسخ قبل الدخول وبعده ، والثاني لا خيار لا قبل الوطء ولا بعده وهو اختيار المزني ، والثالث لها الفسخ قبل الدخول لا بعده واختـاره المروزى وأكثرهم . لو امتنع من الإنفاق عليها مع اليسر ، لم يفرق ، ويبيع الحاكم عليه مالـه ويصرفه في نفقتها . فإذا لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ، ولا يفرق .

( لانه عجز عن الإمساك بالمعروف ، فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجـب والعنة ) اى كما يفرق إذا وجد الرجل مجبوباً او عنيناً ( وبل أولى ) اى وبل التفريـق أولى ( لان الحاجة إلى النفقة أقوى ) من الجمـاع لان انقطاع الاول مدة مهلكة دون الثاني ( ولنا أن حقه ) اى أن حق الزوج ( يبطل ) اى التفريق ( وحقها يتأخر ) لان النفقة تصير ديناً بفرض القاضي ، فيستوى في الزمان الثاني ( والاول ) اى بطلان حـق الزوج ( أقوى في الضرر ) فتحتمل أدنى الضررين فدفع الإعلام ( وهذا ) إشارة إلى ان تأخير حقها أقل ضرراً من بطلان حقه ( لان النفقة تصير ديناً ، بفرض القاضي ،فتستوفى من الثاني ) اي في الزمن الثاني .

( وفوت المال ) مبتدأ وخبره قوله يلحق على صيغة المجهول ، وهو جواب عن قياس

تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل . وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج . فأمـا إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي ، كانت المطالبة عليها دون الزوج

---

الشافعي على الجب والعنة وتقريره ان فوت المال ( وهو تابع )أي والحال انه تابع (في النكاح لايلحق بما هو المقصود وهو لتناسل التولد )توضيحه ان هذاالقياس باطل لانه قياس بالفارق، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال ، وهو تابع في باب النكاح ، والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرق بالعجز عن المقصود جواز حله عن التابع .

( وفائدة الأمر بالاستدانة ) جواب عما يقال لا فائدة في الإذن لها بالإستدانة بعـد فرض القاضي بالإستدانة لها،لأنها صارت ديناً بفرضه ، فأجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة ( مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج ) يعني من غير رضاه ( فأمـا إذا كانت الإستدانة بغير أمر القاضي ، كانت المطالبة عليها دون الزوج ) وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج او المرأة ، وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج ، بل يرجع عليها ، ثم هي ترجع على الزوج بما فرض لها القاضي ، وهذا لأن الاستدانة على الزوج ، إيجاب الدين عليه فإذا جعل بأمر القاضي جعل إيجاب الدين عليه منها ، وليس لها على الزوج هذه الولاية .

فإن قلت استدل الشافعي ومن تابعه بما روي عن ابن المسيب أنه سئل عن ذلك، فقال يفرق بينهما سنة . قال الشافعي قوله سنة ، اي سنة رسول الله ﷺ . وبما روي عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه عليه السلام قال في الرجل ، لا يجد ما ينفق على امرأتـه ، يفرق بينهما ، رواه الدارقطني . وبما روي في حديث أبي هريرة أنه عليه السلام قـال ، تقول أطعمني وإلا فارقني ، رواه البخاري وغيره .

قلت الجواب عن قول سعيد بن المسيب من وجوه الأول أنه لما روي ذلك عن عبـد الرحمن بن أبي زياد ، قال ابن حزم ، هو لا شيء ، فسقط الإحتجاج به ، والثاني أن قول

ابن المسيب أنه سنة لا نسلم أنه سنة الرسول عليه السلام ، لأن السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره ايضاً . ألا ترى إلى قوله عليه السلام سن بكم معاذ سنة حسنة، وسنة العمرين فاشتبه بين العلماء والثالث أنه مرسل . والشافعي لا يجعل المرسل حجة . فإن قيل الشافعي استثنى مراسيل سعيد بن المسيب كلها ، ولا غيره ، والشرط عنه في العمل بالمرسل أن يروي من طريق آخر مرفوعاً او عمل به بعض الصحابة .

وقال ابن حزم ، وروى عن ابن المسيب قولان مختلفان ، فأيهما كان السنة والآخر خلاف السنة ، فبطل قوله السنة لاضطرابه ومخالفة بعضه بعضاً ، وقال أيضاً خالف ابن المسيب عمر وعلياً وغيرهما . والجواب عن حديثه الآخر أنه قيل لأبي هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ ، فقال لا هذا من كيس أبي هريرة . رواه عنه كذلك البخاري . ولأن ذلك من قول المرأة ، وليس فيه أن الرجل يلزم به ، فإن قلت الشافعي استدل أيضاً بقوله تعالى ﴿ فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان ﴾ ٢٢٩ البقرة ، فإن الرجل لما عجز عن الإمساك بالمعروف ، تعين التسريح بالإحسان ، فلما أبى ذلك ناب القاضي منابه دفعاً للظلم كما ذكرنا .

قلنا نحن أيضاً ، استدللنا بقوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة ، فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، نص الله تعالى عز وجل على أن المعسر يستحق الإنظار والإمهال، فلوأجلته المرأة في النفقة ما كان لها أن تطالب بالفرقة ، فكذا إذا ثبت الأجل شرعاً . وقد ذكرنا بقية دليلنا عن قريب ، ثم اعلم أن العجز عن الإنفاق لا يوجب التفريق عندنا ، ولكن مع هذا ، إذا فرق القاضي بينهما ، هل ينفذ قضاؤه أم لا .

قال الإمام أبو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول إذا ثبت العجز بشهادة الشهود فإن كان القاضي شافعي المذهب ، وفرق بينهما ، نفذ قضاءه بالتفريق . وإذا كان حنفياً لا ينبغي له أن يقضي بخلاف مذهبه إلا أن يكون مجتهداً ، او وقع اجتهاده على ذلك قضى مخالفاً لرأيه من غير اجتهاد .

فعن أبي حنيفة روايتان في جواز قضائه ، ولم يقض ، ولكن أمر شافعي المذهب

وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ، ثم أيسر فخاصمته ، تمم لها نفقة الموسر ، لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ، وما قضي به تقدير لنفقة لم تجب .

---

ليقضي بينهما في هذه الحادثة بمقتضى التفريق إذا لم يرتش ، الآمر والمأمور بأن كان الزوج غائباً ، فرفعت المرأة الأمر إلى القاضي ، وأقامت البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة ، وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما . قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لأنه قضاء في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء على الغائب . وكل واحد منهما مجتهد فيه .

وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لأن القضاء إنما يجوز عند الشافعي ، وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة إذا ثبت المشهور به عند القاضي ، وهو العجز لأن المال غاد ورائح ، ومن الجائز أن الغالب هنا صار غنياً ، ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة .

وقال صاحب الذخيرة أنه لا ينفذ قضاءه ، لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادراً . إن كان هذا ترك الإنفاق لا بالعجز عن الإنفاق ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر ، فان جاز قضاءه فالصحيح أنه لا ينفذ ، لأن هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت .

( فاذا قضى القاضي لها بنفقه الإعسار ثم أيسر فخاصمته تم لها نفقة الموسر ) اي تمم القاضي لها نفقة الرجل الموسر ( لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ) لانها تجب شيئاً فشيئاً فيعتبر حالها في كل وقت ( وما قضى به ) كلمة ما مبتدأ وقضي مجهول ويجوز أن يكون معلوماً ، أي ما قضى به القاضي ، والضمير في به يرجع إلى المبتدأ وهو قوله ( تقدير ) بالرفع خبر المبتدأ ، وهو قوله ما وهي موصولة بمعنى الذي فافهم. وهذاجواب عما يقال ينبغي أن لا يتمم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول ، فأجاب بأن ما قضي به تقدير ( لنفقة لم تجب ) لأن النفقة تجب شيئاً فشيئاً ، وتقدير ما ليس بواجب لا

فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها ، وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها ، طالبته بذلك ، فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة، أو صالحت الزوج على مقدار نفقتها ، فيقضي لها بنفقة ما مضى ، لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل ،

---

يكون لازماً لجواز متبدل السبب الموجب قبل وجوبه ، فإذا لم يكن لازماً فنحكم فيه حكم الحاكم .

( فإذا تبدل حاله ) أي حال الزوج بأن صار موسراً ( فلها المطالبة بتمام حقها ) والفرض السابق لا يمنع الإتمام ، لأنه فرض قبل الوجوب ، فلا يتقرر حكمه ، وذلك مثل المعسر إذا حنث في يمينه ، فشرع في صوم الكفارة ، ثم أيسر يجب التكفير بالمال لزوال الإعسار .

( وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها ) أي على المرأة في هذه المدة (وطالبته بذلك) أي وطالبت الزوج بما كان لها من النفقة ( فلا شيء لها ) يعني عندنا ، لأن النفقة لا تصير ديناً بمضي المدة ، كنفقة الأقارب ( إلا أن يكون القاضي فرض لها النفقة ) هذا استثناء من قوله فلا شيء لها ، حاصله أن النفقة لا تصير ديناً في الذمة إلا بأحد شيئين ، أحدهما بفرض القاضي النفقة والآخر هو قوله ( او صالحت الزوج على مقدار منها ) أي من النفقة ، وبه قال أحمد في رواية .

وقال اشافعي ومالك وأحمد في رواية ، تصير ديناً بلا قضاء ولا تراض إلا عند مالك لو أقامت عند ستين ، وهو ملأى ، وادعت عليه انه لم ينفق عليها ، والزوج يدعي الإنفاق ، فالقول له مع يمينه ، وكذا في غيبته. أما لو أكلت معه ، سقطت نفقتها عند مالك والشافعي ، في الأصح ذكره في المنهاج .

( فيقضي لها بنفقة ما مضى ) هذه نتيجة قوله إلا أن يكون القاضي فرض لها إلى آخره ( لأن النفقة صلة ) هذا تعليل لقوله ، فلا شيء لها بيان ذلك أن النفقة صلة (وليست بعوض عندنا ) خلافاً للشافعي ومن معه ( على ما مر من قبل ) أشار به إلى ما ذكره من

فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء ، كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد ، وهو القبض . والصلح بمنزلة القضاء ، لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي ، بخلاف المهر ، لأنه عوض . وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ، ومضى شهور ، سقطت النفقة .

---

الدليل في قوله ، وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها ، فلا نفقة لها . كذا قاله الاترازي ، وقال الاكمل يريد به قوله ان المهر عوض عن الملك ، ولا يجتمع العوضان عن عوض واحد ، فإن قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع ، لكن لا ينافي أن يكون عوضاً عن الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفاً في ملكه ، وذلك لا يوجب على المالك الملك عوضاً. فإن قيل لو كانت صلة ، لما وجبت على المكاتب ، أجيب بأنها صلة من وجهين ، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالخراج وإذا ثبت أنها صلة ( فلا يستحكم الوجوب فيهـا ) أي في النفقة ( إلا بالقضاء ) أي بقضاء القاضي .

( كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح ) أي صلح المرأة معه على شيء ( بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي ) لان لـــه أن يلتزم بالنفقة فوق مـا يلتزمه القاضي بالمعروف ، فكان مصلحة بمنزلة القضاء بل أولى ( بخلاف المهر ) بقوله وليست بعوض حيث يجب بلا قضاء ولا تراض ( لانه ) أي لان وجوبـه بكلوس ( عوض ) ألا ترى انه إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً فدخل بهـا أو مات عنها يلزمـــه مهر المثل .

( وإن مات الزوج بعدما قضي عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت النفقة ) خلافاً للأئمة الثلاثة . قال الكاكي هذا إذا فرض لها النفقة ، ولم يؤمر بالاستدانة انـــه على الزوج ، فاستدانت ، ثم مات أحدهما ، لا يبطل . ذكره الحاكم الشهيد في المختصر . وذكر الخصاف أنه يبطل . والصحيح ما ذكره في المختصر لان استدانتها بأمر القاضي ، وللقاضي ولايـة عليها ، فكانت بمنزلة استدانة الزوج بنفسه . وفيه لا يسقط بموت أحدهما . كذا ههنـــا وكذلك في الطلاق ، يعني أن الديون المستدانة هل تسقط بالطلاق . فعلى روايتين ، في رواية لا يسقط وهو الصحيح كذا في الذخيرة .

وكذا إذا ماتت الزوجة ، لأن النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت ، كالهبة تبطل بالموت قبل القبض . وقال الشافعي « رح » تصير ديناً قبل القضاء ، ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده ، فصار كسائر الديون ، وجوابه قد بيناه . وإن أسلفها نفقة السنة ، اي عجلها ثم مات ، لم يسترجع منها بشيء . وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » .

---

( وكذا إذا ماتت زوجته ، لان النفقة صلة ، والصلات تسقط بالموت ، كالهبة تبطل بالموت ) أي بموت الواهب أو بموت الموهوب له ( قبل القبض ) فإن قبل الهبة متأكدة بالقبض والنفقة متأكدة بعد القضاء ، فينبغي أن لا تسقط كالهبة المتأكدة بالقبض . قلنا قال في الإيضاح وإن صارت النفقة ديناً عليه بالقضاء ، ولكن معنى الصلة لا تبطل ، والصلات تبطل بالموت انتهى .

قلت قال الكاكي الدليل على أن معنى الصلة لا يبطل فيها أنه لم ينقل أحد من السلف والخلف الوصية بنفقة فيما إذا مضت مدة ، ولا بإخراجها عن تركته كسائر الديون وقد حكمت الشافعية بنفقة ستين سنة أو أكثر إذا أنكرت إنفاقه عليها ، وجعلوها كسائر الديون ، وبعد هذا لا يخفى ما فيه وجماعة من أصحاب الشافعي لا يرضون بهذا الحكم .

( وقال الشافعي يصير ديناً قبل القضاء ، ولا يسقط بالموت لأنه عوض ، فصار كسائر الديون ) قال في شرح الأقطع قال الشافعي أنها تؤخذ من تركة الزوج ، وقال في الشامل، وعن محمد أن يؤدي من ماله ( وجوابه قد بيناه ) أي جواب الشافعي على قوله أن النفقة عوض قد بيناه في مسألة ، وإن كانت صغيرة ولايستمتع بها لا نفقة لها . وهو ما ذكره بقوله ولنا في المهر عوض عن الملك ، ولا يجتمع العوضان عن عوض واحد ( وإن أسلفها ) هذا لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله بأن ( أعجلها نفقة السنة ثم مات ) أي الزوج ( لم يسترجع منها بشيء ) أي لم يرجع على المرأة بشيء .

( وهذا ) أي عدم الاسترجاع ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) ولم يذكر هذا

وقال محمد « رح » يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي « رح » ، وعلى هذا الخلاف الكسوة ، لأنها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل الاستحقاق بالموت ، فيبطل العوض بقدره ، كرزق القاضي ، وعطاء المقاتلة ، ولهما أنه صلة ، وقد اتصل به القبض . ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة . ولهذا لو هلكت من غير

---

القدوري ، فلذلك قال المصنف وهذا باسم الإشارة ، وذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد « رح ، ولم يذكر خلاف أبي حنيفة ، وكذلك ذكر الولوالجي في فتاواه ، وكذا الخلاف لو ماتت المرأة ، فالكسوة كالنفقة ، وسواء كانت قائمة أو هالكة ( وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي ) وبه قال أحمد .

وفي البدائع وترد الباقي والمستهلك وفي الهلك لا تردبالاتفاق. وكذافي الينابيع،وأدب القاضي ، والذخيرة،وفيه الموت والطلاق قبل الدخول سواء. وفي نفقة المطلقة إذا مات الزوج ، فالجواب كذلك وفي شرح الأقضية اختلفوا ، فقيل لا يسترد بالاتفاق ، لأن العدة قائمة في موته .

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( الكسوة ) إذا أعجلها سنة ثم مات ( لانها استعجلت عوضاً عما تستحقه عليه بالإحتباس ) أي لسبب الاحتباس ( وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض ) وهو الذي كانت تستحقه عليه بالاحتباس ( بقدره ) أي بقدر كما إذا أعطى النفقة ليتزوجها، فمات قبل التزوج( كرزق القاضي ) أي أخذ القاضي رزق مدة ، ثم مات قبل تمام المدةويرد فيما بقيبحساب ذلك ( وعطاء المقاتلة ) إذا أخروا أرزاقهم مدة ثم ماتوا ، قبل تمام المدة يسترد منهم فيما بقي من المدة ( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه صلة ، وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت ، لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت ) أي النفقة ( من غير

استهلاك لا يسترد شيء منهـــا بالإجماع . وعن محمد « رح » أنهـــا إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه ، لا يسترجع منها بشيء لأنه يسير ، فصار في حكم الحال . وإذا تزوج العبـــد حرة ، فنفقتها دين عليه يباع فيها ، ومعناه إذا تزوج بإذن المولى ، لأنه دين وجد في ذمته لوجود سببه ، وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلـق برقبته ، كدين التجارة في العبد التاجر . وله أن يفدى ، لأن حقها في

---

استهلاك لا يرد شيء منها ) أي من النفقة ( بالإجماع ) بين أئمتنا وغيرهم .

( وعن محمد ) أي وعن محمد رواها ابن رستم عنه ( أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه ،لا يسترجع منها بشيء لأنه ) أي لأن السهر أو ما دونه ( يسير فصار في حكم الحال ) أي صار الشهر وما دونه في حكم القاضي ، يعني أن نفقة الحال لا تسترد ، فكذلك نفقة الشهر ، وفي بعض النسخ في حكم الحال ، وإن كان أكثر من شهر ترك منها مقدار نفقة شهر استحساناً ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك .

( وإذا تزوج العبد حرة ، فنفقتها دين عليه يباع فيها ) اي يباع العبد فينفقة الحرة ، وهذه من مسائل القدوري ، وقال المصنف ( ومعناه ) اي معنى هذاالكلام ( إذاتزوج ) اي العبد ( بإذن مولاه ) وإنما فسره بهذا التفسير ، لانه إذاتزوج بغير إذن مولاه ،لايصح العقد ، وإنما قيد بالحرة ، لان المرأة إذا كانت أمة ، لا تستحق النفقة قبل البتونة على ما يجيء إن شاء الله تعالى (لأنه ) اي لان النفقة ذكره باعتبار الإتفاق ( دين وجب فيذمته ) لان النفقة من أحكام العقد ، فيستوي فيها الحر والمملوك كالدين( لوجودسببه )وهوالعقد ( وقد ظهر وجوبه في حق المولى ) لان السبب كان بإذنه ، وكان راضياً بوجوب النفقة عليه ( فيتعلق برقبته ) اي برقبة العبد ( كدين التجارة في العبد التاجر ) المأذون تتعلق الديون برقبته .

( وله ) اي للمولى ( ان يفدى ) اي ان يفديه المولى ( لان حقها ) اي حق المرأة ( في

النفقة لا في عين الرقبة ، ولو مات العبد سقطت ، وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة .

---

النفقة لا في عين الرقبة ) اي رقبة العبد . فإذا أوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك ، فلا يباع العبد ، وكذا الحاكم في المدبر والمكاتب ، إذا تزوجها بإذن المولى بحرة او أمة بعد البتوتة ، حيث تجب النفقة عليها ، ولكنهما لا يباعان في النفقة والمهر ، لانهما لا يحتمعان النقل من ملك إلى ملك ، بل يؤمران بالسعاية . ثم إذا بيع العبد في النفقة ، واجتمع عليه النفقة مرة أخرى يباع أيضاً .

قال شمس الأئمة السرخسي وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد مرة ، إلا النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان ، فذلك في حكم دين حادث . وقال الولو الجي في فتاواه ، إذا بيع في المهر مرة او بقي شيء من المهر ، فإن لم يف الثمن بكل المهر ، لا يباع مرة أخرى ، بل يتأخر إلى ما بعد العتق . وفي الكافي للحاكم الشهيد وشرحه للسرخسي ، إذا كان للعبد او المدبر ولد من أمة ، انه لم يكن عليه نفقة الولد ، لانها ان كانت أمة ، فالولد ملك لمولاها ، وان كانت حرة ، فولدها يكون حراً ، ولا تجب نفقة مملوكة على حر ولا على مولاه ، لان ولده أجنبي منه ، وكذلك المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده ، سواء كانت المرأة حرة او أمة ، لهذا المعنى .

واتفقت الأئمة الأربعة في وجوب النفقة على العبد ، لكن لا يباع العبد في النفقة عند الشافعي وأحمد ، ويثبت لها الخيار في الفرقة عند الشافعي وعند أحمد على سيده ، وفي رواية في كسبه وفي التنبيه وفي تميز المكتسب على سيده في قول على العبد يتبع بعد العتق . وفي المكتسب في كسبه ، وفي المأذون له في التجارة فيما في يده ، ولها ان تفسخ ان شاءت .

( ولو مات العبد سقطت ) اي لو مات العبد سقطت ، اي لو مات الذي تزوج بإذن المولى سقطت النفقة ، ولا يؤاخذ المولى بشيء من ذلك لفوات محل الاستيفاء ( وكذا ) اي وكذا تسقط النفقة ( إذا قتل ) اي العبد لان المقتول ميت بأجله ولا أجل له سوى هذا وقد عرف في موضعه .

( في الصحيح ) قيد به احترازاً عن قول الكرخي ، لانه قال ينتقل إلى قيمته . قال القدوري هذا ليس بصحيح ، والصحيح السقوط بالموت ( لانها ) اي لان النفقة . ( صلة )

وإن تزوج الحرامة فبوأها مولاها معه منزلاً ، فعليه النفقة لأنه تحقق الاحتباس ، وإن لم يبوئها فـلا نفقة لها لعدم الاحتباس ، والتبوئة أن يخلي بينهـا وبينه في منزله ، ولا يستخدمها . ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة ،لأنه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح . ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها ، لا يسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً ، والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة

---

فتبطل بالموت ( وان تزوج الحرامة فبوأها مولاها معه منزلا ، فعليه النفقة ) وفي بعض النسخ وان تزوج الرجل أمة وهذا أولى لعمومه ، لان الحكم لا يختلف بين ان تكون الأمة تحت حر ، أو عبد نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر الكافي (لانه تحقق الاحتباس) فتجب النفقة ( وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس ) أي من قبل الزوج ، فإن قيل احتباس المولى بحق له شرعاً ، فكان كاحتباس الحرة نفسها لصداقها ، فينبغي أن لا يسقط . قلنـا ليس كذلك ، لأن في احتباس الحرة لصداقها فوت الاحتباس عن الزوج حين امتنع عن أداء صداقها ، وهنا التفويت ليس من قبل الزوج .

( والتبوئة أن يخلى بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ) هذا تفسير لقوله فبوأهـا وهي أن يخلى المولى بين أمته وبين العبد في منزله ، ولا يستخدمها أي الأمه ، وهو بالنصب عطفاً على قوله أن يخلي ( ولو استخدمها ) أي ولو استخدم المولى أمة ( بعد التبوئـة سقطت النفقة ، لأنه فات الإحتباس ) فلا يجب بشيء ( والتبوئة غير لازمة على مـا مر في النكاح ) أي في باب نكاح الرقيق ، حيث قال أبوئها ، ثم بدا له أن يستخدمها ، كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح .

( ولو خدمته الجارية أحياناً من غير أن يستخدمها ، لا تسقط النفقة ، لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً ) أي للتبوئـة ، وكانت الخدمة من الجارية من غير استخدام المولى ( والمدبرة وأم الولد في هذا ) أي في عدم وجوب النفقة ( كالأمة ) يعني كما أن الأمـة

## فصـــل

## وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ، ليس فيها أحد من أهله ، إلا أن يختار ذلك ، لأن السكنى من كفايتها ، فيجب لها

---

لا نفقة لها،قبل التبوئة،فكذلك المدبرة وأم الولدلا نفقة لهما قبل التبوئة،بخلاف المكاتبة، حيث تجب لها النفقة ، إذا لم تحبس نفسها منه ظالمـــة ، ولا تشترط التبوئة ، لأن السيد ليس له أن يستخدمها ، ولا يملك منعها من الزوج ، لأنها صارت أخص بنفسها ومنافعهـا بالكتابـــة ، فلــو ضاعت الكسوة أو النفقة أو سرقت ، لم يجدد حتى يمضي الوقت بخلاف المحارم .

والفرق أن نفقة المحارم مقدرة بالحاجة ، بخلاف الزوجة ، فإنها غير مقدرة بالحاجة في حقها ، حتى تأخذها مع الغنى بخلاف المحارم ، لأن لا يفرض لهم مع غنـائهم إذا كان الزوج صاحب مائدة ، وطلبت المرأة الفرض ، لا يفعل . وفي خزانـــة الاكمل قول القاضي استديني عليه كذا فرض عليه . ولو قال الزوج استديني ، لا يصير فرضاً ما لم تقل علي وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ، ولم يكتف بفراش واحد لهما ، لأنه قد تتغير لهما في الحيض والمرض . وقد جــاء فراش لك وفراش لاهلك وفراش لطفلك ، والرابع للشيطان . ولو اختلفا في اليسرة والعسرة ، فالقول له مع يمينه ، والبينة لهـا وبـه قال الشافعي وأبو ثور وذكر محمد في الزيادات أن القول لها مع يمينها .

### ( فصل )

أي هذا فصل ، ولما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى ( وعلى الزوج أن يسكنها ) أي يسكن امرأته ( في دار مفردة ليس له فيها أحد من اهله ) كأمه وأخته أوأحد من قراباته ، لأن السكنى حقها ، فليس للزوج أن يترك غيرها معها ، كالنفقة .

( إلا أن يختار ذلك ) أي إسكان غيرها معها ( لان السكنى من كفايتها ، فتجب لها

كالنفقة. وقد أوجبه الله تعالى مقروناً بالنفقة، وإذا وجب الإسكان حقاً لها ليس له أن يشرك غيرها فيه، لأنها تتضرر به، فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها عن المعاشرة مع زوجها، ومن الاستمتاع إلا أن تختاره،

---

كالنفقة ، وقد أوجبه الله تعالى ، مقروناً بالنفقة ) أراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في قوله تعالى ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ ٦ الطلاق ، أي من طاقتكم ، يعني ما تطيقونه . وقال الاترازى ما كان يحتاج صاحب الهداية أن يقول ، أوجبه الله مقروناً بالنفقة ، لان القران في النظم لا يدل على القران في الحكم ، فلو اقتصر على قوله أسكنوهن انتهى . قلت لو اقتصر هو عن هذا الكلام لكان أولى وأجدر ، لانه لم يكن في صدر البحث في النظم هل يوجب القران في الحكم أولا ، وإنما ذكره بحسب ظاهر قراءة ابن مسعود « رض » على أن في هذا خلافاً بين الاصوليين .

( وإذا وجب الإسكان ) حال كونه ( حقاً لها ، فليس له أن يشرك غيرها فيه ، لانها تتضرر به ) أي بإسكان الغير معها ( لانها لا تأمن على متاعها ) وأثاث بيتها ( وتمنع ذلك ) أى إسكان الغير معها ( عن المعاشرة مع زوجها ) لان الغير يبقى مثل الراقوب عليها ( ومن الاستمتاع ) بالجماع ودواعيه . وقيل إذا كان هناك صغير جداً ، لا يفهم الجماع لا ينبغي أن يمنع . وفي الفتاوى ليس له أن يسكنها مع أمة في بيت واحد . وإن أسكنها في بيت من داره ، والأمة في بيت ، جاز له ذلك . والصحيح انه يحتاج إلى استخدامها في كل ساعة ، فله أن يسكنها معها للضرورة ، لكن يكره أن يجامعها بحضرة أمته .

وفي الخزانة معه عشرة من الخدم ، يحل له وطؤهن ، وتصح الخلوة معهن . وكذامع ضرتها ونقل في خلاصة الفتاوى عن أدب القاضي للخصاف شكت المرأة عند القاضي ، ان الزوج يضربها ، فطلبت أن يسكنها عند قوم صالحين ، إن علم به زجره ، وإن لم يعلم إن كان جيرانه صالحين أقرها فيه ، لكن يسألهم إن أخبروه كما شكت زجره وإن لم يكونوا صالحين أو يميلون إليه أمره بالإسكان عند قوم صالحين ( إلا أن تختار ذلك )

لأنها رضيت بانتقاص حقها . وإن كان له ولد من غيرها ، فليس له أن يسكنه معها لما بينا، ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد، وله غلق، كفاها لأن المقصود قد حصل ، وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها ، لأن المنزل ملكه ، فله حق المنع من دخول ملكه ، ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا ، لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وإنما يمنعهم من القرار لأن الفتنة في

---

أي تختار المرأة إسكان الغير معها ( لانها رضيت بانتقاص حقها ) لان المنع كان لحقها ، فإذا أسقطت حقها لا يبقى لها كلام .

( وإن كان له ولد من غيرها ) أي من غير امرأته التي معه ( فليس له أن يسكنه ) أي ولده ( معها لما بينا ) أشار به إلى قوله لانها تتضرر ( ولو أسكنها ) أي امرأته (في بيت من الدار مفرد وله غلق، كفاها لان المقصود قد حصل ) وقال الفقيه أبو الليث في الفتاوى عن أبي بكر الإسكاف، أنه قال إذا كان في الدار بيوت ، وقد فرغ لها بيتاً منها لم يكن لها أن تطلب من الزوج بيتاً آخر ، لانه حينئذ يمكنه أن يجامعها من غير كراهته ( وله ) أي للزوج ( أن يمنع والديها وولدها من غيره ) أي من غير هذا الزوج (وأهلها) قرابتها ( الدخول عليها ) أي على المرأة والدخول منصوب بقوله أن يمنع ( لأن المنزل ملكه ) أي ملك الزوج ( فله حق المنع من دخول ملكه ) كما في سائر منازله .

( ولا يمنعهم من النظر إليها ) أي إلى المرأة ( وكلامها ) أي لا يمنعهم أيضاً من كلامهم معها ( في أي وقت اختاروا لما فيه ) أي في المنع من النظر والكلام ( من قطيعة الرحم ) وهي حرام لما روي في الصحيح عن جبير بن مطعم ، أنه سمع النبي ﷺ يقول ، لا يدخل الجنة قاطع ( وليس له في ذلك ضرر ) أي ليس للزوج في نظرهم إليها ، وكلامهم معها ضرر .

( وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام ، وإنما يمنعهم من القرار ، لأن الفتنة في

اللباث وتطويل الكلام . وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ، ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة . وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة مرة وهو الصحيح . وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه . وكذا إذا علم القاضي ذلك ،

---

اللباث ) أي في اللبث وهو المكث ( وتطويل الكلام ) لأن تطويل الكلام يؤدي إلى القال والقيل فينتج الشر والفساد ( وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ) لاحتمال أنهما لا يأتيان إليها . فإذا منعها زوجها عن الخروج اليها ، توهم فيها العقوق الذي هو من الكبائر ( ولا يمنعها من الدخول عليها ) أي ولا يمنع الزوج والديها من الدخول عليها ( في كل جمعة ) وعليه الفتوى ( وفي غيرهما ) أي في غير الوالدين من المحارم ( التقدير لسنة مرة ) واحدة ( وهو الصحيح ) احترز به عن محمد بن مقاتل ، فإنه قال لا يمنع المرأة من زيارة المحرم في الشهر مرة أو مرتين ، وعلى هذا الخلاف ، خروجها لعمها وخالها . وعن الحسن لا يمنعها من زيارة الأقارب في كل شهرين أو ثلاث ، ولا يمنع محارمها من الدخول عليها في كل جمعة ويمنعهم من الكينونة .

( وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به ) أي بالمال أنه للغائب (وبالزوجية) أي ويعترف أيضاً بأن هذه المرأة للرجل الغائب (فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده ووالديه) وكذا يفرض نفقة أولاده الكبار والزمنى والإناث ، وقال زفر لا يفرض عنه شيء . كذا في شرح الأقطع ، وإنما اعتبر إقراره بالمال والزوجية ، لأن المديون أو المودع ، إذا جحد الزوجية أو المال لم تقبل بينتها على شيء من ذلك أما على الزوجية ، فلأن المودع أو المديون ليس بخصم عن الغائب في إثبات النكاح عليه ، والاشتغال من القاضي بالنظر ، إنما يكون بعد العلم بالزوجية ولم يوجد العلم ، فلا يؤمر بالنظر ، وكان أبوحنيفة أولاً يقبل بنيتها على الزوجية ، ثم رجع وقال لا تقبل .

( وكذا ) أي وكذا يفرض القاضي النفقة لهؤلاء المذكورين ( إذا علم القاضي بذلك )

ولم يعترف به لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة، فقد أقر أن حق الأخذ لها، لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيا هنا فإنـــه لو أنكر أحـــد الأمرين،

---

أي ما ذكر من الزوجية والمال للغائب ( ولم يعترف ) أي والحـــال ان صاحب اليد لم يعترف ( به ) أي بما ذكر من الزوجية والمال ( لأنه ) أي لأن صاحب اليد ( لمـــا أقر بالزوجية وبالوديعة فقد أقر أن حق الأخذ لها ) أي للمرأة ( لأن لها أن تأخذ من مـــال الزوج حقها من غير رضاه ) أي من غير رضى الزوج لحديث هند امرأة أبي سفيان «خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف وقد مر عن قريب، فـإن قيل يشكل على هذا ما لو حضر صاحب الدين غريماً أو مودعاً للغائب، وهما مقران بالدين على الغائب، لا يأمره القاضي بقضاء دينه من الوديعة والدين قلنا، أن القاضي يأمر في حق الغائب بما هو أنظر له، في الأمر بالإنفاق لهؤلاء نظر له بإبقاء ملكه لنا في قضاء دينه ليس فيه بقاء ملكه، بل هو قضاء عليه بقول الغير .

( وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال، ينبغي أن لا يصح إقراره، لأنه إقرار على الغائب، فأجاب بقولـــه، وإقرار صاحب اليد، وهو الذى عنده الوديعة، مقبول في حق نفسه لأنه أقر بإزالة يده، وهي حق على الغائب ( لا سيا ههنا ) أي في هذه المسألة، وسيا معناه، خصوصاً ههنـــا وهو مركب من السي وكلمة ما، والسي المثل أصله سوى، قلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء والاسم بعده يجرى مجراه . وإذا كانت ما زائدة ويجيء مرفوعاً خبر لمبتدأ محذوف إذا كانت ما موصوله، ويجيء منصوباً بالاستثناء بمعنى الآن إلا للإخراج، ولا سيا أيضاً للاخراج، ولكن بإثبات ما هو الأفضل له، تقول أكرمني القوم لا سيا زيداً، يعني أن إكرام زيد أكثر وأبلغ من إكرامهم، فهذا كذلك بيانـه أن إقرار صاحب اليد في سائر مواضع مقبول في حق نفسه، وقيل عليه البينة إذا أنكر الحق .

( فإنه ) أى فـإن صاحب اليد ( لو أنكر أحد الأمرين ) أى الوديعة أو الزوجية

لا تقبل بنيـــة المرأة فيه ، لأن المودع ليس بخصم في إثبـات الزوجية عليه ، ولا المرأة خصم في إثبــات حقوق الغـائب . فإذا ثبت في حقه ، تعدى إلى الغائب . وكذا إذا كان المال في يده مضاربة ، وكذا الجواب في الدين ، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير ، أو طعاماً أو كسوة من جنس حقها . أما إذا كان من خلاف جنسه،لا تفرض النفقة فيه،لأنه يحتاج إلى البيـع ، ولا يباع مال الغائب بالإتفاق .

---

( لا تقبل بنية المرأة فيه ) أى في أحد الأمرين لان إقامتهـا إذا كانت للزوجية فلا تسمع ( لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ) أى على الغائب ، وإن كانت إقامتهـا لإثبات الوديعة فلا تسمع أيضاً ، لأن المرأة ليست بخصم ، وهو معنى قولـه ( ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب ، فإذا ثبت حقـــه ) أى فإذا ثبت باقراره على نفسه في حقه ( تعدى إلى الغائب ) لكونه ما أقر بملكه . قال تاج الشريعة كالمنفرد بهلال رمضان، تثبت الرمضانية في حقه ، ثم تتعدى إلى غيره .

( وكذا ) أى وكذا يفرض القاضي النفقة للمذكورين ( وإذا كان المال في يده ) أى في يد صاحب اليد ( مضاربة ) بأن كان صاحب المال ضاربه ليعمل فيه ( وكذا الجواب في الدين ) يعني إذا حضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القـــاضي ، فاعترف بالدين والزوجية ، فرض القاضي النفقة وإن جحد أحدهما فلا ( وهذا كله ) أى هذا الذى قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالزوجية والمال كله ( إذا كان المال من جنس حقها ) أى حق المرأة ( دراهم أو دنانير أو طعاماً أو كسوة ) أى أو كان كسوة ( من جنس حقها ) أى جنس ما يكسى مثلها المرأة ، يعني فيها الكسوة ، لأنها جنس حقها المستحق .

( أما إذا كان من خلاف جنسه ) أى من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض ( لا يفرض النفقة فيه ، لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مـــال الغائب بالاتفاق ) عند

أما عند أبي حنيفة « رح » ، فلانه لا يباع على الحاضر . وكذا على الغائب . وأمـــا عندهما فلأنه إن كان يقضي على الحاضر ، لأنه يعرف امتناعه ، لا يقضي على الغائب ، لأنه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلاً بها نظراً للغائب لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج ، وانقضت عدتها ،

---

أصحابنا ( أما عند أبي حنيفة ، فانه لا يباع على الحاضر ) يعني لو كان حاضراً ما كان للقاضي أن يبيع ماله ، لأن بيع القاضي على وجه الحجر ، والحجر على العاقل البالغ باطل عنده . فاذا كان غائباً بطريق الأولى ، وهو معنى قوله فكذا على الغائب .

( وأما عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( فلأنـــه إن كان يقضي على الحاضر ) إذا ثبت امتناعه من الحق الذي عليه ، وهو معنى قوله ( لأنه يعرف امتناعه ) فيقضي لأجل امتناعه وقوله ( لا يقضي على الغائب ) خبر كان وانما لا يقضي عليه ( لأنـــه لا يعرف امتناعه ) ولكن لا يجوز للأبوين بيع عروض الولد الغائب عند أبي حنيفة استحسانـاً ، ولا يتعرض له القاضي ، ويصرفان في أنفسهما بالمعروف كذا في التحفة .

( قال ) أي القدوري ( ويأخذ منها ) أي من المرأة ( كفيلا بها ) أي بالنفقة ( نظراً للغائب ) وقال السرخسي، وهذا أحسن ، وإن لم يأخذه ، جاز له ذكره في أدب القاضي للخصاف وقال الصدر الشهيد ، والصحيح الكفيل نظراً للغائب . ولكن القاضي يحلفها أولاً على أن يزوجها ، لم يعطها النفقة أن يجوز أن يعطيها نفقتها ، قبل أن يغيب . ومع تلبس الأمر على القاضي ، فيأخذ النفقة ثانياً ، ثم إذا حلفت أعطاها النفقة وأخذ منهـــا كفيلا ( لأنها ) أي لان المرأة :

( ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها ) فلا تستحق شيئاً ، ثم الكفالة بالنفقة تصح، ولا يجبر عند محمد. وعند أبي يوسف يجبر استحساناً ذكره في جوامع الفقه . وفي الخزانة تصح الكفالة ، ولم يذكر خلافــاً ، فإن أطلق الضمان فهو على شهر عند محمد على الأبد ما دام النكاح باقياً ، فإن ضمن كل شهر ، فهو على شهر واحد ، وكذا عند كل

فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة، ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر، حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة «رح» لأن هناك المكفول به مجهول. وههنا معلوم، وهو الزوج يحلفها بالله عز وجل ما أعطاها النفقة نظراً للغائب. قال ولا يقضي بنفقة في مال غائب، إلا لهؤلاء. وجه الفرق، هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي، وهذا

---

شهر، فإن رجع بعد مضي الشهر، لم يلزمه في الشهر الثاني. وقال أبو يوسف يلزمه أبداً، والأصح رجوعه ولو طلقها يلزم الكفيل نفقة العدة، لأنها نفقة النكاح إن كان لها نفقة كل شهر فأبرأته صحت عن نفقة شهر واحد. فإن كفل بنفقة سنته لزمه ذلك، وكذا لو قال أبداً وما أشبه به.

( فرق ) أي أبو حنيفة فرق ( بين هذا ) أي بين أخذ الكفيل هنا ( وبين الميراث ) في ترك أخذه من الميراث وهو ( أنه إذا قسم ) أي الميراث ( بين ورثة حضور ) أي حاضرين ( بالبينة، ولم يقولوا لا نعلم له وارثاً آخر، حيث لم يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة، لأن هناك ) أي في مسألة الميراث ( المكفول به مجهول، فلا يصح، وههنا ) أي في مسألة الكتاب ( معلوم ) أي المكفول له معلوم ( وهو الزوج ) فيصح ( فيحلفها ) أي فيحلف القاضي المرأة ( بالله عز وجل ما أعطاها ) أي الزوج ( النفقة نظراً للغائب ) وقد ذكرناه الآن.

( قال ) أي القدوري ( ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء ) أي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والأولاد الصغار والوالدين والأولاد الكبار الزمنى والإناث ( ووجه الفرق ) يعني بين قضاء القاضي لهؤلاء المذكورين بالنفقة في مال الغائب. وبين عدم جواز قضائه لغيره من الآباء، كالأخ والعم وسائر ذوي الأقارب ( وهو ) أي وجه الفرق ( أن نفقة هؤلاء المذكورين واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا ) أي لوجوب نفقة هؤلاء قبل قضاء

كان لهم أن يأخذوا قبـــل القضـاء فكان قضاء القاضي إعانة لهم ، أمـــا غيرهم من المحارم ، فنفقتهم إنمـــا تجب بالقضاء ، لأنه مجتهد فيه ، والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا ولو لم يعلم القاضي بذلك ، ولم يكن مقراً به ، فأقامت البينة على الزوجية ، أو لم يخلف مالاً ، فأقامت البينة على الزوجية ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ، ويأمرها بالاستدانة ، لا يقضي القاضي بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب . وقال زفر « رح » يقضي فيه لان فيه نظراً لها ، ولا ضرر فيـه على الغائب ، فإنـــه لو حضر وصدقها ، فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف فقد صدق .

---

القاضي ( كان لهم أن يأخذوا إنما الحاجة إلى قضاء القاضي إعانة لهم ) أي لهؤلاء .

( أما غيرهم ) أي غير هؤلاء ( من المحارم فنفقتهم إنما تجب بالقضاء ) أي بقضاء القاضي ( لأنه مجتهد فيه ) لأن الشافعي لا يقول بوجوب النفقة في غير الولاد ، فلما كان وجوبهـا بالقضاء ( والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا ) فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب ( ولو لم يعلم القاضي بذلك ) متصل بقوله وكذا إذا علم القاضي بذلك ، قوله بذلك أي بالزوجة ( ولم يكن ) أي الرجل المودع ( مقراً به ) هو متصل بقوله ولو لم يعترف به ( فأقامت ) أي المرأة ( البينة على الزوجية ) أي على انها زوجة له ( أو لم يخلف ) أي الزوج ( مـــالاً فأقامت البينة على الزوجية ) أي على انها زوجة له ( ليفرض القاضي نفقتها على الغائب ويأمرها بالإستدانة لا يقضي القاضي بذلك ، لأن في ذلك قضاء على الغائب ) فلا يجوز .

( وقال زفر يقضي ) يعني يسمع البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج ، وإن لم يكن له مال ، يأمرها بالاستدانة ( لأن فيه نظراً لها ، ولا ضرورة فيه على الغائب ، فإنه ) أي فإن الزوج ( لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها وإن جحد ) أى وإن أنكر الزوج ذلك ( يحلف ) فإن نكل أى عن اليمين ( فقد صدق ) المرأة .

وإن أقامت بينة ، فقد ثبت حقها ، وإن عجزت ، يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا ، أنه يقضي بالنفقة على الغائب ، لحاجة الناس ، وهو يجتهد فيه ، وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها ، لم نذكرها

## فصل

وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان أو بائناً ،

---

( وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت ) أى عن البينة ( يضمن الكفيل أو المرأة ) فإن ضمن الكفيل يرجع على المرأة ( وعمل القضاة اليوم على هذا ) أى على قول زفر ( أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس إليه ، وهو مجتهد فيه ) أى بين علمائنا، إما لأن فيه خلاف زفر ، أو لأن فيه خلاف أبي يوسف على ما ذكر الخصاف مطلقاً ، أو على قوله الأول ، أول على ما ذكره في مختصر الكافي ، ثم على قول من يفرض ، لا تحتاج المرأة إلى اقامة البينة ، أن الزوج لم يخلف مالاً النفقة .

( وفي هذه المسألة أقاويل مرجوع عنها لم يذكرها ) منها أن القاضي إذا لم يكن عالماً بالنكاح ، فأقامت البينة على النكاح ، يقبل في قول أبي حنيفة وحده الأول ، ومنها لو أقامت البينة على المودع أو المديون الجاحد النكاح والنفقة على قول أبي حنيفة أولاً ،ثم رجع ، قال لا يقبل ، ومنها أن البينة على قول أبي يوسف أولا تقبل ، ولكن لا تقضي بالنكاح . كذا في التتمة والفتاوى الصغرى .

## ( فصل )

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى وما به قيام النكاح بينهما شرع في بيان ذلك بعد المفارقة ( وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعياً كان ) أى الطلاق ( أو بائناً ) وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه ، وعبد الله بن مسعود، وعائشة

وقال الشافعي « رح » لا نفقة للمبتوتة ، إلا إذا كانت حاملاً ، أما الرجعي، فلأن النكاح بعده قائم ، لا سيا عندنا ، فإنه يحل له الوطء . وأما البائن فوجـــه قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس ، قالت طلقني زوجي ثلاثاً ، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة ، ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك، ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ،

---

وأسامة بن زيد بن ثابت في رواية ، وجابر في رواية وبه قال سعيد بن المسيب ، وشريح ، والأسود بن زيد والشعبي والثوري والحسن بن حي ، وأحمد في رواية .

( وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة ) وهي التي طلقها ثلاثاً ، أو بعوض حتى وقع الطلاق بائناً عنده ، وهو قول ابن عباس وجابر في رواية ، وبـــه قال مالك وأحمد في المشهور وعطاء وطاووس وعمرو بن ميمون وعكرمة والليث بن سعد وداود ( إلا إذا كانت حاملا) فإنها يجب لها بالإجماع خلافاً للظاهرية ، وعند الشافعي ومالك لا سكن لها أيضاً ( أمـا الرجعي ) أى أما الطلاق الرجعي ( فلأن النكاح بعده قائم لا سيا ) أى خصوصاً ( عندنا فإنه يحل له الوطء ) في الطلاق الرجعي حتى يكون رجعياً .

( وأما البائن فوجه قوله ) أي قول الشافعي ( ما روي عن فاطمة رضي الله تعالى عنها بنت قيس قالت ، طلقني زوجي ثلاثاً ، فلم يفرض لي رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس قالت ، طلقني زوجي ثلاثاً ، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ ، في السكنى والنفقة ، فلم يجعل لي سكنة ولا نفقة ، فأمرني أن أعتد في بيت ابن ام مكتوم . وفاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية الصحابية أخت الضحاك بن قيس ، وأم زوجها أبو عمرو بن حفص وذكر النسائي ان اسمه أحمد ، وقال القاضي الأشهر في اسمه عبد الحميد وقيل كنيته .

( ولانه لا ملك ) اي لا ملك ههنا ( وهي ) اي النفقة ( مرتبة على الملك ) فلا تجب ( ولهذا ) اي ولأجل عدم الملك ( لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ) اى لانعدام

بخلاف ما إذا كانت حاملاً لأنا عرفناه بالنص ، وهو قوله تعالى ( وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ) ... الآيـة ٦ الطلاق ، ولنا أن النفقة جزاء احتباس ، على ما ذكرنا ، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح ، وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد ، فتجب النفقة . ولهذا كان لها السكنى بالإجماع ، وصار كما إذا كانت حاملاً .

---

الملك بخلاف ما إذا كانت حاملا ) يعني تجب لها النفقة ( لانا عرفناه ) اى عرفنا وجوب النفقة للحامل ( بالنص وهو قوله تعالى ﴿ وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن ﴾ ٦ الطلاق ) .

( ولنا ان النفقة جزاء حق الاحتباس على ما ذكرنا ) وفي بعض النسخ على مابينا ، اى في أول النفقة ( والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد ) الحكم المقصود بالنكاح هو التوالد والاستمتاع . قـال تاج الشريعة بخلاف المضارب إذا كان يعمل في المصر ، حيث لا تجب نفقته في مال المضاربة ، لأنـه ليس بمحبوس بحق رب المال قصداً وبخلاف الصغيرة التي لا يستمتع بهـا ، أما الكبيرة الرتقاء فلها النفقة ( إذ العدة واجبة لصيانة الولد ، فتجب النفقة ، ولهذا كان لها ) أى المبتوتة ( السكن بالإجماع ) دعوى الإجماع فيه نظر ، لأن السكنى لا تجب على مذهب الحسن البصرى ، وعطاء بن أبي رباح والشعبي وإسحاق وإبراهيم في رواية وأهل الظاهر ( وصار ) أى حكم المبتوتـة ( كما إذا كانت حاملا ) وجوب النفقة إذا كانت حاملا لا يخلو من أحد الأمرين .

أما إن كان لأجل العدة ، ولهذا إذا كان الحمل غنياً ، بأن ورث من أخيه من أمه ، أو أوصى لـه بها ، كما يجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل ، فلو كان لأجل الولد ، لا يجب لأن نفقة الولد على الأب لا تجب إذا كان الولد غنياً ، ألا ترى أنه إذا أنفق على الولد ، ولم يعلم بأنه غني ، ثم تبين بأنه غني يرجع عليه ، وهنا لا يرجع عليه ، وإن كان بحكم الحاكم ، فعلم أن النفقة كانت لأجل العدة ، وفي هذا المعنى الحابل والحامل سواء .

فإن قلت إذا كان كذلك ، فما فائدة القيد بالحمل في الآية ، قلت أن الحامل تستحق

وحديث فاطمة بنت قيس « رح » وعمر « رض » فإنه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت . سمعت رسول الله ﷺ يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة .

---

النفقة بقدر عدتها ثلاثة أقراء ، فوقع الاشكال ان الحامل تستحق النفقة في مقدار هذا الزمان أو أكثر ، فأزال هذا الاشكال ان الحامل تستحق النفقة وإن طالت مدة الحمل بقوله تعالى ﴿ حتى يضعن حملهن ﴾ ٦ الطلاق ، فإن قلت انقطعت الزوجية في المبتوتة ، فلا يجب لها النفقة كالمتوفى عنها زوجها ، قلت يمنع صحة القياس ، لان النفقة جزاء الاحتباس ، والمبتوتة محبوسة عن سائر الازواج في بيت زوجها في عدتها ، فتجب لها النفقة كما في الرجعي ، بخلاف المتوفى عنها زوجها ، لانها ليست بمحبوسة لحق الزوج بل لحق الشرع .

( وحديث فاطمة ) هذا جواب عن حديث فاطمة بن قيس الذى احتج به الشافعي ، تقديره أن حديث فاطمة ( رواه عمر « رض » ) يعني ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه . ( فإنه قال لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت . حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله ﷺ يقول للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن ابن اسحاق قال حديث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ، أن رسول الله ﷺ قال ، لاسكنى لها ولا نفقة ، فأخذ الاسود كفاً من تراب فحصبه به ، فقال ويلك تحدث بمثل هذا .

قال عمر رضي الله تعالى عنه ، لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا ، بقول امرأة لا ندرى حفظت أم نسيت لها السكنى والنفقة . ورواه أيضاً أبو داود والترمذى والنسائي والطحاوى والدارقطني ، لكن لا ينقل عمر رضي الله تعالى عنه ، سمعت رسول الله ﷺ . ولكن روى جابر أنه عليه السلام قال للمطلقة ثلاثاً ، النفقة والسكنى ذكر عبد الحق ، وقد بوب الطحاوى في هذا باباً مطولاً ، وأمعن الكلام فيه ، وشرحناه كما ينبغي . فمن

ورده أيضاً زيد بن ثابت « رض » ، وأسامة بن زيد « رض » وجابر وعائشة « رض » ،

---

أراد ذلك ، فليرجع إليه ، قوله لا ندع كتاب ربنا يريد به قوله تعالى ﴿ أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ﴾ ٦ الطلاق ، ووجد ذلك أن الوجد هو السعة والغنى ، وذلك يرجع إلى ما يملك به .

وأما الإسكان ، فإنه قد يملك إسكانها من غير ملكه ، يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه ، فكان تقديره والله أعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله تعالى عنه « وأنفقوا عليهم من وجدكم » ، وقوله سنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله ﷺ ، يقول للمطلقة ثلاثاً ، النفقة والسكنى ما دامت في العدة .

( وردها أيضاً زيد بن ثابت ) أي روى حديث فاطمة بنت قيس زيد بن ثابت الانصاري ، وقال مخرج الأحاديث ، حديث زيد بن ثابت غريب ( وأسامة بن زيد ) أي رد ه أيضاً أسامة بنت زيد بن حارثة ، وقال مخرج الاحاديث ، هذا أيضاً غريب . قلت ليس كذلك ، لان الطحاوي رواه . حدثنا ربيع المؤذن وقال حدثنا شعيب عن الليث ، قال أخبر الليث عن جعفر بن ربيعة بن عبد الرحمن بن هرمز عن أبي سلمة عن عبد الرحمن قال ، كانت فاطمة بنت قيس تحدث رسول الله ﷺ ، انه قال لها ، اعتدى في بيت ابن أم مكتوم ، وكان محمد بن أسامة إذا ذكرت فاطمة من ذلك شيئاً رماها بما كان في يده لهذا أسامة بن زيد . وقد أنكر ذلك مثل ما أنكره عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه .

( وجابر رضي الله تعالى عنه ) أي رواه أيضاً جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ، ورواه الدارقطني في سننه عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال المطلقة ثلاثاً لها السكنى والنفقة ( وعائشة رضى الله تعالى عنها ) أي روته عائشة رضى الله تعالى عنها ، وأخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن قاسم ، عن أبيه ، عن عائشة رضى الله تعالى عنها ، أنها قالت ما لفاطمة أن تذكرها ، يعني في قوله لا سكنى ولا نفقة ، وفي لفظ البخاري قالت ما لفاطمة لا تتقي الله في قولها لا سكنى ولا نفقة .

ولا نفقة للمتوفى عنهـا زوجهـا ، لان احتباسها ليس لحق الزوج ، بل لحق الشرع ،فإن التربص عبادة منهـا . ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم، ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض ، فلا تجب نفقتها عليه ، ولان النفقة تجب شيئاً فشيئاً، ولا ملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة ، وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج ، فلا نفقة لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق،فصارت كما إذا كانت ناشزة .

---

( ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع ) وبه قال أحمد والشافعي في قول وهو قول ابن عباس والحكم بن عيينة وعطاء بن سيرين وعبد الملك بن يعلى ، قاضي البصرة ، والحسن البصري وعـامر بن شعيب ، وفي قول آخر للشافعي ، إذا كان للميت مال كثير ينفق عليها من نصيبها ، وإن كان قليلا ينفق عليها من جميع المال ، وفي وجوب السكنى له قولان ، أحدهما لا يجب ، كقولنا . وهو اختيـار المزني والثاني يجب ، وبه قال مالك ( فإن التربص ) المذكور في القرآن ( عبادة منهـا ) أي من المرأة التي توفي عنها زوجها .

( ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه ، حتى لا تشترط فيها ) أي في عدتها ( الحيض ، فلا يجب نفقتها عليه ، ولأن النفقة تجب شيئـاً فشيئاً ولاملك له بعد الموت ، فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة ) قـال الطحاوي في مختصره ، لا سكنى للمتوفى عنها زوجها ، ولا نفقة في مال الزوج حاملا كانت أو غير حامل . وقال أبو بكر الرازي ، قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله﴿وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول﴾ فنسخت هذه النفقة بالميراث وبقوله تعالى ﴿ يتربصن بأنفسهن ﴾ ٢٢٨ البقرة ، فـأوجب نفقتها على نفسها من مال الزوج .

( وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج ، فلا نفقة لها، لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق ، فصار كما إذا كانت ناشزة ) إنما قيد بالنفقة احترازاً

بخلاف المهر بعد الدخول ، لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء ، بخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية ، كخيار العتــق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة ، لانها حبست نفسها بحق ، وذلك لا يسقط النفقة ، كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر ، وإن طلقها ثلاثاً ، ثم ارتدت والعياذ بالله ، سقطت نفقتها ، وإن مكنت إبن زوجها من نفسها ، فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة

---

عن السكنى ، لأن السكنى واجب لهــا ، لأن القرار في البيت مستحق عليهــا ، فلا يسقط ذلك بمعصيتها ، فأما النفقة فواجبة لها ، فيسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلهـا بمعصية . وقال في المبسوط نفقة المرتدة لا لعين الردة ، بل لأنها تحبس ، والمحبوسة بحق لا تستوجب النفقة حال قيام النكاح ، فكذا في العدة ، حتى لو ارتدت ولم تحبس ، بل هي في بيت الزوج أو ثابت ورجعت إلى بيت الزوج ، فلها النفقة لعدم الحبس .

( بخلاف المهر بعد الدخول ) حيث لا تسقط ( لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقــة من قبلها ) أي من قبل المرأة لكن ( بغير معصية كخيار العتق ) نحو أم الولد اعتقت ، ونحو المدبرة اعتقت ، وهما عند الزوج قــد بوأ المولى لهما بيتاً ، فاختارتا الفرقة فلهمــا النفقة ( وخيار البلوغ ) نحو الصغيرة أدركت واختارت نفسها،فلها النفقة ( والتفريق لعدم الكفاءة ) بعد الدخول،فلهاالنفقة،وكذاالملاعنةالنفقة والسكنى ، وكذا البائنة بالخلع والإيلاء ( لأنها حبستنفسهابحق،وذلكلايسقطالنفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر ) حيث لا تسقط النفقة .

( وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت والعياذ بالله ، سقطت نفقتها ) لان الاسقاط بسببها (وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة ومعناه ) من كلام المصنف معنى قول القدوري ( مكنت بعد الطلاق ) فلا نفقة لها لحصول الفرقة من قبلها بمعصية ، وقال زفر لا نفقة لها إذا مكنت ابن زوجها في عدتها كما إذا مكنته في حال قيام النكاح لا تجب فكذا هنا ( لأن الفرقة ) هــذا التعليل إشارة إلى الفرق بين المسألتين المذكورين أحدهما هو قوله ،

تثبت بالطلقات الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين . إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب . ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس ، فلهذا يقع الفرق

## فصـــل

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما، لا يشاركه في نفقة الزوجة

---

وإن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت ، والأخرى هو قولـــه وإن مكنت ابن زوجها حيث تسقط النفقة في الاولى دون الثانية بيانه هو قوله لان الفرقة ( تثبت بالطلقات الثلاث ، فلا عمل فيهـا للردة ) أي لا عمل في الفرقة لاجل الردة بل للحبس( والتمكين ) أي ولا عمل في الفرقة لاجل التمكين ، بل لعدم الحبس .

( إلا أن المرتدة ) أي غير أن المرتدة ( تحبس حتى تتوب ) من الردة ( ولا نفقـــة للمحبوسة والممكنة ) أي المرأة التي مكنت ابن زوجها ( لا تحبس ) فلها النفقة ( ولهذا ) أي ولهذا التعليل الذى علل المسألتين ( يقع الفرقة ) بينهما حيث تكون المنفعة للممكنة، ولا تكون للمعتدة إذا ارتدت. فروع ابرأته من النفقة في المستقبل وهى زوجته لايصح . ولو أبرأته عنهـا في الخلع صح لان الإبراء في الخلع إبراء بعوض . وفي الاول إبراء قبل الوجود فلا يصح ، ولو صالحت المعتدة على دراهم إن كانت عدتهـــا بالحيض ، لا يصح للجهالة وإن كانت بالاشهر ، تصح لان المدة معلومة وللملاعنة النفقـة والسكنى . وعند الشافعي لا نفقة لها ، وفي السكنى قولان تجب في قول ولا تجب في قول .

( فصل )

أى هذا فصل لمـا فرغ من بيان نفقة الزوجية شرع في بيان نفقة الاولاد ( ونفقـة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها أحد كما لا مشاركة في نفقة الزوجية ) هذاالذى ذكره ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أن نفقة الولد على الاب والام أثلاثاً ،بحسب ميراثها

لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، والمولود له هو الاب . وإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الاب . وأجرة الرضاع كالنفقة ، ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها ، فلا معنى للجبر عليه .

---

وبإجماع الأئمة الاربعة تجب نفقه الولد الصغير على الاب . وقال الطحاوى فى مختصره ويجبر الرجل على نفقة أولاده الصغار ، إذا كانوا فقراء ذكوراً كانوا أو إناثـاً . وإن كانوا كباراً محتاجين أجبر على نفقة الإناث منهم ، ولم يجبر على نفقـــة الذكور منهم وإن كان من ذكورهم من بـــه زمانة كالعمى والشلل في اليدين وما أشبه ذلك ، فإنـــه يجبر على نفقتـــه .

( لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، والمولود له هو الاب ) وقيل وجه الاستدلال أن رزق الوالدات وجب على الاب لسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الاولى ( فإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه ان ترضعه لما بينـا ) معنى قوله لا يشاركه فيها أحد ( أن الكفاية ) هي كفايـــة الصغير ( على الاب وأجر الرضاع كالنفقة ) يعني كما تجب عليه النفقة إذا فطم ، يجب عليه أن يستأجر من يرضعه ، فيكون بأجرة الرضاع كالنفقة تجب عليه ( ولانها عست لا تقدر عليه ) أى على الإرضاع ( لعذر بها ) يمنعها من الإرضاع ( فلا معنى للجبر عليه ) أى على الإرضاع .

هذا إذا وجد من يرضعه ، فإن لم يوجد ، ولم يكن بها علة تجبر صيانة عن الضياع. وفي الذخيرة ، لو كان لا يوجد من يرضعه أو لا يأخذ ثدى غيرها تجبر . وذكر الحلواني في ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد يتغذى بـالدهن والشراب وبقية الالبان ، فلا يؤدي ترك إجبارها إلى التلف وإلى الاول مال القدوري والسرخسي .

وقال شمس الائمـة السرخسي ، إذا لم تجبر كان على الاب أن يكتري امرأة ترضعه عند الام ، ولا ينزع الولد من الام ، لان الام أجمعت على ان الحجر لها ، لكن لا يجب عليها ان تمكث في بيت ، إلا إذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد . وكأن الولد يستغني

وقيل في تأويل قوله تعالى ﴿ ولا تضار والدة بولدها ﴾ ٢٣٣ البقرة ، بإلزامها الإرضاع مع كراهتها ، وهـذا الذى ذكرنا بيان الحكم وذلك إذا كان يوجـــد من يرضعه . أما إذا كان لا يوجد من ترضعه ، تجبر الأم

---

عنها في تلك الساعة ، بل لها أن ترضع ثم ترجع إلى منزلها . وإن لم يشترط أن ترضع عند الام ، كان لها أن تحمل الصبي إلى منزلها ، او تقول أخرجوه ، فترضعه عند فنـاء الدار ، ثم يدخل الولد إلى الام ، إلا أن يكون اشترط عند العقد أن يكون الطفل عند الام ، فحينئذ يلزمها الوفاء بالشرط . وقال في العمدة ، ولا يؤاخذ الاب بأجرة الرضاع لاكثر من سنتين بالإجماع .

( وقيل في تأويل قوله تعالى ﴿ ولا تضار والدة بولدها ﴾ ٢٣٣ البقــرة ، بإلزامها الإرضاع مع كراهتها) ﴿ولا مولود له بولده﴾ بأن تطرح الأم الولد إلى الأب . إذا لم يقبل الصبي إلا ثدي أمه ، والحاصل ينهى أن يلحق بها الضرر من قبل الزوج ، وعن أن يلحق الضرر بالزوج من قبل المرأة بسبب الولد ( وهذا الذي ذكرنا ) اي عدم الجبر ، وفي نسخة الأترازي ، وهذا الذي ذكر ، ثم فسره بقوله ، اي الذي ذكره القدوري بقوله ، وإن كان الصغير رضيعاً ، فليس على أمه أن ترضعه ( بيان الحكم ) اي القضاء .

أما من جهة الدين ، فيجب عليها أن ترضع . قال الأترازي ، ولهذا قالوا لا يجوز لها أن تأخذ الاجر بالإرضاع ، لأن أخذ الأجرة بإزاء ما يجب عليها من حيث الدين ، لا يجوز. وبه صرح في شرح كتاب النفقات ، قال ، وظن بعد الشارحين أن المراد من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية . ثم قال وروى الحسن عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم ، أثلاثاً بحسب ميراثهما في الولد ، وتلك الرواية صحيحة . ولكن الشرح من المشروح كالصب من النون .

( وذلك ) يعني عدم وجوب الإرضاع على الأم ( إذا كان يوجد من يرضعــه ) اي من يرضع الصغير ، يعني يوجد مرضعة أخرى تجبر (أما إذا كان لا يوجد مرضعة أخرى تجبر)

على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع. قال ويستأجر الأب من ترضعه عندها اما استئجار الأب، فلأن الأجر عليه. وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك، لأن الحجر لها وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم تجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة. قال الله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن ﴾ ٢٣٣ البقرة، إلا أنهـــا عذرت لاحتمال عجزها. فإذا

---

اي الأم ( على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع ) بفتح الضاد مصدر من ضاع يضيع وأما الضياع بالكسر فهو جمع ضيعة.

( قال ) اي القدوري ( ويستأجر الأب من ترضعه عندها ) اي عند أم الصغير ( أما استئجار الأب، فلأن الأجر عليه، وقوله ) اي قول القدوري ( عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها ) اي لأن التربية لها بحق الحضانة، ولا عليها أن تمكث في بيت الأم، إلا أن يشترط ذلك، وقد ذكرناه عن قريب. فإن أجرت نفسها للإرضاع، ثم تزوجت، فليس للزوج منعها من ذلك، حتى تنقضي مدة الإجارة ولا فسخها. فإذا نـام الصبي او اشتغل بغيرها، فله الاستمتاع بها، وليس لولي الصبي منعه من ذلك، وبـه قال الشافعي وقال مالك ليس له وطأها إلا برضى الولي. ولو أجرت نفسها للإرضاع، يجوز باذن الزوج وبغير إذنه لا يجوز، لأن الحق له وهو أحد الوجهين للشافعية، والثاني يجوز لـه فسخها إن شاء، وعندنا له فسخها إذا لم يعلم بها، وليس له منعه من وطئها. فاذا حبلت، فله فسخها للضرر كما لو مرضت.

( وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم تجز، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانه، قال الله تعالى ﴿ والوالدت يرضعن أولادهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ) واختلفوا في معناه، فقيل أنه مجرد خبر من غير إلزام الإرضاع، وقيل أنه في معنى الأمر لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن ﴾ ٢٢٨ البقرة، والأصح أنه خبر بمعنى الأمر على وجه الندب، او على وجه الوجوب، إذا لم يقبل إلا ثدي أمه ( إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها، فـــاذا

قدمت عليه بالأجر ، ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة ، لأن النكاح قائم . وكذا في المبتوتة ، في رواية ، وفي رواية أخرى جاز استئجارها لأن النكاح قد زال وجه الأولى ، أنه باق في حق بعض الأحكام ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز لأنه غير مستحق عليها . وإن انقضت عدتها ، فاستأجرها ، يعني لإرضاع ولدها، جاز ، لأن النكاح قد زال بالكلية ، وصارت كالاجنبية . فإن قال الاب لا أستأجرها ، وجاء

---

قدمت عليه ) اى على الإرضاع بالأجر ( ظهرت قدرتها ، فكان الفعل واجباً عليها ، فلا يجوز أخذ الاجر عليه ، وهذا ) اى هذا المذكور من عدم جواز الاجارة (في المعتدة عن طلاق رجعي ، رواية واحدة ، لان النكاح قائم ، وكذا ) اى وكذا لا يجوز (في المبتوتة) اى في العدة فيه روايتان لا يجوز .

( في رواية ) وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة ( وفي رواية أخرى جاز استئجارها) وهي ظاهر الرواية ( لان النكاح قد زال ) فصارت كالاجنبية ( وجه الاول ) وهوعدم الجواز ( أنه ) اى أن النكاح ( باق في حق بعض الاحكام ) وهي العدة ، ووجوب النفقة والسكنى وعدم دفع زكاته إليها وشهادته لها ، فلا يجوز استئجارها كما في حال قيام النكاح .

( ولو استأجرها وهي منكوحته او معتدته لإرضاع إبن له من غيرها ، جاز لانه غير مستحق عليها ، وإن انقضت عدتها فاستأجرها يعني لإرضاع ولدها ، جاز لان النكاح قد زال بالكلية ، وصارت كالاجنبية ، فان قال الاب لا أستأجرها ) اي امرأته ( وجاء

بغيرهـــا فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية ، أو رضيت بغير أجر ، كانت هي أحق بـه لأنهـا أشفق ، فـكان نظراً للصبي في الدفع إليها ، وإن التمست زيادة ، لم يجبر الزوج عليها دفعاً للضرر عنه، واليه الإشارة بقوله تعالى ﴿ ولا تضار والدة بولدهـــا ولا مولود له بولده ﴾ ٢٣٣ البقرة ، أي بإلزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية ، ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه ، كما تجب نفقة الزوجة على الزوج ، وإن خالفته في دينه أما الولد ، فلإطلاق ما تلونا ، ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ... الآية ٢٣٣ البقرة ، ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه .

---

بغيرها ، فرضيت الام بمثل أجر الاجنبية ، او رضيت بغير أجر كانت ) اي الام (أحق به لانها أشفق ) على الصغير ( فكان نظراً للصبي في الدفع إليها ) اى إلى الام والدفع إلى الاجنبية أضر به .

( وإن التمست ) اى وإن طلبت الام ( زيادة ) على أجـرة الاجنبية ( لم يجبر الزوج عليها ) اى على الزيادة ( دفعاً للضرر عنه وإليه الإشارة ) اى إلى دفـع الضرر عن الزوج ( في قوله ﴿ لا تضار والدة بولدها ، ولا مولود له بولده ﴾ ٢٣٣ البقرة ، اى بالزامه لها أكثر من أجرة الاجنبية ) بل يدفع الصغير إلى الظئر ترضعه عند الام لان الحضانة لهـــا ( ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه ) هذا إذا أسلم الصغير العاقـل وأبوه كافر او ارتد والعياذ بالله تعالى ، وأبوه مسلم لان ارتداده وإسلامه صحيح عندنا .

( كما يجب نفقة الزوجة على الزوج، وإن خالفته في دينه أما الولد) اى أما نفقة الولد (فلإطلاق ما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ على المولود لهرزقهن و كسوتهن بالمعروف ﴾ ٢٣٣ البقرة ولانه ) اي ولان الولد ( جزؤه فيكون في معنى نفسه ) و كفره لا يؤثر في نفقته، فكذا كفر ولده .

وأما الزوجة ، فلأن السبب هو العقد الصحيح ، فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة ، وترتب عليه الاحتباس ، فوجبت النفقة . وفي جميع ما ذكرنا ، إنما تجب النفقة على الاب ، إذا لم يكن للصغير مال . أما إذا كان ، فالاصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً كان أو كبيراً .

---

( وأما الزوجة ) اي وأما نفقة الزوجة ( فلأن السبب ) اى سبب وجوب النفقة (وهو العقد الصحيح،فإنه)أي فان سبب وجوب النفقة ( بازاء الاحتباس الثابت به ) اى بالعقد ( وقد صح العقد بين المسلم والكافرة) لقوله تعالى ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب ﴾ ٥ المائدة اى العفائف عن فعل الزنا ، وقد مر في النكاح ، فاذا صح العقد بينهما ( فيترتب عليه الاحتباس ) فاذا ترتب عليه الاحتباس ( فوجبت النفقة ) عليه ( وفي جميع ما ذكرنا ) اى في هذا الفصل ( إنما تجب النفقة على الاب إذا لم يكن للصغير مال ) فنقول نكره في موضع النفي تعم جميع أجناس الاموال ، حتى لو كان الصغير عقار وحيوان وثياب للأب أنه يبيع ذلك كله وينفقه ، لان الصغير غني بهذه الاشياء . كذا في الذخيرة .

وإن لم يكن للصغير مال ، فعلى الاب أن يكتب وينفق على ولده يجبر على ذلك ويحبس . وبه قال الشافعي بخلاف سائر الديون ، حيث لا يحبس فلأن الاب وإن علاها يحبس في ديون الاولاد . وفي الدين يحبس لما أن في الإمتناع من الكسب إتلاف النفس ، والاب يستوجب العقوبة عند قصده إتلاف ولده ، كما لو عدا على أبيه بالسيف ، كان للأب أن يقتل ، ولو كان الأب عاجزاً عن الكسب بالزمانة او بأنه مقعد يتكفف الناس وينفق عليهم هكذا ذكره الخصاف في نفقته . ومن المتأخرين من قال نفقة الأولادفي هذه الصورة في بيت المال ، لأن نفقة هذا الأب في بيت المال ، فكذا نفقة الأولاد ، وطالب العلم إذا كان يهتدي إلى الكسب ، فنفقته على الاب لا تسقط عنه كالزمن والأنثى .

( وأما إذا كان له ) اي الصغير مال ( فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيراً

## فصـــل

**وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته، إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه . أما الأبوان فلقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ١٥ لقمان ، فأنزلت الآية في الأبوين الكافرين .**

---

كان او كبيراً ) وذلك لأن أحد الأمرين ليس في إيجاب النفقـــة على صاحبه ، أولى من إيجاب نفقة صاحبه عليه ، والفرق بين نفقة الصغير والزوجة بحيث لا تجب نفقة الصغير على الأب ، إذا كان الصغير غنياً بأي مال كان ، ويجب نفقة الزوجة على الزوج . وإن كانت الزوجة غنية ، إذ نفقة الصغير واجبة للحاجة ، فإذا انعدمت الحاجة ، فلا تجب ، كنفقة الخادم ، ونفقة الزوجة بإزاء التمكين من الاستمتاع ، فكان طريقه البـــدل والمعادلة ، والبدل يوجد وإن وجد الغنى.

### ( فصل )

اي هنا فصل ، ولما فرغ من بيان نفقة الأولاد شرع في بيان نفقـــة الآباء والأجداد والخادم ( وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء ) وفي المبسوط على الرجل الموسر ، نفقة أبيه وأمه، وأب الأب وإن علا ، وأم الأب وإن علـت ، وأم الأم وإن علت . وشرط الشافعي في ذلك أن يكون الأب زمناً ولم يوافقه أحدوفي التنبيه. ويجب على الأولاد ذكورهم وإناثهم نفقة الوالدين ، وإن علوا بشرط الفقر والزمانـة او الجنون مع الصحة قولان أظهرهما لا يجب .

( وإن خالفوه في دينه ) واصل بما قبله اي وإن خالف هؤلاء الرجل في دينه ، وهو إذا كانوا من أهل الذمة ، أما إذا كانوا من أهل الحرب ، فلا يجب ، لأنا نهينا عن المبرة في ذمتهم ( أما الأبوان فلقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ١٥ لقمان ، فأنزلت في الأبوين الكافرين . )

قال المفسرون أنزلت في سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه وذلك أنه لما أسلم ،

وليس من المعروف أن يعيش في نعـــم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعاً . وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ، ولهـذا يقوم الجد مقام الأب عند عدمه ، ولأنهم سببوا إحياءه فاستوجبوا عليه الأحياء بمنزلة الأبوين،وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته في ماله أولى من ايجابها في مال غيره ، و لا يمنع

---

قالت له أمه جميلة يا سعد بلغني أنك مبهوت ، فوالله لا أظلني سقف بيت عن الثلج والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد ، وترجع إلى ما كنت عليه ، وكان أحب ولدها إليها فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ، فلم تأكل ولم تشرب ، ولم تستظل بظـــل حتى غشي عليها ، فأتى سعد النبي ﷺ وشكى ذلك إليه ، فأنزل الله تعالى هذه الآية ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفـــاً ﴾ ١٥ لقمان .

( وليس من المعروف أن يعيش الرجل في نعم الله ويتركهما ) اي الأبوين ( يموتان جوعاً ) والمعروف هو المحاسنة بالخلق الجميل والحلم والاحتمال والبر والصلة ، وبمـا يقتضيه الكرم والمروءة واستدل شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي بقوله تعالى ﴿ فلا تقل لهما أف ﴾ ٢٣ الإسراء ، وقال نهى عن التأفيف يعني الأذى ، ومنع الأذى في منع النفقة عندحاجتهما أكثر . ولهذا يلزمه نفقتهما ، وإن كانا قادرين على الكسب ، لان معنى الأذى في الكد والتعب ، أكثر منه في التأفيف وقال عليه السلام إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم .

( وأما الأجداد والجدات ، فلأنهم من الآباء والامهات ، ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ) اي عدم الاب ( فاستوجبوا ) اي فاستحقوا ( عليه ) اي على الولد ( لانها بمنزلة الابوين ) في حياة الولد ، فاستحقوا على الناقلة كالابوين ( وشرط الفقر ) اي وشرط القدوري الفقر في قوله إذا كانوا فقراء ( لانه ) اي لان الاب ( لو كان ذا مال ، فإيجاب نفقته في مالـه أولى من إيجابها في مال غيره ) قال عليه السلام كل من كد يمينك وعرق جبينك ( ولا يمنـــع

ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ، إلا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد . أما الزوجة فما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود ، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة . وأما غيرها ، فلان الجزية ثابتة ، وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه ، إلا أنهم إذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم . وإن كانوا مستأمنين لأنا نهينا

---

ذلـــك ) اي وجوب النفقة على الابوين ( باختلاف الدين لما تلونا ) من النص ، وهو قوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ٢٣ الإسراء ، وبــه قال مالــك والشافعي وفي المغنى :

( ولا تجب النفقة لاختلاف الدين إلا الزوجات ) وفي عموم النســب روايتان ، ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين للزوجة وفي بعض النسخ ( قال لا تجب النفقة ) اي قــال القدوري (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والابوين ، والاجداد والجدات ، والولد ، وولد الولد ، أما الزوجة فلما ذكرنا أنها) اي النفقة ( واجبة لها بالعقد لاحتباسها بحق لــــه ) اي للرجل وقوله ( مقصود ) بالجر صفة لقوله بحق وهو الاستمتاع بهـــا بالوطء وغيره .

( وهذا ) اي المعنى المذكور ( لا يتعلق باتحاد الملة ) بين الزوجين ( وأما غيرها ) اي غير الزوجة من المذكورين ( فلأن الجزية ثابتة ) أما في حق الولد فظاهر ، وفي حق غيره لشمول الولاد إياهم ( وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمنع نفقة نفسه بكفره ، لايمنع نفقة جزئه ) الذي هو الولد بكفره . وكذا حكم أولاد البنين والبنات ، والاجداد والجدات ، من قبل الاب والام ، بمنزلة الابوين لان الولاد يشملهم جميعاً .

( إلا أنهم ) اي غير أن هؤلاء ( وإذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلــم وإن كانوا مستأمنين ) اي وإن كانوا خرجوا إلى دار الإسلام بأمان ( لانا نهينا ) على صيغــة

عن البر في حق من يقاتلنا في الدين . ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني ، لان النفقة متعلقة بالارث بالنص ، بخلاف العتق عند الملك ، لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ، ولان القرابة موجبة للصلة ، ومع الاتفاق في الدين

---

المجهول ( عن البر ) اي عن الإحسان والصلة ( في حق من يقاتلنا في الدين ) لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين . إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ، ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ﴾ ٨ – ٩ الممتحنة .

( ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ، وأنه لا يجب على المسلم نفقة أخيه النصراني ) هذا تفريع لقوله ، ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين بيانه أن النفقة في غير الزوجة ، وغير صورة الولادة ورثه على الإرث وهو معنى قوله ( لان النفقة متعلقة بالإرث بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، ولا إرث بين المسلم والذمي ، فلا تجب نفقة أحدهما على الآخر ، ( بخلاف العتق عند الملك ) أي بخلاف ما إذا ملك أحدهما حيث يعتق عليه ، لان العتق مرتب على ملك القريب المحرم ، وقد وجد فيعتق . قال ﷺ من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه (لانه) اي لان وجوب النفقة (متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ) وهو الذي ذكرناه .

وقد رواه النسائي من حديث عبد الله بن دينار عن ابن عمر « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ ، من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وفيه كلام كثير نذكره في كتاب العتق إن شاء الله تعالى . وروى أصحاب السنن الاربعة من حديث الحسن عن سمرة رضي الله تعالى عنه ، عن النبي ﷺ قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر .

( ولان القرابة موجبة للصلة ) لذوي رحم ( مع الاتفاق في الدين ) يعني اذا كانا

آكد ودوام ملك اليمين أعلا في القطيعة من حرمان النفقة، فاعتبرنا في الاعلى أصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة. فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد لان لهما تأويلاً في مال الولد بالنص، ولا تأويل لهما في مال غيره .

---

مسلمين ( آكد ) من ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين (ودوام ملك اليمين أعلا في القطيعة من حرمان النفقة ) حاصل معناه أن قطع ذات الرحم في بقاء ملك اليمين أعلا وأكثر من قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة ( فاعتبرنا في الاعلى ) وهو ملك اليمين (أصل العلة ) وهو نفس ملك القريب لقوة معنى قطع الرحم ، حتى عتق القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد .

( وفي الادنى ) اي اعتبرنا في الادنى ، وهو النفقة ( العلة المؤكدة ) وهي القرابة مع الإتحاد في الملة ( فلهذا ) اي فلأجل كون حرمان النفقة أضعف من قطع الرحم ( إفترقا) اي العتق ووجوب النفقة . فإن قلت حرمان النفقة قد يفضي إلى الهلاك ، ودوام ملك اليمين ليس كذلك ، فكيف يكون أعلى . ولان الإنفاق صلة وإحياء حقيقة ، وصلة العتق صلة إحياء حكماً ولا شك أن الإحياء الحقيقي أولى . قلت الحاجة الى النفقة معذورة الدفع عن غيره ، بأن يسأل الناس او يبره أحد من غير سؤال ، فإن الهلاك جوعاً في العمران مع توافر أصحاب الزكاة والصدقات والمعروف نادر . وأما الحاجة الى الآفاق ، فانها لا يندفع إلا من حاجة .

( ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد ) بالرفع لانه فاعل لا يشارك ، والولد بالنصب مفعوله ، يعني إن كان الابوان معتبرين والولد تجب نفقتهما عليه خاصه ( لان لهما ) اي الأبوين ( تأويلاً في مال الولد بالنص ) وهو قوله ﷺ أنت ومالك لأبيك . رواه جماعة من الصحابة ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في الباب الذي يوجب الحد ( ولا تأويل لهما ) أي للأبوين ( في مال غيره ) أي في غير مال الولد . فإن قلت التأويل يثبت بخبر الواحد ، فلا يعارض قوله عز وجل ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، قلت الحديث مشهور ، فيجوز به الزيادة .

ولانه أقرب الناس إليهما ، فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ، وهي على الذكور والإناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لان المعنى يشملهما ، والنفقة لكل ذي رحم محرم

---

ولئن سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، بالدلائل الدالة على تفسيرها بغير قرابة الولادة المستندة إلى قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، كما تقدم ، فإن قلت لا منافاة بين الآيتين ، لأن قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، يقتضي أن يشارك الجد الابن ، كما أن قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، يقتضيه ، قلت لما ثبت للوالد بتأويل في مال الولد بالإجماع صار غنياً . والغني لا تجب نفقته على والده ، فلا يشارك الجد الإبن .

( ولأنه ) أي ولأن الولد ( أقرب الناس إليهما ) أي إلى الأبوين ( فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ) أي على الولد ( وهي ) أي نفقة الأبوين ( على الذكور والإناث بالسوية ) حتى إذا كان الأب فقيراً أو له إبن وبنت موسران ، تجب نفقة الأب عليهما انصافاً وقيد بقوله ( في ظاهر الرواية وهو الصحيح ) احترازاً عما ذكر شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي عن الحسن عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث ، ﴿ للذكر مثل حظ الأنثيين ﴾ ١١ النساء ، على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الأرحام (لان المعنى يشملهما ) المعنى هو الولادة ، وهو سبب الوجوب ، وقد استوى الذكر والأنثى بخلاف ما إذا كان للمعسر أخ وأخت حيث يجب نفقته عليهما أثلاثاً لأن سبب الوجوب الإرث ، فيجب أثلاثاً كالإرث .

( والنفقة ) أي النفقة واجبة ( لكل ذي رحم محرم ) وقال أحمد تجب لكل وارث . وبه قال ابن أبي ليلى ، وقال الشافعي لا تجب نفقة غير الوالدين والمولودين من الأقارب ، كالإخوة وذو الرحم المحرم ، وهو الذي لا يجوز نكاحه على التأبيد ، وإنما قيد بذي الرحم المحرم ، لأنه إذا وجد الرحم ولم يوجد المحرم ، أو وجد المحرم ولم يوجد الرحم ، أو وجد لكن لا من قرابة ، لا تجب النفقة . ألا ترى إلى ما ذكر الإمام الاسبيجابي في شرح

إذا كان صغيراً فقيراً ، أو كانت امرأة بالغة فقيرة ، أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً، أو أعمى ، لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفاصل أن يكون ذا رحم محرم . وقــــد قال الله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، وفي قراءة عبد الله بن مسعود « رض » ، وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلـــــك .

ثم لا بد من الحاجة ،

---

الطحاوي بقوله ، ولو كان رحماً غير محرم نحو إبن العم أو محرماً غير رحم نحو الاخ من الرضاع أو الاخت من الرضاع ، أو رحماً محرماً لا من قرابة نحو ابن عم هو الاخ من الرضاع لا تجب النفقة .

( إذا كان ) أي ذو رحم محرم ( صغيراً فقيراً ) قيد بالصغر والفقر لان الصغير الفقير عاجز عن الكسب والغنى نفقته في ماله ( أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ) أي ذو رحم محرم ( ذكراً بالغاً فقيراً أو زمناً أو أعمى ) فقيراً تجب النفقة لهم لعجزهم عن الكسب ، وكذلك مفقود العينين ، وأشل اليدين ، ومقطوع الرجلين ، والمعتوه ، والمفلوج ( لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ) أي لا يجب في القرابة البعيدة .

( والفاصل ) أي بين القريبة والبعيدة ( أن يكون ذا رحم محرم ) والدليل عليه هو ما أشار اليه بقوله ( وقد قال الله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ) فإن ذلك إشارة إلى البعيد ، فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قولـــه تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، قيد على ان على الوارث النفقة وبعيدة ذي الرحم المحرم بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أشار اليه بقوله ( وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ) ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي ﷺ ، قراءتـــه مشهورة ، فصارت بمنزلة خبر مشهور على ما عرف ، فجـــاز تقييد إطلاق الكتاب بها .

( ثم لا بد من وجود الحاجة ) أي ثم لا بد من وجوب النفقة وبين ذلك بقولـــه

والصغر ، والانوثة، والزمانه ، والعمى ، إمارة الحاجـــة لتحقق العجز . فإن القادر على الكسب ، غني بكسبه ، بخلاف الابوين ، لانه يلحقهما تعب الكسب . والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب. قال ، ويجب ذلك على مقدار الميراث، ويجبر عليه ، لان التنصيص على الوارث، تنبيه على اعتبار المقدار ، لان العزم بالغنم ،

---

( والصغر والانوثة والزمانة والعمى إمارة الحاجة لتحقق العجز ) أى علامــة العجز من أصحاب هذه الاشياء المذكورة ( فإن القادر على الكسب غني بكسبه ) فلا يعد عاجزاً ( بخلاف الابوين ) هذا جواب عما يقال ما بال الابوين لم يعدا غنيين بقدرتهما على الكسب، وأجاب بقوله بخلاف الابوين ، لانها يلحقهما تعب الكسب . والولد مأمور بدفع الضرر عنهما ، فيجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب .

وذكر السرخسى في شرح أدب القاضي للخصاف ، أن الأب إذا كان كسوباً ،والابن أيضاً كسوباً ، يجبر الإبن على الكسب والنفقة عليه . وقال الحلواني في شرحه له أيضـــاً ، لا يجبر الإبن على الكسب ، واعتبره بذي الرحم المحرم ، فإنه لا يستحق النفقة في كسب قريبـــه ، وفي ظاهر الرواية في نفقة الوالدين ، فإنهما لا يكافآن بالكســـب عندنا خلافاً للشافعي.

( قال ) اي القدورى ( ويجب ذلك ) اي النفقة ( على مقدار الميراث ويجبر عليه ) اي على الإنفاق ( لأن التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ) اي لأن التنصيص عليه بقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ٢٣٣ البقرة ، تنبيه على أن الشارع نبه على مقدار ذلك ، لأنه رتب الحكم على المشتق ، فيكون المشتق منه هو العلة ، فيثبت الحكم بقدر عليه . وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان ، وله بنون وبنات ، فكانت الوصية لهم على قدر الميراث .

( ولأن العزم بالغنم ) بضم الغين المعجمة فيهما ، اي العزم الذي هو الإنفـاق في مقابلة

والجبر لايفاء حق مستحق . قال ، وتجب نفقة الإبنة البالغة، والإبن الزمن على أبويه أثلاثاً ، على الاب الثلثان وعلى الام الثلث ، لان الميراث لهما على هذا المقدار . قال العبد الضعيف ، هذا الذي ذكره الخصاف والحسن « رح » ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب ، لقوله تعـــالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ، وصار كالولد الصغير،ووجه الفرق على الرواية الاولى ،أنه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة، حتى وجبت عليه صدقة فطره، فاختص بنفقته ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه ، فتشاركه الام .

---

الغنم الذي هو الميراث ( والجبر ) اي الجبر على الإنفاق ( لإيفاء حق مستحق ) اي لأجل إيفاء حق مستحق عليه ، فيستحقه من ينفق عليه .

( قال ) اي القدوري ( وتجـب نفقة الإبنة البالغة ، والإبن الزمن البالـــغ ، على أبويها أثلاثاً ، على الأب الثلثان ، وعلى الأم الثلث ) لان الميراث لهما على هذا المقدار إذا ورثا ولدهما .

( قال ) اي المصنف ( هذا الذي ذكره ) اي القدوري ( رواية الخصاف والحسن ) اي عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي ( وفي ظاهر الرواية ، كل النفقة على الأب لقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾ ٢٣٣ البقرة ) أضاف الولد إليه بحرف اللام، فدل على اختصاصه بهذه النسبة والنفقة تبنى على هذه النسبة .

( ووجه الفرق ) اي وجه الفرق بين الولد الصغير والكبير ( على غير ظاهر الرواية ، أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومؤنة عليه حتى وجب عليه صدقة فطره ، فاختص بنفقتهولا كذلك الكبير ) اي الولد الكبير ( لانعدام الولاية فيه ) اى لا ولاية له عليه ، ولهذا لم يشارك الأب في نفقة ولده الصغير ( فتشاركه الأم ) في نفقة الكبير ، فوجـــب الثلثان على الأب ، والثلث على الأم .

وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقـــة الصغير على الام ، والجد ، أثلاثاً ، ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات أخماساً على قدر الميراث . غير أن المعتبر أهلية الإرث في الجملة لا إحرازه ،

---

( وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث ) يعني رواية واحدة ( حتى يكون نفقـــة الصغير على الأم والجد أثلاثاً ) على الأم الثلث وعلى الجد الثلثان. قال في شرح الطحاوي، وكذلك إذا كان له أم ، وأخ لأب ، وأم او ابن أخ لأب ، وأم او عم لأب ، وأم او أحـــد من الفصيلة ، فإن النفقة عليهم أثلاثاً . وكذا إذ كان له اخ وأخت لأب وأم ، فالنفقة عليهما أثلاثاً على قدر ميراثهما . ولو كان له أخ لأب وأم وأخ لاب فالنفقة بينهما أسداساً ، ولو كان له عم لأب وأم ، فالنفقـــة على الأم دون العمة ، وكذلك ، ولو كان له عم لأب ، وأم وخال لأب وأم ، فالنفقة على العم . ولو كان له عمة لأب وأم وخال لأب ، فالنفقة عليهما أثلاثاً ، ثلثاها على العمة ، وثلثها على الخال .

وكذلك لو كان له خال وخالة من قبل الأب والأم ، فالنفقة عليهما أثلاثاً ، ولو كان له خال من قبل الأب والأم وابن عم لأب وأم ، فالنفقة على الخال ، والميراث لابن العم ، لأن شرط وجوب النفقة أن يكون ذو الرحم المحرم من أهل الميراث ، وابن العم ليـس بمحرم (ونفقة الاخ المعسر على الاخوات الموسرات المتفرقات أخماساً على قـدر الميراث ) يعني يجب ثلاثة الأخماس على الأخت لأب وأم ، والخمس على الأخت لأب، والخمس على الأخت لأم ، وذلك لان النفقة معتبرة بالإرث ، فانهن يرثنه كذلك أخماساً بالفرض والرد فوجب النفقة أيضاً أخماساً .

( غير أن المعتبر ) استثناء من قوله ، وفي غير الولد يعتبر على قدر الميراث في ذلـك ( أهلية الإرث ) قـال الاكمل ، والمراد بأهلية الارث أن لا يكون محروماً . وقـال الكاكي ، وقيد الارث بقوله ، إن المعتبر أهلية الارث ، لانه لو لم يكن أهلاً للإرث بأن كان مخالفاً لدينه ، لا تجب النفقة ( ولا إحرازه ) اي لا يعتبر إحراز الارث كما في الخال

فإن المعسر إذا كان له خال وابن عم ، تكون نفقته على خاله، وميراثه يحرزه ابن عمه ، ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين ، لبطلان أهلية الإرث. ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير، لانها تجب صلة ،وهو يستحقها على غيره ،فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير ، لان التزامها بالإقدام على العقـــد ، إذا المصالح لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الإعسار

---

مع ابن العم . فان الخال لا يحرز الميراث مع ابن العم ، ومع ذلك كانت النفقة على الخال، والميراث لابن العم . وقال أحمد والظاهرية والمعتبر إحراز الميراث .

وأوضح ذلك المصنف بالفاء التفسيرية ، حيث قال ( فان المعسر إذا كان له خال وابن عم ، تكون نفقته على خاله ، وميراثه يحرزه ابن عمه ) لان الخال ذو رحـم محرم ، دون ابن العم ( ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين ) هذا لفظ القدوري ، اى لا تجب نفقة ذو الرحم المحرم مع اختلاف الدين ، لان الاختلاف لا يجرى الارث ، فلا تجب النفقــة أيضاً لانها متعلقة بالارث ( بالنص لبطلان أهلية الارث ) يعني عند اختلاف الدين (فلا بد من اعتباره ) اى من اعتبار الارث لوجوب النفقة .

( ولا تجب ) اى النفقة ( على الفقير لانها ) اي لان النفقــة ( تجب صلة وهو ) اى الفقير ( يستحقها ) اى يستحق الصلة ( على غيره فكيف تستحق ) على صيغة المجهول ، اى فكيف تستحق النفقة ( عليه ) لان إيجابها عليه ليس بأولى من ايجابها له ، فلهـذا لم يجب عليه (بخلاف نفقة الزوجة ) حيث تجب على زوجها الفقير ( وولده الصغير ) اى وبخلاف ولده الصغير ، حيث تجب نفقته على أبيه الفقير ( لأنه ) اى لأن الفقير (التزمها) اى التزم النفقة ( بالاقدام على العقد ) اي على عقد النكاح( إذا المقاصد ) يعني من النكاح، وهي التوالد والتناسل والعشرة وغير ذلك ( لا ينتظم دونها ) اي دون النفقة ( فلا يعمل فيا قبلها الاعسار ) اى من قبل نفقة الزوجة وولده الصغير ، يعني لا يلتفت إلى الاعسار في نفقتها .

ثم اليسار مقدر بالنصاب ، فيما روي عن أبي يوسف « رح » وعن محمد « رح » أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً ، أو بما يفضل عن ذلك من كسبـــه الدائم كل يوم ، لان المعتبر في حقوق العباد ، إنما هو القدرة دون النصاب ، فإنه للتيسير

---

وأصل الكلام ، أن نفقة الزوجة وولده الصغير يعني لا يلتفت إلى الإعسار في نفقتها ، وصل الكلام ، أن نفقـــة الزوجة يجري مجرى الديون بدلالة وجوبها مع يسار المرأة ، كسائر الديون . وأما نفقة ولده الصغير ، فلأنها جارية مجرى نفقة الزوجة ، بدلالة قوله ﷺ خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف . وقال في شرح الكافي «فإن كان الولد معسراً ، فليس عليه نفقتها ، لأنهما لما استويا في الحال ، لم يكن أحدهما بإيجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر . إلا انه روي عن أبي يوسف أنه قـال ، إذا كان الأب زمناً ، وكسب الأب لا يفضل عن نفقته ، فعليه أن يضم الأب إلى نفسه ، لأنه لو لم يفعل، ضاع الأب ، ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد ، فالإنسان لا يهلك على نصف بطنه .

( ثم اليسار ) أي المراد باليسار في هذا الباب ( مقدر بالنصاب فيما روي عن أبي يوسف ) رواها ابن سماعة عن أبي يوسف انه اعتبر اليسار بنصاب الزكاة ( وعن محمد ) رواها عنه هشام ( أنه قدره ) أي قدر اليسار ( بمـا يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهراً ) يعني إذا كان له فضل على نفقة شهر له أو لعياله ، فإنه يجب عليه نفقة ذوي الرحم المحرم ، وإلا فلا ، أو يفضل عن ذلك هذه رواية أخرى عن محمد أو قدر محمـد ( بمـــا يفضل على ذلك ) عن نفقته ونفقة عياله ( من كسبه الدائم كل يوم ) يعني إذا كان محتملا .

وقال صاحب التحفة وروي عن محمد أن من لا شيء في يده من المال وهو مكسب كل يوم درهما ، فإن يكفيه أربعة دوانق ثمانية ترفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق فضل على ما يجبر على نفقته.

( لأن المعتبر في حقوق العباد إنما هو القدرة ) على شيء ( دون النصاب ) أي دون القدرة على النصاب ( فإنه ) أي فإن اعتبار القدرة ( التيسير ) أي بحسب مـــا تيسر له

والفتوى على الاول،لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة . وإذا كان للإبن الغائب مال قضي فيه بنفقة أبويه،وقد بينا الوجه فيه،وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز عند أبي حنيفة « رح » ، وهذا استحسان . وإن باع العقار، لم يجز . وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله،وهو القياس، لأنه

---

بخلاف النصاب فإنه في حق الله تعالى ، لا يعتبر فيـــه إلا القدرة على النصاب الكامل ( والفتوى على الأول ) وهو اليسار مقدار النصاب .

( لكن النصاب ) أي المراد من النصاب هنا ( وهو نصاب حرمان الصدقة ) من أي مال كان ، وهو إن يملك ما فضل عن حاجته الأصلية ما يبلغ مائتي درهم من أي مال كان، وهو الصحيح . ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأجناس قـال في نوادر أبي يوسف ، يشترط نصاب الزكاة ، ثم قال في الخلاصة ، هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوي الصغرى ان لو انقضى منه درهم ، لا يجب ، ثم قال في الخلاصة ، قال وبه يفتى . وقدر صاحب الهداية أيضاً ، اليسار بالنصاب ، لكن فسره بنصاب الزكاة وحرمان الصدقة كما ذكرنا .

( فإذا كان للإبن الغائب مال ، قضي فيه بنفقة أبويه ، وقد بينا الوجه فيه ) أي بينا وجه المسألة في القضاء في نفقة الغائب عند قوله ، ولا يقضي بنفقته في مال الغائب إلا لهؤلاء، وللزوجة أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ، لكونها متفقـاً عليها ، فكان قضاء القاضي إعانة لهم ، وقد مر الكلام فيه .

( وإذا باع أبوه متاعه ) أي متاع ابنه الغائب ( في نفقته جاز عند أبي حنيفة وهـذا استحسان ) وعندهما لا يجوز ، وفي الكافي . هذا الخلاف في بيع الأب . أمـا بيع غير الأب ، لا يجوز إجماعاً ، وفي حال حضرة من يستحق عليه النفقة ، ليس لأحد ممن يستحق النفقة بيع العروض والعقار إجماعاً .

( وإن باع ) أي الأب ( العقـــار لم يجز ) إلا إذا كان الولد صغيراً ، فيبيع ذلك . وأجمعوا أن الأم لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير . كـــذا في شرح الطحاوي ( وفي قولهما ) أي وفي قول أبي يوسف ومحمد ( لا يجوز ذلك كله وهو القياس لأنـه ) أي لأن

لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ . ولهذا لا يملك حال حضرته ، ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة ، وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة « رح » أن للاب ولاية الحفظ في مال الغائب، ألا ترى أن للوصي ذلك ، فالاب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ ، ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها .

---

الأب ( لا ولاية له لانقطاعها ) أي لانقطاع الولاية ( بالبلوغ ) أي إذا بلغ الصغير ( ولهذا ) أي ولأجل انقطاع ولاية بعد البلوغ ( لا يملك ) الأب بيع مال ابنه البالغ (حال حضرته ، ولا يملك البيع في دين له ) أي الأب ( سوى النفقة ) ولو قضى القاضي بذلك ، لا يجوز لأنه قضاء على الغائب .

( وكذا لا تملك الأم ) بيع متاعه ( في النفقة ) وهذا مخالف لما ذكر في الأقضية ،ولما ذكره القدوري من جواز بيع الأبوين . فإما أن يكون في المسألة روايتان ، في رواية الأقضية والقدوري تملك الأم البيع كالأب ، لأن معنى الولادة يجمعها ، وهما في استحقاق النفقة على السواء . وأما ما في الأقضية والقدوري هؤلاء ، بأن الأب هو الذي يبيع ، لكن لنفقتها ، فأضاف البيع إليها من حيث أن منفعة البيع تعود إليها . قال الأكمل وهو الظاهر ، قلت الظاهر هو الأول على ما لا يخفى .

( ولأبي حنيفة أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب ) اعترض عليه بأنه كذلك ، لكن الغرض أن يتبعه لنفقته، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده في البيع الحفظ ،أجيب بأنه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة ، فبقصده الإنفاق لا يتغير ملك الحقيقة ، إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة ، لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الإتلاف بالإنفاق ، لأنا نقول الإتلاف بعد وجوب النفقة في الحال لا يجب ( فلا تعارض ألا ترى أن للوصي ذلك ) أي بيع العروض على الوارث الكبير الغائب للحفظ ( والأب أولى لوفور شفقته ، وبيع المنقول من باب الحفظ ) لأن العين يخشى عليه الهلاك ( ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها ) فلا يحتاج إلى بيعها للحفظ .

وبخلاف غير الاب من الأقارب، لانه لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة الصغر، ولا في الحفظ بعد الكبر. وإذا جاز بيع الاب والثمن من جنس حقه، وهو النفقة، فله الاستيفاء منه، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير، جاز لكمال الولاية، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه، وإن كان للإبن الغائب مال في يد أبويه، وأنفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما، لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر، وقد أخذا جنس الحق. وإن كان له في يـــد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية، لانه نائب في الحفظ لا غير

---

( بخلاف غير الاب من الأقارب ، لانه لا ولاية لهم أصلا في التصرف حالة السفر ولا في الحفظ بعد الكبر ، وإذا جاز بيع الاب ، فالثمن من جنس حقه ، وهو النفقة ، فله الاستيفاء منه )مقدار بنفقته ( كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ الثمن بنفقة لانــه من جنس حقه ) لا يقال إذا قدرت الدائن على جنس حقه من مال الغائب ، ينبغي أن يأخذه ، لانا نقول إنما يأخذ رب الدين إذا امتنع المديون عن الإيفاء وهاهنا لم يعلم امتناعه لغيبته فلا يأخذ .

( وإن كان للابن الغائب مال في يد أبويه ، فأنفقا منه ، لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما، لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر ) أشار به إلى مـــا قال عند قوله ، ولا يقضى بالنفقة في مـــال الغائب إلا لهؤلاء ( وقـــد أخذا ) أي الابوان ( جنس الحق ) فلا يضمنا شيئاً .

( وإن كان له ) أي الابن ( مال في يد أجنبي ، فأنفق ) أي الاجنبي ( عليهما ) أي على أبويه ( بغير إذن القاضي ضمن ) أي الاجنبي ( لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية ، لانه نائب في الحفظ لا غير ) لانه لا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، حيث لم يكن وكيلاً عنه

بخلاف ما إذا أمره القاضي ، لان أمره ملزم لعموم ولايته ، وإذا ضمن لا يرجع على القابض ، لانه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعاً بـــه ، وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجـــة ، حتى لا تجب مع اليسار ، وقد حصلت بمضي المدة ، بخلاف نفقة الزوجة ، إذا قضى بها القاضي ،

---

في الدفع . وقال الكاكي بغير إذن القاضي ضمن أي في القضاء أما ديانة فلا ضمانة عليـه حتى كان لـــه أن يحلف بعد موت المودع أنه لا حق لورثته قبله ، لانـــه لم يرد بذلك غير الإصلاح .

وفي النوادر إذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانـاً . وقد قالوا في رجلين كانا في سفر فأغمي في أحدهما ، فأنفق رفيقه عليه من ماله ، أو مات فجهزه صاحبه من ماله ، لا يضمن استحساناً . وكذا العبد المأذون في التجارة إذا كان في بلاد بعيدة ، فمات مولاه ، فأنفق على نفسه ومـا معه من الامتعة والدواب لا يضمن استحساناً . وكذا روي عن المشايخ أنهم قالوا ، إذا كان للمسجد أوقاف ، ولم يكن له متولي ، فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريع الاوقاف لينفـق على مصالح المسجد بمـا يحتاج إليه من شراء الزيت والحصير لا يضمن .

( بخلاف ما إذا أمره القاضي ، لان أمره ملزم لعموم ولايته فإذا ضمن ) أي الاجنبي ( لا يرجع على القابض ) وهو الاب والام ( لان ملكه بالضمان ) أي لان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان ( فظهر انه كان متبرعـاً به ) أي بملك نفسه ( وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحـــام بالنفقة ، فمضت مدة ، سقطت ) أي النفقة ، وبه قـــال الشافعي وأحمد .

( لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية الحاجة حتى لا تجب في اليسار ، وقد حصلت بمضي المدة ) اي كفاية الحاجة ( بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي ) حيث لا تسقط ، لأن نفقة المرأة

لانها تجب مع يسارها ، فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى . قال، إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه ، لان القاضي له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب ، فيصير ديناً في ذمته ، فلا يسقط بمضي المدة

---

جارية مجرى الديون ( لأنها تجب مع يسارها ) اي مع يسار المرأة ( فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى ) لما قلنا انها كالدين ، فلا تسقط بمضى المدة .

( قال ) اي القدوري ( إلا ان يأذن القاضي في الاستدانة عليه ) هذا استثناء من قوله سقط ، اراد ان القاضي إذا أذن لهم في الاستدانة عليه ، فحينئذ لا تسقط نفقتهم بمضي المدة لأن ما أخذوه بإذن القاضي صار ديناً على الغائب ، فلم يسقط بعد ذلك كسائر الديون ( لأن القاضي له ولاية عامة ، فصار إذنه كأمر الغائب ، فيصير ديناً في ذمته ، فلا يسقط بمضي المدة ) وقال الكاكي قوله ، لأن إذن القاضي بالاستدانة ، وإن كانت الاستدانة من نفقة ذوي الأرحام .

وذكر في زكاة الجامع ، ان نفقة المحارم تصير ديناً بالقضاء ، ويسقط . واختلف المشايخ فيه ، قيل ما ذكر في الجامع إذا استدان المقضى له بالنفقة ، ولنفق ، كانت الحاجة قائمة مقام الدين . وما ذكر على غيره إذا أنفق من غيره إذا أنفق من استدانة ، بل أكل من الصدقة او المسألة ، فلم يبق الحاجة بعد مضي المدة وإليه مال السرخسي في كتاب النكاح . وقيل ما ذكر في سائر الكتب ما إذا طالت المدة وما ذكره في الجامع الصغير ما قصرت المدة ، فإنه يصير ديناً بالقضاء ، وكيف لا يصير ديناً والقاضي مأمور بالقضاء ، ولو لم يصر ديناً ، لم يكن الامر بالقضاء بالنفقة والفصل بين القليل والكثير بالشهر .

## فصـــل

وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده، لقوله عليـــه السلام في المماليك، إنهم إخوانكم، جعلهم الله تعالى تحت أيديكم، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون، ولا تعذبوا عباد الله، فإن امتنع، وكان لهما كسب، اكتسبا وأنفقا لان فيه نظراً للجانبين حتى يبقى المملوك حياً، ويبقى فيه ملك المالك، وإن لم يكن لهما كسب بأن

---

(الفصل في نفقة الرقيق)

جميع هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو نفسه ظاهر ( وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده ) هذا بإجماع العلماء إلا عامر الشعبي ( لقوله عليه السلام ) اي لقول النبي ﷺ ( في المماليك، إنهم إخوانكم، جعلهم الله تحت أيديكم، أطعموهم مما تأكلون، وألبسوهم مما تلبسون، ولا تعذبوا عباد الله ).

هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي ذر الغفاري، في حديث هذا الذي ذكره المصنف بعضه، ولفظه هم إخوانكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فاطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون، ولاتكلفوهم ما يغلبهم، فإن كلفتموهم شيئاً، فأعينوهم. ولفظ لاتعذبوا عباد الله في رواية أبي داود، ولكن لفظه ومن لا يلائمكم منه فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله. ثم المستحب ان يطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس وحديث أبي ذر محمول على الاستحباب. وقال ابن شهاب قوله عليه السلام فليطعمه مما يأكل خرج مخرج الغالب طعمتهم متساوية وكذا كسوتهم.

( فإن امتنع ) اي المولى عن الانفاق على أمته وعبده ( وكان لهما ) اي للأمة والعبد ( كسب اكتسبا وأنفقا على أنفسهما، لأن فيه نظراً للجانبين ) جانب المولى وجانب الامة والعبد ( حتى يبقى المملوك حياً، ويبقى فيه ملك المالك، وإن لم يكن لهما كسب بأن

كان عبداً زمناً أو جارية لا يؤاجر مثلها ، أجبر المولى على بيعهما لأنهما من أهـــل الإستحقاق ، وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حـق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير ديناً ، فكان تأخيراً على ما ذكرنا ، ونفقة المملوك لا تصير دينـــاً ، فكان إبطالاً .

وبخلاف سائر الحيوانات ، لانها ليست من أهل الاستحقاق ،

---

كان عبداً زمناً او جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما لانهما من أهل الاستحقاق، وفي البيع إيفاء حقها ) الإيفاء مصدر من أوفى يوفي من الوفاء ( وإبقاء حق المولى ) من أبقى يبقي إبقاء من البقاء ( بالخلف ) وهو الثمن .

وفي الذخيرة في ظاهر مذهب أصحابنا ، لا يجبر الإنسان على نفقة غير الرقيق ، كالحيوانات وغيرها ، كالدور والعقار والزروع والثمار ، إلا ان يكره ، لأن فيه يضيع المال، وفيه رجل له عبد ومدبر أو أمة أو مدبرة أو أم ولد يجبر على نفقتهم ، فإن أبى فكل من يصح للاجارة يؤجر وينفق عليه من أجرتـــه ومن لا منفعة به لعذر ، صغراً أو كبراً أو زمانة ، وما أشبه ذلك . ففي العبد والأمة يجبر على بيعهــما ، وفي المدبرة والمدبرة وأم الولد يجبر على الإنفاق عليهم وفي المكاتب والمكاتبة لا يجبر لالتحاقهم بالأحرار. عبد بين رجلين تنازعاً فيه يجبران على نفقته وفي الدابة يجبران ولو طالب أحدهما من القاضي أن يـأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعاً . فالقاضي بقول الآخر الآتي ، إمـا أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعايـــة لجانب الشريك ، هكذا ذكره الخصاف وذكر السرخسي أنه لا يجبر .

(بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير ديناً فكان تأخيراً على ما ذكرنا ) أشار بـــه إلى قوله بخلاف نفقة الأزواج إذا قضى لها القاضي ، لأنها تجب مع يسارهـا ، فلا تسقط ( ونفقة المملوك لا تصير ديناً فكان إبطالاً ) فيجبر على البيع ( وبخلاف سائر الحيوانات ) حيث لا يجبر على الإنفاق عليها ( لأنها ليست من أهل الإستحقاق ) إذ لا بد من القضاء والإحياء،

فلا يجبر على نفقتها ، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان ، وفيه ذلك . ونهى عن إضاعة المـــال ، وفيه إضاعته . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجبر ، والاصح ما قلنا . والله أعلم .

---

ومن المقضي عليه ، والعبد يصلح والحيوانات لا تصلح ( فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به ) أي بالإنفاق ( فيما بينه وبين الله تعالى لأنـــه عليه السلام ) أي لان النبي ﷺ ( نهى عن تعذيب الحيوان ) وقد تقدم عن قريب ما رواه أبو داود لا تعذبوا خلق الله وسنده حدثنا عثمان بن أبي شيبة ، حدثنا جرير عن حرير عن عمر عن معروف بن سويد ( به وفيه ذلك ) أي وفي الإمتناع عن انفاق الحيوانات تعذيب الحيوان .

( ونهى عن إضاعة المال ) وهو ما رواه البخاري بإسناده إلى المغيرة قال ، قال ﷺ ، إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات كره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المـــال ووأد البنات وفيهن احياء ( ومنهن إضاعة ) وفي ترك الإنفـــاق على الحيوانات إضاعة .

( وعن أبي يوسف أنه يجبر ) مالك الحيوانات على النفقة عليها ، وبه قـــال الشافعي ومالك وأحمد ، لأن فيه إضاعة المال وتعذيب الحيوان وهما منهيان ( والأصح مـــا قلنا ) أي لا يجبر على إنفاق سائر الحيوانات ، لأنها ليست من أهل الإستحقاق .

فروع ، عبد صغير في يـــد رجل ، فقال لغيره هذا عبدك أو وديعة عندي ، فأنكر يستحلف بالله ما أودعه ، ويقضي بنفقته على ذي اليد ، لانه أقر برقه ، ولم يثبت لغيره ، فيبقى على حكم ملكه ، ولو كان كبيراً لا يستحلف ، لانه في يد نفسه ، والقول قوله في الرق والحرية والنفقة تجب على من له المتعة مالكاً كان أو غير مالك مسألة أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على الموصى له بالجاريـــة . ولو أوصى الإنسان بدار وبسكناها لآخر وهي تخرج من الثلث ، فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له . فإن قال صاحب السكنى ، قد انهدمت الدار ، أنا أبنيها وأسكنها ، كان له ذلك . ولا يصير

متبرعاً ، لانه يصير مضطر فيه ، لانه لا يصل إلى حقـــه إلا به ، كصاحب العلو مع صاحب السفل ، وامتنع صاحبه من بنائه .

وكذا لو أوصى بنخل ولآخر بثمره ، فالنفقة على صاحب الثمرة . وفي التبن والحنطة إن بقي شيء من ثلث ماله ، فالتخليص في ذلك على صاحب المال ، وإن لم يبق ، فالتخليص عليها ، لان المنفعة لها . وفي السمسم أوصى بدهنه لواحد وبشجرة لآخر ، فالنفقة على صاحب الدهن .

وعن محمد ذبح شاة وأوصى بلحمها لواحد وبجلدها الآخر ، فالتخليص عليها كالحنطة والتين . وقيل أجرة الذبـح على صاحب اللحـــم دون الجلد . وفي التنبيه ينبغي أن تجب نفقة المبيع قبل القبض على المشتري . والصحيح أن نفقته على البائع مـــا دام في يده . وفي المغني لا يجبر العبد على الضريبة . كان كثير من الصحابـــة رضي الله تعالى عنهم ، يضربون الضراب على رقيقهم . روي أنـــه كان ألف مملوك للزبير على كل واحد منهم كل يوم درهم ، والله أعلم بالصواب .

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

# كتاب العتاق

## ( كتاب العتاق )

أي هذا كتاب في بيان أحكام العتاق ، والمناسبة في ذكر العتاق بعد الطلاق لأنهما يتساوان في إسقاط السراية واللزوم، ولا يقبل العتق الفسخ كالطلاق ، إلا أنه قدم الطلاق على العتاق ، مع أنه غير مندوب اليه بمقابلة ذكر النكاح ، وقد قلنا إن العتاق إسقاط الحق ، والإسقاطات أنواع يختلف أسماؤها باختلاف أنواعها ، فإسقاط الحق من الرق عتق ، وإسقاط الحق عن البضع طلاق ، وإسقاط ما في الذمة براءة ، وإسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو .

ثم العتاق والعتق عبارتان عن القوة ، يقال عتق الطائر إذا قوي فطار عن وكره ، ومنه عتاق الطير لاختصاصها بمزيد القوة ، والخمره إذا تقادم عهدها تسمى عتيقاً لاختصاصها بزيادة القوة . والكعبة تسمى عتيقاً لاختصاصها بالقوة الرافعة التمليك عن نفسها وخلاصها من أيدي الجبابرة ، والعتيق الجميل ، ومنه يسمي أبو بكر رضي الله تعالى عنه عتيقاً لجماله وقيل لتقدمه في الخير ، وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه . وقيل قالت أمه لما وضعته هذا عتيقك من الموت ، فهبه له ، وكانت لا يعيش لها ولد . وقيل اسمه العلم يقال أعتق يعتق عتقاً وعتاقاً ، وأعتقه سيده أعتاقاً . وفي الصحاح العتق الحرية ، وكذا العتاق بفتح العين ، والعبد عتيق أي معتق وفي المغرب العتق الخروج عن الملكية ، وقد يقام العتق مقام الإعتاق ، ومنه قول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك .

وفي المبسوط الإعتاق لغة إثبات القوة ، وفي الشرع إثبات القوة الشرعية بإزالة الرق الشرعي والقوة الشرعية ، كونه أصلاً للقضاء والولاية والشهادة قادر على التصرف في الأغيار وعلى دفع تصرف الأغيار عن نفسه ، وقال الأترازي الإعتاق إزالة ملكه ينحر ينقض زوال العتق ، وهذا عند أبي حنيفة . والعتق الحرية الحاصلة بعد الملك ، وقالا

## الإعتاق تصرف مندوب اليه ، قال عليه السلام أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار

الإعتاق اثبات العتق والملك عبارة عن المطلق الحاجر . والرق عبارة عن معنى إذا ثبت في الآدمي يصح تملكه انتهى . والحرية عبارة عن الخلوص ، يقال طين حر أي خالص مما يشوبه ، وأرض حرة أي خالصة لإخراج غلتها ولا عشر .

وفي الشرع الحرية خلوص حكمي ليظهر في الآدمي بانقطاع حق الإعتبـــار عن نفسه وإثبات هذا الوصف الحكمي يسمى إعتاقاً وتحريراً . ومن محاسنه أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقاً بالجمادات إلى كونه أهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية والقضاء . ثم العتق يحتاج إلى معرفة أشياء معرفة تفسيره لغة وشرعاً ، وقد ذكرناهما ، وسببه وشرطه وركنه وحكمه وحقيقته وأنواعه .

فسببه : نوعان في الواجبات ما شغل ذمته بوجوب الإعتاق من النذور والكفارات . وفي غير الواجبات هو ملك القريب والنشاط الداعي اليـــه في نفسه من طلب الثواب أو طلب رضاء غيره .

وشرطه : أن يكون المعتق حراً بالغاً عاقلاً مالكاً ملك اليمين.

وركنه : ما ثبت به العتق ، وهو نوعان صريح وكناية .

وحكمه : زوال الرق والملك عن المحل .

وصفته : أنه مندوب اليه لكنه ليس بعبادة حتى يصح من الكافر .

وأنواعه : المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت ، وكل منها اما ببدل أو بغيره.

( الإعتاق تصرف مندوب اليه ) يقال ندبه للأمر فانتـــدب ، أي دعا له فأجاب ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله بكل عضو منه عضواً من النار ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن مرجانة عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ أيما امرء مسلم أعتق أمرئاً مسلماً استنقذ الله بكل عضو منه عضواً من النار . وفي لفظ من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه

من النار حتى الفرج بالفرج . وذكر البخاري في كتاب النـذور ينبغي أن لا يكون أشل ولا أعور ولا أصم وغير ذلك لينال بذلـك ما وعد الله في الحـديث بقوله حتى الفرج بالفرج . وثبت في الحديث أنه عليه السلام قال أفضلهـا أعلاها ، روي بعين مهملة وبغين معجمة .

ولو كان العبد اليهودي أو النصراني أكثر ثمناً من المسلم فإعتـاق اليهودي والنصراني أفضل من المسلم عند مالك لظاهر الحـديث . وقال أصبغ المسلم أفضل وهو الحق لقوله عليه السلام أيما رجل أعتق مسلماً . وقال عبد الملك أعلاها ثمناً في ذوي الدين ، ولو غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة أو قطع الطريق كان إعتاقه محرماً وينفذ عتقه .

وفي المحيط وغيره الإعتاق على ثلاثة أقسام قربة ومباح ومعصية ، فالقربة لوجه الله تعالى ، والمباح هو العتق لزيد ، والمعصية الإعتاق لوجه الشيطان أو للصم. وعند الظاهرية لا يعتق في هذا الوجه . وفي التحفة الإعتاق أنواع قد يكون قربة وطاعة الله تعـالى بأن أعتق لوجه الله تعالى ، أو نوى كفارة عليه ، وقد يكون مباحاً غير قربة بأن أعتق من غير نية أو أعتق لوجه فلان ، وقد يكون معصية بأن قال أنت حر لوجه الشيطـان ، ويقع العتق أيضاً ومال العبد لمولاه عند الجمهور ، وعند الظاهرية للعبد ، وهو قول الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك وأهل المدينة لما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه ﷺ قال من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد ، رواه أحمد . وكان عمر رضي الله عنه إذا أعتق عبداً لم يتعرض لماله .

وللجمهور ما روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أنه قال لغلامه ياعمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هيناً فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول أيمـا رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده ، ورواه الأثرم ، ويدل عليه قوله عليه السلام من باع عبداً وله مال فماله لبائعه ، وقال الوليد هذا الحديث خطأ ، وفعل عمر رضي الله تعالى عنه من باب التنفيل .

ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء . قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية ، لأن العتق لا يصح إلا في الملك ، ولا ملك للملوك والبلوغ ، لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضرراً ظاهراً، ولهذا لا يملك الولي عليه . والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف، ولهذا لو قال البالغ أعتقتك وأنا صبي فالقول قوله

---

( ولهذا ) أي ولكون العضو في مقابلة العوض في الإعتاق ( استحبوا ) أي العلماء ( أن يعتق الرجل العبد والمرأة والأمة لتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء ) ومقابلة الفرج بالفرج إنما يتحقق بين الذكرين وبين الأنثيين، بخلاف ما إذا كان بين الذكر والأنثى .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( والعتق يصح من الحر العاقل البالغ في ملكه ) الذي يدل عليه كلام القدوري أن لصحة الإعتاق أربع شرائط ، الأول : الحرية [1] ، والثاني : العقل ، والثالث : البلوغ ، والرابع : أن يكون العبد في الملك ، وشرحها المصنف كما ترى فقال ( شرط ) أي القدوري (الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ، ولا ملك للملوك والبلوغ )بالنصب، أي وشرط البلوغ ( لأن الصبي ليس من أهله ) أي من أهل العتق ، أي الإعتاق ( لكونه ) أي لكون الإعتاق ( ضرراً ظاهراً ) أي في حقه ( ولهذا ) أي ولأجل كون الإعتاق ضرراً في حقه ( لا يملك المولى عليه ) أي على الإعتاق عنه ، وكذا الوصي ، وإنما قلنا أي الإعتاق لأن الصبي من أهل العتق ، ألا ترى أنه لو ورث أخاه يعتق عليه ، يدل على أنه من أهل العتق ، ولكنه ليس من أهل الإعتاق .

( والعقل ) بالنصب أيضاً ، أي وشرط العقل ( لأن المجنون ليس من أهل التصرف ، ولهذا ) أي ولكون الصبي غير أهل للتصرف (لوقال البالغ أعتقتك وأنا صبي فالقول قوله) لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق كان إنكاراً منه للإعتاق ، والقول للمنكر .

---

(١) في الأصل – لا لحرية – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وكـــذا لو قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونـــه كان ظاهراً لوجود الاستناد إلى حالة منافيـــة ، وكـــذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لأنه ليس بأهـــل لقول ملزم ، ولا بد أن يكون العبد في ملكـــه حتى لو أعتق عبـــد غيره لا ينفذ عتقـــه لقوله عليـــه السلام لا عتق فيمـــا لا يملكـــه ابن آدم ،

---

( وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون ) يعني يكون القول قوله ، ولكن فيـــه شرط ، أشار اليه بقول ( وجنونه كان ظاهراً ) قيد به لأن جنونـــه لو لم يكن ظاهراً لا يسمع كلامه ، وقوله ( لوجود الإستناد إلى حالة منافية ) أي للإعتـــاق ، وهذا التعليـــل يشمل الفصلين ، أعني فصل دعوى البالغ الإعتاق في حالة الجنون ( وكذا ) أي ولا يصح العتق ( لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت ، لأنه ليس بأهل لقول ملزم ) يعني لأن الصبى يوجب الحجر عن الأقوال .

فإن قيل لا نسلم ذلك بل هو أصل له ، الا ترى أن صبياً لو أقر بالرق لزمه ، حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا يسمع دعواه . أجيب بأن اللزوم ثمة هو يدصاحب اليد، وإقراره مؤكد مؤبد له .

( ولا بد أن يكون العبد في ملكه ) يعني وقت الإعتاق ، وهو قول الجمهور ، وقال مالك أنه يعتق عبد ابنه الصغير ، وليس له أن يعتق عبد ابنه الكبير ( حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ ) إنما قال لا ينفذ ولم يقل لا يصح ولا يجوز ، لأن إعتاق ملك الغير صحيح وينفذ بإجازة المالك عندنا ، ولا ينفذ بغير إجازته ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي عن عامر الأحول عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك. وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد عتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو، لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية والوضع، وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ، ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر .

ولو قال له يا حر يا عتيق، يعتق لأنه نداء بما هو صريح في العتق، وهو

---

( وإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد أعتق نوى به العتق أو لم ينو ، لأن هذه الألفاظ صريح فيه ) أي في الإعتاق، ولا خلاف فيه لأحد ( لأنها مستعملة شرعاً وعرفاً ، فأغنى ذلك عن النيـــة ) لأن هذه الألفاظ صريحة فلا يحتاج إلى النية ( والوضع ) أي وضع هذه الألفاظ .

( وان كان في الإخبار ) في الأصل لأنه صورة الإخبار فقدجعـــل ، أي هذا الوضع ( إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة ) أي لحاجة الناس ( كما في الطلاق ) فإن لقوله أنت طالق إخبار في الأصل ، ولكنه جعل إنشاء لحاجة الناس اليه ( والبيع ) أي وكما في البيع ، فإن قول البائع بعت وقول المشتري اشتريت إخبار في الأصل ، ولكنه جعل إنشاء ( وغيرهما ) مثل الإجازة ونحوها ( ولو قال عنيت به الإخبار ) أي لو قال قصدت به ، أي بلفظ من الألفاظ المذكورة الإخبار ( بالباطل ) أي بالكذب ( أو أنـــه حر من العمل ) أي أو قال قصدت به أنه حر من العمل أي لا أستعمله في عمل ( لما صدق ديانة ) أي فيما بينه وبين الله تعالى ( لأنه يحتمله ) أي يحتمل ما قصده باعتبار وضعه الأصلي .

( ولا يدين قضاء ) أي ولا يصدق من حيث القضاء ( لأنه خلاف الظاهر ) لأن الظاهر أنه إنشاء ، والإنشاء إثبات أمر لم يكن .

( ولو قال له يا حر ، يا عتيق ، يعتق ، لأنه نداء بما هو صريح في العتـــق وهو ) أي

لاستحضار المنادى بالوصف المذكور ، هذا هو حقيقة فيقتضي تحقق الوصف فيه ، وأنه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقاً له فيما أخبر وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به . ولو ناداه بالفارسية يا آزادوقدلقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس فيه نداء باسم علمه فيعتبر اخباراً عن الوصف ، وكذا لو قال رأسك حر ووجهك أو رقبتك أو بدنك ، أو قال

---

النداء ( لاستحضار المنادى بالوصف المذكور ) وهو الحرية ( هذا هو حقيقة ) أي حقيقة المنادى بما هو موضوع للحرية ( فيقتضي تحقق الوصف فيه ) أي تحقق هذا الوصف فيه وهو الحرية ( وانه يثبت من جهته ) أي وإن الوصف وهو الحرية يثبت من جهة المنادى ( فيقتضي ثبوته ) أي ثبوت الوصف ( تصديقاً له ) أي لكلامه ( وسنقرره من بعد ) أي في مسألة يا ابني يا أخي ( إلا إذا سماه حراً ) هذا استثناء من قوله يعتق إلا إذا سمى عبده بلفظ حر ( ثم ناداه يا حر ) فإنه لا يعتق ( لأن مراده إعلام باسم علمه وهولقبه به ) فلا يكون إنشاء للحرية .

( ولو ناداه بالفارسية يا آزاد ) بفتح الهمزة وبالزاء المخففة وبالدال المهملة ( وقد لقبه به ) أي والحال أنه قد لقب عبده بهذا اللفظ ( قالوا ) أي قال المشايخ ( يعتق ، وكذا عكسه ) يعني إذا ناداه بقوله يا حر وقد سماه آزاد يعتق ( إذ ليس فيه نداء باسم علمه ) أي لأنه لم يناده باسم علمه ( فيعتبر إخباراً عن الوصف ) أى الحرية ، لأنه روى المعنى الذى وضع اللفظ له . وإذا قال لعبده يا آزادمرد ، اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يعتق ، وقال بعضهم لا يعتق ، وبه قال الفقيه أبو الليث في النوازل ، لأنه إذا قيل آزاد يراد به العتق وإذا قيل آزاد مرد يراد به الإنسانية ولا يراد به العتق .

( وكذا ) أى وكذلك يعتق ( لو قال رأسك حر ووجهك أو رقبتك أوبدنك أوقال

لأمته فرجك حر ، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق ، وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلـــك الجزء ، وسيأتيك الإختلاف فيه إن شاء الله تعالى ، وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا ، خلافاً للشافعي « رح » ، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه . ولو قال لا ملـك لي عليك ونوى به الحرية عتق ، وإن لم ينو لم يعتق

---

لأمته فرجك حر ، لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق) بأنه إذا قال رأسك طالق أو وجهك طالق ، وقد مر فيه في كتاب الطلاق ( وإن أضافـه ) أى الإعتاق ( إلى جزء شائع ) كالنصف والثلث وما أشبه ذلك ( يقع في ذلـك الجزء ) أى يقع العتق في ذلك الجزء الشائع ثم يؤدى إلى الجميع كمن أعتق بعض جاريته ( وسيأتيك الإختلاف فيه إن شاء الله تعالى ) يريد به الإختلاف في تجزى الاعتاق عند أبي حنيفـة وصاحبيه على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

( وإن أضافه ) أى وإن أضاف الاعتاق ( إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل ) فإنها لا يعبر بها عن البدن ( لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمـــه الله ) وزفر رحمه الله وأحمد أيضاً ( والكلام فيه ) أى في الاعتاق ( كالكلام في الطلاق وقـد بيناه ) أى في باب إيقاع الطلاق ، وفي المنتقى قال لعبده ذكرك حر يعتق ، ولو قال فرجك حر قيل يعتق كالأمة . وقال محمد لا يعتق ، لأن فرجه لا يعبر به عن جميع البدن ، بخلاف الأمة . ولو قال لأمته فرجك حر عن الجماع عتقت . وفي المحيـط لو قال ذكرك حر ، أو رأسك حر ، أو قال لأمته ، ذكر ابن سماعة أنه يعتق كالفرج . وقيـل لا يعتق وهو الأصح ، ومثله جزؤك . ولو قال عتقك حر قيل لا يعتق كالمدبر وقيل يعتق كالرقبـة . ولو قال لسانك حر يعتق ، وفي الدم روايتان .

( ولو قال لا ملك لي عليك ، ونوى به الحرية يعتق ، وإن لم ينو لا يعتق ) لأنه من

لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ، ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً الا بالنية . وقال وكذا كنايات العتق ، وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ، ولا سبيل لي عليك ، ولا رق لي عليك ، وقد خليت سبيلك ، لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك، وتخلية السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية

---

الكنايات ونص أحمد صريح ( لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك ، لأني بعتك ، ويحتمل لأني عتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية ) وكذا لا رق لي عليك ، وقيل فيه روايتان . ولو قال لعبده هذا عبد الله ، أو يا عبد الله لا يعتق ، لأنه صادق . وفي المرغيناني قال لعبده أعتقتك لله يعتق . وقيل يعتق بالنية ، والمختار الأول .

ولو قال العتاق عليك يعتق . ولو قال عتقك علي واجب لا يعتق ، بخلاف الطلاق لأنه وجوب بالوقوع . ولو قال تصبح حر فهذا عتق مضاف إلى الغدو.ولو قال تقوم حراً وتقعد حراً ، يعتق في الحال . ونقل صاحب الأجناس عن نوادر ابن رستم عن محمدلوقال لمملوكه أنت غير مملوك لا يكون عتقاً ، لكن ليس له أن يدعيه.وقال فيخلاصة الفتاوى ليس له أن يستخدمه ، فإن مات لا يرث بالولاء . وإن قال المملوك بعد ذلك أنا مملوك له فصدقه كان مملوكاً . وقال فيه أيضاً وكذا لو قال هذا ليس بعبدى لا يعتق .

( قال ) أي القدوري ( وكذا كنايات العتق ) أي وكذا يقع بها العتق إذا وجدت النية وإلا فلا ( وذلك ) إشارة إلى تفسير ما ذكره القدوري ( مثل قوله خرجت من ملكي ولا رق لي عليك ، ولا سبيل لي عليك ، وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل الخروج عن الملك ، وتخلية السبيل بالبيع والكتابة ما يحتمل بالعتق ، فلا بد من النية ) لتعين المراد .

وقال في التحفة في قول لا سبيل لي عليك إن نوى العتق ، وإن لم ينو يصدق في القضاء ، لأنه لفظ مشترك ، إلا إذا قال لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق ، ولو قال إلا سبيل الموالاة يصدق في القضاء ، لأنه لفظ

وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك ، وهو المروي عن أبي يوسف « رح » بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى .

---

مشترك إلا إذا قال لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ، ولا يصدق أنه أراد به غير العتق ، ولو قال لا سبيل الموالاة يصدق في القضاء لأنه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاية ، فانه يستعمل في ولاء العتق .

وقال القدورى في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك إلا سبيل الولاء فهوحر في القضاء ولا يصدق أنه أراد به غير العتق. ولو قال إلا سبيل الموالاة يصدق . في القضاء، لأنه قد يراد به الموالاة في الدين ، بخلاف لفظ الولاية فانه يستعمل في ولاء العتق . وقال القدورى في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لأن المولى قد يقول لعبده لا سبيل لي عليك بالدم ، لأنك وفيت بالخدمة وفعلت ما أمرتك . وقد يقول لا سبيل لي عليك لأني كاتبتك فزالت يدى عنك ولا سبيل لي عليك لأني أعتقتك ، فاذا احتمل اللفظ العتق وغيره لم يقع إلا بالنية ، انتهى . وقيل في لا سبيل لي عليك ، لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك ، لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه ، ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق .

فان قيل زوال اليد إما أن يكون ملزوماً لزوال الملك أو لازماً له ، فان كان الأول فليكن مجازاً ، لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وإن كان الثاني فليكن كناية عن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم . فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه، كما في المكاتب ، ولا يلازم لانفكاكه زوال الملك عنه ، فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم .

( وكذا قوله لأمته قد أطلقتك ) أى كذا هذا اللفظ أيضاً من كنايات العتق . فاذا نوى العتق عتقت وإلا فلا ( لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبي يوسف ، بخلاف قوله طلقتك ) حيث لا يثبت به العتق وإن نوى ، لأنه صريح في الطلاق ، فلا يثبت به العتق ( على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ) أراد به عند قوله لأمته أنت طالق .

ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق ، لأن السلطان عبارة عن اليـد ، وسمى السلطـان به لقيـام يده ، وقد يبقى الملك دون اليـد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيـل لي عليـك ، لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيلا ، فلهذا يحتمـل العتـق .

---

( ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق ، لأن السلطان عبارة عن اليد ) فيه تسامح،بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة، كذا قاله الكاكي،وقال الأكمل يقال لفلان سلطنة،ويراد بها القدرة الثانية من حيث اليد والاستيلاد ففيه نفي اليد،فكأنه قال لا يد لي عليك . ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك . قلت ما قاله حاصل ما قال المصنف بقوله ( وسمي السلطـان به ) أي بلفظ السلطان ( لقيام يده ) بتصرفه كيف شاء ( وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب ) فان المولى لا يدله على المكاتب وملكه فيه باق .

( بخلاف قوله لا سبيل لي عليك ، لأن نفيه ) أي نفي السبيل ( مطلقـاً ) يعني من غير قيد بشيء يكون ( بابقاء الملك ، لأن للمولى على المكاتب سبيـلا ) يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة ، حتى إذا انتفى عند ذلك بالبراءة يعتق ( فلهـذا يحتمل العتق ) أي لأجل أن نفي السبيل مطلقاً بانتفاء الملك يحتمل قوله لا سبيل لي عليك العتق . وقال الأترازى وقد روي عن الكرخي أنه قال ما صح لي وجه الفرق بين المسألتين وقد فني عمرى . وقال أبو بكر الرازى خرج الشيخ أبو الحسن الكرخي من الدنيا ، والفرق بين السبيل والطلاق مشكل عليه . وقال الكاكي والفرق ما ذكره في الكتاب .

ووجه آخر أن السلطان مشترك بين الحجة واليد ، ونفي أحدهما لا يستـدعي نفي الآخر ، ونفي كل واحد منهما لا يستدعي نفي الملك كما في الكتابة . وفي الينابيع قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لا يعتق ، وقيل يعتق . وقال الأترازي لفـظ القدوري في مختصره لا يعتق ، وهو رواية الأصل . وقال في الحاوي يعتق إذا نوى .

ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله ، وإذا كان لا يولد مثله لمثله ، ذكره بعد هذا ، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه ، لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه ، وإذا ثبت عتق ، لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه

---

( ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ) هذا القيد اتفاقي ، لأنه ذكر في الينابيع الثبوت على الإقرار ليس بلازم ، ولهذا لم يذكر هذا اللفظ في المبسوط . وفي أصول فخر الإسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق . وفي المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى هذا ليس بقيد ، حتى لو قال بعد قوله هذا ابني أو همت أو أخطأت يعتق ولا يصدق . ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي وتزوجها بعد ذلك جاز أصر على ذلك أم لا ، قالوا هذا جواب في معروفة النسب ، أما في مجهولة النسب أي أدام على ذلك ثم تزوجها لم تجز وإلا جاز . وقال صاحب المجتبى عرف بهذا أن الثبوت على ذلك شرط في الفرقة وامتناع جواز النكاح دون العتق .

( ومعنى المسألة ) إنما قال – ومعنى المسألة – لأن المسألة ذكرها القدوري ،وفسرها المصنف بقوله ، معنى المسألة ( إذا كان يولد مثله لمثله ، فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ) أي ذكره القدوري بعد هذا بقوله وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني (ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف ثبت نسبه منه ، لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة ، والعبد يحتاج إلى النسب ) حتى يحصل له معين وظهير ( فيثبت منه ) أي فيثبت نسبه من مولاه ، لأنه ليس له نسب معروف .

( فإذا ثبت ، عتق ، لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له ) أي للعبد ( نسب معروف لا يثبت نسبه منه التعذر ) لأنه ثابت النسب من الغير ( ويعتق إعمالاً للفظ في مجازه ) يعني عملاً بمجاز اللفظ ، لأن النبوة سبب التحرير ، وإطلاق السبب

عند تعذر إعمال الحقيقة . ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى . ولو قال هذا مولاي أو يا مولاتي عتق ، أما الأولى

---

وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز ( عند تعذر إعمال الحقيقة ) لأن الذهاب إلى المجاز له طرق ، منها عند تعذر الحقيقة وتعذر العمل بالحقيقة هنا ظاهر .

( ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى ) يعني عند بيان الدليل لأبي حنيفة في قوله – وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة – والأصل في هذا الباب أن من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه إذا ملكه عتق عليه ، أعني القرابات المحرمة للنكاح ، كقوله هذا ابني ، أو هذه بنتي ، أو هذا أبي ، أو هذه أمي ، أو هذا عمي أو خالي ، أو قال هذا جدي . قال في التحفة ذكر في ظاهر الرواية وسوى بين الكل إلا في الأخ والأخت ، فإنه لا يعتق إلا بالنية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه سوى بين الكل وقال يعتق .

ثم اعلم أن في قوله هذا أبي وهذه أمي وهو يصلح أن يكون ولداً لهما وهو مجهول النسب يثبت العتق ، ولكن لا يثبت النسب ما لم يصدقاه ، بخلاف قوله المجهول النسب هذا ابني حيث يثبت العتق والنسب بلا تصديق ، وعليه نص الحاكم ، لأن في الصورة الأولى يحمل النسب على غيره فيعتبر تصديقه بخلاف النبوة ، لأنه تحملها على نفسه ، كذا في الشامل ، ثم إذا قال له هذا ابني ، هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه بعضهم قالوا لا يثبت الإستيلاد سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب . وقال بعضهم يثبت في الحالين . وبعضهم فرق إن كان معروف النسب لا يثبت . وفي مجهول النسب يثبت ، كذا في التحفة .

( ولو قال هذا مولاي أو مولاتي عتق ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وعليه نص الحاكم في الكافي ، ولا يحتاج إلى النية لكونه صريحاً ، كذا في التحفة ، ونقل في خلاصة الفتاوى عن العيون قال لا يعتق بالنداء إلا في موضعين ، يا مولاي يا حر ، وقال زفر رحمه الله لا يعتق بدون النية ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » (أما الأولى) وهو

فلان اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالات في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له ، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة

---

قوله هذا مولاي ( فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر ) أشار بهذا إلى أن لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى الناصر ، قال الله تعالى ﴿ وإن الكافرين لا مولى لهم ﴾ ١١ محمد ، أي لا ناصر لهم ( وابن العم ) قال الله تعالى ﴿ وإني خفت الموالي من ورائي ﴾ ٥ مريم ، أي ابن عمي بعد موتي ، كذا قال أهل التفسير . وقال طرفة :

فمالي أراني وابن عمي مالكاً ... متى أدن منه ينئى عني ويبعدا

فلو كان مولاي امرء هو غيره ... لفرج كربي أو لأنظر في غدا

والمولى في البيت بمعنى ابن العم .

( والموالات في الدين ) يقال مولى الموالات وصورة الموالات حر عاقل بالغ مسلم غير معتق لأحد ولم يعقل عنه يقول لآخر أنت مولاي ترث عني إذا مت وتعقل إذا جنيت ، ويقول الآخر قبلت ، فيكون القابل مولى له ويرث منه إذا مات ويعتق عنه إذا جنى ( والأعلى ) أي المولى الأعلى ، وهو الذي يعتق ( والأسفل في العتاقة ) هو الذي أنعم عليه بالعتق والأعلى مقابله والمصنف ذكر للمولى خمسة معان . وذكر ابن الأثير أنه يستعمل في ثلاث وعشرين معنى ، وزاد عليه غيره ، وما ذكره المصنف هو المشهور منها الخمسة المذكورة ، ويطلق على الرب والمالك والسيد والمنعم عليه بغير إعتاق والعبد والمحب والبائع والجار والحليف والظهير والمعقل والولي والوارث وابن الأخت والشريك والموضع الذي يكون فيه الحروب والسلط ، لكن المعاني البعيدة لا يعرفها كل واحد ، ولا يخطر ببال سيد العبد ، فلا اعتبار بها فتعين ما ذكره المصنف « وح » .

( إلا أنه تعين الأسفل ) أي غير أنه تعين المولى الأسفل ( فصار كاسم خاص له ، وهذا ) أشار به إلى وجه كون الأسفل كاسم خاص له بقوله ( لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ) أراد أنه لا يجوز أن يحمل المولى في قوله هذا مولاى على النصرة ، لأن المولى لا يستنصر

والعبد نسب معروف فينتفي الأول والثاني والثالث نوع مجاز ، والكلام لحقيقته والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح ، وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ، ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفة الظاهر .

---

بعبده عادة ( والعبد نسب معروف ) أراد به أنه لا يحمل أنه أراد به ابن العم ، لأنه على خلاف ذلك ،(فانتفى الأول)وهو حمله على الناصر ( فانتفى الثاني ) أي انتفى الثاني،وهو حمله على ابن العم ( والثالث نوع مجاز ) أراد به المولى في الدين ، لأن المولى مشتق من الولي، وهو القريب ، ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ، ولا من حيث النسب ، ولا من حيث المكان فتعين القرب من حيث الدين ، ولهذا جاز نفيه .

( والكلام لحقيقته ) فتعين الأسفل . وقال الأترازي سلمنا أن الكلام لحقيقته إذا لم يكن المجاز مراداً ، أما إذا كان مراداً فلا نسلم على أنا نقول لفظ المولى مشترك وله حقائق لا حقيقة واحدة ، فلا يتعين الأسفل مع تصريحه بأنه لم يرده ، بل أراد به معنى آخر انتهى .

قلت في كلامه نظر ، لأن المصنف ما منع الإشتراك ، بل صرح به ، لأنه ذكر له خمسة معان ، ثم بين أنه ما كان يصلح ذلك على معنى ها هنا غير المولى الأسفل ، فتعين لذلك .

( والإضافة إلى العبد ) يعني في قوله هذا مولاي ( ينافي كونه ) أي في كون العبد ( معتقاً ) بكسر التاء ، حاصله أنه لا يحتمل على أنه أراد به المولى الأعلى ، لأن العبد لا يعتق مولاه ( فتعين المولى الأسفل ) وهو العبد الذي أنعم عليه بالعتق ، كما ذكرنا ، فإذا كان كذلك ( فالتحق بالتصريح ) في إيقاع العتق بدلالة الحال في المحل، وهو كونه عبداً .

( وكذا لو قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ) أي لما بينا من الدليل في قوله هذا مولاي ( ولو قال عنيت به ) أي لو قال القائل المذكور قصدت بقولي هذا مولاي (المولى في الدين أو الكذب ) بالنصب ، أي أو قال عنيت به الكذب ( يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفة الظاهر ) أي ظاهر الكلام .

وأما الثاني فلأنه لما تعين الاسفل مراده التحق بالصريح ، وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ.

وقال زفر « رح » لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي . قلنا الكلام لحقيقته ، وقد أمكن العمل به ، بخلاف ما ذكره ، لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، فكان إكراما محضاً.

ولو قال يا ابني ، أو يا أخي لم يعتق ، لأن النداء لإعلام المنادى ،

---

( وأما الثاني ) عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني قوله هذا مولاى ( فلأنه لما تعين الأسفل مراداً ) أى لما تعين المولى الأسفل حال كونه مراداً ( التحق بالصريح ) الدال على الإعتاق ( بالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر يا عتيق ، فكذا النداء بهذا اللفظ ) أى بقوله يا مولاى .

( وقال زفر لا يعتق في الثاني ) أى في قوله يا مولاى ( لأنه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي ) وقال في الفتاوى الصغرى إذا قال يا سيدي أو يا مالكي إذا لم ينو العتق لا يعتق . وإذا نوى فعن محمد روايتان

( قلنا الكلام لحقيقته ) أراد أن الأصل استعمال اللفظ بحقيقته ( وقد أمكن العمل به ) أى بقوله هذا أمكن العمل بحقيقته ، لأن معنى قوله يا مولاى من لي عليه ولاء العتاقة ، فتعين الأسفل ( بخلاف ما ذكره ) أراد به قوله يا سيدي يا مالكي ، يعني ليس فيه ما يدل على العتق ، وهو معنى قوله ( لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، فكان إكراماً محضاً ) وبه لا يحصل العتق وفي الواقعات قال يا سيدى أو سيدان نوى العتق عتق، وإن لم ينو قيل يعتق ، وقيل لا يعتق ، وقيل يعتق في يا سيدي . والمختار أنه لا يعتق . وفي الحاوي قال الحسن بن أبي مطيع يعتق بقوله يا سيدي ، ولا يعتق بقوله يا سيد . وقال بشر لا يعتق فيهما إلا بالنية . وفي النهاية قال القاضي لا يعتق ، قال والذى أراه كناية .

( ولو قال يا ابني أو يا أخي لا يعتق ، لأن النداء لإعلام المنادى ) بفتح الدال ،

إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص ، كما في قوله يا حر ، على ما بيناه . وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره ، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون إبناً له بهذا النداء ، فكان لمجرد الإعلام . ويروى عن أبي حنيفة « رح » شاذاً أنه يعتق فيهما ، والاعتماد على الظاهر . ولو قال يا ابن لا يعتق، لأن الأمر كما أخبر،فإنه ابن أبيه ، وكذا

---

ولا يراد به ما وضع اللفظ له ( إلا أنه إذا كان ) أى الذى قاله ( بوصف يمكن إثباته من جهته) أى إثبات ذلك الوصف من جهة المنادى ( كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى ) بفتح الدال ( استحضاراً ) أي لأجل استحضار ( بالوصف المخصوص نحو قوله يا حرعلى ما بيناه ) يعني عند قوله بالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حر ( وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهة كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره ) أى لتعذر تحقيق الوصف ، وأراد بالوصف البنوة والأخوة ونحوهما من الأبوة .

( والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته، لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون إبناً له بهذا النداء ) فاذا كان كذلك ( فكان ) بقوله يا ابني ( بمجرد الاعلام ) في ظاهر الرواية ( ويروى عن أبي حنيفة شاذاً أنه يعتق فيهما ) أى في قوله يا ابني ويا أخي قال في يتيمة الفتاوى إذا قال لعبده يا ابني ، روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق(والاعتماد على الظاهر ) أى على ظاهر الرواية ، وهو الذى ذكره القدورى ، وهو المذكور في نوادر النسفي .

( ولو قال يا ابن ) بالضم وقطع الإضافة على صورة المنادى المفرد ( لا يعتق، لأنالأمر كما أخبر ) لأنه صادق فيما أخبره ( فإنه ابن أبيه ) أي ابن والده ( وكذا ) أي وكذا لا

إذا قال يا بني أو يا بنية ، لانه تصغير للابن والبنت من غير إضافة .
والامر كما أخبر ، وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله ، هذا ابني عتق عند أبي حنيفة « رح » . وقال لا يعتق ، وهو قول الشافعي « رح » لهم أنه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو ، كقوله اعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق ولابي حنيفة « رح » كلام محـــال بحقيقته ، لكنه صحيح بمجازه ،

---

يعتق ( إذ قال يا بني أو يا بنية ، لأنه تصغير للإبن والبنت من غير إضافة ) إلى ياء المتكلم ( والأمر كما ذكر ) لأن التصغير قد يكون للاكرام واللطف قاله الكاكي ، والأحسن أن يقال قد يكون للشفقة والترحم .

( وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة ) هذه من مسائــــل القدوري ، والمعنى أنه إذا قال لعبده الأكبر سناً منه هذا ابني ، أو قال هذا ولدي عتق عايه عند أبي حنيفة ( وقالا لا يعتق ، وهو قول الشافعي لهم ) أي لأبي يوسف ومحمـــد والشافعي ( أنه كلام ) أي أن كلامه هذا ( محال بحقيقته ) لأن الأكبر سناً محال أن يولد من الأصغر سناً ، وإذا كان مالاً ( فيرد ويلغو ) فلا يعتق .

فإن قلت لم لا يصار إلى المجاز . قلت إذا كان محالاً بحقيقته لا يثبت مجازه ، وهو الحرية . لأن المجاز خلف على الحقيقة ، فإذا لم يتصور الأصل لم يتصور الخلف ، فصار ( كقولك أعتقتك قبل أن أخلق ، أو قبل أن تخلق ) بالخطاب على صيغة المجهول ، وتصور الأصل شرط لصحة المجاز ، ألا ترى أنه إذا قال لمعروف النسب وهو أصغر سناً منـه هذا ابني يثبت الحرية مجازاً لتصور الأصل ، فإن مثله يجوز أن يولد له ، لكنه لم يثبت حكم الأصل لمانع ، وهو أنه ثابت النسب من الغير . قال في شرح الأقطع فرق أبو يوسف ومحمـد بـين معروف النسب وبين من لا يولد مثله لمثله ، فان معروف النسب يجوز أن يكون ابنـه من الزنا . ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه .

( ولأبي حنيفة أنه ) أي أن هذا الكلام ( محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه ) لوجوه

لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحريته إما إجماعاً أو صلة للقرابة ، وإطـــلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ، ولأن الحرية لازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف لازم من طريق المجاز على ما عرف ، فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به ، لأنه لا وجه له في المجاز ، فتعين الإلغاء ، وهذا بخـــلاف ما إذا قال لغيره قطعت يـــدك فاخرجهما صحيحتين

---

طريق المجاز ( لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه ، وهذا ) أشار به إلى قوله إخبار عن حرية (لأن البنوة في المملوك سبب لحريته) لأنه لا توجد البنوة في المملوك إلا وقد وجد الحرية معها ، فذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وذكر السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز ( إما إجماعاً أو صلة للقرابة ) يعني أن البنوة موجبة للصلة ، والعتق صلة ، فتكون البنوة موجبة للعتق ( وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ) أي مجـــازاً ( ولأن الحرية لازمة البنوة في المملوك والمشابهة في وصف لازم من طريق المجاز على ما عرف ) في الأصول وغيره ( فيحمل عليه تحرزاً عن الإلغاء ) أي فيحمل قوله هذا ابني على المجاز وهو الحرية تصحيحاً لكلامه .

( بخلاف ما استشهد به ) على صيغة المجهول ، وهو قوله أعتقتك قبل أن أخلق ( لأنه لا وجه له في المجاز ) لأنه لا يتصور أن يكون الاعتاق قبل الانخلاق أصلاً ، فـــلم يوجد السبب ( فتعين الالغاء ) أي الغاء نداء الكلام ( وهذا بخـــلاف ما إذا قال لغيره ) هذا جواب عما يقال لو كان ذكر صحة الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجـــاز ، وإن لم يكن الحكم متصور الواجب عليه الارش في الصورة المذكورة ، لأن القطع خطأ سبب وجوب المال ، فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قولك على خمسة آلاف درهم ، فاللازم باطل ، والملزوم مثله ، فأجاب بقوله بخلاف ما إذا قال لغيره ( قطعت يدك فاخرجها صحيحتين

حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه . وإن كان القطع سبباً لوجوب المال ، لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص ، وهو الإرش ، وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع ، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له .

---

حيث لم يجعل مجازاً عن الاقرار بالمال والتزامه ) يعنى بالمال المطلق عن القطع ، لأن القطع إنما يكون سبباً لوجوب مال هو إرش ، وهو مخالف لوجوب مطلق المال .

( فان كان القطع سبباً لوجوب المال ) وهو واصل بما قبله يعني وإن كان القطع خطأ ، فيكون سبباً لوجوب مال ( لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو إرش وانه ) أي وان المال المخصوص ( يخالف مطلق المال في الوصف ) وهو الارش ، ثم أوضح ذلك بقوله ( حتى وجب ) أي المال الذي هو الارش ( على العاقلة في سنتين ) تثنية سنة ، كذا قال صاحب النهاية ، قال هكذا كان مقيداً بخط شيخي . وقال الكاكي والأترازي هو الصحيح . وقال الأترازي لأن الكلام وقع فيما إذا أقر بقطع الواحدة وإرش قطع اليد الواحد ، بنصف الدية ، ثم الارش إذا زاد على ثلث اليد يكون في ثنتين على العاقلة الثلث في السنة الأولى والباقي في السنة الثانية ، وما زاد على الثلث فالثلثان في سنتين ، وما زاد في السنة الثالثة قال في بعض النسخ في سنتين بلفظ الجمع وليس بشيء .

( ولا يمكن إثباته ) أي إثبات الارش ( بدون القطع ) لوجود صحة اليد (وما أمكن إثباته ) أي والذي أمكن إثباته ، وهو عبارة عن مطلق المال ( فالقطع ليس بسبب له ) فيتقدر جعل الاقرار بقطع اليد مجازاً عن الاقرار بمطلق المال على أن قطع اليد خطأ مسبب لوجوب المال على العاقلة ، فلو جعل مجازاً عن الاقرار بموجب المال لكان هذا إقرار بما يخصه من الدية ، لأن لازمة قطع اليد وجوب المال موزعاً على العاقلة ، فايجاب المال قصراً على واحد من العواقل لا تكون لازمة قطع اليد ، فلا يصح المجاز ، ولأنه لما أخرجها صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له أثر ، فلا يتعلق به حكم بعد ذلك ،

أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً ، فأمكن جعله مجازاً عنه . ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلها فهو على هذا الخلاف

---

لأنه لو ثبت حقيقة الجرح خبراً لا يتعلق به الحكم ، ففي المجاز أولى . ثم لأبي حنيفة في قوله هذا ابني طريقان أحدهما أنه بمنزلة التحرير ابتداء مجازاً بطريق إطلاق السبب على المسبب ، فعلى هذا لا يكون الأم أم ولد إذا كانت في ملكه ، لأنه ليس لتحرم الكلام ابتداء تأثير في أمومية الولد .

والطريق الآخر انه إقرار بالحرية مجازاً كأنه قال عتق علي من حين ملكته ، فان القوة في المملوك سبب العتق وهو الأصح ، ولهذا قال في كتاب الاكراه إذا كره على أن يقول هذا ابني لا يعتق بالاكراه عليه ، والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير ابتداء ، فعلى هذا تصير الجارية أم ولد .

( أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً ) هذا جواب عما يقال إذا أقر بقطع اليد لا يثبت المال مجازاً ، لأن مطلق الحال نخالف مالاً مخصوصاً وهو الارش ، فكذا الحرية . والثانية البنوة تخالف الحرية الثانية بالبنوة في كونها صلة للقريب ، فلم يكن إثبات الحرية مجازاً للبنوة ، كما لم يثبت في وجوب المال مجازاً لقطع اليد . فأجاب بقوله أما الحرية فلا تختلف ذاتاً وحكماً ، أي من حيث الذات وهو زوال الرق ، ولا يوجب الحكم وهو صلاحية القضاء والشهادة والولايات ، فكانت الحريتان سواء فيها .

قال الأترازي لأن الحرية عبارة عن زوال الرق ، وهو شيء واحد لا يختلف بالاضافة إلى البنوة وغيرها وحكمها خاص المحل للمالكية ، ودفع ملك الغير إلا أنها قد توصف بكونها صلة الرحم وواجبة على التقريب ، وذلك لا يوجب تنوعها كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث يقع بحالة يترتب عليها . إذ الشهادة والولاية والامارة بخلاف الحرية الواقعه في الطفل والمجنون ، فانها لا توجب هذه الأهلية ، ومع هذا لا يقال إنها تنوعت ، فكذا هنا ، فلما لم يكن الحرية مختلفة ( فأمكن جعله ) أي جعل هذا ابني (مجازاً عنه) أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور ، ولو قال عنها لكان أحسن .

( ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلها فهو على الخلاف ) المذكور بين أبي

لما بينا . ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف ، وقيل لا يعتق بالإجماع ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب ، وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب ، بخلاف الأبوة والبنوة ، لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة ، ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يعتق ، ووجه الروايتين ما بيناه

---

حنيفة وصاحبيه ( لما بينا ) يعني الوجه من الجانبين في قوله هذا ابني ( ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك ) من بنوة أو حرية ( إلا بواسطة وهو الأب وهي ) أي الواسطة ( غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب ) وهذا يشير إلى أن الواسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق .

( بخلاف الأبوة والبنوة ، لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة ) فيجعلان مجازاً للحرية . ولو كان يولد مثله لمثلها وصدقاه ثبت ذلك وعتقا عليه .

( ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة إنه يعتق ) في رواية الحسن عنه ( ووجه الروايتين ما بيناه ) أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحركة إلى آخره ، فكذلك ها هنا الأخوة في الملك توجب العتق . وأما وجه رواية عدم العتق فقوله في مسألة الجد ، لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة ، وكذلك ما هنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب والأم ، لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم ، وهذه الواسطة غير مذكورة ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة . وقال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذا ذكره مطلقاً ، قال هذا أخي ، وأما إذا ذكره مقيداً ، وقال هذا أخي لأبي ولأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشتركاً قد يراد بها الأخوه في الدين ، قال الله تعالى ﴿ إنما المؤمنون أخوة ﴾ ١٠ الحجرات ، وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة ، قال الله تعالى

ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف ، وقد قيل هو بالإجماع لأن المشار اليـــه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ، فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح . وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق . وقال الشافعي « رح » تعتق إذا نوى ، وكذا على هذا الخـــلاف سائر الألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم « رح » .

---

﴿ وإلى عاد أخاهم هوداً ﴾ ٦٥ الأعراف ، وقد يراد بهـــا الأخوة في النسب والمشترك لا يكون حجة .

فان قيل البنوة أيضاً تختلف بين نسب ورضاع ، فكيف يثبت العتق باطلاق قوله هذا ابني . أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز ، والمجاز لا يعارض الحقيقة .

( ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف ، وقيل هو ) أي عدم العتق ( بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى ) الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان ، وإذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى ( فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم ) أي المسمى معدوم ( فلا ) يعني لا يمكن تصحيح الكلام إيجاباً ، ولا إقرار في المعـدوم ، فلا يمكن أن يجعل البنت مجازاً عن الابن بوجه ألا ترى أنه لا يعتق وإن كان احتمل أن يكون ابنه كان يولد مثله لمثله ، كذا ذكره في الاسرار ( وقد حققناه في النكـــاح ) أي حققنا هذا الاصل في كتاب النكاح . في باب المهر عند قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخمر فاذا هو خمر ، فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة ، فيرجع له .

(وإن قال لأمته أنت طالق أو بائن أو تخمري) أي أو قال لها تخمري (ونوى به العتق لم يعتق ، وقال الشافعي تعتق إذا نوى ، وكذا الخلاف في سائر الألفاظ الصريح والكناية) مثل قوله لأمته أنت مطلقة وطلقتك وتخمري وتقنعي واغربي وخلية وبرية وحرام وما أشبه ذلك ( على ما قال مشايخهم ) أي مشايخ الشافعية ، وإنمـــا قال مشايخهم ، لأن

له أنه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة إذا كل واحد منهما ملك العين ، أما ملك اليمين فظاهر ، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه ، والتأقيت مبطل له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ، ولهذا يصح التعليــق فيه بالشرط ، أما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ،

---

المنصوص عن الشافعي لفــظ الطلاق فحسب وأصحابــه قاسوا عليها سائر الفاظ الصريح والكناية .

( له ) أي الشافعي ( إنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة )وهماملكاليمين وملك النكاح ( إذا كل واحد منهما ملك العين أما ملك اليمين فظاهر ، وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه، والتأقيت مبطل له ) أي النكاح وملــك اليمين ، والتأقيت أي يجعل له وقت معين ( وعمل اللفظين ) جواب عمــا يقال الإعتاق إثبات القوة ، ولهذا يثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض ، فأجاب بقوله وعمل اللفظين الطلاق والعتاق ، وهو مبتدأ وخبره هو قوله ( إسقاط ما هو حقه وهو الملك ) الضمير في قوله – هو – راجع في الوصفين إلى ماء الحاصل انه أي أن الإعتاق أيضاً إسقاط .

( ولهذا ) أي ولأجل كون الإعتاق إسقاطاً ( يصح التعليق فيه بالشرط ) كما يصحفي الطلاق ( أما الأحكام ) هذا جواب عما يقال للشافعي بأن قال يثبت الإعتاق الأحكام ، يعني الأهلية والولاية والشهادة ، والطلاق إسقاط ، فلا مناسبة بين الإسقاط والإثبات فلا يستعار الطلاق للعتاق ، لعدم المناسبــة ، فأجاب أن الأحكام وهي التي ذكرناها ( تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً ) لضمير في هو راجع إلى السبب ، وفي كونه راجع إلى العبد ، لأن الشهرة قائمة مقام الذكر .

والحاصل أن ثبوت الأحكام بالآدمية ، ولكن الرق كان مانعاً فبالإعتاق زال المانع . وجوابه لو كان ثبوت الأحكام بالآدمية وكونه مكلفاً لكانت القدرة موجودة للعبــد ،

ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق ، فكذا عكسه، ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الإعتاق لغة إثبات للقوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد ألحق بالجمادات وبالإعتاق يجيء فيقدر ولا كذلك المنكوحة ، فانها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع ، وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولاخفاء أن الاول أقوى ، ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى ،

---

واللازم منتف ، لأن الرق مناف للقدرة ، وصحة التعليق لا يرد ، لأن الإعتاق إسقاط على وجه يترتب عليه ثبوت هذه الأحكام ، فباعتبار الإسقاط صح التعليق .

( ولهذا ) أي ولكون العتق يحتمل لفظ ( يصلح لفظة العتق ، والتحرير كناية عن الطلاق ) يعني إذا قال لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق صح مجازاً ( فكذا عكسه ) أي صلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق .

( ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه ) لأنه لا مناسبة بينهما تجوز الإستعارة (لأن الإعتاق لغة إثبات للقوة ) مأخوذ من قولهم عتق الطائر إذا قوي وطار عن وكره ، وفي الشرع أيضاً كذلك ( والطلاق رفع القيد ) من قولهم أطلقت البعير من القيد إذا حللته .

( وهذا ) أشار به إلى إثبات القوة ( لأن العبد ألحق بالجمادات ) جمع جماد ، والجماد عبارة عما لا روح له ( وبالإعتاق يجيء فيقدر ) أي على التصرفات الشرعية في الأقوال والأفعال ( ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة ) ومالكة أمر نفسها ( إلا أن قيد النكاح مانع ) لأن ملك البضع عليها للزوج مانع ( وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر أثره ) ويحدث له القدرة ( ولا خفاء أن الأول ) أي الاعتاق ( أقوى ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح ) لأن ملك اليمين قد يلتزم ملك المتعة إذا صادف الجواري الخالية عما يمنع من الاستمتاع بهن ، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً ( فكان إسقاطه أقوى ) أي إسقاط ملك اليمين أقوى ، لأن كل ما هو أقوى فإسقاطه أقوى .

والفظ يصلح مجازاً عماهو دون حقيقته لا عما هو فوقه ، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وإن ساغ في عكسه ، وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق لان المثـل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية .

---

( واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه ) وهذا لأن مثـل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفاً مشتركاً بين ملزومين مختلفين في الحقيقـة فهو في عهدهما أقوى منه في الآخر ، وأنت تريد إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فيدعى أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى ، ويطلق عليـه اسم الأقوى ، كما إذا قال عبدك شجاع ، وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الأسد وقوته فيدعي الأسدية له بإطلاق إسم الأسد عليه ، وهذا كما ترى إنما يكون بإطـلاق إسم القوي على الضعيف دون العكس ، وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة لفظ الاعتاق للطلاق دون عكسه .

( فلهذا امتنع في المتنازع فيه ) أي امتنع المجاز في قوله أنت طالق لأمتـه ونوى به العتق ( وإن ساغ في عكسه ) أي جاز في قوله أنت حرة لمنكوحته ، ونوى به الطلاق . وقال الأكمل الفرق بين المسألتين المذكورتين في الكتاب انه في الأولى منع المناسبة ، وإظهار السد بأن الاعتاق إثبات ، والطلاق رفع فأنى يتناسبان . وفي الثانية تسليم أن كلاً منهما إسقاط لكن الاعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة .

( وإن قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق ، لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوقع الشك في الحرية ) فلا يعتق ، حاصله أن المثل للتشبيه والشبهة بين الشيئين لا يقتضي اشتراكهما في جميع الوجوه ، فلذلك لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعـالى ، أو معنى المثل في اللغة النظير ، كذا في الجمهرة [1] وفي التحفة ذكر في كتاب العتـاق ثم

---

(١) ربما أراد الجوهرة ، اهـ مصححه .

ولو قال ما أنت إلا حر عتق ، لان الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد ، كما في كلمة الشهـــادة . ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ، ولو قال رأسك رأس حر عتق ، لانه إثبات الحرية فيه ، إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن

---

قال وقد قالوا أنه إذا نوى العتق يعتق ، فإنه ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأتـــه أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته ونوى الايلاء يصدق ويصير مولياً .

( ولو قال ما أنت إلا حر عتق ، لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيـد كما في كلمة الشهادة ) فإن قوله لا إله نفي الألوهية عن غير الله ، وقوله إلا الله إثبات الألوهية لله ، وفيه إثبات الالوهية لله تعالى بآكد الوجوه ، لان الاثبات بعد النفي آكـد وأبلغ من الاثبات المجرد .

( ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق ، لانه تشبيه بحذف حرفه ) أي حرف التشبيه ، وهو الكاف ، لان أصله رأسك كرأس حر ، فصار كقوله مثـل الحر ( ولو قال رأسك رأس حر ) بالتنوين في رأس ( عتق لانه إثبات الحرية فيه ، إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن ) وقد وصفها بالحرية ، ومن وصف عبده بالحرية ووصف ما يعبر به عن جميع البدن بالحرية عتق عليه ، وقال في كتاب عتاق الاصل إذا قال رأسك حر ، أو قدحر أو جسدك حر ، أو نفسك أو وجهك أو روحك أو كانت أمة ، فقال فرجك حر أو بطنـك حر عتق في جميع ذلك .

وذكر في كتاب الاجناس عن الهاروني إذا قال رقبتك حر وبطنـك حر عتق ، وإلا يدين في هذا كله . وإن قال لم أرد به العتق وفي نوادر المعلى لو قال جزء منك حر أو شيء منك عتق منهما شاء المولى في قول أبي حنيفة ،وفي عتاق الاصل لو قال يدك حر أو رجلك حر أو اصبع من أصابعك حر ، أو سن من أسنانك أو دمك أو قرنك أو بلغمك ، هذا كله باطل . وفي الهاروني أنفك أو صدرك حر أو بطنك حر أو ظهرك أو جنبك أو فخذك أو لسانك أو شعرك أو نفسك حر لا يعتق في شيء من هذه الوجوه نوى، أو لم ينو . قال

الناطفي هذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف ، وفي كتاب الأم لو قال كبدك حر أو معدتك حر لا يعتق .

وفي نوادر هشام قال أبو يوسف لو خاط مملوكه ثوباً فقال هذه خياطة حر لا يعتق ، وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال مولاها هذه مشية حر أو رآها تتكلم فقال هذا كلام حر لم تعتق إلا أن يقول أردت العتق ، وهذا قول أبي يوسف . وقال الحسن بن زياد في قول نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وفي نوادر ابن سماعة عند محمد لو قال جسدك حر ، أو صلبك حر ، وعلم أنه من سبي لا يعتق لان أصله حر فهو صادق فيه فلا يعتق ، وكذلك لو قال أبواك حران . وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال لامته فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ، وسعه فيما بينه وبين الله تعالى .

وفي نوادر ابن سماعة لو قال استك حر كان حراً ، وكذا لو قال ذكرك كان حر . وفي كتاب أصل الفقه لمحمد بن الحسن لو قال لعبده فرجك حر لا يعتق ، وفي الجارية تعتق . ولو قال هذا ابني من الزنا يعتق ولا يثبت نسبه . وفي المرغيناني لو قال له افعل في نفسك ما شئت فاعتق نفسه ، وفي المجلس عتق . ولو قال صم عني يوماً وأنت حر ، أو قال صلي عني ركعتين وأنت حر عتق في الحال ، فعل ذلك أو لم يفعل . ولو قال حج عني حجة وأنت حر لا يعتق حتى يحج عنه لأن النيابة جائزة في الحج دون الصوم والصلاة ولو قال إن سقيت جاري فأنت حر فذهب به إلى الماء ولم يشرب عتق ، لان المراد به عرض الماء عليه .

وفي المحيط قال رجل أنا مولى أبيك أعتق أبوك أبي فهو حر ، وكذا لو قال أنا مولى أبيك ولم يقل اعتقني فهو حر ، لانه قد يكون مولاه من قبل جده فلم يكن إقرار بالرق ، وإن زاد اعتقني فهو مملوك إذا جحد الوارث . وفي الذخيرة قال كل مملوك في هذا المسجد أو في بغداد حر وله عبيد في المسجد أو في بغداد لم يعتق ، إلا إن نوى عبده . وعن محمد عن أبي حنيفة لو قال عبيد أهل بغداد أحرار وهو من أهل بغداد عتق عبيده ، وعلى هذا لو قال كل عبد يدخل هذه الدار فهو حر فدخل عبيده عتق وبه أخذ شداد ،

# فصـــل

## ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه

---

وقال هشام لا يعتقوا ، قال الشهيد وهو المختار للفتوى . ولو قال ولد آدم كلهم أحرار لا يعتق عبيده . وفي النسفي قال عبدي الذي هو قديم الصحبة قال محمد من صحبة ثلاث سنـــين عتق ، وهو قول أبي يوسف « رح » ، وقيـــل ستة أشهر ، وقيل سنة . وفي المحيط وهو المختار .

### ( فصل في الاعتاق الغير اختياري (١) )

أي هذا فصل ، لما فرغ من بيان الإعتاق الإختياري شرع في بيان الإعتـــاق الذي يحصل من غير اختيار كما في شراء القريب وخروج عبـــد الحر الينا مسلـــماً ، وولد أم الولد من مولاها .

( ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ) وبه قال أحمد ، وسواء كان المالك صغيراً أم كبيراً صحيح العقل أو مجنوناً . ويروى ذلك عن عمر وابن مسعود وجابر بن عبـــد الله وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وأبي سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق ، وهو قول الظاهرية . قال مالك يعتق في قرابـــة الولاد والأخوات لا غير ، كذا قال الكاكي . وقال الأترازي وقال مالك وأصحـــاب الظاهـــر لم يعتقوا إلا بإعتاق المالك . قلت فيه نظر من وجهين ، احدهما : ذكر أصحاب الظاهر مع مالك ، وقد ذكرنا أنهم مع الجماعة المذكورين .

والثاني : أن هذا النقل من مالك خلاف ما وقع في المدونة لمالك حيث قال فيها قال مالك ولا يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه إلا الولد ، ذكرهم وأنثـــاهم ، وولد الولد وإن سفلوا وأبواه وأجداده وجداته من قبل الأب والأم وإن بعدوا ، وأخوتـــه لأبوين أو لأب أو لأم وهم أهل الفرائض في كتاب الله تعالى ولا يعتق غير هؤلاء من ذوي الأرحام

---

(١) هكذا بوب له الشارح ، وهو زيادة على المتن ، اه مصححه .

وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام ، وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منـــه فهو حر ، واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولداً كان أو غيره .

---

انتهى . وقال الأوزاعي يعتق كل ذي رحم محرم منه كان أو غير محرم ، واعتق ابن العم وابن الخال ويستسعيها .

( وهذا اللفظ ) يعني قوله من ملك ذا رحم محرم اعتق عليـــه ( مروي عن رسول الله ﷺ . وقال ﷺ من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ) هذا الحديث باللفظ الأول أخرجه النسائي في سننه عن حمزة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال رسول الله ﷺ من ملك ذا رحم محرم عتق عليه ، باللفظ الثـاني . أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتـادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ من ملك ذا رحم محرم فهو حر .

وأخرجه الحاكم في المستدرك من طريق أحمد بن حنبل عن حماد بن سلمـــة عن عاصم الأحول عن قتـــادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً وسكت عنه . ثم أخرجه عن سمرة بن ربيعة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ، والمحفوظ عن سمرة بن جنـدب ، انتهى . والكلام في هذين الحديثين كثير طوينا ذكره خوفاً من السآمة .

( واللفظ ) أي لفظ الحديث بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ) أي مؤيـدة وهو بالياء آخر الحروف من التـأييد ( ولداً كان أو غيره ) أي غير الولاد بكسر الواو . وقال الأترازي وغيره منصوب على البدل من قوله كل قرابة . قلت بل هو منصوب بكان المقدرة ، تقديره أو كانت غير الولاد وولاد منصوب بكان الظاهر ، غير أنه تقدم عليه ، وتفسيره كل من لا يجوز نكاحه على التأبيد والإجلاء النسب ، سواء كانت القرابـة قريبة كقرابة الولاد ، أو متوسطة كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة ، بخلاف ما إذا كانت لعبيده كبني الأعمام ، فإن الحديث لا يتناولهما لعدم المحرمية .

والشافعي « رح » يخالفنا في غيره . له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق والاستدلال ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ، ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه ،

---

( والشافعي يخالفنا في غيره ) أي في غير الولاد ، وقرابة الولاد هي القرابة بين الولد والوالدين . ومذهب الشافعي أنه لا يعتق في غير قرابة الولاد . وقال أبو محمد لا نعلم قول الشافعي من أحد قبله ، وليس له فيها أنيس ( له ) أي للشافعي ( أن ثبوت الملك من غير مرضاة المالك ) أي بغير رضاه ، وهو مصدر ميمي ( ينفيه القياس أو لا يقتضيه ) قال تاج الشريعة وفي قوله بنفيه القياس تعرض لنفي القياس إياه . وفي الثاني لا يتعرض لا بالنفي ولا بالإثبات ( والأخوة وما يضاهيها ) أي يشابهها من قرابة العمومة والخؤولة ( نازلة عن قرابة الولاد ) أي أدنى درجة من قرابة الولاد ( فامتنع الإلحاق ) أي إلحاق قرابة الأخوة بقرابة الولاد لعدم المساواه أو الاستدلال ( أو امتنع ) الاستدلال ، أي بدلالة النص ، إلا إذا كان الملحق به من وجه ، وها هنا ليس كذلك .

( ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ، ولم يمتنع فيه ) أي في الولاد ، يعني إذا ملك المكاتب أباه أو ابنه فهو مكاتب ، بخلاف الأخ ، فانه لا يتكاتب .

( ولنا ما روينا ) وهو قوله ﷺ من ملك ذا رحم محرم عتق عليه (ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه ) لأن الشارع اعتبر المحرمية هي صفة للرحم ، والرحم عبارة عن القرابة ، والمحرم عبارة عن حرمة التناكح ، فالمحرم والرحم نحو إن ملك زوجة ابنه أو بنت عمه وهي أخته رضاعاً لا يعتق ، لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة بل بالمصاهرة أو بالرضاع ، ولا بد أن تكون المحرمية مؤثرة ، لأن الشارع اعتبر المحرمية هي صفة للرحم كما ذكرناه ، وكذا الرحم بلا محرم لا يعتق كبني الأعمام والأخوال ، لأن القرابة بعدت ، فلا تؤثر في حرمة التناكح ، فلم تعتق بالملك .

وهذا هو المؤثر في الاصل ، والولاد ملغى لانهـــا هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ، ولا فرق بينهما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة،

---

( وهذا هو المؤثر في الأصل ) أي ملك القريب هو المؤثر في إيجاب العتق في الأصل ، يعني في قرابة الولاد ( والولاد ملغى لأنها ) تعليل بوصف غير مقدر فكان اشتغالاً بما لا يفيد ، لأنه تعليل بعلة قاصرة ، لأنها أي لأن القرابة المؤبدة في الحرمية ( هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة ) لا يقال هذا مذهبكم لأنه لا نفقة في غير الولد على مذهب الشافعي ، فكيف استدل بوجوب النفقة ، لأنا نقول وجوب النفقـــة ثبت بقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك ، فصار كأنه ثبت إجماعاً ، فلا يلتفت إلى إنكار الخصم ( وحرم النكاح ) وحرمة النكاح بالإجماع .

وقال الأكمل ولنا بحثاً ها هنا ، لكنه وهو قولهم هذه قرابة صبت على أدنى الذلين ، وهو ذل النكاح فلا يصان عن كلاهما أولى ، فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فلـــكمكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعاً وإجـــاعاً على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق بما يحسم مادة هذه المكابرة ، فإن رافع الأعلى دفع الأدنى لا محالة .

(ولافرق بينهما إن كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة ) وهي صلة الرحم ، وكذا الفرق إذا كان المملوك مسلماً أو كافراً ، وقيـــد بقوله في دار الإسلام لأن الحربي إذا ملك قريبه لا يعتق عليه ، وبه صرح في فتاوى الولوالجي نص الحاكم في الكافي أن عتق الحربي في دار الحرب باطل ، وكذا تدبيره لم يذكر الخـــلاف ، فإن في المختلف الحربي إذا أعتق عبده الحربي في دار الحرب وخلاه ، عتق عند أبي يوسف وولاءه له . وقالا لا ولاء له ، لأنه عتق بالتخلية لا بالإعتـــاق كالراغم ، ثم قال المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حربياً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخليـــة ، لأنـــه في دار الحرب ولا يجري عليه أحكام الإسلام . وفي الاستحسان يعتق تخلية ، لأنه لم ينقطع عنه أحكام المسلمين ولا ولاء له عندهما ، وهو القيـــاس . وقال أبو يوسف له الولاء ، وهو الاستحسان . وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير .

والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه، لانه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والاقتراض عند القدرة، بخلاف الولاد ، لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع بيع المعتق تحقيقاً لمقصود العقد . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يكاتب على الاخ أيضاً، وهو قولهما ، فلنا أن نمنع وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع ، لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة

---

( والمكاتب إذا اشترى أخاه ) هذا جواب عن قوله ، ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ، وتقديره لا نسلم أنه لا يكاتب عليه ، بل قد روي عن أبي حنيفة أنه مكاتب على الأخ أيضاً ، فالجواب بطريق التسليم ما قاله المصنف بقوله ، لأنه ليس له ملك تام بقدره على ما يجيء الآن ( أو من يجري مجراه ) أي أو اشترى من يجري مجرى الأخ كالعم والخال ( لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره ) من الإقرار ( على الأعتاق ) لأنه عبد ما بقي عليه درهم ( والاقتراض عند القدرة ) وهي عبارة عن صفة يتمكن بها الحر من فعل وقول بخلاف الولاء ، هذا جواب عما يقال لو كان كذلك لما أعتق عليه قرابة الولاد .

أجاب بقوله ( بخلاف الولاد ، لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة ) لأن عتق نفسه لما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق ، فكذلك رق الوالد الولد ، فاذا كان العتق من عقد مقاصد الكتابة ( فامتنع بيع المعتق تحقيقاً لمقصود العقد ) لأن المقصود العقد ، أما حرمة الأخ فليست من الكتابة لعدم لحوق العار برقة لحوقه برق أبيه أو ابنه .

( وعن أبي حنيفة أنه يكاتب على الأخ أيضاً ، وهو قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد ، وسيجيء بيان هذا مستوفى في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى ( فلنا أنه يمنع، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع ) هذا جواب نقض إجمالي ، أي لا يعتق عليه ، تقديره هو قوله ( لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة ) يعني أراد بالمحرمية

والصبي جعل أهلاً لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك، لانه تعلق به حق العبد، فشابه النفقة. ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله، ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة، فلا يختل بعدمه في اللفظين الآخرين،

---

بحرمته أثرت فيها القرابة، وهذه ليست كذلك، لأن الرضاع هو المؤثر والمحرمية من الرضاع ليست بمواده من الحديث بالإجماع، لأنه لا قابل بعتقها أصلاً.

( والصبي جعل أهلاً لهذا العتق ) أي عتق ذوي الرحم المحرم ( وكذا المجنون ) أي كذا المجنون أهل لهذا العتق ( حتى عتق القريب عليهما عند الملك ) أي عند ملكهما إياه، بأن دخل قريبتهما في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما (لأنه تعلق به ) أي بهذا العتق ( حق العبد ) وهو العلة، وقد وجدت ( فشابه النفقة ) وهي تجب عليهما بالقرب، فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك. وقال في المبسوط العلة تمت في حقه، وهو الملك مع القرابة، فان الصغير يملك حقيقة، ولهذا يحرم عليه أخذ الصدقة.

( ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق ) وعند الظاهرية لا يعتق في الأخوين[1] ( لوجود ركن الإعتاق ) وهو لفظ الإعتاق ( من الأهل ) وهو العاقل البالغ المالك ( في محله ) وهو العبد المملوك المعتق، وأراد بوجه الله تعالى مجازاً وهو يجيء في اللغة على معان وجه الانسان وغيره معروف، ووجه النهار أوله، ووجه الكلام السبيل الذي يقصده به. ووجوه الناس سادتهم، وصرفت الشيء من وجه، أي عن سببه ووصفه ( ووصف القربة في اللفظ الأول ) وهو قوله لوجه الله زيادة للتأكيد وذكر الله ليس بشرط (فلا يختل العتق بعدمه ) أي بعدم ذكر الله تعالى ( في اللفظين الأخيرين ) وهو قوله أعتقت للشيطان، وقوله أعتقت للصنم، لكنه يكون عاصياً.

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل. اهـ مصححه.

وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق ، وقد بيناه من قبل . وإن أضاف العتق الى ملك أو شرط صح ، كما في الطلاق ، أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي « رح » ، وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلانه إسقاط فيجري فيه التعليق بالشرط

---

غاية ما في الباب أنه نفى القربة ، وفي نفيها لا ينافي الحرية ، كما إذا أعتقه على مال ، وقال الكلبي في كتاب الأصنام إذا كان معمولاً من خشب أو ذهب أو فضة صورة إنسان فهو صنم ، وإن كان معمولاً من حجارة فهو وثن .

( وعتق المكره والسكران واقع لوجود الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق ) وقد فسرنا هذا الآن ( وقد بيناه من قبل ) أراد أنه بينه في الفصل الثاني من كتاب الطلاق ، وفي السكران اتفاق الأئمة الأربعة على المختار عندهم ، وفي المكره بخلاف الشافعي ومالك وأحمد ، ومن الكلام فيه هناك .

( وإذا أضاف العتاق إلى ملك ) بأن قال إن ملكتك فأنت حر ( أو إلى شرط ) أي أو أضافه إلى شرط بأن قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ( صح ) أي وقع ( كما في الطلاق ) بأن قال إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق .

( أما الاضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي ، وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط ) أي إسقاط قصد إذ إثبات ضمناً لئلا يلزم المناقضة بين هذا وبين ما قاله أولاً ، وهو أن الاعتاق لغة إثبات القوة ( فيجري فيه التعليق بالشرط ) أي في الاسقاط ، ولا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي ، إنما الخلاف بوجه آخر ، وهو أن بقاء الملك يشترط عند التعليق وعند وجود الشرط ، وزواله فيما بين ذلك لا يبطله ، وعنده يبطله لانعقاد التعليق سبباً عنده ، وعندنا ينعقد سبباً عند وجود الشرط .

بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه ، وإذا خرج عبد الحربي الينا مسلماً عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ، ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء ، وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها إذ هو متصل بها ،

---

( بخلاف التمليكات ) حيث لا يجري فيها التعليق لإفضائه إلى معنى القمار ، لأن في جعله متعلقاً بشرط لا يدري أن يكون أم لا يكون خطراً وخيار الشرط في البيع ثبت ايضاً ، بخلاف القياس فلا يرد نقضاً ( على ما عرف في موضعه ) أي في أصول الفقه .

( وإذا خرج عبد الحربي الينا مسلماً عتق لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ (في عبيد الطائف حين خرجوا الينا مسلمين هم عتقاء الله) هذا الحديث أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن معمر عن عاصم بن سليمان حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكرة أنه خرج إلى رسول الله ﷺ وهو يحاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله ﷺ فهم الذين يقال لهم العتقاء . وأخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن ابن إسحاق عن إبان بن صالح عن منصور بن المعمر عن ربعي بن خراش عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال خرج إلي رسول الله ﷺ يوم الحديبية .. الحديث ، وفي آخرهم عتقاء الله سبحانه . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح غريب. قوله عبدان بكسر العين، وإن يكون الباء الموحدة جمع عبد .

( ولأنه ) أي ولأن هذا العبد الذي خرج أحرز نفسه وهو مسلم ، يعني أحرز نفسه بالإسلام والاسترقاق على المسلم ابتداء قيد به احترازاً عن الاسترقاق بقاء ، لأنه وذلك بأن يسلم بعد الأسر والسبي ، لأن الرق حينئذ جعل من الأمور الحكمية لا الجزئية فبقي الرق كما تبقى سائر الأملاك بعد وجود أسبابها . وبقولنا قال الشافعي ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم . وقال الأوزاعي لو جاء سيده مثلاً يرد عليه ، وعند الظاهرية يعتق بالإسلام من غير خروج .

( وإن أعتق حاملاً أعتق حملها تبعاً لها ، إذ هو متصل بها ) لأنه كسائر أجزائها ،

ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها ، لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصود العدم الإضافة اليها ، ولا اليه تبعاً لما فيـــه من قلب الموضوع ، ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته ، لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا ، ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعـــدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم لأنه

---

بدليل أنه لا يصح إفراده بالبيع كما لا يصح إفراد سائر أعضائهـــا ( ولو أعتق الحمـــل خاصة عتق ) أي الحمـــل ( دونها ) أي دون الحـــامل ( لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصود العـــدم الإضافة ) أي لعدم إضافة الإعتاق ( اليها ولا اليه تبعـــاً ) أي ولا وجه إلى إعتاق الجارية تبعاً ( لما فيه من قلب الموضوع ) لأنـــه يكون التبع متبوعاً ، والمتبوع تابعاً وهو فاسد .

( ثم إعتاق الحمل صحيح ) أي بدون الأم عند الجمهور ، إلا عند الظاهرية ( ولا يصح بيعه وهبته ، لأن التسليم نفسه ) بنصب نفسه ، لأنه تأكيد للمنصوب ( شرط في الهبـة والقدرة عليه ) أي على التسليم شرط ( في البيع ولم يوجد ذلك ) أي القدرة عليه (بالإضافة) إلى الجنين ، أي بالنسبة اليه ( وشيء من ذلك ) أي من القدره والتسليم ( ليس بشرط في الإعتاق فافترقا ) أي افترقا جواز إعتاق الحمل وعدم جواز بيعه وهبته . ولو قال أعتقها إلا حملها ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاءوابن سيرين يصح استثناؤه من العتق ، وهو مروي عن ابن عمر وأبي هريرة ، فإنهم يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح ، وتكون أمه حرة تبعاً له .

( ولو أعتق الحمل على مال صح ، ولا يجب المال ، إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزامه الأم ) أي ولا وجه إلى إلزامه للأم (لأنه) أي لأن الجنين

في حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع ، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه ، لأنه أدنى مدة الحمل .

---

( في حق العتق نفس على حدة ، واشتراط بدل العتق على غير المعتق ) بفتح التاء (لا يجوز ) قيل عليه سلمنا ذلك ، لكن ينبغي أن يتوقف العتق إلى أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول ، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد ، كما مر في خلع الصغيرة ، حيث قال فيه وإن شرط الألف عليها متوقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، وإن كانت عاقلة تعقل العقد .

وأجيب بأن ذلك في صريح الشرط ، وأما ها هنا فالمسألة مذكورة بكلمة على ، فكان المال ها هنا وصفاً للاعتاق ، ولا يلزم بطلان الأصل بطلان الوصف ، فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة ، وفيه نظر ، لأنه يقتضي أنه ذكر بكلمة الشرط توقف ، ولا بد فيه من رواية ، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح ، لأنه قال فيه وإن شرط عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول ، والحمل ليس منه ، والأولى أن يقال لما كان علم المعتق عدم كون الحمل أهلاً للخطاب ، وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصداً للاعتاق بلا ال [1] أو يحمل على ذلك صوناً لكلامه عن الإلغاء .

( على ما مر في الخلع ) قال السغناقي هذا حوالة غير رابحة ، ثم يحتمل أن يكون مراده أي في مسألة خلع الجامع الصغير . قلت نفس الأمر يستبعد هذا . وقال الأترازي ويجوز أن يكون ذلك إشارة إلى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى ، لأنه قبل هذا الكتاب .

(وإنما يعرف قيام الحمل) بالميم . وفي بعض النسخ الحبل بالباء (وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه ) أي من وقت العتق ( لأنه أدنى مدة الحمل ) هذا متصل بقوله وإن أعتق جارية عتق حملها ، ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها ، يعني إنما يعتق الحمل

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

قال وولد الامة من مولاها حر ، لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه، هذا هو الاصل ، ولا معارض له فيه ، لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة ولاستهلاك مائه بمائها،

---

إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاعتاق ، وإن جاءت به لستة أشهر فلا ، نص عليه الحاكم في الكافي ، قال وإن قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك بستة أشهر لم يعتق ، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر عتق . وفي التحفة فإن كانت الأمة في عدة من زوج عتق الولد إذا ولدته ما بينها وبين سنتين منذ وجبت العدة ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ قال المولى قال الحاكم في الكافي ، وإن ولدت واحداً لأقل من ستة أشهر بيوم وواحد لأكثر منها بيوم .

( قال ) أي القدوري ( وولد الأمة من مولاها حر ، لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه ) بإجماع الأئمة ( وهذا هو الأصل ) أي الولد من ماء صاحب الماء ( ولا معارض له فيه ) أي في الولد ( لأن ولد الأمة لمولاها ) لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه ، لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له ( وولدها من زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة ) لأن حق الحضانة للأم لا للأب غير مرجح جانبها بها ، إذ (ولاستهلاك مائه بمائها) أي أو لترجح باستهلاك ماء زوجها بمائها ، لكون مائها في موضعه .

والحاصل أن جانب الأم يترجح بأمور منها الحضانة . قيل فيه نظر ، لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة ، فلا يجوز أن يكون مرجحاً لما هو قبلها ومعنا (1) استهلاك مائه بمائها ، منها الولد ما دام جنيناً فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حسناً وشرعاً ، أما حسناً فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها شرعاً ، فلأنه يعتق بعتقها قيل فيه نظر ، لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه ، ومنها أنه يتيقن كونه مخلوقاً من مائها ، بخلاف الزوج ، فكان الفراش من جانبها حقيقة وحكماً ، ومن جانبه حكما فقط .

---

(1) هكذا الجملة بالأصل . اهـ مصححه .

والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخــــلاف ولد المغرور ؛ لان الوالد ما رضي به ، وولد الحرة حر على كل حال ، لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية

---

( والمنافاة متحققة ) أي بين ماء الرجل وماء المرأة . والمنافاة أي لا يجمع الأمران في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين ، وهذا كأنه جواب سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال كيف يكون الرجل مستهلكاً لماء المرأة ، وهي من جنس واحد ، ولا منافاة بينهما ، والجنس لا يغلب الجنس ، وتقدير ما قاله من قوله – والمنافاة متحققة بينهما – لأنه طبع ماء الرجل حار ، وطبع ماء المرأة بارد ، وبينهما منافاة لا محـــالة ، وماء المرأة في مستقره يزاد قوة ، وماء الرجل في غير مستقره ، فيكون مغلوباً بمائها .

وقال الأكمل والمنافاة متحققة ، جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض ، وتقريره التعارض موجود ، لأن المنافاة متحققة ، فإنه لو اعتـــبر جانب الأم كان مملوكاً لسيدها ، وإن اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكاً لسيدها فتثبت المنافاة ، بخلاف الولد من الموالي فإنه للمولى ، أي جانب اعتبر .

( والزوج قد رضي به ) أي برق الولد ، هذا جواب عما يقال إذا اعتبر جانب المرأة حتى يكون الولد مملوكاً لمولاها لضرر الأب ، والضرر مدفوع شرعاً . وتقرير الجواب أن الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الأمة ، فإن الولد يرق به ، وفيه نظر لأن العلم يكون الولد رقيقـــاً بتزوج الامة إنما يكون بعـــد ثبوت هذا الحكم في الشرع ، وكلامنا في شرعيته .

( بخلاف ولد المغرور ، لان الوالد ما رضي به ) أي لان المغرور لما تزوج الامة بلا علم لم يرض بإسقاط نفقته ، فصار ولده حراً بالقيمة نظراً للجانبين ( وولد الحرة حر على كل حال ) أي سواء كان زوجها حراً أو عبداً ( لان جانبها راجح فيتبعها ) أي فيتبعها الولد ( وصف الحرية ) يعني يكون حراً ( كما يتبعها في المملوكيـــة ) فيكون مملوكاً ، وهذا لرجحان جانبها بسبب الحرية فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق ( والمرقوقيـــة ) عطف

على ما قبله أي يتبعها في المرقوقية أيضاً ( وأمية الولد ) يعني إذا زوج المولى أم ولده من رجل يكون الولد في حكم أمه ( والتدبير ) يعني إذا زوج مدبرته من رجل يكون الولد في حكم أمه ( والكتابـــة ) يعني إذا كاتب المولى أمته ثم ولدت دخل الولد في كتابـــة الام تبعـاً .

وقال الكاكي أورد هذين الفصلين ، يعني المملوكية والمرقوقية لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان ، فان في المدبرة وأم الولد الملك كامل والرق ناقص ، وفي المكاتبة على عكسه ، أو لان المملوكية عام فيكون في بني آدم وغيرهم ، والمرقوقية خاصة في بني آدم فتعين أن الولد يتبع الام في العام والخاص ، ولهذا أن البقر الوحشي والحمر الانسية والظباء لا يجوز في الاضحية ، ولو كان الولد بين الوحشي والانسي وكانت الام وحشية لا يجوز ، وإن كانت أهلية يجوز لما أن الولد تابع للأم فيها ، كذا في فتاوى الولوالجي ، انتهى .

وقال الاترازي قال بعضهم في شرحه إنما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما إلى آخر ماذكره وفيه نظر ، لان الرق لا يحتمل التجزؤ ، وبه صرح أصحابنا في أصول الفقه ، وما لايحتمل التجزؤ كيف يقبل النقصان ، انتهى . وقال الكاكي ثم الولد يتبع الام في الرق والحرية وأمومية الولد والكتابة وفي التدبير . وفي المنهاج إن ولدت المدبرة من نكاح أو زنا لا يصير ولدها مدبراً على المذهب ، وإن دبر الحامل صار مدبراً على المذهب . وعن أحمـد وجابر بن زيد وعطاء لا يتبعها ولدها في التدبير حتى لا يعتق بموت سيدها ، والله أعلم .

* * *

## باب العبد يعتق بعضه

وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة « رح ». وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق ، وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي « رح »

---

( باب العبد يعتق بعضه )

أي هذا باب العبد ، بإضافة الباب إلى العبد ، أي هذا باب في بيان حكم العبد حال كونه يعتق بعضه ويعتق على صيغة المجهول محله النصب على الحال ، ويجوز قطع الباب عن الإضافة ، ويكون قوله العبد مبتدأ ويعتق بعضه خبر له في محل الرفع . ولما فرغ من بيان إعتاق الكل شرع في بيان إعتاق البعض ، وأخر هذا عن ذاك لأن ذاك متفق عليه ، وهذا مختلف فيه ، والأصل عدم الإختلاف ، أو لأن الأول كثير الوقوع ، فاستحق التقديم .

( وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ) وفي المنافع أي زال ملكه عن ذلك البعض ، ولم يرد به حقيقة العتق عند أبي حنيفة ، وإنما أراد به ثبوت أثره ، وهو زوال الملك ( ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة ) وهو قول الحسن البصري ، ويروى عن علي رضي الله عنه (وقالا يعتق كله ،وأصله) أي أصل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ( أن الإعتاق يتجزأ عنده ) أي عند أبي حنيفة ( فيقتصر على ما أعتق ) أي يقتصر إعتاقه على ما قدر إعتاقه .

( وعندهما لا يتجزأ ، وهو قول الشافعي ) فيما إذا كان المالك واحداً أو كان المعتق موسراً ، فعند ذلك قوله كقولهما ، أما لو كان المعتق موسراً يبقى ملك الساكت كما كان

فإضافته إلى البعض، كإضافته إلى الكل ، فلهذا يعتق كلـــه . لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية ، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن، فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد . ولابي حنيفة « رح » أن الإعتـــاق إثبات العتق بإزالة الملك او هو إزالة الملك ، لان الملك حقـــه ، والرق حـــق الشرع

---

حق يجوز له بيعه وهبته ، وبقول الشافعي قال مالك وأحمد. وبقولهما قال قتادة والثوري والشعبي ، وروي عن عمر رضي الله تعالى عنه ( فإضافته ) أي إضافة الإعتاق (إلى البعض) أي إلى بعض العبد ( كإضافته إلى الكل ، فلهذا يعتق كله ) أي كل العبـد ، والمراد من تجزيء الإعتاق والملك أن يتجزأ المحل في قبول حكم الإعتاق ، وهو زوال الملك بأن يزول في البعض دون البعض ، وأن يتجزأ المحل في قبول حكم الملك ، وهو أن البعض مملوكاً لواحد ، والبعض الآخر ، وليس معناه أن ذات الإعتاق أو ذات الملـــك يتجزأ ، لأنه معنى واحد لا تقبل التجزى، .

(لهم ) أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي ( أن الإعتاق إثبـات العتق وهو ) أي العتق ( قوة حكمية ، وإثباتها إزالة ضدها ، وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهمـــا ) أي العتق والرق ( لا يتجزآن ) فلا يتجزأ الإعتاق أيضاً ( فصار ) أي الإعتاق ( كالطلاق ) فإنه لا يتجزأ ( والعفو عن القصاص ) كذلك لا يتجزأ ( والاستيلاد ) أي وكالاستيـلاد فإنه لا يتجزأ ، حتى لو استولد الأمة المشتركة تصير كلها أم ولد له .

( ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك ) كما قالوا ( وهو ) أي الإعتاق إزالة الملك كما قال أبو حنيفة ، يعني إزالة ملـــك متجزأ مفض لزوال كله إلى العتق ، والحصر ظاهر ، لأنهم لما اختلفوا في هذين العينين كان إجماعاً منهم أن غير ذلك ليس بمراد، وإنما قال أبو حنيفة أنه إزالة ملك ، لأن الملك حقه والرق حق الشرع ، لأن الله عزوجل أجرى عليه الرق جزاء الكفر ، حيث استنكف أن يكون عبد الله تعالى ، فجعله الله عبد

أو هو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره ، والاصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراءه ضروره عدم التجزؤ ، والملك متجزىء كما في البيع والهبة ، فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد ويستسعى بمنزلة المكاتب عنده

---

عبده ( أو هو حق العامة ) أي أو الرق حق العامة ليكون نعوته للمتكلفين على إقامة التكليف ، يعني القائمين يستغنمونه كما يستغنمون سائر الأموال ، فصار في حقهم بمنزلة الجماد ليصلوا إلى الإنتفاع به .

( وحكم التصرف ما يدخل ) أي الذي يدخل ( تحت ولاية التصرف وهو ) أي الذي يدخل تحت ولاية ( إزالة حقه لا حق غيره ) لأنه ليس له ولاية في التصرف في حق غيره ( والأصل ) في حكم التصرف ( أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة ) أي موضع يضاف اليه التصرف فيه ( والتعدي إلى ما وراءه ) أي وراء موضع الإضافة ( ضرورة عدم التجزؤ ) أي لأجل عدم التجزؤ ( والملك متجزىء ) فزال ملكه عن البعض الذي أعتقه ( كما في البيع ) إذا باع نصيبه من العبد المشترك يزول ملكه عن البعض الذي باعه ( والهبة ) كما إذا وهب نصيبه من العبد المشترك لشريكه يزول ملكه عن البعض ( فبقي على الأصل ) وهو أن يقتصر التصرف على موضع الإضافة .

( وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد ) معنى ما يتجزأ بالإعتاق بإزالة بعض الملك متجزأ جنس مالية البعض عن العبد ، فتجب عليه السعاية . والاستسعاء أن يؤجر ويأخذ قيمة نصفه من الأجرة ، ويعتبر قيمته في الحال ( ويستسعى ) بفتح العين ( بمنزلة المكاتب عنده ) أي عند أبي حنيفة ، وقيل قوله بمنزلة المكاتب غير جيد ، لأن ذلك للمولى ثابت في المكاتب وهو عبد ما بقي عليه درهم ، ومعتق البعض زال ملكه عن البعض ، فليس هو نظير المكاتب ، بل الجيد أن يقال سقط ملكه واستحق الحرية بغير

لان الإضافـــة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله وبقـــاء الملك في بعضه يمنعـــه ، فعملنا بالدليلـــين بانزاله مكاتباً ، أذ هو مالك يداً لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة ، فله أن يستسعيـــه ، وله خيـــار بأن يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير أنـــه

---

عوض . وأجيب بأن مرادهم بقوله بمنزلة المكاتب أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ، ويخرج إلى العتق بالسعاية ، والمكاتب يخرج اليه بأداء البدل .

( لأن الإضافة ) أي إضافة الإعتاق ( إلى البعض توجب ثبوت المالكية للعبدفي كله ) باعتبار العتق ( وبقاء الملك في بعضه يمنعه ) عن ثبوت المالكية باعتبار الرق في الكـــل باعتبار العتق ( فعملنا بالدليلين ) لنا أن زوال الملك في النصف يوجب ثبوت المالكية في الكل باعتبار العتق ، لأنه لا يتجزأ ، وبقاء الملك في النصف يوجب ثبوت المالكيةباعتبار الرق ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية [1] في الكل ، وما يوجب بقاءالملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بأن يجعل مكاتباً وهو قوله ( بإنزاله مكاتباً ، إذ هو ) أي المكاتب ( مالك يداً لا رقبة ) يعني مملوك رقبة كالمستسعى ، ويجوز أن يكون المعنى هو معتق البعض مالك يداً لأجل السعاية ، مملوك رقبة كالمكاتب. ويجوزأن يكونمعناه إضافة العتق إلى البعض يوجب ثبوت المالكية في الكل كما هو قولهما ، وبقاء المـــلك في البعض يمنعـــه ، كما هو قول أبي حنيفـــة ، فقلنا إنه حر يداً مملوك رقبة كالمكاتب عملاً بالدليلين .

وإذا كان المستسعي كالمكاتب ( والسعاية ) يكون ( كبدل الكتابة فله ) أي للمولى ( أن يستسعيه وله خيار بأن يعتقه ، لأن المكاتب قابل للاعتاق غير أنه ) هذا جواب عما يقال لو كان بمنزلة المكاتب لكان رقيقاً إذا عجز . أجاب بقوله غير أنـــه أي المستسعي

---

(١) في الأصل يبوت المكية ، والصحيح ما أثبتناه .

إذا عجز لا يرد إلى الرق، لانه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة ، لانه عقد يقال ويفسخ . وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم والاستيلاد متجزىء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

---

( إذا عجز لا يرد إلى الرق ، لأنه إسقاط لا إلى أحد ) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة ، لأنها إنما يتحقق بين اثنين ، وإذا لم تتحقق بين فيه المعاوضة ( فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة ) فإنه إسقاط من المولى إلى المكاتب إفراداً على تحصيل بدل الكتابة ، فكان فيها معنى المعاوضة .

( لأنه عقد يقال ويفسخ ) كلاهما على صيغة المجهول من الإقالة والفسخ. وفي بعض النسخ لأنه إسقاط إلى الأجل، يعني بخلاف المقصود ، فإن الإسقاط فيها إلى أجل ، وهو وقت أداء بدل الكتابة ( وليس في الطلاق والعفو) جواب عن قولهم ، وصار كالطلاق والعفو ( عن القصاص ) وتقرير الجواب أنه إنما يثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين لوجود ( حالة متوسطة ) بين الحرية والرق ، وهي الكتابة يصار اليها ، وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة ( فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم ) على المبيح.

( والاستيلاد متجزىء عنده ) أي عند أبي حنيفة . وهذا جواب عن قولهم - والاستيلاد - وتقريره أن الاستيلاد يتجزأ عند أبي حنيفة ( حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه ) أي على نصيب المستولدة ، يعني إنما ولدت الأمة المدبرة بين رجلين ولد فادعاه أحدهما تصير نصف الجارية أم ولد ، ونصفها مدبرة لشريكه ، على أنها لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ، ونصف الآخر من الجملة ولاء الولد بينهما . وفي رواية كتاب الولاء نصف الولد الثاني ، وليس للولد عليه ولاء ، وعليه نصف قيمة المدبر مدبراً يوم ولد ، لأن الولد في الظاهر منها ، وقد أتلف ، كذا ذكره شمس الأئمة البيهقي في الشامل في قسم السقوط .

وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالاستيلاد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ، وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار إن شاء عتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد ،

---

( وفي القنة ) جواب عما يقال لو كان الاستيلاد متجزئاً لاطرد في القنة ، تقدير الجواب إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد ( لما ضمن نصيب صاحبه بالاستيلاد ملكه بالضمان ، فكمل الاستيلاد ) أي كمل استيلاد القنة بالضمان فصار كأنه استولد جارية نفسه ، لأن الاستيلاد عنده غير متجزىء .

( وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق ) أي عتق نصيبه عتق ، وإنما قال عتق وإن كان العتق لا يتجزأ بالاتفاق لما أنه أراد زوال ملكه في نصيبه قاله الأترازي . وقال الكاكي عتق أي استحق العتق لزوال ملك المعتق وملك الشريك أيضاً مع بقاء الرق في كل العبد عند أبي حنيفة لا يثبت شيء من المعتق به (فإن كان) أي المعتق ( موسراً فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد ) ذكر المصنف ثلاث خيارات كما ذكر في المبسوط . وفي التحفة له خمس خيارات إن كان موسراً إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن ، وإن شاء كاتب ، وإن شاء دبر ، فاذا دبر يصير نصيبه مدبراً ويجب عليه السعاية للحال فيعتق ، ولا يجوز لأن يؤخر عتقه إلى ما بعد الموت ، وفي هذه المسألة أقوال :

أحدها : ما ذكره أبو حنيفة .

والثاني : قولهما .

والثالث : قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه لا يعتق شيء منه كان باذن شريكه أو بغير أذنه .

والرابع : قول عثمان البتي أنه يعتق نصيب من أعتق ، ويبقى نصيب من لم يعتق على حاله ، ولا ضمان على المعتق ، وهو مروي عن عمر ، رواه ابن أبي شيبة .

والخامس : قول الثوري والليث شريكه بالخيار ، وإن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن ، ولم يذكر السعاية .

والسادس : قول زفر وبشر أن له التعيين ، سواء كان المعتق موسراً أو معسراً .

والسابع : يعتق الباقي من مال المسلمين ، وهو قول ابن سيرين .

والثامن : قول مالك يقوم عليه نصيب شريكه وضمنها له ، ويعتق كله بعد التقويم لأجله ، وأن شريكه أعتق نصيبه ليس له أن يمسكه رقيقاً ، ولا أن يكاتبه ، ولا أن يدبره ، ولا أن يبيعه ، وإن عقل عن التقويم حتى مات المعتق أو العبد بطل ، وماله كله لمن يمسكه بالرق ، وإن كان المعتق معسراً فالباقي رقيق يتبعه الساكت أو يكاتبه أو يدبره أو يمسكه رقيقاً سواء السير بعد إعتاقه أم لا ، قيل لا يعلم لأحد قبله من السلف .

التاسع : أحد أقوال الشافعي وهو أن المعتق إن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه وهو حر كله حين أعتقه مولاه ، وإن كان موسراً أعتق ما أعتق ، وبقي الباقي مملوكاً يتصرف مالكه كيف شاء .

العاشر : قول أبي حنيفة في الولاء أنه مشترك بين المعتق والمستسعى ، وهو قول الحسن البصري وحماد بن أبي سليمان والثوري ، وعندهما للمعتق دون المستسعى ، وهو قول ابراهيم النخعي وعامر الشعبي وابن شبرمة وابن أبي ليلى .

الحادي عشر : لو كان المعتق موسراً له عتق نصيبه متجزئاً أو مضافاً عند أبي حنيفة وعند مالك يعتقه حالاً لا إلى أجل .

والثاني عشر : قول مالك إن كان المعتق موسراً لا يعتق نصيبه حتى يؤدي قيمة نصيب شريكه ، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يعتق في الحال .

والثالث عشر : أحد أقوال الشافعي أن الحال موقوفة ، فإذا أدى تبين أنه أعتق كله .

فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتـــق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتـــق معسراً فالشريك بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، والولاء بينهما في الوجهين ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ، ولا يرجع المعتق على العبـــد والولاء للمعتق،وهذه المسألة

---

الرابع عشر : أن العتق يسري بالإرث عندنا بلا ضمان ، وعنـــد الشافعي وبعض المالكية لا يسري ولا يضمن .

الخامس عشر : لو كان المشترك رهنا يسري عندنا ، وبين الشافعية خلاف فيها .

السادس عشر : لو وصى بعتق نصيبه يسري عندنا وعند الشافعي خلاف فيها .

( فإن ضمن ) أي الشريك إن ضمن المعتق بكسر التاء ( رجع المعتق ) بكسر التـــاء ( على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق ) أي الشريك ( أو استسعى ) العبـــد ( فالولاء بينهما ) أي بين الشريكين .

( وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار إن شاء أعتق ، وإن شاء استسعى العبد ، والولاء بينهما في الوجهين ) أي في صورة الإعتاق وصورة السعاية ( وهذا ) أي المذكور ( قول أبي حنيفة وقالا ) أي أبي يوسف ومحمد ( ليس له ) أي للشريك الساكت ( إلا الضمان مع اليسار ) أي مع يسار المعتق ( والسعاية ) أي ليس له إلا السعاية (مع الإعسار) أي مع إعسار الشريك ( ولا يرجع المعتق على العبد ) أي لا يرجع بما ضمن ، لأن العبد لا يجب عليه السعاية عندهما في اليسار ، وعند أبي حنيفة يرجع عليه ، لأنه بأداء الضمان،قام مقام الساكت ، فكأن الساكت أخذ العوض منه بالاستسعاء، فكذلك كان للمعتق الرجوع عليه بما أدى ( والولاء للمعتق ) بكسر التاء .

( وهذه المسألة ) المذكورة ، أي رجوع المعتق على العبد ، وعدم الرجوع عند أداء

تبتني على حرفين . أحدهما تجزىء الاعتاق وعدمه على ما بيناه . والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده ، وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن ، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر قسم ، والقسمة تنافي الشركة ، وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه،

---

الضمان ( يبتني على حرفين ) أي أصلين دقيقين ( أحدهما ) أي أحد الحرفين ( تجزىء الإعتاق وعدمه ) أي وعدم التجزىء ( على ما بيناه ) أي عند قوله في أول الباب ، وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده إلى آخره .

( والثاني ) أي الحرف الثاني ( أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده ) أي عند أبي حنيفة ( وعندهما يمنع ) السعاية ، وبين وجه الحرف الأول ، وشرع هنا في بيان الحرف الثاني بقوله :

( لهما في الثاني ) أي لأبي يوسف ومحمد في وجه الحرف الثاني ( قوله ﷺ ) أي قول النبي ﷺ ( في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن ، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر) **هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن سعيد بن عروة عن قتادة عن بشر** ابن هنيك عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، قال قال رسول الله ﷺ من أعتق سقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال يستسعى العبد غير مشقوق عليه .

وجه الاستدلال أن النبي ﷺ ( قسم الأمرين ) أعني خلاص العبد وسعايته بين الحالين أعني يسار المعتق وإعساره ( والقسمة تنافي الشركة ) فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق ( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه احتبست مالية نصيبه ) بفتح التاء والباء على بناء الفاعل . قال السغناقي هكذا كان مقيداً بخط شيخي ، وقوله مالية نصيبه بالرفع فاعل احتسب ( عند العبد فله أن يضمنه ) أي يضمن العبد حاصل المعنى أن مالية

كما إذا هبت الريح بثوب إنسان والقته في صبغ غيره ، حتى انصبغ به ، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا. فكذا ها هنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير ، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر

---

نصيب الشريك الساكت احتسب عند العبد ، فكان للساكت أن يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده ، إلا أن العبد فقير لم يمكن القول بتضمنه ، فوجب الاستسعاء .

( كما إذا هبت الريح بثوب إنسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به ، فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا ) يريد به قوله وله أنه احتسب مالية نصيبه ( فكذا ها هنا ) أي فكما انتفع رب الثوب بالصبغ ، فكذا هنا ينتفع العبد بالعتق ( إلا أن العبد فقير فيستسعيه فيه ) أي فيستسعيه الشريك فيما يخصه ، قيل عليه إذا سعى فالقياس أن يرجع على المعتق ، لأنه هو الذي ورطه فصار كالعبد المرهون، فإنه يرجع على الراهن بما سعى .

وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فلذلك يمنعه العبد، والعبد إنما سعى في بدل رقبته وماليته ، وقد سلم له ذلك فلا يراجع به على أحد، بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ، ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته ثبت له الرجوع عليه كما في مقر الرهن.

فان قيل ما ذكر من وجه أبي حنيفة في مقابلة النص وهو باطل . أجيب بأن النبي ﷺ قسم على وجه الشرط لأنه ﷺ علق الاستسعاء بفقر المعتق ، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه ، لأن المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ، ولا يقتضي العدم عند العدم جاز أن يثبت السعاية عند وجود الدليل ، وان كان موسراً وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة .

( ثم المعتبر يسار التيسير ) الاعتبار في يسار المعتق الذي يجب به عليه الضمان هو يسار التيسير ( وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر ) فاضلاً عن ملبوسه ،

لا يسار الغناء ، لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت اليه ،

---

ونفقة نفسه ونفقة عياله ( لا يسار الغناء ) أي لا يعتبر يسار الغنى ، هذا ظاهر الرواية ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . ومن المشايخ من اعتبر نصاب حرمة الصدقة . وفي العيون والمختار ظاهر الرواية ( لأن به ) أي بيسار التيسير ( يعتدل النظر من الجانبين ) أي من جانب العتق وجانب الشريك الساكت ، لأن مقصود المعتق تحقيق القربة ، ومقصود الشريك حصول بدل حقه اليه ، فبيسار التيسير يحصل الأمران ، فلا حاجة إلى يسار الغنى ، وهو معنى قوله ( بتحقيق ما قصده المعتق من القرابة ) أى التقرب إلى الله تعالى بالعتق ( وإيصال ) أى وبايصال ( بدل حق الساكت اليه ) أى عوض نصيبه من العبد .

وفي التحفة إنما تعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الإعتاق ، لأنه مسبب الضمان ، وكذا يعتبر حال المعتق في يساره وإعساره يوم الإعتاق حتى لا يسقط الضمان إذا أعسر بعد اليسار ، ولا يثبت الضمان إذا أيسر بعد الإعسار . في التمرتاشي لو قال المعتق أعتقت وأنا معسر ، وقال الساكت بخلاف نظر اليه يوم ظهور العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه ، وإن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً لم يكن له تضمن الموسر في رواية عن أبي حنيفة ، لأن التضمين بشرط نقل الملك إلى المعتق وقدفات النقل بالموت في ظاهر الرواية عنه له ذلك [1] أو يأخذ من شريكه ، لأن الضمان واجب . ولو باع الساكت نصيبه من المعتق أو وهب على عوض في القياس أن يجوز . وفي الاستحسان لا يجوز ، لأن هذا تمليك للحال وهو غير محل له . وفي جامع قاضي خان لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق من تركته ، وهو قول أبي حنيفة ، بل يسقط ، وعندهما يؤخذ من تركته لأنه ضمان إتلاف .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية في حالة اليسار والولاء للمعتق ، لأن العتق كلـــه من جهته لعدم التجزؤ . وأما التخريج على قوله ، فخيار الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده ، والتضمين لأن المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ،

---

( ثم التخريـــج على قولهما ظاهر ) أى التخريـــج على قولهما ظاهر ، أى تخريـــج المسألة على قول أبي يوسف ومحمـــد ظاهر ، يعني إذا علم أن هذه المسألة مبنيـــة على حرفين ، أى أصلين فالكلام في التخريج ، وهو على قولهما ظاهر ، لأن الإعتاق إذا لم يكن منجزأ كان العتق وقعـــا في النصيبين جميعاً ، وبيساره مانع من السعاية ، فوجب عليــه الضمان ، وانتفى السعاية .

( فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد ) أى لشريكه ( لعدم السعـــاية ) أى لأجل عدم السعاية ( عليه ) أى على العبد ( في حال اليسار والولاء للمعتق ، لأن العتق كله من جهته لعدم التجزؤ . وأما التخريج على قوله ) أى على قول أبي حنيفة ( فخيار الإعتاق) أى لشريكه ( لقيام ملكه ) أى ملك الشريك ( في الباقي . إذ الإعتاق يتجزأ عنده ) أى عند أبي حنيفة ، فاذا كان الإعتاق يتجزأ كان ملك الشريك في الباقي تاماً (والتضمين) بالرفع عطف على قوله فخيار العتق ، أى فخيار التضمين ( لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه ، حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ) التصديق والوصية ( مماسوى الإعتاق وتوابعه ) أى توابع الإعتاق كالتدبير والكتابة والاستيلاء ( والاستسعاء ) بالجر عطف على المضاف اليه في قوله فخيار الإعتاق ، لكن قاله الاترازى وقال الاكمل معطوف على قوله والتضمـــين ، وكـــذا قاله الكاكي وهذا أوجه ،التقدير وخيـــار الاستسعاء لان التقدير في التضمين وخيار التضمين، كما ذكرنا ( لما بينا ) أشار به إلى قوله –احتسبها– النيـــة عنده .

ويرجع المعتق بما ضمن على العبد، لأنه قام مقـــام الساكت بأداء الضمان، وقد كان له ذلك بالاستسعاء، فكذلك للمعتق، ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً، فيصير كأن الكل له وقد أعتق بعضه فـــله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه، لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمـــان، وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى لما بينا، والولاء له في الوجهين، لأن العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى

---

( ويرجع المعتق بما ضمن على العبد، لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان، وقد كان له ذلك ) أي وقد كان للشريك الساكت الرجوع ( باستسعاء العبد، وكذا كان للمعتق أيضاً ) لانه قام مقام الساكت كالمدبر إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمـــة كان له الرجوع على القاتل بما ضمن.

( ولانه ) أي ولان المعتق ( ملك العبد بالضمان لشريكه ضمناً ) جواب عما يقـــال معتق البعض كالمكاتب عنده فينبغي أن لا يتملكه بالضمان كالمكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب عنه بقوله ملكه ضمناً لاداء الضمان، وكم من شيء يثبت ضمنـــاً ولا يثبت قصداً، والضمنيات لا تعتبر ( فيصير المعتق كأن الكل له ) أي كل العبد له ( وقد عتق بعضه ) أي بعض العبد ( فله أن يعتق الباقي أو يستسعي العبـــد إن شاء، والولاء للمعتق في هذا الوجه ) أي في وجه التضمين ( لان العتق كله حصل من جهته حيث تملك بالضمان ) أي من حيث أنه تملك العبد بالضمان لحصة شريكه الساكت.

( وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق ) أي إن شاء الشريك الساكت أعتق ( لبقاء ملكه، وإن شاء استسعى العبد لما بينا ) أي لبقاء ملكه ( والولاء ) أي الشريك الساكت ( في الوجهين ) أي في الإعتاق والاستسعاء في نصيبه ( لأن العتق من جهته ) أي من جهة الساكت ( ولا يرجع المستسعى ) بفتح العين، إسم مفعول، وهو العبد على المعتق بما أدى

باجماع بيننا ، لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي ديناً على المعتق ، إذ لا شيء عليه لعسرته ، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر ، لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن ، فلهـــذا يرجع عليه . وقول الشافعي « رح » في الموسر كقولهما . وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب ، لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ، ولا إلى إعتاق الكل

---

(بإجماع بيننا ) قيد به عن قول ابن أبي ليلى وزفر ، فإن عندهما يرجع العبد بما سعى على المعتق كالعبد المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر .

وبين الفرق لنا بقوله ( لأنه ) أي لأن العبد ( يسعى لفكاك رقبته ) أي لأن العبد هنا يسعى في تخليص رقبته عن الرق ، وهو منفعة حالة له ، فهذا لا يرجع ، أي ( ولا يقضي العبد ديناً على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرته ) أي لإعساره ( بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر ، لأنه يسعى في رقبة قد فكت ) أي لأنه يسعى في رقبة تخلصت (أو يقضي ديناً على الراهن ، فلهذا يرجع عليـــه ) أي فلكونـــه مضطراً ، يرجـــع على الراهن ، فقوله— لفكـــاك رقبته — على مذهبه . وقوله — أو يقضي ديناً على الراهن — المعتق على مذهبهـــا .

( وقول الشافعي في الموسر كقولهما ) أي كقول أبي يوسف ومحمد ( قال ) أي الشافعي ( في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب ، لأنه لا وجه لتضمين الشريك لإعساره ) أي لإعسار الشريك ( ولا إلى السعاية ) أي ولا وجه أيضاً إلى الاستسعـــاء ( لأن العبد ليس بجان ولا راض به ) أي بإعتاق المعسر ، لأن الرضى لا يتحقق إلا بالعلم ، والمولى منفرد بإعتاقه بدون علمه ( ولا إلى إعتاق الكل ) أي ولا وجه أيضاً إلى إعتاق

للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه . قلنا إلى الاستسعاء سبيل ، لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل يبتني على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية وضعف السالب لها في شخص واحد قال

ولو شهد كل واحـــد

---

الكل ( للإضرار بالساكت ) أى للزوم الضرر بالشريك ( فتعين ما عينـاه ) وهو العتق ما عتق ، ورق ما رق .

( قلنا إلى الاستسعاء سبيل ، لأنه لا يفتقر في وجوده إلى الجناية ) كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسراً ( بل يبتني على احتباس المالية ) أى مالية نفسه احتبست عنده فيستسعيه . وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل ( فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبـة للمالكية ) الحاصلة من إعتاق البعض ( والضعف السالب لها ) أى للمالكيـة ، أي للقوة بصحة البيع وأمثاله ( في شخص واحد ) قال الكاكي قوله – فلا يصار إلى الجمع .. إلى آخره – يعني كونه حراً في نصفه رقيقاً في نصفه ، إذ لا يشهـد له أصول الشرع ، كما لا يشهد بأن يكون نصف المرأة مطلقة ونصفها غير مطلقة أو قتل نصف رجل ويبقى نصفه غير مستحق للقتل ، ولأن الغرض من المالكية ملك الأشياء بأسبابهـا وملك الأشيـاء بأسبابها إنما يتصور في الأشخاص لا من الانتقاض فيستسعى لئلا تؤدى إلى المالكية وعدمه واحد ، والاستسعاء لا يفتقر إلى الجناية ، بل هو مبني على احتباس المالكية كما إذا وقع ثوب بهبوب الريح في صبغ إنسان ، وقد ذكرناه .

وقال تاج الشريعة قوله – ولا يصار إلى الجمع .. إلى آخره – بيانه أنـه أثر الحرية المالكية والولاية وجوار الشهادة وأثر الرق سبب هذه الأحكام ، ويستحيل كون نصف الشخص مالكاً ووليا مملوكاً عاجزاً ، وإذا تعذر الجمع ترجح جانب الحرية ، لأنها وصف أصلي ، فاعتباره أولى ، فقلنا بخروجه إلى الحرية بالسعاية ، ولا يشكل قول أبي حنيفة لأنه لا يقول بزوال الرق .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( ولو شهد كل واحد ) أي أقر ، قاله تاج الشريعـة

من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة « رح » ، وكذا أحدهما موسراً والآخر معسراً ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق ويستسعيه ، لأنا تيقنا بحق الاستسعاء ، لأنا تيقنا من استرقاقه ويستسعيه ، لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً ، لأنه مكاتبه أو مملوكه ، فلهذا يستسعيانه ، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار ، لأنه حقه في الحالين في أحد

---

( من الشريكين على صاحبه بالعتق ) أي بالإعتاق بنصيبه ( سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه سواء موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة ، وكذا اذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه ) أي في زعم كل واحد منهما ، الزعم بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان كالضعف والضعيف حكاهما ابن السكيت ، وقرأ الكسائي قوله تعالى ﴿ هذا لله بزعمهم ﴾ بضم الزاي ، والباقون بفتحها ، قال ابن دريد وأكثر ما يقع الزعم على الباطل في القرآن وفي فصيح الشعر ( عنده ) أي عند أبي حنيفة .

( وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه ، فيمتنع من استرقاقه ويستسعيه ، لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً ، لأنه مكاتبه ) أي لأن العبد مكاتبه على تقدير الصدق أو مملوكه على تقدير الكذب وكسب المملوك لمولاه ، وهنا لف ونشر مشوش ( فلهذا ) أي فلأجل أن العبد مكاتب أو مملوك ( يستسعيان ) أي يستسعيا الشريكان بالعبد لأجل التيقن بحق الاستسعاء .

( ولا يختلف ذلك ) أي الاستسعاء ( باليسار والإعسار لأنه حقه ) أي حق الذي شهد ( في الحالتين ) أي في حال يسار شريكه الذي أعتق نصيبه وحال إعساره ( في أحد

شيئين لأن يسار المعتق لا يمنع السعايةعنده، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك، فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما ، لأن كلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاءه له ، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إن كانا موسرين فلا سعاية عليه ، لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر ، والبراءة عن السعاية قد تثبت لإقراره على نفسه ، وإن كانا معسرين سعى لهما ، لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً

---

شيئين ) من تضمين الشريك واستسعاء العبد ( لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ) أى عند أبي حنيفة ( وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك ، فتعين الآخر وهو السعاية ) فإن قتل لم يتعذر على تقدير التخلف ، فإنه لما أنكر يحلف ، وإن نكل يجب الضمان . قلنا لما كان من اعتقاد كل واحد أنه أعتقه صاحبه يحلف لم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية ، فلا فائدة في التحليف ، بل تتعين السعاية ، فلا تحليف لأن ماله اليه .

( والولاء لهما ) أى للشريكين ( لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه ، وولاءه له ، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه له ) ولكن ينبغي لك أن تعلم أن هذا كله بعد أن يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ، لأن كل واحد منهما يدعي على الآخر الضمان ، والضمان مما يصلح بدله فيستحلف عليه .

( وقال أبو يوسف ومحمد وإن كانا موسرين فلا سعاية عليه لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد ( إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر ، والبراءة قد ثبتت لإقراره على نفسه وإن كانا معسرين يسعى لهما ، لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً

على ما بيناه،إذ المعتق معسر إن كان أحدهمـــا موسراً . والآخر معسراً سعى للموسر منهما ، لأنه لا يدعى الضمان على صاحبــه لإعساره ، وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما ، لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره ، فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما ، لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه ، وهو يتبرأ منه ، فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما . ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر ، وقال الآخر إن دخله فهو حر ، فمضى العبد ولا يدري دخل أم لا عتق النصف

---

على ما بيناه ) إشارة إلى قوله ــ لأنا تيقنا تحقق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً ، كذا قاله الأترازى والكاكى وصاحب الهداية ، وقيل هو إشارة إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه ، قال الأكمل قلت قائل هذا تاج الشريعة ( إذ المعتق معسر ) أى لأن المعتق معسر .

( وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى ) أى العبد ( للموسر منهما ، لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره ، وإنما يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنـــه ) أى عن السعاية ، ذكره على تأويل الاستسعاء ( ولا يسعى للمعسر منهما ، لأنـه يـدعي الضمان على صاحبه ليساره ، فيكون متبرئاً للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلـك عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد ( لأن كل واحد منهما يحيله ) أى يحيـــل الولاء على صاحبه ( وهو يتبرأ عنه ) أى صاحبـــه يتبرأ عن الولاء ( فبقي موقوفاً إلى أن يتفقا ) أى الشريكان ( على إعتاق أحدهما ) وذلك لأن كل واحد منهما يزعم أن الولاء لصاحبه وشريكه يجحد ذلك .

( ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حر ، وقال الآخر ) أى الشريك الآخر ( إن دخله فهو حر فمضى العبد ولا يدرى دخل أم لا عتق النصف)

وسعى لهما في النصف ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يسعى في جميع قيمته ، لأن المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول ،

---

أي نصف ( وسعى ) أي العبد ( لهما ) أي للشريكين ( في النصف ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد يسعى في جميع قيمته ) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، ولكن يذكر عن أبي يوسف ومحمد فيه ، وإنما ذكر قولهما في الجامع الكبير وفي عتاق الأصل ففيما ذكره المصنف ابهام ، لأن عند أبي يوسف إنما يسعى في النصف إذا كانا معسرين ، وأما إذا كان أحدهما موسراً يسعى له في نصف القيمة . وقال الأترازي العذر لصاحب الهداية أنه أشار إلى ذلك بعد هذا بقوله ، وسيأتي التفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق .

ثم جواب المسألة مشروحاً على قول أبي حنيفة أنه يعتق نصف العبد ويسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سواء كانا موسرين أو معسرين . وفي قول أبي يوسف إن كانا موسرين فلا يسعى في شيء ، وإن كانا معسرين سعى لهما في نصف القيمة ، فكل منهما في الربع ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر في ربع قيمته ، ولا يسعى للمعسر في شيء . وفي قول محمد إن كانا موسرين فلا سعاية ، وإن كانا معسرين يسعى لهما في جميع القيمة ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر في نصف القيمة ولا يسعى للمعسر في شيء .

( لأن المقضي عليه في سقوط السعاية مجهول ) لأنه أما هذا المولى ( فلا يمكن القضاء على المجهول ) ولا يمكن القول بالتوزيع أيضاً لما فيه من إسقاط السعاية لغير المعتق وإيجاب السعاية للمعتق ، ولأن كل واحد منهما شهد على صاحبه بالحنث فكان كعبدين شهد كل واحد منهما على الآخر بالاعتاق ، ثم يسعى في جميع القيمة إذا كانا معسرين ، فكذا هنا ،

فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا الف درهم ، فإنـــه لايقضي بشيء للجهالة ، كذا هذا ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية ، لأن أحدهما حانث بيقـــين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع ، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو عينه نسية ومات قبل التذكر أو البيان وسيأتى التفريع فيـــه على أن اليسار هل يمنع السعـــاية أو لا يمنعها على الإختلاف الذي سبق،

---

ونظر المصنف لما قاله محمد بقوله ( فصار كما إذا قال لغيره لـــك على أحدنا الف درهم ، فإنه لا يقضي بشيء للجهالة ، كذا هذا ) .

( ولهما ) أى لأبي حنيفة وأبي يوسف ( أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية ) وهومثبت للعتق ( لأن أحدهما حانث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل ) لأنه يكون ظلماً ( والجهالة ترتفع بالشيوع ) هذا جواب عن قول ،لأن المقضي عليه مجهول ، وتقريره أن الجهـــالة ترتفع بالشيوع ، أى بشيوع النصف الذى عتق ( والتوزيـــع ) أى وبتوزيعه ، لأن بالتوزيع يصير المقضي عليه الموليان ، ولا جهالة فيها ( كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه ) بأن قال لعبدية أحدهما حر ، ولم يعينه ( أو عينه ) أى لو قال أحدهما حر وعينه ( ونسيه ) أى نسي الذى عينه ( ومات قبل التذكر أو البيان ) فإنــه يعتق من كل واحد منهما نصفه ، ويسعى كل واحد منهما في نصفه . وعند الشافعي في قول يقرع بينهما ، وفي قول الوارث يقام مقامه في البيان ، وهو الأصح ( وسيأتي التفريـــع فيه ) أي في هذا الوجه .

(على أن اليسار هل يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق ) وهو أن اليسار لا يمنع السعاية عند أبي حنيفة وعندهما يمنع ، وصورته ذكرناها عن قريب بقولنـــا ثم جواب المسألة مشروحاً فليراجع .

ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لأحدهما ولم يعتق واحد منهما ، لأن المقضي عليـــه بالعتق مجهول ، وكذلك المقضي له فتفاحشت الجهالة ، فامتنع القضاء . وفي العبد الواحد المقضي به معلوم ، فغلب المعلوم المجهول. وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهمـــا عتق نصيب الأب ، لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتـــاق على ما مر ، ولا ضمان عليه علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم . وكـــذلك إذا أورثاه والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبـــه ، وإن شاء استسعى

---

( ولو حلفا على عتق عبدين كل واحد منهما لأحدهما ) يعني إذا كان لكل واحد منهما عبد على حدة ، فقال إن دخل فلان الدار غداً فعبدي حر ، وقال الآخر إن لم يدخل فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (ولم يعتق واحد منهما ) أي من العبـــدين في قولهم جميعاً ( لأن المقضي عليه ) وهو المولى ( بالعتق مجهول ، فكذا المقضي له وهوالعبدمجهول ( فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ) لتفاحش الجهالة ( وفي العبد الواحـــد ) بن اثنين المقضي عليه ( المقضي عليه معلوم ، وكذا المقضي به ) وهو عتق نصف العبد ( معلوم) لأن أحدهما حانث لا محالة ( فغلب المعلوم المجهول ) لأن المعلوم أكثر من المجهول ( وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب ، لأنه ملك شقص قريبه ) أي الأب ملك نصف ابنه ( وشراؤه إعتاق على ما مر ) في فصل من ملك ذا رحم محرم (ولا ضمان عليه) للآخر ، أي لا ضمان على الأب لشريكه الذي اشتراه معه سواء ( علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم لأنه باشر ) علته العتق وهي الشراء ، فكان منـــه رضي بالدلالة ، كما إذا رضي فصار صريحاً .

( وكذلك ) أي وكذلك أعتق نصيب الأب ( إذا أورثاه ) أي الابن ، وكذلك حكم الصدقة والوصية والهبة ( والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبـــه ، وإن شاء استسعى

العبد ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً وإن كان معسراً يسعى الإبن في نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة أو صدقة أو وصية ،وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه . لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، لأن شراء القريب إعتاق ، وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه . وله أنه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه ، كما إذا أذن له باعتاق

---

العبد ) سواء كان الذي عتق عليه موسراً أو معسراً ( وهذا ) أي وهذا الحكم المذكور ( عند أبي حنيفة ) .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد ( في الشراء يضمن الأب نصف قيمته ) أي قيمة الابن ( إن كان ) أي الأب ( موسراً وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه ،وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( إذا ملكاه )أي إذا ملك الأب والآخر ابنه ( بهبة ) أي بأن وهبه لهما رجل ( أو صدقة ) بأن تصدق به شخص عليهما ( أو وصيته ) بأن أوصى به شخص لهما ( وعلى هذا الخلاف إذا اشتراه رجلان وأحدهما ) أي والحال أن أحدهما ( قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه ) قيد بالنصف ، لأنه إذا حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق بشراء النصف لعدم الشرط .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أنه ) أي الأب ( أبطل نصيب صاحبه بالاعتاق ، لأن شراء القريب إعتاق وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين ) يعني مشتركاً بينهما (فأعتق أحدهما نصيبه ) يعني نصيب الآخر ، لأن الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيضمن لصاحبه قيمة نصيبه إن كان موسراً ، وإلا فالعبد يسعى .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه رضي بإفساد نصيبه ) ولا عدوان مع الرضى ( فلا يضمنه ) أي فلا يضمن صاحبه ( كما إذا كان أذن له ) أي لشريكه ( بإعتاق

نصيبه صريحاً ، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء ، لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا ، وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار

---

نصيبه صريحاً ) بأن قال له أعتق نصيبك فأعتقه لا يضمن ، ثم بين المصنف وجه المساواة في الوجهين بقوله ( ودلالة ذلك ) أى دلالة الرضى بافساد نصيبه ( أنه ) أى أن الشريك ( شاركه فيما هو علة العتق ، وهو الشراء ، لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به ) أي بشراء القريب ( عن عهدة الكفارة التي عندنا ) خلافاً للشافعي . وقال الأترازى قوله - لأنه شاركه .. إلى آخره - فيه تسامح ، لأن شراء القريب علة الملك والملك علة العتق، فيكون الشراء علته، والحكم كما يضاف إلى علة العلة كما في سوق الدابة وقودها .

( وهذا ضمان إفساد ) يعني لا ضمان تملك ، وضمان التملك لا يختلف باليسار، وأشار اليه بقوله - حتى يختلف - أى الضمان باليسار والاعسار فيسقط بالرضى وقد وجد حيث باشر السبب بخلاف ضمان الملك ، فانه لا يسقط بالرضى لأنه بناء على التملك ، وهذا قائم ، أما ضمان الافساد فبناء على الجناية ، ولما رضي لم يبق فعله جناية فيسقط ، وإنما قيد بالظاهر احترازاً عما روي عن أبي يوسف إذا قال لصاحبه أعتق نصيبك فأعتق يضمن ، جعله ضمان التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضى ذكر رواية أبي يوسف علاء الدين العالم في طريقة الخلاف . وقال الأكمل قوله وهو ضمان إفساد يجوز أن يكون جواباً عما يقال إنما كان الرضى مسقط للضمان إذا لو كان ضمان إفساد ، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد أحد الشريكين الجارية باذنه ، فانه لا يسقط به الضمان ، لأنه ضمان تملك .

ووجه الجواب انه ضمان إفساد ( في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار [1] ،

---

( ١ ) هكذا في الأصل سقطت كلمتان ، وهذا دائم الحصول، ربما هو من سهو الكاتب، أو هو من نسخة أخرى . اه مصححه .

فيسقط بالرضاع ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب ، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ، ولا يعلم الآمر بملكه . وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب ، لأنه ما رضي بافساد نصيبه ، وإن شاء استسعى الإبن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده

---

ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ) أى بين أن يعلم أنه أبوه وبين أن لا يعلم ( وهوظاهر الرواية عنه ) أى عن أبي حنيفة ، واحترز بالظاهر عن رواية الحسن بن زياد عنه بأنه إذا لم يكن عالماً بأنه أبوه لا يكون راضياً . وقال أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الاماني إذا كان الشريك لم يعلم فاشتراه فهو بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء نقض ، لان المبيع قد تغير قبل القبض ، كما إذا اشتريا عبدا فأعتقه أحدهما قبل القبض كان الآخر بالخيار أجاز أو نقض ( لان الحكم يدار على السبب ) يعني لان سقوط حقه في الضمان يدور مع كونه مشاركاً في السبب ، وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه .

( كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه )فأكله المأمور لم يكن للآمر أن يضمنه شيئاً ، وإن كان غير راض به لأنه باشر بسبب الوصي وهو الآمر ( وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ) أي نصف الإبن أراد أن رجلا اشترى نصف ابن الرجل ( ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر ) أي والحال أن الأب موسر (فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب،لأنه ما رضي بإفساد نصيبه ) أي الأجنبي مارضي بإفساد نصيبه ( وإن شاء استسعى ) أي الأجنبي ( الإبن في نصف قيمته لإحتباس ماليته عنده)أي عند الإبن ( وهذا ) أي هذا الحكم ( عند أبي حنيفة ، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ) أي عند أبي حنيفة وقد علم ذلك فيما تقدم .

وقالا لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما . ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة «رح». وقال لا يضمن إذا كان موسراً ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده ، والوجه قد ذكرناه ، وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر ، فدبر أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان ، فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته مدبراً ولا يضمن المعتق ، وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً

---

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد ( لا خيار له ) أي للأجنبي ( ويضمن الأب نصف قيمته ، لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ) وقد علم هذا أيضاً فيما تقدم . وحاصل هذه المسألة أن الأب يضمن في هذه الصوره في قولهم جميعاً ، لأن الرضى لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الأب فيما هو حق عليه العتق ، وقد اتفقوا في الضمان ، واختلفوا في الخيار كما ذكرنا .

( ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إن كان موسراً ) وهذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وأوضحها المصنف بقوله ( ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله ) أي كل الابن ( فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده ) أي عند أبي حنيفة لأنه رضي بإسناد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق ، وعندهما يضمن لأنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق ، وقيد بقوله ممن يملك كله ، لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين تضمين للساكت بالاتفاق كما في المسألة المتقدمة (والوجه قد ذكرناه) إشارة إلى قولهما أنه أبطل، وله إن رضي ( وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبر أحدهما وهو موسر ) أي والحال أنه موسر ثم أعتقه الآخر .

( فإن أرادوا الضمان ) إنما قال أرادوا بضمير الجمع على سبيل التغليب ، وهذا لأن المعتق لا يريد الضمان ، ولا يريد الضمان إلا الساكت والمدبر بكسر الباء ( فللساكت أن يضمن المدبر ) بكسر الباء ( ولا يضمن المعتق والمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً)

ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند أبي حنيفة . وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً ،

---

أي ثلث قيمة العبد حال كونه مدبراً ( ولا يضمنه ) أي ولا يضمن المعتق ( الثلث الذي ضمن ) بيان ذلك أن قيمة العبد إذا كانت سبعة وعشرين درهما مثلاً ، فللساكت أن يضمن المعتق ستة ، وذلك أن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن ، فالتدبير تلفت تسعة ، فكان الإتلاف واقعاً على قيمة المدبر فللمعتق تلك الستة فقط ، ويضمن التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه إياها .

( وهذا عند أبي حنيفة ) أوضح الأترازي مذهب أبي حنيفة بقوله إعلم أن العبد بين ثلاثة إذا دبره أحدهم وأعتقه الآخر ، وهما موسران كان للساكت أن يضمن للمدبر ثلث قيمته ، ويرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي ، وليس له أن يضمن المعتق لأنه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر بفتح الباء ليس بقابل للملك سوى المدبر ، وإنما يضمن الساكت المدبر إذا كان موسراً ، وإن شاء استسعى العبد فيه لأنه أفسد تدبيره فيضمنه ، ومالية العبد احتسب عند العبد فيستسعيه ، أما إذا كان المعتق معسراً فللمدبر استسعاء العبد دون التدبير ، كذا قاله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وليس للمدبر أن يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن الساكت ، لأن ملك المدبر في ذلك الثلث ثبت من وجه دون وجه ، وذلك لأنه ثبت مستنداً بأداء الضمان ، فبالنظر إلى أداء الضمان يثبت به الملك ، فلما كان ذلك لم يظهر في حق التضمين ، ثم الساكت إذا اختار تضمين المدبر كان ثلث الولاء للمدبر ، والثلث للمعتق فإنه اختار سعاية العبد كان الولاء بينهم أثلاثاً ، وبه صرح الفقيه ، وهذا كله قول أبي حنيفة .

( وقالا العبد كله للذي دبره أول مرة ) يعني لما دبره أحدهم صار كل مدبراً له ، والعتق باطل ، لأن التدبير عندهما لا يتجزأ كالإعتاق عندهما ( ويضمن ) أي المدبر ( ثلثي قيمته لشريكه ) المعتق والساكت سواء ( موسراً كان ) أي المدبر ( أو معسراً ) أي أو كان معسراً ، والولاء كله للمدبر ، وإنما يقع الفرق بين العتق والتدبير في حرف . وهو أن المعتق لا يضمن إذا كان معسراً ، وفي التدبير يضمن وإن كان معسراً لأنه لما دبر فقد ملك كله ، لأنه يملك خدمته ،

وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعابه ، فيكون معتبراً به ، ولما كان متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه ، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعي العبد أو يتركه على حاله ، لأن نصيبه باق على ملكه فاسداً بافساد شريكه حيث سد عليه طرق الإنتفاع به بيعاً وهبة على مامر ،

---

فصار وجوب الضمان بالبدل والضمان إذا كان بالبدل استوى فيه العسر واليسر كجارية بين رجلين جاءت بولد ، فادعاه أحدهما صارت أم ولده فيضمن نصف قيمتها ونصف عقرها موسراً كان أو معسراً [1] واستمتاعها بخلاف ضمان الإعتاق ، فانه ضمان إتلاف لا ضمان تملك ، لأنه لا يحصل البدل بالضمان فاختلف بالعسر واليسر ، وإن كان غنياً ضمن وإن كان فقيراً سعى العبد .

( وأصل هذا ) الخلاف ( أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لهما كالإعتاق ) فانه يتجزأ عنده خلافاً لهما ( لانه ) أي لان التدبير ( شعبة من شعبه ) أي من شعب الإعتاق ( فيكون معتبراً به ) أي بالإعتاق يعني يتجزأ كما يتجزأ الإعتاق .

( ولما كان ) أي التدبير ( متجزئاً عنده ) أي عند أبي حنيفة ( اقتصر على نصيبه ) أي على نصيب المدبر ( وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين )وهما المعتق والساكت (فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر ) بكسر الباء(أو يستسعي العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه ) أي نصيب كل واحد من الآخرين ( باق على ملكه فاسداً ) أي حال كونه فاسداً ( بافساد شريكه ) أي شريك كل واحد منهما ، وأراد بالشريك المدبر ( حيث سد عليه ) أي حيث سد المدبر على كل واحد منهما ( طريق الإنتفاع به ) أي بالعبد ( بيعاً ) أي من حيث البيع ( وهبة ) أي من حيث الهبة ، وكذلك من حيث الوصية والصدقة والإمهاز [2] (على ما أمر) إشارة إلى قوله لأن المعتق

---

(١) هنا كلام غير مقروء . اه مصححه .

(٢) هكذا رسمت الكلمة في الأصل . اه مصححه .

فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار غيره فتوجه للساكت سبباً ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتق، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الإعتاق ، لأنه عندذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين

---

جائز عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ، وذكره في المسألة الثانية من هذا الباب .

( فاذا اختار أحدهما ) أي أحد الآخرين وهما المعتق والساكت ( العتق تعين حقه فيه ) أي في العتق يعني فقد منه لمصادفة ملكه لكونه متجزئاً عنده ( وسقط اختيار غيره ) أي غير العتق من السعاية والكتابة والتضمين وغيرهما ( فتوجه للساكت سبباً ضمان ) وفسرهما بقوله ( تدبير المدبر ، وإعتاق هذا المعتق ) يعني أن كل واحد منهما سبب الضمان ( غير أن له ) أي للساكت ( أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل ) أي ضمان المعاوضة هو الأصل في الضمان ، لأن الضمان يقتضي أن يصير المضمون ملكاً للضامن ولا يكون ذلك إلا في ضمان المعاوضة لا في ضمان الجنايه ، وإتلاف وضمان المدبر ضمان معاوضة .

( حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا ) وقال الكاشاني في الدليل على أن الغصب ضمان معاوضة مسألة المأذون، وهي أن إقراره بالغصب يصح أيضاً مع إقراره بالضمان الإتلاف مؤخراً إلى ما بعد العتق ، وإذا كان الأصل في الضمانات ضمان معاوضة في الغصب مع أنه عدوان ففي الإعتاق . وهو مشروع أولى فلا يترك هذا الأصل ، أي ضمان الجناية إلا لضرورة العجز ( وأمكن ذلك ) أي ضمان المعاوضة ( في التدبير ) أي في ضمان التدبير ( لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ، ولا يمكن ذلك ) أي النقل من ملك إلى ملك ( في الإعتاق ، لأنة عند ذلك ) أي عند الإعتاق ( مكاتب أو حر ) وفي بعض

ولا بد من رضاء المكاتب بفسخه حتى يقبل الإنتقال ، فلهـذا يضمن المدبر ، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمتـه مدبراً لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً ، والضمان يتقدر بقيمـة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قناً

---

الفسخ ، لأنه عند ذلك مدبر ( على اختلاف الأصلين ) يعني أن يعتق بعض العبد مكاتب عند أبي حنيفة ، وعندهما حر عليه دين .

وقال الإمام جلال الدين ابن المصنف قوله – مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين – غير مستقيم وكذا قوله ( ولا بد من رضى المكاتب ) نتيجة ، لأنه عند الإعتـاق ليس بمكاتب ولا حر ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق والمستسعى عند أبي حنيفة ، وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإنما الصحيح أن يقال لأنـه عند ذلك مدبر . وقال الأكمل الساكت حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب ، كما أن فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسألة الثابت والخـارج والداخل ، لأن للمولى حق بيان الايجاب في كل واحد من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كلا منهما حراً من وجه ، عبداً من وجه ، فكان الثابت كالمكاتب ، فكذا هنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب .

وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار ، وإنما تنفسخ بمقتضى الاعتاق ، فكذا تنفسخ بالتراضي ولا بد من رضى المكاتب ( بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا ) أي فلأجل كون المدبر عند الاعتاق غير قابل للانتقال ( يضمن المـدبر ) أي يضمن الساكت المدبر بكسر الباء .

( ثم المدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته ) حال كونه ( مدبراً لأنه ) أي لأن المعتق ( أفسد عليه ) أي على المدبر ( نصيبه ) حال كونـه ( مدبراً ) أراد نصيبـه الذي ( والضمان يتقدر بقيمة المتلف ) يعني منهما كان قيمته ما أتلف يلزم ذلك ( وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا ) أي من حيث كونه قنا . وقد مر بيان ذلك عند قوله – ولا يضمن المعتق

على ما قالوا ، ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت ، لأن ملكه ثبت مستنداً وهذا ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين

---

الثلث الذى ضمن – وفي قيمة المدبر اختلافاً للمشايخ ، قال البلخي قيمته نصف قيمة القن ، لأنه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه وبيدله ، فالانتفاع ببدله فائت ، والانتفاع بعينه باق ، كذا في النوازل .

وقال بعضهم تمام قيمة القن . وقال الصدر الشهيد هذا غير سديـــد ، وذكر الامام السعدي في فوائده قيمته ثلاثا قيمته ، وقد مر . وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر كم يستخدم هو مدة عمره من حيث التحرى والظن كذا في التتمة والفتاوى الصغرى . وقيل يسأل عن أهل الخبرة أي العلاء لو جوزوا بيعه بكم اشترى هذا المدبر يجب ما قالوا. وقيل يقوم ما كانت المنافع التي تفوت بالتدبير ، واليه أشار محمد في بعض الكتب ولم ينقل من المتقدمين في معرفة قيمة المكاتب شيء . وأشار محمد في جنايات الجامع إلى أن قيمته أقل من قيمة القن ، ولم يبين بمقداره . وقيل ينبغي أن يكون النصف قيمة أم الولد ثلث قيمة القن . وفي الذخيرة لو قال بعض المشايخ ينظر بكم تستخدم مدة عمرها . وقيل سئل أهل العلم أن العلماء لو جوزوا بيعها بكم تشترى فيجب ذلك المقدار .

( على ما قالوا ) إشارة إلى اختلاف المشايخ الذي بيناه . وقال الكاكي إشارة إلى أن فيه خلافاً ( ولا يضمنه ) أي ولا يضمن المدبر المعتق ( قيمة ما ملكه بالضمان ) هو الثلث ( من جهة الساكت لأن ملكه ) أي ملك المدبر ( ثبت مستنداً ) إلى وقت التدبير ( وهو ثابت من وجه ) أي ينظر إلى حال أداء الضمان ( دون وجه ) أي ليس بثـابت من وجه ينظر إلى حال التدبير ( فلا يظهر في حق التضمين ) أي في حق لتضمين المعتق .

فإن قيل قوله ثابت من وجه ودون وجه يشكل بما قالوا إذا أعتق أحد الشريكين ، وهو موسر يؤدي المعتق الضمان ثم يرجع على العبد بما ضمن الساكت مع أن العبد ثالثهما . قلنـا المعتق بأداء الضمان قام مقام الشريك وللشريك ولاية الاستسعاء ، فكذا من قام مقامه . وقيل

والولاء بين المعتق والمدبر ثلاثاً ، ثلثاه للمدبر ، والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار ، وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله مدبراً للمدبر ، وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار ، لانه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد ، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية ، والولاء كله للمدبر ،

---

يرد عليه ما لو هلك المدبر في يد غاصب الغاصب ، وضمنه الغاصب حيث يرجع على الثاني، وإن كان ملكه ثبت مستنداً . أجيب بأن الغاصب قام مقام المالك في ضمان الحيلولة وللمالك أن يضمن غاصب الغاصب ، فكذا من قام مقامه .

( والولاء بين المعتق والمدبر ) بكسر الباء ، أي بين المعتق وعصبة المدبر ، لأن العتق لا يحصل للمدبر إلا بعد موت مولاه ( ثلاثاً ثلثاه ) أي ثلثا الولاء ( للمدبر والثلث للمعتق، لأن العبد عتق على ملكها على هذا المقدار ) لأن المدبر عتق عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت والثلث الآخر نصيبه في الأصل ، وهذا إذا اختار الساكت تضمين المدبر ، أما إذا اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعاً أثلاثاً لكل واحد منهم الثلث .

( وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله ) أي كل العبد ( مدبراً ) بفتح الباء ( للمدبر ) بكسر الباء ، أي بعصبة المدبر ( فقد أفسد نصيب شريكه لما بينا ) أراد به عند قوله فيما مضى عن قريب العبد الذي دبره أول مرة ، ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً ( فيضمنه ) أي فيضمن نصيب شريكه ( ولا يختلف ) أى الضمان ( باليسار والإعسار ) يعني يضمن مطلقاً سواء كان موسراً أو معسراً ( لأنه ) أى لأن هذا الضمان ( ضمان تملك فأشبه الإستيلاد ) أى فأشبه هذا الضمان ضمان الاستيلاد ، فإن كانت جارية بين اثنين ، فجاء بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ، ويضمن قيمتها لشريكه .

( بخلاف الإعتاق ) أى بخلاف ضمان الإعتاق ( لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر ،

وهذا ظاهر . وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه ، وأنكر ذلك الآخر فهي مرقوقة يوماً ويوماً تخدم للمنكر عند أبي حنيفة . وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل عليها . لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق ، كذا هذا ، فيمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه

---

وهذا ظاهر ) فتخلف باليسار والإعسار ، واعترض بأن قولهم ضمان الجناية باليسار والاعسار أردتم مطلق ضمان الجناية أو الجناية بالاعتاق ، والأول مردود بأن كسر جرة إنسان مثلاً أو أتلف ملكاً من أملاكه ، فانه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً . والثاني تحكم . أجيب بأن المراد الثاني والحكم مدفوع لثبوته بقوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه إن كان غنياً ضمن . وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر ، فلا يقاس عليه غيره ، فيكون على خلاف القياس . قال أى محمد في الجامع الصغير وليس لفظ قال في كثير من النسخ .

( وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه ، وانكر ذلك الآخر فهي مرقوقة يوماً ) المراد من كونها مرقوقة يوماً أن يرفع عنها الخدمة يوماً ، وأن يكون للمقر عليها سبيل بالاستسعاء ( ويوماً تخدم للمنكر عند أبي حنيفة ) قال الكاكي واختلف المشايخ في الخدمة للمنكر هل تخدم المنكر عندهما ، والصحيح أنها لا تخدم .

( وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ، ثم تكون حرة، ولا سبيل عليها ) يعني للمقر بالاستسعاء ( لهما ) أى لأبي يوسف ومحمد ( أنه ) أى المقر ( لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه ) أى على نفسه فصار ( كأنه استولدها فصار ) حكم هذا ( كما إذا أقر المشترى على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا حكم هذا ) مثل ذلك ( فتمتنع الخدمة ) للمقر لأنها أم ولد لغيره في زعمه ( ونصيب المنكر على زعمه

في الحكم فيخرج إلى الإعتـــلق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت، ولأبي حنيفة «رح» أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ، ولو كذبـــه كان له نصف الخدمة فيثبت ماهو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء ، لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيـــلاد والضمان والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب ، وهذا أمر لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد ، وإن كانت أم ولد بينهما

---

في الحكم ، فيخرج إلى الاعتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت ) وهو تلميـذ ظفر الدين المرغيناني في نصف كسبها المنكر ، ونصفه مرقوق ونفقتها في كسبها، وإن لم يكن لها كسبه فنصف نفقتها على المنكر ، لأن نصف الجارية للمنكر بيقين .

( ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق ) بتخفيف الدال ( كانت الخدمة كلهـــا للمنكر ) لأنها أم ولد له ( ولو كذبه ) بتخفيف الذال ، أى المقر ، ولو كذبـــه ( كان له نصف الخدمة ) لأنها قنة بينهما ( فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ) ويكون النصف الآ مرقوقاً ( ولا خدمة للشريك الشاهد ، ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بـدعوى الاستيلاد والضمان ) أما تبرؤه عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد . وأما عن الاستسعـــاء فبدعوى الضمان ، وفي كلامه لف ونشر على ما ترى .

( والاقرار بأمومية الولد ) هذا جواب عن قولهما لنقلب إقرار المقر عليه ، كأنـــه استولدها ، تقديره أن الاقرار إقرار أحد الشريكين بأمومية الولد ( يتضمن الاقـــرار بالنسب وهذا ) أى الاقرار بالنسب ( أمر لازم لا يرتد بالرد ) لأن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل و كذبه المقر به ، ثم أن ذلك المقر نسب ذلك الصغير لنفسه لا يصح ، لأن النسب لا يرتد بالرد ( فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما ) أى

فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة «رح» . وقالا يضمن نصف قيمتها ، لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما ، وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى . وجه قولهما أنها منتفع بها وطئاً وإجارة واستخداماً ، وهذا هو دلالة التقوم

---

بين اثنين ( فأعتقها أحدهما وهو موسر ) أي والحال أنه موسر ( فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ) .

( وقالا يضمن نصف قيمتها ، لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ) أي عند أبي حنيفة ( ومتقومة عندهما ) وهذا هو الأصل في المسألة وقول سائر الفقهاء كقولهما ( وعلى هذا الأصل تبتني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى ) وكفاية المنتهى اليوم مفقود ، ولكن المسائل التي تبتنى على الأصل مشهورة مذكورة في الكتب ، منها إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده ، وعندهما تسعى ، ومنها إذا ولدت بعد ذلك فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وعتق ، ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده ، وعندهما يضمن لشريكه نصف قيمته إن كان موسراً أو يسعى الولد في النصف إذا كان معسراً ، ومنها لو غصبه غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمنها عندهما . وفي كوفي الرقبات يضمن عنده في الغصب كما يضمن بالصبي الحر ، حتى لو قربها إلى سبعة فافترسها سبع يضمن ، لأنه ضمان جناية لا ضمان غصب ، ويضمن بالقتل بالاتفاق ، لأنه ضمان جناية .

ومنها أنه لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لم يضمن عنده ، وعندهما يضمن ، ومنها أن الأمة الحبلى إذا بيعت فولدت لأقل من ستة أشهر ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد يصلح ، وعليه أن يرد جميع الثمن عنده ، وعندهما يحبس ما يخصه من الثمن .

( ووجه قولهما أنها ) أي أن أم الولد ( منتفع بها وطئاً ) يعني من حيث الوطء (وإجارة) يعني من حيث الاجارة ( واستخداماً ، وهذا هو دلالة التقوم ) يعني من حيث

وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية ، وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت ، بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام فباقيتان ، ولأبي حنيفة « رح » أن التقوم بالأحراز ، وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له ،

---

الاستخدام ، لأن هذه الأفعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم العقد وملك اليمين لا يكون إلا في مال متقوم ( وبامتناع بيعها ) و [1] عما يقال أن بيعها ممتنع ، وذلك دليل على عدم التقوم . وأجاب - وبامتناع بيعها - أى بيع أم الولد ( لا يسقط تقومها ، كذا في المدبر ) فانه يمنع بيعه ، وهو متقوم ، وكذا بيع الآبق .

ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية ) بالاتفاق ، والسعاية إنما تكون إذا بقي التقويم ( وهذا ) أى وجوب السعاية (آية التقويم) أى علامة التقويم ( غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة ) يعني من حيث كونها قنة ( على ما قالوا ) أى على ما قال مشايخنا ( لفوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت ) أى موت المولى ، فانها لا تسعى للغرماء ولا للورثة ( بخلاف المدبر ، لأن الفائت فيه منفعة البيع . أما السعاية والاستخدام فباقيان ) فانه يسعى للغرماء ويخدم مولاه إلى أن يموت .

( ولأبي حنيفة « رح » أن التقويم بالاحراز ) بالاقتناء للتمول ، ألا ترى أن العبد قبل الاحراز لا يكون مالاً متقوماً ، والآدمي في الأصل ليس بمال ويصير مالاً باحرازه على قصد التمول ويثبت ملك المتعة تبعاً ، فاذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازه لها ملك المتعة لا لقصد التمول ، فصار في صفة المالية ، لأن الاحراز لم يولد أصلاً فلا يكون متقوماً ( وهو محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع له ) أي للنسب ، يعني أنها

---

(١) هنا كلام غير مقروء .

ولهذا لا تسعى للغريم ولا لوارث ، بخلاف المدبر ، وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال ، وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة ، إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الإنتفاع ، فعمل السبب في إسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه

---

كانت تجوز للمالية والتقوم قبل الاستيلاد ، فلما جوز هذا الاستيلاد للنسب كان الاحراز بالتقوم تابعاً لأنه ظهر أن إحرازه كان للنسب ( ولهذا ) أي ولكونها تحرزاً للنسب ( تسعى للغريم ، ولا لوارث بخلاف المدبر ) .

ثم أوضح عدم وجوب السعي عليها والفرق بين أم الولد والمدبر بقوله ( وهذا ) إشارة إلى الفرق بينهما ( لأن السبب فيها ) أي لأن سبب الحرية في أم الولد ( متحقق في الحال وهو الجزية القائمة ) بين المولى وأم الولد ( بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة ) لأنه لما حصل الولد منبابين بحيث لا يتمازج أحدهما من الآخر صار أصوله وفروعه كأصولها وفروعها وبالعكس وثبوت الحرية يقتضي عدم التقوم ، لأن الإرقاق حرام ( إلا أنه لم يظهر عمله ) أي غير أن سبب الحرية لم يظهر عمله ( في حق الملك ) ولم تعتق حقيقة لأجل ( ضرورة الإنتفاع بها ) بالإجماع إذا قصده أن يكون فراشه إلى وقت موته (فعمل السبب في إسقاط التقوم . وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت ) أي سبب الحرية بعد الموت .

قال الأترازي ، وهذا تناقض من المصنف في كلامه ، لأنه جعل التدبير هنا سببها بعد الموت وجعله في باب التدبير سبباً في الحال . ومذهب علمائنا أن التدبير في الحال بخلاف سائر التعليقات ، فإنها ليست بأسباب في الحال عندنا . قلت هذا ذكره صاحب الكافي وليس منه .

( وامتناع البيع فيه ) أي في المدبر ، وهذا جواب عن قولهما ، وبامتناع بيعها لا يسقط تقويمها ، وبالقياس على هذا ينبغي أن لا يمتنع بيع المدبر ، لأنه إذا كان السبب

لتحقق مقصوده فافترقا ، وفي أم ولد النصراني قضينا بمكاتبتها عليه دفعاً للضرر من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم

---

ينعقد بعد الموت ، فلم قلتم بامتناع بيعه ، فأجاب بقوله – وامتناع البيع فيه – ( لتحقق مقصوده ) أي مقصود المولى من التدبير وهو الحرية ، وإن كان السبب لم ينعقد في الحال لم يدل على سقوط التقوم ، وإنما ظهر أثر انعقاده في حرمة البضع خاصة ( فافترقا ) أي حكم أم الولد والمدبر من الوجه المذكور .

( وفي أم ولد النصراني ) جواب عما قاسا عليه ( قضينا ) أي حكمنا ( بمكاتبتها عليه ) أي على النصراني ( دفعاً الضرر من الجانبين ) في حق أم الولد ، فلئلا يبقى تحت نصراني وهي مسلمة . وأما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجاناً ، ولما كانت هي في معنى المكاتبة كان إذنه في معنى بدل الكتابة ( وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم ) أي تقوم ما يقابله ، لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر ، وفك الحجر متقوم ، فلذا قلنا أن مكاتبها لم يقتض تقوم أم ولد النصراني . والله أعلم .

★ ★ ★

## باب عتق أحد العبدين

من كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد و دخل آخر فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » كذلك إلا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه ، أما الخارج فلان الإيجاب

---

( باب عتق احد العبدين )

أي هذا باب في حكم عتق أحد العبدين . ولما فرغ من بيان إعتاق بعض عبد واحد شرع في إعتاق أحد العبدين ، لأن أحدهما بعض أيضاً ، لكن قدم الأول لكون الواحد مقدماً على الإثنين .

( ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان ، فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر ، فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين ) أي ثم مات المولى والحال أنه لم يبين ولم يسم كل واحد من العبدين باسم الفعل الذي اتصف بـه ، قلتم الذي خرج خارجاً والذي دخل داخلاً ، والذي لم يخرج ثابتاً ، ثم إن كان المولى ما دام حياً يؤمر بالبيان ، لأنه هو المجمل ويرجع في البيان اليه ويعتق الذي عينه ، فإذا مات قبل البيان ( عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ) أراد بالقول قوله أحدكما حر ، وأراد بالذي أعيد عليه القول الثابت ( ونصف كل واحد ) أي عتق نصف كل واحد ( من الآخرين ) وهما الداخلان والخارج ( عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ) .

( وقال محمد « رح » هو كذلك ) يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ، ومن الخارج نصفه ( إلا في العبد الآخر ) وهو الداخل ( فإنه يعتق ربعه ، أما الخارج فلأن الإيجاب

الاول دائر بينه وبين الثابت ، وهو الذي أعيد عليه القول ، فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما ، فيصيب كلاً منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعاً آخر ، لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما ، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفه ، فما أصاب المستحق بالاول لغى وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه ،

---

الأول دائر بينه وبين الثابت ) بحيث أنه يحتمل أن يراد به هذا أو ذاك ، وليس أحدهما بأولى من الآخر فينصف بينهما ( وهو الذي ) أي الثابت ( أعيد عليه القول ) وهو قوله أحدكما حر ( فأوجب عتق رقبة بينهما ) أي بين الداخل والثابت ( لاستوائهما ) لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر ( فيصيب كلا منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني) وهو قوله أحدكما حر في المرة الثانية ( ربعاً آخر ، لأن الثاني ) أي الإيجاب الثاني ( دائر بينه ) أي بين الثابت ( وبين الداخل فينتصف بينهما ) أي بين الثابت والداخل لعدم الأولوية .

( غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني) أى بالايجاب الثاني ( في نصفه ، فما أصاب المستحق ) بفتح الحاء ، أى المستحق ( بالعتق الأول ) أى بالايجاب الأول ( لغى ) أى الذى أصاب من النصف الشائع النصف المستحق الأول لغى ، لأن تحرير الحر محال ( ما أصاب الفارغ بقي ) أى وما أصاب غير المستحق بقي وصح ( فيكون له الربع ) فينتصف النصف الشائع ، فيعتق بالايجاب الثاني ربع الثابت ، وبالايجاب الأول نصفه ( فتمت له ) أى للثابت ( ثلاثة الأرباع ، ولأنه ) أى ولأنه ( لو أريد هو ) أى الثاني ( بالثاني ) أى الايجاب الثاني ( يعتق نصفه الباقي ،

ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فينتصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف الاول وأما الداخل فمحمد «رح» يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل ، وهما يقولان أنه دائر بينهما ، وقضية التنصيف وإنما نزل أي الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ، ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف .

---

ولو أريد به ) أى بالايجاب الثاني ( الداخل لا يعتق هذا النصف ) أى النصف الباقي من الثابت ، فإذاً يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال .

( فينتصف النصف ، فيعتق منه الربع بالثاني ) أى بالايجاب الثاني(والنصف الأول) أى يعتق النصف الأول بالايجاب الأول .

( وأما الداخل فمحمد « رح » يقول لما دار الايجاب الثاني بينه ) أى بين الداخل ( وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع ) بالاتفاق ( فكذلك يصيب الداخل ) يعني الربع ( وهما ) أى أبو حنيفة « رح » وأبو يوسف « رح » ( يقولان إنه دائر بينهما ) أى الايجاب الثاني دائر بين الداخل والثابت ( وقضية التنصيف ) أى قضية هذا الدوران يكون بينهما التنصيف لاستوائهما ( وإنما نزل أى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الأول كما ذكرنا ) أى عند قوله – لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل فينتصف – أى يجعل بينهما النصف ( ولا استحقاق للداخل من قبل ) أى من قبل ذلك ( فيثبت فيه النصف ) أى يثبت في حق الداخل النصف .

حاصل هذا أن الايجاب الثاني لو أريد به الداخل عتق ، ولو أريد به الثابت يعتق الباقي منه ، ولا يعتق الداخل ، فإذا عتق الداخل في حال دون حال فيتنصف عتق العتق بينهما ، فيعتق نصف الداخل .

قال فان كان القول منـــه في المرض قسم الثلث على هـــذا ، وشرح ذلك أن يجمع بين سهام المعتق وهي سبعة على قولهـما ، لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ، ومن الآخرين من كل واحد منهمـا سهمان ، فيبلغ سهام العتق سبعة ، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث ، فلا بد أن تجعل سهام الورثة ضعف ذلك ، فيجعل كل رقبـة على سبعة ، وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثـــة ويسعى في أربعة ، ويعتق من الباقين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة ، فاذا تأملت وجمعت أسهام الثلث والثلثان ،

---

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( فإن كان القول منه ) أى فان كان القول المذكور من المولى ( في المرض قسم الثلث على هذا ) على ما ذكر ( وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق ، وهي سبعة أسهام ) وصايا العبيد الثلاثة سبعة ، لأن العتق وصية ، والوصية تنفذ من الثلث ، فيضرب كل بقدر وصيته ( على قولهما ) أى على قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( لأنا نجعل كل رقبة على أربعة ) أسهم ( لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع، فنقول يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ، ومن الآخرين ) بفتح الخاء ، وأراد بهما الداخل والخـــارج ( من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة ) .

( والعتق في مرض الموت وصية ) وكل وصية ( ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك ، فيجعل كل رقبة على سبعة أسهم ) فاذا كان الثلث سبعة، وثلثاه أربعة عشر ( وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثـــة ) أسهم ( ويسعى في أربعة ) أشهر ( ويعتق من الباقين ) وهما الخارج والداخل ( من كل واحد منهما سهمان ) أى يعتق سهمان ( ويسعى ) أى كل واحد منهمـا ( في خمسة أسهم ، فاذا تأملت وجمعت أسهام الثلث والثلثان ) لأن سهام الوصايا سبعة ، وسهام السعايا أربعة عشر .

وعند محمد « رح » يجعل كل رقبة على ستـــة ، لأنـــه يعتق من الداخل عنـــده سهم فنقصت سهام المعتق بسهم وصار جميع المال ثمانيـة عشر ،. وباقي التخريـــج ما مر ، ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ، ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه ، ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد « رح » خاصة

---

( وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة ، لأنه يعتق من الداخل عنده ) أى عنـد محمد ( سهم فنقصت سهام العتق بسهم ، وصار جميع المال ثمانية عشر ) لأن الخـارج يضرب بسهمين ، والثابت ثلاثة أسهم ، والداخل سهم ، فكان سهام الوصايا ستـة ، فاذا كانت الثلث ستة كان جميـع المال ثمانية عشر لا محالة ( وباقي التخريج ما مر ) يعني يعلم مما مر ، فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة ، والثالث يعتق منه الثلاثة ويسعى في ثلاثة ، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة ، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر سهماً ، وسهام الوصايا ستة .

( ولو كان هذا ) أى هذا الكلام ( في الطلاق ) وهي مسألة الزيادات يحتج بها محمد عليها وصورته رجل له ثـلاث نسوة ( وهن غير مدخولات ) يعني لم يدخـل بهن ، فقـال لامرأتـين منهن إحداكما طـالق ثم خرجت واحدة منهن دخلت الثالثة ، فقـال إحداكما طـالق ثم خرجت واحـدة منهن ودخلت الثالثـة ، فقال إحداكما طالق ( ومات الزوج قبل البيـان سقط من مهر الخـارجة ربعه ، ومن مهر الثانية ثلاثة أثمانه ، ومن مهر الداخلة ثمنه ) والثمن من الصداق بمنزلة الربع من العتاق ، لأن المستحق بالطلاق سقوط على النصف من المستحق بالعتق سويا في الايجاب الثاني ( قيل هذا قول محمد خاصة ) فلا يكون حجة عليهما ، وكيف يكون حجة .

وعندهما يسقط ربعه ، وقيل هو قولهما أيضاً ، وقد ذكرنا الفرق .
وتمام تفريعاتها في الزيادات

---

( وعندهما يسقط ربعه ، وقيل وهو قولهما أيضاً ) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق ، فقال ( وقد ذكرنا الفرق ) أي بين العتاق والطلاق ( وتمام ) بالنصف عطفاً على الفرق ، أي وذكرنا تمام ( وتفريعاتها ) أي تفريعات هذه المسألة ( في الزيادات ) أي في شرح الزيادات .

أما الفرق فهو أن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب ، لأنه حين تكلم كان له حق البيان، وصرف العتق إلى أيهما شاء ، ومن الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين حراً من وجه وعبداً من وجه ، فإذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحاً من كل وجه ، لأنه دار بين المكاتب والعبد ، إلا أنه أصاب الثابت منه الربع ، والداخل النصف .

وأما الثابتة في الطلاق فمتردده بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية، لأن الخارجة إن كانت المرادة بالإيجاب الأول كانت الثانية منكوحة فيصح الإيجاب الثاني ، وإن كانت الثانية هي المرادة بالإيجاب الأول كانت المعينة ، فيلغو الإيجاب الثاني فجعلت أجنبية من وجه ، فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف المهر وهو الربع موزعاً بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهن الثمن.

أما التفريعات فمنها أن المولى إذا لم يمت ومات الثابت عتق الخارج والداخل ، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت ، فبطلت مزاحمة الثابت ، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل فبطلت مزاحمة الثابت ، هذا عندهما . وأما عند محمد ، فإنما يعتق الخارج لما قلنا ، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بالمؤنة ظهر أن الكلام صحيح بكل حال ، فصار قوله كقولهما ، ومنها أن الداخل إذا مات قبل المولى أو وقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت. فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضاً ، لأنه ظهر أنه كان عبد عند الإيجاب الثاني ، فبطل مزاحمة

الداخل بموته ، فإن أوقع العتق الأول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة ، وكذا الداخل لأن المضموم اليه الحر .

وذكر في شرح الزيادات هذا عند محمد ، فأما عندهما يجب أن الخارج الثابت ، لأن الكلام الثاني صحيح معين له الثابت بالكلام الأول ، وبطل الكلام الثاني ، لأن المضمون اليه حر ، وها هنا أن المولى إذا لم يمت ولا العبد أيضاً ، وبين المولى ، فإن عين الخارج بالكلام الأول خير في الآخرين ، لأن الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا الوجه ، وإن عين الثابت بقي الخارج ، وكذا الداخل لأن المضموم اليه حر ، وإن عين الثابت بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الأول ولم يعتق الداخل وإن بين الداخل بالكلام الثاني في تعيين الخارج والثابت بالكلام الأول منها ميراث النساء وهو الربع والثمن يقسم بين الداخلة والأولين نصفين نصف الداخلة ، لأنه لا يزاحمها إلا أحد الأولين والنصف الأخريين الأولين ، لأن إحداهما ليست بأولى .

ومنها أن الثابت إذا ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لانعدام المزاحمة ، ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر ، فإن ماتت الداخلة كان تخييراً في الأخريين بالكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابت أيضاً لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، وإن ماتت الخارجة طلقت الثانية ولم تطلق الداخلة .

ومنها أنه إذا لم تمت واحدة منهن لكن الزوج أوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني إن أوقع الطلاق البائن على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الأول .

( ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات ) أي أحدهما ( أو قال له ) أي لأحدهما ( أنت حر بعد موتي عتق الآخر ) وهذه من مسائل الجامع الصغير ، صورتها فيه

## لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلا بالموت ، وللعتق من جهة بالبيع ، وللعتق من كل وجه بالتدبير

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل قال لعبديه أحدكما حر ، ثم باع أحدهما قال يعتق الآخر ، وإن مات أحدهما عتق الآخر ، وكذا لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما طلقت الأخرى . وقال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه أحدكما حر ثم مات أحدهما أو قتل أو باعه أو رهنه أو دبره عتق الباقي ( لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت ) .

فإن قيل يشكل بما إذا قال لأمتيه إحداكما ابنتي أو أم ولدي وماتت إحداهما لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية ، ذكره التمرتاشي . قلنا ليس هو إيقاعاً بصيغة بل إخبار ، ويجوز أن يخبره بهذا عن الحي والميت ، فيرجع إلى بيان الموتى ، فأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي . وفي مسألتنا إنما يتيقن الآخر بعد الموت ، لأن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه ، فصح البيان في فعل يحتمل الإنشاء والميت لا يحتمل الإنشاء ، فتعين الآخر للعتق ، كذا في الإيضاح ، ثم البيان يثبت صريحاً ودلالة ، فالأول كقوله اخترت أن يكون هذا حر باللفظ الذي قلت ، أو يقول أنت حر بذلك العتق أو يقول عتقك بالعتق الشائع .

والثاني كما إذا باع أحدهما مطلقاًأوبشرطالخيار لأحد المتبايعين ولو باع بيعاً فاسداً وقبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي تحفة الفقهاء أو لم يقبضه على ما ذكره في فتاوى الولوالجي أو كاتب أو دبر أو رهن أو أجر ، فانه يكون بياناً في هذا كله أو استخدم أحدهما أو قطع يد أحدهما أو جنى على أحدهما لا يكون بياناً في قولهم ، كذا في شرح الطحاوي . وإن أعتق أحدهما عتقاً مستأنفاً يعتقان جميعاً، هذا باعتاقه وذاك باللفظ السابق . وإن قال عنيت به المعتق باللفظ السابق صدق في القضاء ، كذا في شرح الطحاوي .

( وللعتق من جهة بالبيع) أي لم يبق العبد محلا للعتق من جهة الذي قال أحدكما حر فتعين الآخر ( وللعتق من كل وجه بالتدبير ) أي لم يبق العبد محلا للعتق الملتزم من كل

فتعين الآخر ، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الإنتفاع إلى موته ، والمقصود أن ينافيان العتق الملتزم فتعـين له الآخر دلالة ، وكذا إذا استولدها أحدهما للمعنيين ، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض أو بدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب، والمعنى ما قلنا ، والعرض

---

وجه بالتدبير لأن المدبر استحق الحرية ( فتعين الآخر ) دلالة ( ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الإنتفاع إلى موته ، والمقصود أن ينافيان العتق الملـتزم ) أي المقصود بالبيع ، وهو الوصول إلى الثمن والمقصود بالتدبير وهو بقاء الإنتفاع إلى الموت كلاماً ينافيان العتق الملتزم بفتح الزاي ، لأنه يلزم من إثبات أحدهما عدم الآخر ، فلما ثبت التنافي للعتق في أحدهما .

(فتعين له الآخر دلالة، وكذا إذا استولدها أحدهما للمعنيين) أي وكذا المعنيين[1] الأخرى للعتق إذا علقت منه ، وإنما قيدنا بالعلوق ، لأن مجرد الوطء ليس ببيان عند أبي حنيفة « رح » في العتق كما سيجيء إن شاء الله تعالى بعد هذا للمعنيين أراد بهما ما قاله في التدبير ، وهو عدم بقائها للعتق من كل وجه بعـد الاستيلاد ، لأنها استحقت الحرية وإبقـاء الإنتفاع إلى الموت .

( ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض أو بدونه ) أي أو بـدون القبض في البيع الفاسد ، لأن تصرف الذي يختص في الملك يوجد في الكل ( والمطلق ) أي والبيع المطلق عن الخيار أو بشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب أراد بالكتاب الجامع الصغير . والمعنى ما قلنا وهو أنه قصد الوصول إلى المثمن والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق .

( وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب ، والمعنى ما قلنا والعرض

---

(١) كلمة غير مقروءة ورسمها ــ الفنيين ــ اهـ مصححه .

على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف « رح » والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع ، لأنه تمليك ، وكذلك لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ، وكذا لو وطىء إحداهما لما نبين. ولو قال لأمتيه إحداكما حرةثم جامع إحداهما لم يعتق الأخرى عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يعتق لأن الوطىء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرة ، فكان بالوطء مستبقياً للملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق ، كما في الطلاق ،

---

على البيع ملحق بـه ) أي بالبيع ( في المحفوظ ) أي في القول المحفوظ ( عن أبي يوسف « رح » ) قال في شرح الطحاوي وروى ابن سماعة عن أبي يوسف إذا ساوم أحدهمايكون بياناً يعني أن الآخر يتعين للعتق ( والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع، لأنـه تمليك ) قال الأترازي ولنا فيه نظر ، لأنه لم يشترط التسليم في البيع الفاسد أن الملك لا يثبت فيه إلا بعد القبض ، وهنا اشترط التسليم . والحق عنـدي أن لا يشترط التسليم في الفصلين جميعاً لوجود تصرف يختص بالملك فيهما ، ولهذا ألحق الحكم فيهما جميعاً انتهى . قلت أخذ هذا من صاحب النهاية، فانه قال ذكر التسليم في قوله والهبة والتسليم والصدقة بمنزلة البيع على وجه التأكيد لا على وجه الشرط .

( وكذلك ) أي وكذلك تتعين الأخرى للطلاق ( لو قال لامرأتيه إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ) أشار به إلى قوله لأنه لم يبق محلا للطلاق بالموت ( وكذا لووطىء إحداهما ) أي أحد المرأتين لا أحد الأمتين ( لما نبين ) أي في المسألة التي بعـدهذه ( ولو قال لامتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم يعتق الاخرى عند أبي حنيفـة « رح » ) وبه قال أحمد ( وقالا يعتق ) وبه قال الشافعي ومالك في رواية كما في الطلاق ، وفيـه الإتفاق ( لان الوطء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيـاً للملك في الموطوءة ، فتعينت الاخرى لزواله بالعتق ، كما في الطلاق ) بأن قال لامرأتيه إحداكما

وله أن الملك قائم في الموطوءة ، لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالاً ، فلا يجعل بياناً ، ولهذا حل وطؤهما على مذهبه ، إلا أنه لا يفتي به ، ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ، يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة ،

---

طالق ثم وطىء إحداهما كان بياناً ، وهذا الخلاف فيما إذا تعلق الامة الموطوءة ، فاذا علقت يكون بياناً عند أبي حنيفة أيضاً ، نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي . ولو قال إحداكما مدبرة ثم وطىء إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع ، لان التدبير لا يزيل ملك البائع ، كذا في شرح الطحاوي .

( وله ) أي ولابي حنيفة ( أن الملك قائم في الموطوءة ) أي في التي توطأ من كل منهما ( لان الإيقاع في المنكرة ) أي لان إيقاع العتق إنما هو في المنكرة ( وهي معينة ) أي الموطوءة معينة غير منكرة ( فكان وطؤها حلالاً ، فلا يجعل بياناً ، ولهذا ) أي ولاجل قيام الملك في الموطوءة ( حل وطؤهما) أي وطء الامتين جميعاً بعد قوله – لهما – إحداكما حرة ( على مذهبه ) أي على مذهب أبي حنيفة ( إلا أنه لا يفتي به ) أي بحل وطئهما ، وهو استثناء من قوله حل وطؤهما، أي يعلم هذا أو لا يفتي به معتمداً لابي حنيفة بترك الإحتياط .

( ثم يقال العتق غير نازل ) هذا جواب عما يقال العتق إما أن يكون نازلاً أولاً ، فان كان غير نازل عن مدلوله ، وإن كان نازلاً لا يجوز وطؤها . فأجاب عن كل واحد من الشقين ، فقال على الشق الثاني بقوله ثم يقال للعتق غير نازل ( قبل البيان لتعلقه به ) أى لتعليق العتق بالبيان ، فان كان كالعتق المعلق به بدخول الدار هو غير نازل قبل الدخول ، فكذا هنا وقال على الشق الاول بقوله ( أو يقال نازل في المنكرة فيظهر ) أى العتق النازل في المنكرة ( في حق حكم تقبله ) أى المنكر كالبيع ، فان المنكر لفضله بأن يشترى أحد العبدين على أن المشتري بالخيار فيهما ، فانه يصح (والوطء يصادف المعينة ) أى وطء غير المعينة لا يمكن ، لانه هو حسي لا يقع إلا في المعين .

بخلاف الطلاق ، لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد، فلا يدل على الاستبقاء ، ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد ،

---

( بخلاف الطلاق ) جواب عما يقال كيف يقع بياناً في الطلاق أجاب بقوله بخلاف الطلاق طلاق ( لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ) أي لأجل صيانة الولد ( أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء ) فلا يصير وطأها بياناً للعتق في الأخرى.

( ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية لا يدري أيها ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد ) في شرح الطحاوي روي عن محمد أنه قال لا يعتق واحد منهم . وفي المبسوط ذكر محمد في الكسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس بجواب هذا الفصل ، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً ، فإن نكل فتكون كإقراره ، وإن حلف كلهم أرقاء .

وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر ، وهو ما إذا قال لأمته إذا كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، وإن كان جارية فهي حرة فولدتهما جميعاً ولا يدرى الأول فالغلام رقيق ، والأمة حرة ويعتق نصف الأم ، لأنها إذا ولدت الغلام أولاً فهي حرة ، والغلام رقيق ، وإن ولدت الجارية أولاً فهي حرة والغلام والأم رقيقان فالأم تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها ، والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين ، إما بعتق نفسها أو بعتق الأم . قال صاحب النهاية هو الصحيح . وقال الأترازي ناقلاً عن الكافي وغيره هذه المسألة على وجوه ستة فلنذكرها ملخصة :

لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إن ولدت الغلام أول مرة الأم بالشرط والجارية

---

أحدها : أن يتصادقوا على أنهم لا يدرون أيهما ولد أولاً ، يعتق من الغلام والجـارية النصف ، ويسعى كل واحد منهما في النصف .

الثاني : أن تدعى الأم أن الغلام ولد أولاً وأنكر المولى ذلك وقال إن الجـارية هي الأول وهي صغيرة فالقول قول المولى مع يمينه على العلم ، فإن حلف لا يثبت عتق واحدة ، فان نكل عتقت الأم والجارية وهي إذا كانت صغيرة تصير الأم خصماً عنها ، لكون حريتها نفعاً محضاً ، فيعتقا جميعاً . قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير ، وإنما تصح الأم عن البيت ما دامت صغيرة ، وإن كانت كبيرة لا يصح .

الثالث : أن يتصـــادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولاً لا يعتق أحد لانعـــدام شرط العتق .

الرابع أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولاً تعتق الأم لوجود شرط العتق ، وكـــذا الجارية تبعاً للأم والغلام عبد ، لأنه زال عنها في حال الرق ، ولا يعتق تبعاً لها .

الخامس : أن تدعي الأم إلى الغلام أول ، ولم تدع الجارية شيئاً وهي كبـيرة حلف المولى على العلم ، فان حلف لا يثبت عتق أحد ، وإن نكل عتقت الأم دون الجارية .

السادس : أن تدعي الجارية ولم تدع الأم شيئاً ، فان المولى لا يثبت عن الواحد وإن نكل مع الجارية دون الأم .

وقال الحاكم في مختصر الكافي ولو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة جارية فهي حرة فولدتها ، فان علم أيهما أول عمل على ذلك ، وإن لم تعلم ، واتفق الأم والمولى على شيء فكذلك . وإن قال لا تدري فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم .

( لأن كل واحدة منهما ) أي من الغلام والجـارية ( يعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة ) عتقت (الأم بالشرط) أي يعتق الأم بالشرط (والجارية) أي يعتق الجارية

لكونها تبعاً لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية ، لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً ، فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقنا ، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية ، لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى ، فلم يظهر في حق الجارية ،

---

( لكونها تبعاً لها إذ الأم حرة حين ولدتها وترق ) أي الأم ( في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف ، أما الغلام يرق في الحالين ، فلهذا يكون عبداً ، وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى،والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين ) أي القول قول المولى مع اليمين على العلم ( لإنكاره شرط العتق ، فان حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ) أي الغلام والجارية .

( ولو كانت الجارية كبيرة فلم تدع شيئاً ، والمسألة بحالها ) أي ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى ( عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية ، لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى ، فلم يظهر في حق الجارية ) أي حرية الجارية الكبيرة .

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغـــلام والام ساكتـــة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنـــا ، والتحليف على العلم فيما ذكرنا ، لانه استحلاف على فعل الغير وهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى . قال وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديـــه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة « رح » إلا أن يكون في وصيته استحساناً ذكره في العتاق وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهـــادة ويجبر الزوج أن يطلـــق

---

(ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا ) أشار به إلى قوله — وصحة النكول تبتنى على الدعوى — ( والتحليف على العلم فيما ذكرنا ، لانه استحلاف على فعل الغير ، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه ، في كفاية المنتهى ) أي وبهذا القدر من البيان لا يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلاً في كتاب كفاية المنتهى ، وأراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها آنفاً والاربعة من الوجوه مذكورة في الكتاب يقف عليه المتأمل الفطن .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا شهد رجلان على رجل أن أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله ) بخلاف الشهادة على طلاق أحد نسائـــه ، فانها جائزة بالإجماع على البيان ، وعلى إعتاق أحد عبديه كذلك عندهما ، وعند أبي حنيفـــة وهي باطلة ( إلا أن تكون ) أي الشهادة ( في وصيته اهتحساناً ) أي استحسنه بأن قال رجل في مرض موته أحد عبدي حر ثم يموت الرجل ويترك ورثته فينكرون ، فالشهادة جائزة ( ذكره في العتاق ) أي ذكر الاستحسان في عتـــاق الاصل ، وقال لو قال الشاهد إن كان هذا عند الموت استحسن ، أي يعتق من كل واحد منهما نصفه .

( وإن شهدوا أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج أن يطلق ) أي على

إحداهن ، وهذا بالإجماع . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » الشهادة في العتق مثل ذلك ، وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة . وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم يتحقق في مسألة الكتاب ، لان الدعوى في المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة ، وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى، أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللاً في الشهادة، لانها ليست شرط فيها ، ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة « رح » وإن لم يكن الدعوى شرطا فيه ،

---

أن بيان ( إحداهن ، وهذا بالإجماع . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » الشهادة في العتق مثل ذلك ) ويؤمر بأن يوقع العتق على إحداهما ( وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة ، وعندهما تقبل ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » ( والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق ، والمسألة معروفة ، وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده ) أي عند أبي حنيفة ( لم يتحقق ) أي الدعوى ( في مسألة الكتاب ) أي في مسألة كتاب الجامع الصغير ( لان الدعوى في المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة، وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى أما في الطلاق ، فعدم الدعوى لا توجب خللاً في الشهادة ) أي لان الدعوى ( ليست شرط فيها ) أي في الطلاق .

( ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة «رح» وإن لم يكن الدعوى شرطاً فيه ) أي في حق الامة الواحدة ، هذا كأنه صورة فنص على أبي حنيفة ورفعه

لأنه إنما يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنـــده على ما ذكرناه ، فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين ، وهذا كله إذا شهد في صحته على أنه أعتق أحد عبديه ، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهد على تدبيره في صحته أو في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً ، لان التدبير حيثما وقع وقع وصية ، وكــــذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهومعلوم،

---

المصنف بقوله ( لانه إنما يشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق)ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعـــده زنا ، واعترض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه ، وذلك أيضاً حق الله ، فوجب أن يشفعه الشهادة فيه عن الدعوى . والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ، ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن يكون من الكبائر فالتسوية عليهما خطأ .

( والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده ) أي عند أبي حنيفة ( على ما ذكرناه ) يعني بقوله أن الملك قائم في الموطوءة ، ولهذا حل وطؤها ( فصار كالشهادة على عتق أحد العبدين ) فان الشهادة فيه باطلة عنده كما مر ( وهذا كله ) أي هذا المذكور كله (إذا شهد) أي الشاهد أن ( في صحته ) أي في صحة الرجل على (أنه أعتق أحد عبديه ، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهد على تدبيره ) أي على أنـــه دبر أحد عبديه ( في صحته أو في مرضه ) فان هذه الشهـــادة لا تقبل في القياس ، وتقبـــل في الاستحسان ، وهو معنى قوله ( وأداء الشهـــادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبـــل استحساناً ، لان التدبير حيثما وقع وقع وصيـــة ) يعني سواء وقع في حال الصحـــة أو في حال المرض .

( وكذا العتق في مرض الموت وصية ، والخصم في الوصية إنما هو الموصي وهومعلوم )

وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث ، ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما ، فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً ، ولو شهد بعد مو ته أنه قال في صحته أحدكما حر قد قيل لا يقبل ، لأنه ليس بوصية ، وقيل تقبل للشيوع

---

لان تنفيذ الوصايا حق الميت ، فكان الميت مدعياً تقديراً ( وعنه خلف ) أي وعن الموصي خلف ( وهو الوصي أو الوارث ) فتقبل الشهاده ( ولان العتق في مرض الموت ) هـــذا دليل ثان بوجه الاستحسان ( يشيع بالموت فيهما ) أى في العبدين ( فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً ) لانه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان ، فكان إيجـاباً لهما ، ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما .

( ولو شهد بعد موته أنه قال في صحته أحدكما حر فقد قيل لا تقبل ) أي هذه الشهادة ( لانه ليس بوصية ، وقد قيل تقبل للشيوع ) أي لشيوع العتق فيهما ، فكان كل واحد منهما خصماً متعيناً ، فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة ، أو إنما قال بلفظ قيل لا نص فيه عن أصحابنا ، ولكن المشايخ اختلفوا فيـــه . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وإن شهد بعد موته أنه قال في حياته وصحته أحدكما حر فلا نص فيه . واختلف مشايخنا في قول أبي حنيفة أن الطريق هو الوصية لم تقبل هاهنا، وأن الطريق هو إيشاع قبلت النية ها هنا ، والصحيح أن تقبــل لجواز أن تكون معلولاً بعلتين ، فتعدى بأحدهما والله أعلم .

* * *

# باب الحلف بالعتق

ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت ، إلا أنه أسقط الفعل وعوضه بالتنوين ، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ،

---

( باب الحلف بالعتق )

أي هذا باب في بيان حكم الحلف بالعتق ، والحلف بكسر اللام مصدر من حلف بالله يحلف حلفاً . والحلف أن يجعل العتق جزاء على الحلف بأن يعلق العتق بشيء ، ولما كان المعلق قاصراً في السببية أخر التعليق عن التنجيز .

( ومن قال إذا دخلت هذه الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر ، وليس له مملوك ) يعني زان الحلف ( فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق ) اعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتري به بعد اليمين ، وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه ، فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر ، فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك . وأجيب بأنه وجد الإضافة فيما ملك دلالة ، لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكاً وقت دخول الدار فهو حر ، بخلاف تلك المسألة لأنه لم يوجد فيها الإضافة لا صريحاً ولا دلالة .

( لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت الدار ، إلا أنه أسقط الفعل ) وهو قوله دخلت ( وعوضه بالتنوين ، فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ) لأن قوله يومئذ ظرف بقوله كل مملوك فيعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثاً بعد اليمين أو لم يكن إذا وجد في ملكه

وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكـــه حتى دخل عتق لما قلنا ، ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق ، لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول لا يتناول من اشتراه بعد اليمين . ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق وهذا إذا ولدت لستة أشهر فصاعداً

---

حينئذ ، أعني وقت الدخول ، لأنه علق حرية المملوك المضاف إلى ذلـك الوقت بالدخول بخلاف ما إذا لم يذكر قوله يومئذ ، بل قال إذا دخلت الدار فكل مـملوك حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف ، لأنه أرسل الملك إرسالاً ، والملك المرسل يراد به الحال ، لأن المستقبل هو هو فلا يعتبر ، فصار كأنه قال كل مملوك لي في الحال ، فلو علق هذا الذكر الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف ، فكذا هذا .

( وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنـــا ) أشار به إلى قوله – المعتبر قيام الملـــك وقت الدخول – قال ( ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق ) أي لم يعتق ما اشتراه بعد الحلف وقد ذكرنا وجهـه ( لأن قوله كل مملوك لي للحال ) يعني يراد به الحال ( والجزاء حرية المملوك في الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود الشرط فيعتق إذا بقي على ملكه وقت الدخول لا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ) فصار كأنه قال كل مملوك لي في الحال فهو حر إذا دخلت الدار يعتق ما كان في ملكه دون ما يستملكه ، فكذا هذا .

( ومن قال كل مملوك لي ذكر ) بجر – ذكر – لأنه صفة المملوك ( فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق ) لأن المملوك مطلق ، والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل ( وهذا ) أي وهذا الحكم (إذا ولدت) الجارية المذكورة (لستة أشهر فصاعداً

ظاهر لأن اللفظ للحال، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده ، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعاً للام لا مقصوداً ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفرداً . قال العبد الضعيف وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها ، وإن قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد غد ،

---

ظاهر ، لأن اللفظ للحال ، وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال ) يعني يحتمل أن يكون الحمل وقت اليمين ، ويحتمل أن لا يكون ( لوجود أقل مدة الحمل بعده ) أي بعد وقت اليمين .

( وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ، لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعاً للأم لا مقصوداً ) ألا ترى أنه لو أعتقه عن كفارة يمينه لا يجوز ( ولأنه ) أي لأن الجنين ( عضو من وجه ) بدليل أنه ينتقل بانتقال أمه ويتغذى بغذائها ( واسم المملوك المطلق يتناول الأنفس الكاملة دون الأعضاء ، ولهذا لا يملك بيعه ) أي بيع الجنين حال كونه ( منفرداً ) لكونه عضواً من أعضائها .

( قال ) أي المصنف ( وفائدة التقييد بوصف الذكورة ) يعني في كل مملوك لي ذكر فهو ( أنه لو قال كل مملوك لي فهو حر ) بدون لفظ ذكر ( يدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها ) أي الحامل ، والدليل على هذا ما أورده الولوالجي في فتاواه بقوله ( لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد ) وله عبد وأمهات أولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعاً إلا المكاتبين لأنه أوجب العتق لكل مملوك مضاف اليه بالمملوكية مطلقاً ، وهذا متحقق فيما ذكرنا ، لأنه يملكهم رقبة لا يدا مملوك أملكه حر بعد غد قوله – بعد غد – ظرف لقوله – حر – لا لقوله – أملكه الحال – .

أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له من غير قرينة ، وللاستقبال بقرينة سين أو سوف

---

( ولو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد ) بعد هنا مرفوع لأنه فاعل جاء لأن بعد معرف وليس بمبني ، وإنما ينتصب في مواضع على الظرفية ( عتق الذي ) أي المملوك الذي ( في ملكه يوم حلف ، لأن قوله أملكه للحال حقيقة ) بالرفع ليكون خبر إن ، ويجوز النصب على التمييز ( يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له ) أي للحال ( من غير قرينة ، وفي الاستقبال بقرينة السين أو سوف ) وقال صاحب النهاية وهذا التقدير يخالف رواية أهل النحو هي أنه مشترك بين الحال والاستقبال . وقال الأكمل وظاهر تقرير المصنف يدل ما قاله صاحب النهاية . وقال الكاكي قيل ما ذكروه بحسب الإستعمال لا بحسب الوضع ، والشيخ ذكره بحسب الوضع ، لأنهم وضعوا صيغاً للماضي وصيغا للاستقبال ، وهي الأمر والنهي، فوجب أن يكون أفعل للحال ، لأن الأصل أن يكون لكل معنى لفظاً على حدة ، فوجب أن يكون للحال يقيناً للاشتراك والترادف .

وفي المحيط – أملك – وإن كان حقيقة للاستقبال إلا أنه صار للحال شرعاً كما في الشهادة ، وعرفا كما يقال أملك كذا درهماً ، فكان كالحقيقة في الحال . وفي الذخيرة صيغة أفعل للحال حقيقة ، وهو مذهب محققي النحويين ، وبعد هذا اختلف عبارات المشايخ قيل للحال أحق ، إذ ليس للحال صيغة سوى هذا ، بخلاف الاستقبال ، كما في أشهد وأصلي ، وكما يتعين للاستقبال في قولك أتزوج وأسافر . وقال الأترازي قال بعضهم في شرحه تقرير صاحب الهداية يخالف رواية النحو ، لأنه قال – أملكه – للحال حقيقة إلى قوله – أو سوف – وأهل النحو قالوا إن المضارع مشترك بين الاستقبال والحال . قلت لا نسلم المخالفة ، لأن كونه للحال حقيقة ، لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس

فيكون مطلقة للحال ، فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد ، فلا يتناول ما اشتراه بعد اليمين ، ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبراً والآخر ليس بمدبر ، وإن مات عتقا من الثلث .

---

بحقيقة ، لأن المشترك يدل على كل واحد من المعنيين سبيل الحقيقة ، لكنه سبيل البدل ، ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد ، وقد وجد هنا عند الإطلاق دليل على إرادة الحال ، لأن الحال موجود . فلا يعارضه المستقبل المعدوم الموهوم ، انتهى كلامه .

قلت أراد بقوله قال بعضهم في شرحه صاحب النهاية . وقال الأكمل وقال بعض الشارحين وأراد به الأترازي ثم ساق كلام الأترازي إلى قوله المعدوم الموهوم، ثم قال أقول قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا الشارح ، لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة ، وليس النحويون مجتمعين على أن المضارع مشترك ، بل منهم من قال أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ، ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ، ولعله مختار المصنف ليتبادر الفهم اليه .

( فيكون مطلقة ) أي فيكون مطلق الملك ( للحال وكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد ، فلا يتناول ما يشتري به بعد اليمين . ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى أخرى ) أي مملوكاً آخر ( فالذي كان عنده وقت اليمين مدبراً ، والآخر ليس بمدبر ) أي ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه ( وإن مات ) أي المولى ( عتقاً من الثلث ) مشتركين فيه .

وقال أبو يوسف « رح » في النوادر يعتق ما كان ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ،وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر ، له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه، ولهذا صار هو مدبراً دون الآخر ، ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث ، وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة

---

(وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان ملكه يوم حلف)يعني بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ) لأن اللفظ حقيقة للحال ، وهو المراد ، فلا يجوز أن يكون غيره مراداً على أصلنا ( وعلى هذا ) أي على هذا الحكم ( إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر ) يعني يكون الذي عنده يوم الحلف مدبراً ، والذي اشتراه بعده ليس بمدبر (له) أي لأبي يوسف « رح » ( أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه ) عند قوله فيكون مطلقة للحال ، أي قوله بعد اليمين ( فلا يعتق به ) أي باللفظ المذكور ( ما سيملكه بعدحلفه، ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( صار هو ) أي الذي في ملكه يوم الحلف (مدبراً دون الآخر) وهو الذي يملكه بعد اليمين .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أن هذا ) أي قوله كل مملوك أملكه ، وقوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي ( إيجاب عتق وإيصاء ) أي وصية . أما إيجاب عتق فيقول كل مملوك أملكه أو لي فهو حر ، وأما إنه إيصاء ، فيقول بعد موتي ( حتى اعتبر من الثلث ) في الموجود عند الحلف بالاتفاق ( وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة ) أي المتربصة ( والحالة الراهنة ) أي الحاضرة التي تقال الآن ، وسميت بالراهنة ، لأن الرهن هو الحبس ، والمرء محبوس فيها ، إلا فيما قبلها ولا فيما بعدها .

ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية ، وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها ، والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، فمن حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة ، فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة ، وهي حالة الموت ،

---

ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا يرى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية ) بأن قال ثلث مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالاً ثم مات ، للموصى به ثلث ما كان موجود عند الموت ( وفي الوصية ) أي يدخل في وصية ( لأولاد فلان من يولد له بعدها ) أي بعد الوصية إذا عاشوا إلى وقت الموت ( فالإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ) وهو الشراء ، قال الأترازي لما ذكرنا قبل هذا بقوله لهما أن هذا إيجاب عتق ، وأيضاً أن فيه الإيجاب وجهه الإيصاء فيراعى كل واحد منهما ، ثم الإيجاب إنما يصح إذا أضيف إلى الملك أو إلى سبب الملك ( فمن حيث أنه ) أي قوله — كل مملوك أملكه —( إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً ) أي المملوك مدبراً ( حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه ) أي أن قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي (إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت) ويصير مدبراً بعده، ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه .

وقال الكاكي قوله — فالإيجاب — إنما يصح جواب سؤال مقدر ، وهو على وجهين أحدهما أن يقال ينفي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً لا في الحال ، ولا في المآل ، لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، وليس أحدهما في حقه . فأجاب عنه وقال إنما يتناول باعتبار الإيصاء لا باعتبار الإيجاب الحالي . والثاني : وهو أن يقال ينبغي أن يكون المشتري مدبراً مطلقاً حال شرائه ، لأن التدبير في كل مدبر إنما يكون

وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر ، بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم ، لانه تصرف واحد ، وهو إيجاب العتق ، وليس فيه إيصاء ، والحالة محض استقبال فافترقا، ولا يقال أنكم جمعتم بين الحال والاستقبال ، لانا نقول نعم لكن لسببين مختلفين إيجاب عتق و وصية ،

---

على وجه الإيصاء حتى يعتبر من الثلث . وفي الإيصاء لا يتفاوت الحالي والمستحدث . كما لو أوصى بثلث ماله يدخل فيه الحالي والمستحدث . فأجاب عنه فإن إيجاب التدبير مطلقاً إنما يكون عند إضافة التدبير إلى الملك أو إلى سببه ولم يوجد في حق المستحدث ، انتهى .

( وقبل الموت حالة التملك استقبال محض ) قيل هذا إشارة إلى الجواب عن قول أبي يوسف « رح » تقريره أن أبا يوسف قال فيما يروى عنه أبو طاهر الدباس في النوادر أن اللفظ حقيقة للحال فلا يعتق به ما يستملكه ، وتقرير الجواب أن قبل الموت حالة التملك استقبال محض ( فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر ) لدخوله تحت الحالة المتربصة ، فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية ( بخلاف قوله بعد غد ) أي بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حر بعد غد ( على ما تقدم ) عند قوله — وإن قال كل مملوك أملكه بعد غد . . . — إلى آخره ( لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال ) لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك أو إلى سببه ( فافترقا ) أي الحكمان المذكوران .

( ولا يقال أنكم جمعتم بين الحال والاستقبال ) قال الأكمل هذا إشارة إلى جواب أبي يوسف « رح » ( لأنا نقول نعم ) وفيه جمعنا بين الحال والاستقبال ( لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق وإيجاب وصية ) حاله أنه دخل ما ملكه تحت هذا الإيجاب بحكم الوصية لا

بحكم الإيجاب ، وفعل ما يملكه باعتبار الإيجاب لا بحكم الوصية ، فلم يكن جميعاً بين الحال والاستقبال بسبب واحد ( وإنما لا يجوز ذلك ) أي الجمع بين الحال والاستقبال إذا كان ( بسبب واحد ) قال الأترازي صاحب الهداية سلم السؤال كماترى ، والأولى أن يمنع بأن يقال لا نسلم جمعنا بينهما ، لأن الحالة المتربصة ما أريدت باعتبار أنها استقبال ، بل باعتبار أنها حال محكية مقصودة ، فلا يرد هذا السؤال .

وقال الأكمل ولعل أبا يوسف أراد بقوله – بسببين مختلفين – إيجاب عتق وصيـــة للألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام ، لأن الحقيقة والمجاز في صفات اللفظ وفيه نظر، لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال وكونــه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت . ولو قال هذا الكلام تدبير ، والتدبير حيثما وقع وقع وصية ، والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة ، فيدخل تحتـــه ما كان في ملكه وما يوجد عند الموت وما بينهما ، فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله يكون أشد تأنيباً وأسلم من الإعراض ، والله تعالى أعلم .

# باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ؛ وذلك مثل أن تقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم، وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال، إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال ، كما في البيع ، فإذا قبل صار حراً

---

( باب العتق على جعل )

أي هذا باب في بيان حكم العتق على جعل ، والجعل بضم الجيم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله ، وكذا الجعلة والجعالة بفتح الجيم ، وبه صرح العبسي في شرح غريب الحديث ، وأثبت في الصحاح بكسر الجيم ، ولم يذكر في تهذيب ديوان الأدب في باب فعال بكسر الفاء ، بل ذكره في مفتوح الفاء والجعل بفتح الجيم مصدر ، وبالضم إسم يقال جعلت لك ، كذا جعلاء وجعلاء وهو الأجرة على الشيء قولاً أو فعلاً ، وإنما أخر هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق .

( ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق ، وذلك مثل ان تقول أنت حر على الف درهم أو بألف درهم ) وكذلك لو قال على الف تؤديها أو على أن تعطيني الفاً أو على أن تجيئني بألف قوله عتق مثل قتل ( وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال ، إذ العبد لا يملك نفسه ، ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم ) أراد به العتق هنا ( بقبول العوض للحال كما في البيع ) فإنه إذا قال اشتريت بعد أن يقول البائع بعت يقع العقد ( فإذا قبل صار حراً ) .

فإن قلت كلمة على الشرط فيكون العتق معلقاً بشرط أداء الألف كما لو قال إن أديت

وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة ، لأنه ثبت مع المنافي ، وهو قيام الرق على ما عرف ، وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان ، وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال ، فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد ، وكذا الطعام والمكيل والموزون

---

إلى الفاً قالت إنما يكون على الشرط إذا دخلت على يكون على خطر الوجود ، لأن ذلك في الأفعال دون الأعيان ، لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال .

( ما شرط دين عليه ) أي الذي شرط على العبد دين عليه ( حتى تصح الكفالة بـه ) لأنه يسعى ، وهو حر بخلاف بدل الكتابة ، حيث لا تصح به الكفالة ( لأنه ) أي لأن بدل الكتابة ( ثبت مع المنافي وهو قيام الرق ) وكان ثبوته على خلاف القياس ، فالقياس يبقى أن يستوجب المولى الدين على عبده ، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب ، وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ، ولم يعد إلى الكفالة على ما عرف في كتاب المكاتب ، وهو أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً .

( وإطلاق لفظ المال ) يعني في قوله – ومن أعتق عبده على مال – ( ينتظم أنواعه ) أي أنواع المال ( من النقد والعرض والحيوان ، وإن كان بغير عينه ) يعني وإن كان الحيوان غير معينة بأن يكون ديناً في الذمة . ولكن أراد به النوع بأن قال فرس أو حمار (لأنه) أي لأن الإعتاق على مال ( معاوضة المال بغير المال ) وهو الحرية ( فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد ) وجه المشابهة من حيث أن الحيوان يثبت ديناً في الذمة في هذه العقود ، فكذا هنا ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . وفيه خلاف الشافعي ، فإنه اعتبره بالبيع والإجارة ، وقد مر الكلام في النكاح ( وكذا الطعام ) أي وكذا يجوز أن يكون الطعام عوضاً عن الإعتاق ، بأن قال أعتقتك على مائة قفيز من الحنطة ( والمكيل ) بأن قال أعتقتك على مائة كيل من الشعير ونحوه مما يكال ( والموزون ) بأن قال أعتقتك على مائة من العسل ونحوه مما يوزن .

إذا كان معلوم الجنس لا تضره جهالة الوصف ، لأنها يسيرة قال ولو علق عتقه بأداء المال صح

---

( إن كان معلوم الجنس ) هذا قبل الكل ( لا يضره جهالة الوصف ) بأن لم يذكر[1] والرداءة والربيعية والخريفية ( لأنها يسيرة ) فكانت عفواً فيا كان عوضاً عما ليس بمال كالمهر ، فلم يمنع صحة التسمية . وفي التحفة ولو أعتق على عرض في الذمة بعينه وهو ملك غيره فإنه يعتق بأن أجاز المالك المستحق عينه جاز ، وإن لم يجز يجب على العبد قيمة رقبته .

وكذلك لو أعتق على عرض بغير عينه معلوم الجنس جاز ، وإن كان موصوفاً فعليه التسليمة . وإن لم يكن موصوفاً فعليه الوسط من ذلك ، فإن جاء بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المهر ، ولو أعتقه على مجهول الجنس بأن قال أنت حر على ثوب يعتق ويلزمه قيمة مثله ، لأن جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر وأدى فاستحق من يد المولى إن كان بغير عينة في العدة ، فعلى العبد مثله ، لأنه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد ، وإن كان غنياً في العقد ، وهو عرض أو حيوان فإنه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف .

وقال محمد « رح » يرجع بقيمة المستحق فعلى هذا الخلاف إذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت الجارية أو هلكت قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد ، وعنده يرجع بقيمة الجارية . وفي الكافي للحاكم فإن اختلفا في المال فالقول قول العبد ، بيانه ما قالت في الشامل قال المولى أعتقتك على وصيف . وقال العبد على كر حنطة فالقول قول العبد مع يمينه ، لأن العبد لو أنكر أصل المال كان القول قوله فكذلك وصفه والبينة للمولى ، وقال في الشامل أيضاً اختلفا في قدر المال فالقول للمولى والبينة للعبد ، لأن القول في أصل العقد ، وكذلك في صفته .

( قال ولو علق عتقه بأداء المال صح ) أي قال القدوري لو علق الرجل عتق عبده

---

(١) هنا كلمة مكشوطة ، اه مصححه .

وصار مأذوناً ، وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي الف درهم فأنت حر ، ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الاداء من غير أن يصير مكاتباً ، لانه صريح في تعليق العتق بالاداء ، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى • وإنما صار مأذوناً لانه رغبة في الاكتساب بطلبه الاداء منه ، ومراده التجارة دون التكدي ، فكان إذناً له دلالة ،

---

بأداء المال صح العتق ، فلا يعتق قبل الأداء ، ولا يحتاج فيه إلى قبول العبد ، ولا يرتد برده وللمولى أنه يبيعه قبل الأداء ، كما في التعليق بسائر الشروط ( وصار ) أي العبد ( مأذوناً ) يسعى في التكسب لأداء المال ( وذلك ) أي تعليقه بأداء المال ( مثل أن يقول إن أديت إلي الف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح ) أي معنى قول القدوري ( أنه ) أي أن العبد ( يعتق عند الأداء ) أي أداء المال المشروط ( من غير أن يصير مكاتباً ) يعني لا يثبت له أحكام المكاتبين ، حتى لو مات وترك ديناً ،فما لمولاه لمولاه ، ولا يؤدي عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق يورث عنه ما في يده من أكسابه.ولو كانت أمة فولدت ثم أدت لم يعتق عبدها ، ولو حط المال وأبرأه المولى لم يعتق ولو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكره في الجميع .

( لأنه ) أي لأن قول المولى إن أديت إلي الف درهم فأنت حر ( صريح في تعليق العتق بالأداء ، وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء ) أي عند أداء المال ( على ما نبين إن شاء الله تعالى ) أي بعد خطوط عند قوله ولما أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود ( وإنما صار مأذوناً لأنه رغبة في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده التجارة ) يعني من الترغيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عندالاختيار(دون التكدي) لأنه بذل مرء وينجسه . والتكدي في الأصل لفظ فارسي ومعناه السؤال من الناس والدوران فيه ( فكان ) أي حقه على أداء المال ( إذناً له دلالة ) أي من حيث الدلالة ، لأن مراده التجارة ، ولا يتمكن من ذلك إلا بالإذن إما صريحاً وإما دلالة .

وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبـــد، ومعنى الإخبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخليـة . وقال زفر « رح » لا يجبر على القبول وهو القياس ، لانه تصرف يمين، إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً ، ولهـذا لا يتوقف على قبول العبـد ، ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الإيمان ، لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط ، بخلاف الكتابة لانها معاوضة والبـــدل فيها واجب .

---

( وإن أحضر المال ) أي وإن أحضر العبد المال المشروط ( أجبره الحاكم ) أي أن المولى ( على قبضه وعتق العبد ) لأنه قام بما شرط عليه ( ومعنى الإخبار فيه ) أي في هذا الموضع ( وفي سائر الحقوق ) كالثمن ، وبدل الخلع وبدل الكتابه وما أشبهها ( أنه ) أي أن المولى ( قابضاً بالتخلية ) وهو رفع اليد والموانع . وقال الكاكي شرطها أن لويعد يده أمكنه قبضه ، وهو قول الشافعي أن يكون معنى الإجبار في القبض ما هو المفهوم عند الناس ، وهو أن يكره على القبض بالتراجم بالضرب والجنس .

( وقال زفر لا يجبر عل القبول ، وهو القياس ، لأنه تصرف يمـين ) وليس المراد اليمين بالله واليمين بغير الله هو الشرط والجزاء ( إذ هو ) أي لأنه ( تعليق العتق بالشرط لفظاً ) احترازاً عن الكتابة ، فإنها ليست بتعليق لفظي ، فإنه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال صحت الكتابة ، وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه ( ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ) ويمكن أن يبيعـه قبـل الأداء ( ولا جبر عل مباشرة شروط الإيمان ) هذا متصل بقوله – لأنـه تصرف يمين – ( لأنه لا استحقاق قبـــل وجود الشرط ) فصار كالتعليق بدخول الدار ( بخـــلاف الكتابة ) حيث يجبر فيها ( لأنها ) أي لأن الكتابة ( معاوضة والبدل فيهـــا واجب ) فلذلك يجبر .

ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ، ومعاوضة نظراً إلى المقصود ، لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ، ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ ، حتى كان بائناً ، فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاتبته ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء ،

---

( ولنا أنه ) أي أن قول الرجل إن أديت إلى البقاء فأنت حر ( تعليق نظراً إلى اللفظ ) لأن فيه حرف الشرط ( ومعاوضة نظراً إلى المقصود ) أى مقصود المولى ، وهو حصول المال ، ومقصود العبد وهو حصول الحرية . وأوضح ذلك بقوله ( لأنه ) أى لأن المولى ( علق عتقه بالأداء ) أى بأداء المال ( إلا ليحثه ) أى ليحرضه ( على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى ) أى ولينال المولى ( المال بمقابلته ) أى بمقابلة العتق ( بمنزلة الكتابة ) فإنها معاوضة في الأصل ، ومعنى الشرط تابع ، ولهذا إذا مات المولى لا تنفسخ الكتابة .

( ولهذا ) أى ولأجل كون المال بمقابلة العتق معاوضة نظراً إلى المقصود ( كان ) أى المال ( عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ ) نحو ما إذا قال إن أديت إلي ألفاً فأنت طالق ( حتى كان ) أى الطلاق ( بائناً ) إذا طلقها بهذه الصفة لوقوعه على عرض ( فجعلناه ) أى فجعلنا قول المولى إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ( تعليقاً في الإبتداء ) أى في أول الأمر ( عملاً باللفظ ) وهو كونه بحرف الشرط ( دفعاً للضرر عن المولى ) أى لأجل دفع الضرر عن المولى .

( حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاتبته ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء ) أي قبل أداء المال بأن قال لأمته إن أديت إلي ألفاً فأنت حرة . ثم ولدت ثم

## وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للضرر عن العبد ، حتى يجبر المولى على القبول

أدت المال لم يعتق الولد معها ( وجعلناه ) أي القول المذكور ( معاوضة في الانتهاء ) أي في انتهاء الأمر ( عند الأداء ) أي أداء المال ( دفعاً للضرر عن العبد ) فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية ( حتى يجبر المولى على القبول ) أي قبول المال . ولو أجبر المولى لا يتضرر به لأخذ العوض وقد رضي بالعتق بأدائه حيث علقه.

فإن قيل لا يمكن جعله معاوضة أصلاً ، لأن البدل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك المولى ، لأنه قبل الأداء عبد وهو وما في يده لمولاه . أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة ثبت شرط صحته اقتضاء ، وهو أن يصير العبد أحق بالمولى ، فيثبت بهذا سابقاً على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كانت عبده على نفسه وماله كان الكسب مالاً قبل الكتابة ، فإنه يصير أحق لذلك المال ، حتى لو أدى ذلك عتق ، ذكره صاحب النهاية ثم قال كذا في مبسوط شيخ الإسلام . وقال الأكمل وفيه نظر من وجهين . أحدهما أن معنى ثبوت الكتابة هو المعارض ، فلا بد من إثباته . والثاني : أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلاً عن حصول اقتضاء ، ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلا يصحه العتق على مال ، وفيه معنى التعليق أولى ، فيكون ملحقاً بالكتابة دلالة .

وقال الأترازي فإن قلت كيف يصح جعله معاوضة والعوض والمعوض عن المولى جميعاً. قلت هذه مغالطة ، لأن العوض هنا هو العتق ، وهو يحصل للعبد لا للمولى.

فإن قلت ترد عليكم الأحكام منها إذا قال إن أديت إلي خمراً فأنت حر ، حيث لا يجبر على القبول، وكذا إذا قال إن أديت إلي ثوباً فأنت حر ، ومنها إذا قال إن أديت إلي ألفاً فحججت بها فأنت حر لا يجبر على القبول . ومنها إذا باع العبد ثم اشتراه ثم جاء بألف لا يجبر على القبول . قلت لا يجري في الخمر لأن المسلم ممنوع منه ، لكن إذا أداها عتق . وأما الثوب فإنه مجهول الجنس . وأما الحج فالتعليق فيه شيئان ، إما الحج أو المال ولهذا لا يعتق بمجرد الأداء ما لم يوجد الحج ، وليس فيه معنى المعاوضة ، فلا يصح الجبر.

فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل ، نظيره الهبة بشرط العوض ، ولو أدى البعض يجبر على القبول ، إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط ، كما إذا حط البعض وأدى الباقي . ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها .

---

ولو قال إذا أديت إلي ألفاً أحج بها يجبر على القبول ويعتق العبد وجد الحج أو لا ، لأن الحج وقع صورة لا شرطاً ، ويصح البيع في المسألة الأخيرة بطل معنى الكتابة ، فلا يجبر على القبول .

( فعلى هذا يدور الفقه ) أي على اعتبار الشبهين يدور الفقه إلى المسائل الفقهية. وقال الكاكي أي المعنى الفقهي ( ويخرج المسائل ) عطف على قوله يدور ، وهو صيغة المجهول منها ( نظيره الهبة بشرط العوض ) جعلناها هبة ابتداء حتى لا يفيد الملك قبل القبض ، ولا يجري تسليمه ، ويفيد بالشيوع فيما يحتمل القسمة ولا يستحق فيها الشفعة ويردها بالعيب ، ويترتب عليها أحكام البيع بعد القبض حتى لا يتمكن البائع من الرجوع .

( ولو أدى البعض يجبر على القبول ) لأنه حر من جهة ، ففي عوض عند الأداء فصار للبعض حكم الاعراض نصاً لبعض بدل الكتابة وبعض اليمين . وفي شرح الطحاوي ولو أتى العبد بخمسمائة فالقياس أن يجبر ، لأنه لا يعتق بقبوله هذا ، وهو قول أبي يوسف . وفي الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب ( إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط ) وهو أداء الكل ( كما إذا حط البعض ) يعني إذا حط المولى بعض الألف فيما إذا قال له إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ( وأدى الباقي ) أي باقي الألف لا يعتق لعدم الشرط ، لأن الشرط أداء الألف ولم يوجد كما إذا أدى الدنانير مكان الدراهم ، وقد فسر الحاكم في الكافي على هذا الحكم .

( ثم لو أدى ألفاً اكتسبها ) العبد ( قبل التعليق رجع المولى عليه ) بألف أخرى مثلها ( وعتق لاستحقاقها ) أي لاستحقاق المولى الألف كأنه كان يستحقها ، لأن العبد وما في

ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه ، لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ، ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ، لأنه تخيير ، وفي قوله إذا أديت لا يقتصر ، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ، ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لإضافه الإيجاب إلى ما بعد الموت ، فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم ،

---

يده لمولاه ( ولو كان اكتسبها بعده ) أى ولو كان العبد اكتسب تلك الألف بعد التعليق ( لم يرجع عليه ، لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ) أي لأن العبد مأذون من جهة المولى بالاكتساب والأداء منه ، لكنه يأخذ الباقي ، لأن مال المأذون في التجارة للمولى ، بخلاف المكاتب ، كذا في الشامل وغيره .

( ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس ، لأنه تخيير ) يعني للعبد بين الأداء والامتناع ، وهذا هو ظاهر الرواية . وروى بشر عن أبي يوسف « رح » أنه لا يقتصر ( وفي قوله إذا أديت ) يعني إذا أديت إلي الفاً فأنت حر ( لا يقتصر ، لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ) والوقت يعم فلا يقتصر على المجلس ، كما في قوله متى أديت إلي الفا فأنت حر لا يقتصر على المجلس .

( ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت ) أي قبل العبد بعد موت المولى ( لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت ) فيكون نزول إيجاب المعتق بعد الموت والقبول يكون عند زوال الإيجاب ( فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم ) يكون القبول غداً ، لأنه وقت نزول الإيجاب ، فإذا قبل بعد الموت هل يعتق أم لا ، قال في شرح الطحاوي لم يعتق بالقبول حتى يعتقه الورثة والوصي ، لأن الأصل أن كل عتق فاخر وقوعه بعد الموت ولو ساعة لا يعتق إلا بالإعتاق ، ألا ترى أنه لوقال لعبده وأنت حر بعد موتي بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة بعد شهر .

بخلاف ما إذ قال أنت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال ، لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق ، قالوا لا يعتق في مسألة الكتاب ، وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث ، لأن الميت ليس بأهل للاعتاق وهذا صحيح .

---

( بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال ، لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق ) لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً صحيحاً ، هذا قول أبي يوسف على ما ذكره صاحب الأجنـــاس عن نوادر بشر بن الوليد إذا قال أنت مدبر على الف درهم ، قال أبو حنيفة ليس القبول الساعة ، وله أن يبيعه فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت إذا الف عتق . وقال أبو يوسف إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعد ذلك ، وإن قبل كان مدبراً وعليـه الألف إذا مات السيد .

( قالوا ) أي قال المتأخرون من مشايخنا ( لا يعتق في مسألة الكتاب ) أي في مسألة الجامع الصغير ، وهي قوله أنت حر بعد موتي على الف درهم ( وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الورثة ) قال التمرتاشي أو الوصي ، فإن امتنعوا فالقـــاضي ( لأن الميت ليس من أهل الإعتاق ، وهذا صحيح ) أي قول المشايخ صحيح أنه لا يعتق ما لم يعتقه الورثة ، بناء على أنه إيجاب ضمان إلى ما بعد الموت ، وأهلية الوجوب شرط الإيجاب ، وقدعدمت بالموت ، بخلاف التدبير ، فانه إيجاب في الحال والأهلية ثابتة ، والموت شرط ، والاهلية ليست بثابتة بشرط عنـــده ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر فوجد الشرط وهو مجنون . وقال الاترازي ولنا فيه نظر قدمناه ، وهو قوله فيما تقدم . فان قبل بعد الموت ينبغي أن يعتق لكلام صدر من الاهل مضافاً إلى المحل وإن كان الميت ليس بأهل للإعتاق . ألا ترى أن الإيجاب نزل معتبراً بعد الموت حكماً لكلام صدر من الاهل وإن كان في ذلك الوقت ليس بأهل للإيجاب ، ولهذا يترتب القبول عليه ، وأيضاً إن القول لا يعتبر حال الحياة . وإذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة إلا باعتاق واحد منهم ، أي من الورثـة

قال ومن أعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف «رح». وقال محمد «رح» عليه قيمة خدمته أربع سنين ، أما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً،

---

أو الوصي لا يكون معتبراً بعد الوفاة أيضاً ، فلا يبقى فائدة ، أو لقوله بالقبول بعد الموت .

( قال ومن أعتق عبده ) أي قال محمد في الجامع الصغير ومن أعتق عبده ( على خدمته أربع سنين فقبل العبد عتق ثم مات ) أي المولى أو العبد كما بين في آخر المسألة ( من ساعته ) أي ساعة البدل ( فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » عليه قيمة خدمته أربع سنين ) هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة الآخر ، وقوله الأول كقول محمد ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير . وقول زفر والشافعي كقول محمد ، وخدمة البيت المعروف بين الناس ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي .

وشرح المسألة ما قال في شرح الطحاوي لو قال لعبده أنت حر على أن تخدمني أربع سنين ، فإن مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة ، لأن شرط الخدمة للمولى ، وقد مات المولى ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف عليه قيمة نفسه ، وعند محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين . ولو كان خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة أرباع قيمة نفسه ، وعلى قول محمد عليه خدمة ثلاث سنين ، وكذا لو مات العبد وترك لا يقضى من مال بقيمة نفسه عندهما . وعند محمد « رح » يقضي بقيمة الخدمة . وقال في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمة نفسه إلا قدر قيمة ما خدم عندهما ، وعند محمد « رح » قيمة ما بقي ، وكذلك إن مات العبد أحد من تركته ، أما العتق للتفصيل . لأنه ذكر أولاً سنين العتق ووجوب القيمة ، لكن هي قيمة النفس عندهما . وعند محمد قيمة الخدمة .

فقال بعد ذلك ( أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً من العتق ،

فيتعلق العتق بالقبول. وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين، لأنه يصلح عوضاً، فصار كما إذا أعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلافية أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها، ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما، وبقيمة الجارية عنده، وهي معروفة.

---

فيتعلق العتق بالقبول) أي بقبوله في المجلس قبل التسليم كما في البيع الخدمة، لأن المولى جعل الإعتاق على الخدمة، فكان معاوضة وقضية المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع. وقال الأترازي بعد قوله – أما العتق – للتفضيل كما ذكرنا، لكن بقي المصنف أن يقول وأما وجوب قيمة النفس عندهما فلأجل كذا، وأما وجوب قيمة الخدمة عند محمد رحمه الله فلأجل كذا، فلم يعرفه ما هو حق الكلام، انتهى. قلت الذي نفى عليه من الكلام علم مما ذكره في أثناء الكلام، فاقتصر على ذكره.

( وقد وجد ) أي القبول ( ولزمه خدمة ) أي ولزم العبد خدمة المولى (أربع سنين، لأن يصلح عوضاً ) أي لأن الخدمة على تأويل المذكور إنما يصح عوضاً، لأن المنفعة أحلت حكم المالية بالعقد، ولهذا صلح مهراً ( فصار ) أي الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد بعد القبول ( كما إذا أعتقه على الف درهم ثم مات العبد ) بعد القبول، لأن الخدمة تصلح عوضاً عن الإعتاق كالألف فعتق في الصورتين بالقبول، ثم إذا مات العبد ( فالخلاف فيه ) أي في المسألة الخلافية في الإعتاق على الخدمة في المدة المعلومة ( بناء على خلافية أخرى وهي ) أي صورة المسألة الأخرى ( أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ) فقبل العبد ( وعتق ثم استحقت الجارية أو هلكت ) قبل التسليم ( يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف ( وبقيمة الجارية ) أي ويرجع بقيمة الجارية ( عنده ) أي عند محمد « رح » ( وهي ) أي مسألة بيع العبد منه بجارية إذا استحقت ( معروفة ) في طريقتها الخلاف وهناك موضع وبيانها واحد عياناً.

ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد ، وكذا بموت المولى ، فصار نظيرها . ومن قال لآخر أعتق أمتك على الف درهم علي على ان تزوجيها ففعل فأبت أن تزوجه فالعتق جائز ، ولا شيء على الآمر ، لأن من قال لغيره أعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ، ويقع العتق عن المأمور ، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر ، لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز . وفي العتاق لا يجوز

---

( ووجه البناء ) أي بناء تلك الخلافية على هذه الخلافية ( أنه ) أي أن البيان ( كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد ، وكذا بموت المولى فصار نظيرها) أي صار الإعتاق على الخدمة إذا مات العبد أو المولى نظير الخلافية الأخرى في أن الواجب عند محمد قيمة الخدمة ، وعندهما الواجب قيمة العبد .

( ومن قال لآخر أعتق أمتك على الف درهم علي على أن تزوجيها ) وفي بعض نسخ الجامع الصغير ذكر لفظ علي قبل قوله على أن تزوجيها ، وفي البعض لم يذكر لفظ علي إذ الوجوب مستفاد على الحالين ، لكن ذكر علي أول على المراد ( ففعل ) أي للأمور فعل ما قال الرجل ( فأبت ) أي الأمة ( أن يتزوجه ) أي أن يتزوج الأمر ( فالعتق جائز ولا شيء على الآمر ، لأن من قال لغيره أعتق عبدك على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ، ويقع العتق عن المأمور ، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل ، حيث يجب الألف على الآمر ، لأن اشتراط البدل ) في الخلع على المرأة مشروع من غير أن يسلم لها شيء ، لأن الخلع إسقاط محض ، فلما جاز على المرأة من سلامة شيء لها جاز ( على الأجنبي في الطلاق جائز ، وفي العتاق لا يجوز ) كذلك ، بخلاف

وقد قررناه من قبل . ولو قال أعتق أمتك عني على ألف درهم والمسألة قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب القيمة اداه الآمر ، وما أصاب المهر بطل عنه ، لانه لما قال تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف ، وإذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء ، وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما ، ووجبت حصة ماسلم له وهو الرقبة ، وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع ، فلو زوجت نفسها منه لم

---

الإعتاق ، فان فيه معنى الإثبات ، وإن كان هو إزالة الملك لان يحصل العبدقوة حكمية[1] لم تكن ثابتة قبل الإعتاق ، فكان في معنى المعاوضة .

واشتراط العوض لا يجوز على غير من سلم له المعوض ، فلا يجب على الأجنبي بناء لأنه لم يسلم له شيء بهذا الضمان . وذكر شمس الأئمة بأن المرأة لا تجبر على تزويج نفسها منه بعد العتاق لأنها صارت مالكة أمر نفسها بمنزلة من أعتق أمته على أن تزوج نفسهامنه فقبلت ثم أبت بعد الإعتاق لا تجبر على ذلك .

( وقد قررناه من قبل ) أي في باب الخلع في مثاله خلع الأب ابنته الصغيرة على وجه الإستشارة في بدل العتق على الأجنبي صحيح ، فعلى الأب أولى .

( ولو قال أعتق أمتك عني على الف درهم . فالمسألة بحالها ) أي قال على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تزوجه ( قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها ، فما أصاب القيمة أداه الآمر ، وما أصاب مهر المثل بطل عنه ) أي عن الآمر ( لأنه لما قال عني تضمن الشراء ) اقتضاء ، كأنه قال بع أمتك مني ثم أعتقها ( على ما عرف ) أي في أصول الفقه ( وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء ) أي من حيث الشراء ( وبالبضع ) أي وقابله بالبضع ( نكاحاً ) أي من حيث النكاح ( فانقسم عليها ) أي على الرقبة والبضع .

( ووجبت ثم يزوجه حصة ما سلم له وهو الرقبة ) لأنها سلمت له حيث وقع العتق منه ( وبطل عنه ما لم يسلم ، وهو البضع ) حيث لم تزوجه ( فلو زوجت نفسها منه ولم

---

(١) هكذا الجملة في الاصل .

يذكره ، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه. الاول: وهي للمولى في الوجه الثاني : وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين

---

يذكره ) يعني في الجامع الصغير ( وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول ) وهو ما إذا لم يقل عني ، وكذا سقط في الوجه الأول القيمة ، لعدم وجوب الضمان ( وهي للمولى في الوجه الثاني ) أي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني ، وهو ما إذا قال عني ( وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين ) أي فيما إذا قال عني أو لم يقل .

وقال التمرتاشي فإن تزوجت فلها مهر مثلها ، ولا تكون قيمتها مهراً لأنه ليس بمال . وعن أبي يوسف أنه جعل العتق مهراً، إلا أنه ﷺ أعتق صفية ونكحها ، وجعل عتقها مهرها . قلنا أنه ﷺ مخصوص بالنكاح بغير مهر ، فإن أبت فعليه قيمتها ، لأن الشرط فات ، وكذا لو أعتقت عبداً أن تزوجها ، فإن فعل فلها مهرها ، وإن أبى فعليه قيمته .

* * *

# باب التدبير

إذا قال المولى لمملوكـــه إذا مت فأنت حر أو أنت حر عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً ، لان هذه الفاظ صريح في التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر ،

---

## ( باب في حكم التدبير )

أي هذا باب في بيان حكم التدبير . ولما فرغ من الإعتاق المطلق عن قيد شرع في الإعتاق المقيد ، وهو التدبير أو المركب بمنزلة المقيد ، والمفرد بمنزلة المطلق ، والمركب بعد المفرد لا محالة . وقال الأترازي لما فرغ من العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت ، لأن الموت يتلو الحياة ، والتدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الأمر ، وكأن المولى لما نظر في عاقبة أمره وأمر عاقبته أخرج عبده إلى الحرية بعده في الشرع هو العتق الواقع عن دبر من الإنسان .

( إذا قال المولى لمملوكـــه إذا مت فأنت حر ، أو أنت حر عن دبر مني ، أو أنت مدبر أو قد دبرتك فقد صار مدبراً ، لان هذه الألفاظ صريح في التدبير ، فإنه إثبات العتق عن دبر ) في الإيضاح والتحفة والينابيع الفاظه ثلاثة أنواع . أحدها : الصريح كقولك دبرتك وأنت مدبر ، وأنت حر عن دبر منى ، وكذلك حررتك لو أعتقتك أو أنت محرر أو عتيق أو معتق بعد موتي يصير مدبراً .

والثاني : بلفظ اليمين مثل قوله إن مت أو إن حدث لي حادث ، والمراد بالحـــادث الموت عادة فأنت حر ، وكذا إذا قال مع موتي أو في موتي ، وروى هشام عن محمـــد « رح » في قوله أنت مدبر بعد موتي يصير مدبراً للحال ، وكـــذا لو قال أعتقتك بعد موتي أو حررتك .

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة . وقال الشافعي « رح » يجوز لانه تعليق العتق بالشرط ، فلا يمتنع به البيع والهبة، كما في سائر التعليقات، وكما في المدبر المقيد ، ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك . ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرمن الثلث ،

---

والثالث : بلفظ الوصية بأن قال وصيت لك برقبتك أو بنفسك فالكل سواء ، وكذا لو قال أوصيت بثلث مالي فتدخل رقبته فيه ، لأن رقبته من جملة ماله فكان يوصي له بثلث رقبته .

( ثم لا يجوز بيعه ) أي بيع المدبر ولا هبته ، ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة ، حيث لا يجوز بيع المكاتب ( ولا هبته ولا إخراجه من ملكه إلا بالحرية كما في الكتابة ) وبقولنا قال عامة العلماء والسلف من الحجازيين والشاميين والكوفيين ، وهو مروي عن عمر وعثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وبه قال شريح وقتادة والثوري والأوزاعي ، وهو مذهب مالك في الموطأ .

( وقال الشافعي يجوز ) لأن يبيعه ، وبه قال أحمد « رح » وداود ، وكذا هبته وصدقته وغيرها ولا يباع في الدين عند الجمهور ، وعند مالك يباع في الدين حال حياة سيده وبعد موته ( لأنه ) أي لأن التدبير ( تعليق العتق بالشرط ، فلا يمنع بالبيع والهبة كما في سائر التعليقات ) قبل وجود الشرط ، فكذا في هذا التعليق ( وكما في المدبر المقيد ) فإنه يجوز بالاتفاق ( ولأن التدبير وصية ) يعتق بدليل أنه يعتبر من الثلث ( وهي غير مانعة من ذلك ) إذ الوصية غير مانعة من البيع والهبة ، وغيرهما ، لأن الوصايا ليست بلازمة ، ولهذا يجوز الرجوع عنها صريحاً ودلالة ، فكذا هذا الوصية .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ) هذا الحديث أخرجه الدارقطني بنص لا يورث من رواية عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهم قال قال رسول الله ﷺ المدبر لايباع

ولأنه سبب الحرية ، لأن الحرية تثبت بعد الموت ، ولا سبب غيره ثم جعله سبباً في الحال أولى بوجوده في الحال وعدمه بعد الموت،

---

ولا يوهب وهو حر من ثلث المال ، قال الدارقطني لم يسنده غير عبيدة بن حسان وهو ضعيف ، وإنما هو عن ابن عمر من قوله وقال الأترازي ولنا ما ذكر محمد في الأصل حديث أبي جعفر أن رسول الله ﷺ باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته ، يعني أجر المدبر .

وروى أصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عمر المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال . وقال الأترازي أيضاً وجه قول الشافعي ما روى جابر في صحيح البخاري أعتق رجل منا عبد الله عن دبر فدعى النبي ﷺ به فباعه ، قال جابر مات الغلام عام أو قال في السنين اشتراه نعيم بن عبد الله بن النجاد بثمانمائة درهم . وفي بعض الروايات بسبع أو تسعمائة . وقال في جامع الترمذي كان عبداً قبطياً مات في إمارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله ﷺ ، ثم قال الأترازي وما رواه الشافعي يحمل على المدبر المقيد أو على ابتداء الإسلام حين كان يباع الحر أو على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقاً بين حديثنا وحديثه ، وكان من قبل الشافعي قد أجمعوا على عدم جواز بيعه مع أبي حنيفة وسفيان ومالك والأوزاعي، ثم لما نشأ الشافعي بعدم جوزه فصار هذا منه خرقاً للإجماع فلا يجوز ، انتهى كلامه .

قلت في كلامه نظر في موضعين ، الأول : قوله توفيقاً بين حديثنا وحديثه ، وكيف يوفق بينهما وحديثه صحيح وحديثنا لم يبلغ إلى الصحة . والثاني : إن قوله فصار هذا منه خرقاً للاجماع غير مسلم ، لأن الشافعي لم ينفرد ، وهو مذهب جابر وعطاء ، ووافقه أحمد وإسحاق وداود .

( ولأنه ) أي ولأن التدبير ( سبب الحرية ، لأن الحرية تثبت بعد الموت ) بالإجماع ( ولا سبب غيره ، ثم جعله سبباً في الحال أولى بوجوده في الحال وعدمه بعد الموت ) لكون كلامه عرضاً لا يبقى ، فتعين أن يكون سبباً في الحال، ولا يقال أنه موجود حكماً بعد موته ، وإن كان معدوماً كما جعل كالموجود في بعض الأحكام ، لأنا نقول الشيء إنما يصير موجوداً حكماً إذا أمكن وجوده حقيقة ، ولا إمكان لوجوده حقيقة بعد الموت

ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية، بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قبل الشرط

---

لاستحالة وجود الفعل من الميت . وقال الأترازي وما قاله صاحب الهداية قبل باب عتق أحد العبدين بقوله – وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت – فذاك منه تناقض لا محالة . وقال الأكمل يحمل ما ذكر هنا على غير الأولى ، فيندفع التناقض ، أو يكون قد اطلع على رواية عن أصحابنا أنه يجوز ، وأن يكون سبباً بعد الموت ، أو اختيار جوازه بالاجتهاد .

( ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف ، فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية ) فلا يتصور انعقاد السبب من غير الأهل ( بخلاف سائر التعليقات ) هذا جواب عما يقال في التدبير تعليق شيء من السبب ثابتاً في الحال ، وإنما يكون عند الشرط ، فما بال التدبير يخالف سائر التعليقات . فأجاب بقوله – بخلاف سائر التعليقات – . قال الكاكي هو متعلق بقوله حال بطلان أهلية التصرف ، وأهلية التصرف باقية في سائر التعليقات عند وجود الشرط . أما ها هنا لا تبقى أهلية التصرف بعد موته ، فلو لم يجعل سبباً في الحال بقي كلامه من كل وجه .

فان قيل وجود أهلية المعلق حال وجود الشرط ليس بشرط ، لما مر أنه لو علق الطلاق أو العتاق ثم جن وجد الشرط وهو مجنون يقعان ، فكان التدبير بمنزلة سائر التعليقات ، قلنا الأهلية فيما نحن فيه تبطل من كل وجه . وفي المجنون من وجه ، فانه أهل للملك وزواله قد يكون أهلاً لإيقاع الطلاق والعتاق ، ألا ترى أن الولي لوزوجه امرأة يصح النكاح ، ولو باشر هو بنفسه أسباب حرمة المصاهرة ، ولو ارتدولحقا بدار الحرب يثبت الحرمة بينه وبين منكوحته ، وفي الموت تبطل الأهلية من كل وجه ، ألا ترى أن نفس التعليق يبطل بالموت ولا يبطل بالجنون ، فعلى هذا لا يلزم من عدم اشتراط مثل هذه الأهلية ( لأن المانع من السببية ) [1] يعني موجود ( قبل الشرط ) لأنه انعقد تصرفاً آخر في الحال .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وإنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وأَمكن تأخير السببية فيه إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال وإبطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره

---

( لانه يمين ) يعني لانه لا يصير يميناً ( واليمين مانع ) من مباشرة الشروط والمانع من الشرط مانع من الحكم ، والمانع من الحكم لا يكون سبباً للحكم (والمنع هو المقصود)أي المنع عن تحقيق الشرط هو المقصود ( وإنه ) أي وإن المنع ( يضاد وقوع الطلاق والعتاق) أي المانع لوقوعها يضاد وقوعها ، فيكون التعليق سبباً في الحال ( وأمكن تأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ) أي إلى زمان وقوع الشرط ( لقيام الاهلية عنده فافترقا ) أي فافترق التدبير المطلق وسائر التعليقات .

( ولأنه ) أي ولأن التدبير وصية هذا فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات ( والوصية خلافة في الحال ) لأن الموصي يجعل الموصى له ، خلافاً بعض ماله بعد الموت كالورثة ، وانها ليست بخلافة في الحال . واعترض أن لو كان وصية ليبطل إذا قتل المدبر سيده ، لأن الوصية للقاتل لا يجوز وجاز البيع ، لأن الوصي يجوز له بيع للموصى به ، ويكون رجوعاً عن الوصية ، وليس الأمر كذلك ، والجواب عنها جميعاً ان ذلك في وصيته ولم يكن على وجه التعليق ، لأن الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك . ووجه انتقاض ذلك أن بطلان الوصية بالنقل . وجواز البيع وكونه رجوعاً إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير ، لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك .

( وإبطال السبب ) تتمة الدليل متصل بقوله لأنه بسبب الحرية ( وفي البيع وما يضاهيه ) أي وما يشابهه مثل الهبة والصدقة ( ذلك ) إشارة إلى إبطال التدبير ، فلا يجوز .

( قال ) أي القدوري ( وللمولى أن يستخدمه ويؤاجره ) لأن التدبير المطلق لايرسل

وان كان له أمة يحل وطئها وله أن يزوجها لان الملك فيها ثابت له وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ، ولأن التدبير وصية، لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه ، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية، ولا يمكن نقض العتق ، فيجب رد قيمته . وولد المدبرة مدبر ،

---

الملك في الحال ( وإن كانت له أمة يحل وطئها وله أن يزوجها لأن الملك فيها ثابت له ) أي للمولى (وبه) أي وعتق المدبر من ثلث ماله (وبه يستفاد ولاية هذه التصرفات) إشارة إلى الاستخدام والإجارة، والوطء والتزويج (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) وقال ابن مسعود ومسروق ومجاهد وسعيد بن جبير يعتق من رأس المال، وبه قال زفر والليث بن سعد ( لما روينا ) إشارة إلى حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما ( لأن التدبير وصية ، لأنه تبرع يضاف إلى وقت الموت والحكم )وهو العتق ( غير ثابت في الحال وتنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره ) أي غير المدبر ( يسعى في ثلثيه وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق ) يعني فسخه ، (فيجب رد قيمته) التي سميت له .

( وولد المدبرة مدبره ) هذا لفظ القدوري في مختصره وعامة النسخ هاهنا بالتأنيث في المضاف إليه وهو الصواب . وفي بعض النسخ بالتذكير قال الاترازي وليس بصحيح ، لان ولد العبد المدبر لا يخلو إما أن يكون من أمة أو حرة ، فإن كان من أمة يكون رقيقاً لمولاه ، ولا يكون مدبراً كأبيه ، وإن كان من حرة يكون حراً بخلاف ما إذا كان ولد من أمة مدبرة ، فإنه يكون مدبراً اتباعاً لأمه ، لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد ، ولهذا شرح في الشامل بالتأنيث وقال وولد المدبرة بمنزلتها لما روي عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله تعالى عنهم أن ولد المدبرة مدبر ، وكذلك في فتاوى الولوالجي ، حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة، وهذا مذهبنا . وقال الشافعي لا يدخل الولد في تدبيرها .

وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة « رض » . وإن علق التدبير بموته على صفـــة مثـــل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ، ويجوز بيعه ، لأن السبب لم ينعقد في الحال لتردده في تلك الصفة ، بخلاف المدبر المطلق ، لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت ، وهو كائن لا محـــالة ، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر ، معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة

---

( وعلى ذلك ) أي كولد المدبرة مدبراً ( نقل إجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ) لأنه روي أنه خوصم أبا عثمان رضي الله تعالى عنه في أولاد مدبرة فقضى أن ما ولدتــه قبل التدبير عبد ، وما ولدته بعد التدبـــير مدبر ، وقال ذلك بمحضر من الصحابـــة من غير خلاف .

( وإن علق التدبير بموته على صفة مثـــل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ، ويجوز بيعه ، لأن السبب لم ينعقد في الحـــال لتردده في تلك الصفة ) لأنه ربما يرجع من تلك السفر ، ويبرأ من ذلك المرض ( بخـــلاف المدبر المطلق ، لأنه يعلق عتقه بمطلق الموت ) وهو كائن لا محالة تحقيق هذا أن المعلق بـــه إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين ، وقد عرفت أن صفة كونه يميناً يمنع من السببية ، وأما إذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليمين ، فكان سبباً .

فان قيل إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقـــد ، فان انعقد بعـــد الموت فليس بحـــال أهلية الإيجاب ، وإن انعقـــد قبله فكيف يجوز معه ، فالجواب أنــه موقوف .

(فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه )أي معنى قول القدوري عتق ( من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة

فيه ، فلهـــذا يعتبر من الثلث ومن المقيد أن يقول إن مت إلى سنـــة أو عشر سنين لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب، لأنه كالكائن لا محالة

---

منه ، فلهذا ) إيضاح لثبوت الحكم في آخر جزء من أجزاء حياته ( يعتبر من الثلث ومن المقيد ) أي من جملة التدبير المقيد ( أن يقول إن مت إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا ) أي التردد في الصفة ( بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش اليـه ) إلى ذلك الوقت ( في الغالب ) يكون مدبراً ( لانه كالكائن لا محالة ) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى ، وبه قال مالك . وذكر الفقيه أبو الليث في النوازل أن رجلاً قال لعبد أنت حر إن مت إلى مائتي سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد ، وله أن يبيعه . وقال الحسن بن زياد لا يجوز بيعه ، لانه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة ، فصار كأنه قال إذا مت فأنت حر .

* * *

# باب الاستيلاد

## إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها

---

**( باب الاستيلاد )**

أي هذا باب في بيان حكم الاستيلاد ، وهو طلب الولد لغة وأم الولد من الأسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الإسم كالنجم للثريا . وفي الشرع أم الولد مملوكة يثبت نسب ولدها من مالك لها أو مالك له بعضها ، وذلك لأن الاستيلاد اتباع ثابت النسب ، فإذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد وإلا فلا . ولما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية حقيقتها .

( إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد ولا يجوز بيعها) خلافاً لبشر بن غياث وداود تابعه من الظاهرية ، واحتجوا بما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث جابر بن عبد الله أنه قال بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ، فلما كان عمر رضي الله تعالى عنه نهانا فانتهينا . وذكر ابن حزم في المحلى أن بيعها مروي عن أبي بكر الصديق رضي الله تعالى عنه وعلي وابن عباس وابن مسعود وابن الزبير وزيد بن ثابت . وعن عمر أنها إن عفت وأسلمت عتقت ، وإن كفرت وفجرت رقت ، وروي مثله عن عمر بن عبد العزيز . وأجاب أصحابنا بأن عمر رضي الله تعالى عنه لما نهى عن ذلك أجمعوا عليه .

واحتجوا أيضاً بما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه ، رواه أحمد وابن ماجة ، وهو حديث مشهور تلقته الأئمة بالقبول قال عليه السلام في مارية القبطية أم ابراهيم حين قيل له ألا تعتقها ، قال عليه السلام أعتقها ولدها ، رواه ابن ماجة والدارقطني . وقال الخطابي وقد ثبت أنه عليه السلام قال إنا معاشر الأنبياء لا نورث ، ما تركناه صدقة ، فلو كانت مارية مالاً لبيعت وصار ثمنها صدقة .

ولا تمليكها، لقوله عليه السلام أعتقها ولدها. أخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع، ولأن الجزئية قد حصلت بـــين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد، فإن الماءين قد اختلطـــا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أن بعد الإنفصال تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة، فضعف السبب، فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت. وبقاء الجزئية حكماً

---

( ولا تمليكها ، لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( أعتقها ولدها ) هـــذا قاله في مارية القبطية ، وقد مر الآن ( أخبر عن إعتاقها ) أي أخبر النبي ﷺ عن إعتاق مارية ( فيثبت بعض مواجبه وهو ) أي بعض مواجب قوله عليه السلام حرمة البيـع ، أي بيعها ، لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية ، لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنه ، وهو المذكور آنفاً ، فعملنا بها جميعاً ، ومبنى البيع في الحـــديث الأول ، والتخيير بالحديث الثاني لا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين ، فلا يرتفع إلا بيقين مثله، وخبر الواحد لا يوجبه ، لأنا نقول الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير ، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق ، فرجحناها .

( ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطىء والموطوءة بواسطة الولد ، فإن المـــاءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما ) أي بين المائـــين على ما عرف في حرمة المصاهرة ، وهي تمنع بيعها وهبتها ، لأن بيع جزء الحر وهبته حرام ( إلا بعد الإنفصال ) جواب عما يقال لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق ، لأن الجزئية توجبه ولستم قائلين بـــه ، فأجاب بقوله بعد الإنفصال ( تبقى الجزئية حكماً لا حقيقـــة فضعف السبب ) أي سبب العتق هو الجزئية بينهما ( فأوجب حكماً مؤجلاً إلى ما بعد الموت ) ولم يثبت في الحال ولم يجز بيعها ف‍و تبطلا استحقاقها ( وبقاء الجزئية حكماً ) هذا جواب عما يقـــال لو كانت الحرية حكماً متحقق من ملكه امرأته التي ولدت منه بعد موتها ، وليس كذلك. فأجاب

باعتبار النسب ، وهو من جانب الرجل ، فكذا الحريـــة تثبت في حقهم لا في حقهن ، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحـــال ، فيمتنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته ، وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له ، لأن الاستيلاد لا يتجزأ ، فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله .

---

بقوله – وبقاء الحرية حكماً – أي من حيث الحكم ( باعتبار النسب وهو ) أي النسب ( من جانب الرجال ) أي النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات .

( فكـــذا الحرية تثبت في حقهم ) أي في حق الرجال ( لا في حقهن ) أي في حق الأمهات . قوله – فكذا الحرية – صحت الرواية بالحاء لا بالجيم ، وهذا نتيجة ما تقدم ، فلهذا ذكر بالفاء ، يعني أن الحرية لما كانت باعتبار النسب أنتج أنه الحرية وقعت في حقهم ( حتى إذا ملكت الحرة زوجها ، وقد ولدت منه لم يعتق ) أي الزوج ( بموتهـــا ) أي بموت الحرة ( وثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال ، فيمتنـــع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ، فوجب لولي [1] وكذا إذا كان بعضهـــا مملوكاً له ) يعني إذا كانت الجارية مشتركة بين اثنـــين فاستولدها أحدهما يكون كل الجاريـــة أم ولد له .

( لأن الاستيلاد لا يتجزأ ، فانه فرع النسب ، فيعتبر بأصله ) وهو النسب ، فالنسب لا يتجزأ ، فكذلك فرعه ، وهو الاستيلاد فيما يمكن نقل الملك فيه ، وهذا بخلاف ما قال في باب العبد نصيبه بقوله والاستيلاد يتجزأ عنده حتى استولد نصيبـــه من مدبره يقتصر عليه ، لأنه نصيب شريك انتقل فاقتصر الاستيـــلاد على نسب المستولد . قال الأترازي

---

(١) هكذا الجملة في الأصل ، وهذا غير الموجود في المتن . اه مصححه .

قال وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها ، لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة ، ولا يثبت نسب ولدها إلا أن يعترف به . وقال الشافعي «رح» يثبت نسبه منه وإن لم يدع

---

ومعنى قولنا الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك عنه ، والمدبرة ليست بقابلة للنقل من ملك إلى ملك [1] ، فلا يتناقض ما قال ها هنا .

( قال ) أي القدوري ( وله وطؤها ) أي للمولى وطء أم ولده ( واستخدامها وإجارتها وتزويجها ، لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة ) وله أن يزوجها قبل أن يستبرئها . فان قيل شغل الرحم بمائه محتمل ، واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح ، كما في المعتدة . أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء ، وقد وقع الشك في زوالها ، فلا يرتفع به بخلاف النكاح ، فان المنكوحة خرجت عن محلية الغير ، فلا يعود اليها إلا بعد الفراغ حقيقة ، وذلك بعد العدة ( ولا يثبت نسب ولدها ) أي ولد الأمة ( إلا أن يعترف به ) هي إن اعترف به المولى ، أي بوطئها ، وبه قال الثوري والشعبي والحسن البصري ، وهو مروي عن زيد بن ثابت مع العزل .

( وقال الشافعي يثبت نسبه منه ، وإن لم يدع ) وبه قال مالك وأحمد ، فانه يثبت النسب منه إذا أقر بوطئها ، وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة ، وهو ضعيف ، لأنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشاً كالنكاح ، وفيه يلزم الولد وإن اشتراها . ولو وطئها من دبرها يلزمه الولد عند مالك ، ومثله عن أحمد ، وهو وجه الشافعية وضعفوه . وروى الطحاوي باسناده عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت منه . فقال ليس مني ، إني أتيتها إتياناً لا أريد به الولد . وعن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد أسود فشق عليه ، فقال ممن هو ، فقالت من راعي الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه ، ولم يلزمه .

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل . اهـ مصححه .

لأنه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء ، وإنه أكثر إفضاء أولى . ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه ، فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء ، بخلاف العقد ، لأن الولد يتعين مقصوداً منه ، فلايحتاج إلى الدعوة. فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار ، معناه بعد اعتراف منه بالولد

---

وعن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه كان يطأ جارية مارشية ويعزل عنها ، فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها ، أو عنه أنه قال لها ممن حملت ، قالت منك ، فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون الحمل منه ، ولم يلزمه مع اعترافه بوطئها فهو حجة عليهم .

( لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء ، وإنه أكثر إفضاء أولى ) أي والحال أنه إن كان الوطء أكثر إفضاء إلى الولد من العقد ( ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه ) أي من طلب الولد ، والمانع سقوط التقديم عنها عند أبي حنيفة « رح » ، لان أم الولد ليست بمتقومة عنده ، ونقصان القيمة عند صاحبه ، لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطء وزوال منفعة السعاية والبيع ( فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء ) فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة ( بخلاف العقد ) أي عقد النكاح ( لان الولد يتعين مقصوداً منه ) أي من العقد ، ولان الولد هو المقصود من العقد في المنكوحة لا يقال أن النسب باعتبار الحرية أو بما وضع لها ، والعقد عدمه لا مدخل له في ذلك ، لانا نقول لو كان ذلك مراده لثبت من الزاني وليس كذلك ، وإنما النظر إلى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك ( فلا يحتاج إلى الدعوة ) ووطء الامة ليس بموضوع فيحتاج اليها .

( وإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه عنه بغير اقرار ) هذا لفظ القدوري . وقال المصنف ( معناه ) أى معنى كلام القدوى ( بعد اعتراف منه ) أى من المولى ( بالولد

الأول ، لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها ، فصارت فراشاً كالمعقودة ، إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله ، لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة ، حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج ، وهذا الذي ذكرناه حكم ، فأما الديانة فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي ، لأن الظاهر أن الولد منه ، وإن

---

الاول ، لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصوداً منها ، فصارت فراشاً كالمعقودة بعد النكاح ) أى كالمنكوحة ، فلما صارت فراشاً لم يكن حاجة إلى الدعوى في ثبوت النسب ( إلا إذا نفاه ينتفي بقوله ) أى ينتفي النسب عنه بمجرد النفي من غير لعان ( لان فراشها ) أى فراش أم الولد ( ضعيف حتى يملك نقله ) أى حتى يملك المولى نقل فراشه ( بالتزويج ) .

( بخلاف المنكوحة حيث ينتفي الولد بنفيه إلا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك إبطاله بالتزويج الحاصل ) ثلاثة قوى كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوة ، ولا ينتفي إلا باللعان ووسط كفراش أم الولد يثبت نسب ولدها من غير دعوة ، وينتفي من غير لعان. وضعيف كفراش الامة لا يثبت نسب ولدها إلا بالدعوة ، وينتفي من غير لعان ، فأشبه فراش أم الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث أن نسب ولدها يثبت من غير دعوة ، فصار فيه قوة وفراش الامة من وجه حيث ينتفي نسب ولدها بمجرد النفي ، فصار فيه ضعف . فكان وسطاً .

( وهذا الذي ذكرناه حكم ) من مختصر القدوري في قوله ولا يثبت نسب ولدها ، إلا أن يعترف به بيان الحكم والقضاء يعني لا يثبت نسب ولد الامة من المولى قبل اعترافه قضاء ( فأما الديانة ) وهي الامر فيما بينه وبين الله تعالى ( فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعي ) أى الولد ( لان الظاهر أن الولد منه ، وإن

عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه، لأن هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن أبي حنيفة « رح » ، وفيه روايتـــان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد ،

---

عزل عنها ولم يحصنها ) المراد من التحصين أن يمنعها من الخارج والبروز عن مظان الريبة والعزل أن يطأها ولا ينزل موضع الجامعة ( جاز له أن ينفيها ، لان هذا الظـاهر ) وهو أن الولد منه عند التحصين وعدم العزل ( يقابله ظاهر آخر ) أى يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو يذكر التحصين فيتعارض الظاهران ، فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى ، فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال ، فجاز نفيه .

( هكذا ) أى لزوم الدعوة في الصورة الاولى وجواز النفي في الصورة الثانية ( روي عن أبي حنيفة ، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف ومحمد « رح » ) وفي بعض النسخ أخريان ، وهو الصحيـح . وقال الاترازى وقال بعضهم في شرحه والاصح آخران . قلت أراد به الكاكي ، فانه قال هكذا ، ثم قال الاترازى وذاك ليس بشيء كآخر ، وإن ثم أطال الكلام فيه ، فلا يحتاج إلى ذكره ، لان من له يد في موضع هذا يعرفه ، ومن لا يد له لا يفهمه . وقال الكاكي أيضاً قوله عن أبي يوسف ومحمد «رح» في بعض النسخ بتكرار عن أبي يوسف « رح » رواية واحدة . وعن محمد « رح » كذلك ، وتلك الروايات بلفظ الوجوب ، كـذا في المبسوط . وقال الاترازى قال بعض الشارحين ، أى عن أبي يوسف رواية واحدة . وعن محمد روايـــة واحدة ، وهو فائدة إعادة عن . قلت هذا أيضاً كلام الكاكي .

ثم قال الاترازى ولنا نظر في إعادة – عن – لانك إذا قلت أخذ درهمان عن زيـد أو عمرو بلا تكرار – عن – لا يفهم الدرهمين أحداً ، والدرهمين أخيرين أحداً عن عمرو ، بل المفهوم أن الدرهمين بعضها حصل عن زيد ، والبعض الباقي عن عمرو ، فكذا فيما نحن فيه بعض الروايتين عن أبي يوسف « رح » ، وبعضها عن محمد ، فيكون عن كل منهـما رواية واحدة ، فلا حاجة إلى تكرار – عن – يوهم أن الروايتين عن أبي يوسف « رح » وروايتان أخريان عن محمد ، وليس كذلك .

ذكرناهما في كفاية المنتهى . وإن زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه ، لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق ، والنسب يثبت من الزوج ، لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسداً ، إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام

---

( ذكرناهما في كفاية المنتهى ) فانه صنفه قبل الهداية وهو عزيز . وذكر الروايتين في في المبسوط ، فقال وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يسترها بعد ذلـــك ، حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أولم يعزل . وعن محمد «رح» قال لا ينبغي أن يدعي النسب إذا لم يعلم أنه منه ، ولكن ينبغي أن يعتق الولد وقد يستمتع بها ويعتقها بعد موته ، لان استحقاق نسب ليس منه لا يحل شرعاً ، فيحتاط من الجانبين ، وذلـــك في أن لا يدعي النسب ، ولكن يعتق الولد بعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منــه ، وذكر في إيضاح تلك الروايتين بلفظ الاستحباب ، فقال أبو يوسف أحب إلي أن يدعيه. وقال محمد أحب أن يعتق الولد إلى آخره .

( فإن زوجها ) المولى من رجل ( فجاءت بولد فهو في حكم أمه ) قال الحاكم في الكافي فالولد بمنزلة الأم ، يعني إذا مات المولى يعتقان من جميع المال ( لأن حق الحرية يسري إلى الولد ) لأن الولد جزء الأم فيحدث إلى وصفها ( كالتدبير ، ألا ترى أن ولد الحرة حر وولد القنة رقيق ، والنسب يثبت من الزوج ، لأن الفراش له ) وفراشها من المولى لايثبت نسبه منه ، لأن النسب ليس بمتجزىء ،فلا يثبت من المولى بعد أن ثبتت من الزوج ،ويعتق ولدها بدعوة المولى وإذا لم يثبت النسب منه لإقراره بالحرية ( وإن كان النكاح فاسداً ) واصل بما قبله ( إذ الفاسد ) أي لأن النكاح الفاسد ( ملحق بالصحيــح ) أي بالنكاح الصحيح ( في حق الأحكام ) مثل ثبوت النسب ووجوب المهر والعدة، لكن بعد الدخول، لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، لكونه واجب الرفع، فإذا دخل بها يكون له شبهة الصحيح ، فيلحق به في حق الأحكام .

وقال الأترازي قال بعضهم في شرحه ، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع

ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه ، لأنـــه ثابت النسب من غيره ، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره ، وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيـــد بن المسيب أن النبي عليه السلام أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث

---

والوصية ، فلا تعلق له بالنكاح أصلاً لا بالصحيح ولا بالفاسد ، فلا أدري أين كان . قلت هذا الشارح وقت الشرح انتهى . قلت أراد بالبعض الأكمل ، فإنـه قال في شرحه ، ومن الأحكام ثبوت النسب إلى آخره ، وهذا يدل على أن شرح الأكمل قبل شرح الأترازي ، لأنه ذكر في الرابع من شرحه أنه فرغ منه في سنة خمس وثلاثين وسبعمائة ، وكان قدوم الأكمل القاهرة في سنة ثلاثين وسبعمائة ثم كان قدوم الأترازي بعد ذلك بمدة .

( ولو ادعاه المولى ) أي لو ادعاه المولى ولد أم الولد الذي ولد من الزوج بعـد أن تزوجها فولدت ( لا يثبت نسبه منه ) أي نسب الولد من المولى ( لأنـه ثابت النسب من غيره ، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره ) أي فيما إذا كانت قنة ، أما إذا كانت أم ولد فأمومية الولد ثابتة قبل الدعوة .

فإن قيل كيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وأمية الولد ها هنا مبنيـة على ثبوت النسب بدعوة الولد ، بخلاف ابتداء الإقرار بالإسناد ، فإن ذلك مبني على دعوة الولد . قلنا مجرد الإقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد ، وإن كان في ضمن شيء آخر لم يثبت ذلك الشيء .

( وإذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيـد بن المسيب أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ) هذا حديث أخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الرحمن الافريقي عن مسلم بن يسار عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه أعتق أمهات الأولاد وقال أعتقهن رسول الله ﷺ . وأخرج الدارقطني أيضاً عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله

ولأن الحاجة إلى الولد أصليـــة فتقـــدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التـــدبير ، لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج ، ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ، ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة ، فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص

---

تعالى عنهم أن النبي ﷺ نهى عن بيع أمهـات الأولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حياً ، فإذا مات فهي حرة .

( ولأن الحاجة إلى الولد أصلية ) أراد أن الولد من الجوارح الأصلية ، لأن المرء يحتاج إلى بقاء النسل ( فتقدم على حق الورثة ، والدين كالتكفين ) المدبر على الورثة والدين لأنه وصية لكونه من الزوائد ( بخلاف التدبير ) أي الاستيلاد بخلاف التدبير ، ولهذا لا يقدم ولا سعاية عليها ، المدبر على الورثة والدين ( لأنه وصية ) لكونه من زوائد التدبير وصية ( بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها ) أي على أم الولد ( في دين المولى للغرماء لما روينا) قال الكاكي إشارة إلى قوله ﷺ أعتقها ولدها . وقال الأترازي إشارة إلى حديث سعيد بن المسيب وهو أن النبي ﷺ أمر بعتق أمهـات الأولاد أن لا يبعن في دين . وفي بعض نسخ الفقه وأن لا يبعن في دين .

( ولأنها ) أي ولأن أم الولد ( ليست بمال متقوم ) لأنها تحرز إحراز الأموال ( حتى لا تضمن بالغصب ) يعني إذا غصب رجل أم الولد فماتت منه نفسهـــا عند الغاصب لم يضمنها ( عند أبي حنيفة « رح » ) خلافاً لهما . وأما المـدبر إذا مات عند الغـاصب فهو ضامن القيمة بالإعتاق ، لأن المدبر متقوم بالإجماع ، وفي تحفة الفقهاء أم الولد لا تضمن عند أبي حنيفة بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين شريكين فأعتقها أحدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولم تسع أيضاً في شيء . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يضمن في ذلك كله ( فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص ) إذا قال مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقـــابلة

بخلاف المدبر ، لأنـــه مال متقوم ، وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبـة لا تعتق حتى تؤدي السعاية . وقال زفر « رح » تعتق في الحال ، والسعاية دين عليهـــا ، وهذا الخـــلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى ، فان أسلم تبقى على حالها . له إن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب ، وذلك بالبيع أو الإعتاق ، وقد تعذر البيع فتعين الإعتاق .

---

ما وجب عليه في القصاص من ديونهم ، لأن القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته شيئاً متقوماً ، وكذا إذا قتل المديون شخصاً لا يقـدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص ، وكذا إذا قتل رجل مديوناً ، والمديون قـد عفى لا يقدر الغرماء على المديون عن العفو .

( بخلاف المدبر لأنه مال متقوم ) بالإجماع ، وقد ذكرناه من قريب .

( وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها ، وهي بمنزلة المكـاتب لا يعتق حتى تؤدى السعـاية ) قال الجوهري يسمى المكاتب في عتق رقبته سعـاية ( وقال زفر تعتق في الحالين ) يعني قبل السعاية وبعدها . وفي بعض النسخ تعتق في الحال ، وبه قال مالك « رح » والظاهرية ، إلا أنه بغير سعاية عندهما ، وعند زفر بالسعـاية ، وقال الشافعي وأحمد « رح » في المشهور ، ويمنع الذمي من وطئها والاستمتاع بها ، ويحـال ما بينها ولا يمكن من الخلوة بها ، وأجبر على نفقتها ، فإن أسلم حلت له ، وإن مات قبـل إسلامه أو بعده عتقت بموته . وعن أحمد « رض » في رواية يستسعى في قيمتها ، فإن أدت عتقت ( والسعاية دين عليها ) أي على أم الولد المذكور .

( وهذا الخلاف ) يعني بيننا وبين زفر ( فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى ) أي امتنع عن الإسلام ( فإن أسلم تبقى ) أي أم الولد المذكورة ( على حالها وله ) أي لزفر ( إن إزالة الذل عنها بعدما أسلمت واجب وذلك بالبيع أو الإعتاق ، وقد تعذر البيع ) لأن أم الولد لا يجوز بيعها ( فتعين الإعتاق ) لإزالة ذلها .

ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يداً ، والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية ، فيصل الذمي إلى بدل ملكـــه ، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوالى في الكسب ، ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومــة فيترك وما يعتقده ، ولأنهـــا إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص

---

( ولنا أن النظر من الجانبين ) أي جانب أم الولد وجانب النصراني ( في جعلهـــا مكاتبة ، لأنه يندفع الذل عنها لصيرورتها حرة يداً ، والضرر ) أي ويندفع الضرر ( عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكـــه ، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوالى ) أي تتكاسل ( في الكسب ) حاصل الكلام أنه لا يجوز أن يبطل ملك النصراني مجاناً ، لأنه معصوم ، فوجب عليها السعاية فلا يعتق ما لم تؤد قيمتها ، لأنها إذا عتقت فسعت بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدي إلى تعطيل حق المولى لتوانيهـــا في الكسب حينئذ ، لحصول الحرية قبل السعاية . وقلنا تسعى ثم تعتق نظراً للجانبين ، لأنها إذا سعت تصل إلى شرف الحرية . وهي حرة يداً حال السعـــاية ، ويصل المولى إلى بدل ملكه .

( ومالية أم الولد ) جواب عما يقال كيف تسعى أم ولد النصراني ، والسعـــاية في القيمة دليل التقوم ، وأم الولد ليست بمتقومة عند أبي حنيفــة « رض » ، فأجاب بقوله ومالية أم الولد ( يعتقدها الذمي متقومة ، فيترك ويعتقـــده ) أي يترك الذمي مع ما يعتقده ، والواو بمعنى مع لقوله ﷺ اتركوهم وما يدنون ( ولأنها ) أي ولأن مالية أم الولد ( إن لم تكن متقومة فهي محترمة ، وهذا ) أي كونهـــا محترمة ( يكفي لوجوب الضمان ) هذا جواب آخر عن السؤال المذكور ، واعترض عليه بأن الأمة أم لو كان كافياً لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد . وأجيب بأن مبنى الضـــمان في الغصب على المماثلة ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها ، وبين مايضمن به من المال المتقوم ( كما في القصاص

المشترك إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين . ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية ، لأنها أم ولد ، ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب . ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد . وقال الشافعي « رح » تصير أم ولد له . ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا ، وله فيه قولان ،

---

المشترك ) يعني إذا كان القصاص مشتركاً بين جماعة ( إذا عفى أحد الأولياء يجب المال للباقين ) وإن لم يكن القصاص مالاً متقوماً لكنه حق محترم ، فجاز أن يكون موجباً للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم .

( ولو مات مولاها ) أي مولى أم ولد النصراني وهو نصراني ( عتقت بلا سعاية ، لأنها أم ولد ) وليس عليها سعاية ( ولو عجزت في حياته لا ترد قنة ، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبة لقيام الموجب ) أي الموجب لكتابته . وهو إسلام الولد ( ومن استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له ) أي شرعاً لأنها كانت أم ولد حقيقة .

( وقال الشافعي لا تصير أم ولد له) وبه قال مالك « رح » وأحمد في رواية ، وفي رواية كقولنا ، وفي شرح الطحاوى فان استولدها وهي في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد أو بغير الولد صارت أم ولد له عندنا ، خلافاً للشافعي ، وكذلك لو ثبت ولدها بوطء بشبهة ثم ملكها فهي أم ولد له من حين ملكها ، إلا من وقت العلوق عندنا ، كذا في التحفة ، وفائدة كونها أم ولد من وقت الملك أنه لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، ولو تملك ولدها من غيره لم يعتق ، لأنه بالآن أم ولد له ، وله بيعه ، لأن الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها ، وعند زفر من ولد بعد ثبوت نسب ولدها منه ثم ملكه فهو ابن أم ولد له.

( ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا ) خلافاً للشافعي ( وله ) أي للشافعي « رح » ( فيه قولان ) في قول تصير أم ولد له ، وفي قول

وهو ولد المغرور . له انها علقت برقيق فــلا تكون أم ولد كما إذا علقت من الزنا ، ثم ملكها الزاني ، وهذا لان أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً ، لأنه جزء الام في تلك الحالة ، والجزء لا يخالف الكل . ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل ، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل واحد منهما كملا ، وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة ، بخلاف الزنا ، لانه لا نسب فيه الولد إلى الزاني ،

---

لا تصير ( وهو ولد المغرور ) من يطأ امرأة متعمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم يستحق ولده حر بالقيمة يوم الخصومة .

( له ) أى الشافعي « رح » ( أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني ، وهذا ) إشارة إلى قوله – فــلا يكون أم ولد – ( لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً ) بأن استولدها في ملكه ( لأنه ) أى لأن الولــد ( جزء الأم في تلك الحالة ) أى في حالة العلوق ( والجزء لا يخالف الكل ) وفي صورة النكاح ليس كذلك ، لأن الأم رقيقــة لمولاها في تلك الحالة ، فلو انعقــد الولد حراً . كان الجزء مخالفاً للكل .

( ولنا أن السبب ) أى سبب الاستيلاد ( هو الجزئية ) الخاصة بين الوالدين ( على ما ذكرنا من قبل ) إشارة إلى قوله في أول الباب – لان الجزئية قد حصلت بــين الوطء والموطوءة بواسطة الولد – ( والجزئية إنما تثبت بينهما ) أى بــين الواطىء والموطوءة ( بنسبة الولد إلى كل منهما كملا ، وقد ثبت النسب ) بالنكاح ( فتثبت الجزئية بهــذه الواسطة ) وإذا ثبتت الجزئيــة ثبتت أمومية الولد ( بخلاف الزنا ) جواب عن قول الشافعي « رح » كما إذا علقت بالزنا ( لأنه لا نسب فيه ) أى في الزنا ( الولد إلى الزاني ) فلا تثبت الحرية المعتبرة في الباب ، وهي الجزئية الحكمية من نسبة الولد إلى الزاني كيف يعتق عليه إذا ملكه .

وإنـــما يعتق على الزاني إذا ملكه ، لانــــه جزؤه حقيقة بغير واسطة ، نظيره من الزنا حيث لا يعتق عليه ، لأنه ينسب إليه بواسطة نسبته إلى الولد ، وهي غير ثابتة وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له ، وعليه قيمتهـــا ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها ، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه حر الاصل لاستناد الملـــك الى ما قبل الاستيلاد . وان وطيء أب الاب مع بقـــاء الاب لم يثبت النسب ، لانه لا ولايـــة للجد حال قيام

---

فأجاب بقوله ( وإنما يعتق ) أي الولد ( على الزاني إذا ملكه ، لانه جزؤه حقيقـة بغير واسطة ) بخلاف أمومية الولد بالزنا ، مثل من اشترى أخاه من الزنا على ما هي ، أشار اليه بقوله ( نظيره ) أي نظير أم الولد ( من الزنا حيث لا يعتق عليه ) مثل من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه ( لانه ) أي لان الاخ ( ينسب اليه بواسطة نسبته إلى الولد ، وهي غير ثابتة ) المراد بالاخ الاخ لاب ، أما الاخ لام فانه يعتق عليه إذا ملكه، وإن كان من الزنا ، لان النسبة بينهما ثابتة .

( وإذا وطىء جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ، وصارت أم ولد له ، وعليه قيمتها ، وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها ، وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح ) أي في آخر كتـاب نكاح الرقيق ، وأراد بالعقر مهر المثـل . وفي المحيط العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزجر حلالاً ( وإنما لا يضمن قيمـة الولد ، لأنه علق جزء الأصل لإسنـاد الملك إلى ما قبل الاستيلاد ) ولأن الملك انتقــل إلى الإيجاب قبيل الوطء .

( وإن وطىء أب الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب ، لأنه لا ولاية للجد حال قيام

الاب ، ولو كان الاب ميتاً يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الأب لظهور ولايته عند فقد الأب وكفر الأب ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع الولاية ، وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ ، لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق ، إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت أم ولد له ، لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما ، وعند أبي حنيفة يصير نصيبه أم ولد له ، ثم يتملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ،

---

الأب ، ولو كان الآب ميتاً يثبت من الجد كما يثبت من الأب لظهور ولايته عند فقد الأب ) وكذا إذا كان الأب حياً ولاية مثل أن يكون عبداً أو كافراً أو مجنوناً فالولاية للجد فيصح دعوته ، فإذا عادت ولاية الأب بأن أسلم أو أعتق أو فاق قبل الدعوة لم تقبل دعوة الجد على ذلك ، ولو كان الأب مرتداً لم تصح دعوة الجد عندهما ، لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما وعند أبي حنيفة « رح » موقوفة فإن أسلم الأب لم تصح دعوة... وإن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه تصح ( وكفر الأب ورقه بمنزلة موته ، لأنه قاطع الولاية ) أي لأن كل واحد من الكفر والرق قاطع للولاية .

( وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ) سواء ادعى في صحته أو مرضه ( ثبت نسبه منه ،لأنه لما ثبت النسب منه في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه ) أي أن النسب ( لا يتجزأ ، لما أن سببه وهو العلوق لا يتجزأ ، إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين ، وصارت أم ولد له لأن الاستيلاد لا يتجزأ عندهما . وعند أبي حنيفة يصير نصيبه أم ولد له ، ثم يتملك نصيب صاحبه ، إذ هو قابل للملك ) لاستحالة أن يخلق الولد من ماء الرجلين وثبوت ما لا يتجزأ ، كثبوت كله، ويضمن نصف قيمتها، لأنه يملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ، أي في الجارية المذكورة ، لعدم التجزؤ، فيضمن نصف القيمة ويعتبر قيمة يوم وطئها ، فعلقت ، وبه صرح الحاكم .

ويضمن نصف عقرها ، لأنه وطىء جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية أبيه لأن الملك هنالك يثبت شرطاً للاستيلاد ، فيتقدمه ، فصار واطئاً ملك نفسه،

---

( ويضمن نصف عقرها ، لانه وطىء جارية مشتركة ، إذ الملك يثبت حكماً ) أي من حيث الحكم ( للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه ) إذ هو قابل للملك . قال الأترازي الضمير المنسوب راجع إلى الوطء لا إلى الاستيلاد، أي سبب الملك عقيب الوطء، وهذا لأن الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد بل يثبت معه من وقت العلوق ، والعلوق بعد الوطء ، فيكون الملك بعد الوطء ، فيكون الوطء مضافاً لنصيب شريكه أيضاً . ثم قال الأترازي وظن بعض الشارحين أن الضمير يرجع إلى الاستيلاد ، فقال وهذا على اختيار بعض المشايخ ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفترقان .

قلت أراد ببعض الشارحين صاحب النهاية . وقال الأترازي وذلك ليس بشيء ، لأن صاحب النهاية لم يجز ذلك المذهب بدليل أنه يثبت الملك من زمان الاستيلاد عقيب الاستيلاد . ألا ترى أنه قال ولا يغرم قيمة ولدها ، لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يبق منه شيء على ملك الشريك ، فعلم أن ملك الشريك انتقل إلى صاحب الدعوة من زمان العلوق ، وهو زمان الاستيلاد لا بعده . وقال الأكمل يجوز أن يكون مراده بالتعقب الذاتي لا الزماني ، وحينئذ يكون قادراً على الأصح من المذهب .

( بخلاف الأب إذا استولد جارية أبيه ) حيث لا يلزمه العقر ( لأن الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاد ) أي لثبوته ( فيتقدمه ) أي فيتقدم ملك الاستيلاد ، أي فإن قيل الملك أثبت صورة الاستيلاد ، فيثبت سابقاً على العلوق في حق الاستيلاد لا في حق غيره، لأن ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها . قلنا الاستيلاد عبارة ( فصار واطئاً ملك نفسه ) وهذه التفرقة بين الشريك والد من حيث أن ملك الشريك في النصف قائم، وفيه العلوق، وذلك يكفي للاستيلاد ، فيجعل تملك نصيب صاحبه حكماً للاستيلاد ، فيكون الوطء

ولا يغرم قيمة ولدها ، لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك . وإن ادعياه معاً ثبت نسبه منهما ، معناه أحملت على ملكهما . وقال الشافعي « رح » يرجع إلى قول القافة ،

---

واقعاً في غير ملكه ، وذلك يوجب الحد ، لكنه سقط لشبهة الشركة ، فيجب العقر . وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية ، وقد استولدها فيجعل ملكها شرطاً للاستيلاد في ملكه حملاً لأمره على الصحاح ، فيكون الوطء في ملكه ، والوطء في ملكه لا يوجب العقر ( ولا يغرم ) أي الشريك للمدعي ( قيمة ولدها ) أي ولد الجارية المشتركة ( لأن النسب يثبت حينئذ إلى وقت العلوق ، فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك ) لأنه لما علق العلق حر الأصل ، لأن نصفه المعلق على ملكه ، وإنه يمنع ثبوت الرق فيه .

( فإن ادعياه معاً ) أي فإن ادعى الشريكان الولد مجتمعين ( ثبت نسبه منهما ) أي من الشريكين ، هذا لفظ القدوري . وقال المصنف ( معناه ) أي معنى قول القدوري ( ثبت نسبه منهما إذا حملت على ملكهما ) فإن ولدت لستة أشهر منذ اشتراها فولدت ولداً ، كذا فسره العتابي في شرح الجامع الصغير تفسير الحمل على ملكهما، لأنه إذا لم يكن العلوق في ملكهما ، بأن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء كان دعوة تحرير لا دعوة استيلاد فيعتق الولد ولا يثبت الاستيلاد ، ولأن دعوة الاستيلاد إذا لم يكن العلوق في ملك المدعي وتشد الحرية فيها إلى وقت العلوق ، ودعوة التحرير أن لا يكون العلوق في الملك المدعى تفتقر الحرية فيها إلى وقت الدعوة .

( وقال الشافعي يرجع إلى قول القافة ) بلفظ المبني للمفعول ، والقافة بالقاف والفاء المخففة ، جمع القائف ، كالحاكة في جمع الحائك ، والقائف هو الذي يعرف الآثار ويتبعها، ويعرف شبه الرجل في ولده وأخيه من قاف أثره يقوفه . مقلوب ، يقال يقفوه ، أي تبعه ثم القافية مشهورة في بني مدلج بن مرة بن عبد مناف بن كنانة بن خزيمة . وقيل

لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنـــا أن الولد لا يتخلق من مائين متعذر ، فعملنا بالشبه ، وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف من أسامة . ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثـــة لبساً

---

القافية في أسد . وبقول الشافعي قال أحمد وقال مالك يعمل به في الإماء دون الحرائر ، وبقولنا قال الثوري وإسحاق بن راهويه.

( لأن ثبوت النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من مائين متعـــذر ، فعلمنا [1] بالشبه ، وقد سر رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة بن زيد ) هذا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت دخل علي رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً ، فقال يا عائشة أتدري أن محرز المدلجي دخل علي وعندي أسامة بن زيد وزيداً عليهما قطيفة ، وقد غطى إياه رؤوسهما فبدت أقدامها ، فقال هذه أقدام بعضهـــا من بعض ، قال أبو داود وكان أسامة أسود ، وكان زيد أبيض ، وسمي محرز محرزاً ، لأنه كان إذا أمر أحد حلق لحيتـــه وقيل حزر ناصيته . وقال الشافعي لو كان العمل بالشبه باطلا لما سر به رسول الله ﷺ لأنه عليه السلام لا يسر إلا للحق .

( ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح ) وهو شريح بن الحارث الكوفي قاضي الكوفة من كبار التابعين عاش مائة وعشرين سنة واستقر بها زمان عمر رضي الله تعالى عنه على الكوفة ولم يزل بعد ذلك قاضياً خمساً وسبعين سنة ولم يتعطل عنها إلا ثـــلاث سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير رضي الله تعـــالى عنه ، ومات سنة تسع وسبعين ، ويقال سنة ثمانين ( في هذه الحادثة ) وهي التي كانت فيها دعوى الشريكين مع الولد الذي ولدته الجارية المشتركة بينهما ( لبسا ) أي الشريكان ، من لبس الأمر على فلان

---

(١) في المتن – فعملنا – وهو الأصح ، اهـ مصححه .

فليس عليهما ، ولو بينا لبين لهما ، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رض » . وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه .

---

تلبساً إذا غماه عليه ( فليس عليهما ) أي النسب بينهما ( ولو بينا لبين لهما ، وهو ابنهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما ) أي الوالد للباقي من الشريكين ، يعني إذا مات الولد بعد موت أحدهما يكون الميراث للأب الحي ، ولا شيء لورثة الشريك .

( وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رض » ) أراد به إرادة في سرير الجمع عليه . وقال الأترازي تحل محل الإجماع ، والحديث رواه البيهقي ، أخرجه عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمرو وجابر وطئا جارية في شهر واحدفجاءت بغلام فارتفعا إلى عمر رضي الله تعالى عنه فدعى بثلاثة من القافة فاجتمعوا على أن الشبهة بينهما جمعاً ، وكان عمر قائفاً يقول ، وقال قد كاتب الكلبة تيزوا [1] عليها الأسود والأصفر والأغبر ، فيؤدي إلى كل كلب شبهه ، ولم أكن أزهدفي الناس حتى رأيت هذا ، فجعله عمر لهمايرثهماويرثانه ، وهو الباقي منهما . وقال البيهقي هذا منقطع ومبارك بن فضالة ليس بحجة .

( وعن علي رضي الله تعالى عنه مثل ذلك ) أي مثل لما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه ، وأخرجه الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى لابن مخزوم قال وقع رجلا على جارية في طهر واحد ، فعلقت الجارية ، فلم يدر من اليهما هو قافياً علياً رضي الله تعالى عنه ، فقال هو لكما يرثكما وترثانه ، وهو الباقي منكما ( ولانهما ) أي الشريكان ( استويا في سبب الاستحقاق ) أراد السبب ، لان الاستحقاق يثبت لا بالملك كان ثابتاً من قبل ، فلو لم تكن الدعوة ما كان يستحق بمجرد الملك انتهى . قلت رواه الكاكي ، فإنه قال سبب استحقاق الملك . وقال الاكمل استحقاق الملك وقبل الدعوة ( فيستويان فيه ) أي في الاستحقاق.

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل . اهـ مصححه .

والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة فيما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة ، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملاً كأن ليس معه غيره ، إلا إذا كان أحد الشريكين أباً لآخر ، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام ، وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الإبن

---

( والنسب وإن كان لا يتجزأ ) جواب عن قول الشافعي « رح » لان إثبات النسب .. إلى آخره ، وتقريره أن النسب وإن كان لا يتجزأ ( ولكن يتعلق به أحكام متجزئة ) كالنفقة وميراث الولد وولاية التصرف في ماله ( فيما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة ما لايقبلها ) أى التجزئة ( يثبت ) وولاية الإنكاح ( في حق كل واحد منهما كملا كأن ليس معه غيره ) لعدم قبول التجزئة .

( إلا إذا كان أحد الشريكين أباً لآخر ) هذا استثناء من قوله — وما لا يقبلها — أى ما لا يقبل التجزئة كالنسب في حق كل واحد منهما إلا إذا كان أحد الشريكين أب للآخر فادعيا معاً ولد جارية بينهما يكون الاب أولى لوجود الترجيح ، وعلى الاب نصف قيمة الجارية ، وعلى كل واحد نصف العقر ، فيتقاصان .

( أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ) فادعياه معاً ، فالمسلم أولى ( لوجود المرجح في حق المسلم ، وهو الإسلام ، وفي حق الاب ) أي وجود المرجح في حق الاب ( وهو ماله من الحق في نصيب الإبن ) لان للأب حقيقة الملك في نصيبه وشبهة الملك في نصيب ابنه ، وإذا أسلم المدعي ثم ولدت الامة فادعياه معاً ثبت نسبه منهما لاستواء حالهما ، وإذا كانت الدعوى من ذمي ومرتد فالولد للمرتد ، لانه أقرب إلى الإسلام وعزم كل واحد لصاحبه نصف العقر ، كذا في الشامل .

ثم اعلم أن النسب يثبت من اثنين باتفاق أصحابنا ، وفيما فسرت ذلك اختلفوا ، فمن

وسرور النبي عليه السلام فيما روي ، لان الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة ، وكان قول القائف مقطعاً لطعنهم فسر به ، وكانت الامة أم ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد ، فيصير نسبه منها أم ولد تبعاً لولدها ، وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بماله على الآخر ، ويرث الإبن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، لانه أقر له بميراثه كله ، وهو حجة في حقه ، ويرثان منه ميراث أب واحد لاستوائهما في السبب كما إذا أقاما البينة .

---

أبي [1] من اثنين فقط . وقال محمد من ثلاثة لا غير ( وسرور النبي ﷺ ) هـذا جواب لاحتجاج الخصم بقوله وقد سر النبي ﷺ لقوله يقول القائف تقرير أن سرور النبي ﷺ ( فيما روى ) يجوز على صيغة المعلوم ، أى فيما روى الشافعي « رح » ويجوز أن يكون على صيغة المجهول .

( لأن الكفار كانوا يطعنون ) بضم العين من باب نصر ، يقال طعن عليه في حسبه طعنا وطعاناً ( في نسب أسامة ، وكان قول القائف مقطعها لطعنهم فسر به ) أي فلأجل ذلك فسر به النبي ﷺ ( فكانت الأمة أم ولد لهما ) أي للشريكين ( لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه من الولد ، فيصير نسبه منهما أم ولدله تبعاً لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصاً بما له ) على الآخر بفتح اللام ، أي بالذي له ( ويرث الإبن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ، لأنه أقر له بميراثه كله ، وهو حجه في حقه ، ويرثان منه ميراث أب واحد لاستوائهما في النسب ) وهو الدعوة ( كما إذا أقاما البينة ) أي كل واحد وعلى أب مجهول النسب يكون ذلك بينهما ، فكذا هذا .

---

(١) هكذا الجملة في الاصل وربما فيها نقص في موضعين ، اه مصححه .

وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لايعتبر تصديقه اعتباراً بالاب يدعي ولد جارية ابنه ، ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لايملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه ، والاب يملك تملكه ، فلا معتبر بتصديق الإبن ، وعليه عقرها ، لانه لاتتقدمه الملك ، لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، لما نذكره

---

( وإذا وطىء المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه ، فإن صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه ، وعن أبي يوسف لا يعتبر تصديقه ) أي تصديق المكاتب يعني يثبت النسب بمجرد دعوى المولى ( اعتباراً بالأب يدعى ولد جارية ابنه ) وقد حملت في ملك الإبن لا يشترط التصديق ، بل يثبت النسب بمجرد دعوة الأب فكذا هذا [1] بل أولى ، لأن دعوة المولى أقوى من دعوة الأب ، لأن المولى له حق في مكاتب المكاتب ، لأن مال الكتابة موقوف على مولاه ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

( ووجه الظاهر وهو الفرق ) بين استيلاد جارية الإبن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق ، وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق ( ان المولى لا يملك التصرف في اكتساب مكاتبه ) لحجره على نفسه ( حتى لا يتملكه ) أي لا يتملك كسب المكاتب عند الحاجة ( والأب يملك تملكه ) أي تملك مال ابنه ، لأنه لم يحجر على نصيبه ( فلا يعتبر تصديق الابن ، وعليه عقرها ) أي وعلى المولى عقر جارية المكاتب ( لأنه لايتقدمه الملك ) قال الأكمل لأن الملك لا يتقدم الأصلي . قال الأترازي الضمير المنصوب راجع إلى الوطء الذي دل عليه قوله وطىء ( لأن ماله من الحق كاف ) أي لأن ماله من حق الملك كاف ( لصحة الاستيلاد لما نذكره ) أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب ، لأنه في مال المكاتب .

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه ، ليكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه ، ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور ، وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا أنه لا بد من تصديقه ،

---

قال الأترازي في قول صاحب الهداية نظر ، لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، أي ما ثبت للمولى من الحق كاف لصحة الاستيلاد ، والمفهوم منه ثبوت الاستيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاد لا يثبت ، وهو نفسه يصرح بهذا أيضاً بعد خطين بقوله – ولا تصير الجارية أم ولده – أي للمولى ، فإذا لم تصر الجارية أم ولد له من اين يصح الاستيلاد ، انتهى . وقال الأكمل بعد أن نقل كلام الأترازي برمته فقال قيل في كلام المصنف نظر ، ثم قال والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاد على طلب نسب الولد أقوى من دلالته على كونه أم ولد ، فكأن المراد بقوله – لصحة الاستيلاد – لصحة نسب الولد ، لدلالة ما بعده ، فإن المصنف أجل قدراً من أن يقع بين كلاميه في سطرين تناقض ، وفيه تأمل معطوف على قوله – يقرها – .

قال ( وقيمة ولدها لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه ) أي أن الولد ( كسبه فلم يرض برقه ) فيكون جواباً لقيمته دفعاً للضرر عن المكاتب ثابت النسب ، أي ولا تصير الجارية أم ولد له ، أي للمولى ، لأنه لا تملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور. قال الأترازي كان ينبغي أن يقول كما في المغرور بلا ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها ، وهذا هو حق الكلام ، أما قوله في ولد المغرور متعلق بقوله ( فيكون حراً بالقيمة ثابت بالنسب منه ) وحينئذ لا بد من ذكر الولد ، وعلى تقديرين أن يكون متعلقاً بقوله ( لا تصير الجارية أم ولد له ، لأنه لا ملك فيها حقيقة ) تقديره ( كما في ولد المغرور ، فان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت ) هذا معطوف على قوله – فإن صدقه المكاتب – ( لما بينا أنه لا بد من تصديقه ) .

## فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع

( فلو ملكه يوماً ) يعني لو ملك المولى بعد تكذيب المكاتب بمولاه ( ثبت نسبه منه لقيام الموجب ) وهو الإقرار بالاستيلاد ( وزوال حق المكاتب إذ هو المانع ) وقد زال ذلك بالنقل إلى الموت فيثبت النسب لزوال المانع والله أعلم .

فروع : وفي التكملة ولا يحل للمولى وطء مكاتبته . ولو وطئها فعليه عقر . وفي الاسبيجابي لو علقت منه كان بالخيار إن شاء عجزت نفسها فصارت أم ولد ، وإن شاءت مضت على الكتابة وأخذت عقرها ، وفي التنبيه يلزمه عقرها ، وإن أحلها تصير أم ولد له ، فإن أدت الكتابة عتقت وتعتق بموت سيدها أيضاً . وفي المغني ووطء المكاتب بغير شرط حرام عند الجمهور والأئمة الأربعة ، ولو شرط وطأها فهو باطل أيضاً عند الجمهور . وقال أحمد وابن المسيب له ذلك عند الشرط ، ولا حد عليه عند أهل العلم . وعن الحسن والزهري يحد .

ولو وطيء جارية مكاتبه فعليه عقرها ، وهو قول الشافعي وأحمد . وقال مالك لا شيء عليه ، لأنها ملكه . وفي المحيط يجوز إعتاق أم الولد ، وكتابتها لتعجيل الحرية ، وكذا تدبيرها ، وفي غيرها لا يصح تدبيرها . وفي جوامع الفقه استولد مدبرة التدبير وتعتق عن جميع المال ، ولا تسعى في الدين . ولو باع خدمة أم الولد منها جاز ، وعتقت كما لو باع رقبة العبد منه هكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف بيع الخدمة باطل ولا تعتق ، بخلاف رقبتها منها حيث تعتق ، ولو ولدت جارية منه وقال لمولاها أصلها لي والولد ولدي ، وصدقه المولى في الإحلال ، وكذبه في الولد تثبت نسبه ، وصارت أم ولد له ، ولو صدقه في الولد ثبت نسبه وهو عبد لمولاه ، والله سبحانه وتعالى أعلم ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

تمّ الجزء الخامس من البداية شرح الهداية

ويليه الجزء السادس مبتدئاً بكتاب الإيمان

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الأيمان

قال الأيمان على ثلاثة أضرب ، اليمين الغموس ، ويمين منعقدة ، ويمين لغو ،

---

( كتاب الأيمان )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الأيمان ، وهو جمع يمين ، وهو في اللغة القوة ، ومنه قوله تعالى ﴿ لأخذنا منه باليمين ﴾ ٤٥ الحاقة ، أي بالقوة . وفي الشريعة عقد قوى عزم الحالق على الفعل أو الترك . وقال النفي اليمين تقوية أحد طرفي الجزء بالقسم به ، وطرفا الجزء الصدق والكذب . واليمين على ضربين يمين هي قسم ، وهو اليمين بالله عزوجل ، ويمين هي الشرط والجزاء مثل تعليق الطلاق والعتاق ونحو ذلك بشرط ، وهو يمين بعرف أهل الشرع ، وأسماؤه ستة : قسم ويمين وحلف وعهد وميثاق وإيلاء . ولليمين شرط ، وهو كون الحالف مكلفاً ، وسبب وهو إرادة تحقيق ما قصده ، وركن ، وهو اللفظ الذي ينعقد به اليمين ، وحكم وهو البر ، فما تجب البر فيه والكفارة على قرابة ، وإنما قيل فيا يجب فيه البر ، لأن من الأيمان ما يجب فيه الحنث على ما يجيء إن شاء الله تعالى .

( قال ) أي القدوري ( الأيمان على ثلاثة أضرب ) أي على ثلاثة أنواع ( اليمين الغموس ، واليمين المنعقدة ، واليمين اللغو ) قال في المغرب الصواب أن يقال على ثلاث أضرب ، وإن كانت الرواية محفوظة بالتاء فعلى تأويل الأقسام . قوله - يمين الغموس - قال الأترازي هذا من إضافة الجزء إلى نوعه ، كقولهم علم الطب ، فخرج منه الجواب عما يقال أن الموصوف لا يضاف إلى صفته وبالعكس . وقال الكاكي الأصح من النحاة اليمين الغموس صفة لليمين ، وما قيل أنه من إضافة الجنس إلى نوعه كعلم الطب غير صحيح ،

لأن الطب ليس بصفة ، ثم وجه الإنحصار بين الثلاثة أن اليمين لا يخلو إما أن يكون فيها مؤاخذة ، أو الثاني الأخير ، والأولى إن كانت المؤاخذة في الدنيا فهو المنعقدة . وإن كانت المؤاخذة في العقبى فهو الغموس . وفي الإيضاح والأقسام الثلاثة إنما ستأتي في اليمين بالله تعالى .

واليمين في وجوب الحفظ أربعة أنواع : ما يجب فيها البر وهو الحلف على فعل طاعة أو ترك معصية ، وذلك فرض عليه ، وبالحلف يزداد وكادة . وما لا يجوز حفظها وهو الحلف على ترك طاعة أو فعل معصية ، وما لا يخير فيه بين الحنث والبر ، والحنث خير من البر فيندب فيه الحنث ، قال عليه‌السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خير منها فليأت بالذي هو خير .. الحديث وأدنى الأمر الندب ، وما ينوي فيه البر والحنث في الإباحة فنحى بينهما وحفظها أولى لقوله تعالى ﴿ واحفظوا أيمانكم ﴾ ٨٩ المائدة ، وحفظ اليمين بعد وجوبها بالبر ، ومتى حنث في اليمين والمنعقدة فعليه الكفارة بالنص وإجماع الأمة . والغموس على وزن فعول للمبالغة ، سميت به لأنها تغمس صاحبها في النار ، وقيل لأنها تغمس صاحبها في الإثم لأنه تعمد فيها الكذب .

( فالغموس : هو الحلف على أمر ماض يتعمد الكذب فيه ) على إثبات شيء أونفيه ، وسواء كان ماضياً أو حالاً ، نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الأمر ، وهو عالم بأنه فعله . ونظير الحال قوله والله إنه زيد مع علمه إنه عمرو ، وما أشبهه . وقول المصنف – على أمر ماض – وهو عبارة القدوري ، فلذلك اقتصر المصنف عليه ، ويشير قوله – على أمر ماض – قيدوا لها الماضي والحال ، سواء لأن الغموس لا يتحقق في الحال أيضاً ، ولكنه اقتصر على الماضي بناء على الغالب ، لأن الماضي شرط ، ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره أن الغموس يتحقق في الحال أيضاً .

وفي شرح الكافي اليمين الغموس ليست يمين في الحقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع ، وهذه كبيرة محضة ، وهي ضد المشروع ، ولكن سمي يميناً [1] مجازاً لارتكاب هذه

(١) في الأصل – سمن يلنبا – والصحيح ما أثبتناه اهـ مصححه .

فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من حلف كاذباً أدخله الله النار ، ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار ، وقال الشافعي « رح » فيها الكفارة لانها شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذباً ، فأشبه المعقودة .

---

الكبيرة باستعمال صورة اليمين ، وفي البخاري عن عبد الله بن عروة عن النبي ﷺ قال الكبائر الإشراك بالله وعقوق الوالدين واليمين الغموس .

( فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من حلف كاذباً أدخله الله النار ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن ورد في صحيح ابن حبان من حديث أبي أمامة قال قال رسول الله ﷺ من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقطع بها مال امرء مسلم ، حرم الله عليه الجنة وأدخله النار . وفي الصحيحين من حديث ابن مسعود رضي الله عنه لقي الله وهو عليه غضبان . وفي سنن أبي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله ﷺ من حلف على يمين مصبورة كاذباً فليبدأ مقعده من النار ، وقال ابن الأترازي ألزم بها وحبس عليها وكانت لازمة لصاحبها من جهة الحكم ، وقيل لها مصبورة وإن كان صاحبها هو المصبور ، لأنه إنما صبر من أجلها ، أي حبس ووصف بالصبر وأضيف اليه مجازاً .

( ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار ) وبه قال مالك وأحمد « رح » وكذا أهل العلم منهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهم وسعيد بن المسيب والحسن البصري والأوزاعي والثوري والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وداود الظاهري .

( وقال الشافعي فيها الكفارة ) وهو قول الزهري ومحمد بن مسلم وعطاء بن أبي رباح ( لأنها ) أي لأن الكفارة ( شرعت لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى ) فيه تتابع الإضافات ( وقد تحقق ) أي الهتك ( بالاستشهاد بالله ) أي الحلف بالله حال كونه ( كاذباً فأشبه المعقودة ) أي اليمين المعقودة .

ولنا أنها كبيرة محضة ، والكفارة عبادة تتادى بالصوم ويشترط فيها النية ، فلا تناط بها ، بخلاف المعقودة ، لانها مباحة

---

( ولنا أنها ) أي اليمين الغموس ( كبيرة محضة ) لما روى البخاري من حديث عبدالله ابن عمر قال قال النبي ﷺ من الكبائر الإشراك بالله وقد مضى الآن ، ولو كان بها كفارة لذكرها . وقال الكاكي والجمهور قوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن ، وعد منها اليمين الفاجرة ، رواه أبو الفرج . وقال ابن المنذر لا نعلم خبراً يدل على ما قال الشافعي من وجوب الكفارة ( والكفارة عبادة حق تتأدى بالصوم ، ويشترط فيها النية ) والمشروعات ثلاثة أنواع : عبادة محضة ، وسببها مباح ، وعقوبة محضة وسببها حرام محض ، وكفارات مترددة بين العبادة والعقوبة ، ويشترط لها النية كسائر العبادات ، والنية لا تشترط في العقوبات ( فلا تناط بها ) أي فلا تناط الكفارة بالكبيرة يعني أن اليمين الغموس بما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطاً لكفارة التي هي عبادة ، بدليل أدائها بالصوم .

( بخلاف المعقودة ) أي بخلاف اليمين المنعقدة ، فإنها ليست بكبيرة ( لأنها مباحة ) فجاز أن يناط بها العبادة . وقال الأكمل وفيه بحث من وجوه . الأول: لو كان ما ذكرتم صحيحاً لما وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكراً من القول وزوراً ، وهذا نقض إجمال . الثاني : ما وجبت بالأدنى وجبت بالأعلى بطريق الأولى . الثالث : الكبيرة سيئة ، والعبادة حسنة وأشباهها إياها مباح بها ، لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها .

والجواب عن الأول : أن الكفارة لم تجب بالظهار ، بل بالعود الذي هو العزم على الوطء ، وهو مباح . وعن الثاني : بأنه لا يلزم من رفع الأضعف شيء رفع الأقوى به . وعن الثالث : بأن الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ، ومقابلة هذه الحسنة بهذه السيئة ممنوعة ، بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكبائر لا كفارة فيهن .. الحديث ، ولو كان فيها ذنب هذا جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب ، والمنعقدة فيها ذنب ، فلا تكون متأخرة فلا تناط بها العبادة كما ذكرتم .

ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ ، وما في الغموس ملازم ، فيمتنع الإلحاق ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان ﴾ ٢٢٥ البقرة ، وهو ما ذكرنا ، ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض ، وهو يظن أنه كما قال والامر بخلافه ، فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ،

---

( ولو كان فيها ) أي في المنعقدة ( ذنب فهو متأخر ) عن اليمين بالحنث ( متعلق باختيار مبتدأ ) ففيما يفعل اختياري ( وما في الغموس ملازم ) انما في الغموس من الذنب ملازم لا يفارقها لا ابتداء ولا انتهاء ، فإذا كان كذلك ( فيمتنع الإلحاق بها ) أي بالمنعقد فلا يصلح إلحاق الغموس بالمنعقدة قياساً عليها . وقال الأكمل وفي هذا الجواب تلويح إلى الجواب عن قوله فأشبه المعقود .

( والمنعقدة ) أي اليمين المنعقدة ( ما يحلف ) الحالف ( على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ) مثال الفعل والله لأدخلن دارك مثلاً ، ومثال عدم الفعل والله لا أكلم فلاناً مثلاً ( وإذا حنث في ذلك ) أي في إتيانه باليمين المنعقدة ( لزمته الكفارة ، لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ﴾ ٢٢٥ البقرة ،وهو ما ذكرنا ) أي المراد من قوله تعالى ﴿ بما عقدتم الأيمان ﴾ ما ذكرنا من قولنا ، والمنعقدة ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أو لا يفعله ، يعني حقيقة ما نص في الآية ما ذكرنا.

( ويمين اللغو أن يحلف على أمر ماض ، وهو ) أي الحال أنه ( يظن أنه كما قال ) يعني ظن أن الأمر كما ذكره لقوله والله لقد دخلت الدار ، والله ما كلمت زيداً ( والأمر بخلافه ) أي والحال أن الأمر بخلاف ما كان يظنه ( فهذه اليمين ) أي يمين اللغو هذه حكمها ( نرجو أن لا يؤاخذ الله بها ) أي بهذه اليمين اللغو ( صاحبها ) وذلك لأن يمين

و من اللغو أن يقول و الله انه لزيد وهو يظنه زيداً وإنما هو عمرو . والأصل فيه قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم ﴾ ... الآية٢٢٥ البقرة ، انه علقه بالرجاء

---

اليمين اللغو لا حكم لها أصلا لقوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢٢٥البقرة، أي لا يؤاخذكم بلغو اليمين يحلفه أحدكم بالظن . وفي الشامل وعن الشافعي اللغواليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل ، وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله .

وفي التحفة قال الشافعي فيمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد ، مثل قوله لا والله ، بل والله ، أو كان بغير القرآن ، فجرى على لسانه اليمين . وقال الكاكي وعن محمد يمين اللغو هو قول الرجل لا والله وبلى والله في كلامه ، وهو مروي عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً . وعن ابن عباس رضي الله عنه في رواية قال الشافعي وأحمد ومحمد في رواية . وقال الشافعي في رواية مثلها ذكرها صاحب التحفة ، وهو قول محمد في رواية . وعن مالك أن اللغو هو اليمين الغموس ، كذا نقل عن الشافعية . وقال ابراهيم النخعي لغو اليمين أن يحلف ناسياً على ماض أو مستقبل . وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين أن يحلف على معصية ، ويتركها ، فيكون لاغياً ليمينه . وقال سعيد بن جبير لغو اليمين أن يحرم على نفسه ما أحل الله له من قول أو عمل .

( ومن اللغو ) أي ومن يمين اللغو ( أن يقول الرجل والله انه لزيد ، وهو ) أي والحال ( يظنه زيداً وإنما هو عمرو ) وكذا إذا رأى طائراً من بعد فظنه غراباً فقال و لله إنه غراب فإذا هو حمام ( والأصل فيه ) أي في اللغو اليمين ( قوله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم ﴾ .. الآية ٢٢٥ البقرة ) ﴿ بما عقدتم الأيمان ﴾ وقد مر تفسيره الآن (أنه علقه بالرجاء) أي غير أن محمداً علقه بالرجاء . قال الكاكي هذا جواب عن سؤال مقدر ، ذكره في المبسوط .

فإن قيل ما معنى تعلق محمدبنفي المؤاخذة بالرجاء وعدم المؤاخذة في اللغومنصوص، وما عزه بالنص فهو مقطوع به . قلنا نعم ، ولكن صورة ملك اليمين مختلف فيها بالرجاء

نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها ، وذلك غير معلوم بالنفي ، مع أنـــه لم يرد بذلك اللفظ التعليق بالرجاء بل أراد به التعظيم والتبرك بذكر اسم الله تعالى ، كما روي أنه عليه السلام مر بالمقابر ، فقال السلام عليكم دار قوم مؤمنين ، وإنا إن شاء الله بكم لاحقون. وما ذكر الاستثناء بمعنى المثل ، فإنه كان يتعين بالموت ، قال الله تعـالى ﴿ إنك ميت ﴾ الآية ، ولكن معنى الاستثناء مما ذكر من الاختلاف في تفسير اللغو على ما ذكرناه وعلى ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وقال الأترازي قوله – الآية – علقه بالرجاء ، هذا جواب سؤال مقدر بـأن يقال كيف علق القدوري عدم المؤاخذة بالرجاء في قوله فهذه اليمـين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها ، وعدم المؤاخذة مقطوع بالنص في اللغو ، قال الله تعالى ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ﴾ ٢٢٥ البقرة .

فأجاب عنه وقال نعم ، لكن ( للاختلاف في تفسيره ) أي في تفسير اللغو ، فأورث شبهة ، فلهذا لم يقطع القول بعدم المؤاخذة فيما فسره من اللغو ، وقد اقتدى القـــدوري بمحمد بن الحسن رحمه الله ، انتهى . قلت هذا كما رأيت فاعل قوله علقه لمحمد بن الحسن على ما ذكر الكاكي ، وعلى ما ذكره الأترازي هو القدوري ، فتأمل أيمـــا صواب . وقال الزجاج في تفسير اللغو يقـــال لغوت لغواً ولغوت الفى لغواً ، مثل اللغى ، ورحت التكلم بحرث الحو والحي محواً [1] ، ويقال لغيت في الكـــلام الغى لغواً لغى إذا أتيت بلغو ، أو كل ما لاخير فيه مما يريم فيه اللغى ورقة التكلم ، أو يكون غير محتاج اليـه في الكلام فهو لغو ولغا .

قال العجاج وقال الجوهري لغـــا يلغو لغواً ، أي قال باطلاً . ونبـــاح الكلب لغو أيضـــاً . ولغي بالكسر لغى والألغيــة اللغو . وروى الزمخشري عن مجاهد هو الرجاء يحلف على الشيء يرى أنه كذلـــك ، وليس كما ظن . وروي أن الحسن سئـــل عن لغو اليمين ، وعنـــد الفرزدق قال يا أبا سعيد دعني أجب عنك ، فقال وليت بمأخوذ بلغو بقوله :

إذا لم تعمد عاقدات العزائم . . . . . . . . .

(١) هكذا في الأصل .

قال والقاصد في اليمين والنـــاسي سواء ، حتى تجب الكفـــارة لقوله عليـــه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ؛ النـــكاح والطلاق واليمين .

---

ذكره في تفسير سورة المائدة . وقال أيضاً في سورة البقرة اللغو الساقط الذي لا يعتد به في كلام وغيره ، ولذلك قيل لما لا يعتد به في الدية من أولاد الإبـل لغو . وقال شمس الأئمة السرخسي في أصوله قال علماؤنا اللغو ما يكون خالياً عن فائدة اليمين شرعاً ووصفاً ، فإن فائدة اليمين إظهار الصدق من الخبر ، فاذا أضيف إلى خبر ليس فيـه احتمال الصدق كان خالياً عن فائدة اليمين ، وكان لغواً .

( قال ) أي القدوري ( والقاصد في اليمين والناسي سواء ) الناسي هو الذي أراد أن يتكلم بكلام ، فجرى على لسانه اليمين وهو خاطىء حقيقة ، كـــذا ذكره في التقويم ، وقيل الناسي هو الذي يذهل عن التلفظ باليمين ثم يذكر أنه تلفظ باليمين ناسياً. وفي بعض النسخ ذكر الخاطىء مكان الناسي ( حتى تجب الكفارة ) بيان نتيجة كون القـــاصد في اليمين والمكره والناسي سواء ، يعني لا فرق في وجوب الكفارة على هؤلاء جميعاً ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين ) هذا الحـــديث ذكره المصنف « رح » ، هكذا وبعض الفقهاء يجعل عوض اليمـــين العتـــاق ، ومنهم صاحب الخـــلاصة والغزالي في الوسيط وغيرهما وكلاهما غريب ، وإنما الحديث النكاح والطلاق والرجعة . أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن عبـــد الرحمن بن حبيب بن أرك عن عطـــاء بن أبي رباح عن ابن ماهك عن أبي هريرة رضي الله عنـــه قال قال رسول الله ﷺ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد ، النكاح والطـــلاق والرجعة ، انتهى .

وقد غلط النووي الغزالي في تهذيب الأسماء واللغات ، فقال وقد وقع هذا الحديث في الوسيط النكاح والطلاق والعتاق ، وليس بصواب ، وإنما الصواب الرجعة . قلت فيـــه نظر ، روى الحارث بن أبي أسامة في مسنده حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن عبد

والشافعي «رح» يخالفنا في ذلك، وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى،

---

الله بن أبي جعفر عن عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال لا يجوز اللعب في ثلاث ، الطلاق والنكاح والعتاق ، فمن ها هن فقدوحين [1] . وروى الطبراني من حديث فضالة ابن عبيد بلفظ ثلاث لا يجوز اللعب فيهن الطلاق والنكاح والعتاق . وفيه ابن لهيعة كما مر. وما قيل الكلام أن لفظ الحديث هو الذي رواه أبو داود والترمذي كما مر ومن الترمذي، وصححه الحاكم ، وليس فيه لفظ اليمين ، وشراح الهداية كلهم سكتوا عن هذا غير أن الأترازي قال في شرحه لنا ما روى أصحابنا عن النبي ﷺ أنه قال ثلاث .. إلى آخره، ولو سكت مثل غيره لكان أوجه .

( والشافعي رحمه الله يخالفنا في ذلك ) أي فيما ذكر من يمين المكره والناسي فانه يقول لا ينعقد بينهما . واحتج بقوله عليه‌السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه. وأجاب أصحابنا عنه بأنه ليس المراد منه حقيقة الخطأ والنسيان والإكراه ، لأنها ليست بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حساً ، وإنما المراد منه الحكم ، وهو أما حكم الدنيا أو حكم الآخرة ، والأول بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطأ ، وهو من أحكام الزنا . وكذا يجب الغسل مما إذا جامع المكره على الزنا يفسد حجه وصومه ، وذلك من أحكام الدنيا ، فتعين الثاني وهو رفع الإثم .

فان قلت لا يثبت الكفر مع الإكراه فينبغي أن لا ينعقد اليمين به كالنوم والجنون ، وأن لا يسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين [2] والمغمي عليه ، لأن النوم والجنون نافيان التكلف بخلاف الإكراه ، ولهذا أباح شرب الخمر للمكره ، ويحرم عليه قتل النفس والزنا، وذلك آية الخطاب .

( وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى ) إن أراد به ما يذكره في كتاب الإكراه بقوله – وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ – .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) هنا كلام ناقص من الأصل .

ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً أو ناسياً فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط . وكذا إذا فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة . ولو كانت الحكمة رفع الذنب

---

( ومن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً فهو سواء ) يعني إذا حلف لا يفعل شيئاً وكان طائعاً في الحلف ثم فعله وهو مكره أو ناس يحنث وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في الأصح وأحمد في رواية لا يحنث للحديث المذكور . وهو أنه قد مر ، وكذا عندنا على ما يجيء إذا فعل المحلوف عليه وهو مغمي عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ، وقد وجد وهو الفعل الحق ، لأنه لا ينعدم بالإكراه .

فان قلت اليمين عقد يقوي بها عدم الحالف على الفعل أو للترك ، وهو من الأفعال الإختيارية ، فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد ، قلت ذلك هو القياس ، وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله عليه السلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان .. الحديث ، لأنه محتمل ونص اليمين .

( لأن الفعل الحقيقي ) الذي يوجد حساً ( لا ينعدم بالإكراه ، وهو الشرط ) أي وجود الفعل الحقيقي ، وهو الشرط وقد وجد ( وكذا إذافعله وهو مغمىعليه أو مجنون ) هذا ذكره المصنف تفريعاً لمة القدوري ، لأن قوله ومن فعل المحلوفعليه مكرهاً أوناسياً فهو سواء للفظ القدوري ، يعني إذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليهفي حال الإغماء أو الجنون ، ويجب عليه الكفارة ( لتحقق الشرط حقيقة ) الشرط هو الحنثوقد تحقق حقيقة فيتحقق الشروط .

( ولو كانت الحكمة رفع الذنب ) هذا جواب عما يقال الحكم في شرع الكفارة رفع الذنب ، لأنها ستارة كاسمها ، ولا ذنب للمجنون والمغمي عليه فعلاً لعدم الفهم ، فينبغي أن لا يحنث ولا يجب عليهما الكفارة . فأجاب بقوله – ولو كانت الحكمة – أيمشروعية

الكفارة رفع الذنب على تقدير التسليم ( فالحكم ) أي حكم الكفارة ( يـدار على دليله ) أي دليل الذنب ( وهو الحنث في اليمين لا على حقيقة الذنب ) كما في الاستبراء ، فانه يجب على المشتري لوجود دليل الشغل ، وإن لم يوجد حقيقة الشغل .

قال الأكمل ولقائل أن يقول إقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه إنما يكون إذا كان المدلول أمراً خفياً عن الأصل ، فيدور عليه . وإن لم يتصور المـــدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم ، والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق الظاهر ، فلا يصح إقامة الدليل مقام المدلول .

# باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قال واليمين بالله أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف

---

( باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا )

أي هذا باب في بيان ما يكون يميناً من الألفاظ وما لا يكون يميناً .

( قال ) أي القدوري ( واليمين بالله ) أي بلفظ الله لقوله عليه السلام من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت ، رواه مالك في الموطأ ( أو باسم آخر ) أي اليمين باسم آخر ( من أسماء الله عز وجل كالرحمن والرحيم ) قال الكاكي ثم جميع أسماء الله تعالى في ذلك سواء يفارق الناس الحلف به أو لا ، وهو الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي وقوله للحديث المذكور . والحلف بجميع أسمائه حلف بالله . وذكر شمس الأئمة البيهقي في الشامل ، ثم اليمين اسم آخر من أسماء الله تعالى إذا كان إسماً لا يشارك فيه غيره يكون يميناً ، لأنه لا يحتمل غير اليمين . ولو حلف باسم يشارك فيه غيره كالحكم والعزيز إن نوى به يكون يميناً ، وإلا فلا ، لأنه يحتمل وسوى في التحفة بين أن يكون اسماً خاصاً لله تعالى ، أو اسماً يشارك فيه غيره . وقال الأترازى فيه نظر لأنه بالإجمال لا يتعين اسم الله مراداً .

( أو بصفة ) أي أو اليمين بصفة ( من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه ، لأن الحلف بها متعارف ) أي الحلف بصفة من صفاته متعارف المراد بالصفة هي الحقيقة ، وهي المعنى القائم بالذات إسماً لعزة ونحوها لا لصفة ألحق به كقولك مررت

ومعنى اليمين وهو القوة حاصل، لأنه يعتقد بعظمة الله وصفاته، فصلح ذكره حاملاً ومانعاً. قال إلا قوله وعلم الله، فإنه لا يكون يميناً لأنه غير متعارف،

---

برجل قائم. وقال الأترازي ثم صفاته تعالى إن كانت من صفات الذات يجوز اليمين بها، وإن كانت من صفات الفعل، فلا يجوز اليمين بها. والفاصل بينهما أن كل ما لا يجوز أن يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله تعالى وجلاله وكبريائه وقدرته إلا العلم، فان اليمين به لا يجوز لجواز إرادة المعلوم، كما قال الله تعالى ﴿ولا يحيطون بشيء من علمه﴾ ٢٥٥ البقرة، أي من معلوماته، كذا قال الزمخشري. وكل ما يجوز أن يوصف الله عز وجل بضده، فهي من صفات الفعل كالرحمة والغضب والسخط عليها على ما يجيء الآن.

( ومعنى اليمين وهو القوة حاصل ) أي في صفاته التي علق بها عرفاً ( لأنه ) أي لأن الحالف ( يعتقد بعظمة الله وصفاته فصلح ذكره ) أي ذكر الحالف اسم الله تعالى وصفاته صلح ( حاملاً ) على اليمين ( ومانعاً عنه ) حاصل الكلام أن يقال إن مبنى الأيمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يميناً وإلا فلا، وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر، لأن اليمين إنما يعتقد للحمل أو المنع، وذا إنما يكون بما يعتقد الحالف تعظيمه، وكل مؤمن يعتقد بعظمة الله وصفاته، إذ هو معظم بجميع أسمائه وصفاته، فصارت حرمة ذاته وصفاته حاملاً أو مانعاً على ما قصد الحالف نفياً وإثباتاً.

وفي المبسوط قال مشايخنا العراقيون الحلف بصفات الذات كالقدرة والعظمة والعزة والجلال والكبرياء غير، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والسخط والغضب، ولا يكون يميناً، وقالوا ذكر صفات الذات لذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس لذكر الذات، والحلف بالله مشروع دون غيره، وعلى هذا ينبغي أن يكون وعلم الله يميناً، لأنه من صفات الذات ولكنهم تركوا هذا القياس، لأن العلم يذكر ويراد به المعلوم بجميع.

( إلا قوله وعلم الله ) وفي بعض النسخ قال، أي القدوري إلا قوله وعلم الله، وهذا مستثنى منقطع من قوله - أو بصفة من صفاته - التي يحلف بها عرفاً ( فانه ) أي فإن الحلف بعلم الله ( لا يكون يميناً، لأنه غير متعارف ) لأن اليمين بدءاً إذا لم يكن متعارفاً

لأنه يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينا ، أي معلومك

ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً ، وكذا ورحمة الله ،

لأن الحلف بهما غير متعارف ، ولأن الرحمة قد يراد بهـــا أثرها

وهو المطـــر

---

كان استثناء عن العرف منقطعاً .وقال الشيخ أبو نصر هذا الذي ذكره القدوري استحسان ، والقياس أن يكون يميناً ، وبه قال الشافعي « رح » ، قلت قال الشافعي إذا قال وعلم الله أو قدرة الله تعالي ، ونوى به اليمين أو أطلق فهو يمين . ولو قال أردت المعلوم أو المقدور لم يكن يميناً ، وكذا في خلق الله ورزق الله لم يكن يميناً بلا نية . وقال مالك لا ينعقـد اليمين بصفات الفعل ، وبه قال أحمد في رواية لأنه مشترك ، ومع الإشتراك حرمة له فلا ينعقد اليمين به . وعن أحمد في القدرة مثل قولنا .

( ولأنه ) أي ولأن العلم ( يذكر ويراد به المعلوم ، يقال اللهم اغفر علمك فينـا أي معلومك ) فان قلت على هذا القدرة فانها تصح بها اليمين مع صحة إرادة المقدور ، وبهذا يقال أنظر إلى قدرة الله تعالى ، قلت لا نسلم لأن المقدور بالموجود خرج أن يكون مقدوراً ، لأن التحصيل محل ، فلم يحتمل إرادة بالحلف . وقيل الموجود معدوم ولا تعارف في الحلف بالمعدوم ، فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القائمة بذات الله تعالى ، بخلاف العـلم إذا أريد به المعلوم ، حيث لا يخرج المعلوم من أن يكون معلوماً بالوجود ، فظهر الفرق بين العلم والقدرة .

( ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً ) وكذا إذا قال وعذاب الله أو ثوابـه أو رضاه ، وبه صرح الحاكم في الكافي ( وكذا ) أي وكذا ليس بيمين إذا قال ( ورحمة الله ، لأن الحلف بها ) أي بغضب الله وبرحمته ( غير متعارف ) لأن الأصل أن كل ما يتعارفه العرف يميناً ولم يرد به النهي في الشريعة كان يميناً وكل ما لا يتعارفه العرف يميناً لا يكـون يميناً ( ولأن الرحمة قد ) يذكر ( يراد بها أثرها وهو المطر ) قيل هذا منقوض بقدرة الله تعالى فإنه يقال أنظر إلى قدرة الله تعالى ، والمراد أثره ، وإلا لـكان بمعنى المقدور تكون

أو الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة . ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة ، لقوله عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر . وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف

---

القدرة غير مترتبة يكون كالعلم، ومع ذلك يحلف بها (أو الجنة) أي يذكر الرحمة ويراد بها الجنة ، قال الله عز وجل ﴿ففي رحمة الله هم فيها خالدون﴾ .

( والغضب ) مبتدأ ( والسخط ) عطف عليه وقوله ( يراد بهما العقوبة ) خبر المبتدأ ، ولو قال وأمانة الله يكون يميناً ، لأن معناه والله يمين ، وانه من صفات ذاته ، كذا في الشامل وهذا الخلاف ما ذكره صاحب التحفة عن الطحاوي أنه لا يكون يميناً ، وإن نوى بخلاف ما روي عن أبي يوسف أنه لا يكون يميناً ، وهو الاصح لما روي عن زيد قال قال رسول الله ﷺ من حلف بالأمانة فليس منا ، وهو الأصح .

( ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة ) أي قال والنبي لا أفعل هذا والكعبة كذلك ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليذر ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ أدركه في ركب وهو يحلف بأبيه ، فقال إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليسكت ، ولفظ الصحيحين أو ليصمت وقال مخرج الأحاديث عجب من الشيخ زكي الدين كيف عزاه للنسائي وترك الترمذي والنسائي لم يذكر ، وذكره برمته .

( وكذا إذا حلف بالقرآن ) لا يكون يميناً ( لأنه غير متعارف ) لأنه يراد به المقدور هو غير الله تعالى . وقال الشافعي ظني ليس ينبغي أن يحلف رجل بتوريته من كتاب الله تعالى ولا بالقرآن ولا بالكعبة ولا بالصلاة ولا بالصيام ولا شيء من طاعات الله عز وجل . قال الأترازي أنه لو حلف فقال والصلاة لا أفعل ، كذا كان قد حلف بغير الله تعالى . وقال أبو يوسف إن قال والرحمن لا أفعل كذا ، وعني به سورة الرحمن لا حنث عليه ، كذا ذكره الناطفي في الأجناس . وكذلك لو قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت

قال « رض » معناه أن يقول والنبي والقرآن، أما لو قال أنا بريء منهما يكون يميناً ، لأن التبري منهما كفر .

---

الله لا يكون يميناً ، كذا في شرح الطحاوي ، وقال الكافي وما اعتاده الناس من الحلف مجاز تووسرتوا[1] .

فإن اعتقد أنه حلف وأن البر به واجب يكفر كذا في محاسن الشرائع . وفي التتمة قال علي الرازي أخاف على من قال بحياتي وحياتي وما أشبه ذلك أنه يكفر ، ولولا أن العامة يقولون ولا يعلمونه ، لعله أنه شرك ، لأنه لا يمين إلا بالله ، فاذا حلف بغير الله فكأنه أشرك معه غيره . وقال ابن مسعود لأن الحلف بالله كاذباً أحب إلي من أن أحلف بغير الله صادقاً ، ثم الحلف بالكعبة والنبي والقرآن والعرش والكرسي وما أشبه ذلك لا ينعقد عند الجمهور . وعن أحمد ينعقد اليمين بالحلف بالنبي ﷺ في رواية وعن ابن عمر أنه ﷺ قال من حلف بغير الله فقد أشرك ، رواه الترمذي وقال حديث حسن .

فان قيل إن الله تعالى أقسم بغير ذاته وصفاته لقوله والشمس والليل والضحى ونحو ذلك كثير في القرآن قلنا لله تعالى ولاية الإيجاد والأمر والنهي والتعظيم والتحقير ، وله أن يثبت الحرمة لمن شاء . وليس للعبد ذلك بل عليه أن ينتهي عما نهاه الله تعالى عنه . وقد نهى الله تعالى أن يحلف بغيره .

( قال « رض » معناه ) أي قال المصنف معنى قول الحالف بالقرآن أو بالنبي ( أن يقول والنبي والقرآن ) لا أفعل كذا ( أما لو قال أنا بريء من النبي أو من القرآن يكون يميناً ، لأن التبري منهما ) أي من النبي والقرآن ( كفر ) وكذا إذا قال هو بريء من الصلاة والصوم يكون يميناً عندنا ، خلافاً للشافعي ، وكذا إذا قال هو بريء من الإسلام إن فعل كذا ، خلافاً للشافعي ، وعليه نص في شرح الطحاوي . وقال في النوازل إن قال والكتب الأربعة فليس هذا يمين ، وإن قال هو أنا بريء من الكتب الأربعة فعليه كفارة يمين واحدة وإن قال أنا بريء من التوراة ، وبريء من الإنجيل ، وبريء من الزبور ، وبريء من القرآن

---

(١) هكذا الجملة في الأصل وربما هي — توارثوه — .

قال والحلف بحروف القسم، وحروف القسم الواو كقوله والله، والباء كقوله بالله. والتاء كقوله تالله ،

---

وجبت عليه أربع كفارات . وقال في خلاصة الفتاوى ولو قال بحرمته شهد الله ولا إله إلا الله لا يكون يميناً .

وقال في فتاوى الولوالجي رجل رفع كتاباً من كتب الفقه أو دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم وقال أنا بريء مما فيه إن دخلت ، فدخل تلزمه الكفارة، لأنه يمين بالله تعالى . ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يميناً ، لأن المصحف جلد وأوراق . ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يميناً ، لأن ما في المصحف قرآن . ولو قال أنا بريء من الحجة التي حججت أو من الصلاة التي صليت فليس بيمين ، بخلاف ما لو قال أنا بريء من القرآن الذي تعلمته فانه يمين ، ولو قال أنا بريء من شهر رمضان وأراد به البراءة من فرضيته فهو يمين ، ولو أراد به البراءة عن آخرها لا يكون يميناً ، وإن لم يكن له نية لا يكون يميناً .

( قال ) أي القدوري ( والحلف بحروف القسم ) أي الحلف يكون بحروف القسم ( وحروف القسم ) ثلاثة ، أحدها ( الواو ، كقوله والله ، والباء ) أى الثاني حرف الباء ( كقوله بالله والتاء ) الثالث حرف التاء ( كقوله تالله ) الأصل فيها الباء الموحدة ، لأنها للالصاق ، وهي تضيف الحلف إلى المحلوف به في قولك أحلف بالله ، ثم يحذف الفعل تخفيفاً ، ويكتفي بحرف القسم ويبدل منها الواو ، والمناسبة بينهما لأن وضعها للجمع ، وفي الجمع معنى الإلصاق ، ثم يبدل من الواو التاء لمناسبة بينهما ، لأنها من حروف الزوائد كما في تراث أصله وراث ، وحجة أصلها وحمة [1] وبما كانت الباء أصلاً دخلت في إسم الله وغيره في المظهر لما كانت بدلاً ، والمضمر والواو معاً البدل انحطت بدرجة حيث لم يدخل في المظهر والمضمر جميعاً انحطت بدرجة ، حيث دخلت في المظهر دون المضمر ، والتاء لما كانت بدلاً على اسم الله تعالى وحده . وقال عبد القادر حكاه أبو الحسن من قولهم ترى فشاذ لا يؤخذ به .

---

(١) هكذا في الأصل .

لأن كل ذلـــك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد تضمر الحروف ، فيكون حالفاً كقوله الله لأفعل كـــذا ، لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً .ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض. وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف .

---

( لأن كل ذلك ) أي المذكور من الحروف ( معهود في الأيمان ) التي تستعمل بين الناس ( ومذكور في القرآن ) كقوله تعالى ﴿ بالله إن الشرك لظلم عظيم ﴾ ١٣ لقمان ، وكقوله تعالى ﴿ والله ربنا ما كنا مشركين ﴾ ٢٣ الأنعام ، وكقوله تعالى ﴿ وقال تالله لأكيدن أصنامكم ﴾ ٥٧ الأنبياء .

( وقد تضمر حروف القسم ، فيكون حالفاً ، كقوله الله لأفعل كذا ) فان حرف القسم أضمر في قوله الله لأفعل كـذا ، فان أصله لا أفعل كذا ، أو أراد بقوله فيكون حالفاً ان إضمار حرف القسم وإظهاره سواء في تحقق اليمين ، ثم أشار إلى وجه الإضمار بقوله ( لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازاً ) أي لإيجاز ، أي الإختصار ، لأنـه مطلوب في كلامهم ،ثم أن المصنف ذكر لفظ الإضمار في الرواية وذكر لفظ الحذف في التعليل بطريق المسامحة لما أن بين الإضمار والحذف فرقاً ، فان في الضمير ما يبقى أثره نحو قوله ﴿ انتهوا خيراً لكم ﴾ ١٧١ النساء ، أي يكون الإنتهاء خيراً لكم ، والمحذوف ما لايبقى أثره نحو قوله ﴿واسأل القرية ﴾ ٨٢ يوسف .

( ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض ) أراد بهذا إلى بيان الخلاف في وجه النصب والخفض في لفظ القسم به بعد حرف القسم ، فقيل ينصب ، وهو قول البصريين ، وعلل وجه النصب بقوله لانتزاع حرف خافض ، وهو حرف القسم ،لأن الأصل الله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا ، فلما حذفت الواو وانتصب بنزع الخافض ( وقيل يخفض ) وهو قول الكوفيين ، هذا ذكره في المبسوط (فتكون الكسرة دالة على المحذوف) أي الكسرة التي على المحلوف به والمحذوف هو حرف القسم قال الكاكي تعليله النصب بانتزاع الخافض والجر بدلالة الكسرة عليه غير مستقيم عند أهل النحو ، لما أن انتصابه على أنه عند حذف

وكذا إذا قال لله في المختار ، لأن الباء تبدل بها ، قال الله تعـــالى ﴿ آمنتم له ﴾ ٧١ طه ، أي آمنتم به .

---

حرف لاتصال فعل أحلف بالمحلوف به ، إلا أن تأويل قوله لانتزاع الخافض ، أي بسبب انتزاع الخافض يصل أحلف بالمحلوف به ، وكذا الجر لإضمار حرف الجر ، والعامل يعمل عمله عند الإضمار ، بخلاف الحذف كما ذكرنا ، إلا أن يؤول ويقول المراد بالمحذوف المضمر تسامحاً . وقال الأكمل هذه وظيفة نحوية في الأصل والأصول يبحث عنهـــا من حيث البساط المزيل الفقهية منها والواصل إلى حد الإشتغال بكتاب الهداية لا يدون ، وأن يكون قد وقف على ذلك ورآه .

( وكذا إذا قال لله[1] ) يعني وكذا يكون يميناً إذا قال لله علي أن لا أكـلم فلاناً ( في المختار ) إنما قال في المختار احترازاً عما روي عن أبي حنيفة أنه قال لو قال لله علي أن لا أكلم فلاناً ليست بيمين الا أن ينوى ، لأن الصيغة النظر ، ويحتمل معنى اليمـين ، ذكره الولوالجي في فتاواه ( لأن الباء تبدل بها ) أى باللام ( قال الله تعـالى ﴿ آمنتم له ﴾ ٧١ طه أى آمنتم به ) فانهما يتعاقبان . وقال ابن عباس رضي الله عنهما دخل آدم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج به .

وفي فتاوى قاضي خان قال بالله لأفعلن كذا وسكن الهاء أو رفعها أو نصبها يكون يميناً ، لأن ذكر اسم الله عز وجل والخطأ في الإعراب لا يمنع صحـة القسم لا في عرف الاستعمال ولا في عرف الشرط ، لما روي في الحديث وكأنـــه والله ما أردت بالرفع ، ويروى بالجر وعليه الجمهور . وعن آله من أصحاب الشافعي وأحمد في رواية أنه لو قال بالرفع لا يكون يميناً إلا بالنية ، لأنه لم يأت بالموضوع ولا قصده . ويحتمل ابتـــداء الفعال والكلام ، ويحتمل اليمين ، فلا يكون يميناً إلا بالنية ، وعليـه جمع من أصحاب الشافعي . وفي المحيط إذا قال بالله لا يكون يمينـــاً إلا إذا نوى . يعني إذا قال بكسر اللام ويكون اليها .

---

(١) في المتن – قال لله – وفي الشرح – قال الله – ، اهـ مصححه .

وقال أبو حنيفة « رح » إذا قال وحق الله فليس بحالف ، وهو قول محمد « رح » وإحدى الروايتين عن أبي يوسف «رح». وعنه في رواية أخرى أنه يكون يميناً ، لأن الحق من صفات الله تعالى ، وهو حقيقته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف . ولهما أنه يراد به طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حالفاً بغير الله . قالوا لو قال والحق يكون يميناً . ولو قال حقاً لا يكون يميناً لأن الحق من أسماء الله تعالى، والمنكر يراد به تحقيق الوعد .

---

( وقال أبو حنيفة رحمه الله إذا قال وحق الله فليس بحالف ) يعني لا يكون يميناً ( وهو قول محمد « رح » وإحدى الروايتين عن أبي يوسف « رح » وعنه ) أي وعن أبي يوسف ( في رواية أخرى أنه يكون يميناً ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( لأن الحق من صفات الله وهو حقيقته ) أي كونه حقاً ( فصار ) الحالف ( كأنه قال والله الحق ، والحلف به متعارف ) لأن الحق من أسماء الله تعالى ، ولهذا ذكر في عدد أسماء الله. وقال الله تعالى ﴿ ويعلمون أن الله هو الحق المبين ﴾ ٢٥ النور .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفه ومحمد ( أنه يراد به ) أي بالحق ( طاعة الله تعالى ، إذ الطاعات حقوقه ، فيكون حالفاً بغير الله ) والحلف بالعبادات لا يجوز ( قالوا ) أي أصحابنا كلهم قالوا ( لو قال والحق ) معرف حيث ( يكون يميناً ) بالإجماع ( ولو قال حقاً لا يكون يميناً ) ذكره بسبيل التفريع لما قبله ( لأن الحق المعرف من أسماء الله تعالى ، والمنكر يراد به تحقيق الوعد ) يريد به الفرق بين الحق وحقاً بأن الفرق إسم من أسماء الله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم ﴾ ٧١ المؤمنون ، والحلف به متعارف ، فيكون يميناً .

وأما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر ، فكأنه قال إفعل هذا الفعل لا محالة ، وليس فيه معنى الحلف فضلاً عن اليمين . وقال الفقيه أبو الليث في النوازل قال أبو نصر

ولو قال أقسم أو أقسم بالله أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف ، لأن هذه الفاظ مستعملة في الحلف ،

---

البلخي بحق الله يكون يميناً ، لأن الناس يحلفون به . ولو قال حقاً لا يكون يميناً ، وهو بمنزلة قوله صدقاً ، وهو قول محمد بن سلمة . وقال الحسنة بن أبي مطيع حق يمين لقوله تعالى ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم ﴾ ٧١ المؤمنون ، فالحق هو الله تعالى ، فصار كأنه قال والله لا أفعل كذا . وقال أبو نصر لو قال والحق لا أفعل كذا إن نوى به اسم الله تعالى فهو يمين ، وإن لم يرد به اسم الله لا يكون يميناً . وقال الأترازي لنا نظر في قوله – بحق الله يكون يميناً – لأن الإضافة تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف اليه ، فيكون الحق إذن لغير الله تعالى ، انتهى . أراد به قول أبي نصر البلخي المذكور . قلت الإضافة التي تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف إليه إذا كانت الإضافة بمعنى اللام ، كما في غلام زيد ، وهنا يحتمل أن تكون الإضافة بمعنى من كما في خاتم فضة ، وهذا لا يخفى على المتأمل .

( ولو قال أقسم أو أقسم بالله ، أو أحلف أو أحلف بالله ، أو أشهد أو أشهد بالله ، فهو حالف ) وكذا لو قال أعزم أو أعزم بالله . وقال زفر إذا لم يقل بالله في هذا القول لا يكون يميناً ، وبه قال الشافعي « رح » نوى أو لم ينو . وقال مالك إذا نوى اليمين بقوله أقسم بالله إلى آخره يكون يميناً . وإذا أطلق فلا . وعن أحمد إذا لم يقل بالله فهو يمين أيضاً في رواية . وفي رواية كمذهبنا ، سواء نوى اليمين أو لا . وفي رواية لا بد من ذكر الله .

( لأن هذه الألفاظ ) أي أقسم وأخواته ( مستعملة في الحلف ) أما الأول فلقوله عز وجل ﴿ إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ﴾ ١٧ القلم ، وأما الثاني فلقوله تعالى ﴿ يحلفون بالله ﴾ ١٢ النساء ، وأما الثالث فلقوله تعالى ﴿ نشهد إنك لرسول الله ﴾ ١ المنافقون ، ثم قال بعد ذلك ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ ثم قولهم ﴿ نشهد إنك لرسول الله ﴾ يميناً ، وهم لم يقولوا نشهد ، والعزم عبارة عن قصد التبليغ الذي ينتهي اليه قصد

وهذه الصيغة للحال حقيقة ، وتستعمل للاستقبال لقرينة فجعل حالفاً في الحال والشهادة يمين ، قال الله تعالى ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾ ثم قال ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ المنافقون ،

---

العازم ، فكان يميناً ، لأنه تصريح لمعناه ( وهذه الصيغة ) أي صيغة أقسم ( للحال حقيقة ) بمنزلة اخترت ، وكذا قول الموحد أشهد وقول الشاهد عند القاضي أشهد للحال .

( وتستعمل للاستقبال بقرينة ) سوف والسين ( فجعل حالفاً ) حقيقة عند الفقهاء ، كذا في الشرع في جعل قول المرأة اختار نفسي عند التخيير ( في الحال ) عند ذكر لفظ من الألفاظ المذكورة .

فإن قيل اليمين ما كان حاملاً ومانعاً على فعل أو ترك ، وعند الترك البر موجباً للكفارة ، فقوله أقسم لا يكون من البر موجباً مجرداً ، لأنه لم ينعقد على فعل شيء أو تركه ، وكيف يكون يميناً ، ولأن الكفارة ساترة لذنب هتك حرمة اسم الله ، وليس في أقسم مجرد هتك حرمة اسم الله ، فكيف يكون موجباً للكفارة ، لأن صيغة فعل المضارع كما يكون للحال يكون للاستقبال ، فلا تجب الكفارة بالشك خصوصاً في حق الكفارة فإنها تلحقه بالحدود ، ولهذا تداخلت . قلنا قوله أقسم للحال حقيقة كما قال المصنف ، فكان بمنزلة قوله علي يمين أو يمين الله ، والإقرار باليمين يمين موجباً للكفارة ، ذكره في الذخيرة والبيهقي .

( والشهادة يمين ) يعني إذا قال أشهد فإنه يمين ، واستدل عليه بقوله ( قال الله تعالى ﴿ قالوا نشهد إنك لرسول الله ﴾ ) هذا إخبار عن قول المنافقين إذ جاؤوا إلى النبي ﷺ قالوا أنشهد إنك لرسول الله فهذا يمين منهم يدل عليه ما حكى عنهم بقوله ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ فأخبر الله تعالى أن قولهم نشهد إنك لرسول الله يمين منهم ، وأشار اليه المصنف بقوله ( ثم قال ) أي ثم قال الله ( ﴿ اتخذوا أيمانهم جنة ﴾ المنافقون ) قصدوا الجنة الوقاية . وفي تفسير الشهادة تجري مجرى اليمين فيما يراد به من التوكيد ، يقول الرجل أشهد في موضع أقسم ، وبه شهد أبو حنيفة على أن أشهد يمين .

والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور ، فصرف اليـــه ، ولهذا قيل لا يحتاج إلى النية ، وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله . ولو قال بالفارسية سوكند مي خورم بخـــداي ، يكون يميناً ، لأنه للحال . ولو قال ــ سوكند خورم ــ قيـــل لا يكون يميناً .

---

( والحلف بالله هو المعهود المشروع ) قال تاج الشريعة رحمه الله هذا جواب من يقول إن قوله ــ أحلف ــ ينبغي أن لا يكون يميناً ، لجواز أن يكون حالفـاً بغير الله تعـالى الحلف بالله هو المعهود المشروع ، أي المعهود من الناس والمنصوص عليه في الشريعة ، لقوله عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله أو ليـذر ( وبغيره محظور ) أي حلف بغير الله حرام ممنوع ( فصرف اليه ) إلى قوله ــ أحلف ــ ينصرف إلى الحلف بالله ، لأن الظاهر من حال المسلم الإتيان بالمشروع دون غيره .

( ولهذا ) أي ولأجل أن الحلف بالله هو المعهود المشروع ، وبغيره محظور ( قيـــل لا يحتاج إلى النية ) في قوله ــ أحلف ــ أو ــ أشهد ــ او ــ أقسم ــ يكون يميناً صرفاً إلى ما هو المعهود في الشرع ، وعليه صاحب التحفة ( وقيل لا بد منها ) أي من النيـــة ( لاحتمال العدة ) أي الوعد ، لأن اللفظ يحتمله ، والعدة أصله الوعد ، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوض عنها التاء ( واليمين بغير الله ) بجر اليمين عطفاً على العدة ، ولاحتمال اليمين بغير الله ، فلا يتعين اليمين بالله إلا بالنية ، وإليه ذهب أبو نصر الأقطع .

( ولو قال بالفارسية ــ سوكند مي خورم بخداي ــ يكون يميناً ، لأنه ) أي لأن هذا اللفظ ( للحال ) فيصح اليمين ، لأن معناه بالعربي الحلف بالله ، وصيغة أحلف للحال ، فينعقد اليمين و ــ سوكند ــ بفتح السين وسكون الواو وفتح الكاف الصماء وسكون النون وبالدال المهملة ، ومعناه اليمين . و ــ مي خورم ــ بكسر الميم وسكون الياء وضم الخاء المعجمة وفتح الراء المهملة وسكون الميم ، معناه أحلف . و ــ بخد ــ بفتح البـاء الموحدة وضم الخاء المعجمة وفتح الدال المهملة المقصورة ، ومعناه بالله .

(ولو قال ــ سوكند خورم ــ قيل لا يكون يميناً ) لأنه بغير لفظ ــ مي ــ قيل لفظ

ولو قال بالفارسية ــ سوكند خورم بطلاق زنم ــ لا يكون يميناً لعدم التعارف، قال « رض » وكذا قوله لعمر الله وأيم الله لأن عمر الله بقاء الله ، وأيم الله معناه أيمن الله ، وهو جمع يمين .

---

ــ خورم ــ يكون للاستقبال ، فلا يكون يميناً . وقيل لا فرق بين اللفظين في أنه يكون يميناً . ولو قال ــ سوكند خورده ــ إن كان صادقاً يكون يميناً ، وإن كان كاذباً فلا شيء عليه ( ولو قال بالفارسية ــ سوكند خورم بطلاق زنم ــ لا يكون يميناً لعدم التعارف ) بينهم في كونه يميناً ، والباقي ــ بطلاق ــ **مفتوحة** مضاف إلى ــ زنم ــ بفتح الزاء والنون وسكون الميم ، ومعناه أحلف بطلاق امرأتي لا أفعل كذا لا يكون يميناً ، لأنه ليس بتمارف عندهم . ومعنى ــ زنم ــ امرأتي . و ــ زن ــ اسم المرأة ، وزيد فيه الميم الساكنة ليدل على معنى امرأتي ، والميم بمعنى ياء المتكلم ، ولم أجد من الشراح من تكلم في هذا الموضوع ولا ذكر ما ذكره المصنف ، مع أنهم أهل اللسان . غير أن الكاكي ذكر مثل ما ذكر المصنف ولم يضبط شيئاً من ذلك ولا تسر النظامة بالعربي والعبد الضعيف ، تكلم فيه كما ينبغي مع كوني دخيلا في هذا اللسان .

( قال ) أي المصنف ( وكذا قوله لعمر الله ، وأيم الله ) هذا عطف على أصل المسألة، وهو قوله أقسم إلى آخره ، أي وكذا يكون يميناً هذان اللفظان ، أما قوله ــ لعمر الله ــ فقوله تعالى ﴿ لعمرك إنهم لفي سكرتهم يعمهون ﴾ ٧٢ الحجر ، والعمر بفتح العين وضمها البقاء ، إلا أن الضم لم يستعمل في القسم ، وأشار المصنف إلى معناه أن البقاء بقوله ( لأن عمر الله بقاء الله ) والبقاء من صفات الذات فجاز الحلف به مكان قال والله الباقي وأيم الله ، فقد جاء في لفظ النبي ﷺ في حديث رواه البخاري عن ابن عمر قال بعث رسول الله ﷺ بعث ... الحديث ، وفيه وايم الله إنه كان عليهم أمامة بن زيد للامارة ، الحديث .

( وأيم الله معناه أيمن الله ، وهو جمع يمين ) وهو مذهب أهل الكوفة ، فكان التقدير وأيمن الله قيمين ، كأنه قال حلفت بالله ، فيكون يميناً ، وبه قال أحمد والشافعي

وقيل معناه والله وأيم صلة كالواو ، والحلف باللفظين متعـــارف ، وكذا قوله وعهد الله وميثاقه ، لأن العهـــد يمين ، قال الله تعالى ﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾ ٩١ النحل . والميثاق عبارة عن العهد ، وكذا إذا قال علي نذر ، أو نذر الله ، لقوله عليه السلام من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين

---

في وجه لا يكون يميناً بدون النية ( وقيل معناه والله ، وأيم صلة ) أي من صلات القسم من الله ( كالواو ) أي في وأيم الله ، وهذا عند البصريين ، قال الأكمل معناه والله ، وكلمة أيم صلة أي كلمة مستقلة كالواو ، وفيـــه تأمل . وقال الزمخشري حذف نون أيم وحذف همزته عند الدرج في التحقق في القسم .

( والحلف باللفظين ) وهما عمر الله وأيم الله ( متعارف ) عند العرب استعملتهـــما في القسم والحلف باللفظين ، وهما عمر الله وأيم الله متعارف ، يعني أن العرب استعملتهما في القسم ولم يرد النهي عنه ، وهما مشهوران لغة وعرفاً وشرعاً (وكذا قوله وعهد الله وميثاقه) أي وكذا يمين قوله الحلف بعهد الله وميثاقه وبه قال مالك وأحمد والشافعي لا يكون يميناً بغير النية ( لأن العهد يمين ،قال الله تعالى ﴿ وأوفوا بعهد الله ﴾ ٩١النحل ) ﴿ إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ﴾ وقد جعل الله عهد الله في القرآن يميناً كما ترى (والميثاق عبارة عن العهد ) يعني في معناه ، فإذا حلف بميثاق الله يكون يميناً كما في عهد الله ، وكذا إذا حلف بذمة الله لا يكون يميناً كذا في الأصل ، والذمة العهد كذا في الفائق، فعلى هذا يكون ذمة الله يميناً لعهد الله لأنه في معناه .

( وكذا ) أي وكذا يكون يميناً ( إذا قال علي نذر أو نذر الله لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين ) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن ابن عباس أن رسول الله عليه السلام قال من نذر .. الحديث . وروى الترمذي عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله ﷺ كفارة النذر إذا لم يسم كفـــارة يمين . وقال الحاكم في كافيه وإن حلف بالنذر فإن نوى شيئاً من حج أو عمرة فعليه ما نوى ، وإن لم يكن له نية فعليه كفارة يمين .

وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً ، لأنه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب الإمتناع ، وقد أمكن القول بوجوبه بغيره بجعله يميناً كما نقول في تحريم الحلال،

---

وها هنا أربع مسائل :

الأول ز إن نذر نذراً مطلقاً فهو يمين كما ذكره في الكتب .

الثانية : أن يقول لله علي نذر صوم كذا ، فعليه الوفاء بما نذر .

الثالثة : أن يعلق نذراً بشرط إذا قال إذا جاء فلان وإذا شفي الله مريضي فعلي صوم يوم كذا ، فعليه الوفاء بما سمى .

الرابعة : أن يقول علي نذر أن لا أفعل كذا ، فهو ينعقد يميناً ويوجبه موجب اليمين.

وللشافعي ثلاثة أقوال في هذه المسألة في قول يمين في قول يتخير بين الوفاء بالنــــذر والكفارة ، وبه قال أحمد وفي قول يجب البقاء بما سمى .

( وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر يكون يميناً ، لأنه ) أي لأن هذا القائل ( لما جعل الشرط علماً على الكفر ) أي بما جعل ذلك الشيء الذي حلف عليه علماً ، أي علامة على الكفر يعني شرطاً له ( فقد اعتقده واجب الإمتناع ) أي فقد اعتقد المحلوف عليه واجب الإمتناع هتك حرمة اسم الله ، فصار يميناً ، فكأنه قال حرمت علي نفسي ما حلفت عليه ( وقد أمكن القول بوجوبه بغيره يجعله يميناً ) أي بوجوب الإمتناع بغير الشرط ، وهو اليمين . وقال تاج الشريعة قوله بوجوبه بغير الله ، وهو مباشرة الفعل الذي يحصل به النصرانية أو اليهودية يعني أنه اعتقد فعل كذا يصير نصرانيـــاً فيجب الإمتناع من ذلك الفعل .

( كما نقول في تحريم الحلال ) بأن قال كل حل علي حرام ، فإنه يكون يميناً . فإن قلت يشكل إذا قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله حيث لا يجعل يميناً ، وإن جعل علمـاً على غضب الله الذي هو أحب الإمتناع . قلت الغضب قـــد يتحقق بارتكاب محظور فهو من فروع اليمين ، وبه لا يصير حالفاً ، لأنه حرمة تلك الأشياء ممـا يحتمل الفسخ والتبديل،

ولو قال ذلك الشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل ، وقيل يكفر ، لأنه تنجيز معنى كما إذا قال هو يهودي ، والصحيح أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين ، فان كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما ، لأنه رضي بالكفر حيث أقدم على الفعل . ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على

---

فلا يكون في معنى حرمة اسم الله ، بخلاف حرمة الكفر ، لأنه لا يحتمل الفسخ والتبديل

( ولو قال ذلك ) أي قوله إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر ( بشيء قد فعله ) في الماضي كاذباً قصداً ( فهو الغموس ) أي اليمين الغموس لا كفارة فيها عندنا ، ولكن هل يكفر أم لا فيه اختلاف المشايخ .

( ولا يكفر ) وروي ذلك عن أبي عبد الله البلخي ، فإنه قال لا يكفر ، وكذا روي عن أبي يوسف ( اعتباراً بالمستقبل ) أي اعتبار الماضي بالمستقبل ، لأن الكفر بالاعتقاد وهو لم يقصد الكفر ، وإنما قصد بأن يصدق في مقابلته ( وقيل يكفر ) قاله محمد ابن مقاتل الرازي كذا في شرح الطحاوي ( لأنه ) أي لأن ذلك القول في الماضي ( تنجيز معنى ) وإن كان تعليقاً صورة ، لأن عينه بما هو موجود وتعليق بشيء كائن يتنجز ، فكأنه قال هو كافر لأن كلامه خرج مخرج التحقيق فيكفر به .

( كما إذا قال هو يهودي ) لأنه صريح بالكفر ( والصحيح أنه لا يكفر فيهما ) أي في الماضي والمستقبل ( إن كان يعلم أنه يمين ، فإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما ) أي في الماضي والمستقبل ( لأنه رضي بالكفر ، حيث أقدم على الفعل ) لأنه بالإقدام صار مختار الكفر ، واختيار الكفر كفر . وفي المحيط لو قال إن فعلت كذا فاشهدوا علي بالنصرانية فهو يمين .

( ولو قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف ، لأنه دعاء على

نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ، ولانه غير متعارف ، وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل الربا ، لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم يكنْ في معنى حرمة الإسم ،

---

نفسه . ولا يتعلق ذلك بالشرط ) لأن الشرط ما له أثر من وجود الجزاء عند وجوده لتعلقه به ، ولا أثر لوجود الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في وجود الغضب ، ولا يقدم الشرط مع وجود المعصية في عدم الغضب ، فعلم أن الغضب من سيئات المعصية لا من سيئات التعليق . وكذا لا أثر في وجود هذه الأفعال ، لأن وجودها بأسباب أخر ( ولأنه غير متعارف ) أي ولأن قوله إن فعلت فعلي غضب الله أو سخطه غير متعارف باليمين . وقال الحاكم لو دعى على نفسه باللعنة أو الموت أو عذاب النار لا يكون يميناً ، وكذا إذا قال هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو لحم الخنزير أو بترك الصلاة أو الزكاة إن فعل كذا لا يكون يميناً ، لأن ذلك وعد لا إلزام شيء .

( وكذا إذا قال إن فعلت كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل الربا ) يعني لا يكون يميناً بهذه الألفاظ ( لأن حرمة هذه الأشياء ) أي حرمة الزنا والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا ( يحتمل النسخ والتبديل ) أما الزنا والسرقة فلا يحتملان النسخ . ولكن ذلك الفعل المقصود بالزنا ، وذلك العين المقصود بالسرقة بعينه جاز أن يكون حلالاً بوجه النكاح وملك اليمين ، فسمي احتمالاً فقلا بهما من الحرمة إلى الحل بالسبب الزنا نسخاً وتبديلاً ، إذ المراد بالنسخ الرفع ، وبالتبديل التعبير . وأما الخمر والربا فيحتملان النسخ ، وهذا كان الخمر حلالاً ثم نسخ ، والربا يحتمل النسخ من نفسها ، وإن لم يرد النسخ في حقه ، ولهذا كان صباحاً في دار الحرب ، ولأنه لا يكون زانياً أو سارقاً أو شارب خمر أو آكل ربا بمجرد قوله — أو زان أو سارق — فيما بينه وبين الله تعالى بدون اتصال الفعل بالحالف ، بخلاف قوله أنا يهودي أو نصراني .

( فلم يكن في معنى حرمة الإسم ) أي فلم يكن في معنى حرمة هتك اسم الله تعالى ،

لأن حرمة اسم الله تعالى لا يحتمل النسخ أصلاً لقيام دليل حد الزانية وهو حد العالم وليس كذلك الأشياء المذكورة لما ذكرنا ( ولأنه ليس بمتعارف ) أي لأن الحلف بهذه الأشياء ليس بمتعارف ، وهذا هو الصحيح في التعليل ، ولا خلاف للأئمة الأربعة في هذه المسائل .

فروع : لو قال إني عبدك أشهدك وأشهد ملائكتك إني لا أدخل دار فلان فليس بيمين. ولو قال إن فعلت كذا فأنا بريء من الكتب الأربعة فهي يمين واحدة . ولو قال أنا بريء من الإنجيل ، وبريء من التوراة ، وبريء من الزبور ، وبريء من الفرقان ، فهذه أربعة أيمان . وكذا لو قال بريء من الله ، وبريء من رسول الله ، والله ورسوله بريئان منه فهو أربعة أيمان . لو قال بريء من الله ورسوله فيمين واحدة . ولو قال والله والرحمن يكون يمينين إلا أن يذكر الأول . وروى الحسن عن أبي حنيفة وبه قال زفر يكون يميناً واحدة وإن دخل بينهما حرف العطف . ولو قال والله فهو يمين ، ولو قال والله ووالله يكون يميناً واحدة استحساناً .

وفي المنتقى لو قال والله ووالله ، أو قال والله ثم والله لا أفعل كذا ، وإن فعلت كذا فهو يمين واحدة استحساناً . وفي القياس يمينان وبه نأخذ . وعن أبي يوسف إذا قال والله لا أكلمك فيهما يمينان . وروى الحسن إن نوى بالثاني الخبر عن الأول يصدق ديانة . ولو قال والله لا أكلمك ولو قال والله لا أكلم فلاناً يوماً ، والله لا أكلمه شهراً والله لا أكلمه سنة ، إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد يوم فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه .

## ( فصل في الكفارة )

أي هذا فصل في بيان الكفارة . ولما فرغ من بيان الموجب بكسر الجيم وهو الحنث شرع في بيان الموجب بالفتح وهو الكفارة ، لأنها موجبة عند الحنث ، فإن اليمين سبب

قال كفارة اليمين عتق رقبة يجزىء فيهما يجزىء في الظهار ، وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد وأدناه ما يجوز فيه الصلاة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار ،

---

الكفارة بطريق الإنقلاب . وقال بعض أصحاب الشافعي اليمين سبب عند الحنث كملك النصاب عند تمام الحول . وقال عامة أصحابه السبب اليمين والحنث جميعاً لأنه لو كان مجرد اليمين سبب لوجبت الكفارة . وإن لم يوجد الحنث لكن يلزم عليهم أن لا يجوز الكفارة ، قبل الحنث لعدم السبب قبله ، ولهذا اختار صاحب الوجيز الأول .

( قال ) أي القدوري ( و كفارة اليمين عتق رقبة يجزىء فيهما يجزىء في الظهار ) بعين الرقبة المسلمة والكافرة والذكر والأنثى والصغير والكبير إن الله عز وجل أطلق الرقبة في الموضعين ولم يقيدفجاز هنا ما جاز ثمة ولا تجزىء العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين والمقطوعة يده ورجله من جانب الواحد ، بخلاف العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وأحد الرجلين . وفي الأصم اختلاف المشايخ الأصح الجواز إذا صح سمى .

( وإن شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً ) علم أن الواجب على الغني أحدالأشياء الثلاثة وهي عتق رقبة و كسوة عشرة مساكين وطعام عشرة منهم ، ويتمين ذلكباختيار العبد ، لأن كلمة أو في الآية للتخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين . وقال بعضهم أحدها واجب غنياً عند الله تعالى ، وإن كان مجهولاً عند العباد والله تعالى يعلم أن العبد يختار ما هو الواجب عنده عز وجل . وقالت المعتزلة الواجب الكل على البدل على معنى أنه لا يجب تحصيل الكل ، ولا يجوز ترك الكل ، وإذا أتى بواحد كفى ، ثم أن الكسوة إذا اختار الكسوة غير عشرة مساكين لكل مسكين ثوباً وإزاراً ورداء وقميصاً أو كيساً أو جبة أو ملحفة ، لأن لابس هذه الأشياء يسمى مكتسياً فيجزىء كل واحد.

( فما زاد ) أي فما زاد على الثوب ( وأدناه ) أي أدنى الثوب ( ما يجوز فيه الصلاة ) لأن ليس ما لا يجوز فيه الصلاة لا يسمى لابساً ( وإن شاء أطعم عشرة مساكين كالإطعام في كفارة الظهار ) يعني لكل واحد من عشرة مساكين صاعاً من تمر أو شعير أو نصف

والاصل فيه قوله تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ الآية ٨٩ المائدة ، وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة . قال فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة صام ثلاثة أيام متتابعات . وقال الشافعي « رح » يخير لإطلاق النص . ولنا قراءة ابن مسعود « رض » ـ فصيام ثلاثة أيام متتابعات ـ وهي كالخبر المشهور ،

---

صاع من حنطة أو دقيق أو سويق ، فإن دعى عشرة مساكين فغداهم وعشاهم أجزأه ، ولذلك إن أطعم خبزاً ليس معه إدام ، وإن غداهم وعشاهم وفيهم صبي فيظلم أوفوق ذلك شيئاً لم يجزئه وعليه إطعام مسكين واحد ، كذا ذكر الحاكم وغيره .

( والأصل فيه ) أي في وجوب الكفارة ( قوله تعالى ﴿ فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴾ .. الآية ٨٩ المائدة ) أي أقر الآية ، أو الآية فيها ، فعلى الأول النصب على المفعول به ، وعلى الثاني الرفع على الإبتداء بحذف الخبر ( وكلمة أو للتخيير فكان الواجب فيه ) أي في التكفير ( أحد الأشياء الثلاثة ) لأن هذا يقتضي التخيير .

( قال ) أي القدوري ( فإن لم يقدر على أحد هذه الأشياء الثلاثة ) لأن المعسر لايقدر على شيء من ذلك ( صام ثلاثة أيام متتابعات ) فإن صامها متفرقة لم يجزئه ( وقال الشافعي يخير ) يعني إن شاء فرق ، وإن شاء تابع ( لإطلاق النص ) أي القرآن ، وبه قال مالك وأحمد في رواية . وظاهر مذهب أحمد كقولنا ، وهو قول الشافعي .

فإن قيل الشافعي يحمل المطلق على المقيد في حادثة أو حادثتين فكيف لم يحمل فيهما مع ورود القرابة مطلقاً ومقيداً . قلنا أنه يقول لعارض هنا أصلان متعارضان أحدهما مقيد بالتفريق ، وهو صوم التسعة في الحج الثاني مقيد بالتتابع ، وهو صوم كفارة الظهار والقتل ، فلا يمكن إلحاقه بأحدهما إذ إلحاقه بأحدهما يوجب ترك العمل لنص الآخرون .

( ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وهي ) أي قراءة ابن مسعود هنا ( كالخبر المشهور ) قال الأترازي وقراءته كانت مشهورة في زمن أبي حنيفة ،

ويجوز الزيادة على النص بالمشهور . وقال تاج الشريعة لأنها نقلت عن رسول الله ﷺ، وقد اشتهرت في السلف خبر لعلم في المكاتب والزيادة بالخبر المشهور صحيحة . وقال الكاكي كالخبر المشهور ، لأنه يقرأ سماعاً من رسول الله ﷺ ولم يثبت قراءته لعدم التواتر ، فصار كالرواية المشهورة عن رسول الله ﷺ فصح التقييد بها ، وعندنا لا يحمل المطلق على المقيد كما في صدقة الفطر لإمكان العلم بهما ، وها هنا غير ممكن ، لأنهما في حكم واحد في حادثة واحدة ، وهو الصوم ، لأنه لا يقبل وصفين قضاء دين في وجوده . فإذا ثبت تقييده بالتتابع في تلك القراءة لم يبق مطلقاً ضرورة ، بخلاف صدقة الفطر ، فإنهما وردا في السبب ، ولا منافاة بين الشيئين . وأما صوم المتعة لم يجزء قبل أيام النحر ، لأنه لم يشرع قبلها لأن التفريق واجب .

( ثم المذكور في الكتاب ) قال الكاكي ، أي في المشهور ، وقال الأترازي أي في مختصر القدوري ، وأراد بالمذكور في قوله في أول الفصل ، وأدناه ما يجوز فيه الصلاة ( في بيان أدنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله ) مروي خبر المبتدأ ، أعني قوله المذكور ، والمذكور هو أدنى ما يجوز فية الصلاة وهو السراويل ، وبه قال أحمد في السراويل اختلاف الرواية . وقال في نوادر هشام لا يجوز في نوادر ابن سماعة يجوز ، كذا في الأجناس . وقال الكرخي في مختصره لا يجزىء في ذلك العمامة والقلنسوة ولا السراويل ، روى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعل عن أبي يوسف ، ورواه أبو عمر ومحمد الكتابي في إملاء محمد عنه كذلك . لأن لابسه يسمى عرياناً ، فلا يتناوله اسم الكسوة .

وفي الخلاصة عن محمد إن أعطى المرأة لا يجوز ، وإن أعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص . وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من وصفه قال أبو حنيفة إن كانت العمامة قدرها قدر الإزار الشائع أو ما يقطع قميصاً يجزىء وإلا لم يجزئه ، وهذا كله إذا كسى رجلاً ، فأما إذا كسى امرأة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار ، لأن رأسها عورة لا يجوز الصلاة إذا كانت مكشوفة . وقال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي فإن أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزئه من الكسوة ، ولكنه يجزىء من الطعام إذا كان نصف ثوب

وعن أبي يوسف وأبي حنيفة « رح » أن أدناه ما يستر عامة بدنه ، حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح ، لان لابسه يسمى عرياناً في العرف ، لكن ما لا يجزئــــه عن الكسوة يجزئه عن الطعــــام باعتبار القيمة ،

---

يساوي نصف صاع من حنطة . ولو أعطى عشرة مساكين ثوباً بينهم ، وهو ثوب كثـــير القيمة يصيب كل إنسان منه أكثر من درع وخمار .

وقال الشافعي يعتبر ما يطلق على اسم الكسوة حتى يجوز قميص أو سراويل أو عمامة أو جبة أو قميصاً أو مقنعة أو إزار أو رداء أو طرزاً ، لأن الإسم يقع على جميع ذلــك ، وله في القدرة والخف وجهان ، وعندنا ومالك وأحمد لا يجوز القلنسوة والخف . وعن ابن عمر رضي الله عنهما لا يجوز أقل من ثلاثــة أثواب قميص وسدر ورداء ، وعن أبي موسى الأشعري أنه يجزىء ثوبان ، ثم اعتبار الفقر والغنى عند إرادة التكفير عندنا . وعنـــد الشافعي « رح » عند الحنث ، حتى لو كان موسراً عند الحنث ثم أعسر جاز الصوم عندنا ولكن لا ، وعنده على القلب .

( وعن أبي يوسف « رح » وأبي حنيفة « رح » إن أدناه ) أي أدنى ما يجزىء أنـ يكفر به ( ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل ) لأنه لا تستر عامة البـــدن وهو الصحيح ، أي هذا المروي عن أبي حنيفة (وهو الصحيح،لأن لابسه ) أي لابس السراويل ( يسمى عرياناً في العرف ، لكن ما لا يجزئه عن الكسوه يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة ) يعني لو أعطاه ثوباً لا يجزئه عن الكسوة ، مثل سراويل أو خف أو نصف ثوب يجزئــه عن الإطعام إذا بلغت فيه نصف صاع من بر ، وبه قال مالك وأحمد ، ثم في ظاهر الرواية يجزئه عن الطعام بغير نية ، وعن أبي يوسف إذا نوى يكون بدلاً عن الطعام ، ويجزئه عنه وإلا لا . وقال زفر لا يجزئه عن الطعام نوى أو لم ينو . وعند الشافعي لا يجوز اعتبـــاراً لقيمته في الكفارة كما في الزكاة .

وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي « رح » يجزئه بالمال ، لانه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح . ولنا أن الكفارة تستر الجناية . ولا جناية ها هنا ، واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض ، بخلاف الجرح ، لانه مفض

---

( وإن قدم الكفارة على الحنث لم يجزئه . وقال الشافعي يجزئه بالمال ) أي يجزىء التكفير بالمال قبل الحنث ، وبه قال مالك وأحمد ، وقيد بالمال لأن ظاهر مذهبه أن الصوم لا يجوز ، لأن العبادات البدنية لا تقوم على وقت الأداء ، وفي وجه يجوز ، وهو قوله القديم ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ( لأنه أداها بعد السبب ، وهو اليمين فأشبه التكفير بعد الجرح ) قبل الوقت ، وكذا كفارة الظهار ، فإنها يجوز بعد الظهار وقبل العود كالزكاة ، فإنها يجوز قبل الحول .

( ولنا أن الكفارة تستر الجناية ) لأنها تكفر الخطيئة ، أي تستر بها ولايتصورسترها قبل وجودها ، وهو معنى قوله (ولا جناية ها هنا ) ولا يصح التكفير قبل الحنث ، لأنه يلزم تقديم السبب على المسبب فهو فاجر كما لو كفر قبل الإفطار ( واليمين ليست بسبب ) هذا جواب عن قوله لأنه أداها بعد السبب ، تقديره لا نسلم أن اليمين سبب بوجوب الكفارة ، لأن أدنى درجات السبب أن يكون مفضياً إلى الحكم وطريقاً له ، واليمين مانعة الحنث ، وهو معنى قوله ( لأنه مانع غير مفض ) وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو باعتبار ظاهر اللفظ مفض إلى الحكم ، والسبب ما يكون مفضياً كما ذكرنا .

( بخلاف الجرح ) جواب عن قياس المنازع فيه على الجرح قبل الموت ( لأنه ) أي لأن الجرح ( مفض ) إلى زهوق الروح ، بخلاف الظهار ، لأن نفس الظهار جناية ، ويجوز الزكاة قبل الحول ، لأنها شكر لنعمة المال ، وهو موجود ، ومفضي الحول تأجيل فيه ، وإضافة الكفارة إلى اليمين مجاز، لأنها على عوض أن يصير سبب على تقدير الحنث .

فإن قلت احتج الشافعي بظاهر قوله عليه السلام لعبد الرحمن بن ثمرة إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فكفر يمينك وآت الذي هو خير متفق عليه ، وفي لفظ أبي

ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة . قال ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم إياه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه ،

---

داود ، ثم آت الذي هو خير . قلت أصحابنا احتجوا بحديث عبد الرحمن بن ثمرة ، فإنه عليه السلام قال له لا تسأل الإمارة .. الحديث ، وفي آخره وإذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيراً منها فات الذي هو بخير وكفر عن يمينك .. الحديث في الصحيح ، ولا يقال الواو للجمع ثم للترتيب ، فيدل على الجمع لا على التأخير والتقديم ، بخلاف ثم للترتيب ، لأنه جاء في رواية أخرى ، ثم ليكفر يحتمل ما رواه الشافعي على أنه بمعنى الواو ، لأن ثم يجيء بمعنى الواو ، قال الله تعالى ﴿ ثم كان من الذين آمنوا ﴾ ﴿ ثم الله شهيد ﴾ ٤٦ يونس ، فيكون ما روينا محكماً في التأخير ، وما رواه محتمل فحمل عليها ما ذكرنا إعمالاً للضرر ، لأنه أمر بالتكفير مطلقاً ، ومطلق التكفير لا يجوز قبل الحنث ، لأنه لا يجوز بالصوم إجماعاً .

( ثم لا يسترد من المسكين ) عطف عن قولهم لم يجزئه يعني لا يسترد والمال عن المسكين ، وإن كان لا يقع عن الكفارة ( لوقوعه صدقة ) لأنه قصد شيء حصول الصواب ورفع الذنب ولم يرفع الذنب لعدمه ، فيحصل الصواب لإمكانه فيكون صدقة ، ولا رجوع فيها .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم إياه أو ليقتلن فلاناً ينبغي أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ( من حلف على يمين ورأى غيرها خيراً منها فليأت بالذي هو خير ، ثم ليكفر عن يمينه ) هذا الحديث مر معنا الآن ومضى الكلام فيه ، ومعنى قوله على يمين ، أي على مقسم عليه في فعل أو على ترك ، لأن اليمين مركبة من مقسم به ، وهو بالله ومقسم عليه ، وهو قوله لأفعلن أو لا أفعل لكان من باب ذكر الكل وإرادة البعض . وقال الأكمل في وجه

ولان فيما قلناه تفويت البر إلى جابر ، وهو الكفـــارة ولا جابر للمعصية في ضده وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره أو بعد إسلامه فلا حنث عليه ، لانه ليس بأهل لليمين ، لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظماً

---

الاستدلال به نظر ، لأنه قال ورأى غيرها خيراً منها فالدعى المطلق . والدليل مشروط برؤية غيره خير . والجواب أن حال المسلم يقتضي أن يرى ترك المعصية خيراً منها فيجعل الشرط موجوداً نظراً إلى حاله .

( ولأن فيما قلناه ) يعني إذ الكفارة بعد الحنث ( تفويت البر إلى جابر ، وهو الكفارة ولا جابر ) وهو الكفارة لما أن الجابر يقتضي سبق ذلك المحمود وهو حل اليمين بالحنث فيما قلنا ، فتصبح الكفارة جائزة ولا جائزة ( للمعصيـة في ضده ) أي في ضد ما قلنـاه ، وأراد بالضد التي في اليمين ، أي لا جائزة لمعصية الحنث ، فيما قال الشافعي ، لأن الحنث لما يتأخر عن الكفارة لم تصبح الكفارة السابقة جائزة لذلك الحنث ، لأن الجائز لا تقـدم ، كذا في النهاية . وقال الأكمل وقال في بعض الشروح ، ولأن فيما قلنا أي في الحنث النفس والتكفير بعد ذلك لتفويت البر إلى جابر ، والجابر هو الكفـــارة والفوات إلى جابر كلا فوات ، فتكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر ، أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام عن الأب ، وقتل فلان بغير حق تحصيل المعصيـة بلا جابر لها فتكون المعصية قائمة لا محالة ، فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر يمينه ، وكلا الوجهين صحيح ، والثاني أيسر . قلت أراد بالقائل بقوله وقال في بعض شروح الأترازي ، لأنـه قال في شرحه هكذا ويرده الأكمل برمته

( وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر أو بعد الإسلام ، فلا حنث عليه ) أي فلا كفارة عليه ، وبه قال مالك . وقال الشافعي وأحمد تلزم الكفارة بالمال دون الصوم ( لأنه ) أي لأن الكفارة ( ليس بأهل لليمين ، لأنها تنعقد لتعظيم الله تعالى ، ومع الكفر لا يكون معظما ) لأنه هاتك حرمة الله تعـــالى بإصراره على الكفر والتعظيم مع الهتك

ولا هو أهل للكفارة لانها عبادة. ومن حرم على نفسه شيئا مما لا يملكه لم يصر محرما، وعليه إن استباحة كفارة يمين، وقال الشافعي «رح» لا كفارة عليه لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين. ولنا أن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة وقد أمكن إعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين، فصار اليه، ثم إذا فعل مما حرمه قليلا أو كثيراً حنث ووجبت الكفارة، وهو المعنى

---

لا يجتمعان، والبر لا يتحقق إلا من معظم، ولا يلزم استخلافه في المظالم أو المنصوبات أو هو مشروع في حقه، لأنه من أهل مقصود الاستخلاف وهو النكول والإقرار، وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق، لأنه من أهل حكمياً ( ولا هو أهل الكفارة ) أي ولا الكافر أهل للكفارة ( لأنها عبادة ) لكونها ساترة للذنب.

( ومن حرم على نفسه شيئاً مما لا يملكه ) سواء كان ثوباً أو طعاماً أو أمة أو غيرها، بأن قال حرام علي ثوبي هذا أو طعامي هذا أو أمتي هذه ونحو ذلك ( لم يصر محرماً ) أي بعينه، بل صار محرماً بالنص، فلهذا قال عقبه ( وعليه إن استباحه ) أي يعامل به معاملة المباح، فان أكل الطعام أو لبس الثوب أو وطىء الأمة فعليه ( كفارة يمين . وقال الشافعي لا كفارة عليه ) لأنه ليس يمين إلا في النساء والجواري، وبه قال أحمد. وقال مالك من حرم على نفسه شيئاً غير امرأته لا يلزمه شيء وليس يمين ( لأن تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به ، تصرف مشروع وهو اليمين ) كعكسه، وهو تحليل الحرام.

( ولنا أن اللفظ ينبىء عن إثبات الحرمة، وقد أمكن إعماله ) أي إعمال اللفظ ( بثبوت الحرمة لغيره ) أي بغير اللفظ ( باثبات موجب اليمين ) وهو الكفارة، وأصله ليس في وسعه إثبات الحرمة لذاته وعينه قلبت الحرمة لغيره، وهو جناية حرمة اليمين، وهو الكفارة على تقديم الحنث ( فيصار اليه ) أي إلى ثبوت الحرمة لغيره.

( ثم إذا فعل مما حرمه قليلا كان أو كثيراً ) انتصاب قليلاً على أنه مفعول لقوله فعل ( حنث، ووجبت الكفارة ) لأن التحريم ثبت بتناول كل جزء ( وهو المعني ) بكسر

من الإستباحة المذكورة ، لأن التحريم إذا ثبت تنـــاول كل جزء منه ، ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوي غير ذلك والقياس أن يحنث كما فرغ، لأنه باشر فعلا مباحاً وهو التنفس ونحوه،وهذا قول زفر « رح ».وجه الاستحسان أن المقصود هو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم ،

---

النون وتشديد الياء ، أي المعصوم ( من الإستباحة المذكورة ) أى فعل ما حرمتـــه هو المراد من الإستباحة التي ذكرها ( لأن التحريم إذا ثبت ) يعني تحريم العين ، وهو دليـــل قوله إذا فعل مما حرمه قليلاً أو كثيراً حنث ، وذلك لأن تحريم المعنى إذا تبين ( تناول كل جزء منه ) أي مما حرمه ، فيحنث بالقليل والكثير . وقال الأكمل وعورض بأن اليمين إما أن يذكر مقسم به ، وهو عند ذكر اسم من أسمائه أو صفة من صفاته كما تقدم ، أو بأن يذكر شرطه وجزاءه ، وليس شيء منهـــما بموجود فكيف صار يمينـــاً واجب بسقوطها بقوله تعالى ﴿ قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم ﴾ ٢ التحريم ، بعد قوله ﴿ لم تحرم ما أحل الله لك ﴾ في تحريم العدل أو تحريم ما بـــه أطلق الأيمان على تحريم إطلاق وفرض تحلة الأيمان ، والرأي لا يعارض النصوص السمعية .

( ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب ، إلا أن ينوي غير ذلك ) هذا ظاهر الرواية قال الحاكم الشهيد في الكافي ، وإذا قال لرجل هو علي حرام سئل عن نيته، فان نوى يميناً فهو يمين وكفرها ، ولأنه حل امرأته في ذلك أن ينويها ، فان نواها دخلت فيه ، فاذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حنث وسقط عنه الإيلاء ، فان نوى فيه الطلاق، فالقول فيـــه كالقول في الحرام ، أي يصح ما نوى ، وإن نوى الكـــذب فهو كذب ( والقياس أنه يحنث كما فرغ ) من اليمين ( لأنه باشر فعلا مبـــاحاً وهو التنفس ونحوه ) بفتح العينين وفتح الشفتـــين أو ضمها ( وهذا قول زفر « رح » ) فان عنـــده كما يفرغ من اليمين يحنث .

( وجه الاستحسان أن المقصود وهو البر لا يتحصل مع اعتبار العموم ) لأن صيغة

وإذا سقط اعتباره ينصرف إلى الطعام والشراب للعرف ، فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ، وإذا نواها كان إيلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب ، وهذا جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا « رح » قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال ، وعليه الفتوى ،

---

العموم إذا لم تكن أجراها على عمومها يراد بها أخص الخصوص للتعيين ، وهنا لا يمكن ذلك ، لأن الإنسان لا يمكنه مع نفسه عن النفس وفتح العين وذلك له حلال ، فحمل على الحلال الأعم وهو يعيش به من المطعوم والمشروب ، وهو معنى قوله ( وإذا سقط اعتباره ) أي اعتبار العموم ( ينصرف يمينه إلى الطعام والشراب للعرف ) بين الناس ( فانه يستعمل فيما يتناول عادة ) هذا القليل لقوله للعرف معنى ، إنما انصرف قوله كل حل علي حرام إلى الطعام والشراب ، لأنه في عرف الناس يستعمل في ذلك ( ولا يتناول المرأة إلا بالنية لإسقاط اعتبار العموم ) لأنه لا يمكن إجراء اللفظ على العموم لما قلنا .

( وإذا نواها ) ) أي إذا نوى المرأة ( كان إيلاء ) لأن اليمين في الزوجات إيلاء ، وإن جامعها في المدة كفر عن يمينه ، وإن لم يقربها حتى مضت مدة الإيلاء بانت بالإيلاء ( ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب ) حتى إذا أكل أو شرب حنث ( وهذا كله ) أي هذا المذكور كله ( جواب ظاهر الرواية ) وهو رواية المبسوط ( ومشايخنا « رح » ) قالوا أراد بهم مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر حيث ( قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الإستعمال ) فيما بين الناس في هذا الزمان أنهم يرون بهذا اللفظ الطلاق ( وعليه الفتوى ) قال أبو الليث ، وبه نأخذ .

وفي فتاوى النسفي حلال المسلمين علي حرام ينصرف إلى الطلاق بلا نية للعرف ، وإن لم يكن له امرأة يجب عليه كفارة ، وإن كانت له امرأتان يقع الطلاق على واحدة ، واليه البيان في الأظهر لقوله امرأتي طالق ، وله امرأتان ، والمرأة في التسمية . وكذا لو قال

وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف ، واختلفوا في قوله
ـ هرجة برداست راست كيرم بروى حرام ـ أنه هل تشترط النية،
والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف

---

حلال الله علي حرام ، أو حلال هذا ، أي أو حلال [1] ويروى حرام وله امرأة تنصرف اليها من غير نية للعرف ، فان مراد العامه من هذا اللفظ الطلاق .

( وكذا ينبغي في قوله – حلال بروى حرام – ) أي وكذا ينبغي أن يقع الطلاق بلا نية في قوله – حلال بروى – يعني حلال علي حرام ( للعرف ) أي لأجل عرف الناس بذلك في الطلاق .

(واختلفوا في قوله) أي اختلف المشايخ في قول الرجل ( هرجه بردست راست كيرم بروى حرام – أنه هل يشترط النية ) أي لا يشترط ( والأظهر أنه يجعل طلاقاً من غير نية للعرف ) قوله – هرجة – بفتح الهاء وسكون الراء وكسر الجيم الفارسية وسكون الهاء ، ومعناه كل شيء . فوق – بدست – بفتح الباء الموحدة والدال المهملة وسكون السين المهملة وبالتاء المثناة من قوله ومعناه بيدي . قوله – راست – بفتح الراء وسكون السين المهملة بعد الألف وبالتاء المثناة من فوق ، ومعناه اليمين يعني بيدي اليمين . قوله – كيرم – بكسر الكاف وسكون الياء آخر الحروف ، معناه علي . وفي خلاصة الفتاوى – هرجة بدست كيرم هومن حرام – لا يصدق أنه لم ينو . ولو قال – هرجه بدست راست كرفه ام – فهو بمنزلة قوله – كيرم – . ولو قال – هرجه بدست جيب كرم – في مجمع النوازل لا يكون طلاقاً ، وإن نوى . ولو قال – هرجه بدست راست كرفتم – لا يكون طلاقاً ان المعرف في قوله – كيرم – ولا عرف في قوله – كرفتم – . ولو قال – هرجه بدست راست كيرم – ولم يقل – راست أو جب – فهو بمنزلة قوله – هرجه بدست راست كيرم – .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة . اهـ مصححه .

ومن نذر نذراً مطلقاً فعليه الوفاء ، لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمي . وإن علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لإطلاق الحـــديث ، ولان المعلق بشرط كالمنجز عنده . وعن أبي حنيفة « رح» أنه رجع عنه .

---

( ومن نذر نذراً مطلقاً ) أي مطلقاً عن ذكر الشرط بأن قال لله علي صوم سنة بدون التعليق بشيء ( فعليه الوفاء به ) أي بما سمى ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ) هذا الحديث غريب . وفي جواب الوفاء بالنذر حديث صحاح مما أخرجه البخاري عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً قال يا رسول الله إن أختي نذرت أن تحج وإنها ماتت قبل أن تحج ، فقال عليه السلام لو كان عليها دين أكنت قاضيه ، قال نعم ، قال فاقض دين الله فهو أحق بالقضاء .

وفي رواية أن أختي وفيها ما أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال فاوف بنذرك، وزاد البخاري فاعتكف ليلة ، ومنها ما رواه أبو داود في سننه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، قال أوف بنذرك .. الحديث .

( وإن علق النـــذر بشرط ) بأن قال إن شفى الله مريضي أو رد الله غائبي أو مات عدوي فعلي صوم شهر أو سنه ( فوجد الشرط فعليه الوفاء ) بتعيين ( بنفس النذر ) ولا يخرج عنه بالكفارة ( لإطلاق الحديث ) المذكور ، فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقاً أو معلقاً بشرط ( ولأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده ) أي عند وجوده ولونجز النذر عند وجود الشرط لم تجزئه الكفارة ، فكذا هنا ، وبه قال مالك في المشهور عنه . وقيل إن كان النذر في مباح يتخير ، وفي الطاعة يلزمه الوفاء مطلقاً .

( وعن أبي حنيفة « رح » أنه رجع عنه ) أي عن نفس الوفاء بالنذر إلى التخيير بين الكفارة والوفاء . وعن عبد العزيز بن خالد الترمذي قال خرجت حاجاً ، فلما دخلت

وقال إذا قال إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة مال ملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين، وهو قول محمد «رح» ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى أيضا ، وهذا إذا كان شرطا لا يريد كونه لأن فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر ، فيتخير ويميل أي الجهتين شاء ، بخلاف ما إذا كان شرطاً يريد كونه كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه ، وهو المنع ،

---

الكوفة قرأت كتاب القدوري والكفارة على أبي حنيفة رضي الله عنه ، فلما انتهيت إلى هذه المسألة ، قال فان من رأى أن راجع فراجعت عن الحج ، أو قد توفي رحمه الله فأخبرني الوليد بن ابان إنه رجع قبل موته سبعة أيام ، وبه يفتي اسماعيل الزاهد وشمس الأئمة السرخسي لكثرة البلوى به في هذا الزمان ، وهذا لأن كلامه نذر فظاهره يمين بمعناه .

( وقال إذا قال ) أي وقال أبو حنيفة إذا قال الرجل ( إن فعلت كذا فعلي حجة أو صوم سنة أو صدقة ) أي أو قال فعلي صدقة ( مال ملكه أجزأه من ذلك كفارة يمين ، وهو قول محمد « رح » ) وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد ومالك في رواية . وفي القديم يتعين الكفارة ويكون هذا نظراً للحاج ( ويخرج عن العهدة ) أي عن عهدة اليمين ( بالوفاء بما سمى أيضاً ) حتى لو كان معسراً كان مخيراً بين أن يصوم ثلاثة أيام وأن يصوم شهراً ، وهذا مروي عن أبي حنيفة في النوادر . ووجه ما روي في السنن مسنداً إلى عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال كفارة النذر كفارة اليمين .

( وهذا ) أي هذا المذكور ( إذا كان شرطاً ) أي إذا كان النذر معلقاً بشرط (لا يريد كونه ) مثل إن شربت الخمر فعلي صوم سنة ( لأن فيه معنى اليمين وهو المنع ) عن اتخاذ الشرط ( وهو بظاهره نذر ) وهو ظاهر ( فيتخير ويميل إلى أى الجهتين شاء ) أى التكفير أو النذر ( بخلاف ما إذا كان شرطاً ) أى بخلاف ما إذا علق بشرط (يريد كونه ) أى كون الشرط ( كقوله إن شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع ) لأن

وهذا التفصيل هو الصحيح . قال من حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال إن شاء الله فقد بر في يمينه ،

---

قصده الرغبة فيما حوله شرطاً ( وهذا التفصيل ) أي الذي ذكرنا بين شرط لا يريد كونه وبين شرط يريد كونه [1] ( هو الصحيح ) .

وقال الأكمل وفيه نظر ، لأنه إن أراد حصر الصحة فيه من حيث الرواية فليس بصحيح ، لأنه غير ظاهر الرواية ، وإن أراد حصرها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل أحدهما على المرسل والآخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد ، على أن فيه إيماء إلى القصور في الذهاب إلى ظاهر الرواية .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف على شيء ) وفي بعض النسخ على يمين ، وعلى هذا قال الأترازي ومعنى قوله على يمين ، أي على مقسم عليه ( وقال إن شاء الله تعالى متصلاً بيمينه فلا حنث عليه) وفي المبسوط حلف على يمين أو نذر وقال إن شاء الله متصلاً حنث عليه ، وبه قال أكثر أهل العلم . وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من حلف على يمين وقال إن شاء الله متصلاً فقد بر في يمينه ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وبمعناه أحاديث منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن أيوب البختياني عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال من حلف فاستثنى فان شاء مضى وإن شاء ترك غير حنث . انتهى بلفظ النسائي .

وفي لفظ له فهو بالخيار إن شاء مضى وإن شاء ترك ، ولفظ ابن ماجة نحوه ، ولفظ أبي داود من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد ... ولفظ الترمذي فقال إن شاء الله فلا حنث عليه وقال حديث حسن . ومنها ما رواه الترمذي والنسائي وابن ماجة من حديث ابن طاووس عن أبيه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث .

---

(١) هكذا الجملتين في الأصل ، اه مصححه .

## إلا أنه لا بد من الإتصال لانه بعد الفراغ رجوع ، ولا رجوع في اليمين

( إلا أنه ) استثنى من قوله فلا حنث عليه ، يعني إنما لم يحنث إذا كان الاستثنــاء متصلاً بيمينه وهو معنى قوله ( لا بد من الإتصال ) بأن لا يقطع قوله إن شاء الله بكلام أو سكوت ، والفصل انقطاع النفس لا يعتبر لتعذر الإحتراز عنه ، أما إذا كان الاستثناء منفصلاً فلا عدة به ، فعليه الحنث ( لأنــه بعد الفراغ رجوع ) عن اليمين ( ولا رجوع في اليمين ) .

فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص فان الحديث باطلاقــه لا يفصل بين المتصل والمنفصل . قلت الدلائــل الدالة من النصوص وغيرها على اللزوم المقهور هي التي توجب الإتصال . فان جواز الاستثناء منفصلاً يقضي إلى إخراج المقهور كلها من البيوع والأنكحة وغيرها من أن تكون يلزمه ، وفي ذلك من الفساد ما لا يخفى ، وهذا التعليــل يوافق تلك الأدلة ، فيحمل حديث الاستثنــاء على الإتصال توفيقــاً بين الأدلة ، والله أعلم بالصواب .

# باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة أو الكنيسة لم يحنث، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها. وكذا إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار

---

## ( باب اليمين في الدخول والسكنى )

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين المتعلق بدخول البيت وحكم السكنى فيه الدخول الإنفصال من الظاهر الداخل إلى الباطن والخروج على الكنس والسكنى عبارة عن كون السكون في مكان على سبيل الاستقرار والدوام ، فإن من جلس في مسجد أو جاءت فيه لا يعد ساكناً فيه ، ولما كان انعقاد اليمين على فعل شيء أو تركه شرع يذكر الأفعال التي ينعقد عليها اليمين باباً . إلا أنه قدم هذا الباب على غيره لأنه أهم ، لأن الإنسان يحتاج إلى مسكن يدخل فيه ويستقر ، ثم يترتب على ذلك سائر الأفعال من الأكل والشرب .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف لا يدخل بيتاً فدخل الكعبة أو المسجد أو البيعة ) بكسر الباء متعبد النصارى ( أو الكنيسة ) وهي متعبد اليهود ( لم يحنث ، لأن البيت ما أعد للبيتوتة ، وهذه البقاع ما بنيت لها ) أي للبيتوتة ، والمعتبر في الأيمان العادة والعرف ، والألفاظ المستعملة في الأيمان مبنية على العرف عندنا . وقال أحمد بني الايمان على النية ، سواء نوى ظاهر اللفظ أو مجازه خاصاً أو عاماً ، لقوله عليه السلام لكل امرىء ما نوى . قال الشافعي رضي الله عنه مبنية على الحقيقة ، لأنها مراد . وعند مالك على معاني علم القراءات ، لأنه على أصح اللغات وأفصح .

( وكذا ) أي وكذا لم يحنث ( إذا دخل دهليزاً أو ظلة باب الدار ) والظلة ما أظل

لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة . وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلاً وهو مسقف يحنث ، لأنه يبات فيه عادة. وإن دخل صفة حنث لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي . وقيل هذا إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم

---

فوق الباب خارج الدار لما ذكرنا ، أشار إلى قوله لأن البيت ما أعد للبيتوتة . وفي التحفة ولو دخل دهليز الدار يحنث ، لأنه في الداخل والظلة يكون على السكة ( لما ذكرنا ، والظلة ما تكون على السكة ) ما أظل فوق الباب خارج الدار ، وهو يصلح أن يكون تفسيراً لما ذكره المصنف . وأوضح ذلك صاحب الحصير ، فقال الظلة هي التي أحد طرفي جذعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل . وفي الذخيرة أراد بالظلة الساباط الذي يكون على باب الدار . قال صاحب المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب ، والكل في الحقيقة معنى واحد .

( وقيل إذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث ، لأنه يبات فيه عادة ) قيد بقوله وهو مسقف يبقى أن لا يحنث ، ولكن الأصح أن كل موضع إذا أغلق الباب لا يمكنه الخروج يكون من الدار ، فعلى هذا يحنث بدخوله الدهليز منطلقاً كما ذكره أولاً ، وعلله بقوله لأنه في الداخل .

( وإن دخل صفة حنث ) أي في يمينه لا يدخل بيتاً ( لأنه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الأوقات ، فصار كالشتوي والصيفي ) الشتوي هو الذي يبنى لأن يبات فيه في الشتاء ، والصيفي الذي لا يبنى ، لأن يبات فيه في الصيف ، فاستوى له جدران أربعة في واحد منها باب ، والصيفي له ثلاثة جدران ليس إلا هو وهو الصفة . وفيه قول بعض المشايخ بخلاف هذا أشار اليه بقوله ( وقيل هذا ) أي حنث بدخول الصفة في المبتدأ لا يدخل بيتاً ( إذا كانت الصفة ذات حوائط أربعة ، وهكذا كانت صفافهم ) أي صفاف أهل الكوفة ، فحينئذ لا يكون فرق بين البيت والصفة ، فيحنث . لأنه يبات فيها . وفي

وقيل الجواب يجري على إطلاقه وهو الصحيح . ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث، ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث ، لأن الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة ،

---

المبسوط وفي عرفنا الصفة ذات حوائط ثلاثة قد يكون على هيئة البيت ، فلا يكون بيتاً فلا يحنث ، وبه قال الشافعي .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن أبي حاتم حازام فما أمشي بغداد ، قال هذه ليلة كانت مشتملة حتى انتهيت إلى الكوفة فرأيت صفافهم مبسوطة ، فعلمت أن الأيمان وضعها على تعارفهم . قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي قال أصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة يسمون بيتاً في جوف بيت آخر صفة ، فأما اسم الصفة في بغداد لا يتناول البيت ولا اسم يتناول الصفة .

( وقيل الجواب يجري على إطلاقه ) يعني يحنث أي صفة دخلها بالصحة البيتوتة ، واليه ذهب المصنف ونبه عليه بقوله ( وهو الصحيح ) وقال الكاكي وهو الصحيح احتراز تقيد الصفة بعرفهم ، يعني الصحيح الإطلاق لوجود البيتوتة في الصفة .

(ومن حلف لا يدخل داراً فدخل داراً خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث ) وقال الشافعي لا يحنث في الوجهين ، وأشار المصنف إلى العرف بين الوجهين بقوله ( لأن الدار اسم للعرصة ) قال ابن الأثير العرصة كل موضع واسع لا ينافيه . وقال الجوهري العرصة كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها شيء من بناء ، والجمع العرصات والعراص . قلت ومنه عرصات يوم القيامة ، وهي شديدة ، وهي في لغة العجم كذلك ، فلذلك قال المصنف ( عند العرب والعجم ) وهي بسكون الواو يفتح في الجمع ( يقال دار عامرة ودار غامرة ) أي دار عامرة بالعين المهملة ، ودار غامرة بالغين المعجمة . قال الجوهري الغامرة يعني بالغين المعجمة من الأرض خلاف العامرة، يعني بالمهملة . وفي حديث عمر رضي الله عنه جعل على كل جريب عامر أو غامر أو رهما

ومصرا . وقال ابن الأثير الغامر يعني بالغين المعجمة ما لم يزرع مما يحتمل الزراعة من الأرض. والجواب من الأرض ستون ذراعاً في ستين .

( وقد شهدت أشعار العرب بذلك ) أي بأن الدار اسم للعرصة ، وجاء ذلـــك في أشعار كثيرة ، منها ما قال شعير العامري :

عقب الديار محلها فمقامها ... بمنى تأبد غواها فرحا بها

قوله عقب ديار الأحباب العرب ما كان منهـا للحلول دون الإقامة وما كان منهـا للاقامة ، وعفى يعفو لازم ويتعدى ، وهنا لازم ، يعني اندرست. قوله – بمنى – بالتنوين وهو موضع يجمع ضربه هي الحرم . قوله – تأبـــد – أي أقفروا لصه الوحوش . قوله – غواها – بفتح الغين المعجمة و الرجاء بكسر الراء وبالجيم ، وهما جبلان معروفان . وقيل موضعان .

ومنها ما قال السنابقة :

يا دار مية بالعلياء فالسند أقدت ... وطال عليهـــا سالف الأبـــد

وقفت فيها أصيلا لا أسائلهـــا ... أعقر جواباً وما بالربع من أحد

يخاطب السنابقة دار مية اسم امرأة . والعلياء موضع مرتفع ، وكذلك السند بفتحتين موضع مرتفع من ارتفاع الوادي أو الجيد ، ثم أخبر عنهـا بقوله – أقدت – أي أقفرت وخلت عن أهلها وذهبوا وطال عليهم ما مضى من مرور الزمان ، ثم يقول وقفت عليها عشية أسائلها عن أهلها أين مضوا فلم تقدر على الجواب ، ولم يكن فيهـــا أحد يكنى ، والأصيلان لا أصله أصلان مصغر أصلان جمع أصيلا ، فأبدلوا من النون لاماً . والأصيـــل الوقت بعد المغرب ، ومنها ما قال حسان بن ثابت رضي الله عنه .

تلك دار الألوف أصحت حلا ... بعدما يحلهـــا في نشاط

والنشاط شره من الصبى. هذه الآيات كما ترى دالة على أن الدار سمي داراً بعد ارتحال أهلها عنها وآثارها ودرس رسومها وأطلالها . وقال الأترازي وقد أورد الفقيه أبو الليث

**فالبناء وصف فيها غير أن الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر.**

---

في شرح الجامع الصغير والإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ها هنا يصلح بضبط الفقهاء، وهي الدار وإن زالت حوائطها . والبيت ليس ببيت بعد أن ينهدم ، ثم قال ولكن لا يصلح للاحتجاج به ، فإن قائله ليس بمعلوم وإن شاء مثله لكل أحد غير عسير ، انتهى. وذكر الكاكي هذا البيت في معرض الإحتجاج فلا بأس به ، لأنه وإن لم يعرف قائله يصلح للاحتجاج ، ألا ترى أن النحاة كثيراً احتجوا بإلابات لا يعرف قائلها ، غير أنهم إذا عرفوا أن قائلها من السفر المحدثين لم يحتجوا فيها إلا للاستشهاد .

**( فالبناء وصف فيها ) أي في الدار ( غير أن الوصف في الحاضر لغو، وفي الغائب معتبر ) أي هذا إذا كانت الصفة لم تكن داعية إلى اليمين نفعه كون الدار معينة . وفي الغائب إلى المتكر معتبرة ، لأن الغائب يعرف بالوصف ، فتعلقت اليمين الدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة ، وفي المعين لغو ، لأنه إشارة إلى تعريف فأغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح ، فاستوى وجودها وعدمها . وهنا اعتراضان :**

الأول : نقض إجمالي ، وهو أن يقال هذا بل بما قال محمد في كتاب الوكالة بشراء دار فاشترى داراً خربة يلزم الموكل ، وينبغي أن لا يقع للموكل ، لأن الصفة في الغائب معتبرة . الجواب أن الصفة في النكرة من كل وجه معتبرة ، والدار في اليمين منكرة من كل وجه . وفي الوكالة تفرقت من وجه ، لأن التوكيل بشرائها إنما يصح عند بيان الثمن أو محله وليست في اليمين كذلك ، فلا يلزم من صحته اتفاقاً ، والوكالة صحة انعقاد اليمين بلا تحفة الإعتراض .

الثاني : بطريق المعارضة وهو أن يقال أن البناء لا يخلو إما أن يكون داخلاً في المسمى أو لم يكن ، فإن كان داخلاً وجب أن لا يختلف الحال بالغيبة والحضور في الدخول كالعرصة ، وإن لم يكن داخلاً وجب أن لا يختلف الحال أيضاً في عدم الدخول ، كما إذا حلف لا يكلم رجلاً ينعقد يمينه برجل قاعد عالم ، أي غير ذلك من الصفات الخارجة عنه. والجواب أن البناء صفة متعينة للدار ، فجاز أن يكون مراداً بحكم العرف المتعينة . وفي الرجل التراجم في الصفات ثابت من العلم والفعل والقدرة والصناعة والحسن والجمال، وهذه

ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الإسم باق بعد الإنهدام ، وإن جعلت مسجداً أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث ، لأنه لم يبق داراً لاعتراض اسم آخر عليه ، وكذا إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه لأنه لا يعود اسم الدارية . وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال

---

الصفات بأثرها يمنع إرادتها عادة ، وليس البعض أولى من البعض في الإرادة ، فيمتنع الإرادة أصلاً كذا ذكره في النهاية محالاً عن الفوائد الظهيرية .

وقال الأكمل ورد بأن البناء ضده الخراب ومحل الدار محل نوادرها ، فكيف صار البناء صفة متعينة فهو في حيز النزاع . وأقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاضر أو أن يكون داخلاً في المنكر لاحتياجه إلى التعريف غير داخل في المعروف لاستغنائه عنه .

( ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت داراً أخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا أن الإسم باق بعد الإنهدام ) لم تبدل باعتبار أصله ، وإنما يبدل الوصف ، وذلك لا يعتبر في الحاضر . وللشافعي فيه وجهان ( وإن جعلت مسجداً ) أي وإن جعلت الدار مسجداً ( أو حماماً أو بستاناً أو بيتاً فدخله لم يحنث لأنها لم تبق داراً لاعتراض اسم آخر عليها ) لأنها لما تبدل اسمها كان ذلك بمنزلة متبدل اليمين ( وكذا ) أي وكذا لا يحنث ( إذا دخله بعد انهدام الحمام وأشباهه ) أي بعد كونه مسجداً أو بستاناً أو نهراً فجعلها داراً ودخل لم يحنث ( لأنه لا يعود اسم الدارية ) بتشديد الياء آخر الحروف . وقال الكاكي لم يحنث ، وإن عاد اسم الدار لكونه صفة جديدة ، فنزل ذلك منزلة اسم آخر نظراً إلى تبدل البيت ، ولهذا لو حلف لا يدخل هذا المسجد فدخله بعدما انهدم يحنث .

( وإن حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال

اسم البيت ، لأنه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لأنه يبات فيه والسقف وصف فيه، وكذا إذا بنى بيتاً آخر فدخله لم يحنث ، لأن الإسم لم يبق بعد الإنهدام ، قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ، لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد .

وقيل في عرفنا لا يحنث .

---

اسم البيت ، فإنه لا بيان فيه ، حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث ، لأنه يبات فيه ) أي في البيت الذي زال سقفه وجدرانه باقية ( والسقف وصف فيه ) أي في البيت ، إذ البيتوتة تحصل بدونه ، والسقف صفة الكمال في البيت ولم يضر زوال الوصف .

( وكذا إذا بنى ) أي ذلك البيت ( بيتاً آخر فدخله لم يحنث ، لأن الإسم لم يبق بعد الإنهدام ) لأن الثاني صار غير الأول ، لأنه بصفة جديدة ، وفي خلاصة الفتاوى عن الأصل لو حلف لا يسكن بيتاً ولا نية له فسكن بيتاً من شعر أو فسطاطاً أو خيمة لا يحنث إن كان الحالف من أهل المصر ، وإن كان من أهل البادية يحنث . وذكر بعضهم في شرحه منقولاً عن الفوائد الظهيرية إنه إذا حلف لا يهدم بيتاً فهدم بيت العنكبوت يحنث هذا أمر ، لأنه مخالف للأصل وللرواية ، فإن الشيخ أبا نصر قال . وإن حلف لا يخرب بيتاً فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وإن سماه الله بيتاً ، ذكره في مسألة لا يأكل لحماً فأكل السمك لم يحنث .

( قال ) أي قال القدوري ( ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث ، لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج إلى سطح المسجد ) وكذا يصلح اقتداء الذي على سطح المسجد بمن فيه . وذكر في الشامل حلف لا يدخل دار فلان ، فقام على حائطه أو سطحه حنث . وقال في شرح الأقطع قال الشافعي « رح » لا يحنث . وقال بعض أصحابه يحنث ( وقيل في عرفنا لا يحنث ) أي بالوقوف على سطح الدار . قال الفقيه أبو الليث في النوازل إن كان الحالف من بلاد العجم فإنه لا يحنث في

قال وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم . وإن وقف في طاق البـــاب بحيث إذا أغلق البـــاب كان خارجاً لم يحنث ، لأن البـــاب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار

---

هذا كله ما لم يدخل الدار ، لأن الناس لا يعرفون ذلك دخولاً في الدار . وفي جامع قاضي خان هذا في عرفهم ، وفي عرفنا الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولاً فلا يحنث . ثم قال والصحيح جواب الكتاب إنه يحنث .

وفي الفتاوى قال هذا إذا كان اليمين بالعربية ، فإن كانت بالفارسية وصعد السطـــح أو نحوه شجرة فيها إن حائطاً فيها لا يحنث . وفي الكافي المجاز في بلاد العجم أنه لايحنث. وفي الدهليز يحنث . وفي الإيضاح لو كان فوق المسجد سكن لم يحنث ، لأنـــه ذلك ليس بمسجد . وفي شرح الوجيز لو كانت في الدار شجرة منتشرة الأغصان يتعلق ببعضها . فإن حصل في مجازات البيان حنث . وإن حصل في مجازات لأسترة السطح ففيه وجهان ، وإن أعلا من ذلك يحنث وعند أصحاب أبي حنيفة « رح » أنـــه لو كان بحيث لو سقط يسقط في الدار يحنث .

( قال ) أي قال القدوري ( وإذا دخل دهليزها يحنث ويجب أن يكون على التفصيل الذي تقدم ) يعني إذا أغلق الباب ويبقى داخلا وهو ضيق ، وإنما قال هذا لأن القدوري أطلقه ( وإن وقف في طاق الباب بحيث إذا أغلق الباب كان خارجاً لم يحنث ، لأن الباب لإحراز الدار وما فيها ، فلم يكن الخارج من الدار ) أي خارج الباب من الدار لعدم الحرز به . وفي المحيط وكذا لو قام على أسكفة الباب والباب بينـــه وبين الدار لا يحنث . ولو دخل رأسه أو إحدى رجليه أو حلف أن لا يخرج فخرج إحدى رجليه أو رأسه لم يحنث، وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » في رواية لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له ، ثم دخل في صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت .

هذا في عرفهم وفي عرفنا الدار والبيت واحد فيحنث إن دخل صحن الدار ، وعليه

قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً، والقياس أن يحنث لأن الدوام له حكم الابتداء . وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل . ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث ، وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر « رح » يحنث

---

الفتوى ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحد. حلف لا يدخل دار فلان فمات صاحبها فدخل لم يحنث ، سواء كان على الميت دين أم لا . ولو باعها فلان ثم دخلها إن عينها بأن قال هذه لا يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر والشافعي « رح » ومالك وأحمد يحنث . ولو دخل داراً مشتركا بينه وبين غيره ، فإن كان المحلوف عليه يسكنها يحنث . ولو دخل داراً يسكنها فلان بالإجارة أو بالإعارة يحنث ، وبه قال مالك وأحمد .

( قال ) أي قال القدوري ( ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحساناً . والقياس أن يحنث ) وبه قال زفر والشافعي « رح » في وجه ( لأن الدوام له حكم الإبتداء ) أي لأن الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها ، فدام على ذلك يحنث .

( وجه الاستحسان إن الدخول لا دوام له ، لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل ) وليس دوام ( ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث . وكذا إذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته . وقال زفر « رح » يحنث )

لوجود الشرط وإن قل . ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه ، فان لبث على حاله ساعة حنث ، لأن هذه الأفاعيل لها دوام بحدوث أمثالها ، ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوماً ولبثت يوماً ، بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوماً بمعنى المدة بمعنى المدة والتوقيت

---

أي قياساً ( لوجود الشرط وإن قل ) أي شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير .

( ولنا أن اليمين تعقد البر فيستثني منه زمان تحققه ) إن تحقق البر ، فإن قلت لا نسلم أن اليمين تعقد للبر ، ألا ترى أن الحلف على البناء ينعقد ، والبر لا يتصور . قلت اليمين ثمة منعقدة للبر أيضاً للإمكان ، لكن العجز الظاهر انتقل الحكم إلى الحلف، وهو الكفارة ( فإن لبث على حاله ساعة حنث ، لأن هذه الأفاعيل ) وهو اللبس والركوب والسكنى ( لها دوام بحدوث أمثالها ) أي يتحدد أمثالها بدليل صحة ضرب المدة ، وهي معنى قوله ( ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال لبثت يوماً وركبت يوماً ) فكان للدوام حكم الابتداء فيحنث الآن ، يعني الابتداء الخالص ، فحينئذ لا يحنث باللبس .

( بخلاف الدخول ، لأنه لا يقال دخلت يوماً يعني المدة والتوقيت ) إنما قيد بمعنى المدة والتوقيت احترازاً عما يقال في مجاري كلامهم دخلت عليه يوماً ، قال إلى كذا وكذا خرجت عنه يوماً قال إلى كذا ، وإقرار الدخول باليوم ، لكن يراد به مطلق الوقت ولا يراد به مضي المدة والتوقيت .

واعلم أن الأفعال على ضربين ، ضرب يقبل الإبتداء وضرب لا يقبله ، والفاصل بينهما قبول التوقيت وعدمه ، قبل التوقيت قبل الإمتداد وما لا فلا ، والاستدامة على الممتد بمنزلة الإنشاء . قال الله تعالى ﴿ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ﴾ ٦٨ الأنعام ، أي فلا يمكث قاعداً ، لأنه ﷺ كان يعظ الناس قاعداً ، وعلى هذا قالوا إذا قال لها كلما ركبت فأنت طالق فمكث ساعة يمكنها للنزول فيها طلقت ، وإن مكثت مثلها طلقت

ولو نوى الابتداء الخالص يصدق ، لأنه محتمل كلامه . قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث ،

---

أخرى ، لأن للدوام حكم الإبتداء وكلمة كلما يعم الأفعال تفكر الجزاء بتكسر الشرط . ولو نص بما قال كلما ركبت دابة فعلي أن أتصدق بدرهم فركب دابة فعليه درهم وإن طال مكثه في الركوب . وإن كان ما ذكرتم صحيحاً لزمه أكثر من ذلك .

وأجيب بأن الاستدامة فيما يمتد بمنزلة الإنشاء إذا لم يكن الإنشاء الخالص مراداً ولهذا قلنا في هذا الفصل إذا كان راكباً وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب درهم لكون الإنشاء الخالص غير مراد .

( ولو نوى الإبتداء الخالص ) أي لا بقوله إلبث بعد النزع ولا أركب بعد النزوع ( ويصدق ) فلا يحنث ( لأنه محتمل كلامه ) سماه محتمل ، وإن كان قوله لا يركب حقيقة في الابتداء ، لأنه حقيقة فيه إذا لم يكن راكباً ، أما إذا كان راكباً في الابتداء من محتملاته . وقال تاج الشريعة لا يحنث لأنه قد يكون من حيث الابتداء ، وقد يكون من حيث الدوام . وقد يكون بلفظ اللبس ، فيكون ناوياً يتخصص ما في لفظه ، فصحت النية .

( قال ) أي قال القدوري ( ومن حلف لا يسكن هذه الدار ) وهو متأهل بدليل قوله ( فخرج بنفسه ومتاعه وأهله فيها ) ومتاعه مرفوع بالابتداء وأهله عطف عليه ، وقوله فيها خبر المبتدأ ، أي في الدار ، والواو فيه للحال ( ولم يرد الرجوع اليها حنث ) وبه قال أحمد ومالك ، وعن مالك لو أقام يوماً وليلة حنث . وفي الأقل لم يحنث . وعند زفر يحنث عقيب اليمين . وقال الشيخ أبو نصر قال الشافعي « رح » يحنث . وقال الكاكي عند الشافعي لا يحنث إذا خرج بنية التحويل ، وهذا الخلاف مبني على أصل بيننا وبين الشافعي « رح » ، وهو أن عنده العبرة بحقيقة اللفظ أو العادة بخلافها لا تعتبر ، وعندنا العبرة للعادة ، لأنها صارت على الحقيقة ، والحالف يريد ذلك ، فيحمل كلامه عليه ، ألا ترى أن المديون يقول لصاحب الدين لأجرتك يحمل ذلك على شدة المطل .

لأنه يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً ، فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا ، والبيت والمحلة بمنزلة الدار ، ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف « رح » لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً ، بخلاف الأول ، والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب

---

( لأنه ) أي لأن الحلف ( يعد ساكناً ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفاً ) أي من حيث العرف والعادة ، ثم أوضح ذلك بقوله ( فإن السوقي عامة نهاره ) أي في أكثر نهاره ( في السوق ) مشغولاً لما يعانيه من الحرفة أو البيع أو الشراء ( ويقول أسكن سكة كذا ) بذكر سكة من سكن المدينة ، فهذا يدل على أنه يعد ساكناً من أهله ومتاعه فيها ( والبيت والمحلة بمنزلة الدار ) أراد أن اليمين يقول لا أسكن هذا البيت ولا أسكن هذه المحلة مثل اليمين بقوله لا أسكن هذه الدار . وفي الخلاصة السكة والمحلة بمنزلة الدار .

( ولو كان اليمين على المصر ) بأن حلف لا يسكن في هذا المصر أو في هذا البلد ( لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل ) بمعنى إذا انتقل إلى مصر آخر بنفسه ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث في يمينه ( فيما روي عن أبي يوسف « رح » ) كذا نقل أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الأمالي عن أبي يوسف ( لأنه لا يعد ساكناً في الذي انتقل عنه عرفاً ) وإن لم ينقل الأهل والمتاع قال من يكون ببصرة لا يقال هو ساكن ببغداد وإن كان أهله ونقله ببغداد ( بخلاف الأول ) وهو قوله لا أسكن هذا الدار ولا أسكن هذه السكة أو المحلة كما ذكر ، وعند الشافعي المصر كالدار يعني لما ذكر أنه يعتبر حقيقة اللفظ لا العاده .

( والقرية بمنزلة المصر ) وفي بعض الشروح والقرية كالمصر ، يعني إذا كان لا أسكن هذه القرية فحكمه حكم من قال لا أسكن هذا المصر ( في الصحيح من الجواب ) احترز به عن قول بعض مشايخنا أن القرية كالدار ، وهو قول الشافعي « رح » أيضاً ، والأصح أنها كالمصر ، وهو اختيار الشيخ الإمام الأجل برهان الدين والصدر الشهيد وقد عرفت

ثم قال أبو حنيفة « رح » ولا بد من نقل كل المتـــاع ، حتى لو بقي وقـــد يحنث ، لأن السكنى قـــد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منــــه وقال أبو يوسف « رح » يعتبر نقل الأكثر ، لأن نقل الكل قد يتعذر . وقال محمد « رح » يعتبر نقل ما يقوم بـــه كدخذائيته ،

---

أن جملة هذه المسائل على ثلاثة أوجه ، أما إن كانت المسألة في المصر أو القرية أو الدار ، وقد عرفت حكم كل واحد منها .

( ثم قال أبو حنيفة رضي الله عنه لا بد من نقل كل المتاع ، حتى لو بقي فيـه ، وقد يحنث ) في يمينه ( لأن السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ) أي المسكن ( ما بقي شيء منه ) أي من المتاع . ونقل صاحب الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية علي بن الجعد وإن ترك فيها إبرة أو مسلة حنث ، وبه قال أحمد . وفي المحيط قال مشايخنا إنما يشترط عنـد أبي حنيفة نقل الكل بما يقصد بـه السكنى كالوتد والمكنسة وقطعة حصير بر في يمينـــه . واعترض على قول أبي حنيفة بأن سكناه كان بجميـع ما كان معه من الأهل والمتاع ، فإذا خرج بعضه انتفى سكناه ، لأن الكل ينتفي بانتقال البعض . وأجيب بأن الكل ينتفي بانتفاء جزء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك ، وينبغي أن ينتقـــل إلى ترك آخر حتى يبرأ .

( وقال أبو يوسف « رح » يعتبر نقل الأكثر ) أي أكثر المتاع ( لأن نقـــل الكل قد يتعذر ) ويبقى الأقل لا يعد ساكناً ، وعليه الفتوى ، كذا في الكافي وفي المحيط ( وقال محمد « رح » يعتبر نقل ما يقوم به كدخذائيته ) هذه نسبة إلى كدخذا أي بفتح الكاف وسكون الدال وضم الخاء المعجمة وبالذال المعجمة ، وفي آخره ياء آخر الحروف بعده الف ساكنة ، و كدخذائي باللغة الفارسية اسم له من البيت الذي له عيال وخدم . وكذا

لأن ما وراء ذلــك ليس من السكنى . قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس ، وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، حتى يبر

---

يسمى – كرمى حاره – الذي له كلام في أهلها كداخذ ( لأن ما وراء ذلــك ) أي لأن ما وراء الكدخذائية ( ليس من السكنى ) بعد لا يعد من السكنى .

( قالوا ) أي قال المشايخ في شرح الجامع الصغير ( هذا أحسن وأرفق بالنــاس ) وفي شرح الجميع واستحسنه المشايخ ، وعليه الفتوى ، وكذا استحسنه صاحب المحيط . وعن مالك بغير نقل عياله دون متاعه ( وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر ) أراد به إذا نقل على منزل آخر بلا تأخير لا يحنث . قال العتابي في شرح الجامع الصغير ، فإن لم يكن انتقل من ساعته ، فإن كان ليلاً لم يحنث ، لأنه قدم ما لا يمكنه الإمتناع عنه شيء عن اليمين . وفي خلاصة الفتاوى لو تحقق العذر باللص وغيره ، وهو معذور . ونقل في الأجناس عن الهاروني أنه إذا أخذ في الأهبة فنقله عن المنقلة بطلب الدابـــة أو من يحمل متاعه لا يحنث .

وقال في فتاوى الولوالجي ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحنث ، لأن الطلب من عمل النقل . ولو أخذ في النقلة شيئاً فإن كانت النقلات لم تعير لم يحنث ، لأنه في النقل ، فإن كان يمكنه أن يتأخر من ينقل متاعه في يوم ، فليس ذلك ، ولا يلزمه النقـل بأسرع الوجوه ، بل يعذر ما سمى ناقلاً في العرف . وفي الشامل إن لم يمكنه النقـــل من ساعته بعذر الليل أو يمنع ذي سلطان أو عدم موضع آخر ينقل اليه لم يحنث ، لأن حالة الضرورة مستثناة ، خلافاً لزفر . وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقـل أو كان شريفاً أو وضيعاً لا يقدر على النقل إلا منعته بنفسه ولم يجد أحداً ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ، ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر .

ونوقض بما ذكر الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل أن من قال إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث ، وكذا لو قال لامرأتــه وهي في منزل والدها إن لم تحضري الليلة منزلي فأنت طالق منعها الوالد عن الحضور يحنث . وأجيب بأن في مسألة الكتب شرط الحنث المسكني ، وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الإختيار ،

فان انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة ، كذا هذا

---

ولا يحصل الإختيـار مع وجود الموانع المذكورة . وأما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج ، والعدم لا يحتاج إلى الإختيار .

( فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قالوا لا يـبر ) وفي جامع قاضي خان اختلفوا فيه . قال بعضهم لا يحنث ، لأنه لم يبق ساكناً فيها . وقال بعضهم يحنث ، لأن سكناه لا ينقضي إلا بسكنى أخرى لا استدلالاً بمسألة الزيادات ، أشار اليه المصنف بقوله ( دليله في الزيادات ) أي دليل ماقالوا في كتب الزيادات ، ولفظ دليل مرفوع بالابتداء ، وخبره قوله في الزيادات ، وقوله ( أن من خرج بعياله ) بدل منه ، أي بأن خرج رجله ( من مصره ) ومعه عياله ( فما لم يتخذ وطناً آخر يبقى وطنـه الأول في حق الصلاة ) يعني لا يقصر . قال تاج الشريعة صورته رجل بخاري متوطن بها ، خرج منها بعياله إلى سمرقند ، فلمـا وصل إلى الكوفة مثلاً رجع وأراد الذهاب إلى خراسان ، فدخل بخارى فإنه يتم الصلاة ، لأنه ما انتقض منها في حق الصلاة ، فكذا في غيرها ، انتهى .

قلت هذا الذي ذكره صورة ما ذكر المصنف . وأما الصورة المـذكورة في الزيادات في كوفي انتقل بأهله ومتاعه إلى مكة ليس وطنها فلما وصلها بدا له أن يعود إلى خراسان فعاد ومر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين ، لأن وطنه بها انقطع ، وإن بدا له قبـل أن يدخلها فإنه إذا مر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين صلى بها أربعاً ، لأنه لم يتخـذ وطناً بقي وطنه بالكوفة .

( كذا هذا ) يعني كذا حكم هذا الرجل الذي حلف لا يسكن هذا الدار انـه إذا انتقل إلى السكنة أو إلى المسجد لا يبر في يمينه ، لأنه لما لم يتخذ وطناً أخرى وطنـه الأول [1] فافهم ، فإنه موضع دقيق .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

# باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث، لأن فعل المـــأمور مضاف إلى الآمر ، فصار كما إذا ركب دابـــة فخرجت ، ولو أخرجه مكرهاً لم يحنث ، لأن الفعل لم ينتقـــل اليه لعدم الآمر

---

( باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك )

أي هذا باب في بيان حكم اليمـين في الخروج ، وهو انفصال من الداخل إلى الخارج ، وذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقاً للمقابلة ، وذكر الإتيان لأنهما يتواردان بعد الخروج ، ذكرهما عند ذكره ، وأراد بقوله – وغير ذلك – نحو قوله لا تخرج امرأته إلا بإذنه . وقوله لرجل إجلس فقعد عندي . وقوله لا تركب دابة فلان .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن حلف لا يخرج من المسجد ) قيد المسجـــد اتفاقي ، لأن الحكم في البيت والدار كذلك ، أو نسب عدم الخروج إلى المسجـد بناء على غالب حال المسلم ، لأنه في الغالب يكون ملازماً له ولا يخرج منه ، كذلك قالوا . قلت المسألة في الجامع الصغير ، كذا وقعت ، وأوردها كما هي من غير تعبير لفظها ( فأمر إنساناً فحمله فأخرجه حنث ، لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت به ) لأن خروجه ينسب اليه والدابة آلته .

( ولو أخرجه مكرهاً ) أي ولو أخرج هذا الحـــالف إنسان حال كونه مكرهاً ( لم يحنث ) وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في رواية ( لأن الفعل ) أي الخروج ( لم ينتقل اليه ) أي إلى الحالف ( لعدم الآمر ) حاصله أنه أخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط

ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح ، لأن الإنتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء . قال ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج اليهـــا ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك

---

الحنث . وقال مالك إن استصعب على الحاصل لم يحنث ، وإن راضي عليه يحنث ، يعني إذا كان قادراً على الإمتناع وسكن عنده ، ويحنث ، لأن سكونه في هذه الحالة بمثابـــة الإذن ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وصورة المسألة في الإخراج فيما إذا حمله الإنسان وأخرجه مكرهاً ، لأنه لم يوجد منه فعل حمل ، أما إذا حدده وجنح بنفسه خوفاً منه حنث لوجود الفعل منه ، وبه قال مالك .

وقال الأترازي أما إذا حمل فرضي به بقلبه ولم يأمره ، فجوابه لم يذكر في الجـــامع الصغير . قال في شرح الطحاوي اختلف المشايخ فيـــه ، قال بعضهم يحنث كما إذا خرج طائعاً ، لأنه لما كان ممكناً من الامتنـــاع فلم يمتنع صار كأمر الإخراج . وقال بعضهم لا يحنث ، لأنه لم يوجد منه فعل ينسب اليه ، ولهذا كان يقول الفقيه أبو جعفر ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي ، ثم في صورة الحمل مكرهاً لا يحنث بالاتفاق ، ولكن هل ينحل اليمين أم لا ، فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم تنحل ، وعليه السيد أبو شجاع ، فقال سئل شيخنا شمس الأئمة الحلواني عن هذا ينحل اليمين . وقال بعضهم لا تنحل ، وهو الصحيح ، كذا قال التمرتاشي وغيره .

( ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح ) أي القول الصحيـــح احترازاً عن قول بعض المشايخ ، وقد مر ذكره ( لأن الإنتقال بالأمر لا بمجرد الرضاء ) أي لأن انتقـــال الفعل اليه يكون بأمره ، ولا يكون بمجرد رضاه ، ففيه دليل أن من أمر إنساناً بإتلاف ماله فأتلفه لم يضمن ، وإن أتلفه بغير أمره وصاحب المال ساكت لا ينهاه ضمن ، لأن فعله لم ينتقل إلى صاحب المال .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج اليها ثم أتى إلى حاجة أخرى لم يحنث ، لأن الموجود خروج مستثنى ، والمضي بعد ذلك )

ليس بخروج . ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها، ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط ، إذ الخروج هو الإنفصال من الداخل إلى الخارج . ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها ، لانه عبارة عن الوصول . قال الله تعالى ﴿ فاتيـــا فرعون فقولا ﴾ ١٦ الشعراء ، ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالإتيان ، وقيل كالخروج. وهو الاصح ، لانه عبارة عن الزوال

---

أي بعد الخروج المستثنى ( ليس بخروج ) لأن الخروج انفصال من الباطن إلى الخـــارج ولم يوجد ، والوجود الإتيان إلى حاجة ليس بخروج ، لأنه عبارة عن الدخول ، والخروج عن الإنفصال ، ولا دوائم للخروج بالإجماع .

( ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ) أي يريد مكة ( ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة ، وهو الشرط إذ الخروج هو الإنفصال من الداخل إلى الخـارج ) والانفصال لا يمتد ( ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلهـا لأنه ) أي لأن الإتيـــان ( عبارة عن الوصول ، قال الله تعالى ﴿ فاتيـا فرعون فقولا ﴾ ١٦ الشعراء ) لأن القول لا يكون إلا بعد الوصول اليه .

( ولو حلف لا يذهب اليها ) أي إلى مكة ( قيل هو كالإتيان ) أي حكمه حكم ما لو قال لا يأتيها ، وهو قول نصر بن يحيى ( وقيل هو كالخروج ) أي حكمه حكم ما لو قال لا يخرج إلى مكة ، وهو قول محمد بن سلمة . حاصل هذا أنه ثلاث مسائل، الخروج والإتيان والذهاب ، ففي مسألة الخروج يحنث ، وفي مسألة الإتيان لا يحنث ، وأما مسألة الذهاب فلم يذكر جوابها في الجامع الصغير ، واختلف فيـه المشايخ كما ذكرناه ( وهو الأصح ) أي الأصح قول من قال إن الذهاب كالخروج ، وهو قول محمد بن سلمة .

( لأنه ) أي لأن الذهاب ( عبارة عن الزوال ) وقد استعمل الذهاب في الأمرين جميعاً بمعنى الإتيان كما قال الله تعالى ﴿ إذهبا إلى فرعون ﴾ والمراد به الإتيان والإذهاب الإزالة،

قال وإن حلف ليأتين البصرة ، فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لان البر قبل ذلك مرجو ، ولو حلف ليأتينه غداً إن استطاع، فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة،

---

فيكون الذهاب زوالاً فلا يشترط فيه الوصول . وفي بعض النسخ بعد قوله ومعنى الإزالة كما في قوله تعالى ﴿ ليذهب عنكم الرجس أهل البيت ﴾ ٣٣ الأحزاب ، أي ليزيل عبارة عن الزوال ، وليس هذا الموجود في كثير من النسخ .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( وإن حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن البر قبل ذلك ) أي قبل الموت ( مرجو ) إلا أن الحالف ما دام حياً مرجي وجود البر ، وهو الإتيان فلا يحنث ، فإن مات فقد تعذر شرط البر ، ، وتحقق شرط الحنث ، وهو ترك الإتيان فيحنث في آخر جزء من أجزاء حياته ، لأن هذا اليمين مطلقة عن الوقت . بخلاف اليمين الموقتة ، مثل أن يقول إن لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدي حر ، فإن اليوم معلق بآخر الوقت ولم يدخل الدار يحنث ، أما إذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد .

( ولوحلف ليأتينه غداً إن استطاع ) أي لو حلف رجل ليأتني زيداً في غد إن استطاع على ذلك ( فهذا على استطاعة الصحة ) أي صحة الأسباب والآلات ، لأن الاستطاعة تطلق على معنيين ، أحدهما هذا ، قال الله تعالى ﴿ ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلاً ﴾ ١٩٦ البقرة ، وفسره رسول الله ﷺ بالزاد والراحلة ، والثاني القدرة الحقيقية ، وهو معنى قوله ( دون القدرة ) أي لا يحمل على القدرة الحقيقية التي يترتب عليها الفعل عند إرادة جازمة يخلق الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا ، خلافاً للمعتزلة ، فعندهم سابقة على الفعل ، وبه قال الكرامية ، وتسمى هذه الإستطاعة القضاة على ما يجيء . وقال الأترازي وقول القدرة فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة ، وقد أراد بالأول استطاعة الحال ، وبالثاني استطاعة الفعل لنا فيه نظر ، لأن المفهوم من قوله — دون القدرة — دون استطاعة القدرة ، فكأنه قال دون قدرة القدرة لأن للاستطاعة

وفسره في الجامع الصغير . وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر على إتيانه ، فلم يأت حنث ، وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهذا لان حقيقة الإستطاعة فيما يقارن الفعل ، ويطلق الإسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانـــة ،

---

والقدرة من الألفاظ المترادفة ، وهي عبارة ركيكة . ولو قال دون الفعـل فكان دون القدرة كان أولى ، فلعله سهو من الكاتب صحف القدر بالنجاة وكتب القدرة مكانه .

( وفسره في الجامع الصغير ) أي محمد فسر حكم هذه المسألة في الجامع الصغير ( فقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجيء أمر لا يقدر معه على إتيانه ، فلم يأت حنث )وإذا امتنع من الإتيان لعذر مرض أو منع سلطان ونحو ذلك لا يحنث ، لأنه ليس بمستطيع ، وإذا امتنع بلا عذر يحنث ، لأنه مستطيع ( وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى ) أي استطاعة القضاء والقدر التي يقارن الفعل عند أهل السنة ، وسمي استطاعة للقضاء لأن الفعل يوجد بإيجاد الله تعالى وقضائه وقدرته ، فاذا قضى بوجود الفعل أوجد قدرة العبد مع ذلك الفعل ولم يوجد ذلك الفعل لم يوجد القدرة ، لأنها خلقت لأجل ذلك الفعل انقضى عليه بالوجود فتمت استطاعة القضاء ، فلا يحنث ديانة أبداً ، لأنه في أي حال لم يفعـــل هو غير مستطيع حقيقة ، لأنهـــا تسبق الفعل ، ذكره البزدوي في مبسوطه وجامعه .

( وهذا ) أشار به إلى قوله ما قبله ( لأن حقيقة الإستطاعة فيما يقـارن الفعل ) يعني لا تسبق الفعل وهي عرض يخلفه الله تعالى مع الفعل معاً ، وهي علية للفعل عنـــدنا وزعمت المعتزلة أنها سابقة على الفعل وموضع هذا علم الكلام ( ويطلق اسم الاستطاعة على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف ) لأن الغالب في كلام النـــاس هذه الإستطـــاعة لا استطاعة الفعل يحمل المطلق على المتعارف ، وهو معنى قوله ( فعنـد الإطلاق ينصرف اليه ) أي إلى المتعارف ( ويصح نية الأول ) وهو استطاعة الفعل ( ديانة ) يعني من حيث

لانه نوى حقيقة كلامه، ثم قيل يصح قضاء أيضاً لما بينا ، وقيل لا يصح ، لانه خلاف الظاهر . قال ومن حلف لا تخرج امرأته إلا باذنه فأذن لها مرة ، فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج، ولان المستثنى خروج مقرون بالإذن ، وما وراءه داخل في الحظر العام . ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء ، لانه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر . ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم

---

الديانة ، يعني فيما بينه وبين الله تعالى ( لأنه نوى حقيقة كلامه ) لأنها مما يطلق على اسم الاستطاعة بالنصوص حتى امتنع عن الإتيان بعذر أو بغير عذر لا يحنث ، أراد في يمينه ، لأن الاستطاعة لم توجد أنها لا تسبق الفعل ، ولكن هل يصدق قضاء فيه اختلاف الرواية أشار اليه بقوله :

( ثم قيل يصح ) أي يصح نية الإستطاعة قضاء . قال الشيخ أبو نصر قال الطحاوي يصدق ( قضاء أيضاً لما بينا ) أراد قوله لأنه نوى حقيقة كلامه ( وقيل لا يصح ) وهو قول أبي بكر الرازي ( لأنه خلاف الظاهر ) فيه تحقق له .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه ، فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه حنث ، ولا بد من الإذن في كل خروج ، لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن ) لأن تقديره والله لا تخرجي إلا خروجاً ملصقاً بإذني ، لأن الباء للالصاق يقتضي ملصقاً وملصقاً به ( وما وراءه ) أي وما وراءه المستثنى ( داخل في الحظر العام ) لأن اليمين باقية ، لأنه نهاها عن الخروج عاماً بوقوع النكرة في موضع النفي .

( ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه ، لكنه خلاف الظاهر ) لكونه مخالفاً لمقتضى الباء ( ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم

خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث ، لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به ، كما إذا قال حتى آذن لك ، ولو أرادت المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إن أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه، وهذه تسمى يمين فور .

---

خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث ) لوقوع الكفاية بإذن واحد ، واعترض عليـــه بقوله تعالى ﴿ لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم ﴾ ٥٣ الأحزاب ، وكان مراد الإذن لازماً وأجيب بأن ذلك بدليل خارجي ، وهو قوله تعالى ﴿ إن ذلكم كان يؤذي النبي ﴾ ( لأن هذه ) أي قوله إلا أن آذن لك ( كلمة غاية )يعني تفيد معنى الغاية ، لأن لآن [1] موضوع لما ، بل الاستثناء تعذر حمله عليه ، لأن صدر الكلام ليس من جنس الاذن ، حتى يستثنى الاذن منه ، فجعل مجازاً عن حتى المناسبة بينهما ، وهو أن حكم ما قبل الغاية يخـــالف ما بعدها كما أن حكم ما قبل الاستثنـــاء يخالف حكم ما بعده ( فينتهي اليمين بـــه ) أي بإذنه ( كما إذا قال حتى آذن لـــك ) حيث ترتفع اليمـــين بالاذن ، لأنه يصير غاية فترتفع به اليمين .

( ولو أرادت المرأة الخروج ) أي لو أرادت المرأة الخروج ( فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ساعة ثم خرجت لم يحنث ، وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده ، فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر ، فتركه ثم ضربه ) لم يعتق ، وكذلك الرجل يقول لآخر إجلس فتغد فيقول إن تغديت فعبدي حر ، ثم أتى أهله في ذلك فتغدى عندهم لم يحنث، إنما اليمين في ذلك على الفور ( وهذه تسمى يمين الفور ) أي يمين الحال ،وهي كل يمين خرجت جواباً بالكلام أو بناء على أمر يتقيد بذلك ، بدلالة الحال ، ولا يحنث في يمينه استحساناً، خلافاً لزفر . والفور مصدر فارت القدر إذا غليت فاستعير للسرعة ، ثم سميت الحـــالة

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

وتفرد أبو حنيفة « رح » باظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفاً ، ومبنى الأيمان عليه . ولو قال رجل اجلس فتغذ عندي فقال إن تغذيت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله وتغذى لم يحنث ، لأن

---

التي ليس فيها به فصل ، جاء فلان فخرج من فوره ، أي من ساعته ، وفي الفوائد الظهيرية سميت بهذا الاسم باعتبار ثوران الغضب .

( وتفرد أبو حنيفة « رح » بإظهاره ) أي لم يبينه أحد فيه ، وكانوا يقولون اليمين على نوعين مطلقة ومقيدة بوقت ، فاستنبط أبو حنيفة فيها قسماً ثالثاً وهي مطلقة لفظاً وموقتة معنى ، وإنما أخذها من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما وابن جبير دعيا إلى نصرة إنسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك لم يحنثا وأقر في ذلك العرف ومبنى الأيمان على العرف .

( ووجهه ) أي ووجه هذا الكلام ( أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة ) في قوله إذا أراد رجل ضرب عبده ( والخرجة ) في قوله إذا خرجت فأنت طالق ( عرفاً ) يعني من حيث العرف ( ومبنى الأيمان عليه ) أي على العرف وحاصل الكلام أن قصد الزوج في مسألة الخروج منعها من الخروج الذي شبهت قوله فصار كأنه قال إن خرجت هذه الخرجة فقصدت اليمين بتلك الخرجة ، وكذلك قصده أن يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له ، فكأنه قال إن ضربت هذه الضربة التي تهيأت لها فتعينت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحالة عرفاً .

( ولو قال له رجل إجلس فتغذ عندي، فقال إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله ) وفي بعض النسخ فخرج إلى منزله ( وتغدى لم يحنث ) أي في الاستحسان ، والقياس أن يحنث ، وهو قول زفر والشافعي « رح » لأنه عقد يمينه على مطلق الغد يتناول كل غد ، كما لو قال ابتداء والله لا أتغدى ، ووجه الاستحسان وهو قوله ( لأن

كلامه خرج مخرج الجواب ، فينطبــق على السؤال ، فينصرف إلى الغداء المدعو اليه ، بخلاف ما إذا قال إن تغديت [1] اليوم ، لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئاً ، ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة «رح»

---

كلامه خرج مخرج الجواب )بكلامه ( فينطبق على السؤال ، فينصرف إلى الغداء المـدعو اليه ) فصار كأنه قال إن تغديت الغداء الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه إلى ذلك الغد بدلاله الحال .

( بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم ، لأنه زاد على حرف الجواب ) لأنـه ينصرف كلامه إلى الغداء المدعو اليه فلا يتقيد يمينه بذلك ، فلا يجعل في كلامه بانياً على سؤال الرجل ( فيجعل مبتدئاً ) في الكلام محترزاً عن الغاء الزيادة التي تكلم فيها .

فان قيل ليس كذلك بأن الله تعالى قال ﴿ وما تلك بيمينك يا موسى ،قال هي عصاي أتوكأ عليها وأهش بها على ﴾ ... الآية ١٨ طه ، فقد زاد على قدر الجواب ، ومع ذلـك جعل مجيباً لا سيداً . قلنا كلمة ما مستعمل للسؤال على الذات والسؤال عن الصفات ، ولما استعمل في حيز السؤال أثبته على موسى عليه السلام أن السؤال وقع عن الذات والصفة فجمع بينهما ليكون مجيباً على كل حال .

( ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة رحمه الله ) يعني إذا لم ينو ، ولا بد من تقديرهذا لأجل الاستثناء الذي يأتي الدابة ما يدب على الأرض لغة ، ولكن المراد من دابة فلان فرسه وحماره وبغله، حتى لو ركب بعيره أوبغلته لم يحنث ، والقياس أن يحنث ، لأن اسم الدابة يتنـــاولها حقيقة . وفي الاستحسان لا يحنث لعلمنـــا أنه لم يرد الضهم في كل ما يدب على الأرض،

---

(١) هكذا في الأصل ، يذكرها بإعجام الذال مرة وأخرى باهمالها . اه مصححه .

(٢) هكذا في الأصل .

إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث ، وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده ، وإن كان الدين غير مستعرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه ، لأن الملك فية للمولى، لكنه يضاف إلى العبد عرفاً ، وكذا شرعاً . قال عليه السلام من باع عبداً وله مال فهو للبائع .. الحديث

---

وقد عقد يمينه على فعل الركوب ، فيتناول ما يركب من الدواب في الغالب ، والضهم في البغال والحمير مؤيدة قوله تعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها ﴾ ٨ النحل ، فمر بالركوب فيها وفي الأنعام بالأكل بقوله ﴿ والأنعام خلقها لكم ﴾ ... الآية ، والفيل والبقر ، وإن كان يركب في بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله أن البقر والجاموس يركب أيضاً في بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل لا تركب دابة فلان البقرة إلا أن ينوي جميع ذلك فيقع عليه ما نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه ، ولو نوى الخيل وحدها لا يصدق لا قضاء ولا ديانة ، لأن في لفظه لفظ الركوب لا المركب وبنيته يصح في اللفظ لا فيما لفظه التخصيص .

( إلا أنه ) أشار من يقدر غير ملفوظ ، وهو الذي قدرناه بعد قوله لم يحنث ، يعني إذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد المأذون ، سواء كان عليه دين أو لم يكن إذا لم ينو ، إلا أنه ( إذا كان عليه دين مستغرق ) بكسر الراء ( لا يحنث وإن نوى ) واصل بما قبله ، أي وإن نوى ركوب العبد ( لأنه لا ملك للمولى فيه ) أي في العبد الذي استغرق دين كسبه ( عنده ) أي عند أبي حنيفة .

( وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه ) فاذا نواه حنث ( لأن الملك فيه للمولى ، لكنه مضاف إلى العبد عرفاً ) أي من حيث العرف ، حيث يقال دابة عبد فلان ( وكذا ) أي وكذا يضاف إلى العبد ( شرعاً ) أي من حيث الشرع ، واستدل عليه بقوله ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( من باع عبداً وله مال فهو للبائع الحديث ) قال الأترازي كذا ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير . وقال الكافي

فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية . وقال أبو يوسف « رح » في الوجوه كلها يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة . وقال محمد « رح » يحنث وإن لم ينو لاعتبار حقيقة الملك ، إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما

---

وتمامه فما له لمولاه . وفي بعض الروايات فهو لبائعه . قلت هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله ﷺ من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ومن باع نخلا فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع ( فتختل الاضافة إلى المولى ) لانه يضاف إلى المولى ( فلا بد من النية ) ويضاف إلى العبد أيضاً ولا يدخل تحت مطلق الأضافة إلا بالنية .

( وقال أبو يوسف في الوجوه كلها ) أي فيما إذا لم يكن عليه دين أو كان عليه دين مستغرق أو غير مستغرق ( يحنث إذا نواه لاختلال الاضافة ) أي إضافة الدابة تارة إلى المولى وتارة إلى العبد كما ذكرنا .

( وقال محمد « رح » يحنث ) أي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين أولا، وسواء كان الدين مستغرقاً أو لم يكن ، وسواء نوى أو لم ينو ، لأن دابة مملوك له ، فوجب أن يحنث ، لأن العبد وما في يده لمولاه ( وإن لم ينو ) واصل بما قبله ( لاعتبار حقيقة الملك ) يعني للمولى ( إذ الدين لا يمنع وقوعه ) أي وقوع الملك ( السيد عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ، ويقول قال مالك والشافعي « رح » وأحمد ، ولو ركب دابة مكاتبه لا يحنث في قولهم جميعاً . ولو قال أعتقت عبدي وله عبد فهو على هذا الخلاف .

* * *

# باب اليمين في الاكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها ،

---

( باب اليمين في الاكل والشرب )

أي هذا باب في بيان حكم ما إذا حلف لا يأكل أو لا يشرب لما ذكر أول حاجة الإنسان ، وهو المسكن ذكر بعده ما يحتاج اليه في البقاء وهو الأكل والشرب ، والأصل أن الأكل إيصال شيء إلى جوفه مما يتأتى فيه المضغ والهشم مهشوماً ممضوغاً أوغير ممضوغ، والشرب إيصال شيء إلى جوفه مما لا يتأتى فيه الهشم والمضغ والذوق عبارة عن معرفة الشيء من غير إحالة عينه أن الحقيقة تترك بدلالة حالة المتكلم كما في يمين الفور ، وبدلالة محل الكلام ، وبدلالة اللفظ في نفسه ، وبدلالة العادة . وذكر الزندوسي الأكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق. والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه . والمص عبارة عن عمل اللهاة خاصة ، فعلى هذا لو حلف لا يأكل شيئاً فابتلع ما فيه لا يحنث لكن ذكر في فتاوى أبي الليث مسألة تدل على الحنث ، ولو حلف لا يأكل عنباً أو رماناً فجعل يمضغ ويرمي تفله ويبلع ماء لم يحنث ، لأن هذا يسمى مصاً لا أكلا ولا شرباً .

والحاصل أن الذي يصل إلى جوف الإنسان أربعة أوجه مأكول ومشروب وممضوغ وملعوق ، فذكرت الثلاثة الأول وبقي اللعوق ، وهو ما يتناوله باللحس بالاصبع والشفاه ، ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فشربه لم يحنث إذا ثرد فيه . ولو حلف لا يثرد فيه فأكله لا يحنث ، قالوا هذا إذا كانت اليمين بالعربية ، أما إذا كانت بالفارسية فأكل أو شرب يحنث ، وعليه الفتوى ، كذا في الوجيز وفتاوى قاضي خان .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها ) أي اليمين

لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه ، وهو الثمر ، لأنه سبب له فيصلح مجازاً عنه ، لكن الشرط أن لا يتغير بصبغة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وإن حلف أن لا يأكل من هذا البسر فصار رطباً فأكله لم يحنث ،

---

على ثمرها بالثاء المثلثة ، حتى لو كانت لا ثمرة لها يقع على ثمنها ، ذكر في الفوائد الحميدية في فتاوى الولوالجي إذا أكل عين النخلة لا يحنث وإن نوى ( لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه وهو الثمر ، لأنه سبب له ) الضمير في منه وفي لأنه يرجع إلى ما في قوله إلى ما يؤكل وهو عبارة عن النخلة ، لأن النخلة لما كانت سبباً لا يخرج منها ( فيصلح مجازاً عنه ) الضمير في عنه يرجع اليها فيما يخرج ، وكونه مجازاً بطريق إطلاق اسم السبب على المسبب .

( لكن الشرط أن لا يتعين ) أي ثمر النخلة ، بصبغة جديدة ، حتى لا يحنث بالنبيذ ) أي بالنبيذ الذي يعمل من ثمرها ( والخل ) أي وكذا لا يحنث بالخل الذي يفعل منه ( والدبس المطبوح ) أي وكذا لا يحنث بالدبس المطبوخ منه ، لأن ما صنع من ذلك الثمر من الأشياء المذكورة ليس بثمر ، كما إذا حلف لا يأكل من هذا العنب فأكل من الزبيب أو عصيره لا يحنث ، وإنما قيد الدبس بالمطبوخ احترازاً عما إذا أطلق الدبس على مايصير من الرطب وغيره ، ذكر في الذخيرة ، وفي المجمل الدبس عصارة الرطب .

( وإن حلف لا يأكل من هذا البسر ) فهو على ما يخرج منه ، وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه ، أي عصيره . ولو أكل من خل من ذلك لم يذكر محمد في الجامع الكبير . وقال البستاني في شرح الجامع الكبير ينبغي أن لا يحنث ، لأنه لا يخرج من النخل والكرم كذلك ، وذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنث . وإن حلف لا يأكل من هذا البسر قال الجوهري البسر أوله طلع ثم حلال ثم ملح بسر ثم رطب ثم تمر ، والواحدة بسرة ( فصار رطباً فأكله لم يحنث ) لأن اليمين إذا تعلقت باسم تبقى ببقاء ذلك الإسم ، وتزول بزواله عليها ما يبقى .

وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار الرطب تمراً أو صار اللبن شيرازاً لم يحنث ، لأن صفة البسورة والرطوبة داعية إلى اليمين ، وكذا كونه لبناً فيتقيد به ، ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ منه ، بخلاف ما إذا حلف لا يتكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ ،

---

( وكذا ) أي وكذا لم يحنث ( إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار الرطب تمراً واللبن شيرازاً لم يحنث ) أي أو صار اللبن شيرازاً بكسر الشين المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وبالراء بعدها الألف في آخره راء ، وهو اللبن الرائب ، أي الخاثر إذا استخرج تاءه ، قاله الأترازي . وقال الكافي مثله ، إلا أنه قال بعده حتى صار الصغير أطء كالفالوذج الخاثر ، ولم يذكره الجوهري ، ويفهم من كلام صاحب المغرب أنه فارسي وليس بعربي ، وهذا التغيير الذي ذكر يقال له في لغة البلوين — قيرس — وهو الجبن ، يجعل في خرقة ويعقد رأسها ويعلق عليه وتد ويتقاطر منه الماء الذي فيه جميعه ويصير كالفالوذج .

( لأن صفة البسورة والرطوبة ) وهي كونها بسراً ، أو الرطوبة وهي كونها رطباً ( داعية إلى اليمين ) فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه ، والقاعدة في هذا أن اليمين إذا انعقدت على يمين كان موصوفاً ندعو ذلك الوصف إلى اليمين فتنعقد اليمين تبعاً لذلك الوصف فيتنزل منزلة الإسم ، فلذلك لا يحنث في الصورة المذكورة .

( وكذا كونه لبناً ) داع إلى اليمين ( فيتقيد به ) أي باللبن حتى لا يحنث بأكل شيرازة وقال الشافعي « رح » يحنث وتوقفه فيه بعض أصحابه ( ولأن اللبن مأكول فلا تنصرف اليمين إلى ما يتخذ منه ) أي من اللبن مثل زبدة وشرازة ، لأن ما عقد عليه اليمين عنه توكل فلم ينصرف إلى ما يتخذ منه ، أي من اللبن ( بخلاف ما إذا حلف ) جواب عما يقال فعلى ما ذكرتم إذا حلف ( لا يتكلم هذا الصبي أو هذا الشاب ، فكلمه بعدما شاخ ) ينبغي أن لا يحنث ، لأن الصبا مظنة الشفقة والشباب شعبة من الجنون ، فكانا وصفين

لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه ، فلا يعتبر الداعي داعياً في الشرع . ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعدما صار كبشاً حنث ، لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه أكثر امتناعاً عن لحم الكبش . قال ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً ولا بسراً فأكل مذنباً

---

داعين إلى اليمين ، وقد زالا عند الشيخوخة ، فكان الواجب أن لا يحنث . فأجاب بقوله بخلاف ما إذا حلف أي الحالف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه أي فكلم الصبي أو الشاب بعدما صار شيخاً حنث .

( لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه ) قال النبي ﷺ من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ، وترك الرحم للصغير وترك التوقير للكبير من أعظم الهجران ( فلا يعتبر الداعي ) يعني إلى هذا اليمين ( داعياً في الشرع ) لأن المهجور شرعاً كالمهجور عادة، فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة حالة الشيخوخة ، فيحنث في يمينه . واعترض على دليل الكتب بأن سلمنا أن هجران المسلم حرام ، لكن الحرام يقع محلوفاً عليه ، كما لو قال والله ليشربن الخمر خمراً . وأجيب بأن الكلام في الحقيقة يجوز أن يترك هجران الشرع فيما إذا كان الكلام محتملاً للمجاز حلالاً من المسلم على الصلاح. وأما أن ينعقد اليمين على الحرام المحض فلا كلام فيه .

( ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل ) بفتح الحاء المهملة والميم ، وهو ولد الضأنية في السنة الأولى ، والجمع حملان ( فأكل بعدما صار كبشاً حنث ، لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين ، فإن الممتنع عينه ) أي عين الحمل ( أكثر امتناعاً عن لحم الكبش) فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف لا يأكل بسراً فأكل رطباً لم يحنث ، لأنه ليس ببسر . ومن حلف لا يأكل رطباً أو بسراً أو حلف لا يأكل رطباً أو بسراً فأكل مذنباً)

حنث عند أبي حنيفة « رح ». وقالا لايحنث في الوطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب ، لأن الرطب المذنب يسمى رطباً ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء وله أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه ، فيكون أكله أكل البسر والرطب ، وكل واحدمقصودفي الاكل

---

بكسر النون ، وهو ما يبدأ الارطاب من قبل ذنبه ، وتفسيره البسر المذنب هو الذى عامته بسر وفيه شيء من الرطب من قبل ذنبه ( حنث عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) ذكر المصنف أبا حنيفة وحده . وذكر في الإيضاح والمبسوط والاسراروشروح الجامعين قول محمد مع أبي حنيفة في أنه يحنث . وفي النهاية والله أعلم بصحته . وفي الكافي هكذا ذكر في الهداية ، والنسخ المعتبرة تشهد بأنه مع أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد .

( وقالا ) أبو يوسف ومحمد ، وبه قال الاصطخرى وأبو علي من أصحاب الشافعي « رح » ( لا يحنث في الرطب ، يعني بالبسر المذنب ، ولا في البسر بالرطب المذنب ) أى ولا يحنث في قوله لا يأكل بسراً فأكل رطباً مذنباً ( لأن الرطب المذنب يسمى رطباً ، والبسر المذنب يسمى بسراً ، فصار كما إذا كان اليمين على الشراء ) يعني لو حلف لايشترى رطباً فاشترى بسراً مذنباً لا يحنث .

( وله ) أى ولأبي حنيفة ( أن الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر ، والبسر المذنب على عكسه ) وهو ما يكون في ذنبه قليل رطب ( فيكون أكله ) أى أكل كل واحد من الرطب المذنب والبسر المذنب ( أكل البسر والرطب ) فيحنث في الصورتين ، وإن كان أحدهما غالباً والآخر مغلوب ، ألا ترى أنه لو ميزه فأكله حنث بالاتفاق ، وعلل المصنف بقوله ( وكل واحد مقصود في الأكل ) لأن الأكل فعل حسن ، وهو المضغ والابتلاع ، وكل جزء مقصود بالأكل ، لأنه إنما يأكل شيئاً فشيئاً فتحقق أكل

بخلاف الشراء ، لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير . ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كياسة بسر فيها رطب لا يحنث ، لان الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع . ولو كانت اليمين على الاكل يحنث ، لان الاكل يصادفه شيئاً فشيئاً ، فكان

---

البسر والرطب من الحالف فيحنث (بخلاف الشراء ) لأن كل جزء غير مقصود بالشراء (لأنه ) أي لأن اليمين ( يصادف الجملة ) يعني يضاف إلى الجملة ( فيتبع القليل فيه الكثير ) لأن المغلوب يكون تبعاً للغالب .

فإن قلت يشكل إذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء غلب اللبن لا يحنث ولا شرب المحلوف عليه وزيادة . قلت إن اللبن بانصباب المـاء فيه يتسع في جميع أجزاء الماء ، فيصير مشتبهاً ، ولهذا لا ترى مكانه بخلاف مانحن فيه ، لأنـــه يرى مكانه وكان قائماً زمان التناول .

فإن قلت بلى ، ولكن الحنث إلا بالمضغ والابتلاع ، وعند ذلك يصير مستهلكـــاً ، وصار هذا بمنزلة ما لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيراً فيه حبات حنطة إن أكل حبة يحنث ، وإن جمع بين الحبات من النوعين في الأكل لا يحنث، لأنها إذ ذاك تصير مستهلكة قلت يعني الإستهلاك فيما ذكرت من النظير أظهر وأبين لأنه إذ ذاك لا يحنث من طعم الحنطة شيئاً في حلقه ، بخلاف ما إذا أكل مذنباً أو رطباً مذنباً ، لأنه يجد في حلقه شيئــاً من خوصة البسر وحلاوة الرطب .

قال أي محمد وليس في كثير من النسخ لفظة قال ( ولو حلف لا يشتري رطباً فاشترى كباسة بسر ) بكسر الكاف وهـــو القنو والقنا أيضاً . وقال لعود القذف وهو عومة الكباسة العرجون والاهان ، كذا ذكر أبو عبيد في غريب المصنف ( فيهـــا ) أي في الكباسة ( رطب لا يحنث ، لأن الشراء يصادف الجملة ، والمغلوب تابع ) للغالب ، وهذه المسألة كالبيان للمسألة المتقدمة ، وهو ظاهر .

( ولو كانت اليمين على الأكل يحنث ) بأن حلف لا يأكل رطباً فأكله من كباسة بر فيها رطب يحنث ( لأن الأكل يصادفه ) أي يصادف الرطب ( شيئاً فشيئاً ، فكان

كل منهما مقصوداً وصار كما إذا حلف لا يشتري شعيراً أو لا يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير وأكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا قال ولو حلف لا يأكل لحماً فاكل لحم السمك لا يحنث، والقياس أن يحنث، لانه يسمى لحماً في القرآن وجه الاستحسان أن التسمية مجازية، لان اللحم منشأه من الدم،

---

كل واحد منهما ) أي من الرطب والبسر ( مقصوداً ، فصار حكمه كما إذا حلف لايشترى شعيراً أو لا يأكله ) أي لو حلف لا يأكل شعيراً ( فاشترى حنطة فيها حبات شعير فأكلها يحنث في الأكل دون الشراء ) أي لا يحنث في الشراء ( لما قلنا ) وهو أن الشراء يصادف الجملة ، والأكل يصادفه شيئاً فشيئاً . ولو عقد اليمين على البر يحنث في الوجوه كلها ، لأن الحقيقة تركب في الأمر للعرف ، ولا عرف للبر ، فتعتبر الحقيقة ، بخلاف القطن والكتان ، بأنه لو حلف لا يمس قطناً أو كتاناً فمس ثوباً اتخذ من قطن أو كتان لا يحنث فيهما .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ولو حلف لا يأكل لحماً فأكل لحم السمك لايحنث ) وهو ظاهر مذهب الشافعي وأحمد ( والقياس أن يحنث ) وهو قول مالك وأحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي ( لأنه يسمى لحماً في القرآن ) قال الله تعالى ﴿ ومن كل تأكلون لحماً طرياً ﴾ ١٢ فاطر ، والمراد منه لحم السمك بالفعل . وقال في شرح الطحاوى وروى عن أبي يوسف أنه قال يحنث .

( وجه الاستحسان أن التسمية ) أي تسمية لحم السمك ( مجازية ) أي بطريق المجاز ( لأن اللحم منشأه من الدم ) ولحم السمك لا ينشأ من الدم ، إذ الدموي لا يسكن الماء ولا يباح عن مطلقة بدلالة الألفاظ ، ومبنى الأيمان على العرف لا على الفاظ القرآن ، ولهذا لو حلف لا يركب دابة فركب كافراً لا يحنث بالإجماع ، وإن سماه في القرآن دابة ، والعرف معنا ، لأنه لا يسمى بائعه لحماً ولا مستعمل استعمل اللحوم في المباحات ، إلا أن ينوي فحينئذ يعتبر ، لأنه لحم من وجه فيه تشديد عليه . ولو حلف لا يجلس على الوتد

ولا دم فيه لسكونه في المـــاء ، وإن أكل لحم خنزير أو لحم إنسان يحنث ، لانه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد يعقد للمنع من الحرام ،

---

فجلس على الجبل لا يحنث ، وإن كان قال الله تعالى ﴿ والجبال أوتادا ﴾ ٧ النبأ ، لأن اللحم منشأه من الدم ( ولا دم فيه لسكونه في الماء ) لأن بين الدم والماء منافاةفي طبعهما. فإن قلت الدم موجود في السمك . قلت دم ضعيف ، لأن الدم إذا شمس اسود [1] ، ودم السمك ليس كذلك .

( وإن أكل لحم خنزير أو إنسان ) أي أو لحم إنسان ( يحنث ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي « رح » في قول ( لأنه لحم حقيقي ، إلا أنه حرام ، واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام ) والحرام لا يمنع انعقاد اليمين ، ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شراباً فشرب الخمر يحنث . واعترض بأن الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بمـــا هو حرام محض وأكل لحم الخنزير والإنسان حرام محض ، فكيف يتعلق وجوبـــه . وأجيب بأن هذه مغالطة ، لأن الكفارة تجب بعد يمين نقضت بالحنث وقد وجدت ، وكون الحنث بأمر مباح أو حرام لا مدخل له في ذلك ، هذا الذي ذكره الأكمل رحمه الله .

وقال الأترازي فإن قلت قد ثبت قبل هذا أن مبنى الأيمـــان على العرف ولا سبق أوهام الناس من لفظ اللحم أنه لحم الخنزير والإنسان ، فينبغي أن لا يحنث . قلت أن الناظر لو ينظر إلى لحم الخنزير أو الإنسان سماه لحماً على الإطلاق ، بخـلاف لحم السمك ، فإنه لا يسمى لحماً على الإطلاق ، فظهر الفرق . وقال الكافي ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة ، فكيف يجب بالحرام المحض ، لأنا نقول الحـــل والحرمة يراعى في السبب لا في الشرط ، وسبب وجوب الكفارة اليمين لا الحنث ، وإنما لا يجوز به التكفير قبل الحنث ليكون اليمين موصوفاً بالإباحه والخطر . وأصل اليمين مباح ، والحنث حرام ، كذا قيل.

وقال الشافعي في وجه لا يحنث ، وبه قال أشهب المالكي ، لأن اليمين يقع على العادة،

---

(١) في الأصل – أسعد – وربما الصحيح ما ذكرناه ، اه مصححه .

وكذا إذا أكل كبداً أو كرشاً لانه لحم حقيقي، فإن نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث، لانه لا يعد لحماً

---

وهذا قال الزاهد العتابي من أصحابنا، فلا يحنث، وعليه الفتوى، ذكره في الكافي. وقال الأترازي قال الإمام السغناقي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والآدمي، قيل الحالف إذا كان مسلماً ينبغي أن لا يحنث لأن أكله ليس بمتعارف، ومبنى الأيمان على العرف، ثم قال وهو الصحيح.

( وكذا ) أي وكذا يحنث ( إذا أكل كبداً أو كرشاً ) فيما إذا حلف لا يأكل لحماً ( لأنه لحم حقيقة ) أى لأن كل واحد من الكبد والكرش لحم حقيقة، وفيه نظر لا يخفى ( فإن نموه ) بضم النون والميم وتشديد الواو المفتوحة، وهو مصدر نما ينمو نماه الله، إنما قال الجواهري نما المال وغيره ينما نما وربما قالوا ينمو نمواً. وقال الكسائي لم أسمعه بالواو، وحكى أبو عبيدة من ينمو وسمى ( من الدم ويستعمل استعمال اللحم ) وفيه نظر أيضاً.

( وقيل في عرفنا لا يحنث، لأنه لا يعد لحماً ) ينبغي أن يكون هذا صحيحاً. قال في خلاصة الفتاوى ولو أكل شيئاً من البطون كاللبن والطحال يحنث، هذا في عرف أهل الكوفة، وفي عرفنا لا يحنث، وكذا قال صاحب المحيط في عرفنا لا يحنث، لأنه لا يعد لحماً ولا يستعمل استعمال اللحوم، قلت هذا ظاهر، فلا يقال لبياع الكبود لحاً ولا لبياع الكروش لحاً ولا يستعملان في الطباخ موضع اللحم. وفي المحيط لو أكل اللحم التي قيل يحنث، وبه قال الشافعي وأحمد. وقيل لا يحنث، وبه قال مالك. ولو أكل الرأس والأكارع يحنث، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في رواية، ويأكل القلب يحنث عندنا، وبه قال الشافعي « رح » في وجه، ولهذا قال عليه السلام أنه في الجسد مضغة والمضغة القطعة من اللحم. وقال الشافعي « رح » في الأصح لا يحنث وبأكل الشحم والإلية لا يحنث إلا إذا نوى في اليمين باللحم، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد وبأكل شحم الظهر يحنث، وبه قال الشافعي في الأصح ومالك في وجه لا يحنث، وبه قال أحمد

قال ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يحنث في شحم الظهر أيضاً ، وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار ، وله أنه لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ، ويستعمل استعماله ويحصل به قوته . ولهذا يحنث بأكله في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم

---

لأنه يعرف باسم آخر ، قال الله تعالى ﴿ حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما ﴾ ١٤٦ الأنعام .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري شحماً لم يحنث إلا في شحم البطن عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) حتى لو أكل كل شحم وهو الذي خالطه لحم لم يحنث عنده ، وهو الصحيح . وقال الطحاوي رحمه الله قول محمد مثل قول أبي حنيفة « رح » ، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي « رح » في الأصح ومالك .

(وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد (يحنث في شحم الظهر أيضاً، وهو اللحم السمين) وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحد في رواية ( لوجود خاصية الشحم فيه ، وهو الذوب بالنار ) ويصلح لما يصلح له شحم البطن ، وكان كشحم البطن ، ألا ترى أنه تعالى استثنى شحم الظهر بقوله ﴿ إلا ما حملت ظهورهما ﴾ والأصل أن المستثنى أن يكون من خبر المستثنى عنه .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه ) أي شحم الظهر ( لحم حقيقة ، ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ) استعمال اللحم في الحافية اتخاذاً تصلها العلايا ( ويحصل به قوته ) أي ويحصل بشحم الظهر قوة اللحم ومرقه يسمى مرقة اللحم فلم يكن شحماً مطلقاً ، فلا يحنث آكله ( ولهذا يحنث بأكله ) أي بأكل شحم الظهر ( في اليمين على أكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم ) قال تاج الشريعة متى عقد يمينه على الشراء ذكر

وقيل هذا بالعربية ، فأما اسم ــ بيه ــ بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال لو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى إلية وأكلها لم يحنث ، لأنه

---

شمس الأئمة السرخسي لأنه لا يحنث بشراء شحم الظهر بالاتفاق ، والخلاف فيما إذا لم ينو . وفي الذخيرة والصحيح قول أبي حنيفة . وفي الكافي فصارت الشحوم أربعة ، شحم الظهر ، وشحم مختلط بالعظم ، وشحم على ظلة الأمعاء ، وشحم البطن . وفي شحم البطن يحنث بالاتفاق ، والثلاثة على الإختلاف . ولو كانت يمينه على الشراء لم يحنث بالاتفاق . وقيل هو على الخلاف أيضاً .

وفي جامع قاضي خان اختلف المشايخ في محل الخلاف ، قيل محل الخلاف في اللحم السمين على الظهر . وقيل في الشحم المتصل من داخل ، فإن كان الخلاف في اللحم السمين فكلام أبي حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر فكل منهما أظهر . وقال الإمام أبو حنيفة أظهر ، وإن كان الخلاف في اللحم المتصل بالظهر ، فكلاهما أظهر. وقال الامام السرخسي لا يحنث بشحم الظهر في قولهم جميعاً ، أما الاستثناء فمنقطع بدليل استثناء الحوايا بقوله ﴿ أو الحوايا أو ما اختلط بعظم ﴾ ، ولو قيل المراد ما حملته الحوايا . قلنا ذاك إخبار وهو خلاف الأصل ، والانقطاع في الاستثناء ، وإن كان خلاف الأصل لكنه ثبت بالدليل ، وهو قوله ﴿ أو ما اختلط بعظم ﴾ لأن أحداً لم يقل بأن مخ العظم شحم ، كذا في جامع السرخسي رحمه الله .

( قيل هذا بالعربية ) أي هذا الاختلاف إذا قاله بالعربية . وقال في المحيط هذا الاختلاف في عرفهم ( فأما اسم – بيه – ) بكسر الباء الفارسية وسكون الياء آخر الحروف والهاء ( بالفارسية ) أي باللغة الفارسية ( لا يقع على شحم الظهر بحال ) يعني أصلاً لعدم العرف ، وإذا حلف لا يأكل أكلاً ينبغي أن يقع على شحم الظهر والبطن والالية جميعاً . وفي بعض النسخ جعل هذا من المنفى وليس بصحيح .

( ولو حلف لا يشتري أو لا يأكل لحماً أو شحماً فاشترى إلية وأكلها لم يحنث لأنه )

نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم . ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها، ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضاً ، لأنه مفهوم منه عرفاً . ولأبي حنيفة « رح » أن له حقيقة مستعملة

---

أي لأن الالية دبر الضمير على تأويل المذكور ( نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ) وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رح » . وقال بعض أصحابه وهو شحم فيحنث بيمين الشحم لا اللحم ، وبه قال أحمد ولو حلف لا يأكل لحم شاة ، فأكل لحم غيره يحنث . وذكر أبو الليث أنه لا يحنث ، سواء كان الحالف مصرياً أو قروياً، وعليه الفتوى . حلف لا يأكل لحم بقرة فأكل لحم جاموس لم يحنث .

( ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ) القضم الأكل بأطراف الأسنان . وفي الكافي ولا نية له فأكل من خبزها وسويقها لم يحنث عند أبي حنيفة ،وكذا من دقيقها حتى يقضمها ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك ( ولو أكل من خبزها ) أي من خبز هذه الحنطة التي حلف عليها ( لم يحنث ، وهذا ) أي عدم الحنث ( عند أبي حنيفة « رح » ).

( وقالا ) أي أبي يوسف ومحمد ( إن أكل من خبزها حنث أيضاً ) وبه قال أحمد ومالك في رواية ( لأنه مفهوم منه عرفاً ) أي لأن أكل الخبز مفهوم منه في العرف ويأكل سويقها يحنث عند محمد ، ولا يحنث عند أبي حنيفة . ولو قضمها يحنث عند الكل إلا عند أحمد ، وإنما وضع المسألة في الحنطة المعينة ، لأنه لو عقد يمينه على حنطة غير معينة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ، ذكره شيخ الاسلام في أيمان الأصل . ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى قيمته على ما نوى بالاتفاق ، ذكره في المبسوط والذخيرة .

( ولأبي حنيفة « رح » أن له ) أي لقوله لا يأكل من هذه الحنطة ( حقيقة مستعملة )

فإنها تغلى وتقلى وتؤكل قضما ، وهي قاضية على المجاز المتعارف على ما هو الأصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح ، لعموم المجاز ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان، واليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضاً . قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث، لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ،

---

بين الناس ، وأوضحها بقوله ( فانها ) أي فان الحنطة ( تغلى ) بالغين المعجمة على صيغة المجهول من الغليان ، يقال غليت القدرة يغلي وغلياناً ، ولا يقال غليت وغلا في الأمر يغلو غلواً ، أي جاوز فيه الحد وعليه الشعر غلا ( وتقلى وتؤكل قضماً ) على صيغة المجهول أيضاً بالعارف من القلي ، يقال قليت السويق واللحم فهو مغلي ، وقلوت فهو لغة ، والرجل قلا بالتشديد والمد ( وهي قاضية ) أي الحقيقة المستعملة حاكمة ( على المجاز المتعارف ) بين الناس ( على ما هو الأصل عنده ) أي عند أبي حنيفة . والأصل في المسألة أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة المجاز متعارف ، فعند أبي حنيفة العمل بالحقيقة المستعملة أولى ، وعندهما العمل بعدم المجاز .

( ولو قضمها يحنث عندهما ، وهو الصحيح ) احترز به عن رواية أخرى عنهما ، وهي أنه إذا أكل عين الحنطة لا يحنث ، والأصح أنه يحنث عندهما . وفي رواية الجامع ورجحها شمس الأئمة في مبسوطه وقاضي خان في جامعه . ورجح في الذخيرة والفوائد الظهيرية عدم الحنث . وفي الذخيرة حلف لا يأكل من هذه الحنطة فزرعها وأكل ماخرج منها لا يحنث ( لعموم المجاز ) وقد مر أن العمل به أولى عندهما ( كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان ) يحنث إذا دخلها حافياً أو راكباً ( واليه الاشارة ) أي وإلى عموم المجاز الاشارة ( بقوله في الخبز حنث أيضاً ) لأنه مفهوم منه عرفاً .

( قال ) أي القدوري ( ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث ، لأن عينه ) أي عين الدقيق ( غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ) وهو الخبز ، وكذا إذا أكل عصيراً ، وبه قال مالك وأحمد في شرح الأقطع . قال الشافعي « رح » إن أكل من

ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجـــاز مراداً . ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً ، وذلك خبز الحنطة والشعـير ، لأنه هو المعتـاد في غالب البلدان . ولو أكـل من خبز القطائف لا يحنث ، لأنه لا يسمى خبزاً مطلقـاً ، إلا إذا نواه ، لأنه محتمل كلامه . وكـــذا إذا أكل خبز الأرز بالعراق لم يحنث ، لأنه غير معتـاد عنـدهم، حتى لو كان

---

خبزه لم يحنث ، وإن استفه حنث ( ولو استفه كما هو ) من سفه الدواء سفـــه واستفا إسفافاً إذا قحمه . قال الأترازي وقال الكافي اسفاً المنصوب بفتح السين ، وهو كل دواء يؤخذ غير معجون . وقيل السفوف دواء يوضع عليـــه الكف ويؤكل من غيره مضغ ( لا يحنث ) وبه قال أحمد ( هو الصحيح ) احترازاً عن قول بعض مشايخنا أنه يحنث ، وبه قال الشافعي . ولو نوى الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز بالاجماع ، لانه نوى حقيقة كلامه . والاصح أنه لا يحنث بعين الرقيق بغير نيته ، لان هذه حقيقة ( لتعين المجـــاز مراداً ) من حيث المراد .

( ولو حلف لا يأكل خبزاً فيمينه على ما يعتاد أهل المصر أكله خبزاً ، وذلك خبز الحنطة والشعير ، لانه هو المعتاد في غالب البلدان ) وقال الشافعي يحنث بأي خبز كان، ولم يفرق بين جنس وجنس ، وبه قال مالك لاعتبار الحقيقـــة . وفي شرح الوجيز هو المذهب . وقال الكافي وما ذكر في الوجيز ولم يحنث بخبز الارز إلا بطوشاق يخالف ذلك واجبه فله فيه إمام الحرمين رحمه الله .

( ولو أكل من خبز القطائف لا يحنث ، لانه لا يسمى خبزاً مطلقـــاً إلا إذا نواه ، لانه محتمل كلامه ) فيحنث حينئذ قال بعد أن قال القطيفة دثار مخمل ، والجمع قطائف ، ومنه القطائف التي تؤكل ( وكذا ) أي وكذلك الحكم ( إذا أكل خبز الارز بالعراق لم يحنث ، لانه غير معتاد عندهم ) أي عند أهل العراق ، والعراق على صفين رجله مثـل بلاد مصر على صفين النيل ودورهما نحو مسافـــة شهرين ( حتى لو كان ) أي الحـــالف

( بطبرستان أو في بلدة ) أي ببلدة من بلاد طبرستان ( طعامهم ذلك) أي خبزالارز ( يحنث ) وقال الاتوازي طبرستان اسم ايد ، وأعمالها معرب من طبرستان ، لان أهلها يحاربون بالفاس ، ثم قال هكذا قال بعضهم . ولنا فيه نظر .

قال النسفي في كتب أدب الكتاب في باب ما يغير من أسماء البلاد ، وأن طبرستان بالفارسية معناه أخذه بالفاس ، كأنه لم يوصل اليه حتى قطع شجرة . وقال الكاكي وطبرستان أبد ، وبلادها سرسان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بها معنى النـاس معرب . وقيل طبرستان والنسبة اليها طبري . وقال الأكمل وهي أهل دهاء ، وأصلها طبرستان ، لأن أهلها كانوا يحاربون بالتبر ، وهو الفاس ، فعربوه إلى طبرستان . قلت طبرستان لأن أصلها إسم إقليم من الأقاليم العراقية ، وهي شرقي كملان ، وسميت ذلك لأنطبر بالفارسية الفاس ، واستان الفاجة ، ومن كثرة اشباك أشجارها لا يذهب فيها الجيش إلا بعد أن يقطع الأشجار من بين أيديهم بالطبر ، فسميت بذلك طبرستان ، أي فاحبة الطبر ، وقد ذكرنا بلادنا في التاريخ الكبير ، وإنما يقال في النسبة اليها الطبري ، ليكون الفرق بينها وبين النسبة إلى طبرية الشام ، فإن النسبة اليها طبراني .

وفي الذخيرة حلف لا يأكل خبزاً ولا نية له فأكل كليةأوجوزنيخا أونوالةبزيدة،قال محمدبن سلمة «رح»لايحنث في الوجوه كلها ، لأنها لا يسمى خبزاً مطلقاً.وقال أبو الليث لو أكل كلية أو النوالة المقطوعة يحنث ، لأنها الكلية حقيقة وعرفاً ، واختصاصها باسم آخر للزيادة لا للنقصان ، فلا يمنع دخولها تحت مطلق الإسم . وأما النوالة فخبز ، لأن ليها لا يجعله شيئاً آخر ولا يحنث بأكل الجزر ، لأنه لا يسمى خبزاً ، بل يسمى قطائف ، فيسمى خبزاً مقيداً ، يقال خبز الجوزبيخ ، كما يقال بالفارسية ، لأنه لو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ودقه ثم شربه لم يحنث . وبه قال الشافعي « رح » ، لأنه ليس بأكل ، بل هو شرب ، وهو الحيلة فيما لو قال إن أكلت هذه الخبزة فامرأته طالق ، فينبغي أن يدقها ويلقيها في عصيدة ثم يأكلها ويطبخ حتى يصير الخبز هالكاً فيأكل العصيدة ، ولا يحنث . وفي المحيط لو أكله مبلولاً حنث .

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون البـــاذنجان والجزر، لانـــه يراد بـــه اللحم المشوي عند الإطـــلاق ، إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره لمكان الحقيقـــة . وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم ، وهذا استحسان اعتبـــاراً للعرف ، وهـــذا لان التعميم متعذر ، فيصرف إلى خـــاص متعـــارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء ، إلا إذا نوى غير ذلك ، لان فيـــه تشديداً .

---

( ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر ) أي المشويان ، وكذلك البيض المشوي ( لأنه يراد به اللحم المشوي عنـــد الإطلاق ) يعني ذكر اللحم مطلقاً ( إلا أن ينوي ما يشوى من بيض أو غيره ) كاللفت والباذنجان ، هو القياس ، وبه أخذ الشافعي « رح » ومالك ، فيحنث عندهما بكل مشوي بلا نية ، وبقولنا قال أحمد « رح » ( لمكان الحقيقة ) أي لمكان حقيقة كلامه ، وفيه تشديد على نفسه .

( وإن حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم ) هذا لفظ القـــدوري في مختصره . وقال صاحب الهداية ( فهذا استحسان اعتباراً للعرف ) وفي المبسوط القياس أن يحنث في اللحم وغيره مما يطبخ والأخذ بالقياس ها هنا تفحش ، فإن المسهل من الدواء مطبوخ ، ونحن نعلم أنه لم يرد به ذلك ، فحملنـــا على أخص الخصوص ، وهو اللحم ، ولا يقال لمن أكل الباقلاء المطبوخ أكل الطبيخ ، وإن كان طبخاً في الحقيقة ، فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف .

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن التعميم متعذر ) لأنـــه لا يمكن إجراءه على العموم ( فيصرف إلى خاص متعارف ، وهو اللحم المطبوخ بالماء ) احترز به عن تقلية اليابسة ، لأنها لا تسمى مطبوخة ( إلا إذا نوى غير ذلك ) فيصدق ( لأن فيه تشديد ) على نفسه ، وقد نوى حقيقة كلامه .

وإن أكل من مرقه يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ، ولانه يسمى طبيخاً . ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ، ويباع في المصر ويقال يكنس ، وفي الجامع الصغير و لو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة « رح » . قال أبو يوسف ومحمد « رح » وعلى الغنم خاصة، وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما ، وفي زمنهما في الغنم خاصة ،

---

( وإن أكل من مرقه ) أي من مرق اللحم المطبوخ بالماء ( يحنث لما فيه من أجزاء اللحم ) وهي ما يذوب منه ( ولأنه ) أي ولأن مرق اللحم المطبوخ . ولو طبخ ( يسمى طبيخاً ) عرفاً . وقال الكاكي ولو طبخ أرزاً وعدساً بودك فهو طبيخ وشمن لا .

( ومن حلف لا يأكل الرؤوس فيمينه على ما يكبس في التنانير ) أي يدخل فيها من قولهم كبس الرجل رأسه في جب قميصه إذا أدخله ، كذا في المغرب ومادته كاف وباء موحدة وسين مهملة ، ويقال كنس بالنون بدل الباء على صيغة المبني للفاعل من كنس الطير في مكناس إذا دخل فيه ، والأول هو الصحيح ( ويباع في المصر ويقال يكنس ) في الأسواق ( وفي الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل رأساً فهو على رؤوس البقر والغنم عند أبي حنيفة «رح» ) .

( وقالا ) أي وقال أبو يوسف « رح » ومحمد ( يقع على الغنم خاصة ) وقال فخر الإسلام والقياس أن يقع على كل رأس حتى رأس السمك لعمومه . وفي الاستحسان يقع على المتعارف ( وهذا ) أي هذا الاختلاف بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه ( اختلاف عصر وزمان ) لاختلاف حجة وبرهان ( كان العرف في زمنه فيهما ) أي في زمن أبي حنيفة « رح » في البقر والغنم ، فأفتى بوقوع اليمين على رؤوسهما ( وفي زمنهما ) أي وفي زمن أبي يوسف ومحمد «رح» كان ( في الغنم خاصة ) فأفتيا بوقوع اليمين عليها لا غير . وقال صاحب

وفي زمانا يفتي على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر .

---

المختلف أجمعوا على أنه لا يقع على رأس الجزور لعدم العرف إلا رواية عن أبي حنيفة . ولا على رؤوس الطير إلا أن ينويها .

وقال المصنف ( وفي زماننا يفتى على حسب العادة ) أي على اعتبار العرف والعادة ( كما هو المذكور في المختصر ) أي مختصر القدوري ، وعليه الفتوى ، إذ العرف الظاهر أصل من مسائل الإيمان . وعند الشافعي « رح » يمينه على ما يباع منفرداً ، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم . فإن كان في بلد يباع فيه رؤوس الصيد منفرداً حنث بأكلها ، وإن كان في بلد لا يباع فيه فقد قيل لا يحنث . وقيل يحنث وعند مالك « رح » تقع يمينه على رأس كل حيوان من الغنم والصيد والطير والحيتان ، وبه قال أحمد « رض » لعموم الإسم فيه حقيقة وعرفاً . وعند الشهب المالكي « رح » لا يحنث إلا برؤوس الأنعام الأربعة للعرف الغالب ، هذا إذا لم ينو نوعا ، فإن نوى قيمته على ما نوى بالإجماع ، وعلى هذا الخلاف الشراء . وعن أبي هريرة « رح » من أصحاب الشافعي « رح » لا يحنث إلا برأس الغنم .

فإن قيل لحم الإشتار والخنزير لا يباع في الأسواق ، ومع ذلك يحنث بالأكل إذا حلف لا يأكل لحماً . أجيب لما حاصله في الفرق بأن الرأس غير مأكول بجميع أجزائه ، لأن منها العظم ، فكانت الحقيقة متعذرة ، فصار إلى المجاز المتعارف هي ما يكبس في التنانير ويباع في الأسواق . وأما اللحم فيؤكل بجميع أجزائه ، فكانت الحقيقة ممكنة فلا تترك فيحنث بأكل لحم الخنزير والإنسان .

فإن قلت الحقيقة إن لم يكن متعذرة فهي مهجورة شرعاً ، والمهجورة شرعاً كالمهجور عادة . وفي المهجور شرعاً يصار إلى المجاز ، كما في المهجور عادة . قلت المهجور شرعاً هو الذي لا يكون بشيء من أفراده معمولاً بها كالحلف على ترك كلام الصبي ، وها هنا ليس كذلك .

فان قيل سلمنا ذلك ، ولكن لا يطرد في الشراء ، فان الرأس يشترى بجميع أجزائه ،

قال وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشا حنث ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » حنث في العنب والرطب والرمان أيضاً . والأصل أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام ، وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد،

---

فلم تكن الحقيقة متعذرة . أجيب بأن من الرؤوس ما لا يجوز إضافة الشراء اليه كرأس النمل والذباب والآدمي ، فكانت متعذرة .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً أو قثاء أو خياراً لم يحنث ، وإن أكل تفاحاً أو بطيخاً أو مشمشاً حنث . وهذا ) أي الحنث وعدم الحنث في الاشياء المذكورة ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقالا حنث في العنب والرطب والرمان أيضاً ) وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد . وإذا أكل تيناً أو خوخاً أو سفرجلا أو إجاصاً أو كمثرى أو تفاحاً أو جوزاً أو أرزاً أوفستقاً أو عنباً يحنث بالإجماع ، سواء كان رطباً أو يابساً . ولو أكل خياراً أو قثاء أو جزراً لا يحنث ، لانها من البقول . ولهذا يؤدم معها والبطيخ من الفاكهة ، كذا ذكره القدوري ويابس البطيخ لا يعد فاكهة ، كذا ذكر فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

وقال في خلاصة الفتاوى ذكر شمس الائمة الحلوائي أن البطيخ ليس من الفواكه . وللشافعي « رح » وأحمد « رح » فيه وجهان ، أصحهما أنه من الفواكه . قلت الايمان مبنية على العرف ، ولا أحد يتفكه بالبطيخ ، وإنما يؤكل بالخبز غالباً ، فيكون من الادام ، نعم إن كان في بلاد لا يكون عندهم إلا نادراً ، ويرويه مثل الفاكهة لندرته وقلته .

( والأصل ) في هذا الباب ( أن الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ، أي يتنعم به زيادة على المعتاد ) أي على الغذاء الأصلي ، ولهذا سمى النار فاكهة الشتاء ،

والرطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً ، حتى لا يحنث بيابس البطيخ ، وهذا المعنى موجود في التفاح وأخواته فيحنث بها ، وغير موجود في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعاً وأكلاً ، فلا يحنث بهما . وأما العنب والرطب والرمان فهما يقولان أن معنى التفكه موجود فيها ، فإنها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها . وأبو حنيفة « رح » يقول إن هذه الأشياء مما

---

والزواج فاكهة لزيادة التنعم فيها ( والرطب واليابس فيه ) أي في التفكه بهذه الأشياء ( سواء بعد أن يكون التفكه به معتاداً ، حتى لا يحنث بيابس البطيخ ) فإنه لايعتاد بأنه فاكهة في عامة البلاد ( وهذا المعنى ) أي التفكه ( موجود في التفاح وأخواته ) وهي التي ذكرناها عند قولنا ، وإذا أكل تيناً أو خوخاً .. إلى آخره ( فيحنث بها ) أي بالتفاح وأخواتها ( وغير موجود ) أي وهذا المعنى غير موجود ( في القثاء والخيار ، لأنهما من البقول بيعاً ) يعني من حيث الطبع ، فانها يباعان مع البقول ( وأكلا ) أي من حيث الأكل ، فانها يوضعان على المائدة مع البقول ، هكذا شرحه الكاكي . وقال الأكمل وأما الكل فانها على الموائد ، حيث يوضع النعناع والبصل ( فلا يحنث بها ) أي بالقثاء والخيار بما إذا حلف لا يأكل فاكهة .

قلت هذا لا يخلو عن خدش ، لأن القثاء والخيار قط لا يوضعان مع موائد الطعام ، نعم يؤكلان مع الخبز والخبز في بعض الأوقات ، ولا البصل أيضاً ما يوضع مع موائد الطعام . نعم يوضع البصل مع اللحم المسلوق البارد وحده ، وهو الذي يسمى لحى ، والأحسن في هذا ما قاله صاحب المحيط المعبرة للعرف وما يؤكل عادة على سبيل التفكه يعد فاكهة في العرف ويدخل في اليمين ، وإلا فلا .

( وأما العنب والرطب والرمان فهما ) أي فأبو يوسف « رح » ومحمد « رح » (يقولان إن معنى التفكه موجود فيها فانها أعز الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها )فيحنث بأكلها ( وأبو حنيفة « رح » يقول إن هذه الأشياء ) أي العنب والرطب والرمان ( مما

يتغذى بها ويتداوى بهافأوجب قصوراًفي معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منهامن التوابل ومن الأقوات.

---

يتغذى بها ويتداوى بها ) أما التغذي بالرطب والعنب فظاهر . وأما التداوي بالرطب فانه نافع للمعدة الباردة ويزيد في المني ولين الطبع . وأما التداوي بالعنب فانه يسمى بسرعة تأثير به دماً جيداً ، وينفع الصدر والرطب . وأما الرمان فانه دواء صالح خصوصاً للكبد .

( فأوجب قصوراً في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ) يعني في بقاء الإنسان وقوامه ( ولهذا ) أي ولأجل الاستعمال في بقاء الإنسان ( كان اليابس منها ) مثل الزبيب والتمر وحب الرمان يعد ( من التوابل ومن الأقوات ) فكان ناقصاً في معنى التفكه للاستعمال في بقاء الإنسان فلا ينتظم الإسم باطلاقه كالمكاتب حيث لا يتناول اسم المملوك في قوله كل مملوك لي حر للنقصان في مملوكيته ، والتوابل جمع تابل بالتاء المثناة من الفوقانية وبالألف بعدها الباء الموحدة المفتوحة والمكسورة وباللام في آخره .

قال الأترازي التابل الابزار . قلت هذا تعريف الشيء بما هو أخفى منه . وقال الجوهري الإبزاري والأبازير التوابل . ثم قال في باب الام التابل والتابل أخفى توابل القدر ، يقال منه توبلت القدر ، حكاه أبو عبيد في مصنفه ، وهذا أيضاً غير مقنع ، ولكن يعلم من قوله توبلت القدر أن المراد من التوابل هي الحوائج التي ترمى في القدر مع اللحم . قوله – من التوابل – كما في الرمان أو من الأقوات كما في يابس العنب والرطب ، ويؤيد قول أبي حنيفة « رح » قوله تعالى ﴿ فأنبتنا فيها حباً ﴾ إلى قوله ﴿ وأبا ﴾ ٢٧ عبس . وقوله تعالى ﴿ فيها فاكهة ونخل ورمان ﴾ ٢٨ الرحمن ، فان الله عطف الفاكهة على العنب والنخل في الآية الأولى ، وعطف النخل والرمان على الفاكهة في الآية الأخرى ، والعطف يقتضي المغايرة .

وقال الأترازي فان قلت لا نسلم أن العطف يقتضي المغايرة ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وإذ أخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن نوح وإبراهيم ﴾ ٧ الأحزاب ، فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوفون من الأنبياء ، قال الله تعالى ﴿ من كان عدواً لله وملائكته

قال ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به إدام ، والشواء ليس بإدام والملــــح إدام ، وهذا عنـد أبي حنيفـة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » كل ما يؤكل مع الخبز غالبـــاً فهو إدام ، وهو رواية

---

ورسله وجبريل وميكال ﴾ وإنما العطف في الآيتين لبيان فضيلة المعطوف لا للمغـايرة . قلت تفضيل الأنبياء والملائكة بعضهم على بعض إنما يعرف بالخبر ، فاحتـاج إلى المخصص بالذكر ، بخلاف ما نحن فيه ، فان قصد هذه الأشياء على سائر الفواكـــه عرف بالحس والمشاهدة ، فـــلا حاجة إلى الخبر ، إذ ليس الخبر كالمعاينـــة ، فتعين فائدة العطف للمغايرة ، انتهى .

قلت أجاب تاج الشريعة عن هذا بأحسن منه ، فقال الشيء قـــد يعطف على جنسه للتخصيص والتفضيل ، كما ذكر من النظير ، ولا يجوز ذلك فيما نحن بصدده ، لأنه موضع تعدد النعم ، فلا يستقيم الشيء على جنسه ، لأن الحكيم في موضع التعـداد لا يذكر نعمة واحدة مرتين ، لأن فيه قصور النعم .

( قال ) أي محمد في الجـامع الصغير ( ولو حلف لا يأتدم ) يعني لو حلف لا يأكل إداماً ( فكل شيء يصطبغ فيه ) وفي بعض النسخ اصطبغ بـه ، قال الكاكي اصطبـغ بالطاء على بناء المفعول ، هكذا المنقول . والاصطباغ - فان خورش كوفين - وبعـد الطاء بالباء . وفي العرب الصبغ ما يصبغ به ،ومنه الصبغ منه الإدام ، لأن الخبز يغمس فيه ، ويكون كالخل والزبيب ، ويقال اصطبـغ بالخل وفي الخل لا يقال اصطبـغ الخمر بالخـــل ( فهو إدام ) كالخل والزيت والعسل والزبد واللبن والملح والمرق ( والشواء ليس بادام ) لأنه يؤكل وحده ( والملح إدام ) انه يؤكل مع الخبز ( وهذا ) أى المذكور ( عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ) في ظاهر الرواية .

( وقال محمد كل ما يؤكل مع الخبز غالبـاً فهو إدام ، وهو رواية ) أي قال محمـد

عن أبي يوسف « رح » ، لأن الإدام من المؤادمة ، وهي الموافقة ، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية في الاختلاط حقيقة ، ليكون قائماً به ، وفي أن لا يؤكل على الإنفراد حكما ،

---

رواية ( عن أبي يوسف ) وبه قال الشافعي وأحمد ( لأن الادام من المؤادمة ) أي مشتق منها ( وهي ) أي المؤادمة ( الموافقة معنى ، وكل ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ) مثل الجبن . وفي النهاية وحاصل ذلك على ثلاثة أوجه ، فالخل والزيت واللبن والعسل والزبد وأمثالها ما يستطيع به فهو إدام بالإجماع والبطيخ والعنب والتمر وأمثالها مما يؤكل وحدها غالباً ليس بادام بالاتفاق .

واختلفوا في الخبز والبيض واللحم ، فجعلها محمد إداماً باعتبار أن هذه الأشياء لا يؤكل وحدها غالباً ، فكانت تبعاً للخبز ، وموافقاً له عليه السلام بعد الإدام في الدنيا والآخرة اللحم ، وكتب ملك الروم إلى معاوية أن ابعث إلى بشر إدام على يد بشر رجل ، فبعث اليه جنا على يد رجل يسكن في بيوت أصمارها (١) ، فلو لم يكن الجبن إداماً لما بعث اليه ، لأنه من أرباب الشأن . ويقول محمد أخذ أبو الليث بالعرف . وفي التمر للشافعي وأحمد « رح » وجهان في وجه إدام ، لما روي أنه عليه السلام وضع التمر على الكسرة ، فقال هذا إدام . هذه رواية أبو داود . والثاني ليس بادام ، لأنه فاكهة ، فأشبه (٢) الزبيب .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن الإدام ما يؤكل تبعاً ، والتبعية في الاختلاط حقيقة ) أي من حيث الحقيقة ، بأن يصير مع الخبز كشيء واحد ، فيتبعه ويقدم به ، وهو معنى قوله ( ليكون قائماً به بحقيقة في أن لا يؤكل على الإنفراد حكماً )

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) الكلمة في الأصل – فأشبب – والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وتمام الموافقة في الامتزاج أيضا ، والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها ، بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ، ولأنه يذوب فيكون تبعاً ، بخلاف اللحم وما يضاهيه ، لأنه يؤكـــل وحده ، إلا أن ينويه لمـــا فيه من التشديد . والعنب والبطيـــخ ليس بادام هو الصحيح .

---

أي من حيث الحكم حاصل هذا أن التبعية على نوعين حقيقة ، وذلك في الاختلاط ليكون قائماً به . وحكمية وهي أن لا يؤكل عليه الإنفراد ، واللحم ما يخلط ، فيكون تبعـاً حقيقة ويؤكل منفرداً ، فلا يكون تبعاً حكماً ، فلا يكون إداماً .

( وتمام الموافقـــة في الامتزاج أيضاً ) جواب عن قوله لأن الإدام من المؤادمة يعني سلمناه ، ولكن الإدامة الشاملة الكاملة في الامتزاج ، يعني حقيقة الموافقة بأن يكون كشيء واحد بالامتزاج والاشراق إلا أن يكون مجاوزاً له، فاذا ثبت الحقيقة بطل المجاز. وأما الحديث فلا حجة له فيه ، لأن يقال الخليفـة سيد العرب والعجم ، وإن لم يكن من العجم قاله الكاكي وفيه تأمل . وقال تاج الشريعة وأما قوله ﷺ وهو الحديث المذكور، فانه من أسماء الشرع . والأيمان لا يتعلق بها .

( والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب ) فـلا يكون إداماً ( والملح لا يؤكل بانفراده عادة ) فلا يكون إداماً ( ولأنه يذوب فيكون تبعاً ) فيكون إداماً ( بخلاف اللحم وما يضاهيه ) أي وما يشابهه مثل الخبز والبيض ، فانهـا ليست بادام ( لأنه ) أي لأن اللحم وما يضاهيه ( يؤكل وحده ، إلا أن ينويه ) لأنه يحتمـل كلامه ( لما فيه من التشديد ) على نفسه .

( والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح ) احترز به عما قيل أن العنب والبطيـخ على الخلاف . وذكر الإمام السرخسي أنها ليسا بادام بالإجماع ، وهو الصحيح ، لانهـما يؤكلان غالباً وحدهمـــا . وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام ، وكذا العنب والبطيخ ، وكذلك سائر الفواكه ، حتى لو كان في موضع يؤكل تبعاً للخبز يكون إداماً

وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ، ولهذا يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث

---

عنده ، أما البقل ليس بادام بالاتفاق ، لان أكله لا يسمى مأدماً . وعند الشافعي والبقول والبصل والفجل والثمار إدام، لانه يؤتدم به عادة ، ذكره في شرح الوجيز .

قال ، أي القدوري ( وإذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر إلى الظهر ) القدوري يتمايج في اللفظ ، لان الغذاء عبارة عن طعام يؤكل في الغداة لا اسم أكله ، وكذلك أيضاً بالفتح والمد اسم لطعام العشي ، ولكن معناه أكل الغداء وأكل العشاء على حذف المضاف قال الاترازي ويجوز أن يقال أراد بالغداء الغدي ، وبالعشاء العشي مجازاً باطلاق اسم السبب على المسبب . وإذا حلف أحد أنه لا يتغدى ، فاذا تغدى مابين طلوع الفجر إلى وقت الظهر في أي ساعة كانت من ذلك يحنث ، وعليه الكفارة .

( والعشاء من صلاة الظهر إلى نصف الليل ، لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ) بفتح العين و كسر الشين وتشديد الياء . قال في المغرب العشي ما بين زوال الشمس إلى غروبها، والمشهور أنه آخر النهار . وعن الازهري صلاة العشاء والظهر والعصر . وقال الاترازي لان ما بعد الزوال يسمى عشاء بكسر العين الزوا، ، لما كان عشاء كان الطعام الذي يؤكل في ذلك الوقت عشاء ، فاذا فتح العين في موضعين يلزم الفساد، وهذا حاصل كلامه، لكن هذا على كون لفظ النسخة عشاء . وأكثر لفظ النسخ عشاء كما ضبطناه .

( ولهذا ) أي ولكون ما بعد الزوال عشياً (يسمى الظهر أحد صلاتي العشاء في الحديث) قال الاترازي كذا ركعتين في السنين ، وسكت . وقال الكاكي ذكر ورد في الحديث أنه عليه السلام صلى إحدى صلاتي العشاء يريد الظهر أو العصر . وقال الاكمل ذكر في الإيضاح في باب الحلف على العشاء ، فقال ورد في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين ، يريد به الراوي الظهر أو العصر . قلت هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إحدى صلاتي العشاء إما الظهر وإما العصر ،

والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ، ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ، ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع

---

فسلم في ركعتين .. الحديث ، فيا للعجب من هؤلاء في تقصيرهم فيما يتعلق بالاحاديث وهم في ديار الحديث . قال الاترازي يقول في السنن والحديث في الصحيحين والاكل وشيخه الكاكي اكتفيا بما ذكر في الايضاح من غير بيان .

( والسحور ) بفتح السين ما يسحر به في المأكول والمشروب ، وبضم السين مصدر ( من نصف الليل إلى طلوع الفجر ، لأن السحور مأخوذ منه ) أي مشتق من السحر بفتحتين ، وهذا الثلث الأخير من الليل إلى طلوع الفجر ( ويطلق ) أي يطلق السحور ( على ما يقرب منه ) أي من السحر ، لأنه قرب من الثلث الأخير ( ثم الغداء والعشاء ) بالفتح والمد فيهما ( ما يقصد به الشبع ) بكسر الشين وفتح الباء الموحدة ( عادة ) في عادات الناس ، لأن التغدي عبارة عن أكل مترادف أكثر من نصف شبعة ، لأنه لا يقال أنه تغدى إذا أكل لقمة أو لقمتين ، وبه قال الشافعي ( ويعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ) يعني إن كانت خبزاً فخبز ، وإن كانت لحماً فلحم ، وإن كانت لبناً فلبن .

وفي المحيط حتى لو كان الحالف مصرياً يقع على الخبز ، فلو تغدى بغيره من الأرز والتمر واللبن لم يحنث ، وإن كان بدوياً فيتغدى بالتمر ، أن العبرة مما يتغدى به على عادة أهل ذلك الموضع ، حتى لغير الأرز بطبرستان ، واللبن لأهل البوادي ، والتمر ببغداد ، واللبن يحنث . وحاصل الكلام العبرة من حلف لا يدخل بيتاً فهو على المدر للبلدي ، وعلى بيت الشعر للبدوي ، وكذلك الحكم في التمشي .

( ويشترط أن يكون أكثر من نصف شبع ) قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن حلف لا يتغدى فإنه يقع على الغداء المعروف ، فإن كان الرجل كوفياً يقع على مد الحنطة والشعير ، ولا يقع على اللبن والسويق ، وإن كان الرجل بدوياً يقع على اللبن

ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر ، وقال عنيت شيئاً دون شيء لم يدين في القضاء وغيره ، لأن النية إنما تصح في الملفوظ ، والثوب وما يضاهيه غير مذكور تنصيصاً ، والمقتضي لا عموم له ، فلغت نية التخصيص فيه .

---

والسويق ، وإن كان حجازياً يقع على السويق ، وأما في بلادنا فيقع على خبز الحنطة ويشترط أن يكون ، أي الغداء أو العشاء أو السحور أكثر من نصف الشبع ، لأن للأكثر حكم الكل رواه المعلى عن أبي يوسف ، وهو الصحيح، لأن من أكل لقمة أو لقمتين يصح أن يقول ما تغديت وما تعشيت .

( ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر ، وقال عنيت ) أي قصدت ( شيئاً دون شيء ) يعني قصدت ثوباً دون ثوب ، أو طعاماً دون طعام ، أو شراباً دون شراب ( لم يدين في القضاء وغيره ) يعني لا يصدق لا قضاء ولا ديانة . وقال الشافعي يصدق ديانة ، لأنه للمقتضى عموماً عنده ، وكذا في رواية عن أبي يوسف « رح » ، وبه أخذ الخصاف ، والمذهب أنه لا يصح نيته ( لأن النية إنما تصح في الملفوظ ) حتى يعين ما يحتمل اللفظ ( والثوب وما يضاهيه ) أي وما يشابهه ، مثل الطعام والشراب ( غير مذكور تنصيصاً ) أي غير ملفوظ صريحاً ، فإنما هو مقدر انتقضا ، أي بطريق الاقتضاء .

( والمقتضى ) بفتح الضاد ( لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه ) أي في قوله إن لبست ، أو إن أكلت أو شربت . قوله والمقتضى الحاجزة جواب عما يقال هب أنه غير ملفوظ تنصيصاً ليس انه ثابت تقضى ، والمقتضى كالملفوظ ، فأجاب بقوله – والمقتضى .. إلى آخره – .

فإن قيل المقتضى أمر شرعي واقضاء الأكمل إلى الطعام ليس كذلك ، لأنه يعرفه من له تعرف الشرع . قلت يجوز أن يكون المصنف اختار ما اختاره بعض المحققين من أن

وإن قال لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة ، لأنه نكرة في محل الشرط فتعم ،

---

التقضي هو الذي لا يدل عليه اللفظ ، ولا يكون سقوطـاً به ، لكن يكون من ضرورة اللفظ أعلم من أن يكون شرعياً أو عقلياً .

فإن قيل سلمنا ذلك ، لكن ما الفرق بين هذا وبينها إذا قال إن خرجت فعبدي حر ، ونوى السفر ، فإنه يصدق ديانة ، مع أن السفر أو الخروج غير مذكور لفظاً ، وبينه وبينها إذا حلف لا يساكن فلاناً ونوى أن لا يساكنه في واحد ، فإن النية صحيحة ، مع أن المسكن غير مذكور لفظاً، حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث. أجيب بأن الأول ممنوعة منعها القضاة الأربعة أبو هيثم وأبو حازم وأبو طاهر الدباس والقاضي القمر رحمهم الله وليس يعلم من قوله إن خرجت ولا يساكن بفلان يدلان على المصدر لغة ، وقد وقع الثاني في صريح النفي ، والأول في معناه ، فيتناولان بعمومها عنده من الخروج والسفر ، فجاز تخصيصها إلا أنه خلاف الظاهر ، فلا يريد في القضاء ، كذا لخصه الأكمل ، وبيانه كما ينبغي إذا وإن سلمنا فالفرق أن الخروج إلى مديد وقصير ، وهما مختلفان اسماً وحكماً ، فان المؤيد يسمى سفراً ، وأحكامه خلاف أحكام الخروج .

فاذا نوى أحد النوعين صحت نيته ، كما لو حلف لا يتزوج ونوى حبشية أو رومية يصدق . ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق ، لأن الأول نوع ، والثاني في مسألتنا ، حتى لو نوى الخروج إلى مكان بعينه كبغداد لا يصدق ، وكذا في المسألة الثانية نوى نوعان من المساكنة ، لأن المساكنة أنواع ما يكون في بلد واحد ، وما يكون في دار واحدة وهو العرف ، وما يكون في بيت واحد وهو أتم ما يكون من المساكنة ، كذا ذكره السرخسي وغيره .

( وإن قال إن لبست ثوباً أو أكلت طعاماً أو شربت شراباً لم يدين في القضاء خاصة ) يعني لم يصدق في القضاء خاصة ، ويصدق ديانة ( لأنه نكرة ) أي لأن ثوباً من إن لبست وطعاماً من إن أكلت وشراباً من إن شربت نكرة وقعت ( في محل الشرط ) وهو قوله إن فعلت كذا ( فتعم ) لأن الشرط في معنى النفي ، والنكرة في موضع النفي تعم ،

فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر، فلا يدين في القضاء .

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعاً عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إذا شرب منها بإناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم.

---

والعموم يحتمل الخصوص ( فعملت نية التخصيص فيه ، إلا أنه خلاف الظاهر ) إذ الظاهر العموم ( فلا يدين في القضاء ) أي فلا يصدق في الحكم ، لأن في المتصدق فيه تخفيف له ، فلا يصدق ، بخلاف ما إذا قيل له انك تريد أن تغتسل الليلة في هذه الدار عن الجنـابة ، فقال إن اغتسلت فعبدي حر ، فهو عن الجنابة ، لأنه جواب متقيد بالسؤال . ولو قال إن اغتسلت الليلة في هذه الدار ولم يقل في هذا الدار على كل اغتسال قضاء ، لأنه زاد على حرف الجواب ، فيكون مبتدأ أو لكن [1] من هذا يصدق ديانة ، لأنه يحتمل أنه أراد به الجواب .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف لا يشرب من دجلة ) وهو نهر ببغداد ( فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع فيها [2] كرعاً ) والكرع يتناول الماء بالفم من موضعه من غير أن يأخذ بيده ، يقال كرع الرجل في الماء إذا مد عنقه نحوه يشرب منه ، ومنه كره عكرمة الكرع من النهر ، لأنه فعل البهيمة تدخل فيها أكارعها، والكراع مستدق الساق ( وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عنه ) .

( وقالا ) أي أبي يوسف ومحمد ( إذا شرب منها بإناء يحنث ، لأنه المتعارف المفهوم) بين الناس من الشرب من دجلة وهو الشرب من ماء تجرى رجله ، وهو المجـاز ، فيعمل لعموم المجاز . فيحنث كيفما شرب ، كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه إذا دخلها راكباً أو ماشياً أو حافياً أو مستعملا ، لعموم المجاز ، وهو الدخول ، فكـذا هنا ، فصار كما إذا حلف لا يشرب من هذه البئر فشرب من مائها بإناء يحنث .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) منها — هامش .

ولهُ أن كلمـــة من للتبعيض وحقيقته في الكرع ، وهي مستعملة . ولهذا يحنث بالكرع إجماعاً ، فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعـــارفاً .

---

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( إن كلمة من ) في قوله من دجلة ( للتبعيض ) إعلم أن من يأتي لمعان كثيرة ، فان كان المصنف « رح » يريد أنه وضع البعض وحده ، فهذا لم يقل به أحد من أئمة اللغة ، وإن كان يريد أنه قد يستعمل التبعيض ، فمن أين يلزم أنـه هنا للتبعيض ، قاله الاترازي مع تطويل الكلام فيه . قلت دلت القرينة اللفظيـة والحالة هنا أن من هنا للتبعيض ، وهذا ظاهر لا يخفى ( وحقيقته ) أي وحقيقة الشرب ( في الكرع ) لان الحقيقة ابتداء أن يكون ابتداء الشرب متصلة بدجلة ، وذلك بالشرب منهـــا كرعاً ( وهي ) الحقيقة ( مستعملة ) مهجورة .

( ولهذا ) أي ولاجل هذا أن الحقيقة مستعملة ( يحنث بالكرع إجماعاً ) دعوى الإجماع فيه نظر ، لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما . قال الإمام العتابي في شرح الجـامع ، قال بعضهم لا يحنث بالكرع عندهما لئلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجـاز . وقال بعضهم يحنث وهو الصحيح للعموم المجاز ، وليس هو يجمع بين الحقيقة والمجاز فمنعوا ، أي الحقيقة المستعملة ( فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفاً ) هذا إذا لم يكن له نية ، فان نوى الكرع فعندنا لا يحنث بالمجاز ديانـــة ، قضاء ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وإن نوى العرف فعنده صدق ديانة ، لانه يحتمل ولا يصدق قضاء ، لانه خلاف الحقيقة .

ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف إلى الكرع عنـــده ليصير الحقيقة إن لم يكن ملان انصرف إلى المجاز ، لامتناع الحقيقة ، كذا نقل الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع عن الشيخ أبي القاسم الصفار ، ولو عنى بقوله لا يشرب من ماء دجلة هل يصح أم لا و حتى لا يشرب من نهر يأخذ من دجلة هل يحنث أم لا قال الشيخ أبو المعين من مشايخنا من قال يصح نيته ، لانه نوى إضمار المـــاء ، واليه ذهب الشيـــخ أبو بكر الاعمش . ومنهم من قال لا يصح نيته ، لان الماء نيتـه مقتضاء يقتضى ، فلا يظهر في حق قبول النية .

وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث ، لأنه بعد الاغتراف بقي منسوباً اليه وهو الشرط ،فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة. ومن قال إن لم أشرب الماء الذي من هذا الكوز اليوم فامرأته طـــالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث ، فان كان فيه ماء فأريق [1] قبل الليل لم يحنث ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله ، يعني إذا

---

( وإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث ) هذا لفظ القـــدوري ( لانه ) أي لان الماء ( بعد الإغتراف بقي منسوباً اليه ) أي إلى دجلـة ( وهو الشرط ) أي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوباً ، والماء في الاناء منسوب اليهـا ، فكان الشرط قائماً ( فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ من دجلة ) لان الشرط كون الماء من دجلة . وفي الكافي لو قال لا أشرب من الفرات فشرب من نهر آخر منه لم يحنث إجماعاً ، أما عنده فلأن يمينه على الكرع ، وأما عندهما فلأن النية إلى الفرات انقطعت فخرج عن عموم المجاز . أما لو قال لا أشرب من ماء الفرات فشرب من نهر آخر من الفرات حنث ، لان يمينه على ماء منسوب إلى الفرات ، والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغـــار . ولو قال لا أشرب ماء فراتاً يحنث لكل ما أعذب في أي موضع كان ، وبه قال الشافعي ، لانـه جعله وصفاً للماء ، قال الله تعالى ﴿ وأسقيناكم ماء فراتاً ﴾ ٢٧ المرسلات ، أي عذباً .

( ومن قال إن لم أشرب الماء الذى في هذا الكوز اليوم فامرأته طـــالق ، وليس في الكوز ماء لم يحنث ) سواء علم بأن منه ماء أو لم يعلم ( وإن كان فيـه ماء فأهريق ) أى فأريق ، والهاء فيه زائدة ( قبل الليل لم يحنث ، وهذا ) أى عدم الحنث ( عنـد أبي حنيفة ومحمد « رح » ) وبه قال الشافعي في وجه ومالك « رح » .

( وقال أبو يوسف حنث في ذلك كله ) أى فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن ( يعني إذا

---

(١) أهريق – هامش .

مضى اليوم ، وعلى هذا الخلاف إذا كان اليمين بالله تعالى ، وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافاً لأبي يوسف « رح » ،

---

مضى اليوم ) أشار بـه إلى أن اليمين إذا كانت موقتة باليوم ( وعلى هذا الخلاف ) المذكور بين الثلاثـة ( إذا كان اليمين بالله ) بأن قال والله لأشربن المـاء الذى في هذا الكوز اليوم وليس في الكوز ماء ، أو كان فيـه ماء فأهريق قبل لم يحنث عندهما ، خلافاً لأبي حنيفة .

( وأصله ) أى أصل هذا الخلاف ( ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ( خلافاً لأبي يوسف ) وبـه قال الشافعي « رح » في وجه ، وتحقيق هذا أن تصور شرط لابقاء اليمين المطلقة عن الوقت ، وبقاء اليمين العـدة بالوقت عندهما ، وعند أبي يوسف لا يشترط الصور البر في انقياد اليمين المطلقـة ، ولا لبقائـه في اليمين المقيدة ، ويتفرع على هـذا الخلاف ما لو حلف لا يشربن ماء الكوز اليوم فصب قبل مضي اليوم ، فعندهما لا يبقى يمينه ولا يحنث أبداً . وعنـد أبي يوسف يحنث في آخر جزء من أجزاء الوقت ، حتى تجب عليـه الكفـارة إذا مضى اليوم ، وعلى هذا لو قال إن لم يشرب هذا المـاء الذى في هذا الكوز وعنده تبقى ويحنث . مضى اليوم فامن أنه كذا ، فأهريق قبل الليل لم تبق اليمين عندهما ، وعنده تبقى ويحنث .

وعلى هذا لو قال لأقتلن فلاناً اليوم فمات فلان قبل مضي الليل لا يبقى اليمين عندهما . وكذا لو قال لتقتلنه وهو جاهل بموته ، وإنما شرط جهله لموته ، لأنه لو علم بموته ينعقـد اليمين بالإجماع ويحنث في الحال . وكذا لو حلف إن أكل هـذا الرغيف فأكل قبـل الليل أو قال لأقضين دينه وفلان قد مات ولا أعلم به لم ينعقد يمينه عندهما ، وعنده ينعقـد ويحنث في الحال ، وكذا لو قال لأقضين فلاناً دينه فأبرأه فلان ، وكذا لو قال لزيد إن رأيت عمراً فلم أعلمك فامرأتي طالق ثم رآه مع زيد فسكت ولم يقل شيئاً ، أو قال هو

لان اليمين إنمـا تعقد للبر ، فلا بد من تصور البر ليمكن إيجابه وله أنه أمكن القول بانعقاده موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف ، وهو الكفارة . قلنـا لا بد من تصور الاصل لينعقـد في حق الخلف ، ولهذا لا ينعقـد الغموس موجباً للكفـارة ولو كانت اليمين مطلقـة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما ، وعند أبي يوسف « رح »

---

عمر ولا يطلق عنـدهما لفوات الإعلام ، فلم يبق اليمين وعنده يطلق لبقاء اليمـين وفوات المعقود عليه .

( لأن اليمين إنما ينعقد للبر فلا بد من تصور البر ، فيمكن إيجابه ) أي إيجاب اليمين ( وله ) أي ولأبي يوسف ( أنه أمكن القول بانعقاده ) حال كونه ( موجباً للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة ) لأن عقد يمينه على فعل في المستقبل ، فينعقد . وإن عجز عن تحقيق ما أخبر يظهر في الخلف ، لقوله والله لأمسن السماء ( قلنـا لا بد من تصور الأصل ) أي أصل اليمين ( لينعقد في حق الخلف ) فإذا لم يتصور الأصل لا ينعقد في حق الخلف ( ولهذا ) أي ولأصل تصور الأصل لانعقاده في حق الخلف ، وهو الكفـارة ( لم تنعقد الغموس ) حال كونها ( موجبة الكفارة ) لأنه لما لم يتصور الأصل لا يظهر في حق الخلف ، وهو الكفارة .

فإن قلت البر يتصور في صورة الإراقة ، لأن من الجائز أن يعيد الله عز وجل تلـك القطرات المهراقة في ذلك الكوز . قلت إن البر إنما يجب في هذه الصورة في آخر جزء من أجزاء اليوم يجب أن لا يسع فيه غيره ، فلا يمكن القول فيه بإعادة المـاء في الكوز ، وشربه في ذلك الزمان .

( ولو كانت اليمين مطلقة ) أي عن ذكر الوقت ( ففي الوجه الأول ) يعني إذا لم يكن في الكوز ماء ( لا يحنث عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ( وعنـد أبي يوسف

يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني لا يحنث في قولهم جميعا ، فابو يوسف فرق بين المطلق والموقت . ووجه الفرق أن التاقيت للتوسعه ، فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت ، فلا يحنث قبله . وفي المطلق يجب البر كما فرغ ، وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ، ووجه الفرق أن المطلق يجب البر كما فرغ ، فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف والماء باق ، أما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت ، وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور ، فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء

---

يحنث في الحال ، وفي الوجه الثاني ) وهو أن يكون فيه ماء أهريق (لا يحنث في قولهم جميعاً) أي قول الثلاثة ( فأبو يوسف فرق بين المطلق والموقت ) أي بين اليمين المطلق عن ذكر الموقت ، وبين اليمين الموقت بالوقت .

( ووجه الفرق ) أي وجه فرق أبي يوسف ( أن التأقيت للتوسعه ) على نفسه ، حتى يختار الفعل في أي وقت شاء ( فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت ) المقدر فما لم يخص ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل ، لأن الفعل لا يتعين عليه في آخر أجزاء الوقت ( فلا يحنث قبله ) فإذا فات الجزء الآخر فلم يفعل يحنث حينئذ ( وفي المطلق ) عن الوقت ( يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال ، وهما ) أي أبو حنيفة ومحمد ( فرقابينهما) أي بين المطلق والموقت ( ووجه الفرق في المطلق يجب البر كما فرغ ) لأنه لم يرد التوسعة على نفسه ( فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه ، كما إذا مات الحالف والماء باق ) أشار بقوله كما إذا مات الحالف إلى بقاء المحل شرط للبر لبقاء الحالف ( أما في الوقت يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك ) أي وعند الجزء الأخير ( لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه ) للعجز ( ويبطل اليمين ، كما إذا عقده ابتداء )

في هذه الحالة . قال ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها . وقال زفر « رح » لا تنعقد لانه مستحيل عادة ، فاشبه المستحيل حقيقة ، فلا ينعقد . ولنا أن البر متصور حقيقة . لان الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ، ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء ، وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى ، وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة ،

---

كما عقد اليمين حال كونه مبتدأ ( في هذه الحالة ) وأشار بهذا إلى أن وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين ذلك شرط لبقائها .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهباً انعقدت يمينه وحنث عقيبها ) فتجب الكفارة وبه قال الشافعي في الأظهر ، وفي وجه هو مع زفر « رح » ( وقال زفر « رح » لا ينعقد لأنه مستحيل ) أي لأن صعود السماء أو قلب الحجر ذهباً محال (عادة فأشبه المستحيل حقيقة ) كما في الحلف على شرب ماء كوز ليس فيه ماء ( فلا ينعقد ) أي اليمين فلا يجب شيء .

( ولنا أن البر متصور حقيقة ، لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ) بطريق الكرامة ( ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء ) وكذلك الأنبياء عليهم السلام صعدوا ( وكذا ) أي وكذا يتصور ( تحول الحجر ذهباً بتحويل الله عز وجل ) بأن يقع ذلك كرامة لبعض الأولياء ، وكرامة الأولياء بخلاف العادة حق عندنا ( وإذا كان متصوراً ينعقد اليمين ) حال كونها ( موجباً لخلفه ) وهو الكفارة ، وذكر الضمير في بخلفه على تأويل الحلف بالحاء المهملة ( ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة ) وإنما وجب الحنث في الحال لأن البر ليس له زمان ينتظر ، بخلاف ما قاس عليه زفر فان شرب كوز ما ليس فيه ماء لايتصور

كمــا إذا مات الحـالف فانــه يحنث مع احتمال إعادة الحيــاة ، بخــلاف مسالة الكوز ، لانه شرب المــاء الذي في الكوز وقت الحلف،ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

---

يظهر الفرق ( كما إذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال إعادة الحيـاة ) وهو متصور ، فينعقد اليمين .

( بخلاف مسألة الكوز ، لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ، ولا ماء فيه ) أي والحال أنه لا ماء فيه ( لا يتصور ) هو خبر إن في قوله ، لأن شرب المــاء الذي في الكوز ، فاذا كان غير متصور ( فلا ينعقد اليمين ) فان قلت يتصور أن يخلق الله فيــه الماء ، وقدرته أعظم من ذلك . قلت لو حلف بالله تعالى وفيه الماء ، لا يكون هذا الماء هو الذي انعقد عليه اليمين ، والله أعلم .

* * *

# باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع ، إلا أنــه نائم حنث ، لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه ، لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه ، وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله .

---

( باب اليمين في الكلام )

هذا باب في بيان أحكام اليمين في الكلام . قال قوم الكلام عذر وفعله كلم محذوف الزوائد نحو سلم سلاماً ، وأعطى إعطاء . والدليل على ذلك أنه يعمل كسائر المصادر نحو عجبت من كلامك زيداً ، حيث نصب زيداً ، ولو كان إسماً لم يجز إعماله . وقال الأكثرون انه اسم المصدر ، والمصدر الحقيقي التكلم . وقال الله تعالى ﴿ وكلم الله موسى تكليماً ﴾ ١٦٤ النساء . وقال الله تعالى ﴿ صلوا عليــه وسلموا تسليما ﴾ ٥٦ الأحزاب ، فالكلام والسلام إسمان للمصدر والكلام في اللغة عبارة عن الكلم ، وهو الجرح ، ويجمع على كلام بالكسر . وفي اصطلاح النحاة الكلام ما تضمن كلمتين بالإسناد . وفي اصطلاح الفقهــاء الكلام الذي يخفى كلم عبارة عن اسماعه كلامه لغيره . وعبــارة أيضاً عن اسماع نعتــه . وفي المحيط الكلام حقيقة اسم لما ينــافي السكوت والخرس . ولكن في العرف اسم لحروف منطوقة مفهوميات مقطعة مسموعة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه ) أي إلا أن فلاناً ( نائم حنث ) وبه قال الشافعي وأحمــد ومالك « رح » في رواية ( لأنه قد كلمه ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله ) إذ التكلم عبارة عن إسماع الكلام كما في تكلم نفسه فإنه عبارة عن

وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه . وعليه مشايخنا«رح» لانه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيــد. وهو بحيث لا يسمع صوتــه

---

إسماع نفسه ، إلا أن سماع الغير أمر يبطن لا يوقف عليه ، فأقيم السبب المؤدي به مقامه، ويسقط اعتبار حقيقة السماع ، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زادة «رح» .

( وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه ) أي شرط إيقاظ فلان الذي حلف أنه لا يكلمه ، فانه قاله فناداه وأيقظه حنث شرط الإيقاظ ، وبه قال مالك « رح » في رواية . وذكر في بعض الروايات فناداه وأيقظه فهذا يدل على أنــه متى ناداه يحنث وإن لم يوقظه ، كذا في المبسوطين . ثم ذكر السرخسي في مبسوطه ، والأظهر أنــه لا يحنث إذا لم يوقظه ، لأن النائم كالغائب ( وعليه ) أي على شرط الإيقاظ ( مشايخنــا « رح » ، لأنه إذا لم يتنبه كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته )فيكون منادياً لامتكلماً منادياً ، فلا يحنث في يمينه .

وفي التحفة ولو كان نائماً فناداه إن أيقظه حنث في يمينه ، لأنه أسمعه كلامه ، وإن لم يوقظه لم يحنث ، وهو الصحيح ، لأن الإنسان لا يعد متكلماً النائم . وقيــل المسألة على الخلاف ، فان عند أبي حنيفة يحنث ، لأنه يجعل النائم كالميتة ، وعندهما لا يحنث . وفي الذخيرة لا يحنث حتى تكلم بكلام مستأنف بعد اليمين يقطع عندهما ، وإن كان موصولاً لم يحنث ، كما لو قال إن كلمتك فأنت طالق فاذا قال قومي أو اخرجي أو شتمه أوزجره متصلاً ، لأن هذا من تمام الكلام الأول ، فلا يكون تماماً باليمين ، وهو وجه الأصحــاب الشافعي « رح » وأحمد ، ولو سلم على قوم هو فيهم حنث ، إلا أن لا يعبــد لا سلام (١) فيصدق ديانة لا قضاء . وعند الشافعي ومالك يصدق قضاء أيضاً . وقال المدني يحنث . ولو قال السلام عليكم إلا على واحد لا يحنث ، خلافاً الشافعي وأحمــد ، وهذا إذا سلم خارج الصلاة .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث ، لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الإذن، وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع .

---

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه معه في الصلاة ، فان كان إماماً قيل إن كان المحلوف على يمينه لا يحنث ، وإن كان على يساره يحنث . وروى ابن سماعه عن محمد أنه لا يحنث في التسليمتين ، وهو الصحيح ، وإن كان مؤتماً فعلى هذا التفصيل على قولهما . وعن محمد « رح » يحنث سواء كان على يمينه أو على يساره ، وبه قال مالك « رح » . ولو اقتدى الحالف بالمحلوف عليه في الصلاة فسهى فسبح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث ، وخارج الصلاة يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك رح » . ولو حلف لا يكلم فلاناً فقرع فلان الباب فقال من هذا ، ذكر القدوري أنه يحنث ، وذكر أبو الليث في النوازل لو قال بالفارسية – كيست – ولو قال – كجاتو – يحنث ، وبه أخذ ، وهو المختار ، لأن قوله ليست بخطاب ، وقوله – كجاتو – خطاب . ولو ناداه المحلوف عليه ، فقال لبيك أي لبى يحنث . ولو كتب اليه كتاباً لو أرسل رسولاً لا يحنث ، وبه قال الشافعي في الجديد ، واختاره المزني . وقال في القديم يحنث ، وبه قال مالك وأحمد « رح » .

( ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بإذنه حتى كلمه حنث ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي » رح » في وجه . وفي شرح الأقطع هذا هو المشهور من قولهم ، أي من قول أصحابنا ، وعند أبي يوسف « رح » أنه لا يحنث ، وبه قال الشافعي « رح » ( لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام ) ومنه قوله تعالى ﴿ وأذان من الله ورسوله ﴾ ٣ التوبة ، أي إعلام ( أو من الوقوع في الإذن ) أي أوان الإذن مشتق من الوقوع في الإذن لتسميته ( وكل ذلك ) أي الإذن من الأذان ومن الوقوع في الإذن ( لا يتحقق إلا بالسماع ) واعترض بأنه لو كان كذلك لما صار العبد مأذوناً إذا أذن له مولاه ، وهو لا يعلم لكنه يكون مأذوناً ، فلم يكن الإذن محتاجاً إلى الوقوع في الإذن . وأجيب بأن الإذن هذا فك الحجر في حق العبد ينصرف بأهلية نفسه ومالكيه ، فيثبت بمجرد الإذن . وأما

وقال أبو يوسف « رح » لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن كالرضاء . قلنا الرضاء من أعمال القلب ، ولا كذلك الإذن على ما مر . قال وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف ، لأنه لم يذكر الشهر تتأبد اليمين ، وذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلاً

---

في اليمين وقد حرمه كلامه إلا باذنه ، فصار الإذن مستثنى لإباحة الكلام ، فلا بد من الإعلام لذلك .

( وقال أبو يوسف « رح » لا يحنث ، لأن الإذن هو الإطلاق ، وإنه يتم بالإذن ) على وزن الفاعل ( كالرضاء ) يعني إذا حلف لا يكلمه إلا برضاه، فرضي المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف يكلمه لا يحنث ، لما أن الرضى يتم بالراضي ، وكذلك الإذن يتم بالإذن ( قلنا الرضاء من أعمال القلب ) فيتم بالراضي ( ولا كذلك الإذن على ما مر ) انه إما من الأذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع فالاذن ، فذلك مقتضى السماع ولم يوجد . ونقل في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى عن أيمان النوازل حلف لا تخرج امرأته إلا باذنه فأذن لها من حيث لا يسمع لا يكون إذناً في قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف«رح» وزفر « رح » هذا إذن . وقال نصير بن يحيى « رح » كتبت إلى البلخي رسالة بما يختار في هذه المسألة ، فكتب إلي انلا الاختلاف في هذه المسألة وهو إذن إجماعاً، إنما الاختلاف فيمن يقول لا تخرجي إلا بأمري، لأن الاذن يكون إذناً بدون السماع ، وأما الأمر فلا يكون إذناً بدون السماع . قال نصير إلا أن أبا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وهكذا القدوري أعانه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإن حلف لا يكلمه شهراً فهو من حين حلف ) أي اعتبار الشهر من زمان الحلف ( لأنه ) أي لأن الحالف ( لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين ) لأن النكرة تعم في موضع النفي ( فذكر الشهر لاخراج ما وراءه ) أي ما وراء الشهر ( فبقي الذي يلي يمينه داخلاً ) أي ففي الشهر الذي يلي يمينه داخلاً في

عملا بدلالة حاله ، بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا يتأبد اليمين، فكان ذكره لتقدير الصوم به، وإنه منكر، فالتعيين اليه ، وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لا يحنث ، وان قرأ في غير صلاته حنث . وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير، وفي القياس يحنث فيهما، وهو قول الشافعي «رح» لأنه كلام حقيقة .

---

الايجاب ( عملا بدلالة حاله ) أي حال الحالف ، لأنه الحامل على هذه اليمين الغليظ الذي لحقه في الحال ، فكان مراده أن لا يكلمه في هذه الحالة .

( بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهراً ، لأنه لو لم يكن الشهر لا تتأبد اليمين ، فكان ذكره ) أي ذكر الشهر ( لتقدير الصوم به ) أي بالشهر ، وانه ( وإن الشهر منكر ، فالتعيين اليه ) أي إلى الحالف فله أن يعين أي شهر شيئاً مطلقاً متتابعاً أو متبوعاً ، هذا في الصوم ، أما في الاعتكاف فانه يعين أي شهر شاء ، ويلزمه التتابع ، لأن التتابع فيه أصل ليلا ونهاراً ، إلا أنه إذا قال الشهر دون الليالي ، فحينئذ له أن يفرق، بخلاف الصوم، فان التفريق فيه أصل ، لأنه لم يوجد إلا في الشهر خاصة ، إلا إذا قال متتابعاً ، فيلزمه التتابع ، ونظير المسألة الأولى أما إذا أجر داره شهراً كان المراد منه الشهر الذي يلي العقد، لانه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد إلى الاكثر لكنه يكون فاسداً، فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه ، فبقي الشهر متصلا بالإيجاب بحكم أصل الإيجاب .

( ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث ، وإن قرأ في غير صلاته حنث ، وعلى هذا ) أي وعلى هذا التفصيل ( التسبيح والتهليل والتكبير ) يعني إذا حلف لا يتكلم فقال سبحان الله ، أو قال لا إله إلا الله ، أو قال الله أكبر ، فان كان في الصلاة لا يحنث ، وإن كان خارج الصلاة يحنث ( وفي القياس يحنث فيهما ) أي في الصلاة وخارجها بالتسبيح وأحسنه ( وهو قول الشافعي ) وبه قال أحمد « رح » ( لأنه كلام حقيقة ) لأن الكلام اسم لحروف منطوية تحتها ، يقال فمفهومه يكون قارىء القرآن أو المسبح أو المهلل أو المكبر متكلماً لا محالة .

ولنا أنه في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً ، قال عليه السلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس . وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا ، لأنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً . ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق فهو على الليل والنهار ، لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال ، والكلام لا يمتد ،

---

( ولنا أنه ) أي أن كل واحد من هذه ( في الصلاة ليس بكلام عرفاً ولا شرعاً ) أما عرفاً فلأن الانسان لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلاة ، فعلم أن الموجود في الصلاة لا يسمى كلاماً حرفاً ، ولأن الكلام حرام في الصلاة ، وهذا مباح . وأما شرعاً فقد أشار اليه بقوله ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ) هذا الحديث قد مضى في كتاب الصلاة في باب ما يفسد الصلاة ، وأخرجه مسلم من حديث معاوية بن الحكم السلمي «رض» وهو حديث طويل ، وفيه أن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيئاً من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن .

( وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة ، لأنه لا يسمى متكلماً بل قارئاً ومسبحاً ) قال شيخ الاسلام خارج الصلاة إذا سبح أو هلل أو كبر ، لانصراف يمينه إلى كلام الناس ، وعليه الفتوى ، وبه قال أحمد « رح » . وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير هذا في عادة أهل العراق ، وأما في بلادنا إذا حلف الرجل أن لا يتكلم فقرأ القرآن لا ينبغي أن يحنث ، سواء قرأ في الصلاة أو في غير الصلاة ، واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي « رح » .

( ولو قال يوم أكلم فلاناً فامرأته طالق ، فهو على الليل والنهار ، لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ، قال الله تعالى ﴿ ومن يولهم يومئذ دبره ﴾ ١٦ الأنفال ) أراد به مطلق الوقت ( والكلام لا يمتد ) لأنه عرض كما يوجد يتلاشى ، ولا

وإن عني النهار خاصة دين في القضاء ، لأنه مستعمل فيه أيضاً . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يدين في القضاء ، لأنه خلاف المتعارف. ولو قال ليلة أكلم فلاناً فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سوادالليل كالنهار للبياض خاصة ، وما جاء استعماله في مطلق الوقت

---

يقبل الامتداد لذاته بل يتخذ الأمثال كالضرب والجلوس والركوب وغير ذلك ، لأن الثاني مثل الأول صورة ومعنى ، فجعل كالغير الممتدة ، أما الكلام الثاني بعد معنى غير ما يفيد الأول ، فلم يقم فيه القول يتجدد الأمثال ، فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت ليلاً كان أو نهاراً ، فيحنث في يمينه إذا وجد الكلام مطلقاً ( وإن عني النهار خاصة ) أي وإن قصدت باليوم النهار ، وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق إلى غروب الشمس ( دين في القضاء ) يعني يصدق في الحكم ، لأنه مستعمل فيه أيضاً ( لأن اليوم مستعمل في النهار أيضاً ) لأنه نوى حقيقة كلامه .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يصدق في القضاء ، لأنه خلاف المتعارف ) أي لأن كون النهار مراداً من يوم قرن بفعل لا يمتد ، خلاف القرون في العرف ( ولو قال ليلة أكلم فلاناً ) فامرأته طالق ( فهو على الليل خاصة ، لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار البياض خاصة ، وما جاء في استعماله ) أي استعمال الليل ( فيمطلق الوقت ) وفي المبسوط الليل ضد النهار ، قال الله تعالى ﴿ هو الذي جعل الليل والنهار خلفة ﴾ ٦٢ النحل ، كما أن النهار مختص بزمان الضياء ، فكذا الليل يختص بزمان الظلمة والسواد .

فان قلت الليل مستعمل لمطلق الوقت أيضاً ، قال الشاعر :

وكنا جئنا كل بيضاء شحمة ... ليالي لاقينا جذلم وحمير

والمراد مطلق الوقت لا الملاقاة للمحاربة وهي تقع ليلاً ونهاراً ، والظاهر كونها في النهار ، وبعده .

سقيناهم كأس سقينا بمثلها ... ولكنهم كانوا على الموت أصبرا

ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان ، أو قال حتى يقدم فلان ، أو قال إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم أو الإذن حنث . ولو كلمه بعد القدوم أو الإذن لم يحنث ، لأنه غاية ، واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها ، فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين . وإن مات فلان سقطت اليمين ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ،

---

قلت الشاعر عرف ذكر الليل بلفظ الجمع واحد العددين إذا ذكر بلفظ الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد . قال الله عز وجل ﴿ ثلاث ليال ﴾ وقال ﴿ ثلاثة أيام إلا رمزاً ﴾ ٤١ آل عمران ، والقصة واحدة ، وكلامنا في المفرد .

( ولو قال إن كلمت فلاناً إلا أن يقدم فلان أو قال حتى يقدم فلان ، أو قال إلا أن يأذن فلان ، أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق ، فكلمه قبل القدوم ) أي قبل قدوم فلان ( أو الاذن ) أي أو كلمه قبل الاذن حنث ( ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث، لأنه غاية ) أي لأن كل واحد من القدوم والاذن غاية ، وكلمة حتى للغاية ، قال الله تعالى ﴿حتى مطلع الفجر﴾ ٥القدر ،وأما كلمة إلا ها هنا بمعنى الغاية ، لأن حقيقة الاستثناء غير مرادة لتعذر استثناء الاذن والقدوم في الكلام ، لأنهما ليسا من جنسه ، فجعل مجازاً عن الغاية لما بين الاستثناء والغاية من المشابهة من حيث أن الحكم بعد كل واحد منهما يخالف الحكم قبله .

( واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها ) أي بعد الغاية ( فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين ) بيانه أنه إذا كلمه بعد القدوم ، والاذن لم يحنث ، لأنه كلمه بعد انتهاء اليمين ، وإذا كلمه قبل القدوم والاذن يحنث ، لأن شرط الحنث وجد حال بقاء اليمين .

( إن مات فلان ) يعني الذي أسند اليه القدوم أو الاذن ( سقطت اليمين ) لانتفاء قصور البر ( خلافاً لأبي يوسف « رح » ) فانه قال يبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية

لان للممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت متصور الوجود ، فسقطت اليمين ، وعنده التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية يتأبد اليمين . ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان ، فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث ، لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، أما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث

---

( لأن الممنوع عنه ) أي عن الحالف ( كلام ينتهي بالاذن والقدوم ، ولم يبق بعد الموت متصور الوجود ، فسقطت اليمين ) فان قلت إعادة الحياة ممكنة ، فكان الواجب أن لا يبطل اليمين انعقدت على القدوم أو الاذن في حياة القائمة لا المعادة بعد موته ، ولهذا قلنا إذا قال لأقتلن فلاناً وفلان ميت ، ولم يعلم الحالف بموته لا يحنث. ولهذا قلنا إذا قال لأقتلن فلاناً وفلان ميت ينعقد اليمين ، لأنها وقت القائمة .

فان قلت إعادة عين الروح ممكن . قلنا الحياة غير الروح ، لأن الله تعالى حي وليس له روح ، كذا نقل عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله تعالى .

( وعنده ) أي عند أبي يوسف « رح » ( التصور ليس بشرط ، فعند سقوط الغاية ) وهي الاذن والقدوم ( يتأبد اليمين ) وهذا الكلام في بيان هذا الأصل بينهم .

( ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبداً بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان ) أي أو حلف لا يكلم صديق فلان ( فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم ) أي فكلم العبد في المسألة الأولى أو المرأة في المسألة الثانية أو صديق فلان في المسألة الثالثة ( لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف إلى فلان ، أما إضافة ملك ) كما في المسألة الأولى ( أو إضافة النسبة ) كما في المسألتين الأخريين (ولم يوجد) واحد منهما ( فلا يحنث ) الأصل في جنس هذه المسائل أنه متى عقد يمينه على فعل في

محل منسوب إلى الغير مراعى للحنث ، ووجود النسبة وقت وجود المحلوف عليه ، ولا يعتبر بالنسبة وقت اليمين إذا لم يوجد وقت وجود الفعل المحلوف عليه ، وإن كان منسوباً إلى الغير لا بالملك تراعى وجود النسبة وقت اليمين ، ولا تعتبر كالنسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه .

مثال الأول وهو قوله لا يكلم عبد فلان ، وكذا لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابته أو لا يأكل طعامه أو لا يلبس ثوبه وإذا زال الملك ووجد الكلام أو الدخول أو الركوب أو أكل الطعام أو لبس الثوب لا يحنث . ومثال الثاني هو قوله لا يكلم امرأة فلان أو صديق فلان فأبانها فلان ، أو عادى صديقه فكلمهم يحنث . ووجه القرآن في الفعل الأول الحامل على اليمين يعني في الملك ، لأن هذه الأشياء لا تعادي رعاة . وفي الفعل الثاني بمعنى في هؤلاء مكان هؤلاء هجر، ويعادي عادة بمعنى فيهم ، لان الاذى متصور منهم .

فان قيل يشكل هذا بعبد فلان ، فان الاذى متصور منه ، كما في هؤلاء . قلنا ذكر ابن سماعة « رح » في نوادره أن في العبد يحنث عند أبي حنيفة « رح » . لهذا وجد ظاهر الرواية أن العبد مملوك ساقط الاعتبار عند الاحرار ملحق بالجمادات ، ولهذا تباع في الاسواق كالبهائم ، والظاهر أنه إذا كان الاذى منه لا يقصد هجرانه اليمين ، بل يقصد سيده ، كذا في المبسوط والذخيرة .

فان قلت لم يكن له زوجة ولا صديق ثم اتحد الصديق والزوجة ، ثم كلم مايكون حكمه . قلت لم يذكر هذا في الجامع الصغير ، قالوا على قياس قول أبو حنيفة « رح » يحنث . وأما محمد « رح » فقد قال في الزيادات لا يحنث . وقال فخر الاسلام « رح » في شرح الجامع الصغير يحتمل أن يكون قال أبو يوسف « رح » مثل ما قال أبو حنيفة « رح » وإن وجدت الاشارة مع ذلك بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا وزوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصدقة ثم كلم حنث في قولهم ، لان ذكر النسبة للتعريف كالاشارة ، فكانت الاشارة أولى .

قال « رض » هذا في إضافة الملك بالاتفاق ، وفي إضافة النسبة عند محمد « رح » يحنث كالمرأة والصديق . قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف ، لان المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه ، كما في الإشارة . ووجه ما ذكر ها هنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه، ولهذا لم يعينه، فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك.

---

( قال ) أي المصنف « رح » ( هذا ) أي عدم الحنث ( إضافة الملك بالاتفاق ) بين الثلاثة ( وفي إضافة النسبة عند محمد « رح » يحنث كالمرأة والصديق ) بيانه أن عند محمد « رح » يعتبر وجود النسبة وقت الحلف ، فعلى هذا إذا طلق امرأته أو عادى صديقه يحنث عند محمد « رح » ( قال في الزيادات ) وأشار إلى بيان وجه هذا بقوله ( لأن هذه الإضافة للتعريف ، لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران ، فلا يشترط دوامها ) أي دوام إضافة المرأة إلى الزوج ، وإضافة الصديق إلى فلان ، لأن ما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستيفاء عنه بعد التعريف ( فيتعلق الحكم بعينه ) أي يتعلق حكم الحنث يعني المقصود ، وهو المرأة أو الصديق ( كما في الإشارة ) بأن قال لا أكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه .

( ووجه ما ذكر ها هنا ) وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة وهو قول أبي حنيفة « رح » ( وهو (1) رواية الجامع الصغير أنه يحتمل أن يكون غرضه هجرانه ) أي غرضه ، والحالف هجران المضاف ( لأجل المضاف اليه ، ولهذا ) أي ولأجل أن غرض الحالف هو أن المضاف لأجل المضاف اليه ( لم يعينه ) أي لم يعين المضاف حيث لم يقل صديق فلان هذا ، أو امرأة فلان هذه ( فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك ) لاحتمال أن يكون هجرانه لأجل المضاف اليه .

---

(1) وهي — هامش .

وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو لمرأة فلا بعينها أو صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يحنث في العبد أيضاً ، وهو قول زفر « رح » . وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الإختلاف . وجه قول محمد وزفر « رح » أن الإضافة للتعريف والإشارة أبلغ منها ، لكونها قاطعة للشركة بخلاف الإضافة ؛

---

( وإن كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا ، أو امرأة فلان بعينها ) بأن قال امرأة فلان هذه ( أو صديق فلان بعينه ) أي أو قال صديق فلان بعينه ( لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق ، وهذا ) أي عدم الحنث ( قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يحنث في العبد أيضاً ، وهو قول زفر « رح ») وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » ( وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها فلان [1] ثم دخلها فهو على هذا الإخلاف ) أي عند محمد « رح » يحنث

في الدار المشار اليها إذا بيعت ثم وجد الدخول كا في العبد المشار اليه إذا بيع ثم كلمه ، وعندهما لا يحنث ، لأن العبد والدار لا يصلحان للمعاداة ، أما الدار فظاهرة ، وأما العبد فلأنه يعادى لذاته وسقوط منزلته ، وإنما يهجران لمعنى في صاحبها ، فإذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف المرأة والصديق ، فإنهما يصلحان للمعاداة ، فكيف وقد أشار اليها فيحنث بعد زوال الزوجية والعدامة .

( وجه قول محمد وزفر « رح » أن الاضافة للتعريف والاشارة أبلغ منها ) أي من الاضافة التي للتعريف ( لكونها ) أي لكون الاشارة ( قاطعة للشركة ) لكونها بمنزلة وضع اليد عليه ( بخلاف الاضافة ) لجواز أن يكون لفلان عبيداً ، فإذا كان كذلك

---

(١) وإن حلف – نسخة .

فاعتبرت الإشارة ، ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة . ولهما أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف اليه ، لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها ، وكذا العبد لسقوط منزلته ؛ بل لمعنى في ملاكها فتقيد اليمين بحال قيام الملك، بخلاف ما إذا كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة ، لأنه يعادى لذاته ، فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين ،

---

( فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة ، وصار كالمرأة والصديق ) أي وصار العبد المشار اليه كالصديق والمرأة ، أشار اليها عند محمد وزفر « رح » ، وكذا عند الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » (أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف اليه ) يعني لا نسلم أن في الاضافة للتعريف ، بل لبيان الداعي إلى اليمين معنى في المضاف اليه( لأن هذه الأعيان ) أي الدابة ، أي حيوان كان ، والدار والثوب ( لا تعادى ولا تهجر لذواتها ، وكذا العبد ) لا يهجر لذاته ، بل ( لسقوط منزلته ) فإن قيل يحتمل أن يعادي لذاتها على قبل وجاء الخبران الشؤم في ثلاث في الدار والمرأة والفرس قلنا ذاك احتمال لم يعرف به العرف والعادة ، فإن في العادة لا يعادى لذاتها ، بل لسبب آخر وهو غير معلوم ، وفيما نحن فيه معادي بسبب أربابها عرفاً ، وهو معنى قوله ( بل لمعنى في ملاكها ) أي يعادي يهجر هذه الأشياء لأجل معنى في ملاكها بضم الميم وتشديد اللام،فإذا كان كذلك ( فتقيد اليمين بحال قيام الملك ) بقيام المعنى الداعي إذ ذاك .

( بخلاف ما إذا كانت الاضافة إضافه نسبة ، كالصديق والمرأة لأنه ) أي لأن كل واحد منهما (يعادي لذاته)وهو ظاهر (فكانت الإضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين ) يعني الداعي إلى المعنى الذي في المضاف اليه غير متعين للهجران ، لأنه مهجر لذاته لما ذكر أن الحر يهجر عادة بعينه ، وقد يهجر بغيره ، فاذا جمع بين الاضافة والاشارة تعين الهجران بعينه ، ولأن في اعتبار الهجران لغير لغة

بخلاف ما تقــدم . قال وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث ، لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف ، لأن الإنسان لا يعادي لمعنى في الطيلسان ، فصار كما إذا أشار اليـه . ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً حنث ، لأن الحكم تعلق بالمشار اليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو ،

---

الاشارة ( بخلاف ما تقدم ) وهي مسألة العبــد لما ذكرنا من تعيــين الهجران وجهة الاضافة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجـامع الصغير ( وإن حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان ) وهو تقريب طيلسان ، وجمعه طيالسة ، والهاء في الجمع للعجمة ، لأنه فارسي يعرب ، وهو من لباس العجم مدوراً ، وفي جمع التعاريف الطيالسة لحمتها وسداها صوف، وفي المغرب الطيلسـان تقريب اللسان ، وهو لباس العجم ، ومنــه قولهم في ألستم يا ابن الطيلسان ، يراد هك عجمي . والطيلس لغة في قاله مراد بن معيد فرفعت راى للخيال، فما رأى غير المطي وظله كالطيلس ( فباعه ) أى فباع صاحب الطيلسـان طيلسانـه ، ثم ( كلمه حنث ، لأن هذه الاضافة لا تحتمل إلا التعريف ، لأن الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسـان فصار كما إذا أشار اليه ) أى إلى صاحب الطيلسـان ، فتعلقت اليمين بـه ، وإن كلم المشترى لا يحنث .

( ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخاً ) أى والحال أنـه قـد صار شيخاً وقد علم أن الجملة الفعلية الماضية إذا وقعت حالاً لا بد فيها من ذكر قد، وقديحذف ( حنث ، لأن الحكم تعلق بالمشار اليه ، إذ الصفة في الحاضر لغو ) وفي الغائب معتبرة، إلا إذا كانت الصفة داعية إلى اليمين ، فحينئذ يعتبر ، وتنعقد اليمين بتلك الصفة ، كما إذا حلف لا يأكل بسراً فأكل بعدما صار رطباً ، أو حلف لا يأكل رطباً فأكل بعـدما صار تمراً لا يحنث لتقيد اليمين بصفة البسورة أو الرطوبة ، لأن تلك الصفة داعية إلى اليمـين وهنا صفة الشأن لم تعتبر داعية ، لأن هجران الصغير مهجور شرعاً ، لقوله عليـه السلام

وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل

## فصـــل

قال ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً أو الحين أو الزمان ، فهو على ستـــة أشهر ،

---

من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا ، فلو اعتبرت الصفة داعية يلزم هجران المهجور شرعاً ، فلا يجوز ذلك .

( وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين ) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على ما قبله وقد اندرج بيانه فيما ذكرناه الآن ( على ما مر من قبل ) أي في أول باب اليمين في الأكل والشرب في مسألة ما لا يأكل لحم هذا الجمل .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان مسائل متعلقة بالباب المذكور ، وإنمـــا ذكر لفظ فصل ، ولم يذكر لفظ باب ، لأن مسائله داخلة في الباب المذكور بالتبعية . قال الكاكي ومسائل هذا الفصل في الكلام أيضاً ، إلا أنها يتعلق بالزمان وما قبلها متعلق بالأعيـان ، فالأعيان أصل والأزمان تابع له ، انتهى . وفي قوله تابع له نظر لا يخفى ، والترجيح بلا دليل لا يجـوز .

( قال ) أي القدوري ( ومن حلف لا يكلم حيناً أو زماناً ) أي أو قال لا يكلمـــه زماناً أو الحين ، أي أو قال لا يكلمه ( الحين ) بالألف والـلام ( أو الزمان ) أي أو قال لا يكلمه الزمان معرفاً ( فهو ) أي محلف واقع ( على ستة أشهر ) وبه قال أحمـد . وقال الشافعي أدنى مدة ، وهو ساعة ، لأنه ثابت بتعين . وفي شرح الأقطع قال الشافعي إذا حلف على نفي قيمته على ساعة واحدة . وإن حلف على الإثبات ففعل ذلك في آخر عمره جاز . وقال مالك يحمل على ستة . قال الله تعالى ﴿ تؤتي أكلهـا كل حين ﴾ ٢٥ ابراهيم ، والمراد بها لستة أشهر ، ولأنه الوسط من المدة . قلنا المراد من قوله كل حين ستـة أشهر ،

لأن الحين قد يراد به الزمان القليل ، وقد يراد به أربعون سنة ، قال الله تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ ١ الإنسان وقد يراد به ستة أشهر ، قال الله تعالى ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ ٢٥ ابراهيم ، وهذا هو الوسط ، فينصرف اليـــه ، وهذا لأن اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الإمتناع فيه عادة ، والمديد لا يقصد به غالباً ، لأنه بمنزلة الأبد ، ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرنا ،

---

كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما ، لأن من حين يخرج الطلع إلى أن يدرك التمر ستة التمر ، فكان هو الوسط ، فعند الإطلاق يحمل على الوسط ، فخير الأمور أوساطها .

( لأن الحين قد يراد به الزمان القليل ) قال الله تعالى ﴿ فسبحـان الله حين تمسون وحين تصبحون ﴾ ١٧ الروم ، والمراد به وقت الصلاة ( وقد يراد به ) أربعون سنــة ( قال الله تعالى ﴿ هل أتى على الإنسان حين من الدهر ﴾ ١ الإنسان ) قال أهل التفسير المراد به أربعون سنة ( وقد يراد به سته أشهر ، قال تعالى ﴿ تؤتي أكلها كل حين ﴾ ٢٥ ابراهيم ) وقد ذكرنا الآن عن ابن عباس رضي الله عنه أنه ستة أشهر ( وهذا هو الوسط ) أي الحين الذي بمعنى ستة أشهر هو الوسط ، وقد مر الآن ، فإذا كان كذلك ( فينصرف إلى يمينه ) أي إلى قدر ستة أشهر إذا لم يكن له نية .

( وهذا ) أي الحمل على ستة أشهر لما إذا ( لأن اليسير لا يقصد بالمنع ) لعدم الحاجة إلى اليمين في الامتناع عن الكلام في ساعة واحدة ( لوجود الامتناع فيه عادة ) أي قــدر الساعة من حيث العادة ( والمديد ) أي الزمان المديد ( لا يقصد غالباً ، لأنه بمنزلة الأبـد ) لأن من أراد ذلك يقول أبداً في العرف ، فلو كان مراده بذلك لم يذكر الحين ( ولو سكت عنه ) أي عن المديد ( يتأبد ) أي اليمين ( فتعين ما ذكرنا ) وهو الوسط .

اعلم أن الحين هو الزمان قليله و كثيره ، كذا في الجمل وغيره ، وقال الزجاج في تفسيره بجميع ما شاهدنا من أهل اللغة يذهب إلى أن الحين اسم زمان كالوقت يصلح لجميع الأزمان

وكـذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى ، وهذا إذا لم تكن له نية ، أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى ، لانه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك الدهر عندهما . وقال أبو حنيفة « رح » الدهر لا أدري ما هو ،

---

كلها طالت أو قصرت ، ثم قال والدليل على أن الحين بمنزلة الوقت قول التـابعة أنشد الأصمعي في صفة الحية والملدوع :

تناذرها الداقون من سوسمها — تطلقه حيناً وحين تراجع
وماقبله فنبت كا ساورتني ضئيلة — الراقشي في أنيابها السم ناقع

قوله — تناذرها — أي أنذر بعضهم بعض قولهم تطلقه بتشديد اللام معناه أن السم سحق لا وقتاً، ويعود وقتا . ومعنى ساورتني وأتنى من شاور اليـه الأسد أي وثب ، والضئيلة بفتح الضاد المعجمة وكسر الهمزة وباللام هي الحية التي تنقبض وينضم بعضها إلى بعض والرقش بضم الراء وسكون القاف وبالسين المعجمة جمع رقشاء ، وهي الحية التي في ظهرها خطوط ونقط ، وناقع بالنون والقاف ، أي ثابت .

( وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى ) واحد ( وهذا ) أي الحمل على ستة أشهر في قوله لا يكلمه حيناً أو زماناً أو قالهما بالتعريف ( إذا لم يكن له نية ، فأما إذا نوى شيئاً ) من معـاني الحين أو الزمان ( فهو على ما نواه ، لأنه حقيقة كلامه ) فيعمل به ، وكذا الدهر يعني يحمل على ستـة أشهر إذا قال لا أكلمـه دهراً أو الدهر ( عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » .

( وقال أبو حنيفة الدهر لا أدري ما هو ) أي لا أدري كيف هو في حكم التقـدير ، قال أبو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي المشهور من قولهما أن الدهر بالألف واللام على الأبد قد ذكره محمد « رح » في الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه خلافاً. وكان أبو الحسن يقول إن قول أبي حنيفة « رح » في الدهر ودهراً واحداً ، وإنه لم يجيب عنـه بشيء ، والغالب في كلام الناس أن الدهر على الأبد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الأبد . وقال

الكاكي قال أبو حنيفة « رح » لا أدري ما الدهر ، لأن الناس يستعملونه بمعنى الحين والزمان ، وبمعنى الأبد ، ألا ترى أن معرفة على الأبد بخلاف الحين والزمان، لأن معرفتها ومنكرهما سواء يقال فلان دهري بضم الدال إذا كان معمراً ، ودهري بالفتح إذا قال بالدهر وأنكر الصانع ، قال تعالى حكاية عنهم ﴿ وما يهلكنا إلا الدهر ﴾ ٢٤ الجاثية ، فكان مجملاً، فلم يقف على مراد المتكلم ، والترجيح بلا دليل لا يجوز، فكان قوله لا أدري من كمال علمه وورعه .

وروي أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن شيء ، فقال لا أدري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عن شيء لا يدري فقال لا أدري . ثم قيل إنما قال لا أدري ثم قال بعد ذلك حفظاً للسانه عن الكلام في معنى الدهر ، فقد جاء في الحديث أنه ﷺ قال لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر ، معناه أنه خالق الدهر . وقد جاء في حديث آخر أنه عليه السلام قال حكاية عن الله عز وجل استقرضت من عبدي وأبى أن يقرضني وهو يسبني ولا يدري سبب الدهر ، ويقول وأو هواه [1] ، وإنما أنا الدهر . وكما روي أنه عليه السلام سئل عن خير البقاع فقال لا أدري حتى أسأل ربي فصعد ثم نزل ، فقال سألت الله عز وجل خير البقاع مساجدها ، وخير أهلها من يكون أول الناس دخولاً ، وآخرهم خروجاً ، فعرفنا أن الوقت في مثل هذا من الكلام لا من النقصان ، كذا في المبسوط وجامع فخر الإسلام وقاضي خان .

وقيل وجه قول أبي حنيفة « رح » مع أن الدهر لا نص عليه عنه عن أحد من أهل اللغة ، ودلالة متعارضة فيجب التوقف فيه . ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وما يهلكنا إلا الدهر ﴾ ٢٤ الجاثية ، وإلى قوله عليه السلام لا تسبوا الدهر ، فإن الله هو الدهر . ولهذا قال صاحب الحرة الدهر معروف . ثم قال وقال يوم الدهر مدت الدنيا من ابتدائها إلى انقضائها وقال آخرون بل دهر كل قوم هو زمانهم . وقال ثعلب في التتمة الدهر الزمان الليل

(١) هكذا السياق في النسخة الأصلية ، اه مصححه .

## وهذا الإختلاف في المنكر هو الصحيح . أما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفاً

والنهار لا خير لك . ثم أنشد أهل الدهر إلا ليلة ونهارها إلى طلوع الشمس ثم غبارها ، فلما لم يثبت العرف فيه لم يصح إلحاق الدهر والحين قياساً ، لأن درك اللغات بالقياس لا يستقيم . ولهذا إذا ذكر الدهر معرفاً يقع على الأبد اتفاقاً على ظاهر الرواية بخلاف الحين والزمان .

ولو قال لا أكلم حيناً فهو على ثمانين سنة عندنا ، وعند أحمد «رح» . وعند مالك «رح» على أربعين سنة . وعند الشافعي «رح» جميع العمر (وهذا الإختلاف في المنكر) الاختلاف المذكور في قوله لا أكلمه دهراً بدون الألف واللام .

( هو الصحيح ) احترز به عن رواية بشر بن أبي يوسف « رح » عن أبي حنيفة «رح» أنه قال لا أفرق على قول أبي حنيفة « رح » بين قوله دهراً وبين قوله الدهر . وإذا كان الإختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقاً عليه ، فإما أن يكون ستة أشهر كما قالوا، وإما أن يكون يقع على الأبد بلا خلاف بينهم ، وهو الذى أشار اليه المصنف « رح » بقوله ( أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفاً ) .

فإن قيل ذكرت في الجامع الكبير وأجمعوا فيمن قال إن كلمتك دهوراً أو شهوراً أو سنيناً أو جمعاً أو إياماً يقع على ثلاثة من هذه المذكورات ، لأنها أوفى الجمع المتفق عليه . فكيف قال أبو حنيفة «رح» لا أدرى الدهر ، وقد حكم في دهور أن أدناه ثلاثة دهور فكل دهر ستة أشهر كما هو قولهما ، ومن لا يدرى معنى الفرد لا يدرى معنى الجمع ، إذ الجمع عبارة عن ثلاثة أفراد . قلنا هذا تفريع بمسألة الدهر على قول من يعرف الدهر ، كما فرع مسائل المزارعة على قول من يرى جوازها ، ولذلك قال بالمعرفة إذا كانت يمينه بالدهور على صيغة الجمع على بالألف واللام كما هو أصله في السنين والشهور ، واليه أشار بالعشرة التمرتاشي .

وقيل إن أبا حنيفة « رح » قال أوفى الجمع من هذه المذكور ثلاثة ، ولكن لا يلزم من هذا معرفة المراد من الدهر المنكر ، يعني لو عرف المراد منه يكون المراد من الدهور

لهما أن دهراً يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى، وأبو حنيفة توقف في تقديره، لان اللغات تدرك قياساً، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال. ولو حلف لا يكلم أياماً فهو على ثلاثة أيام، لأنه اسم جمع ذكر منكراً، فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث. ولو حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة «رح». وقالا على أيام الأسبوع.

---

ثلاثة سنين، ومما يليق ذكره هنا ما قاله بعضهم من قال لا أدرى لما لم يدره، فقد اقتدى في النفقة بالنعمات في الدهر والخنثى، كذلك جوابه. ومحل أطفال ووقت ختان.

( لهما ) أي لابي يوسف ومحمد «رح» ( أن دهراً يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد، وأبو حنيفة توقف في تقديره، لان اللغات لا تدرك قياساً، والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ) إذ هو باق بمعنى الزمان وبمعنى الابد. وقولهم دهر داهر ودهار برأي شديد. ويقال ماذا بدهري، أي عاد يوم وما دهري بكذا، أي همي، ويراد به العمر، قال ﷺ لا صام الدهر مستعملاً في معان مختلفة، توقف أبو حنيفة في تقديره كما ذكرناه.

( ولو حلف لا يكلم أياماً فهو على ثلاثة أيام، لأنه اسم جمع ذكر منكراً فيتناول أقل الجمع، وهو الثلاث ) هذا لفظ القدوري، وهو رواية الجامع الكبير، وذكره فيه أنه بالاتفاق وذكر في كتاب الأيمان أنه على عشرة أيام عنده، أي عند أبي حنيفة «رح» كما في العرف. وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع أصح، وذلك لأن ذكر الأيام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد، فيقع على أقل الجمع، وهو الثلاثة.

( فإن حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة ايام عند أبي حنيفة. وقالا على ايام الأسبوع.

ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده ، وعندهما على اثني عشر شهراً ، لأن اللام للمعهود ، وهو ما ذكرنا ، لأنه يدور عليها ، وله أنه جمع معرف ، فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة

---

**ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة أشهر عنده)** عند أبي حنيفة «رح» **(وعندهما على اثني عشر شهراً ، لأن اللام للمعهود )** لأن في الأيام المعهودة في عرف الناس أيام الأسبوع ، فكانت الجمعة هي المرادة ، وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة ( وهو ما ذكرنا ) أن اللام للعهد ( لأنه ) أي لأن الشهر ( يدور عليها ) أي على اثني عشر . قال الأترازي وكان القياس أن يقول لأنها تدور عليه ، لكن أقول المذكور في الأول ، وفي الافراد في الثاني ، فافهم . ونقل الأكمل هذا برمته بقوله وقيل ، أي لأن الشهر يدور على اثني عشر وكان القياس إلى آخره ، ثم سكت عنه ، فالظاهر أنه لم يكن عنده معنى غير هذا حتى سكت ولم يقل شيئاً .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه ) أي لفظ الشهور ( جمع معرف بالألف واللام ينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، وذلك عشرة ) أي عشرة . والأصل هنا أن حرف التعريف إذا دخلت في اسم الجمع ينصرف إلى أقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند أبي حنيفة ، وهو العشرة ، لأن الناس يقولون في العرف ثلاثة أيام وأربعة أيام إلى عشرة أيام ، ثم بعد ذلك يقولون أحد عشر يوماً ومائة يوم والف يوم ، فإن كان العشرة أقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة ، لأن اللام للجنس ، بخلاف ما إذا حلف بقوله إن تزوجت النساء ، حيث تقع اليمين على الواحدة لتعذر صوته إلى الجمع ، وإن عني الجمع قيل لا يصدق ، لأنه خلاف الظاهر . وقيل يصدق لأنه نوى حقيقة كلامه . وقال أبو حنيفة يقال أي اللام للعهد ، والعشرة معهودة في الجمع المعرف ، فانه أقصى ما يذكر بلفظ الجمع ، فانه يقال ثلاثة أيام إلى العشره ، ثم يقال أحد عشر يوماً ، فكان تعريفاً لهذا المعهود .

وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين . وعندهما ينصرف إلى العمر ، لأنه لا معهود دونه .

---

فان قلت هذا لا يستقيم في الشهور ، فانه لا يقال ثلاثة شهور بل يقال ثلاثة أشهر . قلت بل يقال ثلاثة شهور أيضاً ، كما يقال ثلاثة فرد .

فان قلت هذا هكذا عند اقتران العدد ، لا عند تجرده عنه . وقد قيل في قوله تعالى ﴿ وتلك الأيام نداولها ﴾ ١٤٠ آل عمران ، أي أيام الدنيا . قلت اسم الجمع للعشرة وما دونها حقيقة في حالتي الإبهام والتعيين ، ويقع على ما وراء العشرة في حالة الإبهام دون اليقين ، فكان الصرف إلى ما صرف في الحالين أولى .

فان قلت يشكل هذا بقوله تعالى ﴿ وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطاً ﴾ ١٦٠ الأعراف. قلت لا يرد هذا السؤال ، لأن لفظ الأسباط ليس بتمييز ، وإنما التمييز محذوف، تقديره وقطعناهم اثنتي عشرة فرقة أسباطاً ، فحذف الموصوف وأقيمت الصفة مقامه .

( وكذا الجواب عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( في الجمع ) جمع جمعة ، يعني إذا حلف لا يكلم الجمع يقع على عشرة جمعة ( والسنين ) يعني وكذا الجواب في السنين ، يعني إذا حلف لا يكلم السنين يقع على عشرة سنين . وفي المحيط قال لا أكلمه الأيام والشهور أو السنين أو الجمع أو الدهر أو الازمنة فهو على العشرة عند أبي حنيفة «رح»، وعندهما الايام على الأسبوع ، يعني سبعة أيام والشهور على السبعة وغيرها على العمر .

( وعندهما ينصرف إلى العمر ، لأنه لا معهود دونه ) أي دون العمر ، لأن الأصل عندهما أن ينظر إن كان ثمة معهود ينصرف اليه ، ولا ينصرف إلى جميع العمر . وفي الأيام إلى المعهود في عرف الناس أيام الأسبوع ، فكانت الجمعة هي المرادة . وفي الشهور المعهودة شهور السنة ، فكانت السنة هي المرادة ولا معهود في الجمع والسنين ، فانصرف يمينه إلى جميع العمر . ولو قال جمعاً أو قال سنين بالتنكير يقع على ثلاثة من ذلك بالاتفاق .

وفي الكافي وقيل تنصرف الأيام على سبعة اتفاقاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد «رح»

ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حر ، فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة « رح » عشرة أيام ، لانه أكثر ما يتناوله اسم الايام. وقالا سبعة أيام ، لان ما زاد عليها تكرار . وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف إلى سبعة أيام ، لانه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع .

---

ينصرف إلى الثلاثة في المنكر ، لأنه أقل الجمع في المنكر في الأيام العرف ينصرف عند مالك إلى الابد . وقال بعض أصحابه ينصرف إلى الاسبوع ، ويحمل الشهور على اثني عشر ، وبه قال أحمد « رح » . وفي قوله عن مالك ينصرف إلى الابد والسنين ، والجمع ينصرف إلى الابد لقولهم وبه قال أحمد « رح » .

( ومن قال لعبده إن خدمتني أياماً كثيرة فأنت حر ، فالايام الكثيرة عند أبي حنيفة « رح » عشرة أيام ، لانه أكثر ما يشار له اسم الايام ) لان أكثر عدد يضاف إلى الايام عشرة ، فبعد ذلك لا يسمى أياماً يقال ثلاثة أيام إلى عشرة أيام ، ثم يترك ذكر الايام فيقال أحد عشر يوماً أو مائة يوم والف يوم .

( وقالا سبعة أيام ، لان ما زاد عليها تكرار ) فتكون الايام الكثيرة سبعه . وقيل هذا بالاتفاق كما ذكرنا عن قريب ( وقيل لو كان اليمين بالفارسية ) بأن قال لعبده أكثر خدمتها ردزها ، أي سئل نوازا أو يخدم سبعة أيام فيعتق ، وهو معنى قوله ( ينصرف إلى سبعة أيام ، لانه يذكر فيها بلفظ المفرد دون الجمع ) وقال الاترازي في هذا التعليل نظر ، لان لفظ المفرد بالفارسي لا يخلو من أحد الامرين ، إما أن يفهم منه معنى الجمع أم لا، فان فهم فينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء ، وإن لم يفهم ينبغي أن لايكون الاسبوع مراد أيضاً ، انتهى . وقال الاكمل يمكن أن يجاب عنه بأنه يفهم منه معنى الجمع. قوله ينبغي أن يكون العربي والفارسي سواء . قلنا ممنوع لانه لفظ الفارسي ، وإن المراد معنى الجمع لكن ينتهي إلى العشرة ، وتخصيص أيام الاسبوع لكونه المعهود أو لعدم القائل بالفصل .

## باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، وكذلك إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة، لأن الموجود مولود، فيكون ولداً حقيقة، ويسمى به في العرف ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط، وهو ولادة الولد.

---

( باب اليمين في العتق والطلاق )

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في العتق والطلاق، وقدم هذا الباب على غيره، لأن الحلف بهما أكثر وقوعاً، فكانت معرفة كأنه من غيره.

( ومن قال لامرأته إذا ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً ميتاً طلقت، وكذا إذا قال لأمته إذا ولدت ولداً فأنت حرة ) فولدت ولداً ميتاً عتقت ( لأن الموجود مولود فيكون ولداً حقيقة ) يعني يكون ولداً باعتبار الحقيقة وعرفاً وشرعاً. أما حقيقة فظاهر، وأما عرفاً فكذلك، أشار اليه بقوله ( ويسمى به ) أي بالولد ( في العرف ) وأما شرعاً فهو قوله ( ويعتبر ولداً في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم الخارج بعده ) أي بعد الولد ( نفاس وأمه أم ولد له فيتحقق الشرط، وهو ولادة الولد ) فتطلق الحرة وتعتق الأمة وهماً، ذكره الأترازي « رح » في التعليل أنه يجي في الآخرة ويرجى شفاعته بدليل ما روى أبو عبيدة رضي الله عنه في حديث النبي ﷺ في السقط تعطيل محيطيا على باب الجنة، والمحيطي يروى لغيرهم، فعلى الأولى معنى المتغصب المستبطىء للشيء، وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ، يعني مغضب وينفتح بطنه حتى يدخل أبواه الجنة.

ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم آخر حياً عتق الحي وحده عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يعتق واحد منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ينحل اليمين لا إلى جزاء ، لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء . ولأبي حنيفة « رح » أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة ، لانه قصد إثبات الحرية جزاء ، وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ، ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة ،

---

( ولو قال إذا ولدت ولداً فهو حر فولدت ولداً ميتاً ثم آخر ) أي ولدت ولداً آخر ( حياً عتق الحي وحده عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يعتق واحد منهما ، لأن الشرط قد تحقق بولادة الميت ) لأن شرط الحرية ولادة الولد ، وقد تحققت ولادة الميت ( على ما بينا ) أشار به إلى قوله لأن الموجود مولود ، فاذا كان كذلك ( فينحل اليمين لا إلى جزاء ) كما إذا قال لعبده إذا دخلت الدار فأنت حر فباعه فدخل الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى إذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق ، وكذا إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فأبانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار ينحل اليمين لا إلى جزاء ، حتى إذا تزوجها ثم دخلت الدار لا تطلق ( لأن الميت ليس بمحل للحرية ، وهي الجزاء ) لأن الحرية عبارة عن قدرة حكمية تثبت في المحل يحنث بدفع تسلط الغير عليه والميت ليس بأهل للقوة الحكمية المذكورة .

( ولأبي حنيفة « رح » أن مطلق اسم الوليد مقيد بوصف الحياة ) تصحيح الكلام العاقل ، ولو لم يقيد بوصف الحياة صار لغواً ( لأنه قصد إثبات الحرية جزاء ) يعني من حيث الجزاء ( وهي ) أي الحرية ( قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير عليه ، ولا تثبت ) أى القوة الحكمية ( في الميت ) لأنه ليس بأهل لذلك ( فيتقيد ) أي الوالد ( بوصف الحياة

فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حياً بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام ، لانه لا يصلح مقيداً . وإذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق ، لان الاول اسم لفرد سابق ، فإن اشترى عبدين معاً ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين ، والسبق في الثالث فانعدمت الاولية . وإن قال أول عبد أشتريه وحده ، فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لان وحده للحال لغة ، والثالث سابق في هذا الوصف ،

---

فصار كما إذا قال إذا ولدت ولداً حياً ) فولدت ولداً حياً ولم يوجد (بخلاف جزاء الطلاق) في قوله لامرأته إن ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولداً يقع الطلاق ( وحرية الام ) في قوله لامته إذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتاً يقع العتق ( لانه ) اي لان كل واحد من جزاء الطلاق وحرية الام ( لا يصلح مقيداً ) للحياة لاستغنائهما عن حياة الولد ، ولهذا إذا وضعت الولد بالموت صريحاً ، وعلق الطلاق وحرية الام ، وبه قال إذا ولدت ولداً ميتاً فأنت طالق ، أو قال فأنت حرة كان صحيحاً .

( وإذا قال أول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبداً عتق، لان الاول اسم لفرد سابق) لا يشاركه غيره فيه ، فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق ( فان اشترى عبدين معاً ) يعني بصفة واحدة ( ثم آخر ) يعني ثم اشترى عبداً آخر ( لم يعتق واحد منهم ، لانعدام التفرد في الاولين ) أي في العبدين الاولين ( والسبق ) أي ولانعدام السبق ( في الثالث ) أي في العبد الثالث ( فانعدمت الاولية ) يعني لم توجد .

( وإن قال أول عبد أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث , لانه يراد به التفرد في حالة الشراء ، لان وحده للحال لغة ) أي حال كونه وحده ، وفي قوله – لغة – نظر ، لان وحده حال من جهة الإعراب لا من جهة اللغة ( والثالث ) أي العبد الثالث ( سابق في هذا الوصف ) لانه هو التوحد في الشراء ، بخلاف قوله أول عبد أشتريه واحداً فاشترى

وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً ومات لم يعتق ، لان الآخر بفرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقاً . ولو اشترى عبداً ثم عبداً ثم مات عتق الآخر ، لانه فرد لاحق ، فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه وعند أبي حنيفة «رح» حتى يعتبر من جميع المال . وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ، لان الآخرية لا يثبت إلا بعدم شراء غيره بعده ، وذلك يتحقق

عبدين ثم آخر لا يعتق واحد منهم لانعدام الاولية ، لان العبدين ليسا بفرد ليس بسابق ، والفرق بين قوله وحده ، وبين قوله واحداً ان الواحد يقتضي الإنفراد في الذات ، ووحده يقتضي الإنفراد في الفعل المقرون به ، ألا ترى أنه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقاً إذا كان معه صبي أو امرأة بخلاف ما إذا قال في الدار رجل وحده كاذباً إذا كان معه صبي أو امرأة .

( وإذا قال (١) آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبداً ثم مات ) أي المولى (لم يعتق ، لان الآخر بفرد لاحق ولا سابق له ، فلا يكون لاحقاً ) فلا يعتق لعدم الشرط ، ولانه أول فلا يكون آخراً ، لانه ليس من صفات المخلوقين أن يكون الواحد أولاً وآخراً ، وإنما هو من صفات الباري عز وجل .

( ولو اشترى عبداً ثم عبداً ) أي ثم اشترى عبداً آخر ( ثم مات عتق الآخر ، لانه فرد لاحق ، فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه . وعند أبي حنيفة « رح » حتى يعتبر من جميع المال) إذا كان الشراء في وقت الصحة ( وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث ، لان الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده وذلك ) أي عدم شراء غيره ( يتحقق

(١) وإن قال – هامش .

بالموت ، فكان الشرط متحققاً عند الموت ، فيقتصر عليه . ولابي حنيفة « رح » أن الموت معرف ، فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء ، فيثبت مستنداً ، وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلاث به ، وفائدته تظهر في جريان [1] الإرث وعدمه . ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر ، فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول ، لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه

---

بالموت ) أي بموت الولي ( فكان الشراء وعدم شراء [2] غيره متحققاً عند الموت ، فيقتصر عليه ) أي فيقتصر العتق على زمان الموت ، فيعتق قبيل الموت بلا فصل .

( ولابي حنيفة « رح » أن الموت ) أي غير شرط له يعرف أن العبد الثاني هو آخر عبد اشتراه ( فأما اتصافه بالآخرية من وقت الشراء ) يعني هذه الصفة حصلت له من وقت الشراء ، إلا أن هذه الصفة يعرض الزوال بأن يشتري غيره بعده ، فاذا مات ولم يشتر لم يوجد ما يبطلها ( فيثبت ) أي العتق ( مستنداً ) إلى وقت كان آخراً من وقت الشراء ( وعلى هذا الخلاف ) المذكور ( تعليق الطلقات الثلاثة به ) أى بوصف الآخرية أو بلفظ الآخر بأن قال امرأة تزوجها فهي طالق ثلاثاً فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات يطلق الثانية من حين تزوجها ولا ترث ، وعندهما تطلق في آخر حياة الزوج ، ويصير الزوج فاراً فترث المرأة ، وأشار اليه بقوله ( وفائدته ) أى فائدة الخلاف المذكور ( تظهر في حرمان الإرث ) أى من الزوج ( وعدمه ) أى وعدم الحرمان ، وقد مربيانه .

( ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر ، فبشره ثلاثة ) أى ثلاثة عبيد حال كونهم ( متفرقين عتق الاول ) أى العبد الاول ( لان البشارة اسم لخبر يتغير به بشرة الوجه ) من السرور . فالحاصل أن البشارة اسم لخبر غائب عن المخبر علمه ، وقد يكون

---

(١) حرمان — هامش .

(٢) فكان الشرط متحققاً عند الموت — هامش .

ويشترط كونه ساراً بالعرف ، وهذا إنما يتحقق من الاول . وإن بشروه معاً عتقوا ، لانهـا تحققت من الكل . ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه ، لأن الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين ، فأما الشراء فشرطه .

---

بالشر ، وقد يكون بالخير ، لانه في العرف مستعمل فيما بينه وبين الخبرية ، ويتحقق من واحد وأكثر بأن أخبروه في هذه المسألة مجتمعين عتقوا ، لان البشارة حصلت منهم ، وإن أخبروه متفرقين عتق الاول خاصة ( ويشترط كونه ساراً ) أي كون هذا الخبر ساراً ( في العرف ) لما ذكرنا أنه يستعمل في الخير والشر ( وهذا ) أي كون هذا الخبر ساراً يغير به بشرة الوجه ( إنما يتحقق من الاول ) أي العبد الاول ، لان الثاني أخره لما كان معلوماً عنده ، فلا تتغير به عندهما ( ولو بشروه معاً ) يعني مجتمعين ( عتقوا ) جميعاً ( لانها ) أي لان البشارة على الوجه المذكور ( حصلت [1] من الكل ) فيعتق الكل وقد ذكرناه .

( ولو قال إن اشتريت فلاناً فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزئه ) أي عن الكفارة ( لأن الشرط ) أي شرط الخروج عن عهدة التكفير ( قران النية ) أي نية التكفير ( بعلة العتق وهو اليمين ) سمى جزاء اليمين ، وهو قوله أنت حر يميناً ، لأن الجزاء معظم اليمين ، إذ اليمين تختلف باختلاف الأجزية ، يقال يمين الطلاق ويمين العتاق . وإنما ذكر الضمير في قوله وهو اليمين باعتبار المذكور والأصل وهو اليمين ، وكذا هو في بعض النسخ ، وهي اليمين ولم يوجد منه التكفير وقت يمينه ، لأن الكلام فيه (وأما الشراء فشرطه ) أي شرط العتق ، ولا أثر للشرط في العتق ، فيكون معتقاً بيمينه ولم يقرن نية الكفارة بها ، حتى لو اقترنت جاز ، كذا في المبسوط . حاصله أن نية الكفارة لم تقترن بعلة العتق ، بل اقترنت بشرط العتق ، وليس للشرط أثر في إيجاب العتق ، لأن العتق تثبت بقول سابق ، وهو قوله فهو حر نصاً ، كأنه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز ، فكذا هو .

---

(١) تحققت — هامش .

وإن اشترى أباه ينوي عن كفارة يمينه أجزأه عنـــدنا ، خلافاً لزفر « رح » . لهما أن الشراء شرط العتق ، فأما العلة فهي القرابة ، وهذا لأن الشراء ثبـات الملـك والإعتاق إزالته ، وبينهما منافاة . ولنـا الشراء القريب إعتـاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقـــه جعل نفس الشراء إعتاقاً ، لأنه لا يشترط غيره ، فصار نظير قوله سقاه فأرواه

---

( ومن اشترى أباه نوى عن كفارة يمينه أجزأ عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي رحمهما الله ) وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ، وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً ( ولهـما ) أي زفر والشافعي رحمهما الله ( أن الشراء شرط الإعتاق ، وأما العلة فهي القرابة ) المتقدمة ، فصار كمعتقه بيمين متقدمة » ، وإنما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة . والدليل على أن استحقاق العتق بالقرابة أن أحد الشريكين إذا ادعى نسبه فضمن شريكه نصيبه كما لو أعتقه ( وهذا ) أي كون الشراء شرطاً لا علة ( لأن الشرط إثبـــات الملك ) وهو ظاهر ( والإعتاق إزالته ) لأنه ليس بإثـــبات الملك ( وبينهما منافاة ) فلا يكون الشراء إعتاقاً .

( ولنا أن شراء القريب إعتاق لقوله عليه‌السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه ) هذا الحديث أخرجه الجماعة غير البخـــاري كلهم عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنهم قال قال رسول الله ﷺ ولا يجزي ولد .. الحديث ( جعل نفس الشراء إعتاقاً ) أي الحديث أو الشارع بعـــين الشراء إنما قالا محال (لانه لا يشترط) أي في الحديث ( غيره ) أي غير الشراء بالإجماع ، فلا يحتاج إلى إعتاق آخر ومثله وارد في كلام العرب ، أشار اليه بقوله :

( وصار نظير قوله سقاه فأرواه ) أي بالنفي نفسه ، وكذا يقال ضربه فأوجعه ، أي نفس الضرب . وقال الأكمل قوله سقـاه فأرواه ، جواب عما يقال عطف الإعتـــاق على الشراء بألف ، وهو يقتضي الزنا بزمان ، وإن عطف فلا يكون نفسه . ووجهه أن الفعل

ولو اشترى أم ولـــده لم يجزئه ومعنى هذه المسأله أن يقول لأمة قد استولدها بالنكاح إز اشتريتك فأنت حرة عن كفـــارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ، ولا يجزئه عن الكفـــارة ، لأن حريتها مستحقة بالإستيلاء ، فلا تضاف إلى اليمـــين من كل وجه ،

---

إذا عطف على فعل آخر بألف كان الثاني ثابتاً بالأول في كلام العرب ، يقال ضربه فأوجعه وأطعمه فأشبعه ، وسقاه فأرواه أي بذلك الفعل لا بغيره ، وفيه بحسب وهو أن شراء القريب بل يثبت الملك للمشتري القريب أولاً ، فإن أثبته لا يزيله ، لأن المثبت بعينــه لا يكون مزيداً ، وإن لم يثبت لا يعتق عليه ، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك ، لأن ثبوت الملك في القريب إعتاق بواسطة موجبـــة ، وهو ثبوت الملك ، لأنه أسند استحالته لأنه يلزم أن يكون مثلث الشيء ، ونفي ثبوته إزالة له .

والجواب أن قولهم ثبوت الملك في القريب اعاق معناه أن الشرع أخرج القريب عن محلية الملك بقاء ، كما أنه أخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء ، وهذا لأن العتق لا يقع إلا في الملك . فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ، ثم أن المصنف قال ومن اشترى أباه ، وكذا الحكم إذا اشترى أخاه ، وكذلك على الخـــلاف المذكور إذا وهب له أبوه أو تصدق به عليه أو أوصى له به ، وهو نوى عن كفارته ، كـــذا ذكر شمس الأئمـــة السرخسي « رح » في شرح الكافي . ولو ورث أباه ينوي به الكفارة لا يجزئه هذا الميراث يدخل في ملك الوارث بدون صنعه واختياره . والتكفير يتأدى بالتجويز الذي هو صفة. وفي الهبة والصدقة والوصية تحصيل صنعه ، وهو القبول .

( ولو اشترى أم ولده لم يجزئه ) عن الكفارة ( ومعنى هذه المسألة ) وهي من مسائل الجامع الصغير ( أن يقول لأمة لغيره [1] وقد استولدها بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ) وهو الشراء (ولا يجزئه عن الكفارة ، لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد ، فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه ) لأن الموجب باليمين

---

(١) ثم اشتراها – نسخة .

بخلاف ما إذا قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفـــارة يمـين حيث يجزىء عنها إذا اشتراها، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى، فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النيـــة ، ومن قال إن تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكـــه عتقت ، لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك

---

ما يستحق حريتها من كل وجه ، وهو معنى قوله فلا تضاف أي الحرية إلى اليمـين من كل وجه . ولقائل أن يقول القريب مستحق للعتق بالشراء أن أم الولد مستحقة له بالاستيلاد، فما بالها لم تعتق إذا اشتراها بنية الكفارة بعـد التعليق كما عتق القريب . والجواب أن الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد ، فكانت الحرية من جهتين ، جهة الاستيـــلاد والشراء ، فلم يقع عن الكفارة من كل وجه ، بخلاف القرابة ، فإنها ليست كذلك ، فلم يكن من جهة القريب في حريته سواء الشراء . فاذا اشتراه ناوياً بالكفـارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه .

( بخلاف ما إذا قال لأمة ) وفي بعض النسخ لقنة ( إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني [1] حيث يجزئه عنها ) أي عن كفارة يمين ( إذا اشتراها ، لأن حريتها غير مستحقة بجهة أخرى ) وإنما هي بالشراء ( فلم تختل الإضافة إلى اليمين ) أي إضافـــة الحرية إلى اليمين لم ينحل لعدم استحقاقه القنيـــة الحرية ( وقد قارنته النيـــة ) أي والحال أن نيـــة الكفارة قارنت الشراء .

( ومن قال إن تسريت جاريه فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت ، لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك ) وكل من انعقد في حقه اليمين إذا وجدالشرط فيه يترتب على الجزاء . واعلم أن معنى تسريت اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة إلى السر ، وهو الجماع أو الخفاء إلى الدهر دهري بالضم ، وإلى الأرض السهلة سهـلي . وقال الكافي

---

(١) يمين – هامش .

وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط ، فيتناول كل جارية على الانفراد . وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق بهذه اليمين ، خلافا لزفر « رح » ، فإنه يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر الملك ، فصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكوراً.

---

تسرى معنى لغوي وشرعي أما في اللغة فالتسري مأخوذ من السرية واحدة السرايا، وهي الأمة التي يبوء لها بيت ، وكان الأخفش يقول أنها مشتقة من السرور ، لأنه لوثها ، يقال تمر تسرت وتسريت [1] أيضاً كما يقال بطست وبطن قلبت أحد النونين ياء . وقيل السرية مأخوذة من السرى وهو السيد ، لأنه إذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الجواري .

وأما في الشرع فالتسري عبارة عن التخصيص من الوطء ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه . وقال في وجه الوطء مع الإنزال والتحصين . وقال في وجه يكفي الوطء ، وبه قال أحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يشترط مع الوطء طلب الولد، حتى لو وطئها وعزل عنها لا تكون بسرية عنده ، وعندهما السري عبارة عن أن يبوئها بيتاً ويحصنها ، وإن لم يطلب ولدها .

( وهذا ) توضيح لانعقاد اليمين في حقها ( لأن الجارية منكرة في هذا الشرط، فيتناول كل جارية على الإنفراد ) لأن النكرة وقعت في موضع النفي فعمت .

( وإن اشترى جارية فتسرى بها لم تعتق ، خلافاً لزفر « رح » ) فعنده يعتق في الحالين ( فانه ) أي فان زفر « رح » ( يقول التسري لا يصح إلا في الملك ، فكان ذكره ذكر الملك لا يصح إلا به ، وصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر ، يصير التزوج مذكوراً ) دلالة ، لأن الطلاق يصرف لا يصح بدون متابعة النكاح ، فكأنه قال إن نكحتك وطلقتك فعبدي حر .

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري ، وهو شرط فيتقدر بقدره ، فلا يظهر في حق صحة الجزاء ، وهو الحرية . وفي مسأله الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء ، حتى لو قال لها إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثاً ، فهذه وزان مسألتنا .

---

فان قيل هذا قول بالاقتضاء ، وزفر « رح » لا يقول باقتضاء يحتاج فيه إلى التكفير ، بخلاف الدالة ، فان الثابت بها يفهم ، ولهذا عند فلان سرية يفهم منه في أول الوهلة أن عنده جارية موطوءة ، فلا يرد عليه السؤال .

( ولنا أن الملك يصير مذكوراً ضرورة صحة التسري ، وهو شرط ) أي التسري شرط ( فيتقدر بقدره ) أي يتقدر الملك بقدر الضرورة ، وكذا الضمير الراجع إلى الضرورة بالذكر على تأويل الاضطرار ( فلا يظهر في صحة الجزاء ، وهو الحرية ) فلم يصح اليمين في حق الأمة المشتراة ( وفي مسألة الطلاق ) جواب عن قوله كما إذا قال لأجنبية ، تقريره أن في مسألة الطلاق ، وهي إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر ( إنما يظهر ) أي إنما يظهر ملك النكاح ( في حق الشرط ) يعني في حق الطلاق الذي هو شرط (دون الجزاء ) يعني لا يظهر في حق الجزاء ( حتى لو قال لها ) أي لأجنبية ( إن طلقتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها وطلقها ) يعني واحدة ( لا تطلق ثلاثة ) لأن ملك النكاح ثبت اقتضاء ضرورة صحة الشرط . فلم يظهر في حق صحة الجزاء .

( فهذه وزان مسألتنا ) أي هذه المسألة وهي قوله إن طلقتك فأنت طالق فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثاً نظير مسألتنا ، وهي قوله إن سريت جارية فهي حرة ، لأن في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء ، ونظير مسألة زفر « رح » وهي قوله لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر ، أي إذا قال لا تسريت جارية فعبدي حر فتسراها فشراها يعتق العبد ، كما إذا تزوجها فطلقها يعتق العبد ، لأن الملك قائم في العبد في الحال في الصورتين جميعاً . فالحاصل أن الملك وقع شرطاً للشرط الذى هو الطلاق والسرى ، فلا يكون بشرط الشرط شرطاً للجزاء .

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء ، إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً ، ولا يعتق مكاتبوه إلا أن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت يداً ، ولهذا لا يملك اكتسابه ولا يحل له وطء المكاتبة ، بخلاف أم الولد والمدبرة ، فاختلفت الإضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأوليين ، لأن أو لإثبات أحد المذكورين ، وقد أدخلها بين

---

( ومن قال كل مملوك لي حر يعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده لوجود الإضافة المطلقة في هؤلاء ) يعني أن كل واحد من هؤلاء بالإضافة إلى نفسه بقوله لي كامل ( إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويداً ) فاذا كان كذلك دخلوا بحيث كل فيمتقون ( ولا يعتق مكاتبوه إلا إن ينويهم ، لأن الملك غير ثابت يداً ، ولهذا لا يملك اكتسابه ) أي اكتساب المكاتب ( ولا يحل له وطء المكاتبة ) فكان المكاتب مملوكاً من وجه دون وجه (بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلفت الإضافة ) أي إضافة الملك إلى المكاتب ( فلا بد من النية ) فاذا نوى عملت بنيته ، وكذا معتق البعض لا يعتق إلا بالنية . وفي المبسوط ولو نوى بقوله كل مملوك لي الرجال دون النساء يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه، ولا عموم لا لفظ له ، فلا يعمل بنيته ، بخلاف الرجال ، لأن لفظ المملوك للرجال حقيقة دون النساء ، ويقال للأنثى مملوكة ، وليس عند الإختلاط مستعمل لهما المملوك عادة ، فلو نوى الذكر فقد نوى حقيقة كلامه ، ولكنه خلاف الظاهر ، فلايصدق قضاء ويصدق ديانة . ولهذا لو نوى النساء وحدها لا يصدق ديانة ولا قضاء . ولو قال لم أنو المدبر لم يصدق قضاء وديانة . وفي رواية يصدق ديانة .

( ومن قال لنسوة له هذه طالق أو هذه طلقت الأخيرة ، وله الخيار في الأولين ) أي في تعيين إحداهما ( لأن أو لإثبات أحد المذكورين ) أي لأحد الأولين ( وقد أدخلها بين

الأوليين ، ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ، فيختص بمحله ، فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه ، وكذا إذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير ، وله الخيار في الأوليين لما بينا

---

الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة ، لأن العطف للمشاركة في الحكم ،فيختص بمحله ) أي يختص العطف محل الحكم ، ومحل الحكم المطلقة من إحدى الأوليين ، فكانت الثالثة طالقاً ، لأن الواو تقتضي الإشتراك في الحكم ، والحكم هذا هو الطـلاق ( فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه ، وكذا إن قال لعبد له هذا حر أو هذا عتق الآخر ، وله الخيار في الأوليين) أي في تعيين أحد العبدين الأولين . وأما الآخر فيعتق بلا شك .

فإن قلت لم لا يكون الشك في المرأة الثالثة أيضاً ، لأن الواو للجمع ، وقد جمع الثالثة مع الثانية وفي الثانية ، فشك فينبغي أن يقع الشك في الثالثة ، ولهـذا قال زفر « رح » والمرأة يقع في الحال شيء ، ويخير بين أن يوقع على الأول أو على الأخريين ، كما إذا قال هذه طالق أو هاتان ذكر قولهما في جامع الساقي . قلت نعم أنها للجميع ، لكنه ذكر الثالثـة بعد وقوع الطلاق على أحد الأوليين غير عين ، فاقتضت الجمع بين طلاق الثالثة وبـين طلاق إحدى الأوليين ، فصارت الثالثة مرادة بإيجاب الطلاق . وكذا العبـد الثالث ، فكأنه قال إحداكما طالق . وقال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي إذا قال أنت طالق وفلانة فالاولى طالق ، والخيار في الاخريين .

فإن قلت العطف كما يصح على من وقع عليه الحكم يصح أيضاً على من لم يقع عليه الحكم ، والأصل عدم الحكم ، فيعطف على من يقع عليه الحكم ، كما في قوله والله لا أكـلم فلاناً أو فلاناً ، فإنه إن كلم الأول حنث ، وإن كلم أحد الآخرين لم يحنث حتى كلمهما، ويكون الثالث معطوفاً على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفرداً ، وهذا لأن الجمع بحرف الجمـع كالجمع بلفظ الجمع ، فصار كأنه قال هذه طالق أو هاتان ، فحينئذ كان هو مخـيراً في الطلاق والعتاق إن شاء أوقع على الأولى ، وإن شاء أوقع على الأخريين . قلت أجيب بأن

هذا الذي ذكرته هو رواية ابن سماعة « رح » عن محمد «رح»،فأما الذي ذكره في الكتب فهو ظاهر الرواية والعرف بين ظاهر الرواية في الطلاق والعتاق ، وبين قوله والله لا أكلم فلاناً أو فلاناً وفلاناً في أن الثالث معطوف على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم ، وهو مسألة الجامع هو أن كلمة أو إذا دخلت بين شيئين يتناول أحدهما ، فإذا عطف الثالث على أحدهما صار كأنه قال أحدكما طالق وهذه ، ولو عطف على هذا كان الحكم ما قلنا .

أما في مسائل الجامع فالموضع موضع الشيء لا يعم ، كما في قوله تعالى ﴿ولا تطع منهم آثماً أو كفوراً﴾ ٢٤ الإنسان ، فصار كأنه قال والله لا أكلم فلاناً ولا فلاناً ، فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كأنه قال ولا هذين . ولو قضى على هذا كان الحكم هكـــذا فكذا هـــذا

* * *

## باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد ، حتى كانت الحقوق عليه، ولهـــذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه، فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر ، وإنما الثابت له حكم العقد

---

( باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك )

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين إلى آخره . قوله – وغير ذلك – أي في الطلاق والعتاق والضرب ، كما إذا قال لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فأمر غيره بذلك، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى . ولما كانت التصرفات في الأعيان في هذه الأشياء أكثر وقوعاً بالنسبة إلى اليمين في الحج والصلاة والصوم ، قدم هذا الباب على باب اليمين في الحج .

( ومن حلف لا يبيع ولا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث ) وبه قال الشافعي « رح » في الأظهر . وقال مالك وأحمد رحمهما الله يحنث ، لأن الفعل يطلق على الموكل بالأمر يصير كأنه فعلة بنفسه ، كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر غيره بحلقـــه يحنث ( لأن العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ) أي على الوكيل والحقوق مثل تسليم المبيع ، فاذا كان بائعاً قبضه إذا كان مشترياً ، وقبض الثمن إذا كان بائعاً والرجوع على البائع عند ظهور الاستحقاق والخصومة في العيب .

( ولهذا ) أي ولكون عدم الحنث عند وجود العقد من غير الحالف ( لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينـــه ) لوجود الشرط الذي هو العقد منـــه ، وقوله (فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر ) من تتمة تعليل قوله لم يحنث ، لأن شرط الحنث وهو عقد الحالف على هذه الأشياء لم يوجد منه ، وإنما وجد من المأمور ( وإنما الثابت له حكم العقد )

إلا أن ينوي ذلك ، لان فيه تشديداً ، أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه، لانه يمنع نفسه عما يعتاده ،ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث ،

---

هذا جواب عما قال الخصم أن هذا العقد ثابت له لا للآمر ، وتقريره أن الثابت للآمر حكم العقد وهو الملك .

( إلا أن ينوي ذلك ) قوله لم يحنث ، أي إلا أن نوى، الحالف أن لا يأمر غيره أيضاً، فحينئذ يحنث ( لأن فيه تشديداً) أو تغليظ عليه ( أو يكون الحالف ذا سلطان ) أي ذا شوكة ( لا يتولى العقد بنفسه ، لأنه يمنع نفسه عما يعتاده ) أي لأن ذا سلطان كالقاضي ونحوه ، إذا منع نفسه عن الفعل يمنعها بما هو عادة له في ذلك الفعل ، فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكأنه قال لا آمر بالبيع ولا آمر بالشراء ، بدلالة الحال فيحنث في يمينه بفعل المأمور .

واعلم أن الضابطة في هذه التصرفات لأصحابنا فيما يحنث بفعل المأمور ، وفيما لا يحنث شيئان ، أحدهما أن كل فعل يرجع الحقوق فيه إلى المباشرة ، فالحالف لا يحنث لمباشرة المأمور ، وهو الذي ذكره المصنف « رح » بقوله ومن حلف لا يبيع .. إلى آخره .وذكر ثلاثة أشياء البيع والشراء والإجارة . وفي هذا الباب التزويج والاستجارة والصلح عن مال القسمة والخصومة وضرب الولد . والثاني هو الذي لا يتعلق الحقوق بالمباشرة ، بل بالآمر ، ولم يكن له حقوق ، فحينئذ يكون فعل المأمور كفعل الآمر ، وهو الذي أشار اليه بقوله :

( ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أولا يعتق ) وذكر ثلاثة أشياء في هذا القسم ، ومن هذا الباب المكاتبة والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب الولد والريح والبناء والخياطة والإيداع والاستيداع والإعادة والاستعادة وقضاء الدين والقبض والكسوة والحمل وأحد الثلاثة التي ذكرها التزويج ، فانه إذا حلف لا يتزوج ( فوكل بذلك حنث ) وقال في نوادر هشام « رح » إذا زوجه غيره امرأة بغير إذن

لان الوكيل في هذا سفير ومعبر، ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بـــل إلى الآمر وحقوق العقد ترجع إلى الآمر لا اليه . ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة ، وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى .

---

الحالف . ثم ان الحالف أجازه قال محمد « رح » لا يحنث . وفي مسائل أهل البصرة فيما كتبوا إلى محمد بن الحسن « رح » إذا حلف لا أتزوج فوكل وكيلاً بالنكـــاح لا يحنث ، وهو خلاف الأصل ، كذا ذكر الناطفي « رح » في الأجناس ، فوكل بذلك ، أي بكل واحد من التزوج والطلاق والعتاق يحنث ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي « رح » وفي وجه ، ذكره في تتمتهم . وقال في الوجيز والتنبيه أكثر كتبهم لا يحنث لعدم الفعل منه ، ولهذا يصدق ما نكح فلان ، وإنما قيل له الوكيـــل النكـــاح كما في البيع ونحوه ، وقلنا تحوم بالحنث .

( ولأن الوكيل في هذا سفير ) قال في المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ، ومنه الوكيل سفيراً ( ومعبر ) من التعبير ، وهو الذي يعبر ، أي بغير الوكيل ، كما يقع بينـــه وبين الموكل من الآمر الذي وكله فيه ( ولهذا ) أي ولكونـــه سفيراً معبراً ( لا يضيفه ) أي لا يضيف الموكل إلى ما وكل فيه ( إلى نفسه ، بل إلى الآمر ) أي بل يضيفه إلى الآمر وهو الموكل ، فصار كأن الموكل فعله بنفسه ( وحقوق العقد ) أي في الأشياء الثلاثـــة المذكورة ( يرجـــع إلى الآمر ) وهو الموكل ( لا اليـــه ) أي لا ترجـــع الحقوق إلى المأمور ، وهو الوكيل والحقوق ظاهر ، وهي وجوب المهر في التزوج ووقوع الطـــلاق ووقوع العتاق .

( ولو قال عنيت أن لا أكلمه به ) أي بلفظ التزوج والتطليق والإعتـــاق ( لم يدين ) أي لم يصدق ( في القضاء ) لأنه خلاف الظاهر ، وقيد بقوله ( خاصة ) لأنه يصدق ديانة ، لأنه نوى شيئاً يحتمله لفظه ، فصحت النية والله يعلم الباطن ( وسنشير إلى المعنى في الفرق إن شاء الله تعالى ) أراد به قوله في المتن ، ووجه الفرق كأن الطلاق ليس تكلم إلا بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها إلى آخر ما قال .

ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه ، لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ، ثم منفعته راجعة إلى الآمر ، فيجعل هو مباشراً إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور ، ولو قال عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء ، بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره . ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها ، والآمر بذلك مثل التكلم به ، واللفظ ينتظمهما ،

---

( ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه ) وبه قال مالك وأحمد وعند الشافعي لا يحنث ( لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك تولية غيره ، ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشراً ، إذ لا حقوق له يرجع إلى المأمور ) توضيحه أن الفعل ينبت إلى الآمر ليس فيه حقوق لا يتعلق بالمأمور ومنفعته تعود إلى الآمر ، لأن العبد يكون مؤتمراً سفيراً بأمر الموالي ، فكان فعل المأمور كفعل الآمر .

( ولو قال ) أي الحالف المذكور ( عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي ) أي قصدت أن لا أتولى ضرب العبد أو ذبح الشاة بنفسي ( دين في القضاء ) قال الأترازي « رح » صدق قضاء وديانة ( بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ) مثل النكاح والعتاق ، ثم أشار إلى الفرق بين الصورتين بقوله ( ووجه الفرق ) وهذا هو الفرق الذي وعلى قبل هذا (١) ، وبيان وجهه ( أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها ، والآمر بذلك ) أي بالطلاق والعتاق والنكاح ( مثل التكلم به ، واللفظ ينتظمهما ) أي ينتظم التكلم بذلك والآمر بذلك ، لأن المأمور كالرسول ، ولسان الرسول كلسان المرسل بالإجماع ، فيكون التطليق بلسانه كالتطليق بنفسه ، فيكون ما سماه خلاف الظاهر ، وهو

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام، فيدين ديانة لا قضاء ، أما الذبح والضرب فعل حسي يعرف بأثره، والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجازاً ، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء. ومن حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه لم يحنث في يمينه ،لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف

---

متهم فيه ، فلا يصدق قضاء ، وهو معنى قوله ( فاذا نوى المتكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة ) أي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ( لا قضاء ) أي لا يصدق في القضاء، لأنه خلاف الظاهر كما ذكره .

( وأما الضرب ) أي ضرب العبد ( والذبح ) أي ذبح الشاة ( ففعل [1] حسي يعرف بأثره ) ولا يحتاج فيه إلى الآمر ، حتى يكون ضرباً أو ذبحاً ( والنسبة إلى الآمر ) أي نسبة الفعل إلى الآمر ( بالتسبيب) أي سبيل التسبيب (مجازاً ، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة ، فصدق [2] ديانة وقضاء ) وإن كان في ذلك تخفيف له . وقيل ذكر القضاء في مسألة الضرب رواية في الطلاق ، لأنه في الموضعين إذا نوى المباشرة فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء في الفصلين . وقال الشافعي رحمه الله :

( وإن [3] حلف لا يضرب ولده فأمر إنساناً فضربه ، لم يحنث في يمينه ، لأن منفعة ضرب الولد عائدة اليه ) أي إلى الولد ( وهي ) أي المنفعة المذكورة ( التأدب والتثقف ) يقال ثقفت الرمح فتثقف ، أي سويته فاستوى ، حاصله أن يتادب ويسلك الطرائق الحميدة ، ويختار السير الصالحة ويتجانب الأفعال المستقبحة ويترك البرى [4] والشهوة ،

---

(١) فعل — هامش .

(٢) فيصدق — هامش .

(٣) ومن — هامش .

(٤) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

فلم ينسب فعله إلى الآمر، بخلاف الأمر بضرب العبد، لأن منفعة الائتمار بأمره، فيضاف الفعل اليه. ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فلبس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث، لأن حرف الام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به، وذلك بأن يفعله بأمره إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد،

---

فذلك منفعة خالصة للولد، وإن كان فيه منفعة للوالد أيضاً ها هنا فلم يجعل ضرب المأمور كضرب الآمر (فلم ينسب فعله إلى الآمر. بخلاف الآمر بضرب العبد، لأن منفعة الائتمار) أي الإنقياد بأوامره والإطاعة للمولى عائده إلى الآمر (بأمره فينضاف الفعل اليه) أي إلى الآمر، أي لأن ضرب المأمور كضرب المولى فيحنث بضرب المأمور.

(ومن قال لغيره إن بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق، فلبس المحلوف عليه ثوبه) أي أخفاه (في ثياب الحالف فباعه) أي الحالف والحالف أنه لم يدر (ولم يعلم به لم يحنث، لأن حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به) أي يقتضي اختصاص الفعل بالمحلوف عليه (وذلك بأن يفعله بأمره) سواء كان العين مالكية أو لا (إذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد) أي الآمر، فلا يحنث، لأن تقدير الكلام إن بعت ثوباً يوماً بوكالتك أو بأمرك ولم يوجد. والأصل في معرفة ذلك أن يعرف أن الكلام قد يكون للتمليك نحو المال لزيد، وقد يكون للتعليل نحو فعلت هذا لمرضاتك، أي لأجل ابتغاء مرضاتك، فلا يصرف لأحدهما إلا بوجود المرجح أو لتعذر صرفه إلى الآخر.

وهنا أصلان آخران، أحدهما أن تصحيح الكلام مع مراعاة النظم أولى من تصحيحه مع تغير نظامه. والآخر أن كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره، وما يجوز فيه الوكالة لا يعمل لغيره فتتعين اللام فيه للملك، ففي المسألة المذكوره لم يحنث، لأن المعنى بعت لأجلك ولم يوجد البيع لأجل المحلوف عليه لعدم أمره.

بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين لأنه أقرب إليه فيقتضي اختصاص العين بـه ، وذلــك بأن يكون مملوكاً له .

---

( بخلاف ما إذا قال إن بعت ثوباً لك حيث يحنث إذا باع ثوباً مملوكاً له ، سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم ، لأن حرف اللام دخل على العين ) أي تعلق به ( لأنه أقرب اليه ، فيقتضي اختصاص العين به ) أي بالمحلوف عليه ، يعني لما كانت اللام مقرونة بالبيع ، والبيع من الأفعال التي تملك بالعقد اقتضت أن يكون البيع مختصاً بالمحلوف عليه بأن يقع فعل البيع للمحلوف عليه ، ووقوعه لزمان يتبعه بأمر المحلوف عليه ولم يوجد البيع بأمره ، فلا يحنث ، بخلاف ما إذا قال ثوباً لك حيث يحنث إذا باعه بأمره أو بغير أمره ، ولا يشترط العلم بذلك ، لأن اللام لما قرنت بالعين وكانت أقرب إلى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه ، والاختصاص بأن يكون العين ملك المحلوف عليه .

( وذلك بأن يكون مملوكاً له ) أي الإختصاص بالمحلوف عليه ، بأن الثوب مملوكاً له ، لأن اللام في هذه الصورة صارت العين ، فأوجب ملك العين لا ملك الفعل تقدير يمينه إن بعت ثوباً هو مملوك ، فلو باع ثوباً مملوكاً يحنث ، سواء علم به أو لا . وفي الدخول ونحوه يقع اليمين على تلك العين ، سواء قدم اللام بأن قال إن أكلت لك طعاماً أو شربت لك شراباً ، أو آخر بأن قال طعاماً لك أو شراباً لك ، لأن هذا الفعل مما لا يملك بالعقد فوجب صرف اللام إلى مالك الفصل بالعقد ، وهو العين ، بخلاف الفصل الأول ، فإن كل واحد منها مما يملك بالعقد فرجحنا بالقرب ، فإن نوى غيره صدق قضاء فيما قيد تغليظاً عليه ، لا فيما فيه تحقيق . فإن نوى من قوله بعت لك ثوباً لك ، وعلى العكس يصدق ديانة فيهما ، لانه نوى ما يحتمله كلامه بتأخير اللام وتقديمه ، إذ اللام يحتملها ولا يصدق قضاء فيما فيه تخفيف عليه .

ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة ، بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام ، لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين .

---

( ونظيره ) أي نظير البيع ( الصياغة [1] والخياطة ) ونحوهما ، ذكرناه عن قريب ( وكل ما يجري فيه النيابة ) عطف على ما قبله وما يجري فيه النيابة نحو الكتابة والهبة والصدقة ، وقد ذكرنا هذا القسم عن قريب عند ذكر التزوج والطلاق والعتاق .

( بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام ) صرح قاضي خان في جامعه بأن المراد بالغلام العبد ، لأن الضرب مما لا يملك بالعقد . وقال المرغيناني المراد بالغلام الولد ، وسمى الولد غلاماً ، وقال الله تعالى ﴿ إنا نبشرك بغلام اسمه يحيى ﴾ ٧ مريم ، لأن ضرب العبد يحتمل الوكالة والنيابة ، وهذا هو الصواب ، لأن ضرب العبد يحتمل النيابة كما ذكرنا ، ولهذا لو حلف لأن يضرب عبده فأمر غيره بضربه حنث ، لأن المنفعة تعود اليه ، وقد ذكره المصنف قبل هذا . وقال الأكمل ومن الشارحين من وجه الأول . وقال تاج الشريعة رحمه الله قال اللام الأستاذ ناقلاً عن أستاذه أن ان المراد من الغلام العبد ، قال وذكر بعد الشارحين صريحاً انتهى . وقال الأكمل أجاب عن المسألة المذكورة ، أي أجاب الشارح الذى قال المراد من الغلام العبد بأن محمداً لم يذكرها ، وهو مخالف لما ذكره المصنف وتخطية فإنه لا حقوق له ترجع إلى المأمور ، ومع ذلك جعل مما يحتمل النيابة .

( لأنه ) أي لأن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة ( لا يحتمل النيابة ، فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ) أي لا يفترق حكم الحنث فيما لا يجزىء فيه النيابة كالأكل والشرب وضرب الغلام في الوجهين ، يعني إذا قدم اللام أو أخر .

فإن قلت ضرب الغلام يجري فيه النيابة كما سبق أن من حلف لا يضرب عبده يحنث بضرب مأموره . قلت المراد من جريان النيابة بأنه تعلق بها حقوق يرجع الوكيل بما لحقه

---

(١) هذا ما ورد في المتن ، وقد كتبت في الشرح المضاعة ، اه مصححه .

ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط، وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضاً، لأن الشرط قد تحقق، وهو الشراء والملك قائم فيه،

---

من العهدة على الموكل، وهنا ليس لضرب العبد حقوق تلحق الوكيل يرجع بها على الموكل فافهم.

( ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم ) لأن خياره يمنع خروج البيع عن ملكه باتفاق ( فينزل الجزاء ) وهو الحرية، وبه قال مالك والشافعي «رح» في وجه. وقال أحمد «رح» لا يعتق، لأن خيار البائع يخرج البيع عن ملكه عنده. وقيد بقوله باعه بالخيار، لأنه لو باعه بيعاً بأن لا يعتق بالإجماع لخروج البيع عن ملكه، فلم يبق محلاً للجزاء، فلا يترك الجزاء في غير الملك، ولهذا يعرف أن العلة مع المعلول فيفترقان في الوجود. أما الشرط والمشروط غير مفترقان.

فإن قيل لو كان البيع من غير إفادة الحكم كافياً لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك، فإذا علق العتق بالنكاح ووجد النكاح فاسداً وجب أن يقول الجزاء ليس كذلك. أجيب بأن جواب البيع ليس مع المنافي، وجواز النكاح مع المنافي، لأنه رق وإلا تنافيه، فإذا كان النكاح فاسداً اعتقد فساده بما يخالف الدليل، فيترجح جانب العدم، فصار كأن لم يكن، بخلاف البيع، لأنه موافق للدليل، فكان موجوداً، فالإيجاب والقبول في المحل وإن لم يفد الحكم.

( وكذلك لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر، فاشتراه على أنه بالخيار عتق[1] أيضاً، لأن الشرط قد تحقق، وهو الشراء والملك قائم فيه ) أي في العبد فيترك الجزاء،

---

(١) يعتق - هامش.

وهذا على أصلهما ظاهر ، وكذا على أصله ، لأن هـذا العتق بتعليقه ، والمعلق كالمنجز . ولو أنجز العتق يثبت الملك سابقاً ، فكذا هذا .

ومن قال إن لم أبع هذا العبـــد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت

---

هذا في قولهم جميعاً ( وهذا على أصلهما ) أي على أصل أبي يوسف ومحمد « رح » ( ظاهر ) لأن خيار المشتري لا يمنع ثبوت ملك المشتري عندهما ، فثبت الملك سابقـاً على العتق ، فيترك العتق في الملك ، وبه قال أحمـد والشافعي « رح » في وجه . وقال مالك والشافعي « رح » في وجه لا يعتق ، لأن انتقال الملك سقوط الخيار ، فقبل سقوطـه وجد الشرط وينحل اليمين فلا يعتق لعدم الملك ( وكذا على أصله ) أي أصل أبي حنيفـة « رح » يعني يعتق . وإن كان حلف المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ( لأن هذا العتق بتعليقه )أي بتعليق المشتري لا بالملك ( والمعلق كالمنجز ) يعني المعلق بالشرط كالمنجز ، فكأنه قال بعد الشراء عقب هذا العقد .

( ولو نجز ) أي المشترى ( العتق ) في هذه الصورة ( يثبت الملك سابقـاً عليه ) أي على التخيير ( فكذا هذا ) أي فكـذا في تعلق العتق بالشراء إذا وجد الشراء لا يكون كأنه يجزيء العتق حالة الشراء ، بخلاف قوله إن ملكتك فأنت حر فاشتراه على أنـــه بالخيار لا يعتق ، لأن شرط الحنث وهو الملك لم يوجد ، لأن المشتري بالخيار لم يملكه عند أبي حنيفة « رح » لم يترك الجزاء ، وبخـــلاف ما إذا اشترى ذا رحم محرم بالخيار ، حيث لا يعتق على قول أبي حنيفـــة « رح » لعدم الملك ، لأن الخيـــار من المشتري مانع لتملكه .

( ولو [1] قال إن لم أبع هذا العبد وهذه الأمة فامرأتـه طالق فأعتق أو دبر طلقت

---

(١) ومن – هامش .

امرأته ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو عدم البيع لفوات محلية البيع .
وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي ، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه التي حلفته في القضاء. وعن أبي يوسف « رح » إنها لا تطلق، لأنه أخرجه جواباً فينطبق عليه. ولأن غرضه إرضاؤها، وهو بطلاق غيرها ، فيتقيد به .

---

امرأته ، لأن الشرط قد تحقق ، وهو عدم البيع لفوات محل[1] البيع ) أي بالإعتاق والتدبير ، فطلق كما لو مات الحالف أو العبد ، ولا خلاف .

فان قيل لم يقع البأس عن البيع بالتحرير والتدبير لجواز أن ترتد الجارية فتسبى بعد اللحاق فملكها هذا الرجل ويبيعها بالتدبير ، لجواز أن يقضي القاضي بجواز البيع ، وأجيب بأن هذا موهوم ، فلا يعتبر . وقيل الحالف عقد يمينه على الملك القائم لا على الملك الذي سيوجد .

( وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي ، فقال كل امرأة لي طالق ثلاثاً طلقت هذه الذي حلفته في القضاء . وعن أبي يوسف « رح » أنها ) أي أن التي حلفته عليه (لاتطلق) ومال أكثرهم إلى هذا القول ( لأنه ) أي لأن الزوج ( أخرجه ) أي أخرج الكلام (جواباً) لكلام المرأة ( فينطبق عليه ) أي فينطبق الجواب على السؤال ، فكأنه قال كل امرأة لي غيرك تزوجتها طالق ثلاثاً ، والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون إفصاحاً ، فيكون الحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة ، فينصرف الطلاق الى غيرها .

( ولأن غرضه ) أي غرض الزوج ( إرضاؤها ، وهو بطلاق غيرها ) لا بطلاق نفسها ( فيتقيد به ) أي بالكلام السابق ، والكلام الثاني في تزوج غيرها . فإن قيل قد زاد على قدر الجواب. قلنا الزيادة على قدر المحتاج إليه للجواب إنما يخرج الكلام على الجواب إذا لغت الزيادة . ومتى جعل جواباً لا تلغو الزيادة هنا إن جعل جواباً ، لأنه قصد تطييب قلبها

---

(١) محلية – هامش .

ووجه الظاهر عموم الكلام ، وقد زاد على حرف الجواب ، فيجعل مبتدئاً ، وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليـــه فيما أحله الشرع ، ومع الـــتردد لا يصلح مقيداً ، وإن نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء ، لأنـه تخصيص العام

---

وتسكين نفسها ، وإذا يتطيّب تغيرها على العموم ، لجواز أن يقع في قلبها ، أراد بما قال غير التي طلقت .

( ووجه الظاهر عموم الكلام ) أي وجه ظاهر الرواية أن العمل بعموم الكلام واجب ما أمكن ، وقد أمكن هنا ، وهو قوله ( وقد زاد على حرف الجواب ) لأن جوابـه أن يقول إن فعلت فهي طالق ثلاثاً ( فيجعل مبتدئاً ) أي يعتبر مبتدئاً لا يحنث (وقد يكون غرضه ) جواب عن قول أبي يوسف « رح » ، لأن غرضه إرضاؤها ، أي وقـــد يكون غرض الزوج ( إيحاشها ) أي إيحاش المرأة ، أي إنكاؤها ( حين اعترضت عليه ) أي على الزوج ( فيما أحله الشرع ، ومع التردد) يعني بين أن يكون غرضه إرضاؤها ، وبين أن يكون إيحاشها ( لا يصلح مقيداً ) بكسر الياء مقيداً لإرضائها بطلاق غيرها ، وقيل أي بعموم اللفظ لأجل الإحتمال المذكور .

( ولو نوى غيرها ) أي غير المحلفة ( يصدق ديانة ) لأنه يحتمـــل كلامه ، لأن العـــام يحتمل الخصوص ( لا قضاء ) أي لا يصدق قضاء ( لأنه تخصيص العام ) لأنـــه خلاف الظاهر .

* * *

# باب اليمين في الحج والصلاة والصوم

## قال ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها على المشي إلى بيت الله تعالى أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا

---

( باب اليمين في الحج والصلاة والصوم )

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في الحج وأحكام اليمين في الصلاة ، وأحكام اليمين في الصوم. وقدم هذا الباب على باب اللبس الفضيلة العبادة وأخرها عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين في الحج والصلاة والصوم .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن قال وهو في الكعبة أو في غيرها ) أو عليه عمرة حال كونه ماشياً . قال الكاكي « رح » وفي لفظه ، وهو في الكعبة إشارة إلى أن وجوب الحج أو العمرة بقوله ( على المشي إلى بيت الله ) بطريق المجاز، لا من حيث الحقيقة ، إذ المشي إلى بيت الله ، وهو في الكعبة ، محال ، كذا نقل عن العلامة مولانا حافظ الدين « رح » . وقال الأترازي « رح » وإنما قيد بقوله في الكعبة لأن إيجاب الحج أو العمرة لما ثبت بقوله على المشي إلى بيت الله ( أو إلى الكعبة ) مجاز بطريق إطلاق إسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة . وفي تنقية أخرى سواء ذلك ، لأن المشي إلى بيت الله سبب للوصول إلى الحج أو العمرة في الجملة ، فيصير كأنه قال(فعليه حجة أو عمرة) فإذا قال ذلك لزمه ، فكذا إذا قال علي المشي إلى بيت الله ، ثم إذا أراد الحج يحرم من الحرم ويخرج على عرفات ( ماشياً ) فإن ركب يلزمه شاة .

وإذا أراد العمرة يخرج إلى التنعيم ونحوه ، ويحرم بالعمرة من ثمة ، لأن إحرام المكي للعمرة خارج الحرم ، ولم يذكر محمد رحمه الله أنه يخرج إلى التنعيم ماشياً أو راكباً . وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم جاز له أن يركب وقت الرواح إلى التنعيم بـه ، قال

بعضهم جاز له أن يركب ، لأن الرواح اليه ليس يمشي إلى بيت الله ، وإنما المشي اليه وقت الرجوع . وقال بعضهم يمشي وقت الرواح أيضاً ، لأن الرواح اليه للإحرام ، فكان مشياً إلى بيت الله .

( وإن شاء ركب وأهراق دماً ) عطف على ما قبله ، يعني المشي واجب عليه ، فإن ركب أهرق ، أي أراق دماً والهاء فيه زائدة . واعلم أن هنا ثمانية الفاظ في ثلاثة يلزمه بلا خلاف ، وهي أن يقول على المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى مكة . وفي رواية النوادر أو إلى مكة ، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول . وفي الأصح لايلزمه شيء بقوله علي المشي إلى بيت الله ، إلا أن ينويه ، لأن جميع المساجد بيت الله . وفي ثلاثة لا يلزمه شيء باتفاق أصحابنا ، وهي إذا نذر الذهاب إلى مكة أو السفر أو الركوب اليها أو المسير أو المضي ، وبه قال مالك « رح » في قول قاله ابن القاسم عنه . وقال الشافعي وأحمد « رح » ، وهو رواية أشهب عن مالك يلزمه الحج أو العمرة ، كما في قوله علي المشي إلى مكة . وفي لفظين خلاف بين أصحابنا . وهو ما إذا نذر المشي إلى الحرم أو المسجد الحرام ، فعند أبي حنيفة « رح » لا شيء عليه ، وعندهما عليه حجة وعمرة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

ولو نذر المشي إلى الصفا والمروة أو بقعة من الحرم يلزمه المشي اليها بحج أو عمرة عند الشافعي وأحمد « رح » واضع عن المالكية . وعندنا لا يلزمه شيء ، وبه قال مالك ، ولو نذر المشي إلى مسجد رسول الله ﷺ أو إلى المسجد الأقصى لا شيء عليه ، وبه قال الشافعي « رح » في قول في الأم . وفي قوله تنعقد نذر هو به . قال أحمد « رح » لما روي أنه عليه السلام قال لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد ، المسجد الحرام ، والمسجد الأقصى ، ومسجدى هذا . وقد نص بالإتيان وشد الرحال إلى هذه المساجد .

ورجح العراقيون وأكثر أصحابه القول الأول ، لما روي عن جابر « رض » أن رجلا قال يا رسول الله ﷺ إني نذرت إن فتح الله لك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين فقال عليه السلام صل هنا ، فأعاد عليه السلام صل هنا ، ومعلوم أن هذا القدر متعين بالإنسان ،

**وفي القياس لا يلزمه شيء، لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل، ومذهبنا مأثور عن علي « رض »**

---

وإن بيت المقدس لا يعقد بالشد ، فأشبه سائر المساجد ، والمقصود من قوله ﷺ لا تشد الرحال إلى آخره تخصيص القربة وفضلها في هذه المساجد .

( وفي القياس لا يلزمه شيء ) يعني في إيجاب الحجة أو العمرة بلفظ المشي إلى البيت أو إلى الكعبة ، لأن المشي أمر مباح فالقياس أن يبطل القدر به ( لأنـــه التزم ما ليس بقربة واجبة ) أي لعبة ( ولا مقصودة في الأصل ) بل هو وسيلة لما هو قربة كالوضوء .

فان قيل الإعتكاف وهو اللبث ليس بقربة مقصودة لما شرع لانتظـار الصوم ، وقد صح النظر به . قلنا الاعتكاف لا يصح إلا بالصوم ، والثواب من جنس القرب المقصودة.

فان قيل الإعتكـــاف يصح في الليل ، وإن كان الصوم لا يصح فيه . قلنا صحة الإعتكاف في الليل تبع لصحة الإعتكاف في اليوم ، ولهذا لو نـذر الاعتكاف في الليل مفرداً عن اليوم لا يصح .

( ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ) قال الأترازي « رح » قال محمد « رح » في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال من حلف على نفسه الحج ماشياً حج وركب وذبح شاة لركوبه . قال مخرج الأحاديث هذا غريب ، ثم قال وروى البيهقي « رح » في المعرفة عن طريق الشافعي « رح » عن ابن عيينة عن سعيد بن عروة عن قتـــادة عن الحسن بن علي « رض » في رجل يحلف على حجة المشي ، قال يمشي ، فان عجز ركب وأهدى بدنة . وروى أبو عبد الرزاق « رح » في مصنفه أخبرنا عبد الله بن سعيـــد عن الحكم عن ابراهيم عن علي رضي الله عنه فيمن نـذر أن يمشي إلى البيت ، قال يمشي ، فاذا أعيي ركب ويهدي جزوراً .

وقال الأكمل بعد أن نقل ما قاله محمد « رح » في الأصل إلى آخره ، كذا في بعض الشروح ، وليس مطابق لما نحن فيه لجواز أن يكون ذلك ممن جعل على نفسه الحج ماشياً بغير هذا اللفظ ، وليس هذا في بعض الشروح وشرح البزازي ، فانه ذكر فيه هكذا ، ثم

ولأن النـاس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ ، فصار كما إذا قال علي زيارة البيت ماشياً ، فيلزمه ماشياً ،وإن شاء ركب وأهراق دماً ، وقد ذكرناه في المناسك .

---

ادعى أنه غير مطابق لما نحن فيه ، وعلل بقوله الكلام فيه . وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه أنه أجاب في هذه المسألة بأن عليه حجة أو عمرة ، وهذا مطابق ، وقـد روى شيخي في شرحه أن أخت عتبة بن عامر « رض » نذرت **أن تمشي إلى بيت الله فأمرها** النبي ﷺ أن تحرم بحجة أو عمرة ، انتهى .

قلت أراد بقوله في بعض الشروح شرح البزازي ، فانه ذكر فيه هكذا ثم ادعى أنـه غير مطابق لما نحن فيه . وعلل بقوله لجواز .. إلى آخره ، وفيه نظر ، بل كاد أن يرد ، لأنه لم يذكر وجه قوله ، لجواز أن يكون إلى آخره ، لأن فيه إثبات الخبر بالاحتمال ،وهذا ليس بطريقة العلماء ، ولم يبين أيضاً وجه قول الآخرية ، بل ثبت ذلك عن علي رضي الله عنه أولاً ، ثم قال وقد روى شيخي أراد به قوام الدين الكاكي « رح » ، فانه ذكره في شرحه ، وقصد هو وشيخه أيضاً ، حيث لم يبيناه إلى مخرجه من أئمة الحديث . قلت هذا رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا زهير حدثنا أحمد بن عبد الوارث حدثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشيـة ، فسئل النبي ﷺ ، فقال إن الله عز وجل غني عن نذر أختك لتركب ولتهـدي بدنة ، انتهى . وهذا كما رأيت ما ذكر الحديث كما روي عن النبي ﷺ ولا نسبـه إلى أحد من الصحابة ، وما ذاك إلا تقصير جداً وتقليد محض .

( ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ ) أي بقوله علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبـة ( فصار ) أي فصار حكم هـذا في الوجوب ( كما إذا قال علي زيارة البيت فيلزم ماشياً ، وإن شاء ركب وأراق دماً ، وقد ذكرناه في المناسك ) أي في كتاب النكاح .

فإن قيل لما كان هذا اللفظ كناية عن الإحرام بالحج أو العمرة كان لفـظ الشيء غير

ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه، لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف. ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه، وهذا عند أبي حنيفة «رح». وقال أبو يوسف ومحمد «رح» في قوله علي المشي إلى الحرم حجة أو عمرة. ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الإختلاف. لهما أن الحرم شامل على البيت بالاتصال، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار ذكره كذكره،

---

منظور اليه ينبغي أن لا يلزم عليه المشي، كما لو نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة، حيث لا يلزمه ضرب الثوب، بل يلزمه إهداء الثوب إلى مكة. قلنا نعم كذلك، إلا أن الحج ماشياً أفضل، قال النبي ﷺ من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل وما حسنات الحرم، قال واحد بسبعمائة فاعتبر لفظه لإحراز تلك الفضيلة أو الظاهر إلزام القربة بصفة الكمال.

(ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله، فلا شيء عليه لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف) ولم يرد النص، فوجب العمل بالقياس لما مر أن في القياس لا يلزمه شيء، وفيه خلاف الشافعي ومالك «رح»، وقد ذكرناه عن قريب.

(ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه، وهذا عند أبي حنيفة «رح». وقالا في قوله علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة حجة أو عمرة) وقد مر ذكر هذا أيضاً بما فيه من خلاف الأئمة (ولو قال إلى المسجد الحرام، فهو على هذا الإختلاف) أي الإختلاف المذكور بين أبي حنيفة «رح» وصاحبيه رحمهما الله.

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن الحرم شامل على البيت) بالاتصال، وكذا المسجد الحرام شامل على البيت (فصار ذكره كذكره) أي صار ذكر كل واحد من

بخلاف الصفا والمروة ، لأنهما منفصلان عنه. وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ، ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ ، فامتنع أصلاً . ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حججت وشهد شاهدان على أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده . وهـذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يعتق ، لأن هذه شهـادة قامت على أمر معلوم ، وهو التضحية ، ومن ضرورته انتفـاء الحج ، فيتحقق الشرط .

---

الحرم أو المسجد الحرام البيت ( بخلاف الصفا والمروة ، لأنهما منفصلان عنه ) أي عن البيت ، يعني أنهما ليسا شاملين على البيت ، بل هما منفصلان عنه ، فلم يكن ذكرهما كذكره .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ) فيعمل بالقياس وعدم الوجوب ( ولا يمكن إيجابه ) أي لا يمكن إلزام إيجاب الإحرام ( باعتبار حقيقة اللفظ ) أي لفظ المشي ، لأن اللفظ لم يوضع عليه ، والعرف أيضاً منتف ، ولما انتفت الدلالة على الإيجاب حقيقة وعرفاً ( فامتنع ) الإيجاب ( أصلاً ) فلا يلزم شيء .

( ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام ، فقال حججت وشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده ، وهذا ) أي عدم العتق ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ) ولم يذكر صاحب المختلف . قول أبي يوسف « رح » مع أبي حنيفة « رح » ولا الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير .

( وقال محمد « رح » يعتق لأنها ) أي لأن شهادة هذين الشاهدين ( شهادة قامت على أمر معلوم ، وهو التضحية ، ومن ضرورته ) أي ومن ضرورة هذا الأمر المعلوم ( انتفاء الحج ، فيتحقق الشرط ) وهو حجة هذا العام .

ولهما أنها قامت على النفي ، لأن المقصود منهـــا نفي الحج لا إثبات التضحية ، لأنه لا مطالب لها ، فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج . غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنـــه لا يميز بين نفي ونفي تيسيراً .

---

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( أنها ) أي أن هذه الشهادة ( قامت على النفي ) فلا تقبل ( لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية ، لأنه لا مطالب لها ) من جهة العباد ، فلا تدخل تحت القضاء ، لأنهـا إن كانت طوعـاً فظاهر ، وإن كانت واجبة فالقاضي لا يجبر عليها ، فيثبت عدم المطالبة ، فلما انتفت الشهادة على المطالبـــة بالتضحية ثبت أنها قامت على نفي الحج لا تقبل ( فصار كما إذا شهدوا أنــه لم يحج في هذا العام ) أي فصار حكم هذه الشهادة ، كما إذا شهدوا أنه لم يحج في هذا العـــام ، فإن هذه الشهادة لا تقبل ، فكذا تلك الشهادة غاية الأمر جواب عن سؤال ، وهو أن يقـــال إنما لا تقبل الشهادة على النفي إذا لم يكن الشاهد عالماً بالنفي ، أما إذا كان عالماً والشيء مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة على النفي ، وفيما نحن كذلك فإنه ذكر في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل أنا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى ، فبانت منه امرأتــه ، والرجل يقول إنما قصدت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن الله قول النصارى ، قلل إن الشهادة مقبولة ، لأن ذلك مما يحاط به ويعلم .

وتقرير الجواب أن يقال ( غاية الأمر أن هذا النفي ) وهو قول الشهرة أنه لم يحج العام ( مما يحيط علم الشاهد به ، ولكنه لا يميز بين نفي ونفي ) أي لا يفرق بين نفي ونفي بأن يقال يقبل فيما إذا كان النفي مما يعلم ويحاط ، ولا يقبل فيما لا يعلم ويحاط ، بل لا تقبل في كل النفي ( تيسيراً ) ودفعاً للحرج عن الناس ، وهذا إذا ادعى رجل على رجل أنــه عضه أو جرحه يوم كذا ، فشهد شاهدان أن هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان كذا وكذا لا يقبل شهادتهما ، لأن مقصوده أنه لم يجرح ولم يغضب .

وقال تاج الشريعة بعد أن قال فإن قلت الشهادة على النفي مقبولة بدليل ما ذكر محمد « رح » في السير الكبير ، وهو ما ذكرناه الآن .

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعـة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط ، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد التقريب . ولو حلف لا يصوم يوماً أو صوماً فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً،وذلك بإتمامه إلى اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به .

---

فان قلت أنه صدق الشهوة فيما شهدوا عليه من نبوة المسيح ، وهذا القدر منه كان لثبوت النبوة ، ثم بعد ذلك بمنفى النبوة بقوله قد قلت . وقال النصارى فـــلا يصدق في حقها ، كمن قال لفـــلان علي الف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولا يقبـــل تفسيره ، انتهى .

مسألة السير قامت الشهادة فيها على أمر ثابت معاين ، وهو السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله ، فلا يرد علينا نقضاً .

( ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم فصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات ) وهو الأكل والشرب والجماع (على قصد التقرب[1] ) وبهذا القدر يصير فاعلاً فعل الصوم هو الإمساك كما قلنـــا ، وما زاد تكرار الشرط ليس بشرط .

( ومن حلف لا يصوم صوماً أو يوماً ) بأن قال لا يصوم صوماً ( فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث ، لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعاً ، وذلك باتمامه إلى اليوم ، واليوم صريح في تقدير المدة به )فلا بد من اليوم الكامل . فان قيل المقصود في قوله لا يصوم مذكور لغة . قلنا بلا لغة لا شرعاً ، وعند ذكر الصدر صريحـــاً منصرف إلى الكامل ، وهو الصوم لغة وشرعاً .

فان قيل يشكل هذا بما لو قال والله لأصوم من هذا اليوم ، وكان ذلـــك بعدما أكل

---

(١) التقريب – هامش .

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم . وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ، فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة ، بخلاف الصوم ، لانه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني .

ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لانه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان

---

أو شرب أو بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق ، والصوم مقرون باليوم ، ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي ، فان الصوم الشرعي بعد الأكل او بعد الزوال غير متصور . والجواب أن الدلالة قامت على أن المراد به ليس الصوم الشرعي ، وهو كون اليمين بعد الزوال أو بعد الأكل ، فانصرف إلى الصوم اللغوي ، وانعقدت يمينه عليه ، بخلاف ما نحن فيه ، فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي ، فيصرف اليه .

( ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ أو ركع لم يحنث ، وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث ، والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتباراً بالشروع في الصوم ) فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع ، فكان ينبغي أن يكون هذا كذلك ، ألا ترى أن الناظر اليه يسميه مصلياً حين افتتح الصلاه ( وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن الأركان المختلفة ) من التكبير من القيام والقراءة والركوع والسجود ( فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلاة ) فلايحنث (بخلاف الصوم ، لأنه ركن واحد ، وهو الإمساك ، ويتكرر في الجزء الثاني ) من حين ما مضى . وفي مبسوط تكرور ، ولا يشترط لأنها نصف القيام الموجود في أول الإفتتاح ، والتكرار ليس بشرط .

( ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين ، لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعاً ، وأقلها ركعتان ) وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يحنث

بركعة ، لأن الركعة الواحدة صلاة عندهما ، وعند الشافعي « رح » في قول وأحمد «رح» في رواية يحنث بالشروع ، لأنه يسمى مصلياً، وفي وجه يحنث بالتمام على وجه الصحة

( للنهي عن البتيراء ) قد ذكر المصنف حديث البتيراء في كتاب الصلاة في باب صلاة الوتر. وأخرجه ابن عبد البر في كتاب التمهيد عن عثمان بن محمد « رح » ابن أبي ربيعة عن عبد الرحمن حدثنا عبد العزيز الداوردي عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن سعيد أن رسول الله ﷺ نهى عن البتيراء أن يصلي الرجل واحدة يوتر بها ، ومضى الكلام فيه هنالك . وقال صاحب المغرب البتيراء تصغير البتراء تأنيث ، الا وهو في الأصل مقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص .

# باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي فاشترى قطناً فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند أبي حنيفة « رح » . وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ،

---

( باب اليمين في الثياب واللبس والحلي وغير ذلك )

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين في لبس الثياب والحلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام ، بمعنى الحلي وجمع الحلية حلي بالكسر والقصر ، وقد جاء ضم الحاء في قليل الإستعمال ، كما جاء في لحى جمع لحية ، وجاء ضم أيضاً . والحلي في اللغة ما ليس من ذهب أو فضة أو جوهر ، كذا في الجمهور . وقال ابن الأثير الحلي اسم لكل ما يزيد من مصاغ الذهب والفضة ، وقوله وغير ذلك مثل الحلف على أن لا يجلس على الأرض ، ولا يجلس على سرير .

( ومن قال لامرأته إن لبست من غير ذلك فهو هدي ) أي صدقة تصدق به على فقراء مكة ( فاشترى قطناً فغزلته ونسجته له فهو هدي عند أبي حنيفة « رح » ) الهدي اسم لما يهدى إلى مكة ، أي يستعمل اليها للتصدق ، ثم إذا نذر أن يهدي ثوباً جاز له أن يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم . ولو نذر أن يهدي الحالا يجوز أن لا يذبح بمكة ويتصدق . ولو تصدق به حياً لا يجوز ، ولا يكون هدياً حتى يذبح . ثم إذا سرق لاشيء عليه ، كذا ذكره صاحب الأجناس ، وذلك لقوله تعالى ﴿ ثم محلها إلى البيت العتيق ﴾ ٣٣ الحج ، وإذا نذر بما لا ينقل يكون نذراً بالقيمة لتعذر نقل العين .

( وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزله ) أي امرأته ( من قطن ملكه يوم حلف ،

ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليهـــا . لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملـــك ، ولم يوجد ، لان ما لبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكـــه . وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج ، والمعتاد هو المراد ، وذلك سبب لملكه ، ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر ، لان القطن لم يصر مذكوراً . ومن حلف لا يلبس حلياً فلبس خاتم فضة لم يحنث، لانه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيح استعماله للرجال

---

ومعنى الهدي التصدق به ) أي بالثوب ( بمكة ، لأنه اسم لما يهدى اليها ) وقد بسطنـــا الكلام آنفاً ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافاً إلى سبب الملك ) لقوله ﷺ لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ( ولم يوجد ) أي واحد منهمـــا ( لأن اللبس وغزل الثوب من أسباب الملك ) فلا يصح اليمين في حق القطن المشترى بهذا يحلف ، وهذا هو القياس .

( وله ) أي ولأبي حنيفه « رح » ( أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج ) إلا نادراً ، ومبنى الأيمان على العرف والعادة ، فيكون اليمين مقيدة بالعادة ( والمعتـــاد هو المراد ، وذلك سبب الملك ) أي لملك الزوج ، فكأنه قال إن لبست من غزلك من قطن أملكه ، فلو قال هكذا يتناول القطن الحادث ، فكذلك هذا ( ولهـــذا يحنث ) إيضاح لقوله ، وذلك سبب لملكه ( إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر ، لأن القطن لم يصر مذكوراً ) حاصل المعنى أن يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر ، مع أن القطن المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت اليمين ، لكنه أريد بذلك بدلالة العادة ، فكـــذا في المشترى ، فكانت الإضافة إلى غزلها إلى ملكه عادة .

( ومن حلف لا يلبس حلياً ) بفتح الحاء وسكون اللام ( فلبس خاتم فضة لم يحنث ، لأنه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيح استعماله للرجال ) وعند الأئمة الثلاثة يحنث .

والتختم به لقصد الختم ، وإن كان من ذهب حنث ، لانـــه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال . ولو لبس عقـــد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يحنث لانه علي حقيقة ، حتى سمي به في القرآن . وله أنه لا يتحلى به عرفاً إلا مرصعاً ،ومبنى الأيمان على العرف . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ،

---

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ، فإن كان الخاتم ممـــا يلبسه النساء ينبغي أن يحنث . وفي جامع قاضي خان قال مشايخنا « رح » هذا إذا كان خاتم الفضة مصنوعاً على هيئة خاتم الرجال إذا لم يكن فيه فص ، فان كان فيه فص حنث ، ويحنث بلبس السوار والخلخال والقلادة والقرط والدملوج ، سواء كان من فضة أو ذهب بالإجماع ( والتختم به للتختم ) أي أبيح التختم بخاتم الفضة لأجل الختم بفتح الخاء وسكون التاء ، يعني لا لأجل الزينة . وقال الكاكي « رح » وإنما حل التختم لإقامة السنـــة لا للتزين ، فلم يكن حلياً كاملاً ، فلا يدخل تحت مطلق اسم الحلي .

( وإن كان ) أي الخاتم ( من ذهب حنث ، لأنه حلي ، ولهذا لا يحل استعماله ) أي استعمال الذهب ( للرجال ) سواء كان فيه فص أو لم يكن ( ولو لبس عقد لؤلؤ ) بكسر العين وهو القلادة ( غير مرصع ) أي غير مركب بذهب وفضة من الترصيع وهو التركيب ( لم يحنث عند أبي حنيفة . وقالا يحنث ) وبه قالت الثلاثة ( لأنه حلي حقيقة حتى سمي به ) أي بالحلي ( في القرآن ) وهو قوله تعالى ﴿ تستخرجون منه حلية تلبسونهـــا ﴾ ١٤ النحل ، والمستخرج من الجوهر اللؤلؤ غير مرصع ، وعلى هـــذا الخلاف عقـــد زبرجد أو زمرد غير مرصع .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رض » ( أنه ) أي اللؤلؤ ( لا تحلى به عرفاً إلا مرصعاً ، ومبنى الأيمان على العرف ) وقال التمرتاشي « رح » والرعياني ، ومن مشايخنا « رح » من قال على قياس قول أبي حنيفة « رح » لا بأس بلبس المرأة والرجال اللؤلؤ ( وقيـــل هذا اختلاف عصر وزمان ) لا حجة وبرهان ، لأنه لا يتحلى به وحده في زمانه . وفي زمانهما

ويفتي بقولهما ، لان التحلي به على الإنفراد معتاد . ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث ، لانه تبع للفراش فيعد نائماً عليه ، وإن جعل فوقه فراشاً آخر فنام عليه لا يحنث ، لان مثل الشيء لا يكون تبعاً له، فتنقطع النسبة عن الاول. ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لانه لا يسمى جالسا على الارض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الارض لباسه،

---

كان يتحلى به وحده . قال الفقيه أبو الليث « رح » كل واحد منهم قال على عادة زمانه . وقال صاحب الهداية « رض » ( ويفتي بقولهما ) لأن قولهما أقرب ألى عرف ديارنا . قلت هكذا العرف في سائر الديار ، خصوصاً في الديار المصرية .

( ومن حلف لا ينام على فراش ) أي فراش معنى ، بدليل قوله وإن جعل فوقه فراش آخر ( فنام عليه ) لا يحنث ، فلو كان المراد منكراً حنث ، لأنه نام على فراش فنام عليه ( وفوقه قوام[1] ) بكسر القاف وتخفيف الواو وهو الرقيق ، كذا في الجمهرة ( حنث لأنه ) أي لأن القوم ( تبع للفراش ، فيعد نائماً عليه ) الأصل في هذا أن الشيء ، إذا كان فوق شيء ، فان كان الأعلى يصلح أن يكون أصلاً بنفسه يضاف الجلوس والنوم اليه لا إلى الذي تحته ، وإن كان الأعلى تبعاً يضاف إلى ما تحته ، فاعتبر ذلك في الذي مضى ، وفي الذي يأتي وهو قوله ( وإن جعل فوقه فراشاً فنام عليه لا يحنث ، لأن مثل الشيء لا يكون تبعاً له ، فقطع النسبة عن الأول ) أي عن الفراش الأول فلا يحنث ، لأن يمينه على الأول ، ولم يتم على الأول ، وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا، وهي رواية الجامع الكبير . وقال صاحب المختلف قال أبو يوسف « رح » في الأمالي يحنث ، لأنه نام عليهما جميعاً ويقال في العرف أيضاً نام على الفراشين .

( ولو حلف لا يجلس على الأرض فجلس على بساط أو حصير لم يحنث ، لأنه لا يسمى جالساً على الأرض ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض لباسه ) أي صار لباس الحالف

---

(١) قرام – هامش .

لانه تبع له ، فلا يعتبر حائلا . وإن حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث ، لانه يعد جالساً عليــــه ، والجلوس على السرير في العادة كذلك ، بخلاف ما إذا جعل فوقه سرير آخر ، لانه مثل الاول ، فقطع النسبة عنه

---

حائلا ، أي حاجزاً بين الحالف وبين الأرض ( لأنه ) أي لان لباس الحالف (تبع له) أي للحالف ( فلا يعتبر حائلا ) فيحنث .

( ولو حلف لا يجلس على سرير فيجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث ، لأنه يعد جالساً عليه ) أي على السرير ( والجلوس على السرير في العادة كذلك ) ألا ترى أنهم يقولون جلس الأمير على السرير ، وإن كان فوق السرير بساطاً فيعدونه تبعــاً للسرير ( بخلاف ما إذا جعل فوقه سريراً آخر ، لأنه مثل الأول ، فتقطع النسبة عنــه ) وقال الحاكم الشهيد في الكافي ، وإن حلف لا يمشي على الأرض فمشى عليها بنعل أو خف حنث ، وإن حلف على بساط لم يحنث . وإن مشى على ظهر أحجار حنث ، لأنها من الأرض .

* * *

# باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال إن ضربتك فعبدي حر ، فهو على الحياة ، لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت

---

( باب اليمين في القتل والضرب وغيره )

أي هذا باب في بيان حكم اليمين في الضرب وحكم اليمين في القتل قوله — وغيره — أي وغير المذكور من الضرب والقتل مثل القتل والحق القص .

( ومن قال إن ضربتك فعبدي حر ) فمات فضربه ( فهو على الحياة ) أي حلف على كونه المخاطب حياً ( لأن الضرب اسم لفعل مؤلم ) أي موجع ( يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق في الميت ) ونوقض بقوله تعالى ﴿ وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث ﴾ ٤٤ ص ، رصف بن أيوب عليه السلام في يمينه الضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الإيلام لما أن الضغث عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان أو حشيش ، فلم يكن لمجموعه إيلام ، فكيف الجزاء . وأجيب بأنه جاز أن يكون هذا حكماً ثابتاً بالنص في حق أيوب عليه السلام خاصة إكراماً له في حق امرأته تخفيفاً عليها ، لعدم جنايتها على خلاف القياس ، ولا يلحق به غيره . وقيل ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة ، حيث حلل الله يمينه بأهون شيء أداه عن امرأته وحسن خدمتها إياه ، وكلامها في العزيمة فلا يقاس على ما ثبت رخصة ، بخلاف القياس وغيره .

وفي شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلاناً مائة سوط فضرب بها مرة واحدة إن وصل إليه كل سوط بحاله ، بر في يمينه ، والإيلام شرط فيه ، لأن المقصود من الضرب الإيلام ، وبه قال المزني « رح » . وقال الشافعي « رح » يبر بمجرد الضرب بدون الإيلام . وقال مالك وأحمد يحنث . وفي وصول الألم شرط عندهما .

---

(١) هكذا في الأصل .

ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيـــاة في قول العامة ، وكذلك الكسوة ، لانه يراد به التمليك عند الإطلاق ، ومنـــه الكسوة في الكفارة ، وهو من الميت لا يتحقق إلا أن ينوي به الستر .

---

( ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحياة ) هذا جواب عن سؤال مقدر ، بأن يقـال إن قولكم الإيلام لا يتحقق في الميت لكل بعذاب الميت في القبر ، فأجاب بقوله ومن يوضع.. إلى آخره (في قول العامة ) احترز به عن قول الكرامية والصالحية ، وهم قوم ينسبون إلى أبي الحسين الصالحي ، فانهم لا يشترطون الحياة شرطاً لتعذيب المسبب ، وعـــذاب القبر ثابت عند أهل السنة وإن اختلفوا في كيفيته ، فقال بعضهم يؤمن بأهل العذاب ويسكت عن الكيفية ، لأن الواجب علينا تصديق ما جاء في السنة المشهور ، وهو التعـذيب بعد الموت . وعند العامة يوضع فيه الحياة ، لأن الإيلام لا يكون بلا حياة ولا علم . ثم اختلفوا فقيل يوضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة . وقيل يوضع فيه الحياة من كل وجه.

( وكذلك الكسوة ) يعني إن قال إن كسوتك فعبدي حر ، فكساه بعـد الموت لا يحنث ( لأنه يراد به ) أي بالكسوة على تأويل الإكتساء ( التمليك ) أي تمليك الثوب ( ومنه الكسوة في الكفارة ) أي في كفارة اليمين ، قال الله عز وجل ﴿ أو كسوتهم ﴾ فلو أنه اكتسى عشرة أموات عن كفارة يمينه لم يجزئه، لعدم التمليك يؤيده أن الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة . قال الأترازي « رح » وفيه نظر لا يخفى ( وهو ) أي التمليك ( من الميتة لا يتحقق ) ولهذا لو تبرع عليه أحد بالكفر ثم أكلـه التبع يعود الكفر إلى المتبوع لا إلى وارث الميت ، ذكره التمرتاشي ( إلا أن ينوي به ) أي بالكسوة على تأويـــل الإكتساء ( الستر ) فحينئـــذ يحنث ، لأن فيه تشديداً عليه ، والميت يستر كالحي .

فان قيل الميت مما يكسا الكفن . قلنا لا ، ولكن يلبس الكفن ، والإلبـاس غير الإكتساء ، فانه لا يبنى على التمليك ، والاكتساء يبنى على التمليك ، يقـال كسا الأمير فلاناً ، أي ملكه كسوة ، والإلباس عبارة عن الستر والتغطية ، والميت محل لذلك ، ألا

وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس، وكذا الكلام والدخول، لأن المقصود من الكلام الإفهام، والموت ينافيه

---

ترى أنه لو حلف لا يلبس فلاناً ثوباً فهو على الحياة والوفاة جميعاً كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي «رح».

(وقيل بالفارسية) قائله أبو الليث «رح» أن اليمين المذكور إذا كانت باللغة الفارسية (ينصرف إلى اللبس) يعني يراد به اللبس، ولا يراد به التمليك (وكذا الكلام) وإن حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بعد موته لا يحنث (والدخول) بأن حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بعدما مات لا يحنث في يمينه (لأن المقصود من الكلام الإفهام) أي إفهامه فلاناً (والموت ينافيه) أي ينافي الكلام، لأن المراد من الكلام الاسماع، والميت ليس بأهل الإسماع. ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ ٥٢ الروم، وإلى قوله تعالى ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ ٢٢ فاطر.

فان قيل قد روي أنه عليه السلام كلم أصحاب القليب يوم بدر حيث سماهم بأسمائهم، فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقد وجدت ما وعدني ربي حقاً. قلت أجاب الأكمل بأن ذلك كان معجزة له عليه السلام. وقال الاترازي «رح» إنهم لما قالوا يا رسول الله إنهم لا يسمعون، فقال انهم يسمعون كما تسمعون، وإنما أراد بهم أنهم يعلمون أن الذي قلت لهم حقاً.

قال الكاكي فان قيل قد روي أن قتلى بدر لما القوا في القليب قام رسول الله ﷺ على رأس القليب، وقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً، فقال عمرو رضي الله عنه أتكلم الميت يا رسول الله ﷺ، فقال عليه السلام ما أنتم بأسمع من هؤلاء. قلنا هو غير ثابت، فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة، قالت كذبتم على رسول الله ﷺ فانه تعالى قال ﴿إنك لا تسمع الموتى﴾ ٥٢ الروم، ﴿وما أنت بمسمع من في القبور﴾ ٢٢ فاطر، على أنه عليه السلام كان مخصوصاً به معجزة له. وقيل المقصود به وعظ الأحياء لا إفهام الموتى كما روي عن علي رضي الله عنه أنه إذا أتى المقابر قال عليه السلام ديار قوم مؤمنين أما نسائكم فقد نكحت، وأما أموالكم فقد قسمت، وأما دوركم فقد سكنت، فهذا خبركم عندنا، فما

والمراد من الدخول عليه زيارته، وبعد الموت يزار قبره لا هو .

---

خبرنا عندكم ، وكان يقول سبيل للأرض من شق أنهارك ، وغرس أشجارك ، وجنى ثمارك ، فأن لم تجبك جواباً بإجابتك اعتباراً كان ذلك على سبيل الوعظ للأحياء لا للخطاب للموتى .

( والمراد من الدخول عليه ) أي على فلان ( زيارته ، وبعد الموت يزار قبره لا هو ) أي لا يزار الميت ، لأن المراد من الدخول عليه إكرامه بتعظيم أو إهانته بتحقيره أو زيارته فلا يتحقق الكل بعد الموت . ولأن الميت كالغائب في حق الأخيار . ومن طاف بباب رجل لا يعد زائراً له . ولو دخل عليه وهو نائم لا يعد زائراً أولى . وقال في شرح الطحاوي الأصل في هذا أن في كل بلد ويؤلم ونعيم بوسر يقع على الحياة [1] دون الممات كالضرب والجماع والشتم والكسرة والدخول عليه . وفي الكافي الأصل في هذا أن مايشارك الميت فيه الحي فاليمين ، وقال على الحالين ، وأما ما اختص به الحي فيتقيد بالحياة . فلو قال إن ضربتك أو كسوتك أو كلمتك أو دخلت عليك أو قال لامرأتة إن وطئتك أو قبلتك فعبده حر يتقيد بالحياه ، حتى لو فعل هذه الأشياء بعد الموت لايحنث، والغرض في الوطء والتقبيل لا يتحقق بعد الموت .

فان قيل إن النبي ﷺ قبل عثمان بن مظعون رضي الله عنه بعدما أدرج في الكفن ، وقبل أبو بكر بين عيني رسوله الله ﷺ بعدما أدرج في الكفن . قلنا ذا ضرب الشفقة أو التعظيم والموت لا ينافيه ، وتقبيل النساء لإقضاء الشهوة ، فيقيد بالحياة حتى لو كان للشفقة أو التعظيم كما في الولد أو الوالد والعالم . قيل لا يقيد بالحياة . وقيل يتقيد أيضاً ، لأن الأوهام لا تنصرف إلى تقبيل الميت بخلاف . وإن غسلتك أو حملتك أو متكثر أو المشك ، فلأنها لا تقيد بالحياة ، لأن الغسل يراد به التنظيف والتطهير ، وهذا يتحقق في الميت أشار اليه بقوله :

---

(١) هكذا الجملة في الأصل ، وفيها خطأ . اهـ مصححه .

ولو قال إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث، لان الغسل هو الإسالة ، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلـــك في الميت . ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أوعضها حنث ، لانـــه اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام . وقيل لا يحنث في حال الملاعبـة ، لانه يسمى ممازحة لا ضرباً ومن قال إن لم أقتل فلاناً فامرأته طالق، وفلان ميت وهو عالم به حنث ، لانه

---

( ولو قال إن غسلتك فعبدي حر ، فغسله بعدما مات يحنث ، لأن الغسل هو الإسالة، ومعناه التطهير ، ويتحقق ذلك في الميت ) ألا ترى أنه يجب غسل الميت بتطهير كيف ينافيه ، ولو صلى على ميت قبل الغسل لم يجز ، وبعده يجوز .

( ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها أو عضها أو خنقها حنث ، لأنــه ) أي لأن الضرب ( اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام ) بهذا الفعل ، وكذلـك إذا قرصهـا أو وجأها ، ذكره في الأصل ، وبه قال أحمد ومالك « رح » ، فهالك يعتبر وصول الألم إلى جسمها أو قلبها من سب أو شتم أو غيره ليتحقق الايلام بهـا ، وهو المقصود ، وبعض أصحاب الشافعي « رح » مثل قوله ، وعند الشافعي القص والخنق والقرص ونتف الشعر فليس بضرب ، ولا يشترط فيه الايلام .

( وقيل لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى ممازحة لا ضرباً ) قال الكاكي«رح» وهذا يدل على أنه لو ضربه حال المهازحة لا يحنث . وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا إذا كان في الغضب ، أما إذا كان يلاعبها فضربها برأسه خطأ منــه فأصاب أنفها فأدماه وآلمها لم يحنث ، لأن هذا لا يعد ضرباً . ونقــل في الخلاصة عن المنتقى إذا حلف لا يضرب فلاناً فنعص ثوبه فأصاب وجهه ، أو رماه بحجر أو نشابـة فأصابه لا يحنث .

( ومن قال إن قتل فلاناً فامرأته طالق ، وفلان ميت ، وهو عالم به حنث ، لأنــه

عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور فينعقـد ثم يحنث للعجز العادي. وإن لم يعلم لا يحنث. لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه. ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الإختلاف . وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح

---

عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه ، وهو متصور ) يعني يمكن بالنظر إلى قدرة الله ( فينعقد ) يمينه عليه ( ثم يحنث للعجز العادي ) أي لعجزه عادة عن قتله ( وإن لم يعلم بأنه ميت لا يحنث ، لأنه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور ) البر ، فلما لم يتصور البر لم يتصور الحنث ( فيصير ) أي حكم هذه المسألة ( قياس مسألة الكوز ) اذا حلف إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم ، فامرأته طالق ( على الاختلاف ) المذكور فيها ، وهو أن عندهما لا يحنث ، وعند أبي يوسف « رح » يحنث ، كما قال في مسألة الكوز ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده ، وقد مر تقريره في باب اليمين في الأكل والشرب .

( وليس في تلك المسألة ) أي في مسألة الكوز ( تفصيل العلم ) يعني أنه لا يقال فيها أنه علم أو لم يعلم ، يعني سواء علم عدم الماء في الكوز أو لم يعلم بخلاف قتل فلان ، فانه إذا علم بموته يحنث ، وإذا لم يعلم بموته لا يحنث ( هو الصحيح ) احترز به عن قول المشايخ في العراق ، فانهم قالوا في مسألة الكوز ، هذا إذا لم يعلم ، يعني عدم الحنث عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، إذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز ، فأما إذا علم فيحنث أي يصح يمينه ، فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير .

* * *

# باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينـــه إلى قريب ، فهو ما دون الشهـــر ، وإن قال إلى بعيد ، فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريبـا ، والشهر ما زاد عليه يعد بعيداً ، ولهذا يقال عنـــد بعد العهد ما لقيتك منذ شهر .

---

( باب اليمين في تقاضي الدراهم )

أي هذا باب في بيان اليمين بتقاضي الدين ، وإنما خص الدراهم بالذكر دون الدنانير ، لأنها أكثر استعمالاً حتى قدر أقل المهر ونصاب السرقة بها دون الدنانير ، ونقب الباب بتقاضي الدين ، يعني استيفاؤه وهو الطلب بقضائــه ، وذكر مسائله بلفظ القضاء ، وهو الأداء . والقضاء يجيء بمعنى الأداء قال الله تعالى ﴿فإذا قضيت الصلاة﴾ ١٠ الجمعة ، أي إذا أديت .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن حلف ليقضين دينه إلى قريب ، فهو على ما دون الشهر ، وإن قال إلى بعيد فهو أكثر من الشهر ، لأن ما دونه يعد قريباً ، والشهر وما زاد عليه يعد بعيداً ) وقال الشافعي « رح » لا حد لذلك كما قاله في شرح الأقطع ، وبيان مذهبه أن مدة القريب والبعيد لا تنفد بشيء ، وبه قال أحمد « رح » لوقوعهما على القليل والكثير فمتى قضاه بر ، وإنما يحنث إذا مات قبل أن يقضيه مع التمكن ( ولهـذا ) أي ولأجل أن ما زاد على الشهر يعده بعيداً ( يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ) وهذا فيما إذا لم ينو ، أما إذا نوى . فهو على ما نوى بدليل ما ذكره في الأجناس .

وقال لو حلف والله لا أكلمك قريباً ، فهو على أقل من شهر بيوم ، ثم قال أبو حنيفة « رح » ، إن نوى أكثر من شهر يدين في القضاء وفي فتاوى الولوالجي ، لو قال لأعطـــين

ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم ، فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفاً أو بنهرجة أو مستحقة لم يحنث الحالف ، لأن الزيافة عيب ، والعيب لا يعدم الجنس . ولهذا لو تجوز به ، صار مستوفياً

---

حقك عاجلا ، وهو ينوي وقتاً ، فهو على ما نوى ، وإن نوى سنة ، لأن الدنى[1] كلها قريب عاجل ، فإن قيل ما من زمن إلا وهو قريب ، بالإضافة إلى ما هو فوقه ، وبعيد بالإضافة إلى ماهو دونه ، فلم يدل دليل على إرادة البعض دون البعض ، وأجيب بأنا لا نسلم عدم الدلالة ، وكيف لا يدل والعرف دليل يمينه ، ومبنى الايمان على العرف .

( ومن حلف ليقضين فلاناً دينه اليوم فقضاه ، ثم وجد فلان بعضها ) أي بعض دراهم الدين (زيوفاً) جمع زيف ، وهو ما زيفه بيت المال ، لكن يروج فيما بين التجار ، وهو من زافت عليه دراهم ، أي صارت مردودة عليه ( أوبنهرجة ) قال الأترازي البنهرج مايرجه التجار لغش فيه وهو أردى من الزيف . وقال الكاكي قيل البهرجة لفظة أعجمية معربة ، وأصلها بنهرجة ، وهو الحظ ، يعني حظ هذه الدراهم من الفضة أقل ومن الغير أكثر مما يوجد في دار الضرب . وفي المبسوط البنهرجة ما يرجه التجار والتسامح منهم تجويزه . والمستفيض منهم لا يجوز به الغش فيه ( أو مستحقة )أي أو وجدها فلان مستحقة استحقها شخص ينيب ( لم يحنث الحالف ) وقال الشافعي « رح » بقولنا ، وقال مالك « رح » حنث . قال اللخمي من أصحابه هذا مراعاة اللفظ ، أما بالنظر إلى القامة لا يحنث ( لأن الزيافة عيب ) وفي المغرب قياس مصدره الزيوف ، وأما الزيافة لغة الفقهاء « رح » ( والعيب لا يعدم الجنس ) يعني اسم الدراهم لا يزول بهذه الأوصاف لأنها غير العيب لا يعدم الجنس .

( ولهذا ) أي ولأجل عدم زوال اسم الدراهم بهذه الأوصاف ( لو تجوز به ) أي لو تسامح القابض بالدراهم الزيوف والبنهرجة ( صار مستوفياً ) حقه ، وكذا لا تجوز بها في رأس مال المسلم وبدل الصوم فيجوز ولوفات بذلك إسم الدراهم لكان يفسد ألاوهو حرام

---

(١) هكذا رسمت في الأصل . اه مصححه .

فوجد شرط البر، وقبض المستحقة صحيح. ولا يرتفع برده البر المتحقق، وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة حنث، لأنهما ليسا من جنس الدراهم، حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم، وإن باعه بها عبداً وقبضه بر في يمينه، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت

---

فيها ( فوجد شرط البر ) فلا يحنث ( وقبض المستحقة صحيح ) حتى لو أجازت المستحق جاز وعند عدم الإجازه ينفسخ القبض . وكذا لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الإفتراق جاز فيوجد شرط البر فيـــه ( ولا يرتفع برده ) أي برد ما قضى من الزيوف والبنهرجة أو المستحقة ( البر المتحقق ) لأن شرطه البر ، لا يحتمل الانقاض لأن اليمـين لما انحلت بوجود الشرط لم يقبل الفسخ ، والانقاض كالكتابـة ، فإن مولى المكاتب إذا رأى البدل لكونه زيوفاً أو بنهرجة أو استرد بالاستحقاق لا ينقض العتق ، بخلاف قضاء الدين ، فانه ينقض برد القيود بعيب ، أو الاستحقاق لأن بناء القامة وقد زالت .

( وإن وجدها رصاصاً أو ستوقة ) بفتح السين فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات ، لأنها صفر مموه من الجانبين بالفضة ، وقيل الستوقـة أردى من البنهرجة . وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان الصفر أو النحاس غالباً ( حنث ) . وبـــه قال الشافعي « رح » ومالـــك « رح » ( لأنها ) أي لأن الرصاص الستوقـــة ( ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهـــما في الصرف والسلم ) أي حتى لا يجوز التسامح بها في ثمن الصرف ، وكذا في السلم لأنها ليست من جنس الدراهم ، ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابـة رصاصاً أو ستوقة ، لا يعتق المكاتب . كذا قال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » وذكر التمرتاشي لو أدى المكاتب بدل الكتابة وحكم بعتقه ثم وجد البدل ستوقة لم يعتق ، ولو وجد زيوفاً أو بنهرجة أو مستحقة لم يبطل العتق .

( وإن باعه بها عبداً ) أي وإن باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين عبداً ( وقبضه ) أي قبض العبدين رب الدين ( بر في يمينه ) أي بر الحالف في يمينه ، لأنه قضى دينه ، لأن قضاء الدين طريقه المقاصة ( لأن قضاء الدين طريقه المقاصة ، وقد تحققت

بمجرد البيع فكأنه شرط القبض ليتقرر به، وإن وهبها له يعني الدين ، لم يبر لعدم المقاصة ،

---

بمجرد البيع ) فيحتمل القضاء في يمينه بيانه أن حق رب الدين في الدين لا في العين، والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لأنه وصف ثابت في الذمة ، ولكن ما يقتضيه رب الدين من العين يصير مضموناً عليه ، لأنه قبض على جهة التملك ، فكان ديناً عليه للمديون ، ولرب الدين على المديون مثله ، فاكتفى الاتيان قصاصاً . وهذا معنى قول أصحابنا المديون ، فقضى بأمثالها لا بأعيانها فلا تحقق انفساخه بمجرد البيع قبض الدين العبد أو لم يقبض ، ولكن قيد القبض وقع في رواية جامع الصغير ، أشار اليه المصنف « رح » بقوله :

( فكأنه ) أي فكأن محمد « رح » ( شرط القبض ) في رواية الجامع ( ليتقرر به ) أي ليتأكد البيع بالقبض ، لأن المبيع إذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع ، لكن لا يرتفع البر لأنه لا يقبل الانتقاض ، هذا الذي ينافي البيع الصحيح . أما في البيع الفاسد إذا قبض العبد ، فإن كان في قيمته وفاء بالحق بر وإلا حنث لأنه مضمون بالقسمة ( وإن وهبها ) أي وإن وهب المداين دراهم الدين ( له ) للمديون ، وفسره بقوله ( يعني الدين لم يبر ) لأنه شرط البر القضاء ولم يوجد ( لعدم المقاصة ) قال الكاكي « رح » ، قوله لم يبر قولهم أنه يحنث ، بل معناه لم يبر ولم يحنث أيضاً عندهما خلافاً لأبي يوسف « رح » لفوات المحلوف عليه وهو الدين كما في مسألة الكوز ، لأن قوله لم يبر أعم من قوله يحنث ، ومن قوله تبطل اليمين فحمل على الثاني تصحيحاً لكلامه .

وقال الأترازي « رح » فيه نظر ، لأنه حينئذ يلزم منه ارتفاع النقيضين، وهو فاسد، لأن البر نقيض الحنث ، فمن وجود أحدهما يلزم ارتفاع الآخر ، ومن ارتفاع أحدهما يلزم وجود الآخر ، فلا يجوز أن يرتفعا جميعاً . وقال الأكمل « رح » رداً عليه ، ليسا بنقيضين على اصطلاح أهل المعقول وغير الحالف لا يتصف بأحدهما وشأن النقيضين ليس كذلك ، فإذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس ، فيجوز أن لا يتصف بواحد منهما ، وقيل ذكر اليوم في وضع المسألة وقع سهواً من الكاتب. وذكر البزدوي والسرخسي المعين هذه المسألة مطلقة غير مؤقتة باليوم . وفي المحيط ولو أبرأه

لأن القضاء فعله ، والهبة إسقــاط من صاحب الدين . ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم ، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكـــل ، لكنـه بوصف التفرق ألا ترى أنـه أضاف القبض إلى دين معرف مضاف اليه ، فينصرف إلى كله ، فلا يحنث إلا به ،فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمل الوزن لم يحنث ، وليس ذلك بتفريق . لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة ، فيصير هذا القـدر مستثنى عنه

---

أو وهبه لم يحنث ، وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي الدين، فوهبـــه وأبرأه لم يحنث عندهما ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

( لأن القضاء فعله ) أي ولأن القضاء فعل المديون بالإبراء أو الهبة ( والهبة إسقاط من صاحب الدين ) يعني الهبة فعل الدين بالإبراء ، وهو إسقاط منه ، فلا يكون فعل أحدهما فعلاً للآخر ، فـلا يبر المديون بفعل الدائن ( ومن حلف لا يقبض دينه درهماً دون درهم ، فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقاً ، لأن الشرط قبض الكل ) أي لأن شرط الحنث قبض كل الدين متفرقاً ، وهو معنى قوله ( لكنه بوصف التفرق ألا ترى أنه أضاف القبض إلى دين معرف ) حيث قال لا يقبض دينه ( مضاف اليه ) أي إلى الدين (فينصرف إلى كله فلا يحنث إلا به ) أي بالشرط المـذكور وهو قبض الكـل متفرقاً ولو قبض في أول الشهر بعضه وفي آخره بعضه حنث لوجود الشرط بخـلاف التفريق الضروري أشار اليـــه بقوله :

( فإن قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما إلا بعمـــل الوزن لم يحنث وذلك ليس بتفريق ، لأنه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ) هذا الذي ذكره القدوري « رح » استحسان والقياس أن يحنث . كذا ذكر أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير ، وبالقيـــاس قول زفر « رح » لأن شرط الحنث

ومن قال إن كان لي إلا مائـــة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث، لأن المقصود منه عرفاً نفي ما زاد على المائة، ولأن استثناؤها بجميع أجزائها. وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة لأن كل ذلك أداة الإستثناء

---

قبض الكل متفرقاً، وقد حصل ذلك لما وزن خمسين فدفعها اليه، ثم وزن خمسين أخرى فدفعها اليه لأنه حصل قبض الكل بصفة التفريق. وجه الاستحسان أن الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة، فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة، والحـــال إذا كثر لا يمكن قبضه إلا بهـــذا الطريق، فصار هذا القدر من التفرق مما لا يمكن الإمتنـــاع منه فيجعل مستثنى عن اليمـــين لا بدلالة الحال، وهو نظير لا أسكن هذه الـــدار وهو ساكنها.

( ومن قال إن كان لي إلا مائة درهم فامرأته طالق، فلم يملك إلا خمسين درهماً لم يحنث، لأن المقصود منه عرفاً، نفي ما زاد على المائة ) وشرط الحنث ما زاد على المائة، فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلم يحنث ( ولان استثناؤها لجميع أجزائها ) وكذا لأن مستثني المائـــة يكون مستثناه للخمسين ضرورة، لان الاستثناء لا يكون إلا بجميـــع أجزائها، والخمسون من أجزائها ( وكذلك لو قال غير مائة أو سوى مائة، لأن كل ذلك أداة الاستثناء ) لأن حكم لفظ غير ولفظ سوى حكم الأدنى الجامع الكبير، لو قال عبده حر ان كنت لا أملك إلا خمسين درهماً، فلم يملك إلا عشرة لم يحنث لأنها بعض المستثنى، ولو ملك زيادة على خمسين أو كان من جنس مال الزكاة، وحلف مالي مال، يحنث بمال الزكاة، وعنـــد الشافعي « رح » يحنث بكل مال وعند مالـــك « رح » المال هو الذهب والفضة.

## مسائل متفرقة

وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً ، لأنه نفي الفعل مطلقاً فعم الإمتناع ، وضرورة عموم النفي وإن حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه ، لأن الملتزم فعل واحد غير عين إذ المقام مقام الإثبات ، فيبر بأي فعل فعله ، وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه وذلك بموته أو بفوت محل الفعل

---

### ( مسائل متفرقة )

أي هذه مسائل متفرقة ، وارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف إلى هذه مسائل ومتفرقة صفتها ومعناها من مواضع شتى ، وقد جرت عادة المصنفين « رح » بأن يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في آخر أبوابه استداركاً له .

( وإذا حلف لا يفعل كذا تركه أبداً لأنه نفى الفعل مطلقاً فعم الإمتناع ) أي الإمتناع في الفعل أبداً ( ضرورة عموم النفي ) لأن قوله لا يفعل بمقتضى مصدره انكره ، بدلالته على المصدر ظاهراً ، لأنه لا ينفك عنه . وأما كونه نكرة ، فهو الأصل ، لأن المعرفة تعارض النكرة ، وإذا وقت في موضع النفي تعم ، فإذا فعل بوجه من الوجوه ووقت من الأوقات حنث .

( وإذا حلف ليفعلن كذا ففعله ) أي فعل ذلك الفعل ( مرة واحدة بر في يمينه ، لأن الملتزم) بفتح الزاي أي الذي التزمه الحالف ( فعل واحد غير عين ) أي غير معين ، نحو قوله ليصلين أو ليصومن أو ليحجن أو ليتصدقن ، فإنه إذا فعل ذلك الشيء من هذه الأشياء مرة واحدة بر في يمينه ( إذ المقام مقام الإثبات ) لأن النكرة في موضع الإثبات لا تعم فتجزىء بأدنى ما ينطلق عليه إسم المحلوف عليه ، سواء فعله مختاراً أو مكرهاً أو ناسياً بطريق الوكالة وهو معنى قوله ( فيبر بأي فعل فعله وإنما يحنث لوقوع اليأس عنه ) أي عن ذلك الفعل ( وذلك ) أي اليأس منه ( بموته ) أي بموت الحالف ( أو بفوات محل الفعل ) وهو المحلوف عليه ، كما إذا حلف لآكلن هذا الرغيف ، أو لأبصرن البصرة ،

وإذا استحلف الوالي رجلاً ليعلمنه بكل داعر دخل البلد . فهـــذا على حال ولايته خاصة لأن المقصود منه دفع شره أوشرغيره بزجره .

---

فان مات هذا حنث . قال صاحب التحفة ويجب عليه الكفـــاره ويرضى بها إذا كان المالك هو الحالف .

قال الكاكي « رح » هذا الذي ذكره فيما إذا عقد يمينه مطلقاً ، أما إذا عقده موقتاً، فلا يحنث قبل مضي ذلك الوقت ، وإن وقع اليأس بموته يفوت المحل ، لما أن الوقت مانع من الإنحلال ، إذ لو انحل قبل مضي الوقت ، لم يكن للوقت فائدة كذا في الإيضاح .

وقال الأترازي « رح » ، ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه أبداً فيما إذا كانت اليمـــين مطلقة . أما إذا كانت مؤقتة بزمان ، كاليوم والشهر ، فيتوقت يمينـــه بذكر الزمان ، فبعد ذلك تنحل يمينه ، ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان . وأما التوقيت في الإثبات كقوله والله لآكلن هذا الرغيف اليوم ، فانه لا يحنث ما دام الحـــالف والمحلوف عليه قائمين ، واليوم باق . أما إذا قضى اليوم يحنث ، وإن كان قائمين بفوات الـــبر لفوات الوقت المعين . وأما إذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق ، وإن هلـــك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم ، أجمعوا أنه لا يحنث في الحال ، فاذا مضى اليوم اختلفوا . قال أبو حنيفة ومحمد « رح » لا يحنث في يمينه ، وقال أبو يوسف « رح » يحنث ، ويجب الكفارة ، لأن تصور البر ليس بشرط عنده خلافاً لهما .

( وإذا استحلف الوالي ) بتشديد اللام من التحليف ( رجلا ليعلمنه ) من الإعـــلام ( بكـــل داعر دخل البلد ) وفي بعض النسخ مكان كل داعر ، والداعر بالدال والعين المهملتين ، على وزن فاعل وهو الخبيث المفسد من الناس ، وجمعه دعار من الدعر ، وهو الفساد . يقال دعر العود تدعر دعراً من باب علم يعلم إذا فسد ( فهو على حال ولايتـــه خاصة ) أي يفيد اليمين على حال ولايته ، وبـــه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في رواية ( لأن المقصود منه ) أي لأن غرض المستحلف من هذا (دفع شره أوشر غيره ) أي دفع الداعر أو دفع غيره أي غير الداعر ( بزجره ) أي بزجر الـداعر ، يعني

فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته، والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية، ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر « رح »، فإنه يعتبره بالبيع، لأنـــه تمليك مثله، ولنا أنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع، ولهذا يقال وهب

---

لو زجر الداعر يتزجر غيره من الرعاة ( فلا يفيد فائدته ) أي فائدة الزجر ( بعد زوال سلطنته ) أي سلطنة هذا الوالي، أي شوكته وقدرته على ما بطلت منه (والزوال بالموت) أي بموت هذا الوالي ( وكذا بالعزل ) أي بعزله .

( في ظاهر الرواية ) عن أصحابنا وهي رواية الزيادة، وعن أبي يوسف « رح » أنـه يجب الرفع اليه بعد العزل . وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في روايةلأنه يفيد في الجملة لاحتمال أن يولى ثانياً، فيؤدي الداعر عينه ليبطل الدفع بقوله لا بموتـــه، وكذلك السلطان إذا حلف رجلاً أن لا يخرج من الكوزة إلا باذنـــه، فهو على حال ولايته، كذا في الزيادات .

( ومن حلف أن يهب عبده لفلان، فوهبه ولم يقبل ) أي الموهوب له ( بر في يمينه ) أي لم يحنث ( خلافاً لزفر « رح » ) فانه يحنث عنـده . وفي الكافي حلف ليهب عبده بغداد فوهبه له ولم يقبل، وإن كان الموهوب له غائباً لم يحنث إجمـــاعاً، وإن كان حاضراً حنث استحساناً، وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول، وقال زفر « رح » لا يحنث . وبه قال الشافعي « رح » في قول بدون القبول . وفي قول لم يقبـــل ويقبض وعلى هذا الخلاف الاعارة والصدقة والاقرار والوصيـــة، ذكره في جامع البكرى وفي الكفارة، وكذا القرض وفي روايـة عن أبي يوسف « رح » قبول المستقرض شرط، لأن القرض في حكم المعارضة ( فانه ) أي فان زفر « رح » ( يعتبره ) أي يعتبر عقد الهبـــة ( بالبيع لأنه تمليك مثله ) فلا يتم إلا بالقبول .

( ولنا أنه ) أي أن الهبة باعتبار الوهب ( عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهـذا يقال وهب

ولم يقبل ، ولأن المقصود إظهار السماحة ، وذلك يتم به . وأما البيع فمعاوضة ، فاقتضى الفعل من الجانبين ، ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث ، لأنه إسم لما لا ساق له ولهما ساق .

---

ولم يقبل) ولا يقال باع ولم يقبل ، يعني لا يسمى تبعاً ما لم يوجد القبول ( ولأن المقصود ) من الهبة ( إظهار السماحة ) أي الكرم ( وذلك ) أي إظهار السماحة ( يتم به ) أي بالحالف الواهب . ( وأما البيع ) جواب عن قول زفر ، يعني أن البيع فليس كذلك ، لأنه مبادلة المال بالمال ، وهو معنى قوله ( فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين ) أي من جانب البائع وجانب المشتري .

( ومن حلف لا يشم ريحاناً فشم ورداً أو ياسميناً لا يحنث لأنه ) أي لأن للريحان ( اسم لما لا ساق له ولهما ) أي وللورد وللياسمين ( ساق ) الريحان في اللغة كل ما طلب ريحه من النبات وهذا يتناول الورد والياسمين كما هو مذهب أحمد « رح » ، ولكن عند الفقهاء الريحان ما بساقه رائحة طيبة كالورقة كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسن كالياسمين . كذا ذكره صاحب المغرب .

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ، روى هشام عن محمد « رح » أنه قال ، كل ما حضر فهو ريحان مثل الآس والشاهفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك ليس بريحان . وقال الأترازي « رح » وعلل فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير بقوله لأن الريحان إسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة ، وهو موضوع ذلك لغة ، وقلده الصدر الشهيد وصاحب الهداية ، ثم قال والياسمين والورد لهما ساق. ثم قال الأترازي « رح » ولنا فيه نظر ، لأنه لا يثبت في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلاً ، ولئن صح ما قالوا كان ينبغي أن لا يحنث بالآمر ، لأنه له ساق وليس من البقول أيضاً ، وقد نص الحاكم « رح » على أنه يحنث انتهى . قلت نظره وارد في هذا ، لأن في البلاد البصرية ينبت ريحان وله ساق قدر نصف ذراع ، وأيضاً الايمان بنيته على العرف لا على اللغة ينبغي أن يحنث إذا شم ورداً أو ياسميناً ، ونظرنا إلى اللغة لأن جماعة من أهل اللغة قالوا ، كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان ، فعلى هذا يطلق على الورد والياسمين والريحان .

ولو حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له،فهو على دهنه اعتباراً للعرف، ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج، والشراء يبتني عليه، وقيل في عرفنا يقع على الورق وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه، والعرف مقرر له، وفي البنفسج قاض عليه .

---

( ومن حلف لا يشتري بنفسجاً ولا نية له فهو على دهنه اعتباراً للعرف ) لأن الإيمان محمولة على معاني كلام الناس وفي عرفهم إذا ذكر بنفسج يراد به دهنه لا ورقه ( ولهـذا ) أي ولأجل اعتبار العرف ( يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتني عليه ، وقيل في عرفنا يقع على الورق ) وفيه نظر لا يخفى ويؤيده قوله ، وقيل في عرفنا يقع على الورق ، وقال الفقيه أبو الليث هذا عند أهل العراق ، فأما في بلادنا ، فلا يقع على الدهن إلا أن ينوي . وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » لا يحنث بشراء دهنه اعتباراً بحقيقـة اللفظ ، ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث ، خلافاً للشافعي « رح » وأحمد « رح » ، وذكر الكرخي « رح » أنه يحنث أيضاً .

( وإن حلف على الورد فاليمين على الورق لأنه حقيقة فيه ) أي لأن الورد حقيقـة في العرف ( والعرف مقرر له ) أي العرف أيضاً يقرر لوقوع الحقيقة ، أو لكون الحقيقـة مرادة له ( وفي البنفسج قاض عنه ) أي غالب عليه على وقوع الحقيقة ، فلا يقع على ورقه ، لأن مبني الايمان على العرف لا على الحقيقة ، وقال مشايخنا رحمهم الله ، والبنفسج والورد يقعان على الورق في عرفنا ، قاله الكاكي « رح » وهو الصواب والأوجه والله أعلم .

# كتاب الحدود

قال الحد لغة هو المنع ، ومنه الحداد للبواب ، وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير ، والمقصد الاصلي من شرعه

---

( كتاب الحدود )

أي هذا الكتاب في بيان أحكام الحدود . وجه المناسبة بين البـابين من حيث أن في الأيمان الكفارة التي هي دايرة بين العبادة والعقوبـة ، والحدود من العقوبات المحضـة والحدود جمع حد .

( قال ) أي المصنف ( الحد لغة ) أي معنى الحد في اللغة ( هو المنع ) يقال حد عن كذا وكذا ، أي منع عنه وبه سمي السجان حداً ولمنعه المحبوسين عن الخروج (ومنه الحداد للبواب ) أي ومن هذا المعنى ، قيل للبوب حداً ولمنعة الناس عن الدخول في الدار التي هو باب فيها وسمي المعرف للشيء حد ، لأنه يمنع الخارج عن الحدود عن الدخول .

( وفي الشريعة هو ) أي الحد ( العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ) ينوي بهـا حق الله تعالى ( حتى لا يسمى القصاص حداً لأنه حق العبد ) بدلالة جواز العفو والاعتياض ( ولا التعزير حد) أي ولا يسمى التعزير حداً أيضاً ( لعـدم التقدير فيه ) أي ليس يقـدر هذا على ما عليه عامة أصحابنا « رح » . وقال صدر الإسلام البزدوي « رح » في مبسوطـه ، والقصاص سمي حداً أيضاً ، وحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده ، أعني عن القصد المنهي عنـه ( والمقصد الأصلي من شرعه ) أي القصد الكلي من مشروعية الحـد

الإنزجار عما يتضرر به العباد . والطهارة ليست أصلية فيه ، بدليل شرعيته في حق الكافر . قال الزنا يثبت بالبينة والإقرار، والمراد ثبوته عند الإمام ، لان البينة دليل ظاهر ، وكذا الإقرار لان الصدق فيه مرجح ، لا سيا فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة ،

---

( الانزجار عما يتضرر به العباد ) في النفس والعرض والمال ، ففي حد الزنا صيانة النفس، وفي حد القذف صيانة العرض ، وفي حد الربا صيانة المال .

(والطهارة ليست بأصلية فيه) أي في الحد ( بدليل شرعيته ) أي مشروعيته ( في الكافر ) وهذا يجب الحد على الذي زنا ، ويطهر عن الذنب بإجراء الحد عليه ، فعلم أن المقصود من الحد الإنزجار لا الطهر .

( قال ) أي القدوري « رح » ( الزنا يثبت بالبينة والإقرار )هذا لفظ القدوري«رح» في مختصره ، قال صاحب الهداية « رح » ( والمراد ثبوته عند الإمام ) أي الحاكم ، إنما قال ذلك لأن ثبوت الزنا في نفس الأمر لا يقف على وجود البينة أو الإقرار ، لأنه أمر حسي يوجد ، وإن لم يوجد أو قد يوجدان ولا يوجد الزنا لاحتمال الكذب فيهما ، فحصل الإنفكاك بين الزنا وبينهما وجوداً وعدماً . فالقاضي مأمور بالحكم يثبت عنده من الظاهر ، فلأجل هذا يشترط ثبوته عند الإمام بالبينه والإقرار ( لأن البينة دليل ظاهر ) لأن الله تعالى قال ﴿ فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ١٥ النساء ، ( وكذا الإقرار ) دليل ظاهر ( لأن الصدق فيه مرجح ) على الكذب ( لا سيا ) أي خصوصاً ( فيما يتعلق ) أي في الشيء الذي يتعلق ( بثبوته مضرة ) أي ضرر ظاهر متصل ببدن المقر من أجره الحدعليه ( ومعرة ) أي عار تلحقه بانتسابه إلى الزنا والعار أشد من النار .

وفي ديوان الأدب المعرة المساءة والأذى مفعلة من العر وهو الجرب ، وفي الصحاح المعرة الاسم واعلم أن الزنا يمد ويقصر ، فالقصر لأهل الحجاز ، والمد لأهل نجد . قال الفردوب وهو من يهجو بشعره أبا حاضر شعر :

من يزن يعرف زناه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكراً

والوصول إلى العلم القطعي متعذر ، فيكتفى بالظاهر . قال فالبينة أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ١٥ النساء ، وقال الله تعالى ﴿ ثم لم ياتوا بأربعة شهداء ﴾ ٤ النور ، وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ، ايت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ،

---

بفتح الكاف من التسكير ، وهو الخمور ، والخرطوم اسم من أسماء الخمر ، والنسبة إلى المقصور زنوى وإلى الممدود زناوى .

وربما يظهر أن معنى الزنا في اللغة البغي ، وفي الشرع الزنا قضاء المكلف شهوته في قبل امرأة خالية عن الملكين، وشبهتها وشبهة الإشتباه ، ويمكن المرأة عن ذلك،واختير لفظ القضاء إشارة إلى أن مجرد الإيلاج زنا ولهذا يجب فيه الغسل هدياً للمكلف ليخرج الصبي والمجنون . والمراد بالملكين ملك النكاح وملك اليمين ، وشبهة النكاح وهي ما إذا وطىء امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وما أشبهه ، أو شبهة ملك اليمين ما إذا وطىء جارية ابنه أو مكاتبه أو عبده المأذون وشبهة الاشباه ، فإذا وطىء الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له .

( والوصول إلى العلم القطعي ) بغير الوصول إلى ثبوته إلى العلم القطعي ( متعذر ) لأنه أمر مبناه على الاخفاء والستر(فيكتفي بالظاهر ) البينة والاقرار . ( قال ) أي القدوري « رح » (فالبينه أن يشهد أربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا . لقوله تعالى ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ ١٥ النساء . وقال الله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ٤ النور ، وقال عليه السلام ) أى قال النبي ﷺ ( للذى قذف امرأته إيت بأربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب .

وبمعناه ما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث ابن كثير عن الفضل بن مالك قال الأول لعان كان في الاسلام أن شريك بن غمامة قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعه إلى النبي ﷺ فقال له يا رسول الله ﷺ أربعة شهداء يشهدون وإلاقحد في ظهرك،قال يارسول

# ولان في اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليـــه ، والإشاعة ضده

الله ﷺ إن الله تعالى يعلم إن شهدوا لصادق ولينزلن الله عليك ما يبرىء ظهرى من الحد، فأنزل الله تعالى آية اللعان ولاعن النبي ﷺ ، وفرق بينهما ، وأخرجه البخاري في اللعان عن ابن عباس رضي الله عنهما ، أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ، فقال النبي ﷺ البينة وإلا فحد في ظهرك .

( ولأن في اشتراط الأربعة ) هذا احتراز عن قوله البعض ، فإنهم يقولون إنما اشترط الأربع للزنا لا يتم إلا بآيتهن ، وفعل كل واحد لا يثبت إلا بشهـــادة شاهدين . قال المصنف ليس كذلك بل هي في اشتراط الأربـع ( تحقيق [1] معنى الستر وهو ) أي الستر ( مندوب اليه ) لما روى الترمذي « رح » من حديث أبي هرة « رض » قال : قال رسول الله ﷺ من ستر عليها ستره الله في الدنيا والآخرة ، والشرط في الأربع من الرجال أن يكونوا أحراراً، عدولاً ، بالغين ، فلا تقبل شهادة الرجال مع النساء ، ولا يقبل فيـــه كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ( والاشاعة ) أي إظهـــار الزنا ( ضده ) أي ضد الستر . فلما كان الستر مندوباً ، كانت الاشاعة مؤقتة وكيف فانه تعالى قال ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا ﴾ ١٩ النور ، لا يذم المستعير ، ولهذا لو أخذ شيء من شرائط الشهادة بأن أشهد الأصيل من أربعة أو شهدوا بالزنا متفرقين في مجالس مختلفة واحداً بعد واحد ، فانهم يحدون حد القذف عندنا خلافاً للشافعي « رح » .

في المبسوط أشار عمر رضي الله عنه أن اشتراط الأربـع لأجل الستر حتى شهد أبو بكر رضي الله عنه وسئل ابن معير ونافع بن الأزرق على المغيرة بن شعبة بالزنا ، فقال الزيادة وهو الرابع ، ثم يتشهد قال رأيت أقداماً بادية ، وأنفاساً عاليـــة وأمراً منكراً . وفي رواية قال رأيتهما تحت لحاف واحد ، يخفضان ويرفعان ويضطربان اضطراب الخبزان ، وفي رواية رأيت رجلاً أفعى وامرأة صرعى ورجلين مخضوبتين واسته تجيء وتـذهب ،

---

(١) يتحقق — هامش .

## وإذا شهدوا يسألهم الإمام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى

ولم أر ما سوى ذلك . فقال عمر رضي الله عنه ، الله أكبر ، الحمد لله الذي لم يفضح واحداً من أصحاب رسول الله ﷺ .

( فاذا شهدوا ) أى شهدوا بالزنا الشهود ( يسألهم الامام عن الزنا ما هو ) أي حقيقة الزنا وماهيته لأنه حابساً فكلمه ما إلا عن الماهية ، لأن من الناس من يعتقد كل وطء حرام أنه زنا ، كوطء الحائض ، والنفساء ، والأمة المجوسية ، والأمة المشتركة ، والأمة التي هي أخته من الرضاع ، فان كل ذلك حرام وليس بزنا ، ولأن الشرع سمى فعل الحرام فيما دون الفرج زنا مجازاً ، بقوله العينان تزنيان وزناها النظر ، واليدان تزنيان وزناها البطش ، والرجلان تزنيان وزناها المشي ، والفرج يصدق ذلك أو يكذب .

والحد لا يجب إلا بالجماع في الفرج ، ألا ترى أنه عليه السلام استقر ماعزاً « رض » إلا أن ذكر الكاف والنون أراد به قوله فكن ، لأن ذلك صريح في الوطء ، والباقي كناية عنه ، وأيضاً يمكن أن يسمى الشهود مقدمات الزنا زناً ويجب الإحتراز عن مثل ذلك .

( وكيف هو ) أي يسألهم أيضاً عن كيفية الزنا للاحتراز عن مثل ذلك عاس الفرجين من غير إيلاج . ألا ترى أنه عليه السلام استقر ماعزاً « رض » عن كيفية الزنا ، فقال كالميل في المكحلة ، والرشاد في البئر ، وقيل للاحتراز عن صورة الإكراه ، لأن وطء المكره لا يوجب الحد ( وأين زنى ) أي يسألهم عن المكان بقوله أين زنى فإنه احتراز عن الزنا في دار الحرب ، لأن المسلم إذا زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لأنه لم يكن الإمام على بدنه عند وجوب الحد ( ومتى زنى ) أي يسألهم عن الزمان فقوله متى زنى كأنه احترز عن زناً متقادم والشهود إذا شهدوا بذلك لا يقبل ، واحترزا أيضاً عن وطء الصبي والمجنون لأن فعلها لا يوصي بالحرمة ( وبمن زنى ) أي يسألهم بمن زنى ، يعني المزنية من هي ، فإنه احتراز عن الوطء الواقع في محل يكون الوطيء فيه بشبهة لا يعرفها الواطيء ، ولا الشهود كجارية الإبن ، ويجوز أن تكون الموطوءة امرأة الواطيء ، أو جاريته ولا يعلمها المشهود .

لان النبي عليه السلام استفسر ماعزاً رض » عن الكيفية ، وعن المزنية ، ولان الإحتياط في ذلك واجب ، لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه ،أو زنى في دار الحرب ، أو في المتقادم من الزمان ،أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود ، كوطء جارية الإبن.فيستقضي في ذلك احتيالاً للدرء ، فاذا بينوا ذلك. وقالوا رأيناه وطئها في فرجها

---

( لأن النبي ﷺ استفسر ماعزاً « رض » عن الكيفية وعن المزنيـــة ) هذا أخرجه أبو داود « رض » عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم « رض » بن هزال ، قال ، كان ماعز بن مالك « رض » يتيماً في حجر أبي ، فأصاب جارية من الحي فقال له إيت رسول الله ﷺ فأخبره بما صنعت ، لعله يستغفر لك ، قال فأتاه فقـــال يا رسول الله ﷺ ، إني زنيت ، فأقم علي كتاب الله فأعرض عنه ، فعاد حتى قالها أربع مرات ، فقال عليه السلام ، إنك قد قلتها أربع مرات فيمن قال بفلانة ، قال هل ضاجعتها قال نعم ، قال هل باشرتهـــا قال نعم ، قال هل جامعتها قال نعم ، فأمر به أن يرجم الحديث .

( ولأن الإحتياط في ذلك واجب ) أي في الاستفسار ( لأنــه ) أي لأن المشهود عليه بالزنا ( عساه غير الفعل في الفرج عناه ) أي قصده ، ولا يكون ماهية الزنا ، ولا كيفية موجودة في دار الحرب .

( أو زنى في دار الحرب ) أي أو يكون المشهود عليـه زنى في دار الحرب ( أو في المتقادم من الزمان ) أي أو يكون زنى في الزمن المتقادم ( أو كانت له شبهة لايعرفهاهو ) أي المشهود عليه ( ولا الشهود ) أي ولا يعرفها الشهود ( كوطء جارية الإبن فيستقضى ) أي الإمام وضبطه الكاكي « رح » ، على صيغة المجهول ( في ذلك ) أي فيما ذكر من الأشياء وقد ذكرناها جميعاً .

( احتيالاً للدرء ) أي لأجل الحيلة لدرء الحد ، لمــا روى الترمذي « رح » من حديث عائشة رضي الله عنها ، قالت قال رسول الله ﷺ ، ادرؤوا الحـدود ما استطعتم ( فإذا بينوا ذلك ) أي فإذا بين الشهود الزنا ، بما ذكر من الأمور ( وقالوا رأيناه وطئها في فرجها

كالميل في المكحلة . وسأل القاضي عنهم . فعدلوا في السر والعلانية . حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود . احتيـالاً للدرء قال عليه السلام ادرؤوا الحدود ما استطعتم . بخـلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة « رح » وتعديـل السر والعلانية نبينه في الشهـادات إن شاء الله تعـالى ، قال في الأصل يحبسه

---

كالميل في المكحلة ) بضمتين وما الكحل ( وسأل القاضي عنهم ) أي عن الشهود (فعدلوا) عن صيغـة المجهول ( في السر والعلانيـة ) صورة التعديل في السران ، يبعث القاضي بأسماء أول الشهود إلى العـدل ، بكتاب فيه أسماؤهم وأنسابهم وحلامهم ومحـالهم وسوقهم ، حتى يعرف العدل ذلك ، فيكتب تحت إسم من كان عدلاً ، عدلى جائز الشهادة ، ومن لم يكن عدلاً فلا يكتب تحت اسمه شيئاً ، أو يكتب الله أعلم ، وصورة التعديل في العلانية ، أن يجمع بين العدل والشاهد ، فيقول العدل هذا هو الذي عدلته ، وسيجيء في كتاب الشهادات بعض منه إن شاء الله تعالى .

( حكم بشهـادتهم ) جواب قوله فإذا بينوا بالرجم إن كان الرجم موجب الزنا وبالجلد إن كان موجبه الجلد هنا ، أولم يعرف القاضي عدالة الشهود ، أما إذا عرفها فحكم بـلا تعديل ( ولم يكتف ) على صيغة المعلوم أي لم يكتف القـاضي ، وقال الكاكي « رح » أبو حنيفة لم يكتف بسوق الكلام اليه ( بظاهر العدالة في الحدود احتيـالاً بالدرء ) أي الدفع ( قال ﷺ ادرؤوا الحدود ما استطعتم ) وقد ذكرنا الحديث عن قريب ( بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة ) حيث يكتفي فيها بظاهر العدالة ، لقوله ﷺ المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا إذا طعن الخصم فحينئـذ يسأل القـاضي عن الشهود عنـده أيضـاً .

( وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات إن شاء الله تعالى ) أي بيـان صورتها بذكره في باب الشهادات وقد ذكرناه آنفاً .

( قال في الأصل ) أي قال محمد في المبسوط ( يحبسه ) أي يحبس القاضي الشهود عليه

حتى يسأل عن الشهود ، للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا ، بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق إن شاء الله

---

بالزنا ، بعد وصف الشهود الأشياء المذكورة ( حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية ) أي لأجل كون الشهود عليه متهماً بالجناية فلذلك يحبسه خوفاً من خروج ، فلا يظهر بعد ذلك ، ولا يأخذ الكفيل منه ، لأن في أخذه نوع احتياط ، فلا يكون مشروعاً ، بما يدرأ بالشبهات ، فإن قيل الإحتياط في المجلس أظهر . قلنا حبسه للتعزير لأنه صار متهماً بارتكاب الفاحشة وأشار اليه المصنف « رض » بقوله للاتهام .

( وقد حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة ) هذا روي عن جماعة من الصحابة «رض» عن معاوية بن جندب « رض » أخرج حديثه أبو داود « رح » والترمذي« رح »والنسائي « رح » أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً في تهمة ، وزاد الترمذي والنسائي ، ثم خلى سبيله ، وقال الترمذي « رح » حديث حسن ، ورواه الحاكم « رح » في المستدرك ، وصححه ، وعن أبي هريرة « رض » أخرج حديثه الحاكم في المستدرك والبزار وأبو نعيم « رح » في مسنديها ، أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة أياماً وليلة استظهاراً أو احتياطاً، وفي مسنده ابراهيم بن خيثم ، فقال الربيعي متروك .

وعن أنس « رض » أخرج حديثه ابن عدي والعقيلي « رح » في كتابيهما أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ذكر في مسند ابراهيم بن زكريا الواسطي « رح » ، قال العقيلي «رح» مجهول وحديثه خطأ . وقال ابن عدي « رح » وهو باطل ، وعن أنس « رض » أخرج حديثه الطبراني « رح » في الأوسط أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة .

( بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة ) لأن أخذ الكفيل فيها مشروع ، فلا يتلف الحق فلا حاجة إلى الحبس قبل عدالة الشهود ( وسيأتيك الفرق إن شاء الله تعالى ) أي الفرق بينه وبين المديون ، وقال الأترازي « رح » هذه حوالة غير رائجة ونحن بيناه ، قلت أراد به ما ذكره الآن لأن أخذ الكفيل فيها مشروع إلى آخره .

قال والإقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربع مجالس من مجالس المقر، كلما أقر رده القاضي. فاشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد، واشتراط الأربع مذهبنا، وعند الشافعي «رح» يكتفي بالإقرار مرة واحدة اعتباراً بسائر الحقوق وهذا لأنه مظهر وتكرار الإقرار، لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة، ولنا حديث ماعز «رض»

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( والاقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات في أربع مجالس مختلفة من مجالس المقر ، كلما أقر رده القاضي ) هذا كله كلام القدوري « رح » نقله المصنف «رح » ثم شرحه ( واشتراط البلوغ والعقل لأن قول الصبي والمجنون غير معتبر أو هو غير موجب للحد واشتراط الأربع ) يعني في الاقرار (مذهبنا) وبه قال أبو حنيفة « رح » وأحمد « رح » ( وعند الشافعي « رح » يكتفي بالاقرار مرة واحدة ) وبه قال الامام مالك « رح » ( اعتباراً بسائر الحقوق ) يعني في سائر الحقوق القرب يعتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك هنا ( وهذا ) أي الاعتبار بسائر الحقوق ( لأنه ) أي لأن الاقرار ( يظهر ) حقيقة الأمر حجة بنفسه ، فلا يشترط التكرار ، كما في سائر الحقوق .

( وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ) لأن الشاهد الثاني ، يفيد طمأنينة القلب زيادة على ما أفاده الأول .

( ولنا حديث ماعز « رض » ) حديث ماعز بن مالك مشهور رواه البخاري ومسلم « رح » عن أبي هريرة « رض » قال أن رجلاً من المسلمين جاء رسول الله ﷺ وهو في المسجد فناداه فقال يا رسول الله ﷺ إني زنيت فأعرض عنه حتى نفى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع مرات ، دعاه رسول الله ﷺ فقال إنك مجنون ، قال لا ، قال

فإنه عليه السلام أخر الاقامة إلى أن تم الاقرار منــه أربع مرات في أربع مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب .

---

فهل حصنت ، قال نعم ، فقال رسول الله ﷺ اذهبوا به فارجموه ، فرجمنـاه بالمصلى فلما اذلقة الحجارة هرب ، فأدركناه بالحرة فرجمنـاه وروى حديث ماعز « رض » أيضاً مسلم عن جابر بن عروة ورواه أيضاً عن ابن عباس « رض » وعن يزيد « رض » أيضاً في الكل الاقرار بأربع مرات .

( فإن النبي ﷺ أخر الإقامة ) أي إقامة الحد ( إلى أن تم الإقرار منه ) أي من ماعز « رض» ( أربع مرات في أربع مجالس فلو ظهر دونها ) أي فلو ظهر إقراره موجباً للحد دون الأربع ، أي أربع مرات ( لما أخرها ) أي لما أخر إقامة الحد ( لثبوت الوجوب ) حاصل المعنى لو كان الإقرار مرة واحدة كأن لم يؤخر ، لأن إقامة الحد عنـــد الصورة واجبة ، وتأخير الواجب لا يظن برسول الله ﷺ ، فإن قال قائل إذا لم يثبت الحد بإقراره مرة واحدة ، فقد اعترف بالوطء لا يوجب الحد ، يوجب المهر وإذا وجب المهر ، لا يجب الحد مما بعد ، لأن المهر والحد لا يجتمعان في وطيء واحد .

أجيب بأن الإقرار أربع مرات ، ولما اعتبر حجة لإثبات الزنا لم يتعلق بوجوب المهر بالإقرار مرة واحدة فقد اعترف بوطيء لا يوجب ، وإنما الحكم موقوف بأن تمت الحجة ، وجب الحد وإن لم يتم ، وجب المهر . فإن قيل إنما أعرض النبي ﷺ لأنـــه اشتهر أي في عقله ، فقد جاء أشعث أغبر مغير اللون ، إلا أنه لما أمر على إقرار دوام على نهج العقـــل أقبله ، بعد ذلـــك ، ثم لزوال الشبهـــة بالسؤال ، فقال إنـــك مجنون ، أما تغير الحال بدليل التوبة والخوف من الله عز وجل ، لا دليـــل الجنون ، وإنما قال رسول الله ﷺ إنـــك مجنون ، تلقيناً لما يدرأ بالحد ، كما يقال ، لعلك وطئتهـــا لترجع عن الزنا إلى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه ، وكما قال للسارق أسرقت ، ما أخاله سرق ، ولأن الشهـادة فيـــه دليل معقول ، فظن جواب عن اعتبـــار الشافعي « رح » بسائر الحقوق وتقريره :

ولأن الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد . فكذا الاقرار إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر ، ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا . ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي . فالاختلاف بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي

---

( لأن الشهادة فيه ) أي في الزنا ( اختصت بزيادة العدد ) لأجل التغليظ ولم يختص سائر الحقوق بذلك ( فكذا الإقرار ) اشترط أربع مرات ، لأن إحدى الحجتين لما اختصت بزيادة ليست في سائر الحقوق ، فكذلك في الحجة الأخرى ( إعظاماً لأمر الزنا وتحقيقاً لمعنى الستر ) أي لأجل تعظيم أمر الزنا وتحقيق معنى الستر ، لأن الستر مندوب منه كما ذكرنا ( ولا بد من اختلاف المجالس ) أي في الإقرار خلافاً لأحمد وابن أبي ليلى رحمهما الله ( لما روينا ) أشار إلى قوله لأنه عليه السلام ، أخر الإقامة إلى أن تم الإقرار منه أربع مرات في أربع مجالس ( ولأن لاتحاد المجلس أثراً في جمع المتفرقات ) كما في المسجد ( فعند ذلك ) أي عند اتحاد المجلس ( يتحقق شبهة الإتحاد في الإقرار ) ألا ترى إلى ما قال في حديث ماعز رضي الله عنه ، من إقراره خمس مرات فكان منها مرتباً في جهة واحدة. فلم يعتبر ذلك ، ولم يذهب اليه أحد من المجتهدين « رح » ( والإقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه ) أي مجلس المقر في وجوب الحد ( دون مجلس القاضي ) وفي بعض النسخ فيصير اتحاد مجلسه أي يعتبر اتحاد المجلس المقر في عدم وجوب الحد ، لا مجلس القاضي ( والاختلاف ) أي اختلاف مجلس بأن يرده القاضي في كل مرة بأن يقول إنك مجنون ولعلك قبلتها أو لمستها فقال بعضهم ، يعتبر اختلاف مجلس القاضي ، والصحيح الأول ، كذا في شرح الطحاوي ، وفي المصنف « رح » الاختلاف بقوله :

( بأن يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر ، هو المروي عن أبي

حنيفة رحمه الله لأنه عليه السلام طرد ماعزا « رض » في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة . قال ، فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ، ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فاذا بين ذلك لزمه الحد ، لتمام الحجة ، ومعنى السؤال عن هذه الأشياء بيناه في الشهادة . ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة ، لأن تقادم العهد ، يمنع الشهادة دون الاقرار ، وقيل لو سأله جاز

---

حنيفة رحمه الله ، لأن النبي ﷺ طرد ماعزاً في كل مرة حتى توارى ) أي استتر ( بحيطان المدينة ) هذا الحديث ، بهذا اللفظ غريب ومعناه ، ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء ماعز بن مالك رضي الله عنه إلى النبي ﷺ فقال ، ألا تعذرني فقال له تلك ، ما يدريك من الزنا ، فأمر به فطرد وأخرج ، ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد ثم أتاه الثالثة فقال له ذلك ، فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال له مثل ذلك أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرجم .. الحديث .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( فإذا تم إقراره أربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى ، فإذا بين ذلك لزمه الحد ) هذا كله لفظ القدوري وقال المصنف عقيبه (لتمام الحجة ) أي لتمام الدليل الموجب لاقامة الحد ( ومعنى السؤال عن هذه الأشياء ) أي عن ماعز الزنا وكيفيته ومكانه عن المزنية ( بيناه في الشهادة ) على الزنا ، وهو تحقيق ما يوجب بها الحد ( ولم يذكر السؤال ) أي القدوري ( فيه ) أي في الاقرار ( عن الزمان ) أي عن سؤال الزمان ( وذكره ) أي والحال أنه ذكره ، أي ذكر السؤال عن الزمان . ( في الشهادة ) على الزنا بأن يقول متى زنيت ( لأن تقادم العهد ) أي الزمان ( تمنع قبول الشهادة ) لتهمة لحقه ، والمرء لا يتهم على نفسه ، فيقبل إقراره وإن تقادم العهد ، وهو معنى قوله ( دون الاقرار وقيل لو سأله جاز ) أي لو سأله الزمان جاز ، قالوا في الفتاوى ويجوز أن يسأل الزمان في الاقرار أيضاً .

لجواز أنه زنى في صباه، فان رجع المقر عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه، قبل رجوعه وخلى سبيله، وقال الشافعي «رح» وهو قول ابن أبي ليلى. يقيم عليه الحد. لأنه وجب الحد باقراره. فلا يبطل برجوعه وإنكاره. كما إذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف.

---

(لجواز أنه زنى في صباه) أي في حالة الصغر (فإن رجع المقر) أى المقر بالزنا إذا رجع (عن إقراره قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله، وقال الشافعي «رح» وهو قول ابن أبي ليلى يقيم الحد عليه) يعني لا يقبل رجوعه بعد الاقرار، ويلزمه الحد. واسم ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى «رح» قاضي الكوفة، واسم أبي ليلى «رح» يسار خلاف اليمين وقال الكاكي «رح» كذا وقع في نسخ أصحابنا «رض» يعني ذكر خلاف الشافعي «رح» هنا، ولكن خرج في كتب أصحاب الشافعي «رح» أنه لو أقر على نفسه بالزنا، ثم رجع، يسقط عنه الحد، وكذا لو رجع بعدما أقيم الحد، يترك الباقي، قبل قولنا.

وعن أحمد «رح» مثل قولنا، وعن الامام مالك في قول الرجوع روايتان، وقال الكاكي أيضاً، ثم اختلاف المجلس في الشهادة يمنع قبول الشهادة في الزنا وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي والحسن بن صالح، إذا شهدوا بالزنا متفرقين يحدون حد القذف قال الشافعي «رح» وعثمان «رض» الذين لا يحدون حد القذف، إذا كان الزنا واحد، فلا يشترط اتحاد المجلس، وحد اتحاده، ما دام الحاكم جالساً لأن النص شرط الأربع مطلقاً، فلا يفيد باتحاد المجلس كسائر الشهادات ولنا قول عمر «رض» لو جاؤوا مثل ربيعة ومضر كل فرادى لجلدتهم، ولو كان الزوج أحدهم يقبل عندنا، خلافاً للشافعي «رح» هو يقول فيه تهمة ونحن نقول أنه يعتبر بزنا امرأته فكان أبعد عن التهمة كشهادة الوالد على الولد.

(لأنه وجب الحد بإقراره فلا يبطل برجوعه وإنكاره، كما إذا وجب) أى الحد (بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف) أى صار حكم هذا كحكم من يرجع في القصاص

ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار . وليس أحد يكذبه فيه ، فيتحقق الشبهة في الاقرار . بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص . وحد القذف لوجود من يكذبه . ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع . ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له : لعلك لمست أو قبلت لقوله عليه السلام لماعز « رض » لعلك لمستها أو قبلتها

---

عن حد القذف إذا ثبت أن الاقرار حيث لا تقبل الرجوع ( ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه ) أي في الرجوع ( فيتحقق الشبهة في الاقرار ) فتعارض الرجوع مع الاقرار يسقط الحد ، لأن الحدود تندرىء بالشبهات .

( بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ) هو الخصم ( ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ) فإن أحداً يكذبه فصح الرجوع فيه ، لكن إذا اغترّ بالسرقة ثم رجع صح رجوعه ، في حق القطع ، ولا يصح في حق المال ، كذا في شرح الطحاوي .

( ويستحب للإمام أن يلقن المقر الرجوع ويقول له لعلك لمست أو قبلت لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لماعز « رض » لعلك قبلتها أو لمستها ) هذا كلام القدوري في مختصره يروي هذا الحديث بهذا اللفظ الحاكم في المستدرك عن حفص بن عمر العدني ، حدثنا الحاكم بن ابان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن ماعز رضي الله عنه أتى إلى رجل من المسلمين فقال إني أصبت فاحشة فما تأمرني فقال له اذهب إلى رسول الله ﷺ ليستغفر لك ، فأتى النبي ﷺ فأخبره ، فقال له لعلك قبلتها ، قال لا ، قال لعلك لمستها ، قال لا ، قال ففعلت بها كذا أو لم يكن ، قال نعم ، قال اذهبوا به فارجموه ، وسكت الحاكم عنه .

وتعقبه الذهبي « رح » في مختصره ، فقال وحفص بن عمر العدني ضعفوه ، والحديث عند البخاري بلفظ لعلك قبلت أو لمست أو نظرت ، قال لا ، قال أفنكتها ، قال نعم ، فعند ذلك أمر برجمه ، وعند أحمد « رح » في مسنده لعلك قبلت أو لمست أو نظرت .

وقال في الأصل وينبغي أن يقول له الإمام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة ، وهذا قريب من الأول في المعنى .

## فصل في كيفية الحد وإقامته

وإذا وجب الحد وكان الزاني محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت ،

---

( وقال في الأصل ) أي في المبسوط ( وينبغي أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة ) قال في المبسوط يرد الامام المعترف بالزنا في المرة الأولى والثانية والثالثة ، فإن عاد الرابعة فأقر عنده لما سأله عن الزنا ماهو وكيف هو ، فإذا صنعته وأثبته قال له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة ( وهذا ) أي المذكور في الأصل ( قريب من الأول في المعنى ) أي قريب بما قاله القدوري « رح » ، لأن في كل منهما تلقين الرجوع للمقر ، حتى لو قال المقر نعم سقط الحد .

## ( فصل في كيفية الحد وإقامته )

أي هذا فصل في بيان كيفية الحد . والكيفية ما يقال به للشيء كيف هذا ، وكيف كلمة موضوعة للسؤال عن الحال . قوله وإقامته ، أي وفي بيان كيفية إقامة الحد ، وذكر هذا الفصل بعد وجوب الحد ، لما إذا إقامته وكيفية مرتبته على نفس الحد في الوجود .

( وإذا وجب الحد وكان الزاني ) أي والحال أنه قد كان الزاني ( محصناً رجمه بالحجارة حتى يموت ) أي الإمام أو القاضي والمحصن من أحصن الرجل فهو محصن بفتح الصاد ، وهذا أحد ما جاء على أفعل ، فهو مفعل ، وامرأة محصنة أي متزوجة ، وليس في كلامهم أفعل ، فهو مفعل إلا ثلاثة أحرف ، أحدها هذا ، ويقال أسهب من لدغ الحية ، أي ذهب عقله وهو سهب . قال المراجم فمات عطشان وعاش سهباً ، ويقال الفح الرجل فهو يلقح إذا رقف حاله .

لأنه عليه السلام رجم ماعزاً وقد أحصن . وقال في الحديث المعروف وزنا بعد إحصـان ، وعلى هذا إجماع الصحابة « رض » .

---

( لأنه عليه السلام ) أي لأن النبي ﷺ ( رجم ماعزاً رضي الله عنه وقـد أحصن ) على صيغة المجهول ، أي والحال أنه كان محصناً وقد مضى الحديث من رواية البخـاري ومسلم عن أبي هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام قال له أحصنت قال نعم ، فقـال عليه السلام اذهبوا به فارجموه .

( قال وفي الحديث المعروف وزناً بعد إحصان ) هذا مروي من حديث عثمان «رض» وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجة عن حماد بن زيد عن يحيى بن سعيد عن أسعد بن سهل عن أبي أمامة الأنصاري عن عثمان رضي الله عنه أنه أشرف عليهم يوم الدار ، فقال أنشدكم الله ، أتعلمون أن رسول الله ﷺ قال لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد إحصان ، وارتداد بعد إسلام ، وقتـل نفس بغير حق ، قالوا اللهم نعم ، قال فعلام فقتلـوا في الحـديث وقال الترمذي حديث حسن ، وروي من حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه أبو داود في سننه عنها قالت قال رسول الله ﷺ لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث ، رجل زنى بعـد إحصان فإنه يرجم ، ورجل خرج محاربـاً لله ولرسوله فإنه يقتـل أو يصلب أو ينفى من الأرض ، ورجل قتل نفساً فإنه يقتل بها .( وعلى هذا إجماع الصحابة ) أي على وجوب رجم المحصن إجماع الصحابـة رضي الله تعالى عنهم أجمعين .

وروى الترمذي باسناده عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال رجم رسول الله ﷺ ، ورجم أبو بكر ، ورجمت ، ولولا أن أزيد في كتاب الله لكتبته في المصحف ، فاني خشيت أن يجيء أقوام فلا يجدونـه في كتاب الله ، فيكفرون فيه . وحديث عمر رضي الله عنه مذكور في الموطأ أيضاً . قلت قـد كان رجم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بحضرة الصحابة ، ولم ينكرها أحد فحل محل الإجماع . وفي شرح الأقطع ولا خلاف في ذلك بين الأمة ، إلا ما روي عن الخوارج أن الحد كـله الجلد ، ولا رجم ، وإنما قالوا ذلك لأنهم لا يقبلون أخبار الآحاد ، وقولهم لا يلتفت اليه ، لأنه خرق الاجماع ، والأحاديث فيه كادت أن تكون متواترة .

قال ويخرجه إلى أرض فضاء ويبتدىء الشهود برجمه ثم الإمام ثم الناس، كذا روي عن علي «رض» ولأن الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء، وقال الشافعي «رح» لا يشترط بدايته اعتباراً بالجلد، قلنا كل واحد لا يحسن الجلد، فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق، ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف .

---

( قال ) أي القدوري ( ويخرجه إلى أرض فضاء ، ويبتدىء الشهود برجمه ، ثم الإمام ، ثم الناس ، كذا روي عن علي رضي الله عنه ) قوله كذا روي عن علي في المصنف روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الله بن ادريس عن زيد عن عبد الله بن أبي ليلى أن علياً رضي الله عنه كان إذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم رجم الناس وإذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس .

( ولأن الشاهد قد يتجاسر على الأداء ) أي يجترىء على اداء الشهادة كاذباً (ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته احتيال للدرء له ) أي فكان في ابتداء الشهود بالرجم حيلة لدفع الحد ، لأنا أمرنا به .

( وقال الشافعي لا يشترط بدايته ) أي بداية الشاهد ، وبه قال مالك وأحمد وأبو يوسف رحمهم الله ، في رواية ( اعتباراً بالجلد ) حيث لا يشترط فيه بدايتهم ، وقالت الشافعية « رح » ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمي ، وكذا لو ثبت الزنا باقرار ، لا يشترط حضور الإمام ولا نائبه عندهم ، ولكن يستحب حضورهم وبدايتهم بالرمي ، وكذا لو ثبت الزنا بالإقرار لا يشترط حضور الإمام .

( قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكاً والإهلاك غير مستحق ) أي في الجلد ( ولا كذلك الرجم لأنه إتلاف ) لأن فيه مستحق للنقل بخلاف الجلد لأنه للتأديب والزجر .

قال فإن امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لأنـــه دلالة الرجوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا ، في ظاهر الرواية . لفوات الشرط ،

---

(قال) القدوري «رح»(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحدلأنه) أي لأن امتناعهم عن الإبتداء ( دلالة الرجوع ) وكذا إذا امتنع بعضهم ( وكذلك ) أى سقـــط الرجم ( إذا ماتوا ) أى الشهود ( أو غابوا ) لأن الشرط بدا لهم وقد تقدم ذلك بالموت والغيبة، وكذا زعموا أو خرسوا أو جبنوا أو فسقوا أو ارتدوا وقذفوا فحدوا سواء اعترض ذلك قبل القضاء ، أو بعد القضاء ، قبل الامضاء ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحـــدود ، فاذا لم يحصل الإمضاء فكأنه لم يحصل القضاء وقيل بقوله ( في ظاهر الروايـــة لفوات الشرط ) احترازاً عما روي عن أبي يوسف « رح » في شرح الطحاوي أنه قال لا يبطـــل الرجم بموت الشهود ، ولا يفقهم هذا ، إذا كان الشهود عليه محصنـــاً . أما إذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد « رح » في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ، ويبطل فيا سواها ، وكذلك ما سوى الحدودمن حقوق الناس .

وفي الذخيرة ، ولو كان الشهود أو بعضهم مقطوع اليـــدين ، أو مرضى لا يستطيعون الرمي ، وحضروا رمي القاضي ، ولو قطعت بعد الشهادة ، امتنعت الإقامة ، ولو غاب واحد منهم ، أو يرجع حتى يحضر كلهم .

وفي المبسوط إذا امتنع الشهود ، سقط الرجم . ولكن لا يقام الحد على الشهود، لأنهم ثابتون على الشهادة ، لأن الإنسان يمتنع عن القتل بحق ويستحب للإمام أن يأمر طائفة ، أي جماعة من المسلمين أن يحضروا لإقامة الحد ، وقد اختلف في عدد الطائفـــة عن ابن عباس « رض » وبه قال أحمد « رح » وقال عطـــاء وإسحاق رحمهم الله اثنتان ، وقال الزهرى « رح » ثلاثة ، وقال الحسن البصرى « رح » عشرة،وقال مالك والشافعي رحمها الله أربعة ، وفي الإيضاح لا بأس لكل من رمى أن يعيد قتـــله ، لأنه المقصود من الرجم ، إلا إذا كان الرجم محرم من المرجوم فانه لا يستحب أن يتعمد قتله . وقد روى عن حنظلة ابن عامر « رض » أنه استأذن رسول الله ﷺ في قتل أبيه وكان كافراً فمنعه من ذلك ، وقال رعه يكفيك عراؤه .

وإن كان مقراً ابتدأ الإمام ثم الناس ، كـذا روى عن علي « رض » ورمى رسول الله ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم.

---

( وإن كان ) أي وإن كان الزاني المحصن ( مقراً ) بالزنا ( ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى علي « رض » ) وقد ذكرناه عن قريب ( ورمى النبي ﷺ الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ) وهذا رواه أبو داود « رح » في سننه ، من حديث أبي بكرة عن أبيه أن النبي ﷺ رمى امرأة بحفر لها أي إلى البعدة . قال أبو داود«رح» حديث عن عبد الرحمن بن عبد الوارث حدثنا زكريا بن مسلم أبو عمران بأسانيد نحوه . وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ، قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفيت أخرها ، وصلى عليها انتهى .

وهذه المرأة هي العامرية . وقال المبرد ينسبه إلى بني عامر قبيلة من العرب في كتب المصاب العرب عابد بطن من خذاعية . وقال المبرد في الكامل بنو عايد بن تضير بن الأزد ابن الغوث في هذه القبيل يقول القائل الأهل أبهاها على نائماً مما فصحب قومها غايد فحشيم بابن فارس واحد [١] .

( ويغسل ) أي المرجوم ( ويكفن ويصلى عليه لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة مرثد بن أبي بريدة عن أبيه قال لما رجم ماعزاً قالوا يا رسول الله ﷺ ما نصنع به ، قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه . وروى اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم على أهل الحجاز لوسقهم وقد رأيتهم ينغمسون في أنهار الجنة . وعن مالك لا يصلى على المرجوم . كذا ذكره ، ولكن ذكر في الجواهر من كتب المالكية غسل وصلي عليه .

---

(١) هكذا سياق الكلام بالأصل ، بهذا اللفظ ، اهـ مصححه .

ولأنه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً ، وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعدما رجمت ،وإن لم يكن محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ، لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ٢النور إلا أنه انتسخ في حق المحصن، فبقي في حق غيره معمولاً به

---

( ولأنه ) أي ولأن المرجوم (قتل بحق ، فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصاً )فانه يغسل ويصلى عليه ( وصلى النبي ﷺ على الغامدية بعدما رجمت ) وقد روى الجماعة إلا البخاري عن ابن حصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنا ، فقالت يا نبي الله أصبت حداً فأقمه علي ... الحديث،وفيه ثم أمر بها فرجمت ثم صلي عليها ... الحديث ، وصح في السنن أيضاً أن النبي ﷺ صلى على الغامدية ودفنت ، وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ، وصاحب المكس هو العشار منها ، والمكس ما يأخذه .

( وإن لم يكن ) أي وإن لم يكن الزاني المقر ( محصناً وكان حراً فحده مائة جلدة ، لقوله عز وجل ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ) قوله الزانية مبتدأ ، والزاني عطف عليه ، والخبر محذوف تقديره فيما فرض عليكم الزانية والزاني ، أي حكمهما ، وهو الجلد ، ويجوز أن يكون الخبر قوله فاجلدوا ، وهو مذهب المبرد ، والأول مذهب الخليل وسيبويه . ودخول الباء في الخبر لتضمن المبتدأ معنى الشرط ،لأن الألف واللام فيه بمعنى الذى ، أى التي زنت والذى زنى فاجلدوهما ، كقولك من زنى فاجلدوا ، كذا قرره الأترازى وفيه تأمل .

( إلا أنه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولاً به ) في حق المحصن بآية أخرى غيره ، بيانه أن قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٢ النور ، والآية عامة في المحصن وغيره ، إلا أنه انتسخ في حق آية أخرى ، فنسخت تلاوتها وبقي حكمها ، والآية الأخرى هو قوله – الشيخ والشيخة فارجموهما البتة نكالاً من الله ، والله عزيز

يأمر الإمام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرباً متوسطاً لأن علياً « رض » لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته، والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لا قضاء الأول الهلاك وخلو الثاني عن المقصود، وهو الانزجار،

---

حكيم – رواها عمر رضي الله عنه في خطبته بحضرة الصحابة « رض » من غير نكير، وقال إن مما يتلي في كتاب الله الشيخ والشيخة إذا زنيا رجموهما البتة نكالاً من الله، والله عزيز حكيم، ولا يتمه في روايته إلا أن الله تعالى صرفها من قلوب العباد لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف، وقال لو كان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها .

( يأمر الإمام بضربه ) أي بضرب الزاني غير المحصن ( بسوط لا ثمرة له ) ثمرة السوط عقد أطرافه، ذكره في الصحاح . وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه، لأنه إذا كان ذلك يصير الضربة ضربتين، وهذا أصح، لما روي أن علياً رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان، وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة، فكانت الضربة ضربتين، والأول هو المشهود ( ضرباً متوسطاً ) أي بين القوي والضعيف، والآن يفسره المصنف، لما روي ( لأن علياً « رض » لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته ) هذا غريب وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة العدوي، قال سمعت أنس بن مالك « رض » يقول كان يؤمر بالسوط فيقطع ثمرته، ثم يدق بين حجرين، حتى يلين ثم يضرب به . قلنا لأنس في زمان من كان، قال في زمان عمر بن الخطاب « رض » وروى عبد الرزاق في مسنده حدثنا معمر عن يحيى بن أبي كثير أن رجلاً أتى النبي ﷺ، فقال يا رسول الله ﷺ، اني أصبت حداً فأقمه، فدعى رسول الله ﷺ بسوط، فأتى بسوط شديد، له ثمرة فقال سوط دون هذا، قال بسوط بكفو لين، فقال سوط فرق هذا، فأتى بسوط بين سوطين فقال هذا، فأمره فجلده .

( والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم ) والمبرح غير بكسر الراء من برح في هذا الأمر غلط علي، واشتد ومن برحا الحمى، وغيرها شدة الأذى، والمؤلم بكسر اللام أي الموجع من الإيلام ( لا قضاء الأول الهلاك ) أي المبرح ( وخلو الثاني ) وهو المؤلم ( عن المقصود وهو الإنزجار )

وينزع عنه ثيابه معناه ، دون الازار لأن علياً « رض » كان يأمر بالتجريد في الحدود ، ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم اليه ، وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب ، وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ، ويفرق الضرب على أعضائه لأن الجمع في عضو واحد ، قد يفضي إلى التلف ،

---

وفي فتاوى الولوالجي إذا كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الجلد فخيف عليه الهلاك إذا ضرب ، يجلد جلداً خفيفاً مقدار ما يتحمله .

( وينزع عنه ثيابه ) هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف ( معناه دون الازار ) يعني معنى كلام القدوري ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الازار ( لأن علياً « رض » كان يأمر بالتجريد في الحدود ) وهذا غريب وقد روي عنه خلاف رواية عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا الثوري عن جابر عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن علي رضي الله عنه أنه أتى برجل في حد وعليه فضربه كساء قسطلاني قاعداً .

( ولأن التجريد أبلغ في إيصال الألم اليه ) أي إلى المضروب وبخلافه روي عن ابن مسعود رواه عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا أبو حنيفة عن مطوق الشعبي ، قال سألت المغيرة بن شعبة « رض » عن الحدود ، أينزع عنه ثيابه ، قال لا إلا أن يكون فرداً أو محقراً ، قال أخبرنا عن جبير عن الضحاك بن مزاحم عن ابن مسعود قال لا يحل في هذه الأمة التجريد ولا بد ولغل .

( وهذا الحد ) أي حد الزنا ( مبناه على الشدة في الضرب ) احترز به عن حد القذف ، فإن القاذف يضرب وعليه ثيابه ولكن ينزع عنه الفرو ، والحشو ، وبه قال مالك « رح » وقال الشافعي وأحمد « رح » لا ينزع بل يترك عليه قميص أو قميصان ( وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ) يعني يحترز منه ولا ينزع ( ويفرق الضرب على أعضائه ) أعضاء المحدود على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين .

( لأن الجمع ) أي جمع الضرب ( في عضو واحد قد يفضي إلى التلف ) وذلك غير

والحـــد زجر لا متلف ، قال إلا رأسه ووجهه وفرجه ؛ لقوله عليه السلام للذي أمره يضرب الحد ، اتق الوجه والمذاكير .

---

مستحق عليه ( والحد زاجر لا متلف ) يعني الحد شرع للزجر لا للاتـلاف ( قال ) أي القدوري ( إلا رأسه ووجهه وفرجه ) هذا استثنى من قوله ويعرف الضرب على أعضائه ، وقال الحاكم الشهيد في الكافي ويعطي كل عضو حظه من الضرب ، ما خلا الوجه والرأس والفرج . وفي قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمهم الله ، يضرب الرأس أيضاً ، وكان قوله والأقوال مثل قول أبي حنيفة « رح » في شرح الطحاوي وروي عن أبي يوسف أنه قال يضرب على الرأس ضربة واحدة .

وعند الشافعي « رح » يضرب كله على الظهر ، وكـذا ذكر عن الشافعي « رح » في الكافي ، والمنظومة ، وهذا خلاف ما ذكر في كتبه المشهورة ، ولهذا قال في شرح المجمع بترك ذكر الخلاف ، وعن مالك يخص الضرب على الظهر وما يليه ، وروى ابن سماعة عن محمد « رح » أنه يضرب في الظهر التعزير ، وفي الحـدود يضرب الأعضاء ، وقال الحسن بن صالح يضرب في التعزير أيضاً الأعضاء كلها إلا الوجه والمذاكير .

ولا خلاف في اتقاء الوجه والفرج ( لقوله ﷺ للذي أمره يضرب الحد ، اتق الوجه والمذاكير ) هـــذا الحديث غريب مرفوعاً ، وروى موقوفـــاً عن علي « ر ض » رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا حفص بن عمر عن ابن أبي ليلى « رح » عن عدي بن ثابت عن المهاجر بن عميرة عن علي « رض » أنه يسكر ان اوفى حد فقـــال اضرب ، واعط كل عضو حده ، واتق الوجه والمذاكير ، ورواه عبـد الرزاق أيضاً في مصنفـه ، والمذاكير جمع الذكر ، على خلاف القياس ، كأنهم فرقوا بذلك الجمع بين المذكور الذي هو الفحل ، وبين الذاكر الذي هو العضو .

والنهي عن ضرب الوجه في الصحيحين عن أبي هريرة « رض » قال قال رسول الله ﷺ إذا ضرب أحـدكم فليتق الوجه وأخرج مسلم عن جابر « رض » قال نهى النبي ﷺ عن الضرب في الوجهين وعن الوشم في الوجه .

ولأن الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً ، فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك إهلاك معنى ، فلا يشرع حداً ، وقال أبو يوسف « رح » يضرب الرأس أيضاً رجع اليه ، وإنما يضرب سوطاً لقول أبي بكر « رض » اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً ، قلنا تأويله ، انه قال ذلك فيمن أبيح نقله ، ويقال أنه رد في

---

( ولأن الفرج مقتل ) أي موضع قتل يؤدي إلى الهلاك ( والرأس مجمع الحواس ) فيخاف منها على غاية عقله وعامة حواسه ( وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضاً ) هو جمع حسن على خلاف القياس ( فلا يؤمن فوات شيء منها ) أي من الحواس والمحاسن ( بالضرب وذلك إهلاك معنى ) لأنه يضرب مثله وهي منهية فإذا كان كذلك (فلا يشرع حداً ) أي فلا يشرع شيء من ذلك من حيث الحد .

( وقال أبو يوسف « رح » يضرب الرأس أيضاً رجع اليه ) أي إلى ضرب الرأس ، كان يقول أولاً لا يضرب الرأس ثم رجع وقال ( إنما يضرب سوطاً ) وبه قال الشافعي « رح » في أظهر الوجهين وفي الإيضاح ويضرب الرأس عبد ، لأن ضربه سوطاً وسوطين يخشى لا يجيء منه الفساد ، روى صاحب الأجناس من كتاب الحدود ، املاء رواية أبي سليمان ، قال أبو يوسف يتقى الوجه والفرج والبطن والصدر ، ويضرب للرأس ، وقال في الكامل ومن نص مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لأنه يقتل كالرأس .

( لقول أبي بكر « رض » اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً ) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم أن أبا بكر « رض » أتى برجل أنتفى من أبيه قال أبو بكر « رض » الرأس فإن الشيطان في الرأس . والمسعودي ضعيف .

( قلنا تأويله ) أي تأويل قول أبي بكر « رض » ( أنه قال ذلك ) أي اضربوا الرأس ( فيمن أبيح قتله ) قال الأترازي وأمر أبو بكر ليس حجة لأبي يوسف ( ذلك ورد في

حربي ، كان من دعاة الكفرة والاهــلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائماً . غير ممدود لقول علي « رض » يضرب الرجال في الحدود قيـاماً والنساء قعوداً ، وكان مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود، فقدقيل المد

مشرك من أهل الحرب ) محلوق الرأس وضرب رأسه وجب ، والهلاك مستحق ، كذا أجاب عنه فخر الإسلام وغيره ، في شرح الجامع الصغير انتهى .

قلت فيه نظر من وجوه . الأول : أن أمر أبا بكر رضي الله عنه ورد في رجل ابتغى من أبيه ولم يذكر فيه ، من مشرك من أهل الحرب ، الثـاني : أن المشرك من أهل الحرب اذا دخل دار الإسلام بأمان لا يقتل . والظاهر أن أحداً منهم لا يدخل للرجال إلا بأمان. والثالث : لو سلمنا أن هذا المشرك إذا استحق القتل يقتــل بلا ضرب على رأسه ، لأن الشارع أمر بإحسان القتل ، وهذا كله على تقدير أن يكون أمر أبي بكر «رض» صحيحاً، وهو ضعيف ، كذا ذكرنا فلا يحتاج إلى تطويل الكلام فيه ، ونقل أنه أي أن أمر أبي بكر « رض » ورد في حربي ( كان من دعاة الكفر عنه ) أى يدعو الناس اليهم ، وقـد مر الكلام فيه ( والإهلاك فيه ) أى هـذا الحربي الذى هو من دعاة الكفرة ( مستحق ) والتعذيب بضرب الرأس قبل القتل غير مستحق لما ذكرنا ( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ويضرب في الحدود كلها قائماً ) أى حال كونه قائمـاً ( غير ممدود لقول علي رضي الله عنه قال يضرب الرجال في الحدود قياماً والنسـاء قعوداً ) هذا أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، اخبرني الحسن بن أبي عمارة عن الحكم عن يحيى ابن الجزار عن علي « رض » قال يضرب الرجل قائمـاً والمرأة قاعدة في الحد .قوله قيـاماً أى قائمين وقعوداً أى قاعدات ، كذا قيل ، قلت القعود جمع قاعدين ، وجمع النساء قواعـد جمع قاعدة .

( ولأن مبنى إقامة الحد على التشهير ، والقيام أبلغ فيـه ) أي في الرجل ( ثم قوله ) أي قول محمد ( غير ممدود ) أي حال كونه غير ممدود ، واختلفوا فيه ( فقد قيل المـد

(١) ويقال انه رد في حربي ( هامش ) .

أن يلقى على الأرض ويمد ، كما يفعل في زماننا ، وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه ، وقيل أن يمده بعد الضرب ، وذلك كله لا يفعل ، لأنه زيادة على المستحق . وإن كان عبداً ، جلده خمسين جلدة، لقوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء ، نزلت في الاماء ، ولأن الرق منقص للنعمة ،

---

أن يلقى على الأرض ويمد كما يفعل في زماننا ) بعد أن ينعقد رجل على رأسه والآخر على رجله .

( وقيل أن يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد الضرب ) قال تاج الشريعة « رح » يعني بعدما أوقع السوط على البدن لا يمده لأنه زيادة مبالغة لم يرد به الأثر ، ولا روي فيه الخبر ، وقال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة ، لأنه بدعة ، والعقابان عودان ينصبان بقودين في الأرض ، يمد بينهما المضروب أو المصلوب . ( وذلك كله لا يفعل ) ذلك إشارة إلى ما ذكر من الإقرار ( لأنه زيادة على المستحق ) لأنه يكون ظلماً ، والمستحق قدر الحد ، قالوا في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ، ولا يبطح ، بل يترك قائماً إلا أن يعجزهم ، فلا بأس أن يشدوه على أسطوانة ونحوها ، وعند مالك يضرب جالساً ولكن غير ممدود .

( وإن كان ) أي الزاني ( عبداً جلده ) أي جلده القاضي ( خمسين سوطاً لقوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء نزلت في الاماء )وقبلها﴿فإذا أحصن ، فإن أتين بفاحشة فعليهن﴾أي الإماء إذا أحصن ، أي تزوجن ، فإن أتين بفاحشة أي زنين ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات ﴾ أي الحرائر من العذاب ، أي الحد ، أي عليهن نصف الحد ، والحد مائة جلدة ، على الحر أو الحرة ، إذا لم يكونا محصنين ، نصف ذلك خمسون ، فيكون ذلك حد الأمة ، فاذا كان ذلك حد الأمة، يكون حد العبد أيضاً، لأن المؤثر للنقصان فيهما واحد ( ولأن الرق منقص للنعمة ) ألا ترى أن العبد لا يتزوج إلا

فيكون منقصاً للعقوبة، لأن الجناية عند توافر النعم أفحش، فيكون أدعى إلى التغليظ، والرجل والمرأة في ذلك سواء، لأن النصوص تشملهما غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو ، لأن في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الألم إلى المضروب ، والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ، ولأنه أستر لها ، قال وإن حفر لها في الرجم جاز ، لأنه عليه السلام حفر للغامدية إلى ثدييها ،

---

اثنين ، والأمة من القسم نصف ما بالحرة . أن الرق منقص للنعمة ( فيكون منقصاً للعقوبة لأن الجناية والقتل عند توافر النعم ) أي عند تكاثر النعم بكسر النون جمع نعمة (أفحش) يؤيده قوله تعالى ﴿ يا نساء النبي من يأت منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين ﴾ ٣٠ الأحزاب، ثم قال ﴿ يا نساء النبي لستن كأحد من النساء ﴾ ٣٢ الأحزاب ، ثم أيد بالعذاب في الأمة الجلد لا الرجم ، بدلالة السياق ، لأن الرجم قتل، والقتل ينتصف قائماً ، وإنما عليهن نصف الشيء الذي له نصف ، وهو الجلد .

( فيكون أدعى إلى التغليظ ) أي فيكون الجناية عند توافر النعم أدعى إلى التغليظ فيما يستحق عليه ( والرجل والمرأة في ذلك ) أي في الحد ( سواء لأن النصوص تشملها غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها إلا الفرو والحشو، لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو) هو الثوب المحشو بالقطن ونحوه ( يمنعان وصول الألم إلى المضروب ) لكنها فيها (والستر) أي ستر المضروب ( حاصل بدونهما ) أي بدون الفرو والحشو ( فينزعان ) ليصل الألم الى بدنها ( وتضرب ) أي المرأة ( جالسة لما روينا ) من حديث علي «رض» وهو قوله يضرب الرجال في الحدود قياماً ، والنساء قعوداً .

( ولأنه ) أي ولأن الضرب وهي جالسة ( أستر لها ) لأنها تنضم وتتجمع ( قال ) أي القدوري (وإن حفر لها في الرجم جاز، لأنه عليه الصلاة والسلام) أي لأن النبي ﷺ ( حفر للغامدية إلى ثدييها ) هذا الحديث رواه أبو داود « رح » في سننه حدثنا عثمان بن

وحفر علي « رض » لشراحة الهمدانية . وإن ترك لا يضره ، لأنه عليه السلام لم يأمر بذلك ،

---

أبي شيبة ، حدثنا وكيع بن الجوارح زكريا بن مسلم بن عمران ، قال سمعت شيخنا يحدث عن أبي بكرة أن النبي ﷺ ، رجم امرأة فحفر لها إلى ثدييها ، فيه مجهول، وحديثها في مسلم من رواية بريدة وفيه ثم أمر بها ، فحفر لها إلى صدرها، ثم أمر الناس فرجموها، ويوجد في بعض نسخ الهداية حفر لها إلى ثدييها ، والثدي يذكر ويؤنث .

قال الجوهري ، الثدى للرجل والمرأة ، وقال ابن فارس الثدى للمرأة ، ويقال للرجل ثدوه. وهذا مشعر بتخصيص الثدوة للرجل ، قيل ولم ير ترك أحد استعمل الثدوة للمرأة قلت ، هذا ابن عمر « رض » رواية إلى داود استعمالها للمرأة ، ودعوى تخصيص الرجل بالثدوة ، وما وقع في الصحيح ، أن رجلاً في وضع ذباب سيفه بين ثدييه ، وذكر في المغرب ، أن الثدوة بفتح الدال والواو ، وبالضم والهمزة ، فوضع الواو والدال في الحالين مضمومة ثدى الرجل ، أو لحم الثديين . وقال في المجمل ثدوة الرجل كثدى المرأة وهو مشهور ، إذا ضم أوله فإذا فتح له يهمز .

ويقال هو ضرب الثدى ، فعلى هذا يكون ، المراد من الحديث طرف الثدى ، وهو قوله ( وحفر علي « رض » لشراحة الهمدانية ) هذا أخرجه أحمد « رح » في مسنده عن يحيى بن سعد عن مجالد عن الشبه ، قال كان لشراحة زوج غائب بالشام ، وأنها حملت ، فجاء مولاها إلى علي « رض » فقال أن هذه زنت ، فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وحفر لها إلى السرة ، وان هذا الحديث قوله الهمدانية ، نسبة إلى همدان بفتح الهاء وسكون الميم حي من العرب ، كذا نقل الأترازى « رح » عن ديوان الأدب ، قلت اسم همدان أوسلة بن مالك بن ربيعة « رح » شعب عظيم ينسب اليه خلق كثير من الشعراء والعلماء ، والفرسان ، وأما همدان بفتح الهاء وفتح الميم وبالدال المعجمة مدينة من أشهر مدن الحيال ، وإن ترك لا يضره .

( وإن ترك الحفر لا يضره ، لأن النبي ﷺ لم يأمره بذلك ) هذا ذهول من المضرة. وتناقض ، فإنه يقدم في كلامه أنه عليه الصلاة والسلام ، حفر للغامدية وهو في مسلم

وهي مستورة بثيابها ، والحفر أحسن ، لأنه أستر ، ويحفر إلى الصدر لما روينـــا ، ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ، ما حفر لماعز «رض» ولان مبنى الاقامة على التشهـــير في الرجال والربط والامساك غير مشروع. ولا يقيم المولى الحد على عبده ، إلا بإذن الامام ، وقال الشافعي «رح» له أن يقيمـه

---

( وهي مستورة بثيابها والحفر أحسن ، لأنه أستر ويحفر إلى الصدر لمـا روينا ) أي من حديث الغامدية ، حيث حفر لها إلى الثدوة .

( ولا يحفر للرجل لأنه ﷺ ) أي لأن النبي ﷺ ( ما حفر لماعز « رض » ) رواه مسلم من حديث أبي سعيد الخدرى « رض » ، قال إنمـــا أمر النبي ﷺ برجم ماعز بن مالك « رض » فرجمنا به البقيع ، فوالله ما أوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام الحـــديث ودفع في حديث مسلم أيضاً .

لأنه حفر له من رواية بريدة وقتيبة ، فلما كانت الرابعة حفرت له حفرة ، وأمر به ، فرجم ، وفي مسند أحمد « رح » أيضاً من حديث أبي ذرعة « رض » أنه عليـه الصلاة والسلام حفر له ، والتوفيق بين الروايتين ، أن الأخذ برواية المثبت، أولى من رواية الثاني، لا [1] قال أنه ما يذكره ولا يلزم منه عدم الوقوع .

( ولأن مبنى الإقامة ) أي إقامة الحد ( على التشهـير في الرجال ) وترك الحفر أبلغ في ذلك ، قال الأترازى « رح » وهذا هو ظاهر الرواية ، وقال الطحاوى « رح » إن شاؤوا حفروا له وإن شاؤوا لم يحفروا له ( والربط والإمساك غير مشروع ) يعني في الرجم وذلك لأن ماعزاً « رح » لم يربط ولم يمسك ، وقد ذكرنا أنه إذا تصعب يربط .

( ولا يقيم المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام ، وقال الشافعي له أن يقيمـه ) أي للمولى أن يقيم الحد على مملوكه ، وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، وعن مالـــك

---

(١) هنا كلام مكشوط من الأصل . اه مصححه.

لان له ولاية مطلقة عليه، كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه، ما لا يملكه الامام، فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع إلى الولاة، وذكر منها الحدود،

---

لا يجوز أن يتولى المولى إقامة الحد في الأمة المتزوجه، وفي العبد يتولى بكل حال، ولأصحاب الشافعي «رح» في الأول وجهان، أحدهما السيد أولى لغرض استصلاح ملكه، وأظهرهما أن الإمام أولى لولايته العامة، وليخرج عن الخلاف وهذا فيما إذا عاين سيده من العبد، أو أقر العبد عنده، أما لو ثبت بالبينة فله فيه قولان، وفي حد القذف والقصاص له وجهان.

(لأن له) أي للمولى (ولاية مطلقة عليه) أي على عبده (كالامام بل أولى، لأنه يملك من التصرف فيه، ما لا يملكه الإمام فصار كالتعزير) حيث يجوز للمولى أن يعزر عبده، بدون إذن الامام.

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (أربع إلى الولاة وذكر فيها الحدود) هذا غريب، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه، حدثنا عبدة بن عاصم «رح» عن الحسن «رح» قال أربعة إلى السلطان الصلاة والزكاة والحدود، والقصاص.

حدثنا ابن مهدى «رح» عن حماد بن مسلمة «رح» عن جبلة بن عطية «رح» عن عبد الله بن جرير «رح» قال الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان.

حدثنا عمر بن أيوب «رح» عن مغيرة بن زيادة «رح» عن عطاء الخراساني «رح» قال إلى السلطان الزكاه والجمعة والحدود، وقال الأترازى «رح» ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم موقوفاً ومرفوعاً أربع إلى الولاة، الحدود والصدقات والجماعات والفيء، وكذا قال الكاكي «رح» نحوه، غير أنه قال ومرفوعاً إلى النبي ﷺ، قال أربع إلى الولاة إلى آخره وكذا قال الأكمل «رح» فانظر إلى هذا التقصير من هؤلاء، كيف سكتوا عن تحرير الحديث الذى ذكره المصنف من غير أصل، والخصم الذى يحتج لمذهبه بالأحاديث الصحيحة هل يرضى بهذا الحديث الذى ليس للترمذى «رح» أصل.

لان الحد ، حق الله تعالى . لان المقصود منه ، إخلاء العالم عن الفساد ، لهذا لا يسقط بإسقاط العبد ،

---

وما احتج به الخصم فيما ذهب اليه ما رواه الترمذي « رح » باسناده إلى أبي عبد الرحمن السلمي « رح » قال خطب علي رضي الله عنه فقال ، يا أيها الناس أقيموا الحدود على أرقابكم من أحسن منهم ومن لم يحسن ، وان أمة لرسول الله ﷺ زنت فأمرني أن أجلدها فأتيتها ، فاذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها ، أو قال تموت ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال ، أحسنت ، هذا حديث صحيح .

وروى الترمذي « رح » أيضاً عن أبي هريرة « رض » قال قال رسول الله ﷺ إذا زنت أمة أحدكم ، فليجلدها ثلاثاً بكتاب الله تعالى ، فان عادت فليبعها ، ولو بحبل من شعر ، وفي رواية أبي داود « رح » من حديث علي رضي الله عنه المذكور ، وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم .

وأجاب الأترازي عن هذا بأن ذلك محمول على السبب بأن يكون المولى سبب في حد عبده ، بالمرافعة إلى الامام وإنما قلنا ذلك ، لأن ظاهره متروك بالاجماع ، لأنه يقتضي الوجوب ، ولا يجب على المولى إقامة الحد على عبده بالاجماع . أما على مذهبنا فظاهر ، وكذا على مذهب أي مذهب الشافعي « رح » لأنه يجوز أن يقيم الحد على عبده ، ولا يجب عليه ، فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما قلنا ، وقال الكاكي « رح » وفائدة تخصيص المماليك أنه لا يحملهم المشقة على ملكهم ، على الامتناع على إقامة الحد عليهم .

( ولأن الحد حق الله تعالى ) فلا يجوز للمولى أن يستوفيه ، لأنه أجنبي في حقه ، فلا يجوز للأجنبي أن يتصرف في حق غيره ( ولأن المقصود منه إخلاء العالم عن الفساد ) يتحقق الحكومة إلى يوم التناد ( ولهذا لا يسقط باسقاط العبد ) فتكون الولاية مستحقة بالنيابة والسلطان نائبه ، أما المولى فولايته بالملك فلا يصلح نائباً عنه وقد استدل هذا الكلام بقوله الحق ، ولما قلتم أن الحد حق لله تعالى ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا ، لكن لا نسلم أنه حق الله تعالى ينافي كونه حقاً للعبد ، ولما لا يجوز أن يكون حقاً للمولى أيضاً .

فيستوفيه من هو نائب عن الشرع ، وهو الامام أو نائبه ، بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي ، وحق الشرع موضوع عنه . قال واحصان الرجم

---

ثم تكلم بكلام طويل يذهل ذهب الناظر فيه ، فنحن نقول ما قاله تاج الشريعة رحمه الله ملخصاً ، وهو أن الحق مستعملاً غير مضاف ، ومعناه وجود الثبوت ويذكر في مقابلة الباطل يقال هذا حق وهذا باطل ويستعمل مضافاً ، وهو ما استحق به الغير أو يطلب منه رعاية جانب الغير على وجه يليق به . فان حق الله تعالى ما طلبه منه رعاية جانبه وعلى وجه يليق به وهو تعظيمه . وامتثال أمره ، وحق الانسان ما طلب منه رعايه جانب منه على وجه يليق به ، وهو كونه نافعاً في حقه ، دافعاً للضرر عنه ، وإنما قلنا حق الله لأن الجناية وردت على حقه ، لأن حرمة الزنا وشرب الخمر لحق الله تعالى ، ولهذا لا يعمل فيه رضى الغير ولا يسقط بإسقاطه .

والواجب بالجناية على حق الغير ، يكون منها حقاً لذلك الغير ، وكذا يستحب للإمام الاختيار فيه للدرء ، ولا يستحب له ذلك في حق العبد ، ولا يتمكن من استيفاء كل حق إلا لصاحبه أو نائبه ، كما في غيره من الحقوق وقياسه على التقرير لا يصح ، لأن حق العبد إذ المقصود منه التأديب ، وهذا العذر من لا يخاطب لحقوق الله تعالى ، كالصبي ، ولهذا أي ولأجل كون الحد حق الله تعالى قوله تعالى يسقط بإسقاط العبد .

( فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام ) أي الخليفة ( أو نائبه ) كالقاضي ونحوه ( بخلاف التعزير ) جواب عن قول الشافعي ، فصار كالتعزير ، بيانه أن التعزير مفارق الحد ( لأنه حق العبد ولهذا ) إيضاح لقوله حق العبد ( يعزر الصبي ، وحق الشرع ) أي والحال أن حق الشرع ( موضوع عنه ) لأنه غير مخاطب (واحصان الرجم) قيد فيه احترازاً عن احصان القذف ، فانه غير هذا على ما يجيء ، والاحصان والتحصين في اللغة ، المنع ، قال الله تعالى ﴿ لتحصنكم من بأسكم ﴾ ٨٠ الأنبياء وقال«في قرى محصنة» وقيل الأصل الدخول في الحصن ، وورد الشرع بمعنى الاحصان ، وبمعنى العقل وبمعنى

أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً ، قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ، ودخل بها وهما على صفة الاحصان . فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة . إذ لا خطاب دونهمـــا . وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة إذ كفران النعمـــة يتغلظ عند تكثرها ، وهذه الأشيـــاء

---

الحرية وبمعنى التزويج ، وبمعنى الاصابة في النكاح ، ويقال أحصنت المرأة أي عفت ، وأحصنها زوجها . وأحصن الرجل بزوج .

( أن يكون حراً عاقلاً بالغاً مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بهـــا ، وهما على صفة الاحصان ) هذا على صفـــة الاحصان ، هذا لفظ القـــدوري في مختصره ، وشرح المصنف « رح » لبيان هذا والشروط بقوله ( فالعقل والبلوغ شرط لأهلية العقوبـــة إذ لا خطاب دونها ) أي دون العقل والبلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام ، رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل ، ولأن الرجم عقوبة ، وهما ليسا أهل العقوبة .

( وما وراءهما ) اى ما وراء العقل والبلوغ من الشرائط ( يشترط لتكامل الجنـــاية بواسطة تكامل النعمة ) وذلك لأن الرجم ، نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجنـــاة أيضاً ، لأن السبب أبداً ، يثبت بحد ثبوت السير حساً وشرعاً ، وتناهي الجناية إنما يكون إذا وجدت هذه الشرائط في الزاني ، إذ عند وجودها يتوافر النعم والجناية ، عند توافر النعم أغلظ ، وأفحش ، وأشار اليه بقوله :

( إذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها ) أي عند تكثر النعمة ، والنعمة ما أنعم الله على عباده من مال ورزق ، كذا في الجمهرة ، وفي الاصطلاح يعني بهـــا النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق ، على ذلك الغير .

( وهذه الأشياء ) أي الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول بها في نكاح صحيح

من جلائل النعم ، وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها ، فيناط به بخلاف الشرف والعلم ، لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ، ونصب الشرع بالرأي متعذر ، ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ، ممكن من الوطء الحلال ، والإصابة شبع بالحلال . والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة

---

وهما على صفة الاحصان ( من جلائل النعم ) أي من عظائمها ( وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها ) أي عند استجماع هذه الأشياء ( فيناط به ) أي تعلق الرجم باستجماع هذه الأشياء ، فإذا وجد الزنا عند استجماعها يجب الرجم وإلا فلا .

( بخلاف الشرف والعلم ) جواب عما يقول لما كانت الأشياء المذكورة من جلائل النعم ، كانت شرائط الاحصان ، والشرف والعلم أيضاً من أجل النعم ، فينبغي أن يكونا من شرائط الاحصان ، فأجاب عليه بقوله بخلاف الشرف والعلم .

( لأن الشرع ما ورد باعتبارهما ) ها هنا لأنهما لا يضبطان لأنه ليس لهما حد معلوم ، والشرف علو الحسب ، وحسب الرجل مآثر آبائه .

( ونصب الشرع بالرأي متعذر ) إذ لا دخل للرأي في نصب الشرع لأنه صفة وصفه الشارع .

( ولأن الحرية ) دليل على الإقتصار على تلك الشرائط فيتضمن بأنه لها حد خلافي الاستغناء عن الزنا . دون غيرها من العلم والشرف ، يعني لأن الحرية ( ممكنة )من التمكين ( من النكاح الصحيح ، والنكاح الصحيح ممكن ) من التمكين أيضاً ( من الوطء الحلال ، والاصابة ) أي الدخول بالنكاح الحلال ( شبع بالحلال ) أي شبع للزوج من الزنا ، بكسر الشين ، وفتح الباء يعني يحصل بالنكاح الصحيح ، تمكنه في الوطيء الحلال ، وبالدخول يحصل الشبع .

( والإسلام يمكنه ) من التمكين أيضاً ( من نكاح المسلمة ) يعني الإسلام يحصل به

ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا ، والجناية بعد توافر الزواجر أغلظ . والشافعي « رح » يخالفنا في اشتراط الإسلام، وكذا أبو يوسف « رح » في رواية لهما ، ما روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا،

---

الممكنة من نكاح المسلمة ( ويؤكد ) أي الإسلام ( اعتقاد الحرمة ) كل واحد منها نعمة يشترط في احصان الرجم ، ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة ، بعد كامل النعمة ، ( فيكون الكل مزجرة عن الزنا ) قال الأترازي أي سبب الزجر قلت الاصح بمعنى زجر .

( والجناية بعد توافر الزواجر ) عن أنها تكون الجناية ( أغلظ ) يعني أشدوهو الرجم، والزواجر جمع زاجرة ، وأراد بها قوله ، ولأن الحرية إلى هنا ، فافهم ، ولقائل أن يقول في العلم بأحوال الآخرة ، وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلاً ، والعقوبة آجلاً من الزواجر لا محالة ، والجمال في المنكوحة مقنع يعني للزوج عن النظر إلى غيرها ، والشرف يردع عن طوف لحوق معرة الزنا ، فكان الواجب أن يكون من شرائطه ، والجواب أن المسلم الناسي قلما يخلوا عن العلم بما ذكرت ، والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به ، فلا يكون معتبراً .

( والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام ) حيث يقول الإسلام ليس بشرط في الاحصان، وبه قال أحمد وأبو يوسف رحمهم الله في رواية ، ومذهب مالك « رح » لقولنا أنه شرط ( وكذا أبو يوسف « رح » ) أي وكذا يخالف أبو يوسف « رح » أيضاً في اشتراط الإسلام ( في رواية ) وهي غير ظاهر الرواية وثمرة الخلاف ، أن الذي في البيت الحر إذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم ، وعند الشافعي « رح » ومن قال بقول يرجم . ( لهما ) أي للشافعي وأبي يوسف « رح » ( ما روي أن النبي ﷺ رجم يهوديين قد زنيا )هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن ابن عمر رضي الله عنهما مختصراً ، ومطولاً ، وفيه قام بهما رسول الله ﷺ فرجما .

قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ ، يؤيـــده قوله عليـه السلام ، من أشرك بالله فليس بمحصن ، والمعتبر في الدخول الإيلاج في القبـل على وجه يوجب الغسل، وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول.

---

( قلنا كان ذلك ) أي برجم النبي ﷺ يهوديين ( بحكم التوراة ) يعني في ابتداء الإسلام ولهذا سألهم رسول الله ﷺ عن حد الزنا في التوراة ، لما تقرر الإسلام فنسخ ذلـك ( ثم نسخ يؤيده ) أي يؤيد النسخ ( قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( من أشرك بالله فليس بمحصن ) هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه . أخبرنا عبد العزيز بن محمـــد « رح » حدثنا عبد الله « رح » عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنهـما ، عن النبي ﷺ قال من شرك بينه فليس بمحصن ، وقال إسحاق « رح » رفعه مرة فقـال عن رسول الله ﷺ ودفعه مرة ورواه الدارقطني من طريق إسحاق ، وقال الأترازي « رح» ولنا ما روى أصحابنـــا في كتبهم عن ابن عمر « رض » ثم ذكر الحديث ، وكأنه لم يطلع على شيء غير ذلك ، فكذلك قال ، ولنا ما روى أصحابنا ولم يذكر شيئاً غير ذلك.

( والمعتبر في الدخول ) يعني في قوله نكاحاً صحيحاً ودخل بها ( الإيلاج ) أي الدخول وأصله الأولاج قلبت الواو ياء بسكونها ، وانكسار ما قبلها ، لأنه من ولـج ولوجاً ، أي دخل وأولج إيلاجاً أي أدخل ( في القبـل ) أي الزوج ( على وجه يوجب الغسل ) يعني بالتقاء الختانين ، قال إلا كله فيه نظر ، لأنه ينافي ما تقدم من قوله ، الاصالة تتبع بالحلال، فإن الشبع إنما يكون الإنزال ، دون الإيلاج ، وعرف ذلك من حديث رفاعـة « رض » حيث قال عليه الصلاة والسلام ، لا حتى تذوق عسيلته انتهى .

قلت ولا وجه لنظره لأنه ذهل عما قاله الأصحاب ، إن الشرط الدخول، في التحليل، والشرط ، والإيلاج ، دون الإنزال ، لأنه كال ، والشرط أن يكون موجباً للغسل وهو التقاء الختانين ، والعسيلة كان عن لذة الجماع دون الإنزال ، وشذ الحسن البصري « رح » في قوله العسيلة الإنزال .

( وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول ) أي في الزوج والزوجة يعني شرطت في

حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً ، وكذا إذا كان الزوج موصوفاً باحدى هذه الصفات ، وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة ، لأن النعمة بذلك تتكامل، إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونه ، وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين . وأبو يوسف يخالفنا في الكافرة ،

---

قول القدوري ، ودخل بها وهما على صفة الاحصان ، وفائدته ما أشار إليه بقوله (لو دخل بالمنكوحة الكافرة والمملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصناً ) وقال الحاكم الشهيد في الكافي قال أبو يوسف « رح » يكون محصناً بجماع الكافرة ، هذا هو ظاهر الرواية ، عن أبي يوسف « رح » وروى الطحاوي والكرخي في ظاهر الرواية عن أبي يوسف «رح» أن النصارى يحصن بعضهم بعضاً ، وان المسلم يحصن النصرانية وهي لا تحصن المسلم .

( وكذا إذا كان الزوج ) هو أيضاً من فائدة شرط الاحصان فيهما ، عند الدخول ، أي وكذا لا يكون الزوج محصناً إذا كان ( موصوفاً بإحدى هذه الصفات) وهي الكفر والصبية والمجنون والصبي ( وهي ) أي والحال أن المرأة ( حرة عاقلة بالغة مسلمة لأن النعمة بذلك ) أي بما ذكر من الحريه والعقل والبلوغ والإسلام ( متكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها ) أي رغبة الزوجين فيه أي في الصبي .

( وفي المنكوحة المملوكة حذرا عن رق الولد ، ولا ائتلاف مع اختلاف الدين ) فلا تتكامل النعمة ما لم تنتف هذه العوارض . فإن قلت كيف يتصور أن يكون الزوج كافراً ، والمرأة مسلمة يتصور فيما إذا كانا كافرين فأسلمت المرأة ثم دخل بها الزوج ، فانهما يعدا زوجان ما لم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام . ( وأبو يوسف « رح » يخالفنا في الكافرة ) حيث يقول المرأة الكافرة لا تمنع احصان الرجل ، وقد مر الكلام فيه

والحجة عليه ما ذكرناه . وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانيــة ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد . قال ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلـــد لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع ،

---

آنفاً ( والحجة عليه ) أي على أبي يوسف رحمه الله ( ما ذكرناه وهو قوله عليـــه الصلاة والسلام ، لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانيــة ولا الحر الأمة ولا الحرة العبــد ) وقال الأترازي هذا الحديث مذكور مرسلاً هكذا في باب الاحصان من مبسوط شمس الأئمة السرخسي «رح» ، ولكن محمداً قال في الأصل لا يحصن الرجل المسلم إلا المرأة المحصنة ، إذا دخل بها ثم قال ، بلغنا ذلك عن عامر وابراهيم النخعي ، وقال الأكمل ذكر هذا شمس الأئمة السرخسي « رح » مرسلاً في مبسوطه .

قلت هذا الحديث غريب ليس له أصل وروى ابن أبي شيبة في مصنفه من طريقـــة الطبراني في معجمه والدارقطني في مسنده وابن عدي في الكامل من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك ، أنه أراد أن يتزوج يهودية فقـــال له النبي ﷺ لا تتزوجها فانها لا تحصنك .

قال الدارقطني وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف وعن علي بن أبي طلحة لم يدرك كعباً ، وقال ابن عدي أبو بكر بن أبي مريم الغساني ممن لا يحتج بحديثه ، ويكتب حديثه فانها صالحة ، وقال ابن القطان هذا حديث ضعيف ومنقطع .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ) هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف ( لأنه عليه الصلاة والسلام ) أي لأن النبي ﷺ ( لم يجمع ) أي بينهما ، لأن في حديث ماعز الرجم فقط ، وليس فيه الجلد ، حتى أن الأصوليين استـــدلوا على تخصيص الكتب بالنسبة[1] فانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً ولم يجلده ، لأن آية الجلد شاملة للتحصين وغيره ، وهو قول مالك والشافعي والزهري والأوزاعي والنخعي

---

(١) هكذا في الاصل – تخصيص الكتب بالنسبة – وهذا خطأ ، اه مصححه .

والثوري وأبي ثور وأحمد « رح » في رواية . وعن أحمد في رواية وداود ويجلد مائة ويرجم ، واختار ابن المنذر من أصحاب الشافعي ما روى مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم .

وروى أحمد ثم البيهقي من رواية الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جلد شراحة يوم الخميس ، ورجمها يوم الجمعة ، وقال جلدتها بكتاب الله عز وجل ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ .

أجيب عن حديث عبادة بأنه منسوخ . لأن أول آية نزلت في هذا الباب قوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم ﴾ إلى قوله ﴿ أو يجعل الله لهن سبيلاً ﴾ ١٥ النساء ، ثم نسخ بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً .. الحديث ، ولم يكن بين الحديث وبين الآية حكم آخر .

ثم حديث ماعز « رض » يكون متأخراً عن حديث عبادة لامحالة الحكم المتأخر ينسخ المتقدم لا محالة إذا كان بين الحكمين مخالفة .

فان قلت كيف يصح دعوى النسخ وحديث علي يرد هذا. قلت قد ثبت إجماع الصحابة قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر رضي الله عنه ، فاجماعهم أولى من تفرده بحكم بعد الاجماع المصون ، وذلك عن عمر رضي الله عنه في خلافته رجم ولم يجلد بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ ، ولم يخالفه أحد ، فحل محل الاجماع .

وجواب آخر يحتمل أن يكون علي رضي الله عنه جلدها ، لأنه لم يثبت عنده احصانا، ثم لما ثبت إحصانها رجمها وقال جلدتها بكتاب الله تعالى ، وهو قوله ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ... ﴾ الآية ٢ النور ، ورجمتها بالسنه حتى ثبت الاحصان . وقال الخارجي في كتابه وروى حديث ماعز رضي الله عنه جماعة كسهل بن سعيد وابن عباس ، ويعرف آخر إسلامهم . وحديث عبادة كان في أول الأمر ، وبين الزمانين مدة .

ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن زجر غيره ، يحصل بالرجم ، إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه .

قال ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ، والشافعي « رح » يجمع بينهما حداً لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ،

---

( ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم ) يعني إذا حصل الرجم يحصل المقصود ، وهو العقوبة المتناهية ، وهو الرجم ، فلا حاجة إلى ما دونه وهو الجلد ( لأن زجرغيره ) أي غير الزاني ( يحصل الرجم ، إذ هو ) أي المرجوم ( في العقوبة أقصاها ) لأنه لاعقوبة فوقها ( وزجره ) أي وزجر الزاني ( لا يحصل بعد الهلاك ) يعني إذا كان الزجر للزاني يزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون ولا يجمع بينهما .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي ) وقال المصنف ( والشافعي يجمع بينهما ) أي بين الجلد والنفي ( حد ) أي من حيث الحد بشربه ، أي النفي أبر به عندنا يجوز بطريق التعزير والباسة ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ) هو حديث رواه مسلم عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه وقد ذكر عن قريب . وروى البخاري عن زيد بن خالد عن النبي ﷺ أنه أمر فيمن زنى ولم يحصن بجلد مائة وتغريب [1] عام .

والبكر بكسر الباء خلاف الثيب ، ويقعان على الرجل والمرأة ، ومعنى البكر بالبكر أو زنى البكر بالبكر حده ، كذا يقول الشافعي . قال أحمد وهو قول الثوري والأوزاعي والحسن ابن صالح وعبد الله بن المبارك وإسحاق رحمهم الله قالوا يجلد وينفى سنة إن كان البكر حراً ، وفي العبد ثلاثه أقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة أشهر ، وفي قول سنة ، وفي قول لا يغرب أصلاً بل يجلد خمسين ، وقال مالك يجمع بينهما الرجل دون المرأة والعبد.

---

(١) لقد وردت في الأصل – تقريب – والصحيح ما أثبتناه ، اهـ مصححه .

ولأن فيه حسم باب الزنا ، لقـــلة المعارف ، ولنا قوله تعـــالى ﴿فاجلدوا﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء أو إلى كونـــه كل المـذكور . ولأن التغريب فتح باب الزنا لانعـــدام الاستحياء من العشيرة ،

---

وعن الشافعي في قول تغريب المرأة محرم ، وأجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول ، والتبيان أشفع الحرم ، قيل يجبره السلطان على الخروج معها . وقيـــل لا . وإذا كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بغير محرم يحرم وجهان ، ولا ينتقض في مسافة الغربـــة عن رحلتين ، وله الخيار في حبت [1] السفر ، فان رجع الغريب إلى بلده لم يتغير عزله ، وإذا عاد الغريب يخرج ثانياً ، ولا يجب المدة الماضية . ومن نفى يجىء في الموضع الذي ينفى اليه .

( ولأن فيه ) أي في النفى ( حسم باب الزنا ) أي قطعه ( لقلة المعارف ) لأن الزنا إنما يكون بالمصاحبة والمحادثة مع الأحباب والجناب عند الفراغ الغرب القلب ، والغربة لفويت هذه الأشياء وتمنع عنها .

( ولنا قوله تعالى ﴿ فاجلدوا ﴾ جعل الجلد كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفـــاء ) بيانه أن الله تعالى جعل جزاء كل واحدة من الزانية والزاني الجلد لا غير ، وهذا لأن الفاء للخبر ، والجزاء عبارة عن الكافي المنافي ، فينبغى وجوب غيره ، كما إذا قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة ، فاذا وجد الشرط يقع طلقة واحدة لا غير ، لأنها هى الجزاء ، فلا يجب النفى إذا ( أو إلى كونه كل المذكور ) أي أو رجوعاً إلى كون الجلد كل المذكور في الآية ، لأن المذكور فيها هو الجلد لا غير ، فاذا كان كل المذكور يكون كل الواجب ، لأنه لو كان يجب شيء آخر لبينه ، لأن الموضع موضع يحتاج اليه في البيـــان ، وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز للزوم الاخلال .

( ولأنه في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ) هذا جواب عن قول

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل.

ثم قطع مواد البقاء ، فربماتتخذ زناها مكتسبة وهو من أقبح وجوه الزنا ، وهذه الجهة مرجحة لقول علي « رض »

---

الخصم ، ولأن فيه باب الزنا .. إلى آخره بيانه أن الإنسان يمنع من الزنا في بلدته استحياء من أقاربه وعشائره بها وبعض معارفه ، ففي القربة يرتفع الحياء ، فتقع الفاحشة ويفتح له باب الزنا لعدم من يستحي منه ، وإن كان النفي إلى المرأة يحتاج إلى النفقة لا محالة ، وهي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسباً (١) ، فتقصد فخير قبحة ، وذلك من أقبح وجوه الزنا وأفحشها .

وأشار إلى قولنا وإن كان النفي للمرأة .. إلى آخره بقوله ( ثم فيه ) أى في النفي ( قطع مواد البقاء ) وهو الكسب لما يحتاج اليه من المأكول والمشروب ( فربما تتخذ ) أي المرأة تتخذ ( الزنا مكسبة ) لأنها لما تباعدت عن الأقارب والأوطان ونزلت في الرباط أو الجنان أخرجها انقطاع مواد المعاش على اتخاذ الزنا مكسبة لانقطاع الوانفى والمواقع(٢) من المعاش ( وهو من أقبح وجوه الزنا ) يعني هذا أقوى مما قاله الخصم .

( وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه ) يجوز بكسر الجيم وفتحها . قال الكاكي معنى رجحها قوله عليه الصلاة والسلام للتعليل . وقال الأكمل مرجحة نقل بفتح الجيم وضمها ، فوجد الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه ، واللام للتعليل . وقال الأكمل مرجحة نقل بفتح الجيم وكسرها ، فوجد الفتح أن هذه الجملة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا . ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول على رضي الله عنه . وقال المصنف هذه الجملة من جهات العلل ، يريد صحه قول علي ، فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول، كما في قوله تعالى ﴿ والذين هم للزكاة فاعلون ﴾ ٤ المؤمنون ، وفي الوجه الأول كانت للتعليل ، ثم قال ملخصاً من كلام السغناقي كان قال في الأصل أن ما يصلح مرجحاً ، وهذه الجهة علة ، فكيف صحت علة .

---

(١) هذه الكلمة في الأصل رسمت هكذا-يكسر-والصحيح ما أثبتناه، اه مصححه .

(٢) هكذا الجملة في الأصل بهذا اللفظ .

كفى بالنفي فتنة ، والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليـــه السلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة ، وقـــد عرف طريقه في موضعه .

---

أجيب بأن هذه الجهة ليست بعينه للحد ، بل هي باقية ، مع أن النفي ليس بحـــكم . وأجيب في الحد فيصلح للتزويج ، ففي مثل هذا الموضع بذكر التعليل موضحاً بعضها بعضاً ، وما أرى أخبار المصنف « رح » لفظ الجهة على لفظ العلة لهذا .

( وكفى بالنفي فتنة ) هذا رواه عبد الرزاق ومحمد بن الحسن « رح » في كتابه الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله ابن مسعود في البكر يزني بالبكر ، قال يجلدان مائة وينفيان سنة قال ، وقال علي رضي الله عنه حبسهما من فعل الفتنة أن ينفيان ، وروى محمد بن الحسن الشيباني أخبرنا أبو حنيفة « رح » عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة .

( والحديث منسوخ كشطره ) أراد بالحديث قوله البكر بالبكر جلد مائـــة وتغريب عام ، وهو منسوخ بشطره ، أي شطر الحديث ( وهو قوله ﷺ الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة) والعجب من الخصم أنه يحكم في الحديث الواحد بأن نصفه منسوخ ونصفه محكم ( وقد عرف طريقه ) أي طريق نسخ قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ( في موضعه ) يعني في طريق الخلاف ، قاله الأترازي .

وقال الكاكي « رح » في موضعه من التفاسير وكتاب الناسخ والمنسوخ فإن قيـل هذا إثبات النسخ بالقياس . أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخاً بناسخ ، ولم يبين أن الناسخ ما هو ، والناسخ حديث ماعز ، أو قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلـــدوا ﴾ ٤ النور ، لا قوله عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيـلا ، نزلت من ولو كانت هذه الآية نزلت من نزلت من قبل استثناء من قوله ولا يجمع في البكرين اثنين ، والجلد يعني إذا رأى الإمام مصلحة يقال خذوا عني القرآن ، فدل على أن الآية متـأخرة ناسخة لحديث التغريب .

إلا أن يرى الإمام في ذلك مصلحة ، فيغرب على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة ، لأنه قد يفيـــد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه إلى الامام ، وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم .

---

( إلا أن يرى الإمام مصلحة ) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين اثنين والجلد ، يعني إذا رأى الإمام مصلحة للنفي ( فيغربه على قدر ما يرى ، وذلك تعزير وسياسة ) لا على أنه حد ( لأنه قد يفيد في بعض الأحوال ، فيكون الرأي فيه للإمام) وهذا لايختص بالزنا ، بل يجوز بذلك في كل جناية ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى هبة المخنث من المدينة ، ونفى عمر رضى الله عنه نصر بن الحجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول :

هل من سبيل إلى خمر فأشربهـا　　أم من سبيل إلى نصر بن حجاج
إلى فتى ماجد الأعراق تقبيـــل　　تضيء صورته في الحـالك الداج

وذلك لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك لمصلحة ، فقال ما ذنبي يا أمير المؤمنين ، فقال لا ذنب لك ، وإنما الذنب حيث لا أطهر دار الهجرة عنك . قلت قائـلة هذا الشعر في الفريعة بنت همام أم الحجاج بن يوسف ، كانت تحت المغيرة ، ونصر بن حجاج كان من بني سليم ، وكان جميلا راعيا ، ولما سمع عمر ذلك سير نصر إلى البصرة ، وكان عمر رضي الله عنه سمع قائلا أيضاً بالمدينة يقول :

أعوذ برب الناس من شر معقل　　إذا معقل راح البقيع مرجـلا

يعنى معقل بن سنان الأشجعي ، وكان جميلا ، قدم المدينة فقال عمر رضي الله عنـه إلحق ببايتك ، فقال رجل شعره . جمعدة بالجيم إذا رجله بالجيم إذا جعلا .

( وعليه ) أي على ما ذكر من التعزير والسياسة (يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة ) رضي الله عنهم ، وروى الترمذي حدثنا أبو كريث ويحيى بن أكتم قال أنبأنا . وروى القدوري حديث أبي كريث يحيى بن أكتم قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن عبد الله عن

وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم ، لأن الاتــلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض ، وإن كان حده الجلــد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهــلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد ،

---

نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ضرب وغرب ، دار أبي بكر « ر ض » ضرب وغرب ، دار عمر « ر ض » ضرب وغرب ، وقال حديث غريب . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا جرير بن المغيرة عن ابن يسار مولى النعمان ، قال جلد عثمان حمان « ر ض » امرأة في زنا ، ثم أرسل بها مولى ، أي قال له المهدي إلى خيبر نفاها [١] .

( وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم ) أي والحــال أن حده الذي استحق الرجم في الحال ( لأن الإتلاف مستحق ، فلا يمتنع بسبب المرض ) وهذا اتفاق الأئمة الأربعة . وعن بعض أصحابنا الشافعي « رح » في وجه إن ثبت زناه بالإقرار يؤخر إلى أن يبرأ ، لأنه يسأل الرجوع ، وربما رجع ، ولكن المشهور عنهم أن الرجم لا يؤخر .

( وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ ، كيلا يفضي إلى الهــلاك ) وهــذا في مرض يرجى زواله . وعن ابن القطان من أصحاب الشافعي « رح » أنه لا يؤخر ، ويضرب في المرض بحيث ما يحتمله ، وبه قال أحمد . وعن أحمد « رح » أنه يؤخر كقول العــامة ، وإن كان مرض لا يرجى زواله كالسل ومخدوج الخلقة ، أي ضعيف الخلقة لا يحتمــل السياط ، فعندنا والشافعي وأحمد يضرب بعشكال فيه مائة شمراخ ، فيضرب دفعة واحدة أو يضرب مائة سوط مجتمعة ضربة واحدة ، وذكره في المحيط ، وفيه ( ولهــذا لا يقام القطع في الحر الشديد والبرد الشديد ) وبه قال الشافعي « رح » ، بل يؤخر إلى زمان اعتدال الهواء . وقال مالك يضرب المريض مائة سوط مستفرقاً ، بحيث ما يحتمله وإن لم يكن آخر ، ولهذا ، أي ولأجل الإفضاء إلى الهلاك لا يقطع أي يد السارق عند شدة الحر والبرد ، لخوف التلف .

---

(١) هكذا لفظ الحديث في الأصل . اهـ مصححه .

وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها ، كيلا يؤدي إلى هلاك الولد' وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها . أي ترتفع . يريد به تخرج منه ·لان النفاس نوع مرض . فيؤخر إلى زمان البرء . بخلاف الرجم . لان التأخير لاجل الولد . وقد انفصل ، وعن أبي حنيفة «رح» أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته . لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع . وقد روي أنه عيه السلام

---

( وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها ) وإن كان حدها جلداً أو رجماً ( كيلا يؤدي إلى إهلاك الولد ، وهو نفس محترمة ) والحد شرع زاجراً لا متلفاً ( وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها ) أي فلا تحد حتى تخرج من نفاسها ، وقوله حتى تتعالى لفظ القدوري «رح» ، فكذلك فسره بقوله ( أي يرتفع يريد به الخروج[1] منه ) أي يريد العذر ، أي بقوله الخروج بـه ، أي من النفاس ( لأن النفاس نوع مرض ، فيؤخر إلى زمان البرء ، بخلاف الرجم ، لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل ) وهذا ظاهر الرواية .

( وعن أبي حنيفة[2] يؤخر ) أي الرجم ( إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته ) أي بتربية الولد، وبه قالت الثلاثة . ولو ادعت أنها حبلى لا يقبل قولها، لكن القاضي بريها النساء ، فإن قلن حبلى خلا حبسها إلى حولين ، فإن لم تلد رجمها للتيقن يلزمهن ولو وجدت امرأة لا زوج لها حبلى ، فلا يجب عليها الحد ( لأن في التأخير ) أي في تأخير الرجم ( صيانة الولد من الضياع ، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام ) أي

---

(١) يخرج – هامش .

(٢) أنه – هامش .

قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك . ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب . بخلاف الاقرار . لان الرجوع عنه عامد . فلا يفيد الحبس . والله أعلم

---

أن النبي ﷺ ( قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يشفع [1] ) وكذلك هذا بهذا اللفظ غريب ، وهو في مسلم عن سرير بن المهاجر عن عبد الله بن يزيد عن أبيه ، قال جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إني زنيت فطهرني وانه ردها ، فلما كان الغد قالت يا رسول الله لعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزاً ، فوالله اني لحبلى ، فقال لها لا فاذهبي حتى تلدي ، فلما ولدت أتته بالصبي في يده كسرة خبز ، فقالت هذا يا رسول الله قد فطمته فقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، وأمر الناس فرجموها .

( ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كان الحد ثابتاً بالبينة كيلا تهرب ، بخلاف الإقرار ، لأن الرجوع عنه عامد فلا يفيد الحبس ) وقال الحاكم الشهيد في الكافي ، فإن ادعت أنها حبلى أداها القاضي النساء ، فإن قلن هي حبلى حبسها إلى سنتين ثم يرجمها ، وإذا شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر اليها النساء قلن هي كذلك درىءعنها الحد، ولا حد على المشهود أيضاً ، وكذلك المجنون ، ولا حد على قاذفه . ويقبل في الرتقاء والعذراء والأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة ، وفي فتاوى الولوالجي والمعنى أحوط.

* * *

---

(١) حتى يستغني ولدك – هامش .

## باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا ، وإنـــه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل

---

( باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه )

أي هذا باب في بيـــان حكم الوطء الذي يوجب الحد ، وبيـــان حكم الوطء الذي لا يوجب الحد .

( قال ) أي المصنف قال الأترازي « رح » اعلم أولاً أن وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير والقدوري ، ففي كل موضع يذكر لفظ «قال يريد به محمداً أو القدوري وهذا ذكر لفظ قال ولم يرد به أحداً منهما ، فكان على وضعه ، وكان ينبغي أن يقول قال العبد . الضعيف بإسناد الفعل إلى نفسه ، أو يقول اعلم أن ( الوطء الموجب للحد هو الزنا) حتى يرتفع الإلتباس ، انتهى . قلت هذا كلام عجيب منـه صادر من غير تأمل ، لأن المعترف لما يذكر لفظ قال قط بقول محمد ، وقال القدوري بل يقول قال علي اسكت، لأنه يعلم فاعل .

قال محمد أو القدوري من المسألة المتوجة به بأن كانت المسألة من مسائل القـدوري يعلم أن فاعل قال هو القدوري فإن كانت من مسائل الجامع الصغير يعلم أن فاعله هو محمد « رح » ، وإن لم يكن فيها يعلم أن فاعله هو المصنف ، فلا يحصل له الإلتباس، لأن التمييز يحصل من مسائل ، والذي ليس له أهلية في ذلـك لا يعرف السهو من البر ، ولا ينبغي له أن يتعلق بالهداية ، لأنه لا تهتدي بالهداية الوطء الموجب للحد هو الزنا لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ ٤ النور .

( وانه ) أي وإن الزنا ( في عرف الشرع ) أي في اصطـلاح الشرع ( واللسان ) أي وفي عرف اللسان وهو اللغة ( وطء الرجل المرأة في القبـــل ) قيد بهذا ، لأن العرب

في غير الملك ، وشبهة الملك ، لأنه فعل محظور ، والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك ، وشبهته، يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ،

---

لا يسمون ما يجري بين الذكرين من الوطء وطئاً بل يسمونه لواطاً ، لأن كل فعل له اسم خاص ، فمن أتى بالقبل يقال أنه زنى ومن أتى بالدبر قيل أنه لاط ( في غير الملك وشبهة الملك ) حتى يكون حراماً على الإطلاق ، وينبغي أن يكون كل واحد منهما مشتهى ، لأن وطء الميتة والبهيمة لا يسمى زنا لعدم كونها مشتهاة ، وكذلك وطء الصبي والمجنون، وينبغي أن يكون عازياً عن الحل ، لأن وطء الأمة المشتركة ، وإن كانت حراماً لوقوع التصرف في ملك الغير ،بدون الإذن ، ولكن لا يكون زنا ، لأنه يعرى عن شبهة الحل لكون بعض التصرف في ملك الواطىء .

فإن قلت شأن الحد أن ينظر وينعكس ، وهذا غير منعكس ، لأن الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل والتعريف ليس بصادق عليه . قلت هذا التعريف إنما هو بالنسبة إلى الأصل ، والمرأة تدخل فيه بتغاير التمكين طوعاً .

( لأنه فعل محظور ) أي لأن الزنا فعل حرام . فإن قلت هذا تعليل واقع في غير محله ، لأنه في التصورات . قلت التعليل لثبات التعريف ، وإنما هو لبيان اعتبارهم انتفاء لشبهة الشهوة في تحقق الزنا . وتقرير كلام المصنف إنما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك ، لأنه فعل محظور موجب الحد ، ويعتبر فيه الكمال ، لأن الناقص ثابت من وجه دون وجه ، فلا يوجب عقوبة .

( والحرمه على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهة [1] الملك يؤيد ذلك قوله عليه الصلاه والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( ادرؤوا الحدود بالشبهات ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وذكر أنه في الخلافيات أن البيهقي عن علي « رض » . وفي مسند أبي

---

(١) شبهته – هامش .

ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل ، وتسمى شبهـــة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلاً ، ولا بد من الظن لتحقق الإشتباه ، والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاتـــه،

---

حنيفة عن ابن عباس رضي الله عنه . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنـــا هشيم عن منصور عن الحارث عن ابراهيم قال قال عمر رضي الله عنه لأن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات ، حدثنا عبد السلام عن إسحـاق عن ابن أبي فروة عن عمرو بن شعيب عن أبيه أن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر ، قالوا إذا شبهت عليك الحد ، فأدراه. وأخرج عن الزهري قالوا ارفعوا الحدود بكل شبهة ، والعجب من الكاكي حيث قال هذا الحديث يعني الذي ذكره المصنف متفق عليه تلقته الأمة بالقبول .

( ثم الشبهة نوعان ، شبهة في الفعل ، وتسمى شبهة اشتباه ) وهي أن تسميه عليــه الحال بأن يظن أنها تحل له ( وشبهة في المحل ) من وهي أن تكون الشبهـة التي في المحل شبهة ملك الرقبة أو ملك البضع ( وتسمى ) أي هذه الشبهة ( شبهة حكمية ) باعتبـار أن المحل أعطي له حكم الملك في إسقاط الحد ، وإن لم يكن الملك ثابتاً حقيقــة وذكر التمرتاشي والمرغيناني والشبهة الحكمية تسمى أيضاً شبهة الملك ، وهي عبارة عن قيـام العلة بلا عمل لمانع اتصل بها ، وهي مانعة الحد على التقادير كلها . وفي المحيط الشبهة ثلاثة ، شبهة في الفعل ، وشبهة في المحل ، وشبهة في العقد .

( فالأولى ) أي الشبهه الأولى ( تتحقق في حق من اشتبه عليه ، لأن معنـاه أن يظن به غير الدليل دليلا ) كما يظن أن جارية امرأته تحل له ، بناء على أن الوطء نوع استخدام ، والاستخدام محل ، فكذا الوطء ( ولا بد من الظن لتحقق الإشتبـاه ) فيكون تحققـاً بالنسبة إلى الظان .

( والثانية ) أي الشبهة الثانية ( تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاتـــه ) مثل

ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده ، والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث ، والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ، ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه ، لأن الفعل تمحض زناً في الأولى ، وإنما يسقط الحد لأمر راجع اليه، وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية،

---

قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك ( ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده ،والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ( والنسب يثبت في الثاني [1] ) أي في المذكور الثاني ، وهو شبهة المحل (إذا ادعى الولد) لأن الفعل لما لم يكن زناً بشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالمدعوة ، لأن النسب مما يحتاط في إثباته ( ولا يثبت في الأول وإن ادعاه ) أي لا يثبت النسب في شبهة الفعل وإن ادعى الولد ، لأنه لاحق له في المحل ، فوقع الفعل زناً ، إلا أنه سقط الحد بدعوى الإشتباه ، وإن لم يدع الظن وجب الحد .

وفي الولوالجي ولو ادعى أحدهما الظن ولم يدع الآخر فلا حد عليهما ، لأن الشبهة في أحد الجانبين يتعدى إلى الآخر ، وقال الكاكي قيل هذا ليس يجري على العموم ، قال في المطلقة الثلاث يثبت النسب لأن هذا الوطء في شبهة العقد ، فيكفي ذلك لإثبات النسب، ذكره التمرتاشي . وفي المعراج المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن يكون كالمطلقة ثلاثاً .

( لأن الفعل تمحض ) أي خلص ، من المحض ، وهو اللبن الخالص الذي لا يخالطه شيء ( زنا في الأولى ، وإن سقط الحد بأمر راجع اليه ) أي إلى الواطىء ( وهو اشتباه الأمر عليه ، ولم يتمحض في الثانية ) وهي الشبهة في المحل لوجود الدليل الشرعي على حل الوطء ، وإن لم يثبت الحل فكذلك حكمه في الظن وعدمه في سقوط الحد ، لما أن الملك إذا يثبت بوجه لم يبق معه اسم الزنا من كل وجه . وما قيل في المحيط وفي الكافي وشبهة في الفعل راجع إلى شبهة الدليل ، وهي شبهة في المحل ، ولهذا قيل سمي شبهة الملك .

---

(١) الثانية – هامش .

فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه وأمته وزوجته ، والمطلقة ثلاثاً وهي في العدة ، وبائناً بالطلاق على مال وهى في العدة ، وأم الولد أعتقها مولاها ، وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد ، والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ،

---

( فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ، جارية أبيه ) أي وكذا جارية جدته وإن علي ( وأمه ) أي وجارية أمه ، وكذا جارية جدته وإن زوجته ، أي جاريته ( وزوجته والمطلقة ثلاثاً ) أي وجارية مطلقة ثلاثاً ( وهي في العدة ) أي والحال أنها في العدة .

فان قيل ما وجه الإشتباه في المطلقة ثلاثاً ، حتى لا يحد إذا قال ظننت أنها تحل لي . أجيب بأن وجهه بقاء بعض الأحكام بعض المطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الأخت وثبوت النسب ، حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب إلى سنتين .

فان قيل بين الناس اختلاف فيمن طلق امرأته ثلاثاً ، هل يقع أو لا ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في إسقاط الحد . أجيب أنه خلاف غير معتدة ، حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه . قلت من مذهب الزيدة من الروافض أن إرسال الثلاث جملة لايوجب الحرمة الغليظة ، والفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف مستعمل في قول بني على دليل ، والخلاف فيما لا دليل عليه .

( وبائناً ) أي والمطلقة طلاقاً بائناً ( بالطلاق على مال ، وهي في العدة ) أي والحال أنها في العدة . وإنما قيل بالطلاق البائن بالمال لأنه إذا لم يكن على مال فوطئها في العدة فلا حد عليه . وإن قال علمت أنها علي حرام على ما يجيء ( وأم الولد[1] إذا أعتقها مولاها وهي في العدة ) لأن أثر الفراش ، وهو العدة باق لمولاها ، فكان الوطء في موضع الأشباه ، كما في المطلقة ثلاثاً ( وجارية المولى في حق العبد ) وشبهة العبد في جارية مولاه انبساط العبد في مال مولاه ( والجارية المرهونة ) فجاز أن يظن حل الإنبساط فيها بالوطء ، والجارية الموطوءة ( في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ) والبيوع ، يعني إذا قال

---

(١) وأم الولد أعتقها – هامش .

ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ، ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد . والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه ، والمطلقة طلاقا بائناً بالكنايات ، والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم ، والممهورة في حق الزوج قبل القبض ، والمشتركة بينه وبين غيره ، والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ، ففي هذه المواضع لا يجب الحد .

---

المرتهن ظننت أنها تحل لي لا يحد ، وهو الأصح ، لأن عقد الرهن يثبت ملك اليد حقاً للمرتهن ، وبه يثبت شبهة الإشتباه كما في العدة في خلع ، وبه قال الشافعي في قول ، وفي قول لا يسقط الحد ، وبه قال أحمد « رض » ، والعبرة للرهن فيهذابمنزلةالمرتهن (ففي هذه المواضع ) وهي ثمانية مواضع المذكورة ( لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ) لوجود الشبهة في الفعل .

( ولو قال علمت أنها علي حرام يجب أن يحد ) لانتفاء الشبهة ( والشبهة في المحل في ستة مواضع ، جارية ابنه ) لقيام مقتضى الملك ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك ، وفي الولوالجي وكذا لو وطئها الجد وإن علا من قبل الأب ، لأن اسم الأب يطلق عليه ( والمطلقة طلاقاً بائناً بالكنايات ) لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية أو بائنة ( والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم ) لأن التي كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد ، فصارت شبهة في المحل ( والممهورة في حق الزوج قبل القبض ) لقيام تلك اليد ( والمشتركة ) أي الجارية المشتركة ( بينه وبين غيره ) لقيام الملك في النصف ( والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ) يعني إذا قال المرتهن ظننت أنها تحل لي ، لا يحد في رواية كتاب الرهن ، سواء ادعى ظن الحل أو لا ، كما في الجارية المشتركة ، وهكذا ذكر أيضاً في شرح الجامع والذخيرة ، وذكر في الإيضاح في المرهونة إذا قال ظننت أنها تحل لي فقد ذكر في كتاب الرهن من لا يحد . وذكر في الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنه ( ففي هذه المواضع ) وهي ستة مواضع ( لا يجب الحد ) .

وإن قال علمت أنها علي حرام . ثم الشبهة عند أبي حنيفة « رح » تثبت بالعقد . وإن كان متفقاً على تحريمه وهو عالم به ، وعند الباقين لا تثبت إذا علم بتحريمه ، ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . إذا عرفنا هذا ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية

---

( وإن قال علمت أنها علي حرام ) كلمة إن واصلة بما قبله ، والحاصل أن شبهة المحل هو أن يكون الحل قائماً في الحقيقة ، إلا أن الحل يخلف عنه ، وشبهة الفعل هي أن لا يكون دليل الحل قائماً ، ولكنه يظنه ضلالاً تمار كنه الحلال في شيء لا دلالة على الحل .

( ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد ) هذه شبهة أخرى غير الشبهتين المذكورتين وهي شبهة العقد ، فإنها تثبت بالعقد مطلقاً ، وهي معنى قوله ( وإن كان متفقاً على تحريمه ) يعني سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه ، سواء كان الواطىء عالماً بالحرمة أو جاهلاً بها ، وهو معنى قوله ( وهو عالم به ) أي والحال أنه عالم بالتحريم ( وعند الباقين ) أي وعند العلماء الباقين ( لا يثبت ) أي لا تثبت الشبهة بالعقد ( إذا علم بتحريمه ) أي بتحريم العقد ( ويظهر ذلك في النكاح[1] المحارم على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ) وذلك عند قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يحد عند أبي حنيفة « رض » .

( إذا عرفنا هذا ) أي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة نذكر ما يتعلق بها من المسائل ، فنقول ( ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام حد لزوال ملك المحل من كل وجه ، فتكون الشبهة معه منتفية ) لأن الملك أصلا وشبهة

---

(١) في نكاح المحارم – هامش .

وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل ، وعلى ذلك الإجماع . ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه خلاف الإختلاف . ولو قال ظننت أنها تحل لي لا يحد ، لأن الظن في موضعه ، لأن أثر الملك قائم في حق النسب

---

الإنتفاء أيضاً منتفية ، لأن الواطىء يقول علمت بأنها علي حرام . وأما إذا قال ظننت أنها تحل لي لا حد عليه ، ولا على قاذفه نص عليه الحاكم في الكافي . وإنما قال لزوال الحل من كل وجه يدل عليه القرآن ، وهو معنى قوله ( وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل ) وهو قوله ﴿ فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ﴾ ٢٣٠ البقرة ( وعلى ذلك الإجماع ) أي وعلى انتفاء الحل انعقد الإجماع ، فلا يعتبر قول المخالف فيه ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال اختلف الناس في وقوع الثلاث جملة ، فعند الزيدية من الروافض يقع واحدة ، وعند الإمامية منهم لا يقع شيء ، ويدعون أنه قول علي رضي الله عنه ، فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل ، فقال في جوابه :

( ولا يعتبر قول المخالف فيه ، لأنه غير معتبر ، لأنه خلاف الإختلاف) وقد ذكرنا الكلام فيه عن قريب . وقال الإمام حميد الدين الضرير رحمه الله في شرحه الفرق بين الخلاف والاختلاف ، أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً ، والمقصود واحد. والخلاف أن يكون كلاهما مختلفاً . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير الاختلاف من آثار الرحمة . والاختلاف من آثار البدعة ، وأراد بـه الفرق المذكور . قال الأترازى وكذا إرادة صاحب الهداية ولي فيه نظر ، لأنه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا .

ويقال اختلف القوم اختلافاً وخالفوا بخلافـه وخلافاً إذا لم يوافق بعضهم بعضاً ، انتهى . قلت نظر موجهة من جهة عدم دلالة اللغة عليها على ما قالوا ، ولكنـه لم يوصف الكلام حقه . فأقول الخلاف من باب المفاعلة وأصله للمشاركة بين آيتـين أو أكثر ، والاختلاف من باب الافتعال ، وأصله للاتحاد ، والكسر يجيء بمعنى التفاعل نحو اختصموا.

( ولو قال ظننت أنها تحل لي ، لا يحد ، لأن الظن في موضعه لأن أثر الملك قائم في حق النسب) أي ثابت في حق ثبوت .... النسب ولدت باعتبار العلوق السابق على الطلاق

والحبس والنفقة ، فاعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد إذا أعتقها مولاها ، والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالإجماع ، وقيام بعض الآثار في العدة . ولو قال لها أنت خلية أو برية ، أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه ، فمن مذهب عمر رضي الله عنه أنها تطليقة رجعية .

---

لا النسب في هذا الوطء ، فإنه لا يثبت ( والحبس ) أي المنع من الخروج ( والنفقة ) أي وجوب النفقة ، وهذا وكله دليل لكون الظن في موضعه ( واعتبر ظنه في إسقاط الحد وأم الولد ) بالرفع على الابتداء ( إذا أعتقها مولاها ) يعني يجزء عتقها ( والمختلعة ) بالرفع أيضاً عطف على أم الولد .

( والمطلقة على مال ) عطف أيضاً على ما قبله ، وقوله ( بمنزلة المطلقة الثلاث ) خبر المبتدأ ، وما عطف عليه توضيح معناه أنه إذا وطىء كل واحدة منهن في العدة ، وقال علمت أنها علي حرام حد ( لثبوت الحرمة بالإجماع ) لزوال الحل من كل وجه ( وقيام بعض الآثار في العدة ) أي بعض آثار الملك مثل وجوب النفقة ومنعها من الخروج ، وإن قال ظننت أنها تحل لي في هذه الصورة لا يحد للشبهة ، لأن قيام أثر الملك من العدة ونحوها أورث شبهة .

( ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك ، فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة فيه ) أي في حكم هذا الفصل والصحابة الذين روي عنهم في هذا الباب على الإختلاف عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وزيد ابن ثابت وجابر بن عبد الله وعبد الله بن عمر وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعثمان رضي الله عنهم .

أما المروي عن عمر رضي الله عنه فأشار اليه بقوله ( فمن مذهب عمر أنها مطلقة رجعية ) وأخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه فهو واحدة ، وإن اختارت زوجها

فلا شيء [١] ورواه أيضاً عن النسفي من العني قال قال عمرو ابن مسعود إن اختارت زوجها فلا بأس ، وإن اختارت نفسها فهي واحدة ، وله عليها الرجعة .

وأما المروي عن زيد بن ثابت فأخرجه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا سفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن القاسم بن محمد عن زيد بن ثابت أنه قال في رجل جعل امرأته بيدها فطلقت نفسها ثلاثاً ، قال هي واحدة .

وأما المروي عن جابر « رض » فرواه عبد الرزاق أيضاً أخبرنا ابن جريج أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله بن عمر « رض » فرواه الشافعي في مسنده أخبرنا مالك عن ابن عوانة قال في الخلية والبرية والبتة إن كل واحد منها ثلاث تطليقات ، ورواه مالك في الموطأ .

وأما المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فرواه الدارقطني في سننه عن عطاء ابن السائب عن الحسن عن علي قال في الخلية والبرية والبائن والحرام الثلاث لا يحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وأما المروي عن ابن عباس فرواه عبد الرزاق أخبرنا الشميس عن أبيه عن الحسن بن مسلم عمر سمع ابن عباس « رض » يقول في الرجل يقول لامرأته أنت برية إنها واحدة .

وأما المروي عن عثمان بن عفان « رض » فرواه ابن أبي شيبة عنه وعن ابن عباس وابن عمر إذا ملك الرجل امرأته أمرها بيدها فالقضاء ما قضت ، إلا أن يتكور الرجل، فيقول لم أرد إلا واحدة ، ويحلف على ذلك فيكون الملك بها ما كانت في عدتها، وأخرجه عبد الرزاق أيضاً نحوه .

( وكذا الجواب في سائر الكنايات ) قال الحاكم الشهيد وفي الكافي وإن أبانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت أنها علي حرام فلا حد عليه . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، فإن طلقها طلقة بائنة ثم وطئها في العدة لا حد عليه ،

(١) فلا بأس — هامش .

وكذا إذا نوى ثلاثاً لقيام الإختلاف مع ذلك ، ولا حد على من وطيء جارية ولده وولد ولده . وإن قال علمت أنها علي حرام ، لأن الشبهة حكمية لأنها نشأت عن دليل

---

سواء ادعى الشبهة أو لم يدع فيها الشبهة شبهان ، شبهة حكم ، وشبهة اشتباه ، فها هنا شبهة حكم ، لأن الصحابة اختلفوا فيه ، قال بعضهم الكنايات كلها بوائن . وقال بعضهم رجعية وجعلها بعضهم ثلاثاً فأورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل ، لأن في الواحدة للرجعية يبقى الحل ، فينبغي على هذا أن يثبت النسب بالدعوى على ما أشار اليه الصدر الشهيد بقوله ولا يثبت إذا لم يدع ، وذلك لأن الفعل لم يقع وفاء لبقاء الحل باعتبار الشبهة في المحل .

ولكن قال فخر الإسلام الإشهاد البزدوي في شرحه للجامع الصغير ، ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله ، لأنه زنا ، وإنما يسقط الحد بالشبهة لأنه عقوبة ، ولا يثبت النسب بالزنا بحال . وقال الأترازي كأنه جعل هذه الشبهة شبهة الإشتباه ، وليس ذلك بصحيح عندي ، لأن الرواية منصوصة في الجامع الصغير . وفي الكافي للحاكم أنه لا يجب عليه الحد . وإن قال علمت أنها علي حرام . فلو كان الأمر كما قال فخر الإسلام « رح » لوجب الحد ، لزوال الاشتباه بقوله علمت أنها علي حرام ، فلما لم يجب علم أنه من قبيل شبهة المحل . وفي شبهة المحل لا يقع الفعل زنا ، فيثبت بالدعوة .

( وكذا إذا نوى ثلاثاً ) أي وكذا الحكم إذا نوى ثلاثاً من الفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة ، يعني لا يحد ، وإن قال علمت أنها علي حرام ( لقيام الإختلاف ) أي اختلاف الصحابة ( مع ذلك ) أي مع نية الثلاث ، لأن اختلاف الثلاثة لا يرتفع بنية الثلاث ، فكانت الشبهة قائمة ، فلا يجب الحد.

( ولا حد على من وطيء جارية ولده وولد ولده وإن قال علمت أنها علي حرام، لأن الشبهة حكمية ، لأنها نشأت عن دليل ) وسواء ادعى الأب الشبهة أو لم يدع . وأما الجد إذا وطيء جارية ولد ولده لا يجب الحد ولا يثبت النسب أيضاً إذا كان الأب حياً ، لأنه

وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك ، والأبوة قائمة في حق الجد، ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية ، وقد ذكرناه . وإذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ، ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد إذا وطىء جارية مولاه ،

---

محجوب بالأب وسقوط الحد لغو منه الولاد ، وذكر البزدوي إذا وطىء جارية حافدة والأب في الحياة لا يجب الحد ( وهو قوله عليه الصلاة والسلام ) أي الدليل هو قول النبي ﷺ ( أنت ومالك لأبيك ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة وعن عمر بن الخطاب أخرج حديثه البزار في مسنده عن سعيد بن المسيب عنه . وعن جابر أخرج حديثه الطبراني في الصغير والبيهقي في دلائل النبوة مطولاً عن محمد بن المنذر عنه ، وفيه أنت ومالك لأبيك .

وعن سمرة بن جندب أخرج حديثه البزار في مسنده والطبراني في معجمه عن الحسن عنه نحوه . وعن ابن مسعود أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن علقمة بن قيس عنه نحوه . وعن ابن عمر « رض » أخرج حديثه أبو يعلى في مسنده عن أبي إسحاق عنه نحوه ، وعن عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها ابن حبان في صحيحه عن عطاء عنها نحوه .

(والأبوة قائمة في حق الجد ) يشير بذلك إلى أن حكم الجد مثل حكم الأب في عدم وجوب الحد ، وان كان الأب حياً ، ولكن لا يثبت النسب وقد ذكرناه الآن (ويثبت النسب منه) أي من الأب ( وعليه قيمة الجارية ) لأنه يملكها عند ثبوت النسب ، ولا عقد عليه ، لأنه لما ملكها يجمع سقط العقر ، لأنه ضمان الجزاء ( وقد ذكرناه ) أي في باب نكاح الرقيق.

( وإذا وطىء جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه ، ولا على قاذفه . وإن قال علمت أنها علي حرام حد ، وكذا العبد [1] ) أي وكذا حكم

---

(١) إذا وطىء جارية مولاه – هامش .

لان بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع ، فظنه في الاستمتاع محتمل ، فكانت شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا حقيقة ، فلا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي ، والفحل لم يدع في الظاهر ، لان الفعل واحد

---

العبد بالتفصيل المذكور ( لأن بين هؤلاء انبساطاً في الانتفاع ) لأن الإبن يتناول مال أبويه وينتفع به الأكل والصرف ، وكذا الزوج في مال الزوجة ، وكذا العبد في مال مولاه ، فلما جرى الإنبساط بينهم اشتبه الوطء ، فإذا ادعى الإشتباه سقط الحد للشبهة ، لكن لا يثبت النسب ، لأن الفعل زنى في الواقع . وإذا قال علمت أنها علي حرام حد لزوال الإشتباه ، ولا يحد قاذف الإبن والزوج والعبد بعد الحرية . لأن الفعل وقع زنا إلا أن الحد أسقط الشبهة . وقاذف الزاني لا يحد . وقال في الأجناس قال في أمالي الحسن قال أبو حنيفة « رح » إذا زنى بجارية امرأته وقال ظننت أنها لى حلال عليه العقر ، ولا حد عليه . ولا يثبت نسب الولد إن جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه . ولو قال علمت أنها علي حرام لا عقر عليه ، وعليه الحد ، ولا يثبت النسب .

( وظنه في الاستمتاع محتمل ) أي وظن الواطىء الإنبساط فى الانتفاع كلا واستعمالاً في حل الاستمتاع بالجارية فيه ( فكان ) أي ظنه هذا ( شبهة اشتباه ، إلا أنه زنا في حقيقته ، ولا يحد قاذفه ، وكذا إذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لي ) معطوف على قوله وقال ظننت أنها تحل لي فلا حد عليه أي والحال ( والفحل لم يدع في الظاهر ) متصل بقوله وكذا ، أي لا حد على العبد في ظاهر الرواية ( لأن الفعل واحد ) أي لأن فعلهما واحد ، فإذا سقط عنها سقط عنه الحد . وروي عن أبي حنيفة « رح » أن الجارية إن ادعت الحل ولم يدع الفحل حد ، لأن المرأة تابعة فى فعل الزنا ، فالشبهة المتمكنة فى جانب التابع لا تعتبر فى جانب الأصل ، بخلاف ما إذا ادعى الرجل الظن ، لأنه أصل فى الفعل ، فيتورث شبهة فى التابع . وقلنا لما كان الفعل واحداً ووردت الشبهة فى أحد الجانبين يكتفي لإسقاط الحد على الآخر .

وإن وطيء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد ، لأنــــه لا انبساط في الحال فيما بينهما ، وكذا سائر المحــارم سوى الولاد لما بينا . ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء أنها زوجتك فوطئهـــا لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعــدة ، ولأنه اعتمد دليلاً وهو الاخبار في موضع الإشتباه إذ

---

فإن قيل يشكل بما إذا زنى بشكل البالغ بصبيته ، حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية ، مع أن الفعل واحد . قلنا سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الأهلية لعقوبته ، لا باعتبار الشبهة فى الفعل ، وفيما نحن فيه باعتبار الفعل ، فيؤثر فى الجــانب الآخر لا محــالة .

( وإن وطيء جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد ، لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما ) فلا يعتبر دعوى الظن ( وكذا سائر المحارم ) أي وكذا الحــكم ، وهو الحد( سوى الولاد ) أي سوى قرابة فيما به الولاد ، كالخال والخــالة وغيرها هذا المعنى ( لما بينا ) أي قوله لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما ، بخلاف ما لو سرق من بيت هؤلاء حيث لا يقطع ، لأن الحرز لم يتحقق في حق لدخوله في بيت هؤلاء فلا استئذان ، وحيث هو القطع دائر مع هتك الحرز .

( ومن زفت اليه غير امرأتة ، وقال النساء أنها زوجتك فوطئها لا حد عليه ، وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه ) هذا غريب جداً . قوله زفت على صبية من المجهول أي بعث من باب نصر ينصر . قوله وقال النساء بتـــذكير الفعل ، لأن تأنيث الجمع ليس بحقيقي ، قال الله تعالى ﴿ إذا جاءك المؤمنـــات ﴾ ١٢ الممتحنـــة ، وفي بعض النسخ وقلن النساء . قال الأترازي لا يجوز إلا على ضعيف . قلت حكى سيبويه « رح » ذلك فمن غير قيد نصف ، كقولهم أكــلوني البراغيث ( وبالعدة ) أي وقضى وجوب العدة .

( ولأنه ) أي ولأن المزفوف ( اعتمد دليلاً وهو الإخبار في موضع الإشتبــاه ، إذ

الإنسان لا يميز بين امرأتـــه وبـــين غيرها في أول الوهلة ، فصار كالمغرور ، ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف « رح » ، لأن الملك منعدم حقيقة . ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ، لأنه لا اشتباه بعـــد طول الصحبة، فلم يكن الظن مستنداً إلى دليل .

---

الإنسان لا يميز بين امرأتـــه وبين غيرها في أول الوهلة ) بفتح الواو وسكون الهاء يقال لقيته أول وهلة ، أي أول كل شيء يعني لا يميز في أول الوهلة إلا بالإخبار ، وخبر الواحد مقبول في أمور الدين والمعاملات ، ولهذا إذا جاءت الجـارية وقالت بعثني اليـك مولاي هدية يحل وطئها اعتماداً عليهـا ، ذكره الأترازي . وأما وجوب المهر فلأن البضع لا يخلو عليها من أحد الوجهين إبانة لخطر المحل . أما الحد وأما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر . وقال الأترازي وهو مؤيد بقضاء علي رضي الله عنه روى أصحابنا في كتبهم أنه قضى كذلك ، ويثبت نسب الولد إن جاءت به وليست كالتي فجرمحوبها [1] وقال حبستها أمر أني حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب عليه الحد ، وبه صرح الحاكم في الكافي (فصار كالمغرور ) أي صار الذي زفت اليه غير امرأته فوطئهـا كالمغرور ، وهو الذي زف أي امرأة معتمداً على مالك يمين أو نكاح ثم استحق فلا يجب عليه الحد للاشتبـــاه ، فكذا الذي زفت اليه غير امرأته لهذا المعنى .

( ولا يحد قاذفه ) أي لا يحد قاذف الذي زفت اليه غير امرأته فوطئها في ظـــاهر الرواية ( إلا في رواية عن أبي يوسف ) حيث قال إنه يحد ( لأن الملك منعدم حقيقـة ) هذا دليل ظاهر الرواية ، أراد به أن لا ملك له فيه ، إلا في الأخسية يسقط إحسانـــه لوقوع الفعل زنا فلا يحد قاذفه .

( ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد ) لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مسند إلى دليل ) وقال زفر والشافعي ومالك وأحمد « رح » لا حد عليه ،

---

(١) هكذا الجملة بهذا اللفظ في الأصل ، اه مصححه .

وهذا لأنه قد ينـام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها ، وكذا إذا كان أعمى ، لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبيـــة وقالت أنا زوجتك فواقعهــا ، لأن الإخبار دليل .ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليـه الحد عند أبي حنيفة « رح » ، لكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلــك . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » والشافعي « رح » عليه الحـد إذا كان عالماً بذلك ،

---

أي ظن أنها امرأته قياساً على ليلة الزفاف وعلى من شرب شراباً على ظن أنـه ليس بخمر فإنه لا يحد ( وهذا ) إشارة إلى قوله لأنه اشتباه ( لأنه قد ينام على فراشهـــا غيرها من المحارم التي في بيتها ) فلا يكون بمجرد النوم دليل على أن النائمة هي زوجته .

( وكذا إذا كان أعمى ) أي إذا وجد الأعمى في بيته أو فراش زوجته امرأة فوطئها على ظن أنها امرأته يجب عليه الحد ( لأنه يمكنه التمييز بالسؤال ) أي يمكنه تمييز امرأته بالسؤال عنها ( وغيره ) أي وغير السؤال من العلامات ( إلا إذا دعا فأجابته أجنبيـــة وقالت أنا زوجتك فواقعها ) أي فيما معها لا يجب الحد ( لأن الإخبار دليل )فاستنداليه .

( ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها ) مثل نكاح المحـارم ، والمطلقـــة الثلاث ، ومنكوحة الغير ، ومعتدة الغير ، ونكاح الحاملة ، وأخت المرأة في عدتها ، والمجوسية ، والأمة على الحرة ، ونكاح العبد والأمة بلا إذن المولى ، والنكاح بغير شهود ( فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح » )في جميع ذلك . وإن قال علمت أنها علي حرام ( ولكنه يوجع عقوبة إذا كان علم بذلك ) يعني يضرب طريق التقرير ضرباً مؤلمـاً عقوبة عليه لا بطريق الحد .

( وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد إذا كان عالماً بذلك )وإلافلا، ولكن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قال فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد بالنكـــاح

لأنه عقد لم يصادف محله ، فيلغو كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه ، وحكمه الحل ، وهي من المحرمات ولأبي حنيفة « رح » أن العقد صادف محله ، لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده . والأنثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد ، وهو المقصود ، فكان ينبغي أن ينعقد في

---

بغير شهود ( لأنه عقد لم يصادف محله فيلغو ، كما إذا أضيف إلى الذكور ، وهذا لأن محل التصرف ما يكون محلا لحكمه ) وهذا المحل ليس محلا لحكمه ( وحكمه الحل ، وهي من المحرمات ) على التأبيد ، فلا يكون محلا للحل ، فلا ينعقد أصلا كالبيع الوارد على الميتة والدم ، وفي المغني لابن قدامة الحنبلي ، فأما الأنكحة المجمع على ما يطلق بها النكاح الخامسة والمعتدة والزوجة للغير ومطلقة ثلاثاً وذوات محارم من نسب أو رضاع لا يمنع وجوب الحد ، كما روي عن عمر أنه قال حين رفع اليه امرأة تزوجت في عدة قضاءله بغيره علمنا فقالا لا ، فقال عمر رضي الله عنه لو علمت لرجمتكما .

وفي وطء محارمه بالعقد وبغيره روايتان في رواية يجب الحد لعموم الآية . والثانية يقبل بكل حال لما روي عن البراء قال لقيت عمي وفي يده الراية ، فقلت إلى أين تريد ، قال بعثني رسول الله ﷺ إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله . قال الترمذي هذا حديث حسن . وروى ابن ماجة بإسناده أنه عليه الصلاة والسلام قال من وقع على ذات محرم فاقتلوه ، انتهى كلامه . قال العلامة هذا حديث شاذ مخالف لظاهر الكتاب والأحاديث المشهورة ، فيؤول ذلك في حق من يستحله أو أمر بذلك بسياسة وتعزير الحد .

( ولأبي حنيفة أن العقد صادف محله ) لأن الوطء حصل عقيب النكاح المصادف إلى محل قابل لمقاصد النكاح ، والنكاح بصيغة زوجت وتزوجت وما يجري ذلك المجرى من الألفاظ ، فصادف محله ( لأن محل التصرف ما يقبل مقصوده ) أي مقصود المتصرف ، وهو المطلوب من النكاح ، وهو قضاء الشهوة والولد والسكنى ( والأنثى من بني آدم قابلة للتوالد ، وهو المقصود ) ولا شك أن المحل هذه الصفة ( فكان ينبغي أن ينعقد في

حق جميع الأحكام ، إلا أنـه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل، فيورث الشبهة ، لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت ، إلا أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدور فيعزر . ومن وطىء أجنبية فيمـا دون الفرج يعزر ، لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر

---

حق جميع الأحكام ) وأن يثبت العقد حقيقة الحل ، لكن لم يثبتها إلا قضاء المنصوص، بخلاف ذلك ، وهو معنى قوله :

( إلا أنه ) أي إلا أن هذا العقد ( تقاعد عن إفادة حقيقة الحل،فيورث الشبهة ) أي شبهة الحل (لأن الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت )فإن قلنا من أين يرث شبهة المحل ، وقد ثبت الحرية بالنص من كل وجه ، فانتفى الحل من كل وجه . قلت سلمنا أن الحل ينتفي من كل وجه ، فنحن لا ندعي المحل من وجه حتى يرد السؤال ، بل ندعي شبهـة الحل لصورة العقد ، وهي حاصلة . وقد علل المصنف ذلك بقوله لأن الشبهة إلى آخره .

فإن قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجبت العدة ، وثبت النسب.قلت منع بعض أصحابنا عدم وجوب العدة وعدم ثبوت النسب . وعلى تقدير التسليم نقول مبنى وجوب العـدة وثبوت النسب على وجود الحل من وجه أو من كل وجه ، وهنا لم يوجـد الحل أصلاً ، ويعني بالحل أن يكون الفاعل على حالة الإيلام عليها . وها هنا إيلام الواطىء ويعـذر عقوبـة عليه .

( إلا أنه ارتكب جريمة ) استثناء من قوله فيورث الشبهة أي يورث العقد الشبهة ، فلا يجب الحد إلا إن ارتكب جريمة ، أي ذنباً ( وليس فيه ) أي في هذه الجريمة ( حد مقدور ) فإذا لم يكن حد مقدر ( فيعزر ) عقوبة عليه .

( ومن وطىء أجنبية ) أي امرأة أجنبية ( فيما دون الفرج ) كالتبطين والتفخيـذ ونحوهما ، وليس المراد منه الإتيان في الدبر ، لأن بيانه يجيء عقيب هذا ( يعزر ) قالوا أشد التعزير ( لأنه ) أي لأن الوطء فيما دون الفرج ( منكر ) لأنه شيء قبيح ( ليس فيه شيء مقدر ) في الشرع وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي رواية يقتل .

من أتى امرأة في الوضع المكروه أو عمـــل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفــــة « رح » ، ويعزر . وقال في الجامع الصغير ويودع في السجـــن .

---

( ومن أتى امرأة في الموضع المكروه ) أي في الدبر ( أو عمل عمـل قوم لوط ) أي أو أتى في دبر الذكر ( فلا حد عليه عند أبي حنيفة « رح » ويعزر ) هذا لفظ القدوري ( وقال ) أي محمد « رض » ( في الجامع الصغير ويودع في الحبس [1] ) وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الدبر يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ حد الزنا، لكنه يحبس ويعزر . وذكر علاء الدين في طريقة الخـــلاف يعزر ويحبس إلى أن يتوب أو يموت . وفي روضة الزندوسي الخلاف في الغلام ، أما لو أتى امرأة في الموضع المكروه يحد بلا خلاف . ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف ، وكذا في الفتاوى الظهيرية . وفي الكافي في الأصح أن العبد يحد ، وفي الأمة والمنكوحة عدم الحد الكل على الخلاف ، نص عليه في الزيادات . وقد انعقد الاجماع على تحريم إتيـــان المرأة في الدبر ، وإن كان فيه خلاف قديم فقد انقطع . وكل من روي عنه إباحتــه فقد روي عنه إنكاره .

فأما القائلون بتحريمه من الصحابة رضي الله عنهم فعلي بن أبي طالب وابن عباس وأبو هريرة وأبو الدرداء وابن مسعود . ولم يختلف منه أحد من الصحابـــة إلا ابن عمر ، ومن التابعين إلا نافع . فأما ابن عمر رضي الله عنهـما فروى النسائي في سننه والطـــبري من طريق مالك قال أشهد على ربيعة يحدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عن ذلـــك فقال لا بأس به ، وقد صح عنه أنه أنكر ذلـــك فيما روى النسائي من رواية الحارث بن يعقوب عن سعيـد بن يسار قال ، قلت لابن عمر إنا نشتري الجواري فيمحض لهن ، قال وما التمحيض ، قال إتيانهن في أدبارهن ، فقال ابن عمر أويفعل هذا مسلم .

وروى النسائي أيضاً من رواية كعب بن علقمة عن ابن السرانة أخبره قال لنا في مولى

---

(١) في السجن — هامش .

وقالا هو كالزنا فيحـــد ، وهو أحد قولي الشافعي « رح » . وقال في قول يقتلان بكل حال ، لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول ، ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى الزنا ، لأنه قضاء

---

ابن عمر قد أكثروا عليك القول ، إنك تقول عن ابن عمر أنـــه أفتى عمن يؤتي النساء في أدبارهن ، فقال نافع لقد كذبوا علي . وقال ابن حزم في المحلى وما روينا إباحة ذلك عن أحد إلا عن ابن عمر « رض » باختلاف عنه . وعن نافع باختلاف عنـــه ، وعن مالـــك باختلاف عنه ، وروى الثعلبي في تفسيره عن رواية عطاف بن موسى « رض » عن عبدالله ابن الحسن عن أبيه أنه حكي عن مالك إباحة ذلك ، وأنكره أصحابه .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد « رض » ( هو ) أي اللواطة ( كالزنا فيحـــد ) فإن كان محصناً يرجم ، وإلا فيجـــلد ( وهو أحد قولي الشافعي « رح » ، وقال في قول يقتلان بكل حال ) يعني سواء كان محصناً أو غير محصن ، وله فيه وجوه ، يقتلان بالسيف وفي وجه يرجمان بكراً كان أو ثيباً ، وبه قال مالك وأحمد « رح » تغليظـــاً . وفي وجه يهدم عليه جدار . وفي وجه يرمى من شاهق حتى يموت . وفي شرح الوجيز وأصح القولين يجلد إن كان من بكر ، ويعزر إن كان محصناً يرجم [1] ( لقوله عليـــه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( اقتلوا الفاعل والمفعول ) هذا رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهـــما قال ، قال رسول الله ﷺ وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول ( ويروى فارجموا الأعلى والأسفـــل ) روى هذا ابن ماجة من حديث أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ الذي يعمل عمل قوم لوط فارجموا الأعلى والأسفل.

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد ( أنه ) أن فعل اللواطة ، وفي بعض النسخ ولهما أنهما اى الإتيان في الموضع المكروه من المرأة وعمل قوم لوط ( في معنى الزنا ، لأنـــه قضاء

---

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل . اهـ مصححه .

الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراماً لقصد سفح الماء . وله أنه ليس زنا لاختلاف الصحابة « رض » في موجبه من الإحراق بالنار ،

---

الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال ) وقال الكاكي قوله في معنى الزنا ، أي في المعنى الذي تعلق به الحد من كل وجه ، حتى أن من لا يعرف الشرع لا يفصل بينهما . قوله ـ لأنه ـ أي لأن إتيان الدبر قضاء الشهوة في محل مشتهى ، إذ المحل إنما يصير مشتهى باللين والحرارة ، وذلك لا يخلو من القبل والدبر ، بل الإشتهاء والرغبة في الدبر أبلغ ، لأنه لا يتوهم حدوث الولد ، بخلاف القبل . وقال الأترازي وقيد الكمال احترازاً عن الشبهة ، لأن فرجها ينفر عنه الطباع السليمة ، فلم تكن تشتهى على سبيل الكمال ( على وجه ) يتعلق بقوله لأنه قضى الشهوة .. إلى آخره ( تمحض حراماً ) عن قوله ( على وجه القصد سفح الماء[1] ) قال الأكمل هو مناط الحد في الزنا فيلحق به اللواطة بالدلالة ، لا بالقياس ، لأن القياس لا يدخل فيما يدور بالشبهات . وقال تاج الشريعة رحمه الله معنى سفح الماء هنا أبلغ ، لأن المحل لا يصلح للنسل والحرث ، فيكون أشد تضييعاً للماء ، لأنه بذر وبذر الحب في محل لا ينبت يكون أشد تضييعاً .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أنه ) أي الإتيان في الدبر ( ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه ) أي موجب الإتيان في الدبر ( من الإحراق بالنار ) روى الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم فقال حدثني يحيى بن عبد الله بن أبي فروة عن عبد الله بن أبي بكر بن حزام قاله كتب خالد بن الوليد إلى أبي بكر الصديق أخبرني أني أتيت برجل قامت عندي البينة أنه يوطأ في دبره كما توطأ المرأة ، فدعى أبو بكر « رض » أصحاب النبي ﷺ واستشارهم فيه ، فقال له عمر رضي الله عنه أحرقه بالنار ، فإن العرب يأنف أنفاً لا يأنفه أحد غيرهم . وقال غيرهما اجلدوه ، فكتب أبو بكر إلى خالد بن الوليد أن احرقه بالنار ، فحرقه خالد .

---

(١) تمحض حراماً لقصد ـ هامش .

وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ، ولا هو في معنى الزنا ، لانه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الانساب ، وكذا هو أندر وقوعاً لانعدام الداعي في أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين

---

( وهدم الجدار عليها ) وقال الأترازي اختلف الصحابة في حده فقال بعضهم يهدم عليهما الجدر . قلت ولم أجد من أخرج هذا عن أحد من الصحابة « رض » ( والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار ) يعني ينكسان من أعلى المواضع ، ثم يتبعان بالحجارة . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا غسان بن مضر [1] عن سعيد بن زيد عن أبي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطي ، قال ينظر أعلى بناء في القرية ويرمى منه منكساً ، ثم يتبع بالحجارة ( وغير ذلك ) أي وغير ما ذكر من الأشياء المذكورة ، وهو قوله بعضهم يحبسان في أنتن المواضع حتى يموتا .

( ولا هو ) أي الإتيان في الدبر ( في معنى الزنا ، لأنه ليس فيه إضاعة الولد ) بيانه أن الوطء في القبل سبب لحصول الولد ظاهراً غالباً ، ثم إذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا الزوج ، لعدم الوثوق بكون الولد منه والأم عاجزة عن الإنفاق عليه ، فيضيع الولد ، وليس هذا في الإتيان في الدبر ( واشتباه الأنساب ) أي وليس فيه أيضاً اشتباه الأنساب ، لأن اشتباه الأنساب مبني على الدعوى ، وهذا المعنى مقصود في اللواطة .

( وكذا هو أندر وقوعاً ) أي كذا فعل اللواطة ، وقد روي وقوعاً ( لانعدام الداعي من أحد الجانبين ) وهو جانب المفعول ( والداعي إلى الزنا من الجانبين ) وجانب الفاعل وجانب المفعول ، فلم يكن اللواطة في معنى الزنا ، فلا يثبت حكمه فيها قياساً .

---

(١) هكذا الإسم في الأصل .

وما رواه محمول على السياسة أو على المستحيل ، إلا أنه يعزر عنده لما بيناه . ومن وطىء بهيمة فلا حد عليه ، لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية ، وفي وجود الداعي ، لان الطبع السليم ينفر عنه . والحامل عليه نهاية السفه وإفراط الشبق ، ولهذا لا يجب ستره ،

---

( وما رواه ) أي الشافعي وهو قوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول ( محمول على السياسة ، أو على المستحيل ، إلا أنه يعزر عنده ) أي عند أبي حنيفة يعزر اللواطي ، وإن كان لا يحد ، وهذا استثناء من قوله ليس بزنا ، ولا هو في معنى الزنا ( لما بيناه ) إشارة إلى قوله لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر ( ومن وطىء بهيمة فلا حد عليه ) وبه قال زفر ومالك وعثمان رضي الله عنهم عن النبي ﷺ ، وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما مثله ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد « رح » في رواية ، وفي قول الشافعي « رح » يحد كالزنا ، وبه قال في رواية . وفي قول يقتل رجماً ، بكراً كان أو ثيباً ، كما روي عن عكرمة عن ابن عباس قال ، قال رسول الله ﷺ من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة .

( لأنه ) أي لأن وطء البهيمة ( ليس في معنى الزنا في كونه جناية ) لأنه ناقص ( وفي وجود الداعي ) أي ولا في وجود الداعي ( لأن الطبع السليم ينفر عنه ) أي عن وطء البهيمة ( والحامل عليه ) أي على وطء البهيمة ( نهاية السفه ) لأن العاقل لا يفعل هذا المبنى وساعه ( أو فرط السبق [1] ) بفتح السين المهملة ، والباء الموحدة وهو شدة الغلة ( ولهذا ) أي ولأجل نفرة الطبع السليم ( لا يجب ستره ) أي ستر فرج البهيمة ، وإنما أضمر عليه وإن لم يسبق ذكره ذكر البهيمة ملزمة ، كذا قاله الاكمل . قلت دعوى الاستلزام غير موجه ، نعم يفهم ذلك عن ذكر البهيمة ، ولو كان الطبع داعياً عليه لوجب ستر ذلك الموضع ، كما في القبل والدبر ، والإيلاج فيه كالإيلاج في الكوز ، ولهذا لا يجب الغسل ، ولا ينقض الطهارة بنفس الإيلاج بدون

---

(١) الشبق – هامش .

**إلا أنه يعزر لما بيناه . والذي يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق ، فذلك لقطع التحدث به ، وليس بواجب**

---

الإنزال ، فلا يكون في معنى الزنا ( إلا أنه يعزر لما بينا ) يعني قوله ارتكب جريمة ، وليس فيها حد .

( والذي يروى ) أي والحديث الذي يروى ( أنه تذبح البهيمة وتحرق ) بهذا اللفظ غريب ، نعم روى الأربعة من حديث عكرمة عن ابن عباس قال ، قال رسول الله ﷺ من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها ( فذلك لقطع التحدث به ) أراد به أن الأم تقبله ، وقتل البهيمة لأجل قطع حدب الناس بعداً ، لأن الناس إذا ردوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها ، فلا يتقرب به فلان ويتضرر ويقعون أيضاً في الغيبة ، فلأجل ذلك تقتل البهيمة ، فكيف لتحدث الناس على أنا نقول أن الحديث شاذ ضعيف ، ضعفه البخاري ويحيى بن معين وأبو داود مع أن بارد بن [1] روى عن ابن عباس أنه قال لا حد من أتى بهيمة .

وكذلك روى الثقات عن ابن عباس وإن ثبت قوله في حق المستحل لتأويل قوله عليه السلام من أتى امرأته الحائض أو امرأته في غير ما أتاها ، فقد كفر بما أنزل على محمد . وقيل إنما قال ذلك في فاعل اعتاد بذلك قتل سياسة عندنا ، ألا ترى أنه أمر بالقتل المطلق ، ولم يفرق بين المحض وغيره ، ولو كان بمنزلة النساء يفرق بينه وبين المحض وغيره .

( وليس بواجب ) أي الآخر وليس بواجب . وقال شمس الأئمة السرخسي الإحراق جائز وليس بواجب ، فإن كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح ، ويؤكل لا يحرق بالنار على قول أبي يوسف . وقال أبو يوسف يحرق بالنار ويضمن الفاعل القيمة إن كانت لغيره ، ولأنها قتلت لأجله كيلا يعتبر . وقال الطحاوي وإن أتى بهيمة وجب التعزير ، ولا يحد الحد . وإن كانت البهيمة ذبحت ولا تؤكل ، قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي

---

(١) هكذا في الأصل ، وهنا نقص واضح ، اهـ مصححه .

ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا فلا يقام عليه الحد ، وعند الشافعي « رح » يحد ،لانه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه . ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب ، ولان المقصود هو الإنزجار

---

ليس هذا من أصحابنا في كتبهم ، فأما محمد « رح » روى عن عمر أنه لم يحد واطىء البهيمة ، وأمر بالبهيمة حتى أحرقت بالنار . وقال بعض أصحاب الشافعي تقتل ولا تحرق، ويضمن الفاعل إن كانت بغيره . وقال بعض أصحابه لا تقتل ، وفرق بعض أصحابنا فقال إن كانت مما يؤكل لا يذبح ، وإن كانت مما لا يؤكل يذبح . وفي أكلها وجهان ، أحدهما لا يحد ويضمن بغيره .

( ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ، ثم خرج الينا ، فلا يقام عليه الحد ) يعني إذا خرج وأقر عند القاضي ( وعند الشافعي « رح » يحد ) وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ( لأنه التزم بإسلامه أحكامه ) أي أحكام الإسلام ( أينما كان مقامه ) بضم الميمين، أي ثبت موضع إقامته الضمير يرجع إلى من في ومن زنى .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا يقام الحدود في دار الحرب ) هذا الحديث غريب ، وأخرج البيهقي عن الشافعي « رح » قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقام الحدود في دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو ، والمراسيل عندنا حجة كالمسند . وقال الكاكي في شرح الصاعدي روى محمد « رح » في السير الكبير عن النبي ﷺ أنه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حداً ثم هرب وخرج الينا فإنه لا يقام عليه الحد ، ثم قال وجه التمسك بحديث الكتاب أنه عليه السلام حقق عدم الإقامة لانقطاع ولاية الإمام عنها ، فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد . فإن قيل الحديث يعارض بقوله تعالى ﴿ فاجلدوا ﴾. قلنا خص منه مواضع الشبهة بالإجماع ، فيجوز تخصيصه بخبر الواحد .

( ولأن المقصود ) أي من إقامة الحد ( هو الإنزجار ) وذا لا يحصل بنفس الوجوب ،

وولاية الإمام منقطعة فيهما، فيعري الوجوب عن الفائدة، ولا يقام بعدما خرج ، لانها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ، ولو عزى من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لانه تحت يده ، بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الإقامة . وإذا دخل الحربي في دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة « رح » ، ولا يحد الحربي والحربية ، وهو قول محمد « رح » في الذمي يعني إذا زنى

---

بل الاستيفاء . ولا يمكن استيفاؤه ثمة لعدم ولاية الامام ، فامتنع الوجوب لعدم فائدته ، وهو الاستيفاء ، أشار اليه المصنف بقوله ( وولاية الامام منقطعة فيهما ) أي في دار الحرب ودار البغي كذلك ( فيعرى الوجوب عن الفائدة ) وهو الاستيفاء ( ولا يقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد موجبة ) أي لأن هذه الفعلة أو الزنية لم تنعقد حال كونها موجبة للحد ( فلا تنقلب موجبة ) بعد الخروج الينا ، فلا يحد .

(ولوعزى من له ولايه الاقامة ) أي إقامة الحدود ( بنفسه ) أي باختصاصه بذلك ( كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره ، لأنه تحت يده ) أي لأن من زنى في معسكر من له الولاية يختاره ( بخلاف أمير العسكر ) لأنه لم يفرض له ولاية إقامة الحدود ( والسرية ) أي بخلاف أمير السرية وهم الذين يسرون بالليل ويخفون بالنهار ، ومنه خبر السرايا أربعمائة ( لأنه لم يفوض اليهما الاقامة ) أي لم يفرض إلى أمير العسكر وأمير السرية إقامة الحدود .

( وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فزنى بذمية أو ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يحد الحربي والحربية ) وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد رحمة الله عليهما في حد الزنا والذمية . وقال مالك رحمه الله لايحدان ولايحد الحربي والحربية . وقال الشافعي رحمه الله ( وهو قول محمد رحمه الله في الذمي يعني إذا زنى

بحربية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد ، وهو قول أبي حنيفة « رح » قول أبي يوسف أولاً[1] . وقال أبو يوسف « رح » يحدون كلهم ، وهو قوله الآخر لابي يوسف « رح » أن المستأمن التزم أحكامنا مدة عمره في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف و يقتل قصاصاً ، بخلاف حد الشرب ، لانه يعتقد إباحة. ولهما أنه ما دخل دارنا

---

بحربية ، فأما إذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمة الله ، وهو قول أبي يوسف أولاً . وقال أبو يوسف ) آخراً ( يحدون كلهم ) وبه قال الشافعي وزفر ( وهو قوله الآخر لأبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة إقامته[2] في دارنا في المعاملات ، كما أن الذمي التزمها مدة عمره ، ولهذا ) أي ولأجل التزامه أحكامنا مدة إقامته ( يحد حد القذف ) إذا قذف مسلماً ( ويقتل قصاصاً ) إذا قتل ويمنع من الزبوا[3] وشر العهد للسلم والمصحف ، ويجبر على بيعها بعد الشراء كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب جواب عما يقال لو كان كذلك لا يقيم عليه حد الشرب ، لأنه من أحكامنا ، أجاب بقوله :

( بخلاف حد الشرب ) يعني حد الشرب ليس كذلك ( لأنه يعتقد إباحته ) فإن قلت فهو يعتقد إباحة قتل المسلم وقذفه ، فينبغي أن لا يقتص منه ، ولا يحد لقذفه . قلت المعنى باعتقاد الاباحة وهو أن يكون قتل النفس والقذف حرام عندهم في دينهم ، فأما حقهم ذلك ليس بدين ، وإنما هو هوى وتعصب[4] .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أنه ) أي المستأمن ( ما دخل دارنا

---

(١) هكذا في الأصل ، وهو غير الموجود في الشرح . اهـ مصححه .

(٢) مقامه — هامش .

(٣) هكذا الكلمة في الأصل .

(٤) هكذا سياق الجملة في الأصل .

للقرار بل لحاجـــته كالتجـــارة ونحوها ، فلم يصر من أهل دارنا ، ولهـــذا تمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يقتل المسلم ولا الذمي بـــه ، فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيــــل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لانـــه لما طمع في الإنصاف يلتزم الإنصاف والقصاص ، وحد القذف من حقوقهم . أما حد الزنا حق الشرع ، ولمحمد « رح »

---

للقرار ، بل لحاجته كالتجارة ونحوها ) مثل زيارة أقربائه أو لأجل الطيب لأجل هومنه ، فإذا كان كذلك ( فلم يصر من أهل ديارنا ، ولهذا ) أي ولأجل عدم كونه من أهل دارنا ( تمكن ) أي الحربي المستـأمن ( من الرجوع إلى دار الحرب ) إذا عزم على الخروج من دار الاسلام على الدخول في دار الحرب ( ولا يقتل المسلم ولا الذمي بـه ) أي بسببـه إذا قتل مسلم أو ذمي ، والذمي إذا قتله مسلم يقتص به عندنا ، فعلم أن الحربي لم يكن كالذمي ( فإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده ، وهو حقوق العباد ، لأنه ) أي لأن الحربي المستأمن ( لما طمع في الانصاف ) المسلمين ، أي طمع في العـــدل لأجله على غيره ( يلتزم الانصاف ) أي قبل العدل لغيره عليـــه ، يقـــال انتصف الرجل إنصافاً إذا أعطي [1] الحق ، وتناصف القوم إذا تعاطوا الحق بينهم ( والقصاص وحد القذف من حقوقهم ) أي من حقوق العباد .

( وأما حد الزنا محض حق الشرع ) فلم يلتزمه فلا يلزمه ، ولمـا فرغ عن الجواب عن قول أبي يوسف من جهة أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » شرع في بيان إثبـات ما لكل منهما فيما ذهب اليه فقال ( ولمحمد ) يعني في الفرق من المسلم أو الذمي إذا زنى بحربيـــة مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل ، وبين المسلمة أو الذمية إذا زنت بحربي حيث لا يجب عنده عليهما .

---

(١) في الأصل - أعطيف - وربما الصحيح ما ذكرناه ، اهـ مصححه .

وهو الفرق أن الاصل في باب الزنا فعل الرجل ، والمرأة تابعة له على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، فامتنــاع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع، أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الإمتناع في حق الاصل ، نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكــين البالغة من الصبي والمجنون . ولابي حنيفــة « رح » فيه إن فعل الحربي المستأمن زنا ، لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا ، والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها ،

---

بيانه ما قال بقوله ( وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل، والمرأة تابعة له ) لكونها محلاً ( على ما نذكره إن شاء الله تعالى ) أي في مسألة زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة ( فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع ) لأن الحد إنما يجب عليهما بالتمكين من فعل موجب للحد فيما مكنت من فعل موجب للحد ، فلا تحد .

( أما الإمتناع في حق التبع لا يوجب الإمتناع في حق الأصل ) وإلا ما كان مستتبعاً فكان أصلاً ، والغرض أنه تبع ، وذلك خلاف باطل ( نظيره ) أي نظير هذا ( إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة ) فإنه يحد البالغ دونها ، لأن الإمتناع في حق التبع لايستلزمه في حق الأصل ( وتمكين البالغة ) أي ونظيره أيضاً تمكين البالغة نفسها ( من الصبي والمجنون ) فإنه لا يجب الحد عليها ، لأن الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبع .

( ولأبي حنيفة « رح » فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لأنه مخــاطب بالحرمات ) كحرمات الكفر والزنا وإن لم يكن مخاطبــاً ، فإذا ما يحتمل السقوط من العبــادات ( على ما هو الصحيح ) احترز به عن قول بعض مشايخنا العراقيـين ، فإنهم قالوا بوجوب الأداء ( وإن لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا ) إشارة إلى قول مشايخ ديارنا ، أي ديار المصنف ( والتمكين ) أي تمكين المرأة نفسها منه ( من فعل هو زنا موجب للحد عليها )

بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان ، ونظير هذا الإختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده، وعند محمد «رح» لا تحد. قال وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته، فلا حد عليه ولا عليها. وقال زفر «رح» والشافعي «رح» يجب الحد عليها، وهو رواية عن أبي يوسف «رح». وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة، وهذا بالإجماع .

---

لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا ﴾ ٢ النور ، فيجب الحد عليها لوجوب المقتضى وانتفاء المانع .

( بخلاف الصبي والمجنون ، لأنهما لا يخاطبان ) هذا جواب عن شبهة محمد « رح » على أن سقوط الحد من الأصل يوجب السقوط من التبع . ووجه ذلك أن هذا ليس بنظير ما نحن فيه ، لأن الصبي والمجنون لا يخاطبان ، فلا يكون فعلهما ، والتمكين من غير الزنا ليس بزنا ، فلا يوجب الحد والحربي مخاطب بفعل الزنا ، والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد .

( ونظير هذا ) أي نظير هذا ( الإختلاف ) الواقع بين أبي حنيفة ومحمد « رح » ( إذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد ( وعند محمد « رح » لا تحد ) .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طاوعته ) أي طاوعت الصبي أو المجنون ( فلا حد عليه ولا عليها . وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها ) أي على المرأة المطاوعة ( وهو ) أي قول زفر والشافعي « رح » ( رواية عن أبي يوسف ) وبه قال مالك وأحمد « رح » لأنها زانية حقيقة .

( وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة ، وهذا بالإجماع ) إنما قيد بقوله يجامع مثلها ، لأنها إذا لم يكن يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد ،

ولهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه ، فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كلاً منهما مؤاخذ بفعله . ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه ، وإنما هي محل الفعل ، ولهذا يسمى هو واطئاً وزانياً ، والمرأة موطوءة ومر بيانها

---

لأنه كإتيان البهيمة ، لأن الطباع السليمة لا ترغب في مثلها ، ألا ترى إلى ما قال صاحب الأجناس في كتاب الصوم . ولو وطىء الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا يحتمل الوطء للسرها لا كفارة عليه ، ولا يفطر إذا لم يترك ، وهو كإيلاج البهيمة ، ونقل أيضاً صاحب الأجناس عن نوادر ابن رستم . قال أبو حنيفة إذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها وأفسد بها لا يحرم عليه ابنها ، لأن هذه ممن لا تجامع . وقال أبو يوسف أكره له البنت والأم . وقال محمد التنزة أحب إلي ، ولكن لا أفرق بينه وبين أمها .

( لهما ) أي لزفر والشافعي ( أن العذر من جانبها ) كما في صورة الإجماع بأن كانت مجنونة أو صبية أو نائمة أو مكرهة ( لا توجب سقوط الحد من جانبه ) أي من جانب الرجل بالاتفاق ( فكذا العذر من جانبه ) بأن كان صبياً أو مجنوناً ، والجامع كون كل واحد منهما مؤاخذ لفعله ، وهو معنى قوله ( وهذا لأن كل [1] واحد منهما ) أي من الرجل والمرأة أو من الذكر والأنثى ( مؤاخذ بفعله ) أي لا بفعل صاحبه .

( ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه ) أي من الرجل لوجوده منه حقيقة ( وإنما هي ) أي المرأة ( محل الفعل ) أي فعل الزنا ( ولهذا ) توضيح لكون الفعل حقيقة من الرجل ، أي ولأجل ذلك ( يسمى هو واطئاً وزانياً ) على صورة اسم الفاعل ( والمرأة ) شر ، ويسمى المرأة . وأوجب على الزانية الحد . وتقرير الجواب أن الله تعالى منهما المرأة سماها ( موطوءة ومر بيانها ،

---

(١) وهذا لأن كل منهما – هامش .

إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين ، فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا ، وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ، ومؤثم على مباشرته . وفعل الصبي ليس بهذه الصفة ، فلا يناط به الحد .

---

إلا أنها سميت زانية مجازاً تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية )في قوله تعالى ﴿ في عيشة راضية ﴾ ٢١ الحاقة ، باسم المرضية ، وهذا أحد التأويلين والتأويل الآخر بمعنى ذات رضى ، وكما في قوله تعالى [(١)] بمعنى فرق .

( أو لكونها ) عطف على قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل ، أي ولكون المرأة ( مسببة ) أي صاحبة سبب ( بالتمكين ) أي بسبب التمكين ( فيتعلق الحد ) مبتدأ ( في حقها ) في حق المرأة ( بالتمكين ) أي سبب التمكين ( من قبيح الزنا ) خبر المبتدأ ، والإضافة فيه مثل الإضافة في حرف تصنيفه ( وهو ) أي الزنا ( فعل من هو مخاطب بالكف عنه ) أي عن الزنا ( ومؤثم ) بكسر الثاء المثلثة من التأثيم أي الزنا (على مباشرته ) أي بفعله ( وفعل الصبي ليس بهذه الصفة ) لأن الصبي ليس مخاطب بالكف عن الزنا ، وليس بمؤثم أيضاً إذا باشر وطء الأجنبية ، لأن القلم مرفوع عنه ، وكذا فعل المخمور ، فإذا كان كذلك ( فلا يناط به ) فلا يتعلق به ( الحد ) .

إن قيل لما لم يجب الحد على الصبي والمجنون بالزنا بمطاوعته ينبغي أن يجب عليهما العقر ، لأن الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحد الأمرين ، إما العقر ، وإما الحد ، والعقر هو مهر المثل . ولهذا لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر ، وها هنا لم يجب ذكره في الذخيرة ، فما الفرق . قلنا لا فائدة في إيجاب المهر عليه ، لأن لو اوجبنا عليه كان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك ، لأنها لما طاوعت صارت امرأة لها بالزنا معها ، وقد لحقه بذلك عزم ، وصح الأمر من المرأة ، لأن لها ولاية على نفسها ، فلا يفيد

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

قال ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر « رح » ، لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية ، ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لأن سببه الملجىء قائم ظاهراً ؛ والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد ، لأن الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً ، كما في النائم فأورث شبهة . وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يحد ،

---

الإيجاب ، بخلاف ما إذا كانت مكرهة أو صبية ، فإن المكرهة ليست بامرأة ، والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها ، فكانت بمنزلة المكرهة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه ، وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً يحد ، وهو قول زفر ) وبه قال الشافعي «رح» في قول وأحمد ( لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة ، وذلك دليل الطواعية ) أي علانيتها ، وعلانية الإختيار أيضاً فافترق بالإكراه ما ينافيه ، فانتفى الاكراه ، يقال طاع يطوع طوعاً وطواعية مثل أطاع يطيع إطاعة ، إلا أنهم يقولون طـاع له ، ولا يقولون طاعته كما يقولون إطاعة ، وفلان طوع يدك أي منقاد لك ( ثم رجع عنه ، وقال لا حد عليه ، لأن سببه الملجىء قائم ظاهراً ، والانتشار دليل متردد ، لأنه قد يكون من غير قصد ) أي انتشار الآلة ( لأن الانتشار قد يكون طبعاً ) أي من حيث طبع الرجل ( لا طوعاً ) أي من حيث الطوع ( كما في النائم ) فإن النائم قد تنتشر آلته لفرط فحولته وإن لم يكن قصده واختار ( فأورث شبهة ) فاندرأ الحد ، وبه قال زفر والشافعي «رح» في قول ، ولكنه يعزر وهو قولهما .

( وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة ) وبه قال زفر والشافعي « رح » في قول وأحمد ( وقالا ) أي وقال أبو يوسف ومحمد « رح » ( لا يحد ) وغير السلطـان مثل

لأن الإكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر خوف الهلاك ، وأنه يتحقق من غيره . وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادراً لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين وتمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له ، فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان، لأنه يمكنه الإستعانة

---

السلطان عندهما ، يعني لا يحد سواء أكرهه السلطان أو غيره ( لأن الإكراه عندهما قد تحقق من غير السلطان ، لأن المؤثر ) أي في الحكم (خوف الهلاك ، فيتحقق من غيره ) أي من غير السلطان ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

( وله أنه إكراه من غيره ) أي ولأبي حنيفة « رح » أن الإكراه من غير السلطان ( لا يدوم إلا نادراً لتمكنه ) أي لتمكن المكره ( من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين وتمكنه دفعه ) وتمكنه بالجر عطفاً على قوله لتمكنه بقوله ، وقوله دفعه بالنصب مفعول المصدر ، أي دفع غير السلطان . وحاصله أن المكره يتمكن من دفع الإكراه إذا وقع من غير السلطان بالسلطان أو لجماعة المسلمين أو بنفسه باستعمال السلاح . قلت فيه نظر فإنه لا يتمكن بشيء من ذلك في هذا الزمان . أما السلطان فإنه لا يصل اليه كل واحد ، لا سيا إذا كان المكره بالمكره بكسر من غلمة السلطان . وأما جماعة المسلمين فإنهم ليس لهم غيرة الإسلام في هذا الزمان كما ينبغي . وأما دفع المكره الإكراه ( بنفسه بالسلاح ) أو بغيره ، فيعد حداً ، ولا سيما إذا كان الإكراه من ولاة الشرطة أو من العمال الكمال الظلمة الخونة .

ولأجل هذا ذكر في الكافي أن هذا الإختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، فالسلطان كان في زمنه قوة وغلبة يحنث لا يتجاسر أحداً على إكراه غيره ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب ، فيتحقق الاكراه من غير السلطان فما فقىء كل منهما بما عاين ، وفي زماننا ظهرت القوة لكل متغلب لا يفق بقولها .

( والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد ، بخلاف السلطان ، لأنه لا يمكنه الاستعانة

بغـــيره ، ولا الخروج بالسلاح عليـــه فافترقا . ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة، وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر في ذلك ، لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق ، وهو يقوم بالطرفين فأورث شبهة ، وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع .

---

بغيره ) أي بغير السلطـــان ( ولا الخروج ) أي ولا يمكنـــه الخروج ( بالسلاح عليه فافترقا ) .

قال محمد في الجامع الصغير ( ومن أقر أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة ، وقالت هي تزوجني أو أقرت ) أي المرأة ( بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه ) ولا عليها ، كذا في الكافي . وفي بعض النسخ عليهما كذا ضبطـه الأترازي ، وفي نسخة شيخنا علاء الدين السرابي رحمة الله تعالى عليه وكتب في الحاشية ولا عليهـا ، وإنما قيد بقوله أربع مرات في مجالس مختلفة ، لأنه إذا أقر أربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة ( وعليه المهر في ذلك ) لأنه لما سقط الحـــد وجب المهر بأنه لخطر المحل ، لكن هذا فيما إذا كان دعوى النكاح قبـــل أن يحد المقر ، فإذا كانت الدعوى بعد الحد فلا مهر لها ، لأن الحد لا ينقض بعد الاقامة .

فان قلت كيف يجب المهر إذا أقرت بالزنا وادعى الرجل النكاح وهي ماقرارطالبته نافية المهر [1] قلت نعم إن الأمر كذلك ، لكن الحد سقط عنها بشبهة ثابتـــة شبهة من دعوى النكاح ، فبعد سقوط الحد لم يلتفت إلى إقراره بالزنا فوجب العقر ، وهو مهر المثل إبانة لخطر المحل .

( لأن دعوى النكاح يحتمـل الصدق ، وهو يقوم بالطرفـين ) أي النكاح يقوم بطرفي الرجل والمرأة ( فأورث شبهة ) أي قولها تزوجني أو قوله تزوجتها أورث شبهة في سقوط الحد عن المدعي ( فاذا سقط الحد وجب المهر تعظيماً لخطر البضع ) وهو المحل ، لأن المهر

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل. اهـ مصححه .

ومن زنى بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة معناه فقتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه . وعن أبي يوسف « رح » لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة ؛ فصار كما إذا اشتراها بعدما زنى بها ، وهو على هذا الإختلاف

---

يجب حقاً لله تعالى في النكاح ، ولهذا يجب في المفوضة ، وهنا لما سقط الحد عنها يثبت في حقها بشبهة النكاح فلا ينفى المهر بانتفائها كما في حقيقة النكاح .

( ومن زنى بجارية فقتلها ، فانه يحد ويجب عليه القيمة ) إنما وضع المسألة في الجارية ، وإن كان الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت لأن المرة والاية [1] فانه لو فعل هذا مع الحرة يجب الحد والدية ، لما أن الشبهة في عدم وجوب الحد إنما يرد في حق الأمة ، لأن في حق الحرة لا تصير ملكاً للزاني عند أداء الدية ، والأمة تصير ملكاً كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد ( معناه ) أي معنى قول محمد « رح » ( فقتلها بفعل الزنا ) إنما هو قول محمد « رح » ، لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير ، قال الأترازي « رح » ولم يذكر فيه الخلاف ، ولكن ذكر أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الأمالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة . وفي قول أبي يوسف له حد عليه ، ولو كانت حرة فعليها الحد بالاتفاق ، وكذا ذكر الخلاف في المنظومة بين أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا قول فيه لمحمد ( لأنه جنى جنايتين ) وهما الزنا والقتل ( فيوفر على كل واحدة منهما ) أي من الجانبين ( حكمها ) أي حكم الجاريه ، يعني تؤاخذ بموجب كل واحدة منهما فيحد للزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ، ولا منافاة بينهما فيجتمعان ، فلا يكون ضمان القيمة مانعاً عن وجوب الحد ، لأنه ضمان الدم .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يحد ، لأن تقرر ضمان القيمة سبب لملك الأمة ) فلا يملكها قبيل إقامة الحد سقط الحد ( فصار ) أي حكم هذا ( كما إذا اشتراها ) أي الأمة ( بعدما زنى بها ) قبيل إقامة الحد ( وهو على هذا الخلاف ) أي شراء الجارية بعد الزنا قبل

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل .

واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ، كما إذا ملك المسروق قبل القطع . ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم . ولو كان يوجبه فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت ، والملك يثبت مستنداً ، فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة ، وهذا

---

إقامة الحد على هذا الخلاف عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ، وكأنه رد المختلف إلى المختلف ، لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية ، بخلاف ما نحن فيه .

( واعتراض سبب الملك قبل إقامة الحد يوجب سقوطه ) أي سقوط الحد ( كما إذا ملك المسروق قبل القطع ) أي كما إذا ملك المسروق منه قبل قطع يد السارق سقط القطع .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه ضمان قتل ) أي أن هذا الضمان ضمان قتل ، ولهذا يجب على العاقلة في ثلاث سنين ( فلا يوجب الملك ، لأنه ضمان دم ) والدم مما لا يمكنه ويمكن أي يقرر هكذا ، لأنه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والملك والميت ليس بمحل للملك ( ولو كان يوجبه ) أي ولو كان ضمان القتل يوجب الملك ( فإنما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع ، لأنها استوفيت ) تقريره لو كان هذا الضمان يوجب الملك لا يوجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي أعراض استوفيت ، فانعدمت وثلاثة .

( والملك يثبت مستنداً ) إلا أن الملك الثابت في بيان العدوان يثبت بطريق الاستناد ، والاستناد يظهر في القائم لا في الغائب ، وهو معنى قوله ( فلا يظهر في المستوفى ) بفتح الفاء ( لكونها ) قال الأترازي والضمير راجع إلى المستوفى على تأويل منفعة البضع ، أي لا يظهر الملك في منافع المستوفاة ، لأنها انعدمت ، والأوجه أن يكون أربع (معدومة) فاذن لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة ، فلم يسقط الحد ( وهذا ) أي هذا

بخلاف ما إذا زنى بهافأذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد ، لان الملك هنالك يثبت في الجثة العمياء ، وهي عين ، فأورثت شبهـة . قال وكل شيء صنعه الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليـــه إلا القصاص ، فإنه يؤخذ به وبالاموال ، لان الحدود حق الله تعـــالى ، وإقامته اليه لا إلى غيره ، ولا يمكنه أن يقيم على نفسه لانه لا يفيد ، بخلاف حقوق العباد، لانه يستوفيه ولي الحق إما بتمكينه

---

الذي قلنا ( بخلاف ما إذا زنى بها ) أي بالجارية ( فأذهب عينها ) حيث ( يجب عليـه قيمتها ) أي قيمة العين ، وهو نصف قيمة الجارية (ويسقط الحد ، لأن الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين ) لا عوض ، فجاز أن يثبت الملك فيهابطريق الاسناد ( فأورث شبهة ) في سقوط الحد ، وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجـارية أصلاً ، لأن ذلك الضمان ضمـــان دم ، ولم يثبت في المنافع أيضاً ، لأنهـــا معدومة يسقط الحد لفقدان الشبهة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وكل شيء صنعه الامام ) فان قذف إنساناً أو زنى أو شرب الخمر ، والمراد من الامام الخليفة ، قاله أبو الليث ، وفسره بقوله ( الذي ليس فوقه إمام ) ولا شك أن الخليفة ليس فوقه إمام ( فلا حد عليه إلاالقصاص، فانه يؤخذ به ) أي ويؤخذ أيضاً ( وبالأموال ، لأن الحدود حق الله ، وإقامتـه ) أي إقامة الحدود ( اليه ) أي إلى الامام ( ولا إلى غيره ) أي ليس غير الامام إقامةالحدود.

(ولايمكنه )أي ولايمكن الامام(أن يقيم )أن يقيم حق الله تعالى ( على نفسه ، لأنه لايفيد) الوجوب الموجوب فائدته ، لأنه لا يقع مؤلماً ، فـــلا يقع زاجراً ، والمقصود من الزاجر الحد ، فلا بد أن يكون الزاجر غير المزجور ، ولا يقدر القاضي أن يقضي عليـه ، لأنه هو الذي ولاه القضاء يسقط حق الله تعالى في الدنيا .

( بخلاف حقوق العباد ، لأنه يستوفيه ) أي يستوفي الحق ( ولي الحق ) أي صاحب الحق ، واختار لفظ الولي ليتناول الوصي والوكيل ( أما بتمكينه ) أي بتمكين الامام

أو بالاستعـــانة يمنعه المسلمين والقصاص والاموال منها . وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعـالى .

---

إياه في أخذ حقه ( أو بالاستعانة يمنعه المسلمين ) أي بقوتهم ، يقال فلان في عز ومنعـــة يمنعـــه ، أي تمنع على من قصده من الأعداء ( والقصاص والأموال منها ) أي من حقوق العباد ، فالامام وغيره فيها سواء ، لأنه يمكن استيفاء القصاص والمال يمنعه المسلمين ، كذا قالوا وفيه تأمل .

( وأما حد القذف قالوا ) أي قال علماؤنا ( المغلب فيه حق الشرع ) على ما يجيء في بابه إن شاء الله تعالى ( فحكمه ) أي فحكم حد القذف ( كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ) يعني لا يؤاخذ به الامام وتقابل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستأمن إذا قذف ، كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد ، لأنه حق العبد . والجواب أن قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة ، فيستعمل بكل منهما بحسب ما يليق بـه ، وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لامكان الانتفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى ، لأنه ليس فوقه إمام يستوفيه منه والله أعلم .

* * *

# باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قال وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة . وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، وضمن السرقة. والأصل أن الحدود الخالصة حقاً

---

( باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها )

أي هذا باب في بيان أحكام الشهادة على الزنا ، وسيأتي حكم الرجوع عن الشهادة قد مر أن ثبوت الزنا عند الإمام إنما يكون بأحد شيئين لا غير ، وهما الإقرار والشهادة ، وأخر الشهادة ها هنا عن الإقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندر ، حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الإمام بالشهادة إذ رؤيته أربع رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحل ، كما في الكلاب في غير غاية القدرة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف خاصة ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، ثم ذكر المصنف لفظ الجامع الصغير بقوله ( وفي الجامع الصغير وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ، ويضمن السرقة ) لاشتماله على زيادة إيضاح على تعديد ما يوجب الحد صريحاً من السرقة وشرب الخمر والزنا ، وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ وقدر ستة أشهر في التقادم وزيادة إثبات الضمان في السرقة .

( والأصل ) يحل في هذا الباب ( أن الحدود الخالصة حقاً ) أي خلوصاً حقاً كائناً

لله تعالى تبطل بالتقادم ، خلافاً للشافعي « رح » وهو يعتبرها بحقوق العباد وبالإقرار الذي هو أحد الحجتين . ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين من أداء الشهادة والستر ، فالتأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته ،

---

( لله تعالى ) السرقة وحد الزنا وحد شرب الخمر ( تبطل بالتقادم، خلافاً للشافعي )حيث يقول لا تبطل الشهادة والاقرار بالتقادم ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . وعن أحمدمثل قولنا . وقال ابن أبي ليلى الشهادة والاقرار لا يقبلان بعد التقادم . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف الاقرار لا يبطل بالتقادم إلا الاقرار بشرب الخمر ، فإنه يبطل بالتقادم . وقال زفر التقادم يمنع الاقرار بالحدود اعتباراً لحجة الاقرار بحجة البينة .

( وهو ) أي الشافعي ( يعتبرها ) أي يعتبر الشهادة ( بحقوق العباد ) حيث لا يمنع التقادم في حقوق العباد ( وبالاقرار ) أي ويعتبرها بالاقرار ( الذي هو أحد الحجتين ) وهما البينة والاقرار .

( ولنا أن الشاهد مخير بين الحسبتين ) تثنية حسبة ، بكسر الحاء وسكون السين المهملتين . قال في المجمل الحسبة احتسابك الأجر عند الله تعالى . وقال الكاكي بين حسبتين، أي أجرين مطلوبين ، يقال أحسب بكذا أجراً ، والاسم الحسبة ، والجمع الحسب ، إذ الشهادة والستر . قال الأترازي كلاهما بالجر على أنها بدلان من حسبتين . قلت الرفع فيها أحسن على أن كل واحد منها خبر لمبتدأ محذوف تقديره أحدهما ( من أداء الشهادة ) والآخر ( والستر ) أما الشهادة فلقوله تعالى ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ ٢ الطلاق، وأما الستر فلما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة ، ثم أن الشاهد إذا لم يشهد في أول الأمر يحمل أمره على الصلاح ، بأن يقول إنه اختار الستر المندوب ولا الحد ، ثم بعد ذلك :

( فالتأخير ) أي تأخير الشهادة ( إن كان لاختيار الستر فالاقدام ) أي إقدامه ( على الأداء بعد ذلك لضغينة ) بالمعجمتين ، وهو الحقد ( هيجته ) أي بعينه من هيجت

أو لعداوة حركته ، فيتهم فيها ، وإن كان التأخير فيهما لا للستر يصير فاسقاً آثماً ، فيتيقن بالمانع ، بخـــلاف الإقرار ، لأن الإنسان لا يعادي نفسه ، فحـــد الزنا وشرب الخمر والسرقـــة خالص حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار ، فيكون التقـــادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبـــد ، لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا لا يصح رجوعه بعد الإقرار ، والتقـــادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه شرط ، فيحتمل تأخيرهم على انعدام الدعوى ، فلا يوجب تفسيقهم ، بخلاف حد السرقة ،

---

ما هيجت الناقة فانبعث ( أو لعداوة حركته فيتهم فيها ) أي في الشهادة ، فلم يقبـــل ( وإن كان التأخير فيها ) أي في الشهادة ( لا للستر ) أي لأجل الستر عليه ( يصير فاسقاً آثماً ) لأن تأخير الحد ، فإذا كان كذلك ( فيتيقن بالمانع ) من القبولة ، فـــلا تقبـــل ، ألا ترى لو طلب المدعي الشهادة في حقوق العباد فأخر الشاهد بلا عذر ثم ادعى لا يقبـــل لترك الأداء مع الإمكان .

( بخلاف الاقرار ) حيث لا يبطل بالتقادم ( لأن الانسان لا يعادي نفسه ) فتنعـــدم التهمة ( فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالصة حق الله تعالى ، حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار ، فيكون التقادم فيه مانعاً ، وحد القذف فيه حق العبد ، لـــما فيـــه من دفع العار عنه ، ولهذا ) أي ولأجل كونه حد القذف فيه حق العبد ( لا يصح الرجوع بعـــد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ، لأن الدعوى فيه ) أي في حق العبد ( شرط فيحتمل تأخيرهم ) أي تأخير الشهود والشهادة ( على انعـــدام الدعوى ، فلا يوجب ) أي بأجرتها وتم نفسهم ، أي تأخير شرائهم ( تفسيقهم ) لعدم الموجب .

( بخلاف حد السرقة ) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ، ومع ذلك تمنع التقادم ، فيعلم أن القبول بعد التقـــادم في حقوق العباد لم يكن إلا بشرط

لأن الدعوى ليست بشرط للحد ، لأنه حق خالص حق الله تعالى على ما مر ، وإنما شرطت للمال ، ولأن الحكم يدار على كون الحد حقا لله، فلا يعتبر وجود التهمــة في كل فرد، ولأن السرقة تقام على الاستسراء على غرة عن المالك،فيجب على الشاهد إعلامه ، وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً ثم التقـــادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع

---

الدعوى ، فأجاب أولاً بالمنع بقوله ( لأن الدعوى فيه ) أي في حد السرقة (ليست بشرط للحد ) أي لاقامة الحد ( لأنه خالص حق الله تعالى على ما مر ) من قوله فحد الزناوشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى .

(وإنما شرطت) أي الدعوى وتذكير الفعل على تأويل الادعاء ( للمـــال ) أي لأجل المال ، فلما لم تكن الدعوى شرطاً للحد كان تأخير الشهادة مانعاً يقومها ، لأنــه وقع بلا عذر ( ولأن الحكم ) جواب آخر ( يدار على كون الحد حقاً لله تعـالى ) تقديره أن معنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى ثمة هو الصفة والعداوة ، وذلك أمر باطن لا يطلع عليه ، فيدار مدار الحكم على كون الحد حقاً لله تعالى ، سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا ، كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراده ( فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ) من أفراد الحد . حاصله صورة التقادم قائمة مقام التهمة ، سواء وجدت التهمة أو لا ، كما في السفر ، وقد ذكرناه .

( ولأن السرقة ) جواب آخر ، وتقديره أن السرقة ( تقام على الاستسراء ) لأنهـــا توجد في ظلم الليالي غالباً ( وعلى غرة ) أي غفلة ( عن المالك ) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد ( فيجب على الشاهد إعلامه ) بشهادته ( وبالكتمان يصير فاسقاً آثماً ) فرد شهادته ، بخلاف حد القذف ، فإن القذف يكون في النهار الشهادة غالباً ، فيعرف المقذوف الشاهد ويراه ، فإذا لم يعلمه لا يصير فاسقاً .

( ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء ) أي في ابتداء الأمر بـلا خلاف ( يمنع

الإقامة بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر « رح » حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ، واختلفوا في حد التقادم ، وأشار في الجامع الصغير إلى ستة أشهر ، فإنه قال بعد حين ، وهكذا أشار الطحاوي « رح » . وأبو حنيفة « رح » لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر . وعن محمد « رح » أنه قدره بشهر ، لأن ما دونه

---

الاقامة ) أي إقامة الحد ( بعد القضاء عندنا ، خلافاً لزفر ) فقيده لا يمنع وأوضح ذلك بقوله ( حتى لو هرب ) أي الزاني ( بعدما ضرب بعض الحد ، ثم أخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد ، لأن الامضاء ) أي الاستيفاء ( من القضاء في باب الحدود ) كان الامضاء تتمة القضاء ، ولهذا كان تفويضاً إلى الامام ، وهذا لأن القضاء إما أن يكون الاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء ، وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى فيكون المعتبر في حقوق الله تعالى النيابية بحقيقة الاستيفاء ، فكان التقادم قبل الاستيفاء بعد القضاء كالتقادم قبل القضاء .

( واختلفوا ) أي العلماء ( في حد التقادم ، وأشار ) أي محمد ( في الجامع الصغير إلى ستة أشهر . فانه قال بعد حين ) والحين ستة أشهر . وقال فخر الاسلام لم يرد به الأمر اللازم ( وهكذا أشار الطحاوي ) أي إلى ستة أشهر ، لأن اسم الحين عند الاطلاق ينصرف إلى ستة أشهر ، كما في مسألة لا أكلمه حيناً .

( وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك ) أي في حد التقادم لم يقدر شيئاً . لأن نصب التقادير بالرأي متعذر ، لأن العقل لا اهتداء له في ذلك ( وفوضه ) أي فوض أبو حنيفة « رح » حد التقادم ( إلى رأي القاضي في كل عصر ) لما أن التقادم يختلف بالأحوال والأعصار ، فيفوض إلى رأي القاضي كل عصر .

( وعن محمد « رح » أنه قدره ) أي التقادم ( بشهر ، لأن ما دونه ) أي ما دون

عاجل ، وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» وهو الأصح ، وهذا إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر ، أما إذا كان تقبل شهادتهم إلا أن المـــانع بعدهم عن الإمام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد «رح» ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى ، وإذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فإنه يحد ،

---

الشهر ( عاجل ) قال الأترازي « رح » أنه أدنى العجال شرعاً ، بدليـــل أن من حلف ليقضي حق فلان عاجلاً يقع عليه ذلك ما دون الشهر . وقال الكاكي وما وجدت هذه الرواية في كتب أصحابنا المشهورة ( وهو ) أن تقدير التقادم بشهر ( رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، وهو الأصح ) أي تقدير التقادم بشهر هو الأصح . ونقل الناطفي في الأجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على أبي حنيفة « رح » أن يوقت في ذلك شيئاً فأبى ، وقد ذكر في المجرد . وقال أبو حنيفة لو سأل القاضي الشهود متى زنى بها ، فقـالوا ستة أقل من ستة أشهر أقيم الحد ، وإن قالوا شهراً أو أكثر . وروي عنه الحـــد ، قال أبو العباس الناطفي وقد قدره على هذه الرواية بشهر ، وهو قول أبي يوسف ومحمد «رح» .

( وهذا ) أي هذا الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر ( إذا لم يكن بينهم ) أي بـــين الشهود ( وبين القاضي مسيرة شهر ، أما إذا كان ) أي بينهم وبـــين القـاضي مسافة شهر ( تقبل شهادتهم ، لأن المانع بعدهم عن الامام ، فلا تتحقق التهمـــة ) لأنهم معذورون ( والتقادم في حد الشرب كذلك ) أي حد التقادم في حد الشرب كذلك بشهر ( عند محمد « رح » ، وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه إن شاء الله تعالى ) أي في باب حد الشرب .

( وإن [1] شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة ، فإنه يحـــد ) وبه قالت

---

(١) وإذا – هامش .

وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع ، والفرق أن بالغيبة ينعدم بالدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

---

الأئمة الثلاثة على قول أبي حنيفه « رح » أولاً لا يحد ، وهو القياس ، كذا ذكره أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ، لأنه إذا حضرت ربما جاءت الشبهة دارئة للحد، والحدود تندرىء بالشبهات، وعلى قول الآخر ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » يحد الرجل ، والآن يأتي الكلام .

( وإن شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ) أى من المسألتين ( أن بالغيبة ) أى بغيبة المرأة التي قالوا إن فلاناً زنى بفلانة ( تنعدم الدعوى وهي ) أي الدعوى ( شرط في السرقة دون الزنا ) يعني لاشتراط الدعوى في الزنا ، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزاً بالاقرار بالزنا لغائبة ( وبالحضور ) أى وبحضور المرأة الغائبة ( يتوهم دعوى الشبهة ) بأن قالت تزوجني ، أو كانت أمته ، ولا يعتبر الموهوم جواب سؤال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يحد الرجل ، لأنها لو حضرت ربما يدعي النكاح ، فيصير شبهة ، فأجاب بقوله :

( ولا يعتبر بالموهوم ) لأنه يحتمل أن يدعي ، ويحتمل أن لا يدعي ، فعلى تقدير الدعوى تصير شبهة ، وإذا كانت غائبة كان المكاتب الثابت عند غيبتها وجود شبهة الشبهة ، وهو المعنى الموهوم ، والمعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة ، لئلا يسد باب إقامة الحد .

فإن قيل إذا كان بين الشريكين وأحدهما غائب لا يستوفي القصاص لإجمال العفو عن الغائب : الجواب أنه إذا حضر ، ففي سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو ، فإذا كان غائباً يكون احتمال العفو شبهة ، فاعتبرت الشبهة فيما نحن فيه إذا حضرت المرأة وادعت النكاح كان شبهة ، فإذا غابت واحتمل الشبهة وذلك شبهة الشبهة ، فلا يعتبر ، لأنه وهم .

وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأتـــه أو أمته، بل هو الظاهر وإن أقر بذلك حد، لأنــــه لا يخفى عليه أمته أو امرأته ، وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانـــة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درىء الحد عنهما جميعاً عند أبي حنيفة « رح » ، وهو قول زفر « رح » . وقالا يحـــد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما

---

( وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال أنها امرأته أو أمته ، بل هو الظاهر ) أي بل كون المرأة امرأته أو أمته هو الظاهر ، لأن ظاهر حال المسلم أن لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما إلا بالمعرفـــة ، فلم يعرفوها ، فلم يمكن إقامة الحد بشهادتهم ، فلو قال الشهود عليه أن الذي رؤوها معنى ليست بامرأتي ولا أمتي لم يحد أيضاً ، لأن الشهادة قد بطلت ، ثم هذه اللفظة ليست باقرار منه بالزنا ، فلا يحد ، ولو كان الإقرار إقراراً فحد الزنا لا يقام بالإقرار مرة .

( وإن أقر بذلك حد ) أي وان أقر بالزنا بامرأة لا يعرفها حد ( لأنه لا يخفى عليـه امرأته أو أمته ) أي لا يخفى عليه امرأته أو أمته عن غيرهما ، وليس بمتهم في إقراره على نفسه ، فيحد ( وإن شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها ) باشرها ، أي زنى بها وهي مكرهة ( وآخران ) أي شهد آخران ( أنها ) أي أن المرأة ( طاوعتــه ) أي طـاوعت الرجل على الزنا ( درىء الحد عنهما ) أي عن الرجل والمرأة ( جميعاً ) ومعنى درىء دفع ، وهو على صيغة المجهول من الدرء ، وهو الدفع . قال الله تعالى ﴿فادرؤوا عن أنفسكم الموت﴾ ١٦٨ آل عمران أي ادفعوا (عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر ) وبه قالت الثلاثة .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( الحد على الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب ) بكسر الجيم ، أي لاتفاق الفريقين ، أعني شاهدي الطواعة وشاهـد الإكراه على موجب الحد في حقه ، أي في حق الرجل ، وموجب الحد هو الزنا عن طوع ( وتفرد أحدهمـا ) بجر الدال عطفاً على قوله لاتفاقهما ، أي لتعداد تفرد أحد الفريقين ، أراد بأحد الفريقـين

بزيادة جنايــة، وهو الإكراه بخلاف جانبها ، لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ، ولم يثبت لاختلافهما ، وله أنـــه اختلف المشهود عليه،لأن الزنا فعل واحد يقوم بهما ، ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفـين لها،وإنمـا يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ، لأن زناها مكرهة يسقـــط إحصانها ، فصارا خصمين في ذلك .

---

شاهدي الإكراه ( بزيادة جناية ، وهو الإكراه ) والضمير راجع إلى الزيادة والتـــذكير بالنظر إلى الخبر ( بخلاف جانبها ) أي جانب المرأة ( لأن طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت ) أي شرط تحقق الموجب في حقها وهو طوعها ( لاختلافهـــما ) أي لاختلاف الفريقين ، وفي بعض النسخ لاختلافهم .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( أنه اختلف المشهود عليـــه ) قال الكاكي ، أي المشهود به . وقد صرح به في الكافي . وفي الفوائد الجنازية أراد بالمشهود عليه المشهود به، وعلى بمعنى الباء ، كما في قوله تعالى﴿حقيق على أن لا أقول على الله إلا الحق﴾١٠٥ الأعراف،أي جدير بأن أقول على الله ، ذكره في التفسير . وقال الكاكي يمكن أن يجري على حقيقته، لأن المشهود عليه في القتل القدير اثنان . وإن كان واحد إذا الطائعة غير المكرهة،ولكن تعليل قوله ( لأن الزنا فعل واحد ) حقيقة بأن عنه ظاهراً ، لأن الزنا فعل واحد ( يقوم بهما ) أي بالرجل والمرأة ، وهو فعل حقيقــة . وإن كان اثنان حكمـاً ، وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفاً في جانبه ضرورة .

( ولأن شاهدي الطواعية ) دليل آخر ، وتقريره لأن شاهدي الطواعيـــة ( صارا قاذفين لها ) لعدم نصاب الشهادة ، والقاذف خصم ، ولا شهـادة للخصم . وكان ينبغي إقامة الحد على شاهدي الطواعية ( وإنما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الإكراه ، لأن زناها مكرهة يسقط إحصانها ) لوجود حقيقة الزنا ، لكن لا يأثم بسبب الإكراه (فصارا خصمين في ذلك ) أي صار شاهدي الطواعية بسبب قذفيها خصمين في شهادتها .

وإن شهد اثنــان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درىء الحد عنهما ، لأن المشهود به فعل الزنا ، وقد اختلف باختلاف المكان ، ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافاً لزفر « رح » لشبهة الإتحاد نظراً إلى اتحــاد الصورة والمرأة .

وإن اختلفوا في بيت واحد حـــد الرجل والمرأة ، معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاويـة ، وهذا استحسان. والقيـاس أن لا يحد لاختلاف المكان حقيقـــة .

---

( وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران ) أي وشهد اثنان آخران ( أنه زنى بها بالبصرة درىء الحد عنهما ) جميعاً ( لأن المشهود به فعل الزنا ، وقـــد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ، ولا يحد الشهود خلافاً لزفر ) فان عنده يحد الشهود حد القذف ، وبه قال الشافعي في قول الشهيد الاتحاد هذا دليل لنا لا لزفر ، يريد شبهة اتحاد المشهود به ، تقديره أن الشهادة دائرة به في الحدود بالحديث ، وقد وجدت ، لأنهم شهدوا ، ولهم أهلية كاملة ، ولهم عذر كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظراً إلى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة ، وإنما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت ( بشبهة الإتحاد ) في المشهود به ، فيندرىء الحد ( نظراً إلى اتحاد الصورة والمرأة ) أي اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد المرأة . قال في المختلف وعلى هذا الخلاف إذا شهد القاذف الفاسق بذلك .

( وإن اختلفوا ) أي الشهود ( في بيت واحد حـــد الرجل والمرأة ) هذا إذا كانت الميتة صغيراً ، فاختلفوا وقال اثنان إنه زنى في هذه الزاوية من البيت ، وقال آخرون أنه زنى في الزاوية الأخرى فيه ، وهو معنى قوله ( معناه أن يشهد كل اثنين على الزنى في زاويـــة ، وهذا استحســان ) أي حد الرجل والمرأة فيما إذا اختلف الشهود في البيت الصغير ( والقياس أن لا يحد ) أي أحدهما ، وهو قول زفر والشافعي ومالك رحمهم الله ( لاختلاف المكان حقيقة ) فاختلف المشهود به ، وهو الزنا كما في الدارين .

وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية ، والانتهاء في زاوية أخرى بالاضطراب أو لأن الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ، ومن في المؤخر في المؤخر ، .فيشهد بحسب ما عنده

---

( وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء ) أي انتهاء الفعل ( في زاوية أخرى بالاضطراب ) ينتقلان إلى الزاوية الأخرى ، بخلاف ما إذا كان البيت كبيراً لا يحتمل التوفيق ، حيث لا يقبل شهادتهم ، إذ لم يقبل شهادة الشهود لا يحدون حد القذف للشبهة ، خلافاً لزفر « رح » (أو لأن الواقع في وسط البيت. فيحسبه ) أي يظن الواقع ( من في المقدم ) أي من كان في مقدم البيت يظنه ( في المقدم ، ومن [1] كان في مؤخر البيت ) يظنه ( في المؤخر ، فيشهد كل بحسب ما عنده ) أي بحسب ما ثبت عنده .

فان قيل في التوفيق احتيال للإقامة ، وقد أمرنا بالاحتيال للدرء ، قلنا هذا احتيال بقول الشهادة والتوفيق في الحدود مشروع ، والشهادة حجة يجري تصحيحها بحسب صحتها مهما أمكن ، ثم إذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد .

فان قيل الإختلاف في هذه المسألة مسكوت عنه ، والاختلاف في المكان في الزاوية منصوص عليه ، فكيف يقاس ذلك عليه . قلنا التوفيق مشروع فيما إذا كان الإختلاف منصوص عليه بأن شهد اثنان بأنه زنى بامرأة بيضاء ، وآخر بامرأة سوداء ، أو شهد اثنان بأن عليها ثوباً أحمر ، أو آخران بأن عليها ثوباً أصفر . وكذلك لو اختلفوا في الطول والقصر ، أو في السمن والهزل ، ولكن هذا يشكل على قول أبي حنيفة في مسألة الإكراه والطواعية ، لما أن التوفيق يمكن بأن يكون لابتداء الفعل بالإكراه وانتهائه بالطوع ، كذا في قاضي خان وغيره . أجيب بأن الإكراه أسقط ، سواء كان أول الفعل أو آخره، لأنه بالنظر إلى الابتداء لا يجب ، وبالنظر إلى الإنتهاء يجب ، فلا يجب بالشك .

---

(١) ومن في المؤخر — هامش .

وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زني بها عند طلوع الشمس بدير يندرىء الحد عنهم جميعاً ، أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين من غيرعين، وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق ، وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا، وهي بكر دريء الحد عنهما،وعنهم لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ،

---

( وإن شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة ) بضم النون وفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وباللام والهاء اسم موضع قريب من الكوفة . ومن قال بفتح الباء الموحدة وكسر الجيم فقد صحف ، لأنه نخيلة على وزن فعيلة مكان اسم ، حق من اليمن سموا بنخيلةامرأةمن ولد عمرو بن الغوث أخي الأزدني الغوث ( عند طلوع الشمس وأربعة ) أي وشهد أربعة أخرى ( أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير يندرىء الحد عنهم ) أي عن الرجل والمرأة ( جميعاً أما عنهما ) أي عن الرجل والمرأة ( فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين ) أو من هذا الفريق من غير تعيين أحد الفريقين بعين ( من غير عين ) أي أحد الفريقين ، لأنه يحتمل أن يكون الكذب من هذا الفريق من غير تعيين أحدهما، وأحدهما لا محالة كاذب ، لأنه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين لكنه لم يتميز الكاذب من الصادق لما ذكرنا ، فلهذا دريء الحد عنهما .

( وأما عن الشهود ) أي وأما درء الحد عن الشهود ( فلاحتمال صدق كل فريق ) أي لاحتمال كل واحد من الفريقين أن يكونوا هم الصادقون . وقال زفر « رح » لا يسقط حد القذف عن الشهود .

( وإن شهد أربعة عل امرأة بالزنا وهي بكر ) أي والحال أنها بكر ( دريء الحد عنها وعنهم ) أى دفع الحد عن الرجل والمرأة ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .وعند مالك يجب الحد عليها ، لأنه لا يعتبر قول النساءفي الحدود عنها ، أى درأ الشهود أيضاً ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ( لأن الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة )

ومعنى المسألة أن النساء ينظرن اليها،فقلن أنها بكر ، وشهادتهن حجة في إسقاط الحد، وليس بحجة في إيجابه ، فلهذا سقط الحد عنهما ، ولا يجب عليهم . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون في قذف أو أحدهم عبد أو محدود في قذف ، فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم المال، فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل الشهادة ، والعبد ليس بأهل للتحمل والاداء ، فلم يثبت شبهة الزنا ، لان الزنا يثبت بالاداء،

---

( ومعنى المسألة أن النساء ينظرن اليها فقلن أنها بكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليس بحجة في إيجابه ) أي في إيجاب الحد ( فلهذا ) أي فلأجل هذا المعنى وهو أن شهادتهن حجة في إسقاط الحد ، وليس بحجة في إيجابه ( سقط الحد عنهما ) أي عن الرجل والمرأة ( ولا يجب ) أي حد القذف ( عليهم ) أي على الشهود وفي الكافي للحاكم الشهود، وكذا إذا خرجت المرأة رتقاء ، وتقبل في الرتقاء والعذر أو الأشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة . وفي الفوائد الظهيرية وعلى هذا لو شهد بزنا رجل، وهومجبوب لا يحد هؤلاء الشهود أيضاً ، لأن الحد إنما يجب على القاذف لنفي العاروالشأن عن المقذوف، وإنه منفي ينتفي عنه لمكان الجب .

( وإن شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان ) أي والحال أنهم عميان ( أو محدودون ) أي والحال أنهم محدودون ( في قذف أو أحدهم ) أي أحد الشهود ( عبد أو محدود في قذف فإنهم ) أي فإن الشهود ( يحدون ، ولا يحد المشهود عليه ، لأنه لا يثبت بشهادتهم ) أي بشهادة هؤلاء (المال،فكيف يثبت الحد ) أي فكيف يثبت الحد الذي يندرىء بالشبهة ( وهم ليسوا ) أي والحال أنهم ليسوا ( من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل للتحمل ) أي تحمل الشهادة ( والأداء ) أي ولا من أهل أداء الشهادة ( فلم يثبت شبهة الزنا ، لأن الزنا يثبت بالأداء ) أي يثبت عند القاضي بأداء الشهادة عند عدم الإقرار .

وإن شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحد . ولان الفاسق من أهل الاداء والتحمل ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا ، فلهذا امتنع الحدان ، وسيأتي فيه خلاف الشافعي « رح » بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة ، فهو كالعبد

---

( وإن شهدوا بذلك وهم فساق ) بضم الفاء وتشديد السين جمع فاسق ( أو ظهر أنهم فساق ) يعني شهدوا ، فبعد الشهادة ظهر أنهم فساق ( لم يحدوا ، لأن الفاسق من أهل التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا ) أي ويكون من أهل التحمل والأداء ، وإن كان في أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ، ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا ، والدليل على أنه من أهل الأداء قوله تعالى ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ وفائدة التثبت أي تثبتوا ، فلو لم يكن للفاسق شهادة ، يقال فلا تقبلوا ولم يقل ذلك ، بل قال فتبينوا ، وفائدة التثبيت القبول عند ظهور الصدق لرجحانه عند القاضي بالتأمل في الدان ، مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة أم لا .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ( ولو قضى القاضي بشهادة الفاسق جاز [1] ) يعني ( عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا ، وباعتبار قصور في الأداء لتهمة الفسق يثبت بشبهة عدم الزنا ) الفسق جاز ، يعني عندنا الزنا ( فلهذا ) أي فلأجل ذلك ( يمنع الحدان ) أي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على المشهود .

( وسيأتي فيه ) أي في حكم هذه المسألة . ( خلاف الشافعي رحمه الله ، بناء على أصله

---

(١) ينفذ – هامش .

عنـــده ، وإن نقص عدد الشهود عن أربعـــة حدوا لانهم قذفة ، إذ لاحسبـــة عند نقصان العـدد وخروج الشهـــادة عن القذف باعتبارها .

---

أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده ) أي الفاسق في شهادتـــه كالعبد عند الشافعي ، ويحد الشهود حد القذف عندنا ، وبه قال أحمد « رح » في رواية ومالك.

( وإن نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا ) هذا لفظ القـــدوري في مختصره ، وهو أحد قولي الشافعي « رح » ، وفي قول الآخر لا حد عليهم . وقال الكاكي حدوا ، أي عند طلب المشهود عليه الحد ذكره البزدوي لاختلاف الأئمة فيه ، لقوله تعـــالى ﴿ فإن لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ﴾ ( لأنهم قذفة ) أي لأن الذين نقصوا عن الأربعة قذفة جمع قاذف ، كسرقة جمع سارق ( إذ لا حسبة ) لإقامة الحد ( عند نقصان العـــدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها ) أي باعتبار الحسبة ، لأن الشاهد مخير بين حسبتين على مامر في أول الباب . وهنا لم يوجد حسبة الستر ، فذاك ظاهر ، ولم يوجد حسبة ، إذ الشهادة أيضاً فتعين القذف ، فلزم الحد ، ولأن الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا أربعـــة ، فاذا نقص العدد عنها صاروا قذفة فيحدون حد القذف ، لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ ٤ النور .

واعلم أن في قول المصنف « رح » لا يتهم قذفه أثراً أخرجه الحاكم في المستـــدرك في فضائل المغيرة بن شعبة عن عتاب سهل بن حماد عن عبد العزيز بن أبي بكرة ، قال لنـــا جلوساً عند باب الصغير الذي في المسجد أبو بكرة وأخوه نافع وسهيل بن معبد والمغيرة بن شعبة تسمى في ظلال المسجد ، والمسجد يومئذ من قصب ، والمغيرة يومئـــذ أمير البصرة أمره عليها عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فانتهى إلى أبي بكرة يسلم عليه ، فقال له أبو بكرة أيها الأمير ليس كذلك ، لكن ذلك اجلس في بيتك وابعث إلي من شئت فيحـــد ، فتحدث معه ، قال أبو بكرة ولا بأس ثم دخل المغيرة من باب الأصغر حتى تعدى إلى باب أم جميل امرأة من سير ، فدخل عليها فقال أبو بكر والله لأصبر على هذا ، ثم بعث غلاماً

له فقال أبو بكر « رض » له أرني القذفة والنظر من الكوة قد هر [1] فنظر فلم يلبث أن رجع ، فقال وجدتها في لحاف واحد ، فقال أبو بكر للقوم قوموا معي ، فقاموا ، فبدأ أبو بكرة فنظر ثم استرجع ، ثم قال وجد في لحاف ، فقال أبو بكرة للقوم قوموا معي فقاموا ، فبدأ أبو بكرة فنظروا ثم استرجع ثم قال لأخيه انظر ، فقال ما رأيت ، قال الزنا محصناً ، ثم قال لبيتك انظر فنظر ، فنظر فقال مثل ذلك ، فقال أشهد الله عليكم ، قالوا نعم .

ثم كتب أبو بكرة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بما رأى ، فبعث عمر أبا موسى الأشعري [2] رضي الله عنهما أميراً على البصرة وأمره أن يرسل اليه المغيرة وهل لك إن كان ومعه ، أي بكرة وشهداه ، فلما قدم أبو موسى أرسل بالمغيرة وأبو بكرة وشهوده وقال للمغيرة وهل لك إن كان مصدوقاً عليك وطوبى لك إن كان مكذوباً عليك ، فلما قدموا على عمر رضي الله عنه ، قال لأبي بكرة هات ما عندك ، قال أشهد أني رأيت الزنا محصناً ، ثم تقدم آخر وهو نافع ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم سهل بن سعد البجلي ، فقال نحو ذلك ، ثم تقدم زياد فقال له ما رأيت ، قال رأيتها في لحاف وسمعت نفساً عالياً ، ولا أدري ما وراء ذلك ، فكبر عمر رضي الله عنه وفرح إذ أنجى المغيرة وضرب القوم الحد إلا زياد ، انتهى وسكت عنه .

وروى عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان اليمني بن عثمان المهري قال شهد أبو بكرة ونافع ، يعني ابن علقمة وسهل بن معبد على المغيرة أنهم نظروا اليه كما ينظرون المرود في المكحلة ، فجاء زياد فقال عمر رضي الله عنه جاء رجل لا يشهد إلا بالحق ، فقال رأيت مجلساً فسحاً وانتهاراً ، فجلدهم عمر الحد . قال أبو نعيم هؤلاء الذين شهدوا أخوة لأم اسمها سمية وزياد بن كبير كان سمية كان سمى زياد بن أهيلة ، انتهى الانتهار من النهر وهو النفس التالي .

(١) هكذا الكلام في الأصل .

(٢) في الأصل العشري ، والصحيح ما أثبتناه . اه مصححه .

وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبداً أو محدوداً في قـــذف ، فانهم يحدون ، لأنهم قذفة ، إذ الشهود ثلاثـــة ، وليس عليهم ولا على بيت المـــال إرش الضرب وإن رجم فديته على بيت المال ، وهذا عند أبي حنيفـــة « رح » وقالا إرش الضرب أيضاً على بيت المال . قال العبد الضعيف عصمة الله ، معناه إن كان جرحه ،

---

( وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهـــادتهم ) يعني جلد وكان غير محصن ، فجرحته البساط ( ثم وجد أحدهم ) أي أحد الشهود ( عبداً أو محدوداً في قذف ، فانهم يحدون ، لأنهم قذفة إذ الشهود ثلاثة ) لأن الشهود في الزنا إذا كانوا أقل من أربعـــة يجب عليهم حد القذف لقصور عدم الشهادة ، ويجب الحد على العبد والمحـــدود ، وكذلك إذا وجد أحد الشهود أعمى ( وليس عليهم ) أي على الشهود (ولا على بيت المال إرش الضرب ) ومعرفة الإرش أن يقوم المحدود عبداً سليماً من هذا الأمر ويقوم وبـــه هذا الأثر ، فينظر أما ينقص بما ينقص به القيمة ، فينقص من الدية مثله .

( وإن رجم ) بأن كان محصناً ثم ظهر أحد الشهود عبداً أو محدوداً في قذف ( فديته على بيت المال ) هذا بالاتفاق ، لأن القاضي أخطأ في قضائه للعـــامة من حيث الضمان في مالهم ( وهذا ) أي المذكور من الفصلين ( عند أبي حنيفـــة وقال إرش الضرب أيضاً على بيت المال ) والحربي إذا قذف مسلماً يجب عليه بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق، وحد الزنا والسرقة يجب عند أبي يوسف « رح » ، ولا يجب عند أبي حنيفـــة ومحمـــد « رح » ، والذمي يجب عليه جميع الحـــدود إلا حد الخمر ، وقـــد مر في باب الوطء الذي يوجب الحد .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( معناه ) أي معنى كلام محمد في الجامع الصغـــير إرش الضرب أيضاً على بيت المال ( إذا كان جرحه ) أي الضرب لأنه إذا لم يخرج لا يجب شيء

وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب ، وعلى هذا إذا رجع الشهود لا يضمنون عنده ، وعندهما يضمنون . لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذ الإحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره ، فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع ، وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي ، وهو عامل للمسلمين ، فتجب الغرامة في مالهم ، فصار كالرجم والقصاص .

---

على أحد ، كذا ذكر السفناقي ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( إذا مات ) أي المجلود ( من الضرب ) يجب دية النفس في بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود عبداً أو محدوداً في قذف أو أعمى . وعند أبي حنيفة « رح » لا يجب شيء .

( وعلى هذا ) أي وعلى هذا الخلاف المذكور ( إذا رجع الشهود ) بعد الجرح بالجلد أو الموت والجلد ( لا يضمنون عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » أصلا لا ضمان النفس ولا ضمان الإرش ( وعندهما يضمنون ) إرش الجراحة إن لم يمت المجلود والدية إن مات .

( لهما ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب ) يعني بغير قيد السلامة ( إذ الإحتراز عن الجرح خارج عن الوسع ) أي عن وسع الضارب ( فينتظم الجارح وغيره ) أي يشمل الضرب الجارح وغير الجارح ( فيضاف ) أي الجرح أو الهلاك ( إلى شهادتهم ، لأنهم ) أثبتوا الجلد ( فيضمنون بالرجوع ) لأنه ظهر كذبهم في شهادتهم ( وعند عدم الرجوع يجب ) أي الضمان ( على بيت المال ، لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي ) لأنه أخطأ في قضائه ، ولا يرجع إلى الشهود لأنهم ما رجعوا ، والقاضي إذا أخطأ في قضائه يجب الضمان على من وقعت منفعة القضاء لأجله ، وقد وقعت المنفعة العامة ، لأن منفعة الحد وهي خلاف العالم عن الفساد يقع للعامة ( وهو ) أي القاضي ( عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم ) وما لهم بيت مال المسلمين ( فصار كالرجم والقصاص ) أي قصاص الجرح أو الهلاك بالحد على تقدير عدم رجوع الشهود بأن نظر

ولأبي حنيفة « رح » أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ، ولا مهلك فلا يقع جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته فاقتصر عليه ، إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الإقامة مخافة الغرامة ، وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ،

---

بعضهم عبداً أو محدوداً كالرجم والقصاص ، يعني في الرجم والقصاص يجب الغرامة في بيت المال ، فكذا في الجرح أو الموت بالجلد .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الواجب هو الجلد ، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك ) ألا ترى أن الجلد لا يقام في الحر الشديد أو البرد الشديد ولا على المريض حتى يبرأ كيلا يقع متعلقاً ولا بسوط له ثمرة كيلا يقع جارحاً ( ولا يقع ) أي الضرب حال كونه ( جارحاً ظاهراً إلا لمعنى في الضارب ، وهو قلة هدايته ) في عمله ، أي المعنى في الضارب قلة هدايته في عمله وترك احتياطه ( فاقتصر عليه ) أي فاقتصر الجرح أو الهلاك على الضارب من غير أن يضاف إلى الشهود أو القاضي ، إلا أنه استثنى من قوله فاقتصر عليه ، وهذا جواب عما يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب الضمان عليه ، وهو القياس .

فأجاب عنه بقوله ( إلا أنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح ) وهو الاستحسان ( كيلا يمتنع الناس عن الإقامة ) أي عن إقامة الحدود ( مخافة الغرامة ) أي لأجل الخوف عن الغرامة ، وقيد الصحيح احترازاً عما روي في مبسوط فخر الإسلام . ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه ، لأنه ليس بمأمور بهذا الوجه ، لأنه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل ، فإذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله متعدياً فيجب عليه الضمان ، والله أعلم .

( وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد ) أي الرجل ( لما فيه ) أي في شهادة الفروع ( من زيادة الشبهة ) يعني لما فيها من شبهة زاده على الأصل لم يكن

ولا ضرورة إلى تحملها ، فان جاء الأولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد أيضاً ، معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لأن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة إذ هم قائمون مقامهم في الأمر والتحميل ولا يحد الشهود ،لأن عددهم متكامل ، وامتناع الحد على المشهودعليه لنوع شبهة ، وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه .

---

فيه ، فإن الكلام إذا تداولته الآلة يمكن فيها زيادة ونقصان ( ولا ضرورة إلى تحملها ) أي على تحمل زيادة الشبهة ، لأن الحدود لدرئها لا لإثباتها ، وبه قال الشافعي « رح » في قول محمد ومالك وأحمد . وقال الشافعي « رح » في الأصح يقبل إذا كان بشرائط كشهادة الأصول .

( فإن جاء الأولون ) أي الأصول بعدما شهد الفروع ( فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان ) يريد به ذلك الزنا بعينه ( لم يحد أيضاً معناه ) أي معنى قول محمد « رح » في ذلك المكان ( شهدوا على ذلك الزنا بعينه ، لأن شهادتهم ) أي شهادة الأصول ( قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة ، إذ هم قائمون مقامهم بالأمر والتحميل ) أي الفروع قائمون مقام الأصول ، وهذا التعليل تعليل لرد شهادة الأصول ليست لرد شهادة الفروع ، فإن هذا في الحقوق المالية ، فإن ثمة تقبل شهادة الأصول بعد رد شهادة الفروع . والجواب أن المال يثبت بالشبهة ، بخلاف الحدود ( ولا يحد الشهود )أي الأصول والفروع لا يحدون ( لأن عددهم متكامل ) والأهلية أيضاً موجودة ( امتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة ) وهي شبهة البدلية الركر [1] والمكال ، لاحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الأصول ( وهي كافية لدرء الحد لا لإيجابه ) أي شبهة كافية لإسقاط الحد ، لا لإيجاب الحد ، يعني أن الشبهة ليست لموجبة الحد ، ولكنها مسقطة له .

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ،فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية، أما الغرامةفلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق . وقال الشافعي « رح » يجب القتل دون المال ، بناءعلى أصله في شهود القصاص ، وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى . وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة « رح » . وقال زفر «رح» لا يحد لأنه إن كان الراجع قاذف حي فقد بطل بالموت،وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي، فيورث ذلك شبهة.ولنا أن الشهادة إنماتنقلب قذفاً بالرجوع ، لأن بهتفسخ شهادته،فجعل للحال قذفاً للميت،وقدا نفسخت الحجة،فينفسخ

---

( وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم ) أي الرجل ( فكلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدية ، أما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، فيكون الفائت بشهادة الراجع ربع الحق ، وقال الشافعي « رح » يجب القتل ) أي قتل الراجع ( دون المال بناء على أصله ) أي أصل الشافعي «رح» (في شهود القصاص) يعني إذا رجعوا بعد القصاص ، فيقتلون عنده ، فكذا هنا إذا رجعوا بعد الرجم يقتلون، ويقول الشافعي « رح » قال ابن أبي ليلى وهو قول الحسن البصري أيضاً (وسنبينه في الديات إن شاء الله تعالى ) قال الأترازي هذه حوالة ليس لها رواج إن شاء ذكر ذلك العام .

( وأما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر « رح » لا يحد ، لأنه إن كان الراجع قاذف حي ، فقد بطل بالموت ، وإن كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي ، فيورث ذلك شبهة) إشارة إلى كون الميت مرجوماً بحكم القاضي .

( ولنا أن الشهادة إنما تنقلب قذفاً بالرجوع ، لأن به ) أي بالرجوع ( تفسخ شهادته فجعل للحال ) أي في الحال ( قذفاً للميت،وقد انفسخت الحجة) وهي الشهادة ( فينفسخ

ما يبتنى عليه ، وهو القضاء في حقه ، فلا يورث الشبهة ، بخلاف ما إذا قذفه غيره ، لأنه غير محصن في حتى غيره ، لقيام القضاء في حقه، فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه . وقال محمد « رح » حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا ينفسخ إلا في حق الراجع ، كما إذا رجع بعد الامضاء

---

ما يبتني عليه ، وهو القضاء في حقه ) والضمير في عليه يرجع إلى الحجة على تأويل الكلام قاله الأترازي « رح » . وقال أيضاً وقوله وهو راجع إلى ما هو عبارة عن القضاء ، والضمير في حقه راجع إلى المراجع ، يعني أن القضاء تفسخ في حق الراجع ، لأن القضاء مبني على الشهادة ، وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع ( فلا يورث الشبهة ) أي كونه وجوباً بانقضاء القاضي لا يورث الشبهة ، وفي سقوط حق القذف عن الراجع ، لأن القضاء انفسخ في حقه .

( بخلاف ما إذا قذف الميت غير الراجع ، لأنه ) أي لأنه الرجوع ( غير محصن في حق غيره ) أي غير الراجع ( لقيام القضاء في حقه ) أي في حق الراجع ، فصار لقيام القضاء بشبهة في حقه ، فلم يحد ، فظهر الفرق ( فإن لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جيعاً ) يعني حد الشهود كلهم .

واعلم أن رجوع الشهود لا يخلو ، إما أن يكون بعد القضاء والإمضاء أو بعد القضاء قبل الإمضاء أوقبل القضاء والإمضاء ، فهذه فصول ثلاثة ، وقد ذكر الفصل الأول وشرع هنا في الفصل الثاني ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء والإمضاء ، وهو قوله فإن لم يحد المشهود عليه ، وهو ما إذا رجع بعد القضاء قبل الإمضاء يحدون كلهم ( وسقط الحد عن المشهود عليه ) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله في القول الآخر .

( وقال محمد « رح » حد الراجع خاصة ، لأن الشهادة تأكدت بالقضاء ، فلا تنفسخ إلا في حق الراجع ) لا في حق غيره ( كما اذا رجع بعد الإمضاء ) وبه قال أبويوسف «رح»

ولهما أن الإمضاء من القضاء فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء ، ولهذا سقط الحـــد عن المشهود عليه . ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعــاً . وقال زفر « رح » يحد الراجع خاصة ، لأنه لا يصدق على غيره . ولنـا أن كلامهم قذف في الأصل ، وإنما يصير شهادة باتصال القضاء بـــه ، فاذا لم يتصل به بقي قذفاً، فيحدون، فان كانوا خمسة فرجع أحدهم

---

أولاً ، وهو قول زفر أيضاً . وقال الشافعي « رح » في أحد قوليه لا يحد الراجع .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( أن الإمضاء من القضاء ) أي أن إمضاء الحد بمنزلة القضاء بدليل أن الإمضاء لا يجوز إلا بمحضر من القاضي ، ولهـــذا تجعل لإثبات الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والتعمل والموت والغيبـــة ، وهذا بعد القضاء قبل الإمضاء ، كالحادثـــة قبل القضاء . فإذا كان الإمضاء في القضاء كالرجوع قبل القضاء فيحدون جميعاً ، وهو معنى قوله ( فصار كما إذا رجع واحد منهم قبل القضاء، ولهذا ) أي ولأجل أن الإمضاء من القضاء في باب الحدود ( يسقط الحد عن المشهود عليه) إذا رجع واحد قبل القضاء وقبل الإمضاء، كما يسقط إذا رجع قبل القضاء .

( ولو رجع واحد منهم ) هذا هو الفصل الثالث ، وهو ما إذا رجع ( قبـــل القضاء والإمضاء ) أي لو رجع شاهد واحد من الشهود الأربعـة قبـل القضاء والإمضاء ( حدوا جميعاً ) أي يحدون كلهم .

( وقال زفر « رح » حد الراجع خاصة ، لأنه ) أي لأن الراجع (لا يصدق على غيره) يعني أن رجوعه حجة على نفسه لا غيره باتصال .

( ولنا أن كلامهم قذف في الأصل ) يعني لكونه صريحاً فيه ( وإنمـا يصير شهـــادة باتصال القضاء به ) أي بكلامــــه ( فإذا لم يتصل به ) أي فإذا لم يتصل القضاء بكلامهم ( بقي قذفاً فيحدون ) لقصور عددهم ( وإن كانوا خمسة ) هذا عطف على أصل المسألة ، وهو قوله وإذا شهد أربعة بالزنا ( فرجع أحدهم ) يعني بعد الرجم ، لأنه وضع المسألة في

فلا شيء عليهم ، لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربع ، فان رجع آخر حد وغرما ربع الدية . أما الحد فلما ذكرنا ، وأما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف . وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبي حنيفة « رح » ، معناه

---

ذلك ( فلا شيء عليهم ) أي لا الحد ولا الدية ، لا على الشهود ولا على الراجع ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح ومالك وأحمد رحمهما الله . وعن مالك لا يجب الدية بالرجوع أصلاً . وقال الشافعي « رح » في وجه يجب خمس الدية ( لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهو شهادة الأربعة ، فإن رجع آخر ) أي من الأربعة ( حد ) أي الراجع الأول وهو الخامس والراجع الثاني من الأربعة ( وغرما ربع الدية ) قال الشافعي « رح » إن قالا تعمدنا الكذب وجب عليها القود . وإن قالا أخطأنا وجب عليها فسقطهما في الدية وغرما ربع الدية .

( أما الحد فلما ذكرنا ) إشارة إلى قوله ولنا أن الشهادة إنما تقلب قذفاً بالرجوع . وقال الأترازي فإن قلت حين رجع الواحد من الخمسة لا شيء عليه أصلاً ، فعند ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الآخر . قلت إنما لم يجب عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود السبب ، والمانع بقاء الحجة الكاملة . فلما رجع آخر زال المانع ، فعمل السبب عمله .

( وأما الغرامة فلأنه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق ، والمعتبر بقاء من بقي ، لا رجوع من رجع على ما عرف ) أي في كتاب الشهادات .

( وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا ) على صيغة المجهول من التزكية من زكى نفسه إذا مدحه وتزكيت الشهود الوصف بكونهم أزكياء ( فرجم ) أي الرجل ( فإذا الشهود عبيد أو مجوس ، فالدية على المزكين عند أبي حنيفة ) وقال المصنف رحمه الله ( معناه

إذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد « رح » هو على بيت المال. وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم .

---

إذا رجعوا ) أي المزكون ( عن التزكيـة ) وقال الأترازي « رح » قال صاحب الهدايـة « رح » معناه إذا رجعوا عن التزكية ، أي معنى قوله فالدية على المزكين ، قال ويدل على صحة تأويله ما نص عليه الحاكم في الكافي إذا شهد الشهود على رجل بالزنا والإحصان ، فزكاهم يعني زعموا أنهم أحرار ورجم ثم وجدوهم عبيداً قال لا حد على الشهود ، فإن رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا . قلت فإن لم يقولوا أنهم أحرار ، وقالوا هم عـدول ثم وجدوا عبيداً قال لا ضمان على المدعين ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، فان لم يقولوا أنهم أحرار وقالوا هم عدول ثم وجدوا عبيداً ، قالا لا ضمان على المزكين ، وإلى هاهنا لفظ الحاكم رحمه الله . وقال الكاكي «رح» قوله معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا قلنا هم أحرار مسلمون ، مع علمنـا بحالهم أنهم عبيد ، وكذا في نسخ الشروح ، فعلى هذا ينبغي أن لا يذكر في الكتب قوله .وقيل هذا إذا قالوا تعمدنا من غير أن يقال ، وقيل لأن قوله وقيـل يقضي أن يكون معنى الرجوع عن التزكية التي توجب الضمان عنده في قول آخر سوى التعمد وليس كذلك ، فان المزكي إذا قال أخطأت في التزكية لا يضمن بالإجماع ، وإنما الخلاف فيما إذا تعمدت ذلك مع علمي بحالهم ، ذكره في جامع قاضي خان ، واليه أشار في المبسوط . وقال تاج الشريعة معناه إذا رجعوا عن التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا أنهم مجوس ،حتى لو قالوا أخطأنا لا يضمنون .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( هو على بيت المال ) أي الضمان على بيت المال ( وقيل هذا ) عند أبي حنيفة ، أي وجوب الضمان ( إذا قالوا ) أي المزكون ( تعمدنا بالتزكية مع علمنا بحالهم ) أما إذا قالوا أخطأنا فلا يجب عليهم الضمان . قال الإمام السغناقي « رح » في شرحه للجامع الصغير إذا قالوا علمنـا أنهم مجوس ، ومع هـذا زكيناهم ، أما إذا قالوا أخطأنا ، فلا يجب عليهم الضمان ، لأنهم يأتون على القاضي والقاضي

لهما أنهم أثنوا على الشهود خيراً ، فصار كما إذا أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على إحصانه ، وإن الشهادة إنما تصير حجـــة عاملة بالتزكية ، فكانت التزكية في معنى علة العلة ، فيضاف الحكم اليهـــا ، بخلاف شهود الإحصان لأنـــه محض الشرط ، ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا ، وهذا

---

لا خطأ لا ضمان عليه ، فكذا ها هنا ، وإنما وجب الضمان عليهم إذا تعمدوا لأنهم أظهروا علة علة التلف .

( لهما ) أي لأبي يوسف « رح » ( أنهم ) أي أن المزكين ( أثنوا على الشهود ) قيـل حيث أثبتوا بذلك شرط الحجة ، وهي العدالة ( فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه خيراً بأن شهدوا على احصانه ) فلا يضمنون شيئاً ، وبه قالت الثلاثة ، فاذا لم يضمنوا شيئـاً وجب الضمان على بيت المال .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ( أن الشهادة إنـما تصير حجـة وعاملة بالتزكية ) إذ الشهادة في الحدود لا توجب شيئاً بلا تزكية ( فـكانت التزكية في معنى علة العلة ) لأن التزكيـة يعمله للعلة ، والعمل للعلة علة العلة ، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة ، ألا ترى أن حفر البئر لما كان هو الذي لعلة يجعل فقـــد علة المار للوقوع في البئر ، فيضاف الحكم اليه عند تعذر إضافته إلى الفعل ( فيضاف الحكم اليهـا ) أي إلى علة العلة ، فصار المزكون كالشهود إذا رجعوا ( بخلاف شهود الإحصان ، لأنه محض الشرط ) حاصله أن الشهادة على الإحصان شرط محض ، وعلامة معرفة الحكم الزنا الصادر بعـده وجود الإحصان ، ولا حاجة لثبوت الزنا إلى شهود الإحصان ، لأن الزنا ثبت بشهود الزنا قبـل الإحصان ، ولكن لا يثبت الزنا بشهود الإحصان ما لم يزكوا ، فظهر الفرق بين التزكية وشهادة الإحصان .

( ولا فرق بينهما إذا شهدوا بلفظة ) أي المزكون بلفظ ( الشهادة أو أخبروا ) بأن قالوا نشهد بأنهم أحرار أو قالوا هم أحرار ( وهذا ) أي وجوب الضمان على المزكين على

إذا أخبروا بالحرية والإسلام ، أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العبد قد يكون عدلاً ولا ضمان على الشهود ،لأنه لم يقع كلامهم شهادة ، ولا يحدون حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً وقد مات ، فلا يورث عنه . وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد

---

قول أبي حنيفة « رح » ( إذا أخبروا بالحرية والإسلام ) أي فيا إذا أخبروا بحرية الشهود وإسلامهم ، ثم ظهر الشهود مجوساً أو عبيداً .

( أما إذا قالوا هم عدول وظهروا عبيداً لا يضمنون ، لأن العبد قد يكون عدلاً ) أيضاً بتركه محظور دينه . واعلم أن زكاة المزكي شرط عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ، ذكره في المختلف ، ولا يشترط العدد في المزكي عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، خلافاً لمحمد « رح » ، ويشترط الإتيان في سائر الحقوق والأربعة في الزنا ، ويجوز شهادة رجل وامرأتين على الاحصان ، كذا قال الحاكم ( ولا ضمان على الشهود ) لأنه يقع كلامهم بشهادة فيه ، نظراً لما تقدم أن كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء، وقد اتصل به القضاء ، فما وجه قوله ( لأنه لم يقع كلامهم شهادة ) والجواب إذ القضاء لما أظهر خطأه بيقين ، صار كأن لم يكن ، فلا يتصل القضاء بكلامهم ، فلا يصير شهادة .

( ولا يحدون ) أي الشهود ( حد القذف ، لأنهم قذفوا حياً ، وقد مات فلا يورث عنه ) أي لا يورث حد القذف عن الميت ، لا يقال لم يجعل قذفاً للميت للرجال بطريق الإنقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة ، لأنا نقول عليه الإنقلاب للرجوع عن الشهادة. فالجواب فلم يوجد .

فإن قيل لم لا يكون ظهورهم عبيداً أو مجوساً علة للانقلاب كالرجوع ان انقلاب صيرورة الشهادة قذفاً وكلامهم لم يقع شهادة .

( وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأمر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد

الشهود عبيداً ، فعلى القاتل الدية . وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق . وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل ، فأورث شبهة ، بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء ، لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً ، وعليه علامتهم . ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد ، والعواقل لا تعقل العمد ، ويجب ذلك في ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ، وإن رجم ثم وجدوا

---

الشهود عبيداً فعلى القاتل الدية ) في ماله ( وفي القياس يجب القصاص ، لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهراً وقت القتل،فأورث شبهة ) كنكاح الفاسد يكون شبهة أسواط الحد .

( بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء ) حيث يجب القضاء لعدم الشبهة لأن القضاء هو المورث للشبهة لم يوجد ، أشار اليه بقوله ( لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ، ولأنه ظنه ) عطف على قوله أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل ، أي ظن الذي قتله ( مباح الدم معتمداً على دليل مبيح ، فصار كما إذا ظنه حربياً وعليه علامتهم ) أي كما إذا ظن المسلم والغازي أو الشخص حربياً ، وعليه علامتهم ، أي علامة أهل الحرب ، فقتله عمداً ، ثم ظهر أن المقتول ليس بحربي لا يجب القصاص بشبهة ظنه مباح الدم ( ويجب الدية في ماله ، لأنه عمد والعواقل ) الجمع جمع عاقلة ( لا تعقل العمد ، ويجب ذلك على ثلاث سنين ، لأنه وجب بنفس القتل ) لا بالإقرار ، وكل شيء يجب بنفس القتل تكون الدية في ثلاث سنين .

( وإن رجم ) على بناء الفاعل معطوف على قوله فضرب عنقه ، أي وإن رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضاء القاضي بالرجم وفي لفظ المبسوط الرجم بالحجارة . ولفظ صاحب الوجيز وإن كان هذا الرجل قتله رجماً ( ثم وجدوا) أي الشهود

عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله اليه ، ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا ،وكذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنــه لم يأتمر بأمره . وإذا شهدوا على رجل بالزنا ، وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم ، لأنــه يبـاح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة .

---

( عبيداً فالدية على بيت المال ، لأنه امتثل أمر الإمام فينقل فعله اليه ) أي نقل فعل هذا الذي رجعه إلى الإمام ( ولو باشره ) الإمام الرجم ( بنفسه يجب الدية في بيت المـال لما ذكرنا ) عند قوله فيما مضى قبل ، وزفه بقوله لأنه انتقل فعل الجلاد القاضي وهو عامل للمسلمين ، فيجب الغرامة في مالهم ( كذا هذا ) أي كذا حكم هذا ، وأشار به إلى فعـل الرجم ( بخلاف ما إذا ضرب عنقه ، لأنه لم يأتمر بأمره ) أي أمر الإمام، لأنه أمربالرجم دون القتل ، فلم ينتقل فعله اليه .

( وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر ) أي إلى فرج الزاني والزانيـة ( قبلت شهادتهم ) وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد رحمهـما الله ، ولو قالوا تعمـدنا النظر للتلذذ لا يقبـل إجماعاً . وفي جامع السرخسي قال بعض العلماء لا تقبـل شهادتهم ، وبـه قال الاصطخري من أصحـاب الشافعي « رح » لإقرارهم بالنظر على أنفسهم ، إذ النظر إلى عورة الغير فسق ( لأنه يبـاح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة ) لأنهم كلفوا على إقامة الشهـادة على أنهم رأوه كالميـل في المكحلة، والرشاء في البئر ، والقلم في المحبرة

( فأشبه الطبيب والقابلة ) أي أشبه نظر شهود الزنا إلى فرج الزانية لضرورة في ذلك، كما ينظر الطبيب والقابلة إلى الفرج ، وهذا لأن الطبيب يجوز أن ينظر إلى موضع العورة لضرورة المداواة . وقال في خلاصة الفتاوى لا يجوز النظر إلى العورة إلا عندالضرورة، وهي الإحتقان والختان والمداواة والولادة والبكارة في البالغة والرد بالعيب، والمرأة في حق المرأة أولى ، وإن لم يوجد ستر ما وراء موضع الضرورة .

وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم ، معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط ، لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ، ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله . فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر « رح » والشافعي « رح » فالشافعي « رح » مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال. وزفر « رح » يقول أنه شرط في معنى العلة، لأن الجناية تتغلظ عنده، فيضاف الحكم

---

( وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم . معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط ) أي شرائط الإحصان ( لأن الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ) أي على الرجل ( ولهذا ) أي ولأجل الحكم بالدخول عليه ( لو طلقها بعيب يعقب الرجعة ) أي الطلاق تعقبه الرجعة له أن يراجعها بعد الطلاق ، والطلاق قبل الدخول لا يعقب الرجعة ( والإحصان يثبت بمثله ) أي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهراً ، وفيه شبهة .

( فإن لم يكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم ، خلافاً لزفر والشافعي ) ومالك وأحمد رحمهم الله ( فالشافعي « رح » مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الأموال ، وزفر يقول إنه ) أي الإحصان ( شرط في معنى العلة ) فلا تقبل شهادة النساء فيه ، لأن شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود ( لأن الجناية تتغلظ عنده ) بيانه أن علة حد الزنا هو الزنا ، لكنه يتغلظ عند وجود الإحصان ، ولهذا يجب الرجل الذمي هو أقطع العقوبات فكان الإحصان شرطاً في معنى العلة ، فلا تقبل شهادتهن على علة الحكم ، فلا تقبل أيضاً على شرطه وهو الإحصان ، لأنه في معناها لتغلظ الجناية عنده ، وهو معنى قوله لأن الجناية تتغلظ عنده ، أي عند زفر أيضاً ( فيضاف الحكم

اليه ، فأشبه حقيقة العلة ، فلا تقبل شهادة النساء فيـــه ، فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا ، فلا تقبل لما ذكرنا . ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميـــدة ،وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا ، فلا يكون في معنى العلة ، وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة ، بخلاف ما ذكر ، لأن العتق يثبت بشهادتهما ، وإنما لا يثبت بسبق التاريخ ،لأنه ينكره المسلم

---

اليه ) أي إلى الإحصان ( فأشبه حقيقة العلة ) قال الأكمل ترتب على ذلـــك أمران ، أحدهما ما ذكره في الكتاب ، وهو قوله ( فلا تقبل شهادة النساء فيه ) حقيـــاً لا للدرء ، أي لدفع الحد ، والثاني أن شهود الاحصان إذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده ، لأن شهود العلة يضمنون بالرجوع بالاتفاق .

( فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا فلا يقبـــل ) يعني أن الزاني لو كان مملوكاً لذمي ، وهو مسلم فشهد شاهدان ذميان أنه ، أي أن مولاه الذي أعتقه قبل الزنا لم يرجم ( لما ذكرنا ) أي لأن الاحصان شرط في معنى بعلة .

( ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة ) بعضها ليس في موضع كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه كالاسلام ، وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة ( وانها ) أي وأن الخصال الحميدة ( مانعة من الزنا ، فلا تكون في معنى العلة ، وهذا كما إذا شهدوا به ) أي بالاحصان ( في غير هذه الحالة ) أراد بهذه الحالة ما بعد الزنا . قال الأكمل « رح » يعني لو شهد رجل وامرتان أن فلاناً تزوج هذه المرأة ودخل بهـــا قبلت شهادتهم ، فكذلك ها هنا .

( بخلاف ما ذكر ) أي بخلاف ما ذكر زفر « رح » بشهادة الذمية على ذمي أنه أعتق عبده قبل الزنا ( لأن العتق يثبت بشهادتها ) أي بشهادة الذميين ( وإنما لا يثبت بسبق التاريخ ) يعني يثبت العتق ، لكن لا يثبت سابقاً على الزنا ( لأنه ينكره المسلم ) أي لأن

أو يتضرر به المسلم ، فان رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر « رح » ، وهو فرع ما تقدم

---

سبق التاريخ ينكر المسلم لا يثبت شهادة الكافر بل الذميـــة ، ولأن المسلم يتصور سبق التاريخ من حيث تغليظ (١) العقوبة عليه ، فلا يجوز أن يتضرر المسلم بشهادة الكفـار ، كذا في المبسوط ، وهو معنى قوله ( أو يتضرر المسلم ) أما شهادة النساء في غير الحدود مقبولة وإن تضرر به المسلم .

( فإن رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا ، خلافاً لزفر « رح » ) والشافعي «رح» في ضمان شهود الاحصان ثلاثة أوجه :

أحدها : لا ضمان عليهم ، وهو قولنا .

والثاني : يضمنون ، وهو قول زفر « رح » .

والثالث : إذا رجعوا مع الشهود على الزنا إن شهدوا بالاحصان قبـل ثبوت الزنا لم يضمنوا ، وإن شهدوا بعد ثبوت الزنا ضمنوا .

وفي قدر ما يضمنون من الدية وجهان . وجه : يضمنون بضمان الدية ، الثاني : ثلث الدية ، كذا في الحلية .

( وهو فرع ما تقدم ) أي عدم الضمان عليه شهود الاحصان عندنا إذا رجعوا ووجوب الضمان عند زفر « رح » ، بيان على ما قلنا أنه في معنى العلة عنده ، وشرط محصن عندنا لا يتعلق به الوجود ، بل هو علامة معرفة حكم الزنا الصادر بعد .

فروع : وفي الاحصان يكفي الشهود أن يقولوا أدخل بها زوجها . وقال محمد «رح» لا بد أن يقولوا جامعها أو باضعها ، كذا في التأمل . وكذا لو أنكر الاحصان بعد ثبوت الزنا فشهد أنه تزوج بامرأة ودخل بها ثبت إحصانه حتى يرجم ، كما لو قال وطئها أو جامعها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله ، وبه قالت الثلاثة . وقال محمد لا يثبت إحصانه فلا يرجم ، كما لو شهد أنه أقر بها أو أتاها . ولو شهد أربعة أنى زنى بامرأة وأربعـة

---

(١) في الأصل تغليظ ، والصحيح ما أثبتناه ، اه مصححه .

أخرى مرة أخرى فرجم ورجع الفريقان ضمنوا ديته بالاجماع وحدوا القذف عند أبي حنيفـــة وأبي يوسف ، وبـــه قال أحمد . وقال محمد رحمه الله لا يحدون ، وبه قال الشافعي « رح » .

ولو شهدوا على الزنا وأقر مرة به حد عند محمد « رح » ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، لأن البينة وقعت معتبرة ، فلا تبطل بالاقرار ، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يحد ، وهو الأصح . وإذا أقر أربع مرات لا يحد عندنا ، خلافاً للشافعي ومالك وأحمد رحمهما الله ، فإن عندهم يحد القاضي إذا أمر بالرجم أو بالجلد هل يسعى مع ممن لم يعاين الشهادة أو سبب وجوب الرجم أو الجلد ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهـــما الله يسعى ، وعند محمد لا يسعى لمن لم يشأها ، وأفتى فقهـــاؤنا وراءهم الفى [1] بقول محمد « رح » لعلة الفساد على القضاء ، فلا يؤمنون على الخصوص في الحدود التي تندرىء بالشبهات ، وقد فصل بعض المشايخ في ذلك ، فقال القضاة أربعة :

عالم عادل ، وهذا واجب الطاعة ، فيجب الائتار .

وعادل : وهذا يسأل عن كيفية ثبوت ما ثبت عنده ، فإذا أخبر بمـــا يوافق الشرع قبل قوله وعمل به .

وظالم عالم ظالم جاهل . وهذان لا يقبل قولهما ، ولا يلتفت اليهما .

وقيل يسأل الثالث عن ثبوت الحكم عنده ، فإن وافق مقتضى عمله عمل بـــه ، وإن ظهر فيه أنه ظلمه ترك .

* * *

(١) الجملة بهذا السياق في الأصل . اهـ مصححه .

## باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاءوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك، فعليه الحد، وكذلك إذا أقر وريحها موجودة، لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد. والأصل فيه قوله عليه السلام

---

( باب حد الشرب )

أي هذا باب في بيان حكم حد الشرب . قدم حد الزنا على الشرب لما أن دعاء الطبع إلى الزنا أكثر عند فرط الشبق، ولهذا ضربه أشد من ضرب الشرب . وفي الزنا قتل النفس . وفي شرب الخمر فوات العقل، وكأن العقل كالتابع للنفس، وأخرج القذف عن حد الشرب لأن الجريمة في الشارب دون القاذف، لأنه يحتمل أنه صدق في القذف بأن كان المقذوف زانياً، ولهذا كان حد القذف أحق من الجميع، وتأخير حد السرقة لما أنه شرع لصيانة الأموال، والمال تبع .

( ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة ) أي والحال أن ريح الخمر موجودة في فيه ( أو جاءوا به سكران ) أي جاءوا به إلى مجلس القاضي حال كونه سكران ( فشهد الشهود عليه بذلك ) أي بشرب الخمر ( فعليه الحد، وكذا إذا أقر ) أن يشرب الخمر ( وريحها موجودة ) أي والحال أن ريحها موجودة في فيه، ذكره حين الريح بالتأنيث، لأن الريح من الأسماء المذكورة السماعة ( لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد ) أي والحال أن العهد لم يتقادم في الحدود إلا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق على ما يأتي الآن .

( والأصل فيه ) أي في هذا الباب ( قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ

ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه فان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف « رح » . وقال محمد

---

( ومن شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ) هذا الحديث رواه الجماعة من الصحابة رضي الله عنهم عن أبي هريرة ، أخرج حديثه أصحاب السنن إلا الترمذي عن أبي سلمة عنه قال ، قال رسول الله ﷺ إذا سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر فاجلدوه فإن عاد الرابعة فاقتلوه ، ورواه ابن حبان « رح » في صحيحه ، وقال معناه إذا استحل ولم يقبل التحريم ، ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

وعن معاوية « رض » أخرج حديثه الجماعة إلا النسائي عن أبي صالح عنه قال : قال رسول الله ﷺ من شرب الخمر فاجلدوه .. الحديث . وعن ابن عمر رضي الله عنهما أخرج حديثه أبو داود قال ، قال رسول الله ﷺ نحوه وقال في الخامسة إن شربها فاقتلوه ، وعن قبيصة بن دويت [1] أخرج حديثه أبو داود عنه أن النبي ﷺ قال من شرب الخمر فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه ، فأتي برجل قد شرب فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ثم أتي به فجلده ، ورفع القتل ، وكانت رخصة ، وفي قصة قبيصة خلاف .

وعن جابر أخرج حديثه ابن ماجة مرفوعاً من شرب الخمر فاجلدوه .. إلى آخره . وعن عبد الله بن عمر وأخرج حديثه الحاكم في المستدرك مرفوعاً نحوه . وعن جرير أخرج حديثه الحاكم أيضاً مرفوعاً نحوه . وعن ابن مسعود « رض » أخرج حديثه الطبراني في معجمه .

( فان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد

---

(١) هكذا رسم الإسم في الأصل وليس كذلك وربما هو ما ورد في تقريب التهذيب قبيصة بن ذؤيب من رواة الجماعة ، اهـ مصححه .

« رح » يحد ، وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير انه مقدر بزمان عنده اعتباراً بحد الزنا ، وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل شعر :

يقولون لي إنكه شربت مدامة      فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

---

رحمه الله يحد ) وبه قالت الثلاثة ( وكذلك إذا شهدوا عليه بعدما ذهب ريحها عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد رحمه الله يحد ، فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق ، غير أنه مقدر بالزمان عنده ) أي عند محمد « رح » ( اعتباراً بحد الزنا ) فقدر بشهر ، لأن ما دونه قريب ( وهذا ) بمعنى تقدير الزمان ( لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان ) ولا بد من تقدير زمان ، أما أن ذلك بستة أشهر أو شهر واحد ، فعلم في موضع آخر .

( والرائحة قد تكون من غيره ) أي من غير شرب الخمر ( كما قيل شعر :

يقولون لي إنكه شربت مدامة      فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا )

يروي الثبت بكلمة قد شربت ، وهي رواية المطرزي في المغرب ، وبدونها وهي رواية الفقهاء ، فعلى الأول تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظة ، وعن الثاني تحرك بالكسر بضرورة الشعر ، ولا تسقط . ويجوز تحريك همزة الوصل في الجود والانصاب . قوله إنكه بكسر الهمزة وسكون النون وفتح الكاف وسكون الهاء ، هو أمر من نكه ينكه بأمره بأن ينكه ليعلم أنه شارب هو أو غير شارب ، وأصله من النكهة ، وهي ريح الفم ، ونكهته إذا شممت يحد . قال الجوهري واستنكه الرجل نكهة في وجهين نكه ينكه نكهاً إذا أمره أن ينكه ليعلم أنه شارب أو غير شارب ، وكلامه يدل على أنه يأتي من باب منع يمنع ، ومن باب ضرب ، وهو يتعدى ولا يتعدى ، والمدامة إسم من أسماء الخمر . وقال الأترازي والمدامة بمعى المدام ، وهو الخمر ، قلت لا يحتاج أن يقال بمعنى الخمر ، لأن كليهما من أسماء الخمر .

وعندهما يقدر بزوال الرائحة ، لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ، ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على الشرب ، وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ، والتمييز بين الروائح

---

( وعندهما ) أي وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( يقدر ) أي التقادم (بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فيه ، فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ) هذا عن عبد الله بن مسعود « رض » غريب بهذا اللفظ . وروى عبد الرزاق في مصنفه ففعلوا ثم عاد به من الغد ودعى بسوط ثم أمر بثمرته فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه ترتروه أمر من الترترة بتاءين عن عبدالله ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى بسكران قال ترتروه واستنكهوه ومزمزوه ، ففعلوا ثم عاد به من الغدو ودعا بسوط ثم أمر بخرقة فدقت بين حجرين حتى صارت درة ، ثم قال للجلاد اجلد وارفع يدك واعط كل عضو حقه .

قوله ترتروه أمر من الترترة بتاءين مثناتين من فوق ، وهي التحريك ، وكذلك مزمزوه أمر من المزمزة بزاءين معجمتين ، قال صاحب المغرب الترترة التثلثة ، والمزمزة التحريك الشديد . قوله استنكهوه ، أمر من الاستنكاه ، وهو طلب النكهة ، وهي رائحة الفم ، وقد مر الكلام فيه آنفاً . وقال أبو عبيد « رح » أنكر بعض أهل العلم هذا الحديث ، لأن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقراً بها الرد والإعراض ، وعدم الأسماء احتمال الدرء كما فعل رسول الله ﷺ حتى أقر ماعز ، فكيف يأمر ابن مسعود « رض » بالتثلثة والترترة والاستنكاه ، حتى يظهر سكره ، فلو صح فتأويله أنه جاء رجل مولع بالشرب مدمن ، فاستجازه كذلك انتهى . قلت ليس في حديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه أتى به ، وهو مقر حتى يضعف هذا بذاك ، وإنما أتى به وهو سكران ، فقال ترتروه إلى آخره ليعلم أنه سكران أم لا .

( ولأن قيام الأثر ) أي أثر الخمر ( من أقوى دلالة على الشرب ) أي على قرب العهد ( وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ) أي اعتبار الأثر ( والتمييز بين الروائح

ممكن للمستدل ، وإنما يشتبه على الجهال ، وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد « رح » ، كما في حد الزنا على ما مر تقريره ، وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة، لأن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود«رض» وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

---

ممكن للمستدل ) هذا جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره ( وإنما يشتبه ) أي الأثر ( على الجهال ) بضم الجيم وتشديد الهاء جمع جاهل ، وأراد بالجهال الذين لا يميزون الروائح ( وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره ) أن الإنسان لا يكون متهماً بالنسبة إلى نفسه .

( وعندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة ، لأن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ، ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود «رض» وقد شرط ) أي ابن مسعود ( قيام الرائحة على ما روينا ) بمعنى قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه . وقال الأكمل رحمه الله فيه نظر ، لأن الاجماع عقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود . ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود«رض» وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون ، وأيضاً كلام ابن مسعود « رض » شرطية ، والشرطية الوجود تقيد الوجود عند الوجود لا غير. جواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط ، بل انتفاء الجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولاً . وأيضاً ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه ، انتهى كلامه .

قلت قوله ولا كذلك لا دليل على مجرد النفي ، وهو لا ينافي الضمان الدليل قوله يقيد الوجوب عند الوجود لا غير ، يعني لا يوجب العدم عند عدمه ، فلهذا يجب الحد عند وجود الرائحة ، ولا ينعدم عند عدمها . قلت عدم الحكم عند عدم الرائحة ، باعتبار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم ، بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك

فان أخذه الشهود وريحها يوجد منه أو هو سكران، فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعاً ، لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، والشاهد لا يتهم به في مثله . ومن سكر من النبيذ حد

---

التقدير ، لأن إجماعهم لا يصح بدون رأي ابن مسعود رضي الله عنه ، وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة .

فان قلت إن لم يوجد الاجماع فقد وجد النص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه ، وليس فيه اشتراط الرائحة . قلت قد خص منه الشرب اضطراراً أو إكراهاً ، فتمكنت الشبهة ، فلا يصح إيجاب الحرية . قوله وهما متنافيين . قلت الحديث من قبل الاحاد ، ولمثله لا يثبت الحد ، والاجماع حجة قطعية ، فيثبت به .

( فإن أخذه الشهود وريحها يوجد منه ، أو هو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام ، فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به ) بهذا السكران ، أي انقطع ريح الخمر قبل أن يشهد بهذا السكران إلى الإمام ( حد في قولهم ) أي قول أئمتنا الثلاثة ( جميعاً ) يعني بلا خلاف بينهم ، لأن زوال الرائحة بالعذر لا يضر ، وفي المحيط كما لو زالت الرائحة بالمعالجة ، والأصل فيه قوماً شهدوا عند عثمان رضي الله عنه على عقبة « رح » بشرب الخمر ، وهو كان بالكوفة ، فحمله عثمان إلى المدينة وأقام عليه الحد ( لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا ، والشاهد لا يتهم به في مثله ) يعني في صورة زوال الرائحة بالعذر .

( ومن سكر من النبيذ حد ) النبيذ على وزن فعيل بمعنى مفعول ، وهو الذي يعمل من الأشربة من التمر والنبيذ والعسل والحنطة والشعير والذرة والأرز ، ونحو ذلك من نبذت التمر إذا القيت على غلبته الماء لتخرج على حلاوته البتة . وسواء كان مسكراً أوغير مسكر ، فإنه يقال له نبيذ ، ويقال للمعتصر من العنب نبيذ الماء ، يقال للنبيذ خمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ ، فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياماً لتخرج

## لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ ، وسنبين

حلاوته إلى الماء ، ثم يطبخ أدنى طبخة ، فما دام حلواً يحل شربه ، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم .

وأما النبيذ فهي التي من ماء الزبيب إذا طبخ أدنى طبخة يحل به ما دام حلواً وإذا غلا واشتد وقذف الزبد عليه على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله الآخر يحل شربه ما دون السكر . وعند محمد والشافعي رحمها الله لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والنضيخ والنبيذ ، فالنبيذ هو ماء التمر إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلواً وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد ، عن أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي إلا المعدي المسكر .

وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل . وإنما قال ومن سكر من النبيذ قيد بالسكر فيه ، لأنه شرط بخلاف الخمر ، فإنه يجب بشرب قطرة منها بدون السكر بالإجماع ، والحد في غير الخمر لا يجب الا بالسكر ، وبه قال النخعي وأبو وائل . وقال مالك والشافعي وأحمد والأوزاعي والحسن وقتادة وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم يحل في قليله وكثيره كالخمر والسكر ليس بشرب إذا كان هو المسكر .

( لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ ) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن سعيد بن ذي لعوة أن أعرابياً شرب في خلافة عمر رضي الله عنه نبيذاً فسكر فضربه الحد ، قال الدارقطني هذا لا يثبت ، ورواه العقيلي في كتابه وزاد فيه فقال الأعرابي إنما شربته من أداتك ، فقال عمر إنما جلدتك على السكر ، وأعله سعيد هذا مجهول ، قال واستند تضعيفه عن البخاري ، وقال في التنقيح قال ابن المدى سعيد هذا مجهول .

فإن قلت قوله حد غير معلوم ما هو من حيث الكمية . قلت وعدبيانه بقوله ( وسنبين

الكـــلام في حد السكر ومقـــدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعـــالى • ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها ، لأن الرائحة محتملة ، وكذا الشرب قـد يقع عن إكراه واضطرار

---

الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه إن شاء الله تعالى ) ويأتي بيانه في هذا الباب عن قريب .

( ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها ) أي تقيأ الخمر ( لأن الرائحة ) قال الأترازي يرد على تعليله هذا إشكال ، لأنه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدلة قطع الإجماع إن الإحتمال هنا سكر . ثم قال وتكلف بعضهم في توجيه ذلـك ، فقال الإحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والاحتمال ، كمن لم يعاينه والتمييز بعـد الاستدلال على وجه الاستقصار . وقال أيضاً أو التميـيز ممكن لمن عاين الشرب والاكال لمن لم يعاينه ، وفيه نظر ، لأن من عاين الشرب بنى الأمر على عيـان وتعـين لا على استدلال ويجيء .

وتخمين صاحب الهداية ثبت التمييز في صورة الاستدلال لا صورة العيان ، فقد وقع . إذ كلام هذا الشارح عن كلامه فرقاً ، انتهى . قلت أراد بقوله وتكلف بعضهم فإنه كذا ذكره في شرحه والأكمل أيضاً أخذ كلامه هذا ، وذكره في شرحه وذكر الحوانين واستحسن الجواب الثاني . وقال في وجه حسنه لاشتماله على تغير تفسير المستدل ، فانه يـدل على أن المستدل هو من معه دليل ، وهو معاينة الشرب ، والجاهل هـــو من ليس معه ذلك ،ثم قال ويجوز أن يكون قوله لأن الرائحة ( محتملة ) على مذهب محمد رحمه الله .

( وكذا الشرب قد يقع عن إكراه واضطرار ) على قولهما ، فلا يلزم بشيء ، وحديث عمر رضي الله عنه حجة أيضاً ، فانه لم يحده بوجود الرائحة ، ولا يثبت بمثله الحـد كالبنج ولبن الرماك ، وبه قالت الثلاثة . وفي النهاية وهو مخالف لما ذكر الإمام المحبوبي في جامعه . وعن أبي حنيفة « رح » أن من زال عقله بالبنج إن علم أنه بنج ، فحينئذ لا يقع طلاقـــه وعتاقه ، وإن لم يعلم يقع ، ثم قال والسكر من هذه الأشربة ، وأشار إلى الأشربة المتخذة

فلا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ، وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الإنزجار ،

---

من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والشهد والعسل والفرصاد وغيرهما حرام بالإجماع ، لأن السكر من البنج حرام لأنه مأكول غير مشروب ، فمن المشروب أولى بعض المشايخ، قالوافي زماننا الفتوى على ما إذا سكر من البنج يقع طلاقه ويحد لتشوحد [1] لغو هذا الفصل فيما بين الناس .

( ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعاً ، لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك ) هذا مخالف لما ذكره المحبوبي من قوله ، لأن السكر من البنج حرام مع أنه مأكول غير مشروب ، وقد ذكرناه الآن بما فيه الكفاية . وقال الأكمل هذا ليس بصحيح ، لأن رواية المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام . وكلام المصنف يدل على أن البنج مباح ، ولا يأتي بينهما انتهى . قلت فيما قاله تقوية لمن يولع بالبنج ، وفيه من الفساد ما لا يخفى . وقال في أشربته الخاصة وشرب البنج للتداوي ، ولا بأس . فان ذهبت بعقله لم يحل ، وإن سكر منه لم يحد عندهما ، خلافاً لمحمد « رح » . قلت ينبغي اليوم أن يفتي بقول محمد « رح » قطعاً لمادة الفساد .

( وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ) لعدم اختياره ( ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلاً لمقصود الإنزجار ) لأنه إذا حد في حال السكر لا يجيء بألم الحد ، حتى يؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه جلس سكران إلى حين يصح ، فلما صح حده وبه قالت الأئمة الثلاثة .

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً لإجماع الصحابة « رض » يفرق على بدنه ، كما في حد الزنا على ما مر ، ثم يجرد في المشهود من الرواية . وعن محمد « رح » أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف ، لانه لم يرد به نص

---

( وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطاً ) أي حد الخمر كيفما شربها قليلاً كان أو كثيراً بعد أن كان عن طوع سكر أو لم ينكر بسكر ، ولو شرب قطرة وحد السكر بضم السين ، وفي غير الخمر ثمانون سوطاً ، والحد في الخمر غير موقوف على السكر بالاجماع ، وفي غيرها من السكران موقوف على السكر عندنا ، خلافاً للأئمة الثلاثة على ما يجيء في الأشربة إن شاء الله تعالى ( لاجماع الصحابة « رض » ) أي على الثمانين ، وروى البخاري في صحيحه عن حديث السائب بن يزيد « رض » وقال كذا فعلوا بالشارب على عهد الله ﷺ وأمره أبو بكر رضي الله عنه وصدراً من خلافة عمر رضي الله عنه ، فنقوم اليه بابنا ونعالنا وأرديتنا [1] ، حتى كان آخر أمره عمر رضي الله عنه فجلد أربعين ، حتى إذا عتوا فسقوا جلد ثمانين ، ولا ينكر أن عمر رضي الله عنه جلد ثمانين بحضرة أصحاب رسول الله ﷺ فلم ينكر عايه أحد منهم فحمل الاجماع .

وبقول قال مالك وأحمد رحمهما الله وفي رواية واختاره ابن المنذر « رح » . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية أربعون ، فلو ضرب قريباً من ذلك بأطراف الثياب والنعال ، كفى على أصح الوجهين عنه ، ولو رأى الامام أن يجلده ثمانين جاز على الظهر .

( يفرق على بدنه ) أي يفرق الثمانون على بدنه ( كما في حد الزنا على ما مر ) في فصل كيفية الحد ( ثم يجرد في المشهود من الرواية ) أي ثم يجرد المحدود عن ثيابه في جميع الحدود والتعزير إلا الازار احترازاً عن كشف العورة إلا حد القذف ، فانه يضرب وعليه ثيابه إلا الحشو والفرو ، فان ذلك ينزع وسيجيء بيانه في بابه إن شاء الله تعالى .

( وعن محمد « رح » أنه لا يجرد إظهاراً للتخفيف ، لأنه لم يرد به نص ) أي لعدم

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة ، فلا يعتبر ثانيــاً وإن كان عبداً فحده أربعون ،لأن الرق منصف على ما عرف

ورود النص بذلــك . وقال الأترازى « رح » . وقال بعضهم في شرحه ، أي نص قاطع فيه نظر ، لأنه لا حاجة إلى التقييد بالقطع ، لأنــه لم يرد بالتحرير نص أصلاً في كتب الحديث . قلت أراد بقوله قال بعضهم الكاكي فانه قال لم يثبت بالنص ، لأنه لم يرد بــه النص القاطع ، كذا قيل ، وهو إيصاؤه به إلى غيره ، وأما الأكمل فانه قال يرد به نص ، أي بالحد نص قاطع أو بالتجريد نص ، وبقول محمد « رح » قالت الثلاثة .

( وجه الظاهر ) أي من الرواية ( أنا أظهرنا التخفيف مرة ) يعني من حيث العــد ، حيث لم يجعله مائة كما في الزنا ( فلا يعتبر ثانياً ) من حيث الصفــة بترك التجريــد . وقال الأكمل فيه بحث من وجهين، الأول أنه ليس لأحد المجتهدين التصرف في القدرات الشرعية ، والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف، لأنــه روي أنهم ضربوا في زمان النبي ﷺ بالاكمام وبالأيدي وغير ذلك ، ثم جلد أربعين ، فالتقدير بعد ذلك تغليظ لا تخفيف . والجواب أن قوله إنا أظهرنا التخفيف ، هذا كلام عن السلف المجتمعين ، والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جاز له أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا ، إذ هو الفاعل المختار ، وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفاً منه ، ولما جعله الصحابة رضي الله عنهم بحــد من أظهر التخفيف ،فلم يقدروا انتهى. وأما من أظهر التخفيف الذي كان ثانياً بترك التنصيص ، واليه أشار بقوله دره لطائفه [1] .

( وإن كان ) أي المحــدود ( عبداً فحده أربعونـ ، لأن الرق ) أظهرنا التخفيف درءاً لطائفــة ، وإن كان « أي المحدود التخفيف» عبد يحده أربعونـ ، لأن الرق ( منصف على ما عرف ) في فصل كيفية الحد وإقامته . وقال الأترازي على ما عرف ، أي في أصول الفقه .

---

(١) هكذا سياق الكلام في الأصل ، وهو غير مطرد ، وربما فيه خطأ من الناسخ ، اهـ مصححه .

ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد ؛ لأنه خالص حق الله تعالى ، ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ، ويثبت بالإقرار مرة واحدة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يشترط الإقرار مرتين ، وهو نظير الإختلاف في السرقة ، وسنبينها

---

( ومن أقر بشرب الخمر والسكر ) بفتحتين هو بنقع التمر إذا غلا ولم يطبخ ، كذا فسره الناطفي في الأجناس . وقال في الخمر السكر كل شراب أسكر . وقال في ديوان الأدب السكر خمر النبيذ . وقال في الجمل السكر شراب . وقال في المغرب السكر عصير الرطب ، والمراد هنا ما ذكر الناطفي ، وإنما خصه بالذكر مع أن الحكم سائر الأشربة كذلك ، حيث يصح رجوعه ، لأن السكر كان الغالب في بلادهم .

قال الأترازي ولا يروى السكر بضم السين ، لأن شرب الخمر محال ، اللهم إلا إذا قيل أنه معطوف على الشرب لا على الخمر ، على أن معنى أقر بشرب الخمر أو أقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية ، لكن الإسماع لم يقع إلا على الأول ولكن الإقرار بالسكر لا يخلو إما أن يكون بعد زوال السكر ، أو حال السكر ، فالأول لا يجوز للتقادم . والثاني أيضاً لا يجوز ، لأن السكر لا يحل يحد بإقرار وهي مسألة آخر الكتاب . ورأيت في نسخة شيخي العلامة البرهاني رحمه الله بفتحتين . وكتب نسخة بخط شيخي وكتب على الحاشية ، والرواية الصحيحة في الكتب السكر بفتح السين . ويروى بضم السين ، ثم قال هكذا فادني شيخي رحمه الله .

( ثم رجع لا يحد ، لأنه خالص حق الله تعالى ) لأنه لا يكذب له في الرجوع ، وهو خالص حق الله تعالى ، فصار كالرجوع في الإقرار بالزنا ( ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ، ويثبت بالإقرار مرة واحدة ) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وعامة أهل العلم .

( وعن أبي يوسف « رح » ) وهو قول زفر « رح » ( أنه يشترط الإقرار مرتين ) في مجلسين اعتباراً لعدم الإقرار بعد المشهود ( وهو نظير الاختلاف في السرقة ، وسنبينها

هناك إن شاء الله تعالى . ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ، لأن فيها شبهة البدلية وتهمـــة الضلال والنسيان . والسكران الذي يحـــد هو الذي لا يعقل منطقاً

---

هناك إن شاء الله تعالى ) أي سنبين هذه المسألة في السرقة إن شاء الله تعالى (ولايقبل فيه) أي في حد الشرب ( شهادة النساء مع الرجال ) ولا نعلم فيه خلاف ( لأن فيها ) أي في شهادة النساء مع الرجال ( شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان ) ذكر هذه الأشياء الثلاثة إشارة إلى ما في قوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيـــدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة إلى قوله ﴿ فتذكر إحداهما الأخرى ﴾ ، من رجالكم ، أي من أهل ملتكم . أما شبهة البدليـة ، فلأن الله تعالى أثبت شهادتين مع الرجال عند عدم محض الرجال وما يكون عند عدم شيء آخر يكون كالبدل عنه ، كما في الوضوء والماء .

قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية ، لأن شهـــادة النساء في المواضع التي حازت شهادتين يجوز من غير ضرورة العجزعن إشهاد الرجال ، بخلاف سائر الأبدال . وأما تهمة الضلال فلأن الله تعالى قال ﴿ أن تضل إحداهما ﴾ ٢٨٢ البقرة ، أي أن لاتصدق إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى أن لا تهتدي إحداهما للشهادة ، من ضل الطريق إذا لم يهتد اليه ، فتذكر الأخرى . وأما النسيان فيؤخذ من تذكير إحداهما الأخرى . وفي التفسير الضلال النسيان ، فالمعنى على هذا من أضل ، أي تضل إحداهما الشهـــادة ، أي تنسى فتذكرها الأخرى ، فعلى هذا يكون قوله والنسيـــان بالعطف على الضلال عطف تفسير ، كذا قاله شيخي العلامة .

فاذا كان كذلك صارت البدلية والنسيان شبهة ، فلم يسمع شهادتين في باب الحدود ، لأنها تندرىء بالشبهات كالشهادة لا تسمع في باب الحدود ، يؤيده ما روي عن الظهري أنه قال مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتـين من بعده أن لا شهـــادة للنساء في باب الحدود والقصاص .

( والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقاً ) قال الجوهري المنطق الكلام ، رقد

لا قليلاً ولا كثيراً ، ولا يعقل الرجل من المرأة . وقال العبد الضعيف هذا عند أبي حنيفة « رح » وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه ، لأنه هو السكران في العرف ، واليه مال أكثر المشايخ « رح »

---

نطق منطقاً وأنطقه غيره ( لا قليلاً ولا كثيراً ) أي لا منطقاً قليلاً ولا منطقاً كثيراً (ولا يعقل الرجل من المرأة ) وفي الفوائد الظهيرية ولا يعرف الأرض من السماء .

( قال العبد الضعيف ) أي المصنف رحمه الله ( وهذا ) أي المذكور في حد السكران ( عند أبي حنيفه رضي الله عنه ) إنما بين الخلاف بقوله لأن المذكور أولاً من مسائل الجامع الصغير ، ولم يذكر فيه الخلاف .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( هو ) أي السكران ( الذي يهذي ) بفتح الياء وسكون الهاء وكسر الذال المعجمة . قال الجوهري هذا في منطقه يهذي ويهذو هذواً وهذياً . قلت الهذيان كلام محيط مختلط من غير أن يفيد شيئاً ( ويخلط كلامه ) يصلح أن يكون تفسيراً مميزاً لقوله يهذي ( لأنه ) أي لأن الذي يهذي ويخلط كلامه ( هو السكران في العرف ) أي في عرف الناس وعادتهم، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك وأبو ثور رحمهم الله . وإن كان نصف كلامه هذياناً ، ونصفه مستقيماً فليس بسكران ( واليه ) أي إلى قولهما ( مال أكثر المشايخ « رح » ) كذا في المبسوط، واختاره للفتوى .

وعن بشر بن الوليد « رض » سألت أبا يوسف من السكران الذي عليه الحد، قال يستقرأ أن يقرأ ﴿ قل يا أيها الكافرون ﴾ ولا يقدر عليه . فقلت له غير هذه السورة ، وربما أخطأ فيه الصاحي، قال لأن الله تعالى بين الذي عجز عن قراءة هذه السورة سكران، لأن واحد من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان سكران ، وقرأ هذه السورة ، بخلاف ما أنزلت ، فنزل قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ﴾ ٤٣ النساء ، فثبت أنه إذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف أنه سكران ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله ، يدل عليه ما حدثه الترمذي « رح » في جامعه باسناده إلى

ولهُ أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحد، ونهاية السكران أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ،

---

عبد الرحمن السلمي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال صنع لنا عبـــد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طعاماً ، فدعانا وسقـــانا من الخمر ، فأخذت الخمر منا ، وحضرت الصلاه فقدموني فقرأت ﴿ قل يا أيها الكافرون، لا أعبد ما تعبدون ﴾ ونحن نعبد ما تعبدون، قال فأقول لما أنزل الله عز وجل ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ﴾ ٤٣ النساء .

وقال السكاكي وحكي أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة ، ثم أن بعض الشرطة أتى بسكران إلى أمير بلخ ، فأمر الأمير أن يقرأ هذه السورة ، فقال السكران له اقرأ أنت سورة الفاتحة ، فلما قال الأمير الحمد لله ، قال له السكران قف أخطأت من وجهين ، أحدهما أنك تركت التعوذ عند افتتاح القراءة ، والثاني تركت التسمية وهي آية من أول الفاتحة عن بعض الأئمة والقراء ، فخجل الأمير وجعل يضرب الشرطي ويقول له أمرتك أن تأتيني بسكران فأتيتني بمقرىء بلخ .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءاً للحـــد ) أي دفعاً له ، ألا ترى أن في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة ، وفي السرقة يعتبر الأخذ من الحرز التام ، فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر ، وهو أن يبلغ مبلغـــاً لا يعرف الأرض من السماء والرجل من المرأة . وإذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الأشربة المحرمة لا يحد ، لأن السكر تناقص في النقصان شبهة العدم ، بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر أصلاً ، لأن حرمتها غليظة قطعية ، لأنها اجتهادية .

( ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل ، فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ) يعني إذا كان يميز بين الأشياء ، عرفنا أنه مستعمل لعقله مع غاية في السرور ، فلا يكون ذلك نهاية في السرور وفي النقصان شبهة العدم، والحدود تندرىء بالشبهات بالزمان .

والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذاً بالاحتياط . والشافعي « رح » يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت ، فلا معنى لاعتباره، ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره ، فيحتال لدرئه ، لأنه خالص حق الله تعالى ،

---

( والمعتبر في القدح المسكر ) يعني في الأشربة المحرمة غير الخمر المعتبر في القدح الذي يحصل به السكر ( في حق الحرمة ما قالاه ) أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو الذي يهذي ويخلط كلامه .

حاصل الكلام المبلغ في السكر هو الذي قالاه ، وأشار بقوله ( بالاجماع أخذاً ) أي أن أبا حنيفة درأ الحد ( بالاحتياط ) فاعتبر في إيجاب الحد النهاية ، إذ الاحتياط في الدرء واعتبر في حق الشرب ما قالاه ، لأن الاحتياط فيه ( والشافعي « رح » يعتبر ) يعني السكر ( ظهور أثره ) أي أثر السكر ( في مشيته ) بكسر الميم ( وحركاته وأطرافه ) أي في يديه ورجليه . وقال الأترازي وصاحب الهداية في هذا الكلام فخر الاسلام السردرى قال في شرح الجامع الصغير إذا ظهر أثره في مشيته وأطرافه وحركاته فهو السكران . ولنا فيه نظر ، لأن الشافعي « رح » يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر به جنسه . وإن قيل وهو المذكور في كتبهم ، ولا يعتبر السكر أصلاً .

( وهذا ) أي الذى قاله الشافعي « رح» ( مما يتفاوت ) لأن كم من صاح يتمايل ويلزق في مشيته ، وكم من سكران ثابت في مشيته ولا يتمايل ( فلا معنى لاعتباره ) أي لاعتبار ما قاله ، لأنه لا يكون دليلاً ( ولا يحد السكران باقراره على نفسه ) يعني بالحدود الخالصة حقاً لله تعالى ، نحو حد الزنا والشرب والسرقة ( لزيادة احتمال الكذب في إقراره ) لأن الاقرار خبر محتمل الكذب ، فاذا صدر من سكران فهذا زيادة احتمال كذبه ، فاذا كان كذلك ( فيحتال لدرئه ) لأن الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها ( لأنه خالص حق الله تعالى ) إلا أنه يضمن المروق ، لأنه حق العبد .

بخلاف حد القذف، لأن فيه حق العبد، والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته، لأن الكفر من باب الاعتقاد، فلا يتحقق مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح». وفي ظاهر الروايـــة تكون ردة.

---

( بخلاف حد القذف، لأنه فيه حق العبد ) إلا أنه يحد حد القذف إذا صح (والسكران فيه ) أى في حق العبد ( كالصاحي عقوبة عليه، كما في سائر تصرفاتـه ) كالقصاص أقر على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح إقراره.

( ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته ) في الاستحسان. وفي القياس تبين كذا في المبسوط ( لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق ) الاعتقاد ( مع السكر، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي ظاهر الروايـة تكون ردة ) لأن كلامه هذا هذيان لا إقرار له، والله أعلم بالصواب.

* * *

# باب حد القذف

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً ،

---

## ( باب حد القذف )

أي هذا باب في بيان حكم حد القذف ، وهو في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن إلى الزنا صريحاً أو دلالة ، فكان القاذف وضع حجر القذف في مقدمة لسانه ورمى المقذوف والقذف من الكبائر بإجماع الأئمة ، لقوله ﷺ اجتنبوا الموبقات قيـل ما هن يا رسول الله ﷺ ، قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرمها الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات ، متفق عليه .

( وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة ) أي أو قذف امرأة ( محصنة بصريح الزنا ) بأن قال المحصن يا زاني ، والمحصنة يا زانية ، أو قال يا ولد الزنا ، أو يا ابن الزنا ، أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة ( وطالب المقذوف بالحد ) أي طالب المقذوف القاذف عند الحاكم ( يحده الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً ) هذا مشتمل على قيود :

الأول : وجود الحد بالقذف ، سواء كان القاذف رجلاً أو امرأة .

الثاني : أن يكون القاذف من أهل العقوبة ، وإلا فلا حد عليه كالصبي والمجنون .

الثالث : التقييد بصريح الزنا ، لأن حد القذف لا يجب بالكتابة ، حتى لو قال رجل لرجل يا زاني ، فقال رجل آخر صدقت لم يحـد المصدق ، لأنه ما صرح بنسبتـه إلى الزنا بتصديقه إياه .

الرابع : أن يطالب المقذوف والأقذف ترك حقه ، فلا يستوي الحد حينئذ .

لقوله تعـــالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ إلى أن قال ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ الآية ٤ النور ، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع ، وفي النص إشارة اليــه وهو اشتراط أربعة من الشهداء ، إذ هو مختص بالزنا ،

---

الخامس : قيد بالحر ، لأن القاذف إذا كان عبداً فحده أربعون على ما يأتي .

السادس : قيد الرجل ثمانين في الحر ، لأن ذلك منصوص في الآية .

السابع : الشرط كون المقذوف محصناً على ما يأتي .

( لقوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ إلى أن قال ﴿ فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾ .. الآية ٤ النور ، والمراد الرمي بالزنا بالإجماع ) أي بإجماع العلماء . قال الأكـــمل « رح » ملخصاً من كلام صاحب النهاية . واعترض أن التقييـد بصريح الزنا غير مقيد لتحققـــه بدونه بأن قال لست لأبيـــك ، وكان القياس أن لا يجب المطالبة ، لأن حق الله فيـــه غالب ، والمغلوب في مقابلته كالمستهلك وحيث فليست مطالبـة المقذوف بلازمة ، فإن ابنه إذا طالبه حد .

والجواب أنه إذا قذفه بصريح ووجد الشروط وجب الحد لا محالة ، فتلك قضيـــة صادقة . وأما إذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس [1] لأن التقييـــد لإخراج ما كان فيه بطريق الكتابة ، مثل أن يقول يا زاني ، فقال الآخر صدقت لا لاخر لما ذكرت وحق العبد ، وإن كان مغلوباً لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالاً للدرء ، وابن المقذوف إنما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ، ولهذا لم يكن له حق المطالبة إلا إذا كان المقذوف ميتاً ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه .

( وفي النص إشارة اليه ) أي إلى الرمي بالزنا ( وهذا شرط [2] أربعة من الشهـداء ) حيث قال فإن لم يأتوا بالشهداء ( إذ هو مختص بالزنا ) الضمير في إذ هو يرجع إلى اشتراط

---

(١) هكذا في الأصل .

(٢) وهو اشتراط أربعة ــ هامش .

ويشترط مطالبة المقذوف لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا . قال ويفرق على أعضائه لما مر في حد الزنا ، ولا يجرد من ثيابه ، لان سببه غير مقطوع به ، فلا يقـــام على الشدة ، بخلاف حد الزنا ، غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لان ذلـك يمنع إيصال الالم به ، وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق

---

الأربعة ، معناه أن الزنا هو المختص بأربعه شهداء ( ويشترط مطالبة المقذوف ، لأن فيـه حقه من حيث دفع العار ) صورة المطالبة أن يقول هذا قذفني وأن لي عليه حد القذف فأنا أطالبه بذلك . وسأل تاج الشريعة « رح » بأن الغلبة فيه لحق أبيه ، فلا يشترط الطلب . قلت الجواب قد مر آنفاً من كلام صاحب النهاية والهداية ( وإحصان المقـــذوف ) أي يشترط إحصان المقذوف ( لما تلونا ) إشارة إلى قوله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾ ٤ النـــور .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( ويفرق على أعضائـه ) أي يفرق الضرب على أعضاء القاذف ( لما مر في حد الزنا ) أن الجمع في عضو واحد قـد يفضي إلى التلف ، وإنما يفرق على الأعضاء ما خلا الوجه والرأس والفرج ( ولا يجرد من ثيابـه ) هذا أيضاً لفظ القدوري ( لأن سببه ) أي سبب الحد وهو القذف ( غير مقطوع به ) لاحتمال كون القاذف صادقاً في القذف في الواقع ، وإن كان عاجزاً عن إقامة البينة على ما قـــذف ، لاشتراط أمور في الشهـــادة على المقذوف ، فلما يتهيأ الشهود تحقيق ذلك عند القــاضي فلما جرى في القذف احتمال الصدق لم يجرد من ثيابه طلباً للخفة في إقامة الحد ، وهومعنى ( فلا يقام على الشدة، بخلاف حد الزنا ) سببه مقطوع به لثبوته بالبينة أو بالإقرار، فيجرد الذي يقام عليه الحد ، إلا الإزار توقياً عن كشف العورة ، فيقام على الشدة ، إلا شارب الخمر فإنه لا يجرد وقد مر .

( غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو ، لأن ذلك ) أي الفرو والحشو (يمنع إيصال الألم به) أي بالمحدود ( وإن كان القاذف عبداً جلد أربعين سوطاً لمكان الرق ) وقد مر أي الرق

والإحصان أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا أما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء أي الحرائر .

---

منصف ( والإحصان ) شرع في بيان شروط الإحصان ، وهي خمسة فبينها بقوله ( أن يكون المقذوف حراً عاقلا بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل الزنا ) هذا باتفاق العلماء ، إلا ما روي عن داود الظاهري « رح » أنه أوجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى «رح» يجب أن يحد بقذف الذمية التي لها ولد مسلم . وعن أحمد في رواية لا يشترط البلوغ ، بل يشترط بحيث أن يكون يجامع . وفي الأصح يشترط كالعلامة . قوله والإحصان إلى قوله عن فعل الزنا لفظ القدوري في مختصره .

وشرع المصنف في تبيين كل ذلك بدلائله فقال ( وأما الحرية فلأنه ينطلق عليه اسم الإحصان ، قال الله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ٢٥ النساء ، أي الحرائر ) يعني إن شاء الله تعالى ، أراد بقوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ، الحرائر ، لا الإماء ، فدل على أن الرقيق ليس بمحصن .

وقال تاج الشريعة ، فإن قلت قال الله عز وجل ﴿ فإذا أحصن ﴾ والمراد منه الاماء . قلت الاحصان يذكر ويراد منه الحرائر فشرطنا الحرية احتيالاً للدرء .

وقال الكاكي فإن قيل المحصنات جاءت في القرآن بأربع معان ، أحدها بمعنى العفائف . والثاني بمعنى الحرائر . والثالث بمعنى زوجات ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ والرابع بمعنى الاسلام ، قال الله تعالى ﴿ فإذا أحصن ﴾ قال ابن مسعود رضي الله عنها إحصانها إسلامها ، فيمكن أن يكون العبد محصناً بجهة ، وغير محصن بجهة ، فكيف يلزم أن يكون الحرية شرط الاحصان في القذف . قلنا لما لم يكن العبد محصناً من وجه لم يدخل تحت الآية لقصوره فيه ، وعليه أجمع الفقهاء .

والعقـــل والبلوغ ، لان العـار لا يلحـق بالصبي والمجنون لعـــدم تحقق فعل الزنا منهمـــا . والإسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن . والعفة ، لان غير العفيف لا يلحقه العار ، وكذا القاذف صادق فيه . ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فإنه يحد ، وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لانه

---

( والعقل والبلوغ ، لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنامنهما ) أي من الصبي والمجنون ، وبقوله قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله ، إلا أن مالكاً قال في المحصنة التي يجامع مثلها تحد قاذنها وإن لم تكن محصنة .

فان قيل لو لم يتحقق قبل الزنا منهما ، فينبغي أن يجب الحـد على قاذف المجنون زنى حالة جنونه ، ولا يحد ، وإن قذفه بعد قاذفه . أجيب بأن معنى قوله لعدم تحقق فعـل الزنا منهما الزنا الذي يأثم صاحبه ولم يتحقق الزنا الموجب للإثم لعدم الخطـــاب . وأما الوطء الذي هو غير مملوك قد يتحقق منهما ، وبالنظر إلى هذا كان القاذف صادقاً قذفه ، فلا يجب الحد على القاذف ، ولا على المقذوف كمن قذف رجلاً وطىء الشبهـــة أو وطىء جاريته المشتركة بينه وبين غيره .

( والاسلام ) وأما شرط الاسلام ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من أشرك بالله فليس بمحصن ) هذا الحديث قد تقدم في حد الزنا ، رواه إسحـــاق بن راهويه باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ ومر الكلام فيه هناك .

( والعفة ) أي وأما اشتراط العفة عن فعل الزنا ( لأن غير العفيف يلحقه العـــار ) بالنسبة إلى الزنا ( وكذا القاذف الصادق فيه ) فلا يحد .

( ومن نفى نسب غيره وقال لست لأبيك فانه يحد ) لأن معناه أمك زانية أو زنت فولدتك من الزنا ، فلما كان في الحقيقة قذفاً للأم يشترط أن الأم محصنة حتى يحدالقاذف ، وإلا فلا ، وهذا معنى قوله ( وهذا ) أي وجود الحد ( إذا كانت أمه حرة مسلمة ، لأنه

في الحقيقة قذف لامه ، لان النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعي له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد ، لان عند الغضب يراد به حقيقة سباً له ،

---

في الحقيقة ) أي في نفس الأمر هذا ( قذف لأمه ، لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره ) تقريره أن فرض المسألة فيما إذا كان أبوه وأمه معروفين ، ونسبه من الأم ثابت بسفين(١) ، وخفاه عن الأب المعروف ، فكان دليلا بأنه زنى بأمه ، وفي ذلك قذف لأمه لا محالة . وقال الكاكي « رح » وفي قوله هذا قذف لأمه بالزنا فكأنه قال أمك زانية ، لأنه متى لم يكن من غير أبيه ضرورة ، ولا نكاح لغير أبيه ، فكان في نفسه من أمه إلى الزنا ضرورة .

فان قيل جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ، ولا يكون ثابت أمه زانية بأن كانت موطوءة بشبهة . قلنا إذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من إنسان ، وإنما لا يكون ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية فعرف أنه بهذا اللفظ قاذف لأمه ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم ، إلا أن مالكاً لا يشترط كون أمه وأبيه مسلمين حرين ، بل يشترط نفي الإحصان ، وبه قال أحمد « رح » في روايته ، وفي المبسوط وجوب الحد ها هنا بطريق الاستحسان لا القياس ، وفي القياس لا يجب إنا تركنا كالقيام بأثر ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لا يحد في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه .

فان قلت هذا كله إذا قال لست لأبيك ، فاذا قال لست لأمك ما حكمه . قلت لا يحد ، وبه صرح في التحفه ، لأنه صدق لأن النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات . وقال الأترازي يشترط في قوله ليست أن يكون على سبيل الغضب ، وإن كان في غير غضب فلا حد بدليل المسألة التي تلي هذه .

( ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذى يدعي له ) وفي بعض النسخ يدعي اليه ( يحد ، ولو قال في غير غضب لا يحد ، لأن عند الغضب يراد به حقيقة سباً له )

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل وربما هي - بيقين .

وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه في أسبـــاب المروءة . ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد ، لأنه صادق في كلامـــه ، ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه قد ينسب اليه مجـازاً . ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف ، لأنـه قذف محصنة بعد موتها ،

---

أي شتماً له فيحد ، لأنه يصير قاذفاً لأمه ( وفي غيره ) أى في غير غضب ( يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه ) وفي بعض النسخ أباه بالباء الموحدة ( في أسبـاب المروءة ) منهـا الأخلاق الجميلة ، وعن المعاشرة مع الأصحاب وإظهار الكرم .

فإن قيل ما الفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيرهما لست بابن فلان ولا إبن فلانة ، وهي أمه التي يدعى لها حيث لا يكون قذفاً ، مع أن القذف يرادبهذا اللفظ. أجيب بأن قوله ولا إبن فلانة ، يعني أن أمه وإنما ينتفي منها بانتفاء الولادة ، وكان نفيـاً للولادة ونفي الولادة نفي للوطء ، ونفي الوطء نفي الزنا ، بخلاف ما إذا لم يصل لـــك بمعنى ، ولا ابن فلانة نفي من الوالد وولادة الولد ثابتة من أمه ، فصار كأنه قال أنت ولد الزنا ، كذا في الذخيرة .

( ولو قال لست بابن فلان يعني جده ) يعني أراد به جده لا أباه ( لم يحد ، لأنـــه صادق في كلامه ) لأنه في الحقيقة ابن أبيه لا جده ( ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضاً ، لأنه قد ينسب اليه مجازاً ) قال الله تعالى ﴿ يا بني آدم ﴾ ولمالك « رح » في الحدود روايتان ، إلا أن يتهم جده بأمه أو أراد المسألة ويجب الحد رواية واحدة .

( ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ) أي والحال أن أمه ( ميتة محصنة ، فطـالب الإبن بحده حد القاذف ، لأنه قذف محصنة بعد موتها ) والموت لا يزيد الإحصان بل يؤكده ، وإنما قيد بكون الأم محصنة ، لأن الحد لا يجب على قاذف غير محصن ، لأن الله تعـــالى شرط الإحصان بالأبد ، ثم الاحصان يثبت بإقرار القاذف أو بالبينة على المقذوف،والبينة رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافاً لزفر ، فانه يشترط رجلين ، فان أنكر القـاذف

ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح في نسبه بقذفه ، وهو الوالد والولد ، لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية ، فيكون القذف متناولاً له معنى . وعن الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة لكل وارث ؛ لأن حد القذف يورث عنده على ما نبين ، وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الإرث، بل لما ذكرناه ، ولهذا

---

عن البينة لا يستحق القاذف ، فالقول قوله ، لأن الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ، فلا يثبت إحصانها بالظاهر ، وإنما كانت المطالبة بالحد إلى الابن ، لأن القذف بعد الموت ألحق الشتم بالابن ، فكان حق المطالبة له لدفع العار عن نفسه .

( ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من يقع القدح ) أي الطعن ( في نسبه بقذفه ، وهو الوالد والولد ) وقال الفقيه أبو الليث « رح » يعني الوالد والجد وإن علا ، وولد الولد وإن سفل ، لأن الجد يسمى أباً وولد الولد يسمى ابناً ، وليس للأخ والأخت والعم بأن يأخذوا بالحد ( لأن العار يلتحق به ) أي بكل واحد من الوالد والولد ( لمكان الجزئية فيكون القذف متناولاً له معنى ) أي من حيث المعنى ورد بأن التعليل بالحرية غير صحيح لتخلف الحكم عنها ، وإذا كان المقذوف حياً غائباً ، فانه ليس لأحد أن يأخذ بحده إذ ذاك. وأجيب بأن الأصل في الباب هو القذف لا محالة وغيره ممن بينه وبين حريته يقوم مقامه ، وإنما يقوم الشيء مقام غيره إذا وقع اليأس عن الأصل ، وإنما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته .

( وعند الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة لكل وارث، لأن حد القذف يورث عنده ) أي عند الشافعي « رح » يثبت حق المطالبة ( على ما نبين ) أي عند قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد . وقال الشافعي « رح » لا يبطل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله ، فمن يرثه ثلاثة أوجه ، أحدها أنه يريد جمع الورثة ، والثاني غير من ترث بالزوجية ، والثالث يرثه العصبات دون غيرهم .

( وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث ، بل لما ذكرناه ) وهو بحق العلة ( ولهذا )

ثبتت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الإبن خلافاً لمحمد « رح » ، ويثبت لولد الولد حال قيام الولد ، خلافاً لزفر « رح » . وإذا كان المقذوف محصناً جاز لإبنـــه الكافر والعبد أن يطالب بالحد

---

أي ولأجل ولاية المطالبة للخوف من العار ( ثبتت ) أي المطالبة ( عنـدنا للمحروم عن الميراث بالقتل ، ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله ) فانه روي عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد الميت ، لأنه منسوب إلى أبيه لا إلى أمه ، فلا يلحقه الشين بزنا أمه ، ألا ترى أنه لا يدخل ابن الميت البنت في الوقف على أولاده وأولاد أولاده. وفي الواقعات والفتوى على قول محمد . وفي ظاهر الرواية الميت النسب يثبت منه، ويصير الولد به كريم الطرفين ، فكان المقذوف ميتاً دلالة ، أما الوقف فهو ممنوع على روايـــة الحصان « رح »[1] وليس مسلم ، فالوقف في معنى الوصية التي هي أخت الميراث والولد فيه يثبت إلى الأب دون الأم ، ألا ترى أنـــه لا يحجب عن النصف والزوجة عن الربع ويحجبها ولد الابن ، فكذلك الحكم في الوقف .

( ويثبت ) أي المطالبة ( لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر رحمه الله ) فانه يقول ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخـاصم ، لأن الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد ، واعتبر هذا بطلب الكفارة ، فانه لا خصومة فيه للأبعد مع بقاء الأقرب ، ونحن نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين نسبة اليه ، وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في ابنه فان خاصم يقام الحد لخصومته ، بخلاف القذف، فان حق الخصومة باعتبار تناول القاذف من عرضة مقصوداً ، وذلك لا يوجد في حق ولده، بخلاف الكفارة فان طلبها إنما يثبت للاقرار لقوله ﷺ الانكاح إلى العصبـــات وفي الحكم المركب على العصوبة يتقدم الأقرب على الأبعد .

( وإذا كان المقذوف محصناً جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحـــد ) هذا لفظ

---

(١) هكذا الاسم في الأصل .

خلافاً لزفر « رح » ، هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الإرث عندنا، فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى.

ولنا أنه عيره بقذف محصن، فيأخذه بالحد ، وهذا لأن

---

القدوري في مختصره ، وهذا إذا كان المقذوف ميتاً ، لأنه إذا كان حياً ليس للابن أن يطالب بالحد وإن كان المقذوف غائباً ، وإنما لم يعده القدوري « رح » بالميت ، لأنه ساق كلامه في قذف الميت قبل ذكر هذا ، حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت ، إلا من يقع القدح في نسبته .

( خلافاً لزفر « رح » ) فإنه يقول ليس له أن يطالب بالحد ( وهو ) أي زفر « رح » ( يقول القذف يتناوله ) أي الابن ( معنى ) أي من حيث المعنى لا من حيث الصورة ( لرجوع العار اليه ، وليس طريقه الإرث عندنا ) لأن حد القذف لا يورث ( فصار كما إذا كان متناولاً له ) أي للابن أو العبد ( صورة ومعنى ) في رجوع العار اليه بأن قذفه إنسان بالزنا ابتداء لا يجب الحد ، لعدم الإحصان لكفره أو رقه ، فكذا هذا ، حاصله لو كان متناولاً له صورة ومعنى فإن قذفه إنسان كما ذكرنا لم يجب عليه الحد لعدم الاحصان المقذوف ، فكذا هذا إذا تناوله معنى قبل قوله وليس طريقه الارث غير مقيد له في هذا المقام ، لأنه لو كان طريقه الارث أيضاً لم يكن له أن يخاصم ، لأن المانع عن الارث موجود ، وهو الكفر أو الرق ، وقيل تحرير كلامه أن الحد إما أن يجب في هذه الصورة على الغائب لقذفه أمه أو المقذوف نفس هذا الابن لا الكفر لا يجوز أن يكون لأجل أمه ، لأن الحد لا يورث ، ولا أن يكون لأجل نفسه ، لأنه ليس بمحصن .

( ولنا أنه ) أي أن القاذف ( عيره ) بالعين المهملة ، أي رماه بالعار ، يعني القاذف عير الابن الكافر أو العبد ( بقذف محصن ) وهذا ظاهر ، لأن فرض المسألة فيه ( فيأخذه بالحد ) لأن كل من عير بقذف محصن جاز أن يؤخذ بحده (وهذا) إيضاح لما قبله ( لأن

الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده ، والكفر لا ينافي أهلية الإستحقاق، بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه ، لأنه لم يوجد التعيير على الكمال بفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا، وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ، ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة، لأن المولى لايعاقب بسبب عبده، وكذا الأب بسبب ابنه،

---

الاحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييراً على الكمال ، ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده ) فجاز له أن يأخذ بالحد .

( والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق ) قال تاج الشريعة « رح » ، ولهذا تستحق الحقوق الراجعة إلى المعاملات كالديون ونحوها . وقال الأكمل « رح » فان قيل جاز أن يكون المانع موجوداً ، فلا يثبت الحكم على المقتضى ، فأجاب بقوله والكفر لا ينافي أهل الاستحقاق استحقاق أهلية الخصومة ، لأن استحقاقها باعتبار لحوق الشين، وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك ، لأن النسبة لا تنقطع بالرق والكفر .

( بخلاف ما إذا تناول القذف ، لأنه لم يوجد التعيير على الكمال بفقد الاحصان في المنسوب إلى الزنا ) لأن شرط وجوب الحد الاحصان ولم يوجد ( وليس العبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ) هذا لفظ القدوري « رح » صفة صورة قذف عبده والعبد أم نسبة محصنة ( ولا للابن ) أي وليس للابن أيضاً ( أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة ) وفي الايضاح ولا حد وإن علا ، ولا ابنه ولا أم أمه وإن لم يحلف، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في رواية . وقال مالك في المشهور للإبن أن يطالب أباه بقذف أمه به ، قاله أبو ثور « رح » وابن المنذر ( لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده ) أي سائر الحقوق ، ولهذا إذا قتله لا يقتل به ، فكذا لا يحد بعبده .

( وكذا الأب ) أي وكذا لا يعاقب الأب ( بسبب ابنه ) لأن الولد مأمور بتعظيم

ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده، ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب بالحد لتحقق السبب وانعدام المانع. ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد. وقال الشافعي « رح » لا يبطل ، ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا ،

---

الأبوين وممنوع عن اضرابها ، ولهذا نهى عن التأقيت والضرر في الحد أكثر من ضرر التأقيت ، فيمتنع عنه كما يمنع من التأقيت ( وبهذا [1] ) أي وبعدم جواز معاقبة الوالد لأجل ولده ( لا يقاد الوالد بولده ) أي إذا قتله لا يقتص لأجله ، وهذا لفظ الحديث قد روي عن النبي ﷺ لا يقاد والد بولده .

( ولا السيد بعبده ) رواه الترمذي وابن ماجة « رح » عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ ، ولفظه لا يقاد الوالد بالولد ، انتهى وأخرج الحاكم في المستدرك عنه في حديث طويل ، ولفظه لو لم يسمع رسول الله ﷺ يقول لا يقاد مملوك عن مالك ، ولا ولد عن والده لا حد فيها اقذفها.. الحديث في قصة جارية مع سيدها ولا سيد ، أي ولا يقاد سيد بعبده إذا قتله ليس في الحديث ، ولا سيد بعبده ، وقد بيناه .

( ولو كان لها ابن من غيره ) أي من غير القاذف ، صورة ما قال الحاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية وأمه ميتة ، ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد ( له أن يطالب بالحد لتحقق السبب ) أي سبب وجوب الحد وهو القذف ( وانعدام المانع ) أي ولأجل انعدام المانع ، لأن المانع عن إقامة الحد في حق الابن ولم يوجد في حق أخيه ، وهو الأبوة يجب الحد إذا طالبه .

( ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد . وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ) الحد بموت المقذوف ( ولو مات ) أي المقذوف ( بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا

---

(١) ولهذا ـ هامش .

خلافاً له بناء على أنه يورث عنده ، وعنـــدنا لا يورث ، ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد ، فإنه شرع لدفع العـــار عن المقذوف ، وهو الذي ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه حق العبد ، ثم أنه شرع زاجراً ، ومنـــه سمي حداً ؛ والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد ،

---

خلافاً له ) أي للشافعي « رح » ( بناء على أنه يورث عنده ) أي بني هذا الخلاف بناء على أن حد القذف يورث عند الشافعي ( وعندنا لا يورث ،ولا خلاف أن فيه ) أي في حد القذف ( حق الشرع وحق العبد ) وهذا لا خلاف فيه ، أما كونه حق الشرع فمن حيث أن نفعه يقع عاماً باخلاء العالم عن الفساد ، لأنه ليس ثمة آدمي يختص به ، وأما كونه حق العبد فلأن فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف ثم حق الله تعالى لايجرى فيه الارث ولا يجرى فيه التداخل ولا يسقط باسقاط العبد .

وحق العبد يجرى فيه الارث ، ولا يجرى فيه التداخل ، وأسقط باسقاطه ، وقـد أشار المصنف إلى هذا بقوله ( فانه ) أي فان حد القذف ( شرع لدفع العار عن المقذوف ، وهو الذى ينتفع به على الخصوص ، فمن هذا الوجه ) قال تاج الشريعة « رح » ، أي من هذين الوجهين وهو قوله فانه شرع لدفع العار عن المقذوف ، وقوله الذى ينتفع به على الخصوص مقدم الوجهين وجهاً ، وذكر في الجامع الصغير الوجهين في ( حق العبـد ) لان هذا يرجع اليه لا إلى الشرع .

( ثم أنه ) أي أن حد القذف ( شرع ) حال كونه ( زاجراً ) لانـــه تزجر المقذوف ( ومنه ) أي ومن كونه شرع زاجراً ( سمي حداً ) وقد مضى الكلام في معنى الحد في أول كتاب الحدود . وقال تاج الشريعة حداً يدل على أنـــه حق الله ، لان ما يجب لله تعالى يسمى حداً كما في حد السرقـة ، وحد الزنا وحد الشرب وما يجب للعبـد لا يسمى حداً ، بل سمي قصاصاً وتعزيراً .

( والمقصود ) أي القصد ( من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد ) إذ لولا الزواجر

وهذه الآية حق الشرع ، وبكل ذلك تشهد الأحكام وإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار حاجته وغناء الشرع ، ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع ، لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه ،

---

لفسدت أحوال الناس ( وهذه الآية حق الشرع ) أي وهذا المذكور علامة حق الشرع ( وبكل ذلك ) أي وبكل ما ذكر من حق الشرع وحق العبد ( تشهد الأحكام ) أما الأحكام التي تشهد على أن حد القذف حق العبد ، فاشتراط الدعوى في عدم بطلانه بالتقادم ، وانه يجب على المستأمن ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار ويقيمها القاضي بعلم نفسه ، ولا يخلف القاذف ، وأما الأحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى أن الاقامة للإمام والتنصيف بالرق وأنه لا ينقلب ما لا عنده سقوط .

( وإذا تعارضت الجهتان ) أي جهة حق الشرع ، وجهة حق العبد ( فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد ) قال ابن دريد يقال غالب الرجل على فلان إذا حكم له بالغلب ( تقديماً لحق العبد ) أي لاجل تقديم حق العبد ( باعتبار حاجته ) حد ( وغناءالشرع ) مرعياً به حق العبد أولى بدفع حاجته وبه قال مالك وأحمد ( ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لله تعالى ، لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه ) يعني لو صرنا إلى تغليب حق الشرع يكون بعضهم حق لله تعالى مع كون حق العبد مرعياً ، لان مولى العبد له أن يستوفي ما للعبد على الناس دون العكس ، وإنما يرجح حق العبد في مواضع يلزم من اعتبار حق الله تعالى إهدار حق العبد لانتهاء وفاء لحق الله تعالى ، لان الله غني والعبدمحتاج، وهاهنا إن ترك الرعاية في حق الوارث من وجه لكن فيه رعاية حق القاذف من حيث السقوط بموت المقذوف ، فاذا ثبت هذا الاصل ، فنقول أنه لا يورث ، لان الارث لا يجرى فيا هو من حقوق الله تعالى ، لانه من خلافه الوارث المورث بعد موته ، والله تعالى يتعالى عن ذلك .

فان قلت حق الله تعالى أيضاً لا يسقط بموت المقذوف . قلت نحن لا نقول بالسقوط ،

فيصير حق العبد مرعياً به ، ولا كذلك عكسه ، لأن لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة ، وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها ، منها الإرث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ، ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه، ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري . وعن أبي يوسف « رح » في العفو مثل قول الشافعي « رح »

---

ولكن تعذر استيفائه لانعدام شرطه ، فالشرط خصومة المقذوف ، ولا يتحقق فيه الخصومة بعد الموت .

( فيصير حق العبد مرعياً به ) أى بحق الشرع كما قررناه الآن ( ولا كذلك عكسه ) وهو أن يكون ما للمولى من الحق يتولاه عبده ( لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة ) ولا نيابة ، وها هنا ( وهذا ) أى كون حق العبد غالباً عند الشافعي « رح » حق الله تعالى عندنا (هو الاصل المشهور الذى يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها) أى من الفروع المختلف فيها ( الارث ) أى في حق القذف فعند الشافعي يجرى فيه الارث ، وعندنا لا يورث ( إذ الارث يجرى في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ، ومنها العفو ، فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ، ويصح عنده ) .

( ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ) أي أخذ المعوض عن حد القذف ، وبه قال مالك ( ويجري فيه التداخل عندنا [1] وعنده ) أي وعند الشافعي « رح » ( لا يجري ) التداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة أو بقذف واحد مراراً .

( وعن أبي يوسف « رح » في العفو مثل قول الشافعي « رح » ) أي روي عن أبي

---

(١) التداخل عنده – هامش .

ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد وخرج الأحكام والأول أظهر. ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه، لأن للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع،

---

يوسف «رح» عن عفو المقذوف مثل قول الشافعي «رح» في أنه يصح، وبه قال مالك وأحمد «رح».

( ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد ) أراد من أصحابنا صدر الإسلام البزدوي فإنه ذكر في مبسوطه أن الغالب حق العبد كما قال الشافعي «رح» ( وخرج الأحكام ) عطفاً على قول من قال، أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى جواب يوافق المذهب، يقال في تفويض الإمام أن كل واحد لا يهتدي إلى إقامة الحد، وقال في عدم الإرث أي عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط، لأن الإرث لا يجزيء في الأعيان. وأجاب كون القصاص يورث بأنه في معنى مالك الغير، لأنه يملك إتلاف العين وملك الإتلاف ملك العين عند الناس، فإن الإنسان لا يملك شراء الطعام إلا الإتلاف، وهو الأصل، فصار كمن عليه القصاص كالملوك لمن له القصاص، وهو باق، فيملك الوارث في حق استيفاء القصاص ( والأول أظهر ) أي كون حق الله مغلباً أظهر من كون حق العبد مغلباً، وعلى الأول عامة المشايخ.

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أطلق محمد في بعض المواضع، أي حد القذف من حقوق الناس، وأطلق في بعضها أنه من حقوق الله تعالى، والعبارتان صحيحتان، أما قوله إنه من حقوق الناس قائماً أراد أن المطالبة من حقه لما خالفه عقد من الشيئين بقذفه، وتناوله في عرضه، ولو لم يطالب لم يحد. وقوله أنه من حقوق الله تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة لأنه ليس يمتنع أن يكون الحق لواحد، والمطالبة لواحد كالوكيل بالبيع يطالب، وملك الثمن للآمر، وكذلك المشترى إذا كان وكيلاً فإن قبض العبد اليه والملك للآمر.

( ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه، لأن المقذوف فيه حقاً، فيكذبه في الرجوع ) لأنه من الأحكام التي تشهد بكونه حق العبد، ولا يصح الرجوع فيه بعد

بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ، لأنه لا مكذب له فيه . ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق وعدم الفصاحة ، وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا .

---

الاقرار لوجود المكذوب ، وهو العبد ( بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى ) منه حد الزنا والشرب والسرقة ( لأنه لا يكذب له فيه ) فيقبل رجوعه ، إلا أن في السرقة يسقط القطع ، ويجب المال .

( ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد ) النبطي نسبة إلى نبط بفتحتين ، وهم قوم ينزلون سواد العراق ، قال الفرزدق في هجو طيء :

من أهل حرمران تصيفهم ومن أهل التمر كانت سطورها

وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب ، وذكر عبد الله بن أحمد المالقي في تفسير المالقة الثالثة من كتاب ويسقور يدروس وبلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي للرى والموصل والجزيرة فيما وصفه بعض الفرر حين ( لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق ) من حيث الخساسة والبخل ( أو عدم الفصاحة ) أى أو يراد به عدم الفصاحة ، فكأنه قال في عدم الفصاحة مثل النبطي ، وكذا أى وكذا لا يحد إذا قال العربي ليس بعربي ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله يراد به النسبة إلى آخره .

( وكذا إذا قال لست بعربي ) من قبيلة فلان التي هو فيها لا يحد لما روي . وقال مالك وابن أبي ليلى حد في رواية والشافعي في قول إذا نوى الشتم يحد لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول لا ولي برجل بقوله إلى كتابه ليست من قريش إلا جلدته ، ولأنه لما نهاه ، وعن قبيلته صار كنفقتة عن الحد الأعلى . وقلنا والشافعي « رح » في قول وأحمد في أصح الرواية عنه لا يجب ، لأنه قد يراد به التشبيه في الأخلاق والتشبيه في الجهل والكهنة ، يعني عدم الفصاحة لا ولد بين التي عن الأب عادة كمن قال المصرى باقرارى .

وفي المبسوط ألا ترى أنه لو قال أنت شامي أو كوفي ولا يزيد بشيء من ذلك القذف ، ولا يحد وقدمنا أنه مروى عن ابن عباس رضي الله عنه فإنه سئل عن رجل وقال القرشي

ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف ، لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

---

يا نبطي ، فقال لا حد عليه ، وأما الحديث فشاذ ويمكن أن يكون قال ذلك بطريق التعزير ، لأنه قال إلا جلدته ، وما قال لا حد ، وعن مالك إذا قال لعربي يا رومي ، أو يقال لفارسي يا رومي أو لرومي يا فارسي ، أو يقول يا ابن الخياط لم يكن في بابه من بهذه الصفة ففي جميع ذلك يحد لدفع العار .

( ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وعلل المصنف « رح » بقوله ( لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة ) لأن ماء السماء لا ينحل ، بل يصب في ماء السهل والجبل ، وسمي النعمان بن المنذر به وكانت أم المنذر يقال لها ماء السماء لحسنها ، وأشهر المنذر بأمه ، فقيل له المنذر بن ماء السماء ، ثم سمي به النعمان لجوده وسخائه ( والصفاء ، لأن ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه ) أى لقب بهذا اللفظ لأجل صفائه وسخائه ، ولم يذكر من هو الملقب به ، وقد ذكرنا أن النعمان بن المنذر لقب به ، ولقب به أيضاً المزتيسا ، وهو لقب عمرو بن عامر قاله الأكمل . قلت عمرو بن عامر بن حارثة المطريف بن أسرى القيس بن ثعلبة بن مازن بن الأزد وماء السماء لقب ، والعامر بن المذكور والمذكورة ، ومن نقيا لقب عمرو لقب به [1] ، لأنه كان يلبس كل يوم حلقتين ثم يمر فيها ، لأنه كان يكره أن يعود فيها ، ويكره أن يلبسها غيره .

ومريقيا بضم الميم وفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف القاف بعدها ياء أخرى مخففة ممدودة ، وإنما سمي أبو عامر بماء السماء لأنه في القحط أقام ماله مقام القطر ، وكان عناثاً لقومه مثل ماء السماء للأرض ، وكانت أم المنذر بن امرىء القيس أيضاً فسمي بماء السماء لجمالها وحسنها وأبوها عرف بن خيم بن مريقيا هو الذى ذكره حسان في قوله أولاد حض حول قراءة اسم أبيهم قير بن مارية الكريم الفضل يسقون من ورد المريض [2] النير

---

(١) هكذا الجملة بهذا اللفظ في الأصل .

(٢) سترد بعد أسطر البريض ، اهـ مصححه .

وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف ، لان كل واحد من هؤلاء يسمى أباً أماً ، الأول فلقوله تعالى ﴿ نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسماعيل وإسحاق ﴾ ١٣٣ البقرة،واسماعيل كان عماً له ، والثاني لقوله عليه السلام الخال أب . والثالث للتربية .

ومن قال لغيره زنأت في الجبل ، وقال عنيت

---

عليهم ، يرد ما يصفق بالرحيق السلاحسنة[1] هو تقليد العنقاء ، وسمي العنقاء لطول عنقه ، ومارية ابنة ظالم بن وهب بن الحارث بن معاوية ثور بن أبيه ، وهي التي يحل المثل، ويقال خذها ولو بقرطي مارية ، وكان يقوم ظاها بأربعين الف دينار .

وقيل كان في موطيء مارية درمان كبيض الحمام لم ير مثلها ، ويقال أول عربية تقوطت ، والبريض بفتح الباء الموحدة موضع بدمشق ، ويروى بالفتحات نهر بدمشق .

قوله بضيق ، أي بمزج ، والسلسل القذف السهل الدخول في الحلق .

( وإن نسبه إلى عمه ) أي وإن نسب رجل رجلا إلى عمه ، يعني قال أنت إبن فلان وإن أراد عمه ( أو خاله ) أو نسبه إلى خاله ( أو إلى زوج امه ) أي أو نسبه الى زوج امه ( فليس بقاذف ) أي لا يجب عليه بشيء ( لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أباً أما الأول) وهو ما إذا نسبه إلى عمه ( لقوله تعالى ﴿نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحاق﴾ ١٣٣ البقرة، واسماعيل كان عماً له ، والثاني ) وهو ما إذا نسبه إلى خاله ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (الخال أب) هذا حديث غريب وفي الفردوس لأبي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه مرفوعاً الخال والد من لا والد له ( والثالث ) وهونسبته إلى زوج أمه (للتربية ) أي لأجل تربية أباه سماه أباً ، لأن زوج الأم بقوله عليه على قيام الآباء فيجوز أن يسمى أباً مجازاً ، فلما صح إطلاق إسم الأب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة إليهم . وقال ابن القاسم المالكي في النسبة إلى هؤلاء الحد ، وعند أشهر المالكي لا حد عليه لا في حال المشاعة .

( ومن قال لغيره زنأت في الجبل ) يعني بالهمزة موضع الباء ( وقال عنيت ) أي

---

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط من الناسخ ، اهـ مصححه .

صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف «رح» .

وقال محمد «رح» لا يحد ، لان المهموز منـــه للصعود حقيقة ،

قالت امرأة من العرب :

وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل  وذكر الجبـــل يقرره مرادا

---

قصدت بهذا اللفظ ( صعود الجبل حد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله) وبه قال أحمد والشافعي في قول إذا لم ينو ( وقال محمد «رح» لا يحد) وبـه قال الشافعي في قول ( لأن المهموز منه ) أي من هذا اللفظ وهو الذقوم مستعمل (للصعود حقيقة ) وقـد أراد حقيقة كلامه فيصدق ، ولا يحد . وقال وفي الجمهرة وغيره بزنأ في الجبل بالهمزة يزنأ زنأ أي صعد ، وجاء زنأ نواز بمعنى صعد أيضاً .

واستشهد المصنف «رح» لذلك بقوله ( قالت امرأة من العرب ) وقال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها وتقول أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي ، ولا تكونن كهلوف ، وكل يصبح في مضجعه قد انجدل ( وارق إلى الخيرات زنأ في الجبل ) وقال في كتاب الزيولج شرح الإصلاح الأبيات ما هي لإمرأة ، وإنما هي لرجل رأى ابناً له ترقصه أمه ، فأخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك يخاطب ابنه وكان أبو امه شريفاً سيداً ، يقول أشبه أبا أمك ، أو أشبه عملي أي كن مثل أبي أمك أو مثلي ، ولا تجاوزنا في النسبة إلى غيرنا وحذف بالإضافة عن عمل الضرورة ، وهذا الرجل هو قيس بن عـاصم المنقري وأم ذلك الصبي منفوسة بنت زيد الفوارس بن صرار الصبي فأخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول أشبه أخي أو أشبهن أباك ، أما أبي فلن تنال ذاك عن مثاله بذاك قوله أو أشبه عما قد ذكرنا أن أصله عملي الإضافة .

وقال الكاكي أو أشبه أحما ، ثم قال الحمل إسم رجل من العرب وهو حمل بن سعـد بالحاء المهملة وفتح الميم . وقال ابن ماكول[1] أحما بن سعد أنه ابن حارثة بن معقل بن كعب ابن حكم بن جناب وفد على رسول الله صلى الله عليه وسلم . قوله كهلوف بكسر الهـاء

---

(١) ربما أراد به ابن ماكولا .

ولهما أنه يستعمل في الفاحشة مهموزاً أيضاً ، لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز، وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً،

---

وتشديد اللام الشيخ الهرم ، ويقال الثقيل الجافي الذي لا خير فيه . قوله وكـل بفتحتين هو الذي يتكل على غيره فيما يحتاج إليه . وقال الكاكي والكل العيال وليس كذلك، لأنه ظن أن الواو في وكل واو العطف ، وفسر الكل بالعيال ، بل الواو أصلية ، وهو الكل بفتحتين وقد فسرناه . قوله قد انجدل أي قدامته ، يراد أنه لا يستيقظ حتى يصح .

( وذكر الجبل يقرره مراداً ) أي تقرر الصعود مـراداً منه . قوله زنأت في الجبل يعني تأكيد أن يكون المهموز للصعود حقيقة .

( ولهما أنه ) أي أن لفظ زنأت ( يستعمل في الفاحشة ) حال كونه ( مهموزاً أيضاً) يشير بهذا إلى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود ( لأن من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز ) فمنهم العجاج ، فإنه كان يهمز العالم والكاتم ، وقال فخندق هامة هذا العالم بهمزة اللين أيضاً من جد في الهرب من التقاء الساكنين ، فيقال دابة وشابـة ، وفي غير التقاء الساكنين كما همزة العجاج ، وكما همزة الشاعر في قوله

يا دارمي كاليد البراق أمـيراً فقـد هيجت شوق المشتاق

والدكالك (١) جمع ، وكذلك وهو الرجل المتراكم ، والبرق بضم الباء الموحدة جمـع برقة ، وهي أرض غليظة فيها حجارة ورمل ، والاستشهاد في لفـظ المشتاق بالهمزة المفتوحة ، فإنه في الأصل المشتاق بالألف الساكنة ، وهذا باب في التصريف يقال له باب الإبدال ، وهو جعل حرف مكان غيره ، ويعرف ذلك بأمره كما ذكر في موضعـه ، وحروف الإبدال أربعة عشر حرفاً ، منها الهمزة تبدل من حرف اللين للمضطر أو غـير المضطر ، لازم وجائز ، فالبيان اللذان فيهما الإبدال من غير المضطر، فإن أرادت تفصيل هذا حقيقة فعليك بشرح الجاربردي ينشأ وحواشيه للعبد الضعيف .

( وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً ) يعني لما كان لفظ زنأت بالهمزة بمعنى زنيت على لغة بعض العرب باعتبار التليين فيه ، علم من ذلك أن القائل بـه أراد الزناء

---

(١) هكذا الفقرة كلها في الأصل ، وهو غلط بين .

بمنزلة ما إذا قال يا زانىء، أو قال زنأت وذكر الجبل إنمـــا يعين الصعود مراداً إذا كان مقروناً بكلمة على، إذ هو المستعمل فيـه.

ولو قال زنأت على الجبل، قيل لا يحد لما قلنا.

---

حقيقة، لأن يقبل هذا إلا في حالة الغضب والمشاتمة، وصار هذا (بمنزلة مـــا إذا قال يا زانىء) بالهمزة في آخره (أو قال زنأت) الخطاب وبالهمزة فقط، ففي هذين اللفظين يجب الحد، فكذلك في قوله زنأت في الجبل، وقوله وحالة الغضب كلام إضافي مرفوع بالإبتداء وخبره. وقوله تعين الفاحشة من التعيين، أي الزنا، ومراد نصب على الحال، وإنما ذكره باعتبار أن المراد من الفاحشة الزنا.

(وذكر الجبل) جواب لما قاله محمد «رح» بقوله وتقرره مراداً، بيانه أن ذكر الجبل (إنما يعين الصعود مراداً إذا كان) أي لفظ زنأت (مقروناً بكلمة على) لا بكلمة في (إذ هو المستعمل فيه) يعني أن المستعمل في معنى الصعود أن يقال زنأ عليه لا زنأ فيه.

فإن قيل إن في تجيء بمعنى على، قال الله تعالى ﴿لأصلبنكم في جذوع النخل﴾ ٧١ طه، أي عليها. قلنا ذكر الزمخشري أنها على حقيقتها، قاله الكاكي، ولكن عبـــارة الزمخشري شبه، لكن هكذا المصلوب في الجذوع يتمكن الشيء المرعي في دعائه، فكذلك قال في جذوع النخل، انتهى. قلت هذا لا يساعد الكاكي في جوابه على ما لا يخفى.

فإن قيل قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامـع الصغير قوله في الجبل لا يحتمل الصعود لا يقال زنأ فيه، يقال زنأ عليه، كما قال الشاعر:

لا هم ان الحارث بن جميلة زنأ على أبيه ثم قتله

وأجاب عنه الاترازي بقوله لا نسلم أنه لا يقال زنأ فيه، بـــل ما قال فخر الإسلام «رح» عكس اللغة، فلا يسمع، لأن الزنأ بالهمزة لم يسمع في قوانين اللغة إلا بلفظ في لا بلفظ على، كما في قوله زنأ في الجبل، أما قوله زنأ على أبيه فليس مما نحن فيـه المهموز من الثلاثي في وما احتج به ليس بمهموز من مزيد الثلاثي من باب التفعيل، فمعنى زنأ على أبيه، أي ضيق عليه.

(ولو قال زنأت على الجبل) اختلف المشايخ فيه (قيل لا يحد لمـا قلنا) إشاره إلى

وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه . ومن قال لآخر يا زاني ، فقال لا بل أنت فإنهما يحدان ، لأن معناه لا بل أنت زان ، إذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط ، فيصير الخبر المذكور في الأول مذكور في الثاني. ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان لأنهما

---

قوله إذا كان مقروناً بكلمة على ( وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مراداً .

( ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت ) أي بل أنت زاني ( فإنهما يحدان ) يعني كلاهما يحدان ( لأن معناه بل أنت زان إذ هي) أي إذ هما كلمة بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط ) يعني بل من الحروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الأول ، والاتيان للثاني ( فيصير الخبر المذكور في الأول ) وهو قوله يا زاني ( مذكوراً في الثاني ) أي في قول بل أنت كما إذا قلت جاءني زيد بل عمرو،معناه بل جاءني عمرو ، فكذا هذا فيكون كل واحد منهما قاذفاً ، فيجب عليه الحد . وقال الأترازي في قوله فيصير الخبر المذكور في الأول فيه ينظر ، لأن المذكور فيه في مقام النداء لا يسمى خبراً . ولو قال فيصير المذكور في الأول خبراً فيه كان أولى . وأجيب عنه بأن المراد بالخبر الجزاء ، وحينئذ يستقيم الكلام ، لأن أخبر جزاء خص ، فيجوز ان يتمار الأعم .

فإن قيل التصريح بالزنا شرط في إيجاب الحد ولم يوجد من الثاني ، فكيف يجب عليه الحد . قلت أجيب بمنع نفي وجود الصريح إذ يفهم الزنا في أول ما قال ، بل أنت في جواب قوله يا زان ، لأن الجواب يتضمن إعادة ما في السؤال ، فيصير مثل التصريح، سواء كان قيل إذا كان كل واحد منهما قاذفاً لصاحبه ، فينبغي أن يكون قصاصاً ، فلا يجب الحد . أجيب بأن القذف فيه حق الله ، وهو الأغلب في الفصاحة يلزم إسقاط حق الله تعالى ، فلا يجوز ذلك ، ولهذا لم يجز عفو المقذوف .

( ومن قال لإمرأته يا زانية ، فقالت لا بل أنت حدت المرأة ، ولا لعان ، لأنهما

قاذفان ، وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد ، وفي البداية بالحد إبطال اللعان ، لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ، ولا إبطال في عكسه أصلاً ، فيحتال للدرء ، إذ اللعان في معنى الحد . ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما ، لأنه يحتمل أنها أرادت الزنا قبل

---

قاذفان ، وقذفه يوجب اللعان ، وقذفها الحد ) أي يوجب الحد ( وفي البداية بالحد ) أي بحد المرأة ( إبطال اللعان ) لأن اللعان شهادة وقد بطلت شهادة المرأة بحدها ، وهومعنى قوله ( لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ) أي اللعان ( ولا إبطال في عكسه أصلاً ) يعني إذا قذف اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة ( فيحتال للدرء ) أي لدرء اللعان بحد المرأة بتقديمه ( إذ اللعان في معنى الحد ) يعني قائم مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة .

( ولو قالت زنيت بك ) أي لو قالت المرأة زنيت بك في جواب قول الرجل يازانية ( فلا حد ولا لعان ، ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية ) أي معنى قولها زنيت بك أنها قالت ذلك بعدماقال الزوج لها يا زانية كما قررناه ، وفيه قياس واستحسان لم يذكرهما المصنف ، وإنما لم يجب الحد ولا اللعان ، وبه قال أحمد إستحساناً ، وبه قال أحمد والقياس أن يلاعنها ، لأن هذا ليس بتصديق منها له ، لأن المرأة لا تزني بزوجها ، وبه قال مالك « رح » . وقال أشهب إلا أن يقول قلت ذلك محاربة ولم أرد قذفاً ولا إقراراً فلا حد عليها . وعند الشافعي «رح» حلفت أنها لم ترد الإقرار بالزنا ولم ترد قذفه بالزنا ويكتفي بين واحدة في وجه ، وعليه الحدود وبها لأن هذا ليس بإقرار صحيح بالزنا .

وجه الاستحسان هو قوله ( لوقوع الشك في كل واحد منهما ) أي لوقوع الشك في كل واحد من الحد واللعان فلا يجب بالشك ( لأنه يحتمل ) أي المرأة ( أنها أرادت الزنا قبل

النكاح ، فيجب الحد دون اللعان لتصديقها إياه ، وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك بعد النكاح ، لأني ما مكنت أحداً غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة على هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها ، فجاء ما قلنا .

---

النكاح ، فيجب الحد على المرأة [1] دون اللعان ) أي لا يجب اللعان ( لتصديقها إياه ) أي لتصديق المرأة زوجها ( وانعدامه منه ) أي ولانعدام التصريف من الزوج ( ويحتمل أنها أرادت زنائي ما كان إلا معك ) الخطاب للزوج ، أي زنائي هو الذي وجد معك ، يعني إذا كان الزنا موجود مني ، فذاك الفعل الذي وجد مني معك ( بعد النكاح ) وإلا فلا ، وهو معنى قوله بعد النكاح ( لأني ما مكنت أحداً غيرك ، وهو المراد في مثل هذه الحالة ) أي في حالة سب الرجل امرأته بالزنا .

وفي الفوائد الظهيرية ولا معنى لما قال في الكتاب لا يحتمل بعد النكاح ، لأن الوطء بعد النكاح لا يكون زنا ، ومطلق القذف بالزنا محمول على الزنا حقيقة . وأجيب عليه بأن الزوج بقوله لها يا زانية أعصبها وهي ترد بقولها زنيت بك أعصب وإذنه ممسكة بقوله عز وجل ﴿ الزانية لا ينكحها إلا زان أومشرك ﴾ ٣ النور ، وسميت الوطء بعد النكاح زناً مجازاً بطريق المشاكلة، كما في قوله تعالى ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ ١٩٤ البقرة ﴿ وجزاء سيئة سيئة ﴾ ٤٠ الشورى .

( وعلى هذا الاعتبار ) أي على الاعتبار الاحتمالين المذكورين ( يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف ) أي من الزوج ( وعدمه منها ) أي وعدم القذف من المرأة تقدير هذا على هذا الإعتبار لا يكون المرأة مصدقة لزوجها ، فيجب اللعان على الزوج ، ولا يجب الحد على المرأة ، ففي حال لا يوجب الحد عليها ، ويجب اللعان على الزوج ، وفي حال يجب الحد عليها ، ولا يجب اللعان فوقع الشك فيما قلنا إنه لا حد ولا لعان ( فجاء ما قلنا ) .

---

(١) فيجب الحد دون اللعان ـ هامش .

ومن أقر بولد ثم نفاه ، فإنـــه يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره ، وبالنفي بعده صار قاذفاً فيلاعن ، وإن نفاه ثم أقر به حد ، لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حـــد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب والأصل فيه حد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصـــار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين لإقراره بـــه سابقاً أو لاحقاً ، واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد .

---

( ومن أقر بولد ثم نفاه فإنه ) عن صورة رجل له امرأة جاءت بولده فقال ليس هـو مني ( يلاعن ، لأن النسب لزمه بإقراره ) يعني صار الولد ولده ( وبالنفي بعـده ) أي بقوله بعد الإقرار ليس هو مني ( صار قاذفاً فيلاعن ) لأن معناه أن أمه زنت فولدته عن الزنا ، وكل قذف يوجب الحـــد إلا حد يوجب اللعان في قذف الزوج .

( وإن نفاه ثم أقر به حد ) أي وإن نفى ولده بأن قال ليس هو مني ثم أقر به بأن قال هو ابني بطل اللعان ، فوجب عليه حد القذف ، لأن الأصل في قذف المحصنات هو الحد ( لأنه لما أكذب نفسه بطل اللعان ، لأنه حد ضروري صير إليه ضرورة التكاذب ) أي تكاذب الزوجين ، لأن كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه ، لأن زعم الزوج أنها كاذبة في التكاذب الزنا ، وإن زعمت الزوجة أنه كاذب في القذف بالزنا ، ولهذا لو أقرت المرأة بالزنا لا يجب اللعان لعدم التكاذب ، وكذا إذا كذب الزوج نفسه بعدم التكاذب .

( والأصل فيه ) أي في القذف بالزنا ( حـد القذف ، فإذا بطل التكاذب يصار إلى الأصل ) وهو الحد ، وفيه خلاف ما ذكرناه في اللعان ، هـــذا ليس بموجود في أكثر النسخ ، أي وفي نفي الحمل خلاف ذكره في باب اللعان ، وهو أن الزوج إذ قال لامرأته ليس حملك مني لا لعان عند أبي حنيفه « رح » خلافاً لهـــما ( والد ولده في الوجهين ) أي فيما إذا أقر أولاً ثم نفاه أو نفاه أولاً ثم أقر ( لإقراره بـــه ) أي لإقرار الزوج بالولد ( سابقاً ) على النفي فيما إذا أقر بالولد ثم نفاه ( أو لاحقاً ) بالنفي فيما إذا نفاه ثم أقر به ( واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد ) هذا جواب عما يقال إن سبب

وإن قال ليس بإبني ولا يابنك فلا حد ، ولا لعان لأنه أنكر الولادة ، وبه لا يصير قاذفاً . ومن قذف امرأة ومعها أولاد لايعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حي أو قذفها بعد الموت الولد ، فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها ، وهي ولادة ولد لا أب له،ففاتت العفة نظراً إليها ، وهي شرط الإحصان .

---

اللعان كان نفى الولد ، فلما لم ينتف الولد وجب أن لا يجري بينهما اللعان ، فأجاب بقوله واللعان يصح ... إلى آخره .

تقريره أنه ليس من ضرورة اللعان قطع النسب إليه ، لأنه ينفك عنه وجوداً وعدماً ، فاللعان شرع بلا ولد،ألا ترى أنه إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع النسب ولو نفى نسب ولد امرأته الأمة ينتفى النسب ، ولا يجري اللعان إليه إشارة البزدوى .

( وإن قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان ، لأنه أنكر الولادة ، وبه لا يصير قاذفاً ) أي بانكار الولادة لا يصير قاذفاً أمه ، لأنه أنكر الولادة أصل ، وذلك بعدم الزنا ، لأنه إذا لم يكن فيها كيف يتصور أن يتولد بزناها ، فإذا انتفى القذف فلا يجب الحد ولا اللعان بعد القذف .

( ومن قذف امرأة ومعها أولاد لا يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد ) بفتح العين ، أى التي لوعنت بولد ، هكذا قال في النهاية ، ويجوز كسر العين،معناه التي لاعنت بولدها وقد صرح بهذا في الكافي ( والولد حي ) يتصل بالملاعنة ( أو قذفها بعد موت الولد ،فلا حد عليه لقيام أمارة الزنا منها ) أي لقيام علامة الزنا منها ، أي من المرأة وهي ، أي قيام امارة الزنا منها ( وهي ولادة ولد لا أب له ففاتت العفة نظراً إليها ) أي إلى الأمارة ( وهي ) أي العفة ( شرط الاحصان ) أي شرط وجوب حد القذف ، وهي ثابتة فلا يجب الحد .

ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا
قال ومن وطىء وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة
وهي شرط الإحصان، ولأن القاذف صادق، والأصل فيه أن من
وطىء وطئاً حراماً بعينه

---

( ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد ) ذكره التمرتاشي وكذا الملاعنة بولد ثم أكذب الزوج نفسه ولزم الولد ثم قذفها قاذف ( فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا ) وأمارة الزنا قيام ولد لا أب له ولا ولد ها هنا، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد، وجمهور العلماء رحمهم الله، ولا نعلم فيه خلاف.

فإن قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها، فيكون أمارة الزنا ظاهرة، فينبغي أن لا يحد قاذفها، أجيب بأن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا بالنسبة إلى الزوج لا بالنسبة إلى غيره، فكانت محصنة في حق الغير، ألا ترى أن اللعاب قائم مقام حد القذف في حقه بالنسبة إليها لا بالنسبة إلى غيرها حتى قبلت شهادته. وقال الأترازي قال بعضهم في شرحه في جواب السؤال المذكور اللعان قائم مقام حد القذف في حقه، فبالنظر إلى هذا الوجه تكون المرأة محصنة، فتعارض الوجهان فتساقطا، فبقي القذف سالماً عن المعارض، فوجب الحد على القاذف انتهى. قلت أراد به صاحب النهاية، ثم رد عليه بما لا يجري، ثم قال وقال بعضهم أيضاً وهو صاحب النهاية أيضاً بخط شيخي، يعني الحافظ الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة أن اللعان في جانبها قائم مقام حد الزنا، لكن بالنسبة إلى الزوج لا إلى غيره إلى آخر ما ذكرنا في جواب السؤال المذكور، ثم رد عليه بما لا يجري.

( قال ) أي القدوري ( ومن وطىء وطئاً حراماً في غير ملكه لم يحد قاذفه ) لعدم شرط الموجب للحد، وهو إحصان المقذوف، أشار إليه بقوله ( لفوات العفة وهي شرط الإحصان ) والإحصان معدوم لانعدام العفة عن الزنا ( ولأن القاذف صادق ) في قذفه، لأن المقذوف وطىء ما لا يحل له فلا يحل القذف على الصدق، وإنما يحد على الكذب.

( والأصل فيه ) أي في حد القذف وعدم الحد ( أن من وطىء وطئاً حراماً بعينه ) كالوطء في غير الملك من كل وجه، وهو ظاهر، ومن وجه كالوطء في الجارية المشتركة

لا يجب الحد بقذفه ، لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه . وإن كان محرماً لغيره يحد ، لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام بعينه ، وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة ، فإن كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره . وأبو حنيفة « رح » يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور

---

بينه وبين غيره ، وهذا الوطء حرام بعينه لوقوعه زناً ، لأن الوطء حصل في غير ملكه ، إلا أنه لا يجب حد الزنا على وطء الجارية المشتركة للشبهة ( لا يجب الحد بقذفه ) أي بقذف هذا الوطء الحرام لعينه من كل وجه أو من كل وجه كما بينا ( لأن الزنا هو الوطء المحرم بعينه ) سواء كان من كل وجه أو من وجه ( وإن كان ) أي إن كان الوطء (محرماً لغيره ) أي لغيره كوطء امرأته الحائض أو النفساء أو جاريته المجوسية أو أمته المزوجة أو المكاتبة أو الحرة التي ظاهر منها ، أو وطىء امرأته الصائمة ففي هذه الصورة ( يحد ) قاذفه ( لأنه ليس بزنا ) لعدم صدق حد الزنا عليه ( فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام بعينه ) وقد بينا الوجهين الآن .

( وكذا ) أي وكذا حرام بعينه ( الوطء في الملك والحرمة مؤبدة ) أي والحال أن الحرمة على التأبيد ، كما إذا وطىء جاريته التي وطئها أبوه بعد ملك اليمين أو الشراء ، وهذا وطء محرم على التابيد ، فصار كالزنا فلم يحد القاذف ، فإنه كالحرمة المؤقتة مثل وطء الحائض أو امثالها التي ذكرناها الآن ( فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره ) لا بعينه .

( وأبو حنيفة « رح » يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع ) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين ، ثم اشتراها الابن فوطئها فلا يحد قاذفه لسقوط إحصان الواطىء بالوطء على التأبيد بالإجماع ، وكذلك إذا تزوج اختين أو تزوج امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقدة فوطئها فلا حد على قاذفه لما قلنا ( أو بالحديث المشهور ) أو تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالحديث المشهور ، وهو قوله ﷺ

لتكون ثابتة من غير تردد ، بيانه أن من قذف رجلاً وطىء جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حـــد عليه لانعدام الملك من وجه ، وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منهـــا شرعاً لانعدام الملك ، ولهذا وجب عليها الحد ، ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي مجوسية أو امرأته

---

لا نكاح إلا بشهود» وكل الشراح ذكروا أن الحديث المشهور الذي ذكره المصنف «رح» هو قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح إلا بشهود ، وقد ذكرنا في أول النكاح أن هـــذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، واستيفاء الكلام فيه هناك ( لتكون ثابتة من غير تردد ) أي ليكون ثابتاً من غير تردد ويكون الحد ثابت من غير تردد .

( بيانه ) أي بيان الأصل المذكور في المسائل يذكرها بعد ( ان من قذف رجـــلا وطىء جارية مشتركة بينه وبين آخر فـــلا حد عليه ) أي على قاذفه ( لانعدام الملك من وجه ) لأنه في نصيب الشريك زان ، فيصير القاذف صادقاً في كلامه من وجه . والقذف سقط بالشبهة والإحصان كما يزول بالزنا من وجه ، وعند مالك «رح» يحد .

( وكذلك إذا قذف امرأة ) أي وكذلك لا حد على القاذف إذا قذف امرأة ( زنت في نصرانيتها ) ثم أسلمت وقذفها إنسان ( لتحقق الزنا منها ) لأن الزنا حرام في الأديان كلها ، والكفار مخاطبون بالعقوبات ( شرعاً ) أي من حيث الشرع ( لانعدام الملك ) وهو ظاهر . وفي المبسوط وقذف مسلماً زنى في حال كفره في دار الحروب أو في دارنا لم يحـد قاذفه ، لأن الزنا يتحقق من الكافر وإن لم يقم عليه الحد فيكون القاذف صادقاً ، فكان التقيد بالنصرانية إتفاقياً ، وعند مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه يحد ، لأنـــه قذفه في حال كونه مسلماً محصناً لعموم الآية . قلنا قاذفه صادق لما قلنا ، وإنمـــا ترتفع بالإسلام الإسم دون حقيقة الزنا ( ولهذا ) أي ولأجل تحقق الزنا من الكفار ( وجب عليها الحد ) أي حد الزنا .

( ولو قذف رجلا أتى أمته وهي مجوسية ) أي والحال أن هذه مجوسية ( أو امرأته )

وهي حائض أو مكاتبة له فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة ، فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنى ، وعن أبي يوسف « رح » أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر « رح » لأن الملك زائل في حق الوطء ، ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق ، والحرمة لغيره إذ هي مؤقتة . ولو قذف رجلاً وطىء أمته وهي أخته من الرضاعة لا يحد ، لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح .

---

أي امرأته وجامعها ( وهي حائض ) أي والحال أنها حائض ( أو مكاتبة له ) أي أو وطىء مكاتبة له أي للواطىء ( فعليه الحد ، لأن الحرمة مع قيام الملك ، وهي مؤقتة ) أي والحرمة مؤقتة والعار على شرف الزوال ( فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا ) لأن الزنا وطء لم يلاق مالك .

( وعن أبي يوسف « رح » أن وطء المكاتبة يسقط الإحصان ، وهو قول زفر « رح » لأن الملك زائل في حق الوطء ، ولهذا ) أي ولأجل زوال الملك في حق الوطء ( يلزمه العقر ) أي مهر المثل ( بالوطء ، ونحن نقول ملك الذات ) أي ذات المكاتبة ( باق ، والحرمة لغيره ) لا بعينه ( إذ هي مؤقتة ) غير مؤبدة ، فإن الحرمة تزول بعجزها عن المكاتبة وردوها إلى الرقبة .

( ولو قذف رجلا وطىء أمته وهي أخته ) أي والحال أنها أخته ( من الرضاعة لا يحد ) أي القاذف ( لأن الحرمة مؤبدة ، وهذا هو الصحيح ) قيد به لأنه ظاهر الرواية ، واحترز به عن رواية الكرخي أنه لا يسقط الحد عن القاذف ، لأنه وطء في ملك مقارنة التحريم فيه لا يسقط الإحصان كوطء المرأة الحائض والمحرمة والأمة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها . ولنا أن الحرمة مؤبدة في المقيس ، ومؤقتة في المقيس عليه ، ولا شك أن المقيس عليه أدنى حالاً من المقيس فلا يصح القيام لعدم المماثلة ، فجاز أن يسقط الإحصان في الحرمة الأعلى دون الأدنى .

ولو قذف مكاتباً أو مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة « رض » ، ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا حد عليه ، وهذا بناء على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحبة فيما بينهم عنده ، خلافاً لهما ، وقد مر في النكاح . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد ، لأن فيه حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد ،

---

( ولو قذف مكاتباً ومات وترك وفاء لا حد عليه ) صورته في الجامع الصغير محمد « رح» عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الكافر يموت ويترك فيؤدي وفاء كتابته ويقيم ما بقي بين ورثته الأحرار ثم يقذفه إنسان قال لا حد على قاذفه أبداً ( لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ) فانهم اختلفوا في حر أو عبد فقال بعضهم مات حراً وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ، وقال بعضهم مات عبداً ، وهو مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنهما ، فاختلافهم أورث شبهة في حد القاذف فقط .

( ولو قذف مجوسياً تزوج بأمه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا حد عليه ) أي على قاذفه ( وهذا ) أي وهذا الخلاف ( بناء ) أي مبني ( على أن تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( وقد مر في النكاح ) أى في باب نكاح أهل الشرك ، وبقولهما قالت الثلاثة .

( وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلماً حد ) بإجماع الأئمة الأربعة ( لأن فيه ) أى في حد القذف ( حق العبد ، وقد التزم ) أى الحربي المستأمن ( إيفاء حقوق العباد ) وكان أبو حنيفة «رح» أولاً يقول لا يحد المغلب فيه حق الله تعالى ، فكان بمنزلة حد الزنا ثم

ولأنه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً أن لا يؤذي . وموجب أذاه . وإذا حـــد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب ، وقال الشافعي « رح » تقبل إذا تاب ، وهي تعرف في الشهادات . وإذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على أهـــل الذمة ، لأن له الشهادة على جنسه ، فترد تتمـــة لحده ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين ، لأن هـذه شهادة استفادها بعد الإسلام ، فلم تدخل تحت الرد ،

---

رجع ( ولأنه ) أى ولأن الحربي ( طمع في ان لا يؤذى ) بفتح الذال على صيغـة المجهول ( فيكون ملتزما أن لا يؤذي ) بكسر الذال على صيغة المعلوم ( وموجب ) بفتح الجيم ( أذاه ) إذا أداه الحد وهو حد القذف .

( وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وإن تاب . وقـال الشافعي « رح » تقبل إذا تاب ) وبه قال مالك والليث وعثمان رحمهم الله ، والمحدود في الزنا والشرب أو السرقة تقبل شهادته بالاتفاق إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي رحمها الله ، فإن كان عندهـا لا تقبل شهادته من حد في الإسلام في قذف أو غيره أبداً ، كذا ذكره أبو بكر الرازى في شرح الطحاوى ( وهي تعرف في الشهادات ) أى هذه المسألة الخلافيـــة تعرف في كتاب الشهادات .

( وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل [1] شهادته على أهل الذمة ، لأن له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده ، فإن أسلم قبلت شهادته عليهم ) أى على أهل الذمـــة ( وعلى المسلمين ، لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام ، فلم تدخل تحت الرد ) يعني هذه الشهادة غير تلك الشهادة الموجودة ، إذ بالإسلام حصل له عدالة الإسلام ، فلما كانت هذه غيرهـا ولم يلحقها قبلت على أهل الإسلام ، ثم على أهل الذمة تبعاً لهم .

---

(١) لم يجز — هامش .

بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته ، لأنه لا شهادة له أصلاً في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ، فإن ضرب سوطاً في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لأن رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له ، والمقام بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له

---

( بخلاف العبد ) جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لاتقبل شهادته ، فكيف قبلت شهادة الكفر إذا أسلم فأجاب بقوله بخلاف العبد ( إذا حد حد القذف ثم أعتق لم تقبل شهادته [1] ، لأنه ) أى لأن العبد ( لا شهادة له أصلا في حال الرق ، فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده ) بيانه أن العبد لا شهادة له أصلا في حال رقه ، فلا بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما يحصل شهادة العبد بعد العتق فيرد ، لأنه تتمة الحد . أما الكفر فله شهادة على جنسه فرد بالحد ثم بعد الإسلام حدثت شهادة أخرى لم يلحقها رد فقبلت .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإن ضرب سوطاً ) أى وإن ضرب القاذف الكافر سوطاً ( في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته ، لان رد الشهادة متمم للحد ، فيكون صفة له ) أى للحد ( والمقام ) بضم الميم ، أى الذى يقام ( بعد الإسلام بعض الحد ، فلا يكون رد الشهادة صفة له ) أى للحد واعترض بأن المقام بعد الإسلام إن كان بعض الحد ، فالمقام قبل الإسلام كذلك ، فكان لا يكون رد الشهادة صفة لما أقيم بعد الإسلام ، فكذلك لا يصح أن يكون صفة لما أقيم بعد الإسلام ، بل جعل صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى ، لما ان العلة إذا كانت ذات وصفين ، فاعتبار وصف الاخير على ما عرف في موضعه .

والجواب أما لم يجعل الرد صفة لا للقيام قبل الاسلام ولا للمقام للقيام بعده . وإنما قلنا إن الرد صفة للحد ، والحد ثمانون ، فلم يوجد ، فلم يترتب القيمة . وقيل في الجواب

---

(1) حيث لا تقبل – هامش .

وعن أبي يوسف « رح » أنه ترد شهادته إذ الأقل تابـــع للأكثر ، والأول أصح . قال ومن قـذف أو زنى أو شرب غير مرة فحد ، فهو لذلك كله ،

---

النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة ، وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصاً فيتعلق كل واحد منهما لمـــا يمكن ، والممكن زمان التي رد شهادة قائمة للحـــال فيتقيد به .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه ترد شهادته إذ الأقل تابع للأكثر ) الأقل هو المبسوط الموجود قبل الإسلام ، والأكثر هو الموجود في الاسلام أعني تسعة وسبعين سوطاً ، فصار كأن الثمانين وجد بعد الاسلام ، وهذه روايه عن أبي حنيفة « رح » وقال الفقيه أبوالليث «رح» في شرح الجامع الصغير روي عن أبي حنيفة « رح » في هذا ثلاث روايات روي عنه إذا ضرب سوطاً في الاسلام لا تقبل شهادته ، وعنه إذا ضرب الأكثر في الاسلام بطلت شهادته ، وعنه ما لم يضرب كل في الاسلام لا تبطل شهادته ، وهو المعروف وهو قول أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ، وكذا إذا ضرب المسلم بعض الحد ثم يضرب فيـه ثلاث روايات في ظاهر الروايات مـا لم يضرب جميع الحد لا تبطل شهادتـــه . وفي روايـة يبطل بضرب سوط . وفي رواية لا يبطل ما لم يضرب الأكـثر ( والأول أصـــح ) أي جواز الشهادة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن شرب أو زنى أو قذف غير مرة ) أي شرب غير مرة أو زنى غير مرة أو قذف غير مرة قوله غير مرة ليس بقيد لقوله أو قذف وحده بل للكل ( فحد فهو لذلك كله ) أي فهذا الحد يقع للجميع كله ، وبـــه قال مالك والثوري وابن أبي ليلى ،السميرا والزهري والنخعي وقتادة وحماد وطـاووس وأحمد رحمهم الله في رواية الشافعي « رح » في قول . وفي المبسوط ولو قذف الجماعـــة بكلمة واحدة بأن قال إنها الزنات أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ،ويا عمرو أنت زان ، ويا خالد أنت زان لا يقام عليه إلا حد واحـــد عندنا . وعند الشافعي « رح » إن قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب . ولو قذفهم بكلمات أو لو حد مرات

أما الآخران فلأن المقصد من إقامة الحـــد حقاً لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالأول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ، وهـذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب ، لأن المقصود من كل جنس

---

يجب لكل قذف حد عنده ، وبه قال أحمد «رح» في رواية .

أما الأولان قال الكاكي « رح » أمـــا الأولان أي حد الشرب وحد الزنا قال الأترازي الأخريان ، وهذه نفي النسخة الصحيحة تحقيقاً وسماعاً . وفي بعض النسخ قال أما الأول فذاك ليس بشيء ، أما التفصيل لأنه ذكر أولاً ثلاثة أشياء القذف ، والزنـا والشرب على الترتيب ، ثم قال الأخريان ، وأراد بهما الزنا والشرب ، انتهى .

قلت ما حمله على هذا الكلام إلا أن نسخة كانت هكذا ومن قذف أو زنى أو شرب فكذلك مع أن يقال أما الأولان هل الصحيح أما الأولان النسخة الصحيحة ومن شرب أو زنى أو قذف مسلماً ذكرنا ، وكذا كانت نسخة شيخنا علاء الدين الذي كان آية تحقيق الهداية ، وكذلك كلام الكاكي « رح » يشير إلى هذا .

ومع هذا قال الأترازي لو قال المصنف « رح » (أما الآخران ) بلفظ بالبدل التذكير سور الخاء لكان أولى[1] لأن الزنا والشرب مذكور ، فيصح اللفظ ، بـــل تأويل يعني ما قال يحتاج إلى التأويل بأن يقـــال العلتان الأخريان أو الخصلتان ، انتهى . قلت لو كانت نسخة مثلما ذكرنا لما احتاج إلى هذه لتكلفات ( فلأن المقصد من إقامة الحد حقـاً لله تعالى الإنزجار ) أي فلأن القصد الكلي من إقامة الحد حال كونه حق لله تعـالى أو لأجل حق الله تعالى يحصل الإنزجار للمقذوف حتى لا يباشره في المستقيد ويرتدع أيضاً.

( واحتمال حصوله ) أي حصول المقصد ، وهو الإنزجار ( بالأول ) أي بالحـد الأول (قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني ) أي في الحد الثاني ، حاصله أن الثاني يتعطل عماهو المقصود ، وهو الإنزجار والحدود يندرىء بالشبهات ، بخلاف ما إذا زنى فحد ، ثم زنى يجب حد آخر للنفس المتيقن بعد الإنزجار .

( وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب ، لأن المقصود من كل جنس ) من

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

غير المقصود من الآخر ، فلا يتداخل . وأما القذف فالمغلب فيـــه عنـــدنا حق الله فيكون ملحقاً بهما . وقال الشافعي « رح » إن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل ، لأن المغلب فيه حق العبد عنده .

---

هذه الأشياء ( غير المقصود من الآخر ) فحد الزنا لصيانة الإنسان ، وحد القذف لصيانة الأعراض وحد السرقة لصيانة الأموال وحد الشرب لصيانة العقول . وإذا كان الأمر كذلك (فلا يتداخل ) بل يقام لكل واحد منها ما يقتضي حده .

( وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى عندنا ، فيكون ملحقاً بهما ) أي بحد الزنا والشرب ، قاله الأترازي . وقال الكاكي « رح » ملحقاً بهما ، أي بحد الزنا والسرقــة . قلت المذكور بغير لفظ قذف ثلاثة ، فكيف يرجع ضمير التثنية إلى الثلاثة ، والظاهر أن قوله بهما يرجع إلى السرقة والشرب ، لأنهما أقرب المذكور .

( وقال الشافعي « رح » إن اختلف المقذوف ) كزيد وعمرو ( والمقذوف بـه ) أي واختلف المقذوف كقذف زيد بزناه من مختلفين . قال تاج الشريعـــة « رح » يعني زنيت بفلانة ثم قال زنيت بفلانة الأخرى ( وهو الزنا ) أي المقذوف به هو الزنا ( لا يتداخل لأن المغلب فيه ) أي في الزنا ( حق العبد عنده ) أي عند الشافعي « رح » وقـــد مر الكلام فيه .

فروع : لو قال فجرت بفلانة أو قال جامعتها حراماً لا حد عليه لم يقذفها بالزنا ،لان الجماع يكون بنكاح فاسد.قال لامرأة زنيت بحمار أو بعير أو ثور لا يحد ، لأن معناه أولج فيك حمار . ولو صرح لا يحد . لو قال زنيت بناقة أو بدراهم أو شرب يحد ، لأن معناه زنيت وأخذ هذا . ولو قال هذا الرجل لا يحد كل هذه من المسائل .

## ( فصل في التعزير )

أي هذا فصل في بيان حكم التعزير ، والتعزير تأديب ، وهو الحد من أعزر وهو الردع ، ويجيء التعزير بمعنى التعظيم ، والضمير كما في قوله تعالى « واضربوهن » ٣٤ النساء ، أمر بضرب الزوجات تأديباً وتهذيباً ، وبالنية قال عليه السلام لا ترفع عصاك عن أهلك ، وروي أنه عليه السلام عزر رجلاً قال لغيره يا مخنث ، وعنه عليه السلام قال رحمه الله علق سوطه حيث يراه أهله وبإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وبالمعنى وهو أن الزجر عن الجنايات وهو الأفعال واجب تعليلاً لها،والتعزير صالح الزجر فيكون شروعاً . وذكر التمرتاشي عن الوصي وليس فيه شيء مقدر ، بل يفوض إلى رأي القاضي ، لأن المقصود منه الزجر ، وأحوال الناس مختلفة فيه . فمنهم من يزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب . ومنهم من يحتاج إلى الحبس،وبه قالت الأئمة الثلاثة«رح».

وقال الشافعي « رح » التعزير على مرات التعزير أشراف الأشراف ، وهما العلماء والعلوم وبالاعلام ، وهو أن يقول له القاضي ، بلغني أنك تفعل كذا ، فلا يفعل فيسير جوابه ، وتعزير الأشراف وهم الأمراء ، والدنيا بالإعلام والجذب إلى باب القاضي والخصومة في ذلك . وتعزيرالأوساط وهم السوقة ما الاعلام والحر والحبس وتعزير الاحياء بهذا كله ، وبالضرب عن أبي يوسف « رح » يجوز التعزير السلطان بأخذ المال عندنا والشافعي « رح » ، ومالك وأحمد رحمها الله لا يجوز بأخذ المال . وعن التمرتاشي يجوز إقامة التعزير الذي يجب حقاً لله تعالى ، فكل أحد فعليه النيابة .

وسئل الهمداني « رح » عمن وجد رجلاً مع امرأة أيحل له قتله ، قال إن كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح . وإن علم أنه لا ينزجر إلا بالقتل حل له قتله ، وإن طاوعته المرأة يحل قتلها أيضاً . وقال التمرتاشي وهذا تنصيص على أن التعزير تعزيراً يملكه الإنسان ، وإن لم يكن مما صرح في المنتقى بذلك بهذا يجوز للمولى أن يعزر عبده أو أمته .

ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر ، لأنه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الإحصان ، فوجب التعزير ، وكذا إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به ، ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير ،

---

( ومن قذف عبداً أو أمة أو أم ولد أو كافراً بالزنا عزر ) هذه مسألة القدوري. وقال المصنف « رح » ( لأنه جناية قذف ، وقد امتنع وجوب الحد لعدم [1] الإحصان ، فوجب التعزير ) بإجماع الأئمة الأربعة « رح » وأكثر العلماء . وعن داود يجب الحد على قاذف العبد . وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى يحد قاذف ذمية لها ولد مسلم .

( وكذا ) أي وكذا يجب التعزير ( إذا قذف مسلماً بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافر أو يا خبيث أو يا سارق ، لأنه أذاه وألحق الشين به ) وكذا لو قال يا نصراني أو يا ابن النصراني أو يا لوط ، أو يا من يعمل عمل قوم لوط ، أو يا من يلعب بالصبيان ، يا آكل الربا ، يا شارب الخمر ، يا ديوث ، يا فاجر ، يا منافق ، يا مخنث ، يا خائن ، يا ابن القحبة ، يا زنديق ، يا قوطان ، يا مأوى الزواني أو اللصوص عزر في ذلك كله . وفي يا لوط سئل عن نيته ، إن أراد به أنه من قوم لوط فلا شيء عليه ، وإن أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلاً أو مفعولاً به فعليه الحد عند أبي يوسف « رح » ومحمد وأحمد ومالك والشافعي والحسن النخعي والزهري وأبي ثور رحمهم الله، لأنه قذف بما يوجب الحد ، كما لو قذفه بالزنا . وعند أبي حنيفة « رح» لا حد عليه ويعزر ، وبه قال قتادة وعطاء . والصحيح أنه إذا كان عفيفاً يعذر . وفي فتاوى الولوالجي ولو قال يا فاجر أو يا ابن الفاجرة الفاسقة عليه التعزير فقط .

( ولا مدخل للقياس في الحدود ، فوجب التعزير ) أراد أنه لم يأت نص بالحد في

---

(١) لفقد – هامش .

إلا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الأولى ، لأنه من جنس ما يجب به الحد . وفي الوجه الثاني الرأي إلى الإمام . ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ألحق الشين به للتيقن بنفيه . وقيل في عرفنا يعزر ، لأنه يعد سباً .

---

الأشياء المذكورة . وفي القياس ليس له دخل في الحدود ، لأنها من المقدمات الشرعية ، فإذا كان كذلك وجب التعزير لأجل الردع كما ذكرناه عن قريب .

( إلا أنه ) أي عين أن الشأن ( يبلغ ) من التبليغ فيتبعه المجهول ( بالتعزير غايته في الجناية الأولى ) أي فيما إذا قذف غير المحصن بالزنا ( لأنه ) أي لأن القذف بالزنا ( من جنس ما يجب به الحد ) أي في المحصن .

( وفي الوجه الثاني ) أي فيما إذا قذف المحصن ، يعني الزنا كالفسق والكفر ( الرأي إلى الإمام ) يرى فيه بما يقتضيه حال القاذف وحال القذف .

(ولو قال يا حمار أو يا خنزير لم يعزر ، لأنه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه ) فإنه يعلم أنه آدمي ، وليس بحمار ، وإن القاذف كاذب ، وكذا لو قال يا معز ، أو يا بقر ، أو ياخنزير ، أو يادب ، أو يا حجام ، أو يا مؤاجر ، أو يا عيار ، أو يا ماكر ، أو يا سكوين ، أو يا سخرة ، أو يا ضحكة ، أو يا بجال ، أو يا ولد الحرام ، أو يا أبله ، لم يعزر ، وقيل يعزر به . قالت الثلاثة وقال في الأجناس لو قال يا إبن القرطبان عليه التعزير ، لانه هو الذي يعم رجلا بامرأته رجاء أن يصيب منه مالاً . قال قوله بقرطبان الذي يرجو أن يدخل الرجال على نسائه . وقال القرطبان والكحان لم أرهما في كلام العرب ، ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريباً منه ، وديوث الذي يدخل الرجل على امرأته ، ولهذا قال أحمد في الكحان يعزر ، وبه قال أصحابنا . ولو قال يا بليد يا قذر يعزر . ولو قال يا سفيه يعزر ، ولو قال يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك ، أو قال أنت حجام أو أنت مفسد ، أو قال قول الهند « أوان لانه بمديا » .

( وقيل في عرفنا يعزر ، لانه يعد سباً ) أي لان قوله يا حمار أو يا خنزير يعد سباً ،

وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنه يلحقهم الوحشة بذلك ، وإن كان من العامة لا يعزر ، وهـــذا حسن . والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات .

وقال أبو يوسف « رح » يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً ،

---

أي شتماً ( وقيل إن كان المسبوب من الأشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ، لأنهم يلحقهـم الوحشة بذلك ، وإن كان ) أي المسبوب ( من العامة لا يعزر ، وهذا ) أي وهــذا القول ( حسن ) وهو هول المصنف « رح » .

( والتعزير أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وأقله ثلاث جلدات ) وبه قال الشافعي «رح» في آخره . وقال في العبد تسعة عشر سوطاً . وقال مالك « رح » لا حد لأكثره فيجوز للامام أن يزيد التعزير على الحد إذا رأى المصلحة في ذلك ، لما روى أن معن بن زائدة عمل خاتماً على نقش خاتم بيت المال ، ثم جاء به لصاحب بيت المال فأخذ منه مالاً فبلغ عمـر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه وكلم فيه فضربه مائة أخرى ، فكلم فيه من بعـــد فضربه مائة أخرى ونفــاه . وروى أحمد باسناده أن علياً رضي الله عنه أتى بالنجاشي قد شرب خمراً في رمضان فجلده ثمانين للشرب ، وعشرين سوطاً لفطره في رمضان . ولنا قوله عليه السلام من بلغ حداً في حد غيره حـــد ، فهو من المعتدين ، ويجيء الآن . وحديث معن يحتمل أنه كانت له ذنوب كثيرة فادب على جميعها أو تكرر منه ، أو كان ذنبه مهملاً على باب أحدهما تزوير والثاني أخذ المال من بيت المال بغير حقه . والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيرة ، وغير هذا . وأما حديث النجاشي فأن علياً رضي الله عنه ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين .

( وقال ) أبو يوسف « رح » يبلغ التعزير خمساً وسبعين سوطاً ) وهذا ظاهر الرواية عن أبي يوسف « رح » ألا ترى مانقل صاحب الأجناس عن الحدود الأصل لا في التعزير ويضرب المضروب قائماً ، وأقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطاً في قول أبي حنيفه « رح » ومحمد « رح » .وقال أبو يوسف « رح » يبلغ عنه خمسة وسبعين سوطاً ،

ثم قال في نوادر هشام عن أبي يوسف رحمها الله تسعة وسبعين سوطاً ، لكن هـــذا في تعزير الحر . وأما في تعزير العبد قول أبي يوسف « رح » ينقص خمسة عن اربعين ، كذا ذكره صاحب التحفة . وقول محمد « رح » في ظاهر الرواية مع أبي حنيفة « رح » وفي رواية قوله مع أبي يوسف « رح » كذا ذكره في المختلف وقول زفر « رح » مثل قـول أبي يوسف « رح » في النوادر . وذكر في شرح الاقطع زفر« رح » مثل قول محمد«رح».

( والأصل فيه ) أي في هذا الباب ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين ) هذا الحديث أخرجه البيهقي « رح » عن خـــالد بن الوليد رضي الله عنه عن النعمان بن بشير . وقال في المحصوط [1] مرسل ، ورواه محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار مرسلاً . وقال في التنقيح رواه ابن ماجـة في فوائـــده حدثنا محمد بن حصين الأصبحي ثنا عمرو بن على المقدمي حدثنا معمر عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله ﷺ من بلغ ... الحديث .

قوله من بلغ ، قال صاحب النهاية بالتخفيف هو السماع ، وهكذا ذكر في الفوائـــد الظهيرية ، فإنـــه قال بلغ بالتخفيف ، أي كما في بلغ المكان ، أي إياه ، فصار تقدير الحديث من أتى حداً في موطن لا يجب الحد فهو من المعتدين . وهكذا نقل عن العلامـة شمس الأئمة الكردري «ر ح » ، وهكذا ذكر في الكافي . وفي المغرب التنقيل إن صح على حذف المفعول الأول كما في قوله عليه السلام فليبلغ الشاهد الغائب . وقوله تعالى ﴿ بلغ ما أنزل إليك من ربك ﴾ ٦٧ المائدة» على حذف المفعول الثاني . والتعزير من بلـــغ التعزير حداً ، وإنما حسن الحذف لدلالة قوله عليه السلام في غير حد . ولهذا قالوا لا يجوز تبلغ غير الحد الحد . وقيل التخفيف أولى لعدم الحاجة إلى الإضمار . وفي الفوائد المختاريـــة بالتشديد معناه أن لا يبلغ الحد غير الحد ، وهذا غير مستقيم ، وفيه تأمل ، لأن هذا على تقدير حذف المفعول الثاني . فأما على تقدير المفعول الأول كما ذكر في المغرب مستقيم .

---

(١) هكذا الكلمة في الأصل وربما أراد – المحفوط أنه – .

وإذا تعذر تبليغه حداً ، فأبو حنيفة ومحمد « رح » نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه وذلك أربعون ، فنقصا منه سوطاً . وأبو يوسف « رح » اعتبر أقل الحد في الأحرار ، إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطاً في رواية عنه ، وهو قول زفر « رح » ، وهو القياس . وفي هذه الرواية نقص خمسة ، وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ، ثم قدر الأدنى في الكتاب بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر . وذكر مشايخنا « رح » أن أدناه على

---

( وإذا تعذر تبليغه حداً ) أي تبليغ التعزير ، حداً هو منصوب على أنه مفعول المصدر المضاف إلى فاعله ( فأبو حنيفة ومحمد « رح » نظرا إلى أدنى الحد ، وهو حد العبد في القذف ، فصرفاه إليه ) أي صرف أبو حنيفه ومحمد « رح » التعزير إلى حد العبد ( وذلك ) أي حد العبد في القذف ( أربعون ، فنقصا منه ) أي من الأربعين ( سوطاً ) .

( وأبو يوسف « رح » اعتبر أقل الحد في الأحرار إذ الأصل هو الحرية ، ثم نقص سوطاً في رواية عنه ) أي عن أبي يوسف « رح » ( وهو قول زفر « رح » ) أي نقص السوط الذي هو رواية عن أبي يوسف « رح » قول زفر « رح » ( وهو القياس ) لأن الحاجة ماسة إلى إظهار التعارف بين الحد والتعزير ، وبنقص الواحد يقع التعارف .

( وفي هذه الرواية ) أي رواية القدوري « رح » ، وهي رواية الجامع الصغير أيضاً ( نقص خمسة ، وهو مأثور ) أي مروي ( عن علي « رض » ) أي ابن أبي طالب رضي الله عنه ، وهذا غريب . وذكره البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى « رح » ، ولم يتعرض أحد من الشراح إلى بيان أصل هذا عن علي رضي الله عنه ( فقلده ) أي فقلد أبو يوسف « رح » علياً رضي الله عنه ( ثم قدر الأدنى في الكتاب ) أي قدر القدوري « رح » أدنى التعزير في مختصره ( بثلاث جلدات ، لأن ما دونها لا يقع به الزجر ) .

( وذكر بعض مشايخنا ) في شروح الجامع الصغير ( أن أدناه ) أي أدنى التعزير ( على

ما يراه الإمام بقدر بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لانه يختلف باختلاف الناس. وعن أبي يوسف « رح» أنه على قدر عظم الجرم وصغره، وعنه أنه يقرب كل نوع من بابه ، فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف .

---

ما يراه الإمام بقدر ) يجتهد في ذلك ، وتقديره ( بقدر ما يعلم أنه ينزجر ، لأنه ) أي لأن التعزير ( يختلف باختلاف الناس ) لأن الناس يتعاونون ، فواحد ينزجر بأدنى ضربات ويعتبر به ، ولا ينزجر بأحيان ذلك الآخر . وروي مثل ذلك عن أبي حنيفة « رح » ولهذا قال في الأجناس قال أبو حنيفة « رح » في التعزير إن رأى القاضي أن يحبسه ولا يضربه فعل ذلك ، وهو إلى الوالي يعمل فيه برأيه ، وعلى الوالي أن يجتهد في ذلك .

( وعن أبي يوسف «رح» أنه ) أي روي عن ابي يوسف « رح » أن التعزير (على قدر عظم الجرم وصغره ) هذه رواية أبي سليمان بإملائه ، ذكره الناطفي في كتاب الأجناس . قال أبو يوسف « رح » التعزير على قدر عظم الجرم وصغره،وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك،وعلى قدر احتمال المضروب ، لضعف بدنه يتحرى في ذلك . وقال في في نوادر ابن رستم عن محمد « رح » في الرجل شتم الناس إن كان له مروءة وعظ ، وإن كان دون ذلك حبس ، وإن كان سامياً ضرب وحبس . قال والمروءة عندي في الدين والصلاح . قال في خلاصة الفتاوى سمعته من ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي أو الوالي جاز ، ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

( وعنه ) أي وعن أبي يوسف «رح» (أنه يقرب كل نوع من بابه ) أي يقرب كل نوع من باب الجرم في باب التعزير ، ويوضح ذلك بقوله( فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا) يعني يعزر في اللمس الحرام والقبلة الحرام اكثر جلدات التعزير ( والقذف بغير الزنا ) أي يقرب القذف بغير الزنا ، لقوله يا كافر ويا خبيث ( من حد القذف ) فيقرب أقل جلدات التعزير . وفي شرح الأقطع لو شهدوا عند الإمام على أحد أنه قبل أجنبية أو لها رومي،أي

قال وإن رأى الإمـــام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لانه صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع بـــه في الجملة ، حتى جـاز أن يكتفى بـه ، فجاز أن يضم إليه ، ولهـذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبـــل ثبوته ، كما شرع في الحـد ، لأنـه من التعزير . قال وأشد الضرب التعزير ، لأنه جرى التخفيف فيه من حيث

---

شجاع عن أبي يوسف « رح » أنه على قدر ما يراه الأمام في كل نوع فالقذف بغـــير الزنا يقرب من حد القذف أو شرب الخمر من شرب الخمر والوطىء فيما دون الفرج يقرب مـن حد الزنا يعتبر كل شيء بموجده .

( وإذا رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التعزير الحبس فعل ، لأنه ) أي لأن الحبس ( صلح تعزيراً ، وقد ورد الشرع بـــه في الجملة ) أي الحبس . وروى الترمذي « رح » حدثنا علي بن سعيد الكندي وقال حدثنا ابن المبارك عن معمر عن شهر بن حليم عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ حبس رجلاً في تهمة ثم خلى عنه ( حتى جاز أن يكتفي بـــه ) أي الحبس ( فجاز أن يضم إليه ) أي يضم الحبس إلى الضرب .

( ولهذا ) الإيضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيـــه التعزير ( لم يشرع ) أي الحبس ( في التعزير بالتهمة ) أي بسبب التهمة ( قبل ثبوته ) بأن شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصناً ، فقال يا فاسق أو يا كافر فلا يحسب التهـــم قبل تعزير الشهود ( كما شرع ) أي الحبس ( في الحد ) بسبب التهمة ، لأن في باب الحـد شيئاً آخر فوق الحبس ، وهو إقامة الحد عند وجود موجبه ، فيجوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبـــة الأدنى بمقابلة الذنب الأدنى . وفي باب الأموال والتعزير لايحبس بالتهمة لأن الأقصى فيهما عقوبة الحبس ، فلو حبست بالتهمة فيهما لكان إقامة التوبة الأعلى مقابلة الذنب الادنى ، وهو مما يأباه الشرع ( لانه ) أي لان الحبس ( من التعزير ) والتعزير لم يشرع بالتهمة لما ذكرنا .

( قال ) أي القدوري ( وأشد الضرب التعزير ، لانه جرى التخفيف فيه من حيث

العدد ، فـــلا يخفف من حيث الوصف ، كيلا يؤدي إلى فوات المقصود ، ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الأعضـــاء . قال ثم حـــد الزنا لانـه ثابت بالكتاب ، وحـد الشرب ثبت بقول الصحابة « رض » ، ولانـه أعظم جنايـــة حتى شرع فيه الرجم ، ثم

---

العدد ، فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي إلى فوات المقصود) هو الزجر . واختلف المشايخ في شدته ، قال في شرح الطحاوي وقال بعضهم هو الجمع في عضو لجمع الاسواط في عضو واحد ، ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سير الحد . وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع . وقال أحمد « رح » أشد الضرب ضرب الزاني ، ثم حـــد القذف ثم التعزير . وقال مالك « رح » كلها سواء . وقال الحاكم « رح » في الكافي وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا ، وضرب الزاني أشد من ضرب الشارب ، وضرب الشارب أشـــد من ضرب القاذف ، وضرب القاذف أحق من جميع ذلك ، ويجوز في سائره ، إلا أن في حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه .

(ولهذا ) أي ولكون التخفيف في التعزير من حيث العدد دون الوصف ( لم يخفف من حيث التفريق على الأعضاء ، قال ) لأنه جرى النقصان من حيث العـــدد ، فلو جرى التخفيف من حيث التفريق لفات المقصود ، وهو الزجر . وذكر في المبسوط ولهذا يجرد ويعزر في إزار واحد . وعند الأئمة الثلاثة حكم ضرب التعزير حكم ضرب الزنا ، ذكر في المحيط أن محمداً « رح » ذكر في حدود الأصل أن التعزير يفرق على الأعضاء ، ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في الزنا . وذكر في أشربة الأصل يضرب التعزير في موضع واحد .

( ثم حد الزنا ) أي اشد من ضرب الشارب ( لأنه ثابت بالكتاب ) والسنة ، وسببه وهو الزنا من أعظم الذنوب، ولهذا شرع فيه أعظم العقوبات ، وهو الرجم .

( وحـــد الشرب ثبت بقول الصحابـــة رضي الله عنهم ) فلذلـــك كان ضرب دون ضرب الزنا فوق ضرب القذف (لأنه) أي ولأن الزنا (أعظم جناية ، حتى شرع فيه الرجم ثم

حد الشرب ، لان سببه متيقن به ، ثم حـــد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقاً ولأنه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف . ومن حده الإمام أو عزّره فمـــات فدمه هـــدر ، لانه فعل ما فعل بأمر الشرع ، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ ، بخلاف الزوج إذا عزر زوجته ، لانه مطلق فيـــه

---

حد الشرب ، لأن سببه ) وهو شرب الخمر ( متيقن به ) لأنه ثابت يقيناً بالبينة ( ثم حـــد القذف ، لأن سببه محتمل لاحتمال كونه ) أي كون القاذف ( صادقاً ) في قذفـــه ، ولا يقدر على اثبات زنا المقذوف ، لأنه قل ما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في المكحلة ( لأنه جرى فيه ) أي في حد القذف ( التغليظ من حيث رد الشهادة ، فلا يغلظ من حيث الوصف ) فلا يغلظ بشدة الضرب وحد القذف أحـق في الجمع ، لأن شارب الخمر قل ما يخلو عن القذف ،فيصير كل شارب جامعاً بين الشرب والقذف ،فيتحق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة ،فلهذا كان ضربه أحق ضرب الشارب وإن كان منصوصاً عليه.

( ومن حده الإمام أو عزره فمات فدمه هدر ) يعني لا يجب شيء على الإمام على بيت المال ، وبه قال أحمـــد ومالك رحمها الله ، إلا أن مالكاً قال إذا ضربه تعزيراً مثله لا يضمن . وقال الشافعي « رح » يضمن ، وفي محل الضمان قولان ، أحدهما في بيت المال ، والثاني على عاقلة الإمام ، هكذا ذكره الكاكي « رح » خلافه . وقال الأترازي « رح » أما هدر الدم في الحد فبالإجماع . وأما في التعزير فقد قال الشافعي «رح » يضمن في ماله ، وفي قوله في بيت المال (لأنه ) أي لأن الإمام ( فعل ما فعل بأمر الشـرع وفعل المأمـــور لا يتقيد بشرط السلامـة كالفصاد ) الذي يفصد ( والبزاغ ) بفتح الباء الموحدة وتشديـد الزاء ، وفي آخره غين معجمة من بزغ البيطار الدابة من باب منع ، أي أسال دمهـــا من قوائمها واسم الحديدة التي يفعل بها ذلك المبزغ بكسر الميم ، وهو كشرط الحجامة ، وهذا إذا لم يتجاوز الموضع المعتاد فمات ، أو المبزوغ المقصود لا يلزم الضمان ، كذا هنا .

( بخلاف الزوج إذا عزر زوجته ) فماتت يجب عليه ضمان الدية ( لأنه مطلق فيـه )

والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق . وقال الشافعي «رح» تجب الدية في بيت المال ، لان الإتلاف خطأ فيه إذ التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال ، لان نفع عمله يرجع إلى عامة المسلمين ، فيكون العزم في مالهم. قلنا لما استوفى حق الله بأمره صار كأن الله أماته[1] من غير واسطة ، فلا يجب الضمان .

---

أي مباح فعله ( والإطلاقات تتقيد بشرط السلامة ) فإذا فاتت السلامة يلزم الضمان ( كالمرور في الطريق ) والاصطياد إذا أتلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان بكونه مقيداً بشرط السلامة ، بخلاف ما لو جامع امرأته فماتت أو أفضاها حيث لا يضمن عند أبي حنيفة « ر ح » وأبي يوسف « رح » ذكره في المحيط مع أنه مباح ، فينبغي أن يتقيد بشرط السلامة ، لأنه ضمن المهر الجماع ، فلو وجبت الدية يجب ضمانان بمقابلة فعل واحد ذكر الحاكم « رح » لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ، ويضرب ابنه على تركها .

والمعلم إذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا ، وقال مالك وأحمد رحمهما الله لا يضمن الزوج ولا المعلم في التعزير ولا المؤدب في التأديب والحد والوطء إذا ضربه ضرباً معتاداً. ولو ضربه ضرباً شديداً لا ضرب مثله في التأديب يضمن بإجماع الفقهاء «رح» .

( وقال الشافعي «رح» يجب الدية في بيت المال) يعني في مسألة الإمام إذا حد وعزره فمات ، وقد مر الكلام فيه ( لأن الإتلاف خطأ فيه، إذا التعزير للتأديب ، غير أنه تجب الدية في بيت المال ، لأن نفع عمله ) أي عمل الإمام ( يرجع إلى عامة المسلمين ، فيكون العزم ) أي غرامة الضمان ( في مالهم ) أي في مال المسلمين .

( قلنا لما استوفى ) أي الإمام ( حق الله تعالى بأمره صار كأن الله أماته من غير واسطة ) جلد الجلاد ، وإذا كان الأمر كذلك ( فلا يجب الضمان ) .

فروع : يصح في التعزير الشهادة على الشهادة ، وشهادة النساء مع الرجال والعقود والتكفل النقل ، لأنه من حقوق العباد .

---

( ١ ) في الأصل – أمانة – وهو خطأ والتصحيح من شرح فتح القدير، اه مصححه .

# كتاب السرقة

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر ، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى . والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهـــاء ، أو ابتداء لا غير ،

---

( كتاب السرقة )

أي هذا كتاب في بيان أحكام السرقة . ولما فرغ من ذكر المزاجر المعلقة بصيانة التعزير ، شرع في ذكر الزاجر المتعلقة بصيانة الأموال وصيانة النفس أقدم من صيانة المال ، فلذلك أخر كتاب السرقة .

( والسرقة في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفيـــة والاستسرار ) والسرقة على وزن فعلة ، بفتح الفـــاء وكسر العين من سرق من باب ضرب يضرب ، ولها معنى لغوي ، ومعنى شرعي ، ومعناها اللغوي هو ما قاله المصنف « رح » بقوله السرقـــة في اللغة إلى آخره ( ومنه ) أي ومن المعنى اللغوي ( استراق لسمع ) وهو السماع حقيقة ( قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر ) معناه يستمع مستحقاً . ويقـــال معناه رام اختلاسه سراً ، واسترقت لشياطين من الملائكة كلام ( وقد زيدت عليه ) أي على المعنى اللغوي ( أوصاف في الشريعة ) أي قيود في المعنى الشرعي ( على مـــا يأتيك بيانه إن شاء الله تعالى ) أي بيان تلك الأوصاف التي هي القيود .

( والمعنى اللغوي مراعى فيها ) أي أخذ الشيء من الغير على الحقيقة مراعى في السرقة ( ابتداء وانتهاء ) وهي أن يوجد الحقيقة ابتداء وانتهاء ( أو ابتداء لا غير ) أي على وجه

كما إذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار . وفي الكبرى على قطع الطريق مسارقة عين الإمام ، لانه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه . وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه. قال وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع . والأصل فيه قوله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة ،

---

الحقيقة ( كما إذا نقب الجدار على الاستسرار ) يعني ليلاً ثم استيقظ صاحب المال ( وأخذ المال من المالك مكابرة ) يعني مقابلة بالسلاح ومدافعة ( على الجهار ) يعني أخذ المال في الإنتهاء ( وفي الكبرى ) أي في السرقة الكبرى ( وهو قطع الطريق ) هذا جواب عما يقال يرد على ما قلت قطع الطريق ، لأنه يراع فيه الحقيقة . وقد قلت المعنى اللغوي في السرقة مراعى . فأجاب بقوله وفي الكبرى أعني قطع الطريق ( مسارقة عين الإمام ) لأن قاطع الطريق يأخذ المال عن المارة حقيقة عن عين الإمام الذي يحفظ الطريق ( لأنه هو المتصدي لحفظ الطريق بأعوانه ) وهو جمع عون ، وهو الظهر والمرأه بأعوانه رجاله الذين في خدمته وصدهم لحفظ الطريق .

( وفي الصغرى ) أي وفي السرقة الصغرى ( مسارقة عين المالك ) الذي هو الحافظ ( أو من يقوم مقامه ) أي أو مسارقة عين من يقوم مقام المالك ، سواء كان صاحب أمانة أو ضمان المستعير المستأجر والمودع والمرتهن والمضارب وللفاجر .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع ) إلى هنا لفظ القدوري .

( والأصل فيه ) أي في وجوب القطع ( قوله تعالى ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة ) أي الذي يسرق والتي تسرق فاقطعوا أيديهما باتفاق

ولا بد من اعتبار العقـــل والبلوغ ، لان الجناية لا تتحقق دونهما ، والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير ، لأن الرغبات تفتر في الحقير ، وكذا إذا أخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر ، لأنها فيما يغلب . والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا .

---

العلماء ، وهو جعل لتناول المال غير المحروز الشيء التافه الذى لا قيمة له . والحديث وهو قوله عليه السلام لا يقطع السارق إلا في المحرز ، على ما يجيء بيان الحديث ( ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ ، لأن الجناية لا تتحق دونها ) أى دون العقل والبلوغ ، وإنما خص المجنون والصبي عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يعقل ( والقطع جزاء الجناية ) فلا تثبت الجناية إلى المجنون والصبي والقطع عقوبة . وهما ليسا من أهل العقوبة .

( ولا بد من التقدير بالمال الخطير ) أي الذي له قيمة ، وضد الخطر ( لأن الرغبـات تفتر في الحقير ) الرغبات جمع رغبة ، وهو مصدر رغب من الشيء رغباً ورغبـة ، وإذا أراده ورغب عنـه لم يرده ، والفتور الضعف والإنكسار المعنى أن الراغب في الشيء لا يرغب في الشيء الحقير ، ( وكذا إذا أخذه لا يخفى ) أي وكذا أخـذ الشيء الحقير لا يخفى ، والذي يأخذه لا يخفيه عن الناس لحقائه ، وإذا كان كذلك ( فلا يتحقق ركنه ) أي ركن السرقة ، وهو الأخذ عن الحقيقة وتذكير الضمير على تأويل السرقة ، لأنهـا بمعنى ( ولا حكمة الزجر ) أي ولا تحقيق أيضاً حكمة الزجر في أخذ الشيء لا الحقير (لأنها) أي لأن حكمة الزجر ( فيما يغلب ) أي وقوعها ، وكذلك في المال الخطير .

(والتقدير) أي تقدير الشيء الذي يقطع به يد السارق (بعشرة دراهم مذهبنا ) وفيه مذاهب الناس . وقال الحسن وداود والخوارج وابن بنت الشافعي « رح » يقطع القليل والكثير لعموم الآية ، لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده ، متفق عليه . وقال ابن أبي ليلى « رح » لا تقطع في أقل من خمسة دراهم . وقال مالك وأحمد رحمهما الله يقطع في ربع دينار ، وتلك دراهم . وروي

وعند الشافعي « رح » التقدير بربــع دينار . وعند مالك « رح » بثلاثة دراهم. لهما أن القطع على عهد رسول الله عليه السلام ما كان إلا في ثمن المجن . وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخــذ بالأقل وهو المتيقن بـــه أولى غير أن الشافعي « رح » يقول كانت قيمـة الدينار على عهـد رسول الله عليه السلام اثنى عشر درهماً والثلاثة ربعها . ولنا أن الأخذ بالأكثر في هـــذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد ،

---

عن مالك خمسة دراهم ، وهو المروي عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما ، كذا في جامع الترمذي . وروي عنهما أنه لا يقطع في أقل من أربعين درهماً . وهــو غير صحيح .

( وعند الشافعي « رح » التقدير بربع دينار ، وعند مالك « رح » بثلاثـــة دراهم . لهما ) أي للشافعي ومالك « رح » ( أن القطع على عهد رسول الله ﷺ ما كان إلا في ثمن المجن ) بكسر الميم وهو الترمذي سمن به اشتراه صاحبـــه من جنة الليل واجنة ، أي شره [1] . واختلفوا في ثمن الذي قطع به رسول الله ﷺ فقيل كان عشرة دراهم ، وقيل ثلاثة دراهم ، وقيل خمسة دراهم فقال الشافعي ومالك « رح » ( وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم ، والأخذ بالأقل ، وهو المتيقن به أولى . غير أن الشافعي « رح » يقول كانت قيمة الدينار على عهد النبي ﷺ اثنى عشر درهماً والثلاثة ربعها ) واحتج بما روى الترمذي عن حمزة عن عائشة رضي الله عنها موقوفاً ومرفوعاً أن النبي ﷺ كان يقطع في ربـع ، احتـــج مالك « رح » بما روي عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهم أن رسول الله ﷺ قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم .

( ولنا أن الأخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالاً لدرء الحد) لأن الحدود تندريء

---

( ١ ) هكذا الجملة في الاصل .

وهذا لأن في الأقل شبهة عدم الجناية ، وهي دارئة للحد ، وقد تأيد ذلك بقوله ﷺ لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم

---

بالشبهات ( وهذا ) أي الأخذ بالأكثر ( لأن في الأقل ) أي من عشرة دراهم ( شبهة عدم الجناية ، وهي ) أي الشبهة ( دارئة للحد ) الشبهة ،بيان ذلك أن في العشرة يجب القطع بالإجماع ، وفيما دونها خلافاً ، والأخذ بالمجمع عليه أولى من الأخذ ، بما فيه خلاف ، لأن أدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة ، والحدود تندرىء بالشبهات .

( وقد تأيد ذلك ) أي ماذكرنا ( بقوله عليه الصلاة والسلام ) أي بقول النبي ﷺ ( لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم ) هذا الحديث رواه الطحاوي ، قال حدثنا ابن أبي داود قال حدثنا يحيى بن عبد الحميد الحماني حدثنا فارتبك عن منصور عن عطاء عن ابن أم عزم عن أم أيمن قالت قال رسول الله ﷺ لا يقطع السارق إلا في مجن ، وقومت يومئذ على عهد رسول الله ﷺ ديناراً أو عشرة دراهم . وأخرجه البيهقي في الخلافيات.

وقال الطحاوي أيضاً حدثنا ابن أبي داود وعبد الرحمن بن عمرو الدمشقي «رح» قال حدثنا ابن خالد الذهبي قال حدثنا محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال كان قيمة المجن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم يد رجل في مجن قيمته ديناراً أو عشرة دراهم ». رواه أبو داود وأخرجه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط مسلم وشاهد حديث أيمن .

فإن قلت أيمن هذا عنده جماعة من الصحابة وقالوا إنه قتل يوم حنين ولم يدرك عطاء « ر ض » فحينئذفالحديث منقطع . قلت إن كان أيمن من الصحابة « ر ض » وعطاء لم يدركه لكن يؤيده حديث ابن عباس وإن كان تأخرت عن وفاته إلى ما بعد النبي ﷺ كما زعم الطحاوي « رح » يكون الحديث منفصلاً ، وإن كان من التابعين على ما زعمه الشافعي « رح » يكون وغيره أيضاً متصلاً محالة ، وعد جماعة أيمن من الصحابة منهم ابن اسحاق وابن سعيد وأبو القاسم البغوي وأبو نعيم وابن المنذر وابن نافع وابن عبد البر .

ومما يؤيد مذهبنا مارواه النسائي من حديث عبد الله بن ادريس عن محمد بن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله ﷺ عشرة

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً ، فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق

---

دراهم، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الاعلى « رح » عن محمد بن إسحاق قال ، قال رسول الله ﷺ لا تقطع يد السارق في دون ثمن المجن . قال عبد الله كان ثمن المجن عشرة دراهم .

وأخرج أحمد « رح » في مسنده عن الحجاج بن أرطأة عن عمرو بن شعيب به مرفوعاً لا تقطع يد السارق في أقل من عشرة دراهم ، ورواه إسحاق بن راهويه في مسنده . وروى ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه حدثنا المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينه عن النبي ﷺ قال عمر مابلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه ، وكان ثمن المجن عشرة دراهم .

وروى الطبراني في الأوسط حدثنا محمد بن نوح بن حرب حدثنا خالد بن مهران حدثنا أبو قطيع البلخي عن أبي حنيفة «رح» عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود . وعن النبي ﷺ قال لا قطع إلا في عشرة دراهم . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه أخبرنا الثوري عن عبد الرحمن بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن قال، قال ابن مسعود رضي الله عنه لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم .

( واسم الدراهم تطلق [١] على المضروبة عرفاً ) أي ينطلق على المكسورة في عرف الناس ، غير المكسورة لا يسمى دراهم في العرف ، وتكلم العلماء في الدراهم ، بل يشترط عشرة دراهم مضروبة أم لا . ونقل المصنف لفظ القدوري « رح » بلفظ المضروبة كما ذكر عن قريب .

( وهذا ) أشار به إلى قوله واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً ( تبين لك اشتراط المضروب ، كما قال في الكتاب ) كما قال القدوري في مختصره ( وهو ) أي الذي ذكره في الكتاب ( ظاهر الرواية ، وهو الأصح رعاية لكمال الجناية ، حتى لو سرق

---

(١) تنطلق — هامش .

**عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل ، لأنه المتعارف في عامة البلاد .**

---

عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع) أي ظاهر الرواية هو الأصح، احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » أن المضروب وغير المضروب سواء ، ذكره في المحيط .

وقال الأترازي في في نقل المصنف عن القدوري نظر ، لأن الشيخ أبا نصر ذكر ذلك في الشرح الكبير ، وهو تلميذ القدوري رواية المختصر ، ولم يقيد المضروبة، بل أثبت الرواية بقوله مضروبة أو غير مضروبة ، ثم قال أما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة أو غير مضروبة فهو قول أبي حنيفة « رح » ، ثم قال وروى بشر عن أبي يوسف « رح » وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبراً لا يقطع . وقال في التحفة ذكر أبو الحسن الكرخي « رح » أنه يعتبر عشرة دراهم مضروبة ، وكذا روي عن أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبراً لم تكن مضروبة . وروى الحسن «رح» عن أبي حنيفة «رح» إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس قطع ، فهذا يدل على أن التبر إذا كان رائجاً يقطع فيه ، إلى هنا لفظ التحفة ، يعني اشتراط المضروبة في العشرة لأجل رعاية الكمال في الجناية .

وقال الكاكي رحمه الله هذا دليل الأصح يعني في شروط العقوبات يراعى وجودها على صفة الكمال ، وبالتبر أنقص من المضروب قيمته ، ولهذا شرطنا الجودة ، حتى لو سرق زيوفاً أو بنهرجة أو ستوقة لا يجب القطع،ذكره في شرح الطحاوي ، لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر ، فأدرك شبهة ، حتى لو سرق عشرة تبراً قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع ، هذا نتيجة ماقبله ، وهو ظاهر . والتبر هو القطع المأخوذ من المعدن .

( والمعتبر ) يعني في عشرة دراهم سبعة مثاقيل من الذهب ( وزن سبعة مثاقيل ، لانه المتعارف في عامة البلاد ) وزن الدراهم أربعة قراريط ، ووزن الدينار عشرون قيراطاً مائتا درهم وزن مائة وأربعين مثقالاً ، وزن كل مثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ، وقد مر

وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ، ولا بد من حرز لا شبهة فيـــه ، لأن الشبهة دارئة ، وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال والعبد والحر في القطع سواء ، لأن النص لم يفصل، ولأن التنصيف متعذر ، فيتكامل صيانة لأموال الناس ،

---

في كتاب الزكاة من هذا ، لانه هو المتعارف في عامة البلاد ، وعلى هذا استقر الامـــر في ديوان عمر رضي الله عنه ، فتعلق الاحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكاة وتقادير الديات . وقال في شرح الطحاوي يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة وعند القطع عند الكرخي «رح».

( وقوله ) أي وقول القدوري ( أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ، إشارة إلى أن غير الدراهم يعتبر قيمته بها ) أي بالدراهم ( وإن كان ذهباً ) واصلاً بما قبله ، وإن كان ما يبلغ قيمته عشرة دراهم ذهباً . وفي المحيط لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة دراهم يقطع، وما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنـــه قال لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم أو بالدينار ، قاله أو بالدينار القوم بقيمة الشرع عشرة دراهم إلا الدينـــار المقوم بقيمـــة الوقت ، لان القيمة باعتبار العرف مختلف ، قد يكون عشرة ، وقد يكون عشرين، وقد يصير ثمانية دراهم . قلت قيمة الدينار في زماننا هذا ثلاثمائة وثلاثون درهماً ، وقد كان في الاول بعشرين درهماً ، فلم يزل تبرأ إلى أن بلغ هذا المبلغ .

( ولا بد من حرز لا شبهة فيه ، لان الشبهة دارئة ، وسنبينه ) أي رافعة للحـــد، والحرز المكان الحريز، وهو الذي يحوز[1] فيه أي الشيء، أي يحفظ، والمراد بالحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً (من بعد إن شاء الله تعالى) سنبين الحرز في فصل الحرز إن شاء الله تعالى .

( قال والعبد والحر في القطع سواء ، لان النص لم يفصل) قال الله تعالى ﴿ والسارق والسارقة ﴾ ... الآية ، فبعمومه يتناول الحر والعبد ( لان التنصيف متعذر ) أي ينصف القطع الذي هو الحد مشهور ( فيتكامل صيانة لاموال الناس ) أي فيتكامل الحد الذي

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد به – يحرز – اه مصححه .

ويجب القطـع بإقراره مرة واحـدة ، وهـــذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يقطـع إلا بالإقرار مرتين ، ويروى عنه أنهما في مجلسين مختلفين ، لأنه إحـــدى الحجتين ، فتعتبر بالأخرى ، وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا .

---

هو القطع ، لاجل حفظ أموال الناس، لان في تركه لاجل تعذر التنصيف فساداً لا يخفى كما في القصاص ( ويجب القطع ) أي قطع يد السارق ( بإقراره مرة واحدة ) هذا لفظ القدوري ( وهذا ) أي لإقراره مرة واحدة ( عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » ) وبه قال أكثر العلماء .

( وقال أبو يوسف « رح » لا يقطع إلا بإقراره مرتين ) وبه قال ابن أبي ليلى وأحمد وزفر وابن شبرمة رحمهم الله ، وكذا الخلاف في شرب الخمر ( ويروى عنه ) أى عن أبي يوسف « رح » ( أنهما ) أي الإقرارين ينبغي أن يكونا ( في مجلسين مختلفين ) كذا ذكر الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير . وذكر بشر « رح » رجوع أبي يوسف « رح » الى قولهما ( لانـه ) أي لان الإقرار ( إحـدى الحجتين ) وهما البينة والإقرار ( فيعتبر ) أى الإقرار ( بالاخرى ) أى بالحجـة الاخرى ( وهي البينة ) فإن البينتان تثبتان ( كذلك اعتبرنا في الزنا ) كما اعتبرنا الإقرار ها هنا بالبينة ، كذا بعنده في الزنا حيث شرطنا الإقرار فيه أربع مرات كما أن البينة فيه أربع ، ولانه روى أبو داود عن أبي أمته[1] المخزومي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بلص قـد اعترف فقال له ما أخالك سرقت ، قال بلى ، فأعاده عليه مرتين أو ثلاثاً فقطع فعلم بهذا أن الإقرار مرة واحـدة لا يوجب القطع ، ويؤيده ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين ، فقال قد شهدت على نفسك شهادتين ، فأمر به فقطع وعلقها في عنقه .

---

(١) هكذا الإسم في الاصل .

ولهما أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة ، فيكتفى به ، كما في القصاص وحد القذف ، ولا اعتبار بالشهادة ، لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ، ولا تفيد في الإقرار شيئاً ، لانه لا تهمة ، وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار و الرجوع في حق المال لا يصح أصلاً ، لان صاحب المال يكذبه ، واشتراط الزيادة في الزنا ، بخلاف القياس ، فيقتصر على مورد الشرع .

---

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن السرقة قد ظهرت بالإقرار مرة ، فيكتفى به ) أي بالإقرار مرة واحدة ( كما في القصاص وحد القذف ) وغيرهما ، فإن الإقرار فيها يكفي بمرة واحدة ( ولا اعتبار بالشهادة ) هذا جواب عن قياس أحد الحجتين بالأخرى ، وبيان العارف بيانه هو قوله ( لأن الزيادة تفيد فيها ) أي في الشهادة ( تقليل تهمة الكذب ، ولا يفيد في الإقرار شيئاً ، لانه لاتهمة ) أي في الإقرار ، لأن الإقرار إن وقع صادقاً ، فلا يرد أو صدقاً بالثاني ، وإن وقع كذباً فلا يتغلب صدقاً بالتكرار وبالرجوع جواب عما يقال إنما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع عن إقراره واحتمال أن يثبت عليه فيؤكد على قبوله بالتكرار ، فأجاب بقوله ( وباب الرجوع ) أى عن الإقرار (في حق الحد لا ينسد بالتكرار ) لانه لو أقر مراراً كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد ، لانه يكذب له .

( والرجوع في حق المال في السرقة لا يصح أصلاً ، لان صاحب المال يكذبه ) فلا يصح ، فظهر الفرق بهذا أن لا فائدة في تكرار الإقرار في حق القطع ، ولانه في حق إسقاط ضمان المال بالإقرار ( واشتراط الزيادة في الزنا ) جواب عن قوله كذلك اعتبرنا في الزنا معنى اشتراط الزيادة في الزنا (بخلاف القياس ) وفي المحيط والمبسوط والقياس في الزنا أن يكتفي بالإقرار مرة واحدة فيه ، فاشتراط التكرار فيه على خلاف القياس بالنص ( فيقتصر على مورد الشرع ) أى على مورد النص ، والنص الوارد في الزنا لا يكون وارد في باب السرقة ، لان في السرقة ورد نص آخر ، وهو أنه عليه الصلاة

قـــال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق، وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها

---

والسلام قطع سارقاً بالإقرار مرة واحدة .

وأما حديث المخزومي فلا يدل على اشتراط مرتين ، بل دل أنه عليه الصلاة والسلام احتاط في درئه وعلى حثه على الرجوع ، وهو مستحب ، أو على جواز تلقين الرجوع . وكذا حديث علي رضي الله عنه بدليل قوله شهدت على نفسك مرتـــين ، وكذا قاله الكاكي « رح » . وقال الاترازى «رح» والذي روي عن علي رضي الله عنه من التكرار أمراً اتفاقي لا قصدي ، وفيه تأمل .

( قال ) أي القدوري ( ويجب ) أي القطع ( بشهادة شاهـــدين لتحقق الظهور ) أي ظهور السرقه بالشهادة ( كما في سائر الحقوق ) ولا خلاف فيه لأهـل العلم كما في القصاص ( وينبغي أن يسألهم الإمام عن كيفية السرقة ) بأن يقال كيف سرق ، فالإحتمال أنـــه نقب البيت فأدخل يده أو أخذ المتاع فذهب حيث لا ينقطع على ظاهر الرواية، خلافاً لما روي عن أبي يوسف « رح » في الأمالي ، وكذا إذا قال صاحباً له على الباب لا يقطـــع واحد منهما ، لأنه في الأول مختلف لا هاتك الحرز ، لأن هتك الحرز في البينة لا يكون إلا بالدخول ، بخلاف صندوق الصيرفي ، وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطـــع على التام من كل واحد منهما ، بخلاف ما إذا رمى الثوب من البيت إلى الطريق ، ثم أخـــذ فخرج فأخذ حيث يقطع ، لأن الفعل الموجب للقطع ، ثم به وجده .

( وماهيتها ) أي يسأل عن ماهية السرقة بأن يعود ما هي لاحتمال أن المسروق شيء نافذ ، أو ما يتسارع إليه الفساد ، أو مال ذي رحم محرم منه ، أو مال فيـــه شركة للسارق ، أو مال أحد الزوجين ، أو دراهم المديون أخذهما السرقة بقدر حقه ، أو أقل من قدر النصاب . ويحتمل أن الشاهدين نسباه إلى السرقـة لإستراق الكلام ، كما قال الله تعالى ﴿ إلا من استرق السمع ﴾ ١٨ الحجر ، أو لإنه لا يعتمد في الركوع والسجود . وقد ورد في الحديث أن أسوأ الناس سرق من صلاته فلا بد إذن من السؤال عنها .

( وزمانها ) أي ويسأل عن زمان السرقة بأن يقال متى سرق لاحتمال التقـادم ، لأن

ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود . ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة . قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع ، وإن أصابه أقل لا يقطع ،

---

التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة ، بخلاف الإقرار لعدم التهمة . وقال الكاكي « رح » هذا إذا ثبتت السرقة بالبينة ، أما إذا ظهرت السرقة بالإقرار لا يحتاج الإمام إلى السؤال عن الزمان ، لأن تقادم العهد لا يمنع صحة الاقرار ذكره في المبسوط والمحيط .

فإن قيل ينبغي أن يكون التقادم غير مانع ها هنا ، لما أن الشاهد في التأخير غير متهم ، إذ لا يقبل شهادة بدون دعوى المالك ، كما في حد القذف لشرطية الدعوى . قلنا قد تقدم جوابه في باب الزنا ، ذكره في الإيضاح .

( ومكانها ) أي ويسأل عن مكان السرقة لاحتمال أنه سرق في دار الحرب ، أو سرق من مستأمن في دارنا لا قطع فيه استحساناً ، لأن حرمة ماله مؤقتة لا مؤبدة . أو سرق من غير الحرز ، أو من بيت أذن له بالدخول فيه ومن حمار أو نهار أو بالليل يقطع ، لأنه لا يؤذن بالدخول في الليل، ذكره في شرح الطحاوي .

( لزيادة الإحتياط ) في السؤال عن مكان السرقة ( كما مر في الحدود ، ويحبسه )أي كما مر ، مثل هذه الإشارة في كتاب الحدود ، وتجب بالنصب عطفاً على قوله أن يسألها أو يحبس ليحي الإمام السارق (إلى أن يسأل عن الشهود للتهمة) أي لأجل تهمة السارق، لأنه صار حياً منها بالسرقة فيحبسه تعزيراً عليه ، وقد حبس رسول الله ﷺ رجلا بالتهمة ، وقد مر ذلك في كتاب الحدود ، وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة الشهود ، لأن التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز ،لعدم التلافي إذا وقع الغلط ، فتعين الحبس لئلا يفوت الحق بالهرب .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة دراهم وإن أصابه أقل ) أي أقل من نصاب السرقة ( لا يقطع ) وبه قال الشافعي

لان الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته ، فيعتبر كمال النصاب في حقه.

---

« رح » والثوري وابن الماجشون والمالكي . ونقل عن ابن الماجشون « رح » يقطعون بكل حال . وقال مالك وأحمد وأبو ثور رحمهم الله يقطع الكل، لأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع فيه الواحد والجماعة كالقصاص . قلنا كل واحد يقطع بجنايته والجناية الموجبة للقطع سرقة النصاب ولم يوجد ، بخلاف القصاص . فإن فعل كل واحد جناية موجبة القصاص، لأن خروج كل واحد صالح لخروج الزوج .

(لأن الموجب للقطع سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته، فيعتبر كمال النصاب في حقه ) أي في حق كل واحد منهم ، وهذا الذي ذكره فيما إذا لم يكن بين الجماعة صبي أو مجنون أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال . وإذا كان واحد منهم في الجماعة لا قطع . وعند أبي يوسف « رح » أن ولي الصبي أو المجنون إخراج المطاع ، فلا يقطع ، وإذا ولي غيرهما قطع لقول الوالي والله أعلم .

* * *

# باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة . والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه ، أي الحقير ،

---

( باب ما يقطع فيه وما لا يقطع )

أي هذا باب في بيان ما يقطع فيه السارق ، وفي بيان ما لا يقطع فيه . ولما ذكر تفسير السرقة وشروطها ، شرع في تعداد الشروع الذي يوجب القطع ، والذي لا يوجب.

( ولا يقطع فيما يوجد ) بانها بالتاء المثناة من فوق وبالفاء - أي خصيرا سيروا - ( تافهاً مباحاً ) وهو ما يخير فيه العاقل من التحصيل والترك في دار الإسلام ، قيد به لأن الأموال كلها على الإباحة ( في دار الاسلام كالخشب والقصب والحشيش والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة ) بالفتحات وهو الطين الأحمر ، ويجوز تسكين عينها ، والعامة يقولون بضم الميم وسكون العين والنون والواو [1] لا بالهمزة ، وهي معروفة .

( والأصل فيه ) أي في عدم القطع في الناقة وما يوجد مباحاً في دار الاسلام (حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت لم تكن يد السارق تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه . وزاد في مسنده ولم يقطع في أي من ثمن مجن أو ترس ، انتهى . ورواه مرسلاً أيضاً . ( أي الحقير ) تفسير من المصنف «رح» وليس من الحديث.

---

( ١ ) هكذا الكلام في الأصل وفيه خطأ واضح ربما هو من الناسخ ، اه مصححه .

وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل بصورة غير مرغوب فيـــه حقير تقل الرغبات فيه ولهذا

---

( وما يوجد جنسه ) أي الذي يوجد جنسه، وهو في محل الرفع على الابتداء، وخبره قوله حقيراً ، أي ما يوجد جنسه حال كونه ( مباحاً في الأصل بصورة ) احترز بـه عن الأبواب والأواني المتخذة من الجث والحصر البغدادية ، فإن فيها القطع لتغيرها بتباعــد الصورة الأصلية بالصفة المتفق عنه ( غير مرغوب فيه ) غير منصوب على أنـه صفة لقوله مباحاً ، واحترز به عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيها ، فانتفت الحقــارة عنها ، وكذلك اللؤلؤ وسائر الجواهر . (حقير) قد ذكرنا أنه خبر المبتدأ ( تقل الرغبات فيه ) جملة استئنافية ولا تطنبوا به ، أي لا تبخلوا به،والطنابة بالشيء البخل به ، ويجوز فتح الطاء وكسرها فيه فقل ما يوجد أخذه على كره من المالك وكتابه ، فلما وطالما موصولة نقله الطرزي عن ابن الحر ، ولكن ابن درستويه لم يجز أن يوصل شيء من الأفعال بمـا سوى نعم وبئس ، هذا إذا كانت كافة ، وإذا كانت مصدرية فليس إلا الفصل .

قوله على كــره بالفتح والضم لغتان ، يعني كالضعف والضعف . وحاصل المعنى أي قليل الخاف المستقنة بالمالك إذا أخذ مايؤخذ أخذ جنسه مباحاً في الأصل لصورته غير مرغوب فيه ، لأن النصة بالأشياء الحقيرة من غاية دناء الهمة وخسة النفس ، كما إذا كان كذلك فلا حاجة إلى الشرع أخبر فأخذها حقيقة لوجود الرضى من المالك غالباً .

فإن قيل ما فائدة هذه التأكيدات ويكتفي بقوله غير مرغوب فيها . أجيب بأن مثل هذه التأكيدات جاءت في كتاب الله تعالى،مع أنه متعال عن الشهرة والغلط ، كما في قوله تعالى ﴿ فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن ﴾ ٢٢٢ البقرة ، فأولى أن يجيء في كلام الزاهدي هو مظنة السهو ، ولإزاحة ما يوهم السامع من وقوع السهو ، كذا في النهاية وقال الكاكي ويمكن أن يقال في هذه التأكيدات إشارة إلى نفي أوصاف يوجب عـدم القطع في الذهب والفضة ، فإن كل وصف من هذه الأوصاف يوجب عدم القطع ، فصارت كلها منفية في الذهب والفضة .

( ولهذا ) أي ولأجل عدم الحاجة إلى الزاجر في سرقة ما يوجب جنسه مباحــاً في

لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ، ولأن الحرز فيها ناقص . ألا ترى أن الخشب تلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للإحراز . والطير يطير ، والصيد يفر .

---

الأصل ( لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ) لاشتراكهما في المعنى الموجب لنفي القطع ( ولأن الحرز فيها ) أي في الأشياء المذكورة وهي الخشب والقصب إلى آخر ما ذكره ( ناقص ) وأوضح نقصان الحرز فيها بقوله ( ألا ترى ) بقوله (أن الخشب تلقى على الأبواب ، وإنما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز ) أما السياج والأبنوس فإنه يقطع فيهما، لأن العادة جارية بإحرازهما ، وكذلك يقطع في الخشب المعمول ، لأنه وجدت فيه صفة هي نزلى قيمة على قيمة الأصل .

وعن أبي يوسف في نوادر هشام أنه قال أنا أقطع من كل شيء سرق إلا في الشراب والسرقين . قال في شرح الأقطع ، وهو قول الشافعي . وزعم أصحابه في الماء والتراب وجهين . وروي عن أبي يوسف في الهاروني قال أقطع من كل شيء إلا في الخشب . في الاملاء قال أبو يوسف أقطع في كل شيء إلا في الماء والتراب والطين والجص والعارف والنبيذ ، ومن جملة الأشياء التي ذكرها المصنف التي لا قطع فيها الزرنيخ . قال الأترازي ينبغي أن يجب القطع في الزرنيخ،لأنه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائرالأموال.

قلت على ما ذكره ينبغي أن يقطع في المدة ، لأنها تحرز عند العطارين وتباع بالأرطال . وقال الشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور يتعلق القطع بسرقة كل مال يبلغ قيمته نصاباً إلا التراب والسرقين . وروى هشام عن محمد إذا سرق الذهب أو الفضة أو اللؤلؤ والجوهر على الصورة التي يوجد مباحة ، وهو المختلط بالحجر والتراب لا يقطع في ظاهر المذهب ، لا يقطع لأنه ليس سرقة حقاً . وكل من يتمكن من أخذه لا يتركه ويتم إحرازه عادة .

( والطير يطير والصيد يفر ) وهو معطوف على قوله الخشب تلقى على الأبواب . وأراد به الطير المذكور في أول الباب وكذلك الصيد ، فإذا كان الأمر فيهما كما ذكر تقل الرغبة فيهما ، فلا يشرع الزاجر في مثلها .

وكـــذا الشركة العامة التي كانت فيه ، وهو على تلك الصفة تورث الشبهة ، والحد يندرىء بهـــا . ويدخل في السمك المالح والطري. وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا . ولإطلاق قوله عليـــه السلام لا قطع في الطير .

---

( وكذلك الشركة العامة التي كانت فيه ) أي في الصيد ، يعني مباح للعامـــة ، لقوله ﷺ الصيد لمن أخذ، فكان كمال بيت المال والمغانة والحشو والحبث فلا قطع فيهـــا ، كـــذا أقره الكاكي وقـــال ( إلا الشركة العامة التي كانت فيه ) أي فيما يوجد جنسه مباحاً ( وهو على تلك الصفة ) أي والحال أنه على تلك الصفة التي كان عليهـــا ، وهي مشتركة يحترز فيها على الأبواب والأواني المتخذة والخشب كما ذكره ( تورث الشبهة )خبر قوله وهو على تلك الصفة ، أي تورث شبهة الإباحة ( والحدود تندرىء بها) أي بالشبهة.

( ويدخل في السمك المالح والطري ) أي يدخل في إطلاق القدوري لفظ : سمك طرية ويابسة وهو المالح والمقدد، نص على ذلك الكرخي. وقال ابن زاهد يقال سمـــك ملح وملح،ولا تلتفتن إلى قوله –الزاجر يطعم المالح والطري– فإنه مولد لا يؤخذبقوله.

( وفي الدجاج ) أي ويدخل في إطلاق القدوري لفظ الطير والدجاج ( والبـــط والحمام لما ذكرنا ) أشار بـــه إلى قوله والطير يطير ، والصيد يفر ، يعني الطيران والفرار دليل على نقصان الحرز ، فلم يقطع لهذا . قال في الجامع الصغير رجل سرق طيراًيساوي عشرة دراهم لا يقطع ، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايـــخ فيه ، قال بعضهم أراد به الطائر الذي يكون طيراً سوى الدجاج والبط ، فيجب فيهما القطع ، لأنه بمعنى الأهلي . وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور ، وهذا القول أصح . وذكر في كتاب [1] ولو سرق شيئاً من الدجاج أو البط أو الحمام لايجب القطع.

( ولاطلاق قوله ﷺ لا قطع في الطير ) هذا غريب مرفوعاً ، ورواه ابن أبـــي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق موقوفاً على عثمان ، فإنه قال لا قطع في الطير . وأخرج

---

(١) لم يذكر في الأصل اسم الكتاب ، اهـ مصححه .

وعن أبي يوسف « رح » أنــــه يجب القطع في كل شيء الا الطين والـتراب والسرقين ، وهو قول الشافعي ، والحجة عليه ما ذكرنا .

قال ولا قطع فيما يتسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة ، لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ،

---

البيهقي عن أبي ذر انه المرسلة ، قال ليس على سارق الحمام قطع . قال البريقي أراد الحمام في غير حرز ، وقال الشيخ علاء الدين التركماني ظنه الحمام بالتخفيف وإنمـــا هو الحمام بالتشديد ، ويعرب عليه ابن أبي شيبة في مصنفه باب الرجل يدخل الحمام فيسرق ، حدثنا يزيد بن الحباب أخبرني معاوية بن صالح حدثني أبو زياد عن علي عن جرين عن أبي الدرداء أنه سئل عن سارق الحمام ، فقال لا قطع عليه .

( وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين ، وهــو قول الشافعي ، والحجة عليها ما ذكرناه ) أي على أبي يوسف والشافعي مــا ذكرناه عن حديث عائشة رضي الله عنها .

( قال ) أي القدوري ( ولا قطع فيما يسارع إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكـــه الرطبة ) وعن أبي يوسف أن عليه القطع ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، والفواكــه الرطبة كالبطيخ والفواكه على الشجر ، والزرع الذي لم يحصد . واحتجوا بما روي في شرح الآثار ان رسول الله ﷺ حدث عن التمر المعلق ، فقال لا قطع فيه إلا ما أواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيها القطع ، وما يبلغ ثمن المجن نفسه غرامة مثله وجلدات نكال .

وحجة أبي حنيفه ومحمد ما ذكره بقوله ( لقوله ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر ) هذا أخرجه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن ابن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان أن غلاماً سرق وولى من حائط فرفـــع إلى مروان قاض بقطعه فقال رافع بن جريـــح قال النبي ﷺ لا قطع في ثمر ولا كثر ، ورواه ابن حبـــان في صحيحه .

قوله ولا كثر بفتح الكاف والثاء المثلثة ، قال أبو عبيد الكثر جـــار النحل في كلام الأنصار وهو الجذب أيضاً . وقال ابن داير أهل العراق يسمون الجمار الجذب .

والكثر الجمار ، وقيل الودي . وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في معناه كاللحم والتمر ، لأنه يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً . وقال الشافعي « رح » يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ، فإذا أواه الجرين أو الجران قطع .

---

وأشار المصنف إلى تفسير أبي عبيد بقوله ( والكثر الجمار ) بضم الجيم وتشديد الميم ، وفي آخره راء . وقال الجوهري الجمار شحم النحل ( وقيل الودي ) بفتح الواو وكسر الدال المهملة وتشديد الياء وهو السيل ، وهو صغار النحل . وقال الأترازي تفسير الجمار بالودى لم يثبت في قوانين اللغة ( وقال عليه السلام لا قطع في الطعام ) هذا غريب بهذا اللفظ وأخرج أبو داود في المراسل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لا قطع إلا في الطعام . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حفص عن أشعث بن عبد الملك وعمر وعن الحسن أن النبي ﷺ أتى برجل سرق طعاماً فلم يقطعه ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن رجل عن الحسن ، فذكره وزاد قال سفيان هو الطعام الذي يفسد بعد من نهاره كالثريد واللحم .

( والمراد به والله أعلم ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه ) أي المراد من الطعام المذكور في الحديث المذكور المهيأ ، أي المجهز للأكل كالخبز واللحم ذكره في الإيضاح ( وما في معناه ) أي عبر ما بمعنى ما يهيأ للاكل ( كاللحم والتمر ) لف ونشر ، لأن قوله كاللحم نظير قوله كالمهيأ للاكل ، وقوله والتمر نظير ما في معناه ( لأنه ) أي لأن السارق ( يقطع في الحنطة والسكر إجماعاً ) لأنها لا يسارع إليها الفساد ، هذا إذا لم يكن العام عام مجاعة وتحطاما إذا كان فلا قطع ، سواء كان مما يسارع إليه الفساد أو لا ، وعن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة وروي عن النبي ﷺ أنه قال لا قطع في مجاعة مضطر .

( وقال الشافعي يقطع فيها ) أي فيما ذكر من اللبن واللحم والفواكة الرطبة والطعام بقوله ( عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ما إذا أواه الجرين أو الجران قطع ) هذا الحديث

قلنا أخرجـــه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع . قال لا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز ، ولا يقطع في الأشربة المطربة

---

غريب ، بهذا اللفظ . وروى مالك في الموطأ قال أبو مصعب أخبرنا مالك عن عبدالله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي أن رسول الله ﷺ قال لا قطـــع في ثمر معلق ولا في مريسة حبل ، فإذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمـــن المجن قوله مريسة حبل ، قال ابن الأثير ليس فيما بالحبل إذا سرق قطع ، لأنه يحرز ، والحريسة [1] فعيلة به بمعنى مفعولة ، أي أن لها من يحرسها ويحفظها .

والمراح بضم الميم الذي فيه براح النعم . والجرين بفتح الجيم هو الذى تسميه أهـــل العراق وأهل الشام الأندر وأهل البصرة الخرجان . وقد يقال له أيضاً بالحجاز المربـد . وقال في المغرب الجرين المربد ، وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف ، وجمعه جرن وجران البعير يقدم عنقه من مذبحة إلى منحرة ، والجمع جرن ، فجاز ان يسمى بـــه الجران متخذاً منه .

( قلنا أخرجه ) أي أخرجه النبي ﷺ ( على وفاق العادة ) لأنهم كانوا لا يصنعون في البحرين إلا اليابس ، فيصرف اللفظ إلى اليابس ، وهو معنى قوله (والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر ، وفيه القطع ) أي وفي اليابس من الثمر في الرواية المشهورة.

( قال ) أي القدوري ( ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد ، لعدم الإحراز ) لأن شرط القطع هتك الحرز ، ولم يوجد الحرز ( ولا يقطع في الأشربة المطربة ) أي المسكرة بلا خلاف ، أما عند الأئمة الثلاثة ، فلأنه كالخمر عندهم ، وعندنا إن كان الشرب حلواً فهو مما يتسارع إليه الفساد ، وإن كان مراً فإن كان خمراً فلا قيمة لهـا . وإن كان غيرها فللعلماء في تقومها خلافاً فلم يكن فيما ورد بـه النص ، لأن ذا مال متقوم بالإجماع ،لأن ولكل أحد تأويل أخذه للإراقة للأمر بالمعروف والنهـــي عن المنكر .

---

( ١ ) وردت قبلاً مريسة ، وهنا حريسة ، اهـ مصححه .

لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، ولأن بعضها ليس بمـــال ، وفي مالية بعضها اختلاف ، فيتحقق شبهة عـدم المالية . قال ولا في الطنبور ، لأنـــه من المعازف ، ولا في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية . وقال الشافعي « رح » يقطع ، لأنـــه مال متقوم ، حتى يجوز بيعه .

---

وصرح الطرب في الإيضاح والتمرتاشي المرأة بالمطربة المسكرة. وفي الصحاح الطرب خفة تصيب الإنسان لشدة حرارته . وقال في الأصول السكر بغلبة سرور فالتصافي معنى السرور ، فاستعير ما للاطراب للاسكار ، وقيد الأشربة بالمسكرة لأنه يقطع في الخل ، لأنه لا تسارع إليه الفساد ، وذكره في الإيضاح .

(لأن السارق يتأول في تناولها الإراقة ، لأن بعضها ليس بمال ) كالخمر ( وفي مالية بعضها اختلاف ) كالمنصف والبازق ، وأما الذرة والشعير فإن كل مسكر حرام عند الشافعي كالخمر ، ولا مالية له ( فيتحقق شبهة عدم المالية ) لأن الإختلاف في إباحته يورث شبهة في عدم المالية . وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في باب الأشربة ما يتخذ عن الحنطة والشعير والعدس والذرة حلال في قول أبي حنيفة ، حتى أن الحد لا يجب فيه وإن سكر في قوله . وروي عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالمسكر . وقال في سرقة الأصل لا يقطع في الخل ، لأن الخل قد صار خمراً قوة . وفي نوادر ابي يوسف بروايـــة علي بن الجعد لا قطع في الأشربة والجلاب .

( ولا في الطنبور ) أي ولا قطع في الطنبور وما أشبهه من الملاهي بلا خلاف للأئمة (لأنه من المعازف ) أي لأن الطنبور من المعازف ، وهو جمع معزف ، وهو آلة اللهو . وفي الجمهورة العازف الملاهي. وقال قوم من أهل اللغة هو إسم يجمع العود والطنبور وأشباههما . وقال آخرون بل المعازف التي استخرجها أهل اليمن ( ولا في سرقـة المصحف ) أي ولا قطع أيضاً في سرقة المصحف (وإن كان عليه حلية) كلمة إن واصلة بما قبله .

( وقال الشافعي يقطع لأنه ) أي لأن المصحف ( مال متقوم لأنه يباع ويشترى) وهو

وعن أبي يوسف « رح » مثله . وعنه أنـــه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً لأنها ليست من المصحف ، فيعتبر بانفرادها . ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخـــذه القراءة والنظر فيه . ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد والأوراق والحليـــة ؛ وإنمـــا هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر ، وقيمة الآنية تربو على النصاب

---

وهومعنى قوله حتى يجوز بيعه ( وعن أبي يوسف مثله ) أي وروي عن أبي يوسف مثل قول الشافعي ( وعنه أيضاً ) أي وروي عن أبي يوسف أيضاً (أنه يقطع إذا بلغت الحليـــة نصاباً ) أي عشرة دراهم ( لأنها ) أي لأن الحلية (ليست من المصحف،فيعتبر بانفرادها) أي وحدها بدون المصحف .

( وجه الظاهر ) الرواية وهو عدم القطع ( أن الأخذ ) أي أخذ المصحف ( يتأول في أخذه القراءة والنظر فيه ) وبه قال أحمد في رواية أن أخذه بتأويـل القراءة والنظر فيه لإزاحة اشكال وقع القطع ولا يجب الشبهة .

( ولأنه ) أي ولأن المصحف ( لا مالية له على اعتبار المكتوب )لأن معنى الماليـــة فيه تبع لا مقصود ( وإحرازه ) أي إحـــراز المصحف ( لأجله ) أي ولأجل المكتوب ( لا للجلد والأوراق ) إذ ليس إحرازه لأجل الجلد والأوراق ( والحلية ) أي ولا الحلية (وإنما هي) أي الجلد والاوراق والحلية ( توابع ) للمكتوب ( ولا معتبر بالتوابع كمن سرق آنية فيها خمر ، وقيمة الآنية تربو ، أي تزيد على النصاب ) أي على عشرة داهم ، لأن المقصود ما فيها الآنية ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وهو رواة المختلف على المختلف ، وكذا لو سرق ثوباً خلقاً لا يساوى نصاب السرقة ، فوجد فيه عشرة دراهم ، ولم يعلم السارق بها لا قطع عليه ، لأن ماهو المقصود ليس بنصاب وإن علم قطع . وعن أبي يوسف يقطع في الحالين .

فإن قلت يجب القطع في الاوراق قبل الكتابة ، فبعدها أولى ، لانها زادت بهـــا .

ولا يقطع في أبواب المسجد الحرام لعدم الإحراز ، فصار كباب الدار بل أولى ، لأنه يحرز بباب الدار ما فيهـــا ، ولا يحرز بباب المسجد ما فيه ، حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه . قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج

---

قلت الفرق بين الحالين ظاهر ، لان الاوراق هو المقصود قبل الكتابة وبعدهـــا صارت تابعة لما فيها ، وما فيها ليس بمال كالقلادة يجب فيها القطع ، فإذا سرق كلباً عليه القلادة لا يقطع ، لانها صارت تبعاً الكلب .

( ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الاحراز ، فصار كبــاب الدار ) أى فصار حكم سارق باب المسجد في عدم القطع كحكم سارق باب الدار بل أولى أى ( بل هو أولى ) من سارق باب المسجد ( لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ) أى ما في الدار ( ولا يحــرز بباب المسجد ما فيه ) أى مافي المسجد ( حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه) أى متاع المسجد. وقال الكاكى قوله فصار كباب الدار والمختلف على المختلف بل الأوجــه تعليل الثاني ، وهو أنه لا ملك له في باب المسجد . والتعليل العــام عندنا أن الأبواب لا تكون محرزة عادة ، لأنه يحرز به ، فلا يكون هو محرزاً عادة .

وقال الشافعي وابن القاسم والمالكي وأبو ثور وابن المنذر يقطع سارق باب المسجد ، لانه سرق نصاباً محرزاً بحرز مثله ، وكذا سارق باب الدار ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية كقولنا لعدم الإحراز . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير فإن أعاد هذا الفعل ، أى سرقة أبواب المسجد حد ، فيجب أن يعزر ويبالغ فيــــه ويحبس حتى يتوب ، ولا يقطع في أستار الكعبة ، وبه قال أحمد . وعند الشافعي وأحمد هو الاصح ، لانه لا يقطع ، لانه ليس له ملك معين ، فأشبه مال بيت المال ، كذا في شرح الوجيز .

( قال ) أى القدوري ( ولا الصليب ) أى ولا يقطع في سرقة (الصليب من الذهب) وكذا من الفضة والصليب عود مثلث معبدة النصارى ، ويعمل من فضة وذهب وسائــر المعدنيات ( ولا الشطرنج ) أى ولا يقطع أيضاً في سرقـــة الشطرنج بكسر الشين على

ولا النرد ، لأنه يتأول من أخذها الكسر نهياً عن المنكر ، بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال ، لأنه ما أعد للعبادة فلا يثبت شبهة إباحته بالكسر . وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز ، وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ، ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي ، لأن الحر ليس بمال ، وما عليه من الحلي تبع له

---

وزن لوطنت (ولا النرد) أي ولا يقطع أيضاً في سرقة النرد بفتح النون والراء وبالدال المهملة ، وهو إسم أعجمي معرف بين القامرين ولا قطع فيه عندنا . ولو كان من ذهب ، وبه قال أحمد والشافعي يقطع ، وبه قال أبو الخطاب من أصحاب أحمد .

( لانه ) أي لان السارق ( يتأول من أخذها ) أي من أخذه هذه الاشياء(الكسر) يعني يقول أخذتها لا كسر ( نهياً عن المنكر ) أي لاجل النهي عن المنكر ( بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال ) أي الصورة ( لانه) أي لان مثل هذا ( ما أعد للعادة ) ولا للهو فيجب القطع ( فلا يثبت شبهة إباحة الكسر ) يعني التأويل فيه بأنه أخذه للكسر لا يفيد ، ولا يرد القطع .

( وعن أبي يوسف أنه ) أي إن كان السارق ( إن كان الصليب في المصلى ) أى في مصلاهم ، أى في موضع صلاة النصارى ، وبه صرح في المحيط ( لا يقطع لعدم الحرز ) لانه يثبت مأذون في دخوله ( وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ) قال الاترازى وإن كان في يد رجل منهم محرزاً عنده قطع له .

( ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي ) أى ثياب نفيسة ( لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ) وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور والثورى وابن المنذر وقال الحسن ومالك والشعبي يقطع بسرقة الحر الصغير ، لانه غير مميز ، فأشبه العبد ، وهو قول أبي يوسف إذا كان عليه حلي قدر نصاب ، على ما يأتي .

ولأنه يتأول في أخـــذه الصبي إسكاته أو حمله إلى مرضعته . وقال أبو يوسف يقطـع إذا كان عليه حلي هو نصاب ، لأنـــه يجب القطع بسرقته وحده ، فكذا مع غيره . وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذاً أو ثريد ، والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير ، لأنه غصب أو خداع ، ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققها بحدها ،

---

( ولأنه ) ولان السارق ( يتناول في أخذه الصبي إسكاته ) بأن رآه وهـــو سكتى ( لو حمله إلى مرضعته ) ليلا يضيع .

( وقال أبو يوسف فيقطع إذا كان عليه حلى هو نصاب، لانه يجب القطع بسرقتـــه وحده ) أي بسرقة الحلي الذي هو نصاب، والحلى بفتح الحاء وكسر اللام على وزن ظبي، وهل كل ماليس من ذهب أو فضة أو جوهر رجعه حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديـد الياء . ويجوز كسر الحاء أيضاً وجمع الحلية عليه بكسر الحاء وبالقصر ، وروى ضم الحاء أيضاًوليس بقياس ( فكذا مع غيره ) أي فكذا يقطع إذا كان الحلي مع غيره وهو الصبي.

( وعلى هذا ) أي وعلى هذا الخلاف ( إذا سرق إناء من فضة أو ذهب فيـه نبيذ ) أي خمر ( أو ثريد ) بالثاء المثلثة ، فعند أبي يوسف يقطع إذا بلغ نصاباً ، وبـه قال الشافعي ومالك وأحمد . وعند أبي حنيفة ومحمد لا يقطع ، لأن الإناء تبع المظروف وهو المقصود بالأخذ ، فإذا لم يجب القطع فيما هو الأصل أحل الأقل ، فكيف يجب فيما هو التبع .

( والخلاف ) المذكور في صبي لا يمشي ولا يتكلم ( كيلا يكون ) أي الصبي (في يـد نفسه ) حتى لو كان يتكلم ويمشي ويعبر لا يقطع سارقه إجماعاً،لأنه في يد نفسه ، ويكون يداً على نفسه وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعاً ، كذا في المحيط .

( ولا قطع في سرقة العبد الكبير ، لأنه غصب أو خداع ) أي بطريق المخادعـة بأن قال له اعمل معك كذا وكذا فانخدع كذلك ( ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحققهـا ) أي لتحقق السرقة ( بحدها ) أي بحد السرقة . وقال ابن المنذر أجمع على هذا أهل العلم إذا

إلا إذا كان يعبر عن نفسه ، لأنه هو البالـغ سواء في اعتبار يده .

وقال أبو يوسف « رح » لا يقطـع وإن كان صغيراً لا يعقـل ولا يتكلم استحساناً ، لأنـــه آدمي من وجـــه ومال من وجه .

ولهما أنه مال مطلق لكونه منتفعاً به أو بعوض أن يصير منتفعاً به ، إلا أنـــه انضم إليه معنى الآدمية ، ولا قطع في الدفاتر كلها ، لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال

---

لم يعبر عن نفسه ولا يميز لا قطع فيها بالإجماع إلا أن يكون نائماً أو مجنوناً أو أعجميـــاً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعـــة ، فحينئذ قطع . وللشافعي في أم الولد النائمة وجهان ، وعنده لا قطع في الآدمي الذي يفعل ، سواء كان نائماً أو مجنوناً أو أعجميـــاً وإن كان يقظان ولا يأخذه إلا متعالياً أو مخادعاً ، وذا ليس بسرقة ( إلا إذا كان ) أي الصغير ( يعبر عن نفسه ، لأنه هو والبالغ فيه سواء في اعتبار يده ) على دافعه .

( وقال أبو يوسف لا يقطع إذا كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم إستحساناً لأنه آدمي من وجه ومال من وجه ) فكونه آدمياً ظاهراً ، وكونه مال من وجه من حيث أنـــه يباع ويشترى ويوهب فأورث شبهة دارئة للحد .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه ) أي أن العبد الصغير ( مال مطلق ) من حيث أنه لا يقظان فيه ( لكونه منتفعاً به ) في الحال ( أو بعوض يصير منتفعاً به ) في المستقبل إن كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال ، والعرض بمعني العارض ، يقـال عرض له عرض أي أصابه عارض من مرض أو نحو ذلك ( إلا أنه انضم إليه معنى الآدمية ) أي غـير ذلك أنه ، أي أن العبد الصغير مال ( لكن انضم إليه ) إلى كونه مالاً معنى الآدميـــة ، فلم يوجب ذلك نقصاً في المالية ، فلم يورث شبهة ( ولا يقطع في الدفاتر كلها ) أراد بالدفـاتر الصحائف ، وهو جمع دفتر ، قاله الأترازي . وقال الأكمل بعني سواء كان فيها علم الشريعة أو الأدب أو الشعر .

( لأن المقصود ما فيها ، وذلك ما ليس بمال ) أما كتب الفقـــه والحديث والتفسير

إلا في دفاتر الحساب ، لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ ، فكان المقصود هو الكواغد . قال ولا في سرقة كلب ولا فهد ، لأن من جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ، ولأن الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة

---

فكالمصحف وقد بينا وجهه . وأما كتب الشر والأدب فاختلف المشايخ فيها فقيل يلحقه بدفاتر الحساب . وقيل يلحقه بالفقه والتفسير والحديث ، لأن معرفتها قد يتوقف على اللغة والحاجة .

وإن قلت كيف لا يرد الشبهة الإباحة ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ، وعندالشافعي ومالك وأحمد يقطع في الدفاتر كلها سواء كان فيها علوم الشريعة أو غيرها .

( إلا في دفاتر الحساب ) وهي دفاتر أهل الديوان حيث يقطع فيها إذا بلغ نصاباً ( لأن ما فيها ) أي في دفاتر الحساب (لا تقصد بالأخذ) إذ لا يتعلق به إلا مصلحة شخص معين ( فكان المقصود هو الكواغد ) وهي الاوراق ، فيجب القطع لانها مال .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( ولا في سرقة كلب ولا فهد ) أي ولا قطع في سرقتها ولا خلاف فيه إلا لاشهب المالكي ، فإنه قال ذلك في المنهي عن اتخاذه ، فأما المأذون في اتخاذه فكلب الصيد والماشية فيقطع سارقه ( لان من جنسها ) كان ينبغي أن يقال من جنسها بضمير التثنية وهو الاصح ( ما يوجد مباح الاصل ) أراد أن جنس ذلك يؤخذ مباحاً ما فيها دار الإسلام ولا قطع في الناقة ( غير مرغوب فيه ) منصب على الحال . والدليل على أنه غير مرغوب فيه أن من يجده يتركه وإن كان قادراً على أخذه . قلت هذا يمشي في الكلب غير المعلم ، أما في الكلب المعلم والفهد فلا يمشي فلينظر فيه .

( ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب ) فعند الشافعي وأحمد ومالك في رواية داود لا مالية في الكلب ، ولهذا حرموا ثمنه ، لان معه باطل ، وعند عطاء وابراهيم النخعي وابي حنيفة وصاحبيه يجوز بيع الكلاب التي ينتفع بها ويباح أثمانها ، فهذا يدل على أن فيها المالية ، فإذا كان كذلك ( فأورث ) اختلاف العلماء ( شبهة ) وهي دارئة .

ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار ، لان عندهما لا قيمة لهما . وعند أبي حنيفة « رح » أخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الإسلام

---

( ولا قطع في دف ) بفتح الدال ، وفتحها [1] كذا قال ابن دريد وهو نوعان، مربع ومدور ( ولا طبل ) في طبل الغزاة اختلف المشايخ ، والأصح أنه لا يقطع (ولا بربط) بباءين مفتوحتين وبينهما راء شبيه العود فارسي معرب ، وأصله - بربت - لان التضارب به يضعه على صدره إسم الصدر - بر - قاله ابن الاثير ( ولا مزمار ) بكسر الميم وهو الآلة التي يزمر بفمها أي يغني . قال ابن الاثير والقصبة التي يزمر بها زمارة وهي الزمار والمزمور سواء ، وهذا بالاختلاف بين أصحابنا ( لأن عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( لا قيمة لهما ) أي لهذه الأشياء المذكورة ، فلا يكون فيها القطع .

( وعند أبي حنيفة أخذها يتأول الكسر فيها ) فلا يقطع ، ولكن يجب الضمان عنده لغير اللهو ( ويقطع في الساج ) بسين مهملة وجيم في آخره، وهو نوع من الشجر معروف يعظم جداً ، وأصله سوج بفتحتين ، يقال ساج سوجة، أي مخروطة متجوفة الجوانب الاربعة تحمل من بلاد الهند إلى سائر البلاد ، لانه لا ينبت إلا بها ( والقنا ) جمع قناة وهي خشبة الرمح لانها متعلقة من الواو [2] ( والأبنوس ) بفتح البـاء معربَ ، وهو معروف . وعن محمد إذا عمل بالأبنوس شيئاً قطع به ، ولا قطع في الساج إلا إذا عمل به شيئاً ( والصندل ) وهو خشب آجر أصفر طيب الرائحة .

(لانها ) أي لان هذه الاشياء الاربعة ( أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ، ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الإسلام ) ولا يؤخذ مباحة إلا في دار الحرب، فلا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع .

---

(١) هكذا في الاصل ، وربما أراد وضمها ، اه مصححه .

(٢) هكذا الكلام في الاصل ، وهو غير مضطرد ، اه مصححه .

قال ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد، لأنها من أعز الأموال وأنفسها ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها، فصارت كالذهب والفضة. وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها، لأنه بالصنعة التحق بالأموال النفيسة، ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير، لأن الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز، وفي الحصر البغدادية، قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصبغة على الأصل، وإنما يجب القطع في غير المركب،

---

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ويقطع في الفصوص الخضر ) وهي تعمل من الفيروزج والزمرد ( والياقوت ) وهو من أعز الاحجار، وهو أحمر وأصفر وأخضر وأغرها الاحمر ( والزبرجد ) قال الجوهري الزبرجد جوهر معروف، وليس فيه معرفة. قلت هو حجر أخضر تفاق الياقوت الاخضر، وليس لقوته ولا فعله، وليس منه منفعة الاحسن منظر ( لان هذه الاشياء من أحسن الاموال وأنفسها، ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الإسلام غير موغوب فيها، فصار كالذهب والفضة ) .

( وإذا اتخذ من الخشب ) أي من الخشب الذي لا قطع فيه ( أواني ) جمع آنية ( وأبواب ) بالرفع أى فاتخذ أبواب ( قطع فيها، لانها بالصنعة التحق بالاموال النفيسة ) لان الصنعة الغالبة خرجته من حكم أصله، فصار المال لمعنيين .

( ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير ) والتواري ( لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس ) أي على أصله ( حتى يبسط في غير الحرز ) فلا يخرج من كونها تافهاً .

( وفي الحصر البغدادية قالوا ) أي المشايخ ( يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الأصل ) وكذلك الحصر المصرية، والحصر العباد العبد كذلك. وعند الثلاثة يقطع في المعمولة وغير المعمولة ( وإنما يجب القطع في غير المركب ) يعني في الأبواب، لأنها تحرز. وأما المركب

وإنما يجب إذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حمله ، لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس ، لأنه يجاهر بفعله ، كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

---

على الجدار لا قطع فيه عندنا . وفي المبسوط سرق باب دار أو مسجد لا يقطع ، لأنه ظاهر غير محرز . وعند الثلاثة يقطع في باب الدار ( وإنما يجب ) أي القطع في باب الغير المركب ( وإذا كان خفيفاً لا يثقل على الواحد حملة ، لأن الثقيل منه لا يرغب في سرقته ) وقال الأترازي في هذا نظر ، لأن عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا يورث نقصاناً في المالية ولا في الحرز ، فاذا حصلت سرقة مال يتيم من حرز كامل فيجب القطع ، ولهذا يفرق الحاكم بين الثقيل والخفيف ، بل أطلق الرواية ، ولذلك أطلقوا الرواية في شرح الجامع الصغير وشروحه ، وكذا القدوري أطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي وكذا أطلق في الشامل في قسم المبسوط .

( ولا قطع على خائن ولا خائنة ) قال الإمام بدر الدين الكردي « رح » الخائن من يخون فيما في يده من الأمانة كالمودع والخائنة للمؤنث ( لقصور في الحرز ) فكان شبهة في سقوط القطع (ولا منتهب) أي ولا قطع أيضا على منتهب ، وهو إسم فاعل من الإنتهاب ، وهو أن يأخذ على وجه العلانية ، فهذا من بلدة أي قرية ( ولا مختلس ) أى ولا قطع أيضاً على مختلس ، وهو إسم فاعل من الإختلاس ، وهو الإختلاف وهو أن يأخذ وهو قريب الشيء بسرعة الأكم الحلسة . وقال الأكمل الإختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة وجهراً وهو قريب من قول المنصف ( لأنه مجاهر بفعله ) ولا قطع في هذه الأشياء بإجماع العلماء وفقهاء الأمصار لعدم صدق السرقة عليها .

( كيف يجب وقد قال النبي ﷺ لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة عن ابن جريح عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ،

ولا قطع على النبّاش وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وقال أبو يوسف والشافعي « رح » عليـــه القطع ، لقوله عليه السلام من نبس قطعناه ، ولأنه مال متقوم

---

ورواه الطبراني في الأوسط من حديث الزهري عن ابن أبي مالك بنحوه مرفوعاً .

( ولا قطع على النباش ) هو الذي ينبش القبور ويأخذ كفن الميت ( وهذا ) أي عدم القطع على النباش ( عند أبي حنيفة ومحمد ) وبـــه قال الثوري والاوزاعي والزهري ومكحول ، وهو مذهب ابن عباس رضي الله تعالى عنه .

( وقال أبو يوسف والشافعي عليه القطع ) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ، وهـــو مذهب الحسن والشعبي والنخعي وداود وحماد وعمر بن عبد العزيز . وفي المبسوط وهـــو مذهب عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم . وقال مالك في الموطأ وإذا بلغ مـــا أخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع . وقال أحمد إذا خرج من القبر كفناً قيمته ثلاثة دراهم قطع . وقال الكاكي ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشروعاً ، فإذا كان أكثر من كفن السنة أو ترك في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيب مجموع أو ذهب أو فضة أو جوهر لم يقطع بأخذ شيء من ذلك ليس بكفن مشروع فالترك فيه تضييع وسفه ، فـــلا يكون محرزاً فلا يقطع سارقه .

وفي الوجيز لا قطع على نباش في تربة ضايعة ويقطع إذا سرق من قبر محرز محروس ، وفي مقابل البلاد وجهان . وفي الزيادة على العدد الشرعي الكفن للوارث فهو الخضير [1] في السرقة . وإن كفنه أجنبي فالطلب للاجنبي ، وبه قال أحمد في وجه . وقال في وجه لا يفتقر إلى الطلب .

( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من نبش قطعناه ) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناد فيه من يجهل حاله عن البراء بن عازب مرفوعاً . وقال في الكاكـــي أول الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، ومن نبش قطعناه ( ولأنه مال متقوم )

---

(١) هكذا الكلام في الاصل .

محرز بحرز مثله فيقطع فيه . ولهما قوله عليه السلام لا قطـــع على المختفي وهو النباش بلغة أهـــل المدينة ، ولأن الشبهة تمكنت في الملك ، لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجـــار ، لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود ، وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ،

---

لان الكفن ثوب متقوم وباللباس الميت لا تحصل صنعة المالية فيـه ( محرز ) مثله ، كما أن الاصطبل للدواب ، لانه يعتبر حرز كل شيء ( بحرز مثله ) وهو يحفظ فيه عادة ، فيكون القبر حرز الكفن ( فيقطع فيه ) لانه حرزه . ألا ترى أن الصندوق حـرز للدرة ، حتى لو سرق درة من اصطبل لا يقطع . وحرز الدابة الاصطبل ، وحرز الشاة الحظيرة ، حتى لو سرق من الحظيرة الثياب النفيسة لا يقطع .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد قال ( في قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ (لا قطع على المختفي ) هذا حديث غريب لا أصل له . وعن ابن عباس ليس على النباس قطـــع ، رواه ابن أبي شيبة ( وهو النباش بلغة أهل المدينة ) قال في ديوان الادب اختفاه ، أي أخرجه . وقال في المجمل والنباش مختف ، لانه مستخرج للاكفان .

( ولأن الشبهة تمكنت في الملك ) يعني في كون الكفن ملكاً (لأنـــه لا ملك للميت حقيقة ) وهو ظاهر ( ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلط في المقصود وهو الانزجار ، لأن الجناية في نفسها نادرة الوجود ) لأن الطباع السليمة تنفر عنـــه ، والكفن شيء يهيز لا تميل إليه الطباع المستقيمة .

( وما رواه ) أي الشافعي «رح» ( مرفوع ) إلى النبي ﷺ ، وقد ذكرنا أن الحديث الذي استدل به أبو حنيفة ومحمد غريب ليس له أصل . وما استدل به أبو يوسف والشافعي أقوب ( أو هو محمول على السياسة ) هذا جواب بطريق التسليم ، والإمام ذلك إذا أعاد به عليه أون الحديث من غرق غرقناه ، ومن حرق حرقناه ، والمراد منه السياسة ، لأنـــه أضاف إلى نفسه . ولو كان بطريق القصاص لما أضافه إلى نفسه ، بل أضافه إلى الولي .

وإن كان القبر في بيت مقفل فهو على هذا الخلاف في الصحيح لما قلنا. وكذا إذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه. ولا يقطع السارق[1] من بيت المال، لأنه مال العامة.

---

( وإن كان القبر في بيت مقفل ) قال الكاكي بسكون القاف، يقال أقفل الباب، وقفل الأبواب مثل أغلق وغلق، ذكره في الصحاح. حاصله أنه يقال أقفل البـاب من الإقفال إذا ذكر مفرداً وقفل الأبواب بتشديد القاف (٢) من التفضيل إذا ذكر الأبواب كما يقال أغلقت الباب، وغلقت الأبواب ( فهو على هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور، يعني لا يقطع عندهما خلافاً لأبي يوسف ( في الصحيح ) احترز به عما يقال بعض المشايخ أنـه يقطع، وقال السرخسي في مبسوطه والأصح عندي أنه لا يقطع.

( وكذا ) أي من الخلاف المذكور ( إذا سرق من تابوت في القافلة وفيـه الميت ) لا يقطع عندهما بلا خلاف لأبي يوسف ( لما بينا ) أي لما بينا من الحديث، وهو قوله عليه السلام لا قطع في المختفي، ومن الدليل المعقول وهو قوله لأنه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث.

( ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي والحكم، وقال مالك وحماد وابن المنذر عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس، فأتي به إلى النبي ﷺ فلم يقطعه. وقال فهاذا سرق، وقيل يقطع لظاهـر الكتاب، ولأنه سرق مالاً محرزاً، ولا حق له فيها قبل الحاجة. ولنا مارواه عـن ابن عباس رضي الله تعالى عنه أن عبداً من رقيق الخمس، فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه، وقال مال الله سرق بعضه بعضاً. وعن عمر رضي الله عنه مثله. وعن ابن مسعود رضي الله عنه فيمن سرق من بيت المال قال أرسله من أحد الأدلة في هذا المال حـق وعن علي رضي الله عنـه مثله.

وتعليل المصنف يؤخذ منه حيث قال ( لأنه ) أي لأن مال بيت المال ( مال العامة )

---

(١) من قوله فهو على هذا الخلاف إلى قوله لا يقطع السارق ساقط من الأصل، اهـ مصححه.

(٢) ربما أراد الفاء، لأن القاف لا تشدد هنا، اهـ مصححه.

وهو منهم . ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا . ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ، والحال والمؤجل فيه سواء استحساناً ، لأن التأجيل لتأخر المطالبة ، وكذا إذا سرق زيادة على حقه ، لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً فيه .

---

أي عامة الناس ( وهو منهم ) أي الذي سرق من العامة ، فيكون له فيه حق فيسقط القطع للشبهة ( ولا من مال ) ولا يقطع من سرق من مال ( للسارق فيه شركة ) لأن الملك من أقوى الشبه ، ولهذا لا يجب حد الزنا بوطء الأمة المشتركة (لما قلنا) أن للسارق فيه حق . قال الكاكي صورته لو سرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالاً مشتركاً بينهما لا يقطع عندنا ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال في قول إذا سرق من بيت الشريك قدر النصاب ، يعني زيادة على حقه ففيه القطع ، وبه قال مالك .

( ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها ) أي مثل دراهمه (لم يقطع ، لأنه استيفاء لحقه ) وبهذا ليس لصاحب المال أن يرد أمر ذلك ( والحال المؤجل فيه ) أي في عدم القطع ( سواء إستحساناً ) لوجود المسح للاخذ ، ويقطع قياساً لانعدام الإطلاق في الأخذ ( لتأخير المطالبة ) في الحال . وعند الشافعي إن لم يكن الغريم مما طلا لا قطع ، وإن كان مماطلا لا يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية .

وقال الشافعي في وجه إذا بلغت الزيادة على حقه نصاباً يقطع ، وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في اختلاف جنسه وجهان ، في وجه يقطع ، وبه قال مالك وأحمد . والأظهر أنه لا يقطع . ولم يذكر القدوري هذه المسألة في مختصره ، وذكرها في شرحه . وذكر القياس والإستحسان . والمصنف لم يذكر وجه القياس . وذكر وجه الإستحسان بقوله لأن التأجيل لتأخير المطالبة ، أي لان التأجيل في الدين لتأخير المطالبة إلى حلول الاجل وهو لا نصر ملك الدين .

( وكذا إذا سرق زيادة على حقه ) أى وكذا لا يقطع عندنا إذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه ( لانه لمقدار حقه يصير شريكاً ) فتتمكن الشبهة .

وإن سرق منه عروضاً قطع ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعاً بالتراضي . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يقطع ، لأن له أن يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهناً . قلنا هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر

---

( وإن سرق منه عروضاً قطع ) يعني إذا أخذ عروضاً مكان الدراهم يقطع ( لانه ليس له ولاية الإستيفاء منه ) أى من الديون الإستيفاء منه (إلا بيعاً بالتراضي ) أى إلا من حيث البيع بالتراضي والبيع مبادلة المال بالمال على وجه التراضي . والفرق بين أخذ جنس حقه وبين أخذ جنسه ظاهر ، وهو جنس التفاوت ، ولهذا إذا سلم إليه المديون له أن يمتنع من ذلك ، بخلاف تسليم الدراهم حيث يجزيء .

( وعن أبى يوسف أنه لا يقطع ، لان له أن يأخذه ) أى لان السارق له أن يأخذ غير جنس حقه ( عند بعض العلماء ) وهو ابن أبى ليلى ، فإن عنده له أن يأخذ خلاف جنس حقه بعض لوجود المجانسة من جنس المالية ، وبه قال الشافعى أيضاً . وإن لم يدع الاخذ لحقه ، فيصير اختلاف العلماء شبهة للسقوط ( قضاء من حقه ) أى من حيث القضاء من حقه ( أو رهناً بحقه ) أى أو يأخذه من حيث أنه الرهن بحقه . وقال في كتاب السرقة فإن قال لما أردت أن آخذ العروض رهناً بحقي أو قبضاً بحقى دريء عنه القطع للمحاشمة وإن كان حقه دراهم فوق دنانير تقطع ، كذا ذكر القدورى في شرحه وقيل تبع للمجانسة بينهما من حيث التسمية على ما يجيء الآن .

وكذا القطع إذا سرق حلياً من فضة وحقه دراهم ، لانه لا يصير قصاص جقه ، بل يصير بيعاً مبتدأ . ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع ، إلا أن يكون المولى وكيلهما بالقبض ، فحينئذ لا يجب القطع . ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع ، لان حق الاخذ لغيره وهو سرق من غريم أبيه الصغير لا يقطع ، والمسائل مذكورة في فتاوى الولوالجي وغيره .

( قلنا هذا ) أراد به قول ابن أبي ليلى ( يستند إلى دليل ظاهر ) إذ القياس أن لا

فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى بـه ، حتى لو أدى ذلك دريء عنه الحد ، لأنه ظن في موضع الخلاف . ولو كان حقـــه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع ، لأنه ليس له حق الأخذ . وقيل لا يقطع لأن النقود جنس واحد . ومن سرق عيناً فقطع فيها فردها ثم عـــاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع ، والقياس أن يقطـع ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » ، وهو قول الشافعي « رح » لقوله عليه السلام فإن عاد فاقطعوه من غير فصل ، ولأن الثانية متكاملة كالأولى بـل

---

يأخذ جنس حقه في الدين الحال ، لان حقه في الوصف ، وهـــذا عين ، لكن تركناه لعلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس بفتحتين التفاوت ، فلا يترك القياس ( فلا يعتبر ) أي قوله ( بدون اتصال الدعوى به ) أي بقوله ( حتى لو ادعى ذلك ) أي أنه أخــذه قضاء لحقه أو رهناً به ( دريء الحد عنه لانه ظن ) أي لان فعله ظن ( في الخلاف ) فـلا ينفك ينقل شبهة ، وإذا كان هو مخطئاً في ذلك التأويل .

وعندنا ( ولو كان حقه دراهم فوق دنانير قيل يقطع ) كذا ذكر القدوري ، لانهـا لا تصير قصاصاً بحقه، فليس له أن يأخذها ، وهو معنى قوله ( لانه ليس له حق الاخذ . وقيل لايقطع لان النقود جنس واحد ) من حيث المشمة .

( ومن سرقه عيناً تقطع فيها فردها )أي فرد العين المسروقة إلى مالكها لم يتغير ( في موضع ثم عاد فسرقها وهي ) أي والحال أن العين المسروقة بحالها (لم يقطع ) أي ثانيـاً ( والقياس أن يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وهـــو قول الشافعي ) وقول أحمد (لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( فإن عاد فاقطعوا ) هذا رواه الدارقطني في سننه عن الواقدي عن ابن أبي ذئب عن خالد بن سلمة أراد عن أبي سلمة عـــن النبي ﷺ إذا سرق السارق فاقطعوا يده ، فإن عاد فقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يـده ، فان عاد فاقطعوا رجله ( من غير فصل ) يعني قاله مطلقاً من غير فصل بين تبدل العين وعدمه .

( ولأن الثانية ) أي السرقة الثانية ( متكاملة كالاولى ) أي كالسرقة الاولى ( بـــل

أقبح لتقدم الزاجر . وصار كما إذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة . ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى . وبالرد إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه ، بخلاف ما ذكر ، لأن الملك قد اختلف باختلاف سببه ، ولأن تكرار الجناية منه

---

أقبح ) من الاولى وأفحش ( لتقدم الزاجر ) فان الإقدام عليها مع سبق الزاجر أشد قبحاً ، فكان أحق بايجاب القطع .

( وصار ) أي هذا ( كما إذا باعه المالك ) أي كما إذا باع المسروق ( من السارق ثم اشتراه منه ، ثم كانت السرقة ) أي ثم وجدت السرقة وكانت تامة .

( ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل ) في حق السارق ( على ما يعرف من بعد إن شاء الله تعالى) أشار به إلى قوله ﷺ لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قبل باب ما يحدث السارق في السرقة قريباً من صفحة ، وبالرد إلى المالك ، هذا جواب عما يقال العصمة وإن سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد إلى المالك ، فأجاب بقوله ( وبالرد ) أي وبرد المعنى المسروقة المؤدية ( إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط) أي سقوط العصمة ( نظراً إلى اتحاد الملك ) احترازاً عما إذا لو تبدل الملك في ذلك، وهو جواب عن قوله كما إذا باعه السارق من المالك إلى آخره ( والمحل ) احترازاً عما إذا تبدل المحل كما في صورة الفرد كما يجيء عن قريب ( وقيام الموجب ) أي موجب سقوط العصمة ( وهو القطع فيه ) وهو احتراز عما كان قبل القطع .

( بخلاف ما ذكر ) يعني بخلاف ما ذكر أبو يوسف من صورة البيع ( لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ) وذلك لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان . وأصله حديث بريرة حيث قال لها النبي ﷺ لك صدقة ولنا هدية ( ولأن تكرار الجناية) عطف على قوله ولنا أن القطع ، وهو دليل آخر تقرير تكرار الجناية منه بالعود إلى سرقة ما

نادر لتحمله مشقة الزاجر ، فيعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تقليل الجناية وصـــار كما إذا قذف المحدود في القذف المقذوف الأول .

قال فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ، لأن العين تبدلت ، ولهذا يملكه الغاصب به ، وهذا هو علامة التبدل في كل محل . وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه ، فوجب القطع ثانياً .

---

قطع فيه ( نادر ) جداً ( لتحمله مشقة معه الزاجر ، فتعرى الإقامة عن المقصود ، وهو تقليل الجناية ) فلا يحتاج إليها .

( وصار ) أي هذا صار ( كما إذا قـــذف المحدود في القذف المقذوف الأول ) بالزنا الأول ، فإنه لا يحد نظراً إلى عراية عن مقصود الإقامة . وذكر الإمام الزعزي هذا إذا قذفه يعني ذكر الزنا ، أما لو نسب إلى غير ذلك الزنا يحد ثانياً .

( قال ) أي القدوري ( فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً فسرقه وقطـــع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع ، لأن العين قد تبدلت ، فتبدلها عن حالها ) صارت في حكم عين أخرى ، فلو سرق أخرى يقطع ثانياً فقطع فيها ثم سرق عيناً أخرى فقطع ثانياً فكذا هنا ( ولهذا يملكه الغاصب به ) أي بالنسج ويقطعه حق المغصوب منه عن المغصوب ( وهذا هو علامة التبدل ) أي ثبوت ملك الغاصب بالنسج دليل تبدل العين ، وإلا لما انقطع حق المالك ( في كل محل ) في الثوب وغيره .

( وإذا تبدل انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه ) بالجر عطفاً على قوله من اتحاد المحل ، يعني لما تبدل المحل بأن كان ثوباً بعد أن كان غزلاً انتفت شبهـــة سقوط العصمة التي نشأت من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل ، فصار في حكم غير أخرى ، فإذا كان كذلك ( فوجب القطع ثانياً ) .

## فصل في الحرز والأخذ منه

ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع . فالأول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز .

---

### ( فصل في الحرز والأخذ منه )

أي هذا فصل في بيان الحرز . والحرز في اللغة الموضع الحريز ، وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء أي يحفظ . وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة والشخص بنفسه ، والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً . قوله ( والأخذ منه ) أي من الحرز . ولما احتاجت السرقة إلى وجود المالية وإلى الحرز عند العامة شرع من الحرز شرط القطع عند عامة أهل العلم . وحكي عن عائشة رضي الله عنها والحسن والنخعي فمن جمع المال ولم يخرج به من الحرز عليه القطع . وعن الحسن مثل قول الجماعة .وحكى داود أنه يعتبر الحرز لإطلاق الآية ، وهذه أقوال شاذة غير ثابتة . وقال ابن المنذر وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم إلا ما ذكرناه فهو كالإجماع والأخبار التي وردت في القطع تخصيص الآية .

( قال ) أي القدوري ( ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع ) أما السرقة من أبويه فلا قطع فيها بالإجماع وقال الأترازي وكيف يقول بالإجماع وقد قال الكاكي وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر والحزني من أصحاب أحمد « رح » يقطع السارق من أبويه لظاهر النص ، وكذلك السرقة من الجد وإن علا ، وكذا إذا سرق الأب من ولده . وأما السرقة من ذي رحم محرم منه كالأخ والأخت والعم والخال فذلك عندنا لا يقطع . وقالت الثلاثة يقطع .

( فالأول وهو الولاد ) أي قرابة الولاد ( للبسوطة في المال ) أي للبسط وهو السعة في اللغة النشر ( وفي الدخول في الحرز ) والحاصل أن المانع من القطع في سرقة الولد من والديه والعكس أيضاً أمران ، أحدهما الإنبساط بينهم في المال ، والآخر الأول بالدخول

والثاني للمعنى الثاني ، ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينـــة الظاهرة منهـــا ، بخلاف الصديقين لأنه عاداه بالسرقة . وفي الثاني خلاف الشافعي «رح» لأنـه ألحقهـا بالقرابة البعيدة ، وقـــد بينـــاه في العتاق .

---

في الحرز ، وهو معنى قوله . وفي الدخول [١] والحرز ، ولهذا يمنع الولاد قبول شهـادة أحدهما للآخر ويستحق النفقة في مال أبويه إذا كان فقيراً . ولو سرق الأب أو الجد وإن علا ، والأم والجدة وإن علت من مال الولد ، وإن سفل لا يقطع خلافاً لأبي ثور وابن المنذر.

والثاني للمعنى ( والثاني ) أي عدم القطع في السرقة من ذي الرحـم المحرم ( للمعنى الثاني ) وهو كونه يدخل في الحرز بدون الاذن ( ولهذا ) أي ولاجل المعنى الثاني (أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها ) أي من المحارم وبعض النسخ فيها وموضع الزينة اليد ، لانها موضع السوار والشعر ، لانه موضع العربول والعضد موضع اليد ملوح ، والصدر موضع القلادة والساق موضع الخلخال .

( بخلاف الصديقين ) متصل بقوله لم يقطع ، وهو جواب عن سوال بأن يقـــال الاذن بالدخول كما وجد في سائر المحارم ، وجد في الصديقين أيضاً ، ومع هذا إذا سرق أحدهما من الآخر فقطع فأجاب بقوله بخلاف الصديقين ( لانه ) أي لان الذي سرق من صديقه ( عاداه بالسرقة ) لانه لما سرق ظهر أنه عدو وعلى هذا تنتفي الصداقة فيقطع .

( وفي الثاني ) يعني في السرقة من ذي رحم محرم ( خلافاً للشافعي «رح» لانه ألحقها) أي لان الشافعي « رح » ألحق قرابة ذي رحم محرم كالاخ والعم والخال (بالقرابة البعيدة) كابن العم ، ولا معنى لإلحاقها بها مع وجود السارق ، لان القرابة البعيدة يجوز فيهـــا المناكحة ، وبخلاف قرابة ذي رحم محرم ( وقـــد بيناه في العتاق ) أي بينا الخلاف في مسألة ملك ذي رحم محرم منه عتق .

---

(١) في – هامش .

وأقرب من ذلك الأخت من الرضاعة ، وهـــذا لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزاً عن موقف التهمـة ، بخلاف النسب. وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو من زوج سيدته لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة . وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيـــه فكذلك الجواب عندنا خلافاً للشافعي « رح »

---

بل يقطع وإن كانت المحرمية موجودة ، وكذلك إذا ثبتت المحرمية بالتقبيل عن شهوة .

(وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا ( الأخت من الرضاعة) يعني أن الأم من الرضاعة أشبه إلى الأخت من الرضاعة في إثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الأخت من الرضاعة موجبة للقطع بالإجماع ، فيجب أن يكون من بيت أمــه من الرضاع كذلك . وجه الأقربية أي إلحاق الرضاع أقرب من إلحاقه بالزنا ( وهــذا ) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لأن الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة) أي بلا انبساط كما ذكرنا ( تحرزاً ) أي احترازاً ( عن موافق التهمة بخلاف النسب ) أي الأم ونحوها . وقال الأترازي وكان هذا وقع جواباً عن قول أبي يوسف أنه يدخل عليـه الأم من الرضاعة بلا استئذان وحشمة ، يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فــلا يقطع ، فقال الرضاع قليلاً شهادة عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعـــدم اشتهار الرضاع احترازاً عن الوقوع في موقف التهمـــة ، بخلاف الأم من النسب ، ولأن النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق .

(وإذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد ) أي لو سرق العبد ( من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته ) أي أو سرق العبد من زوج سيدته ( لم يقطع لوجود الإذن بالدخول عادة ) لأن العبد يدخل في بيوت هؤلاء ولا يمنع فلا يقطع .

( وإن سرق أحد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه ) أي الزوجان لا يسكنان في ذلك الحرز (فكذلك الجواب) أي لا يقطع (عندنا خلافاً للشافعي «رح» )

ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع . ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتباراً للحرز وعدمه ، وإن سرق من أمه من الرضاعة قطع ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يقطع ، لأنه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة ، بخلاف الأخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة ،والمحرمية بدونها لاتحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة،

---

( ومن سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع، ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع ) أي مال ذي رحم محرم ثم علقها بقوله ( اعتباراً للحرز ) أى في المسألة الثانية ( وعدمه ) أي وعدم الحرز في المسألة الاولى .

(ومن سرق من أمه من الرضاعة قطع ) ذكرها أيضا تعريفاً بمسألة القدوري قال في شرح الطحاوي ولو سرق من أمه من الرضاعة أو من أبيه من الرضاع وجب القطع،وهذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا

( وعن أبي يوسف «رح» أنه لا يقطع لانه يدخل عليها ) أي على أمه من الرضاع ( من غير استئذان وحشمة ) أى ومن غير حشمة ، وفي المغرب الانقباض من أخيك في المطفح وطلب الحاجة والحشمة إسم من الإحتشام ، يقال أحشمه واحتشم منه اذا يقض منه واستحى ، وقيل هي عامية ، لان الحشمة عندالعرب الغضب لا غير. وقال ابن الامير الحشمة الإستحياء ، يقال احتشم أى انقبض .

( بخلاف الاخت من الرضاع ) حيث يقطع إذا سرق منها ( لانعدام هذا المعنى ) وهو الدخول بلا استئذان وحشمة ( فيها ) أى في أخته من الرضاع (عادة) أى من حيث العادة ، لانه لا يدخل عليها إلا بالإذن .

( وجه الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( أنه لا قرابة والمحرميه بدونها)أي بدون القرابة ( لا تحترم ) أي لا يحصل حرمتها حرمة عادة ( كما إذا ثبت ) يعني المحرمية ( بالزنا والتقبيل عن شهوة ) فانه إذا سرق من بيت المرأة التي زنا بها لا تعد شبهة في قطع اليد ،

لبسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة ، وهو نظـــير الخلاف في الشهادة . ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع ، لأن له في اكتسابه حقاً ، وكذلك السارق من المغنم لأن له فيه نصيباً ،

---

فإن له فيه ثلاثة أقوال في قول يقطع ، وبه قال مالك وأحمد « رح » . والثاني لا يقطـــع كقولنا وقول أحمد في رواية . والثالث يقطع الزوج بسرقة مال زوجته ولا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج ، لأن لها النفقة في ماله فكان لها حق في ماله ولا حق له في مالهـــا ( لبسوطة بينهما ) أي بين الزوجين ( في الأموال عادة ودلالة ) وهي أنها بما بدلت نفسها وهي نفس من الاموال ، فلأن تبدل المال أولى بطريق الدلالة ، ولأن بينهما سبب يوجب الميراث من غير حجب كالوالدين والولدين والولد ( وهو نظير الخلاف في الشهـــادة ) أي الخلاف في القطع نظير الاختلاف بيننا وبين الشافعي «رض» في قبول الشهـــادة ، حيث لا يقبل شهادة أحدهما في حـــق الآخر لاتصال المنافع بينهما عادة ، وعنده يقبل في أحد قوليه .

( ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع ) وفي بعض النسخ لم يقطع ( لأن له ) أي للمولى (في اكتسابه) أي اكتساب المكاتب ( حقاً ) لأن رقبته مملوكة للمولى، فلا تتحقق السرقة ، وكذلك لا قطع على المكاتب أو المدبر إذا سرق من المولى ، لأن المكاتب عبـد ولو بقي عليه درهم . وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولى . ولا قطع على العبد في مال سيده لما بينا . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال سيدته ، أو من زوجة سيـده ، أو من زوج سيدتها . وقال داود يقطع بمال السيد أيضاً .

( وكذا السارق من المغنم ) يعني لا يقطع ( لأن له فيه نصيبـاً ) أي لأن السارق في المغنم نصيباً ، والمغنم الغنيمة ، وأطلق الرواية في القدوري وكذا في شرح الطحاوي قال الأترازي وينبغي أن يكون المراد من السارق من الغيمة من له نصيب في الغنيمة في الأربعة إلا في الخمس كالغانمين أو اليتامى أو المساكين وابن السبيل ، أما غيرهم فـلا نصيب له في الغنيمة ، فينبغي أن يقطع ، لأنه سرق مالاً سيما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه، فيقطع

وهو مأثور عن علي رضي الله عنـــه درءاً وتعليلاً . قال والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور ،

---

بخلاف السارق من بيت المال ، فإنه قيد بمصالح المسلمين وهو منهم ، فصار كال فيه شركة السارق فلا يقطع . وقول الشافعي واحمد «رح» كقولنا في السارق من الغنيمـــة . وقال مالك وابن المنذر يقطع .

( وهو ) أي عدم القطع في السارق من الغنم ( مأثور عن علي ) ابن أبي طالب رضي الله عنه ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مسلمة عال [1] بن حرب عن أبي عبيد بن الأبرص ، وهو يزيد بن دينار ، قال أتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيــه نصيب وهو خائن فلم يقطعه ، وكان قد سرق مقصرا، ورواه الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف في ترجمة عبيد بن الأبرص عن الثوري «رض» مسنداً .

ومساو في الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة بسنده عن سادية بن العان عن حجاج ابن تميم بن ميمون عن ابن مهران عن ابن عباس رضي الله عنهم أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع إلى النبي ﷺ فلم يقطعه ، وقال مال الله يسرق بعضه بعضــاً ، قال ابن القطان في كتابه اسناده ضعيف ، وقد رواه مرسلاً .

( درءاً وتعليلاً ) أي دفعاً للقطع وتمليلاً له ، فالدرء عن قول علي رضي الله عنــه في الأثر المذكور فلم يقطعه ، والتعليل من قوله له فيه نصيب ، وانتصابهما عليه أنهما حالين ومن عليه صلى على تقدير حال كونه دارئاً ومعللاً ، وكلاهما مصدران بمعنى إسم الفاعل كما في قولك رجل عدل أي عادل . ولم يوضح أحد من الشراح هذا كما ينبغي .

( قال ) أي القدوري ( والحرز على ضربين ) وفي نسخــة شيخي الأترازي أيضاً على نوعين ، أحدهما ( حرز لمعنى فيه )وهو إنما يكون بالمكان المعد لحفظ الأمتعة والأموال، ويختلف في ذلك باختلاف الأول ( كالدور والبيوت ) والصندوق والحـانوت والحظيرة

---

(١) هذا غير ما ورد في شرح فتح القدير حيث ذكر هناك : أخبرنا الثوري عـــن سماك بن حرب عن أبي عبيدة بن الأبرص ... الخ ، اه مصححه .

وحرز بالحافظ . قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لأن الاستسرار لا يتحقق دونه ، ثم هو قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت ، وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو يحرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ،

---

للغنم والبقر والخيمة والجرو الحركات ( وحرز بالحافظ ) هذا النوع الثاني كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه ، فإنه يحرز به .

( قال ) أي المصنف ( الحرز لا بد منه ) لأنه شرط وجوب القطع والإجماع انعقد على شرطه ، وعلل المصنف بقوله ( لأن الاستسرار لا يتحقق دونه ) أي دون الحرز ، لأن معنى السرقة وهو الأخذ على سبيل الاستسرار لا يوجد إذا لم يوجد الحرز ، ولما قال القدوري الحرز على نوعين شرع المصنف ، توضيحه بقوله ( ثم هو ) أي الحرز ( قد يكون بالمكان ، وهو المكان المعد لإحراز الأمتعة ) وحفظها ( كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون ) أي الحرز ( بالحافظ ) أي لحفظ جانب المتاع متاعه .

( كمن جلس في الطريق أو في المسجد ) أي أو جلس في المسجد ( وعنده متاعه فهو ) أي متاعه ( يحرز به ) أي بالجالس المذكور ، وقد استدل على ذلك بقوله ( وقد قطع النبي ﷺ من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد ) بيان هذا ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث الزهري عن عبد الله بن صفوان عن أبيه أنه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام ، فأتاه لص فأرسله من تحت رأسه وأخذه فأتى النبي ﷺ فقال إن هذا سرق ردائي ، فقال النبي ﷺ أسرقت رداء هذا ، قال نعم ، قال اذهبا به فاقطعا يده ، فقال صفوان ما كنت أريد أن يقطع يده في ردائي ، قال فلولا كان أن تأتيني به . وزاد النسائي فقطعه انتهى ، فعلم أن رسول الله ﷺ اعتبر الحرز بالحافظ .

وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ وهو الصحيح ، لأنه محرز بدونـــه وهو البيت وإن لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه، لأن البناء لقصد الإحراز إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه لقيام يده قبل بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الأخذ فتتم السرقة ، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح ، لأنه يُعَـــدُّ النائم عند متاعه حافظاً له في العادة ، وعلى هذا لا يضمن المودع

---

( وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ ) لأن الأول أقوى ، لأن المكان يمنع وصول اليد إلى المال ، ويكون المال مختفياً به ، والإختفاء لا يوجد في الحافظ ، فكان ذلك أصلاً ( وهو الصحيح ) احترز به عما ذكر في العيون على قول أبي حنيفــة « رح » يقطع السارق من الحمام في وقت الإذن إذا كان ثمة حافظ . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يقطع ، وبه أخذ الليث والصدر الشهيد في الكافي وعليه الفتوى ، وهو ظاهر المذهب .

( لأنه يحرز بدونه ) أي لأن المحرز بالمكان محرز بدون الحافظ ( وهو ) أي المحرز بالمكان ( البيت وإن لم يكن له باب ) واصل بما قبله ( أو كان ) أي أو كان له ( باب وهو مفتوح)أيَ والحال أنه مفتوح (حتى يقطع السارق منه، لأن البناء للإحراز ، إلا أنه لا يجب القطع إلا بالإخراج منه ) أي بإخراج المتاع من البيت (لقيام يده قبله ) أي لقيام يد المالك قبل الإخراج ، لأن هتك الحرز لا يكون إلا بالإخراج .

( بخلاف المحرز بالحافظ ، حيث يجب القطع فيه كما أخذ ) أي السارق ( لزوال يد المالك بمجرد الأخذ ، فتتم السرقة ) فيقطع ( ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً والمتاع تحته أو عنده ) أي أو تحته قريباً منه ( هو الصحيح ) احترز عن قـــول بعض أصحابنا حيث شرط أن يكون المتاع ( لأنه يعد النائم عند متاعـــه حافظاً له في العادة ، وعلى هـــذا ) أي على التعليل الذي ذكره ( لا يضمن المودع ) بفتح الدال ، يعني

والمستعير بمثله ، لأنه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى . وقال ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع . لأنه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين . ولا قطع على من سرق مالاً من حمّام أو من بيت أذن للناس في دخوله فيه لوجود الإذن عادة أو حقيقة في الدخول ، فاختل الحرز ، ويدخل في ذلك

---

إذا نام وعنده الوديعة . وفي الفتاوى الظهيرية إنما لا يجب الضمان على المودع فيما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قاعداً ، أما إذا نام مضطجعاً فعليه الضمان . وقال وهذا إذا كان في الحضر ، أما إذا كان في السفر لا ضمان عليه نام قاعداً أو مضطجعاً .

( والمستعير مثله ) أي مثل المودع (لانه ليس بتضييع ،بخلاف ما اختاره في الفتاوى) أي وهذا الذى قلنا من عدم الضمان على المودع أو المستعير كيفما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوى ، أي هذا الذى قلنا من عدم الضمان على المودع ، لان فيها أوجب الضمان إذا نام مضطجعاً وقد ذكرناه الآن .

( قال ) أي القدوري ( ومن سرق شيئاً من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع ) هذا تفريع وبيان لما قال أولاً بقوله الحرز على نوعين : حرز لمعنى فيه ، وحرز بالحافظ ، يعني أن من سرق شيئاً من حرز بمعنى فيه كالدور قطع ، وكذلك إذا سرق من غير حرز ، لكن صاحبه عنده يحفظه قطع ( لانه سرق مالاً محرزاً بأحد الحرزين ) في الاول بالمكان . وفي الثاني بالحافظ .

(قال) أي القدوري ( ولا قطع على من سرق مالاً من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله ) وقال الشافعي «رح» إذا سرق من الحمام وكان عند الثياب حافظ فعليه القطع ، كذا قال الشيخ أبو نصر البغدادى ولا يقطع عندنا ( فيه لوجود الإذن عادة ) يعني في الحمام ( أو حقيقة ) أي أو لوجود الإذن حقيقة في بيت أذن في دخوله ، وقوله ( في الدخول ) يرجع إلى اثنين ، فاذا كان كذلك ( فاختل الحرز ) فلا يقطع ( ويدخل في ذلك ) أي في

حوانيت التجـــار والخانات إلا إذا سرق منها ليلاً لأنها بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الاذن يختص بالنهـــار . ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطـع ، لأنه محرز بالحافظ ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمّام والبيت الذي أذن لنـــاس في دخولـه حيث لا يقطع ، لأنه بني للإحراز فكان المكان حرزاً ، فـلا يعتبر الإحراز بالحـافظ

---

حكم بيت أذن للناس في دخوله ( حوانيت التجار والخانات ) وذلك لأن التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن للناس بالدخول عليه يشترون منه ، فإذا سرق رجل منهم ثوباً لم يقطع ، وبه صرح الحاكم في الكافي .

( إلا إذا سرق منها ) أي من الحمام والحوانت والخانات ، وهذا استثناء من قوله ولا يقطع إلى آخره، وقوله (ليلا ) قيد للكل ( لأنهـــا ) أي لأن الأماكن المذكورة ( بنيت لإحراز الأموال ، وإنما الإذن يختص بالنهار ) دون الليل . وفي مختصر الفتاوى جماعـــة نزلوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ، ولو كان مسجد جماعة قطع . ولو سرق من بيت واحد قبل الخروج لم يقطع.

( ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع ، لأنه محرز بالحافظ، لأن المسجد ما بني لإحراز الأموال ، فلم يكن المال محرزاً بالمكان ) وإنما هو محرز بالحافظ. وإذا كان الحافظ عنده يقظان أو نائماً عنده متاعه فقد حصل هتك الحرز ، فيقطع . وإن لم يكن عنده فلا يقطع لعدم الحرز .

( بخلاف الحمام والبيت الذي أذن الناس في دخوله، حيث لا يقطع لأنه بني للاحراز، فكان المكان حرزاً ، فلا يعتبر الإحراز بالحافظ ) وعدم القطع بسبب الإذن في الدخول. وقال الشافعي الموضوع في الشارع والمسجد محرزاً بالحافظ بشرط أن لا ينام أو لا يوليـه ظهره ،فيقول إذا نام عند متاعه لا يعد مضيعاً عادة ، فلا يحتاج الحرز فيجب القطع .

ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه مأذوناً في دخوله ، ولأنه بمنزلة أهل الدار ، فيكون فعله خيانة لا سرقة . ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد ، فلا بد من الإخراج منها ، ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة

---

( ولا قطع على الضيف إذا سرق ممن أضافه ، لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه ، لكونه مأذوناً في دخوله ) وبه قال أحمد والشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية أن من سرق من الموضع الذي أنزل فيه أو موضع لم يحرز عنه لا يقطع ، وإن كان موضع يحرز عنه قطع .

( ولأنه ) أي ولأن الضيف ( بمنزلة أهل الدار ) يعني صار كأنه واحد من أهل البيت حيث أكرموه وأضافوه ( فيكون فعله ) أى فعل الضيف ( خيانة لا سرقة ) ولا قطع على الخائن ، لما روى جابر رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ ليس على الخائن قطع ، وكذلك إذا سرق من بعض بيوت الدار الذي أذن له في دخولها ، وهو مقفل أو من صندوق مقفل ، كذا ذكره القدوري في شرحه وما روي أن السبود بات عند أبي بكر الصديق رضي الله عنه فسرق حلياً فقطعه أبو بكر رضي الله عنه ، فتأويله عند أصحابنا أنه سرق من دار النساء لا من دار الرجال ، وفي الدارين المختلفين لا يكون الإذن في أحدهما إذناً فى الأخرى .

( ومن سرق سرقة ) أراد بالسرقة المسروق مجازاً ، كما قال محمد أيضاً إذا كانت السرقة مصحفاً ، كذا قال الأترازي . وقال الكاكي سرق سرقة مجازاً ( فلم يخرجها من الدار لم يقطع ، لأن الدار كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها ) فما لم يوجدالإخراج لا يوجد الهتك ، فلا يجب القطع .

( ولأن الدار وما فيها في يد صاحبها معنى ) أي من حيث المعنى ( فيتمكن شبهة

عدم الأخذ ، فإن كانت دار فيهـا مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ، وإن أغار إنسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منهـا قطع لمـا بينا .

---

عدم الأخذ ) والشبهة دارئة ( وإن كانت دار ) وإن كانت الدار المذكورة داراً (فيهـا مقاصير ) أي الحجرات البيوت ، وهو جمـع مقصورة ، والمقصورة الحجرة بلسان أهل الكوفة ( فأخرجها من مقصورة إلى صحن الدار قطع ، لأن كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة ) لأن الإخراج إلى صحن الدار كالإخراج إلى السكة ، فلو خرج من السكة يقطع ، فكذا هذا .

ثم في الفصل الأول قال بعض أصحابنا لا ضمان عليه إذا تلف في يد المسروق ، كما لا قطع عليه قبل الإخراج من الدار ، والصحيح أنه يضمن بوجود التلف على وجه التعدي ، بخلاف القطع ، فإن شرطه هتك الحرز ولم يوجد .

( وإن أغار إنسان ) قال صاحب المغرب – أغار – لفظ شمس الأئمـة الحلواني ، والضمير في أغار إلى العدو ، وأما لفظ محمد وإن أعان يعني بالعين المهملة والنون ، وهو الأوجه ، لأن الاغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة والحقيقـة . وقال الكاكي وإن أغار ، أي أخذ سرعة على غيره يقال أغار الفرس والثعلب إذا أسرع ، كذا في المغرب.

قوله فسرق فيها تفسير قوله أغار . وقال الأترازي لفظ أغار له وجه بأن يدخـل اللص مكابرة بالليل جهراً ويخرج المال فإنـه يقطع لوجود الخفية عن عين سائر الناس ، انتهى . قلت فيه ما فيه ، لان السرقة أخذ مال في خفية وحيلة ، فكذلك سمي السارق به ، لانه يسارق عين المسروق منه ، والإغارة أخذ في المجاهرة مكابرة ومبادرة . وإذا حملنا معنى أغار على ما نقله الكاكي من المغرب لا يتوجه شيء ، ويحصل المقصود ( من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لمـا بينا ) أشار بـه إلى قوله لان كل مقصورة .. إلى آخره .

وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما، لأن الأول لم يوجد منه الإخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه. والثاني لم يوجد منه هتك الحرز، فلم يتم السرقة من كل واحد. وعن أبي يوسف «رح» إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج، فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسألة تأتي بعد هذا إن شاء الله تعالى. وإن ألقاه في الطريق وخرج فأخذه قطع. وقال زفر لا يقطع لأن الإلتقاء غير موجب للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ،

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المتاع [١] وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما ) إلى هنا لفظ القدوري، أي على الداخل والخارج. وقال مالك إن كانا متعاونين قطعا، وإن أقر كل واحد بفعل لم يقطعا. وقال الشافعي إن أقر الخارج بالاخذ يقطع وبه قال أحمد. وقال المصنف ( لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه، والثاني لم يوجد منه هتك الحرز، فلم تتم السرقة من كل واحد ).

( وعن أبي يوسف «رح» إن أخرج الداخل يده فناولها الخارج فالقطع على الداخل، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع، وهي بناء ) أي مسألة نقب البيت وإدخال اليد فيه بينته ( على مسألة تأتي بعد هذا ) هي مسألة إلقائه في الطريق، كذلك قال شيخي العلاء قوله ( وإن ألقاه ) متصل بما قبله، أي وإن ألقى المتاع ( في الطريق ثم خرج فأخذه قطع ).

( وقال زفر لا يقطع، لأن الإلتقاء غير موجب للقطع، كما لو خرج ولم يأخذ،

---

(١) المال — هامش.

وكذا الأخذ من السكة ، كما لو أخذه غيره . ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع ، أو ليفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار ، ولم تعترض عليه يـــد معتبرة فاعتبر الكل فعلاً واحداً ، فإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيــع لا سارق . قال وكذلك إن حمله على حمار فساقه وأخرجـه ، لأن سيرها مضاف إليه لسوقه ،

---

وكذا الأخذ من السكة ) أي وكذا أخذه من السكة أي أخذ سارق المال من السكة حيث لا يقطع عند زفر «رح» ( كما لو أخذه غيره ) أي من السكة عليه القطع .

(ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة ) لأنه خرج ويده ثابتة عليه ، وهـذا جواب عن قول زفر «رح» كما لو أخذه غيره ، فإن هناك اعتراض عليه يد معتبرة فأوجب سقوط يد الحاكمة للسارق . وحاصله أن هذا السارق ثبت عليه بالأخذ كما مثله أن يـد السارق بغيره ثبت عليه بالأخذ ثم بالرمي إلى الطريق، ولم تدل يده حكماً لعدم اعتراض الأخرى على يده ( فاعتبر الكل ) أي القارة في الطريق ثم أخذه ( فعلا واحداً ) كما إذا أخـذ المال وخرج معه من الحرز فإنه فعل واحد ، كذلك هنا.

( وإذا خرج ) أي السارق من الدار ( ولم يأخذه فهو مضيـع لا سارق ) فلا قطع عليه ( وكذا إذا حمله على حمار فساقه وأخرجه ) أي يقطع ، به قالت الأئمة الثلاثة ( لأن سيرها ) أي سير الحمار ( مضاف إليه لسوقه ) وقال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق إلى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء به إلى منزله . وقال أيضاً رجل دخل الدار وجمع المتاع في الليل وطرح في نهر كان فيها وخرج وأخذه وإن كان للماء قمرة أخرجـه بنفسه لا يقطع ، وعند الثلاثة يقطع . وفي مبسوط شيخ الإسلام وهو وإن لم يكن للمـاء قمرة اخراج المتاع، لكنه أخرجه بتحريك يقطع . وفي مبسوط أبي البر ولو علقـه على عنق كلب فزجره يقطــع . ولو خرج من غير زجر لا يقطع ، وبـــه قال الشافعي وأحمد « رح » في وجه .

وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعاً . قال العبد الضعيف « رح » هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده، وهو قول زفر « رح » لأن الإخراج وجد منه فتمت السرقة به . ولنا أن الإخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى ، وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع ، فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد .

---

( وإذا دخل الحرز جماعة فتولى الأخذ بعضهم فقطعوا جميعاً ) هـــذا لفظ القدوري ( قال ) أي المصنف رحمه الله ( هذا استحسان ، والقياس أن يقطع الحامل وحده ، وهو قول زفر «رح» ) وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن الإخراج وجد منه ) أي من الحامل (فتمت السرقة به ) أي الحامل .

(ولنا أن الإخراج من الكل معنى) أي من حيث المعنى لكونهم رد الحامل (للمعاونة) أي لأجل معاونتهم للحامل ، لأن عادتهم بأن يحمل بعضهم ويترصد الباقون كي يدفعوا صاحب المال إذا انتبه فيكون الإخراج من الجميع لما ذكرنا ( كما في السرقة الكبرى ) وهي قطع الطريق إذا باشر بعضهم القطع وأخذ المال والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على جميعهم لكونهم دالة ، فكذا هنا .

(وهذا) إشارة إلى أن الإخراج من الكل معنى ( لأن المعتاد فيما بينهم ) أي فيما بين السراق ( أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع ) أي دفع من يترض لهم صاحب البيت أو غيره ( فإذا امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد ) أي فإذا امتنع القطع في هذه الصورة باعتبار الشبهة أدى إلى سد باب الحدود قالوا هذا إن كان الحامل من أهل القطع عند الإنفراد ، أما إذا كان صبياً أو مجنوناً لا قطع عليهم بالإجماع وإن كان الحامل بالغاً ، ولكن فيهم صبي أو مجنون لم يجب القطع عليهم أيضاً عند أبي حنيفة ومحمد «رح » لتمكن الشبهة في فعل واحد منهم ، فلا يجب على الباقين، وعند أبي يوسف «رح» يجب القطع على الحامل وغير الصبي والمجنون ، كذا في الذخيرة .

ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع . وعن أبي يوسف « رح » في الإملاء أنه يقطع ، لأنه إخراج المال من الحرز ، وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي . ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزاً عن شبهة العدم والكمال في الدخول ، وقد أمكن اعتباره ، والدخول هو المعتاد ، بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول ، وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع ،

---

( ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً لم يقطع ) الصبي والمجنون، وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا ( وعن أبي يوسف «رح» في الإملاء أنه يقطع ، لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود ) أي المقصود إخراج المال من الحرز ( فلا يشترط الدخول فيه ، كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج الغطريفي ) وفي بعض النسخ وأخرج الغطريفي وهو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد رحمه الله وهو الدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي «رح» .

( ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال ) لوجود القطع (تحرزاً عن شبهة العدم) أي عدم هتك الحرز (والكمال في الدخول ) أى الكمال فى هتك الحرز الدخول ، أى في البيت ( وقد أمكن اعتباره ) أى اعتبار الدخول في البيت ( والدخول ) أى في البيت (وهو المعتاد) في هتك الحرز ( بخلاف الصندوق ) جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي ( لأن الممكن فيه ) أى في الصندوق ( إدخال اليد دون الدخول) فإنه غير ممكن فيتم هتك الحرز بإدخال اليد والإخراج منه .

(وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع ) أى بعض القوم دون البعض ، وهذا أيضاً

لأن ذلك هو المعتاد وإن طرّ صرة خارجة من الكم لم يقطـع ، وإن أدخـل يده في الكم يقطع ، لأن في الوجـه الأول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الأخذ من الظاهر ، فلا يوجـد هتك الحرز ، وفي الثاني الرباط من داخل ، فبالطر يتحقق الأخذ من الحرز وهو الكم ، ولو كان مكان الطر حـــل الرباط ثم الأخذ في الوجهين ينعكس الجواب لانعكاس العلة .

---

جواب عما يقال لو كان الكمال في هتك الحرز شرطاً تحرزاً عن شبهة القطع لمـــا وجب القطع فيما تقدم من حمل البعض المتاع دون بعض ، لأن فيه شبهـة العدم ، فأجاب بقوله ( لان ذلك هو المعتاد ) بين السراق إذا كانوا جماعة ( وإن طر صرة ) الطر ومنه الطرار والصرة الهميان والجراد من الصرة هنا الكم المشدودة في الدراهم . وقال أكمـل الطرار هو الذى يطر الهميان أى يشقيها ويقطعها ، والصرة وعاء الدراهم ،يقال طررت الصرة ، أى شددتها ( خارجة من الكم لم يقطع ) .

( وان أدخل يده في الكم قطع ، لان في الوجه الاول الرباط من خـــارج، فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر ، فلم يوجد هتك الحرز ) فلا قطع .

( وفي الثاني ) أى في الوجه الثاني ( الرباط من داخل ،فبالطر يتحقق الاخـــذ من الحرز ، وهو الكم ) فيقطع، وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بأن الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه ، بـــل هو محمول على الصورة الثانية ، وهي إذا دخل يده في الكم فنظرها .

(ولو كان مكان الطر حل الرباط ، ثم الاخذ في الوجهين ) أى من الخارج والداخل (ينعكس الجواب) يعني فيما إذا كان الرباط خارج الكم يقطع، لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم لوقوعها في الكم . ولو كان الرباط داخل الكم لا يقطع ، لانه لمـــا حل الرباط من داخل الكم فكان أخذها من خارج الكم فلا يقطع ، لانه لم يهتك الحرز ، ولم يأخـذ منه شيئاً ، وهذا معنى قوله ( لانعكاس العلة ) .

وعن أبي يوسف « رح » أنه يقطع على كل حال ، لأنــه محرزاً إما بالكم أو بصاحبه . قلنا الحرز هو الكم لأنه يعتمده ، وإنما قصده قطع المسافة والاستراحة فأشبه الجوالق ، وإن سرق من القطار بعيراً أو جملاً لم يقطع ، لأنه ليس محرز مقصوداً ، فيتمكن شبهة العدم ،

---

( وعن أبي يوسف « رح » أنه يقطع على كل حال ، لأنه محرز ) أي لأن المــال محرز ( إما بالكم أو بصاحبه ) أي في الكم ، ففي صورة طرها خارج الكم ، وأما بصاحبه ففي صورة طرها داخل الكم .

( قلنا الحرز هو الكم لأنه ) أي لأن صاحب المــال (يعتمده) أي يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال ( وإنما قصده ) أي قصد صاحب المال ( قطع المسافــة ) في المشي( والإستراحــة ) في القعود ( فأشبه الجوالق) أي فأشبه الكم الجوالق بضم الجيم وهو إسم للواحد ، وجمعه الجوالق بفتح الجيم السراوق ، كذا أخبرنا الشيخ رحمه الله .

وقال الكاكي في قوله فأشبه الجوالق ، لأنه لا يخلو إما أن يكون صاحب المــال في حالة المشي أو في غير حالة المشي ، فإذا كان الأول فمقصوده قطع المسافة لا حفظ المال، وإن كان الثاني فمقصوده الإستراحة لا حفظ المال والمقصود وهو المعتبر في هذا الباب،ألا ترى أن من سرق الجوالق الذ على إبل يسير فأخذ المال منه يقطع لأن صاحب المال اعتمد الجوالق ، فكان السارق منه هاتكاً للحرز فيقطع ، ولو أخذ الجوالق بمــا فيه لا يقطع ، وكذا لو سرق الغنم من المرعى ومعها الراعي لا يقطع لإذن الراعي لا يقصد بالرعي الحفظ، وإنما يقصد به الرعي والحفظ ، بخلاف ما لو كانت الغنم في حظيرة بنيت لها وعليها باب مغلق ، فأخرجها منه يقطع ، لأنها بنيت لأجل حفظ الغنم ، كــذا في المحيط . وعند الأئمة الثلاثه إذا كان الراعي بحيث يراها تكون محرزة فيقطع ، وما كان غائباً من نظره، فإن كان نائماً أو مشغولاً فليست بمحرزة،وعندهم لو أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقررة.

( وإن سرق من القطار بعيراً أو جملا لم يقطع ، لأنه ليس بمحرز مقصوداً ، فيتمكن شبهة العدم ) أي عدم الحرز ، وعند الأئمة الثلاثة لو سرق واحداً من الجمال أو واحداً من

وهذا لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة، ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع. وإن شق الحمل وأخذ منه قطع، لأن الجوالق في مثل هذا حرز، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع. وإن سرق جولقاً فيه متاع وصاحبه يحفظه، أو نائم عليه قطع، معناه إذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه، حتى يكون محرز بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده، والنوم عليه يعد حفظاً عادة، وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل.

---

الأجمال أو شق وأخذ شيئاً يقطع في الكل، لأن الكل محرز بالحافظ، وهو القائد أو السائق أو الراكب إذا لم يكن نائماً عليه له يقطع، فإن كان نائماً عليه لم يقطع.

(وهذا) أي عدم القطع (لأن السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الأمتعة دون الحفظ، حتى لو كان مع الأجمال من يتبعها للحفظ، قالوا يقطع وإن شق الحمل وأخذ منه قطع، لأن الجوالق في مثل هذا حرز، لأنه يقصد بوضع الأمتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الأخذ من الحرز فيقطع).

(وإن سرق جوالق فيه متاع وصاحبه عنده يحفظه أو نائم قطع معناه) أي معنى قول محمد، لأنه مسألة من مسائل الجامع الصغير (إذا كانت الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق ونحوه) كالمفادر (حتى يكون محرز بصاحبه لكونه مترصداً لحفظه، وهذا لأن المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظاً عادة، وكذا النوم يقرب منه على ما أخبرنا من قبل) أي من قبل ورقة وهو قوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظاً.

وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه ، أو حيث يكون حافظاً له ، وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار .

## فصل في كيفية القطع وإثباته

قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم ، فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ،

---

( وذكر في بعض النسخ ) أي ذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وأراد به فخر الإسلام ( وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظاً له ) يعني لم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه ، بل قال أو حيث يكون حافظاً له ( وهذا ) أي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله حيث يكون حافظاً له ( يؤكد ما قدمناه من القول المختار ) بعد ما تقدم من كون المتاع عنده أو تحته ، وهو قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً إلى قوله والصحيح .

### ( فصل في كيفية القطع واثباته )

أي هذا فصل في بيان كيفية قطع يد السارق ، وفي بيان إثبات القطع .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وتقطع يمين السارق من الزند ) وقالت الخوارج من المنكب لظاهر النص ، إذ اليد من المنكب رؤوس الأصابع . وقال بعض الناس بقطع الأصابع فقط ، لأنها آلة البطش ومحل الجناية . قلنا هذا مخالف بالنص والمنوص قطع اليد لا الأصابع والزند موصل طرف الذراع من الكف . وقال تاج الشريعة الزند عظم الساعد . وفي الصحاح الزند موصل طرف الذراع ، وهما زندان الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسع طرف الزند الذي يلي الخنصر ( ويحسم ) على صيغة المجهول من الحسم ، وهو الكي لينقطع الدم يقال حسم العرق إذا كواه بحديدة محماة . وفي الطلبة والمغرب والمغني لابن قدامة الحنبلي وهو أن يغمس في الدهن الذي أغلى.

( فالقطع مما تلوناه من قبل ) يعني قوله تعالى ﴿ السارق والسارقة ﴾ ... الآية ٣٨ المائدة ( واليمين) أي قطع يراد اليمين ( بقراءة ابن مسعود ) فقطعوا أيمانها ، وهي قراءة

ومن الزند ، لأن الإسم يتناول اليد إلى الإبط ، وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به ، كيف وقـــد صح أن النبي عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ، ولأنه لو لم يحسم يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف ،

---

مشهورة جاءت الزيادة بها على الكتاب ( ومن الزند ) أي يقطــع من الزند ( لان الإسم يتناول اليد إلى الإبط ) حاصله أن اليد قد يكون من المنكب ، وقد تكون من المرفق، وقد تكون من الرسغ ، فاذا أطلق الى الإبط باستعمال العرب واللغة والشرع،ولكن زال هذا ببيان رسول الله ﷺ وعمله وعمل الصحابة وإجماعهم على أن هذا القدر، وهو متيقن به،أشار إليه المصنف بقوله ( وهذا المفصل ) الرسغ (متيقن به ) أي في كونـــه موضع القطع لإرادة الرسغ على تقدير إرادة أي المفصل كان من مفاصل اليد .

( كيف ) أي كيف لا يكون هذا المفصل متيقناً به ( وقــد صح أن النبي ﷺ أمر بقطع يد السارق من الزند ) وروى ابن عدي في الكامل باسناده عن مجاهــد عن عبد الله بن عمر وقال قطــع النبي ﷺ سارقاً من المفصل . وروى الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان صفوان بن أمية بن خلف نائمـــاً في المسجد وثيابـه تحت رأسه ، فجاء سارق فأخذها فأتى بـــه رسول الله ﷺ ... الحديث ، وفي آخره ثم أمر بقطعه .

( والحسم ) عطف على قوله فالقطع (لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ ( فاقطعوه واحسموه ) هذا أخرجه الحاكم في مستدركه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أتي بسارق سرق شملة ، فقال عليه السلام ما أخاله سرق ، قال السارق بلى يا رسول الله،قال فاذهبوا به واقطعوه ثم احسموه ... الحديث . وقال الحاكي صحيح على شرط مسلم .

( ولانه ) أي لان السارق ( لو لم يحسم ) بعد القطع ( يفضي إلى التلف والحد زاجر لا متلف ) ألا ترى أنه لا يقطع في الحر الشديد والبرد الشديد ، وعند شدة المرض توقياً عن الهلاك بتمس الوهن على السارق عندنا ، وبه قال مالك والشافعي في وجه ، وقال في وجه بيت المال .

فإن سرق ثانيـــاً قطعت رجله اليسرى ، فإن سرق ثالثاً لم يقطع ، وخلد في السجن حتى يتوب ، وهذا استحسان ويعزر أيضـاً ذكره المشايخ « رح » . وقال الشافعي « رح » في الثالث يقطع يـــده اليسرى ، وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه ، فإن عادفاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه

---

( ولو سرق ثانياً ) يعني بعد قطع يده اليمين ( قطعت رجله اليسرى ) من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر رضي الله عنه كذلك . وقال أبو ثور والرافضة يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ( فإن سرق ثالثاً لم يقطع ويخلد في السجن حتى يتوب )قال صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر سيما رجل صالح ( وهذا ) أي عدم القطع في المـــرة الثالثة ( استحسان ويعزر أيضاً ، ذكره المشايخ ) أي ذكروا التعزير،وقد روى ابن رستم عن محمد أن التعزير مع الحبس ، وقد روي عن علي رضي الله عنه أنـــه ضرب وحبس في المرة الثالثة .

( وقال الشافعي في الثالثة ) أي في السرقة الثالثة ( يقطع يده اليسرى،وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من سرق فاقطعوه ، فإن عاد فاقطعوه ) هذا الحديث رواه أبو داود عن مصعب بن ثابت عن محمد بن المنكدر عن جابر قيل جيء بسارق إلى النبي ﷺ فقال اقتلوه ،قالوا يا رسول الله إنما سرق ، فقال اقطعوه ، فقطع ، ثم جيء به الثالثة فقال اقتلوه ، فقالوا يا رسول الله إنما سرق قال اقطعوه قطع ، ثم جيء به الرابعة فقال اقتلوه ، قالوا يا رسول الله إنما سرق مالاً . قال اقطعوه فقطع ، ثم جيء به في الخامسة قال اقتلوه ، قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقينـــاه في بئر ورمينا عليه الحجارة [1] ، وقال النسائي حـــديث منكر ، ومصعب بن ثابت ليس بالقوي في الحديث .

---

(١) الحديث في الأصل ناقص ، وإنما صححناه من شرح فتح القدير ، اه مصححه .

ويروى مفسراً كما هو مذهبه ، ولأن الثالثة مثل الأولى في كونها جناية ، بل فوقها ، فتكون أدعى إلى شرع الحد . ولنا قول علي رضي الله عنه فيه إني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها ،

---

( ويروى مفسراً كما هو مذهبه ) أي يروى هذا الحديث مفسراً كما هو مذهب الشافعي ، قال الأكمل في حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال في المرة الاولى تقطع يده اليمنى ، وفي الثانية الرجل اليسرى ، وفي الثالثة اليد اليسرى ، وفي الرابعة الرجل اليمنى ، انتهى . قلت حديث أبي هريرة هذا رواه الدارقطني بغير هذا اللفظ ، فإنه أخرجه عن الواقدي عن أبي ذئب عن خالد بن سلمة رواه عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال إذا سرق السارق فاقطعوا يده ،فإن عاد فاقطعوا رجله ، فإن عاد فاقطعوا يده ، فإن عاد فاقطعوا رجله ، وللواقدي فيه مقال .

وبقول الشافعي قال مالك وفي المرة الخامسة عندهما يحبس ويعزر . وحكي عن عطاء وعمر بن عبد العزيز وعمرو بن العاص وعثمان رضي الله عنهم أنه يقطع في المرة الثالثة يده اليسرى . وفي الرابعة الرجل اليمنى ويقتل في الخامسة في حديث جابر الذي مضى عن قريب .

( ولأن الثالثة ) أي ولأن الثالثة ( مثل الأولى ) أي مثل السرقة الاولى ( في كونها جناية بل فوقها ) أي بل فوق الاولى ، لأنها لعدم تقدم الزواجر ( فتكون أدعى إلى شرع الزاجر ) أي فتكون الثالثة أدعى إلى مشروعية الزاجر ، لانها بعد تكرار الزاجر .

( ولنا قول علي فيه ) أي قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه في قطع الثالثة ( إني لأستحي من الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلاً يمشي عليها ) هذا رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وأخبرنا أبو حنيفة الإمام عن عمرو بن مرة عن عبدالله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال إذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فإن عاد قطعت يده [رجله] اليسرى ،فإن عاد ضمن السجن حتى يحدث خيراً ، إني لأستحي

وبهذا حاجّ بقية الصحابة « رض » فحجهم فانعقد إجماعاً ، ولأنه إهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة ، والحد زاجر ،

---

ن الله أن لا أدع له يداً يأكل بها ويستنجي بها ، ورجلا يمشي عليها ومن طريق محمد بن الحسن رواه الدارقطني في سننه .

( وبهذا ) أي بقوله هذا ( حاج بقية الصحابة ) أي حاجج معهم في هذا ، رواه سعيد بن منصور حدثنا أبو معشر عده سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب وقد أتي برجل مقطوع اليد ، والرجل قد سرق ، فقال لاصحابه ما ترون في هذا ، قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين ، قال قتلته إذا وما عليه القتل ، بأي شيء يأكل الطعام ، بأي شيء يتوضأ للصلاة ، بأي شيء يغتسل من الجنابة ، بأي شيء يقوم على حاجته فرده إلى السجن أياماً ثم أخرجه ، فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول ، فقال لهم مثل ما قال في الاول فجلده جلداً شديداً ثم أرسله ( فحجهم ) أي تعليم لهذا فلم يرد عليه أحد منهم بعد هذا .

( فانعقد إجماعاً ) لانه يحتج عليهم بالنص في الباب ، قال انه لا يغن فيه ، إذ لو ثبت التعليم لانه يبنى على الشهود ولو بلغهم لاحتجوا به .

فإن قيل ليس اليد اليسرى محله بظاهر الكتاب والإجماع على خوف الكتاب . قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليسرى عن كونها من الحد ، كمن قال لآخر أعتق عبداً من عبيدي ثم قال عنيت سالماً فيخرج غيره ، ولأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار .

( ولانه ) أي ولان قطع غير اليد اليمنى والرجل اليسرى ( إهلاك معنى ) أي من حيث المعنى ( لما فيه من تفويت جنس المنفعة ) وفي المبسوط يقطع ببقاء منافعه ، ولهذا تعلق مطلق اليد في العبد قيمة النفس ، ولا يجوز إعتاق مقطوع اليدين في الكفار ، فعرفنا أنه استهلاك حكماً ، وفيه شبهة الإتلاف ، والشبهة كالحقيقة فيما يندرىء بالشبهات (والحد زاجر ) أي لا متلف .

ولأنه نادر الوجود، والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص، لأنه حق العبد فيستوفي ما أمكن جبراً لحقه، والحديث طعن فيه الطحاوي «رح» أو نحمله على السياسة. وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع، لأنه فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً أو مشياً، وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا،

---

( ولانه نادر ) أي ولان وجود الزجر متكرر نادر ( الوجود ) لانه فقد الزاجران ( والزجر فيما يغلب ) وجوده ( بخلاف القصاص ) جواب سؤال مقدر تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف قصر منه بالإجماع، وجميع ما ذكرتم من المحظورات هناك موجود، لانه لايبقى له يد يأكل بها ويستنجي بها، ورجل يمشي عليها، وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود أجاب، بخلاف القصاص، يعني حكم القصاص بخلاف حكم هذا (لانه) أي لان القصاص ( حق العبد فيستوفي) حقه ( ما أمكن ) لان في حق العبد تراعى المماثلة بالنص ( جبراً لحقه ) أي لاجل جبر حقه بالإستيفاء مثل حقه.

( والحديث ) أي الحديث الذي احتج به الشافعي( طعن فيه الإمام الحافظ أبو جعفر الطحاوي ) فقال تتبعنا هذا فلم نجد لشيء منها أصلاً، وطعن فيه النسائي أيضاً وغيره من الثقاة ( أو نحمله ) أي نحمل الحديث المشهور المذكدر ( على السياسة ) وهذا جواب بطريق التسليم.

( وإذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع ) أي أو كان أقطع ( أي مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع ) وبه قال أحمد في رواية. وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية تقطع يمينه، ولا يمنع ذلك النقصان من قطع يمينه ( لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً ) يعني من حيث البطش، وهو الأخذ القوي باليد إن كانت يده اليسرى مقطوعة ( أو مشياً ) يعني من حيث المشي إن كانت رجله اليمنى كذلك.

( وكذا إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا ) إشارة إلى قوله لأن فيه تفويت جنس

وكذا إن كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الإبهام ، لأن قوام البطش بالإبهام ، فإن كانت اصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوت الواحدة لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش، بخلاف فوات الأصبعين لأنهما يتنزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش. قال وإذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمداً أو خطأ ، فلا شيء عليه ...

---

المنفعة ( وكذا إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء ) أي أو كانت شلاء يقطع ( أو الاصبعان منها سوى الإبهام ) أو كانت الاصبعان من اليد اليسرى سوى الإبهام مقطوعين لم يقطع أيضاً ، لان الاصبعين ينزلان منزلة الإبهام ، وقوله ( لأن قوام البطش بالإبهام ) أي لبطش بالإبهام تعليل لقوله ، وكذلك إذا كان إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء .

( فإن كانت أصبع واحدة ) يعني من اليد اليسرى ( سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوت الواحدة ) أي الاصبع الواحدة ( لا يوجب خللاً ظاهراً في البطش ، بخلاف فوات الاصبعين ، لأنها ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش ) وقال تاج الشريعة فإن كانت اصبع واحدة إلى العشرة فرق بين هذا وبين الكفارة ، فإن العبد إذا كان مقطوع أحد اليدين أو الرجلين أو الإبهام أو الاصبعين فأعتقه عن الكفارة يجزئه ، لأن قطع الأبهام إهلاك من وجه ، فأقيم الإهلاك في حقه مقام الإهلاك من كل وجه احتيالاً لدرء القطع ، أما الكفارة فلا يحتال فيها فلا يقام الإهلاك من وجه مقام الإهلاك من كل وجه .

( وإذا قال الحاكم للحداد ) أي الذي يقيم الحد كالجلاد الذي يقيم الجلد ، كذا في المغرب ( إقطع يمين هذا في سرقة سرقها ) قيد بقوله يمين هذا ، لأنه لو قال إقطع يد هذا فقطع الحداد يساره لا ضمان عليه بالاتفاق ( فقطع يساره عمداً أو خطأ فلا شيء عليه )

عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد . وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً، وهو القياس. والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد ، أما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفواً ، وقيل يجعل عذراً أيضاً . له أنه قطع يداً معصومة ، والخطأ في حق العباد غير

---

أي على الحداد ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) سواء قطعه عمداً أو خطأ ، ولكن يثوب الحداد ، وبه قال أحمد .

( وقالا ) أي وقال أبو يوسف ومحمد ( لا شيء عليه ) أي على الحداد إذا كان ( في الخطأ ويضمن في العمد ) إرش اليسار ( وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً ) يعني يضمن الإرش ، وعند الشافعي في العمد يجب القصاص عليه ، وبه قال مالك لأنه قطع بغير حق فوجب عليه القود . ولو قال أخطأت وظننت أنه اليسار فعليه الدية ، لأن الخطأ غير مرفوع في حق العباد، ولو بادر رجل فقطع اليمين بغير إذن الإمام فلا شيء عليه بالإجماع، ولكن يؤدبه الإمام على ذلك ، لأنه أساء الأدب حيث قطع بغير إذن الإمام ، كذا في المبسوط ( وهو القياس ) أي قول زفر وهو القياس ( والمراد بالخطأ ) أي المراد من الخطأ الذي لا شيء عليه هو الخطأ (في الاجتهاد) يعني في قوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيدهما﴾ حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين .

( وأما الخطأ في معرفة اليمين أو اليسار فلا يجعل عذراً ) لأن الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر ، وهذا موضع الاشتهار ، لأن كل واحد يميز بين اليمين واليسار ، وإليه ذهب فخر الاسلام ( وقيل يجعل عذراً أيضاً ) فلا يضمن ، لأنه بنى أمره على دليل شرعي ، كذا في الكافي.وقيل اجتهد في جواز قطع اليسرى نظراً إلى إطلاق النص هكذا رأيت بخط شيخي العلاء رحمه الله .

( له ) أي لزفر ( أنه ) أي أن الحداد ( قطع يداً معصومة ) ولهذا لو قطع غير الحداد يضمن كما لو رمى صيداً فأصاب إنساناً يضمن ( والخطأ في حق العباد غير

موضوع فيضمنها . قلنا إنـــه أخطأ في اجتهاده ، إذ ليس في النص تعيين لليمين ، والخطأ في الاجتهاد موضوع . ولهما أنه قطـع طرفاً معصوماً بغير حق ولا تأويل ، لأنه تعمد الظلم فـــلا يعفى ، وإن كان في المجتهـــدات ، وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا إنه امتنع للشبهة . ولأبي حنيفة « ر ح » أنـه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه ، فلا يعد إتلافاً ، كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجـــع

---

موضوع فيضمنها ) أي الدية ( قلنا إنه أخطأ في اجتهاده إذ ليس في النص تعيين اليمين ) لأن النص مطلق ( والخطأ في الاجتهاد موضوع ) أي شرعاً .

( ولهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أنه ) أي أن الحداد ( قطع طرفاً معصوماً بغير حق ) لأن الحق في اليمين وهو أيضاً لم يقطع يسار أحد ليكون حق قطع اليسار قصاصاً ( ولا تأويل له ) أي للحداد فيما فعله ( لأنه تعمد الظلم فلا يعفى وإن كان في المجتهدات ) واصل بما قبله ، إذ المجتهد لا يقدر في الظلم عمداً كالباغي إذا أتلف مـــال العادل ( وكان ينبغي أن يجب القصاص ) لأنه قطع ما ليس بمحل ( إلا أنـه يمتنع ) أي إلا أن القصاص امتنع ( للشبهة ) أي لأجل الشبهة الثابتة من إطلاق النص، وإن كانت اليمين ثبتت بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه ، ولكن تبقى شبهة اليسار الداخل تحت اسم اليد ، فالشبهـة تكفي لدرء القصاص ، بخلاف ضمان الأموال .

( ولأبي حنيفة أنه أتلف ) حيث قطـع اليسار ( وأخلف من جنسه ) أي من جنس المقطوع ( ما هو خير منه ) وهو اليمين لأن منفعة اليمين صارت على شرف الزوال فيكون كالغائب من حيث الاعتبار ( فلا يعد اتلافاً كمن شهد على غيره ببيع مـــاله بمثل قيمته ثم رجع ) حيث لا يضمن ، وبقولنا قال الشافعي في الأصح وأحمد . وقال مالك والشافعي في قول يقطع ، لانه وجب قطعها فلا يسقط بالجناية على غيرها .

وعلى هذا لو قطعه غير الحـــداد فلا يضمن أيضاً هو الصحيح ، ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لأنه قطعه بأمره ثم في العمـــد عنده عليه ، أى السارق ضمان المال ، لأنه لم يقطع حداً ،

---

فإن قيل اليمين لم يحصل له سبب القطع ،بل كان حاصلاً له قبل ذلك و الإتلاف بخلف إنما لا يوجب الضمان إذا حصل الخلف بسبب حصل به الاتلاف ، كما في مسألة الشهـــادة ونقصان الولادة ، أما إذا حصل الخلف بسبب آخر يضمن ،قلنا اليمين من حيث الاعتبار ، ولا يلزم ما إذا جدع أنفه لانه ما أخلف عما أتلف أو عيناه لم تقطع .

فإن قيل لو قطع رجله اليمنى يضمن ، وقد أتلف وأخلف عوضاً وهو اليمين لا يقطع حينئذ . قلنا لا رواية فيه فيمنع ، ولان سلمنا فالتالف ليس من جنس الباقي .

( وعلى هذا ) أي وعلى تعليل أبي حنيفة وهو أنه أتلف والخلف من جنسه خير منه ( لو قطعه ) أي لو قطع يد السارق ( غير الحداد فلا يضمن أيضاً ) لانه أتلف وأخلف خيراً منه ، لان يمناه لا تقطع بعد ذلك سواء قطع يساره أو غيره بعد القضاء ذكره فخر الاسلام في جامعه ( هو الصحيح ) احترز به عما ذكر في شرح الطحاوي فقال فيــه ولو قطع غيره يد اليسرى ، فإن في العمد القصاص ، وفي الخطـأ الدية . وسقط القطع عنه في اليمين ، لانه لو قطع إلى الاستهلاك ويرد السرقة إن كان قائماً وعليه ضمانه في الهالك .

( وإن أخرج السارق يساره وقال هذه يميني قطعها لا يضمن بالاتفاق ، لانـــه ) أى لأن الحداد ( قطعه بأمره ) أى قطـع يساره بأمر السارق فلا يضمن ، كما لو قطع يد غيره بأمره من غير أن يكون يده مستحقاً للقطع بالسرقة فهذا أولى (ثم في العمد عنده ) أي عند أبي حنيفة ( عليه ) أي على السارق ( ضمان المال ) أي مـال المسروق منه ( لانه ) أي لان قطع يساره (لم يقطع حداً ) وإنما خص أبا حنيفة بالذكر ، وإن كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعاً لمن عسى أن يتوهم أن قطع السارق وقع حداً عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فأزال ذلك ببيان وجوب الضمان إيقاناً بأن القطع لم يقع حداً إذ القطع حداً والضمان لا يجتمعان ، وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيراً لا

وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة، لأن الخصومـــة شرط لظهورها . ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي « رح » في الإقرار

---

باعتبار أن القطع وقع حداً ، وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة إلى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حداً لا تحل له فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حداً .

( وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة ) أي على طريقة أن القطع لم يقطع ، لأنه إذا لم يقع حداً لا يوجد ما بينا في الضمان والمقتضي ، وهو الإتلاف موجود فيجب الضمان البتة ( وعلى طريقة الاجتهاد ) أي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد [1] اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد ( لا يضمن ) أي السارق لا يضمن المال لوقوع القطع موقع الحدبالاجتهاد والضمان والقطع لا يجتمعان .

( ولا يقطع السارق إلا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة ، لأن الخصومة شرطاً لظهورها ) أي لظهور السرقة ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر وابن أبي ليلى وأبو بكر الحنبلي لا يشترط المطالبة لظهورها لعموم الآية ، كما في حد الزنا . قلنا السرقة جناية على مالك بغير إذنه ولم تثبت الجناية إلا بمطالبة ذلك ، إذ بالمطالبة يظهر عدم الإباحة إذ لو لم يحضر عليه تمكن فيه شبهة الإباحة ، أما بإباحة الملك أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة دفعاً لهذه الشبهة ، أما الزنا لا يباح بالإباحة فلا تتمكن فيه الشبهة ، وعلى هذا الخلاف إذا غاب المالك عند القطع لم يقطع حتى يحضر ، وبه قال الشافعي وأحمد خلافاً لهم ، لأن الإمضاء من باب القضاء في الحدود .

( ولا فرق بين الشهادة والإقرار عندنا خلافاً للشافعي في الإقرار ) وهذا وجه في

---

(١) هنا كلام مكشوط ، اه مصححه .

لأن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومته ، وكذا إذا غاب عند القطع عندنا ، لأن الاستيفاء من القضاء في باب الحـــدود وللمستودع والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم ، ولرب الوديعة أن يقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه . وقال زفر والشافعي « رح » لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع . وعلى هذا الخلاف المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع

---

قوله والأصح عنده أن الاقرار كالبينـــة ( لأن الجناية في مال الغير لا يظهر إلا بخصومة صاحب المال ) قيل إن معنى قوله أن الجناية على مال الغير لا تظهر إلا بخصومة هو معنى قوله لأن الخصومة شرط لظهورها ، فيكون فيه توهم التكرار . ورد بأن الأول تعليل لاشتراط الحضور ، والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وإن كانا بمعنى واحدفافهم.

( وكذا إذا غاب عند القطع ) أي المسروق منه عند القطع ( لا يقطـع عندنا ، لان الاستيفاء ) أي استيفاء القطع ( من القضاء في باب الحدود ) فاذا قطع قبل حضوره يكون باستيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجـــوز ( وللمستودع ) بفتح الدال ، أي الذي عنده الوديعة ( والغاصب وصاحب الربا ) صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهماً وقبضه فسرق منه يقطع بخصومته ، وكذا المستودع والغاصب ، وهو معنى قوله ( أن يقطعوا السارق منهم ) أي من هؤلاء الثلاثة فيقطع بخصومتهم عند علمائنا الثلاثة . وقال الأكمل ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدي الربا ، فكأنه بالتسليم لم يبق له ملك ولاية ، فـــلا يكون له ولاية الخصومة بخـلاف رب الوديعة والمنسوب منه ، لأن الملك لهما باق .

( وكذا الوديعة بقطعه أيضاً ، وكذا المغصوب منه ) لأن الملك لهما باق ( وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع ) لأن شبهة الإذن بالأخذ والتملك قائمة من المالك ، فالقطع لا يجب بالشبهة ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بيننا وبين زفر والشافعي ( المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع ) بفتح الضاد مستعمل ، وإن

والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يــد حافظة سوى المالك، ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء ، إلا أن الراهن إنما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين

---

كان الصواب كسر الضاد ( والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ) كمتولي الوقف والأب والصبي فيقطع السراق منهم لأن هذا سرقة ظهرت بحجة كاملة بخصومة معتبرة لثبوت حق هؤلاء في الانتفاع واليد كالمالك .

( ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء المـذكورين ) يعني لو سرق سارق من أحد من هؤلاء وخاصم المالك يقطع لقيام ملكه ( إلا أن الراهن ) استثناء منقطع ، وقد اختلف نسخ الهداية فيه ، ففي بعضها إلا أن الرهن ( إنما يقطع بخصومته حـال قيام الرهن ) أي المرهون في بد السارق ( قبل قضاء الدين أو بعـده ) وفي بعض النسخ حال قيام الرهن بعد قضاء الدين . قال الكاكي والصحيح من النسخ بعد قضاء الدين بدونـه ، قيل لما إنه ذكره في المحيط .

وفي الإيضاح لو سرق من المرتهن له أن يقطعه لا للراهن ، لأنـه لا سبيل للراهن على أخذ الرهن . ثم قال وإن قضى الدين فله أن يقطعه ، لأن له أن يأخذ الرهن حينئذ ، وقـد نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعـد القضاء . وقال تاج الشريعة قوله قبل قضـاء الدين أو بعده ، قيل فيه نظر ، لأنه ذكـر في الإيضاح وليس للراهن أن يقطع السارق ، لأن حق القطع القبض من المرتهن . ولو قال الراهـن للمرتهن إت بالرهن لأقضي الدين ، فحينئذ له دلالة القطع بحق منه قبل القضاء ، هكذا رأيت في بعض المواضع ، فلو كان الحكم هكذا يخرج من النظر.

وقال الأكمل رحمه الله بعد أن ذكر في بعض النسخ بعد القضاء الشارحون نقـلا وعقلا ، أما نقلا فإنه موافق رواية الإيضاح وذكرناه وأما عقلا فلأن السارق إنمـا يقطع بخصومة من له ولاية الاسترداد ، وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين، انتهى . قلت فانه ما قاله تاج الشريعة .

لأنه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه ، والشافعي « رح » بناه على أصله إذ لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده . وزفر « رح » يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ، فلا تظهر في حق القطع ، لأن فيه تفويت الصيانة. ولنـــا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقـــد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة

---

( لأنه لا حق له في المطالبة بالعين دونه ) أي لأن الراهن ليس له طلب العين المرهونة بدون قضاء الدين ، هذا ذكره شيخي . وقال الأكمل الضمير في بدونه راجع إلى قضاء الدين، وعلى النسخة الأولى إلى قيام الرهن ، فكان شرط جواز القطع بخصومة الراهـــن أمرين ، أحدهما قيام المرهون ، حتى لو هلك ولا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنه ، والآخر قضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ .

( والشافعي بناه على أصله ) أشار بهذا إلى أن الشافعي وزفر بعد أن اتفقا في الحكم المذكور كما مر اختلفا في ترجيح المناطقـة ، فالشافعي بناه على أصله ( إلا أنه خص منه لهؤلاء ) أي المذكورين المستودع والمستعير إلى آخر مـا ذكر ( في الاسترداد عنده ) إذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك ، وإذا لم يكن الاسترداد لا يلتفت إلى خصومتهم. ولكن قال في الوجيز يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن ، وهذا قال في شرح المجمع وتركت الخلاف المذكور في المنظومة في أنه لا يقطع بالسرقة من يد المودع . وقال مالك قطع من يد المودع والوكيل والمرتهن والمستعير .

( وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ) يعني ولايتهم لأجل الحفظ فيظهر في حق الحفظ ( فلا يظهر في حق القطع ، لأن فيه ) أي لأن في ظهور حق القطع ( تفويت الصيانة ) لأن المال مضمون على السارق ، فلو استوى القطع سقط الضمان، فيكون فيه تضييع لا صيانة ، وهو مأذون بالحفظ والصيانة .

( ولنا أن السرقة موجبة للقطع من نفسها وقد ظهرت ) أي السرقة (عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة) لأن خصومتهم (معتبرة) لحاجتهم إلى الاسترداد،

مطلقاً، إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفي القطع، والمقصود من الخصومة إحياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء، فلم يعتبر، ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن، فإنه يقطع بخصومته في ظاهر

---

لأن اعتبار خصومة الملك إلى إظهار السارق لإعادته إلى المحل لتحصيل أغراض متعلقة باليد، وهو المعنى الموجود في حق هؤلاء، أما المستأجر والمستعير فلاحتياجهما إلى الانتفاع بالمحل والمرتهن والمودع لأجل الحفظ الملتزم والمتمكن من رده إلى المالك يخرجا عن عهدة الضمان ( مطلقاً ) قاله لنفي قول زفر، فان خصومة هؤلاء عنده في حق الاسترداد دون القطع ( إذ الاعتبار لحاجتهم إلى الاسترداد ) لإعادة اليد، لأن اليد مقصودة في ذلك وهم في ذلك كالمالك، فاذا كان كذلك ( فيستوفي القطع ) لأن الخصومة مطلقة لا لضرورة فقط كما قال زفر.

( والمقصود من الخصومة ) أي مقصود صاحب اليد من الخصومة ( إحياء حقه ) أي حق المالك ( وسقوط العصمة ) جواب عن قول زفر، لأن فيه تفويت الصيانة، تقريره أن سقوط العصمة ( ضرورة استيفاء القطع ) يعني أن الإمام استوفى القطع حقاً لله تعالى، فسقط الضمان ضرورة، فلا يصير المودع مسقطاً للضمان، فاذا كان سقوط الضمان من ضرورة القطع كان ضمناً ( فلم يعتبر ) لأن الضمينات لا تعتبر.

( ولا يعتبر بشبهة موهومة الاعتراض ) هذا جواب عن سؤال مقدر، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر قبل هذا الاحتمال أنه لو حضر وأقر السارق بالمسروق فأجاب بقوله (ولا معتبر ) أي الاعتبار شبهة موهومة الاعتراض، أي لتوهم اعتراض الاقرار من المالك إذا حضر أن المؤثر شبهة يوهم وجودها في الحال ما لا يتوهم اعتراضها في المال.

( كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن ) وهو المودع بفتح الدال، فان فيه شبهة موهومة أيضاً، وهو أن يحضر المؤتمن ( فانه يقطع بخصومته ) أي بخصومة المالك ( في ظاهر

الرواية وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتـــة . وإن قطع سارق بسرقـــة فسرقت منه فلم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني، لأن المال غير متقوم في حق السارق الأول، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك ، فلم تنعقد موجبة في نفسها ، وللأول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته ، إذ الرد واجب عليه .

---

الرواية ) احترز به عن رواية ابن سماعة ومحمد أن المالك ليس له أن يقطع حال غيبـــة المودع ، لان السارق لم يسرق من المالك ، وإنمـــا سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره ( وإن كانت شبهة الإذن في دخول الحرز ثابتة ) كلمة ان واصلة بمـا قبله ، أي يقطع وان كانت شبهة الإذن من المؤتمن في دخول الحرز ثابتة .

فان قيل القطع عقوبة يسقط بالشبهة ، فلا يثبت بخصومـة المودع كالقصاص . قلنا القطع عقوبة يجب حقاً لله تعالى إجماعاً ، وانما شرطت الخصومة ، بخلاف البيان إذ كا ليس للسارق ، لكن يعزه ، والمودع يملك هذه الخصومة بخلاف القصاص، فانه حق العبد.

( وإن قطع سارق بسرقة فسرقت منه ) أي من السارق ( لم يكن له ) أي للسارق ولا لرب السرقة ( أن يقطع السارق الثاني ) وبه قال أحمد والشافعي في قـــول . وقال الشافعي ومالك في قول يقطع بدعوى المالك ، لانه سرق نصاباً من حرز لا شبهة فيـه ، سواء قطع السارق الاول أو لا . وذكر أصحاب الشافعي الخصم في هذا السارق المالك لا السارق والغاصب . قال صاحب الحلية وعندي أن كل واحـــد من المالك والسارق والغاصب خصم ( لان المال غير متقوم في حق السارق الاول ، حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها ) أي فلم تنعقد السرقة موجبة للقطع في نفسها ، وأيضاً أن يده لم تبق من الأيدي التي ذكرناها من ملك وديعة وخصومة ، ومن هذه في صفـة لا يعتبر في القطع .

(وللأول) أي وللسارق الأول (ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته، إذ الرد واجب عليه ) وليس له ذلك في رواية أخرى ، لأن يده ليست بصحيحة لكون اليـــد

ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول أو بعدما درىء الحـــد بشبهة يقطع بخصومة الأول ، لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد، فصار كالغاصب . ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الإرتفاع إلى الحاكم لم يقطع . وعن أبي يوسف « رح » أنـــه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة . وجـــه الظـاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البنية إنما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة ،

---

الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد .

( ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الأول ) أي السارق الأول ( أو بعد ما درىء الحد بشبهة ) أي أو سرق الثاني بعدما درىء القطع بشبهة ( يقطع بخصومـــة الأول ) أي بسارق الأول ( لأن سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد ، فصار كالغاصب ) والدرء هنا بالشبهة كعدم القطع ، ولا فرق عند أحمد بين القطع وعدمه ، لأن يد السارق على المال لا يد أمانة ولا يد ملك ، فأشبه ما لو وجد ضائعاً .

( ولو سرقته ) أي مسروقة في نسخة ( ومن سرق فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع ) في ظاهر الرواية . ( وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافقة ) بجامع أن القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه إلى الخصومة شرط الظهور ، فكذا ما بعد الإرتفاع وقبله سواء .

( وجه للظاهر ) أي وجه ظاهر الرواية ( أن الخصومة شرط لظهور السرقة ، لأن البينة ) وفي للنهاية في بعض النسخ بالواو ، أي ولأن البينة . وقال الكاكي ولكن نسخة شيخي بلا واو ، وقال هو الأصح . قلت وكذا نسخة شيخي بلا واو . وقال هو الأصح. ثم كتب بخطه على حاشية الكتاب لأن البينة ( إنما جعلت حجة ) مع قيام احتمال الكذب ( ضرورة قطع الخصومة ) فخصومة المالك شرط لإقامة البينة ( وقد انقطعت الخصومة )

بخلاف ما بعد المرافقة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديراً . وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع ، معناه

---

لزوال الملك قبل الإرتفاع إلى الحاكم ، فلا تبقى البينة حجة بعد ذلك لانعدام الشرط، وهذا الذي كتب إيضاحاً لما قاله المصنف ، لأن البينة إنما جعلت حجة ضرورة لقطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة فلا تبقى حجة .

( بخلاف ما بعد المرافقة ) يعني لوردها بعد سماع البينة والقضاء يقطع ، وبعد السماع قبل القضاء يقطع استحساناً لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة ( لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها ) قال الأترازي لحصول مقصودها الضمير راجع إلى الخصومة ، أي لحصول المقصود من الخصومة ، لأن المقصود بالخصومة استرداد المال إلى المالك والشيء يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح ينفرد بالموت ، لا أنه يبطل ، لكن الخصومة يبطل . فأما تقدير الإستيفاء القطع ، وهو معنى قوله ( فيتبقى تقديراً) باعتبار قيام يده على المال ولو رده على ولده أو ذي رحم لم يكن في عيال المالك يقطع لعدم الوصول إليه حقيقة وحكماً ، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليه . وإن كان في عياله لا يقطع ، لأن يد من في عياله كيده حكماً . ولهذا لا يضمن المودع المستعير بالدفع إليه .

وكذا لو رده على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة . ولو دفع إلى والده أو جده أو والدته وليسوا في عياله لا يقطع ، لأن بهؤلاء شبهة المالك في ماله بالنص ، فيثبت شبهة الرد . ولو دفع إلى عيالها لا يقطع لأنه شبهة ، وهي معتبرة . ولو دفع إلى مكاتبه لا يقطع ، لأن عبده ولو سرق من المكاتب ورد إلى سيده لا يقطع . ولو سرق من العيال ورده إلى من بعولتهم لا يقطع ، لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله .

( فإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع ) هذه المسألة ذكرت في الجامع الصغير بهذه العبارة ، وفسرها المصنف بقوله ( معناه ) أي معنى ما ذكره محمد

إذا سلمت إليه . وكذلك إذا باعها المالك إياه . وقال زفر والشافعي « رح » يقطع ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لأن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً ، وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة . ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء ، إذ القضاء للإظهار ،

---

فيها فوهبت له ( إذا سلمت ) يعني إذا سلمت السرقة إلى العين المسروقة ، لان الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك .

( وكذا لا يقطع إذا باعها المالك إياه ) أي إذا باع العين المسروقة مالك إياه ، أي السارق ( وقال زفر والشافعي يقطع ) وبه قال مالك وأحمد ( وهو رواية ) أي ما قاله زفر والشافعي رواية ( عن أبي يوسف ، لأن السرقة قد تمت انعقاداً ) باحتمال الغير على وجه الحقيقة من حرز لا شبهه فيه ، إذ وضع المسألة في ذلك ( وظهوراً ) أي من حيث الظهور ، لأن الفرض أنه قضي عليه بالقطع ، ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها .

( وبهذا العارض ) وهو ثبوت الملك بالهبة والشراء لا قيام الملك وقت السرقة ، لأن الهبة والشراء يوجب ملكاً حادثاً فلا يمنع به الاستيفاء ، وبهذا احترز به عما أقر به المالك أن المسروق للسارق ، فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للمقر له ( لم يتبين قيام الملك وقت السرقة ) [1] ... الملك للسارق وقت وجود السرقة ، فإذا كان الأمر كذلك ( فلا شبهة فيقطع ) .

( ولنا أن الامضاء من القضاء ) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالجلد ( في هذا الباب ) أي في باب الحدود ( لوقوع الإستغناء عنه ) أي عن القضاء بالاستيفاء ، يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني عنه إلا بالإستيفاء ( إذ القضاء ) أي لأن القضاء ( للإظهار ) ولا إظهار ها هنا ، لأن القطع حق

---

(١) هنا كلام مكشوط في الأصل . اه مصححه .

والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده . وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء ، وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء . قال وكذلك إذا انقضت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء . وعن محمد « رح » أنه يقطع ، وهو قول زفر والشافعي « رح » اعتباراً بالنقصان في العين .

---

الله تعالى ، وهو معنى قوله ( القطع حق الله ، وهو ظاهر عنده ) أي عند الله تعالى لا يغرب عن علمه مثقال ذرة في الأرض ولا في السماء فلا حاجة إلى الإظهار .

( وإذا كان كذلك ) أي إذا كان الامضاء من القضاء ( يشترط قيام الخصومة عند الإستيفاء ) كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتهى ذلك بالبيع والهبة ، لأن ما يكون شرطاً لوجوب القضاء يراعى وجوده إلى وقت الإستيفاء ، لأن المعترض قبل الإستيفاء كالمقترن بأصل السبب ، بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود ، فإن الحدود لا تستوفى إذا كان الشهود على هذه الأوصاف وقت الإستيفاء بالإجماع ، وذكره في الأسرار .

( وصار ) أي الملك الحادث ( كما إذا ملكها منه قبل القضاء ) لأنه بما لم يمض فكأنه لم يقض . ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديراً في صورة رد المسروق بعد الواقعة قبل الاستيفاء لم يكن الإستيفاء من القضاء حتى أوجبتم القطع وهنا جعلتم الإستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعاً لوجود الحد ، وما ذلك إلا تناقض والجواب الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقاً ، لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالأخذ ، وهاهنا حديث بينهما تصرف موضوع لإفادة الملك ، فكان شبهة ( قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء ) أي نقضت من حيث السعر ، فإنه ذكر في المحيط لو كان نقصان القيمة لنقصان في المعنى وإن كان لنقصان السعر لا يقطع في ظاهر الرواية .

( وعن محمد أنه يقطع ، وهو قول الشافعي وزفر ) وقول مالك وأحمد ( اعتباراً بالنقصان في العين ) يعني بأن هلك دراهم من العشرة ، أو استهلكه ، وهذا بناء على أن المعتبر في قيمة المسروق أن تكون السرقة الموجبة للقطع عشرة دراهم ، فإن نقص عن ذلك قبل

ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً يشترط قيامه عنـــد الإمضاء لمـــا ذكرنا ، بخلاف النقصان في العين ، لأنه مضمون عليه فكمل النصاب عيناً وديناً ، كما إذا استهلك كله ، أما نقصان السعر غـير مضمون فافترقا . وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وإن لم يقم بينة ، معناه بعدما شهـــد الشاهدان بالسرقة.

وقال الشافعي « رح » لا يسقط مجرد الدعوى ،

---

القطع في العين لم يمنع من الإستيفاء منه بالإتفاق فيهما . وإن كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتباراً بالأول بجامع وجود سرقة نصاب فيهاإن كان النصاب لما كان شرطاً فيالابتداء . (ولنا) وهو وجه ظاهر الرواية (أن كمالالنصاب لما كان شرطاً ) في الإبتداء ( يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ) أراد به قوله أن الامضاء من القضاء .

( بخلاف النقصان في العين لأنه مضمون عليه ) أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون ( فكمل النصاب عيناً ) أي من حيث العين وقت الأخذ فيما إذا كان المسروق من ذوات الأمثال ( وديناً ) أي من حيث الدين وقت الإستيفاء فيما إذا كان المسروقمنذوات القيم ( كما إذا استهلكه كله ) أي كما إذا استهلك السارق كل العين ( أما نقصان السعر غير مضمون) فكان النصاب مناقصاً عند القطع فصار شبهة (فافترقا) أي افترق نصابالسعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الأول .

( وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط عنه ) أي عن السارق ( وإن لم يقم بينة ) واصلة بما قبله ، وهو رد لقول الشافعي على ما نذكره ، وهو لفظ القدوري ، وفسره المصنف بقوله ( معناه ) أي معنى كلام القدوري ( بعد ما شهـــد الشاهدان بالسرقة ) إنما فسره بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الإقرار بالسرقة ، فإنه يسقط القطع بالإتفاق .

( وقول الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى ) وفي المغنى لابن قدامة في كتب أصحاب

لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدي إلى سد باب الحد . ولنا أن الشبهة دارئة ويتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال ، بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار . وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ، لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة ،

---

الشافعي رحمه الله يحلف المسروق منه ، فإن نكل لا قطع عليه بالإجماع . وإن حلف لا يقطع أيضاً وهو نص الشافعي . وقال بعض أصحابه فيه وجهان ، قيل لا يقطع وبه قال أحمد في رواية ، لأن سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي إلى سد باب القطع ، إذ كل سارق لا يعجز عن هذا. وعن أحمد في رواية أخرى أنه إن كان السارق معروفاً بالسرقة قطع ، لأنه يعلم كذبه بدلالة الحال وأولى الروايات أنه لا يقطع بكل حال ، لأن الحد يندرىء بالشبهات ، وهي احتمال صدقه ( لأنه لا يعجز عنه ) أي عن قول أنها ملكه ( فيؤدي إلى سد باب الحد ) وسمى الشافعي هذا السارق طريفاً ، لأن أكثر السراق لا يعلمون هذا .

( ولنا أن الشبهة دارئة ) للحد ( ويتحقق ) أي الشبهة ( بمجرد الدعوى للاحتمال ) أي لاحتمال دعواه الصدق ( ولا معتبر بما قال ) أي الشافعي أنه لا يعجز عنه سارق ( بدليل صحة الرجوع بعد الإقرار ) أي بالسرقة مع أنه لا يعجز عنه سارق وما من مقر إلا وتمكن من الرجوع ، وكان ذلك معتبراً في إيراث الشبهة ، فكذا هذا وفيه نظر ، لأن إقراره حجة قاصرة ، والبينة حجة كاملة لما عرف ، ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة موروثاً لما في الكاملة . والجواب أن الكمال المقصود بالنسبة إلى التعدي إلى الغير وعدمه ، وليس كلامنا فيه ، وأما بالنسبة إلى المقر فيهما سواء .

( وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا ) سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء . وعند الأئمة الثلاثة لم يعتبر دعواه بعد القضاء ( لأن الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر ، لأن السرقة تثبت بإقرارهما على الشركة )

فإن سرقا ثم غـــاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة « رح » ، والآخر وهو قولهما ، وكان يقول أولاً لا يقطع ، لأنه لو حضر ربما يدعي الشبهة . وجه قولـــه الآخر أن الغيبة تمنـــع ثبوت السرقة على الغائب ، فيبقى معدوماً ، والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر ، وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فإنه يقطـع وترد السرقة إلى المسروق منه ، هـــذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يقطع والعشرة للمولى . وقال محمد « رح » لا يقطع ، والعشرة للمولى

---

فيكون فعلا واحدا ( فإن سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة « رح » الآخر وهو قولهما وكان ) أي أبو حنيفة ( يقول أولاً لا يقطع لأنه ) أي لأن الغائب ( لو حضر ) ربما يدعي الشبهة وهي دارئة للحد عن نفسه ، وعن الآخر حد ، فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة ، وهو لا يجوز .

( وجه قوله الآخر ) أي وجه قول أبي حنيفة الآخر ( أن الغيبة تمنع ثبوت السرقـة على الغائب ) لأن القضاء على الغائب لا يجوز ( فيبقى معدوماً ) أي يبقى فعل السرقة معدوماً (والمعدوم لا يورث الشبهة ) في حق الموجود ، وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة ( ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة ) لانه لو اعتبر يلزم اعتبار شبهة الشبهة ، وهي محطة عن حيز الاعتبار (على ما مر) إشارة إلى قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض.

( وإذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها ) يعني كائنة بعينها ( فانه يقطع وترد السرقة المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى ) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد .

( وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى ) وحكي عن الطحاوي رحمه الله أنه قال سمعت

وهو قول زفر « رح » ، ومعنى هـــذا إذا كذبه المولى . ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده . ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهـــين . وقال زفر « رح » لا يقطع في الوجوه كلها ، لأن الأصل عنده أن إقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح ، لأنـه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والإقرار على الغـير غير مقبول ، إلا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة إقراره به لكونه مسلطاً عليه من جهته

---

استاذي ابن أبي عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع ، وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه معنا ( إذا كذبه المولى) أي معنى قول محمد والعشرة للمولى إذا كذبه المولى بأنقال المال مالي فالعشرة له ولا يقطع العبد .

( ولو أقر ) أي العبد المحجور (بسرقة مال مستهلك قطعت يده) اتفاقاً بين علمائنـــا الثلاثة ، قال تاج الشريعة لان الإقرار بسرقة مال مستهلك إقرار بحد مفرد، والاقرار بحد مفرد صحيح من العبد المحجور عند علمائنا الثلاثة ، كما لو أقر بالزنا أو بشرب الخمر (ولو كان العبد مأذوناً له يقطع في الوجهين ) أي فيما اذا كان المال قائماً أو مستهلكاً .

( وقال زفر يقطع في الوجوه كلها ) أي فيما اذا كان العبد محجورا أو مأذوناً والحال قائم أو هالك ( لان الاصل عنده ) أي عند زفر ( أن اقرار العبد على نفسه) مأذوناً كان أو محجورا ( بالحدود والقصاص لا يصح ، لانه ) أي لان الإقرار ( يرد على نفسه ) يعني في القصاص ( وطرفه ) يعني في الحدود ( وكل ذلك ) أي طرفه ونفسه (مـــال للمولى والإقرار على الغير غير مقبول ) ألا ترى أنه لو أقر برقبة الغير كان اقراره باطلا (الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان ) ان كان مستهلكاً ( والمال ) أي يؤاخذ بالمال ان كان قائماً بصحة اقراره به ( لكونه ) أي لكون المأذون له مسلطاً عليه منجهته ) أي لكونـه

والمحجور عليـــه لا يصح إقراره بالمال أيضاً ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي ثم يتعـدى إلى المالية فيصح من حيث أنه مال ، ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لما يشتمل عليه من الأضرار ومثله مقبول على الغير . لمحمد « رح » في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولهـــذا لا يصح منه الإقرار بالغصب ، فيبقى مال المولى . ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى

---

مسلطاً على اقراره من جهة المولى ( والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضاً ) أي كما لا يصح في النفس أيضاً .

( ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي ) مخاطب لامن حيث أنه مـــال ( ثم يتعدى إلى المالية من حيث أنه مال ) يعني لما صح إقراره منحيث أنه آدمي صح منحيث أنه مال أيضاً لسراية إليها ، لأن آدميته لا تنفك عن ماليته ، فالسراية من حيث أنهمال تبعاً وقد يثبت الشيء تبعاً ولا يثبت قصدا .

( ولأنه لا تهمة في هذا الإقرار لمايستمل عليه من الأضرار ) أي على العبد ، لأن مـا يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحقه المولى ( ومثله ) أيومثل مـــا كان ضرر الإقرار فيه أدى إلى السفر وإلى الغير ( مقبول على الغير ) أي بطريق التبعيةلانعدام تهمة الكذب في ذلك الإقرار إذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته ، وإن لم يقبلها في سائر المواضع لعدم التهمة ، حيث لا يلزم الصوم كما يلزم غيره ، وكذلك الحر المديون إذا أقر بالقتل العمد فإنه يقتص منه بالاجماع وإن كان فيه إبطال ديون الغرماء .

( لمحمد في المحجور عليه أن إقراره بالمال باطل ، ولهذا ) أي ولأجل بطلان إقرار المحجور عليه بالمال( لا يصح منه الاقرار بالغصب ) فكذا لا يصح إقراره بالسرقة ، فإذا لم يصح إقراره بالمالية في حق المالية ( فيبقى مال المولى ) على ملكه ( ولا قطع على عبد في سرقة مال المولى ) أي في سرقة مال حكم به لسيده ، لأن كون المال مملوكـــاً لغير

يؤيده أن المال أصل فيها، والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع، ويثبت المـــال دونه . وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت . وإذ بطل فيما هو الأصل بطل في التبع، بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً . ولأبي يوسف « رح » أنـــه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه ، وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه

---

السارق وغير مولاه شرط وجوب القطع (يؤيده) أي يؤيد ما ذكره محمد ، وهذا إشارة إلى أن الكل واحد من أصحابنا الثلاثة أصلاً ، فأبو حنيفة يقول القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم، وبدليل أنه لو قال يبقى المال ولا يبقى القطع لم يسقط القطع.

وأبو يوسف يقول كل منهما أصل مـــا أصالة القطع فيما قالوا في الحر إذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح إقراره في حق القطع دون المالية . وأما أصالة المال فلأنه إذا سرق ما دون العشرة لا يقطع، والخصومة شرط، ولولا أن المال أصل يوجب القطع بدونها لأنه محض حق الله تعالى ، وهو مستوفى بلا طالب .

ومحمد يقول المال أصل والقطع تبع ، وهو معنى قول المصنف ( أن المال أصل فيها) أي في السرقة ( والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه ) أي في المال بدون القطع مثل أن يقول اطلب المال منه دون القطع ( ويثبت المال دونه ) أي دون القطع ، كما إذا شهـــد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع يضمن المال ولا يقطـــع ( وفي عكسه ) بأن قال أطلب القطع دون المال ( لا تسمع ) أي الخصومة ( ولا يثبت ) أي المال ( وإذا بطل ) أي الإقرار ( فيما هو الأصل ) أي المال (يبطل في التبع ) وهو القطع ( بخلاف المأذون ، لأن إقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً ) لصحة الإقرار به .

( ولأبي يوسف أنه ) أي العبد ( أقر بشيئين بالقطع وهـــو ) أي القطع (على نفسه) صحيح ( فيصح على ما ذكرناه ) أي إقراره في حق القطع ( وبالمال ) أي إقراره بالمـــال ( وهو ) أي الإقرار بالمال (على المولى فلا يصح في حقه فيه ) أي فـــلا يصح إقرار العبد في

والقطع يستحق بدونه ، كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو لي تقطع يـــد المقر ، وإن كان لا يصـــدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد. ولأبي حنيفة « رح » أن الإقرار بالقطع قد صح منه لما بينـــا فيصح بالمال بنـــاء عليه ، لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء ، والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المـــال باعتباره ، ويستوفي القطع بعـــد استهلاكه ،

---

حق المولى في المال ( والقطع مستحق بدونه ) أي بدون المال ( كما إذا قال الحـر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو ، وزيد يقول هو ثوبي يقطع به المقر ) لصحـــة إقراره ( وإن كان ) واصل بما قبله ، أي وإن كان العبد ( لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ) وفي المبسوط وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك وهذا لأنه لم يقبل إقراره في تعيين هذا المال بقي المسروق مستهلكاً .

( ولأبي حنيفة أن الإقرار بالقطع قد صح منه ) أي من العبد ( لـمـا بينا ) إشارة الى قوله ونحن نقول يصح إقراره من حيث أنه آدمي ( فيصح ) أي إقراره (بالمال بناء عليه ) أي على صحة الإقرار بالقطع لما شهدنا من أصله فيما مضى ( لأل الاقرار ينافي حالة البقاء) أي بقاء السرقه ، لأن الاقرار بالشيء إظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به قبل الاقرار ، ألا ترى أن إقرار أحد الزوجين بالنكاح صحيح من غير شهادة ( والمـال في حالة البقاء تابع للقطع، حتى تسقط ) بالرفع لأن حتى بمعنى الفاء (عصمة المال باعتباره) أي باعتبار القطع ( ويستوفي القطع بعد استهلاكه ) أي استهلاك المال، فلو أبطلنا اقراره في حق القطع باعتبار المال لجعلنا المال في البقاء أصلاً،وهذا باطل، كذا في جامع البرهاني.

وفي بعض الشروح وقوله باعتباره ، أي باعتبار القطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع من الضمان ، ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على أن المال تابع به

بخلاف مسألة الحر ، لأن القطع إنما يجب بالسرقة من المودع، أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا . ولو صدقة المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع . قال وإذا قطع اسارق والعين قائمة في يده ردت إلى صاحبها لبقائها على ملكه ، وإن كانت مستهلكة لم يضمن ، وهذا الإطلاق يشمل الهلاك

---

لأنه لو كان أصلاً لما تغير حاله من التقوم الى غيره ، لأنه مقصود منه انما يكون بالتقوم ، وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال ، فيدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل .

( بخلاف مسألة الحر ) جواب عما أشهد به أبو يوسف بقوله كما إذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد الى آخره ، بيانه أن هذه المسألة له ليست نظير تلك المسألة،لأنه ليس من ضرورة كونه مسروقاً عن شخص كونه مالكاً ، لجواز أن يكون مودعاً فيقطع ( لان القطع إنما يجب بالسرقة من المودع ) بخصومته وان لم يرد اليه المال ، وأما ها هنا .فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى ، فحينئذ لا يجب القطع ، لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده، وهو معنى قوله (أما لا يجب) أي القطع (بسرقة مال المولى فافترقا ) أي الحكمان المذكوران .

( ولو صدقه المولى ) أي ولو صدق المولى عبده ( يقطع في الفصول كلها ) وهي أن يكون العبد مأذوناً أو محجوراً عليه ، والمال قائم بنفسه أو مستهلك ، والمولى يكذبه أو يصدقه ، فإذا صدقه المولى يقطع في هذه الفصول كلها ( لزوال المانع ) أي من القطع ووجود المقتضى له .

( واذا قطع السارق والعين قائمة ) أي والحال أن العين موجودة (ردت على صاحبها لبقائها ) أي لبقاء العين ( على ملكه ) أي على ملك المسروق منه .

( وان كانت ) أي العين ( مستهلكة لم يضمن ، وهذا الاطلاق ) أراد به اطلاق القدوري في مختصره بقوله ان كانت هالكة ، يعني قوله ان كانت هالكة ( يشمل الهلاك

والاستهلاك ، وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة «رح» ، وهو المشهور. وروى الحسن عنه أنه يضمن بالإستهلاك. وقال الشافعي «رح» يضمن فيهما لأنهما قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان ، فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد وسببه أخذ المال . فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ، أو شرب

---

والاستهلاك ) لانه لما لم يجد الضمان في الاستهلاك ، ففي الهلاك اولى ( وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ) يعني شمول اطلاق الهلاك والاستهلاك ، رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة .

( وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ) أي أن الضمان يجب بالاستهلاك دون الهلاك ( وقال الشافعي يضمن فيهما ) أي في الهلاك والاستهلاك ( لانهما ) أي القطع والضمان حقان ( قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان ) أي لا يمتنع أحدهما بالآخر ، وبين اختلاف السببين بقوله (فالقطع حق الشرع ، وسببه ترك الانتهاء عما نهى عنه ، والضمان حق العبد، وسببه أخذ المال) لاختلاف أهل العلم أن المال اذا كان قائماً يرد على مالكه، وكذا لو باعه السارق أو وهبه يأخذه من المشتري والموهوب له ، ويبطل البيع والهبة .

واختلفوا في الثالثة ، فقال الشافعي وأحمد وأبو ثور يجب على السارق رد قيمتها ، أو مثلياً ان كان مثلياً ، وهو قول ابراهيم النخعي وحماد والحسن البصري واسحاق والليث ابن سعد . وقال علماؤنا والثوري لا يجتمع الضمان مع القطع ، فلو ضمنه المالك قبل القطع سقط القطع ، وان قطعه سقط الضمان ، وهو قول عطاء ومحمد بن سيرين وابن شبرمة وعامر الشعبي ومكحول . وقال مالك ان كان السارق معسراً فلا ضمان عليه ، وان كان موسراً يضمن لنظر الجانبين .

( فصار ) أي حكم هذا على الوجه المذكور ( كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه يجب قيمته للمالك ، وقيمة أخرى لجزاء ارتكاب المحظور لله تعالى ( أو شرب

خمراً مملوكاً لذمي . ولنـــا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه .

---

خمراً مملوك لذمي ) يعني على أصلكم ، فإن ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عند الشافعي وإن كان لذمي ، وعندنا يجب قيمته ويحد .

( ولنا قوله ﷺ ) أي قول النبي ﷺ ( لا غرم على السارق بعدمـا قطعت يمينه ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ، ومعناه ما أخرجه النسائي في سننه عن حسان بن عبدالله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد عن سعيد بن ابراهيم عن المسمود بن ابراهيم عـن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد ، انتهى . قال النسائي هذا مرسل ليس بثابت .

وأخرجه الدارقطني في سننه بلفظ لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وقال المسور بن ابراهيم لم يدرك عبد الرحمن بن عوف ، فإن صح اسناده فهو مرسل ، وسعيـد بن ابراهيم مجهول .

ورواه البزار في مسنده بلفظ لا يضمن السارق سرقة بعد إقامة الحد . قال : المسور ابن ابراهيم لم يلق عبـد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ، ورواه الطبراني في الأوسط . وقال لا يروى عن الرحمن بن عوف إلا بهذا الاسناد ، وهو غـير متصل ، لأن المسور لم يسمع من جده عبد الرحمن بن عوف . وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبي عـن هذا الحديث ، فقال هذا حديث منكر ، والمسور لم يلحق عبـد الرحمن ، وقد طول الأكمل هنا كلاماً ولم يتعرض لبيان حال الحديث . وقال الكاكي وذكر ابن قدامـة في المغنى قال ابن المنذر سعيد بن ابراهيم مجهـول ، وقال ابن عبد البر الحديث ليس بقوي . قلنا ليس كذلك ، فإن الزهري يروي عن سعيد بن ابراهيم هذا الحديث، نقله عبدالباقي. وقال عبد الباقي هذا صحيح ، وقول ابن قدامة ليس أجود القاطع عليه .

قلنا اطلاق الغرم على اجرة القاطع خلاف الظاهر ، مع أنه نكرة في موضع النفي ، انتهى . قلت رواه ابن جرير الطبري هذا الحديث في تهذيب الآثار موصولاً ، فقال حدثنا أحمد بن الحسن الترمذي قال حدثنا سعيد بن كثير بن عفير عن المفضل بن فضالة عن يونس بن

ولأن وجود الضمان ينافي القطع، لانـــه يتملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الاخذ، فتبين أنـه ورد على ملكه فيتبقى القطع للشبهة وما يؤدي إلى انتفائه فهو المنتفى، ولأن المحل لا يبقى معصومـاً حقاً للعبد إذ لو بقي لكان مباحـــاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة

---

يزيد وسعد بن ابراهيم حدثني أخو المسور بن ابراهيم عن أبيه عن عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ قال إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه .

وأخرجه أبو عمر عبد الله عن طريق ابن جرير وهذا المسور وأبوه على شرط البخاري، وأبوه ذكره ابن حبان في ثقاة التابعين ، ثم قال ابن جرير ما ملخصه فيه البيان من صحة قول من لم يضمن السارق بعد الحد وفساد قول من ضمنه ، ثم حكي عدم التضمين عن ابن سيرين والنخعي والشعبي وعطاء والحسن وقتادة ، وقال وعلتهم مع الأثر القيـــاس على إجماعهم على أن أهل العدل إذا ظهروا على الخوارج لم يغرموا ما استهلكوه ، وكذا قطاع الطريق . ولو كان السارق في التضمين كالغاصب للتعدية لوجب الضمان على هؤلاء لتعديهم وظلمهم ، قال وهذا هو الصواب لقوله تعالى ﴿ فاقطعوا أيديهما جزاء بمـا كسبا ﴾ ٣٨ المائدة ، فلم يأمر بالتغريم ، ولو كان لازماً لعرفهم كما عرفهم بالقطع .

( ولأن وجوب الضمان ينافي القطع ، لأنه يتملكه ) أي لأن السارق يتملك المسروق ( بأداء الضمان ) حال كونه ( مستنداً إلى وقت الأخذ ) أي أخذ السرقة ( فتبين أنــه ) أي أن الأخذ ( ورد على ملكه فيبقى القطع للشبهة وما يؤدي ) أي والشيء الذي يؤدي ( إلى انتفائه ) أي انتفاء القطع المشروع ( فهـو المنتفي ) لأن انتفاء اللازم يـــدل على انتفاء الملزوم .

( ولأن المحل ) أي المال ( لا يبقى معصوماً ) قبل القطع حال كونه ( حقـاً للعبد ، لأنه لو بقي ) معصوماً حقاً للعبد ( لكان مباحاً في نفسه ) لأنه عرف بالاستقراء ما هـــو حرام حقاً للعبد فهو مبـــاح في نفسه ، فكان المال للسارق حراماً من وجه دون وجه ( فينتفي القطع للشبهة ) أي لشبهة كونه مباحاً في نفسه ، حاصله أن الشبهـــة هو أن

فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ، ولا ضمان فيه إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانـــه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه ، وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره . ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمـــام المقصود فيعتبر الشبهة فيه ، وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان ، لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة .

---

تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه ، فحينئذ يندرىء الحد ، فإذا لم يبق معصومـاً حقاً للعبد ( فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه ) أي في المحرم حقاً للشرع ، لأن العصمة جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت إلى الله تعالى ، فصار المـال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك . وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه كما مر عن قريب .

وتقدير الجواب أن يقال ( إلا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك ، لأنه ) أي لأن الاستهلاك ( فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه ) أي في حق فعل آخـــر ( وكذا الشبهة ) وهي كونه مباحاً في نفسه ( تعتبر فيما هو السبب ) وهو السرقة ( دون غيره ) وهو الاستهلاك .

( ووجه المشهور ) وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك إتمام المقصود ) بالسرقة ، لأنه إنما سرق ليصير إلى بعض حوائجه ، فكانت تتمة السبب، لأنه فعل آخر ( فيعتبر الشبهة فيه ) لإسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السرقة ( وكـذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان ) في فصل الاستهلاك ( لأنه ) أي لأن سقوط العصمة ( من ضرورات سقوطها في فصل الهلاك لانتفاء المماثلة ) بين المال المسروق وبين الضمان، لأن الضمان مال معصوم حقاً للعبد في حالتي الهلاك والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقاً له في حالة الاستهلاك فقط ، فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان ، لأن ضمـــان المقدور شرط بالمماثلة بالنص ، ولهذا لا يجب الضمان عندنا بمقابلة استهـــلاك المنافع بالغصب لانتفـــاء المماثلة .

قال ومن سرق سرقات فقطع في إحداهما فهو بجميعها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يضمن كلها إلا التي قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم فإن حضروا جميعاً وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئاً بالإتفاق في السرقات كلها . لهما أن الحاضر ليس بغائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة . وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي .

---

( ومن سرق سرقات فقطع في إحداهما ) أي في إحدى السرقات يعني لاجل واحد منها ( فهو ) أي القطع واقع (بجميعها) بالإتفاق ، لان القطع يتداخل بالإجماع ، وبه قالت الثلاثة ( ولا يضمن شيئاً ) أي لأرباب المسروقات ( عند أبي حنيفة ) .

( وقالا يضمن كلها ) أي كل السرقات ( إلا التي ) أي إلا السرقة التي ( قطع لها ، ومعنى المسألة إذا حضر أحدهم ) أي أحد أرباب السرقات وادعى السرقة ( فإن حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالإتفاق في السرقات كلها . لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن الحاضر ليس بغائب عن الغائب ) حتى يجعل خصومته لخصومتهم ( ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ، فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقطع القطع لها ) أي للسرقات كلها ، وإذا لم يقع القطع لها ( فبقيت أموالهم معصومة ) والمال المعصوم مضمون لا محالة .

( وله ) أي لأبي حنيفة ( أن الواجب بالكل ) أي بكل السرقات ( قطع واحد حقاً لله تعالى ) وكل ما كان كذلك يتداخل ( لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور عند القاضي ) وقد وجد ذلك أيضاً بالنسبة إلى الجمع . قال تاج الشريعة والشروط تراعى وجودها قصداً ، ولهذا يصح الإعتكاف بصوم رمضان ، والصلاة بالوضوء لدخول المسجد .

أمـــا الوجوب بالجناية فإذا استوفى فالمستوفي كـــل الواجب، ألا ترى أنـه يرجع نفعه إلى الكل ، وعلى هذا الخلاف إذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض .

---

( أما الوجوب ) أي وجوب القطع ( بالجناية ) جزاء لها ( فإذا استوفى ) يعني ذلك القطع الواحد ( فالمستوفي كل الواجب ، ألا ترى أنه يرجع نفعه ) وهو الإنزجـار ( إلى الكل)فيقطع عن الكل .

فإن قيل الحكم الثابت هاهنا لا يرد على الثابت والقطع يتضمن البراءة عن ضمـــان المسروق ، ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل نصاً لم يبرأ ، فكيف يبرأ إذا ثبت ضمناً. أجيب بأنه كم من شيء ثبت ضمناً ولم يثبت قصداً كبيع الشرب ووقف النقـــول ، ثم هاهنا لما وقع القطع في حق الكل بالإجماع ثبعه ما هو ثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان.

فان قيل الخصومة شرط ليصير باذلاً للمال ، إذ لا يصح البدل من واحد عن الكل . قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعي يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد ، ألا ترى أنه مستوفى بخصومة من يملك البذل من لا يملك ، كالأب والوصي .

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيـــه ( إذا كانت النصب ) بضم النون والصاد جمع نصاب ( كلها لواحد فخاصم في البعض ) أي في بعض النصب ، يعني لو سرق السارق النصب من شخص واحد مراراً فخاصم في البعض فقطع لأجل ذلك ، فعند أبي حنيفـة لا يضمن النصب الباقي . وعند أبي يوسف ومحمـــد يضمن فافهم .

## باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع . وعن أبي يوسف « رح» أنه لا يقطع ، لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش ، فإنه يوجب القيمة وتملك المضمون ، وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع .

---

( باب ما يحدث السارق في السرقة )

أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه السارق في العين التي يسرقها ، ويحدث بضم الياء من الإحداث .

(ومن سرق ثوباً فشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع ) قيد بقوله في الدار ، لأنه لو شقه خارج الدار يقطع بالإجماع، سواء بلغت قيمته نصاباً أو لا . ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة . وكذا لو بلغت قيمته نصاباً بعد الشق في البيت .وقيد بقوله وهو يساوي ، أي الثوب يساوي عشرة بعد الشق ، لأنه لو لم يساويه عشرة بعد الشق لا يجب القطع بالإتفاق .

( وعند أبي يوسف لا يقطع ، لأن له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش ) وهذا الخرق طولاً فانه خرق فاحش ( فانه ) أي فان الخرق الفاحش ( يوجب القيمه وتملك المضمون ) ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملك الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك، لأنه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكسر من السارق ( فصار ) أي حكم هذا ( كالمشترى ) بكسر الراء ( إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع ) ثم فسخ البائع فانه لا يقطع هناك فكذلك هنا. والجامع بينهما أن السرقة فيه تمت على عين غير مملوكة للسارق، ولكن ورد عليه سبب الملك .

ولهما أن الاخذ وضع سبباً للضمان لا للملك، وإنما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومثله لا يورث الشبهة. كنفس الاخذ، وكما إذا سرق البائع معيباً باعه، بخلاف ما ذكر، لان البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب،

---

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( أن الأخذ ) أي هذا الأخذ ( وضع سبباً للضمان لا للملك ) يعني لا نسلم أن له فيه سبب الملك، لأن الأخذ المعروف ليس بموضع له، وإنما هو موضوع سبباً للضمان، فكان له سبب الضمان، لأن سبب الملك ( وإنما الملك سبب له ضرورة، [1] أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ) وهما البدل والمبدل ( ومثله ) أي ومثل هذا الأخذ الذي هو سبب للضمان ( لا يورث الشبهة ) لأنه ليس بموضوع للملك ( كنفس الأخذ ) فإنه يحتمل أن يصير سبباً بعد الضمان، ومع هذا فلم يعتبر شبهة.

( وكما إذا سرق البائع معيباً باعه ) ولم يعلم المشتري بالعيب، فانه يقطع وأن العقد سبب الرد وهو العيب، فكذلك ها هنا يقطع وان - العقد - القطع سبب انضمان وهو الشق ( بخلاف ما ذكر ) أبو يوسف، وهو قوله والمشتري إذا سرق بيعاً فيه الخيار للبائع، لأن سبب الملك فيه موجود ( لأن البيع موضوع لإفادة الملك، وهذا الخلاف ) أي الذي بين أبي يوسف وصاحبيه ( فيما كان اختار ) أي الملك ( يضمن النقصان وأخذ الثوب ) لا يقال الأصل عندكم أن القطع والنقصان لا يجتمعان، فاذا اختار يضمن النقصان كيف يمكن من القطع، لأن القول ضمان النقصان وحيث بجناية آخر قبل الإحتياج وهي ما فات من العين والقطع باخراج الباقي كما لو أخذ ثوبين فلحرق أحدهما في البيت وأخرج الأخرى قيمة أحدهما نصاب.

---

(١) هكذا في الأصل، وهو غير ما ورد في المتن، اهـ مصححه.

فإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالإتفاق ، لانه ملكه مستنداً إلى وقت الاخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة فأورث شبهة ، وهـــذا كله إذا كان النقصان فاحشاً ، فإن كان يسيراً يقطع بالإتفـــاق لانعدام سبب الملك ، إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة ، وإن سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع ، لان السرقة تمت على اللحم ، ولا قطع فيه . ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع

---

وأورده على هذا الجواب الإستهلاك على ظاهر الرواية ، فان فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان ، وعن هذا ذهب بعضهم إلى أنه إن اختار القطـــع لا يضمن النقصان . والجواب أن القطع الباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك ، فان القطع كان لأجله لا لشيء آخر.

( فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالإتفاق ، لأنه ملكاً مستنداً إلى وقت الأخذ ، فصار كما إذا ملكه بالهبة ) فانه إذا وهب له بعد تمام السرقـة يسقط القطع فلأن لا يجب إذا ملكه قبل تمام السرقة أولى ( فأورث شبهة )وهي دارئة الحـــد ( وهذا كله ) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات ( إذا كان النقصان فاحشاً ) والفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة وهو الصحيـح . وقال التمرتاشي روي في حـــد الإتلاف فانه لا يكون النقصان أكثر من نصف القيمـــة ، وقيل النقصان الفاحش أن ينقص بالحرق ربع القيمة فصاعداً وما دونه يسير . وقيل مـا لا يصح الباقي للثوب فهو فاحش والصلح يسير .

( وإن كان ) أي النقصان (يسيراً يقطع بالإتفاق لانعدام سبب الملك إذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة ) بل له تضمين قيمة النقصان .

( وإن سرق شاة فذبحها ) في الحرز ( ثم أخرجها لم يقطع ) وإن كانت قيمة المذبوحة عشرة دراهم ( لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه ) أي في اللحم .

( ومن سرق ذهباً أو فضة يجب فيه القطع ) وهو صفة الذهب والفضة لأنها جملة فعلية

فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيــه ، ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقـــالا لا سبيل للمسروق منه عليهما ، وأصله في الغصب ، فهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له ، ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لا يملكه ، وقيل على قولهما لا يجب ، لانه ملكه قبل القطع ، وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئـــاً آخر فلم يملك عينه ، فإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يؤخذ منـــه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتباراً

---

وقعت صفة للنكرة . وجواب المسألة هو قوله قطع فيه ، أي ما بلـغ قيمة عشرة دراهم ( فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه ، وهذا عند أبي حنيفة ) أي القطع عنده ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

( وقالا ) اي أبوسف ومحمد ( لا سبيل إلى المسروق منـــه عليهما ) أي على الدراهم والدنانير ، وفي نسخة شيخي عليها وهو الأحسن ( وأصله ) أي أصل الخلاف ( في الغصب ) أي هذه الصفة لا ينقطع بها حق المالك عنده خلافاً لهما ، فكذا في السرقة ( فهذه صفـة متقومة عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( خلافاً له ) أي لأبي حنيفة ( ثم وجوب الحد لا يشكل عليه على قوله ، لأنه ) أي لأن السارق ( لم يملكه ) أي المسروق ( وقيـل على قولهما لا يجب ، لأنه ملكه قبل القطع ، ولانه صار بالصنعة شيئاً آخر فلم يملك عينه ) أي عين المسروق . وفي بعض النسخ عينهما ، أي عين الذهب والفضة ، وإنمـــا ملك شيئاً غيرهما ، فان الاعين تتبدل بالصفات وأصله حديث .

( وإن سرق ثوباً فصبغه أحمر قطع ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن ) أي قيمة الثوب ( وهذا ) أي عدم أخذ الثوب وعدم الضمان ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ) أي السارق ( ما زاد الصبغ فيه ) أي في الثوب ( اعتبـــاراً

بالغصب، والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ تابعاً. ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى، حتى لو أراد أخذه مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى، ألا ترى أنه غير مضمون على السارق بالهلاك، فرجحنا جانب السارق، بخلاف الغصب، لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه، فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا،

وإن صبغه أسود أخذ

---

بالغصب ) أي قياساً عليه ( والجامع بينهما ) المقيس والمقيس عليه ( كون الثوب أصلا قائماً وكون الصبغ تابعاً ) وبه قالت الثلاثة .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة وأبي يوسف ( أن الصبغ قائم صورة ومعنى ) أما صورة فظاهر ، وأما معنى فمن حيث القيمة ( حتى لو أراد ) أي المالك ( أخذه ) أي أخذ الثوب حال كونه ( مصبوغاً يضمن ما زاد الصبغ فيه ، وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ، لانه غير مضمون على السارق بالهلاك والإستهلاك ، فرجحنا جانب السارق ) لان مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى أولى من مراعاة ما هو قائم صورة لا معنى ، فرجحنا قول السارق أولاً بالوجود كالموهوب له إذا صبغ الثوب أحمر القطع حق الواهب .

( بخلاف الغصب ، لان حق كله واحد ) من المالك والغاصب ( قائم صورة ومعنى فاستويا ) أي فاستويا المالك والغاصب ( من هذا الوجه ) أي من حيث أن حق كل منهما قائم صورة ومعنى فلم يكن الترجيح بالوجوب فرجحنا بالبقاء ، وهو أن الثوب أصل قائم ، والصبغ تابع ، وهو معنى قوله فلم يكن الترجيح بالوجود ( فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا ) إشارة إلى قوله والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائماً ، وكون الصبغ تابعاً .

( ولو صبغه أسود ) أي ولو صبغ السارق الثوب صبغاً أسود فقطع ( أخذ ) أي

منـــه في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وعند أبي يوسف « رح » هـــذا والاول سواء ، لأن السواد زيادة عنده كالحمرة . وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك ، وعنـد أبي حنيفة « رح » السواد نقصان فلا يوجب انقطـاع حق المالك

---

الثوب ( منه ) أي من السارق ( في المذهبين ، يعني عند أبي حنيفـة ومحمد ، وعند أبي يوسف هذا والاول سواء ) أي أن الحكم في الصبغ الاسود والاحمـــر سواء عنده ( لان السواد زيادة عنده كالحمرة ) فلا يؤخذ هـــذا الثوب من السارق (وعند محمد زيادة أيضاً كالحمرة ، ولكنه لا يقطع حق المالك لما مر ) أن الصبغ تابع ( وعند أبي حنيفـة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك ) فلم يكن حق السارق فيـه قائماً معنى فاستويا ، فرجح جانب المالك كما قلنا . قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما .

* * *

# باب قطع الطريق

## ( باب قطع الطريق )

أي هذا باب في بيان حكم قطع الطريق ودم السرقة الصغرى على الكبرى ، لأن السرقة تكون من الأصغر إلى الأكبر ، ولأن الصغرى أكثر نوعاً من الأكبر يكون قطع سرقة ، فلأن قطع الطريق بأخذ المال خفية من عين الإمام الذي على حفظ الطريق والمارة بشركته ومنعه ، وأما كونه الكبرى فلأن ضرره يعم عامة المسلمين من حيث يقطع عليهم الطريق بزوال الأمن ، ولأن موجبه اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ، ومن حيث القتل والصلب .

واعلم أن لقطع الطريق شرائط :

الأول أن يكون لهم شوكة وقوة بحيث لا يمكن للمارة المقاومة معهم وقطعوا الطريق ، سواء كانت بالسلاح أو بالعصا الكبيرة أو الحجر وغيرها .

الثاني : أن يكون خارج المصر بعيداً عنه ، وفي شرح الطحاوي أن يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر . وعن أبي يوسف لو كان أقل من سفر فحكمه حكم مسيرة سفر ، أما في المصر أو في قرية أو بين قريتين لا يكون قطع الطريق خلافاً لأبي يوسف والشافعي ومالك . وأحمد توقف في ذلك . وفي الحلة عن مالك في المصر روايتان .

والثالث : أن يكون في دار الإسلام .

والرابع : أن يكون المأخوذ قدر النصاب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر لا يعتبر النصاب لعموم الآية . ولنا قوله عليه السلام لا قطع في أقل من عشرة دراهم أو ربع دينار ولم يفصل .

الخامس : أن يكون القطاع كلهم أجانب في حق أصحاب الأموال حتى إذا كان فيهم ذا رحم محرم أو صبيا أو مجنونا لا يجب عليهم القطع خلافاً لأبي يوسف . والثالثة إذا

قـــال وإذا خرج جماعة ممتنعين أو خرج واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفســـاً حبسهم الإمـــام حتى يحدثوا توبة. وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً أو ما تبلغ قيمة ذلك قطع الإمام أيديهم وأرجلهم من خلاف،

---

كانت فيهم امرأة ففيه روايتان في رواية يقطع ، وبه قالت الثلاثة . والأصح أنها لا قطع

والسادس : من إذا أخذوا قبل التوبة ، حتى إذا أخذوا بعد التوبة ورد المال سقـط عنهم الحد لا خلاف فيه ، ولكن يسقط القصاص وضمان المال القائم والهالك .

( وإذا خرج جماعة ) هذا لفظ القدوري إلى قوله قتلهم حداً ، وأطلق اسم الجماعـــة لتناول المسلم والذمي والحـــر والعبد ، وقوله ( ممتنعين ) نصب على الحال من الجماعة ، والمعنى خرجوا عن طاعة الإمام حال كونهم ممتنعين ، والمراد من الامتناع أن يكون لا بحيث يمكن لهم أن يدفعوا عن أنفسم بقوتهم وشجاعتهم تعرض الغين ( أو خرج واحـد يقدر على الامتناع ) بنفسه وقوله (فقصدوا قطع الطريق) على المارة والمسافرين (وأخذوا) على صيغة المجهول ، يعني أخذهم الإمام ( قبل أن يأخذوا ) أي قطاع الطريق ( مـــالاً ويقتلوا نفساً ) أي وقتـــل أي يقتلوا نفساً من المارة ( حبسهم الإمام ) جواب قوله وإذا خرج ، وهذه حالتهم الأولى ، فإن فيهـــا حبسهم الإمام ( حتى يحدثوا توبة ) وهو المراد بالنفي المذكور في قوله ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ ٣٣ المائدة ، وهو قوله ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... الآية ، على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى .

( وإن أخذوا مال مسلم ) هذه حالتهم الثانية (أو ذمي) أي أو مال ذمي (والمأخوذ إذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعداً ) أي أكثر من عشرة ، وانتصابه على الحال فيهم من لم يدل على الاعراب ( أو ما تبلغ قيمته ذلك) أي أو أخذوا شيئاً من المتاع يبلغ قيمته عشرة دراهم . وقال الحسن بن زياد عشرون ، لأنه يقطـــع من قاطع الطريق طرفان فيشرط النصاب ( بأن قطع الإمام ) جواب قوله وإن أخذوا مال مسلم ( أيديهم وأرجلهم من خلاف ) يقطع اليمين من الأيدي واليسار من الأرجل .

وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حـــداً ، والأصل فيه قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... ٣٣ المائدة،والمراد منه والله أعلم التوزيع على الأحوال

---

(فإن قتلوا)هذه حالاتهم الثلاثة (ولم يأخذوا مالاً قتلهم الإمام حداً ) أي قتلهم الإمام من حيث الحد لا قصاصاً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لم يلتفت إلى عفوهم وذلك لأن الحد حق الله تعالى . ولو آثر العفو العبد في حقه تعالى وليس للإمام أيضاً أن يعفو بما روي عن النبي ﷺ تعافوا الحدود فيما بينكم ، فإذا رفعت إلى الامام فــلا عفى الله عنه إن عفى. ذكر الأترازي هذا الحديث ولم ينسبه إلى أحد من الصحابة ولا إلى مخرج معتبر .

( والأصل فيه ) أي في حد قطاع الطريق ( قوله تعالى ﴿ إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ﴾ ... الآية ٣٣ المائدة ) أي إلى آخر الآية ( والمراد منه والله أعلم التوزيـــع ) أي من قول الله تعالى لهذا التوزيع ( على الأحوال ) أي التقسيم على الأحوال المحاربين ، وأشار هذا إلى أن كلمة أو في الأئمة للتفصيل أو للتقسيم على اختلاف الجناية لا للتخير كما قال مالك ، فإنه قال الامام إذا رأى القاطع جلد اذا رأى قطعـــه ، وإن كان جلد إذا رأى له قطعه ، والأكثر على أن أو للتوزيع [1] ، وبه قال الشافعي والليث واسحـاق وحماد وقتادة وأبو مجلد لاحق بن حميد وأصحاب أحمد ، ومثل هـــذا إذا روي عن ابن عباس . وقال سعيد بن المسيب وعطـــاء ومجاهد والحسن البصري والضحاك وابراهيم النخعي وأبو ثور وداود الامام مخير فيه لظاهر النص .

وعن ابن عباس رضي الله عنه ما كان في القرآن أو فصاحته بالخيار ، وقوله يحاربون الله ، والمراد من محاربة الله محاربة أوليائهم وهم المؤمنين على حذف مضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أو لما كانوا مخالفين أمر الله تعالى ساعين في الأرض بالفساد وكأنهم محاربين الله تعالى فأطلق اسم المحاربة لله تعالى اتباعاً ، وقد ذكرنا أن هذه الآية نزلت في قطـاع الطريق . وقيل نزلت في العرنيين ولم يصح ، لأن النبي ﷺ سمل أعينهم وليس في هؤلاء

---

(١) هذا الكلام في الأصل ، وربما هنا كلام ساقط . اهـ مصححه .

وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة ، والرابعة نذكرهـــا إن شاء الله تعالى . ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال ، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها ، أما الحبس في الأولى فلأنه هو المراد

---

ذلك . وقيل في المرتدين فلم يصح أيضاً ، لأن الآية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسعي في الأرض بالفساد ، وليس شرط ذلك في المرتد ، ولأن القتل سقط عنهم بالنص بالتوبه قبل القدرة عليهم ، ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقاً .

( وهي ) أى الأحوال ( أربعة هذه الثلاثة المذكورة) وعلمت من قبل ( ورابعة )أى حالة رابعة ( نذكرها ) أى عن أبي يوسف ، وهو قوله والرابعة إذا قتلوا... إلى آخره. والأحوال أربعة والأجرية كذلك ، وكذا هذا في الكافي . وذكر التمرتاشي والأحوال خمس تخويف لا غير ، وهنا عن ... أدنى التقرير وحبسوا حتى يتوبوا .

والثانية : أخذ المال فهنا إذا تابوا قبل الأخذ سقط الحد وضمن المال قائمـاً هالكاً . ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردوا المال قائـــم ولم يضمن الهالك عندنا ، خلافاً للثلاثة .

والثالث : خرجوا لا غير ، وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص ، والامر شيء فيما لا يجري . والاستيفاء إلى صاحب الحق .

والرابعة : أخذوا المال وخرجوا يقطع من خلاف وبطل حـــكم الجراحات عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة .

والخامسة : أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحد منهم رجلاً بسلاح أو غيره، والامام مخير على ما ذكره في المتن .

(ولأن الجنايات تتفاوت على الأحوال) أى على حسب الأحوال الواقعة في قطع الطريق ( فاللائق يغلظ الحكم ) أى الجزاء بتغلظها أى بتغلظ الجناية لا بالتخيير ، لأنـه مستلزم مقابلة الجناية الغليظة جزاء خفيف أو بالعكس ، وهو خلاف مقتضى الحكمة .

( أما الحبس في الأولى ) أى في الحالة الأولى ( فلأنه ) أى فلأن الحبس (هـــو المراد

بالنفي المذكور ، لأنـــه نفي عن وجه الأرض بدفع شرهم عن أهلها ويغررون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافـــة ، وشرط القدرة على الإمتناع ، لأن المحاربة لا تتحقق إلا بالمنعة . والحالة الثانية كما بيناهـــا

---

بالنفي المذكور في الآية ، لانه ) أي لان الحبس ( نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عـن أهلها ) وعند الشافعي ينفى من بلد إلى بلد لا يزال يطلب ، وهو هارب فزعـــاً. وقال النخعي وقتادة وعطاء وأحمد النفي تشريدهم عن الأمصار ، لان النفي مستعمل في الطرد والإبعاد . ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري . وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنـــه ينفى من بلده إلى بلد غيره ، وبه قالت طائفة من أهل العلم ، وما قلناه أولى،لان تشريدهم بدون الحبس اخراج لهم إلى مكان يقطعون الطريق ويؤذون الناس. وظاهر الآية تدل على أن النفي من وجه الارض ولا يمكن أن ينفى من جميع وجه الارض،لان هذا لا يتحقق ما دام حياً ، والمراد عن بعضها وهو بلده ، وبه يحصل المقصود ، وهو رفع أذاه عن الناس وإن كان في دار الإسلام إلى دار الحرب ففيه تعريضه على الردة وصيرورته حرمياً ، فعلم أن المراد نفيه عن جميع وجه الارض لدفع شره ، ولا يمكن هذا إلا بالحبس ، لان المجوسي يسمى خارجاً من الدنيا . وقال صالح بن عبد القدوس خرجنا عن الدنيا ونحن من أهلنا فلا يستأمن الأحياء فيها ولا الموتى إذا خانا السجان يوماً لحيلة عجبنا وقلنا جار هذا من الدنيا . ( ويغررون أيضاً لمباشرتهم منكر الإخافة) الإخافة مصدر من أخاف يخيف إخافة وقال أبو بكر لا حد فيه ،فيجب في مثله الحبس والتعزير .

( وشرط القدرة على الامتناع ) أي شرط القدوري قدرة قطاع الطريق على كونهم ممتنعين ( لان المحاربة لا تتحق إلا بالمنعة ) لانه إذا لم يكن لهم منفعة وقوة على قطـــع الطريق لا يسمون قطـــاع الطريق ، بل لهم لصوص دائرون يترقبون الغفلة عن الناس ليأخذوا أشياء .

( والحالة الثانية كما بيناها ) أي كما بينا حكماً من قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

لمـــا تلونا ، وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمي لتكون العصمة مؤبدة ، ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع ، وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستبـــاح طرقه إلا بتناوله ما له خطر ، والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة .

---

( لما تلوناه ) وهي الآية المذكورة ( وشرط ) أي القدوري (أن يكون المأخوذ مال المسلم أو الذمي لتكون العصمة مؤبدة) وليس تأبيد العصمة إلا في مال المسلم أو الذمي (ولهذا) أي ويكون الشرط في المال المأخوذ أن يكون من المسلم أو الذمي ( لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع ) لان ماله غير معصوم على وجه التأبيد ( وشرط ) أي القدوري (كمال النصاب في حق كل واحد ) وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك «رح» يشترط النصاب كمـــا يشترط الحرز ، وبه قال ابن المنذر وأبو ثور . وعن الشافعي «رح» فيقول كقول مالك . وفي شرح الوجيز والمذهب هـــو الاول ( كيلا يستباح طرقه ) أي طرق قاطع الطريق ( إلا بتناوله ما له خطر ) أي قدروا قيمته .

( والمراد ) أي من قوله تعالى ﴿ أن تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ﴾ ٣٣ المائـــدة ( قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى ) ولا خلاف لاهل العلم فيه ، ولان هذه الجنايـــة لفحاشتها صارت كالسرقتين ، والحكم في السرقتين هكذا .

فإن قيل ينبغي أن يكون نصاب كل واحد عشرين ،لانه كالسرقتين . قلنا تغلظ هذا الحد باعتبار تغلظ فعلهم محاربة لله ورسوله لا بكثرة المال .

( كيلا يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة ) ولهذا إذا كانت يده اليمنى شلاء أو مقطوعة لا تقطع يده اليسرى ، لأن فيه تفويت جنس المنفعة ، وبه قال أحمد في روايـــة . وقال الشافعي في اليد الشل في قطعها روايتان كما في السارق ، ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يـــده اليمنى فقط ، ولا خلاف فيه .

والحالة الثالثة كما بيناها لمـــا تلوناه ، ويقتلون حداً ، حتى لو عفى الأولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لأنـــه حق الشرع . والرابعة إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شـــاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، وقتلهم أو صلبهم وإن شاء قتلهم وإن شاء صلبهم ، وقال محمد « رح » يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأنه جناية واحدة فلا توجب حدين ، ولأن ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم . ولهما أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها ، وهو تفويت الأمن على التنـــاهي

---

( والحالة الثالثة كما بيناها ) بقوله وإن قتلوا ولم يأخذوا مالاً ( لما تلونا ) الآية الكريمة ( ويقتلون حداً ) العين في هذه الحالة يقتل قطاع الطرق من حيث الحـــد (حتى لو عفى الاولياء عنهم لا يلتفت إلى عفوهم ، لانه حق الشرع ) أى لان الحد حق الشرع فلا يدخل عفو ، وعليه جميع أهل العلم .

( والرابعة ) أى الحالة الرابعة ( إذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم أوصلبهم وإن شاء قتلهم ) يعني من غير قطع ، وإن شاء صلبهم . وفي جامع البزدوي إن شاء صلبهم وإن شاء قتلهم من غير قطع ( وإن شاء صلبهم ) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال أحمد في رواية ، وهـــو قول زفر . وقال أبو يوسف لا بد من الصلب .

( وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لانه ) أى لان قطع الطريق (جناية واحدة) وهي قطع الطريق ( فلا توجب حدين ،ولان ما دون النفيس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ) فإن السارق إذا زنى فهو محصن فإنه يرجم لا غير ، لان القتل يأتي على ذلك كله ، وفي عامة الرواية من المباسط وشروح الجامع أبو يوسف مع محمد .

( ولهما ) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف ( أن هذه عقوبة واحدة ) من حيث أنها قطع الطريق لكنها ( تغلظت لتغليظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي ) أي على النهايـــة

بالقتل وأخذ المال ، ولهذا كان قطع اليد والرجل معـــاً في الكبرى حـــداً واحداً ، وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود لا في حد واحد. ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركـــه وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف « رح» أنه لا يترك ، لأنه منصوص عليـــه ، والمقصود التشهير ليعتبر به غيره . ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيتخير فيه ، ثم قال ويصلب حيـــاً ويبعج بطنه

---

( بالقتل ، وأخذ المال ، ولهذا ) أي لكونها عقوبة واحدة ( كان قطع اليد والرجل معاً في الكبرى )أي في السرقة الكبرى ، وهي قطع الطريق ( حداً واحـــداً ، وإن كانا في الصغرى حدين ، والتداخل في الحدود ) إنما يكون في الحدود ( لا في حد واحد ) وهو القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان .

فإن قلت لو كانا حداً واحداً لم يجز للقاضي أن يقصر على القتل . قلت إنما جاز ذلك لان الترتيب ليس بواجب على ما بين القطع والقتل ، فإذا ابتدأ بالقتل سقط القطع لعدم فائدته كالزاني إذا ضرب خمسين جلدة فمات ترك ما بقي ، لانه لا فائدة في إتمامه .

( ثم ذكر ) أي القدوري (في الكتب) أي في مختصره ( التخيير بين الصلب وتركه ) وهو قوله وإن شاء قتلهم ، وإن شاء صلبهم وهو ظاهر الرواية .

( وعن أبي يوسف أنه ) أي الامام ( لا يتركه ) أي لا يترك الصلب ( لانه ) أي لان الصلب ( منصوص عليه ) وهو قوله تعالى ﴿ أو يصلبوا﴾ ٣٣ المائدة ( والمقصود التشهير ) ليعتبر به غيره ) وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

( ونحن نقول أصل التشهير بالقتل ) أي يحصل بالقتل (والمبالغة في الصلب فيتخـير فيه ) أي فخير الامـــام في الصلب ( ثم قال) أي القدوري ( ويصلب حياً ) أي يصلب قاطع الطريق حال كونه حياً (ويبعج بطنه) أي تشق من باب فعل يفعل بالفتح فيهما ،

ويرمــــح إلى أن يموت ، ومثله عن الكرخي « رح » ، وعن الطحاوي « رح » أنه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة . وجــه الأول وهو الأصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به. قال ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها فيتأذى النــاس به ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يترك على خشبة حتى ينقطع ويسقط

---

يقال بعج الارض أي شقهــا ، ومنها قول القدوري حكى السرخسي عن ابي يوسف وروى عن ابي يوسف أنه قال يصلب وهــو حي ( ويطعن ) في لبته ( حتى يموت ) [1] ومرة قال تحت ثديه الأيسر ويخضخض حتى يموت ، كذا ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير برمح متعلق بقوله ويبعج وتلازم الجمع إلى أن يموت ( ومثله عن الكرخي ) أي ومثل ما روي عن أبي يوسف وروي عن الشيخ أبي الحسن الكرخي ( وعن الطحــاوي أنه يقتل ثم يصلب توقيــاً عن المثلة ) أي احترازاً عنها ، لأن النبي ﷺ نهى عن المثلة ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

( ووجه الأول ) أراد به يصلب حياً ( وهو الأصح ) أي الأول هــو الأصح ( أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع ) أي الزجر به ( وهو المقصود به ) أي بالصلب (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه يتغير بعدها ) أي بعد ثلاثة أيام ( فيتأذى الناس به )وبه قال الشافعي في الأصح . وعن أحمد أنه لم يوقت في الصلب ، وقال أصحابه الصحيح أنــه يوقت بما يحصل به التشهير والتوقيت بثلاثة أيام بغير دليل ذكــره ابن قدامــة في المغني وليس كذلك ، فإن التشهير لا يحصل بالزمان القليل عادة ، فمره بالثلاث كما في مــدة الخيار ومهلة المزبة وغيرهما .

( وعن أبي يوسف أنه ) أي أن المصلوب ( يترك على الخشبة حتى ينقطع فيسقــط

---

( ١ ) هذا غير ما وجد في المتن ، وربما هو في نسخة أخرى ، اه مصححه.

ليعتبر به غيره . قلنا حصل الإعتبار بما ذكرناه ، والنهايـــة غير مطلوبة . قال وإذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى ، وقد بيناه . فإن باشر القتل أحدهم أجري الحد عليهم بأجمعهم ، لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض ، حتى إذا زلت أقدامهم انحازوا إليهم ، وإنما الشرط القتل من واحد منهم

---

ليعتبر به غيره ) وبه قال الشافعي في وجه ( قلنا حصـل الاعتبار بمـا ذكرناه ) أي بالصلب ثلاثة أيام ( والنهاية غير مطلوبة ) لأن المقصود نفي الزجر ( وإذا قتل فلا ضمان عليه في مال أخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى ) لأن الحد لما أقيم سقط عصمة المـال كما في السرقة ( وقد بيناه ) أي الضمان مع الخلاف في السرقة الصغرى .

( وإن باشر القتل أحدهم ) أي أحد قطاع الطريق ( أجري الحد عليهم باجمعهم )وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي يحد المباشر لاالرده ، ولأنه جرى الفصل كحد الزنا فلا يجب على غير المباشر . قلنا يجب على الكل ( لأنه جزاء المحاربة ، وهي تتحقق بأن يكون البعض ردءاً ) أي عوناً ( للبعض حتى لو زلت أقدامهم انحازوا إليهـم ) أي انضموا إليهم ، ولم ترد الشراح هنا شيئاً على قولهم انضموا إليهم . فقوله إذا زلت أقدامهم كناية عن أقدامهم ، والضمير فيه وفي قوله إليهم راجـع إلى المحاربين الذين يباشرون القتال ، يدل عليه قوله جزاء المحاربة . والضمير في قوله انحازوا يرجـع إلى الردء ، لأن الردء يستوي فيه الواحد والجمع . وحاصل المعنى إذ أن أمر المحاربين إلى – الانزام سمار الرد إليهم معسونهم وسفرونهم ؟–فكذلك يشركون مع الغانمين في الغنيمة .

( وإنما الشرط القتل من واحد منهم ) لأن يمكنه من القتل حصل بالكل فيقتلون جميعاً، ولفظ الأصل ومن باشر ولم يباشر في الحكم سواء ، وذلك لأن تمكين القتل حصل باليد ، والقتل حد قطاع الطريق إذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعاً ، وهذه لأن قوله وجب حداً عليهم لا قصاصاً فلم يعتبر المساواة ، فصار من قتل ومن لم يقتل سواء .

وقد تحقق . قال والقتل وإن كان بعصاً أو بحجر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقطع قطعاً للطريق يقطع المارة ، وإن لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الإرش منه مما فيه الإرش ، وذلك إلى الأولياء ، لأنه لا حد في هذه الجناية ، فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالاً ثم خرج قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات ، لأنه لما وجب الحد حقاً لله سقطت عصمة النفس حقاً للعبد ،

---

( والقتل ) أي قتل قطاع الطريق ( إن كان بعصى أو بحجر أو بسيف فهو سواء ، لأنه يقع قطعاً للطريق بقتل المارة ) يعني بأي شيء قتل قاطع الطريق ، قيل لأنه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة ، ولهذا يقتل غير المباشر .

( وإن لم يقتل القاطع ) أي قاطع الطريق ( ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه مما فيه القصاص وأخذ الإرش منه فيما الإرش ، وذلك ) أي استيفاء القصاص وأخذ الإرش ( إلى الأولياء لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد ) أي في النفس والمال ( وهو ماذكرناه ) أي حق العبد القصاص والإرش ( فيستوفيه الولى ) أي يستوفي القصاص الولي فيما مستطاع منه القصاص ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، كما إذا قطعوا اليسار أو الذكر لا قصاص فيه في الظاهر يؤخذ الإرش ، خلافاً لابي حنيفة فيما إذا قطع من الأصل ، وفي الحقيقة والحشفة قصاص اتفاقاً ، لأن موضع القطع معلوم ، إلا إذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص ، وكذا إذا ضربوا العين وقطعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الإرش ، إلا إذا كانت العين قائمة فذهب بها ففيه القصاص لا بمكان المماثلة ، كذلك لا قصاص في عظم إلا في السن إلا إذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الإرش .

( وإن أخذ مالاً ثم خرج قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات ) لأن الحد والضمان لا يجتمعان عندنا ( لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد ،

كما يسقط عصمة المال ، وإن أخذ بعدما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء الأولياء قتلوه،وإن شاءوا عفوا عنه، لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ، ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال ، حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك

---

كما يسقط عصمة المال ) وعند الأئمة الثلاثة لا يبطل عصمة النفس والمال ، لأن القطع مع الضمان يجتمعان عندهم ( وإن أخذ ) أي قاطع الطريق ( بعدما تاب وقد قتل ) أي والحال أنه قد قتل عمداً بحديدة ( فإن شاء الأولياء قتلوه ، وإن شاءوا عفوا عنه ، لأن الحد في هذه الجناية لا تقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ) وهو قوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا من بعد أن تقدروا عليهم ﴾ ٣٤ المائدة ، فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد فيه بلا خلاف .

واعترض بأن قوله ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ هاهنا نظيره في قوله ﴿ اولئك هم الفاسقون ، إلا الذين تابوا ﴾ ، فكيف يكون سياق قولهم ﴿ ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ إذ كل منهما جملتان كاملتان عطفنا على جملتين كاملتين . وأجيب بأن قوله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ لا يصلح ، بخلاف قوله ﴿ ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾ .

( ولأن التوبة تتوقف على رد المال ) يعني مما إذا أخذ المال،لأن الظالم إذا غصب مال أحد لا يكون تائباً وإن تاب ألف مرة بلسانه ما لم يرد المال ، لأن تلك العصبة لا ترتفع إلا برد المال ، فلما رد المال قبل الأخذ بطل عنه الحد كالسارق إذا أدى المال قبل الترافع ( ولا قطع في مثله ) لانقطاع الخصومة وهي شرط فيه ( فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك ) وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال ، إذ لا يقام الحد

إلا بخصومة صاحب المال وقد انقطعت خصومته برد المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام ، فيسقط الحد .

أما إذا تابوا أو لم يردوا المال لم يذكره في الكتب نصاً ، فقد اختلف المتأخرون فيه قيل لا يسقط الحد ، فإنه على سائر الحدود ، فإنها لا تسقط بنفس التوبة . وقيل يسقط وإليه أشار محمد في الأصل أن الحد يسقط في السرقة الكبرى ،الاستثناء في النص والاستثناء في غيره وسائر الحدود القذف لا يسقط بالتوبة عندنا ومالك وأحمد في رواية وللشافعي في قول . وقال أحمد في رواية الشافعي في قول يسقط لقوله تعالى ﴿ واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ، فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما ﴾ ١٦ النساء . وقال في حد السرقة ﴿ فمن تاب من بعد ظلمه أو أصلح فإن الله يتوب عليه ﴾ ٣٩ التوبة ، ولأنه حق الله فيسقط بالتوبة كحد المحارب . قلنا قوله ﴿ فاجلدوا ﴾ ﴿ فاقطعوا ﴾ عام في الثابت وغيره ،والنبي ﷺ رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذي أتى بالسرقة وقد صاروا مايطلبون النظير وعلم النبي ﷺ توبتهم فأتاه الحد ، والآن الحد لغارة فلم يسقط بالتوبة لكفارة اليمين والقتل ، لأنه يقدر عليه كل أحد بعد باب الحد .

فأما الآية فمنسوخة، هو كان في بدء الإسلام ، والآية الثانية تدل على أن الحد لم يصر مستحقاً للمتوه ، وأما حد القطاع فيسقط بالنص ولم يجيء نص في غيره .

وقال الأترازي فإن قلت اليسر رفض قول صاحب الهداية لا بالتوبة تتوقف على رد المال مع قوله ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلك ، لأنه إذا رد المال كيف يهلك في يده . قلت يمكن أن يهلك البعض معزور البعض ، ورد البعض علامة صحة ثبوته ، فإذا هلك الباقي قبل التمكن منه، أو استهلكه بعد وجود علامة صحة ثبوته يكون ذلك شبهة في سقوط الحد ، فيجب المال . وقال الأكمل هذا إنما يتم لولا سبب التوبة متوقفة على رد جميع المال فلا يتم ، ويجوز أن يقال هذا الموضع إنما هو على قول البعض الآخر من المشايخ .

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليـــه سقط الحد عن الباقين ، فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر « رح » . وعن أبي يوسف « رح » أنه لو باشر العقلاء يحـــد الباقون ، وعليه هذا السرقة الصغرى . له أن المباشر أصل والردء تابع ، ولا خلل في مباشر العاقل ، ولا اعتبار بالخلل في التبع ، وفي عكسه ينعكس

---

(وإن كان في القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد على الباقين ) هذه مسألة القدوري في مختصره ، إلا أن لفظه وإن كان فيهم صبي ، وهذا الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن أصحابنا . وقال المصنف ( فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر . وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون ) أي من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء الباقين . وقال الأترازي والعجب من صاحب الهداية أنـه قال وعن أبي يوسف بعد أن قال والمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر « رح ». وكان القياس أن يقول أبو يوسف ولم يذكر قول محمد وقوله مع أبي حنيفة . وقد صرح الشيخ أبو نصر بذلك انتهى .

قلت لعجبه عجب ، لأن القدوري ذكر في شرحه لمختصر الكرخي وعند أبي يوسف . وذكر البيهقي في كفاية بلفظه عن أبي يوسف ، ويحتمل أن يكون قول أبي يوسف رواية عنه بعد أن كان مع أبي حنيفة .

( وعليه هذا السرقة الصغرى ) أي وعليه هذا الخلاف حكم السرقة الصغرى إن ولي الصبي أو المجنون إخراج المتاع ، وإن ولى غيرهما قطعوا إلا الصبي والمجنون .

( له ) أي لأبي يوسف «رح» ( المباشر أصل ، والردء تابع ) أي المبـــاشر أصل في الفعل ، والردء أي المعين تابع ( ولا خلل في مباشرة العاقل المكلف ، ولا اعتبار بالخلل في التبع ) وهو الصبي أو المجنون لعدم القصد الصحيح منهما ، وسقوط الحـــد عن التبع لا يوجب سقوطه عن المتبوع ( وفي عكسه ) وهو أن يباشر الصبي والمجنون ( ينعكس

المعنى والحكم . ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة ، وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطىء مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم ، والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه ، فالإمتناع

---

المعنى والحكم ) الحكم هو أن لا يجب على الباقين ، والمعنى هو العلة وهي أن سقوطه عن الحد يوجب السقوط من التبع .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» ( أنه ) أي أن قطع الطريق (جناية واحدة قامت بالكل ، فإذا لم تقع فعل بعضهم موجباً ) لكان الشبهة ( كان فعل الباقين بعض العلة ، وبه ) أي وبعض العلة ( لا يثبت الحكم ، فصار كالخاطىء مع العامد ) كما إذا رمى رجل سهاماً إلى إنسان عمداً ورماه آخر خطأ فأصابه السهمان معاً ومات منهما لا يجب القصاص على العامد لما أن الفعل واحد فيكون فعل المخطىء مورث شبهة في حق العامد .

( وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله ) الذي قاله أبو بكر الرازي الداريسي رحمه الله فإنه قال تأويل المسألة ( إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم ) قاطع الطريق فهو رحم محرم لا يجب الحد باعتبار نصيب ذوي الرحم ، فيصير شبهة في نصيب الباقين ، فلا يجب الحد عليهم ، لأن المأخوذ شيء واحد ، فإذا امتنع في حق أحدهم سبب القرابة يمنع في حق الباقين ، فأما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم فان لم يأخذ المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك ، وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي ( والأصح أنه مطلق ) أي محرز على إطلاقه ، وإنهم لا يحدون بكل حال ، لأن مال جميع العاقلة في حق القطاع شيء واحد ، لأنه محرز واحد وهو العاقلة ( لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه ) أشار به إلى قوله ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل (فالامتناع)

في حق البعض يوجب الإمتناع في حق الباقين ، بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن ، لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه ، أما هنا الامتناع لخلل في الحرز ، والقافلة حرز واحد ، وإذا سقط الحد صار القتل إلى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فإن شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا عفوا . وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد، لان الحرز واحد، فصارت القافلة كدار واحدة .

ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة

---

بعد ، أي امتناع الحد ( في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين ) لأن بعض العلة يترتب عليه الحكم .

( بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن ) أي في العاقلة ، وهو جواب سؤال مقدر بأن يقال القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ، ثم وجود هذا في العاقلة يسقط الحد ، فينبغي أن يسقط الحد وجود المستأمن أيضاً ، فأجاب عنه بقوله بخلاف المستأمن لوجوده في العاقلة ( لأن الامتناع في حق ) أي امتناع الحد في القطع على المستأمن ( من وجه خلل في العصمة ) أي في عصمة ماله وهو خاص به ، وهو معنى قوله ( وهو يخصه ، أما هنا الامتاع لخلل الحرز ) أي الخلل في العصمة يخص المستأمن (والقافلة حرز واحد ) والشبهة تمكنت فيه .

( وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأن الجناية واحدة ( فان شاءوا قتلوا ، وإن شاءوا عفوا ) لأن الحق لهم ( وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد ، لأن الحرز واحد . فصارت القافلة كحرز واحدة ) كما لو سرق من دار سكن السارق فيها ، فاذا لم يجب الحدوجب القصاص إن قتل عمداً ورد المال إن أخذه وهو قائم والضمان إن هلك أو استهلك.

( ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة ) أي أو قطع الطريق بين

والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً . وفي القياس يكون قاطع الطريق ، وهو قول الشافعي « رح » لوجوده حقيقة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث . وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع الطريق ، لان السلاح لا يلبث ، والغوث يبطيء بالليالي . ونحن نقول أن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب

---

الكوفة ( والحيرة ) وهي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي أول منازل الكوفة . وقال تاج الشريعة الحيرة بكسر الحاء مدينة على رأس ميل من الكوفة (فليس بقاطع الطريق استحساناً ، وفي القياس يكون قاطعاً للطريق ، وهو قول الشافعي بوجوده حقيقة ) أي بوجود القطع من حيث الحقيقة .

( وعن أبي يوسف أنه يجب إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه ) أي بقرب المصر ( لأنه لا يلحقه الغوث) وهو اسم من الإغاثة (وعنه) أى وعن أبي يوسف رواه القدوري ( إن قاتلوا نهاراً ) أي في المصر ( بالسلاح أو السلامة ) أي أو قاتلوا ليلا بالسلاح أو بالخشب ( فهم قطاع ) بضم القاف وتشديد الطاء جمع قاطع ( لأن السلاح لا يلبث ) من الالباب ( والغوث يبطيء بالليالي ) والعرب سمى بالليالي مستحق القطع ، وبه قال الشافعي . وقال أكثر أصحابنا يثبت المحاربة في أى موضع لا يلحقه الغوث ، وفي الحلية ذكر في الحاوى أن القوى التي فمل أهلها حكمها حكم الصحراء بتحقق المحاربة ، وأما الأمصار الكبار فمن قصد نواحيها جهاراً فكذلك . وأما وسط المصر في المواضع التي يتكاثر الناس فيها في أسواقهم ودورهم إذا كسبوا سوقانها ونهبوها أو دوراً فنهبوها فيه وجهان أصحهما أن حكم المحاربين [1] .

( ونحن نقول أن قطع الطريق يكون بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب

---

(١) هكذا في الأصل ، وهنا نقص بيِّن ، اه مصححه .

منه، لان الظاهر لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية . ولو قتلوا فالامر فيه إلى الاولياء لما بينا ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة « رح » ، وهي مسألة القتل بالمثقل ، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى . وإن خنق في المصر غير مرة قتل بـــه ، لانه صار ساعياً في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل ، والله أعلم .

---

منه ) أى في المصر ( لأن الظاهر لحوق الغوث ، إلا أنهم يؤخذون برد المـال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية . ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء ) قصاصاً أو صلحاً أو عفواً ، لأنه ظهر حقهم حيث لم يجب الحد ( لما بينا) أشار به إلى قوله بظهور حق العبد ، والفتوى عليه ، وقول أبي يوسف لمصلحة الناس، واختاره البقال من أصحاب الشافعي .

( ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة ) لأنه يوجب القصاص بالمثقل ، أشار إليه بقوله (وهو مسألة القتل بالمثقل، وسنبين في باب الديات إن شاء الله تعالى) .

( وإن خنق ) أي بمصر خنقه ، ومصدره الخنق بكسر النون ، ولا يقال بالسكون ، كذا من الفار إلى ( في المصر غير مرة ) قال الأترازي خنق بالتشديد سماعاً وتخفيفاً ، لأن التفعيل للشر . قلت التكثير استفيد من قوله غير مرة ، فلا حاجة إلى التشديد ( قتل به ) أي بسبب الخنق ( لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل ) وفي الكافي ثقيل سماعه ، لأنه ذو فتنة . وفي المحيط عشرون . قوله من الطريق وأخذن المـال قتلن وضمن المال وبه قالت الثلاثة. ولو كانت فيهم أمرأة قتلت وأخذت ولم يقتل الرجـــال تقتل دون المرأة عند أبي حنيفة . وعند الثلاثة تقتل المرأة أيضاً . وعند محمد يسقط الحد عن الرجال أيضاً . خرج قاطعاً للطريق على أن يسلب أمـــوال الناس فاستقبله الناس فقتلوه لا شيء عليهم . ولو قدم رجل من القطاع إلى موضع لا يقدمه على قطع الطريق ثم قتلوه كانت الدية عليهم ( والله أعلم ) .

# كتاب السير

## السير جمع سيرة ، وهي الطريقـــة في الامور ، وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه .

---

( كتاب السير )

أي هذا كتاب في بيان أحكام السير ( وهو جمع سيرة ) على مايذكره المصنف رحمه الله ( وهي الطريقة ) سمي بهذا الكتاب لما فيه من بيان سيرة النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم والمسلمين ، ويقال السيرة فعله من السيرة ، وقد يراد بـــه السير الذي هو قطع المسافة ، وقد يراد به السير في المعاملات . وسميت المغازي سيراً لأن أول أمرها السير إلى العدو لأن المراد بها سير الإمام إلى العدو ، ومع الغزاة في المغز أصل السبق حالة السير ، إلا أنها غلبت شرعاً على أمور المغازي كالمناسك على أمور الحج ، والمغازي جمع الغزاة من غزوت العدو وقصدته للقتاله غزواً وغزوة وغزاه ومغزاة ، وسمي كتاب الجهاد أيضاً لما فيه من بيان المجاهدة مع الأعداء لإعزاز الدين وهدم قواعد المشركين . وفي التحفة الجهاد شرعاً هو الدعاء إلى الدين الحق والقتال مع من لا يقبله .

فإن قلت ما المناسبة بين الكتابين . قلت المناسبة بينهما في كون كل منهما إخلاء العالم عن المعاصي ، وقدم الحدود لأنها أدنى ، والترقي يكون من الأدنى إلى الأعلى . وقيل قدم الحدود لانها مقابلة مع المسلمين في الأغلب والجهاد مع المشركين فقدم ما يخص المسلمين . السير بكسر السين وفتح الياء جمع سيرة .

( في الامور ) خيراً كانت أو شراً ، ومنه سيرة العمرين ، أي طريقتهما ( وفي الشرع تختص بسير النبي ﷺ في مغازيه ) وقد مر الكلام فيه .

قال الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين ، أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ ٣٦ التوبة ، ولقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيامة ،

---

( قال ) أي القدوري (الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين ) إلى هنا كلام القدوري في مختصره ، ثم شرع المصنف رحمه الله يعبره بقوله ( أما الفرضية فلقوله تعالى ﴿وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ ٣٦ التوبة ) كان رسول الله ﷺ مأموراً في الابتداء بالصفح والإعراض عن المشركين ، قال الله تعالى ﴿فاصفح الصفح الجميل﴾ ٨٥ الحجر ، وقال ﴿وأعرض عن المشركين﴾ ٩٤ الحجر ، ثم أمر بالدعاء وبالموعظة والمجادلة بالطريق الاحسن ، قال عز وجل ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾ ١٢٥ النحل ، ثم الامر بالمجادلة إذا كانت البداية منهم ، فقال ﴿أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا﴾ ٣٩ الحج ، أي أذن لهم بالدفع . وقال ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ ١٩١ البقرة ، ثم أمر بالبداية بالقتال ، قال الله تعالى ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ ٥ التوبة ، وقال تعالى ﴿فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون﴾ ١٢ التوبة ، وكقوله تعالى ﴿وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله﴾ ١٩٣ البقرة ، ولقوله تعالى ﴿كتب عليكم القتال وهو كره لكم﴾ ٢١٦ البقرة ، معناه فرض عليكم لقوله ﴿كتب عليكم الصيام﴾ ١٨٣ البقرة ، ولقوله تعالى ﴿انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل﴾ ٤١ التوبة .

( ولقوله عليه السلام ) أي ولقول النبي ﷺ ( الجهاد ماض إلى يوم القيامة ) هذا الحديث أخرجه أبو داود مطولاً في سننه ، حدثنا سعيد بن منصور قال أبو معاوية حدثنا جعفر بن برقان عن زيد بن أبي شيبة عن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاث من أصل الإيمان الكف عمن قال لا إله إلا الله ، ولا يكفره بذنب ولا يخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل . والإيمان بالأقدار . وقال المنذري في مختصره يزيد بن أبي شيبة في

وأراد به فرضاً باقياً ، وهو فرض على الكفاية ، لانه ما فرض لعينه ، إذ هو إفساد في نفسه، وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد ، فإذا حصـــل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام ، فإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه ، لان الوجوب على الكل، ولان في اشتغال الكل به

---

معنى المجهول . وقال عبد الحق زيد بن أبي شيبة وهو رجل من بني سليم لم يرو عنـه إلا جعفر بن برقان .

( وأراد به فرضاً باقياً ) هذا تفسير من المصنف لقوله ﷺ الجهاد فرض مـاض ، يعني فرض دائم إلى يوم القيامة ( وهو فرض على الكفاية ) أي الجهاد فرض كفايـــة . وقال أبو بكر الرازي في شرحه مختصر الطحاوي الجهاد عند أصحابنا فرض على الكفاية مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم وطلب علم الدين والقيام به وتعليمه . ويحكى عن ابن شبرمة والثوري أن الجهاد تطوع وليس بواجب ، انتهى . قلت كذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب ، قالا ما علمناه واجبـــاً ، وقالوا قوله تعالى ﴿ كتب عليكم القتال ﴾ الندب كمـــا في قوله ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ﴾ ١٨٠ البقرة ، وعند أكثر أهل العلم فرض على الكفاية إلا ابن المسيب ، فإنه قال فرض عين العمومات في النصوص .

( لأنه ) أي لأن الجهاد ( إما فرض عين بعينه إذ هو افساد في نفسه ) لأنـــه تعذيب عباداته وتخريب بلاده ( وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد ) وإليه الإشارة في قوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ﴾ ١٩٣ البقرة ( فإذا حصل المقصود بالبعض ) أي ببعض الناس ، والمقصود هو الذي ذكره من إعزاز دين الله ودفع الشر عن عباد الله ( سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السـلام ) فإن البعض إذا قام بها سقط عن الباقين .

( وإن لم يقم به أحد ) أي بهذا الفرض الذي هو سمي فرض كفاية ( أثم جميع الناس بتركه ، لأن الوجوب على الكل ) أي كل الناس ( ولأن في اشتغال الكل به ) وفي بعض

قطـــع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية إلا أن يكون النفير عاماً فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ ... الآية ٤١ التوبة . وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى

---

النسخ في اشتغال الكل به ، أي اشتغال كل الناس ، أي بالجهاد ( قطع مادة الجهـاد من الكراع ) والمراد به الخيل هاهنا ، والكراع كراع الشاة والبقر ( والسلاح ) أي وقطع مادة الجهاد بالسلاح ، فاذا انقطعت مادة الجهاد ينقطع الجهـاد ، فينبغي أن يقوم بعض الناس بالجهاد وبعض بتحصيل أسبابه من التجارة والزراعة والحرف التي يحصل بها آلات الجهاد ، فإذا كان الأمر كذلك ( فيجب على الكفايـــة ) حتى إذا قام به البعض سقط عن الباقين .

( إلا أن يكون النفير عاماً ) استثناء من قوله فيجب على الكفاية ، أي يجب الجهاد على الكفاية إلا إذا كان النفير عامـاً بأن لا يندفع شر الكفار إذا هجموا ببعض المسلمين ( فحينئذ يصير من فروض الأعيان ) فيفترض على كل واحد،فيقاتل العبد بـــدون إذن سيده ، والمرأة بدون إذن الزوج ( لقوله تعالى ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ ... الآية ٤١ التوبة ) أي ركباناً ومشاة ، وشباناً وشيوخا ، ومهازيل وسمـانا ، وصحاحاً ومراضاً ، يقال نفر إلى العدو ونفر أو نفير أي خرج . وقيل خرابـــاً [1] ومتأهلين ، وقيل أغنياء وفقراء .

واعترض بأن الآية عامة فما وجه تخصيصه بالنفير العام ، فكيف خص به . وأجيب بأنها لو لم يختص بها لوقع الناس في حرج ، ولأنه ﷺ كان يخرج مع كثير من أهل المدينة ولو كان فرض عين لم يدع أحداً منهم .

( وفي الجامع الصغير قال ) أي محمد ( الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعـة حتى

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد عزاباً ، اه مصححه .

يحتاج اليهم ، فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية، وآخره إلى النفير العام ، وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفرض على الكل. وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤوا للعمومات. ولا يجب الجهاد على الصبى، لان الصبي مظنة المرحمة ،

---

يحتاج إليهم ، فأول هذا الكلام ) أي أول كلام محمد في آخر الكتاب في الجامع الصغير ( على أن الجهاد يجب على الكفاية ) وأراد بأول الكلام قوله الجهاد واجب ، إلا أن المسلمين في سعة ، وذلك لأنه قال إنهم في سعة ، يعني يسع لبعضهم تركه إذا حصلت الكفاية بالآخرين ( وآخره ) أي آخر كلامه أشار ( إلى النفير العام ) لأنه قال حتى يحتاج إليهم ، يعني إذا احتيج إليهم في النفير العام لا يكون لهم سعة من ترك الجهاد حينئذ ( وهذا ) إيضاح لما قبله من وجوب الجهاد على الكل عند النفير العام .

( لأن المقصود عند ذلك ) أي عند النفير العام ( لا يحصل إلا بإقامة الكل ) أي كل الناس ، فإذا كان كذلك ( فيفرض ) أي الجهاد ( على الكل ) أي على كل الناس .

( وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤوا ) يعني الكفار الذين امتنعوا عن قبول الإسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وإن لم يبدؤونا بالقتال، وكذا يجوز قتالهم في الأشهر الحرم، وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدؤونا لقوله تعالى ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ﴾ وقال عطاء لا يجوز في الأشهر الحرم ( للعمومات ) أي للعمومات الواردة في ذلك من الآية والأخبار لقوله تعالى ﴿ اقتلوا المشركين ﴾ وقوله ﴿ وقاتلوا ﴾ أي الكفار ، وقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيمة، وقوله عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله.

فإن قيل العمومات متعارضة فقوله تعالى ﴿ فإن قاتلوكم فاقتلوهم ﴾ ١٩١ البقرة ، وهذا يدل على أن قتالهم إنما يجب إذا بدؤونا بالقتال كما قاله الثوري . وأجيب بأنه منسوخ بقوله ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ ٣٩ الأنفال ، وبقوله ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ ... الآية ٢٩ التوبة .

(ولا يجب الجهاد على الصبى، لأن الصبي ) بكسر الصاد وفتح الباء ( مظنة المرحمة )

ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ، ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم ، فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها ، والعبد بغير اذن المولى ، لانـــه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير ، لان بغيرهما مقنعاً فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج . ويكره الجعل ما دام للمسلمـــين فيء

---

قال ابن الأثير المظنة بكسر الظاء موضع الشيء ومعدنه مفعلة من الظن بمعنى العلم ، وكان القياس فتح الظاء ، وإنما كسرت لأجل الهاء ( ولا عبد ) أي ولا يجب على عبـد ( ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم ) وهذا كله باجماع الأربعة . وقال صاحب الديوان المقعد الأعرج .

( فإن هجم العدو ) من قولهم هجمت على القوم إذا دخلت عليهـــم ، وفي المغرب الهجوم الإتيان بغتة ، والدخول من غير أن ( على بلد وجب على جميع الناس الدفـــع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد ) أي يخرج العبد ( بغير إذن المولى ، لأنه صار فرض عين ) على جميع الناس ( وملك اليمين ) في العبد والجارية ( ورق النكاح ) في الزوجـة ( لا يظهر في حق فروض الأعيان ) وأراد بذلك أن الفروض المعينة مقدمة على حق السيد والزوج ( كما في الصلاة والصوم الفرض ) فانها مقدمة على حقها .

( بخلاف ما قبل النفير ، لأن بغيرهما ) أي بغير العبد والمرأة ( مقنعاً )أي كفايـة ، وها هنا حق السيد والزوج لعدم الاحتياج إليهما ( فلا ضرورة إلى إبطال حـــق المولى والزوج ) بغير ضرورة .

( ويكره الجعل ) بضم الجيم وسكون العين،وهو ما جعل من شيء للانسان على شيء يفعله،والمراد هنا ما أخرجه الإمام القراة على الناس فيما يحصل به التقوي الخروج إلى الحرب ( ما دام للمسلمين فيء ) اسم المال المصاب من الكفار بغير قتال كالخراج.والجزية والغنيمة

لانـه يشبه الأجر ولا ضرورة إليـه ، لان بيـت المـال معدلنوائب المسلمين ، فاذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا ، لان فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى ، يؤيده أن النبي عليه السلام أخذ دروعاً من صفوان وعمر « رح » كان يغزى الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

---

ما يصاب منهم بالقتل ، يعني إذا كان في بيت المال ، لأن بيت المال ما يتقوى به الناس للخروج إلى الغزاة يعطيهم الإمام من ذلك المال ، لأن بيت المال معـد لنوائب المسلمين ، ويكره مع وجود ذلك الجعل الذي ذكرناه ، لأن فيه شبهة الأجرة ، وهـو معنى قوله ( لأنه يشبه الأجر ) لان الجهاد حق الله تعالى ولا يجوز أخذ الأجرة عليه ، فاذا تمحض أجره كان حراماً ، وإذاأشبهها كان مكروهاً ، وهو إلى الحرام أقرب .

( ولا ضرورة إليه ) أي إلى الجعل ( لان بيت المال معد لنوائب المسلمين ) والنوائب جمع نائبة ، وهي ما ينصب الإنسان أي يترك بـه من المهمات والحوادث وقدرنا بـه ينوبه نوباً .

( فاذا لم يكن ) في بيت المال شيء ( فلا بأس أن يقوي بعضهم بعضا ، لان فيه ) أي فيما اذا قوى بعضهم بعضاً ( دفع الضرر الأعلى ) وهو شر الكفرة ( بإلحاق الأدنى ) إلى الضرر الأدنى ، ولمعنى دفع الضرر العام بالنص والخاص بجمل ( يؤيده ) أي يؤيـد ذلك ( أن النبي ﷺ أخذ دروعا من صفوان ) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان عن أبيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين ، فقال أغصباً يا محمد ، قال بل عارية مضمونة .

(وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد) هذا رواه ابن أبي شيبة وإسناده إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولفظه كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم ويعطيه المسافر ، وأخرجه ابن سعد في الطبات ، ولفظـه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ، ويغزي الفارس عن الفارس عن القاعد .

---

قوله غزا من الإغزاء ، يقـــال أغزى الامير الجيش إذا بعثه إلى العدو ، والاعزب الذي لا امرأة له ، ووقع في بعض النسخ الاعزب بالالف واللام ، ووقع في نسخة شيخنا الاعزب بدون الالف واللام ، وهي الصحيح . وقال في المغرب رجل عزب بالتحريـــك لا زوجة له ، ولا يقال أعزب . وقال ابن الاثير أيضاً يقال رجل عزب ولا يقال أعزب، وحليلة الرجل أمرأته . والشافعي اسم فاعل من شخص من مكان الى مـكان إذا صار في ارتفاع ، فإذا صار في حدود فهو حائط ، كذا قاله ابن دريد . وشخص الرجل ببصره إذا أحد النظر رافعاً طرفه إلى السماء ، ولا يكون الشاخص إلا كذلك، والمراد هنا الاول أعني الذي يذهب إلى العدد .

* * *

# باب كيفية القتال

وإذا دخـــل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام لمـــا روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام ، فإن أجابوا كفوا عن قتالهم

---

( باب كيفية القتال )

أي هذا باب في بيان كيفية القتال . ولما فرغ من بيان فرضية القتال وشرائطـــه ، شرع في بيان كيفيته .

( وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً ) يقال حاصروا العدو إذا حاط به وضيق عليه ، والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان إذا قام به ، فعلى هذا هي فعيلة . وقيل مفعلة من قولهم دنيت أي ملكت ولاية يقال لها مدينة ، ذكره في الجمرة . والحصن معروف . وقال الكاكي والحصن بالكسر كل مكان محمر محـــرز لا يتوصل إلى ما في جوفه ، فالمدينة أكـبر من الحصن ( دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام ) هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه حدثنا سفيان الثوري عن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً حتى دعاهم . ورواه الحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الإسناد ورواه أحمد أيضاً في مسنده والطبراني في معجمه ،وفي هذا الباب أحاديث كثيرة عند أحمد عن ذرين بن سبلة ، وعن عبد الرزاق أيضاً،عن علي رضي الله عنه،وعند أحمد أيضاً عن سليمان رضي الله عنه .

( فإن أجابوا ) أي فإن أجابوا إلى الإسلام ( كفوا عن قتالهم ) أي امتنعوا و كف

لحصول المقصود ، وقد قال ﷺ أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث ، وإن امتنعوا ادعوهم إلى أداء الجزية، به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش،

---

جاء لازماً ومتعدياً ، فعلى الاول بفتح الكاف ، وعلى الثاني يضمها ويجوز الفتح أيضاً على معنى منعوا أنفسهم عن قتالهم ( لحصول المقصود ) وهو اعلاء كلمة الله تعالى واظهار الدين في بلاد الكفر . ثم أكد المصنف قوله كفوا عن قتالهم بقوله ( وقد قال عليه السلام ) أي وقد قال النبي ﷺ ( أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... الحديث ) هذا الحديث رواه عن أبي هريرة أخرجه البخاري ومسلم عنه أن رسول الله ﷺ قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني ماله ونفسه إلا بحقه وحسابه على الله .

وفي لفظ لمسلم حتى يشهد أن لا إله إلا الله ويؤمن بربي وما جئت به ، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . وروي عن عمر أيضاً أخرجاه عنه أيضاً ، وروي عن جابر أيضاً أخرجه مسلم عن أبي الزبير عنه قال ، قال رسول الله ﷺ أمرت أن قاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ... بلفظ حديث أبي هريرة ، وزاد ثم اقرأ ﴿ إنما أنت مذكر لست عليهم بمسيطر ﴾ ٢١ الغاشية ، وحديث أبي هريرة الأول في قوم لا يوحدون الله عز وجل ، أما اليهود والنصارى فما لم يقروا برسالته عليه السلام بعد التوحيد ولم يبرأوا من دينهم فلا يحكم بإسلامهم ، لأنهم يقولون إن محمداً رسول الله إلى العرب دوننا ويدل عليه لفظ مسلم المذكور . قوله إلا بحقها، قوله وحسابهم على الله يعني فيما أسروا في قلوبهم .

( فإن امتنعوا ) أي عن الإسلام ( ادعوهم إلى أداء الجزية ، به ) أي بالدعاء إلى الجزية ( أمر رسول الله ﷺ أمراء الجيوش ) هذا قطعة من حديث مطول أخرجه الجماعة إلا البخاري عن سليمان رضي الله عنه قال كان رسول الله ﷺ إذ أمر أميراً على جيش أو سرية أوصاه بتقوى الله ... الحديث ، وفيه فاسألهم الجزية فإن هم أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ... الحديث ، والجيش الجند يسيرون لحرب من جاشت القدر إذا غلت،قاله تاج الشريعة وأخذه من المغرب .

ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص ، وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعـــالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ ١٦ الفتح ، فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول ، وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه

---

( ولأنه ) أي ولأن الدعاء الى الجزية ( أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص ) وهو قوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ﴾ ٢٩ التوبة ( وهذا ) اشارة الى الدعاء الذي يدل عليه قولهم ادعوهم الى الجزية ( في حق من يقبل منه الجزية ومن لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ تقاتلونهم أو يسلمون ﴾ ١٦ الفتح ) أي الى أن يسلموا ، قال ( فإن بذلوها ) بالذال المعجمة ، أي فإن قبلوها ، أي الجزية ، والمراد من البذل القبول على ما يأتي الآن ، لأن القتال منهي بمجرد القبول قبل وجود الإعطاء والبذل بالإجماع ( فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا ) هذا غريب ، وكيف يقول الأترازي وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه قال انما بذلوا الجزية ... الى آخره .

نعم أخرج الدارقطني في سننه عن الحكم عن حسين عن أبي الجنوب عـــن عبدالله بن عبد الله مولى هاشم قال قال علي رضي الله عنه من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ، وديته كديتنا ، ومع هذا هو أيضاً ضعيف ، قال الدارقطني أبو الجنوب ضعيف .

( والمراد بالبذل ) أي في قول القدوري ، فان بذلوها ( القبول ، هكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه ) قال الأترازي أي في الجزية ، وتذكير الضمير على تأويل المذكور . قلت

في القرآن والله أعلم . ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله ، ولأنهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون ، فنكفى مؤنة القتال . ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار ، فصار

---

لو قال أي في اداء الجزية لما احتاج الى التأويل المذكور ( في القرآن والله أعلم ) هو قوله عز وجل ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ .

( ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الإسلام الا ان يدعوه ) أي يدعو من لم تبلغه الدعوة ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( في وصية أمراء الأجناد فادعهم الى شهادة أن لا إله إلا الله ) وهذا الحديث من حديث بريدة المطول ، وقد مر بعضه عن قريب الذي رواه الجماعة غير البخاري .

( ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ) فنكفى على صيغة المجهول ، ومؤنة القتال بالنصب على أنه مفعول ثان ( ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ) وهو ما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عمر بن ذر بن يحيى بن اسحاق بن عبد الله بن أبي طلحة عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال له حين بعثه لا تقاتل قوماً حتى تدعوهم ، انتهى . والدعوة بالفتح إلى الطعام وبالكسر في النسب قاله الجوهري ، وقيل بالضم في الحرب ( ولا غرامة لعدم العاصم ) يعني لا غرامة بواجبه يفعل قبل الدعوة وإن كان فيه الإثم لعدم العاصم عن الغرامة. وقال الكاكي ولا غرامة للاتلاف من الأموال والدماء لعدم العصمة مفهومة (وهو الدين) أي العاصم وهو الذمي (أو الإحراز بالدار) وقال الشافعي يضمن لحرمة القتال. قلنا الحرمة بالدين أو بالإحراز بالدار ولم يوجد (فصار) حكم هذا كالصبيان والنسوان ،

كقتل النسوان والصبيان ، ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ، ولا يجب ذلك لأنه صح ان النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون

---

أى كما لا غرامة ( في قتل الصبيان والنسوان ) فانه لا قصاص ولا دية وإن كان ورد في قتلهم .

( ويستحب أن يدعو ) أي الإمام أو رأس الجيش أو السرية ( من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ) لأنها ربماتنفع فانتقلب ميال إلى النجاس [1] ( ولا يجب ذلك ) أي دعاء من يلقنه الدعوة ( لأنه صح بأن رسول الله ﷺ أغارعلى بني المصطلق وهم غارون ) هذا أخرجه البخاري عن ابن عون قال كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال . قلت إنما كان ذلك في أول الإسلام قد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبي ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، وكان ذلك الجيش .

وقال المنذري في حواشيه غارون بتشديد الراء ، هكذا قيده غير واحد . وقال الفارسى أظنه غادون بالدال المهملة المخففة ، فإن صحت رواية الراء فوجهه أنهم ذو غرة ، أي أتاهم الجيوش على غرة منهم ، فإن الغار هو الذي يغر غره فلا وجه له هنا ، هذا الذي قاله فيه ، تكلف ، فإن معنى غارون هنا غافلون ، قال الجوهري وغيره الغار الغافل ، والغرة الغفلة ، وبنو المصطلق بضم الميم وسكون الصاد المهملة وفتح الطاء المهملة وكسر اللام ، وفي آخره قاف ، وهو لقب من الصلاة ، وهو رفع الصوت ، وأصله مصتلق فأبدلت التاء من الطاء لأجل الصاد ، واسمه خزيمة بن سعد بن عمرو بن ربيعة بن حارثة بطن من خزاعة .

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحاً ثم يحرق ، والغارة لا تكون بدعوة . قال فإن أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ، ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه

---

( وعهد إلى أسامة أن يغير على ابنى صباحاً ثم يحرق) هذا أخرجه أبو داود وابن ماجة عن صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن عرق عن أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ كان عهد إليه فقال أغير على ابنى صباحاً وحرق . قوله عهد إلى أسامة أي أوصاه ، وأسامة بن زيد بن حارثة قول النبي ﷺ وأمه أم أيمن خاصة النبي ﷺ ، وأسامة وأيمن أخوان ، ومات أسامة بالمدينة ، ولما مات النبي عليه السلام كان أسامة ابن عشرين سنة وأبنى بضم الهمزة وسكون الباء الموحدة وفتح النون مقصور على وزن حبلى ، ويقال أبني بالياء آخر الحروف المضمومة مع ضم الهمزة . وقال الأترازي موضع بالشام وهو فلسطين ، والأصح أنه عن فلسطين بين الرملة وعسقلان( والغارة لا تكون بدعوة ) لأن فيها ستر الأمر والإسراع والغارة اسم مصدر للاغارة الذي هو مصدر أغار الثعلب إذا أسرع في العدو .

( فإن أبوا ذلك) أي فإن امتنعوا عن الجزية ( استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي عليه السلام ( في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى اعطاء الجزية ... إلى أن قال فإن أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ) قد تقدم حديث سليمان بن بريدة عن قريب ، وهو حديث طويل ، وفيه فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم ... الحديث .

( ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه ) أي المهلك وهو إسم فاعل من التدمير ، والأصوب المدمر أعداءه كما في قوله تعالى ﴿ ودمرناهم تدميرا ﴾ ٣٦ الفرقان

فيستعان بالله في كل الأمور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم ، لأنه عليه السلام أحرق البويرة . قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم ، لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ

---

( فيستعان بالله في كل الأمور ) فيستعان على صيغه المجهول ، وأمر النبي ﷺ في حديث سليمان بن بريدة بالاستعانة أيضاً ، حيث قال فان هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم .

( قال ) أي القدوري ( ونصبوا عليهم المجانيق ) وهو جمع منجنيق ( كما نصب رسول الله ﷺ على الطائف ) هكذا ذكر الترمذي في الاستئذان مفصلاً ولم يصل سنده ، فقال ففيه حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على الطائف قال قتيبة قلت لوكيع من هذا الرجل ، قال صاحبكم عمر بن غارون [1] ، ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول أن النبي ﷺ نصب على الطائف ، ورواه ابن سعد في الطبقات عن مكحول وزاد أربعين يوماً ، ورواه العقيلي في الضعفاء مسنداً عن محمد من حديث عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن أبي صادق عن علي رضي الله عنه قال نصب رسول الله ﷺ المنجنيق فينصب على حصن الطائف ، ويقال قدم بالمنجنيق يزيد بن ربيعة ، وقيل غيره .

( وحرقوهم ) كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله ( لأنه ﷺ ) أي النبي ﷺ ( أحرق البويرة ) وهذا أخرجه الأئمة الستة عن الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قطع نخل بني النضير وحرق وهي البويرة ... الحديث . ( وارسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم ، وافسدوا زروعهم ) كل ذلك من كلام القدوري ، وقال الشافعي في قول ، وأحمد في رواية لا يفعلون ذلك إلا إذا كان الكفار يفعلون ذلك ، وعلل المصنف بقوله (لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت) وهو الذل والهوان . وقال الأترازي يقال كبته الله أي أهلكه ، والمعنى الملائم ما ذكرناه (والغيظ

---

(١) في شرح فتح القدير – عمر بن هارون – اه مصححه .

بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً ، ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ، ولأنه قل ما يخلو حصن عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره لا نسد بابه ، وإن تترسوا بصبيان المسلمين و بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا

---

بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعاً ) .

( ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر ، لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب ) بالذال المعجمة وتشديد الباء ، يقال ذب عنه يذب ذباً اذا امتنع عنه ( عن بيضة الإسلام ) أي عن مجتمع الإسلام . وفي المغرب مجتمع أهل الإسلام يسمى أهـــل الإسلام بيضة تشبيهاً ببيضة النعامة وغيرها ، لأن تلك مجتمع الولد ( وبقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ) وفي الرمي عليهم دفع ضرر عام فيحتمل الضرر الخاص لدفع الضرر العـــام . وروي عن الحسن بن زياد أنه إذا كان فيهم مسلم تاجر مستأمن أو أسير أو من أسلم منهـم أنه لا يجوز ، لأن قتل المسلم حرام ، وقتل الكافر مباح ، والمحرم مع المبيح إذا اجتمعا ، فالرجحان للمحرم وإن قتل المسلم لا يجوز الإقدام عليه ، وقتل الكفر يجـــوز تركه، ألا ترى أن الإمام له أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين ، فكان مراعاة جانب المسلمين أولى، ورد عليه بأن قتالهم فرض بالنص ، فلو كان هذا العارض معتبراً للآدمـــي إلى سد باب الجهاد ، فلا يجوز ذلك لأنه ماض إلى يوم القيامة .

( ولأنه قل ما يخلو حصونهم عن مسلم ، فلو امتنع باعتباره ) أي فلو امتنع الرمـــي باعتبار المسلم التاجر أو الأسير ( لا نسد بابه ) أي باب الجهاد فلا يعتد به ، تحقيقـــه أن الرمي إليهم جائز وإن كان فيهم نساءهم وصبيانهم ، فكذا إذا كان مسلم . والجامع كون من لا يجوز قتله فيهم .

( وإن تترسوا ) أي وإن استتروا ، يقال تترس بالترس إذا توقى ( بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ) أشار به إلى قوله لا نسد باب الجهـــاد. وقال

ويقصدون بالرمي الكفار ، لأنه إن تعذر التمييز فعلاً فلقد أمكن قصداً ، والطاعة بحسب الطاقة ، وما أصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة ، لأن الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض ، بخلاف حالة المخمصة

---

الشافعي إذا فعلوا ذلك لم يجز أن يبدأهم بالرمي ، فان بدؤونا جاز الرمي . ويقال للرامي اجتهد في إصابة المشرك وتجنب المسلم ، وبقوله قال مالك وأحمد . وعن الشافعي لا يجوز ذلك إذا لم يأت بضرب الكفار إلا بضرب المسلم .

( ويقصدون بالرمي الكفار ولانه إن تعذر التمييز فعلا فقد أمكن قصداً إذ الطاعة بحسب الطاقة ) لان الله عز وجل لا يكلف نفساً الا وسعها ( وما أصابوه منهم ) أي وما أصاب المسلمين من صبيان المسلمين وأساريهم الذين تترس المشركون بهم ( لا دية عليهم ولا كفارة ) أي لا يجب عليهم الدية ولا الكفارة . وعند الشافعي تجب الكفارة قولاً واحداً . وفي الدية قولان ، وفي التهذيب لو رمى في غير حال الضرورة وهو يعلم أنه يجب القود ، وان ظنه كافراً فلا قود وتجب الكفارة . وفي الدية قولان . وعن المزني ان علم أنه مسلم ورمى للضرورة يجب الدية . قال أبو اسحاق ان قصده لزمته الدية علم أنه مسلم أو لا ، لقوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج بالجيم ، وقيل بالحاء المهملة أي مبطل دمه وان لم يقصده بعينه ، بل رمى الى الصف لم يلزمه الدية ، كذا في شرح الوجيز .

( لان الجهاد فرض ، والغرامات لا تقرن بالفروض ) أي الإتيان بالفروض لا يقرن به الغرامات ، لان الفرض مأمور به ، وسبب الغرامات عدوان محض منهي عنه وبين الامرين منافاة .

فان قلت هذا تعليل في مقابل قوله عليه السلام ليس في الإسلام دم مفرج ، والتعليل في مقابلة النص باطل . قلت هذا عام خص منه البغاة وقطاع الطريق ، فتخص صورة النزاع لما قلنا .

( بخلاف حالة المخمصة ) هذا جواب عما قاس عليه الحسن ، وقال اطلاق الرمي

لأنه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من إحياء نفسه ، اما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان . قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليـــه ، لأن الغالب هو السلامة ، والغالب كالمتحقق . ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها ، لأن فيه

---

لضرورة اقامة الجهاد لا ينفى الضمان كتفاؤل حال الغير حـالة المخمصة لمكان الضرورة ، ويجب الضمان . تقدير الجواب أن حالة المخمصة بخلاف هذا ( لأنـــه ) أي لأن صاحب المخمصة ( لا يمتنع ) عن أكل مال الغير ( مخافة الضمان ) أي لأجل الخوف عن الغرامـــة ( لما فيه ) أي في أكل مال الغير ( من إحياء نفسه ) وهو منعة عظيمة يتحمل بسببها بدل الضمان ( أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس) أي نفس الكفار ، وقد يكون فيهم مسلمون ( فيمتنع ) أي عن الجهاد الفرض ( حذر الضمان ) أي لأجل قدرته على الضمان ، وهــو منصوب على أنه مفعول له وذا عن الجواز كما لا يجوز وجوب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني من جلده أو رجمه . ولو وجب لامتنع عن القضاء ولا يتقلده أحـــد. ويجوز أن يكون المعنى أن الجهاد مبني على اتـــلاف النفس مطلقاً ، لان المجاهد اما أن يقتل وقد يصارف المسلم أو يقتل ، فلو ألزمنا الضمان امتنع من الجهاد والفرض ، لكونه خاسراً في الحالتين ، بخلاف ما اذ لم يضمن .

( ولا بأس باخراج النساء والمصاحف مـــع المسلمين اذا كان عسكراً عظيماً يؤمن عليهم ) اى على العسكر او اخراج النساء والمصاحف ( لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق، ويكره اخراج ذلك في سرية ) وهي عـــدد قليل يسيرون بالليل ويسكنون بالنهار ، ذكره في المبسوط ، وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية أدناه ثلاثة . ولو بعث بما دونه جاز . وعن ابي حنيفة اقل السرية مائه . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائه ، وأقل الجيش اربعة آلاف . وفي فتاوى قاضيخان ذكر قول الحسن قول أبي حنيفة ( لا يؤمن عليها ) أي على السرية لقتلهن( لأن فيه ) أي

تعريضهن على الضيـــاع والفضيحـة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بهامغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح ، لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو . ولو دخـــل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معـــه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهـــد ، لأن الظاهر عدم التعرض ، والعجائز يخرجهن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق

---

في إخراج ذلك ( تعريضهن ) أي تعريض النساء ( على الضياع والفضيحـــة ، وتعريض المصاحف على الاستخفاف ، فإنهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين ) ى لاجل غيظهم لهم ( وهو التأويل الصحيح ) أي تعريض المصاحف على الاستخفاف هو التأويل الصحيح .

( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ) هـــذا الحديث رواه الجماعة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر عنهما قال نهى رسول الله ﷺ أن لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو ، ويخاف أن يقال له لعدو .

واعلم أن المصنف رحمه الله حمل الحديث على الجيش الصغير الذي لا يؤمن معه ضياعه والشافعية ، معنى ذلك وأخذ المالكية بإطلاقه ، وقال القرطبي ولا فرق بين الجيـــش والسرايا عملا بإطلاق الحديث ، وهو إن كان يقبله العـــدو لـــه في الجيش العظيم نادراً فشأنه وسقوط ليس بنادر . قلت الظاهر مـــع المالكية على ما لا يخفى ، والمراد بالقرآن في الحديث المصحف ، وقد جاء مفسراً في بعض الاحاديث، وأشار إليه البخاري بقوله باب السفر بالمصحف إلى أرض العدر . وفي المحيط ويكره إدخال المصاحف وكتب الفقه في سرية ، ذكره في السير الكبير ، وإنما قيد التأويل بالصحيح احترازاً عما قيل إن النهي كان في ابتداء الإسلام لقلة المصاحف كيلا ينقطع عن أيدي الناس ، فأما الآن فقد كثرت فلا بأس باخراجها مطلقاً . وكذا قال أبو الحسن العمي والطحاوي . قلت هذا ظاهر لا يخفى .

( ولو دخل المسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قومـاً يوفون بالعهد ، لأن الظاهر عدم التعريض ، والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق

بهن كالطبخ والسقي والمداواة ، فأما الشواب فقرارهن في البيوت أدفع للفتنة . ولا يباشرن القتال ، لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ، ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمــة ، فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر . ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ، ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا ، إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة . وينبغي للمسلمين أن لا يغــدروا ولا يغلو ولا يمثلوا لقوله عليــه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ، والغلول السرقة من

---

بهن كالطبخ والسقي والمداواة ) أي مداواة الجرحى ( وأما الشواب فاقامتهن في البيوت أدفع للفتنة ) وإن كانوا يريدون المباضعة فيخرج لا بالحرائر .

( ولا يباشرن ) أي العجائز ( القتال ، لانه يستدل به ) أي بقتال العجــائز ( على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ) وقد روي أن أم سليم قاتلت يوم خيبر ووضعت شارة على بطنها حتى قال النبي ﷺ مقامها خير من مقام فلان وفلان ، أي من المنهزمين .

( ولا يستحب إخراجهن ) أى إخراج النساء الشواب ( للمباضعة ) للجماع ( والخدمة ، فان كانوا لا بد من خروجهن فبالاماء ) أى فيخرج الاماء جمع أمة ( دون الحرائر ) جمع حرة.

( ولا تقاتل المرأة إلا باذن زوجها ، ولا العبد إلا باذن مولاه لما بينا ) أشار بــه إلى قوله لتقدم حق الولي والزوج ( إلا أن يهجم العدو على بلد للضرورة ) هــذا استثناء من قوله ولا تقاتل المرأة ، يعني عند الضرورة ، وعند الضرورة يقاتــلان ، الجهاد حينئذ يصير فرض عين .

( وينبغي للمسلــين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله ﷺ ) أى لقول النبي ﷺ ( لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ) هذا في حديث سليمان بن بريدة وقد تقدم بعضه ، وفيه اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا والبدا [1] ( والغلول السرقــة من

---

( ١ ) هكذا في الاصل ، وربما أراد – وليداً – اهمصححه .

المغنم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر المنقول ، ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعداً ولا أعمى ، لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ، ولهذا لا يقتل يابس الشق ، والمقطوع اليمنى ، والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى ، لان المبيح عنده الكفر ، والحجة عليه ما بينا

---

المغنم ، والغدر الخيانة ونقض العهد ، والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر كان القائل يقول هذا الحديث يدل على تحريم المثلة ، وحديث العرنيين يدل على إباحتها فأجاب بقوله وحديث العرنيين منسوخ بالنهي المتأخر عن حديث العرنيين . والدليل على تأخر النهي مارواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن عمران بن حصين أنه قال ما قام رسول الله ﷺ لم يعد ما شل الاركان محطياً على الصدقة وينهانا عن المثلة ، وتخصيصه بالذكر في خطبته يدل على تأكد الحرمة . والمثلة من مثلث بالرجل مثل به مثلاً ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه او ما أشبه ذلك ذكره في الفائق .

( ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا مقعداً ولا أعمى ) هذا كله من كلام القدوري في مختصره ، وعلله المصنف بقوله ( لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ، فلا يتحقق منه ، ولهذا لا يقتل يابس الشق ) أى المفلوج ، ويراد باليبس بطلان حسه وذهاب حركته لا إنه ميت حقيقة ، كذا في المغرب ( والمقطوع اليمين والمقطوع يده ورجله من خلاف ، والشافعي رحمه الله يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى ، لان المبيح عنده الكفر ) أى المبيح للقتل عند الشافعي الكفر ، هذا في قول من الشافعي ، وفي قول آخر كقولنا ، وبه قال مالك وأحمد . وفي شرح الوجيز وفي الشيوخ الضعفاء والعميان والزمنى ومقطوعة الايدى والرجل قولان ، في قول يجوز قتلهم ، وبه قال أحمد في رواية ، وفى قول لا يجوز ( والحجه عليه ) أى على الشافعي ( ما بينا ) وهو قوله لا يقتل يابس الشق .

وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري ، وحين رأى رسول الله ﷺ امرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت .

---

فان قلت احتج الشافعي بقوله عليه السلام اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم ، الحديث يروى عن سمرة بن جندب رضي الله عنه . قلت المراد من الشيوخ الذين يقاتلون توفيقاً بين الحديثين ، أو من له رأي في الحرب كما قتل دريد بن الصمة يوم أوطاس وهو ابن مائة وعشرين سنة ،لانه كانوا يأخذون برأيه في الحرب ،وقتله ربيعة بن رفيع المسلمين.

( وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن قتل الصبيان والذراري ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ولم يتكلم أحد من الشراح فيه غير أن بعضهم قالوا المراد بالذراري النساء مجازاً باعتبار السبب ، إذ النساء سبب لحصول الذراري ، ولا يمكن جريه على حقيقته بدليل عطفه على الصبيان . قلت هذا التكلف كله لأجل قول المصنف ، وقد صح ولم يصح بهذا اللفظ ، وإنما الذي صح ما رواه الجماعة ، إلا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله ﷺ فنهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان. وفي لفظ الشيخين فأنكر قتل النساء والصبيان .

( وحين رأى النبي ﷺ أمرأة مقتولة قال هاه ، ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت ) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي بإسنادهما إلى رياح بن الربيع قال كنا مع النبي ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء ، فبعث رجلاً فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء ، فجاء فقال امرأة قتيل ، فقال ما كانت هذه لتقاتل ، وعلى المقدمة خالد بن الوليد رضي الله عنه ، فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا صبياً ، وأخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه . وفي لفظ فقال هذه ما كانت لتقاتل . ورياح بالياء آخر الحروف ، ويقال بالباء الموحدة . وقال الدارقطني ليس في الصحابة أحد يقال له رياح إلا هذا مع اختلاف فيه . وقال ابن ماكولا رباح بالباء الموحدة ابن ربيع حنظلة الكاتب له صحبة . وروى عنه المذفع بن صفي . وقيل فيه رياح بالياء المعجمة بنقطتين من تحتها ، قوله هاه كلمة تنبيه ، والهاء في آخرها ليسكت .

قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب، أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها إلى العباد ، كذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ، ولأن القتال مبيح حقيقة . ولا يقتلوا مجنونا ، لانه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما

---

( قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحراب ) هذا لفظ القدوري في مختصره أستثناء من قوله ولا تقتلوا امرأة ولا صبياً ولا شيخاً فانياً ولا أعمى ولا مقعداً إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب ، وقد نقل المصنف قوله ولا تقتلوا امرأة ... إلى آخره ، ثم تكلم ما ذكره بعده ثم نقل اسناده بقوله إلا أن يكون إلى آخره . وقال أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي ، وأما الشيخ الفاني فأنا أقتله إذا كان ذو رأي في الحرب ،أو كان كامل العقل ، ومثله يقتله إذا ارتد ، والذي لا تقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلاء المميز ، فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون والصبي ، فلا يقتل إذا كان حربياً ، ولا إذا ارتد ، وأما الذميين فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم إذا رأى الإمام ذلك ، كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ، ويقتلهم إذا ارتدوا ، كذا في شرح الطحاوي .

( أو تكون المرأة ملكة ) هذا أيضاً من جملة كلام القدوري ، ذكره بعد قوله إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب ( لتعدي ضررها ) أي لتعدي ضرر المرأة الملكة ( إلى العباد ) باعتبار حكمها ( وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء ) أشار به إلى الشيخ الفاني والأعمى والمقعد والمرأة ( دفعاً لشره ) أي يقتل القاتل من هؤلاء لأجل دفع شره عن المسلمين (ولأن القتال مبيح حقيقة) أي لأن قتال هؤلاء مبيح لقتالهم من حيث الحقيقة لكفوهم وأذاهم .

( ولا يقتلوا مجنوناً لأنه غير مخاطب ، إلا أن يقاتل فيقتل دفعاً لشره ، غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان ) دفعاً لشرهما ( وغيرهما ) أي وغير الصبي

لا بأس بقتله بعد الأسر ، لانه من أهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقتـــه كالصحيح . ويكره أن يبتدىء الرجل إياه من المشركين فيقتله لقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في في الدنيا معروفا ﴾ ٣٥ لقمان ، ولانه يجب عليه إحياؤه بالإنفاق عليه فيناقضه الإطلاق في افنائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره ،

---

والمجنون ( لا بأس بقتله بعد الأسر ، لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه ) بالعقل والبلوغ ، وكذلك الرهابين إذا قاتلوا حيث يباح قتلهم جزاء على قتالهم. وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعة ولا أهـل الكنائس الذين لا يخالطون ، فإن خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره ، وكذلك الراهب إن دل على عورة المسلمين جاز قتله ( وإن كان ) أي المجنون ( يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح ) يعني يقتل حال إفاقته سواء وجد منه القتال أو لا لكونه مقاتلاً مخاطباً ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة .

( ويكره أن يبتدىء الرجـــل إياه من المشركين فيقتله ) بنصب اللام ( لقوله تعالى ﴿ وصاحبهما في الدنيا معروفاً ﴾ ٣٥ لقمان ) وفي السير الكبير المـــراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى ﴿ وإن جاهداك على أن تشرك بي ﴾ ٣٥ لقمان ، وليس من المعروف أن يقتله أن يتركهما حرزاً للسباع، وروي أنه عليه السلام منع أبا بكر رضي الله عنه عن قتل أبيه يوم بدر ، ولا خلاف عليه .

( ولأنه ) أي ولأن الابن ( يجب عليه إحياؤه ) أي إحياء أبيه ( بالانفاق عليـــه ) والانفاق سبب الإحياء ( فيناقضه الإطلاق في افنائه ) أي تناقض الإحياء إطلاق وقتل بإفنائه ولزوم المناقض لا يجوز . وقال الأترازي الاطلاق في إفنائه ، أي إفنـــاء الأب ( فإن أدركه ) أي فإن أدرك الابن أباه في الحرب ( امتنع عليه ) أي امتنع الابن عن قتل أبيه وانتفاء عليـــه بأن يعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك ( حتى يقتله غيره ) أي غير الابن لئلا يلحقه مأثم بمباشرة قتل أبيه . وفي الذخيرة لو ظفر على قتل أبيه لاينبغي أن يقصده بالقتل ، ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرباً علينا ، ولكنه يلحقه

لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم ، وإن قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس بـــه ، لان مقصوده الدفع ، ألا ترى أنه لو شرب الاب المسلم سيفه على اينه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا ، فهذا أولى .

---

إلى موضع يتمسك به حتى غيره فيقتله ( لأن المقصود ) أي من يقتله ( يحصل بغيره ) أي بغير الابن ( من غير اقتحامه الإثم ) أي من غير دخوله في الإثم بقتل أبيه .

( وإن قصد الأب قتله ) أي قتل ابنـــه ( بحيث لا يمكنه دفعه ) أي بحيث لا يمكن الابن دفع أبيه عنه ( إلا بقتله لا بأس به ) أي يقتله حينئذ ( لأن مقصوده الدفع ) عن نفسه ( ألا ترى أنه لو شهر الأب المسلم سيفه على ابنه ) وقد قصد قتل ابنه ( ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن مقصوده الدفع ( فهذا أولى ) **لأنه كان** هكذا في الأم والجد والجدة ، ولو كان المشرك حالاً أن يبتدىء بالقتل . وعند الشافعي يكره أن يقتل ذا رحم محرم من الكفار . وفي الرحم غير محرم وجهان ، وجه يكره ، والثاني لا يكره . وقول مالك وأحمد كقولنا . وفي شرح الطحاوي وما سوى السوء الذين من ذوى الرحم المحرم فلا بأس بقتله ، هذا في الكافر . وأما في أهل الخوارج والبغي فكل ذى رحم محرم كالأب سواء ، وأما في الرحم في باب الزنا فإن البداية بالشهود شرط ، فلو كان الشاهد هو الولد فلا بأس بأن يرمي ولا يقصد القتل .

* * *

# باب الموادعة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى ﴿ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ﴾ ٦١ الانفال ،

---

## ( باب الموادعة ومن يجوز أمانه )

أى هذا باب في بيان جواز الموادعة أى المصالحة ، وسميت المصالحة بالموادعة لأنها مشاركة من الودع وهو الترك بأن يدع كل أحد فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الآخر ، وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر ، لأن ترك الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء سابقاً لا محالة . قوله ومن يجوز أمانه ، أى في بيان من يجوز أمانه .

( وإذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقاً منهم ، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به ) أى بالصلح درءاً عليه . قوله أن يصالح أهل الحرب ، وفي بعض النسخ وكان في ذلك مصلحة فعلى النسخة الأولى لفظ مصلحة منصوب بأنه خبر كان ، وعلى النسخة الأخرى مرفوع لأنه إسم كان وخبره قوله في ذلك ، وقيد بقوله مصلحة لأنه إذا لم يكن مصلحة لا يجوز المصلحة بأن يكون بالمسلمين ضعف ، أو كانت الموادعة خيراً للمسلمين ذكره الكرخي في مختصره (لقوله تعالى ﴿ وإن جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله ﴾ ٦١ الأنفال ) أي وإن مالوا للصلح ، يقال جنح له وإليه إذا مال ، وفي السلم ثلاث لغات فتح السين وكسرها وفتحها جميعاً ، وهي مما يذكر ويؤنث ولذلك قيل فاجنح لها.

فإن قيل هذه الآية منسوخة في قول ابن عباس بقوله فاقتلوا الذين لا يؤمنون ، وفي قول مجاهد بقوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٥ التوبة ، فكيف جاز الاحتجاج بها . أجيب بأن هذه الآية محمولة على ما إذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين

## ووادع رسول الله عليه السلام أهل مكة عـــام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ،

بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى ﴿ فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون ﴾ ٣٥ محمد، وبدليل الآية الموجبة للقتال والألزم التناقض لما أن موجب الأمر بالقتال مخالف الأمـــر بالمصالحة ، فلا بد من التوفيق بينهما ، وهو بما ذكرنا بدليل موادعة النبي ﷺ أهل مكة على ما ذكر في الكتاب. وقال في الكشاف إن الأمر موقوف على ما يرى فيه الإمام صلاح الإسلام وأهله من حرب أو سلم وليس بحتم أن يقاتلوا أبداً ويحاربوا إلى الهدنة أبداً .

( وادع رسول الله ﷺ أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ) الحديث رواه أحمد في مسنده مطولاً من حديث محمد بن اسحاق ، وفيه خرج رسول الله ﷺ عام الحديبية يريد زيارة البيت لا يريد قتالاً وساق الهدي مع سبعين بدنة ، وكان الناس سبعمائة رجل إلى أن قال هذا ما اصطلح عليه محمد بن عبد الله وسهيل بن عمرو على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض ... الحديث .

وقال الأترازي فيه نظر ، أي في الذي ذكره صاحب الهداية ، لأن الصلح عنـــد أصحاب المغازي أن رسول الله ﷺ وادعهم على ترك القتال سنين ، هكذا ذكره المعتمر ابن سليمان في كتابه عن أبيه انتهى . قلت كلامه يدل على أن عشر سنين غير صحيـــح ولم يطلع في كتب الحديث ، فهذا من رواية أحمـــد عشر سنين ، وفي رواية ابن هشام عشر سنين ، وفي سنن أبي داود عشر سنين ، وفي مغازى الواقدى عشر سنين نعم وقع في رواية البيهقي في دلائل النبوة سنتين من رواية موسى بن عتبة ، وكذلك في رواية ابن عائذ عن محمد بن شعيب أن مدة الصلح كانت سنتين بعد ذلك ، قال أبو الفتح العميرى أهل النقل يختلفون في تجريد المرة بعشرة سنين .

وقال السهلي في الروض الأنف اختلف العلماء هل يجوز الصلح إلى أكـــثر من عشر سنين رجحه المشائعين أن منع الصلح هو الأصل ، بدليل آية القتال ، وقد ورد التحديـد بالعشر في حديث ابن اسحاق فحصلت الإباحة في هذا القدر ، ويبقى الزائد على الأصل

ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لأن المقصود ، وهو دفع الشر ، حاصل بـــه ، ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى مـــا زاد عليها ، بخلاف ما إذا لم تكن خيراً لانه ترك الجهاد صورة ومعنى. وإن صالحهم مـــدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ إليهم الإمام وقاتلهم ، لأنه عليه السلام

---

انتهى ، وهذا هو التحقيق في تجريد الكلام في هذا المقام ، فإن أحداً من الشراح لم يسكت فمنهم من سكت عنه بالكلية .

( ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيراً للمسلمين ، لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به ) أي بالموادعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار معنى الصلح ، وكذا الكلام في تذكير الضمير في قوله إذا كان خيراً ( ولا يقتصر الحكم على المدة المروية ) يعني عشر سنين ، لأن مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص ( لتعدى المعنى ) وهو دفع الشر ( إلى ما زاد عليها ) أي على المدة المروية ( بخلاف ما إذا لم تكن خيراً ) متصل بقوله إذا كان خيراً ، يعني لا يجوز الصلح إذا لم يكن خيراً للمسلمين ( لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى ) أما صورة فظاهر حيث ترك القتال . وأما معنى فلأنه لما لم يكن فيه مصلحـة المسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع شر فلم يحصل الجهاد معنى أيضاً .

( وإن صالحهم مدة ) أي وإن صالح الإمام أهل الحرب مـــدة معينة ( ثم رأى إن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم ) من النبذ وهو الطرح ، والمراد بالنبذ نقض العهـــد وهو ( الامام ) ينقضه لأنه إنما أخبرهم طرحه إليهم ، ولا بد من بلوغ خبر النبذ إلى جميعهـم احترازاً عن الغدر ، ومتى علم المسلمون أن القوم لم يعلموا بذلك لم يجز لهـــم أن يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة . وقد صح أن النبي ﷺ وادع قريشاً فلمـا أراد النبذ بعث إلى مكة عن[1] يتأذى بنقض الصلح على ما يجيء . ( وقاتلهم لأنه عليه السلام ) أي لأن

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد ــ من ــ ، اهـ مصححه .

نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ، فلا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ،

---

النبي ﷺ ( نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ) كانت هذه الموادعة في يوم الحديبية ، وكان فيها من شاء أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل ومن شاء أن يدخل في عقد قريش وعهدهم دخل فدخلت خزاعة في عهد محمد عليه السلام ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدية نحو السبعة أو الثانية عشر شهراً ، ثم أن بني بكر وبني خزاعة قاتلوهم ، وجاء الخبر بذلك إلى رسول الله ﷺ ثم أمر الناس فتجهزوا ، فقال أبو بكر رضي الله عنه يا رسول الله ألم تكن بينك وبينهم مدة ، فقال ألم يبلغك ما منعوا ، رواه البيهقي في دلائل النبوة ، ورواه ابن أبي شيبة مرسلاً وفيه فقال أبو بكر ما قاله الآن فقال عليه السلام إنهم غدروا فنقضوا العهد فأنا عاد منهم ... الحديث .

( ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهاداً وإيفاء العهد ترك الجهاد ) أى إيفاء العهد المنقوض ترك الجهاد ( صورة ومعنى ) اما صورة فظاهر ، لأنه فيه ترك القياس ، وأما معنى فلعدم دفع الشر ، وهو ترك الجهاد من حيث المعنى ( ولا بد من النبذ تحرزاً عن الغدر ، وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ) ليس هذا الحديث من النبي ﷺ وإنما هو من كلام عمرو بن عيينة وله قصة رواه أبو داود والنسائي والترمذى عن شعبة أخبرني أبو الفيض عن سليم بن عامر رجل من حمير قال كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى إذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عيينة وأرسل معاوية إليه فسأله فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا ينبذ عهده ولا يحلها حتى ينقضي أمدها أو ينبذ إليهم على سواء ، فرجع معاوية بالناس ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف مملكته ، لأن بذلك ينتفي الغدر. قال وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ، بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم ، حيث لا يكون هذا نقضاً للعهد . ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانيــة يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم ، لأنه بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

---

( ولا بد من اعتبار مدة تبلغ فيها خبر النبذ إلى جمعهم ، ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف مملكتـــه ، لأن بذلك ينتفي الغدر ) قال الله تعالى ﴿ وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء ﴾ ٥٨ الأنفال ، أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أن لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل أن يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليهم من التحصين وكان ذلك للتحرز عن الغدر قوله خيانــــة أي نقضاً للعهد .

( قال ) أي القدوري ( وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم ) أي الإمام ( ولم ينبذ إليهـم إذا كان ذلك ) أي نقض العهد (باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه ) أي نقض العهد ( بخلاف ما إذا كان دخل جماعة منهم ) أي من أهـــل دار الحرب (فقطعوا الطريق ) في دار الإسلام ( ولا منعة لهم ) أي والحال أنهم لا قوة لهـــم ولا شوكة ( حيث لا يكون هذا نقضاً للعهـــد ) لا في حقهم ولا في حق غيرهم ، كذا في نقض العهد في دارنا .

( ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضاً للعهد في حقهم دون غيرهم) من أهل الحرب منهم ( لأنه ) أي لأن فعلهم هذا ( بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم

حتى لو كان يأذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد، لأنه باتفاقهم معنى، وإذا رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالاً فلا بأس به، لأنه لما جازت الموادعة بغير المـــال ، فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل ، والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية ، هذا إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولاً لأنه في معنى الجزية. أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها

---

حتى لو كان يإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد ) في حق جميعهم لوجود الرضى منهـم ، وهو معنى قوله ( لأنه باتفاقهم معنى ) أي باتفاق الكل ( وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب ) إنما كرر هذا بعد أن يبين حكم موادعة أهل الحـرب لأن القدوري لم يذكـر الموادعة على المالك ولم يذكر الموادعة مـع المرتدين أيضاً ، وذكر ذلك كله في الجامع الصغير ، فكذلك كرر موادعة الحرب ، وذكر الموادعة على المال بقوله ( وأن يأخـذوا على ذلك مالاً ) أي وإذا رأوا أيضاً أن يأخذوا مالاً في الموادعة ( فلا بأس به لأنه لـما جازت الموادعة بغير المال ، فكذا بالمال ) وهو أولى ، أي فكذا يجوز بالمال .

( لكن هذا إذا كان بالمسلمين حاجة ، أما إذا لم يكن ) أي الحاجة ( لا يجوز ) لأنـه يشبه الأجر ( لما بينا من قبل ) أشار به إلى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى ، هكذا فسر الأكمل . وقال الكاكي لما بيناً من قبل ، وهو أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ . وقال الأترازي قوله لما بينا من قبل إشارة إلى ما ذكر قبل هذا محظور بقوله لأنه ترك الجهـاد صورة ومعنى ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه نسبة الأجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط ، وكتب شيخي بخطه في هذا إشارة إلى أنه ترك الجهـاد صورة ومعنى ( والمأخوذ من المال ) منهم على الموادعة ( يصرف مصارف الجزية ، هـذا إذ لم ينزلوا بساحتهم ، بـل ارسلوا رسولاً ) أي بدراهم الحرب ولا خمس فيه (لأنه في معنى الجزية). ( أما إذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة بخمسها ) أي يخرج الخمس منها

وتقسم الباقي بينهم ، لأنه مأخوذ بالقهر معنى ، وأما المرتدون فيوادعهم الإمام حتى ينظر في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالاً لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبين . ولو أخذه لم يرده لانه مال غير معصوم . ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعله الإمام لما فيه من إعطاء الدنية وإلحاق المذلة بأهل الإسلام

---

( ويقسم الباقي بينهم ) أي بين جيش المجاهدين القائمين ( لأنه مأخوذ بالقهر معنى ) أي من حيث المعنى ، لأنه مأخوذ بعد الفتح بالقتال .

( وأما المرتدون فيوادعهم الإمام ) إذا طلبوا ذلك وجاء الإسلام منهم فيؤخر القتل عنهم ( حتى ينظر في أمرهم، لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعاً في إسلامهم) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذا إذا غلب المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسألة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الإسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف .

( ولا يأخذ عليه مالاً ) أي ولا يأخذ الإمام على ما فعل من موادعتهم مالاً ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا يجوز أخذ الجزية من أهل الردة لما نبين) أي في باب الجزية ( ولو أخذه لم يرده ) أي ولو أخذ الإمام المال منهم لم يرده ( لأنه مال غير معصوم ) لأن مالهم في المسلمين إذا ظهروا على ذلك ، بخلاف ما إذا أخذ من أهل البغي حيث يرده عليهم بعدما وضع الحرب أوزارها ، لانه ليس بفيء ، إلا أنه لا يرده حال الحرب لئلا يكون إعانة لهم على المعصية .

( ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون إليهم لا يفعل الإمام شيئاً لما فيه من إعطاء الدنية ) أي النقيصة ( وإلحاق المذلة بأهل الإسلام ) فلا

إلا إذا خاف الهلاك ، ولأن دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن . ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجهز اليهم لأن النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله إليهم ، ولأن فيه تقويتهم على قتـــال المسلمين فيمنع من ذلك ، وكذا الكراع لما بينا ،

---

يجوز ذلك ( إلا إذا خيف الهلاك ) إذا كان المسلمون يخافون على أنفسهم الهلاك فلا بأس بذلك لان الضرورات تبيح المحظورات ( لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن) وهذا لا يجري على عمومه ، فاذا لم يكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بإجراء كلمة الكفر ينبغي أن يجب ولا يجب بل هو مرخص به ، وكذا لو كره يقتل نفسه أو يقتل غـــيره لا يجب عليه بل الصبر عن قتل الغير واجب ، حتى لو صبر في الصورتين كان شهيداً فعلم أن المراد بأي طريق كان سوى المشيات التي للإباحة في مباشرتها شرعاً .

( ولا ينبغي أن يباع السلاح لاهل الحرب ولا يجهز إليهم ) أي لا يحتمل اليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعني السلاح . وفي الجامع الصغير يكره بيع السلاح من أهـل الفتنة ( لان النبي ﷺ نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، وروى البيهقي في سننه والبزار في مسنده والطبراني في معجمه من حديث بحر بن كثير [١] الشفاء عن عبد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السلاح في الفتنة . وقال البيهقي رفعه وهم ، والصواب موقوف . وقال البزار لا نعلم أحد يرويـــه عن النبي ﷺ الا عمران بن حصين ، واللقيطي ليس بالمعروف وابن كثير ليس بالقوي وقد رواه مسلم بن ذرين عن أبي رجاء عن عمران موقوفاً.

( ولان فيه ) أي في بيع السلاح لاهل الحرب (تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك ) أي من بيعه ( وكذا الكراع ) أي وكذا بيع الكراع منهم لا ينبغي ولا يجهز اليهم ، والكراع الخيل (لما بينا) اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم .

---

(١) هكذا في الاصل ، وفي شرح فتح قدير كنيز ، اه مصححه

وكذا الحديد لأنه أصل السلاح، وكذا بعد الموادعة لأنها على شرف النقض أو الإنقضاء فكانوا حرباً علينا، وهذا هو القياس في الطعام والثوب إلا أنا عرفناه بالنص، فإنـــه عليه السلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

---

( وكذا الحديد ) أي وكذا لا ينبغي أن يباع الحديد منهم ( لانـــه أصل السلاح) وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير بيع ما لا يقال بـــه الا بصفة لا بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم يجز بيع العنب بأساً، ولا يبيع الخشب وما أشبه ذلك . وقال الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير ليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن نجعله خمراً، الا أن العصير ليس بآلة للمعصية، وانما يصير آلة للمعصية بعدما يصير خمرا، وأما ها هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال، فاذا كان هكذا يكره من يعرف بالفتنة فبإشارة هذا يعلم أن بيع الحديـــد منهم لا يكره، لان نفسه ليس بآلة للمعصية كالعصير، انتهى . قلت هذا الذي قاله مثلما قاله فخر الإسلام، وهـــذا هو التحقيق، الا أن ظاهر الرواية بخلاف ذلك، ألا ترى أن الحاكم قد نص على تسوية الحديد والسلاح، واليه ذهب المصنف، حيث قال وكذا الحديد لانـه أصل السلاح، لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذه آلة الغناء، حيث لا يكره بيع العصير ممن يتخذه خمراً .

( وكذا بعد الموادعة) أي كما لا يباع السلاح والكراع منهم قبل الموادعة فكذلك بعد الموادعة ( لأنها ) أي لأن الموادعة ( على شرف النقض أو الإنقضاء )بتبدل المصلحـــة أو الإنقضاء أو على شرف القضاء مدة الموادعة ( فكانوا حرباً علينا ) أي بعد ذلك ( وهـــذا هو القياس ) يعني كان القياس ( في الطعام ) أي في بيع الطعام منهـــم ( والثوب ) أي وكذا بيع الثوب منهم، وحمل ذلك إليهم أن يكون مكروهاً ( إلا أنا عرفناه بالنص ) أي عرفنا جواز ذلك بالنص، وفسر النص بقوله ( فانـــه عليه السلام ) أي فإن النبي ﷺ ( أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه ) أي على النبي ﷺ حينئذ لم يتكلم أحد من الشراح في حديث ثمامة هذا كيف يخرجه، ومن رواه وما قصته، ورواه البيهقي في

## فصـــل

## إذا أمن رجل حر أو امرأة حرة كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم

---

دلائل النبوة من طريق ابن اسحاق حدثني سعيد المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه فذكر قصة إسلام ثمامة بلفظ الصحيحين ، وفي آخره فقال إني والله ما حبوت ، ولكني أسلمت وصدقت محمداً وآمنت به ، وأيم الذي نفس ثمامة بيده لا تأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمداً وانصرف إلى بلده ومنع الحمل إلى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا إلى رسول الله ﷺ يسألونه بارحامهم أن يكتب إلى ثمامة يحمل إليهم حمل الطعام ففعل رسول الله ﷺ مختصر ليس في الصحيحين من حيث ثمامة أمر النبي ﷺ لثمامة أن يرو المسيرة على أهل مكة ، وذكره ابن هشام في أواخر السيرة ، وفيه والله لا يصل إليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله ﷺ ثم خرج إلى اليمامة فمنع أهلنا أن يحملوا إلى مكة شيئاً فكتبوا إلى رسول الله ﷺ انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا ، فكتب إليه رسول الله ﷺ ان يخلى بينهم وبين اجل ، ورواه الواقدى ايضاً مطولاً ، وفيه كتب يعني رسول الله ﷺ إلى ثمامة ان خلي بين قريش وبين المسيرة ، فلماجاءه الكتاب قال سمعاً وطاعة لرسول الله ﷺ مختصر . قلت ثمامة بضم الثاء المثلثة من قوله مرات يمير من قار اهلها اى اتاهم بالميرة ، اى بالطعام .

### ( فصل )

أي هذا فصل في بيان احكام الأمان . ولما كان الأمان نوعاً من الموادعة لما فيه ترك القتال كالموادعة ، ذكره في فصل على حدة .

( إذا امن رجل حر او امرأة حرة كافراً أو جماعة ) أى أو أمن في جماعة ( او اهل حصن ) أى او امن اهل حصن ( او مدينة ) اى او امن اهل مدينة ( صح امانهم ) اى صح امان جماعة الكفار واهل الحصن ، والمصدر مضاف إلى مفعوله وطرأ ذكر الفاعل

ولم يكن لأحد من المسلمين قتالهم ، والأصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أي أقلهم وهو الواحد ، ولأنه

---

( ولم يجز لأحد من المسلمين قتالهم ) وسواء كان الرجل الحر الذى امنهم اعمى او شيخاً او مريضاً ، وإذا كان عبداً فيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى .

( والأصل فيه ) اى في حكم الأمان ( قوله عليه السلام) اى قول النبي ﷺ ( المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ما كتب على رسول الله ﷺ إلا القرآن ، وما هذه الصحيفة ، فقال رسول الله ﷺ حرم ... الحديث ، وفية وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم ... الحديث . وأخرج البخاري نحوه عن أنس . وأخرج مسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ المدينة حرم ... الحديث ، وفيه ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم .

وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال المسلمون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم ، ويرد عليهم أقصاهم . وروي أيضاً من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله ﷺ يد المسلمين على من سواهم تتكافأ دماؤهم . ويجير على المسلمين أدناهم ، ويرد على المسلمين أقصاهم . قوله تتكافأ دماؤهم أي تتساوى في القصاص والديات ، لا فضل للشريف على وضيع ، كذا قال أبو عبيد قوله ليسعى بذمتهم ، الذمة العهد والأمان ، ولهذا سمى العاهد ذمياً ، لأنه قد أعطى الأمان على ماله ودمه للجزية التي تؤخذ منه ، ومنه قول سلمان الفارسي ذمة المسلمين واحدة .

وفسر المصنف أدناهم بقوله ( أي أقلهم ، وهو الواحد ، ولأنه ) لا أقل منه ، وإنما فسره بالأقل احترازاً عن تفسير محمد رحمه الله ، حيث فسره بالعبد لأنه أدنى المسلمين ، فجعل الأدنى ها هنا من الدناءة ، وجعله غيره من الدنو . قوله وهم يد على من سواهم ،أي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملك المحاربة لهم يتعاونون على ذلك،ولا يخذل بعضهم

من أهل القتال فيخافونه ، إذ هو من أهل المنعة فيتحقق الأمان منه لملاقاته محله ، ثم يتعدى إلى غيره ، ولأن سببه لا يتجزأ ، وهو الإيمان ، وكذا الأمان لا يتجزأ فيتكامل كولاية الانكاح ،

---

بعضاً . قوله ويرد عليهم أقصاهم ، معناه إذا دخل العسكر أرض الحرب فوجه الإمام السرايا فيما غنمت من شيء جعل لها ما سمي لهادون ما بقي على العسكر ، لأنهم رد للسرايا. قوله ، ويجير ، من أجرت فلاناً على فلان إذا حميته منه ومنعته ولاية ، أي ولأن كل واحد من الرجل والمرأة ( من أهل القتال ) أما الرجل فظاهر ، وأما المرأة بأن تخرج للمداواة والخبز والطبخ ، وذلك منها جهاداً ، وبمالها أو بعبيدها .

فإن قلت ما تقول في قوله ﷺ هاه ما كانت هذه تقاتل ، قاله لما رأى امرأةمقتولة قلت معناه ما يقاتل بنفسها .

( فيخافونه إذ هو بعد من أهل المنعة ، فيتحقق الأمان منه ) الضمير المنصوب في فيخافونه ، وقوله إذ هو ، وفي قوله منه كلها يرجع إلى ما يرجع الضمير الذي في قوله ( ولملاقاته محله ) أي لملاقاة الأمان ، ومحله هو الحربي الخائف ( ثم يتعدى إلى غيره ) ثم يتعدى الأمان إلى غيره الذي أمن من المسلمين ، كما في شهادة رمضان ، فإن الصوم يلزم من شهد بالهلال ثم يتعدى منه إلى غيره ( ولأن سببه ) أي سبب الأمان ( لا يتجزأ وهو الايمان ) أي التصديق بالقلب .

( وكذا الأمان لا يتجزأ ) فإذا تحقق من بعض ، فأما إنه يبطل أو يكمل لا يجوز الأول بعد تحقق السبب فتحقق الثاني ، وهو معنى قوله ( فيتكامل ) أي ينفر ، وكل مسلم به لكان سببه في حقه ( كولاية الإنكاح ) فيما إذا وجد الإنكاح من أحد الأولياء المساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل ، لأن سبب ولايته وهو القرابة غير متجزىء فلا تجزأ الولاية ، فكذلك ها هنا . وقال الأكمل رحمه الله واعلم أن المصنف «رح» استدل بالمفعول على وجهين جعل المناط في أحدهما كون من يعطي الأمان ممن يخافونه . وفي الآخر الإيمان فالأول يقتضي عدم جواز أمان العبد المحجور والتأخير والأسير ، والثاني يقتضي جوازه . ولو جعلها علة واحدة بخلاف الواو عن الثاني لتقسم علة لقوله ثم يتعدى

قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة فينبذ إليهم ، كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ ، وقد بيناه . ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الإمام الأمان لما بينا ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه نظر ،

---

إلى غيره كان أولى ، ويمكن أن يحمل الأول علة ، والآخر شرطاً ، أو سماه مسبباً مجاوزاً ، والشيء ينفى على عدمه عند عدم شرطه .

( قال إلا أن يكون في ذلك مفسدة ) استثنى من قوله صح أمانهم ، أي إلا أن يكون في الأمان فساد في حق المسلمين ( فينبذ إليهم ) أي يعلمهم بالنبذ ( كما إذا أمن الإمام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ ) أي يعلم الإمام أهل الحرب بالنبذ دفعاً للضرر عنهم ( وقد بيناه ) أي في أول فصل الموادعة عند قوله وإن صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع إليهم .

( ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة ) أي والحال أن فيه فساد ( ينبذ الإمام الأمان لما بينا ) أي في فصل الموادعة كما ذكرناه ، إلا أن قاله الاكمل رحمه الله قبل قوله نبذ . قوله ولو حاصر الإمام حصناً وأمن واحد من الجيش تكرار محض ، لانه علم من قوله لان يكون فيه مفسدة انتهى . قلت أراد بهذا القائل ، ألا ترى حيث قال هذا وأقول هذا تكرار محض لا محالة لانه علم ذلك من قوله إلا أن يكون في ذلك مفسدة . قال الاكمل بعد نقله هذا عنه ، وأقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الإمام ، وهذا بعده ، ويجوز أن يكون إعادة تمهيداً أو توطئة لقوله ( ويؤدبه الإمام لافتياته على رأيه ) أي يؤدب الإمام ذلك الواحد من الجيش لافتياته ، أي لسبقه على رأي الإمام . قال في المجمل الافتيات افتعال من الفوت وهو السبق إلى الشيء دون إئتمار من يؤتمر ، يقال الافتيات على فلان أي لايعمل شيء دون أمره . وأصل الافتيات الافتوات ، لانه من الفوت أجوف واوي ، فقلبت الواو ياء بتحركها وانكسار ما قبلها.

( بخلاف ما إذا كان فيه نظر ) أي بخلاف ما إذا كان في أمان هذا الواحد من الجيش

لأنه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان معذوراً . ولا يجوز أمان ذمي لأنه متهم بهم ، وكذا لا ولاية له على المسلمين ، قال ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما، والأمان يختص بمحل الخوف ولأنهما يجبران عليه فيعرى الأمان عن المصلحة ، ولأنهم كلما اشتد الأمر عليهم يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون بأمانه فلا ينفتح لنا باب الفتح .

---

نظر للمسلمين ومصلحة لهم من حيث لا يؤدبه الإمام ( لانه ) أي لان هذا الواحد لو انتظر إلى رأي الإمام ( ربما تفوت المصلحة بالتأخير ) أي بتأخير الامان ( فكان هذا الواحد معذوراً ) في الإقدام على الإمام .

( ولا يجوز أمان ذمي لانه متهم بهم ) لانه من جملتهم وإن حضر لمعونة المسلمين ، وهو متهم في حقنا لانه في تقوية الكفر . وعن مالك يصح أمانه لإن له ذمة فكان تابعاً للمسلمين ، والمشهور عنه أنه لا يصح ( وكذا لا ولاية على المسلمين) لانه لامانه ولاية وهي نفاذ قول على الغير ، ولا ولاية للكافر على أهل الإسلام ، قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، فلا يصح أمانه .

( قال ولا أسير ولا تاجر) أي ولا يصح أيضاً أمان أسير ولا أمان تاجر (يدخل عليهم) أي على أهل الحرب ( لانهما مقهوران تحت أيديهم ) لان الامان لدفع الخوف ( ولا يخافونهما ) أي ولا يخاف أهل الحرب من الاسير والتاجر ( والامان يختص بمحل الخوف) والاسير والتاجر ليسا بمحل الخوف لانهما مقهوران ( ولانهما ) أي ولان الاسير والتاجر ( يجبران عليه ) أي على الامان إذا احتاجوا إليه ( فيعرى الامان عن المصلحة) لان الامان شرح لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في أمان حصل عن إكراه مفسد للتراضي ( ولانهم ) أي ولان أهل الحرب ( كلما اشتد الامر عليهم ) من ضيق الحصار وشدة الحال (يجدون أسيراً أو تاجراً فيتخلصون) عند الشدائد ( بأمانه ) أي بأمان الاسير أو التاجر(فلا ينفتح لنا باب الفتح) لانه ينسد بالامان فيؤدي إلى سد ركن الجهاد .

ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ، ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة «رح» إلا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد « رح» يصح وهو قول الشافعي وأبو يوسف «رح» معه في رواية ، ومع أبي حنيفة « رح» في رواية . لمحمد « رح » قوله عليه السلام أمان العبد أمان ، رواه أبو موسى الأشعري « رض» ولأنه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال ،

---

( ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا لا يصح أمانه لما بينا ) أشار به إلى قوله والامان يختص بمحل الخوف ( ولا يجوز أمان العبد المحجور عليه ) من القتال ( عند أبي حنيفة الا أن يأذن له مولاه في القتال . وقال محمد يصح وهو قول الشافعي ) وبه قال محمد ومالك وأحمد ( وأبو يوسف معه ) أي مع محمد ( في رواية ) وهي رواية الكرخي ( ومع ابي حنيفة في رواية ) وهي روايه الطحاوي وهو الظاهر عنه ، واعتمد عليه في المبسوط .

( لمحمد قوله عليه السلام ) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم ( أمان العبد أمان، رواه أبوموسى الاشعري رضي الله عنه ) هذا الحديث غريب وإسم أبي موسى عبد الله بن قيس . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حديثاً طويلاً عن فضيل بن يزيد الرقاشي وفيه أجاز عمر أمانه، أي أمان العبد . وروى البيهقي بإسناد ضعيف عن علي رضي الله عنه مرفوعاً ليس للعبد من الغنيمة الا خرثي والمتاع وأمانه جائز ، وأمان المرأة جائز اذ هي أعطت القوم الامان . قوله خرثي من المتاع بضم الخاء المعجمة وسكون الراء و كسر الثاء المثلث وتشديد الياء آخر الحروف . قال ابن الاثير الخرثي اثاث البيت ومتاعه ، واستدل الاترازي لمحمد بقوله عليه السلام ويسعى بذمتهم أدناهم وأدنى المسلمين العبد فيصح أمان العبد كيف بان لإطلاق الحديث .

( ولأنه ) أي ولأن العبد ( مؤمن ممتنع ) يعني ذو قوة وامتناع ، يعني له بنية صالحة للقتال ( فيصح أمانه اعتباراً بالمأذون له في القتال ) والجامع على كلمة الله ودفع بشر

وبالمؤبد من الأمان فالإيمان لكونه شرطاً للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق إزالة الخوف به والتأثير إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هـذه الحالة ، وإنما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ، ولأبي حنيفة «رح» أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله ،

---

الكفار ( وبالمؤبد من الأمان ) يعني واعتبار بالمؤبد بالياء الموحدة ، يعني عقد الذمة ، فإن الحربي إذا عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح ، وهذا العقد والقبول من العبد ويصير ذمياً بالاتفاق حتي يجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عـن الخروج إلى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك ( فالإيمان ) مرفوع على الإبتداء، وخبره محذوف ، أي شرطه يعني شرط الإيمان في قولنا ، ولأنه مؤمن يصح أمانه ( لكونه )أي لكون الإيمان (شرطاً للعبادة والجهاد عبادة والامتناع) أي الامتناع شرط أيضاً (ليتحقق إزالة الخوف به ) أي بالامتناع ( والتأثير ) يعني في صحة قياس العبد المحجور على المأذون له . ( إعزاز الدين وإقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين ، إذ الكلام في مثل هذه الحالة) أي حالة المصلحة وهو الأمان في الحر ، فإذا وجد في المحجور عليه صح تعديته إليه كما في سائر الأقيسة ( وإنما لا يملك المسابقة ) جواب عما يقال الأصل في الجهـاد هو المسابقة ، وهي المضاربة بالسوء وهؤلاء يملكه ، فكذا لا يملك الأمان أيضاً . وتقرير الجواب أنـه لا يملك المسابقة ( لما فيها ) أي في المسابقة ( من تعطيل منافـع المولى ) وهؤلاء يملك ذلك ( ولا تعطيل ) أي لمنافعه ( في مجرد القول ) وهو ظاهر .

( ولأبي حنيفة أنه ) أي أن العبـد ( محجور عن القتال ، فلا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه ) أي لأن أهل الحرب سراي العبد ( فلم يلاق الأمان محله ) ومحله الخـوف . وقال الأكمل قوله ولأبي حنيفة أنه محجور عن القتال يصح أن يكون ممانعة ، وتقريره

بخلاف المأذون له في القتال ، لان الخوف منـــه متحقق ، ولانه إنما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه ، والامان نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطىء ، بل هو الظـــاهر ، وفيه سد باب الاستغنام ، بخلاف المأذون لانه رضي به

---

لا نسلم وجود الامتناع ، لأن الامتناع انما يكون لإزالة الخوف وهم لا يخافونـــه وأن يكون معاوضة وهو الظاهر من كلام المصنف . تقريره أنه محجور عـــن القتال لا يصح أمانه لأنهم لا يخافونه ، وفيه نظر ، فإن الخوف أمر باطني الا دليل على وجوده ولا على عدمه ، فان الكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه .

والجواب أن ذلك يعلم بترك المسابقة فانهم لما أرادوا شيئاً مقتدراً على القتال مـــع المقاتلين ولا يحمل سلاحـاً ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع من ذلك ممن له المنع . ولو قال المصنف أنه ممنوع عن القتال والأمان نوع قتال لكان أسهل اثباتاً لمذهب أبي حنيفة فتأمل .

( بخلاف المأذون له في القتال ، لأن الخوف منه متحقق ) فصح أمانه ( ولأنه ) أي ولأن العبد المحجور وهو عطف على قوله لأنهم لايخافونه (انما لا يملك المسابقة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه ) أي في حق المولى ( والأمان نوع قتال ، وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطىء ) أي لان العبد قد يخطىء في القتال لعـدم ممارسته بأمر الحرب ( بل هو الظاهر ) لان اشتغاله بخدمـــة المولى يمنعه عن التعلم بأدب الحرب .

( وفيه ) أي وفي الامان ( سد باب الاستغنام ) أي عـــلى المسلمين وذلك ضرر في حقهم ، فاذا كان ممنوعاً الضرر للمولى ، فكيف يصح منه مـــا يضر المولى والمسلمين ، توضيحه أن أمانه لو صح يحرم القتال بالاستغنام بعد ذلك ، والاستغنام الكتاب مال مباح فيعد صحة الامان لا يبقى للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو ضرر للمولى لا محالة .

( بخلاف المأذون لانه رضي به ) اي بخلاف امان المأذون ، لان المولى رضي له اي

والخطأ نادر لمباشرته القتـــال ، وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ، ولانه مقابل بالجزية ، ولانـــه مفروض عنـــد مسألتهم ذلك ، واسقاط الفرض يقع فافترقا .

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون

---

بأمانه ( والخطأ نادر ) اي الخطأ من المأذون نادر (لمباشرته) اي لمباشرة المأذون (القتال) لانه لما باشره عرف مصلحة الامان فكان الخطأ نادرا .

( وبخلاف المؤبد ) اي الامان المؤبد وهو عقد الذمة ، وهو جواب قول محمد والمؤبد بالامان ( لانه ) اي لان الامان المؤبد ( خلف عن الإسلام ) اى من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به السلام الحربي ( فهو بمنزلة الدعوة اليه ) اى الى الاسلام ، وهي نفـــع للمسلمين لا ضرر فصح ذلك الامان كذلك .

( ولأنه ) أي ولأن الأمان المؤبد ( مقابل بالجزية ) وفيه نفع للسلمين ( ولأنـــه ) أي ولأن الأمان المؤبد (مفروض) أي فرض ( عند مسألتهم ) أي مسألة أهل الحرب(ذلك) أي الأمان . وقال الأترازي هنا يعني إذا طلب الحربي الإسلام عليه من المحجور يفترض عليه الفرض . وقال الأكمل ولأنه مفروض عند مسألتهم ذلك ، يعني أن الكفـار إذا طلبوا عقد الذمة يفترض عليه على الإمام إجابتهم إليه ( وإسقاط الفرض يقع ) وقال تاج الشريعة إذا طلبوا يفترض على الإمام إجابتهم ، فيكون العبد مسقطاً الفرض ، وإسقاط الفرض يقع لكونه منجياً من العذاب ولا كذلك الأمان ، لأنه ليس فيه إسقـاط الفرض ( فافترقا ) أي افترق أمان العبد المحجور عليه عن القتال ، وأمان المأذون له بالقتال أو افترق الأمان الموقت من المحجور عليه عن القتال الأمان والمؤبد منه .

( ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح ) أي أمانه ( كالمجنون ) في عدم صحة أمانه ، وبه قالت الثلاثة . وقال الناطفي في الأجناس نقلاً عن السير الكبير قال محمد الغلام الذي راهق وهو يقبل الإسلام ويضمن جاز أمانه ، ثم قال وهذا قوله ، وأما عند أبي حنيفـة وأبي يوسف فلا يجوز . وقال في كتاب النهي لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند

وإن كان يعقل وهو محجور عن القتـــال ، فعلى الخلاف ، وإن كان مأذوناً له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق .

---

أبي حنيفة ، وعند محمد يجوز إذا كان يقبل الإسلام وصفاتـــه ( وإن كان ) أي الصبي ( يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف ) أي الخلاف المذكور في العبد المحجور فعند أبي حنيفة لا يصح أمانه ، وعند محمد يصح ، وبه قال مالك وأحمد في وجه ، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه .

( وإن كان ) أي الصبي (مأذوناًفي القتال فالأصح أنه يصح بالاتفاق) أي باتفاق أصحابنا وليس على الخلاف ،لأنه يصرف دائر بين النفع والضرر كالبيـع فيملكه الصبي بعد الإذن.

فائدة : وألفاظ الأمان للحربي لا تخف ولا تؤجل « أو مترس » بالفارسيـــة يعني لا تخف ولكم عهد الله وذمة الله ، أو يقال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير .

* * *

# باب الغنائم وقسمتها

وإذا فتح الامام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر إن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج ، كذلك فعل عمر رضي الله عنـــه بسواد العراق

---

## ( باب الغنائم وقسمتها )

أي هذا باب في بيان أحكام الغنائم ، وهي جمع غنيمة ، والغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة . والفيء اسم المال يؤخذ منهم بغـــير قتال كالخراج والجزية ويخمس الغنيمة وأربعة أخماسه للغانمين، والفيء لا يخمس ، بل هو الكافة للمسلمين والعقل ما يخص الإمام الغازي زيادة على سهمه .

( وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً فهو بالخيار إن شاء قسمها بين الغانمين ) أي فهذا ليس بتفسير لعنوة لغة ، لأن عنا يعنو بمعنى ذل وخضع ، وهو لازم ، وقهر متعد بـــل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن ، لأن من الذلة يلزم القهـــر ، أو أن الفتح بالمذلة ملتزم للقهر . قوله قسمه أي قسم البلدة بتأويل البلد ، وإلا كان ينبغي أن يقال قسمهـــا ( كما فعله رسول الله ﷺ بخيبر ) أخرجه أبو داود في مسنده عن يحيى بن زكريا عن يحيى ابن سعيد عن بشير بن بشار عن سهل بن خيثمة قال قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفـــاً لنوائبه ونصفاً بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانيـــة عشر سهماً ( وإن شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج، كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق) أخرجه ابن سعد في الطبقات بإسناده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه بعث عثمان بن حنيف على خراج السواد ... الحديث ، وفيه أن أفرض الخراج على كل حربي إلى أن قال

بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ولم يحمد من خالفه ، وفي كل من ذلك قدوة فيتخير

وأفوض على رقابهم على الموسر ثمانية وأربعين درهماً وعلى من دون ذلك أربعة وعشرين درهماً وعلى من يجد شيئاً اثني عشر درهماً ... الحديث .

ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال كذلك ، وسمى سواد العراق لخضرة أشجاره وزروعه . حده طويلاً من مدينة الموصل إلى عبادان عرضاً من العزيب إلى حلوان ، وهو الذي على عهد عمر رضي الله عنه وهو أطول من العراق وثلاثين فرسخاً .

( بموافقة من الصحابة رضي الله عنهم ) ما خالفه في ذلك إلا بلال وأصحابه . وفي المبسوط من صحابة سلمان وأبا بردة فقالوا أقسم بيننا ، فإن الغنيمة حقنا ، وكان عمر رضي الله عنه يقول ما فعلت هو الحق ولم يدركوا الحكمة فيما فعل عمر رضي الله عنه ، وتمسكوا بالظاهر فيما فعل رسول الله ﷺ بخيبر ولم يكن فعله ذلك بأهل خيبر بطريق الحتم ، إذ لو كان بطريق الحتم لما خالفه عمر رضي الله عنه ، وقد روى البخاري في صحيحه بإسناده إلى زيد بن أسلم عن أبيه قال ، قال عمر رضي الله عنه لولا آخر المسلمين مافتحت قرية إلا قسمتها بين أهلها كما قسم النبي ﷺ خيبر ، ولما لم يرجع بلال وأصحابه عما قالوا ولم يتركوا المنازعة مع عمر رضي الله عنه دعى عمر عليهم .

وقال القاضي أبو زيد روي أن عمر قال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه ، فحال الحول وما فيهم عين تطرف ما قواكلهم . وقال تاج الشريعة فدعى عليهم عمر رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفني بلالاً وأصحابه فماتوا جميعاً قبل تمام السنة ، وأشار المصنف إلى ذلك بقوله ( ولم يحمدمن خالفه ) أي من خالف عمر رضي الله عنه ( وفي كل من ذلك قدوة ) أي من القسمة بين الغانمين وإقرار أهلها قدوة ، أي اتباع لما فعله عمر ومن وافقه من الصحابة ، فاذا كان كذلك ( فيتخير ) الإمام بين القسمة وإقرار أهلها عليها .

ولقائل أن يقول لا نسلم أن أحداً من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله ﷺ إذا لم يصل إلى حد الاجماع . والجواب عنه من وجهين ، أحدهما أن فعل النبي ﷺ إذا لم يصل الى حد الاجماع يعلم أنه ﷺ على أي جهة فعله يحمل على

وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين ، والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني ، وهذا في العقار ،

---

أدنى منازل فعاله وهي الاباحة ، وحينئذ لا يستوجب لا محالة ، فاذا ظهر دليل صحابي جاز أن يعمل بخلافه ، قلت فيه تأمل . والآخر أن يقال فيه أن عمر رضي الله عنه قد علم من النبي ﷺ أن مافعله بأهل خيبر لم يكن على وجه الحتم كما ذكرناه الآن .

الوجه الثاني : أنه على تقدير أنه عليه السلام فعل ذلك وجوباً ، فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستنبطاً من قوله تعالى ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ بعد قوله تعالى ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى ﴾ ٧ الحشر ، فيكون ثابتاً باشارة النصب وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير في خصال الكفارة فعل النبي ﷺ أحدهما وفعل عمر رضي الله عنه الآخر ، هذا الذي ذكره الأكمل .

وقال صاحب النهاية روي أن عمر رضي الله عنه استشار الصحابة مراراً ثم جمعهم فقال أما اني تلوت آية من كتاب الله أستغنيت بها عنكم ، ثم تلى قوله تعالى ﴿ ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى ﴾ الى قوله ﴿ للفقراء المهاجرين ﴾ الى قوله ﴿ والذين تبوؤوا الدار ﴾ وهكذا قرأ عمر رضي الله عنه الى قوله ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ ثم قال أرى من بعدكم في هذا الفيء نصيباً ، ولو قسمتها بينكم لم يكن لمن بعدكم نصيب ، قسمها عليهم وجعل الجزية على رؤوسهم والخراج على أراضيهم ليكون لهم ولمن يأتي من بعدهم من المسلمين ولم يخالفه على ذلك الا نفر منهم بلال ولم يحمدوا على خلافه .

( وقيل ) في التوفيق بينهما ( الأولى ) أي القسمة كما فعل رسول الله ﷺ (هو الأول عند حاجة الغانمين ) أي عند احتياجهم اليها ، وفي بعض النسخ وقيل الأول هو الأولى .

( والثاني ) أي قرار أهل البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج كما فعل عمر رضي الله عنه ( عند عدم الحاجة ) أي حاجة الغانمين إليها ( ليكون عدة في الزمان الثاني ) أي في الذي يأتي بعدهم ( وهذا ) أي إقرار أهل البلد على بلدهم بالمن ( في العقار ،

وأما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد بـــه الشرع فيـه ، والعقار خلاف الشافعي «رح» لان في المن ابطـال حق الغانمين أو ملكهم ، فلا يجوز من غير بدل يعادله ، والخراج غير معادل لقلته ، بخلاف الرقاب ، لان للامام أن يبطـــل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليه ما رويناه ، ولأن فيه نظراً لهم لأنهم كالأكرة العاملة للمسلمين

---

أمـــا في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لأنه لم يرد الشرع به ) بأن يدفـــع إليهم مجاناً ويقسم به عليهم ، وإنما قيد المنقول بالمجرد لأنه يجوز المن عليهـــم في المنقول بطريق التبعية بالعقار على ما يأتي عن قريب .

( وفي العقار خلاف الشافعي ) فإن عنده لا يجوز اقرار أهل البلد على بلدتهم بالمن في العقار ، بل يقسم الأرض أيضاً ولا يتركها في أيديهم ، وبه قال أحمد ، وعن مالك يقسمها ، وعنه كقولنا ( لأن في المن ابطال حق الغانمين) أي عندنا لأنه لا يثبت الملك قبل الإحراز بدار الإسلام ( أو ملكهم ) أي أو ابطال ملكهم عند الشافعي ، لأن الغنيمة تملك عنده قبل الإحراز بالدار ( فلا يجوز ) أي المن ( من غير بدل معادلة ) أي معادلة حق الغانمين وان قبل الخراج معادلة ، أجاب بقوله ( والخراج غير معـــادل ) أي يعادل حق الغانمين فإن قيل الخراج يعادله ، أجاب بقوله والخراج غير معادل ( لقلته ) فإن قيل فالحـــق اذ الملك ثبت في رقابهم أيضاً وجاز أن يقسمها .

فأجاب بقوله ( بخلاف الرقاب ) يعني أن حقهم لم يتعلق بها ( لأن للإمام أن يبطل حقهم رأساً ) يعني بالكلية ( بالقتل ) فكذا له أن يبطل بالخلف وهو الجزية ، وهذا لأنها خلقت في الأصل حراً ، والملك يثبت معارضاً ، فالإمام اذا استرقهم فقد بدل حكم الأصل ، فإذا جعلهم أحراراً فقد بقي حكم الأصل فكان جائزاً .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي ( ما روينا ) أي من فعل عمر رضي الله عنه بموافقة الصحابة ( ولأن فيه ) أي في اقرار أهله عليه ( نظراً لهم ) أي للمسلمين ( لأنهم ) أي لأن الكفار يكونون ( كالأكرة ) بفتح الهمزة والكاف والراء ، أي المزارعين ( العاملة للمسلمين

العاملة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما أنه يحظى به الذين يأتون من بعد الخراج وإن قل حالاً فقد جل مآلاً لدوامه. وإن من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع إليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة. قال وهو في الاسارى بالخيار إن شاء قتلهم لأنه عليه السلام

---

العاملة بوجوه الزراعة ) حاصل الكلام أن تصرف الإمام وقع على وجه النظر في اقرار أهلها عليها ، لانه لو قسمها بين الغانمين اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد ، وكان يكره العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضاً ، فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالأكرة المزارعين للمسلمين القائمة بوجوه الزراعة ( والمؤنة ) أي مؤن الزراعة ( مرتفعة ) عن الإمام وعن المسلمين ( مع أنه يحظى ) بالظاء المعجمة (به الذين يأتون من بعد ) قال شيخنا هذا إشارة الى قوله تعالى ﴿ والذين جاءوا من بعدهم ﴾ .

( والخراج وان قل ) هذا جواب عن قول الشافعي ، والخراج غير معادل لعلته ، تقدير الجواب أن الخراج وان قل (حالاً) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنته ( فقد جل ) بالجيم ( مآلاً ) أي في المستقبل ( لدوامه ) في وجوبه كل سنة ( وان من ) أي الإمام ( عليهم ) أي على الكفار ( بالرقاب والأراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ) لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأراضي الا بأسباب الزراعة ، فلا بد من أن يدع لهم بابه يتقون على ذلك (ليخرج عن حد الكراهة )معناه ما قال الإمام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذراري وسائر الأموال جاز ، ولكن يكره لأنهم لا ينتفعون بالأراضي بدون الأموال ولا يقالهم بدون ما يمكن مرجئة العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الأرض، لأن عمر رضي الله عنه لم يفعل ذلك وهو الامام في هذا الكتاب وفيه تعذيب الحيوان بلا فائدة .

( قال ) أي الامام ، وفي بعض النسخ قال القدوري ( وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لأنه عليه السلام ) أي لأن النبي ﷺ قتلهم ، أخرج البخاري ومسلم عن الزهري عن

قد قتل، ولأن فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم، لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الاسلام، وإن شاء تركهم إحرازاً ذمة للمسلمين لما بينا . إلا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين إن شاء الله تعالى ، ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب ، لان فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا

---

أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ دخل عام الفتح وعلى رأسه مغفر ، فلما نزعه جاء رجل فقال يا رسول الله من جعل متعلقاً بأستار الكعبة، فقال اقتلوه ، زاد البخاري وقال مالك ولم يكن النبي ﷺ فيما ترى والله أعلم يومئذ محرماً . وأخرج أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير أن رسول الله ﷺ ( قد قتل ) يوم بدر ثلاثة من قريش صبراً : مطعم ابن عدي، والنفس بن عدي وهو غلط ، وانما هو طعمة بن عدي وهو أخو مطعم ، وأهل المغازى ينكرون قتل مطعم بن عدى يومئذ ويقولون مات بمكة قبل بدر ، والذى قتل يوم بدر هو أخوه طعمة ولم يقتل صبرا وانما قتل في المعركة والله اعلم .

( ولأن فيه ) اى في قتل الأسارى ( حسم مادة الفساد ) اى قطع مادته ( وان شاء ) اى الأمام ( استرقهم لان فيه ) اى في استرقاقهم ( دفع شرهم مع وفور المنفعة لأهل الاسلام ، وان شاء تركهم إحرازاً ذمة المسلمين لما بينا ) اى فعل عمر رضي الله عنه .

فان قيل ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ ينافي ترك قتلهم فلا يجوز . اجب بأنه ترك العمل به في حق اهل الذمة والمستأمن ، هكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه . وقال الاترازى واما جعلهم اهل ذمة على الجزية توضع الجزية والخراج فلماروي عن عمر رضي الله عنه انه فعل كذلك بأرض السواد ، وهو معنى قوله لما بينا ، لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وغير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية ولا يقبل منهم إلا الاسلام او السيف واشار اليه المصنف بقوله : ( الا في مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ) اى في باب الجزية ( ان شاء الله تعالى ) .

( ولا يجوز أن يردهم إلى دار الحرب لأن فيه تقويتهم على المسلمين فإن أسلموا ) أي

لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه ، وله أن يسترقهم توفيراً للمنفعة بعـــد انعقاد سبب الملك ، بخلاف إسلامهم قبل الاخذ ، لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين ، وهو قول الشافعي « رح » ، لان فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به ،

---

فإن أسلم الأسارى بعد الأسر ( لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه ) أي بـــدون القتل ،لأن الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد حصل ذلك بالإسلام بدون القتل ، فلا حاجة إليه، لكن يجوز استرقاقهم وهو معنى قوله ( وله ) أي للإمام ( أن يسترقهم توفيراً للمنفعة)للمسلمين ( بعد انعقاد سبب الملك ) وهو أخذهم وهم كفار ( بخلاف إسلامهم قبل الأخـذ ) حيث لا يجوز استرقاقهم ( لأنه لم ينعقد السبب بعد ) أي سبب الملك وهو الاستيلاء الأخـــذ بعد الإسلام .

( ولا يفادى بالأسارى عند أبي حنيفة رحمه الله ) المفاداة تكون بين اثنين ، لأنه من باب المفاعلة ، يقال فاداه إذا اطلقه وأخذ فديته ،كذا قاله المطرزي وقيد الأسيراستنقاده بنفس أو مال، والفدية اسم ذلك المال ، وجمعها فدى ، وفديات . وعن المبرد المفاداةأن يدفع رجلاً ويأخذ رجلاً والفداء أن يشتريه ، وقيل هما بمعنى . وقال ابن الأثير الفـداء بالكسر والمد والفتح مع القصر فكاك الأسير ، يقال فداه يفديه فداء وفدى وفاداهيفاديه مفاداة إذا أعطى فداءه وأنقذه . وفاداه بنفسه وفداه إذا قال له جعلت فـداك . وقيل المفاداة أن يفتدى الأسير بأسير مثله علم أن أخذ الفدية بمقابلة إطـــلاق أسارى المشركين لا يجوز عند أبي حنيفة وهو المشهور عنه .

(وقالا يفادي بهم ) أي الأسارى التي في أيدينا(أسارى المسلمين وهو قول الشافعي) وقول مالك وأحمد إلا بالنساء، فإنه لا يجوز المفاداة بالنساء عندهم ، ومنع أحـد المفاداة بصبيانهم ( لأن فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل الكافر والإنتفاع به ) أي أولىمنقتل الكافر الأسير في أيدينا والإنتفاع بالكفر .

وله أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حرباً علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم ، لانه إذ بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا ، والاعانة بدفع أسيرهم إليهم مضاف إلينا ، أما المفاداة بمال يؤخذ منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في السير الكبير أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر

---

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن فيه ) أي في فداء أسارى المسلمين ( بهم معونة الكفرة ) وفي بعض النسخ تقوية ( لأنه ) أي الأسير الذي يدفع إليهم ( يعود حرباً علينا ودفع شره وشر حرابه من استنقاذ الأسير المسلم ، لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء من الله تعالى في حقه ) حال كونه ( غير مضاف إلينا ) أي إلى فعلنا ; ( والإعانة بدفع أسيرهم إليهم مضافة إلينا ) بطريق التسبب فلا يجوز .

فإن قلت حديث الطحاوي في شرح الآثار عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ فادى برجل من العدو رجلين من المسلمين . قلت هو منسوخ بدليل ما أخبر عمران بن حصين في شرح الآثار أيضاً، تفسيره أن النبي ﷺ فدى بذي المأسور بعد أن أقر بالإسلام، وقد نسخ أن يرد أحد من أهل الإسلام إلى الكفار ، بقوله تعالى ﴿ فلا ترجعوهن إلى الكفار ﴾ ١٠ الممتحنة .

( أما المفاداة بمال يؤخذ منهم ) أي يأخذه الإمام من الكفار ( لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا ) أي بقوله أن فيه معونة للكفرة ( في السير الكبير ) عن محمد ( أنه لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر ) فإنه عليه السلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء وكان أربعة آلاف درهم ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال الأترازي وهذا الإستدلال عجيب مع نزول الآية بالانكار على المفاداة. قلت وهي قوله تعالى ﴿ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب ﴾ ٦٨ الأنفال، فقال ﷺ لو نذر العذاب ما نجى منه إلا عمر ، لأن عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل .

ولو أسلم الاسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لانه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وهو مأمون على إسلامه . قال ولا يجوز المن عليهم ، أي على الاسارى خلافاً للشافعي « رح » ، فإنه يقول منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر . ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٦٦ النساء ، ولأنه بالأسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض ،

---

( ولو كان أسلم الأسارى في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير في أيديهم لأنه لا يفيد ) لأنه لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم ( إلا إذا طابت نفسه بـه ) أي إلا إذا رضي بذلك نفس الإسير المسلم ( وهو مأمون على إسلامه ) لا بخلاف عليه بالردة وينبغي أن يكون هـذا على قوله لأن في المشهور عند أبي حنيفة «رح» ، لأنها لا يهادى الأسير بالنفس ولا بالمال .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز المن عليهم ) هذا قول القدوري ، وقوله ( أي على الأسارى ) من كلام المصنف رحمه الله ، والمن هو الإنعام عليهم بأن يتركهم مجاناً بـدون إجراء الأحكام عليهم من القتل أو الإسترقاق أو تركهم ذمة المسلمين ( خـلافاً للشافعي «رح» ومالك وأحمد ، وقال الشافعي حكمهم أحد الأمور الأربعـة القتل والاسترقاق والفداء بالأسارى أو بالمال أو المن ، وعندهما أحد الأمور الثلاثة ولا يجوز المن. وعند أبي حنيفة أحد الأمرين القتل أو الاسترقاق ولا يجوز الفداء أو المن

( فإنه ) أي فإن الشافعي ( يقول منّ رسول الله ﷺ على بعض الأسارى يوم بدر ) وروي أنه ﷺ من على أبي عزة الجمحي يوم بدر .

( ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ﴾ ٦٦ النساء ، ولأنـه ) أي ولأن المأسور كذا قاله الكاكي ، والأولى أن يقال ولأن الشأن (بالاسر والقسر) أي القهر ( ثبت حق الإسترقاق فيه ) أي في المأسور ( فلا يجوز إسقاطه ) أي إسقاط الحق (بغير منفعة وعوض ) كسائر الاموال المقسومة ، ولان في ذلك تقوية لهم على المسلمين فلا يجوز كرد السلاح إليهم .

وما رواه منسوخ بما تلونا . وإذا أراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها إلى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها . وقال الشافعي « رح » يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة . ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء

---

( وما رواه ) أي الشافعي ( منسوخ بما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ لانه متأخر نزل بعد ذلك ، لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ فكان ناسخاً لما تقدم كله.

ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز أن يخص منه الاسير قياساً عليهم ، أو لحديث أبي عزة أو غيرهما . والجواب أن قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير ، وهي المناط وكذا المستأمن لعدم استحقاق رقبته ، وحديث أبي عزة متقدم على الآثمة وغيرها غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص شيء من ذلك .

( وإذا أراد الامام العود ) أي إلى دار الإسلام ( ومعه مواشي ) جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم ( فلم يقدر على نقلها ) أي على نقل الماشية ( إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها كما[1] قال الشافعي يتركها ) وبه قال احمد « رح » ، وقال مالك يجوز عقرها لا إحراقها ( لانه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ ( نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة ) هذا غريب ، وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن فضل عن يحيى بن سعيد قال حدث أن أبا بكر رضي الله عنه بعث جيوشاً ... الحديث ، وفيه لا يعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة بفتح الكاف وضمها مصدر الاكل .

( ولنا أن ذبح الحيوان يجوز بغرض صحيح ، ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء )

---

(١) وقال ــ هامش

ثم يحرق بالنـــار لينقطع منفعته عن الكفار ، وصار كتخريب البنيان ، بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه ، وبخلاف العقر لأنه مثله وتحرق الأسلحة أيضاً وما لا يحترق منها يدفن موضع لا يطلع عليه الكفار ابطالاً للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام . وقـــال الشافعي «رح» لا بأس بذلك، وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بـــدار الإسلام عندنا ، وعنده

---

وإلحاق الغيظ فتذبح ( ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفـــار ، وصار كتخريب البنيان ) والجامع قطع المنفعة عنهم ( بخلاف التحريق قبل الذبح ) حيث لا يجوز (لانه منهي عنه ) أي لان الحرق بالنار منهي عنه وفيه أحاديث منها مارواه البخاري عـــن سليمان بن يسار عن أبي هريرة بعثنا رسول الله ﷺ في بعث فقال إن وجدتم فلاناً وفلاناً فأحرقوهما ، فلما خرجنا دعانا رسول الله ﷺ فقال إن وجدتم فلاناً وفلاناً فاقتلوهما ولا تحرقوهما ، فإنه لا يعذب بها إلا الله ، وأخرجه الترمذي في مسنده وسمى الرجلين فقال فيه إن وجدتم هباز بن الاسود ونافع بن عبد القيس .

( وبخلاف العقر ) حيث لا يجوز ( لانه مثله ) وهو حرام ( وتحرق الاسلحة أيضاً) لقطع قوتهم هذا إذا كان الامام لا يقطع من إخراجها إلى دار الاسلام ، وكانت مما يحرق بالنار ( وما لا يحترق منها) بأن كان من الحديد (يدفن في موضع لا يقدر [1] عليه الكفار إبطالاً للمنفعة عليهم)لانه قطع قوتهم بهذا السلاح يكون بالدفن .

( ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك ) أي بالقسم في دار الحرب بعدما انهزم المشركين ، وبه قال أحـــد ، وقال مالك يعجل قسمة الاموال في دار الحرب ويؤخر قسمة السبي إلى دار الاسلا م ( وأصله ) أي اصل الخلاف ( ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده ) اي

---

(١) يطلع – هامش.

يثبت ويبتني على هـــذا الأصل عدة من المسائل ، ذكرناها في كفاية المنتهى له أن سبب الملك الإستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد ، وقـــد تحقق . ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ، والخلاف ثابت فيه ، والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ، ولأن الإستيلاء اثبات اليـــد الحافظة والناقلة ،

---

وعند الشافعي ( يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ) منها ان احداً من الغانمين إذا وطيء امة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عنده وصارت الأمة ام ولد ، وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر ويقسم الأمة والولد والعقر بين الغانمين ، ومنها البيع لو باع الإمام او واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة لا يجوز عندنا خلافاً لهم . ومنها الارث إذا مات اخذ الغزاة بدار الحرب لا يورث منه عندنا خلافاً لهم . ومنها لو لحق المدد قبل القسمة لا يشاركه عندهم ويشارك عندنا ، ومنها لو اتلف واحد شيئاً من المغنم قبل الإحراز لا يضمن عندنا خلافاً لهم ( ذكرناها في كفاية ) بتوفيق الله ، اراد بالكفايـــة كفاية ( المنتهي ) وهو كتاب معدوم لم يقع في ديار العراق والشام ومصر .

( له ) اي للشافعي (ان سبب الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيد)[١] والاحتطاب( ولا معنى للإستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ) أي الإستيلاء .

( ولنا أنه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ ( نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب ) هـــذا غريب ليس له أصل ( والخلاف ) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي ( ثابت فيه ) أي في البيع فمن حرم البيع القسمة ( والقسمة بيع معنى ) أي من حيث المعنى لاشتمالها على الأفراد والمبادلة لا محالة ( فتدخل تحته ) أي فتدخل القسمة تحت البيع ، فكـــما لا يجوز البيع لا تجوز القسمة .

( ولأن الإستيلاء اثبات اليد الحافظة ) وهي اليد التي يثبت بها حفظ العين (والناقلة)

---

(١) الصيود ـ هامش .

والثاني منعدم لقدرتهم على الإستنقاذ ووجوده ظاهراً . ثم قيل موضع الخلاف

---

أي وإثبات اليد الناقلة وهي التي تنقل العين من شخص إلى شخص ، قاله الأترازي . وقال الكاكي والناقلة بأن ينقله كيف شاء يتصرف فيه ، وقيل الناقلة بالإحراز الناقل إلى دار الإسلام .

( والثاني ) أي إثبات اليد الناقلة ( منعدم لقدرتهم ) أي لقدرة الكفرة ( على الإستنقاذ ) أي الاستخلاص لأنهم قاهرون بالدار معنى لأنها في أيديهم ( ووجوده ) بالجر عطف على قوله لقدرتهم ، أي لوجود الاستنقاذ ( ظاهراً ) لكون الدار في أيديهم ، لأن الدار إنما يضاف إلينا أو إليهم باعتبار القوة والاستيلاء وأما بقيت هذه البقعة منسوبة إليهم عرف أن القوة لهم ، ألا ترى أنه يحل للامام أن يرجع إلى دار الإسلام ويترك هذه البقعة في أيديهم والقوة على الاسترداد ظاهر يمنع ثبوت يد المسلمين ، بخلاف ما إذا فتحت البلدة ، لأنها صارت دار الاسلام لفتحها وإجراء الأحكام فيها ، فكان فتح البلدة كالإحراز بدارنا إليه أشار في المبسوط وفي السير الكبير دار الحرب الأرض التي يخاف فيها المسلمون من أرض العدو . ودار الاسلام ما غلب عليها المسلمون وكانوا فيه أمين .

( ثم قيل موضع الخلاف ) قال الأكمل أي أن موضع الخلاف فيما إذا صدرت القسمة من الامام بدون الاجتهاد هل ثبت الملك لمن وقت القسمة في نصيبه من الأكل والوطىء وسائر الانتفاع أو لا ، فعنده يثبت ، وعندنا لا يثبت. وقال الأترازي قوله ثم قيل موضع الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحروب .

قال بعض المشايخ المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة كامتياز الملك عن ملك الغير أو مبادلة الملك بملكه على وجه يظهر أثره في حق الوطء ونفاذاً كالبيع والهبة وغير ذلك . وقال بعضهم المراد منه الكراهة بدونه ، أي بدون الملك ، انتهى . قلت تفسير الأكمل يشعر بأن مضى قوله ثم قيل موضع الخلاف ، أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي . وتفسير الأترازي يشعر بأن المراد من موضع الخلاف إختلاف المشايخ للنظر عن خلاف الشافعي، والذي قاله الأكمل أوجه على ما لا يخفى لأنه

ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم الإمام لا عن اجتهاد، لأن حكم الملك لا يثبت بدونــــه ، وقيل الكراهة تنزيه عند محمد « رح » ، فإنه قال على قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » لا تجوز القسمة في دار الحرب . وعنـــد محمد « رح » الأفضل أن يقسم في دار الإسلام .

---

لا خلاف بيننا وبينه فيما إذا قسد الامام عن اجتهاد أنه يجوز .

والخلاف فيما إذا قسم الامام لا عن اجتهاد كما صرح به المصنف بقوله ( لاترتب الأحكام على القسمة ) ارتفاع ترتب الأحكام على أنه خبر لقوله مع منع الخلاف، وأراد بالأحكام أحكام الملك،وهي سائر الانتفاعات بالملك (إذا قسم الامام لا عن اجتهاد ) قيد به لأنه إذا قسمها عن اجتهاد ، جاز بالاتفـــاق، وإنما قيد بهذا ليظهر موضع الخلاف .

( لأن حكم الملك لا يثبت بدونه ) أي بـدون الملك ، معناه أن ترتب هذه الأحكام دليل ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة وقصده مترتبة بهذه القسمةالصادرة لا عن اجتهاد، فيلزم منه ثبوت الملك ، وعندنا ليست بمترتبة ، فدل على أن الملك لم يكن ثابتاً ، وهـذا لأن الملك عليه لترتب الأحكام ، وقد وجد المعلول فيلزم وجــود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلوم ، وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم من عـــدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول .

( وقيل الكراهة ) أي قيل حكم قسم الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهـــة لا عدم الجواز ، لما أن في القسمة من قطع شركة المراد فنقل بها عقبهم في الملحوق بالجيش، ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكون العدو على بعضهم ، وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة ، فلا يمنع جوازها . ثم أشار المصنف إلى الخلاف في الكراهة ، بل هي كراهة تنزيـه أو كراهة تحريم ، فقال ( وهي كراهة تنزيه عند محمد ، فإنه قال ) فإن محمداً قال في السير الكبير ( على قول أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف « رح » لا يجوز القسمــة في دار الحرب . وعند محمد «رح» الأفضل أن يقسم في دار الاسلام ) وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول

ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح، إلا أنه تقاعد عن سلب الجواز ، فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة . قال والردء والمقاتل في العسكر سواء

---

محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور ، فإنـــه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية من أصحابنا .

وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف ، وأيضاً قوله على قـول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل بالكراهة . وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح ، والمخلص عنه إنهم اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب ، فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الأحكام المترتبة على القسمة . وقال بعضهم المراد به الكراهة ، وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين فافهم .

( وجه الكراهة أن دليل البطلان ) أي دليل بطلان القسمة ( راجح ) على دليـــل جوازها لعدم تمام الاستيلاء ( إلا أنه ) أي أن دليل البطلان (تقاعد عن سلب الجواز) إذ القسمة تجوز بالاجماع ، أما عنده فظاهر ، وأما عندنا إذا كانت عن اجتهاد ، نظيره قوله عليه السلام الهرة سبع ، فإنه لما تقاعد عن سلب الطهارة قلنا بعدم الكراهة ، وقوله عليه السلام الهرة ليست نجسة قلنا بالكراهة ثمة ، كذا هنا ( فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة ) لأنه لما لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق تثبت الكراهة بمذكر هنا فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة نفي الكراهة ، لان الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلاً حصل من معارضة الراجح والمرجـــوح الكراهة ، كما في صورة الهرة ، وهذا الذي ذكرنا من الكراهة عند عدم الحاجة ، أما لو احتاج القراءة إلى الانتفـــاع بالمتاع والثياب والدواب قسمها بينهم في دار الحرب لتتحقق الحاجة .

( قال ) أي القدوري ( والردء ) بكسر الراء وسكون الدال المهملة ، وفي آخـــره همزة وهو العون يقال رداه رداء أعانه ، والراء بالفتح مصدر ، والردء مرفوع بالابتداء ، وقوله ( والمقاتل ) عطف عليه ، وقوله (في العسكر) ظرف الاثنين ، وقوله ( سواء ) بالرفـع

لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو بشهود الواقعة على ما عرف ، وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو لغيره لما ذكرنا ، وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم فيها ، خلافاً للشافعي « رح » بعد انقضاء القتال ، وهو بناء على ما مهدنا من الأصل . وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالإحراز ، أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو بيعه المغانم فيها ،

---

خبر المبتدأ ، والقياس أن يقال سواء ، ولكن جاء في الاستعمال بالافراد وأيضاً قال الجوهري وهما في هذا الامر سواء ، وإن شئت سواءان وهم سواء للجميع هم أسواءهم سواسية ، أي أشباه مثل ثمانية قياسها ( لاستوائهم في السبب ) أي سبب الاستحقاق ( وهو المجاوزة) أي مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو بشهود الواقعة ) عند الشافعي، والواقعة صدمة الحرب ، كذا في مجمل اللغة ( على ما عرف ) أي في طريق الخلاف .

( وكذلك ) أي وكذلك مستوى مع المقاتل في الحرب ( إذا لم يقاتل ) أحد منهم ( لمرض ) أي لاجل كونه مريضاً ( أو لغيره ) أى أو غير المريض بأن بعثه الامام إلى حاجة ولم يحضر الواقعة ( لما ذكرنا ) من الاستواء في السبب .

وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا للغنيمة إلى دار الاسلام شاركوهم فيها) أي شارك المدد العسكر في الغنيمة ، وإنما أسند الفعل إلى ضمير الجماعة لأن المدد يقع على الجماعة ( خلافاً للشافعي «رح» وبعد انقضاء القتال ) فعنده إذا لحقوا بعد مضي الحرب وجمع الغنائم لم يشركوهم ، وإذا لحقوا بعد مضي الحرب ، وقبل إحراز الغنائم ففيه قولان ( وهو ) أي المذكور من الخلاف ( بناء على ما مهدنا من الأصل) أن سبب ملك الغانمين تمام القهر ، وذلك بالإحراز بدار الإسلام عندنا وعنده بتمام الانهزام .

( وإنما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز ) بدار الاسلام ( أو بقسمة الامام في دار الحرب ) قبل إلحاق المدد ( أو بيعه الغنائم[1] فيها ) أي أو بيع الامام الغنيمة في دار

---

(١) المغانم – هامش .

لأن بكل واحـــد منها يتم الملك فينقطع حق الشركة المدد . قال ولا حق لأهل سوق العسكر في الغنيمة إلا أن يقاتلوا . وقال الشافعي « رح » في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد . ولنا أنـــه لم يوجـــد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق

---

الحرب قبل إلحاق المدد ( لأن بكل واحد منها ) أي بكل واحد من هذه الأشياء الثلاثـة (يتم الملك) أي ملك الغزاة(فتنقطع شركة المدد ) فلا يستحقون شيئاً .

( قال ) أي القدوري ( ولا حق لأهل سوق العسكر إلا أن يقاتلوا ) أي ولا رضخ، وبه صرح في المبسوط ، فإذا قاتلوا استحقوا السهم ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول . وقال أشهب المالكي لا يستحق احد منهم شيئاً وإن قاتل لعدم قصده الجهاد .

( وقال الشافعي في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( الغنيمة لمن شهد الوقعة ) الصحيح أن هذا ليس بحديث مرفوع ، وإنما هو موقوف على عمر رضي الله عنه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه مطولاً ،حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه ... الحديث ، وفيه كتب عمر رضي الله عنه أن الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ورواه الطبراني في معجمه والبيهقي في سننه وقال هو الصحيح من قول عمر رضي الله عنه . ( ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ) أي سواد العسكر .

( ولنا أنه لم توجد المجاوزة ) أي عن الدرب ( على قصد القتال ) لأن قصدهم التجارة لا إعزاز الدين ولا إرهاب العدو ( فانعدم السبب الظاهر ) وهو مجاوزة الدرب بنسبة القتال كما هو مذهبنا أو شهود الواقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي، فإذا كان كذلك ( فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق) أي يفيد القتال استحقاق

على حسب حاله فارساً أو راجلاً عند القتال، وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنـــه، وتأويله أن يشهدها على قصد القتال وإن لم تكن للإمام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها. قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير

---

السهم ( على حسب حاله ) أي حال السوق حال كونه ( فارساً أو راجلا عند القتال) إن قاتل فارساً فله سهم الفرسان، وإن قاتل رجلا فله سهم الرجالة.

( وما رواه ) أي الشافعي ( موقوف على عمر رضي الله عنه ) وقد ذكرناه، فإذا كان موقوفاً عليه يكون كلام الصحابي وتقليل الصحابي ليس بحجة عنده، فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده علينا ( وتأويله ) أي وتأويل هذا الذي احتج به الشافعي إن صح ( أن يشهدها على قصد القتال ) أي لم يشهد الوقعة على نية القتال.

( فإن لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (يحمل عليها) أي على الحمولة ( الغنائم ) جمع غنيمة ( قسمها ) أي الغنائم ( بين الغانمين قسمة إيداع ) أي على وجه الوديعة لا قسمة تمليك ( ليحملوها إلى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم ) أي من الغانمين ( فيقسمها ) بينهم بعد ذلك.

( قال العبد الضعيف ) أي المصنف رحمه الله ( هكذا ذكر في المختصر ) أي هكذا ذكر القدوري في مختصره حيث قال وإن لم يكن الامام حمولة ... إلى آخر ما ذكرنا من كلام المصنف ( ولم يشترط ) أي القدوري ( رضاهم ) أي رضاء الغانمين بل ذكره مطلقاً ( وهو ) أي القدوري، ذكره القدوري مطلقاً ( رواية السير الكبير ) حيث قال فيه يكرههم على ذلك لكن بإجارة، وهي رواية القدوري في مختصره لأن فيه دفع الضرر العام بالخاص، ولأن منفعته عائدة إليهم فله أن يفعل ذلك لحقهم، فصار كما كول، فصار إلى تأول طعام الغير حيث يتناولها بالغنيمة.

والجملة في هذا أن الإمام إذا وجـــد في المغنم حمولة يحمل على الغنائم عليها ، لأن الحمولة والمحمول مالهم ، وكـذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة ، لأنـــه مال المسلمين ، ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير ، لأنـــه ابتداء إجارة ، وصار كما إذا نفقت دابة في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص .

---

( والجملة في هذا ) أي جملة الكلام في هذا الموضع ( أن الامام إذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها ، لأن الحمولة والمحمول مالهم ) من نظر حمل مالهم على مالهم ( وكذا ) أي حكم ( إذا كان بيت المال فضل حمولة ، لأنه ) أي لأن بيت المال ( مـــال المسلمين ) فتحمل مالهم بمالهم .

( ولو كان) أي ما يحمل عليه (للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير) لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بمال الغير إلا بطيبة من نفسه ، فيكون هذا خيراً على الاجارة ابتداء،وهو معنى قوله(لأنه ابتداء إجارة)فلا يجوز . قوله ابتداء إجارة احترازاً عن إجارة في حالة البقاء حيث تجوز الحرمة باتفاق الروايات . كمن استأجر سفينة شهراً فمضت المدة وسط البحر ، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بغير رضى المالك بأجر المثل، ذكره في المحيط .

(وصار كما إذانفقت دابة) أي كما إذا هلكت دابة إنسان ( في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ) حيث لا يجبر على الحمل بأجر المثل بلا رضاه ، فكذا هذا ( ويجبرهم) أي الامام ( في رواية السير الكبير ، لأنه دفع الضرر العام بتحصيل ضرر خاص ) أي لأن الاجبار على الإجارة دفع الضرر العام بتحصيل الضرر الخاص آلة السفينة في وسط البحر، والدابة في وسط المفازة عند مضي مدة الإجارة أو مات صاحب الدابة أو السفينة ، فلأنه تبقى الإجارة والأجر من الغنيمة .

ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها. وفيه خلاف الشافعي «رح» وقد بينا الأصل. ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له بالغنيمة، ومن مات منهم بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته، لأن الإرشاد يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده، وقال الشافعي «رح» من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه.

قال ولا بأس بأن يعلف

---

( ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب، لأنه لا ملك قبلها ) أي قبل القسمة، ومع هذا إذا باع الإمام صح، لأنه مجتهد فيه، ذكره في شرح الطحاوي، فعلم بهذا أن المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة لا نفي ترتب الأحكام، والكراهة أيضاً فيما إذا باع لا لحاجة الغزاة. وإذا باع لدفع حاجتهم فينبغي أن لا تكره، لأنه مال أهل الحرب مباح، وبالضرورة يستباح المحظور، فلأن يستباح المباح والكراهة مع الإباحة ( وفيه ) أي وفي بيع الغنائم قبل القسمة ( خلافاً للشافعي ) فعنده يجوز، لأن سبب الملك عند الإستيلاء ( وقد بينا الأصل ) أن الملك للغانمين قبل الإحراز بدار الإسلام لا يثبت عندنا خلافاً له.

( ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة. ومن مات منهم بعد إخراجها ) أي بعد إخراج الغنيمة ( إلى دار الاسلام فنصيبه لورثته ) لورثة الذي مات من الغانمين ( لأن الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز ) بدار الاسلام ( وإنما الملك ) يثبت ( بعده ) أي بعد الاحراز بدار الاسلام.

( وقال الشافعي رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده ) أي عند الشافعي «رح» (وقد بيناه) أي في مسألة قسمة الغنيمة في دار الحرب.

( قال ولا بأس بأن يعلف ) يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب يضرب إذا

العسكر في دار الحرب ويأكلوا مما وجده من الطعام . قال العبد الضعيف أرسلـــه ولم يقيد بالحاجة ، وقـــد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى . وجه الأولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الإنتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب . وجه الأخرى قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوهـــا ، ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه ، وعلف ظهره

---

أطعمها العلف . وقال ابن دريد لا يقال أعلفها والدابة معلوفة وعليف ، والعلف بفتـــح اللام كل ما أعلفه الدابة ، والعلف بسكون اللام مصدر كما ذكرناه . وقـوله ( العسكر ) بالرفع فاعل يعلف المفعول محذوف وهو الدابة ، ولفظ يعلف يـــدل عليه ، لأن العلف يكون للدابة ( في دار الحرب ويأكلوا ما وجده من الطعام ) .

( قال العبد الضعيف ) أي المصنف رحمه الله ( أرسله ) أي القدوري يعني أطلقه (ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها ) أي شرط الحاجة محمد «رح» ( في رواية ) وهي رواية السير الصغير ( ولم يشترطها في الأخرى ) أي في الرواية الأخرى ، وهي روايـــة السير الكبير ، واختارها الكرخي في مختصره وتبعه القدوري حيث أطلقها .

( وجه الأولى ) أي وجه الرواية الأولى ، وهي رواية السير الصغير ( أنه ) أي أن ما وجدوه من العلف والطعام ( مشترك بين الغانمين ، فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة ، كما في الثياب والدواب ) أي كما لا يباح الاستعمال في الثياب والدواب والسلاح إلا للحاجة .

( وجه الأخرى ) أي وجه الرواية الأخرى وهي رواية السير الكبير (قوله عليه السلام) أي قول النبي ﷺ ( في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة بإسناده عن عبد الله بن عمر رضي الله عنـــه قال ، قال رسول الله ﷺ يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا ( ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة ، وهو كونـــه في دار الحرب ، لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره ) أي دابته . قال في الفائق

مدة مقامه فيها، والميرة منقطعة، فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة، فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه، والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت. قال ويستعملوا الحطب. وفي بعض النسخ الطيب ويدهن بالدهن

---

الظهر الراحلة. وقال في المغرب لفظ الظهر مستعار للدابة ( مدة مقامه فيها ) أي في دار الحرب ( والميرة ) أي الطعام (منقطعة فبقى على أصل الإباحة للحاجة ) أي للاحتياج.

( بخلاف السلاح ) حيث لا يستعمله ( لأنه ) أي لأن الغازي ( يستصحبه ) أي مستصحب السلاح ( فانعدم دليل الحاجة وقد تمس إليه ) أي وقد تمس ( الحاجة ) إلى السلاح بأن سقط السيف من يده أو انكسر أو نهب أو نحو ذلك ( فيعتبر حقيقتها ) أي حقيقة الحاجة لا دليل الحاجة ( فيستعمله ) أي فيستعمل السلاح ( ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه ) أي عن السلاح ( والدابة مثل السلاح ) أي يعتبر فيها حقيقة الحاجة وهذا إذا اعتبر فيها الركوب، أما إذا اعتبر فيها الأكل فهي كالطعام، حتى يجوز ذبح الإبل والبقر والغنم للأكل، ذكره في المحيط والإيضاح (والطعام) أي المراد من الطعام المذكور فيما مضى من قوله ويأكلوا ما وجدوه من الطعام ( كالخبز واللحم ولا يستعمل فيه )أي في الخبز ( كالسمن والزيت ).

( قال ) أي القدوري ( ويستعملوا الحطب ) لتعذر نقله من دار الإسلام ( وفي بعض النسخ ) أى في نسخ القدورى ( الطيب ) أى ويستعملوا الطيب، وهذا ليس بصحيح، لأن القدورى نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب ( ويدهنوا بالدهن ) هذا أيضاً لفظ القدورى المراد به الدهن المأكول كالزيت، لأنه لما صار مأكولاً كان صرفه إلى بدنه كصرفه إلى أكله، وإذا لم يكن مأكولاً لا ينتفع به، بل يرده إلى الغنيمة، كذا ذكره القدورى في شرحه. وفي المحيط لو أصابوا سمسماً أو زيتاً أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطبة أو سكر أو بصلاً أو غير ذلك من الأشياء التي تؤكل عادة

ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك، ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح، كل ذلك بلا قسمة، وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح

---

لا بأس بالتناول منها قبل القسمة ، ولا يجوز تناول شيء من الأدوية والطيب ودهن البنفسج ودهن الخيري لأن هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الأصلية ، بل يستعمله للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب ، فلا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قل أو كثر ، لقوله ﷺ ردوا الخيط والمخيط . وقال فيه وما استهلكه في دار الحرب مما له قيمة أو ليس له قيمة فذلك هدر .

( ويوقحوا به الدابة ) هذا أيضاً لفظ القدوري ويوقحوا من التوقيح ، وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفي ، أي رق من كثرة المشي ، وفي الجمل المفرقع الحافر ، أي أصلب . قال الأترازي وهذا خطأ ، كذا في المغرب ونسخة الامام حافظ الدين الكبير رحمه الله بخط يده بالراء من الترقيح، وهو المنقول عن المصنف، قال هكذا قرأناه على المشايخ . قال في الجمهر رقح فلان عيشه ترقيحاً إذا أصلحه . وقال الكاكي قال شيخي العلامة صاحب النهاية ، ولكن صححه شيخي مولانا حافظ الدين بالراء من الترقيح وهو الاصلاح ، وهو أصح لأنه أعم ، وقال الأترازي رأيت في نسخة شيخي ثقة من نسخ مختصر الكرخي مكتوبة في تاريخ سنة إحدى وأربعمائة بالواو كما قال صاحب المغرب لا بالراء ، انتهى . وكذا رأيت بخط شيخي العلاء أنه بالواو أولى ( لمساس الحاجة إلى جميع ذلك ) أشار به إلى جميع ما ذكرناه من قوله والطعام كالخبز إلى هنا .

( ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح ) هذا لفظ القدوري معطوف على قوله بأن يعلق العسكر ( كل ذلك بلا قسمة ) هذا أيضاً لفظ القدوري أي كل ما قلنا من علف الدابة وأكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن ، والقتال بسلاح الغنيمة قبل قسمها ( وتأويله ) أي تأويل قول القدوري ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح ( إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح ) وإنما احتاج إلى هذا التأويل ، لأنه إذا احتاج الغازي إلى استعمال

وقد بيناه . ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه ، وإنما هو إباحة وصار كالمباح له الطعام ، وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض ، لأنه لا ضرورة إلى ذلك ، فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة ، لأنه بدل عين كانت للجماعة .

---

سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز ( وقد بيناه ) إشارة إلى قوله بخلاف السلاح لأنه مستصحبه إلى آخره .

( ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ) هذا أيضاً لفظ القدوري ، وأشار بذلك إلى ما ذكره من قوله من يعلف الدواب وأخذ الطعام للأكل والحطب للاستعمال الدهن بلا ادهان والسلك للقتال ( ولا يتمولونه ) هذا أيضاً لفظ القدوري من التمول وهو صيانة ذلك ، وادخاره إلى وقت الحاجة . وقال الأترازي ولا يمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قول أن يبيعه لأن ذلك عكس الغرض ، أي لا يبيعونه ولا يتمولونه ، فلو كان عطفاً على أن يبيعوا كان اثبات التمول لان نفي النفي اثبات ( لان البيع يترتب على الملك ولا ملك ) أي هنا (على ما قدمناه) من قوله أنه لا ملك قبل الاحراز ( وإنما هو إباحة ) أي الانتفاع بالاشياء المذكورة إباحة لهم للحاجة وقد زالت الحاجة فلا تبقى الاباحة ( وصار ) هذا ( كالمباح له الطعام ) يعني كما إذا أباح طعامه لغيره لا يجوز له أن يبيع ويتمول .

( وقوله ) أي وقول القدوري رحمه الله (ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة إلى ذلك ) أي إلى البيع بشيء من هذه الاشاء ، لانه في معنى التمول ، ولا حاجة لهم إلى ذلك ( فإن باعه أحدهم ) أي فإن باع شيئاً من الاشياء التي لا يجوز بيعها أحدهم ، أي أحد الغانمين ( رد الثمن إلى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة ) أي عوض عين مشتركة بين الغانمين .

وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك ، إلا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ، وهذا لان حق المدد محتمل ، وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ، ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الإنتفاع في الفصلين ، فـإن احتاج الكل يقسم في الفصلين ، بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم ، لان الحاجــة إليه

---

( وأما الثياب والمتاع يكره الانتفاع بها قبل القسمة من غيرحاجــة للاشتراك ) أي لأجـل اشتراك الغانمين فيها ( إلا أنه ) أي غير أن الشأن ( يقسم الإمــام بينهم في دار الحرب إذا احتاجو إلى الثياب والدواب والمتاع ، لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى ) بأن يستباح .

( وهذا لأن حق المدد ) هذا جواب عن سؤال مقدر بأن يقال كيف جـازت القسمة وفيها قطع حق الغير ، وهو المدد لأن المدد إذا لحقهم بشوكتهم ، فأجاب بقوله وهذا أي جواز القسمة لأن حق المدد الذي يأتي ( محتمل وحاجة هؤلاء ) أي العسكر الموجـودين ( متيقن بها) أي بالحاجة ( فكان ) أي المتيقن بها ( أولى بالرعاية ) لأنه لا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين ( ولم يذكر ) أي محمد « رح » في كتاب السير ( القسمة في السلاح ) إذا احتاجوا إليه ( ولا فرق في الحقيقة ) بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في جواز القسمة عند الحاجة (فإنه) أي فإن الثياب (إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع فيالفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب ( وإن احتاج الكل ) أي كل الغزاة ( يقسم في الفصلين ) المذكورين .

( بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم ، لأن الحاجة إليه ) أي إلى السبي

في فضول الحوائج . قـــال ومن أسلم منهم معناه في دار الحرب أحرز بإسلامـــه نفسه ، لأن الإسلام ينافي ابتداء الإسترقاق وأولاده الصغـار ، لأنهم مسلمون بإسلامه تبعـاً ، وكل مـــال هو في يديه لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له ،

---

(في فضول الحوائج) لا من أصولها . وفي المبسوط لا يقسم السبي وإن احتيج إليـــه قبل الإحراز ، لأنه لا يقع حاجة الاحياء ولا يبيعهم ، لأنه لا يملكهـــم قبل الإحراز ، فإن أطاعوا المشي يمشيهم ،لأن في الأركان اعزاز وهم أصل الصغار أي الذل . فإن لم يطيقوه وليس معه فضل حمولة ولم تطب نفسه من معـــه فضل حمولة قبل الرجال وترك النساء والصبيان ، لأن النبي ﷺ قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان ، وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل فيه روايتان .

( قال ) أي القدوري ( ومن أسلم منهم ) أي من الكفار ، هذا لفظ القدوري (معناه في دار الحرب ) هذا لفظ المصنف «رح» أي معنى قوله ومن أسلم منهـــم ، أي أسلم في دار الحرب انما احتاج إلى هذا التأويل ليقع الإحتراز به عن مستأمن أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كان أولاده وأمواله كلها فيئاً ( أحرز بإسلامه نفسه ،لأن الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق ) احترز به عن الاسترقاق بقاء ، لأن الاسلام لا ينافيه ، وهـــذا لأن الرق جزاء الكفر الأصل فانهم لما استنكفوا أن يكونوا عبيداً لله عز وجل جازاهم الله عز وجل بأن يكونوا عبيد عبيده ، بخلاف الرق في حالة البقاء ، فإنه صار من الأمور الحكمية ( وأولاده الصغـار ) بالنصب عطف على قوله نفسه ، أي وأحرز أيضاً أولاده الصغار ، احترز به عن أولاده الكبار على ما يجيء .

( لأنهم مسلمون بإسلامه تبعاً ) أي بإسلام الأب بطريق التبعية له فصاروا إحرازاً ( وكل مال ) بالنصب أي أحرز كل مال ( هو في يده لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( مـن أسلم على مال فهو له ) هـــذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده من حديث ياسين الزيات عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ

ولأنه سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين غلبة أو وديعة في يد مسلم أو ذمي ، لأنه في يد صحيحة محترمة ويده كيده ، فإن ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء ، وقال الشافعي « رح » هو له لأنه في يده فصار كالمنقول . ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة .

---

أسلم على شيء فهو له . ورواه ابن عدي في الكامل والبيهقي وأعله ياسين الزيات، وأسند تضعيفه من البخاري والنسائي وابن معين ، ورواه البيهقي وقال إنما يروى عن ابن أبي مليكة ، وعن عروة مرسلا .

( ولأنه ) أي ولأن الذي أسلم ( سبقت يده الحقيقية إليه يد الظاهرين ) أي الغالبين ( عليه ) أي على المال ( أو وديعة ) بالرفع عطفاً على قوله هو في يده ( في يد مسلم أو ذمي لأنه ) أي لأن الوديعة ، ذكر الضمير باعتبار الموضع ( في يد صحيحة ) احترز به عن يد الغاصب ( محترمة ) احترز به عن الحربي ( ويده ) أي يد كل واحد من المسلم والذمي ( كيده ) لانهما عاملان له ونائبان في الحفظ ، فان كانت وديعة عند حربي تصير فيئاً على رواية أبي حفص ، وعلى رواية أبي سليمان لا يكون فيئاً .

( فإن ظهرنا على الدار ) أي فإن غلبنا على دار الحرب التي أسلم المذكور منها(فعقاره فيء ) هذا ذكروه في شرح الجامع الصغير ولم يذكروا فيه خلافاً بين أصحابنا ، وليس في الأصل أيضاً ذكر الخلاف إلا أن الفقيه أبو الليث قال في شرح الجامع الصغير ، قال أبو يوسف « رح » في الأمالي لا يصير فيئاً ، وهو قول الشافعي «رح» ، وإليه أشار بقوله ( وقال الشافعي «رح» هو له ) أي العقار الذي أسلم ، وبه قال مالك وأحمد ( لأنه في يده ) أي لأن العقار في يده ( فصار كالمنقول ) حيث يكون له بلا خلاف .

( ولنا أن العقار في يد أهل الدار ) أي دار الحرب ( وسلطانها ) أي وفي يد سلطانها ( إذ هو ) أي العقار ( من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة ) بخلاف المنقول .

وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » الآخر ، وفي قول محمد « رح » وهو قول أبي يوسف « رح » الأول هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما، وعند محمد « رح » يثبت وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام، وكذا حملها فيء خلافاً للشافعي « رح » . هو يقول انه مسلم تبعاً كالمنفصل . ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتمليك تبعاً لغيره ، بخلاف المنفصل لأنه حر

---

( وقيل هذا ) أي قول القدوري فعقاره فيء ( قول أبي حنيفة « ر ح » وأبي يوسف «رح» الآخر ) أي القول الآخر ، وإنما ذكره بقوله قيل هذا لأن الظاهر عن أصحابنا لااختلاف فيه (وفي قول محمد «رح» وهو قول أبي يوسف الأول ، هو ) أي العقار ( كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا يثبت على العقار عندهما ) أي عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» .

( وعند محمد «رح» يثبت ) وفي شرح الطحاوي ما كان غير منقول في مثل الدار والعقار والزروع إذا كان غير محصود عندهما ، وعند محمد «رح» المنقول وغير المنقول سواء ( وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه ) أي لا تتبع زوجها ( في الإسلام ) فيكون فيئاً ( وكذا حملها ) أي حمل المرأة ( فيء خلافاً للشافعي « ر ح » فإنه يقول ) أي الشافعي (أنه) أي أن الحمل ( مسلم تبعاً ) أي لأبيه ( كالمنفصل ) أي كالولد المنفصل .

( ولنا أنه ) أي أن الحمل ( جزؤها ) أي جزء أمة ( فيرق برقها ) أي برق أمه ( والمسلم محل للتمليك ) تقديره مسلماً أنه مسلم تبعاً ، لكن المسلم محل للتمليك ، هذا جواب عن قول الشافعي «رح» أنه مسلم ليكون ملكاً ( تبعاً لغيره ) كما إذا تزوج المسلم أمة الغير فيكون الولد رقيقاً بتبعية الأم وإن كان مسلماً بإسلام أبيه .

( بخلاف المنفصل ) جواب عن قوله كالمنفصل تقديره ( لأنه ) أي لأن المنفصل ( حر

لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار ، ولأنهم كفار حربيون ولا تبعية. ومن قاتل من عبيده فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة ، لأن يده ليست محترمة ، وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح». وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً . قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر محمد «رح» الإختلاف في السير الكبير .

---

لانعدام الجزئية عند ذلك ) أي عند الإنفصال ( وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون ولا تبعية ) لأبيهم ( ومن قاتل من عبيده ) أي من عبيد الذمي الذي أسلم ( فيء لأنه تمرد على مولاه خرج من يده ) ، وصار تبعاً ( لأهل الدار ) أي لأهل دار الحرب ( وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصباً كان أو وديعة ، لأن يده ) أي يد الحربي ( ليست بمحترمة ) اعترض عليه بأن مات مقام غيره فإنما يعمل بوصف الأصل كالتراب مع الماء في التيمم . ولما قام الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب ان تكون يده كيد المسلم محترمة نظراً إلى نفسه لا نظراً إلى الحربي .

وأجيب بأن قيام يد المودع على الوديعة حقيقي ، وقيام يد المالك عليها حكمي ، واعتبار الحكمي ان أوجب عصمتها ، فباعتبار الحكمي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة ، لأن المال في أصله على صفة الإباحة ، وعصمته تابعة لعصمة المالك ، وإنما تثبت التبعية لو ثبتت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكماً مع الاحترام ، لانه بدون الاحترام يتعارضها جهة الإباحة الاصلية ، فلا يثبت بالشك .

( وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً ) ثم ( قال العبد الضعيف ) أي المصنف «رح» كذا ذكر الخلاف في السير الكبير ) يعني ذكر الخلاف بين أبي حنيفة «رح» في ناحية ، وبين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، في ناحية .

وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد «رح».
لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعها ماله فيها. وله أنه مال مباح فيملك بالإستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ،

---

(وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمها الله) حيث جعل الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله ، وبين محمد «رح» وجعل أبا حنيفة «رح» وأبا يوسف «رح» في ناحية ، وجعل محمد «رح» في ناحية . وقال الاترازى وما كان غصباً في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة «رح» وقال محمد «رح» لا يكون فيئاً . وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيئاً وليس ذلك بصحيح، انتهى . فهو أراد أن الصحيح ما ذكره أولاً مصدراً له أو هو كون الخلاف بين أبي حنيفة « ر ح » وبين محمد «رح» ولكن قول المصنف «رح» بعد هذا لهما ، وبعده له يدل على أن الصحيح قول فهو فيء عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يكون فيئاً .

فإن قلت يحتمل أن يكون قوله لهما أى لابي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» بقرينة ذكره بقوله ، وذكر في شرح قول أبي يوسف «رح» . قلت قال الاكمل في قوله وله أنه مال ، أى ولابى حنيفة «رح» فدل على أن المراد من قوله لهما أى لابي يوسف «رح»ومحمد «رح» ، فدل هذا كله أن الذى مال إليه المصنف «رح» هو الخلاف الذى بين أبي حنيفة «رح» وبين أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» ، ودل أيضاً أن الذى قاله الاترازى وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيا تصحيح غير صحيح فتأمل وتدبر .

( لهما ) أى لابي يوسف «رح» ومحمد «رح» ( أن المال تابع للنفس وقد صارت ) أى نفسه ( معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها )أى يتبع ماله نفسه في العصمة .

( وله ) أى ولابي حنيفة «رح» ( إنه مال مباح فيملك بالاستيلاء )يعني الذى غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذى أسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم، والمباح تمليك بالإستيلاء، فكان فيئاً للغزاة ( والنفس لم تصر معصومة بالإسلام ) جواب عن قولهما أن المال تابع

ألا ترى أنها ليست بمتقومة ، إلا أنـــه محرم التعرض في الأصل لكونـــه مكلفاً وإباحة التعرض يعارض شره ، وقـد اندفع بالاسلام، بخلاف المال ، لأنه خلق عرضة للإمتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكماً فلم تثبت العصمة. وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لأن الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها،ولأن الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه

---

للنفس وقد صارت معصومة بالإسلام فيتبعه مالها فيها ، أى في العصمة . وتقرير الجواب أنا لا نسلم أن النفس صارت معصومة بالإسلام وأوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنهـا ) أى أن النفس ( ليست بمتقومة ) لان العصمة المتقومه لا تثبت إلا بدار الإسلام ، ولهـذا إذا قتله مسلم عمداً أو خطأ لا يجب القصاص ولا الدية عندنا ، خلافاً للشافعي «رح» .

ولكنها معصومة بالعصمة إليه أشار إليه بقوله (إلا أنه محرم التعرض في الأصل) هذا في الحقيقة جواب عما يقال لو لم تكن معصومة لمـا كانت تحرم التعرض كالحربي وليس كذلك ، وتقدير الجواب أنه يحرم التعرض في الاصل يعني في نفس الامر (لكونهمكلفاً) أى لكون الآدمي مخلوقاً لتحمل أعباء التكليف ، ولا يتمكن من إقامتها إلا بالبقاء، ولا بقاء إلابالعصمة وحرمة التعرض ( وإباحة التعرض ) إنما هي ( يعارض شره ، وقداندفع بالإسلام ) فعادت إلى أصلها لا باعتبار أنها معصومة .

( بخلاف المال ، لانـــه خلق ) في الاصل ( عرضة للامتهان ) بأنواع الانتفاعات ( فكان محلاً للتملك ) فكان المقتضى موجوداً ، والمانع منتف ، لان المانع كونه في يده حقيقة وحكماً ( وليست في يده حكماً ) لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يـد المالك ( فلم تثبت العصمة ) فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيئاً .

( وإذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا ) أي دوابهم ( من الغنيمة ولا يأكلوا منها ، لان الضرورة قد ارتفعت ، والإباحة باعتبارها ) أى باعتبـار الضرورة ( ولان الحق ) أى حق المسلمين ( قد تأكد ) وتقرر ( حتى يورث نصيبه ) يعني إذا مات

ولا كذلك قبل الاخراج إلى دار الاسلام ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة ، معناه إذا لم تقسم . وعن الشافعي « رح » مثل قولنا ، وعنه أنه يرد اعتباراً بالمتلصص . ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت ، بخلاف المتلصص لأنه كان أحق به قبل الاحراز ، فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج ،

---

في هذه الحالة ( ولا كذلك قبل الاخراج إلى دار الاسلام ) للضرورة.

( ومن فضل معه علف أو طعام رده إلى الغنيمة ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال المصنف ( معناه ) أي معنى قول القدوري رده إلى الغنيمة ( إذا لم تقسم ) أي الغنيمة لانها إذا قسمت لا ينافي الرد .

( وعن الشافعي «رح» مثل قولنا ، وعنه أنه لا يرد اعتباراً بالمتلصص ) كما إذا دخل الواحد أو الإثنان دار الحرب بلا إذن الإمام بنية الغارة فنالوا شيئاً فلا يكون ذلك مشتركاً بين الغانمين لأنه مباح سبقت يده إليه ولا يخمس لأنه ليس بغنيمة .

( ولنا أن الإختصاص ) أي اختصاص العلف والطعام وخبر أن محذوف تقديره أن الاختصاص حاصل أو كائن ، وقوله ( ضرورة الحاجة وقد زالت ) أي الضرورة ، هكذا أفاد شيخي العلاء رحمه الله بخطه ( بخلاف المتلصص ) يعني قياسه المتلصص غير صحيح لوجود الفارق ( لأنه ) أي لأن المتلصص ( كان أحق به ) أي بالذي أخذه (قبل الاحراز) بدار الاسلام ( فكذا بعده ) أي بعد الاحراز من سائر الغانمين ( وبعد القسمة ) ابتداء مسألة مستقلة بذاتها ، أي بعد قسمة الامام ، يعني إذا جاءوا بما فضل من علف أو طعام أخذوا من القسمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام ( تصدقوا به ) أي بما فضل من ذلك بعينه إن كان قائماً ( إن كانوا أغنياء وانتفعوا به إن كانوا محاويج ) أي إن كانوا محتاجين ، كذا في المغرب ، يقال حاج يحوج حوجاً ، أي احتاج ، والحائجة والحوجاء والحاجة حاجة بمعنى واحد على هذه اللغة قيل حوائج في جمع حائجة ، كذا نقل ابن دريد

لأنه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ، وإن كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لاشيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل فأخذ حكمه

## فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿ فأن لله خمسه

---

عن الأصمعي والحاج جمع حاجة ولم يذكر ابن دريد المحاويج ، وكأنها جمع محوج إسم فاعل بإشباع الياء ، لأن أحوج يجيء لازماً ومتعدياً ، يقال أحوج الرجل إذا احتاج وأحوجه إليه غيره .

( لأنه ) أى لأن الذى فضل بعد القسمة (صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لأنهم تفرقوا فرقين ( وإن كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته إلى المغنم إن كان لم يقسم ، وإن قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته ، والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الأصل) أى الفقير يحل له التناول من قيمته ،لأن القيمة تقوم مقام الأصل (فأخذ حكمه )أى أخذت القيمة حكم الأصل ، وإنما ذكر ضمير القسمة على تأويل ما تقوم ، أو على تأويل المذكور ، هكذا قال الأكمل . قلت هذا على تقدير أن يكون فأخذ فعلا ماضياً . وقال الأترازي فأخذ حكمه والاخذ حكم الاصل فهو جعله مصدراً مجروراً عطف على ما قبله وضبط شيخي رحمه الله في نسخته على ما قاله الاكمل رحمه الله .

### ( فصل )

أى هذا فصل في بيان كيفية قسمة الغنائم ، والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين . وقال بعض أوائل الحساب القسمة تفريق أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر من الآحاد ، يعني تفريق المال المقسوم على حدة آحاد المقسوم عليه ،وهذا لا يتأتى إلا في الصحاح ، والصحيح أن يقال معرفة نصيب الواحد.

(قال) أى القدورى (ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى ﴿ فإن لله خمسه

والرسول ﴾ ٤١ الأنفال ، استثنى الخمس ، ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لأنه عليه السلام قسمها بين الغانمين ، ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة . وقالا للفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي « رح » لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أسهم

---

والرسول ﴾ ٤١ الانفال ، استثنى الخمس ) أي أخرجه ، استعار الاستثناء للاخراج أجود ، معناه فيه فكان استثنى معنى لا لفظاً . وقال الكاكي ويحتمل أن يكون من استثنيت الشيء إذا زويته لنفسي ، من ثنى العود إذا اختار عطفه ، أى استثنى الله الخمس لنفسه بقوله ﴿ فإن لله خمسه ﴾ وقال تاج الشريعة قوله ﴿ فان لله خمسه ﴾ استثنى من حيث المعنى لاخراج الخمس مما غنموا أو لان حكم المستثنى بخلاف حكم المستثنى منه ، وهنا كذلك ، لان حكم الخمس أن يكون لغير الغانمين وحكم أربعة الاخماس ان يكون للغانمين فيكون مخالفاً .

( ويقسم أربعة الأخماس بين الغانمين ، لانه ﷺ ) أى لان النبي ﷺ ( قسمها بين الغانمين ) أى قسم أربعة أخماس الغنيمة بين الغانمين ، وأخرجه الطبراني في معجمه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فضرب ذلك الخمس في خمسة ثم قرأ ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسه ﴾ ... الآية ٤١ الانفال ، فجعل سهم الله وسهم الرسول واحداً ، ولذى القربى سهم ، ثم جعل هذين السهمين قوة في الخيل والسلاح ، وجعل سهم اليتامى وسهم المساكين وسهم ابن السبيل لا يعطيه غيرهم ، ثم جعل الأربعة أسهم الباقية للفرس سهمان ، وللراكبة سهم ، وللراجل سهم .

( ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند أبي حنيفة « رح » ) وبه قال زفر ( وقالا ) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » ( للفارس ثلاثة أسهم وهو قول الشافعي « رح » ) ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم ( لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أسهم

للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ، ولأن الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل ، لأنه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ، ولأبي حنيفة «رح» ما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أعطى الفارس سهمين ، والراجل سهماً

---

للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ) هذا الحديث رواه الجماعة إلا النسائي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه . وفي لفظ عن أصحاب السنن عن ابن عمر «رض» أيضاً أن رسول الله ﷺ أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهماً له وسهمان لفرسه .

( ولأن الإستحقاق بالغناء ) أي بالكفارة ، وهو بالفتح والمد ، وهو بالعين المعجمة ، يقال أغنيت عنك ، يعني فلان ، ومعناه إذا أجزأت عنه وينيب منابه ، وكفيت كفايته ( وغناؤه ) أي غناء الفارس ، أي كفايته (على ثلاثة أمثال الراجل لأنه) أي لأن الفارس ( للكر ) الكر بالتشديد الرجوع ( والفر ) بفتح الفاء وتشديد الراء الفرار ، قال امرء القيس في قصيدته :

مكر مفــر مقبل مدبر معـــاً كجلمود صخر حطه السيل من عل

( والثبات ) أي للثبات في الحرب ( والراجل للثبات لا غير ) فإن قلت الفرار غير محمود ، وكيف يوصف به الفارس . قلت الفرار في موضعه ممدوح كيلا يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ﴿ ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ ١٣٥ البقرة .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ أعطى الفارس سهمين والراجل سهماً ) هذا غريب من حديث ابن عباس ، وفي الباب أحاديث منها ما رواه أبو داود في سننه عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري ، قال سمعت أبا يعقوب بن مجمع يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الأنصاري عن محمد « ر ح » مجمع بن حارثة الأنصاري وكان أحد القراء الذين قرؤوا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله ﷺ إلى أن قال فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله ﷺ على ثمانية عشر

سهماً فكان الجيش ألفاً وخمسمائة ، فيهم ثلاثمائة فارس ، فأعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهماً . قال أبو داود وهذا وهم إن كانوا مائتي فارس فأعطى الفرس سهمين ، وأعطى صاحبه سهماً ، قال وحديث ابن عمر أنه عليه السلام أعطى الفارس ثلاثة أسهم أصح ، والعمل عليه .

وقال ابن القطان في كتابه وعلة هذا الحديث الجهل بحال يعقوب بن مجمع ، ولا يعرف منها ما رواه الطبراني بإسناده إلى مقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس له يقال له سبخه فأسهم له النبي ﷺ لفرسه سهم واحد وله سهم ، وفي إسناده محمد بن عمر الواقدي في تفسيره في سورة الأنفال عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت أصاب رسول الله ﷺ سبايا بني المصطلق فأخرج الخمس منها ثم قسم بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهماً.

( فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله ) أي فتعارض فعل النبي ﷺ وهما في حديث ابن عمر رضي الله عنهما الذي احتج به المصنف لأبي حنيفة ومحمد « رح » المذكور آنفاً ، وحديث ابن عباس المذكور لأبي حنيفة رضي الله عنه ، وليت شعري ما هذه المعارضة ، حديث ابن عباس ليس له أصل كما ذكرنا عن هذا . قال الأكمل وطريقه استدلال لأبي حنيفة «رح» بحديث ابن عباس رضي الله عنه يخالفه لقواعد الأصول ، فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا تعذر الترجيح والتوفيق يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله ، وهو قال فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلك المعهود في مثله أن يستدل بقوله لأن القول أقوى .

( وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم ) هذا لأجل بيان قوله فيرجع إلى قوله وهذا الحديث غريب جداً ، وقد أخطأ من عزاه إلى ابن أبي شيبة ولفظ هذا الحديث في حديث عمر الذي ذكره بعد هذا ( كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي

قسم للفارس سهمين وللراجل سهما، وإذا تعارضت روايتاه ترجحت رواية غيره ولأن الكر والفر من جنس واحد

---

ﷺ قسم للفارس سهمين) أي وكيف يحتج لأبي يوسف «رح» ومحمد «رح» بحديث ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهماً ، والحال أنه قد روي عن ابن عمر أيضاً أن النبي ﷺ أسهم للفارس سهمين ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو أسامة وابن نمير قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن أبي وابن عمر أن رسول الله ﷺ جعل للفارس سهمين ( وللراجل سهماً ) ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الدارقطني في سننه وقال أبو بكر النيسابوري هذا عندي وهم عند ابن أبي شيبة ، لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا ، وكذلك رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا المعنى يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم .

( وإذا تعارضت روايتاه ) أي روايتا ابن عمر ( ترجحت رواية غيره ) قال الأترازي إن سلمت رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها . وقال صاحب النهاية قوله وإذا تعارضت روايتاه ، أي روايتا ابن عمر ، وهي روايتها عنه على وفق مذهبهما ، ورواية أبى حنيفة «رح» أيضاً على وفق مذهبه . قوله ترجحت بأي رواية غيره وهو ابن عباس رضي الله عنهما ثم قال ومعنى قوله ترجح ، أي سلم رواية ابن عباس عن المعارضة فيعمل بها ، لأن للمرجح لا بد من الموجح، ورواية ابن عمر بعد التحافظ بالتعارض لا تصلح مرجحة انتهى.

قلت لا معارضة أصلا في روايتي ابن عمر ، لأن الصحيح «ر للرواية التي فيها ثلاثة أسهم للفارس كيف تعارضها التي فيها سهمين وهى غير ثابتة على الصحة فيما ذكرنا ، وكيف يقول صاحب النهاية ومن تبعه من الشراح أن رواية ابن عباس سلمت عن المعارضة فيعمل بها والحال أنه لم يصح كما ذكرنا ، وهذا كله من آفة التعليل ، وعدم رجوعهم إلى مدارك الأحاديث .

( ولأن الكر والفر من جنس واحد ) لأن الفر إنما يحل للكر لا لذاته ، لأنه غير مستحسن في نفسه ، وإنما المستحسن منه ما كان لأجل الكر ، فكانا نوعاً واحداً ، ولا

فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ، ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر ، وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحـــد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم إلا لفرس واحد . وقال أبو يوسف « رح » يسهم لفرسين لما روي أن النبي عليه السلام أسهم لفرسين ،

---

يكون الفر نوعاً آخر ( فيكون غناؤه ) أي غناء الفارس (مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ) لأن سبب الغناء في الفارس نفسه وفرسه فيعطى سهمين، وفي الراجل نفسه فيعطى سهماً ، وفيه تأمل ، لأن الرأي لا مدخل له في المقدرات الشرعية .

( ولأنه ) أي ولان الشأن ( تعذر اعتبار مقدار الزيادة ) لان مقدار الزيادة أمـــر خفى ، لان الملك إنما يظهر عند المسابقة والمقاتلة عند التقاء الصفين ، وكل منهم مشكوك بشأنه في ذلك الوقت ( لتعذر معرفته ) أي لتعذر معرفة مقدار الزيادة (فيدار الحـــكم على سبب ظاهر ) وهو مجرد كونه فارساً وكونه راجلاً إليه أشار في الاسرار .

( وللفارس سببان النفس والفرس ، وللراجل سبب واحد فكان استحقاقـــه ) أي استحقاق الفارس ( على ضعفه ) أي على ضعف استحقاق الراجل فيعطى الفارس سهمين والراجل سهماً ( ولا يسهم إلا لفرس واحد ) هذا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف أحد.

وقال المصنف ( وقال أبو يوسف « رح » يسهم لفرسين ) وقال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره القدورى قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن «رح» ، وقال أبو يوسف«رح» يسهم الفرسين ، وبه قال أحمد ، وبقول أبى حنيفة «رح» قال الشافعى «رح» ،وفي شرح الطحاوى ولا يسهم إلا لفرس واحد في ظاهر الرواية ، وعن أبى يوسف « رح » أنه قال يسهم لفرسين ( لما روى أن النبي ﷺ أسهم لفرسين ) هـــذا الحديث رواه الدارقطني في سننه حدثنا ابراهيم بن حماد حدثنا علي بن حرب حدثني أبى حرب بن محمد بن الحسن عن محمد بن صالح عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى عمر عن أبيه عن جده أبى عمر بشر بن عمرو بن محصن قال أسهم رسول الله ﷺ لفرسى أربعـــة أسهم ولي سهماً فأخذت خمسة أسهم .

ولأن الواحد قد يعي فيحتاج إلى الآخر . ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله عليه السلام إلا لفرس واحد ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال عليهما فيسهم لواحد ، ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس ، وما رواه محمول على التنفيل

---

( ولان الواحد قد يعى ) أى ولان الفرس الواحد قد يتعب ( فيحتاج ) أى صاحبه ( إلى الآخر ) أى إلى الفرس الآخر .

( ولهما ) أى ولابى حنيفة ومحمد « رح » وهو وجه الظاهر ( أن البراء بن أوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد ) هذا الحديث غريب ، بل جاء عكسه كما ذكره ابن منذر في كتاب الصحابة في ترجمته فقال روى علي بن قرين عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صفصعة عن عبد الرحمن بن أبى صفصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبي ﷺ فرسين وضرب عليه السلام له خمسه أسهم ، فإذا كان كذلك لا يصح الاستدلال لهما بالحديث الذي ذكره المصنف « رح » على ما لا يخفى ، ولهذا استدل الاترازى لهما بما روى أن النبي ﷺ قال للفارس سهمان وللراجل سهم . وقال الاكمل وحاصل الدليلين وقوع التعارض لغو ، يعني بين روايتي فعله عليه السلام ، والرجوع إلى ما بعدهما وهو القياس بقوله :

( ولأن القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة ) ولا يتحقق إلا على فرس واحد ( فلا يكون السبب الظاهر ) وهو مجاورة الدرب ( مفضياً إلى القتال عليهما ) أي على الفرسين، فإذا كان كذلك ( فيسهم لواحد ) أي لفرس واحد ( ولهذا ) أي ولأجل عدم تحقق القتال على فرسين ، وعدم كون السبب الظاهر مفضياً إلى القتال على الفرسين ( ولا يسهم لثلاثة أفراس ) بالإجماع ( وما رواه ) أي وما رواه أبو يوسف ( محمول على التقليل[1] )

---

(١) هكذا في الأصل، وفي المتن التنفيل وهو ماورد في شرح فتح القدير، اه مصححه.

هذا استظهار في تقوية الدليل ، لأن مـا رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج إلى جواب عنه أو تأويل له ، انتهى . قلت قد ذكرنا أن ما تميز هناك معارضة ،فمن أين يأتي الاستظهار في قوة الدليل من تأمله يدري .

( كما أعطى سلمة بن الأكوع رضي الله عنه سهمين وهو راجل ) هذا الحديث أخرجه مسلم مطولاً في بيعة الحديبية عن أياس بن مسلمة عن أبيه سلمة بن الأكوع ، وفيه قال قال رسول الله ﷺ خير فرساننا اليوم أبو قتادة ، وخير رجالتنا سلمة ، ثم أعطى سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعـاً ولكن قوله محمول على التنفيل مـا رواه ابن حبان في صحيحه وقال وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلا فأعطاه رسول الله ﷺ سهماً للراجل لما يستحقه ، وإنما أعطاه سهم الفارس أيضاً من خمس خمسه ﷺ دون أن يكون أعطاه من سهام المسلمين ، وقال أبوعبيد قال عبد الرحمن بن مهدي أعطاه من سهمه الذي كان مباحاً به .

قوله رجالتنا بتشديد الجيم جمع راجل ، قال الجوهري الراجل خلاف الفارس،والجمع رجل مثل صاحب وصحب ، ورجالة ورجال والرجلان أيضاً الراجل جمع رجلى ورجال مثل عجلى وعجلان . وقال الفقى كان سلمة من الرماة المشهودين وروي أنه كان يعدو عـدو الفرس .

(والبراذين والعتاق سواء) هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراحلة ولا بغل ولم يذكره المصنف « رح » ، والبراذين جمع برذون وهو الكوذن وجمعه كواذن وهي خيل العجم ، قال في المجمل برذون الرجل برذنته إذا أثقل،واشتقاق البرذون منه . والعتاق بكسر العين وتخفيف التاء المثناة من فوق جمع عتق ، أي كريم ، والعتاق كرام الخيل العربي . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ويستوي الفرس العربـي والنجيب ، والبرذون والهجين وغيرهما مما يقع عليه إسم الخيل ، وأما من كان له جمل أو بغل أو حمار فهو الراجل سواء في شرح الأقطع ، ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين . قلت قال الأوزاعي لا يسهم للبرذون ويسهم للمقرف سهم والهجين سهم واحد ، وقال أحمد يسهم لما عدى العربي سهم واحد .

لان الارهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون بـــه عدو الله وعدوكم﴾ ٦٠ الانفال ، واسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاق واحـــد . ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفـــاً ، ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا .

---

وعن أبي يوسف «رح» روايتان ، في رواية مثل قول العامة ، وفي رواية مثل قول أحمد . وروى مكحول أن النبي ﷺ أعطى للعربي سهمين وللهجين سهماً ولا يسهم لراجلة وللبغل بالإتفاق ، لأن الإرهاب لا يحصل بسهـــم . ومن غزى على بعير لا يسهم له عند العلماء ، عن أحمد يسهم له سهم فرس . وعنه إن عجز عن فرس وغزى عليـــه يسهم له سهم واحد والفرس ما يكون أبوه عربياً وأمه من الكواذن . والهجين ما يكون أبوه من الكواذن وأمه من العربي . وفي الجمهرة الهجين من الناس الذي أمه أمة .

(لأن الإرهاب) المذكور في الآية التي نذكرها (مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب ، قال الله تعالى ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم﴾ ٦٠ الأنفال ، وإسم الخيل ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف إطلاقاً واحـــداً ) أراد أن لفظ الخيل بحسب اللغة إذا أطلق يشمل هـــذه الأنواع من غير فرق بينها ، ومضى الآن بغير الهجين والمقرف .

( ولان العربي إن كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفاً ) بفتح العين وكسرها ، أي انعطافاً ، يعني إذا أراد الإنعطاف ينعطف من غير بطأ فيه . قال الكاكي معنى الفتح الإمالة ، ومعنى الكسر الجانب . قلت العطـف من عطف الشيء أعطفه عطفاً إذا ثنيته ورددته عن جهته ، والعطف الناحية من الإنسان والدواب .

( ففي كل واحـــد منهما ) من العربي والبرذون ( منفعة معتبرة ) وهى التي ذكرنا ( فاستويا ) أى العربي والبرذون في الاستحقاق من الأسهم على الاختلاف .

ومن دخل دار الحرب فـــارساً فنفق فرسه استحق سهم الفرسان . ومن دخل راجلا فاشترى فرساً استحق سهم راجل . وجواب الشافعي « رح » على عكسه في الفصلين ، وبكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة « رح » في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان والحاصل المعتبر عندنا حالة المجاوزة

---

( ومن دخل دار الحرب فارساً ) حال كونه فارساً ( فنفق فرسه ) أي هلك ( استحق سهم الفرسان ) إلا إذا باع فرسه أو وهبه وسلم أو أجره أو أعاره سقط سهم فرسه في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة «رح» أن له سهم فارس .

( ومن دخل راجلا ) أي حال كونه راجلا ( فاشترى فرساً استحق سهم راجل ) وكذا إذا وهب له أو ورث أو استعار أو استأجر بعدما دخل راجلا وقاتل فارساً فله سهم راجل ، وفي رواية الحسن له سهم فارس ، كذا في التحفة .

( وجواب الشافعي «رح» على عكسه في الفصلين ) يعني لا يعتبر عنده دخوله دار الحرب فارسا ولا دخوله راجلا ، والمعتبر عنده كونه فارساً أو راجلا عند شهود الوقعة وروى عنه عند تقضي الحرب وبعد تمام القتال بالأولى ، قال مالك وأحمد ( وبكـــذا ) أي مثل جواب الشافعي «رح» (روى ابن المبارك) وهو عبد الله بن المبارك الإمام المشهور المروزي ( عن أبي حنيفة «رح» في الفصل الثاني ) يعني إذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرساً فقاتل فارساً ( أنه يستحق سهم الفرسان ) عند أبي حنيفة «رح» أيضاً على روايـــة ابن المبارك عنه ، وليس ذلك بظاهر الرواية عنه .

( والحاصل ) أي من بيان هذا الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي رحمه الله ( أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة ) أي مجاوزة الدرب ، إلا أنه أطلق لشهرة المسألة عند الفقهـــاء والمتأخرين ، قال الخليل الدرب البـــاب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مدخل الروم ودرب من ورد بها ، كذا في المغرب . قال في ديوان الأدب الدرب المضيق من مضائق من الدرب ، وكذلك ما أشبهه ، والمراد هنا فيه هو البرزخ الذي بـــين دار الحرب ودار

وعنده حـــال انقضاء الحرب . له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده ، والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على مكان الوقوف عليـــه. ولو تعذر أو تعسر يعلق بشهود الوقعة لانه أقرب إلى القتال .

---

الإسلام ، فإذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب ، وإذا جاوز الكافر دخل دار الإسلام .

( وعنده ) أي عند الشافعي «رح» المعتبر ( حال انقضاء الحرب . له ) أي للشافعي «رح» ( أن السبب ) أي سبب استحقاق الغنيمة ( هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده ) أي عند القتال فارساً أو راجلا ( والمجاوزة ) أي مجاوزة حال الحرب ، وأراد به الرد لمذهبنا ( وسيلة إلى السبب ) حاله أنه لا يعتبر المجاوزة لكونها سبباً يعيد إلى القتال ( كالخروج من البيت ) يعني القتال ، فإنه وسيلة إلى السبب ، ولا اعتبار بـــه في اعتبار حال الغازي من كونه فارساً أو راجلا كذلك في هذه الوسيلة .

( وتعليق الأحكام بالقتال ) هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهـــة أصحابنا أن القتال أمر خفي لا يوقف عليه ، فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه وتقرير هـــذا الجواب بأن نقول لا نسلم أنه لا يوقف عليـــه ، وكيف لا يوقف عليه . وتعليق الأحكام بالقتال كإعطاء الرضخ للصبي إذا قاتل ، وكذلك المرأة والعبد والذمي ( يدل على مكان الوقوف عليه ) فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به حكم .

( ولو تعذر ) هذا جواب بطريق التسليم بأن يقول الشافعي « رح» سلمنا أن الوقوف على القتال متعذر ومتعسر مثلما قلتم ، وهو معنى قوله ولو تعذر ، أي الوقوف على القتال بأن يكون في الليل أو في مطر أو نحو ذلك ( أو تعسر ) بأن كان كل واحـــد مشغولاً بنفسه فحينئذ ( يعلق ) أي الوقوف (بشهود الوقعة) يعني أقيم شهود الوقعة مقام الوقوف ( لأنه ) أي لأن شهود الوقعة ( أقرب إلى القتال ) من المجاوزة فتعلق كونـــه فارساً أو راجلا بشهود الوقعة وهي صورة الحرب .

ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بهـــا ، ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ، وكـــذا على شهود الوقعة لانـه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة

---

( ولنا أن المجاوزة ) أي مجاوزة الدرب ( نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها ) أي لأن الشأن أنه يلحق الكفار لخوف بمجاوزة الدرب ، لأن القتال إسم لفعل يقع به للعدو خوف ، وبمجاوزة المسكر الدرب يحصل لهم الخوف والرهبة ، فكان قتالاً (والحـــال بعدها ) أي بعد المجاوزة ( حالة الدوام )أي دوام القتال ( ولا معتبر بهـــا ) أي الحالة الدوام بالإجماع ، ولا يمكن تعلق الحكم بدوام القتال ، لأن الفارس لا يمكنه أن يقاتـــل فارساً دائماً ، لأنه لا بد له أن يزل في بعض المضائــق خصوصاً في الشجرة أو في الحصن أو في البحر .

( ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ) لان الإمام لا يمكنه أن يراقب بنفسه حال كل أحد أنه قاتل أو لم يقاتل ، وكذا بنائبه بأن يوكل عدلا يثق بقوله يخبره من قاتل ومن لم يقاتل ، لان في إقامة العدل على كل واحد حرجاً عظيماً ، ولا يعتبر إخبار كل واحد من الجند أيضاً أن صاحبه قاتل ، لان منهم فيه بجر النفع .

( وكذا ) يتعسر الوقوف ( على شهود الوقعة ، لأنه حال التقاء الصفين ) والإشتغـال بالحرب فلم يلتفت إلى كونه سبباً قريباً بهذا المعنى ،فإن كان الأمر كذلك (فتقام المجاوزة) أي مجاوزة الدرب ( مقامه ) أي مقام القتال ( إذ هو للسبب المفضي إليه ظـاهراً ) أي لأن قيام المجاوزة هو السبب الداعي إلى القتال بحسب الظاهر كما أقيم السفر مقام المشقة ، والنوم مقام الحدث ، والنكاح مقام الوطء في حرمة المصاهرة ،فكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال لكي ( إذا كان ) تجاوزه ( على قصد القتال ) لأن هـذا هو الأصل ، فإذا كان الأمر كذلك ( فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة ) أي مجاوزة الدرب حال كونه

فارساً كان أو راجلاً . ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ، ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي روايـة الحسن عن أبي حنيفة « رح » يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة ، وفي ظـــاهر الرواية يستحق سهم الرجال ، لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة للقتال فارساً ولو باعه بعـــد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا إن باع في حالة القتال عند البعض .

---

( فارساً كان أو راجلاً ) وها هنا سواء لأن الأول أن استحقاق الشيء بلا وجوده محال ، والمستحق وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم ، فكيف يثبت الإستحقـاق . السؤال الثاني أن السبب إنما يقام مقام العلة إذا تصور من العلة وها هنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة ، لأن القتال بدون شهود الوقعة محال .

الجواب عن الأول : أنه ليس المراد من الإستحقاق ثبوت الملك في الغنيمـة أو ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال ، المراد به كون الشخص أخص بالغنيمة من غيره .

والجواب عن الثاني : أن القتال لشهود الوقعة والتقاء الصفين عند المجاوزة متصور ، لأنه ليس بثابت ، وشر إقامة الشيء مقام غيره أن لا يكون ذلك الغير ثابتاً في الحال ، لأنه إذا كان ثابتاً كيف مقام شيء آخر مقامه .

( ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفـاق ) أي باتفاق بيننا وبين الشافعي ( ولو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهب أو أجر أو رهن ، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » يستحق سهم الفرسان اعتباراً للمجاوزة ) أي عن الدرب ( وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجال ، لأن الإقدام على هذه التصرفات )وهي البيع والهبة والاجارة والرهن (يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة للقتال فارساً ولو باعه بعد الفراغ ) أي بعد الفراغ من القتال ( لم يسقط سهم الفرسان ، وكذا ) أي وكذا لم يسقط سهم الفرسان ( إن باع في حالة القتال عند البعض ) أي عند بعض مشايخنا، لأن

والأصح أنه يسقط . لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته ، ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ، ولكن يرضخ لهم على حسب ما يراه الإمام ، لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ إليهم .

---

بيعه عند زمان مخاطرة الروح دل على أنه إنما باعه لرأي رآه في الحرب له لتحصيله المال ، لأن الروح فوق المال .

( والأصح أنه يسقط ، لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أن ينتظر غرته ) أي غرة الفرس ، قال شيخي رحمه الله ، أي غرة فرسه ، وقال الأترازي فيه نظر ، لأن الانسان المقاتل في سبيل تلك الحالة لا يختار المال على روحه ، ولهذا قال الأصح قول البعض .

( ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ،ولكن يرضخ لهم ) بالضاد والخاء المعجمتين ، من رضخ فلان لفلان من ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضخ ( على حسب ما يراه الامام ، لما روي أنه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ ( كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد ، ولكن كان يرضخ إليهم ) وقال الأترازي وقد روي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ، ويرضخ ، انتهى . ولم يبين من خرج هذا الحديث ولا يبين حاله . وأخرج مسلم عن يزيد بن هرمز قال كتب بجدة ابن عامر القدوري إلى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما ،فكتب إليه أن ليس لهما شيء ، إلا أن يحذيا . وفي لفظ فكتب اليه وسأله عن المرأة والعبد هل كان لهما سهم معلوم إذا حضروا البأس فإنهم لم يكن لهم سهم معلوم ، إلا أن يحذيا من غنائم القوم .

قوله يحذيا ، أى يعطيا بالحاء المهملة والذال المعجمة ، وقد جاءت أحاديث مخالفة لهذا منها ما رواه أبو داود والنسائي عن رافع بن سلمة عن حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه

ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة، يعني إنه لم يسهم لهم،

---

أنها خرجت مع رسول الله ﷺ في غزوة خيبر ... الحديث ، وفيه أسهم لنا كما أسهم للرجال . وذكر الخطابي أن الاوزاعي قال يسهم لهن وأحسبه ذهب إلى هذا الحديث ، وإسناده ضعيف لا تقوم به الحجة . وقال الترمذي وقال الاوزاعي وأسهم النبي ﷺ للصبيان بخيبر ، أسهمت أئمة المسلمين لكل مولود ولد في أرض الحرب .

وقال الاوزاعي وأسهم النبي ﷺ للنساء بخيبر وأخذ بذلك المسلمين بعده ، حدثنا بذلك علي بن حزم قال أبو عيسى بن يونس عن الاوزاعي بهذا منها ما رواه أبو داود مرسلا عن محمد بن عبد الله بن مهاجر الشعبي البيهقي عن خالد بن معبد أن رسول الله ﷺ أسهم للنساء والصبيان والخيل . وأجاب الطحاوي عن مثل هذا وأمثاله أن النبي ﷺ أسهم للنساء والصبيان ، واستطاب أهل الغنيمة ، وأجاب غيره بقوله يشبه أن يكون عليه السلام إنما أعطاهم من الخمس الذي هو حقه دون حقوق من شهد الوقعة .

( ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة ،يعني إنه لم يسهم لهم ) هذا رواه البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي «رح» عن أبي يوسف عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعار رسول الله ﷺ يهود قينقاع فرضخ لهم ، ثم قال تفرد به الحسن بن عمارة وهو متروك . وروى حديث مخالف ، ولهذا رواه الترمذي من حديث الزهري قال أسهم النبي ﷺ قوم من اليهود قاتلوا معه ، رواه أبو داود في مراسيله ، وزاد في آخره ها هنا ومثل سها المسلمين .

وقال صاحب التنقيح مراسيل الزهري ضعيفة ، وكان يحيى القطان لا يرى ارسال الزهري وقتادة شيئاً يقول هي بمنزلة الريح ، واختلفوا هل يستعان بالكفر في القتال عند الحاجة فعندنا واحد يستعان لما ذكرنا وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال ابن المنذر وجماعة من أهل العلم لا يستعان بالكافر لما روي أنه عليه السلام قال إنا لا نستعين بالمشركين على المشركين، ما ذكر أنه استعان بهم غير ثابت .

قال الكاكي قلنا بل هو ثابت ذكره الثقات المشهورون ، وما رواه غير مشهور

ولان الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ، ولهذا لم يلحقهما فرضه ، والعبد لا يمكنه المولى وله منعه ، إلا أنه يرضخ لهم تحريضاً على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه

---

وليس بثابت فهو محمول على زجر قوم متعينين يريد إسلامهم ، انتهى . قلت الحديث الذي ذكره ابن المنذر رواه إسحاق بن راهوية في مسنده والواقدي في كتاب المغازي والكاكي رده من غير وجه ، ثم ادعى أن الذي ذكره عن الثقات المشهورين ولم يبين ذلك ، والخصم لا يرضى بهذا المقدار ، وها هنا بحث كثير ، ذكرناه في شرح للبخاري .

( ولأن الجهاد عبادة ، والذمي ليس من أهلها ) أي من أهل العبادة ( والمرأة والصبي عاجزان عنه ) أي عن الجهاد ( ولهذا ) أي ولأجل عجزهما عن الجهاد ( لم يلحقهما ) أي المرأة والصبي ( فرضه ) أي فرض الجهاد ( والعبد لا يمكنه المولى ) أي من الجهاد ( وله ) أي للمولى ( منعه ) أي عن الجهاد ، ولأنه فرض كفاية ، إلا إذا هجم العدو ، فليس له منعه حينئذ ، لأنه يصير فرض عين .

( إلا أنه ) أي غير أن الإمام ( يرضخ ) أي يعطي ( لهم تحريضاً ) شيئاً بحيثما يراه ، وبه قالت الثلاثة . وعن أحمد في رواية يرضخ للكافر إن قاتل بإذن الإمام وبغيره إذن الإمام ، أي لأجل تحريضهم ( على القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم ) أي رتبة المرأة والصبي والعبد إن لم ينه متبوعهم ، لأن العبد تبع للحر ، والصبي تبع للبائع والذمي أيضاً تبع للمسلم ، ولهذا لا يمكن أهل الذمة من نصب الراية لأنفسهم . وقال مالك يسهم الصبي المراهق إذا أطاق القتال ، لأنه من أهل الجهاد ، والرضخ من أن يكون قال الشافعي في قول أحمد في رواية من الغنيمة ، وبه قال أصحابنا ، وقال في قول من أربعة الأخماس وبه قال أحمد في رواية . وقال في قول من خمس الخمس ، وقال مالك الرضخ من الخمس

( والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه ) أي إذا أبدل الكتابة ، فإذا

فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتـال ، ثم العبد إنمـا يرضخ إذا قاتل لأنـــه دخل لخدمة المولى ، فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لهـــا إذا كانت تداوي الجرحى أو تقوم على المرضى ، لأنها عاجزة عن حقيقة القتال ، فتقام هـذا النوع من الإعانة مقام القتال ، بخلاف العبد ، لأنه قادر على حقيقة القتال ، والذمي إنمـــا يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقـــاتل ، لان فيه منفعة للمسلمين ، إلا انه يزاد على السهم في الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ، ولا يبلغ به السهم إذا قاتل

---

كان كذلك ( فيمنعه المولى عن الخروج إلى القتال ، ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل ، لأنه دخل ) يعني مع العسكر في دار الحرب ( لخدمة المولى ) أي لأجل خدمة مولاه ( فصار كالتاجر )يدخل للتجارة (والمرأة ترضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى) يعني إذا مرضتهم ( لأنها ) أي لأن المرأة ( عاجزة عن حقيقة القتال) قيد به لأنها غـــير عاجزة عن شبهة القتال وهي الأمان، فإن أمانها يصح بلا خلاف ( فتقام هذا النوع) وهو مداواتها الجرحى وقيامها على المرضى ( من الإعانة مقام القتال ) فإذا كان كـذلك رضخ بها بـــلا قتال .

( بخلاف العبد ) يرتبط بقوله لأنها عاجزة ( لأنه قادر على حقيقـــة القتال ) حتى لم يرضخ له إذا لم يوجد منه القتال ، بخلاف المرأة ، فإن خدمتها المرضى العسكر يقوم مقـــام القتال ، وليس كذلك خدمة العبد مولاه .

( والذمي إنما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق ) الذي يمشي فيها العسكر ( ولم يقاتل ) أي والحال أنه لم يقاتل ( لأن فيه ) أي في قتاله أو في كونه دالاً على الطريـــق ( منفعة للمسلمين، إلا انـــه يزاد له على السهم ) أى لا يزاد للذمي بالرضخ على السهم ( في الدلالة ) على الطريق ( إذا كانت فيها منفعة عظيمة ، ولا يبلغ بـه السهم إذا قاتل ) أى

لانه جهاد والاول ليس من عمله ، ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد. وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم، سهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع إلى أغنيائهم . وقال الشافعي « رح » لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم

---

الذى . قوله السهم مرفوع كما في قولك بلغ بعطائك خمسمائة بالرفع ، ولا يجوز النصب. والحاصل أنه إذا قاتل لا يزاد على سهم الراجل إن كان راجلا ولا يسهم الفارس إذا كان فارساً ( لأن القتال جهاد ) والذمي تبع للمسلمين فيه ، فلا يسوى بينه وبين المسلم .

( والأول ليس من عمله ) أى كونه دالاً على الطريق ليس من عمل الجهاد ، فكان كسائر الأعمال ( فلا يستوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد ) ولكن يعطى له من أجره دلالة زيادة على السهم ، أى قدر بغت ، ولما فرغ عن بيان أحكام الأربعة الأخماس شرع في بيان حكم الخمس فقال ( أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم ، سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل ) هذا هو المشهور عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أنه يقسم على ثلاثة أصناف وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل . وقال الطحاوى في مختصره وقد روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يقسم في ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ( يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ) أى في هذه الأصناف الثلاثة . قال العلامة بدر الدين الكردى معنى هذا القول أى إيتاء ذوى القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل لما أن سبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل . وفي التحفة هذه الثلاثة الاصناف مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الإستحقاق، حتى لو صرف إلى صنف واحد جاز كما في الصدقات (ويقدمون) أى فقراء ذوى القربى يقدمون على الاصناف الثلاثة ( ولا يدفع إلى أغنيائهم ) أى أغنياء ذوى القربى.

( وقال الشافعي لهم ) أي لذوى القربى ( خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم

ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني والفقير . ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة أسهم على نحو مـــا قلناه ،

---

ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ) وعن الشافعي يقسم الخمس على خمسة أسهـم ، سهم للنبي ﷺ في حياته وبعـــد وفاته يصرف الإمام إلى مصالـــح الدين يرى وبه قال أحمد . وعن الشافعي أنه يرد سهم النبي عليه السلام بعده على بقية الاصناف. وحكى ابن المنذر قولاً ثالثاً أنه يكون للأئمة بعده ، أي الخليفة . وقال مالك تفرقة الخمس إلى الإمام، يفرقه فيما شاء ، وسهم اليتامى لكل صغير فقير لا أب له.

( ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم ) من بنى عبد شمس وبنى نوفل .

واعلم أن رسول الله ﷺ هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف، وكان عبد مناف خمس بين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس وأبو عمر ، وإسمه عبيد ولم يعقب ، وعثمان رضى الله عنه من بنى عبد شمس لانه عثمان بن عفان بن أبى العاص بن أمية ابن عبد شمس بن عبد مناف ، وجبير من بنى نوفل فإنه جبير بن مطعم بن عدى بن نوفل. وقال ابن اسحاق عبد شمس وهاشم والمطلب أخوة لام ، وأمهم عاتكة بنت مرة ، وكان نوفل أخاهم لأبيهم .

( لقوله تعالى ﴿ ولذي القربى ﴾ من غير فصل بين الغني والفقير ) فيشتركان .

( ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين رضي الله عنهم ) وهم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ( قسموه ) أي الخمس ( على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه) يعني به . قوله أما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم إلى آخره ، وروى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح وابن عباس رضي الله عنهما أن الخمس الذي كان يقسم على عهده عليه السلام على خمسة أسهم لله وللرسول سهم ، ولذي القربى واليتامى سهم ، وللمساكين سهم ، وابن السبيل سهم ، ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ثلاثـة أسهم ، سهم لليتامى وسهـم للمساكين ، وسهم لابن السبيل، انتهى . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم

وكفى بهم قدوة ، وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس ، والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض

---

ينكر عليهم ، فحل محل الإجماع ( وكفى بهم قدوة ) أي كفى بالخلفاء الاربعة اقتداء .

( وقال ﷺ ) أي قال النبي ﷺ (يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس ) هذا الحديث غريب وقد تقدم في الزكاة . وروى الطبراني في معجمه من حديث عكرمة عن ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث إبنيه إلى رسول الله ﷺ فقال لهما - انطلقا إلى ابن عمكما لعله يستغين بكما على الصدقات فأتيا النبي ﷺ فأخبراه بحاجتهما ، فقال لهما لا يحل لكم أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الا يرى إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم ويكفيكم .

( والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه المعوض ) أراد بالعوض خمس الخمس ، وبالمعوض على صيغة إسم المفعول من التعويض الزكاة . تقريره أن العوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها إلى الاغنياء ، فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع إليهم ، لان العوض إنما يثبت في حق من فات عنه المعوض وإلا لا يكون عوضاً لذلك المعوض .

فإن قيل هذا الحديث إما أن يكون ثابتاً صحيحاً أو لا فإن كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم ، وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة الحديث الثابت الصحيح وإن كان الثاني لا يصح الإستدلال به . أجيب بأن لهذا الحديث دلالتين ، أحدهما إثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرناه والثانية جعله على خمسة أسهم ، ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم ، وهو فعل الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم كما تقدم ، ولم يقسم الدليل على تغيير العوض ممن فات منه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجسارة بما روي أن رسول الله

وهم الفقراء ، والنبي عليه السلام أعطاهم للنصرة ، ألا ترى أنه عليه السلام علل فقال إنهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه ، دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة ،

---

ﷺ على حمزة رضي الله عنه سبعين صلاة وهولا يقول بالصلاة على الشهيد ، ولكن يقول للحديث دلالتان ، إحداهما ثابتة وإن انتفت الاخرى .

( وهم الفقراء ) الضمير يرجع إلى كلمة من في قوله من يثبت ( والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة ) هذا جواب عما يقال لو كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته لما أعطاهم النبي ﷺ ، وقد ثبت أنه أعطى بني هاشم وبني المطلب . وتقرير الجواب أن النبي ﷺ إنما أعطاهم للنصرة .

( ألا ترى أنه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ ( علل فقال أنهم لا يزالوا معي ، هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه ) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن ابن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم «رض» قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذوي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب جئت أنا وعثمان قلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ينكر فضلهم لمكانك منهم اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة ، فقال إنهم لم يفارقوني في الجاهلية والإسلام ، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد ثم شبك بين أصابعهم .

( دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة ) وذكر أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أن أصحاب اختلفوا في هذا فمنهم من قال إنهم كانوا يستحقون السهم بالمعنيين والنصرة والقرابة جميعاً ، واستدلوا بالحديث المذكور . واخبر عليه السلام أنهم استحقوا بالنصرة بالقرابة جميعاً ، فما لم يجتمعا لم يستحق ، فمن جاء بعد ذلك من القرابة فقد عدمت منه النصرة فحينئذ إنما يستحقه بالفقر دون غيره ، ولا حق لاغنياء من اصحابنا من قال إن سهم ذوى القربى في الاصل لم يجب إلا للفقراء منهم ، ولم يكن

قال فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه . وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده ، والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل

---

مستحقاً باسم القرابة دون الفقر ، والدليل على ذلك ان النبي ﷺ أعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل وهما جميعاً في محل واحد من القرابة ، ولو كان مستحقاً بالقرب لا يستحق الجميع لتساويهم فيه ، ومن الدليل عليه ايضاً ان الخلفاء الراشدين لم يعطوا سهم ذوي القربى لأغنياء منهم ، وإنما اعطوا الفقراء .

( فأما ذكر الله تعالى في الخمس ) في قوله تعالى ﴿ واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خمسه ﴾ ٤١ الأنفال ( فانه لافتتاح الكلام تبركاً باسمه ) روى ابو جعفر الطحاوي رحمه الله في شرح الإشارات بإسناده إلى سفيان الثوري عن قيس بن مسلم قال سألت الحسن بن محمد بن علي «رض» عن قول الله عز وجل ﴿ واعلموا انما غنمتم من شيء فإن لله خمسه ﴾ قال اما قوله فإن لله خمسه فهو مفتاح كلام ﴿ ولله الدنيا والآخرة ﴾ .

( وسهم النبي ﷺ سقط بموته ) لانه كان يستحق ذلك لكونه رسولاً فلما مات سقط ، لانه لا رسول بعد وفاته ولن يكن استحقاقه ذلك لقيامه بأمور امته ، ولهذا لم يرفع الخلفاء الراشدون بعده هذا السهم لانفسهم ، وكانت له خصائص شرف الرسالة لم يكن للأئمة كحل التسع وحرمة نسائه بعده على المؤمنين وإباحة البضع بلا مال ، والعصمة عن الكذب ( كما سقط الصفي ) بفتح الصاد و كسر الفاء وتشديد الياء ، اي كما سقط الصفى بموته ، وكذا سقط خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة .

( ولانه ) اي لان النبى ﷺ ( كان يستحقه ) اى السهم ( برسالته ) اى بسبب رسالته ( ولا رسول بعده ) اى بعد موته ، ولهذا لا يستحقه الخلفاء ، ولان الانبياء عليهم السلام لا يورثون .

( والصفي شيء كان النبي ﷺ يصطفيه لنفسه من الغنيمة ) أي يختاره لنفسه ( مثل

درع أو سيف أو جارية . وقـــال الشافعي « رح » يصرف سهم الرسول إلى الخليفة ،

---

درع أو سيف أو جارية) وروى أبو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير أخبرنا سفيان عن مطرف عن الشعبي قال كان النبي ﷺ يدعي الصفي إن شاء عبداً ، أو شاء أمة ، وإن فرساً يختاره قبل الخمس ، هــذا مرسل . وأخرج أيضاً عن ابن عون «رح» قال سألت محمد بن سيرين عن سهم النبي ﷺ والصفي قال كان يضرب له سهم مــع المسلمين وإن لم يشهد ، والصفي يؤخذ له رأس الخمس ،قبل كان شيء وأخرج أيضاً عن سفيان عن هشام ابن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها قالت كانت صفية من الصفي ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين«رح» ولم يخرجاه .

وقال محمد «رح» في السير الكبير بإسناده عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان سيف النبي ﷺ الذي تنقل يوم بدر كان سيف العاص بن المنبه بن الحجاج يعني اتخــذه لنفسه صفياً . قال الأترازي «رح» فهذ دليل على أنه لم يحمل من الجنة . وذكـر هشام بن محمد بن السائب الكلبي عن أبيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله ﷺ ذا الفقار ، وكان للعاص بن منبه الحجاج السهمي فقتله علي بن أبي طالب رضي الله عنه يوم بدر وجاء بسيفه إلى النبي ﷺ فصار بعــد لعلي رضي الله عنه أعطاه إياه النبي ﷺ وله أن يقول القائل لا سيف إلا ذو الفقار ولا فتى إلا علي إلى هنا كلام الكلبي « رح » . ومـــا ذكر الزمخشري في فائقه أن رسول الله ﷺ تنقله في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم بخلافه ولا سيا أمر المغازي ، فإن الكلبي آية فيه .

وقال الأكمل واصطفى صفية من غنائم خيبر انتهى ، قلت ذكر البخاري «رح»وغيره مسنداً إلى أنس بن مالك رضي الله عنه قال قدمنا خيبر ، فلمـــا فتح الله عليــه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن أخطب وقد قتل زوجها وكانت عروساً فاصطفاهـــا النبي ﷺ لنفسه .

( وقال الشافعي «رح» يصرف سهم الرسول إلى الخليفة ) هذا في روايـة عنه ، وفي رواية يصرف إلى مصالح المسلمين كسل الثغور ، وبه قال احمد . وعن الشافعي «رح»أنه

والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا . قال وبعده بالفقر ، قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي « رح » ، وقال الطحاوي « رح » سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع ، ولأن فيه معنى الصدقة نظراً إلى المصرف فيحرم كما يحرم العمالة ، وجه الأول وقيل هو الأصح ما روي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء ، ومنهم

---

يردسهم النبي ﷺ بعده على بقية الأصناف .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي «رح» (ما قدمناه ) من أن الخلفاء الراشدين يرفعون بعده هذا السهم لأنفسهم ( وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة لما روينا ) إشارة إلى قوله والنبي ﷺ أعطاهم للنصرة إلى آخر ما قال .

( قال ) أي القدوري ( وبعده بالفقر ) أي وبعد النبي ﷺ مستحقون بالفقر ، فلا يعطى شيء لأغنيائهم ( قال العبد الضعيف ) أي المصنف رحمه الله ( هذا الذي ذكره ) أي القدوري أن استحقاقهم بالفقر ( قول الكرخي «رح» . وقال الطحاوي «رح» سهم الفقير منهم ساقط أيضاً لما روينا من الإجماع ) أشار به إلى قوله ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم ( ولأن فيه ) أي في سهم ذوي القربى ( معنى الصدقة نظراً إلى المصرف ) لأن الهاشمي الذي يصرف إليه فقير إذ لم يكن فقيراً لا يجوز صرفه إليه بعد النبي ﷺ باتفاق الروايات عن أصحابنا ، فلما كان فيه معنى الصدقة ( فيحرم ) أي ذوي القربى ( كما حرم العمالة ) أي كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة بضم العين ، وهو ما يعطى على عمله .

( وجه الأول ) أراد قول الكرخي ( وقيل هو الأصح ) إنما قال وقيل لأن في كون قول الكرخي رحمه الله تعالى صح اختلاف المشايخ ( ماروى ) خبر لقوله وجه الأول ، وقوله وقيل الأصح جملة معترضة بين المبتدأ والخبر سقط أيها الناظر ( أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم ) أي معاط ذوي القربى ، روى أبو داود في سننه من حديث

والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنيــــاء ، أما فقرائهم يدخلون في الأصناف الثلاثة . وإذا دخل الواحد والإثنـــان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام فأخذوا شيئاً لم يخمس ،

---

سعيد بن المسيب حدثنا جبير مطعم أن رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئاً كما قسم لبني هاشم وبني المطلب ، قال وكان أبو بكر رضي الله عنه يقسم الخمس نحو قسم رسول الله ﷺ ، غـير أنه لم يعط قربى رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم رسول الله ﷺ ، وكان عمر رضى الله عنه يعطيهم ومن كان بعده منه .

( والإجماع ) أى إجماع الصحابة ( انعقد على سقوط حق الأغنياء ، أما فقراءهم ) أى فقراء ذوى القربى ( فيدخلون في الأصناف الثلاثة ) أى في اليتامى والمساكـين وابن السبيل ، فقد تقدم هذا في أول البحث ، وكرر هنا لزيادة الإيضاح .

فإن قيل إن كانت هؤلاء الثلاثة مصارف باعتبار الحاجة فلا يحل للأغنياء ، فإذن فلا فائدة في ذكرهم في الفقراء القرآن . أجيب بإنما ذكرهم لأن إفهام بعض الناس يذهب إلى أن الفقير منهم لا يستحق لما أنه من قبيل الصدقة ، وقد قال عليه السلام لا تحل الصدقـة لمحمد ولا لآله ، فإذا زال ذلك الوهم بتخصيصهم بالذكر.

فان قيل ما الفائدة في ذكر اليتيم لأنه يدخل في المساكين . أجيب بأنه لدفع وهم من يتوهم أن اليتيم لا يستحق الخمس ، لأن الخمس عن الغنيمة ، والغنيمة بالجهاد تحصل واليتيم ليس بأهل للجهاد فأزال ذلك الوهم بتخصيص ذكر اليتيم .

(وإذا دخل الواحد والإثنان دار الحرب مغيرين) أى حال كونهم مغيرين من الإغارة. قال الكاكي إنما ذكر بلفظ الجمع نظراً إلى قوله أخذا فكان نظير قوله تعالى ﴿ إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما ﴾ ١٣٥ النساء ، فرد الضمير إلى المعطوف والمعطوف عليه جميعاً في كلمة أو وإن كانت أو لأخذ الشيئين ( بغير إذن الامام ، فأخذوا شيئاً لم يخمس ) وقال الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم يخمس ، لأنـــه مال حربي أخذتهن إن كان غنيمة فيخمس .

لأن الغنيمة هو المأخوذ قهراً أو غلبة لا اختلاساً، وسرقة الخمس وظيفتها.

ولو دخل الواحد أو الإثنان بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة، فإن دخلت جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهراً وغلبة، فكان غنيمة، ولأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين،

---

وأما ما ذكره المصنف «رح» بقوله ( لان الغنيمة هي المأخوذة قهراً أو غلبة ) في بعض النسخ هو المأخوذ قهراً، أي من حيث القهر والغلبة ( لا اختلاساً ) أي ليست الغنيمة المأخوذة من حيث الإختلاس ( وسرقة ) أي من حيث السرقة (والخمس وظيفتها) أي وظيفة الغنيمة والإختلاس والسرقة دار الحرب كإكتساب مالاً مباحاً مثل الاصطياد والاحتطاب، وإنما ذكر واحد واثنين. وفي المثنية والثالثة في حكم الاثنين، وفي كل يخمس وتوضع في بيت المال.

( ولو دخل الواحد والإثنان بإذن الإمام ففيه روايتان، والمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالامداد ) بكسر الهمزة، أي بالآية (فصار كالمنعة) أي فصار الامام كالمنعة لهم، حيث أذن لهم، والرواية الأخرى وهي غير مشهورة، لأنه لا يخمس وهي رواية البرامكة، ذكرها الناطفي في الأجناس.

( وإن دخلت ) أي دار الحرب (جماعة لها منعة فأخذوا شيئاً خمس وإن لم يأذن لهم الامام ) هذا لفظ القدوري ولم ينص على قدر المنعة، وأشار في البرامكة في كتاب الخراج لابن شجاع إلى التسعة. وفي المحيط عن أبي يوسف أنه قدر الجماعة التي لا منعة لا يسعه تقود التي لها منعة بعشرة ( لأنه مأخوذ قهراً وغلبة، فكان غنيمة ) فيخمس ( ولأنه يجب على الامام أن ينصرهم، إذ لو خذلهم ) بالخاء والذال المعجمتين، أي لو ترك عونهم ونصرتهم ( كان فيه ) أي في خذلانهم ضعف المسلمين، يقال خذلت الرجل أخذله خذلاً وخذلاناً إذا ترك معونة ( وهن المسلمين) أي ضعفهم. والوهن بسكون الهاء مصدر

بخلاف الواحد والإثنين ، لأنه لا يجب عليه نصرتهم .

## فصل في التنفيل

قال ولا بأس بأن ينفل الإمام في حالة القتال ويحرض على القتـــال فيقول : من قتل قتيلاً فله سلبه ، ويقول للسرية : قد جعلت لكم الربع بعد الخمس ، معناه

---

وهو يهن من باب ضرب يضرب ، وبالفتح مصدر من باب وهن يهن من باب علم يعلم .

( بخلاف الواحد ) إذا دخل دار الحرب ( والاثنين ) أي بخلاف الاثنين إذا دخـلا دار الحرب ( لأنه لا يجب عليه ) أي على الامام نصرة الواحد والاثنين ( نصرتهم ) .

### ( فصل في التنفيل )

أي هذا فصل في بيان حكم التنفيل ، وهو نوع من قسمة الغنيمة ، فكذلك ألحقه بها ، يقال نفل الامام الغازي إذا أعطاه زائداً على سهمه بقوله من قتل قتيلاً فله سلبه نفله نفلاً بالتخفيف ، ونفله تنفيلا بالتشديد لغتان فصيحتان ، كذا قال ابن دريد ، والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه أنفال .

( قال ) أي القدوري (وبأس بأن ينفل الامـــام في حالة القتال ) وفي المبسوط يستحب للإمام أن ينفل قبل الاصابة ، فعلم من هذا ما قالوه أن لفظ لا بأس يستعمل فيما تركه أولى ليس بمجري على عمومه ، ولهذا قال في الكتاب التحريض مندوب إليـــه ، وإنما قيد بقوله في حال القتال ، لأن التنفيل إنما يصح عندنا إذا كان قبل الاصابة . وعند الأوزاعي «رح» يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل ، كذا ذكره في الأسرار (ويحرض به ) أي بالتنفيل ( على القتال فيقول ) أي الامام والعافية لتغير ما قبله ( من قتل قتيلا فله سلبه ) القتيل لا يقتل ، إنما أريد به من يقدر له القتل من الكفار باعتبار المال .

( ويقول ) أي الامام ( للسرية ) وهي جيش قليل يسيرون ، وقد مر الكلام فيـه ( قد جعلت لكم الربـع بعد الخمس ) هذا كلام القدوري . وقال المصنف «رح» ( معناه )

بعدما رفع الخمس، لأن التحريض مندوب إليه ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ﴾ ٦٥ الأنفال ، وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر ، وقد يكون بغيره ، إلا أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه

---

أي معنى قول القدوري «رح» ( بعدما رفع الخمس ) يعني ربع ما أصبتم بعد رفع خمسه ( لأن التحريض مندوب إليه . قال الله تعالى ﴿ يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال ﴾ ٦٥ الأنفال ، وهذا ) أي التنفيل ( نوع تحريض ) لأن المنفل له يجد في القتال لأجل ما يحصل له من الزيادة على سهمه المعين المقدر .

فإن قيل قوله حرض أمر ومطلقه ينصرف إلى الوجوب ، أجيب بأنه يعارضه دليل قسمة الغنائم، فانصرف إلى الاستحباب.

( ثم قد يكون التنفيل بما ذكر ) أي بما ذكر القدورى «رح» ، وهو التنفيل بالربع بعد الخمس ، أو التنفيل بالسلب ( وقد يكون بغيره ) أي بغير ما ذكره ولا ينحصر بما ذكره ، بل يجوز بغيره بأن يقول جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا ، أو يقول ما أصبتم فلكم ، إلا أن الأولى أن لا يجعل بجميع المأخوذ ، لأن فيه قطع الباقين من القراة ، ومع هذا لو فعل جاز لما فيه من المصلحة على ما يجيء . وقال الأترازى « رح» وقال بعض الشارحين أراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وفيه نظر ، لأنه دخل تحت ما ذكره في مختصر القدورى ، لأن السلب يشتمل على ما في وسط القتيل من الذهب والفضة ، فكيف يكون غير ما ذكر المختصر ، قلت أراد ببعض الشارحين صاحب النهاية ، فإنه قال وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة ، وتبعه الأكمل على ذلك . وليس هذا محل نظر ، لأن الغالب في السلب هو ما يكون على القتيل من سلاحه وثيابه . وكون الذهب والفضة في وسطه نادر ، ومع هذا لو صرح الامام في التنفيل بالذهب والفضة يجوز . وقال صاحب الايضاح ويجوز التنفيل بسائر الأموال من الذهب والفضة وغير ذلك.

( إلا أنه ) أي غير أن الشأن ( لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ ، لأن فيه

إبطال حق الكل ، فإن فعله مع السرية جاز ، لأن التصرف إليه وقد تكون المصلحة فيه ، ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام ، لأن حق الغير قد تأكد فيه بالإحراز . قال إلا من الخمس ، لأنه لا حق للغانمين في الخمس ، فإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة ، والقاتل وغيره في ذلك سواء . وقال الشافعي

---

إبطال حق الكل ) أى حق كل الغزاة ( فان فعله مع السرية جاز ) أى فان فعل الامام التنفيل مع سرية يبعثها جاز ( لان التصرف إليه ) أى للامام (وقد تكون المصلحة فيه) أى في تنفيله كذلك .

وذكر في السير الكبير إذا قال الامام لعسكره جميعاً ما أصبتم فلكم نفلا بالسوية لا يجوز ، لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال ، وإنما يحصل ذلك إذا خص البعض بالتنفيل . وكذلك إذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس ، لان فيه إبطال الخمس الذى أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين ، وذلك لا يجوز .

( ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الاسلام ) هذا لفظ القدورى «رح» لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز ) أى بدار الاسلام ، فلا يجوز للإمام أن يقطع حق الغير ( قال إلا من الخمس) أى قال القدورى ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة إلا من الخمس. وقال المصنف ( لانه لا حق للغانمين في الخمس ) فلا يلزم قطع حقهم ، فيصرف الامام فيه على ما رأى من المصلحة في أموال المسلمين .

فان قيل إن لم يكن فيه إبطال حق الغانمين ففيه إبطال حق الاصناف الثلاثة ،وذلك واجب بأن جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحد من الاصناف الثلاثة ، فلم يكن ثمة إبطال حقهم ، إذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف الثلاثة لما تقدم أنهم مصارف لا يستحقون ، لكن ينبغي أن يكون المنفل له فقيراً ، لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء ، فجعله للغني إبطال المحتاجين .

( وإذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغير سواء .وقال الشافعي

« رح » السلب للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلاً لقوله عليه السلام من قتل قتيلاً فله سلبه ، والظاهر أنه نصب شرع ، لأنه بعث له ، ولأن القاتل مقبلاً أكثر غناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره. ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم

---

السلب للقاتل ) وبه قال أحمد «رح» ( إذا كان من أهل أن يسهم له ) أو من أهل أن يرضخ له عند أحمد ، وعند الشافعي من أن يكون له الرضخ فله سلبه قولان . في قول كقول أحمد «رح» ، وفي قول لا سلب له ( وقد قتله مقبلا ) وقال الاترازى قال الشافعي إذا كان القاتل مقبلا فالسلب للقاتل انتهى ، هذا مصرح إن كان مقبلا حال من الضمير المرفوع في وقد قتلة ، وهذا سهو منه فانه حال من الضمير المنصوب فيه كما ذكرنا ، وقد كتب شيخي العلاء بيده مقبلا حال من المفعول ، أى حال كون الكافر مقبلا لا حال كونه مدبراً بالهزيمة . وكذا قال تاج الشريعة في شرحه قوله مقبلا حال من المفعول ، لان الشرط عنده ، أى عند الشافعي كون القتيل مقبلا ، حتى لو قتل منهزماً أو نائماً أو مشغولاً بشيء لم يستحق السلب . قوله مقبلا الواو فيه للحال، ومقبلا حال أيضاً من الضمير المنصوب في قتله احترز به عما إذا قتله مدبراً فانه لا سلب له .

( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( من قتل قتيلا فله سلبه ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه ( والظاهر أنه ) أي أن هذا الحديث ( نصب الشرع ) كما في قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ، فيكون السلب للقاتل سواء شرطه الإمام أو لم يشترط ( لأنه بعث له ) أي لأن النبي ﷺ بعث لنصب الشرع ( ولأن القاتل مقبلا ) أي كافراً مقبلا إليه ( أكثر غناء ) أي كفاية في الجهاد ( فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره ) أي بين قاتل الكافر المقبل وبين قاتل الكافر المدبر المعر ، وقد شرح الأترازي هذا الموضع بناء على قوله إن مقبلا حال من القاتل ،وقد ذكرنا أنه سهو منه ، والمبني أيضاً سهو .

( ولنا أنه ) أي أن السلب ( مأخوذ بقوة الجيش غنيمة ) على وجه القهر ( فيقسم

قسمة الغنائم كما نطق به النص . وقـــال عليه السلام لحبيب ابن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك

---

قسمة الغنائم كما نطق به النص) وهو قوله تعالى ﴿ واعلموا أنما غنمتم من شيء ﴾ ... الآية.

( وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت بـه نفس إمامك ) قال مخرج أحاديث الهداية ، هكذا وقع في الهداية حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيـب بن مسلمة . قلت هكذا هو في كتب أسماء الصحابة ، قال أبو عمرو رحمـه الله ذكره في باب الحاء المهملة بفتح الحاء . وقال حبيب بن مسلمة بن مالك الاكبر وهـب بن ثعلبة بن واثلة بن عمرو بن شيبان بن محارب بن فهـر بن مالك القرشي الفهري ، يكنى أبا عبد الرحمن يقال له حبيب الروم لكثرة دخوله إليهم وسلته منهم وولاه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعمال الجزيرة إذا عزل عنها عياض بن غنم ، وضم إلى حبيب بن سلمـة إرمينية وأذربيجان بعثه إلى أذربيجان وسلمان بن أبي ربيعة أحدهما مدد الصحابة، فتواعد بعضها بعضاً ومات بأرمينية سنة إثنتين وأربعين .

ثم حديثه الذي ذكره المصنف رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط حدثنا أحمد ابن معلا الدمشقي والحسين بن إسحاق التستري وجعفر بن محمد الفريابي قالوا حدثنا أحمد بن عمار انا عمرو بن واقد انا موسى سيار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية قال نزلنا دابقاً وعلينا أبو عبيدة بن الجراح رضي الله عنه فبلغ حبيب بن مسلمة أن نبـه صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج إليه فقتله فجاء بما معه ، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمـة لا تحرمني رزقاً رزقنيه الله تعالى ، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب إني سمعت رسول الله ﷺ يقول إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه، انتهى. وفي مسنده عمرو بن واقد الدمشقي البصري مولى قريش . قال البخاري منكر الحديث . وقال النسائي متروك .

ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن [1] أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري أن نبه

---

(١) في شرح فتح القدير بغير – أبي – اه مصححه .

صاحب قبرص خرج بتجارته متجهـاً بها بطريق أرمينية فخرج عليه حبيب بن مسلمة فقاتله فجاء بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزمرد والزبرجد ، فأراد حبيب ان يأخذه كله ، وابو عبيدة رضي الله عنه يقول بعضه ، فقال حبيب لابي عبيدة قدقال رسول الله ﷺ من قتل قتيلا فله سلبه ، فقال ابو عبيدة لم يكن ذلك للأبد . وسمع معاذ بن جبل رضي الله عنه بذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه ، فقال معاذ لحبيب ألا يبقى اليه وتأخذ ما طابت به نفس مالك ، فانما لك ما طابت نفس إمامك .

وحدثهم معاذ عن النبي ﷺ فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس ، فباعـه حبيب بألف دينار ، وذكره البيهقي في المعرفـة بهذا الإسناد ، ثم قال وهو منقطع بين مكحول ومن فوقه رواية عن مكحول مجهول ، وهذا الإسناد لا يحتج به ، انتهى . وفي هذا الموضع نظر معي ثلاثة منها ترجع إلى كلام المصنف ، الاول : أنه ذكر حبيب بن أبي مسلمة وليس في الصحابة إلا حبيب بن مسلمة كما ذكرنا . والثاني: أن الحديث الذي احتج به لأصحابنا ضعيف كما ذكرنا . الثالث : أن هذا الحديث ليس لحبيب فإنه ما سمعه من النبي ﷺ وإنما هو لمعاذ بن جبل سمعه من النبي ﷺ ورد على حبيب حين أراد أن يسند بالسلب الذي أخذه كما ذكرنا . والنظر الرابع يرجع إلى الشراح فإنهم كلهم نكثوا عن التحرير في هذا الموضع ورضوا بما شرحوا فيه بما لا يرضى به من له أدبر الإمام بالتصرف في الحديث ، وجعلوا هذا حجة على الشافعي ، وكيف يكون حجة وفيه ما ذكرناه .

واستدل الأترازي هنا لأصحابنا فقال وروي في السنن وشرح الآثار مسنـداً إلى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لما كان يوم بدر قال رسول الله ﷺ من فعـل كذا فله كذا ، فذهبت شبان الرجال وحبست الشيوخ تحت الرايات ، فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم ، فقال الشيوخ لا تستأثروا علينا ، فانا كنا تحت الرايات ، ولو انهزمتم كنا ردءاً لكم ، فأنزل الله عز وجل ﴿ يسألونك عن الأنفال ﴾ فقرأ حتى بلـغ ﴿ كما أخرجك ربك من بيتك بالحق وإن فريقاً من المؤمنين لكارهون ﴾ الأنفال، أطيعوني في هذا الأمر كما رأيتم عاقبة أمري حيث خرجتم وأنتم كارهون ، فقسم بينهم بالسواء ،

وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل ، فتحمله على الثاني لما رويناه ، وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه ، والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ، وكذا ما كان مركبه من السرج والآلة ، وكذا

---

ففي هذا الحديث دليل على أن السلب لا يكون للقاتل ،لأنه لو كان له لإعطاء النبي عليه السلام خاصة دون غيره انتهى .

واعترض عليه البيهقي بأن لا حجة لهم فيه ، فان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب ، فيعطى منها ما شاء . وقد قسم لجماعة لم يشدوا ثم نزلت الآية في الغنيمة بعد بدر ، فقضى عليه السلام بالسلب للقاتل ، واستقر الأمر على ذلك انتهى . قلنا حاصل هذا الكلام أن قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً فله سلبه على وجه التنفيل ، وكذلك قال أبو عبيدة لم يقل ذلك للأبد ولا سيما إذا كان السلب كثيراً ، ألا ترى إلى ما رواه الطبراني في معجمه عن الشعبي أن جرير بن عبد الله البجلي بآذر مهران قتله فقومت منطقته بثلاثين ألفاً ، فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه فقال عمر ليس هذا من السلب الذي يخمس ، ولم ينفله وجعله مغنماً .

( ومـــا رواه ) أي الشافعي ( يحتمل نصب الشرع ، ويحتمل التنفيل فيحمله على الثاني ) أي لحمل الحديث الذي رواه الشافعي ( لما روينا ) أي حديث حبيب وهو قوله عليه السلام ليس لك من سلب القتيل إلا ما طابت به نفس إمامك دفعاً للتعارض ( وزيادة الغناء ) جواب عن قوله لأن القاتل مقبلا أكثر غناء ، وهو أن زيادة الغناء في واحد ( لا يعتبر في جنس واحد) وهوالكروالفر( كما ذكرناه ) إشارة إلى ما ذكره في فصل كيفية القسمة ، ولأن الكر والفر من جنس واحد ، وإلى قوله تعذر اعتبار مقدار الزيادة ، لأنه كم من واحد من الفرسان أو الرجال مثل الألف في الغناء ، ولا يعتبر ذلك في استحقاق زيادة السهم ، لأنه من جنس واحد .

( والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ) بالرفع عطفاً على قوله ما على المقتول ، أي السلب أيضاً مركبه ( وكذا ) أي وكذا السلب ( ما على مركبه من السرج والآلة ) أي وآلة السرج نحو بشرقه وخدامه وعباءه ولجامه ( وكذا ) أي وكذا السلب

ما معـــه على الدابة من مالـــه في حقيبته أو على وسطـــه ، وما عدا ذلك فليس بسلب ، وما كان مع غلامه على دابـــة أخرى فليس بسلبه ، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين ، فأمـــا الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل ، حتى لو قـال الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطئها ، وكذا لا يبيعها ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

وقال محمد « رح » له أن يطأها ويبيعها ،

---

( ما معه على الدابة من ماله في حقيبته ) وهي الوعاء الذي يجعل في الرجل حوائجـــه وزوادته فيه ، ويجعل في مؤخر القبت . وفي الجمهرة القبية الرقادة في مؤخر القبت ( أو على وسطه ) نحو الهميان (وما عدا ذلك ) أي المذكور من هذه الأشياء (فليس بسلب) وقال الشافعي السلب ما كان عليه من ساحة الحرب كالثياب التي يقاتل فيها ، والسلاح الذي به ، والمركوب الذي يقاتل عليه ، فأما ما في يده لا يقاتل به كالمنطقـــة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته ففيه قولان ، أحدهما : أنـــه ليس من السلب ، وبه قال أحمد في رواية ، والثاني: أنـــه من السلب وهو قولنا ، وعن أحمد في مركبه روايتان .

( وما كان غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ) بل هو من الغنيمة .

( ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين ، فأما الملك فانما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل ) إشارة إلى ما ذكر في باب الغنائم بقوله ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة ، والثانية منعدمة ، أي اليد الناقلة منعدمة قبل الإحراز فلا يثبت الملك .

( حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي له ، فأصابها مسلم واستبرأها لم يحـــل له وطئها ، وكذا لا يبيعها ، وهـــذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد له أن يطأها ويبيعها ) ذكر الخلاف في الزيادات بين محمد وصاحبه ، واعتمد عليه صاحب الاسرار ، وتبعه صاحب الهداية ولم يذكر الخلاف في السير الصغير ، واعتمد عليه الحاكم الشهيد في

لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قـــد قيل على هذا الإختلاف

---

الكافي ، وذكر الكرخي بين أبي حنيفة ومحمد ، ولم يذكر قول أبي يوسف فقال لا يطأها عند أبي حنيفة خلافاً لمحمد ، واعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة ( لأن التنفيل يثبت به الملك عنده ) أي عند محمد ، وبه قالت الثلاثة ( كما يثبت ) أي الملك (بالقسمة في دار الحرب ) أي بقسمة الامام الغنائم ( والشراء من الحربي ) فان اشترى جارية أو غيرها في دار الحرب من الحربي ( ووجوب الضمان بالاتلاف ) لفظ وجوب الضمان مرفوع بالابتداء وخبره قوله ( قد قيل على هذا الاختلاف ) وفي بعض النسخ وقـد قيل بالواو ، فيكون معطوفاً على قوله الملك،أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على ما أتلف من القراءة سلبه الذي أصابه والاول أولى .

وإنما ذكره دفعاً لشبهة يرد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبيان ذلك أن محمداً رحمه الله ذكر في الزيادات أن المتلف السلب ، نفله الامام يضمن ، لان الحق متأكد ولم يذكر ، فورد الضمان شبهة عليهما ، لان الضمان دليل تمام الملك ، فينبغي أن يحل الوطء على مذهبهما أيضاً بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك أنه أيضاً على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن ، والله أعلم .

* * *

# باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينته إن شاء الله تعالى ، فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتباراً بسائر أملاكهم ، وإذا غلبوا على أموالنا والعيـــاذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها . وقال الشافعي « رح » لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور

---

## ( باب استيلاء الكفار )

أى هذا باب في بيان استيلاء الكفار ، وهذه الاضافة من قبيل إضافـــة المصدر إلى الفاعل . ولما شرع في استيلائهم بدأ باستيلاء بعضهم بعضاً فقال :

( وإذا غلب الترك على الروم ) الترك جمع تركي ، والروم جمع رومي ، والمراد كفار الترك ونصارى الروم ( فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها ، لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب ) أي الاستيلاء على مال مباح ( هو سبب الملك على ما بينته ) أى عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا .

( فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك ) أي مانجده في أيدي الترك ممـــا أخذوه من الروم ( اعتباراً بسائر أملاكهم ) أي قياساً على سائر أموال الترك ، لانهم لما ملكوا الذي أخذوه من الروم بالاستيلاء صار هو ومالهم الاصل سواء (وإذا غلبوا) أى الكفار ( على أموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها ) وبه قال مالك وأحمد إلا عند مالك يملكونها لمجرد الاستيلاء بدون الاحراز . ولاحمد روايتان في رواية مـــع مالك ، وفي روايـــة معنا .

( وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكونها ، لان الاستيلاء محظور ) أى ممنوع حرام

ابتداء وانتهاء ، والمحظور لا ينتهض سبباً للملك على ما عرف من قاعدة الخصم

---

مطلقاً ( ابتداء ) أي في دار الاسلام ( وانتهاء ) أي بعد الاحراز بدار الحرب (والمحظور لا ينتهض سبباً للملك) أي المحظور من وجه لا يكون سبباً للملك لان المحظور من كل وجه وهو الباطل لا يكون سبباً للملك عندنا أيضاً كالبيع بالميتة والدم والخمر ( على ما عرف من قاعدة الخصم ) وهي إراءة اليهم أن النهي بعد المشروعية عنده. وقال الكاكي وتقييده بقاعدة الخصم إنما يصح في المحظور من وجه دون وجه ، كما في البيع الفاسد ، أما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كما في استيلاء المسلم على مال المسلم .

فان قلت يؤيد ما قاله الشافعي ماروي عن عمران بن الحصين أن المشركين أغاروا على سرح المدينة وذهبوا والعضباء وأسروا امرأة الراعي فانفلتت ذات ليلة فأتت بالعضباء فقعدت في عجزها ونذرت إن نجاها الله لتنحرنها ، فلما قدمت المدينة ذكروا ذلك لرسول الله ﷺ فقال بئس ما جزيت ، لا نذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وأخذ ناقته ، وعلم بهذا أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين ، فلو كانوا يملكون لملكت المرأة العضباء بالاخذ منهم. قلت كما كانوا أحرزوها بدارهم وأخذ المرأة العضباء كان قبله في الطريق. وقيل الاحراز لا يثبت الملك . ودليلنا من القرآن قوله تعالى ﴿ للفقراء المهاجرين ﴾ ... ٨ الحشر ، قاله تعالى سماهم فقراء ، والفقير من لا ملك له ، فلو لم يملك الكفار أموالهم لما سموا فقراء .

ودليلنا من المعقول هو قوله ( ولنا أن الاستيلاء ) أي استيلاء الكفار (ورد على مال مباح ) لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على محل مطلقاً على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار في المال والاقتدار بهذه الصفة لا يكون إلا بعد الاحراز ثم بعد إحرازهم ارتفعت العصمة فورد الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور ، فصار كالاستيلاء على الصيد والحطب ، ولهذا لا يملكون رقابنا .

فان قيل قال الله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، فكيف يملكون أموالنا بالاستيلاء والتمليك بالقهر من أقوى جهات السبيل . قلنا النص

عاد مباحاً كما كان غير أن الإستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار ، لأنـه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً ، والمحظور لغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ، وهو الثواب الآجل فمـــا ظنك بالملك العاجل ،

---

عادمباحاً كما كان ) في الأصل .وفي الكافي قوله في الهداية، لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل إلى قوله عاد مباحاً مشكل ، فإنا إذا غلبنا على أموال أهل البغي واحرزنا بدارنا لم يملكها مع زوال المكنة ، إلا أن يقال أراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب . ثم أصل الدار واحدة وهي بحكم الديانة مختلفة ، فتثبت العصمة من وجه دون وجه ، فلم يثبت الملك بالشك ، بخلاف أهل الحرب ، لأن الدار مختلفة، والنعت متباينة من كل وجه، فبطلت العصمة لنا في حقهم .

( غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالاحراز بالدار ، لأنه ) أي لأن الاستيلاء ( عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً ) أي بالانتفاع بالمال في الحال ( ومآلاً ) أي عاقبـــة ، يعني بالادخار إلى الزمن الثاني ( والمحظور لغيره ) جواب عن قول الخصم أن الاستيلاء محظور لا ينتهض سبباً للملك . تقريره أن يقال سلمنا أنه محظور ، لكنه محظور لغيره مباح في نفسه ، يعني أن المال مباح لعينه ، لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك والمحظور لغيره، يعني لا يعنيه ( إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ) كالصلاة في الأرض المغصوبة ، فإنها لا تصلح سبباً لاستحقاق إعلاء النعم وهو الثواب في الآخرة ، فلأن يصلح للملك سببـــاً للملك في الدنيا أولى وهو معنى قوله ( وهو الثواب الآجل ) يعني في الآخرة ( فماظنك بالملك العاجل ) يعني في الدنيا على أنا نقول المحظور قد يصلح أن يكون سبباً للملك كما في السوم على سوم أخيه ، والبيع عند الأذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للبادي ، وبيـــع المتلقي للسلعة فانتقض أصله حينئذ .

وفي الكافي والمحظور بغيره إلى قوله بالملك العاجل مشكل أيضاً ، لأن العصمة لا تخلو إما أن زالت بالاحراز بدراهم أو لا ، فإن زالـــت لا يكون الاستيلاء محظور لـمـا مر

ولنا أن الإستيلاء ورد على مال مباح ، فينعقد سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم ، وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاء ، فإذا زالت المكنة

---

يتناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء ، بل يملكون مالاً مباحاً ذكرنا .

فإن قلت يرد عليكم الاسترداد بالملك القديم من الغازي الذى وقع في قسمته أو من الذى اشتراه من أهل دار الحرب بدون رضي الغازى . قلت أجيب بأن بقاء الاسترداد بحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ، ألا ترى أن للواهب الرجوع في الهبة والاعادة إلى قديم ملكه بدون رضى الموهوب له مع زوال ملك الواهب في الحال ، وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشترى بحق الشفعة بدون رضى المشترى مع ثبوت الملك له . قلت القياس على الهبة فيه نظر على ما لا يخفى .

فان قلت لا نسلم ان المال مباح بأصل الخلقة . قلت إنه مباح به لقوله تعالى ﴿ خلق لكم ما في الارض جيماً ﴾ ٢٩ البقرة ، واللام للاختصاص ،فيقتضي الاختصاص لجهة الانتفاع مطلقاً دون اختصاص الواحد بشيء من ذلك ، لان فيه منع الباقين من الإنتفاع، وقد أضيف إليهم جيماً بحرف الإختصاص .

( فينعقد ) أي ورود الإستيلاء على مال مباح ( سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف كاستيلائنا على مالهم ) بعد الإحراز ، وإنما تثبت العصمة للمال لتمكن المالك من الإنتفاع ودفع الحاجة ، لأنه إذا لم يكن معصوماً كان كل واحد بسبيل من التعرض، فلا تحصل المصلحة المطلوبة من العصمة وهي التمكن من الإنتفاع ودفع الحاجة بعد إحرازهم ارتفعت العصمة ، فعاد مباحاً فملكوه بالإستيلاء .

( وهذا ) إشارة إلى أن الإستيلاء ورد على مال مباح ، وبينه بقوله ( لأن العصمة ) أي في المال ( تثبت على منافاة الدليل ) وهو قوله تعالى ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جيماً ﴾ ٢٩ البقرة ، يقتضي أن لا يكون مالاً معصوماً لشخص ، وإنما تثبت العصمة ( ضرورة ) أي لضرورة ( تمكن المالك من الانتفاع ، وإذا زالت المكنة

فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء ، وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوها لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة

---

أنه على مال مباح وإن لم يترك لم تصر ملكاً لهم كما في مسألة البغاة ، إلا أن يقال العصمة المؤثمة باقية ، لأنها بالاسلام وإن زالت بالقومة لأنها بالدار .

( فإن ظهر عليها المسلمون ) أي فان غلب المسلمون على الأموال التي أخذها الكفار منا (فوجدها المالكون قبل القسمة فهي ) أي تلك الاموال ( لهم ) أي للملاك ( بغير شيء ) يعني يأخذونها مجاناً ( وإن وجدوها بعد القسمة ) أي بعد قسمة الامام الغنائم ( أخذوها بالقيمة إن أحبوا ) يعني إن أرادوا أن يأخذوها يأخذونها بقيمتها . قال الأترازي «رح» وعند الشافعي « رح » يأخذون في الوجهين بغير شيء قلت قال الشافعي « رح ) ولكن الامام يعوض من وقع في سهمه من بيت المال وإن لم يكن في بيت المال شيء أعاد القسمة .

( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( فيه ) أي هذا الحكم ( إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ،وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة )هذا الحديث أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن الحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم إن وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به، وإن وجده قسم به فان شاء أخذه بالثمن. وقال الحسن بن عمارة متروك .

وروى الطبراني في معجمه عن ياسين الزيات عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة رضي الله عنه قال أصاب العدو ناقة رجل من بني سليم ، ثم اشتراها رجل من المسلمين فعرفها صاحبها ، فأتى النبي ﷺ فأخبره فأمره عليه السلام بالثمن الذي اشتراها به صاحبها من العدو وإلا يخلى بينه وبينها، رواه أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة

ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الأخذ نظراً له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ، والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة .

---

قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا إلى النبي ﷺ فأقام البينة أنها ناقته ، وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو ، فقال النبي ﷺ إن شئت أن تأخذها بالثمن الذي اشتراها به فأنت أحق به ، وإلا فخل ناقته . وقال عبد الحق ياسين ضعيف .

وأخرج الدارقطني أيضاً في سننه عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله عن أبيه عبد الله بن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ، ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء ، قال الدارقطني إسحاق متروك ، وهذا كما رأيت كله لا يرضى به الخصم، ولم يبق إلا أن يحتج لما رواه الدارقطنى «رح» وهذا في مسنده عن قبيصة بن ذؤيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال ما أصاب المشركون من أموال الناس فظهر عليهم فرأى رجل متاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، فإذا قسم ثم ظهر عليه فلا شي له ، إنما هو رجل منهم .

وكذا روى أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه عن خلاس عن علي رضي الله عنه نحوه ، قال البيهقي رواية خلاس عن علي ضعيفة . قلت قال ابن حزم رواية خلاس عن علي رضي الله عنه صحيحة .

( ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه ، فكان له حق الأخذ نظراً له ) فيأخذه بغير شيء قبل القسمة ، لأن الملك في المغنوم عام بين الغانمين فقل الضرر عليهم ( إلا أن في الأخذ ) أي غير أن في أخذ المالك القديم ( بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص ، فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين ) بغير جانب المالك القديم والمالك الجديد ( والشركة قبل القسمة ) أي قبل قسم الإمام الغنيمة ( عامة ) بينهم ( فيقل الضرر ، فيأخذه بغير قيمة ) والدليل على عموم الملك بين الغانمين أن واحداً من الغانمين

وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه وإن شاء تركه ، لأنه يتضرر بالأخذ مجاناً ، ألا ترى أنـــه قد دفع العوض بمقابلته ، فكان اعتدال النظر فيما قلناه . ولو اشتراه بعوض يأخذه بقيمـــة العوض . ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص ، فلا يزال إلا بالقيمة ، ولو كان مغنوماً

---

لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك لعموم الشركة ،بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة .

(وإن دخل دار الحرب تاجر واشترى ذلك)أي الذي استولى عليه الحربي(وأخرجه) أي أخرج ذلك الشيء إلى دار السلام ( فمالكـه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه ) أي التاجر ، والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه ، كذا ذكره الحاكم الشهيد «رح» ( وإن شاء تركه لأنه ) أي لأن التاجر ( يتضرر بالأخذ مجاناً) يعني بغـــير شيء ( ألا ترى أنه ) أي أن التاجر ( دفع العوض بمقابلته ) أي بمقابلة ذلك الشيء الذي اشتراه ( فكان اعتدال النظر فيما قلنا ) وهو قوله اعتدال النظر من الجانبين .

( ولو اشتراه بعوض ) أي الشيء بالشيء ( يأخذه بقيمة العوض ) أي بقيمـة ذلك العوض الذي اشتراه (ولو وهبوه لمسلم ) أي ولو وهب أهـــل الحرب ذلك الشيء لمسلم ( يأخذه ) يعني صاحبه ( يأخذه بقيمته ) أي بقيمة ذلك الشيء ( لأنـــه ثبت له) أي للموهوب له ( ملك خاص ) بالهبة (فلا يزال إلا بالقيمة) قيل على أن الملك يثبت للموهوب له مجاناً ، فلا يتضرر بالأخذ منه مجاناً ، بخلاف ما يثبت لأحد الغزاة بالقسمة ، لأن هـذا الحق إنما تعين له بأداء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقين . وأجيب بأن الملك ها هنا أيضاً يثبت بالعوض معنى ، لأن المكافأة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة، فجعل ذلك معتبراً في اثبات حقه في القيمة .

( ولو كان ) أي ما أخذه الكفار من المسلمين ( مغنوماً ) أي مأخوذاً بالقهر والغلبـة

وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد ، وكذا إذا كان موهوباً لا يأخذه لما بينا . وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفاً . قال فإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه فأخذ إرشها ، فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو ، أما الاخذ بالثمن فلما قلنا ، ولما يأخذ الارش ، لان الملك فيه صحيح ،

---

( وهو مثلي ) أي والحال أنه مثلي كالذهب والفضة والحنطة والشعير ( يأخـــذه ) أي صاحبه وهو المالك القديم ( قبل القسمة ) بلا شيء ( ولا يأخذه بعدها ) أي بعد القسمة ( لأن الأخذ بالمثل غير مفيد ) لأنه لو أخذه أخذ بالمثل ولا فائدة فيه ( وكذا )أي وكذا حكم المثلي ( إذا كان موهوباً لا يأخذه ) لا يأخذه المالك القديم بعدم الفائدة ( لمـــا بينا ) إشارة إلى قوله ، لأن الأخذ بالمثل غير مفيد .

( وكذا إذا كان مشترى بمثله قدراً ووصفاً ) أي وكذا لا يأخذه المالك القديم أيضاً إذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدراً ووصفاً ، لأنه لا فائدة في أن يعطى عشرة مثاقيل جياد، ويأخذ عشرة مثاقيل جياد ويعطي عشرة أقفزجيدة، ويأخذ عشرة أقفز جيدة ، وإنـــما قيد بقوله قدراً ووصفاً احترازاً عما لو اشتراه المسلم بأقـــل قدراً منه أو بخمس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفاً فإن له أن يأخذه بمثل المشترى ، ولا يكون ذلك رباً ، لأنه إنما قدر ليستخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه، لا أنه يشتريه ابتداء .

( قال ) أي محمد رحمة الله عليه ( وإن أسروا عبداً فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه فأخذ ) أي المولى ( إرشها ) أي إرش العين ( فإن المولى ) أي المولى الأول ( يأخذه ) أي يأخذه العبد ( بالثمن الذي أخذ به من العدو ، وأمـــا الأخذ بالثمن فلما قلنا ) إشارة إلى قوله لأنه يتضرر بالأخـــذ مجاناً ( ولا يأخذ ) أى المالك القديم ( الإرش ، لأن الملك فيه صحيح ) احترازاً عن الشراء الفاسد، فإن الوصف فيه مضمون.

فلو أخذه أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن ، لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة

---

( ولو أخذه ) أي المالك لو أخذ الإرش (أخذه بمثله وهو لا يفيد ) لأن الإرش دراهم أو دنانير ( ولا يحط شيء من الثمن) يعني إذا أخذ الإرش لا يحط شيء من الثمن بسبب فقيء العين ، لأن العين بمنزلة الوصف لأنه يحصل بها صفة الكمال في الذات فيــه ، ولا ينحط شيء من الثمن ( لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ) وفي النهايــة في قوله لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن نظر . قال الكاكي قال شيخي العلامة وهو مشكل ، وهكذا ذكر في الكاكي ، لأن الأوصاف إنمــا لا يقابلهـــا شيء من الثمن إذا لم يصر مقصوداً بالتناول ، فأما إذا صار مقصوداً فله حط من الثمن ، كما لو اشترى عبداًففقئت عينه ثم باعه مرابحة ، فإنه يحط من الثمن ما يخص العين ، بخلاف ما إذا اعورت ، ذكره في الفوائد الفهيرية .

وكما في مسألة الشفعة المذكورة في الكتاب ، وهنا صارت مقصودة بالتناول،فينبغي أن يكون للمالك القديم حط ما يخص العين من الثمن أجيب عنه بأن الوصف إنما بمقابلة شيء من الثمن عند صيرورته مقصوداً بالتناول في الملك الفاسد ، أو في موضع الشبهة كما في المسائل المذكورة ، فإن الملك في المشترى بالنسبـــة إلى الشفيع كالفاسد . وفي مسألة المرابحة الشبهة تلحقه بالحقيقة لا لإثبات المرابحة على الأمانة دون الخيانة ، وهذا لأن الوصف مضمون في الغصب مراعاة لحق المالك . وكذا في الشراء الفاسد ، أما في الشراء الصحيح الثمن يقابل العين لا الوصف ، إذ الوصف تابع ، ولهـــذا لو ظهر للمبيع وصف مرغوب قد نفياه عند العقد لم يكن للبائع أن يطالب بمقابله شيء وقد فات الملك في ملك صحيح ، وبذهابه لا يسقط شيء من الثمن ، لأنه تابع . ألا ترى أنـــه لو اشترى عبداً فذهبت يده أو عينه لا يسقط شيء من الثمن .

( بخلاف الشفعة ) يعني بخلاف الوصف في مسألة الشفعة حيث يقابله شيء من الثمن . قال الكاكي قوله بخلاف الشفعة إنما يستقيم فيما إذا كان فوات الأوصاف في الشفعة بفعل قصدى ، فحينئذ يقابلها شيء من الثمن في الشفعة ، بخلاف مسألتنا ، أما إذا كان فواتهـا

لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار المشترى في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب ، أما ها هنا الملك صحيح فافترقا . وإن أسروا عبداً فاشتراه رجـــل بألف درهم فأسروه ثانية وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألـــف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشتري الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بها ، وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائباً ليس للأول

---

بآفة سماوية في الشفعة بأن حرق البستان فلا يقابلها شيء من الثمن ، فحينئذ لا تخالف مسألة الشفعة مسألتنا .

( لأن الصفقة لـــا تحولت إلى الشفيـع صار المشترى ) بفتح الراء ( في يد المشترى) بكسر الراء ( بمنزلة المشترى ) بفتح الراء ( شراء فاسداً ، والأوصاف تضمن فيه) أي في الشراء الفاسد ، لأنه واجب الرد ( كما في الغصب) إذ الواجب فيه القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع . (أما هاهنا) أي فيما إذا اشترى من العدو ( الملك صحيح للمشترى فافترقا ) أي الملك صحيح ، والمشترى شراء فاسداً .

( وإن أسروا عبداً ) أي وإن أسر أهل الحرب عبداً من المسلمين ( فاشتراه رجـل بألف درهم فأسروه ثانية ) أي مرة ثانية (وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخـــذه من الثاني ) لأن الاسرار ما ورد على ملكـــه ، وللمشترى الأول أن يأخذه من الثاني ( بالثمن لأن الأسر ما ورد على ملكه ، وللمشترى الأول أن يأخذ من الثاني بالثمن ، لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديـــم بألفين إن شاء ، لأنه قام عليه ) أي على المشترى الاول ( بالثمنين فيأخذه بهما ، فكذا إذا كان المأسور منه الثاني ) وهو المشترى الاول (غائباً ليس للأول)أي المولى الاول وهو

أن يأخــذه اعتباراً بحال حضرته ، ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك عليهم جميع ذلك ، لأن السبب إنما يفيد الملك في محله ، والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه ،

---

المالك القديم ( أن يأخذه اعتباراً [1] بحضرتـه ) أى بحضرة المأسور منه الثاني وهـو المشترى الاول .

قال الاكمل رحمه الله واعترض على قوله وللمشترى الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن ما قالوا بشفاء حق الاخذ الذى اشتراه من العدو وتضرر المالك ، لانه حينئذ يأخــذه بالثمن . وأجيب بأن رعايــة حق من اشتراه من العدو أولاً أولى ، لان حقه يعود في الالف التي بعدها بلا عوض يقابلها ، والمالك القديم يلحقه الضرر ، ولكن يعرض بمقابله وهو العبد ، فكان ما قلناه أولى .

( ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ، ونملك عليهم ) أى على أهل الحرب ( إذا غلبنا عليهم جميع ذلك ) إشارة إلى ذكر من الدبونس [2] وغيرهم ،وفائدة ذلك أن المولى يأخذه وهؤلاء بلا شيء قبل القسمة، وبعدها كذلك إن اشترى رجل واحد من ما ذكرنا من أهل الحرب بعد استيلائهم بأخـذ المولى بلا شيء ، والاصل فيه ما ذكرنا في شرح الطحاوى أن كل ما يملك بالميراث يملك بالامر والإسترقاق والقهر والغلبة ، وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالامر والإسترقاق والقهر والغلبة ( لان السبب ) وهو الإستيلاء ( إنما يفيد الحكم في محله ) يعني إذا قصد بالمحل كما في سائر الأسباب ( والمحل المال المباح ، والحر معصوم بنفسه ) باعتبـــار أن الآدمي خلق للحمل لأعبـــاء التكاليف ، ولا قدرة على التكليف إلا بواسطة العصمة ، فكان التعرض له حراماً .

---

(١) بحال حضرته - هامش .

(٢) هكذا رسمت الكلمة في الاصل .

وكذا من سواه ، لأنه تثبت الحرية فيه من وجه ، بخلاف رقابهم ، لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقـــاء ، ولا جنايـــة من هؤلاء . وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة ، رح » . وقالا لا يملكونه ، لأن العصمة لحق المالك لقيام يده ، وقد زالت . ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه .

---

( وكذا من سواه )أي من سوى الحر من أم الولد والمدبر والمكاتب فللمالك أن يأخذهم قبل القسمة بغير شيء وقال مالك واحمد يملكون المدبر والمكاتب بالإستيلاء حتى يأخذهما سيدهما بالقيمة في الهبة وبالثمن بالشراء أو في أم الولد لا يملكونها عند أحمد «رح» . وقال الزهري يأخذها سيدها بالقيمة في الهبة .وقال مالك«رح»يفديها الإمام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بالقيمة ولا يدعها يستحل فرجها من لا يحل له ( لأنه تثبت الحرية فيه ) أي فيمن سوى الحر ( من وجه ) لاستحقاقهم الحرية ، ولهذا لا يصح أن يملكهم بالعقود .

( بخلاف رقابهم ) أي رقاب أهـــل الحرب ( لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ) لأنهم لما أنكروا وحدانية الله تعالى جازاهم بأن جعلهم عبيـــد عبيده ( ولا جناية من هؤلاء ) أي من أحرارنا ومدبرنا وأمهات أولادنا ومكاتبنا ، لأنه لم يوجد منهم جناية الكفر فلا يستحقون الرق .

( وإذا أبق عبد مسلم لمسلم فدخل إليهم ) أي إلى أهل الحرب ( فأخـذوه لم يملكوه عند أبي حنيفه ) وبـــه قال أحمد في رواية والشافعي . وقيل المسلم اتفاقي والحكم في عبد الذمي كذلك .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( يملكونه ) وبه قال مالك وأحمـــد في المشهور عنه ( لأن العصمة ) أي العصمة الموجودة في العبد كانت ( لحق المالك لقيام يده عليه وقـــد زالت ) يده ، فزالت العصمـــة ( ولهذا ) أي زوال يده ( لو أخذوه ) أي العبد من دار الإسلام ملكوه،ولو كانت العصمة بالإسلام لما ملكوه ، كذا قال تاج الشريعة .

وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوماً بنفسه ، فلم يبق محلاً للملك ، بخلاف المتردد ، لأن يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار ،

---

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه ( أنه ) أي أن العبد ( ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا ، لأن سقوط اعتبارها ) أي اعتبار يد العبد ( لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع ) أي لأجل تمكن المولى من الانتفاع بـه ( وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه ) لأنه حين دخل دار الحرب يد المولى فظهرت يـده على نفسه عنه لا إلى من يخلفه ، لأن يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك ( وصار ) أي العبد ( معصوماً بنفسه فلم يبق محلا للملك ) لأنه يصير في يـد نفسه وهي يد محترمة يمنع الإحراز ، فيمنع التملك ، لأنه لايملك بدون الإحراز .

فإن قيل لا نسلم أنها زالت لا إلى من يخلفه ، فإن يد الكفرة قد خلفت يـد المولى ، لأن دار الحرب في أيديهم . أجيب بأن بين الدارين حداً لا يكون في يد أحد، وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ، ولأن يد الدار يد حكمية، ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار ، إليه أشار فخر الإسلام ، وفيه نظر ، لان حصول اليد الحقيقية في غيره الفراغ . والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف كيف شاء ، وحين دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه .

فان قيل لو حصل له يد حقيقة لعتق ، وليس كذلك . أجيب بمنع الملازمة ، لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى ، فإنه لما ظهرت يـده على نفسه صار غاصباً ملك المولى ، وجاز أن يؤخذ اليد بلا ملك، كما في المغصوب والمشترى قبل القبض، فإن الملك للمولى واليد لغيره .

( بخلاف المتردد ) أي خلاف العبد الآبق المتردد في دار الحرب وهو الذي يدور في دار الإسلام ( لان يد المولى باقية لقيام يد أهل الدار ) لان الإقتدار على المحل قائـم

فمنع ظهور يده . وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة «رح» يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوباً كان أو مشترى أو مغنوماً قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال، لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم ، وليس له على المالك جعل الآبق ، لأنه عامل إذ في زعمه أنه ملكه . وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء ، إذ لا يد للعجماء

---

بالطلب ، والإستعانه بأهل الدار ( فمنع ذلك ظهور يده ) لنفسه ، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قائضاً له لبقاء يده حكماً .

( وإذا لم يثبت الملك لهم ) أي لاهل الحرب على العبد ( عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء ) سواء كان العبد ( موهوباً ) لاحد من أهل الحرب ( كان أو مشترى ) أي لو كان العبد مشترى بأن اشتراه أحد منهم ( أو مغنوماً ) أي لو كان المولى وحده مغنوماً في يد الغانمين ، هذا كله إذا كان ( قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى ) أي على صيغة المجهول ، أي يؤدي المولى ( عوضه من بيت المال ) ولا يعطى المشترى العوض ، لانه قد يكون ملكه بغير أمره ، فكان متبرعاً ، حتى لو أمره بذلك رجع على المشتري بالثمن، وأما المولى فإنما يأخذ عوضه من بيت المال ( لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم ) وإنما يعوض من بيت المال ، لأن هذه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك .

( وليس له على المالك ) أي للغازي أو للتاجر أو للموهوب له (جعل الآبق لأنه )أي لأنه كل واحد من هؤلاء ( عامل لنفسه في زعمه ) إذفي زعمه ( أنه ملكه ) أي أن العبد ، فيكون عاملاً لنفسه لا للمولى القديم .

( وإن ند بعير إليهم ) أي ذهب على وجهه شارد ، يقال ند يند نداً ، أو ندوداً من باب ضرب يضرب ( فأخذوه ملكوه لتحقق الإستيلاء ، إذ لا يد للعجماء ) أي البهيمة ، وإنما سميت عجماء لأنها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم،

لتظهر عند الخروج من دارنا ، بخلاف العبد على ما ذكرنا ، وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا ، فإن ابق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء ، والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الإجتماع بحالة الانفراد ، وقد

---

وقال صلاة النهار عجماء ، لأنها لا تجهر فيها بالقراءة ( لتظهر عند الخروج من دارنا ) أي من دار الإسلام ( بخلاف العبد)إذا أبق ، لأن له يد للظهور عند الخروج ( على ما ذكرنا ) إشارة إلى قوله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا .

( وإن اشتراه رجل ) أي وإن اشترى هذا البعير ، رجل منهم (وأدخله دارالإسلام فصاحبه يأخذه بالثمن إن شاء ) وإن شاء تركه ( فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع وأخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه إلى دار الإسلام ، فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن ، وهذا عند أبي حنيفه ) لما أن عنده يثبت الملك للغازي في المال دون العبد ، واعترض بأن على قول أبي حنيفة رضي‌الله عنه ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء ، لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضاً لانقطاع يد المولى من المال ، لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه ، فلا يصير ملكاً لهم . وأجيب بأن يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه ، فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال ، هكذا قاله الأكمل وفيه تأمل ، لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد وهو مال مباح ، فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار كما في العبد .

( وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الإنفراد ) يعني إذا أبق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك ، فكذلك إذا أبق ومعه فرس ومتاع ( وقد

بين الحكم في كل فرد . وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة « رح » . وقال لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة بطريق معين ، وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ، فبقي في يده عبداً ، ولأبي حنيفة « رح» أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق تخليصاً له ، كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب .

---

بينا الحكم في كل فرد ) أي عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم يملكونها .

( وإذا دخل الحربي داربابأمان واشترى عبداً مسلماً وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة . وقال لا يعتق ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي «رح» في قول . واعلم أن الحربي المستأمن إذا اشترى عبداً مسلما جاز ويجبر على البيع ، لأنه لا يجوز أن يبقى المسلم في ذل الكافر ، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى . وقال الشافعي « رح » لا يجوز بيعه أصلاً ( لأن الازالة ) أي إزالة اليد من الحربي ( كانت مستحقة بطريق متعين ، وهو البيع ، وقد انقطعت ولاية الجبر عليه ) بالدخول في دار الحرب ( فبقي في يده عبداً ) فلا يعتق ،لأنه ملكه في دار الإسلام وأحرزه بدارهم .

( ولأبي حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب ) لقوله عز وجل ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ( فيقام الشرط ، وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق ) بيان هذا أن الحربي المستأمن في دارنا يزال ملكه بالعرض بحرمة ماله بأمانه ، فاذا دخل دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الأمان وسقطت عصمة ماله فيعتق العبد ( تخليصاً له ) وقد عجز القاضي عن عتاقه عليه إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دار الحرب ، فقام شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله دار الحرب فقام عليه الزوال ، وهو إعتاق القاضي ( كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق ) بين الزوجين ( فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب ) فانقضاء ثلاث حيض الذي هو شرط البينونة في

وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو حر ، وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار ، لما روى أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله . ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينـــا مراغماً لمولاه أو بالإلتحاق بمنعه المسلمين إذا ظهر على الدار

---

الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الأمانـــة لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما إذا أسلم أحد الزوجين في دارهم ، ثم سيلزمهـا أن تتقيد بثلاث حيض من بعد ذلك .

( وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر ) على صيغة المجهول ، أي غلب ( على الدار ) أي درامم ( فهو ) أي العبد ( حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لمـــا روي أن عبيداً من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا إلى رسول الله ﷺ فقضى بعتقهم . وقـــال هم عتقاء الله ) وروى أحمد «رح» في مسنده وابن أبي شيبة «رح» في مصنفه والطبراني في معجمه من حديث الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما أن عبدين خرجا من الطائف إلى النبي ﷺ فأسلما فأعتقهما رسول الله ﷺ ، أحدهما أبو بكرة .

وأخرج البيهقي عن عبد الله بن مكرم الثقفي قال لما حاصر رسول الله ﷺ أهـــل الطائف خرج إليهم رقيق من رقيقهم ، فمنهـــم أبو بكرة ، وكان عبد الحارث بن كلاء والمنبعث ونجب ، وورد أن في رهط من رقيقهم فأسلموا ، قالوا ، يا رسول الله ﷺ رد علينا رقيقاً الذي أتوك فقال لا أولئك عتقاء الله عز وجل ، ورد على كل رجل ولاء عبده .

( ولأنه ) أي ولأن العبد الذي خرج إلينا ( أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغمـــا ) أي منابـذاً ، يقال راغم فلان قومه مراغمة إذا خرج عنهم ونبذهم وقيد بقوله مراغماً ، لأنه إذا خرج تابعاً ( لمولاه ) يباع وثمنه للحربي ، وعليـــه نص الحاكم الشهيد في الكافي ( أو بالالتحاق بمنعـه المسلمين إذا ظهر على الدار ) متصل بقوله إذا ظهر على الدار كما أن قوله

اعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين ، لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه ، فالحاجة في حقه إلى زيادة توكيد ، وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء ، فكان أولى

---

ولأنه أحرز نفسه متصل بقوله ثم خرج إلينا . وعن هذا قال الأترازي وفيه لف ونشر ، أعني أنه أحرز نفسه بالخروج إلينا وبالالتحاق فيما إذا ظهر على الدار . قلت هـــذا كلام مترتب ليس فيه لف ولا نشر .

( واعتبار يده ) أي يد العبد ( أولى من اعتبار يد المسلمين،لأنهـــا أسبق ثبوتاً على نفسه ، والحاجة في حقه ) أي في حق العبد ( إلى زيادة توكيد) بمنعه المسلمين (وفي حقهم) أي والحاجة في حق المسلمين ( إلى اثبات اليد ابتداء ، فلهذا [1] كان ) أي اعتبار يـــده ( أولى ) توضيح هذا ، لأنه لما التحق بمنعه المسلمين ، صار كأنه خرج إلى دار الاسلام ، ولا يكون عبداً للغزاة ، لأنهم محتاجون أن يملكوه بالاحراز ، وهو يحتاج إلى أن يحرز نفسه لتناول شرف الحرمة ، وإحرازه أسبق من إحرازهم ،فصار أولى ، لأنه صاحب يد في نفسه ، الكنه يحاج إلى ما يؤكد يده بمنعه المسلمين وهم محتاجون إلى اثبان اليد ابتداء ، فكان اعتبار يده أولى ، والله أعلم .

* * *

---

(١) فكان– هامش.

## باب المستأمن

وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجراً فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ولا من دمائهم ، لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان ، فالتعرض بعد ذلك يكون غدراً ، والغـــدر حرام إلا إذا غدر بهم ملكهم فأخـذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ، ولم يمنعه لأنهم هم الذين نقضوا العهد ،

---

( باب المستأمن )

أي هذا باب في بيان حكم المستأمن وهو المسلم الذي يدخل دار الحرب بالامـــان ، وكذلك يطلق على الحربي الذي يطلب الامان من المسلمين ، وقـــدم المستأمن المسلم ثم عقبـــه بالمستأمن الحربي بفصل على حدة ، كما يجيء إن شاء الله عز وجل .

( وإذا دخل المسلم دار الحرب ) حال كونه ( تاجراً ، فلا يحل له أن يتعرض بشيء من أموالهم ، ولا من دمائهم ، لانه ضمن أن لا يتعرض لهـــم ) أي لاهل الحرب لانهم ما مكنوه من الدخول في دارهم بعـــد الاستئمان إلا بشرط أن لا يتعرض لهم شيء من ديارهم وأموالهم . وقوله (بالاستئمان ) يتعلق بقوله ضمن وضمانه شرط، والمؤمـــن عند شرطه ( فالتعرض بعد ذلك ) أي بعد شرط عدم التعرض ( يكون غدراً ، والغـــدر حرام ) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة ، فيقال هذه غدرة فلان .

( إلا إذا غدر بهم ) أي بالمسلمين ( ملكهم ) أي ملك الكفار ( فأخذ أموالهم ) أي أموال التجار ( أو حبسهم أو فعل غيره ) أي غير الملك ( بعلم الملك ولم يمنعه ) فحينئذ لا يكون أخذ تجارنا أموالهم غدراً (لانهم هم الذين نكثوا[1] العهـــد ) وفعلوا الغدر

---

(١) نقضوا ـ هامش.

بخلاف الأسير ، لأنه غير مستأمن ، فيباح له التعرض ، وإن أطلقوه طوعاً . فإن غدر بهم أعني التاجر فأخـــذ شيئاً وخرج به ملكه ملكاً محظوراً لورود الاستيلاء على مال مباح، إلا انه حصل بسبب الغدر ، فأوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به ، وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه .

---

( بخلاف الاسير ، لانه غير مستأمن ) ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد ، فاذا كان كذلك ( فيباح له التعرض ) لأنه بالوجه المذكور لا يكون أخذ الأسير المسلم غدر ( وإن أطلقوه ) واصل بما قبله ( طوعاً ) أي لا إكراهاً . حاصل الكلام يباح له التعرض ، وإن كان مطلق العنان عندهم ، لأنه لم يوجد الاستئمان صريحاً ، فلم يلزم الغدر .

( فإن غدر ) أي التاجر ( بهم ) أي بأهل الحرب ، وقد بين فاعل غدر بقوله ( أعني التاجر فأخذ شيئاً وخرج به ) إلى دار الإسلام ( ملكه ملكاً محظوراً لورود الإستيلاء على مال مباح ) لأن مال أهل الحرب مباح فيملكه (إلا أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً فيه ، فيؤمر بالتصدق به ) أي بالمال الذي أخرجه ، حتى لو كانت جارية يكره له وطئها ، وإن أحرزها بدارنا ، وكذا يكره للمشتري منه لقيـــام الحضر في الملك بسبب الغدر ، وبخلاف مشتري الجارية من مشتريهاشراء فاسداً ،حيث يحل له وطئها بعدالاستبراء ، لأن الكراهة في حق المشتري الأول لقيام حق بائعه في الاسترداد وقد زال حقه ببيـــع المشتري من آخر ، فظهر الفرق . والرواية مذكورة في المبسوط وغـــيره . وفي المغني للحنابلة يجب عليه رد ما أخذ من مالهم بالخيانة أو بالإستقراض بأن يبعث . ولو جـــاء بأمان أو ايمان يجب الرد عليه كما لو أخذه من مسلم . وعندنا لا يجب الرد ، لكن يتصدق به ولا يجب عليه رد ما استقرض قضاء .

( وهذا ) إشارة إلى قوله ملكه ملكـاً محظوراً ، أي خبيثاً ( لأن الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب ) أي سبب الملك ، وهو الإستيلاء ( على ما بيناه ) يعني في أوائل باب استيلاء الكفار بقوله المحظور بغيره إذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك ... إلى آخره .

وإذا دخـل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه حربي أو أدان هو حربياً أو غصب أحدهما صاحبه ، ثم خرج البيـان واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أمـا الإدانة فلأن القضـاء يعتمـد الولاية ، ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً ولا وقت القضاء على المستأمن ، لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من فعله ، وإنما التزم ذلك في المستقبل فلأنه صار ملكاً للذي غصبـه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم على ما بيناه ، وكذلك لو كانا

---

( وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه ) بتخفيف الدال من الإدانة وهو البيـع بالدين ، واستدانه الابتياع بالدين ، وقولهم أدان بتشديد الدال من باب الافتعـال ، أي قبل الدين ، وقوله (حربي) فاعله ( أو أدان حربياً ) وهو أيضاً من الإدانة ( أو غصب أحدهما ) أي أحد الاثنين ، وهما المسلم والحربي ( صاحبه ) بالنصب ، لأنه مفعول غصب ( ثم خرج إلينا ) أي أحدهما ( واستأمن الحربي ) يعني خرج مستأمناً ( لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء ، أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ) أي ولاية القاضي .

( ولا ولاية وقت الإدانة أصلا) لأنه لا ولاية لنا على أهل الحرب ( ولا وقت القضاء) أي ولا ولاية وقت القضاء ، أي الحكم ( على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله ) في دار الحرب ( وإنما التزم ذلك ) أي حكم الإسلام ( في المستقبل ) في مقابلة فعلها في دار الإسلام ، فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء ، لأنه لا قضاء بدون الولايـة . وفي شرح الطحاوي ولكنه ينبغي فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي .

( وأما الغصب ) فإنما يقضي لواحد منهما على الآخر ( فلأنه ) أي فـلأن المغصوب ( صار ملكاً للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالاً غير معصوم ) لأن دار الحرب دار القهر والغلبة ، فإذا استولى أحدهما على مال الآخر فقـد ملكه ، ولا يحكم بالرد لثبوت الملك (على ما بيناه ) يعني فيما تقدم الآن (وكذلك) أي وكذلك لا يقضى بشيء (لو كانا

حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا . ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب ، أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي ، والولاية ثابتة حال القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام ، وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد . وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه ، أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملك ، وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به ، فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد .

---

حربيين فعلا ذلك ) أي الادانة والغصب جميعاً ( ثم خرجا مستأمنين ) أي حال كونهما مستأمنين ( لما قلنا ) إشارة إلى قوله من قبل أن القضاء يعتمد الولاية إلى آخره

( ولو خرجا ) أي الحربيان لو خرجا حال كونهما ( مسلمين قضى بالدين بينهما ، ولم يقض بالغصب ) الذي حصل بينهما ( أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعهابالتراضي والولاية ) أي ولاية القاضي ( ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالاسلام ، وأماالغصب فلما بيناه ) فيما تقدم عن قريب ( أنه ملكه ، ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد ) لأن مال الحربي غير معصوم .

( وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربياً ) أي مال حربي فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه ( ثم خرجا ) حال كونهما ( مسلمين ) المسلم باسلامه القديم ، والحربي بدخوله في دار الاسلام ( أمر برد الغصب ) ديانة ( ولم يقض عليه ) يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه ( أما عدم القضاء فلما بينا ) فيما تقدم عن قريب ( أنه ملكه ) لكونه مالاً غير معصوم ( وأما الأمر بالرد ومراده الفتوى به ) أي بالرد فيما بينه وبين الله تعالى ، ولا يحكم بالجبر والالزام ، والظاهر أن الضمير في مراده يرجع إلى محمد «رح» ( فلأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم ، وهو نقض العهد ) .

وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ ، أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان ، وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة ، ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب ،

---

( وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمداً أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله ، وعليه الكفارة في الخطأ ) هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير ، ولكن ذكره قاضي خان في الجامع الصغير ، وجعل هذا الحكم في قول أبي حنيفة «رح» ثم قال وقالا ، أي أبو يوسف ومحمد«رح» عليه القصاص في العمد ، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد « رح» لأنه قتل شخصاً معصوماً إذ عصمته ما زالت بالاستئمان فيجب بقتله في دار الاسلام ( أما الكفارة فلاطلاق الكتاب ) وهو قوله تعالى ﴿ ومن يقتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة ﴾ ٩٢ النساء ، وتخصيصها بالخطأ ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا ( والدية ) أي وأما وجوب الدية ( لأن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان ) لأنه لما كان على قصد الرجوع كان كأنه في دار الاسلام تقديراً ، حتى أن المستأمن بهم لما كان على قصد الرجوع كان كأنه بقصد الرجوع في دار الحرب .

( وإنما لا يجب القصاص) جواب سؤال مقدر ،بأن يقال كان القياس وجوب القصاص ، فأجاب بقوله وإنما لا يجب القصاص فيه ( لأنه لا يمكن استيفاءه إلا بمنعة ) أي إلا بقوة وعزة ، لأن الواحد يقاوم الواحد غالباً ( ولا منعة بدون الإمام وجماعة المسلمين ، ولم يوجد ذلك في دار الحرب ) فلا فائدة في الوجوب كالحد ، وعند الأئمة الثلاثة «رح» يجب الحد ، إلا أن عند أحمد لا تقام في دار الحرب ، حتى ترجع . وعند الشافعي يؤخر أيضاً إذا لم يكن أمير الجيش أو الإمام ، وإلا لا يؤخر .

وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل لا تعقل العمد ، وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مـــع تباين الدارين ، والوجوب عليهـم على اعتبـــار تركها وإن كانا أسيرين فقتـل أحدهما صاحبه أو قتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسير فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة « رح » . وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد ، لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر ، كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه، وامتنـــاع القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله لما قلنا .

---

( وإنما تجب الدية في ماله في العمد ، لأن العواقل ) جمـع عاقلة ( لا تعقل العمد ، وفي الخطأ ) أي وتجب الدية أيضاً في الخطأ في ماله ( لأنه لا قدرة لهم ) أي للعواقـــل ( على الصيانة مع تباين الدارين ) لأن الوجوب عليهم لتقصرهم في الصيانـــة عن ارتكاب هذه الجناية ، وكيف يجب على العواقل ، وهم في دار الإسلام صيانة عن الجناية وهـو في دار الحرب ( والوجوب ) أي وجوب الدية ( عليهم ) أي على العواقل ( على اعتبار تركهـا ) أي ترك الصيانة .

( وإن كانا أسيرين ) أي وإن كان المسلمان أسيرين ( فقتل أحدهمـا صاحبه ، أو قتل مسلم تاجر أسيراً فلا شيء على القاتل إلا الكفاره . وفي الخطأ عند أبي حنيفة . وقالا في الأسيرين ) أي في قتل الأسيرين أحدهما الآخر ( الدية ) أي تجب الدية أو الديـة واجبة (في الخطأ والعمد ، لأن العصمة ) المتقومة بالإحراز بدارنا ( لا تبطل بعارض الأسر ، كما لا تبطل بعارض الاستئمان ) وهو طلب الأمان منهم ( على ما بيناه ) إشارة إلى قوله لأن العصمة الثانية بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان ( وامتناع القصاص لعدم المنعة ، وتجب الدية في ماله ) أي في مال القاتل ( لمـا قلنا ) إشارة إلى قوله ، لأن العواقل لا تعقل العمد .

ولأبي حنيفة « رح » أن بالأسر صار تبعاً لهم بصيرورته مقهوراً في أيديهم ، ولهـــذا يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل بـــه الإحراز أصلا ، وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينـا ، وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا .

## فصـــل

قال وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة، ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة ومنعت عليك الجزية ، والأصل أن الحربي لايمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا بالإسترقاق أو الجزية،

---

( ولأبي حنيفة «رح» أن بالأسر صار تبعاً لهم لصيرورته مقهوراً في أيديهـم ) فصار بحكم القهر تبعاً ( ولهذا ) أى ولأجل كونه تبعاً لهم ( يصير مقيماً بإقامتهـم، ومسافراً بسفرهم فيبطل به ) أي بالأسر ( الإحراز ) بدار الإسلام ( أصلاً ) ولما بطل الإحراز لم تثبت العصمة المتقومة ، فلم تجب الدية لأنها بناء على ذلك العصمة ، بخلاف الكفارة، فإنها تجب بالعصمة المؤثمة وهي الإسلام ( وصار ) هـــذا ( كالمسلم الذي ) أسلم في دار الحرب كالمسلم الذي ( لم يهاجر إلينا ) والجامع كون كل واحد منهما مقهوراً في أيديهم ، بخلاف المستأمن لأنه ممكن من الخروج من دارهم ، فلا يكون تبعاً لهم ، فلا تبطل عصمته ( وخص الخطأ بالكفارة ، لأنه لا كفارة في العمد عندنا ) خلافاً للشافعي «رح» .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان حكم المستأمن من أهل الحرب .

( وإذا دخل الحربي إلينا مستأمناً ) أي في حال كونه مستأمناً ( لم يمكن أن يقيم في دارنا ) أي في دار الإسلام ( سنة ، ويقول الإمام له إن أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية ، والأصل فيه ) أي في أصل هذا الحكم ( أن الحربي لا يمكن من إقامة دائمـة في دارنا إلا بالاسترقاق أو الجزية ) تضرب عليه .

لأنـــه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فيلتحقق المضرة بالمسلمين ، ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة والحلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهم بسنة ، لأنها مدة تجب فيها الجزية ، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ، ثم إن رجع بعد مقالة الإمام قبل تمام السنة إلى وطنه فلا سبيل عليه ، وإذا مكث سنة فهو ذمي، لأنه لما أقـــام سنة بعد تقدم الإمام إليه صار ملتزماً للجزية ، فيصير ذمياً ، وللإمام أن يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين . وإذا أقامهـــا بعـــد مقال الإمام

---

( لأنه ) أي لأن الحربي المستأمن ( يصير عينا لهم ) أي ديدباناً وجاسوساً ( وعوناً ) أي ظهيراً ( علينا ) والعون هو الظهير على الأمر والجمع أعوان ( فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الإقامة اليسيرة ، لأن في منعها قطع الميرة ) هـــي الطعام يمتازه الاسنان من ماربمير . وقيل الميرة بكسر الميم وسكون الياء الطام ، والميرة بالهمزة التميمة (والحلب) أي وقطع الحلب بفتحتين ، وهو كل شيء يجلب من إبل وخيل وغنم وغيرها من الحيوانات ( وسد باب التجارة ) أي وفي منع المدة اليسيرة سد باب التجارة ، وفيـــه ضرر أيضاً ( ففصلنا بينهما ) أي بين الإقامة الدائمة والمدة اليسيرة (بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية، فتكون الإقامة لمصلحة الجزية ) .

( ثم إن رجع بعد مقالة الإمام ) أي ثم إن أراد أن يرجع بعد مقالة الامام ، أي بعد ان قال له الامام ان أقمت سنة وضعت عليك الجزية ( قبل تمام السنة ، فلا سبيل عليه) أي لا يمنع من الرجوع .

( وإذا مكث سنة فهو ذمي ، لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الامام إليه صار ملتزمـاً للجزية فيصير ذمياً ) لأنه أقام مدة مضروبة عليه ، والذمي لا يجوز رجوعـــه إلى دار الحرب ( وللامام أن يوقت في ذلك ) أي في ضرب المدة ( ما دون السنة كالشهـــر والشهرين ) على حسب ما يرى من المصلحة ( وإذا أقامها ) أي المدة (بعد مقال الإمـــام

يصير ذميا لما قلنا ، ثم لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض ، كيف وأن فيه قطع الجزية وجعل ولده حرباً علينا ، وفيه مضرة بالمسلمين فإن دخل الحربي دارنا بامان فاشترى أرض خراج ، فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي ، لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ، فإذا التزمه صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما مجرد الشراء لا يصير ذمياً لأنه قد يشتريها للتجارة ، وإذا ألزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة، لانه يصير ذمياً

---

يصير ذمياً لما قلنا ) إشارة إلى قوله لأنه لما أقام سنة بعد تقدم الامام إليه صار ملتزماً بالجزية . وفي فتاوى العتابي لو أقام سنتين من غير أن يتقدم عليه الامام فله أن يرجع إلا إذا قال الامام إذا رجعت إلى كذا و إلا جعلتك ذمياً فلم يرجع ، صار ذمياً ، فوجب عليه الجزية بحول بعد مضي المدة المضروبة ، إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذها منه حينئذ .

( ثم لا يترك إلى أن يرجع إلى دار الحرب ، لأن عقد الذمة لا ينقض ) لأن عقد الذمة خلف عن الاسلام لا ينقض ، فكذا خلفة ( كيف ) أي كيف ينقض ( وإن فيه ) بفتح الهمزة بخط شيخي ( قطع الجزية وجعل ولده ) ذلك ( حرباً علينا ) بطريق التوالد والتناسل ( وفيه ) أي وفي نقض عقد الذمة ( مضرة بالمسلمين ) وهو ظاهر .

( فإن دخل الحربي دارنا بأمان واشترى أرض الخراج ، فإذا وضع عليه الخراج) أي وضع عليه ( فهو ذمي ، لأن خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس ) لأن كل منهما حكم متعلق بالمقام في دارنا ، فصار ذمياً ضرورة ( فإذا التزمه ) أى فإذا التزم الخراج ( صار ملتزماً بالمقام في دارنا ، أما بمجرد الشراء لا يصير ذمياً ، لأنه قد يشتريها للتجارة ) وبه صرح الكرخي «رح» في مختصره . ومن المشايخ «رح» من قال يصير ذمياً بمجرد الشراء ، ذكره قاضي خان «رح» .

( وإذا ألزمه خراج الأرض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة ، لأنه يصير ذمياً

بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه . وقوله في الكتاب فإذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع ، فيخرج عليه أحكام جمة فلا يغفل عنه . وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية ، لانها التزمت المقام تبعاً للزوج . وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً ، لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده ، فلم يكن ملتزماً المقام . ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب

---

بلزومه الخراج ، فتعتبر المدة من وقت وجوبه ) أي وقت وجوب الخراج ( وقوله في الكتاب ) أي وقول محمد «رح» في الجامع الصغير ( فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيخرج ) على صيغة المجهول من باب التفعيل . وقال الأترازي فيخرج على صيغة المبني للفاعل ، يقال خرجته فتخرج على شرط الوضع احكام جمة ( عليه أحكام جمة ) أي على شرط الوضع أحكام جمة ، أي كثيرة ، والجم الكثير من كل شيء ، ومادته جيم وميم . ومن الأحكام المنع من الخروج إلى دار الحرب ووجوب الضمان في إتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية في قتله خطأ ، وجريان القصاص بينه وبين المسلمين عندنا ، ووجوب كل حكم يثبت في حق الذمي ( فلا يغفل عنه ) على صيغة المجهول ، ففي عنه أي عن شرط الوضع ، لأنه إنما تثبت تلك الأحكام بعد وضع الخراج لا قبله .

( وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية، لأنها التزمت المقام تبعاً للزوج ) فيجرى عليها أحكان أهل الذمة من وضع الخراج على أرضها وضع الخراج إلى دار الحرب . وقالت الأئمة الثلاثة لا تصير ذمية ، ولا تمنع من الخروج إذ الذمي الزوج به أو فارقها . (١)

( وإذا دخل حربي بأمان فتزوج ذمية لم يصر ذمياً لأنه يمكنه أن يطلقها ويرجع إلى بلده فلم يكن ملتزماً بالمقام ، ولو أن حربياً دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب

(١) هكذا في الأصل .

وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً في ذمتهم ، فقد صار دمه مباحاً بالعود، لانه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر ، فإن أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه ، وصارت الوديعة فيئاً . أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً لأن يد المودع كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة ، فيختص به . وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته

---

وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً ) أي أو ترك ديناً ( في ذمتهم ) أي في ذمة المسلمين أو في ذمة أهل الذمة ( فقد صار دمه مباحاً بالعود ) إلى داز الحرب ( لأنه أبطل أمانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر ) أي تردد ، وبين التردد بحرف الفاء في قوله ( فان أسر أو ظهر على الدار ) أي دار الحرب ، وكل واحد منها على صيغة المجهول ( فقتل ) بجهول أيضاً ( سقطت ديونه ) أيعن الذينعليهمديونه (وصارتالوديعة فيئاً) أيغنيمة .

( أما الوديعة فلأنها في يده تقديراً ، لأن يد المودع ) بفتح الدال ( كيده ، فيصير فيئاً تبعاً لنفسه ، وأما الدين فلأن اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ) أي المطالبة ( ويدمن عليه أسبق إليه من يد العامة ) أي يد الذى عليه الدين أسبق إليه من يد العامة ، أي يد كل واحد من الناس لسبق يده ( فيختص به ) أي فيختص من عليه الدين بالدين الذى عليه ، يعني لا يطالبه أحد ، فان كان كذلك فيسقط ، أي الدين لسقوط المطالبة .

( وإن قتل ) على صيغة المجهول أيضاً ، أي هذا الحربي الذى دخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب ( ولم يظهر على الدار ) على صيغة المجهول أيضاً ، أي لم يغلب عليها ( فالقرض) الذى عند الناس ( والوديعة ) التي عند المودع ( لورثته ) وعند الشافعي «رح» تكون الوديعة لورثته . وفي الديون قولان ، أحدهما أنها لورثته ، والآخر أنها غنيمة .

وكذلك إذا مات لأن نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله ، وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده . قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين

---

( وكذلك ) أي الحكم ( إذا مات ) هذا الحربي حق يكون قرضه وديعة لورثته ( لأن نفسه لم تصر مغنومة ، فكذلك ماله ) لا يصير مغنوماً ( وهذا ) أي عدم كون نفسه لم تصر مغنومة (لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه) في حياته ( أو على ورثته من بعده ) لأن يد المودع كيده ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» .

فان قيل ينبغي أن يصير فيئاً كما إذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فيكون فيئاً ، ولا تكون يد المودع كيده . قلنا عصمة المال لما كانت ثابتة في دار الاسلام معصوما من وجه دون وجه ،فلا تصير معصومة بالشك ، أما ها هنا العصمة ثابتة عند الايداع ولم يظهر على دار الحرب ، فكانت العصمة باقية كما كانت في دار الاسلام دار العصمة ، وإليه أشار قاضي خان «رح»

( قال ) أي القدوري «رح» ( وما أوجف عليه المسلمون ) يقال وما أوجف الفرس أو البعير عدا وجفا وأوجفه صاحبه إيجافاً ، يقال وجف البعير وجفا ووجيفاً ، وهو ضرب من مشي الابل ، وربما استعمل في الخيل ،وأوجفت البعير إذا حملته على الوجيف ، والمعنى الذي أوجف عليه المسلمون ، أي أعلموا خيالهم وركائبهم . وفي بعض النسخ وما أوجف المسلمون عليه ( من أموالهم ) أي من أموال أهل الحرب ( بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين ) كعمارة الرباطات والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة ، ومن مصالح المسلمين الصرف إلى أرزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وأرزاق المقاتلة ، ومنها أن يصرف إلى رصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق .

وقال الشافعي «رح» يقسم ما أوجف عليه المسلمون فأربعة أخماسه للنبي ﷺ ، وخمسه

كما يصرف الخراج ، قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولاخمس في ذلك. وقال الشافعي « رح » فيهما الخمس اعتباراً بالغنيمة ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ،

---

يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس للنبي عليه السلام ، ففى نصيبه بعد وفاته قولان . فى قول يصرف إلى مصالح المسلمين ، وفى قول إلى المقاتلة ، وكذلك قال فى الجزية ( كما يصرف الخراج ) أى مصالح المسلمين .

( قالوا ) أى مشايخنا «رح» ( هو ) يرجع إلى قوله وما أوجف المسلمون عليه ( مثل الاراضى التي أجلوا أهلها عنها ) أى أجلى المسلمون أهل تلك الاراضى عنها ، أي أخرجوهم عنها ، يقال جلى السلطان القوم عن اوطانهم وأجلاهم فجلوا ، أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى ، والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطء والاخراج .

( والجزية ) قال الأترازي والجزية بالجر عطفاً على قوله الأراضي ، أي هذا مثل الأراضي ومثل الجزية ، وكذا قال غيره من الشراح . وقال تاج الشريعة «رح» والجزية إن رفعتا تكون معطوفة على مثل وإن خفضته يكون عطفاً على الأراضي (ولا خمس في ذلك) أي فيما أوجف عليه المسلمون .

( وقال الشافعي « رح » فيها الخمس ) أي في الأراضي التي أجلوا أهلها عنها مثل الجزية . وفي بعض النسخ وفيها بافراد الضمير ، أي في الثالثة الاثنان المذكوران والخراج، وقد بينا قول الشافعي مفصلاً عن قريب ( اعتباراً بالغنيمة ) أي قياساً عليها وسيجيء الجواب عنه .

( ولنا ما روي أنه عليه السلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ) لم يذكر أحد من الشراح الذين وقفت على شروحهم شيئاً ما يتعلق بقوله ولنا ما روي إلى آخره ، ورأيت في بعض نسخ الهداية ، وكذا عمر وعثمان ومعاذ، ثم شطب على قوله عثمان ، والشطب صحيح ، وفي بعضها ولنا ما روى عن علي رضى الله

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال ، بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى ، واستحقه الغانمون بمعنى ، وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى

---

عنه أنه أخذ الجزية ، وكذا عمر ومعاذ رضى الله عنهما ، وشطب على قوله من علي ، والشطب صحيح ، والنسخة الصحيحة ما كتبناها أولاً وهى ولنا ماروي انه عليه السلام إلى قوله ولم يخمس ، وكذا نسخة شيخي العلاء وكتب بخط يده تحت قوله عليه السلام أخذ الجزية يعني من مجوس هجر ، وكتب تحت قوله وكذا عمر من أهل السواد ، وكتب تحت قوله ومعاذ يعني من أهل اليمن ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك .

وذكر مخرج أحاديث الهداية فقال الحديث الثالث روى أن النبي ﷺ فذكره مثل ما ذكر المصنف ، ثم قال أخرج أبو داود في كتاب الخراج عن أبى معد الكندي أن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه كتب أن من سأل عن مواضع الفيء فهى ما حكم فيه عمر بن الخطاب رضى الله عنه فراه المؤمنون عدلاً موافقاً لقول النبي ﷺ جعل الله الحق على لسان عمر ، وقلبه فرض الأعطية وعقد لأهل الأديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب بخمس ولا يغنم ثم قال وهو ضعيف فان فيه مجهولاً . وعمر بن عبد العزيز لم يدرك عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

( ولأنه ) أي ولان المأخوذ بايجاف المسلمين (مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال) بل أخذ منهم بالرعب من المسلمين فلم يصح اعتباره بالغنيمة ( بخلاف الغنيمة ، لانه ) أي لان الغنيمة بتأويل المغنوم ( مملوك بمباشرته الغانمين ، وبقوة المسلمين ) يعني مملوك بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين ، فلما كان السبب مختلفاً اختلف الاستحقاق أيضاً ( فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب ( واستحقه الغانمون بمعنى ) وهو مباشرتهم القتال ( وفي هذا ) أى فيما أوجف المسلمون عليه ( السبب واحد ) وهو الرعب بظهر المسلمين ، لانه لم يوجد السعى من القراءة فلم ينقض الاستحقاق، فكان بين جماعة المسلمين ( وهو ما ذكرناه ) إشارة إلى قوله لانه مال مأخوذ بقوة المسلمين بغير قتال ( فلا معنى

لإيجـــاب الخمس. وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم ها هنا ، ثم ظهر على الدار فذلـــك كله فيء ، أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر ، لأنهم حربيون كبار وليسوا باتباع ، وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل ، وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلـــك ، وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئاً وغنيمة

---

لايجاب الخمس ) لانـــه تعالى قال ﴿ فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ ٦ الحشر ، فيجعل كله للمسلمين .

( وإذا دخل الحربى في دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ، ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حربياً وبعضه مسلماً فأسلم هنا ) أي في دار الاسلام (ثم ظهر ) على صيغة المجهول ، أي غلب (على الدار ) أي على دار الحرب ( فذلك )أي المذكـــور (كله فيء )أي غنيمة (أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر ) أي في كونهم فيئاً (لأنهم حربيون وهم كبار وليسوا بأتباع) اي بالبلوغ ( وكذا ما في بطنها لو كانت حاملاً ) اى وكذلك الجنين فيء لانه تابع للإسلام في الرق والجزية ( لما قلنا من قبل ) إشارة إلى ما قال في باب الغنائم بقوله ولنا أنه جزؤها فيرق برقها .

( وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا كان في يـــده وتحت ولايته ، ومع تباين الدارين ) أي دار الإسلام دار الحرب ( لا يتحقق ذلك ) أي كونه تابعاً لإسلام أبيه ( وكذا أمواله لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين ، فبقي الكل فيئاً وغنيمة ) وذلك أن الأصل أن تكون الأموال بأيدي الملاك بالعرف .

وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ، إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده ، وما سوى ذلك فيء ، أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا ، وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً لأن يد الحربي ليست يداً محترمة . وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة

---

فإن قلت قوله ﷺ عصموا مني دماءهم وأموالهم . قلت هذا باعتبار الغلبة ، يعني المال الذي في يده أو ما هو في معناه للعرف لأن من دأب الشرع بناء الحكم على الغلبة .

( وإن أسلم في دار الحرب ثم جاء ) إلى دار الإسلام ( فظهر على الدار ) أي دار الحرب ( فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبيهم ، لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم ، إذ الدار واحدة ) أي أن الدار كانت واحدة في حالة الإسلام ولم يوجد حينئذ ما يمنع التبعية وهو تباين الدارين .

( وما كان من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو له ، لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء ) أراد به المرأة وأولاده الكبار والمال الذي غصبه مسلم أو ذمي أو كان مودعاً عند حربي ( وأما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا ) أشار به إلى قوله لأنهم حربيون كبار ( وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوماً ، لأن يد الحربي ليست يداً محترمة ) .

( وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة ) وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» في الجامع الصغير وغيره . وروي عن أبي حنيفة قال ولا دية عليه ولا كفارة من قبل أن

في الخطأ . وقال الشافعي « رح » تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد ، لأنه أراق دماً معصوماً لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلياً لكرامته وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعاً والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به ، فيكون وصفاً فيه فيتعلق بما علق به الأصل .

---

الحكم لم يجر عليهم . وعن أبي يوسف «رح» قال أضمنه الدية وأجعل عليهم ( في الخطأ ) الكفارة . واستحسن ذلك وأدع القيـــاس كما قال أبو حنيفة « رح » ، كذا ذكره الكرخي في مختصره .

( وقال الشافعي «رح» تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد ) وبـــه قال مالك وأحمد «رح» ( لأنه ) أي لأن القاتل ( أراق دماً معصوماً لوجـود العاصم وهو الإسلام لكونه ) أي لكون الإسلام ( مستجلياً للكرامة ) يعني أن الإسلام مستجلي للكرامة . وفي بعض النسخ لكونه مستجلباً للكرامة . وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة ، فتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات ، وهو الإسلام ، إذ به تحصل السعادة الأبديـة لا بالدار التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة . ومن أراق دمـــاً معصوماً إن كان خطأ ففيه الدية والكفارة ، وإن كان عمداً ففيه القصاص، كما لو فعل ذلك في دار الإسلام.

( وهذا ) أي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد ( لأن العصمة أصلها المؤثمـة لحصول أصل الزجر بها ) أي بالمؤثمة ، فإن من علم أنه يأثم بقتل الزجر عنه نظراً الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال ( وهي ) أى العصمة ( ثابتة ) أي بالإسلام ( إجماعاً ) لأنه لا قائل بعدم الإثم على من قتل مسلماً ، أي في موضع كان ( وبالمقومة ) أي العصمـــة المقومة ( كمال فيه ) أي في أصل العصمة ( لكمال الامتناع به ) أي بأصل العصمة لأنه إذا وجب الإثم والمال كان في ذلك أكمل ، وأثم في المنع من الذي وجب في الاثم دون المال ( فيكون وصفاً فيه ) أي فيكون الكمال وصفاً في ذلك الأصل وهـــو العصمة الموثمة ( فيتعلق ) أي يتعلق الوصف الذي هو المقومة بالاسلام ( بما علق به الأصل ) وهـــو

ولنا قوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾... الآية٩٢ النساء ، جعل التحرير كل الموجب ورجوعاً إلى حرف الفاء ، أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ، ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية ، لأن الآدمي خلق متحملا بأعباء التكليف ،

---

العصمة المؤثمة ، وهي تتعلق بنفس الاسلام ، وكذا العصمة المقومة أيضاً فتثبت العصمة به جميعاً بالاسلام ، فتجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر إلينا .

(ولنا قوله تعالى ﴿ فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ... الآية ٩٢ النساء )وإن أباحنيفة يؤول هذه الآية بالذين أسلموا في دار الحرب ولم يهاجروا، وهو المنقول عن بعض أئمة التفسير . ووجه الاستدلال بالآية أن الله تعالى بين المؤمن المطلق ، وبين المؤمن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل ، فجعل الحكم في الأول الكفارة بقوله ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله ﴿ فتحرير رقبة ﴾ بيان ذلك من وجهين .

أحدهما : ( جعل التحرير كل الموجب ) بفتح الجيم ( ورجوعاً )أي من حيث الرجوع ( إلى حرف الفاء ) فإنه للجزاء ، والجزاء إسم لما يكون كافياً ، فان كان كافياً كان كل الموجب ، فاذا وجب غيره ما يكون التحرير كافياً ولا كل الجزاء .

والوجه الثاني : وهو قوله ( أو إلى كونه ) أي أو رجوعاً إلى كونه التحرير ( كل المذكور ) حيث لم يذكر غيره ( فينتفي غيره ) أي غير التحرير ، لأن قصد الشارع في مثله إخراج المبدعن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك إلا بيان الحكم كله. فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان . وقال مولانا حافظ الدين بيان الشارع على نوعين : بيان كيفية وبيان نهاية ، وها هنا بيان النهاية ، فلا يجوز أن تكون الدية واجبة ولا ذكرها ، إذ لو وجبت لكان البيان قاصراً ، فيلزم التكرار .

( ولأن العصمة المؤثمة ) هذا دليل معقول ، بيان ذلك أن العصمة المؤثمة متعلقة ( بالآدمية لأن الآدمي خلق متحملاً لأعباء التكليف ) أي لأثقاله جمع عبأ بالكسر وهو

ويقام بها بحرمة التعرض ، والأموال تابعة لها ، أما المقومة فالأصل فيها الاموال، لان التقوم يؤذن بجبر الفائت ، وذلك في الاموال دون النفس ، لان من شرطه التماثل وهو في المـــال دون النفس فكانت انفوس تابعة، ثم العصمة المقومة في الأموال بالاحراز بالدار ، لأن العزة بالمنعة

---

المحل، ومن خلا من شيء وجب عليه القيام به فالآدمي وجب عليه القيام باعباء التكاليف ( والقيام بها ) أي بأعباء التكاليف إنما يكون ( بحرمـــة التعرض ) فالآدمي وجب ان يكون حرام التعرض مطلقاً، إلا أن الله أبطل ذلك في الكافر بعارض الكفر ، فاذا زال الكفر بالاسلام عاد على الأصل (والأموال تابعة لها) أي للآدمية التي تثبت العصمة المؤثمة لها، لان الاموال جعلت في الاصل مباحاً، وإنما صارت معصومة لتمكن الآدمي من الانتفاع بها في حاجته، فكانت تابعة للآدمية .

( أما المقومة ) أي العصمة المقومة ( فالاصل فيها الاموال ) يعني الاصل في المتقومة غير الآدمي ( لان التقوم يؤذن) أي يشعر (بجبر الفائت) ومعنى الجبر يتحقق في الاموال دون النفوس ، إذ من شرط الجـــبر التماثل ( وذلك في الاموال دون النفوس ، لان من شرطه التماثل ) أي من شرط الجبر التماثل صورة ومعنى، كما في ذوات الامثال أو معنى فقط ، كما في ذات القيم ( وهو في المال دون النفس ) لانه يتحقق في النفس ، فاذا كان كذلك ( فكانت النفوس تابعة ) للأموال في التقوم في العصمة ، ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل في شيء، والعصمة المقومة أصل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال في الآخر ولا وصف زائد عليه .

( ثم العصمة المقومة في الأموال تكون بالإحراز بالدار ) أي بـــدار الإسلام ، لأنها عزة فلا تكون بغيره ( لأن العزة بالمنعة ) أي منعة المسلمين ، لأن التقويم يبنى على خطر المحل، والخطر إنما يثبت إذا كان ممنوعاً عن الأخذ، إذ فيما تصل إليه الأيدي بلا منازع، وإلا مواقع لا يكون خطيراً كالماء والتراب، فعلقنا التقويم بالاحراز بالمنعة ، وأما الإسلام

فكذلك في النفوس ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة .
لما أنه أوجب إبطالها ، والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم
حكماً لقصدهما الانتقال إليها .

---

فلا يؤثر في إناءة العصمة المقومة لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا ، وإنما وضع لاكتساب الآخرة . وإذا كانت العصمة المقومة في الأموال بالمنعة .

( فكذلك في النفوس ) لأنها تابعة لها كما ذكرنا ، لكن لا صفة لدار الحرب ، وهو معنى قوله ( إلا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفرة ، لأنه ) أي أن الشرع ( أوجب إبطالها ) أي أن الشرع سلطنا على إبطال منعة الكفرة ، وإذا لم يكن منعة لا يوجب الإحراز ، وإذا لم يوجد الإحراز لا توجد العصمة المقومة . وإذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية .

وقال الأكمل هذا في غاية التحقيق خلا أنه يوهم أن لا يملكوا أموالنا بالإحراز إلى درامم كما قال به الشافعي ، ودفعه بأن معنى قوله أن الشرع أسقط اعتبارها حال كونهم في دارهم ، وأما إذا وقع خروجهم إلى دارنا وإحراز أموالنا باليد الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة .

( والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم ) أي دار أهل الحرب ( حكماً ) أي من حيث الحكم ، وهذا جواب عما يقال أن المرتد والمستأمن محرز بدار الإسلام ، فيجب أن يتقوم أموالهم تقوماً حتى لا تجب الدية بقتلهما ، فأجاب بينهما من أهل دارهم حكماً ( لقصدهما الانتقال إليها ) أي إلى دار الحرب وكون المستأمن من أهل دارهم ظاهر ، ولا شك في قصده الانتقال ، وأما المرتد فكذلك،لأنه يقصد الانتقال رجوعاً عن القتل. وقيل الدار داران عندنا دار الإسلام ودار الحرب . وعند الشافعي الدنيا دار واحدة ، والبلاد أجزاؤها ، فلا تتغاير أحكامها . ونحن نقول المراد بدار الإسلام بلاد تجري فيها أحكام الإسلام ، وبلاد الحرب بلاد تجري فيها أمر عظيمهم ، وتكون تحت قهره ، فتتغايرا إسماً ووصفاً فيتغايران حكماً .

وعلى هذا الأصل مسائل فيها هذه .

ومن قتل مسلماً خطأً لا ولي له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للامام ، وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة خطأ ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ، ومعنى قوله للامام أن حق الأخذ له ، لأنه لا وارث له ، وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله ، وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان ،

---

ومنها أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم به عتق مدبروه ،وأمهات أولاده ، وتنفسخ إجارته على ما يجيء في بابه إن شاء الله تعالى .

ومنها وقوع الفرقة بتباين الدارين .

ومنها وجوب الحد على من زنى في دار الحرب .

ومنها استحقاق سهم الفرسان إذا جاوزوا الدرب فارساً فنفق فرسه وقاتل راجلاً .

ومنها عدم جواز القسمة في دارهم وغير ذلك من الأحكام .

( ومن قتل مسلماً خطأً لا ولي له ، أو قتل حربياً دخل إلينا بأمان ) أي إلى دار الإسلام ( فأسلم فالدية على عاقلة الإمام ) أي على عاقلة القاتل الدية للامام ، وفي بعض النسخ على العاقلة للامام ( وعليه الكفارة ، لأنه قتل نفساً معصومة خطأً ، فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ) أما المسلم فلقوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأً ﴾ ...الآية ٩٢ النساء، وأما المستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا ، فصار حكمه حكم سائر المسلمين ، وللامام أن يأخذ ديتها ويضعها في بيت المال لعدم الوارث.

(ومعنى قوله للامام ) أي معنى قول محمد للامام ( أن حق الأخذله،لأنه لا وارث له وإن كان عمداً ) أي وإن كان قتل المذكورين عمداً ، أي قتلا عمداً ( فإن شاء الامام قتله ) أي القاتل ( وإن شاء أخذ الدية ، لأن النفس معصومة ، والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة أو السلطان ) اعترض عليه بأن التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه ، كما في المكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث . وأجيب بأن الإمام ها هنا نائب عن

قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له ، وقوله إن شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد وهو القود عيناً ، وهذا لان الدية أنفع في هذه المسألة من القود ، فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له أن يعفو ، لان الحق للعامة ، وولايتة نظرية ، وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض

---

العامة ، فصار كأن الولي واحد ، بخلاف مسألة المكاتب .

( قال النبي ﷺ السلطان ولي من لا ولي له ) هذا قطعة من حديث أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجة عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله ﷺ أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فالمهر لها لما أصاب منها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له . وقال الترمذي حديث حسن ، وقد تقدم الكلام فيه في أوائل النكاح .

( وقوله ) أي وقول محمد في الجامع الصغير ( وإن شاء أخذ الدية ، معناه بطريق الصلح ، لأن موجب العمد هو القود عيناً ) أي القصاص معيناً ( وهذا ) أى جواز أخذ الدية هنا ( لأن الدية انفع في هذه المسألة من القود ) أي القصاص ، والحق للعامة والإمام كالنائب عنهم ( فلهذا كان له ولاية الصلح على المال ، وليس له أن يعفو، لان الحق للعامة ) أي لعامه الناس ( وولايته ) أي ولاية الإمام ( نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم ) أي حق العامة ( من غير عوض ) عن القتل . وإذا كان المقتول لقيطـــاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل ، والكفارة عليه . وإن كان عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء صالحه على الدية عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الديه عليه في مسألة ولا أقتله به ، قيل إني لا أعرف له ولياً، كذا ذكره الحاكم في الكافي وشمس الأئمة في الشامل .

★ ★ ★

# باب العشر والخراج

## قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حـد الشـام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب

---

**( باب العشر والخراج )**

أي هذا باب في بيان حكم العشر والخراج. والعشر لغة أحد الأجزاء العشرة،والخراج إسم لما يخرج من غلة الأرض أو الغلام ، ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجاً ، فيقال أدى فلان خراج أرضه ، وأدى أهل خراج رؤوسهم ، يعني الجزية .

( أرض العرب كلها أرض العشر )قال الكرخي في مختصره أرض العرب كلها أرض عشر ، وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية . قال القدوري«رح»ما ذكره المصنف بقوله ( وهي ) أى أرض العرب ، وفي بعض النسخ وهو قال الكاكي ذكـره بالنظر إلى خبره ، وهو ما يعني كلمة مـا التي في قوله ( ما بين عذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام ) أي حد الشام عذيب بضم العين المهملة وفتح الذال المعجمـة وبالباء الموحدة ، وهو ماء التميم . والحجر بفتحتين يعني الصخر ، لأنه وقع في أمالي أبو يوسف الصخر موضع الحجر ، ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف . ومهرة بفتح الهاء والسكون إسم رجل ، وقيل إسم قبيلة تنسب إليها الابل المهرية ، وسمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلاً من قوله باليمن ، هذا أطول أرض العرب. وأما عرضها من يسرين والدهناء ورمل عالج إلى مشارق الشام ، أى قراها .

( والسواد أرض خراج ) أي أرض سواد العراق ، أي قراها أرض خراج، وبه صرح التمرتاشي . وسمى السواد لخضرة أشجاره وزروعه ( وهو ) أي السواد ( ما بين العذيب

إلى عقبة حلوان ، ومن الثعلبية . ويقال من العلث إلى عبادان ، لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين «رض» لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب، لانه بمنزلة الفيء ، فلا يثبت في أراضيهم ، كما لا يثبت في رقابهم ، وهذا لان وضع الخراج من شرطه

---

إلى عقبة حلوان ) بضم الحاء إسم بلد. وقال الأترازي المراد من السواد المذكور سواد الكوفة ، وهو سواد العراق وحده من العذيب إلى عقبة حلوان عرضاً ، ومن العلث إلى عبادان طولاً . وأما سواد البصرة قال الاهواز وفارس .

وقال المصنف ( ومن الثعلبية ، ويقال من العلث إلى عبادان ) وقال الأترازي وما قبيل من الثعلبية إلى عبادان غلط ، لأن الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير ، والعلث بفتح العين وسكون اللام وبالثاء المثلثة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة ، وهو أول العراق شرقي دجلة ، وعبادان بتشديدالباء الموحدة حضر صغير على شطالبحر ، وفي المثل ما وراء عبادان قرية . وفي شرح الوجيز سواد العراق من عبادان إلى حديثة الموصل طولاً ، ومن عذيب القادسية إلى حلوان عرضاً ، وطوله مائة وستون فرسخاً ، وعرضه ثمانون فرسخاً ، ومساحته ستة وثلاثون ألف ألف جريب .

( لأن النبي ﷺ والخلفاء الراشدين رضي الله عنهم لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ) هذا ليس له أصل في كتب الحديث، ولم يذكر أحد من الشراح حال هذا الحديث بالكلية ، غير أن الأترازي ذكره مثل ما ذكره المصنف ، ثم قال والأرض لا تخلو من أحد الحقين ، يعني العشر والخراج ، فدل أن الذي ذكره المصنف على أن أرض العرب عشرية .

( ولأنه ) أي ولأن الخراج ( بمنزلة الفيء ) من حيث أنه لا يبتدئه المسلم ( فلا يثبت ) أي الخراج ( في أراضيهم ) أي في أراضي العرب ( كما لا يثبت في رقابهم ) لأن شرط وضعه في الرقاب إقرار أهلها عليها على الكفر ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف كما يذكره المصنف الآن ( وهذا لأن وضع الخراج ) على أرض العرب ( من شرطه ) أي

أن يقر أهلهـــا على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وعمر رضي الله عنـــه حين فتـــح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة « رض » ، ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص ، وكـــذا اجتمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام

---

من شرط الوضع ( أن يقر أهلهـا على الكفر كما في سواد العراق ) حيث وضع عليـــه الخراج كما يجيء الآن .

( ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وعمر رضي الله عنه حـــين فتح سواد العراق وضع الخراج عليهـا بمحضر من الصحابة ) وكان فتح سواد العراق على يدي سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه في خلافة عمر رضي الله عنه ، وكان ابتداء سعد في غزوة العراق في سنة أربع عشرة لم يزل يفتح مدينة إلى سنة سبعة عشر . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن أبي مهر عن الشيباني عن أبي عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب يبلغه المـــاءعامراً وداراً درهماً وقفيز من طعامهم ، وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام ، وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة . ولم يضع على النخل شيئـــاً جعله تبعاً للأرض .

( ووضع على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص ) وكان فتح مصر في سنة عشرين من الهجرة . وقال الأترازي وضع عمر رضي الله عنه الخراج على مصر حين افتتحت صلحـاً على يد عمرو بن العاص ، انتهى . وقال الواقدي حدثني من سمع صالح بن ليسان يخبر عن يعقوب بن عيينة عن شيخه من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة ، واستباح ما فيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم عمرو بن العاص بعد وضع الجزية في رقابهم ، ووضع الخراج على أرضهم ثم كتب إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذلك .

( وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام ) قال الأترازي وضع عمر بن

قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها ، لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة لأهلها ، وقد قدمناه من قبل . قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض عشر ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم

---

الخطاب الخراج على الشام حين افتتح بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحاً دون أراضيها. وأما أراضيها ففتحت عنوة على يدي زيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبي عبيدة ابن الجراح وخالد بن الوليد رضي الله عنهم انتهى . قلت قال ابن كثير اختلفت العلماء في دمشق هل فتحت صلحاً أو عنوة ، فأكثر العلماء على أنه استقر أمرها على الصلح ، وقيل بل جعل نصفها صلحاً ونصفها عنوة ، ونصر بن اسحاق وسيف بن عمر وظيفة بن خياط وأبو عبيدة وآخرون أن فتح دمشق كان في سنة أربع عشر من الهجرة .

( قال ) أي القدوري ( وأرض السواد مملوكة لأهلها ) هو سواد العراق كما ذكرناه ( يجوز بيعهم لها ) أي للارض ( وتصرفهم فيها ) أي في أرض السواد بأي نوع كان من أنواع التصرفات ( لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة وقهراً ) عطف قهراً على عنوة عطف تفسير ( له ) أي للامام ( أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج ) والمراد من الخراج على الرؤوس الجزية ، ولما جاز إقرار الإمام إيام على أراضيهم ( فتبقى الأرض مملوكة لأهلها ) يتصرفون فيها كيفما شاء وله بيعاً غير ذلك ( وقدمناه من قبل ) أي في باب قسمة الغنائم . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد لا يجوز بيعها وهبتها وحبسها لأهلها ، لأنها موقوفة على المسلمين . وعن الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر أهلها عليها . والحجة عليه فعل عمر رضي الله عنه حين فتح العراق بمحضر من الصحابة من غير نكير .

( قال ) أي القدوري (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي عشرية ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم ) أي لأن الحق المتعلق لها ابتدأ

والعشر أليق بـــه لما فيه من معنى العبادة ، وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج ، وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج . وكـــذا إذا صالحهم ، لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به . ومكة مخصوصة من هذا ، فإن رسول الله عليه السلام فتحها عنوة وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج .

---

به المسلم ( والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة ) ولهذا تصرف الصدقات ( وكـــذا هو ) أي العشر ( أخف ) أي عن الخراج ( حيث يتعلق بنفس الخارج ) لأنـــه لا يجب حتى يوجد الخارج .

( وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج، وكذا إذا صالحهم، لأن الحاجة في ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ) أي بالكافر ، لأن فيه معنى العقوبة ، لأنه يشبه الجزية التي هي العقوبة على الكافر ، ولان في الخراج تغليظاً ، ولهذا أنه يجب وإن لم يزرع ( ومكة مخصوصة من هذا ) هذا جواب القياس في أرض مكـــة الخراج ، لانها فتحت عنوة ، وقال ومكة مخصوصة من هذا ، هذا جواب القياس ، فإن القياس في أرض مكة الخراج ، لانها فتحت عنوة . وقال مكة مخصوصة بفعل النبي ﷺ فكما لا رق على العرب ، فكذلك لا خراج على أراضيهم . وقيل جعلت مكة عشريـــة تعظيماً لها . قوله من هذا ، أي من قوله وكل أرض فتحت عنوة .. إلى آخره ( فإن رسول الله ﷺ فتحها ) أي فتح مكة ( عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج ) فيـــه وردت أحاديث كثيرة ، منها ما أخرجه البخاري عن أم هانىء أنهـــا أجازت رجلاً من المشركين يوم الفتح ، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك فقال قد أجرنا من أجرت ، وآمنا من آمنت . قال المنذري في مختصره استدل بهذا الحديث على أن مكة فتحت عنوة ، إذا لم تفتح صلحاً لوقع بـــه الإذن العام ، ولم يحتج إلى أمان أم هانىء ولا تجديره من النبي ﷺ .

وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج ، وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر ، لأن العشر يتعلق بالأرض النامية ، ونماؤها بمائها ، فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج

---

( وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الانهار فهي أرض خراج، وما لم يوصل إليه ماء الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر ، لان العشر يتعلق بالارض النامية ، ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أوبماء الخراج) وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقوله ولو كانت البلدة خراجية ناجى رجل في بعض النواحي فإن سقاها من غير ان استيقظها [1] او من ماء السماء فهى عشرية، وإن سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية ، وإن سقاها من الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابي سليمان تكون خراجية ، ويجعلها تابعة للبلدة ، وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لان هذا مباح كماء السماء.

**فائدة :**

خراسان ومرو والري فتحها عبد الله بن عامر بن كدير في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه . واما ما وراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عفان لمعاوية صلحاً ، وسمرقند و كشر ونصف وبخارى فتحت على يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم ، والذي فتحها ابو موسى الاشعري في ولاية عثمان صلحاً وطبر عثمان فتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان صلحاً ، ثم فتحها عمر بن العلاء والطالقان ودين سنة سبع وخمسين ومائة . واما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسمين . واما كرمان ومستحناه فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحاً . واما الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة على يدى أبي موسى الاشعرى رضي الله عنه . وأما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جر ونهاوند على يدى سعيد والنعمان ابني مقرن . وأصبهان فتحت على يدى أبي موسى . والجزيرة فتحت صلحاً على

---

(١) هكذا الجملة في الاصل والمقصود فان جاء رجل في بعض النواحي فان سقاها من غير استعمال ماء الأنهار.

ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها ، فإن كانت من حيز أرض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية ، والبصرة عنده كلها عشرية بإجماع الصحابة « رض » لأن حيز الشيء يعطي له حكمه كفناء الدار يعطي له حكم الدار ، حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به .

---

يدي عياض بن غنم ، والجزيرة ما بين الفرات ودجلة ، والموصل من الجزيرة . وأما أرض الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين ، كذا ذكر القتبي .

( ومن أحيا أرضاً مواتاً فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها، فإن كان من حيز أرض الخراج ومعناه بقربها فهي خراجية ، وإن كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية ) أي معنى قول القدوري بحيزها بقربها ، وهذا تفسير المصنف لقول القدوري ، لأنه ذكره في مختصره. قال في ديوان الأدب حيز الناحية وجمعه أحياز جمع على لفظه، وأصله من الواو. قال في المجمل القياس أحواز . قلت لأن أصل حيز حيوز ، لأنه من الحوزاء جمعت الياء والواو فسبقت إحداهما بالسكون فأبدلت الواو ياء ، وأدغمت الياء في الياء . والمراد من قوله ومن حي إحياء أرض المسلم ، فإن الذمي إذا أحيا أرضاً مواتاً تكون خراجية ، كذا في شرح الطحاوي .

وعلى قياس أبي يوسف ينبغي أن تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز أرض الخراج وإن أحياها المسلمون ، إلا أن القياس ترك بإجماع الصحابة على توظيف العشر عليها. وهذا معنى قوله ( والبصرة عشرية بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ) كذا قاله أبو عمر وغيره ( لأن حيز الشيء يعطى له حكمه ) أي حكم ذلك الشيء ، وهذا دليل أبي يوسف على مذهبه .

( كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به ) أي حتى يجوز لصاحب الدار الانتفاع بفناء داره وإن لم يكن الفناء ملكاً له لاتصاله بملكه، وقد ذكر في المبسوط قال المستأجر للاجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ، فحفروا فمات فيه

وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر ، وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية ، لأنها من حيز أرض الخراج ، إلا أن الصحابة « رض » وظفوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم

وقال محمد « رح » إن أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة والفرات والأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية ، وكذا إن أحياها بماء السماء ، وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد

---

إنسان فالضمان على الأجراء قياساً ، لأنهم علموا بفساد الامر فما منعهم . وفي الاستحسان أن الضمان على المستأجر ، لان كونه فناء منزله بمنزلة كونه مملوكاً له لاطلاق يده في التصرف فيه من القانطين والحطب وربط الدواب والركوب وبناء الدكان ، فعلم ان الفناء حق الانتفاع وإن لم يكن ملكاً له .

( وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر ) وفي بعض النسخ ، وكذا لا يجوز اخذ ما قرب العامر ، لان لاهل العامر حق الانتفاع فيما قرب من العامر ( وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية ) قيل هذا تكرار ، لانه قال والبصرة عشرية إلى آخره ، ورد عليه بأن الاول رواية القدوري وهذا شرح لذلك . ( لانها من حيز ارض الخراج ، إلا ان الصحابة وظفوا عليها العشر ، فترك القياس لاجماعهم ) اى لاجماع الصحابة على توظيف العشر على البصرة ، وقد ذكرناه .

(وقال محمد رحمه الله إن احياها ببئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية ، وكذا إن أحياها بماء السماء ) اى المطر ( وإن احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ) ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفه ، والمراد من الملك كسرى نوشيروان بن قباز ، وكان جميع ملكه سبعاً واربعين سنة وسبعة اشهر ، وكسرى برويز من اولاده وهو برويز بن هرمز بن كسرى نوشيروان ، وقام على الملك ثمانياً وثلاثين سنة ( ونهر يزدجرد ) وهو يزدجرد بن

فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية . قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم

---

شهريار بن كسرى ملك وهو ابن خمس عشرة سنه ، ثم لما قتل رستم في قتال سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه بالفارسية هرب جرد يزدجرد إلى مرو في طريق سجستان فقتل هناك ، وكان جميع ملكه عشرين سنة وهو آخر ملوك العجم ، ولم يزل منهزماً من اصحاب رسول الله ﷺ إلى خراسان وإلى بلاد الترك وعاد فقتل بمرو ، وكان ذلك في سنة إحدى وثلاثين في خلافة عثمان رضي الله عنه .

( فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء ، إذ هو السبب للنماء ، ولأنه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرهاً ، فيعتبر في ذلك الماء ، لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامية ) أي التزام الخراج فتكون الأرض خراجية ( قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب ) وهي أرض طولها ستون ذراعاً بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة ، وهي ست قبضات ، وذراع الملك سبع قبضات ، كذا في المغرب . وذكر التمرتاشي أن طول الجريب ستون ذراعاً ، وعرضه ستون ذراعاً بذراع الملك . وقيل الجريب ما يذر فيه مائة رطل . وقيل الجريب ما يذر فيه من الحنطة ستون مناً في ديارنا . وقيل الجريب خمسون مناً في ديارنا . وقيل ما نقله مقدار ، كذا في القنية وفتاوى العناوي . وفي الكافي ما قيل الجريب ستون في ستون حكاية عن جريبهم في أراضيهم ، وليس بتقدير لازم في الأراضي كلها ، بل جريب الأرض يختلف باختلاف البلدان ، فيعتبر في كل بلد بتعارف أهله ( يبلغه الماء ) جملة من الفعل والفاعل والمفعول صفة لجريب .

وقوله ( قفيز هاشمي ) خبر المبتدأ ، أعني قوله والخراج ، وفسروا القفيز الهاشمي بقوله ( وهو الصاع ودرهم ) الصاع ثمانية أرطال ، أي أربعة مناً ، خلافاً لأبي يوسف . وقال

ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم ، وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه ، فإنه بعث عثمان بن حنيف

---

الاترازى إعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكاكي للحاكم الشهيد والشامل في شرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث فخر الإسلام البزدوي وغير ذلك . وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرطال ، وهو صاع رسول الله ﷺ ، وإنما نسب إلى الحجاجي أخرجه بعدما فقد ، وانه يسع فيه ثمانية أرطال وهي أربعة مناً .

وفي قول أبي يوسف خمسة أرطال وثلث رطل ، وكذلك في خلاصة الفتاوى ، فإذا كان الحجاجي وهو صاع رسول الله ﷺ ، فكيف يقيد صاحب الهداية والشافعي بالهاشمي والهاشمي اثنان وثلاثون رطلاً. وقال محمد القفيز قفيز الحجاج، وهو ربع الهاشمي، وهو مثل الصاع ، والصاع كان على عهد النبي ﷺ ثمانية أرطال . وقال الأترازي والمراد من القفيز الواجب قفيز ما يزرع فيها ، كذا في شرح الطحاوى . وقال الإمام ظهير الدين أنه قفيز من حنطة أو شعير ، والمراد من الدرهم درهم يوزن سبعة .

( ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ) الرطبة بفتح الراء . قال في المغرب المفرد الرطب ، والجمع رطاب . ومنه حديث حذيفة وابن حنيف وظفا على كل جريب من أرض الزرع درهماً من أرض الرطبة خمسة دراهم. وفي كتاب العشر البقول غير الرطاب، فإنما البقول مثل الكرات ونحو ذلك، والرطاب هو القثاء والبطيخ والباذنجان ومايجرى مجراه، انتهى . قلت الرطبة هي التي يقولها أهل مصر الرسم ، وأهل البلاد التركية ينجا بضم الياء أول الحروف وسكون النون وبالجيم مقصور .

( ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم ) قال تاج الشريعة الكرم المتصل والنخيل ، والمتصلة ما يصل بعضها ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة بها ( هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه ) أشار به إلى الذي ذكره على الوجه المذكور منقول عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ( فانه ) أي فان عمر ( بعث عثمان بن حنيف

حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستاً وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ما قلنا ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة « رض »

---

حتى يمسح سواد العراق ، وجعل حذيفة عليه مشرفاً فمسح فبلغ ستمائة وثلاثين ألف جريب ) روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن أبي مخلف عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث عمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود وعثمان بن حنيف رضي الله عنهم إلى الكوفة فجعل عماراً عليه الصلاة والقتال ، وجعل ابن مسعود على القضاء وعلى بيت المال ، وجعل عثمان بن حنيف على مساحة الأرض ، وجعل لهم كل يوم شاة ، ثم قال ما أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة ثم قال أرى قرية يؤخذ منها كل يوم شاة إلا سيسرع فيها ، ثم قال لهم إني أنزلتكم في هذا المال ونفسي كوالي اليتيم ، من كان غنياً فليستعطف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف . قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة ، فجعل على كل جريب النخل عشرة دراهم ، وعلى كل جريب العنب ثمانية دراهم ، وعلى جريب القصب ستة دراهم ، وعلى الجريب من البر أربعة دراهم ، وعلى الجريب من الشعير درهمين ، وجعل على رأس كل رجل منهم أربعة وعشرين درهماً كل عام ، ولم يضرب على النساء والصبيان ، وأخذ من تجارهم من كل عشرين درهماً درهماً ، فرفع ذلك إلى عمر رضي الله عنه فرضي به ، انتهى .

النبي ﷺ آخى بينه وبين علي رضي الله عنه مات في خلافة معاوية ، وله عقبة .

وحذيفة في اليمان هو حذيفة بن حنبل بن جابر بن ربيعة بن عمر بن اليمان ، وينسب إلى جده هذا ، سكن الكوفة ومات بالمدائن سنة ستة وثلاثين .

( ووضع على ذلك ما قلنا ) وقال الأترازي هكذا أثبت في النسخ ، وكأنه سهو من الكاتب ، لأن قياس الترتيب أن يقال وضع ذلك على ما قلنا ، أي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع ، وجريب الرطبة ، وجريب الكرم . ورأيت في شرح تاج الشريعة نقل ذلك على الصحة ، حيث قال ووضع ذلك على ما قلنا ، ولم يذكر شيئاً غير ذلك ، فدل هذا على أن تفسير التركيب من الناسخ الجاهل (وكان ذلك بمحضر من الصحابة ) أي كان ما نقل عن عمر رضي الله عنه بحضور من صحابة رسول الله ﷺ

من غـــير نكير ، فكان إجماعاً منهم، لأن المؤن متفاوتة ، فالكرم أخفها مؤنة ، والمزارع أكثرها مؤنة ، والرطاب بينهما ، والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ، فجعل الواجب في الكرم في أعلاها،وفي الزرع أدناها وفي الرطب أوسطها ، قال

---

( من غير نكير ، فكان إجماعاً ) أي من غير أن ينكر عليه أحـــد منهم ، فكان إجماعاً على ذلك .

( ولأن المؤن ) بضم الميم وفتح الهمزة جمع مؤنة بفتح الميم وضم الهمزة . وفي المغرب المؤنة الثقل بقوله من ما ثبت القوم إذا اجتمعت مؤنتهم ، وقيل من منت الرجل مؤنة. وقيل هي مفعلة عن الأون والأين، والأول أصـــح . وقال الجوهري المؤنة تهمز ولا تهمز وهي فعولة . وقال الفراء هي مفعلة من الأين وهو التعب والشدة ، ويقال هي مفعلة من الأون وهو الخروج والعدل ،لأنه ثقل على اللسان. ومانت القوم أمانهم أماناً إذا حملت مؤنتهم . ومن ترك الهمزة قال منتهم ( متفاوتة )والتفاوت الموت أثر في تفاوت الواجب. ألا ترى أن الواجب فيما سقي سيحاً من الأرض العشرية وهو العشر ، وفيما سقى بغرب أو دالية أو سمانية نصف العشر .

( فالكرم أخفها مؤنة ) أي أخف الأشياء المذكورة وهي الرطبة ، والكرم والنخل وريعه أكثر ، فالواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم ، وهذا لأنه يبقى دهراً مديداً مع قلة المؤنة ( والمزارع أكثرها ) أي أكثر الأشياء المذكورة ( مؤنة ) لأن الزرع يحتاج فيه إلى الكرب وإلقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ( والرطاب بينهما) أي بين الأخف والأكثر ، لأنه لا يحتاج إلى إلقاء البذر كل عام ولا بذرية فيها أصلا وتـــدوم أعواماً ليس لدوام الكرم ، فكأن الواجب فيما بين الأمرين وهو خمسة دراهم. قلت هذا الذي قاله الشراح باعتبارها عادة بلادهم ، وأما في بلاد مصر ففي كل سنة يزرعونها .

( والوظيفة تتفاوت بتفاوتها ) أي بتفاوت المؤنة كما ذكرنا (فجعل الواجب في الكرم في أعلاها ) أي في أعلى المؤن ( وفي الزرع أدناها ، وفي الرطبة أوسطهـــا . قال ) أي

وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة ، لأنه ليس فيـــه توظيف عمر رضي الله عنه ، وقد اعتبر الطاقة في ذلك فتعتبرها فيما لا توظيف فيه . قالوا ونهاية الطاقة أن يبلـــغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه ، لأن التنصيف عين الانصاف

---

القدوري ( وما سوى ذلك من الاصناف ) أي ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم ( كالزعفران ) وفي النهاية أي أرض الزعفران تلحـــق بأرض الزرع أو الرطبة أو الكرم ، وبأيها كانت أشبه في قدر الغنة فهو مبلغ الطاقـــة ، لذا ذكره الإمام التمرتاشي .

( والبستان ) كل أرض يحوطهـــا حائط . وفي فتاوى الظهيرية ولو كان في جوانب الارض أشجاراً ووسطها مزرعة ففيها وظيفة عمر رضى الله عنه ولا شيء في الاشجار ، وكذا لو غير أشجاراً غير مثمرة،ولو كانت الأشجار مثمرة لا يمكن زراعة أرضهافهي كرم ( وغيره ) أي وغير البستان ( يوضع ) أي الخراج ( عليها ) أي على الزعفران والبستان وغير البستان ( بحسب الطاقة ) ففى أرض النخيل المطلقة يحمل عليها الخراج بقدر مـــا يطيق ، ولا يزاد على جريب الكرم . وفي جريب الزعفران بقدر ما يطيق أيضاً وينظر إلى غلتها، فان بلغت غلة الزرع تؤخذ قدر خراج الزرع ، وإن بلغت قدر غلة الرطبـــة يؤخذ خمسة ( لانه ليس فيه ) أي فيما سوى ذلك ( توظيف عمر رضى الله عنه ) وذلك الخراج على نوعين ، خراج وظيفة وهو الذي توظيف عمر رضي الله عنه ، وخراج مقاسمة، وهو أن يكون الخراج من الأرض لا يوظف فيه فيوضع فيه بحسب الطاقـــة ، وهو معنى قوله ( وقد اعتبر الطاقة في ذلك ) أي فيما سوى ذلك من الأصناف (فتعتبرها) أي الطاقة ( فيما لا توظيف فيه ) لأن يوظف به .

( قالوا ) أي مشايخنا ( ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليـــه ، لأن التنصيف عين الإنصاف ) قال فخر الإسلام البزدوي رحمه الله وإنما تتناهى الطاقة إلى

لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين. والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر . وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك ، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان . قال فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الإمام ، والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ،

---

نصف الخارج لا يزاد عليه ، ألا ترى إنه قال في كتاب العشر والخراج والسير الكبير في في أرض لم يخرج من الغلة إلا قدر قفيزين ودرهمين، وهي جريب ان خراجها قفيز ودرهم، وهذا لأنا لما ظفرنا بهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أحوالهم ، فإذا مننا عليهم وقاطعناهم على نصف الخراج كان التنصيف هو الإنصاف بعينه ، حيث كان النصف لنا والنصف لهم ( لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين ) هذا متصل بما قبله ، حاصل معناه انا حين ملكناهم كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين ، ولكن أنصفناهم حيث رضينا بنصف الخارج من غير زيادة ، وهذا عين الإنصاف منا حيث جعلنا النصف لهم والنصف لنا .

( والبستان كل أرض يحوطها حائط) أي يكون حواليها حيطان (وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخر ) وفي المغرب البستان الجنة ( وفي ديارنا ) ديار صاحب الهداية فرغانة ، ويقال له الفرغاني والمرغيناني أيضاً. وفرغانة بفتح الفاء وسكون الراء سجون ومرغينان من بلاد غانة (وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك، لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان ) أي من أي جنس كان مما فيه الخراج .

( قال ) أي القدوري ( فإن لم تطق ) أي الأرض ( ما وضع عليها) وفي بعض النسخ فإن كان لم يطق . قال الأترازي إن صح لفظ كان فهو زائد ، وعدم الإطاقة عبارة عن قلة الريع ( نقصهم الإمام ) أي نقص الإمام عن اصحاب الأراضي التي لا تطيق ما وضع عليها ( فالنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ) والريع النماء والزيادة ، وأراد به هنا الغلة . وقال الكاكي إذا جاز النقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الاولى. وفي الخلاصة إن كانت الأرض لا تطيق أن يكون الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز أن

ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق، فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لا طاقت، وهذا يدل على جواز النقصان . وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد « رح » اعتباراً بالنقصان ، وعند أبي يوسف « رح » لا يجوز ، لأن عمر « رض » لم يزد حين أخبرناه بزيادة الطاقة ،

---

ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج ، أمـــا إذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه أجمعوا على أن الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في سواد العراق وفي بلدة وظف الإمام عليها الخراج لا يجوز ، فأما في بلدة أراد الإمام أن يبتدىء بها بالتوظيف قال أبو يوسف لا تزيد . وقال محمد يزيد . وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، ويجيء الآن ما ذكره الولوالجي .

( ألا ترى إلى قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا لا بــل حملناها مــا تطيق ، ولو زدناها لا طاقت ) هذا أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب فضائل الصحابة وفي كتاب السنة لعثمان عن عمرو بن ميمون قال رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل أن يصاب بأيام بالحديبية وقف على حذيفة وعثمان بن حنيف قال كيف فعلتما ، أتخافان أن تكونا حملتما الأرض ما لا تطيق ، فقالا حملناها أمراً هي له مطيقة فيها كثير فضل ، قال انظر أن تكونا حملتاها ما لا تطيق ، فقالا لا ، فقال عمر رضي الله تعالى عنه كيف سلمها الله عن أرامل العراق لا يحتجى إلى أحد بعدي ، قال فما أتت عليه أربعة حتى أصيب ... الحديث بطوله وهو حديث مقتل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتبعه عثمان رضى الله عنه ، وقد عرفت أن قول عمر لعلكما خطاب لحذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الصحابيين الكبيرين . والضمير في قوله قالا في الموضعين يرجع إليهما .

( وهذا ) أي قولهما ولو زدنا لا طاقت ( يدل على جواز النقصــان ) عند قلة الريع بالإجماع ( وأما الزيادة عند زيادة الريع يجــوز عند محمد اعتباراً بالنقصان . وعنـــد أبي يوسف لا يجوز لأن عمر رضى الله عنه لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة ) وهو في قولهما ولو زدنا لأطاقت .

وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع المـــاء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه ، لأنه فات التمكن من الزراعـــة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج . وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول ، وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج .

---

( وإن غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها واصطلم الزرع آفة ) أي استأصله، والاصطلام الاستئصال وهو القلع من الأصل ( فلا خراج عليهما ، لأنه فات التمكن من الزراعة ) قال الكاكى قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب بأن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على مـــا إذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن أن يزرع الأرض ثانياً ، أما إذا بقى لا يسقط الخراج ، ذكره في شرح الطحاوي. وفي فتاوى البكري وتكلموا أن المعتبر فى ذلك زرع الحنطة والشعير أم أى زرع كان ، وأن المعتبر مدة ترك الزرع فيها أم مـــدة تبلغ الزرع مبلغاً تكون قيمته ضعف الخراج، وفى ذلك كلام، والفتوى على أنه مقيد بثلاثة أشهر ( وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج ) أى التمكن من الزراعة هو النماء التقديرى. والنماء على قسمين حقيقى وتقديرى ، والخراج يتعلق بأحدهما ، وهنا لما غلب المـــاء على الأرض بحيث لم تبق صالحة للزراعة أو كانت مدة لم يوجد النماء التقديرى فلا يجب التقديرى.

( وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول ، وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة ) فإن من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستـــة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة، لأنها لم تبق نامية فى جميع الحول ( أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج ) أى حقيقة الخارج إذ التمكن من الزراعة قائم مقامه ، فإذا وجد الأصل سقط اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالأصل ، فاذا هلك بطل ما تعلق به .

حاصله أن النماء التقديرى كان قائماً مقام النماء الحقيقى ، فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الأصل ، وقد هلكت فيهلك معه الخراج ، بخلاف ما إذا أعطاها وهو متمكن من الزراعة ، حيث يكون الخراج ديناً فى ذمته تعبير الخراج بالنماء التقديرى حينئذ ، ألا

قال وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن كان ثابتاً وهو الذي فوته . قالوا من انتقل إلى أحسن الأمرين من غير عذر فعليه الخراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع الزيادة ، وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس .

---

ترى أن رجلا لو استأجر بيتاً أو حانوتاً معطلة فعليه الأجر ، فان لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الأجر .

فان قلت لو استأجر أرضاً فزرعها فاصطلمت الزرع آفة أنه يجب عليه الأجر . قلت أجيب بأن الأجر إلى وقت هلاك الزرع ، ولا يجب عليه بعد ذلك ، وليس الأجر بمنزلة الخراج ، لأن الخراج وضع على مقدار الخارج . وإذا اصطلحت الأرض للزراعة فإذا لم تخرج شيئاً جاز إسقاطه والأجر لم يوضع إلى مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم تخرج .

( وإن عطلها ) أي الأرض ( صاحبها فعليه الخراج ، لأن التمكن ) من الزراعة ( كان ثابتاً، وهو الذي فوته ) أي فوت الريع مع إمكان تحصيله . قال التمرتاشي هذا إذا كانت الأرض صالحة للزراعة ، والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها . أما إذا عجز المالك عن الزراعة لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي للمالك ، وإن شاء أجرها وأخذ الخراج من الأجرة ، وإن شاء زرعها لمنفعة بيت المال ، فإن لم يتمكن من ذلك ولم يوجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج ، وهذا بلا خلاف .

وعن أبي يوسف يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها فرضاً . وفي جمع الشهيد باع أرضاً خراجية ،فإن بقي من السنة مقدار ما ملك المشتري من الزراعة والخراج عليه وإلا فعلى البائع .

( قالوا ) أي قال مشايخنا في شروح الجامع الصغير (من انتقل إلى أحسن الأمرين بغير عذر ) كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب ( فعليه الخراج الأعلى ) وهو خراج الزعفران ( لأنه هو الذي ضيع الزيادة ) كان التقصير منه ( وهذا ) أي هذا الحكم ( يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) لأنهم لايعلمون بالشرع وليس

ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منـــه الخراج على حاله ، لأنـــه فيـــه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم . ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا . وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهم اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها ،

---

لهم دأب إلا تحصيل الأموال من أي وجه كان ، وما عندهم قوة دين يمنعهم عن ذلك. ورد بأنه كيف يجوز الكتمان ، وأنهم لو أخذوا كان في موضعه لكونه واجباً . وأجيب بأنا لو أفتينا بذلك لا دعى كل ظالم في أرض ليس شأنها ذلك إنهـــا قبل ذلك كانت تزرع الزعفران ،فأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان .وفي شرح الطحاوي جعل أرض الزعفران مسكناً أو خاناً للغلة أو مقبرة أو مسجداً يسقط الخراج .

( ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله ) وقال مالك والشافعي يسقط الخراج . وعند مالك تسقط الجزية أيضاً ، وكذا لو باعها من مسلم يجـــوز البيع عندنا وعند الشافعي ، وعند مالك لا يجوز ، وفي رواية يجوز ويسقط الخراج (لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة ) لأن الخراج مؤنة الأرض النامية كالعشر والمسلم من أهل التزام المؤنة ،وهذا لأنه بعد الإسلام لا يخلي أرضه عن مؤنة في حالة البقاء كما كانت ( في حالة البقاء ، فأمكن إبقاؤه على المسلم ) لأن إبقاء ما تقرر واجباً أولى ، لأنا إن أسقطنا ذلك احتجنا إلى إيجـــاب العشر ، بخلاف خراج الرأس ، لأنا لو أسقطنا ذلك عنه بعد إسلامه لا يحتاج إلى إيجـــاب مؤنـــة أخرى .

( ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج ) وقد ذكرنا الخلاف فيه آنفاً ( لما قلنا ) هو قوله لأن فيه معنى المؤنة ، والمسلم من أهل المؤنة ( وقد صح أن الصحابة رضي الله عنهـــم اشتروا أراضي الخراج ) من الذمي ( وكانوا يؤدون خراجها ) وقال الكاكي صح عن ابن مسعود والحسن بن علي وشريح رضي الله عنهـــم ، انتهى . ولم يبين وجه الصحه ولا من خرجه ، وغيره من الشراح لم يذكروه أصلاً، غـير أن

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة .
ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما ،
لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين

---

صاحب النهاية قال روي عن عبد الله بن مسعود والحسن بن شريح أنهم كانت لهم أراضي بالسواد ويؤدون خراجها ، انتهى .

وهذا ذكره بياناً بصيغة التمريض ، وهي لا تدل على الصحة . غير أنا نحتج في ذلك بما قال البيهقي في كتاب المعرفة . قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة رضي الله عنهما أنه كان لابن مسعود وخباب بن الأرت والحسن بن علي والشريح أرض الخراج . حدثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه إني اشتريتها أرضاً في أرض السواد ، فقال عمر رضي الله عنه أنت فيها بمثل صاحبها .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا الثورى عن قوس بن أسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر رضى الله عنه ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج ( فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ) احترز به عن قول المتقشفة ، فإنهم يكرهونه ويستدلون بما روي يقول عليه‌السلام رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم إلا ذلوا ، ظنوا أن المراد بالذل التزام الخراج وليس كذلك ، بل المراد أن المسلمين إذا شغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة ، وفيه تأمل . وقال الأترازي في قول المصنف للمسلم لو قال من المسلم كان أولى ، ولم يبين وجه ذلك .

( ولا عشر في الخارج من أرض الخراج ) يعني لا يجمع بين العشر والخراج ( وقال الشافعى «رض» يجمع بينهما ) أي بين العشر والخراج ، وبه قال مالك وأحمد ( لأنهما) أي لأن العشر والخراج ( حقان مختلفان ) يعني من حيث الذات ، فإن أخذها مؤنة فيه معنى العبادة ، والآخر مؤنة فيها معنى العقوبة ( وجبا في محلين بسببين مختلفين ) فإن الخراج في الذمة والعشر من الخارج بسببين مختلفين ، فان سبب العشر الأرض النامية بحقيقة الخارج ، وسبب الخراج الأرض النامية بالتمكن ، ويختلفان مصرفاً أيضاً، فان

فلا يتنافيان . ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ، ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ، وكفى بإجماعهم حجة .

---

مصرف العشر الفقر ، ومصرف الخراج المقاتلة ، فاذا كان كذلك ( فلا يتنافيان ) أي العشر والخراج بوجوب أحدهما لا ينافي وجوب الآخر كوجوب الدين مع العشر أو الخراج.

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) قال الأترازي ولنا ماروى أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي ﷺ أنه قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة . قلت رواه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عتبة عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة بن مسعود قال ، قال رسول الله ﷺ لا يجتمع على مسلم خراج وعشر . وقال ابن عدي ويحيى بن عتبة منكر الحديث ، وإنما يروى هذا عن قول ابراهيم فجاء يحيى بن عتبة فأطال فيه ووصله إلى النبي عليه السلام ، ويحيى بن عتبة مكشوف الرأس لروايته عن الثقات الموضوعات فمات .

وقال ابن جران ليس هذا من كلام رسول الله ﷺ ، ويحيى بن عتبة رجل يضع الحديث لا تحل الرواية عنه . وقال الدارقطني يحيى هذا رجل يضع الحديث وهو كذب على أبي حنيفة ومن بعده إلى رسول الله عليه السلام . وقال البيهقي هذا حديث باطل ، ويحيى هذا اشهر بالوضع . قلت وقع في مسند أبي حنيفة مثل ما رواه ابن عدي ، ولكن عدي وآخرون تكلموا فيه بسبب يحيى بن عتبة ، ولما علمنا من يحيى بن عتبة لأن أصحابنا رووا هذا في كتبهم وهم ثقات على أن ابن شاهين رواه عن يحيى بن عيسى عن أبي حنيفة .

فان قلت أنكر يحيى بن عيسى وقال هو يحيى بن عتبة . قلت من اطلع في أحوال هؤلاء عرف أن الخطيب كيف يتكلم في الحقيقة ولا يلتفت إليه في مثل هذا .

( ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما ) أي بين العشر والخراج ( وكفى بإجماعهم حجة ) حيث لم يفعل عن واحد منهم أنه جمع بينهما ، واجتماع الأئمة على فعل قضية أو منعها حجة .

ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة ، وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية ، إلا أنــه يعتبر في العشر تحقيقاً ، وفي الخراج تقديراً ، ولهذا يضافان إلى الأرض ، وعلى هـذا الخلاف الزكاة مـع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرار الخارج في سنة ،

---

( ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً ، والعشر في أرض ) أي يجـب في أرض ( أسلم أهلها طوعاً ، والوصفان ) وهمـا الطوع والقهر ( لا يجتمعان في أرض واحدة ) لمنافاة بينهما إذا تطوع ضد الكره الحاصلة من القهر ، فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان .

( وسبب الحقين ) أي العشر والخراج ( واحد وهو الأرض النامية ) بدليل إضافـة العشر والخراج إليهما ، والإضافة دليل السببية ، فلما كان السبب واحـداً كان المسبب أحدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص ( إلا أنـه ) أي أن السبب ( يعتبر في العشر تحقيقاً ) لان العشر أحد الاجزاء العشرة من الخراج ( وفي الخراج ) أي يعتبر في الخراج ( تقديراً ) أي من حيث التقدير ، وذلك لأن سبب الخراج ملك الأرض الناميـة بالنماء التقديري ( ولهذا ) أي ولأجل أن السبب هـو الأرض النامية ( يضافان ) أي العشر والخراج ( إلى الأرض ) فيقال عشر الأرض وخراج الأرض ( وعلى هـذا الخلاف ) اي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي ( الزكاة مع أحدهما ) أي الزكاة مع أحدهما لا يجتمع مع الخراج والعشر عندنا ، خلافاً له . صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج بنيـة التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة . وعن محمد أن عليـه الزكاة مع أحدهما ، وهو قول الشافعي لاختلاف سببها ومحلها . قلنا الواجب حق الله تعالى فيه ، فتحلق بالأرض فـلا يجتمعان ، كما لا يجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد .

( فلا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة ) يعني لا يؤخذ خراج الأرض في سنة إلا

لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر ، لانــــه لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج

---

مرة واحدة وإن أغلها صاحبها موات ( لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفـــه ) أي الخراج ( مكرراً ) أي ما أخذ الخراج والجزية في السنة إلا مرة واحدة. وقال الحاكم في الكافي الحجة في هذا عمر رضي الله عنه لانه لو وجب الخراج وتكرر ينبغي أن يكون هـذا في خراج الموظفـة لا في خراج المقاسمة لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ، ويكون ذلك في الخارج ( بخلاف العشر ، لانه لا يتحقق عشراً ) أي لا يوجد حال كونـه عشراً ( إلا بوجوبه ) أي بسبب وجوبه ( في كل خارج ) لان العشر وظيفة لازمه يؤخـــذ من الخارج ، فتكرر بتكرر الخارج .

* * *

# باب الجزية

وهي على ضربين ، جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام أهل نجران على ألف ومائتي حلة ، ولان الموجب هو التراضي

---

## ( باب الجزية )

أي هذا باب في بيان حكم الجزية. والجزية ما يؤخذ من الذمي باعتبار رأسه . والجمع من قبيل الملحية واللحى ، وسميت بها لانها تجزى ، أي تقضى ، ويكفى في الذمي عن القتل ، أو يعتق بها يسقط عنه القتل . ولما فرغ من خراج الارض شرع في خراج الرأس وهو الجزية ، إلا أنه قدم الاول لانه شاركه في سببه . وفي الشرع معنى الجزية وبيان العريان مقدم .

( وهي ) أي الجزية ( على ضربين ) أي نوعين ، أحدهما ( جزية توضع بالتراضي والصلح ، فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألف ومائتي حلة ) هذا أخرجه أبو داود عن اسماعيل بن عبد الرحمن البغدادي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة ، النصف في صفر ، والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين ... الحديث. ونجران بفتح النون وسكون الجيم بلاد من اليمن أصلها نصارى . والحلة بضم الحاء المهملة وتشديد اللام إزار ورداء هذا هو المختار لا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وهي من الحلول أو الحل لما بينهما من الوجه .وقال الولوالجي في فتاواه وتوضع على نصارى نجران على رؤوسهم وأراضيهم في كل سنة الفاعلة كل حلة خمسون درهماً . قلت الذي ذكر المصنف غير موافق للحديث ، مع أن الحديث حديث واحد رواه ابن عباس وأخرجه عنه أبو داود كما ذكرنا .

( ولان الموجب ) بكسر الجيم ، أي لان الموجب لتقدير ما وقع عليه ( هو التراضي )

فـــلا يجوز التعـدي إلى غـير ما وقـع عليه الاتفـاق وجزية يبتدىء الإمام بوضعها إذا غلب الإمــــام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ، وعلى وسط الحـــال أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين ، وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً ،

---

لا لموجب الجزية ، فإن موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا .

فإن قلت كيف يجوز تقرير الكافر على الشرك الذي هو أعظم الجنايات بأخذ المال . ولو جاز ذلك جاز تقرير الزاني على الزنا بالمال . قلت ليس أخذ الجزية يدل على تقرير الكفر . وإنما هو عوض عن ترك القتل ولا يستعرفان الواجبين ، فجاز كإسقاط الواجب بالقصاص بعوض ، أو هي عقوبة على الكفر ، فيجوز كالإسترقاق .

( فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق ) أي لا يجوز التجاوز إلى غير ماوقع عليه التراضي ( وجزية ) أي الضرب الثاني جزية ( يبتدىء الإمام بوضعهـــا ) أي بوضع الجزية ( إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم ) هذا الضرب بوضع الإمــــام بغير رضى منهم ، وهو تفاوت بتفاوت الطبقات ، وبين ذلك بحرف الباء بقوله ( فيضع على الغنى الظاهر الغنـــى ) في شرح الطحاوي ظاهـــر الغنى من يملك عشرة آلاف درهم ( في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منهم في كل شهر أربعة دراهم ) هذا لاجـــل التسهيل ، ولا تجـــب الجزية بأول الحول ، وإنما الحول يتحقق ويتسهل عند أبي حنيفة ، وكذلك قال هو فى الزكاة ( وعلى وسط الحال ) وهو من يملك مـــائتي درهم إلى عشرة آلاف درهم ( أربعة وعشرين درهماً ) أي يضع على المتوسط الحال أربعة وعشرين درهماً ( فى كل شهر درهمين ) .

( وعلى الفقير المعتمل ) أن يضع عليـــه ( اثني عشر درهماً فى كل شهر درهماً ) أي

وهذا عندنا. وقال الشافعي «رح» يضع على كل حالم دينار أو ما يعدل الدينـــار

---

يأخذ فى كل شهر درهماً ، والفقير من لا يملك درهمين ، وإنما شرط المعتمل ، لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزيـــة وإن كان مفرطاً فى اليسار . والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفـــه . وقال الكاكى والمعتمل هو المكتسب والإعمال الاضطراب فى العمل وهو الاكتساب . وقال أيضاً وإنما قيد بالاعتمال لانه لو كان مريضاً فى السنة كلهـــا أو مضطرباً أو أكثر لا يجب عليه . ولو ترك العمل مع القدرة عليه ، فهو كالمعتمل كمن قدر على الزراعة ولم يزرع يجب عليه الخراج ، ذكره فى الإيضاح ويجيء أيضاً إن شاء الله تعالى .

وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ذكر عن عيسى بن ابان إنه قال من كان له عشرة آلاف درهم فصاعداً فهو موسر . ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط . ومن كان معتملاً فهو كبير. وذكر عن بشر بن غياث أنه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر . ومن كان يقدر على مقدار القوت ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهـــو الوسط . ومن لم يكن له مقدار الكفاية فهو مكسب . وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر إلى عادة كل بلد ، لأن عاده البلدان مختلفة في الغناء . ألا ترى أن صاحب خمسين ألف ببلخ يعد من المكثرين. وإذا كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المتكاثرين. وفي بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المتكاثرين فيعد كل بلد . وذكر هذا القول أبو نصر محمـــد بن سلام أيضاً . وذكر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يأخذ ممن ركب البغال ، ويتختم بالذهب ثمانية وأربعين درهماً إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث في كتابه .

وقال الكاكي وقيل من لا بد له من الكسب لإصلاح معيشته فهو معسر ، ومن له مال يعمل به متوسط. ومن لا يعمل لكثرة مال فهو فائق في االغنى.وقيل من الإكفاف له فهو معسر . ومن ملك قوته وقوت عياله فهو متوسط . ومن ملك لما فضل عليـــه فهو عتق، وقيل هذا يختلف باختلاف الأماكن ، ويعتبر وجود هذه الصفـة في آخر السنة ( وهـذا عندنا ) أي هذا الوجه المذكور مفصلاً عند أصحابنا .

( وقال الشافعي ) مبتدأ وخبره قوله ( يضع على كل حالم دينار أو ما يعـدل الدينار

الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم وحالمة دينار أو عدله معافر من غير فضل. ولان الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ينتظم

---

الغني والفقير في ذلك سواء ) وهو اثني عشر درهماً ، وأقل الدينار أي عشر دراهم مسكوكة . من النقرة الخالصة . ولا يجب على الإمام أن يجبرهم على أكثر ما عليهم ، ويستحب أن يماكس حتى يأخذ من المتوسط دينارين ، ومن الغني أربعة دنانير ، ولا يصير الدراهم إلا بالنقرة والقيمة عند عامة أصحابه ، كذا في شرح الوجيز . وقال مالك يأخذ أربعين درهماً أو أربعة دنانير ، ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار لما روى الإمام، وهو قول الثوري . وفي رواية مثل قولنا، وفي رواية أقلها دينار ، وتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ( لقوله عليه السلام )أي لقول النبي ﷺ ( لمعاذ رضي الله عنه من كل حالم وحالمة ديناراً أو عدله معافر ) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي في الزكاة عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن وأمرني أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعاً أو تبيعة ، ومن كل أربعين سنة ومن كل حالم دينار أو عدله معافر . وقال الترمذي حديث حسن .

وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي ﷺ مرسلا قال وهو الأصح . قوله من كل حالم يعني محتلم . قوله أو عدله العدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس . قوله معافر بفتح الميم والعين المهملة وبالفاء والراء المهملة إلى أخذ مثل دينار ثوباً من هذا الجنس والمعافر أي ثوب منسوب إلى معافرين من ثم صار إسماً للثوب بغير نسبة. ويقال معافر حي بني همدان ثبت إليه هذا النوع من الثياب ( من غير فضل ) يعني بين الغني والفقير .

( ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان ، وهذا المعنى ) أي وجوب الجزية بدلاً عن القتل ( ينتظم

الفقير والغني . ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ، ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض . وهذا لانه وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال ،

---

الفقير والغني ) أي يشملها ( ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مهير عن الشيباني عن ابن عون محمد بن عبد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع في الجزية على رؤوس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهماً . وعلى المتوسط أربعة وعشرين ، وعلى الفقير اثني عشر درهماً وهو موسل . ورواه ابن زنجويه[1] في كتاب الأموال حدثنا أبو نعيم حدثنامندي عن الشيبان عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر رضي الله عنه وضع ... إلى آخره انتهى . وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير ، فحل محل الإجماع . ثم بعد ذلك عمل عثان ثم عمل علي رضي الله عنه ( ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ) فصار إجماعاً .

( ولأنه ) أي ولأن الجزية ذكرت على تأويل خراج الرأس ( وجب نصرة للمقاتلة ) أي نصرة و كفاية لغزاة المسلمين بمال يؤخذ من الذمي ( فتجب على التفاوت) أي الجزية تجب على التفاوت لا المذكور عن قريب ( بمنزلة خراج الأرض ، وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة ) أي بمنزلة وجوب التفاوت في الخراج .

والدليل على انها تجب نصرة وكفاية لهم ، لأنها تصرف اليهم ولا توضع موضع الزكاة ، وكان الواجب أن ينصروا المسلمين ( ببذل النفس والمال ) لأن من كان من أهل دار الإسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال ، ولكن لايصلحوا النصرتهم لنقلهم إلى دار الحرب اعتقاداً قامت الجزية المأخوذة منهم المصروفة إلى الغزاة مقام النصرة بالنفس، ثم النصرة من المسلم تتفاوت ، إذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسطاً بحال ينصرها راكباً وراجلاً. والموسر بالركوب بنفسه وإركاب غيره لما كان الأصل متفاوتاً تفاوت الجزية التي قامت مقامه .

---

(١) في الأصل – ابن رنجود – والتصحيح من كتاب شرح فتح القدير ، اه مصححه.

وذلــك يتفـاوت بكثرة الوفر وقلته ، فكذا ما هو بـدله وما رواه محمول على انه كان ذلك صلحاً ، ولهـــذا أمره بالاخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية . قال وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس

---

فإن قيل النصرة طاعـة لله تعالى و هذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفاً عــن الطاعة . أجيب بأن الخليفة في النصرة في حق المسلمين من زيادة القوة للمسلمين وهم يبانون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو غار داراً وأبهر المسلمين ، وهذا أيضاً لقول فيجب على التفاوت ، لأنه أي لأن الجزية بتأويل خراج الرأس ذكرنا الآن وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال .

( وذلك ) أي المذكور عن النصرة بالنفس والمال ( يتفاوت بكثرة الوفر ) أي غير المال ( وقلته ، فكذا ما هو بدله ) أي فكذا يتفاوت ما كان خلفاً عن النصرة (وما رواه) الذي رواه الشافعي «رح» وهو قوله ﷺ لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة ديناراً ( محمول على أنه كان ذلك صلحاً ) أي محمول على مال وقع الصلح عليه ، ألا ترى أنه قال في رواية أخذ من كل حالم وحالمة ديناراً ، ولا تجب على النساء إلا مال الصلح . قلت الأحسن أن يقال هذا ليس بحجة ، لأن الصحيح أنه مرسل ، فكيف يحتج به ( ولهذا ) أي ولكونه كان محمولاً على مال الصلح (أمره) أي أمر معاذاً ( بالأخذ من الحالمة . وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية ) والمحفوظ أن لفظ حالمة مندرج في الحديث .

( قال وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس ) جمع مجوسي ، وهــو منسوب إلى المجوس . وقال الجوهري هي نحلة ومذهب المجوسي انهم قائلون بالنور والظلمة يدعون إلى الخير من فعل النور ، والشر من فعل الظلمة ، ولهذا يعبدون النار ، لأنه من النور . أما وضع الجزية على أهل الكتاب فهو بلا خلاف. وأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام ، وخالفوهم في فروع دينهم . وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكية الفرنج والروم والأدنى وغيرهم ممن

دان بالانجيل وانتسب إلى عيسى عليه السلام والعمل بشريعتهم فكلهم من أهل الكتاب .

واختلف أهل العلم في الصابئين عن أحد أنهم جنس من النصارى . وعن عمر هم ينسبون بهم من اليهود . وقال مجاهد بين اليهود والنصارى . وقال الذمي الزبيعهم أهل الكتاب ، وتوقف الشافعي فيهم ، ويروى عنهم أنهم يقولون الفلك حسي ناطق ، والكواكب السبعة آلهة . والصحيح أنهم إن كانوا يقرون نبي كتاب فهم من أهل الكتاب وإن كانوا من عبدة الكواكب فهم كعبدة الأوثان ، وقد مر في النكاح . وأما المجوس فلهم شبهة الكتاب ، فيجوز أخذ الجزية بالحديث منهم . ولا يجوز نكاح نسائهم ولا ذبائحهم وعليه أكثر أهل العلم . وعن أبي ثور أنهم من أهل الكتاب فتحل نساءهم وذبائحهم لما روي عن علي رضي الله عنه أنهم كانوا أهل كتاب فلما وقع ملكهم على بنته أو اخته رفع العلم عن صدورهم وما بقي كتابهم ،

( لقوله تعالى ﴿ من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطو الجزية ﴾ ... الآية ٢٩ التوبة ) هذا صريح في جواز أخذ الجزية من أهل الكتاب سواء كانوا من العرب والعجم ، ولهذا ذكر أهل الكتاب مطلقاً ( ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس ) حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر ، انتهى . وهجر بفتحتين إسم بلد في البحرين .

( قال ) أي القدوري في مختصره (وعبدة الاوثان من العجم) هو بالجر عطفاً على أهل الكتاب ، وقيد بقوله من العجم احترازاً عن عبدة الاوثان من العرب ، فإنهم لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب ( وفيه خلاف الشافعي ) فان عنده لا يؤخذ إلا من أهل الكتاب والمجوس ، وله في أهل الكتاب غير اليهود والنصارى مثل أصحاب صحف ابراهيم وشيث

هو يقول أن القتال واجب لقوله تعالى ﴿وقاتلوهم﴾ إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب ، وفي حق المجوس بالخبر فبقي من ورائهم على الأصل . ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم ، إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم ، فإنه يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ، ونفقته في كسبه

---

وإدريس وزبور داود ومن تمثل بدين آدم . والسامرة والصابئين وجهان أحدهما تؤخذ منه . والثاني لا . والوثني إذا دخل في دين أهل الكتاب بعد المسيح لم يؤخذ منه الجزية وقال المزني يؤخذ . وقال مالك يؤخذ من جميع الكفار إلا مشركي قريش ، لانهم ارتدوا . وعندنا تؤخذ من جميع الكفار إلا من عبدة الاوثان ، وبه قال أحمد في رواية وعنه في رواية لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب ومن وافقهم في دينهم وآمن بكتابهم كالسامرة. وتؤخذ من المجوس أيضاً ولا تؤخذ من غيرهم من عبدة الأوثان .

( هو ) أي الشافعي ( يقول أن القتال واجب لقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم ﴾ ) لأنه أمر بالقتال وهو عام ( إلا أنا عرفنا جواز تركه ) أي ترك القتال ( في حق أهل الكتاب بالكتاب ) وهو قوله تعالى ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ ( وفي حق المجوس ) أي وعرفنا ترك القتال في المجوس ( بالخبر ) وهو حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ( فبقي من ورائهم ) أي من وراء أهل الكتاب والمجوس ( على الأصل ) أي من النصوص العامة .

( ولنا أنه يجوز استرقاقهم ) بالإجماع ( فيجوز ضرب الجزية عليهم ، إذ كل واحد منها ) أي من الاسترقاق والجزية ( يشتمل على سلب النفس منهم ) معنى حتى يصير مشبهاً بالبهائم ، أما الاسترقاق فظاهر ، لأن نفع الرقيق يعود إلينا جملة ، وأما الجزية ( فإنه ) أي فإن الكافر ( يكتسب ويؤدى إلى المسلمين ونفقته في كسبه ) فكأن أداء كسبه إلى المسلمين في معنى أخذ النفس منه حكماً ، وهو معنى قوله ونفقته في كسبه ، أي والحال أن نفقته في كسبه الذي هو سبب حياته ، وفيه معنى سلب النفس . ونوقض بأن من جاز

وإن ظهر عليهم قبل ذلـــك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضـــع على عبـدة الأوثان من العرب ، ولا المرتدين ، لأن كفرهما قد تغلظ . أما مشركوا العرب فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم ، والقرآن نزل بلغتهم ، فالمعجزة في حقهم أظهر .

---

استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على المرأة والصبي واللازم باطل. وأجيب بأن ذلك بمعنى آخر ، وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي ، فكذا بدل ، وهذا ليس بدافع بل هو متقرر للنقض .

والصواب أن قول المحل شرط نافذالمؤثر ، فكان بمعنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم إذا كان المحل قابلا ، والمرأة والصبي ليسا كذلك،لأن الجزية إنما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه .

( وإن ظهر ) على صيغة المجهول أي غلب ( عليهم ) أي على أهل الكتاب والمجـوس وعبدة الأوثان من العجم ( قبل ذلك ) أي قبل وضـع الجزية عليهم ( فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء ) أي غنيمة للمسلمين ( لجواز استرقاقهم ) وللامـام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية ( ولا توضع ) أي الجزية ( على عبدة الأوثان منالعرب ولاالمرتدين ) سواء كانوا من العرب أو العجم ( لأن كفرهما قد تغلظ ) وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه إلا السيف أو الإسلام .

( أما مشركو العرب فلأن النبي ﷺ نشأ بين أظهرهم، والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر ) وكانوا أحق الناس بالتساعد والقيام بتصرفه والذب عنه . ولقائل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فانه يتغلظ كفرهم ، لأنهم عرفوا النبي ﷺ معرفة تامة محضة ومع هذا مكروه وغيروا إسمه ولغته من الكتب . وقد قبل منهم الجزية . وأجيب بأن القياس كان يقتضي أن لا يقبل منهم الجزية ، إلا أنه نزل بالكتاب بقوله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ ... الآية .

وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدى للإسلام ، ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام والسيف زيادة في العقوبة ، وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب . جوابه ما قلنا . وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم

---

( وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما هدي للاسلام ووقف على محاسنه ) أى محاسن الإسلام ( فلا يقبل من الفريقين ) أي من فريق عبدة الأوثان من العرب ومن فريق المرتدين ( إلا الإسلام والسيف زيادة في العقوبة ) لزيادة دينهم ( وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب ) وبه قال مالك وأحمد ، إلا أن الاسترقاق إتلاف حكماً فيجوز كاتلافه حقيقة بالقتل . ( وجوابه ) أي جواب الشافعي ( ما قلنا ) وهو قوله لأن كفرهم قد تغلظ .

(وأما إذا ظهر عليهم) أي إذا غلب على مشركي العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء ) أي غنيمة المسلمين ، إلا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الإسلام بدون ذراري عبدة الأوثان ونسائهم ، لأن الإجبار على الإسلام إنما يكون بعد ثبوت الإسلام في حقهم ، وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعاً لآبائهم فيجبرون عليه . والمرتدات قريبات عهد بالإسلام – فيجبرون عليه ، بخلاف ذراري العبدة ونسائهم .

( لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة ) وحنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل ، وإنما سمي حنيفة لأنه لقي خذيمة ، أبي حي من عبد القيس فضرب خذيمة حنيفة فحذم يده فسمي هذا حنيفة ، وسمي ذاك خزيمة . وقيل المراد بني حنيفة وهو مسيلمة الكذاب لعبدانه (وصبيانهم) أي سبى أيضاً صبيانهم حتى وقع من قسم علي رضي الله عنه استرق نساء بني حنيفة وهو وحنيفة بطن من العرب ، وهو حنيفة بن لجيم من الحنفية ، قوله منها محمد بن الحنفية ( لما ارتدوا ) أي حتى ارتدت بنو حنيفة أو كان ذلك بعد وفاة النبي ﷺ ( وقسمهم ) أي

بين الغانمين ، ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا . ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو عن القتال ، وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية . قال ولا زمن ولا أعمى، وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا ، وعن أبي يوسف أنه تجب إذا كان له مال ، لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي .

---

قسم أبو بكر رضي الله عنه نساء بني حنيفة وصبيانهم ( بين الغانمين ) من الصحابة وغيرهم (ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا) إشارة إلى قوله فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة .

( ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها ) أي لأن الجزية ( وجبت بدلاً عن القتل) يعني في المأخوذ ( أو عن القتال وهما ) أي المرأة والصبي ( لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية ) فيهما ، فإذا كان كذلك لا يجب عليه البدل وهو الجزية ( قال ولا زمن ) أى ولا جزية أيضاً على زمن ومن الرجل بزمن زمانه وهو عدم بعض أعضائه ويعطل قواه (ولا أعمى) أي ولا أعمى ( وكذا المفلوج ) من فلج على صيغة المجهول إذا ذهب نصفه فهو مفلوج . وقال أهل الطب الفالج استرخاء عام لأحد شقي البدن طولاً ( والشيخ الكبير ) المعنى لا توضع عليه الجزية ( لما بينا ) وهو قوله لأنهما لا يقتلان ولا يقاتلان .

( وعن أبي يوسف أنه ) اي أن الجزية ، ذكره بتأويل خراج الرأس (تجب إذا كان له ) اي للشيخ الكبير رأي ، لأنه تقليل في الجملة ، يعني في صورة من الصور ، وهو معنى قوله إذا كان له رأي ، اي من امور الحرب . وقال الأترازي وعن ابي يوسف في رواية توضع عليهم،اي الجزية إذا كانوا اغنياء ، لأن الغناء هو الأصل في المال لما سيجيء. قلت هذا مخالف لما في المتن ، لأن المعهود من كلام المصنف ان الرواية عن ابي يوسف وجوب الجزية على الشيخ الكبير فقط ، حيث إذا كان له ( مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي ) بإفراد الضمير ، وكذا ذكر بإفراد الضمير في قوله إذا كان له رأي،بخلاف الأعمى والزمن والمفلوج . فلو كانت الرواية عن أبي يوسف في الوجوب على الكل ، يقال

و لا على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي « رح » له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه . ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لهـــا ، فكذا هذا الخراج .

والحديث محمول على المعتمل .

---

إذا كان لهم مال بضمير الجماعه . وفي قول من الشافعي وتؤخذ الجزية من الأعمى والمفلوج والشيخ الكبير .

( ولا على فقير ) أي ولا جزية على فقير إذا كان (غير معتمل) وهو الذي لا يقدر على العمل . والمعتمل الكاسب الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفته ( خلافاً للشافعي ) فإن عنده يجب عليه ( له ) أي للشافعي ( إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ) وهـــو قوله عليه السلام خذ من كل حالم ديناراً وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل وغيره.

( ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها ) أي الجزية ( على فقير غـير معتمل ) المراد من عثمان هذا عثمان بن حنيفة لا عثمان بن عفان ، وقد غفل عنه أكثر الشراح ، وقد مضى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمـــا بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى سواد العراق وظف الجزية على الفقير دون غير معتمل ذلك محل الإجماع، لأن أحداً من الصحابة لم ينكر عليهم ، أشار إليه المصنف بقوله ( وذلك بمحضر من الصحابة ) لأنهم كلهم علموا ذلك ولم يقع من أحد منهم إنكار ، فكأنهم حاضرين في ذلك الوقت . ذكر الغزالي في وجيزه قال أصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب يخرج من الدار على قول ، وتقرر على قول مجاناً ، وتقرر بجزية في ذمته على قول .

( ولأن خراج الأرض لا يوظف على ارض لا طاقة لها ، فكذا هذا الخراح) أي خراج الرأس وهو الجزية ، لأن الخراج نوعان ، خراج الأرض وخراج الرأس كما مر غـير مرة ، فإذا اعتبرت الطاقة في خراج الأرض فكذا تعتبر في خراح الرأس .

( والحديث ) أي الحديث الذي احتج بــــه الشافعي ( محمول على الفقير المعتمل ) توفيقاً بين الحديثين .

ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد ، لأنه بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ، ولا يؤدي عنهم مواليهم لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم . ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكر ها هنا . وذكر محمد « رح » عن أبي حنيفة « رح » أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف « رح » .

---

( ولا توضع ) أي الجزية ( على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه ) أي لأن الجزية باعتبار تأويل خراج الأرض ( بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وعلى اعتبار الثاني ) وهو النصرة بالمال في حقنا ولا مال لهم ، فعلى هذا ( لا تجب ) وعلى اعتبار الأول يجب ، لأن الأصل يتحقق في المماليك ، لأن المملوك الحربي يقتل ، فيجوز تحقق البدل أيضاً ، فإذا كان الأمر دائر بين الشيئين ( فلا تجب بالشك ) لأن الأصل عدم الوجوب ( ولا يؤدي عنهم مواليهم ) لأنهم يتحملون الزيادة بسببهم أي صار مواليهم بسببهم من الاعتبار ، فوجبت عليهم زيادة في الوظيفة ، فلا يجب عليهم شيء آخر بسببهم . وقال في مختصر الأسرار وقولهم إن الجزية يجب الحد والولي يؤدي لها عنه باطل ، لأنه لو كانوا كذلك لاختلف بكثرة المدد ، فلهم كصدقة الظفر .

( ولا توضع ) أي الجزية ( على الرهبان الذين لا يخالطون الناس ، كذا ذكر ها هنا ) أي في القدوري ، وهو قول أبي يوسف ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية .

( وذكر محمد « رح » عن أبي حنيفة رحمه الله أنه توضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل ، وهو قول أبي يوسف « رح » ) وقال الكرخي في مختصره قال عمر بن أبي عمر وسألت محمداً عن أصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج ، قال كان أبو حنيفة يقول يوضع عليهم إذا كانوا ممن يقومون على العمل . قلت لمحمد فما قولك قال العامر ما قاله أبو حنيفة ، قال محمد ليس على السياحين ولا على الرهبان خراج ، وإن اعتزل أحدهم ، إلا أنه يخالط الناس فعليه الخراج .

وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها ، فصار كتعطيل الأرض الخراجية . ووجه الوضع عليهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط القتل ، ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفى بصحته في أكثر السنة . ومن أسلم وعليه جزية سقطت ، وكذلك إذا مات كافر خلافاً للشافعي فيهما . له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى ،

---

( وجه الوضع ) أي وجه وضع الجزية عليهم ، أي على الرهبانيين الذين يخالطون الناس ( أن القدرة على العمل ) ثابتة ، أي موجودة ، وإنما ( هو الذي ضيعها ) أي ضيع القدرة ( فصار حكمه كتعطيل الأرض الخراجية ) مع التمكن من الانتفاع .

( ووجه الوضع عليهم ) أي وجه وضع الجزية عليهم ( أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس ، والجزية في حقهم لإسقاط القتل ) أراد أن الجزية بدل من إسقاط القتل في حقهم ، ولا قتل على الذين لا يخالطون الناس ، فلا تجب الجزية .

( ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري ( ويكتفي بصحته في أكثر السنة )أو نصفها ، فلا جزية عليه ، وإن كان في أقلها عليه الجزية ، لأن الإنسان لا يخلو عن قليل مرض ، فلا يجعل عذرا .

( ومن أسلم وعليه جزية ) أي ومن أسلم ممن عليه جزية ، والحال أن عليه جزية لم يؤدها ( سقطت عنه ، وكذلك إذا مات كافراً ) حال كونه كافراً سقط عنه الجزية ( خلافاً للشافعي فيها ) أي فيمن أسلم وعليه جزية وفيمن مات كافراً ( له )أي للشافعي ( أنها ) أي أن الجزية ( وجبت بدلاً عن العصمة ) أي عن حقن الدم ( أو عن السكنى ) في دار الإسلام ، وإنما تردد بينهما لأن العلماء اختلفوا في أن الجزية وجبت بدل الأمان . قال بعضهم بدلاً عن العصمة الثابتة بعقد الذمة ، وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال بعضهم بدلاً عن النصرة التي قامت بإحرازهم على الكفر وهو الأصح . وقال بعضهم بدلاً عن السكنى في دارنا ، وبه قال الشافعي «رح» . ولهذا قال في قول تؤخذ الجزية عن

وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد. ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ،

---

الأعمى والمعتوه والمقعد ، لأنهم يشاركون في السكنى ، وعندنا لا يجوز كما بينا .

( وقد وصل إليه المعوض ) وهو العصمة والسكنى ( فلا يسقط عنه العوض ) وهو الجزية ( بهذا العارض ) أي بالإسلام أو بالموت ( كما في الأجرة ) يعني إذا استوفى الذمي منافع دار المستأجر ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة ، لأن المعوض وصل إليه ، وهو منافع الدار فلا يسقط العوض وهو الأجرة ( والصلح عن دم العمد ) يعني إذا قتل الذمي رجلا عمداً ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ، ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الأجرة ، لأن العوض وهو نفسه مسلم له فلا يسقط البدل .

فإن قيل لا نسلم أن الجزية بدل عن النصرة ، ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهل الذمة منه فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة ، فلو كانت بدلاً لسقطت . أجيب بإنما لم تسقط لأنه يلزم حينئذ تغير الشرع ، وليس للإمام ذلك .وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النصرة .

فإن قيل الجزية حق مال وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالإسلام لخراج الأرض . أجيب بأن خراج الرأس وقيد الصغار بالنص ، ولهذا لا يوضع على المسلم أصلاً ، بخلاف خراج الأرض فإنها على الصغار ، ولهذا لا يوجد في أرض خراجية المسلم ، فافترقا .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( وليس على مسلم جزية ) هذا الحديث رواه أبو داود في الخراج ، والترمذي في الزكاة عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ ليس على مسلم جزية . قال أبو داود سئل أبو يوسف من الثوري رحمه الله عن هذا فقال يعني إذا أسلم فلا جزية عليه . فقال الترمذي وقد روي عن موسى عن أبيه عن النبي ﷺ مرسلا ، ورواه في مسنده والدارقطني في سننه وسكت عنه . وقد روي باللفظ الذي فسره به سفيان. قال الطبراني

ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ، ولهذا تسمى جزية ، وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت. ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ، ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً ،

---

في معجمه الأوسط بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ من أسلم فلا جزية عليه .

( ولأنها ) أي ولأن الجزية ( وجبت عقوبة على الكفر ، ولهذا ) إيضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر ( تسمى جزية وهي ) أي الجزية ( والجزاء واحد ) يعني إذا سميت جزاء من الجزاء ، لأنها عقوبة تقع جزاء على الإصرار على الكفر ( وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ) أي ولا تقام الجزية بعد الموت ، يعني لا يوجد بعد الموت من عليه الجزية وإن خلف شيئاً ، لأن الموت كالقتل ، لانها خلف عن القتل، ولهذا سميت جزية وهو عقوبة . ولهذا يستوفى بطريق الذلة والصغار ويستحق بالجناية ، ولا جناية أعظم من الكفر ، وعقوبة الكفر في الدنيا لا تكون إلا بدفع الشر ، وقد صار مدفوعاً بالموت والإسلام ، فيسقط ، وهذا معنى قوله ( ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع ) أي الشر ( بالموت والإسلام ) أي بموت من عليه الجزية أو بالإسلام أيضاً . وأما شرع العقوبة في الآخرة بالعذاب أتم لهم .

( ولأنها ) أي ولأن الجزية ( وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا ) أراد أن وجوب الجزية شرع للنصرة وكفاية للغزاة ( وقد قدر عليها ) أي على النصرة ( بنفسه بعد الإسلام ) فسقطت ، لقدرته على الأصل ( والعصمة تثبت ) هذا جواب عن قول الشافعي أنها وجبت بدلاً عن العصمة بيان أن العصمة ثابتة ( بكونه آدمياً ) يعني من حيث أنه آدمي خلق معصوماً محقون الدم لكونه مكلفاً ، فلا ينافى له العام بامور التكليف إلا

والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى ، وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت . وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف

---

بكونه معصوماً ، وإنما يطلب عصمته بعارض الكفر ،ثم لما أسلم عادت العصمة ،فصارت العصمة به لا بقبول الجزية .

ولقائل أن يقول انها ثابتة بالآدمية ، ولكنها سقطت بالكفر فالجزية بعدها على ما كانت فكانت بدلاً . والجواب أنها لو كانت بدلاً عن العصمة ، فأما أن تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما مستقبل ، لا سبيل إلى الأول لوقوع الفتنة عنه ولا إلى الثاني لأن الإسلام يغني عنه .

( والذمي يسكن في ملك نفسه ) هذا جواب عن قوله أو عن السكنى ، بيانه أن الذمي إنما سكن في ملكه إما بالشراء أو بغيره من أسباب الملك (ولا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى ) يعني لا فائدة في إيجاب البدل ، لكنه في موضع مملوك له ، فلو كانت الجزية أخذ وجوبها بالاجماع لا محالة ، ويشترط فيها التأقيت ، لأن الابهام سلطها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على أن السكنى لم تكن بطريق الاجارة .

( وإذا اجتمع عليه ) أي على الذمي ( الحولان ) أي جزيتا الحولين فحذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه . وفي بعض النسخ وإن اجتمعت عليه الحولان بناء هذا للفعل باعتبار تقديره جزيتا الحولين كما ذكرنا . وقال الأترازي ويجوز أن يراد بالحولين الجزيتان مجازاً إطلاقاً لاسم المحل على الحال . أو أنث الفعل على تأويل السنة ،لأن الحول في معناها ( تداخلت ) أي الجزية ، وهذا لفظ القدوري آتية في شرح الأقطع ،

( وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنه وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ ) أي لا يؤخذ ما مضى ( وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف

ومحمد « رح » يؤخذ منه ، وهو قول الشافعي « رح » . وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً ، وكذلك إن مات في بعض السنة . أما مسألة الموت فقد ذكرناها . وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف ، وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً ، والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى ، وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالى السنين ،

---

ومحمد «رح» يؤخذ منه ) يعني مما مضى ( وهو قول الشافعي ) وبه قال أحمد . وقال مالك يؤخذ منه إلا إذا كان فقيراً لم يؤخذ منه بعشرة إذ الفقير لا جزية عليه عنده .

( وإن مات عند تمام السنة ) أي عند تمام السنة الأولى (لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً) أي في قول أصحابنا المذكورين والشافعي ( وكذلك ) أي لا تؤخذ ( إن مات في بعض السنة ) لأنه إن مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه ، وإن مات بعد الوجوب فقط سقط بالموت عندنا خلافا للشافعي .

( وأما مسألة الموت فقد ذكرناها ) أشار به إلى قوله ولان شرع العقوبة في الدنيا لا تكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ( وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) يعني يتداخلا إذا اجتمع الحولان عند أبي حنيفة خلافاً لهما ( وقيل لا تداخل فيه ) أي في الخراج ( بالاتفاق ) ووجه الفرق بينهما أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير الثقات إلى معنى العقوبة ، ولهذا إذا اشترى المسلم أرضاً خراجية يجب عليه الخراج، فجاز أن لا يداخل ، بخلاف الجزية فإنها عقوبة ابتداء نصاً ولهذا لم يشرع في حق المسلم أصلا ، والعقوبات تتداخل .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد (في الخلافيه)أي فيما إذااجتمع عليه حولان (ان الخراج وجب عوضاً ) أي عن سائر الأعراس حقن الدمأو عن السكنى(والأعواض إذا اجتمعت وأمكن استيفاءها تستوفى ) كما في سائر الأعواض ( وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين ) أي بعد تتابعها ، لأن الفرض انه حي وانتفاء المال من الحي ممكن إذا لم يمنع عنه

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه . ولأبي حنيفة أنها وجبت عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ، ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات ، بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائماً ، والقابض منه قاعد . وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول أعطني الجزية يا ذمي ، وقيل عدو الله فيثبت أنه عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود . ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا

---

الاسلام ( بخلاف ما إذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه ) لان المؤمن يؤمن لايمانه ،فيتعذر انتفاؤه من الوجه الذي وجب .

( ولابي حنيفة لانها ) أي أن الجزية ( وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ) أراد بقوله ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة (ولهذا ) أي ولكونها وجبت عقوبة ( لا تقبل منه ) أي من الذمي ( لو بعث ) أي جزيته (على يد نائبه في أصح الروايات ) وهنا ثلاث روايات ، بين المصنف منها روايتين وهي قوله ولا يقبل ، وقوله ( بل يكلف ) إلى آخره من تتمة هذه الرواية . وقوله مكلف أي الذي إلى ( أن يأتي بها ) أي بما وجبت عليه من الجزية ( بنفسه ) أي يأتي بنفسه ( فيعطي )حال كونه ( قائماً والقابض منه قاعد).

( وفي رواية يأخذ ) هذه الرواية الثانية وهي أن يأخذ ، أي القابض ( بتلبيبه ) والتلبيبة أخذموضع القلب من الثياب ، واللبيب موضع القدرة من العذرة ( ويهزه ) أي يهز القابض الذمي ( هزاً ويقول أعطني الجزية يا ذمي . وقيل عدو الله ) وفي شرح الطحاوي تؤخذ منه الجزية بطريق الاستحقار له حتى يضع حالة الاخذ، وإذا كان الامر كذلك ( فيثبت أنه ) أي أن الذي يؤخذ منه وهو الجزية ( عقوبة ، والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت ) إذا كانت من جنس واحد تداخلت ( كالحدود ).

( ولانها ) أي ولان الجزية ( وجبت بدلاً عن القتل في حقهم ،وعن النصرة في حقنا )

كما ذكرنا ، لكن في المستقبل لا في الماضي ، لأن القتل إنما يستوفى في الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض ، وكذا النصرة في المستقبل ، لأن الماضي وقعت الغيبة عنه . ثم قول محمد « رح » في الجزيـة . وفي الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً ، وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجري على حقيقته ،

---

أي بدلاً عن النصرة في حقنا ، وبدلاً عن النصرة في حق المسلمين ( كما ذكرنا ) عند قوله فيما تقدم عن قريب ، ولانها وجبت عن النصرة في حقنا .

( لكن في المستقبل ) هذا إذاً استدراك من قوله لانها وجبت بدلاً عن القتل ، يعني كونها بدلاً عن القتل إنما يظهر في المستقبل ( لا في الماضي ، لان القتل إنما يستوفى في الحراب قائم في الحال لا الحراب ماض ) لان الماضي فات ( وكذا النصرة ) أى وكذا كون النصرة في حقنا ( في المستقبل ، لان الماضي وقعت الغيبة عنه ) لعدم فائدتها في الماضي الغائب .

( ثم قول محمد في الجزية ) أشار به إلى بيان قول محمد الذى نقله (وفي الجامع الصغير) عن محمد «رح» وأبي حنيفة في الجزية بقوله ( وجاءت سنة أخرى حمله ) أى حمل المجيء ( بعض المشايخ على المضي ) يعني معناه مضت حتى لتحقق اجتماع الحولين ، لانها عند الحول تجب ، وهذا ضرب من المجاز ، أشار إليه بقوله ( مجازاً ) لان بمجيء كل شهر بمجيء أوله . ويجوز المجاز أن يجيء الشهر مستلزم مضي الآخر لا محالة . وذكر اللزوم وإرادة اللازم مجازاً .

( وقال ) بعض المشايخ ( الوجوب ) أى وجوب الجزية ( بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع ) أى اجتماع الحولين ( فيتداخل ) حينئذ الحولان (وعند البعض) أى بعض المشايخ ( هو ) أى المجيء ( مجرى على حقيقته ) أى على حقيقة المجيء ، وهو

والوجوب عند أبي حنيفة « رح » بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول ، وعند الشافعي « رح » في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه ، فتعذر إيجابه بعد مضي الحول ، فأوجبناها في أوله .

---

دخول السنة ( والوجوب ) أي وجوب الجزية ( عند أبي حنيفة بأول الحول ، فيتحقق الإجتماع بمجرد المجيء ) تحقيقاً عند أبي حنيفة ، ولذلك قال هو في الزكاة إنما يجب في أول الحول .

( والأصح أن الوجوب ) أي نفس الوجوب ( عندنا في مبتدأ الحول ، وعند الشافعي في آخره اعتباراً بالزكاة . ولنا أن ما وجب بدلاً عنه ) أي عن القتل إذ القتال ( لا يتحقق إلا في المستقبل على ما قررناه ) أشار به إلى قوله لأن القتل إنما استوفى الجواب قائم في الحال لا لجواب ماض له ، قاله الأترازي . وقال الكاكي قوله على ما قررناه وهو الجزية بدل عن القتل في حقهم ، وعن النصرة في حقنا ، وهذا إنما يتحقق في المستقبل لا في الماضي ، فكذلك وجب أن يكون الحكم في الدنيا كذلك أيضاً وهو أن لا يجب بنصرة ماضية ، ويجب بنصرة مستقبلة ، فينبغي أن يجب في أول الحول لتحقق سببه ، وهو وجوب النصرة عليهم بالمال ، بخلاف الزكاة ، لأنها تجب في المال النامي الحائل للتمكن من الاشتمال اشتمال الحول على الفصول الأربعة ، فيعذر إتمامه بعد مضي الحول ، يعني إنما وجب لما لم يتحقق إلا في المستقبل بعذر إيجابه بعد مضي الحول ، يعني ( فتعذر إيجابه ) ما وجب ( بعد مضي الحول ، فأوجبناها في أوله ) أي في أول الحول ، لأنه أول أوقات إمكان الوجوب .

* * *

# فصـــل

ولا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة في دار الإسلام، لقوله عليـــه السلام لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة .

---

## ( فصل )

هذا فصل في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا بما يتعلق بالسكنى وغير ذلك من أحوالهم .

( ولا يجوز إحداث بيعة ) بكسر الباء ( ولا كنيسة في دار الإسلام ) يقال كنيسة اليهود والنصارى لتعديتهم ، وكذلك البيعة كان مطلقـــاً في الأصل ، ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود ، والبيعة لمعبـــد النصاري ( لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة) هذا الحديث رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة وضعفه . ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام بلفظ المصنف «رح» .

وروى ابن عدي في الكامل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ لا يبنى كنيسة في الإسلام ، ولا يبنى ما خرب منها ، وفي إسناده سعيد بن سنان واعلم به ، وقال عامة ما يرويه عمر محفوظ ، وعن أحمد وابن معين ضعيف . وقال ابن القطان وفيه من الضعفاء غير سعيد بن سنان وهو محمد بن جامع أبو عبد الله العطار . قال أبو زرعة ليس بصدوق ، وفيه أيضاً سعيـــد بن عبد الجبار ضعيف بل متروك وحكى البخاري أن جرير بن عبد الحميد كان يكذبه .

قوله لا خصاء بكسر الخاء مصدر خصاه ، أي نزع خصيتيه ، والإخصاء في معنـــاه خطأ ، ذكره في المغرب، والوجه في الجمع بين الخصاء والكنيسة أن الخصاء نوع ضعف في الانســان في الخصاء، وكذا الكنيسة في دار الإسلام تورث الضعف في الإسلام أو في الخصاء يعتبر عما عليه أصل الخلقة ، وكذا في بناء الكنيسة يعتبرها عليه بها دار الإسلام . قلت الأوجه أن يقال سئل النبي ﷺ عن الخصاء ، واتفـــق أن سائلاً آخر سأل عن الكنيسة فأجابهما بقوله لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة ، وهذا من الفيض الإلهي فلله الحمد . وقيل

والمراد إحداثها وإن انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها ، لان الابنية لا تبقى دائمة . ولما أقرهم الإمام فقد عهـــد

---

المراد في قوله تعالى ﴿ فليغيرن خلق الله ﴾ ١١٩ النساء ، الخصاء . وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء .

( والمراد إحداثها ) أي المراد من قوله ﷺ ولا كنيسة ، أي إحداث الكنيسة . وقيل أمصار المسلمين ثلاثة ، أحدها : ما مصره المسلمين منها كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط . فلا يجوز فيها إحداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلواتهم ولا صومعة بإجماع أهل العلم ، ولا يملكون فيه شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس .

وثانيها : ما فتحه المسلمون عنوة ، فلا يجوز إحداث شيء فيها بالاجماع ، وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه ، فقال مالك والشافعي في قول وأحمد في روايـــة يجب هدمه ، وعندنا يأمرهم الامام أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ، ولكن لا تهدم . وهذا إذا صالحهم بعد الفتح أن يجعلهم ذمة ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، لأن الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيراً من البلاد عنوة ولم يهدموا كنائسهم. وكتب عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إلى عماله لا تهدموا بيعة ولا كنيسة ، وقالها مـا فتح صلحاً فإن صالحهم على أن الأرض وكذا الخراج لنا فجاز إحداثهم ، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم بالكنائس على ما وقع عليه الصلح على شرط تمكين الاحداث لأئمتهم ، والأولى أن يصالحهم على شرط ما وقع صلح عمر رضي الله عنه من عدم إحداث البيعة والكنيسة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ جزية الخنزير. ولو وقع الصلح مطلقـــاً لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ، ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخـاذ الخنزير بالاجماع . وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنعون .

( وإن انهدمت البيعة والكنيسة القديمة أعادوها ) المراد من القديمة مـا كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم ، ولا يشترط أن يكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة ( لان الابنية لا تبقى دائمة لما أقرهم الامام فقد عهـد

إليهم الإعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها، لأنه إحداث في الحقيقة ، والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة ، بخلاف موضع الصلاة في البيت ، لأنه تبع للسكنى ، وهذا في الأمصار دون القرى ، لأن الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر ، فلا تعارض بإظهار ما يخالفها . وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضاً ، لأن فيها بعض الشعائر ، والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة ، لأن أكثر أهلها أهـــل الذمة

---

إليهم الاعادة ، إلا أنهم لا يمكنون من نقلها ، لانه ) أي لان النقل (إحداث في الحقيقة) وقال محمد رحمه الله في نوادر هشام إن انهدمت كنيسة من كنائسهم أو بيعـة أو بيت نار فلهم أن يبنوها كما كانت ، وليس لهم أن يحولوها من موضع إلى موضع آخـــر في المصر. فقوله أن يبنوه كما كانت ، يريد به قدر بناء الاول ، أما الزيادة على البناء الاول فممنوع ، لانه إحداث بيعة في المصر .

( والصومعة ) قال الجوهري فوعلة ، يعني وزنها يدل على أن الواو فيه زائدة ، وهو بيت يبنى بأساس طويل ليعبد فيها بالانقطاع عن الناس ، وهو معنى قوله ( للتخلي فيهـا بمنزلة البيعة ) إنما قال بمنزلة البيعة ، يعني لا يجوز إحداثها مثلها لا يجوز إحداث البيعة.

( بخلاف موضع الصلاة في البيت ) حتى لا يمنع ، يعني إذا عـــين موضعاً من البيت للصلاة فيه لا يمنع منه ( لانه تبع للسكنى ) أي لانه تابع لمسكنه ، فتكون من جملة مسكنه ( وهذا في الامصار ) أي عدم جواز إحداث البيعة والكنيسة في الامصار (دون القرى ، لان الأمصار هي التي تقام فيها الشعائر ) أي شعائر الاسلام ( فلا تعارض بإظهار ما يخالفها ) أي خالف الشعائر .

( وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك ) أي من إحداث البيعة والكنيسة (في القرى أيضاً ، لأن فيها بعض الشعائر ) مثل الأذان والإقامة والصلاة بالجماعة (والمروي عـــن صاحب المذهب ) وهو الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه ، أي الذى روي عن أبي حنيفة من عدم المنع من إحداث الكنيسة والبيعة ( في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها كانوا أهل الذمة )

وفي أرض العرب يمنعون من ذلك في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب .

---

لم تكن قرارها موضع فتقييد الأحكام لتعليمهم ، فلم يرد المنع من الاحداث . وقال في الفتاوى الصغرى إذا أرادوا إحداث البيع والكنائس في الأمصار يمنعون بالإجماع أما في السواد وذكر في العشر والخراج أنهم يمنعون . وفي الإجارات أنهم لا يمنعون .

واختلف المشايخ فيه،قال مشايخ بلخ يمنع،وقال الفضلي ومشايخ بخارى لا يمنع،وذكر شمس الأئمة السرخي الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد ، وهل تهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها أم لا، أما في الامصار ذكر في الاجازات لاتهدم البيع القديمة ، بل يترك . وذكر في العشر والخراج أنها تهدم .

( وفي أرض العرب يمنعون من ذلك ) من احداث البيع والكنائس ( في أمصارها وقراها لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ) هذا الحديث رواه إسحاق بن راهويه في سنده أخبرنا النصر بن سميك حدثنا صالح بن أبي الاحصر عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال في مرضه الذي توفى فيه لا يجتمع دينان في جزيره العرب،انتهى . انها سميت الجزيرة، لأن بحر فارس بحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها،وقيل لانجزارها عن موضعها، والجزر القطع لانها جزرة عنها المياه التي حواليها لبحور البصرة وعمان وعدن والفرات. وقال الزهري سميت جزيرة لانها بحر فارس وبحر السواد أحاط بجانبيها ، يعني البحر وأحاطت بالجانب الشمالي دجلة والفرات ، وأسند أبو داود عن سعيد بن عبد العزيز قال جزيرة العرب ما بين الوادي إلى أقصى اليمن إلى نحو العراق إلى النجف .

وقال المنذري في مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها ، وروى عنه أنها الحجاز واليمن ، ولما لم يبلغه ملك فارس والروم ، وحكى البخاري عن المغيرة أنها مكة والمدينة . وقال الاصمعي هي من أقصى عدن أبين إلى ريف العراق في الطول . وأما العرض فمن جدة وما والاها من تماجيل البحر إلى أطراف الشام . قال أبو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر أبي موسى إلى أقصى اليمن في الطول . وأما العرض فما بين مرسل

قال ويؤخذ أهـــل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح، وفي الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الأكف، وإنمـــا يؤخذون بذلك إظهاراً للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين.

---

سيرين إلى مقطـــع السماء. وفي شرح ديوان الفرزدق حفر أبي موسى عـــلى خمس مراحـــل من البصرة. وقال أبو عبيد أمر رسول الله ﷺ بإخراج اليهود والنصارى من هذا كله.

( قال ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ) بكسر الزاي وتشديد الياء الذي الهبة واصلة زوى قلبت الواو ياء، وأدغمت الياء في الياء ( ومراكبهم ) جمـــع مركوب ( وسروجهم ) جمع سرج ( وقلانسهم ) جمع قلنسوة. وقال الكرخي يكون قلانس الرجال سواء طوالا مضربته ( ولا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح. وفي الجامع الصغير ) إنما ذكر لفظ الجامع الصغير ليعلم أنه تفسير لما ذكره القدوري، لان المذكور فيما قبله لفظ القدوري ( ويؤخذ أهل الذمة بإظهار الكستيجات ) جمع كستج، وفسره الكرخي ما يحيط العقدة على وسطه. وعن أبي يوسف كستج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ماسرين به من الزنار المتخذة من الابريسم. قال فخر الاسلام في تفسير الكستيجات هي إعلام الكفر، وهي فارسية معربـــة، وحقيقة الزجر والذل بلغة العجم.

(والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف) بضم الهمزة والكاف جمع أكاف بالكسر وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره وهي أن يكون على قربوص السرج مثل الرمانـــة ( وإنما يؤخذون بذلك ) أى بما ذكر من الاشياء ( إظهاراً للصغار عليهم وصيانـــة لضعفة المسلمين ) يعني في الدين لا في اليدين حتى لا يميلوا إليهم بأن رأوهم أصحاب النعمـــة والحقص والدعة. ويقولون أن المؤمنين في مشقة ومحنة وأهل الذمة في راحة ونعمـــة،

ولأن المسلم يكرم والذمي يهان ، ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق ، فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز . والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار ، ومن الابريسم فإنه جفاء في حق أهل الإسلام ويجب أن تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ، ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة.

---

فلذلك وجب تمييزهم بلا إعلام ، وآثار يدل على الذل ولا يتركون يتحملون ، ولهذا كان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يأمر عماله أن يأخذا أهل الذمة .

( ولأن المسلم يكرم ) لأجل إسلامه ( والذمي يهان ) لأجل كفره (ولا يبتدأ بالسلام) أي الذمي بالسلام ( ويضيق عليه الطريق ) يعني يلحق إلى ضيق الطريق ( فلو لم تكن علامة مميزة ) على صيغة إسم الفاعل من التمييز ( فلعله ) أى فلعل الذمي ( يعامل) على صيغة المجهول ( معاملة المسلمين ، وذلك لا يجوز ، والعلامة يجب أن تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الإبريسم فإنه جفاء ) أى فإن الزنار جفاء ، أى خوف وترك الخمس المعشرة ( في حق أهل الإسلام ) والإبريسم معرب ، والعرب يخلط فيها ليس من كلامها . وقال هو بكسر الهمزة والراء وفتح السين . وقال التمرتاشي ينبغي في كل بلد من العلامة ما يعارضه أهله، لأن المقصود يعلم بهذا أن الامصار على هذه علامة مخصوصة لازم .

( ويجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ) كالجلاجل وغير ذلك . وكذا قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الجامع الصغير . وقال أيضاً وكذا من تكون يرده من نسائهم تؤمر باتخاذ علامة فرق الحلات لتميز بذلك من المسلمات . وإذا كانت ممن لا يخرج لا يحتاج إلى العلامة (وتجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة ) لأن فيه إهانة المسلم في نفس الأمر ، حيث يدعو العدو الله تعالى ووقوف المسلم على باب أهل الكفر ذل ، وإهانة المسلم فضلا أن يدعو له .

قالوا الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة ، وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين ، فإن لزمه ضرورة اتخذوا سرجاً بالصفة التي تقدمت ، ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف . ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي عليه السلام أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده ، لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها ، والإلتزام باق . وقال الشافعي « رح » سب النبي عليه السلام يكون نقضاً ، لأنه لو كان مسلماً ينقض أمانه ،

---

( قالوا ) أي مشايخنا الآخران ( الأحق أن لا يتركوا أن يركبوا إلا للضرورة ) كالخروج إلى الرهبان وذهاب المريض إلى موضع محتاج إليه ، وكذا إذا استعان بهم الإمام في الحرب .

( وإذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في جامع المسلمين، فإن لزمتهم الضرورة اتخذوا سرجاً بالصفة التي تقدمت ) وهي كهيئة الألف ، إذ السرج للقرابة، ولهذا يكره للنساء الركوب على السرج ، لأنهن ليسوا من أهل الجهاد ( ويمنعون عن لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف ) هكذا أمر عمر رضي الله عنه .

( ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو سب النبي ﷺ أو زنى بمسلمة لم ينتقض عهده ) وقال أصحاب الشافعي ينقض العهد بجميع ذلك ، كذا ذكر في شرح الأقطع ( لأن الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق) يعني التزام الجزية باق ، فيكون على عهده، ولقد طول الأترازي هنا في كلامه والكثرة مايعجبني... افتى بقتله لسبه النبي ﷺ وكون سبه لله تعالى .

والوجه مع أصحاب الشافعي ( وقال الشافعي «رح» سب النبي ﷺ يكون نقضاً ) أي العهد ( لأنه لو كان مسلماً ينقض أمانه ) يعني على تقدير أنه لو كان مسلماً وكان سب

فكذا ينقض أمانه إذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي عليه السلام كفر منه ، والكفر المقارن لا يمنعه فالطارىء لا يرفعه . قال ولا ينقض العهد إلا وأن يلتحق بدار الحرب أو يغلبون على موضع فيحاربوننا ، لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب . وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد ، معناه في الحكم بموته باللحاق ، لأنه التحق بالأموات ،

---

النبي ﷺ كان ينقض أمانه ، كذا فسره الشراح رحمهم الله ( فكذا ينقض أمانه ) أي أمانه الذي كان له بعقد الذمة ( إذ عقد الذمة خلف عنه ) عن الأمان. وقال الشافعي إذا امتنع من بدل الجزية وقبول أحكام الاسلام ينتقض عهده ولا ينتقض بزنا مسلمة وإن غصبها بنكاح هي أو يفتن مسلماً عن دينه أو بقطع الطريق أو يؤدي إلى الكفار عيناً أو يدل على عورات الاسلام ، وبه قال مالك وأحمد . وقال مالك ينتقض بإكراه المسلمة على الزنا وفي سب النبي ﷺ ، أو ذكر الله تعالى بما لا ينبغي وللشافعي قولان ، أحدهما ينتقض ، والثاني لا ، وفي شرح الوجيز امتناع الجزية مع القدرة انتقاض في عهده وأما لعجز لا . أي عن الامان .

( ولنا أن سب النبي ﷺ كفر منه ) أي من الذمي ( والكفر المقارن ) أي المعتزل به ( لا يمنعه ) أي لا يمنع الأمان ( فالطارىء ) أي الكفر الطارىء بعارض ( لا يرفعه ) أي الأمان .

( قال ولا ينقض العهد إلا وان يلتحق بدار الحرب أو يغلبون ) أي أهل الذمة (على موضع ، فيحاربوننا لأنهم صاروا حرباً علينا ، فيعرى عقد الذمة عن الفائدة ، وهو دفع شر الحراب وإذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد ) وبينه المصنف بقوله ( معناه في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات ) بمعنى إذا تاب ورجع لا يقتل ، وإن لحق بدار الحرب ما يعمل في تركته المرتد . فإن خلف امرأة ذمية في دار الاسلام بانت منه

وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر لا يسترق، بخلاف المرتد.

## فصـــل

---

لتباين الدارين . وإذا لحقت معه بدارهم ثم عاد إلى دارنا فيها على حقها ، إلا أن الذمي اللاحق بدارهم إذا غلب عليها يسترق ، والمرتد ما دامت في دارنا لا يسترق ، فإذا لحقت بدار الحرب ثم ثبت استرقت ، ويجوز مع ذلك على الاسلام .

( وكذا في حكم ما حمله من ماله ) يعني ان الذمي الناقض للعهد إذا حمل ماله إلى دار الحرب تكون فيئاً للمسلمين إذا ظهروا عليها بكمال المرتد إذا حمله إلى دار الحرب ( إلا ) استثنى من قوله فهو بمنزلة المرتد ، أي إلا أن الذمي لو أسر يسترق بخلاف المرتد ( أنه لو أسر لا يسترق ) بل يقتل إن أصر على استرداده ، وكذا يجوز وضع الجزية على ذمي نقض العهد ، ولحق بدار الحرب ( بخلاف المرتد ) .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان أحكام نصارى بني تغلب ، وذكر هنا في فصل هذا على حدة لأن حكمهم مخالف لحكم سائر النصارى وبنو تغلب بفتح التـاء المثناه من فوق وسكون العين المعجمة وكسر اللام وائل بن قاسط بن رهيب بن أوضى بن يحيى بن حذيفة بن أسد ابن ربيعة بن سادر سلموا أي الجاهلية إلى النصرانية فدعاهم عمر رضي الله عنه إلى بدل الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب ، خـذ منا كما يأخـذ بعضكم من بعض الصدقات ، فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد ذويهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عدوك عليك بهم ، وخذ منهم الجزية بإسم الصدقة ، فبعث عمر رضي الله عنـــه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ، وقال به الفقهاء .

ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف مـا يؤخذ من المسلمين من الزكاة ، لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلـــك بمحضر من الصحابة « رض » ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم ، لأن الصلح وقـــع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكذا المضاعف . وقال زفر « رح » لا يؤخذ من نسائهم أيضاً ، وهو قول الشافعي « رح » ، لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هـــذه جزية قسموها ما شئتم ، ولهذا

---

( ونصارى بني تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ، لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة «رض») تقدم هذا في كتاب الزكاة في آخر باب زكاة الخيل ( ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم)هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية.وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يؤخذ من نساء بني تغلب شيء . قال الفقيه وذكر عن أبي الحسن الكرخي أنه قال هذه الرواية أقيس ، لأنه لا يؤخذ من نساء أهل الذمة جزية فكذلك لا تؤخذ من نسائهم – تغلب – مضاعفة الصدقة .

(لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة ، والصدقة تجب عليهن دون الصبيان ، فكـذا المضاعف ) لا تجب عليهم ( وقال زفر رحمه الله لا تؤخذ من نسائهم أيضاً ) وفي بعض النسخ من سواهم ( وهو قول الشافعي ) أي قول زفر وهو قول الشافعي ( لانـه ) أي لان الذمي يؤخذ منهم ( جزية في الحقيقـة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزيـــة قسموها ما شئتم ) أي هذه الصدقة المضاعفة جزية قسموها حسبما شئتم أنتم ، وهذا أيضاً تقدم في باب زكاة الخيل في كتاب الزكاة ، وأما صبيانهم فلا يؤخذ منهم شيء ، وكـذا مجانينهم ، وعند أحمد يجب عليهما كالزكاة ( ولهذا ) أي لكونها جزية في الحقيقـــة

تصرف مصارف الجزية ولاجزية على النسوان . ولنا أنه مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها ، والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال ، وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى التغلبي الخراج ، أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي . وقال زفر « رح » يضاعف لقوله عليه السلام أن مولى القوم منهم ،

---

( تصرف مصارف الجزية ، ولا جزية على النسوان ) فلا يؤخذ شيء من نساء بني تغلب أيضاً .

( ولنا أنه ) اي أن المأخوذ منهم ( مال وجب بالصلح والمرأة من أهل وجوب مثله عليها ) أي مثلما وجب ببدل الصلح فتجب عليها ( والمصرف مصالح المسلمين ) هذا جواب من قوله تصرف مصارف الجزية تقريره أن يقال لا نسلم أن كونه مصرف الجزية يدل على أنه جزية ، لأن مصرفه مصالح المسلمين ( لأنه مال بيت المال وذلك ) أي مصرف مصالح المسلمين ( لا يختص بالجزية ) وحدها ، بل يوضع فيه خراج الأرضين والجزية ، وأما أهله أهل الحرب وغيرها .

( ألا ترى أنه لا يراعى فيه ) أي في المأخوذ منها ( شرائطها ) أي شرائط الجزية بوصف الصغار وغيره من عدم القبول من الثابت والإعطاء قائماً والقابض قاعداً وأخذ التلبيب والهز ( ويوضع على مولى التغلبي الخراج ) هذا من مسائل الجامع ، وفسره المصنف بقوله ( أي الجزية ) لأنها خراج الرأس ومولى التغلبي معتقه ( وخراج الأرض ) أي يوضع عليها خراج الأرض ( بمنزلة مولى القرشي ) لا يؤخذ الجزية والخراج من القرشي ، ويؤخذ من مولاه ، فلذلك ها هنا .

( وقال زفر « رح » يضاعف ) أي يضاعف على مولى التغلبي ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( أن مولى القوم منهم ) هذا الحديث تقدم في باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز . وجه استدلاله به ظاهر ، لأن مولاه عليه التضعيف فعليه كذلك ، لأنه

ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة . ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ، ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً ، بخلاف حرمة الصدقة لأن الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقـــه ، ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليــــه الصدقة ، لأن الغني من أهلها ، وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً ، لأنه صين

---

منه وهو المروي عن عامر التغلبي أيضاً (ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ) لأنه منه بظاهر الحديث ، فكذلك مولى التغلبي .

( ولنا أن هذا ) أي أخذ مضاعف الزكاة ( تخفيف ) يعني أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية ( والمولى لا يلحق بالأصل فيه ) أي في التخفيف ( ولهذا ) أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف ( توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانياً ) ولم يلحق لمولاه في ترك الجزية ، وإن كان الإسلام على أسباب التخفيف بالتخلص عن التدين بالإمام ، وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي . وتقرير الجواب أن حرمة الصدقـــة ( بخلاف حرمة الصدقة ،لأن الحرمات تثبت بالشبهات )لأنها في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة (فألحق المولى بالهاشمي في حقه ) أي في حق ما هو لمولاه ، وهو حرمة الصدقة (ولا يلزم مولى الغنى ) جواب عما يقال مال مولى الغنى لم يلحق بـه في حرمة الصدقـــة والعلة المذكورة ، وهي أن الحرمات تثبت بالشبهات . فأجاب بقوله ولا يلزم المولى الغنى علينا ( حيث لا تحرم عليه ) أي على الغني ( الصدقة ، لأن الغنى من أهلها ) أي من الصدقـــة في الجملة ، ألا ترى أنه إذا كان عاملاً يعطي من الصدقة ما يكفيه ، وكذلك ابن السبيـل يجوز له أخذ الزكاة .

( وإنما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى ، أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لأنه صين ) أي حفظ ، وهو مجهول صانه، وأصله صون قلبت الواو ألفاً لتحركها وافتتاح

لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه . قال وما جباه الإمام من الخراج وأموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلمائهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم لأنه مال بيت المال، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين،وهؤلاء

---

ما قبلها واصل صين صون قلبت الواو ياء ، ثم ابدلت ضمة الصاد كسرة لأجل الياء (لشرفه) أي لأجل شرفه ( وكرامته عن أوساخ الناس )وذلك لأجل التعظيم لقرابة النبي ﷺ ، فإذا كان الأمر كذلك ( فألحق به ) أي بالهاشمي ( مولاه ) لأنه نسبة ولم يذكر جواباً عن الحديث ، وهو انه ورد بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص ، وهو حرمة الصدقة خاصة فلم يجز التعدية إلى غيرها ، لأن ذلك كان لإظهار فضل قرابة رسول الله عليه السلام في إلحاق مولاهم به ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء .

( قال وما جباه الإمام ) أى وما جمعه الإمام ( من الخراج ) أي خراج الأراضي(ومن أموال بني تغلب وما أهداه أهل الحرب إلى الإمام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور ) وهو جمع ثغر ، وهو موضع مخاف البلدان ( وبناء القناطر)جمع قنطرة وهو ما يحكم بناؤه ولا يرفع ( والجسور ) جمع جسر ، وهو ما يوضع ويرفع ( ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم ) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل ( وعلماؤهم منه ) أي من الذي جباه الامام الأشياء المذكورة ( ما يكفيهم ) أي ما يكفي القضاة وعمالهم والعلماء ( ويدفع منه ) أي من الذي جباه أيضاً ( أرزاق المقاتلة وذراريهم ) أي وأرزاق ذراريهم ، لأن نقصانهم واجب عليهم ، فلو لم يكن موقوفاً لذراري آبائهم لم يتفرغوا للقتال ولبطلان أمر الجهاد الذي من أعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة بأكساب النفقات للذراري ( لأنه) أى لأن الذى جباه الإمام ( مال بيت المال ، فإنه وصل إلى المسلمين من غير قتال ،وهو) أى المال حي الذى ( معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ) أى القضاة وعمالهم والعلماء

عملتهم ونفقة الذراري على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال . ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء ، لأنه نوع صلة وليس بدين ، ولهذا سمى عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهــل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم .

---

عملتهم وهو جمع عامل ( ونفقة الذرارى على الآباء ، فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجـوا إلى الاكتساب ولا يفرغون للقتال ) وقد شرحناه الآن .

( ومن مات منهم ) أى من المذكورين ( في نصف السنة فلا شيء له في العطاء ) وهو مـا يكتب للقراء في الديوان ولكل من قام بأمر الدين( لأنه نوع صلة وليس بدين،ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت ) وإنما وضع المسألة نصف السنة لأنـه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك إلى قريبه ، لان قــد وافى غناءه ، ويستحب الصرف إلى قريبه ليكون أقرب إلى الولائم قبل رزق القاضي ومن في معناه في آخــر السنة يعطي ، ولو أخذ في أولها ثم عزل أو مات قبل نصفها قيل يجب رد مـا بقي من السنة ، وقيل على قياس نفقة المرأة لو يجب . وقال محمد وجب إلى رد الباقي ، كـذا لو عجل لها نفقته يسترضيها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود ،وعندهما إنها صلة من وجه فيقطع الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ، ذكره في جامع قاضي خان والتمرتاشي.

( وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم ) إنما قال ذلك لانه في الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب حسن في الاسلام كأزواج النبي ﷺ وأولاد المهاجرين والأنصار .

* * *

# باب أحكام المرتدين

قال وإذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الإسلام فإن كانت له شبهة كشفت عنه ، لأنه عساه اعترته شبهة فتزاح ، وفيه دفع شره بأحسن الأمرين إلا أن العرض على ما قالوا غير واجب ، لأن الدعوة بلغته . قال ويحبس ثلاثة أيام ، فإن أسلم وإلا قتل .

---

( باب أحكام المرتدين )

أي هذا باب في بيان أحكام المرتدين وهو جمع مرتد ، وهو الذي يرتد ، أي يرجع عن دين الاسلام إلى الكفر والعياذ بالله تعالى . ولما فرغ من بيان أحكام الكفر الأصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارىء ، لأن الطارىء إنما هو بعد وجود الأصلي .

( قال وإذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام ) وفي أكثر النسخ وإذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام ( فإن كانت له شبهة كشفت عنه ) وفي بعض نسخ القدوري كشفت له ( لأنه ) أي لأن الذي ارتد ( عساه ) أي لعله ( اعترته شبهة ) وفي بعض النسخ اعترضت له شبة ، يقال عراه أعراه بمعنى إذا أباح خراج ، أي يزال من الابراحة ،وفي بعض النسخ ( فتنزاح عنه ) أي عن الذي ارتد ( وفيه ) أي وفي عرض الاسلام ( دفع شره ) أي دفع الشر المرتد ( بأحسن الأمرين ) أراد بهما الاسلام والقتل وأحسنها الاسلام ( إلا أن العرض ) أي غير أن عرض الاسلام عليه (على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب ، لأن الدعوة بلغته ) أي لأنه عذر ، ولكن العرض مستحب . وفي الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين ، لأن رجاء عوده إلى الاسلام ثبت على ما يجيء .

( قال ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم ) فبها ونعمت ( وإلا قتل ) أي وإن لم يسلم بعد

وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام حراً كان أو عبداً ، فإن أبى قتل ، وتأويل الأول أنه يستمهل فيمهل ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لابلاء الأعذار . وعن أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أو لم يطلب . وعن الشافعي «رح» أن على الإمام أن يؤجله ثلاثة أيام ،ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد

---

ثلاثة أيام قتل إلى ها هنا كلام القدوري مع شرح المصنف إياه ( وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام ، فإن أبى قتل ) مكانه ، وذكره في شرحه في المسلم يرتد انه يقتل ( حراً كان أو عبداً ) وقال فخر الاسلام ولا يؤخر إلى أن نتمهل ، لأنه قد ارتد بعد المعرفة ، فلا عفو له ( وتأويل الأول ) وهو قوله ثلاثة أيام (انه) أي أن المرتد (يستعمل) على صيغة المعلوم من الاستمهال ، وهو طلب المهلة . حاصل معناه أنه إذا طلب المهلة ( فيمهل ) على صيغة المجهول من الامهال ( ثلاثة أيام لأنها مدة ضربت لابلاء الإعذار ) بكسر الهمزة ، أي لاختيار الأعذار كما في شرط الخيار قصة موسى ، والعبد الصالح وإن لم يطلب المهلة فالظاهر من حالته أنه متعنت في ذلك ، فلا بأس بقتله ، إلا أن له يستحب أن يستر لأنه بمنزلة كافر بلغته الدعوة .

فإن قيل تقدير المدة ها هنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأي فيما لا مدخل للقتل فيه ، لأنه المقادير . أجيب بأن هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص ، لأن ورود النص في خيار البيع بثلاثة أيام ، وورد فيه لأن التقدير بثلاثة أيام هناك كان للتأمل . والتقدير بها هنا أيضاً للتأمل .

( وعن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك ) أي الامهال أو التأجيل ( أو لم يطلب . وعن الشافعي «رح» أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك ، لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد

من مدة يمكنه التأمل ، فقدرناه بالثلاث . ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيـــد الإمهال ، وكذا قوله عليـه السلام من بدل دينـــه فاقتلوه ولأنه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال ،

---

من مدة يمكنه التأمل ، فقدرناه بالثلاث ) وقال الكاكي ومدة الاشتباه ثلاثـة أيام عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول . وفي أصح قوليه إن تاب في الحال وإلا قتل لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ، وهو اختيار ابن المنذر . وعن علي رضى الله عنه استتاب شهراً . وقال الثوري يستتاب ما رجي عوده . وقال النخعي يستتاب أبداً ، وهذا يقتضي أن لا يقتل أبداً ، وهو مخالف للسنة والاجماع .

( ولنا قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ من غير قيد الامهال ، وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم، فروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه البخارى في حديث استتابة المرتدين وفيه من بدل دينه فاقتلوه . وروى عن معاوية بن مسد أخرجه الطبراني في الكبير قال رسول الله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه أن لا تقبل توبته عن الكفر بعد إسلامه . وروى عن عائشة رضي الله عنها أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عنها مرفوعاً نحوه سواء .

( ولانه ) أى ولان المرتد ( كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال ) إنما قال كافر حربي ، لانه ليس بذمي ولا مستأمن ، إذ لا يقبل الجزية ، وما طلب الامان فكان حربياً فيقتل لاطلاق النص . ولانه بنفس الردة صار محارباً لاهل الاسلام فيقتل ، إلا إذا استمهل فيمهل ثلاثة أيام كما مر . ونقل الناطقي في كتـــاب الاجناس عن كتاب الارتداد للحبس فأتاب المرتد وعاد إلى الاسلام ثم عاد إلى الكفر حتى فعـــل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من الامام التأجيل أجله الامام ثلاثة أيام ، فإن عـاد الى الكفر رابعاً ثم طلب التأجيل فإنه لا يؤجله ، فإن أسلم وإلا قتل .

وقال الكرخي في مختصره فان رجع أيضاً عن الإمام يأتي به الاسلام بعد ثلاثـــة

وهذا لأنه لا يجوز تأخير الواجب لأمر موهوم . ولا فرق بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل . وكيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى الإسلام ، لأنه لا دين له .

---

استتابات أيضاً . فان لم يثبت قتله ولا يؤجله وإن هو تاب ضربه ضرباً وجيعاً ولا يبلغ به الحد ، ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبـــة ، ويرى من حاله حال إنسان قد أخلص، فاذا فعل ذلك خلى سبيله . فان عاد بعدما خلى سبيله فعل به مثل ذلك أبداً ما دام يرجع إلى الاسلام ولا يقتل إلا أن يأبى أن يسلم .

وقال أبو الحسن الكرخي هذا قول أصحابنا جميعاً أن المرتد يستتاب أبـداً . وروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما أنه لا تقبل توبة بعد المرة الثالثة ، لانـه مستحق السبي وليس بثابت .

( وهذا ) أى قتله للحال من غير إمهال ( لانه ) أى لان القتال ( لا يجوز تأخـير الواجب ) وهو القتل ( لامر موهوم ) وهو إسلام المرتد ( ولا فرق بين الحر والعبد )أى لا فرق في قتل المرتدين أن يكون حراً أو عبداً إذا أبى الاسلام ( لاطلاق الدلائل ) هو قوله تعالى ﴿ فاقتلوا المشركين ﴾ وقوله ﷺ من بدل دينه فاقتلوه وغيرهمـــا من غير فصل بين الحر والعبد .

( وكيفية توبته ) أى توبة المرتد ( أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ) يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية يوجب عليه أن يبرأ عن ذلك، لكن من ليس له دين فلأجل هذا يبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام بعد أن يأتي بالشهادتين .

قال في شرح الطحاوى سئل أبو يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول أشهد أن لا إله إلا الله محمداً عبده ورسوله ، ويقر بما جاء من عند الله من الذى انتحل، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله . وقال ولم أدخل في هذا الدين قط وأنا بريء منه، أى من الذى ارتد إليه فهي توبة أيضاً ، كذا نقل الشيـخ أبو الحسن الكرخي عن أبي

ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود
قال فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه كره ولا شيء على القاتل . ومعنى الكراهية ها هنا ترك المستحب و انتفاء الضمان ، لأن الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب . وأما المرتدة فلا تقتل . و قال الشافعي « رح » تقتل لما روينا ،

---

يوسف وقال في شرح الطحاوى إسلام النصراني أن يقول أشهد أن لا إله إلا الله وان محمداً عبده ورسوله ، ويبرأ من النصرانية ، وإن كان يهودياً يبرأ من اليهودية . وكذلك إذا كان كل ملة توقف عليها . وأما إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله فانه لا يكون مسلماً بهذا الاسم ، لانهم يقولون هذا إلا انهم إذا فسروا قالوا رسول الله إليكم هذا في اليهود والنصارى والذمي بين ظهراني أهل الاسلام .

وأما إذا كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ، فهذا دليل الاسلام ، أو قال محمد رسول الله ، أو قال دخلت في دار الاسلام ، أو قال دخلت في دين محمد عليه السلام ، فهذا دليل إسلامه ، ذكره في كتاب المرتد .

( ولو تبرأ عما انتقل إليه كفاه لحصول المقصود ) لانه مسلمة للمرتد بعد ما كان عليه إذا تبرأ عما انتقل إليه حصل المقصود والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قالت الائمة الثلاثة .

( قال ) أى القدورى ( فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ، ولا شيء على القاتل ) لان القتل وجب عليه بالنصوص لمجرد الكفر ، فلم يجب الضمان على قاتله لوجود المبيح ( ومعنى الكراهة هناك ترك المستحب ) لان في القتل تفويت الفرض المستحب ، وعند من قال بوجوب العرض يحرم قتله ( وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب ) لان الكافر إذا بلغه الدعوة لا يجب تجديد العرض عليه ، بل يستحب ، فكذا هنا . وفائدة الاستحباب محل قتله العرض ( وأما المرتدة فلا تقتل ) ولكن حتى تسلم سواء كانت حرة أو أمة . ولو قتلها قاتل لم يجب عليها شيء .

( وقال الشافعي تقتل ) وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث والزهرى والنخعي والاوزاعي ومكحول وحماد وإسحاق . وهو قول أبي يوسف أولاً ، ذكره أبو الليث (لما روينا) وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ، ومن تعم الرجال والنساء . وروى الدارقطني أن

ولأن ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث أنه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة ، والردة والمرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها . ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء . ولأن الأصل تأخير الأجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء ،

---

امرأة يقال لها مروان ارتدت فأمر عليه السلام أن تستتاب ، فان تابت وإلا قتلت (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة فيناط بها ) أى يتعلق بها ( عقوبة مغلظة ) وهو القتل ( وردة المرأة تشاركها فيها ) أى تشارك ردة الرجل في هذه العقوبة ( فتشاركها في موجبها ) وهو القتل ، لان الاشتراك في العلة موجب الاشتراك في المعلول، فصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة ، وفيه نظر، لانه إثبات ما يندرىء بالشبهات بالرأى.

( ولنا أن النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ) وروى الجماعة إلا ابن ماجة عن نافع عن ابن عمر ان امرأة وجدت في بعض مغازى رسول الله ﷺ فنهى عن قتل النساء والصبيان، وفي لفظ البخارى ومسلم فأنكر قتل النساء والصبيان . وفي لفظ البخارى ومسلم وأخرج أبو داود عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلا ولا صغيراً ولا امرأة ... الحديث . فإذا لم يقتل بالكفر الأصلي فبالطارىء بطريق الأولى كالصبي . وروى الدارقطني في سننه عن عبد الله ابن عيسى الجوزي حدثنا عقال شمير عن عاصم عن أبي ربعة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ لا تقتل المرأة إذا ارتدت ، قال الدارقطني وعبد الله هذا كذاب يضع الحديث على عقال وغيره ، هذا لايصح عن النبي ﷺ .

والجواب عن الحديث الذى اتضح به الشافعي انه عام متروك الظاهر ، لان من بدل دينه من اليهودية إلى النصرانية او من النصرانية إلى اليهودية او من الكفر إلى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل على الرجل المرتد توفيقاً بين الحديثين .

( ولان الاصل تأخير الاجزية إلى دار الآخرة ، إذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذى هو من الله إظهار علمه ، لان الناس يمتنعون خوفاً من لحوقه ، فصاروا في المعنى كالمحورين ،

وإنما عدل عنه دفعاً لشر ناجز وهو الحراب ، ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البينة. بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالأصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لأنها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار ، فتجبر على إيفائه بالحبس كما في حقوق العباد . وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الإسلام حرة كانت أو أمة ، والأمة يجبرها مولاها. أما الجبر فلما ذكرنا من المولى لما فيه من الجمع بين الحقين

---

وفيه إخلال بالاسلام ( وإنما عدل عنه ) أي عن هذا الاصل ( دفعاً لشر ناجز ) أي واقع ( وهو الحراب ) يقال ناجزاً مناجزاً ، أي يتداخل ( ولا يتوجه ذلك )أي الحرب ( من النساء لعدم صلاحية البينة ) يعني بنيتهن غير صالحة كذلك .

( بخلاف الرجال ، فصارت المرتدة كالأصلية ) كالكافرة الأصلية والكافرة الأصلية لا تقبل ، فكذا المرتدة . وقال الاكمل ما قيل أن النبي ﷺ قتل مرتدة فقد قيل أنه عليه السلام لم يقتلها لمجرد الردة ، بل لانها كانت شاخة شاعرة تهجو رسول الله ﷺ ، وكان لها ثلاثون ابناً وهي تحرضهم على قتال رسول الله ﷺ فأمر بقتلها .

( قال ولكن تحبس حتى تسلم ، لانها امتنعت عن إيفاء حق الله تعالى بعد الإقرار فتجبر على إيفائه ) أي إيفاء حق الله تعالى ( بالحبس كما في حقوق العباد ) حيث تحبس لايفاء ما عليها من الحق .

( وفي الجامع الصغير ) إنما أعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الحر والحرة والامة ( وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة ، والامة يجبرها مولاها ، أما الجبر فلما ذكرنا ) يعني أنه امتنعت عن إيفاء حق الله بعد الإقرار ( من المولى ) أي وأما الاجبار من المولى ( لما فيه من الجمع بين الحقين ) أي حق الله تعالى وهو الجبر على الاسلام وحق العبد وهو الاستخدام . وفي الايضاح قال أبو حنيفة رضي الله عنه إن احتاج المولى إلى خدمتهما دفعهما القاضي إليه وأمره أن يجبرها إلى الاسلام وأرسل إليها القاضي كل أيام يهددها ويضربها أسواطاً حتى تموت أو تسلم. والصحيح أنه يدفعها إلى المولى احتاج أو

ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمـــل على الإسلام . قال ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته زوالاً مراعى ، فإن أسلم عادت إلى حالها . قالوا هذا عند أبي حنيفـــة « رح » وعندهما لا يزول ملكه ، لأنه مكلف محتاج فالى أن يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص . وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا حتى يقتل .

---

استغنى طلب أم لا ، لان الحبس تصرف فيها ، وذا إلى المولى .

فإن قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعاً ، فكيف دفعته إليه الأمة دون العبد . أجيب بأن العبد إذا أبى يقتل فلا فائدة في الدفع إلى المولى .

( ويروى تضرب في كل أيام مبالغة في الحمل على الاسلام ) وعن الحسن أن المرتـــدة تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطاً حتى تموت أو تسلم .

( قال ) أي القدوري ( ويزول ملك المرتد عن أمواله بردته ) أي بسبب ردته (زوالاً مراعى ) أي محفوظاً موقوفاً حتى يتبين حاله . وبه قال الشافعي الاصح ومالك وأحمد في رواية ، وبيانه في قوله ( فإن أسلم عادت ) أى أمواله ( إلى حالها ) أي تبقى ملكاً له كما كانت ( قالوا ) أي المشايخ ( هذا ) أي الذي ذكره القدوري من الزوال المراعى قول أبي حنيفة رضي الله عنه . وفي بعض النسخ ( عند أبي حنيفة «رح» ) هو الاصح (وعندهما) أي عند ابي يوسف ومحمد ( لا يزول ملكه ) وبه قال الشافعي في قول ، واختاره المزني وأحمد في ظاهر الرواية ، وبه قال ابن المنذر **وأكثر أهل العلم** على انـه لا يزول بمجرد الردة ( لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه ) ولا يتمكن من إقامة التكلف وأثر الردة في إباحة دمه لا في زوال ملكه كالمقضي عليه بالقود والرجم وهو معنى قوله ( كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص ) فان ملكه لا يزول باباحة دمه .

( وله ) اى لابي حنيفة ( انه ) اى ان المرتد ( حربي مقهور ) **أما كونه حربياً**، فلأنه كافـــر غير مستأمن والحربي كذلك ، لانه كافر غير مستأمن . وأما كونـــه مقهوراً فلأنه (تحت أيدينا حتى يقتل) وقد زالت عصمة نفسه بالردة حتى يستحق القتل، ولذلك إن

ولا قتل إلا بالحراب فهـــذا يوجب زوال ملكه ومالكيته ، غير أنـه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه ، ويرجى عوده إليـــه فتوقفنا في أمره ، فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم ، وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب . وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه . قال وإن مات أو قتل على ردته انتقـــل

---

زالت عصمة نفسه تبعاً له ( ولا قتل إلا بالحراب ) فكان القتل هنا مستلزمـــاً للحراب، لان نفس الكفر ليس مبيح له ، ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني ، وقد تحقق اللزوم بالاتفاق ، وهو كونه من يقتل فلا بد من لازمة وهو كونه حربياً (وهـــذا ) اى كونه حربياً مقهوراً تحت ايدينا ( يوجب زوال ملكه ومالكيته ) بالجر عطفاً على قوله ملكه ، لأن المقهور به امارة المملوكية، فاذا كان مقهوراً ارتفعت مالكيته وارتفاعهـــا مستلزم ارتفاع الملك ، لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك بحـــال ( غير انه ) اى ان المرتدين ( مدعو إلى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده إليه ) اى على الاسلام ، وذلك موجب بقاء المالكية ، لانه حي مكلف يحتاج إلى ما تمكن منه من اداء ما تكلف به ، فبالنظر إلى الأول يزول بالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في امره)فقلنا بزوال موقوف.

( فإن أسلم جعل هذا العارض كأن لم يكن في حق هذا الحكم) أي في حق بقاءملكه على ماله ، واحترز بقوله في حق هذا الحكم عن جبر عليـه وعن بينونـــة امرأته وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة ، لأن ردته لا تجعل كأن لم تكن في هذه الأحكام ( وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل ) على صيغـــة المجهول ( السبب ) أي سبب المرتد ونكله وهو الارتـــداد .

( وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه ) بـــدار الحرب ( استقر كفره فيعمل بسبب عمله وزال ملكه ) مبتدأ إلى وقت الردة كما في البيع بشرط الخيار للمشتري . ( قال ) أي القدوري ( وإن مات أو قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في

ما اكتسبه في حال إسلامه إلى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » كلاهما لورثته . وقال الشافعي « رح » كلاهما فيء، لأنه مات كافراً ، والمسلم لا يرث الكافر ، ثم هو مال حربي لا أمان له ، فيكون فيئاً . ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه ، فينتقل بموته إلى ورثته ، ويستند إلى ما قبيل ردته ، إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم .

---

حال إسلامه إلى ورثته المسلمين ) وقال الأترازي فلو قال وإن مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب ، فحكم بلحاقه كان أولى ، لأن حكم الحاكم باللحاق مثل موته ، انتهى . قلت لم يقل هكذا هنا لا كفاية بما ذكره قبله قيل إنه تكرار . قلت لا ، لأن الأول لفظه . والثاني لفظ القدوري ( وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئاً ) يعني غنيمة للمسلمين ( وهذا ) أي المذكور ( عند أبي حنيفة « رح » ) وبه قال زفر والحسن ، وكذا ذكره الكرخي .

( وقال أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» كلاهما ) يعني الكيسان جميعاً ( لورثته . وقال الشافعي «رح» كلاهما فيء ) وبه قال مالك وأحمد ( لأنه مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً ) يعني يوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع ( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد ( أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه ) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره ( ينتقل بموته إلى ورثته ويستند إلى ما قبيل ردته ) هذا جواب عما يقال هذا توريث المسلم من الكافر ، فأجاب بقوله ويمتد ، أي إلى إرسال ، وخرج في المبسوط ويستند التوريث إلى ما قبيل ردته ، فيكون كأنه كسب الردة كسب الإسلام ( إذ الردة سبب الموت ) ولما كان سبب الموت جعل موتاً حكماً ، فكان آخر جزء من أجزاء إسلامه أخذ جزء من أجزاء إسلامه آخر جزء من أجزاء حياته حكماً ( فيكون توريث المسلم من المسلم ) بهذه الحيثية .

ولأبي حنيفة « رح » أنه يمكن الاستناد في كسب الإسلام لوجوده قبل الردة ، ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ، ثم إنما يرثه من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً للإستناد . وعنه أنه يرثه من كان وارثاً له عند الردة ، ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه ، لأن الردة بمنزلة الموت وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت ،

---

( ولأبي حنيفة «رح» أنه يمكن الاستناد ) أي إسناد التوريث ( في كسب الإسلام لوجوده ) أي لوجود الكسب ( قبل الردة ، ولا يمكن الإستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ) أي لعدم الكسب قبل الردة ( ومن شرطه ) أي من شرط إسناد التوريث (وجوده) أي وجود الكسب قبل الردة ليكون توريث المسلم من المسلم، لأنا لو قلنا بالتوريث فيما الكسب في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر ، وذلك لا يجوز ( ثم إنما يرثه ) أي إنما يرث المرتد ( من كان وارثاً له حالة الردة ، وبقي وارثاً إلى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتباراً للاستناد ) ذكر هذه الروايات تفريعاً لمسألة القدوري ، وهذه الرواية رواية الحسن ( عنه أنه يرثه من كان وارثاً له وقت الردة ) وولد له من علوق حادث وبقي إلى موته يرثه . ومن حدث بعد ذلك لا يرثه حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردته أو ولد من علوق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية (ولا يبطل استحقاقه) أي استحقاق الوارث ( بموته ) قبل موت المرتد ( بل يخلفه وارثه . لأن الردة بمنزلة الموت ) في حكم التوريث . ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا تبطل استحقاقه ، ولكن يخلفه وارثه فيه ، وهذا مثله .

( وعنه ) أي وعن أبي حنيفة هذه الرواية رواها محمد عن أبي حنيفة ( أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت ) سواء كان موجوداً عند الردة أو حدث بعدها . وفي المبسوط

لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل على ردته وهي في العدة ، لأنه يصير فاراً ، وإن كان صحيحاً وقت الردة

---

هذا أصح ( لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه ) أي تمام السبب ( كالحادث قبل انعقاده ) أي قبل السبب فلا جرم تعتبر زمان الموت ، لأن السبب يتم به حق يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل أو الموت ، وهذا (بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض) بغير الولد الحادث في المشتراة قبل القبض ، حيث يكون له حصة من الثمن غير مضمونة ، حتى إذا هلك من يد البائع قبل القبض بغير قتل أحد هلك معه العوض تلقى الثمن كله متعلقاً بالأصل ، كما كان كذلك لو كان الولد حادثاً قبل انعقاد السبب وهو البيع. قال في النهاية وحاصله أنه على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثاً وقت الردة ، وكونه باقياً إلى وقت الموت أو القتل ، حتى لو كان وارثاً ثم مات قبل موت المرتد أوجدت وارث بعد الردة فإنه لا يرثانه . وعلى رواية أبي يوسف يشترط الوصف الأول دون الثاني ، وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الأول .

( وترثه ) أي ترث المرتد ( امرأته المسلمة إذا مات ) أى المرتد ( أو قتل على ردته وهي في العدة ) الواو فيه للحال ( لأنه يصير فاراً ، وإن كان) أى المرتد والواو للاتصال ( صحيحاً وقت الردة ) لأن الردة سبب الهلاك كالمرض ، فأشبه بردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض ، والطلاق البائن حالة المرض يوجب الإرث إذا كانت في العدة . وفي رواية أبي يوسف يرث وإن انقطعت العدة، لأن العدة تغير قيام السبب وقت الردة ، ذكره في المبسوط .

فإن قيل أضاف أبو حنيفة التوريث إلى ما قبل الردة وذلك مستلزم أن لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول ، لأن الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كان مدخولاً بها أو لم تكن . أجيب بأن الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة يستوي فيه المدخول بها وغيرها . وأما الردة فإنها جعلت موتاً حكماً ليكون توريث المسلم ، فهي

والمرتدة كسبها لورثتها لأنه لا حراب منها فلم يوجب سبب الفيء ، بخلاف المرتد عند أبي حنيفة « رح » ويرثها زوجهـــا المسلم إن ارتدت وهي مريضة لقصدها إبطال حقه ، وإن كانت صحيحة لا يرثها لأنهـــا لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالهـــا بالردة ، بخلاف المرتد

قال وإن لحق بدار الحرب مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وأمهات أولاده وحلت الديون التي عليه

---

ضعيفة في السببية فلا من تقررها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة .

( والمرتدة كسبها ) أى كسب المرتدة ( لورثتها، لأنه لا حراب منها) أى من المرأة، ومعنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس ، فالردة لا تزول عصمة نفسهـــا حتى لا تقتل ، فكذا لا تزول عصمة مالها ، فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثاً لورثتها. فإذا لم يكن حراب منها ( فلم يوجد سبب الفيء ) فلا يترتب عليه الحكم ( بخلاف المرتد عند أبي حنيفة ) فان كسبه فيء لكونه محارباً في الحال أو في المال باللحـــاق . وحاصل العرف أن عصمة المال تابعة للنفس ، فالمرتدة لا تقتل فلا تسقط عصمة نفسها ، فكذا لا تسقط عصمة مالها ، بخلاف المرتد فانه يقتل فيسقط عصمة نفسه ، فكذا عصمة ماله لما ذكرنا ( ويرثها ) أى المرتدة ( زوجها المسلم إن ارتدت وهي مريضة ) الواو فيه للحال ( لقصدها إبطال حقه ) أي حق الزوج بقصد الفرار من ميراث الزوج .

( وإن كانت ) أى المرتدة ( صحيحة لا يرثها ، لأنها لا تقتل ، فلم يتعلق حقه بمالها بالردة ) لأنها ماتت بنفس الردة ، فلم يقصر فيه على الهلاك لأنها لا تقتل ( بخلاف المرتد ) فلا يكون في حكم الفارة المريضة ، فلا يرث زوجها منها ، بخلاف المرتد منفصل بقوله فلم يتعلق حق بمالها . وفي المرتد يتعلق حقهابماله إذا مات وهي في العدة سواء ارتد في صحته او في مرضه ، لأنه مستحق القتل فكان فاراً بالارتداد فورثته .

( قال وإن لحق بدار الحرب ) حال كونه ( مرتداً وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده ) من جميع المال ، كذا في شرح الطحاوى ( وحلت الديون التي عليه )

ونقـــل ما اكتسبه في حال الإسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي « رح » يبقى ماله موقوفاً كما كان ، لأنه نوع غيبة فأشبه الغيبة في دار الإسلام . ولنا أنه صار مرتداً باللحاق من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموتى ، فصار كالموت ، إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا ، فـــلا بد من القضاء . وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة بـه وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ، ثم يعتبر كونه وارثاً عند لحاقه

---

يعني ديونه المؤجلة ( ونقل ما اكتسبه في حـــال الاسلام إلى ورثته من المسلمين . وقال الشافعي يبقى ماله موقوفاً كما كان) في دار الاسلام،ويحفظ الحاكم وبه قال مالك وأحمد. والذى نقله المصنف عن الشافعي واحمد واقواله ، كذا قاله الأكمل وليس له إلا قولان ، احدهما ما نقله ، والآخر ان ملكه يزول (لأنه) اى لان إلحاقه بدار الحرب (نوع غيبة ، فأشبه الغيبة في دار الاسلام ) فلا يتغير حكم ماله .

( ولنا انه صارمرتدأباللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام) ألاترى إلى قوله تعالى ﴿ او من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ الأنعام ، اى كافراً فهديناه ( لانقطاع ولاية الزام ) هذا تعليل لقوله وهم اموات لانه بالحاق ينقطع عنه الاحكام كما ينقطع عنه بموته ، وهو معنى قوله ( كما هي ) أي أحكام الإسلام ( منقطعة عن الموتى فصار ) أي المرتد باللحاق ( كالموت إلا أنه ) أي غير أنه ( لا يستقر لحاقه إلا بقضاء القاضي لاحتمال العود إلينا فلا بد من القضاء ) لترجح جانب عدم العود إلينا ( وإذا تقرر موتـه ) أي موته الحكمي بالقضاء ( ثبتت الأحكام المتعلقة به ) أي بالمرتد ( وهي مـا ذكرناها ) أي الأحكام المتعلقة به ما ذكرناها من عتق مدبريه أو أمهات أولاده وحلول ديونـه المؤجلة ونقل كسب الإسلام إلى ورثته ( كما في الموت الحقيقي ) أي كما تثبت هـذه الأحكام في الموت الحقيقي ( ثم يعتبر كونه ) أي كون وارث المرتد ( وارثاً عند لحاقـه ) أي عند

في قول محمد ، لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال . وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتاً بالقضاء . والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف ، وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام ، وما لزمه في حال ردته من الديون يقضى مما اكتسبه في حال ردته . قال العبد الضعيف عصمه الله هذه رواية عن أبى حنيفة « رح » وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام ، وإن لم يف بذلك يقضي من كسب الردة ، وعنه على عكسه

---

لحاق المرتد بدار الحرب ( في قول محمد «رح» لأن اللحاق هو السبب ) لزوال ملكه (والقضاء لتقرره )أي لتقرير السبب،وقيل لتقرير اللحاق وهما متفاوتان ( لقطع الاحتمال ) أي احتمال العود إلى دار الإسلام .

( وقال أبو يوسف «ر ح» وقت القضاء ) أي يعتبر كونه وارثاً وقت القضاء باللحاق ( لأنه ) أي لأن المرتد ( يصير موتاً بالقضاء) أي بقضاء القاضي واللحاق غلبة ( والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف ) أي على هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ، فعند أبي يوسف يعتبر وجود الوارث وقت القضاء ، وعند محمد وقت اللحاق أو معناه على هذا الذي ذكرناه من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين ونقل الكسب إلى الورثة ، لكن إلى ورثته قبل اللحاق أو وقت القضاء على الاختلاف ( وتقضى الديون التي لزمته في حال الإسلام مما اكتسبه في حال الإسلام، وما لزمه في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته ) هذا كله قول القدوري .

( وقال العبد الضعيف عصمه الله ) أي المصنف ( هذه رواية عن أبي حنيفة رحمة الله عليه ، وعنه ) أي وعن أبي حنيفة «رح» ( أنه ) وقال الأترازي أن الشأن ( يبتدأ ) في قضاء الذي ( بكسب الإسلام ) وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة ( فإن لم يف بذلك ) أي فان لم يكن في كسب الاسلام وفاء بالدين ( يقضى من كسب الردة . وعنه )

وجه الأول أن المستحق بالسببين مختلف ، وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين ، فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ، ليكون الغرم بالغنم .وجه الثاني أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه . ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث ، فيقدم الدين عليه . أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده ، فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر ، فحينئذ يقضى منه

---

أي وعن أبي حنيفة ( على عكسه ) أي يقضى كسب الردة، فان لم يف يقضى من كسب الاسلام وهذه الرواية رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة .

( وجه الأول ) أي وجه المذكور الأول وهو قضاء دين على كل حال من كسب تلك الحال ( أن المستحق بالسببين مختلف ) أحدهما بالسبب الواقع في حالة الاسلام ، والآخر بالسبب الواقع في حالة الردة مختلف ، لأن الحد الواقع بالسبب في حالة الاسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع في حالة الردة ( وحصول كل واحد من الكسبين ) أي من كسب الاسلام وكسب الردة ( باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم ) أي بازاء الغنم .

( وجه الثاني ) وهو الذي يبدأ فيه بكسب الاسلام ( أن كسب الاسلام فيه ملكه ) أى ملك المرتد وأوضح ذلك بقوله ( حتى يخلفه الوارث فيه ) بضم الفاء ، لأن حق للحال . قوله فيه أى في كسب الاسلام ( ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث) أراد أن الوارث إنما يكون خلفاً عن الميت إذا لم يكن عليه دين ، فاذا كان عليه دين ( فيقدم الدين عليه ) أى على الوارث ( وأما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده ) أى عند أبي حنيفة ( فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر ) أراد به بكسب الاسلام ( فحينئذ يقضى منه ) أى من كسب الردة كالذمي ، جواب سؤال يرد عليه ، وهو أن كسب الردة لما لم يكن مملوكاً له كيف يؤدى منه دينه

كالذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين . ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ها هنا . وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه أولى ، إلا إذا تعذر بأن لم يف به ، فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديماً لحقه .

---

إذا لم يكن له كسب الاسلام . فأجاب بقوله ( كالذمي ) يعني هذا غير بعد ، فان الذمي (إذا مات ولا وارث له ) الواو فيه للحال ( يكون ماله لجماعة المسلمين . ولو كان عليه دين يقضى منه ، كذلك ها هنا ) أى كذلك الحكم في هذا الوجه .

( وجه الثالث ) وهو البداءة من كسب الردة فان لم يف فمن كسب الاسلام ( أن كسب الاسلام حق الورثة ، وكسب الردة خالص حقه ، فكان قضاء الدين منه ) أى من كسب الردة ( أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به ) أى كسب الردة (فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديماً لحقه ) أى لحق المرتد ، لأن الدين مقدم على الارث وفيه بحث من أوجه :

الأول : ما قيل إن هذا ناقض قوله ، أما كسب الردة فليس بمملوك لبطلان أهليه الملك بالردة .

والثاني : أن كون سبب الاسلام حق الورثة ممنوع ، فان حقهم إنما يكون متعلقاً بالتركة بعد الفراغ عن حق المورث .

والثالث : أن قضاء الدين خالص ماله واجب من حق غيره ممتنع ، فلا وجه بقوله فكان قضاء الدين منه أولى .

وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلوص الحق هنا أن لا يتعلق حق الغير بـه كما يتعلق في مال المريض . ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكاً له ، ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له ، وكذلك الذى إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا . وعن الثاني ان الدين إنما يتعلق بماله عند الموت . لأن ما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وانتقل بالردة إلى الورثة وكسب في الردة هو ماله عند الموت يتعلق

وقال أبو يوسف ومحمد يقضي ديونه من الكسبين لانهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما والله أعلم . قال وما باعه أو اشتراه أو عتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته فهو موقوف ، فإن أسلم صحت عقوده . وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين .

---

الدين به . وعن الثالث بأن كسب الاسلام بعرضية ان يكون خالص حقه بالتوبة ، فكان أحدهما خالص حقه ، والآخر بعرضه ، أي يصير خالص حقه ، ولا شك ان قضاء الدين من الأول أول هذا على طريق ابي حنيفة .

( وقال ابو يوسف ومحمد يقضى ديونه من الكسبين ) اى كسب الإسلام وكسب الردة ( لأنهما ) أي لأن الكسبين ( جميعاً ملكه حتى يجري الإرث فيهما والله أعلم ) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

(قال) أي القدوري ( وما باعه ) أي الذي باعه المرتد ( أو اشتراه أو رهنه أو أعتقه أو وهبه أو تصرف فيه ) أي الذي تصرف فيه ( من أمواله في حال ردته فهو موقوف ) دخل بقوله ما باعه ، والمعطوفات عليه يدخل فيه ، فهو جملة إسمية في محل الرفع على أنها خبر المبتدأ ، أعنى قوله وما باعه ، والمبتدأ إذا تضمنت معنى الشروط تدخل في خبر الفاء على ما عرف في موضعه ، وأوضح معنى الموقود بقوله ( فإن أسلم صحت عقوده ) المذكورة ( وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت ) هذه المعقودة ( وهذا ) أي كون هذه التصرفات موقوفة ( عند أبي حنيفة «رح» ) إنما قال المصنف هذا ، لأن القدوري لم يذكر الخلاف في هذا الموضع .

( وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين ) أحدهما الإسلام ، والثاني أخذ الرجف السلامة من الفرق والقتل وإلحاق . وفي الشامل جمع تصرف المرتد في حالة ردته

اعــلم أن تصرفات المرتد على أقسام ، نافذ بالاتفاق كالإستيلاد والطلاق ، لأنـه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، وتمام الولاية . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له ،

---

من بيع وشراء وعتق وتدبير وكتابة ووطء ، أو غالب جائز إن أسلم ، وباطل إن لحق السبب فإنه يثبت عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح ، وعند محمد كما يجوز من المريض .

( اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام ) قسم منها ( نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق ) فإن قلنا كيف يقدم طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة . قلت هذا ليس بممنوع ، ألا ترى أن المسلم إذا أبان زوجته ثم طلقها في عدتها جاز ، فكذا هــذا . يمكن أن الأمنع البينونه بالردة أصلا كما إذا ارتد الزوجان معاً طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال. وفي المحيط أن التفرقة التي تقع بالارتداد يقع بعدها الطلاق ، فكان طلاق المرتد واقعاً كما لو طلقت بالإبانة بالطلاق البائن ( لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك ) قوله ولا يفتقر إلى حقيقة الملك ، يرجع إلى قــوله كالاستيلاد ، أي لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقــة الملك بدليل أن الاستيلاء يصح في جارية الابن وإن لم يكن فيها ملك حقيقة ، بل له حــق التمليك في مال الابن لدفع حاجته والاستيلاد من حاجته ( وتمام الولاية )يرجع إلى الطلاق وفيه لف ونشر ، أي لأن الطلاق لا يفتقر إلى تمام الولاية ، ألا ترى أن العبد يصح طلاقه مع أنه لا ولاية له على نفسه أصلا.ومن هذا القسم النافذ تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون .

( وباطل بالإتفاق ) أي القسم الثاني من تصرفات المرتد باطل بالإتفاق بين أصحابنا ( كالنكاح والذبيحة ، لأنه ) أي لأن كل واحد من النكاح والذبيحة ( يعتمد الملة ) بلا اختلاف بين العلماء ( ولا ملة له ) أي للمرتد ، لأنه ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل .

فإن قيل أي شيء يريد بالمسألة إن ردت مسألة الإسلام وينقض بأهل الكتاب وإن أردته الملة السماوية ينقض بصحة نكاح المشرك والمجوسي فيما بينهم ، وليس لهم ملة سماوية

وموقوف بالاتفاق كالمعاوضة لأنها تعتمد المساواة ، ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم . ومختلفة في توقفه وهو ما عددناه .

---

أصلا لا تقريره ولا حجة فيه . قال ﷺ ولدت من نكاح لا من سفاح [1] . قلنا قال الإمام ظهير الدين في فوائده راجعت الفحول في هذا فلم أجد جواباً شافياً ، وكنت في ذلك متمليا حتى هجنت فؤادي . وقال المفتي من الملة التي تدينون بذلك النكاح المتوارث ، لأن عند ذلك حصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل والمرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة ، فلا يصح نكاحها ، لأن المرتد يقتل والمرتدة تحبس ، فكيف ينتظم ما هو الغرض من النكاح . بخلاف المجوس والمشركين ، فإنهم يدينون بذلك النكاح المتوارث .

( وموقوف بالإتفاق ) أي القسم الثالث من تصرفات المرتد موقوف باتفاق أصحابنا ( كالمعاوضة ) ، معناه أن المرتد إذا فاوض مسلماً يعني شركة المعاوضة يوقف فإن أسلم نفدت المعاوضة وإن مات أو قتل أو قضى بلحاقه في دار الحرب بطلب المعاوضة بالإتفاق ( لأنها ) أي لأن المعاوضة ( تعتمد المساواة ) وقد علم أن المعاوضة أن يضمن وكالة ونكالة وأن يساويا مالاً وتصرفاً وديناً فلا تصح بين حر وعبد ذمي وبالغ ومسلم وكافر لعدم التساوي ( ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ) وفي الكافي إذا بطلت المعاوضة تصير عناناً يعني شركة عنان . وعند أبي حنيفة تبطل أصلا لأن في اكتنازه وكالة وهي موقوفة .

( ومختلفة في توقفه ) أي القسم الرابع من تصرفات المرتد مختلف فيه هل هو نافذ أم باطل أو موقوف فقال هذا القسم مختلف في توقيفه ، وأشار إلى بيانه بقوله ( وهو ) اي المختلف فيه ( ما عددناه ) من البيع والشراء والإعتاق والهبة ونحو ذلك ، فقال ابو حنيفة رحمه الله موقوف إن اسلم جاز ما صنع ، وإن مات او قتل على رده او لحق بدار الحرب بطل ذلك كله . وقال ابو يوسف ومحمد نافذ ، كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير .

---

(١) في الأصل الحديث — وكرت من نكاح لا في سماح — اه مصححه .

لهما أن الصحة تعتمد الأهلية والنفاذ يعتمد الملك ، ولا خفـــاء في وجود الأهلية لكونه مخاطبـــاً . وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه . ولو مات ولده بعـــد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفه قبل الموت ، إلا أن عند أبي يوسف « رح » تصح كما تصح من الصحيح ، لأن الظاهـر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل ، وصار كالمرتدة . وعند محمد « رح » تصح كما تصح من المريض ، لأن من انتحل إلى نحله

---

( لهما ) اي لأبي يوسف ومحمد ( ان الصحة ) اي صحة التصرف ( تعتمد الأهليـــة والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً )ألا ترى ان القتل يحسب عليه بارتداده . ولو كانت اهله معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل ( وكـذا الملك ) لا شك في بقائه ( لقيامه قبل موته ) اي قيام ملكه قبل موته ( على ما قررناه من قبل ) إشارة إلى قوله لأنه مكلف يحتاج إلى آخره ( ولهذا ) اي ولأجل قيام ملكه قبل موته ( لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ) فلو كان ملكه زائـــلا يرثه بهذا الوالد .

( ولو مات ولده ) اي الولد المولود قبل الردة ( بعد الردة قبل الموت لا يرثه ) فلو لم يكن قائماً بعد الردة لورثته هذا الولد ، لأنه كان حياً وقت رده الأب . ولما كان ملكه قائماً ( فتصح تصرفاته قبل الموت إلا عند ابي يوسف تصح كما تصح من الصحيح ) يعني من جمع المال ( لأن الظاهر عوده إلى الاسلام ، إذ الشبهة تزاح ) اي تزال وهو من الازاحـة وهي الازالة ( فلا يقتل ) حينئذ كالمرتد ، حيث لا يقتل .

( وعند محمد تصح ) اي تصرفاته ( كما تصح من المريض ) يعني من ثلث المال ، لأنه على شرف الهلاك عقيقة ( لأن من انتحل إلى نحلة ) اي لأن من اثبت إلى دين . وفي ديوان

لا سيما معرضاً عما نشأ عليه قلما يتركه ، فيفضي إلى القتل ظاهراً ، بخلاف المرتدة لأنها لا تقتل . ولابي حنيفة أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك ، وتوقف التصرفات بناء عليه ، وصار كالحربي يدخل دارنا بغـــير أمان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله ، وكذا المرتد واستحقاقه القتل

---

الأدب يقال انتحل فلان قول غيره او شعر غيره إذا ادعاه لنفسه ، والنحلة بكسر النون وسكون الحاء المهملة الدعوى ، قال الأترازي وكأنه اراد بـه هنا من انتسب إلى الدعوى ( لا سيما ) اي خصوصاً حال كونه ( معرضاً عما نشأ عليه ) قوله ( قلما يتركه ) جواب من اي طالما لا يترك الذي انتحل ، اى (فيفضي إلى القتل ظاهراً ، بخلاف المرتدة ،لأنها لا تقتل ) فلا يعتبر استمرارها على ما انتحلت إليه اولاً . واحتج محمد على ابي يوسف بأنه إذا امر لوارث بدين لم يجز .

( ولأبي حنيفة انه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك ) إشارة إلى ما ذكروا من تعليل ابي حنيفه بقوله وله انه حربي مقهور تحت ايدينـــا عند قوله ويزول الملك المرتد ( وتوقف التصرفات بناء عليه ) اى على توقف الملك ( وصار ) اى هذا المرتد ( كالحربي يدخل دارنا ) اى دار الاسلام ( بغير امان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله ) اى حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن .

( وكذا المرتد ) وإن ترك بعد فكذلك ها هنا . وقال الأترازي في قوله كالحربي إلى حد وسطه ، لأن الحربي الداخل دارنا بغير امان فيئاً ، فكيف تتوقف تصرفاته . فلو قال كالحربي الذي أسر عليها أيضاً ، ذكره كان أولاً ، انتهى . ونقل الأكمل هذا بقوله واعترض عليه بأن الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئـــاً ، فكيف تتوقف تصرفاته . ثم قال والاعتراض بجواز المن يسقط الاعتراض ( واستحقاقه القتل ) جواب عن قولهما والانتفاء في وجود الاهلية تقريره لا نسلم وجود الأهلية ، لأن الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بموجودة في المرتد ، كما انهـــا ليست بموجودة في الحربي ، لان كل

لبطلان سبب العصمـــة في الفصلين فأوجب خللاً في الاهليـة بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لان الاستحقاق في ذلـــك جزاء على الجناية . وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ، ولهذا لا تقتـل ، فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام مسلماً ، فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لان الوارث إنما يخلفـه فيه لاستغنائه. وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه. بخلاف ما إذا

---

واحد منهما يتحقق القتل ( لبطلان سبب العصمة ) وزاد بسبب العصمـــة الاسلام ( في الفصلين ) يعني في فصل الحربي وفصل المرتدة ( فأوجب ) أي بطلان سبب العصمـــة ( خللا في الاهلية ) .

فإن قيل لو كان استحقاق القتل موجباً لخلل في الأهلية أثر في توقف التصرفات لكان تصرف الزاني المحصن الذي استحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل .

فأجاب المصنف عن ذلك بقوله ( بخلاف الزاني وقاتل العمد ، لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية ) يعني أن الاستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطـــلان سبب العصمة ، والزاني والقاتل ليسا كذلك، لأن الاستحقاق فيهما جزاء على الجناية ، لأن العصمة باقية فيهما لبقاء الإسلام .

( وبخلاف المرأة ) جواب من قولهما وصار كالمرتد ( لأنها ليست حربية ، ولهـــذا لا تقتل ) عندنا إلا إذا لحقت بدارهم فحينئذ لغير حربية والمرتد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه ، فلهذا كانت عقوبة المرتدة كلها جائزة إلا معارضتها، فإنها موقوفة . فإن أسلمت صحت وإلا صارت عناناً . كما قال في المرتد .

( فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب إلى دار الإسلام ) حال كونه ( مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه أخذه ، لأن الوارث إنمـــا يخلفه فيه ) أي في ماله ( لاستغنائه ) أي لاستغناء المرتد عنه حيث أدخل دار الحرب ( وإذا عاد ) حال كونه ( مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه ) أي على الوارث ( بخلاف ما إذا أزاله الوارث عـــن

أزاله الوارث عن ملكه . وبخلاف أمهــات أولاده ومدبريه ، لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض . ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك ، فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا . وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له ، والولد حر وهو ابنه ولا يرثه

---

ملكه ) سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة ، أو بسبب لا يلحق الفسخ كالإعتاق والتدبير والاستيلاد ، فذلك كله مأمن ، ولا سبيل للمرتد عليه وهو لا ضمان على الوارث أيضاً ، لأنه إزالة حــين كان له سبيل من الإزالة . وقال الكرخي في مختصره **إن كـان** المكاتب ، أي مكاتب المرتد أدى عليه من الكتابة إلى الورثة فيعتق ، ثم جاء المرتد ، فلما عتق المكاتب ولا يفسخ . وإن كان مــا أداه قائماً في يد ورثته أخذه المرتد . وقال في شرح الطحاوي الولاء للمرتد .

( وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه ) حيث لا يفسخ ( لأن القضاء ) أي قضاء القاضي بعتقهم ( قد صح بدليل مصحح ) وهو قضاؤه عن ولايته ، فلا يحتمل الفسخ (فلا ينقض) ولايته لما جاء إلينا تائباً صار كأنه حتى بعد أن مات ، فلو حي حقيقي بعد الموت وإن كان ذلك بخلاف الولادة لم يكن له على أمهات الأولاد والمدبرين سبيل ، فكذا هذا .

( ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك ) أي بلحاقه ( فكأنه لم يزل ) بفتح الزاي (مسلماً لما ذكرنا ) وهو قوله إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء ،فلا يعتق عليه شيء من أمهات أولاده ومدبريه .

( وإذا وطىء المرتد جارية نصرانية ، كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر منذ ارتد ) أي من حين ارتد ( فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه ) وفي الكافي وغيره فجاءت بولد لسنة فألحقوا السنة بالأكثر ، وإنما قيد بالأكثر فلأنه لو جاء لأقل من ستة أشهر فولد يرث من أبيه المرتد ، وإن كانت أمــه لقرابته بتيقن

وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاد فلما قلنا ، وأما الإرث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه إلى الإسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد، والمرتد لا يرث المرتد ،

---

وجوده في البطن قبل الردة فلم ينتقض معلوفه وقت الردة فلا يجعل الولد مسلماً تبعاً للأب، ذكره قاضي خان.

( وإن كانت الجارية مسلمة ورثه الابن إن مات ) أي الأب ( على الردة أو لحق بدار الحرب ، أما صحة الاستيلاد فلما قلنا ) إشارة إلى قوله قبل صحته لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك فصحت دعوته .

واعلم أن دعوة الولد صحيحة على قولهما بلا إشكال ، لأن عقود المرتد عندهما جائزة ، فكذلك دعوته . أما أبو حنيفة فإنه جعل عقودة موقوفة ، لكن جعل دعوته صحيحة، لأن الاستيلاء لا يفتقر إلى حقيقة الملك ، ألا ترى أن العبد المأذون إذا ادعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز ، وكذلك الأب إذا ادعى ولد جارية ابنه يرث النسب . وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما،فإذا ثبت النسب ثبت التفريع المذكور في إرثه وعدمه .

فإن قلت كيف جعلتم الصبي تبعاً للمرتد فيما إذا كانت أمه يهودية أو نصرانية ولم يجعلوه مسلماً تبعاً لدار الاسلام . قلت تبعية الدار إنما تكون إذا لم يكن معه أحد أبويه.

فإذا كان فلاناً ، فإن قيل هذا ينقض بما إذا ارتد الأبوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردتهما فإنه يبقى مسلماً تبعاً للدار ولا نعتبر مرتداً تبعاً لهما . وإن ماتا لا نسلم انه يبقى تبعاً للدار بل كان هو مسلماً تبعاً لأبويه ، فيبقى على ما كان بعد ردتهما ، بخلاف ما يجيء فإن الولد لم يثبت له حكم الاسلام أصلا، فجعل تبعاً لأبيه المرتد لقربه إلى الاسلام.

( وأما الارث فلأن الأم إذا كانت نصرانية والولد تبع له ) أي للأب ( لقربه إلى الاسلام للجبر عليه ) لأنه لما يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ، ولا تجبر الأم . ولما كان تبعاً لأبيه ( فصار في حكم المرتد ، والمرتد لا يرث المرتد ) ولا يرث من أحد لا من المسلم

أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها خيرها ديناً ، والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء ، فإن لحق ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم، لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث . والثاني انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه ، وكان الوارث مالكاً قديماً ، وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم ، لأنه

---

ولا من المرتد ( أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها ، لأنها ) أي لأن الأم (خيرها ديناً ) والولد يتبع خير الأبوين ديناً ( والمسلم يرث المرتد . وإذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك ) أي غلب على ذلك ( المال فهو فيء ) أي غنيمة لأنه مال حربي ، فيكون حكمه حكم سائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين .

( فان لحق ) أي بدار الحرب ( ثم رجع ) إلى دار الإسلام ( وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة ردعليهم لأن الأول مال لم يجرفيه الإرث ) فهو مال الحربي ، وإذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة ( والثاني )أي المال الثاني ( انتقل إلى الورثة بقضاء القاضي بلحاقه ، وكان الوارث مالكاً قديماً ) والمالك القديم إذا وجد ماله في القسمة أخذه مجاناً ، فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسألة بحالها ففي ظاهر الرواية رد على الورثة أيضاً،لأنه شيء لحق بدار الحرب الحرب فالظاهر أنه لا يعود ، فكان ميتاً ظاهراً . وفي بعض روايات السير يكون فيئاً لا حق للورثةفيه، لأن الحق لا يثبت لهم إلا بالقضاء .

( وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة ) خلافاً للأئمة الثلاثة ( والكتابة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه

لا وجـــه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو يكون خلفه كالوكيل من جهتـــه وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه . وإذا قتل المرتد رجلاً خطأً ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً ، لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله ، وعندهما الكسبان جميعاً ماله

---

لا وجه إلى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ ) أو أدبه قضاء القاضي باللحاق ( فجعلنا الوارث الذي ) هو ابن المرتد الذي ( هو يكون خلفه ) أي خلف أبيه المرتد ( كالوكيل من جهته ) أي من جهة المرتد لأنه لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط أبيه على مـــاله وجعله خلفاً عنه في التصرف ، فلما عاد ثبت حكم الأحياء وبطل حكم الموت ولم يفسخ الكتابة لما ذكرنا ، وكان بدل الكتابة لأن أبيه كالوكيل من جهته ( وحقوق العقد فيه ) أي في عقد الكتابة ( ترجع إلى الموكل ) لا إلى الوكيل ( والولاء لمن يقع العتق عنه ) ولم يقع إلا عن المرتد الذي أسلم فيكون الولد ولده بخلاف ما إذا أدى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ تكون للوارث لوقوع العتق عنه ، وبخلاف ما لو رجـــع بعد عتق المكاتب ، فان الولاء فيه للابن أيضاً .

( وإذا قتل المرتد رجلا خطأً ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية ) أي دية القتيل ( في مال اكتسبه في حال الأسلام خاصة عند أبي حنيفة . وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد ( الدية فيما اكتسبه ) أي يجب فيما اكتسبه ( في حال الإسلام فالردة ) في بعض النسخ جميعاً ، وبقولهما قالت الثلاثة . وكذا لو كان حياً في دار الإسلام فالدية في مـــاله ( لأن العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة ) لأن العقل بمعنى النصرة ، والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد ( فتكون ) أي الدية ( في ماله ) أي في مال المرتد القاتل لانعدام النصرة ( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( الكسبان جميعاً ) أي كسب الإسلام وكسب المرتد ( ماله )

لنفوذ تصرفاته في الحالين . ولهـــذا يجري الارث فيهما عندهما ، وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه ، والثاني فيئاً عنده . وإذا قطعت يـــد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلـك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ، أمـــا الأول فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم فأهدرت ،

---

أي مال المرتد (لنفوذ تصرفاته في الحالين )أي في حال كسب الإسلام وحال الردة ( ولهذا ) إيضاح لما قبله ( يجري الإرث فيهما ) أي في كسب الإسلام وكسب الردة ( عندهمـــا ) أي عند أبي يوسف ومحمد .

( وعنده ) أي وعند أبي حنيفة «رح» ( ماله المكتسب في الإسلام ) أي مال المرتد هو الذي اكتسبه في الإسلام دون الذي اكتسبه في الردة . فقوله مـــال مبتدأ ، وقوله المكتسب خبره وليس بصفـة له إذ المعنى لا يستقيم على تقدير الصفة وكان حق التركيب أن يقول بضمير الفصل حتى لا يتوهم الصفة كما في قوله تعالى ﴿ والكافرون هم الظالمون ﴾ (لنفاذ تصرفه فيه) في كسب الإسلام ( دون المكسوب في الردة لتوقف تصرفه ) في كسب الردة ( ولهذا ) إيضاح لقوله وماله الكسب في الإسلام ( كان الأول ) أي كسب الإسلام ( ميراثاً عنه ) أي عن المرتد . ( والثاني ) أي كسب الردة أي كان كسب الردة ( فيئاً ) أي غنيمة ( عنده ) أي عند أبي حنيفة .

( وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مـات على ردته من ذلك ) أي من القطع ( أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك ) أي من القطع ( فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة ) أي لورثة المقطوع يده ( أما الأول ) أي الوجه الأول وهو ما إذا مات على ردتة ( فلأن السراية ) أي سراية القطع إلى الموت ( حلت محـلا غـــير معصوم فأهدرت ) يعني هدر اعتبارها فلم يجب دية النفس لأنها فور ما حصل في حال لا

بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك ، لأن الاهدار لا يلحقه الاعتبار ، أما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة . وأما الثاني وهو ما إذا لحق ومعنـــاه إذا قضى بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً ، والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثه في التقدير فلا يعود حكم الجناية الأولى ،

---

قيمة لها ، ولم يجب القصاص في اليد ، لأن اعتراض الردة فصار شبهة ، فإذا لم يجب القطع وجبت دية اليد وهي نصف دية النفس ، لأن قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي في حالة الإسلام ، وإنما كانت الدية في ماله لكون القطع عمداً، أما إذا كان خطأ فقال الحاكم هي في؛ على عاقلته .

( بخلاف ما إذاقطعت يد المرتـــد ثم أسلم فمات من ذلك ) يعني لا يجب الضمان أصلاً ( لأن الإهدار لا يلحقه الاعتبار ) يعني الجناية إذا صارت هدراً لا يلحقه الاعتبار بعد ذلك ، يعني إذا لم يقطع معتبراً ابتداء لا يتغلب معتبراً بعد ذلك ، لأن غـــير الموجب لا يتغلب موجباً ( أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء ، فكذا بالردة ) أي فكذا يهدر بالردة ، وكذا بالاعتاق وبالبيع أيضاً ، حتى لو قطع عبد يد إنسان ثم باعه المولى ثم رد عليـــه نصيبه ثم مات فلا يضمن البائع ضمان النفس ، لأنه لما باعه فقد أبرأه عن ضمان السرايـــة من حيث البيع .

( وأما الثاني ) أي الوجه الثاني ( هو ما إذا لحق ) بدار الحرب ( ومعناه إذا قضى بلحاقه فلأنه ) أي فلأن المرتـــد اللاحق ( صار ميتاً تقديراً ) من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة ( والموت يقطع السراية ) لأن القاضي لما قضى بالحلف صار ميتاً حكماً كما ذكرنا ( وإسلامه ) بعد ذلك ( حياة حادثة في التقدير ) لأنها نفس أخرى ( فلا يعود حـــكم الجناية الأولى ) وأورد الولوالجي في فتاواه في هذا الفصل عن أبي يوسف روايتين في رواية يضمن دية النفس ، وفي رواية لا يضمن . وأما إذا عاد مسلماً بعـــد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير لا نص فيـه . ثم قال

فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى.

قال فإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد وزفر « رح » في جميع ذلك نصف الدية ، لأن اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام إلى الضمان ، كما إذا قطع يد مرتد فأسلم . ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس ، كما إذا لم يتخلل الردة ، وهذا لأن لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية ، وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب ،

---

وهو على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف الدية . وعند صاحبيه يجب دية النفس كاملة وإليه أشار المصنف بقوله ( فإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه إن شاء الله تعالى ) أشار به إلى المسألة التي تلي قوله وإذا لم يقض ... إلى آخره وهو قوله :

( قال فإن لم يلحق ) أي دار الحرب ( وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد وزفر «رح» في جميع ذلك نصف الدية ) أي فيما إذا مات على ردته أو لحق ثم جاء مسلماً أو لم يلحق وأسلم ( لأن اعتراض الردة أهدر السراية ، فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان ) لأنه بعد الإرتداد صار بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء ، فصارت الردة مهدرة كما في قوله من القطع ، وصار ( كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ) سوايات من القطع أو لم يمت ، حيث لا يجب ضمان النفس في الأول ، ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الأصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه ) أي في محل معصوم كأنه كان في الحالين مسلماً ( فيجب ضمان النفس ) وهو الدية الكاملة ( كما إذا لم يتخلل الردة ) وبه قالت الأئمة الثلاثة (وهذا لأنه لا يعتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية ، وإنما المعتبر قيامها ) أي قيام العصمة (في حال انعقاد السبب ) وهو

وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله ، وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخـذ بماله وأبى إن يسلم فقتل ، فإنـه يوفى مولاه ومكاتبة ، وما بقي فلورثته ، وهذا ظاهر على أصلهما ، لأن كسب الردة ملكه إذا

---

ضمان الجناية ( وفي حال ثبوت الحكم ) يوجب الضمان ( وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله ) أي من حال انعقاد السبب من حال ثبوت الحكم ، ولا يعتبر بقاء العصمة في هذه الحالة ، كما لا يعتبر بنقصان الحول في الزكاة. وقال ابن دريد أي من هدر الأمر بمعزل، أي ليفسخ.

( وصار كقيام الملك في حالة بقاء اليمين ) يعني إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار عتق أعاد على عدم الملك عند اليمين أو عند الجناية ثم يعتق ، وفرق بين الردة والبيع بأن الردة ليست بإبراء ولا مستلزم ، لأنهـا وضعت لتبديل الدين ، وتصح من غير إبراء ، لأنه إذا مات على المرتدة لم يجب الضمان لهدر دمه بالردة، بخلاف بيع العبد المجنى عليه ، لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه. فإذا قطع الأصل قصداً فقد قطع التبدل أيضاً ، فصار كالإبراء . ولم يذكر في الكتاب ما إذا ارتد يقتل أو مات المقطوع يده بالسراية مسلماً فقال في الشامل إذا كان عمداً فـلا شيء عليه ، لأن القاتل مات وإن كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس ، لأن الجناية انعقدت موجبة للفعل ، لأن الجاني كان مسلماً يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال ردتـه كانت في ماله .

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ أسيراً بماله وأبى) أي امتنع ( أن يسلم فقتل فإنه ) أي فان الحكم ( يوفى ) على صيغـة المجهول من وفاء حقه فالشديد إذا أعطاه وأن ( مولاه ومكاتبه ) أي بدل الكتابة من ماله ( وما بقي ) بعد ذلك ( فلورثته ) أي فلورثة المكاتب ( وهذا ظاهر على أصلهما ) أي هـذا المذكور من الحكم ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد ( لأن كسب الردة ملكه ) أي ملك المرتد ( إذا

كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً . وأما عند أبي حنيفة « رح » فلأن المكاتب إنما يملك إكسابه بالكتابة ، والكتابة لا تتوقف بالردة ، فكذا اكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى بطريق الأولى . وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً وولد

---

كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً ) يكون كسباً له .

( وأما عند أبي حنيفة ) يعني هذا مشكل على قول أبي حنيفة ، لأن كسب الردة لا يكون للمرتد عنده إذا كان حراً ، وها هنا جعله ملكاً للمكاتب ، ويحتاج أبو حنيفة إلى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعله كسبه ملكاً له إذا كان حراً وجعله ملكاً له إذا كان مكاتباً،ووجه الفرق ماذكره بقوله ( فلأن المكاتب إنما يملك اكسابه بالكتابة) أي بعقد الكتابة (والكتابة) أي والكتابة (لاتتوقف بالردة) أي لا يبطل بها،لأنه لا يبطل بحقيقة الموت ، فكذا بالموت حكماً بلحوقه في دار الحرب فتكون مكاتبة فمكاتب الإسلام وجعل كأنه في دار الإسلام ، اذ قيام ملك المولى في رقبته يمنع ضرورته حربياً ويجعل في حكم الرد ، وفي دار الإسلام كذا في جامع شمس الأئمة وقاضي خان . واذا لم يتوقف عقد الكتابة بالردة ( فكذا اكسابه ) الحاصلة لا يوقف ، واستوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق ، فكذا بالأدنى ) وهو الردة (بطريق الأولى ) وانما كان الرق أقوى من الردة في المانعيـــة عن التصرف ، لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالإجماع كالاستيلاد والطلاق ، وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما . فأما العبد فممنوع من التصرفات كلها ثم لما يتوقف تصرفات المكاتب مــع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى .

( وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بـــدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب ) وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقاً ، وإن حبلت في دار الإسلام فكذلك الحكم ( وولدت ولداً وولد لولدهما ولد فظهر ) بضم الظاء ، أي فغلب ( عليهم جميعاً فالولدان

لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الاسلام ، ولا يجبر ولد الولد . وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه يجبر تبعاً للجد وأصله التبعية في الاسلام وهي رابعة أربعة مسائل كلها على الروايتين ، والثانية صدقة الفطر ، والثالثة جر الولاء ،

---

فيء ) أي الولد وولد الولد غنيمة ( لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ) لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية فيكون فيئاً كما يجيء (ويجبر الولد الأول على الإسلام ) باجماع الأئمة الأربعة بعد أن يصير محرراً تبعاً لأبيه ( ولا يجبر ولد الولد ) لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين والأحفاد ولا يتبعون الأجداد .

( وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ) أي أن ولد الولد ( يجبر ) على الإسلام ( تبعاً للجد ) لأن الجد لا حكم الأب في انكاح الصغير والصغيرة ، ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ ، وكذلك في بيع مال الصغير ، فكذا في تبعية الإسلام (وأصله التبعية في الإسلام) أي أصل الخلاف التبعية في الإسلام ( وهي ) أن التبعية في الاسلام (رابعة أربعة مسائل) أي أربع مسائل ، حاصل معناه إحدى أربع مسائل . والفرق بين رابع ثلاثة وبين رابع أربعة هو أن معنى الأول يصير الثلاثة أربعة . ومعنى الثاني أحدهما لا يحصل الحاصل بحال فلا يتحقق معنى التصيير ( كلها على الروايتين) أي كل هذه الأربعة على الروايتين ، أحدهما ظاهر الرواية ، والأخرى رواية الحسن فالجد فيها على رواية كالأب ، وفي ظاهر الرواية .

( والثانية ) أي المسألة الثانية ( صدقة الفطر ) ولا في ظاهر الرواية لا يؤدي الجد صدقة الفطر عن ابن أبيه . وفي روية الحسن يؤديها إذا لم تكن لابن الابن مالكاً لأب لكن إذا كان الاب فقيراً .

( والثالثة ) أي المسألة الثالثة ( جر الولاء ) قال الحاكم الشهيد في الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء يعني إذا أعتق الجد والحافد معتق والاب رقيق

والاخرى الوصية للقرابة ، قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويجبر على الاسلام ولا يقتـــل ، وإسلامه إسلام ولا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف « رح » ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام . وقال زفر والشافعي « رح » إسلامـــه ليس بإسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً ، ولانـــه يلزمه أحكاماً يشوبها المضرة

---

لا يجر ولاء الحافد إلى مولاه . وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء لاب إذا أعتق . ونقل الحاكم في الكافي عن الشعبي انه إذا أعتق الجد جر الولاء .

( والاخرى ) أي المسألة الاخرى وهي الرابعة ( الوصية للقرابة ) فاذا وصى لقرابته أو لاقربائه لا يدخل في الوصية الوالد ، لان الله تعالى جعله أقرب من القربة ، قال الله تعالى الوصية للوالدين والاقربين ، ثم الجد لا يدخل أيضاً على رواية الحسن ، لانه كالاب . وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه ليس كالاب .

( قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد ) يعني إذا ارتد يصير مرتـــداً ( عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ) وبه قال مالك وأحمد ( ويجبر على الاسلام ولا يقتل وإسلامه ) أي وإسلام الصبي الذى يعقل ( إسلام ) أى معتد به ( ولا يرث أبويه إن كانا كافرين . وقال أبو يوسف «رح» إرتداده ليس بارتداد ) يعني ليس بمعتبر ( واسلامه اسلام . وقال زفر والشافعي «رح» اسلامه ليس باسلام ، وارتداده ليس بارتداد) يعتبر كلاهما لايعتبر الآن.

( لهما ) أى لزفر والشافعي ( في الاسلام انه تبع لابويه فيه ) أى في الاسلام ( فـلا يجعل أصلا ) لأنه مولى عليه في الإسلام ، فلا يكون أصلا له بنفسه ( ولانـــه ) أي ولأن الصبي ( يلزمه أحكاماً يشوبها ) من الشوب وهو الخلط ، يقال شاب الماء اللبن وهي جملة من الفعل والمفعول ، وقوله ( المضرة ) فاعل الجملة لحرمان الميراث ونحوه والصبي أهل الوجه لا المضرة ، فلا يعتبر إسلامه بلزوم المضرة ، ولأن قول الصبي غير مستلزم ، ألا ترى أنه

فلا يؤهـــل له . ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانـه أتي بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معه ، لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف ، والحقائق لا ترد ومـــا يتعلق به سعادة أبدية

---

لو طلق أو علق أو باع أو اشترى لا يجوز ، فكذا إذا أسلم أو ارتد ( فلا يؤهل له ) أي فلا يجعل الصبي أهلا للاسلام ( ولنا فيه ) أي في اعتداد الإسلام الصبي (أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي ﷺ ) وعن عروة ، أي عمره كان حين أسلم سبع سنين أو ثمان سنين . وروى ابن سعد في الطبقات باسناده عن مجاهد ، قال أول من صلى عـــلي رضي الله عنه وهـــو ابن عشر سنين . وعن محمد بن عبد الرحمن بن ذرارة قال أسلم علي رضي الله عنه وهو ابن تسع سنين ولم يعبد وثناً . وقال ابن الجوزي في التحقيق وروي عن أحمد رضي الله عنه أسلم علي وهو ابن ثمان سنين ، وروي عنه أيضاً أنه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة ولم يصح هذا . وقال والنصوص عن أحمد صحة إسلام الصبي ابن سبع سنين ، فقال إذا بلغ الغلام سبع سنين جاز إسلامه ، ويجبر على الإسلام إذا كان أحد أبويه مسلماً ، فإن رجع عن الإسلام انتظر به حتى يبلغ ، فان أسلم وإلا قتل ( إسلامه وافتخاره بذلك مشهور ) أي و فتخار علي رضي الله عنه باسلامه مشهور ، وقد قاله سيتكلم إلى الاسلام طراز ما تلا بلغت أو إن حكى [1] .

( ولأن الصبي أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والإقرار معه ) وهو ركن الايمان ، لأن الايمان هو التصديق بالجنان والاقرار باللسان ، فلذا حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر ( لأن الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف ) في علم الكلام ( والحقائق لا ترد ) لأن الشرع ما يسقط اعتبار حقيقة في موضع ما بغير ضرورة ، بخلاف الأقارير والطلاق ، لأن الشرع أسقط اعتبار حقيقتها ببعض الأعذار ( وما يتعلق به سعادة أبدية ) يجوز أن

---

(١) هذا سياق الجملة في الأصل . اه مصححه .

ونجاة عقباويه ، وهي من أجل المنافع وهو الحكم الاصلي ، ثم يبتنى عليه غيرها ، فلا يبالى لثبوته ، ولهم في الردة أنها مضرة محضة ، بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف ، لانه تعلق به أعلى المنافع على ما مر .

---

يكون معطوفاً على التصديق ، أي هو التصديق وهو ما يتعلق . ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز أن يكون مبتدأ وخبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير أن يكون بغير ، ويجوز أن يكون وما يتعلق به مبتدأ ، وقوله سعادة أبدية خبره وهو الأولى ، وهو جواب عن قولهما ولأنه يلزمه أحكام تشوبها المضرة .

وعورض بأنه لو صح إسلامه بنفسه وقع فيء ، لأنه لا نفل في الايمان . ومن ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً به وهو غير مخاطب باتفاق ، فاذا لم تكن بصحيحة فرضاً لم تصح ، بخلاف سائر العبادات ، فانه يتردد بين الفرض والنفل . والجواب لا نسلم أن من ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً ، فان المسافر إذا حضر جمعة وصلى فرضاً وليس بمخاطب به ، ومن صلى في أول الوقت وقع فرضاً وليس بمخاطب عندنا في ذلك الوقت .

( ونجاة عقباويه ) نسبته إلى عقبين ، وعقبى كل شيء ( وهي ) أي السعادة الأبدية (من أجل المنافع) أي من أعظمها ( وهو الحكم الأصلي ) أي الموضوع له ( ثم يبتنى عليه غيرها ) مثل حرمان الميراث ( فلا يبالى لثبوته ) لأن المنظور إليه في التصرفات الموضوعة الأصلية . وقال تاج الشريعة المراد من الحكم الأصلي ما وضع ذلك الشيء لأجله ، وأما ما ذكر من لزوم أحكام تشوبها المضره فكذلك أمابرة وعزاته [1] ، والشيء فدخلوا عنها أما لا يخلو عن حكم الأصلي .

(ولهم) أي لأبي يوسف وزفر والشافعي ( في الردة أنها ) أي أن الردة ( مضرة محضة ) أي من التصرفات الضارة المحضة ( بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف «رح» لأنه معلق به ) أي بالاسلام ( أعلى المنافع ) لأنه منفعة محضة ( على ما مر ) وهو قوله وهي

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل .

ولأبي حنيفة محمد « رح » فيها أنها موجودة حقيقة ، ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام ، إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل ، لأنه عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل ، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة ، وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

---

من أجل المنافع ، والمقصود به فوز السعادة الأبدية . ومذهب أبي يوسف وهو القياس في الردة .

( ولأبي حنيفة ومحمد «رح» أنها ) أي أن الردة ( موجودة حقيقة ،ولا مردللحقيقة كما قلنا في الاسلام ، إلا أنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له) واعترض بأن هذا اعتبار بما هو مضرة محضة بما هو منفعة محضة ، وذلك جمع بين السببين بالقياس فرق الشارع بينهما ، ومثله فاسد على ما عرف في الأصول . وأجيب بأن هذا قياس فيها لوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم أن الشارع فرق بينهما ( ولا يقتل لأنه ) أي لأن القتل ، لأنه ( عقوبة ، والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم )أي لأجل الترحم عليهم . قيل في هذا التعليل نظر ، لأنه سقط عقوبة القتل من الصبي المرتد باعتبار الرحمة بصباه ، وما أسقط عقوبة النار مخلداً فانه ذكر في الأسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي أنه يعاقب بالردة يوم القيامة . وأحال التمرتاشي هذه الرواية إلى التبصرة وفيه تأمل .

( وهذا ) أي وهذا الخلاف ( في ارتداد الصبي الذي يعقل، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده ، لأن إقراره لا يدل على تغيير العقيدة ) لعدم تمييزه( وكذا ) أي لا يصح ارتداد ( المجنون والسكران الذي لا يعقل ) وقال في شرح الطحاوي ارتداد السكران لا يكون ارتداد ولا تبين منه امرأته . وروي عن أبي يوسف أنه قال تبين امرأته وعقوده نافذة ، وطلاقه واقع إلا على قول عثمان رضي الله عنه لا يقع طلاقه .

فروع : تقبل الشهادة على الردة من عدلين باتفاق أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر لا

نعلم أحداً خالفهم إلا الحسن ، فانه قال لا يقبل في القتل إلا أربعة قياساً على الزنا. وقيل المرتد إلى الإمام عند عامة أهل العلم إلا عند الشافعي في وجه في العبد إلى سيده ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم إن لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد ، وإن لحق أولاً ، وبه قال الثوري ومالك وأحمد في رواية . وقال الشافعي وأحمد أقيم عليه الحد سواء الحق بدار الحرب أولا . ولا تقبل توبة الشاعر في رواية ، وبه قال مالك وأحمد ولا تقبل توبة الزنديق . وقال مالك وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد في رواية تقبل توبة كل مرتد سواء كان كفره مما سقط هو به وأهله أو مما نيط به أهله كالزندقة والتعطيل .

ثم للسحر حقيقة وله تأثير في آلام الأجسام . وقال بعض أصحاب الشافعي وبعض الظاهرية لا تأثير في الجسم ولا حقيقة له ، وإنما هو تخييل وتعليمه حرام ، وكذا تعلمه بلا خلاف من أهل العلم . ولو اعتقد اباحته كفر .وعن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر لتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه أو لا ويقتل. وكذا روي عن عمر وعثمان وابن عمر وجنيد ابن عبد الله وأحمد بن كعب وقيس بن سالم وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم فإنهم قتلوه . وعن الشافعي لا يقتل ولا يكفر إلا إذا اعتقد إباحته .

وأما الكاهن هو الساحر ، وقيل هو العراف الذي يحدث ويحرض. وقيل هو الذي له وذي من الجن يأتيه بالأخبار. وقال أصحابنا إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر ، وإن اعتقد أنه يحل لم يكفر . وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب السبعة وانها تفعل بالتيمن يكفر . وعند أحمد حكمه حكم الساحر ، في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقتلوا كل ساحر وكاهن ، وبالله التوفيق .

# باب البغـــاة

## ( باب البغـــاة )

أي هذا باب في بيان أحكام البغاة ، وهو جمع باغ كقضاة جمع قاض ، من البغي وهو الخروج عن طاعة الإمام . وأصل البغي الطلب ، قال ما كنا نبغي ، أي ما كنا نطلب ما لا يجوز شرعاً . وقال تاج الشريعة رحمه الله البغي التعدي ، وبغي الموالي ظلم،وكل مجاوزة وإفراط على المقدار الذي هو حد الشرع فهو بغي . وفي كتاب أهل الشرع الخروج عن طاعة الإمام . وقال الأترازي المراد من البغاة الخوارج، ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بيان الخوارج . وقال في فصول الأستروشي لا بد من معرفة أهل البغي . فأهل البغي هم الخارجون على إمام الحق بغير حق . بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا على إمامهم وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين ، فإن فعلوا الظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهـــل البغي ، وعليه أن يترك الظالم ينصفهم ، ولا ينبغي للناس أن يمينوا ، لأن فيه إعانة على الظلم ، وأن لا يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً ، لأن فيه إعانة لهم على خروجهم على الإمام وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ، ولكن ادعوا لحوق الولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغي ، فعلى كل من تقوى على القتال أن ينصروا إمام المسلمين على هؤلاء الخارجـين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع ، فإنه قال عليه السلام الفتنة نائمـة ، لعن الله مـــن أيقظها ، فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعـــد فليس للامام أن يتعرض لهم ، لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد ، كذا ذكر في واقعات الإمام اللاسي .

وذكر العلامة في تهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه ما درئنا القتال مع أهل القبلة ، وكان علي رضي الله عنه وممن تبعه من أهل العدل وخصمه من تبعه من أهل البغي وفي زماننا الحكم للقبلة ، ولا ندري العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا ، إلى هنا لفظ كتاب الفصول .

وقال الكاكي ثم أعلم أن طاعة الإمام الحق هو الذي أجمع عليـــه المسلمون أو من

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم ، لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم

---

تثبت إمامته بعد إمام الحق واجب وكل من خرج عليه قتاله لقوله عليه السلام من أعطى إماماً صفحة يده وثمرة قلبه فليعطه ما استطاع ، فان جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر ، رواه مسلم وأجمعت الأمة على تكفير البغاة ، وأكثر الفقهاء على عدم جواز تكفيرهم. وفي المحيط في تكفير أهل البدع كلام ، فبعض العلماء لا يكفرون أحداً منهم أو بعضهم يكفرون البعض ، وهو أن كل بدعة تخالف دليلا قطعياً فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف دليلا قطعياً يوجب العلم فهو بدعة ضلالة وعليه اعتمد جماعة أهل السنة والجماعة .

( وإذا تغلب ) مرة قومهم تغلب على بلد كذا أي استولى عليه قهراً ( قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم ) أي الإمام ( إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم ) وقال الطحاوي في مختصره وإذا ظهرت جماعة من أهل القبلة داعياً وقاتلت عليه وصار لها منعة ليست عما دعاها إلى الخروج فان ذكرت ظلماً أنصفت من ظالمها وإلا دعيت إلى الخروج إلى بدعة . وقال أبو بكر الرازي في شرحه وإنما سئلت عن ذلك لجواز أن يكون خروجها للامتناع من ظلم جرى عليها أو على غيرها . وإن كانوا ممتنعين من الظلم محقون لا يجب قتالهم ، بل يجب معاونتهم لأنهم حينئذ خرجوا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر . فاذا علم أن خروجهم لم يكن لظلم لحقهم أو لحق غيرهم دعوا إلى الجماعة والدخول في طاعة الإمام . والأصل فيه قوله تعالى ﴿ وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا ﴾ ... الآية ٩ الحجرات ، فأسندنا من هذه الآية حكمين ، أحدهما ما كان لنا طمع في استصلاحهم ورجوعهم فعلينا أن ندعوهم ونستصلحهم ، لقوله تعالى ﴿ فاصلحوا بينهما ﴾ والثاني انهم إذا لم يجيبوا إلى الصلح والرجوع وأظهر البغي وجب علينا قتالهم .

( لأن علياً رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ) هذا رواه النسائي في سننه الكبير . وفي خصائص علي رضي الله عنه قال أخبرنا عمرو بن علي حدثنا عبد

الرحمن بن مهدي حدثنا عكرمة بن عمار حدثني أبو سهيل كال الحنفي حدثني عبد الله بن عباس رضي الله عنهما [1] قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف ، فقلت لعلي يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة يعني أكلم هؤلاء القوم ، فقال إني أخافهم عليك، فقلت كلا ، فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحباً بك يا ابن عباس ، ماجاء بك فقلت أتيتكم من عند أصحاب النبي ﷺ المهاجرين والأنصار ومن عند ابن عم النبي ﷺ وصهره وعليهم نزل القرآن فهم أعلم بتأويله وليس فيكم منهم أحد لابلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون ، فانتحى لي نفر منهم . قلت هاتوا ما نقمتم على أصحاب رسول الله ﷺ وابن عمه وختنه وأول من آمن به ، قالوا ثلاث ، قلت ما هي ، قالوا إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ﴿ ان الحكم إلا لله ﴾ ، قلت هذه واحدة . قالوا وأما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم، فان كانوا كفاراً فقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم، وإن كانوا مؤمنين فقد حرمت عليناد ماؤهم، قلت هذه أخرى . قالوا وأما الثالثة فانه محا نفسه من أمير المؤمنين ، فان لم يكن أمير المؤمنين فهو أمير الكافرين . قلت هل عندكم شيء غير هذا ، قالوا حسبنا هذا ، قلت لهم أرأيتم إن قرأت عليكم من كتاب الله عز وجل وحدثتكم من سنة نبيه ﷺ ما يرد قولكم هذا أترجعون . قالوا اللهم نعم .

قلت أما قولكم إنه حكم الرجال في دين الله عز وجل فأنا أقرأ عليكم أن الله تعالى حكمه إلى الرجال فتى وفي النساء في ربع درهم[2]، قال الله تعالى ﴿ لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ﴾ إلى قوله ﴿ يحكم به ذوا عدل منكم ﴾ . وقال في المرأة وزوجها ﴿ وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ أنشدكم الله أحكم

---

(١) في الأصل هذه المأثرة ناقصة وفيها أخطاء لو أثبتناها كما هي لتعسر فهم الكلام ، لهذا صححنا من كتاب شرح فتح القدير ، اه مصححه .

(٢) السياق الذي ورد في شرح فتح القدير هو — أن قد صير الله حكمه إلى الرجال في أرنب ثمنها ربع درهم — اه مصححه .

ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ بـــه ولا يبدأ بقتــال حتى يبدؤوه ، فـإن بدؤوه قاتلهـم حتى يفرق جمعهـم .

قال العبــد الضعيف

---

الرجال في حق دمائهم وأنفسهم وإصلاح ذات بينهم ، قال أخرجت من هــذه ، قالوا اللهم نعم .

قلت وأما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم أتسبون أمكم عائشة رضي الله عنهـا فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم ، لئن فعلتم لقــد كفرتم ، وإن قلتم ليس أمنا فقد كفرتم ، قال الله تعالى﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه امهاتهم﴾ فأنتم بين ضلالتين فاتوا منها بمخرج ، أخرجت من هذه الأخرى ، قالوا اللهم نعم .

قلت وأما قولكم انه محا نفسه من أمير المؤمنين فإن رسول الله ﷺ دعا قريش يوم الحديبية على أن يكتب بينه وبينهم كتاباً فقال أكتب هذا ما قاضى عليه محمد رسول الله ، فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت وقاتلناك ، ولكن اكتب محمد بن عبد الله ، فقال والله إني لرسول الله وإن كذبتموني ، يا علي اكتب محمد بن عبدالله ، فرسول الله خير من علي ، وقد محا نفسه ولم يكن محوه ذلك محواً من النبوة ، أخرجت من هذه الأخرى ، فقالوا اللهم نعم ،فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم ، فقتلهم المهاجرون والأنصار .

ورواه ابن عبد الرزاق في مصنفه وقال في آخره فرجع منهم عشرون ألفــاً وبقي أربعة آلاف فقتلوا على ضلالتهم . وحروراء بفتح الحاء المهملة تمد وتقصر قرية بالكوفـة كان لها إجماع الخوارج فنسبو إليها ، يقال فلان حروري من الحرورية .

( ولأنه ) كشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة ( أهون الأمرين ) أحدهما الدعوة إلى الجماعة والآخر القتال ( ولعل الشر يندفع به ) أي يكشف شبههم مع دعوتهم إلى الجماعة . في المبسوط الأحسن أن يقدم ذلك على القتال ، لأن الكي آخر الدواء ( فيبدأ بـه ) أي يكشف الشبهة مع الدعوة (ولا يبدأ ) أي الإمام ( بقتال ) البغاة القتال ( حتى يبدؤوه ، فان بدؤوه ) أي القتال ( قاتلهم حتى يفرق جمعهـم . قال العبد الضعيف ) أي المصنف

هكذا ذكره القدوري في مختصره . وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي « رح » لا يجوز حتى يبدؤونا بالقتال حقيقة ، لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون ، بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده . ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع ، هذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم وربما لا يمكنه الدفع

---

رحمه الله ( هكذا ذكره القدوري في مختصره ، وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ ) أي الإمام ( بقتالهم ) أي بقتال البغاة ( إذا تعسكروا واجتمعوا ) الإمام خواهر زاده هو الامام أبو بكر محمد الحسين البخاري ، وسمي خواهر زاده لأنه كان ابن أخت القاضي الامام أبي ثابت قاضي سمرقند صاحب الذخيرة والمبسوط والايضاح، وكان خواهر زاده إماماً كاملا في الفقه بحراً غزيراً صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المباسيط ، مات في سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وهي السنة التي توفي فيها شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ، وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعمائة .

( وقال الشافعي «رح» لا يجوز ) بدء بقتالهم ( حتى يبدأوا بالقتال حقيقة ) وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ( لأنه لا يجوز قتل المسلم ) وفي بعض النسخ لا يحل قتل المسلم ( إلا دفعاً ) لقتالهم ( وهم مسلمون ) أي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى ﴿ فان بغت إحداهما ﴾ ٩ الحجرات ، أي إحدى الطائفتين من المؤمنين، وقد سمى البغاة مؤمنين (بخلاف الكافر ، لأن نفس الكفر مبيح عنده ) أي عند الشافعي ، يعني أن علة إباحة القتال وهي الكفر عنده ، وعندنا العلة هو الحراب .

( ولنا أن الحكم يدار على الدليل ) أي دليل القتال ( وهو الاجتماع والامتناع ) يعني إذا اجتمعوا فصارت لهم صنعة دفعهم بالقتال ( وهذا ) يعني دوران الحكم على الدليل ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ، وربما لا يمكنه الدفع ) أي

فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم . وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الامكان . والمروي عن أبي حنيفة «رح» من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام، أما إعانة الإمام

---

دفعهم بحصول الشركة لهم والقوة على المؤمنين ، فإذا كان الأمر كذلك (فيدار الحكم على الدليل ) أي دليل قتالهم وهو شجرهم واجتماعهم ( ضرورة ) أي لأجل الضرورة ( دفع شرهم ) وفي المبسوط والايضاح فحالهم في ذلك كحال المرتدين وأهل الحروب الذين بلغتهم الدعوة ، ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يجوز من قتال أهل الحروب كالرمي بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم والبيان بالنبل ، لأن قتالهم حينئذ فرض كقتال أهل الحروب والمرتدين . وعند الأئمة الثلاثة قتالهم بالمنجنيق وإرسال الماء والنار لا يجوز إلا إذا لم يندفعوا بدونه .

( وإذا بلغه ) أي الامام ( أنهم ) أي أن البغاة ( يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ) أي الامام ( ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ) أي حتى يمنعوا عما قصدوه ، ويقلعوا بضم الياء من الاقلاع وهو الامتناع، ومنه قوله ﷺ اقلعوا عن المعاصي قبل أن يأخذكم الله (ويحدثوا توبة) بضم الياء، أي يحدثوا توبة بما هم فيه ( دفعاً للشر بقدر الامكان ) أي لأجل دفع شرهم بحسب امكانهم .

( والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام ) بيان ذلك أن الشيخ أبا الحسن الكرخي قال في مختصره قال الحسن بن زياد وقال أبو حنيفة إذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة ، لقوله عليه السلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار . وقال المصنف هذا محمول على حال عدم الامام الداعي إلى القتال ، أما إذا كان المسلمون مجتمعين على إمام كانوا آمنين به وإسلامه ، فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصرة لامام المسلمين. أشار إليه بقوله ( أما إعانة الامام الحق فمن الواجب) لقوله

الحق فمن الواجب عند الغنـــاء والقدرة ، فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا بهم . وإن لم يكن لهم فئـــة لم يجهز على جريحهم ولم يتبـع موليهم لاندفاع الشر دونه. وقال الشافعي « رح » لا يجوز ذلك في الحالين ، لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعـاً ، وجوابـــه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لا حقيقته

---

تعالى ﴿ فقاتلوا التي تبغي ﴾ ... الآية ٩ الحجرات ، فان الأمر للوجوب ( عند الغناء ) بفتح الغين المعجمة وبالمد ، وهو الكفاية ( والقدرة ) بالجر عطفاً على ما قبله ، ويجوز أن يكون العطف للتفسير .

فان قلت روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم قعودهم وترك الاعانة. قلت هو أيضاً محمول ، ولكن على عدم قدرتهم على القتال ، والعاجز يلزمه الحضور .

( فان كانت لهم فئة ) أي جماعة غير المصدرين للقتال ( أجهز ) على صيغة المجهول من أجهزت ( على جريحهم ) إذا أسر عن قتله وقد تمت عليه ، يعني كان مجروحـاً أشرف على الموت قيمة ( واتبع موليهم ) على صيغة المجهول أيضاً وبكسر اللام وسكون الياء ، وهو الذي يولي ويهرب خوفاً بنفسه ( دفعاً لشرهم ) أي لأجل دفع شر البغـــاة ( كيلا يلتحقوا) أي الجريح والمولى ( بهم ) أي البغاة فيميلان إليهم ( وإن لم يكن لهم فئـــة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم ) وكلا اللفظين أيضاً على صيغة المجهول ( لاندفاع الشر دونه ) أي دون إجهاز جريحهم واتباع موليهم .

( وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين ) أي فيما إذا كانت لهم فئة ، وإن لم يكن لهم فئة ( لان القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً ) للشر ، لان شرهم قد اندفع فلا حاجة إلى الامتناع ، وهذا لانه قتال على وجه الدفع ، فصار كقتال غير الخوارج .

( وجوابه ) أي جواب الشافعي ( ما ذكرناه أن المعتبر دليله ) أي دليل القتال وهو الاجماع ( لا حقيقته ) أي لا حقيقة القتال ، وبقولنا قال مالك وبعض أصحاب الشافعي

ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال ، لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة في هذا الباب . وقوله في الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة ، فإن كانت يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا ،

---

( ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال ) يوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع علي رضى الله عنها ، وذلك ان عثمان رضى الله عنه لما قتل يوم الجمعة اثنان عشرة ليلة مضت من ذى الحجة سنة خمس وثلاثين بويع لعلي رضى الله تعالى عنه بالمدينة بالخلافة يوم قتل عثمان ، بايعه من كان في المدينة من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم وفيهم طلحة وزيد ، وذكر أنهما بايعاه كارهين غير طائعين ، فخرجا من مكة ومعهما عائشة إلى البصرة يطالبون بدم عثمان ، وبلغ علياً ذلك فخرج من المدينة إلى العراق وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي إلى الكوفة يستنصر أهلها بالمسير معه، فقدموا عليه فانزلهم البصرة فلقى طلحة والزبير وعائشة ومن معهم من أهل البصرة وغيرهم ، فوقع بينهم قتال عظيم فظنوهم قتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما ، وبلغت القتلى ثلاثة عشر ألف قتيل . وإنما سمى يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على جمل يسمى عكر .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبدة بن سليمان عن جرير عن الضحاك أن علياً رضى الله عنه لما هزم طلحة والزبير وأصحابهما أمر منادياً فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر ، ولا يفتح باب ، ولا يقل قرح [1] ولا مال . قوله ولا يكشف ستر ، أى لا يسبى نساؤهم وهو القدوة عن علي رضى الله عنه .

( وهو الذي يقتدى به في هذا الباب ) أى في باب قتال الخوارج ( وقوله ) أى قول علي رضي الله عنه ( في الأسير ) أى ولا يقتل أسير ( تأويله ) أى تأويل كلامه ( إذا لم يكن لهم فئة ، فان كانت يقتل الإمام الأسير ، وإن شاء حبسه لما ذكرنا ) أى عند قوله

---

(١) هكذا الكلام في الاصل .

ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمـــال ، ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتـــاج المسلمون إليه . وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، والكراع على هذا الخلاف . له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بـــين أصحابه بالبصرة ، وكانت قسمتـه للحاجـة لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ، ففي مال الباغي أولى . والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعلى .

---

ويحبسهم إلى قوله دفعاً لشرهم ، وعند الأئمة الثلاثة لا يقتل الأسير بل يحبسه (ولأنهم) أي ولأن البغاة ( مسلمون ، والإسلام يعصم النفس والمال ) للحديث المشهور .

( ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون إليه ) أي إلى سلاحهم لأجـــل القتال ( وقال الشافعي «رح» لا يجوز ) وبه قال أحمد في رواية ( والكراع على هـــذا الخلاف ) أي الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي ، يعني يجوز استعمال الكراع وهو الجمل عند الحاجة عندنا . وقال الشافعي و أحمـــد في رواية لا يجوز ، وبقولنا قال مالك وأحمد في رواية .

( له ) أي للشافعي ( أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا برضاه . ولنا أن عليـــاً رضي الله عنه قسم السلاح بين أصحابه بالبصرة ) وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا وكيع عن مطرف عن مسند عن ابن الحنفية أن علياً قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح ( وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ) يعني كانت قسمته قسمة انتفاع لدفع الحاجة ، لا قسمة تمليك ، ولهذا لما وضعت الحرب أوزارها ردها إليهم .

( ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجـــة ، ففي مال الباغي أولى ، والمعنى فيه ) أي المعنى المبيح في استعمال أسلحة أهل البغي و كراعهم ( إلحـــاق الضرر الأدنى ) وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع ( لدفع الضرر الأعلى ) وهو الضرر

ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا ، وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ، ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر وأيسر . وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها . قال وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً ، لأن ولاية الأخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم ، فإن كانوا صرفوه في حقه

---

العام الواقع على عامة المسلمين ، فيحتمل الأدنى لدفع الأعلى ( ويحبس الإمام أموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم ، أما عدم القسمة فلما بينا ) إشارة إلى قول علي رضي الله عنه ولا يؤخذ مال . قال الأكمل قلت ليس بذلك ، بل إشارة إلى قوله لأنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به (وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم) كيلا يستعينو بها علينا ( ولهذا ) أي ولأجل كسر شوكتهم ( يحبسها عنهم ، وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه ) أي أن الإمام ( يبيع الكراع ، لأن حبس الثمن أنظر ) للمالك ( وأيسر ) للحافظ لأن إبقاءه يحتاج إلى النفقة والخدمة ( وأما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها ) يعني أموال أهل البغي لا يبيعهم لعصمتها ، فلا يقسم لأجل هذا بين أهل العدل ، لكنها تجر ضرورة دفع الشر ، فاذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت إليهم.

( قال فما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانياً ) وبه قال الشافعي وأحمد وابن الماجشون المالكي وابن القاسم لا يعتبر ذلك. وعلى من أخذ منه الزكاة الاعادة ، وبه قال أبو عبد ، لأن الاخذ ممن لا ولاية له ( لان ولاية الاخذ له ) أي الامام ( باعتبار الحماية ولم يحمهم ) ألا ترى إلى قول عمر رضى الله عنه إن كنت لا تحمهم فلا تحيهم .

( فان كانوا ) أي أهل البغي إن كانوا ( صرفوه ) الذي أخذوه ( في حقه ) أي في

أجزأ من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه . وإن لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك ، لأنه لم يصل إلى مستحقه . قال العبد الضعيف « رح » قالوا لا اعادة عليهم في الخراج ، لأنهم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء وفي العشرات كانوا فقراء فكذلك ، لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة . وفي المستقبل يأخذه الإمام لأنه يحميهم فيه لظهور ولايته . ومن قتل رجلاً وهما من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء لأنه لا ولاية لإمام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب .

---

الجهة التي عينها الشارع له ( أجزأ من أخذ منه ، لوصول الحق إلى مستحقه ، فان لم يكونو صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك ، لانه لم يصل إلى مستحقه ) لان سقوط المطالبة قضاء لا يوجب سقوطها ديانة .

( قال العبد الضعيف ) أي المصنف رحمه الله ( قالوا ) أي المشايخ ( لا إعادة عليهم في الخراج ) ديانة أيضاً ، لأنهم محل الخراج ( لأنهم مقاتلة ، فكانوا مصارف ، وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك ) لا إعادة عليهم ( لأنه ) أي لأن العشر ( حق الفقراء ) من أهل الإسلام وهذا أوجه ( وقد بيناه في الزكاة ) أي وقد بينا الحكم المذكور قبل فصل في الفضة ( وفي المستقبل يأخذه الامام ) أي في الحول إلا فيء يأخذ الامام العشر والخراج ( لأنه ) أي الامام ( يحميهم فيه ) أي في المستقبل من الزمان ( لظهور ولايته ) حينئذ .

( ومن قتل رجلا وهما ) أي والحال أنهما ( من عسكر أهل البغي ثم ظهر عليهم ) بضم الظاء ، أي غلب عليهم ( فليس عليهم شيء ) أي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص . وقالت الأئمة الثلاثة يؤخذ بموجب جناية ، أي جناية كانت بعموم الآية والأخبار ( لأنه لا ولاية لامام العدل حين القتل ، فلم ينعقد موجباً كالقتل في دار الحرب ) لعدم الولاية

وإن غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه، وتأويله إذا لم يجر على أهله أحكامهم وأزعجوا قبل ذلك، وفي ذلك لم تنقطع ولاية الإمام فيجب القصاص. وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه، فإن قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح ». وقال أبو يوسف « رح » لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي « رح ».

---

( وإن غلبوا ) أي البغاة ( على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من أهل المصر عمداً ثم ظهر على المصر) أي غلب عليه بأن رفعت عنها أيدي البغاة ( فإنه يقتص منه ) أي من القاتل ( وتأويله ) أي تأويل قوله يقتص منه وإنما قال المصنف وتأويله لأن المسألة التي ذكرها من مسائل الجامع الصغير، ولم يذكر فيه، أي لم يجر على أهله أحكامهم، وإنما ذكر هذا فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير ونقله المصنف منه هكذا حيث قال ( إذا لم يجر على أهله ) أي أهل المصر ( أحكامهم ) أي أحكام البغاة الذين غلبوا عليه ( وازعجوا قبل ذلك ) أي ازعج أهل البغي قبل اجراء أحكامهم على أهل المصر وازعجوا على صيغة المجهول من أزعجه أي قلعه من مكانه ( وفي ذلك ) أي وفيما لم يجرو أحكامهم ( لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص ) لأن استيلائهم كان بعارض، وبقاء ولاية الإمام.

( وإذا قتل رجل من أهل العدل باغياً فإنه يرثه، فإن قتله الباغي ) أي وإن قتل الباغي رجلا من أهل العدل (وقال قد كنت على حق وأنا الآن على حق ورثه، وإن قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه، وهذا ) أي المذكور من الأحكام ( عند أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف « رح » لا يرث الباغي في الوجهين ) أى فيما إذا قال كنت على حق، وفيما إذا قال كنت على باطل ( وهو قول الشافعي ) أى قول أبي يوسف وهو

وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم، لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم، والباغي إذا قتـــل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم. وقال الشافعي «رح» في القديم انه يجب على هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً أو مالاً له أنه أتلف مالاً معصوماً، أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة.

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ورواه الزهري «رض»

---

قول الشافعي في القديم (وأصله) أي وأصل هذا الخلاف (أن العـــادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم، لأنه مأمور بقتالهم دفعـــاً لشرهم، والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا) وبه قال أحمد (ويأثم) لأنه قتل نفساً.

(وقال الشافعي في القديم أنه يجب) الضمان. وبه قال مالك (وعلى هذا الخلاف) أي المذكور (إذا تاب المرتد وقد أتلف نفساً) أي والحال انه قد أتلف نفساً (أو مالاً) لا يجب الضمان عندنا، وعلى قول الشافعي في القديم يجب (وله) أي الشافعي (أنــه أتلف مالاً معصوماً أو قتل نفساً معصومة فيجب الضمان اعتباراً بما قبل المنعة) أي قياس ما إذا تلف قبل أن يكون لهم منعة.

(ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ورواه الزهري) أي روى محمد بن مسلم الزهري إجماع الصحابة على أنه لا يضمن الباغي إذا قتل العادل. وقال الأترازي ذكر أصحابنا في كتبهم لفخر الإسلام وغيره عن الزهري انه قال وقعت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فاتفقوا على ان كل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل مال استحق بتأويل القرآن فهو موضوع، وكل فرج استحل بتأويل القرآن فهو موضوع. وما كان قائماً يرد، انتهى. قلت روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري ان سليمان ابن هشام كتب إليه يسأله عن امرأة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت، ثم انها رجعت إلى اهلها تائبة. قال الزهري فكتب إليه اما بعد فان الفتنة الأولى مارت وأصحاب رسول الله ﷺ فمن شهد بدراً كريـــاً فاجتمع

ولأنه أتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم ، وهذا لأن الأحكام لا بد فيها من الالزام والالتزام ، ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية

---

رأيهم على ان لا يقيموا على احد حداً في فرج استحلوه، فتأويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتأويل القرآن ، ولا يرد مال استحلوه بتأويل القرآن إلا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه . وان رأى ان يرد على زوجها وان يحل من افترى عليها ، انتهى .

( ولأنه ) اى ولأن الباغى ( اتلف عن تأويل فاسد ، والفاسد منه ) اى من التأويل ( ملحق بالصحيح ) اى بالتأويل الصحيح ( إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع ) اى إلى التأويل يتعلق بقوله ملحق بالصحيح ، اى في دفع الضمان ، بيانه ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصيه صغيرة كانت او كبيرة لقوله تعالى ﴿ ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها ﴾ ٢٣ الجن ، وتأويلهم هذا وإن كان فاسداً لكن اعتبر في دفع الضمان لما روى عن الزهرى آنفاً . وقال في تحفة الفقهاء هذا إذا تلفوا في حال المنعة او فأما إذا تلفوا مالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة أو بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من أهل دار الإسلام، ثم قال هذا جواب الحكم وبمعنى ان يضمن كل واحد من الفريقين للآخر ما أتلف من الأنفس والأموال لكونها معصومة في هذه الحالة إلا بطريق الدفع ( كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم ) يعني بعدما اسلموا .

( وهذا ) أشار به إلى قوله والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم ( لأن الأحكام ) أي أحكام الشرع في حق الدنيا ( لا بد فيها من الالزام أو الالتزام ) يعني الباغي ( ولا التزام لاعتقاد الإباحه عن تأويل ) أي الالتزام منه لتأويله الفاسد أن يقال العادل مباح ويجوز إراقة دمه لأن من عصى الله صغيرة أو كبيرة فقد كفر ( ولا إلزام لعدم الولاية ) أي ولا إلزام على الباغي لعدم ولاية الإمام ( لوجود المنعة ) أي أهل البغي الحرب ، بخلاف ما قبل ظهور المنعة ( والولاية ) جواب عن قول الثاني اعتباراً بما قبل المنعه ، أي

باقية قبل المنعة وعندعدم التأويل ثبت الالتزام اعتقاداً . بخلاف الآثم لأنه لا منعة في حق الشارع إذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث . ولأبي يوسف « رح » في قتـــل البـاغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع ، والحاجة ها هنا إلى استحقاق الارث فـــلا يكون التأويل معتبراً في حق الارث . ولهما فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضاً إذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه ، إلا أن من شرطه بقاؤه على ديانته ، فإذا

---

ولاية الإمام ( باقية قبل المنعة ) عليهم كما كانت ( وعند عدم التأويـــل ثبت الالتزام اعتقاداً ) أي من حيث الاعتقاد .

( بخلاف الآثم ) حيث يثبت سواء كانت لهم منعة أو لم تكن ( لأنه لا منعة في حق الشارع ) ومنعتهم في حق الشارع كلا منعة فلايكون وجود منعتهم دفعاً للإثم ( إذا ثبت هذا ) أشار به إلى قوله لأن الأحكام لا بد فيها ... إلى آخره ( فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث ) لأن حرمان الإرث جزاء فعل محظور فلا يعطى بمباح .

( ولأبي يوسف في قتل الباغي العادل أن التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفـــع ) أي في حق دفع الضمان ( والحاجة ها هنا إلى استحقاق الإرث فلا يكون التأويل معتبراً في حق الإرث) حاصل هذا الكلام أن التأويل الفاسد يعتبر في حق دفع لا في حق استحقاق الميراث فيحرم الإرث ، لأنه قتله بغير حق .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( فيه ) أي في قتل الباغي العادل ( أن الحاجـة إلى دفع الحرمان أيضاً) أي في دفع الحرمان عن الإرث أيضاً يعني كما أن تأويله يعتبر في حق دفع الضمان يعتبر أيضاً في دفع الحرمان أيضاً ( إذ القرابة ) أي لأن القرابة (سبب الإرث فيعتبر الفاسد ) أي التأويل الفاسد ( فيه ) أي في دفع الحرمان من شرطه استثناء من قوله يعتبر الفاسد ( إلا أن من شرطه ) أي من شرط الإرث ( بقاؤه ) أي بقـاء الباغي ( على ديانته ) يكون مصراً على دعواه ، فإذا رجع فقد بطلت ديانته وهـو معنى قوله ( فإذا

قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان . قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم ، لأنه إعانة على المعصية ، وليس ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح ، وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعه ، ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب، وعلى هذا الخمر مع العنب .

---

قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع ) أي الضمان ( فوجب الضمان ) لعدم الدافع .

( قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عساكرهم ) أي عساكر أهل الفتنة ( لأنه إعانة على المعصية ) قال الله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ﴾ ٢ المائدة ( وليس بيعه ) أي بيع السلاح ( بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة بأس ) بالرفع إسم ليس ( لأن الغلبة في الأمصار لأهل السلاح ) وأهل الفتنة فيها قليل ، وتقييده بالكوفة باعتبار أن البغاة خرجوا منها أولاً فالحكم في غيرها كذلك .

( وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعه ) متجددة ، فإنه لا بأس من أهل الفتنة ، وأوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ) جمع معزف بكسر الميم وهو ضرب من الطنابير تتخذ به أهل اليمن ( ولا يكره بيع الخشب ) أي الذي يتخذ منه المعزف ( وعلى هذا ) أي الحكم ( الخمر مع العنب ) حيث لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع عصير العنب. والفرق لأبي حنيفة بين كراهية بيع السلاح من أهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمراً أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة .

فروع : يكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربي إلى الأماكن إلا إذا كان في ذلك وهي لهم فلا بأس به . وقتل أهل العدل الحرب شهيداً يفعل لهم ما يفعل بالشهداء وقتل أهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فئة أو لا ، هو الصحيح ، ولكن يغسلون

ويكفنون نصوص غير متأولين على مدينة وقاتلوا وقتلوا الأنفس وأخذوا أموالا أخذوا بالجميع ، وكذا إذا خرج جماعة لا منعه لهم ، ولا خلاف فيه لأهل العلم .

ولو استعان أهل البغي بأهل الحرب وأودع أهل البغي أهل الحرب فأعانهم أهل الحرب على أهل العدل يسبون ويقتلون لأنهم نقضوا العهد . ولو طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إن كان خيراً لنا ، ولا يأخذ الإمام منهم شيئاً . ولو نصب أهل البغي قاضياً للقضاء إن كان من أهل العدل يجوز بلا خلاف ، وإن كان منهم فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم لا يجوز بلا خلاف ، وإن كان ممن لا يستحل لا يجوز عندنا ويجوز عند الشافعي وأحمد . ولو كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل كتاباً يقبل بلا خلاف ، والأولى أن لا يقبل كسراً لمواليهم . وعندنا كل متسلط إذا تم تسليطه يصير سلطاناً فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل وبالله الرحمة وهو ولي التوفيق .

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب اللقيط

## اللقيط سمي باعتبار ماله لما أنه يلقط ، والإلتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه. وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب

---

( كتاب اللقيط )

أي هذا الكتاب في بيان أحكام اللقيط . والمناسبة بين كتاب اللقيط وكتاب السير من حيث أن فيهما عرضة الفوات للأنفس والأموال . وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر النفس مقدم ، وهو على وزن فعيل بغير مفعول من اللقط ، وهو الرفع . معناه لغة ما يلقط ، اي ما يرفع من الأرض . وفي الشرع اللقيط اسم المولود طرحه أهله خوفاً من العيلة او فراراً من تهمة الزنا .

قال المصنف رحمه الله ( اللقيط سمي به باعتبارما له لما انه يلقط ) أشار به إلى أنه في باب تسمية الشيء باعتبار ما يؤول إليه ، كما في قوله من قتل قتيلا فله سلبه ، وكما في قوله تعالى ﴿ إني أراني أعصر خمراً ﴾ ٣٦ يوسف ، ( والالتقاط مندوب إليه ) اي رفع اللقيط من الارض مستحب ( لما فيه من إحيائه ) لأنه على شرف الهلاك واجباً الحي يدفع سبب الهلاك قال تعالى ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ ٣٢ المائدة ، ولهذا كان رفعه أفضل من تركه لما في تركه من ترك الرحم على الصغار ، قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ... الحديث ، وفي رفعه اظهار الشفقة على الصغار ، وهو أفضل الأعمال بعد الإيمان بالله ، التعظيم لأمر الله ، والشفقة على خلق الله ، كذا في المبسوط .

( وإن غلب ظنه ضياعه ) اى على ظن الشخص ضياع اللقيط بتركه ( فواجب ) اي التقاطه حينئذ واجب ، وقال الشافعي ومالك واحمد رفعه فرض كفاية إلا إذا خاف هلاكه ، فحينئذ فرض عين لإجماع الأمة كمن رأى أعمى يقع في البئر يفرض عليه حفظه عن الوقوع ، وتمسكوا على وجوبه بقوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر ﴾ الآية ٢ المائدة.

قال اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية ، وكذا الدار دار الأحرار ، ولأن الحكم للغالب ، ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ،

---

( قال اللقيط حر ) اي في جميع أحكامه حتى يحد قاذفه ، ولا يحد قاذف أمه ، ذكره في شرح الطحاوي ، ولا خلاف أنه حر إلا ما روي عن النخعي شاذ أنه قال إن رفعه حبسه فهو حر ، وإن أراد أن يسترقه فهو له ، هذا مخالف لإجماع العلماء ( لأن الاصل في بني آدم إنما هو الحرية ) إذا الناس أولاد آدم وحواء صلوات الله عليهما وسلامه وكانا حرين ، ولان الرق بعارض الكفر ، والأصل عدم العارض .

( وكذا الدار دار الاحرار ) اي الدار دار الإسلام ، فمن كان فيها يكون حراً باعتبار الظاهر ( ولان الحكم للغالب ) اي لان الغالب فمن سكن دار الإسلام الاحرار والعبرة للغالب ( ونفقته في بيت المال ) اي إذا لم يكن معه مال ( هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ) أما الرواية عن عمر رضي الله عنه فأخرجها مالك في الموطأ في كتاب الاقضية عن ابن شهاب الزهري عن سنن ابن جميلة ، رجل من بني سليم أنه وجد منبوذاً في زمن عمر رضي الله عنه ، قال فجئت إلى عمر وقال ما حملك على حمل هذه التسمية ؟ فقال وجدتها ضائعة فأخذتها . فقال له عريفة يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، قال كذلك قال نعم ، فقال عمر رضي الله عنه إذهب به فهو حر وعلينا نفقته ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا مالك عن ابن شهاب حدثني أبو جميلة أنه وجد منبوذاً على عهد عمر بن الخطاب فأتاه به فاتهمه عمر ، فأثنى عليه خيراً ، فقال عمر هو حر ولاؤه لك ، ونفقته من بيت المال. ورواه الطبراني في معجمه من طريق عبد الرزاق ، ورواه الطبراني في كتاب العلل وزاد فيه زيادة حسنته وهي أبو جميلة أدرك النبي ﷺ وحج حجة الوداع .

قلت اسمه سنين بضم السين المهملة وفتح النون وسكون الياء آخر الحروف ، وفي آخره نون ، وكنيته أبو جميلة بفتح الجيم . وقال ولولا أدرك النبي ﷺ وقال إنه شهد معه حنينا ، وحدث عن أبي بكر رضي الله عنه ، وروى عنه ابن شهاب يعني محمد بن مسلم الزهري . وأما الرواية عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأخرجه عبد الرزاق ،

ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ، ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له . ولأن ميراثه لبيت المال ، والخراج بالضمان ، ولهذا كانت جنايته فيه . والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية ، إلا أن يأمره القاضي به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية .

---

حدثنا سفيان الثوري عن الزهري بن ثابت عن ذهل بن أوس عن تميم أنه وجد لقيطاً فأتي به إلى علي رضي الله عنه فألحقه بأمه انتهى . وذكره الكاكي فقال عن علي أنه قال نفقته في بيت المال ، وولاؤه للمسلمين .

( ولأنه ) اي ولان اللقيط ( مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي لا مال له ) ولا قرابة ، والجامع بينهما الاسلام ، والعجز عن الاكتساب وعدم المال وعدم من يجب عليه نفقته ( ولان ميراثه ) اي ميراث اللقيط ( لبيت المال ) لعدم وارثه ( والخراج بالضمان ) الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ، يقال خراج غلامه إذا اتفقا على ضريبة يؤديها إليه في وقت معلوم ، ومعنى الخراج بالضمان اي الغلة سبب إن ضمنه لعين أن ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان مؤنة نفقته في بيت المال ، لان للغرم بإزاء الغنم .

وقال الاكمل قوله الخراج بالضمان اي له غنيمته وعليه غرمه ، اي على العبد المعيب للمشتري قبل ولانه قبل الرد في ضمانه ( ولهذا كانت جنايته فيه ) اي ولاجل كون الخراج بالضمان ، وكانت جناية اللقيط في بيت المال.

( والملتقط متبرع في الانفاق عليه ) اي على اللقيط ( لعدم الولاية ) اى لعدم ولايته في تقصير حقه فيكون متبرعاً ( إلا أن يأمره القاضي به ) اى بالانفاق عليه ( ليكون ) ما أنفقه عليه (ديناً عليه لعموم الولاية ) اي ولاية القاضي ، وإن أمره القاضي بذلك مطلقاً ، ولم يقل على أن يكون ديناً عليه . ذكر في مختصر العصام أنه يكون ديناً عليه ، ويرجع عليه إذا كبر ، ذكر في الكافي لانه لا يكون ديناً عليه ، ولا يرجع عليه . وهذا أصح لان الامر المطلق محتمل قد يكون للحث في إتمام شرع فيه من التبرع ، وقد يكون

قال فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منهم لأنه ثبت حق الحفظ له ولسبق يده عليه فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله معناه إذا لم يدع الملتقط نسبه ، وهــذا استحسان ، والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط. وجه الاستحسان أنـه إقرار للصبي بما ينفعه ، لأنه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ، ثم قيل يصح في حقـه

---

للرجوع ، وإنما يزول هذا الاحتمال إذا شرط أن يكون ديناً عليه ، وإن كان مع اللقيط مال او دابة لم ينفق عليه من ماله بأمر القاضي ، لان اللقيط حر ، وما في يده فهو لــه لظاهر ما ذكره في فتاوى الولوالجي ( قال ) اى القدوری ( فإن التقطه رجل لم يكــن لغيره أن يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده عليه ) اى على اللقيط ، فكــان أولى به كما في سائر المباحات (فإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله) هذا لفظ القدوری.

وقال المصنف ( معناه ) اى معنى كلام القدوری ( إذا لم يدع الملتقط نسبــه ) اى نسب اللقيط . أما إذا ادعى الملتقط نسبه فهو أولى لانهما استويا في الدعوى ، ولاحدهما يد لصاحب اليد أولى . وكذا إذا كان الملتقط ذمياً فهو أولى من المسلم الخارج حتى إذا كان في ذمي يدعي أنه ابنه ، وأقام أحد من المسلمين أنه ابنه فهو للذمي بحكم يده ، واما لو كان مدعي اللقيط خارجين أحدهما مسلم والآخر ذمي وأقاما بينــة من المسلمين يقضى للمسلم ، فالحاصل أن الترجيح في باب النسب أو على الأمر باليد كذا في الذخيرة والايضاح.

وقال الشافعي وأحمد الترجيح بقول الكاتنه ( وهذا الاستحسان ) اى هــذا الذى ذكره القدوری استحسان ( والقياس أن لا يقبل قوله لانه يتضمن إبطال حق الملتقط ) من حق اللقيط ، وما لعامة المسلمين من الولاء ، فلا يقبل من غير بينته ( وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه ) من حيث وجوب النفقة والحضانة فقبل قوله ( لانه )اى لان اللقيط ( يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ) اى بعدم النسب ( ثم قيل يصح في حقه ) هذه إشارة ، اى خلاف المشايخ ادعاء الخارج أن اللقيط ابنه ، فقال بعضهم يصــح ادعاؤه في

دون إبطال يد الملتقط ، وقيل يبتنى عليه بطلان يده . ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياساً واستحساناً ، والأصح أنه على القياس والاستحسان ، وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده

---

حق ثبوته في إبطال يد الملتقط ، وهذا معنى قوله ( دون إبطال يد الملتقط ) وقال بعضهم يقبل قوله فيهما جميعاً ، وهذا معنى قوله ( وقيل يبتنى عليه ) اى على ثبوت النسب ( بطلان يده ) اى يد الملتقط ، لان الاب أحق بالولد من الاجنبي ، ويجوز أن يثبت الشيء ضمناً وإن لم يثبت قصداً ، كما يثبت الارث بشهادة القابلة على الولادة حكماً .

( ولو ادعاه الملتقط ) أي ولو ادعى نسب الملتقط وهو الذي التقطه ، وهذا ذكره المصنف تفريعاً لمسألة القدوري ( قيل يصح ) أي ادعاؤه ( قياساً واستحساناً ) يعني من حيث القياس ومن حيث الاستحسان ، لأنه لم تبطل دعواه حق أحد ، ولا منازع له في ذلك ( والأصح أنه على القياس والاستحسان ) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان ، يعني في القياس لا يصح ، وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط ، وهذا لم يذكرهما الكرخي ، وإنما ذكرهما الطحاوي فقال القياس أن لا يصح دعواه إلا ببنيته ، وفي الاستحسان يصح بغير بنيته ، ثم اعلم أن وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى الأجنبيين ، إنما لا يصح قياساً للزوم بطلان حق الملتقط ، ودعوى الملتقط إنما لا يصح قياساً لتناقض كلامه ، لأنه لما زعم أنه لقيط كان نافياً نسبه لان ابنه لا يكون لقيطاً في يده ، ثم انه أدى انه ابنه كان مناقضاً لا محالة وجه الاستحسان ظاهر وهو أن فيه بقاء للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة ، وثبوت النسب ويحصل له أسرى بذلك وفاء. قيل من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال ، فربما يكون الصبي منبوذاً بقبض الحوارث ، فيظن الملتقط أنه لقيط ، ثم تبين انه ولده فلا تناقض إذاً ولئن سلمنا التناقض ظاهر فالتناقض لا يمنع ثبوت النسب كالملاعن إذا كسب نفسه .

( وقد عرف في الأصل ) أي قد عرف حكم هذا في المبسوط ، وهو ما ذكرناه ( وإن ادعاه اثنان ) أي وإن ادعى اللقيط شخصان من خارج ( ووصف أحدهما علامة في جسده )

فهو أولى به ، لأن الظاهر شاهد له ، لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب .

---

أي في جسد اللقيط ، مثل ثيابه أو سلعته أوثر لذلك ونحو ذلك ( فهو أولى بـه ) أي الذي وصف علامة أولى باللقيط (لأن الظاهر شاهد له، لموافقة العلامة كلامه ) فيجب على اللقيط دفعه إليه ، وقال الشافعي وأحمد وأبو الليث وأبو ثور والأوزاعي يعتبر قول القافة وإذا أشبه على القافة [1] وكذا إذا تعارضت بنتاهما لحديث المدلجي . وقـال مالك لا يثبت النسب ببينة ، أو يكون لدعواه أحدكم بل عرف انه لا يعيش له الولد فزعم أنـه رماه لأنه سمع إذا طرح نفس عاش ونحو ذلك [2] مما يدل على صدقة ، وقال أشهب يلحق بمجرد الدعوى إذا ادعاه ملتقطة أو غيره ، إلا أن بيان كذبه كذا في جواهر المالكية .

( وإن لم يصف أحدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ) وهو الدعوة لأنها سبب الاستحقاق في حق اللقيط ، وقد مر خلاف الشافعي وأحمد في اعتبارهما قول العامة وإن كان المدعي أكثر من اثنين .

روي عن أبي حنيفة انه جزاه إلى خمسة ، ولا يلحق بـأكثر من اثنين عند أبي يوسف وبه قال أحمد في رواية ، وقال محمد يلحق بأكثر من ثلاثة ، وبه قال أحمد في روايـة في الإيضاح .

ولو وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح وفي الذخيرة وهذا بخلاف في اللقطة لو تنازعا فيها ووصف أحدهما ووافق من حيث لا يرجح صاحب الوصف ، بل إذا انفرد الواصف بحل الملتقط دفعها عليه ، ولا يجب ، وهنا يلزمه دفعـه ، والفرق أن في فصل اللقيط ألا ترى أنه لو انفرد بدعوى اللقيط قضى له به كما لو أقـام البينة فمعتبر الوصف لترجح سبب الاستحقاق . وأما في اللقيط فالدعوى ليست لسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف ، فلو اعتبر الوصف اعتبر أصلا الاستحقاق ، والوصف لا يصلح سببـاً لـه فافترقا .

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة وربما هي ـ بقرع ـ . اهـ مصححه .

(٢) هكذا الجملة في الأصل وربما هنا كلام ناقص ، اهـ مصححه .

ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه، لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه ، إلا إذا أقام الآخر البينة ، لأن البينة أقوى . وإذا وجد في مصر من أمصار المسلمين ، أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً ، وهذا استحسان لأن دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير ، وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره

---

( ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيــه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى ) لفائدة دعواه بها ، وفي الشامل ادعته امرأة أن ابنها لم يقبل إلا ببينته لأن في دعوى المرأة حمل النسب على الزوج ، وإذا ادعته امرأتان وأقامتا البينــة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص ، وعندهما لا يكون ابن واحدة منهـما ، وهو رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة أيضاً ، وفي وجيز الشافعية ، ولو ازدحم اثنان قدم عن سبق فإن استويا قدم الغنى على الفقر ، والبلدي على القروي والقروي على البلدي ، وكل ذلك ينظر للصبي ، وظاهر العدالة يقدم على المستور في أحسن الوجهين ، فإن تساوياً من كل وجه أقرع بينهما ، وسلم إلى من خرجت قرعته .

( وإذا وجد ) أي اللقيط ( في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال المصنف ( وهذا استحسان ) والقياس أن لا يثبت نسبه من الذمي أن المنبوذ في دار الإسلام محكوم عليه بإسلامه ، بدليل الصلاة عليه إذا مات ودفنه في مقابر المسلمين ، وإذا ثبت إسلامــه بحكم دار الاسلام لا يصدق ذمي على دعواه ، لأن كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه ، وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله ( لان دعواه تتضمن النسب وهو نافع للصغير ) من حيث وجوب النفقة والحضانة .

( وإبطال الإسلام ) أي يتضمن دعواه أيضاً إبطال الإسلام ( الثـــابت بالدار ) أي بدار الإسلام ( وهو يضره ) أي وإبطال الإسلام يضر اللقيط . ولا يمتنع أن يكون الذمي ولد مسلم ، ولهذا يكون ولده مسلماً إذا أسلمنا أمه وقال الكرخي في مختصره ، وقــال

فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره ، وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة ، أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً ، وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة . وإن كان الواجد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ، ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه، وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ

---

ابن سماعة عن محمد في النوادر في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه النصراني ، قال فهو ابنه وهو مسلم ، وإن كان عليه رأى الاسلام فإني أجعله مسلماً وأثبت نسبته من النصراني لأن ذلك لا يضره ، وينفق عليه ، قال وإن كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه ، وذلك أن يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط رأسه مجرور إلى هنا لفظه .

( فصحت دعوته ) إلى دعوة الذمي ( فيما ينفعه ) أي في الشيء الذي ينفع اللقيط وهو الإسلام ( دون ما يضره ) وهو إبطال الإسلام ( وإن وجد ) أي اللقيط ( في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة ) أي وجد في بيعة النصارى ( أو كنيسة ) أي أوجد في كنيسة اليهود ( كان ) أي الملتقط ( ذمياً ) لأنه لما وجد في المواضع مختصة بهم كانت ظاهر من حاله أنه منهم ( وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذمياً رواية واحدة ) من غير خلاف فيها .

( وإن كان الواجد مسلماً ) في حيز الجواز أن يكون لغيرهم ولهذا يحكم منبوذ وجد في دار الحرب لدلالة الظاهر ، وإن جاز أن يكون ولد مسلم تاجر أو أسير وهو الجواب أي الجواب الذي ذكر القدوري ، وهو قوله كان ذمياً لان لفظه في مختصره ( في هذا المكان ) يعني في البيعة والكنيسة (أو ذمياً) الواجد ذمياً (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ) أي في هذا الفصل ( ففي كتاب اللقيط ) يعني ففي رواية كتاب اللقيط من المبسوط ( اعتبر المكان لسبقه ) أي لسبق المكان على يد الواجد ، والسبق من أسباب الترجيح ( وفي كتاب الدعوى ) من المبسوط ( في بعض النسخ ) ويروى في بعض نسخه أي في

اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد «رح» لقوة اليد ، ألا ترى أن تبعية الأبوين تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافراً ، وفي بعض نسخه اعتبر الإسلام نظراً للصغير . ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه لأنه حر ظاهراً إلا أن يقيم البينة أنه

---

بعض نسخ الدعوى من المبسوط (اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد) لأنه كالمباحات التي تستحق سبق اليد ، فكان اعتبار الواجد أولى .

ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن تبعية الأبوين تبعية الدار حتى إذا سبي مع الصغير أحدهما ) أي أحد الأبوين ( يعتبر كافراً ) لا مسلماً ( وفي بعض نسخه ) أي في بعض نسخ الدعوى من المبسوط ( اعتبر الاسلام نظراً للصغير ) لانه ينفعه ، والكفر يضره ، وقال الشافعي إن كان يوجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون أو في بلد كان لهم أخذ الكفار فهو مسلم ، وإن وجد في بلد فتجب المسلمون ، ولا مسلم فيه فهو كافر .

وإن وجد في بلد الكفار وفيه مسلمون فهو مسلم ، وقيل هو كافر ، وبه قال أحمد ، ومالك اعتبر المكان وأشهب اعتبر الواجد في مكان أهل الكفر ترجيحاً للاسلام (ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال الكاكي يجب أن يقيد هذا بقيدين أى ادعى الحر المسلم وقيد المسلم لانـــه إذا كان المدعي ذمي ففي قبول نسبه تفصيل إن شهد مسلمان تقبل ، ويجعل اللقيط حراً مسلماً ، وإن شهد كافران لا يقبل ، وقبل الجزية لأن المدعي إذا كان عبداً أو أضاف ولادته إلى امرأته الامة فإن فيه خلافـــاً بين أبي يوسف ومحمد ، فذكر في الذخيرة أن الولد حر عند محمد وعبد عند أبي يوسف .

( لأنه حر ظاهراً ) لأن الاصل في بني آدم الحريه ، لان الناس كلهم أولاد آدم وحواء صلوات الله عليها وسلامه ، وهما كانا مسلمين جلدين فكان أولادهما أحراراً تبعـــاً لهما ، والرق يعارض الكفـــر ، فكأن الحريـــة هي الظاهر ، والحكم بالظاهر إلى أن يثبت خلافه بالبينة وهو معنى قوله ( أن يقيم البينة ) أى المدعي الذى ادعى اليتم (انه

عبد ، فإن ادعى عبد أنـه ابنه ثبت نسبه منه ، لأنه ينفعه ، وكان حراً لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك ، والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد ، والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر في حقه وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو لـه اعتباراً للظاهر ، وكذا إذا كان مشدوداً على دابة وهو عليهـا

---

عبده ) فحينئذ يكون عبده ، فإن قيل البينة لا تقوم إلا على خصم منكر ، ولا خصم هنا ، أجيب بأن المتلقط خصم لانه أحق بحقه ، ولا تزول يـده إلا بالبينة (فإن ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه ) هذا لفظ القدوري في مختصره .

وقال المصنف ( لانه ينفعه ) أي لان النسب ينفعه لانه تيسر فيه ( وكان حراً ) من تتمة كلام القدوري قال المصنف ( لان المملوك قد تلد له الحرة ولا تبطل الحرية الظاهرة بالشك ) حاصل الكلام أن المملوك قد تلد له الحرة ، فلا يكون عبداً وقد تلد له الامة فيكون عبداً ، والظاهر في بني آدم الحرية ، فلا يبطل بالشك ( والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد ) الحر مرفوع على انـه مبتدأ وقوله أولى خبره ، وقولـه في دعوته مصدر مضاف إلى فاعله ، وقول اللقيط بالنصب مفعول قوله من العبد أي من دعوة العبد ( والمسلم أولى من الذمي ) أي ودعوة المسلم أولى من دعوة الذميـة إذا ادعى كل واحد منهما أن اللقيط ابنه ( ترجيحاً ) أي لأجل الترجيح ( لما هو الانظر في حقه ) أي في حق اللقيط ، إنما ذكر المصنف هذا تفريعاً لما قاله القدوري ، ثم كون المسلم أولى من الذمي هما إذا ادعيا وهما خارجان ، أما إذا كان أحدهما إذ اليد كان هو أولى .

( وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له اعتباراً للظاهر ) اى لظاهر يـده لكونه من أهل الملك لكونه حراً ، فيكون ما في يده له ( وكذا ) أي وكذا يكون اللقيط ( إذا كان ) أي المـال ( مشدوداً على دابة وهو عليهـا ) اى اللقيط على

لما ذكرنا ، ثم يصرف الواجد إليه بأمر القاضي لأنه مال ضائع ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليـــه وقيل يصرفه بغير أمر القاضي لأن اللقيط ظاهر ولـه ولاية الانفـاق ، وشراء ما لا بـد منه كالطعـام والكسوة لأنه من الإنفاق لـــه ، ولا يجوز تزويج الملتقط لانعـــدام سبب الولاية من القرابـة والملك والسلطنة.

قال ولا تصرفه في مال الملتقط اعتبـــاراً بالام وهـذا لأن ولاية التصرف لتثمير

---

الدابة ( لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله اعتباراً للظاهر ( ثم يصرفه الواجد إليه ) الملتقط ، ينفق عليه من ذلك المال ( بأمر القاضي ) لعموم ولاية القاضي ، لانه نصب قاضياً لامور المسلمين هو ظاهر الرواية ( لانه مال ضائع ) أي لان المال الذى وجدمع هذا اللقيط مال ضائع ( وللقاضي ولاية صرف مثله إليه ) أي مثل مال الضائع إلى اللقيط ، وكذا لغيره بأمره ، وبه قال الشافعي ، وقال ولو انفقت بغير أمر القاضي ضمنه ، وإن لم يكن بحاكم وانفق بدون الاشهـاد ضمن أيضاً ، وإن أنفق بالاشهاد ضمن أيضاً ، وإن أنفق بالإشهاد ففيه قولان ، قال في الشامل وهو مصدق في نفقة مثله .

( وقيل يصرف ) أي يصرف الملتقط إلى اللقيط ( بغير أمر القاضي ، لانه ) أي لان المال (اللقيط ظاهر) أي بحسب الظاهر (وله) أي وللملتقطه (ولاية الانفاق عليه وشراء ما لا بد منه ) عطف على قوله ولاية الانفاق ، أي وله شراء ما لا يستغنى عنه ( كالطعام والكسوة لأنه من الانفاق ) أى لان شراء ما لا بد منه عن الانفاق عليه ، وبه قال أحمد ( ولا يجوز تزويج الملتقط ) أي تزويجه اللقيط ( لانعدام سبب الولايـــة ) للملتقط ( من القرابة والملك والسلطنة ) ولم يوجد واحد منها ، فلا يثبت الولاية لعدم سببها ( ولا يجوز تصرفه ) أى تصرف الملتقط ( في مال اللقيط اعتباراً بالام ) أى قياساً على عدم جواز تصرفها ) في مـال ابنها ( وهذا ) أى عدم جواز تصرف الملتقط في مال اللقيط ( لأن ولاية التصرف لتثمير

المال ، وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجودة في كل واحد منهما أحدهما . قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ، ولهذا يملك الصغير بنفسه إذا كان عاملا ، وتملكه الام ووصيها . قال ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ حاله . قال ويؤاجره ، قال العبد الضعيف وهذا رواية القدوري في مختصره ، وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره

---

المال ) أي يكره بالفائدة والربح ( وذلك ) أي تثمير المال ( انمايتحقق بالرأي أي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما ) أي من الأم والملتقط ( أحدهما ) أي من الرأي الكامل والشفقة الوافرة ، وفي الام الشفقة الوافرة دون الرأي الكامل ، وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود ، ومنهما بخلاف الاب فإن له شفقة وافرة ورأياً كاملا ، فكان له التصرف في النفس والمال جميعاً .

( ويجوز أن يقبض الهبة ) أي يجوز للملتقط أن يقبض اللقيط الهبة ( لانه ) أي ولان قبض الهبة له ( نفع محض ) لا شك فيه بلا خلاف ( ولهذا ) أي ولكون الهبة نفعا محضاً ( يملكه الصغير بنفسه ) أي يملك قبض الهبة بيده ( إذا كان عاقلا ) فلا يفعل ذلك ويميزه ( وتملكه الام ) أي تملك الام قبض الهبة لابنها ( ووصيها ) أي ويملك أيضا وصي الام لأنها نفع محض للصغير ( ويسلمه ) أي يسلم الملتقط اللقيط ( في صناعة لانه من باب تثقيفه ) التثقيف تقويم المعوج بالثقاب ، وهو ما يسوى به الرماح ويستعار للتأديب والتهذيب ( وحفظ ماله ) من الاشتغال باللعب ويعلم الفساد ( ويؤاجره ) أي يؤاجر الملتقط اللقيط ، لأن فيه نفعاً له ، ولفظ يؤاجره ليس على قانون اللغة ، وإنما هو اصطلاح الفقهاء .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( هذا رواية القدوري في مختصره ) يعني جواز إجارة الملتقط اللقيط على رواية القدوري في مختصره ، ( وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاجره

ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه ، ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف منافعه فأشبه العم بخلاف الام لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية إن شاء الله تعالى ،

---

ذكرهفي الكراهية ) ذكره محمد في باب الكراهـة ( وهو الأصح ) أن المذكور في الجامع الصغير هو الأصح مما ذكره القدوري ( وجه الأول ) أراد به رواية القدوري ( أنـه يرجع إلى تثقيفه ) وقد مر معناه آنفاً ( ووجه الثاني ) في أراد به رواية الجامع الصغير ( انه ) أي ان الملتقط ( لا يملك إتلاف منافعه ) أي منافع اللقيط بالإستخدام ( فأشبه العم ) أي فأشبه الملتقط العم ، أي كما لا يجوز للعم اتلاف منافع الصغير فكذلك لا يجوز للملتقط ( بخلاف الأم لأنهـا تملكه ) يعني الأم تملك إتلاف منافع الصغير بالإستخدام بلا عوض ، فلأن يملكه بالإجارة بعوض أولى ( على مـا ذكر في الكراهية ) أي في آخر كتاب الكراهية في مسائل متفرقة .

* * *

# كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا شهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها،

( كتاب اللقطة )

اى هذا الكتاب في بيان أحكام اللقطة ، اللقطة واللقيط متقاربان لفظاً ومعنى ،وخص اللقيط بابن آدم واللقطة لغيرهم للتمييز بينهما ، وقدم الاول لشرف بني آدم ، وقيل خص لفظ اللقطة بالمال ، لان الفعلة بضم الفاء وفتح العين نعت للمبالغة في الفاعلية ، كالضحكة اللعنة ، واللقيط فعيل بمعنى المفعول ، فاللقيط الدال على الفاعلية أولى بالمال ، لزيادة مثل الانارة لرفعه ، كأنها فامر رآها يرفعها كأنها بين رافعة نفسها على الاسناد البخارى كناية جلوب وركوب كأنها تجلب نفسها تركب عليه نفسها على وجه المبالغة لزيادة رغبة من رآها في الحلب والركوب .

أما الطفل المفقود لا يميل كل من رآه يرفعه لزيادة ضرر حاضر فإن أمه نبذته قصد الضرر خاص بخلاف اللقطة ، فإن فيها نفعاً حاضراً وفي المعرب اللقطة الشيء تجده ملقى فيأخذه ، وقيل بين المال الضائع عن صاحبه يلتقطه غيره ، وعن الخليل اللقطة بفتح القاف للملتقط ، لان ما جاء على فعلة فهو اسم للفاعل ، وسكون القاف المال الملتقط مثل الضحكة للذى يضحك منه ، وعن الاصمعي وابن الاعرابي . والقراء بفتح القاف اسم للحال أيضاً ( اللقطة أمانه إذا شهد الملتقط أن يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها ) هذا لفظ القدورى في مختصره ، وشرط الاشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف ، حتى إذا ملك عنده وقد ترك الإشهاد يضمن ، وقال الطحاوى في مختصره أن أبا حنيفة كان يقول إن كان أشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها ، وإن لم يشهد على ذلك كان عليه ضمانها ، وقال أبو يوسف للضمان عليه فيها أشهد على أنه أخذها ليعرف

لان الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً ، بل هو الأفضل عند عامة العلماء .

---

بها ، وإن لم يشهد بعد أن يحلف بالله ما أخذها إلا ليعرف بها ثم قال الطحاوى وبه يأخذ ، ولم يذكر الطحاوى قول محمد ، وذكر المتوسطة والمختلف والحصة وفتاوى الولوالجي .

وخلاصة الفتاوى قول محمد مع أبي حنيفة ، وذكر في التحفة وشرح الاقطع قول محمد مع أبي يوسف ثم علل المصنف ما ذكره القدوري بقوله ( لان الاخذ ) اى أخذاللقطة ( على هذا الوجه ) اى على وجه الأشهاد د عند الاخذ ( مأذون فيه شرعاً )لاجل الحفظ على صاحبها ، وإذن الشارع ليس أقل من إذن المالك ، فإذا أذن المالك فلا ضمان،فكذا اذا أذن الشارع ، ألا ترى أن الوديعة لا يجب فيها الضمان لوجود الاذن فكذا هذا ،فان قلت من اين يوجد اذن الشارع فيه ، قلت من قوله ﷺ من أصار لقطة فليشهد ذوعدل رواه اسحاق بن راهويه في مسنده عن عياض بن حماد عنه عليه السلام ، فانه يدل على أن له أن يأخذها بالاشهاد ( بل هو الأفضل ) اى بلا أخذ اللقطة أفضل قال في الشامل أخذ اللقطة مندرب اليه قوله تعالى ﴿ وتعاونوا على البر والتقوى ﴾ ٢ سورة المائدة .

وفي المبسوط اختلف في رفعها فالمتقشفة يقولون لا يحل رفعها لأنه أخذ مال الغير بغير اذنه ، وهو حرام شرعاً،وهو مخالف للحديث،واجماع الأئمة،وقال بعض التابعين تحل رفعها ولكن الترك أفضل ، وبه قال أحمد في الاصح ، وأشار المصنف الى أن رفعها أفضل ( عند عامة العلماء ) .

اذا وجدها بصفه ومن عليه ذلك وهو رواية عن أحمد ، وأختارها أبو الخطاب الحنبلي ، وعن الشافعي في قول اذا لم يأمن عليها رفعها واجب . وقال مالك ان كان شيئا له مال فرفعه أحب الى أن فيه حفظ مال المسلم ، فكان أولى من بضعه وفي شرح الاقطع مستحب أخذ اللقطة ، ولا يجب ، وقال في النوازل أبو نصر محمد بن سلام ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه .

وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يعرض الرفع عموان لم يخف لا يباح رفعها ،

وهل الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا ، وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه ، وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالـك ، لان تصادقها أنـــه أخذها للمالك حجة في حقهمـــا ، فصار كالبينة ولو أقر انه أخذه لنفسه يضمن بالإجماع ، لانه أخذ مـال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع ،

---

وأجمع العلماء عليه ، والافضل الرفع في ظاهر المذهب ، وقال في فتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها . قال بعضهم رفعها أفضل من تركها ، وقال بعضهم يحل رفعها وتركهـا أفضل ، وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوى ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية ، وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك ، فأما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فانه يضمن ، وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب على ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية .

( وهو الواجب ) اى رفعها هو الواجب ( اذا خاف الضياع ) اى ضياع اللقطة ( على ما قالوا ) اى المشايخ لقوله تعالى﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياءبعض﴾٧١ التوبة ، فاذا كان وليه وجب عليه حفظ ماله ، وفي الذخيرة يفترض رفعها اذا خـــاف ضياعها بتركه ( واذا كان كذلك ) واذا كان أخذ اللقطة مأذوناً فيه ( لا تكون مضمونة عليه ) اى على الملتقط لجواز الاخذ له شرعاً ( وكذا ) اى وكذا لا تكون للقطة مضمونة ( اذا تصادقا ) اى المالك والملتقط ( أنه ) اى ان الملتقط ( أخذها المالك لان تصادقها حجة في حقهما فصار ) اى فضل فيهما (كالبينة) يعني أن البينة اذا وجدت عنـد الاخـذ لا يجب الضمان ، فكذا إذا وجد التصادق .

( ولو أقر انه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع ) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري . إنمـا قيد بالاجماع احترازاً عن الضمان الذي يلزم عند عدم الإشهاد عند أبي حنيفة ، لأن فيـــه خلاف أبي يوسف ( لأنه ) أي لأن الملتقط ( أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع )

وإن لم يشهد الشهود عليه ، وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية. ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه ، وفيه وقع الشك ، فلا يبرأ

---

فكان عاصياً ، وقال في شرح الطحاوي ماأخذماليأكلها الا ليردها على صاحبها ثم هلكت فإنه يضمن ولا يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها ( وإن لم يشهد الشهود عليه ) أي عند الالتقاط .

( وقال الأخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف لا يضمن ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لأن الإشهاد غيرواجب بل هومستحب ، وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف ( والقول قوله ) أي قول الملتقط مع يمينه ( لأن الظاهر ) أي ظاهر الحال ( شاهد له ) أى للملتقط ( لاختياره الحسبة دون المعصية ) أي لاختيار الملتقط وجه الله تعالى ، والحسبة اى من الاحتساب كالعدة من الاعداد ، وإنما قيد الحسبة عملا لم ينو بهوجه الله تعالى ، لأن له حينئذ أن يعيد عمله ، فجعل في حال مباشرة الفعل كأنه معتد .. كذا رواه الزمخشري في الفائق .

وحاصل الكلام أن مطلق فعل المسلم محمول على ما يحل شرعاً ، قال عليه السلام لا يطيب بكلمة خرجت من في أخيك سوءاً وأنت تجد لها محملاً من الخير وإنما كان القول قول صاحبها ، لأن صاحبها يدعي سبب الضمان وهو ينكر ، فالقول له كما في الغصب .

( ولهما ) أى لابي حنيفة ومحمد ( أنه ) أى ان الملتقط ( أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير ) بغير إذنه ( وادعى ما يبرئه ) بضم الياء من الإبراء أى ما يبرئه عن الضمان وهو الأخذ أى دعواه ما يبرئه ( وهو الأخذ لمالكه وفيه ) أى وفي قوله هذا وقع الشك، وهو أنه يحتمل أنه أخذه لنفسه فيضمن ويحتمل أنه أخذ لمالك فلا يضمن ( وقع الشك فلا يبرأ ) عن الضمان .

وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله ، لان الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه، ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي، واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه اسم جنس. قال فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً ،

---

( ومـــا ذكر ) أي والذي ذكره أبو يوسف ( من الظاهر ) وهو قوله لأن الظاهر شاهد له ( يعارضه مثله ) أي مثل ذلك الظاهر . وهو أن يقال الأصل ( لأن الظاهر أن يكون تصرف الإنسان له لا لغيره ) وذكروا في نسخ الفتاوى هذا الإختلاف إذا كان متمكناً من الاشهاد ، فإن لم يكن لعدم من يشهد على ذلك أو الحقوق أن يأخذ منه ظاهر ، فالقول قوله مع اليمين بالإجماع ، ولا ضمان عليه في ترك الإشهاد .

( ويكفيه ) أي ويكفي الملتقط ( في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة ) أي ينادي ويقول من رأى لقطة كذا و كذا ( فدلوه علي ) بضم الدال وتشديد اللام على تشديد اليـــاء سواء كانت اللقطة ( واحدة ) أو أكثر يعني ( كانت اللقطة أو أكثر ) من جنس واحد أو من أجناس مختلفة ، بأن يكون ذهباً وفضة أو أثوابـــاً يكفيه أن يقول من سمعتموه ينشد لقطة ولا يحتاج إلى الزيادة ( لانها ) أي لان اللقطة ( اسم جنس ) فيتناول وعند أحمد ينبغي أن يذكر جنسها من ذهب أو فضة ، وفي شرح الطحاوي ولو قـــال التقطت لقطة أو قالته أو قال عند شيء ، فمن سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليـــه ، وكذلك لو وجد لقيطين فقال من سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ، ولم يقل عندي لقطتان ، وكذلك لو قال عندي لقطة بريء من الضمان ، وإن كانت عشراً .

وهذا كله اشهاد أنه إنما أخذها ليردها على صاحبها ، وقال شمس الأئمة الحلواني أو في ما يكون في التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول أخذها لا ردها ، فإن فعل ذلك ولم يعد فيها بعد ذلك كفى ( قال ) أي القدوري ( فإن كانت ) أي اللقطة ( أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً ، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً ) هذا لفظ القدوري في مختصره

قال العبد الضعيف وهـــذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أياماً معناه على حسب مـا يرى الإمام ، وقدره محمـــد في الاصـل بالحول من غير تفصيـل بين القليل والكثير ، وهو قول مالـــك والشافعي لقوله عليه السلام من التقط شيئاً فليعرفه سنة من غير فصل

---

( قال ) أى المصنف ( هذه رواية عن أبي حنيفة ) أى هذه الرواية التي ذكرها القدورى بالترديد رواية عن أبي حنيفة ، وأشار بهذا إلى انهـــا ليست ظاهر الرواية ، وفي ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول ، فإن الطحاوى أيضاً قال وإذا اللقطة لقطة انـــه يعرفها سنة ، سواء كان الشيء نفياً أو حبساً في ظاهر الروايـــة ، وفي فتاوى الولوالجي ، وعن أبي حنيفة إن كانت مئتي درهم فما فوقها يعرفها حولاً وإن كانت أقل من مئتي درهم إلى عشرة يعرفها شهراً ، وإن كانت أقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى .

وعن أبي حنيفة في رواية أخرى وإن كانت مئتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً ، وإن كانت عشرة فصاعداً يعرفها شهراً وإن كانت ثلاثة فصاعداً يعرفهـــا عشرة أيام ، وإن كانت درهماً فصاعداً يعرفها ثلاثة أيام ، وان كانت دافقاً فصاعداً يعرفها يوماً وإن كانت دون ذلك ينظر عنه ويسره ثم يصدقه في كف فقير ، وقال شمس الأئمة السرخسي وشيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف التعليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبهـا لا يطلبها بعد ذلك ، وقال أصحاب الشافعي ، التعريب واجب منه وهو قول مالك وأحمد .

( وقوله ) أى وقول القدورى ( أياماً معناه على حسب ما يرى الإمام ) أى ان الملتقط معناه إلى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ( وقدره محمد في الأصل ) أى في المبسوط قدر محمد في التعريف ( بالحول من غير فصل بين القليل والكثير ) وهكذا روي عن محمد وعلي وابن عباس رضي الله عنهم ولأن السنة لا تأخر عنها القوافل ، ويمضي فيها الزمان التي يقصد فيه البلاد من الحر والبرد والاعتدال فصلحت قدر المدة أجل العين ( وهو ) أى قول محمد بالحول ( قول مالك والشافعي ) واحمد ايضاً ( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ ( من التقط شيئاً فليعرفـــه سنة من غير فصل ) هذا الحديث رواه

وجه الاول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي ألف درهم ، والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به ، في السرقة وتعلق استحلال الفرج به ، وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً ومـــا دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ، ففوضنا إلى رأي المبتلي به

---

اسحاق بن راهوية بإسناده عن عياض وعن الرسول ﷺ ، وقد ذكرنا بعضه عن قريب له وفيه وليعرفها سنة ، وإن جاء صاحبها وإلا فهو مـــال الله يؤتيه من يشاء ، واخرج الدارقطني في سننه عن زيد بن خالد الجهني قـــال سأل رجل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة ... الحديث من غير فصل يعني بين القليل والكثير ( وجه الأول ) وهو ما روى عن أبي حنيفة انه عرفها حولاً إذا كانت عشرة فصاعداً ( أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مئة دينار تساوي الف درهم ) يشير به إلى ما رواه البخارى في صحيحه عن ابي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت مرة مئة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها حولاً فعرفها فلم اجد ثم اتيته ثلاثـاً فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فإنبان صاحبها وإلا فاستمتع بها وجه الاستدلال انه عليه السلام اعتبر الحول في كل كرة يجب التعريف بالحول مطلقاً وأجاب المصنف عن هذا بقوله ( والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة ) لأن اليد تقطع بالعشرة كما تقطع بما فوقها ، وكذلك في صلاحية العشرة المهر لما فيهـا فوقها ، وهو معنى قوله ( وتعلق استحلال الفرج به ) اى وكما في تعلق استحلال الفرج في النكاح (وليست في معناها ) اى وليست العشرة في معنى الألف ( في حق تعلق الزكاة ) وهـذا ظاهر ، وكأن للعشرة جهتان ، أحدها حال كونها في معنى الأول والأخرى في عدم كونها ، فلما كان الأمر كذلك قال المصنف ( فأوجبنـا التعريف بالحول احتياطاً ) نظراً إلى اعتبار الجهة الأولى ( وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ) اى بوجه من الوجوه ، قال فإذا كان الأمر كذلك ( ففوضنا ) يعني تقدير المدة ( إلى رأى المبتلي به ) اى بما دون العشرة ،

وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به ، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به ، وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها ، وفي الجامع

---

وقال الكاكي وما روى عن ابي بن كعب رضي الله عنه انه عليه السلام امره بتعريف مائة دينار غير صحيح ، قال ابو داود وشك الراوى في ذلك ، وقال الراوى اعوام او عام واحد .. انتهى .

قلت الحديث رواه مسلم ايضا في صحيحه ، وفي آخره ، فقال لا ادرى ثلاثة احوال او حول واحد ، وفي لفظ فيما بين عامين او ثلاثة ، وفي لفظ عرفها بعض الرواية بدليل ان منعه قال فيه منعة بقول منذ عشر سنين عرفها عاماً واحداً وقال ابن الجوزى في التحقيق ولا تخلو هذه الروايات عن غلط بعض بدليل ان شعب قال بالتعريف فيه مستحقة يقول بعد عشر سنين عرفها عاما واحداً ، ويكون عليه السلام علم انه لم يقع يعرفها كما ينبغي فلم يجب له بالتعريف الأول ( وقيل الصحيح ) اشار به إلى قول شمس الأئمة السرخسي وقد ذكرناه عن قريب ، ولهذا قال بعض أصحاب مالك وأصحاب أحمد رحمهم الله ( إن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ، ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه ان صاحبه لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها ) أي باللقطة .

( وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى ) قالوا في نسخ الفتاوى وإن كانت مما لا تبقى إذا ادى عليه يوم او يومان عرفها ، فإذا خاف الفساد وتصدق بها ( عرفها حتى إذا خاف ان يفسد يتصدق به ) كلمة حتى هنا بمعنى إلى المعنى عرفها إلى ان خاف فسادها اى تلفها فحينئذ يتصدق به ، والضمير في قوله عرفها يرجع إلى اللقطة او في قوله به يرجع إلى قوله شيئا ( وينبغي ان يعرفها في الموضع الذى اصابها ، وفي الجامع ) مجمع الناس كالاسواق وابواب المساجد وفي الشامل والتعريف او ينادى في الأسواق والمساجد من ضاع له

فإن ذلـــك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها ، وإن كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون إلقاؤه إباحة حتى جاز الإنتفاع ، من غير تعريف ، ولـكنـــه يبقى على ملك مالكه ، لان التمليك من المجهول لا يصح ، فإن جاء صاحبها

---

شيء فليطلبه عندي ( فان ذلك ) اشار به إلى الموضع اصابه فيه ( اقرب الى الوصول إلى صاحبها ) لان صاحبها يرجع إلى الموضع الذي نسبه فيه .

( وإن كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان ) يعني في مواضع مختلفة ، فجمعها حتى صارت بحكم الكثرة لها قيمة فلا اعتبار بقيمتها لانها ظهرت بصيغة وهي جمعه وله الانتفاع بذلك ، وذكر شيخ الإسلام ، ولوكانت متفرقة جمعها المالك اخذها لانه يصير ملكا للأخذ بالجمع ، وكذا الجواب في التقاط المسائل ، وبـه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والصور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها ، أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعهـــا فالظاهر انه ألقى بها ، بل سقطت منه ... انتهى .

وكلام المصنف يدل على شيئين أحدهما أنه إذا جمعها يجوز الانتفاع بهـا لأنه علل بقوله ( يكون القاؤه إباحة ) أي القاء الشيء الذي يعلم أن صاحبه لا يطلب يكون إباحة منه لمن يأخذه ( حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ) لأنـــه حينئذ من الإباحات ، والثاني يدل على انه لا يخرج من ملك مالكها أشار اليه بقوله ( ولكنه يبقى على ملك مالكه ) لأنه لم يخرج من ملكه فلا يكون ملكاً لمن أخذه ( لأن التمليك من المجهول لا يصح ) .

فإذا وجده في يد الملتقط أخذ منه إن شاء ، وفي المبسوط روى بشر عن أبي يوسف لو جز صوف شاة ميتة ملقاة كان له أن ينتفع به ، ولو وجد صاحب الشاة في يده كان لـه أن يأخذه منه ولو دفع جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعدما يعطيه مـــا زاد الدباغ فيه ، لأنه ملكه لم يزل بالالقاء ، وفي خلاصة الفتاوى التفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس أن يأخذها ( فإن جاء صاحبها ) أي صاحب اللقطة إن جـاء بعد التعريف

وإلا تصدق بها إيصالاً للحق إلى المستحق وهو واجب بقدر الإمكان وذلك بإيصال عينها عند الظفر بصاحبها ، وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازته التصدق بها وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها ، قال فإن جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ، إن شاء أمضى الصدقة ، وله ثوابها ولأن التصدق وإن حصل بإذن الشرع لم يحصل بإذنه ، فيتوقف على إجازته والملك يثبت للفقير

---

وخبر إن محذوف تقديره رفعها إليه ( وإلا ) أي وإن لم يجد يعني إذا لم يظف الملتقط بصاحبها (تصدق بها) والمسألة من القدوري وتمامها فيه ، فإن جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء بمعنى الصدقة وإن شاء ضمن الملتقط .

وشرح المصنف كلام القدوري بقوله ( إيصالاً ) أي لأجل الإيصال ( للحق إلى المستحق وهو ) أي ايصال الحق الى المستحق (واجب بقدر الإمكان) ليخرج من عهدته ، ولما كان الإيصال أعم من أن يكون لصاحب الحق او لغيره أوضح ذلك بقوله (وذلك) أي إيصال الحق (بإيصال عينها) أي عين اللقطة ، (عند الظفر بصاحبها وإيصال العوض وهو الثواب على اعتبار إجازته) اي إجازة صاحب اللقطة (التصدق بها ، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر لصاحبها ) أى باللقطة أي مستحقة ، وإنما قيد به لأنه إذا لم يجز التصدق لا يكون الثواب له ( وإن جاء صاحبها يعني بعدما تصدق بها فهو ) أى صاحبها ( بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق وان حصل بإذن الشرع ) حيث جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أخرجه البزار فإن جاء صاحبها فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ... الحديث .

فهذا التصدق وان حصل بإذن الشرع ( لم يحصل بإذنه ) اي بإذن صاحبها الذي هو المالك ، فإذا كان كذلك (فيتوقف على إجازته ) اي إجازة صاحب الصدقة (والملك يثبت للفقير ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال لما توقف نفاد التصدق على إجازته فينبغي ان يشترط وجود المحل عند الإجازة ، لكن لا يشترط حتى إذا هلك المال في يد

قبل الإجازة فلا يتوقف على قيـــام المحل بخلاف بيـع الفضولي لثبوته بعد الإجازة فيه وإن شاء ضمن الملتقط لأنه سلم ماله إلى غيره بغير إذنه

---

الفقير ثم أجاز المالك جاز وتقدير الجواب ان الملك ثبت للفقير ( قبل الإجازة ) لأن الملتقط لما أذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير لأن الصدقة من أسباب الملك ( فلا يتوقف ) اي ثبوت الملك ( على قيام المحل ) حتى لو هلك المال في يد الفقير تجوز الإجازة .

فإن قيل لو ثبت للفقير فالأخذ ينبغي ان لا يأخذه المالك إذا كان قائماً في يده ، قلنا ثبوت الملك لايمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له . وكالمرتد لو عاد من دار الحرب مسلماً بعد قيمة مالية بين ورثته ، فإنه يأخذ ما وجده قائماً بعد ثبوت الملك لهم ( بخلاف بيع الفضولي ) حيث يشترط فيه الإجازة قيـــام المحل ( لثبوته ) اي لثبوت الملك ( بعد الإجازة ) اي بعد إجازة المالك ( فيه ) اي في بيع الفضولي ، وإذا أجاز المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الإجازة قيام الأربعة المالك والمتعاقدان والمقصود عليه ان كان الثمن ديناً ، وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى في باب البيوع . ( وان شاء ضمن الملتقط ) هذا عطف على قوله ان شاء رضي الصدقة ( لأنه ) اي لأن الملتقط ( سلم ماله إلى غيره بغير إذنه ) اي سلم مال صاحب اللقطة إلى غيره بغير إذنه منه فله ان يضمنه ، وبه قال مالك والثوري والحسن بن صالح .

وقال الشافعي وأحمد فإذا لم يجيء بعد التعزير ملكها الملتقط بحكم القاضي ، وصارت من ماله كسائر أمواله غنياً كان الملتقط او فقيراً وروى مثله عن عمر وابن مسعود وحارث رضي الله عنهم ، وبه قال عطاء والنخعي وابن المنذر واحتج الشافعي وأحمد بحديث زيد ابن خالد ، فإن لم يعرف فاستنفقها ، وفي رواية فاستمتع بها ولنا حديث أبي هريرة ان رسول الله ﷺ سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة ، فإن جـــاء صاحبه فليرده إليه ، وإن لم يأت فليتصدق به ، فإن جاء فليخير بين الاجر وبين المطالة رواه البزار ، ولأنها ملك الغير فلا يملكها لغيرها ويملكها الفقير عنه ، فلحديث عياض بن

إلا انه بإباحته من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبـــد كما في تناول مال الغير حال المخمصة وإن شاء ضمن المسكين إذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه وإن كان

---

حماد والجامعي وقد ذكرناه ، وفيه فإن جـــاء صاحبها وإلا فهو مال الله يؤتيه من يشاء . رواه النسائي وغيره .

وما يضاف إلى الله تعالى إنما يملكه من يستحق الصدقة ، وعن أحمد مثله، وحديث زيد ابن خالد يمكن ان يكون في فقير فيحل عليه جميعاً بين الأحاديث ، فإن قلت ان حديث أبي هريرة غريب قلت ليس كذلك بل نقله القدوري وهو موافق للنصوص في عدم جوازه بملك مال الغير بغير إذنه ، فإن قلت كيف يضمن الملتقط وقد تصدق بإذن الشرع قلت الشرع أباح له التصدق وان ألزمه ذلك وهو يعني قول المصنف (إلا أنه) اي ان الملتقط (بإباحته من جهة الشرع) يعني ان الاذن كان إباحة منه لا التزاماً ومثل ذلك الإذن يسقط الإثم لا الضمان وهو معنى قوله .

( وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حال المخمصة ) فإنه يحل بإباحة شرعية ، لكن مع الضمان ، وكذا الرمي الى الصيد مباح ، وكذا المشي في الطريق مباح، فإذا هلك بذلك شيء يجب الضمان على الرمي وأيما شيء ، لان إسقاط حق محترم لا يجوز.

وفي خلاصة الفتاوى ان يصدق الملتقط بإذن القاضي ليس له ان يضمنه ، وقال الكاكي هذا ليس بصواب إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي لا يكون أعلى حالاً من تصدق القاضي بنفسه ، ويقال يضمن القاضي وههنا أولى ، كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان ( وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لأنه قبض ماله بغير إذنه ) اي لأن المسكين قبض مال اللقطة بغير إذن منـــه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب ، لكن ان ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء .

اما المسكين فلأنه أخذ لنفسه ، ومن أخذ لنفسه لا يرجع على أحد كالمعتبر . وامـــا الملتقط فإنه ضمن مالك اللقطة وقت التصدق بغير انه يصدق بملك نفسه ( وان كان ) اي

قائماً أخذه لأنه وجد عين ماله . قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقـال مالك والشافعي إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مـال الغير الحرمة والإباحة مخافة الضياع ؛ وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك ،

---

المال الذي هو لقطة ( قائماً ) في يد الفقير ( أخذه لأنه وجد عين ماله ) وهو حقه فيأخذه ان شاء ( قال ) أي القدوري ( ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير ) هذا كلام القدوري.

وقال المصنف ( وقـال الشافعي ومالك إذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك أفضل ) وبه قال أحمد ، وعن مالك والليث في ضالة الإبل لو وجدها في القرى عرفها ، وفي الصحراء لا يتعرض لها وهو رواية المزني عن الشافعي وعن مالك أن البقر كالشاة، أما إذا وجدها في مكان يغلب على الظن هلاكها أو في قرية لا مرعى فيهـا فالأولى أخذها عند الكل وفي الوجيز لو وجدها في بلدة او قرية او قريب منها فوجهان أحدهما لا يجوز وأصحها يجوز .

**وما لا يمنع من صغار المتاع كالبعير والغنم والفحول والفصلان يجوز التقاطه في المفازة والعمران**

وما لا يمنع من صغار المتاع كالعبد والغنم والفحول والفصلان يجوز التقاطه في المنازة والعمران في الأصح ، وفي شرح الأقطع الخلاف في الجواز ، وذكر الكتاب خلاف الأفضليـة ، وروايات كتبهم ومستمسكاتهم تدل على أن الخلاف في الجواز ( وعلى هذا الخلاف الفرس ) الخلاف المذكور التقاط الفرس ( لهما ) أى للشافعي ومالك ( ان الأصل في أخذ مـال الغير الحرمـة والإباحة مخافة الضياع ) أى إباحـة أخذ مـال الغير لأجل الخوف عن ضياعه .

( وإذا كان معها ) أى مع اللقطة ( ما يدفع عن نفسها ) كالعزل ونحوه ( يقل الضياع ولكنـه يتوهم ) أى ولكن الضياع يتوهم ( فيقضي بالكراهة والندب إلى الترك ) أى

ولنـــا أنها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة ، فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته

---

المستحب أن يتركهـــا ، وقد ذكرنا الآن عن الأقطع أنه خلاف الجواز ( ولنـــا انها ) أى ان البقر والبعير والفرس ( لقطة يتوهم ضياعها فيستحب أخذهاوتعريفهاصيانة لأموال الناس كما في الشاة ) فإن التقاطها يستحب بالإجماع .

وإذا خيف الضياع على البعير ونحوها يستحب أخذها أيضاً صيانة لأموال الناس ،فإن قلت ما تقول في حديث رواه البخارى عن زيد بن خالد رضي الله عنـــه أن رجـلا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال عرفها سنة إلى أن قال فضالة الغنم ، فقال خذها فانما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال رسول الله ﷺ فضالة الإبل قال فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجناته واحمر وجهه .

ثم قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها . قلت هو محمول على ما إذا لم يخف عليها ، أما إذا خيف عليها فأخذها للصيانة اولى ، ويدل عليه ما رواه الطحاوى عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رجلا من مدينة اتى رسول الله ﷺ فسأل كيف ترى في ضالة الغنم قال طعام مأكول لك أو لاخيك أو للذئب أحسن على أخيك ضالته قال يـــا رسول الله ﷺ فكيف ترى في ضالة الغنم قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤهـــا ولا تخاف عليها الذئب تأكل الكلأ وترد الأذى عنها حتى يجيء طالبها ... انتهى .

قوله سقاؤها بكسر السين وأراد بها إذا وردت الماء تشرب يكون ربها من ظنهـــا والحذاء بكسر الحاء المهملة وبالذال المعجمة وبالألف ممدودة وأراد بها حقاقها التي تقوى بهـــا على السير ، فإن قلت ينبغي أن لا يجوز أخذ اللقطة أصلا بدليل ما روى في شرح الآثار عن أبي عبادة رضي الله عنـــه قال قال رسول الله ﷺ ضالة المسلم حرف النار - قلت معناه إذا أخذها للركوب لا للتعريف والحرف بفتحتين اسم الاحراف. وعن ثعلب الحرف اللهب يعني إن تملكها سبب العقاب من النار . وكذا الجواب عن الحديث الآخـر وهو قوله عليه السلام لا يرى الضالة إلا الضال يعني إذا أخذها لنفسه وإن أبرأها إذا كان لنفسه لا للتعريف .

عن ذمة المالك ، وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها ، لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له ، وقد يكون النظر في الإنفاق على ما نبين ، واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه ، فإن كان للبهيمة منفعة أجرها وأنفق عليها من أجرتها ، لأن فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق ، وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة ،

---

عن ذمة المالك ) فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره وبغير أمر القاضي ( فإن أنفق بأمره ) أي بأمر القاضي ( كان ذلك ) أي انفاقه ( ديناً على صاحبها ) أي صاحب اللقطة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المال ( لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له )أي لاجل النظر للغائب لانه نصبه لمصالح المسلمين فيعم ولايته .

( وقد يكون النظر في الإنفاق ) أي وقد يكون نظر الحاكم في الامر بالانفاق على اللقطة ، فكل ما رآه القاضي أحوط وأصلح كان له ذلك ( على ما نبين إن شاء الله تعالى ) أي بعد خمسة خطوط عند قوله وإذا كان الاصلح الإنفاق عليها ( وإذا رفع ذلك ) أي أمر اللقطة ( إلى الحاكم نظر فيه ) أي في أمر اللقطة ( فاذا كان للبهيمة منفعة ) وهي صلاحيتها للاجارة كالحيوان التي تركب ( أجرها وانفق عليها من أجرتها لان فيه ) أي لان في أمر الإجارة ( ابقاء العين ) أي عين اللقطة ( على ملكه ) أي على ملك صاحبها ( من غير إلزام الدين عليه ) أي على صاحبها .

( وكذلك يفعل ) أي الحاكم ( بالعبد الآبق ) فانه يؤجره وينفق عليه من أجرته ، لأن فيه إبقاء لملكه ( وإن لم يكن لها منفعة ) كالشاة مثلا ( وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر ) أي الملتقط ( بحفظ ثمنها إبقاء له ) أي لاجل إبقاء اللقطة لمالك (معنى عند تعذر إبقائه صورة ) أي من حيث المعنى بالمالية حيث لم يكن انفاء الصورة لانه

وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك ، وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه نصب ناظراً وفي هـــذا نظر من الجانبين ، قالوا وإنما يأمر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ، لان دارة النفقة مستأصلة ، فلا ينظر في الانفاق مـــدة مديدة ، قال في الأصل شرط إقامة البينة وهو الصحيح لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يـــده ولا يأمر فيـــه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالانفاق فيها ، فـلا بـــد

---

يخاف عليها أن يستأصل النفقة القيمة ( وإن كان الأصلح الإنفاق عليها ) يعني القاضي لو رأى الإنفاق أصلح ( أذن في ذلك ) أي في الانفاق .

( وجعل النفقة ديناً على مالكها لأنه ) أي لان القاضي ( نصب ناظراً ) في أمور المسلمين يفعل ما رآه أحوط وأصلح كان له ذلك بعموم ولايته ( وفي هذا ) أي وفي إذن القاضي للملتقط في الإنفاق وجعل النفقة ديناً على المالك ( نظر من الجانبين ) جانب المالك بإبقاء عين مالكه وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما أنفق . ( قالوا ) أي المشايخ ( وإنما يأمر الإنفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكها ، فإذا لم يظهر يأمر ببيعها ) أي يأمر القاضي ببيع اللقطة ( لأن دارة النفقة ) أي استمرارها ( مستأصلة ) للقيمة ( فلا ينظر في الإنفاق مدة مديدة ) أي طويلة ( قال ) أي المصنف ( في الأصل ) أي في المبسوط ( شرط إقامة البينة ) حيث قال فإن رفعها إلى قاض وأقام بينة أنـــه التقطها أمره بأن ينفق عليها ( وهو الصحيـــح ) وفي بعض النسخ وهو الصحيح وهـــو اختيار المصنف ، وقال الولوالجي في فتاواه :

قالوا هـــذا إذا كانت اللقطة شيئاً لا يخاف الهلاك عليه مبني لم ينفقـــه إلى أن تقوم البينة ، أما إذا كان يخاف أمان القاضي لا يكلفه إقامة البينة لكن تهول له اتفـــق عليه إن كنت صادقاً ( لأنه يحتمل أن يكون غصباً في يـــده ولا يأمر فيه بالإنفاق بخلاف الوديعة حيث يأمره بالانفاق فيها ) خوفاً من ضياعها ( فلا بـــد ) أي

من البينة لينكشف الحال ، وليست تقام للقضاء ، وإن قال لا بينة لي يقول القاضي أنفق عليه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ولا يرجع إن كان غاصباً ، وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها إشارة إلى أنه إنما يرجع على المالك بعدما حضر ،ولم يتبع الملتقط إذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية

---

فإذا احتمل في اللقطة الغصب فلا بد ( من البينة ) على انه التقطها ( لينكشف الحـال ) للحاكم حتى يقع أمره على الصواب .

( وليست تقام ) أي البينة ( للقضاء ) أي لأجل الحكم ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال كيف شرط في الأصل إقامة البينة ، ولا تقوم البينة إلا على مدع منكر ولم يوجد ذلك هنا،وتقدير الجواب أن البينة هنا ليست لأجل قضاء القاضي،وإنما لكشف الحال يعني تقام حتى ينكشف حال البهيمة أنهـــا لقطة أو غصب ، فإن في الأولى يأمر القاضي بالإنفاق دون الثاني .

( وإن قال لا بينة لي ) أي وإن قـــال الملتقط لا بينة لي على أني التقطها ( يقول له القاضي أنفق عليــه إن كنت صادقاً فيما قلت حتى يرجع على المالك إن كان صادقاً ، ولا يرجع إن كان غاصباً ) قوله ولا يرجع بالنصب لأنه عطف على قوله حتى يرجع فإن يرجع فيه منصوب بتقدير أن بعد حتى ( وقوله ) اي قول القدوري وهو مبتدأ ( في الكتاب ) اي في مختصر القدوري ( وجعل النفقة ديناً على صاحبها ) هذا لفظ القدوري ( إشارة ) بالرفع خبر المبتدأ المذكور ( إلى أنه إنما يرجع ) اي الملتقط ( على المالك بعد ما حضر ، ولم يتبع الملتقط ) اللقطة ، وضبطــه بعضهم على صيغــة المجهول ( إذا شـــرط القاضي الرجوع ) هذا متصل بقوله إنما يرجع الملتقط ( على المالك ) إذا شرط القاضي الرجوع على المالك .

( وهذه رواية ) اي شرط الرجوع رواية ،فعلى هذه الرواية إذا أمر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه ، وفي الرواية الأخرى يرجع .

وهو الأصح ، قال فإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه يحيي بنفقته ، فصار كأنه استفاد الملك من جهة الملتقط فأشبه المبيع ، وأقرب من ذلك رد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ، ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس ، لانه يصير بالحبس شبيه الرهن ،

---

( وهو الاصح ) اى الاصح في الرجوع إن شرط القاضي الرجوع ، واحترز به عن قوله بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي يكفي للرجوع (وإذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها) أي يمنع اللقطة من المالك (حتى يحضر النفقة)الذي أنفقها الملتقط على اللقطة ( لأنه) اى لان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المذكور ، قاله الكاكي والاوجه ان يقال ذكره باعتبار المال ، وكذلك الكلام في قوله ( يحيى بنفقته ) اى بنفقة الملتقط ( فصار ، كأنه استفاد الملك من جهته ) اى من جهة الملتقط ( فأشبه المبيع ) حيث يجوز للبائع ان يحبس المبيع لاستيفاء الثمن .

( وأقرب من ذلك ) اى اقرب من البيع الى اللقطة في السيد ( رد الآبق ) اى العبد الهارب ، لان الذى رده لحبسه لاجل اخذ الجعل ، وهو معنى قوله ( فان له ) اى الراد دل عليه قوله،رد الآبق ( الحبس ) أى حبس الآبق ( لاستيفاء الجعل ) وهو اربعون درهماً على ما يأتي ( لما ذكرنا ) هو قوله حتى ينفقه ، فكما ان اللقطة حيث ينفقه الملتقط ، فكذلك الأبق حتى يرد من مسك ( ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه ) اى بهلاك اللقطة على تأويل المال ( في يد الملتقط قبل الحبس ، ويسقط اذا هلك بعد الحبس ، لانه) اى لان اللقطة على تأويل المال لما ذكرنا ( يصير بالحبس شبيه الرهن ) اذا هلك بعد حبس الرهن بالنفقة ، وفي الذخيرة اذا الى الراهن ان ينفق على الرهن فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى في النفقة ، ولو هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن ثم قال قول زفر ، وقال يوسف ليس له ان يحبس بالنفقة ، فاذا هلك في يد المشترى ، والنفقة دين على الراهن بحاله .

قال ولقطة الحل والحرم سواء ، وقال الشافعي يجب التعريف إلى أن يجيىء صاحبها لقوله ﷺ في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها . ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ، ولأنها لقطة ، وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها ، وتأويل ما روي أنه لا يحل

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولقطة الحل والحرم سواء ) يعني في الحكم ( وقال الشافعي يجب التعريف ) أي تعريف لقطة الحرم ( إلى أن يجيىء صاحبها ) قال أحمد في رواية ( لقوله ﷺ ) أى لقول النبي ﷺ ( في الحرم لا يحل لقطتها إلا لمنشدها ) هذا أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة ... الحديث بطوله ... وفيه يلتقط لقطة إلا من عرفها ... الحديث ، وفي لفظ لها يلتقط شيئاً قطعها إلا منشد ، وقال أبو عبيد المنشد المعرف والثالثة الطالب معناه لا يحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها .

( ولنا قوله عليه السلام إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ) يعني بين لقطة الحل ولقطة الحرم ... الحديث ، أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه ، قال جاء رجل فسأل النبي ﷺ عن اللقطة فقال إعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة ، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ... الحديث والعفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء بكسر الواو بالمد هو الرباط ينشد به .

( ولأنها ) أي ولأن لقطة الحرم ( لقطة ) كسائر اللقطات فأبيح أخذها ، وجاز الانتفاع بها بعد حول الحول كلقطة الحل ( وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه ) يعني من حيث يحصل الثواب له ( فيملكه ) أي الملتقط ( كما في سائرها ) أي كما يملك في سائر اللقطات ( وتأويل ما روي ) أي ما رواه الشافعي ( انه لا يحل

الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لمكان أنه للغرباء ظاهراً . وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم تدفع إليه من يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء ، وقال مالك والشافعي يجبر والعلامة مثل إن سمى وزن الدراهم

---

الالتقاط إلا للتعريف ) ولهذا ذكر في رواية أخرى ولا يلتقط لقطة إلا من عرفها .

( والتخصيص بالحرم ) هذا جواب عما يقال ما وجه تخصيص الحرم في هذا المعنى ، وتقدير الجواب أن تخصيص حل الرفع بالحرم يعني بلقطة الحرم ( لبيان انه لا يسقط التعريف فيه ) أي في الحرم ( لمكان أنه ) أي ان الذي يلتقط فيه ( للغرباء ظاهراً ) أي من حيث الظاهر بيان ذلك أن مكة مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليها من الأقطار من كل فج عميق ، ثم يتفرقون في شعابها ،قالت إن لفظها لغريب لا يدرى عوده إلى مكة ،فلا فائدة إذا في التعريف فينبغي أن يسقط التعريف اصلاً لعدم الفائدة ، فما زال رسول الله ﷺ ذلك الوهم ، فقال لا تحل رفع لقطها إلا لعرف كما هو الحكم في غيرها من البلاد ، وقيل لا يصح عند الشافعي بالحديث المذكور إلا إذا جعل الناشد ، وجعل إلا بمعنى ولا تقديره لا يحل لقطها لا لغير الملتقط ولا للملتقط ... انتهى .

قلت قد ذكرنا أن المنشد هو المعرف ، والناشد هو الطالب وبذمته ليس كذلك ، قال صاحب الوجيز معنى الحديث لا يحل لقطها إلا لمنشد على الدوام ، وإلا لم تظهر فائدة التخصيص ( وإذا حضر رجل فادعى اللقطة ولم يدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ، ولا يجبر على ذلك ) أي على الدفع ( في القضاء ) بمعنى الحاكم لا يجبره على الدفع ( وقال مالك والشافعي يجبر ) على الدفع ، قال الكاكي هذا وقع في نسخ أصحابنا ، ولكن القائل يوجب الدفع بالعلامة ، مالك وأحمد وداود وابن المنذر فإن في كتب أصحاب الشافعي قوله كقولنا ( والعلامة مثل إن سمى وزن الدراهم

وعددها ووكاءها ووعاءها ، لهما أن صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ، ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه، وهذا للإباحة

---

وعددها ووكاءها ووعاءها ) ويصف في ذلك كله ، وقد مر عن قريب تفسير الوكاء .

( لهما ) أي لمالك والشافعي ( أن صاحب اليد ) الذي هو الملتقط ( ينازعه ) أي ينازع المدعي لأن اللقطة له ( في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف ) أي وصف اللقطة بذكر العلامة ( لوجود المنازعة من وجه ) وهي المنازعة في اليد ( ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ) وهي المنازعة في الملك حاصله أن الملتقط لا نزاع له في الملك لأنه يدعي الملك ، وإنما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترط بيان العلامة دون إقامة البينة ( ولنا أن اليد حق مقصود ) للإنسان ( كالملك ) حتى يجب الضمان على الغاصب بإزالة اليد ألا ترى ان المدبر إذا غصبه غاصب يلزم الزمان لإزالة يد المحرم وإن لم يكن قابلاً للملك .

فإذا كان كذلك ( فلا يستحق ) أي المدعي ( إلا بحجة وهي البينة اعتباراً بالملك ) إذا ادعاه لقوله عليه السلام البينة على المدعي ( إلا انه ) أي غير ان الملتقط ( يحل له الدفع ) أي دفع اللقطة إلى صاحبها ( عند إصابة العلامة لقوله عليه السلام فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه ) ... الحديث رواه مسلم عن أبي بن كعب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في اللقطة عرفها فان جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فاعطه إياها وإلا فاستمتع بها ، وفي رواية والا فهي كسبيل مالك ، وفي رواية أبي داود فان جاء مالكها فعرف عددها ووكاءها فادفعها اليه .

( وهذا ) أي قوله عليه السلام فادفعها اليه ( للاباحة ) يعني الأمر فيه للاباحة ، لأن

عملاً بالمشهور وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي ... الحديث ويأخذ منه كفيلاً إذا كان يدفعها إليـه استيثاقاً ، وهذا بلا خلاف لانه يأخـــذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده ،

---

الأمر يجيء للاباحة ( عملا بالمشهور ) أي لأجل العمل بالحديث المشهور ( وهو قولـه عليه السلام البينة على المـــدعي ... الحديث ) أي أتم الحديث وتمامه واليمين على من أنكر بيانه أي قوله عليه السلام ادفعها اليـــه ولم يحمل على الإباحة ، وحمل على الوجوب لزم التعارض على وجه يلزم التنافي وهو الاستحقاق وعدمه ، والأصل في التعارض الجمع عملا بالدليلين ، فحملنا ما تمسك به الشافعي على اباحة الدفع دفعاً للتعارض بين الحديثين .

وقال الأكمل ولقائل أن يقول الحمل على الإباحة عملا بالمشهور فيلزم عدم الجواز الدفع أيضاً ، لأن انتفـــاء الوجوب يلزم انتفاء الجواز أن الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز بانتفاء الوجوب ، والمصنف ها هنا في مقام الدفع فجاز أن يدفعه على طريقه فيلزمه الخصم .

( ويأخذ منه ) أي من مدعي اللقطة ( كفيلا اذا كان ) أي الملتقط ( يدفعها اليه ) أي يدفع اللقطة الى المدعي ( استيثاقاً ) أي لأجل الاستيثاق لنفسه حتى اذا ظهر الأمر بخلاف ، وتقدر الرجوع اليه يرجع على الكفيل ، هذا اذا دفعها بالعلامة ، أما لو دفعهـا بالبينة ، فلأبي حنيفة « رح » روايتان ، والصحيح انه لا يأخذ كفيلا ، كذا في جامع قاضي خان ( وهذا بلا خلاف ) يعني أخذ الكفيل منها بلا خلاف ( لأنه يأخذ الكفيل لنفسه ) ولا يأخذه لغيره ( بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده ) أي عند أبي حنيفة ودل الضمير اليه ، وان لم يسبق ذكره لشهرة حكم تلك المسألة صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة ، وعندهمـا تؤخذ والفرق عند أبي حنيفة أن حق الحاضر ها هنا غير ثابت ، فيمكن أن يكون غيره فيضمنه ، ولا يمكن الرجوع على الأخذ لانه قد تتوارى فيحتاط بأخذ الكفيل .

أما في الميراث فحق الحاضر ثابت ومعلوم ، وحق الآخر موهوم فلا يجوز أن يأخذ حق الحاضر الثابت الموهوم ، وقال الأترازي قوله ويأخذ منه كفيلاً إلى قوله وهذا بلا خلاف فيه

وإذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر، والمودع مالك ظاهر، ولا يصدق باللقطة على غنى ، لأن المأمور هو التصدق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق به والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة ، وإن كان الملتقط غنياً لم يجز له أن ينتفع بها ،

وقال الشافعي

---

تناقض من المصنف لانه قال في فصل المواريث فيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف .

(واذا صدقه) أي اذا صدق الملتقط مدعي اللقطة (قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه ) أي لا يجبر المودع على الدفع يعني لو جاء رجل إلى المودع وقال أنا وكيل المودع في استرداد الوديعة منك فصدقه لا يجبر على الدفع إليه لأنه أمر بحق القبض في ملك الغير ( وقيل يجبر لأن المالك ها هنا غير ظاهر ) أي مالك آخر غير هذا المدعي في اللقطة غير ظاهر ولما أقر أنه وهو المالك يلزمه إقراره فيجبر على الدفع .

( والمودع ) بكسر الدال ( مالك ظاهر ) فبالإقرار بالوكالة لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير مالك بيقين ، ثم في الوديعة إذا دفع إليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمن المودع ليس له أن يرجع على الوكيل بشيء ، وهنا للملتقط أن يرجع على القابض لأن هناك في زعم المودع أن الوكيل عامل للمودع في قبضه له لم يأمره ، وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه إياه ، ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وإنه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن لهذا كذا في المبسوط .

(ولا يصدق باللقطة على غنى لأن المأمور هو التصدق بقوله عليه السلام فإن لم يأت يعني صاحبها فليصدق به ) أي ما أمر بالصدقة ( والصدقة لا تكون على غنى فأشبه الصدقة المفروضة ) حيث لا يصح على غنى ، والحديث رواه أبو هريرة ، أخرجه الدارقطني ، وقد تقدم ( وإن كان الملتقط غنياً لم يجز أن ينتفع بها ) أي باللقطة ( وقال الشافعي

يجوز ، لقوله عليه السلام في حديث أُبي رضي الله عنه فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها ، وكان من المياسير ، ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ، ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص ،

---

يجوز ) وبه قال أحمد ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( في حديث ابي فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها ) حديث ابي بن كعب رضي الله عنه في الصحيحين ، وفيه فاحفظ عددها ووعاءها ووكاءها ، فإن جاء صاحبها وإلا فانتفع بها .. الحديث .

( وكان ) أبي بن كعب رضي الله عنه ( من المياسير ) أي من الأغنياء ، وهذا من كلام المصنف وليس من سنن الحديث ، والمياسير جمع ميسور ضد المسور ، وهما وجهان عند سيبويه ومصدران عند غيره ،قيل يرد كلام المصنف ما رواه البخاري ومسلم عن أبي طلحة ، قلت يارسول الله إن الله تعالى يقول ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ ٩٢ آل عمران ، وأن و جب أموال إلى برها فما ترى يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان ، فهذا صريح ان ابيا كان فقيراً ، قلت يحتمل انه ليس بعد ذلك ، وقضاء بالأحوال الطرف اليها لاحتمال سقط فيها الاستدلال .

( ولأنه ) أي لأن الانتفاع باللقطة ( إنما يباح للفقير حملا له على رفعها ) أي لكونه حاملا وباعثاً على رفعها أي على رفع اللقطة ( صيانة لها ) أي حفظاً للقطة ، يعني حفظاً لها عن الضياع ( والغني يشاركه فيه ) أي يشارك الفقير في الإنتفاع بها ، حاصله أن أصل الانتفاع باللقطة للفقير بعد التعريف لا للتصدق فيصير ذلك سبباً للالتقاط ، فيصير المال محفوظاً على المالك ، فإنة متى علم انه يحل له الانتفاع به بعد التعريف يرغب في الالتقاط والغني يشارك الفقير في هذا المعنى ، فيشاركه في الانتفاع .

( ولنا انه ) أي ان اللقطة ذكر الضمير باعتبار المال ( مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص ) الحرية التعرض لملك مال الغير فلا يباح ، قال الله

والاباحة للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما رواه على الأصـــل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف ، والفقير قـــد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ، وانتفاع أبي كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه .

---

تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ .

( والإباحة للفقير لما رويناه ) وهو قوله عليه السلام فليصدق بـــه فعلم أن الإباحة بطريق التصدق ( أو بالاجماع ) على جواز تعادل الصدقة للفقير دون الغني ( فيبقى مـا رواه على الأصل ) أي بقي ما رواه جواز الإنتفاع الفقير على الأصل وهو حرمة الإنتفاع بمال الغير بغير إذنه ( والغني محمول على الأخذ ) هذا جواب عما قـــال الشافعي يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على رفع اللقطة وصيانتها لأنـــه إذا عرف ان اللقطة يجوز له الانتفاع بها بعد التعريف يرفعها رجاء أن يؤول إليـــه ،وتقرير الجواب أن الغني محمول على الأخذ ، يعني كونه حاملا لرفعها ( لاحتمال افتقاره في مـدة التعريف ) يعني يحتمل أن يكون فقيراً في مدة التعريف .

( والفقير قد يتوانى ) أي قد يتكاسل في الأخذ ( لاحتمال استغنائه فيها ) أي في مدة التعريف ، فيكون الحاصل في كل منهما رفع اللقطة والجاحد اليها ، وكذلك في كل منهما مال عدم رفعها، الا ان الحامل في المعنى لا يوجب الانتفاع بها بخلاف الفقير ويطوف الاحتمال في المال لا يؤثر في الحال .

فإن قلت في صحيح البخاري عن زيد بن خالد الجهني ، فان جاء صاحبها والافشأنك فدل على الانتفاع للملتقط غنياً كان أو فقيراً ، قلت معنى شأنك الزم شأنك بها في الحفظ لصاحبها ( وانتفاع أبي كان باذن الامام ) هذا جواب عن استدلال الشافعي بحديث أبي ابن كعب رضي الله عنه بيانه ان انتفاع ابي بن كعب رضي الله عنـــه كان بإذن الإمام تخصيصاً لـــه ، كمـا في شهادة خزيمة رضي الله عنـــه ( وهو جائز باذنـه ) أي الإنتفاع باللقطه بعد مدة التعريف جائز للغني باذن الإمام على وجه يكون قرضاً .

وهذا الجواب الذي أجاب به المصنف عن حديث ابي بن كعب رضي الله عنه إنمـا

يمشي على كون ابي غنياً ، لانه قال فيما مضى وكان من المياسير ، وقد قلنا فيما مضى انــه كان فقيراً او بين ذلك قال الأترازي في جوابه من حديث ابي قال اصحابنا انه كان فقيراً وذكـر حديث ابي طلحة ،وقد ذكرناه ، فان قلت قال الترمذي عقيب حديث ابي رضي الله عنه والعمل عليه عند اهل العلم ، وهو قول الشافعي واحمد واسحاق ، قالوا لصاحب اللقطة ان ينتفع بها اذا كان غنياً ، ولو كانت اللقطة لا تحل الا لمن تحل له الصدقة لم يحل لعلي بن ابي طالب رضي الله عنه ، وقد أمر رسول الله ﷺ باكل الدينـــار حين وجده ، ومن لم يعرفه .

قلت أجيب عن هذا بما اجيب عن حديث ابي رضي الله عنه فرواه ابو داود في سننه عن سهل بن سعد أن علي بن ابي طالب دخل على فاطمة وحسين رضي الله عنهما وهما يبكيان ، فقال ما يبكيكما قالا الجوع ، فخرج علي رضي الله عنه فوجد ديناراً بالسوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقاً ، فجاء اليهودي واشترى به دقيقاً فقال اليهودي انت حسن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم قال فخذ ثم جاء فاطمة رضي الله عنها فاخبرها ، فقالت اذهب به إلى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحماً فذهب فرهن الدينار بدرهم فطبخت وخبزت وأرسلت الى أبيها ، فجاء فقالت يا رسول الله اذكر لك فان رابعة حلالا أكلناه من شأنه كذا وكذا ، فقال كلوا بسم الله فأكلوا مكانهم اذا غلام ينشد الله والإسلام الدينار ،فأمر النبي ﷺ فدعى فسأله فقال فسقط مني في السوق ،فقال النبي ﷺ يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله ﷺ أرسل إلي بالدينار ،ودرهمك علي فأرسل به فدفعه النبي ﷺ اليه ... انتهى .

واستشكل هذا من جهة ان علياً رضي الله عنه انفق الدينار قبل التعريف ، وأجاب المنذري بأن مراجعته علي رضي الله عنه رسول الله ﷺ على ملأ الخلق اعلان به ، ثم قال بهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف مرة واحدة ، قلت هـذا رواه عبد الرزاق عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ان علياً بن ابي طالب رضي الله عنه وجـد ديناراً في السوق فأتى النبي ﷺ فقال عرفه ثلاثة ايام قال فعرفه ثلاثة ايام فلم يجد من يعرف ، فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره فقال شأنك... الحديث .

وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره ، وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته ، وإن كان هو غنياً لما ذكرنا ، والله أعلم .

---

( وإن كان الملتقط فقيراً فلا بأس بأن ينتفع بها لمـــا فيه ) أي من الانتفاع ( من تحقيق النظر من الجانبين ) جانب الملتقط بالانتفاع ، وجانب المالك بحصول الثواب له .

( ولهذا ) أي ولكون النظر فيه من الجانبين ( جاز الدفع ) أي دفع اللقيط (إلى فقير غيره ) من الفقراء أو هو وسائر الفقراء سواء في الفقر ، فجاز الانتفاع له أيضاً،( وكذا ) أي وكذا يجوز ( إذا كان الفقير أباه ) أي أب الملتقط ( أو ابنه أو زوجتـه ، **وإن كان هو)أي الملتقط (غنياً)وصرفها إلى هؤلاء،وكلمة إن واصلة لما قبلها** ( لما ذكرنا )أي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ، ولو التقط العبد شيئـــاً بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول فإذا أتوه طولب ربه وبقضاء الدين أو البيع فيـه سواء أتوه قبل التعريف أو بعده ، وبه قال أحمد والشافعي في وجه لأنه ضمان خيانـــة فتعلق برقبته ، ويظهر في حق المولى، وعند مالك إن أتلفه قبل التعريف يؤمر الولي بالدفع أو القدر وإن أتلف بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق،لأن الشرع أذن له في الانتفاع فكانا ضمان بحصته فلا يظهر في حق المولى .

* * *

# كتاب الاباق

**الآبق أخـــذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه ، وأما الضال فقد قيل كذلك ، وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ، ثم أخذ الآبق**

---

## ( كتاب الإباق )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الآبق وهو الحرب من أبق من باب ضرب يضرب ، وفي المبسوط الإباق التمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ، ورواة الأعراق يطهر العبد عن نفسه فراراً ليصير ماله ضمان أو رده إلى مولاه إحسان ، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان .

والآبق هو الذي يهرب عن مولاه قصداً ، والضال هو الذي ضل الطريق إلى منزله ، وفي النهاية هذا الكسب أعني اللقيط واللقطة والإباق والعتق ركيت يجانس بعضها بعضاً من حيث ان في كل منهما عرضة الزوال والهلاك .

( الآبق ) على وزن فـاعل مرفوع بالإبتداء ، وقوله ( أخذه ) مبتدأ **ثان وخبره هو** قوله ( أفضل ) والجملة خبر المبتدأ الأول ( في حق من **يقوى** عليه ) أي من يعذر على أخذه أولا نعلم خلاف بين أهل العلم ( لما فيه ) أي لما في أخذه ( من إحيائه ) لأنه هالك في حق المولى ، فيكون الرد حياته .

( وأما الضال فقد قيل كذلك ) أي حكم الآبق أخذه أفضل ، لما فيه من إحياء النفس ومن التعاون على البر كالآبق ( وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانـــه ) يعني الضال يطلب مالكه فلا يبرح عن مكانه ( فيجده المالك ولا كذلك الآبق ) بخلاف الآبق لأنــه يخفي عن مولاه ، وإذا لم يؤخذ يضيع حقه ( ثم أخذ الآبق ) الأخذ على صيغـــة اسم

يأتي به إلى السلطان ، لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ، ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً بخلاف الضال ، وقال ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

---

الفاعل ( يأتي به ) أي بالآبق ( إلى السلطان ) او نائبه القاضي ( لأنــه ) أي لأن آخذه ( لا يقدر على حفظه ) أي حفظ الآبق ( بنفسه ) لتمرده وعجز أخــذه ، ثم هذا الذي ذكر في الاتيان بالعبد الآبق إلى السلطان اختيار شمس الأئمة السرخسي ، وأمـا اختيار شمس الأئمة الحلواني فالآخذ بالخيار إن شاء حفظه بنفسه وإن شاء دفعه إلى الإمام .

وكذلك الضال والضالة الواحد فيهما بالخيار كذا في الذخيرة ( بخلاف اللقطة ) حيث لا يرفعه إلى السلطان لأنه قادر على حفظها بنفسه ( ثم اذا رفع الآبق اليــه ) اي إلى السلطان ( يحبسه ، ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانياً ) فيكون تركــه حبسه تعريضاً على الإبق ( بخلاف الضال ) لأن الظـــاهر أنه لا يروح إذا لم يحبس .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي وإذا أتى الرجل بالعبد فأخذه السلطان فحبسه فادعاه رجل وأقام البينة انه عبده قال يستحلفه ما بعته ولا رهنته ، ثم يدفعه إليــه ولا أحب أن يأخذ منه كفيلا ، وإن أخذ منه القاضي كفيلا لم يكن ليأخذه ولكن لا يأخذه أحب إلي ، قال الحاكم هذه رواية أبي حفص ورأيت في بعض روايات سليمان قال أحب إلي أن يأخذ منه كفيلا ، وإن لم يأخذ منه كفيلا وسعه ذلك وإن لم يكن للمدعي نيــة ، وأقر العبد انه عبده قال يدفعه إليه ويأخذ منه كفيلا ، وإن لم يجيء للعبد طالب قال اذا طال ذلك باعه الإمام وأمسك ثمنه حتى يجيء له طالب ويقيم البينة بأن العبد عبده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام ، وينفق على الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذ من صاحبه إن حضر ومن ثمنه إن باعه .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن رد آبقاً عن مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه ، وهذا استحسان ، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رحمه الله لانـــه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال .

ولنا أن الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، إلا أن منهم من أوجب أربعين درهماً ومنهم من أوجب ما دونها

---

فله عليه جعله أربعون درهماً ، وإن رده لأقل من ذلك ) أي من مسيرة السفر (فبحسابه ) أي فبحسب الجعل بحساب ما دون السفر ، والجعل بالضم ما يجعل للعامل على عمله .

( وهذا استحسان ) أي وجوب الجعل استحسان المشايخ لاتفاق الصحابة على ذلك ( والقياس أن لا يكون له ) أي للمسير ( شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي ) وبه قال ابن المنذر وبعض أصحاب أحمد ، وهو قول ابراهيم النخعي أيضاً ، ولكن مـا أنفق عليه ويجب بالشرط ،بأن قال من رد عبدي علي فله كذا ( لأنه ) أي لأن المراد ( متبرع بمنافعه ) في رده ( فأشبه العبد الضال ) .

حيث لا يجب شيء فيه ، ولو تبرع عليه يعني من أعيان ماله فلا يرجع عليه ،فكذا اذا تبرع بمنافعـه ، ولا يستوجب الآبق نهى له عن المنكر ، والنهي عن المنكر فرض ، فإذاً لا يستوجب فاعل الفرض جعلا .

( ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل ، الا أن منهم من أوجب اربعين درهماً ، ومنهم من أوجب مـــا دونها ) أي مـا دون الأربعين ، فمن الصحابة الذين أوجبوا الأربعين درهما عن عمر رضي الله عنــــه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق أربعين درهماً ، ومنهم معاويـــة رضي الله عنه ، رواه ابن أبي شيبة أيضاً ، حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي إسحاق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية رضي الله عنه أربعين درهماً ، ومنهم عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عن عبد الله بن رباح عن أبي عمرو

فأوجبنا الأربعــــين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه ، توفيقاً وتلفيقـاً بينهما ، ولأنــ إيجاب الجعل أصله حامـل على الرد ، إذ الحسبة نادرة فتحصل

---

السبابي رضي الله عنه قال أصبت علماءنا قالا بألفين وذكرت ذلك لابن مسعود رضي الله عنه فقال الأجر والغنيمة قلت ما الغنيمة قال أربعون درهماً في كل رأس .

ومن الصحابة الذين أوجبوا أقل من أربعين درهماً عن ابي طالب رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا محمد بن يزيد ويزيد بن هارون عن حجاج عن كمصى عن الشعبي عن الحارث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في بعض الآبق ديناراً أو اثني عشر درهماً ، وفيه حديث مرفوع ومرسل أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما عن عمرو بن دينار أن رسول الله ﷺ قضى في العبد الآبق يوجد خارج الحرم بدينـــار أو عشرة دراهم .

( فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر وما دونها ) أي أوجبنا ما دون الأربعين ( فيما دونه ) أي فيما دون السفر ( توفيقاً ) بين الآثار المذكورة ( وتلفيقاً بينهما ) أي جمعاً بين الروايات المتعارضة ، والتلفيق بالضم يقال لفقت الثوب ألفقته وهو أن يضم شقة إلى أخرى كذا في الصحاح ، فــإن قلت كان الواجب أن يؤخذ بأقل المقادير يتضمنه قلت لم يؤخذ بالأقل لإمكان التوفيق بين أقاويلهم وأشار إليـــه المصنف بقوله فأوجبنا الأربعين إلى آخره .

وعن أحمد إن رده من المصر فله عشرة دراهم أو دينار ، وإن رده من خارج المصر سواء كان مرة السفر أو لا فله أربعون ، وقال مالك له أجر مثله في قدر تعبه وسفره ، وتكلف طلبه ممن شأنه وعادته طلب الإباق ، وإن لم يكن ممن نصب نفسه كذلك فله نفقته عليه ، لأنه اختلف فيه الصحابة فيه علم أنه غير مقدر بشيء معين فيجب أجر المثل ( ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد ) هذا دليل عقلي لوجوب الجعل بيانه ان الأصل في إيجـــاب الجعل هو أنه يحمل على رد الآبق .

( إذ الحسبة ) أي العمل فيه لأجل اعتقاد الأجر ( نادرة ) فإذا كان كذلك ( فتحصل )

صيانة أموال الناس ، والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ، ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ،

---

لوجوب الجعل ( صيانة أموال الناس ) من الضياع فيرغب كل واحد عن تحصيل الآبق ليرده إلى صاحبه ، فيأخذ الجعل ، والرد يحتاج إلى عناء فقلما يرغب الناس في التزام ذلك حسبة ، ففى إيجاب الجعل يحصل صيانة الأموال ( والتقدير بالسمع ) جواب عن قياس الشافعي الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل أي تقدير الجعل في الآبق بدليل سمعي أو هو إجماع الصحابة الذي ورد في حكم الآبق من وجوب الجعل على حسب الاختلاف في كمية المقدار فيه ، ولا اختلاف في أصل الوجوب لأنه وقع مجمعاً عليه من غير تكبر منهم .

( ولا سمع في الضال ) أي لا يرد شيء في وجوب شيء في رد الضال ( فامتنع ) قياس الآبق على الضال ، وكان القياس في رد الآبق عدم الوجوب أيضاً ، إلا أنا تركنا القياس فيه لوجود السمع ، ولا سمع في الضال ، فبقي على أصل القياس ( ولأن الحاجة ) إشارة إلى إلحاق الآبق بالضالة بيانه أن الحاجة ( إلى صيانة الضال دونها ) أي دون الحاجة ( إلى صيانة الآبق لأنه ) أي لأن الضال ( لا يتوارى ) أي لا يختفي ( والآبق يختفي ) لانه هارب ، والهارب يخفي لنفسه .

( ويقدر الرضخ ) تفصيل لقوله وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بأن عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلاثة عشر درهماً ، وثلاثة دراهم ، ورد هذا قول من قال إن قوله رضخ إلى آخره تكرار لما ذكره قبله ، وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه بيانه أن هذه الأوجه الثلاثة أعني قوله واضح إلى قوله وإن كانت تفصيلة لما ذكره أولاً ، فإن التقدير الشرعي إذا ثبت على خلاف القياس يمنع أن يكون لما دون القدر حكم القدر فقال لأجل ذلك ويقدر الرضخ بالمعجمتين من قولهم ، وأرضخ فلان بفلان ماله إذا أعطاه قليلا من كثير ، والاسم الرضيخة يقال أعطاه رضيخة من ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد .

( في الرد عما دون السفر باصطلاحهما ) أي باصطلاح المراد المالك يحب ما يقع عليه

أو يفوض إلى رأي القاضي ، وقيل يقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر . قال وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمته إلا درهماً ، قال رضي الله عنه وهــــذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ، ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل ، لأنه حط منه . ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم

---

اتفاقهما ، وهذا أحد الوجوه الثلاثة التي أشرنا إليها ( أو يفوض إلى رأي القاضي ) هذا هو الوجه الثاني أو يفوض أمر الرضخ إلى رأي القاضي على حسب ما يدار ، قالوا هذا هو الأشبه بالاعتبار ( وقيل يقسم الأربعون ) هــــذا هو الوجه الثالث أي يقسم الأربعون التي هي الجعل ( على الأيام الثلاثة ) فيجب بإزاء لكل يوم ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم ( إذ هي ) أي الأيام الثلاثة ( أقل مدة السفر ) في القصر في الصلاة وغيرها ، وفي فتاوى الولوالجي وإذا كان العبد الآبق بين رجلين أو ثلاثــة فالجعل عليها على قدر الأنصباء لأن منفعة الرد حصلت لها ثلاثاً ، فكذلك الجعل عليها يكون ، وفي الذخيرة ولو كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي الجعل كله أو لا يكون معتبراً في نصيب الغائب بل يرجع عليه . (قال) أي القدوري «رح» (وإن كانت قيمته) أي قيمة الآبق (أقل من أربعين يقضى له) أي للراد (بقيمته ) أي بقيمة العبد الآبق (إلا درهماً) ينقص من الأربعين لأن ما دون الدرهم كسور ، ولا يجوز اعتباره شرعاً للنص ( قال ) أي المصنف ( وهــــذا قول محمد ، وقال أبو يوسف له أربعون درهماً ) وبه قال أحمد ( لأن التقدير بهــــا ) أي بالأربعين ( ثبت بالنص ) أي بالأثر ( فلا ينقص عنها ) أي من الأربعين ( ولهــــذا ) أي ولكون الأربعين منصوصاً عليها ( لا يجوز الصلح على الزيادة ) أي على الأربعين يعني إذا صالح المالك مع الراد على أكثر من الأربعين درهماً لا يجوز الصلح لتعين الأربعين بالنص (بخلاف الصلح على الأقل) حيث يجوز (لأنه حط منه) أي من الأربعين (ولمحمد أن المقصود) يعني من الجعل (حمل الغير على الرد) أي رد الآبق (ليحيى مال المالك) لأن الآبق كالهالك (فينقص درهم

ليسلم له شيء تحقيقاً للفائدة وأما أم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى ، لما فيه من إحياء ملكه ، ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ، ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله

---

ليسلم له شيء ) من مالية العبد ( تحقيقاً للفائدة ) وهي حياة مال المالك نظراً له ، ولا نظر في إيجاب أربعين كلها في رد ما يساوي أربعين . ثم اعلم أن قول أبي يوسف كان أولاً مثل قول محمد ، وهذا لم يذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه أو شمس الأئمة البيهقي في الشامل ، وكذلك في عامة نسخ الفقه ، ولم يذكروا قول أبي حنيفة ، وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد ، فقال لو كان العبد يساوي أربعين أو دونها فإنه ينقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو قول أبي يوسف « ر ح » أولاً ثم رجع وقال يجب الجعل درهماً وإن كانت قيمته درهماً ( وأما أم الولد والمدبر في هذا ) أي في وجوب الجعل ( بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى ) لأنها مملوكان له ، ولهذا هو أحق بكسبها ، وهما بمنزلة القن ، ووجب الجعل لاحياء ما بينها بالرد ، وتعليل المصنف بقوله ( لما فيه من إحياء ملكه ) أولى بتعليل غيره لما فيه إحياء المالية ، لأن ام الولد لا مالية فيها عند أبي حنيفة.

وقال الكاكي فإن قيل الجعل يجب لإحياء المالكية ، ولا مالية لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة ، قلنا المالك أحق بكسبها ، ولها مالية باعتبار كسبها ، وقد أحياها بالرد اليه فيستوجب الجعل بخلاف المكاتب ، فإنه أحق بمكاسبه فلا يكون رده إحياء لمالية المولى باعتبار الرقبة ، ولا باعتبار المكسبة كذا في المبسوط .

( ولو رد بعد مماته ) أي لو رد أم الولد والمدبر بعد موت المولى ( لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت ) أي بموت المولى ( بخلاف القن ) حيث يجب الجعل برده بعد موت مولاه ، وقوله يعتقان بموته ظاهر في حق أم الولد ، وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه ، أما الذي عليه السعاية بأن لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لأن المسعي كالمكاتب عنده ، وهو مديون عندهما ، ولا جعل لرد المكاتب أو الحر ( ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه ) أو ابن المولى ( وهو ) أي والحال أن الراد ( في عيال الأب )

أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل ، لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب. قال وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه لانه أمانة في يده ، لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له وهو صحيح أيضاً لانه في معنى البائع من المالك ،

---

قيد به إذا لم يكن في عياله يجب الجعل ، وحمله ذلك أن الراد إذا كان في عيالـه مالك العبد أي في مؤنته ونفقته لا جعل له سواء كان الراد أبا المالك أو ابناً له .

وأما إذا لم يكن في عياله لا جعل له سواء كان الرد فعل التفضيل إن كان الراد ابن المالك فليس له جعل وإن كان أباه فله الجعل إليه المشار في الذخيرة. وفي شرح الطحاوي ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد أبيه ، فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن ، وكذا المرأة والزوج ، وإن وجد الأب عند ابيه إن لم يكن في عياله فله الجعل ، وإن كان في عياله فلا جعل له ، وكذلك الأخ وسائر ذوي الأرحام إذا وجد عبد أخيه ان كان في عياله ، فلاجعل له ، وان لم يكن في عياله فله الجعل . ( أو احد الزوجين على الآخر ) أي ورد الآبق احد الزوجين على الآخر ( فلا جعل ) لهؤلاء ( لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب ) أي القدوري ، وأراد بإطلاق ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام ، فصاعداً فله عليه جعل اربعون درهماً .

( قال ) اي القدورى « رح » ( وان أبق ) أى العبد ( من الذي رده فلا شيء عليه ) اى لا ضمان عليه ( لانه امانة في يده ، لكن هذا ) اى عدم وجوب الضمان ( إذا أشهد ) عند الأخذ ( وقد ذكرناه في اللقطة ) اى وقد ذكرناه في كتاب اللقطة ان الأخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعاً ( قال ) أى المصنف :

( وذكر في بعض النسخ ) المختصر القدورى ( انه لا شيء له ) اى لاجل الراد إذا ابق الآبق منه ( وهو صحيح ايضاً لانه ) أي لان الراد ( في معنى البائع من المالك ) لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما سيعيدها المولى والرد بما يجب عليه ، والبائع إذا هلك

ولهذا كان له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع بحبس المبيـع لاستيفاء الثمن ، وكذلك إذا مات في يده لا شيء عليـه لما قلنا . قال ولو أعتقـه المولى كما لقيه صار قابضاً بالاعتاق كما في العبد المشترى ، وكـذا إذا باعه من الراد لسلامة البـدل له ، والرد وإن كان له حكم البيـع لكنه بيع من وجه ،

---

في يده المبيـع سقط الثمن ، فكذلك هنا سقط الجعل ثم استوضح المصنف ذلك بقولـه ( ولهذا كان له ) اى للراد ( ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل ) اى حتى يأخذ الجعل ، وهذا ( بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن ) اى يأخذ جميع الثمن .

( وكذلك إذا مات ) أي الآبق ( في يده ) أي في يد الراد ( لا شيء عليه ) أي لا ضمان عليه ( لما قلنا ) أنه أمانة عنده ( قال ولو أعتقه المولى كما لقيه ) أي أعتقه قبل أن يقبضه وقت لقائه (صار قابضاً بالإعتاق)فيجب عليه الجعل،وأشار بقوله بالإعتاق إلى انه لو دبره فكان الاعتاق لم يصر قابضاً ، والفرق بينهما ان الاعتاق إتلاف لما فيه فيصير بـه قابضاً بالإعتاق ، وأما التدبير فليس بإتلاف المال ، فلا يصير به المولى قابضاً إلا أن يصل إلى يده ( كما في العبد المشتري ، وكذا إذا باعـه ) أي وكذا يصير قابضاً إذا باع العبد الآبق ( من الراد لسلامة البدل له ) وهو بالثمن لسلامة العين فيجب عليه الجعل .

( والرد وإن كان له حكم البيـع ) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأنـه في معنى البائع من المالك ، وهو أن يقال لما كان الراد في معنى البائع كان المـالك في معنى المشتري ، فعلى هذا ينبغي أن يجوز بيعـه من الراد قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض ، فأجاب بقوله والراد وإن كان له حكم البيع لكن ليس من كل وجه ، وهو معنى قوله ( لكنه بيع من وجه ) عن إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل على المولى ، فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الدار قبل القبض لورود النهي عن بيع المشتري قبل القبض فأجاب بقوله والرد وإن كان له حكم البيع لكن ليس

فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز. قال وينبغي إذا أخذه أن يشهد أنه يأخذه ليرده ، فالإشهاد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد، حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما، لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه ، وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو بهبة أو ورثه فرده على مولاه

---

من كل وجه ، وهو معنى قوله لكنه من وجه من حيث إعادة ملك التصرف إليه ، وهذا لأن ملك الرقبة ليس بزائل عن المولى .

فلما كان كذلك ( فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز ) أي البيع لأن النهي ورد مطلقاً ، والمطلق يتناول الكامل وامتناع جواز البيع قبل القبض ، وليس من خصائص البيع ، أي ليس من لوازمه لا محالة ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز على قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وينبغي إذا أخذه ) أي إذا أخذ الآبق ( أن يشهد أنه يأخذه ليرده ) هـــذا كلام القدوري في مختصره ، وقال المصنف ( فالاشهاد حتم ) أي واجب ( فيه ) أي في الآبق ( عليـــه ) أي على الأخذ ( على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لورده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما ) .

وعند أبي يوسف والأئمة الثلاثة ليس الإشهاد بشرط ، وقد مر في اللقطة ( لأن ترك الإشهاد أمارة ) بفتح الهمزة أي علامة ( أنه أخذه لنفسه فصار كما إذا اشتراه من الآخذ) إذا رده على مولاه لا جعل له لأنه أخذه لنفسه إلا إذا لم يشهد حين اشتراه أنه إنما اشتراه على صاحبه لأنه لا يقدر عليه إلا بشراء ، فله الجعل لأن هذا الشراء لا يعد ملكاً ، فكان الأخذ بدون الشراء ، وإن لم يشهد لا يستحق الجعل ، وإن شهد استحق ، فكذا هـــذا ( أو بهبة ) أي قبل هبته إن وهبته الآخذ صورته وهبه أو الآخذ لرجل فرد الموهوب له على مولاه ( أو ورثه فرده على مولاه ) أي أو ورث الآبق من الآخذ فرده الوارث عن مولاه ، ففي هذه الصور كلها :

لا جعل له لأنه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل ، وهو متبرع في أداء الثمن ، فإن كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه أحيى ماليته بالرد ، وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابله إحياء المالية ، فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء ، لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه ؛

---

( لا جعل له لأنه رده لنفسه ) لأنه لم يأخذه ليرده بل أخذه لنفسه ، مسألة الوصية ذكرها الحاكم ، وفي المبسوط عبد آبق فأخذه رجل فاشتراه منه رجل آخر فرده على مولاه فلا جعل له ، وكذا لو وهب له أو أوصى أو ورثه لأنه ضمنه بالأخذ على هذا الوجه فيكون رده لإسقاط الضمان .

( إلا إذا أشهد أنه اشتراه ليرده ) على مولاه ، لأنه لا يقدر على رده إلا بالشراء (فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن ) يعني لا يرجع على سيده قل أو كثر كما لو انفق عليه بغير أمر القاضي ( فإن كان الآبق رهناً ) فرده ، أخذه ( فالجعل على المرتهن لأنه أحيى ماليته بالرد ، وهي حقه ) أي مالية العبد حق المرتهن ( إذ الاستيفاء منها ) أي لأن الاستيفاء حقه من مالية العبد ( والجعل بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه ) أي فيكون الجعل على المرتهن .

وقال الأكمل والجعل بمقابلة إحياء المالية فيه نظر لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ، وليس ثم حياء المالية عند أبي حنيفة واجب بأنه لا مالية فيها باعتبار الرقبة ، ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحيى الراد ذلك برده .

( والرد في حياة الراهن وبعده سواء لأن الرهن لا يبطل بموت الراهن ) فكان الرد بعد موته وقبله سواء ( وهذا ) أي كون الجعل على الرأس ( إذا كانت قيمته ) أي قيمة الآبق ( مثل الدين ، أو أقل منه ، فإن كانت أكثر فبقدر الدين عليه ) أي فبقدر حصة الدين

والباقي على الراهن، لانه حقه بالقدر المضمون ، فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء . وإن كان مديوناً فعلى المولى إن اختار قضاء الدين أن يبيع هذا بالجعل ، والباقي للغرماء ، ولأنه مؤنة الملك والملك منه كالموقوف فيجب على من يستقر له ، وإن كان جانياً فعلى المولى إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه ، وعلى الأولياء إن اختار الدفع لعودها إليهم ،

---

على المرتهن ( والباقي على الراهن لأن حقه ) أي حق الرهن ( بالقدر المضمون ) لا غير فيجب عليه الجعل بقدره ( وصار كثمن الدواء ) حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه والباقي على الراهن .

( وتخليصه ) أى تخليص العبد المرهون ( عن الجناية بالفداء ) فإن البقاء يجب على المرتهن بقدر دينه وحصته مع على الراهن ، فكذلك الجعل ( وإن كان ) أى العبد الآبق مأذوناً ( مديوناً فعلى المولى ) أى فالجعل على المولى ( إن اختار قضاء الدين ) لأجل انتفاء العبد على ملكه .

( وإن بيع ) أى العبد بالدين ( أى هذا بالجعل ) يعني يستوفي من الجعل أولاً (والباقي)من الثمن (للغرماء لأنه ) أى لأن الجعل ( مؤنة الملك والملك فيه ) أى ملك المولى في العبد لحقوق الدين ( كالموقوف ) بين أن يسد على المولى متى اختار قضاء الدين ، وبين أن يصير للغرماء متى اختار البيع ( فيجب على من يستقر له ) أى فيجب الجعل على من يستقر له الملك ، فإن اختار المولى قضاء الدين استقر الملك له فيجب الجعل عليه، وإن بيع العبد المستقر الملك فيه للغرماء فيجب الجعل عليهم .

( وإن كان ) أى الآبق ( جانياً ) بأن أخطأ ( فعلى المولى ) أى فالجعل على المولى ( إن اختار الفداء كعود المنفعة إليه ) اى منفعة الرد إلى المولى ( وعلى الأولياء ) أي والجعل على الأولياء ( إن اختار ) أي المولى ( الدفع ) أي دفع العبد ( لعودها اليهم ) أى إلى الأولياء لأن منفعة الرد سلمت لهم

وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له ، وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد لأن المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد ، وإن كان للصبي فالجعل في ماله لأنه مؤنة ملكه ، وإن رده وصيه فلا جعل لـــه لأنه هو الذي يتولى الرد فيـه .

---

( وإن كان موهوباً ) أي وكان العبد الآبق موهوباً ( فعلى الموهوب له ) اى فالجعل على الموهوب له .

( وإن رجع الواهب في هبته ) كلمة إن للوصل لمـــا قبله ( بعـد الرد ) اى بعد رد الآبق ، وإنما ذكر ان الواصلة لدفع شبهة ترد على قوله فيجب من يستقر له الملك وعلى قوله فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة إليه ، فعلى هذا ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لهذين المعنيين .

فأجاب بقوله ( لأن المنفعة للواهب مـــا حصلت بالرد ) اى برد الآبق ( بل بترك الموهوب له التصرف ) من الهبـــة والبيـــع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب من الرجوع في هبته وزوال الملك بالرجوع كزواله بموت العبد فلم يبطل الجعل عليه برجوع الواهب كما في الموت .

فإن قيل المنفعة حصلت للواهب بالرد وترك التصرف في الموهوب له فيه قلنا نعم، لكن ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجوداً ، فيضاف الحكم اليه كما في القرابـة مع الملك يضاف التصرف الى آخرهما وجوداً كذا هذا ( فيه ) اى في الآبق ( بعد الرد) أى بعد رد الآبق من اباقه ( وان كان ) اى العبد الآبق (للصبي فالجعل يجب في ماله لأنه ) اى لان الجعل ( مؤنة ملكه ) اي ملك الصبي .

(وان رده) أى الآبق (وصيه) اى وصي الصبي (فلا جعل له لانههو الذى يتولى الرد فيه ) اى في الآبق اذ هو الطالب لآبق اليتيم عادة ، وشرعاً يتحقق الرد فيه على نفسه ، وكذا لو كان اليتيم في حجر رجل بقوله فيرده الرجل لا جعل له لأنه هو الطالب عادة ،

وكذا لا جعل للسلطان او الشحنة او الظفير لا جعل لهم في رد الآبق ، والمال من ايدى قطــــاع الطريق لوجوب الفعل عليهم كذا في المبسوط والذخيرة . وفي المحيط لو أخذ رجلا آبقاً فغصبه من الآخذ رجل وجاء الى مولاه واخذ جعله ثم جاء للآخر واقام بينة أنه أخذ من مسيرة سفر بأخذها لجعل من سيده ثانياً ويرجع السيد على الغاصب بمـــا وقع اليه ، ولو جاء رجل بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل مصر سيده هرب من الآخذفوجده آخر وجاء به إلى سيده فلا جعل لواحد منهما ، ولو خرج من المهر بعد الهرب وجاء بـــه الآخر مدة سفر فالجعل للثاني ،وذكر الحاكم في الكافي إذا أبقت الأمة ولها صبي موضعاً فردهما رجل كان له الجعل واحد ، فإن كان ابنها غلاماً قد قارب الحلم فله جعل ثمانون درهماً ، وعلل في الشامل وقال لأن من لم يراهق لم يقر آبق .

# كتاب المفقود

إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه وليستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة ، وصار كالصبي والمجنون ،

---

## ( كتاب المفقود )

أي هذا كتاب في بيان أحكام المفقود ، ووجه مناسبة هذا الباب بالباب الذي قبلهقد ذكرناه ، يقال فقدت الشيء أي غاب عني فقداً وفقوداً وفقداناً فهو مفقود أي غائب ، وهو من الأضداد ، أو يقال فقدت الشيء أي ضللته ، وفقدته أي بعد طلبه وكلا المعنيين موجود في المفقود وقد ضل عن أهله وهو في طلبه ، إذ هو اسم لحر غائب لم يرد موضعه ولا حياته ولا مماته وأهله في طلبه .

وفي المبسوط هو حي غائب عن بلده أو أستر وأهله في طلبـــه ، وقد انقطع خبره واستر عليهم أثره ففي مستقره فبالحد قد يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقـــاء إلى يوم التناد .

وفي ذكر المصنف في الكتاب ما ينفر مرامه الشرعي وهو قوله ( إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ) أي على حفظ ماله ( ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عـــاجز عن النظر لنفسه ، والمفقود بهذه الصفة ) أي الصفة المذكورة وهي قولـــه إذا غاب الرجل إلى آخره ( وصار ) أي المفقود ( كالصبي والمجنون ) حيث يحتاجان إلى من ينظر في أمرهما

وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له ، وقوله ليستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر بـه غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ، ويخاصم في دين وجب بعقده لا نـــه أصيل في حقوقه ، ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ، ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لا نه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهـة القاضي وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، ان الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين ،

---

أي (وفي نصب) القاضي (الحافظ) المقصود (والقائم عليه) أي على مال المفقود(نظر له ) أي للمفقود وارتفاع نظر إلى أنه مبتدأ وله خبره .

( وقوله ) أي قول القدوري « رح » ( ليستوفي حقه ) وهذا من لفظه في مختصره أي مستوفى الذي نصب له لحفظ ماله ، والقيام عليه حق المفقود ، ولما كان هذا محتاجاً إلى إيضاحه أوضحه المصنف بقوله ( لاخفاء أنه يقبض جميع غلاته ) لأنها من جملة حقه ( والدين ) أي ويقبض الدين ( الذي أقر به غريم من غرمائه ) أي من غرمـــاء المفقود ( لأنه ) أي لأن قبض كل واحد من غرمائه والدين المذكور (من باب الحفظ ويخاصم) أي الذي نصب له ( في دين وجب بعقده ) أي يعقد الذي له ( لأنه ) أي لأن الذي نصب له ( أصيل في حقوقه ) أى في حقوق العقد الذي مولاه المفقود ، وفائدته أن لا يقبل البينة عليه لأنه ليس من باب النظر للمفقود ، وأنه قضاء على الغائب ولا في نصب له .

( ولا يخاصم في الذى تولاه المفقود ولا في نصيب له ) في نصيب للمفقود كائناً ( في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ) أي لأن الذى نصب ( ليس بمالك ولا نائب عنه ) أى عن المفقود ( إنما هو وكيل بالقبض من جهـة القاضي ، وأنه لا يملك الخصومة بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهـة المالك في الدين ) يعني الوكيل يقبض الدين من جهـة المالك ويملك الخصومة عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وأنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به ، لانه مجتهد فيه ، ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته فينظر لــه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقته ولا في غيرها لأنه

---

(وإذا كان كذلك) أي وإذا كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة (فيضمن الحكم به ) أي حكم القاضي بثبوت ذلك ( قضاء على الغائب وانه ) أي وأن قضاء القبض على الغائب ( لا يجوز إلا إذا رآه القاضي ) إلا إذا رأى القاضي ذلـك مصلحة ( وقضى به ) أي بما رآه جاز ذلك ( لأنه مجتهد فيــه ) أي في الحكم على الغائب ، وعند الشافعي يجوز لأن القضاء إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه بعد ، وفي الخلاصة ذكر الإمام السرخسي هذا بناء على أن القاضي هل يقضي على الغائب وهل ينصب وكيلا على الغائب ، فعندنا لا وهي معروفة ، أما لو فعل وقضى على الغائب فقد جاز بالإجماع .

وهكذا ذكر في الزيادات ، فــإن قيل المجتهد نفس القضاء فينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر ، قلنا لا بل المجتهد سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقضاء أم لا ، فإذا رآها القاضي وقضى بها بقذف كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف ثم قال في الخلاصة والفتوى على هذا ، ونقل الاستروشي في فصوله عن فتاوى ظهير الدين أن نفس القضاء مختلف فيــه فيتوقف على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في القذف ( ثم ما كان يخاف عليه الفساد ) مثل الثمار ونحوها (يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه ) أي على القاضي (حفظ صورته) ومعناه وهو ما ينساه أراد أن حفظ صورته وحفظ ماله كليهما متعذر ( فينظر له ) أي للمفقود ( بحفظ المعنى ) وهو الماليـة وهي تبقى بحفظ الثمن والحفظ من وجه أولى من ترك الحفظ من كل وجه .

( ولا يبيع ) أي القاضي ( ما لا يخــاف عليه الفساد في نفقته ) أي لأجل نفقته ، وهو يتعلق بقوله ولا يبيع ( ولا في غيرها ) أي ولا في غير النفقة مالا يخاف عليه الفساد ، وسواء كان منقولاً أو عقاراً وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه (لأنه) أي لان القاضي

لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله ، فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن . قال وينفق على زوجته وأولاده من ماله ، وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد ؛ والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته ، لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع ،

---

(لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له) أي فلا يجوز له (ترك حفظ الصورة، وهو ممكن) الواو فيه للحال قيد بالإمكان لأن عند عدمه له ان يبيعه ( قال ) أى القدوري « رح » ( وينفق على زوجته ) أي زوجه المفقود . ( وأولاده من ماله ) أي من مال المفقود أي هذا لفظ القدوري « رح » ( وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم ) أي الحكم ( جميع قرابة الولاد ) كالآباء والأجداد وإن علوا والأولاد وإن سفلوا والجدات وإن علون .

( والأصل ) أى في هذا الباب الذي يبنى عليه أحكام هذا الباب ( أن كل من يستحق النفقة في ماله ) اى مال المفقود ( حال حضرته بغير قضاء القاضي ) كالأبوين والأولاد الصغار ذكوراً كانوا او إناثاً ، والاولاد الكبار من النساء ، والزمن الذكور الكبار ( ينفق ) اى القاضي ( عليه ) اى على من يستحق النفقة ( من ماله عند غيبته ، لان القضاء حينئذ ) اى حين إنفاق القاضي عليهم ( يكون إعانة ) أى تمكيناً للمستحق من الاخذ، ولهذا لو تمكنوا من ذلك لهم الاخذ فيعينهم القاضي على ذلك إلزاماً إذ اللزوم ثابت قبل القضاء ، ولان للقاضي إن يعين صاحب الحق على إيفاء حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فإنه يعطيه الدين من مال الغائب .

( وكل من لا يستحقها ) اى النفقة ( في حضرته ) أى في حضرة المفقود ( إلا بالقضاء ) كما الاخ والاخت والخال والخالة ( لا ينفق عليه من ماله ) اى لا ينفق القاضي عليه من مال المفقود ( في غيبته حينئذ تجب بالقضاء ، والقضاء على الغائب ممتنع ) خلافاً للشافعي.

فمن الاول الأولاد الصغار والإناث من الكبـــار والزمنى من الذكور الكبار ، ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة ، وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي

---

( فمن الاول ) أى فمن يستحق النفقة بغير قضاء القاضي ( الاولاد الصغار والإناث من الكبار والزمنى الذكور الكبار ومن الثاني ) أى وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي ( الاخ والاخت والخال والخالة ) والعم والعمة ، وإنما كان هذا من الثاني لانهـــا نفقة ذى الرحم المحرم وهي مجتهد فيهـــا ، فلا يجب إلا بالقضاء والرضاء ولهـــذا لم يكن لهم الاخـــذ بدون القضاء ، والعرف بين قرابة الاولاد وغيرهم من سائر المحارم وحيث استحق الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الآخرون إلا بالقضاء إن حق ولاية الاولاد في النفقة الدين من حق غيرهم ، لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد .

فلما ظهرهم فصل مرية ثبت استحقاق النفقة بلا قضاء بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وسائر المحارم . وممن لا يستحق النفقة بغير قضاء القاضي الاخ والاخت والخـــال والخالة والعم والعمة ، واما الزوجة فحقها في النفقة آكد أيضاً من قرابة الولاد ، ولهذا يستحق النفقـــة وان كانت غيبته ، وإن كان الورثـة كباراً ليس لهم زمانة ولا فيهم امرأة ، وكانوا إخوة من الرضاع أو بني عم لم ينفق عليهم القاضي من مال المفقود لانهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود .

وكذا حال غيبته ، وقال خواهر زاده في مبسوطه وان استوثق منهم بكفيل فحسن لجواز أنهم أخذوا نفقة هذه المدة من المفقود، ومرة فيأخذ منهم كفيلا حتى إذا حضر المفقود وأثبت أنه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة وان لم يقدر عليهم اخذ من الكفيل وان شاء ضمنهم .

( وقوله ) اى وقول القدورى « رح » ( من ماله ) يعني في قوله وينفق على زوجته وأولاده من ماله ( مراده ) اى القدورى « رح » ( الدراهم والدنانير ، لان حقهم ) أى حق قرابة الولاد والزوجـــة ( في المطعوم والملبوس ) لا في غيرهـــا ( فإذا لم يكن ذلك ) أي المطعوم والملبوس ( في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي )

النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب ، وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ، فإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى الإقرار ، وإن كان أحدهما ظاهراً يشترط الإقرار بما ليس بظاهر ،

---

اى القيمة ( النقدان ) وهما الدراهم والدنانير وكانت من جنس حقهم ( والتبر ) وهو ما كان غير مضروب من الفضة والذهب كما قاله في المغرب ( بمنزلتهما ) أى بمنزلة النقدين ( في هذا الحكم ) أى في القضاء بالقيمة ( لانه يصلح قيمة كالمضروب ) اى كالدراهم والدنانير فلهم اخذ جنس حقهم ، وللقاضي إعانته في ذلك . ( وهذا ) اى هذا الذى ذكرناه من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير ( إذا كانت في يد القاضي ، فإن كانت وديعة ) عند رجل ( أو ديناً ينفق ) أي القاضي ( عليهم منها ) اى من الوديعة والدين ( اذا كان المودع ) بفتح الدال ( والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح ) بين المفقود دون وجه ( والنسب ) بينه وبين من يستحق عليه النفقة ( وهذا ) اى الاحتياج الى الاقرار انما هو ( اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي ) اى الدين والوديعة والنكاح وبعد النسب جعل الدين والوديعة شيئاً واحداً والنكاح والنسب كذلك ، فكذلك ذكرهما بلفظ التنبيه بدليل قوله بعد ( وان كانا ظاهرين ) اى الوديعة والدين والنكاح والنسب ظاهرين عند القاضي ( فلا حاجة الى الإقرار ) أى اقرار المودع أو المديون .

( واذا كان أحدهما ظاهراً ) اى الشيئين اللذين احدهما الوديعة والدين وقد ذكرناه أنه جعلها واحدا والآخر من الشيئين هو قوله او النكاح والكسب ، أى او كان الظاهر عند القاضي النكاح والكسب ( يشترط الإقرار بما ليس بظاهر ) مثلها ان لم تكن الزوجية ظاهرة عند القاضي يشترط اقرار المودع والمديون ، فإنه يقول هذه زوجة فلان المفقود أو يقول هذا ابن فلان المفقود .

وكذا اذا لم يكن الدين او الوديعة ظاهراً عند القاضي يقول من في يده المال هذه

هذا هو الصحيح . فإن دفع المودع بنفسه أو من عليـه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما أدى إلى صاحب ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفـع بأمر القاضي ، لان القاضي نائب عنه . وإن كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك ، لأن ما يدعيه للغائب

---

وديعة فلان المفقود او دين فلان المفقود ، وقال خواهر زاده في مبسوطه ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه إذا كان للمفقود ديناًووديعة ينفق أولاً من الوديعـــة او من الدين ثم قال وذكر في السير الكبير ينفق من الوديعة أولاً لأن النظر للغائب في هـذا لأنه يعني أنفق أولاً من الدين ربما يهلك الوديعة في يد المودع في مدة الإنفاق .

فإذا حضر الغائب لا يلقى إلا الدين ولا الوديعة،والدين لا ينوى ( هذا هو الصحيح ) أي الإنفاق من الوديعة والدين على الزوجة وقرابة الولاد ، وهو الصحيح وهو وجـــه الاستحسان ، واحترز بقوله هو الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر لأنــه قضاء على الغائب فلا يجوز.وجه الاستحسان أن الوديعة والدين مال المفقود وهو جنس حقهم،فكان للقاضي أن ينفق عليهم من ذلك كما ينفق من المال الذي في يده أو في بيته .

( فإن دفع المودع ) بفتح الدال (بنفسه أو منعليه الدين) أي او أعطى منعليه الدين ( بغير أمر القاضي فيضمن المودع ولا يبرأ المديون من دينه لأن ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف مـــا إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنـــه ) أي عن المفقود .

( فإن كان المودع والمديونجاحدين أصلا ) يعني منكرين بالكمية ولا يعتبران لا بالوديعة ولا بالدين ولا بالنكاح والنسب ( او كانا جاحدين الزوجيـة والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك ) لأن الخصومة امـــا دفع من المالك او نائب المالك ، ولم يوجد لا هذا ولا ذاك ( لأن ما يدعيه ) أي الأخذ من المتحققين ( للغائب )

لم يتعين سبباً لثبوت حقه ، وهو النفقة لأنها كما تجب في هـذا المال تجب في مال آخر للمفقود . قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة

---

أي لأجله ( لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة ، لأنها ) اي لأن النفقة ( كما تجب في هـذا المال تجب في مـال آخر للمفقود ) فلم يكن خصماً عن المفقود حكماً ، وقال شيخي العلاء حاصله أن ما يدعيه الزوجة والأولاد ان هذا المال هو الدين اوالوديعة مال للغائب لم يتعين لنفقتهم لأنه كما تجري النفقة في الدين والوديعة يجري في مـال آخر أيضاً للمفقود فلم ينتصب خصماً .

وقوله لم يتعين سبباً لثبوت حقه أي لم يتعين محلا لثبوت حق أخـذ مستحق النفقة ، وإنما ذكر السبب مقام ذكر المحل لتناسبه بينهما ، لما ان السبب يعمل في المحل .

( قال ) اي القدوري « رح » ( ولا يفرق بينه وبين امرأته ، وقال مالك إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت ، لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه الجن بالمدينة ) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب النكاح .

حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن حمزة أن رجلا استهواه الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأتت امرأته عمر رضي الله عنه فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ، ثم أمرها ان تعتد ، فإذا انقضت عدتهـا تزوجت ، فإن جاء زوجها خير بين امرأته والصداق ، ورواه عبد الرزاق أيضاً في مصنفه وفي آخره فخير عمر رضي الله عنه بينها وبين الصداق الذي أصدقها ، ورواه من طريق آخر وفي آخره فقال له عمر رضي الله عنـه إن شئت رددنا إليك امرأتك وإن شئت زوجناك غيرها بل زوجين غيرها .

ثم جعل عمر رضي الله عنه يسأله عن الجن وهو يخبره قوله استهواه الجن ، قال الكاكي أى حرته الجن وتهمته قلت يقال استهواه أي جره إلى المهاوي وهي المساقط والمهالك .

وكفى به إماماً ، ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة ، وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين ، ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان

---

( وكفى به ) أي بعمر رضي الله عنه ( إماماً ) أى من حيث الإمامية ( ولأنه ) أى ولأن المفقود ( منع حقها ) اى حق امرأته ( بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعدما مضى مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة ) يعني يفرق بينه وبين امرأته كما يفرق بين العنين والمولى دفعاً للفرد عنها كيلا يبقى معلقه لا ذات بعل ولا مطلقة .

( وبعد هذا لاعتبار ) اى بالإيلاء والعنة ( أخذ ) اى مالك ( المقدار ) اي المقدار الذى يفرق ( منهما ) اى بين الإيلاء والعنة ( الاربع ) اى احد الأربع ( من الإيلاء ) لأن مقداره أربع أشهر ( والسنين ) أي وأحد السنين ( من العنة ) لأن المقدار فيها سنة ( عملاً بالشبهين ) أى شبه الإيلاء وشبه العنة حاصله ان امرأة المفقود وشبهه امرأة المولى من حيث ان حقها في الجماع فات بالسفر كفوات حق امرأة المولى ، فالجماع بصفته وهو الإيلاء ، وتشبه امرأة العنين من حيث أن حقها في الجماع فات من جهة الزوج بسبب هو فيه معذور ، لان العنة مباح كما ان حق امرأة العنين فات في الجماع نفقة الزوج وهو فيها معذور فضربناها مدة الخلاص متصل إلى حقها في الجماع أربع سنين اعتباراً بالشبهين .

(ولنا قوله عليه السلام) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم ( في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان ) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن سواد بن مصعب حدثنا محمد بن سرجان الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان ، ويروى حتى يأتيها الخبر ، وهذا حديث ضعيف .قال ابن أبي حاتم في كتابه سألت أبي عن حديث رواه قال أبي هذا حديث مناكير ومحمد بن شرحبيل متروك الحديث يروي عن المغيرة مناكر وأباطيل ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني ، وعلله بمحمد بن شرحبيل وقال إنه متروك .

وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ، ولأن النكاح عرف ثبوته ، والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال

---

وقال ابن القطان في كتابه سواء مصعب شرح المتروكين ودونه صالح بن مالك ، ولا يعرف ، ودونه محمد بن الفضل ولا يعرف حاله ، وقال الاترازي ولنا ما روى علماؤنا في المبسوط عن المغيرة بن شعبة عن النبي ﷺ انه قال في امرأة المفقود إنها امرأتـــه حتى يأتيها البيان.. انتهى .

قلت كأنه يقف على رواية الدارقطني فلهذا نسب وايته إلى أصحابنا من غير إسناد، قلت الاول مسلم والثاني ممنوع على ما لا يخفى .

( وقول علي رضي الله عنه ) مرفوع بالإبتداء أو خبره قولـــه خرج بياناً ، والجملة عطف على قوله ولنا قوله عليه السلام ( فيها ) أي في امرأة المفقود (هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يتبين موت او طلاق ) هذا رواه عبد الرزاق في مصنفة في كتاب الطلاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزرمي عن الحكم بن عيينة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق ، وأخبرهـا معمر بن أبي ليلى عن الحكم ان علياً قال فذكره سواء اخبرنا سفيان الثوري عن منصور بن المعتمر عن الحكم بن عيينة عن علي رضي الله عنه قال فتربص حتى تعلم أحي هو أم ميت . ( خرج بيانـــاً ) خبر المبتدأ أعني قول علي رضي الله عنه كما ذكرنا ، اي خرج مظهراً (للبيان المذكور في المرفوع ) أي لمعنى البيان المذكور في الحديث المرفوع ، وهو قوله عليه السلام في المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان ، لان قوله البيان مجمل في أن إتيان البيان من أي طريق يكون فبين علي رضي الله عنــــه ذلك المجمل بقوله حتى يتبين موت أو طلاق ، وفي هذا المكان تأمل لا يخفى .

( ولان النكاح عرف ثبوته ) عمن يعرف المفقود وامرأته ( والغيبة ) أي غيبـــة المفقود ( لا توجب الفرقـــة ) كما في غيبة غير المفقود ( والموت في حيز الاحتمال ) أى في

فلا يزال النكاح بالشك ، وعمر رضي الله عنـــه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، ولا معتبر بالايلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة .

---

جهة الاحتمال ، يقال هذا الكلام في حيز التواتر أي في جهته ومكانه وهو مجاز .

(فلا يزال النكاح) أي الذي بين المفقود وامرأته (بالشك) لأن الشك لا يزيل الثابت (وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ) هذا جواب عن استدلال مالك بقولـه **لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن ، ولم يبين وجه الرجوع .**

وقال الكاكي وذكر عبد الرحمن ابن أبي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضيات إلى قول علي رضي الله عنه على أحدها مالة المفقود وغيرها مذكور في المبسوط ، وقال الاترازي فلما يثبت أن عمر رضي الله عنـه رجع إلى قول علي رضي الله عنه ، كان ذلك إجماعاً على قول علي رضي الله عنه وفيه تأمل لا يخفى .

( ولا معتبر بالإيلاء ) هذا جواب عن قياس مالك صورة النزاع على الإيلاء بيانه مـا ذكره من قوله ( لانه ) أي لان الإيلاء ( كان طلاقاً معجلا ) في الإبتداء ( فـاعتبر في الشرع مؤجلا ) أى طلاقاً مؤجلا ( فكان ) اي الطلاق ( موجباً للفرقة ) أي مزيلا لملك النكاح ، وليس كذلك امرأة المفقود لانه لم يوجد من الزوج طلاق أصلا لا طلاق معجل ولا مؤجل .

( ولا بالعنة ) أي ولا معتبراً أيضاً بالعنة ( لان الغيبة ) وفي بعض النسخ لان الغربة ( تعقب الاوبة ) أى الرجوع إذ الظاهر حال الغائب أنه يؤدب ( والعنة قلمـا تنحل بعد استمرارها سنة ) اي بعد استحكامها سنة ، إيضاح ذلك انه ثبت في باب العنـــة حق الفرقة لفوات حق المرأة في الجماع على التأبيد ، لان امر العنة متردد بين أن يكون خلقة وبين ان يكون عارضاً ، فجعل الشارع العالم الفاضل بينهما مضى سنته لاشتمالهــا على الفصول الاربعة المشتملة على الطبائع ، فإذا مضت منه ولم تزل العنة اعلم انها كانت خلقـة

قال وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته . قال وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران،وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة ،وقدره بعضهم بتسعين،

---

وما كان خلقةولا يزول أبداً ، وهو الظاهر لا يزول غالباً بخلاف امرأة المفقود فإن حقها في الجماع لم يفت على التأبيد لانـــه يرجى مجيئه بعد أربع سنين كما قيل ذلك بعد القياس ، هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده في مبسوطه .

( قال ) أي القدوري «رح » ( وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولـــد حكمنا بموته ) اى إذا تم للمفقود من عمره مائة وعشرون ولدت أمه حكمنا بموته قبل هذا يرجع إلى اهل قول الطبائع والنجوم فإنهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة وقولهم باطل بالنصوص الواردة في طول عمر من كان قبلنا لنوح وغيره عليهم السلام .

( قال ) أى المصنف ( وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران ) كذا اعتبر محمد في الاصل ، ولم يذكر محمد انه يعتبر موت أقرانه من أهل بلده ، وقال خواهر زاده في مبسوطه قال بعضهم يعتبر أقرانه في السن في جميع البلدان لانـــه ذكر الاقران مطلق فيتناول أقرانه في السن في جميـــع البلدان لا بلده خاصة .

وقال بعضهم يعتبر أقرانه في السن من أهل بلده لان الأعمار تتفاوت وتختلف باختلاف الاقاليم والبلدان ، حتى قالوا الصقالبة أطول اعماراً من أهل الروم ، فإذا كان كذلك يعتبر اقرانه في السن من أهل بلده لا من جميع البلدان ، ثم قال خواهر زاده وهذا القول اصح وأرفق بالناس .

( وفي المروى عن ابي يوسف بمائة سنة ) كـــذا في الشامل وشرح الطحاوى ، وفي رواية عنه بثمانية وخمسين سنة ( وقدره بعضهم بتسعين ) لانه متوسط ليس بغـالب ولا نادر ، وقال الصدر الشهيد وعليه الفتوى ، كذا قـــال في الخلاصة وقال المتأخرون من مشايخنا ستين سنة رفقاً بالناس ها هنا للحرج عنهم ، وفي فتاوى الولوالجي قال بعضهم هو

والأقيس أن لا يقـدر بشيء ، والأرفق أن يقدر بتسعين ، وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عـدة الوفاة من ذلك الوقت ، وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأن مات في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ، ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة لا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده ، لأن إبقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق .

---

مفوض إلى رأى القاضي ، يعني أي وقت رأى المصلحة حكم بموته .

(والاقيس ان لا يقدر بشيء) الاقيس افعل التفضيل للمفضول كالأشهر في تفضيل المشهور ، ولا تفضيل للمفعول إلا شاذاً كما في قولهم اشتعل من ذات الحتين كفى من المقادير المذكور كالمائة والتسعين ونحو ذلك ، بل يعتبر بموت الاقران لان حياة الإنسان بعد موت جميع اقرانه نادر ولا عبرة بالنادر .

(والارفق ان يقدر بتسعين) لان الحياة بعده نادر . وفي الكافي وعليه الفتوى (وإن حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت ) اى من وقت الحكم بالموت (وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلـك الوقت ) أي وقت الحكم بالموت ( كأنه ) أي كأن المفقود ( مـات في ذلك الوقت معاينة ) أي عيانـاً ( إذ الحكمي ) أي الموت الحكمي ( معتبر بالحقيقي ) فلو ثبت موته حقيقة تعتد امرأته ، وقسم ماله بين ورثته ، فكذلك في الموت الحكمي ( ومن مات قبل ذلك ) اى من مـات من ورثة المفقود ( لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها ) أى في مدة الفقد ( فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يورث المفقود أحداً مات في حال فقده ، لان بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو ) أى استصحاب الحال ( لا يصلح حجة في الاستحقاق ) واستصحاب الحال عبارة عن البقاء ما كان على ما كان لعـدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب عندنا حجة للدفع لا للاستحقاق . فلهذا اعتبر المقصود حياً في مال غيره حتى لا يرث من المفقود في حال فقده ، ولا يرث المفقود عن أحد بل يوقف نصبه من حال مورثه ، فإذا مضت المدة او علم موته يرد الموقوف لاجله إلى وارث مورثه الذى ورث من ماله .

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ، ولكنه ينتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي .

---

( وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي ) أي لا يقضي للمفقود بالوصية إذا مات الموصي في حال فقده ، بل تكون الوصية موقوفة كالميراث إلى ان يظهر حاله ، وفي الذخيرة لا يقضي بصحتها ، ولا يبطل حتى يظهر حال المفقود ، لان الوصية اخت الميراث ، وفي الميراث يحبس حصة المفقود إلى ان يظهر حاله من الميراث ، فكذا في الوصية .

( ثم الاصل ) أي في مال المفقود ( انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ) أي لا يكون محروماً ، وما ليست المفقود ( ولكنه ) أي ولكن الوارث ( ينتقص حقه به ) اي بالمفقود ( يعطى ) على صيغة المجهول أي يعطى الوارث ( اقل النصيبين ويوقف الباقي) صورته تركت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لا يؤمن وأخاً كذلك مفقوداً فللأم السدس على تقدير حياته وعلى تقدير موته الربع ، وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير موته ربع الثمن ، وكذلك الأخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع ، فيعطي كل واحد منهم الأقل ويوقف الباقي من نصيبه ، وهذه المسألة تصح من ثمانية عشر على تقدير الحياة وعلى تقدير الوفاة من ثمانية بينهما موافقة بالنصف ، فإذا ضربت نصف أحدهما في جميع الآخر تصير اثنين وسبعين ، فمنه تصح للزوج سبعة وعشرون وتسعة موقوفة من نصيبه .

وللأم اثني عشر وستة مرقوفة من نصيبها ، وللأخت ثمانية وعشرة موقوفة من نصيبها ، فإذا ظهرت حياته كان مستحقاً على ذلك التقدير ، فيكون للزوج ستة وثلاثون ويبقى الذي أصاب الأم والأخت بحال ، لأن الحاصل لهما على تقدير حياته هو الأقل ، والباقي للاخ وهو ستة عشر سهماً، وإن حكم بموته بقي الزوج بحاله ، وكمل للام والاخت ما كان موقوفاً من نصيبهما .

## وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يـــد الأجنبي ، وتصادقوا على فقد الابن

( وإن كان معه ) أي مع المفقود (وارث يحجب به لايعطى أصلا ، بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا ) أي الورثـــة المذكورون والأجنبيون ( على فقد الابن ) قبل التصادق ، لأن الأجنبي الذى في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل ابنه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنتين، لأن الإقرار ذى اليد فيما في يده معتبر ، وقد أقر ان ثلثي ما في يده لهمــا فيجبر على تسليم ذلك إليهما ، وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذي اليد ، لأنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يد ذي اليد ، حتى يظهر مستحقه هذا إذا أقر من في يده المال ، اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فأقامت البنتان البينة ان أباهما مات وترك هذا المال ميراث لهما ولاخيهما المفقود، فإن كان حياً فهو الوارث معهما وإن كان ميتاً فولده الوارث معهما ، فإنه يدفع إلى البنتين النصف لانها بهذه البينة ثبت أن الملك لأبيهما في هذا المكان، والأب ميت وأحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة .

وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما النصيب وهو النصف ويوقف البـاقي على عدل لان الذي في يده حجة فهو غير مؤتمن عليه ، وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لانه إذا كان في يد الابنتين والمسألة بحالها ، فإن القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ، ولا يوقف منه شيئاً للمفقود ، ومراده بهذا اللفظ أنه لا يخرج المال من ايديهما لان النصف صار بينهما بتصرف النصف الباقي للمفقود من وجه ، ويريد بقوله ولا يوقف منه شيئاً للمفقود أن لا يجعل شيئاً مما في يد الاثنين ما كان للمفقود على الحقيقة .

وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود تطلب النساء ميراثهما ، وإن فقدا ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف ،وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير ان يقضي به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود كان نصيبهما الثلثين ، فكان النصف منقضياً به ، وقوله تصادقوا فقد ذكرنا معناه وذكرنا وجه قيد التصادق .

وطلبت الابنتان الميراث تعطيـان النصف لانه متيقن بـه ، ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن لأنهم يحجبون بالمفقود ، ولو كان حياً فلا يستحقون الميراث بالشك ، ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت منه خيانة ، ونظير هذا الحمل ، فإنه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ، ولو كان معـــه وارث آخر إن كان لا يسقط بحال ، ولا يتغير بالحمل

---

( وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه ) أي لان النصف ( متيقن به ) لانا لو قدرنا المفقود ميتاً كان نصيبها الثلثين ، ولو قدرناه حياً كان نصيبها النصف ،فالنصف متيقن به ( ويوقف النصف الآخر ) إلى ان يظهر حال المفقود ( ولا يعطي ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حياً ) لان المفقود لو كان حياً كان ابنه يحجب أولاده ، وبما لم يعلم حياة المفقود ولا مماته حصل الشك .

( فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع ) أي النصف الموقوف ( من يد الاجنبي ) لان المال لا يخرج من يد ذي اليد إلا بالخصم ( إلا إذا ظهرت منـــه ) اى من الاجنبي ( خيانه ) بأن يكون جحجة ، بأن قال ليس للميت مال في يدي ، لانه لمـا جحد ظهرت خيانته فلا يترك مال الغير في يد الخائن ، ويوضع على يد عدل إلى ان يظهر المستحق .

( ونظير هذا ) أي نظير المفقود ( الحمل ) في حق وقف النصف ( فانه ) اى فإن الحمل ( توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ) احترز به عما روي انه يوقف له نصيب أكثر من واحد ، وروى ليث بن سعد عن محمد انه يوقف نصيب ثلاثة ، وفيرواية هشام نصيب ابنتين ، وهي احدى الروايتين عن أبي يوسف ، وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة أنه يوقف نصيب أربعة بنين ويوقف ثلث ماله ، وبه أخذ ابن المبارك وإبراهيم النخعي ومالك وشريك .

( ولو كان معه ) أي مع الحمل ( وارث آخر ) فلا يخلو ( إن كان ) هـــذا الوارث ( لا يسقط بحال ) كالابن والجدة مثلا ( ولا يتغير بالحمل ) ولا شك أن الابن يتغير بالحمل

يعطي كل نصيبه ، وإن كان ممن تسقط بالحمل لا يعطى ، وإن كان ممن يتغير به يعطي الأقل للتيقن به كما في المفقود ، وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا .

---

فاذا كان كذلك ( يعطي كل نصيبه ) لعدم فائدة تأخيره عما يستحقه من الإرث ، وأما إن كان سقط وهو معنى قوله ( فان كان ) أى الوارث ( ممن تسقط بالحمل) كابن الابن والأخ والعم ( لا يعطي ،وإن كان ممن يتغير به ) أي بالحمل ولكن لا يسقط كالام والزوجة ( يعطى الاقل للتيقن به ) أي بالاقل ( كما في المفقود ) فإنه إذا مات وترك ابناً مفقوداً او جدة معه او أخاً أو أماً فلجده السدس والباقي موقوف لان الجدة لا تسقط ، ولا يغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيئاً لانه يسقط بالابن ، ويعطي الام السدس لكونه نصيباً ، لانه أقل من الثلث ، لان المفقود وإن كان حياً استحقت الام السدس ، وإن كان ميتاً استحقت الثلث فيعطي السدس والباقي يوقف إلى ان يظهر حال المفقود ( وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا ) اى شرحنا حكم مسألة المفقود في الشرح المسمى بكفايـــة المنتهى سبيان أتم من هذا النسيان وبالله التوفيق وعليه التكلان .

* * *

# كتاب الشركة

## ( كتاب الشركة )

أى هـــذا كتـاب في بيان أحكام الشركة ، والشرك بمعنى واحـــد ، قال ابن دريد الشرك مصدر شركته رجلان الشركة شركاء في المـــال ، وشريك الرجل وشاركه سواء ، وقال تاج الشريعة شركته في كذا شركاء ، وشركته وهو شريك ، وهم شركاء ، والتركيب دال على الخليط ،ومنه الشركة تشابكها واختلاط بعضها ببعض .

ولهذا سمي النصيب الشائع شركاء . قال الله تعالى ﴿ أم لهم شركاء في السموات ﴾ ٢١ الشورى ، أى نصيب شائـع فسمي هذا العقد بها لانـــه سبب لإجماع النصيبين وعشر في المـــال وتركها في شريك الحال اجتماع النصيبين ، وفي شركة العقـــد الإيجاب والقبول .

وقال الكاكي للشركة مناسبة بالمفقود والإباق واللقطة من حيث ان المال أمانـة في يد الشريك ، كما ان الآبق واللقطة ومال المفقود في يد من كان في يده أمانة ، وللشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث أن قريب المفقود لو مات كان فيه اختلاط مـال المفقود الحاصل من الإرث بمال غيره من الوارث على تقدير الحياة .

وفي الشركة اختلاط المالين ، فكذلك ذكرها عقيب المفقود وقـــدم المفقود لمناسبة خاصة له بالإباق ، وقال الاترازى « رح » مناسبة الشركة بالمفقود من حيث ان المـــال في يد الشريك أمانة كما ان نصيب المفقود أمانة في يد من كان المال في يده .

وأيضاً نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في الشركة ، وقال الاكمل « رح » مثله او قريباً منه ، قلت إذا كان الذى ذكره الشراح وجهاً معتبراً في وجه المناسبة يمكن أن يذكر احد عقب الصلاة أو الزكاة مـــا بأس اى من كان من

أبواب الفقه ، لانه يمكن ذكر مناسبة بينهما مثلما ذكر . لانه لا بد من وجه يوجد ولو كان بعيداً فيعتبر الواضع وجه المناسبة ، وهذا كله بعيد وتركه أحسن .

ثم اعلم ان شرعية الشركة ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول ، أما الكتاب قوله تعالى ﴿ فهم شركاء في الثلث ﴾ ١٢ النساء ، وقوله ﴿ وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض ﴾ ٢٤ ص ، والخلطاء هم الشركاء ، وأما السنة فما رواه أبو داود عن محمد ابن الزبير عن أبي حبان المسمى عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ قال الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خانا خرجت من بينهما . ورواه الحاكم في مستدركه **وصححه** .

وقال الأترازي قال أصحابنا في كتبهم روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ فقال أتعرفني فقال وكيف لا أعرفك وكنت شريك ضم الشريك لا تداري ولا تماري ... انتهى قلت هذا أخرجه أبو داود وابن ماجة عن سفيان عن ابراهيم بن مجاهد عن قايد الشامي عن السائب بن أبي السائب انه قال للنبي ﷺ كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري ، رواه الحاكم وصححه ، ورواه أحمد في مسنده من حديث عبد الله بن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن السائب أن النبي ﷺ شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاء فقال النبي ﷺ مرحباً بأخي وشريكي ، كان لا يداري ولا يماري ، يا سار قد كنت تعمل أعمالاً في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك ، وإن كان ذا سلف وصدقة .

وقال السهيلي في الروض حديث السائب كثير الاضطراب مروي عن السائب بن أبي السائب عن قيس بن السائب . وروي عن عبد الله ، وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا يقوم به حجة ، والسائب بن أبي السائب من المؤلفة قلوبهم ومن حسن إسلامه منهم **واضطراب في متنه أيضاً ، فمنهم من يجعله من قول النبي ﷺ في أبي السائب ومنهم من**

وقد عرفت أن قول الاترازي أن أصحابنا قالوا لو روي أن أسامة بن شريك جاء إلى النبي ﷺ إلى آخره ليس مستقيم لأن أحداً من أصحاب الحديث لم يذكر أن هذا الحديث

الشركة جائزة لانه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه . قال الشركة ضربان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي ، وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهب الرجلان عيناً أو ملكاها بالاستيلاء لو اختلط مالهما

---

لأسامة بن شريك ، وذكره الكاكي وقال السائب بن شريك ثم قال وفي شرح الوجيز السائب بن يزيد وهذا أيضاً فيه ما فيه ، وذكر ابراهم الحرفي في كتابه غريب الحديث أن يداري مهموز من المدارأة وهي الموافقة ، وتمارى غير مهموز من المماراة وهي المجادلة ، وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعوا على جوازها ، وأما المعقول فهي طريق لا تنف الفضل وهو مشرع بالكتاب .

( الشركة جائزة لأنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه ) يعني لما كان الناس يعقدون عقد الشركة والنبي ﷺ لم ينكرها دل ذلك على جوازها ، فلو لم تكن جائزة لأنكرها لأنه مبعوث لبيان الحق .

( قال ) أي القدوري ( الشركة ضربان ، شركة أملاك وشركة عقود ، فشركة الأملاك العين يرثها الرجلان أو يشتريانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأمره ، وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأجنبي ) إلى هنا كلام القدوري .

وقال المصنف ( وهذه الشركة ) أي الشركة التي ذكرها القدوري « رح » بقوله فشركة الأملاك إلى آخره ( تتحقق في غير المذكور في الكتاب ) أي في مختصر القدوري ، والمذكور في الكتاب شيئان الإرث والشراء فقط ، ثم أوضح بتحقق غير المذكور من الكتاب بقوله ( كما إذا اتهب الرجلان عيناً ) أي بما وهبت لهما ( أو ملكاها بالاستيلاء ) أي أو ملك العين رجلان بالاستيلاء على مال من أموال أهل الحرب ( أو اختلط مالهما )

من غير صنع أحدهما أو بخلطهما خلطاً يمنـــع التمييز رأساً أو لا يخرج ، ويجوز بيـع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ، ومن غير شريكه بغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنـه لا يجوز إلا بإذنه ، وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول أحدهمـــا

---

أي اختلط مال الرجلين ( من غير صنع أحدهما ) نحوها إذا أشبق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم .

( أو يخلطا ) أي او اختلط مالاهما بخليطهما العماء بأنفسهما (خلطاً يمنع التمييز رأساً) يعني بالكلية كخلط الحنطة بالحنطة ونحوها ( أو لا يخرج ) أي او اختلط خلطاً لا يمكن التميـــيز كخلط الحنطـــة بالشعير ، فهذه الأنواع أيضاً من شركـــة الأملاك ، وكـــذا من شركة الأملاك الذى يملك الإنسان بصدقة أو فيه ( يجوز بيـع أحدهما ) أى أحـــد الشريكين ( نصيبـــه من شريكـــه في جميـع الصور ) المذكـــورة ( ومن غـــير شريكه بغـــير إذنه إلا في صورة الخلط ، والاختلاط فإنه ) أى فـــان بيـع أحدهمـــا نصيب من غير شريكه ( لا يجوز إلا باذنه وقد بينـــا الفرق ) أى بين الجواز في الصورة المذكورة مطلقاً وبين عدم الجواز في صورة الخلط والإختلاط الا باذن شريكه ، وبينه في الكتاب الموسوم ( بكفاية المنتهى) وإنما حال بيانه عليه إما طلباً للاختصار ، وإما بأن له مصنف آخر ممن يكفيانه المنهي قيل إن الفرق إن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزوال الملك عن المخلوط الخالط ، فإذا حصل بغير نقد كان سبب الزوال ماشياً من وجه دون وجه ، فاعتبر نصيب كل واحد زائلا إلى الشريك في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك ، كأنه بيع ملك نفسه عملا بالشبهين .

( والضرب الثاني شركة العقود ) هذا لفظ القدورى « رح » أى النوع الثاني من نوع الشركه شركة العقود ( وركنها الإيجاب والقبول ) أى ركن شركة العقود الإيجاب من أحدهما ، والقبول من الآخر ، وفسر ذلك بقوله ( وهو أن يقول أحدهما ) أي أحـــد

شاركتك في كذا وكذا . ويقول الآخر قبلت ، وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم المطلوب منه ، ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصناع وشركة الوجوه فأما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في

---

المتعاقدين ( شاركتك في كذا وكذا ) في المال في البر ونحوه ... أو في عموم التجارات ( ويقول الآخر قبلت ) هذه الشركة على هذا الوجه .

( وشرطه ) أي شرط الضرب الثاني وهو شركة العقود ( أن يكون التصرف المعقود عليه ) أي ان يكون التصرف الذى وقع عليه العقد ، وقوله التصرف اسم يكون وقوله المعقود عليه بالدفع صفة التصرف ، وقوله ( عقد الشركة ) منصوب على المصدر ، وقوله ( قابلا ) نصب على انــه خبر يكون ( للوكالة ) احترز به عن الشركة في التكدى والأخشاش والاحتطاب والاصطياد بأن المسألة في هذه الصورة يقع عن باشر منــه خاصاً لا على وجــه الاشتراك . وعقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة يحصل الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق أو الحكم ، ولم يوجد الولاية والمنطق بالتوكيل ، فشراء من الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركــة وهو الربح . وهــذا معنى قوله ( ليكون ما يستفــاد بالتصرف مشتركا بينهما ) أي بــين الشريكين ، ( فيتحقق حكم المطلوب من الشركة ) وهو الربح ، وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف شركاء بينهما ، أي بين الشريكين فتحقق حكم المطلوب منه ، أى حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة ( ثم هي ) أى الشركة ( على أربعــة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ) المفاوضة يجوز فيها الرفع والنصب والجر ، أما الرفع فعلى أنه خبر مبتدأ محذوف تقديره احدها مفاوضة ، وأما النصب فعلى تقدير أعني مفاوضة ، وأما الجر فعلى أنــه عطف بيان وما بعد مفاوضة داخل في الوجوه المذكورة بحيث العطف ثم شرع بين هذه الأربعة بالفاء التفصيلية بقولــه ( فأما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في

مالهما وتصرفهما ودينهما لأنهـا شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحـــد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق إذ هي من المعاداة . قال قائلهم :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذ جهالهم سادوا

أي متساويين ،

---

مالهما ) المراد من التساوى في المال المتساوي في مال يصح فيه الشركة على ما يجيء عن قريب (وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق) يعني بغير قيد بشيء (إذ هي) أى لان المعاوضة (من المساواة) يعني من حيث المعنى لا من حيث الاشتقاق ولهذا قال صاحب المبسوط اشتقاق المعاوضة من التعويض ، إذ كل واحد منهما مفوض التصرف إلى صاحبه ... انتهى .

**وليست هي منفعة من المساواة لعدم شرط الاشتقاق بل من جهــــة المعنى لأن معنى المعاوضة المساواة المشاركة والمفوضة الشركة والناس فرضي في هـــذا الأمر أي سواء لا تباين بينهم ، كذا ذكره الزمخشري في الفائق واستدل المصنف على هـــذا بقوله ( قال قائلهم ) وهو الأفوه الأودي الشاعر :**

( لا يصلح الناس فرضا لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا )

أو قبله :

يهدي الأمور بأهل الرأي ما صلحت فإن تولت فبالجهـــال تنقاد

ومعنى البيت إذا لم يكن للناس أمير وسيد كان كل واحـــد مستقلا بنفسه فتحقق المنازعة والفساد والاستشهاد في قوله فرضي أي لا يصلح الناس المأذون في الأمر .

قوله لا سراة لهم حال والسرا جمع سرى . قال في الصحاح هو جمع عزيز لا يعرف غيره جمع فعيل على فعلة ، وفي المفصل المسيراه اسم جمع السرى كركب في الراكب والسرى السيد من سرى فهو سرى وهم سرات وسروات أي سارات .

كذا في المغرب ، وفي الصحاح المراسخا في مروة يقـــال سرى يسرو ويسري بالكسر يسري سروا فيهما ويسروا سراوه أي سار سريـــاً ، وقرأ المصنف فوضى بقوله ( أي متساويين ) أي لا يصلح الناس إذا كانوا متساويين في الأمور ، فكل منهم يريـــد مضي أمره فيقع الاختلاف ، ولا يصلح الائتلاف .

فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء، وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه، ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه. وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفاً لايملكه الآخر لفات التساوي، وكذلك في الدين لما سنبين إن شاء الله تعالى. وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً وفي القياس لايجوز وهو قول الشافعي، وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة،

---

( فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء ) أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ استقامة، وأما انتهاء فلأن المعاوضة من المعقود الجائزة فإن كان لكل واحد منهما الامتناع بعد عقد الشركة فكان كدوامهما حكم الابتداء في ابتداء المتفاوضة بشرط المساواة، فكذا في الانتهاء، حتى إذا زاد مال احدهما بعد العقد لاتكون المساواة، فلا يبقى المعاوضة (وذلك) أي تحقق المساواة ( في المال، والمراد به ما تصح الشركة فيه ) أي المراد بالمال الذي اشترط فيه المساواة هو المال الذي تصلح الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس أيضاً على قولهما لا ما لايصلح فيه الشركة كالعروض والعقار التفاضل فيه يبطل المعاوضة، وهو معنى قوله ( ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه ) كالنبات ونحوها، وكذا الديون لا تصلح فيها الشركة حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لايبطل المعاوضة ما لم ينفر ذكره في الإيضاح والذخيرة ( وكذا في التصرف) عطف على قوله وذلك في المال، أي وكذا تحقيق المساواة في التصرف (حتى لو ملك أحدهما تصرفاً لا يملكه الآخر لفات التساوي ) بأن كان الآخر عبداً أو صبياً أو ذمياً، فلا يصلح المفاوضة بين الحر والعبد والصبي والبالغ والمسلم والذمي ( وكذا في الدين ) عطف على قوله وذلك ( لما سنبين إن شاء الله تعالى ) عن قريب سنبين اشتراط التساوي في هذه الأشياء المذكورة (وهذه الشركة) أي شركة المفاوضة ( جائزة عندنا استحساناً، وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي ) وبه قال أحمد.

( وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة ) وفي الكافي وهذا تناقض لأنه إذا لم يطر فيها كيف يحكم بالفساد إذ لا تصديق بلا تصور، ورد هذا بأن قوله لا أدري ما يكون حكماً بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض. وفي الحلية والمغنى وحكم عن أصحاب مالك أن المفاوضة تجوز في الجملة وصفها عنده أن تفوض كل واحد إلى آخر التصرف مع حضوره وغيبته، وتكون يده كيده، ولا يشترط فيه التساوي في المال.

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول ، وكل ذلــــك بانفراده فاسد . وجه الاستحسان قوله ﷺ فاوضوا فإنه أعظم للبركة ،

---

( وجه القياس أنها ) أي ان المفــاوضة ( تضمنت الوكالة بمجهول الجنس ) أي بشراء شيء بمجهول الجنس ( والكفالة ) أي تضمنت الكفالة ( بمجهول ، وكل ذلك ) أي المذكور من الوكالة بمجهول الجنس الكفالة بمجهول ( بانفراده فاسد ) فعند انضمامها بالطريق الأولى ألا ترى انه قــال و كلتك بالشراء أو شراء الثوب لاتصح الوكالة والكفالة بمجهول لايصح أيضاً بخلاف الكفالة بمعدوم ، فإنها جائزة كما في قوله ما داب لك على فلان يعني به ، فإن قيل الوكالة العامة جائزة كما إذا قال لآخــر و كلتك في مالي اصنع ما شئت فإنه يجوز له أن يتصرف فيما أصيب بالعموم ليس بمراد هنا ، فــإنه لا تثبت الوكالة في حق شراء الطعام والكسوة لأهله ، فاذا لم يكن عاماً كان توكيلا بمجهول الجنس فلا يجوز .

(وجه الاستحسان قوله عليه السلام ،فاوضوا فانه أعظم البركة ) هذا غريب ليس له اصل ، وقال الاترازي وجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي ﷺ وهذا لا يرضى به الخصم . وقال ابن قدامــة في المغني لا يعرف الخبر ولا رواه أصحاب السنن ، وقال الكاكي قيل له هذا لا يدل على عدم صحته إذ ليس من شرط صحة الحديث أن يروي أصحاب السنن.قلت سلمنا ذلك ولكن لا بد من شرط صحة الحديث أن يروي ثقة عن ثقة إلى أن ينتهي إلى أحد من الصحابة ثم إلى النبي ﷺ ، وذكر الكاكي أيضاً قوله عليه السلام إذا فاوضتم فأحسنوا المفاوضة ، قلت أيضاً غريب مثل ذلك ، نعم روى ابن ماجة في سننه في التجارات عن صالح بن صهيب قال قال رسول الله ﷺ ثلاث فيهن البركــة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع ... انتهى .

قوله المقاوضة بالقاف والواو في بعض نسخ ابن ماجة المفاوضة بالفاء ، ورواه إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط بالمعاوضة بالعين والضاد ، وفسر المقاوضة بــأن بلغ عرضاه بعرض مثله ، قال والعرض هو مأجور النفور من دابة أو غيرها، وقال العرض بفتح الراء حطام الدنيا ، ومنه قوله عليه السلام ليس الغنى عن كثرة العوض إنمــا الغنى غنى النفس .

وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعاً كما في المضاربة . ولا تنعقد إلا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه المفاوضة يجوز لأن المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين ، لتحقق التساوي ،

---

قلت هذا أيضاً لا يصح به الاستدلال لوجه الاستحسان ( وكذا الناس يتعاملون بها ) أي بالمفاوضة ( من غير نكير ) فكان دليلاً على جوازها ( وبه ) أي بتعامل الناس بها (يترك القياس) قال الكاكي لأن التعامل كالإجماع ، وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ، وقد رد جواز الشركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين رحمهما الله تعالى .

**(والجهالة متحملة تبعاً) هذا جواب عن جهة القياس تقديره أن الجهالة التي ذكرت فيه تحملت** تبعاً لا قصداً ، وكم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً بأن الوكالة لمجهولة الجنس لا يثبت قصداً ويثبت ضمناً بالإجماع ( كما في المضاربة ) فان الضارب وقت تصرفه وكيل عن رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن عقد المضاربة لا قصداً ، ولأن الجهالة تبطل باعتبار المنازعة لا بد أنها ولا منازعة هنا .

( ولا تنعقد ) أي شركة المعاوضة ( إلا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام ) فان أكثر الناس لا يعرفون جميع أحكامها ( حتى لو بينا ) بلفظ التثنية أي حتى لو بين المتعاقدان ( جميع ما تقتضيه المفاوضة تجوز لأن المعتبر هو المعنى) لا اللفظ ، وهذا يحمل للكفالة بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة شرط ضمان الأصل كفالة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين أو ذميين ) أي فتجوز المفاوضة بين حرين احترز به عن أن يكون بين الحر والعبد ، وقوله الكبيرين صفة الحرين احترز به عن أن يكون بين الكبير والصغير .

وقوله مسلمين حال الضرر به عن أن يكون أحدهما مسلماً والآخر ذمياً ، وقوله أو ذميين أي أو بين ذميين ( لتحقق التساوي ) في جميع ذلك ، ولم يذكر المصنف بعد قوله مسلمين لفظ عاقلين ، ولا بد من ذلك.

وإن كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لمـــا قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ، ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة ، لأن الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما إلا بإذن المولى ، والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف إلا بإذن الولي . قال ولا بين المسلم والكافر . وهذا قول أبي حنيفة ومحمـــد « رح » وقال أبو يوسف « رح » يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ،

---

(وإن كان أحدهما ) أي أحد المتعاوضين ( كتابياً والآخر مجوسياً يجوز أيضاً لما قلنا) وهو قوله لتحقق التساوى بينهما ، لأن الكفر كله ملة واحدة .

( ولا تجوز ) أى المفاوضة ( بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام التساوى) وفي بعض النسخ لعدم المساواة ( لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحداً منهما ) أى من التصرف والكفالة ( إلا باذن المولى ) يرجع إلى قولـــه بين الحر والمملوك .

( والصبي لا يملك الكفالة ) أذن له وليه أو لا ( ولا يملك التصرف إلا باذن الولي ) إلى هنا من قولـــه ولا يجوز بين الحر والمملوك من كلام المصنف شرح لكلام القدورى « رح » وقوله ( ولا بين المسلم والكافر ) من كلام القدورى أى لا يجوز المفاوضة بينهما لعدم التساوى .

( وهذا ) أى وعدم جواز المفاوضة بين المسلم والكافر ( قول أبي حنيفة ومحمد ،وقال أبو يوسف يجوز للتساوى بينهما ، أى بين المسلم والكافر ( في الوكالة والكفالة ) لان كل منهما يملك التوكيل والتكفيل .

وذكر الشراح أن عند أبي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف لان كل ما يملكه الذمي من شراء الخمر والخنزير يملكه المسلم أيضاً بالتوكيل ، وجوابـــه أن الذمي يملكه بنفسه ، والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوى وصار كالحر مع العبد .

ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فإنها جائزة ، ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية إلا أنه يكره لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود ، ولهما أنه لا تساوي بينهما في التصرف فإن الذمي

---

( ولا يعتبر بزيادة تصرف ) هذا جواب من جهة أبي يوسف « رح » عما يقال كيف يؤخذ التساوى بين المسلم والكافر ، فالكافر يجوز له التصرف في الخمر والخنزير ، ولا يجوز للمسلم فانعدم التساوى وتقرير الجواب أنه لا يعتبر بزيادة تصرف ( يملكه أحدهما ) أى أحد المتعاوضين ( كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ) بالإتفاق ( ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية ) عمداً ، لانه يعتقد حلالاً بخلاف الحنفي .

وحاصل الكلام ان الأعتبار بالتساوى في أصل التصرف كما ان أحدهما يملك التصرف بأمر له أو نيابة ، فكذلك الآخر لكن أحدهما اختص بزيادة تصرف ، فلا يصرف ذلك كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي ، كما ذكرنا قوله بين الشفعوى نسبة إلى الشافعي .

فكذا لا يصح ، بل الصواب أن يقال الشافعي المذهب كما يقال للامام الشافعي فانه منسوب إلى شافع أحد أجداده ، وفي نسخة شيخي العلاء بين الشافعي والحنفي على الصحة ، وقال الكاكي وفي بعض النسخ بين الشافعي والحنفي يعني بالفاء بعد النون ، والصواب الحنفي منسوب إلى أبي حنيفة بالنسبة إلى فعيلة فعلا بحذف الياء ، والحنفي بالياء منسوب إلى الحنف بدون الياء .

( إلا أنه يكره ) استثناء من قوله ، وقال أبو يوسف يجوز التساوى بينهما في الوكالة والكفالة ، ووجه الكراهة ، وهو ما ذكره بقوله ( لأن الذمي لا يهتدى إلى الجائز من العقود ) لأنه لا يحترز من الدين ، فلا يؤمن أن يكون شريكه حراماً .

( ولهما ) أى ولأبي حنيفة ومحمد ( انه لا تساوى بينهما في التصرف ، فان الذمي

لو اشترى برأس المـــال خموراً أو خنازير صح ، ولو اشتراها مسلم لا يصح. ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة ، وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقـــد شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاستجماع شرائط العنان ، إذ هو قد يكون خاصاً ، وقد يكون عاماً .

---

إذا اشترى برأس المال خموراً أو خنازير صح،ولو اشتراها) أي الخمر والخنازير ( مسلم لا يصح ) فلا يساوى ، فان قلت لكل معاوضة الكتابي المجوسي بحيث يصح ، ولا مساواة في التصرف منها ، فان المجوسي يتصرف في الموقودة لأنه يعتقد المالية ، والكتابي لا يتصرف ، وكذا الكاكي يؤاجر نفسه للذبح والمجوسي لا يؤاجر نفسه للذبح .

قلت من جعل الموقودة مالاً يفصل بين الكتابي والمجوسي فتحقق المساواة ،والمساواة في المؤاجرة ثابتة ، يعني فـان كل واحد من المجوسي والكتابي من أجل ان ينقل ذلك العمل عليه أن يقيمه بنفسه أو بنائبه ، وإجارة المجوسي للذبح صحيحة مستوجب بهـــا الاجر ، وإن كان لا يحل ذبيحته .

( ولا يجوز ) أي المفاوضة ( بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعـدام صحة الكفالة ) أي من العبـد والصبي والمكاتب والمفاوضة تتضمن الكفالة ، فلا يصح مفاوضتهم . قال لا بين المكاتبين ، وكذا لا يصح بين المكاتب والحر ( وفي كل موضع تصح المفاوضة لعدم شرطها ، ولا يشترط ذلك في العنان ) أي والحال أنـه لا يشترط ذلك الشرط في شركة العنان ( كان عناناً ) لانـــه أتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة ( لاستجماع شرائط العنان ).

( إذ هو ) أي عقد شركة العنان ( قد يكون خاصاً ) في نوع من التجارة ( وقـد يكون عاماً ) في أنواع التجارة ، والمفاوضة عامة فيها نظيره ما ذكرناه في الشامل في قسم المبسوط . وإن تعارض عبدان مسلم وذمي كانت شركة العنان والمفاوضة أعم من العنان ، فاذا بطل يعني العموم فبقي معنى الخصوص فجاز إثبات العنان بلفظ المفاوضة كما جاز إثبات الخصوص بلفظ العموم .

قال وتنعقد على الوكالة والكفالة ، أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه ، وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً . قال ما يشتريه كل واحد منهما تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم ، وكذا كسوته ، وكذا الإدام

---

وتنعقد أى المعاوضة في بعض النسخ ( قال ) أى القدورى « رح » ( وتنعقد على الوكالة والكفالة ) يعني ان كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلا عن الآخر وكفيلا عنه ( أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال ) لان التصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة ، ولم توجد الولايـــة فتثبت الوكالة لتحقق المقصود من الشركة فيكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف ( على ما بيناه ) يعني عند قوله قبل هــذا ليكون ما تستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما .

( وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات ) أى وأمـــا انعقاد المفاوضة على الكفالة فيتحقق معنى المفاوضة وهي المساواة في أمر من موجبات التجارة أى من مقتضياتها ، أى الامر الآخر الذى هو من مواجب التجـــارة ويوجب التجارة. (وهو توجه المطالبة نحوهما جميعاً) فيكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما وجب عليه بسبب التجارة ، وإذا كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم الآخر عنـــد أبي حنيفة ، وخلافاً لهما على ما يجيء إن شاء الله تعالى . وإذا اشتراه كل واحد منهما وفي أكثر النسخ ( قال ) أى القدورى « رح » ( وما يشتريه كل واحد منهمـــا ) أى من المتعاوضين ( تكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم ) فانها تكون الذى اشتراه خاصة .

قال المصنف ( وكذا كسوته ) أي وكذا كسوة الذي اشتراه يكون له خاصة (وكذا الإدام ) يعني يكون الذي اشتراه لا على الشركة ، لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن ، ألا ترى إلى ما قال الكرخي في مختصره ، وإذا اشترى أحدهما طعاماً لأهله أو كسوة أو ما لا بد لهم منه ،فذلك جائز وهو قول خاصة دون صاحبه ، وللبائع أن يطالب بثمن ذلك أيهما شاء على ما يجيء .

لأن مقتضى العقد للمساواة ، وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف ، وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب فهو استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ، فإن الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله، ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة ، والقياس أن يكون على الشركة لما بينا وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما

---

وكذا إذا اشترى أحدهما جارية ليطأها بإذن شريكه ، وليس له أن يشتري جارية للوطىء إذا لم يأذن له شريكه .

وكذلك إذا اشترى جارية للخدمة في مختصر الكرخي « رح » أيضاً وإن اشترى أحدهما جارية للوطىء باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطىء العقد يأخذ المستحق بالعقد أيهما شاء .

( لأن مقتضى العقد ) أي عقد شركة المفاوضة ( المساواة ) وهذا تعليل للمثنى منه وهو قوله يكون على الشركة ( وكل واحد منهما ) أي من المتماوضين ( قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائهما إلا ما استثناه في الكتاب ) أي في القدوري ( وهو ) أى المستثنى منه ( استحسان لأنه مستثنى عن المفاوضة للضرورة ) لأن كل واحد منهما حين يشارك شارك صاحبه عالم بحاجته إلى ذلك ،ومعلوم ان كل واحد منهما لم يقصد بلفظ المفاوضة أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه .

(فان الحاجة الراتبة ) أى الراتبة من قولهم رتب الشيء إذا استقت ودام وأمر مرتب دائم ثابت ( معلومة الوقوع ، ولا يمكن إيجابه ) أى إيجاب شراء أحد المتعاوضين ( على صاحبه ولا الصرف ) أى صرف الثمن ( من ماله ، ولا بد من الشراء ) أى شراء طعام الأهل وكسوتهم ( ليختص به ) أي يختص المشتري بالطعام والكسوة ( ضرورة ) لأنه لا بد من شراء ذلك .

(والقياس أن يكون) كل ذلك (على الشركة لما بينا) وهو قوله لأن مقتضى العقد المساواة ( وللبائع أن يأخذ بالثمن ) أى بثمن الطعام والكسوة والإدام ( أيهما ) أى المتعاوضين

شاء المشتري بالأصالة ، وصاحبه بالكفالة ، ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى لأنه قبض ديناً عليه من مال مشترك بينهما . قال ولا يلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقاً للمساواة ، فما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستئجار ، ومن القسم الآخر الخيانة

---

( شاء المشترى ) أي يطالب المشترى ( بالأصالة ) لأنه هو المباشر ( وصاحبه )أي يطالب صاحبه ( بالكفالة ) لانه كفيل عنه ( ويرجع الكفيل على المشترى بحصته بما أدى ) يعني من مال الشركة ( لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما ) أي بين المتعاوضين (ومايلزم كل واحد منهما من الديون بدلاً عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ) أي فالشريك الآخر ( ضامن له ، تحقيقاً للمساواة ) أي يعني المساواة الذي تقتضيه الشركة المتعاوضة ( فما يصح الاشتراك فيه ) أي فمن جملة ما يصح الاشتراك فيه ( البيع والشراء ) صورتهما ظاهرة ، لكن الثمن في البيع الجائز ، والقيمة في البيع الفاسد ( الاستئجار ) صورته أن مستأجر أحد المتعاوضين أجير في تجارتهما أو دابة أو شيئاً من الأشياء فللمؤجران أن يأخذ الأجر أيهما شاء لأن الإجارة من عقود التجارة ، وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه لما يلزمه من التجارة ، و كذلك إن استأجره لحاجة نفسه أو استأجر ابلا إلى مكة تحج عليها فللمكارى أن يأخذ أيهما شاء ، إلا ان شريكه إذا أدى من خالص ماله يرجع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه نصيبه من الدرى .

وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجر لأنه هو الذي استأجره ، لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه (ومن القسم الآخر) أي مما لايصح فيه الاشتراك ( الخيانة ) أراد بها الخيانة على نفي ادم لأن ضمان العقب يلزم الشريك ، وفي المبسوط إذا ادعى رجل على أحدهما خطأ لهما إن شق مقدورات استحلفه فحلف ، ثم أراد أن مستحلف شريكه ليس له ذلك إذ لا خصومة له مع شريكه إذ لا يكون أحد كفيلا عن الآخر فيما ليس في التجارة .

والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة « رح » وقال لا يلزم لأنه تبرع ، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالإقراض

---

( والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ) ففي هذه الأشياء إذا ادعى رجل على أحدهما وحلفه ليس له أن يحلف الآخر بخلاف ما لو ادعى على أحدهما ببيع خادم يخدم المدعى أن يحلف المدعي عليه على الثبات وشريكه على العلم وصورة الخلع ما لو عقدت المرأة مع آخر عقد مفاوضة ثم خالعت زوجها بمال لا يلزم ذلك على شريكها ، كذا لو أقرت ببدل الخلع لا يلزم شريكها .

( وعن النفقة ) أي وكذا الصلح عن النفقة على شيء لا يلزم شريكه شيء من ذلك (ولو كفل أحدهما ) أي أحد المفاوضين ( بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقالا لا يلزمه ) أي لأن الكفيل متبرع على صيغة اسم الفاعل وفي بعض النسخ ( لأنه تبرع ) بصفة المصدر أي لأن عقد الكفالة تبرع .

وكذا في نسخة العلاء ، وقال الفقيه أبو الليث وهذا إذا كفل بأن المكفول عنه وإن كفل بغير إذنه ينبغي ان لا يجب شيء على صاحبه في قولهم جميعاً ، وفي شرح الطحاوي إن كانت الكفالة بالنفس فلا يؤاخذ به صاحبه بالإجماع .

( ولهذا ) أي ولكون عقد الكفالة متبرعاً ( لا يصح من الصبي والعبد والمأذون والمكاتب ) لأنهم ليسوا من أهل التبرع ( ولو صدر ) أي التكفل أو عقد الكفالة ( من المريض ) مرض الموت ( يصح من الثلث ) قال الكاكي وقيد صدور الكفالة بحالة المرض لأن المريض لو أقر بالكفالة السابقة في حالة الصحة بغير ذلك في جميع المال بالإجماع .

( وصار ) أي عقد الكفالة بالمال ( كالإقراض ) حيث لا يلزم الشريك ، وقال الكاكي وفي الأقراض اختلاف فإنه ذكر في الإيضاح لو قرض أحد المتفاوضين مالاً وأعطاه رجلا وأخذ الصحة كان جائزاً عليهما ولا يضمن ثمن المال أولا ، وفي قياس قول أبي يوسف «رح» يضمن القرض صحة شريكه ..

والكفالة بالنفس ، ولأبي حنيفة « رح » أنه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء ، لأنــــه يستوجب الضمان بما يؤدي عن المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء يتضمنه المفاوضـــة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره،

---

( والكفالة بالنفس ) حيث لا يؤاخذ به الآخر ( ولأبي حنيفة ) أي عقد الكفالـــة (تبرع ابتداء) أي في ابتداء الأمر ،ألا ترى أن المريض لو كفل يعتبر من الثلث ، ولو كفل العبد المأذون لا يجوز كفالته ( ومعاوضة بقاء ) أي في حالة البقـاء ألا ترى ان يجر على الأداء ( لأنه ) هذا تعليل تكون الكفالة مفاوضة بقـاء ، يعني أن الكفيل ( يستوجب الضمان ) أي يستحقه على المكفول عنه ( بما يؤدى عن المكفول عنه إذا كانت الكفالـة بأمره ) أي بأمر المكفول عنه .

( فبالنظر إلى البقاء صح لتضمنه المفاوضة بالنظر إلى الإبتداء لم تصح )و كلامنافي البقاء لأنه يلزم شريكه بعدما لزم عليه ، وفي نسخة شيخنا العلاء لأنه مستوجب الضمان عما يؤدي على المكفول عنه ، فإذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر إلى البقاء بتضمنه المعاوضة وبالنظر إلى الإبتداء لم يصح ، و كذا قال الأكمل فبالنظر إلى البقاء تتضمنه المفـــاوضة يعني وحاجتنا ها هنا إلى البقـــاء اذ المطالبة متوجة بعـــد الكفالة لأنها حكمها ، فلما لزم المال على الشريك الضامن لزم الأجر ، وهذه هي حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لأن كلامنا ثم في الابتداء بأنه قد يضمنه أولاً ، فاعتبرنا جمة النزع فيه ولم يعتبره ها هنا لأن الابتداء ثمه محتاج اليه ولا كذلك هـــا هنا لصحة الابتداء . لكن الضامن من أهل الضمان دون الصبي ممن ذكره .

قال الأكمل ويريد به الصبي والمجنون ، وقال تاج الشريعة يريد به المكاتب والصبي والعبد المأذون ... انتهى .

وقال الأترازي « رح » وقوله ( ممن ذكره ) أي ذكره أبو يوسف ومحمد لأن القياس أن تقول ذكره بضمير الاثنين والقيـــاس أن يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على

ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنـــه تبرع ابتداء وانتهـــاء ، وأما الإقراض فعن أبي حنيفة « رح » أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو إعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الأجل فلا تتحقق معاوضة .

---

صيغة المبني للمفعول ، فلعله وقع هكذا من قلم الكاتب ... انتهى .

قلت فيه نسبة المصنف إلى السهو بجنس العبارة وقوله ممن ذكره بضمير الإفراد صحيح لأن المسئلة من مسائل الجامع الصغير الذي يذكر فيه منسوب إلى محمد وإن كان أبو يوسف « رح » معه في مواضع وإفراده للضمير فهـــذا الاعتبار أى ممن ذكره محمد في الجامع الصغير فافهم .

( ويصح ) أي عقد الكفالة ( من الثلث ) أي من ثلث المـــال ( من المريض ) مرض الموت ، وقد مر بيانه ( بخلاف الكفالة بالنفس ) حيث لا يلزم شريكه ( لأنه ) أي لأن عقد الكفالة بالنفس ( تبرع ابتداء وانتهـــاء ) إذ لا مستوجب الكفيل قبل المكفول عنـــه شيئاً .

( وأما الاقتراض ) هذا في الحقيقة جواب عن قولهما وصار كالاقراض بطريق المشبع ، بيانه ان الإقراض ( فعن أبي حنيفة رح ) رواه الحسن ( أنه يلزم صاحبه ) عند أبي حنيفة ولا نسلم أنـــه لا يلزمه على رواية الحسن حتى لو فرض احد المتعاوضين جاز عليه وعلى شريكه ، ولا يضمن لشريكه شيئاً .

( ولو سلم ) جواب بطريق التسليم يعني ولو سلمنا أن الإقراض لا يلزم صاحبه عند أبي حنيفة ( فهو ) أي الاقراض ( إعارة ) لا معاوضة بدليل جــوازه إذ لو كان معــاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسبة في الأموال الربوية ، فإذا كان كذلك ( فيكون لمثلها ) أى لمثل الإعارة ( حكم عينها ) أي عين ما أقرضه ( لا حكم البدل ) كما في الإعــارة الحقيقية ( حتى لا يصح فيه الأجل ) أى لا يلزم لأن تأجيل الإقراض والعاريـــة جائز ، ولكنه لا يلزمــه المضي على ذلك التأجيل ، وإذا كان الامر كذلك ( فلا تتحقق المعاوضة ) في الاقراض في الامراض .

ولو كانت بغير أمره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ، ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة « ر ح » لأنه معاوضة انتهاء .

---

( ولو كانت ) الكفالة ( بغير أمره ) أي بغير أمر المكفول عنه ( فالصحيح انه لا يلزم صاحبه لانعدام معنى المفاوضة ) وإليه ذهب الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وتبعه المصنف حيث قال ( ومطلق الجواب في الكتاب ) أي في الجامع الصغير عن قيد الكفالة بأمر المكفول عنه محمد « رح » هذا المقدار .

هذا إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه ، وعامة المشايخ لم يفرقوا في شروح الجامع الصغير بينهما إذا كان بأمره أو بغيره إطلاق جواب كتاب الجامع الصغير ( محمول على المقيد وضمان الغصب والإستهلاك بمنزلة الكفالة ) يعني في انه يلزم شريكه .

وعند محمد « رح » ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة ( عند أبي حنيفة ) عن أبي يوسف « رح » في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك ( لانهمعاوضة انتهاء ) لان الغرض عند الطلب ، وقال الكاكي يختص أبو حنيفة في قوله بمنزلة الكفالة عنده ، إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن فيهما محمداً « رح » مع أبي حنيفة ، رح » في انه يلزمه شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازى « رح » وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغاصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة « رح » ومحمد خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الأحول انه لا يلزم الشريك لانه معاوضة انتهاء ، لان الغرض عند الطلب ، وقال الكاكي « رح » تخصيص أبي حنيفة « رح » في قوله بمنزلة الكفالة عنه إنما يصح في حق الكفالة لا في حق ضمان الغصب والاستهلاك ، فإن سيما محمد مع ابي حنيفة « رح » في انه يلزمه شريكه ، وفي الكفالة مع أبي يوسف « رح » .

وقال الاترازى وكان حق الكلام أن يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة

قال فإن ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة ، أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه ، إلا أنها تنقلب عناناً للإمكان ، فإن المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

---

عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » خلافاً لابي يوسف « رح » في غير رواية الاصول. وقال الاكمل تلميح تحرير المذاهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض بـه على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عنـد ابي حنيفة « رح » بأن محمداً « رح » مع ابي حنيفـة « رح » في لزوم ضمان الغصب واستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه .

( وإن ورث أحدهما ) اى احد المتعاوضين ( مالا تصح فيه الشركة ) هـذه الجملة صفة لقوله مالاً ، والمال كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ( أو وهب له ) أى لاحـد المتعاوضين ( ووصل ) أى المال ( إلى يده بطلت المفاوضة وصارت) أي الشركة ( عناناً لفوات المساواة ) التي هي الشرط ( فيما يصلح رأس المال إذ هي ) أى المساواة ( شرط فيه ) أى في عقد الشركة المفاوضة ( ابتداء وبقاء ) أى في حال الإبتداء وحالة البقاء . لا قضاء مساواة الدوام .

( وهذا ) أي بطلاق المفاوضة وصيرورتها عنانـاً ( لأن الآخر ) أي الشريك الآخر ( لا يشاركه ) أي لا يشارك صاحبه ( فيما أصابه ) من المال ( لانعدام السبب ) أي سبب الشركة وهي التجارة ( في حقه ) أي في حق الآخر ( إلا انهـا ) أي غير ان المفاوضة ( تنقلب عناناً للإمكان، فـإن المساواة ليست بشرط فيه ) أي في العنان ابتداء ، وكل ما ليس بشرط فيه الابتداء يشترط فيه دواما .

( ولدوامه ) أي ولدوام العنان ( حكم الإبتداء لكونه غير لازم ) أي لكونه عقداً غير لازم فإن أحد الشريكين إذا امتنع عن المضي على موجب العقد لا يجبره القاضي على ذلك

فإن ورث أحدهما عرضاً فهو له . ولا تفسد المفاوضة ، وكـــذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة ، فلا يشترط المساواة فيه .

## فصـــل

ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ،

---

فصار كالوكالة المفردة ، فصار كأنها انشاء الشركة في الحال ، ولا مساواة بينهما فيكون عناناً ، فإن قيل الاجارة عقد لازم حتى لا يتفرد كل واحد من المتعاقدين بالفسخ ويجبرهما القاضي على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا يبقى بموت أحد المتعاقدين فكيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه إذ العقد اللازم لدوام حكم الابتداء كما في الاجارة ، قيل في جوابه الاجارة عقد غير لازم كما قال شريح لكون المعقود عليه معه ، وما في الحال فكان بمنزلة العارية ، إلا انه عقد معاوضة واللزوم أصل في المعاوضات تحقيقاً للنظر من الجانبين كما في البيع والاجارة بموت أحدهما باعتبار كونه لازماً باعتبار فوت المستحق ، لأن رقبة الدار تنتقل إلى الوارث ( وإن ورث أحدهما ) أي أحد المتعاوضين ( عرضاً ) أي متاعاً في الأمتعة ( فهو له ) اي فالعرض له ، يعني لا يكون في الشركة .

( ولا تفسد المفاوضة ، وكذا العقار ) أي وكذا لا يفسد المفاوضة ، إذا ورث أحدهما عقاراً ( لأنه لا تصح فيـــه الشركة ولا شرط المساواة فيه ) أي في العنان والله أعلم بالصواب .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان ما يصلح من الأموال لرأس مال الشركة ، ولما كان المبحث هنا غير المبحث فيما قبله ذكره بفصل على حدة فقال (ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ) قال الكاكي في المبسوط تكون المفاوضة والعنان في شركة البقل والوجوه مع عدم المال فيها فكان قوله لا تنعقد الشركة إلا بكذا كيف يتحصل . قلت المراد بقوله لا

وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل والموزون إذا كان الجنس واحداً لأنها عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود ، بخلاف المضاربة ، لأن القياس يأباها ، لما فيها من ربح ما لم يضمن

---

تنعقد الشركة هي شركة المفاوضة لأن اللام للتعريف في الشركة فيصرف المذكور إلى السابق .

وقال صاحب النهاية أيضاً المراد شركة المفاوضة لأنه شرع فيه بعد بيان المفاوضة ، ولهذا بدأ بعدهذا ببيان شركة العنان بقوله أما شركة العنان. قوله بالفلوس النافقة إلى إلى الرابحة ، لأن غير النافقة من العروض وكذا يجوز بالتبر النافقة ولا خلاف في ان المشتركة تصح بالنقدين والفلوس النافقة والخلاف في العروض ، فقال أصحابنا أحمد والشافعي في وجه لا يجوز وقال في وجه إن كانت العروض مثلياً يجوز إذ المثلي نسبة المفقود ، ويرجع عند المعاوضة بمثلها .

( وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضاً إذا كان الجنس واحداً لأنها ) أي لأن الشركة (عقدت على رأس مال معلوم فأشبه النقود ) واشتراط اتحاد الجنس بناء على أن الخلط شرط عنده، وقال الأكمل «رح» في ذلك خلاف مالك نظر لما تقدم من قوله ، وقال مالك لا أعرف ، والمفاوضة إلا إذا ثبت عنه روايتان أو يكون تعريفاً على قول من يقول لها كما نقل عن أبي حنيفة في الزراعة ... انتهى .

قلت نقل هذا عن مالك غير صحيح ، وإنما هذا منقول عن الشافعي ،وعندمالك يجوز لما نقله المصنف ، وعن أحمد في رواية يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ، وبه قال الأوزاعي وطاووس وحماد بن أبي سليمان وابن ابي ليلى ( بخلاف المضاربة ) في تتمة قول مالك يعني المضاربة مختصة بالدراهم والدنانير .

( لأن القياس يأباها ) أن يمنع جوازها ( لما فيها من ربح ما لم يضمن ) لأن المال ليس بضمون على المضاربة بل هو أمانه في يده ، فكان ما حصل من الربح ربح بمال غير مضمون

فتقتصر على مورد الشرع . ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته ، إذ هي لا تتعين ، فكان ربح ما ضمن ، ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ،

---

يستحق رب المال ، لأنه لم يعمل في ذلك الربح ، فلا يصح ( فيقتصر على مورد الشرع ) وهي الدراهم والدنانير .

وأما في الشركة فإن كان واحداً من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوي فيه العروض والنقود كما لو عمل واحد منهما في مال لنفسه يعتبر شركة يصح .

و (لنا انه) أي عقد الشركة بالعروض (يؤدي إلى ربح ما لم يضمن) وأنه لا يجوز لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك وأوضح كيف يروي إلى ربح ما لم يضمن لا يجوز بقوله ( لأنه إذا باع كل واحد منهما ) أي من الشريكين من العروض (رأس ماله وتفاضل الثمنان ) بأن باع أحدهما عرضه بأضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح ( فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يضمن )**ومالم يملك** وذلك لا يجوز (بخلاف الدراهم والدنانير ، لأن ثمن مايشتريه ) كل واحد منهما برأس المال يتعلق الشراء برأس المال بعينه ، وإنما يتعلق بمثله ديناً ( في ذمته إذ هي ) أي الأثمان ( لا تتعين ) والتغيير ( فكان ربح ما يضمن ) لتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة .

( ولأن أول التصرف ) دليل آخر ، أي أول التصرف في الشركة ( في العروض البيع ) أنه بيع العروض ( وفي النقود ) أي وفي الشركة في الدراهم والدنانير ( الشراء ) وهو ظاهر ( وبيع أحدهما ) أي أحد الشريكين ( ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز ) لأن الشركة تقتضي الوكالة والتوكيل على الوجه الذي تضمنه الشركة

وشراء أحدهما شيئاً بماله على أن يكون البيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة تروج رواج الأثمان فألحقت بها . قالوا هذا قول محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانها على ما عرف

---

لا تصح في العروض ، فإنه لو قال لغيره بع عرضك على ان ثمنه بيننا لا يصح .

( وشراء أحدهما شيئاً بماله على ان يكون البيع بينه وبين غيره جائز ) ألا ترى ان من قال اشترى بألف من مالك على أن ما يربه مشترك بيننا فالشركة جائزة وقدر صاحب النهاية هذا الدليل الثاني على وجه يؤول إلى ربح ما لم يضمن وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة في كل موضع لا تجوز الوكالة ملك الصفة لا تجوز الشركة ، ومعنى هذا أن الوكيل بالوكيل بالبيع ان يكون أميناً ، فإذا شرط له جزء من الربح ما لم يضمن ، فأما الوكيل بالشراء فهو من طلتمس في ذمته ، فإذا شرط له جزء الربح كان هذا ربح ماقد ضمن.

( وأما الفلوس النافقة ) فلانها ( تروج رواج الأثمان ) أي كرواج الأثمان ( فالتحقت بها ) أي بالأثمان ( قالوا ) أي قال المتأخرون ( هذا ) اي هذا الذي ذكره القدوري « رح » من جواز الشركة بالفلوس النافقة وهو ( قول محمد « رح » ) كذا فسره الاترازي « رح » لأن ماله الفلوس التي ذكرها في أول الفصل ذكرها القدوري « رح » في مختصره وغيره . قال قوله هذا أي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد « رح » ( لأنها ) أي لأن الفلوس النافقة ( ملحقة بالنقود عنده ) أي عند محمد « رح » ( حتى لا يتعين بالتعيين ) كالدراهم والدنانير .

( ولا يجوز بيع اثنين بواحد ) أي بيع فلسين بفلس واحد ( بأعيانها على ما عرف ) في نوع ، وإنما قيد بأعيانها لتظهر ثمرة الاختلاف ، فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالإجماع المركب .

أما عندهما فله وجه النسبة في الجنس الواحد ، وأما عند محمد « رح » فلهذا أو لمعنى الثمن ، وأما إذا كانت بأعيانهما فعندهما يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

أما عنـــد أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا تجوز الشركة والمضاربـة بها ، لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعـــاً ، ويروى عن أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح » والأول أقيس وأظهر ،

---

ولم يذكر القدوري « رح » في الفلوس النافقة خلافاً ، وإنما الحقها بالدراهم والدنانير ولم يذكر الخلاف فيها ، وكذلك حكم الشبهة لم يذكر الخلاف فيها .

وقال الكرخي « رح » في مختصره والأموال التي يصح بهـــا عقد الشركة الدراهم والدنانير في قولهم جميعاً ثم قـــال وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » يصح بالفلوس أيضاً ، وفي الشامل تجوز الشركة بالفلوس لأنها لا تتغير في العقد ، وعن أبي يوسف « رح» لا تصح وهو رواية عن أبي حنيفة لأنه بيع مكاده وثمن أخرى .

وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي « رح » ولو كان رأس مـــال أحدهما لم تجز الشركة عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، لأن الفلوس إنما صارت ثمنـــاً باصطلاح النـــاس وليس بثمن في الأصل ، وعند محمد تجوز وهو قول أبي يوسف « رح » الأول .

( أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا تجوز الشركة ولا المضاربة بهـــا ) أي بالفلوس ( لأن ثمنهـــا يتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة ) فلا تجوز الشركة ولا المضاربة بالسلعة .

( ويروى عن أبي يوسف « رح » مثل قول محمد « رح » ) يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد ، وهذا قول أبي يوسف « رح » أولاً ( والأول ) أي كون أبي يوسف«رح» مع أبي حنيفة « رح » ( أقيس ) أي أشبه ( وأظهر ) لأن أبا يوسف « رح » جوز بيع الفلسين بفلس واحد إذا كانا عينين كأبي حنيفة « رح » ، وجعل الفلوس كالعروض ، فلما كان مذهبه في مسألة البيع مذهب أبي حنيفة كان مذهبه أيضاً في مسألة الشركة ، لأن العروض لا تصلح رأس مال الشركة والمضاربة .

وعن أبي حنيفة «رح» صحة المضاربة بها. قال ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك إلا أن تعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب . وفي الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ، ومراده التبر . فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين ، فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات . وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم. فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف أنهما

---

( وعن أبي حنيفة « رح » ) أي روي عن أبي حنيفة رواه الحسن عنه ( صحة المضاربة بها ) أي بالفلوس النافقة ( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك ) أي سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة ( إلا أن تعامل الناس بالتبر ) بكسر التاء المثناة من فوق وسكون الباء الموحدة وهو من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ .

( والنقرة ) بضم النون وهي القطعة المذابة من الفضة والذهب ( فتصح الشركة بهما ) أى بالتبر والنقرة ( هكذا ذكره في الكتاب ) أى في مختصر القدوري « رح » ( وذكر في الجامع الصغير ولا تكون المعاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر ) أي مراد محمد « ر ح » في الجامع الصغير من قوله قبل ذهب أو فضة التبر .

( فعلى هذه الرواية ) أى رواية الجامع الصغير ( التبر سلعة يتمين بالتعيين، فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات ) لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن .

( وذكر في كتاب الصرف ) من الجامع الصغير ( ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم ، فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما ) اى في المضاربات والشركات .

( وهذا ) إشارة إلى ان النقرة لا تتعين بالتعيين ( لما عرف أنهما ) أن الذهب والفضة

خلقـــا ثمنين في الأصل ، إلا أن الأول أصح لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص، لأنه عند ذلـــك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً ، إلا أن يجري التعامل باستعمالهما ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المـــال ، ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط، ولكل واحد منهما ربح متاعه ، وعليـــه وضيعته ، وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول أبي يوسف « رح » . والشركة شركة

---

( خلقا ثمنين في الأصل ) يعني رواية الجامع الصغير لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنين مختصين بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك أي عنـــد الضرب المخصوص لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً ( إلا ) أن يجدي التعامل . هذا استثناء من قوله ( أن الأول أصح لأنها وإن خلقت التجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأنه عند ذلك لا يصرف أي شيء آخر ظاهراً إلا أن يجرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال ) يعني أن الأول وهي رواية الجامع الصغير وهي أن النقرة لا تصلح إلا إذا جرى التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامـــل منزلة الضرب فيكون ثمناً ويصلح رأس المال .

( ثم قوله ) أي ثم قال القدوري « رح » في مختصره ( ولا يجوز بما سوى ذلك ) أي لا يجوز عقد الشركة ما سوى المذكور من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة ( يتناول المكيل والموزون والعددى المتقارب ولا خلاف فيه بيننا ) أي لا خلاف في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون والعددى المتقـــارب ( قبل الخلط ) فيما بينا ، أي باتفاق أصحابنا ( ولكل واحد فيهما ربح متاعه وعليه وضيعته ) أي خسته وفي المختلف فـإن خطا ثبت بينهمـــا شركة ملك ، فإذا باعا فالربح والوضيعة على قدر مالهـــا كسائر الأعيان .

( وإن خلطا ثم اشتركا فكذلك لا يجوز عند أبي يوسف « رح » والشركة شركة

ملك لا شركة عقد وعن محمد « رح » تصح شركة العقد . وثمرة الإختلاف تظهر عنـــد التساوي في المالين ، واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنـه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد « رح » أنها ثمن من وجـــه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة وبيع من حيث أنه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين

---

ملك لا عقد ) أى لا شركة عقد ( وعند محمد « رح » تصح شركة العقد، وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوى في المالين . واشتراط التفاضل في الربح ) عند أبي يوسف لا يستحقه زيادة الربح بل لكل واحد من الربح بقدر ملكه ، وعند محمد « رح » الربح بينهما على مـــا شرط .

( وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف « رح » لأنـــه ) أى كل من المذكور من المكيل والموزون والعددى المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط كما يتعين قبله) وشرط جوازالشركة أي لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح ما لم يضمن وما يصلح فيكون رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه كالتموذ .

فكذا ما لا يصلح رأس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بالخلط وعدمه لأن قبل الخلط إنما لا يجوز شرط العقد بها لأنها متعينة ، وأول التصرف فيها بيع فيؤدى إلى ربح ما لم يضمن ، وهذا المعنى موجود بعد الخلط بل يزاد، وتقديراً بالخلط لأن الخلط لا يتقرر إلا في معين ، والمخلوط المشترك لا يكون إلا معيناً فيقرر المعنى المقر فلا يكون مصححاً للعقد .

( ولمحمد « رح » أنها ) أى ان المكيل والموزون والعددى المتقارب ( ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ) حال كونها ( ديناً في الذمة ) إذ هو من أحكام الثمن ( وبيع من حيث انه يتعين بالتعيين ، فعملنا بالشبهين ) اى سبب العرض والثمن .

بالإضافة إلى الحالين بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ، ولو اختلفا جنساً كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ، والفرق لمحمد « رح » أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ، ومن جنسين من ذوات القيم .

فتمكن الجهالة كما في العروض ،

---

( بالإضافة إلى الحالين ) أي حالة الخلط وحالة عدمه فأشبها بالعروض لاتجوز الشركة بها قبل الخلط ولشبهها بالأثمان تجوز بعد الخلط ، وهذا لانه باعتبار الشبهين تضعف إضافة عقد الشركة إليها فيتوقف ثبوتها على ما يقويها ، وهو الخلط يثبت شركة الملك لا محالة فناله به شركة العقد لا محالة والعكس يتضمن ربح مالم يضمن ( بخلاف العروض لأنها ليست ثمناً بحال ) معين ليست بها جهة الثمنية ، فلم تجز الشركة بها بعد الخلط أيضاً .

( ولو اختلفا ) أي لو اختلف المالان ( جنساً ) أي من حيث الجنسية ( كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا ) على صيغة المجهول ( لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق ) فإذا كان كذلك يحتاج محمد « رح » إلى الفرق أشار إليه بقوله ( والفرق لمحمد « رح » ) إنما احتاج إلى الفرق لأنه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها إذا عقدا عقد الشركة بعد الخلط في جنسين ، وبيان الفرق هو قوله ( أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الأمثال ) حتى ان من أتلفه يضمن مثله ( ومن جنسين من ذوات القيم ) حتى أن من أتلفه ضمن قيمته فيمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول كل واحد منهما إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف الجنس الواحد .

فإن كل واحد منهما يمكنه ان يصل إلى عين حقه من رأس المال قبل القسمة باعتبار الملك . انعقدت الشركة ( فتمكن الجهالة كما في العروض ) .

قال تاج الشريعة قوله من ذوات القيم لهذا يجب مبلغه القيمة ، فكان المخلوط بمنزلة العروض ،

وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء . قال وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة .

---

ذكره أبو الفضل ( وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء ) أي إذا لم تصح شركة العقد يعني إذا عقدها بعد الخلط في جنس ، أما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضى صاحبيهما ، ومعنى قوله فحكم الخلط يعني ان الحنطة إذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بغير نفسه فيقطع حق المالك إلى الضمان ، وكذا إذا خلط المودع الحل الوديعة زيت نفسه ، والحل بفتح الحاء المهملة، دهن السمسم .

وقال الاترازي « رح » قوله قد بيناه في كتاب القضاء فيه نظر ، لأن صاحب الهداية لم يذكر حكم الخلط فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وإنما ذكروا حكم الخلط في كتاب القضاء في شرح الجامع الصغير والله أعلم بصحة ما قال ، إلا إذا قيل إنه بينه في كفاية المنتهى فله وجه إن صح ذلك .

قال الكاكي قوله في كتاب القضاء أراد القضاء في الجامع الصغير ، وقال الاكمل «رح» كذلك أي كتاب القضاء الجامع، وأما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على أن مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال بينه ، وقال تاج الشريعة قوله في كتاب القضاء أورد المصنف « ر ح » هذه المسألة في كتاب الوديعة ... انتهى .

قلت قد رأيت أن أحداً من هؤلاء لم ينف القليل ولم يرو القليل ، قلت ان كان مراده في كتاب القضاء الذي ذكره في كفاية المنتهى على ما قيل لا يرد عليه شيء ، وإن كان مراده كتاب القضاء الجامع على ما نص عليه اكثر الشراح فيحمل على أنه بينه هناك بكتاب شيء من الحواشي وتقديره بينا في قدريته .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( فإذا أراد الشركة بالعروض باع كل منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة ) هذه حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض

## قال وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال الشركة

توسعة على الناس ، وقوله باع كل واحد منهما إلى آخره ، صورة هذه الشركة إذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال واحد منهما مضموناً على الآخر بالثمن ، فيكون الربح الحاصل ربح ماله مضمون ، فيكون العقد صحيحاً .

( قال ) أي المصنف « رح » ( وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة ) وفي الكاكي هذا مشكل لأن ذلك يحصل بمجرد البيع فلا يحتاج إلى قوله ثم عقد الشركة إلا أن يقال أراد بقوله عقد الشركة أي شركة ملك وفيه بعد .

وقال الأترازي ظاهر كلام القدوري « رح » أن هذا شركة العقد لا شركة الملك لأنه قال ثم عقد الشركة . وقال صاحب النهاية وهذه شركة ملك وهذا عجيب منه وبعيد وقوله عن مثله قضاء تحقيقاً ، وملخص النص ما ذكره في المبسوط ولو كان لأحدهما عروض وللآخر دراهم فباع هذا نصف العروض بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة أو معاوضة جاز والحق العنان والمعاوضة في هذه الشركة وهما من شركة العقود ، لأنه شركة الملك وملخص التحقيق ان العروض إنما لا تصلح الرأس مال الشركة قبل البيع لأنه يقتضي ربح ما لا يضمن بخلاف ما إذا كان بعد البيع على الوجه المذكور الربح فيه يحصل من مال مضمون كما ذكرناه .

وقال الكاكي « رح » قال شيخي العلامة عدم جواز الشركة بالعروض كناية عن معنيين أحدهما ربح مال يضمن كما بينا ، والثاني حرما له رأس المال ، فإذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض عن الآخر ثم عقد الشركة فقال القدوري « رح » وروي يجوز ، واختاره شيخي الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي لأن رأس المال صار معلوماً ، وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضموناً على صاحبه بالثمن ، فكان الربح الحاصل في ماليهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز .

ثم قال الكاكي ثم المصنف « رح » اختار عدم الجواز وعدم ما ذكره القدوري « رح » وروى ما علله وقال وهو نظير ما ذكره القدوري « رح » ويستحب للمتأخر ان ينوي

وتأويله إذا كانت قيمـــة متاعهما على السواء ، ولو كانت بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة . قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بز أو طعام أو يشرك في عموم التجارات .

---

الطهارة ثم عـــدم المصنف بقوله فالنية والوضوء سنة ، وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة ... انتهى .

قلت قد طول الشراح هنا كلامهم ، والأحسن أن يقال إن صاحب القدوري « رح » اختار ما ذكره واختار صاحب الهداية ما ذكره وليس فيه اعتراض لأحدهما على الآخر ولا لغيرهما اعتراض عليها فافهم .

( وتأويله ) أي تأويل ما قاله القدوري « رح » في مختصره من بيـــع نصف عرض أحدهما بنصف عرض الآخر ( إذا كانت قيمة متاعيهما على السواء . ولو كانت بينهما ) أي بين متاعيهما ( تفاوت بين صاحب الأقل بقدر ما يثبت به الشركة ) مثل ان تكون قيمة عرض أحدهما أربع مائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر ، فيكون الربح الحاصل في المالين ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب ويصير المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما على قدر رأس ماليهما.

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( وأما شركة العنان ) وهـــذا عطف على قوله فأما شركة المفاوضة في أوائل الكتاب ( فتنعقد على الوكالة دون الكفالة ) ويجيء بيانه عن قريب ( وهي ) أي شركة العنان أي صورتها ( أن يشترك اثنان في نوع بز ) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاء ، قال ابن دريد البز متاع البيت من الثيـــاب خاصة ، وعن الليث ضرب من الثياب ومنه البز متاع جاريته إذا جوزها من الثياب .

وعن ابن الرنسباري رجل حسن البز أي الثياب ، وعن الجوهري وهو من الثيـــاب ، وقال في السير الكبير عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا ثياب الصوف والخز ، ويقال البزاز لبائعه والبـــزز حرفة والبز بكسر الباء كقولهم رجل حسن البزة .

( أو طعام ) أي أو اشتركا في طعـــام أي حنطة ( أو يشترك في عموم التجارات )

ولا يذكر الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ، ولا ينعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الأعراض يقال عنّ له أي أعرض ، وهذا لا ينبيء عن الكفالة ، وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ .

---

عطف على قوله أن يشترك (ولا يذكر الكفالة) أي في العقد (وانعقاده) أي انعقاد عقد شركة العنان (على الوكالة لتحقق مقصوده) أي لتحقق المقصود من العقد وهو التصرف في مال الغير فلا يكون ذلك إلا بالوكالة عند عدم الوكالة (كما بيناه) أي فيما مضى في أول الكتاب من قوله وشرطه ان يكون التصرف المقصود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما استفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب له .

(ولا تنعقد على الكفالة) أي لا تنعقد شركة العنان على الكفالة بأن لا يكون كل واحد منهما كفيلا عن الآخر (لأن اللفظ) أي لفظ العنان (مشتق من الأعراض) أراد بالاشتقاق من جهة المعنى لا من جهة اللفظ لأن لفظ العنان غير مشتق يجب الاصطلاح من الأعراض بل من حيث المعنى .

ولهذا قال (يقال عنّ له أي أعرض) يقال كذا أي عرض قال امرؤ القيس فعن لنا سرب كأن نعاجه ... معناه ظهر لنا قطيع من بقر الوحش . وقال ابن المكسر كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه ، وقال بعض أهل اللغة هذا شيء أخذ به أهل الكوفة ولم يتكلم به العرب ، وليس كذلك بما ذكرنا من شعر امرىء القيس .

وقيل هذا مأخوذ من عنان الفرس كما ذهب إليه النسائي والأصمعي إذ كل منهما جعلا عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه ، أو لأنه يجوز أن مقارناً في المال والربح كما يتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والادخار ، كذا في المبسوط والإيضاح .

(وهذا) أي معنى العنان (لا ينبيء عن الكفالة) أي لا يفهم منه معنى الكفالة فلا ينعقد عليها (وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ) أي حكم التصرف في اللفظ لا يثبت بخلاف ما يقتضيه ذلك اللفظ ، فلفظ العنان لا يدل على معنى الكفالة فلا

ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه ، وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح . وقال زفر « رح » والشافعي « رح » لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال، ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل لهذا يشترطان الخلط ، فصار ربح المال بمنزلة

---

يتضمنها ( ويصح التفاضل في المال للحاجة إليه ) لأنه لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل وهو معنى قوله ( وليس من قضية اللفظ المساواة ) أي ليس من مقتضى لفظ العنان المساواة مثل المفاوضة .

( ويصح أن يتساويا ) أي الشريكان شركة العنان ( في المال ويتفاضلا في الربح ) وبه قال أحمد ( وقال زفر والشافعي لا يجوز ) وبه قال مالك ، وفي فتاوى قاضي خان لو شرط المساواة في الربح أو شرطا لأحدهما فضل ربح أي شرطا العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطا عملا جميعاً أو عمل أحدهما وإن شرطا العمل على أقليهما ربحاً لا يجوز في الذخيرة ، والأصل أن في هذه الشركة حقوق العقد ترجع إلى العاقد لا غير ،وإذا شرطا في هذه الشركة العمل وشرطا التفاوت في الربح مع التساوي في المال جاز عند علمائنا الثلاثة .

( لأن التفاضل فيه ) أي في الربح ( يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ) وهو لا يجوز ( فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً ) أى وكان الربح أثلاثاً ( فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان إذ الضمان بقدر رأس المال ) ولهذا يصح الشرط منه على هذا الوجه ( لأن عقد الشركة عندهما ) أى عند زفر والشافعي ( في الربح للشركة في الأصل فيشترطان الخلط ) في المالين حتى لو لم يختلطا رأس مالهما لا تثبت الشركة عندهما ( فصار ربح المال بمنزلة

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عليه السلام الربح ما على شرطا والوضيعة على قدر المالين ، ولم يفصــــل ، ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة . وقد يكون أحدهما أحـــذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجـة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميـــع الربـح لأحدهما لأنه يخرج

---

نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ، ولنـــا قوله ﷺ ) أي قول النبي ﷺ ( الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ) هذا غريب جداً وليس له أصل ،ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي رضي الله عنه . وعن هذا قال الاترازى .

ولنـــا ما روى أصحابنـــا في كتبهم عن علي رضي الله عنه أنـــه قال الربح على ما اشترط العاقدان والوضيعة على قدر المال ، وكذا قال أكثر الشراح ( ولم يفصل ) يعني بين التساوي والتفاضل ،وفي بعض النسخ من غير فصل ( ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة ) أي كما يستحق بالعمل في المضاربة ،فإن قيل في المضاربة لو شرطا العمل على رب المال تفسد العقود وهاهنا لا يفسد ، فكيف جواز إلحاقه بالمضاربة قلنا المضاربة أمانة ، وتمام الأمانة تقف على التخلية فإذا شرط على رب المال لم توجـــد التخلية ، أما ها هنا فكل واحد كالأجير في مال الآخر فشرطه على رب المال لا يبطل العقد ، فإن من استأجر أجيراً لنفسه على العمل جاز ... كذا في الإيضاح .

( وقد يكون أحدهما ) أي أحد شريكي العنان ( أحذق ) بالحـــاء المهملة والذال المعجمة أي أنفس في أسماء الماليـــة ( وأهدى ) إلى طريق الصواب في تصرفاته ( وأكثر عملاً وأقوى ) في عمله من صاحبه ( فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجـــة إلى التفاضل ) فيجوز كذلك ( بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما ) هذا جواب عما يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز ، فكذا إذا شرط الفضل ، والجامع القول بالربح عن العيط على قدر المال ، وتقدير الجواب هو قوله ( لأنه ) أي لأن اشتراط الربـــح أحدهما ( يخرج

العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضاً إلى قرض باشتراطه للعامل أو إلى بضاعة باشتراطه لرب المال ، وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسماً وعملاً فإنهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة .

---

العقد به ) أي باشتراط الربح لأحدهما ( من الشركة ) لأن الشركة هي أن يكون الربح مشتركاً .

( ومن المضاربة أيضاً ) أي ويخرج باشتراط جميع الربح لأحدهما من عقد المضاربة أيضاً ( إلى قرض ) يتعلق بقوله يخرج العقد به أراد أن اشتراط الربح أحدهما إن كان للعامل فيكون قرضاً ، وهو معنى قوله إلى قرض ( باشتراطه ) أي باشتراط الربح ( للعامل أو إلى بضاعة ) اي او يخرج العقد باشتراط الربح لأحدهما إلى بضاعة يعني يصير بضاعة إن كان هو رب المال ، وهو معني قوله إلى بضاعة ( لاشتراطه لرب المال ) ويخرج عن كونه شرطة لأنه إما أن يكون قرضاً وإما أن يكون بضاعة .

( وهذا العقد يشبه المضاربة ) هذا جواب لقول زفر والشافعي « رح » أن التفاضل في الربح مع التساوي في المال يؤدي إلى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه أن هذا العقد أي شركة العنان تشبه المضاربة (من حيث أنه يعمل في مال الشريك) لأن يحل واحد منهما يعمل في مال صاحب كالمضاربة يعمل في مال رب المال .

( ويشبه الشركة ) اي شركة المفاوضة ( اسما ) اي من حيث الاسم ، لأن كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة ( وعملا ) اي من حيث العمل ( فإنهما يعملان ) لأن شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوضة فصار لهما شبهان شبهة بالمضاربة وشبهة بالشركة المفاوضة ( فعملنا يشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان ويشبه الشركة ) اي عملها يشبه شركة المفاوضة .

حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما . قال ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لأن المساواة في المال ليس يشترط فيه إذ اللفظ يقتضيه ، ولا يصح إلا بما بينا أن المفاوضة تصح للوجه الذي ذكرناه ، ويجوز أن يشتركا من جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم . وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر سود . وقال زفر والشافعي « رح » لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما شرط ، ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس ،

---

( حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما ) اي على الشريكين ( قال ) اي القدوري في مختصره ( ويجوز أن يعقدها ) اي أن يعقد شركة العنان ( كل واحد منهما ) اي من الشريكين ( ببعض ماله دون البعض ) بأن يكون مال آخر مما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه ( لأن المساواة في المال ليست بشرط فيه ) اي في العنان ( إذ اللفظ ) اي لفظ العنان ( لا يقتضيه ) اى لا يقتضي المساواة بتأويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة .

( ولا يصح ) اى شركة العنان ( إلا بما بينا ) عند قوله ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ، ولا تصح بالعروض ( أن المفاوضة تصح به الوجه الذى ذكرناه ) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل أنه يؤدى إلى ربح ما لم يضمن ( ويجوز أن يشتركا ، ومن جهة أحدهما دنانير ومن الآخر دراهم ) لفظ القدورى .

وقال المصنف ( وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر دراهم سود ) وفي الاسرار وكذا الصحاح والكبيرة ( وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وهذا بناء ) اى هذا الخلاف مبني ( على اشتراط الخلط وعدمه فإن عندهما ) اى عند زفر والشافعي « رح » الخلط ( شرط ولا يتحقق ذلك ) اى الخلط ( في مختلفي الجنس ) لأن الدراهم

وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى . قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا أنه يتضمن الوكالة دون الكفالة ، والوكيل هو الأصل في الحقوق . قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته فإذا نقد من مال نفسه رجع عليه ، فإن كان لا يعرف ذلك إلا بقوله فعليه الحجة لأنه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر ،وهو منكر. والقول للمنكر مع يمينه . قال وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين

---

والدنانير مالان لا يختلطان ( وسنبينه من بعد إن شاء الله تعالى ) اى سنبين أشياء الخلط في جواز الشركة عند زفر والشافعي « رح » وعدم اشتراطه عندنا عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال .

( قال ) اى القدورى ( وما اشتراه كل واحد منهما ) اى من الشريكين العنان ( للشركة ) اى لاجل الشركة ( طولب ) اى الذى اشتراه ( بثمنه ) اى بثمن الذى اشتراه ( دون الآخر ) أي الشريك الآخر ، اى لا يطالب به ( لما بينا ) فيما مضى (أنه) اى أن العنان ( يتضمن الوكاله دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق ) يعني هو الطالب فيها .

( قال ) اى القدورى ( ثم يرجع ) اى الذى اشتراه ( على شريكه بحصته منه ) اى من الثمن ( معناه ) اى معنى كلام القدورى ( إذا أدى من مال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته ) اى في حصة صاحبه ( فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه ) اى على شريكه ( فإن كان ذلك لا يعرف إلا بقوله ) يعني إذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة إلا بقوله ( فعليه الحجة ) اى فعليه إقامة البينة ، ( لانه يدعي وجوب المال في ذمة الاخر وهو منكر ) اى والاخر منكر ( والقول للمنكر مع يمينه ) بالنص .

( قال ) اى القدورى في مختصره ( وإذا هلك مال الشركة او أحد المالين ) اى أو

قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لأن المعقود عليه في عقد الشركة المال فإنه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة، لأنه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين ، وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف ،

---

هلك أحد المالين ( قبل أن يشتريا شيئاً بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال) اى المعقود عليه هو المال فإذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع ( فإنه ) اى فإن المال ( يتعين فيه ) اى في عقد الشركة ، وإن كان لا يتعين في سائر المعاوضات عندنا خلافاً لزفر والشافعي « رح » ( كما يتعين ) اى المال ( في الهبة والوصية ) والوديعة أيضاً .

( وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع ) اى كما يبطل في البيع لان الركن فيه هو المال ( بخلاف المضاربة والوكالة المفردة ) احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن لان المعقود يتعين فيهما ( لانه ) اى لان الثمنان ( لا يتعين الثمنان ) أراد بها الدراهم والدنانير ( فيهما ) اى المضاربة والوكالة المفردة ( بالتعيين وإنما يتعينان بالقبض على ما عرف ) في موضعه ، والوكالة المفردة ، فمن وكل رجلاً بشراء عبد دفع إليه دراهم فهلك فإنها لا تبطل .

وقال الاترازى « رح » فيه نظر لان المعقود يتعين في المضاربة والشركة جميعاً قبل القبض والتسليم حتى إذا هلك قبل التسليم بطلت نص عليه ، وفي الزيادات بخلاف الوكالة فإن النقود فيها لا تتعين قبل التسليم ، أما بعد التسليم ففي نفسها اختلاف المشايخ فقال بعضهم تتعين فيها النقود ، وقال بعضهم لا تتعين ، وقال شيخي العلاء الذى ذكره في الزيادات من اشتراط قبض رأس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة بالتعاطي وهو أن يقول رب المال للمضارب خذ هذا المال مضاربة بالنصف فإن المضاربة رب لو لم تعرف تبطل المضاربة ، وهذا يرد نظر الاترازى .

وهذا ظاهر فيما إذا هلك المالان ، وكذا إذا هلك أحدهما لأنه ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته أيهما هلك من مال صاحبه إن هلك في يده فظاهر وكذا إذا كان هلك في يد الآخر ، لأنه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة ، لأنه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين ، وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشتري بينهما على ما شرطا ، لأن الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ، فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

---

( وهذا ظاهر ) اى بطلان الشركة ظاهر ( فيما إذا هلك المالان ) لفوات المعقود عليه ( وكذا إذا هلك أحدهما ) اى أحد المالين ( لانه ) اى لان الشريك الذى لم يهلك ماله ( ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه فى ماله ، فاذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته ) اى فائدة العقد ( وأيهما ) اى المالين ( هلك من مال صاحبه إن هلك فى يده فظاهر ) وإن هلك في يد صاحبه فكذلك، وهو معنى قوله ( وكذا إذا كان ) اى الهلاك ( هلك في يد الاخر لانه أمانة فى يده ) ولا ضمان على الامين ( بخلاف ما بعد الخلط ) اى بخلاف ما إذا كان هلاك المال ما بعد الخلط ( حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاكة من المالين ) .

وفي بعض النسخ فيجعل الهلاك من المالين اى يجعل الهلاك هلاكاً من المالين ( وإن اشترى أحدهما ) اى أحد الشريكين ( بماله وهلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع مشتركاً بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلايتغير الحكم ) اى حكم الملك ( بهلاك مال الاخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد

« رح » خلافاً للحسن بن زيادة حتى أن أيهما باع جاز بيعه لأن الشركة قد تمت في المشتري ، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها . قال ويرجع على شريكه بحصة من ثمنه لأنه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك مال الآخر ، أما إذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة ، فالمشتري مشترك بينهما على ما شرطا لأن الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة ، فكان مشتركاً بحكم الوكالة وتكون شركة ملك

---

« رح » خلافـــاً للحسن بن زياد « رح » ) فان عنده شركة ملك وفائدة هذا الخلاف تظهر في قوله ( حتى أن أيهما باع جاز بيعه ) عند محمد « رح » ، ولا يجوز عند الحسن أن يتصرف في نصيب الاخر لانه شركة ملك ، وعند محمد « رح » شركة عقد ( لان الشركة قد تمت فى المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها ) فجاز تصرف كل منهما فى نصيب الاخر .

( قال ) اى القدوري ( ويرجع على شريكه بحصة من ثمنـــه ) اى بحصة الشريك ثمن المشترى ، وذلك ( لانه اشترى نصفه ) وهو حصة الشريك ( بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه ) والوكيل إذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل ، فكذا هنا ( وقـــد بيناه ) اى عند قوله إذا أدى من مال نفسه ( هذا ) اى هذا الذى قلنا فيها .

( إذا اشترى أحدهما بأحد المالين أولاً ثم هلك المال الاخر ) بالرفع صفة للمال ، وفى بعض النسخ فى مال الاخر اى الشريك الاخر ( أما إذا هلك مال أحدهما ) اى أحـــد المالين ( ثم اشترى الاخر بمال الاخر ان صرحا بالوكالة فى عقد الشركة ، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ، لان الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمـــة فكان مشتركاً بحكم الوكالة ) المقصودة لا بحـــكم عقد الشركة ( وتكون شركة ملك ) لا فلوس يجوز

ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه ، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة حتى إذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة. قال وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال، وقال زفر والشافعي « رح » ، لا تجوز لان الربح فرع المال، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الاصل وإنه بالخلط ، وهذا

---

لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه ، لأن الملك هل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشتري بدون إذن الوكيل فكذا هذا .

( ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه ) إشارة إلى قوله لأنه وكيل من جهته ( وإن ذكرا مجرد الشركة ولم ينص على الوكالة فيها ) أي في الشركة ( كان المشترى للذي اشتراه خاصة ،لأن الوقوع على الشركة حكم الوكالةالتي تضمنتها الشركة ،فإذا بطلت يبطل ما في ضمنها ) أي فإذا بطلت الشركة بطلت الوكالة البائعة في عقد الشركة أيضاً ( بخلاف ما إذا صرح بالوكالة لأنها مقصودة ) أي لأن الوكالة مقصودة ، فيكون المشترى بينهما بحكم الوكالة المقصودة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال ) وبه قال أحمد ومالك « رح » إلا أن مالكاً شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعل في حانوت لهما أو في يد وكيل لهما ( وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن الربح فرع المال ، ولا يقع الفرع على الشركة إلا بعد الشركة في الأصل ) الذي هو المال (وإنه)أي وأن الشركة على تأويل الاشتراك إنما يكون ( بالخلط ) لأن الشركة عبارة عن الاختلاط .

( وهذا ) إشارة إلى قوله لأن الربح على المال يعني وإنما قلنا إن الربح فرع المال

لان المحل هو المال ، ولهذا يضاف إليه ويشترط تعين رأس المـــال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وإنمـــا هو يعمل لرب المال فيستحق الربـح على عمالة عمله ، أما هنـا بخلافه ، وهذا أصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمـــال لانعدام المال . ولنـــا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال لان العقـــد يسمى شركة ، فلا بد من تحقق معنى هـذا الإسم فيه

---

( لأن المحل ) أي محل للشركة ( هو المال ، ولهذا يضاف إليه ) يقال عقد شركة المـال ( ويشترط تعيين رأس المال ) فتكون الشركة في الثمرة مستندة إلى المـــال ( بخلاف المضاربة ) فإنها تصح بدون الخلط ( لأنها ليست بشركة وإنما هو ) أي المضارب ( يعمل لرب المال فيستحق الربح على عمالة عمله ، أما هنا بخلافه ) بالإضافة قال الاترازي « رح » نصب بنزع الخافض أي من عمالة عمله وهي أجرة العمل ، وفي نسخة شيخي العلاء عمالة على عمله ، وفسر العمالة بالجهالة ، وكون العمالة منصوباً بنزع الخافض ، وليس له وجه على ما لا يخفي لا وجه أن يكون منصوباً على التعليل أي لأجل عمالة على عمله .

( وهذا أصل كبير ) إشارة إلى قوله لأن الربح فرع المال ( لهما ) أي لزفر والشافعي « رح » ، ثم أوضح كون هذا أصلا كثيراً عندهما « رح » بقوله ( حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلها ذلك ، فإنه إذا كان رأس مال أحدهما دراهم ، والآخر دنانير فإنـه تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي « رح » ( ويشترط الخلط ) عندهما ( ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ) هـذا أيضاً على أصلها ( ولا تجوز شركة التقبل والأعمال لانعدام المال ) هذا أيضاً على أصلهما ( ولنا أن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال ) وكل ما هو مسند إليه هو الأصل .

( لأن العقد يسمى شركة ) لا المال ( فلا بد من تحقق معنى هذا الإسم فيه ) أي اسم

فلم يكن الخلط شرطاً ، ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان، فلايستفاد الربح برأس المال، وإنما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل ، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه ، وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس

---

الشركة في العقد إذا كان الأصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح ( فلم يكن الخلط شرطاً ) لأن الشركة حصلت في الأصل وهو العقد بلا خلط ، وحصلت في الفرع وهو الربح الذي استفيد من العقد فلم يكن اتحاد الجنس شرطاً ولا الخلط ولا التساوي في الربح على ما يجيء .

( ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان ) هذا دليل ثان هو كالشرح للدليل الأول ،ومعنى لا يتعينان في الشراء لا في الشركة ، أي لا يتعينان في حق الاستحقاق إذا وجد الشراء بهما ، فإذا لم يتعينا ( فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد في التصرف لأنه ) أي لأن كل واحد من الشريكين ( في النصف أصيل ، وفي النصف وكيل ) لأن موجب العقد الوكالة فكان كل واحد منهما موكلا للآخر في نصيبه فيصرف كل واحد منهما في مال الشركة في بعضه بطريق الأصالة ، وفي بعضه بطريق الوكالة ، وهذه الوكالة إنما تثبت في ضمن عقد الشركة فلذلك يضاف الربح الحال إلى العقد ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة فكان الربح مستنداً إلى العقد بهذا الطريق لا إلى المال كما قالا .

( وإذا تحققت المشاركة [1] في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به ) أي بالتصرف ( وهو الربح بدونه ) أي المستفاد وهو الربح بدون الخلط ( وصار كالمضاربة ) أي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني أن الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال فكذلك في عقد الشركة فلم ينزل من الإشتراك في الربح الاشتراك في اصل المال (فلايشترط اتحاد الجنس ) يعني إذا كان عقد الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المال

---

(١) كذا الأصل ، ومن الهامش — نسخة الشركة .

والتساوي في الربح ، وتصح شركة التقبـــل . قال ولا تجوز الشركة إذا شرط لاحدهمـا دراهم مسماة من الربح لانـــه شرط يوجب انقطـــاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة ، قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ، ولان له أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه

---

( والتساوي ) ولا يشترط التساوي يعني ان الربح في المضاربة مستحق بلا شركة في أصل المال ، فكذلك في عقد الشركة فلم يزل من الاشتراك في الربح الاشتراك في أصل المال فلا يشترط اتحاد الجنس يعني إذا كان عند الشركة كالمضاربة فلا يشترط اتحاد جنس المـــال والتساوي أو لا يشترط التساوي ( في الربح وتصح شركة التقبل ) وإن لم يوجد المال .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا تجوز الشركة إذا شرط لأحدهما ) أي لأحـــد الشريكين ( دراهم مسماة في الربح لأنـــه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه ) أي لعله ( لا يخرج إلا قـــدر المسمى لأحدهما ) فيكون الربح لأحدهما خاصة وهو خلاف تفضي الشركة لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحـــد منهما ( ونظيره في المزارعة ) أي نظير ما قالا من عـــدم جواز الشركة ثابت في المزارعة ، وهو ما إذا شرطا لأحدهما قفزاناً مسماه فهي باطلة لانقطاع الشركة في الخارج إذ من شرط المزارعة أن يكون الخارج مشتركاً بينهما لأنها تنعقد شركة في الانتهاء .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان أن يبضع المال ) من الإبضاع يقال أبضعته إذا رفعت له مالاً يعمل فيـــه ( لأنه ) أي لأن الإبضاع ( معتاد في عقـــد الشركة ،ولأن له أن يستأجر على العمل ) أي مستأجر أجيراً على عمل يحصل منه الربح ( والتحصيل بغير عوض دونه ) أي دون الاستئجار .

فيملكه وكذا له أن يودعه لانه معتاد ، ولا يجد التاجر منه بدأ . قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رض » أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة ، والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وإنما المقصود تحصيل الربح ، كما إذا استأجر بأجرة بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة

---

( فيملكه ) أي فيملك التحصيل بغير عوض وهو الابضاء وفيــــه تحصيل الربح بلا أجر فكان الاستئجار على من ملك الأعلى إلا وفى ( وكذا له ) أي لأحـد الشريكين ( أن يودعه ) أي يودع مال الشركة ( لأنه ) أي لأن الإيداع ( معتاد ) بين التجار ( ولا يجد التاجر منه ) أي من الإيداع ( بدأ ) أى انقطاعاً منه ( قــال ) أى القدورى « رح » ويدفعه مضاربة ) قال الاترازى « رح » ويدفعه بالنصب عطفاً على قوله أن يضع ( لأنها ) أى لان المضاربة ( دون الشركة ) ألا ترى ان المضارب ليس عليه شيء من الرضيعة وأن المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح ، وهذا ظاهر الرواية .

( فيتضمنها ، وعن أبي حنيفة « رح » )أي روى الحسن عنه ( أنه ليس له ذلك ) أى ليس له أن يدفع المال مضاربة ( لانه نوع شركة ) وليس لاحد الشريكين أن يشارك مع غيره بمال الشركة ، فكذا لا يدفعه مضاربة ( والاول أصح ) أي جواز الدفع مضاربـة أصح ( وهو رواية الاصل ) أى المبسوط ( لان الشركة غير مقصودة ) في المضاربة ( وإنما المقصود تحصيل الربح ) وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين .

( كما إذا استأجر ) أحد الشريكين أجيراً ( بأجرة ) ليعمل فإنه يجوز قولاً واحـداً لانه إذا عمد ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شيء ( بل أولى ) جواب إذا ( لانه ) أى لان عقد المضاربة ( تحصيل ) أى للربح(بدون ضمان في ذمته ) أى في ذمه رب المال فكان أولى بالجواز ، وعند الشافعي « رح » لا يجوز للشريك التصرف في نصيب صاحبه إلا بإذنه ، وفي قوله إلا بتصريح في العهد العقد وفي الاظهر يجوز كقولنا ( بخلاف الشركة

حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله . قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك أن يوكل غيره لأنه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله .

---

حيث لا يملكها ) الشريك ( لان الشيء لا يستتبع [1] مثله ) إذ يلزم الحال منه وهو أن يكون مثل الشيء دونه فإن قيل هذا منقوض بالمكاتب فإن له أن يكاتب عنده ، وبالعبد المأذون ، فإن له أن يأذن عبده ، وباقتداء المفترض بالمفترض ، وباقتداء المتنفل بالمتنفل ، مع أن كل واحد منهما مثل الآخر والإمام يستتبع قومه في حق جواز الصلاة وفسادها ولان المثل يرفع المثل كالنص الناسخ برفع النص المنسوخ وهما مثلان . الجواب في المكاتب والمأذون أنهما أطلقا في الكتب وأسبابه ، وليس هذا من قبيل الاستيفاء بل من إثبات الكسب المطلقة لهما .

وأما اقتداء المفترض بمثله فيجوز بالإجماع لقوله عليه السلام الإمام ضامن ، ولان صلاة المقتدى مبنية على صلاة الإمام جوازاً وقضاء بالحديث ، لان يكون صلاة تتبعه صلاة المقتدى ، وأما الناسخ فهو رافع صورة يتعين معنى ، فلم يكن رافعاً في الحقيقة ، فلا يرد نقضاً .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويوكل من يتصرف فيه ) بنصب يوكل عطفاً على قوله إن يضع أي يوكل الشريك من يتصرف في مال الشركة ( لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة ، والشركة انعقدت للتجارة ) للربح ، وكل واحد من الشريكين ربما لا يبيعها له المباشرة تبعاً لها ( بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ) بنفسه ، فلا بد من التوكيل ثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعاً لها بدلالة الحال ، فصار كل منهما كأنه أمر صاحبه أن توكل بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك . ( أن يوكل غيره لأنه ) أي التوكيل بالشراء ( عقد خاص طلب منه تحصيل العين ) أي لتحصيل شيء معين معلوم جنسه وصفته ( فلا يستتبع [2] مثله ) لما ذكرنا أنه يلزم

---

(١) في الاصل لا تستتبع ، وإنما صححت بناء على تصحيح ورد في الهامش .

(٢) في الاصل « فلا يستتبع » وإنما صححت هكذا بناء على تصحيح ورد في الهامش .

قال ويده في المال يـــد أمانة لأنه قبض المـال بإذن المالك ، لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة . قال وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبـــل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن تقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا ، وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأن هذه شركة لا يفيـد مقصودهما وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المـال ، وهـذا لأن الشركة في الربـــح تبتني على

---

فيه الحال ( قال ) أي القدوري « رح » ( ويده ) أي يد كل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ( في المال يد أمانه ) حتى إذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان ( لانه قبض المال بإذن المالك لا على وجه البدل ) أي على وجه إعطاء البدل ، واحترز به عن المقبوض على سوم الشراء ، لأن المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن .

( والوثيقة ) أي على وجه الوثيقة ، واحترز به عن الرهن فإن الرهن مقبوض لاجل الوثيقة ، لان الرهن مضمون بأقل من قيمته ومن الدين ( فكان [1] كالوديعة ) في عـــدم وجوب الضمان ( قال ) أي القدورى « رح » ( وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على أن يقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهمـــا ، فيجوز ذلك ، وهذا عندنا ) أي جواز هذه الشركة عند أصحابنا .

( وقال زفر والشافعي « رح » لا تجوز لأنها شركة لا تفيد مقصودهما ) أي مقصود الشريكين ، وفي بعض النسخ مقصودها أي الشركة أضاف المقصود إلى الشركة ، وإن كان المقصود للشريكين بأدنى بلا نسبة هو ملبس الشريكين فمقد الشركة ( وهو التثمير ) أي المقصود من التثمير وهو حصول الربح ( لأنه لا بد من رأس المال ) للتثمير ( وهذا ) أي قول الشافعي وزفر « رح » لا بد من رأس المـــال ( لأن الشركة في الربح تبتني على

---

(١) فصار — هامش .

الشركة في المال على أصلهما على ما قررناه . ولنـــا أن المقصود منه التحصيل ، وهو يمكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلاً في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ، ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر « رح » فيهما ، لأن المعنـــى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت .

---

الشركة في المال على أصلهما ) أي على أصل زفر والشافعي « رح » ( على ما قررناه ) أي عند قوله وتجوز الشركة وإن لم يخلطا المال ( ولنا أن المقصود منه ) أي من عقد الشركة . ( التحصيل ) أي تحصيل الربح ( وهو ) أي تحصيل الربح ( يمكن بالتوكيل ) أي بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحب مقبول العمل ( لأنه ) أي لأن كل واحد منهما ( لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ) بعقد الشركة حينئذ ، ثم إذا عمل فكل واحد مستحق فائدة عمله ، وهو كسبه ، وإذا عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بالقتل فوقع عمله فكأن الشريك استعان بأجنبي حق عمل ، وهذا جائز لأن المشروط مطلق العمل لا عمل الصلح بنفسه ، فإن القصار إذا استعان بغيره أو استأجر غيره حق عملا يستحق القصار الأجر .

( ولا يشترط فيه ) أي في عقد شركة الصلح ( اتحـاد العمل والمكان ) حتى إذا كان أحدهما قصاراً والآخر خياطاً أو قعداني دكانين جاز عندنا ( خلافـاً لمالك وزفر « رح » فيهما ) لأنه إذا كان العمل مختلفاً ففي كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله ، لأن ذلك ليس من صيغه فلا يحصل المقصود من الشركة .

ولنا ما قاله المصنف بقوله ( لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه ) أشار إلى قوله ولنـــا أن المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل ( لا يتفاوت ) خبر إن ، أي لا يتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافهما فإن قيل قد تقدم أن من الفروع المرتبـــة على أصل زفر والشافعي « رح » في مسألة الخلط أن شركة المستقبل لا تجوز فكيف يصح قول زفر « رح » مع مالك « رح » في جوازها إذا كانت الأعمال منفعة ، أجيب بأن

ولو شرط العمل نصفين والمال أثلاثاً جاز ، وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل ، فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن ، فلم يجز العقد لتأديته إليه ، وصار كشركة الوجوه ، لكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحاً ، لأن الربح عند اتحاد الجنس ، وقد اختلف لأن رأس المال عمل ، والربح مال فكان بدل العمل

---

زفر « رح » له في هذه المسألة أعني الخلط قولان ، فذكر المصنف في تلك المسألة حكم الرواية التي لا يشترط فيها ، ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فيرى ظاهره مناقضاً .

( ولو شرط العمل نصفين ) أي شرط الشريكان في شركة الفصل أن يكون العمل نصفين ( والمال ) أي الربح الحاصل ( أثلاثاً جاز ) استحساناً ( وفي القياس لا يجوز ) وهو قول زفر « رح » (لأن الضمان بقدر العمل ) أي الضمان في كل واحد منهما بقدر عمله ، وعمله في النصف ( فالزيادة عليه ) أي على عمله في النصف ( ربح ما لم يضمن ) لأنه يؤجل الزمان فيما زاد على النصف فيكون شرط فصل الربح ربح ما لم يضمن ، وهو حرام لنهي النبي ﷺ عن ذلك (فلم يجز العقد لتأديته ) أي لتأدية هذا العقد (إليه) أي إلى ربح ما لم يضمن ( وصار كشركة الوجوه ) في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز إلا إذا كان المشتري بينهما على السواء ، وأما إذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضاً .

(ولكنا نقول) بيان وجه الاستحسان (ما يأخذه) أي ما يأخذه كل من الشريكين ( لا يأخذه ربحاً ) أي حال كونه ربحاً ( لأن الربح عند اتحاد الجنس ) أي لأن الربح لا يكون إلا عند اتحاد الجنس ، ولهذا قالوا استأجر داراً بعشرة دراهم ثم أجرها بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما أن الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس ، والجنس فيما نحن فيه لم يتحد .

( وقد اختلف لأن رأس المال عمل والربح مال ، فكان ) أي ما يأخذه ( بدل العمل

والعمل يتقوم بالتقويم ، فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق والربـــح يتحقـــق في الجنس المتفق ، وربـــح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة .

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه ، حتى أن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافـــع بالدفع إليه ، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان ،

---

والعمل يتقوم بالتقويم ) فإذا ضيقا بقدر معنى كان ذلك مهماً تقويماً للعمل ( فيقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم ) لأنه لم يتأد إلا ربح ما لم يضمن ( بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق ) وهو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت أو دنانير .

( والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز ) تقدير هذا الكلام لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وربح ما لم يضمن لا يجوز ( إلا في المضاربة ) أي جاز فيها لوقوعه بمعاملة العمل في جانب المضارب المال في جانب رب المـــال ، وليس واحـــد منهما في شركة الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجوداً فلزم مـــا لم يضمن فلا يجوز .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وما يتقبله كل واحد منهما ) أي من شريك التقبل ( من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى أن كل واحد من الشريكين يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ) أي يطالب الأول بفتح اللام ( ويبرأ الدافع بالدفع إليه ) أي يبرأ الدافع الأجر إلى كل واحد من الشريكين .

وقال الكاكي يجوز أن يراد بالدافع دافع الأجرة إليه ، أي كل واحد منهما ، وهو الظاهر ، ويجوز أن يراد بالدافع كل منهما إليه ، أي إلى صاحب الثوب يعني لو أخـــذ الثوب أحدهما للصبغ ، ثم دفعه إلى صاحبه غير الذي أخذه يبرأ الأخـــذ من الضمان (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها ) وهو العنان ( استحسان ، والقياس خلاف ذلك، لأن الشركة وقعت مطلقة)

والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة تقتضي المفاوضة. وجه الإستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه ، فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل . قال وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما

---

عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت ، وإن لم تذكر الكفالة بمقتضى المعاوضة بدون التصريح .

( والكفالة تقتضي المفاوضة ) فلا يثبت معها ما ليس من مقتضاها بدون التصريح بذكر ( وجه الاستحسان ، أن هذه الشركة مقتضية للضمان ، ألا ترى أن ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ، ولهذا ) أي لكون العمل مضموناً (مستوجب الأجر ) أي مستحق الأجر ( يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه ) أي يقبل صاحبه عليه لو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الاجر ، لان الغرم بالغنم ، فإذا كان كذلك ( فجرى ) أي هذا العقد ( مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل ) وإنما يقال بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين ، لانه فيما عدا ذلك لم يجر هذا العقد مجراه ، حتى قالوا إذا أقر أحدهما بدين من ثمن أشنان وصابون أو أجر أجير بيتاً لمرة مضت لم يصدق على صاحبه إلا ببينة ويلزمه خاصة ، لان التنصيص على مفاوضته لم يوجد، وبقاء الإقرار يوجب المفاوضة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ) يعني بوجاهتهما ، وأمانتهما عند الناس فيبيع الناس فيهما السلعة بالنسبة لامانتهما ، وقال بعضهم إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر إلى صاحبه .

ويبيعا ، فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهـــة عند الناس ، وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال ، وإذا أطلقت تكون عناناً لأن مطلقه ينصرف إليـــه وهي جائزة عندنا خلافاً للشافعي «رح» والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركتنا تقبل . قال وكل واحد منهما وكيـل

---

( ويبيعا ) عطف على قوله أن يشتريا ( فتصح الشركة على هذا ) أي على كونهمـــا مشتريين وجوها (سميت به ) أي شركة الوجوه على تأويل العقد ( لانه لايشتري بالنسيئة إلا من كان له وجاهة عند الناس ) الوجه والجاه بمعنى واحد ، يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه عند الناس . قال الله تعالى ﴿ وكان عند الله وجيهاً ﴾ ٦٩ الاحزاب ( وإنما ) أى شركـــة الوجوه ( تصـــح مفاوضة ) إذا كان الرجلان من أهل الكفالة ( لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الإبدال ) أى الثمن فيكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه ، ويكون المشترى بينهما نصفين ، ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة أو مـــا قام مقـــامه .

( وإذا أطلقت ) أى شركة الوجوه بحيث لم يذكر في الكفالة » ، إذ الوكالة ( تكون عناناً ، لان مطلقه ) أى لان مطلق عقد الشركة الضائع ( ينصرف إليه ) أى إلى العنان، لكون المعتاد بين الناس ( وهي ) أى شركة الضائع ( جائزة عندنا ) وبه قال أحمد «رح» ( خلافاً للشافعي « رح » ) وبقوله قـــال مالك « رح » ( والوجه من الجانبين ) أى من جانبنا وجانب الشافعي « رح » ( ما بيناه في قوله المستقبل ) وهو أن الربح عنده فرع المال ، فإذا لم يعد المال لا تنعقد الشركة ، وقلنـــا إن الشركة في الربح مسندة إلى العقد شركة إلى آخره .

( قـــال ) أى القدوري « رح » ( وكل واحد منهما ) أى من الشريكين ( وكيل

الآخر فيما يشتريه لأن التصرف على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الوكالة، فإن شرطا أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه، وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل أو بالضمان. فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها،

---

الآخر فيما يشتريه، لان التصرف على الغير لا يجوز إلا بالوكالة أو بولاية، ولا ولاية فتعين الاول ) أى الوكالة ( فإن شرطا ) أى الشريكان ( أن المشترى بينهما نصفان والربح كذلك ) يكون بينهما نصفين ( يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه ) أى في الربح فإن شرط لاحدهما الفضل يبطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما.

( وإن شرطا أن يكون المشترى بينهما أثلاثاً فالربح كذلك ) أى يكون أثلاثاً يجعل لما ذكرنا، وهو إشارة إلى المساواة في اشتراط الربح ( وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل أو بالضمان ) أشار بهذا إلى أن الاستحقاق يكون بأحد الأمور الثلاثة ثم أوضحها بقوله ( فرب المال يستحقه ) إلى الربح ( بالمال والمضارب[1] ) أي يستحق المضاربة الربح ( بالعمل والاستاذ الذي ) يحبس الرجل على دكانه وهو تلميذه الذي يعمل له بالأجر، وبعد ذلك ( يلقي العمل ) من الإلقاء ( على تلميذه[2] ) الذي أجلسه على دكانه ( بالنصف ) يعني نصف الربح ( بالضمان ) يعني يطالب الاستاذ بتحصيل ذلك العمل فكأن العمل مضموناً على الاستاذ والقيد بالنصف اتفاقي فإنه يجوز أن يبلغ بأقل من النصف.

( فلا يستحق بما سواها ) أي فلا يستحق الربح بما سوى الثلاثة المذكورة، يعني

---

(١) والمضارب يستحقه. هامش.

(٢) على التلميذ. هامش.

ألا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني ، واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا، والضمان على قدر الملك في المشترى ، وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة . والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لأنه في معناه من حيث أن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه ، فيلحق بها والله أعلم ..

---

الاستحقاق لا يكون إلا بواحد من الوجوه الثلاثة المذكورة دون غيرها ، فإن قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة بزيادة اهتدائه ومتانة رأيه وتدبيره في الأمور العامة والخاصة ، والعمل بالتجارة. أجيب بأن اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل إنما تجوز إذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ها هنا . ( ألا ترى ) توضيح لقوله فلا يستحق بما سواها ( أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لى ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني ) الثانية المذكورة ( واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان ) هذا عود إلى البحث لإتمام المطلوب ، يعني أن صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل ( على ما بينا ) إشارة إلى ما ذكره في شركة التقبل بقوله إن الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز العقد لتأديته إليه وصار شركة وجوه ، وقيل هذا إشارة إلى قوله بخلاف شركة الوجوه ، لأن جنس المال متفق ... إلى آخره، والضمان على قدر الملك يقرر هذا أن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان .

( والضمان على قدر الملك في المشترى فكان [1] الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن، فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة ) فإنه يصح منها لما ذكرنا من وجوه مقابلة بالمال والعمل والوجوه أي شركة ( والوجوه ليست في معناها ) لأن المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين . وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال ( بخلاف العنان لأنه في معناها من حيث أن كل واحد منهما) من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب (يعمل في مال صاحبه) رب المال (فيلحق بها والله أعلم ) أي بالمضاربة.

---

(۱) وكان – هامش .

## فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد ، وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره ، فلا يصلح نائباً عنه

---

**( فصل في الشركة الفاسدة )**

أي هذا فصل في بيان أحكام الشركة الفاسدة ، وأخر الشركة الفاسدة لانحطاطها شرعاً ( ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه ، وعلى هذا ) كله لفظ القدوري « رح » وزاد المصنف عليه بقوله على هذا الحكم ( الاشتراك ) الأخذ ( في أخذ كل شيء مباح ) كاحتباء الثمار من الجبال والبراري كالفستق والجوز واللوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ، ونقل الطين من موضعه لا يملكانه أو الجص أو الملح أو الكحل وما أشبه ذلك وبه قال الشافعي « رح » ، وعند مالك وأحمد « رح » يجوز لأن هذه شركة الابدان فيجوز كما في الصباغين ، وكذلك إن اشتركا على أن يلبنا من طين غير مملوك أو يطبخا آجراً فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكاً واشترطا ذلك وطبخا به ويبيعا جاز وهو شركة الوجوه ( لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح ) هذان دليلان على المطلوب تقرير الأول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لأنه يقتضي صحة أمر الموكل بموكل به ، وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لأنه صادق غير محل ولايته ، وتقرير الثاني التوكل بأخذ المباح باطل . أشار إليه بقوله (والوكيل يملكه بدون أمره) أي بدون أمر الموكل ومن ملك شيئاً بدون أمر الموكل .

( فلا يصلح ) أن يكون ( نائباً عنه ) أي عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف

وإنما يثبت الملك لهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، فإن أخذاه معاً فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ، وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند أبي يوسف « رح » لا يجاوز به

---

فيما هو ثابت للموكل ، وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك بدون أمره لئلا يلزم إثبات الثابت ، فإن قيل يشكل هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه أنه يجوز مع أن التوكيل يملك الشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ، فعلم أنه لا يشترط بصحة التوكيل أن لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل. أجيب بأنه لا يشكل لما أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل بالاحتطاب ، لأن التوكيل في الاحتطاب في الحطب المعين وغيره سواء في عدم صحة التوكيل في أمر مباح لها .

وقال الاكمل وجوابه أن معناه يملك بدون أمر الموكل بلا عقد وصورة النفس ليست كذلك فإنه لا يملكه إلا بالشراء ( وإنما يثبت الملك ) وبما ذكر أن الشركة لا تصح في الأشياء المذكورة شرع في بيان أن ملك هذه الأشياء بماذا يثبت فقال إنما يثبته ( لهما بالأخذ وإحراز المباح ) أراد أن سبب تلك المباحات أخذها وحيازتها ، فكل من قاربه بالسبب فإن بها ( فإن أخذاه معاً ) أي فإن أخذ الأشياء المباح مجتمعين ( فهو ) أي المأخوذ ( بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الإستحقاق ) وهو الاخذ والحيازة .

( وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل ) لوجود السبب فيه أي في الآخذ وهو الاخذ ( وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغاً ما بلغ ) لانه استوفى منافعه بحكم عقد فاسد فلزمه أجر مثله على الكمال (عند محمد « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » لا يجاوز به

نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه ، قال وإذا اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لا تصح الشركة ، والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية ، وإن كان العامل صاحب البغل ، وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل . أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ، وأما وجوب الأجر فلان المباح إذا صار ملكاً للحرز وهو المستقي فقد استوفى

---

نصف ثمن ذلك ) فقوله لا يجوز على بناء المفعول ، ونصف ثمن ذلك بالرفع لانه قائم مقام الفاعل .

( وقد عرف في موضعه ) أي في باب الإجارة الفاسدة وقال الاترازي أي في كتاب الشركة من المبسوط ( وقال ) أي القدوري « رح » ( وإذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه أجر مثل الراوية وإن كان العامل صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر مثل البغل ) أي هذا كلام القدورى « رح » .

فقال المصنف ( أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء ) وقد مر أن الشركة في المباحات باطلة كالاصطياد ، فإذا فسدت الشركة كان الكسب للمنفي خاصة كما في الشركة في الاصطياد فيكون الصيد لمن أخذ وأحمل معنى فيه وهو الأظهر من قول الشافعي « رح » وعلى قياس قول أحمد ومالك « رح » ينبغي أن تجوز ذكره في المغني لابن قدامة ، وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » فيه لأن في قول يصح والثاني أن الكسب للمستقي ، وقال بعض أصحابه إن كان الماء مملوكا للبيهقي فالكسب له وعليه أجر ما حمل عليه ، وإن كان مباحاً فالكسب على الشركة .

( وأما جواب الأجر ) أي أجر مثل البغل أو الراوية لصاحب البغل ولصاحب الراوية ( فلأن المباح إذا صار ملكاً للحرز ) بكسر الراء وهو ( وهو المستقي فقداستوفى

في منافع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكـــل شركة فاسدة فالربح فيهـــا على قـــدر المـــال ، ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره ، كما أن الريع تابع للبذر في المزارعة ، والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الإستحقاق على قدر رأس المال . وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة

---

منافـــع ملك الغير وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمـــه أجره ) الراوية في الأصـــل بغير السقاء لأنه يروي الماء في محله ثم كثر حتى استعمل في المزادة،وهي المرادة ها هنا .

قال أبو عبيدة « رض » المزادة لا تكون إلا من جلدين مقـــام بجلد ثالث بينهما للسقي والجمع للزاد ومزائد ( وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل ) هذا لفظ القدوري « رح » .

قال المصنف ( لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره ) أي تقدير الربح بقدر المـــال ( كما أن الريع ) بفتح الراء وسكون الياء آخر الحروف وبالعين المهملة وهو النماء والزيادة ( تابع للبذر في المزارعة ) كما عرف في موضعه،وقال الأكمل قوله الربح فيه تابع . . إلى آخره فيه نظر لأن الربح عندنا فرع العقد كما مر ، وكل فرع تابع وكونه تابعاً للمال إنما هو مذهب الشافعي كما تقدم ، فكان الكلام متناقضاً ، والجواز أنه تابع للعقد إذا كان العقد موجوداً وهاهنا قد فسد كيد العقد فيكون تابعاً للمال لأنه شرط فإن العلة إذا لم تصح لإضافة الحكم إليها يضاف إلى الشرط .

( والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت ) أي التسمية لفساد العقد لكونـــه واجب الدفع فصار كالتسمية لم يوجد أصلا ( فبقي الاستحقاق على قدر رأس المال ، وإذا مـــات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة ) هـــذا لفظ القدوري « رح » .

لأنها تتضمن الوكالة، ولا بد منها لتتحقق الشركة على مامر، والوكالة تبطل بالموت، وكذا بالالتحاق مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل، ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه لم يعلم لأنه عزل حكمي فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي والله أعلم

---

وقال المصنف ( لأنها ) أي لان الشركة ( تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر ) فيما مضى في هذا الفصل ( والوكالة تبطل بالموت ) أي بموت الموكل ( وكذا) أي تبطل (بالالتحاق ) أي التحاق بدار الحرب حال كونه ( مرتداً إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه ) أي إلحاق على الوجه المذكور ( بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل) أي في باب أحكام المرتدين بقوله ولنا أن باللحاق صار من أهل الحرب لهم أمران فى أحكام الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما هي منقطعة عن الموت .

(ولا فرق بينهما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه ) أي لأن الموت ( عزل حكمي ) لتحول ملكه إلى وارثه فلا يتوقف حكمه على العلم لثبوته ضمناً،ألا ترى أن الوكيل يعزل بموت الموكل وإن لم يعلم به .

( وإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة)ومال الشركة دراهم أو دنانير ( حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي ) أي لأن فسخ أحد الشريكين عزل يقصد فيعتمد العلم لأنه نوع حجر فشرط علمه ثبوت الحجر دفعاً للضرر عنه واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة ، فاذا كان كذلك كانت تابعة لنا ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع. وأجيب بأن الوكالة تابعة للشركة من حيث أنها شرطها لا تصح الشركة بدونها أشار المصنف إلى ذلك أيضاً بقوله ولا بد منها أي من الوكالة لتحقق الشركة ، وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروط بدونه .

## فصل

وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس التجارة ، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته ، فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن ، علم باداء الأول أو لم يعلم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يضمن إذا لم يعلم ، وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه .

---

( فصل )

أي هذا فصل وقد ذكرنا غير مرة أن لفظ إذا فصل عما بعده لا يكون معرباً لأن من شرط الإعراب التركيب فيكون حكمه مثل أحكام الأسماء المفردة إذا ذكرت بغير تركيب ( وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه ) هذا لفظ القدوري « رح » وقال المصنف ( لأنه ) أي لأن دفع زكاة صاحبه ( ليس من جنس التجارة فان أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة « رح » ).

(وقالا لا يضمن إذا لم يعلم ) وإن علم ضمن ، هكذا ذكر في كتاب الزكاة في الزيادات للعتابي لا يضمن وإن علم عندهما وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع ماله إلى رجل ليكفر عنه كفر الآمر بنفسه ثم كفر المأمور ، وعلى هذا الخلاف المأمور بأداء الزكاة وهو إشارة إلى وجوب الضمان ( وهذا ) على الثاني خاصة ( إذا أديا على التعاقب ) يعني أحدهما عقيب أداء الآمر .

( أما إذا أديا معاً ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه ) فان قيل إذا أديا معا ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة « رح » لعدم السبق ، إذ الموكل لم يقع فعلى الوكيل فعلا قلنا إذا الموكل إن لم يسبقه تحقيقاً فقد سبقه اعتباراً أو تقديراً ، لان يصرف الموكل

وعلى هذا الإختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه. لهما أنه مأمور بالتمليك من الفقير ، وقد أتى به فلا يضمن الموكل وهذا لأن في وسعه التمليك لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل وإنما يطلب منه ما في وسعه ، وصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أولا . ولابي حنيفة « رح » أنه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً ، وهذا لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر أنه لا يلتزم الضرر

---

على نفسه أقرب من تصرف الوكيل اليه فيصير سابقاً معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل إذا باعا وخرج الوكيل مع فقد تبع الموكل دون الوكيل .

(وعلى هذا الاختلاف المذكور المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعدما أدى الآمر بنفسه لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به ) أي بما أمر به ( فلا يضمن للموكل . وهذا ) أي عدم ضمانه للموكل ( لان في وسعه التمليك ) من الفقير ( لا وقوعه زكاة لتعلقه بنية الموكل ، وإنما يطلب منه ما في وسعه ) والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فكذا لم يضمن الثاني ، وإن لم يقع ما أداه زكاة .

( وصار ) أي المأمور هنا ( كالمأمور بذبح دم الاحصار إذا ذبح بعدما زال الإحصار وحج الآمر لم يضمن المأمور علم أو لا، ولابي حنيفة « رح » انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى ) بفتح الدال المهملة ( لم يقع زكاة فصار ) أي المأمور ( مخالفاً وهذا ) أي كونه مخالفاً ( لأن المقصود من الأمر إخراج نفسه عن عهدة الواجب ، لأن الظاهر انه لا يلتزم الضرر ) بيانه أن زوال ملكه في بعض ماله ضرر وفي دفع الوكيل سيل الزكاة عند ذلك

إلا لدفـــع الضرر ، وهـذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه فصار معزولاً علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي ، وأما دم الإحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف ، وقيل بينهما فـرق ، ووجهه أن الدم ليس بواجب عليـه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنا الاداء واجب فاعتبر الإسقاط مقصوداً فيه دون دم الإحصار . قال وإذا أذن أحد المتفاوضين

---

وبقاؤه في عهدة الواجب أيضاً ضرر وهو لم يلزم ضرر دفع الوكيل ماله .

( إلا لدفع ضرر آخر ) وهو إسقاط الواجب عن ذمته ، لان المقصود من الأمر بأداء الزكاة إخراج النفس عن عهدة الواجب ( وهذا المقصود حصل بأدائه وعرى أداء المأمور عنه ) أي عن المقصود ( فصار معزولاً علم أو لم يعلم لأنه عزل حكمي ) فلا حاجة إلى العلم ( وأما دم الإحصار ) جواب عن قوله فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار ( فقد قيل هو على هذا الخلاف ) يعني يضمن عند أبي حنيفة « رح » فهذا جواب على سبيل المنع ، ثم أجاب بطريق التسليم بقوله ( وقيل بينهما فرق ) يعني ولئن سلمنـا لا يضمن بالاتفاق ، لكن قيل إن بينهما فرق أشار إلى الفرق بقوله :

( ووجهه أن الدم ليس بواجب عليه ) يعني أن دم الإحصار ليس بواجب لا محالة لانه لو يصبر إلى أن يزول الإحصار لم يطالب بدم الإحصار وهو معنى قوله ( فانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الإحصار ، وفي مسألتنـا ) وهي مسألة الزكاة ( الاداء ) أي أداء الزكاة ( واجب فاعتبر الإسقاط ) أي إسقاط الواجب (مقصوداً فيه) وقد حصل هذا المقصود بأداء الآمر نفسه فعرى فعل المأمور من المقصود فضمن ( دون دم الإحصار ) لأنـه ليس بواجب البتة كما ذكرنا .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (وإذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه أن يشتري جارية

لصاحبه أن يشتري جارية فيطأها ففعل . فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك ، فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة ، وهذا لان الملك واقع له خاصة ، والثمن بمقابلة الملك ، وله أن الجارية دخلت في الشركة على البتات جرياً على مقتضى الشركة ، إذ هما لا يملكان تغييره

---

فيطؤها ففعل فهي له بغير شيء عند أبي حنيفة « ر ح » وقالا يرجع عليه) أي على المأمور (بنصف الثمن ، لأنه ) أي لأن المأمور ( أدى ديناً عليه ) أي على نفسه ( خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة ) تحقيق هذا أن الحاجة إلى الوطء من الحوائج الأصلية إلا أنها ليست بلازمة كالطعام ولم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط بخلاف الحاجة إلى الطعام فإنها لازمة فكانت مستثناة بلا شرط ثم بالتصريح على الوطء التحق بحاجة الطعام ، فوقع شراء الجارية لشركة المشتري خاصة .

(وهذا) بيان بقوله أدى ديناً عليه خاصة (لأن الملك واقع له خاصة) بدليل حل وطئها ( والثمن بمقابلة الملك ) فكان الدين عليه خاصة ( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن الجارية دخلت في الشركة على البتات ) بعصبته عقد المعاوضة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكلما دخل في الشركة فأدى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع على صاحبه بشيء كما لو اشترى الجارية قبل الإذن ، وأدى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله ( جريا على مقتضى الشركة ) أي شركة المفاوضة ، فان ذلك يقتضي دخول ماليس بشيء كالطعام والكسوة بحقها وشرية الجارية ليس بشيء فيدخل تحتها .

( إذ هما لا يملكان ) أي الشريكان ( تغييره ) أي بغير مقتضى شركة مع بقائها

فأشبه حال عـــدم الإذن ، غير أن الإذن يتضمن هبة نصيبه منه ، لان الوطء لا يحل إلا بالملك، ولا وجه إلى إثباته بالبيـع لما بينـــا أنـــه يخالف مقتضى الشركة فأثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الإذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة ، فيقـع الملك له خاصة بنفس العقد ، فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا قضى ديناً عليهما لما بينا ، وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء بالاتفاق ، لانه دين وجب بسبب التجارة ، والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

---

( فأشبه حال عدم الاذن ) أي صار كما لو اشتراها بغير إذن الشريك ، غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه أما من قوله فأشبه حال عـــدم الاذن فكأنه توهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن، وهناك لم يحل وصيها، وبعد الاذن يحل أشار إلى ذلك بقوله (غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك ، ولا وجه إلى إثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة ) إشارة إلى قوله جرياً على مقتضى الشركة ( فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن ) فكأنه قال : إشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك، فجازت الهبة في السابع لأن الجارية مما لا ينقسم .

( بخلاف الطعام والكسوة ) حيث تقع للمشتري خاصة ( لأن ذلك مستثنى عنهـــا للضرورة فيقع الملك له ) أي للمشتري ، وإنما رجع الضمير إليه وإن لم يذكر لظهور فهمه لأن الشهوة قائمة مقام الذكر ( خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة، وفي مسألتنا ) أي فيما اشترى أحد المتفاوضين الجارية للوطء بإذن الآخر ( قضى ديناً عليهما لما بينا ) أنها دخلت في الشركة .

( وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما ) أي الشريكين ( شاء بالإتفاق لأنه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة ) فيطالب المشتري إن شاء وإن شاء يطالب شريكه لأنه كفيل ( فصار كالطعام والكسوة ) أي فصار حكم الجارية المشتراة للوطء بالإذن كالطعام والكسوة المشترك يطالب البائع أيهما شاء ، فإذا استحقت الجارية فعلى الواطىء العقر يأخذ المستحق بالعقر أيهما شاء ، والله أعلم .

# كتاب الوقف

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم بـــه الحاكم أو يعلقه بموته فيقول إذا مت فقـــد وقفت داري على كذا .

---

## ( كتاب الوقف )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوقف ، وقال الشراح كلهم مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال وليس بموجبة كما يبين الوقف في اللغة الحبس من قولهم وقفت الدابة إذا تبعته في السير .

وقال ابن دريد الوقف مصدر وقفت الدابة أقفه وقفاً ووقف بنفسه وقوفاً يتعدى ولا يتعدى ، ومنه وقف الأرض على ولده لأنه جنس الملك عليه ، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وتجمع على أوقاف كوقت يجمع على أوقات ، وقالوا لا يقال فيه أوقفه إلا في لغـة مردية فلسته كذا في الصحاح .

وقال شمس الأئمة الوقف شريعة عبارة عن حبس المملوك عن التمليك من الغير وسيجيء مشروحاً (قال ابو حنيفة «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا ) هذا كلام القدوري «رح» غير أن المصنف «رح» قدم ذكر لفظ أبي حنيفة «رح» ولفظ القدوري «رح» لا يزول ملك الواقف عن الوقف عند أبي حنيفة «رح» إذا مت فقد وقفت داري على كذا ، هذا كلام غير المصنف والباقي مثله ، وفي المحيط لشمس الأئمة الحلواني بشرط جواز الوقف على قول أبي حنيفـة وزفر «رح» أن يكون موصى به حتى لو لم يوصي به لا يصح وتبقى على ملكه جواز له بيعه ، ولو ورث عنه إلا أن يخبر الورثة فيصير جائزاً أو يتأبد الوقف .

وقال أبو يوسف « رح » يزول ملكه بمجرد القول ، وقال محمد « رح » لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه اليه . قال « رح » الوقف لغــة هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى وهو في الشرع عند أبي حنيفة « رح » حبس العــين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية

---

( وقال أبو يوسف «رح» يزول الملك بمجرد القول ، وقال محمـد «رح» لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه ) هذا أيضاً لفظ القدوري ، وهــذا يدل على أن الوقف عندهما جائز في حال الصحة أو المرض ، إلا أنهما اختلفا فيما بينهما ، قال أبو يوسف « رح » يجوز مشاعاً كان أو منوعاً سلمه إلى المتولي أو لم يسلمه شرط التأبيد أو لم يشرطه ، وقال محمد«رح» لا يجوز إلا باستجماع شرائطه وهي ثلاثة أن يكون مقسوماً مخرجاً من يده سلما إلى المتولي وإن شرطا فيه التأبيد وهو أن يجعل آخره إلى سبيل خير لا ينقطع أبداً كذا قال في الاسبيجابي .

( قال ) أي المصنف «رح» ( الوقف لغة ) أي من حيث لغة العرب (هو الحبس يقول وقفت الدابة أو وقفتها بمعنى) أي بمعنى واحد وقد مر الكلام فيه مقتضى (وهو) أي الوقف (في الشرع عند أبي حنيفة «رح» حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ) على الفقراء أو على جهة من سبيل الخيرات ( بمنزلة العارية ) يعني جواز الوقف عند أبي حنيفة « رح» جواز العارية فيرجع فيه ويباع ، وفي شرح الطحاوي الوقف عند أبي حنيفه « رح » على ثلاثة أوجه في وجه لا يجوز وهو ما إذا وقف داره أو أرضه في صحة فـلا يجوز وإن اشترط التأبيد وسلمه إلى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثاً عن الواقف وفي وجه يجوز ، وهذا إذا وقفه في حال حياته وجعل وصيه بعد وفاته فإنه يجوز من ثلث ماله ،وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو ما إذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته .

وروى الطحاوي عن أبي حنيفة « رح » أنه يجوز في هذا كله كالوصية بعد وفاتـه ، وقيل الوقف جائز عند أبي حنيفة «رح» لكن ليس بلازم حتى تجوز اعادته إلى يده ،ولو

ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح، فلا يجوز الوقف أصلاً عنده وهو الملفوظ في الأصل ، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية ، وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث .

---

قضى القاضي بلزومه يلزم بالإجماع لأنه مجتهد فيه ، وعندهما «رح» لازم على كل حال وهو قول الشافعي «رح» .

( ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف أصلاً عنده ) أي عند أبي حنيفة «رح» (وهو الملفوظ في الأصل ) يعني عدم جواز الوقف عنده هو الملفوظ في المبسوط فإنه قال عنه ، فإن أبا حنيفة «رح» لا يجيز ذلك .

وقال قاضي خان وظاهر هذا اللفظ أخذ بعض الناس فقال عند أبي حنيفة لا يجوز الوقف ، وليس كما ظن بل هو جائز عند الكل بالأحاديث المشهورة واجماع الصحابة رضي الله عنهم إلا عند أبي يوسف ومحمد «رح» وعامة الفقهاء « رح » اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك ، فيلزم ولا يملك وهو الأصح عند الشافعي وأحمد «رح» وقال الشافعي في قول وأحمد «رح» في رواية ينتقل إلى مال الموقوف عليه إن كان أهلا للملك لامتناع السابعة ، وعند مالك « رح » هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وقال أبو العباس « رض » من أصحاب الشافعي « رح » وهذا قول آخر للشافعي وأحمد « رح » لأنه ﷺ حبس الأصل وسبل الثمرة .

( والأصح ) أي أن الوقف ( أنه جائز عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية ) فإنها جائزة غير لازمة ، فإذا كان كذلك فتصرف المنفعة إلى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الوقف فله أن يرجع ويجوز بيعه ، ويورث عنه ( وعندهما حبس العين ) أي الوقف حبس العين ( على حكم ملك الله ، فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث ) حاصل

والفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل. لهما قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها، لا يباع ولا يورث ولا يوهب

---

هذا أن تقدير الوقف عندهما أن يقول إزالة العين عن ملكي إلى الله عز وجل وجعلته محبوساً في ملكه، ومنفعته للعباد، وإذا كان تقدير الوقف هذا عندهما أصح ولو لم يكن يوصي به فيلزم ولا يباع ولا يورث.

(واللفظ ينتظمها) أي لفظ الوقف ينتظم أي يتناول ما قال أبو حنيفة «رح» وهو حبس العين على ملك الواقف ويتناول ما قال صاحباه وهو حبس العين على ملك الله (والترجيح بالدليل) أي ترجيح أحد المذهبين على الآخر بالدليل وشرع بعد ذلك في بيان الدليل فقال:

(لهما) أي لأبي يوسف «رح» ومحمد «رح» قوله عليه السلام. (قول النبي ﷺ لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يتصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة «رح» كلهم عن نافع رضي الله عنه عن ابن عمر رضي الله عنه قال أصاب عمر رضي الله عنه بخيبر أرضاً فأتى النبي ﷺ فقال أصبت أرضاً لم أصب مالا قط أنفس منه فكيف تأمرني به قال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق عمر رضي الله عنه أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى، وفي سبيل الله، والمصنف «رح» لاحتاج على من وليها أن تأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير مشمول، وفي رواية البخاري أن هذا المال عما كان نخلا.

وأخرج الطحاوي بإسناده عن نافع عن ابن عمر أن عمر رضي الله عنه استشار النبي ﷺ في أن يتصدق بماله فسمع فقال رسول الله ﷺ تصدق به تقسم ثمره ويحبس أصله لا يباع ولا يوهب .. انتهى.

وفيه نص عليه السلام أن الوقف لازمة الفروع خلافاً لمن يبطله جملة وهو قول شريح «رح» وفيه أن الوقف لا يجوز بيعه ولا هبته، ولا يكون ميراثاً، وفيه أن الوقف يجوز بلفظ حبسه بل الأصل فيه هذا اللفظ لأن معنى الوقف في اللغة الحبس، وفيه أن يقسم الموقف له أن

ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك ، وجعله الله تعالى إذ له نظير في الشرع وهو المسجد

---

يتناول من عليه الوقف بالمعروف ولا يتنـاول أكثر من حاجته هذا إذا لم يعين له الواقف شيئاً معيناً .

فإذا عينه له أن يأخذ ذلك قليلا أو كثيراً ، قوله ثمغ بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم ، وبالعين المعجمة وهي بقعة على نحو سبيل من المدينة ، ويسمع كمب لهافقال البكري مع تلقاء المدينة كان فيها مال لعمر رضي الله عنه فخرج إليه يوماً ففاتتـه صلاة العصر ، فقال اسعلين تمنع عن الصلاة .. أشهدكم أنها صدقة .

وقال الاترازي « رح » وقد وقع سماعنا هنا بلا تنوين ، وقد أثبت في كتب غرائب الحديث المصححة عند الثقات منسوباً وغير منسوب ، كما في وعد ، وقال الكاكي « رح» ونسخة مولانا حافظ الدين بغير تنوين للعلمية والتأنيث .. انتهى .

قلت سبحان الله هذا الكلام منهما كلام من لم يميز بالنحو ، وقد ثبت فيه الأمثل هذا يجوز فيه الوجهان عدم الصرف للعلتين المذكورتين ، وجواز الصرف بسكون وسطه فإنه يقاوم أحد العلتين فبقي الاسم بعلة واحدة ، فلا يمنع من الصرف ( ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه ) أي من الوقف ( ليصل ثوابه إليه ) أي إلى الواقف ( على الدوام ، وقد أمكن دفع حاجته بإسقاط الملك وجعله لله تعالى ) يمكن يكون هذا جواباً عما يقال كيف يلزم الوقف ويخرج عن ملكه لا إلى مالك وتقدير الجواب أنه يمكن أن يدفـع حاجة الواقف عن ملكه بإسقاط عنه ، وجعله لله تعالى فإذا جعـل لله تعالى يلزم ، ويدوم ويصل إليه ثوابه .

( إذ له نظير في الشرع ) هذا أيضاً جواب عما يقال كيف يخرج الوقف عن ملكه ولا يدخل في ملك أحد وهو محال ، وتقدير الجواب أن هـذا له نظير في الشرع ( وهو المسجد ) فإن اتحاد المسجد يلزم بالاتفاق وهو إخراج الملك من المنفعة ، وهو مالك ، ولا يدخل في ملك أحد ، وكالعبد المشترى لخدمة الكعبة ، فإنـه يصح ولا يدخل في ملك

فيجعل كذلك ، ولأبي حنيفة « رح » قوله عليـــه السلام لا حبس
عن فرائض الله تعالى

---

في المبسوط ، ثم للناس حاجة إلى ما يرجع إلى مصالح معايشهم ومعادتهم كسائر الخانات والرباطات ، واتخاذ المقابر ، ويسدلون بالعتق أيضاً ، فإنه إزالة الملك لا إلى مالك ،وصح ذلك على قدر التقرب .

( فيجعل كذلك ) أي فيجعل الوقف كالمسجد ، وفي فتاوى قاضي خان، ولم يأخذ ، والقول قول أبي حنيفة «رح» للآثار المشهورة عن النبي ﷺ والصحابة وتعامل الناس باتخاذ الرباطات والخانات أولها وقف خليل الرحمن صلوات الله عليه فهي باقية إلى اليوم، وكذا أوقاف الصحابة رضوان الله عليهم بمكة والمدينة .

( ولأبي حنيفة قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا حبس عن فرائض الله تعـالى ) هذا أخرجه الدارقطني في مسنده في الفرائض عن عبد الله بن لهيعة عن أخيه عيسى بن لهيعة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قـــال قال رسول الله ﷺ لا حبس عن فرائض الله وعبد الله بن لهيعة وأخوه عيسى ضعيفان ، ورواه ابن أبي شيبـة في مصنفه موقوفاً على علي رضي الله عنه فقال حدثنا هشام عن اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله تعالى إلا إن كان من سلاح أو كراع .

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيـع الحبس هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع، حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن سعد بن عون عن شريح قال جاء محمد ﷺ ببيع الحبس، وأخرجه البيهقي. قوله لا حبس عن فرائض الله تعالى،أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا على مـــا كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوجلة والحاسي ، ويقولون الشرع أبطل ذلك كله ، ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتنـــاول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث إلا مـا قـــام عليه الدليل .

وقال شيخ الإسلام خواهر زادة « رح » الحبس ما كانوا يفعلونه في الإبتداء قبل سورة النساء كانوا يحبسون العين على ملكهم، ويتصدقون بالغلة ويرون أن بيـع الأصل ممتنعاً لمكان

وعن شريح جاء محمد عليه السلام ببيع الحبس ، ولأن الملك باق فيه، بدليل أنه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك ، والملك فيه للواقف ، ألا ترى أن له ولاية

---

الصدقة بالغلة فجاء محمد ﷺ ونسخ هذا وجوز بيعه ، والمعنى هذه المسألة أن هذا تصدق بالغلة المعدومة لا بالعين فلا يمنع البيع ولا الارث إذا لم يكن موصى به قياساً على ما لو قال تصدقت بغلة هذه الأرض على الفقراء والمساكين أبداً .

وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » الاستدلال بهذا الحديث غير مستقيم لأنه إنما يستقيم هذا إذا تعلق به حق الوارث ، فأما إذا كان الوقت قبل التعلق فليس حبس عن فرائض الله كالتصدق بالمنقولات ، فإن قلت قال ابن حزم «رح» قولهم لا حبس عن فرائض الله قول فاسد لأنهم لا يختلفون في جواز الهبة والصدقة في الحياة والوصية بعد الموت ، فكل هذا سقط لفرائض الله .

قلت لا نسلم أن هذه الأشياء سقط فرائض الورثة ، أما الهبة والصدقة فإنها يكونان في حياة الرجل ، ففي ذلك الوقت وفرائض للورثة وأما الوصية فإنهـا لا تنعد إلا عن الثلث ، ففرائض الورثة في الثلثين ، فإن قلت هذا الحديث ضعيف كما مر من جهـة أبي حنيفة « رح » وآخر فكيف يستدل به لأبي حنيفة « رح » .

قلت أخرجه الطحاوي بأتمه بإسناد صحيح ، فقال حدثنا سليمان بن شعيب عن أبي يوسف « رح » عن عطاء بن السائب « رح » قال سألت شريحاً الحديث ، وفيه لا حبس عن فرائض الله ، فإن كان الذي روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ضعيف فهذا الذي روي .

( وعن شريح ) صحيح ، ومع هذا جاء عنه أيضاً ( جـاء محمد عليه الصلاة والسلام ببيع الحبس ) كما ذكرنا وشريح هو ابن الحارث الكندي وهو قـاضي عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم الخلفاء الراشدين المهديين ، ومعنى جاء محمد ﷺ جاء شرعه ببيع الحبس .

( ولأن الملك باق فيه ) أي في الوقف ( بدليل أنه يجوز الإنتفاع بـه ) أي بالوقف ( زراعة وسكنى وغير ذلك ) نحو إسكانه وإجارته كما يشفع بالمملوكات ( والملك فيـه للواقف ) بدليل تصرفه فيه بالأشياء المذكورة، ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن له ولاية

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيها ، إلا أنه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ، ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ، ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك ، ولأنه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الإعتاق لأنه إتلاف ، وبخلاف المسجد لأنه جعل خالصاً لله تعالى ،

---

التصرف فيه بصرف غلاته إلى مصارفها ونصب القوام فيه ) بضم القاف وتشديد الواو جمع قائم بالأمر ، والضمير في مصارفها يرجع إلى الغلات ، وفي منصب القوام فيها إلى المصارف .

( إلا أنه ) أي للواقف ( يتصدق بمنافعه فصار ) أي الوقف ( شبيه العارية ) من حيث أن ملك الغير قائم فيها والغير ينتفع بمنافعها ( ولأنه يحتاج إلى التصدق بالغلة دائماً ) فاستدعى دوام ملك الواقف وهو معنى قوله ( ولا تصدق عنه إلا بالبقاء على ملكه ) وفي بعض النسخ إلا بالبقاء على ملكه .

( ولأنه لا يمكن أن يزال ملكه لا إلى مالك لأنه غير مشروع مع بقائه ) أي مع بقاء ملكه ( كالسائبة ) وهي الناقة التي تسيب لنذر كان الرجل يقول إذا قدمت من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة ، ومعناه أن الوقف بمنزلة تسيب أهل الجاهلية من حين أن العين لا يخرج من أن يكون مملوكاً له منتفعاً به فانه لو سبب دابته لم يخرج عن ملكه فكذلك إذا وقف داره أو أرضه .

( بخلاف الاعتاق ) جواب عما يقال لو كان أزال الملك لا إلى ملك غير مشروع لما جاز العتق ، فلأنه إزالة الملك الثابت في العبد من غير تمليك لأحد فأجاب عنه بقوله ( لأنه إتلاف ) أي إسقاط صفة المملوكية ( وبخلاف المسجد ) وجواب عن قياسهم الوقف على المسجد فأجاب عنه بقوله ( لأنه جعل خالصاً لله تعالى ) أي لأجل أنه جعل خالصاً لله تعالى .

ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصاً لله تعالى . قال « رح » قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه ، وهذا في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه ، أما في تعليقه بالموت فالصحيح أنه لا يزول ملكه ، إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبد فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم ، والمراد بالحاكم

---

( ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا ) أي لا ينتفع به بشيء من منافع الملك وإن كان يصلح لها ، والأصل في الشرع وهو الكعبة ، فانها محرزة عن ملك العباد فألحقت سائر المساجد بها ، والموقف ليس باحالته إلى الله تعالى كما ذكرنا ، وههنا يعني في الوقف ( لم ينقطع حق العبد عنه ، فلم يصر خالصاً لله تعالى فقال ) أي المصنف رحمه الله ( قال في الكتاب ) أي القدوري « رح » في مختصره ( لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بموته ) إلى هنا لفظ القدوري « رح » غير أن فيه لا يزول ملك الواقف عند أبي حنيفة فأسقط المصنف « رح » ذكر أبي حنيفة « رح » .

ثم قال ( وهذا ) أي هذا الذي ذكره القدوري ( في حكم الحاكم صحيح لأنه قضاء في مجتهد فيه ) صورة الحكم إن سلم الواقف ما وقفه إلى المتولي ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعدم اللزوم فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه .

( أما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه ) يعني أن المشايخ اختلفوا على قول أبي حنيفة « رح » فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لأنه وقت خروج الأملاك عن ملكه فالتعليق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول ، وهو الصحيح لأن الوقف يصدق بالعلة وهو ما لا يستدعي زوال أصل الملك .

وقال المصنف « رح » ( إلا انه تصدق بمنافعه مؤبد ) يعني دائما ( فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزم حينئذ [1] ، والمراد من [2] الحاكم ) والذى ذكره القدوري « ر ح »

---

(١) و (٢) كذا الأصل .

المولى ، فأمـــا المحكم ففيه اختلاف المشايخ « رح » ولو وقف في مـرض موتـه . وقال الطحاوي « رح » هو بمنزلـــة الوصية بعد الموت ،

---

( المولى ) بفتح اللام الذي ولاه الإمام عمل القضاء ( فأما المحكم ) بتشديد الكاف المفتوحة الذي ينفذ عليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ( فعنـه [1] اختلاف المشايخ ) قال في كتاب القضاء من خلاصة الفتاوى ، وأما حكم المحكم في اليمين المضافـــة وسائر المجتهدات ، والأصح أن ينفذ ، لكن لا يفتى به ... كذا ذكر في الأقضية .

وقال في الفتاوى الصغرى الحاكم المحكم إذا قضى عليه المحكمين فظاهر الجواب أنـــه ينفذ وجواب فتاوى السمرقندي أنه لا يبعد زجراً لهم عن ذلك وإني أقول لا يحل لأحد أن يفعل ذلك ، يعني في اطلاق المصارف ولا يفتى على هذا ، وحكي عن شمس الأئمـــة الحلواني « رح » أنه قال مسألة الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به ، وكان يقول ظاهر المذهب أنه يجوز ، إلا أن القاضي الإمام الأستاذ « رح » أبا علي البيهقي كان يقول يكتم هـذا الفعل ولا يفتى به لئلا يتطرف الجهال إلى هذا فيؤدي إلى هدم مذهبنا ، فأما المذهب فرق الأول ، إلى هنا لفظ كتاب فتاوى الصغرى .

( ولو وقف في مرض موته قـــال الطحاوي « رح » هو ) أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي « رح » ثم الحجري البصري الطحاوي ونسبه إلى طحا قرية من أعمـــال الأشمونين بالصعيد الأدنى ، الإمام المحدث الفقيه الحنفى ولد في سنة تسع وعشرين ومائتين ومـــات ليلة الخميس مستهل ذي القعدة سنة إحدى وعشرين . وثلاثمائة . بمصر ، ودفن بالقرابة ، ( هو ) أي الوقف ( بمنزلة الوصية بعد الموت ) يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب أبي حنيفة « رح » بخلاف الوقف في الصحة فإنه لا يلزم عنده ، ثم قال الطحاوي « رح » في مختصره وقد روى محمد « رح » عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز منه في مرضه ، كما لا يجوز في صحته ، ثم قال وهو الصحيح على أصوله .

---

(١) « ففيهم » — هامش .

والصحيح أنه لا يلزمه عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يلزمه ، إلا أنه يعتبر من الثلث ، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف « رح » وهو قول الشافعي « رح » بمنزلة الإعتاق لأنه إسقاط الملك عنه، وعند محمد «رح» لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه في ضمن التسليم إلى العبد ، لان التمليك من الله تعالى ، وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ، وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فينزل بمنزلة

---

( والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث، والوقف في الصحة من جميع المال ، وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف « رح » ) أي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقفت ( وهو قول الشافعي « رح » ) وبه قال مالك « رح » وأكثر أهل العلم ، وفي التميمه والفتوى على قول أبي يوسف « رح » ، وفي المحيط السرخسي « رح » ومشايخنا أخذوا بقول أبي يوسف « رح» ترغيباً للناس في الوقف ، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد « رح » .

( بمنزلة الإعتاق ) حيث يزول ملك المعتق بمجرد قوله اعتقت عبدي ( لأنه ) أي لأن الإعتاق ( إسقاط الملك عنه ) عن الملك ( وعند محمد لا بد من التسليم إلى المتولي لأنه حق الله تعالى ، وإنما يثبت فيه ) أي في الوقف ( في ضمن التسليم إلى العبد ، لأن التمليك من الله تعالى وهو مالك الأشياء لا يتحقق مقصوداً ) فيأخذ الملك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض، وقوله وهو مالك الأشياء جملة معترضة بين اسم إن وخبرها .

( وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه ) أي قد يكون التمليك تبعاً لغيره أي ضمنا لأن التمليك من الله قصداً لا يثبت لغادكم من شيء ، بل يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً فيأخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض ( فينزل منزلة

الزكاة والصدقة . قال وإذا صح الوقف على اختلافهم ، وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله ، وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لأنه لو دخل في ملك الموقوف عليه ، لا يتوقف عليه ، بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ، ولأنه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الأول كسائر أملاكه ،

قال « رح » وقوله

---

الزكاة والصدقة ) يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم إلى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه في ضمن التسليم إلى الفقير .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا صح الوقف على اختلافهم ) أي على اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند أبي حنيفة « رح » على رواية الأصل خلافاً لصاحبيه ( وفي بعض النسخ ) أي في بعض نسخ القدوري « رح » ( وإذا استحق مكان قوله ،وإذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه ) خلافاً للشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية .

( لأنه ) أي لأن الوقف ( لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه ) أي على ملكه ، وجاز له إخراجه عن ملكه كسائر أملاكه وهو معنى قوله ( بل ينفذ بيعه كسائر أملاكه ) أي كما ينفذ تصرفه في سائر أملاكه ، ومع هذا لا يجوز لعدم دخوله في ملكه ( ولأنه لو ملكه ) دليل بأن في عدم دخوله في ملكه أي ولأن الموقوف عليه لو ملك الموقوف ( لما انتقل عنه بشرط المالك الأول ) الواقف يعني ما كان يتنقل إلى من بعده ممن شرط الوقف بقوله بعد هذا الموقوف عنه إلى الفقراء رعاية لشرطه ، لكن ليس له ذلك بالإتفاق يدل على انه لا يدخل في ملك الموقوف عليه ( كسائر أملاكه ) أي كسائر أملاك الموقوف عليه .

( قال ) أي المصنف « رح » ( وقوله ) أي وقول القدوري « رح » في مختصره

خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره . قال ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف « رح » لأن القسمة من تمام القبض ، والقبض عنده ليس بشرط ، فكذا تتمته ، وقال محمد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط ، فكذا ما يتم به ،

---

( خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره )[1] يعني أن الوقف عندهما حبس العين على ملك الله تعالى ، وبزوال ملك الواقف عنه إلى الله تعالى ، فلما زال ملك الواقف عندهما يجب أن يكون قوله خرج على ملك الواقف قولهما بخلاف قول أبي حنيفة « رح » ، فإن بالوقف عنده حبس العين على ملك الواقف ، والتصدق بالنفقة .

فإذا كان محبوساً على ملك الواقف لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف ، وعلى مذهب وقال الكاكي « رح » قوله يجب أن يكون قولهما مطلقاً لا يستقيم أجيب عنه قال وإذا صح الوقف الصحة عن اللزوم كالعقود الصحيحة الغير اللازمة من العارية والوكالة والمضاربة فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قوله إذا حكم به فحينئذ خروجه قول الكل .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف « رح » ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » ( لأن القسمة من تمام القبض ) لأن القبض للحيازة وتمام الحيازة مما يقسم بالقسمة ( والقبض عنده ) أي عند أبي يوسف ( ليس بشرط فكذا تتمته ) وهي القسمة وهو كونه مقسوماً مقرراً ، وهذا لأن الوقف إسقاط الملك كالإعتاق ، والشيوع لا يمنع العتاق فلا يمنع الوقف أيضاً يؤيده حديث عمر رضي الله عنه أنه أصاب ما بينه وبينها من خير ، واستأذن النبي ﷺ فيها فأمره عليه السلام بوقفها .

( وقال محمد « رح » لا يجوز لأن أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به ) أي ما

---

(١) ذكره . هامش .

وهذا فيما يحتمل القسمة ، فأما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه يعتبره بالهبة والصدقة المنفـــذة إلا في المسجد والمقبرة ، فإنه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل أيضاً عنـد أبي يوسف « رح » لأن بقـــاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ، ولأن المهايأة فيهما

---

يتم به القبض وهو كونه مقسوماً ، وقال الولوالجي في فتاوى مشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف ومشايخ بخارى « رح » أخذوا بقول محمد « رح » ، ثم قال وبه يفتى ثم قال فإن رفع إلى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل لأنه مختلف فيه فيصير متفقاً عليه باتصال القضاء ، وقال في خلاصة الفتاوى ولو وقفت نصف الحمام جاز يعني بلا خلاف من أبي يوسف ومحمد « رح » لأنه لا يحتمل القسمة فصار كسهم المشاع فيما لا يحتمل القسمة .

( وهذا ) أي وهــذا الخلاف المذكور بين أبي يوسف ومحمد « رح » ( فيما يحتمل القسمة ، وأما فيما لا يحتمل القسمة ) كالحمام والرحى ونحوهما ( فيجوز عند[1] الشيوع عند محمد « رح » أيضاً لأنه ) أي لأن محمداً ( يعتبره ) أي الوقف بالنوع ( بالهبــة ) أي لجواز الهبة المشاعة ( والصدقة المنفذة ) وهي التي سلمت إلى الفقير وجعلت مملوكة له ، وفيه لا يمنع الشيوع ، وكذا في الصدقة الموقوفة ، وهي التي لم يملكها الموقوف عليه إلا إذا تصدق عليه بمنفعتها ( إلا في المسجد والمقبرة ) استثناء من قول أبي يوسف « رح » يعني لا يصح وقف المسجد والمقبرة فيما لا يحتمل القسمة أيضاً بــأن كان الموضع صغيراً لا يصلح بمـــا أراده الواقف من المسجد والمقبرة على تقدير القسمة ، لأن المسجد خالص لله تعالى ، والشيوع بناء في الخلوص، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ وأن المساجد لله ﴾١٨ الجن.

( فإنه لا يتم ) أي فإن الوقف لا يتم ( مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة أيضاً عند أبي يوسف « رح » لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ) كما ذكرناه ( ولأن المهايأة فيهما )

---

(١) مع – هامش .

في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلاً في وقت بخلاف الوقف، لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة، ولو وقف الكل ثم استحق جزءاً منه بطل في الباقي عند محمد «رح» لأن الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض، وقد وهب أو وقف في مرضه، وفي المال ضيق،

---

أي في المسجد والمقبرة ( في غاية القبح بأن يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ إصطبلا في وقت بخلاف الوقف ) أي وقف المشاع، فإنه لا قبح فيه.

( لإمكان الاستغلال وقسمة الغلة ) بين مستحق الوقف وبين صاحب الملك ( ولو وقف الكل ) ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري «رح» وهو أنه وقف عقاراً كله ( ثم استحق جزءاً منه ) بأن مالكه مستحقاً في النصف أو الثلث أو الربع ونحوهما ( بطل ) أي الوقف ( في الباقي ) بعد الاستحقاق ( عند محمد «رح» لأن الشيوع مقارن ) للقبض، لأن حق المستحق كان ثابتاً في الموقوف حال الوقف فلم يتم القبض، وهو شرط عند محمد «رح» فبطل في الباقي لانتفاء الشرط.

( كما في الهبة ) المشاعة لمقارنة الشيوع فيه عند القبض ( بخلاف ما إذا رجع الواهب في البعض ) في النصف مثلا بعد قبض الموهوب له ( أو رجع الوارث في الثلثين ) بأن وهب في مرض موته فمات ورجع الوارث (بعد موت الواهب[1] وقد وهب أو وقف في مرضه ) والحال أن الواهب وهب في مرضه أو الواقف وقف في مرضه ( وفي المال ضيق) أي والحال أن في المال ضيقاً، يعني لا مال سواه لا يسع المال الهبة ولا الوقف، وأصله أن حكم هبة المريض حكمه الوهب حتى يصير خروجها من الثلث، وكذلك الوقف، ثم إن الوارث لما أبطله فيما زاد على الثلث بقي في الثلث صحيحاً، لأن حق الوارث إنما يثبت بعد الموت، فإبطاله بعد الموت في القدر الذي بطل فيقدر على ذلك الوقف ولا يتعين الوقف في الجزاء الشائع.

---

(١) المريض — هامش.

لأن الشيوع في ذلك طارىء ، ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعـــدم الشيوع ، ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة . قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهـة لا تنقطـع أبداً . وقال أبو يوسف « رح » إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدهـــا للفقراء وإن لم يسمهم لهمـــا أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأبد كالعتق ، فإذا كانت الجهـــة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه

---

( لأن الشيوع في ذلك طارىء ) وهذا مجرى الرجوع في الهبـــة ظاهراً ، وكذا في رجوع الورثة ، لأن حقهم يثبت في المال ثم سد فيكون طارئاً ( ولو استحق جزء مميز ) يعني في المسألة المذكورة ( لم يبطل ) أي الوقف ( في الباقي لعدم الشيوع ) لان المفسد هو الشيوع وهو منتف هنا .

( ولهذا جاز في الإبتداء ) أي ولكون استحقاق جزء معين في المكان غير مانع جاز الوقف في ابتداء الأمر لعدم الشيوع المفسد ( وعلى هذا الحكم الهبة والصدقة المملوكة ) أي للفقير ، يعني إذا استحق جزءاً معيناً لا تبطل الهبة والصدقة في الباقي ( قـال ) أي القدوري « رح » ( ولا يتم الوقف عند أبى حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً ) مثل أن يقول علي كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيث ما وجدوا .

( وقال أبو يوسف « رح » إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها ) أي بعد تلك الجهة ( للفقراء وإن لم يسمهم ) مثل أن يثبت على كذا وكذا وعلى أمهات أولاده جاز ، صار بعدهـــا للفقراء ( لهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك ) يعني لا إلى ملك ( وأنـــه ) أي وأن زوال الملك بدون التمليك ( يتأبد كالعتق ) فإنه زوال الملك وهو متأبد .

( فإذا كانت الجهة ) التي عينهـــا الواقف (يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه ) أي على

مقتضاه ، فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كان التوقيت في البيع .
ولأبي يوسف « رح » أن المقصود هو التقرب إلى الله تعالى وهو موفر عليه ، لأن التقرب تارة يكون في الصرف إلى جهة تنقطع ، ومرة بالصرف إلى جهة تتأبد فيصح في الوجهين ،

---

الوقف ( مقتضاه ) وهو التأبيد ( ولهذا كان التوقيت ) في الوقف ( مبطلا له ) أي للوقف كما إذا وقف داره عشرين سنة فلا يجوز ( كالتوقيت في البيع ) إلى عشرة أيام مثلا ، فإن قيل كيف يستقيم قوله إنه زوال الملك بدون التمليك على قول أبي حنيفة « رح » فإن عنده الوقف حبس العين على ملك الواقف ، ولم يزل ملكه ، وهذا تناقض أجيب بأن في المبسوط والذخيرة والتتمة وغيرها جعل زوال الملك بشرط التأبيد قول محمد « رح » خاصة قول أبي حنيفة « رح » .

فعلى ما ذكر في الكتاب جاز أن يكون عند أبي حنيفة « رح » روايتان أو أراد ههنا ما إذا حكم الحاكم بصحته ولزومه فحينئذ يخرج بالإتفاق وفرع أبو حنيفة على قول من يرى خروجه وهو قولهما كما في المزارعة .

( ولابي يوسف « رح » أن المقصود ) من الوقف ( هو التقرب إلى الله تعالى ) بالتصدق بالنفقة ( وهو موفر عليه ) أي بالتقرب إلى الله تعالى موفر على جعل الوقف بجهة تنقطع وبجهة لا تنقطع ( لان التقرب تارة يكون في التصرف إلى جهة تنقطع ومرة في المصرف[1] إلى جهة تتأبد) يعني لا تنقطع (فيصح في الوجهين) فعلى هذا إذا انقطعت الجهة عاد الوقف إلى ملكه إن كان حياً ، وإلى ملك ورثته إن كان ميتاً .

ولقائل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر عن أبي يوسف « رح » لانه قال وصار بعدها للفقراء فإن لم يسمهم وذلك يدل على أن التأبيد شرط ، والجواب أن المروي عن أبي يوسف « رح » أمران أحدهما انه لا يشترط التأبيد أصلا والثاني أنه يشترط، لكن لا يشترط ذكره باللسان.

والمصنف « رح » أشار إلى القول الأول بالتعليل وإلى الثاني بذكر المذهب ، واستدل

---

(١) بالصرف — هامش .

وقيل إن التأبيد شرط بالاجماع إلا أن عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه لما بينا أن إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهـذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وإن لم يسمهم ، وهذا هو الصحيح ، وعند محمد « رح » ذكر التأبيد شرط لأن هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد فلا بد من التنصيص .

قال ويجوز وقف العقار

---

عليه بقوله ( وقيل إن التأبيد شرط بالإجماع ، إلا أن عند أبي يوسف « رح » لا يشترط ذكر التأبيد لأن لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه ) أي عن التأبيد ( لما بينا ) فيما مضى ( أنه ) أي أن الوقف ( إزالة الملك بدون التمليك كالعتق ، ولهذا قال في الكتاب ) أي قال في المختصر القدوري ( في بيان قوله ) أي قول أبي يوسف « رح » ( وصار بعدها للفقراء ، وإن لم يسمهم ) أي الفقراء .

( وهذا ) أي كون التأبيد شرطاً ، وذلك عند غير أبي يوسف « رح » (هو الصحيح، وعند محمد « رح » ذكر التأبيد شرط لأن هذه صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وذلك قد يكون مؤقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف إلى التأبيد ولا بد من التنصيص ) على التأبيد، وفي الذخيرة والأسرار لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة تصير وقفاً بالإجماع ولو لم يقل مؤبدة تصير وقفاً في قول عامة من يجيز الوقف ان الصدقة تثبت مؤبدة لأنها تحتمل الفسخ كالإعتاق، وإذا انقطعت الجهة تصرف إلى المساكين، وبه قال مالك وأحمد في رواية، والشافعي «رح» في قول ، وقال الشافعي « رح » في قول يصرف إلى أقارب الواقف المحتاجين ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي رواية عن أحمد يوضع في بيت المال .

(قال) أي القدوري « رح » ( ويجوز وقف العقار ) هذا لفظ ، وقال المصنف «رح»

لأن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ، ولا يجوز وقف ما ينقل ، ويحول . قال « رح » وهذا على الارسال قول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لأنه تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود ، وقد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ،

---

( لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ) أي العقار وقد مر أن عمر رضي الله عنه وقف أرضاً تسمى ثمغ ، وفي الخلافيات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق أبو بكر بداره بمكة على وليده فهي إلى اليوم ، وتصدق عمر رضي الله عنه بربعه عند المروة على ولده فهي إلى اليوم وتصدق علي رضي الله عنه بأرضه وداره بمصر وبأمواله بالمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بربعه عند المروة وبداره بالمدينة وبداره في مصر على ولده ، فذلك إلى اليوم ، وعثمان رضي الله عنه تصدق بدومة فهي إلى اليوم وعمرو بن العاص « رح » بالوهط بالطائف وداره بمكة والمدينة على ولده ، فذلك إلى اليوم وإلا يحضر في كثير .

( ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول ) هذا لفظ القدوري « رح » ( قال ) أي المصنف « رح » ( وهذا على الإرسال ) أي على الإطلاق ففي قوله في الكتاب ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول مطلقاً من غير ذكر خلاف ( لقول أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف « رح » إذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها ) معوما واكرها بفتح الكاف والرجع الاكار وهو الفلاح ( وهم عبيده ) أي عبد الواقف ( جاز وكذا سائر آلات الحراثة ) أي وكذا يجوز وقف آلات الحراثة مع البقر .

( لأنه ) أي لأن المذكور من هذه الأشياء ( تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود ) وهو الغلة ( وقد ثبت من الحكم تبعاً ) أي بطريق التبعية ( ما لا يثبت مقصوداً ) أي من حيث القصد ( كالشرب في البيع ) أي لجواز الشرب في بيع الأرض ( والبناء في الوقف )

ومحمد « رح » معه فيه لأنه لما جاز إفراد بعض المنقول بالوقف عنده فلأن يجوز الوقف فيه تبعاً أولى . وقال محمد « رح » يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف « رح » معه فيه على ما قالوا

---

أي ولجواز بناء الوقف تبعاً للارض ، ولا يجوز وقفه مقصوداً ( وأبو يوسف « رح » معه ) أي مع محمد « رح » ( فيه ) أي في جواز وقف المنقول .

( لأنه لما جاز إقرار بعض المنقول بالوقف عنده ) أي عند محمد « رح » فيما يتعارف الناس وقفه كالمنشار والفأس والجنازة والمصحف لقراءة القرآن والقدور والمراجيل ، وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز وقفه كوقف الثياب وغيرها من الأمتعة وقال الشافعي « رح » ومالك « رح » وأحمد « رح » يجوز وقف كل ما ينتفع به مع بقاء عينه وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان ، وأما وقف ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فقيل جائز في قول عامة الفقهاء ، وأهل العلم إلا ما حكي عن مالك والأوزاعي « رح » أن وقف الطعام يجوز ، ولم يحكمه أصحاب مالك « رح » وليس بصحيح ، والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي ، أما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي « رح » وعن أحمد « رح » لا يصح وقفها .

( فلأن يجوز الوقف فيه ) أي في المنقول ( تبعاً ) أي من حيث التبعية (أولى) بالجواز ( وقال محمد « رح » يجوز حبس الكراع ) أي الخيل ، قال في ديوان الأدب الكراع الخيل ، وكذا فسره المصنف « رح » على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ، والكراع من البعير والبقر والغنم ما استدق من الساق يذكر ويؤنث والجمع كرع وأكارع .. كذا في الصحاح ، والمراد الأول ( والسلاح ) أي وحبس السلاح أيضاً ، وقال المصنف (معناه) معنى قول محمد « رح » يجوز حبس الكراع والسلاح ( وقفه في سبيل الله عز وجل ، وأبو يوسف معه ) أي مع محمد ( فيه ) أي في الجواز حبس الكراع والسلاح ( على ما قالوا ) أي المشايخ .

---

(١) هكذا في الأصل .

وهذا استحسان ، والقياس أن لا يجوز لما بينا من قبل ، وجـــه الاستحسان الآثار المشهورة فيـه منها قوله عليه السلام وأما خالد فقـــد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى ، وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى ، ويروى وأكراعه

---

( وهذا ) أي جواز حبس الكراع والسلاح ( استحسان ) أي بطريق الاستحسان ( والقياس أن لا يجوز لما بينـــا من قبل ) أي من حبس شرط التأبيد ، لأن المنقول لا يتحقق فيه التأبيد لعدم بقائه ( وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه ) أي في جواز حبس الكراع والسلاح ( منها ) أي من الآثار ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ .

( وأما خالد رضي الله عنه فقد حبس أدرعاً وأفراساً له في سبيل الله تعالى ) هــذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنـه قال بعث النبي ﷺ عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل رضي الله عنه وخالد بن الوليد رضي الله عنه والعباس رضي الله عنه فقـال رسول الله ﷺ مـــا ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ، وأما خالد رضي الله عنه فإنكم تظلمون خالداً رضي الله عنه فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله .. الحديث .

قوله أعتاده جمع قلة عتاد بكسر العين وتخفيف التـــاء المثناة من فوق وهو ما أعده الراجل من السلاح والدواب وآلة الحرب ، ويروى أنه احتبس أدراعه وأعتاده ، وقـال الدارقطني قال أحمد بن حنبل « رح » قال علي بن حفص « رح » وأعتاد وأخطأ فيـــه وصحفه ، وإنما هو أعتده الأدراع جمع درع وهي الزروية ، وقال ابن الأثير وجـــاء في رواية واعبده بالباء الموحدة جمع قلة للعبد ، وقال الكاكي وروي أن خالداً جمع ثلاثمائة فرس في خلافة عمر رضي الله عنه مكتوب على لماذه حبس في سبيل الله .

(وطلحة رضي الله عنه حبس دروعه في سبيل الله تعالى) هذا غريب جداً ليس له أصل (ويروى وأكراعه) والرواية غير صحيحة من وجهين أحدهما أنها لم ينقل عن أحمد «رح» من الرواة الثقات والآخر من جهة اللفظ لأن كراعاً عليه وزن فعال ، ولم يسمع جمعه على أفعال .

---

(١) أمر — هامش .

والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها ، وكذا السلاح يحمل عليها،وعن محمد « رح » أنه يجوز وقف ما فيــــه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف ، وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس إنمـــا يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ، ومحمد « رح » يقول القياس قـــد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقد وجد التعامل في هذه الأشياء .

---

( والكراع الخيل ويدخل في حكمه الإبـــل ، لأن العرب يجاهدون عليهـــا ) . وقال الانبـــاري كان القياس أن يقول في حكمها لأن الكراع مؤنث سماعي ، قلت يجوز في المؤنث السماعي التذكير بالنظر إلى ظاهر اللفظ ( وكذا السلاح يحمل عليهـا ) أي كما يقوى عليها محمد عليه السلام أيضاً فيحبس كذلك ( وعن محمد « رح » أنه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات، كالفأس والمر ) بفتح الميم وتشديـد الراء هو الآلة التي يعمل بها في الطين ( والقدوم ) بفتح القاف وضم الدال المخففة لا غير ، وجمعه قدم قاله ابن ذرين وهي التي فتحت بها .

( والمنشار ) بكسر الميم الآلة التي ينشر بها الخشب ( والجنازة ) بكسر الجيم وهي التي يحمل عليها الميت ( وثيابهـــا ) أي ثياب الجنازة ، وهي التي تغطى بهـــا الجنازة ( والقدور ) جمع قدرة ( والمراجل ) بالجيم جمع مرجل وهو قدر من نحـاس ، كذا في ديوان الادب . وقـــال ابن دريد المرجل بمعروف عرفي صحيح ، قلت الفرق بين القدرة والمرجل أن المرجل لا يكون إلا من نحاس ، فالقدرة قد تعمل من طين ويسمى المبيرام.

( والمصاحف ) جمع مصحف وهو مشهور ( وعنـد أبي يوسف « رح » لا يجوز لان القياس إنما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليـه ) أي على النص ( ومحمد « رح » يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع ، وقـد وجد التعامل في هذه الأشياء) أي في وقف هذه الاشياء المذكورة كالفأس والمر إلى آخره .

وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف ، وهذا صحيح لأن كل واحد تمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة ، وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد « رح » وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ،

---

( وعن نضر بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف ) أي لاجل إلحاق وقف الكتب يجوز وقف المصاحف ، وقال صاحب التحفة ، وعن نضر بن يحي أنه وقف كتبه على أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال في النوازل سئل أبو نصر عن رجل وقف الكتب قال كان محمد بن سلمة « رح » لا يجيزه وكان نضر بن يحى يجيزه وقد وقف كتبه وقال الفقيه ، وكان أبو جعفر يخبر ذلك وبه يأخذ ، إلى هنا لفظ كتاب النوازل ، ونضر بن يحيى من كبار علمائنا في بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين ، وكان تلميذاً للحسن بن زياد ، ومات الحسن سنة أربع ومائتين ، وهو تلميذ أبي حنيفة ومحمد بن سلمة « رح » مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين ، وأبو نصر محمد بن سلام مات سنة خمس وثلاثمائة وأبو جعفر الهنداوي مات ببخارى سنة ست وستين وثلاثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان استاذ الفقيه أبي الليث كان أبو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعاً ، وهما تلميذا عصام ابن يوسف القاضي ومات عصام ببلخ سنة خمس عشرة ومائتين .

( وهذا صحيح ) أي قول نصر بن يحيى صحيح ( لأن كل واحد ) أي من الكتب ( يمسك ) على صيغة المجهول ( للدين ) أي لأجل مصالح الدين معلماً أي من حيث ( تعليما وتعلماً ) أي من حيث التعليم ( وقراءة ) أي من حيث القراءة ( وأكثر فقهاء الأمصار على قول محمد « رح » ) في جواز وقف الأشياء المذكورة ، وفي فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ في وقف الكتب وجوزه الفقيه أبو الليث ، وعليه الفتوى .

( وما لا تعامل فيه ) أي والذي لا يتعامل الناس فيه الوقف من المنقولات كالثياب والحيوان ( لا يجوز وقفه عندنا ، وقال الشافعي « رح » كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ) احترز به عن الدراهم والدنانير ، فإن الإنتفاع الذي خلقته الدراهم والدنانير لأجله

ويجوز بيعه ويجوز وقفه لأنه يمكن الانتفاع به فأشبه العقار والكراع والسلاح . ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد منـــه على ما بيناه ، فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على أصـــل القياس ، وهذا لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين ، فكان معنى القربة فيهما أقوى

---

وهو الثمنية لا يمكن سهماً مع بقاء أصله في ملك .

( ويجوز بيعه ) إحترز به عن حمل الناقة والجارية فإنه لا يجوز بيعـــه ، فكذا وقفه عنده أيضاً ، وقوله ( ويجوز وقفه ) خبر قوله كلما يمكن ( لأنه يمكن الإنتفاع بـــه ، فأشبه العقار والكراع والسلاح ) ووجه أن الأصل لا يجوز وقف الكراع والسلاح ، أي فأشبه مـــا ينتفع به مع بقاء أصله العقار في صحة وقفه ( ولنا أن الوقف فيه ) أي في النقول التي ذكره .

( لا يتأبد منه ) أي والحال لا بد من التأبيد ، وما لا يتأبد لا يجوز وقفه ( على ما بيناه ) فيما حق من اشتراط التأبيد ( فصار ) أي كل ما ينتفع به مع بقاء أصله ( كالدراهم والدنانير ) في عدم الجواز (بخلاف العقار) فإن فيه التأبيد وإن لم يذكر ولم يشترط ( ولا معارض من حيث السمع ) جواب عن قوله فأشبه العقار والكراع والسلاح أيضاً كالدراهم والدنانير كونه يعارض وأرجح من حيث السمع .

( ولا من حيث التعامل ) جواب عما يقال ترك الأصل في الكراع والسلاح معارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المرد القدوم وغيرهما فليكن صورة النزاع مقيـــد على ذلك ووجه أن لها معارض من حيث التعامل وليس بموجود في صورة النزاع كالعبيـــد والإماء والثياب والبسط وأمالها ( فبقي على أصل القياس وهذا ) استظهـــار على أن إلحاق غير العقار والكراع بهما غير جائز فقال ( لأن العقار يتأبد والجهاد سنام الدين ) أي معظم الدين لأنه من فروض الكفاية وسنام البعير معروف .

( فكان معنى القربة فيهما ) أي في الكراع والسلاح ( أقوى ) لأن الكراع آلة الجهاد ،

فـــلا يكون غيرهما في معناهما . قال وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعاً عنـــد أبي يوسف « ر ح » فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته، أما امتناع التمليك فلما بينا . وأما جواز القسمة فلأنها تميز وافراز

---

الذي هو فرض كفاية ، والقربة بسائر المنقولات تطوع ( فلا يكون ) في معناه فلا يكون ( غيرهما ) أي غير الكراع والسلاح ( في معنـاهما ) يقولهما ولم ينكر التعامل اعتماداً على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك في العبد ، قال صاحب المحيط وقف مائة وخمسين ديناراً على مرضى الوصية تصح وتدفع الذهب إلى إنسان بمضاربة يتعلمهـــا يستعملها ويصرف الربح ، وفي المحيط ، و كذلك وقف الدراهم ، والمكيل والموزن ، قال تاج الدين « رح » لا يجوز صرف الأودية الموقوفة في الماشان إلى الغنى ، ولا يجوز وقف الأودية فيـــه إلا إذا ذكر الفقراء ، ولو قال على الفقراء والأغنيـــاء يجوز ، وتدخل الأغنياء تبعاً .

( قال ) أي القدوري ( وإذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه إلا أن يكون مشاعاً عند أبي يوسف « رح » فيطلب الشريك القسمة ، فيصح مقاسمته ) إلى هنا لفظ القدوري « رح » ، وقال المصنف « رح » ( أما امتناع التمليك فلما بينا ) أشار به إلى ما ذكر في أوائل الكتاب من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدقا بأصلها لا تباع ولا تورث ولا توهب ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بـدون التمليك وهذا قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخرة لجهة لا يقطع أبداً ، ويجوز أن يكون إشارة إلى ما ذكر من المعنى بقوله ولأن الحاجة ماسة إلى آخره ، وقوله إلا أن يكون مشاعاً استثناء من قوله لم يجز بيعه وهو منقطع أو متصل لأن معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كأنه بيع الساعة .

( وأما جواز القسمة فلأنها ) أي فلأن القسمة ( تميز وإفراز ) أي تميز للحوق ، وإفراد

غاية الأمران الغالب في غير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف، فلم يكن بيعاً وتمليكاً، ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له، فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسِماً ومقاسَماً، ولو كان في القسمة فضل دراهم إن أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف، وإن أعطى الواقف جاز

---

كل نصيب منه والممنوع التمليك لا الإفراد ( غاية الأمران الغالب في غير المكيل والموزون يكون بمعنى المبادلة ) وهي في العقار والعروض والحيوانات للتفاوت المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت، فإن الإفراد هو الغالب منها.

( إلا أن في الوقف جعلنا الغالب معنى الإفراز نظراً للوقف ) في حق الفقراء ( فلم يكن ) القسمة فيه ( بيعاً وتمليكاً ) فرع المصنف على مسألة القدوري فقال ( ثم إن وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه ) لأن القاضي ( لأن الولاية إلى الواقف وبعد الموت إلى وصيه وإن وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي أو يبيع ) أي الواقف ( نصيبه الباقي ) من العقار وهو النصف ( من رجل ثم يقاسمه الواقف المشتري ثم يشتري ذلك منه لأن الواحد لا يجوز أن يكون مقاسماً ) بكسر السين ( ومقاسماً ) بفتح السين، لأن القسمة تجرى بين اثنين، فلا يتأتى في واحد.

( ولو كان في القسمة فضل دراهم ) بأن يكون أحد النصيبين أجود من الآخر فجعل بأن الجودة دراهم ( إن أعطى ) أي المشتري ( الواقف ذلك ) أي فضل دراهم ( لا يجوز لامتناع بيع الوقف ) لان الاخذ للدراهم إذا كان الواقف يصير بائعاً بعض الوقف، فلا يجوز بيع الوقف ( وإن أعطى الواقف ) أي وإن أعطى الواقف الشريك ( جاز ) لان

ويكون بقـــدر الدراهم شراء . قال والواجب أن يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط لأن قصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمة إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ، ولأن الخراج بالضمان .

---

الواقف مشتري لا بائع ، فكأنـــه اشترى بعض نصيب شريكه لوقفه ( ويكون بقدر الدراهم شراء ) أي يكون للمشتري وليس بوقف ، كذا في الفتاوى الظهيرية والكافي ، وفي النهايـــة ويصير الواقف مشترياً بمقابلة الدراهم وقفـــاً أي كذلك الشيء الذي اشتراه فيجوز .

( قال ) أي القدوري ( والواجب أن يبتدىء من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك أو لم يشترط ) إلى هنا كلام القدوري ثم قـال المصنف ( لان القصد الواقف صرف الغلة مؤبداً ولا تبقى دائمـــة إلا بالعمارة فيثبت شرط ) الواقف والعمارة اقتضى ضرورة التصدق وأيما ( ولان الخراج بالضمان ) معناه الغلة سبب أن ضمنت وقد مر بيانه في أول كتاب اللقيط يعني لما كان صلة الوقف للموقوف عليهم كانت العمارة أيضاً عليهم .

وقال الاكمل رحمه الله قوله الخراج بالضمان لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم لإجراء معارضة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مرة مقابلة منفعته ، ومعناه ما ذكرناه الآن ولم يبين أصلا الحديث فنقول حديث أبو عبيدة رضي الله عنه في كتاب غريب الحديث عن مروان العراري عن ابن أبي ذيب عن مملة بن حقاق « رح » وعن عروة رضي الله عنه ، وعن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قضى أن الخراج بالضمان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فعله ثم لحديد غنياً كان عند البائع فقضى أنه يرد العبد على البائع بالعيب ، ويرجع بالثمن فيأخذه ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج ، وإنما طابت له الغلة لانـــه كان ضامنا للعبد ، ولو فات من مال المشتري لانـــه في يده إلى هنا لفظ أبي عبيـــد .

وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته ، فإنها على الموصى له بها ، ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر لهم وأقرب أموالهم هـــذه الغلة فيجب فيها ، ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهو في ماله أي ماله شاء في حال حياته ، ولا يؤخذ من الغلة لأنه معـــين يمكن مطالبته ، وإنما تستحق العمارة عليه بقدر ما تبقى الموقوف على الصفة الذي وقفه ، وإن خرب يبنى على ذلك الوصف لأنهـــا بصفتها صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه . فأما الزيادة على ذلـــك فليست بمستحقة عليه ، والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها إلى شيء آخر

---

( وصار ) أي حكم ( كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها ) أي فإن نفقته ( على الموصى له بها ) أي بالخدمة ، لان الغرم بإزاء الغنم والخراج بالضمان (ثم إن كان الوقف على الفقراء ، ولا يظفر بهم ) أي بالفقراء والظفر الفوز ، وإنما لا يظفر بهم لانهم لا يحصون .

( وأقرب أموالهم هذه الغلة فيجب فيها ) أي فتجب العمارة في الغلة ( ولو كان الوقف على رجل بعينه وأخره للفقراء فهي ) أي العمارة ( في ماله شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة ) أي لا يؤخذ منها صاحبها لأنه قال في مال أي مال شاء ، وهذه الغلة أيضاً من ماله ، فلو لم يفد بذلك فمقتضى كلامه قاله الأكمل .

( لأنه ) أي لأن الموقوف عليه معنى ( معين يمكن مطالبته ، وإنمـــا تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه ، وإن خرب ) أي الوقف (يبنى على ذلك الوصف) أي الذي كان الواقف وقفه عليه ( لأنها ) أي لأن العمارة ( بصفتهـــا صارت غلتها مصروفة إلى الموقوف عليه ، فأما الزيادة على ذلك ) أي على الوصف الذي وقف الواقف بذلك الوصف .

( فليست ) أي الزيادة ( بمستحقة ) أي على الموقوف ( عليه والغلة مستحقة له ) أي للموقوف عليه ( فلا يجوز صرفهـــا ) أي صرف ما يستحقه ( إلى شيء آخر ) من زيادة

إلا برضاه . ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك ، والأول أصح لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته. فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلاً والأول أولى

ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف

---

العبارة ( إلا برضاه ) أي برضاء الموقوف عليه ( ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك ) أي لا تجوز الزيادة على البناء على الصفة التي وقفه الواقف عليها ( عند البعض ) أي بعض المشايخ .

( وعند الآخرين يجوز ذلك ) أي ما يعمل من الزيادة ( والأول ) أي عدم جواز الزيادة في البناء ( أصح ) مما قاله البعض ( لأن الصرف إلى العمارة ضرورة إبقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة ، وإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان على ما مر ) عن قريب ( وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته ) نفقته تجب عليه لأن الغرم بالغنم .

( فإن امتنع ) أي ولده ( من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمرها بأجرتها ، وإذا عمرها ردها إلى من له السكنى لأن في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لأنه لو لم يعمرها ) أي القاضي ( تفوت السكنى أصلاً والأول ) أي عمارة القاضي الوقف بالأجرة ( أولى ) من البطالة ، لأنه يفضي إلى استيصال حق السكنى .

( ولا يجبر الممتنع ) أي عن العمارة من الموقوف عليهم ( على العمارة لما فيه من إتلاف

ماله فأشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ، فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز التردد ، ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك . قال وما انهدم من بناء الوقف وآلتــــه صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليه ،

---

ماله ) بالنفقة على العمارة فله الامتناع من الضرر وهو إتلاف ماله ( فأشبه امتناع ) حـال هذا الممتنع ( صاحب البذر في المزارعة ) بأن عقد اثنان عقد الزراعة وما في عليه البذر، ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر ، وهو إتلاف ماله .

( ولا يكون امتناعه ) من العمارة ( رضا منه ببطلان حقه ، لأنه في حيز التردد ) أي في ناحية التردد ، وذلك لأنه يحتمل أن يكون امتناعه لعدم القدرة بعدم النفقة ، ويحتمل أن يكون لرجائه إصلاح القاضي ومؤمته ، ويحتمل أن يكون لإبطال حقه بالنزول عنه، فلما ترددت الدلالة لم يثبت الرضى بالشك .

( ولا يصح إجارة من له السكنى لأنه غير مالك ) للعين لأن الإجارة تملك المنافـــع بعوض ، والتمليك إنما يتحقق من المالك ، وهنا من لــــه السكنى ليس بمالك للسكنى ، وإنما تجب منفعة السكنى ليسهل الثواب الواقف ، ونوقض بالمستأجر فـإن له أن يؤجر الدار وليس بمالكها ، وأجيب بأنه مالك المنفعة ، ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقدمقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ، ومن له السكنى أقيمت له النفقة ، ولهذا لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء العقد مقام المنفعة في ابتداء الوقف ، ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره .

( قال ) أي القدوري ( ومن هدم من بناء الوقف وآلته ) قال صاحب النهاية قولـه وآلته يحتمل أن يكون مجروراً بالعطف على النبي بمعنى ما انهدم من آلة الوقف بأن يلي خشب الوقف ، وقيد ويحتمل أن يكون مرفوعـاً بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لأنه لا يقال انهدمت الآلة ( صرفه الحاكم في عمارة الوقف إن احتاج إليـه ،

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف، فإن مست الحاجة إليه في الحال صرفها فيها وإلا أمسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود، وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعين وصرف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل.

ولا يجوز أن يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لأنه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه، وإنما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم.

---

وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج إلى عمارته فيصرفه فيه لأنه لا بد من العمارة ليبقى) أي الوقف (على التأبيد فيحصل مقصود الواقف، فإن مست الحاجة إليه) أي إلى أن يعمر الوقف (في الحال صرفها) أي إلى ما انهدم من البناء وآلته (فيها) أي في العمارة (وإلا أمسكها) أي إن لم يمس الحاجة إلى العمارة في الحال سلمها (حتى لا يتعذر عليه) أي على الحاكم.

(ذلك) أي الصرف (أوان الحاجة) أي وقت الاحتياج (فيبطل المقصود) من الوقف (وإن تعذر إعادة عينه) أي عين ماانهدم (إلى موضعه بيع) أى باعه القاضي (وصرف ثمنه إلى المرمة) أي إلى الإصلاح، يقال رم البناء يرمه رما ومرمه إذا أصلحه (صرفاً للبدل) وهو الثمن (إلى مصرف المبدل) وهو الوقف (ولا يجوز أن يقسمه) هذا لفظ القدورى، وقال المصنف (يعني النقض) بضم النون وسكون القاف بمعنى المنقوض، وهو اسم للبناء المنقوض (بين مستحقي الوقف) من تتمة كلام القدورى، والنون فيه سقطت الإضافة.

(لأنه) أي لأن النقض (جزء من العين) أي من عين الوقف (ولا حق للموقوف عليهم فيه) أي في النقض (وإنما حقهم) أى المستحقين (في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف إليهم غير حقهم) لما فيه من الظلم، فلا يجوز.

قال وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عنـــد أبي يوسف ، قال « رض » ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية إليه ، أما الأول فهو جائز عند أبي يوسف « رح » ، ولا يجوز على قياس قول محمد « رح » وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي « رح » ، وقيل إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز ،

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه جاز عند أبي يوسف « رح » ) وبـــه قال أحمد « رح » وابن أبي ليلى الزهري وابن شريح من أصحاب الشافعي « رح » ( قال ) أي المصنف « رح » ( ذكر ) أي القدوري ( فصلين ) أحدهما هو ( شرط الغلة لنفسه ) والآخر هو قوله ( وجعل الولاية إليه ) أما ( الأول ) وهو جعل الغلة لنفسه ( فهو جائز عند أبي يوسف « رح » ) وقال الولوالجي « رح » في فتـاواه ومشايخ بلخ « رح » أخذوا بقول أبي يوسف « رح » والصدر الشهيد « رح » أيضاً كان يفتي به أيضاً ترغيباً للناس في الوقف .

( ولا يجوز على قياس قول محمد « رح » وهو قول هلال الرازى « رح » وبـــه قال الشافعي « رح » ) وبـــه قال مالك وهلال الرازى هو هلال الرازى وأضيف هلال إلى الرازى لكونه من أصحاب الرازى ، وفي المغرب الرازى تصحيف . قلت مـــا وقع في نسخ الهداية إلا الرازى ، والصواب ما قاله صاحب المغرب وهو هلال بن يحي البصرى هو من أصحاب يوسف بن خالد السمتي البصرى « رح » وهو من أصحاب أبي حنيفة « رح » ووصية أبي حنيفة « رح » مشهورة يجب حفظها لكل فقيه ، وقيل إن هلالاً أخذ الفقه عن أبي يوسف « رح » وزفر « رح » أيضاً .

( وقيل إن الاختلاف بينهما ) أي بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( بنـاء على الاختلاف في اشتراط القبض والإفراز ) يعني عنـــد أبي يوسف « رح » لا يشترط ذلك خلافاً لمحمد ، فلا جرم أبو يوسف « رح » صح شرط الغلة لنفسه لأنـــه لا يشترط القبض

وقيل هي مسألة مبتدأة ، والخلاف فيا إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعـــد موته للفقراء ، وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء ، ولو وقف وشرط البعض أو الكل لأمهـــات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء ، فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقـــد قيل هو على الخلاف أيضاً وهو الصحيح ، لأن اشتراطه لهم في حياته كاشتراطه لنفسه وجـــه قول محمد « رح » أن الوقف تبرع على وجـــه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض أو الكل

---

والإفراز ومحمد « رح » لم يصححه لأنه لا بشرطها ( وقيل هي مسألة مبتـــدأة ) يعني الخلاف واقع فيها ابتداء ، وقال الهندواني ليس في هذا رواية ظاهرة عن محمد « رح » إلا شيء ذكره في كتاب الوقف قال إذا وقف على أمهات أولاده جـــاز لأن الوقف عليهن بمنزلة الوقف على نفسه لأن ما يكون لأم ولده حـــال حياته يكون له .

( والخلاف ) أى بين أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( فيا إذا شرط البعض لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء، وفيا إذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء ) هكذا ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني ( ولو وقف وشرط البعض أو الكل ) أى بعض الغلة أو كلها ( لأمهات أولاده ومدبريه ماداموا أحياء ، فـــإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين ، فقد قيل يجوز بالاتفاق ، وقـــد قيل هو على الخلاف أيضاً ) عند أبي يوسف « رح » يجوز وعند محمد « رح » لا يجوز .

( وهو الصحيح ) احترازا عن القول الأول هو القول بالجواز بالإتفاق، ولكنه مخالف لرواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان ، فإن فيها جعل جواز الوقف عليهن بالإتفاق ( وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذى قدمناه) أشار به إلى قوله لا بد من التسليم إلى المتوسط ( فاشتراط البعض ) أى بعض الغلة ( أوالكل )

لنفسه يبطله ، لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة ، وشرط بعض بقعة المسجد بنفسه ، ولأبي يوسف « رح » ما روي أن النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته ، والمراد منها صدقته الموقوفة ، ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط ، فدل على صحته ، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

---

أو اشتراطه كل الغلة ( لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق ) لأنه جعل فقه ملك فقه لنفسه .

( فصار ) أى حكم هذا ( كما في الصدقة المنفذة ) فإنه لا يجوز أن يسلم قدراً من ماله على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له ، فهذا الشرط باطل ( وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ) بالجر عطفاً على الصدقة المتعذرة بأن وقف مسجداً وشرطه أن يكون البعض من نفقة المسجد له فهذا غير جائز .

( ولأبي يوسف « رح » ما روى ان النبي ﷺ كان يأكل من صدقته ) هـذا غريب ليس له أصل النعم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه في باب الأحاديث التي اعترض بها على أبي حنيفة « رح » ، حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه أخبرني حجة الدري قال صدقة النبي ﷺ يأكل منها أهلها بالمعروف (والمراد منها صدقته الموقوفة) بمعنى معنى قوله كان من صدقته الموقوفة وصحة هذا المعنى على صحة هذا الحديث المذكور فلم يصح ، وقد قال الأترازي « رح » وجه قول أبي يوسف « رح » ما رواه زيد بن ثابت رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان يأكل من صدقتــه ذكر الحديث شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه .. انتهى .

قلت هذا لا يغني شيئاً في الاستدلال على المدعي ( ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط ) لأن أكل الواقف لا يخلو من أحد الأمرين إلا أن يكون شرطاً أولا ، والثاني لا يحل بالإجماع فتعين الأول ( فدل على صحته ) أي صحة الشرط ( ولان الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى

على وجه القربة على ما بيناه ، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكاً لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه، وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة ، وشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ، ولأن مقصوده القربة ، وفي التصرف إلى نفسه ذلك . قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ، ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز

---

على وجه القربة على ما بيناه ) إشارة إلى ما ذكر عند قوله ، ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً بقوله لما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وإلى قوله لابي يوسف أن المقصود هو المعتبر فعلم من هذا المجموع أن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة .

( فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله ) أي في الخان ( او يشرب منه ) أي من السقاية ( أو يدفن فيه ) أي في المقبرة ويذكر الضمير في الموضعين باعتبار المذكور .

( ولان مقصوده ) أي مقصود الواقف ( القربة وفي التصرف إلى نفسه ذلك ) أي حصول التقرب ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( نفقة الرجل على نفسه صدقة ) هذا الحديث رواه ابن ماجة من حديث لمقدام بن معد يكرب عن النبي ﷺ قال ما من كسب الرجل كسباً أطيب من عمل بدنه وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة وروى ابن حبان عن أبي سعيد عن النبي ﷺ قال أيما رجل كسب مالاً من حلال فأطعمه لنفسه أو كساها فمن دون خلق الله تعالى فان له به زكاة ، ورواه الحاكم في مستدركه وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

(ولو شرط الواقف أن يستبدل به) أي بوقفه ( أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز )

عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « رح » الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف « رح » وعند محمد « رح » الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا ، وأما فضل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف « رح » وهو قول هلال أيضاً وهو ظاهر المذهب ، وذكر هلال في وقفه ، وقال أقوام إن شرط الواقف

---

والشرط باطل وبه قال الشافعي وأحمد « رح » والقياس لا يجوز الوقف والشرط وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية ، وفي الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استدلال الوقف باطل لا رواية .

(عند أبي يوسف «رح» ومحمد «رح» الوقف جائز والشرط باطل ، ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف « رح » ) كما هو مذهب في التوسع في الوقف ، وإنما قيد بقوله ثلاثة أيام لتكون مدة الخيار صدقة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول أبي يوسف « رح » أيضاً ، وفي النوازل قد ذكر هلال بن يحيى هذه المسألة وقال إذا وقف على أنه بالخيار فالوقف باطل سواء بين الخيار وقتا أو لم يبين ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه قال يبين للخيار وقتاً معلوماً جاز الوقف والشرط ، وإن لم توقت وقتاً فالوقف والشرط باطلان .

( وعند محمد « رح » الوقف باطل ) وبه قال هلال ( وهذا ) أي الخلاف المذكور (بناء على ما ذكرنا) أشار به إلى أن جعل عليه الوقف لنفسه جائز عند أبي يوسف «رح» فانه لما جاز أن بنى الواقف الغلة لنفسه ما قام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام لرأى النظر فيه ( وأما فضل الولاية فقد نص فيه ) أي فقد نص القدوري في فضل الولاية بالجواز ( على قول أبي يوسف « رح » وهو قول هلال أيضاً ، وهو ظاهر المذهب ، وقال هلال [1] في وقفه ، وقـال أقوام « رح » ) أي بعض المشايخ ( إن شرط الواقف

---

(١) وذكر بلال — هامش .

الولاية لنفسه كانت له ، وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الأشبه أن يكون هذا قول محمد « رح » لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف ، فإذا سلم لم يبق له ولاية فيه . ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ، ولأنه أقرب الناس إلى هـــذا الوقف فيكون أولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ،

---

الولاية لنفسه كانت له ، وان لم يشترط لم تكن له ولاية ، قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد « رح » ) أن الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان تكون الولاية للواقف إذا شرط والا فلا .

( لان من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ) فان قلت مذهب محمد « رح » ان التسليم إلى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه هنا في التسليم فما وجهه قلت لا تسلم المنافاة لان شرط الولاية سابق ، والتسليم لا حق بعد ذلك هل يكون له الولاية ام لا ، قال اذا وجد الشرط اولا كانت له الولاية والا فلا .

( ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهة الواقف بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية ، وغيره يستفيد الولاية منه ) قوله ولنا الى آخره استدلال لأبي يوسف « رح » وعبر عنه بقوله اشارة الى انه المختار ( ولانه ) اي ولان الوقف ( اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى لولايته كمن اتخذ مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيـه ) وقال أبو نصر العمارة للباني وأما نصب المؤذن والإمام لاهل المحلة ، ولا يكون للباني منهم بذلك ، وقال أبو بكر الاسكاف الباني أحق بنصبيهما من غيره كما العمارة كالقاضي ، وقال ابو الليث وبه نأخذ الا أن يريد الثاني اماماً ومؤذناً والقوم يريدون أصلح فلهم أن يفعلوا ذلك ، كذا في النوازل .

وكمن أعتق عبـــداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ، ولو أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غـــير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعهـا من يده نظراً للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكـذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل .

## فصـــل

وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقـــه ويأذن للناس بالصلاة فيه ،

---

( وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لانــه أقرب الناس اليه ، ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها ) أي الولاية (من يده نظراً للفقراء كما له ) أي للقاضي ( أن يخرج الوصي نظراً للصغار ، وكـذا ) أي للقاضي أن يخرجه ( اذا شرط أن ليس للسلطان ، ولا للقاضي أن يخرجها من يده ويوليهـا غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل ) لان الشرع أطلق للقاضي اخراج من كان متهما دفعاً للضرر من الفقراء ، ولو شرط الولاية لرجل فالولاية له كما شرط بلا خلاف وأن الواقف اخراجه فذلك ، ولو شرط أن ليس له اخراج القيم بطل شرطه لانه مخالف لحكم الشرع ان لازمة وكالة وهي ليست بلازمة ، ولو جعلت الولاية اليه في حياته وبعد مماته كان جائزاً وهو وكيل في حياته ووصي بعدوفاته.فرع لو قال أرضي موقوفـة ان شئت أو أجيب كان الوقف باطلا لان تعليقه بالشرط باطل ... وكذا لو قال أرضي صدقة موقوفة ان شئت ثم قال شئت وكان الوقف باطلا ، ولو قال شئت وجعلها صدقة موقوفـــة صح لانها ابتداء وقف له .

## ( فصل )

لما كان أحكام هذا الفصل غير الاحكام التي قبله فصل ذلك بفصل على حدة ( وإذا بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ، ويأذن للناس بالصلاة فيــه ،

فإذا صلى فيه واحـــد زال عند أبي حنيفة « رح » عن ملكه أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به ، وأما الصلاة فيه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة « رح » ومحمـــد « رح » ويشترط تسليم نوعه ، وذلك في المسجد بالصلاة فيه أو لأنه لما تعذر القبض يقـــام تحقق المقصود مقامـــه ، ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفـــة « رح » وكذا عن محمـــد « رح » ، لأن فعـــل الجنس متعذر فيشترط أدناه ، وعن محمد « رح » أنه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب .

---

فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عنـــد أبي حنيفة « رح » ) هـــذا كله لفظ القدورى ، وقال المصنف رحمه الله ( أما الافراز فلأنه لا يخلص لله تعالى الا به ، وأما الصلاة فيـــه فلأنه لا بد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويشترط تسليم نوعه ) أى يشترط تسليم كل شيء على ما لايليق به.

( وذلك في المسجد بالصلاة فيه ) وهو معنى قوله وذلك بالصلاة فيه ( أو لانه لماتعذر القبض ) لعدم نقص حقيقته يعلم ( يقام تحقق المقصود ) وهو الصلاة فيه ( مقامه ) أى مقام القبض ( ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه ) أى في المسجد ( في روايـــة عن أبي حنيفة « رح » وكذا عن محمد « رح » في رواية لأن فعل الجنس ) وهو صلاة الكل ( متعـــذر فيشترط ادناه ) أى أدنى فعل الجنس وهو صلاة الواحدة لتعذر فعل الكل ، فان الواحد عن الكل فيما هو حقهم ، وفي المبسوط المسجد موضع المسجد ، وقد حصل بصلاة الواحد بلا جماعة .

( وعن محمد « رح » انه يشترط الصلاة بالجماعة لأن المسجد يبنى لذلك في الغالب ) أي قبل الصلاة بالجماعة في المسجد قبض باتفاق الروايات عن أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وإذا

وقال أبو يوسف « رح » يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى بسقوط حق العبد ، وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل .

قال ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه

---

صلى فيه واحد أو جماعة وأحدانا قبل يكون قبضاً فقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه عن أبي حنيفة « رح » روايتان في رواية لا يكون قبضاً وفي رواية يكون قبضاً ، وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير وإن صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم فيه عند محمد « رح » أيضاً ، وقال في الذخيرة عن محمد « رح » أنه يشترط الصلاة بالجماعة فحصل حينئذ عن محمد « رح » روايتان أيضاً ، هذا إذا صلى فيه ، أما إذا لم يصل فيه لكنه دفع إلى المتولى فهل يكون ذلك قبضاً على قولهما فيه اختلاف المشايخ « رح » ذكره شيخ الإسلام قيل بأنه قبض لأن المسجد له خادم يكبر ومغلق الباب والتسليم إليه قبض كما في سائر الأوقات ، وقيل له يقبض لأن المسجد ليس لها متول كما يكون كسائر الأوقات ، واختلف المشايخ إذا جعل أرضه مقبرة ، ودفعها إلى المتولي ولم يذكر محمد « رح » في المبسوط فقال بعضهم إنه قبض كما في الخان والسقاية .

وقال بعضهم ليس بقبض لأن المقبرة لا يكون لها متولى ، وإنما ذكر محمد « رح » في المقبرة أنه إذا دفن فيها واحد أو اثنان فإنه يصير قبضاً ( وقال أبو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله تعالى في سقوط حق العبد ، وصار كالإعتاق ) لأنه إسقاط للملك ، وبه قالت الثلاثة ( وقد بيناه من قبل ) أشار به إلى قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » بقوله لهما إن موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وأنه يتأكد كالعتق .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن جعل مسجداً تحته سرداب ) بكسر السين معرب سرورية وهو بيت يتخذ تحت الأرض للتبريد وهي معروفة سردابه ( أو فوقه )

بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه ، وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقاً به ، ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس ، وروى الحسن عنه أنـــه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد ، وذلك يتحقق في السفل دون العلو ، وعن محمد « رح » على عكس هذا ، لأن المسجد معظم ، وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل ، يتعذر تعظيمه ،

---

أي فوق المسجد ( بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعـه ) أي لا يكون مسجداً ( وإن مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقـــاء حق العبد متعلقا به ) والمسجد ما يكون خالصاً لله تعالى .

( ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في بيت المقدس ) لانه حينئذ لا يكون السرداب مملوكاً لاحد كما أن سرداب بيت المقدس ليس بمملوك لاحـــد ( وروى الحسن « رح » عنه ) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه ( انه قال إذا جعل السفل مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد ، وذلك ) أي التأبيد ( يتحقق في السفل دون العلو ) فإنه لا يتأبد فيه .

( وعن محمد « رح » على عكس هذا ) أي روى عن محمد « رح » عكس هذا بأن جعل العلو مسجداً صح ، وإذا جعل السفل لا يصح ( لان المسجد يعظم [1] ، وإن كان فوقه يسكن [2] أو مستغل ) أي يكرى للاستغلال ( يتعذر تعظيمه ) وعن بعض المشايخ إذا كان العلو مسجداً والسفل حوانيت موقوفة على المسجد أو على الغلب لا بأس به لان الكل منقطع عن حقوق العباد ، ولو كان تحته حوض العامة اختلف فيه على قول من يجوز

---

(١) معظم – هامش .
(٢) مسكن – هامش .

وعن أبي يوسف « رح » أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد « رح » أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا . قال وكذلك إن اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه ، يعني له أن يبيعه ، ويورث عنه لأن المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع ، وإذا كان ملكه محيط بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لأنه أبقى بطريق نفسه فلم يخلص لله تعالى ،

وعن محمد « رح »

---

اتخاذ العلو مسجداً قيل لا يجوز قياساً على الحوض الخاص وقيل يجوز .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه جوز في الوجهين ) يعني إذا كان تحته سرداب أو فوقه بيت ( حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة ، وعن محمد « رح » أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا ) أي للضررة ، وانما أعاد ذكر قول محمد « رح » بهذا الطريق ولم يقله عن أبي يوسف ومحمد مع أن هذين القولين في الحكم عندهما سواء لهالة ما ذكر لكل واحد من دخول مخصوص في مصر مخصوص ، ولزيادة القيم التعليم بلفظ الكل ، وكذلك عطف على قوله ، ومن جعل مسجداً تحته سرداب فله أن يبيعه .

( قال وكذلك ) أي يبيعه ( ان اتخذ وسط داره مسجداً ، وأذن للناس بالدخول فيه ) وهذه من مسائل الجامع الصغير ، وقوله ( يعني له أن يبيعه ) من كلام المصنف « رح » ولقوله وسط بسكون السين إذ المراد غير معين ، وقال الكاكي « رح » هذا مقيد بقيد العلامة مولانا حافظ الدين ( ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع ، واذا كان ملكه محيط بجوانبه ) أي بجوانب المسجد ( كان له حق المنع فلم يصر مسجداً لانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى ، وعن محمد « رح » ) أي روى

أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث يعتبر مسجداً ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » أنه يصير مسجداً لأنه لما رضي بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً إلا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل في الإجارة من غير ذكر ، قال ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيز عن حق العباد فصار خالصاً لله تعالى وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق ، ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً

---

عنه في هذه المسألة انه قال ( أنه ) أي ان هذا المسجد ( لا يبـاع ولا يوهب ولا يورث اعتبره ) أي محمد « رح » ( مسجداً ، وهكذا ) أي روى ( عن أبي يوسف « رح » انه يصير مسجداً لانه لما رضى كونه مسجداً ، ولا يصير مسجداً الا بالطريق دخل فيه الطريق فصار مستحقاً كما يدخل ) أي الطريق ( في الإجارة من غير ذكر ) بمعنى وان لم يذكر ويدخل فيه الطريق ، فصار مستحقاً .

( ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه محيز ) أي مخلص ( عن حق العباد ، فصار خالصاً لله تعالى ) لكن هذا إذا سلم إلى المتولى أو صلى فيها بجماعة ، أما إذا لم يصل فيه بجماعة ، ولم يؤخذ التسليم لا يصح الوقف لأن التسليم أو الصلاة بجماعة شرط عند أبي حنيفة « رح » ، ومحمد « رح » في الصلاة وحدانا اختلاف الرواية .

( وهذا ) توضيح لقوله ( لأن الأشياء كلها لله تعالى ، وإذا أسقط العبد ما يثبت له من الحق رجع إلى أصله ) وهو كونه لله تعالى (فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق) فإنه لما أحرز مملوكه رجع إلى أصله وهو الرقة فانقطع حقه عنه ( ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه ) على صيغة المجهول أي استغنى أهل المحلة عن الصلاة فيه ( يبقى مسجداً ) على حاله

عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فـــلا يعود إلى ملكه وعند محمـــد « رح » عاد إلى ملك الباني أو إلى وارثه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته وقد انقطعت فصـــار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنـــه إلا أن أبا يوسف يقول في الحصير والحشيش أنه ينقل إلى مسجد آخر . قال ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة

---

( عند أبي يوسف « رح » لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد « رح » يعود إلى ملك الباني أو إلى وارثـــه من بعد موته لأنه عينه لنوع قربته ، وقـــد انقطعت ) أي القربة .

(وصار كحصير المسجد أو حشيشه إذا استغنى عنه إلا أن أبا يوسف « رح » يقول في الحصير والحشيش أنـــه ينقل إلى مسجد آخر ) وكذا قنديله إذا خرب المسجد يعود إلى ملك مسجده ، وكما لو كفن ميتاً فافترسه سبع عاد إلى ملك مـــالكه وكالمحصر إذا بعث الهدى ثم زال الإحصار فأدرك الحج كان له أن يصنع بهديه ما شاء ، وقـــال أبو العباس الناطفي « رح » في الأجناس قال محمد « رح » في النوادر هشام إذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن شاء باعه ، وكذلك الفرس إذا جعله حبساً في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فإن لم يعرف للمسجد بانيه فخرب وبنى أهل المسجد آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في مكمل المسجد الآخر فلا بأس بذلك ، ثم نقل الناطفي عن كتـــاب الصلاة مسجد بأوائله وعطلت الصلاة فيه ولم يجز الآخر أن يهدمه ، ولا يجبر به منزلاً ولا يبيعه ذلك قـــال الناطفي هذا عند قول أبي يوسف « رح » .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطا ) وهو الموضع الذي يرابط فيه ناس أيام الصفر بإزاء العدو ( وجعل أرضه مقبرة

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة «رح» لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم، وعند أبي يوسف «رح» يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم، وعند محمد «رح» إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط، والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله،

---

لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند أبي حنيفة «رح» لأنه لم ينقطع عن حق العبد، ألا ترى ان له أن ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم، وعند أبي يوسف «رح» يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد «رح» إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه) لان كل باب يعتبر فيه ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى، وفي الرباط بالنزول، وفي السقاية بالشرب، وفي المقبرة بدفنهم (وذلك بما ذكرناه) أى التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة (ويكتفى بالواحد) أي باستقاء الواحد وسكنى الواحد ونزول الواحد ودفن الواحد (لتعذر فعل الجنس كله) يعني لتعذر استيفاء جميع الناس من السقاية، وسكن الجميع في الخان والرباط وكذا دفن الجميع .

وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض، ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لأنه يحتاج إلى ما يكنسه ويغلق بابه، فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً، وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح، وإن كان بخلاف العادة، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

---

( وعلى هذا ) أي وعلى هذا الحكم المذكور ( البئر الموقوفة والحوض ) أى حكم البئر والحوض الموقوفات على الحكم المذكور ( ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها ) أى في السقاية والخان والرباط والمقبرة ( لانه ) أى المتولى ( نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب ) وهو القبض ( كفعل المنوب عنه ، وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليماً لانه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليماً لانه يحتاج إلى من يكنسه ويغلق بابه ، وإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً ) أى في عرف الناس فلا يعتبر القبض فيه .

( وقد قيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى ) أى لان الواقف لو نصب المتولى على المقبرة ( يصح ) فإذا صح يعتبر قبضه ( وإن كان ) أى نصب المتولى على المقبرة ( بخلاف العادة ، ولو جعل داراً له بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى ) وهو اسم جمع بمعنى الحجاج كالسائر بمعنى الماء في قوله اسائر اتهجرون ( والمعتمرين ) أى والمعتمرين ( أو جعل داره في غير مكة سكناً للمساكين أو جعلها في

ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله تعالى ، ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ، ولا رجوع فيه لما بينا إلا أن في الغلة يحل للفقراء دون الأغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير ، والفارق هو العرف في الفصلين ، فإن أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم الأغنياء ، ولأن الحاجة تشتمل الغني والفقير في الغرب والنزول ، والغني لا يحتاج إلى صرف هذه الغلة لغناه والله أعلم بالصواب .

---

ثغر من الثغور ) الثغر موضع المخافة بروج البلدان ( سكنى للغزاة والمرابطين ) جمع مرابط يقال رابط الجيش أقام في الثغر بإزاء العدو ومرابطه ورباطا .

( أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك إلى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا ) إشارة به إلى قوله وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى، فاذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق .

( إلا ) هذا الاستثناء لبيان الفرق بين جعل غلة الارض للغزاة حيث يكون للفقراء منهم وهو معنى قوله (إن في الغله) أى غلة الأرض (يحل للفقراء دون الاغنياء) إلا بالتنصيص وبين جعل الدار سكنى إلى آخر مايذكره، أشار إليه بقوله (وفيما سواه) أى فيما سوى المذكور (من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الفقير والغني والفارق) بين هذا وبين الذى قبله ( وهو العرف بين [1] الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها ) أى وفي الغلة المستوية أى يريدون ( التسوية بينهم ) أى بين الفقراء وبين الاغنياء ، ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول ، والغنى لا يحتاج الى سرف هذه الغلة لغناه ) أى لقيام الغنى فانه مستغنى بمال نفسه من صدقة غيره اما

---

(١) في – هامش .

لا مستغنى عن الحال للنزول ، وعن المقبرة للدفن ، وعن الماء للشرب منه ، اذ كل واحد لا يقدر أن يشترى في كل منزل موضعاً ولا يستصحب المـــاء لنفسه في كل مكان فتحت للغني والفقير والله أعلم .

فروع : وفي فتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقاف اذا تعطلت وتعذر اشتغالهاهل للمتولى ثبتها ويشترى مكانها أخرى قال نعم وبه قال أحمد « رح » وقد يجوز قبل أن يتعطل ، ولكن يأخذ ثمنها ماهو خير منها،ومن المشايخ من لم يجوز بيع الوقف تعطل أو لم يتعطل وبه قال الشافعي ومالك « رح » وكذا لم يجوز الإبتداء بما هوخير منها وهكذا حكى عن شمس الائمة قال أبو يوسف يجوز الاستبدال ، وعن محمد « رح » انه قـال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع بـــه المساكين وللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره ، ولو سكن دار الوقف بغير أجرة باذن المتولى أو بغير اذنه يجب عليه أجر المثل سواء كانت بمدة الاشتغلال أولا وعليه الفتوى ، وفي الاجناس حانوت وقف صحيح احترق السوق والحانوت وصار بحال لا ينتفع به ولا يستأجر بشيء يخرج من الوقفية وكذا الرباط اذا احترق يبطل الوقف ويصير ميراثاً .

ولو بنى رجل على هذه الارض فالبناء للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد ، وفي العيينة[1] قال تاج الشريعة«رح» مبادلة دار الوقف بدار أخرى،انما يجوز اذا كانتا في في محلة واحدة أو تكون محلة المملوك جزء من محلة موقوفـة ، وعلى عكسه لا يجوز ، وان كانت المملوكة أكبر مساحة وقيمة وأجرة لاحتمال خرابها وقلة رغبات النفس فيهـا والله الموفق للصواب .

* * *

(١) القنيه — هامش .

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب البيوع

---

## ( كتاب البيوع )

أى هذا كتاب في بيان احكام البيوع وهو جمع بيع ، وانما ذكره[1] بالجمع لان تحته أنواع على ما يأتي. وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال و كذا في الشرع، لكن زيد فيه[2] قيد التراضى، فقيل هو عبارة في الشرع عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي . وفي النهاية[3]

---

(١) قوله : وإنما ذكره ... الخ ، أقول هذا جواب سؤال مقدر ، وهو أن الأصل في المصدر أن لا يثنى ولا يجمع ، لكونه اسم جنس يشمل جميع أنواعها وأفرادها ، فلا حاجة إلى لفظ الجمع . وتقرير الجواب أن الجمع المعرف باللام يدل على جميع أفراده ويستغرق جميع موارد تحققه ، بخلاف المفرد فإنه كلي والكلي لا يدل على جميع جزئياته ، بل شأنه ان يتحقق بتحقق الفرد ، وينتفى بانتفاء الفرد ، فاختار المصنف رحمه الله لفظ الجمع إشعاراً على استغراق الأفراد ، واستيفاء لجميع الأنواع ، ولو بنوع من المقايسة والتمثيل ، وإنما قلنا ولو بنوع من المقايسة والتمثيل لأن الجزئيات كلها لا تدخل تحت حصر الحاصر بالتصريح .

(٢) قوله : لكن زيد فيه قيد التراضي . أقول فإن وجدت المبادلة بلا تراض لا يكون بيعاً شرعياً ، لقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ٢٩ النساء فلا انتقاض بالبيع المكره فانه وان كان صحيح الانعقاد ، لكنه ليس بشرعي في الأصل والحقيقة .

(٣) قوله : وفي النهاية أقول يقال على الإخراج وعن الملك والإدخال فيه ، قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه ، أي لا يشترى على شراء أخيه ، لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع ، ويقع غالباً على إخراج الثمن عن الملك قصداً .

هو من الاضداد ويقـــال باع الشيء اذا شراه او اشتراه ، ويتمدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر ، يقال باعه الشيء وباعه منه ، انتهى . ثم يحتاج الى معرفة جوازه وسببه وركنه وشرطه وحكمه وأنواعه .

فدليل جوازه الكتاب وهو قوله تعالى ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ ٢٧٥ البقرة والسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يشوبه اللغو والكذب فشوبوه[١] بالصدقة، رواه أبو داود [٢] من رواية قيس بن أبي غرزة[٣] . وفي رواية الترمذي عنه خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة [٤] فقال يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع ، فشوبوا بيعكم بالصدقة . وقال حديث حسن صحيح .

---

(١) قوله فشوبوه بالصدقة ، أقول في مجمع البحار أمر بها لما يجرى بينهم من الكذب والربا والزيادة في النقصان في القول تكون كفـــارة بهم « ج » أراد بها صدقة غير معينة تضاعيف الأيام أقول أصل الشوب الخلط ، لكن المراد ملازمـة الكفـارة بسببهـــا الموجب لهـــا .

(٢) قوله : رواه أبو داود ، أقول وعبارته هكذا حدثنا مسدد نا أبو معاويـــة عن الأعمش عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزه قال : كنـــا في عهد رسول الله ﷺ نسمى السماسرة فمر النبي ﷺ : فسمانا باسم هو أحسن منه ، فقلنـــا يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف ، فشوبوه بالصدقة ، حدثنا الحسين بن عيسى البسطامي وحامـد بن يحى وعبد الله بن محمد الزهري قالوا أنا سفيان عن جامع بن أبي رشد وعبد الملك بن أعين وعاصم عن أبي وائل عن قيس بن أبي غرزه بمعناه قال يحضره الكذب والحلف، وقال عبد الله الزهرى اللغو والكذب .

(٣) قوله ابن أبي غرزه بغين معجمة وراء مهملة وزاء معجمة مفتوحـــات من تقريب التهذيب .

(٤) قولـــه : ونحن نسمي السماسرة ، أقول السمسار بـــالكسر المتوسط بين البائع والمشتري .

وإجماع الأمة ، فإنه منعقد على جواز البيع ، وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتبايعون فقررهم على ذلك .

وأما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيه .

وأما ركنه فالإيجاب والقبول على ما يأتي .

وأما شرطه فأنواع : منها في العاقد ، وهو أن يكون عاقلا مميزاً . ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في البيع ، وهو أن يكون مالاً متقوماً ، وان يكون مقدور التسليم . ومنها التراضي[1] . ومنها شرط النفاذ . وهو الملك او الولاية .

وأما حكمه فملك البائع الثمن والمشترى المبيع .

وأما أنواعه بيع المقايضة[2] ، وهو بيع العين بالعين ، وبيع العين[3] بالدين ، وبيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق كبيع الدراهم والدنانير بالدراهم والدنانير ، وهو بيع الصرف وبيع الدين بالعين ، وهو السلم فإن المسلم فيه مبيع ،وهو دين . وبيع المرابحة ، وبيع التولية ،وبيع الوضيعة[4] ، وبيع الاستصناع[5] والبيع بالخيار .

---

(١) قوله : ومنها التراضي . أقول ينتقض ببيع المكره ، فانه بيع منعقد لهم ، الا ان يجاب الكلام في البيع الذي لا يشوبه اللغو والفساد والبطلان ، فتأمل فيه .

(٢) قوله : بيع المقايضة : أقول وإنما سمى بالمقايضة ، فإن المقايضة في اللغة معارضة المتاع بمثله في الصراح ، مقايضه معارضه .

(٣) قوله : وبيع العين بالدين . أقول ويسمى بيعاً ، لكونه أكثر أنواع البيع وأشهرها ، ولهذا لم يذكر اسمه سواه ، لأنه ليس له اسم سوى البيع ، بخلاف قياته .

(٤) قوله : وبيع الوضيعة ، وهي ضد المرابحة . أي بيع بالنقصان عن الثمن الأول ، وإنما سمي وضيعة حيث يضع من رأس المال شيئاً فيه .

(٥) قوله : وبيع الإستضاع ، وهو بيع ما يصنعه الرجل صنيعاً . وقال صاحب النهاية في بيان أنواع البيع ، أما أنواعه فثمانية ، أربعة في جانب المبيع ، وأربعة في جانب الثمن ،فأما التي في جانب المبيع أحدها بيع العين بالعين ، كبيع السلم بمثلها ، ←

فإن قلت، ما المناسبة بين كتاب البيع وبين كتاب الوقف حتى ذكره عقيب الوقف .

---

← نحو بيع الثوب بعبد، وهو بيع المقايضة. والثاني بيع العين بالدين نحو بيع العين بالأثمان المطلقة وهو المطلق في البيع عن القيد ، والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق ، كبيع الدراهم والدنانير ، وهو بيع الصرف . والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم المسلم فيه مبيع وهو دين .

وأما الأربعة في جانب الثمن أحدها مساومة وهي التي لا تنتسب إلى الثمن السابق ، والثاني بيع المرابحة ، والثالث بيع التولية ، والرابع بيع الوضيعة ، وهي ضد المرابحة ، حيث يضع من رأس المال شيئاً كذا في التحفة وغيرها . أو يقول أن أنواع البيع ترتقي إلى عشرين نوعاً أو أكثر من ذلك ، لان البيع في أصله نوعان ، حلال واسمه البيع، وحرام واسمه الربا . والحلال نوعان لازم وغير لازم ، والحرام كذلك نوعان ما يعود جائزاً برفع المفسد وما لا يعود جائزاً بحلال ، فذلك أربعة أنواع . والحلال الذي هو غير لازم ما كان فيه خيار الفسخ للعاقد .

والخيارات أربعة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار لسبب الاستحقاق، ثم أنواع البيع أربعة من جهة المبيع ، المطلق وهو بيع العين بعين أو بدين ، وبيع السلم وهو بيع ما في الذمة ، وبيع ما يصنعه صنيعاً ويسمى بيع الإستصناع ، أو بيع المنافع ، وهو الإجارة ومن جهة الثمن أربعة ، بيع معين بالثمن ، وهو المطلق . وبيع الثمن بالثمن ، وهو الصرف ، وبيع العين بمكيل أو موزون أو غير متقارب في القيمة وبيع العين بثياب موصوفة في القيمة ، وهو من جهة الثمن ينقسم إلى أربعة ، مساومة وهو بيع بالثمن الذي يتفقان عليه وبيع المرابحة وبيع تولية وبيع وضيعة ، وهو بيع بالنقصان عن الثمن الأول .

وأما الفاسد فيفسد بجهات أربع إما بمعنى الجهل مع قيام أصل وإما بعدم المال من البدل هكذا في الأسرار، انتهى. وانما لم يذكر الشارح بعض التقسيمات لتداخل البعض ←

قلت المناسبة من حيث أن في كل منها معنى إزالـــة الملك ، ففي الوقف يزول الملك عن

---

← في بعض . قال المصنف البيع الخ وإنما لم يذكره بطور التعريف والحد لأن ما ذكره جامع بين بيان الحد وحكمه المترتب عليه ، وهو أولى من ذكر أحدهمـــا ، ولعله ترك تعريفه وهو مبادلة المال بالمال بطريق التجارة لشهرته ، وبين حكمه المترتب عليه ، والى هذا المعنى مال بعض الشارحين. وقال فالبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادراً على التصرف ، وإليه أشار بقوله ينعقـد حيث لم يقل البيع هذان اللفظان ، فما قال العلامة جلبي وفيه بحث ، لأن المتبادر منه كون الإيجـاب والقبول خارجين من البيع ، مع أنهما من أركانه قطعاً لا يخلو عن ركاكته بوجوه .

أما أولاً : فلأن البيع ليس بعبارة عن لفظي بعت واشتريت أو عن معناهمـا ، بل هو عبارة عن تمليك المال بالمال أو مبادلة المال بالمال على طريق التجارة كما قال الشارح العلامة ، وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال ، وكذا في الشرع . وكيف لا فلان تعريف المصدر لا يكون إلا بالمعنى المصدر لما ثبت في موضعه أن المصدر لا يحمل عليه الا مرادفه او مطلقه الذي هذا المصدر حصة له. نعم هذا المعنى المصدري الإنتزاعي لا يتحقق الا بعـــد تحقق التكلم من العاقدين بهذين اللفظين ، فهذان اللفظان منشأ انتزاعـه وموجب تقرره ، فلا بأس بأن يقال أن هذين اللفظين أركان البيع ، لان الإنتزاعيات تقررها في الخارج عين تقرر مناشئها ، كما يقال أن لا الإنتزاعيات حقائقها مناشئها ، لكن حقيقة الأمر ليس كذلك ، وهذا نوع من ضرب التأويل والتشبيه ولا برهان على النقل من المعنى اللغوى إلى ما ذكره ، بل الأصل توافق الشرع من اللغـــة في تعيين المراد ، وتسهيل الخطاب ، والتخاطب على حسب اصطلاح الشرع مقصور في موارده .

وأما ثانياً : فلأن مراد بعض الشراح من قولهم البيع عبارة عن أثر شرعي يظهر عند الإيجاب والقبول ليس الحكم المترتب المتأخر عليـــه ، وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً ، وكيف فإن قولهم حتى يكون العاقد قادراً على التصرف يأبي عنـــه وألا يلزم اتحاد الغاية والمغيا ، بل المراد تمليك المال بالمال هو عين حقيقة ، والتعبير بالأثر باعتبار الإنتزاع.

وأما ثالثاً : فلأنه قال إن لفظة البيع كما يطلق على ذلك لمعنى الشرع يطلق على نفس ←

الواقف بعد حكم الحاكم[1] ، من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه ، وفي البيع يزول الملك عن البائع ، ويدخل في ملك المشترى ، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب والمفرد سابق على المركب ، فلذلك أخر ذكر البيع عنه .

( قال ) القدرري في مختصره ( البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي ) هذا لفظ القدوري . وقال المصنف ( مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت ) والمراد من [2] الانعقاد انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل

---

← الإيجاب والقبول المرتبطين ارتباطاً شرعياً،فلا يخلو إما أن يكون المراد بالإرتباط ارتباط بين اللفظين ، وارتباط بين معانيها . والأول خلاف الأصل لاحتياج إلى الإرتكاب اليه ، وعلى الثاني يلزمه تسليم ما قال بعض الشراح .

وأما رابعاً : فلان التعريف كما يكون بالذاتيات يكون بالخوارج أيضاً ، وكيف أن الرسم لا يكون إلا بالآثار فلا احتياج إلى تقدير حذف المضاف ، ويقال حكم البيع ينعقد من الإيجاب والقبول .

(١) قوله : بعد حكم الحاكم . أقول أي بعد حكم الحاكم بزوال الملك الذي هو ملزوم اللزوم ، والمراد بالحاكم الذي ولاه السلطان عمل القضاء ، لا الذي فوض إليه الحكم في حادثة معينة باتفاق المتخاصمين ، وهو الحكم . لأن في نفوذ حكمه فيه اختلاف المشايخ ، كذا في البيانية . صورة الحكم أن يسلم الواقف الموقوف إلى المتولى ، ثم يريد أن يرجع عنه فينازعه بعد اللزوم ، فيختصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه ، كذا في العناية وقاضيخان .

(٢) قوله : والمراد من الانعقاد قوله : فإن قلت إن كان المراد بالإنعقاد الإنضمام المذكور،فيصح أن يقال أن البيع ينضم بالإيجاب والقبول،لأن اتحاد المشتقات عنهايستلزم لاتحاد المشتقات على المختار ، مع أن عدم صحته أجلى من أن يخفى . قلنا ليس مراد ←

شرعاً والإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولاً سمي به ، لان الإيجاب نقيض السلب ، وهو الإثبات . والمتكلم منهما اولاً بقوله بعت واشتريت يريد اثبات العقد بشرط أن ينضم إليه قبول الآخر ، وسمي به لان قوله بعت أو اشتريت فعل ، والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجوب ، وكان قوله بعت أو اشتريت إيجاباً لانه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان ، فصار بعد التلفظ [1] واجب الوجود لغيره ، ثم سمى كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الآخر ، وإن كان هو أيضاً إيجاباً في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقدين من اللاحق .

---

← الشارح اللبيب التفسير اللفظي حتى يرد ماقلنا بل تعيين المراد من حيث المفاد ، وهو بيان الارتباط الشرعي ، وبقي الارتباط الحسي الحقيقي . و كيف فان انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً معنى مركب ، والإنعقاد له معنى مفرد ولا ترادف بين المفرد والمركب .

(١) قوله : فصار بعد التلفظ به واجب الورود . قلنا لان الممكن ما لم يجب لم يوجد ، لأن إيجابه مستنداً إلى العلة ومرتبة العلة مرتبة متقدمة على المعلول ، فايجابه أي ترجيح وجوده على العدم متقدم على وجوده ، وإلا يلزم تحقق الممكن قبل ترجيح مرجحه وهو محال لاستلزام انقلاب الإمكان الذاتي إلى الوجوب الذاتي .

فان قيل كيف يصح معنى قوله فصار بعد التلفظ واجب الوجود ، لأنه يدل على أن وجوبه بعد وجوده . قلنا هذه الدلالة صحيحة لأن الوجوب بعد الايجاب والشيء لا يتحقق إلا بعد تحقق جميع أجزائه ، لأن الأجزاء من متممات العلة التامة فقبل تحقق أركان البيع لم يجب وجوده ، فقبل وجود التلفظ بحروف اللفظ لم يجب وجود اللفظ .

فان قيل إن الالفاظ قبل التلفظ وبعد التلفظ معدومة فكيف يجب وجوده بعده . قلنا الأفراق الزماني لا ينافي القبلية والبعدية الذاتيتين على أن العقود الشرعية في حكم الجواهر .

## ولأن البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للأخبار قد استعمل فيه فينعقد البيع به

( ولان البيع إنشاء [1] تصرف ) الإنشاء إثبات أمر لم يكن ، ويراد به الايجاد للحال ومعنى قوله إنشاء تصرف ان هذا التصرف انشاء ، لان المبادلة ما كانت ثابتة وقد ثبتت بعد صدور اللفظين ، فيكون إنشاء ( والإنشاء يعرف بالشرع ) لا من حيث [2] الحقيقة كالأكل وغيره ، فانه إنشاء حقيقة . فاذا احتاج المكلف إليه لا بد من استعمال لفظ يدل عليه ، والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الإنشاء والواضع ما وضع للانشاء لفظاً خاصاً ، فيجوز بالشرع استعمال اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للانشاء دفعاً لحاجته ، وهو معنى قوله :

( والموضوع للاخبار ) وهو لفظ بعت [3] واشتريت ( قد استعمل فيه ) أي في الإنشاء ، فاذا كان كذلك ( فينعقد البيع به ) أي بهذا اللفظ الموضوع للاخبار الذي استعمل فيه ، ( أي في الانشاء ، وإنما خص بهذه اللفظة لمناسبة بين الانشاء والإخبار ، لان الإنشاء تحقيق الشيء ، والاخبار يستدعى [4] تحقيق المخبر به سابقاً ، ليصح الكلام حكمة

---

(١) قوله : ومعنى قوله انشاء تصرف ، أقول هذا إشعار على ان إضافة الانشاء إلى التصرف إضافة بيانية

(٢) قوله : لا من حيث الحقيقة إشارة إلى أن المراد بالانشاء في الحد الأوسط إنشاء حكمى الشرع لا الحقيقي الحس ، فلا نقض على كلية الكبرى ، فالحد الأوسط إنشاء تصرف شرعي والصغرى في البيع إنشاء تصرف شرعي والكبرى ، وكل ما هو كذلك فهو يصرف بالشرع فالنتيجة البيع يعرف بالشرع .

(٣) قوله : وهو لفظ بعته إشارة إلى أن اللام في الموضوع للاخبار للعهد ، فلا يرد بأنه لا بد من ضم شيء إلى ذلك ، وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي .

(٤) قوله : والاخبار يستدعى . أقول حقيقة كما في الصوادق أو ادعائه كما في الكواذب فان قلت إن الاخبار بمثل سيقوم وسوف يضرب إخبار صحيح ، مع أن المحكي ←

وعقلاً ، فصار الوجود حقاً له بمقتضى الحكمة . فإذا وجد الإنشاء والإيجاد يختار اللفظ الذي يلزمه الوجود أعني لفظ الاخبار عن الماضي ، وهو أن يقول أحدهما بعت والآخر يقول اشتريت ، أما إذا قال أبيع منك أو قال المشتري يعني لم ينعقد البيع لأن الأول عدة [1] ما وعد وإليه أشار المصنف بقوله.

( ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل ) أي أحد اللفظين لفظ المستقبل ، مثل أبيع منك ، أو لفظ يعني كما ذكرنا . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بدون نية الإيجاب في الحال . وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع ، كذا ذكره الطحاوي ، لأن قوله أبيع منك أو بعني وضع للحال [2] في وقوعه للاستقبال ضرب تجوز ، كذا أورده السيرافي في شرح الكتاب .

( بخلاف النكاح ) يعني أنه ينعقد بذلك فإن أحدهما إذا قال زوجني فقال الآخر

---

← عنه في مثل هذه الأخبار ليس بمتحقق سابقاً ، وإلا ينقلب إخبار الاستقبال إلى الماضي . قلنا ان الاخبار عن زمان الاستقبال لا يصح إلا بعد إقامته مقام الماضي في كونه قطعي الوقوع ، وإلا فالاستقبال محتمل الوجود والعدم فيه ، فكيف يصح الخبر بوجود الشيء فيه .

(١) قوله : عدة ما وعد . . . الخ أقول أي يكون عدة البيع من جانب البيع في مثل قوله أبيع ، وأما قول المشتري يعني يكون مساومة وطلباً ، والطلب أمر ، والايجاب أمر آخر ، لأن طلب الايجاب ليس بايجاب . وإنما لم يذكر الشارح اللبيب برهان عدم الانعقاد على قول المشتري وهو يعني بظهوره .

(٢) قوله : وضع للحال أقول أي عند الفقهاء ، فان قيل النية إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية ، فيصح الانعقاد بدون النية أيضاً . قلنا كونه حقيقة في الحال مختصة بغير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو لفظ الماضي ، والمضارع فيها مجاز يحتاج إلى نيـة .

وقـــد مر الفرق هناك وقوله رضيت بكذا أو أعطيتك بكذا أو خـذه بكذا في معنى قوله بعتُ واشتريت لأنه يؤدي في معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود

زوجتك فقد انعقد ( وقد مر الفرق هنالك ) أي من الفرق بين البيع والنكاح في كتاب النكاح . وأشار به إلى ما قـــال ثمة بقوله لان هذا توكيل بالنكاح ، والواحد يتولى طرفي[1] النكاح .

( وقوله ) أي قول المشتري ( أخذت ) في قول البائع بعت ( أو أعطيتك بكذا ) أي قول البائع أيضاً في جواب قول المشتري اشتريت خـذه بكذا من الدراهم ( في معنى بعت واشتريت ) فيقول في بعني بعت يرجع إلى قول المشتري أخـذت ، وقوله اشتريت يرجع إلى قول المشتري في جواب قوله البائع أعطيتك بكذا ، أو أخذت بكذا وكذا لو قال المشتري قبلت أو رضيت أو أجزت ، وما أشبه ذلك . ولا فرق بين أن يكون البادي البائع أو المشترى . والحاصل أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت أو اشتريت ، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به ( لأنـــه يؤدي معناه ) أي لأن قوله رضيت إلى آخره يؤدي معنى قوله بعت واشتريت ، فإن معنى الإعطاء والأخذ يتضمن معنى البيع ، لأن الأمر بالأخذ بالبدل يستدعى سبق البيع ( والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ) أي في هذه العقود الشرعيه .

---

(١) قوله : والواحد يتولى ... الخ . أقول فان قيل النكاح نسبة ، والنسبة لا تقع إلا بين الطرفين المتغايرين فتحققها قبل تحقق منشأ انتزاعه ، وهو صدور الايجاب والقبول من الجانبين تحقق الانتزاعات بلا مناشئها أو تحقق النسبة بلا طرفيها . قلنـــا الوكيل في النكاح سفير ومعتبر والتابع في الحقوق دون التعبير ، ولا يرجع الحقوق إليه ، فقول الوكيل قول من لسان موكليه وهو الزوج والزوجة ، بخلاف البيع ، فان الوكيل فيـه مباشر . ونعم ما قال صاحب الكفاية والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهمـــا يدلان على أن المراد الحال . أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله أبيعك عدة لا بيعا ، ويعني استياماً وطلباً وذا ، لا يدل على الوجود لا محالة .

واحترز به عن الطلاق والعتاق . فان اللفظ فيهما يقام مقـــام المعنى ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة . وفي الإيضاح هذا أصل لنا في جميع العقود ، إلا ما روي عن أبي حنيفة أن المفاوضة لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة ، لأن هـــذا العقد يشتمل على معان وشروط ، والعاقدين لم يمكنهم استيفاء ذلك حتى لو استوفى بلفظ آخر جاز .

( ولهذا ) أي ولأجل أن المعنى هو المعتبر في العقود ( ينعقد ) أي البيع ( بالتعاطي ) وهو أن البـــائع يعطي المبيع ، ولا يتلفظ بشيء ، والمشتري يعطي الثمن كذلك ( في النفيس[1] والخسيس ) قال الاترازي النفيس هو الذي يكثر ثمنه كالعبد ونحوه، والخسيس ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم ونحو ذلك . وقال الكاكي الخسيس مـــا يكون قيمته دون نصاب السرقة ، والنفيس ما يكون قيمته مثله أو فوقه ( هو الصحيح ) احترز به عن ما روي عن الكرخي أن البيع بالتعاطي إنما ينعقد بالأشياء الخسيسة دون النفيسة . وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما والمشهور من مذهب الشافعي رضي الله عنـه أن البيع لا ينعقد بالتعاطي . وقال مالك ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعاً ، وبه قـال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ( لتحقق المرضاة ) يعني من الجانبين .

وفي الإيضاح انعقاد البيع يكون بالألفاظ وبالتعاطي ، فالألفاظ كل لفظين ينبئان عن معنى التمليك بصيغة الماضي أو الحـال ، دون الأمر والمستقبل ، وفي جميع النوازل قال اتبيعني عبدك بألف باستفهام ، فقـال نعم فقال أخذته ، فهو بيع لازم . وفي شرح الاسبيجابي لو قال أبيع منك هذا ، أو أعطيتكه ، فقال اشتريته بكذا و نوى الإيجاب للحال ، ينعقد البيع . وفي فتاوى قاضيخان اشتريت عنك بالف ، فقال فعلت أو نعم أو هات الثمن ، صح وإلا فلا . وكذا الإقالة . وفي المحيط سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول

---

(١) قوله : في النفيس الى آخره . فان قلت أن الايجاب والقبول ركنا البيع والشيء لا يتحقق بلا أركانه . قلنا أن لسان الحال أنطق من لسـان المقال وأصدق منه ، فأقيمت الدلالة الحالية مقام الدلالة المقالية .

قال وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع ، فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رده ،

---

شرط للانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس وقال البائع لم أسمعه وليس به وقر لم يصدق. ولو قال كل هذا الطعام بدرهم لي عليك، فأكل[1] تم البيع، وأكله حلال والأكل والركوب واللبس بعد قول البائع بعت ، رضي بالبيع . ولو قال وهبت لك هذه الدار أو بعت العبد بثوبك هذا فبيع بالاجماع . ولو قال إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأداه ثمنه في المجلس صح استحساناً ولو قال هو لك بكذا إن وافقك، أو قال إن أعجبك أو إن أردت، فقال وافقني أو أعجبني أو أردت جاز .

ولو قال بعته من فلان غائب فحضر الغائب في المجلس وقال اشتريت صح . ولو قال رسوله فبلغه فقال اشتريت صح ، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب يشتري مال ولده الصغير لنفسه ، أو الوصي مال اليتيم لنفسه ، أو القاضي بأمره أو العبد نفسه من مولاه بأمره ، وفي أجناس الناطقي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة ، فقال بدراهم ، فقال أعزله فعزله ، فهو بيع . وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع من دفع اللحم أجبره القاضي عليه . وعن محمد أن بيع التعاطي كما يثبت بقبض البدلين يثبت بقبض أحدهما . وقال صدر القضاة وغيره أن بيع التعاطي بيع وان لم يوجد تسليم الثمن .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده ) إلى هنا كلام القدوري ، ومعنى[2] أوجب أثبت وحقق

---

(١) قوله : فأكل فان قلت أن جواز الأكل لا يكون إلا بعد تحقق البيع ، لأنه تصرف من جانب المشترى فهو غاية البيع ، وحكم متأخر عنه أي أثر شرعي يترتب عليه بعد وقوعه ، فكيف يجوز الأكل قبل صحة البيع . قلنا ان الاشتغال بالتصرف فرع رضائه بالبيع فتقدمه عليه اقتضاء وهكذا حال الصور الباقية .

(٢) قوله : معنى أوجب أثبت . أقول وإلا فالايجاب على الغير كيف يصح .

وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه ، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير ،

---

بأن قال بعت ، أو قال اشتريت ، والمراد بالايجاب ما يبدى من لفظه بعت أو اشتريت أو ما يقوم مقامها . قال المصنف ( وهذا خيار القبول ) أي الخيار الذي ذكره القدوري خيار القبول ( لأنه ) أي لأن أحد المتعاقدين ( لو لم يثبت له الخيار ، يلزمه حكم العقد من غير رضاه ) فيكون مجبوراً ، فينتفي التراضي ، فما فرضناه بيعاً لم يكن بيعاً ، وهذا خلف ( وإذا لم يفد الحكم ) أي إذا لم يفد إيجاب أحدهما الحكم ( بدون قبول الآخر ، فللموجب ) أي البائع أو المشترى ( أن يرجع ) قبل قبول الآخر ( لخلوه عن إبطال حق الغير )

فإن قلت يثبت للمشتري حق التملك بقول البائع ، فيكون الرجوع إبطالاً . قلت هذا الحق ثبت له من جهة البائع فيكون له إبطال ما أثبته .

فان قيل يشكل بما إذا عجل الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لايجوز له حق الاسترداد لتعلق حق التملك للفقير . أجيب بأن الأصل[1] موجود وهو النصاب ، والوصف ثابت وهو النماء ، فلا يرجع لأجل ثواب الأصل . ولا كذلك ها هنا ، لأن الأصل ما وجد بل وجد شطره فلا يكون البيع موجودا .

---

(١) قوله : وأجيب بأن الأصل أقول لأن النصاب علته إسماً ومعنى لا حكماً ، لأنه يتراخى الحكم عنه إلى حولان الحول الذي هو أقيم مقام النماء ، فانهاء وصف ثابت ، أي عارض له فلايصلح أن يكون علة مستقلة أو شطراً لها . بل هو وصف شبيه بالعلة . فاذا وجد الأصل وهو النصاب ، ولم يوجد الوصف لا يرجع المزكي لأن الوصف تابع للأصل دون العكس . وفيه وجه وجيه آخر ذكر بعض المحشين خلاصته أن الملك الذي هو أثر متأخر عن البيع لم يتحقق إلا بعد رضاء المشتري ، فقبل رضائه كان الملك حقيقة للبائع . بخلاف مسئلة الزكاة ، فان حقيقة الملك فيها زالت عن المزكي ، فعمل الحق عمله لانتفاء ما هو قوى عنه .

وإنمـــا يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر والكتاب كالخطاب

---

( فانما يمتد إلى آخر المجلس ) هذا يجوز أن يكون جواباً عما يقال ، ما وجه اختصاص خيار الرد والقبول بالمجلس ، ولم يبطل الايجاب عقيب خلوه عن القبول ، أو يتوقف على ما وراء المجلس . تقرير الجواب أن امتداده إلى آخر المجلس ( لأن المجلس جامع المتفرقات ) كما في الصرف والسلم وخيار المخيرة وقراءة آية السجدة ( فاعتبرت ساعاته ) أي ساعات المجلس ( ساعة واحدة ) كما في الأشياء المذكورة . وإنما فعل كذلك هنا أيضاً ( دفعـــاً للعسر ) أي لأجل دفع العسر عن البائع والمشتري جميعاً . أما عن المشترى فلأن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً له ، وأما عن البائع فلأن في إبقائه فيما وراء المجلس عسراً له في التوقف وفي التوقف على المجلس يسر لهما جميعاً . وأشار اليه بقوله ( وتحقيقاً لليسر ) أي ولأجل تحقيق اليسر في حقهما .

فان قيل فلم لم يكن الخلـع والعتق على مال كذلك . قلنـا فانهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى ، فكان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس فيتوقف الايجاب فيهـما على ما وراء المجلس .

( والكتاب كالخطاب ) إذ الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ، فان[1] النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب ، وتارة بالخطاب . فلو لم يكن الكتـاب كالخطاب لم يكن النبي ﷺ مبلغاً به قاله تاج الشريعة . وصورة الكتابة أن يكتب إلى رجل أما بعد فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه وقبل في المجلس صح

---

(١) قوله : فان النبي ... الخ . أقول لان التبليـغ فرع بيان المبلغ بالكسـر عن المبلغ اليه بالفتح للحكم الذي هو مأمور بتبليغه إليه ، وبيانه عنه فلو لم يكن التحرير والكتاب في حكم التقرير والخطاب لم يكن النبي المستطاب مبلغاً لأحكام رب الأرباب تبليغاً عامـاً ، وتنذيراً تاماً ، مع انه عليه الصلاة والسلام كان مأموراً بالتبليـغ ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك ﴾ ٦٧ المائدة و ﴿ يا أيها المدثر قم فأنذر ﴾ ١-٢ المدثر .

وكــذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة .

---

البيع ( وكذا الإرسال ) أي وكذا الارسال كالخطاب . صورته أن يقول الرجل إذهب إلى فلان وقل له أن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا فجاءه الرسول وأخبره بما قال فقاله فلان في مجلسه ذلك اشتريت أو قبلت ، تم [1] البيع . وعند الشافعي رضي الله عنه ينعقد في صورة الكتابة على أصح الوجهين إذا كانت [2] مقرونة بالنيـــة وفي وجه لا ينعقد ، وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة كذا في شرح الوجيز .

وفي الحلية لو كتب إليه ببيع سلعة منه لم يصح في أصح الوجهين. وفي المجتبى يصح الرجوع عن الرسالة . ولو بلغه الرسول بغير أمره فقال اشتريت لم يجز . ولو كتب اليـــه يعني بكذا فوصل اليه فكتب اليه بعتك لم يتم [3] ما لم يقل الكاتب إشتريت . ولو كتب اليه اشتريت بكذا فكتب اليه بعت تم البيع . ولو قال بعته من فلان الغائب وحضر الغائب في المجلس وقبل صح .

( حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ) هــذا نتيجة قولــه والكتاب كالخطاب وكذا الإرسال وقوله حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب يرجع إلى قوله والكتاب كالخطاب ، وقوله وأداء الرسالة يرجع إلى قوله وكذا الارسال . وفي شرح الطحاوي بعدما كتب شطر العقد أو بعدما أرسل رسولاً إذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخــلاف ما إذا وكل وكيلاً ثم عزله بغير محضر منه ، فــلا يصح

---

(١) قوله : تم البيع . أقول أي بين المرسل بالكسر ، والمرسل إليه بالفتح ، لأن السفير معبر لكلامه ومبلغاً لمرامه ، فاذا اتصل به الجواب ينعقد .

(٢) قوله : إذا كانت ... الخ . أقول وأما إذا لم تكن الكتابة بينه الايجاب والقبول لم ينعقد البيع بل يكون مقدمة البيع واظهار الغرمة .

(٣) قوله لم يتم ما لم يقل الكاتب الخ أقول لان البيع لا يتم إلا بالايجاب والقبول من الطرفين وطرف الايجاب لا يفيد معنى القبول .

عزله [1] . وفي التحفة وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة . وأمـــا في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد على قبول الآخر في ذلك المجلس بالاجماع ، فـان من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على الف درهم فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت صح ، وكذا لو قال اعتقت عبدي فلان الغائب بألف درهم فانه يتوقف على إجازة العبد ، فأما في جانب المرأة والعبد ، لا يتوقف [2] إذا كان الزوج والمولى غائبين . وأما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبي حنيفة ومحمد . وعلى قول أبي يوسف يتوقف .

---

(١) قوله: لايصح عزله. أقول لايصح بوجوه، أما أولاً : فلأن الوكيل في البيع في حكم الموكل بالاستقلال ، ولهذا يرجع الاحكام والحقوق إليه ، فاستقلاله لا يرفع إلا بعـد علمه بعزله ، ومجرد النية لا ترفع استقلاله ، لان استقلال المستقبل لا يرفع إلا بوجه قوى مستقل ظاهر غير خفى الأثر وموهوم الوجود والنية مـــا لم تؤكد بالبيان في حكم الخطرات والموهوبات . وأما ثانياً : فلان وكالة الوكيل قد كانت بحكم الوكيل وأمره فلا يرفع إلا بعد نهيه عنه ، لان الرافع للأمر لا يكون إلا النهي لا نية النهي . وأمـــا ثالثاً : فلأن الوكيل لما كان مستقلاً في التصرف ومختاراً في عمله ، فلو عزل قبل علمه بالعزل لكان عزله موجباً للنزاع في التصرفات التي قد صدرت عنه قبل علمه بالعزل ، ومورثاً للمخاصمة العظيمة بخلاف الرسالة فان صاحبها مصر محض من جانب المرسل ، فما دام لم يفرغ الرسول عن الرسالة كان له صحة الرجوع ، لان الرسالة قبل التبليغ في حكم العزم ، وبعـده في حكم بيانه وصحة العقود التي يدار صحتها على البيان أو في حكمه لا يتحقق قبله .

(٢) قولـــه : وفي البيع لا يتوقف ... الخ . أقول ووجه التفريق أن الشهادة على التراضي لا تكون إلا بعد اجتماعها في مجلس الشهود في زمـــان واحد ، وإلا فالرضاء في زمان سابق لا يستلزمـه في زمان لاحق فشهادة الشهود في صورة الافتراق لا تتحقق إلا على رضاء الطرفين ، ولو كان بالافتراق واختلاف الزمان وهو لا يستلزم صحة الشهادة على التراضي الذي هو مما يتوقف على وجوده صحة النكاح .

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ، ولا أن يقبـل المشتري ببعض الثمن لعدم رضاء الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد ، لأنه صفقات معنى

---

وتفسير ما قال في شرح الطحاوي وهو أن يقول الرجل للشهود إني قد تزوجت فلانة بكذا فبلغهـــا الخبر فأجازت ، أو قالت المرأة بكذا فبلغ الزوج الخبر فأجاز لا يجوز عندهما ، ويجوز عند أبي يوسف . وفي البيع لا يتوقف بالاجماع . وقال شمس الأئمـــة السرخسي في كتاب النكاح من المبسوط كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقـد البيـع وسائر التصرفات بالكتاب أيضاً .

( وليس لـــه ) أي للبائع ( أن يقبل في بعض المبيع ) يعني إذا أوجب المشترى في شيء ، فليس للبائع أن يقبل في بعض ( ولا أن يقبل المشتري ) بفتح الراء أي المبيع ( ببعض الثمن ) يعني أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال بعته بألف ، فقال المشتري قبلت بخمسمائة فليس له ذلك ( لعدم رضى الآخر بتفرق الصفقة ) فان من عادة الناس ضم الرديء إلى الجيد في البياعات ليروج الرديء بالجيد ، فلو ثبت خيار القبول في أحدهما فالمشترى يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملكه بأقل من ثمنه ، وفيـــه ضرر للبائع ، فكان تفريق الصفقة مستلزماً للضرر . وفي المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن نفس العقد .

( الا إذا بين ) أي البائـع ( ثمن كل واحد لأنـــه صفقات معنى ) أي لأن البيـع الذي فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان من حيث المعنى . وقال الكاكي ومراده إذا تكرر لفظ البيع بأن قال بعت هذا بكذا ، أو قال بعت هذا بكذا لأن به تتعدد الصفقة لا ببيان ثمن كل واحد ، فإنه لو قال بعتهما بألف بخمسمائة وهذا بخمسمائـــة فقبل أحدهما لا يصح ، كذا في المبسوط . وفي الكافي لو قال بعتك هذين فقبل أحدهما . أو قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل أحدهما لم يجز للزوم تفريق الصفقة ، ولو قال بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة للمشترى أن يقبل أيهما شاء لأن البائع فرق . وفي المحيط ولو كان الثمن متفرقـــاً

ينظر إن اتحد الايجاب والقبول ، فالصفقة متحدة وإن تفرق الايجاب والقبول فالصفقة متفرقة وإن تفرق الإيجاب واتحد القبول أو على عكسه ، فالصفقة متفرقة قبل هذا عندهما ، وأما عند أبي حنيفة متحدة .

( وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب ) هذا لفظ القدوري في مختصره. وقال الأكمل هذا متصل بقوله إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد، وهو إشارة إلى أن رد الايجاب تارة يكون صريحاً وأخرى دلاله ، فإن القيام دليل الاعراض والرجوع والدلالة تعمل عمل الصريح .

فان قيل نعم هذا إذا لم يوجد صريح يعارضه . وها هنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيرجح على الدلالة. أجيب بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة[1]، فلايعارضها. وقال الكاكي قوله ايهما قام ذكر على وجه التعميم على المتعاقدين احترازاً عن إيجاب الخلع والعتق على مال، فانه لايعم المتعاقدين حيث لا يبطل الايجاب بقيام الزوج والمولى ، بخلاف قيام المرأة والعبد . وقيل المراد بالقيام عن المجلس الذهاب عن ذلك المكان لا مجرد الانتصاب وإن كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام ، لأن شيخ الإسلام خواهر زادة ذكره في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان قبل المشتري صح . وفي قوله قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لأن القيام عنه يتحقق

(١) قوله : إنما وجد بعد عمل الدلالة ... الخ أقول أي ان رجحان الصريح على الدلالة إنما يكون عند المعارضة ، وذلك إنما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة ، وها هنا ثبت حكم الدلالة وهو انفساخ العقد بمجرد القيام الذي هو دليل الأعراض ، فلم يعمل بعد ذلك صريح القبول ، فإن المفسوخ لا تلحقه الاجازة . فان قيل إن القيام ليس دلالته على الاعراض دلالته قطعية دائمة على الاعراض ، بل ربما يتخلف عنه بقرينته المباشرة بالحوائج . قلنا إن الشيء إذا أقيم مقام شيء فله حكمه حكماً ، وإنما كالنوم ، فانه أقيم مقام الاسترخاء ، وحولان الحول فانه أقيم مقام النماء ، فتأمل فيه .

لأن القيام دليـــل الإعراض والرجوع ، وله ذلك على ما ذكرنا
وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيـع ولا خيار لواحد منهما إلا
من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار
المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا

---

بالذهاب . أما لو لم يذهب لا يقال قام عنه بل يقال قام فيه . وفي شرح الطحاوي وإن تعاقدا عقد البيع وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن أخرج المخاطب جوابه متصلا بخطاب صاحبه تم العقد بينهما وإن فصل عنه وإن قل ، فإنه لايصح وإن كان على دابة واحدة في محمل واحد ، لأنه لما وجد سيراً أو مشياً من أحدهما أو منهما معــاً من بين الخطابين وإن قل فقد بطل المجلس ووجد الإعراض قبل تمامه فيبطل .

( لأن القيــــام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك ) أي لكل واحد منهما الإعراض والرجوع عما أوجب الموجب قبل قبول الآخر ( على ما ذكرنا ) إشارة إلى قوله لأنـــه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه إلى قوله فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير .

( وإذا حصل الإيجاب والقبول ) يعني عن الأصل مضافاً إلى المحل مع شرط النفاذ وهو الملك او الولاية ( لزم البيع ولا خيار لواحد منهما ) أي لأحد المتعاقدين (وبه قال مالك) . وفي شرح الطحاوي هذا في البيع الصحيح ( إلا من عيب أو عدم رؤيـة ) فـــإن فيهما الخيار على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

( وقال الشافعي رضي الله عنــه يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس ) وبـــه قال أحمد ، وذكر في كتبهم إذا حصل الإيجاب والقبول انعقد البيع ويثبت لهما الخيـــار ما لم يتفرقا أو يتخايرا ، وهو أن يقول أجزنا إمضاء البيع أو فسخه (لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ (المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا) هذا الحديث رواه الأئمة الستة عن نافع عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا . وبلفظ الكتاب رواه النسائي .

ولنا أن في الفسخ إبطال حق الغير فلا يجوز

---

( ولنا ان في الفسخ إبطال حق الآخر ، فلا يجوز ) لما قال الشافعي رضي الله عنه أثبت الشارع لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس على ما دل عليه الحديث المذكور ، فعلم أن لكل منهما بعد تمام العقد أن يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان قال المصنف ولنا ان في الفسخ ، أي في فسخ العقد بعد وقوعه إبطال حق الآخر وهو الساكت عن الفسخ ،فلا يجوز لعدم رضاه ، والعجب من المصنف أن الخصم مستدل بالحديث الصحيح وهو يستدل بالدليل العقلي ، ثم يحمل الحديث على ما ذكره ، وكان الواجب أن يستدل بدليل نقلي إما من الكتاب أو السنة ، ثم يستدل بالدليل العقلي ثم يجيب عن حديث الخصم كما فعله غيره على هذا الوجه ،حيث قالوا ولنا قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ١ المائدة والبيع عقد يلزم الوفاء بظاهر الآية فلو كان خيار المجلس ثابتاً لم يكن[1]

---

(١) قوله : لم يكن الوفاء بعقد البيع لازماً ... الخ . أقول لا يقال فعلى هذا تبطل الخيارات كلها ، لأن الوفاء معارض للخيار في الفسخ والإجازة ، لأنا نقول أن البيع بشرط الخيار أو ما في حكمه عقد على هذه الحيثية ، لاتصال الشرط عنه ، فالعقد قبل مضي مدة الخيار أو الإجازة ليس بعقد حكماً فكيف يلزم ، ولهذا قد ثبت في محله أن البيع بالخيار علته للحكم إسماً ومعنى ، لا حكماً أي من حيث أنه يضاف الحكم إليه ولو بعد زوال المانع ،وهومضي مدة الخيار أو إجازة من له الخيار علته إسماً ومن حيث أنه مؤثر في الملك ، علته معنى ، ومن حيث أنه يتراخى الحكم عنه إلى زوال المانع ليس بعلة حكماً، أي لا يضاف اليه الحكم بمجرد العقد ، بل ينظر إلى مدة زوال المانع ، لكنه إذا زال المانع يثبت الحكم مستنداً إلى وقت العقد ، أي يثبت الحكم من الإيجاب حتى يملكه المشتري بزوائد المتصلة والمنفصلة وكذا الحال في خيار العيب والرؤية ، لأن من اشترى شيئاً أو لم يره فالمبيع لو لم يوافقه عند الرؤية أو ظهور العيب عن وقوع خلاف ما زعمه فيه عند العقد ، فلزوم عقده عليه لزوم عقد ما لم يعاهد هو نفسه على عقده ، وأما في خيار المجلس فلا وجه لعدم تمامية العقد فتأمل فيه .

الوفاء بعقد البيع لازماً. وقوله تعالى أيضاً ﴿ وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ٢٨٢ البقرة ندب إلى الإشهاد على العقد توثقة لهما . وفي ثبوت الخيار يسقط معنى التوثق فكان فيه إبطال معنى الكتاب .

وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم ، وقد شرطا [١] إمضاء البيع فيلزمهما . وقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ إذا اشتريت فقل لا خلابة ولي الخيار ، فعلم أن البيع يلزم بالإيجاب والقبول . وفي إثبات الخيار لأحدهما يلزم إبطال حق الآخر فينتفى بقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ، لأن الضرر بمعنى الضر ، وهو يكون من واحد ، والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك ذكره في المغرب .

( والحديث محمول على خيار القبول ) لأن سياق الحديث يدل على ذلك لانهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بأن يقول أحدهما بعني ويقول الآخر بعت ، فيتخير كل منهما بعد ذلك . أما البائع فله الخيار إما أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه ، وأما المشتري فله الخيار أيضاً إما أن يقبل أو يرد ما داما في المجلس . وهذا تأويل قوله عليه الصلاة والسلام ( وفيه إشارة إليه ) أي في الحديث إشارة إلى خيار القبول ، وبين ذلك بالفاء التفسيرية بقوله ( فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ) يعني أن حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمتقابلين والمتناظرين ، وبه نقول

---

(١) قوله : وقد شرطا امضاء البيع ... الخ ، أقول فإن قلت من أين علم أنهما شرطا امضاء البيع ، لأن مجرد العقد لايفيده. قلنا أن قول البائع بعت في معنى قوله أجزت المبيع عن ملكي وأدخلته في ملكك بإزاء ثمنك ، وقول المشتري اشتريت في معنى قوله اخرجت الثمن عن ملكي وادخلته في ملك بإزاء مبيعك ومن الظاهر أن بيع البائع لا يتم إلا بعد شراء المشتري وشراء المشتري لا يتم إلا بعد بيع البائع ، فاعتراف كل منهما بإخراج المبيع الثمن عن ملكها قبل خروجها اعتراف بمعاهدة الإخراج وإلزامه على نفسها .

أن لكل واحد من المتساومين الخيار ، لأن كونهما متبايعين حالة المباشرة [١] بطريق الحقيقة ، لبقاء قوله بعت ، إلى قوله اشتريت من حيث الشرع [٢] فالحقيقة الشرعية بمنزلة الحقيقة لغة ، فيكون ما قلناه حقيقة ، وما قاله الخصم مجازاً باعتبار ما كان إذ لو بقي قوله بعد بعت واشتريت بعد التكلم بهما لما جازت الإقالة ، لأن رفع الشيء [٣] في حال ثبوته محال ، وهذا لأن البائع والمشتري قد اجتمعا على المبيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول فقد تفرقا عما اجتمعا عليه .

فإن قلت لم لا يجوز أن يكون الإيجاب والقبول شرطاً باقياً ما داما في المجلس . قلت لما ذكرنا من صحة الإقالة فيكون الباقي بمعنى الذي ثبت بالإيجاب والقبول .

( أو يحتمله فيحمل عليه ) أي أو يحتمل ما قاله الخصم ، ويحتمل ما قلنا وما قلناه راجح لما ذكرنا أنه حقيقة ، والحمل عليه أولى ، ولا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر ، فيكونان متبايعين مع وجود كل كلاميهما ، لأن الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما [٣] شرعاً لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام .

( والتفرق فيه تفرق الأقوال ) أي التفرق المذكور في الحديث تفرق الأقوال . وقال

---

١) قوله : حالة المباشرة . أقول لأن الإستناد إلى ما كان أو إلى ما يؤول مجازاً .

(٢) قوله : من حيث الشرع ... إلى آخره ، أقول لا من حيث الحس لانتفاء القول بعد التلفظ .

(٣) قوله : لأن رفع الشيء ... الخ ، أقول فإن قلت فعلى هذا يكون الامر بوفاء العقود عبثاً ، لأنه لا يخلو إما أن يكون الأمر بوفاء العقود قبل العقد أو بعده ، أو في حالة انعقادها على الأول يكون الأمر بإيفاء الشيء قبل تحققه وهو باطل ، وعلى الثاني طلب إيفاء الشيء بعد عدمه ، وهو أيضاً باطل . وعلى الثالث أيضاً كذلك ، لأن العدم حالة الوجود محال ، فلا حاجة إلى الأمر بالإيفاء . قلنا أن الأمر بالإيفاء طلب لإبقاء أحكامها ، فلا نقض ولا غبار فتأمل ، فإنه دقيق .

(٤) قوله : حكم كلاميهما ... الخ ، أقول فالمراد في قولهم العقود الشرعية في حكم الجواهر ، أحكامها لا نفسها فتأمل فيه .

الأكمل هذا جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل أن يقول عمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض [1] بالعرض وهو محال بإجماع أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليهما مجازاً، فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم. وأجيب بأن اسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائع وشائع، فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة. قال الله تعالى ﴿ وما تفرق الذين [2] أوتوا الكتاب ﴾ ٤ البينة الآية وقال تعالى ﴿ لا نفرق [3] بين أحد من رسله ﴾ ٢٨٥ البقرة

---

(١) قوله : يستلزم قيام العرض . . الخ ، أقول أي قيام العرض بالعرض محال ، فإن قيل إنه يقال أن الحركة سريعة واللون أبيض وغيرهما مع أنه لا كلام في صحتها . قلنا هذا الاسناد إسناد الوصف إلى الشيء باعتبار المتعلق ، لأن السريع هو المتحرك والأبيض هو المتلون ، والتحقيق أن الاتصاف على قسمين انضمامي وانتزاعي ، والأول لا يكون بين الأعراض ، لأن انضمام الوصف وقيامه بالشيء فرع قيامه في نفسه ، ومن الظاهر أن هذا المعنى لا يوجد في الأعراض ، بخلاف كون العرض مثار لانتزاع وصف آخر فانه لا محذور فيه ، ولا الإستحالة فتأمل فانه دقيق .

(٢) قوله : وما تفرق الذين ، أقول في الكشاف كان الكفار من الفريقين أهل الكتاب وعبدة الأصنام يقولون قبل بعث النبي ﷺ لا ننفك مما نحن عليه من ديننا ، ولا نترك حتى يبعث النبي الموعود الذي هو مكتوب في التوراة والانجيل ، وهو محمد ﷺ فحكى الله تعالى ما كانوا يقولونه ، أي وما تفرق الذين أوتوا الكتاب عما كانوا عليه بأن آمن بعضهم لو تردد في دينه ، أو عن وعدهم بالاصرار على الكفر . فان قيل إذا كان المراد عدم التفرق في الوعد فكيف يستقيم ما قال الشارح العلامة المراد التفرق في الاعتقاد . قلنا لما كان وعدهم استقامتهم على اعتقاد الكفر فيؤول المنطوق إلى ما قال رحمه الله .

(٣) قوله : لا نفرق بين . . الخ ، أقول المراد نفي التفرق بالتصديق ، وإلا فقد فضل الله بعضهم على بعض ، فالتفريق من حيث التفضيل وبيان تفاوت مدارج بعضها على بعض ليس بممنوع . فإن قيل قال رسول الله ﷺ ما ينبغي لأحد أن يكون خيراً من ابن متى رواه البخاري في صحيحه وفيه أيضاً ما ينبغي لأحد ان يقول انا خير من يونس بن متى ، ←

والمراد التفرق في الاعتقاد . وقال ﷺ ستفترق امتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضاً في الاعتقاد ، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار ما يؤول إليه أو ما كان عليه أيضاً ، كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد لا على مذهب أبي حنيفة ، فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ، ولعل الأولى أن يقال حمله على التفرق بالأبدان رد إلى جهالة ، إذ ليس له وقت معلوم ، ولا غاية معروفة ، فيصير من أشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده . وهذا معنى قول مالك ليس لهذا الحديث حد معروف .

في المبسوط راوي حديث مالك ابن عمر رضي الله عنهما ومذهبه أن خيار المجلس لا يثبت ، وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه . ولهذا قال ابن العربي قال مالك ليس لهذا الحديث عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به . وقال الأكمل أو نقول التفريق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ، وترجيح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة .

---

← وفيه أيضاً من قال أنا خير من يونس بن متى فقد كذب ، فعلم من هذه الأحاديث أن التفضيل ليس بجائز . قلنا المراد نفي التفضيل في نفس النبوة في إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ، قال قال رسول الله ﷺ ما ينبغي لأحد أن يكون خيراً من ابن متى ، أي في نفس النبوة إذ لا تفاضل فيها . نعم بعض النبيين أفضل من بعض كما هو مقرر ، ولأبي ذر من يونس بن متى ، أي ليس لأحد أن يفضل نفسه عليه ، أو ليس لاحد أن يفضلني عليه . وفي سورة النساء ما ينبغي لاحد أن يقول أنا خير من يونس بن متى ، قاله تواضعاً ، ولا يعارضه تحدثه بنعمة الله عليه ، حيث قال أنا سيد ولد آدم ، ثم قال إنه قال من قال أنا خير من يونس بن متى فقد كذب قاله زجراً أو سداً للذريعة من توهم حط مرتبة يونس لما في قوله تعالى ﴿ ولاتكن كصاحب الحوت ﴾ ٤٨ القلم ونفس النبوة لاتفاضل فيها إذ كلهم فيها على حد سواء كما مر .

وقال الطحاوي اختلف الناس في تأويل قول رسول الله ﷺ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فقال قوم هذا على الافتراق بالأقوال ، ثم بسط الكلام فيه . قلت في شرحي الذي سميته نخب الأفكار في تنقيح مبان الأخبار في شرح معاني الآثار أراد بالقول هو لإبراهيم النخعي وسفيان الثوري في رواية وربيعة الرازي ومالكاً وأبا حنيفة ومحمد بن الحسن ، فإنهم قالوا المراد من قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يتفرقا ، هو التفرق بالأقوال . فإذا قال البائع قد بعت ، وقال المشتري قد اشتريت ، فقد تفرقا ، ولا شيء لهما بعد ذلك خيار ، ويتم به البيع ولا يقدر المشتري على رد البيع إلا بخيار الرؤية ، أو خيار العيب أو خيار الشرط ، أي شرطه . وقال عيسى بن إبان الفرقة التي تقطع الخيار في الحديث هي الفرقة بالأبدان ، ولكن فسره بقوله إن الرجل إذا قال للرجل قد بعتك عبدي بألف درهم فللمخاطب بذلك القول أن يقبل ما لم يفارقه صاحبه ، فاذا افترق لم يكن له بعد ذلك أن يرجعه لولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما نقطع بها المخاطب من قبول المخاطبة التي خاطبه بها صاحبه ، وأوجب له بها البيع فلما جاء هذا الحديث ، علمنا ان افتراق أبدانهما بعد المخاطبة بالبيع يقطع قبول تلك المخاطبة ، وقد روي هذا التفسير عن أبي يوسف ، وقاله الطحاوي .

وقال آخرون هذه الفرقة المذكورة في هذا الحديث هي الفرقة بالأبدان ، فلا يتم البيع حتى يكون ، فاذا كانت تم البيع . قلت أراد بالآخرين سعيد بن المسيب والزهري وعطاء بن أبي رباح وابن أبي ذئب وسفيان بن عيينة والأوزاعي والليث بن سعد وابن أبي ليلى والحسن البصري وهشام بن يوسف وابن عبد الرحمن وعبد الله بن حسن القاضي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور وأبا عبيد وأبا سليمان ومحمد بن جرير الطبري وأهل الظاهر . وقال الأوزاعي حد التفرق أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لايراه . وقال عياض قال الليث هو أن يقوم أحدهما . وقال آخرون هو افتراقهما من مجلسهما أو نقلهما .

## قال والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة

( قال ) أي القدوري ( والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع ) أراد بذلك ما تبع العقد عليه سواء كان من النقدين أو غيرهما ، وسواء كانت ثمناً أو مثمناً بعد [1] أن لم يكن في الأموال الربيويه ، فانها إذا بيعت بجنسها عندجهالة مقدارها لا يجوز ، وإن أشار إليها لاحتمال الربا ، والتقييد [2] بالبيع احترازاً عن السلم ، فان رأس المال فيه إذا كان مكيلا أو موزوناً يشترط معرفة مقداره [3] في جواز السلم عند أبي حنيفة ، كما يجيء . ولا يكتفي بالاشارة ( لأن بالاشارة كفاية في التعريف، وجهاله الوصف فيه ) أي جهالة القدر في العوض المشار اليه . قال الكاكي أي وصف المقدار في التعريف أو في البيع ( لا يفضي إلى المنازعة ) لأنها حاضرة ، والتقابض حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه ، حيث لا يجوز ، لأدائها إلى المنازعة لعدم حضوره .

---

(١) قوله : بعد أن لم يكن ... الخ ، أقول وإنما ترك المصنف هذا الاستثناء لانها مما يتعلق بالربا ، وهذا الباب ليس بيانه .

(٢) قوله : والتقيد بالبيع ... الخ أقول لأنا قد علمناك سابقاً ان بيع العين الموجود بالثمن يسمى بيعاً لكثرة وقوعه وشهرته من بين إقام البيع ، فالمطلق ينصرف إليه فلا يرد أن المطلق كيف يفيد الاحتراز عن بعض أفراده ، لان إطلاقه على الجميع على السواء .

(٣) قوله : يشترط في معرفة مقداره ... الخ ، أقول لان جهالة قدر رأس المال يستلزم جهالة المسلم فيه ، لان المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً ، وربما يجد بعد ذلك زيوفاً ، فيرده ولا يستبدله في مجلس الرد ، فيبطل العقد بقدر ما رده . فاذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص وفي كم بقي ، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، لان اللازم في حكم الملزوم ، وهذا حجة إمامنا الاعظم رحمه الله .

والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ، لأن التسليم والتسلم واجب بالعقـــد ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعـــة ، فيمتنع التسليم والتسلم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز . هذا هو الأصل .

---

( والاثمان المطلقة ) قال الأكمل أي المطلقة عن الاشارة لا يصح بها العقد ، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع . وقال الاترازي المرادبالاثمان المطلقة الدراهم والدنانير، لأنها أثمان بكل حال ، لأن الله تعالى خلق الذهب والفضة ثمناً للأشياء ، والمعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الاشياء ، ويتوصل به إليها وبما بهذه الصفة قبل الصياغه وبعدها . ويجوز أن يراد بها المطلقة عن قيد الاشارة وقد ذكرنا هذا عن الاكمل رحمه الله . وقال الكاكي ذكر الاطلاق ها هنا للاحتراز عن كونهـا مشاراً إليها لا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة للثمنية ، لأنه ذكره بعد قوله والأعواض المشار اليهـــا مع اختلاف الحكم ( لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر ) كالخمسة (١) والعشرة ( والصفة ) كالبخاري والسمرقندي .

( لان التسليم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة ) أي جهالة القدر والصفة (مفضية إلى المنازعة) المانعة من التسليم والتسلم (فيمتنع التسليم والتسلم) أي من جهة الآخر (وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز ) أي جواز العقد ( هذا ) أي كون الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة (هو الاصل) أي في كتاب البيوع بالاجماع ، لان شرعية المعاملات لقطع المنازعات المفضية إلى الفساد. ثم لا بد من معرفة الاثمان المطلقة .

قال في الكامل النقدان والفلوس ثمن كيف ما ذكر لانها لا يتعينان عندنا خلافـــاً

---

(١) قوله : كالخمسة ... إلى آخره ، أقول صورة الاثمان المطلقة قبل بيـــان القدر والصفة ما إذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه ، وكذا لو قـــال بالدراهم وبيـــان القدر أن نقول عشرة أو خمسة ، وبيان الصفة أن يقول سمرقندي أو بخاري .

للشافعي رضي الله عنه ، فيثبت في الذمة .

وعن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة . قال صاحب المجتبى فهو المراد بالأثمان المطلقة ها هنا . وعن الكرخي ما يتمين في العقد فهو مبيع وما لم يتمين فهو ثمن . قال الاترازي ثم الاموال ثلاثة أنواع ، ثمن مطلق وسلعة محضة ودائر بينهما بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة ، ثم الدراهم والدنانير أثمان أبداً ، سواء كان في مقابلتها أمثالها أو أعيان صحبها حرف الباء أولاً حتى أن في الاثمان يصير صرفاً ، ولو كانت بمقابلتها السلعة تصير ثمناً ، والسلعة مبيعاً على كل حال ، لانها أثمان مطلقة على كل حال ، فلا يتمين بالتعيين ، وأما الاعيان التي ليست من ذوات الامثال كالثياب والدور والعقار والعبيد والعدديات المتفاوتة كالبطيخ والثار ، فهي مبيعة ويتمين بالتعيين . ولا يجوز البيع فيها إلا عيناً إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب ، بخلاف القياس . ثم الثياب كما تثبت بيعاً في الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت ديناً في الذمة مؤجلا بطريق الثمن ، والاجل شرط في الثياب ، لا لانه شرط في الاثمان ولكن شرط لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة .

وأما المكيل والموزون والعددي المتقارب إن كانت في مقابلتها أثمان فهي مبيعة ، وإن كان في مقابلتهما أمثالها أعني المكيل والموزون والعددي المتقارب ، فكل ما كان موصوفاً في الذمة يكون ثمناً ، وكل ما كان معيناً يكون مبيعاً . وإن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً ، والآخر مبيعاً لان هذا مما يتمين بالتعيين ، ويثبت ديناً في الذمة أيضاً ، فتمين أحد الوجهين بالدليل .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل ) وفي بعض النسخ أو مؤجل ، وعليه إجماع العلماء . وفي الكامل لو قال بعتكه بألف حالاً أو بألفين نسيئة لا يجوز لجهالة الثمن (إذا كان الاجل معلوماً) لان جهالته مانعة من التسليم والتسلم ، فيؤثر في

لإطلاق قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ٢٧٥ البقرة، وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه ، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً ، لأن الجهالة فيه مانعة عن التسليم الواجب بالعقد ، فهذا يطالبه به في قريب المدة ، وهذا يسلمه في بعيدها . قال ومن أطلق الثمن في البيـــع

---

صحة العقد ( لاطلاق [1] قوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ) لأنه لم يفصل بين ثمن حـال وثمن مؤجل .

( وعنه عليه الصلاة والسلام ) أي وعن النبي ﷺ ( إنه اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه ) وهذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً لهمن حديد . وفي لفظ البخاري ثلاثين صاعـــاً من شعير ، وهذا اليهودي اسمه أبو الشحم رجل من بني ظفر ، هكذا وقع مسمى في سنن البيهقي ، أخرجه عن جعفر بن محمد عن أبيـــه عن جابر رضي الله عنه .

( ولا يجوز إذا كان الأجل مجهولاً لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد ) هو التسليم والتسلم ( فهذا يطالبه به ) أي يطالب المشتري بالثمن ( في قريب المدة وذاك ) أي المشتري ( يسلمه في بعيدها ) أي في بعيد المدة .

( قال ) أي القدوري ( ومن أطلق الثمن في البيع ) بأن ذكر القدر دون الصفة ، مثل أن يقول المشتري مثلا اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيدهـــا بالبخارية أو السمرقندية ونحو

---

(١) قوله : لان قوله تعالى ... الخ ، أقول في الدرر فيـــه إشكال لان نص البيع مطلق واشتراط معلومية الاجل بالدليل القطعي تقيد المطلق بالرأي ، وهو غير صحيح لما تقرر في الاصول أن تقيد المطلق نسخ ونسخ الكتاب بالرأى لا يجوز . أقول هـــذا الاشكال ليس بشيء ، لان البيع المطلق لا يتناول البيع الذي فيـه الاجل مجهول ، لان التسليم والتسلم واجبان بالعقد ، والواجب عن الشيء في حكم لازمه والشيء لا يتناول مبائنه ومبائن لوازمه .

كان على غالب نقد البلد ، لأنه هو المتعارف ، وفيه التحري للجواز فيصرف إليه ، فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهـــذا إذا كان الكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ،

---

ذلك . او قال اشتريت بكذا مثقالاً ولم يقيده بالخليفتي والركني ونحو ذلك . وقال الكاكي قوله ومن أطلق الثمن يعني ذكر القدوري ، والنوع دون الوصف فإنه لو لم يذكرهما كانت المسألة عين الأولى(١)، وهي قوله والأثمان المطلقة وفي البداية إنما أورد هذا ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الإستعمال . وفي الجنازية قوله أطلق أي ذكر الوصف (٢) وعن نقد البلد بعد أن سمى قدره ونوعه ( كان على غالب نقد البلد لأنه هو المتعارف ) أي لأنه هو المتفاهم في عرف الناس والمطلق من الألفاظ ينصرف إليه بدلالة العرف . وقال تاج الشريعة نقد البلد أي البلد الذي جرى فيه البيع لا في بلد المتبايعين (وفيه التحري للجواز ) أي وفي غالب نقد البلد التحري لجواز العقد ( فينصرف إليه ) أي فيصرف إطلاق الثمن إلى غالب نقد البلد .

( فإن كانت النقود مختلفة ) أي إن كانت النقود في البلد على اختلاف الوزن رابحة على السواء ( فالبيع فاسد ) للجهالة المانعة من التسليم والتسلم ( إلا أن يبين أحدها ) استثنى من قوله فالبيع فاسد أي إلا أن يبين أحد النقود المختلفة فحينئذ يجوز ( وهذا )أي فساد البيع ( إذا كان الكل في الرواج سواء ، لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ) لأنه لا يمكن

---

(١) قوله : عين الاولى أقول ولا حاجة إلى زيادة ما زاده صاحب الكفاية. ولو ذكرهما كان عين تلك المسألة بعد الاستثناء ، وهي قوله والاثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفـــة القدر والصفة انتهى لان الاطلاق يأبى عن هذا التشقيق فلا مدخل لـــه في التقريب .

(٢) قوله : وهذا المعنى هو المفهوم عن قوله كان على نقد البلد والاتحاد عن المسألـــة السابقة الجارية في بيان الأثمان المطلقة .

إلا أن ترتفـــع الجهالة بالبيان أو يكون أحدهما أغلب وأروج، فحينئذ يصرف إليه تحرياً للجواز . وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي

---

ترجيح بعضها على البعض لإطلاق التسمية ( إلا أن مرتفع الجهالة بالبيان ) بأن يبين بعض النقود أنه هو المراد (أو يكون أحدها) أي أحد النقود ( أغلب وأروج فحينئذ يصرف اليه ) أي إلى الأغلب الأروج ( تحرياً للجواز ) أي طلباً لجواز العقد إذ أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن ( وهذا ) أي فساد العقد في المستوية الرواج ( إذا كانت ) أي النقود ( مختلفة في المالية ) كالذهب الركني والخليفقي فإن الخليفقي أفضل في المالية من الركني . ( فإن كانت سواء فيها ) أي في المالية ( كالثنائي [1] ) وهو ما كان الإثنان منه يعبر

---

(١) قوله : كالثنائي ، وهو ما يكون ... الخ . أقول فمالية الإثنين أو الثلاث كمالية الواحد من الأحادي ، ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهماً في ذلك العرف ، بل ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الأشياء ، وهو الواحد من الآحادى والاثنان من الثنائي والثلاث من الثلاثي فيصح العقد على الدرهم المطلق ، هذا كلام صاحب الكفاية . ويؤيـده ما قال في الدار شرح الغرر فإن استوى الماليـــة أيضاً كما استوى الرواج واختلف الإسم كالأحادي والثنائي والثلاثي صح إن أطلق اسم الدرهم،على كل منهاحيث يطلق على الواحد من الأول والاثنين من الثاني والثلاث من الثالث اسم الدرهم ، وينصرف إلى ما قدر به من كل نوع مثلاً إذا باع بألف درهم فله أن يعطي الفاً من الأحادي أو ألفين من الثنائي أو ثلاثة آلاف من الثلاثي ، هذا ما ذكر في الكافي . وأورده صاحب الهداية انتهى ملخصاً. وبكذا نقل الحلبي في ذخيرة العقبي ، وظهر من هذا أن كلام الشارح رحمه الله بريء عن التعقيد وقد زال هاهنا قدم صاحب العناية وفهم ما لا يذهب اليه ذهن الذاهن ، وقـــال إن في كلام الشارح تعقيد أوهو قوله كالثنائي الخ مثال للنقود المختلفة في المالية فلزم الفصل بين قوله إذا كانت مختلفة ، ومثاله وهو قوله كالثنائي ، بالشرط وهو قوله فإن كانت سواء فيهـا ولزم الفصل بين هذا الشرط وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ، ←

والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والإختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيـــع إذا أطلق إسم الدرهم ، كذا قالوا . وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان ، لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية .

قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة .

---

دانقاً ( والثلاثي ) وهو ما كان الثلاث منه يعبر دانقاً ( والنصرتي اليوم بسمرقند ) وهو بمنزلة الناصرى ببخارى كذا قال الإمام حميد الدين في فوائده ( والإختلاف بين العـدالي بفرغانه ) قال الاترازي وهي لغة فقهاء ما وراء النهر ، ويسمون الدرهم عدالياً وقـــد استعملوها في كتبهم ( جاز البيع ) جواب قوله فإن كانت سواء ( إذا أطلق اسم الدرهم ) أي فيما ذكر من هذه الأشياء ( كذا قالوا ) أي كذا قال المتأخرون من المشايخ (وينصرف إلى ما قدر به ) أي ينصرف اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه ( من أي نوع كان ) من غير قيد بنوع معين ( لأنـــه لا منازعة ) في الاستواء في الرواج ( ولا اختلاف في المالية ) للمساواة فيها .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز بيع الطعام ) والمراد بالطعام الحنطة ودقيقها ، لأنـه يقع عليهما عرفاً ، كذا قاله الشراح ، وقيدوا بقولهم عرفاً ويؤيد هذا ما قاله الخليل أن المعالي في لغة العرب أن الطعام هو البر خاصة ( والحبوب ) كالعدس والحمص ونحوهمـا ، ومن جعل الطعام أعم قال ذكر الحبوب مستدرك وليس كذلك ، لأن الطعـام اسم للبر خاصة والحبوب غيره فافهم ( مكايلة ) مصدر من باب المفاعلة يقال كايلته مكايلة إذا كلت له وكال لك ( ومجازفة ) وهو أيضاً مصدر من جازف . وقال الجوهري الجزف أخـذ الشيء مجازفة وجزافاً فارسي معرب . وفي المغرب وهو البيـع بالحدس والظن بلا كيل ولا دنن . وفي الجمهرة الجذف الأخذ بكثرة ومن ذلك قولهم جزف له في الكيل إذا أكثر ،

---

← ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي متعلقاً بقوله فكانت سواء ، لأن الثنائي وهو ما كان اثنتان منه دانقاً ، والثلاثي وهو ما كان ثلاثة منه دانقاً لا يكون في المالية سواء ، لكن يمكن أن يكون في الرواج سواء .

وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ، بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة .

---

ومنه الجزاف والمجازفة في الشرك والبيع وهو يرجع إلى المساهلة .

( وهذا ) أي البيع مجازفة ( إذا باعه بخلاف جنسه ) فحينئذ يجوز ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وقد روى الجماعة غير البخاري عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد .

( بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة ) حيث لايجوز ( لما فيه من احتمال الربا ) ، لأنه ربما يزيد أحد الجنسين على الآخر فيصير ربا . وقال الكاكي قوله إذا باعه بخلاف جنسه إنما يفيد فيما إذا كان شيئاً يدخل تحت الكيل . وأما إذا كان قليلا [1] لا يدخل تحت الكيل ، فيجوز بيعه بجنسه مجازفة أيضاً كذا في الذخيرة ( ولأن الجهالة ) عطف على قوله عليه الصلاة والسلام أي لأن جهالة بيع الحبوب والطعام مكايلة ومجازفة ( غير مانعة من التسلم ، فشابه ، جهالة القيمة ) أي شابه جهالة المجازفة جهالة القيمة بأن اشترى شيئاً بدرهم ولم يدر

---

(١) قوله : وأما إذا كان قليلا .. الخ ، أقول فإن قلت كيف يجوز مع أن الحديث المروي في البر لا يعارضه . قلنا أن المكيلات إنما يقدر بالكيل من حيث الشرع ، فالحكم بالتساوي وعدمه فيها لا يعتبر إلا به ، والشيء القليل الذي لا يدخل تحت الكيل يقدره الكيل ، فلا يحكم بعدم جوازه بعينه بجنسه ، لأن عدم الجواز عن احتمال عدم التساوي من حيث الكيل ، وهو مفقود في القليل الذي لا يدخل تحت الكيل .

قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله ، بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر ، والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة ،

---

قيمته أزيد منه أو أنقص يجوز ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، والمانع هي الجهالة المفضية إلى المنازعة .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( ويجوز ) أي البيع ( بإناء بعينه ) بأن قال بهذا الإناء وأشار إليه ، ولكن ( لا يعرف مقداره ) أي مقدار الإناء ( وبوزن حجر ) أي وكذا يجوز البيع بوزن حجر ( بعينه لا يعرف مقداره ، لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله ) أي قبل التسليم ، لأنه يندر هلاك كل من الإناء والحجر قبل التسليم . وفي المبسوط لو اشترى بهذا الاناء يداً بيد فلا بأس به ، لأن في المعين البيع مجازفه يجوز .

(بخلاف السلم) حيث لا يجوز فيه بإناء بعينه ولا بحجر بعينه (لأن التسليم فيه) أي لأن تسليم المعقود عليه في السلم ) متأخر إلى مدة ( والهلاك ) أي هلاك الحجر والاناء المعنيين ( ليس بنادر قبله ) أي قبل التسليم ( فتتحقق المنازعة ) عند ذلك فلا يجوز . وقال الكاكي ويجوز باناء من حديد أو خشب وما أشبه ذلك . أما إذا جهل كالزنبيل والجوالق والغراير لا يجوز . ولو باعه طعاما على أن يكيله بزنبيل أو باناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا لو اشترط عليه وزن ثوب أو متاع أو ملء جوالق . وفي جمع التفاريق عن محمد جواز الشراء بوزن هذا الحجر(١) وفيه الخيار . وعن أبي يوسف(٢)

---

(١) قوله : بوزن هذا الحجر أقوله لأن المعيار المعين لم يتباعد عن المجازفة .

(٢) قوله : وعن أبي يوسف لا يجوز . أقول لأن البيع في المكيلات والموزونات ، أما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر ، ففي المجازفة المعقود عليه ما سمي من هذا المقدار ولم يوجد شيء منها ، فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلوماً .

لا يجوز . وفي جميع النوازل لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبا ثم علم بـه ، جـاز وله الخيار . وكذا لو باع عبده بما باع به فلان عبده جاز . وفي جمـع العلوم لو يعلم المشتري[١] جاز وبما يبيع الناس[٢] لايجوز ،وهكذا ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه . وحكي عنه وجه أنه يجوز ، وإن لم يعلم ما باع فلان . وعن أبي جعفر لو قـال بعتك من هذه والحنطة ما يملأ هذا البيت[٣] لا يجوز ، ومثل مـا يملأ هذا الطشت[٤] يجوز . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه[٥] لا يجوز شراء قربة من ماء هذا النهر ،لأن الماء ليس عنده ، ولا يعرف قدر القربة ، وأطلق جوازه في المجرد ، وكذا قربة بعينها أو راوية من مـاء الفرات يوفيه في منزله .

وجوز أبو يوسف أيضا . وعنه إذا ملأ ثم تراضيا جاز وهذه مجازفة . وقال برهان

(١) قوله : لو يعلم المشترى ... الخ ، أقول وإلا لا لجهالة الثمن .

(٢) قولـه : وبما يبيع الناس ... الخ ، أقول لأن بيعهم مختلف في التقـدير للزوم الجهالة .

(٣) قوله : ما يملأ هذا البيت ... الخ ، أقول لأن وسعه مع اختلاف زواياه مما يورث النزاع في خلائه .

(٤) قوله : ومـا يملأ هذا الطشت ... الخ ، أقول لأن وسعه من حيث الملأ معلوم وليس مما يورث النزاع .

(٥) قوله : وعن أبي حنيفة رحمه الله في رواية الحسن بن زياد أنه ، أي العقد إناء بعينه لا يعرف قدره وبوزن حجر بعينه لا يعرف قدره لا يجوز في البيع أيضاً ، كما لا يجوز في السلم لأن البيع في المكيلات والموزونات . أما أن يكون مجازفـة أو بذكر القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشاء اليه ، وعند ذكر القدر المعقود عليه مـا سمي من القدر ولم يوجد شيء منها ، فإنه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل إذا لم يكن المكيال معلوماً ، والأول أي جواز البيع بها أصح من حيث الدليل ، فإن المعيار المعين لم يتباعـد عن المجازفة وأظهر من حيث الرواية .

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضاً ، والأول أصح وأظهر .
قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة ، إلا أن يسمى جملة قفزانها .

---

الدين باع كل حق له في هذه القرية ولم يعلمها نصيبه لم يجز ، ولو علما جاز . ولو علم المشتري دون البائع جاز وبه قال الشافعي ومالك رضي الله عنهما ، وعلى عكسه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي . وقال مالك إن بينه البائع يجوز .

( وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا ) أي في بيع المساواة أيضا ، وهو رواية الحسن عنه . روى ذلك الفقيه أبو الليث في العيون ، ثم قال وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع فقال إذا كان الاناء مما لا يقع إذا حشى فيه فالبيع جائز مثل الطشت ونحو ذلك ، وأما الزنبيل والجوالق فلا يجوز لاحتمال الزيادة والنقصان ( والأول ) أراد به ما ذكره القدوري بقوله ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره ( أصح ) ودليله مذكور في المتن ( وأظهر ) أي بحسب الرواية والتعليل .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة ) الصبرة الطعام المجتمع كالكومة وجمعها صبر بضم الصاد وفتح الباء . وقال الجوهري الصبرة واحدة صبر الطعام ، ويقال اشتريت الشيء صبرة أو بلا وزن ولا بليل والقفيز مكيال ، وجمعه قفزان قاله في المغرب [1] ولم يبين قدره . وقال الجوهري القفيز ثمانية مكاكيك ولم يبين المكوك إلا في باب الكاف ، وقال المكوك مكيال وهو ثلاث كيلجات والكيلجة منان وسبعة أثمان من ، والمن رطلان والرطل اثنتا عشر أوقية ، والأوقية أستار وثلثا استار ، والأستار أربعة مثاقيل ونصف ، والمثقال درهم وثلاثة اسباع درهم ، والدرهم ستة دوانيق ، والدانق قيراطان والقيراط طسوحتان ، والطسوح حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم ، والجمع مكاكيك ، انتهى كلام الجوهري ( إلا أن يسمى جملة قفزانها ) في بعض النسخ جمع

---

(١) قوله : وفي بعض كتب اللغة إن القفيز مكيال قدر اثني عشر صاعاً .

وقالا يجوز في الوجهين . له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن[1] فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ، وصار هذا كما لو أقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالإجماع .

---

قفزانهـــا فحينئذ يصح في الكيل و كذلك إذا كان الصبرة في المجلس صح البيع وثبت للمشتري الخيار .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد (يجوز في الوجهين) وهو ما إذا ذكر جملة القفزان . وأما إذا لم يذكر وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم .

( له ) أي لأبي حنيفة ( أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن ) لأن جملة القفزان غير معلوم ، فيكون ما بإزائها غير معلوم أيضاً . فإن قيل سلمنا جهالتها ولكن جهالة لا تفضى إلى المنازعة فينبغي أن لا يفسد البيع كما في الأعراض المشار اليها ، لأن كل قفيز بدرهم فبعد ذلك لا يتفاوت أن يكون الصبرة مائة أو أقل أو أكثر . قلنا قديفضي إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب المشتري بالثمن أولاً ، والثمن غير معلوم فيعجز عن تسليم الثمن ، و كذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم عرفانـه قدر المبيع فيتنازعان (فيصرف إلى الأقل ) أي يصرف البيع إلى الأقل ( وهو ) أي الأقل (معلوم) أي معلوم القدر والثمن وجاز إفراده من الجملة لعدم الضرر لأحد صيانة لكلاميها عن الإلغاء بقدر الإمكان ( إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان) بأن يقول بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فيصح حينئذ ويقع البيع على جميعهـــا ( أو بالكيل ) أي أو تزول الجهالة بكيل الصبرة ( في المجلس ) قيد به لأنه إذا كان بعد الإفتراق منه لا يصح ، لأن ساعات المجلس

---

(١) قوله : لجهالة المبيع والثمن جهالة قد تفضي إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب من المشتري قبض والثمن غير معلوم ، وهذا لا يعرف ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن وذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعان .

ولهمـــا أن الجهالة بيدهما إزالتها[1] ومثلها غير مانع، كما إذا باع عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار،

---

جعلت كساعة واحدة، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد، أما لو افترقـا تقرر الفساد فلا ينقلب جائزاً.

فإن قيل يشكل بما إذا كان الفساد بأجل مجهول أو بشرط خيار أربعة أيام، فإنـه ينقلب جائزاً برفع المفسد بعـد الإفتراق عن المجلس. قلنا الفساد ثمت لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس، فإن أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل اليه.

( ولهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن الجهالة بيدهما إزالتها ) أي إزالة الجهالة بأن يكيلا الصبرة في المجلس فلا يفضي إلى المنازعة ( ومثل ذلك غير مانع ) أي مثل المذكور من الجهالة غير مانع عن صحة العقـــد. وفي بعض النسخ ومثلها غير مانع، أي ومثل الجهالة الغير المفضية إلى المنازعة غير مـــانع، ونظر لذلك بقوله ( كما إذا باع[2] عبداً من عبدين على أن المشتري بالخيار ) إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك، فـــإذا أخذ أيهما شاء ارتفعت الجهالة فكذا هنا.

---

(١) قوله: بيدهما إزالتها فإنها ترتفع بكيل كل منهما، فـــإن قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري، فكان إزالة الجهالة بيدهما. وقيد بقولـــه بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم، فإنه لا يجوز لأن إزالتها إمـــا بيد البائع إن كان هو الراقم أو بيد الغير إن كان غيره على كل حال فالمشترى لا يقدر على إزالتـــه كذا في العنايـــة.

(٢) قوله: إذا باع ... الخ وأجيب لأبي حنيفة رحمـــه الله أن القياس فيه الفساد أيضاً، إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص، ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على مـــا سيأتي، فيكون ثابتاً بدلالـــة النص، والاستحسان بالنص لا يتعدى إلى غيره فلهذا لم يجوزه أبو حنيفة رحمه الله فيما نحن فيه قياساً واستحساناً.

ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشترى الخيـــار لتفرق الصفقة عليه، وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه علم بذلك الآن فله الخيار . كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيـع . ومن باع قطيـع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة ،

---

( ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة فالخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه [1] ) أي على المشتري ولا خيار للبائع ، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضاً ، لأن التفرق جاء منه وهو امتناعه عن تسمية جملة القفزان ، أو الكيل في المجلس فيكون راضياً به ( وكذا إذا كيل في المجلس ) أي وكذا الخيـار للمشتري إذا كيل المذكور من الصبرة في المجلس ( أو سمى جملة قفزانها ) بأن قال بعتك هذه الصبرة مائة كل قفيز بدرهم فللمشتري الخيار أيضاً ( لأنه علم بذلك الآن فله الخيار ) لأنه ربما كان في حدسه أو ظنه أن الصبرة تـأتي بمقدار ما يحتاج اليه فزادت ، وليس له في الثمن ما يقابله ، ولا يمكن أخذ الزوائد مجاناً وفي تركه تفريق الصفقة على البايع أو نقصت فيحتـاج أن يشتري في مكان آخر ، وهل يوافق أم لا ، فاذا كان كذلك فله الخيار لأنه يصير ( كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ) فيثبت له الخيار . وقال تاج الشريعة والجواب لأبي حنيفة من بيع عبد من عبدين أن القياس فيه الفساد فيه أيضاً إلا أنا جوزناه استحساناً بالنص .

( ومن باع قطيـع غنم ) أي طائفة منه ، وكذا من البقر . وفي المغرب القطيعة الطائفة ( كل شاة بدرهم ) يجوز في لفظ كل الرفع والنصب ، أما الرفع فعلى الإبتداء تقديره كل شاة سميت بدرهم ، وأما النصب فيحتمل أن يكون بـــدلاً من القطيـع بدل البعض عن الكيل ( فسد البيـع في جميعها عند أبي حنيفة ) وهذه المسألة ذكرها القدوري ولم يذكر

---

(١) قوله : لتفرق الصفقة عليه هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمها كل فقيـه فكيف العاصي ، فإذا لم يكن المشتري عالماً بأن القيد واقع على قفيز واحد قد علم الآن يثبت الخيار عند العلم .

وكذلك من باع ثوباً مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان . وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا ، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا ، غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت ، فلا تفضى الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضى اليها في الأول فوضح الفرق .

---

فيها الخلاف والمصنف ذكره ( وكذا من باع ثوباً مذارعة ) أي بشرط الذرع ، كذا قاله الاترازي والكاكي ، ولكن هذا اللفظ من باب المفاعلة ، فالمعنى من باع ثوباً على أنه والمشترى يذارعانه مذارعة كل ذراع بدرهم ، ولم يسم جملة الذرعان بضم الذال جمع ذراع وكذا فسد البيع إذا باع ( كل معدود متفاوت ) أي متفاوت في القيمة كالبطيخ والرمان والسفرجل والخشب والأواني ، ولم يسم جملة العدد هذه المسألة على ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يبين جملة الذرعان ، وقال بعده كل ذراع بدرهم ولم يبين جملة الثمن فهو جائز ، لأن المبيع معلوم وجملة الثمن معلومة لبيان الذرعان .

الثانية : أن يبين جملة الثمن لا المبيع ، وقال بعده كل ذراع بدرهم فهو أيضاً جائز ، لأنه لما بين جملة الثمن وسمي لكل ذراع درهماً صار جميع الذرعان معلوماً .

والثالثة : أن لا يبين جملة المبيع ولا جملة الثمن ، وقال بعده كل ذراع بدرهم فهي مسألة الكتاب ذكرها في النهاية أي عند أبي يوسف ومحمد .

( يجوز في الكل ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله ( لما قلنا ) وهو أن إزالة الجهالة بيدهما ( وعنده ) أي وعند أبي حنيفة ( ينصرف إلى الواحد لما بينا ) وهو قوله ينصرف إلى الأقل وهو معلوم ( غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضى اليها ) أي وتفضي الجهالة إلى المنازعة ( في الأول ) وهو بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب ( فوضح الفرق ) أي ظهر وانكشف وهو أن الأقل هو الشاة الواحدة من قطيع والذراع من

قال ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار، وإن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، فلم يتم رضاه بالموجود، وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين، والقدر ليس بوصف

---

ثوب لم يصرف إليه التفاوت والقفيز الواحد من صبرة يصرف إليه لعدم التفاوت، وهو الفرق. القدوري.

قال أي القدوري (ومن ابتاع صبرة) أي من اشتراها (على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل) أي من المائة وفي بعض النسخ أقل من ذلك (كان المشتري) بكسر الراء (بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه) أي على المشتري (فلم يتم رضاه بالموجود) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم (وإن وجدها أكثر) أي وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز (فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين[1]) وهو مائة قفيز (والقدر ليس بوصف) أي القدر الزائد

---

(١) قوله: لأن البيع وقع على مقدار معين، لكل ما وقع على مقدار معين لايتناول غيره، إلا إذا كان وصفاً، والقدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف، فالبيع لايتناوله. واختلف المشايخ بين الفرق والأصل أي القدر فقيل أن ما يتعيب بالتبعيض والتنقيص، فالزيادة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزيادة والنقصان فيه أصل. وقيل الوصف ما لوجوده تأثير في تقوم غيره، وبعدمه تأثير في نقصان غيره. والأصل ما ليس كذلك. وقيل ما يكون تابعاً لشيء غير منفصل عنه، وإذا فصل فيه يزيده حسناً وكما لا فهو وصف، وما ليس كذلك فهو أصل وزبدة الكل أن القلة والكثرة في المكيلات والموزونات أصل والزراع في المزروعات وصف، ألا ترى أنه إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لايتعيب الباقي، بل يشتري بالثمن الذي كان بحصته مع القفيز الواحد والذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه، فإن الثوب العبائي إذا كان خمسة عشر ذراعاً ويشتري بخمسة دنانير فاذا انتقص خمسة أذرع فيه لا يشتري الباقي بعشرة دنانير.

ومن اشترى ثوباً على انه عشرة أذرع بعشرة أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك لأن الذراع وصف في الثوب ،

---

على المقدار المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناوله فكان للبائع .

واعلم ان المشايخ ذكروا في الفرق بين القدر وهو الأصل والوصف حددوا فقيل كل ما يتعيب بالتنقيص والتشقيص فهو وصْف ، وما لا يتعيب بها فهو أصل . وقيل ما يكون وجوده جهة في تقوم نفسه وغيره وعدمه جهة في نقصان نفسه ، وغيره فهو وصف وما لا يكون بهذه المثابة فهو أصل فيخرج على هذا المكيلات والموزونات والمزروعات ، فان المكيل لا يتعيب بالتنقيص والمزروع يتعيب ، والطول والعرض يزيد في قيمة نفسه وغيره ، بخلاف المكيل والموزون ، فان صبرة الأقفزة إذا انتقص منها قفيز يشتري الباقي بالثمن الذي يخصه مع القفيز والذراع الواحد إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه .

وقال الكاكي وثمرة كون الذرع وصفاً والقدر أصلاً يظهر في مواضع منها ما ذكر في الكتاب وهو أنه إذا وجده زائداً فهو للبائع ، ومنها انه لا يجوز للمشترى التصرف في المبيع قبل الكيل والوزن إذا اشتراه بشرط الكيل . وفي المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع سواء ، اشتراها مجازفة أو على أنه عشرة أذرع ، لأنه لما كان وصفا لا يكره اختلاط البيع بغيره ، فيجوز التصرف له قبل الذرع ، لأن الكل له سواء نقص أو زاد ، بخلاف المكيل والموزون لأن الزائد أصل لا تبع ، فيلزم الإختلاف ، فلا يجوز التصرف قبل الكيل أو الوزن ومنها أن بيع الواحد للاثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات . وفي المذروعات يجوز لأن الزيادة لما كانت أصلا وكانت شيئا يعتد به فلا يجوز بدون المساواة في الأموال الربوية ، بخلاف المذروع فلم يعتبر زيادة مانعة لكونه تبعا .

( ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا ) أى أو اشترى أرضا ( على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل ، فالمشترى بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك ، لأن الذراع وصف في الثوب ) لما بينا من ظهور أمارة الوصفية ، والتبعية فيه

ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان ، فلهـــذا يأخذه بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول ،

---

دون غيره من زيادة القوة بزيادته ونقصانها بنقصانه ولعدم تمكن أفراده من الجملة ، حتى لو باع ذراعا من ثوب لم يجز ، لأن المقصود من الثوب هو التزين واللبس لا يحصل بذراع بخلاف القفيز من الصبرة ( ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض ) هذا توضيح لكونه بمنزلة الوصف .

فان قيل الاستدلال بهذا على أن الذرع وصف غير مستقيم ، فان الطول والعرض كما هو وصف فكذلك القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن أيضا ، وصف يقـــال شيء قليل و كثير ، فلم يكن القفيز الزائد هناك وصفـــا . قلنا بل أن القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن كان أصلاً ومن حيث الذرع ، كان وصفا لدخولها تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة بين الأصل والوصف ، فانه زيادة شبر واحد مثلا على العشرة يوجب زيادة قيمة العشرة ، مع أن وصف القلة والكثرة حصل بـــه ، لأن الكثرة بكثرة الدخول بخلاف الذرع ، فان زيادته توجب زيادة قيمته لم يكن لها بدون ذلك الذرع ، وهذا متعارف بين التجار فكان الذرع وصفا .

( والوصف لا يقابله شيء من الثمن ) إلا إذا كان مقصوداً بالتناول حقيقة ، كما في إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن أو حكما لحق البائع ، كما إذا حدث عيب آخر عند المشترى أو لحق الشارع ، كما إذا خاط المشترى الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن ( كأطراف الحيوان ) يعني إذا اشترى جارية فاعورت عند البايع لا ينتقص شيء من الثمن . و كذا المشترى باعهـا مرابحة إذا أعورت بعدما قبضها بدون البيان ، وسيجيء ذلك في باب المرابحة إن شاء الله تعالى .

( ولهذا ) إيضاح لقوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن ( يأخذه بكل الثمن ) أى يأخذ ذاك الثوب الذى اشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده أقل ، فانه يأخذه بجملة الثمن إن شاء كما مر الآن ( بخلاف الفصل الأول ) وهو فصل الكيل فإنه يأخـــذ الموجود

لأن المقدار يقابله الثمن، فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري، ولا خيار للبائع لانه صفة فصار بمنزلة ما إذا باعه معيباً فإذا هو سليم. ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة درهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك، لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب،

---

بحصته من الثمن (لأن المقدار يقابله الثمن) لأنه ليس بوصف (ولهذا) أي ولكون المقدار لا يقابله شيء من الثمن (يأخذه بحصته) من الثمن (إلا انه يتخير) استثناء من قوله، أي إلا أن المشترى خير بين الأخذ والفسخ (لفوات الوصف المرغوب فيه) وفي نسخة شيخنا لفوات الوصف المذكور، ثم كتب تحته أي المذكور في هذه المسألة في الفصل الأول (لتغير المعقود عليه فيختل الرضا) أي رضى المشترى.

(وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشترى، ولا خيار للبائع لأنه صفة)، أي لأن الذرع صفة، والوصف لا يقابله شيء من الثمن (فكان) نظير هذا (كما إذا باعه معيباً) بأن باع عبداً على أنه أعمى (فإذا هو سليم) أي فإذا العبد وجد سليماً أي بصيراً، حيث لا خيار فيه (ولو قال بعتكها) يعني الثياب والمذروعات كذا في النهاية. وقال الأكمل فيه نظر، لأن المبيع إذا كان ثياباً لم تكن هذه المسألة، والأولى أن يقال يعني الأرض. وقال الأترازي أي بعت الأرض والثياب (على أنها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن، وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعاً لكنه صار أصلاً بأفراده بذكر الثمن، فنزل كل ذراع منزلة ثوب) وهذا معنى قولهم أن الوصف يقابله شيء من الثمن،

وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذاً لكل ذراع بدرهم
وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ،
وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع تلزمه زيادة
الثمن ، فكان نفعاً يشوبه ضرر فيتخير ،

---

إذا كان مقصوداً بالتناول .

فإن قيل لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها زائدة كما لو قال بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوباً كل ثوب بعشرين درهم ، فوجدها زائدة فالبيع فاسد ، وكذا لو اشترى عدلاً على أنه كذا ثوباً ذكر ثمناً أن المشترى بالخيار . قلنا الفرق بينهما ما بينا أن في الذرع جهة الوصفية والأصلية ، فمن حيث أنه أصل لا نسلم له الزياده بغير عوض ومن حيث أنه وصف يكون بعض الذرعان تابعاً للبعض ، فلا يفسد ، وأما بعض الثياب لا يكون تبعاً للبعض فيبقى المبيع مجهولاً بجهالة تفضي إلى المنازعة ، لأن الثياب مختلفة كذا في جامع قاضي خان .

فإن قيل لو كان أصلاً على تقدير الأفراد بذكر الثمن يجب أن يمتنع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة ، وقد جوز أخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسألة . قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد ، لأنه يصير بعض ما مر الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة ، لانها لو لم تدخل لا يفسد العقد ، كذا في الفوائد الظهيرية .

( وهذا ) أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو ( لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن ) أي المشتري ( أخذ كل ذراع بدرهم ) وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، لأن كلمة على تأتي بمعنى الشرط ( وإن وجدها زائدة ) عطف على قوله فوجدها ناقصة ( فهو بالخيار إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسخ البيع ، لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعاً يشوبه ضرر ) لأن الزيادة نفع ، ولزوم الثمن بإزائها ضرر ، فإذا كان كذلك ( فيتخير ) بين أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وبين

وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً ، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط . ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا هو جائز ، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً . لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم . وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذرع ، وهو المعين دون المشاع ، وذلك غير معلوم بخلاف السهم .

---

الفسخ ( وإنما يلزمه الزيادة ) أي زيادة الثمن ( لما بينا أنه صار أصلاً ) مشروطاً ( ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط ) وهو أن يكون كل ذراع بدرهم .

( ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضي الله عنه . وقالا هو جائز ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه ويعني بقوله وقالا هو جائز إذا كانت الدار كلها مائة ذراع ، هكذا ذكر الصدر الشهيد والإمام الزاهد العتابي في شرحيهما للجامع الصغير . ولو كانت أقل من مائة لا يجوز بالإجماع .

( وإذا اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم ) أي في كونهما عشراً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم ( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن الذراع اسم لما يذرع به ) في الحقيقة وإرادة الحقيقة هنا متعذرة فيكون المراد ما يحله الذراع وتجاوزه مجازاً باطلاق اسم الحال على المحل ، وهو معنى قوله ( واستعير لما يحله الذراع ) يعني استعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه لأن المبيع المحل لا الخشب (فهو المعين) أي ما يحله الذراع هو المعين ، فكان المسمى في العقد جزءاً معيناً ( دون المشاع ) يعني المشاع ليس كذلك ( وذلك غير معلوم ) أي ما يحله الذراع غير معلوم موضعه لا يدري من أي جانب هو ، فيبطل العقد ( بخلاف السهم ) فانه أمر عقلي لا يقتضى محلاً حسياً ، فيجوز أن يكون في المشايع فالجهالة لا تفضى إلى المنازعة .

ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح، خلافاً لمـــا يقوله الخصاف لبقاء الجهالة . ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيـع ، لجهالة المبيـع أو الثمن .

---

( ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح ) يعني لا فرق بين ما إذا علم جملة الذرعان ، كما إذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار ، وهو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز ( خلافاً لما يقوله الخصاف ) وهو أبو بكر أحمد بن عمرو من كبار العلماء المتقدمين ، وله تصانيف كثيرة ، وكان معاصراً مع الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران رحمه الله استاذ أبي جعفر الطحاوي رحمهم الله تعالى . والخصاف يقول إن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان ، وأما إذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان جملة الشياه معلوماً ، فانه يجوز عنده ( لبقاء الجهالة ) دليل قوله ولا فرق عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، يعني أن جملة ذرعان الدار وإن عرفت لا يعلم موضع عشرة أذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة .

( ولو اشترى عدلاً ) عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عـدل الحمل . وقال الاترازي العدل العلم إذا عدل بمثله ( على أنه عشرة أثواب فاذا هو تسعة ) أي فظهرت أنها تسعة أثواب ( أو أحد عشر ) أي أو ظهر أنـــه أحد عشر ثوباً ( فسد البيـع ) أما إذا زاد فهو ( لجهالة المبيـع ) لأن الزائد لم يدخل تحت العقد ، فيجب رده ، والأثواب مختلفة وكان البيع مجهولاً جهالة تفضى إلى المنازعة وأمـا إذا نقص فلوجوب حصة الناقص عن ذمة المشترى وهي مجهولة ، لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطاً أو رديئاً ، وحينئذ لا يدري قيمته بيقين ، حتى يسقط . فكانت جهالتها توجب جهالـــة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده ، وإلى هـذا أشار بقوله ( أو الثمن ) أي فسد البيع لجهالة الثمن في صورة النقصان .

ولو بين لكل ثوب ثمناً جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار، ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة. وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً، وليس بصحيح، بخلاف مـــا إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي وحيث لا يجوز فيهما، وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروى شرطاً للعقد في الهروي، وهو شرط فاســـد

---

( ولو بين لكل ثوب ثمناً ) بان يقول كل ثوب بدرهم ( جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ) أي للمشتري الخيار إذا بين لكل ثوب إن شاء أخـــذ بحصته من الثمن، وإن شاء ترك ( ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ) لأن العقد يتناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً.

( وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضاً ) أي قال البعض من مشايخنا أن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضاً، لأنه جمع بين المعدوم والموجود في خفته فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما إذا جمع بين حر وعبد في صفقة، وسمي لكل واحد ثمناً، فانه لا يجوز البيع عنده في القن، خلافا لهما كذلك هنا. وكما لو اشترى هرويين فاذا أحدهما مروي فان العقد فاسد عنده قـــال المصنف ( وليس بصحيح ) أي عدم الجواز في فصل النقصان غير صحيح. وقال الاترازي أى ما قيل إن عند أبي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح، لأن ثمن كل ثوب معلوم قطعا، فاذا نقصت يكون باقي الثمن معلوما لا محالة.

( بخلاف ما إذا اشترى ثوبين ) هذا جواب عما استدل به بعض المشايخ فيما قـــالوا بمسألة من اشترى ثوبين هرويين فاذا أحدهما مروي على ما ذكرنا فقاله المصنف هذا الذي نحن فيه لا يشبه هذه المسألة، وبين ذلك بقوله بخلاف مـــا إذا اشترى ثوبين ( على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما، وإن بين كل واحد منهما، لأنه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروى وهو شرط فاسد ) لأن المروى غير مذكور

ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا . ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كـــل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف . قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه

---

في العقد ، فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد ، فكان فاسداً بيانه انه شرط لقبول المبيع قبول ما ليس بمبيع ، وإنه مفسد للبيع لكونه مخالفا لمقتضى العقد ، وهـــذا لا يوجد ها هنا ، فانه مـــا شرط قبول العقد في المعدوم وهو معنى قوله ( ولا قبول يشترط في المعدوم ) ولا قصداً يراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه ، وإنمـا قصداً يراده على الموجود فقط ، ولكنه غلط في العدد .

وهروي بفتح الراء ومروى بسكونها . قال الكاكي منسوب إلى هراة ومرو همـــا قريتان بخراسان وتبعه الأكمل على ذلك. قلت هذا عجيب منهما ، فان هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان ، قاله في المشترك . ومرو مدينة قديمة يقال انهـــا من بناء طحمورث وقال في المشترك ايضا مدينة عظيمة بينهـــا وبين كل واحد من نيسابور وهراة وبلخ وبخارى اثني عشر يوما .

( فافترقا ) أي شرار العدل على انه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة فـــاذا هو تسعة ، وشراء الثوبين على أنهما هرويان فاذا احدهما مروي افترقا ، حيث جاز البيع في الأول دون الثاني . وقال الكاكي حاصل الفرق بينهما هو أن الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقـــد في الآخر بذلك الوصف ، فإذا انعدم ذلك الوصف كان فاسداً بالنظر إلى انعدام ذلك الوصف . وأما إذا كان أحدهما معدوماً بذاته ووصفه لم يكن هذا داخلا في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطاً لصحة العقد في الآخر .

( ولو اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة رضي الله عنه يأخذه في وجه الأول ) أي يأخذ الثوب في

بعشرة من غير خيار ، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء . وقال أبو يوسف رحمة الله عليه في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة إن شاء. وقال محمد رحمه الله في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه حكمها ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الأصل وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو

---

الأول ، وهو فيما ظهر عشرة ونصف ( بعشرة ) ويسلم له النصف مجاناً ( من غير خيار ) متعلق بقوله يأخذه .

( وفي وجه الثاني ) وهو فيما إذا ظهر أنه تسعة ونصف (يأخذه بتسعة إن شاء ) يعني له الخيار ( وقال أبو يوسف في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء ) يعني له الخيار ( وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة إن شاء ) يعني له الخيار .

( وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء ، وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير ) يعني له الخيار في الوجهين ( لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابله نصفه بنصفه فيجزىء عليه حكمها ) من التجزية وفي بعض النسخ فيجرى عليه ، أي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع .

( ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ) والثوب إذا بيع على انه كذا ذراعاً فنقص ذراع لا يسقط شيء من الثمن ، ولكن يثبت له الخيار .

( ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل ) لا يقابله شيء من الثمن ( إنما أخذ حكم المقدار ) وهو الكيل والوزن ( بالشرط ) بأن قال كل ذراع بدرهم ( وهو ) أي الشرط

مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم إلى الأصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زادعلى المشروط ، لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل ، وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منـــه .

---

( مقيد بالذراع فعند عدمه ) أي عدم الشرط ، وهو ما إذا كان أقل من الذراع ( عـاد الحكم إلى الأصل ) وهو الوصف وصارت العشرة والنصف بمنزلـــة العشرة الجيدة ، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة ، كذا ذكره فخر الإسلام .

(وقيل في الكرباس) أشار بهذا إلى أن هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفـاوت كالقميص والسراويل والعمائم والأقبية ، أمـــا في الثوب ( الذي لا تتفاوت جوانبه ) كالكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه ( لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنـه ) أي لأن الكرباس ( بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل ) بالصاد المهملة ، أي المقطع وإن كان متصلا بعضه ببعض لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون ، فلا يتمكن فيـــه الضرب لسبب بمنزلـــة البعض عن البعض ، فيصير كل ذراع أصلا كالقفيز والكرباس بكسر الكاف فارسي معرب ، والجمع الكرابيس ( وعلى هـــذا قالوا ) أي المشايخ (يجوز بيع ذراع منه ) وإن لم يعين موضعه كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منهـــا حيث يجوز ، كذا في الذخيرة . وعند الشافعي رضي الله عنه لو قال بعت قفيزاً من هذه الحنطة يجوز لقولنـا وعن انفال من أصحابه إذا لم يعلما مبلغ قفيزان بصبرة لا يصح ، وقد خالف نص الشافعي كذا في الحلية .

★ ★ ★

## فصـــل

ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع ، وإن لم يسمه لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ، ولا تنفصل اتصال قرار فيكون تبعاً له . ومن باع أرضاً دخل مـــا فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه ، لأنه متصل به للقرار لشبه البناء ، ولا يدخل الزرع في بيـع الأرض إلا بالتسمية ، لأنه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه

---

( فصل )

أي هذا فصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل ومـا يلحقها ( ومن باع داراً دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه ، لأن اسم الدار يتناول العرصة ) كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة (والبناء في العرف) قيد به لأنه بحسب اللغة لا يتناول البناء ، وقد ورد في الإيمان أن البناء في مسألة اليمين حتى لو دخل العرصة بعد انهدام البناء يحنث ، ولكن المطلق من الألفاظ يتصرف إلى المتفـــاهم في العرف ، ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها لأبنائها بل بيعها جميعاً .

( ولأنه متصل به ) أي ولأن البناء متصل بالعرصة ذكر الضمير باعتبـار المكان ( اتصال قرار فيكون تبعاً له ) أي للعرصة باعتبار المكان أيضاً وفي نسخة شيخي تابعاً لها ، وكذلك قوله متصلا بها على الأصل ، فلا يحتاج إلى التأويل ويـــدخل السلم المتصل والغلق المركب والحجر الأسفل من الرحى ، وبـه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم . وكذلك يدخل الحجر الأعلى عندنا وبـــه قال الشافعي رحمه الله في الأظهر ، ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق .

( ومن باع أرضاً دخل ما فيهـا من النخل والشجر في البيع وإن لم يسمه ، لأن ) أي لأن الشجر ( متصل به ) أي بالأرض على تأويل المكان ( للقرار فأشبه البناء ) فيكون تبعاً له ( ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه ) أي لأن الزرع ( متصل به ) أي بالأرض ( للفصل ) يعني ليس اتصاله للتأبيد ولرفعه غاية معلومة (فشابه المتاع الذي فيه)

أي في الأرض فلم يدخل في المبيع إلا بالشرط ، ونوقص بالحمل ، فانـــه متصل باللام للفصل ويدخل في بيع الأم . والجواب أنـه غير وارد على التفسير المذكور ، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم .

وفي الخلاصة والقطن فاختلف المشايخ رحمهم الله فيه والصحيح انه لا يدخل ، وأمـا الكتان إن كان ظاهراً فلا يدخل ، وإن كان معيباً فالصحيح أنه يدخل ، ثم قال أمـا الأشجار إن كانت بحال تقطع في كل ثلاث سنين ، وإن كانت تقلع من الأصل يـدخل تحت البيع وهو الشجر الصغير الذي لا يبـاع في السوق في الربيع ، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فالصحيح إنها تدخل تحت البيع ، أيضاً من ذكر مثمرة كانت أو غير مثمرة صغيرة أو كبيرة للحطب أو لغيره ، وفيه اختلاف المشايخ ، واختار الولوالجي في فتاواه أنها لا تدخل لأنها بمنزلة الثمر . وفي الفتاوى الصغرى قال مشايخنا إن كان شجراً يغرس للقطع لا للبقاء كشجر الحطب وغيره لا تدخل لأنها بمنزلة الذرع . وفي الخلاصة وشجرة الخلاف والمغرب للمشتري ، وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجر أو أصل الآس والزعفران للبائع والقصب في الأرض كالثمرة والرطبة التي يقال لهـا سبيت كالثمر . وأما عروقها فتدخل في المبيع وقوام الخلاف يدخل في البيع وقوام الباذنجان كذلك ، ذكره الإمام السرخسي والإمام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالثمر بلغ أوان القطع ولا قال وبه يفتى . قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى كرماً فيه ورق التوت والورد ، ولا يدخل ذلك في البيع ، لأنه بمنزلة الثمر . وفي المجتبى يدخل في بيع الدار المخرج والمربط والمطبخ والبئر وبكرتها دون الحبل والدلو ، إلا إذا قال مرافقها فيدخلان .

وقال الشافعي رضي الله عنه ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ونحوها ، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والوقف وفي جمع البخاري رحمه الله أراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان ، أمـا الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غيرها فهذا يدخل بلا ذكر ، وكذا حق لسيل الماء وحق القاء الشلخ في ملك خاص

ومن باع نخلا أوشجراً فيه ثمر فثمرته للبائع، إلا أن يشترط المبتاع لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى أرضاً فيها نخل فثمره للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع، ولأن الإتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ، ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع ، وكذا اذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فكان عليه

---

لا يدخل بلا ذكر الحقوق والمرافق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . وفي فتاوى قاضي خان والبستان الذي في الدار يدخل . وقيل إن كان من الدار يدخل وإلا فلا وفي جمع البخاري باع داراً لفنائها لم يصح كما إذا جمع بين حر وعبد في بيع الحانوت يدخل الواحة ، وإن لم يقل بمنافعه . وفي جمع البخاري كدور القصارين والصباغين واجـاحين[1] الغسالين وخوابي الزياتين ودناتهم ، وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت في الأرض لا يدخل ، وإن قال بحقوقها .

( ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ) أي المشتري ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ . واخرج الائمة الستة في كتبهم عن سالم ابن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال من بـاع عبداً له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع . ومن باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبـائع إلا أن يشترط المبتاع .

( ولان الإتصال ) أي اتصال الثمر بالشجر ( وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقـاء فصار كالزرع ) حيث لا يدخل في بيع الارض ( ويقال للبائع ) يعني إذا لم تدخل الثمرة تحت بيع النخل والشجر يقال للبائع ( اقطعها ) أي قطع الثمرة ( وسلم المبيع ) للمشتري ( وكذا ) أي وكذا الحكم ( إذا كان فيها ) أي في الارض ( زرع ) يؤمر البائع بحصاد الزرع وتسليم الارض للمشتري ( لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه )

---

(١) هكذا الكلمة في الاصل .

تفريغه وتسليمه ، كما إذا كان فيه متـــاع . وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع ، لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد. وفي العـــادة أن لا يقطع كذلك ، وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض من زرع قلنا هناك التسليم واجباً حتى يترك بأجر ، وتسليم العوض كتسليم المعوض.

---

أي على البائع ( تفريغه ) أي تفريغ ملك المشتري ( وتسليمه ) إلى البائع ( كما إذا كان فيه ) أي في ملك المشتري ( متاع ) بأنه باع أرضاً فيها متاعه أو حملا عليه رحله يجب التفريغ والتسليم .

( وقال الشافعي رضي الله عنـــه يترك ) أي على الشجر ( حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع ) يقال استحصد الزرع ، جاز لـــه أن يحصد أي أن يقطع بالمنجل ، وبقوله قال مالك وأحمد هذا إذا أطلق البيع ولم يشترط القطع في الحال ، وفي وجيزهم قال الشافعي رضي الله عنه ليس لمشترى الأشجار أن يكلف البائع بقطع الثمار بل الإبقاء إلى أوان القطاف للعرف ( لأن الواجب إنما هو التسليم المعتـــاد وفي العادة أن لا يقطع كذلك ) أي أن لا تقطع الثمر قبل ظهور صلاحها ( وصار ) أي صار حكم هذا ( كما إذا انقضت مدة الإجارة ، وفي الأرض زرع ) حيث يؤخر إلى الحصاد .

( قلنا هناك ) أي في الزرع ( التسليم واجب حتى يترك بأجر وتسليم العوض ) وهو الأجر ( كتسليم المعوض ) وهو الأرض .

فـــإن قيل ينبغي أن يجوز أن يستأجر البائع الأرض والشجر من المشتري إلى وقت الإدراك فيكون تسليم الأجرة تسليم الأرض والشجر دفعاً للضرر عنه . قلنا كان القياس في الإجارة والمبيع القطع والتسليم إلا أن في صورة البيع وجد من البـــائع دلالة الرضاء بقطع الثمر والزرع قبل الإدراك ، وهو إقدامه على بيع الأرض والشجر مع علمـــه أن المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع وتسليمه إليه فارغاً عن حق الغير ، فلما وجد منه دلالة الرضا بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه بالإجارة ، بخلاف

ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحـــال له قيمه أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين ، فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر ، وأمـــا إذا بيعت الأرض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه ، لأنه مودع

---

المستأجر فإنه لم يوجد منه بعد انقضاء مدة الاجارة فعل ما يدل على الرضاء بقطع الثمر والزرع ، فوجب رعاية جانبه بتبقية الأرض على حكم ملكه بالإجازة ، وأما العادة فغير مسلم ، ولئن سلمنـــا كان المشترك لأنهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط القطع كذا في تعليقات البرغري .

( ولا فرق ) قال الكاكي كأنه رد لقول الشافعي رضي الله عنه فإن عنده غير المؤبرة للمشتري وقال الاترازي ولا فرق إلى آخره ، يتصل بقوله ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته ، للبائع يعني أن الثمر للبائع في الحالين يعني ( بين إذا ما كان الثمر بحال له قيمة ، أو لم يكن في الصحيح ) احترز به عن قول المشعري فإن قال إن لم يكن له قيمـــة يدخل ، والصحيح أنه لا يدخل في الحالين . لأن بيعه يصح في أصح الروايتين ، ومـــا يصح بيعه منفرداً لا يدخل في بيع غيره ولا يلزم عليه البقاء فإن بيعه يجوز منفرداً مع أنه يدخل في بيع الأرض تبعاً ، لأن البناء للقرار فيكون كجزء من أجزاء البيع. بخلاف الثمر ، فإنه المفصل فلم يكن كجزء من أجزائه .

( ويكون في الحالين) أي في حال يكون له قيمة وفي حال لا يكون له قيمة يكون ( للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبينه ) أشار به إلى ما ذكره بعـــد تسعة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال ، أو قد بدا جـــاز ( فلا يدخل في بيع الشجر بلا ذكر ) يعني إذا كان الأمر كذلك لا يدخل الثمر في الشجر بلا ذكر .

( وأما إذا بيعت الأرض) قال الأكمل قوله وإذا بيعت الأرض معطوف على ولا فرق ، يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم يكن له قيمة ، وأما إذا بيعت الأرض ( وقـــد بذر فيها صاحبها ) أي والحال أن صاحبها قد بذر في الأرض ( ولم ينبت ) أي والحال أنـــه لم ينبت ( بعد لم يدخل فيه ) أي في البيع ( لأنه ) أي لأن البذر ( مودع فيهـــا ) أي في

كالمتاع ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه ، وقد قيل يدخل فيه وكأن هذا بناء على الإختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنهـــا

---

الأرض ( كالمتاع ) الموضوع فيها حيث لا يدخل ( ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه ) أي في البيع ، وهو قول أبي القاسم الصفار ( وقد قيل يدخل ) وهو قـول أبي بكر الإسكاف . وفي الذخيرة هذا إذا لم يفسد البذر في الأرض ، فلو فسد وعفن فهو للمشتري ، لأن العفن لا يجوز بيعه على الإنفراد فصار بمنزلة جزء من أجزاء الأرض ، فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال ، إلا إذا بيع مع الأرض نصاً أو دلالة ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه . وفي فتاوى الفضلي ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع ، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل ، وكذا إذا نبت ولم يتقوم بعد (وكأن) قال الأكمل وصحح بعض الشارحين بتشديد النون . قلت أراد به الاترازي فإنه قال وكان هذا بتشديد النون ( هذا بناء على الإختلاف في جواز بيعه ) يعني فمن جواز بيعه ( قبل أن يناله المشافر ) وهو جمع مشفر البعير ، وشفته ( والمناجل ) جمع منجل بكسر الميم وهو ما يحصد به الزرع ( ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ) أي لأن الزرع والثمر ( ليسا منهما ) أي من الحقوق والمرافق الحقوق جمع حق ، والمراد به هاهنا ما يثبت له من ذلك . والمرافق جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفـــاء ، قال الجوهري والمرفق من الامر ما ارتفقت به ومرافق الدار مسيل الماء أو نحوها .

( ولو قال بكل قليل وكثير ) هذا يذكر للمبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالبيع والالفاظ في بيع الارض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة .

الاول: أن يقول بعت الارض أو الشجر بكل قليل أو كثير (هو له) أي للبائع ( فيها) أي في الارض ( ومنها ) أي من الاشجار وقال شيخي رحمه الله فيه لف ونشر ، لان

من حقوقها ، وقال من مرافقها لم يدخلا فيه لمـــا قلنا . وإن لم يقل من حقوقهـــا أو من مرافقها دخلا فيه . أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح بـــه لأنه بمنزلة المتاع .

قال ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها

---

قوله فيها يرجع إلى الارض التي فيها الزرع ، وقوله منها يرجع إلى الاشجار التي فيها الثمر ( من حقوقها ) أي قال من حقوقها ( أو قـــال من مرافقها لم يدخلا فيه ) أي في الزرع والثمر ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله لانهما ليسا منهما .

والثاني : أن يقول بعت منك قليل أو كثير هو له فيها ولم يقل من حقوقهـــا وهو معنى قوله ( وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها يدخلون فيـــه ) أي في البيـع لعموم تمـــام اللفظ .

والثالث : أن يقول بعت الارض والشجر ولم يزد على ذلك ، وقـــد تقدم بيان ذلك .

والرابع : أن يقول بعت بحقوقها ومرافقها لا يدخلان لأن الحق في العادة يذكر لمـــا هو تبع لا بد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ، فإنـــه حقوقه وهو مخصوص بالتوابع كسيل الماء والزرع والثمار ليسا كذلك فلا يدخلان .

( أما الثمر المجذوذ ) بذالين معجمتين ويجوز بمهملتين ، لان كليهما بمعنى واحـــد وهو المقطوع . قال الاترازي الاول بالإهمال تناسب بينه وبين المحصود ، وهو قوله ( والزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به ) أي لا يدخل بمجرد قوله كل قليل وكثير هو له فيها ، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها ( لانه ) أي لان كل واحد من المجذوذ والمحصود ( بمنزلة المتاع ) الموضوع فيها .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها ) لا خلاف للعلماء في بيـع الثمار بعد بدو الصلاح ، لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح ، فعندنا هو أن يأمن العاهة والفساد ذكره في المبسوط . وعند الشافعي رضي الله عنه ظهور الصلاح بظهور الفتح ومبادىء الحلاوة ، أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقاً يجوز عندنا ، وعند الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم لا يجوز المبيع.والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما

أو قد بدا جاز البيع لأنه مال متقوم، إما لكونه منتفعاً به في الحال أو في الثاني ، وقد قيل لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها ، والأول أصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع ، وهذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع

---

ينتفع به بالإجماع وبشرط الترك لا يجوز بالإجماع ، وبيع الثمار قبل الظهور لا يجوز بالإجماع ، وبعد الظهور على ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يبيعها قبل صيرورتها منتفعاً بها ، فان لم يصلح لتناول بنى آدم وعلف الدواب فقال شيخ الاسلام لا يجوز . وذكر القدوري في شرحه والاسبيجابي أنه يجوز وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح .

والثاني : ما إذا باعه بعدما صار منتفعاً به إلا انه لم يتناه عظمه فالبيع جائز عند الكل إذا باعه مطلقاً أو بشرط القطع ، ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس ، وهو قولهما ويجوز في الإستحسان ، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد على ما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال القدوري ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها (أو قد بدا جاز البيع ) وقد روي عدم الجواز قبل بدو الصلاح والاول أظهر ( لانه مال متقوم أما لكونه منتفعاً به في الحال أو في المآل) وفي بعض النسخ أو في الثاني أو ثاني الحال كبيع الجحر ومولود ولد من ساعته ومهر صغير . وفي قاضي خان لم يجوز عامة مشايخنا بيع الثمار قبل أن تصير منتفعة لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعها قبل بدو الصلاح ، والمراد بالصلاح الإنتفاع وقد قال الفضلى يجوز بيعها الظهور والنهى محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفاع في الزمان الثاني .

( وقد قيل لا يجوز ) وهو قول شمس الائمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زادة ( قبل أن يبدو صلاحها والاول ) أي جواز البيع في الحالين ( أصح ) كما قاله الإمام الفضلى واختاره المصنف ( وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغاً لملك البائع وهذا ) إشارة إلى الجواز أي الجواز إنما يكون ( إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع ) أي إذا اشتراها

وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الأرض أو الشجر . ولو اشتراها مطلقاً وتركها بإذن البائع طاب له الفضل ،

---

بشرط أن يقطعه ( وإن شرط تركها ) بأن قال اشتريت على أني أتركه ( على النخيل فسد البيع لانه ) أي لان شرط الترك شرط لا يقتضيه العقد ) لان مطلق البيع يقتضي تسليم المعقود عليه ( وهو ) أي شرط الترك الذي لا يقتضيه العقد ( شغل ملك الغير أو هو ) أي المبيع بشرط الترك ( صفقة في صفقة ) وقد ورد النهي عنها وفسرها بقوله ( وهو إعارة أو إجارة في بيع ) أراد بها إجارة على تقدير أنها باجرة ، وإعارة على تقدير أنها بلا أجرة فيكون إدخال صفقته التي هي للاجارة أو الإعارة في صفقة وهو البيع . وقال مالك وفيه تأمل ، لان ذلك وإنما يكون صفقة إن جاز إعارة الاشجار أو إجارتها وليس كذلك ، نعم هو مستقيم فيما إذا باع الفرس بشرط الترك فان إعارتها أو إجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة .

( وكذا بيع الزرع بشرط الترك ) أي وكذا يفسد البيع بشرط ان يقول المشتري اشتريته على أني أتركه إلى وقت الحصاد ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله أنه شرط لا يقتضيه العقد ( وكذا ) أي وكذا يفسد البيع ( إذا تناهى عظمها ) وشرط فيه الترك ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا ) أي لانه شرط لا يقتضيه العقد ( واستحسنه محمد ) أي استحسن محمد هذا العقد في هذه الصورة ، يعني لا يفسد البيع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم ( للعادة ) أي لتعامل الناس من غير نكير .

( بخلاف ما إذا لم يتناه عظمه) حيث يفسد( لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الارض أو الشجر ) وهو تأثيرهما في الزيادة ( ولو اشتراها مطلقاً ) يعني من غير شرط القطع والترك ( وتركها باذن البائع طاب له الفضل) أي الفضل له من

وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظوره ، وإن تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا تغير حاله لا تحقق زيادة ، وإن اشتراها مطلقاً وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة ، فبقي الإذن معتبراً

---

غير كراهة ( وإن تركها بغير إذنه ) أي بغير إذن البائع ( تصدق ) أي المشترى ( بما زاد في ذاته ) أي يقوم قبل التناهي وبعده فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته ( لحصوله ) أي لحصول ما زاد في ذاته ( بجهة محظورة ) وهي حصولها بقوة الأرض المغصوبة ( وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء ، لأن هذا ) أي الذي زاد بعد التناهي (تغير حاله ) من النيء إلى النضج ( لا تحقق زيادة ) في اليم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزاد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس ينضجها ، والقمر يلونها ، والكواكب تعطيها الطعم .

( وإن اشتراها مطلقاً ) أي عن القطع والترك ( وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل ، لأن الإجارة باطلة ) أي لأن إجارة النخيل لا تصح ، كمن استأجرها ليخفف عليها الثياب وإنما تبطل الإجارة ( لعدم التعارف ) فإن التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الأشجار ( والحاجة ) أي ولعدم الحاجة إلى ذلك، لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تخفف إذا لم يكن مخلص سواها ، وهاهنا يمكن للمشترى أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سيأتي ، فإذا بطلت الإجارة ( فبقى الاذن معتبراً ) فيطيب له الفضل .

فإن قيل لا نسلم إبقاء الاذن فإنه يثبت في ضمن الإجارة وفي بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة ، وفي ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن أجيب بأن الباطل معدوم ، لأنه هو الذي لا تحقق له أصلا ولا وصفاً ولا شرعاً على ما عرف ، والمعدوم لا يتضمن شيئاً حتى يبطل ببطلانه ، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبراً .

بخلاف مـــا إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضـــل ، لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثـــاً . ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز ، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يـــده وكذا في الباذنجان والبطيخ ،

---

(بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل ، لأن الإجارة فاسدة للجهالة ) أي لجهالة وقت إدراك الزرع ، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد والفاسد ماله تحقق من حيث الأصل ، فأمكن أن يكون متضمناً لشيء ، ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن وإذا انتفى الإذن ( فأورثت ) جهالة مدة الإدراك ( خبثاً ) وسبيل التصدق ( ولو اشتراهـــا مطلقاً ) أي ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك ( فأثمرت ثمراً آخر ) أي في مدة الترك ( قبل القبض ) يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار ( فسد البيـــع ) أي لأن البائع لا يمكنه تسليم المبيع ) إلى المشتري ( لتعذر التمييز ) أي وبين الثمر الذي خرج بعد المبيع وبين مـــا خرج قبل البيع .

( ولو أثمرت ) يعني ثمرة أخرى ( بعد القبض ) لم يفسد البيع ، لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري ( يشتركان فيه للاختلاط ) أي لإختلاط غير المبيع بالمبيع ( والقول قول المشتري في مقدار الزائد ، لأنه في يـــده ) أي لأن المبيع في يده ، فكان الظاهر شاهد له ، هذا ظاهر المذهب . وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه ويزعم أنـــه مروي عن أصحابنا . وحكي عن الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري رحمه الله إنه كان يفتي بجوازه ، ويقول اجعل الموجود أصلا وما يحدث بعـــد ذلك تبعاً ، وبهذا شرط أن يكون الخارج أكثر .

( وكذا ) أي وكـــذا لا يجوز البيع ( في الباذنجان والبطيخ ) إذا حدث شيء قبل

والمخلص أن يشتري الأصول ليحصل الزيادة على ملكه ، قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منهـــا أرطالاً معلومة ، خلافاً لمالك رحمه الله ، لأن الباقي بعد الإستثناء مجهول ، بخلاف ما إذا بـــاع واستثنى نخلاً معيناً ، لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال ، قالوا هذه رواية عن الحسن ،

---

القبض وإذا حدث بعده يشتركان ( والمخلص ) أي الحيلة في جوازه قبل القبض . وقـال الاترازي أي المخلص من فساد البيع ( أن يشتري الأصول ) أي أصول الباذنجان وأصول البطيخ ( ليحصل الزيادة على ملكه ) ليملكها . وفي الذخيرة والمغني قال أبو الليث وفيه طريق آخر ، وهو أن يأذن للمشترى في النزل على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذوناً في الترك بإذن جديد .

( قال ) أي القدورى ( ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة ) قال تاج الشريعة أى على الشجرة أما إذا كان مجذوذاً أو باع واستثنى أرطالاً معلومـة جاز ، وفي قوله أرطالاً إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلا واحداً يجوز ، لأنه استثنى القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القـدر ، فيكون استثنى الكل من الكل . وفي شرح الطحاوى باع الثمر على رد من النخل إلا صاعاً منها يجوز ، لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل إلا صاعاً .

( خلافاً لمالك ) فانه يجوز كاستثناء شجرة معينة ( لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول ) أى وزنا ومشاهدة . وقيل والإستثناء وإن كان مجهولاً وزنـــاً لكنه معلوم مشاهدة ، وكان بيع مجازفة وجهالة المجازفة لا يمنع صحة العقد ، لأنها لا تفضي إلى المنازعة والجهالة في مسالتنا يفضي فتمنع ( بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة ) كما هي نخلة فيصح .

( قال ) أى المصنف رحمه الله ( قالوا ) أى المشايخ ( هـذا ) أى قول القدورى ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة ( رواية عن الحسن ) أي عن أبي حنيفة

وهو قول الطحاوي ، أمـــا على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناء من العقد، وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناءه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان ، لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناء ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم . وقـــال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره فالأول عنـــده وله في بيع السنبلة قولان

---

رحمه الله ( وهو قول الطحاوى ) وقول الشافعي وأحمد رحمهما الله أيضاً ( أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز ) يريد به على ظاهر قياس الرواية ، فان حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحاً ، ولهذا قال ينبغي أن يجوز ( لأن الأصل أن مـــا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استناءه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز ،فكذا استثناءه) وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناءه ( بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناءه ) صورة استثناء الحمل أن يقول بعتك هذه الشاة إلا حملها ، وصورة استثناء أطراف الحيوان بأن يقول بعتك هـــذه الشاة إلا جلدها أو غيره ، فانه لا يجوز لا في حضر ولا في سفر ، وبـــه قال الشافعي رحمه الله وقال أحمد يجوز ذلك في الرأس والأكارع لعدم الإفضاء إلى المنازعة غالبـــاً وتوقف في استثنى الشحم ، وعن مالك أنه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه ( ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشر وكذا الأرز والسمسم ) يعني يجوز في قشرها . والحاصل أن بيع الشيء في خلافه لا يجوز إلا الحبوب مثل هذه المذكورة .

(وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجوز بيـــع الباقلاء الأخضر ، وكذا اللوز والفستق والجوز في قشره الاول عنده ) أى عند الشافعي رضي الله عنـــه ( وله ) أى وللشافعي رضي الله عنه ( في بيع السنبلة قولان ) في قوله القديم يجوز ، وفي قوله الجديد لا يجوز،

عندنا يجوز ذلك كله له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه ، فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولأنه حب منتفع به

---

وله أيضاً وجهان في الباقلاء الاخضر والمنصوص عليه أنه لا يجوز ، وهو ظاهر مذهبه قال الاصطخرى وكثير من أصحابه يجوز كقولنا . وبه قال مالك وأحمد رحمه الله ( عندنا يجوز ذلك كله ) أى بيع المذكور في الحبوب كله يجوز عندنا ( له ) أى للشافعي رضي الله عنه ( أن المعقود عليه مستور بمالا منفعة له فيه ) أى للمشترى في المعقود ( فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ) يعني لا يجوز لاحتمال الربا ، ولا ينصرف إلى خلاف الجنس تحرياً للجواز كما في بيع الدرهم والدينارين بدرهمين ودينار ، لان التراب ليس بمال يتقوم ، وتراب الصاغة هو التراب الذى فيه برادة الذهب والفضة والمصاغة جمع صائغ ، ووجه المشابهة بينهما استتاره بما لا منفعة فيه .

(ولنا ما روى عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ) هذا الحديث رواه الائمة الستة غير البخارى عن أيوب عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل... إلى آخره نحوه، ولا آخره نحوه نهر البايع والمشترى . قوله حتى يزهي أى يحمر أو يصفر . وقال أبوزيد والكسائي زهى يزهو وأزهى يزهي بمعنى أى احمر الثمر أو اصفر . وقال أبو عبيد أنكر الاصمعي أزهي ونقل الزمخشرى في فائقة عن كتاب العين يزهو خطأ ، إنما هو يزهي قوله العاهة أى الآفة .

( ولأنه ) أي وبمعنى المذكور من الحبوب ( حب ينتفع به ) وهذا كأنه جواب عن قوله أن المعقود عليه مستور بما لا نفع فيه ، وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة له بل هو حب منتفع به . ومن أكل الفوائت يشهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها ، قال

فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ، والجامع كونـــه مالاً متقوماً بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز في مسألتنا لو باعـــه بجنسه لا يجوز أيضاً ، لشبهة الربا ، لانه لا يدري قدر ما في السنابل .

---

الله تعالى ﴿ فذروه في سنبله ﴾ وهو الإنتفاع لا محالة ( فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ) في سنبله ، فانه يجوز بالإتفاق ( والجامع ) يعني في تشبيه بيع الحنطة في قشرهـــا ، وبيع الشعير في سنبله ( كونه ) أي كون كل واحد منهما ( مالاً متقوماً ، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لإحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ) لعـــدم ذلك الاحتمال . وقال محمد في الأصل فإن كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جائز . وكل واحـــد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه .

واعلم أن بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس إنما يجوز إذا وجد فيـــه الذهب أو الفضة وإذا لم يوجد فلا ، ألا ترى إلى ما قال في الفتاوى الولوالجي رجل اشترى تراب الصواغين بعرض فهذا على وجهين ، إن وجد فيها ذهباً أو فضة جاز البيع ، لأنه تبين أنـــه اشترى الذهب والفضة بالعروض ، وإن لم يجد فيها ذهباً أو فضة لا يجوز .

( وفي مسألتنا ) المتنازع فيها ( لو باعـــه بجنسه ) أي لو باع حب الحنطة في السنبل بالحنطة ( لا يجوز أيضاً لشبهة الربا ، لأنه لا يدري قدر ما في السنابل ) .

فإن قيل ما الفرق بين مسألتنا وبين ما إذا باع حب قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه ، وهما شيئان في كون المبيع متلفاً . أجيب بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ، ولا يقال هذا حب وهو في القطن ، وإنمـــا يقال هذا قطن وكذلك في التمر ، إليه أشار أبو يوسف رحمه الله .

فإن قلت استدل الشافعي رحمه الله أيضاً فيما ذهب إليه ، فان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، وهذا الذي ذكرتم منه لا يدري قدر الحب في السنابل ، واستدل أيضاً بأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يفرك . قلت حديث النهي عن بيع الغرر محمول

ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقها ، لأنه يدخل فيه الاغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء ، والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ، لأنه بمنزلة بعض فيـــه إذ لا ينتفع به بدونه . قال وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ، ومعنى هـــذا إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان

---

على بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء . لأن الغرر ماله عاقبة مستورة ، كذا ذكره في الصحاح ، أو يحمل على بيعـــه قبل أن يشتد . وحديث الفرك رواه ابن حبان في رواية عوضاً عن قوله عليه الصلاة والسلام وعن بيع الحب حتى يشتد ، أخرجه أبو داود والترمذي . وقال حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة وقوله حتى يفرك أي حتى يصير بحـــال يتأتى فيه الفرك ، والحمل عليه أولى توفيقاً بينه وبين مـــا روينا فافهم .

( ومن باع داراً دخل في البيع مفاتيح أغلاقهـــا ) الأغلاق بفتح الهمزة جمع غلق بفتحتين وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح ( لأنه يدخل فيه ) أي في البيع ( الأغلاق ، لأنهـــا مركبة فيها للبقاء ) في الدار للبقـــاء لا للانفصال ( والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ، لأنه ) أي لأن المفتاح ( بمنزلة بعض منه ) أي من الغلق ( إذ لا ينتفع به ) أي بالغلق ( بدونه ) أي ما يغلق بالمفتاح وفي بعض النسخ إذ لا ينتفع به بدونه ، أي بـــدون المفتاح . وفي الفوائد الظهيرية هذا إذا كانت الأغلاق مركبة في حيطان الدار ، أمـــا إذا كانت منفصلة فلا تدخل بدون الذكر .

فان قلت يرد على هـــذا التعليل الطريق ، حيث لا يدخل في بيع الدار مع أن الدار لا ينتفع إلا بها . قلت إنما لا يدخل الطريق لأن المقصود من شراء الدار بها يكون نفس الملك لا الإنتفاع بها بأن يكون مراد المشتري بها أخذ دار بجنبها لسبيل الشفعة ، حتى إذا كان المقصود الإنتفاع بها يدخل الطريق أيضاً كما في الإجارة والقسمة والصدقة الموقوفة .

( قال ) أي القدري ( وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو ) أي التسليم ( على البائع ، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة وكذا أجرة الوزان

والذراع والعداد، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج ، إليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره ، أو ليعرف المعيب ليرده . وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى التسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه . قال وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى التسليم وبالوزن يتحقق التسليم ، قال ومن باع

---

والذراع والعداد) قيد به لأنه لو بيع مجازفة لا يجب أجره هؤلاء على البائع إذا باع بشرط الوزن والذرع والعدد ، لأن تحقق الابقاء بذلك ( وأما النقد ) أي وأما أجرة ناقد الثمن ( فالمذكور ) أي في القدوري أنه على البائع .

( ورواية ابن رستم عن محمد ، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه )أي التسليم (يكون بعد الوزن ) أي بعد وزن الثمن ( والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما يتعلق به حقه من غيره ) أي من غير حقه من الروي ( أو ليعرف ) أي البائع ( المعيب ) إذا وجده معيباً ( ليرده ) على المشتري .

( وفي رواية ابن سماعة عنه ) أي عن محمد أجرة النقاد ( على المشتري ، لأنه يحتاج إلى التسليم الجيد المقدر ) لأن حق البائع في القدر والجودة جميعاً ( والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه ) اي على المشتري . وقال الفقيه أبو الليث في العيون أجرة وزان الثمن والناقد على المشتري ، لان عليه أن يوفيه الوزن . وفي الخلاصة والصحيح أنها على المشتري .

( قال ) أي القدوري ( وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه ) أي أن المشتري ( هو المحتاج إلى تسليم الثمن ، وبالوزن يتحقق التسليم ) فيكون الوزان على المشتري .

( قال ) أي القدوري ومن باع سلعة بثمن ) أي بالدراهم والدنانير ( قيل للمشتري

ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض ، لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة .
قال ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً بثمن قيل لهما سلما معا لإستوائهما في التعيين وعدمه . فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع .

---

ادفع الثمن أولاً ، لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض ، لما أنه ) أي أن الثمن . قال الشافعي في قول وبه قال مالك ( لا يتعين بالتعيين تحقيقاً للمساواة ) أي في المالية . وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً ، وبه قال أحمد . وعنه في قول يجبرهما الحاكم على التسليم فيأمر كل واحد منهما إحضار ما عليه ، فاذا أحضراه يسلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري . وفي قول لا يجبرهما ويمنعهما عن التحام فاذا سلم أحدهما أجبر الآخر ، كذا في شرح الوجيز ، وقال الاترازي وهذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن أولاً على المشتري فيما إذا كان المبيع حاضراً ، أما إذا كان غائباً فلم يقص عليه الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره . وقال فان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع من التسليم حتى يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه إذا دفع الثمن ثم البيع في زمان الحبس في ضمان البائع إلى أن يسلمه إلى المشتري حتى إذا هلك في يد البائع انتقض البيع ، ويعود الثمن إلى المشتري .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع سلعة بسلعة أو ثمناً ) أي وباع ( بثمن قيل لهما سلما معاً ) هذا باجماع الائمة الاربعة ( لإستوائهما ) أي لاستواء البائع والمشتري ( وفي التعيين وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع ) أي في دفع المبيع والثمن وفي المجتبى لا بد من معرفة كيفية التسليم والتسلم ، ومكان التسلم التخلية بين المشترى وبين المبيع من غير مانع من قبضه ، وبه يدخل البيع في ضمان المشتري . قال ابن شجاع وهذا باتفاق أهل العلم . وقال الشافعي رضي الله عنه القبض في الدراهم والدنانير لهما بالتراحم ، وفي الثياب ونحوها بنقله من مكان إلى مكان إلا الطعام مكايلة فبالكيل وفي العقار والشجر

بالتخلية . وفي الغاية المحكم فيه العرف فقبض العقار بالتخلية وقبض المنقول النقل إلى مكان لا يختص بالبائع ، وبه قال أحمد ، وفي المجتبى أمره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى أخذه إنسان فان أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم وإلا فلا .

وفي النظم أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة أو يسقيه دواءأوبتداوى جرحه ففعل لا يصير قابضاً . ولو قبض المشتري فوجد فيه عيباً ففعل هـذه الاشياء لا يكون رضاه ولو أمره بختان الجارية أو العبد أو الفصد أو ربط جرحه أو قطع عرقه أو كان ثوباً فقطعه أو قصره أو غسله أو فعلا يحذوه أو طعاماً تطبخه أو جارية فأمره أن يزوجها فزوجها ودخل بها زوجها يكون قبضاً ، ولو لم يدخل لا يكون قبضاً . ولو فعل المشتري شيئاً من هذه الاشياء بعد وجدان العيب بـه يصير راضياً ، ولو لم يكن له الرد فيرجع بالنقصان في هذا كله .

وفي جمع النوازل وقع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ لـه فتحه من غير كلفة . ولو باع حنطه في بيته ودفع إليه المفتاح ليقبض فان قال خليت بينك وبينهـا فتسلم وإلا فلا تسلم الدار ، وهما غائبان عنها ، وقال المشتري قبضتهـــا لم يصر قابضاً حتى يكون قريباً بحيث يقدر إغلاقها . وفي جامع شمس الائمة يصح القبض وإن كان العقار غائباً عند أبي حنيفة خلافاً لهما اشترى فرساً في حظيرة فقال البـــائع سلمته إليك ففتح المشتري الباب فذهب فان أمكنه أخذه بيده بلا عون كان تسليما ، وإلا فلا ، وكذا الطير .وفي جامع شمس الأئمة إن كان لا يقدر بقبضه إلا مع الحبل وليس معة حبل لا يكون قبضاً وعلى هذا العون ، ولو كان معه حبل وعون فقبض . وكذا لو اشترى رمكة من الرماك في حظيرة ولو اشترى الرماك كلها ، فالتخلية بينه وبـين الحظيرة تسليم ، حتى لو غلبته وهلكن هلكن من المشتري . ولو كان في البيت متاعه وإن قل أو ذرعه يمنع التسليم .

وعن الوبري المتاع لغيرالبائع لا يمنع،فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة ، عنده ولو هلك الثوب وهو في أيديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد خلافاً لأبي يوسف . ولو اشترى دهناً ودفع قاروره ليزنه فيها بحضرة المشتري ، فهو قبض .و كذلك

تعيينه على الأصح وإن كان في بيت البائع . وكذا سائر المكيلات والموزونات إذا وزنها أو كالها في وعاء المشتري بأمره . ولو غصب شيئاً بعينه ثم اشتراه صار قابضاً بالشراء ، وليس للبائع حبسه بالثمن بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية . ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد . ولو اشترى تمراً على الأشجار فجذها على المشتري وفي الموازنة على البائع ، وكذا قلع الجزر والشلجم ونحوها على المشتري إلا قدر نموذج فهو على البائع بكل حال . ولو اشترى حنطة في سنبله أو شيئاً في جوالق أو ثوباً في وعاء فالإخراج على المشتري . ولو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البائع . ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالكربس والتذرية على البائع والتبن للبائع .

* * *

# باب خيار الشرط

## خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري . ولهما الخيار ثلاثة أيام

---

### ( باب خيار الشرط )

أي هذا باب في بيان أحكام خيار الشرط . ولما فرغ عن بيان البيع اللازم وهو الذي ليس فيه خيار بعد وجود شرائطه شرع في بيان البيع الغير اللازم ، وهو ما فيه الخيار ، ولكون اللازم أقوى قدمه على غيره ، ثم قــدم خيار الشرط لأنه يمنع ابتداء الحكم على خيار الرؤيـة لأنه يمنع تمام الحكم ، ثم خيار العيب لانه يمنع لزوم الحكم .

والخيار في البيـع على أربعة أنواع خيار الشرط ، وخيار الرؤيه ، وخيـار العيب ، وخيار التعيين . كما إذا اشترى أحد الثوبين وهو بالخيار على أن يأخذ أيهما شاء ، وسيجيء في هذا الباب إن شاء الله تعالى،قوله خيار الشرط أي خيار يثبت بالشرط ، إذلولاالشرط لما ثبت الخيار بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فإنهما يثبتان من غير شرط ، وهذهالإضافة باب إضافة الحكم إلى سببه ، كصلاة الظهر ، وكان من حقه الا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن هذا من العمل به فظهر عمله في منع الحكم دون السبب تقليلا لعمله بقدر الإمكان .

وشرط الخيار جائز باجماع العلماء والفقهاء ، ولكن اختلفوا في المدة ، ويجوز للبائع والمشتري أو لهما معاً أو لغيرهما ، وفي غيرهما اختلاف يجيء إن شاء الله تعالى .

وقال سفيان الثوري وابن شبرمة ، يجوز للمشتري لا للبائع ، لأنه ثبت بخلافالقياس فيقصر على مورد النص وهو المشتري قلنا النص هو قوله عليه الصلاة والسلام إذا بايعت يتناول البائع والمشتري فيجوز لهما ، وكانبالناس حاجة اليه ليدفع الغبن بالتروي ، وفيه يستوي البائع والمشتري ( خيار الشرط جائز فيالبيعللبائعوالمشتريولهما الخيارثلاثةأيام ) قال الاترازي وقوله ثلاثة أيام يروى بالنصب على انه ظرف ، أي في ثلاثــة أيــام ،

فما دونها . والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي ﷺ إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام

---

وبالرفع على انه خبر أو خبر مبتدأ محذوف ، أي هو ثلاثة أيام .

قلت في قوله خبر بعد خبر تأمل لا يخفى ، والأولى أن يكون خبر مبتدأ محذوف تقديره مدة الخيار ثلاثة أيام ( فما دونها ) أي فما دون ثلاثة أيام ، لانه إذا جاز في ثلاثة أيام ففيما دونها بطريق الأولى ( والأصل فيه ) أي في جواز شرط الخيار ( ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ) .

هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنها قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفاً وكان قد ثقل لسانه فقال له رسول الله ﷺ بع وقل لا خلابة ، فكنت اسمعه يقول لا خلابة لا خلابة ، وكان يشتري ويجيء به إلى أهله فيقولون له ان هذا غال ، فيقول ان رسول الله ﷺ قد خيرني في بيعي ،وسكت عنه الحاكم .

و كذلك رواه الشافعي رضي الله عنه ، أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحاق بـه ، ومن طريق الشافعي رضي الله عنه رواه البيهقي في المعرفة ، ورواه البخاري في تاريخه الأوسط، وقال حدثنا العباس بن الوليد حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن ابن السحاق ، حدثني محمد بن يحى بن حبان ، قال كان جدي منقذ بن عمرو اصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه ، ونازعت عقله ، وكان لا يدع التجارة ولا يزال يغبن ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال إذا بعت فقل لا خلابة ، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال .

وعاش ماية وثلاثين سنة ، وكان في زمن عثمان رضي الله عنه يبتاع في السوق ، فيصير إلى أهله فيلوموه ، فيرده ، ويقول ان النبي ﷺ جعلني بالخيار ثلاثـاً ، فيمر الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول صدق ذكره في ترجمة منقذ بن حبان .

ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة، وهو قول زفر والشافعي ، وقالا يجوز إذا سمى مدة معلومة ،

---

فإن قلت دل حديث الحاكم على أن القضية لحبان بن منقذ ، وحديث البخاري في تاريخه دل على انه لمنقذ بن عمرو والد حبان ، قلت : روى الترمذي حدثنا يوسف بن حماد البصري ، حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى ، عن سعيد ، عن قتادة، عن أنس رضي الله عنه ان رجلا كان في عقدته ضعيف ، وكان يباع وان أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا يا رسول الله احجر عليه ، فدعاه رسول الله ﷺ فنهاه ، فقال يا رسول الله اني لا أصبر عن البيع . فقال اذا بايعت فقل هاء وهاء ولا خلابه ، ثم قال وحديث انس حديث حسن صحيح غريب ، ورواه بقية أصحاب السنن ، وقال شيخنا في شرحه للترمذي الرجل المبهم في هذا الحديث اختلف فيه هل هو حبان بن منقذ ، أو والده منقذ بن عمرو ، فصحيح ابن العربي انه منقذ بن عمرو ، ورجح النووى انه حبان بن منقذ، قوله هاء روى بالمد والقصر ومعناه الأخذ والعطاء ، كقوله في حديث الربا إلا هاء وهاء ، والخلابة بكسر الخاء المعجمة وبالباء الموحدة ، وهي الخديعة ، وروى لا خلانه بالنون مكان الموحدة ، وهو تصحيف ، وحبان بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة ، ابن منقذ بضم الميم وسكون النون وكسر القاف وبالذال المعجمة ، ابن عمر ابن مالك لشهيد أحد أو من ولده يحي وواسع وأمه هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف ، كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم ، وقال ابن ماكولا ومنقذ ابن عمرو والمازني الانصاري ، مديني له صحبه ، وهو جد محمد بن يحي بن حبان ( ولا يجوز أكثر منها ) أي من ثلاثة أيام ( عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي ) وقال مالك شرط الخيار على حسب ما تدعو اليه الحاجة ، وذلك يختلف باختلاف الأموال .

فإن كان المبيع مما لا ينقى أكثر من يوم كالفاكهة مثلا لم يجز ان يشترط الخيار فيه أكثر من يوم ، وإن كان صيغة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز ان يشترط فيها أكثر من ثلاثة أيام .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( يجوز إذا سمى مدة معلومة ) سواء كان شهراً أو

لحديث ابن عمر انه أجاز الخيار إلى شهرين ، ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر ، فصار كالتأجيل في الثمن ولأبي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا انه إذا جاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة

---

سنة أو أكثر ، ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع وبقولهما ، قال أحمد ( لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز البيع إلى شهرين ) هـذا غريب جداً ، والعجب من الأكمل انه قال ولهما حديث ابن عمر أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين ، ونفس اسنـاده إلى ابن عمر لم يصح ، فكيف يرفع إلى النبي ﷺ .

وقال الاترازي وقدوري أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان ابن عمر شرط الخيار شهرين ، كذا ذكر فخر الإسلام .

وقال العتابي ان عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهراً ، وقال في المختلف روى عن ابن عمر انه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهراً ، وكل هذا لم يثبت ، واستدل الكاكي لهما بقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم ( ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروى ) أى التأمل والتفكر ( ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ) لأن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها ان كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة ، فكذا ههنـا ( ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص ) وهو حديث حبـان بن المنقذ المذكور ( فيقتصر على المدة المذكورة فيه ) أى في النص ( وانتفت الزيادة ) على ثلاثة أيام ( إلا انه إذا جاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة ) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ، ومعناه لا يجوز أكثر منها ، لكن لو ذكر الأكثر منها واجاز من لـه الخيار في الثلاث جاز .

خلافاً لزفر هو يقول انه انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزاً كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع

---

ويجوز أن يكون استثناء من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور ، والأول أولى لقوله ( خلافاً لزفر ) تأمل ( هو ) اى زفر رحمه الله ( يقول انه ) أي ان العقد ( انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً ) كما إذا بـاع الدرهم بالدرهمين ، ثم اسقط الدرهم الزائـــد ، كما لو نكح امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ، وكما لو اشترى عبـــداً بألف ورطل من خمر ، ثم اسقط رطل الخمر ، فانه لا يعود إلى الجواز ، لان البقاء على وقف الثبوت ( وله ) أي ولأبي حنيفة ( انه ) أى ان من له الخيار ( اسقط المفسد ) وهو اشتراط اليوم الرابع ( قبل تقرره ) أى لزومـــه وثبوته بمضي ثلاثة أيام .

( فيعود جائزاً ) اعلم ان مشايخنا رحمهم الله اختلفوا في حكم هذا العقد في الإبتداء على قول أبي حنيفة ، فذهب العراقيون إلى انه ينعقد فاسداً ، ثم ينقلب صحيحاً ، بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان وإليه مال شمس الأئمة السرخسي إلى انه موقوف ، فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد ، فقول المصنف انـــه اسقط المفسد قبل تقرره تعليل على الرواية الأولى، وذكر النظير لهذا بقوله ( كما إذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ) الرقم في الاصل الكتابة والختم ، وفي المغرب التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنها كذا و كذا ، والمقصود هاهنا ان يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ، ولا يعلم المشترى ذلك .

فإن قال بعتك هذا الثوب برقمه ، قبل المشترى من غير أن يعلم المقدار انعقد البيـع فاسداً ، فإن علم المشترى قدر الرقم في المجلس ، وقبل انقلب جائزاً بالإتفاق قوله (ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ) تعليل على الرواية الثانية ، وتقريره ان اشتراط الخيار غير

فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول ، ولو اشترى على أنه لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف

---

مفسد للعقد ، وإنما المفسد باعتبار اليوم الرابع بالأيام الثلاثة ( فاذا جاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد) فكان صحيحاً (ولهذا قيل) متصل بقوله ، ولان الفساد وهو الذي قرر على مذهب الخراسانيين وهو ( ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع ) على ما تقرر آنفاً .

( وقيل ينعقد فاسداً ) هذا على مذهب العراقيين ( ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ) على ما مر أيضاً ( وهذا ) أي القول بانعقاده فاسداً ، ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط إنما يستقيم ( على الوجه الاول ) أي التعليل الاول ، وهو قوله اسقط المفسد إلى آخره ، وأما على التعليل الثاني وهو قوله ، لان الفساد ، إلى آخره فلا يستقيم ، لانه لم ينعقد فاسداً فلا يمكن ارتفاع الفساد بحذف الشرط ، والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل ان للفساد فيها في صلب العقد ، وهو البدل ، فلم يمكن دفعه ، وفي مسألتنا في شرطه فأمكن ( ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ) ويسمى هذا خيار النقد ، والقياس يأبى جوازه وبه أخذ زفر والشافعي ومالك واحمد رضي الله عنهم ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد على ما يجيء .

(وإلى أربعة أيام) يعني لو قال أن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا (لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) قال الأترازي ذكر المصنف قول أبي يوسف مع أبي حنيفة كما ترى ، وكذلك ذكر الشهيد أيضاً في شرح الجامع الصغير ، ولم يذكر محمد خلاف أبي يوسف في أصل الجامع الصغير ، وهذا الذي ذكره قول أبي يوسف الأول ، وروى الحسن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا القول ، وقال يجوز البيع كما هو قول

وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ، فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعاً والاصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار ، إذ الحاجة مست إلى الإنفساح عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ ، فيكون ملحقاً به ، وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق بـــه ، ونفى الزيادة على الثلاث ،

---

محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير .

ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة : واضطرب الأوسط فيه فاعقل .

( وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ) كما يجوز عند شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر (فان نقد ) أي المشتري الثمن ( في الثلاث ) أي في ثلاثة أيام في المسألة المذكورة ( جاز في قولهم جميعاً ) أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى ( والأصل فيه ) أي في الشراء لشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما ( ان هـــذا ) أي الشراء بهذا الشرط ( في معنى اشتراط الخيار ) لأن معنى الخيار نقـد الثمن ، على تقدير اجازة البيع ، وعدم نقده على تقدير فسخ البيع ، وكذا هاهنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع ، وإن شاء لم ينقد فانفسخ البيع .

( إذ الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة ) أي عن المدافعة ( في الفسخ ) وهذا تعليل لقوله ، الحاجة مست إلى الإنفساخ عند عدم النقد ، كأنه ذكر هذا جواباً لسؤال يرد عليه ، بأن يقال لا نسلم أن الحاجة ماسة إلى الإنفساخ لأن الحاجة تندفع بالشرط بشرط الخيار ، لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء جـاز وإن شاء فسخ ، ولا حاجة إلى تصحيح هذا العقد بـــلا حاجة ، فقال في جوابه هذا أن الفسخ يكون بالشراء لشرط الخيار ، لكن ليس لمن له الخيار أن يفسخ بغير حضرة صاحبه عند أبي حنيفـــة ومحمـــد ، فتحصل المماطلة حينئذ في الفسخ ، فاذا كان كذلك ( فيكون ملحقاً به ) أي بخيار الشرط .

(وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به) وهو شرط الخيار (ونفي الزيادة على الثلاث)

وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالاثر ، وفي هذا بالقياس وفي هـــذه المسألة قياس آخر ، واليه قال زفر ، وهو انه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها

---

فكذا في الملحق ، وهو خيار النقد ، والحاصل أن أبا حنيـــفة مشى على أصله في شرط الخيار ، حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام ، فكذا ما هو في معناه إلا إذا نقدالثمن في الثلاث ، فكان البائع جائز الإنقطاع المفسدة . ( وكذا محمد ) أي وكذا مر محمدعلى أصله ( في تجويز الزيادة ) في الأصل والملحق به ، لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه .

( وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر ) أي أخذ في ثلاثة أيام في قوله ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا بالأثر ، أي بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ، نقله الفقيـه أبو الليث في شرح الجامع الصغير عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع ، ولم يرو عن أحـــد من نظرائه خلافه .

( وفي هذابالقياس ) أي أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقـد بالقياس ، يعني النص مقيد بالثلاث في خيار النقد ، وما ورد النص في خيـــار النقد في الزيادة ، وقال الأترازي أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع اليه ،ولكنه فرق هو بين هـذا وبين شرط الخيار على قوله الأول ، حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار. ولم يجوز هاهنا لأنه اتبع أثر ابن عمر وهو الذي ذكرناه ،ولم يتجاوز حد الأثر وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس ،لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً كما قال زفر لانه بيع شرط فيـــه اقالة فاسدة ، وهي اقالة معلقة بالشرط ، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطـــل فبشرط الإقالة الفاسدة أولى .

( وفي هذه المسألة ) المذكورة ( قياس آخر واليه ) أي والى هذا القياس ( مال زفر وهو ) أي هذا القياس ( أنه بيع شرط فيـه ) أي في البيع ( اقالة فاسدة لتعلقها ) أي

بالشرط ، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد ، فاشتراط الفاسد أولى ، ووجه الإستحسان ما بينا .

---

لتعلق الإقالة ( بالشرط ) وهو عدم النقد ( واشتراط الصحيح منها ) أي من الإقالة بأن قال بعتك هذا بشرط أن يقبل البيع ( فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد)وهو تعليق البيع بالإقالة المعلقة ( أولى ) بأن يفسد البيع .

( ووجه الإستحسان ما بينا ) يعني أن هذا البيع لا يجوز الى ثلاثة أيام أيضاً قياساً، كما قال زفر ولكنا جوزناه استحساناً ، ووجهه ما بينا ، وهو أن الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد ، كذا قاله الأترازي، وقال الاكمل وجه الاستحسان أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ، اذ الحاجة مست الى الإنفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ ، اذا كان في معناه كان ملحقاً به، ورد بانا لا نسلم أنه في معناه ، لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد ، وهاهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل ، وأجيب بأن النظر في الإلحاق انما هو الى المعنى المناط للحكم، وهو الحاجة وهي موجودة فيهما ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به .

وقال القاضي الامام ظهير الدين رحمه الله في فوائده هاهنا مسألة لا بد من حفظها ، وهي أنه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام يفسد البيع ، ولا تنفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه ، وان كان في يد البائع لا ينفذ ، ثم لو كان هذا الشرط للبائع بأن اشترى رجل عبداً ونقد الثمن على أن البائع ان رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ، ويصير بمنزلة خيار الشرط ، حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضموناً عليه بالقيمه ، ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ، ولو أعتقه البائع ينفذ .

وفي المجتبي لو قال أحدهما البيع جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع ، ولو زاد أو أطلق فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر والشافعي كالشرط الفاسد الملحق بالبيع الصحيح.

وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد يجوز ، كما في شرط الخيار ، ولو قال البائع خذه وانظر اليه اليوم فان رضيته أخذته بعشرة فهو خيار باع على أنه بالخيار ، على أن له أن

قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة، ولا تتم مع الخيار ، ولهذا ينفذ عتقه ، ولا يملك المشترى التصرف فيه ، وإن قبضه بإذن البائع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك ، لانه كان موقوفاً ولا نفاذ بدون المحل ، فبقي مقبوضاً في يــده على سوم الشراء ، وفيه القيمة ،

---

يغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ، وعلى أن يأكل من ثمـــره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن .

( وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لان تمام هـــذا السبب ) أي العلة ( بالمراضاة ) لكونه الرضاء داخلاً في حقيقته الشرعية .

( ولا تتم ) أي المراضاة (مع الخيار) لان البيع به يصير به علة اسماً ومعنى لا حكماً، فمنع ابتداء الحكم به ، وهو الملك فبقي على ملك صاحبه ( ولهذا ) أي ولأجل كونه على ملك صاحبه ( ينفذ عتقه ) أى عتق البائع ( ولايملك المشتري التصرف فيــه وإن قبضه بإذن البائع ) لأجل خيار البائع ( فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ) وبه قال الشافعي في الوجه المشهور ، ومالك .

وفي وجه ضمنه بالثمن ، وهو قياس قول احمد ، وقال ابن أبي ليلى لا يضمنه لأنـــه قبضه بإذن المالك فيكون أميناً فلا ضمان عليه ( لأن البيع ينفسخ بالهلاك ) والمنفسخ به مضمون بالقيمة ، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها ، فلا تلحقها الإجارة ، وهو معنى قوله ( لأنه كان موقوفاً ) أى في حق الحكم ( ولا نفاذ بدون المحل ) كأنه جواب سؤال مقدر ، كأنه قيل : لم صار موقوفاً فأجاب أنـــه لا نفاذ للحكم بدون المحل لأنه فات بالهلاك ، فإذا كان كذلك ( فبقى مقبوضاً في يــده على سوم الشراء ) أى على طلب المشتري ، ( وفيـــه ) وفي المقبوض على سوم المشتري يجب (القيمة) لأنه مقبوض بالعقد ، هذا إذا لم يكن مثليـــاً وإن كان مثلياً يجب المثل ، كذا في شرح الأقطع وغيره .

ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتباراً بالصحيح المطلق . قال وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانب الآخر لازم ، وهذا لان الخيار يمنع خروج البـــدل عن ملك من له الخيار ، لانه شرع نظراً له دون الآخر. قـــال الا ان المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، وقالا يملكه لانه

---

وقال الكاكي وفي اليتيمة أن المقبوض على سوم المشترى إنما يكون مضموناً إذا كان الثمن مسمى ، حتى أنـــه إذا قال قد اذهب بهذا الثوب ، فان رضيته اشتريته فذهب فهلك لا يضمن . ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته ، وعليه الفتوى .

( ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشترى اعتباراً بالصحيح ) أى البيع الصحيح ( المطلق ) أى المطلق عن الخيار ، وهو البيع البات ، فان البيع فيه لو هلك في يد البائع ينفسخ البيع ، فكذا هذا ، وإنما ذكر الصحيح مع ان الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلم على الصلاح إذ الصحيح أليق به دون الفاسد ( قال ) أى القدورى ( وخيار المشترى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ) وهذا بالإتفاق ( لأن البيع في جانب الآخر لازم ) الآخر هو البائع .

ومعنى لازم ثابت لتمام المرضي منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ ( وهذا ) أى منع خروج المبيع عن ملك البائع عند خيار المشترى ( لان الخيار إنما منع خروج البدل عن ملك من له الخيار ، لأن الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ،لأنه شرع نظراً له دون الآخر ) يعني لم يشرع للآخر الذي ليس له الخيار ،لأن الخيار مانع للحكم في جانب ثمن الخيار لا في جانب من ليس له الخيار .

( قال ) أى القدورى ( إلا أن المشترى لا يملكه ) أى المبيـــع ( عند أبي حنيفة وقالا يملكه ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ومالك وأحمد ( لانه ) أي لان المبيع

لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشترى يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ، ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه ، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد ، حكماً للمعاوضة ، ولا أصل له في الشرع ، لان المعاوضة تقتضى المساواة ولان الخيار شرع نظراً للمشترى ليتروى فيقف على المصلحة ، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره ، بأن كان قريبه

---

( لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به ) بعين غير معهود ( في الشرع ) فصار كالسائبة .

(ولأبي حنيفة أنه ) أي الشأن ( لما لم يخرج الثمن عن ملكه ) أي عن ملك المشترى ( فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه ) أى في ملك المشترى ( لاجتمع البدلان ) أي الثمن والمثمن ( في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ) يعني من حيث حكم المعاوضة ، واحترز به عن ضمان غصب المدبر ، لان الضمان يجب على الغاصب إذا أبق العبد،لا يخرج المدبر عن ملك مولاه فيجتمع البدلان لان ذلك ضمان بجناية لا ضمان معاوضة .

فان قلت المسلم إليه يملك رأس المال والمسلم فيه في ملكه قلت المسلم فيه يملك رب السلم في ذمة المسلم إليه ، لان له حكم الثمن ولهذا جاز فيه ضنوب الاجل وهو كسائر البياعات فإن البائع يملك الثمن في ذمة المشتري فلا يجتمع البدلان فإن قلت يرد عليكم إجتماع الاجرة والمنافع في ملك المؤجر إذا شرط تعجيل الاجرةقلت لا نسلم الإجتماع لان المنافع معدومة فكيف يكون الاجتماع فاذا حدثت ملكها المستأجر ولا اجتماع إذن.

( ولا أصل له في الشرع ) أى الاصل لاجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكماً للمعاوضة ( لان المعاوضة تقتضي المساواة ) يعني المساواة المكفية ، وهي أن يدخل المبيع في ملك المشترى، والثمن في ملك البائع (ولان الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى ) أى ليتأمل ويتفكر ( فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ) أى في ملك المشترى (ربما يعتق عليه بغير اختياره ) لا له ( بأن يكون ) أى المبيع ( قريبه ) فينفق عليه من غير

**فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك في الثمن، وكـــذا إذا دخله عيب بخلاف**

---

اختياره ( فيفوت النظر ) لان الامر يتردد على موضوعة بالنقض .

واما الجواب عن قوله لا نظير له في الشرع، قلنا يبطل ذلك بمـــا اذا اشترى متولى الكعبـة عبيداً لسدانتها حيث يزول عن ملك البائع ولا يدخـــل في ملك المشترى، ويبطل أيضاً بالتركة المستغرقة بالدين، لأن التركة تزول عـن ملك الميت، ولا تدخل في ملك الورثة، فإن قيل لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي أن لا يكون له حق الشفعة بـــه، كما لا يستحق الشفعة بدار السكنى، وكان له حق الشفعة بالإجماع قلنا إنما تستحق الشفعة لأنه بشرائها صار أحق بها تصرفاً، لا انه ملكها بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار بجنبه فإنه يستحق الشفعة بهذا الشراء وإن لم يثبت له الملك، ولهـــذا لو أعتقه المشتري ينفذ عتقه لأنـــه صار أحق بالتصرف فيه، واقدامه على الإعتاق اسقاط الخيار منـه، كذا في المبسوط .

( قال ) أي القدوري ( وإن هلك في يده ) أي وإن هلك المبيع في يـــد المشتري ( هلك بالثمن ) سواء هلك في مدة الخيار أو بعدها فعليه الثمن في الوجهين، كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع .

وقال زفر والشافعي رضي الله عنهما في قول يهلك بالقيمة كخيار البائع، ونقل الاترازي عن المختلف ان عنـــد الشافعي رضي الله عنه يجب عليه القيمة إذا هلك في المـــدة،

( وكذلك إذا دخله عيب ) أي، وكذلك يجب الثمن إذا دخل المبيـع عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد .

وقال الكرخي في مختصره وإذا قبض المشتري المبيع فدخله في يده عيب ينقص القيمة من فعل المشتري أو غير فعله تم البيـع عليه، ويلزمه الثمن .

وفي الإيضاح إذا كان الخيار للمشتري فحدث في ملكه عيب يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره، لانه إذا زال المرض ارتفع النقص، فصار كأن لم يكن، وليس له أن يفسخ الا أن يرفع في الثلاث، فإذا مضت الثلاث والعيب قائم لزم العقـد لتعذر الرد ( بخلاف

ما إذا كان الخيار للبائع ، ووجه الفرق أنـــه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك ، لا يعري عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قـــد انبرم فيلزمه الثمن ، بخلاف ما تقدم ، لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكماً لخيار البائع فيهلك ، والعقد موقوف

---

ما إذا كان الخيار للبائع ) يعني إذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري في مـدة الخيار يجب القيمة .

( ووجه الفرق ) يعني بين ما إذا كان الخيار للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن وبين ما إذا كان الخيار للبائع وهلك في يـــد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة ( انه ) أي ان المبيع ( إذا دخله عيب ) في يد المشتري والخيار له ( يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب ) لأنه بناء على سبب مفض اليه .

بيانه ان الهلاك لا يعرى عن عيب يسبق الهلاك ، وذلك بسبب عيب فيكون المبيع معيباً حين أشرف على الهلاك ، فبالعيب امتنع رده ( فيهلك والعقد قد انبرم ) أي والحال ان العقد قد تم ولزم ، ولفظ انبرم مطاوع ابرم الأمر إبراماً إذا احكمه ، فإذا كان كذلك ( فيلزمه الثمن ) أي فيلزم المشترى الثمن الذي وقع عليه العقد ( بخلاف ما تقدم ) وهو ما إذا كان الخيار للبائع فهلك في يد المشتري .

( لأن بدخول العيب ) قبـــل الهلاك ( لا يمتنع الرد حكماً ) أي من حيث الحكم ( لخيار البائع ) أي لأجل خياره فلما لم يمتنع الرد لم يكن العقد منبرماً ( فيهلك والعقد موقوف ) حينئذ ، فيلزمه القيمة ، لأنه ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشرط ولم يلزمه الثمن لعدم انبرام العقد .

وقال الكاكي ثم هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار ، كقطع اليد ، وأما لو كان عيباً يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خيار إذا زال في المدة ، فله الفسخ بعد ارتفاعه ، ولو لم يرتفع بعد مضى المدة لزم العقد لتعذر الرد ، كذا في الإيضاح .

وعن أبي يوسف يبطل خيار المشترى في كل عيب بأي وجه كان ، إلا في خصلة ،

قـال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لمـــا له من الخيار وإن وطئها له أن يردهـا لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكراً لأن الوطء ينقصها

---

وهي ان النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره ، إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ من البائع الأرش ، وفي زيادة متصلة متولده في المبيع كالحسن والجمال وغيرهما يبطل خياره ، ويفسد المبيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد لا يمنع الرد وهو على خياره ، ولو كانت الزيادة متصلة غير متولده منه ، كالمصبغ والخياطة وغيرهما لا يمنع الرد بالإجماع ، ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة منـــه كالولد ، والأرش ، والعقر ، والتمر ، واللبن والصوف يمنع الرد ، ويبطل الخيار ، وينعقد العقد .

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب ، والغلة ، والصدقة ، والهبة ، لا يمنع الرد ، وهو على خياره ، إلا انه اذا اختار للبيع فالزوائد له مع الأصل ، وإلا اختار الرد يرد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة . وعندهما الأصل دون الزوائد .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيـام لم يفسد النكاح ) هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره ، وهو ان الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنـد أبي حنيفة ، وعندهما يدخل ، فعلى هذا إذا اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح ( لأنه لم يملكها ) أي لأن الزوج لم يملك امرأته .

( لما له من الخيار ، وإن وطئها له ان يردها ) وقال أبو يوسف ومحمد يفسد النكاح ،فإن وطئها لم يستطع ردها ، وتأويل المسألة فيما إذا كانت المرأة ثيباً ، لأنها إذا كانت بكراً يأتي حكمها عن قريب ، وإنما يجوز له ردهـــا عند أبي حنيفة ( لأن الوطء بحكم النكاح ) وليس بحكم ملك اليمين حتى يسقط الخيار .

( إلا إذا كانت بكراً ) استثناء من قوله له ان يردها اي إذا كانت المرأة بكراً ليس له أن يردها ( لأن الوطيء ينقصها ) فصار بمنزلة اختيار جزء منهـــا ، فان قيل رضي

وهـــذا عند أبي حنيفة ، وقالا يفسد النكاح لأنـــه ملكها وإن وطئهـــا لم يردها لأن وطأهـــا بملك اليمـــين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً ، ولهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه عتق المشترى على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار ، ومنها عتقه إذا كان

---

بالنقصان لانه لما زوجها فقد مكنها على الوطىء ، وإذا ثبت الخيار فقد تمكن من الرد فيكون راضياً بالنقصان ، لأنه لما زوجها قلنا لا نسلم ان الرضاء باق بعدما باعهـــا ، بل لا يتقي .

وللشافعي رضي الله عنه في حل وطئها وجهان ، أحدهما يجوز والثاني لا يجوز ، وهو نصه ، اما لو كان البيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها .

وقال أحمد لا يحل للبائع أيضاً ( وهـــذا ) أي المذكور إلى هنا ( قول أبي حنيفة ، وقالا يفسد النكاح لأنه ملكها ) أي لأن المشترى ملك امرأته ( وإن وطئها لم يردها لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً ) لأنه كان مختاراً لها ، سواء كان الوطىء ينقصها أو لم ينقصها لأنه وطئها بملك اليمين والنكاح عندهما قد ارتفع واجمعوا على انه لو لم تكن امرأته بوطئها يصير مختاراً سواء نقصها الوطىء أو لم ينقصها لأنه يحصل وطئهـــا بملك اليمين .

( ولهذه المسألة أخوات ) أي نظائر ( كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار ) كما هو مذهبها ( وعدمه ) أي وتبتنى على عدم وقوع الملك للمشتري كما هومذهب أبي حنيفة « رح » ( منها ) أي من الأخوات ( عتق المشترى ) بفتح الراء ( على المشتري) بكسر الراء ( إذا كان ) أي المشترى ( قريباً له ) أي للمشتري ( في مدة الخيار ) يعني إذا اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه في مـــدة الخيار لأنه لم يملكه ، وخياره كما كان ، فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع ، وإن أجازه عتق عليـــه ولزمه الثمن وعندهما يعتق عليه من زمان الشراء لأنه ملكه ويلزمه الثمن ولا يبقى خياره .

( ومنها ) أي من الأخوات ( عتقـــه ) أي عتق المشترى بفتح الراء ( إذا كان

المشتري حلف إن ملكت عبداً فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشىء للعتق بعـــد الشراء فيسقط الخيار ، ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزىء به في الاستبراء عنده ، وعندهما يجتزىء ، ولو ردت بحكم الخيـــار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده

---

المشتري ) بكسر الراء ( حلف إن ملكت عبداً فهو حر ) يعني إذا قال إن ملكت عبداً فهو حر ثم اشترى عبداً بشرط الخيار لا يعتق عند أبي حنيفة « رح » في مدة الخيار لأنه لم يملكه خلافاً لهما ( بخلاف ما إذا قـــال إن اشتريت ) عبداً فهو حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن بالإجماع ( لأنه يصير كالمنشىء ) من الانشاء وهو إثبات أمر لم يكن ( للعتق بعد الشراء ) لان المعلق بالشرط كالمرسل عنده ، ولو انشأ العتق بعد الشراء بالخيار عتق .

( ويسقط الخيار ) فكذا هذا فإن قيل لو كان كالمنشىء ينبغي أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه يعتقه ناوياً عن الكفارة، أجيب بأنه إنما جعل كالمنشىء لتصحيح قوله فهو حر وليس من ضرورة تحريره وقوعه عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لأنـــه كالمدبر في الإستحقاق ، وفيـــه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفـــارة فكذلك هذا .

( ومنها ) أي ومن الأخوات ( أن حيض المشتراة في المدة ) أي في مـــدة الخيار ( لا يجتزىء به ) أي لا يكتفى به يعني إذا اشترى جارية بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار فاختارها وصارت للمشتري فلا يجتزى بتلك الحيضة ( في الاستبراء ) وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى ( عنده ) أي عنـــد أبي حنيفة « رح » ( وعندهما يجتزىء ) بها في الاستبراء .

( ولو ردت ) أي الجارية يعني إن اختار المشتري فسخ العقد وعادت الجارية ( بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه ) أي على البائع ( الاستبراء عنده ) أي عنـــد أبي حنيفة

وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض . ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما

---

« رح » سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده لأنه لم يملكها على البائع غيره عند أبي حنيفة « رح » ( وعندهما يجب ) أي الإستبراء ( إذا ردت بعد القبض ) بحكم الفسخ ، لأن المشتري ملكها ، وإن كان الفسخ قبل القبض لا يجب عليه شيء ، وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد فلا يجب عليه الإستبراء لأنها لم تخرج من ملكه ، فإن أجاز البيع فعلى المشترى أن يستبرئها بعد جواز البيع ، والقبض بحيضة مستأنفة في قولهم جميعاً كذا في شرح الطحاوي .

( ومنها ) أي من الأخوات ( إذا ولدت المشتراه في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( خلافاً لهما ) قال صاحب النهاية لا بد من أحد تأويلين إما أن يكون معناه اشترى منكوحة وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشترى أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولداً قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافاً لهما ، وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفاً لقوله لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة .

وقال الأكمل رحمه الله وتقدير كلامه إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في مدة الخيار ، وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال إنما احتجنا إلى أحد الأمرين لأنه لو أجرينا على ظاهر اللفظ ، وقلنا إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالإتفاق ويبطل خيار الشرط ، لأن الولادة عيب ولا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار

وقال الاترازي « رح » ظاهر كلام المصنف مشكل لان المشتراة بشرط الخيار إذا ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار ويلزم الثمن لحدوث العيب لأن الولادة عيب في بني آدم لا في البهائم إلا أن يوجب نقصاناً فينبغي على هذا أن تصير الجارية بالولادة في المدة أم ولد بالاتفاق لأن المبيع إذا تعيب في يد المشتري لا يمكنه أن يرده كما قبض سليماً فعلى هذا يقول إن المشتراة ولدت بالنكاح في مدة الخيار لكن الولادة كانت قبل القبض ، فلا

**ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عنـــد البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد ، لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك**

---

تصير أم ولد عنده خلافاً لهما ، وإنما حملنا على هذا الاحتمال كلامه ، لأن الولادة إما أن تقع بعد القبض أو قبله .

وللمصنف « رح » أن يقول أردت أحد هذين الوجهين ، وقال الكاكي « رح » قوله إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح هذا إذا ولدت قبل القبض فإنه ذكر في المبسوط ولو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولده بالإجماع ، فهذا دليل على أن ما ذكر في المتن إذا كانت الولادة قبل القبض ، وعند الشافعي رضي الله عنه تصير أم ولد له على أحد القولين ، وقال تاج الشريعة « رح » أيضاً هذا إذا كانت الولادة قبل القبض لأنها لو ولدت بعده يسقطه الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق وتصير أم ولد له ، قلت لو قيل عقيب قوله لو ولدت المشتراة إلى آخره يعني قبل القبض لحصل المراد واكتفى عن تطويل الكلام .

( ومنها ) أي ومن الأخوات ( إذا قبض المشترى المبيع بإذن البائع ) يعني اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع ( ثم أودعه عند البائع ) في مدة الخيار ( فهلك في يده ) أي فهلك المبيع في يد البائع ( في المدة ) أي في مدة الخيار أو بعدها ( هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده ) لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع ، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع لأن من مذهب أبي حنيفة « رح » أنه لم يملكه المشتري .

( وعندهما من مال المشترى ) أي الهلاك يكون من مال المشترى ( لصحة الإيـــداع باعتبار قيام الملك ) لأن المشترى يملكه فصار مودعـــاً ملك نفسه ، فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ، لأن يد المودع كيده ، ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشترى ثم إن المشترى أودعه البائع في مدة الخيار ثم هلك في يد البائع قبل جواز البيع أو بعده

ومنها لو كان المشتري عبداً مأذونـاً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده لأن الرد امتناع عن التمليك والمأذون له يليه ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله ،

---

يبطل البيع في قولهم جميعاً ، ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى بإذن البائع أو بغير إذنه والثمن منقود أو مؤجل وله فيه خيار الرؤية أو خيار العيب فأودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على المشترى ولزمه الثمن بالإجماع لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعاً ملك نفسه كذا في شرح الطحاوى .

( ومنها ) أى من الأخوات ( لو كان المشترى عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده ) أى عند أبي حنيفة رحمه الله بيانه عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدراهم معلومة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم إن البائع أبرأه عن الثمن، فالقياس أن لا يصح إبراؤه لأنه لا يملك الثمن ، وفي الإستحسان صح إبراؤه لأنـه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد فإذا صح إبراؤه ففي قول أبي حنيفة « رح » خيـاره على حاله إن شاء اختار السلعة وتكون له بغير ثمن وإن شاء فسخ وعـاد إلى البائع بغير ثمن ، وعندهما بطـل خياره ولا يملك الفسخ والرد لان مذهبهما أنه ملكها ، وفي الفسخ والرد تمليك منه للبائع بغير بدل وهو ليس من أهل ذلك ، وعند أبي حنيفة « رح » لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التمليك .

( لأن ) كمالك(الرد)يكون له في الفسخ والرد ( امتناع عن التملك والمأذون له يليه ) أى الامتناع أى له ولاية الامتناع ( وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه ) أى لـما ملك البيع ( كان الرد منه تمليكاً بغير عوض ) أى بغير ثمن فيكون متبرعاً ( وهو )أى المأذون له ( ليس من أهله ) أى من أهل التمليك ، فاذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة ، وعنـد الشافعي رضي الله عنـه وإن كان الملك للبائع فكما قالـه وإن كان للمشترى فكما قالا .

ومنهـــا إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنـــده يبطل البيع لأنـــه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم

قال ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار ، وله أن يجيز ، فإن أجـــاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد « رح »

---

( ومنها ) أي ومن الاخوات ( إذا اشترى ذمي من ذمي آخر خمراً ) أوخنزيراً ( على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما ) أي ثم أسلم المشترى بطل الخيار عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها ) لان المسلم لا يملك تمليك الخمر ( فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم ) أي والحال أنه مسلم ، وذكر خيار المشترى وإسلامه لانه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البـــائع يبطل البيع بالإجماع .

وذكر الإمام التمرتاشي مسائل على هذا الاصل منها إذا اشترى مسلم من مسلم عصيراً بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده وعندهما ثم ومنهـــا إذا كان المشترى داراً وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام السكنى بعد الشرط قال الإمام السرخسي « رح » لا يكون اختياراً وابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى ، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » استدامة السكنى اختيار عندهما لانه يملك الثمن ، وعنده ليس باختيار لانه بالإجارة أو الإعارة ومنهاحلال اشترى طيباً بالخيار فقبضه ثم أحرم والطيب في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع وقالا يلزم المشترى ولو كان الخيـــار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان الخيار للمشترى فأحرم البائع للمشترى أن يرده .

( قال ) أي القدوري ( ومن شرط له الخيار ) سواء كان بائعاً أو مشترياً أو راضياً (فله أن يفسخ ) أي العقد ( في مدة الخيار وله أن يجيز فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ) وبه

وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي «رح» والشرط هو العلم، وإنما كنى بالحضرة عنه، وله أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه، وصار كالوكيل بالبيع، ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع أولا يطلب لسلعته مشترياً

---

قال مالك «رح» (وقال أبو يوسف «رح» يجوز وهو قول الشافعي رضي الله عنه) وأحمد ومالك «رح» في رواية وزفر رحمه الله.

(والشرط هو العلم) قال القدوري بغير حضرة صاحبه وقال المصنف «رح» الشرط العلم أي علم صاحبه بالفسخ، (وانما كنى بالحضرة عنه) أي عن العلم يعني ذكر السبب فأراد المسبب لأن الحضور سبب العلم وليس المراد منه الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به استتر به المراد (له) أي لأبي يوسف «رح» (أنه) أي من شرط له الخيار (مسلط على الفسخ) أي على فسخ العقد (من جهة صاحبه) وكل من هو كذلك (فلا يتوقف) فعله (على علمه كالإجازة) فإن فيها لا يشترط العلم بالإجماع.

(ولهذا) أي ولأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه (لا يشترط رضاه) يعني في الفسخ (وصار) أي من له الخيار (كالوكيل بالبيع) فإن للوكيل أن يتصرف فيما وكل به، وإن وكل به وإن كان الموكل غائباً لأنه مسلط على البيع من جهته فكذا ها هنا (ولهما) أي لأبي حنيفة ومحمد «رح» (أنه) أي أن الفسخ (تصرف في حق الغير) وهو من ليس له الخيار (وهو العقد بالرفع) في حق المتعاقدين (فلا يعرى عن المضرة) أي لا يخلو عن المضرة (لأنه) أي لأن ليس له الخيار (عساه) أي لعله (يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه) أي في المبيع ثم ليظهر أنه تصرف في مال غيره.

(فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك) أي بهلاك، ولا خفاء في كونه ضرراً هذا (فيما إذا كان الخيار للبائع أولا يطلب) أي البائع (لسلعته مشترياً) أي مشترياً آخر، وهذا نوع

فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه ، وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لأنه لا إلزام فيه ولا تقول أنه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

---

ضرر ( فيما إذا كان الخيار للمشتري ) لأنه قد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع ( وهذا نوع ضرر ) لفواتها ، فإذا كان كذلك ( فيتوقف ) أي القول ( على علمه وصار كعزل الوكيل ) فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيما إذا كان وكيلا بالشراء ، وببطلان قوله فيما إذا كان وكيلاً بالبيع ( بخلاف الإجارة لانه لا إلزام فيه ) لأنها إتمام للعقد السابق فلم يحتج إلى حضور صاحبه .

( ولا تقول أنه ) أي أن من له الخيار ( مسلط ) أي على الفسخ ، هذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » أنه مسلط ( وكيف يقال ذلك وصاحبه ) هو الذي لا خيار له ( لا يملك الفسخ ) للزوم العقد من جانبه فكيف تملك تسليط عليه ( ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط ) بكسر اللام ( ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه ) أي خبر الفسخ ( في المدة ) أي في مدة الخيار ( تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه ) أي ولو بلغ صاحبه ( بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ ) لأن تمام المدة دلالة لزوم العقد .

واعلم أن مدار دليلها إلزام ضرر زائد غير مرضى به ، فإذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضاً فلا يرد ما قيل الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام ، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاط وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كاسقاط الحمل عن الدابة لا يكون الزاماً عليها إنما اللزوم في جانب من أسقط ، وكلامنا في الحكم الذي على الغير ولا ما قيل الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها

يلزم المرأة ، وإن لم تعلم لأنه ليس فيها الزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزاماً ، وإنما هي استدامة ملك النكاح ولا ما قيل اختيار المجيزة ينفذ على زوجها وإن لم يعلم به لأن اختيارهـا لا يتصور بغير حضور زوجها كذا في مختصر الأسرار ولا ما قيل اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لأن الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها أن تدفع تلك الزيادة برفع العقد ولا ما قيل اختيار المالك دفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم ، وفيه الزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه ولا ما قيل الطلاق يلزم العدة على المرأة ، وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة ، ولكونـه بإيجاب الشرع نصـا وقت الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر ولا يلزمه إلا بعلمه .

ثم اعلم أن شرط الخيار إذا كان للبائع فجواز العقد ونفوذه بأحد معان ثلاثة إمـا بقوله أجزت البيع في المدة ، ولا يشترط حضرة الآخر ، وإما بموت البائع في المدة لأن الخيار لا يورث عندنا ، واما بمضي مدة الخيار من غير فسخ ، وامـا الفسخ فيثبت بالقول والفعل أمـا القول فبقوله فسخت البيع ، فإذا قال ذلك انفسخ البيع بلا رضى المشتري ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ولكن يشترط حضوره عندهما خلافاً لأبي يوسف (رح)، وأما الفعل فكما إذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالاعتـاق والبيع والتقبيل ونحو ذلك ، فإن العقد ينفسخ حكما حضر المشتري أولا بالإجماع .

وأما إذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد ونفاذه بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها وبمعاني أخر سواها نحـو أن يصير المشترى في يد البائع فالمشترى بحال لا يملك المشتري الفسخ على تلك الحالة كما إذا ملك المعقود عليه أو انتقص في يد المشتري نقصاناً يسيراً أو فاحشاً بفعل المشتري أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل الأجنبي أو بفعل المعقود عليه بطل

خياره نفذ البيع وهذا عند أبي يوسف « رح » كذلك إلا فيما إذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري إن شاء رده عليه وإن شاء اختاره وأخذ من البائع الإرش ، وفي المحيط إذا كان الخيار للبائع ينفذ العقد بإجازته وبموته وبمضي المـــدة قبل الفسخ وبالإغماء والجنون وإن أفاق في المدة .

قال الاسبيجابي الأصح انه على خياره ، فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج ، ولو ارتد فعلى خياره ، إجماعاً ، فلو تصرف بحكم خياره يتوقف عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، أما الفسخ إما بالقول أو بالفعل وهو أن يتصرف البائع تصرف المالك في مدة الخيار كما إذا أعتقه أو دبره أو كاتبــه أو علق بهما فوجد الشرط أو باعه من غيره أو وهبه وسلمه أو رهن أو آجر ، وإن لم يسلم على الأصح وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري إجماعاً إلا رواية عن محمد رحمه الله وقبض الثمن من البـائع ليس بإجازة ، وكذا هبته وارتهانه ، إلا إذا استفيد له بغيره كالدراهم والدنانير .

ولو باع جارية بعبد على انه بالخيار في الجارية فهبته العبد أو عرضه على البيع إجازة ، وعرضها على البيــــع ليس بفسخ على الأصح ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئاً أو ساومه به فهو إجازة ، ولو توارى المشتري في مدة الخيار يبعث إليه القاضي من بعد فإن ظهر وإلا أبطله إلا أن يجيء في المدة ولو كان الخيار للمشتري فنفاذه بمـــا ذكرناه من الأمور في حق البائع وبالتصرف تصرف الملاك فوطئه إجازة والإستخدام لا والاستخدام ثانيـــاً إجازة إلا إذا كان في نوع آخر ، والركوب امتحاناً ليس بإجازة ، وكذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلا علفها عند محمد « رح » .

والركوب للرد والسقي والاعلاف إجـــازة ، وقيل إن لم يمكن بدون الركوب فلا يكون إجازة كما في خيار العيب ولو أمر الغلام بحمل شيء أو حلق رأسه أو غسله فليس برضى ، ولو كان المشترى كتاباً ففسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره ، وإن قلبت الأوراق وبالدرس منه يبطل خياره ، وقيل على عكسه وبه أخذ أبو الليث .

قال وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته. وقال الشافعي « رح » يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين وله أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والارث فيما يقبل الانتقال

---

( قال ) أى القدورى ( وإذا مات من له الخيار ) وهذا التعبير يتناول البائع والمشترى وغيرهما جميعاً، وقيل بموت من له الخيار لأنه بموت من عليه الخيار لا يبطل بالإجماع (بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته ، وقال الشافعي رضي الله عنه يورث عنه ) وبه قال مالك ( لأنه ) أى لأن الخيار ( حق لازم ) حتى إن صاحبه لا يملك ابطاله ، وإنما قال حق لأن حق الإنسان ما يتولى اثباته واسقاطه ، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن من ابطاله ( ثابت في البيع فيجرى فيه الإرث كخيار العيب ) والرؤية ( والتعيين ) أى وكخيار التعيين صورته رجل اشترى عبدين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بألف ويرد الآخر ثم مات المشترى يقوم وارثه مقامه في اختيار أحدهما .

( وله أن الخيار ليس الا مشيئة وارادة ) وكلاهما منصوبان على أنهما بدلان عن خبر ليس أى ليس الخيار شاء الامشيئة وارادة . قال تاج الشريعة « رح » لأن الشاري هو الفاعل عن ملك واختيار لا عن أمر واجبار ومشيئة الإنسان تنقطع بموته كقدرته لأنها صفته ولا تبقى بعد الموصوف ( فلا يتصور انتقاله ) أى انتقال الخيار لأنه ليس الا مشيئة وارادة وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال ( والإرث فيما يقبل الإنتقال ) لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان الى الوارث ، هذا معقول لا معارض له، من المنقول ، فيكون معمولاً به لا يقال قال رسول الله ﷺ من ترك مالاً أو حقاً فلورثته الخيار حق فيكون لورثته ، لأن المراد به حق قابل للانتقال لا بدليل قوله فلورثته الخيار ، ليس كذلك فإن قيل المالكية صفة تنقل من المورث اليه في الأعيان فهل لا يكون الخيار كذلك وأجيب بأن المنتقل هو العين ، فإن قيل المالكية ضمني فليكن الخيار خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمناً ، وأجيب

بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما، فكذا الوارث فأما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار .

---

بأن الخيار ليس من لوازم البيع بل الأصل عدمه ، وكم من بيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكيته مالك ، وفيه نظر ، فإن الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها وليس الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الاصلي انتقال ما ليس كذلك ، فإن قيل القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تعيين العين فليكن الخيار كذلك ، أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشفي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فتورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ولو التزم ملتزم ما ذكرنا قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد وفي حق الوارث ، والاول مسلم ولا كلام فيه ، والثاني عين النزاع ، هذا كله لخصه الاكمل من كلام السغناقي « رح » وغيره فنقلناه مثل ما نقله تكثيراً للفائدة .

( بخلاف خيار العيب ) جواب عما قاس عليه الشافعي رضي الله عنه ( لان المورث استحق المبيع سليما ، فكذا الوارث ) لانه قائم مقامه فكان ذلك نقلا في الأعيان ( فأما نفس الخيار لا يورث ) لانه لا يتصور انتقاله كما ذكرناه فلا يجرى فيه الإرث ( وخيار التعيين ) هذا جواب عما قاسه الشافعي رضي الله عنه تقريره أن خيار التعيين ( يثبت للوارث ابتداء ) لا بسبيل الإرث يعني أنه بطل ذلك الخيار الاول ، ويجد للوارث خيار آخر حكما ( لاختلاط ملكه بملك الغير ) لانه ملك أحد العبدين مجهولاً ، لان ملكه أحدهما ، وقد اختلف بملك صاحبه فثبت لهما التعيين بعلة مجهولة ملكه ، فإما أن يكون ذلك بالإرث فلا ( لاأن يورث الخيار) كما مر غير مرة .

فإن قلت المكاتب اذا مات وخلف ولدا ولد في الكتابة ينتقل اليه الكتاب مع الاجل والتنجيم، قلت انتقال الكتابة إلى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الإرث لان المكاتب لا

## قال ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار بغـــيره فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض

يورث ولا يلزم خيار الصفة وهو ما إذا اشترى على أن له الخيار لأن فيه معنى المال ولا يلزم الرهن والكفالة والضمان حيث يورث هذه الأشياء لأن فيه وثيقة ومعنى المـــال وكذلك القصاص يؤول إلى مال .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى شيئاً وشرط الخيار لغيره ) المراد من الغير ها هنا غير العاقدين حتى يأتي خلاف زفر « رح » ( فأيهما أجاز ) أي من المشتري ، ومن المشروط له الخيار ( جاز ، وأيهما ) أي الإثنين المذكورين ( نقض ) أي العقد ( انتقض ) أي العقد ، وقـــال الكاكي فإن قيل قوله فأيهما أجاز إلى آخره جملة استفهامية لا تصلح خبراً للمبتدأ وهو قولـــه ومن اشترى فيبقى المبتدأ بلا خبر . قلنا المبتدأ معنيان أحدهما الإبتداء والثاني الشرطية فيقتضي الخبر والجزاء هنا وقع موقع خبر فيكون الخبر محذوفاً وهو قوله أجازه ، ويتحقق هذا المعنى في ضمن الخبر لأنه لـما جاز بالإجازة لا بد وأن يكون الاشتراط للغير جائزاً كما في قوله تعالى ﴿ الزانية والزاني ﴾ ٢ النور ، وقوله ﴿ فاجلدوا ﴾ لا يصلح خبراً لكونه طلبـــاً ، وفي ضمنه خبره وهو وجوب الجلد المستفاد منه تقديره الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا ... انتهى .

واعترض عليه بعضهم بقوله ما جواب هذا العامل زيد من أبوه ونحوه قوله ، وقال الأكمل ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه من اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز قلت هذا له وجد وهو أحسن من تطويل الكاكي على أن التقدير في الآيـــة على مـــا تقتضيه لقاعدة الزانيـــة والزاني يقال فيـــه فاجلدوا ، وكذلك التقدير في قول المعترض بقوله زيد من أبوه زيد يقال فيـــه من أبوه .

وبقولنا فيه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ومالك وأحمد رضي الله عنهـــما ولكن للشافعي رضي الله عنه فيه وجهان أحدهما أنه يصح للغير وحده والثاني يثبت له مع العاقد وعنه في قول لا يصح وبه قال زفر رحمه الله ، وفي فساد البيع وجهان في وجه

وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر « رح » لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري . ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه

---

يفسد البيع ، وفي وجه البيع صحيح والشرط فاسد ( وأصل هذا ) أي أصل هذا المذكور من المسألة ( أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحساناً ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر «رح» لأن الخيار من مواجب العقد ) أي من مقتضاته ( وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره ) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد ( كاشتراط الثمن على غير المشتري ) أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الكل لغيره .

( ولنا أن الخيار لغير العاقد قد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد ) إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة ( فيقدر الخيار له ) أي للعاقد ( اقتضاء ) أي من حيث الاقتضاء تصحيحاً لعرف العاقد على حسب الإمكان فيجعل كأنه شرط لنفسه ( ثم يجعل هو ) أي يجعل من له الخيار ( نائباً عنه تصحيحاً لتصرفه ) أي لتصرف العاقد ، فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضى صحة ثبوت الخيار للأجنبي وفيه بحث من وجهين أحدهما إن شرط الإقتضاء أن يكون المقتضي أو في منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحرير الإقتضاء لأن التحرير أقوى من تصريف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لفرعه ، ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء ، والثاني أن اشتراط الخيار لغيره لو جاز اقتضاء تصحيحاً لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك .

وأجيب عن الأول بأن الإعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل بطل إلى الخيار ، والعاقد أصل من حيث التمليك لا من حيث الخيار فلا يلزمه

وعند ذلك يكون لكل واحد منهمـــا الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجـازة

---

ثبوت الأصل تبعية فرعه ، وأما الحرية فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعاً لفرعه ، وعن الثاني بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بدون التزام المطالبة ، والمذكور هنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضى لتصحيـــح المقتضى ، ولو صحت الكفالة بطريق الإقتضاء كان مبطلاً للمقتضى وعاد على موضوعه بالنقض فإن قيل فليكن بطريق الحالة فإن عنها المطالبة بالدين فالجواب أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه .

( وعند ذلك ) أي عند ثبوت الخيار لهما ( يكون لكل واحد منهما الخيـــار ) أي للعاقد ولمن شرط له الخيار ( فأيهما أجاز ) أي العقد ( جاز وأيهـــما نقض انتقض ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معاً يعتبر تصرف العاقد في رواية ) وهي رواية كتاب البيوع ( وتصرف الفاسخ في أخرى ) أي ويعتبر تصرف الفاسخ وهو الذي فسخ العقد في رواية أخرى وهي رواية كتاب المأذون ( وجه الأول ) أي وجه اعتبار تصرف العاقد ( أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وجه الثاني )أي وجه اعتبار تصرف الفسخ وهي رواية كتاب المأذون ( أن الفسخ أقوى لأن المجاز ) بضم الميم (يلحقه الفسخ ) كما لو أجاز المبيع هلك عند البائع .

( والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ) فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة ونوقض بما إذا تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جـــاز فسخ الفسخ

ولمـــا ملك كل واحـد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الأول قول محمد « رح » والثـــاني قول أبي يوسف « رح » ، واستخرج ذلك إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معـــاً فمحمد « رح » يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف « رح » يعتبرهما . قـــال ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار

---

ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ ، وأجيب بأن هذا ليس بإجازة للفسخ بـــل هو بيـــع ابتداء .

( ولما ملك كل واحد منهما التصرف ) هذا كأنه جواب عمـا يقال أن كل واحد من الفاسخ والمخير يملك التصرف فأي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر فذاك ، ولما ملك كل واحد منهما التصرف من الإجازة والفسخ ( رجحنا بحال التصرف ) لان كل واحـــد منهما أصل العاقد من حيث التملك والاجنبي من حيث شرط الخيار ، فلم يترجح الامر إلا من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف وهو فوقه والنقض يفسخ الإجـــازة والإجازة لا تفسخ النقض ، فكان النقض أولى لا يقال النقض والإجازة من توابع الخيار فكان الخيار ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العاقد عارضة في ذلك .

( وقيل الاول ) هو أن تصرف العاقد أقوى ( قول محمد «رح» والثاني ) هو تصرف الفاسخ ( قول أبي يوسف «رح» واستخرج ) على صيغـــة المجهول ( ذلك ) إشارة إلى الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد «رح» في ذلك أراد أن المنسوب إليهما ليس منقول عنهما وإنما استخرج ( مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل ) أي باع الموكل ( من غيره معاً ) أي في حالة واحده ( فمحمد «رح» يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف «رح» يعتبرهما ) أي يعتبر تصرفهما ويجعل البيع مشتركاً بينهما بالنصف ويخير كل واحـــد من المشتركين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار

في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيـــه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع ، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقـــد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فيبقى الداخل فيه أحدهمـــا وهو غير معلوم ، والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب ، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ، وقبول العقد

---

في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمس مائة على انه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع ) أي يختار الشرط في أحد العبدين معيناً ( والمسألة على أربعة أوجه ، أحدها ) أي أحد الأوجه ( أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيـه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب ) أي الجامع الصغير .

( وفساده ) أي فساد هذا الوجه ( لجهالة الثمن والمبيع ، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد ) لأنه يشبه الاستثناء ، إما لأن العقد غير لازم في الذي لا خيار فيه ( إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم ) أي وهو ثبوت الحكم ( فيبقى الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم ) ومـــا هو كذلك فثمنه مثله فيفسد البيـــع كما في البيـــع بثمن بطريق الحصة ابتداء .

( والوجه الثاني ) وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما ، وهو معنى قوله ( أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار ، وهو المذكور ثانيـــاً في الكتاب ) أي الجـــامع الصغير ( وإنمـــا جاز ) أي البيع هنا ( لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ) فجاز لارتفاع الجهالة ( وقبول العقد ) هذا جواب شبهة وهي أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذا أيضاً لوجود المفسد ، وهو قبول العقد في الذي يدخل في العقد لأن

في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاده في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر. والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين ، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن . قال ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذلك الثلاثة ، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد المبيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر « رح »

---

العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكما ، كما إذا جمع بين حر وقن فإنه لا يجوز العقد في القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد في الحر شرط صحة العقد في القن ، فأجاب بقوله وقبول العقد ( في الذي فيه الخيار وإن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر ) أي في العبد الآخر .

( ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه ) أي لكون من فيه الخيار ( محلا للبيع )فكان داخلا في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار ( كما إذا جمع بين قن ومدبر ) في البيع في أن المدبر محل للبيع حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعه نفذاً فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع بين حر وقن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلا فلم يكن داخلا لا في العقد ولا في الحكم ، فإن قلت في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسداً أجيب بأنه ليس فيه نفع لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً.

( والثالث ) أي الوجه الثالث ( أن يفصل ) أي الثمن ( ولا يعين ) أي الذي فيه الخيار ( والرابع ) أي الوجه الرابع ( أن يعين ) أي الذي فيه الخيار ( ولا يفصل ) أي الثمن ( والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن ) وكل منهما مفسد للبيع ( قال ) محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذلك الثلاثة ) أي الأثواب الثلاثة ( فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر

والشافعي «رح» وجه الاستحسان وإن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع ، فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هـــذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيهـــا والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعيين من له الخيـــار ،

---

والشافعي رضي الله عنهما وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق ) أي بالنظر إلى الثمن ( والأوفق ) أي بحاله .

( والحاجة إلى هذا النوع من البيع ) أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد العبدين على أن يأخذ أيها شاء بثمن معلوم ( متحققه لانـــه ) ربما ( يحتاج إلى اختيار من يثق به ) لخبرته ( أو اختيار من يشتري لأجله ) كامرأتـــه وبنته ( ولا يمكنه البائع ) بتشديد الكاف ( من الحمل إليه ) أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله ( إلا بالبيع فكان ) باعتبار الحاجة ( في معنى ما ورد به الشرع ) وهو شرط الخيار ثلاثة أيام ( غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث ) أي بالثيـــاب الثلاث ( لوجود الجيد والوسط والرديء فيها ) أي الحاجة إلى الاختيار بالثلاث لاختلاف الأوصاف في الثياب وهي ثلاثة الجيد والوسط والرديء فيها أي في الثياب .

( والجهالة لا تفضي إلى المنازعة ) هذا جواب عما قال الإمام الشافعي « رح » وزفر « رح » ، ومن الجهالة في وجه القياس تقريره أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ( في الثلاث) أي في الثياب الثلاث ( لتعيين من له الخيار ) لأنه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع ، فكان علة جوازه من الحاجة وعـــدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة فاما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة إنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء .

وكذا في الاربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة ، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ، ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير ، وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقاً لا شرطاً ، أو إذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث

---

( وكذا في الأربع ) أي في الثياب الأربع لا يفضي إلى المنازعة ( إلا أن الحاجة إليها ) أي الأربع ( غير متحققة ) لوجود جميع الأوصاف المذكورة في الثلاث ، ولأن في الأربعة قد ينفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج إلى اختيار آخر فتكثر الجهالة .

( والرخصة ) مبتدأ وقوله ( ثبوتها ) مبتدأ آخر وقوله ( بالحاجة ) خبره والجملة خبر المبتدأ الاول ( وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدها ) بالجر عطفاً على قوله بالحاجة حاصل المعنى جواز البيع مع الشرط رخصة وثبوتها مع الحاجة وقد انعدمت في الاربع ، ولكن الرخصة انما تكون بالحاجة وعدم الإفضاء إلى الجهالة ( ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين ) أشار بهذا الى بيان اختلاف المشايخ في اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين منهم من قال يشترط واليه مال الكرخي « رح » ( وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير ) فإنه ذكر هذه المسألة ولم يذكر فيها خيار الشرط ( فيكون ذكره ) أي ذكر خيار الشرط ( على هذا الإعتبار ) أي على اعتبار الجامع الكبير ( وفاقاً لا شرطا ) أي على سبيل الاتفاق لا على سبيل الشرط ، وقال فخر الإسلام « رح » في جامعه والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول محمد بن شجاع البلخي « رح » .

(وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث ) أي بثلاثة أيام

عنده ، وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ، ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحـــد الثوبـين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانـــة ، والأول تجوز واستعارة ، ولو هلـــك أحدهما أو تعيب لزم البيـع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة

---

( عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( وبمدة معلومة ) أي لا بد من توقيت خيار التعيين بمدة معلومة ( أيتها كانت ) أي المدة كانت زائدة على الثلاث أو غير زائدة بعد أن كانت معلومة ( عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد كما في خيـــار الشرط ، وقال شمس الأئمة في جامعه وهو الصحيح ، وهو قول الكرخي « رح » . وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يردهما الوارث، وله أن يعين أحدهما ويرد الآخر ، وكذا في جامع قاضي خان ، وفي الذخيرة هذا إذا كان الخيار للمشتري ، فـإن كان للبائع بأن قـــال بعتك هذين الثوبين على أني بالخيار لا عين المبيع في أحدهما لم يذكر محمد « رح » هذه المسألة في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير ، وذكر الكرخي « رح » في مختصره أنه يجوز استحساناً لا قياساً لأن هذا بيـع يجوز مع خيار المشتري فكذا يجوز مع خيار البائع قياساً على خيار الشرط ، وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هـــذا باعتبار الحاجة والبائع لا يحتاج اليها .

( ثم ذكر في بعض النسخ ) أي في بعض نسخ الجامع الصغير ( اشترى ثوبين ) كما هو المذكور أولاً ( وفي بعضها اشترى أحد الثوبين ) فحاصله أن الرواية اختلفت في نسخ الجامع الصغير ، قال المصنف ( وهو الصحيح ) أي قوله اشترى أحد الثوبين هو الصحيح ( لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول ) هو قوله ثوبين ( تجوز ) يعني مجاز لأن المشتري أحد الثوبين فكان من قبيل إطلاق الكل على البعض ( واستعارة ولو هلك أحدهما ) أي أحد الثوبين ( أو تعيب لزمه البيع فيه ) أي في الهالك أو المتعيب ( بثمنه ) الذي وقع عليه العقد ( وتعين الآخر ) أي الثوب الآخر ( للأمانة ) لأنه إنما

لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعاً معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما ، لأن الباقي خيـــار التعيين للاختلاط ، ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فأما خيار الشرط لا يورث ، وقد ذكرناه من قبل ، ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها

---

اشترى أحدهما لا غير وإنما قبض الآخر ليرد على البـائع إذا تعين أحدهما لا ليمتلكه ولا عـلى سوم الشراء، وقد تعين أحدهما هنا فيبقى الآخر أمانة لأنه قبضه بإذن البائع لا على حرمة البيع فلم يلزمه شيء بسببه ( لامتناع الرد بالتعيب ) تعليل بقوله أو تعيب ( ولو هلكا ) أي الثوبان ( جميعاً معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيـع والأمانـــة فيهما ) أي في الثوبين ، وقيد بقوله معاً لما أنهما لو هلكا على المتعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم الســابق ، وإذا لم يدر السابق لزمه ثمن نصف كل واحد منهـــما كما لو هلكا معا .

( ولو كان فيه ) أي في هذا البيـع ( خيار الشرط له أن يردهما جميعاً ) لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشترٍ بشرط الخيار فيتمكن من رده كذا في المبسوط ( ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين ) لأن خيار الشرط يبطل بموت من له الخيار ( للاختلاط ) أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير (ولهذا)ولاجل الباقي خيار التعيين ( لا تتوقف في حق الوارث ) لأنه لم يثبت له بسبيل الإرث بل لاختلاط تملكه بملك الغير فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما الوارث جميعاً .

( فأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل ) يعني عند قوله وإذا مـات من له الخيار بطل خياره (ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضاء )أي الأخذ بالشفعة رضا (لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها) أي

لأنـــه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلـك سقوط الخيار سابقاً عليـــه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً وهـــذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة « رح » خاصة . قال وإذا اشترى الرجلان غلامـــاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية

---

في الدار التي اشتراها بالخيار ( لانـــه ) أي لان طلب الشفعة ( ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلـــك ) أى دفع ضرر الجار ( بالإستدامة ) أعني باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار .

( فيتضمن ذلك ) أى اختيار الملك (**سقوط الخيار سابقاً عليه**) أى على طلب الشفعة ( فيثبت للملك من وقت الشراء فتبين أن الجوار كان ثابتاً ) عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة ( وهذا التقرير ) الذى ذكره من قوله لان طلب الشفعة يدل على اختيـار الملك إلى آخره ( يحتاج اليه لمذهب أبي حنيفة « رح » خاصة ) إنما قال خاصة لان عندهما يدخل المبيع في ملك المشترى فلا يحتاج إلى التقرير الذى يؤدي إلى اختيار المالك ، قال الإمام السرخسي « رح » وجوب الشفعة مذهبهما ظاهر ، وأما عند أبي حنيفة « رح »

**فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعـــة بها كالمأذون المستغرق بالدين أو المكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار بخلاف مـــا إذا كان الخيار للبائع فالمشترى هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها .**

( قال ) محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا اشترى الرجلان عبداً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة « رح » وقالا ) أى أبو يوسف ومحمد « رح » ( له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية ) وقـــال صاحب الحطر والمختلف إذا اشتريا غلاماً ليس لاحدهما أن يرده بخيـــار الرؤية أو بخيار العيب

لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب لعيب الشركة فلو رده أحدهما رده معيباً بـــه وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهمـــا لتصور اجتماعهما على الرد .

---

بدون صاحبه قبل القبض وبعده على الخلاف المذكور ، وقال الفقيـه أبو الليث في شرح الجامع الصغير رجلان اشتريا غلاماً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة « رح » وفي قولهما له ذلك ( لهما ) أى لابي يوسف ومحمد « رح » ( أن إثبات الخيار لهما ) أى للرجلين المذكورين ( إثباته ) أى إثبات الخيار (لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه ) في الخيار .

( وله ) أى ولابي حنيفة « رح » أن المبيع خرج عن ملكه ) أى عن ملك البائع ( غير معيب لعيب الشركة ) لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب فإن للبائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده إذا أراد البعض لا يتمكن إلا مهاباة ، والخيار يثبت نظراً لمن هو له على وجه لا يلحق بالضرر لغيره ( فلو رده أحدهما معيباً به وفيه إلزام ضرر زائد ) وقيد الضرر بالزائد لان في امتناع الرد ضرر أيضاً زائـــداً للراد ، ولكن لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الاول فـــإن الضرر حاصل من الغير اقطع انجع من الحاصل من نفسه ، فإن قيل بيعه منهما رضا منه بعيب التبعيض أجيب بأنه إن سلم به فهو رضاً به في ملكهما لا في ملك نفسه ، فإن قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لان تفرق الملك إنما هو العقد قبل القبض ، قلنا بل حصل بفعل المشترى برد نصفه والمشترى إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره ، لكن هذا العيب لعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد ، فإذا امتنع ظهر عمله .

( وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما ) جواب لهما وتقريره أن اثبات الخيار لهما ليس من ضرورته ( الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد ) أى اجتماع الشريكين يعني

قال ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك ولأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه وهذا يرجع إلى اختلاف النوع

---

يتصور الانفكاك يتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما، وعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول انه لو رد أحدهما يؤمر الآخر برده لانه لو امتنع عن الرد كان فيه ابطال حق الآخر ، وليس له ذلك لان الخيار بشرط الرد وقد اشترطا كذا في جامع الاسبيجابي .

( قال ) أي القدوري « رح » (ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب ) أي عبد حرفته الخبز أو الكتابة ( وكان بخلافه ) أي ظهر انه ليس بخباز أو ليس بكاتب ( فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ( لأن هذا وصف مرغوب فيه ) وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما اذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم لانه لا يوجب الخيار ( فيستحق ) أي الوصف المرغوب فيه ( في العقد بشرط ثم فواته ) أي فوات الوصف المرغوب فيه ( يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه ) أي ما رضي بالمبيع بدون الوصف المرغوب فيه ، وينقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه فاسد والوصف مرغوب فيه ، وأجيب بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدر من البيع مجهول وضم المجهول الى المعلوم يصير الكل مجهولاً ، ولهذا اذا شرط انها حلوب أو لبون لا تفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي « رح » سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه ، فإن له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله .

( وهذا ) أي الاختلاف في النوع بكونه خباز أو غير خباز وبكونه كاتباً أو غير كاتب ( يرجع الى اختلاف النوع ) يعني بمنزلة الإختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد بل

لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمـــه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثـــة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة .

---

يكون للمشترى الخيار ( لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورةوالانوثةفي الحيوانات ) كما اذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل وقيد فيه بالحيوان لان في بني آدم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت كما اذا باع عبداً فإذا هي جارية ويفسد به العقد .

( وصار كفوات وصف السلامة ) أى صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما اذا اشترى على انه سليم فوجده معيباً فثمة له ولاية الرد فكذا ها هنا ، والحاصل أن الاختلاف بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الاغراض كان راجعاً الى الجنس كمـا في بيع عبد وظهر جارية فيفسد به العقد ، وان كان مما لا يوجب كان راجعـاً الى النوع كما في شراء نعجة فظهر أنها حمل فلا يفسد العقد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة ، وفي الذخيرة ولو امتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشترى على البائع بحصته من الثمن فيقوم العبد كاتباً وينظر الى تفاوت ما بين ذلك فإن مثل العشر يرجع بعشر الثمن ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يرجع ها هنا بشيء ولكن المذكور في ظاهر الرواية أصح وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، لان البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في المعيب ، ولو وقع الاختلاف بين المشترى والبائع في هذه الصور بعد ما مضى حين من وقت البيع فقال المشتري لم أجده كاتباً ، وقال البائع إني سلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقـــد ينسى في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الإختلاف وقع في وصف عارض إذ الأصل عدم الكتابة والخبز قـــال الله تعالى ﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً ﴾ ٧٨ النحل ولو اشترى بقرة على أنها حبلى فولدت عنده وشرب اللبن وأنفق عليها فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن لأن البيع وقع فاسداً وكانت في ضمانه والنفقة عليـــه ولو اشترى شاة على انها نعجة فإذا هو معز يجوز وله الخيار لأن حكمها واحد في

وإذا أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف.

---

الصدقات ، وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس ، ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد واشترى غلاماً على انه فحل فإذا هو خصي أو على عكسه أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو فحل ، أو على أنه لحم ضأن فوجده لحم معز أو على عكسه ففيها كلها له الخيار .

( وإذا أخذه ) أي وإذا أخذ العبد الذي اشتراه على أنه خباز أو كاتب فظهر بخلافه ( بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد ) تدخل فيه من غير ذكر ( على ما عرف ) فيما تقدم .

* * *

# باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده . وقال الشافعي « رح » لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول

---

( باب خيار الرؤية )

أي هذا باب في بيان خيار الرؤية والإضافة فيه من قبيل إضافة المسمى إلى شرطه ، وقال تاج الشريعة من إضافة الحكم إلى سببه .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز ) صورته أن يقول الرجل لغيره بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرة التي في كمي هذا وصفتها كذا ولم يذكر الصفة أو يقول بعت منك هذه الجارية المتنقبة ، أما إذا قال بعت ما في كمي أو ما في كمي هذه من شيء هل يجوز البيع لم يذكره في المبسوط قال عامة مشايخنا « رح » إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا وبعضهم قال لا يجوز لجهالة المبيع وفي المبسوط الإشارة إليه وإلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع ، وفي الأسرار صورته عبداً أو أمة متنقبة مشاراً إليها حاضرة له الخيار إذا كشف ثم خيار الرؤية لا يثبت الا في أربعة أشياء في الشرى والإجارة والقسمة والصلح في دعوى المال على شيء بعينه .

( وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده . وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصح العقد أصلا لأن المبيع مجهول ) لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم وفي الدراية وعند الشافعي رضي الله عنه ان كان جنس البيع معلوماً بأن قال بعتك ما في هذه الحواليق من الثياب فله قولان وان لم يكن معلوماً بأن قال بعت ما في هذه الحواليق .

فالمبيع باطل عنده قولاً واحداً ، وفي شرح الوجيز والحلية بيع ما لم يره البائع والمشتري يصح في القديم وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد « رح » لا يصح في الجديد لأن المبيع مجهول ، وفي الحلية يجوز بيع الغائب في القول المختار وهو قول عثمان وطلحة رضي الله عنهما ، واختاره القفال وكثير من أصحابنا .

( ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار اذا رآه ) الحديث روي مرسلا ومسنداً ، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه ، وعن داهر بن نوح حدثنا عمر بن ابراهيم بن خالد الكردي حدثنا وهب البشكري عن محمد ابن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار اذا رآه ، قال عمر الكردي وأخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ مثله ، قال عمر أيضاً وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة « رح » عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله .

واما المرسل فرواه ابن ابي شيبة في مصنفه والدارقطني « رح » ثم البيهقي « رح » في سننيهما حدثنا اسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي ﷺ قال من اشترى الى آخره ، وزاد ان شاء اخذه وان شاء تركه ، فإن قلت استدل الشافعي رضي الله عنه بأحاديث صحاح منها ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ومنها ما رواه الأربعة عن حكيم بن حزام قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك ، وقال الترمذي « رح » هذا حديث حسن ومنها ما رواه الأربعة أيضاً عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال لا يحل سلف وبيع ولا شرط في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ، وقال الترمذي حسن صحيح ، وقالوا حديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي احتججتم به فيه عمرو ابن ابراهيم الكردي ، قال الدارقطني « رح » هو يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح لأنه لم يروه غيره وإنما يروي ابن سيرين « رح » من قوله ، وقال ابن القطان « رح » في كتابه والراوي عن الكردي داهر بن نوح وهو لا يعرف وفي المرسل أبو بكر بن أبي مريم

## ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي بـــه إلى المنازعـــة لأنه لو لم يوافقـــه يرده

قال الدارقطني « رح » ضعيف قلت أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإن أبا حنيفة ومحمد « رح » روياه بإسنادهما ذكره صاحب المبسوط وغيره من أصحابنا وهم ثقـــات ، وذكر في المبسوط أيضاً أن ابن عباس رضي الله عنهما والحسن البصري وسلمة بن الحسين « رح » رووه مرسلا وهو حجة عندنا ، والحديث الذي رواه العلماء الكبار « رح » إذا كان في طريق من طرقه منهما لا يترك مع أن الطعن المبهم لا يقبل وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء « رح » مثل مالك وأحمد وغيرهما .

وفي نوادر الفقهاء لابن بنت نعيم أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز بيـــع الغائب المقدور على تسليمه وأن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه ، فإن قيل بيع الآبق متفق على منعه فكذا الغائب ، قلنا لم يمتنع بيع الآبق لغيبته بل لتعذر تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء والجواب عن النهي عن بيع الغرر أنه لا يدري أيكون أم لا ، وعلى ما لا يقدر على تسليمه كذا قال أهل اللغة ، وقال ابن حزم في المحلى إذا وصف الغـائب عن رد دينه وخير ملكه المشتري فأين الغرر ولم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة ، باع عثمان لطلحة رضي عنهما أرضاً بالكوفة لم يرياه فقضى جبير بن مطعم رضي الله عنه أن الخيار لطلحة رضي الله عنهما ، وما نرى للشافعي رضي الله عنه سلفاً في منع بيع الغائب الموصوف ، ولا خلاف في اللسان ما في ملك بائع ما هو عنده وما ليس في ملكه ، فليس عنده ، وإن كان في يده ، والجواب عن حديث حكيم بن حزام « رح » أن المراد من قوله ما ليس عندك عدم الملك لأن تمام الحديث يدل على ذلك ، وتمامه قـال سألت رسول الله ﷺ فقلت يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي ابتاع له من السوق ثم أبيعه منه قال لا تبع ما ليس عندك هكذا رواه الترمذي « رح » وغيره ، وفي رواية النسائي أبيعه منه ثم ابتاعه له من السوق ، فقال لا تبع ما ليس عندك .

( ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده ) لأنـــه لو لم يوافقه بعد الرؤية يرده على بائعه بلا نزاع وإنما يفضي إلى المنازعة لو قلنا بانبرام العقد ولم

فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه ، وكذا إذا قال رضيت ثم رآه له أن يرده لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم

---

نقل به ( فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه ) بأن اشترى ثوباً مشاراً إليه غير معلوم عدد وزعاته يجوز لكونه معلوم العين وإن لم يكن ثمة جهالة لا يفضي إلى النزاع .

( وكذا إذا قال رضيت ) وفي بعض النسخ قال وكذا إذا رضيت ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ، يعني قال المشتري بعد تمام البيع رضيت بذلك البيع على أي وصف كان ( ثم رآه له أن يرده ) وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وحكى في تتمتهم وجهاً آخر أنه ينفذ كما إذا اشترى على أن لا خيار ( لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا ) والحديث الذي ذكره ( فلا يثبت قبلها ) أي فلا يثبت الخيار قبل الرؤية على تأويل المذكور ، لأن المعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ، فإن قيل المذهب عندنا ان المعلق بالشرط يوجد عند وجوده ، ولا يلزم عدمه عند عدمه لجواز أن يوجد بعلة أخرى فكيف يصح قوله فلا يثبت قبله لأنه دعوى بلا دليل . قلنا هذه وصية متلقاة من جهة صاحب الشرع فتنتهن إلى ما انهان إليه ، والشرع أثبت الخيار بالرؤية فلا يثبت قبلها ، ولو يثبت إنما يثبت بدليل آخر ، فمن ادعاه فعليه البيان كذا قيل ، فإن قيل يشكل بخيار العيب فإنه إذا قال رضيت به قيل إن أراده فلا خيار له قلنا سبب الخيار هناك العيب وهو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتاً ، ولا كذلك ها هنا كما بينا فافترقا .

( وحق الفسخ ) هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله لأن الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله بأن يقال لما لم يثبت قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقاً بها فلا يوجد قبلها فأجاب بقوله وحق الفسخ يعني يمكنه من الفسخ ( بحكم أنه ) أي أن العقد بخيار الرؤية (عقد غير لازم) لأنه لم يقع مبرماً فجاز فسخه لهؤلاء فيه ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية

لا بمقتضى الحديث، ولأن الرضاء بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت. قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط ،

---

والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطاً ولا شرعاً .

( لا بمقتضى الحديث ) أي لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث . قال الأكمل وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار ملزوم للخيار ، والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم ( ولأن الرضاء بالشيء ) جواب آخر وتحقيقه أن رضى الشخص بالشيء ( قبل العلم بأوصافه ) أي قبل أن يعلم بأوصاف ذلك الشيء ( لا يتحقق ) لأن الرضاء استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور ( فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ) لأنه فسخ لعدم الرضاء وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور ، لان عدم الرضاء قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء حاجته إلى المبيع أوضاع ثمنه أو استغلائه فلا يستلزم الاستقباح ، وذكر في التحفة أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه لكن المشايخ « رح » اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياساً على الإجارة ، وقال بعضهم يصح دون الإجازة وهو مختار المصنف رحمه الله .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع ما لم يره فلا خيار له ) صورته ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فلا خيار له وبه قال الشافعي رضي الله عنه ( وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاً له الخيار ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجه وقال في وجه لا ينعقد بيعه قولاً واحداً ( اعتباراً ) أي قياساً ( بخيار العيب وخيار الشرط ) أما خيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفاً فهو بالخيار إن شاء جوز وإن شاء رد كالمشيئة إذا وجد المبيع معيباً، لكن لا ينفسخ رد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن ، وأما خيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم .

وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضاء زوالاً وثبوتاً ، ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضياً بالزوال ، ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ، وروى أن عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنه فقيل لطلحة إنك قد غبنت

---

( وهذا ) أي ثبوت الخيار للبائع ( لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً ) أي من حيث الزوال من جهة المبيع في حق البائع ( وثبوتا ) أي من حيث الثبوت من جهة الشراء في حق المشتري ( ولا يتحقق ذلك ) أي الرضا ( إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك ) أي العلم بأوصاف المبيع ( بالرؤية ) فإن بالرؤية يحصل الإطلاع على دقائق لا تحصل بالعباره ( فلم يكن البائع راضياً بالزوال ) أي قبل الرؤية لعدم تمام الرضاء .

( ووجه القول المرجوع إليه ) وهو عدم الخيار ( أنه ) أي أن الخيار ( معلق بالشراء لما روينا ) وهو الحديث المذكور ( فلا يثبت دونه ) أي دون الشراء ، ورؤية المشتري ، فإن قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج إلى تمام الرضاء فيلحق به دلالة أجيب بأنهما ليساسيان فيه لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده لفوات الوصف المرغوب لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبداً بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار ، وإذا لم يكن في معناه لم يلحق به فإن قيل المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط لسبب آخر ، وها هنا وجد القياس أجيب بأنه ثابت بالنص غير معقول المعين فلا يجوز فيه القياس سلمناه .

ولكن القياس على مخالفة الإجماع باطل ، والإجماع في قضية عثمان وطلحة رضي الله عنهما على ما ذكره بقوله ( وروى أن عثمان رضي الله عنه ) وهو عثمان بن عفان (باع أرضاً بالبصرة ) أي كانت الأرض بالبصرة وعثمان رضي الله عنه بالمدينة ( من طلحة بن عبيد الله ) التميمي أحد العشرة المبشرة بالجنة ( فقيل لطلحة رضي الله عنه إنك قد غبنت )على صيغة المجهول من الغبن بالغين المعجمة وسكون الباء يقال غبنته في البيع أي خدعته

فقال :لي الخيار لأني اشتريت مـــا لم أره ، وقيل لعثمان رضي الله عنه إنك قد غبنت ، فقال لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنـــه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيـار الرؤية غير مؤقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ، وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفاً لا يمكن

---

(فقال لى الخيار لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره فحكما بينهما ) بتشديد الكاف من التحكيم ( جبير بن مطعم ) بن عدي الصحابي المشهور ( فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه ) وهذا أخرجه الطحاوي «رح» ثم البيهقي «رح» عن علقمة بن أبي وقاص رضي الله عنه أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان رضي الله عنه مالا فقيل لعثمان أنك قد غبنت ... الحديث .

( وكان ذلك ) أي حكم جبير بن مطعم رضي الله عنه كان بين عثمان وطلحة رضي الله عنهما ( بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ) ولم ينكر عليه أحد من الصحابة رضوان الله عليهم عنه فكان إجماعاً بينهم ولهذا رجع أبو حنيفة « رح » حين بلغه الخبر ( ثم خيـار الرؤية غير مؤقت ) قيل إنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه حتى إذا وقع بصره عليه ولم يفسخه سقط حقه .

والأصح ما قاله المصنف « رح » بقوله ( بل يبقى ) أي خياره ( إلى أن يوجد مـــا يبطله ) لأنه ثبت حكما لانعدام الرضى فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضاء ( ومـا يبطل خيار الشرط )كلمة ماموصولة مبتدأ ويبطل بضم الياء من الإبطال صلة الموصول وخيار الشرط بالنصب مفعوله ، وكلمة من في قوله ( من تعيب ) للبيـان أي من تعيب في البيع الذي اشتراه بخيار الشرط ( أو تصرف ) أي أو تصرف في خيار الشرط ، وقوله (يبطل خيار الرؤية ) خبر المبتدأ وصورة التعيب في خيار الشرط قد مضت هناك ،وإما التصرف في خيار الرؤية فعلى ضربين أشار إلى الأول بقوله (ثم إن كان) أي التصرف (تصرفاً لا يمكن

رفعه كالاعتاق والتدبير أو تصرفاً يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيـــار وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله إذا كان قبل الرؤية

---

رفعه ) يعني بعد وقوعه ( كالإعتاق ) بأن أعتق عبده الذي اشتراه ولم يره .

( والتدبير ) بأن دبره قبل رؤيته ( أو تصرفا ) أي أو تصرف تصرفاً ( يوجب حقاً للغير ) وهذا هو الضرب الثاني ( كالبيع المطلق ) بأن باع الذي اشتراه ولم يره مطلقـــاً يعني بدون شرط الخيار ( والرهن ) بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية ( والإجارة ) بأن أجره لأحد قبل رؤيته ( يبطله ) جواب قوله ثم إن كان وجواب عطف عليه وهوالضرب الثاني من الضربين ، أي يبطل خياره للرؤية في الضرب الأول ، والضرب الثاني وسواء في البطلان ( قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم ) أي هذا التصرف إمـــا لعدم إمكان رفعه أو لكونه موجباً حقاً للغير ( تعذر الفسخ فبطل الخيار ) ضرورة عـدم إمكان العمل بالنص وفي شرح الأقطع لو عاد إلى ملكه بسبب الرد بقضاء أو بفك الرهن ، أو فسخ الإجارة لم يرد بخيار الرؤية لأنه يبطل بعقده فلا يعود بسبب ملكه ، فإن قيل بطلان الخيار قبل الرد مخالف لحكم النص لأنه أثبت الخيار إذا رآه قلنـــا ذاك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص ، وهذه تصرفات مبنية على الملك وصحة هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن دفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد ، وخيار الرؤية بالنص فيما إذا بقي حكم العقد كذا في الذخيرة .

( وإن كان ) أي التصرف ( تصرفا لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار ) بأن باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار ( والمساومة ) بأن عرضه على البيع ( والهبة من غير تسليم ) بأن وهبه لشخص ولكن لم يسلمه للموهوب له ( لا يبطله ) جواب قوله وإن كان تصرفاً لا يوجب حقاً للغير أي لا يبطل خيار الرؤية لكن ليس على الإطلاق بل إنما لا يبطله ( إذا كان قبل الرؤية ) أي رؤية الشيء الذي اشتراه .

لأنه لا يربو على صريح الرضاء فيبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء . قال ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى ظاهر الثوب مطوياً أو إلى وجه الجارية أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له ، والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية ما يدل على المعلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء

---

( لأنه ) أي لأن هذا التصرف ( لا يربو ) أي لا يزيد ( على صريح الرضاء ) وصريح الرضاء لا يبطله قبل الرؤية ، وبدليل الرضى أولى أن لا يبطل لأنه دونه ( ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضاء ) وفي المجتبى لا يطالب المشتري بالثمن قبل الرؤية ولا يتوقف الفسخ على القضاء والرضاء بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل المشترى أو بعده ، لكنه لا يصح إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » والخلاف فيه كالخلاف في خيار الشرط والإجازة فصح بدونه وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية ، ولو كان أياً من النقدين أو تبراً وحلى مصوغ فله الخيار ولو تبايعا عيناً بعين فلهما الخيار ولو تبايعا عيناً بدين فللمشتري العين خياره .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى وجه الجارية ) ذكر الجارية وقع اتفاقاً فإن الحكم في الغلام كذلك في الإيضاح المعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه ، لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه ، ألا ترى أن القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء ( أو إلى ظاهر الثوب مطويا ) أي أو نظر إلى ظاهر الثوب حال كونه مطويا ( أو إلى وجه الدابة ) أي أو نظر إلى وجه الدابة ( وكفلها ) أي وإلى كفلها ( فلا خيار له ) جواب من وما بعدها .

( والأصل في هذا ) أي في اسقاط خيار الرؤية ( أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ) أي لتعذر رؤية الجميع على تأويل المذكور وفي بعض النسخ لتعذرها فلا يحتاج إلى التأويل ( فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ) لحصول المقصود ( ولو دخل في البيع أشياء ) يعني متعددة من جنس واحد .

فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار ، وإن كان يتفاوت احادهـــا كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكر الكرخي « رح » ،

---

( فإن كان لا يتفاوت آحادها كالمكيل والموزون ) والعددي المتقارب ، وقيد بقوله لا تتفاوت آحادها لأنه إذا كان المكيل أو الموزون من أنواع مختلفة فخياره بـــاق ( وعلامته ) أي علامة الشيء الواحد الذي لا تتفـاوت آحاده ( أن يعرض بالنموذج ) بفتح النون وبيان الانموذج أيضاً بضم الهمزة وهو تعريب نموذه كذا في المغرب (يكتفي برؤية واحد منها ) أي من هذه الأشياء المتعددة .

( إلا إذا كان الباقي ) من الذي ما رآه ( أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيـــار ) أطلق المصنف « رح » الخيار ، وفي الينابيع يثبت له خيار المعيب لا خيار الرؤية سواء كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة بعد أن يتحد الكيل في الجنس والصفة .

وفي جامع قاضي خان قال مشايخ بلخ « رح » برؤية أحد الوعائين لا يبطل خياره ، والصحيح أنه يبطل لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي ، فإن تغير الباقي له أن يرده ،وفي الذخيرة المكيل والموزون يكتفي برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد،وإن كانافي وعاءين فرأى ما في أحدهما اختلف المشايخ فيه قـال مشايخ العراق « رح » إذا رضي مما رأى يبطل خياره في الكيل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه ، أما إذا وجد دونه فهو على خياره ، ولكن إذا أراد الرد يرد الكل .

( وإن كانت تتفاوت آحادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها ) لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في آحاده ( والجوز والبيض من هذا القبيل ) أي من قبيل ما تتفاوت آحاده لأنه يختلف بالصغر والكبر وهو اختيار قاضى خان « رح » ( فيما ذكر الكرخي « رح » ) ومال المصنف إلى أنه يكتفي برؤية واحد منها ولهذا قـــال

وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونهما متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج ، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً لموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي

---

( وكان ينبغي أن يكون ) أي الجوز واللوز ( مثل الحنطة والشعير لكونها )[1] أي لكون آحادهما أي آحاد الجوز واللوز ( متقاربة ) فيكتفى برؤية البعض عن الباقي ، وفي المجرد وهو الأصح وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله .

( إذا ثبت هذا ) أي ما ذكرنا من التفصيل والتقرير ( فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف ، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج ) وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وحكي عنه أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقلبها ليعرف حال باطنها ، والمذهب المشهور هو الأول عنده .

( وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً لموضع العلم ) وفي شرح المجمع المسألة معروفة في الثواب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه ( والوجه هو المقصود في الآدمي ) أي العبد والأمة حتى لو نظر إلى غيره لا يبطل خياره ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد في العبد من رؤية الوجه والأطراف ، ولا يجوز رؤية العورة وفي باقي البدن ذكره في التهذيب أنه لا بد من رؤية أظهر الوجهين وفي الأمة له وجوه احدها يعتبر رؤية ما يرى من العبد ، والثاني رؤية ما يبدي من الزينة ، والثالث يكفي رؤية الوجه والكفين وفي رؤية الشعر وجهان ، وفي التهذيب أصحها يشترط ولا يشترط رؤية اللسان والاسنان في أصح الوجهين كذا في شرح الوجيز ، وفي الغاية الأولى تحكيم العرف .

---

(١) لكونها – هامش .

وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود، ولا يعتبر رؤية غيره . وشرط بعضهم رؤية القوائم ، والأول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بـد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لان ذلك هو المعرف للمقصود .

---

( وهو ) أي الوجه ( والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره ) أي غير المقصود حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خيـاره ، وفي بعض النسخ دون غيرها أي غير الثلاثة ، وهي الوجه في الآدمي والوجه والكفل في الدواب والأول أصح .

( وشرط بعضهم رؤية القوائم ) أي شرط بعض المشايخ « رح » رؤية قوائم الدابة ( والأول ) هو رؤية الوجه والكفل ( هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ) رواهـا بشرعته وعن أبي يوسف رحمه الله يعتبر في الدواب عرف التجار وهو رواية المعلى عنه ، وعن محمد « رح » يكفي رؤية الوجه اعتباراً بالعبد والامة ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم ويجب رفع السرج والإكاف والجبل وعند بعض أصحابه أنه لا بد من أن يجرى الفرس بين يديـه ليعرف سيره .. كذا في شرح الوجيز ( وفي شاة اللحم ) وهي الشاة التي تشترى للذبح لاجل اللحم ( لا بد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به ) أي بالجس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة .

( وفي شاة القنية ) وهي الشاة التي تحبس في البيت لأجل النتـاج ، وفي المغرب قنوت المال حميته قنواً وقنوة وقنية اتخذته لنفسي قنية أي للنسل لا للتجارة ، وقـال الجوهري « رح » قنوة الغنم وغيرها قنوة وقنوه وقنيت أيضاً قنية وقنية إذا اقتنيتهـا لنفسك لا للتجارة ( لا بد من رؤية الضرع ) وفي الذخيرة لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها .

( وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لان ذلك ) أي الذوق ( هو المعرف للمقصود ) وفي

قال وإن رأى صحن الدار فــلا خيـار له ، وإن لم يشاهـد بيوتها ، وكذلك إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجــار البستان من خارج ، وعند زفر «رح» لا بد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل .

---

بعض النسخ لأن ذلك أي الذوق ( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن رأى صحن الدار ) قال الجوهري صحن الدار وسطها ( فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك ) أي لا خيــار له ( إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج ) لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات ، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا أن يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند ( وعند زفر « رح » لا بد من دخول داخل البيوت ) وبه قال ابن أبي ليلى ، وعند الشافعي رضي الله عنه لا بد مع ذلك من رؤية السقوف والمطبخ والسطوح والجدران خارجاً وداخلا ، ورؤيـة المستحم والبالوعة وبه قال الحسن بن زياد « رح » وقال في شرح الأقطع والصحيح ما قالـــه زفر « رح »

( والأصح أن جواب الكتاب ) أي القدوري « رح » ( على وفاق عادتهم ) أي عادة أهل الكوفه وأهل بغداد في زمن أبي حنيفة رحمه الله ( في أبنيتهم[1] ، فــإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، وأما اليوم ) أي في ديارنا ( فلا بد من الدخول ) كما قال زفر «رح» ( في داخل الدار للتفاوت ) لقلة الموافق وكثرتها .

( والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل ) وهو الصحيح اليوم ، وفي المحيط والذخيرة بعض مشايخنا قال في الدار يعتبر ما هو المقصود حتى لو كان في الدار بيتان شتويان

---

(١) الأبنية - هامش .

## قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري ،

---

وبيتان صيفيان يشترط رؤية صحن الدار ، وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه أو رؤوس الأشجار في ظاهر الرواية ، وأنكر بعض المشايخ « رح » هذه الرواية ، وقال بأن المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه كذا في شرح المجمع .

وفي جامع قاضي خان « رح » في الكرم لا يكتفي برؤية الخارج ورؤوس الأشجار وفي المحيط هذا عندهم ، أما في بلادنا لا بد من رؤية داخل الكرم ، وفي عنب الكرم لابد أن يرى من كل نوع بيتاً ، وفي النخل كذلك ، وفي الرمان من الحلو والحامض ، وعند الشافعي رضي الله عنه في البستان لا بد من رؤية الأشجار والجدران ومسائل الماء لا رؤية أساس البستان وعروق الأشجار ونحوها ، وفي رؤية ظهر الدار ومجرى الماء الذي يدور به المرحاض طريقان كذا في شرح الوجيز اشترى ، دهناً في زجاج فنظر إلى الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه على الكف عند أبي حنيفة « رح » وبه قال أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وعن محمد « رح » أنه يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ونظر الوكيل كنظر المشتري ) صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلي في قبض المبيع أي وكلتك بقبضه ( حتى لا يرده إلا من عيب ) إذا ظهر فيه أي من عيب لم يعلمه الوكيل ، فإن كان قد علم يجب أن يبطل خيار المعيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر « رح » ، والصحيح أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم هكذا في الجامع الصغير لفخر الإسلام البزدوي « رح » .

( ولا يكون نظر الرسول كنظره [1] ) صورته أن يقول كن رسولي بقبضه أو قال أرسلتك لقبضه أو قال قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، والفرق بين الوكيل والرسول أن الوكيل لايضيف العقد إلى موكله بل يعقد بالاستبداد، والرسول لا يستغني عن الإضافة إلى المرسل وقيل لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع ولا يسقط الخيار .

---

(١) كنظر المشترى — هامش .

وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا هما سواء وله أن يرده . قال « رضر » معناه الوكيل بالقبض فأمـــا الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع لهما أنه توكل بالقبض دون إسقـــاط الخيار ، فلا يملك مـــا لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط والاسقاط قصداً وله أن يقبض نوعان تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن

---

( وهذا ) أي عدم كون نظر الرسول كنظره ( عند أبي حنيفة « رح » وقـــالا هما سواء ) أي الوكيل والرسول سواء ( وله ) أي وللمشترى ( أن يرده ) أي المبيع إذا رآه ، فإن شاء أخذه وإن شاء تركه ( قال ) أي المصنف « رح » ( معناه ) أي معنى قوله في الجامع الصغير ونظر الوكيل كنظر المشترى ( الوكيل بالقبض ) أي معنى قوله ( فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع ) وليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء ( لهما ) أي لأبي يوسف « رح » ومحمد «رح» ( أنه توكل بالقبض ) أي أن الوكيل بالقبض توكل أي قبل الوكالة للقبض ( دون إسقاط الخيار ) فلا يتعدى الحكم من القبض إلى إبطال الخيار .

( فلا يملك ما لم يتوكل به ) لأن إبطال الخيار ليس من القبض ( وصار كخيـــار العيب ) أي صار هذا كمن اشترى شيئاً ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيباً رأيا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل ( والشرط ) أي وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيـــار الشرط ووكل بقبضه لم يسقط خيار الموكل .

( والإسقاط قصداً ) صورته أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل ، وقوله قصداً احترازاً عن الإسقاط الضمني فإنه لا يملك بقبض المبيع ( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن القبض على نوعين[1] قبض تام وهو أن يقبضه ) أي الوكيل ( وهو يراه ناقص ) أي وقبض ناقص ( وهو أن

---

(١) يقبض نوعان تام — هامش .

يقبض مستوراً وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ، ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية ، والموكل ملكه بنوعيه ، فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل ، وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه ، ولا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه ، وخيار الشرط على الخلاف ،

---

يقبضه مستوراً ) وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضاء .

( وهذا ) إشارة إلى تنوعه بالنوعين ( لأن تمامه ) أى تمام القبض ( بتمام الصفقة ، ولا تتم ) أى الصفقة ( مع بقاء خيار الرؤية ) لأن تمامها بتناهيها واللزوم بحيث لا يرقد إلا برضاء أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك ( فالموكل يملكه ) أى يملك القبض ( بنوعيه ) أى بنوعي القبض ( فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل ) أى فكذا وكيله يملكه بنوعيه ( لإطلاق التوكيل ) عملا بإطلاقه .

( وإذا قبضه مستوراً ) جواب عما يقال لا نسلم ذلك فإن **الوكيل إذا قبضه قبضاً** ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط ، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة فأجاب بقوله وإذا قبضه أى الوكيل مستوراً ( انتهى التوكيل بالناقص ) أى بالقبض الناقص ( منه ) أى من القبض ( فلا يملك اسقاطه قصداً بعد ذلك ) لأنه لم يفوض إليه الإبطال قصداً وإنما يثبت له الإبطال مقتضى تتميمهم القبض وهنا لما حصل القبض الناقص ... انتهى الوكيل به فليس له بعد ذلك إبطال الخيار ( بخلاف خيار العيب ) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب ( لأنه لا يمنع تمام الصفقة ) لانه لم يشرع تتميماً للقبض بل لتسليم الجزء الفائت .

**(فيتم القبض مع بقائه) أي بقاء الخيار (وخيار الشرط على الخلاف) وهذا جواب عن** قولهما والشرط أى وكخيار الشرط بيانه أن خيار الشرط لا يصلح مقيساً عليه لانه على

ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الوسول لأنه لا يملك شيئاً وإنمــا إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولاً في البيــع . قــال وبيــع الأعمى وشراؤه جائز

---

هذا الخلاف ذكر القدوری « رح » أن من اشترى شيئاً على أنه بالخيار يوكل وكيلاً بقبضه بعد ما رآه فهوعلى هذا الخلاف.

وقال الاترازى « رح » قوله وخيار الشرط على الخلاف ولا نص عن خيار الشرط عن ابي حنيفة « رح » كذا قالوا في شرح الجامع الصغير ، فعلى هذا يمنع ويقال لا نسلم أن خيار الشرط يصلح أن يكون مقيساً عليه لانه ليس فيه نص على الاتفاق فيه ، بل يجوز أن يكون الحكم فيه أيضاً كما في خيار الرؤية .

( ولو سلم ) أي بقاء الخيار ( فالموكل لا يملك التام منه ) أي لا يملك القبض التـــام منه أي من القبض لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط ( فإنه ) أي فإن الخيار ( لا يسقط بقبضه لأن الاختيار ) وهو التردد والتفكر ( وهو المقصود بالخيار يكون بعده ) أي بعد القبض ( فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول فإنــه لا يملك شيئاً ) من القبض لا التام ولا الناقص ( وإنما إليه تبليغ الرسالة ) فيملك أداء الرسالة على أكمل الوجوه .

( ولهذا ) أي ولأجل كونه مبلغــاً للرسالة فقط ( لا يملك القبض ) أى قبض الثمن ( إذا كان رسولاً بالبيــع ) ولا قبض المبيع إذا كان رسولاً في الشراء أو في بعض النسخ لا يملك التسليم مكان القبض أى تسليم المبيع او الثمن باعتبار الحالتين .

( قال ) اى القدورى « رح » ( وبيــع الأعمى وشراؤه جائز ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رضي الله عنهم في قول ، وفي قول لا يجوز وهو اختيار المزني « رح » ، وهذا الخلاف فيمن هو أعمى وقت العقد ولم يكن بصيراً ، وأما إذا كان بصيراً فعمي بعد ذلك

وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قورناه من قبل ، ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ، ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له .
لأن الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم ، وعن أبي يوسف «رح» أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ، وقال قد رضيت سقط خياره لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام

---

لا خلاف في جواز بيعه ( وله الخيار إذا اشترى ، لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قورناه من قبل ) أي في اول الباب ان شراءه ما لم يره جائز وان له الخيار والأعمى كالبصير الذى يشترى مـا لم يره فيجوز شراؤه مع ثبوت الخيار له كالبصير ( ثم يسقط خياره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ويشمه إذا كان يعرف بالشم ، ويذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ، ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له ) وفي الجامع العتابي الوصف في العقار ان يقف في مكان لو كان بصيراً لرآه ، ثم يـذكر له صفة العقار .

( لأن الوصف يقام مقام الرؤية ) وقيل يمس الحائط والباب ( كما في السلم ) يعني ان الوصف يقوم مقام المسلم فيه ، وإن كان المسلم فيه معدوماً للعجز ، والعجز في حق الأعمى الزم لأن رؤية المسلم فيه ممكنة ، أما رؤية الأعمى غير ممكنة ، فيقوم الوصف مقـام الرؤية في حقه بالطريق الأولى .

( وعن ابي يوسف « رح » انه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه فقال قد رضيت يسقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام

القراءة في حق الأخرس في الصلاة ، وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج ، وقـــال الحسن « رح » يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة « رح » لأن رؤيـــة الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً . قال ومن رأى أحـد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما لان رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام، وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهـــذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الاصل ،

---

القراءة في حق الأخرس في الصلاة وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج، وقـــال الحســن « رح ») ابن زياد « رح » ( يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه ) فتصير رؤية الوكيل كرؤيته، قال المصنف ( وهذا ) أي قول الحسن « رح » ( أشبه بقول أبي حنيفة « رح » لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفاً ) أي في المسألة المتقدمة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما ، لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب،فبقي الخيار فيما لم يره ، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقـــاً للصفقة قبل التمام ) وتفريق الصفقة منهم بالإجماع .

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ) أي بعد القبض يعني فيما إذا قبضه مستوراً ، قال الكاكي « رح » كذا قيل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ( ولهذا ) أي ولأجل كون الصفقة غير تامة ( يتمكن ) أي المشتري ( من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الأصل ) أي يكون الرد بخيار الرؤية فسخاً من الإبتداء ويكون فسخاً من الأصل لعدم تحقق الرضاء

ومن مات وله خيـــار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الإرث عندنا ، وقد ذكرناه في خيار الشرط ، ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لان العلم بأوصافه حاصل لـه بالرؤية السابقة ، وبفواته يثبت الخيـار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه لعدم الرضاء به ، وإن وجده متغيراً فله الخيار لان تلـــك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير

---

لعدم العلم بصفات المعقود عليه ، فلا يحتاج إلى القضاء والرضاء بخلاف خيـار المعيب بعد القبض ، فإنه لايرد إلا بالرضاء والقضاء لتمام البيع ، وعند الشافعي رضي الله عنه في خيار البيع بعد القبض كذلك فهو فسخ من الأصل أيضاً .

( ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا ) خلافـــاً للشافعي « رح » ( وقد ذكرناه في خيار الشرط ) أي قد ذكرنا بطلان خيار الرؤيـــة بالموت في باب خيار الشرط ( ومن رأى شيئاً ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته ) أي بفوات العلم بأوصافه ( يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه ) أي لا يعلم أنـــه هو الذي رآه ، وكلمة الاستثناء من قوله فلا خيار له ( لعدم الرضاء به ) أي لا يكون راضياً بـه ، وفي الفتاوى الصغرى صور لهذا بأنه إذا اشترى ثوباً ملفوفاً كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن المشترى ذلك المرئي ثبت له خيار الرؤية ، وصورته في الخلاصة رجل رأى جارية عند رجل فساومه بها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك بمدة يتبعها فاشتراها منه متنقبة ولم يعلم أي التي هي رآها فله الخيار لعدم الرضاء .

( وإن وجده متغيراً ) أي وإن وجد ما رآه بعد الشراء متغيراً عما رآه ( فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير ) بأن قـال

فالقول قول البائع لان التغير حادث ، وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا ، لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية ، لانها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله . قال ومن اشترى عدل زطى ولم يره

---

المشتري قد تغير وقال البائع لم يتغير ( فالقول للبائع لأن التغير حادث ) لأنه إنما يكون معيباً أو تبدل هيئته ، وكل منهما عارض ، والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل .

( وسبب اللزوم ) أي لزوم العقد وهو الرؤية السابقة أو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة أو رؤية جزء من المعقود عليه ( ظاهر ) فالقول قول من يتمسك بالظاهر ، وذكر بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه أن القول للمشتري ( إلا إذا بعدت المدة ) استثناء من قوله فالقول قول البائع ( على ما قالوا ) أي المتأخرون ، فحينئذ يكون القول قول المشتري ( لأن الظاهر شاهد للمشتري ) لان الشيء قد يتغير بطول الزمان ، ومن شهد له الظاهر فالقول قوله وإليه مال شمس الأئمة السرخسي « رح » .

وفي المبسوط فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد « رح » والإمام ظهير الدين المرغيناني « رح » وبه قال الشافعي رضي الله عنه ( بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية ) متصل بقوله ، فالقول للبائع يعني إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري ( لأنها ) أي لان الرؤية ( أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله ) مع يمينه .

( قال ) محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى عدل زطى ولم يره ) العدل بكسر المثلى ، ومنه عدل المتاع ، والزط خيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطيه ، وقيل خيل من الناس بسواد العراق ، وقوله ومن اشترى عدل زطى ولم يره ، وفي الكافي وقبضه وهو مراد المصنف « رح » أيضاً ، وقيده بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضاً

# باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شــاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة، فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به ، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان ،

---

( باب خيار العيب )

أي هذا باب في بيان أحكام خيار العيب وإضافة الخيار إلى العيب من قبيل إضافــة الشيء إلى سببه ، قال الجوهرى « رح » العيب والعيبة والعاب في معنى واحد نقول عاب المباع أى صار ذا عيب وعبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضاً على الاصل ويقول مـــا به معابة ومعاب اى عيب ، وفي المبسوط العيب ما تخلوا عنــه أصل الفطرة السليمة .

( وإذا اطلع المشترى على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء اخذه بجميع الثمن وإن شاء رده ، لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة ) أى سلامة المعقود عليه ( فعنـــد فواته ) أي فوات وصف السلامة ( يتخير ) أي المشترى ( كيلا يتضرر بلزوم مـــا لا يرضى به ) والضرر مدفوع شرعاً .

( وليس له ) اى للمشترى ( ان يمسكه ) أى المبيع الذى اطلع فيــه على عيب ( ويأخذ النقصان ) أى نقصان العيب ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وقــال أحمد رحمه الله له أحد الامرين لانه حقه ، ونقصان العيب إما الثمن او الإرث ، وليس لـــه ذلك لان العائب وصف ، لان العيب إما ان يكون بمـــا يوجب فوات جزء من المبيع او تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن الساقطة ، وإما ان يكون

لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ، ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره ،

---

بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه ، والزنا والدفر [1] والبخر في الجارية ، وفي ذلك كله فوات وصف فلا يصح ان يأخذ النقصان .

( لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ) لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف ،والأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل إلى الأول ، والثاني كيلا يؤدي إلى مزاحمته لتبع الأصل فتعين الثالث وإنما قال ( في مجرد العقد ) احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما إذا ضربت الدابة فاعورت أو صارت معيباً أو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول أو حكماً بأن يمتنع الرد بحق البائع بالعيب أو بحق الشرع بالجناية فإن لها قسطاً من الثمن حينئذ .

وعن هذا قلنا إن من اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم علم بعيبها لا يردها بالعيب ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا ، وقال الشافعي رضي الله عنه يردها بالعيب بجميع الثمن ، ولكن ذكر في كتبهم أن الشافعي رضي الله عنه في القديم يثبت له الرد ، وقال في الجديد لا يثبت له الرد .

( ولأنه ) دليل آخر على عدم جواز إمساكه بأخذ النقصان أي ولأن البائع ( لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى ) في العقد ( فيتضرر به ) بزوال ملكه بأقل من المسمى ( ودفع الضرر ) جواب عما يقال إن المشترى أيضاً يتضرر حيث يأخذ المبيع ، فأجاب بقوله ودفع الضرر ( عن المشتري ممكن بالرد ) أي برد المبيع ( بدون تضرره ) أي تضرر البائع ، فإن قيل البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم .البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ، ولا خيار له ، وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما أجيب بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه ، فانزل

---

(١) هكذا وردت في الاصل .

والمراد به عيب كان عند البائع ، ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض ، لان ذلك رضاء به

---

عالما بصفة ملكه ، فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه .

وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار ( والمراد به عيب كان عند البائع ) هذا كلام المصنف « رح » يوضح به قول القدوري « رح » ، وإذا اطلع المشتري على عيب إلى آخر هذا من كلام القدوري « رح » فقال المصنف « رح » والمراد به أي بالعيب الذي ذكره القدوري « رح » عيب كان عند البائع .

( ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك ) أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين ( رضاء به ) أي بالعيب دلالة ، والأصل في هذا الباب ما قاله البخاري « رح » ويذكر عن العداء بن خالد « رض » قال كتب لي النبي ﷺ هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد « رض » بيع المسلم المسلم لأداء ولا خبثة ولا غائلة .

ثم قال في الصحيح قال قتادة « رض » الغائلة الزنا والسرقة والإباق والمشتري هو رسول الله ﷺ كما ترى روى ابن شاهين في معجمه عن أبيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذة « رض » ألا أقرئك كتابا كتبه لي رسول الله ﷺ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة « رض » من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم والمشتري هو العداء كما ترى وأثبت في الفائق كما في المعجم .

وفي المغرب الصحيح أن المشتري كان العداء والبائع هو رسول الله ﷺ ، وقال تاج الشريعة « رح » المشتري رسول الله ﷺ على ما ذكره في شرط الخصاف وشروط الطحاوي « رح » وتابعها في ذلك الحاكم السمرقندي « رح » قلت رواية ابن شاهين « رح » تدل على أن المشتري هو العداء .

وكذلك رواه الترمذي « رح » بلفظ هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة «رض»

من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه الحديث .

وكذلك رواه النسائي وابن ماجة « رح » وكلهم اتفقوا على أن البائع هو النبي ﷺ ، والمشتري العداء رضي الله عنه ووقع عند البخاري بالعكس فقيل إن الذي وقع عنده مقلوب وقيل هو صواب وهو من الرواية بالمبنى لأن اشترى باع بمعنى واحد ، ولزم من ذلك تقديم اسم رسول الله ﷺ على اسم العداء وشرحه ابن العراقي على ما وقع في الترمذي « رح » فقال فيه البداءة باسم المفضول في الشروط إذا كان هو المشترى ، والعدا بفتح العين وتشديد الدال المهملتين ممدود وكان إسلامه بعد الفتح وبعد حنين ، وبقي إلى زمن يزيد بن المهلب وكان يسكن البادية وقد استقصينا الكلام فيه في شرحنا للبخاري ، وقال الخطابي الداء ما يكون بالرقيق من الأدواء التي يرد بها كالجنون والجذام والبرص ونحوها من الآفات والخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبى من له عهد ، ومعنى الغائلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب ، وقال الزمخشري « رح » في الفائق المغائلة الخصلة التي تغول المال أي تهلكه من إباق أو غيره ... انتهى .

وتفسير الداء فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة « رح » المرض في الجوف والكبد والرئة فان المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف من الكبد والرئة ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه قال الداء المرض والمغائلة ما يكون من قبل الأفعال كالاباق والسرقة ، والخبثة هو الإستحقاق وقيل هي الجنون كذا في المبسوط ، والخبثة بكسر الخاء المعجمة وسكون الباء الموحدة وفتح الثاء المثلثة ، وقال ابن التين « رح » أحد شراح البخاري ضبطناه في أكثر الكتب بضم الخاء وكذلك سمعناه ، وضبط في بعضها بالكسر ، وقال الخطابي خبثة على وزن خبزة قيل أراد بها الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب وقيل المراد الاخلاق الخبيثة كالإباق ، ثم وجه الإستدلال بهذا الحديث أن فيه تنصيصاً على ان البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب .

( قال ) أي القدوري « رح » أراد بهذا يدان معرفة العيوب لأنه قال أولاً إذا اطلع

قال وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمـــة والمرجع في معرفته عرف أهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ،

---

المشتري على عيب إلى آخره يحتاج إلى معرفة العيوب فبين المعيب بهذا الكلي وهو قولـه ( وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ) هذا ضابط كلي يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال ( لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمـة ، والمرجع في معرفته عرف أهله ) وفي الذخيرة ففي كل شيء يرجع إلى أهل الصفـــة فما يعدونه عيباً فهو عيب ، وإن لم يوجب نقصاناً في العين ولا في منافعها .

( قال ) أي القدوري « رح » ( والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ ) هذه الأشياء الثلاثة عيب في الصغير الذي لم يبلغ فـإن أبق الصغير الذى يعقل من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس فهو عيب لأنه يفوت المنافع على المولى ، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك عيب ، وإن سرق درهماً من مولاه أو من غيره فكذلك لا خلال بالمقصود لأنه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام ، ولا فرق بين سرقتـــه من مولاه وغيره إلا في المأكولات للاكل فإن سرقها من مولاه فليس بعيب ، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عنـــد البائع والمشترى في صغره فهو عيب يرد به .

( فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ) أى حتى يعاوده عند البـائع بعد البلوغ ثم عاوده عند المشترى حاصله إذا وجد من الصغير أحد هذه الأشياء في صغره ثم بيع فبلغ في يد المشترى ثم وجد أحد هذه الأشياء في يده لا يعتبر بذلك عيباً لاختلاف الحالة إلا إذا عاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك عيباً لاتحاد الحالة .

وقد نص في الكافي والمحيط وشرح الطحاوي على اشتراط المعاودة عند البـائع ، وفي

ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والآبق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن ،

---

الكفاية وشرح قاضي خان المعاودة في يد البائع ليس بشرط للرد فإن هذه الأفعال في عادة الصبيان ، فإن امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيباً ، ولا يرد به ، فإن عاوده تبين أنه كان يفعله طبعاً لإعادة ، وذلك عيب فيرد به .

وقد أوضح المصنف « رح » كلام القدوري « رح » المذكور بقوله ( ومعناه ) أي ومعنى ما قاله القدوري « رح » من قوله فإذا بلغ إلى آخره ( إذا ظهرت ) أي الأشياء المذكورة ( عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه ) اي لأن الذي حدث من هذه الأشياء ( عين ذلك ) أي عين ذلك الذي حدث عند البائع .

( وإن حدثت بعد بلوغه ) يعني عند المشتري ( لم يرده لأنه غيره ) أي غير الذي حدث عند البائع ( وهذا ) إشارة إلى إيضاح بيان الفرق بين الحالتين المذكورتين ( لأن سبب هذه الأشياء ) أي الإباق والبول في الفراش والسرقة ( يختلف بالصغر والكبر ، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة ، وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة في الصغر لقلة المبالاة وهما ) أي الاباق والسرقة ( بعد الكبر لخبث في الباطن ) وفي المبسوط الاباق في الصغر سببه سوء الأدب ، وحب اللعب ، وبعد البلوغ سببه التمرد وقلة المبالاة بالمولى والسرقة قبل البلوغ لقلة التأمل في عواقب الأمور وبعد البلوغ سببها التمرد .

ولهذا يجب على البالغ ما لا يجب على الصبي ، وفي الإيضاح السرقة والبول في الفراش

والمراد من الصغير من يعقل، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيباً . قال والجنون في الصغر عيب أبداً ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول

---

قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيراً ، وكذا الاباق .

وفي الذخيرة إن كانت السرقة أقل من عشرة دراهم عيب لأن الإنسان لا يأمن السارق على مـــال نفسه . وفي ذلك العشرة وما دونها سواء ، وقيل مـــا دون الدراهم وهو فلس أو فلسان ليس بعيب وإباق ما دون السفر عيب عند المشايخ « رح » ، كإباق مدة السفر ، لكن تكلموا هل يشترط الخروج من المدينة ، فقيل شرط حتى لو أبق من محلـة إلى محلة لا يكون عيباً ومن القرية إلى المصر إباق ... وكـذا على العكس ، والبول في الفراش إنما يكون عيباً إذا كان صغيراً ابن خمس سنين .

وقال الشافعي رضي الله عنه الأظهر في البول اعتبار الإعتبار إذا كان في غير أوانه ، وأما في الصغير فلا وقدره في التهذيب بما دون سبع سنين كـــذا في شرح الوجيز ، وهو ظاهر قول مالك « رح » وأحمد « رح » وعندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في المعاودة سواء كان ذلك قبل البلوغ أو بعده .

( والمراد من الصغير من يعقل ) أي المراد من قول القدوري « رح » في الصغير عيب الصغير الذي يعقل ، وقال في التحفة الصغير الذي لا يعقل وحده ليس فيـــه عيب من الأشياء المذكورة ، ويفهم منه الذي يعقل هو الذى يأكل وحده .

( وأما الذى ) أى وأمـــا الصغير الذى ( لا يعقل فهو ضال لا آبـــق فلا يتحقق عيباً ) يعني لا يترتب عليه حكم الآبق لأنه ضال أي تائه ( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( والجنون في الصغر عيب أبداً ) كذا قاله محمد « رح » وقال المصنف رحمه الله ( ومعناه ) أى معنى ما قاله محمد « رح » ( إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشترى فيه ) أى في الصغر ( أو في الكبر ) أي أو عاوده في الكبر ( يرده لأنه عين الاول ) الذى وجد عند البائع .

إذ السبب في الحالين متحـــد وهو فســاد العقل [1] وليس معنـاه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري ، لأن الله تعالى قادر على إزالته ، وإن كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد .

---

( إذ السبب في الحالين متحد ) أي في الحال الذى كان عند المشترى وليس مراد محمد « رح » أن عين الجنون لا تزول بل أراد سببه وهو الفساد المتمكن فيكون عيبـــاً أبداً ، ففي أى وقت ظهر فهو بذلك السبب فلم يكن عيباً حادثاً ، وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب ، وقيل أكثر من يوم وليلـــة ، وقيل المطبق دون غيره .

وقال الأسبيجابي في ظاهر الجواب انه لا يشترط المعاودة في يدى المشترى وقيل تشترط بلا خلاف بين المشايخ في عامـة الروايات ( وهو فساد البـــاطن ) في فحل العقل بل معدن العقل ، قيل القلب وشعاعه إلى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع من الدماغ ، والذى قاله المحققون « رح » العقل جوهر مضى خلقه الله تعالى هذه في الدماغ وجعل نوره في القلب يدرك به الغائبات بالوسائط والمحسوسات بالمشاهدة .

( وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشترى لان الله عز وجل قـــادر على إزالته ) ولم يكن من ضرورة وجوده يوماً بعاريته أبداً ( وإن كان قل ما يزول ، فلا بد من المعاودة للرد ) أى لاجل الرد ، وقد ذكر آنفاً ما قاله المشايخ من الإختلاف فيـه ، ومال المصنف « رح » إلى قول من يشترط المعاودة كما صرح به .

فإن قلت قال فخر الإسلام « رح » قول محمد « رح » في الاصل الجنون عيب إذاجن مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً يدل أيضاً على انه لم يشترط فيه المعاودة في يد المشترى فكيف يقول المصنف « رح » وليس معناه إلى آخره .

قلت لا يلزم من عدم ذكره اشتراط المعاودة في هذا الموضع أنه لا يشترطها أصلا ، فإنه قال وإن طعن المشترى بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه يستخلف البائع

---

(١) الباطن — هامش .

قال والبخر والدفر عيب في الجارية ، لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به ، وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء ، لأن الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه

---

حتى يشهد شاهدان انه قد أبق عند المشترى أو جن عنده وقد اشترط المعاودة في الجنون كما ترى في اشتراط في الإباق .

( قال ) أى القدورى « رح » في مختصره ( والبخر ) بفتحتين رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهي بخر مأخوذ من بخارى القدر أو بخارى الدخان وهذا البخور الذى يبخربه من ذلك كذا في الجمهرة ( والدفر ) بالدال المهملة وفتح الفاء نتن ريح الإبط ، وفي الجمهرة الدفر النتن ، يقال رجل ادفر وامرأة دفرا،ويقال للمرأة يا دافر معدول ، وقد سمعت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها ، وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر ، وقال الكاكي « رح » السماع ها هنا بالدال غير المعجمة ، وفي شرح الوجيز المراد من البخر الذى عيب هو الناشيء عن تغير المدة دون ما يكون بفلج في الاسنان ، فان ذلك يزول بتنظيف ( عيب في الجارية لان المقصود قد يكون للاستفراش ، وهما ) أى البخر والدفر ( يخلان به ) أى بالاستفراش .

( وليس بعيب في الغلام ) أى وليس كل واحد من الدفر والبخر بعيب في الغلام ( لان المقصود هو الإستخدام ، ولا يخلان به ) أى لا يخل البخر والدفر بالاستخدام ، وفي الغاية وقيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيباً ، والاصح أن الامرد وغيره سواء ، كذا في خلاصة الفتاوى .

(إلا أن يكون ) كل واحد من البخر والدفر ( من داء ،لان الداء عيب ) في نفسه ، وعند الشافعي رحمه الله البخر والدفر عيبان في الغلام أيضاً .

( قال ) أى القدورى « رح » ( والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ، لانه

يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ، ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهن يخل بالخدمة . قال والكفر عيب فيهما

---

يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ) يعني كون الجارية ، وكذا يخل بمقصود المولى وهو الإستيلاء فإن ولده يعير بأمه إذا كانت والد الزنا ( ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الإستخدام ).

( إلا أن يكون الزنا عادة له ) أي للغلام بأن زنى أكثر من مرتين ( على ما قالوا ) أي المشايخ ( لان اتباعهن ) من إضافة المصدر إلى المفعول أي لان اتباع الغلام البنات (يخل بالخدمة ) أي بخدمة مولاه وفيه إضمار قبل الذكر ، ولكن القرينة وهي ذكر الزنى أدل على النساء لان الزنا لا يكون إلا بهن .

فإن قلت إذا وجده سارقا فله الرد لعدم أمانته على ماله ، ففي الزنا لم يكون عيباً لعدم أمانته على الجوارى والخدم .

قلت إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن ، وإذا شغله المولى بالعمل وبمالا يتفرع لذلك الامر ، وقال الكرخي « رح » الزنا ليس بعيب في الغلام في معنى المال وإن كان عيباً في معنى الدين ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير لو اشترى عبداً فوجده زانياً لا يكون عيباً لان فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيباً ، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فوجده عنيناً فله أن يرده .

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه قال إذا اشترى عبداً على أنه خصي فإذا هو فحل لزمه ذلك ، أما إذا اشتراه على أنه فحل فاذا هو خصي لم يلزمه ، وفي العيون قال هشام « رح » سمعت أبا يوسف « رح » يقول لو أن رجلا اشترى عبداً قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختتن العبد ولم تخفض الجارية قال ان كان مولداً فهو عيب وإن كان جلبا فليس بعيب .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( والكفر عيب فيهما ) أي في الغلام

لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لأنه زوال العيب ، وعند الشافعي « رح » يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب .

---

والجارية ( لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ) أى عن صحبة الكافر لان المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة وسواء كان الكافر نصرانياً أو يهوديا أو مجوسياً ( ولانه ) دليل آخر أى ولان الكافر ( يمتنع صرفه في بعض الكفارات ) مثل كفارة اليمين والظهار عند بعض الناس وفي كفارة القتل يمنع بالإجماع فاذا كان كذلك ( فتختل الرغبة ) وهي سبب لنقصان الثمن .

وقال الشافعي رضي الله عنه لو أطلق العقد فبان انه كافر لا خيار له لان ظاهر الحال لا يدل على الكفر والاسلام كما لو ظن العدل فبان الفسق ، وقال أصحابه هذا اذا كان كفراً يقر عليه ، فاذا كانت الجارية مرتدة فله الخيار .

وفي شرح الوجيز لو وجد الجارية كتابية أو وجد العبد كافراً أى كفر كان فلا رد ان كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات ، وان كان في بلاد الإسلام حيث قل الرغبات وتنقص قيمته فله الرد .

( فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يرده لانه ) أى لان الاسلام ( زوال العيب ، وعند الشافعي يرده لان الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ،وفوات الشرط بمنزلة العيب ) وفي نسخة شيخنا لأنه زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيباً فإذا هو سليم فلا يرده وبه قال المزني « رح » وقال الشافعي رضي الله عنه وأحمد « رح » يثبت له الخيار لأنه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور ، ولأن الأولى بالمسلم أن يتبعه الكافر ، وكان السلف يستعبدون العلوج والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات .

قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ،

---

( قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب ) قيد بقوله بالغة لأن عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بالإجماع ، ولو كانت كبيرة قد بلغت سن الإياس فهو غير عيب بإجماع الفقهاء « رح » أيضاً .

( لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ) قال شيخ الإسلام « رح » الحيض مركب في بنات آدم فإذا لم تحض في أوانه فالظاهر انه إنما لا تحيض لداء فيها والداء عيب ،ولو ادعى المشتري الإنقطاع في يده لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء والحبل ، فإن ادعى لسبب الحبل تراها النساء ، فإن قلن هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده ، وإن قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع ، وإن ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء نريها لاثنين من الأطباء المسلمين فإن ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم ، وإن لم يثبت لا يحلف .

والمرجع في معرفة الحبل قول النساء في معرفة الداء قول الأطبـــاء ، وفي فتاوى الفضلي العيب الذي لا يثبت إلا بقول الاطباء ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع الخصومة .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير وإن كان العيب خفياً لا يطلع عليه إلا الاطباء يثبت بقول واحد عدل منهم لقوله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر ﴾ ٤٣ النحل ، وهم أهل الذكر في هذا الباب ، وكذا إذا كان لا يطلع عليه إلا النساء يثبت بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط ، وقال صاحب التحفة إذا كان العيب باطنا لا يعرفه إلا الخواص من الناس كالأطباء والنحاسين فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب ، فـإن اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان أو قال ذلك رجل مسلم عدل فانه يقبل قوله ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا يقول القاضي للبائع هل حدث عندك هذا العيب ، فان قال نعم قضى عليه بالرد ، وإن لم يكن عليـه بينة استحلف البائع فان حلف لم يرد عليه ، وإن نكل قضى عليه بالرد إلا أن يـدعي

## ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة « رح » ويعرف ذلك بقول الأمة

الرضاء أو الابراء ، وان كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال ويطلع عليه النساء فانه يرجع الى قول النساء فترى امرأة مسلمة عدل والثنتان أحوط ، فاذا شهدت على العيب ففي هذه المسألة عن أبي يوسف « رح » روايتان ، وكذا عن محمد « رح » روايتان في رواية فرق أبو يوسف بينهما اذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري .

فقال ان كان في يد البائع رد المبيع بشهادتها فيثبت العيب لقولنا ، والعيب الموجود عند البائع يفسخ به البيع ، وان كان بعد القبض أقبل قولها في اثبات الخصومة ، ولا أقبل في حق الرد على البائع ، لان المبيع دخل في ضمان المشتري فلا انقل الضمان الى البائع بقول النساء ، ولكن اثبت حق الخصومة ليثبت الاستحلاف ، وفى رواية قال ان كان العيب مما لا يحدثه مثله يفسخ بقولها لان العيب قد يثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع يتعين فيثبت حق الفسخ ، وان كان عيباً يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن ، وأما عن محمد « رح » فى رواية قال لا يفسخ بقولهن وفى رواية يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ، لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة .

( ويعتبر فى الارتفاع ) أي ارتفاع الحيض ( أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها ) أي فى الجارية ( عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) وعندهما خمس عشرة سنة ( ويعرف ذلك ) اي ارتفاع الحيض ( بقول الامة ) قال الإمام العتابي « رح » وانمايعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك لأنه ما سلمها بحكم المبيع وما بها هذا العيب ، وإن نكل يرد من كونه ، هذا إذا كان بعد القبض ، وإن كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » في مسألة البكارة إذا اشترى جاريةعلى أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع هي بكر في الحال ، فإن القاضي يري النساء فإن قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو أن الأصل هو البكارة ، وإن قلن هي يثبت لم يثبت حق الفسق للمشتري بشهادتهن لأن

فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو صحيح . قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عندالبائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد أضراراً بالبائع

---

شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قولي وبشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه النهي على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم المبيع وهي بكر إن كان بعد القبض ، وإن كان قبل القبض يحلف بالله أنها بكر . روي عن محمد « رح » أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع .

( فترد ) أي الأمة ( إذا انضم إليه ) أي إلى قولها ( نكول البائع ) أي امتناع البائع عن اليمين مع قولها بأنها لا تحيض أو هي مستحاضة ( قبل القبض وبعده هو الصحيح ) قيد بقوله الصحيح احتراز عن قول أبي يوسف « رح » فإن عنده يرد بقول الأمة قبل القبض وبشهادة القائلة ، وعما روى عن محمد « رح » أنه قال إن كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء اعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الإنقطاع فإن ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وإن ادعاه في مدة مديدة يسمع دعواه ، والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف « رح » ، وعند محمد « رح » بأربعة أشهر وعند أبي حنيفة وزفر بسنتين ، فإذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهداً يقضي بما أدى إليه اجتهاده ، وإن لم يكن مجتهداً يأخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان ، وفي الفوائد الظهيرية لو شهد للمشتري شهود لا يقبل شهادتهم على الانقطاع بخلاف الإستحاضة حيث يقبل عليها لأنها مما يمكن الاطلاع عليها وانقطاع الدم على وجه يعد عيباً لا يمكن الاطلاع عليه ، ولو أنكر البائع الإنقطاع في الحال هل يستحلف عند أبي حنيفة « رح » أم لا وعندهما يستحلف .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا حدث عند المشتري عيب ) سواء كان بآفة سماوية أو غيرها ( واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ) أي بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليماً عن العيب القديم ومعيباته ، فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به على البائع ( ولا يرد المبيع لأن في الرد اضراراً بالبائع

لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر . قال ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث ،

---

لأنه خرج عن ملكه سالماً ويعود معيباً فامتنع ) أي الرد ( ولا بد من دفع الضرر عنه ) أي عن المشتري ( فتعين الرجوع بالنقصان ) لأن المشتري لم يرض بالمعقود عليه إلا سليما ، فلو لم يكن له حق الرجوع لتضرر حقه بإيجاب نقصان المعيب ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما في رواية ، وقال مالك وأحمد « رح » في رواية وابن أبي ليلى رد البيع ورد معه نقصان العيب الحادث ، فإن قيل أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن أجيب بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وها هنا كذلك ( إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضى بالضرر ) والرضاء اسقاط لحقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يدي المشتري ثم اطلع على عيب في العصير قبله البائع حيث لا يكون للبائع أخذ الخمر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالإختلاط خذلان الإمتناع ثمة حق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير ما يقوم الشراء بلا عيب ويقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت ، فإن كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فيقدره .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بنقصان العيب ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » في رواية خلافاً لمالك وأحمد«رح» في رواية وابن أبي ليلى « رح » فإن عندهم يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث .

( لأنه ) أي لأن الثياب ( امتنع الرد بالقطع فإنه ) أي فإن القطع ( عيب حادث ) لا يقال البائع يتضرر برده معيباً والمشتري لعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري في دفع ضرر لأن البائع غره بند ليس العيب لانا نقول المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب

فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به ، فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان ، فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر، أولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنـــه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها

---

إذا صنع الثوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر إليهما ، وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل باشره ، وفي عدم الرد ، وإن كان إضرار للمشترى ، لكن لعجزه لما باشره فاعتبر ما هو إلا نظر لهما .

( فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الإمتناع ) أي امتناع الرد كان ( لحقه ) أي لحق البائع ( وقد رضي به ) أي بالثوب العيب فكان اسقاطاً لحقه ، فـإن قيل الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اشترى بعيراً فنحره ، فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام البيع .

( فإن باعه المشتري ) يعني بعد القطع ( لم يرجع بشيء ) علم به أو لا وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ( لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع ) لأنه جاز أن يقول البائـع كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعاً برضاء البائع ( فيصير هو ) أي المشتري (بالبيع حابساً للمبيع فلا يرجع بالنقصان ) إذ ذاك لإمكان رد البيع وأخذ الثمن لولا البيع (فإن قطع الثوب ) الذي اشتراه ( وخاطه أو صبغه أحمر ) قيـــد بالأحمر لتكون الزيادة في المبيع بالإتفاق ، لأن السواد ، نقصان عنـــد أبي حنيفة « رح » وعندهما زيادة كالحمرة ( أولت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنــه لا وجه إلى الفسخ في الأصـــل ) أي الثوب أو السويق ( بدونها ) أي بدون الزيادة

## لأنهـــا لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً

( لانها لا تنفك عنه ) أي لان الزيادة لا تنفك عن الاصل.

( ولا وجه إليه ) أي إلى الفسخ ( معها ) أي مع الزيادة ( لان الزيادة ليست بمبيعه فامتنع أصلا ) أي فامتنع الرد بالكلية ، وفي الفوائد الظهيرية والمبسوط الاصل في جنس هذه المسائل أن في كل موضع يكون البيع قائماً على ملك المشتري فعليه الرد برضاء البائع فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع يكون المبيع قائماً ولا يمكنه الرد وإن رضي به البائع فاذا أخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالزيادة .

فان قيل يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة في البيع كالسمن والجمال فانهـا لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ، قلنـــا ثم فسخ العقد في الزيادة متمكن لان الزيادة بيع محض باعتبار التولد والتفرع منه والاتصال به .

وحاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة ، والمتصلة نوعان متولدة منه كما ذكرنا وهي لا تمنع الرد ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ومالك « رح » وأحمد «رح» ومنفصلة غير متولدة منه كالبيع والخياطة واللت والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالإتفاق ، وعند الشافعي وأحمد رضي الله عنهما لا تمنع كالسمن والجمال .

والمنفصلة نوعان متولدة منه كاللبن والتمر والإرش والولد والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد عليها ولا وجه للفسخ عليهـــا لانقطاع التبعية بالانفصال ويكون هو بالخيار إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بها بجميع الثمن قبل القبض وبعده، ورد المبيع خاصة بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته يوم العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسليم الزيادة للمشتري مجاناً ، وبه قال الشافعي وأحمد رضي الله عنهما وكذا قـــالا في المتولدة المنفصلة لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري .

وقال مالك رضي الله تعالى عنه إن كانت الزيادة ولدا ردة مع الأصل ، وإن كانت ثمرة أمسكها ورد الأصل ، ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية يثبت له الرد كأنها لم تكن ،

وليس للبائع أن يأخذه لان الإمتناع لحق الشرع لا لحقه ، فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله فلا يكون بالبيع حابساً للمبيع ، وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوباً فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان، ولو كان الولد كبيراً يرجع لان التمليك حصل في الأول قبل الخياطة ، وفي الثاني بعده بالتسليم إليه .

---

وبه قال الشافعي رضي الله عنه قبل الحكم بالإرش .

( وليس للبائع أن يأخذه ) أي المبيع مع الزيادة ( لأن الإمتناع لحق الشرع ) أي امتناع الرد لحق الشرع بشبهة الربا ( لا لحقه ) أي لا لحق البائع ( فإن باعه المشتري ) أي الثوب المصبوغ أو المخيط ( بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله ) أي قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري .

( فلا يكون ) أي المشتري ( بالبيع حابساً للمبيع ) فيرجع بالنقصان ( وعن هذا قلنا ) أي عن الوجه الذي قلنا وفي بعض النسخ وعلى هذا قلنا ، وهو أن المشتري إذا كان حابساً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب ( إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيراً يرجع ) بالنقصان (لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة ) لأنه بالقطع للصغير صار واهباً للثوب له مسلماً اليه ، وصار الأب قابضاً عنه ، وحق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلا بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان لأنه صار حابساً للمبيع .

( وفي الثاني ) وهو صورة كون الولد كبيراً ( بعده ) أي بعد الخياطة ( بالتسليم اليه ) أي إلى ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلماً إليه لأن الأب لا يصير قابضا عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة رد الشرع لا بالهبة والتسليم فصار وجوه الهبة والتسليم وعدمها سواء فيرجع بالنقصان لأنه لم يكن حابساً للمبيع . قال شيخي رحمه الله ذكر الخياطة

قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ، أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيـــه أن لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق إنهاء الملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلاً للملك وإنما يثبت الملك فيه مؤقتاً إلى الاعتاق فكان إنهاء فصار كالموت هذا

---

وعدم ذكرها في هذا الموضع سواء لأن حق الرد المتبع بوجود القطع قبل الخياطة .

(قال ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ) هذه مسألة القدوري « رح » والجامع الصغير أيضاً ( أما الموت فلأن الملك ينتهى به والامتناع حكمي ) أي امتناع الرد يثبت حكما للموت ( لا بفعله ) أي لا بفعل المشتري كالبيع والقتل ( وأما الاعتاق فالقياس أن فيـه لا يرجع لأن الإمتناع بفعله ) أي امتنــاع الرد بفعل المشتري ( فصار كالقتل ) فإن المشتري إذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فإنه لا يرجع وبالقياس قال زفر « رح » وفي الكافي وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يرجع وبه قال أحمد « رح » كما قلنا في الإستحسان فـإن قيل يشكل على هـــذا إذا صبغه احمر حيث يرجع بالنقصان ، ولا شك أن الصبغ بفعله أجيب نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في البيـع بسبب ذلك الفعل فكان الإمتناع لحق الشرع ، وقال الأكمل « رح » ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول الإمتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة ، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصنع بمـا حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله .

( وفي الإستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك ) أي اتمامه ( لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت الملك منه مؤقتاً إلى الاعتاق ) أي إلى وقت الإعتـــاق ، والمؤقت إلى وقت ينتهي بانتهائه ( فكان ) أي الاعتاق ( انهاء فصار ) أي انتهـــاؤه ( كالموت ) أي كانتهائه بالموت ( وهذا ) أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الإنتهاء

لان الشيء يتقرر بإنتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر، والتدبير والاستيلاد بمنزلته لان تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي.

وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس له وحبس البدل كحبس المبدل، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يرجع لانه انهاء للملك، وإن كان بعوض.

---

( لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ) فصار حابساً (والتدبير والاستيلاد بمنزلته ) أي بمنزلة الاعتاق ( لأنه [١] ) أي لأن الشان ( تعذر النقل ) أي إلى ملك البائع ( مع بقـــاء المحل ) احتراز عن الموت والاعتاق ( بالأمر الحكمي ) يعني لا بفعل المشتري .

وقال الكاكي « رح » قوله بالامر الحكمي احتراز عن القتل ، فإن قيل كيف يكون التدبير والاستيلاد كالاعتاق وهو منه دونهما ، أجيب أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك يجعل ما لم يكن كائناً وها هنا الملك متقرر فلا حاجة إليه .

( وإن أعتقه على مال ) أي فإن أعتق العبد الذي اشتراه على مال ثم وجد به عيباً ( لم يرجع بشيء لانه ) أي المشتري ( حبس بدله ) أى بدل المبيع وأزال ملكه عنـــه بعوض ( وحبس البدل كحبس المبدل ) فصار كالمبيع ، وفي المبيع لا يرجع فكذا ها هنا ( وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يرجع ) وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد رضي الله عنهم ، وفي شرح الاترازى بخطه، ونقل الفقيه أبو الليث « رح » في شرحه للجامع الصغير عن الأمالي قال إذا اشترى عبداً فأعتقه على مال أو كاتبه أو قتله ثم وجد به عيباً لا يرجع بشيء في قول أبي حنيفة « رح » ، وفي قول أبي يوسف « رح » يرجع بنقصان العيب وهذا موضع تأمل .

( لانه ) أى لان الاعتاق ( انهاء للملك ، وإن كان بعوض ) يعني منه للملك سواء كان بعوض أو غير عوض ، ولهـذا ثبتت الولاية في الوجهين ، ولو أبق ثم علم بالعيب لم يرجع

---

(١) لأن – هامش .

فإن قتل المشتري العبد ، أو كان طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف «رح» أنه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه ، فيكون إنهاء ، وجه والظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضموناً وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضاً ، بخلاف الاعتاق ، لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبداً مشتركا ،

---

بالنقصان عند أبي حنيفة « رح » ما دام حيا وبه قال الشافعي رضي الله عنه ، وعن أبي يوسف « رح » يرجع ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في وجه لتحقق العجز في الحال .

( قال ) أي القدورى « رح » ( وإن قتل المشترى العبد أو كان ) أى الذى اشتراه كان ( طعاماً فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة ، أما القتل فالمذكور )أى في القدورى « رح » ( ظاهر الرواية ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يرجع ) محمد « رح » معه في رواية التتابع ، وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ) ( لان قتل المولى عبده لا يتعلق به ) أى لا يتعلق بقتل ( حكم دنياوى ) من القصاص والدية ( فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء) للملك لان المقتول ميت بأجله كذا في المبسوط .

( ووجه الظاهر ) أى وجه ظاهر الرواية ( أن القتل لا يوجد إلا مضموناً ) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الإسلام دم مفرح أى مبطل وهو بالحاء المهملة ، وقال ابن الاثير ويروى بالجيم ، ولهذا لو باشره في ملك غيره كان مضمونا .

( وإنما يسقط الضمان ها هنا ) أى في قتل المولى عبده ( باعتبار الملك فيصير ) أى المولى ( كالمستفيد به ) أى ملك العبد ( عوضاً ) وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد ، وسلامة الدية على اعتبار الخطأ فصار كأنه أخذ عوضاً بإزالة ملكه بالقتل كما لو باع وأخذ الثمن (بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركا ) لا ضمان عليه ، فعلم أن الإعتاق لا يقتضي الضمان .

وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع، وعنده لا يرجع استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع مايقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصوداً ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة «رح»

---

( وأما الاكل فعلى الخلاف عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد «رح» ( يرجع ) بنقصان العيب ( وعنده ) أى عند أبي حنيفة رضي الله عنه ( لا يرجع استحسانا ) أى من حيث الاستحسان ( وعلى هذا الخلاف المذكور إذا لبس الثوب ) الذى اشتراه (حتى تخرق) وتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة «رح» ليس له للرجوع بنقصان العيب خلافاً لابي يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم، وفي الخلاصة والفتوى على قولهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوى ( لهما ) أى لابى يوسف ومحمد «رح ( أنه ) أى ان المشترى ( صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ) وهو الاكل والشرب .

( ويعتاد فعله فيه ) أى في المبيع، فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب ( فأشبه الاعتاق ) من حيث انه إنهاء للملك بخلاف الاحراق والاستهلاك .

( وله ) أى ولابى حنيفة ( أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ) أى بيع الشيء الذى اشتراه، وقتل العبد الذى اشتراه ( فلا معتبر بكونه مقصوداً ) أى بكون الاكل أو اللبس، وهذا جواب عن قولهما إنه صنع في البيع ما يقصد بشرائه تقريره أنه لا يعتبر بكون الاكل أو اللبس مقصوداً ( ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ) لانه تصرف مشروع قد يقصد بالشراء ( ثم هو يمنع الرجوع ) أى بالنقصان .

( فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبى حنيفة «رح» ) يعني

لان الطعام كشيء واحد ، وصار كبيع البعض ، وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل ، وعنهما أنـــه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض . قال ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خيــاراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً ،

---

لا يرد ما بقى ، ولا يرجع بالنقصان ( لان الطعام كشيء واحد ) ولهذا رؤيـــة بعضه كرؤية كله ( فصار كبيع البعض ) دون البعض ( وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل ) أى فيما أكل وفيما لم يأكل فـــأكل الكل لا يمنع الرجوع بالعيب عندهما فأكل البعض أولى .

( وعنهما ) أى وعن أبى يوسف ومحمد « رح » ( أنه يرد مـــا بقى لانـــه لا يضره التبعيض ) فهو قـــادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله ، وفي المجتبى أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقى ، وبه يفتي .

ولو أطعم ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو عتيقـه لا يرجع بشيء ، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لان ملكه باق اشترى دقيقـاً وخبز بعضه وظهر أنه من رد ما بقى ورجع بنقصان ما خبز وهو المختار ، ولو كان سمناً ذائباً فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتي .

( ومن اشترى بيضاً أو بطيخاً أو قثاء أو خياراً أو جوزاً فكسره فوجده فاسداًفان لم ينتفع به ) أى بالمبيع كالقرع إذا وجده مراً أو البيضة إذا وجدها مذرة ( رجعبالثمن كله ) كذا في جامع قاضى خان أيضاً ، وفي المبسوط وكذلك الفاكهة إذا وجدها فاسدة بعد الكسر فان كان لا يساوى شيئاً يرجع بكل الثمن لانه تبين بطلان المبيع ( لانـــه ليس بمال فكان البيع باطلا ) لعدم المالية ، إذ المال ما ينتفع به في الحال أو في ثاني الحال فاذا كان لا ينتفع بــه أصلا لا يكون محلا للبيع فبطل البيع وبه قال الشافعى رضى الله عنه ، واختاره المزني « رح » وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب ، أما لو كسره وهو عالم

ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيـــل لأن ماليته باعتبار اللب ، وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده ، لأن الكسر عيـــب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقـدر الامكان ، وقال الشافعي « رح » يرده لأن الكسر بتسليطه . قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه

---

بالعيب صار راضياً به فبطل حقه من كل وجه .

( ولا يعتبر في الجوز صلاح قشرة على ما قيل ) أشار به إلى الجواب عما قـــال بعض المشايخ « رح » إذا كان لقشر الجوز قيمة بأن كان في موضع معتبراً الحطب فيـــه يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصة من الثمن ، لأن العقد في القشر صادف محله ، وقال يرده أولاً بقوله ولا يعتبر إلى آخره ، ثم علله بقوله ( لأن ماليته ) أي لأن مالية الجوز قبل الكسر ( باعتبار اللب ) دون القشر .

( وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده ، لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعاً للضرر بقدر الإمكان ) من الجانبين ( وقال الشافعي رضي الله عنه يرده ) أي إذا كسر مقدارها لا بد منه للعلم بالعيب ، وفي كتبهم فيه قولان في قول لا يرده وهو اختيار المزني « رح » وقول أبي حنيفة « رح » وفي قول الرد وقال مالك « رح » وأحمد « رح » ليس له الرد ولا الارش ، لأنه ليس من البائع تلبيس فإنه لا يعلم باطنه ، قلنا إن المشتري إنما بذل الثمن في مقابلة التسليم فلا يمكن أن يلزم جميع الثمن في مقابلة العيب ، لأنه إضرار به ، ولو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه للشافعي طريقان أظهرهما أنه لا يجوز له الرد قولاً واحداً وهو قولنـــا لأن الكسر عيب ، والثاني أنه على القولين ، وعلى قول من يقول له الرد هل يغرم إرش الكسر ، فيه قولان أحدهما يغرم والثاني لا يغرم ، لأنـــه معذور ، إذ البائع سلطه عليه .. كذا في شرح الوجيز ( لأن الكسر بتسليطه ) أي بتسليط البائع فصار كأنه فعله ورضي به .

( قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه ) أي في ملك البائع لأنـــه

فصار كما إذا كان ثوباً فقطعه، ولو وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً لأنه لا يخلو عن قليل فاسد، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة، وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده .

---

بالبيع لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه ( فصار كما إذا كان ) المبيع ( ثوباً فقطعه ) ثم وجده معيباً فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع، وإن حصل التسليط منه لكونه هدراً ، هذا إذا وجد الكل فاسداً ( ولو وجد البعض فاسداً ) والبعض صحيحاً ( وهو قليل ) أي الفاسد قليل ( جاز البيع استحساناً لأنه ) أي أن الكثير من الجوز ( لا يخلو عن قليل فاسد ) فهو كالتراب في الحنطة ، فلو فسد البيع باعتبار فات بيعه عادة ، وفي القياس لا يجوز لأنه كالخمر والميتة بضم إلى المال .

ثم بين القليل من الكثير بقوله ( والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة ، كالواحد والاثنين في المائة ) وجعل الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير في الجوز الخمسة أو الستة أو نحو ذلك في المائة تعفوا ، وفي الذخيرة اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحداً أو اثنين أو ثلاثة مذرة لا يرجع بشيء وجعل الثلاثة في المائة قليلاً ، ولو اشترى عشرة جوزاً فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه .

قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقيل يفسد في الكل بالإجماع ، لأن الثمن لم يفصل ، وقيل العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الأصح ، لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما ، فإن الثمن ينقسم على الاجزاء لا على القيمة .

( وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ) أي في الكل ( ويرجع بكل الثمن ، لأنه جمع بين المال وغيره ) وذلك مفسد للعقد ( فصار كالجمع بين الحر وعبده ) حيث يفسد في الكل

قال ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب ، فإن قيل بقضاء القاضي بإقرار وبينة أو بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء ، ومعنى القضاء بالاقرار أنــه أنكر

---

( قال ) أي القدوري ( ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليــه ) أي على المشتري ( بعيب ) كان قبله .

( فان قيل ) أي الرد ( بقضاء القاضي باقرار منه بالعيب أو بينة ) قامت عليه عند القاضي من جهة المشتري الثاني لمــا أنكر المشترى الأول قبوله بالرد ( أو بإباء يمين ) أي وبامتناعه عن اليمين يعني لما عجز الخصم عن إقامة البينة وتوجه على المشتري الثاني اليمين فأبى عن اليمين وحكم القاضي عليه بالنكول .

ففي هذه الصور الثلاثة ( له ) أي للمشترى الأول ( أن يرده ) أي المبيع بالعيب ( على بائعه لأنه ) أي لأن المبيع ( فسخ من الأصل ) أي فسخ من كل وجه لأنــه تعذر اعتباره .

( فجعل البيع كان لم يكن ) أي فجعل البيع الثاني كالمعدوم ، والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب ( غاية الأمر ) هذا جواب عما يقال من جهة زفر انه لما أنكر العيب لم يكن له حق الخصومة لأنــه متناقض في كلامه ، تقرير الجواب أن غاية أمر المشترى ( أنه أنكر قيام العيب ) أي أنكر الإقرار بقيام العيب ( لكنه صار مكذباً شرعاً ) أي من حيث الشرع ( بالقضاء ) أي بقضاء القاضي ، ولما صار مكذبــاً بالقضاء ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئاً واقتران البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن .

( ومعنى القضاء بالإقرار ) هذا تأويل من المصنف « رح » لمعنى قول محمد « رح » في الجامع الصغير ، فان قبله بقضاء القاضي باقرار وهــذا في القدورى أيضاً ولكن لفظه فان قبله بقضاء القاضي فقط ، وليس فيه باقرار وقال المصنف « رح » معناه ( أنه أنكر

الاقرار فأثبت بالبينة ، وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون رداً

---

الإقرار فأثبت بالبينة ) وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه باقراره بالعيب وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه اقاله .

وفي الفوائد قال بعض مشايخنا الجواب في فصل البينة ، والنكول محمول على ما إذا كان المشتري ساكتا فإن البينة على الساكت مسموعة ، والساكت يستحلف أيضاً لأنه يترك منكراً .

أما إذا انكر المشتري الأول أن يكون هذا العيب عنده ثم كان بالبينة أو النكول فعلى قول محمد « رح » ليس له أن يخاصم بائعه لمكان التناقض ، وعلى قول أبي يوسف « رح » له ذلك لتكذيب القاضي إياه بالبينة وعامتهم قالوا إن سبق منه جحود نصابان قال وما بها هذا العيب وإنما حدث عندك ثم أقر به ذلك وأبى القبول فالقاضي أجبره على القبول لم يكن أن يخاصم بائعه .

وفي الكافي قال زفر « رح » لا يعتبر فسخاً في حق البائع الأول حتى لا يرد عليه لأن القاضي مضطراً إلى القضاء ، وهذا الاضطرار جاء بإقراره أو بنكوله فانتقل فعل القاضي إليه لأن فعل المكره ينتقل إلى المكره بكسر الراء وإذا انتقل صار كأنه باشر بنفسه .

قلنا فعل المكره إنما ينتقل إذا صلح آلة للمكره كما في القتل فإنه يمكنه أن يأخذه ويضربه عليه والقاضي لا يصلح آلة له في حق القضاء بالفسخ ، لأن الفسخ يكون بالكلام ، والكلام لا ينتقل إلى المكره لأن التكلم بلسان المغير لا يتصور .

( وهذا ) إشارة إلى قوله أن يرده من حيث المعنى إذ تقديره والبيع الأول قائم بنفسه فلم ينفسخ بفسخ بيع الثاني ( بخلاف الوكيل بالبيع ) بأن جواب عما يقال إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك رداً على الموكل ، وفيما نحن فيه على المشتري ليس رداً على البائع تقريره أن هذا بخلاف الوكيل بالبيع وكل شخصاً ببيع عبده مثلاً فإنه ( إذا رد عليه بعيب بالبينة ) أي إذا رد على الوكيل بعيب بالبينة أو بالنكول ( حيث يكون رداً

على الموكل ، لأن البيع هناك واحد والموجود ها هنا بيعان ، فيفسخ الثاني ولا ينفسخ الأول وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنـــه بيع جديد في حق ثالث ، وإن كان فسخاً في حقهما والأول ثالثهما ، وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله

---

على الموكل لأن البيع هناك ) أي في مسألة الوكيل ( واحد ) أي بيع واحد ، فكان القضاء عليه بالرد رداً على الموكل (ولا ينفسخ الأول) أي في مسألة بيع المشتري ( بيعان فيفسخ الثاني ) أي فيفسخ البيع الثاني ( لا ينفسخ الأول ) أي البيع الأول ، فلأجل هذا لم يكن الرد على المشتري الأول رداً على بائعه ( وإن قبل بغير قضاء القاضي ) عطف على قوله فإن قبل بقضاء القاضي أي فإن قبل المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل قبل برضاء ( ليس له أن يرده ) على بائعه ( لأنه ) أي لأن الرد بالتراضي ( بيع جديد في حق ثالث ) وهو إقالته ( وإن كان فسخاً في حقهما والأول ) أي البائع الأول ( ثالثهما ) أي ثالث اثنتين وهما المشتري الأول الذي هو البائع الثاني والمشتري الثاني ، ولهذا يتحدد الشفيع حق الشفعة لأنه ثالثهما فصار كأن المشتري الأول اشتراه ثانياً ما باع فلا يكون له حق الخصومة ، لا في الرد ولا في حق الرجوع بالنقصان .. كذا في الكافي ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرده كما في الرد بالقضاء ، فإن قلت هذا يشكل بمسألة ذكرها في المحيط ، وهو من اشترى ديناراً بدرهم وقبض الدينار وباعه من ثالث ووجد بــه عيباً فرده على المشتري الأول بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه ، قلت لا يشبه الصرف العروض لأن الرد في العروض جعل بيعاً جديداً في حق الثالث وهو البائع الأول وها هنا لا يمكن أن يجعل بيعاً جديداً لأن النقود لا تتعين في العقود ، فكان البيع الثاني لم يكن في حقه .

( وفي الجامع الصغير وإن رد عليه ) أي المشتري الأول ( بإقراره بغير قضاء ) أي بغير قضاء القاضي بالرد ( بعيب ) أي بسبب عيب ( لا يحدث مثله ) كالاصبع الزائدة أو

لم يكن له أن يخاصم الذي باعه، وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء ، وفي بعض روايات البيوع أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب الأول عند البائع الأول .

قال ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة

---

الناقصة ( لم يكن له أن يخاصم الذي باعه ) صورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبداً ثم باعه من آخر فوجد بـه الآخر عيباً لا يحدث مثله فرده على بائعه وقبل منه عبداً بغير قاض قال ليس له أن يرده على البائع الأول أبداً .

قال المصنف ( وبهذا ) أي بوضع المسألة في الجـامع الصغير في العيب الذي لا يحدث مثله ( يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله ) كالقروح والأمراض ( وفيما لا يحدث ) كالإصبع الزائدة كما ذكرنا ( سواء ) في الخصومة مع البائع إذا قبله بغير قضاء وذلك لأنه لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البائع الأول كان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال أنـــه حدث عند المشتري بهذا هو فائدة وضع الجـــامع وهو الصحيح .

( وفي بعض روايات البيوع ) أي بيوع الأصل ( أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول ) والصحيح رواية الجامع الصغير لأن الرد بغير قضاء إقالة معتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول لتخاصمه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينـــة ) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم وقبض العبد ثم جاء البائع يخاصمه في الثمن فقال قد كنت دلست لي هذا

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صوناً لقضائه ،

---

العيب قال لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود أو يستحلفه ، فإن قال شهودي بالشام قال يقال له ادفع الثمن وإن شئت استحلف لك وادفع الثمن .. إلى هنا لفظ الجامع فأخذ المصنف « رح » هذا ونقله بالعبارة المذكورة ثم علل المسألة بقوله ( لأنه أنكر ) أي لأن المشتري أنكر ( وجوب دفع الثمن ) أي وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى العيب ( حيث أنكر ) أي المشتري ( تعين حقه بدعوى العيب ) لأن حقه في التسليم لا في العيب .

( ودفع الثمن أولاً ) يعني وجوب دفع الثمن أولاً إنما هو ( ليتعين حقه ) أي حق البائع ( بازاء تعين المبيع ) فحيث أنكر تعين حقه في المبيع لأن حقه في التسليم ، فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي إنكار العلة إنكاراً للمعلول ، فانتصب خصما ولا بد حينئذ من حجة وهي إما بينة أو يمين البائع ، فان قيل في هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة ، فالجواب أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعي يدعي ما يوجب دفع وجوبه دفع الثمن أولا كان في الصورة منكراً .

( ولأنه ) دليل آخر ولأن القاضي ( لو قضى بالدفع ) أى بدفع الثمن ( فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي ) أى بالدفع ( به صونا لقضائه ) أى حفظاً لقضائه عن النقض وها هنا سؤال وهو أن الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض وما ادعاه المشترى من العيب موهوم ، والموهوم لا يعارض المتحقق ، والجواب عنه يفهم من تقرير الدليل الثاني على ما لا يخفى على الفطن ، ولكن توضيحه زيادة للبيان وهو وإن كان ما أدعاه المشترى موهوماً لكن فيه صيانة القضاء عن النقض لانه يمكن أن يقيم المشترى البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضاء في عدم الجبر صون القضاء عن النقض ، وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود ، ولهذا لو عجل زكاة ماله قبل الحول إلى

فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفـــع الثمن يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود ، لأن في الانتظار ضراراً بالبائع ، وليس في الدفع كثير ضرر به ، لانه على حجته ، أما إذا نكل ألزم العيب لانه حجة فيه .

---

المساعي لا يسترد لاحتال أنه يكون زكاة ببقاء المال في يـــده ، ولان الموجب للجبر لا نسلم أنـــه متحقق إذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق ، وها هنا قبض الحق غير متعين لإنكاره .

( فان قال المشترى شهودي بالشام استحلف البـــائع ) يعني إذا طلب من المشترى إقامة البينة على ما ادعاه فقال شهودي غيب في الشام استحلف البائع ولا ينتظر حضور الشهود لانه أمر على خطر ، أو يكون أم لا يكون فلا يؤخر الواجب بل يحلف البائع ، فان قال بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع وما به هذا العيب أجبر المشترى على دفع الثمن وهو معنى قوله ( ودفع الثمن يعني إذا حلف لا ينتظر حضور الشهود لان في الإنتظار ضرراً بالبائع) لان التأخير لا إلى غاية يجرى مجرى الابطال .

( وليس في الدفع كثير ضرر به ) جواب عما يقـال إن في إلزام المشتري دفع الثمن ضرراً له ، وتقرير الجواب ليس في دفع الثمن إلى المشترى كثير ضرر به بالمشترى ( لانه على حجته فيه ) يعني بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده .

وقال الاكمل رحمه الله وفيه بحث من وجهين الاول ما قيل في بقاء المشترى على حجته بطلان قضاء القاضي ، والثاني أن الانتظار وإقـــامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضرراً والآخر دونه .

والجواب عن الأول أن القاضي ها هنا قـــد قضى باداء الثمن إلى حضور الشهود لا مطلقاً فلا يلزم البطلان ، وعن الثاني بأنه في دعوى غيبة الشهود متهـم لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره ، أما إذا نكل أي البائع عن اليمين ألزم العيب لأنه أي لأن النكول حجة فيـــه أي في ثبوت العيـب قيل هذا إحتراز عن النكول في

قال ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده لان القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري،

---

الحدود والقصاص فإنه ليس بحجة وكذا النكول ليس بحجة في الأشياء الستة عند أبي حنيفة « ره » وقال الأترازي « ره » في قولهم في بيان هذه المسألة لأن المشتري على حجته دليل أن إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه معتبرة .

وفي خلاصة الفتاوى لو أقام المدعي البينة بعدما حلف المدعى عليه فقيل وكذلك لو قال المدعي للمدعى عليه احلف وأنت بريء ، أو قال إذا حلفت فأنت بريء ، فحلف ثم أقام هو البينة تقبل ، أما إذا قال المدعي لا بينة لي فحلف المدعي عليه ثم أتى هو بالبينة تقبل في رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » وعن محمد « رح » أنها لا تقبل .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى عبداً فادعى إباقاً لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده ) صورة المسألة فيه محمد عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه في رجل باع رجل عبداً فقال المشتري يعني إبقا وكذبه البائع ، قال لا أحلف البائع على الاباق حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده ، فإذا قام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط ... انتهى وضع المسألة في الإباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون ، إلا أن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة ، وهل تشترط المعاودة في الجنون . فيه كلام قد مر أول الباب .

( والمراد التحلف على أنه لم يأبق عنده ) أي المراد من قول محمد « رح » لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة يحلف على أن العبد لم يأبق عند البائع يعني لا يحلف البائع ولا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند المشتري أولا بالحجة ( لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره ) أي إنكار البائع ( إنما يعتبر بعد قيام العيب به ) أي بالمبيع ( في يد المشترى ) لأن السلامة أصل والعيب عارض .

ومعرفته بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه ، وما أبق عنده قط كذا قال في الكتاب ، وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ، أما لا يحلفه بالله لقد باعه ، وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه ، وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر ، للمشتري ولان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول عنه ، والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين

---

( ومعرفته ) أي معرفة قيام العيب ( بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط .. كذا قال في الكتاب ) اي في الجامع الصغير ، وقد مر عن قريب .

وقال المصنف ( وإن شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي ) أي ليس للمشتري حق الرد عليك أيها البائع بالسبب الذي يدعيه المشتري ( أو بالله ) أو حلفه بالله ( ما أبق عندك قط ؟ ) يعني أو حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البائع بالله ما أبق قط . وإنما قال عندك ، لأن القاضي يخاطب البائع كذلك ، فإذا حلف أضاف إلى نفسه .

( أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول ذهول عنه ) أي التحليف بقوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم ، فلأجل هذا لا يحلف بهذا الوجه لأن العيب ربما لا يكون عند البائع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد ، فإذا حلف على العيب لم يكن عند البائع يتضرر المشتري ، لأن البائع صادق في حلفه فلا يحنث .

( والثاني ) اي التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ( يوهم تعلقه ) أي تعلق العيب ( بالشرطين ) يعني البيع والتسليم ( فيتناوله ) أي البائع ( في اليمين ) ويقول

عند قيامه وقت التسليم دون البيع ، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائــع بالله ما نعلم أنه آبق عنده يحلف على قولهما ، واختلف المشايخ « رح » على قول أبي حنيفة « رح » لهمـا أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليـــه البينة فكذا يترتب التحليف وله على مـــا قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ، ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب ،

---

لم يكن العيب ( عند قيامه ) أي عنـد قيام المعيب ( وقت التسليم دون البيع ) يعني لم يكن العيب عند الحالتين بل عند التسليم فحسب ، فاذا حلف على هذا الوجـه يكون صادقـاً ولا يحنث إذ بانتفاء الجزء لا ينتفي كل فيتضرر المشتري ، وإنما قـال يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك .

( ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنـــه أبق عنده ) أي عند المشتري ( يحلف على قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد على العلم لأنه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما يعلم أن هذا العبد جن عند هذا المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش .. كـذا ذكر في الجامـع الكبير قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة « رح » ( واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة « رح » ) فقيل يحلف عنـده أيضاً ، وقيل لا يحلف وهو الأصح ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحـمد « رح » ( أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة .. فكذا يترتب التحليف ) أي صحـة التحليف تترتب على إقامة البينة من المشتري .. فكذا يصح التحليف.

( وله ) أي ولأبي حنيفـة « رح » ( على ما قاله البعض ) أي بعض المشايخ « رح » ( أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح ) على الدعوى الصحيحـة ( إلا من خصم ولا يصير ) أي المشتري ( خصماً فيه ) اي فيما ذكرنا ( إلا بعد قيام العيب ) عنـد نفسه ، وفي هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتب البينة على الدعوى كونها صحيحة ، بل

وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانياً للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لان الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ . قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري ، لان الإختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب

---

تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلاً كالحدود ، وكذا تصح إقامة البينة على أنه وكيل أو وارث فلان بلا دعوى ( وإذا نكل ) اي البائع ( عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد ) وهذه اليمين تسمى يمين الرد ، فإن حلف بريء ، وإن نكل يثبت العيب عند البائع فيرد عليه ( على الوجه الذي قدمناه ) اي يحلف على الثبات على ما قدمه من قوله بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ؟ وفي بعض النسخ يحلف ثانياً للرد إلى آخره .

( قال العبد الضعيف ) هو المصنف رحمه الله ( إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ، لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ ) وذلك لأن اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم الرد من وجودها عند المشتري في الكبر إذا كان وجودها عند البائع في الصغر ، فإذا حلف البائع مطلقاً يكون فيه ترك النظر للبائع لأنه يمنع عن اليمين مطلقاً إذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر .

( وقال من اشترى جارية وتقابضا ) اي قبض البائع الثمن والمشتري والجارية (فوجد بها عيباً فقال البائع بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول القابض ) لأنه أعرف بما قبضه ( كما في الغصب ) فانه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه غصبت مني

وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا . قال ومن اشترى عبدين صفقةواحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما أو يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقاً قبل التمام ، وقد ذكرناه ، وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ، ولو وجد بالمقبوض عيباً اختلفوا فيه ، ويروى عن أبي يوسف « رح » أنه يرده خاصة ،

---

غلامين ، وقال الغاصب غلاماً واحداً فالقول بالغاصب لأنه القابض ( وكذا إذا اتفقا ) اي المتعاقدان ( على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض ) بأن كان المبيع جاريتين فاختلفا فقال البائع قبضتهما وقال المشتري ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري ( لما بينا )ان في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض .

( قال ) اي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر عيباً فإنه يأخذهما او يدعهما ) اي يأخذهما جميعاً او يتركهما جميعاً ، وليس له أن يأخذ السليم خاصة ( لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون ) اي قبض أحدهما ( تفريقاً قبل التمام ) وهو لا يجوز ( وقد ذكرناه ) يعني قبل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله ( وهذا ) اي التفريق في القبض لا يجوز ( لأن القبض له شبه بالعقد ) من حيث أن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك رقبة ، والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف وملك اليد ( فالتفريق فيه ) اى في القبض( كالتفريق في العقد ) ولو قال بعت منك هذين العبدين فقال قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا .

( ولو وجد بالمقبوض عيباً ) اى لو وجد المشترى بالمقبوض عيباً فيما إذا اشترى عبدين فقبض أحدهما ووجد فيه عيباً (اختلفوا ) اى المشايخ ( فيه ) اى في حكمه ، والصحيح أنه لا يرد المقبوض خاصة ، يعني إن شاء ردهما جميعاً أو أخذهما ، كما يجيء الآن .

( ويروى عن أبي يوسف « رح » أنه يرده ) المقبوض ( خاصة ) لأن الصفقة تمت فيه

والاصح أنه يأخذهما أو يردهما ، لان تمام الصفقـــة تعلق بقبض المبيـــع وهو اسم للكل فصار كحبس المبيـع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعهم ، ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً يرده خاصة خلافاً لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ، ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيـــد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض ،

---

( والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل) اى لكل ما وقع عليه العقد ( فصار ) أي تمام الصفقة ( كحبس المبيع لمـا تعلق زواله ) أي زوال حبس المبيع ( باستيفاء الثمن لا يزول ) أي حق الحبس ( دون قبض جميعـه ) أي جميع الثمن ، وقوله لا يزول جواب لما ( ولو قبضهما ) أى العبدين مثلاً (ثم وجد بأحدهما عيباً يرده ) أي المقبوض ( خاصة خلافاً لزفر ) فان عنده ليس له إلا أن يردهما .

وبه قال الشافعي رضي الله عنه كذا ذكر قولهما في الايضاح وكذا ذكر شمس الأئمة البيهقي « رح » قول زفر « رح » في الكفاية وكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي « رح » في شرح الكافي قول زفر « رح » فقال على قول زفر يردهما إن شاء ، ولكن قال القدورى « رح » في كتاب التقريب قال أصحابنا إذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض رده خاصة .

وقال زفر « رح » يرد المعيب في الوجهين ، وعلل لزفر « رح » بأن العقد صح فيهما ، والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض ، وذكر صاحب التخلف والمنظومة مثل ما ذكر القدورى « رح » فيحمل الاختلاف في قول زفر « رح » على اختلاف الرواية عنه ( هو يقول ) اى زفر « رح » ( فيه تفريق الصفقة ولا يعرى ) أى تفريق الصفقة ( عن ضرر لأن العادة جرت ) بين التجار (بضم الجيد إلى الرديء ) لرواج الرديء، فاذا جاز ردأحدهما دون الآخر يفوت غرض البائـــع وفيه ضرر ( فأشبه ما قبل القبض ) بجامع دفع الضرر.

وخيار الرؤية والشرط ، ولنا أنه تفريق الصفقة بعـــد التمام ، لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب ، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر .

قال ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله إذا أخذه كله، ومراده بعد القبض

---

( وخيار الرؤية ) أي وأشبه خيار الرؤية ( والشرط ) أي وخيار الشرط ( ولنـا أنه ) أي أن الرد ( تفريق الصفقة بعد التمام ) أي بعد تمـــام الصفقة ( لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب ) لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد المعيب خاصة ، وبه قـــال الشافعي رضي الله عنه في قول ( وفي خيار الشرط والرؤية لا تتم به ) أي لا تتم الصفقة بالقبض فيهما ( على ما مر ) أي في باب خيار الرؤية .

( ولهذا ) أي ولأجل التفريق بعد التمام ( لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر ) أي بعد قبضهما ، وهذا كله إذا كان المشترى شيئين يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كالعبدين والثوبين ، أما إذا كان المشترى شيئين لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخـر كخفين ومصراعي باب ونعلين فقبضهما ثم وجد بأحدهما أو بهما عيباً ردهما ان شـاء أو أخذهما ، وليس له أن يرد أحدهما دون صاحبه .. كذا قال الكرخي في مختصره ، وفي الفتاوى الصغرى إذا اشترى خفين فوجد أحدهما ضيقاً إن كان لا يدخله لعلة في الرجل ليس له أن يرده ، وإن لم يكن كذلك له أن يرده .

( ومن اشترى شيئاً مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيباً رده كله أو أخـذه كله ، ومراده بعد القبض ) أي ومراد محمد « رح » بعد القبض ، لأن المسألة من مسائل الجامـع الصغير ، وفي بعض النسخ والمراد به بعد القبض ، وإنما قيد به لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة بـرد المعيب خاصة ، وأما التفريق إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيـل والموزون ، وأمـــا فيهما فلا يجوز إذا كان في وعـاء واحد على ما هو اعتبـــار المشايخ « رح » .

لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه ، وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر ،

---

وللشافعي رضي الله عنه قولان في الكل قبل القبض وبعده ( لأن المكيل والموزون إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ) احترز به عما إذا كان المكيل من جنسين كالحنطة والشعير فان للمشترى أن يرد المعيب خاصة ، وللشافعي رضي الله عنه قولان فيه بناء على جواز تفريق وعدمه .

ألا ترى أنه يسمى باسم واحد ) أى حكماً وتقديراً لا تحقيقاً لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فان الحبة الواحدة ليست مقومة حتى لا يصح بيعها فكانت القابلة للبيع باعتبار الاجتماع فصار الكل في حق البيع كشيء واحد ، والشيء الواحد لا يرد بعضه دون البعض ( وهو الكر ) بضم الكاف وتشديد الراء ، وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وجمعه الكرار ، وقال الأزهرى « رح » الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيل والمكوك صاع ونصف صاع ( ونحوه ) أى ونحو الكر كالوسق والفرق والصبرة .

( وقيل هذا ) أى الذى ذكرنا من أخذ الكل أو رد الكل ( إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب دون الآخر ) إذا كان قبضهما ، لأن ذلك لا يوجب عيباً زائداً ، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرحه للجامع الصغير معنى هذا أن العيب إذا كان مختلطاً بالذى لا عيب فيه فليس له أن يرد المعيب ، لأنه لو رده على البائع كان ذلك إضراراً به ، وأما إذا كان المعيب في جوالق والجيد في جوالق أن يرد المعيب خاصة لأنه بمنزلة شيئين مختلفين .

ثم قال أبو الليث « رح » هذا التأويل يصح على قول محمد « رح » خاصة ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وعلى قول أبي حنيفة « رح » لا يصح هذا التأويل لأنه روى

ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأنه لايضره التبعيض ، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك ، وهذا إذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام . وإن كان ثوباً فله الخيار لأن التشقيص فيه

---

الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » في المجرد أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد بعدل منهما عيباً ، فان كان التمر كله من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد فليس له أن يرد بعضه دون بعض ، ونقل الناطقي في الأجناس عن البيوع في رواية بشر بن الوليد « رح » لو اشترى زقين من السمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير قبض الجميع ، له رد المعيب خاصة ، إلا أن يكون هذا ، والآخر على السواء ، فاما أن يرد كله أو يترك كله .

( ولو استحق بعضه ) أي بعض ما يكال أو يوزن بعد القبض ( فلا خيار له في ردما بقي لأنه لا يضره التبعيض ) والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيباً باعتبار أن التبعيض لا يضرهما بعد القبض لتمام الصفقة ( والاستحقاق ) جواب إشكال ، وهو أن يقال ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام ، وتقرير الجواب أنه لا يلزم ذلك لأنه لو لزم ذلك الملزوم بطريق الاستحقاق والاستحقاق ( لا يمنع تمام الصفقة ، لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك) لأن العقد حق العاقد، وتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا جاء المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحاً فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضاء العاقد لا المالك .

( وهذا ) أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد ( وإذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام ) لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضاء العاقد ، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها .

( وإن كان ثوباً ) أي وإن كان المستحق ثوباً ( فله الخيار ، لأن التشقيص فيه ) أي

عيب ، وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ، ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء، بخلاف خيار الشرط ، لأن الخيار هناك للاختيار ، وإنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطاً ، وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفاً فليس برضا ، أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد ، والجواب في السقي ، واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بداً إما لصعوبتها أو لعجزه

---

في الثوب ( عيب ) عرفاً ( وقد كان ) أي التشقيص ( وقت البيع حيث ظهر الإستحقاق) يعني أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتى يمنع الرد الذي كان في يد البائع حيث ظهر الإستحقاق ، فلا يكون مانعاً ( بخلاف المكيل والموزون ) فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر .

( ومن اشترى جارية فوجد بها قرحاً فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاً لأن ذلك دليل قصده الإستيفاء ) وإمساك العين الأصل في هذه المسائل أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضاء بعد العلم بالعيب يمنع الرد والارش نحو العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والإستخدام مرة ثانية لأنه صار راضياً بالعيب ( بخلاف خيار الشرط ، لأن الخيار هناك ) أي في خيار الشرط ( للاختيار ، وإنه ) أي وإن الإختيار يكون ( بالإستعمال ، فلا يكون الركوب مسقطاً) للخيار لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصوداً من الخيار .

( وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها ) أي أو ركبها ليسقيها ( أو ليشتري لها علفاً فليس برضا ) بالعيب ( أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد منه بداً إما لصعوبتها ) أي لصعوبة الدابة ( أو

أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد منه بدأ لانعدام ما ذكرنا فيكون رضا . قال ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري ، له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقالا يرجع بما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق ، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع

---

لعجزه ) أي أو لعجز نفسه ( أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد منه بدأ لانعدام ما ذكرنا فيكون رضا ) وفي خلاصة الفتاوى فلو حمل علف دابة أخرى وركبها أو لم يركبها فهو رضى ، وقال ابن دريد العدل بالكسر إذا عدل بمثله ( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به ) ولم يعلم المشتري بكون العبد قد سرق لا وقت البيع ولا وقت القبض كذا ذكره التمرتاشي « رح » ( فقطع عند المشتري ) أي قطعت يده عند المشتري لثبوت سرقه ( له ) أي للمشتري ( أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) أي جميع الثمن ... هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير ، وهكذا في بعض روايات المبسوط في جامع التمرتاشي ، وبعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن ، وقول من قال يرجع بكل الثمن ينصرف إلى اختيار رد العبد المقطوع ، وقول من قال بالنصف ينصرف إلى اختيار امساك

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق ) يعني يقوم سارقاً وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن ( وعلى هذا الخلاف ) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه ( إذا قتل ) أي العبد ( بسبب وجد في يد البائع ) صورته اشترى عبداً مباح الدم لقود أو وردة أو قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وهو اختيار المزني وأبي إسحاق المروزي « رح » ، وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم فيرجع بفضل ما بينهما وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وهو اختيار ابن شريح وأبي هريرة رضي الله عنه من الصحابة ، وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان أحدهما أنه يصح واختاره

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده، وبمنزلة العيب عندهما، لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وإنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه، لكنه متغيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل

---

المزني «رح» والثاني أنه لا يصح وما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن والنقصان على قول صحة البيع كذا في كتبهم.

(والحاصل) من هذا الخلاف (أنه) أي أن مستحق القطع أو مباح الدم (بمنزلة الاستحقاق عنده) أي عند أبي حنيفة «رح» فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك هنا (وبمنزلة العيب عندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد «رح» فاذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبداً قد يوجب عليه القطع وعبداً لم يجب عليه القطع ويرجع بازاء النقصان من الثمن.

(لهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه) أي وأن سبب القطع والقتل (لا ينافي المالية) بدليل صحة البيع ونفاذ تصرفه فيه بالعتق وغيره، ولو كان لحل الدم أثر في انعدام المالية لما صح البيع كذا في الأسرار (فنفذ العقد فيه لكنه متغيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده) أما التعذر في صورة القتل فظاهر، وكذا في صورة قطع اليد فكان بمنزلة عيب حادث عند المشترى والعيب الحادث عنده يمنع الرد ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان عيب القطع وبه صرح الزاهد العتابي، لأن القطع وإن كان مضافاً إلى السرقة لأنه يستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافاً إليها لأن السرقة لا تفوت المالية والقطع يستحق من حيث أنه أدب لا من حيث أنه مال فلهذا أوجب الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع (وصار) هذا (كما إذا اشترى جارية حاملاً) ولم يعلم بالحمل وقت الشراء القبض (فماتت في يده) أي في يد المشتري (بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل) ولا يرجع بكل الثمن

وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسألة ممنوعة

---

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( ان سبب الوجوب في يد البائع ) أي سبب وجوب القطع أو القتل العمد وهو السرقة أو القتل حده في يد البائع ( والوجوب ) أي سبب الوجوب ( يفضي إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق ) فصار كالمستحق ، والمستحق لا يتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة محله ( وصار ) هذا ( كما إذا قتل المغصوب ) أي العبد المغصوب ( أو قطع بعد الرد ) إلى مولاه ( بجناية ) أي بسبب جناية ( وجدت في يد الغاصب ) صورته غصب رجل عبداً فقتل العبد عنده رجلاً عمداً فرده على المولى فاقتص منه في يده فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب .

( وما ذكر من المسألة ممنوعة ) أي مسائل الحمل وجه المنع أنها على قولهما وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة وقيل إنها على الإختلاف أيضاً ، وإن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع ولئن سلمنا فنقول الموجود في يد البائع الاعلاق وانه يوجب انفصال الولد ولا يفضي إلى الهلاك غالباً بل الغالب هو السلامة عند الولادة وهو نظير الزاني إذا جلد بخلاف ما إذا غصب جارية فحملت في يد الغاصب فردها فولدت في يد المالك وماتت يرجع على الغاصب ، أما ها هنا الحبل لا يمنع صحة التسليم إلى المشتري كذا في جامع العتابي والمبسوط وفائدة الخلاف فيما إذا اطلع على سبب القتل والقطع ولم يقتل ولم يقطع هل يجوز رده أم لا فعند أبي حنيفة « رح » لا يجوز رده لأنه بالإستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق ، وعندهما يجوز وبه قال الشافعي رضي الله عنه لأنه بمنزلة العيب وكونه مستحقاً للقطع أو القتل عيب سواء استوفى أم لا ، وفي تتمتهم وفائدة الخلاف يظهر في أمر الكفن والدين فعلى طريقة المروزي على البائع وعلى طريقه ابن شريح على المشتري .

ولو سرق في يـــد البائع ثم في يد المشتري فقطـــع بهما ، عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليـد من الآدمي نصفه وقـــد تلفت بالجنايتين إحداهما الرجوع فينتصف ، ولو تداولته الأيدي

---

( ولو سرق ) أي العبد المبيع ( وفي يد البائع ثم في يـــد المشتري فقطع بهما ) أي بالسرقتين ( عندهما ) أي عنـــد أبي يوسف ومحمد « رح » ( يرجع ) أي المشتري ( بالنقصان ) أي بنقصان السرقة الموجودة عند البائع ( كما ذكرنا ) يعني عند قوله وإن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به إلى آخره .

( وعنده ) أى وعند أبي حنيفة « رح » (لا يرده بدون رضاء البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع ) أى يرجع بثلاثـــة أرباع الثمن ( لأن اليد من الآدمى نصفه وقد تلفت بالجنايتين ) وهما اللتان كانت احداهما في يد البائع والأخرى في يد المشترى ( وفي إحداهما ) وفي إحدى الجنايتين ( الرجوع ) أى رجوع المشترى على البائع بنصف الثمن (فينتصف) أى النصف فينقسم عليها نصفين لكون القطع مضافاً إلى السرقتين فيسقط نصف النصف عن البـــائع وهو الربع ويضاف الربع الباقي إلى النصف فيصير ثلاثة أرباع فيرجع بها على البائع .

فان قيل إذا حدث عند المشترى عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع وكذلك رجع المشترى عليه جميع الثمن لم يكن ها هنا ، كذلك أجيب بأن هـــذا على قول أبي حنيفة نظر إلى جريانه مجرى الإستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه ، فان قلت أما تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والإستحقاق يستويان قبل القبض وهـــذه في غير المكيل والموزون ، فما الذى أوجب الاختلاف هاهنا بينهما ، قلنا بلى ولكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيء لا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام .

( وإن تداولته الأيدى ) يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع تداولتـــه

ثم قطع يـــد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق ، وعندهما يرجـع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع .

---

الأيدى يعني أمع ؟ من يد إلى يد ( ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة ) وهو جمع بائع كالحاكه جمع حائك ( بعضهم على بعض ) بالثمن ( عنده كما في الاستحقاق ) أى عند أبي حنيفة « رح » وبه قال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ( وعندهما ) أى وعند أبي يوسف ومحمد « رح » ( يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنـــه بمنزلة العيب ) فلا يرجع فيه وهذا لأن المشترى الأخير لم يصر حابساً حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب .

( وقوله في الكتاب ) أي قول محمد « رح » في الجـامع الصغير ( ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضاء به ولا يفيد على قوله ) أي على قول أبي حنيفة « رح » ( في الصحيح ، لأن العلم بالإستحقاق لا يمنع الرجوع ) وقيد بالصحيح احترازاً عما روي عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فلشبهه بالاستحقاق قلنا عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لأنه إنما جعل هذا كالإستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه في شرح الطحاوي إذا كان المشتري عالمـــاً وقت العقـــد وقبل القبض صار راضيـــاً بالعيب فلا يرجع على بائعـه بشيء في قولهم جميعاً .

وقال فخر الاسلام « رح » والصحيح أن العلم والجهل سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ، وقال الأكمل « رح » قيل فيه نظر قلت القائل بالنظر هو الاترازي « رح » حيث قال لانا نقول سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن

## قال ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب ، وإن لم يسم العيوب بعددها ،

---

لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن ، ولكنه أجري مجرى الاستحقاق عند أبي حنيفة رحمة الله عليه ونزل منزلته لا حقيقة لأن في حقيقة الاستحقاق سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً قبل القبض أو بعده يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعاً وبه صرح في شرح الطحاوي وهنا لا يبطل البيع ولهذا لو أعتق المشتري قبل القتل أو القطع صح عند أبي حنيفة « رح » أيضاً إلا أنه لا يرجع عند أبي حنيفة « رح » بشيء إذا قتل أو قطع بعد الاعتاق بسبب كان عند البائع لأن القتل أو القطع لم يفوت المالية لعدم المالية حينئذ وعندهما يرجع بالعيب أعني نقصان عيب السرقة ونقصان كونه حلال الدم ، لأن الملك ينتهي ويتقرر بالاعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع ، هذا آخر كلام الاترازى .

والأكمل « رح » لم يذكر كلام الاترازى « رح » بكماله فأخذ بعضه ثم قال قيل فيه نظر ثم قال والجواب أن كونها أصح أو صحيحاً ويجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أن يكون من حيث الدليل ، وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجري مجراه ، وهذا آخر كلام الأكمل « رح » . قلت جوابه لا يخلو عن خدش على ما لا يخفى وقوله في النظر وهذا عيب ممنوع غير مسلم لأن تعليله يدل على جواز القول بأنه عيب فليتأمل .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها ) وفي بعض النسخ فليس له أن يرده وإن لم يعدها إلى العيوب .

قال الكاكي « رح » وهو الصحيح قوله ليس له أن يرده بعيب لصحة الشرط والبيع ، وقال زفر « رح » البيع صحيح والشرط فاسد إذا كان مجهولاً ، وفي المختلف البيع باطل

وقال الشافعي « رح » لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو ، يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد

---

وعلى قوله فاسد إذا عد العيوب صحة البراءة أيضاً .

( وقال الشافعي رضي الله عنه لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الأبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح ) للشافعي رحمه الله فيه طريقان أشهرهما وبه قال ابن شريح وابن الوكيل والاصطخري « رح » أن فيه ثلاثة أقوال أحدها أنه يبرأ وبه قال علماؤنا لقوله عليه السلام المسلمون عند شروطهم .

ويروى ذلك عن ابن عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وثانيها أنه لا يبرأ عن عيب وبه قال أحمد « رح » في رواية ، وعنه يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه ، وثالثها وهو الأصح .

ويروى عن مالك « رح » أنه لا يبرأ في غير الحيوان ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما باع عبداً من زيد بن ثابت رضي الله عنه بشرط البراءة فوجد زيد به عيباً فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان رضي الله عنه ، فقال عثمان لابن عمر رضي الله عنهما تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه ، فرق عثمان وزيد بين كون العلم معلوماً وغير معلوم والطريق الثاني وبه قال ابن خيران وأبو إسحاق رضي الله عنه القطع بالقول الثالث ونصه في المختصر كذا في شرح الوجيز .

وفي الحلية لو قلنا الشرط باطل فهل يبطل البيع فيه وجهان أظهرهما أنه يبطل ( هو ) أي الشافعي رضي الله عنه ( يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ) حتى أن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه فرد المديون إبراءه لم يصح الإبراء وكذا لا يصلح تعليق الإبراء بالحظر بأن قال أبرأتك عن العيب أو الدين إن فعلت كذا لما فيه من معنى التمليك .

وتمليك المجهول لا يصح ، ولنا أن الجهالة في الاسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة

---

( وتمليك المجهول لا يصح ) كبيع شاة من قطيع غنم ( ولنا أن الجهالة في الإسقاط لاتفضي إلى المنازعة ) والإبراء اسقاط لا تمليك حتى يتم بلا قبول لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة ، لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوات التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الاسقاط فلايكون يبطله له ، ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم .

( وإن كان في ضمنه التمليك ) هذا جواب عن قوله يرتد بالرد وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأنا بينا أن محض التمليك لا يبطل بجهالة ( لعدم الحاجة إلى التسليم ) لأن السقط الساقط مثلاً ( فلا تكون مفسدة ) كما إذا باع قفيزاً من صبرة .

فإن قلت في الجامع الصغير في كتاب الهبة إذا قال من له على آخر ألف درهم إذا جاء غداً فأنت منها بريء فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول . قلت إنما لم يصح التعليق فيه لأنه إنما يصح في الإسقاط المحض لا في إسقاطه فيه معنى التمليك .

فإن قلت إذا قال أبرأتك يصح وإذا قال أبرأت أحدكما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم والمجهول قلت أبرأت أحدكما يصح أيضاً عند بعض أصحابنا « رح » ويجيز على التعيين . كذا في الاسرار ، ولئن سلمنا أنه لا يصح انما لم يصح لأن من له الحق مجهول لا لأن الحق مجهول ، ألا ترى إلى من قال لفلان علي شيء يصح ، ولو قال لفلان علي ألف درهم لا يصح ولا يلزم على هذا ما إذا قال لامرأتيه إحداكن طالق ، لأن الطلاق بعد وقوعه يكون حقاً لله تعالى وهو معلوم والدليل على أن الحق لله تعالى أنهما لو تراضيا على إسقاطه لا يصح .

ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر « رح » لأن البراءة تتناول الثابت ، ولأبي يوسف « رح » أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

---

( ويدخل في هذه البراءة ) إنما قال في هذه البراءة احترازاً عن البراءة التي شرطها البائع في قوله بعته على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع كذا في الإيضاح وغيره ( العيب الموجود ) فيه وقت العقد ( والحادث ) أي ويدخل العيب الحادث فيه ( قبل القبض في قول أبي يوسف « رح » ) أي في ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة أيضاً .

( وقال محمد « رح » لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر « رح » )والحسن والشافعي ومالك وأبي يوسف « رح » وفي رواية ( لأن البراءة تتناول الثابت )فتنصرف إلى الموجود عند العقد ( ولأبي يوسف « رح » أن الغرض إلزام العقد ) أي أن المقصود من البراءة إلزام العقد ( بإسقاط حقه ) أي حق المشتري ( عن صفة السلامة ) أي سلامة البيع ( وذلك ) أي التزام العقد يكون ( بالبراءة عن الموجود والحادث ) جميعاً .

وذكر الكرخي « رح » في مختصره فان قال البائع أبيعك على أني بريء من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث في جميع الروايات عن أبي يوسف ومحمد «رح» ووجهه أنه لما قال به خص الموجود بالبراءة ولم يتجاوز غيره ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد البيع .

وفي الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والادواء ، فإن تبرأ من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكمى ولا الإصبع الزائدة ولا أثر قرح قد برأ ، وعن أبي حنيفة « رح » الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك .

وفي الخلاصة أيضاً رجل باع عبداً أو جارية وقال أنا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب فإنه لا يبرأ عن العيوب لأن الداء يدخل في العيوب ، امـا العيب لا يدخل في الداء ، ولو قال المشتري الجارية برئت إليك من كل عيب بعينها ، فـإذا هي عوراء لا تبرأ ، و كذا لو قال برئت إليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لأن البراءة عن عيب اليد والعين يكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمها .

وفي شرح الطحاوي ولو اختلفا في العيب في انه موجود وقت العقد أم لا فقـال المشتري هو حادث فلم يدخل في البراءة ، وقال البائع كان موجوداً يدخل في البراءة ، فعلى قول أبي يوسف « رح » لا فائدة في الاختلاف لأنه لا يبرأ عنهما جيمعاً عنده وإنما هو على قول محمد «رح» فعلى قوله القول قول البائع مع يمينه أنه حادث وعند زفر « رح » القول للمشتري .

# باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر ،

---

( باب البيع الفاسد )

أي هذا باب في بيان أحكام الفاسد ولقب الباب بالفاسد ، وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه والباطل هو ما لا يكون صحيحاً أصلاً ووصفاً والفاسد هو ما لا يصح وصفا وكل ما أورث خللاً في ركن للبيع فهو مبطل ، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسليم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والاطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد .

وحاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه لانتفاء ركنه ومحله يقال بطل اللحم إذا برد وسوس بحيث لا ينتفع به ، والفاسد ما يكون مشروعا بأصله دون وصفه ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، يقال فسد اللحم إذا صار ذاتين بحيث يمكن الانتفاع به ، والمكروه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولكن جاوزه شيء آخر منهي عنه على هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب .

( وإذا كان أحد العوضين ) المبيع والثمن ( أو كلاهما ) أي أو كان كلاهما ( محرماً فالبيع فاسد كالبيع بالميتة ) والميتة في اللغة هو الذي مات حتف أنفه ، وإنما قيدنا باللغة لنخرج المحنوقة وأمثالها ، فإن ذلك عند من ليس له دين سماوي بمنزلة الذبيحة عندنا ، ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ، ذكره المصنف « رح » في التجنيس ، وإن كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه ، فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز ، ولأنها ليست بمال عندهم ، فعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم .

( والدم والخنزير والخمر ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر ) هذا كله لفظ القدوري

قال العبد الضعيف «رح» هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى ، فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد، والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض

---

« رح » في مختصره ، ولهذا ( قال العبد الضعيف ) أي المصنف « رح » ( هذه فصول جمعها ) أي القدوري « رح » ( وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر ) أي وكذا البيع بالحر ( لانعدام ركن البيع وهو ) أي ركن البيع ( مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء ) أي الميتة والدم والخنزير والخمر والحر ( لا تعد مالاً عند أحد ) فمن له دين سماوي لأن الذي ليس له دين سماوي كالجماد فلا يعتبر .

( والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض ) وهما من أعز الأموال عند أهل الذمة ، وفي المبسوط البيع بالخمر عندنا يوجب الملك بالقبض ، فإن محل العقد المالية في البدلين وبتخمير العصير لا تنعدم المالية وإنما ينعدم التقوم شرعاً ، فإن المالية تكون منتفعاً بها وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله ﴿ ومنافع للناس ﴾ آية ٢١٩ البقرة ويفيد الملك البيع بها إذا اتصل القبض بإذن البائع صريحاً أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ، ولأنها البائع والفرق بين الفصلين ، أعني كون البيع بالدم والميتة باطلاً وبالخمر والخنزير فاسداً إن الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض والفاسد يفيد كما ذكرنا الآن .

وفائدة هذا أنه لو كان المشتري عبداً فأعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الأول وينفذ في الثاني ، ولو جاء مستحق فاستحق على المشتري لا خصومة بين المستحق وبين المشتري في الأول ، وفي الثاني يكون المشتري خصماً حتى يستمع البينة عليه ، لأنه ملكه .

والباطل لا يفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ « رح » ، لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك ، وعند البعض يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ، وقيل الأول قول أبي حنيفة « رح » ، والثاني قولهما كما في بيع أم الولد والمدبر

---

ثم إذا لم يعد الملك في الوجه الأول هل يصير المقبوض مضموناً عليه بالقبض أم لا ، اختلف المشايخ « رح » فيه ، أشار إلى بيانه المصنف « رح » بقوله ( والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه ) أي في البيع الباطل ( يكون أمانة عند بعض المشايخ «رح») أراد به الشيخ أبا نصر أحمد بن علي الطواديسي وهو استاذ شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده « رح » فإنه قال هو أمانة وليس بمضمون وهو رواية الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » وإليه ذهب الشيخ أبو سهيل [1] الشرعي ( لأن العقد غير معتبر ) لكونه باطلاً ( فبقي القبض باذن المالك ) فتكون أمانة ، وكذا البيع بالبول باطل وكذا بيع المحرم للصيد ، لأن صيد البر حرام على المحرم كالميتة ، فيكون بيعه باطلاً .

( وعند البعض ) أراد به شمس الأئمة السرخسي « رح » وروى ابن سماعة عن محمد « رح » أنه يكون مضموناً كما قال به البعض ( يكون مضموناً لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ) فذاك مضمون فكذا هذا والمضمون بالقيمة أو بالمثل وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » وصورة المقبوض على سوم الشراء هو أن يسمي الثمن فيقول اذهب بهذا فان رضيت اشتريته بعشرة ، أما إذا لم يسم الثمن فذهب بـه فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث « رح » في العيون .

( وقيل ) قائله محمد بن سلمة البلخي « رح » ( الأول قول أبي حنيفة « رح » والثاني قولهما ) أي قول أبي يوسف ومحمد « رح » ( كما في بيع أم الولد والمدبر ) يعني إذا هلك

---

(١) أبو الحسن — هامش .

على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ، ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه ، وفيه خلاف الشافعي « رح » وسنبينه بعد هذا إن شاء الله ، وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع

---

عند المشتري فهو على هذا الخلاف ( على ما نبينه إن شاء الله تعالى ) يعني في بابه .

( والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ) أي بالبيع الفاسد يعني إذا كان القبض باذن المالك باتفاق الروايات بملكه ( ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه ) أي في البيع الفاسد والضمان بالقيمة أو بالمثل .

قال مشايخ العراق إن المشتري شراء فاسداً يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك لا باعتبار تملك العين ، بدليل عدم جواز وطىء الجارية مشتراة شراء فاسداً ، وكذا لا يحل أكل طعام اشتراه شراء فاسداً وذهب مشايخ بلخ « رح » إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين ، واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار للمشتري له أن يأخذها بالشفعة لنفسه ، وكذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً يجب على البائع استبراؤها ولو أعتق المشترى العبد المشترى شراء فاسداً من الأب أو الوصي جاز عتقه ، ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز ، لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز ، فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين ( وفيه ) أى وفي كون المبيع مضموناً في يد المشتري في البيع الفاسد ( خلاف الشافعي رضي الله عنه ) فعنده ليس بمضمون ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ( وسنبينه إن شاء الله تعالى بعد هذا ) أي في أول الفصل الذي يلي هذا الباب ، وفي بعض النسخ وسنبينه بعد إن شاء الله تعالى .

( وكذا بيع الميتة والدم والخمر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلا للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين ) أى بما يجب في الذمة ( كالدرام والدنانير

باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ، وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة ، إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازاً له ، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة ، لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء

---

فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين ) مثل ثوب مثلاً ( فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ) وهو الثوب ( وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير ) كلمة إن واصلة بما قبلها .

( ووجه الفرق ) بين الصورتين ( أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه ) أي أن كل واحد منهما ( غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه ، وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزازاً له ) أي في جعله مبيعاً إعزازاً له وهو خلاف المأمور به ، وأوضح ذلك بقوله ( وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة ) إلى تحصيل الخمر أو الخنزير ( لما أنها ) أي أن الدراهم ( تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً ) لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به .

( بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر ، لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر ، وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة ) أي لكون البيع مقايضة وهو

الثوب بالخمر لكونه مقايضة . قال وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل ، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها ولسبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهليـة بعد الموت ،

---

بيع العرض بالعرض ، والعرض هو المتاع القيمي كائناً ما كان وفي المجمل بفيض المثل .

ويجوز أن يقال على هذا إنما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لأن العرض بمثل العرض في العينة ، ويقال هما قبضان أى متساويان فان قلت في هذا تعبير للعقد لأن العاقد قد جعل الخمر مبيعاً بدلالة الباقي الثوب ، وفي هذا يصير ثمناً فيكون تعبيراً ، قلت التعبير أهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع إن المقايضة تصلح أن يكون كل واحد ثمناً ومثمناً فلا يلزم التعبير .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل، لأن استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي صلى الله عليه وسلم ( أعتقها ولدها ) هذا رواه ابن عباس رضي الله عنهما ، قال ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجة والدارقطني ، وابراهيم ابن النبي عليه السلام من مارية القبطية ، وهذا حجة على بشر وداود « رح » في تجويزهما بيعهما ولفظ الحديث يوجب الإعتاق الحقيقي ، لكن حمل على حق العتق .

وفي شرح المجمع والمجاز ، مراد في هذا اللفظ بالإجماع ( ولسبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت ) أعتبر التدبير سبباً في الحال على خلاف سائر التعليقات ، فان فيها الشرط مانعاً لانعقاده سبباً في الحال ، لان بعد الموت حال لبطلان الاهلية ، فمتى قلنا أنه ينعقد سبباً بعد الموت ، إحتجنا إلى بقاء الاهلية والموت ينافي الاهلية ، فدعت الضرورة إلى القول بانعقاده سبباً في الحال ، فتأخر الحكم إلى ما بعد الموت ، فصار طريقه طريق الوصية ، فان الوصية تنعقد سبباً في الحال للخلافة بعد الموت ، وإذا ثبت القول بانعقاده سبباً في البيع ، إمتنع البيع كذا في الإيضاح

والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى . ولو ثبت الملك بالبيع ،لبطل ذلك كله ، فلا يجوز ، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد ،

---

( والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى ) بدليل أن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضاء المكاتب،إنما قال لأزمة في حق المولى لأنه غير لازمة في حق المكاتب بقدرته على فسخ الكتابة .

( ولو ثبت الملك بالبيع ) أى بيع المكاتب ( لبطل ذلك كله ) أي لبطل إستحقاق اليد اللازمة ( فلا يجوز ) وقال الاترازي « رح » قوله لبطل ذلك كله ، أى لو صح بيع هؤلاء لبطل ما قلنا من المعاني وهي استحقاق أم الولد العتق ، وانعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال واستحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى فلم يجز بيعهم ، لئلا تبطل هذه المعاني إنتهى كلامه ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث ذكره في جامع المحبوبي ( ولو رضي المكاتب بالبيع ) أى ببيع نفسه ( ففيه ) أى في جوازه ( روايتان والأظهر الجواز ) لأن عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه ، إنفسخت الكتابة وجاز البيع .

وروي في النوادر أنه لا يجوز ، وللشافعي في بيع المكاتب قولان أصحها أنه لا يجوز به ، قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ، وقال في القديم يجوز ( والمراد المدبر ) أى المدبر الذى لا يجوز بيعه هو ( المطلق ) وهو الذي علق عتقه بالموت من غير تعرض نصفة ، كقوله أنت حر بعد موتي أو إن مت فأنت حر ( دون المقيد ) أى دون المدبر المقيد مثل قوله إذا قدمت من سفري هذا فأنت حر وإن مت من مرضي هذا فأنت حر ويباع المدبر المقيد بالإجماع.

وروى الكرخي « رح » عن زيد بن ثابت « رح » . وابن عمر وشريح وسعيد بن المسيب والشعبي وابراهيم وعطاء وابن سيرين « رح » أنهم قالوا لا يباع المدبر إلا من نفسه وهو قول أصحابنا وسفيان الثورى ومالك « رح » .

وفي المطلق خلاف الشافعي « رح » وقــد ذكرناه في العتاق، قـــال وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح » وقالا عليه قيمتهما ، وهو رواية عنه لما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال ، وهذا

---

( وفي المطلق ) أي في المدبر المطلق ( خلاف الشافعي « رح » وقد ذكرناه في العتاق ) وعند الشافعي « رح » وأحمد وإسحاق « رح » يجوز بيع المدبر ، لما روي أن رسول الله ﷺ باع المدبر ، وجوابه ما رواه محمد بن الحسن « رح » في الأصل عن أبي جعفر « رح » أن رسول الله ﷺ إنما باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته أو بقوله المراد منه المدبر المقيد.

(قـال وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح » ) صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن باع أم ولده أو مدبره له فماتت في يد المشتري قال لا ضمان عليه .

( وقالا ) أي أبي يوسف ومحمد « رح » ( عليه ) أي على المشتري ( قيمتها وهـو رواية عنه ) أي قولهما رواية عن أبي حنيفة « رح » وهذا هو المعلوم من ظاهـــر كلام المصنف وقال الأكمل « رح » هذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حـق المدبر ، روى المعلى عن أبي حنيفة « رح » أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانتقلت الروايات عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا يقوم لماليتها قلت هذا من كلام السغناقي « رح » نقله الأكمل وقال الأترازي«رح» قال بعضهم في شرحه فالروايتان عن أبي حنيفة « رح » في حق المدبر إلى آخر ما ذكره الأكمل وأراد الأترازى بقوله قال بعضهم السغناقي « رح » .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أنه ) أي أن كل واحد من المدبر وأم الولد ( مقبوض بجهة البيع ) لأنهما يدخلان تحت العقد وما هو كذلك ( فيكون مضمونـاً عليه ) بالقيمة ( كسائر الأموال ) المقبوضة على سوم الشراء ( وهذا ) إشارة إلى كونهما

لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيـع بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسهفلا يتحقق في حقه القبض، وهذا الضمان بالقبض فله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة و هما لا يقبلان حقيقة البيع ، فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما . وإنمـــا ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما ، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه

---

مقبوضين بجهة البيـع ( لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيـع ) وأوضح ذلك بقولـه ( حتى يملك ما يضم إليهما في البيع ) بأن جمع بين قن وبين أحدهما وسمى الثمن صح البيع في القن بحصته من الثمن ( بخلاف المكاتب ) جواب عما يقال لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجبان للضمان لكان في المكاتب كذلك وتقرير الجواب أن المكاتب يخالفه ( لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حق القبض وهذا الضمان بالقبض ) أى بالقبض وبحقيقته أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم .

( وله ) أى لأبي حنيفة ( أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته ) أى بحقيقة البيـع ( في محل يقبل الحقيقة ) أى حقيقة حكم البيـع وهو الملك ( وهما ) أى أم الولد والمدبر ( لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب ) في كونه غير قابل للحقيقة أى لحقيقة البيـع وهو الملك ( وليس دخولهما في البيـع ) هذا جواب عن قولهما يدخلان تحت البيـع وتقريره أنه ليس دخول أم الولد والمدبر في البيـع ( في حق أنفسهما ) لذاتهما بل ليفيد حكم البيـع في المضموم إليهما وهو معنى قوله .

( وإنما ذلك ) أي دخولهما في البيـع (ليثبت حكم البيـع فـيما ضم إليهما ، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ) يعني لو اشترى مال نفسه لا يجوز ( وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه ) أي فيما ضمه المشتري إلى عقده بأن باع عبـده مع عبـد البائع

كذا هذا ، قال ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز

---

فاشتراهما المشتري دخل في البيع ليفيد الحكم في مال البائع حتى انقسم الثمن عليهما فصح البيع في مال البائع بحصته من الثمن .

( كذا هذا ) أي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني يثبت حكم الدخول في البيع في حق المضمون إليه وهو القن لا في حكم أم الولد والمدبر ، ثم اعلم أن قيمة المدبر ماذا فيه اختلاف المشايخ . قال في الفتاوى الصغرى قال بعضهم تمام قيمة القن وهذا غير سديدفإنه ذكر في المسألة يضمن ما نقصه التدبير ، وذكر الإمام علي السعدي في فوائده قيمته ثلثا قيمةالقن وذكر خواهر زادة « رح » قال بعضهم نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى أبي الليث « رح » ، وبه يفتى ، وبعضهم قالوا قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والقن ، وما قال خواهر زادة هو الأصح ، وعليه الفتوى إلى ها هنا كلام الفتاوى الصغرى .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع مالا يملكه ) ولا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة « رح » ( ولا في حظيرة ) أي ولا يجوز بيعه أيضاً في حظيرة كالحوض والبركة ( إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ) وفي الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن باع سمكة في حظيرة ولا يسقطن إن يخبر من منها ، غير أنهن لا يؤخذون بغير صيد فالبيع فاسد ، وإن كن يؤخذون بغير صيد فالبيع جائز ، والمشترى بالخيار إذا راهن .

قال فخر الإسلام معنى المسألة إذا كان البائع أخذها ثم ألقاها في حظيرة ماء فكانت ملكاً له يعني معنى قول محمد « رح » بجواز بيع السمك إذا كانت تؤخذ من غير صيد صح البيع لأنه باع ما يملكه وإليه أشار المصنف « رح » بقوله ( ومعناه إذا أخذه ) أى السمك ( ثم ألقاه فيها ) أى في الحظيرة .

( ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز ) وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع

إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك، قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله في يده

---

الصغير ذكر محمد بن الحسن « رح » في المسائل الرقبانيات لو أن رجلا اتخذ حظيرة في أرضه فدخل واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لأحد أن يأخذه ، ولو اتخذ لحاجة أخرى ، فمن اتخذ السمك فهو له .

قال و كذلك الرجل حفر في أرضه حفيرة فوقع صيد فتكسر فإن اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له ، وقد ملكه ذلك للصيد إلا فهو لمن أخذه ( إلا إذا اجتمعت ) استثناء من قوله جاز يعني لا يجوز بيع السمك إذا اجتمعت ( فيها ) أى في الحظيرة ( بأنفسها ) من غير اصطياد لها ، فإذا اجمعت فيها باحتيال يجوز بيعها إذا كانت تؤخذ بغير صيد ( ولم يسد عليها المدخل ) أى موضع دخول الماء ، وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار أخذا له بمنزلة ما لو وقع في شبكة فيجوز بيعه ، وإن لم يفعل ذلك لم يجز بيعه ( لعدم الملك ) وصحة البيع بناء على صحة الملك .

وقال الأكمل هذا الاستثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة ، والمجتمع فيه بنفسه ليس بداخل فيه ، وفيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها اما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا ، كما لو باض الطير في أرض إنسان أو خرجت ، فإنه لا يملك لعدم الإحراز ، ولا يشكل بما إذا عسل النحل في أرضه فانه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحترزه أو يهيء له موضعاً ، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجرة الثابت فيها بخلاف بيض الطير ، وفرخها والسمك المجتمع بنفسها فانها ليست على وجه القرار .

وفي الحلية وحكي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى « رح » جاز بيع السمك في بركة عظيمة وان احتيج إلى موته كثيرة ، وحكى أبو العباس هذا قول للشافعي رضي الله عنه .

( قال ) أى القدوري ( ولا بيع الطير في الهواء ) وفي بعض النسخ ولا يجوز بيع الطير في الهواء ( لأنه غير مملوك قبل الأخذ و كذا لو أرسله من يده ) أى ولو كان الطير

لأنه غير مقدور التسليم . ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهى رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة

---

لأحد وأرسله من يده أو انتقلت منه فلا يجوز أيضاً وعلل الصورة بقوله ( لأنه غير مقدور التسليم ) والحاصل أن بيع الطير على ثلاثة أوجه ، الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده ، والثاني بيعه بعد أخذه وأرسله من يده ، والثالث بيع طير يذهب ويجيء كالحمام فالكل لا يجوز .

وذكر في فتاوى قاضي خان وإن باع طيراً لدى الهواء إن كان ذا جناح يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه ، وإلا فلا وقال الاترازى « رح » وكان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال قريباً من ورقة ، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمه لما جاز بيعها لأنه مقدور التسليم .

( ولا بيع الحمل ) أى الجنين ( ولا النتاج ) أى ولا بيع النتاج وهو حبل الحبلى ( لنهى رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة ) هذا غريب بهذه اللفظة وفيه أحاديث ، روى عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا محمود ابن عيينة « رح » عن أيوب عن سعيد بن جبير « رح » عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ ، أنه نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، قال والمضامين ما في أصلاب الابل ، والملاقيح ما في بطونها وحبل الحبلة وله ولد هذه الناقة .

وروى الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، ورواه البزار « رح » مرفوعاً نحوه عن أبي هريرة « رح » وأخرجت الستة من حديث نافع عن ابن عمر « رح » ، أن النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة والحبل بفتح الباء الموحدة يطلق ويراد به المصدر ويراد به الاسم ، كما يقال له الحمل أيضاً ، وأما دخول تاء التأنيث في الحبلة فقال عبيد « رح » في غريب الحديث إنما دخلت عليه للاشعار بالأنوثة فيه ، وقيل إن الهاء فيه للمبالغة كما في سخره .

وقال شيخنا في شرح الترمذى ، ويحتمل أن يكون جمع حابلة ، فقد حكى صاحب المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة ، وروى بعض الفقهاء حبلة بكسر الباء ولم يثبت ،

ولان فيــــه غرراً ، قال ولا اللـبن في الضرع للغرر فعساه إنتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد ، فيختلط المبيـــع بغيره ، قال ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من أوصاف الحيوان ، ولانه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، بخلاف القوائم لانهـا

---

( ولأن فيه غرراً ) أي ولأن في بيع الحمل والنتاج غرراً أي خطر الذي لا يـــدري ليكون أم لا ( ولا اللبن ) يجوز بالرفع والجر على حذف المضاف وإثباته تقديراً ، أي لا يجوز بيع اللبن ( في الضرع ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وقال مالك يجوز أيامـاً معلومة إذا عرف قدر حلابها ، ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الشجر .

وقال الحسن البصري « رح » يجوز في الزمان المعروف لإمكان تسليمـــه ، وعلل المصنف « رح » عدم جوازه بوجوه ثلاثة ، الأول قوله ( للغرر ) وقد نهى عن الغرر ( فعساه انتفاخ ) أي فعل الضرع منتفخ فيظن لبناً وهو الغرور .

والثاني وهو قوله ( ولأنه ) أي ولأن المشتري ( ينازع ) في صيغة المجهول ( في كيفية الحلب ) فإن المشتري يستقضي في الحلب والبائع ينازعـــه ويطالبه بأن يترك أوعية اللبن .

والثالث هو قوله ( وربما يزداد ) اللبن ساعـة فساعة ( فيختلط المبيع بغيره ) على وجه يتعذر تمييزه ويبطل البيع ، ( ولا الصوف ) أي ولا يجوز بيع الصوف حال كونه ( على ظهر الغنم ) وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك والليث بن سعد « رح » يجوز بشرط الجز لإمكان تسليمه ( لأنه من أوصاف الحيوان ) جعل الصوف وصفاً لأنه تبع للحيوان فلما كان تبعاً لم يجز جعله مقصوداً بإيراد العقد عليه .

( ولأنه ) أي ولأن الصوف ( ينبت من أسفل ) بالضم على البناء لأنـــه أحد الجهات الست ( فيختلط المبيع بغيره ) لأنه يزداد ساعة فساعة ( بخلاف القوائم ) هذا جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها ، فأجاب بقوله بخلاف القوائم أي القوائم الخلاف ، ( لأنها تزيد من أعلى ) فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطاً في أعلاها وتركت أيامـاً

تزيد من أعلى ، وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه ، والقطـــع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع ، وقد صح أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ، وعن لبن في ضرع وسمن في لبن

---

يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن ، وإلا على ملك المشتري ، وما وقع من الزيادة وقع على ملكه ، وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول الصحيح عندي إن بيـــع قوائم الخلاف لا يجوز ، وإن كان ينمو من أعلاه لموضع القطع مجهول .

( وبخلاف القصيل ) هذا أيضاً جواب عما يقال القصيل ، كالصوف وجاز بيعـــه ، فأجاب بخلاف القصيل فإن بيعه يجوز ، ( لأنه يمكن قلعه ) يعني إن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع ، وفي الفتاوى الصغرى وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل ( والقطع في الصوف متعين ) يريد بهذا بيان الفرق بين بيع الصوف على ظهر الشاة وبين بيع القصيل ، يعني أن بيـــع القصيل يجوز لأن القلع فيه معتاد كالقطع فلا يقع التنازع في موضع القطع لا محـالة ، والقطع في الصوف متعين معتادة بين الناس والقلع فيه وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس ( فيقعالتنازع في موضع القطع ) .

فلا يجوز بجهالة موضع القطع ( وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيعالصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن ) روى هذا الحديث موقوفـــاً ومرفوعاً ومسنداً ومرسلاً فالمرفوع المسند رواه الطبراني في معجمه حدثنـــا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر النحوي حدثنا عمر بن فروخ حدثنـــا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس « رح » قد نهى رسول الله ﷺ أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع .

وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عمر بن فروخ وقـــال الدارقطني « رح » وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ثم أخرجه عن وكيع عن عمر بن فروخ مرسلاً لم يذكر ابن عباس « رح » وقال البيهقي تفرد به معه عمر بن فروخ وليس مـــا يقوي فقلت نقل الذهبي توهين عمر بن فروخ عن أبي داود وابن معين وأبي حاتم وأما المرسل فرواه أبو داود

وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف ، حيث جوز بيعه ، فيا يروى عنـه قال وجذع في السقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أولم يذكراه ، لانه لا يمكن تسليمه إلا بضرور بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة ، فضة لأنه

---

في مراسيله عن محمد بن العلا عن ابن المبارك عن عمر بن فروخ عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكر ابن عباس « رح » ولا حبيب بن الزبير .

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه لسنده عن عكرمة عن النبي ﷺ أنـه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن ( وهو حجة ) أي الحديث المذكورحجة (على أبي يوسف في هذا الصوف ) أي في الصوف على ظهر الغنم وانما قيد بقوله في هذا الصوف احترازاً عن الصوف المجذوذ فانه يجوز بيعه على جميع الروايات ( حيث جوز بيعه فيا يروى عنه ) أي حيث جوز أبو يوسف « رح » بيع الصوف على ظهر الغنم فيا يروى عنه من ذلك ووجهه أنـه باع مالاً منتفعاً به مقدرة التسليم في الحـال وذكر محمد « رح » في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز لأنه مستباح الأخذ منـه قبل الذبح فجاز بيعه والصلح فيـه كالفصل في الأرض .

( قـال ) أي القدوري ( وجذع في السقف وذراع من ثوب ) يجوز الرفع والجر في إعراب الجـذع والذراع على ما تقدم أي لا يجوز بيع جذع حال كونه في سقف ولا بيع ذراع من ثوب والمراد به ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص والسراويل أمـا في الثوب الذي لا يضره القطع يجوز بيع ذراع منه كالكرباس ويجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الامام المحبوبي وفي الإيضاح وكذا لو باع حلية من سيف لأنه لا يتخلص إلا بضرر أو نصف ذراع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه .

وكذا لو باع مانصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وكذا لو باع ذراعاً من خشبه (ذكراً القطع أو لم يذكراه ) يعني سواء ذكر موضع القطع من الثوب أو لم يذكره ( لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر ) لا يقال إنه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لأن التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجبه عليه ( بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضـة لأنـه

لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضاً ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري ، يعود صحيحاً لزوال المفسد بخلاف ما إذا باع النوى في التمر والبـذر ، في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً ، أما الجذع فعين موجود .

---

لا ضرر في تبعيضه ) أي الجذع أو الذراع ( ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا ) وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر .

( والجهالة أيضاً ) أي والجهالة المبيع أيضاً ، ولا خلاف لأحـــد أن جهالة المبيع يمنع الجواز ( ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشترى ) البيـع (يعود) البيـع ( صحيحاً لزوال المفسد ) فزال المانع ( بخلاف مـا إذا باع النوى في التمر أو البذر ) أي أو باع البزر لأن في وجودهما احتمالاً ، أي في وجود ( في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً وإن شقهما ) أي التمر والبطيخ ( وأخرج المبيـع ) وهو النوى أو البزر ( لأن في وجودهما احتمالاً ) أي في وجود النوى في التمر والبزر في البطيخ ، احتمالاً يعني يجوز أن يكون في زمان البيـع .

( أما الجذع فعين موجـود) ومحسوس ولا احتمال فيه ، وفيه إشارة إلى تمام الفرق بين البذر والنوى والجذع المعين في السقف فان الجذع معين موجود إذ الفرض فيه والبزر والنوى ليس كذلك والبزر بكسر الباء وفتحها بزر البقل وغيره .

فان قيل إذا باع جلد الشاة المعنية قبل الذبح لا يجوز ، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدهـا وسلمه لا ينقلب المبيـع جائزاً ، وإن كان الجلد عيناً موجودة كالجذع في السقف ، وكذا بيـع كرشها وأكارعها .

أجيب بأن البيـع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغير اتصال خلقه فكان متابعاً مكان العجز عن التسليم هنـاك معنى أصلياً لأنه اعتبر عاجزاً حكماً لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد ، وأما العجز فانه عين مال نفسه وإنما ثبت الإتصال بينه وبين

قال وضربة القانص، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً، قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ

---

غيره يعارض فعل المناد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد غير مستحق بالعقد فاذا أقلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وضربة القانص ) أي لا يجوز بيع ما يخرج من ضربة القانص أي الصياد بالشبكة ، ولا خلاف فيه لأحد ، وفسر المصنف ضربة القانص بقوله ( وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً ) لأنه يحتمل أن يحصل بشيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ، والقابض إسم فاعل من قبض يقبض قبضا إذا صار من ضرب يضرب ، وري في تهذيب الأزهري أن النبي ﷺ نهى عن ضربة القانص بالعين المعجمة ، والياء آخر الحروف وهو الغواص على اللآلي ، وكذلك ذكر الزمخشري في الفايق وفسر بقوله هي أن يقول للتاجر أعوض عوضه فما اخرجته فهو لك بكذا وهذا هو الصحيح والمعنى فيهما واحد وهو أنه بيع المجهول ولأنه معدوم في الحال .

( قال ) أي القدوري ( وبيع المزابنة ) وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصاد ، وكذا قاله الاترازي « رح » فيه تعسف تقديرولايجوز بيع المزابنة عطفاً على ما قبله ويجوز فيه الرفع والجر أيضاً كما تقدم ، قال الأترازي بيع الثمر بالثاء المثلثة بتمر مجذوذ بالثاء المثلثة من فوق ، كذا وقع سماعنامرارأبفرخانه وبخاري وذلك لأن ما على النخل قد يكون رطباً وقد يكون تمراً إذا جف فقلنا بالمثلثة حتى بيعها جميعاً ، والثالث من حال المجذوذ أن يكون تمراً فقلنا بالمثناة من فوق ولو رويا بالمثلثة فيهما حتى يفيها جميعاً أو بالمثناة فيهما جميعاً ، فالحكم كذلك لأن بيع المزابنة لا يجوز كيف ما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر.

وفسر المصنف « رح » المزابنة بقوله ( وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ )

مثل كيله خرصاً لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة . فالمزابنة ما ذكرنا والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطه مثل كيلها خرصاً

---

أى مقطوع ( مثل كيله خرصاً ) أى من حيث الخرص وهو نصب على التمييز من مثل كيله ، يقال خرص النخل خروصاً فيها من باب نصر ينصر كذا في المغرب ، وفسر القدورى « رح » المزابنة بقوله وهو بيع التمر على النخل بخرصه تمراً والمزابنة لغة المدافعة من الزبن وهو الدفع وسمى هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدى إلى النزاع والتدافع لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما لكثير ، فيريد المغبون دفعه والغابن امضاءه فيتدافعان ( لأنه عليه الصلاة والسلام ) أى لأن النبي ﷺ ( نهى عن المزابنة والمحاقلة ) ، روى هذا عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم .

وروى البخارى ومسلم من حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة ، زاد في مسلم في لفظ ، وعن الثنية إلا أن يعلم ، وأخرجا أيضاً من حديث أبي سعيد الخدرى « رح » قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة ، والمزابنة إشتراء التمر في رؤوس النخل والمحاقلة اكتراء الأرض .

وأخرج البخارى أيضاً من حديث ابن عباس قال « رح » نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة وأخرج أيضاً من حديث أنس رضي الله عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة .

وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة وأخرجه الترمذى أيضاً عن أبي هريرة نحوه .

ثم قال وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وسعد وجابر ورافع بن خديج وأبي سعيد « رح »، قلت حديث ابن عمر عند الشيخين، والثاني وحديث زيد عند الترمذي وحديث سعيد بن أبي دامه والنسائي وحديث رافع بن خديج عند الستة ( فالمزابنة ما ذكرنا ، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً ) وبه قال الشافعي ، وأحمد رضي الله عنهما ، وقال مالك المحاقلة هي اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرهما .

ولأنـــه باع مكيلاً بمكيل من جنسه ، فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا ، وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز فيما دون خمسة أوسق لأن النبي ﷺ نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق .

---

وفي الفائق الجعل القراح من الأرض وهي الطيبة التربـــة الخالصة من شائب النسج الصالحة للزرع ومنه حقل يحقل إذا زرع ، والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة بالثلث والربع وغيرهما ، وقيل هي أكثر الأرض بالبر وقيل بيع الطعام في سنبـله بالبر ، وقيل بيع الزرع قبل إدراكه إلى ما هنا لفظ الفائق ، وجاء في أمثالهم ينبت البقلة إلا الحقلة ( ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص ) لاحتمال الربا ( كما لو كانا موضوعين على الأرض ) وبـاع أحدهما بالآخر خرصاً ( وكذلك العنب بالزبيب ) أي وكذلك لا يجوز بيع العنب بالزبيب ( على هذا ) أي على الحكم المذكور وهو ما إذا كانا موضوعين على الأرض مبيع أحدهما بالآخر خرصاً لاحتمال الربـا ( وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز ) أي شراء الثمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصاً ( فيما دون خمسة أوسق ) ولا يجوز فيما زاد عليها قولاً واحداً ، وبه قال أحمد « رح » في قـــدر خمـسة أوسق ، له قولان في قول يجوز ، وهو منقول المزني عن الشافعي رضي الله تعالى عنه ، وفي قول لا يجوز وهو مختـــار المزني وهو مـــذهب أحمد « رح » والأول هو الأظهر عـند صاحب الوجيز .

( لأنه عليه الصلاة والسلام ) أي لأن النبي ﷺ ( نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق ) حديث المزابنة قـــد تقدم وحديث العرايا أخرجه البخاري ومسلم عن داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصهـا فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة

أوسق شك داود ، فقال دون خمسة أوسق والعرايا جمع عريه وهي النخلة التي عريها الرجل محتاجاً أي أن يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من العري بتمرلموضع حاجته سبب عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منه ، ثم اشتق منه الاعراء كذا قاله في الفائق والكلام في العرايا كثير وقد وضع الطحاوي لها باباً ، فقال باب العرايا وقد بسطت الكلام فيها في شرحنا له .

فأول ما قلت العرية فعليه ، بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا قصده ويحتمل أن يكون فعلية ، بمعنى فاعلة من عرى يعري إذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم ، فعريت أي خرجت ، وذكر الطحاوي بطريق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا ، حتى قال الطحاوي قد جاءت هذه الآثار عن رسول الله ﷺ وتواترت في الرخصة في بيع العرايا ، فقبلها أهل العلم جميعاً ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكن تنازعوا في تأويلها ، فقال قوم العرايا أن يكون الرجل له نخلة أو نخلتان في وسط النخيل الكثير لرجل آخر وقد كان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين بأهله فيضر ذلك لصاحب النخيل الكثير ، فرخص رسول الله ﷺ لصاحب النخل الكثير أن يعطي لصاحب النخل أو النخلتين بخرصة ماله من ذلك تمر لينصرف هو وأهله عنه ويخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير فيكون هو وأهله فيه .

وقد روى هذا لقوله عن مالك بن أنس ، قلت وروى أيضاً عن الأوزاعي « رح » وسعيد بن جبير « رح » . وقال قوم مثل هذا ، إلا أنهم خصوا بذلك المساكين يجعل لهم تمر النخل فيصعب عليهم القيام عليها ، فأبيح لهم أن يبيعوه بما شاؤوا من التمر ، وهذا قول سفيان بن حسين وسفيان بن عيينة ، وأحمد بن حنبل « رح » ، وقال قوم العرية الرجل يعري النخلة أو يستثني من ماله النخلة أو النخلتين أكلها ، فيبيعها بمثل خرصها ، وهو قول عبد العزيز سعيد الانصاري « رح » .

وقال قوم العرية أن يأتي أوان الرطب ، وهنالك قوم فقراء لا مال لهم ويريدون

إبتياع رطب يأكلونه مع الناس ولهم فضول تمر من أموالهم، فإنه لهم أن يشتروا الرطب بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، وأبي ثور . ولا عرية عندهما في غير النخلة والعنب ، وقال الطحاوي « رح » وكان أبو حنيفة « رح » يقول فيما سمعت أحمد بن عمران يذكر أنه سمع ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة«رح»، قال يعني ذلك عندنا أن يعرى الرجل الرجل تمر نخلة من نخلة فلم يسلم ذلك إليه حتى يبدو له ، فرخص له أن يحبس ذلك . ويعطيه مكانه بخرصة تمراً وكان هذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك « رح » ، لأن العرية إنما هي العطية ، ألا ترى إلى الذى مدح الانصار كيف مدحهم ، إذ يقول :

ليست بسنهـا ولا رجبيـة لكن عرايـا في السنين الجوائح

أي إنهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح ، فلو كانت العرية كما ذهب إليه مالك إذا لما كانوا ممدوحين بها إذا كانوا يصلحون كما يعطون ، ولكن العرية بخلاف ذلك ، قلت هذا الشعر لسويد بن الصامت من شعر الانصار .

يقال نخلة سنهـا ، وهي التي تحمل سنه وتحول سنه فلا تحمل ذلك عيب في النخل والرجبيـة بضم الراء وفتح الجيم وفتح الباء الموحدة وتشديد الياء آخر الحروف ، وهي النخلة التي رجب أي يبنى حولها جدار لتعتمد عليه ، والجوائح جمع جائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة ، وجاح الله ماله وأجاحه ماله واجتاحه على واحد، أى أملكه بالجائحة .

قوله إن تباع بخرصها تمراً منصوب على التمييز من يخرصها فإن قوله إن تباع مسنداً إلى ضمير يرجع إلى التمر الذى على رأس النخل ، لان الكلام فيه وأنت ضميره البارز في بخرصها على أنه جمع الثمرة ، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث فكان تقديره ، وهو أن يبيع العرايا ، أن يباع التمر الذى على رأس النخل بخرصها تمراً مجذوذاً بمثله خرصاً ، قوله أوسق جمع وسق بفتح الواو وهو ستون صاعاً وهو ثلاثمائة وعشرون رطلا عند أهل

قلنا العرية العطية لغة ، وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون براً مبتدءاً

---

الحجاز وأربع ماية وثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد ( قلنا العرية العطية لغـــة ) يعني العرية التي فيهـا الرخصة معناهـا في اللغة العطية دون البيـع .

( وتأويله ) أى تأويل قوله ورخص في العرايا ( أن يبيـع المعرى له ) أى الغرض ( ما على النخيل من المعرى ) بكسر الراء ( بتمر مجذوذ ) أى مقطوع ( وهو بيـــع مجازاً ) نظراً إلى الصورة ، حيث أعطى في مقابلة شيء تحرزاً عن الخلف فألقت أن ذلك كان على خمسة أوسق ، فظن الراوى أن اختصار الرخصة على ذلك المقدار ( لانـه لم يملكه ) أى لان المعرى لم يملك التمر الذى على رؤوس النخل لانـــه لم يقبضه فكيف يكون بيعاً ( فيكون براً مبتدأ ) أى يكون أعطى المعرى بكسر الراء التمر المجذوذ براً إبتداء لا بيعا له ، قال تاج الشريعة « رح » لانه أعطى شجرة وقـــال كل من ثمارهـــا ثم اعطى مثل ما كان على النخل يستقطـع دخوله في البستان ، وصار كما إذا اشترى المولى من عبده شيئا فأعطاه الثمن فيكون براً ابتداء بالاشراء فإن قلت صرح قلت في حديث زيد بن ثابت الذى أخرجه الترمذى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيـع التمر بالتمر ورخص في العرايا ، فدل سياق الحديث أن المراد من العرايا بيـع تمر بتمر أجيب أن القرآن في النظم لا يدل على القرآن في الحكم ، وقد يقرن الشيء بالشيء حكما مختلف فإن قلت جاء في حديث جابر أخرجه عن المزني عن الشافعي عن سفيان عن ابن جريـج عن جابر بن عبد الله « رح » ، قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة ، إلا أنه رخص في العرايا وأخرجه مسلم بأثر منه ، والاستثناء من البيـع يدل على أن العريـة هي البيـع حملا للإستثناء على الحقيقة لأنه الأصل فيه، أجيب بأنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل والمشهور قاض عليه ، فإن قلت في حديث أبي هريرة «رح»

قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة ، وهـذه بيوع كانت في الجاهلية هو أن يتراوض الرجلان على سلعة ، أي يتساومان فإذا لمسها المشتري

---

رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق، وهذا دليل على انه بيع لأنه ينفي حكم مافوق الخمسة ، ولو لم يكن المراد البيع لم ينتف حكم الرخصة فيما فوقها ، أجيب بأنه لا نسلم أنه ينفي ذلك لان تخصيص الشيء بالشيء ، لا يدل على نفي ما عداه وفائدة التخصيص في الخمسة لما أنهم كانوا يعرون في هذا القدر ، ولم يدل على نفي ما وراء ذلك ، وقد ذكرنا عن قريب أن الراوي ظن اختصار الرخصة على ذلك .

وقال الاترازي فإن قلت إن كان الأمر على ما ذهب إليه أبو حنيفة « رح » من تفسير العرايا فما فائدة الرخصة فيها حينئذ، قلت ما فائدته ما روينا من مختصر الطحاوي وهو حصول الطيب للمعري ، والمعرا وخروج المعرى من حكم الخلاف في الوعـــد ، وخروج المعرى من حكم مث أخذ عوضاً من شيء لم يملكه .

( قال ) أي القدوري « رح »( ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة )وفي بعض النسخ ، ذكر قوله والمنابذة بعدقوله والملامسة ، قلت هذا هو الأصح ، لأنه قال بعد ذلك ( وهذه بيوع )أشار بها إلى البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة ، وكذا فينسخة شيخنا العلاء رحمـــه الله ( كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان ) وفي المغرب المراءضة المداراة والمخاتلة كفعل الرائض مع الريض ومنها بيع المراوضة بيع المعاوضة عن الأزهري لأنه لا يخلو عن مداراة ومخاتلة وفي الإجارات ، البـائع والمشتري إذا تراوضا السلعة ،أي تـدار ما فيها وترك حرف الجر فيه نظر ( على سلعة ) متعلق بقوله يتراوض، وفسر قوله يتراوض الرجلان بقوله ( أي يتساومان ) من التساوم من السوم ، يقال سام البائع السلعة ، أي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري ، بمعنى استامها ، ومنه لا يسوم الرجل على سوم أخيه ، أي لا يشتري كذا في المغرب ( فإذا لمسها ) أى السلعة ( المشترى

أو نبذها إليه البائع ، أو وضع المشتري عليها حصاة ، لزم البيع ، فالأول بيع الملامسة ، والثاني بيع المنابذة ، والثالث إلقــاء الحجر ، وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة .

---

أو نبذها ) أى ألقاها ( إليه ) أى إلى المشترى ( البائع أو وضع المشترى عليها ) أى على السلعة ( حصاة لزم البيع ) .

وفي شرح الوجيز للملامسة ثلاث تأويلات ، أحدها أنــه يأتي بثوب مطوى ، أو في ظلمة فيلمسه المستام ، فيقول صاحبه بعتك هذا بكذا بشرط أن يقوم اللمس مقــام نظرت ، ولا خيار لك إذا رأيته ، فهو تأويل الشافعي رحمه الله في المختصر ، وهذا البيع باطل ، والثاني أن يجعلا نفس اللمس بيعاً بأن يقول البائع للمشترى ، إذا لمست ثوبي فهو مبيع وهذا باطل لما فيه من التعليق ، والثالث أن يبيعه شيئاً على انه متى يلمسه فقدوجب البيع وسقط خيار المجلس وهو فاسد أيضاً ، وللمنابذة ثلاث تأويلات أيضاً ، أحدها أن يجعل نفس نبذ الثوب بأن يقول إنبذ ثوبي إليك وتنبذ ثوبك إلي ، على أن كل واحــد بالآخر ، والثاني تأويل الشافعي رضي الله عنه في المختصر أن يقول ، بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك ، فقد وجب البيــع ، والثالث أن المراد منه نبذ الحصاة ، وهو أن يقول بعتك ثوباً من هذه الأثواب وأرمي به الحصاة فعلى أيه وقعت فهو المبيــع ، أو يقول بعتك هــذا هكذا على أنك بالخيار إلى أن ترمي بهذه الحصاة فالبيــع بــاطل في الكل .

( فالأول بيــع الملامسة ، والثاني بيــع المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيــع الملامسة والمنابذة ) وقد مر هذا عن قريب من حديث أنس « رح » وغيره ، والمنابذة تتناول الكل وقال الأكمل « رح » وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهى عنه منع الملامسة والمنابذة وبيــع إلقاء الحجر ملحق بهما ، لأنه في معناهما قلت ، قــد جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيــع الغرر وبيــع الحصاة » وما وقف الأكمل « رح » على هــذا الحديث ، فلذلك اقتصر على الكلام الذى قاله .

ولأن فيه تعليقاً بالخطر ، قال ولا يجوز بيع الثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء ، جاز البيع استحساناً وقد ذكرناه بفروعه ، قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد به الكلأ ، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه

---

( ولأن فيه )أي ولأن في كل واحد من هذه البيوع ( تعليقاً ) أي تعليق التمليك ( بالخطر ) وفي المغرب ، الخطر الإشراف على الهلاك ، قالت الشراح وفيه معنى القمار لأن التمليك لا يحتمل التعليق لإفضائه إلى معنى القمار .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على انه بالخيار في أن يأخذ أيها شاء جاز البيع استحساناً ) والقياس أن لا يجوز ، وبه قال زفر والشافعي رضي الله عنهما وقال السكاكي : وكذا عبد من عبدين ولا خلاف فيه لأحد حتى إذا قبضها وماتا ، يضمن نصف قيمة كل واحد ، لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مضمون بحكم البيع الفاسد ، والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فشاعت خيار الأمانه والضمان ( وقد ذكرناه بفروعه ) أي في باب خيار الشرط .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها ) وفسر المصنف قول محمد هذا بقوله ( والمراد به الكلأ ) أي المراد بالمراعي إطلاقاً لإسم المحل على الحال ، والكلأ واحد الإكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس ، كذا في المغرب وروى عن أن الكلأ ، ليس له ساق من الحشيس ، وقيل ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ ، وإنما فسر المصنف المراعي بالكلأ ، لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض ، وعلى الكلأ وعلى مصدر رعى ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز وهو غير صحيح ، لأن بيع الأرض وإجارتها صحيح سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن .

( أما البيع ) أي أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز ( فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث ) وهو ما رواه الطبراني في معجمه ، بإسناده عن ابن عمر

لاشتراك الناس فيه بالحديث ، وأمـــا الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى .

---

رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء في ثلاث ، الماء والكلأ والنـار ، رواه ابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قـــال قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار ، وثمنه حرام وفي سنده عبد الله بن خراش وهوضعيف ضعفه أبو زرعة ، وعن البخارى إنه منكر الحديث ، ورواه أبو داود في سننه عن رجل من الصحابة نحو رواية الطبراني ( وأما الإجارة ) أى عدم جواز الإجارة ( فلأنها ) أى الإجارة ( عقدت على استهلاك عين مباح ) فلا يجوز ( ولو عقدت ) أى الإجارة ( على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى ) يعني عدم جواز الإجارة على عين مباح بالطريق الأولى في عدم الجواز ، لأن محل الإجارة المنـــافع لا الأعيان باتفاق الفقهاء ، إلا إذا كانت آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة كالصبغ واللبن في استئجار الصباغ والظير ، لأن اللبن آلة للحضانة والطورة والصبغ آلة للصباغ ، ولم يذكر إن إجارة الكلأ وقت فاسدة أو باطلة ، وذكر في الشرب إنها فاسدة حتى يملك الآجر الاجرة بالقبض وينقد تمتعه فيها ، وقالوا معنى شركتهم فيها إن لهم الانتفاع بضوء النار والاصطلاء بها وتجفيف الثياب ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه ، كذا ذكر القدورى « رح » وكذا الانتفاع من المـــاء بالشرب ، وسقي الدواب والإستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة في الاراضي المملوكة ، وكذلك الإنتفاع بالإحتشاش من الاراضي المملوكة ، ولكن له أن يمنع من الدخول في أرضه فإن منع كان لغيره أن يقول إن لي في أرضك حقــاً فإما أن توصلني إلى حقي أو تحشه فتدفعه إلي أو تدعني آخذه كثوب رجل وقع في دار إنسان ، هــذا إذا أنبت طاهر ، وأما إذا أنبته صاحب الارض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ، ذكر في المحيط والذخيرة والنوازل، أن صاحبه يملكه وليس لاحد أن يأخذه بغير إذنه ، فجاز بيعه ، وذكر القدورى «رح» إنه لا يجوز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص ، وإنما تنقطع بالحيارة وسوق الماء إلى

قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وقال محمد « رح » يجوز إذا كان محرزاً ، وهو قول الشافعي « رح » لأنه حيوان منتفع به حقيقة ، وشرعاً فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل ، كالبغل والحمار

---

أرضه ، ليس بخياره الكلأ ، فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه .

وفي فتاوى الولوالجي رجل باع حشيشاً في أرضه ، إن كان صاحب الحشيش هو الذي أنبته بأن سقاها الماء لاجل الحشيش ، فنبت بتكلفه جاز بيعه لانه ملكه ، وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه كما لو أخذ السمك وألقاه في الماء ، فباع جاز ، وإن كان الحشيش ينبت بنفسه ، فلا يجوز بيعه لانه ليس بمملوك له لانه مباح ألا ترى أن لكل أحد من الناس أن يأخذه ، وذكره قاضي خان « رح » لو باع الكلأ أو الماء بعد الإحراز جاز ، لانه صار أخص به من غيره ، وفي الإيضاح لا يجوز بيع الكلأ في أرضه ولا ماء نهره أو بئره ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم وهكذا ذكره الطحاوي «رح» لأنه على أصل الإباحة فيما لم يحرزه لم يجز بيعه ، كبيع الصيد في أرضه ما لم يأخذه ، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في أرضه ما لم يقلعها ، وكذلك بيع السمكة في نهره أو حميه ( قال فلا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد يجوز إذا كان محرزاً ) أي مجموعاً ( وهو قول الشافعي رضي الله عنه ) وفي كتب الشافعي « رح » في بيع النحل في الكوارة وجهان ، أحدهما لا يجوز وهو اختيار أبي حامد هذا إذا لم يشاهده ولو اجتمع في الكوارة وشاهده جاز بيعه ، وكذا لو شاهده خارج الكوارة ، ففي جواز بيعه له وجهان ومحل الخلاف نحل العسل ، أما نحل غير العسل لا يجوز بالاجماع لانه من الهوام كالزنابير ( لانه ) أي لان النحل (حيوان منتفع به حقيقة ) باستيفاء ما يحدث منه ( وشرعا ) لعدم ما يمنع عنه شرعا وكل ما هو كذلك ( فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل ) كلمة إن واصلة بما قبله ( كالبغل والحمار ) فإن بيعهما يجوز بلا خلاف .

ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والإنتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخي « رح » ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة لأنه من الهوام وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد « رح » يجوز كيفما كان لكونه منتفعاً به

---

( ولهما ) أي ولابي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( إنه ) أي إن النحل ( من الهوام ) جمع هامة وهي دود الارض ( فلا يجوز بيعه كالزنابير ) والحيات والعقارب والوزع ( والانتفاع ) جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم إنه ينتفع به والإنتفاع إنما يحصل ( بما يخرج منه ) وهو العسل ( لا بعينه ) أي لا ينتفع بعين النحل ، قيل هذا احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ، لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما وقال الاكمل وفيه بعد لخروجهما بقوله ، قلت قابل هذا القول هو الكاكي « رح » شيخه .

( فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة ) بضم الكاف وتشديد الواو وهي معسل النحل إذا استويت من الطين ، وفي التهذيب كوارة النحل محققة ، وفي المغرب الكوارة والكوارة بالكسر من غير تشديد وقيد الزمخشرى بفتح الكاف ، وفي الغريبين بالضم ( فيها ) أي في الكوارة ( عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له ) كمافي بيع الارض مع الشرب ، وبيع الشرب وبيع العذرة المختلطة بالتراب ( كذا ذكره الكرخي « رح » ) في مختصره .

( ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة « رح » لانه من الهوام وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا ظهر فيه القز تبعا له ) أي للقز لانه صار منتفعا به فى المستقبل ( وعند محمد « رح » يجوز كيفما كان ) أي سواء كان معه القز أو لا ( لكونه منتفعا به ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وهو اختيار الصدر الشهيد « رح » وعليه الفتوى للتعامل

ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف « رح » مــــع أبي حنيفة « رح » كما في دود القز .

---

كذا فى الذخيرة وجامع المحبوبى .

( ولا يجوز بيــع بيضه ) أى بيض دود القز ، وهو البذر الذى منه يكون الدود ( عند أبى حنيفة « رح » ) لانه ممـــا لا ينتفع بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم فى الحال ( وعندهما ) أى عند أبى يوسف ومحمد « رح » ( يجوز لمكان الضروة ) وبـــه قال الشافعى « رح » فى وجه ، وأحمد « رح » وعليه الفتوى ( وقيل أبو يوسف « رح » مع أبى حنيفة « رح » كما فى دود القز ) فى عدم الجواز ، وقـــال الكرخى « رح » اجاز محمد « رح » بيــع النحل إذا كان مجموعا و كذلك دون القز ، يجوز بيعه والسلم فيه إذا كان فى وقته القز ، وجعل أجله فى وقته ، وكان محمد « رح » يضمن من قتله وقال الكرخي « رح » أيضاً واجمعوا على أن بيع هوام الأرض لا يجوز ، الحيات والعقارب ، والبزع والقطاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الأرض كلها .

وقالوا لا يجوز بيع شيء في البحر من الضفــادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك إلا السمك ، وفي الأجناس قال محمد بن الحسن رحمه الله ، إذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفــان أو أقل أو أكثر لا يجوز ، وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز ، إنمــا يجوز إذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان أما إذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز .

وقال الولوالجي « رح » في فتاواه امرأة أعطت بذر القز وهو بــذر الفليق بالنصف إمرأة فقامت عليه حتى أدرك ، فالفليق لصاحبة البذر لأنه حدث من بذرها ولهــا على صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها ، وعلى هــذا إذا دفع البقرة إلى إنسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة ولــه على صاحب البقرة ثمن العلف وأجرة المثل وكذلك إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف .

والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهى النبي ﷺ عنه ، ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لأن المنهى بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين ، وهذا غير

---

( والحمام إذا علم عدوها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم ) وفي فتاوى قاضي خان لو باع طيراً يطير في الهواء ، إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف ، جاز بيعه وإلا فلا ، وكذا بيع الحمام في البرج ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ولو باع الحمام الطائر وللشافعي « رح » فيه وجهان فمند بعض أصحابه « رح » الأصح الجواز لاعتبار العود ، عند أكثرهم الأصح عدم الجواز وكان حق وضع هذه المسألة ذكرها عند قوله ولا بيع الطير في الهواء فكأنه اتبع في ذلك الصدر الشهيد فإنه ذكر الحمام بعد ذكر النحل ودود القز في شرح الجامع الصغير .

( ولا يجوز بيع الآبق ) وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة ، وعن ابن عمر « رح » ويجوز بيعه وعن محمد بن سيرين « رح » يجوز بيعه لو عرف موضعه ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنه يجوز بيعه قيل هذا إذا علم المشتري ولو اختلفا في العلم ، فالقول للبائع وأما العبد المرسل في حاجة فيجوز بيعه كذا في المحيط ( لنهى النبي ﷺ عنه ) أي في بيع الآبق وهو ما رواه ابن ماجة في سننه مں حديث أبي سعيد الخدري « رح » ان النبي ﷺ نهى عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة القابض وضعفوه .

ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده عن أبي سعيد الخدري « رح » مرفوعاً إلا انه قال وعن بيع العبد وهو آبق عوض قوله وشراء ( ولأنه لا يقدر على تسليمه ) أي تسليم الآبق ( قال ) أي محمد « رح » ( إلا أن يبيعه ) أي الآبق ( من رجل زعم إنه عنده لان المنهى ) في الحديث ( بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين ، وهذا غير

آبق في حق المشتري ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى ، العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده،وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده ، وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لانـه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعـــه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لايقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الآباق. وعن أبي حنيفة « رح » أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لان العقد انعقـــد بقيام المالية والمانع قد ارتفع

---

آبق في حق المشتري ) لأنه عنده في زعمه ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه .

( ولأنـــه ) أي ولأن الآبق ( إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ) أي المعجز عن التسليم هو المـانع من البيع ( ثم لا يصير ) أي المشتري ( قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه ) أي أشهد عند الأخذ انه أخذه للرد، ولا يرده على المولى ( لأنه ) يصير ( أمانة عنده ) ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى يـــد المولى فهلك الأمانة ( وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيـع ) لأن الأدنى لا ينوب عن الأعلى ( ولو كان لم يشهد ) عند الأخذ صوابه عند القبض ( يجب أن يصير قابضاً لأنـــه قبض غصب ) وقبض الغصب قبض ضمان ، فينوب عن قبض البيـع وهو قبض ضمان .

( ولو قال هو ) أي الآبق ( عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنـــه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه ) لأنـه آبق مطلق ( ولو باع الآبق ) من رجل ( ثم عاد من الآباق ) . وسلمه للمشتري لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وهو ظاهر رواية وبه أخذ مشايخ بلخ « رح » ( وعن أبي حنيفة « رح » أنه يتم العقد إذا لم يفسخ ) يعني إذا عاد العبد من إباقه يتم العقد ، ولكن يشترط أن لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده ، وإن فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديـــد ( لأن العقد انعقد بقيام المالية ) لأن الآبق مال مملوك ( والمانع ) من الجواز ( قـد ارتفع

وهو العجوز عن التسليم كما إذا أبق بعدالبيع ، وهكذا يروى عن محمد « رح» قال ولا بيع لبن إمرأة في قدح ، وقال الشافعي « رح» يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا إنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الإبتذال بالبيـــع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة ، وعن أبي يوسف « رح » إنه يجوز بيع لبن الامة لانـه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قـــد حل نفسها ، فأما اللبن فلا رق فيه لانه

---

وهو ) أي المانع ( العجز عن التسليم ) فصار ( كما إذا أبق بعد البيع) وبه أخذ الكرخي « رح » وجماعة من المشايخ ، كذا ذكره الاسبيجابي .

( وهكذا يروى عن محمد « رح » ) يعني مثل ما روى عن أبي حنيفة رضي الله عنه ( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ولا بيع لبن امرأة ) أي ولا يجوز بيـع لبن امرأة، وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، وأبو القاسم « رح » ابن يسار من أصحاب الشافعي « رح » لأنه نجس عنده ( في قدح ) قال الكاكي « رح » ذكر القدح اتفاقي وإن حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح ، ولكنه أخرج الكلام مخرج العادة ثم قـال والأصح إن هذا قيد مفيد لأنه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح ، وإنما يجوز لكونه في الضرع كما هو الحكم في لبن سائر الحيوانات ، فإنه لا يجوز في الضرع ويجوز في القدح في غيره من الإناء إليه ، أشار الإمام أبو جعفر « رح » في كشف الغوامض .

( وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر ) إحترز بالطاهر عن الخمر فإنها نجسة فلا يحل بيعها ( ولنا إنه جزء الآدمي وهو ) أي الآدمي ( بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ) أي محفوظ عن الإهانة بسبب البيع .

( ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة ، وعن أبي يوسف « رح » إنـــه يجوز بيـع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها) إعتباراً للجزء بالكل ( قلنا الرق قد حل نفسها ، أما اللبن فلا رق فيه ) لأن الرق ضعفي حكمي (لأنه

يختص بمحـــل يتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحـي ولا حياة في اللبن ، قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الإنتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلـــك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده ، عند أبي يوسف « رح » وعنـــد

---

يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي هي ضده ) أي ضد الرق يعني العتق ( وهو ) أي المحل ( الحى ) ومعناه أنهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد وهما ضدان .

( ولا حياة في اللبن ) فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفـاء الموضوع ، والجواب عن قوله مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروباً مطلقاً أو في حـــال الضرورة ، والأول ممنوع فلأنه إذا استغنى عنه حرم شربه ، والثاني مسلم لأنه غذاء عند الضرورة وليست بمال فلا يجوز بيعه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ولا يجوز بيـع شعر الخنزير ) باتفاق الأئمة « رح » ( لأنه ) أي لأن الخنزير ( نجس العين فلا يجوز بيعه ) أي بيع شعره ( إهانة له ) كالخمر لأن النجاسة في الشعر كهواء المحل وجواز المبيـع يشعر بإعزازه .

( ويجوز الانتفاع به ) أي بشعر الخنزير ( للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ) أي لأن عمل الخرز لا يتأتى بدونه والضرورة ، أكد في إثبات التخفيف وسقوط الخطر والإنتفاع بلحمه جائز عند الضرورة بالنص ، فالإنتفاع بشعره كان أولى عنـــد الضرورة لأن الشعر أخف منـــه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا ( ويوجد مباح الأصل ) جواب عما يقال إذا كان كذلك ينبغي أن يجوز بيعه وتقرير الجواب أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل ( فلا ضرورة إلى بيعه ) وعلى هـــذا قيل إذا كان لا يوجد إلا بالبيـع جاز بيعه ، لكن الثمن لا يطيب للبائع ، وقال أبو الليث إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء فينبغى أن يجوز لهم الشراء .

( ولو وقع ) أي شعر الخنزير ( في الماء القليل أفسده عند أبى يوسف « رح » وعند

محمد « رح » لا يفسده لان إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف «رح» إن الإطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الإستعمال وحالة الوقوع تغايرها ، ولا يجوز بيع شعر الإنسان ولا الإنتفاع به لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً مبتذلاً ، وقد قال عليـــه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث ،

---

محمد « رح » لا يفسد لأن إطلاق الإنتفاع به دليل طهارته ) ووقوع الطاهر في المـاء لا ينجسه ( ولأبي يوسف « رح » إن الاطلاق ) أي إطلاق الجواز ( للضرورة فلا تظهر ) أي الضرورة ( إلا في حالة الإستعمال وحالة الوقوع تغايرها ) أي تغاير حالة الاستعمال ولا بأس للساكنة أن يصلوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم .

( ولا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع به ) ولا خلاف فيه للفقهاء إلا روايةعن محمد « رح » يجوز الانتفاع بشعر الآدمى ، استدلالاً بما روي ، أن النبي ﷺ حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه وكانوا يتبركون به ولو كان نجساً لما فعل ، إذا النجس لا يتبرك به وجه الظاهر هو قوله ( لأن الآدمى مكرم غير مبتذل ) قال الكاكى « رح » بكسر الدال يعني بالمعجمة ومعناه غير تارك بتهاون نفسه ( فلا يجوز أن يكون جزء من أجزائه مهاناً مبتذلاً ) بفتح الذال كيلا يلزم الإهانة .

( وقد قال عليـــه الصلاة والسلام ) أي وقد قال النبي ﷺ ( لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث ) هذا الحديث أخرجه الائمة الستة « رح » في كتبهم كلهم منحديث عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ قال لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة انتهى .

وقال أبو داود « رح » الواصلة هى التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها ، والواشمة التي تجعل الخيلان في وجهها بكحل أو مداد والمستوشمة المعمول بهـــا ، والاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعر الانسان والانتفاع به لكرامته غير واضح ،

وإنمـــا يرخص فيمـا يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النسـاء وذوائبهن ، قال ولا بيـــع جلود الميتة قبل أن تدبـغ لا نه غير منتفع به ، قال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو إسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلاة ولا بأس ببيعها والإنتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلاة ، ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنهـا وشعرها ووبرها والإنتفاع بذلك

---

كذا قيل قلت واضح به لأن المدعى عدم جواز البيـع وعدم جواز الانتفاع به واستحقاق اللعن في الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع يدل على عدم جواز البيـع ( وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيـــد في قرون النساء وفي ذوائبهن ) وهو اتخاذ القوابيل وهو رخصة، وهو يتخذ من وبر الجمل ليزيد في أصول شعورهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل . وقال الجوهري القوابل ما تشهرها المرأة من شعرها .

( قال ) أي محمد « رح » فى الجامع الصغير ( ولا بيـع جلود الميتة قبل أن تدبغ ) أي ولا يجوز بيعها قبل الدباغة قيد بقوله قبل أن تدبغ لأن بعد الدبغ يجوز بلا خلاف بين الفقهاء فإن قيل نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ، ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس ، أجيب بأنها خلقية فما لم تزايل كالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فانها بالمجاورة فلا يتغير حكم أصول الثوب ( لأنه غير منتفع به ) أي بجلود الميتة قبل الدباغة .

( قال عليه الصلاة والسلام ) أي قال النبي ﷺ ( لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ) هذا الحديث رواه الأربعة « رح » من حديث عبد الله بن علقم عن النبي ﷺ إنـــه كتب إلى جهينه قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب وقد تقدم فى كتـــاب الطهارة فى باب الماء الذي يجوز الوضوء به وبسطنا الكلام فيه هنـــاك ( وهو ) أي الاهاب ( إسم لغير المدبوغ على ما مر فى كتاب الصلاة)(١) ولم يمر إلا فى كتاب الطهارات .

( ولا بأس ببيـع عظام الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وقرنها ووبرها والانتفاع بهذا

---

(١) هنا سقط في الاصل .

كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل ، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد « رح » وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به .

---

كله ) وفى بعض النسخ بذلك كله أشار به إلى المذكورات قبله ( لأنها ) أي لأن هذه الأشياء ( طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة ) لان الموت لا تحل إلى فى محل الحياة ( وقد قررناه من قبل ) وقال الكاكى « رح » فى كتاب الصلاة وليس كذلك بل فى كتاب الطهارة بقوله وشعر الميتة وعظمها طاهر وقد تكلمنا هناك بما فيه من الخلاف مبسوطاً .

( والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد « رح » ) فلا يجوز بيعه مطلقا ولا يجوز الانتفاع به لأنه نوع من الخنزير ( وعندهما ) أي عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف«رح» ( بمنزلة السباع) يعني ليس بنجس العين كالخنزير ( حق يباع عظمه وينتفع به ) أي بالفيل في الركوب والحمل وغير ذلك .

ويجوز أن يرجع الضمير إلى المعظم لما ذكره البخاري « رح » في صحيحه عن الزهري « رح » قال في عظام الموتى نحو الفيل وغيره أدركت ناساً من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون بها لا يرون باساً ، وقال ابن سيرين « رح » وابراهيم لا بأس بتجارة العاج .

وقال الكرخي « رح » في مختصره وأما الفيل فاجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف ، وكذلك ذكر في البيوع في كتاب العيون ولكن ذكر في باب الطهارات من العيون عن محمد بن الحسن « رح » أنه قال الفيل لا يقع عليه الزكاة ، وإذا دبغ جلده لم يطهر .

وروي عن محمد في كتاب الحج عن أبي حنيفة « رح » قال لا بأس ببيع عظام الفيل وغيرها من الميتة و كذلك جلدها إذا دبغ ، وروي عن أبي يوسف « رح » نحو هذا أو ذكر في العيون أيضاً رواية ابراهيم بن رستم عن محمد « رح » في إمرأة صلت وفي عنقها قلادة فيها من كلب أو أسد أو شعطب [1] فصلاتها تامة لأنه يقع عليها الزكاة .

---

(١) هكذا وردت في الأصل .

قال وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر ، فسقطا أو سقط العلو وحده ، فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومنفرداً في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ «رح» لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف

---

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر ، فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال ) لأنه يتعلق بالهواء ، والهواء ليس بمال ( لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المحل للبيع ) والهواء ليس بمحل وإنما يجوز قبل الإنهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق ( بخلاف الشرب ) هذا جواب عما يقال الشرب حق الأرض ، ولهذا قال في كتاب الشرب إذا اشترى أرضاً لم يكن له شرب ينبغي أن لا يجوز ، فأجاب بقوله بخلاف الشرب ( حيث يجوز بيعه تبعاً للارض باتفاق الروايات ومنفرداً ) أي ويجوز بيعه أيضاً حال كونه مفرداً ( في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ « رح » لأنه ) أي لأن الشرب ( حظ من الماء ) والماء عين فكان بيع الشربْ بيع العين أو بيع شيء يتعلق بالعين ، فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدوماً في الأرض أجيب بانها جوز للضرورة أو بعرضية وجوده كما في السلم والإستصناع .

( ولهذا ) ولكون الشرب حظاً من الماء ( يضمن بالاتلاف ) بأن سقى رجل أرضه بشرب غيره يضمن ، وهو رواية البزدوي « رح » ، وعلى رواية شيخ الاسلام « رح » لا يضمن وقيل يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع ، وقيل في المسألة روايتان ونقل عن الامام جمال الدين ابن المصنف رحمهما الله قال والاتلاف أن يكون بأن يشهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء ولا وجه للقول بالضمان بالاتلاف سوى هذه الصورة لأنه لو ضمن بغيرها أما أن يضمن بالسقي أو يمنع حق الشرب ، ولا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ، ولا وجه إلى الثاني لأنه منع حق الغير ليس بسبب الضمان

وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتـــاب الشرب ، قال وبيع الطريق وهبته جائز وبيـــع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل ، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضاً معلوماً ، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر مـــا يشغله من الماء ، وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على أحدهما

---

بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد ( وله ) أي الشرب ( قسط من الثمن ) يعني إذا بيعت أرض وفيها نهر يقع الثمن عليهما ( على ما نذكره في كتاب الشرب ) قال الاترازي « رح » أي في المبسوط قلت هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره وفي بعض النسخ على مـــا نذكره بصيغة الجمع ، فإن صحت هذه النسخة يكون المراد من قوله في كتـــاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كبرى الأنهار في كتاب إحياء الموات .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( وبيع الطريق وهبته جائز ، وبيع مسيل الماء وهبته باطل ) هذا لفظ محمد « رح » وقال المصنف رحمه الله ( والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسييل فـإن كان الأول ) وهو بيع رقبة الطريق والمسيل ( فوجه الفرق بين المسألتين ) وهما بيع رقبة الطريق وبيـــع مسيل الماء ( أن الطريق معلوم لأن له ) أي للطريق ( طولاً وعرضاً معلوماً ) فإن عرضه مقدار باب الدار وطوله إلى السكة النافذة غالباً فيجوز البيع ( وأما المسيل ) أي مسيل الماء ( فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله من الماء ) أي قدر ما يشغل المسيل لأنه يختلف بقلة الماء وكثرته ، حتى لو باع رقبة الأرض بمسيل الماء وبين موضعه وحدوده جاز .

( وإن كان الثاني ) وهو حق المرور وحق مسيل المـــاء ( ففي بيع حق المرور روايتان ) أحدهما رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي « رح » لجهالته ، والأخرى رواية القسمة يجوز وبه أخذ عامة المشايخ « رح » ( ووجه الفرق على إحداهما ) أي على

بينه وبين حق المسيل إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين ، إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فأشبه الاعيان ، قال ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما

---

إحدى الروايتين ( بينه ) أي بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية ( وبين حق المسيل ) حيث لم يجز بيعه أصلاً ( إن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق ) لأنه معلوم القدر ( أما المسيل على السطح ) . أي أما حق المسيل على السطح ( فهو نظير حق التعلي ) وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات ( وعلى الأرض ) أي وحق المسيل إن كان على الارض ( مجهول لجهالة محله ) أي لجهالة قدر ما يشغله الماء ( ووجه الفرق بين حق المرور ) حيث جاز بيعه على هذة الرواية ( وحق التعلي ) أي وبين حق التعلي حيث لم يجز أصلاً ( على إحدى الروايتين ) متعلق بحق المرور لان حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات ( إن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء ) فأخذ حكم ما لا يبقى ( فأشبه المنافع ) لانها لا بقاء لها ( أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فأشبه الاعيان ) لان لها بقاء .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن باع جارية فإذا هو غلام ) ذكر الضمير باعتبار تذكير الخبر وعكسه ، فإن اشترى عبداً فإذا هو جارية ( فلا بيع بينهما) أي لا يجوز البيع وانما ذكر هذه العبارة لانه لم يغير لفظ محمد « رح » في الجامع ، وعند زفر « رح » يجوز فصار كأنه اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو لم يكن فصح البيع وثبت له الخيار وهو قياس مذهب الشافعي رضي الله عنه بفوات الوصف المرغوب فيه ، وعن أبي حنيفة « رح » أنه أثبت له الخيار في مثل هذا ثم اختلف المشايخ « رح » في

بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ، والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد « رح » وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى

---

قول محمد « رح » فلا بيع بينهما ، إنه إما باطل أو فاسد ، وقال صاحب الايضاح باطل يتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل ، وقال بعضهم إنه فاسد وهو اختيار الكرخي « رح » ، ونقل الاترازي هذا بعد أن قال بعضهم في شرحه ، ثم قال هذا اختلاف عجيب ونقل هذا عن الكرخي « رح » عجيب ، أما الاول فلأن محمداً « رح » قال لا بيع بينهما فهو تنصيص على البطلان ، لان مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد .

وأما الثاني فأن الكرخي « رح » صرح في مختصره ، بأن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ، ثم في اختلاف الجنس كما إذا باع فضة على أنه ياقوت فكان زجاجاً ، أو باع هذا الثوب على أنه خزفاً فإذا هو مرغزي ، قال فالبيع باطل قلت الذي قال هذا هو قول السغناقي « رح » وكذا نقله الكاكي « رح » في شرحه .

قلت قوله وتنصيص على البطلان غير مسلم لان البيع الذي وقع بعد كلمة النفي أعم من الباطل والفاسد ، ودعوى التعيين تحكم وأما الكرخي « رح » فانه يحتمل أن يكون عنه فيه روايتان ( بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ) أي المشتري ( والفرق ) يعني بين المسألتين ( يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد « رح » ) وذلك الأصل متفق عليه ولكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد رحمه الله في مسألة التزوج على دن من الخل ، إلا أن ذلك الأصل عند محمد « رح » ، ولهذا لم يقع الإختلاف بينهم في هذه المسألة ( وهو ) أي الأصل ( إن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ) لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة

ويبطل لانعدامه وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليـــه و ينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبداً على انه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكـر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض . وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها ، وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان ، والوذاري والزنديجي

---

لأن الإشارة لتعريف الذات ، فإنه إذا قال هذا صار الذات معيناً والتسمية إعلام الماهية وإنه أمر زائـــد على أصل الذات فكانت أبلغ في التعريف فلذلك تعلق الحكم بالمسمى لا بالمشار إليه .

( ويبطل لانعدامه ) أي ويبطل العقد لانعدام المسمى ( وفي متحدى الجنس يتعلق ) أي العقد ( بالمشار إليـــه وينعقد لوجوده ويتخير ) أي المشتري ( لفوات الوصف ) المرغوب فيه ( كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب ) حيث ينعقد العقد ويتخير المشترى ( وفي مسألتنا ) أراد بهـــا المسألة المصدرة وهي قوله ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما ( والذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض ) لأن المطلوب من العبد الإستخدام خارج الدار ومن الأمـة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد ، والغلام لا يصلح للاستفراش والاستيلاد فكان التفاوت بينهما فاحشاً .

( وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها ) [1] أي في الأغراض ( وهو المعتبر ) أي التفاوت هو المعتبر ( في هذا ) أي في كونهما جنسين متحدين أو مختلفين (دون الأصل) أي أصل المـــادة والماهية ( كالخل والدبس جنسان ) مع اتحاد أصليهما وهو العنب (والوذاري ) بكسر الواو وفتحهـا وبالذال المعجمة ، وهو ثوب منسوب إلى وذار وهي قرية بسمرقند ( والزندينجي ) بفتح الزاي وسكون النون وفتح الدال المهملة وكسر

---

(١) للتقارب فيها – هامش .

على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما ، ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها عن البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني ، وقال الشافعي « رح » يجرز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء ، وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول أو بالزيادة أو بالعرض

---

النون وبالياء آخر الحروف الساكنة وبالجيم ثوب منسوب إلى زندنة على خلاف القياس وهي من أشهر قصبات بخارى ( على ما قالوا جنسان ) أي على ما قال المشايخ « رح » في شروح الجامع الصغير أنهما جنسان ( مع اتحاد اصلهما ) يعني مع أن أصلهما متحد وقالت الحكماء الذكر والأنثى من بني آدم جنس واحد لاتحدهما في الحقيقة والجنس مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة ، وأهل الحق جعلوهما جنسين لتفاوت المقاصد ، والحق معهم لأن اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص لا بأصل المادة لكونه لو اعتبر أصل المادة ينبغي أن لا يكون الفرس والإنسان جنسين (١) لاتحاد مادتهما وهو النطفة .

( ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها عن البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني ) وبه قال مالك وأحمد « رح » واعلم أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا ( وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز ) وبعد نقد الثمن يجوز عندنا أيضاً وبالمثل أو الأكثر يجوز بالإجماع سواء كان قبل نقد الثمن أو بعده وكذا يجوز قبل نقد الثمن إذا اشترى بعرض قيمته أقل منه ( لأن الملك ) أي ملك المشتري ( قد تم فيها ) أي في الجارية ( بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار ) أي حكم هذا ( كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة ) من الثمن الأول ( أو بالعرض ) يعني باعها منه بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض أقل من قيمة الألف يجوز بالإجماع وقيد بالعرض لأنه لو باعها منه بالدنانير وقيمة الدنانير أقل من الألف لا يجوز عندنا استحساناً ويجوز قياساً ، وهو قول زفر « رح » وقال الكاكي « رح » وفي بعض

---

(١) مختلفين — هامش .

ولنــــا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة بئس ما شريت واشتريت أبلغي زيد ابن أرقم أن الله « تعالى » أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب .

---

الحواشي مال كثير من مشايخنا « رح » كالكرخي والزعفراني « رح » والصفار إلى قول الشافعي « رح » في هذه المسألة والقياس ما قاله ، ولكن ما وجدته في كتب عندي (ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمان مائة بئس ما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أن الله « تعالى » قد أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب ) .

هذا أخرجه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأته « رح » انها دخلت على عائشة رضي الله عنها في نسوة فسألت امرأة فقالت يا أم المؤمنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمان مائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدت له الستمائة و كتبت عليه بثمان مائة ، فقالت عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أخبري زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب ، فقالت المرأة لعائشة رضي الله عنها أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت ﴿ فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف ﴾ آية – ٢٧٥ – البقرة وأخرجه الدارقطني « رح » ثم البيهقي « رح » في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمذاني « رح » عن أمه العالية ، قالت كنت قاعدة عند عائشة رضي الله عنها فأتتها أم محبة فقالت إني بعت زيد بن أرقم جارية إلى عطاء فذكر بنحوه ، وقال الدارقطني أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما قلت بل أم العالية إمرأة معروفة جليلة القدر ذكرهما ابن سعد « رح » في الطبقات ، فقال أم العالية بنت أنفع بن شرحبيل امرأة أبي إسحاق السيفي « رح » سمعت من عائشة رضي الله عنها وأم محبة بضم الميم وكسر الحاء كذا ضبطه الدارقطنى « رح » في كتاب المؤتلف والمختلف .

ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيـــع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بـــلا عوض بخلاف ما إذا باع بالعرض ، لان الفضل إنما يظهر عند المجانسة ،

---

ورواه أبو حنيفة « رح » في مسنده عن أبي إسحاق التبعي [1] عن امرأة أبي الغمير « رح » سألت عائشة رضى الله عنها فقالت إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمان مائـــة واشتراها مني بستمائة فقالت أبلغي عني زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده إن لم يتب ، وجه الاستدلال أنها جعلت خبراً مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ ، إن لم يتب وأجز به الجرائم لا تعلم بالرأي فكان مسموعاً من رسول الله ﷺ ، والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسداً وإن زيداً اعتذر إليهـا وهو دليل على كونه مسموعاً لأنه في المجتهد ، إن كان بعضهم يخالف بعضاً وما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه ، فإن قلت يجوز أن يكون إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهـــو رجل مجهول قلت ثبت من مذهب عائشة ( رض ) جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب علي رضي الله عنه وابن أبي ليلى « رح » وآخرين فلم يكن كذلك ، فإن قلت لم كرهت العقد الأول مع أن الفساد من الثاني ، قلت لأنها تطرق به إلى الثاني كالسفر يكون محظوراً إذا كان لقطع الطريق وإن كان السفر مباحاً في نفسه ، فإن قلت القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيـــد للتصرف في المبيع قبل القبض ، قلت تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا إلا لعدم القبض ، فإن قلت الوعيد قـــد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فانـه جائز مع وجود الوعيد ، قلت الوعيد ليس للبيع ثمة بل ليس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقاً ( ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه ) أي في ضمان البائع قبل القبض ( فإذا وصل إليـــه المبيع ووقعت المقاصة ) أي بين الثمن في الاول وبين الثمن في البيع الثاني إذا عاد إليه الكل الذي زال عنه بعينه ( بقى له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض ) فهذا ربح حصل لا على ضمانه ونهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن ( بخلاف ما إذا باع بالعوض لأن الفضل إنما يظهر

---

(١) هكذا وردت في الأصل وأظن أن الصحيح التابعي – اهـ – مصححه .

قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الاخرى لانه

---

عند المجانسة) لأن الربح لا يظهر عند مخالفة الجنس، وقال الكرخي «رح» في مختصره ولا يجوز أن يشتري ذلك أم وكيل البائع ولا عبد البائع مأذون له في التجارة في قولهم جميعاً وإن اشتراه والد البائع أو ولد ولده علا أو سفل أو من يجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبي حنيفة « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » ذلك جائز ولذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعوه ، فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الاول فاشتراه ، فالشراء جائز عند أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف « رح » الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الامر ، وقال محمد « رح » يلزم الامر شراً فاسداً وقال في شرح الطحاوي إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث ولو مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن يجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا يمنع بخلاف المشتري ، وعن أبي يوسف « رح » انه قال لا يجوز شراء وارث البائع أيضاً كوارث المشترى .

( قال ) قال أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى ) أي وجارية أخرى ( معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة ، جاز البيع [1] في التي لم يشترها ) أي في الجارية التي لم يشترها ( من البائع ويبطل ) أي البيع ( في الاخرى ) اي في الجارية الاخرى ، وهذه المسألة فروع المسألة المتقدمة لانها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع ، وبين ذلك بقوله ( لانه ) أي لان المشتري لما باع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هي التي اشتراها من البائع في المرة الاولى بخمسمائة والاخرى هي التي

---

(١) فالبيع جائز — هامش .

لا بـــد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشترياً للاخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا ، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ، ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه ، أو لانه باعتبار شبهة الربا ،

---

لم يشترها منه ( لا بد ان يجعل بعض الثمن ) في البيع الثاني ( بمقابلة التي ) اي بمقابلـة الجارية التي ( لم يشترها منه ) .

فلا محالة ان يكون ثمن الجارية التي بيعت اولا اقل مما بيعت ( فيكون مشتريـــاً للأخرى بأقل مما باع ، وهو فاسد عندنا ) كما في المسألة المتقدمة ( ولم يوجد هذا المعنى ) وهو الشراء بأقل مما باع ( في صاحبتها ) وهي الجارية التي ضمها إلى الجارية المبيعة لانه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه فيجوز لعدم المفسد ( ولا يشيع الفساد ولانه ضعيف فيها ) أي لان الفساد ضعيف في الجارية المشتراة ، ولما ضعف الفساد ولم يتعد إلى المضمومة إليها كما لو باع قناً ومدبرا حيث يصح في القن ولم يتعد فساد البيع في المدبر إلى القن لكون بيع المدبر مجتهداً فيه ( لكونه ) اي لكون الشراء فساد ما باع بأقل مما باع ( مجتهداً فيه ) فان عند الشافعي رضى الله عنه يجوز بخلاف الجمع بين الحر والعبد في عقد واحد حيث يشيع الفساد في القن لان الفساد في الحر قوي مجمع عليـــه ، فان قلت يشكل بما إذا اسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصة كل واحد ودفع رأس المال إليه فان السلم في الزيت لا يجوز وإن كان الفساد في هذا العقد مجتهداً فيه ، فان اسلم الحنطة في الشعير جائز عند الشافعي رضي الله عنه قلت مبنى عقد السلم على المضايقة لتوقف الجواز على شرائط لم نتوقف عليها مطلق البيع فلا يلزم من تأثير الضعيف فيـــه تأثيره فيما بنى على التوسع .

(أو لأنه) أي ولأن الفساد ( باعتبار شبهة الربا ) فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة لكنـــا اعتبرنا شبهة الشبهة ، والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة ،وبيان ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان « رح » وهو أن في المسألة الأولى إنما لم يصح شراء مـــا

باع بأقل مما باع لشبهة الربا ، وذلك لأن الألف وأن وجب البائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيباً فيرده فيسقط الثمن عن المشتري ،وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشترياً ألفاً بخمسمائة من هذا الوجه ، والشبهة ملحقة في الحقيقة في باب الربا احتياطاً (أو لأنه) أي أو لأن الفساد (طار) فلا يتعدى إلى الآخر ( لأنه ) أي لأن الفساد ( يظهر بانقسام الثمن ) وحاصل الكلام أن لظهور الفساد في المشتراة وجهين أحدهما انقسام الثمن والآخر هو قوله ( أو المقاصة ) .

أما بيان انقسام الثمن فيما قال تاج الشريعة « رح » أو لأنه طارىء يعني أن فساد العقد في البعض إنما يؤثر في الباقي إذا كان المفسد مقارناً ، وها هنا طارئاً لأنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه بأقل من الثمن الأول بل جعل كل الثمن بمقابلة الجاريتين ، ثم ينقسم الثمن إذا وقعت المقاصة بين الثمن الثاني والأول ويبقى من الثمن الأول فضل يستحق الفساد ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقد الثاني فيكون طارئاً .

وأما بيان المقاصة فلأنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا بخمسمائة مثلها ، بقى للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع يجب عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طرفه ( فلا يسري إلى غيرها ) أي فلا يسري الفساد إلى غير المشتراة ، كما إذا باع عبدين وفي أحدهما أجل إلى الحصاد ، أو جمع بين عبد ومدبر وباعهما فإن البيع لا يفسد في القن ولا في المدبر لأجل فيه .

وقال شمس الأئمة « رح » في مبسوطه في هذه المسألة فإن قيل ينبغي أن يجعل مقابلة ما باع مثل الثمن الأول احتياطاً لتصحيح العقد قلنا هذا الوجه غير متمين فإنه وإن جعل بمقابلته أكثر من الثمن الأول يجوز العقد أيضا ، وعند المقاصة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل وفيه نوع تأمل ، فإن قيل ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لأن قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الآخر وهو شرط فاسد كما هو مذهب أبي حنيفة «رح» في نظائرها ، قلنا قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد ، ألا ترى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن

قال ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً ، فهو فاسد ، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز ، لأن الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه ، قال ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال ، فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال

---

الأول أو خلاف جنس الثمن الاول كان صحيحاً ، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه ، وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقد في العبد الثاني .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه بكل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه ) أى يطرح البائع عن المشتري ( بوزن الظرف جاز ) أي البيع ( لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد ) فإن مقتضاه أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد ، وعسى أن يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر ، يشرط مقدار معين مخالف لمقتضاه ، وأيضاً ففيه نفع لاحد المتعاقدين من قبل ، إن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب تكميله فيخرج عن البيع بعض الزيت ولا يدرك ما مقداره ، وإن كان وزن الظرف أكثر وجب ضم نفس الظرف إلى الزيت ولا يدري كم يكون .

( والثاني ) أي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف ( يقتضيه ) أي العقد لان طرح الظرف بوزنه شرط يوجبه العقد لان الظرف غير مبيع وطرح وزن الظرف واجب فيكون شرطاً ملائماً للعقد فلا يفسد العقد به ، كذا في جامع البزدوي ( قال ومن اشترى سمناً في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال ) صورة المسألة في الجامع ، محمد عن يعقوب « رح » عن أبي حنيفة « رح » في رجل اشترى من رجل السمن الذي في الزق ، كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه عشرة أرطال ،

فالقول قول المشتري ، لأنه اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض ، فالقول قول القابض ضميناً كان أو أميناً ، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن ، فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة ، قال وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك ، جاز عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير ، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ، إن الموكل لا يليه

---

وقال البائع الزق غير هذا وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلاً ، قال هذا جائز ( فالقول قول المشتري ) أي مع يمينه إذا لم يقم البائع البينة .

( لانه ) أي لان هذا الإختلاف (اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضميناً كان ) كالمغاصب ( أو أميناً ) كالمودع ( وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة ) والقول قول المنكر مع يمينه ، فإن قيل الإختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه المعدول إلى الحلف ، أجيب بأن موجبه إذا كان قصداً وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الإختلاف في الزق ، والفقه فيه أن الإختلاف الإبتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما يدع خلاف عقد الآخر ، وأما الإختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلايوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة « رح » وقالا لا يجوز على المسلم ) يعني يبطل ولا ينفذعلى المسلم ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رضي الله عنهم ( وعلى هذا الخلاف الخنزير ) إذا وكل المسلم نصرانياً ببيع خنزير أو شرائه ( وعلى هذا ) الخلاف ( ( توكيل المحرم ) آخر ( غيره ببيع صيده لهما ) أي لابي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( ان الموكل لا يليه )أي

فلا يوليه غيره لان ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ، ولابي حنيفة « رح » أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك إلى الامر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما إذا ورثهما . ثم إن كان خمراً يخللها وإن كان خنزيراً يسيبه ،

---

لا يلي الذي أمره للنصراني ( فلا يوليه غيره ) لان المسلم لا يملك بنفسه فلا يملك غيره ، لان تمليك ما لا يملك لا يجوز كنكاح المجوسية (ولأن مايثبت للوكيل ينتقل إليه) أي إلى الموكل ( فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجزيه ) فمباشرته بنفسه لا يجوز فكذا توكيله به ( ولابي حنيفة « رح » أن العاقد هو الوكيل باهليته ) لان النصرانى أهل المباشرة ذلك ( وولايته ) أي وولاية العاقد ذلك ( وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي ) جواب عن قولهما كما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل بيانه أن انتقال الملك إلى الآمر وهو الموكل حكمي ، يعني جبري لا اختياري فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه ( فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ) أى كما إذا ورث المسلم الخمر والخنزير بأن كان أبو المسلم نصرانياً أسلم وترك خمراً وخنزيراً فصار كمسلم له عبد نصرانى مأذون أو مكاتب اشترى خمراً صح وثبت الملك للمولى فإن قلت الوراثة أمر جبري والتوكيل اختياري . فأنى يتشابهان ، أجيب بأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري ، لذلك يثبت بدون اختياره شاء أو أبى في غير هذه الصورة بالإتفاق كما في الموت .

( ثم ) لما صح شراء الوكيل ( إن كان ) الموكل به ( خمراً يخللها ) الموكل ( وإن كان خنزيراً يسيبه ) لكن قالوا هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة ، وقال الفقيه أبو الليث « رح » فعلى قول أبي حنيفة « رح » لما جاز البيع ينبغي للمسلم أن يتصدق بالثمن ، وأما قولهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بمسائل منها ، إن رجلا لو وكل غيره بشراء عبد بعينه فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك يجوز ويثبت الملك للوكيل ولا يملك هو أن

قال ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ، ثم جملة المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه

---

يشتريه لنفسه ، ومنها أن القاضي إذا أمر ذمياً ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح والقاضي لا يملك التصرف بنفسه .

ومنها أن الذمي إذا وصى إلى مسلم وقد ترك خمراً أو خنزيراً ، فإن الموصى يوكل ذمياً بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه ، وفي الجنازية المريض مرض الموت لو باع بما يتغابن في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ومن وصيه يجوز بعد موته وكذا لا يبيع الإمام عروض الولد ووصيها يبيع العروض التي هي من ميراثها ، والقياس على ترويج المجوسي مدفوع لأن حقوق العقد في باب النكاح راجعة إلى الموكل لا إلى الوكيل لأنه سفير وفي باب الشراء والبيع على العكس .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة ) أي أو باع أمة ( على أن يستولدها ، فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط ، والنبي [1] ﷺ نهى عن بيع وشرط ) وفي بعض النسخ ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ، وهذا رواه أبو حنيفة « رح » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، ومطلق النهي يقتضي الفساد ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي رضي الله عنه إلا في شرط العتق فعند الشافعي « رح » يجوز ذلك وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » ، كذا في شرح الاقطع .

واختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة أقوال قال أصحابنا البيع والشرط كلاهما باطلان ، وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل ، وقال ابن شبرمة البيع والشرط كلاهما جائزان ( ثم جملة المذهب فيه ) أي الجملة الكلية والأصل الشامل بفروع أصحابنا ( أن يقال كل شرط يقتضيه العقد ) أي يجب بالعقد من غير شرط ( كشرط

---

(١) وقد نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم – هامش .

العقد ، كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين . أو للمعقود عليه ،

---

الملك للمشتري ) وشرط تسليم الثمن أو المبيع أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن ( لا يفسد العقد ) لأن كل هذه تثبت بمطلق العقد ( لثبوته بدون الشرط ) أي لثبوت مطلق العقد بدون هذا الشرط وذكره لا يفيد إلا تأكيداً ( وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه ) أي والحال أن فيه ( منفعة لأحد المتعاقدين ) بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوباً على أن يخيطه ، أو باع عبداً على أن يخدم البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكن فيه البائع شهراً مثلا ولو شرطا لا يقتضيه العقد ، ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل ،والخيار رخصة وتيسيراً فانه لا يفسد العقد لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة والقياس أن يفسد ، ولكن أخذنا بالإستحسان للحديث الوارد في باب الخيار ولو شرطا شرطاً أن يعطي لا يقتضيه العقد ولا ورد الشرع به لكنه يلائم العقد ويوافقه نحو أن يشتري ، بشرط البائع كفيلاً بالثمن أو رهناً بالثمن ولم يعين الكفيل ولا أشار إلى أحد فالبيع فاسد ، وكذلك إذا لم يسم الرهن ولا أشار إليه وإذاعينهابالإشارة أو التسمية فالقياس أن لا يجوز البيع أيضاً ، وبه أخذ زفر « رح » وفي الإستحسان يجوز وهو الصحيح والشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس وقبوله ، وإذا كان غائباً لا يجوز وإحضار الرهن في المجلس ليس بشرط .

وما لم يسلم الرهن إلى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن ، فإن امتنع عن التسليم لا يجبر عليه ، وعند زفر « رح » يجبر لكن عندنا يقال للمشتري إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تدفع الثمن أو تفسخ البيع ، فإن لم يقبل المشتري شيئاً من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع لأنه فات غرضه ، ثم أنه قال وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه إذا كان في الشرط ضرر لأحدهما بأن باع ثوباً أو حيواناً سوى الرقيق بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ، ذكر في المزارعة الكبيرة أنه لا يفسد بهذا الشرط ، وروي عن أبي يوسف « رح » أنه يفسد والأول هو الصحيح ( أو للمعقود عليه ) أي أو في الشرط منفعة للمعقود عليه .

وهو من أهل الإستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس

---

( وهو ) أي المعقود عليه ( من أهل الإستحقاق ) اي من أهل أن يستحق حقاً على الغير وهو الآدمي ، وقال بعض الشراح من أهل الإستحقاق اي من اهل الخصومة وليس هذا إلا الآدمي ( يفسده ) جواب قوله وكل شرط لا يقتضيه العقد ، أي يفسد العقد ( كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه ) أي في هذا الشرط ( زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ) لأن الربا عبارة عن فضل خال عن العوض ، وهذا الشرط خال عن عوض لأن العاقدين تقابلا العوض مع المعوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض ، وفيه معنى المال ولهذا يجوز ، أخذ العوض عن الشرط ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربا ولهذا يجاب عما يقال لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربا .

( أو لأنه ) اي ولأن هذا الشرط ( يقع بسببه المنازعة ) لأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط ( فيعرى العقد عن مقصوده ) اى مقصود العقد أى منه وهو التملك والتمليك وقيل المقصود من العقد قطع المنازعة .

وقال الأترازى مقصود العقد هو الإسترباح ( إلا ان يكون متعارفاً ) هذا استثناء من قوله يفسده ، اى إلا ان يكون الشرط متعارفاً بين الناس ، كما لو اشترى نعلاً أو شراكين بشرط أن يحذوه البائع فلا يفسد به البيع ( لأن العرف قاض على القياس ) لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » أو ثابت بالإجماع ، فيكون العرف راجحاً على القياس إما بالنص أو بالإجماع ولأن التورع من العادة الظاهرة حرج بين ، والحرج مدفوع الكل من المبسوط لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث ، والعرف ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع

ولو كان لا يقتضيه العقد ، ولا منفعة فيه لأحد ، لايفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعه ، لأنه انعدمت المطالبة ، فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ، وإذا ثبت هذا ، نقول هـــذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً ، والشرط يقتضي ذلك وفيـــه منفعة للمعقود عليـــه ، والشافعي « رح » وإن كان يخالفنا في العتق

---

النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث .

( ولو كان ) أي الشرط ( لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيـــه لأحد لا يفسده ) أي لا يفسد العقد لأن الشرط يلغو او يصح العقد ( وهو الظاهر من المذهب ) يعني عـــدم فساد العقد وآخر الشرط هو الظاهر من مذهبنا واحترز به عمـــا روي عن أبي يوسف « رح » حيث قال يبطل العقد ، ثم ذكر صورة هذا بقوله ( كشرط أن لا يبيع المشتري الدابـة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة ) أي من الدابة لأنه لا يطالبه بهـذا الشرط ( فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ) فكان الشرط لغواً .

( إذا ثبت هذا ) يعني ما ذكره في أول المسألة بقوله ومن باع عبداً على أن يعتقـــه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد ( نقول هذه الشروط ) أي الإعتاق والتدبير والكتابة والإستيلاء ( لا يقتضيها العقـــد لأن قضيته ) أي قضية العقد ( الإطلاق في التصرف والتخيير ) أي إطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء من غير تقييد تصرف دون تصرف ( لا الإلزام حتما ) أي دون الإلزام على تصرف واحد على سبيل الحتم ، اي الوجوب والشرط يقتضي الإلزام حتما وبينهما منافـاة ظاهرة وهو معنى قوله ( والشرط يقتضي ذلـك ) أي الإلزام ( وفيـه ) أي في هـــذا الشرط أيضاً .

( منفعة للمعقود عليه ) وقد بيناه فيما مضى ( والشافعي رضي الله عنه ، وإن كان

ويقيسه على بيع العبد نسمة ، فالحجة عليه ما ذكرناه ، وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه ، فلو أعتقه المشتري

---

يخالفنا في العتق ) حيث يقول بيع الرقيق بشرط العتق يجوزه ، لكن هذا في قول منه ، وفي شرح الوجيز في بيع الرقيق بشرط العتق قولان أحدهما انه لا يصح ، وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » وأبو حنيفة « رح » في رواية الحسن فيه وفي قول الشرط باطل والبيع جائز ( ويقيسه ) أي الشافعي رضي الله عنه يقيس هذا ( على بيع العبد نسمة ) ومعناه يأتي الآن لأن المصنف « رح » ذكره ، وقال الأترازي انتصاب نسمة على الحالة على معنى معرضاً للعتق ، وذلك أن القسمة لما ذكرها في مثل قوله عليه الصلاة والسلام ، فك رقبة ، واعتق النسمة ، صارت كأنها إسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال ، كذا قال المطرزي « رح » والنسمة النفس مشتقة من نسيم الريح .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي ، رح » ( ما ذكرناه ) وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، وقد مضى ( وتفسير البيع نسمة أن تباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط ) أي العتق ( فيه ) أي في العبد ، وقال السغناقي « رح » قوله ،ويقيسه على بيع العبد نسمة غير مستقيم على ماذكره في المبسوط من تفسير الشافعي رضي الله عنه ، بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رضي الله عنه لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها ، ثم قال وتفسيره البيع بشرط العتق وكان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير عن البيع بشرط العتق ، فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل ، وقال الكاكي « رح » يمكن أن يجاب عنه ، وقال الأترازي « رح » كيف صح تفسير المصنف « رح » البيع نسمة ، صح قياس الشافعي « رح » البيع بشرط العتق عليه لأن المقيس والمقيس عليه غير أن ما على ما قاله صاحب المبسوط فلا وجه له لأن المقيس هو المقيس عليه بعينه .

( فلو أعتقه المشتري ) أي فلو أعتق العبد المشتري الذي شرط عتقه البائع في العقد

بعدما اشتراه بشرط العتق ، صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يبقى فاسداً حتى تجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، كما إذا تلف بوجه آخر ، ولأبي حنيفة « رح » إن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ، فإذا تلف وجه آخر لم تتحقق الملائمة فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فترجح جانب الجواز

---

( بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة « رح» ، وقالا يبقى فاسداً ) كما كان ( حتى تجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر ) بأن مات أو قتله أو باعه ، وفي المبسوط قولهما قياس ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » وقال في التحفة لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وإن اعتقه بعد القبض عتق فانقلب العقد جائزاً استحساناً ، في قول أبي حنيفة « رح » وقال لا ينقلب العقد جائزاً إذا أعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد ، ووجوب الثمن دليل الجواز ووجوب القيمة دليل الفساد .

( ولأبي حنيفة « رح » أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ) إشارة إلى قوله لأن قضية الإطلاق في التصرف ( ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه ) أي لأن العتق ( منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا ) إيضاح لقوله والشيء بانتهائه يتقرر ( لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ) يستدل به على أن العتق مقرر للملك ومتمم له ، إذ لو كان مزيلاً لمنع الرجوع بالنقصان كالعيب ( فإذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملائمة ) لأنه يقرر الفساد لصورة الشرط دون الحكم وهو معنى قوله ( فيتقرر الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملائمة ) باعتبار الملائمة بالعتق ( فيترجح جانب الجواز ) على جانب

فكان الحال قبل ذلك موقوفاً ، قال وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدى له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع ، وقد نهى

---

الفساد ( فكان الحال قبل ذلك موقوفاً ) أي كان حال العقد موقوفاً قبل الإعتاق بين بقائه فاسداً أو انقلابه إلى الجواز بالإعتاق ، فلما وجد الإعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزاً .

( قال ) أي القدوري ( وكذلك ) يفسد ( لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً أو على أن يهدى له هدية ) فالبيع فاسد ( لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام ) أي لأن النبي ﷺ ( نهى عن بيع وسلف ) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة . إلا ابن ماجة اختصره من حديث عبد الله بن عمر ، وابن العاص « رح » قال قال رسول الله ﷺ لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ، وقال الترمذي « رح » حديث حسن صحيح ورواه محمد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار وفسره وقال ، أما السلف والبيع فالرجل للرجل أبيعك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا ، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالاً ومؤجلا بألفين ، وأما ربح ما لم يضمن فالرجل يشترى الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح ( ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما ) يعني شيئاً من الثمن ( يكون إعارة في بيع ) وكل ذلك فاسد .

( وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة ) هذا الحديث رواه أحمد « رح » في

النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة ، قال ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ، لأن الأجل في المبيع العين باطـــل ،

---

مسنده بإسناده إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قـــال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة .

قال أسود بن عامر أحد رواة الحديث قال شريك هو الآخر من رواية هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول هذا نقد بكذا ونسيئة بكذا ، وروى العقيلي « رح » من طريق سماك مرفوعاً الصفقة في الصفقتين ربا ، وروى الترمذى « رح » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعين ، والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع كذا ذكره في مجمل اللغة ، ويراد بها في العقد لأن أحد المتعاقدين يضع يده على يد الآخر إذا أراد العقد ، وروى الترمذي « رح » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة ، قال الترمذى « رح » من بعض أهل العلم ان يقول الرجل أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة ونسيئة بعشرين فلا مفارقة على أحد البيعتين ، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما ، وقال الشافعي رضي الله عنه ومعنى نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة ، أن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا ، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهـــذا تفارق عن بيع بثمن معلوم ، ولا يدرى كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته انتهى .

وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه وعن مالك « رح » أنه إذا شرط من منـــافع المبيع يسير السكنى في الدار يوماً صح ، وقال أحمد «رح» أما شرط سكنى الدار يوماً أو يومين لم يفسده بعدم الإفضاء إلى المنازعة ظاهراً ، وقال ابن أبي ليلى وابراهيم النخعي والحسن البصرى « رح » البيـــع جائز والشرط فاسد ، وقـــال ابن شبرمة « رح » البيـــع صحيح والشرط صحيح وإليه ذهب الأوزاعي وأحمد « رح » في بيـــع الدار بشرط سكناهـــا وبيـــع دابة بشرط ظهرها .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر ، فالبيـــع فاسد لأن الأجل في المبيـــع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً ) وبه قال الشافعي رضي

فيكون شرطاً فاسداً وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان ، قـــال ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه من العقـــد والحمل من هـــذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولها ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب

---

الله عنه وكذا في الثمن المعين عنده لا يصح تأجيله لعدم الفائدة ، واحترز بالبيـــع المعين إذا كان المبيـــع دينا كالمسلم فيه ، فإن الاجل فيه صحيح ( وهذا ) أى بطلان الاجل في المبيـــع المعين ( لان الاجل شرع ترفيهاً ) أى تيسيراً ( فيليق بالديون دون الاعيان ) لان الدين غير حاصل فـكان الاجل فيه إتباع المدة التي يتمكن المشترى من تحصيله فيهـــا بالكسب ، أما المعين فحاصل فلا حاجة فيها إلى ذكر الاجل للترفيه .

( قال ) أى القدورى « رح » ( ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيـــع [١] ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الاصح ( والاصل ) اى في هذا ( أن مـــا لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل ) فإن الجنين ما دام في بطن أمه فهو في حكم جزء منها ، كاليد والرجل ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض ، وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً فلا يكون مقصوداً بالإستثناء ، وهذا لان الجنين في البطن مجهول لا يدرى أذكر أم أنثى او خنثى واحد أو اكثر ( وهذا ) اى كون الجنين من هـــذا القبيل ( لانه بمنزلة أطراف الحيوان ) كما ذكرنا وذلـــك ( لاتصاله به خلقـــة ) أى لاتصال الجنين بالام من حيث الخلقة .

( وبيـــع الاصل يتناولها ) اى يتنـــاول الاطراف ، وفي بعض النسخ يتناولهما أى يتناول الام والحمل ، وفي بعض النسخ يتناوله أى يتناول الحمل فإذا كان كذلك (فالاستثناء يكون على خلاف الموجب ) اى موجب العقد لأن العقد يوجب أن يكون الحمل بيعاً

---

(١) فالبيـــع فاسد — هامش .

فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً ، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها ، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ،

---

غير مقصود ( فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به ) اى بالشرط الفاسد ( والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع ) ذكر هذه المسألة تفريعاً لمسألة القدورى « رح » ، وذلك نحو ما إذا كاتب عبده على جارية إلا حملها او اجر داره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها ، ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع ( لأنها ) اى لان الكتابة والاجارة والرهن ( تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ) استثناء من قوله تبطل بالشروط الفاسدة ، يعني هذه الاشياء الثلاثة تبطل بالشروط الفاسدة إلا أن المفسد أى الشرط المفسد في الكتابة ( ما يتمكن في صلب العقد منها ) اى من الشروط المفسدة ، كالكتابة على الخمر او الخنزير او على قيمته حيث دخل في البدل ، واما إذا لم يكن في صلب العقد منها كما إذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من البلد فله ان يخرج ، والعقد صحيح لان الكتابة تشبه البيع إنتهاء لانه مال في حق المولى ولا يصح إلا ببدل معلوم ، ويحتمل الفسخ ابتداء او ما يشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه ، ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، وبالنكاح فيما إذ لم يتمكن منه .

( والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الإستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ) لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات وإسقاطات ، وصور هذه الأشياء بأن قال وهبت هذه الجارية لك إلا حملها أو تصدقتها عليك إلا حملها أو جعلتها مهر أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها ، فإن قلت الهبة من قبل التمليكات

وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الإستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية لأن الوصية اخت الميراث ، والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيهـــا ، قال ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيط قميصاً أو قبـاء ، فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه يصير صفقة في صفقة على مـا مر ، قال ومن اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع

---

ينبغي أن يفسد بالإستثناء ، قلت سلمنا ذلك ولكن عرفنـــا بالنص أن الشرط المفسد لا يفسدها ، فإنه ﷺ أجاز العمري وأبطل شرط للمعمر حتى يصير العمري لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده وصح العقد وبطل الإستثناء .

( وكذا الوصية لا تبطل به ) أي باستثناء الحمل ( لكن يصح الإستثناء ) بـأن قال أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها ( حتى يكون الحمل ميراثاً والجاريـة وصية ) يعني يكون للموصي له ( لأن الوصية أخت الميراث ) من حيث أن الملك في كل منهما يحصل بعد الموت ( والميراث يجري فيما في البطن ) لأنه عين ( بخلاف ما إذا استثنى خدمتها ) يعني أوصى بجارية لفلان واستثنى خدمتها ، لا يصح الاستثناء وقيل بطل حتى تكون الجارية وخدمتها جميعاً للموصى له ( لأن الميراث لا يجري فيها ) لأنهـــا ليست بعين ، وفي بعض النسخ لا يجري فيه ذكر ضمير الخدمة باعتبار المذكور ( ومن اشترى ثوباً على أن يقطعـه البائع ويخيطه قميصاً أوقباء، فالبيـع فاسد ) وهو من مسائل القدوري « رح » لا خلاف فيه للأربعة ( لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيــه منفعة لأحد المتعاقدين ) يعني للمشتري ( ولأنه ) أي ولأن هذا العقد ( يصير صفقة في صفقة ) يعني إجارة في بيع أو إعارة في بيع ( على ما مر ) أشار به إلى قوله ولأنـــه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلى آخره ( ومن اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع ) النعل الصرم تسمية الشيء بإسم ما يؤول إليه قال الجوهري الصرم الجلد فارسي معرب ومعين يحذوها يجعلها مساوياً للآخر

أو يشركه فالبيع فاسد ، قال ما ذكره . جواب القياس ، ووجهه ما بينا ، وفي الإستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب ، وللتعامل جوزنا الاستصناع ،

---

( أو يشركه ) من التشريك وهو وضع الشراك وفي الصحاح شركت نعلي جعلت له شراكاً والتشريك فله ، والشراك هو أحد سيورالنعل التي تكون على وجهها ( فالبيع فاسد ) وهو القياس فلذلك قال المصنف بقوله ( قال ) أي المصنف بقوله ( ما ذكره ) أي ما ذكره القدوري « رح » من قوله فالبيع فاسد .

( جواب القياس ووجهه ) أي وجه القياس ( ما بينا ) أراد به قوله لأنه شرط لا يقتضيه العقد إلى آخره ، وبالقياس قال زفر والشافعي « رح » في الأصح ( وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار ) أي فصار جواز شراك النعل بشرط حذو البائع وتشريكه ( كصبغ الثوب ) أي كجواز صبغ الثوب ، يعني لو استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز لأنه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ والاجارة ، بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغه يلزم بيع العين ولهذا لا يجوز استئجار البقرة لشرب اللبن ، وكذا ترك القياس في استئجار الحمام والظئر لأن فيهما استهلاك الماء واللبن ( وللتعامل جوزنا الإستصناع ) مع أن القياس يأباه لأنه بيع المعدوم ، ومن أنواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاوي « رح » ما لو اشترى صرماً أي جلداً على أن يحوز البائع له خفاً ، أو اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده ، جاز البيع بهذا الشرط للتعادل .

وفي المبسوط اشترى شاة بشرط أنها حامل فالعقد فاسد ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وقال في الأصح يصح وهو رواية الحسن « رح » ، وقال بعض أصحابه القولان في غير الآدمي ، أما في الجواري يصح قولاً واحداً ، وذكر هشام « رح » عن محمد « رح » إشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظورة فحينئذ يفسد ، وعن الهندواني « رح » لو شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ، ولو وجد في المشترى يفسد لأنه ذكره على وجه

قال والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ، إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسـد لجهالة الأجل ، وهي مفضية إلى المنازعة في البيـع لابتنائها على المماكسة ، إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما

---

اشتراط الزيادة ( والبيع إلى النيروز ) أصله النوروز ولكن لما يكن في أوزان العرب فيفعول أبدلوا الواو ياء وهو يوم في طرف الربيع ( والمهرجان ) معرب مهر كان وهو يوم في طرف الخريف ، وقال في ربح كوشياء النيروز أول يوم من فروردنى ماه والمهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه ، قلت فروردين مـاه أول أشهر الفرس ، ومهرماه هو الشهر السابع من السنة عندهم .

( وصوم النصارى وفطر اليهود ) خص الصوم بالنصارى ، والفطر باليهود لاحتمال أن يكون مبدأ صوم اليهود معلومـاً دون صومهم ، ألا ترى أن التأجيل إذا كان إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم يصح ، لأن مدة صومهم بالأيام معلومـة وهي خمسون يوماً ( إذا لم يعرف المتبايعان ) أي المشتري والبائع ( ذلك ) أي وقت هـذه الأشياء ( فاسد ) خبر المبتدأ أعني قوله ، والبيع إلى النيروز ومـا بعده عطف عليه والفساد ( لجهالة الأجل ) لأن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين ، فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة حتى لو كانت معلومة عند المتبايعان ، جاز البيع بمنزلة الأهلة .

( وهي ) أي جهالة الأجل ( مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائه ) أي لابتناء البيع ، وفي بعض النسخ لابتنائها ، قـال الأترازي « رح » أنث الضمير الراجع إلى البيع على تأويل المعاوضة أو الصفقة ، ومـا قيل الضمير راجع إلى المنازعة فليس بشيء ( على المماكسة ) أي على المجادلة في النقصان ، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هـذا الأجل لابتناء المبايعة على المماكسة ( إلا إذا كانا ) استثناء من قوله فاسد ، أي إلا إذا كان المتبايعان ( يعرفانه ) أي الأجل .

( لكونه معلوماً عندهمـا ) لارتفاع الجهالة ، ومعرفة غيرهما لا يعتبر لأن الأجل حق لهما .

أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة ، فلا جهالة فيه ، قال ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج ، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزار ، لانها تتقدم وتتأخر ،

---

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وفي قول ابن أبي ليلى « رح » جاز البيع إلى هذه الآجال لأن التفاوت قليل ، وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، والتوكيل إلى هذه الأوقات يجوز لأن الكفالة عقد تبرع ، ومبنى التبرع على المساهلة ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال ماذا لك على فلان فهو علي ، فجهالة الأجل فيها إذا كانت يسيرة مستدركة ، لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة ، كالكفالة إلى هبوب الريح أو إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالاً ( أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالأيام معلومة ) وهي خمسون يوماً كما ذكرنا وإذا كانت معلومة ( فلا جهالة فيه ) فلا مانع من الجواز ( ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد ) أي قطع الزرع ، ويجوز في الحاء الفتح والكسر ( والدياس ) من الدوس وأصله دواس قلبت الواو بالإنكسار ما قبلها ، والدوس شدة وطىء الشيء بالقدم وفي الحبوب أن يوطىء بقوائم الدواب (والقطاف) قطع العنب عن الكرم ، وقال الكاكي « رح » القطاف بالفتح والقطف بالكسر عقود المعتب [1] ( والجزاز ) بالزائين المعجمتين من جنى الصوف وغيره إذا قطعه ، قال الكاكي « رح » والمراد هنا وقت جزاز النخل وبه صرح في المبسوط ، وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير الجزالة فيما يجز من الرطاب وكذلك جزاز النخل ( لأنها ) أى لان أوقات هذه الاشياء ( تتقدم وتتأخر ) وليس لها وقت معلوم قطعاً وذلك باختلاف الحر والبرد .

---

(١) هكذا وردت في الاصل وأظن أن الصحيح العنب ا هـ - مصححه .

ولو كفل إلى هـــذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة ، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة « رض » فيهـــا ، ولانه معلوم الاصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ، ففي الوصف بطريق أولى بخلاف البيـــع ، فإنه لا يحتملها في أصل الثمن ، فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقاً

---

( ولو كفل إلى هذه الاوقات ، جاز لان الجهالة يسيرة متحملة في الكفالة ، وهـــذه الجهالة يسيرة مستدركة ) أي يمكن تداركها وإزالة جهالتها ( لاختلاف الصحابة فيها ) أى في الحال المذكورة يعني البيـع اليها فاسد عند عامة الصحابة ، وعن عائشة رضي الله عنها أنها أجازت البيـع إلى العطاء ، وروى البيهقي « رح » في كتاب المعرفة من طريق الشافعي رضي الله عنـــه أخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم الجدري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ، قال لا تبيعوا إلى العطاء ولا إلى الدر ولا إلى الدياس ، وقـــال الاترازى « رح » أجازت عائشة رضي الله عنها البيـع إلى العطاء محمول عندنا على أنها إنما أجازت ، لان الخلفاء لم يكونوا يخلفون الميعاد فلم يختلف ، فأما بعد ذلك فقد تغير الامر فصار من جنس ما يتقدم ويتأخر .

( ولانه معلوم الاصل ) أى ولان الدين في الكفالة معلوم الاصل ، وإنما المجهول وصفه وهو الاجل ، والوصف تابع للأصل ، والجهالة في أصل العين متحملة ، فنفي وصفه بطريق الاولى وهو معنى قولـــه ( ألا ترى أنها ) أى أن الكفالة ( تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب ) اى بما وجب ( على فلان ففي الوصف بطريق الاولى ) لان الوصف لا يفترق من الأصل ، فإذا جاز في الأصل الذي هو الأعلى ، ففي الوصف الذي هو الأدنى بالطريق الأولى ( بخلاف البيـع ، فإنه لا يحتملها ) أي الجهالة ( في أصل الثمن ، فكذا في وصفه ) وهو الأجل إذ الوصف لا يخالف الأجل ( بخلاف ما إذا باع مطلقاً ) أي بدون

ثم أجل الثمن إلى هذه الاوقات ، حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين، وهذه الجهالة فيه متحمله بمنزلة الكفالة ، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الاجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً ، وقال زفر « رح » لا يجوز لانه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، وصار كإسقاط الاجل في النكاح إلى أجل ، ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد

---

ذكر الأجل ( ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز ، لأن هذا تأجيل في الدين، وهذه الجهالة متحملة فيه بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه ) أي اشتراط التأجيل ( في أصل العقد لأنه ) أي لأن العقد ( يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا ) أي المتعاقدان ( بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس ، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً ) وقوله لو باع إلى قوله جاز البيع ، من كلام القدوري « رح » وقوله أيضاً من كلام المصنف « رح » لأنه قال قبل هذا بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز .

( وقال زفر « رح » لا يجوز ) أي لا ينقلب إلى الجواز ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ( لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ) بإسقاط المفسد ( وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ) يعني في النكاح المؤقت بقول زفر « رح » ، هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا سقط الوقت ، وكذا في المسألة المتنازع فيها ، وعند زفر « رح » النكاح إلى أجل جائز والشرط باطل ، وقال الأكمل « رح » وهذا استدلال من جانب زفر «رح» بما لم يقل به وهو ليس على ما يبقى ( ولنا أن الفساد ) في البيع المذكور ( للمنازعة وقد ارتفعت قبل تقرره ) أي قبل تقرر الفساد .

( وهذه الجهالة في شرط زائد ) وهو جهالة الأجل المفضي إلى المنازعة المانعة من

لا في صلب العقـــد . فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائـد ، لان الفساد في صلب العقد ، وبخلاف النكاح إلى أجل لانـــه متعة وهو عقد غير عقد النكاح ، وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد بإسقاطه لانه خالص حقه ، قال ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيـع فيهما وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » إن سمى لكل واحد منهما ثمناً

---

التسليم والتسلم ( لا في صلب العقد ) وهو أحد البدلين ( فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ) قبل التقرر وقوله ، وهذه الجهالة إلى آخره جواب عما يقال أن الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها ، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ، وقد علم الجواب ، وأما القياس على بيع الدرهم بالدرهمين فغير صحيح ( لأن الفساد في صلب العقد ) يعني في أحد العوضين ( وبخلاف النكاح ) هذا أيضاً جواب عن قوله كإسقاط الأجل بيانـه أن النكاح ( إلى أجل ) يعني إلى وقت ( لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح رأساً ) لأن عقد النكاح مندوب اليه ، والمتعـة منهية فلا يمكن العود إلى النكاح ، عند إسقاط الأجل لعدم عقد النكاح رأساً .

( وقوله ) أي قول القدوري « رح » ( في الكتاب ) أي في مختصره المنسوب إليـه ( ثم تراضيا خرج وفاقا ) يعني على سبيل الإتفاق ( لأن من له الأجل يستبد ) أي يستقبل وينفرد ( بإسقاطه لأنه خالص حقه ) فيختص به ( قـال ) أي القدوري « رح » ( ومن جمع بين حر وعبـد ) أي في البيع ( أو شاة ) أي أو جمع بين شاة ( ذكية وميتة بطل البيع فيهما ) أي في الصورتين ولم يذكر القدوري « رح » الخلاف .

وقال المصنف « رح » ( وهذا ) أي البطلان ( عند أبي حنيفة « رح » ) يعني باطل مطلقاً سواء وصل الثمن أولا ، وبه قال مالك « رح » والشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في رواية ( وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » إن سمى لكل واحد منهما ثمناً

جاز في العبد والشاة الذكية ، وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة ، وقال زفر «رح» فسد فيهما ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب، وأم الولد كالمدبر له ، الاعتبار بالفصل الاول إذ محلية البيع منتفية بالاضافة إلى الكل ،

---

جاز في العبد والشاة الذكية ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ، وأحمد « رح » في رواية ( وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده ) أي او جمع في البيع بين عبده ( وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن في قول الثلاثة « رح » ) أي في قول أبي حنيفة « رح » وصاحبيه .

( وقال زفر « رح » فسد البيع [1] فيهما ) أي في المدبر والعبد جميعاً ، وقيل في الجمعين بين كورين وهو الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد ( ومتروك التسمية عامداً كالميتة ) هذا عن كلام المصنف « رح » ذكره تفريعاً على كلام القدوري « رح» يعني إذا ضم الذكية مع متروك التسمية يبطل البيع ، ونصب عامداً على الحال عن المقدر تقديره ومتروك تارك التسمية حال كونه عامداً ، وقيد بالعمد لأن بالنسيان لا يضر على ماعرف، فإن قيل متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر ، أجيب بأنه ليس مجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر ، وهو قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ١٦١ الأنعام ، حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع ( والمكاتب وأم الولد كالمدبر ) يعني إذا ضم المكاتب أو أم الولد مع العبد يصح البيع في العبد بحصته من الثمن ( له ) أي زفر رحمه الله ( الإعتبار بالفصل الأول ) يعني الإعتبار بالجمع بين الحر والعبد ( إذ محلية البيع منتفية ) لأن كون المحل لجواز البيع منتفية ( بالإضافة إلى الكل ) يعني

---

(١) عند علمائنا ــ هامش

ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن ، كمن جمع بين الاجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ، ولابي حنيفة « رح » . وهو الفرق بين الفصلين إن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لانه ليس بمال ، والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد ، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل الفاسد ،

---

بإضافة انتفاء المحلية إلى الجميع ، وقـــال تاج الشريعة « رح » أي كل واحد منهما ليس بمحل للبيع .

( ولهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أن الفساد بقدر المفسد ) يعني بقدر مـــا يفسده إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به ( فلا يتعدى إلى القن ) كما في المدبر إذا ضم مع العبد( كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح ) أي في عقد النكاح ( بخلاف ما إذا لم يفصل ثمن كل واحد ) من الحر والعبد حيث يبطل البيع فيهما جميعاً ( لأنه مجهول ) أي لجهالة الثمن .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه وهو الفرق بين الفصلين ) أي بين فصل الحر وفصل المدبر مع القن ( إن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة ) بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر ( فكان القبول في الحر شرطـــاً للبيـــع في العبد وهذا شرط فاسد ) والبيـــع يبطل بالشرط الفاسد ( بخلاف النكاح لأنه لا يبطل الفاسد ) .

جواب عن قياسها على النكاح ، وهو قيـــاس بالفارق لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف المبيـــع فإنه يبطل ، وقال الأكمل رحمه الله وفيه بحث ، أما أولاً فلأنـــه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة ، وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطاً للبيـــع في العبد ، وأما ثانياً فلأن الشرط الفاسد وهو ما يكون فيه منفعة لأحـــد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا ، وليس في قبول العقد في الحر منفعة

وأما البيـــع في هؤلاء موقوف وقـد دخلوا تحت العقد لقيـام المالية ، ولهذا ينعقد في عبد الغير بإجازته ، وفي المكاتب برضـــاه في الاصح ، وفي المدبر بقضاء القاضي ، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفـة « رح » وأبي يوسف « رح » ،

---

لأحدهما أو للمعقود عليه فلا يكون شرطاً فاسداً ، وأما ثالثاً فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطاً لقبول العقد في العبد إذا صح الايجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ، ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر ، وأجيب عن الأول بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكن البيـع أو الشراء ، وعن الثـاني بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل ، فكأنه قال بعت هذا العبد بخمس مائة على أن تسلم أي خمس مائة أخرى فينتفع بفضل مال عن العوض في البيـع وهو الربا ، والثالث بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعاً فلا يكون فيما نحن فيه ، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ، وثم جواب زفر «رح» عن التزيد بينهما .

( وأما البيـع في هؤلاء موقوف ) متصل بقوله أن الحر لا يدخل تحت العقد ، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير ( وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ) فإنهـا باعتبار الرق والتقويم وهما موجودان ، ولكن حكم البيـع لا يثبت فيهم بل يرد صيانـة لحقهم ، ولهذا لا يخرجون من أن يكونوا محلاً للبيـع .

( ولهذا ) أي ولكون بيـع هؤلاء موقوفاً ( ينعقد ) البيـع ( في عبد الغير بإجازته ) أي في إجازة الغير وهو مولاه ( وفي المكاتب ) أي ينعقد البيـع في المكاتب ( برضاه في الاصح ) إحترز به عما روى في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، إنه لا يصح ( وفي المدبر ) أى ينعقد البيـع في المدبر ( بقضاء القاضي ) فإنه إذا قضى ببيـع المدبر فأنه يجوز .

( وكذا ) أى وكذا يجوز ( في أم الولد ) اى في بيعها ( عنـــد أبي حنيفة وأبي

إلا أن المالك باستحقاقه المبيـــع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيـــع فكان هذا إشارة إلى البقاء ، كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً بالحصة ابتداء ،

---

يوسف « رح » ) خلافاً لمحمد « رح » وكان فيه اختلاف بين الصحابـة رضي الله عنهم ، فعمر رضي الله عنه لم يجوزه ، وعلى رضي الله عنه جوزه ، ثم من بعدهم من السلف أجمعوا على عدم جواز بيعها ، فالحاصل أن إجماع المتـأخرين مع الاختلاف المتقدم ، فعندهما لا يرفع إذ ليس لاجماع التابعين من القوة ما يرفع خلاف الصحابة ، فكان قضى في مجتهـد فيه فينفذ ، وعند محمد « رح » يرفع فكان القضاء مخالفاً للإجماع فلاينفذو المسألةأصولية ، فإن قيل كيف يصح قوله موقوف ، وقـــد قال في أول الباب وبيـع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل فالجواب أنه بـاطل ، إذا لم يجز للمكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيـع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك .

(إلا أن المالك) استثناء من قوله دخلوا تحت العقد ، يعني أن المالك (باستحقاقه المبيع) وهو العبد الذي كان للغير ( وهؤلاء ) أى المدبر والمكاتب وأم الولد ( باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع ) وقال تاج الشريعة « رح » لان المالك إلى آخره جواب من يقول لمـــا دخل هؤلاء تحت العقد لقيام المالية ينبغي أن لا يكون بيـع هؤلاء فاسداً ، فأجاب بقوله إلا أن المالك إلى آخره يعني أن البيـع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل ، وهنا كذلك فإن المالك وهؤلاء ردوه ، ولهم ذلك لاستحقاق المالك واستحقاق هؤلاء أنفسهم ( فكان هذا ) أى الوجه بالإستحقاق بعد الدخول ( إشارة إلى البقاء ) أى بقـاء البيـع لأن الرد بالإستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان ( كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهماقبل القبض) فإن العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن بقاء لا ابتداء .

( وهـــذا ) أى الجمع بين القن وأحد المذكورين ( لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعاً ) أى ولا يكون بيعاً ( بالحصة ابتداء ) بعدمـــا ثبت دخولهم في البيع

ولهـــذا لا يشترط بيانـ ثمن كل واحد فيه

## فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع ، وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ، ملك المبيع ولزمته قيمته ،

---

( ولهذا لا يشترط ) حالة العقد ( بيان ثمن كل واحد ) من العبد والمدبر ( فيه ) أى فيما إذا جمع بين القن والمدبر أو عبـــد غيره ، وفي الكافي ولو جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح . ولو باع كرماً في مسجد قديم إن كان عامراً نفذ البيع وإلا فلا وكذا في المعتبر .

( فصل في احكامه )

أى هـــذا فصل في بيان أحكام البيع الفاسد ( وإذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد ) إنما عبر بالفاسد لأن الباطل لا يفيد شيئاً ( بأمر البائع ) أى بإذنـه صريحاً أو دلالة بأن يقبضه في المجلس بحضرته ، فإن لم يقبضه بحضرة البائع لم يملكه ، بخلاف الصريح فانه يفيده مطلقاً .

( وفي العقد عوضان كل واحد منهما ) يعني مالاً قيد به لفائدة وهي أنه إذا كان أحد العوضين أو كلاهما غير مـــال فالبيع باطل ، كالبيع بالميتة والدم ، وبالحر والبيع بالخمر والخنزير فاسد كما ذكره المصنف في أول باب البيع الفاسد ، وفي هـــذا الفصل شرع في بيان حكمهـــا وهو القبض ، فقال وإذا قبض المشترى المبيع في البيع الفاسد إلى آخره .

ثم ذكر خلاف الشافعي رضي الله عنه بما يدل على أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل على ما نقف عليه الآن إن شاء الله تعالى ( مال ملك المبيع ولزمته قيمته ) أي قيمة المبيع وهو قول عامة المشايخ « رح » ، سوى أهل العراق فإنهم قالوا إن المشتري في البيع الفاسـد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع ، إستدلالاً بما قال في كتاب البيوع إن المشتري إذا اعتقه جاز عتقه ، وكان الولاء له لا للبائع لأن البائع سلطه على ذلك ولهذا لو كان المبيع

وقال الشافعي « رح » لا يملكه ، وإن قبضه لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد ، ولهذا لا يفيده قبل القبض وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم ،

---

جارية لا يجوز للمشتري وطئها ، ولو كان داراً لا يجوز فيها الشفعة للشفيع ، وقال الفقيه أبو الليث « رح » وهذا ليس بصحيح ، بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا ، بدليل أن المبيع ولو كان داراً فقبضها فبيعت دار أخرى بجنبها ، فللمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة ، ولو كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البائع وجب الإستبراء ، وإنما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها لئلا يكون مصراً على المعصية فاستعماله بالوطىء أعراض عن الرد ، فلهذا المعنى لم يجز لا لعدم الملك ، وإنما لم يجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها .

وقال في شرح الطحاوي والاصل في البيع الفاسد أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع ، وكل مالا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد ، بيانه من اشترى من رجل عبداً بخمر أو خنزير وتقابضا وهما مسلمان ملك المشتري العبد إذا قبضه بإذن البائع ، ولا يملك الآخر الخمر والخنزير ، وكذلك لو اشترى من رجل عبداً بمدبر أو مكاتب أو بأم ولد وتقابضا ملك المشتري إذا قبضه بإذن البـــائع ومشتري المدبر والمكاتب وأم الولد لا يملك ، وإن قبض بإذن البائع ، وكذلك لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير إذن صاحبه وتقابضا ملك مشتري العبد ، ولا يملك الآخر ما قبض حتى يجيز ماله البيع فيه .

( وقال الشافعي رضي الله عنه لا يملكه ، و إن قبضه ) وبه قال مالك وأحمد رضي الله عنهما ( لانه محظور ) أي حرام ( فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ) أي بين النهي والمشروعية ، إذ النهي يقتضي القبح ، والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة ( ولهذا ) أي ولاجل ذلك ( لا يفيـــده ) أي الملك ( قبـــل القبض وصار كما إذا باع بالميتـــة أو باع الخمر بالدراهم ) وقبضها المشتري لا يفيد الملك

ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال ، وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور ، فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ، وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

---

( ولنا أن ركن البيع ) أي ركن البيع الفاسد وهو البيع بالخمر أو الخنزير ، وفيه مبادلة المال بالمال بالتراضي ( صدر من أهله ) وهو كونه عاقلاً بالغاً حال كونه (مضافاً إلى محله ) لان المبيع فيه مال والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس إلى الخمر والخنزير غير أنه ليس بمتقوم ولاهانة الشرع ، فلما كان الثمن مالاً من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد ، فإذا كان كذلك ( فوجب القول بانعقاده ) لوجود شرائط .

(ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام ) جواب سؤال مقدر بأن يقال سلمنا بأن ركن البيع مبادلة المال ، ولكن لم قلت إنه موجود ، فأجاب بقوله وفيه الكلام يعني كلامنا فيما إذا وجد الركن لان الركن الذي هو المبادلة موجود في جميع البيوع الفاسدة .

( والنهي يقرر المشروعية ) وهذا جواب عما يقال ، قد يكون النهي مانعاً ، فأجاب بقوله والنهي يقرر المشروعية ( عندنا لاقتضائه التصور ) ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب ، وبين أن يأتي به فيعاقب عليه ( فنفس البيع مشروع وبه ) أي وبالبيع ( تنال نعمة الملك ) لكن لابد فيه من قبح مقتضى النهي ، فجعلناه في وصفه مجاوراً وهو معنى قوله ( وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء ) يعني يوم الجمعة فجعل وصفه عملاً بالوجهين ، فإن قيل المحظور وقت النداء مجاور ، وأما في المتنازع فيه من قبيل ما اتصل به وصفاً ، فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحاً ، وأيضاً الحكم هناك الكراهة ، وفي المتنازع فيه الفساد ، وأجيب بأن غرض المصنف في ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين النهي

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، إذ هو واجب الرفع بالاسترداد ، فبالامتناع عن المطالبة اولى

---

عنه كما زعمه الخصم ، والمجاور جمعاً والمتصل وصفاً سيبان فيصبح قياس أحدهما على الآخر ، وبان عرضه أن الحكم المنهى عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم ، والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان .

( وإنما لا يثبت الملك قبل القبض ) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولهذا لا يبيعه قبل القبض ، بيانه أن البيع الفاسد لا يثبت الملك قبل القبض للمبيع .

( كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ) أي عن جهة الشارع لأن البيع الفاسد منهى عنه ، ولو ثبت الملك قبل القبض يكون والتسلم والتسليم واجباً شرعاً ، فيكون الشارع آمراً وناهيـــاً في شيء واحد وهذا لا يجوز ، فإن قيل لو ثبت الملك بعد القبض يلزم تقرير الفساد أيضاً قلنا لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافاً إلى نفس البيع .

والبيع شرع الله تعالى فيكون الفساد مضافاً إلى الشارع ، ولا كذلك بعد القبض لان الملك مضافاً إلى القبض والقبض يوجب الضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافاً إلى العبد ، كذا نقل عن القاضي الارسابندي وقيل لان الفاسد لو ثبت قبل الملك قبل القبض وبعده لكان مساوياً للصحيح ، ولو ألغينا الملك به لكان مساوياً للباطل فأثبتنـــا الملك بعد القبض به عملاً بالدليلين وفيه نوع تأمل لان الفاسد والباطل متساويان عند الخصم .

( إذ هو ) تعليل كقوله كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، أي لان البيع الفاسد ( واجب الرفع بالاسترداد ) أي بطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض (فبالامتناع عن المطالبة أولى ) يعني أن البيع الفاسد إذا أفاد الملك بالقبض يجب استرداد المبيع من يد المشتري رفعاً للفساد واجتناباً عن المعصية ، فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد ، ولان الدفع أسهل من الرفع .

ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفـــادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن ، ولو كان الخمر مثمناً فقـــد خرجناه ، وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمناً له لا مثمناً ، ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر ،

---

(ولان السبب قد ضعف ) دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض، يعني أن السبب وهو البيع الفاسد قد ضعف ( لمكان اقترانه بالقبيح ) وهو النهي عنه فلاجل هذا لم يفد الملك ( فيشترط اعتضاده) أي تقويته (بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة )في احتياجها إلى ما بعضه العقد من القبض .

( والميتة ليست بمال ) جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميته ، تقريره أن الميتة ليست بمال وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه وهو معنى قوله ( فانعـــدم الركن ) فلا ينعقد العقد فالقيـــاس فاسد ( ولو كان الخمر مثمناً فقد خرجناه ) هذا جواب لقوله ، أو باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد ، وأراد به ماذكره ثمة لقوله ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله إلى آخره ( وشيء آخر ) أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك ( وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة ) لاعين الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها ( وهي ) أى الخمر ( تصلح ثمناً لا مثمناً ) اي مبيعاً ، فلو قلنا بانعقاد المبيع في هذه الصورة جعلنا القيمة مثمناً، اذ كل عين في مقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثمن لتعينها الثمنية خلقة وشرعاً ومـــا عهد في صورة من صورة البياعـــات أن تكون القيمة مثمناً ، لانه يؤدي إلى تغيير المشروع .

( ثم شرط ) أي القدوري « رح » ( أن يكون القبض بإذن البائع ) حيث قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع ( وهو الظاهر ) أي ظاهر الرواية

إلا أنه يكتفى به دلالة ، كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً وهو الصحيح لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق ، وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح ، والبيع مع نفي الثمن ،

---

( إلا أنه يكتفى به ) أي بالإذن ( دلالة ) أي من حيث الدلالة ( كما إذا قبضه ) أي المشتري ( في مجلس العقد استحساناً ) أي يصح من حيث الإستحسان ( وهو الصحيح ) أي الإستحسان هو الصحيح، واحترز به عما ذكره صاحب الإيضاح وسماه الرواية المشهورة ، فقال وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما يقبض ، وأشار إلى وجه الصحيح بقوله ( لأن البيع تسليط منه ) أي من البائع ( على القبض فإذا قبضه بحضرته ) أي بحضرة البائع ( قبل الافتراق ولم ينهه ) أي البائع لم ينه المشتري عن القبض ( كان ) أي القبض ( بحكم التسليط السابق ) فيكتفي به ( وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً ) يعني يكتفى بسكوت الواهب وعدم نهية الموهوب له عن القبض استحساناً أي من حيث الاستحسان .

( وشرط ) أي القدوري « رح » وفي بعض النسخ ويشترط ( أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع ، وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه ) أي على قول القدوري ( البيع بالميتة والدم والحر والريح ) بأن قال بعت هذا الشيء بالريح الشمالي الذي يأتي من هذا الجانب ، وذلك المكان ملك المشتري ، وفي الذخيرة صورته بأن يكون لانسان ظرف منفوح فاشترى بذلك الريح الذي في ذلك الظرف ويجعلها في ظرف احترز له ( والبيع مع نفي الثمن ) أي في رواية لأنه إذا نفاه فقد الركن عن العقد فلم يكن بيعاً، وفي رواية ينعقد بيعاً لأن نفيه لا يصح، إذ البيع مشتمل على العوضين ومالا يشتمل على عوضين فهو هبة وصدقة، وإذا لم يصح صار كأنه سكت عن ذكر الثمن، فلو باع

وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم ، فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض ، فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة ، ومعنى أعدل من المثل معنى ، قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد ، وهذا

---

وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسداً ويثبت الملك بالقبض لأنه مطلق العقد يقتضي المعاوضة ، فإذا سكت كان عوضة قيمة وكأنه بقيمته فيفسد البيع .

( وقوله ) أي قول القدوري « رح » ( لزمته قيمته في ذوات القيم ) كالحيوانات والعدديات المتفاوتة ( فأما في ذوات الأمثال ) كالمكيلات والموزونات والعدديات غير المتفاوتة ( يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض ) واحترز به عن البيع الصحيح ، وقالوا جميعاً فالمرجوع في قيمته أو المثل ، أي قول المشتري لأنه هو الذى يلزمه الضمان ، فالقول قوله واليمينة للبائع ، كذا في شرح مختصر الكرخي ( فشابه الغصب ) والحكم في الغصب كذلك ( وهذا ) أي وجوب المثل في ذوات الامثال ( لان المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى ) وهو القيمة لانه إنما يضاف إليها عند العجز عن المثل صورة ومعنى وإنما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولكل واحد من المتعاقدين فسخه ) أي حق فسخ البيع الفاسد .

( رفعاً للفساد ) وقال الاترازي « رح » رفعاً للفساد بالراء لا بالدال ، كذا السماع وذلك أن رفع الشيء إنما يكون بعد وقوع ذلك الشيء ودفعه يكون قبل وقوعه ، والفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح ، قلت نسخة شيخي أيضاً بالراء ، ولكن قوله ودفعه يكون قبل وقوعه ، والفساد فيه تأمل لان الدفع بحسب اللغة لا يختص بالقرب والبعد كيلا لا يقع بتصرفه على المشترى مكروهاً أو حراماً ، فقال في الايضاح ويكره للمشترى أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع لان الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لان إعدام الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد ( وهذا ) أي كون حق الفسخ

قبـل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه ، فيكون الفسخ امتناعاً منـــه ، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ، وإن كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد ، إلا انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط ، قـــال فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه ، فملك التصرف فيه

---

لكل منهما ( قبل القبض ظاهر لانه ) أى لان البيع الفاسد ( لم يفد حكمه ) وهو الملك ( فيكون الفسخ امتناعـــاً منه ) أى من الحكم ( وكذا بعد القبض ) لكل واحد منهما فسخه .

( اذا كان الفساد في صلب العقد )أى في البدل أو المبدل كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر ( لقوته ) أى لقوة الفساد ، ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبة عندهما لانه إلزام موجب الفسخ،ولا يلزمه الا بعلمه وعند أبي يوسف « رح » بغير حضرته أيضاً .

( وإن كان الفساد بشرط زائد ) بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه ، كذا أو باعه إلى أجل مجهول ( فلمن له الشرط ذلك ) والنسخة الصحيحة فلمن له الشرط ذلك أى الفسخ ومن له الشرط أي منفعة الشرط هو البائع في صورة الاقراض والمشترى في صورة الاجل ( دون من عليه لقوة العقد ) دليل قوله دون من عليه ، يعني أن فسخ من عليه لا يجوز لان العقد قوى لان الشرط دخل في أمر زائد لا في صلب العقد .

( إلا أنه ) استثنى من قوله لقوة العقد يعني أن العقد لما كان قوياً كان القياس أن لا يفسخ من له الشرط أيضاً إلا أنه ( لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط ) فله أن يفسخه وقال الكاكي « رح » إلا أنه إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد ، يعني لما كان العقد قوياً ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ .

( قـــال ) أي القدوري « رح » ( فإن باعه المشتري ) أي الذي اشترى بالشراء الفاسد ( نفذ بيعه لأنه ملكه ) بالقبض ( فملك التصرف فيه ) سواء كان بيعاً أو هبة أو إعتاقاً،غير أنه لا يحل له الأكل،إن كان مأكولاً،وإن كانت جارية لا يحل له وطيها، كذا في

وسقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ، ونقض الأول لحق الشرع ، وحق العبـــد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله . دون وصفه ، والثـــاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ، ولأنه

---

شرح الطحاوي « رح » وقال شمس الأئمة الحلواني يكره له الوطىء ولا يحرم ، كذا في الفتـــاوى الصغرى وفي شرح الطحاوي ، وإذا باعه المشتري ليس للبائع إبطاله ، وعلى المشتري القيمة أو المثل ، إن كان مثلياً ويطيب ذلك الملك للثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول لأنه لا يحل له ولا يطيب لأنه ملكه بعقد فاسد .

ولو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا غرم العقر في رواية كتاب البيوع ، وفي رواية كتاب الشرب عليـــه العقر ولو رهن المشترى المبيـع صح الرهن وليس للبائع إبطاله ،وإن فكه المشتري قبل أن يقضي عليه بالقيمة فإنه يرد على البائع إبطاله ، وإن فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على المبيـع ، وإن أجره صحت الإجـارة غير أن للبائع أن يبطلها ويسترد المبيع ( وسقط حق الإسترداد لتعلق حق العبد بالثاني) أي لتعلق حق المشتري الثاني بالعقد الثاني ( ونقض الأول ) أي البيـع الأول (لحق الشرع) من جهة الفساد فيه وحق الشرع إذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد وهو معنى قوله (وحق العبد مقدم عليه لحاجته) لأن الله تعالى غني فالعفو عنه أرجى بخلاف حق من الغاصب لأنه تعلق به حق المغصوب منه ، وكلاهما حق العبد خير حج حق المغصوب منه لأنه أسبق ، كذا في المبسوط .

( ولأن الأول ) هذا دليل على سقوط حق الاسترداد للبائع بعد بيـع المشتري من غيره يعني أن البيـع الأول ( مشروع بأصله ) لأنه لا فساد في أصل البيـع ( دون وصفه )لدخول الفساد فيه ( والثاني ) أي البيـع الثاني ( مشروع بأصله ووصفه ) لأنه لا فساد فيهما جميعاً ( فلا يعـارضه مجرد الوصف ) أي فلا يعارض المشروع بأصله ووصفه ، المشروع بمجرد الوصف حاصله أن الفاسد لا يعارض الصحيح ( ولأنه ) هذا دليل ثالث على سقوط حق

حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة ، لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع ، قال ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز ، وعليه القيمة لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته ، وبالإعتاق قد هلك

---

الاسترداد بعد بيع المشتري ، أي ولأن البيع الثاني ( حصل بتسليط من جهة البائع ) حيث كان القبض بإذنه فاسترداده نقص ما لم من جهته [ كذا ] وذلك باطل ، فإن قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد بيع المشتري أيضاً ، ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخه إعداماً للفساد فانتقض العلة ، قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال .

( بخلاف تصرف المشتري ) هذا جواب عما يقال ، لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعاً من نقض التصرف لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء غيرها لتعلق حقه بها ، لكن للشفيع أن ينقضها وتقرير الجواب ما قاله من قوله بخلاف تصرف المشتري ( في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما ) أي من حق الشفيع وحق المشتري ( حق العبد فيستويان في المشروعية ، وما حصل تسليط من الشفيع ) أي لم يوجد التسليط من الشفيع لأن التسليط إنما يثبت بالاذن أو بإثبات الملك المطابق للتصرف ، ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك فكان له الاسترداد .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى عبداً بخمر أو خنزير فقبضه ) بإذن البائع ( وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز ) أي هذا لأنه كره أن يغير لفظ محمد رحمه الله ( وعليه القيمة لما ذكرنا ) فيما تقدمه ( أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته ) وأصل المسألة أن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالاذن عند أصحابنا ، خلافاً للشافعي رضي الله عنه وقد مر بيان ذلك فيما مضى ( وبالاعتاق قد هلك ) أي لم يبق

فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة انقطع حق الإسترداد على ما مر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان ، إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ، وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ولأنها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً .

---

مالية بالعتق ( فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة قد انقطع حق الاسترداد على ما مر )أشار به إلى قوله لتعلق العبد الثاني ، وهو المشتري الثاني .

( والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان ) فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لانه مافي حق الراهن ، كالكتابة في حق المولى (إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع ) وهو تعلق حق العبد قبل وليس في تخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لإثبات في جميع الصور إذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ، ولأنه الإسترداد لعود قديم ملكه إليه ثم عود حق الإسترداد في جميع الصور ، إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما إذا كان بعد القضاء بذلك عند تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى الغير كما إذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الأبق ثم عاد .

( وهذا ) أي انقطاع الإسترداد بالتصرفات المذكورة ( بخلاف الاجارة ) فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع ( لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ) من أقوى الأعذار ، وفي الذخيرة والمبسوط لا يبطل حق الاسترداد بالاجار والنكاح ، لأن الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار ، وقيام حق الشرع في الرد إفساد السبب من أقوى الأعذار فيفسخ به ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيباً كان له فسخ الاجارة للرد بالعيب ، فهذا أولى ولم يذكر محمد « رح » من يفسخ الاجارة ، وذكر في النوادر أن القاضي يفسخها ( ولأنها ) أي ولأن الاجارة ( تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً ) يعني أن الاجارة تنعقد على المنافع وهي تحدث شيئاً فشيئاً ، إلا أن العين أقيمت مقام

قال وليس للبـــائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن ، لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن ، وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه في حياتـــه ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد ، وهو الأصح

---

المنفعة ففي أي وقت رد العقد كان الرد امتناعاً من انعقاد العقد في حق المنفعة التي تحدث بعده لعدم الضروره ، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن ) الذي أخذه ،قال الأترازي قولهحتى يرد الثمن أي القيمة أخذها من المشتري ، ذكرها بعض الشارحين وفيه نظر لأن القيمة إنما تجب في البيع الفاسد إذا هلك المبيع وهنا المبيع قائم ، وإنما أثبت محمد « رح » أسم الثمن ، وإن كان البيعفاسد التصور بصورة الثمن حيث قوبل بالمبيع ، قلت أراد ببعض الشارحين السغناقي رحمه الله لأنه قال هكذا فراراً عن المجاز ، وقال الامام التمرتاشيهذا الحكمليس بخصوص البيع الفاسد بل هذا الحكم ثابت فيالإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد إعتباراً بالعقد الجائز إذا تفاسخا ، لأن هذه عقود معاوضة فيوجب السويه بين البدلين ( لأن المبيع مقابل بـــه ) أي بالثمن الذي أعطاه المشتري ( فيصير محبوســاً به ) أى بالثمن ( كالرهن ) بالدين لكنه يفارقه من وجه آخر ، وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير، وههنا المبيع مضمون الثمن بجميعقيمته كما في الغصب ( وإن مات البائع فالمشترى أحق به ) أي بالمبيع ( حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه ) أى على البائع ( في حياته فكذا ) يقدم ( على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ) فإنه إذا مات ولهورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين .

( ثم إذا كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين ) بالتعيين ( في البيع الفاسد وهو الأصح ) إحترز به عن رواية أبي حفص « رح » فإنه قال لا يتعين كما في

لأنه بمنزلة الغصب ، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا ، قال ومن باع داراً بيعـــاً فاسداً ، بناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة « رح» ، رواه يعقوب « رح » عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية ،

---

البيع الجائز ، وقال علاء الدين العالم « رح » في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة ، وإليه ذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد « رح » لأن البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد .

ثم كما تتعين الدراهم والدنانير في العقود الفـــاسدة فتعين في الوديعة والغصب والهبة والوصية في المضـاربة والشركة قبل القبض والتسليم ، وقال الامام البزدوي « رح » في جامعه إنما يتعين الدراهم والدنانير في البيع الفاسد إذا كان البيع الفاسد صريحاً لا يتعين ألا ترى أن البيع الفـــاسد بمنزلة الغصب وكان الثمن في يد البـائع بمنزلة المغصوب ، والدراهم المغصوبه تتعين حتى وجب رد فيها ، إن كان قائما وبه صرح الامام قاضي خان ( لانه ) أي لان الثمن ( بمنزلة الغصب ) لانـــه مضمون بالقبض كالغصب ( وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا ) أشار به إلى قوله لأنه بمنزلة الغصب .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشترى فعليه قيمتها عند أبي حنيفة « رح » ) لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أن رجلا باع من رجل داراً بيعاً فاسداً فقبضها المشتري فبنى فيها ، قال ليس للبائع أن يأخذها ولكنه يأخذ قيمتها ، ثم شك يعقوب « رح » في هذه المسألة بعد ذلك ، وقال يعقوب ومحمد « رح » ينقض البناء ويرد الدار إلى صاحبها ، إلى هنا لفظ محمد رحمه الله ( رواه يعقوب « رح » عنـه ) أي روى أبي يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » ( في الجامع الصغير ثم شك ) أي أبو يوسف « رح » ( بعد ذلك ) أي بعد الرواية عن أبي حنيفة « رح » شك في حفظها عنه ، وهو معنى قوله ( في الرواية ) عن أبي حنيفة لا في مذهب أبي حنيفة « رح » ، فإن ذكر في جـــامع البزدوي « رح » قال أبو يوسف

وقـــالا ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما أن حق الشفيـع أضعف من حق البائع ، حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطـــل بالتأخير بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أن البناء والغرس مما يقصد بـــه الدوام ، وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد ،

---

لمحمد « رح » مـــا رويت لك عن أبي حنيفة إنما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد « رح » بل رويت أن يأخذ قيمتها ، وقد أشار إلى ذلك في بعض النسخ ، فقال محمد « رح » ثم شك يعقوب « رح » في هذه المسألة ولم يزل به أنه شك في قول أبي حنيفة « رح » ، وقوله الأول مع محمد « رح » بل شك في سماعه عنه ، وفي الإيضـاح قاله المعلى « رح » رجع أبو يوسف « رح » إلى قول أبي حنيفة « رح » وقوله الأول مع محمد أشـــار إليه المصنف بقوله :

( وقالا ) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » ( ينقض البناء وترد الدار ) أي على صاحبها كما هو مذكور في الجامع الصغير ( والغرس على هذا الإختلاف ) يعني ينقطع به حق الفسخ عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، وقد نص محمد « رح » على الإختلاف في كتاب الشفعة ، فإنه قال إذا اشترى المشترى شراء فاسداً فبنى فيها أوغرس ، لايثبت حق الشفعة للشفيـع ، وعندهمـا وعند أبي حنيفة « رح » يثبت ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( إن حق الشفيـع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه ) أي في حق الشفيـع ( إلى القضاء ويبطل ) أي حق الشفيـع ( بالتأخير ) أي بتأخير المطلب ( بخلاف حق البائع ) فإنه لا يحتاج إلى ذلك ( ثم أضعف الحقين ) وهما حق الشفيـع وحق البائع ( لا يبطل بالبناء فأقواهما ) أي فأقوى الحقين الذي هو حق البائع (أولى) بأن لايبطل (وله) أي ولأبي حنيفة « رح » ( إن البناء والغرس مما يقصد به الدوام ) إحترازاً عن الإجارة ( وقد حصل ) أي كل واحد من البنـــاء والغرس ( بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الإسترداد ) لأنه لا يجوز للإنسان أن يسعى في نقض ماتم من جهته ( كالبيـع ) أي فصار كما

كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منـــه التسليط، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه، فكذا ببنائه وشك يعقوب «رح» في حفظه الرواية عن أبي حنيفة «رح»، وقد نص محمد «رح» على الإختلاف في كتاب الشفعة،

---

إذا باعـــه المشترى أو وهبه من غيره (بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا) أي ولاجل عدم التسليط من الشفيع (لا يبطل) أى حق الشفيع (بهبة المشترى وبيعه) يعني لو وهبها الإنسان أو باعها من آخره.

(فكذا ببنائه) أى فكذا لا يبطل ببنائه، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء، يصير ورثة حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض بناء المشترى واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الأولى، لأن فيه إعدام الفاسد قال الاكمل وإذا يزل[1] ماذكر فليس بوارد على إذ البائع دون الشفيع، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لسلط فانتفى الأولية وبطلت الملازمة.

(وشك يعقوب «رح») هو أبو يوسف «رح» (في حفظـــه الرواية عن أبي حنيفة «رح») لما كان هذا الموضع محتاجاً إلى تأكيد، كرر المصنف قوله شك يعقوب «رح» قال الأكمل «رح» وفي كلامه نوع العلاق لأنه قال رواه يعقوب «رح» عنه في الجامع الصغير، والراوى في الجامع الصغير محمد «رح» لأنه تصنيفه، إلا إذا أريد بالجامع الصغير المســـائل التي رواها يعقوب «رح» عن أبي حنيفة لمحمد رحمهم الله وقال تاج الشريعة «رح» وشك يعقوب «رح» في حفظ الروايه، قال مشايخنـــا شك أبو يوسف «رح» أن قول أبي حنيفة رحمـــه الله هل يخالف قولها أم لا، وقع الشك لا يتحقق الاختلاف والأصح على الخلاف، وشك أبي يوسف في الرواية أنه سمع منه أم لا.

(وقد نص محمد «رح» على الاختلاف في كتاب الشفعة) الشفعة للشفيع عندهما

---

(١) هكذا وردت في الاصل.

فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الإختلاف قال ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيهـــا تصدق بالربح ، ويطيب للبائع مـــا ربح في الثمن ، والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بهـــا ، فيتمكن الخبث في الربح

---

وعند أبي حنيفة «رح» يثبت ( فإن حق الشفعة مبنى على انقطـــاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف ) فعند أبي حنيفة « رح » يثبت حق الشفعة ، فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتاً ، وعندهما لا يثبت لانه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد ، وقال الاترازي « رح » وقـــال بعض الشارحين قوله وثبوته بالرفع عطفاً على قوله مبني وهو ضعيف ، قلت أراد بعض الشارحين السفناقي « رح » وتبعه على ذلك الكاكي أيضاً ، ولكن الاترازي « رح » بين وجه الضعف صريحاً ، والذى يظهر لي أن ثبوته مرفوع بالابتداء أو خبره هو قوله على الاختلاف لان تحرير الكلام هنا ، وتحقيق معناه أن حق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس ، وثبوته مختلف فيه ، فمن قـــال بثبوته قال بانقطاع حق البائع ، ومن قال بانقطاعه قال بعدم إنقطاع حق البائع لان وجود اللزوم بدون لازمـــه محال ، وعلى هذا فمن حفظه مذهب أبي حنيفة « رح » في ثبوت الشفعة ، لا يشك في مذهبه في انقطـــاع حق البـــائع في الاسترداد فلم يبق الشك الا في رواية عنـــه لمحمد « رح » فافهم فأنه موضع دقيق يحتاج إلى فكر عميق .

(ومن اشترى جارية بيعاً فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيها تصدق بالربح ، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ) البائع هو بائع الجارية ( والفرق ) أي بين الصورتين وهما طيب الربح لبيع الجارية في الثمن وعدم طيبة المشتري الجارية ( أن الجارية مما يتمين فيتعلق العقد بها ) أي بعين الجارية ، ومعنى تعين الجارية ، إنه إذا باع جارية معينة ليس له أن يعطي جارية أخرى مكانها ، ولما تعلق العقد بها وحصل الربح من هذه الجارية كان الربح ، جاء من بدل المملوك ملكاً فاسداً ، فيمكن الخبث في الربح ويتصدق به ( فيتمكن

والدراهم والدنانير ، لا يتعينان في العقود ، فلم يتعلق العقد الثـــاني بعينها ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق ، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك ، أما الخبث لعـدم الملك عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » يشمل النوعين لتعلق العقد فيمـــا يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة ، من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيـع أو تقدير الثمن ،

---

الخبث في الربح ) والخبث عدم الطيب ( والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود ) أي في عقود البياعـــات ، واحترز به عن الوديعة والشركة والغصب ونحوهما ، وعند زفر والشافعي « رح » يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة ، فحبسها وأعطى البائع غيرها فللبائع أن يأبى ذلك ، ولو هلكت الدراهم أو استحقت يبطل البيـع عندهـــما كما في البيـع المعين ، وعندنا لا يبطل ( فلم يتعلق العقد الثاني بعينها ) أي بعين الدراهم التي باع المشترى الجارية بها ( فلم يتمكن الخبث ، فلا يجب التصدق ) لان الربح حصل بالعقد لا بالدراهم .

( وهذا ) أي هذا الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين مالا يتعين ، حيث لا يطيب الربح في الاول ويطيب في الثاني ( في الخبث الذى سببه فساد الملك ) والخبث على نوعين خبث لفساد الملك ، وخبث لعدم الملك كما يجيء الآن ، و كذلك المال على نوعين ، نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير ، ونوع يتعين بخلافهما ( أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد « رح » يشمل النوعين ) أراد بهما ما يتعين من المـــال ومالا يتعين ( لتعلق العقد ) أي بمال الغير ( فيما يتعين حقيقة ) أي من حيث حقيقة الخبث ( وفيما لا يتعين شبهة ) أي من حيث الشبهة ، أي شبهة الخبث ، وبينه بقوله ( من حيث أنه يتعلق به ) أي بمال يتعين ( سلامة المبيـع ) بأن ينقد الدراهم المغصوب ( أو تقدير الثمن ) عطف على قوله سلامة المبيـع ، يعني أن الخبث لعدم الملك إنما يثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لأنه تعلق به سلامة المبيـع كما قلنا أو تقدير الثمن بأن يشير إلى الدراهم المغصوبة ، ونقد من

وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة ، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ، قال ، وكذا إذا ادعى على آخر مالاً فقضاه إياه ، ثم تصادقا ، انه لم يكن عليه شيء ، وقدربح المدعي في دراهم يطيب له الربح ، لأن الخبث لفساد الملك ، ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق ، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

---

غيرها ( وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة ) يعني أن الخبث لفساد الملك تنقلب حقيقة شبهة ، أي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك ، كما في ما يتعين يكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ( والشبهة ) باعتبار فساد الملك فيما لا يتعين ( تنزل إلى شبهة الشبهة ) فيما لا يتعين ( والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ) أي من الشبهة لأن شبهة الشبهة إذا اعتبرت ، ينسد باب العقود إذ لا يخلوا عن شبهة الشبهة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وكذا إذا ادعى ) رجل ( على آخر مالاً ) بأن ادعى عليه ألف درهم مثلاً ( فقضاه إياه ) أي فقضى الرجل المال ( ثم تصادقا ، إنه لم يكن عليه شيء ) والحال ( وقدر ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد الملك ههنا لأن الدين وجب بالتسمية ) بدعوى الدعوى ( ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك ) ملكاً فاسداً والمستحق هو الدين والبدل الدراهم ( فلا يعمل ) أي الخبث ( فيما لا يتعين ) لأن الخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين ، لأنه شبهة الشبهة ، ولهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به .

* * *

## فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله ﷺ عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ، قال عليه السلام لا تناجشوا ، قال وعن السوم على سوم غيره ، قال ﷺ لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ،

---

### ( فصل فيما يكره )

أي هذا فصل في بيان ما يكره في باب البيوع ، والمكروه أدنى درجة من الفاسد ، ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحقه به وأخره عنه وقد علم في الأصول أن الفسخ إذا كان لأمر متجاوز كان مكروهاً ، وإذا كان لوصف متصل كان فاسداً ( قال ونهى رسول الله ﷺ عن النجش ) بفتحتين ، ويروى بالسكون وقيل بالتحريك إسم وبالسكون مصدر. وهو مكروه بإجماع الأئمة الأربعة ، قوله ونهى رسول الله ﷺ عن النجش ، لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله ( وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب ) من الترغيب ( غيره ) فيوقعه فيه ، ثم ذكر الحديث بقوله ( قال عليه الصلاة والسلام ) أي قال النبي ﷺ ( لا تناجشوا ) هذا الحديث رواه البخاري بإسناده عن أبي سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا الحديث ، وروى البخاري أيضاً حدثنا عبد الله بن مسلمة ، قال حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال نهى رسول الله ﷺ عن النجش .

( قال ) أي القدوري ( وعن السوم على سوم غيره ) وقال المصنف « رح » ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ) هذا الحديث رواه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان وأن يبيع حاضر لباد الحديث ، وفي آخره أن يستام الرجل على سوم أخيه ، ورواه محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة « رح »عن النبي ﷺ ، قال لا يستام الرجل على سوم

ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة، أما إذا لم يركن أحدهما إلى آخر فهو بيع من يزيد،ولا بأس به على ما نذكره محمل النهي في النكاح أيضاً ، قال وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ،

---

أخيه ولا يخطب على خطبته الحديث ، وفي شرح الطحاوي وصورته أن يتراوض الرجلان على السلعة ويتساومان عليها ويرضى البائع والمشترى بذلك ولم يعقد عقد المبيع حتى ساومه آخر على سومه واشتراه منه ، فإنه يجوز في الحكم ولكنه يكره هذا ، إذا جنح قلب البائع إلى البيع من الأول بما طلب منه من الثمن ، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك فلا بأس للثاني أن يشتريه لأن هذا بيع من يزيد ، وقد روى عن رسول الله ﷺ أنه باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد ، وكذلك الرجل إذا خطب امرأة وجنح قلبها كره لغيره أن يخطبها وإن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس للثاني أن يخطبها ، وفي الكافي السوم أن يزيد في الثمن بعد تقرير لإرادة الشراء ( ولأن في ذلك ) أى في السوم على أخيه ( إيحاشاً ) أي إلقاء الوحشة في قلبه ( وإضراراً ) في زيادة الثمن ( وهذا ) أى كون السوم مكروهاً ( إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة أما إذا لم يركن ) أى فإذا لم يرض ولم يجنح ( أحدهما إلى الآخر فهو ) أي السوم ( بيع من يزيد ولا بأس به ) حينئذ (على ما نذكره) إشارة إلى قوله ، وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد، وسيجيء عن قريب وقد ذكرناه أيضاً ( وما ذكرناه ) أراد به قوله وهذا إذا تراضى المتعاقدان ( محمل النهي في النكاح أيضاً ) يعني إذا ركن قلب المرأة إلى الخاطب يكره خطبة غيره فاذا لم يركن فلا يكره .

( قال ) أى القدورى ( وعن تلقي الجلب ) أى ونهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب أى المجلوب ، صورته أن واحداً من أهل المصر أخبر بمجيء قافلة بميرة عظيمة فيخرج ويتلقاهم ويشترى منهم ما تمارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ( وهذا ) أى تلقي الجلب على ما وصفناه إنما يكره ( إذا كان يضر بأهل البلد ) بأن يكونوا في

فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الوارد ، فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر ، وقال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال « رح » لا يبيع الحاضر للبادي ، وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز ، وهو أن يبيع من أهل البلد وطمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم ،

---

ضيق من جذب وقحط ( فـــان كان لا يضر ) أهل البلد ذلك ( لا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين ) بأن يشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بالسعر ( فحينئذ يكره لما فيه من الغرر ) في حقهم ( والضرر ) لأهل المصر وكلاهما قبيح .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( وعن بيع الحاضر للبادي ) وفسره ابن عباس « رح » بقوله لا يكون له سماداً وبينه الحلواني حيث قال صورته أن يجيء القروي بالطعام إلى المصر فلا بـــد للسمسار الحاضر أن يبيع القروي بنفسه ، بل يقول له لا تفعل شيئاً فلا أعلم فيتوكل هـــذا السمسار الحاضر من البادي ويبيعه ويعلي على الناس ، فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخص ، وهذا مبني لقوله عليـــه الصلاة والسلام لا يبيـــع حاضر لباد وذر والناس يرزقه الله بعضهم من بعض ، رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه ، وعن أنس بن مالك رضي الله عنه كان يقول لا يبيع حاضر لباد ، وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئاً ، وقال ابن سيرين « رح » هي كلمة جامعة للبيع والشراء ويجيء الآن تفسير المصنف « رح » لقوله لا يبيع حاضر لباد ( فقد قال عليه السلام ) أي فقد قال النبي ﷺ ( لا يبيع الحاضر للبادي ) وقد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنـــه ، ولفظ الحـــديث في كتب الحديث بلفظ النكرة في الحاضر والباد .

( وهذا ) أي كراهة بيع الحاضر للباد ( إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز ) أي ضيق ( وهو ) أي الحاضر ( أن يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي ) ويبيعـــه من أهل البادية بثمن غال ، وأهل المصر يتضررون بذلك فلا يجوز ( لما فيه من الإضرار بهم )

أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر . قال والبيع عند أذان الجمعة ، قال الله تعالى ﴿ وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ، ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر في كتاب الصلاة . قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ،

---

أى بأهل البلد . ( أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر ) وهكذا قال في شرح الطحاوى « رح » .

( قال ) أى القدورى « رح » ( والبيع عند أذان الجمعة ) أى ونهى رسول الله ﷺ عن البيع عند أذان الجمعة هكذا فسره الأكمل « رح » ، وقال الاترازى « رح » وهو بالجر معطوف على قوله عن النجش ، وهو أيضاً يؤدى معنى ما قاله الأكمل « رح » ، ولكن المصنف « رح » لم يذكر فيه النهي عن النبي ﷺ عن ذلك صريحاً وإنما قال ( قال الله تعالى ﴿ وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ) ولكن ما نهى الله عز وجل عن شيء وهو أيضاً نهى النبي ﷺ ، ومعنى ذروا اتركوا أمراً للجماعة من يذروا ما أتوا ما فيه وأصله ذروا أو ذروا حذفت الواو تبعاً كفعله واستغنى عن الهمزة فحذفت فصار ذروا ، وأقل أحوال النهي الكراهة ، ولأن السعي إلى الجمعة واجب بالنص .

وفي الاشتغال بالبيع والشراء أو بالنوم ونحو ذلك ترك السعي الواجب ، وقد مر الكلام فيه مستقصى في باب الجمعة ( ثم فيه ) أى في الاشتغال بالبيع ( اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه ) بأن عقدا ووقفا ولم يسعيا ، وأما إذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس به ، ذكره أبو الليث في أصوله ( وقد ذكرنا الاذان المعتبر في كتاب الصلاة ) أراد به ما ذكره في باب الجمعة ، والأصح أن المعتبر هو الاول أى الاذان الاول إذا كان بعد الزوال لحصول الإعلام به .

( قال ) أى القدورى ( وكل ذلك يكره ) أى كل ما ذكرنا من أول الفصل إلى هنا مكروه وهو النجش والسوم على سوم غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للباد ، والبيع عند أذان الجمعة ( لما ذكرنا ) أى لما ذكرنا من الدلائل في كل واحد منها بمفرده .

ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة . قال ولا بأس بيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا ، وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد

---

( ولا يفسد به البيع ) أي بالنهي المذكور حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض، وبه قال الشافعي رضي عنه ، ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان إذ ليس السعر عليهم ، وقال مالك « رح » بيع التناجش باطل ، وبه قال أحمد « رح » في رواية ضعيفة ، وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك « رح » وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد « رح » ( لان الفساد في معنى خارج زائد ) أي مجاور ( لا في صلب العقد ) أي لا متصل به ( ولا في شرائط الصحة ) من الحرية والعقل والبلوغ ، قال الكاكي « رح » وأراد بقوله خارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله زائد لا في صلب العقد لا في شرائط الصحة وإلا يشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط فإن الفساد لمعنى خارج ليس بمجاور ، لهذا قال في الكاكي « رح » قوله لمعنى خارج مشكل إلا أن يؤول خارج بالمجاور .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ولا بأس ببيع من يزيد ، وتفسيره ما ذكرناه ) أشار به إلى قوله فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ( وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ) هذا الحديث أخرجه الاربعة فأخرجه أبو داود في الزكاة ، وابن ماجة في التجارات عن عيسى بن يونس عن الاحضر بن عجلان عن أبي بكر عبد الله الحنفي عن أنس بن مالك « رح » أن رجلا من الانصار أتى النبي ﷺ ليسأله فقال له أما في بيتك شيء قال بلى حلس يلبس بعضه ويبسط بعضه وقعب يشرب فيه الماء ، قال ائتني بهما فأخذهما رسول الله ﷺ وقال من يشتري هذين فقال رجل أنا آخذهم بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين أو ثلاثاً فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الانصارى وقال اشتر بأحدهما طعاماً فاشتره إلى أهلك واشتر بالآخر فاساً فأتني به فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده ثم قال اذهب واحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد

أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً فقال رسول الله ﷺ هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة ، إن المسألة لا تصح إلا لثلاثة لذى فقر مدقع أو لذى عزم مقطع أو لذى دم موجع وأخرجه الترمذى مختصراً أن النبي ﷺ باع حلساً وقدحاً فيمن يزيد ، وكذلك أخرجه النسائي مختصراً ، فإن قلت كيف يقول المصنف « رح » وقد صح ، وضعفه العقيلي في كتابه والاحصر بن عجلان ذكره الازدى في الضعفـــاء وأبو بكر الحنفي قال ابن القطان فيه مجهول لا أعرف أحداً نقل عدالته.

قلت هذا الحديث لما رواه الترمذى حسنه ، وعند البعض الحسن من الصحيح والاحصر ابن عجلان وثقه البخارى وأبو بكر الحنفي روى عنه جماعة وحسن الترمذى حديثه ولولا أنه ثقة عنده لما حسن حديثه ، فإن قلت كيف باع النبي ﷺ الحلس والقـدح بغير إذن صاحبهما قلت قيل يجوز الحاكم أن يبيع على المعسر ، فإن قلت قال الترمذى لم ينقل أنه كان معسراً ، قلت كانت نفقة أهله واجبة عليه فهي كالدين ، قلت لا يحتاج إلى هـــذه التكلفات ، والنبي ﷺ كان يجوز له التصرف في أموال أمتـــه بما شاء فيتصرف على وجه المصلحة .

فان قلت قال الترمذى والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم لم يروا بما شاء ببيع من يزيد في الغنائم والمواريث ، قلت قال ابن العربي والباب واحد والمعنى مشترك لا يختص به غنيمة ولا ميراث والحلس بكسر الحاء المهملة كا نطرح على ظهر البعير أو الحمار ، والجمع احلاس وحلوس كذا في الجمهرة ، ويقال فلان حلس بيته إذا لم يبرح منه .

قوله مدقع من الدقعا وهو التراب ، ومعنى فقر مدقع أى شديد يفضي بصاحبه إلى التراب وقيل هو سواء احتمال الفقر ، قوله أو لذى عزم مقطع أى لذى خلعة لازمـة من عزامة مثقلة ، وقال ابن الاثير القطع الشديد الشفيع وقد اقطع يقطع فهو مقطع وقطع الامر فهو قطيع ، قوله لذى دم موجع هو أن يتحمل دية فيسعى فيها حتى يؤديهـــا إلى أولياء المقتول ، فان لم يؤدها قبل التحمل عنه فيوجعه قتله .

ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه . قال ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً ، والأصل فيه قوله « رح » من فرق

---

( ولانه ) أى ولان بيع من يزيد ( بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه ) أى الحاجة داعيه إلى ذلك ، وتوارثها الناس في الاسواق ( نوع منه ) أى من البيع المكروه ، وإنما فصل هذا لما أن الكراهة في الدين تذكر بعد لمعنى راجع إلى المعقود عليه ، والكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه ، أو لان الذى يذكر بعد مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد وهو التفريق بخلاف الاول لان فيها مسائل شتى ولها أصول مختلفة ، وقال الاترازى رحمه الله ولان المصنف « رح » فصل هذا عما تقدم لان هذا النوع له باب على حده في الاصل والزيادات ، ولهذا ذكر الكرخي « رح » في مختصره في باب على حده ، قلت على ما ذكره كان ينبغي أن يذكر له بابا على حده .

( ومن ملك مملوكين ) إنما قال ملك ولم يقل اشترى لتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة والوصية والإرث والشراء ( صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر ) وقيد بالصغيرين لانه يكره في الكبيرين ( لم يفرق بينهما ) ومراده بالتفريق أن يكون ذلك في ملك واحد ، لانه إذا كان أحدهما في ملك رجل والآخر في ملك الآخر لم يكره التفريق ، ألا ترى إلى ما قال في الشامل ولو كان أحدهما مملوكاً له والآخر لولده الصغير أو مكاتبه أو مضاربه جاز التفريق . قال في شرح الطحاوى إذا كان له ولدان صغيران فدخل أحدهما في ملك أحدهما والآخر فلا بأس ببيع أحدهما ، وان كان يملك بيعهما جيمعاً ، وقال فيه أيضاً وكما يكره التفريق في البيع فكذلك يكره التفريق في القسمة في الميراث والغنائم .

( وكذلك ) أى لم يفرق ( إن كان أحدهما ) أى أحد المملوكين ( كبيراً ) والاصغيراً ( والاصل فيه ) أى في هذا النوع ( قوله عليه السلام ) أى قول النبي ﷺ ( من فرق

بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة) .

هذا الحديث رواه الترمذى عن حسين بن عبد الله عن ابي عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الانصارى رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول من فرق ... الخ نحوه وقال حديث حسن غريب .

وقال الاترازى « رح » وقال الكرخي « رح » في مختصره روينا عن أبي أيوب قال سمعت النبي عليه‌السلام يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته ، قال وهكذا ذكر لفظ الحديث شمس الائمة البيهقي « رح » في الشامل والكفاية ، وكذا ذكره في شرح الاقطع والايضاح ، ولكن ذكر صاحب الهداية بلفظ الاحبة .

قلت المحدثون رووه بلفظ الاحبة ، منهم الترمذى كما ذكرنا والحاكم والبيهقي والدارمي والدارقطني وأحمد في مسنده بعضه ، وقال شيخنا زين الدين رحمه الله في شرحه الترمذى استدل أحمد « رح » بعموم الحديث على أنه لا يصح التفريق بين الام وولدها الكبير في البيع ونحوه وهو رواية ابن الحكم عن مالك ، وقال أيضاً هل يحصل الحكم بالوالدة او يدخل فيه الجدة للأب ، وكذلك الولد الصغير مع الولد هل يجوز التفريق بينهما بالبيع ونحوه ، كذلك الجدة للأب والجد للأب صرح أصحابنا بأن الجدة كالام عند عدم الام ، وكذلك الجد كالاب عند عدم الاب ، فان كان له أم واب رقيقان حرم التفريق بينه وبين الام ، وجاز التفريق بينه وبين الاب ، وكذلك لو كان له ام وجدة لم يجز التفريق بينه وبين الام ، فان بيع مع جدته دون أمه فالاصح انه حرام .

وقال ايضاً فيه حجة للصحيح من الوجهين عند أصحاب الشافعي رضي الله عنه أنه لا يزول تحريم التفريق بإذن الأم في أن يفرق بينها وبين ولدها ، وبناه بعض العلماء على أن الحق في هذا هل هو لحق الوالدة أو لحق الله تعالى ، فإن كان لحق الوالدة جاز التفريق بإذنها ، وإن كان لحق الولد أو لحق الله تعالى فلا يجوز التفريق ، وإن أذنت وجوز مالك التفريق بإذنها .

ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال عليه السلام أدرك أدرك ، ويروى أردد أردد ، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما فقطع الاستيناس، والمنع من التعاهد ، وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ،

---

( ووهب النبي ﷺ لعلي رضي الله عنه غلامين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان ، فقال بعت أحدهما ، فقال عليه السلام أدرك أدرك ، ويروى أردد اردد ) هـذا رواه الترمذي وابن ماجة عن الحجاج بن أرطأة عن الحكم بن عيينة عن ميمون بن شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما ، فقال رسول الله ﷺ يا علي ما فعل غلامك فأخبرته ، فقال رده ثم قال هذا حديث حسن غريب ، وقال أبو داود في سننه ميمون بن أبي شبيب لم يدرك علياً فانه قتل في الجماجم في سنـة ثلاث وثمانين .

وأخرج الدارقطني في سننه والحاكم في مستدركه عن شعبة عن الحكم بن عيينة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته ، فقـال أدركهما دار وارتجعهما وهما جميعاً ، ولا تفرق بينهما ، وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه .

( ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير ) اي ويستأنس بالكبير أيضاً ، ففي التفريق زوال الأنس وزيادة الايحاش فيكره ما لم يبلغ الغلام او تحض الجارية ، فاذا بلغا لا يكره التفريق ( والكبير يتعاهده ) أي يتعاهده أي يتعاهـد الصغير أي يقـوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة ( فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس ، والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ) اي على ترك المرحمـة ، وفيه أحاديث ، منها ما رواه ابو داود من حديث عبد الله بن عمرو بن العـاص رضي الله عنـه قال قال رسول الله ﷺ من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا ،ومنها

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيـــه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما ، لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ،

---

حديث ابن عباس رضي الله عنهما رواه الترمذي عن عكرمة رضي الله عنه مرفوعاً، ومنها حديث أنس رضي الله عنه أخرجه الترمذي أيضاً مرفوعاً نحوه ومنها حديث رواه ابو يعلى الموصلي « رح » في مسنده عن أنس مرفوعاً ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا ( ثم المنع ) اي المنع من التفريق ( معلول بالقرابة المحرمة للنكاح ) بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من آخر ( حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ) كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات .

( ولا قريب غير محرم ) أي محرم كالأخت من الرضاع وكامرأة الاب ( ولا يدخل فيه ) أي في المبيع من التفريق ( ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس ) فان القياس أن يتصرف المالك في ملكه كيف شاء ( فيقتصر على مورده ) اي مورد النص وهو القرابة ، المحرمة النكاح ، فان قلت كيف يكون على خلاف القياس ، والمعنى هو قطع المعاهدة بالتفريق موجود ، قلنا وجود المعنى لا يدل على أنه لا يكون على خلاف القياس ، فان السلم شرع لحاجة المفاليس ، ومع ذلـك شرع على خلاف القياس ، كذا قيل لو كان منع التفريق معلولاً القرابة المحرمة النكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة وقد جاز في مواضع مع وجودها .

أحدها ما إذا كان أحد المملوكين بحال لا يمكن للمولى أن يبيعه بأن دبره ، ولا بأس ببيع الذي هو محل البيع هنا وإن حصل التفريق .

والثاني ما إذا جنى أحدهما فلا بأس ان يدفعه المولى إلى ولي الجناية مع ان له منع البيع باختيار الفداء .

والثالث مـــا لو استهلك مـال أمان يباع فيـه مع أن للمولى ولاية المنع بأداء قيمته .

والرابع ما لو كانا مملوكين لحربي مستأمن فانه يجوز للمسلم أن يشتري أحدهما مع ان

## ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا ، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره

كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره التفريق بالشراء ، وها هنا لا يكره .

والخامس أنه لو كان ثلاثة إخوة في يد رجل واحدهم صغير فللمالك أن يبيع أحد الكبيرين استحساناً مع وجود التفريق .

والسادس ما إذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيباً فله ان يرده ويمسك الثاني في ظاهر الرواية .

والسابع ما لو كان أحدهما أو اعتقه على مال أو غير مال فيقع التفريق باعتبار الإخراج عن الملك .

الثامن انه لو كان في يد رجل أمة ولها ولد صغير مراهق يجوز بيعه باختياره ورضى أمه ، والمسائل من المبسوط والإيضاح وشرح الطحاوي .

قلنا أما الجواب عن الأول أنه إنما لم يجوز التفريق باعتبار ضرر المملوك ، فلو منعناه من بيع الآخر لحق الضرر للمولى فيه ، وتعارض الضررين ، فنفي الضرر عن المولى أولى لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه ، وكذلك الجواب في الثاني والثالث .

وعن الرابع أنه لو لم يجوز شراء المسلم منه لذهب الحربي بينهما إلى دار الحرب ، وضرر فساده في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة ، أما في الدنيا فلمرضية الأمن والقتل إذ الظاهر من حال من ينشأ في دارهم كان على دينهم ، وأما ضرر الآخرة فظاهر .

وأما الخامس بأن المنع لحق الصغير وجه مرعي إذا كان معه أحد الكبيرين ليستأنس به ويقوم بحوائجه ، مع أن فيه رواية عن أبي يوسف « رح » أنه يكره أيضاً .

وعن السادس بالجواب عن الثاني وعن السابع أن الكتابة والإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه ، إذ المكاتب أو المعتق صار أحق بنفسه ، فيدور هو حيث ما دار أخوه فيتعاهد أموره ، وعن الثامن أنه لما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز .

( ولا بد من اجتماعهما ) أي اجتماع المملوكين الصغيرين (في ملكه لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها ( حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر

لا بأس ببيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب ، لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قـــال فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها ، وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك

---

لغيره ) وفي بعض النسخ والآخر لغيره وهو الأظهر ، لأن لفظ الغير مطلقا يتناول كل من هو غير المـــالك (لابأس ببيع واحد منهما ) أي من الاثنين المذكورين لأن التفريق إنما يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين .

(ولو كان التفريق بحق ) أي بسبب حق (مستحق لا بأس بـــه ) أي بالتفريق ومثل لذلك بقوله ( كدفع أحدهما بالجناية ) بأن جنى أحدهما فدفعه ( وبيعه بالدين ) بأن كان مأذوناً وأحـــاط به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له ( ورده بالعيب ) بأن اشتراهما وكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد ، وعلل بقوله ( لأن المنظور إليه ) في منع التفريق ( دفع الضرر عن غيره ) أي عن غير الصغير ( لا الإضرار به ) أي بالصغير وحاصل الكلام . أن التفريق إنما نهى عنه لدفع الضرر عن الصغير وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره ، فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق الضرار بصاحب الحق ، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمناً لحق مستحق فلا يلتفت إليه لأنه كم من شيء يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فإن فرق كره ذلك وجاز العقد ) الكراهة بالإجماع وفي الجواز خلاف عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، يجوز وبه قال الشافعي رضى الله عنه في قول ( وعن أبي يوسف « رح » أنه ) أي أن التفريق ( لا يجوز في قرابة الولادة )أي في الولدين والمولودين ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ( ويجوز في غيرها ) أي غير الوالدين والمولودين ( وعنه ) أي عن أبي يوسف « رح » ( أنـــه ) أي أن التفريق ( لا يجوز في جميع ذلك ) أي في قرابة الولادوغيرها وبه قال زفر والحسن وأحمد « رح »

لما روينا فإن الأمر بالادراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام ، وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ، وقد صح أنه « رح » فرق بين مارية وسيرين ، وكانتا امتين اختين

---

( لما روينا ) أشار به إلى قول علي رضي الله عنه في الحديث بعت أحدهما وقد مر ( فإن الأمر بالإدراك ) وهو قوله عليه السلام في الحديث المذكور أدرك .

( والرد ) أي القول بالرد في قوله ويروى أردد أردد ( لا يكون إلا في البيع الفاسد ) وقال الطحاوي « رح » ، ولا ينبغي لأحد أن يفرق بين ذو رحم محرم فيهما صغير ، فإن أبا حنيفة « رح » كان يكره ذلك ، ولا يفسخ البيع ، وكان أبو يوسف ومحمد « رح » يكرهان ذلك ولا يفسخان البيع ، وكذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير غير أن محمد « رح » قال في الصبي إذا كان أخوان أو أختان أو عمتان أو خالتان فإنه لابأس ببيع واحد من ذلك واحتباس الصغير مع الآخر ، هذا لفظ الطحاوي وقد ذكر قول محمد « رح » مع أبي يوسف كما ترى ، وقد ذكر الكرخي « رح » في مختصره قول محمد مع أبي حنيفة كما ذكره المصنف .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أن ركن البيع صدر من أهله ) وهو العاقل البالغ حال كونه مضافاً ( في محله ) وهو المالية ( وإنما الكراهة لمعنى مجاور ) وهو للرخصة الحاصلة بالتفريق ( فشابه كراهة الاستيام ) أي السوم على سوم أخيه فإنه مكروه لا فاسد ، والحديث محمول على طلب الإقالة أو بيع آخر ممن باع من احدهما ( وإن كان كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ماورد به النص ) لأن معنى ما ورد به الشرع هو أن التفريق قطع الاستيناس ، وترك التعاهد وليس هذا في الكبيرين ( وقد صح أنه ) أن النبي ﷺ ( فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين ) بيان هذا ما رواه البزار في مسنده من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال أهدى المقوقس

القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين وبغلة كان يركبها ، فأما إحدى الجارتين فتسراها فولدت له إبراهيم « رح » وهي مارية أم إبراهيم وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان ابن ثابت رضي الله عنه وهي أم عبد الرحمن بن حسان .

وأخرج البيهقي من طريق ابن إسحاق في دلائل النبوة عن الزهري عن عبد الرحمن ابن عبد القادر أن رسول الله ﷺ بعث حاطب بن بلتعة إلى التوقر صاحب الإسكندرية بكتاب فقبل الكتاب وأكرم حاطبا ، وأحسن نزله وخرجه إلى النبي ﷺ وأهدى له مع حاطب كسوة وبغلة مسروجة وجاريتين إحداهما أم إبراهيم ، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العقدي وهي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر ... إنتهى وهذا مرسل ومخالف لما رواه البزار كما تراه .

ولكن جمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي أيضاً باسناده إلى حاطب بن بلتعة قال بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الاسكندرية فجئته بكتاب رسول الله ﷺ فأنزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إلي وقد جمع بطارقته إلى أن قال، وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد ﷺ فأهدي إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهن أم إبراهيم بن رسول الله ﷺ وواحدة وهبها عليه الصلاة والسلام لأبي جهم بن حذيفة العدوى وواحدة وهبها حسان بن ثابت الأنصاري ... إنتهى .

قلت أبو جهم ذكره أبو عمر في الاستيعاب وقال قيل إسمه عامر بن حذيفة ، وقيل عبيد بن حذيفة أسلم عام الفتح وصحب النبي ﷺ توفي آخر خلافة معاوية رضي الله عنه وأما جهم بن قيس فذكره أيضاً في الاستيعاب ، وقال جهم بن قيس بن عبد بن شرحبيل ابن عبد مناف بن عبد الدار ، وقال هاجر إلى أرض الحبشه مع امرأته وتوفيت امرأته هناك ولم يتعرض إلى قضية هبة النبي عليه الصلاة والسلام إياه الجارية ولا في أبي جهم ، وأما سيرين فقيد ذكرها أبو عمر « رح » في الاستيعاب في باب السين المهملة وكذا ذكرها الذهبي في تجريد الصحابة وذكرها الأترازي بثلاث نقط على السين ، والظاهر أنه سهو .

# باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله ﷺ من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ، ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه

---

( باب الاقالـــة )

أي هذا باب في بيان أحكام الإقالة ، قيل الإقالة مشتق من القول والهمزة للسلب كاشكي يعني أزال القول السابق وهذا سهو بل هى من القبيل بدليل ، قلت البيع بكسر القاف فهذا يدل على أن عين الفعل . يا والجوهـــري ذكرها في الصحاح في القاف مع الياء وأقلته البيع إقالة وهو فسخه ورفعه ، وذكر فى مجموع اللغة قال البيع قيلا وإقالة فسخ والمنـــاسبة بين هذا الباب وبين الذي قبله هي أن الخلاص من حيث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلقاً خاصاً بها فذكر عقبها .

( الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول ) لا خلاف للأئمة الأربعة « رح » في جواز الإقالة ولكن خلافهم أنها فسخ أو بيع على ما يأتي ، والدليل على جوازها الحديث الذي يأتي ولأن الإقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعاً للحاجة ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبى عليـــه الصلاة والسلام ( من أقـــال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة ) هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله ﷺ من أقال مسلماً بيعته أقال الله عثرته ، زاد ابن ماجه يوم القيامـــة ، ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم فى مستدركه وقال صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه ، وقال ابن حبان فيه يوم القيامة دون الحاكم وزاد ما عند البيهقى .

( ولأن العقد ) أي عقد البيع ( حقهما فيملكـــان رفعه ) أي رفع العقد الذي وقع

دفعاً لحاجتهما ، فإن شرط أكثر منه أو أقل فالشرط باطـــل ويرد مثل الثمن الأول ، والأصل أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيـع جديد في حق غيرهما ، الا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » هو بيع إلا أنـه لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً ، إلا أنه لا يمكن فتبطل ،

---

بينهما (دفعا) أي لأجل الدفع (لحاجتهما) لأن كل من كان له حق يملك رفعه (فإن شرط أكثر منه) أي من الثمن الأول (أو أقل) أي أو شرط الأقل من الثمن الأول (فالشرط باطل) ولا يسقط رد الثمن من البائع ، وعند الشافعي رضي الله عنه الإقالة فاسدة والثمن على حال ، وإذا كان الشرط المذكور باطلاً (يرد) أي البائع (مثل الثمن الأول) الذي وقع العقد عليه .

(والأصل) أي في هذا الباب (أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين) في جميع الأحوال منقولاً كان المبيع أو غير منقول ، مقبوض أو غير مقبوض (بيع جديد) أي الإقالة بيـــع (في حق غيرهما) ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ولو كانت الإقالة بيعاً لما جاز لكونه قبل القبض بل هي جديد في حق غيرهما (إلا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل) أي الإقالة كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولداً فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقاً للشرع .

(وهذا) أي المذكور كله (عند أبي حنيفة رضي الله عنه و عند أبي يوسف « رح » هو بيع) أي الإقـــالة بيع ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور أو بالنظر إلى أن لفظ الإقالة في الأصل مصدر (إلا أنه لا يمكن جعله بيعاً) كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض (فيجعل فسخاً ، إلا أنه لا يمكن) أي جعله فسخاً (فتبطل) أي الإقالة كما إذا تقابل في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكهـــا أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول ، لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سميا ثمناً آخر .

وعند محمـــد « رح » هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل بيعاً ، إلا أنـه لا يمكن فيبطل ، لمحمد « رح » أن اللفظ للفسخ والرفع منه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته ، وإذا تعذر فيحمل على محتمله وهو البيع ، ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ، ولأبي يوسف « رح » أنـه

---

( وعند محمد « رح » هو فسخ ، إلا إذا تعذر جعله فسخاً ) أي إلا إذا تعذر جعل عقد الإقالة فسخاً بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول ( فيجعل بيعاً إلا أنـــه لا يمكن ) أي جعله بيعاً كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكها ( فتبطل ) أي الإقـــالة ويبقى العقد على حاله .

وفي الذخيرة هذا الخلاف بينهم فيما إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة ، أما إذا جعل بلفظ المفاسخة والمبادلة أو الرد فإنها لا تجعل بيعاً وإن أمكن أن تجعل بيعاً ، وفي شرح الوجيز إذا كانت الإقالة بلفظ الإقالة فيه قولان فسخ أو بيع ، أما إذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة ، وفي شرح الأقطع وعن أبي حنيفة « رح » رواية أخرى أن الإقالة بيع بعد القبض وفسخ قبله ، وفي شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف « رح » أنه قال الإقالة بيع على كل حال حتى أنه أبطل الإقالة في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه (لمحمد « رح » أن اللفظ ) أي لفظ الإقالة ( للفسخ والرفع ) يعني في اللغة ( ومنه يقال أقلني عثرتي ) أي ارفعها ( فيوفر عليه ) أي على اللفظ ( قضيته) أي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي .

(وإذا تعذر) أي الفسخ ( يحمل على محتمله وهو البيع ) بطريق المجاز ، ولهذا كانت بيعاً في حق الثالث ، وإنما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء ، وقوله ( ألا ترى ) توضح لكون الإقالة بيعاً عند تعذر الفسخ بطريق المجاز وهو احتمال اللفظ إياه ( أنه ) أي أن الإقالة ( بيع في حق الثالث ) وهو الشفيع ( ولأبي يوسف أنه ) أي

مبادلة المال بالمال بالتراضي ، وهذا هو حـــد البيع ، ولهذا يبطل بهلاك السلعـــة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة « رح » أن اللفظ ينبى على الفسخ والرفع لما قلنـــا ، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده ، واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان ، وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت

---

أن الإقالة ( مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو ) أي المذكور وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ( حـــد البيع ) وإن تلفظا بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ ، ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة .

( ولهذا ) أي ولكون الاقـــالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع ( تبطل ) أي الاقالة ( بهلاك السلعة وترد بالعيب ) كما في البيع ( وتثبت به الشفعة ، وهذه أحكام البيع ) فتكون الاقامة بيعاً إلا أن المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسداً فحملت على الفسخ حملاً لكلامهما على الصحة .

( ولأبي حنيفة « رح » أن اللفظ ) أي لفظ الاقالة ( يبنى على الرفع والفسخ لما قلنا ) أشار به إلى قوله إن اللفظ للفسخ والرفع ( والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ) فإذ تعذر صير إلى المجازان أمكن وإلا بطل ( ولا يحتمل ) أي الاقالة ( ابتداء العقد ليحمل عليه ) أي على العقد مجاز ( عند تعذره لأنه ) أي لأن العقد ( ضده ) أي ضد الرفع ( واللفظ لا يحتمل ضده ) واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه ، فإذا كان كذلك ( فتعين البطلان ) أي بطلان الإقالة .

( وكونه بيعاً في حق الثالث ) جواب عما يقال الإقالة بيع جديد في حق الثالث ، ولو لم يحتمل البيع لم يكن ذلك تقرير الجواب أن كون الإقالة بيعاً في حق الثالث الذي هو الشفيع ( أمر ضروري ) يعني ثبوته بيعاً بطريق الضرورة ـ والحكم لا باعتبار اللفظ وليس بطريق المجاز إذ الثابت بالمجاز ثابت تقتضيه الصيغة ، وهذا ليس كذلك ( لأنه

به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة ، إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا تقول إذا شرط الأكثر فالاقالـــة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع، لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا ،

---

يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ) للبـــائع ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد ، فإذا كان كذلك اعتبر الحكم في الثالث لا الصيغة يعني لا تعتبر الصيغة وهو معنى قوله ( لا مقتضى الصيغة) لأن البيع وضع لإثبات الملك قصداً وزوال الملك من ضروراته والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله وثبوت الملك من ضروراته فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين ، لأن لهما ولاية على أنفسهما ، واعتبر الحكم في حق غيرهما ، ولا ولاية لهما في حق غيرهما وهو معنى قوله ( إذ لا ولاية لهما ) أي للمتعاقدين ( على غيرهما ) بأن يجعلا هذا المبيع فسخاً في حق غيرهما ،لكون الفسخ إضراراً في حق الغير ، وجواب المصنف « رح » في الحقيقة ... الخ .

وقال الأكمل « رح » وجواب إخوان المدعي أن كون الإقالة بيعاً جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة ، لأن كونها فسخاً مقتضاها فلو كان كونها بيعاً كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجـــاز ( إذا ثبت هذا ) أي ما ذكر من الأصل (نقول إذا اشترط الأكثر فالاقالـــة على الثمن الأول ) الذي وقع عليه العقــــد ( لتعـذر الفسخ على الزيادة ) لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله والفسخ على الزيادة ليس كذلك ( إذ رفع مـــا لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط ) والاقالة لا تبطل ( لأن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ) حيث يبطل بالشروط الفاسدة ( لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا ) لأن في الشرط شبهة الربا ، لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض

أما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه ، إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ، وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لان الاصل هو البيع عند أبي يوسف « رح » ، وعند محمد « رح » جعله بيعاً ممكن فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف « رح » لأنه هو الأصل عنده ، وعند محمد « رح » هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن

---

( أما لا يمكن إثباتها ) أي إثبات الزيادة ( في الرفع ) أي في رفع العقد لأن الاقالة تشبهة البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة ، فلا يؤثر في صحة الاقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لأن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربا .

( وكذا إذا شرط الأقل ) أي من الثمن الأول ( لما بيناه ) من قوله إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محـــال ، وقال الأترازي « رح » إشارة إلى قوله لتعذر الفسخ ( إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل ، لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب ) وقال تاج الشريعة « رح » هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائد أو أنقص بقدر ما يتغابن الناس فيه ( وعندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف وعند محمد « رح » جعله بيعاً ممكن ) يعني وإن كانت الاقالة عنده فسخاً ، لكنها في الزيادة غير ممكن ، وجعله بيعاً ممكن ( فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع ) لأن في الزيادة تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صوناً للكلام العاقل عن الالغاء ، ولا فرق عند أبي يوسف « رح » في الزيادة والنقصان ، لأن الأصل عنده هو البيع ، وعند محمد « رح » هو الفسخ .

( وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف « رح » ) أى بيع عنده ( لأنه ) أى لان البيع ( هو الأصل عنده ، وعند محمد « رح » هو فسخ بالثمن الأول لأنـــه سكوت عن

بعض الثمن الأول وهو الاصل ، ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد ، وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه. ولو قال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند ابي حنيفة « رح » ويجعل التسمية لغوا ، وعندهما بيع لما بينا،ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ ، وعندهما يكون بيعاً ،

---

بعض الثمن الأول وهو الأصل ، ولو سكت عن الكل ) أي عن جميع الثمن ( وأقال يكون فسخاً ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد ) حيث يجعل بيعاً عند محمد « رح » ، واعترض بأن كونه فسخاً إذا سكت عن كل الثمن اما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والأول رد المختلف على المختلف ، والثاني غير ناهض ، لان أبا يوسف « رح » إنما يجعله فسخاً لامتناع جعله بيعاً لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان،فإن فيها ما يصلح ثمناً.

( وإذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بيناه ) أن الحط يجعل بازاء ما فاته بالعيب ( ولو قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند أبي حنيفة « رح » ويجعل التسمية لغواً ، وعندهما بيع لما بينا ) يعني وجه كل واحد منهما في فصل الزيادة ( ولو ولدت المبيعة ولداً ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده ) يعني عند أبي حنيفة « رح » ( لان الولد مانع من الفسخ ) لاجل الزيادة ( وعندهما يكون بيعاً ) وحاصله ما ذكره في الذخيرة أن الجارية إذا ولدت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصل كالولد والارش والعقر ، لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة ، والزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبي حنيفة « رح » ، لانه لا يصححها إلا فسخا وقد تعذر حقاً للشرع ، وإن كانت متصلة فهي – صحيحة عنده لان المتصلة لا تمنع الفسخ عنده متى وجد برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها وقد وجد الرضى لما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخاً عنده .

والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وكذا عند أبي يوسف «رح» في المنقول لتعذر البيع ، وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع فإنه بيع العقار قبل القبض جائز عنده. قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع عنها ، لأن رفع المبيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن ، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقابضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً والله أعلم بالصواب

---

( والاقالة قبل القبض من المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وكذا عند أبي يوسف « رح » في المنقول لتعذر البيع ) وذلك أن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالاجماع، وبيع العقار قبل القبض يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ( وفي العقار يكون بيعاً عنده ) أى عند أبي يوسف « رح » ( لامكان البيع فانه بيع العقار قبل القبض جائز عنده ) أى عند أبي يوسف « رح ».

( قال ) أى القدورى ( وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع عنها ) أي صحة الإقالة ( لان رفع المبيع يستدعي قيامه ) أو قيام البيع ( وهو ) أى قيام البيع ( قائم بالمبيع ودون الثمن ) لان الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فانه بمنزلة الوصف ، ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجوداً ( فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقابضا ) أى لو عقدا عقد المقايضة وهي بيع عوض بعوض مأخوذ من قولهم هما قبضان أي مثلان ( تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ) اي أحد العوضين ( ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً والله أعلم بالصواب ) لأن

الأصل وجود المبيع فإن قيل ما الفرق بين التقـــابض والتصارف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مـــانع من الإقالة ، وفي التقابض مانع مع أن في كل منهما لكل واحد من البدلين حكم المبيع ، إذ ليس أحدهما أولى من الأخرى في جعله مبيعاً أو ثمنا ، قلنا الفرق أن في التصارف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة وله الخيار إن شاء رده وإن شاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعاً لصحة الإقالة ، وإن كان في العوضين جميعاً لأن الإقالة لا تتعلق بأعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كقيامهما ، بخلاف المقايضة لأنهما متى كانا قائمين فتعلق الإقـــالة بأعيانهما وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه ، وشرط قيامه في البيع والإقالة كذا في المبسوط .

# باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل مـــا ملكه بالعقد الاول بالثمن مع زيادة ربح ، والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح ،

## ( باب المرابحة والتولية )

أي هذا باب في بيان أحكام المرابحة والتولية ، ولما ذكر أنواع البيوع التي ترجع إلى جانب المبيع ،شرع في بيان أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة وتقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن.

( قال ) أي القدوري ( المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ) هذا تعريف المرابحة وهو مصدر رابح من باب المفـــاعلة الذي يستدعي مشاركة الإثنين ، قوله مـــا ملكه وفي بعض النسخ ما تملكه من باب التفعل ( والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح ) التولية مصدر وفي غيره أي جعله والياً . هذا بحسب اللغة وأمـــا بحسب اصطلاح الشرع فهو الذي ذكره وفي كل منهما اعتراض .

أما تعريف المرابحة فغير مطرد ولا منعكس ، أما الأول فلأنه من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه ، وأما الثاني فلأن المغصوب الآبق إذا عـــار بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة ، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه ، ولأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلو التعريف ، وذلك لأن قوله بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول ،فلا يكون مراداً في البيع الثاني ولا إلى الثاني ولأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار ، والأول ليس بشرط لما ذكر في الإيضاح والمحيط أنه إذا باعه مرابحة ، فإن كان ما إشتراه بدله مثل جاز جعل الربح من جنس رأس المال

للدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس ، إذا كان معلوماً يجوز به الشراء لأن الكل ثمن .

والثـاني يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال إجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها بأنهـا ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرطـه في المرابحة أصلاً ، فإنه لو ملك ثوباً بهته أو وصبـه فقومه ثم باعه مرابحة على ملك والقيمة جاز المسألة في المبسوط .

قيل فعلى هذا الأولى أن يقال نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده ، والجواب عن الأول إنا لا نسلم صدق التعريف عليه ، فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل ، وعن الثاني بان المراد بالعقد أعم من أن يكون إبتداء أو إنتهـاء ، وإذا قضى بالقيمة عاد ذلك عقداً حتى لا يقدر المـالك على رد القيمة وأخذ المغصوب ، والمراد به بالمثل هو المثل في المقدار ، والعـادة جرت بإلحاق ما يزيد في البيع أو قيمته إلى رأس المال كان من جملة الثمن الأول عـادة ، وإذا لم يكن الثمن نفسه مراداً يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسألة المبسوط .

وإنمـا عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعـادة وأما تعريف التولية فإنه يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الأول الجواب :

( والبيعان ) أي بيع المرابحة وبيع التولية ( جائزان لاستجماع شرائط الجواز ) لان المبيع معلوم والثمن والناس يعاملون بها من غير تكبير ، وتعامل الناس من غير تكبير حجة لقوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ( والحاجة ماسة إلى هـذا النوع من البيع لأن الغبي ) بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة وتشديد الباء هو الذي يخفى عليه الأمور ، ويقال هو قليل الفطنة وهو على وزن فعيل من السواء ، وقال الجوهري « رح » يقول غبيت عن الشيء وغبيته أيضاً أعني غبـاوة إذا لم تفطن له وغبي على الشيء

الذي لا يهتدي في التجارة يحتـــاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازها ، ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحترازعن الخيانة وعن شبهتها ، وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتـــاع أبو بكر « رض » بعيرين ، فقال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء ، فقال عليه السلام أما بغير ثمن فلا ، قال ولا تصح المرابحة

---

غبياً كذلك إذا لم تعرفـــه ، ووصف المصنف « رح » المعنى بقوله ( الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح ) نقد بأمانته واعتماداً على بصيرته ( فوجب القول بجوازهما ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( كان مبناهما ) أي مبنى المرابحة والتولية ( على الأمانة والإحتراز عن الخيانـــة وعن شبهتها ) أي وعن شبهة الخيانة حتى إذا اشترى شيئاً مؤجلاً ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إذا بين الأجل ( وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقـــال له النبي ﷺ ولني أحدهما فقال هو لك بغير شيء ، فقال ﷺ أما بغير ثمن فلا ) هـــذا غريب فلذلك قال الأكمل « رح » وقد صح التولية من النبي ﷺ كما ذكره في الكتاب ولم يزد عليه شيئاً .

وحديث أبي بكر رضي الله عنه في البخاري عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها وفيه أن أبا بكر قال للنبي ﷺ خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله راحلتي هاتين فقال ﷺ بالثمن الحديث ليس فيه غير ذلك أخرجه في مكرمة الخلق ، ورواه أحمـــد « رح » في مسنده ولفظه فأعطى أبو بكر رضي الله عنه إحدى الراحلتين ، فقال خذها يا رسول الله ﷺ فاركبها ، وقال ﷺ أخذتها بالثمن الحديث وفي الطبقات لإبن سعد ، وكان أبو بكر رضي الله عنه قد اشتراها بثمان مائـــة درهم من نعم بني قسر ، فأخذ إحداهما وهي القصواء .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض ) أي

والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة، ولو كان المشتري باعـــه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعـــه بربح ده يازده لا لا يجوز لانه باعـــه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال، ويجوز أن يضيف إلى

---

الثمن ( مما له مثل لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمـة وهي مجهولة ) تعرف بالحزر والظن فيتمكن فيه شبهة الخيانة فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة إذ مبنى المرابحة على الأمانة، ولهذا لو اشترى عبدين أو ثوبين بثمن مؤجل فباع أحدهما مرابحة بحصة من الثمن أو بغير بيان الأجل لا يجوز عندنا.

وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز ان قسط الثمن على القيمة وأخبر بما يخصه ( ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل ) قوله مرابحة نصب على التمييز، وقوله ممن يملك ذلك البدل خبر كان، صورته رجل بـــاع عبداً بثوب وملك ذلك الثوب غيره من البائع بسبب من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هـــذا العبد بذلك الثوب ويربح درهم، جاز وهو معنى قوله ( وقد باعـــه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف. جاز لأنه يقدر على الوفاء بما التزم، وإن باعه بربح ده ياز ده ) أي بربح درهم على عشرة دراهم، وإن كان الثمن عشرين كان الربح بزيادة درهمين، وإن كان ثلاثين فثلاثة ولفظ ده بفتح الدال وسكون الهاء وهو إسم العشرة بالفارسية وباء ده بالبـــاء آخر الحروف وسكون الزاي وده مثل الأول وهو إسم أحد عشر بالفارسية، قال في هـــذه الصورة ( لا يجوز لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته، لأنه ليس من ذوات الأمثـــال ) فصار البائع بائعاً بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزء من الثوب، والجزء الحـــادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز ( ويجوز أن يضيف إلى

رأس المال إجرة القصار والطراز والصبغ ، والفتل وإجرة حمل الطعام لان العرف جاز بإلحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ، ولان كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا هو الاصل ، وما عددناه بهـــذه الصفة لان الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان .

---

رأس المال إجرة القصار والصباغ [1] والطراز ) بكسر الطـــاء وتخفيف الراء وهو علم بالثوب قاله في المعرب .

( والفتل ) من فتلت الحبل وغيره ( وإجرة حمل الطعام لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، ولأن كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق بـه ، هذا هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيـد في العين أو في قيمته ، والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان ) بحسب قرب المسافة وبعدها، وفي شرح الطحاوي وبعض مشايخنا « رح » اصل في ذلك أصلاً ، فقال كل مـــا يؤثر في المعقود عليه ، فإن بدله يلحق برأس المال ، وكل ما لا يؤثر في العين ، فإنـــه لا يلحق برأس المال .

إلا أن هذا الاصح لا يصح ، فإن الكبرى وإجرة الثار وسابق الغنم تضم ولا تؤثر في العين ، رفي الإيضاح والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتبار عادة التجار تعم المواضع كلهـا ( ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً ) هذا لفظ القدوري « رح » يعني في كل موضع يجوز له أن يضم إلى رأس المال بقوله قام علي بكذا ، ولأنـه صدق لا يقول اشتريته بكذا لأنه كذب وهو حرام ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى متاعاً ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز ، وهي مسألة الأصل حيث لا يقول قام علي بكذا ولا اشتريته بكذا لانه كذب ، وإنما يقول رقمه كذا وكذا فاناأبيعه مرابحة على ذلك ، وقال محمد « رح » في الاصل وكذلك لو كان أصله ميراثـــا أو هبةأو

---

(١) والطراز والصبغ – هامش

ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً ، وسوق الغنم بمنزلة إجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى ، وبخلاف إجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته ،

---

صدقة فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزاً ، ورقم الثوب وشاه رقماً ، والتاجر يرقم الثياب أي يعلم بها بأن ثمنها كذا ومنه لا يجوز بيع الشيء برقمه كذا في المغرب .

( وسوق الغنم بمنزلة الحمل ) يعني في جواز ضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما له أن يضم إجرة الحمل ( بخلاف إجرة الراعي ) حيث لا يجوز ضمه ( وكراء بيت الحفظ لانه ) اي لان إجرة الراعي ، وكذا كراء بيت الحفظ ( لا يزيد في العين ) وهو ظاهر (والمعنى) أي ولا يزيد في المعنى وهو القيمة والمالية ( وبخلاف إجرة التعليم ) وهو عطف على قوله بخلاف إجرة المراعي ( لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه ) اي في المتعلم ( وهو حذاقته ) أي ذكاء ذهنه .

وفي المبسوط أنفق على عبده في تعلم الدراهم لا يلحقها برأس المال لانه ليس فيه عرف ، وكذلك في تعلم الشعر والغنى والعربية وتعلم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال ، وكذا لا يلحق إجرة الطبيب والرائض والبيطار والراعي وجعل الآبق والختان والحجام لعدم العرف وفي التحفة ، وأما إجرة السمسار في ظاهر الرواية ملحق برأس المال وفي البرامكة قال لا يلحق .

وقال الكرخي « رح » في مختصره وكذلك إذا كان مضار بما أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم ، وما لا بد لهم منه إذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف ، فإن كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقى ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ، ولا يضم أيضاً ما أنفق على مرض الرقيق في إجرة طبيب أو حجام او دواء .

وقيل أجرة الدلال لا تضم ، وكذا المساج الذي يؤجر فى الطريق إلا إذا أجرت

فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة « رح » ، إن شاء أخــذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن ، وقال الثمن ، وقال أبو يوسف « رح » يحط فيهما ، وقال محمد « رح » يخير فيهما لمحمد « رح » أن الاعتبار للتسمية لكونه

---

عادة التجار ، وكذا لا يضم كل ما جاوز القوت من الطعام والإمام ، وإلا إجرة الكيال في الطعام ونحوه ، ويلحق بــه ثمن علف الدواب وإجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ونفقة الكراب وكسح الكروم وسقى الزرع والكروم ما بقيت ، فإذا ذهبت لم يحسب شيء منه وإجرة لقاط التمر والسلاح والملاح ونحوها فان أنفق على الغنم وأصاب من أصوافها وألبانها يضم ما فضل من قيمتهــا من الصوف واللبن وكذا الدجاجة إذا باضت .

وفي تتمة الشافعية يدخل المسكن الذي يأخذه السلطان ( فــان اطلع المشتري على خيانة ) وفي التحفة ظهور الخيانة إما باقرار البائع أو بالبنية أو بالنكول عن اليمين وكذا في تتمة الشافعية ( في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة « رح » ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول ( وإن اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن ) أي اسقط الخيانة أي قدرها .

( وقال أبو يوسف « رح » يحط فيهما ) أي يحط قدر الخيانة في المرابحة والتوليــة جميعاً ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وأحمد « رح » وابن ابي ليلى « رح » ، وحكى ابو حامد المروزي قول آخر عن الشافعي رضي الله عنه ، إن البيع لا يصح وقيل هو مذهب مالك « رح » ( وقال محمد « رح » يخير فيها ) يعني له الخيار ، وإن شــاء اخــذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه وبه قال الشافعي رضي الله عنــه في قول ( لمحمد « رح » أن الاعتبار للتسمية ) لتعلق العقد بالتسمية ( لكونها [1] ) أي لكون

---

(١) لكونه — هامش .

معلوماً ، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ، ولابي يوسف « رح » أن الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ، ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول ، إذا كان ذلك معلوماً فلابد من البناء على الاول وذلك بالحط غير أنــــه يحيط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ،

---

التسمية ( معلومة [1] ) لأنـــه بحسب أن يكون الثمن معلوماً والعلم يحصل بالتسمية ( والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون ) أي ذكر التولية والمرابحة (وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة) أي كوصف سلامة المبيع ، فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب (فيتخير بفواته) كما لو وجد المبيع معيباً ( ولأبي يوسف «رح» أن الأصل فيه ) أي في لفظ المرابحة والتولية ( كونـــه ) أي كون المعقد ( تولية ومرابحة ) لا التسمية ( ولهذا أي ولأجل كون العقد تولية ومرابحة ( ينعقد ) أي المعقد ( بقوله وليتك بالثمن الأول ، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك ) أي الثمن (معلوماً) واقتصر هو على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير ( فلا بد من البناء على الأول) أي فلا بد من بناء العقد الثـاني في حق الثمن على العقد الأول ، إذ الثاني في حكم الأول ، وقدر الخيانة لم يمكن إثباته في العقد الثاني ، فيحط ضرورة وهو معنى قوله ( وذلك بالحط ) أي يحط شيء من الثمن وهو مجهول فبينه بقوله ( غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال ) وهو ظاهر .

( وفي المرابحة منه ) أي ويحط في المرابحة من رأس المال ( ومن الربح) حتى لو باع ثوباً بعشرة على ربح خمسة فظهر أن الثمن كان ثمانية ، يحط قدر الخيانة وهو درهما من الأصل وما قابله من الربح وهو درهم ، فيأخذ الثوب باثني عشر درهماً لأن هذا ربح على الكل ، فظهرت الخيانة في الكل ، فيظهر الأثر في الربح أيضاً .

---

(١) معلوماً ــ هامش .

ولابي حنيفة «رح» أنـــه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيـــد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط ، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة، وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن، كخيار الروية والشرط

---

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه ، إنه لو لم يحط في التولية لا تبقى ) أي العقد ( تولية لانه يزيد على الثمن الاول ) لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية ( فيتغير التصرف ) حينئذ فلا يجوز فإذا كان كذلك ( فيتعين الحط ، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة ) كما كانت من غير تغير التصرف ، لكن يتفـــاوت الربح ( وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير) لفوات الرضاء ( فلو هلك ) أي المبيع ( قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ ) عند ظهور الخيانة ( يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ) احترز به عما روي عن محمد رحمه الله في غير رواية الاصول ، إنه يفسخ البيع على القيمة ، إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على حاصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة ، إنه يفسخ بعد التحالف دفعاً للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن كذا ههنا .

وقال الإمام التمرتاشي رحمه الله من قال بالحط لو هلك المبيع أو استهلكه أو انتقض فله الحط ، وبه قـــال الشافعي رضي الله عنه قولاً واحداً أو إنما القولان له فيما إذا كانت السلعة قائمة ، وقال بالفسخ إذ امتنع لزمه جميع الثمن .

وفي الكافي لو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن وسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وهو المشهور من قول محمد رحمه الله ( لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية )وقد

بخلاف خيار العيب ، لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه ، قال ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الأخير صورته إذا اشترى ثوباً بعشرة باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ، فانه يبيعه مرابحة بخمسة يقول قام علي بخمسة ولو اشتراه

---

تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره ( بخلاف خيار العيب ) بحيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لاجل العيب ( لانه ) أي لان خيار العيب ( مطالبة بتسليم الفائت ) أي الجزء الفائت ( فيسقط ما يقابله ) أي ما يقابل العيب من الثمن ( عند عجزه ) أي عجز المشتري عن تسليمه بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراها فإن باعه مرابحة طرح ) أي طرح البائع الاول وهو المشتري الثاني ( عنه ) أي عن ثمن ما اشترى ( كل ربح كان قبل ذلك ) أى قبل الربح الذى حصل في العقد الثاني ( فإن كان ) أى في الربح ( استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) وبه قال أحمد رحمه الله ( وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ) في الفصلين ، وبه قال الشافعي ومالك رحمهما الله ( صورته ) ما ذكره محمد رحمه الله من المسألة ( إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر ) توضيحه رجل اشترى ثوباً بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن ( ثم اشتراه بعشرة ، فانه يبيعه مرابحة بخمسة ) عن الثمن الثاني الذى ربح وهو خمسة ، فيبيعه مرابحة على خمسة عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

( ويقول قام علي بخمسة ) ولا يقول اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذباً ( ولو اشتراه

بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً ، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين ، لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث ، ولأبي حنيفة « رح » أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب ،

---

بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ، ثم اشترى بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا ) عند أبي حنيفة رحمه الله يعني لا يبيعه مرابحة من غير بيان ، بل يبيعه مساومة لأنه إذا حط عنه الربح لا يبقى الثمن ( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين ) أي في الفصل الأول والثاني ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( إن العقد الثاني عقد متجدد ومنقطع الأحكام عن الاول ) وفي المبسوط ، إنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وضيعة وكل ما هو كذلك ( فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث ) بأن اشترى من مشتريه توضيحه باعه بعشرين ثم باعه المشتري إلى ثالث ، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة تجوز المرابحة بعشرة .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة ) يعني أن الربح الثاني الذي استفاده بالعقد كان على شرف السقوط بأن يرد بعيب ، فإذا اشتراه من المشتري تأكد وهو معنى قوله ( لأنه يتأكد به ) أي لأن الربح الذي كان على شرف السقوط يتأكد به ، أي بالعقد الثاني ، ( بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب ) وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب ، كما في شهود الطلاق قبل الدخول ، إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال انه يسقط بتقبيل ابن الزوج أو بالإرتداد ، فإذا اعتبرنا التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشترياً بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بالعشرة ، فيكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بالخمسة ، ويبيعه مرابحة على خمسة احترازاً عن شبهة الخيانة فإنها لحقيقتها ، وهو معنى قوله .

والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً ولهـــذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح بشبهة الحطيطة ، فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره .

قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة ، وعليه دين يحيط برقبته

---

( والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً ) أي لأجل الإحتياط ( ولهـذا ) أي ولأجل ذلك ( لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح ) صورة الصلح ادعى على رجل الف درهم فصالحه على ثوب أو عبد ، فانه لا يبيعها مرابحة على ألف لأن الصلح بناه على التجوز والحطيطة ، ولو وجد الحط حقيقة ما جاز المبيع مرابحة فكذا ( بشبهة الحطيطة )وهي ما يحط من ثمن السلعة ( فيصير كأنه اشترى خمسة وثوباً بعشرة فيطرح خمسة ) يعني إذا كان شبهة حصول الربح ثابتة ، يصير كأنه اشترى بالعقد الثاني خمسة دراهم وثوباًبعشرة ، فالخمسة بازاء الخمســـة ، والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة ، وعورض بأنه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين ، لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوباً وعشرة بعشرة فكان ثمنه شبهة الربا وهـــو حصول الثوببلا عوض .

وأجيب بأن التأكيد له شبهة الايجاب في حق العباد واحترازاً عن الخيانة لا في حق الشرع ، وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة ، وأما جوازالبيع وعدمه فيشبهةالربافحق الشرعفلا يكون التأكيد فيه شبهة الايجاب،كذانقل من فوائد الامام العلامة حميد الدين رحمه الله ( بخلاف ما إذا تخلل ثالث ) أي بينهما ( لأن التأكيد ) أي تأكيد الربح ( حصل بغيره ) وهو الثالث فلم يستفد ربـح المشتري الاول بالشراء الثاني ، فانتفت الشبهة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوباً بعشرة وعليه دين يحيط برقبته ) أي والحال أنه مديون بـــدين يحيط برقبته ، وفي النهاية إنما قيد به لأنه لو لم يكن على العبد دين وباع من المولى لم يصح ، لان هذا البيع لا

فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد ، لأن في هـذا العقد شبهة العدم ، لجوازه مع المنافي ، فاعتبر عدماً في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول ، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشره في الفصل الأول ، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني ، فيعتبر الثمن الأول .

---

يفيد للمولى لم يصح لأن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئاً لم يكن له قبل البيع لا يملك الرقبة ولا يملك التصرف (فباعه من المولى بخمسة عشرة فانه) أي فإن المولى (يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك إن كان المولى ) هو العقد الذي ( اشتراه فباعه من العبد ) بخمسة عشر، باعه العبد مرابحة على عشرة ( لان في هذا العقد ) أي بيع العبد من المولى وعكسه ( شبهة العدم ) أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز ( لجوازه مع المنافي ) أي لجواز العقد، لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكاً للمولى فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه وكذا في الشراء (فاعتبر عدماً) أي فاعتبر العقد كأن لم يكن (في حكم المرابحة) لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الجناية .

وإذا عدم البيع الثاني ( وبقي الاعتبار للأول ) أي العقد الاول ( فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول ) أي فيما إذا باعه من مولاه ( وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني ) أي فيما إذا باعه المولى من عبده ( فيعتبر الثمن الاول ) أي الثمن المذكور في الفصل الاول فلا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الاول .

وقال الكاكي ذكر هذه المسألة وأخواتها في المبسوط من غير ذكر دين العبد فقال : وإذا اشترى شيئاً من أبيه ، أو أمه ، أو ولده ، أو مكاتبه ، أو عبده ، أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه أشياء بثمن قد قام على البائع بأقل من ثمنه لم يكن أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع من العبد والمكاتب بالاتفاق ، لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه عن ملكه ، لأن كسب العبد لمولاه ، وما حصل من مكاتبه من وجه كان له أيضاً .

قال وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوباً بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر ، فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ، لأن هذا البيع ، وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر ، مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه

---

وللمولى في حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه ، فأما في غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج فكذلك الجواب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في وجه .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم في قول : له أن يبيعه مرابحة بما اشتراه لتباين الأملاك بينهما .

وقال الأترازي قد اختلف نسخ شروح الجامع الصغير ، فقد قيد فخر السلام دين العبد المستغرق .

وقال الصدر الشهيد بمثل مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط . وقاضي خان قيد بالمحيط أيضاً ، والعتابي قيد بالمأذون فحسب ، ولم يذكر الدين أصلاً ، وقال في شرح الطحاوي لو اشترى من مماليكه ومكاتبه وعبده المأذون الذي عليه دين أو لا دين عليه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين إلا أن يبين الأمر على وجه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوباً بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه ) أي فإن رب المال ( يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ) لأن بيع المرابحة بيع أمانة يحترز فيها عن شبهتها ( لأن هذا البيع ، وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافاً لزفر ) فإن عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب ، ولا بيع المضارب من رب المال ، إذا لم يكن في المال ربح ( مع أنه يشتري ماله بماله ) أي مع أن رب المال يشترى مال نفسه بمال نفسه ، لأن رقبة المال له ( لما فيه ) دليل قوله قضى بجوازه وذلك أن ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ، ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف وهو معنى قوله ، لما فيه ، أي لما في هذا العقد .

من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود، والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم، ألا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح. قال ومن اشترى جارية فأعورت

---

( من استفادة ولاية التصرف ) أي ملك اليد ، لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله ، وبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف ، ولهذا لو صار مال المضاربة جارية لا يحل لرب المال وطئها وإن لم يكن فيها ربح ، ذكره الامام التمرتاشي « رح » .

وللمضارب حق التصرف ، ولهذا لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف ، ذكره في الإيضاح ( وهو مقصود ) أي حصول ولاية التصرف هو المقصود ( والانعقاد يتبع الفائدة ) أي انعقاد العقد يتبع الفائدة ، ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره ، واشتراهما صفقة واحدة جاز ، ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره واشتراهما صفقة واحدة جاز ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة في حق إنقسام الثمن ثم يخرج ، فكذا فيما نحن فيه ، لأن المال كالمملوك للمضارب في حق التصرف ، وكغير المملوك لرب المال في حق التصرف ، ولا يملك رب المال إبطال هذا الملك للمضارب إلا بالشراء فجاز ذلك لحصول الفائدة .

( ففيه شبهة العدم ) جواب قوله ، وإن قضى بجوازه ، أي عدم الجواز ، ثم أوضح المصنف « رح » ذلك بقوله ( ألا ترى أنه ) أي أن المضارب ( وكيل عنه ) أي عن رب المال ( في البيع الأول من وجه ) لأنه يعمل لنفسه ولرب المال ، ولهذا يكون الربح لهما بخلاف الوكيل لانه يعمل للموكل ، ولهذا يكون الربح له ( فاعتبر البيع الثاني ) يعني لما كان فيه شبهة العدم اعتبر البيع الثاني ( عدماً في حق نصف الربح ) لان ذلك حق رب المال .

وقال تاج الشريعة في حق نصف الربح نصف حق الربح الذي بحصته ولا يعمل في حق نصف الربح يستحقه المضارب ، إذ لا شبهة في هذا النصف أصلاً ( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى جارية فأعورت ) أي بآفة سماوية أو ثوباً أو

أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين، لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن ، لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن ، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطى

---

طعاماً ، فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد ( أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ، ولا يبين ) أي لا يقول أنها سليمة فاعورت في يدي ( لانـــه لم يحتبس عنده ) أي عند المشتري . وفي بعض النسخ لانه لم يحتبس بفعله أي بفعل المشتري ( شيء يقـــابله بمقابلة الثمن ، لان الاوصاف تابعة ) والغاية وصف ( لا يقابلهـــا الثمن ) أي فلا يقابلها شيء من البدل إذا جاءت بغير صنع أحد ، وإنما البدل كله مقابلة الاصل وهـــو باق على حاله فيبيعه مرابحة بلا بيان .

( ولهذا ) توضيح لقوله ، لأنه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن ( فلو فاتت ) أي العين ( قبل التسليم ) إلى المشتري ( لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلهـــا الثمن ) لانها ليست بمال ، فإن قيل ، يشكل على قوله الغاية وصف لا يقابله شيء من الثمن الاجل ، فإنه وصف وعليه أن يبيعه إذا اشتراه بالأجل .

قلنا يعطى في مقابلة الاجل شيء عادة فيكون في مقابلة شيء من الثمن ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان ، فإن قيل المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزاء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها ، ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد ، وإن كانت هي ثيباً وقت الشراء ، وذلك باعتبار أن المستوفي بالوطيء بمنزلة إحباس جزء من البيع عندالمشتري قلنـــا عدم جواز الرد باعتبار ماذكرت غير مسلم ، بل لمعنى آخر ، وهو لا يخلو : إما أن يردها مع العقد ولا وجه إليه ، لان العقد ما ورد على الزيادة ، أو يردها بغير عقر ولا وجه إليه أيضاً لانها تعود إلى قديم ملكه فيكون وطء المشتري بلا ملك وذا لا يجوز ( والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطي ) لانها إذا نقصها فات الوصف بفعل قصدي ، وهذا في الثيب لان الوطي لا ينقصها فإنه يبيعهـــا مرابحة قبل البيان ، بخلاف البكر ، فإنه إذا وطئها ، فأزال لعذرتها لا يبيعها مرابحة

وعن أبي يوسف في الفصل الاول أنـــه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله ، وهو قول الشافعي ، فأما إذا فقأ عينها بنفسه ، أو فقأها أجنبي فأخـــذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين ، لانـــه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن ،

---

قبل البيان لانه حبس جزء من العين كما يحكى عن قريب ، وفي الثيب المستوفى ليس بمال فلا يقابله البدل ، فكان كالإستخدام ، ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يخير بين أخذه بكل الثمن وتركه .

وفي قول زفر إذا أعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها به .

قال الفقيه أبو الليث « رح » ، وقول زفر أحوط ، ثم قال وبه نأخذ .

( وعن أبي يوسف « رح » في الفصل الاول ) وهو ما إذا اشترى جاريـة فأعورت ( أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله ) أي كما إذا احتبس الشيء الفائت بفعل المشتري ( وهو قول الشافعي رضي الله عنه ) وهو زفر « رح » أيضاً ، لكنهما اختلفـا في التحريج ، فعند زفر يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلزم له ربحاً على ذلك ما لم يعين بعدما تعيب ، وأما الشافعي رضي الله عنه فيقول وجب البيان بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن ، وأن التعيب بآفة سماوية ، ويضع العباد سواء عنده ( فقأ عينها ) وفي بعض النسخ قلنا إذا فقأ عينها ،وفي بعضها وأما إذا فقأ .

قال الاترازي « رح » هو الاصح ، وقال الاكمل ، وفي بعض النسخ ، قلنـا فيكون جواباً لقول أبي يوسف ، والشافعي رحمهما الله ، يعني إذا فقـأ المشتري عين الجاريـــة ( بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصوداًبالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن ) وعبارة المصنف « رح » تدل بالتنصيص على أخذ إرشهـا وهو المذكور في لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير ، وقال في النهاية : كان ذكر الارش

وكذا إذا وطيها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ، ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر ، او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين ، والمعنى مابيناه. قال ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ، فعلم المشتري ، فإن شاء رده وإن شاء قبل ، لان للأجل شبهاً بالمبيع . الا يرى انه يزاد

---

وقع اتفاقاً ، لانه لما فقأ الاجنبي وجب عليه ضمان الارش ، وجوب ضمان الارش سبب لاخذ الإرش فأخذ حكمه .

ثم قال والدليل على هذا الاطلاق ما ذكره في المبسوط من غير تعرض لأخذ الارش ، وذكر نقل المبسوط كذلك ( وكذا إذا وطيها وهي بكر ) لا يبيعها مرابحة إلا بالبيان ( لأن العذرة جزء من العين ، فيقابلها الثمن وقد حبسها ) فلا بد من البيان ، ولو فقأت عين نفسها بنفسها فهو كالأعور إذ لا يلزمه البيان كذا في المبسوط ( ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر ) بالقاف ، من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه . ونص أبو اليسر على أنه بالفاء ( أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ) لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ( ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه [1] مرابحة حتى يبين ) لانه صار مقصوداً بالاتلاف ( والمعنى ما بيناه ) يعني في الدليلين ، أحدهما في قرض الفأر ، والاخر في تكسر الثوب .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) أنه اشتراه نسيئة ( فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل ) وبه قال الشافعي وأحمد « رضى » .

وقال الاوزاعي رحمه الله يثبت الاجل (لأن للأجل شبهاً بالمبيع ألا يرى أنه يزاد

---

(١) لا يبيعه حتى يبين – هامش .

في الثمن لاجل الأجل ، والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما ، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة من مثل هذه الخيانة ، فإذا ظهرت يخير ، كما في العيب ، وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة لان الاصل لا يقابله شيء من الثمن ، قال فإن كان ولاه اياه ولم يبين رده إن شاء ، لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانـــه بناء على الثمن الاول ، وان كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه . وعن أبي يوسف «رض»

---

في الثمن لاجل الاجل ، والشبهة في هذا ) أي في هذا البـــاب ( ملحقة بالحقيقة ) أي بحقيقة المبيع احتياطاً (فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما ) أي بثمن الإثنين ، وذلك حرام يجب الاحتراز عنـــه فكذا هذا ( والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة ) فإذا لم يبين أنه نسيئة تظهر الخيانة ، وظهورها كالعيب فيكون له الخيار وهو معنى قوله ( فاذا ظهرت ) أي الخيانة ( يخير ) أي له الخيار بين الاخذ والترك ( كمـــا في العيب ) أي كما له الخيار عند ظهور العيب في البيع ( وإن استهلكه ) أي وإن استهلك المشتري المبيع المذكور بوجه ، بأن باعه أو بوجه آخر.

( ثم علم لزمه ) أي المبيع لزم المشتري لتعذر الفسخ ( بألف ومـائة لأن الاصل لا يقابله شيء من الثمن ) حقيقة ولكن فيه لشبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً ، فأمـــا أن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا .

( قال ) أي محمد « رح » ( وإن كان ولاه إياه ) أي باعه بالتولية ( ولم يبين ) أنه اشتراه بألف نسيئة ثم علم المشتري كان له الخيار ( رده إن شاء لان الخيانة في التولية مثلهـا في المرابحة ، لانه بناء على الثمن الأول ) فلا زيادة ولا نقصان ، فلا يمكن الحط هنـــا لأن الثمن هو الألف ولا زيادة ، فأي شيء يحط ( وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه ) أراد به قوله ، لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن ( وعن أبي

انـــه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد ، وعلم بعد الإنفاق وسيأتيك من بعد ان شاء الله تعالى. وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل ، فيرجع بفضل ما بينهما ، ولو لم يكن الاجل مشروطاً في العقد ، ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط ، وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال .

قال ومن ولى رجلا شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليـــه فالبيـع فاسد لجهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع بثمنـــه

---

يوسف « رح » ) في النوادر أنه قال ( أنه ) أي أن المشتري ( يرد القيمة ) أي قيمة العين ( ويسترد كل الثمن وهو ) أي المذكور من هذا الحكم ( نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد ) بأن كان له على آخر عشرة جياد ، فإذا استوفى زيوفاً ( وعلم بعد الإنفاق ) يرد زيوفاً مثلها ويأخذ الجياد ( وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى ) أي في مسائل منشورة قبيل كتاب الصرف ( وقيل ) قائله الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله ( يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع ) أي البائع ( بفضل ما بينهما ) أي التفاوت الذي بين القيمتين ( ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه منجم معتاد ) كعادة بعض البلدان يشترون بعقد ويسلمون الثمن بعد أشهر ، إمـا جملة أو منجماً ( قيل لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط ) أي لأن الثابت بالعرف كالمشروط بين العاقدين ( وقيل يبيعه ولا يبينه ) يعني لا يجب بيانه ( لأن الثمن حال ) لعدم ذكر الأجل ، والأصل الحال في الثمن .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه ) يعني إذا قال وليتك هذا بما قام علي ، يريد به بما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والفتل وغير ذلك ، ( ولم يعلم ) اي والحال أنه لم يعلم ( المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن ) وبه قال الشافعي رضي الله عنه في أصح الوجهين .

والوجه الثاني أنه لا يفسد البيع ( فان أعلمه البائع بثمنه ) أي فـــان أعلم المشتري

في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأن الفساد لم يتقرر ، فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ، وبعد الإفتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في ذلك المجلس وإنما يتخير لان الرضاء لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الروية .

---

البائع بثمنه ( في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأن الفساد لم يتقرر ) لأنه في مجلس العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة ، دفعاً للضرر وتحقيقاً لليسر ( فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد ) العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعاً للضرر وتحقيقاً في وجه وفي وجه قال لا ينقلب صحيحاً بعدما انعقد فاسداً ( وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس ) فان التأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول فان التأخير في آخر المجلس يترابط بالإيجاب وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الإبتداء ( وبعد الإفتراق قد تقرر ) أي الفساد ( فلا يقبل الإصلاح ) وفي الكافي « رح » هذا فساد لا يحتمل الإصلاح (ونظيره) أي نظير هذا الحكم ( بيع الشيء برقمه ) بسكون قاف ، صورته أن التاجر يرقم الثياب ، أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري ( إذا علم ) أي المشتري إذا علم قدر ذلك الثمن ( في ذلك المجلس ) صح البيع ، وإن كان بعد القبول ، ويحصل كأنه علم وقت القبول ، ولو علم بعد الإفتراق لا يصح ( وإنما يتخير ) أى المشتري ( لأن الرضاء لم يتم قبله ) أي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتم بعدم الرؤية ( لعدم العلم فيتخير ) أى المشتري ( كما في خيار الرؤية ) أى كما يتخير في خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء رده ، لأن ورود الشرع باثبات الخيار ثمن ورد ها هنا ، فان قيل ، ينبغي أن لا يكون للمشترى الخيار لما ذكرنا أن الموجود في آخر المجلس كالموجود في أوله ، قلنا لم يوجد الرضا في آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في أوله فلهذا كان له الخيار .

## فصـــل

ومن اشترى شيئـــاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، لأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ،

---

## ( فصل )

أى هـــذا فصل في بيان مسائل غير المسائل التي ذكرت قبله ، وإنما ذكرها هنـــا استطراداً باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد من الأوصاف كالمرابحة والتولية ( ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعــه حتى يقبضه ) قيد بالبيع ، ولم يقل لم يجز أن يتصرف فيه لتقع المسألة على الإتفاق .

وقال مالك « رح » يجوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام ، لأنه عليه السلام خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله : من ابتاع طعامـــاً فلا يبيعه حتى يقبضه ، فدل على تخصيص الحكم وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة .

قلنا التخصيص بالشيء لا يدخله على نفي الحكم فيما عداه ، وقال أحمد « رح » إن كان البيع مكيلا أو موزوناً أو معدوداً لم يجز بيعه قبل القبض وفي غيره يجوز ( لأنه عليه السلام ) أى لأن النبي ﷺ ( نهى عن بيـع ما لم يقبض ) روى النسائي في سننه الكبرى عن يعلى ابن حكيم ، عن يوسف بن ناهك ، عن عبد الله بن عصمة ، عن حكيم بن حزام رضي الله عنهم قال : قلت يا رسول الله ، اني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها وما يحرم ، قال لا تبيعن شيئـــاً حتى تقبضه ، رواه أحمد « رح » في مسنده ، وابن حبان في صحيحه .

وروى الطحاوي باسناده إلى حكيم بن حزام قال : كنت أشترى طعاماً فأربح فيه قبل أن أقبضه فسألت النبي ﷺ فقال : لاتبعه حتى تقبض ( ولأن فيه ) أي في المنقول ( غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ) أي هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا يجوز ، رجوعاً إلى إطلاق الحديث ، واعتباراً بالمنقول ، وصار كالاجارة ، ولهما ان ركن البيع صدر من أهله في محله ، ولا غرر فيه ، لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول

---

وفي الإيضاح كل عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه ، كالمبيع والأجرة إذا كانت عيناً ، وبدل الصلح إذا كان معيناً وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض ، كالمهر ، وبدل الخلع والعتق على مال ، وبدل [1] الصلح عن دم العمد ( ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد « رح » لا يجوز ) وبه قال زفر والشافعي رحمهما الله ، وأحمد وأبو حنيفة رحمهما الله أولا ( رجوعاً ) أي راجعاً أو لأجل الرجوع ( إلى إطلاق الحديث ) المذكور ، فان كلمة ما في الحديث المذكور للتعميم فيما لا ينتقل ولم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس ( واعتباراً بالمنقول ) أي وبالقياس عليه لأنه مبيع لم يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول ( وصار كالاجارة ) فانها في العقار لا يجوز قبل القبض ، والجامع اشتمالها على ربح لم يضمن ، فان المقصود من البيع والربح ورابح ما لم يضمن نهي عنه شرعاً ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة ( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( أن ركن البيع ) وهو الايجاب والقبول ( صدر من أهله ) أي من العاقل والبالغ ( في محله ) وهو المال المملوك وهو يقتضي الجواز ( ولا غرر فيه ) لأنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك .

( لأن الهلاك في العقار نادر ) إما بغلبة الماء أو الرمل أو لجوار بيت الغال والنادر لا يعتد به ( بخلاف المنقول ) فان الهلاك في[2] غير نادر .

وقال بعض مشايخنا في موضع لا يخفى عليه أن يصير لجوار يغلب عليه الرمال ، فأما في

---

(١) في نسخة الأصل « ويدل » .

(٢) كذا في نسخة الأصل والصحيح فيه .

**والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول بـه ، عملا بدلائل الجواز**

---

موضع لا يؤمن ذلك فلا يجوز ، كذا ذكره الإمام المحبوبي « رح » ، فإن قيل هذا التعليل معارض لمطلق النص ، فإن مطلقه يتناول العقار كما بينا ، قلنا الحديث مخصوص فان بيع عقد المهر وبدل الخلع ، والصلح عن دم العمد والميراث ، والثمن قبل القبض يصح بالاتفاق ، فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس ، والدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض والشفيع يتملك ، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل الملك ببدل لما جاز للشفيع الأخذ بالشفعة قبل القبض .

وللشافعي « رح » في الأخذ بالشفعة قبل القبض وجهان ، في وجه لا يصح وفي وجه يصح ، وهو الأصح .

فان قيل : يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب ، وذلك غير نادر ، قلنا لا يتوهم الإنفساخ بالرد حتى جاز البيع فيه قبل القبض ، لأنه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكاً للمشتري ، وحينئذ لا يملك المشترى الأول الرد بالعيب فلا يتوهم الإنفساخ فيه بالرد حينئذ ، كذا في الفوائد الظهيرية .

( والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد ) هذا جواب عما يقال ، كيف قلت ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر ، والغرر موجود أيضاً بعقد القبض بظهور الاستحقاق فأجاب بقوله ، والغرر المنهي عنه في الحديث غرر انفساخ العقد الأول ( والحديث ) أى الحديث المذكور ( معلول به ) أى بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه فيكون مخصوصاً بالمنقول ، ألا ترى أنه يجوز الإعتاق قبل القبض والوصية قبله ( عملاً بدلائل الجواز ) أى جواز البيع من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى ( وأحل الله البيع وحرم الربا ) ٢٧٥ البقرة . وأما السنة فقوله عليه السلام: يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة هكذا ذكره الأترازى «رح » في شرحه ، ثم قال : رواه في السنن قيس بن عروة .

قلت الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، ولفظه فيما ذكره الترمذي .

والإجارة قيل على هذا الخلاف ، ولو علم في المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر ، قال ومن اشترى مكيلا مكائلة ، أو موزونا موازنة

---

حدثنا هناد ، حدثنا أبو بكر بن عباس ، عن عاصم ، عن أبي وائل ، عن قيس بن أبي غرزة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة فقال : يا معشر التجارات الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة ، ثم قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وقيس بن غرزه ، بفتح الغين المعجمة ، والراء ثم الزاي ، غفارى نزل الكوفة ومات بها .

وأما الإجماع فان النبي ﷺ بعث والناس يتبايعون فلم ينكرهم على ذلك بل قررهم عليه ، وقد انعقد إجماع الأمة على ذلك ( والإجارة ) جواب عن قياس محمد « رح » صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها ، لأنها على الإختلاف وهو معنى قوله ( قيل على هذا الخلاف ) يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أجارة العقار قبل القبض جائزة .

وقال في الإيضاح مالا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته ، لأن صحة الأجارة تملك الرقبة ، فاذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في المنافع ، وقيل لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح ، لأن المنافع بمنزلة المنقول ، والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لبيع المنقول ( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى مكيلا مكائلة )يعني رد الكيل( أو موزوناً ) أى أو اشترى ما يوزن ( موازنة ) يعني بالوزن قيد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلا موزونا أو معدودا بهبة أو وصية أو ميراث جاز لمن ملك أن يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل والوزن والعدد قيد بقوله مكائلة أو موازنة ، يعني بشرط الكيل والوزن بأن اشترى هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة ، أو هذا الحديد على أنه كذا وكذا مناً وقبضه لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن وبعد المكائلة أيضاً يخرج المجازفة ، فانه إذا اشتراه مجازفة وقبضه جاز التصرف فيه

فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكائلة أو موازنة لم يجز للمشترى منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري .

---

قبل الكيل والوزن على ما يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى (فاكتاله أو اتزنه ) الإكتيال الأخذ بالكيل والاتزان الأخذ بالوزن ، يقـال : كال المعطي فاكتال الآخذ ، ووزن المعطي فاتزن الآخذ .

( ثم باعه مكائلة أو موازنة ) أي باعه المشترى بشرط الكيل ( لم يجز للمشترى منه ) أي لم يجز للمشترى الثاني من المشترى الأول الذى اشتراه مكائلة أو موازنة ( أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان ، صاع البائع وصاع المشترى ) هذا الحديث رواه ابن ماجة في سننه عن جابر رضي الله عنه ، رواه أبو الزبير عنه قال نهى رسول الله ﷺ نحوه ، ورواه أبو هريرة رضي الله عنه أيضاً . أخرجه عنه البزار من طريق محمد بن سيرين « رح »أن النبي ﷺ نحوه . وزاد فيه ، فيكون لصاحبه فيه الزيادة وعليه النقصان انتهى .

وأراد بصاع البائع صاعه لنفسه حتى يشتريه وبصاع المشترى ، صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم أن البيع الواحد له يحتاج إلى الكيل مرتين ، وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه ومالك وأحمد رحمهما الله ، وكما لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك كالهبة والوصية ونحو ذلك كذا في المبسوط ، وفي الجامع الصغير المحبوبي ولو قبضه بغير كيل وأكله لا يقال إنه حرام لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه يأثم لرد ما أمر به من الكيل .

وفي الفوائد الظهيرية المكيلان على أقسام ، الأول مـا يحتاج إلى الكيل مرتين وهو السلم على ما يجيء في بابه ، وبيع العين ، المكيل مكايلة بعدما اشتراه مكائلة، والثاني مـا يحتاج إلى كيل واحد ، وهو ما إذا اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو استفادها زراعة أو إرثا ، أو استقرض حنطة على أنها كر ثم أدناها رب السلم أو باعها مكايلة احتج فيه إلى كل واحد وكذا فيمـا استفاد إرثاً أو زراعة وكذا فيما استفاده قرضاً بشرط الكيل .

ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له

---

والثالث هو مالا يحتاج فيه إلى الكيل وهو ما إذا اشترى حنطة مجازفة ثم باعها مجازفة في نوادره أنه يجوز ، واعلم أن الأموال ثلاثة مقدارات كالكيلي والوزني فان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن على ما يجيىء ، وإن اشتراه بشرط الكيل والوزن فلا يجوز وقد مر .

وعدديات الجوز والبيض ، فإن اشتراه بشرط العد فقبضه فهل يجوز له التصرف قبل العد . ثانياً لم يذكر جوابه في الكتاب فقد ذكروا في شرح الجامع الصغير عند أبي حنيفة « رح » أنه أبطل البيع قبل العد ثانياً كما في الكيل والوزن لان العدد لمعرفة المقدار ، ألا ترى أنه لو اشترى جوازاً على أنه مائة فزاد فالزيادة للبائع ولا يدخل في البيع .

وروى عنهما أنهما اجازا العقد قبل العدلأن العد يخالف الكيل والوزن ، ألا ترى أنه يجرى فيه الربا ولهذا لو باع جوزة بجوزتين جاز . ومزروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك ، فان اشترى مجازفة أو بشرط الزرع بان اشترى على انه عشرة أذرع مثلاً فقبضه يجوز له التصرف فيه مال الغير حرام فيجب التحرز عنه قبل الذر ، وقد مر في أول كتاب البيوع .

( ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه ) وهو بترك التصرف ( بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة ) يعني الكل ( له ) واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة واجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلا مكايلة واكتاله على أنه عشرة اقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثني عشر في الواقع فيكون زيادة على الكيل الذي اشتراه المشتري الأول كذا في الكافي .

قال الأكمل وفيه من التمحل ما ترى ، وقيل المراد والزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأنه باع مجازفة ، وفي ذهنه أنه باعه قفيز ، فإذا هو زائد على ما ظنه ،

بخلاف ما إذا باع الثوب مذارعـــه لان الزيادة له إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البـــائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لأن به يصير المبيع معلوماً ولا تسلم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعـــد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث ، فإنه اعتبر صاعين ، والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم

---

والزائـــد للمشتري ( وبخلاف مـــا اذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له ، إذ الذرع وصف في الثوب ) وليس فيه جهالة ولا اختلاط المبيع بغيره ( بخلاف القدر ) أي الكيل فإنه ليس بوصف ، لأن بإزدياد القدر لا يزداد قيمة المقدر كخمسين مناً من الحنطة إذازاد عليه خمسون اخرى لا يزداد قيمة الخمسون الأولى .

( ولا معتبر بكيل البـــائع قبل البيع ) المراد من البائع المشتري الأول ( وإن كان بحضرة المشتري ) كلمه إن واصلة بما قبلها وذلك ( لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ) أي الشرط هو صـــاع البائع والمشتري ( ولا بكيله ) أي بكيل البائع ( بعد البيع بغيبة المشتري ، لأن الكيل من باب التسليم لأن بـــه ) أي بالكيل ( يصير المبيع معلوماً ،ولا تسلم إلا بحضرته ) أي بحضرة المشتري إذ لا بد للتسليم من مسلم حاضر ، فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق ( ولو كاله البائع بعد البيع ، بحضرة المشتري ، فقد قيل لا يكتفى به ) أي بكيل البائع .

( لظـــاهر الحديث فإنه ) أي فإن الحديث ( اعتبر صاعين ، وقيل يكتفى به ) أي بكيل البائع ( وهو الصحيح ) أي الإكتفاء بالكيل الواحد هو الصحيح ، ( لأن المبيـــع صـــار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ) وانتفى احتمال الزيادة قبل في كلام

ومحل الحديث اجتماع صفقتين على ما تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى،

المصنف « رح » إيهام التناقض وذلك لأنه وضع المسألة أولاً فيما إذا كان العقد أن يشترط الكيل واستدل على وجوب جريـــان الصـــاعين بالحديث ، ثم ذكر في آخر المسألة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد ، وهو يقتضي أن يكون وضع المسألة فيـما يكون عقداً واحداً ، بشرط الكيل كما أن الإكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الروايه ، إنما هو في العقــد الثالث بشرط الكيل ، وأما إذا وجد العقدان بشرط الكيل ، فالإكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية ، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين .

وقـــال الاكمل « رح » ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله ، ولو كاله البائع ، المشتري الأول أو بالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ، ومعناه أن المشتري إذا باع مكـــايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفي بذلك ، ويدل على ذلك قوله ( ومحل الحديث اجتـــماع الصفقتين ) فانه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه فكأنه يقول الحديث دليل على وجوب الصـــاعين فيما اجتمعت الصفقتـــان كما في أول المسألة .

والأكمل غير منفرد بهذا الكلام ، لأن السغنـــاقي ذكر هذا وتبعه الكاكي « رح » أيضاً ( على مـــا تبين في باب السلم إن شاء الله تعالى ) عند قوله ومن أسلم فلأجل الأجل اشترى المسلم اليه من رجل كراً ، فأمر رب السلم بقبضه قبضاً لم يكن قضاه ، وإن أمره أن يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز .

قـــالوا الحديث ورد فيما إذا وجد عقدان بشرط الكيل ، بأن يشتري المسلم إليه إلى آخر مـــا ذكرناه ، فانه اشترط فيه صاعان ، صاع للمسلم إليه وصاع لرب السلم بكيله للمسلم إليه أولاً ثم يكيله لنفسه لأن هاهنـــا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل كيل على حدة .

وفي الكافي قال أيضاً إن محمل الحديث على المسلم إليه فذكر نحوه وقال فانه لايصح إلا بصاعين اجتماع الصفقتين بشرط الكيل ، أحدهما اشترى المسلم إليه والأخرى قبض

ولو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لأنه ليس بمال الربا أو كالموزون ، فيما يروى عن أبي حنيفة « رح» لأنـــه لا تحل له الزيادة على المشروط ، قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيـــه غرر الإنفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ، قال ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن .

---

رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فانه يحتاج فيه إلى الكيلين ( ولو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيـــما يروى عنهما ) أي عن أبي يوسف ومحمد « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » .

( لأنه ليس بمال الربا ) ولهذا جاز بيع الواحد بالإثنين فكان المذروع وحكمه مر ( أو كالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة « رح » ) وهو قول الكرخي « رح » أيضاً ، وبه قـــال الشافعي « رح » ( لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط ) الا ترى أنه من اشترى جوزاً على أنه ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولووجدها أقل يسترد حصةالنقصان من البائع فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن فيالموزون ( قال ) أي القدوري « رح » ( والتصرف قبل القبض في الثمن جائز ) بأن يأخذ من المشتري مكـــان الدراهم الثمن ثوباً أو غيره ، وكذا في سائر الديون من المهر والإجرة وضمان المتلفـــات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز ( لقيام المطلق ) بكسر اللام ( وهو الملك ) حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر حنطة جاز له أن ياخذ به له شيئاً آخر ( وليس فيه ) أي في التصرف فيالثمن ( غرر الانفســـاخ بالهلاك ) أي انفساخ العقد بهلاك الثمن ( لعـــدم تعينهما بالتعيين بخلاف المبيع ) أي من النقود ، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشتري .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن ) قال تاج الشريعة « رح » شرط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية بقاء البيع و كون المبيع محـــلاً للمقابلة في حق المشتري حقيقة روى عن محمد « رح » أن شرط صحة الزيادة

كون المبيع قابلاً للمقابلة في نفســه لا في حق المشتري حقيقة ، فعلى هذه الرواية تصح الزيادة في الثمن بعدما باع المشترى أو وهب وسلم أو تصدق ، لأن البيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه .

وفي ظاهر الرواية لم يصح لأنه لم يبق محلاً للمقابلة في حق المشترى ، وقـال الإترازى الزيادة في الثمن إنما تصح إذا كان المعقود عليه قائماً ، أما إذا لم يكن فلا يصح وإن كان الهلاك حقيقة أو حكماً ، أما حقيقة كما إذا مات وأما حكماً كما إذا اشترى الرجـل من الرجل جارية بألف درهم فقبضها المشترى فأعتقها أو دبرها أو كاتبها أو كان استولدها ، ثم أن المشترى زاد في ثمنهـا فالزيادة لا تصح ، وكذلك لو باعها أو وهبها من غيره وسلمها إليه .

وقال في شرح الجامع الكبير ولو رهنها أو أجرها أوقطعت يدها صحت الزيادة لأن المعقود عليه قائم والنصرانيان إذا تبايعا خمراً ثم أسلما لم يجز الزيادة في الثمن لانه كالهلاك في حق المسلم ، ولو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم يجز لأن المحل ليس بقابل ( ويجوز للبائع أن يزيد المشترى في البيع ويجوز أن يحط عن الثمن ) زيادة البـائع للمشترى في البيع جائز ما دام المبيع قائماً لأن المعقود عليه ما دام قائماً كان العقد قائماً لقيام أثره وهـو الملك المستفاد في العين فاذا هلك لم تصح الزيادة لان العدم لا يصح تغييره بخلاف الحـط فانه يصح بعد هلاك المعقود عليه ، فانه لو أمكن أن يجعل تغييراً للعقد بان كان العقد قائماً جعل تغييراً وإن لم يكن جعله تغييراً كما في حالة الهلاك جعل برأ عن الدين فصح الحط في الحالين .

( ويتعلق الاستحقـاق بجميـع ذلك ) أو بالمزيد والمزيد عليه فان للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن اذا كان الثمن حال ، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنهـا استحقت بأصل العقد ، وكذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن ، وكذلك المشتري يرجع على

فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي « رح » لا يصحان على اعتبار الإلتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما ، أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً لأنه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق بأصل العقد وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار براً مبتدأ ، ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد، من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه ربحاً او خسارة او عدلاً ، ولهما

---

البائع بجميع ذلك ، أعني بالأصل والزيادة إذا استحق المبيع .

وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي من الثمن بعد الحط ، وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط ( فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي « رح » لا يصحان على اعتبار الالتحاق ) يعني بأصل العقد ( بل يصحان على اعتبار ابتداء الصلة ) أي الهبة بالزيادة عندهما في الثمن والثمن هبة ابتداء لا يتم الا بالتسليم ( لهما ) أي لزفر والشافعي « رح » ( أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا ) أي من حيث كونه ثمناً ( لأنه يصير ملكه ) أي ملك المشتري ( عوض ملكه ) لأنه ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً ، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع ، وذلك لا يجوز فحينئذ ( فلا يلتحق بأصل العقد وكذا الحط لأن كل الثمن صار مقابلا كل المبيع فلا يمكن اخراجه ) عن ذلك ( فصار براً مبتدأ ) يعني ابداء غير داخل في شيء .

( ولنا أنهما ) أي البائع والمشتري ( بالحط والزيادة يغيران العقد ) لتراضيهما ( من وصف مشروع ) وهو أصل العقد ( إلى وصف مشروع وهو كونه خاسراً ) في الحط ( أو رابحاً ) في الزيادة( أو عدلاً ) يعني لا خسارة ولا ربح ، والزيادة في المبيع أو الثمن أو الحط يغيره إلى هذه الأوصاف ولا يرفع أصله كما شرع باتاً والنحيازاً (ولهما) أي

ولاية الرفع فأولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا اسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم بـــه لا بنفسه بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الإلتحاق لا تكون الزيادة عوضاً

---

والبائع والمشتري (ولاية الرفع) أي رفع العقد بالاقالة (فالأولى أن يكون لهما ولاية التغيير) من وصف إلى وصف ، والتصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصـــله فالذي يملك التصرف في الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف (وصار كما إذا اسقط الخيار) أي وصار كما إذا كان للعاقدين أو لاحدهما خيار الشرط فاسقط .

(أو شرطاه بعد العقد) أي أو شرطـــا الخيار به ، أي وصـــار كما بعد اتمام العقد (ثم إذا صح) أي الحط والزيادة (يلتحق بأصل العقد) أي بأصل العقـــد (لأن وصف الشيء يقوم به ، لا بنفسه) أي لا يقوم بنفسه (بخلاف حط الكل) هذا جواب عمـــا يقـــال ، لو كان حط البعض صحت لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض ، فأجاب بقوله بخلاف حط الكل حيث لا يصح (لأنه) أي لأن حط الكل (تبديل لأصله) أي تغيير لأصل العقد (لا تغيير لوصفه) لأن عمل الحط في اخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً .

فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً ، واما حط الجميع فتبديل للعقد لأنه امـــا أن يبقى بيعاً باطلا لعدم الثمن حينئذ ، وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة (فلا يلتحق به) أي بأصل العقد لوجود المـــانع ، فلا يلزم من عدم الإلتحاق لمانع عدمه لا لمانع . فيلحق حط البعض بأصل العقد .

(وعلى اعتبار الإلتحاق) هذا جواب عن تعليل زفر والشافعي « رح » إن بالزيادة يصير ملكـــه عوض ملكه فأجاب بقوله وعلى اعتبـــار الإلتحاق فيما إذا اعتبرنا الإلتحـــاق (لا تكون الزيادة عوضـــاً عن ملكـــه) أي عن ملـــك المشتري لأن

عن ملكه ، ويظهر حكم الإلتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على البـــاقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط ، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكان ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية ، لأن المبيع لم يبق على حالة

---

الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالاه .

(ويظهر حكم الإلتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط ) فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشترى ، والمشتري قال الآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على مـــا بقي من الثمن بعد ، فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد وكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة .

( وفي الشفعة ) أي يظهر حكمه أيضاً في الشفعة ( حتى يأخذ ) أي الشفيع ( بما بقي في الحط ) دون الزيادة لمافيه من ابطال حقه الثابت بالثمن الأول فلا يملكان إبطاله ( وإنما كان للشفيع ) هذا جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب انمـا كان للشفيع ( أن يأخذ بدون الزيادة ) لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذي تعلق بالعقد وهو معنى قوله ( لمـا في الزيادة من إبطـال حقه الثابت ) الثابت له بالعقد الأول وليس لهـــا ولاية على ابطال حق الغير ، تراضيهما وهو معنى قوله ( فلا يملكان ) أي التصرف بالزيادة فيما يرجع إليه الشفيع لأنه اضرار به فلم يظهر الزيادة في حقه ( ثم الزيادة ) أي في الثمن ( لا تصح بعد هلاك المبيع ) لأن الزيادة تغير العقدين من وصف يستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه ( على ظاهر الروايه ) .

احترازاً عمـــا روى عن الحسن عن أبي حنيفة « رح » في غير روايـة الأصول أن الزيادة تصح كالحط ، وأشار إلى وجه ظاهر الرواية بقوله ( لأن المبيع لم يبق على حالة

يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحـــال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً .

قال ومن باع بثمن حال ثم أجله اجلاً معلوماً صار مؤجلاً

---

يصح الاعتياض عنه ) إذ الإعتياض انما يكون في موجود ( والشيء يثبت ثم يستند ) فلم يستند الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند .

وذكر في الشامل في رواية النوادر ويجوز الزياده بعد الهلاك كالحط ( بخلاف الحط ) حيث يصح بعد الهلاك (لانه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله ) لكونه اسقاطاً والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال ( فيلتحق بأصل العقد استناداً ) أي من حيث الإستناد .

وقال تاج الشريعه قوله بحال يمكن اخراج البدل إلى آخره فإن الهلاك لا قيمة له فإخراج البدل عما يقابله ملائم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع ونظيره ما ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته انت طالق واحدة فماتت المرأة بعد قوله أنت طالق قبل قوله واحدة لا يقع الطلاق لأن العدد إذا قرن بالطلاق كان المعتبر هو العدد ، وحين قال واحدة ما يثبت المرأة محلا للطلاق فيبطل ولو قـــال أنت طالق إن شاء الله ، فماتـــت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يبطل الإستناد ويعمل عليه بعـد الموت كذلك فيما نحن فيه هلاك المبيع ملائم اخراج الثمن عن مقـــابلته ولا يلائم جعل الشيء بمقابلته فلهذا يصح الحط ولا تصح الزيادة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلا معلومـــاً صار مؤجلا ) وقال الشافعي وزفر « رح » لا يصـــير مؤجلا حتى يجوز له أن يطالبه في الحال لأن هذا وعد ، وكذا خلافه في كل دين حال إذا أجل فعندنا يصير مؤجلا وبه قـــال مالك إلا القرض فإن تأجيله لا يصح وعند مالك « رح » يصح ما يجيء عن قريب .

لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيراً على من عليه الا يرى انه يملك ابراه مطلقاً ، فكذا مؤقتاً ولو اجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس ، يجوز لأنه بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا إلا القرض ، فإن تأجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي

---

(لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه)لأن التأجيل برأة مؤقته إلى حلول الأجل ، وهو يملك البراءة المطلقه بالابراء عن الثمن فلان يملك البراءة المؤقته أولى وهو معنى قوله ( ألا يرى انه يملك ابراه مطلقا فكذا مؤقتاً ) أي فكذا يملك ابراء مؤقتا بل هو بطريق الأولى .

( ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ) ونزول المطر وقدوم الحاج وقدوم رجل من سفره ( لا يجوز وإن كانت ) أي الجهاله ( متقاربة كالحصاد والدياس ) أي حصاد الزرع ودياسه ، والجذاذ والنيروز والمهرجان والميلاد ( يجوز لانه بمنزلة الكفالة ) فإن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة ليصير بخلاف البيع ( وقد ذكرناه من قبل ) يعني في أواخر البيع الفاسد .

( وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا ) أنه حقه فله ان يؤخره ( إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه ) أي لأن القرض (إعارة وصلة في الابتداء ) فبهذا الإعتبار من التبرعات ( حتى يصح بلفظ الإعارة ) حتى لو قال اعرتك هذه المائة مثلا فيكون قرضاً ( ولا يملكه ) أي ولا يملك القرض .

( من لا يملك التبرع كالوصى ) فإنه لا يجوز له أن يقرض مال الصغير ( والصبي )فإنه

ومعاوضته في الانتهاء فعلى اعتبار الإبتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعـــارة إذ لا جبر في التبرع . وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا وهذا دين وهذا بخلاف ما إذا اوصى ان نقرض من ماله الف درهم فلاناً إلى

---

لا يملك التصرف فضلاً عن القرض الذي هو التبرع ( ومعـــاوضته ) أي القرض معاوضة ( في الإنتهاء ) لأن الواجب بالقرض دون المثل لا رد العين ( فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة )أي كما لا يلزم في الإعارة ( إذ لاجبر في التبرع ) لأن الأجل لو لزم فيه لصـار المتبرع ملزماً على المتبرع وهو المكث على المطالبة إلى مضي الأجل وذاتيا في موضوع التبرعات .

قال الله تعالى ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ ولو ثبت الجبر لتحقق السبيل وفي شرح الأقطع ، لو شرط الأصل في ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض ، وكذلك إذا شرطـاه في ثاني الحال ولو مات المقرض واجل وارثه .

قـــال الامام قاضي خان « رح » لا يصح كما لو أجل المقرض وقال صاحب المحيط ينبغي أن يصح من الوارث على قول البعض ، وقال واحد من الفقهاء رأيت في المنتقى أن القرض إذا صار مستهلكاً يصح تأجيله والصحيح انه لا يصح .

وقال الإمام السرخسي « رح » التأجيل في بدل المستهلك صحيح سواء كان المستهلك دراهم أو دنانير أو غير ذلك وعند زفر « رح » لا يصح و الحيلة في تصحيح تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه واجل المقرض ذلك الرجل فحينئذ يصح كذا في فصول الأستروشي .

( وعلى اعتبار الإنتهاء لا يصح لأنه يصيرِ بيـع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو الربا ) والمعول على النكتة الأولى لا على النكتة الثانيـة لأن على النكتة الثانيه يلزم أن لا يصح القرض أصلا وهو جـــائز بالإجماع وكأنه انتفع بالعين وردها ( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه ( بخلاف مـا إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة حيث يلزم

سنة حيث يلزم الورثة من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنة فيلزم حقاً للموصى له .

---

الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنة ) في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيره ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه إلى فلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فلذلك يلزم التأجيل في القرض .

وهو معنى قوله ( فيلزم حقاً للموصى له ) حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالإسترداد قبل السنة حقاً له .

★ ★ ★

# باب الربا

قال الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا ،

---

## ( باب الربا )

أي هذا باب في بيان أحكام الربا ، ولما فرغ من بيان ابواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى ﴿ وابتغوا من فضل الله ﴾ مع أنواعها صحيحاً وفاسداً شرع في بيان أبواب البيوع التي نهى الشارع عنها بقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا ﴾ ، يقال ربا المال يربوا ربواً إذا زاد وارتفع والإسم الربا مقصور وفي الشرع فضل مال بل عوض في معاوضة مال بمال ، وإذا نسب إليه يقال هذا مال الربا بكسر الراء والفتح خطأ وفي المبسوط الربا فضل خال عن العوض المشروط في البيع .

وقال علماؤنا هو نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد ، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا وفي جميع المعلوم الربا شرعاً عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن زيادة ، لان بيع الدراهم بالدراهم نسيئاً ربا ، وان لم يتحقق فيه زيـــادة ، وعند الشافعي « رح » البيع هو التصرف المشروع بحده ، والربا إسم جعل علماً على تصرف يفيد العقد لا على الحد المشروع إنتهى .

وليس المراد مطلق الفضل بالإجماع وإن فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للإستفضال والإسترباح وإنما المراد فضل مخصوص وهو فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من العوض .

( قال ) أي القدوري « رح » ( الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا ) أي حكم الربا وهو ثبوت الحرمة حاصل في كل مكيل بجنسه أو كل موزون بيع بجنسه ، إذا وجد علة تحريم التفـــاضل كما إذا باع مكيلاً ، أي مكيل كان بجنسه يحرم الفضل وكذلك إذا باع الموزون ، أي موزون كان بجنسه يحرم الفضل ( فالعلة )

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس قـــال « رح» ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، يداً بيـــد والفضل ربا .

---

أي علة الربا ( عندناالكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس ) هذا لفظ القدوري « رح » ( قال ) أي المصنف « رح » ( ولن يقال القدر مع الجنس وهو أشمل ) لأنه يتناولهما وليس كل واحـــد بانفراده يتناول آخر ( والأصل فيه ) أي في باب حكم الربا ( الحديث المشهور ) وهو الذي تلقته الأمة بالقبول ولشهرتـــه ظن بعض العلماء « رح » أنه متواتر ، وليس كذلك لانهلا يصدق عليه حـــد التواتر ولكنه مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب وقال الجصاص هذا الحديث يقرب من المتواتر لكثرة رواته ( وهو قوله عليه السلام ) أي قول النبي ( ﷺ ) ( الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ) الحديث ورد في هذا الباب مروي عن جماعة من الصحابة .

وقال الكاكي ومداره على أربعة نفر من الصحابة عمر « رض » وعبادة بن الصامت وأبو سعيد الخدري « رض » ومعاوية بن ابي سفيان « رض » ولم يقل شيئاً غير ذلك ، قلت روى أيضاً عن بلال وأبي هريرة ومعمر بن عبد الله وأبي بكر وعثمان وهشام بن عامر والبراء وزيد بن أرقم وخالد بن أبي عبيـــد وأبي بكرة وابن عمر وأبي الدرداء « رض » فهؤلاء اثني عشر نفر غير الاربعة الذين ذكرهم الكاكي فالجميع ستة عشر نفراً من الصحابة رضي الله عنهم .

أما حديث عمر « رض » فرواه الأئمة الستة من رواية مالك بن أوس « رض » أن رسول الله ﷺ قال الورق بالورق ربا الاهاء وهاء ، والبر بالبر الا هـا وها ، والشعير بالشعير إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر إلا هاء وهاء .

وأما حديث عبادة بن الصامت فأخرجه الجماعة غير البخاري واللفظ للترمذي عن أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ قـــال : الذهب بالذهب مثلا بمثل ،

والفضة بالفضة مثلا بمثل ، والتمر بالتمر مثلا بمثل ، والبر بالبر مثلا بمثل ، والملح بالملح مثلا بمثل ، والشعير بالشعير مثلا بمثل ، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، وبيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد .

أما حديث أبي سعيد الخدري « رض » فأخرجه مسلم والنسائي عنه قال قال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء .

وأما حديث معاوية صريحاً فلم أقف عليه ، وإنما ذكر في حديث أبي الدرداء أخرجه النسائي حدثنا قتيبة عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق أكثر من وزنها فقال أبو الدرداء « رض » سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل .

وأما حديث بلال رضي الله عنه فعند الطحاوي والطبراني وفيه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر مثلا بمثل ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل ، والذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة .

وأما حديث أبي هريرة « رض » فعند مسلم عن أبي زرعة عنه قال قال رسول الله ﷺ التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة الحديث .

وأما حديث معمر بن عبد الله « رض » فعند مسلم في افراده وفيه كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل .. الحديث .

وأما حديث أبي بكر رضي الله عنه فعند البزار في مسنده عن أبي رافع قال سمعت أبا بكر الصديق « رض » يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلا بمثل الزائد والمستزيد في النار .

وأما حديث عثمان « رض » فعند مسلم والطحاوي عن سليمان بن يسار أنه سمع مالك ابن أبي عامر يحدث عن عثمان بن عفان « رض » أن رسول الله ﷺ قال لا تبيعوا

وعد الاشياء الستة. الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هـــذا المثال ويروى بروايتين ، بالرفع مثل وبالنصب مثلا ،

---

الدينار بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين .

وأما حديث هشام بن عامر فعند الطبراني باسناده عنه وفيه نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق نسيئة .

وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فعند البخاري ومسلم « رض » وفيه كلاهما قـــال نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ، والورق بالذهب ديناً .

وأما حديث فضالة بن عبيد « رح » فعند أبي داود « رح » والطحاوي « رح » قال: كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر .. الحديث . وفيـــه لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزناً بوزن .

وأما حديث أبي بكرة فعند النسائي والطحاوي قال : نهانا رسول الله ﷺ أن نبيع الفضة بالفضة إلا عيناً بعين سواء بسواء ، ولا نبيع الذهب بالذهب إلا عينـــاً بعين سواء بسواء .

وأما حديث ابن عمر « رض » فعند الطحاوي والحاكم في مستدركه وفيه أن ابن عمر « رض » قال : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ، هذا مـــا عهد نبينا إلينا وعهدنا إليكم .

وأما حديث أبي الدرداء فقد مضى عن قريب . ثم اعلم أن المصنف قال قال رسول الله ﷺ الحنطة بالحنطة ، بدأ بالحنطة وليس في الأحاديث المذكورة الابتداء بالحنطة كما رأيت ولكن الحنطة مذكورة في أثناء الحديث ولكنه ذكر ما ذكر في المبسوط فإنه قال فيه بدأ أحمد « رح » الكتاب بحديث رواه عن ابي حنيفة « رح » عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ قال : الحنطة بالحنطة ... الحديث .

ثم قال المصنف « رح » ( وعد الأشياء الستة ) أي عد النبي ﷺ فيما فيه ربا ستة أشياء ( الحنطة والشعير والتمر والذهب والملح والفضة على هذا المثال ) أي مثلا بمثل يداً بيـد في جميع ذلك ( ويروى ) يعني يروى قوله مثلا بمثل ( بروايتين بالرفع مثل وبالنصب

ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر ، والحكم معلول باجماع القائسين ، لكن العلة عندنا مـــا ذكرناه ، وعند الشافعي « رح » الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان

---

مثلا ومعنى الأول ) أي الرفع ( بيع التمر ) أي بيع التمر بالتمر مثل بمثل ، فعلى هذا يكون ارتفاع مثل على أنه خبر للمبتدأ وهو قوله بيع التمر فإنه مرفوع بالابتداء .

( ومعنى الثاني ) أي النصب ( بيعوا التمر ) فالمعنى على هذا بيعوا التمر بالتمر حال كونه مثلاً بمثل ، فقوله التمر منصوب على المفعولية ومثلا نصب على الحال ، والتقدير حال كونهما متماثلين ، وأما وجه الرفع والنصب في قوله يداً بيد فماتعرض إليه المصنف ولاغالب الشراح غير أن الاترازي قال قوله يداً بيد ، مثلا بمثل ، حال أي قابضاً يداً بيد ، قلت فيه ما فيه لان على تقديره يكون انتصاب يداً على المفعولية ، لا على الحال ، ولا يكون الحال إلا قوله قابضاً ، والكلام في أن نفس يداً هو حال فكأنه لـمـا علم أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ولفظ يد غير مشتق ، فقدر بهـــذا التقدير فوقع فيما هو بدا منه .

والقاعدة في وقوع الحال في غير المشتقات أن يؤول بالمشتق فأولوا قوله يداً بيـد على معنى متناجزين ( والحكم ) وهو حرمة الفضل ( معلول بإجماع القائسين ) وهم الأئمـــة الأربعة وأصحابهم « رح » واحترز به عن أهل الظاهر فانهم ينفون القياس ويقولون لا يكون الربا إلا في الأشياء الستة التي ذكرها رسول الله ﷺ وخصها بالذكر ، وهو أيضاً منقول عن طاووس وقتادة وعثمان البتي وأبي سليمان . قلنا إنما ذكر هذه الاشياء لتكون دلالة على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها ، فالعلة فحيثما وجدت تلك العلة يوجد الربا .

( لكن العلة عندنا ما ذكرناه ) وهو قوله القدر مع الجنس ، وعدوا هذا الحكم إلى كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوها لوجود الكيل واثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن .

( وعند الشافعي « رض » الطعم ) أي العلة في الربا الطعم ( في المطعومات والثمنية ) أي كونها ثمناً ( في الاثمان ) وعدى هذا الحكم إلى كل ما صار ثمناً بالاصطلاح كالدراهم

والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر ، كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة ، وهو طعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال

---

المنقوشة والفلوس الرائجة ، وقبل بالثمينة المطلقة لا تتعدى إلى الفلوس والقطارفة كذا في المختلف ، وفي الروضة والمراد بالمطعوم ما يعد الطعم غالباً تقوتاً أو تأدماً أو تفكهاً وغيرها ، فيدخل فيه الفواكه والحبوب والبقول والتوابل .

ويدخل الثمينة والتبر والمضروب والحلي والأواني من الذهب والفضة في تعدي الحكم إلى الفلوس إذا راجت وجه . والصحيح أنها لا ربا فيها لانتفاء الثمينة الغالبة ولا يتعدى إلى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعاً ، ويقول الشافعي « رض » قال أبو ثور وابن المنذر « رض » ( والجنسية شرط ) أي شرط العمل العلة عليها حتى لا تصل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية ، وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء ، فلو أسلم هروياً في هروي جاز عنده ، وعندنا لا يجوز .

( والمساواة مخلص ) بفتح الميم وسكون الخاء أي موضع الخلاص ، يعني يتخلص بالمساواة عن الحرمة ( والأصل هو الحرمة عنده ) أي عند الشافعي « رض » ، وكان حق الكلام أن يقال والأصل هو الحرمة عنده والمساواة تختلص أي عند الحرمة .

( لأنه ) أي لان الشارع ( نص على شرطين ) أحدهما هو قوله ( التقابض ) يفهم من قوله يداً بيد والآخر هو قوله ( والمماثلة ) يفهم من قوله مثلا بمثل ( وكل ذلك ) أي وكل من الشرطين ( يشعر بالعزة والخطر ) أى عند الشافعي « رض » ( كاشتراط الشهادة في النكاح ) فإن اشتراط الشهادة في عقد النكاح لأجل اظهار خطرها وعزتها دون سائر المعاملات ( فيعلل ) أى إذا كان الشرطان يشعران بالعزة والخطر فيعلل الربا ( بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو طعم ) في المطعومات ( لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ) أي تعلق مصالح الإنسان بالاموال

التي هي مناط المصالح بهـــا ولا أثر للجنسية في ذلك ، فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط ، ولنا أن أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبىء عن التقابل

---

والمناط مصدر ميمي من ناط الشيء ينوطه نطاً أي علقه ( ولا أثر للجنسية في ذلك) أي في اظهار الخطر والعزة ( فجعلناه ) أي جعلنا الجنس (شرطاً) لا علة ( والحكم قـد يدور مع الشرط ) بيان هذا أن العلة إنما تعرف بالتأثير وللطعم والثمنيـــة أثر كما ذكرنا وليس للجنسية أثر لكن لاتكميل إلاعند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به .

وقال الكاكي رحمه الله قوله والحكم قد يدور لدفع شبهة ترد على جعله الطعم علة أو الثمنية علة ، وهو أن الحكم يدور مع الجنسية كما يدور مع الطعم والثمنية عنده فلم يجعل الجنسية علة كما جعلها خصمك علة الربا فأجاب عنها فقال نعم كذلك إلا أن العلة للوصف الذي له أثر في الاستجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران فان الحكم قـد يدور مع الشرط ، كالرجم مع الاحصان مع الزنا فإنه يدور معه وجوداً وعدماً ، ولا يدل على كونـه علة وقال تاج الشريعة رحمه الله ولأنه عليه السلام ذكر من المطعومات أربعـة ، وهي أصول الطعم فان الحنطة أصل لقوت بني أدم ، والشعير للدواب ، والتمر من الأصول تفكهـا، والملح أصل لتطيب الأطعمة .

فتبين بذلك أن العلة هي الطعم ، أما إذا جعلت القدر مع الجنس يتمحض ذكر هذه الأشياء تكراراً إذ صفة القدر فيها لا يتنوع ، وحمل كلام الشارع على مـا يفيده فائدة زائدة أولى (ولنا أنه) أي أن الحديث المذكور أو أن النبي ﷺ ( أوجب المماثلة شرطاً في البيـع ) بقوله مثلا بمثل لما مر أنه حال والأحوال شروط ( وهو المقصود بسوقـه ) أي وجوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لاحد معان ثلاثة .

أشار إلى الأول بقوله ( تحقيقاً لمعنى البيـع ) أي لأجل تحقيق معنى البيـع ( إذ هو ) أي لان البيـع ( ينبىء عن التقابل ) لأن البيـع مبـادلة المال بالمال لان ما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلة كل جزء من أجزاء الآخر في متحد الجنس ، ولو فضل أحد العوضين

وذلك بالتماثل أو صيانة لاموال الناس عن النوى أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى ،

---

لخل ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا تتحقق المعـــاوضة بل يكون استحقاقاًلذلك القدر ، وذاخلاف قضية المعاوضة ( وذلك ) أي التقابل يحصل ( بالتماثل ) لانه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه ، وأشار إلى المعنى الثاني بقوله ( أو صيانة لأموال الناس عن النوى ) أو صيانة عطف على قوله تحقيقاً ، أي اولاجل صيانة أموال الناس عن النوى أي الهلاك والتلف ،لان أحد البدلين إن كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعاً لفضل ما عليه الفضل ، يوضحه إذا كان الزائد خالياً عن العوض وفيه تلف الزائد فاشترطت المماثلة حتى يتعين أموال الناس .

وإليه أشار النبي ﷺ بقوله والفضل ربا أي الفضل على المتماثلين ربا ، يعني أن الذي نطق به القرآن بقوله وحرم الربا المراد بـــه هذا الفضل وأشار إلى المعنى الثالث بقوله ( أو تتميماً للفائدة ) أي لأجل التتميم لفائدة البيع وهو ملك الرقبة قبل القبض وملك التصرف بعده ( باتصال التسليم به ) أي بالتماثل ، يعني أن في النقدين لكونهما لايتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضاً بعد مماثلة كل منها للآخر ، والتتميم فائدة المبيع وهو ثبوت الملك .

وفي المبسوط صاحب الشرع أوجب المماثله في الجنس الواحد تتميماً للفائدة في حق المتعاقدين ، إذ لو كان أحد المعوضين أقل من الآخر تكون الفائدة تامة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر في إيجاب المماثلة اتماماً للفائدة لكل واحد منهما ( ثم يلزم عند فوته ) أي عند فوت التماثل الذي هو شرط الجواز ( حرمة الربا ) لقوله عليه السلام والفضل ربا ( والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى ) هذا بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة ، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون باعتبار الصورة والمعنى ، لأن كل محدث موجود بصورته ومعناه ، وإنما تقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة ، والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فتثبت به المماثلة معنى .

والمعيـــار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلـــك فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحـــد المتعاقدين في المعاوضة الخالية عن عوض شرط فيـــه ، ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتاً عرفاً

---

فان قيل حكم النص وجوب المماثلة فأي أثر للكيل والجنس في وجوب المماثلة بل أثرهما في الوجود ، قلنا المراد المقصود من الوجوب الوجود ولا يمكن الابتداء بالايجاد إلا بالوجوب لان الوجود يفضي إلى الوجوب ولا يمكن ايجاد المماثلة إلا بالقدر والجنس فيكون لهما أثر في وجود المماثلة وأضيف إليه لأن حكم النص إيجاب المماثلة ، وحرمة الفضل عند فوتها كذا في جامع قاضي خان .

( والمعيار يسوي الذات ) قال الجوهري : المعيار من عايرت المكاييل والموازين عياراً وعـارت بمعنى واحد ، ومعنى المعيار يسوى الذات أي الصورة فان كيلاً من البر مماثلاً كيلاً من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم الجنسية ( والجنسية تسوى المعنى ) فان كيلاً من بر يساوي كيلاً من بر من حيث الصورة والمعنى ، أما صورة فظاهر وأمـــا معنى فللجنسية .

والقفيز من الحنطة يســـاوى القفيز من الشعير من حيث الصورة والمعنى ، فإذا كان كذلك ( فيظهر الفضل على ذلك ) أى على التساوي من حيث الصورة والمعنى ( فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ) قوله الخالي صفة للفضل ، قوله فيه أي في العقد ( ولا يعتبر الوصف ) هذا جواب عما يقال إذا كانت للماثلة شرطاً على ما قلتم فكيف اهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في أحد البدلين دون الآخر ، فأجاب بقوله ولا يعتبر الوصف أي وصف الجودة والرداءة (لانه) أي لان الوصف (لا يعد تفاوتاً عرفاً) أي من حيث العرف فان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبر العلة ، ولهذا تصرف الأموال بالعدد دون الوصف فيقال له مائة درهم أو دينار من غير اعتبار التفاوت بين الجيد والرديء .

أو لان في اعتباره سـد باب البياعات أو لقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء ، والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره

---

قال الأكمل «رح» وفيه تأمل لانه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف انتهى.

قلت الكلام فيه من حيث الوصف لا من حيث الذات ، والتفاضل في القيمة يرجع إلى الذات ( أولان في اعتباره ) أي في اعتبار التفاوت في الوصف ( سدباب البياعات ) في هذه الاشياء ، وهو مفتوح لان بيع هذه الاشياء لا يجوز متفاضلا ولا مجازفة فلم يبق إلا حالة التساوي ، ولو اعتبر المساواة في الوصف تسد بياعات هذه الاشياء بجنسها لان الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى في الوصف لا محالة والبياعات بكسر الباء جمع بياعة ، وإنما جمعوا المصدر على تأويل الانواع ( أو لقوله عليه السلام ) أي ولا يعتبر الوصف لقول النبي ﷺ ( جيدها ورديئها سواء ) .

وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ، وقدر في هذا الباب .

وذكر الاترازي « رح » وغيره هذا الحديث وسكتوا عنه ( والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع ) هذا جواب عن جعل الشافعي « رح » المطعم والثمنية علة للحرمة تقريره أن ذلك فاسد لانهما يقتضيان خلاف ما أضيف اليهما لانهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان الطريق فيه الاطلاق وهو معنى قوله :

( والسبيل في مثلها ) أي في مثل هذه الاشياء التي تتعلق بها أعظم وجـوه المنافع ( الاطلاق ) أي التوسعة ( بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه ) فان السنة الإلهية جرت في حق جنس الانس وسائر جنس الحيوانات ، إنما كان الاحتياج اليها أكثر كان أمره في الوجود واطلاق الشرح أوسع كالماء والهواء وعلف الدواب ، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلا بفساد الوضع ( فلا معتبراً بما ذكره ) أي بمـا ذكر

إذا ثبت هذا فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه يداً بيد مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار ، الا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل ، وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل لاهدار التفاوت بالوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين ،

---

الشافعي « رح » لا أنه علل بعلة وقعت فاسدة في مخرجها .

فان قلت الشافعي « رح » استدل بقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الطعام بالطعام قلت قالوا هذا خبر لا يعرفه هو ولا ذكره أحد في كتاب مسند، وإنما المروي الطعام بالطعام مثلا بمثل كيلاً بكيل ، وهذا لا يتناول الا ما يكان بعينه كذا في شرح مختصر الكرخي «رح» ( إذا ثبت هذا ) أي ما ذكرنا أن العلة القدر والجنس عندنا مطعوماً كان أو غيره ( فنقول إذا بيع المكيل أو الموزون ) أي لو بيع الموزون (بجنسه يداً بيد مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز ) أي جواز البيع .

( وهو ) أي شرط الجواز ( المماثلة في المعيار الا ترى ) توضيح المماثلة في المعيار ، فـــان قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير لقوله مثلاً بمثل إذ كلام الشارع يفسر بعضه بعضاً ( إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل كيلاً بكيل ) أشار به إلى قوله ذلك قلنا أن قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير الخ .

( وفي الذهب ) أي جاز المبيع أيضاً في الذهب إذا بيع ( بالذهب وزناً بوزن ) أي من حيث الوزن يعني متســـاويين (وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ) يفضل أحدهما على الآخر ( ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا ) أي ما يتحقق فيه من الأشياء الربوية ( إلا مثلاً بمثل) يعني متماثلين متساويين (لاهدار التفاوت في الوصف ) أي لاجل إهدار التفاوت في وصف الجودة والرداء شرعاً وعرفاً ( ويجوز بيع الحفنة )هي ملء الكف .

قـــال الاترازي « رح » وقال الجوهري الحفنة ملء الكفين من الطعام ( بالحفنتين

والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار، ولم يوجد فلم يتحقق الفضل، ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف، وعند الشافعي « رح » العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم، وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا أو موزوناً غير مطعون بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس، وعنده

---

والتفاحة ) أي بيع التفاحة ( بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار ) يعني المساواة بالكيل شرط ( فلم يوجد ) لأنه لا كيل في الحفنة والحفنتين ( فلم يتحقق الفضل ) لأن تحققه مبني على المساواة بالمعيار، فاذا لم يتحقق الفضل فلا يكون ربا واستوضح ذلك بقوله ( ولهذا ) أي ولاجل أن الحفنة والحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي ( كان مضموناً بالقيمة عند الاتلاف ) إذ لو كان داخلا تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات، لان المكيلات والموزونات كلها في ذوات الامثال دون القيم ( وعند الشافعي « رح » العلة ) أي علة الربا ( هي الطعم ) فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم ( ولا مخلص وهو المساواة فيحرم ).

وفي شرح الطحاوي ولو باع البطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم الكيل، وعنده لا يجوز لوجود الطعم، وكذلك إذا باع حفنة بحفنتين أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز ( وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ) أي بما دون نصف الصاع بخلاف النصف لان الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر وغيرها.

وفي المبسوط هذا إذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف، أما إذا بلغ أحدهما النصف والآخر لم يبلغ أو أكثر من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز، وفي الأسرار ما دون الحبة من الفضة لا قيمة له ( ولو تبايعا مكيلا أو موزوناً غير مطعون بجنسه متفاضلا كالبحص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده ) أي وعند

يجوز لعدم الطعم والثمنية . قال وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الإباحة وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هروي في هرويان أو حنطة في شعير

---

الشافعي « رح » ( يجوز لعدم الطعم والثمنية ) وبه قال مالك « رح » في رواية ولو تبايعا وزناً بوزنين وهو مأكول أومشروب كالدهن ، والزيت والرب والخل لا يجوز إلا وزناً بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج أما عندنا فلوجود الجنس والوزن ، وأما عند الشافعي وأحمد « رح » في رواية لوجود الطعم .

وأما عند مالك « رح » فلوجود الادخار ، لان عنده علة الربا الادخار والاقتيات .

( قال )أي القدوري « رح » ( وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم ) المعنى المضموم هو القدر ( إليه ) أي إلى الجنس كبيع الحنطة بالدراهم والثياب ( حل التفاضل والنساء ) بفتح النون والمد وهو البيع إلى أجل ( لعدم العلة المحرمة ) معناه أن علة حرمة الربوا القدر والجنس فلما انعدم لم تثبت الحرمة وحل التفاضل ، والنساء لان الحل هو الاصل لقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ .

فان قيل عدم العلة لا يدل على عدم الحكم قلنا الاصل جواز البيع مطلقا والاباحة ، إلا أن الشرع اعتبر التحريم بوصفه ، فاذا وجد هذا الوصف قلنا بالتحريم وإلا نعمل بالاصل ، وهو معنى قوله ( والأصل فيه الاباحة ) أي الاصل في البيع الاباحة الا عند اعتبار الشرع التحريم ( وإذا وجدا ) أي الوصفان ( حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد أحدهما ) أي أحد الوصفين ( وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويان في هروي ) أي الثوب الهروي .

وفي بعض النسخ هروياً في هروي ، وفيه عدم القدرة الذي هو أحد الوصفين،ويجوز فيه التفاضل بان يباع واحد باثنين ، ولا يجوز أن يباع بالنسيئة ( أو حنطة في الشعير )

فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء في أحدهما ، وقال الشافعي والجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل ، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ،ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر والجنس ،

---

أي أو أسلم حنطة في شعير وفيه عدم الجنس ، فيجوز فيه التفاضل ولا يجوز النساء كما إذا اسلم أحدهما في الآخر ( فحرمة ربا الفضل بالوصفين ) القدر والجنس ( وحرمة النساء باحدهما ) أي باحد الوصفين .

( وقال الشافعي «رح» والجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية ) أي في جانب ( وعدمها ) أي في جانب آخر ( لا يثبت إلا شبهة الفضل ) لان النسيئة عبارة عن تأخير المطالبة وهي ليست حقيقة الفضل لان فيها تفاوت المالية حكماً ، والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيراً في التفاوت في المالية حكماً ، ولا أثر له في المنع من جواز العقد حتى يجوز بيع ثوب بثوبين ، فالتفات حكماً أولى .

كذا قاله تاج الشريعة « رح » ويفهم منه معنى قوله ( وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ) أي بأن لا تكون مانعة بيانه على وجه الإيضاح ، أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين ، والعبد بالعبدين والشبهة أولى .

وقال الاكمل « رح » قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فان القدر عنده كذلك ، فانه يجوز اسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص ، ويمكن أن يقال انما خصه بالذكر لان الحكم وهو حرمة النساء انما لم توجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد توجد ، فإنه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة ، وكذا بيع الحنطة بالشعير وان كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده ( ولنا أنه ) أي أن بيع النسيئة ( مال الربا من وجه نظراً إلى القدر ) أي إلى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير ( أو إلى الجنس ) أي أو نظراً

إلى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي .

( والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فيتحقق شبهة الربا ) لان الفضل من حيث النقدية فضل من حيث المعنى والنقد خير من النسيئة فمن الوجه الذي هو مال الربا أظهر الفضل من حيث النقدية في أحدهما ، وذلك شبهة الربا ( وهي ) أي شبهة الربا ( مانعة ) عن الجواز ( كالحقيقة ) قال الاكمل في بحث من وجهين ، احدهما ما قيل ان كونه من مال الربا من وجه شبهة وكون الشبهة أوجبت فضلاً شبهة فصار بشبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها ، والثاني أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقاً أو في محل الحقيقة ، والاول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه ، فيجب أن تكون الشبهة كذلك .

والجواب عن الأول أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم ، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة ، وبشبهة العلة والعمل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة ، وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها .

فان قيل بعض الشراح استدل للشافعي « رح » بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ أمر أن يجهز جيشاً فبعدت الابل فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة ، رواه أبو داود .

واستدل اصحابنا بما رواه أبو داود « رح » أيضاً من حديث الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان نسيئة ، ورواه بقية الاربعة ، وقال الاكمل « رح » فان قيل ما قال المصنف لم يستدل للجانبين بهذه الاحاديث ، ثم قال فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق التأويلات معناه عن ذلك قلت قيل الجواب عن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص « رض» أنه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا .

وقيل إنه كان قبل تحريم الربا ، وقيل حديث عبد الله بن عمر « رض »

إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين ،

---

بطريق ابن إسحاق بطريق بعتته وهو مدلس فلا يحتج به .

ولما أخرج الترمذي « رح » حديث سمرة قال حديث سمرة حسن صحيح وسماع الحسن عن سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وهو قول سفيان الثوري وأهل الكوفة وبه يقول أحمد « رح » . انتهى كلام الترمذي « رح » وروي عن ابن عباس وجابر وابن عمر في هذا الباب أيضاً فحديث ابن عباس أخرجه الترمذي في كتاب العلل المفرد من حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، وحديث ابن عمر « رض » رواه الترمذي في العلل نحوه ، وحديث جابر رواه ابن ماجة بلفظ لا بأس بالحيوان واحد باثنين يداً بيد ، وكره نسيئة .

( الا أنه ) استثناء من قوله وحرم النساء في قوله فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ، الا أن الرجل ( إذا سلم النقود في الزعفران ونحوه ) كالقطن والحديد ( يجوز وان جمعها الوزن ) بيانه أن قوله وحرم النساء باطلاقه يتناول أن كل ما يوجد فيه أحد وصفي الربا من الجنس والقدر لا يجوز إلا اسلام أحدهما بالآخر وههنا يجوز اسلام النقود بالزعفران ونحوه مع وجود أحد الوصفين وهو الوزن .

فقال المصنف ( لانهما ) أي لان النقد والزعفران (لا يتفقان في صفة الوزن ، فان الزعفران يوزن بالامناء ) وهو جمع المنى مقصور ، والتثنية منوان ، وقال الجوهري المنى الذي يوزن به (وهو ) أي الزعفران ( مثمن متعين بالتعيين ) ولهذا إذا اشترى الدنانير أو الدراهم موازنة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن .

وفي الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة ثم باع موازنة وهذا اختلاف بينهما حكماً ، فاذا وجد الوزن في كل وجه يحرم النساء لوجود أحد وصفي علة

والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ،

---

الربا لأنه حصل شبهة الربا وإذا وجد الاتفـــاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة إلى شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة ( والنقود توزن بالسنجات ) بتحريك النون جمع سنجة ، وهو بالفـــارسيـــة سنك ترازو ، وعن هين السكيت لا يقـــال بالسين بل هي بالصـــاد صنجـــات وفي المغرب الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين .

وعن الفراء السين أفصح ، والكر القبني السين أصلاً ، قلت الصواب مع الفراء لا يعرفه إلا من يعرف اللغة الفارسية ( وهو ) أي النقود على تأويل ما يوزن بالسنجات ( ثمن لا يتعين بالتعيين ) لأن النقدين لا يتعينان بالتعيين وقد مر غير مرة ( ولو باع بالنقود موازنة ) أي لو باع الزعفران بالنقود ، وفي بعض النسخ ولو باع النقود موازنة بلا صرف البـــاقي أول النقود .

( وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ) وقد أوضحنا عن قريب ( فإذا اختلفا ) أي النقود والزعفران ( فيه ) أي في الوزن ( صورة ومعنى وحكما ) هذا على طريق اللف والنشر ، فقوله صورة يرجع إلى قوله يوزن بالامناء ، وقوله معنى يرجع إلى قوله يتعين بالتعيين ، وقوله وحكما يرجع إلى قوله لا يجوز أي التصرف فيها لا يجوز ( لم يجمعهما القدر من كل وجه ) أي لم يجمع النقود والزعفران القدر وهو الوزن من كل وجه بل من وجه دون وجه ، فاذا كان كذلك ( فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة ) فان الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة ( وهي ) أي شبهة الشبهة ( غير معتبرة ) لان الشبهة هي المعتبرة ، لا يقال لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن

قال وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبداً وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون ابداً وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى ، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دالة ،

---

لأن اطلاق اللفظ عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس إلا ، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما وصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة .

وقال الاكمل « رح » وفي عبارة المصنف تسامح ،فإنه قال إذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الأئمة « رح » بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى وحكماً إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه حقيقة فافهم .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلا فهومكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل مثل الحنطة والشعير والتمر والملح ) حاصله ان ما كان مكيلا على عهد رسول الله ﷺ لا يغير أبداً عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلا في عهده ، ويشترط فيه التساوي بالكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزناً لا كيلا لم يجز ( وكل ما نص ) أي رسول الله ﷺ ( على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً وان ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة ) كذلك يعتبر فيه التساوي بالكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزناً لم يجز ، وكذلك الفضة بالفضة وذلك لأن طاعة النبي ﷺ واجبة علينا ( لان النص أقوى من العرف ) لكون النص حجة على من تعارف على من لم يتعارف ، والمعروف ليس بحجة إلا على من تعارف به ( والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص ) من النبي ﷺ ( عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دالة ) أي لأن

وعن أبي يوسف « رض » أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت ، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة ، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزناً لوجود الإسلام في معلوم

قال وكل ما ينسب إلى الرطل

---

العادات دالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه العادة لقوله ﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وقوله ﷺ لا تجتمع أمتي على الضلالة .

( وعن أبي يوسف « رح » انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك ) أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان ( لمكان العادة ) فيه ( فكانت ) أي العادة ( هي المنظور إليها ) في ذلك الوقت ( وقد تبدلت ) أي تلك العادة فيجب أن يكون الحكم على وفاق ذلك .

( فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب ) أي أو باع ذهباً ( بجنسه متماثلاً كيلاً لا يجوز عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ( وان تعارفوا ذلك ) وكلمة أن واصلة بما قبلها ، وعند أبي يوسف « رح » يجوز إذا تعارفوا ذلك ( لتوهم الفضل ) من دليلهما ( على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازفة إلا أنه يجوز ) استثناء من قوله لا يجوز عندهما أي لكن يجوز ( الاسلام في الحنطة ونحوها وزناً ) على ما اختاره الطحاوي « رح » ( لوجود الاسلام في معلوم ) فان المماثلة ليست بمعتبرة فيه ، إنما المعتبر هو الاعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ، وذكر في التتمة أنه ذكر في المجرد عن أصحابنا إنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وكل ما ينسب إلى الرطل ) بكسر الراء

فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزناً بخلاف سائر المكاييل ، وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز

---

وفتحها قال الجوهري « رح » الرطل نصف منى مقصور ، ثم قال هو الذي يوزن به ، وقال في كتاب يوحنا بن سرافيون : الرطل اثنتى عشرة أوقية ، وقال أيضاً الرطل عشرون استاراً والاستار ستة دراهم ودانقان ، أو قال أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل أن الأوقية أربعون درهماً نظر .

وقال أبو عبيدة وزن الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهماً وزن سبعة ، وفي المغرب الرطل الذي يوزن به أو يكال به ( فهو وزني ) خبر المبتدأ أعني قوله وكلما إدخلت الفاء فيه لتضمنه الشرط قال المصنف « رح » ( معناه ما يباع بالاواقي ) وكذا قال فخر الدين قاضي خان « رح » .

تفسيره أن ما يباع في الأواقي فهو وزني ( لأنها ) أي لأن الأواقي ( قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزن ) حتى لو بيع شيئاً منها بجنسه متساوياً كيلاً يجوز لجواز التفضيل في الوزن ، وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء والصبحات لأنه لا يستمسك إلا في وعاء ، وفي وزن كل وعاء نوع خرج فاتخذ الرطل لذلك .

والأواقي جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهماً وهي أفعولة من الوقاية لأنها تقي صاحبها من الضرر ، وعند الأطباء الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم ، وهو أستار وثلثا أستار .

وفي كتاب العين الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل ( بخلاف سائر المكائيل ) متصلاً بقوله لأنها قدرت يعني أن سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار .

وقال تاج الشريعة «رح» قوله بخلاف سائر المكاييل يعني أن هاهنا القدر بالوزن فيجوز البيع بالاوقية ، وإن كانت الأوقية كيلاً لأنها قدرت بالوزن ( وإذا كان موزوناً ) يعني إذا ثبت أن ماينسب إلى الرطل وزني ( فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز)

لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد العرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضين في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ، معناه يدا بيد ، وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى . قال وما سواه مما فيه الربا

---

ولو كان سواء بسواء ( لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ) إنما قيد بقوله لا يعرف وزنه بمكيال مثله لانه إذا عرف وزنه جاز ( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( وعقد العرف ما وقع على جنس الأثمان ) وهي النقود .

وقوله وعقد الصرف كلام إضافي مبتدأ ، وقوله ما وقع خبره ، وقوله ( يعتبر ) خبراً بعد خبر أي يجيب ( فيه قبض عوضين في المجلس لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( الفضة بالفضة هاء وهاء ) هذا الحديث أخرجه محمد بن الحسن في الأصل عن أبي صالح عن أبي سعيد الخدري « رح » قال أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلا هاء وهاء فمن زاد فقد أربى .

وروى الجماعة في كتبهم عن عمر بن الخطاب « رض » عن النبي ﷺ الذهب بالورق ربا ، والبر بالبر إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربوا إلا هاء وهاء .

قوله هاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ ، أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه فيتقابضان ، وفسر المصنف بقوله ( معناه يداً بيد ) وكذا قال الترمذي « رح » بعد أن روى حديث عمر « رض » معنى قوله إلا هاء وهاء بقوله يداً بيد ، وقال تاج الشريعة « رض » قوله يداً بيد أي قبضاً بقبض كهي اليد باليد عنه لكونه آلة القبض ، ويقال يعني يداً بيد عيناً بعين وكذا وقع في حديث مسلم عن عبادة وفيه سواء بسواء وعيناً بعين ( وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى ) هذه حوالة رابحة تأتي في باب الصرف .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وما سواه مما فيه الربا ) اي ما سوى عقد الصرف

يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافاً للشافعي « رض » في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يداً بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض ، وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربا ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه يتعين به ومعنى قوله عليه السلام يداً بيد عيناً بعين

---

مما يجري فيه ربا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة ( يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض ) أي قبل التفرق بالأبدان ( خلافاً للشافعي « رض » في بيع الطعام بالطعام ) فإن عنده التقابض في المجلس شرط فيه إن اتحد المجلس أو لم يتحد ، كأن باع كر حنطة بكر حنطة أو بثمن فافترقا من غير قبض فإنه لا يجوز عنده ، وبه قال مالك ( له ) أي للشافعي « رض » ( قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف يداً بيد ) سواء بسواء ( ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية ) على غيرها ( فيتحقق شبهة الربا ) وهي كالحقيقة في باب الربا ( ولنا أنه ) ان ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربا ( مبيع متعين ) وكل ما هو متعين قد تعين بالتعيين ( فلا يشرط فيه القبض كالثوب ) والعبد والدابة وغيرها ( وهذا ) أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين ( لان الفائدة المطلوبة ) بالعقد ( إنما هو التمكن من التصرف ويترتبْ ذلك على التعيين ) فلا يحتاج إلى القبض ( بخلاف الصرف ) جواب عما يقال لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف فأجاب بقوله بخلاف الصرف حيث يشترط فيه القبض ( لأن القبض فيه ) أي في الصرف ( يتعين به ) أي بالقبض لان النقود لا تتعين .

( ومعنى قوله عليه السلام ) هذا جواب عن استدلال الخصم .. الحديث ، أي معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم ( يداً بيد عيناً بعين ) تقريره أن المعنى إذا كان عيناً بعين يعني معيناً بعين يدل

على ان المراد منه التعيين ، إلا ان التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض فلاجل هذا اشتراط التقابض .

( كذا رواه ) أي كذا روي عيناً بعين ( عبادة بن الصامت ) حاصله ان الروايتين أعني يداً بيد وعيناً بعين كلتاهما وقعتا في حديث عبادة « رض » إلى غير أن رواية عيناً بعين وقعت في رواية مسلم « رض » وقد مضى كما ينبغي ، ثم اشتراط التعيين والتقابض جميعاً المدلول عليهما بالروايتين متفق بالإجماع المركب ، أما عندنا فلان الشرط هو التعيين لا القبض ، وأمـا عند الشافعي « رض » فبالعكس فحينئذ لا بـد من حمل أحدهما على الآخر .

وقوله يداً بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض لان اليد آلته ، ويحتمل أن يكون المراد التعيين لأنه يحتمل لأنه إنما يكون بالإشارة باليد .

وقوله عيناً بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على الحكم فإن قيل يلزمكم على هذا العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لانكم جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف ، وبمعنى التعيين في بيع الطعام قلنا لا نسلم ذلك لأن المراد في كلتا الصورتين التعيين ، إلا أن التعيين في كل موضع يختلف بحسب حاله ففي الدراهم والدنانير والتعيين لا يكون إلا بالقبض إذ هما لا يتعينان في المعقود والفسخ فكان القبض هناك في ضرورة وجوب التعيين .

أما الطعام فما يتمين بالتعيين ثمناً كان أو مثمناً فلم يحتج في تعينه إلى القبض ، فإن قيل يشكل بما إذا باع ابريق فضة بجنسه فإنه يشترط القبض مع أنه يتعين بالتعيين ، قلنـا التعيين في الابريق بعارض الصفة فاعتبر فيما يرجع إلى الإحتياط الاصل وهو الثمنية وعدم التعيين ، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض وفعالها .

وقال الأكمل « رض » واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمـان لا تتمين ، وأما الشافعي « رض » فليس بقائل به فلا يكون ملزماً والجواب أنـه ذكره بطريق البادى ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه ، وقال تاج الشريعـة

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتاً في المـــال عرفاً بخلاف النقد والمؤجـــل ، قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي « رح » يخالفنا فيـــه لوجود

---

« رض » فإن قلت روى ايضاً في رواية في حديث عبادة « رض » قبضاً بقبض وهـــذا صريح في الباب قلت هذه رواية شاذة فلا يترك الحديث المشهور، وهو قوله الحنطة بالحنطة، مثلاً بمثل عيناً بعين بهذه الرواية .

( وتعاقب القبض ) جواب عن قوله إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فأجـاب بقوله وتعاقب القبض بوجهيه أن تعاقب القبض المانع الذي يعد تفاوتاً في المالية وههنـــا ليس كذلك لأن التعاقب ههنا ( لا يعتبر تفاوتاً في المال عرفاً ) فإن التجار لا يفصلون بين المقبوض وغيره بعد أن يكون حالاً فلا يتحقق فضل أحدهما فيجوز ( بخلاف النقد ) أي الحال ( والمؤجل ) فان فيهما التعاقب يعد تفاوتاً لأنهم يفصلون فيهما .

( قـــال ) أي محمد « ره » في الجامع الصغير ( ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمـرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين ) قال الاترازي « رح » إنما كرر هذه المسألة لأنها من مسائل الجامع الصغير وقد علم حكمها قبل ذلك ، وكان القياس أن يذكرها عند قوله ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين ( لانعدام المعيار ) وهو الكيل ( فلا يتحقق الربا ) يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع الا في محل قابل له وهذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي على الأصل وهو الاباحة .

وقال الإمام التمرتاشي « رح » هذا إذا كان البدلين نقدين ، أما إذا كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ، فإن قيل الجوز والبيض في ضمان المستهلكات مثلين فينبغي أن لا يجوز مع الواحد بالاثنين لشبهه الربا ، قلنا لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغراً وكبراً الا أن الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت في حـــق ضمان العددان فيعمل ذلك في حقهم دون الربا الذي هو حق الشرع كذا في الذخيرة .

( والشافعي « رح » يخالفنا فيه ) أي في بيع البيضة بالبيضتين ونحوهـــا ( لوجود

الطعم على ما مر ، قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، وقال محمد « رح » لا يجوز لان الثمنية ثبت باصطلاح الكل فـــلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما ، وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما

---

الطعم على ما مر ) من أصله ان علة الربا عنده في المطعومات الطعم ، وفي شرح الطحاوي لو باع بطيخة ببطيختين او تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين أو حفنة من الحنطـــة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل ، وعند الشافعي « رح » لا يجـــوز لوجود الطعم .

وكذلك إذا باع حفنة بحفنة أو حبة بحبة أو تفاح بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز ( قـــال ) أي القدوري « رح » ( ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما ) قيـــد باعيانهما احترازاً عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق لأن غير المعين ان كان كلا البدلين يلزم بيع الكالىء بالكالىء وان كان أحدهما يلزم النساء . والجنس بانفراده يحرم النساء ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) استحساناً وبه قال الشافعي « رح » في قول ( وقال محمد « رح » لا يجوز ) وبه قال الشافعي « رح » في وجه ( لأن الثمنية ) في الفلوس ( ثبت باصطلاح الكل ) اي كل الناس ( فلا تبطل باصطلاحهما ) لعـــدم ولايتهما على غيرهما ( فإذا بقيت أثماناً لا تتعين ) بالاتفاق ( فصار ) حكمه ( كما إذا كان بغير أعيانهما ) حيث لا يجوز بالاتفاق ( وكبيع الدرهم بالدرهمين ) أي وصار أيضـــاً حكمه كحكم بيـع الدرهم بالدرهمين حيث لا يجوز بالاتفاق .

ولهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف جنسها ، كما إذا اشترى ثوباً بالفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهـــب والفضة ( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف « رح » ( ان الثمنية ) في الفلوس ( في حقهما تثبت باصطلاحهما ) لا باصطلاح الناس ( إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل ) أي الثمنية

فتبطل باصطلاحهما ، وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنياً لبقاء الاصطلاح على العد إذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما

---

( باصطلاحها ) يعني إذا ثبتت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك الاصطلاح باصطلاح آخر .

( وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ) لأنه عاد مثمناً كما كان ( ولا يعود وزنياً لبقاء الاصطلاح ) أي اصطلاحهما ( على العد ) تصحيحا لتصرفهما .

وقال الكاكي « رح » قوله ولا يعود وزنياً جواباً لاشكال ذكره في المبسوط فقال فإن قيل تحت هذا الكلام فساد عظيم فانه إذا خرج عن أن يكون ثمناً في حقهما كان هذا صفر لقطعتي صفر وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في ابطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد ، قلنا الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد ، وهما أعرضا في هذه المبالغة عن اعتبار صفة الثمنية وما أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها .

وليس من ضرورة خروجهما من أن يكون بينهما في حقهما خروجهما من أن يكون عددياً كالجوز والبيض فإنه عددي وليس بثمني .

ثم أن المصنف استدل على بقاء اصطلاحهما في حق العدد بقوله ( إذ في نقضه ) أي في نقض الاصطلاح ( في حق العد فساد العقد ) والحال أنهما قصدا صحة العد ولا صحة إلا إبقاء العد ( فصار الجوزة بالجوزتين ) هذا بيان لانفكاك العدديه عن الثمنية .

وبيع الجوزة بالجوزتين يجوز لانعدام المعيار فلا ربا فيه ( بخلاف النقود ) جواب عن قول محمد « رح » كبيع الدرهم بالدرهمين ( لأنها ) أي لأن النقود ( للثمنية خلقة ) أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما ( وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما ) جواباً عما قال محمد « رح » كما إذا كانا بغير أعيانهما فان ذلك لم يجز .

لانه كالىء بكالىء وقد نهي عنه ، وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء ، قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق

---

( لأنه كالىء بكالىء ) أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة وهو منهي عنه ، وهو معنى قوله ( وقد نهى النبي ﷺ عنه ) ، هذا رواه ابن أبي شيبة واسحاق بن راهويه والبزار « رح » في مسانيدهم من حيث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر « رح » قال : نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالىء بكالىء يعني ديناً بدين .

ورواه ابن عدي في الكامل وأعلـه بموسى بن عبيدة ونقل تضعيفه عن أحمد «رح» قال قيل لأحمد ان شعبة يروي عنه قالوا لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه وقال ابن عدي والضعف على حديثه بين ورواه .

ورواه أبو عبيدة في كتاب غريب الحديث عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة إلى آخره نحوه ، وقال أبو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة ، وقال في الفائق كلا الدين كلواً فهو كالىء إذا تأخر ، وذكره الجواهري « رح » في المهموز وقال وكان الأصمعي يهمزه وينشد: وإذا تباشرك الهموم فانها كال وناجز أي منها ما هو نسيئة ومنها ما هو نقد .

وقال أبو عبيدة تكلأت أي استنسأت نسيئة وكذلك استكلأت بالضم وهو من التأخير ، وقال أبو زيد « رح » كلأت الطعام تكليأ أو كلأت أكلأتها إذا أسلفت فيه ومـا أعطيت في الطعام نسيئة من الدراهم فهو الكلاءة بالضم ( وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه ) هذا جواب عما إذا كان أحدهما غير عين ( لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ) .

واعلم أن بيع الفلس بجنسه متفاضلاً على أربعة أوجه ، بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما ، وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما ، وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما ، وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع ففيه الخلاف المذكور .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق ) لا

لان المجانسة باقية من وجه لانهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل ، ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً

---

متساوياً ولا متفاضلاً ولا بالكيل ولا بغيره ، وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في رواية وهو قول الثوري أيضاً ، ونقل عن الشافعي وأحمد « رح » في رواية أنه يجوز بيع الحنطة بالدقيق متساوياً ، وبه قال مالك وأحمد « رح » في أظهر القولين ، إلا أن مالك يعتبر الكيل، وأحمد «رح» يجوز بالوزن فقالا الدقيق نفس الحنطة إلا أن أجزاءها قد تفرقت فأشبه بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات .

وكذا الخلاف في بيع الحنطة بالنخالة ( لأن المجانسة باقية من وجه ) لأن بالطحن لم يوجد لا تفريق الأجزاء ( لأنهما ) أي لأن الدقيق والسويق ( من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما ) أي لكن بين الدقيق والسويق ( وبين الحنطة لاكتنازهما ) أي لاجتماعهما ( فيه ) أي في الكيل ( وتخلخل حبات الحنطة ) يقال أجزاؤه متخلخلة أي في خلالها فرج فإذا كان كذلك صار كالمجازفة في احتمال الربا ( فلا يجوز وان كان كيلاً بكيل ) لعدم إشارة لأنه من جنسه من وجه وإن خص باسم الحر .

وفي المبسوط لا يعرف التساوي بين الدقيق والحنطة فإن الدقيق لا يصير حنطة ولكن الحنطة تطحن ، ولا بد وان بعد الطحن متساويان في المكيال أم لا فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر .

فإن قيل ينبغي أن يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز في السويق قلنا الحرمة باعتبار الشبهة وهي كافية لثبوت الحرمة فإن السويق في ضمن الحنطة فيتحقق شبهة الجنسية كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً كيلاً ) متساوياً نصب على الحال وكيلاً نصب على التمييز أي حال كونه متساوياً من حيث الكيل.

لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة « رح » متفاضلاً ولا متساوياً ، لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ، ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه ، وعندهما يجوز ، لانهما

---

وقال الكاكي « رح » متساوياً حال ، وكذا كيلاً حال والعامل في متساوياً بيع وفي كيلاً لفظ متساوياً ، وقال الأكمل « رح » قيل متساوياً وكيلاً حالان متداخلان لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساوياً ، هذا نقله من كلام الكاكي « رح » ، ثم قال ويجوز أن يكونا مترادفين قلت الصواب هو الذي قلته لأن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ، وكيلاً اسم غير مشتق لأن المراد به هي الآلة التي يكتال بها لا الكيل الذي هو مصدر كال يكيل كيلاً .

ولئن سلمنا بوقوع الحال من غير المشتقات لكن حينئذ يؤول بالمشتق وههنا كيف يؤول فلا يتأتى من لفظه .

( لتحقق الشرط ) وهو المساواة في الكيل فيما هو مكيل ، والكيل معيار شرعي في المكيل . وعن الإمام الفضلي أنه يجوز إذا تساويا كيلاً إذا كانا مكبوسين ، وفي الدقيق بالدقيق وزناً روايتان . وفي الشامل والدقيق بالدقيق ، والمقلي بالمقلي في رواية يجوز متساوياً ، والمقلي بغير المقلي لايجوز لانعدام التساوي بينهما . وفي شرح الأقطع يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة . وفي خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أحسن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة .

( وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متفاضلاً ولا متساوياً ، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائهما ) أي أجزاء المقلية وهي السويق وأجزاء الحنطة وهي الدقيق ( لقيام المجانسة من وجه ) لأن السويق أجزاء حنطة مقلية . وبقول أبي حنيفة « رح » قال الشافعي .

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( يجوز لأنهما ) أي لأن دقيق الحنطة

جنسان مختلفان لاختلاف المقصود . قلنـــا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ، ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مـع غير المقلية والعلكة المسوسة

---

وسويقها ( جنسان مختلفان ) لاختلافهما في الإسم والهيئة والمعنى ( لاختلاف المقصود ) لأن المقصود من الدقيق اتحاد الخبز والعصائد ، ولا يحصل شيء من ذلك السويق ، بـل المقصود منه إن بلت بالسمن أو العسل ، أو يشرب بالماء وكان التفاوت بينهما أظهر من التفاوت بين الهروي والمروي .

وأشار إلى الجواب عن هـذا بقوله ( قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ) أي يشمل الدقيق والسويق . فقوله معظم المقصود مبتدأ ، وقوله يشملهما خبره . وقوله وهو التغذي جملة معترضة بينهما ( ولا يبالي بفوات البعض ) أي بعض المقصود ( كالمقلية مـــع غير المقلية ) يعني لا يجوز لأنهما اعتبرا جنساً واحـــداً وإن فات بعض المقاصد ، لأن معظم المقاصد باق ، والمقلية المشوية من قلى يقلي إذا شوى ، وقد طعنوا على محمد « رح» في هذا اللفظ ، لأنه لا يقال إلا مقلوه والمقلية المبعضة ، وطعنهم عليه خطأ ، لأن محمداً كان من الفصحاء في اللغة ، وهذا اللفظ جاء جائياً وجاءوا ، يقال قليت السويق واللحم فهي مقلي وقلوت فهو مقلو لغة ، كذا قال الجوهري غاية مافي الباب أن محمداً ذكر الياء لأنه كان هذا المعروف عندهم .

( والعلكة بالمسوسة ) يعني لا يجوز أيضاً ، والحنطة العلكة بفتح العين المهملة وكسر اللام الجيدة . وقال ابن دريد طعام علك تبين المضغة وهي التي تكون كالعلك من صلابتها بتمدد من غير انقطاع ، والحنطة المسوسة المدودة يقال سوس الطعام إذا دود من السوس ، وهو الذي يقع في الصوف والثياب والطعام ، يقال حنطة مسوسة بكسر الواو والمشددة. وفي الكافي بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لايصح في الأصح لعدم التساوي بينهما لاكتناز أحـــدهما وتخلخل الآخر ، وبيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود تساوى بينهما . وفي الذخيرة بيع المقلية بالمقلية يجوز متساوياً للمجانسة بينهما في كل ذمة ، ولكن ذكـــر في المبسوط أنه لايجوز والله أعلم بصحته .

قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف. وقال محمد «رح» إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم، والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالحل بالسمسم. ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون، لان الحيوان لا يوزن عادة، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لانه

---

(ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) قال المزني وقال الشافعي ومالك وأحمد لايجوز بيع اللحم بالحيوان لابطريق الاعتبار ولا بغيره (وقال محمد «رح» إذا باعه) أي إذا باع اللحم (بلحم من جنسه لا يجوز) قيد به لأنه إذا باع اللحم بلحم من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بلحم الشاة، فإنه يجوز بالإجماع من غير اعتبار القلة والكثرة.

(إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر) أي اللحم الخالص الصافي أكثر من اللحم الذي في الشاة (ليكون اللحم) الذي هو المفرز (بمقابلة ما فيه) أي في الحيوان (من اللحم والباقي بمقابلة السقط) بفتح السين والقاف، وهو مالا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والإمعاء والطحال (إذ لو لم يكن كذلك) أي وإن لم يكن اللحم المفرز أكثر (يتحقق الربا من حيث زيادة السقط) هذا على تقدير أن يكون اللحم الخالص أقل (أو من حيث زيادة اللحم، وصار كالحل) بفتح الحاء المهملة وتشديد اللام، وهو من السمسم فلا يجوز بيعه (بالسمسم) بالاتفاق إذا كان الحل اكثر من الدهن الذي في السمسم.

(ولهما) أي لأبي حنيفة وابي يوسف «رح» (أنه) أي أن البائع (باع الموزون) وهو اللحم (بماليس بموزون) وهو الشاة، فصح كبيع السيف بالحديد (لأن الحيوان لا يوزن عادة) لأن الموزون حقيقة مايمكن معرفة مقدار ثقله بالوزن، وهذا لايتحقق في لحم الشاة الحية، وهو معنى قوله (ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه) أي لأن الحيوان

يخفف نفسه مرة ، ويثقل أخرى ، بخلاف تلك المسألة ، لان الوزن في الحال يعرف قدر الرهن إذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير .

قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز لقولـه عليه السلام حين سئل عنـه أو ينقص إذا جف فقيل نعم ، فقال عليه السلام لا إذاً .

---

( يخفف نفسه مـرة ويثقل أخرى ) باختصاصه بضرب قوة فيه ، فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو أثقلت .

( بخلاف تلك المسألة ) أشاربه إلى مسألة الحل بالسمسم ( لأن الوزن في الحال يعرف قدر الرهن إذا ميزبينه وبين الثجير ) بفتح الثاء المثلثة وكسر الجيم وسكون الياء آخـر الحروف وبالراء ، وهو تفل كل مـا يعصر ، كـذا في المجمل ( ويوزن الثجير ) فيقـع التمييز بينه وبين الدهن .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( ويجوز بيـع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة ) تفرد به أبو حنيفة بالقول بالجواز ، لأن الباقين من أهل العلم لايجوزون ، وفيهم أبو يوسف ومحمد ، وأشار إليه بقوله ( وقالا لايجوز ) وأجمعوا على أن بيـع الرطب بالتمر متفاضلاً لايجوز ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( حين سئل عنه ) أي عن بيـع الرطب بالتمر ( أو ينقص إذا جف ، فقيل نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام لا إذاً ) هذا رواه مالك في الموطأ والأئمة الأربعة في سننهم عن زيد بن أبي عياش عن سعد ابن ابي وقاص رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ اينقص الرطب إذا يبس ، فقالوا نعم ، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك .

فإن قلت قال الخطابي « رح » وقد تكلم بعض الناس إسناد هذا الحديث ، وقال زيد أبو عياش « رح » مجهول . قلت ليس كذلك ، فإن أبا عياش هذا مولى لبني زهرة معروف ، وقد ذكره مالك « رح » في الموطأ . وأخرج حديثه مع شدة تحزبه في الرجال ونقـده

وله أن الرطب تمر لقوله عليه السلام حين أهدى إليه رطباً أو كل تمر خيبر ، هكذا سماه تمراً ، وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولانه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث . وإن كان غير تمر فبآخره ، وقوله عليه السلام وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ،

---

وتتبعه لأحوالهم ، ولما أخرجه الترمذي قال حديث حسن صحيح ،ورواه أحمد في مسنده وابن حبان « رح » في صحيحه والحاكم في مستدركه ، ولفظهم أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال أينقص الرطب إذا جف ، قيل نعم ، قال فلا إذن . وقال الحاكم هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس ، وأنه محكم لكل مايريدونه .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( حين أهدى إليه رطباً أو كل تمر خيبر ، هكذ اسماه تمراً ) أي سمى النبي ﷺ الرطب تمراً ، قلت هذا الحديث رواه البخاري عن أبي هريرة وابي سعيد الخدري رضي الله عنهما في أربعة مواضع من صحيحه وليس فيها ذكر الرطب ، لأن لفظه أن النبي ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر خيبر فقال رسول الله ﷺ اكل تمر خيبر هكذا ، قال لا والله يارسول الله ... الحديث ، ولأجل ذلك قال الأترازي حين ذكر الحديث على مافي الكتاب فيه نظر ، لأن الهدية كانت تمراً ، والسغناقي والكاكي والاكمل « رح » لم يحرروا ، هذا الذي نقلوه مثل مافي الكتاب ، والآفة في ذلك عدم مراجعتهم إلى كتب الحديث .

( وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثل بمثل ، وقد مضى في حديث عبادة بن الصامت « رح » وغيره ( ولأنه ) اي لأن الرطب ( لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث ) يعني الحديث الذي مضى ، فإن في أوله التمر بالتمر ( وإن كان ) أي الرطب ( غير تمر فبآخره ) أي فبآخر الحديث ( وهو قوله عليه الصلاة والسلام ) أي قول النبي ﷺ ( إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ) قد ذكرنا في

ومدار ما روياه على زيد بن عياش «رح» وهو ضعيف عند النقلة .

---

أوائل البيوع أن هـــذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، ولكن روى مسلم والأربعة حديث عبادة بن الصامت « رض » ، وفي آخره وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد .

(ومدار ماروياه) هذا جواب من جهة أبي حنيفة « رح » عن الحديث الذي احتجابه ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه المذكور ، أي مدار مارواه أبي يوسف ومحمد « رح » من حديث سعد ( على زيد بن عياش « رح » وهو ضعيف عند النقلة ) أي نقلة الحديث ، وهذا ليس بصحيح ، بل هو ثقة عند النقلة ومضى الكلام فيه عن قريب وقـــال الأترازي ونقلوا الضعيف عن أبي حنيفة « رح » ولكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث ، فمن ادعى فعليه البيان ، وقال الكاكي « رح » وفي المبسوط دخل أبوحنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فقال الرطب لا يخلو إما أن يكون تمراً أو لا إلى آخره ، فأوردوا عليه حديث سعد « رح » فقال مداره على زيد ابن عياش ، وهو ممن لايقبل حديثه ، واستحسن أهـل الحديث منه هذا الطعن ، حتى قال ابن المبارك « رح » كيف يقال أبو حنيفه « رح » لايعرف الحديث ، وهو يقول زيد ابن عياش ممن لا يقبل حديثه .

وقال الاكمل رحمه الله سلمنا قوته في الحديث يعني قوة زيد بن عياش ، لكنه خبر واحد لايعارض به المشهور ، ثم قال واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي أن بيع المقلية بغير المقلية جائز ، لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث أولا تكون ، فيجوز بآجره ، فمنهم من قال ذلك كلام حسن في المناط ولدفع حجة بخصم ، والحجة لاتتم ، بل بينا من إطلاق اسم التمر عليه ، فقد ثبت ان التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن يدرك ، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره .

وقال الأترازي « رح » قوله ومدار مارواياه على زيد بن عياش والمذكـور في كتب الحـديث زيد ابو عياش قلت وهم فيه وظن ان ذكر المصنف بأنه ابن عياش غير صحيح وليس كذلك ، بل هو ابن عياش « رح » وكنيته أبو عياش ، وكذلك وهم فيه الشيخ علاء

قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه فيه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية . والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا ، لأنه بيع التمر بالتمر ،

---

الدين التركماني «رح» هكذا . وقال صاحب التنقيح زيـــد بن عياش أبو عياش الزرقي ، ويقال المخزومي ، ويقال مولى بنى زهرة المدني ليس به بابنهم .

( وقال وكذلك بيع الزبيب بالعنب ) أي كذا الحكم في بيع الزبيب بالعنب وأكثر النسخ ، وكــذلك العنب بالزبيب ( يعني على هذا الخلاف ) فعند أبي حنيفة « رح » يجوز إدا تساويا كيلا ، وعندهما لا يجوز تساويا أو تفاضلا كما قالا في الرطب بالتمر ( والوجـه فيه ) أي في بيع العنب بالزبيب ( مابيناه ) في بيع الرطب بالتمر ، وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنساً واحداً جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً كيلا ، وإن كانا جنسين جاز أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام . وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد .

( وقيل لايجوز بالاتفاق اعتباراً بالحنطة المقلية بغير المقلية ) هذه الرواية تقوي قول من قال الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه ، فإن النص لمـــا أورد بإطلاق التمر على الرطب جعلا نوعاً واحداً فجاز البيع مثلاً بمثل ، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنفي المفسد ، كما في المقلية بغيرها .

( والرطب بالرطب ) أي بيع الرطب بالرطب ( يجوز متماثلا كيلا ) أي من حيث الكيل (عندنا ) وبه قال مالك وأحمد والمزني ، وفي حلية المؤمن وهو الاختيار (لأنه بيع التمر بالتمر ) وقال الشافعي رضي الله عنه لايجوز ، وكذا الخلاق في بيع العنب بالعنب ، وكذا في كل ثمرة عنه لها حالة جفاف كالتين والمشمش والخوخ والكمثرى والرمان والحامض والإجاص لايجوز بيع رطبه برطبه ، كما لايجوز بيع رطبه بيابسه ، لأنه لايعرف قدر النقصان بينهما . وقد يكون الناقص من أحدهما أكثر من الآخر ، كذا في شرح جامع الوجيز ، وكذا لايجوز عنده بيع الباقل الأخضر بمثله .

وكـــذا بيـع الحنطة الرطبة والمبلولة بمثلها أو اليابسة أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا يجوز جميع ذلك ، لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال .

---

( وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة ) أي أو بيع الحنطة الرطبة باليابسة ( أو التمر ) أي أو بيـع التمر ( أو الزبيب ) أي أو بيع الزبيب (منقع )بضم الميم وسكون النون وفتح القاف من أنقع الزبيب إذا ألقي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة. قال الأترازي كذا قالوا بفتح القاف مخففاً ، ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديـد وعليه بيت المنظومة في باب محمد « رح » . قلت الأصل اثبات التشديد في اللغة ، ولم يثبت إلا من باب الأفعال ، فقال الجوهري ونقعت الدواء وغيره في الماء فهو منقـع ونقـع لماينقع نقوعاً اجتمع . وقال ابن الأثير وفي حديث الكريم يتخذونه زبيب فينقعونه ، أي يخلطونه بالماء ليصير شراباً ، وكل ما ألقي في ماء فقد أنقع ، يقال انقعت الدواء وغيره في الماء منقع والنقوع بالفتح ماينقع في الماء من الليل ليشرب نهاراً وبالعكس . والنقيـع شراب يتخذ من زبيب أو غيره ينقع في الماء من غير طبخ ( بالمنقع ) أي بالزبيب والتمر المنقع وغير المنقع ، أي وبيع غير المنقع ( منهما متماثلا ) أي من التمر والزبيب ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) .

( وقال محمد « رح » لايجوز في جميـع ذلك ) وبه قال الشافعي رحمه الله وقال الإمام الحلواني أن الرواية محفوظـة عن محمد أن بيـع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت ، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلـك ، لكن ثبت من ساعته يجوز إذا تساويا كيلاً ، كذا في المحيط والذخيرة . وفي المبسوط وذكر في بعض النسخ أبي حفص قوله أبي يوسف «رح» كقول أبي حنيفة «رح»،وهو قوله الأخير أما قوله الأول كقول محمد (لأنه) أي لأن محمداً ( يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال ) وهو حالة الجفاف كما ذهب إليه في بيـع الرطب بالتمر بحديث سعد ، إلا أن بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال .

وأبو حنيفة « رح » يعتبر في الحال ، وكذا أبو يوسف « رح » عملاً بإطلاق الحديث ، إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد ، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك ، فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه ، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الإسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه ، فلا يعتبر .

---

( وأبو حنيفة يعتبر ) أي يعتبر أعدل الأحوال ( في الحال ) عملاً بإطلاق الحديث المشهور ، وهو الحديث الذي اعتبر فيه المماثلة حالة المبيع ، وهو حديث عبادة وغيره ( وكذا أبو يوسف ) أي وكذا يعتبر أبو يوسف أعدل الأحوال في الحال ( عملاً بإطلاق الحديث ) يرجع إلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » جميعاً ( إلا انه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » من بيان دليلهما ، وأراد به قوله عليه الصلاة والسلام أينقص إذا جف إلى آخر الحديث ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فبقي الباقي على القياس والمخصوص من القياس بالأثر لايلحق به إلا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليس في معنى الرطب من كل وجه ، فالرطوبة في الرطوبة مقصودة ، وفي الحنطة غير مقصود ، بل هو عيب ، فلهذا أخذ بالقياس .

( ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول ) أراد بها بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة ... إلى آخره ( وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها ) أي في هذه الفصول ( يظهر ) في المال ( مع بقاء البدلين على الإسم الذي عقد عليه العقد ) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف ، فوجد التغيير في المعقود عليه فلا يجوز ( وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما ) أي أحد البدلين ( على ذلك ) أي على اسم التمر ( فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه ) فيكون مفسداً للعقد ( وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الإسم ) أي اسم الرطب على البدلين ( فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه فلا يعتبر ) فيصح العقد .

ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز ، لأن البسر تمر بخــلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر إثنان بواحد ، لأنه ليس بتمر ، فإن هذا الإسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله، والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر بــه نسيئة لا يجوز للجهالة . قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم ، فيكون

---

( ولو باع البسر بالتمر متفاضلا ) ومتماثلا ( لايجوز لأن البسر تمر ) لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ماينعقد ، صورتها وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يـداً بيد جاز بالإجمـاع ( بخلاف الكفرى ، حيث يجوز بيعه بماشاء من التمر اثنان بواحد ) أي الكيلان من التمر بكيل من الكفرى وبالعكس يداً بيد . الكفرى بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصور ، وهو اسم نوع من الطلع . وفي المغرب هو كم النخل أول مايشق ( لأنه ) أي لأن الكفرى ( ليس بتمر ، فإن هذا الإسم له ) أى التمر ( من أول ما ينعقد صورته ) يعني التمر اسم لمايخرج من النخل من حين ينعقد ، صورته إلى أن يدرك ( لاقبله ) أي لا قبل الكفرى ، لأنه يسبق ، واشتقاقه من الكفر وهو الستر ، سمي به لأنه يستر ما في جوفه من التمر ، ويسمى كافراً وكفراً أيضاً .

( والكفرى عددي متفاوت ) فهذا جواب إشكال يرد على قوله أنه ليس بتمر فإنه إذا لم يكن تمراً ينبغي أن يجوز اسلام التمر في الكفرى . فأجاب بقوله والكفرى عددي متفاوت في الصغر والكبر ، فلا يجوز ثم أوضح ذلك بقوله ( حتى لو باع التمر به ) أي الكفرى ( نسيئة ) أي إلى أجل ( لايجوز للجهالة ) لتفاوت آحاده ، لأنه عددي متفاوت.

( قال ) أي القدوري في مختصره ( ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم ) وبيع السمسم ( بالشيرج حتى يكون الزيت ) في بيع الزيتون به ( والشيرج ) أي ويكون الشيرج في بيع السمسم به ( أكثر مما يكون في الزيتون ) في بيعه بالزيت ( والسمسم ) في بيعه بالشيرج ( فيكون الدهن بمثله ) أي بمثل الدهن ، بيانه أن الدهن الخالص إذا

الدهن بمثله والزيادة بالثجير ، لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون ، وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر ومساوياً له ،

---

كان أكثره من الدهن الخالص بمقابلة الثجير ، وهو الثفل ( والزيادة بالثجير ، لأن عند ذلك ) أي عند مقابلة الدهن بالدهن ، ومقابلة الزائد بالثجير ( يعرى ) أى العقد ( عن الربا إذ مافيه من الدهن موزون ) .

قال تاج الشريعة فإن قلت ينبغي أن يجوزبيع الدهن بالسمسم كيفما كان ، لأن السمسم كيلي ، والدهن وزني ، قلت السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه ، وأنه وزني ، والتمييز ممكن ، فاعتبر الدهن الذي فيه احتياطاً .

فإن قلت لما كان المقصود هو الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً ، وينصرف الكثير إلى الدهن تصحيحاً للعقد . قلت السمسم له صورة يقصد إليها ، ومعنى وهو الدهن ، فإذا بيع بجنسه تعتبر الصورة فوجبت التسوية إذا بيع بالدهن يعتبر المعنى ، فيجب التسوية بين الدهن المقر فيه ، وبين الذي في السمسم عملاً بالشبهين .وفي فتاوى قاضي خان إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر من الثفل في البدل الآخر شيء له قيمته ، أما إذا كان شيء لا قيمة له كما في الزبد يجوز بالمثل يروى ذلك عن أبي حنيفة « رح ».

وقال زفر يجوز الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل متساوياً . وقال الشافعي رضي الله عنه لايجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج أصلاً ، وكذا لايجوز عنده بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه .

وفي الكافي اعلم ان بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه ، ان علم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير ، وكذا إن علم أنه مثله ، لأن الثفل المسيل يكون فضلاً ، وإن كان الزيت المنفصل أكثر جاز ، والفضل بالثفل ، وهذه الثلاثة بالإجماع . وإن لم يعلم أنه مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفر ، وعندنا لايصح .

( وهذا ) إيضاح لبيان ما قبله ( لأن مافيه ) أي في الموزون( لوكان أكثر أو مساوياً

فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقـــدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا ، والشبهة فيه كالحقيقة ، والجواز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هـــذا الاعتبار .

واختلفوا في القطن بغزله

---

له ، فالثجير وبعض الدهن ) يعني إذا كان بعض مافيه أكثر ( أو الثجير وحده ) أي ولو كان مافيه مساوياً ، وقوله ( فضل ) خبر قوله فالثجير ، فإذا كان فضلاً يكون خالياً عن العوض .

( ولو لم يعلم مقدار ما فيه ) أي مافي الموزون ( ولم يجز [١] لاحتمال الربا ) لتوهم الفضل الذي كالمتحقق في هذا الباب ، وهو معنى قوله ( والشبهة فيه كالحقيقة ) للإحتياط ( والجواز بدهنه ) كلام إضافي مبتدأ ، وقوله ( واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه ) معطوفات على المبتدأة . وقوله ( على هذا الاعتبار ) خبره ، يعني أن الـــدهن الخالص ينبغي أن يكون أكثر ، حتى يجوز بيانه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب والدبس الخالص اكثر مما في التمر جاز ، وإلا فلا

( واختلفوا) أي المشايخ « رح » ( في القطن بغزله ) أي في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً . قال بعضهم يجوز ، لأن أصلها واحد ، وكلاهماموزون . وقال بعضهم لايجوز ، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى ، لأن القطن ينقص إذا غـــزل ، فصار كالحنطة مع الدقيق . واتفقوا في بيع القطن بالقطن انه جائز ، وبيع المحلوج بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر جاز وإلا فلا . وفي الإيضاح والذخيرة بيع غزل القطن بالقطن لايجوز متساوياً . وفي فتاوى قاضي خان لايجوز إلامتساوياً ، ولو خرجا أو أحدهما من الموزون فلابأس ببيعها متفاضلاً ، وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال . وعن محمد « رح » بيع القطن بالثوب لايجوز متفاضلاً ، وعندنا لايجوز مطلقاً . وفي جمع العلوم بيع الجوزقة

---

(١) لايجوز — هامش .

والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع . قال ويجوز بيـــع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ، ومراده لحم الإبل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس جنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ، وكذا العراب مع النجاتي . قال وكذلك ألبـان البقر والغنم . وعن الشافعي « رح » لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود .

---

بالغزل جائز كيفما كان على الأصح ، وقيل إنما يجوز بالاعتبار .

( والكرباس ) أي وبيع الكرباس ( بالقطن كيفما كان ) يعني متساوياً أو غيرمتساو ( يجوز بالإجماع ) لاختلافهما من كل وجه ، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئا آخر .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويجوز بيـع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ) وعن الشافعي رضي الله عنه لايجوز بيـع اللحوم المختلفة متفاضلاً . وفي الوجيز وفي لحوم الحيوانات قولان ، أصحهما أنها مختلفة ( ومراده ) أي مراد القدوري من قوله( لحم الابل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس فجنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن ، وكـــذا العراب مع النجاتي ) يعني جنس واحد . وقال الجوهري الإبل العراب والخيل العراب خلاف النجاتي والبراذين . وفي المغرب يقال فرس عربي وخيل عراب وفرقه في الجمع بين الأناسي والنجاتي والبهائم جمع نجتي منسوب إلى نجت نصر ، لأنه أول من جمعه بين العربي والعجمي. وقال الجوهري النجت من الابل معرب ، وبعضهم يقول هو عربي الواحـد نجتي ، والأنثى نجتية ، وجمعه نجاتي غير مصروف لأنه بزنة جمع الجمـع ولك أن تخفف الياء .

( قال ) أي القدوري ( وكذلك ألبان الإبل والبقر والغنم ) يعني يصح بيـع بعضها بالبعض متفاضلاً ( وعن الشافعي رضي الله عنه لايجوز لأنها ) أي اللحمان والألـبان ( جنس واحد لاتحاد المقصود ) أي من اللحم ، وهو التغذي والتقوي وائتلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف . وفي كتبهم اللحمان احتباس ، وهو ظاهر المذهب ، وهو اختيار المزني انتهى وقال مالك اللحوم ثلاثة أجناس ، الطيور والدواب أهليهاووحشيها

ولنـــا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة ، فكذا جزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة . قال وكذا خل الدقل

---

والجريات وبه قال أحمد « رح » في إحدى روايتيه كقول الشافعي رضي الله عنه ، وفي رواية كقولنا .

وفي شرح الطحاوي « رح » ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بإليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وأماصوف الشاة مع شعر البقر جنسان يختلفان ، ولو باع بعضها ببعض متفاضلاً يجوز ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعها ، وأما الرؤوس والأكارع والجلود يجوز يداً بيد كيفما كان ،ولايجوز نسيئةلأنهلم يضبط بالوصف. ولوباع لحم الإبل بلحم الغنم أوبلحم البقر أولبنهابلبن الغنم أولبن البقر يجوز كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وفي الإيضاح روي عن أبي يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً ، وإن كان من نوع واحد لأنه لايوزن في العادة .

( ولنا أن الأصول ) أي أصول اللحمان ( مختلفة ) فكانت فروعها أجناساً ،والدليل على أن أصولها مختلفة . قوله ( حتى لايكمل نصاب أحدهما بالآخـــر في الزكاة ) يعني لاتكمل نصاب البقر بالإبل وبالغنم ( فكذا أجزاؤها ) أي أجزاء الأصول ( إذ لم تتبدل بالصنعة ) فإذا تبدلت تصير جنسين بسبب تبدلها بالصنعة وإن كان أصلهما واحداً كالنذبنجي مع الودراى والهروي مع المروي ، قال الأكمل فيه نظر ، لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها ، فكأنه يقول اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجـــزاء إذا لم يتبدل بالصنعة ، وأما إذا تبدلت فلا توجبه ، وإنما توجب الاتحاد ، فإن الصنعة كما تؤثر في تغيير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الاصل وهو القطن ، كذلك يؤثر في اتحادها مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة ، فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وكـــذا خل الدقل بخل العنب ) يعني يجوز بيع

بخل العنب للاختلاف بين أصليهما ، فكذا بين مائيهما ، ولهذا كان عصيراهما جنسين . وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد . قال وكذا شحم البطن بالإلية أو باللحم ، لأنهـــا أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً .

---

أحدهما بالآخر متفاضلا يداً بيد ، والدقل بالفتحتين دار التمر ( للإختلاف بين أصليهما ) لأن الدقـل غير العنب ( فكذا بين مائيهما ) أى فكذا الاختلاف بين مائيهما ( ولهذا ) أى ولأجل الأختلاف بين مائيهما ( كان عصيرهما جنسين ) بإجماع الأئمة الأربعة .

فإن قلت لم خص خل الدقل والحلم في خل كل تمر كذلك . قلت إجراء الكلام مجرى العادة لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل .

( وشعر المعز وصوف الغنم جنسان ، لاختلاف المقاصد ) فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذمن شعر المعز او اللفافة واللبد تتخذ من صوف الغنم .

فإن قلت الشاة والمعز جنس واحد ، ولهذا يملك نصاف أحدهما بالآخر ، فينبغي أن تكون أجزاؤهما كذلك . قلت لما اختلفت المقاصد في الأجزاء جعلت مختلفة كإلية الشاة مع لحمها ،ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح الآخر ، كما ذكرنا (وكذا شحم البطن بالالية) يعني يجوز بيع أحدهما بالآخـــر متفاضلا ( أو باللحم ) أى أو شحم البطن باللحم فكذلك يجوز ( لأنها )أى لأن الشحم والإلية واللحم ( أجناس مختلفة لاختلاف الصور ) جمع صورة ، واختلافها ، ظاهر ، لأن الصور مايحصل منه في الذهن عند تصوره ، ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء ( والمعاني ) أي واختلاف المعاني ، فلأن حقيقة كل واحد من هذه الأشياء تخالف حقيقة الآخر ، ولهذا يقع على أحدهما اسم الشحم ، وعلى الآخر اسم الإلية ، وعلى الآخر اسم اللحم (والمنافع اختلافاً فاحشاً ) أي واختلاف المنافع اختلافاً فاحشاً بحسب اختلاف اللحوم والشحوم والإليات .

فقال الأكمل واما اختلاف المنافع فمكانه الطب ، وهذا قصور في حق الطالب ، أما

قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً ، لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه، والحنطة مكيلة . وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه ، والفتوى على الأول ،

---

الإلية فإنها حارة رطبة اكثر من الشحم تصلح لمن بـــه برودة ويبوسة ، وتنفع العصب الجاسي وردية الغذاء والهضيم . وأما الشحم فمن ذكر الحيوانات اشد حرارة من شحم الإناث ، وشحم الخصي أشد تسخيناً ، فالجملة في هذا أن أصناف شحوم الحيوانات إنمـــا تكون بحسب مزاجها ، وقوة كل شحم تسحق وترطب بدن الإنسان ، ولكن إضافته قد تختلف في الزيادة والنقصان بحسب كل واحد من الحيوانات . وأما اللحم فإنه غذاء يقوي البدن ، واللحوم الفاضلة في لحوم الضأن والثنى من العجاجيل والماعز ،ولحوم الصغار منها أقبل للهضم والطف غذاء . ولحوم الهرم والعجف روي ، ولحم الأسود أخف والذ، وكذا لحم الذكر ، وفي اللحم كلام كثير موضعه كتب الطب .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز بيع الخبز بالحنطة ، والدقيق متفاضلاً ) يعني إذا كان يداً بيد ( لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه ) بواسطة الصنعة ( والحنطة مكيلة ) بالنص ، وكذا الدقيق باعتبار أنه جزء الحنطة المكيلة ، ومن جعله وزنياً باعتبار العرف لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فلم يجمعها القدر من كل وجه ، فلم تتحقق علة الربا ، وهو وجود الوصفين .

( وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه ) أي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق ، يعني لا يجوز ، وهو نفي الجواز على وجه المبالغة لكونه نفي الجنس ، وهو قول الشافعي وأحمد رضي الله عنهما . وقال المصنف « رح » ( والفتوى على الأول ) يعني على جـــواز بيع الخبز بالحنطة والدقيق ، وهو اختيار المتأخرين ، وذكر في النوادر عن أبي بكر أن بيع الحنطة بالخبز لايجوز لامتفاضلاً ولا متساوياً .

وقال أبوالليث هذا الجواب موافق قول أبي حنيفة خاصة كالحنطة بالدقيق . وفي فتاوى قاضي خان بيع الخبز بالخبز متفاضلاً عدداً أو وزناً جائز في قول أبي يوسف ومحمد « رح »

وهذا إذا كانا نقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضاً ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف ، وعليه الفتوى . وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ، ولا خير في استقراضه عدداً أو وزناً عند أبي حنيفة « رح » لأنه يتفاوت بالخبز والخباز

---

يداً بيد ولاخير فيه نسيئة عند أبي حنيفة« رح » إذ الخبز ليس بوزني ولا عددي عنده. وقال محمد هـــو عددي . وقال أبو يوسف هو وزني إلا أن يكون قليلاً لا يدخل تحت الوزن ، فيجوز الواحد بالاثنين وإن كان كثيراً لايجوز . وقال الشافعي رضي الله عنه لايجوز بيع الخبز بالخبز إذا كانا رطبين أو أحدهما . وقال أحمد يجوز متماثلاً إذا كانا رطبين، ولو كانا يابسين غير مدقوقين ففيه قولان ، أحدهما يجوز والآخر لايجوز . ولو كانا يابسين غير مدقوقين لايجوز لجهالة التماثل ، كما لو كانا رطبين أو أحدهما .

( وهذا ) أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق ( إذا كانا نقدين ، فإن كانت نسيئة جاز أيضاً ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى ) أي على قـــول أبي يوسف لايجوز السلم في الخبز فيجوز عنده كيفما كان . وذكر خواهر زادة « رح » يجب أن يفتى على قـــول أبي يوسف « ر ح » لا محالة ( وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ) وهو قـــول أبي يوسف « رح » ، واحترز به عن قولهما كذا قاله الأترازي . وقال الكاكي احترز به بقوله في الصحيح عن ما روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز وفي المبسوط وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك .ومن أصحابنا من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ، ومنهم من يقول لايجوز لأنه لا يوقف على حدة مضيا ، وانه يتفاوت بالعجز والنضج عند الخبز .

( ولاخير في استقراضه عـــدداً ) أي لايجوز استقراض الخبز من حيث العدد ( أو وزناً ) أي أو استقراضه من حيث الوزن ( عند أبي حنيفة « رح » ، لأنه ) أي لأن الخبز بالضم ( يتفاوت بالخبز ) بالفتح من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة ( والخباز ) أي ويتفاوت أيضاً بالخباز ، لأن الخباز إذا كان حاذقاً في هذا الباب يجيىء خبزه احسن ما

والتنور والتقدم والتأخر . وعند محمد « رح » يجوز بهما للتعامل . وعند أبي يوسف « رح » يجوز وزناً ، ولا يجوز عدداً لتفاوت آحاده .

---

يكون ، وإلا فلا يجيء كما هو المطلوب ( والتنور ) أي ويتفاوت أيضاً بالتنور ، لأنه إذا كان جديداً يجيء خبزه جيداً ، بخلاف ما إذا كان عتيقاً ، كذا قاله الشراح . قلت بحسب قوة نار التنور وضعفها ، فإن التنور إذا كانت ناره قوية يحترق وجه الخبز ولا ينضج لبابه . وإذا كانت ضعيفة لايتخبز جيداً ، بل ينبغي أن تكون النار معتدلة ( والتقدم والتأخر ) أي ويتفاوت أيضاً بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره إلى آخر التنور ، فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك ، وفي أوله لا ينضج كما ينبغي ، والخباز إذا كان حاذقاً يدرى كيف يرفض الخبز فيه .

( وعند محمد يجوز بهما ) أي العدد والوزن ( للتعامل ) أي لتعامل الناس كذلك ، وكذا ذكر قول محمد في شرح الطحاوي ، والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى ، وذكر الولوالجي وصاحب الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد « رح » عدداً ولم يذكر الوزن ، وإن كان لايجوز السلم فيه عنده لاوزناً ولا عدداً قال الولوالجي وكان محمداً ترك القياس في جواز استقراضه عدداً لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع .

( وعند ابي يوسف « رح » يجوز ) أي استقراض الخبز ( وزناً ) أي من حيث الوزن ( ولايجوز عدداً ) أي من حيث العدد ( للتفاوت في آحاده ) أي لأجل التفاوت في أفراد الخبز ، فلا يتحقق التساوي فيه وعليه الفتوى . وفي المجتبى باع رغيف نقداً برغيفين نسيئة يجوز ، ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسيئة لا يجوز . ولو باع كسرات الخبز يجوز نقداً ونسيئة كيفما كان عند صاحبه . وللشافعي رضي الله عنه في الاستقراض وجهان كما في السلم ، أحدهما لايجوز كما قال أبو حنيفة وهو الأصح عند صاحب التقريب والثاني يجوز وبه قال أحمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة العامة واطباق الناس عليه وعلى قول يجوز استقراضه ، ويجب رد مثله وزناً فيجب أن يكون القرض معلوم القدر ، كذا في شرح الوجيز .

قال ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه، فلا يتحقق الربا، وهذا إذا كان مأذوناً له ولم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة «رح»، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف «رح» والشافعي «رح». لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا. ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب،

---

(قال) أي القدوري في مختصره (ولا ربا بين المولى وعبده، لأن العبد وما في يده ملك مولاه، فلا يتحقق الربا وهذا) أي عدم كون الربا بين المولى وعبده (إذا كان) أي العبد (مأذوناً له) في التجارة (ولم يكن عليه دين) أما إذا كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة «رح»، وعندهما تعلق به) أي بما في العبد (حق الغرماء فصار) أي العبد (كالأجنبي) من مولاه (فيتحقق الربا كما يتحقق) أي الربا (بينه) أي بين المولى (وبين مكاتبه) لأن المكاتب صار كالحر يداً أو تصرفاً في كسبه، فيجري الربا بينه وبين مولاه، كما يجري بينه وبين غيره.

(قال) أي القدوري «رح» (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) أي ولا ربا أيضاً بين المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان وباع درهماً بدرهمين، وكذا إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له إذا كان في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد (خلافاً لأبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما) ومالك وأحمد.

(لهما) أي لأبي يوسف والشافعي (الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا) يعني المستأمن من أهل الحرب الذي دخل دارنا بأمان تجري الربا بينه وبين المسلم فكذلك يجري بينه وبين المسلم في دار الحرب قياساً عليه بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع.

(ولنا قوله عليه الصلاة والسلام) أي قول النبي ﷺ (لاربا بين المسلم والحربي في

ولأن مالهم مباح في دارهم ، فبأي طريق أخذه المسلم أخـــذ مالاً مباحاً إذ لم يكن منه غدر ، بخلاف المستأمن منهم ، لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان

---

دار الحرب ) هذا حديث غريب ليس له أصل مسند ، وقال الكاكي ولنـــا الحديث المذكور في المـــتن . وفي المبسوط عن مكحول عن النبي ﷺ أنـــه قال لاربا بين المسلم .. الحديث ، وهذا الحديث وإن كان مـــرسلاً فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول . وقال الاكمل ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ما روى مكحول ... إلى آخره ،ثم قال ذكره محمد بن الحسن ، وذكره الأترازي ، كذا ثم قال كذا في شرح أبي نضر. قلت أسند البيهقي في المعرفة في كتاب السير عن الشافعي رضي الله عنه قال ، قال أبو يوسف رحمه الله إنما قال أبو حنيفة رضي الله عنه هذا لأن بعض الشيخة ، حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال لا ربا بين أهل الحرب ، أظنه قال وأهل الإسلام قال الشافعي رضي الله عنه هذا ليس ثابت ولا حجة فيه ، انتهى .

قلت لا نسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضي أن يجعل لنفسه مذهباً من غير دليل واضح ، وأما قوله ولاحجة فيه فبالنسبة إليه ، لأن مذهبه عدم العمل بالمرسلات إلا مرسل سعيد بن المسيب والمرسل عندنا حجة على ماعرف في موضعه ، والله أعلم .

( ولأن مالهم ) أى مال أهل الحرب ( مباح في دارهم ) لأنه غير معصوم ، بل هو على أصل الإباحة **(فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحاً إذ لم يكن فيه) أي في أخذه (غدر) لأن الغدر حرام (بخلاف المستأمن منهم) هذا جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي رضي الله عنهما** ، تقريره ماقاله بقوله ( لأن ماله ) أي من المستأمن ( صار محظوراً ) أى ممنوعاً أخذه ( بعقد الأمان ) ولهذا لايحل تناوله بعد انقضاء المدة ، وفي الحجى في الكناية مستاه هنا باشـــر مسلماً أو ذمياً في دارهم أو من أسلم هناك شيئاً من العقود التى لاتجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافاً لأبي يوسف والأئمة الثلاثة ، والله أعلم بالصواب .

## باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو لـــه ، أو بمرافقة أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ، ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن لـــه الأعلى .

ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف

---

### ( باب الحقوق )

أى هذا باب في بيان أحكام الحقوق ، وهو جمع حق ، وهو ما يستحقه الرجل ،وله معان أخرى ،منها الحق ضد الباطل . وقال بعض الشراح كان من حق مسائل هذاالباب أن يـــذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع ، إلا أن المصنف التزم ترتيب الجامع الصغير، وهناك هكذا وقع ، فكذا هنا وقبل الحقوق توابع فيليق ، ذكرها بعد مسائل البيوع .

(ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى ) أي لا يدخل في بيعه المنزل الأعلى ( إلا أن يشتريه بكل حق هو له ) أى إلا أن يقول وقت شرائه المنزل اشتريته بكل حق هو له ( أو بمرافقه ) أى أو يشتريه بمرافقه بأن يقول اشتريته بمرافقه . وفي المعرب مرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما الواحد مرفق بكسر الميم الفاء الطاء لا غير ( أو بكل قليل وكثير هـــو فيه ) أى او إلا ان يشتريه بكل قليل و كثير هو فيه ، أي في المنزل ( أو منه ) أى من المنزل ، وهنا ثلاثة أشياء المنزل والبيت والدار ، وفسر المصنف كلها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح مايدل على المرافق لدخولها وعدمه ، فقال ( ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى ) أى البيت الأعلى .

( ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو ) الذي عليها ( والكنيف ) أى وله الكنيف

جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو ، لأنه اسم لما أدير عليه الحدود ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله ، والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه .

---

أيضاً ،وهو المستراح ( جمع ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( بين اسم البيت والمنزل والدار فاسم الدار ينتظم العلو ) يعني يشمله من غير نص باسمه الخاص ، ومن غير ذكر الحقوق ( لأنه ) أي لأن العلو ( اسم لماأدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه ) فلا يخرج عنها ( فيدخل فيه ) أي في الأصل . وفي شرح نظم الجامع الكبير الدار اسم في اللغة لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبين في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصخر للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك ، ولافرق فيما إذا كانت الأبنية بالماء أو التراب أو بالخيام والعناب .

( والبيت اسم لمايبات فيه والعلو مثله ) أي مثل البيت ( والشيء لا يكون تبعاً لمثله) لأن تبع الشيء أدنى منه لا محالة لا مثله ، وبين نتيجة هذا بقوله ( فلا يدخل فيه ) أي يدخل العلو في شراء البيت ( إلا بالتنصيص عليه ) أي على اسم العلو بذكره وإلا لكان الشيء تابعاً لمثله وهو لايجوز ولا يرد على هذا المستعير ، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعلين ولا يرد المكاتب أيضاً فإن له أن يكاتب ، لأن المراد بالتبعية هاهنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ماهو مثله في الدخول تحت الدلالة ، لأنه ليس بلفظ عام يتناول الافراد ، إذ فرض المسألة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الإعادة والكتاب ذلك ، فإن لفظ المعير أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلا لا تبعاً ولا أصالة، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع ، ومن ملك شيئاً جاز أن يملك لغيره ، وانما لا يملك فيما يختلف المستعمل حذاء وقوع التغيير به ، والمكاتب لما اختص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده في كتابة عبده بسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة .

والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه . وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك ، لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو ،

---

(والمنزل بين الدار والبيت،لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى ) أي منافعها ( مع ضرب قصور ) يعني لكن فيه قصور ( إذ لايكون ) أي لأنه لا يكون ( فيه منزل الدواب ) وما يجري مجرى ذلك ( فلشبهة ) أي فلشبهة المنزل ( بالدار يدخل فيه العلو تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه ) أي بدون ذكره ، لأن المنزل له منزلة بين المنزلتين .

وقال السرخسي المنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ، ولكن لا يكون فيه صحن . وفي الفوائد المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيه ليلاً أو نهاراً ، والعلو وإن كان محلاً للنزول فيه فهو دون السفل في احتمال السكنى ، لأن السفل يحتمل السكنى لنفسه ودوابه والعلو لا يحتمل السكنى للدواب ، فكان أصلاً من وجه تبعاً من وجه ، فلو ذكر الحقوق يدخل ، وإلا فلا ، فيكون منزلته دون منزلة الدارفوق منزلة البيت ، وهكذا ذكره في جامع قاضي خان .

( وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك ) أي الدار والمنزل والبيت . وقال الإمام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير ، هذا يعني الذي ذكره أولاً في عرفهم وفي عرفنا يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها ، لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد . وقال المصنف ( لأن كل بيت يسمى بالفارسية خانه ) وفي بعض النسخ لأن كل مسكن يسمى خانه ( ولا يخلو عن علو ) يعني في عرف بلاد العجم يسمى كذلك ، سواء كان المسكن صغيراً أو كبيراً ، ولفظ خانه بالخاء المعجمة وفتح النون وهو اسم البيت بالعجمي .

وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة « رح » ، لانه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه ، وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا ، لانه من توابعه فشابه الكنيف . قال ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً أو مسكناً لم يكن له الطريق

---

( وكما يدخل العلو في جميع ذلك يدخل الكنيف ) وهو المستراح ( لأنه من توابعها ) أي من توابع الدار . وفي بعض النسخ من توابعه . قال الكاكي أي من توابع الدار ، لأنه يجوز فيه التذكير ، لأنه مؤنث حقيقي ، ولأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط ، والكنيف مما أدير عليه الحائط ، فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق .

( ولا تدخل الظلة ) وهي الساباط الذى أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحة في الدار ، كذا في الجامع الصغير لقاضي خان . وفي المغرب قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة للتي تكون فوق الباب( إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة ) وهو قوله بكل حق هو له أو مرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه ( لأنه مبني ) أي لأن الظلة على تأويل الساباط ( على هواء الطريق فأخذ حكمه ) أي حكم الطريق .

( وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد ( إن كان مفتحه ) أي مفتح الظلة ( في الدار يدخل ) أي في البيع ( من غير ذكر شيء مما ذكرنا ) من المرافق والحقوق ( لأنه ) أي لأن الظلة ( من توابعه ) أي من توابع الدار ( فشابه الكنيف ) حيث يدخل من غير ذكر شيء من الحقوق والمرافق.

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً ) أي أو اشترى منزلاً ( أو مسكناً ) أى أو اشترى مسكناً( لم يكن له ) أى للمشتري ( الطريق

إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير، وكذا الشرب والمسيل، لانه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع، بخلاف الإجارة لانها تعقد للانتفاع، ولا يتحقق إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منها.

---

إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه ) أو يشتري بمرافقه ( أو بكل قليل و كثير ) هو منه أو فيه فيكون له الطريق حينئذ . وقال الكاكي المراد الطريق الخاص في ملك إنسان . قلنا طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل ( وكذا الشرب ) بكسر الشين المعجمة ، أى لا يدخل في الأرض ( والمسيل ) وكذا مسيل الماء أو الفاء الثلج في ملك إنسان لا يدخل من غير ذكر مما ذكرنا ( لأنه ) أى لأن كل واحد من الطريق والشرب والمسيل ( خارج عن الحدود ) أي حدود المبيع فكانت هذه الأشياء أصلا بنفسها من حيث أنه مقصود قيامها بدون المبيع ( إلا أنه من التوابع ) من حيث أنه لا يقصد به ، وإنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع فكانت تابعة ( فيدخل بذكر التوابع ) أى بذكر الحقوق والمرافق . وفي الذخيرة بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذى يكون عند البيع لا الطريق الذى كان قبل البيع ، حتى أن من سد طريق منزله وجعل له طريقاً آخر وباع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثانى لا الطريق الأول.

( بخلاف الإجارة ) بهذه تدخل هذه الأشياء في الإجارة بدون ذكر الحقوق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه ( لأنها ) أى لأن الإجارة ( تعقد للانتفاع ولا يتحقق ) أى الانتفاع ( إلا به ) أى بالطريق ( إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره ، فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها ) أى من الإجارة ، بيان هذا أن البيع شرع لتمليك العين لا لتمليك المنفعة وهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والمهر الصغير والأرض السبخة والإجارة لا تصح فيه والإنسان قد يشترى ليبيعه ليربح ، وقد يشتريه للانتفاع ، فكان القصد فيه تملك العين لا الانتفاع لا محالة ، فلا ضرورة في إدخال هذه

أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة .

---

الأشياء في البيع » ، فلا يدخل إلا بالذكر ، كذا في جامع قاضي خان . وفي الكافي ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة . بخلاف البيع فانه لواشترى علواً واستثنى الطريق صح ، لأن موجب البيع تمليك الرقبة والانتفاع من ثمراته ، أما الإجارة فللانتفاع ، ولا انتفاع بدون الطريق .

( أما الإنتفاع بالمبيع ممكن بدونه ) أى بدون الطريق ( لأن المشترى عادة يشتريه ) أي يشترى الطريق والشرب والمسيل ، ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور ( وقد يتجر فيه ) أى في شرائه ( فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة ) المطلوبة .

# باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن أقر بهـــا لرجل لم يتبعها ولدها ، ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنهـا كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصـل والولد كان متصلاً بها ، فيكون له . أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك

---

( باب االاستحقاق )

أى هذا باب في بيان حكم الاستحقاق ، وهو طلب الحق ، وذكر هذا الباب عقيـب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى .

( ومن اشترى جارية فولدت عنده ) أى عند المشترى ولدت من غير مولاهـا . وفي الكافي ولدت لا بالاستيلاد ( فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها ) أى فإن المستحق يأخذ الجارية ( وولدها ) أى يأخذ ولدها معها أيضاً ( وإن أقر بها ) أى وإن أقر بالجاريــة ( لرجل لم يتبعها ) أى لم يتبـع الجارية ( ولدها ) أى لا يأخذ المقر له الولد ويأخذ الأمة فقط ( ووجه الفرق ) أى بين البينة والإقرار حيث يأخذ الجارية وولدها بالبينة فقـط لا بالإقرار ( أن البينة حجة مطلقة ) يعني غير مقتصرة على المقضي عليه فهي حجة في قول كافة الناس . وفي الكافي البينة حجة متعدية حتى تظهر في حق كافة النـاس والإقرار لا حتى يقتصر على المقر ( فإنها ) أى فإن البينة ( كاسمها مبينة ) من التبين وهو الإظهـار ، وأصله من البيان وهو الظهور ( فيظهر بها ) أى بالبينة ( ملكه ) أى ملك الرجل المستحق ( من الأصل ) يعني في حق الجارية والولد جميعاً ( والولد كان متصلاً بها ) أى بالجاريـة ( فيكون ) أى الولد ( له ) أى للمستحق ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض .

( أما الإقرار حجة قاصرة ) فتظهر في حقه دون غيره ( يثبت الملك في المخبر بـه )

في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً . وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد. قال محمد « رح » لا تدخل الزوائد في الحكم ، وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً . قال ومن اشترى عبداً فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري

---

أي مقصوراً على ما أقر به وهو الجارية ( ضرورة صحة الإخبار ) أي لأجل ضرورة صحة اخبار المخبر ( وقد اندفعت ) أي الضرورة ( بإثباته ) أي بإثبات الملك ( بعد الإنفصال ) أي انفصال الولد فلا يظهر الإلحاق بالولد ( فلا يكون الولد له ) ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن عند الإستحقاق بالإقرار ( ثم قيل ) أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ « رح » في فصل الإستحقاق بالبينة في أن الولد في القضاء بالأم يدخل تبعاً أم لا ، فقال بعضهم ( يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً ) أي تبعاً للأم لأنه لما ظهر الملك في الجارية من الأصل يدخل في الأولاد ( وقيل يشترط القضاء بالولد ) على حدة ، لأنه أصل يوم القضاء لكونه منفصلا عن الأم ، فلا بد من الحكم كذا قيل وهو الأصح ( وإليه ) أى إلى هذا القول وهو اشتراط القضاء بالولد ( تشير المسائل ) وبين ذلك بقوله ( فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد ) يعني إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد .

( قال محمد رحمه الله تعالى لا تدخل الزوائد في الحكم ) بالاصل ، فيجب الحكم بالزوائد أيضاً ( وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم ) أى حكم القاضي ( بالام تبعاً ) أى من حيث التبعية للأم ، لأنها منفصلة من الاصل يوم القضاء في الولد لعدم دخوله إذا كان في يد الغائب في القضاء بالام ، لانه إذا دخل حينئذ يكون قضاء على الغائب .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى عبداً فإذا هو حر ) كلمة إذا للمفاجأة ، أى فظهر أنه حر ( وقد قال العبد ) أى والحال أن العبد قد قال ( للمشترى

اشترني فإني عبد له ، فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء ، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال . وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما ، لأن الرجوع بالمعاوضة وبالكفالة والموجود ليس إلا الاخبار كاذباً

---

اشترني فإني عبد له ) إنما قيد بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع إني عبد ولم يأمره بالشراء وقال اشترني ولم يقل إني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي في جامعه محالاً إلى شيخ الإسلام خواهر زاده .

( فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة ) أي يدرى مكانه ( لم يكن على العبد شيء ) لان البائع هو الذى أخذ ماله فوجب أن يسترد منه ، والعبد لم يأخذ منه شيئاً ( وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشترى على العبد ) بالثمن على العبد ، لانه غره حيث أمره بالشراء وأتلف ماله ( ورجع هو ) أى العبد ( على البائع ) إذا قدر عليه ، لانه أدى عنه ( وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية ) يعني إن ارتهن رجل عبداً قد أقر بأنه عبد للمرتهن ( فوجده حراً ) أي فوجد المرتهن العبد وهو حر ( لم يرجع عليه ) أى لم يرجع المرتهن على العبد بشيء ( على كل حال ) أى سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت .

( وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما ) أى إن كل واحد من البائع والمرتهن لا يرجع على العبد في البيع والرهن ( لان الرجوع ) إنما يكون ( بالمعاوضة ) في المبايعة ( أو بالكفالة ) أى أو بكفالة العبد بالثمن ولم يوجد واحد منهما ( والموجود ليس إلا الاخبار كاذباً ) بأنه عبد . وقال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الاوزجندى المعروف بقاضي خان في شرح الجامع الصغير ، وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة ، فاذا تعذر استيفاؤه من البائع يرجع عليه ثم يرجع

فصار كما إذا قال لأجنبي ذلك ، أو قال العبد ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية ، ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره وإقراره إني عبد ، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر ، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه ، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامناً للسلامة كما هو موجبه ،

---

العبد على البائع إذا حضر ، لانه أدى ضماناً عليه ( فصار ) حكم هذا ( كما إذا قال لاجنبي ذلك ) بأن قال اشتره فانه عبد فظهر حراً إذا اشتراه فهو حر .

( أو قال العبد ارتهني فاني عبد ) فظهر حراً ليس له عليه شيء (وهي المسألة الثانية ) وهي قوله وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية ( ولهما ) أى ولابي حنيفة ومحمد « رح» ( أن المشترى شرع في الشراء معتمداً على أمره ) أى أمر العبد حيث قال اشترني فأنا عبد ( واقراره ) بقوله ( إني عبد إذ القول ) أى لان القول ( له في الحرية ) أى للعبد لانه متمسك بالاصل ، إذ الاصل الحرية ( فيجعل العبد بالامر بالشراء ) أى بقوله اشترني ( ضامناً للثمن له ) أي للمشترى ( عند تعذر رجوعه ) أى رجوع المشترى ( على البائع دفعاً للضرر ) عن المشترى ( والغرور ) أى ولاجل الغرور من جهته ، والغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الامكان ( ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه ) أى لا يعذر في الرجوع إلا في الذى لا يعرف مكانه لعدم القدرة عليه .

( والبيع ) كأنه جواب عما يقال من جهة أبي يوسف كيف فرقتم بين البيع والرهن في الرجوع وعدمه فأجاب بقوله والبيع ( عقد معاوضة ) يستحق العبد بها السلامة ( فأمكن أن يجعل الامر ) على وزن اسم الفاعل ( به ضامناً للسلامة ) أى سلامة المبيع للمشترى ( كما هو موجبه ) أى موجب البيع ، لان موجبه سلامة المبيع للمشترى .

بخلاف الرهن ، لأنه ليس بمعاوضة ، بل هذا وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف،والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال، فلا يجعل الأمر به ضماناً للسلامة . وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بائعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه بقيمته . ثم في وضع المسألة ضرب اشكال

---

( بخلاف الرهن فانه ليس بمعاوضة ) وهو ظاهر ( بل هو ) أي الرهن(وثيقةلاستيفاء عين حقه ) من غير عوض ( حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الإستبدال ) حتى إذا هلك يقع الاستيفاء . ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غروراً في عقد المعاوضة ، فلا ينتهض سبباً للضمان ، ولهذا قلنا لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له أسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء ، لانه غرور فيا ليس بمعاوضة . وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه غير مسموم فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن أيضاً ( فلا يجعل الامر به ) يعني إذا لم يكن معاوضة لم يجعل الآمر به ( ضماناً للسلامة ) فلا يجب عليه شيء .

( وبخلاف الاجنبي ) عطف على قوله بخلاف الرهن ، يعني اخبار الاجنبي بكونه عبداً لا يفضي إلى البيع ( لانه ) أى لان الاجنبي ( لا يعبأ ) أى لا يبالي ( بقوله ) لعدم الإعتماد على قوله ( فلا يتحقق الغرور ) بقوله لعدم الإكتراث به .

( ونظير مسألتنا ) وهي أن الغرور في المعاوضات التي يقتضي سلامة العوض جعل سبباً للضمان نظير ( قول المولى ) للناس من أهل السوق ( بائعوا عبدى هذا فاني قد أذنت له ) في التجارة ، فبايعوه ولحقه ديون ( ثم ظهر الإستحقاق ) أى ثم ظهر أنه حر فإنهم ، أى فان الذين بايعوه ( يرجعون عليه ) أى على المولى بديونهم ( بقيمته )أى بقدر قيمته بحكم الغرور ( ثم في وضع المسألة ) بقوله فاذا هو حر ( ضرب إشكال

على قول أبي حنيفة « رح » ، لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى ، وقيل إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم . وقيل هو شرط ، لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق ، وإن كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى بـه فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع

---

على قول أبي حنيفة ،لان الدعوى شرط في حرية العبد عنده ) أى عند أبي حنيفة ،وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد متناقض ( والتناقض يفسد الدعوى ) فكيف تثبت الحريـة . وأجابوا عنه بجوابين .

أشار المصنف إلى الجواب الأول بقوله ( وقيل إن كان الوضع في حريـة الأصل ) فلقبول البينة وجهان ، أحدهما ما قاله عامة المشايخ ، وهو عدم اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على حرية الاصل وهو معنى قوله ( فالدعوى فيها ليس بشرط عنده ) أى عند أبي حنيفة ( لتضمنه تحريم فرج الام ) أى لتضمن الدعوى ، أى دعوى حرية الاصل ، وذكر الضمير الراجع إلى الدعوى على معنى الادعاء .

وأشار إلى الوجه الثاني بقوله ( وقيل هو شرط )أي الدعوى شرط على تأويل الادعاء ( لكن التناقض ) هنا لم يمنع صحة الدعوى ، فانه ( غير مانع لخفاء العلوق ) أى حال العلوق ، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض معفو ، وقوله ( وإن كان الوضع في الإعتاق ) هو الجواب الثاني أراد أنه إن كان المراد به الحرية بعتاق عارض ( فالتناقض) في الدعوى ( لا يمنع ) صحة الدعوى في المعتق ، لانه أمر يجرى فيه الخفـاء ( لاستبداد المولى به ) أى لتفرد المولى بالاعتاق ، فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ( فصار ) هذا ( كالمختلعة ) أى كالمرأة التي اختلعت ( تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع ) فانه يقبل ذلك منها وإن تناقضت للخفاء في تطليقة لاستبداده به ، وإنما قيد بالثلاث لان فيما وراءها يمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى قد أثبتته المرأة

والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة . قال ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها لم يرجع بشيء ، لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ، لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ،

---

قبل يوم أو يومين . وأما في الثلاث فلا يمكنه ذلك ( والمكاتب يقيمها ) أى يقيم البينة ( على الإعتاق قبل الكتابة ) فانها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير ،ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعياه . وقال الناطفي [١] في الاجناس رجل باع غلاماً وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أنا حر لا يقبل قوله وهو عبد ، وزاد في مختصر الطحاوى ، وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فذاك إقرار منه بالرق .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً )فأنكر المدعي عليه ( فصالحه الذى هو في يده على مائة درهم ، فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها ) أي موضع ذراع منها ( لم يرجع بشيء ) أي لم يرجع المدعى عليه على المدعي ( لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي ) فلا يثبت حق الرجوع بالشك ( وإن ادعاها كلها ) أي كل الدار ( فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ، لأن التوفيق غير ممكن ) لأنه ادعى كل الدار فصالح على ذلك فاستحق بعض الدار والمائة كانت وقعت بدلاً عن كل الدار ، لأن البدل يقسم على أجزاء المبدل ، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع ( فوجب الرجوع ببدله ) أي بحصته ( عند فوات سلامة المبدل ) لأنه أخذ ذلك القدر من البدل بغير حق .

---

(١) ترد في الاصل الناطقي بالقاف ، وإنما هو الناطفي بالفاء كما ورد في معجم المؤلفين – اه مصححه .

ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز ، لأن الجهالة فيما يسقط لا تقضى إلى المنازعة .

## فصل في بيع الفضولي

---

وقال المصنف رحمه الله ( ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز ، لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة ) ودلت المسألة أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح ، لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ، ولهذا لا تقبل البينة عل ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعي عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة والاقرار عن المجهول جائز عندنا .

### ( فصل في بيع الفضولي )

أي هذا فصل في بيان حكم بيع الفضولي وهو نسبة إلى الفضول جمع الفضل ، يعني الزيادة . وفي المغرب وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه ، حتى قيل فضول بلا فضل وسناً بلا سن ، وطولاً بلا طول ، وعرضاً بلا عرض ، ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وبفتح الفاء خطأ انتهى كلامه . وقيل الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع ولم يردفي النسبة إلى الواحد ، وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم بهذا المعنى ، فصار كالأنصاري والأعرابي . وقال الاكمل مناسبة هذ الفصل بباب الإستحقاق ظاهرة ، لان بيع الفضولي صورة من صور الإستحقاق ، لان المستحق يقول عند الدعوى هذا ملكي . ومن باعك فانما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي .

قلت لا يقال مناسبة هذا الفصل بباب الإستحقاق ، وإنما يقال هذا الفصل داخل في هذا الباب الذي قبله ، لان الباب عند المصنفين إذا ذكروا فصلاً أو فصلين أو أكثر عقيب باب يقولون هذا داخل في الباب الذي قبله ، وانما يفرد دونه بالذكر لانه ليس بداخل فيه من كل وجه فافهم .

قال ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ . وقال الشافعي « رح » لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية . ولنا أنه تصرف تمليك

---

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ ) وبه قال مالك وأحمد في رواية ( وقال الشافعي رضي الله عنه لا ينعقد ) أي بيع الفضولي لا ينعقد أصلاً وعنده تصرفات الفضولي كلها باطلة في الجديد ، وبه قال أحمد في رواية ، وفي القديم كمذهبنا ( لانه ) أي لان بيع ملك غيره ( لم يصدر عن ولاية شرعية ) قال الكاكي احترز به عن الولاية الحسية ، فإنها تثبت بمجرد اليد ، سواء كانت اليد حقاً أولا . وقال غيره يعني لم يصدر عن ولاية شرعية إنه أضاف التصرف إلى محل ليس له ولاية عليه فيلغو ( لانها ) أي لان الولاية الشرعية تثبت ( بالملك ) المطلق للتصرفات ( أو باذن المالك ) الذي له ولاية التصرف ( وقد فقدا ) على صيغة المجهول ، أي فقد فقد الملك والمالك، يعني لم يوجدا ( ولا انعقاداً إلا بالقدرة الشرعية ) أي بالولاية الشرعية وقد عدمت،ولقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم ابن حزام لا تبع ما ليس عندك .

( ولنا أنه ) أي أن بيع الفضولي ( تصرف تمليك ) إلا أنه فيه من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه ، فلا نزاع في ذلك ، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك ، لان التمليك من غير المالك لا يتصرف ، وأما كونه تصرف تمليك فلأن كون المبيع تمليك مال بمال وهو قصد إيقاعه تمليكاً في محل قابل للملك ، ولكن لا ينفذ في الحال قبل الإجازة لئلا يتضرر المالك . وقال الكاكي وقيد التصرف بالتمليك احترازاً عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعتاق بمال أو بغير مال من الصبي والمجنون ، فان هذه التصرفات منهما لا تصح ولا تتوقف على إجازة الولي ولا على اجازة نفسهما بعد البلوغ والإفاقة ، بخلاف ما إذا اشترى الصبي شيئاً أو تزوج امرأة أو زوج أمته ، فان هذه التصرفات منه

وقـد صدر من أهله في محله ، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيـه للمالك مع تخييره، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفـع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه ، كيف وإن الإذن ثابت دلالة ، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع

---

تتوقف على إجـــازة الولي أو إجازة نفسه بعد البلوغ ، ولا يجوز بنفس البلوغ بغير إجازة بعده .

( وقد صدر ) أي والحال أن هذا العقد قد صدر ( من أهله ) وهو كونه عاقلاً بالغـاً ( في محله ) أي في محل العقد وهو كونه مالاً متقوماً ( فوجب القول بانعقاده ، إذ لاضرر فيه ) أي في هذا العقد ( للمالك مع تخييره ) أي مع كونه مخيراً بين الإجازة والفســخ ( بل فيه ) أي في هذا العقد ( نفعه ) أي نفع للمالك ( حيث يكفي مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وغيره ) وهو حقوق العبد ، فانها لا ترجع إلى المالك ( وفيه ) أي في هـذا العقد ( نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري ) لانه أقدم عليه طائعـاً ولولا النفع لما أقدم ( فثبت القدرة الشرعية ) وهو التصرف الذي ينعقد به العقد ، وهذا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية ( تحصيلاً لهـذه الوجوه ) أي لاجل تحصيل هذه الوجوه ، وهي كفاية مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن ونفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء.

( كيف وإن الإذن ثابت دلالة ) فهذا جواب عن قول الشافعي رضي الله عنه لان الولاية الشرعيـة باذن المالك وقد فقد الاذن فقال كيف لا ينعقد بيع الفضولي لعـدم الإذن من المالك والحال أن الإذن ثابت دلالة ، أي في حق انعقادالعقد لاشتماله علىالنفع ( لان العاقل يأذن في التصرف النافع ) وقيل قوله و كيف لا ... إلى آخره جواب عما يقال القدرة بالملك أو بالاذن ولم يوجد ، فأجـــاب عن ذلك منكراً بقوله و كيف لا .. إلى آخره .

فان قيل لو كان الإذن ثابتاً دلالة فيما هو نافع يكون الرضى من المالك متحققاً دلالة ، فينبغي أن لا يثبت له الخيار . قلنا الاذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضـار ، وفي الإنعقاد نفع فيثبت من وجه في انعقـــاده بغير اختياره ضرر فلا يثبت الإذن في حقه فلذلك يخير . والجواب عن حديث حكيم بن حزام الذي استدل به الشافعي رضي الله عنـه وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عنده لأن مطلق النهي يوجب فساد النهي عنه أنه كان يبيعه ثم يشتريه ويلزمه تسليمه بحكم ذلك العقد . والدليل عليه أنه قال يا رسول الله ﷺ إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها ، فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك .

وقال الأترازي في استدلال أصحابنا ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالاسرار وغيره في حديث عروة البـــارقي ان النبي ﷺ أعطى له ديناراً يشتري به أضحية ، فاشترى شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار الآخر إلى النبي ﷺ ، وأخبره بذلك فقال ﷺ بارك الله في صفقتك ، فأما الشاة فضح بها ، وأما الدينار فتصدق به فقد باع مـــا اشترى له عليه الصلاة والسلام بغير أمره . وأجـاز عليه الصلاة والسلام بيعه ، ثم قـــال وفي كتب الحديث وإن عروة البارقي وحكيم بن حزام يعني روى الحديث عن الاثنين .

قلت أما حديث عروة البارقي فرواه الترمذي حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا حبان ثنا هارون بن موسى ثنا الزبير بن الحر عن أبي لبيد عن عروة البارقي قال دفع إلى رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شـــاة فاشتريت له شاتين ، فبعث أحدهما بدينار وجئت بالشاة والدينـــار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال بارك الله لك في صفقة يمينك ، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً ، وأخرجه ابن ماجة عن أحمد بن سعيد . وأما حديث حكيم بن حزام فرواه الترمذي أيضاً حدثنا أبو كريب حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار

قال وله الإجـازة إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما لان الإجازة تصرف في العقد ، فـــلا بد من قيامه وذلك لقيام العاقد والمعقود عليه ، وإذا أجـاز المالك كان الثمن مملوكاً لـه أمانة في يـــده

---

قال فاشترى أضحية فاربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار ، ورواه أبو داود أيضاً عن محمد ابن كثير . ولمـــا أخرج الترمذي الحديثين لم يسكت عنهما ، بل قال وحبيب بن ثابت لم يسمع عندي حكيم بن حزام وأبو لبيد اسمه لمازة ، وفي اسناد أبي داود مبهم .

وقيل حديث حكيم لا يصح لأنه اما منقطع أو في اسناده مجهول . قلت الإنقطاع في اسنـاد الترمذي والمجهول في اسناد أبي داود وقال ابن العربي حديث عروة صحيح ، وأما الإبهام الذي في اسناده أبي داود فإنه روي عن شبيب عن عرقده حدثني الحي عن عروة البارقي الحديث ، وقال الخطابي يعني الحي حدثوه وما كان سبيله هذا من الرواة لم تقم به الحجة ووقع في رواية الكرخي عن شبيب عن عرقده يسمعه من قومه عن عروة البـــارقي ، وروي أيضاً عن حديث شعبان عن شبيب بن عرقدة قال أخبرنا الحسن عن عروة البارقي الحديث ، وهذا الاسناد ما فيه إبهام وهو صحيح كما قاله ابن المغربي .

( قال ) أي القدوري ( وله الإجازة ) أي وللمالك إجازة البيع الذى عقد الفضولي ( إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ، لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه ) أي من قيام العقد ( وذلك ) أي قيام العقد ( لقيام العاقد والمعقود عليه ) كما في الانشاء وبقاء الفضولي إنما يشترط لصحة الإجازة في البيع إلا في النكاح حتى لو زوج رجل ابنتـه الصغيره من رجل غـــائب ثم مـــات الأب وبلغ الزوج النكاح فأجاز ذلك فهو جـــائز وهذا نص أن بموت الأب لا ينقطع نكاح الصغيرة ، كذا في فصول الأستروشي « رح » .

(وإذا أجاز المالك ) البيع ( كان الثمن مملوكاً له) أي للمالك (أمانة في يده) أى في

بمنزلة الوكيل ، لان الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحقوق عن نفسه ، بخلاف الفضولي في النكاح ، لانه معبر محض ،

---

يد الفضولي ( بمنزلة الوكيل ) بالبيع إذا باع وقبض الثمن فإنه أمانة في يده ( لأن الإجازة اللاحقة ) في بيع الفضولى ( بمنزلة الوكالة السابقة ) في البيع بالوكالة من حيث أن كلاً منهمـــا يثبت الحكم ويرفع المـــانع ، والمال في يد الوكيل أمانة ، فكذا في يد الفضولي .

فإن قلت ليس كذلك ، فإن المشترى من الفضولي اذا باع ثم أجاز المالك المبيع بطل البيع الثاني ، ولو كان البيع الأول صدر من الوكيل لا يبطل البيع الثاني . قلت المالك البـات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله ، وقد طرأ الملك البات للمشترى الأول فأبطل الملك الموقوف الذى كان للمشترى الثـــاني ، ونظيره تزوج أمة بغير إذن مولاها فمات المولى فإنه لا ينعقد بإجـازة الوارث ، لأن ملك التزوج للأمة موقوف ، وملك الوارث فيها ملك بات فيبطل الملك الموقوف بطرئان ذلك الملك البات .

( وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة ) أى قبل إجازة المالك المبيع ( دفعاً للحقوق عن نفسه ) لما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل وهو ما بالإجازة يصير بمنزلته في رجوع الحقوق إليه فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه ، وكذلك المشترى أن يفسخه . فإن قيل في القول بجواز فسخه قبل الإجـــازة ضرر للمالك كما ذكرنا أن للمالك فيه نفع فيفوت ذلك بالفسخ ، قلنا ضرر للمالك يحصل في ضمن دفع الضررعن نفسه ، فلا يعتبر .

( بخلاف الفضولي في النكـاح ) حيث لايجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له أو فسخه لأن الحقوق لا ترجع إليه ( لأنه معبر محض ) وسفير ، فإنه لما أعبرانتهى أمره فصار بمنزلة الأجنبي ، بخلاف الفضولي في البيـع ، لأنه لا ينتني أمره بالبيع لما ذكرناأن الحقوق مرجع إليه . وقال الكاكي قال شيخي العلامة صاحب النهاية رحمه الله هذا إذا كان الفسخ بالقول ، أما إذا كان الفسخ بالفعل بأن يتزوج الفضولي امرأة برضاها فقيل

هذا إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عرضاً معيناً إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد ، حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته ، لانه شراء من وجه والشراء

---

إجـازة زوج أختها كان ذلك نقضاً للنكاح الأول ، كذا ذكره في الفضول الأستروشية ( وهذا ) أى مـــا قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه ( إذا كان الثمن ديناً ) في بيع الفضولي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف في الذمة بغير عينه .

( فإن كان عرضاً ) أى مما يعين بالتعيين ( معيناً ) عين في العقد ( إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً ) فها هنا قيـام خمسة أشياء يشترط البائع والمشترى والمالك والمبيع وقيام ذلك العرض فيما إذا كان الثمن ديناًيشترط قيام الأربعة من الخمسة المذكورة فقط ، والخـــامس وهو العرض ليس بشرط . وفي الفصل الأول قيام الثمن في يد البائع ليس بشرط، فإن أجاز المالك بعد قيام الأربعة جاز البيع ، ولو لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ البيع ، وله أن يسترد المبيع ويرجع المشترى بالثمن على البائع إن كان نقده ، ولو مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع .

( ثم الإجازة ) أى الإجازة في بيع المقايضة يعني فيما إذا كان الثمن عرضاً ( إجازة نقد ) أى ينقد الثمن من ماله ، لأن العوضين إذا كانا عرضاً كان العقد شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي ، فيصير ملكاً له ، وبإجازة المـالك لا ينتقل الملك إليه فيكون تأثير الإجازة في أن ينقد الفضولي الثمن من مال المخبرة ، وهذا استقراض حصل في ضمن الشراء فيصح حكماً له كما لو قال اشتري لي عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز وعلى الآمر قيمة عبد المأمور ، لأنه صار كالمستقرض لعبده فيجب عليه مثله إن كان مثلياً وقيمته إن لم يكن ( لا إجازة عقد ) لأنه نقد ( حتى يكون العرض الثمن مملوكاً للفضولي ) كما ذكرناه الآن ( وعليه ) أي على الفضولي ( مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً لأنه ) أي لان البيع بالعرض ( شراء من وجه ) لأنه بيع مقايضة ( والشراء

لا يتوقف على الإجازة . ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين ، لانه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال البيع جاز البيع في قول أبي يوسف « رح» أولاً ، وهو قول محمد « رح» لان الأصل بقاؤه

---

لا يتوقف على الإجـــازة) أي على إجازة من اشترى له ، لأن الأصل في التصرفات النفاذ والتوقف للضرورة ، ولأن الأصل في تصرف الانسان أن يكون واقفاً على نفسه .

فإن قلت لو كان كذلك لمـــا صح العقد إذا باع الوكيل بالعرض ، لأن الموكل وكله بالبيع لا بالشراء . قلت صح لأن التوكيل بالبيع مطلق ، والبيع يكون بالدين والعين ، والموكل عالم بذلك ، فلما أطلق الوكالة صار كأنه قال بعه بأي طريق شئت ، فيجوز بأي طريق باع .

( ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث ) أي وارث المالك ( في الفصلين ) أي فيما اذا كان الثمن عرضاً أو ديناً .

فإن قلت هو في الفصل الثاني مشري فكان ينبغي أن ينفذ الشراء في حق الفضولي قلت لا ينفذ لعجزه عن تسليم الثمن ، لأنه ملك الغير وقد مات المالك قبل الإجازة .

( لأنه ) أي لأن بيع الفضولي ( توقف على إجـــازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ) لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذي باشره الفضولي والاختيار لايحتمل النقل لأنه لا يتصور في الأعراض .

فإن قلت يشكل بأمة تزوجت بغير إذن مولاها ثم مات المولى فإنه ينعقد بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطئها ، قلت الأمة تتصرف بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية ، والنكـــاح من خواصها . وانما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر الوارث مالك كالمورث ، ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف .

( ولو أجاز المالك في حياته ) ثم مات ( ولم يعلم حال المبيع ) يعني باق أو غير باق ( جاز البيع في قول أبي يوسف « رح » أولاً ، وهو قول محمد « رح » لأن الأصل بقاؤه ،

ثم رجع أبو يوسف « رح » وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك . قال ومن غصب عبداً فباعه واعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف . وقال محمد « رح » لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك ، قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ، والموقوف

---

ثم رجع أبو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ، لأن الشك وقع في شرط الإجازة ) وهو بقاء المسمى (فلا يثبت مع الشك ) فإن قلت الشك يساوي الطرفين وقد ترجح جانب الوجود هنا.قلت استنادصاحب الحال لا يصح للاثبات ،فسقط اعتبارترجيح جانب الوجود ، فصار متساوي الطرفين لتحقق الشك .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز ) من المشتري ( استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) ذكر هذه المسأله في الجامع الصغير ولم يذكر فيها الاختلاف ، ولهذاقالوا في شروح الجامع الصغير أن العتق جائز استحساناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

( وقال محمد « رح » لا يجوز ) قياساً ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد وهو رواية عن أبي يوسف ، وهذه المسألة هي المسألة التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه فإن أبا يوسف قال ما رويت لك عن أبي يوسف « رح » أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل . وقال محمد «رح» بل رويت لي أن العتق جائز ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا عتق بدون الملك ) عن أبي حنيفة ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ) هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي واللفظ للترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لانذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك وقال حديث حسن صحيح وقد تقدم في كتاب العتق مع الكلام فيه مقتضى ( والموقوف

لا يفيد الملك ، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً أو هو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك . وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاداً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان . وكذا لا يصح اعتاق

---

لا يفيد الملك ) أي الموقوف نفوذه على إجازة مالك ظاهر الملك وهو المغصوب منه ، ألا ترى أن بيع الفضولي لا يفيد الملك للمشتري في الحال بالإجماع ولا ملك للمشتري من الغاصب في الحال .

( ولو ثبت في الآخرة ) بالفتحات بمعنى الأخير ( يثبت مستنداً ) إلى سببه وهو بيع الغاصب منه ( وهو ) أي الملك الثابت بطريق الاستناد ( ثابت من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ) وهو قوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم ( ولهذا ) هذا استيضاح من المصنف بفروع تؤنس ذلك منها قوله ( لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ) وهو راجع إلى قوله لأنه لاعتق بدون الملك ، فالغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان لا يعتق ، وإن كانت المضمونات تملك مستنده إلى أول المسبب لما قلنا أن الملك المستند ثابت من وجه دون وجه ز ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك ) هذا راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك حاصله أنه لا ينفذ عتق المشتري العبد ، والحال أن البائع كان بالخيار ثم أجاز البيع .

( وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب ) يعني أن المشتري من الغاصب اذا باع العبد المغصوب من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني ، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك ، وأراد بقوله ( فيما نحن فيه ) المسألة المصدرة بقوله ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري إلى آخره ، فالعتق لا يصح عند محمد كما ذكر ( مع أنه ) أى أن البيع ( أسرع نفاذاً ) من العتق أى أقل احتياجاً إلى الملك في النفوذ من العتق ( حتى نفذ ) أى البيع ( من الغاصب إذا أدى الضمان ، وكذا لا يصح اعتاق

المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان . ولهما أن الملك يثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولاضرر فيه على ما مر ، فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه ، وصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك

---

المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ) يعني إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان يعني المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد الذى اشتراه منه ثم ملكه الغاصب باداء الضمان وأجاز العتق لا ينفذ .

( ولهما ) اى ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أن الملك يثبت موقوفاً ) أى ثبت ملك المشترى من الغاصب موقوفاً على إجازة مالك العبد ( بتصرف مطلق ) بفتح اللام وقيل بالكسر ، والأول أشهر ، واحترز به عن البيع بشرط الخيار ، لأن الملك ثمة لم يثبت أصلاً لا موقوفاً ولا باتاً ووصف المطلق بوصفين أحدهما وهو قوله ( موضوع لإفادة الملك ) واحترز به عن الغصب فإنه لم يوضع لإفادة الملك ، والآخر بقوله ( ولاضورفيه ) أي في اعتاق المشتري ( على ما مر ) أشار به إلى قوله إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره ، كذا قاله الكاكي . وقال الأترازي على ما مر إشارة إلى قوله ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله إلى آخره. قلت الأول أظهر ( فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه ) أي على المالك الموقوف ( وينفذ ) أي الاعتاق ( بنفاذه ) أي بنفاذ الملك ، لأنه من حقوقه ، والشيء إذا فقد فقد بحقوقه ، وإذا توقف توقف بحقوقه .

( وصار ) أي إعتاق المشتري من الغاصب ( كاعتاق المشتري من الراهن ) فإنه يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن أو فك الرهن ، والجامع بينهما لأنه اعتاق في بيع موقوف ( وكاعتاق الوارث عبداً من التركة وهي ) أي التركة ، والحال أي والحال أن التركة ( مستغرقة بالديون يصح ) أي الإعتاق موقوفاً ( وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك ) أي بعد اعتاق الوارث ثم شرع المصنف في الجواب عن المسائل المذكورة التي ذكرها محمد تأثماً لما ذهب إليه ،

بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه ، لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك . وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط بـــه يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً . وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع ، لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله

---

فقال ( بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه ) حيث لم ينفذ بعد ضمان القيمة ( لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك ) لأنه عدوان محض ، وهذا التعليل لا يتم ، لأنه يرد عليه أن ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة المالك لأنه لم يوضع لإفادة الملك كما لا ينفذ عتقه ، لما أن كلاً من جواز البيع والعتق يحتـــاج إلى الملك ، ولكن وجه تمام التعليل مما ذكره في المبسوط بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة ، لأن المستند له حكمة الملك لا حقيقة الملك ، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيـع دون العتق كحكم ملك المكـــاتب في كسبه ، وها هنـــا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ، ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة جميعـــاً ، لأن الملك ثبت مطلقـــاً لا ضرورة إذا الضمان .

( وبخلاف ما إذا كان في البيـع خيار للبائع ) حيث لا ينفذ العتق ( لأنه ) أي لأن البيع بالخيـــار ( ليس بمطلق ) أي غير تام ( وقران الشرط به ) أي بالبيـع أو بالعقد ( يمنـــع انعقـــاده في حق الحكم أصلا ) فكان الملك معدوماً مع وجود الخيار المانع ، فلم يصادف إعتاق المشتري محلا مملوكاً له فيلغى.

( وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع )هذا جواب عن المسألة الثالثة بيانه أن الذي اشترى من الغاصب إذا باع ما اشتراه لا يتوقف بيعه بل يبطل ( لأن بالإجـازة ) أي بإجازة المبيـع الأول ( يثبت للبائع ) وهو المشتري من الغاصب ( ملك بات ) أي من كل وجه ( فإذا طرأ ) أي الملك البـــات ( على ملك موقوف لغيره ) أي لغير المشتري من الغاصب ( أبطله ) أي أبطل الملك الموقوف لغيره ، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع

وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشترى منـــه ، كذا ذكره هلال وهو الأصح .

---

الموقوف في محل واحد والبيع بعدمـــا بطل لا يلحقه الإجازة ، وكذا لو وهبه مولاه للغــاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله مبطل للملك الموقوف يطرأ الملك البات على الملك الموقوف .

فإن قيل يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً ، وإن طرأ الملك الذى يثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشترى الذى اشتراه منه وهو موقوف . قلنا إن ثبوت الملك للغاصب ضرورى ثبت له ضرورة وجوب الضمان ، فلم يظهر في حق إبطال ملك المشترى .

فإن قيل لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف فأولى أن يمنعه ، لأن المنع أسهل من الرفع ، فعلى هذا يجب أن لا ينعقد بيع الفضولي ، لأن للمالك ملكاً باتاً فيجب أن يمنع الفضولي من الانعقـــاد لعدم اجتماع الملك الموقوف مع البات . قلنا البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي ، والمنع انما يكون بعد الوجود ، أى وجود المعارض ولا معارض هنا ، بخلاف ما نحن فيه . فإن الملك البات ثبت للفضولي ، والملك الموقوف ظهر في حقه فوقع التعارض بين الملكين فيرفع البات الموقوف . وقال الأكمل وفيه نظر لأنه يكون بعد الوجود رفع لا منع ، وفي الحقيقة هو مغالطة وإن كلامنا في أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال .

( وأما إذا أدى الغاصب الضمان ) هذا جواب عن المسألة الرابعة بيانه أن الغاصب اذا أدى الضمان فلا نسلم له وإن أعتاق المشترى منه لا ينفذ كما قال محمد ( ينفذ اعتاق المشترى منه ) أى من الغــاصب ( كذا ذكره هلال ) وهو هلال الرى بن يحي البصرى صاحب الوقف ، ومن قـــال أنه الزازي فقد صحف ( وهو الأصح ) أي نفذ إعتاق المشترى من الغاصب هو الأصح ، وفيه إشارة إلى أن فيه إختلاف المشايخ . وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف فيه اختلاف المشايخ والأصح أنه ينفذ ، وإليه أشار في وقف

قال فإن قطعت يد العبد فأخذ إرشها ثم أجـــاز البيــع فالإرش للمشتري ، لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه،وهذه حجة على محمد «رح»

---

هلال ، فإنه نفذ وقف المشترى من الغـــاصب إذا ملكه الغائب بالضمان والوقف تحرير الأرض كالإعتاق تحرير العبد .

( قـــال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( فإن قطعت يد العبد ) أى في يد المشترى من الغـــاصب ( فأخذ ) أى المشترى ( إرشها ثم أجاز)أى المولى (البيع ) أى بيع الغاصب ( فالإرش ) أى فارش اليد ( للمشترى لأن الملك قد تم له ) بعد الإجازة ( من وقت الشراء فتبين أن القطع حصل على ملكه ) قال الاكمل واعترض بما إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب فانه لا يملك الأرض ، وإن ملك المضمون،والفضولي إذا قال لامرأة أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة . واجيب عن الأول بأن الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع ثبوته من وقت الأداء فلا تملك الإرش لعدم حصوله في ملكه . وعن الثاني بأن الأصل أن كل تصرف يوقف حكمه على شيء أن يجعل معلقاً بالشرط لا سبباً منه وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيمـــا لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه ، فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجـــازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله ، فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة .

( وهذا حجة على محمد « رح » ) قـــال الأترازي إن كون إرش اليد للمشتري بعد الإجـــازة حجة عليه ، يعني لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الإرش للمشتري كان ينبغي أن ينفذ اعتـــاق المشتري من الغاصب أيضاً عنده ، لأن الإعتاق يكون حينئذ في الملك وفي نسخة شيخي العلاء وهذه حجة على محمد . قال الكـــاكي أي هذه المسألة في بعض النسخ وهو أي قوله فتبين أن القطع ... إلى آخره ، والأول أصح . وجه كونهـــا

والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الإرش كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الإرش ثم رد في الرق يكون الإرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجيز البيع والإرش للمشتري . بخلاف الإعتاق على ما مر

---

حجة أن الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق ويكفي لاستحقاق الإرش ، وعندهما يكفي لهما وفي نسخة الأكمل وهذه أي كون الإرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الإعتـــاق في الملك الموقوف لـــا أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الإرش عند الإجازة كما في الغصب ، حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان .

( والعذر له ) أي لمحمد قـال الكاكي أي الجواب عن هذه المسألة . وقال الأترازي أي جواب محمد عن هذا بأن يقول ( إن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش) والثابت بالاستنـــاد ملك من وجه دون وجه ( كالمكاتب إذا قطعت يده وأخـــذ الإرش ثم رد في الرق يكون الإرش للمولى ، **وكذا)** أي وكذا الحكم ( إذا قطعت يد المشترى ) بفتح الراء وهو العبد ( في يد المشتري ) بكسر الراء ( والخيار للبائع ) الواو فيه للحال ( ثم أجيز البيع فالإرش للمشتري ) بكسر الراء ( بخلاف الإعتاق ) حيث لا ينفذ عتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع ( على ما مر ) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه . وفي النهاية قوله على ما مر هو قوله وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يقع إنعقاده . وقال الأكمل وقيل بخلاف الأعتاق متعلق بقوله أن الملك من وجه الاستحقاق الإرش ، يعني إن أعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لاينفذ عند محمد ، لأن المصحح للإعتاق وهو الملك الكـامل لا الملك من وجه دون وجه . وقوله على ما مر إشارة إلى قوله والصحيح الإعتاق هو الملك الكامل ، وهذا أقرب ، قلت أي أقرب من الوجـــه الذي ذكره في النهاية . ووجه الأقربية ما ذكرناه ، وهو الذي ذكره الشراح .

ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك . قال فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به .

---

( ويتصدق ) أى المشتري من الغاصب ( بما زاد ) من إرش اليد( على نصف الثمن ) لأن إرش اليد الواحدة في المرء نصف الدية ، وفي العبد نصف القيمة والذى دخل في ضمان المشترى بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن وما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل وهو حاصل معنى قوله ( لأنه لم يدخل في ضمانه ) أى لأن ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمان المشترى ( أو فيه شبهة عدم الملك ) تعليل آخر ، أى أو في أخذ الإرش بعد القبض شبهة عدم الملك ، لأن الملك يثبت يوم القطع مستنداً إلى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فيكون فيه شبهة عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به . وقال الأترازى وفيه نظر ، لأنه إذا كان بشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الإرش لا بالنظر وحده ، إنتهى . قلت كان ينبغي ألا يتصدق بشيء بالنظر إلى ثبوت الملك من كل وجه ولكن لما كان غير ثابت من كل وجه يتصدق بالربح فقط بالنظر إلى عدم ثبوت الملك من كل وجه .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( فإن باعه المشترى من آخر ) أى فإن باع المشترى من الغاصب العبد من شخص آخر ( ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ) أى بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، والملك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ( ولأن فيه ) أي في البيع الثاني ( غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به ) أى بالغرر ولورود النهي عن بيع فيه غرر . قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضاً ، لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعها وأن لا يجيز ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفاً . وأجيب بأن غرر الانفساخ في بيعها عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم ،

بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر . قال فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل ، حتى يعد باقياً ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكاً يقابل بالبدل ، فيتحقق الفوات ، بخلاف البيع الصحيح ، لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائماً بقيام خلفه ،

---

فبالنظر إلى العذر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملا بهما .

**(بخلاف الاعتاق عندهما)** أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ر ح » حيث ينفذ إعتاق المشترى من الغاصب بعد الإجازة على قولهما ( لأنه ) أى لأن الاعتاق ( لا يؤثر فيه الغرر ) بدليل أن المشترى لو أعتق المبيع قبل القبض يجوز ، ولو باعه لا يجوز ، وقد روى عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق .

( قال ) أى المصنف ، لأن محمداً لم يذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ، ولكن الشراح ذكروها وصاحب الهداية ذكرها تفريعاً كما ذكرها الشراح ( **فإن لم يبعه المشترى** ) أى المشترى من الغاصب ( فمات ) أى العبد ( في يده ) أى في يد المشترى ( أو قتل ثم أجاز ) أى المالك ( البيع ) أى بيع الغاصب ( لم يجز ) بالاتفاق ( لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشترى بالقتل حتى يعد باقياً ببقاء البدل ، لأنه لا ملك للمشترى عند القتل ملكاً يقابله بالبدل فيتحقق الفوات . بخلاف البيع الصحيح ) يعني البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشترى ( لأن ملك المشترى ثابت فأمكن **إيجاب البدل له فيكون المبيع** قائماً بقيام خلفه ) وهو القيمة والمشترى بالخيار فإن اختار البدل كان البدل له .

قال ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد انــه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته والبينة بينته على صحة الدعوى . وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيــع إن طلب المشتري ذلك ، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الإتفاق بينهما ، فلهذا شرط طلب المشتري .

---

( قــال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن باع عبد غيره بغير أمره ) صورته في الجــامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفه في رجل باع عبد رجل بغير أمر صاحبه فقال المشترى أرد البيع لأنك بعتني بغير أمر صــاحبه وجحد البائع ذلك ( وأقام المشترى البينة على إقرار البائع أو رب العبد ) أي وأقام البينة على رب العبد ( أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل بينته لمكان التنــاقض في الدعوى ) لأن صحة البينة عند صحة الدعوى ، وهنــا بطلت الدعوى ( إذ الإقدام ) أي لأن إقدام المشترى ( على الشراء إقرار منه على صحته ) أي صحة الشراء وأن البائع ملك البيع ( والبينة بينته على صحة الدعوى ) والدعوى غير صحيحة لما قلنا .

( وإن أقر البائع بذلك ) أي بأنه باعه بغير أمره عند القاضي أو عند غير القاضي إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر ( عند القاضي بطل البيع إن طلب المشترى ذلك ) أي إبطــال البيع ( لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ) ألا ترى أن من أنكر شيئاً ثم أقر بذلك صح إقراره ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة نافذ في حق الغير خاصة ( فللمشترى أن يساعده على ذلك ) أي يوافق البائع على إقراره ، فإذا ساعده ( فيتحقق الاتفاق بينهما ) فينفذ عليهما ( فلهذا ) أي فلأجل ذلك ( شرط طلب المشترى ) حتى يكون نقضاً باتفاقهما .

قال وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في يـــد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري .

---

ثم ذكر المصنف مسألة الزيادات نقضاً على مسألة الجامع الصغير بقوله ( قال ) أى المصنف ( وذكر في الزيادات ) في البـــاب الثالث من الكتاب ( أن المشترى إذا صدق مدعيه ) يوضحـــه رجل ادعى على المشترى بأن ذلك العبد له وصدقه المشترى في ذلك ( ثم أقـــام البينة على إقرار البائع أنه ) أى أن البيـع ( للمستحق ) أى هذا المستحق ( تقبل ) وإن تناقض في دعواه .

( وفرقوا ) أي المشايخ بين رواية الجامع الصغير والزيادات ( أن العبد فيهذهالمسألة) أي في مسألة الجامع الصغير ( في يد المشتري ) فيكون سالمـــاً له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيـع ، لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيـع (وفي تلك المسألة ) أي في مسألة الزيادات ( في يد غيره ) أن العبد المبيـع في يد غيره(وهوالمستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالماً للمشتري ) وها هنـــا لم يسلم فله الرجوع لوجدان شرطه . وقال الأتراري ولنا في هذا الفرق نظر ، لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري ، ولئن قلنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ ، لأن التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ، ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة ، والأولى ان يقال أن المشتري أقام البينة على قرار البائع أو رب العبد قبل البيـع في مسألة الجامع الصغير ، فلهذا لم تقبل البينة للتناقض في مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيـع ، فلم يلزم التناقض فقبلت البينة انتهى . وقد نقل الأكمل هذا بقوله قيل في هذا الفرق نظر إلى آخره .

ثم قال قال صاحب النهاية ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذه بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر وفيه نظر ، لان التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أنيكونالمشتري

قال ومن باع داراً لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة « رح » وهو قول أبي يوسف آخراً ، وكان يقول أولاً يضمن البائع وهو قول محمد « رح » وهي مسألة غصب العقار ، وسنبينه في الغصب إن شاء الله تعالى والله أعلم بالصواب

---

أقدم على الشراء ولم يعلم باقرار البائع لعدم الأمر ، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ، ومثل ذلك ليس بمانع ، وهذا الموضع موضع تأمل .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن باع داراً لرجل ) أي أعرضه غيره بغير أمره . وفي جامع فخر الإسلام ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب و كذبه المشتري ( وأدخلها المشتري في بنائه ) يعني قبضها ، وإنما قيد بهذا لأن المسألة هكذا وقعت ( لم يضمن البائع ) أي قيمة الدار إن أقر أنه غصب منه ( عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف آخراً وكان يقول أولا يضمن البائع وهو قول محمد ، وهي مسألة غصب العقار ، وسنبينه في الغصب ) أي في كتاب الغصب ( إن شاء الله تعالى ) والله القادر على ذلك .

فروع : عقدان موقوفان أجيزا وتوافقا كالبيعين ثبتا ، ولو تنافيا ثبت إقرارهما كالبيع والنكاح وإلا بطلا كالنكاحين . ولو اجتمع بيعان في عقد من فضوليين وأجيزا معاً أخذ كل واحد النصف أو ترك ، لأن كل واحد شرع في العقد على أن العبد كله له ، فإذا انتصف يجوز ، والبيع أحق من النكاح والإجارة والرهن ، حتى لو باعه فضولي والآخر رهنه أو آجره أو زوجه فأجازهما المولى جاز البيع وبطل غيره ، لأن البيع أقوى لأنه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره ، والكتابة والتدبير أحق من غيرهما ، لأنهما لازمة ، بخلاف غيرها ، والهبة والإجارة أحق من الرهن ، لأن الهبة تفيد ملك الرقبة والإجارة ملك المنفعة ولا كذلك الرهن والهبة أحق من الهبة في الدار ، فإن الهبة تبطل بها الشروع ويبقى البيع بلا مزاحم ، وفي العبد استويا لأن الهبة مع القبض يساوي البيع في إفادة الملك ، وكل واحد يأخذ بالنصب لأن هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة ، والله اعلم بالصواب .

# باب السلم

## ( باب السلم )

أي هذا باب في بيان احكام السلم . ولما فرغ من أنواع البيع التي لايشترط فيها قبض العوضين او أحدهما شرع في بيان مايشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو منزلة المفرد من المركب ، والمفرد مقدم . وقال الكاكي والهمزة فيه للسلب ، أي أزال سلامة الدراهم بالتسليم إلى مفلس في مؤجل ، او هو من التسليم ، لأن تسليم رأس المال فيه لازم ، وفيه تأمل . وفي الإيضاح السلم لغة عبارة عن **الاستعجال** والسلم والسلف ، يعني واحد وخص هذا النوع بهذا الإسم ، لأن شرعيته كانت لمعنى يخص رأس المال وهو استعجاله وتحصيله قبل وجود المبيع ، لأن الحاجة إليه .

وقيل سمي به لكونه معجلا على وقته ، فإن أوان البيع عند وجود المبيع المعقود عليه في ملك العاقد ، والسلم عادة إنما يكون فيما ليس بموجود في ملكه فيكون معجلا على وقته ، وكذا في الكافي . وقال صاحب التحفة السلم عقد يثبت الملك في الثمن عاجلا . وفي الثمن أجلا يسمى سلماً وإسلاماً وسلفاً وإسلافاً لما فيه من تسليم رأس المال للحال .

وفي عرف الشرع عبارة عن هـــذا أيضاً مع زيادة شرائط ، ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة . وقال الاكمل السلم في اصطلاح الفقهاء أخـــذ عاجل ، ورد بأن السلعة إذ بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ، ولو قبل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك ، وكـذا قال الأترازي فمن هذا عرفت قسما . وما قيل في بعض الشروح أن السلم أخذ عاجل بآجل ، لان السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم انتهى . قلت في كلام الأكمل نسبة الفقهاء إلى الخطأ . وفي كلام الأترازي نسبة بعض الشراح إليه ولا ينبغي هذا ، والظاهر أنه لم يقل هكذا أحد منهم ، وإنما هذا وقع هكذا تحريفاً من

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وانزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى ﴿يا أيهـــا الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة ،

---

النساخ الجهلة ، فاستمر النقل على هذا التحريف ، وإنمـا قالوا السلم أخذ آجل بعاجل فلا يرد عليه شيء . وركن السلم الإيجاب والقبول بأن يقول رجل لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة ، او قال أسلفت وقال الآخر قبلت ،ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضاً ، ويسمى الآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه . ولو قال المسلم إليه لآخر بعت منك كر حنطة هكذا وذكر شرائط السلم ينعقد أيضاً ، لأن السلم نوع بيع وشرائط تذكر عند قوله ولايصح السلم عندأبي حنيفة إلا بسبعة شرائط ، وحكمه ثبوث الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلاً بمقابلة ثبوت الملك في رأس العين أو الموصوف للمسلم إليه معجلاً بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس .

( السلم عقد مشروع بالكتاب، وهو آية المداينة ) وهو قوله تعالى ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة ، وهي أطول آية في القرآن يعني إذا تداينتم بدين مؤجل أي مؤجل إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوماً ، ومعنى تداينتم بدين إذا تداين بعضكم بعضاً ، يقال داينت الرجل إذا عاملته بدين معطياً أو أخذا كما تقول بائعة إذا بعته أو باعك . ( فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه قوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين ﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة) هذا رواه الحاكم في مستدركه في تفسير سورة البقرة عن أيوب عن قتادة عن أبي حسام الأعرج عن ابن عباس قال أشهد أن السلف المضمون الى اجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، قال الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾... الآيه ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

## وبالسنة وهو ما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم

و كذلك رواه الشافعي في مسنده ومن طريقه رواه البيهقي في المعرفة ورواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما وقال مخرج الأحاديث ورأيت بعض مصنفي زماننا اسندوا هذا الحديث إلى البخاري وهو غلط ولم يخرج البخاري في صحيحه لأبي حسام الأعرج شيئاً واسمه مسلم .

قوله أحل السلف المضمون أي المؤجل ، وهذا جاء في رواية اخرى أنه تعالى أحل السلف المؤجل ، وقيل أن السلف الواجب في الذمة . وقوله المضمون صفة السلف والسلف متميز لا مميز كما في قوله تعالى « النبيون الذين أسلموا » و كقولهم الحبشي الأسود والكافور الأبيض ، وهذا لأن المسلم فيه واجب في الذمة لامحالة . وقيل مميزه لأن السلف يطلق أيضاً على معنى آخر يقال سلف الرجل آباؤه الأقدمون . قوله وانزل فيه وفي بعض النسخ وأنزل فيها ، و كذا في نسخة شيخي العلاء . وقال الأترازي في السلف وإنما أنث الضمير على تأويل المداينة ، ومثل ذلك حاكما روى صاحب الجمهرة عن أبي حاتم الأصمعي قال أبو عمر بن العلاء سمعت أعرابياً يمانياً يقول لفلان لغوب جاءته كتابي فاحتقرها ، فقلت أتقول جاءته كتابي فقال أليس بصحيفة ، فقلت له ما اللغوب قال الأحمق .

( وبالسنة ) هو عطف على قوله بالكتاب ، أي ومشروع بالسنة ( وهو ما روي أنه عليه السلام ) أى أن النبي ﷺ ( نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم ) هذا غريب بهذا اللفظ . وقوله ورخص في السلم من تمام الحديث لامن كلام المصنف . وقال الكاكي هذا نقل الحديث بالمعنى ، ولفظ الحديث لاتبع ماليس عندك ، والصحابة رضي الله عنهم رووه بهذا اللفظ ، والمراد بما ليس عندك ماليس في ملكه ، فإنه لوكان في ملكه يجوز وإن لم يكن حاضراً إذا كان المشتري رآه قبل ذلك انتهى . قلت الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين فحديث النهي عن بيع ماليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح

والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه . ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه . قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم

---

ما لم يضمن ولا تبع ما ليس عندك . وقال الترمذي حديث حسن صحيح ، وأما الرخصة في المسلم فأخرجه الائمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قدم النبي ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم .

( والقياس وإن كان يأباه ) أي السلم أي جوازه ( ولكنا تركناه ) أي القياس ( بما رويناه ) وهو الحديث الذي ذكرنا الآن ( ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المسلم (١) فيه هو المبيع ) وفي اكثر النسخ إذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لايصح ، فبيع المعدوم أولى وأجدر وانعقد الإجماع على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة ، فانه يحتاج إليه الفقير والغني لأنه ربما لايكون عنده عين مال يبيعها وينفق على نفسها فيحتاج إلى أخذ السلم والغني يحتاج إلى أن ينفق على نفسه وعياله ، فيحتاج إلى الاسترباح يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان ، لأن الاعيان تشترى بمثل والدين بأقل يأكل منه فجوز باعتبار الحاجة .

( قال ) أي القدوري ( وهو ) أي السلم ( جائز في المكيلات ) يعني في كل كيلي ( والموزونات ) يعني في كل وزني ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن المنهال قال سمعت ابن عباس رضي الله عنهما ... الحديث ، وقد مضى الآن ، ورواه أحمد في مسنده بلفظ فلا يسلف إلا في كيل معلوم . قال البيهقي قال الشافعي رضى الله عنه معناه إذا أسلف أحدكم في كيل فليسلف في كيل معلوم وإن أسلف فليسلف

---

(١) إذ المبيع هو المسلم فيه — هامش .

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير ، لأنهما أثمـــان والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما . ثم قيل يكون باطلا . وقيل ينعقد بيعـــاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني ، والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك .

---

في وزن معلوم ، وإذا سمى أجلا فليسلم أجلا معلوماً .

( والمـراد ) أي مراد القدوري في قوله ( بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمناً ) لكونه مبيعاً ( فلا يصح السلم فيهما ) أي في الدراهم والدنانير ،صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس وغيره من المكيل والموزون في عشرة دراهم أو دنانير ، أما لو أسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لايجوز بالإجماع ، لأنه ربا . واختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير ، أشار المصنف إلى بيانه بقوله ( ثم قيل يكون باطـلا ) أي يكون السلم باطلا ، وهو قول عيسى بن إبان . وقال الكاكي هذا الاختلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غيرها من العروض . وفي المبسوط لو أسلم الحنطة في الذهب والفضة لايجوز عندنا ، وعند الشافعي في القدر يجوز ، وبه قال مالك بناء على أن النقد يصلح أن يكون مبيعاً عنده ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يصح مطلقاً ويـذكر ستة أصناف ، النوع واللون والجودة وانه حديث أو عتيق وصغار أو كبار ، وعندنا لايصح .

( وقيل ينعقد بيعاً ) وهو قـول أبي بكر الأعمش فعنده ينعقد بيعاً ( بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بقدر [1] الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني ) لا للألفاظ ( والأول ) وهو قول عيسى بن ابان ( أصح لأن التصحيح ) أي تصحيح العقد ( إنمايجب في محل أوجبـا ) أي البائع والمشتري ( العقد فيه ) وهو الدراهم والدنانير ( ولا يكن ذلك ) أى تصحيحه في محل آخر ، لأنهما لم يوجب العقد فيه .

---

(١) بحسب – هامش .

قال وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولا بد منهـــا لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ،

---

( قال ) أي القدوري ( وكذا ) أي يجوز ( في المذروعات ) ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة ( لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع ) أي طولاً وعرضاً ( والصفة والصنعة ولابدمنها ) أي من الصفات الثلاث ( لترتفع الجهاله فيتحقق شرط صحة السلم ) والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لأنه لايفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم . وفي المجتبى والقياس أن لايجوز السلم في المذروعات كالثيات والحصر والبواري لتعذر قبولها في الذمة، ولهذا لايضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر ، لكن ترك ذلك بإجماع الفقهاء، انتهى . وقيل الحقت المذروعات بالمكيلات والموزونات بدلالة النص ، لأن قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث يقتضي الجواز في المكيلات والموزونات باعتبار التسوية في التسليم على ماوصف في المسلم فيه ، والتسوية تتحقق في المذروعات فيجوز إلحاقها بها بطريق الدلالة .

فإن قيل إنما يجوز العمل بالدلالة إذا لم يعارضه عبارة النص ، وهاهنا عبارة قوله عليه أفضل الصلاة والسلام لا تبع ماليس عندك نافية لإلحاقها بهما ، لأن تلك العبارة لما خصصت بالكيلي والوزني بالحديث انحصر الجواز فيهما وبقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قـــوله عليه السلام لاتبع ... الحديث ، والمذروع فيما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة . قلنا هذا الذي ذكرته حجة عليك ، لأن العام من الكتاب إذا خص منه البعض لايبقى الباقي حجة أصلاً عند الكرخي ، فكيف في السنة ، وعلى القول المختار إن بقي حجة ولكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد ولاشك ان دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد ، فلم يكن . ذلك العام معارضاً للدلالة ، فبقيت الدلالة سالمة عن المعارض فيجوز السلم في المذروعات والعدديات الثابت بها مساوياً لما ثبت بالنص أو أقوى .

وفي الإيضاح جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان ، لأنها مصنوع العبد ، والعبد يصنع بالآلة ، فإذا اتخذ الآلة والصانع يتخذ المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت ، وذا يحتمل في المعاملات دون الاستهلاكات ، ألا ترى أن الأب إذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملاً ، ولو استهلك شيئاً يسيراً يجب عليه ضمانه .

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض، لأنه العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت. وبخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ويتفاوت الآحاد في المالية بعرف العددي المتفاوت. وعن أبي حنيفة «رح» أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية،

---

( وكذا ) أي وكذا يجوز السلم ( في المعدودات التي لاتتفاوت كالجوز واللوز والبيض، لأن العددي المتقارب ) وهو مالايتفاوت آحادها بالقيمة ويضمن بالمثل ( معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه، والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت ) فإن المسامحة تجري فيما بينهم في صغيرة وكبيرة، فإنك لاترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين، وإنما تفاوت إذا عد في المالية وذلك التفاوت يفوت بذكر النوع، ولهذا جوزوا السلم في الباذنجان والكاغد عدداً، وبه قال الشافعي، وفي شرح الطحاوي صغير البيض وكبيره سواء بعدان كان من جنس واحد. وقال الشافعي يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة والمتفاوت وزناً وهل يجوز كيلاً له، فيه وجهان. وقال في الجوز واللوز يجوز وزناً ولا يجوز كيلاً، وقال الأوزاعي في العدديات المتفاوت وبه مثل مذهبنا، واسمه عبد الرحمن بن عمرو. وفي وجيز الشافعية ولايكفي العد في المعدودات، بل لا بد من ذكر الموزون.

( بخلاف البطيخ والرمان، لأنه يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً ) فإنك ترى بطيخاً بدرهم وبطيخاً بدرهمين، وبين الضابط في معرفة المعدودي المتفاوت عن المتفاوت بقوله ( ويتفاوت الآحاد، في المالية بعرف العددي المتفاوت ) أى بتفاوت آحاد المعدودي في المالية دون الأنواع يعرف العددي المتفاوت وهو المروي عن أبي يوسف.

وأيد ذلك بقوله ( وعن أبي حنيفة أنه ) أي أن السلم ( لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ) وقال الاترازي وتفسير العددي المتفاوت ما نقل عن أبي يوسف

ثم كما يجوز السلم فيها عدداً ويجوز كيلا. وقـــال زفر « رح » لا يجوز كيلا لأنه عددي وليس بمكيل ، وعنه انه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت . ولنـــا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وإنما صار معدوداً بالإصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما . وكذا في الفلوس عدداً . وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا يجوز لأنها أثمان . ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل باصطلاحهما

---

ما اختلف آحاده في القيمة واختلف أجناسه ، فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلىء والادم والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمـــان والبطيخ والسفرجل ونحوها ، إلا إذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذع شيئاً معلوماً وطولاً معلوماً وغليظاً معلوماً وأتى بجميع شرائط السلم والتحف المتقاربة يجوز ، وكذا السلم في الجوالق والغدائر كذا في التحفة . وقال الكاكي والحد الفاصل بين التفاوت والمتقارب أن مـــا كان مستهلكة بالمثل يكون متقارباً وبالقيمة يكون متفاوتاً .

( ثم كما يجوز السلم فيه ) أي في العددي المتقارب ( عدداً ) أي من حيث العدد (يجوز كيلاً ) أي من حيث الكيل ( وقال زفر « رح » لا يجوز كيلاً ، لأنه عددي وليس بمكيل وعنه ) أي وعن زفر ( أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت ) في الآحاد .

(ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما ) أي باصطلاح المتعاقدين ، فلا يفضي إلى المنازعة في التسليم والتسلم ( وكذا ) أي كذا يجور السلم ( في الفلوس عدداً ) أي من حيث العدد وهو ظاهر الرواية ( وقيل هذا ) أي الجواب ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز ، لأنها أثمان) والثمن في السلم لا يجوز .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن الثمنية في حقهما ) أي في حق المتعاقدين ( باصطلاحهما ) لعـدم ولاية الغير عليهما ( فيبطل باصطلاحهما )أي ولهما إبطال اصطلاحهما،

ولا تعود وزنياً وقد ذكرناه من قبل ، ولا يجوز السلم في الحيوان . وقال الشافعي « رح » يجوز لأنه يصير معلوماً ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ، ولنا أن بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة

---

فإذا بطلت الثمنية بقي مثمناً يتعين بالتعيين فجاز السلم ( ولا تعود وزنياً ) هذا رد لقول محمد أنها بعد الكساد يعود وزنياً لأنها قطع صغار موزونة ( وقد ذكرناه من قبل ) أي في باب الربا في مسألة بيع الفلس بالفلسين .

( ولا يجوز السلم في الحيوان ) سواء كان دابة أو رقيقاً ، وبه قال الثوري والأوزاعي ( وقال الشافعي يجوز ) وبه قال مالك وأحمد إلا في الخلفات ، فإن الخلفة اسم لمجهول الحال ولمعاد الحيوان المطلق بلا صفة ، فيجوز بالإتفاق . قلت الخلفة بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام وبالفاء الحامل من النوق ، ويجمع على خلفات وخلائف ، وقد خلفت إذا حملت ، وأخلفت إذا حالت ( لأنه ) أي لأن الحيوان ( يصير معلوماً ببيان الجنس ) بأن قال ابل ( والسن ) بأن قال بنت مخاض أو جذع أو ثني ( والنوع ) بأن قال بختي أوعربي ( والصفة ) بأن قال سمين أو هزال ، يعني يضبط ماليته بهذه الاربعة والموصوف بمنزلة المرئي ( والتفاوت بعد ذلك ) أي بعد بيان هذه الاربعة ( يسير ) لقلته ( فأشبه الثياب ) في الجواز ، وقد ثبت ان النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل ، وانه عليه السلام استقرض بكراً وقضاه رباعياً ، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض .

( ولنا أن بعد ذكر ما ذكر ) أي من الجنس والسن والنوع والصفة ( يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة ) كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكياسة وحسن الشهرة والهلجة في الدواب وهي معنى سهل وشدة العدد ، فانك ترى عبدين متفقين في الاوصاف المذكورة مع ذلك يساوي أحدهما ألفاً والآخر

فيفضي إلى المنازعة، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد ، وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ، ويدخل فيه

---

ألفين ، قال الشاعر الارب :

فرد يعـــدل الالف زائـــد وألف تراهم لا يساوون واحداً

وهذه معـــاني لا تضبط بالوصف ، فبقي جهالة ( فيفضي إلى المنازعة ) فلا يجوز ( بخلاف الثياب ) جواباً عن قياس الشافعي السلم في الحيوان على في الثياب فأجاب بأن هذا القياس غير صحيح ( لانه ) أي لان الثياب ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور (مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد ) لان العبد إنما يصنع بآلة ، فـاذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع، ولا يتفاوت في المالية إلا يسيراً ، ولا يعتبر بذلك القدر والحيوان صنع الله تعالى ، وذلك يكون على ما يريده تعالى ، فقد كان على وجه لا يوجد له نظير ، وفي مثله لا يجوز السلم بالإتفاق .

والجواب عن حديث عمرو بن العاص أنـــه كان قبل نزول آية الربا ، أو كان في دار الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيها ، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات في دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ . والجواب عن الحديث الثاني انـــه لم يكن القرض ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنـــه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام عليه ، فكيف يجوز أن يفعل ذلك .

( وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان ) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه عن إسحاق بن إبراهيم بن حربي حدثنا عبد الملك الذماري حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان ، وقـــال الحاكم صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وقال ابن حبان اسحاق بن إبراهيم منكر الحديث جداً يـأتي عن الثقـــات بالموضوعات لا يحل كتب حديثـــه إلا على جهة التعجب ( ويدخل فيه ) أي في قوله في

جميع أجناسه حتى العصافير . قال ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها قال ولا في الجلود عدداً ،

---

الحيوان ( جميع أجناسه ) أي أجناس الحيوان ( حتى العصافير ) أي حتى يدخل العصافير أيضاً ، لا يقال النهي عن الحيوان في الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل محل النزاع ، لانا نقول أن محمد بن الحسن قد فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله عنهما دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيداً إلى عتريث بن عرقوب في قلائص معلومة ، وقال ابن مسعود اردد مالنا ، لا نسلم أموالنا في الحيوان ، فعلم أن عدم جواز السلم في الحيوان لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف، لأن القلائص كانت معلومة ، فكان المنع لكونه حيواناً لا يقال في كلام المصنف تسامح ، لان الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير ، لان ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب ، بل من حيث جواب الخصم ، وأما الدليل على ذلك فهو السنة .

فان قلت السلم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس التفاوت من العصافير غير معتبر ، فينبغي أن يجوز السلم فيها ، قلنا العبرة في المنصوص لعين النص لا للمعنى ، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان ، كذا في الكافي .

( قال ) أي القدوري ( ولا في أطرافه ) أي ولا يجوز السلم أيضاً في أطراف الحيوان ( كالرؤوس والاكارع ) وهو جمع كراع الشاة والبقر ، ويجمع على كراع أيضاً ( للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها ) أي لا مقدر له لاختلافها بالصغر والكبر والسمنى والهذال ، وتذكير الضمائر باعتبار المذكور ، وبقولنا قال الشافعي في الاظهر .

( قال ) أي القدوري ( ولا في الجلود عدداً ) أي لا يجوز السلم في الجلود أيضاً من حيث العدد لانها عددية ، وفيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها إلى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزناً لقيده عدداً ،لان معناه أنه عددي فحيث لم يجز عدداً لم يجز وزناً بالطريق الاولى ، لانه لا يوزن عادة وبه قال الشافعي « رح » في الاظهر ، وقال مالك وأحمد في

ولا في الحطب حزمـــاً ، ولا في الرطبة جرزاً للتفاوت ، إلا إذا عرف ذلك بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة

---

قول يجوز السلم في الجلود والرؤوس والاكارع عدداً أو وزنـــاً . وفي الذخيرة ولو بين للجلود ضرباً معلوماً يجوز السلم فيه ( ولا في الحطب حزماً ) أي ولا يجوز السلم أيضاً في الحطب من حيث الحزم وهو جمع حزمة ، قال في الجمهرة كل شيء جمعته كالاضبارة فقد حزمته ، ومنه سميت حزمة الحطب ، وإنما لا يجوز لكونه مجهولاً من حيث طولـــه وعرضه وغلظه ، فان عرف ذلك جاز ، كذا في المبسوط ( ولا في الرطبة جرزاً ) أى ولا يجوز السلم أيضاً في الرطبة من حيث الجرز بضم الجيم وفتح الراء بعدها الزاي، أى جمع جرزة وهي أي الحزمة والرطبة الاسفيست ، والجمع رطاب قاله في المغرب ، وهي التي تسميها أهل مصر برسيما ، وأهل البلاد الشمالية مسخا . وفي الشامل لا خير في السلم في الرطبة لأنها تباع حزماً ويجوز في القت لأنه يباع وزنا . وفي المبسوط ولايجوزأوقاراً، أي أحمالاً للجهالة ( للتفاوت ) أي لأجل التفاوت في عـــدد الجلود وحزم الحطب وجرز الرطبة .

( إلا إذا عرف ذلك ) هذا الاستثناء متعلق بمسألة الرطبة جرزاً ، لأن مـــا بعده من كلام المصنف يدل على ذلك لا يخفى على المتأمل . قوله عرف يجوز فيه التخفيف والتشديد، فعلى التخفيف يكون على صيغة المجهول ، ويكون قوله ذلك في محل الرفع ، وهو إشارة إلى ما ذكر من الجرز . وأما على التشديد من التعريف فعلى صيغة المعلوم والفاعل فيه فهو الضمير الذي يرجع بالقرينة إلى المسلم إليه ، ويجوز أن يرجع إلى رب السلم ويكون قوله ذلك حينئذ في محل النصب على انه مفعول عرف . ثم بين المصنف رحمـــه الله وجه التعريف بقوله :

( بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة ) وكلمة أن مصدرية ، أي بيان طول ما يشد به الحزمة ، ولفظ يبين أيضاً يحتمل الوجهين المعلوم والمجهول بحسب الوجهين المذكورين في عرف ، فعلى كون عرف مجهولاً يكون لفظ يبين مجهولاً أيضاً ، وعلى كونه مشدداً معلوماً يكون يبين أيضاً معلوماً ، والضمير في يرجع إلى رب السلم أو المسلم إليـــه كما

انه شبر أو ذراع، فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت.

قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز. وقال الشافعي يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه.

---

ذكرنا الآن في عرف وقوله ( أنه ) بفتح الهمزة يدل على قوله طول وقوله ( شبر ) مرفوع لأنه خبر أن، وقوله ( أو ذراع ) عطف عليه، وقوله ( فحينئذ ) أي حين يبين طول ما يشد به الحزمة من كونه قدر شبر أو قدر ذراع ( يجوز ) أى السلم ( إذا كان ) أى تشدد الحزمة ( على وجه لا يتفاوت ) أى ما يشد، أما إذا كان يتفاوت كالشوك ونحوه فلا يجوز لافضائه إلى المنازعة، ولم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضوع كما ينبغي فبحمد الله حررناه كما هو المطلوب.

( قال ) أى القدوري ( ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل ) حاصل هذا أنه يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما ( حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس ) فإن كان موجوداً عند العقد ومنقطعاً عند المحل ( أو منقطعاً ) أى أو كان منقطعاً ( فيما بين ذلك ) أى فيما بين وقت العقد ووقت المحل ( لا يجوز ) أى السلم عندنا ولعل المسألة أن السلم في المنقطع لا يجوز عندنا.

( قال الشافعي يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة ) فإنه يقول يشترط أن يكون وجوباً عند المحل فحسب، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق. وقال الكاكي والشافعي يعتبر وجوده عند المحل ومالك عند العقد وعند المحل، ولا ينقطع الانقطاع فيما بين ذلك (وله ) أي الشافعي ( انه ) أي ان المسلم فيه ( على التسليم حال وجوبه ) وهو زمان حلول الأجل والمعجزة، قيل ذلك لا يعتبر لانه ليس بأوان توجيه المطالبة.

ولنا قوله عليـــه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بـــد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل . ولو انقطع بعد المحل فرب

---

(ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ (لاتسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها) وهذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل ، قـال قلت لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما ... الحديث ، وفي آخره ولا تسلفوا في نخل حتى يبـدو صلاحها ، انتهى . وقال المنذري في اسناده رجل مجهول ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود وقال اسناده منقطع . وأخرج الطبراني في الاوسط حديثـــاً عن أبي هريرة وفي آخره ولا تسلموا في ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها العاهة ( ولان القدرة على التسليم ) أي على تسليم المسلم فيه ( بالتحصيل ) أي تحصيل المسلم فيه ( فلا بـــد من استمرار الوجود ) أي وجود المسلم فيه ( في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ) ولا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع . وقول الشافعي القدرة على التسليم عنـــد المحل موجودة . قلنا إنما تكون القدرة حينئذ موجودة إذا بقي العاقد حياً إلى ذلك الوقت ، وفي بقائه حياً شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك .

فان قال الاصل هو الحياة وما يثبت ينفي إلى أن يوجد دليل الزوال . قلنـا الاصل يعتبر لإبقاء ما كان على ما كان ، والقدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الأصل لاثبات شيء يوجد في المستقبل . وقال الولوالجي في فتاواه وحد الانقطاع ما قاله الفقيه أبو بكر البلخي أن لا يوجد في سوقه الذي يخبز يباع فيه ، وإن كان قد يوجد في البيوت . وفي مبسوط أبي اليسر ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد فيه ، لأنه لا يمكن احضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجد بسجستان .

( ولو انقطع بعد المحل ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري أراد أن المسلم فيه كان موجوداً من وقت العقد إلى وقت المحل ثم انقطع بعد المحل ، أي بعد حلول الأجل (فرب

السلم بالخيار إن شـــاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده ، لأن السلم قد صح والعجز الطارىء على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض. قال[1] ويجوز السلم في السمك المالح

السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم ) ويأخذ رأس المال ( وإن شـــاء انتظر وجوده ) أي وجود المسلم فيه ( لأن السلم قد صح ) ولكنه قد عجز عن التسليم ( والعجز الطارىء على شرف الزوال ) فيتخير العاقد ( فصار ) حكم هذا ( كإباق المبيع قبل القبض ) في بقاء العقد ، وبقولنا قال الشافعي في الأصح . وقال زفر يبطل العقد وبه قال الشافعي في قول وهو رواية عن الكرخي ويسترد رأس المال للعجز عن التسليم ، فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في بيع العين . وقال الأكمل رحمه الله وفي قوله والعجز الطارىء عن التسليم على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه في هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع ، وكذلك ها هنـــا . ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة ، فيكون القياس فاسداً .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ويجوز السلم في السمك المالح ) قال الكاكي السمك المالح بالفارسية - ما هي خشك - وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقـدر الذي فيه ملح ، ولا يقال سمك مالح إلا في لغة روية ، ولكن قال الشاعر :

بصريـــة تزوجت بصريـــا      أطعمهـــا المـــالح والطريا

وقال الإمام الزرنوجي[2] وكفى بذلك حجة للفقهـــاء . قلت قال ابن دريد سمك

---

(١) « نسخة » قال ولا خير في المسلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلومـــاً وضرباً معلوماً لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منهم وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده - هامش .

(٢) في الأصل الزرنوخي ، والصحيح أنـــه بالجيم كما ورد في معجم المؤلفين ، اهـ مصححه .

وزنا معلوماً وضرباً معلوماً لأنـــه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت قال ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزناً معلومـــاً وضرباً معلوماً ، لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقاً ، وإنما يجوز وزناً لا عدداً لمـــا ذكرنا . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده

---

وملح مليح ولا فلتلار [1] تلتفتن إلى قول الآخر يطعمها المالح والطريا ذلك مولد لا يؤخذ بلغته . وقال في ديوان الأدب ملح القدر طرح الملح فيها بقدر ، فعلى هذا يجوز أن يقال سمك مملوح ( وزناً معلوماً ) أي من حيث الوزن المعلوم ( وضرباً معلوماً ) أي من حيث الضرب ، أي النوع المعلوم ( لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو ) أي لأن السمك ( غير منقطع ) عن الوجود .

( ولا يجوز السلم فيه ) أي في السمك ( عدداً ) أي من حيث العدد ( للتفاوت ) أي لتفاوت آحاده ، فان قيد الصغير والكبير . وقال صاحب التحفة فأمـــا السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن أصحابنا في الأصل والنوادر ، والصحيح من المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغار وزناً وكيلاً ، ويستوي فيه المالح والطري في حينه ، وأما الكبار ففيه روايتان عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيفما كان . وفي رواية أبي يوسف في كتاب الأمالي عنه أنه لا يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم . وفى رواية أخرى عنهما لا يجوز ، بخلاف اللحم . وقال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة لا يجوز السلم في السمك الطري . إلا أن يكون في حينه ضرباً معلوماً ، قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله تعالى ، قال

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل .

قال ولا خير في السلم في اللحم عنـــد أبي حنيفة . وقالا إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز ، لأنه موزون مضبوط الوصف ، ولهذا يضمن بالمثل

---

بعض الناس هذا الحرف خطأ يعني قوله فى حينه ، لأن السمك صيد والصيد لا يكون له حين ففى كل وقت يمكن صيده ، ثم قال الصحيح ما ذكره فى الكتاب ، لان صفـــة الانقطاع أن لا يوجد فى الأسواق والسمك الطري ربما يوجد فى السوق ، ربمـا لا يوجد فان السلم فى وقت يوجد فى السوق جاز السلم ، وإن أسلم فى وقت لا يوجد فى السوق لا يجوز .

( قال ولا خير في السلم فى اللحم ) أي لا يجوز السلم فى اللحم ( عند أبى حنيفة رضى الله عنه ) وعن العلامة شمس الائمة الكردري رحمه الله أن المجتهد إذا استخرج حكما بالرأي ، فان كان فى حيز عـــدم الجواز يقول لا خير ، وإن كان فى حيز الجواز يقول لا بأس تحرزاً عن القطع فى حكم الله تعالى بالرأي . وفى المبسوط وإنما قال لا خير لأنه مختلف فى قول أبى حنيفة . وقال الأكمل خير نكرة وقعت فى سياق النفى فيفيد نفى أنواع الخبر بعمومه ، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة .

( وقالا ) أي وقال أبو يوسف ومحمد ( إذا وصف ) أي رب السلم ( من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز ) يعني إذا بين جنسه ونوعـــه وصنفه وموضعه كشاة خصى لشىء سمين من الجنب أو الظهر ماية من ربه ، قال الشافعى « رح » فى الحقائق والعيون والفتوى على قولهما ( لأنه ) أى لأن اللحم ( موزون ) فى عادة الناس ( مضبوط الوصف) ببيان هذه الاشياء . وفى المبسوط قيل لا خلاف بينهما وبين أبى حنيفة ، بل جواب أبى حنيفة فيما إذا أطلق السلم فى اللحم ومما لا يجوز أن ذلك أيضاً وجوبهما فيما إذا بينـــا موضعاً معلوما ، وأبو حنيفة يجوز ذلك أيضا ، والاصح أن الخلاف ثابت وأن عنده لا يجوز السلم وإن بين موضعا معلوما ، وعندهما يجوز إذا بينا موضعا معلوما ( ولهذا ) أى ولاجل كونه موزونا مضبوط الوصف ( يضمن بالمثل ) فى زمان العدوان إذا أتلفه الغاصب يضمن المثل وزنا وما فيه من العظم غير مانع لجوازه لأنه ثابت بأصل الخلقـــة

ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل، بخلاف لحم الطيور، لأنه لا يمكن وصف وموضع منه وله أنـــه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع

---

كالنوى فى التمر، وهذا يجوز السلم فى الإلية وإن كانت لا تخلو عن أدنى عظم، ويجوز السلم فى الشحم والإلية بالإجماع، لانه موزون معلوم الوصف ( ويجوز استقراضه ) أى استقراض اللحم ( وزنا ) أى من حيث الوزن ( ويجرى فيه ربا الفضل ) بعلة الوزن ( بخلاف لحم الطيور ) فانه لا يجوز السلم فيه ( لانه لا يمكن وصف موضع منـــه ) لقلة لحمه .

( وله ) أى ولابي حنيفة ( أنه ) أى ان اللحم ( مجهول للتفـــاوت فى قلة العظم وكثرته ) فيؤدى إلى المنازعة ( أو فى سمنه ) اى للتفاوت فى سمنه ( وهزاله ) لأن هذا يختلف(باختلاف فصول السنة ) وبقلة الكلأ وكثرته ( وهذه الجهالة ) أشار به إلى الجهالة فى الوجهين(مفضية إلى المنازعة ) والمفضى إلى المنازعة مانع ( وفى مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني ) وهو وجه الثمن والهزال . قال صاحب المختلف وهو رواية أبى شجاع عن ابى حنيفة ( وهو الأصح ) أى وهذا الاصح ، لانه لا يجوز ان يكون الحكم حلالاً بعلتين ولا يلزم من انتفاء إحدى العلتين انتفاء الحكم ( والتضمين بالمثل ممنوع ) هذا جواب عن قولهما ، ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم ، فالمثل أعدل من القيمة ، لأن فيـــه رعاية الصورة والمعنى .

وقال الإمام ظهير الدين كان والذي يقول إن كان اللحم نضيجا فهو من ذوات القيم ، وإن كان نيئاً ففيه روايتان . وذكر في الجامع الكبير ولو أن رجلا غصب من رجل لحمـاً فشواه ثم جاء إنسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب ، وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمـد في

وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل أعـــدل من القيمة ، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته ، أما الوصف فلا يكتفى به. قال ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً . وقـــال الشافعي يجوز حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم .

---

هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم ، نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلي إلا في هـذا الموضع ، يعني في الجامع الكبير ، ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ، ثم قـال ورأيت وسط غصب المنتفي روى أبو يوسف عن أبي حنيفـــة إذا استهلك لحماً كان عليه قيمته .

( وكذا الاستقراض ) أي ممنوع أيضاً وزناً ( وبعد التسليم ) أي وبعـــد تسليم الجواز في التضمين بالمثل ( فالمثل أعدل من القيمة ) لأن الأصل في ضمان العدوان المماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى ، فيكون أعدل من القيمة لأنهـا مثل معنى لا صورة ( ولأن القبض ) يعني في الاستقراض ( يعاين ) فيقبض حالاً فترتفع الجهالة فلا تفضى إلى المنازعة ، وهو معنى قوله ( فيعرف مثل المقبوض به في وقته ) لأن القبض محسوس معاين ( أما الوصف فلا يكتفى به ) أي السلم يقع على الموصوف في الذمة ، ولا يكتفى بالوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل ، فلا يكتفى به لبقاء الجهالة المفضية إلى المنازعة .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز السلم إلا مؤجلا ) يعني السلم الحال وهو السلم بغير أجل لا يجوز عندنا ، وبه قال مالك وأحمد ( وقال الشافعي يجوز حالاً ) وفي بعض النسخ وقال الشافعي يجوز أي السلم بدون الأجل ، وبه قال عطاء وأبو ثور واختاره ابن المنذر . وصورة السلم الحال أن يقول أسلمت عشرة في كر حنطة ولم يـــذكر الأجل ( لإطلاق الحديث ) وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ( ورخص في السلم ) فالنبي ﷺ أجاز السلم مطلقاً ، فاشتراط التأجيل زيـــادة على النص .

ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما روينا ، ولأنه شرع رخصة دفعــا لحاجة المفاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ، ولو كان قادراً على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي

---

( ولنا قوله عليه السلام إلى أجل معلوم فيما روينا ) يعني في أوائل الباب وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وقد مر الكلام فيـه هناك . وقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم الأجل كما ترى .

فإن قيل معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم ، وبـه نقول ، والحصر ممنوع ، وحينئذ لم يبق مفيداً فيحمل عليه المطلق ، والدليل على ذلك قوله في كيل معلوم ووزن معلوم فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد ، فكان معنــاه في كيل معلوم إن كان كيلياً ، ووزن معلوم إن كان وزنياً فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلا. الجواب أن قضية العقد كفت مؤنة التمييز ، فلا حاجة إلى التقدير ، لأنه خلاف الأصل سلمناه ، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله ولا لضرورة في التقدير في الأجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيحتمل التقدير لأجله ، لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحــال ، على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل .

( ولأنه ) أي ولأن السلم ( شرع رخصة دفعــاً لحاجة المفاليس ، فلا بد من الأجل ليقدر ) أي المسلم إليه ( على التحصيل ) أي تحصيل المسلم فيه ( فيه ) أي فيه الأجل الذي عيناه ليحصل ( فيسلم ) أي المسلم إليه بعلم المسلم فيه ( ولو كان قــادراً على التسليم ) في الحال لم يوجد المرخص ، لأن الرخصة شرعت لعذر مع قيام المانع وهو بيع المعدوم والعذر هو العجز عن التسليم ، ولو قدر على تسليمه ( لم يوجد المرخص) فيه وهو عجز المسلم إليه ( فبقي على النافي ) وهو قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك .

فإن قيل لو كانت شرعية السلم دفعا لحاجة المفاليس لكان اختص بحــالة الإفلاس ، لأنه يثبت على خلاف القياس فيقتصر عليه وليس كذلك ، ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة

قال ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والاجل أدناه شهر ، وقيل ثلاثة أيام ، وقيل أكثر من نصف اليوم

---

سلما وعنده أكرار حنطة . قلنا إن الشيء لا يباع سلما إلا بإدنه الثمنين والتاجر لا يبيع إلا للربح ، فذاك البيع بأدنى التمييز على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الربح ولا عجز إلا بأن يجعل ما عنده مستغرقا لحاجته ، ولأن حقيقة العدم أو باطني لا يمكن الوقوف عليه حقيقة ، والشرع بنى هذه الرخصة على العدم ، فيبنى على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل العدم . والجواب عن الحديث الذي استدل به الشافعي أنه يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ، ونحن نقول به ، ولكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه إن كان قادراً انتفت الضرورة وإن لم يكن قادراً انتفى الغرض والمقصود .

فإن قلت معاوضة محضة فلا يكون التأجيل فيها شرطا كما في بيوع الأعيان . قلت يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم ، فإنه يشترط الأجل فيها ويبطل أيضا بالسلم المعدوم .

( قال ) أي القدوري (ولا يجوز ) أي السلم ( إلا بأجل معلوم لما روينا ) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث ، وفيه إلى أجل معلوم وقد مر في أوائل الباب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك يجوز الأجل إلى الحصاد لعدم إفضائه إلى المنازعة غالبا ( ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع ) فيفسد العقد بها ( والأجل أدناه شهر ) قال صاحب التحفة لا رواية عن أصحابنا في المبسوط في مقدار الأجل ، واختلفت الروايات عنهم ، والأصح ما روي عن محمد أنه مقرر بالشهر ، لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل ( وقيل ثلاثة أيام ) أي أدنى المدة ثلاثه أيام ، وهو قول الشيخ أبي جعفر أحمد ابن أبي عمران الشيخ الطحاوي اعتباراً للأجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره ثلاثة أيام ، وهو رواية عن محمد . وفي شرح المجمع وهذا ليس بصحيح ، لأن الثلاث هناك أقصى المدة وأدناه غير مقدر ، وهكذا في الإيضاح (وقيل أكثر من نصف اليوم) وبه قال أبو بكر الرازي وبعض أصحاب زفر رحمه الله ، لأن المعجل ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل

والاول أصح . ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه، معناه لا يعرف مقداره ،لانه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل . ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً ، فإن كان مما

---

ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم . وفي الذخيرة عن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في التأجيل فيه، فإن كان قدر ما أجل أحد يؤجل مثله في العرف والعادة يجوز السلم ( والاول أصح ) أي تقدير أجل بشهر هو الاصح . وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة ، والصحيح ما رواه الكرخي أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه ) وقال المصنف ( معناه لا يعرف مقداره ) يعني إذا كان لا يعرف مقدار المكيال والذراع لا يجوز ( لانه يتأخر فيه التسليم ) أي تسليم المسلم فيه ( فربما يضيع ) لجواز الهلاك فيعجز عن التسليم ( فيؤدي إلى المنازعة ) وفي شرح الطحاوي ولم أعلم قدره بملء هذا الإناء لم يجز إذا كان لا يدري كم يسع فيه ، بخلاف بيع العين ، فإنه إذا قال بعت منك من هذه المصبرة بملء هذا الإناء بدرهم يجوز ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز ببيع العين أيضا ، ولا يدري كم يسع في الإناء وقيل هذا إذا كان الإناء من حديد أو خشب أو خزف أو ما أشبه ذلك فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فأما إذا كان الإناء يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجوالق والقرارة وما أشبه ذلك فإنه لا يجوز ببيع العين أيضا ، إلا أن أبا يوسف استحسن قرب الماء وإجازة ، وإن كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء هذه القربة وعليها جاز البيع فيه ( وقد مر من قبل ) أي في أول كتاب البيوع في مسألة ويجوز البيع بإناء معينة .

( ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا ، فإن كان مما

ينكبس بالكبس كالزنيـــل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كـــذا روي عن أبي يوسف . قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم ، وإليه أشار عليه السلام ، حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه

---

ينكبس ) من كبس النهر أي طمه ( بالكبس كالزنبيل ) بكسر الزاي وسكون النون وكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف وباللام ، ويقال الزنبيل بـدون النون كذا في بعض النسخ ، وفي المغرب والصحاح والزنبيل بالفتح بدون التشديد وبالكسر مع التشديد ، لأنــه ليس في كلام العرب فقيل بالفتح ( والجراب ) بكسر الجيم ( لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كذا روي عن أبي يوسف ) وقــد مر بيانه الآن .

( قال ) أي القدوري ( ولا في طعام قرية بعينها ) أي ولا يجوز السلم في طعـام قرية بعينها لاحتمال الإنقطاع عنها ( أو ثمرة نخلة بعينهـا ) ولا يجوز السلم أيضا في ثمرة نخلة بعينها ( لانه قد يعتريه ) أي تصيبه ( آفة سماوية فلا يقـدر )حينئذ ( على التسليم ، وإليه ) أي إلى هذا المعنى ( أشار عليه السلام ) أي أشار النبي ﷺ ( حيث قال أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ) هذا الموضع يحتاج إلى تحرير شاف ولم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع كما ينبغي ، والمصنف استدل بهذا الحديث لما ذكره القدوري وليس بمستقيم ، لان هذا الحديث بهذا اللفظ ورد في البيع كما أخرجه البخاري ومسلم عن حميد عن أنس رضي الله عنـه أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل تزهو . فقلت لانس ما زهوها ، قال تحمر وتصفر أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك ، ولم يعرف ورود هذا الحديث في السلم .

وقال الاترازى وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز السلم في طعام من موضع بعينه ، لانه ورد فيه الخبر وهو ما روى عن النبي ﷺ أنه سئل عن السلم في ثمر فلان فقـال

ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس بـــه على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة . قـال ولا يصح السلم عند أبي حنيفة « رح » إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنـــا حنطة أو شعير ، ونوع

---

أما من ثمر حائط فلان فلله ، أرأيت لو أذهب الله ثمره فبم يستحل أحدكم مـال أخيه ، فنهى عن ذلك ، انتهى ، ولم يبين من الذى رواه من الصحابة ومن الذى استخرجه من أصحاب الصحاح أو السنن ، أفيرضى الخصم بذلك .

فإن قلت في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه أيضا ان النبي ﷺ قال إن لم يثمرها الله فبما يستحل أحدكم مال أخيه ، فهل يؤخذ باطلاق هذا اللفظ فيدخل فيه السلم أيضا. قلت الظاهر أنه يصرف إلى البيع ولا يؤخذ منه السلم ، لان الروايتين أعني الاولى التي رواهـا حميد وهـــذه الرواية حديث واحد وردوه في البيـع . قولـه أرأيت معناه أخبرني .

( ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة ) أى لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيـه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان ، لان المراد الجودة ( لا بأس به على ما قالوا ) أى على ما قال المشايخ ( كالخشمراني ) أى كالحنطة المنسوبة إلى الخشمران بضم الخاء وسكون الشين المعجمتين وضم الميم وبالراء وفي آخره نون ، وهي قرية من قرى بخارى ، ونبه عليه المصنف بقوله ( ببخارى ) وبخارى مدينة مشهورة بما وراء النهر ( والبساخي ) أي وكالحنطة المنسوبة إلى بساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين المهملة وبعد الألف خاء معجمة ، وهي قرية من قرى فرغانة نبه عليـه بقوله ( بفرغانة ) بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة وبعد الألف نون مفتوحة وهاء ، وهي بلدة وراء الشاش ، وشاش بالمعجمتين مدينة وراء جيحون .

( قال ) أي القدوري ( ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط ) وفي بعض النسخ بسبعة ، والأصح هو الأول ( جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير ) والثاني ( ونوع

معلوم كقولنا سقية أو بخسية ، وصفة معلومة كقولنا جيد ورديء ، ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف ، أو كذا وزناً وأجل معلوم . والاصل فيه ما روينا ، والفقه فيه ما بينا . ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود ،

---

معلوم كقولنا سقية ) أي سقيته ، وفي المغرب السقية ما يسقى سحا ( أو بخسية ) بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر السين المهملة وتشديد الياء آخر الحروف وبالهاء ، وهي الحنطة المنسوبة إلى البخس ، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء . والثالث هو ما ذكره بقوله ( وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء ) وأشار إلى الرابع بقوله ( ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف ، أو كذا وزناً ) وأشار إلى الخامس بقوله ( وأجل معلوم ) وهذه خمسة متفق عليها ، فلذلك ذكرها مقتصراً عليها ولم يذكر السادس والسابع عقيب هذه الخمسة للاختلاف فيها ، وذكرهما بعد بعض ألفاظ وبين الخلاف فيهما .

( والأصل فيه ) أي في اشتراط الشرائط المذكورة ( ما روينا ) وهو قوله عليه السلام من أسلم منكم ... الحديث وقد مضى ( والفقه فيه ما بينا ) أي الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ( ومعرفة مقدار رأس المال ) هذا هو الشرط السادس من الشروط السبعة التي شرطها أبو حنيفة وهو عطف على قوله وأجل معلوم . وقوله والأصل فيه ما روينا والفقه ما بينا جمل معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه . وقيد بقوله ( إذا كان ) أي رأس المال ( يتعلق العقد على مقداره ) احترازاً عما لا يتعلق العقد بمقداره كالمذروعات ، فانه يجب فيه بيان مقداره عند أبي حنيفة وعندهما أيضاً ، وهو قول مالك وأحمد أيضاً ، وبه قال الشافعي في قول ، وبين قوله إذا كان العقد يتعلق بمقداره ( كالمكيل ) من المكيلات ( والموزون ) من الموزونات ( والمعدود ) من المعدودات ، ووجب في كل منها إعلام مقداره وإن كان مشار إليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي

وتسمية المكان الذي يوفيه فيـــه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينـــا ، ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد ، فهاتان مسألتان . ولهما في الاولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والاجرة ، فصار كالثوب

---

في قول ، وهو مروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وقول الفقيه من الصحابـة رضي الله عنهم مقدم على القياس .

( وتسمية المكان ) هو الشرط السابع وهو عطف على قوله ومعرفة مقدار رأس المال ( الذي يوفيه ) أي المسلم ( فيـــه ) أي في المكان ( إذا كان له حمل ) بالفتح ذكره في المغرب ، وهو مصدر حمل الشيء يعنون به ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر واجرة حملا ( ومؤنه ) أي كلفة ، وهذا أن الشرطان من السبعة عند أبي حنيفة ، وبه قـال الشافعي « رح » في وجه .

(وقالا) أي أبو يوسف ومحمد «رح» ( لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ) أي إذا كان مشاراً إليه لا يحتاج إلى تسمية قدره ( ولا ) أي ولا يحتاج أيضاً ( إلى مكان التسليم ) أي إلى بيان مكان تسليم المسلم فيه ( ويسلمه ) أي المسلم إليه المسلم فيـــه ( في موضع العقد ) وبه قال أبو حنيفة أولاً والشافعي « رح » في الأصح واختـــاره المزني . وقال أحمد لا يجب ذكر بيـــان مكان الإيفاء ولو ذكره فهل يبطل السلم عنه روايتان ( فهاتان مسألتان ) أي المسألتان اللتان فيهما اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد « رح » ( في الأولى ) أي في المسألة الأولى ، وهي إعلام مقدار رأس المال ( أن المقصود ) أي من إعلام مقدار رأس المال القدرة على التسليم وهي ( يحصل بالإشارة ) إلى العين ، فيغني ذلك عن الإعلام بالقدر ( فأشبه الثمن ) يعني في البيع ( والاجرة ) يعني في الاجارة يعني إذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيـــع أو أجرة في الإجارة ، وأشار إليهما جاز ، وإن لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي أن يكتفي بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً ( وصار كالثوب ) أي وصار هـــذا كما إذا كان

وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي ،

---

رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه يكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعانه .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً ) ثابت لفظ بعضها ليس له وجه ، لأن المراد إذا وجد بعض رأس المال زيوفاً ( ولا يستبدل في المجلس ) أي في مجلس الرد ( فلو لم يعلم قدره ) وفي بعض النسخ فلو لم يعرف قدره ، أي قدر رأس المال ( لا يدري في كم بقي ) بعد إخراج الزيوف وإذا كان معلوماً بوزن الزيوف ، فيعلم في كم انتقص ، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه ، لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ، ولا يستبدل له في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فاذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص السلم، وفيكم بقي فجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، وهكذا إذا استحق بعض رأس المال ينفسخ العقد بقدره ( أو ربما ) إشارة إلى وجه آخر لفساده ( لا يقدر ) أي المسلم إليه ( على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال ) لأنه ليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله ، وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك . فان قيل ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص .

أجاب المصنف رحمه الله عن ذلك بقوله ( والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه ) أي لشرع السلم ( مع المنافي ) إذ القياس يخالفه ، ألا ترى انه إذا أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك المكيال وجوده إلى الجهالة .

فان قيل هذا اعتبار لشبهة الشبهة ، وذلك أن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة واحتمال ، لانه يحتمل أن لا يجد زيوفاً وهو الظاهر ، وبعد وجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل ، والمعتبر الشبهة دون النازلة عنها وهي شبهة الشبهة .

بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبا ، لان الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما . ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ،

---

قلنا هذه شبهة واحدة لأن كلاً منهما مبني على وجوده زيوفاً فكان شبهة واحدة فيعتبر .

( بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً ) هذا جواب عما قاسه عليه الثوب وتقريره أن الثوب الذي جعل رأس المال الذي قاسا المتنازع فيه عليـــه لا يصح ( لأن الذرع وصف فيه ) أي في الثوب المعين ( لا يتعلق العقد على مقداره ) ولهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً ، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وليس كلامنا في ذلك ، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياسا بالفارق ولم تجب على الثمن والأجرة أن الدليل تتضمن ذلك ، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد .

( ومن فروعه ) أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ( إذا أسلم في جنسين ) بأن قال أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير ، أو في ثوبين مختلفين ( ولم يبين رأس مـــال كل واحد منهما ) فعنده لا يجوز ، وعندهما يجوز ( أو أسلم من جنسين ) بأن قال أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة ، وهذه الدنانير أو على العكس ( ولم يبين مقدار أحدهما ) أي الدنانير أو الدراهم العشرة ، وهذا فعند أبي حنيفة لا يجوز ، وعندهما يجوز لما أن إعلام رأس المال شرط عنده والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفة الحزر فلا يكون مقدار رأس كل واحد منهما معلوماً ، وكذلك في المسألة الثانية كذا في المبسوط .

( ولهما ) أي ولأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( في الثانية ) أي في المسألة الثانية ( أن مكان العقد يتعين ) أي للإيفاء ، لان مكان العقد مكان الإلزام متعين لإيفاء ما التزمــه في ذمته لوضع الاستقراض والاستهلاك ( لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ) أي في مكان

لأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير أول أوقات الامكان في الأوامر ، وصار كالقرض في الأوامر ، وصار كالقرض والغصب .

ولأبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين ، بخلاف القرض والغصب ، وإذا لم يتعين

---

العقد ، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها ، فان التسليم يجب في موضع العقد ( ولانه ) أي ولأن مكان العقد ( لا يزاحمه مكان آخر ) لعدم ما يوجبه مـا هو كذلك ( فيه فيصير نظير أول أوقـات الامكان في الاوامر ) لان الجزء الاول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه ، وهذا على قول الكرخي في الامر المطلق ، فانه يتعين وجوب الاداء في أول أوقات المكنة عنده ( وصار كالقرض والغصب ) فانه يتعين مكان القرض والغصب للتسليم بالإجماع . قال الاكمل رحمه الله ونوقض بما إذا باع طعاما وهو في السواد ، فانه روي عن محمد أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله الخيار ، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين ، فان من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده ، سواء اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه . والجواب على النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان البيع حـاضراً والبيع في السلم حاضر لانه في ذمة المسلم إليه وهو خاص في مكان العقد ، فيكون المبيع حاضراً بحضوره ، وفيه نظر ، لان فيه قيداً لم يذكر في التعليل ، ومثله بعـد انقطاعا . وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة فاذا جاء صريح يخالفها يبطلها ، وإنما فسد في بيع العين ، لانه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة .

( ولابي حنيفة ان التسليم ) أي تسليم السلم فيه ( غير واجب في الحال ) لاشتراط الاجل بالإتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال ( فلا يتعين ) مكان العقد فيـه للتسليم ( بخلاف القرض والغصب ) والاستهلاك ، فان تسليمها ليستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه ( فاذا لم يتعين ) أي مكان العقد للإيفاء بقي مكان الإيفـاء مجهولاً

فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة ، لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان ، فلا بد من البيان ، فصار كجهالة الصفة ، وعن هذا قال من قال من المشايخ أن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة . وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما . وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة

---

( فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة ، لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان ) ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم إليه يسلمه في اختلاف القيم ذلك ( فلا بد من البيان ) دفعا للمنازعة (فصار كجهالة الصفة ) يعني خلال إن اختلاف الصفة في المسلم فيه تختلف القيمة ، فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضا ، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان .

( وعن هذا ) أي عن هذا الذي قلنا ، وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة ( قال من قال من المشايخ ، أن الاختلاف فيه ) أي في مكان الإيفاء ( عنده ) أي عند أبي حنيفة ( يوجب التحالف كما في الصفة ) أي كما إذا اختلفا في صفة الجودة والرداءة في أحد بدلي السلم ( وقيل على عكسه ) أي لايوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه ، وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الإيضاح وصاحب الكفاية ، لأن المكان يتعين عندهما ، وهو معنى قوله ( لأن تعين المكان قضية العقد ) أي مقتضاه( عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ،فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد ، وعنده لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل ، والاختلاف فيه لايوجب التحالف .

( وعلى هذا الخلاف ) وهو انه هل يشترط بيان مكان إيفاء الثمن في بيع العين إذا كان له حمل ومؤنة ( الثمن ) صورته جعل المكيل أو الموزون ديناً فيالذمة ثمناً في البيع يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما ( والأجرة ) صورته منصوص في كتاب الإجارات إذا كان الشيء الذي جعل اجـراً ديناً ولحمله مؤنة عند أبي حنيفة

والقسمة، وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة. وقيل لا يشترط ذلك في الثمن، والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً وهو اختار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء. قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه.

---

لا يصح إلا بتعيين مكان الإيفاء، وعندهما يجوز من غير تعيين كما يجيء الآن ( والقسمة وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة ) يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان القسمة ( وقيل لا يشترط ذلك ) أي بيان مكان الإيفاء ( في الثمن ) عند الكل ( والصحيح انه ) أي أن بيان مكان الإيفاء ( يشترط إذا كان مؤجلاً ) عند أبي حنيفة ( وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي ) وبه قال الشافعي.

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( يتعين مكان الدار ) في إجارة الدار ( ومكان تسليم الدابة ) في إجارة الدابة ( للإيفاء ) أي لأجل إيفاء الإجرة.

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومالم يكن له حمل ومؤنة ) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ ( لا يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع ) أي بإجماع الأئمة الأربعة وأصحابهم ( لأنه ) أي لأن ماليس له حمل ومؤنة ( لا يختلف قيمته ) لأن الأماكن كلها سواء والمال لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لاحمل ولا مؤنة، وإنما تختلف بعبرة الوجود وكثرة رغبات الناس وقلتها. وقيل مالم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو امرانساناً بحمله إلى مجلس القضاء مجاناً وقيل هو مايمكن دفعه بيد واحدة ( ويوفيه ) أي يوفي المسلم اليه المسلم فيه ( في المكان الذي أسلم فيه ) لأنهم اتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء فيه روايتان.

قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع ، وذكر في الإجارات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح ، لأن الأماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ، ولو عينا مكاناً قيل لا يتعين لأنه لا يفيد . وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق . ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا .

---

أشار المصنف إليهما بقوله ( قال رضي الله عنه ) أي المصنف رحمه الله ( وهذا ) أي قوله ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه (رواية الجامع الصغير والبيوع) أي بيوع الأصل وهو المبسوط ( وذكر في الإجارات ) أي في كتاب الإجارات ( أنه يوفيه في أي مكان شاء ) أي المسلم إليه ( وهو الأصح ) أي المذكور في الإجارات هو الأصح ، وبه قال الشافعي في الأصح ( لأن الاماكن كلها سواء ) وقد ذكرناه الآن ( ولا وجوب في الحال ) جواب عن سؤال ، وهو أن يقال يجوز أن يتعين مكان العقد ضرورة وجوب التسليم ، فقال لايجب التسليم في الحال ليتعين ضرورة اعتباره (ولو عينا مكاناً ) أي فيما لاحمل له ولا مؤنة ( قيل لا يتعين لأنه ) أي لأن التعيين ( لا يفيد ) حيث لا يلزم بثقله مؤنة ( سقوط خطر الطريق ) لرب السلم .

( ولو عين المصر ) أي رب السلم ( فيما له حمل ومؤنة يكتفي به ) وفي بعض النسخ يكتفى به ، أي يتعين المصر ( لأنه ) أي لأن المصر ( مع تباين أطرافه كبقعة واحدة ) أي كمكان واحد ، لأن القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة ، حتى قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً ، فلو كان بين نواحيه فرسخ ولم يبين ناحيته منه لايجوز ، لأن هذه جهالة مفضية إلى المنازعة ، كذا في المحيط ( فيما ذكرنا ) قال الكاكي أي في اختلاف القيمة . وقال الأترازي قوله فيما ذكرنا ، أي المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في القيمة ، حيث لايختلف باختلاف الحال ، وهذا لودفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة كان له أن يعمل في أي مكان شاء منها ، وقال الأكمل ومما ذكرنا من انه لايختلف قيمته

قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه ، أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين ، وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وإن كان عيناً فلأن السلم أخذ عاجلاً بآجل إذ الإسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحـــد العوضين ليتحقق معنى الاسم . ولانه لا بد من تسليم رأس المال

---

باختلاف الحلة . وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي الثمن والأجرة والقسمة .

( قال ) أي القدوري (ولا يصح السلم حتي يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه ) أي في المجلس ، والمـراد منه المفارقة بالأبدان ، ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد ، وإنما تسليمه جعل إلى المسلم إليه شرطاً قبل الافتراق بالأبدان ، ألاترى أنهما لو تعاقدا عقد السلم ومكثا بعد ذلك يوماً إلى الليل ولم يغب أحدهما عن صاحبه ، ثم أسلم رأس المال وافترقا صح السلم . واعلم أن تسليم رأس المال قبل المفارقة شرط .

( أما إذا كان في النقود ) مثل الدراهم والدنانير وافترقا قبل قبض رأس مال السلم فانه لايصح( فلأنه افتراق عن دين بدين ) وذلك لايجوز ( وقد نهى النبي ﷺ عن الكالي بالكالي ) وهذا الحديث قد تقدم أي النسيئة بالنسيئة ( وإن كان ) أي رأس المال ( عيناً ) كالتبر والمصوغ والثوب والحيوان ( فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ) لأنه عقد تثبت الملك في الثمن عاجلاً ، وفي الثمن آجلاً ، فاشترط تعجيل رأس المال يستحق به المعنى الذي وضع له الاسم ( إذ الإسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل )لأن السلم أخذ عاجل بآجل ، والسلم فيه آجل ، فيجب ان يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه على وفق مايقتضيه اسمه كما في الصرف والحوالة والكفالة ، فإن هـــذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ، كذافي المبسوط ، فإذا كان الاسم كذلك ( فلابد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم ) أي اسم السلم أو السلف .

(ولأنه لا بدمن تسليم رأس المال لينقلب ) أي ليتصرف ( المسلم اليه فيه ) أي في رأس

ليتقلب المسلم إليه فيقدر على التسليم ، ولهـــذا قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط ، لهمـــا أو لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الإنعقاد في حق الحكم ، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانـــه غير مفيد . بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض . ولو أسقط

---

المال ( فيقدر ) بالنصب عطفاً على ليتقلب ( على التسليم ) إذا كان فيه الشرط لهما (ولهذا) إيضاح لاشتراط قبض رأس مـــال السلم ( قلنا لايصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهمـــا ) أي للمتعاقدين ( أو لأحدهما ) أي أو كان خيار الشرط لأحدهما ( لأنه ) أي لأن خيار الشرط ( يمنع تمام القبض لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم ) وهو ثبوت الملك ( وكذلك لا يثبت فيه ) أي في السلم ( خيار الرؤية لأنه غير مفيد ) إذ فائدة الخيار رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة ، فإذا رد المقبوض عاد ديناً كما كان ، لأنه لم يرد عين ماتناوله العقد ، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض ، وإنما تناول مثله ديناً في الذمـة فلا ينفسخ العقد برده ، بل يعود حقه في مثله ، فإذا لم يفد فائدته لايثبت ، بخلاف بيع العين ، فانه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد ، لأنه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ العقد برده ، كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله . وقال الأترازي قوله وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية فيه إشكال ، لأن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو السلم فيه ، فلا يجوز الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال ، وبه صرح في التحفة ، ولايجوز الثاني أيضاً لأنه لايرتبط به الكلام ، لأن سوق كلامـــه أن تسليم رأس المـال شرط قبل المفارقة ، وأوضح ذلك بعدم صحة السلم بخيار الشرط ، ويبقى قوله وكذا لايثبت خيار الرؤية فيه أجنبياً ، انتهى . وقال الاكمل انه يعود إلى المسلم فيه ، وذكره واستطرد ويجوز أن يعود إلى رأس المال .

(بخلاف خيار العيب ، لأنه لايمنع تمام القبض ) لأن تمام العقد يتعلق بتمام الصفقة وتمـــام الصفقة يتعلق بتمام الرضى ، والرضى تام وقت العقد ، كذا في المبسوط ( ولو

خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز ، خلافاً لزفر « رح » وقد مر نظيره ، وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيـــه وتأجيله ، وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله ، فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقـــد ، فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ،

---

اسقط ) أي رب السلم ( خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم ) أي والحال أن رأس المال قائم في يد المسلم إليه ( جاز ) أي السلم عندنا ، وإنما قيد بأن يكون رأس المال قائماً ، لأنه إذا أسقط خياره بعد هلاك رأس المال في يد المسلم إليه وانفاقه لا يعود السلم جائزاً بالإجماع ( خلافاً لزفر « رض » ) والشافعي ومالك أيضاً ( وقد مر نظيره ) أي مر نظير هذا في باب البيع الفاسد وهو انه إذا باع لأجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوهما ثم تراضيا باسقاط الأجل قبل الأجل جاز عندنا خلافاً لهم .

( وجملة الشروط ) أي جملة شروط السلم ( جمعوها ) أي جمعها المشايخ ( في قولهم إعلام رأس المال ) هو مشتمل على بيان جنسه وقـــدره وصفته ( وتعجيله ) المراد به التسليم قبل الافتراق ( واعلام المسلم فيه ) أي وفي اعلام المسلم فيه ، وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر ( وتأجيله ) يعني أجل معلوم ( وبيان مكان الإيفاء ) أي وفي بيان مكان إيفاء المسلم فيه ( والقدرة على تحصيله ) أي في القدرة على تحصيل المسلم فيه ، وهو أن لاينقطع ، وهذه الشروط مر بيانها جميعها عند قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط .

( فإن أسلم ) وفي نسخة تاج الشريعة ومن أسلم ( مائتي درهم في كـــر حنطة ) قال الاترازى الكر ستون قفيزاً ، والقفيز ثمانية **مكاكيك** ، والمكوك صاع ونصف ، وفي الجامع الصغير جاء الكر اسم لأربعين قفيزاً كذا في المغرب ( مائة منها دين على المسلم إليه ، ومائة نقد ، فالسلم في حصة الدين باطل ) وبه قال الشافعي « رض » ( لفوات القبض )

ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ، ولا يشيع الفساد ، لان الفساد طـــارىء إذ السلم وقع صحيحاً ، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الإفتراق صح ، إلا انه يبطل بالإفتراق لما بينا ، وهذا لان الدين لا يتعين في البيع ، ألا ترى انهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا .

---

في قدر الدين، إذ العقد لايتعلق بالدين المضاف إليه ، وإنما ينعقد بمثله ، وهو غير مقبوض ( ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ) أي شرائط السلم ( ولا يشيع الفساد ) جواب عن قول زفر ، فإنه يقول يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة النقد ايضاً ، لأن هــــذا فساد قوي تمكن في صلب العقد فيفسد به الكل . وقال المصنف ما يشيع الفساد ( لأن الفساد طارىء ) لأنه ما اقترن بأصل العقد ، لأن كونه ديناً عفو في المجلس، ألا ترى أنهما لو أخرا التسلم والتسليم إلى آخر المجلس يكون العقد صحيحاً ( إذ السلم وقع صحيحاً، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح ) السلم ( الا انه يبطل بالافتراق لما بينا ) إشارة إلى قوله وقد نهى النبي ﷺ عن الكالي ( وهذا ) إشارة إلى قوله إذ المسلم وقع صحيحاً ( لأن الدين لايتعين في البيع ) لأن النقود لاتتعين في المعقود إذا كانت عيناً ، فكذا إذا كانت ديناً ، فصار الإطلاق والتقييد سواء .

( ألا ترى أنهما لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لايبطل البيع فينعقد صحيحاً ) ويستدل بهذه المسألة على أن الدين لايتعين بإضافة العقد إليه ، فيكون الإطلاق والتقييد فيه سواء . وفي النهاية إنما قيد بقوله مائة منها على المسلم إليه ، لأنـــه لو كان ديناً على الأجنبي والمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل ، لأنها ليست بمال في حقهما ، ومذهبنا مروي عن ابن عباس .

فإن قيل هذا منقوض بثلاث مسائل ، إحداها أن الرجل إذا قال إن بعت هـــذا العبد بهذا الكر من الحنطة وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقـــة فباعه بهما يحنث بالكر والدراهم ، وهذا آية تعيين النقود . وثانيها أن الرجل إذا باع ديناراً بعشرة فنقد

قال ولا يجوز التصرف في رأس مـــال السلم والمسلم فيه قبل القبض ، أما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقـد ، وأما الثاني فلأن المسلم فيـــه مبيـع والتصرف في المبيـع قبـل القبض لا يجوز ،

---

الدينار ولم يقبض العشرة ، حتى اشترى بالعشرة ثوباً فالبيع فاسد . ثالثها أن الرجـل إذا باع عيناً بدين وهما يعلمان أن لا دين فالبيـع فاسد ولو كان الإطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث في المسألة الأولى .

قلنا أما الأولى فنحن ندعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقاً لا جـــوازاً فلا يلزم لأنها تتعين جوازاً للإستحقاق . وأما الثانية فلانتقاص الصرف باختلاف الجنس بالاستعمال بالعقـــد الآخر ، فيتحقق البيع بلا ثمن . وأما الثالثة فإنما لم يجز البيـع لمكان الهازل به ، لأن هذا بيع بلا ثمن ، فيكون منهما تهازلاً به وهي تتعين في حق الجواز .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبـــل القبض ) هذا باتفاق الفقهاء ( أما الأول ) أي التصرف في رأس مال السلم قبل القبض ( فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ) لأن قبض رأس المال في المجلس حق الله تعالى والتصرف يبطله ، وإنما شرط القبض احترازاً عن الكالي بالكالي ،فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط .

( واما الثاني ) وهو التصرف في المسلم فيه قبل القبض ( فـــلأن المسلم فيه مبيع ، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ) أما لو دفع إليه أردأ أو أجود برضى المسلم إليه جاز ، لأنه جنس حقه فلم يكن استبدالاً ، ولو أبرأه عنه فقيل يبطل العقد لعدم القبض ، ولو رد البراءة لم تبطل والتخلية فيه قبض عند محمد ، خـلافاً لأبي يوسف ، وإنما قيد بقوله قبل القبض احترازاً عما بعد القبض ، ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال ، وأن يبيعه تولية ، وأن يبيعه مواضعة ، وأن يشرك فيه غيره .

ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه ، لانه تصرف فيه فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا ، حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك

---

(ولايجوز الشركة والتولية في المسلم فيه) قبل قبضه (لأنه) أي لأن كل واحد من الشركة والتولية (تصرف فيه) أي في المسلم والتصرف فيه قبل القبض لايجوز ، وهذا أيضاً من لفظ القدوري ، وإنما خصهما بالذكر بعدما عمها بقوله ولا يجوز التصرف .. إلى آخره ، لأنهما أكثر وقوعاً من المرابحة والمواضعة ، وقيل احترازاً عن قول البعض انه يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم ، وحكي ذلك عن مالك .

( فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئاً آخر ، حتى يقبضه كله ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورة المسألة فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم ، فأراد رب السلم أن يشتري برأس مال السلم شيئاً قبل أن يقبضه ، قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه . قوله لم يكن له أن يشتري . وفي الإيضاح هذا الاستحسان والقياس لايجوز ، وهو قول زفر والشافعي لأنهما لما تقايلا بطل السلم ، وبقي رأس المال ديناً في حصته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ، لأنه لايجب قبضه في المجلس ، ودليلنا قول المصنف رحمه الله ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( لاتأخذ إلاسلمك أو رأس مالك ) لم أر أحداً من الشراح بين حال هذا الحديث ، غير أن الأترازي قال واحتج أصحابنا بما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ، ورواه الترمذي في علله الكبرى ، وقال لا أعرفه مرفوعاً من هذا الوجه ، وهو حديث حسن .

ورواه ابن ماجة في سننه عن عطية عن النبي ﷺ مرسلاً ولم يذكر منه أبا سعيد ، ورواه الدارقطني في سننه بلفظ فلا يأخذ الاما أسلم فيه أو رأس ماله ، وهذا قريب من

أي عند الفسخ ، ولأنه أخذ شبهاً بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه ، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه فجعل رأس المال مبيعاً ، لأنه دين مثله ،

---

لفظ المصنف . وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر رضي الله عنهما قال إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلمت فيه ( أي عند الفسخ ) هذا تفسير من المصنف ، والمعنى لاتأخذ إلا سلمك ، أي المسلم فيه حال قيام العقد أو رأس مالك عند الانفساخ إذ لايمكنه أخذه حال قيام العقد ، فقد جعل حق رب السلم أخذ السلم فيه وبعده أخذ رأس المال .

(ولأنه) أي ولأن رأس المال (أخذ شبهاً بالمبيع ،فلايحل التصرف فيه قبل قبضه) أي في رأس المال قبل قبضه ( وهذا ) أي كونه مشابهاً للمبيع ( لأن الإقالة بيع جديد) أي بيع ابتداء ( في حق ثالث ) أي غير المتعاقدين ( ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً لسقوطه ) أي بالإقالة ، هذا جواب سؤال ، وهو أن يقال لم لايجوز أن يجعل بيعاً جديداً في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لرأس المال جهة كونه مبيعاً ، فقال لايمكن جعله مبيعاً لسقوطه لأنه دين يثبت بالسلم ويسقط بالإقالة ، ولهذا ان الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه عن الذمة ، فلو صح بنقضها لعاد المسلم فيه واجباً ، والساقط لايعود (فجعل رأس المال مبيعاً لأنه دين مثله ) أي مثل المسلم فيه ، وجعل الدين مبيعاً ليس بمحال فجعل رأس المال مبيعاً ضرورة إذ لو لم يجعل مبيعاً تبطل الإقالة ألاترى انهما لو تقايلا في باب البيع وهلك المبيع بعد الإقالة قبل القبض تبطل الإقالة ، وهاهنا لما تقايلا سقط والمسلم فيه ، وصار كالهالك ، فلو لم يجعل رأس المال مبيعاً لبطلت الإقالة وقد صحت هاهنا ، فلا بد من قيام المعقود عليه وليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه ، إلا انه لا يجب جواب سؤال وهو أن يقال لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب أن يقبض رأس المال في المجلس ، لأن إقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفيه القبض شرط وبالإجماع لايجب قبضه في المجلس .

إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس ، لأنـــه ليس في حكم الإبتداء من كل وجه ، وفيه خلاف زفر « رح » ، والحجة عليه ما ذكرناه .
قال ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليـــه من رجل كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء ، وإن أمره أن يقبضه فاكتاله له

---

فأجاب بقوله (إلا أنه) أي أن رأس المال (لا يجب قبضه في المجلس لأنه) أي لأن الإقالة على تأويل تصرف الإقالة ( ليس في حكم الابتداء ) أي ابتداء عقد المسلم ( من كل وجه ) لأن المسلم عقد من كل وجه ، والإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حـــق ثالث ، فكان عقداً من وجه ( وفيه ) أي وفي جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً ( خلاف زفر « رح » ) والشافعي أيضاً ، فإنهما يقولان لو تقايلا السلم واشترى رب السلم برأس المال شيئاً قبل القبض يجوز ذلك ، وهو القياس لأنهما لمـــا تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك ، فجاز الاستبدال عنه ، ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض والغصب .

( والحجة عليه ) أي على زفر ( ما ذكرناه ) أي من الحديث والمعقول ، أما الحديث فهو قوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ، وأما المعقول فهو ما ذكـره من قوله ولأنه أخذ شبهاً بالمبيع ... إلى آخره ، وقد مر بيانه .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن أسلم في كر حنطه فلما حل الأجل ) اي أجـــل السلم ( اشترى المسلم إليه من رجل كراً ) وهو ستون قفيزاً (وأمر رب السلم بقبضه ) أي بقبض الكر الذي اشتراه من رجل ( قضاء ) أي لأجل القضاء لحقه ( لم يكن قضاء ) أي لم يكن إذا لحقه ، وفي الثاني إذا أمره بقبضه فاقتضاه رب السلم لم يكن قبضاً عن المسلم فيه حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم إليه ( وإن أمـــره أن يقبضه له ) أى وإن أمـــر المسلم إليـــه رب السلم أن يقبضه ، أي يقبض السلم فيه لأجل المسلم إليه ( ثم يقبضه فاكتاله له) أي لأجل المسلم

ثم اكتاله لنفسه جـــاز ، لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ، وهذا هو محمل الحديث على مـــا مر ، والسلم وإن كان سابقاً لكن قبض المسلم فيه لاحق ، وانه بمنزلة ابتداء البيع ،

---

إليه ( ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل ) أحدهما صفقة عقد السلم ، والثانية هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه مع رب السلم ( فلا بدمن الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيــع الطعام حتى يجري فيه صاعان ) تقدم هذا الحديث في المرابحة والتولية (وهذا هو محمل الحديث) يعني معنى قوله عليه السلام حتى يجري فيه صاعان هو محمل الحديث ، يعني اجتماع الصفقتين المذكورتين ( على مامر ) في الفصل الذي بعد باب المرابحة والتولية ، وهو قوله ومحمل الحـــديث اجتماع الصفقتين على ما نبين .

والأصل في هذا أن العقد إذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانياً للحديث المذكور ، وهو ما رواه ابن ماجة في سننه عن جابر رضي الله عنه قال نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع وصار المشتري والسلم بيع بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانياً ، لأنه إذا كاله ثانياً ربما يزيد على قدر الكر فلا تسلم له الزيادة ، فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيـــاً يلزم التصرف في مال الغير وهو حرام .

( والسلم وإن كان سابقاً ) هذا جواب عما يقال بيــع المسلم إليه مع رب المسلم كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه ، فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد المشتري فلم تتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي .وتقرير الجواب القول بموجب العلة سلمنا ذلك ، ولكن السلم وإن كان سابقاً على شراء المسلم إليه من بائعه ( لكن قبض المسلم فيــه لاحق ) في التقدير فتجتمع الصفقتان في التقدير ( وانه ) أي وان قبض المسلم فيه ( بمنزلة ابتداء البيــع ) تحقيق هذا ما قاله المقبوض في مسائل السلم غير المسلم فيه حقيقة ، فباعتبار

لأن العين غير الدين حقيقة وإن جعل عينـــه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء ، وإن لم يكن سلماً وكان قرضاً فأمره بقبض الكر جاز ، لأن القرض إعارة ولهـــذا ينعقد بلفظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقاً حكماً ، فلا تجتمع الصفقتان .

---

هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلا بد من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه ،وذلك بأن يجعل عند القبض كأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض ، وإنما قال بمنزلة ابتداء البيع ، لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين ، وهو معنى قوله ( لأن العين غير الدين حقيقة ) وهو ظاهر ، وقوله ( وإن جعل ) كلمة ان واصلة بما قبله ، أي وإن جعل الدين ( عينه ) أى وإن جعل المقبوض عين الدين ( في حق حكم خاص وهوحرمةالاستبدال )لأنه لو لم يجعل في حق الاستبدال عين حقه يلزم استبدال المبيع قبل قبضه ، وذا لا يجوز . وإذا جعل الدين عين المقبوض الذي هو الدين ضرورة حرمة الاستبدال فلا يتعدى ، فبقي ما وراءه كالبيع ( فيتحقق البيع بعد الشراء ) أي بيع السلم إليه من رب المسلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه بشرط الكيل ،فقد اجتمعت الصفقتان فلا بدمن تكرار الكيل .

( وإن لم يكن ) أي الكر ( سلماً وكان قرضاً فأمره ) أي فأمر المستقرض القرض ( بقبض الكر جاز ، لأن القرض إعارة ، ولهذا ) أي ولأجل كون القرض إعـــارة ( ينعقد ) أي القرض ( بلفظة الإعـــارة ) بأن يقول أعرتك هذا المبلغ من الدراهم أو الدنانير ، فإذا كان إعارة (فكان المردود عين المأخوذ ) أي عين المقبوض (مطلقاً) أي سواء كان في حق الاستبدال أو غيره ( حكماً ) أي تقديراً ، ولا يلزم تمليك الشيىء بجنسه نسبة ، وهو ربا ، فإذا كان كذلك ( فلا تجتمع الصفقتان ) فيكتفى بكيل واحد . وفي الشامل في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد وإن كان بحضرة الآخر وفي كل موضع وجد عقد واحديكتفى فيه بكيل واحد،وكذلك إذا اشترى موازنة لايتصرف

قــال ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليـه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضـاً لأن الأمر بالكيل لم يصح ، لأنـه لم يصادف ملك الأمر ، لأن حقه في الدين دون العين ، فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه ، وقد جعل ملك نفسه فيها ، فصار كما لو كان عليـه دراهم دين فدفع إليه كيساً ليزنها المديون فيه لم يصر قابضاً ، ولو كانت الحنطة مشتراة

---

مالم يستزنه ، فإن اشترى مجازفة أو أخـذ قرضاً جاز أن يترك الكيل والوزن . ولو اشترى المعدود عداً هل يشترط العد ثانياً ، فيه روايتان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم) الغرائر جمع غرارة بكسر الغين المعجمة ، قال الجوهري الغرارة واحدة الغرائر التي للتبين وما أظنه عربياً ( ففعل وهو ) أي رب السلم ( غائب لم يكن قبضاً) أي قبضاً يريد به إذا كان الطعام عيناً ، وإنما قيد بقوله وهو غائب لأنه إذا كان حاضراً صار المسلم إليه قابضاً سواء كان الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجـرة ، وبه صرح الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وإنما لم يكن قضاء ( لأن الأمر بالكيل لم يصح ، لأنه لم يصادف ملك الامر) لأنه تناول عيناً مملوكة للبائع (لأن حقه) أي حق رب السلم (في الدين دون العين ) لأن جعل العين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال . وحقه في العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد ( فصار المسلم إليه مستعيراً للغرائر منه ) أي من رب السلم ( وقد جعل ملك نفسه فيها ) أي وقد جعل المسلم اليه ملك نفسه في الغرائر فلم يصر رب السلم قابضاً حتى إذا هلك الكر هلك من مال المسلم إليه وبقي الدين في ذمته كما كان .

( فصار ) أي رب السلم ( كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه ) أي فدفع الدائن إلى المديون ( كيساً ليزنها المديون فيه ) أي في الكيس ( لم يصر قابضاً ) بوزنه فيه ( ولو كانت الحنطة مشتراة ) بأن اشترى حنطة بعينها ( والمسألة بحالهـا ) وهي

والمسألة بحالها صار قابضاً ، لأن الأمر قـــد صح حيث صادف ملكه ، لأنه ملك العين بالبيع . ألا ترى انه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليـــه ، وفي الشراء للمشترى لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصيبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ، ويتقرر الثمن عليه لما قلنـــا ، ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح ، لأنه نائب عنه

---

أنه دفــع غرائره إلى البائع وقال اجعلهــا فيها ففعل والمشتري حاضر أو غائب ( صار قابضاً ، لأن الأمر قــد صح حيث صادف ملكه ، لأنه ملك العين بالبيــع ) يعني بنفس العقد فصح الأمر لمصادفة الملك ، وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في امساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشترى حكماً ، فصار الواقع فيها واقعاً في يد المشتري حكماً لأن فعل نائبه كفعله ، حتى لو كانت الغرائر للبائع لايصير قابضاً في رواية عن محمد . وقال الشافعي رضي الله عنه لا يصير قابضاً سواء كانت الغرائر للمشتري أو للبائــع كما في السلم .

( ألا ترى ) توضيح لتملكه بالبيــع ( انه ) أي ان المشتري ( لو أمره ) أي لو أمر البائع ( بالطحن ) أي بطحن الحنطة المشتراة ( كان الطحين في السلم للمسلم إليه ) لأن الأمر بالطحن في السلم لم يصح ، لأنه تلاقى ملك المسلم إليه فلا يصح ( وفي الشراء ) أي وكان الطحين في الشراء ( للمشتري لصحة الأمر ) لأنه لاقي ملك المشتري .

( وكذا ) الحكم ( إذا أمره ) أي المشتري ( أن يصيبه في البحر ) ففعل ( في السلم يهلـك من مال المسلم اليه ، وفي الشراء من مال المشتري ) لصحة الأمر ( ويتقرر الثمن عليه ) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحة موقوفها على الملك ، فلولا أنه ملكه لما صح أمر ( لمــا قلنا ) إشارة إلى قوله صح الأمر ( ولهذا ) أي ولكون الأمر قد صح ( يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح ) احترز به عما قيل في الشراء لا يكتفى بكيل واحد ، بل يشترط كيلان وعلل الصحيح بقوله ( لأنه ) أي لأن البائع ( نائب

في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري، ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل ولم يصر قابضا ، لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيها ، وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع ، لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا . ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين

---

عنه ) أي عن المشتري ( في الكيل ) فيكتفى بكيل واحد ( والقبض ) مرفوع بفعل مقدر ، أي وحصل القبض (بالوقوع في غرائر المشتري) وهـــذا جواب عما يقال البائع مسلم فكيف يكون متسلماً. وتقرير الجواب أن القبض يتحقق بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلماً ومتسلماً .

(ولو أمره ) أي ولو أمرالمشتري البائع ( في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعله لم يصر قابضاً ،لأنه ) أي لأن المشتري ( استعار غرائره )أى غرائر البائع( ولم يقبضها ) أي والحال أن المشتري لم يقبض الغرائر ( فلا تصير الغرائر في يده ) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض( فكذا مايقع فيها )أى فكذا لا يصير المشتري قابضاً مافي الغرائر، وفي بعض النسخ فيه قال الكاكي أى في الغرائر على تأويل الظرف أو المذكور وذلــك لعدم صحة العارية لعدم القبض ، وكذا لا يصير الواقع فيها قبضاً .

( وصار ) أى حكم هذا ( كما لو أمره ) أى كحكم ما لو أمر المشترى البائع ( أن يكيله ) أن يكيل الكر ( ويعزله في ناحية من بيت البائع ) أى أمره بأن يعزل الكر في جـــانب من بيت البائع فعزله لا يكون المشترى قابضاً ، فكذا هذا ( لأن البيت بنواحيه ) أى بجوانبه الأربعة ( في يده ) أي في يد البائع ، فإذا كان كذلك ( فلم يصر المشترى قابضاً ، ولو اجتمع الدين والعين ) صورته اشترى كراً معيناً وله على البائع كر آخر دين وهو المسلم فيه ( والغرائر للمشترى ) أى والحال أن الغرائر للمشترى وأمره أن يجعل الدين والعين فيها ( إن بدأ ) أى إن بـــدأ البائع وهو المسلم إليه ( بالعين ) أى

صار قابضا ، أما العين فلصحة الأمر فيــــه ، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضـا ، كمن استقرض حنطة وأمـره أن يزرعها في أرضه ، وكمن دفع إلى صائـــغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار وإن بـــدأ بالعين لم يصر قابضا . أما الدين فلعدم صحة الأمر . وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم ، فصار

---

بالمشترى بفتح الراء ( صار ) أى المشتري بكسر الراء ( قابضاً ) أى صار قابضاً للكيل والعين والدين .

( أما العين ) أي اما صحة قبض العين ( فلصحة الأمر فيه ) أي في العين ( وأما الدين ) أى وأمـــا صحة قبض الدين ( فلاتصاله بملكه ) أي فلاتصال الدين بملكه ، أي بملك المشتري ، لإن العين في يده حكماً ( وبمثله يصير قابضاً ) أي وبمثل اتصال الدين بالكيل بالرضاء يثبت القبض ، فيصير المشتري قابضاً ( كمن استقرض حنطة ) أي نظير الحكم المذكور نظير من استقرض كراً من حنطة ( وأمره أن يزرعها في أرضه ) أي وأمر المقرض المستقرض أن يزرع الحنطة في أرض المستقرض صح القرض ، وصار المستقرض قابضاً له باتصاله بملكه فكذا هذا .

( وكمن دفع ) أي ونظير الحكم المذكور أيضـــاً نظير من دفع ( إلى صائغ خاتماً وأمره أن يزيده ) أي يزيد الخاتم ( من عنده ) أي من عند الصائغ ( نصف دينار ) جاز لأنه يصير قرضـــاً ويصير بالاتصال الى ملكه قابضاً ( وإن بدأ بالعين ) ثم بدأ بالعين ( لم يصر قابضاً ، أما الدين فلعدم صحة الأمر ) لعدم مصادفة الملك ، لأن حقه في الدين لا في العين ، وهذا عين فكـــان المأمور يجعله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر .

(وأمـــا العين ) أي وأما عدم صحة القبض في العين ( فلأنه خلطه بملكه ) أي فلأن البائع خلط كـر المشتري بملكه ، أي بملك نفسه ( قبل التسليم ) بحيث لا يمتاز ( فصار )

مستهلكا عند أبي حنيفة فينتقض البيع ، وهـــذا الخلط غير مرضي بـــه من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين . وعندهما هو بالخيـــار إن شاء نقض البيع ، وإن شاء شاركه في في المخلوط ، لأن الخليط ليس باستهلاك عندهما . قال ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري

---

أي البائع ( مستهلكاً ) أي المبيع ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه فينتقض البيع ) أي ينفسخ العقد ( وهذا الخلط ) هذا جواب عمـــا يقال أن الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينتقض البيـــع ، وتقرير الجواب أن هـــذا الخلط على هـــذا الوجه ( غير مرضي به من جهته ) أي من جهة المشتري أراد أن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضا هو الذي كان مأذوناً به ، وها هنا لم يصر الخلط مأذوناً مرضياً به ، وإنما أذن له بان يخلط على وجه يصير قابضاً بالبداية بالعين . وقال الأكمل وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزماً ، واستدل بقوله ( لجواز أن يكون مراده البداية بالعين ) فيكون الدليل أعم من المدعى ، ولا دلالة للأعم على الأخص . ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة ، فكأنه قال ولا نسلم أن هذا الخلط مرضي به ، وقوله لجواز سند المنع فاستقام الكلام .

( وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد ( هو ) أي المشتري ( بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط ، لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما ) وقال الإمام قاضي خان ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد ، أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضاً كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصـــاله بملكه في الصورتين ، إذ الخلط ليس باستهلاك وعند محمد يصير قابضـــاً للعين دون الدين ، قلت عند الشافعي لا يصير قابضاً سواء بدأ بالعين أو بالدين .

( قـــال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا ) أي المسلم ( فماتت ) أي الجارية ( في يد المشتري ) أي المسلم إليه ،

فعليه قيمتها يوم قبضها . ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز ، لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه . وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه . وإذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء ، لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا

---

وإنما سماه مشترياً بالنظر إلى شرائه الجارية بالحنطة ، لأن كلاً في العينين الثمن والثمن ( فعليه ) أي فعلى المشتري ( قيمتها ) أي قيمة الجارية ( يوم قبضها ) يعني لما ثبت الإقالة وجب ردها ، وقد عجز فيجب رد بدلها ، وبه قال الشافعي وإنما قال يوم قبضها ، لأن السبب الموجب للضمان إنما هو القبض فصار كالغصب .

( ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز ) أي التقايل ( لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد ) وفي بعض النسخ يعتمد قيام العقد ( وذلك ) أي بقاء العقد ( بقيام المعقود عليه ، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه ) أي حال بقاء المعقود عليه ( وإذا جاز ) أي التقايل بعد موتها ( إبتداء أولى أن يبقى ) بعد موتها ( إنتهاء ، لأن البقاء أسهل ) من الابتداء .

فإن قيل ينبغي أن لا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية لأنها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها ديناً في الذمة والمسلم فيه قد سقط أيضاً بالإقالة ، فصار بمنزلة العوضين في بيع المقايضة ، فإنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك العوض الآخر تبطل الإقالة ، فكذا هنا ينبغي أن يمتنع التقايل بهلاك العوضين . قلنا في بيع المقايضة ثم الرد واجب بعد الإقالة ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد . وفي المسلم قامت قيمة الجارية مقامها ، فلم يكن رد عين الجارية واجباً ، فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية .

( وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً ) يعني تبعاً لانفساخ العقد في المسلم فيه وإن لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها ، هكذا قدره شيخي العلاء . وقال

فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها ، ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة ، لأن المعقود عليه في البيـــع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء فـلا تبقى انتهـاء لانعدام محله ، وهـــذا بخلاف بيـع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع فيه .

---

تاج الشريعة هذا جواب من يقول أن الانفساخ في حق الجارية الميتة كيف يتحقق ، وإنه ليس بمحل لذلك ، فقـــال الانفساخ بطريق التبعية وكم من شيء يثبت تبعاً ولا يثبت قصداً ( فيجب عليه ردها ) أى رد الجارية على المسلم إليه ( وقد عجز ) أى والحال أن المسلم إليه قد عجز عن رد الجارية بسبب موتها ( فيجب عليه رد قيمتها ) وقامت القيمة مقام الجارية .

( ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشترى بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة ) أيضاً ( لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكهـــا فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله ) أى محل البيع ، لأن الإقالة فسخ العقد ولا قيام لها إلا بقيام العقد ولا قيام العقد إلا بقيام المبيع ، لانه هو الاصل وقد فات ( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه . ( بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة فيه وتبقى ) أي الإقالة ( بعد هلاك أحد العوضين، كل واحـــد منهما مبيع فيه ) أي في بيع المقايضة . والحاصل أنه أشار بهذا الكلام إلى الفرق بـــين السلم حيث تصح الإقالة فيه بعد هلاك الجارية في يـــد المسلم إليه قبل الرد إلى رب السلم ، سواء ماتت قبل الإقالة أو بعدها وبين البيع حيث لا تصح الإقالة إذا هلكت الجارية سواء كانت الإقالة قبل هلاكها أو بعد هلاكها ، وقد أوضحنا هذا في السؤال والجواب اللذين ذكرناهما الآن .

قال ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه ، لان رب السلم متعنت في إنكاره الصحة ، لان المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة .

---

( قــال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقــال المسلم إليه شرطت رديئاً ) أي طعاماً رديئاً ( وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه ) بالإتفاق ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه . وفي الكافي كلام المتعنت مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض ( لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة ) التعنت في اللغة من يطلب العنت ، وهو الوقوع فيمــا لا يستطيع الإنسان الخروج عنه ، والمراد بالتعنت شرعاً من ينكر ما ينفعه ويريد الإضرار بغيره ، والمخاصم من ينكر ما يضره ، كذا في الفوائد الظهيرية ( لأن المسلم فيه يربو ) أي يزيد ( على رأس المــال في العادة ) هذا دليل على قوله إن رب السلم متعنت لرب المسلم فيه على رأس المال عادة ، فكان الخير له في صحة العقد ، فإذا أنكر صحته فقد كان متعنتاً .

فإن قيل لا نسلم أن المسلم فيه يربو بل رأس المال خير وإن قل من المسلم فيه وإن جل لما أن رأس المال نقد والمسلم فيه نسيئة وفي المثل السائر النقد خير من النسيئة . قلنا بلى كذلك ، الا أن ذلك متروك بالعرف والعادة ، فان الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم ومــا ذاك إلا لفائدة زائدة رأوها ، فكان النقد بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة ، وإنمــا ذكروا ربا المسلم فيه لاثبات المعادلة بينه وبين رأس المال ، لأن المسلم فيه وإن كان أكثر مــالية عادة إلا أنه آجل ، ورأس المال وإن قلت ماليته عاجل والعاجل خير من الآجل فيخير قصور كل واحد منهما بوفور كل واحد منهما فيتعادلان ، وذكر الإمام السرخسي أن القول قول المسلم إليه لأنه هو الذى يلتزم الطعام بعقد السلم فــالقول قوله في بيان صفة ما التزم ، ثم اتفاقهما على أصل العقد اتفاق على ما هو شرط جواز العقد ، ومن شرط جوازه بيــان صفة الطعام ، فقول رب السلم لم يسلم صفة الطعام

وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لانــــه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً . وعندهما القول للمسلم إليه لانه منكر وإن أنكر الصحة وسنقرره من بعـــد إن شاء الله تعالى . ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم ، لان المسلم إليـــه متنعت في انكاره حقاً له وهو الاجل

---

يكون رجوعاً عما أقر به وسعيا منه في نقض ما تم من جهته .

( وفي عكسه ) أي وفي عكس الحكم المذكور هو قول المسلم إليه شرطت لك رديئاً وقال رب السلم لم تشترط شيئاً ، وعكسه أن يقول رب السلم شرطت لي رديئاً ، ويقول المسلم إليه لم اشترط لك شيئاً . وقال الفقيه أبو الليث لم يذكر محمد رحمه الله هذا الأصل في الكتاب ، يعني في الجامع الصغير. وقال المصنف رحمه الله ( قالوا ) أي قال المتأخرون في شروح الجامع الصغير مثل فخر الإسلام وغيره ( يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة ) وبه قال الشافعي ( لأنه يدعي الصحة وإن كان صاحبه منكراً ) لأن الظاهر شاهد له ، لأن العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحادي عن المعصية .

( وعندهمـــا ) أي وعند أبي يوسف ومحمد ( القول للمسلم إليه ، لأنه منكر وإن أنكر الصحة ) كلمة ان واصلة بما قبلها ، وكذلك إن التى قبلها ( وسنقرره ) أي وسنقرر أصل هذا الخلاف ( من بعد إن شـاء الله تعالى ) قال الأترازي « رح » أى في المسألة التي تلي هذه عند قوله القول لرب السلم عندهما . وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعد ، أى لأن السين كذلك ، ونقرره يعني بدون السين ( ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل ) أى لم يكن للسلم أجل ( وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم ) أى بالإتفاق ، وبه قال الشافعي ( لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقاً له ) أى لرب السلم ( وهو ) أى الحق هو ( الأجل ) حـــاصله أن الكلام إذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل وكان القول لمدعي الصحة ، لأن كلام التعنت مردود ، فإذا رد بقي كلام

والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف ، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما، لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة

---

الآخر بلا معارض ، فكان القول قوله .

( والفساد لعدم الأجل غير متيقن ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتاً في إنكاره الأجل ، لأنه يرد رأس المال لفساد العقد بعدم الأجل وبرد رأس المال يبقى له المسلم فيه والمسلم فيه خير من رأس المال وانفع منه . وتقرير الجواب أن فساد العقد لعدم الأجل غير متيقن ( لمكـــان الإجتهاد ) فان السلم الحال جائز عند الشافعي « رضي » ، وإذا لم يكن متعنتاً بعدمه لم يلزم من إنكاره رد رأس المـــال ( فلا يعتبر النفع في رد رأس المال ) يعني ولا يعتبر جهة كونه منتفعاً بهذا الإنكار معارضاً لجهة التعنت والتضرر به ، إذ الظني لا يعارض القطعي .

( بخلاف عدم الوصف ) قال صاحب النهاية أى لو قال المسلم إليه شرطت رديئاً ، وقال رب السلم لم تشترط شيئاً وهي المسألة الأولى كان القول قول المسلم إليه ، لأن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه ، فقال رب السلم هناك متعنتاً ، وقال غيره فإن الفساد فيه قطعي . وقال الأكمل وفيه نظر ، لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح ، فالأولى . أن يقال إن الاختلاف كان ثابتاً بين الصحابه إن ثبت ذلك وليس مطابقاً لما ذكره صاحب النهاية وغيره .

( وفي عكسه ) يعني فيما إذا ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم ( القول لرب السلم عندهمـــا ، لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة ) كلمة إن واصلة بماقبله . واعلم أن الاختلاف في الأصل على ثلاثة أوجه : أحدها في أصل الأجل ففيه القول قول المدعي للأجل مع يمينه طالباً كان أو مطلوباً، وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للأجل أو منكراً .

والثاني في مقدار الأجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر ، وقال الآخر إنه شهران

كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ، وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المـــال ، لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة « رح » القول للمسلم إليه ، لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقـــد واحد فكانا متفقين

---

ففيه القول قول الطالب مع يمينه ، لأنه ينكر الزيادة ، وإن قامت بينته لأحدهما يقضي ببينته ، وإن قامت لهما يقضي ببينة المطلوب ، لانه يثبت الزيادة .

والثالث : في مضي الاجل ، فإن قال الطالب كان الاجل شهراً وقد مضى ، وقال المطلوب كان شهراً ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة ، فإن أقام أحدهما البينة يقضى ببينة المطلوب ، لانها تثبت زيادة الاجل ، ثم ينبغي لك أن تعرف أن الاختلاف في قدر الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر « رح » ،لان التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس عند اختلاف المتبايعين في المعقود عليه أو بدله ، والاجل بمعزل من ذلك ، بخلاف ما إذا اختلفا في الوصف فإنهـــا يتحالفان ، لان الوصف جاري مجرى الاصل ، لان الدين يعرف به ويختلف أصله باختلافه ما إذا وليس كذلك الاجل .

( كرب المـــال إذا قال للمضارب ) نظير المسألة المذكورة بمسألة رب المال إذا قال للمضارب ( شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ) قال الكاكي وفي بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة ، وهذه النسخة ليست بصحيحة ، لانه على ذلك التقدير القول للمضارب بالإجماع ، والصحيح النسخة الاولى ، لانه على ذلك التقدير كان القول لرب المال (وقال المضارب) ليس الامر كما ذكرت ( لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال ، لانه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة ) أي صحة العقد .

( وعند أبي حنيفة « رح » القول للمسلم إليه لانـــه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد ) لان السلم عقد واحد إذ السلم الحال فاسد وليس بعقد آخر ( فكانا متفقين

على الصحة ظاهراً ، بخلاف مسألة المضاربة ولأنه ليس بلازم فلا يعتبر الإختلاف فيه ، فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم ، فصار الأصل أن من

---

على الصحة ظاهراً ) أي بحسب الظاهر الوجهين أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة ، والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه والاجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقرار بالصحة ، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به ، وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود وبقول أبي حنيفة « رح » قال الشافعي .

( بخلاف مسألة المضاربة ) جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة فإنه قياس غير صحيح ، وقال الاكمل فإنهما إذا اختلفا فيها ، أى في المضاربة فنوع محل الاختلاف فإنها إذا فسدت صار إجارة ، وإذا صحت كانت شركة ، فإذا اختلفا فالمدعي للصحة يدع لعقد ، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه ، ووحدة العقد عن الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتباراً لاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل وعدم وحدته يستلزم عدم اعتباره الاختلاف لاختلاف المحل . وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف ، فكان المحل مختلفاً فلا تناقض في ذلك ، فلم يكن الاختلاف معتبراً ، فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو ينكر ، فالقول قول المنكر .

( ولانه ) أي لأن عقد المضاربة ( ليس بلازم ) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شراء المضارب برأس المال شيئاً ، وكذا المضارب يتمكن من فسخه . وإذا كان غير لازم يرتفع باختلافهما ( فلا يعتبر الاختلاف فيه ) ولا الدعوى تعتبر فيه ( فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح ) والآخر ينكر فالقول للمنكر ( أما السلم ) فإنه عقد ( فلازم ) فلا ينفسخ بفسخ أحدهما ، فبالاختلاف لا يرتفع ، فإذا بقي العقد كان القول قول مدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول قول المسلم إليه في الأجل كان القول قوله أيضاً في مقدار الأجل ( فصار الأصل ) أي الأصل في مسألة السلم المذكورة ( أن من

خرج كلامه تعنتاً فالقول لصاحبه بالإتفاق ، وإن خرج خصومة ووقع الإتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده ، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة . وقال ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة ، لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا . وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً ، لأنه مقصود فيه

---

خرج كلامه تعنتاً ) أي من حيث التعنت لا مخرج الخصومة ، وقد مر تفسيره عن قريب ( فالقول لصاحبه ) وهو مدعي الصحة ( بالاتفاق ) لأن كلام المتعنت مردود .

( وإن خرج ) أي كلامه ( خصومة ) أي من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره ( ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده ) أي عند أبي حنيفة ( وعندهما للمنكر ) أي القول قول المنكر ( وإن أنكر الصحة ) كلمة إن واصلة بما قبلها ، وقدمر الكلام فيه مستوفى .

( قال ) أى القدورى في مختصره ( ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ) أى من حيث الطول ومن حيث العرض ( ورقعة ) أى من حيث الغلظة والثخانة ، كذا في المغرب . وقيل المراد عدد الكرباس ، يعني انه كثير الرقاع أو قليل الرقاع ، وقيل تعريفه بكونه خماسياً أو سداسياً ، وقال تاج الشريعة ورقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة ، يراد به غلظة وثخانة وهو مجاز ( لأنه ) أى ولأن السلم ( أسلم في معلوم مقدور التسليم على ماذكرنا ) **أي عند قوله** في أول الباب وفي المذروعات ( وان كان ) أى المسلم ( ثوب حرير لا بد من بيان وزنه أيضاً ، لأنه ) أى لان الوزن ( مقصود فيه ) أى في السلم في الثوب الحرير ، وإذا كان كذلك فلا بد من بيانه ، أى بيان الوزن . وعند الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله بيان الوزن ليس بشرط ، وفي الإيضاح وتحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج إذا كان التفاوت بعد ذكر الطول والعرض ، لانها تختلف باختلاف الوزن ، فإن الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته ، والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه ، انتهى .

**ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز ، لأن آحادها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ،**

---

وقال الشيخ أبو نصر البغدادي قالوا إذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلا بد من ذكر الوزن أيضاً كثياب الحرير . وقال اللؤلؤ الحي [1] في فتاواه ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير ، واختلف المشـــايخ فيه ، منهم من قال ليس بشرط ، ومنهم من قال شرط وإليه مال شمس الائمة السرخسي وهو الصحيح ، بخلاف ســـائر الثيـــاب ، فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع ، لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ، ولا كذلك الكرباس . وفي المنتقى إذا باع ثوب حرير يداً بيد لا يجوز إلا وزناً . وفي المحيط لو شرط كذا وكذا ذراعـــاً فله ذراع وسط . واختلف في تفسير الوسط ، قيل أراد به الفعل ، يعني لا يمد كل المد ولا يرخي كل الإرخاء وقيل أراد به الخشب لانه لا يتفاوت في الاسواق . قال شيخ الإسلام والصحيح أنه يحمل عليهما نظراً للجانبين .

وقـــال الكاكي وكذا يجوز السلم في البوارى والجوالق والمسوح والاكسية والبسوط استحساناً إذا بين طوله وعرضه وصفته وصنعته . الولوالجي السلم في الكاغد يجوز عدداً ، لانه عددى كالجوز والبيض ، وكذا الاستقراض عدد .

( ولا يجوز السلم في الجواهر ) نحو الياقوت والبلخش واللؤلؤ ونحو ذلك ( ولا في الخرز ) أي ولا يجوز السلم أيضاً في الخرز بفتح الخاء والراء ثم الزاى . وقال الجوهرى الخرز بالتحريك الذي ينظم ، والواحده خرزة ، وخرزات الملك جواهر تاجه ، وعند مالك رضي الله عنه يجوز ( لان آحادها ) أى آحاد الجواهر والخرز ( تتفاوت تفاوتاً فاحشاً ) **لأن كل معدود تتفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان الذي لا تتفاوت آحاده في المالية جاز السلم فيه كالجوز والبيض إذا كان من جنس واحد ،**

---

(١) هكذا في الأصل وهو خطأ ، وإنما هو عبد الرشيد الولوالجي صاحب الفتاوى الولوالجية ، وقد صححناه بعد ذلك . اهـ مصححه .

وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنــــاً يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن . ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمي ملبنـــاً معلوماً ، لأنه عددي متقارب لا سيا إذا سمي الملبن . قال وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ،

---

وفيـه خلاف زفر « رح » ، وقد مر بيانه في أول الباب ( وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنـــاً يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن ) لأنه يدق ويجعل في الدواء ولا خلاف فيه للفقهاء .

( ولا بأس بالسلم في الآجر ) بفتح الهمزة وضم الجيم وتشديد الراء وهو الطوب المشوى ( واللبن ) بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وبالنون ، وهو الطوب النيىء ( إذا سمي ملبناً معلوماً ) الملبن يحتمل أن يكون اسم ما يصنع فيه اللبن ، ويحتمل أن يكون المراد به الآلة وفي المحيط يشترط بيـــان مكانه والآلة ، وقيل لا يشترط بيان مكانه ، وبقولنا قال الشافعي رحمه الله ( لأنه ) أي لأن كل واحد من الآجر واللبن ( عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن ) بكسر الميم وهو الآله . وقال الولوالجي في فتاواه ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه ملبناً معروفاً ، لأنه متى بين ملبناً معرفاً فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيراً ، فيكون ساقط الاعتبار ، فيلحق بالعدديات المتقاربة ، فيجوز فيه السلم . بخلاف ما لو باع مائة آجرة من آتون لم يجز ، لأن التفاوت فيه في النضج تفاوت فاحش ، فألحقناه بالمتقاربة في حق السلم وفي المتفاوتة في حق البيع عملاً بهما . وفي شرح الجامع الصغير لقاضي خان أما السلم في الباذنجان عدداً لم يذكره محمد رحمه الله ، وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض .

( قـــال ) أي القدوري رحمه الله (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ) هذا أصل كلي يتخرج منه المســـائل ، وقال الاكمل رحمه الله فيه بحث من وجهين ، أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا معرفة مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ليس بانسان ما ليس بحيوان [1] . والثاني أنه

---

(١) هكذا عكسها هنا ، وقد عكس ما بعدها بخلاف هذه ، اهـ مصححه .

لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين ، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ، ولا بأس بالسلم في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك

---

ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها . والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم أوصاف ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله ﷺ من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ، الحديث ، وحينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بانسان ليس بناطق . وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الشروع يليق بوضع أصول الفقه ، فالمقصود معرفة المسائل الجزئية ، فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة .

(لأنه لا يفضي إلى المنازعة ) كما في الأجناس الأربعة من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة . وقال الكاكي لا خلاف للفقهاء في جواز السلم في كل ما هو من ذوات الأمثال كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة ، وفي الجذوع البائن الطول والعرض والغلظ ، وكذا الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب والغزل ، ويجوز السلم في التين كيلاً وكيله الغرائر . وقيل إنه موزون . وقيل المعتبر هو المتعارف ، كذا في المجتبى .

( ومالا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين ) أي لأن السلم دين ، والدين يعرف بوصفه ( وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ) فلا يجوز لأن جهالة المعقود عليه تفسد العقد ( ولا بأس بالسلم في طست ) وفي المغرب الطست مؤنة وهي أعجمية والطست تعريبها ، والجمع طساس وطسوس ، وقد يقال الطشوش ، ذكره في الشين المعجمة . وقال الجوهري الطشت الطش بلغة طيء أبدل من إحدى السينين تاء للاستثقال ، فإذا جمعت أو صغرت ردت السين ، لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طساس وطسيس ( أو قمقمة ) قال الجوهري القمقمة بالضم معروفة ، وقال الاصمعي هو رومي والجمع قماقم ( أو خفين أو نحو ذلك ) مثل الكوز والأنبة من النحاس

إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه ، لأنه دين مجهول . قال وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل . وفي القياس لا يجوز ، لأنه بيع المعدوم ، والصحيح أنه

---

والصفر والقلنسوة ، وبه قال الشافعي إن كان يتساوي جوانبه ويمكن العسارة عن ثخانته وطوله وعرضه وما يختلف به العرض ، فأما أن يكون أجزاؤه يختلف كالقماقم والطواجن والأواني المتخذة من الصفر والزجاج والمكيزان والحباب فلا يجوز لتفاوت أجزائها فمنها ما يكون أعلاه أوسع وأسفله أضيق وبالعكس وقد يكون وسطه كذلك كذا في تتمتهم . والشرطان عندنا في جواز ذلك ( إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه ) أي لا يجوز (لأنه دين مجهول ) والجهالة في الدين تمنع .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( وان استصنع شيئاً من ذلك ) أي من ما ذكر من الطست والقمقمة والخف ( بغير أجل ) أي بغير ذكر مدة فيه ( جاز استحساناً للاجماع الثابت بالتعامل ) في هذه الأشياء ، قال أبو أنيس في جامعه صورة الاستصناع أن يجيء رجل إلى خفاف ويقول له اخرز لي خفاً صفته كذا وقدره كذا بكذا ويسلم الدراهم أو بعضها أو لا يسلم .

( وفي القياس لا يجوز ، لأنه بيع المعدوم ) وبه قال زفر والشافعي ،وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم وهذا ليس بسلم ، لأنه لم يضرب له أجلاً ، أشار إليه بقوله بغير أجل ، وجه الاستحسان هو ما ذكره بقوله للاجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ، ولا يشكل بالمذارعة ، فإن فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن الخلاف فيها كان ثابتاً في الصدر الأول دون الاستصناع .

( والصحيح أنه ) أشار به إلى أنهم اختلفوا في جواز الاستصناع بالبيع أو عدة ،

يجوز بيعاً لا عدة ، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً ، والمعقود عليه العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه

---

فقال والصحيح أن الاستصناع ( يجوز بيعاً ) أي من حيث البيع ( لا عدة ) أي لا من حيث الوعد . وقال فخر الأسلام في شرح الجامع الصغير هو بيع عند عامة مشايخنا لا مواعدة ، لأنه سماه في الكتاب بيعاً وأثبت فيه خيار الرؤية وهو يثبت في البيع لا في الوعد ( والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً ) هذا جواب عما يقال كيف يجوز أن يكون بيعاً والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعاً ، وتقرير الجواب أن المعدوم قد يعتبر حكماً ، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح ، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان . والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجوداً حكماً لتعامل الناس ، وقد يكون الشيء موجوداً حقيقة ويجعل معدوماً حكماً كالماء المستحق للعطش ، حتى يجوز التيمم مع وجوده .

( والمعقود عليه العين ) هذا جواب عما يقال إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع ، والمعقود عليه هو الصنع . فأجاب بأن المعقود عليه هو العين لأن المقصود هو المستصنع ( دون العمل ) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي ، فإنه يقول المعقود عليه العمل ، لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل ، فتسميته للمعقود به دليل على أنه هو المعقود عليه ، والاديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل ، ولكن الاصح أن المعقود عليه هو المعين ، لان المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصفة لبيان الوصف ، والدليل عليه أن محمداً أثبت خيار الرؤية فيه ، وهو إنما يكون في بيع العين ، وكذا يدل عليه قول المصنف بقوله ( حتى لو جاء به مفروغاً عنه ) أي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغاً ( لا من صنعته أو من صنعته ) أي أو جاء به حال كونه من صنعته ( قبل العقد ) أي قبل عقد الاستصناع ( فأخذه ) أي فأخذه

جـــاز ، ولا يتعين بالإختيار ، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، وهـــذا كله هو الصحيح . قال وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأنـــه اشترى شيئاً لم يره ، ولا خيار للصانـع ، كـــذا ذكره في المبسوط وهو الأصح ، لأنـــه باع ما لم يره وهو عن أبي حنيفة « رح » أن له الخيـار أيضاً ،لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليـــه إلا لضرر وهو قطع الصرم وغيره .

---

المستصنع ( جاز ) فلا يجبر على قبوله ، ولوكان بعد العقد يجبر الآمر على القبول ، كذا في المبسوط .

( ولا يتعين إلا بالاختيار ) أي ولا يتعين المستصنع الذي اتخذه الاجل المستصنع إلا باختيـــار المستصنع ، وأوضح ذلك بقوله ( حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ) لانه لو تعين لما جاز بيعه قبل اختياره ( وهذا كله ) أي كونه بيعاً لا عدة وكون المعقود عليه العين دون العمل ، وكونه لا يتعين إلا باختياره ( هو الصحيح ) لما أن في كل واحد منها قولاً آخر كما يجيء بعد هذا .

( قال وهو ) أي المستصنع ( بالخيار ) أي إذا رآه ( إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأنه اشترى شيئاً لم يره ) فله الخيار إذا رآه ( ولا خيار للصانع ) بل يجبر على العمل لأنه باع ما لم يره ( كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لأنه باع ما لم يره ) أشار به إلى نفي ما ذكره في الذخـــيرة من أن للصانع الخيار أشار إليه بقوله (وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً ) أي أن للصانع الخيار أيضاً كما للآمر ، كذا ذكر هذا في الذخيرة من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وكذا في رواية أبي اليسر وقاضي خان ( لأنه لا يمكنه ) أي لأن الصانع لا يمكنه ( تسليم المعقود عليه الا لضرر وهو قطع الصرم ) بفتح الصاد المهملة وسكون الراء وبالميم ، وهو الجلد . وفي المغرب هو تعريب جرم ( وغيره ) أي وغير الصرم مثل إتلاف الخيط في خرزه .

وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما ، أما الصانع فلما ذكرنا ، وأمـــا المستصنع فلأن في إثبات الخيار له اضرار بالصانع ، لانه لا يشتريه غيره بمثله . ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعـــدم المجوز وفيـما فيه تعامل إنمـا يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم ، وإنما قال

---

( وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار لهما ) أي للصانع والآمر ( أما الصانع فلما ذكرنا ) أنه لا خيار له لما أن الاستصناع بيع ولا خيار للبائع فيما لم يره ( وأما المستصنع فلأن في إثبـــات الخيار له إضرار بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله ) أي بمثل ما اشتراه المستصنع وقد لا يشتريه غيره أصلاً ، كما لو استصنع واعظ منبراً يعظ الناس عليه فلم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً

فإن قيل الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبراً . أجيب يجوز أن يكون الرضي على أن المستصنع مجبور على القبول ، فلما علم اختياره عدم رضاه ، فإن قيل ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام . أجيب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام على أقوال جميع المجتهدين وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التى لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد المجتهدين . قـــال الأكمل وفيه نظر ، لأن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ ، فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها ، لأن الجهل ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لابد لإقامة الدين منها .

( ولا يجوز ) أي الاستصناع ( فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب ) وفي الكافي كالجباب والثياب ، وصورته أن يدفع إلى حائك ديناراً ليحيك له ثوباً من غزل نفسه إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع ( لعدم المجوز ) بكسر الواو من التجويز والمجوز هو التعامل ( فيما فيه تعامل ) مثل الذي ذكرناه ( انما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم ) أي تسليم المستصنع ( وإنـما قال ) أي محمد في أول المسألة

بغير أجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة خلافاً لهما. ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق. لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل ، بخلاف ما لا تعامل فيـــه ، لان ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح .

---

( بغير أجل ) في قوله وإن استصنع في شيء من ذلك بغير أجل ( لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله ) فلا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال واستقصـــاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد « رح » لأنهم لا يجوزون الاستصناع ( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد فإنه عندهما استصناع .

( ولو ضربه ) أي الأجل ( فيما لا تعــامل فيه يصير سلماً بالإتفاق ) المراد بضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال ، أما المذكور على سبيل الاستعجال على أنـــه قال إن تفرغ غـــداً أو بعد غـــد لا يصير سلماً ، لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخـــير المطـــالبة بالتسليم ، ويحكى عن الهندواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال ، ولا يصير به سلماً ، وإن كان من الصانع فهو سلم لأنـــه يذكره على سبيل الاستمهال . وقيل إن ذكروا في مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع ، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم ، لان ذلك يختلف باختلاف المدة فلا يمكن تقديره بشيء معلوم .

( لهما ) أى لابي يوسف ومحمد في المسألة الخلافية ( أن اللفظ ) أو لفظ الاستصنـــاع ( حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيتـــه ) الاستصناع أو اللفظ ( ويحمل الأجل على التعجيل ) لان ذكر الاجل محتمل ، فإنــه يحتمل أن يكون للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال والاستصناع محكم في تناوله ما وضع له غير محتمل الشيء آخر فيحمل المحتمل على المحكم ، فيقال ان ذكر الاجل للتعجيل ( بخلاف ما لا تعامل فيـــه ، لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ) بدلالة الاجل تصحيحاً لتصرف العـاقل مـــا أمكن .

ولابي حنيفة «رح» أنه دين يحتمل السلم وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ، فكان الحمل على السلم أولى ، والله أعلم .

## مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء .

---

( ولابي حنيفة أنه ) أى أن المستصنع المبيع ( دين ) والمبيع الدين ( يحتمل السلم ) كما لو ذكر اللفظ السلم ( وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ) لانه ثابت بآية المداينة والسنة ( وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ) لكونه مجتهد فيه ، ولان فيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله ( فكان الحمل على السلم أولى والله أعلم ) لكونه أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة .

## ( مسائل منثورة )

مسائل مرفوعة على أنها خبر مبتدأ محذوف ، أى هذه مسائل ومنثورة صفتها من نثرت الدراهم ، والتقدير هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة ، فاستدركت بذكرها ها هنا .

( قال ) أى القدورى ( ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع ) مثل الاسد والدب ونحوهما ، فالقدورى أطلق بيع الكلب وما ذكر معه ليتناول ( المعلم وغير المعلم ) وأوضحه المصنف بقوله وغير المعلم ( في ذلك سواء ) أى المعلم وغير المعالم منهما من الكلب والفهد والسباع من المذكور في جواز البيع سواء . وفي الإيضاح بيع كل ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الاصل. أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لانه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلا للبيع لكونه

وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به .
وقال الشافعي « رح » لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب .

---

منتفعاً به حقيقة وشرعاً ، فيكون مالاً . وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الاجانب عن الدخول فيه ويخبر عن الجاني بناحيته عليه فساوى المعلم في الانتفاع به .

( وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به ) وفي شرح الإرشاد يجب قتله ويحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير . وقال شمس الائمة السرخسي ولو كان الكلب العقور بحال يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب ، ولا يجوز الذى لا يقبل التعليم . ونقل الناطفي في الاجناس عن مسائل الفضل بن غانم ، قال أبو يوسف رحمه الله أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور . وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور . وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته إلى هنا لفظ الاجناس . ونقل في الاجناس أيضاً عن شرح اختلاف زفر روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز بيع الاسد حياً ويجوز أن يكون مذبوحاً . وجاز بيع الفهد وفي البيوع للحسن جاز بيع القرد . وذكر الاجناس قال أبو يوسف اكره بيع الهر لانه لا منفعة به ، وإنما هو للهو .

( وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب ) مطلقاً ، لانه لا منفعة به ، وبه قال أحمد ، وبعض أصحاب مالك يجوز بيع المأذون بإمساكه ويكره ، وجوز الشافعي إجارة الكلب المعلم في أصح الوجهين . أما اقتناء الكلب للصيد والزرع والبيوت والمواشي فيجوز بالاجماع ( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ (أن من السحت مهر البغي وثمن الكلب ) هذا الحديث بغير هذا اللفظ رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال إن مهر البغي وثمن الكلب و كسب الحجام ... [1] وأخرجه الدارقطني

---

(١) هكذا الحديث ناقص من الأصل .

ولانه نجس العين ، والنجاسة تشعر بهوان المحل ، وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفياً . ولنا أنه عليـــه السلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ،

---

أيضاً ولفظه ثلاث كلهن سحت أجر الحجام ومهر البغي وثمن الكلب ، وقال الاترازى وجه قول الشافعي ما روى في صحيح البخارى والسنن مسند إلى أبي مسعود الانصارى أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن ، وذكر أحاديث أخر من هذا الباب ، ولكن هذا غير مناسب للحديث الذى ذكره المصنف ، ورعاية المناسبة من التناسب. السحت الحرام المحض الخالص . وقيل السحت الحرام المتأصل من سحته وأسحته ، أي استأصله ، سمي الحرام سحتاً لأنه متأصل دين الآكل ومهر البغي أجـرة الزانية ، يقال بغت المرأة بغياً بالكسر ، والتي زنت فهي بغي أي زانية ، ومن حقه أن يقال بغية ، لأنه فعيل بمعنى فاعل ، والحكم فيه أن يفرق بين المذكر والمؤنث ، إلا أنه قد يشبه فعيلا بمعنى مفعول ، فلا يفرق كما في قولهم ملحفه جديـــد . قوله وثمن الكلب ، سماه ثمناً باعتبار صورة البيع ، وحلوان الكاهن أجرته من الحلاوة وهو الذي يخبر عن الأشياء بإلقاء الشيطان إليه .

( ولأنه ) أي ولأن الكلب ( نجس العين ) بدلالة نجاسة سؤره ، فإنـــه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه ( والنجاسة تشعر بهوان المحل ) أي بذلته ( وجواز البيع يشعر بإعزازه ) أي تشعر باعزازه ( فكان منتفياً ) أي فكان جواز البيع منتفياً وإلا يلزم اجتماع المتنافيين فلا يجوز .

( ولنا أنه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ (نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية) هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن روى الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد ، ثم قال لا يصح إلا من هذا الوجه . وروى النسائي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، وقال حديث منكر ، وقال مرة ليس بصحيح . وقـــال الكاكي المدعي جواز بيع جميع الكلب ، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع الصيد والماشية . قلنا المقصود من إيراد الحديث

إبطال مذهب الخصم ، فإنه يدعي شمول عدم الجواز في الكل ، أما اثبات المدعى والمذهب بما ذكر في الأسرار حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإنه قال قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهما فذكره مطلقاً من غير تخصيص في أنواع الكلب بالتضمين وتضمين المتلف دليل على تقومه وماليته .

أو نقول ثبت جواز بيع الكلب المعلم بقوله إلا كلب حسين ، وجوز بيع الكلب الغير المعلم سوى العقور بقوله أو ماشية ، فإن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادته النباح عند حضور الذئب أو السارق فبقي العقور تحت المستثنى منه ، كذا في الأسرار . قلت حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه الطحاوي بإسناد صحيح **مرسلا** ، حيث قال وقد روي في ذلك عن من بعد النبي ﷺ أي من الصحابة والتابعين ، ثم قال حديث يونس قال حدثنا ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما ، وقضى في كلب ماشية بكبش . وأخرج ابن أبي شيبة عنه أنه قال في كلب الصيد أربعون درهماً ، وفي كلب الماشية شاة من الغنم ، وفي كلب الحرث فرق من طعام ، وفي كلب الدار فرق من تراب حق على الذى أصابه أن يعطيه ، وحق على صاحب الكلب أن يقبله .

( ولأنه ) أي ولأن الكلب ( منتفع به حراسة واصطياداً ) حقيقة وشرعاً ( فكان مالاً فيجوز بيعه ) لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، فيكون محلا للبيع .

**فان قيل الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالآدمي فإنه ينتفع بمنافعه إجارة وغيرها ،** ولا يدل على أن عينه مال . قلنا الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعاً لملك العين لا قصداً في المنفعة ، إلا انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث ، فيجرى مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب ، ولا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخزر ولا يجوز بيعه ، لأنا نقول ان الخنزير محرم العين شرعاً لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه ، فثبتت الحرمة في كل جزء منه وسقطت القيمة ، ثم الإباحة لضرورة الحرز لا يدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كإباحة لحمه حال الضرورة لا يدل على صحة أكله وجواز بيعه ، فأما الكلب

بخلاف الهوام المؤذية ، لانه لا ينتفع بهـــا ، والحديث محمول على الإبتداء قلعاً لهم عن الإقتناء ، ولا نسلم نجاسة العين ، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع .

---

فما ثبت فيـــه تحريم مطلق وإباحة للضرورة فيبقى ما وراءها على التحريم ، كذا في الأسرار .

( بخلاف الهوام المؤذية ) من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعاً ( لأنه ) أي لأن المذكور من الهوام المؤذية ( لا ينتفع بها ) بل هي مضرة قطعاً ، والهوام جمع هامة بتشديد الميم . وفي المغرب الهامة من الدواب ما يقتل من ذوات السموم كالعقارب والحيات ( والحديث ) أي الحديث المذكور الذي استدل به الشافعي رحمه الله (محمول على الابتداء ) أي حالة ابتداء الإسلام ، وتقريره ماروى عن ابراهيم انه قال روى عن النبي ﷺ أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقديم نهي انتسخ ، فإنهم كانوا لغوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها ، وهو معنى قوله ( قلعاً لهم عن الاقتناء ) وفي بعض النسخ قلعاً لهم فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعاً به من الكلاب ، فالحديث الذي رواه الشافعي كان في الابتداء أو يجوز أن يقـال الحـديث مشترك الإلزام ، لأنـــه قال ثمن الكلب والثمن في الحقيقـة لا يكون الا في المبايعـــة .

( ولا نسلم نجاسة العين ) جواب عن استدلال الشافعي بالمعقول بالمنع ، فإن تمليكه في حالة الاجتناب يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ( ولو سلمنـــا [1] فيحرم التناول دون البيع ) وفي الايضاح فأما نجاسة العين في ذاته إن سلم له فتأثيرها في تحريم التناول ووجوب الاجتناب عنه حسناً صونه لنفسه وثيابه عن النجاسة ، فأمـا في حق جواز الانتفاع بها اصطياداً وحراسة فلا . وفي جامع قاضي خان ومثل السرقين عندنا ،

---

(١) ولو سلم — هامش .

قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ، ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه . قال أهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ،

---

فإنه يجوز بيعه لانتفاع الناس به من غير نكير . وعند الشافعي لا يجوز النجاسة عينه كالعذرة . قلنا العذرة لا ينتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب ، فحينئذ يجوز بيعها تبعاً .

( قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، والاصل فيه قوله تعالى ﴿ إنما الخمر والميسر ﴾ ... الآية ، فقال رجس ، والرجس اسم للحرام النجس ، ولا يجوز التصرف في الحرام ( لقوله عليه السلام فيه ) أى لقول النبي ﷺ ( إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ) هذا في حديث مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما ولفظه قال إن الذى حرم شربها حرم بيعها .

( ولأنه ) أي ولأن كل واحد من الخمر والخنزير ( ليس بمال في حقنا ) أى ليس بمال متقوم في حق المسلمين ( وقد ذكرناه ) أى في باب البيع الفاسد .

( قال ) أى القدوري في مختصره وقال الاكمل قال محمد في الأصل لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان ، ونقل مطولاً من الاصل وكان ينبغي له أن يقول أولاً قال القدوري ثم يقول ما قاله محمداً في الأصل تحرزاً عن اللبس ( وأهل الذمة في البياعات ) بكسر الباء الموحدة وتخفيف الياء آخر الحروف. قال الجوهري البياعة السلعة ، انتهى . فهذا يدل على أن البياعات جمع بياعة والظاهر من هذا أن المعنى أن أهل الذمة في بيع السلع ( كالمسلمين ) ولكن الظاهر أن الفقهاء أرادوا بالبياعات البيوع ، وليس في اللغة مايدل على هذا ( لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ (في ذلك الحديث فأعلمهم أن لهم ماللمسلمين وعليهم ماعلى المسلمين ) أراد بذلك الحديث أول حديث معاذ رضي الله عنه لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن ، فإنه حديث أخرجته الأئمة الستة في كتبهم وليس فيه ماذكر المصنف من قوله ماعليهم ... إلى آخره . وقال مخرج أحاديث الهداية لم

ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال إلا في الخمر والخنزير خاصة، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة ، لانهـــا أموال في اعتقادهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم ومـــا يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنـــه ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .

---

أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف ولم يتقدم في هذا المعنى إلاحديث معاذ ، وهو في كتاب الزكاة، وحديث بريدة وهو في كتاب السير وليس فيهما ذلك، ولم يتعرض أحد من الشراح إلى تحرير هذا منهم .

(ولأنهم) أي ولأن أهل الذمة (مكلفون ) أي بالإيمان ( محتاجون) أي في المعاملات (كالمسلمين) فكانوا محتاجين إلى ما تبقى به أنفسهم ولا تبقى الأنفس إلابالطعام والشراب والكسوة والسكنى ، ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأشياء المشروعة منها البيع ، فيجب أن يكون مشروعاً في حقهم ليمكنوا من تبقية أنفسهم .

( قال ) أي القدوري ( إلا في الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة ) حاصل الكلام يحل لهم ما يحل لنا ، ويحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير ، فإنهم أقروا بعقدالأمان على أن يكون ذلك مالاً لهم ، فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالاً وفيـــه نقض الأمان ( لأنها ) أي لأن الخمر والخنزير ( أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون ، دل عليه ) أي على ما ذكرنا من أنا أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون ( قول عمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ) هذا رواه عبـــد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا سفيان الثوري عن ابراهيم عن عبد الأعلى الحنفي عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر ابن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر فناشدهم ثلاثاً ، وقال له بلال رضي الله عنه انهم ليفعلون ذلك ، قال فلا تفعلوا ولوهم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، ورواه أبو عبيد في كتاب الأيمان ، وقال فيه ولوهم بيعها وخـــذوا أنتم من الثمن .

قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين . وأصله أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد ، خلافاً لزفر والشافعي « رض » لانه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، وهو كونه عدلاً أو خاسراً أو رابحاً

---

( قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ) هذه المسألة من مسائل الجامع الصغير ، وصورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، فيقول صاحب العبد بعت كذا فالبيع جائز ( ويأخذ الألف ) أي يأخذ البائع الألف ( من المشتري والخمسمائة ) أي ويأخذ الخمسمائة ( من الضامن ) وهو الفضولي الذي لا تعلق له في الوسط .

( وإن كان ) أي الرجل الآخر ( لم يقل من الثمن جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين ) ذكر الإمام السرخسي الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى ضمن الأجنبي وصير نفسه زعيماً حيث قال من الثمن فيجب عليه ، وفي الثانية أنه رشاه على البيع بما سماه من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان ( وأصله ) اي وأصل ما ذكر من هذه المسألة (أن الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق ) أي الزيادة ( بأصل العقد، خلافاً لزفر والشافعي لأنه ) أي لأن الإلحاق ( تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه ) أي كون الثمن ( عدلاً ) بأن يكون مساوياً لقيمة البيع ( أو خاسراً ) بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع ( أو رابحاً ) بأن يكون الثمن زائداً على قيمة المبيع وكل ذلك مشروع .

## ثم قد لا يستفيد المشتري بهـــا شيئاً بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها

فإن قيل كيف يجب عليه شيء من الثمن بالبيع ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه . قلنا التزام الثمن بالبيع مقصوداً فصار كبدل الخلع . وقال تاج الشريعة وإن قلت لو ثبتت هذه الزيادة ثمناً لتوجهت المطالبة بهـــا على المشتري ثم الضامن يتحمل ولا يطالب المشتري بها ، لأنه لم يلتزمها وإنما يطالب بها من التزمها ، لأن من الثمن في حق من التزمها لا في حق من لم يلتزمها وثبوت الحكم بحسب السبب كالرجل يقول لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل ، وأنكر الأصيل ذلك يصير الكفيل مطالباً دون الأصيل لهـــذا المعنى ، انتهى .

وقال بعضهم القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي لأنها بدل مال معاوضة من غير أن يحصل بإزائـــه عوض ، وذلك لا يجوز اعتباراً بأصل الثمن ، إلا أنا تركنـــا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الأجنبي شرعاً وهو حديث أبي قتادة حين امتنع النبي ﷺ عن الصلاة على رجل من الأنصار لكان دين عليه ، قال أبو قتادة هو علي وإلي وفي مالي يا رسول الله وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك إمضاء منه بذلك المال عوضاً عن دينـــه من غير أن يحصل له عوض بإزائه ، والزيادة في الثمن من الأجنبي في معناه فيلحق به دلالة .

وقال صاحب النهاية الأولى ما قاله العلماء لأنا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث ينبغي أن يجوز لأجنبي التزام أصل الثمن أيضاً إذ الحكم لا يفرق بينهما وبالإتفاق لا يجوز التزام أصل الثمن من الأجنبي ، ولأن حكم الحديث كان بعـد الوجوب والتزام الزيادة من الأجنبي وقت المعاقـــدة بل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقاً .

( ثم قد لا يستفيد المشتري بها ) أي بالزيادة ( شيئاً بـــأن زاد في الثمن وهو ) أي والحال أن الثمن ( يساوي المبيع بدونها ) أي بدون الزيادة فـإذا كان كذلك ( فيصح اشتراطه ) أي اشتراط الثمن . وفي بعض النسخ فيصح اشتراطهـــا ، أي اشتراط الزيادة

على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ، فإذا قال من الثمن وجد شرطهـــا فيصح وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح . قـــال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر ،

---

( على الأجنبي كبدل الخلع ) لأن الخلع لا يسلم شيء للمرأة بمقابلة بدل الخلع لأنه إسقاط محض واشتراط البدل على الأجنبي جائز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري ( لكن من شرطها ) أي من شرط الزيادة ( المقابلة تسمية ) بأن يتكلم المتكلم بلفظه من الثمن ( وصورة ) بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وإن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلا للبيع عليه ( فإذا قال من الثمن وجد شرطهـــا ) وهو المقابلة ( فيصح وإذا لم يقل ) من الثمن ( لم يوجد ) أي شرطه ( فلم يصح ) لأنها ليست زيادة في الثمن ، بل هو التزام مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجهـــا فوطئهـــا الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية ) أي ولاية التزويج ( وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر ) قيد بالكمال ، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج .

فإن قيل ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف أيضاً ، فلم لا يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك ، فإن عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض ، وعندنا لا يجوز البيع وبه قال الشافعي وأحمد ، ويجوز التزويج والعتق . قلنـا لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه ولا يثبت حكم البيع فيه ، ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض . بخلاف النكاح ، وشرط البيع أن يكون مقدور التسليم ، بخلاف النكاح فإنه ليس بشرط فيه ، ولهذا لا يجوز بيع الآبقة ويجوز إنكاحها . وذكر الشهيد في فتاوى الاكبر جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع ، وإن انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد والمختار قول أبي يوسف . وذكر الإمام

وهـــذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وإن لم يطأهـا فليس بقبض . والقياس أن يصير قابضاً لانـه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي . وجـــه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل ، وبه يصير قابضاً ولا كذلك الحكمي فافترقا . قال ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يـــد البائع

---

قاضي خان الزدمكرى لو ماتت الجاريـة قيل لا تبطل النكاح وإن بطل البيع ، ومتى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري .

( وهذا ) أي وطء الزوج ( قبض ) وعند الشافعي وأحمد ومالك « رح » لا يصير قبضاً ( لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته ) أي من جهـة المشتري ( فصار فعله كفعله ) أي فعل الزوج كفعل المشتري ( وإن لم يطأهـــا ) أي الزوج ( فليس بقبض ، والقياس أن يصير قابضاً ) أي فيصير المشتري قابضاً بمجرد النكاح ( لأنه ) أي لأن التزويج ( تعييب حكمي ، فيعتبر بالتعييب الحقيقي ) حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها فيصير كالتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقيء العين .

( وجه الإستحسـان أن في الحقيقي ) أي في التعييب الحقيقي ( استيلاء على المحل ) باتصال فعل منه إليه ( وبه يصير قابضاً ) أي بالتعييب الحقيقي يصير قابضاً ( ولا كذلك الحكمي ) أي التعييب الحكمي ، فلا يصير قابضاً .

فان قيل يشكل هذا بالإعتاق والتدبير فانهما إبقاء بالإستيلاء على المحل بالفعل الحسي ، ومع انه يصير قابضاً بهما باجماع العلماء قلنا هما إتلاف من وجه ، لأن الإعتاق انهاء للملك وإتلاف المالية ، ولهذا ثبتت الولاية . وله من ضرورته أن يصير قابضا وكذا التدبير في استحقاق الولاء وثبوت حق الحريه كـــذا في المبسوط ( فافترقا ) أي بالوجه المذكور افترق الحكمان المذكوران .

( قال ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يد البائع ) أي فغاب المشترى والحال انه

وأقام البائع البينة أنه باعه إياه ، فإن كانت غيبة معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع ، وفيه إبطال حق المشتري ، وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن لان ملك المشترى ظهر بإقراره ، فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه . وإذا تعذر استيفاؤه من المشترى يبيعه القاضي فيه كالراهن إذا مات والمشترى إذا مات مفلساً والمبيع لم يقبض .

بخلاف ما بعد القبض ، لان حقه لم يبق متعلقا به ،

---

لم يدفع الثمن إلى البائع ( وأقام البائع البينة ) عند القاضي ( انه باعه إياه ) أى أن البائع باع العبد إياه ، أي للذى اشتراه ثم غاب قبل نقد الثمن ، وهو معنى قوله ولم يقبض الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه ( فان كانت غيبته ) المشترى ( معروفة لم يبع في دين البائع ) على صيغة المجهول ، أى العبد لم يبع ( لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه ) أى وفي بيع العبد ( إبطال حق المشترى ) لان البيع يبطل حقه في العبد ( وإن لم يدر ) أى وإن لم يعلم ( أين هو ) أى المشترى يعني في أى مكان هو ( بيع العبد ) في دين البائع ( وأوفى الثمن ) أى ثمن العبد الذى اشتراه الرجل يوفى من ثمنه الذى يباع لاجل دين البائع ( لان ملك المشترى ظهر باقراره ) أى باقرار البائع أنه باعه إياه ( فيظهر على الوجه الذى أقر به ) حال كونه ( مشغولاً بحقه ) أى بحق البائع .

( وإذا تعذر استيفاؤه من المشترى ) لاجل غيبة المشترى وعدم معرفة مكانه ( يبيعه القاضي ) لانه نصيب ناظراً لمصالح المسلمين ( فيه ) أى في استيفاء ( كالراهن إذا مات المشترى إذا مات مفلساوالمبيع ) فان المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إذا تعذر الإستيفاء ( لم يقبض ) فإن المبيع يباع بثمنه .

( بخلاف ما بعد القبض ) أي بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينة البائع لم تقبل ( لأن حقه ) أي حق البائع ( لم يبق متعلقاً به ) أي بالعبد ، بل صار ديناً في ذمة

ثم إن فضل شيء يمسك للمشترى لانه بدل حقه . وإن نقص يتبع هو أيضا ، فإن كان المشترى اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه . وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه، لانه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه ، وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه . ولهما أنه مضطر فيه

---

المشتري ( ثم إن فضل شيء ) من ثمن العبد ( يمسك للمشتري ) لأن الفاضل له ( لأنه بدل حقه ) أي لأن الفاضل بدل حق المشتري ( وإن نقص ) حق البائع من ثمن العبد ( يتبع هو أيضاً ) أي يتبع البائع المشتري أيضاً ، يعني يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به .

( فإن كان المشتري اثنين ) أي فإن كان مشتري العبد اثنين ( فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه ) أي ويقبض العبد ( وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو ) أي المذكور من الحكم ( قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعاً بما أدى عن صاحبه ، لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ) ذكر هذه المسألة تفريعاً لما تقدم والخلاف في موضعين في قبض الكل وفي ولاية الرجوع . واعلم أن الحاضر ليس له أن يقبض العبد حتى يؤدي كل الثمن بالاتفاق ، لأن البائع حبس المبيع بكل الثمن ، فإذا أدى كل الثمن لا يقبض إلا نصيبه ولا يرجع عليه بما أدى عند أبي يوسف ، وعندهما يقبض الكل ويرجع بما أدى .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه ) أي أن الحاضر ( مضطر فيه ) أي في دفع

لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن، لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن. وإذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه

---

كل الثمن ( لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ، لأن البيع صفقة واحدة وله ) أي وللبائع ( حق الحبس ) أي حبس المبيع لأجل قبض جميع الثمن ( ما بقي شيء منه ) أي الثمن ، فيكون مضطر في ذلك ( والمضطر يرجع ) .

فإن قيل لو كان التعليل بالإضطرار مقولاً عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون الشريك حاضراً أو غائباً كما في صاحب العلو ، فإنه يبنى السفل ليبني عليه علوه ، فإنه لا يكون متبرعاً ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً . وها هنا لو كانا حاضرين فأراد أحدهما نقد الثمن وقبض نصيبه ليس له ذلك بالاجماع ، ولو نقد نصيبه كان متبرعاً فيما نقد بالاجماع . قلنا الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر، لأن من خاطب الاثنين بالبيع فقبل أحدهما دون الآخر لم يملك شيئاً منه ، وإذا ثبت أن الملك له باعتبار قبول الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء ، وإذا نقد الثمن يتمكن من قبض المبيع ويثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه . وأما صاحب العلو فإنه مضطر إلى أن يتوصل إلى حقه من بناء العلو ، سواء كان صاحب السفل حاضراً أو غائباً ، لأنه ليس له أن يخاصمه في أن يبني السفل ليبني هو علوه ، فلذلك افترقا .

فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر رجلان داراً فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر الأجرة كله فانه يكون متبرعاً بالاجماع . قلنا انه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة من قبل أنه ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الاجر ، كذا ذكره التمرتاشي ( كمعير الرهن ) صورته رجل أعار إنساناً شيئاً ليرهنه فرهنه المستعير ثم أفلس أو غاب فأهلكه المعير يرجع بما أدى منه عليه وإن كان ذلك الأداء بغير أمره لأنه مضطر ، فكذا فيما نحن فيه .

( وإذا كان له ) أي للبائع ( أن يرجع عليه ) أي على المشتري ( كان له الحبس عنه )

إلى أن يستوفي حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه . قال ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ، لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعـــدم الأولوية . وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة ، لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما.

---

أي حبسه نصيبه ( إلى أن يستوفي حقه ) وهو الذي ادعى عنــه ( كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن ) أي ثمن الذي اشتراه ( من مال نفسه ) دون مال الموكل فإنه يرجع عليه بما أدى من الثمن .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما ) أي الذهب والفضة ( نصفان ) يعني من ذهب خمسمائة مثقـــال ومن الفضة خمسمائة مثقال ولم يرجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ، ولم تترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات لأنهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير إلى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد منهما خمسمائة ( لأنه أضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولية ) للترجيح ( وبمثله ) أي وبمثل المذكور ( لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة ) يعني كل عشرة وزن سبعة ( لأنه أضاف الألف إليهـا ) أي إلى الذهب والفضة ( فينصرف إلى الوزن المعهود في كل واحد منهما ) وفي بعض النسخ إلا أنه ينصرف المعهود والمعهود في الذهب المثاقيل وفي الفضة دراهم .

وقال التمرتاشي لو قال بألف مثقال من الذهب والفضة فهما نصفان لأنــه أضاف العقد إليهما على السواء ويشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف إلى الجيد . وكذا لو قال على مائـــة مثقال ذهب وفضة فعليــه من كل واحد النصف ، وهكذا في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غصباً

قـــال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفـا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف « رح » يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايتـــه بإيجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير إلى ما قلنا. ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الإستبدال جـــاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى

---

أو وديعة أو بيعاً أو شراء أو مهراً ، وجعلا في خلع أو وصية أو كفالة ، وكذا لو قال علي كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن له على آخر عشرة دراهم جيـاد فقضاه زيوفاً ) أي دراهم زيوفاً ( وهو لا يعلم ) أي والحال أن صاحب الدين لا يعلم زيافتـــه ( فأنفقها ) أي فأنفق تلك الزيوف رب الدين ( أو هلكت فهو قضاء عنـــد أبي حنيفة ومحمد ) يعني يكون مؤدياً ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء ( وقال أبو يوسف رحمه الله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لأن حقــه في الوصف ) وهو الجودة أو الرداءة ( مرعي كهو في الأصل ) أي كحقه في القدر حق لو كان حقه في القدر الذي هو الأصل لم يسقط مطالبته فكذا إذا كان دون حقه وصفاً فيرد المقترض إن كان باقياً وبمثله إن كان مستهلكاً ( ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف ) منفرداً لعدم انفكاكه ( لأنه ) أي لأن الوصف ( لا قيمة له عند المقابلة بجنسه ) لأنه يؤدي إلى الربا ، فـــاذا كان الأمر كذلك ( فوجب المصير إلى ما قلنا ) وهو قوله يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ومحمد ( أنه ) أي المؤدى وهو الزيوف ( من جنس حقه ) وأوضح ذلك بقوله ( حق لو تجوز به ) أي بالمؤدي يعني يؤاخذه مسائلا لنقصان حقه ( فيما لا يجوز الاستبدال ) فيه كما في الصرف والسلم ( جاز فيقع به الاستيفاء ولايبقى

حقه إلا في الجودة ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل ، لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له . قال وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه ، وكذا إذا باض فيها ، وكذا إذا تكنس فيها ظبي لأنه مباح سبقت يده إليه ،

---

حقه إلا في الجودة ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ) إشارة إلى قوله لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه .

( وكذا بإيجاب ضمان الأصل ) أي وكذا لا يمكن تداركها بإيجاب ضمان الأصل ( لأنه ) أي لأن إيجاب ضمان الأصل ( إيجاب له عليه ) أي إيجاب الأصل عليه ( ولا نظير له ) أي في الشرع . وحاصل الكلام أن الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعاً لأنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلا لعدم تصور الانفكاك ، ولا بايجاب ضمان الأصل ، لأن المضمون حينئذ هو الأصل والفرض إنه من حيث الأصل مستوف بايجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه ولا نظير له في الشرع ، واعترض من وجهين ، أحدهما أن إيجاب الضمان على رجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد ، وها هنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فانه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له ، حتى لو اشترى صح . والثاني أن المقصود بالأصلي هو واجباً حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمين فلا يعتبر والجواب عن الأول أن الفائدة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره ، بخلاف ما نحن فيه . وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابع له .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا ) أي وكذا لمن أخذ ( إذا باض فيها ) طير في أرض رجل ( وكذا إذا تكنس ) وفي بعض النسخ تكسر أي في كناسة ، وهو موضعه ، وفيه بقوله تكسر لأنه لو كسره أحد يكون له ( فيها ) أي في أرض رجل ( ظبي ) مرفوع لأنه فاعل ( لأنه ) أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظبي ( مباح سبقت يده إليه ) فاستحق ذلك بالسبق

ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه ،وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه ، وصاحب الأرض لم يعـــد أرضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف . وكما إذا دخل الصيد داره أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له مـــا لم يكفه ، أو كان مستعداً له ، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه

---

( ولأنه ) أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظبي ( صيد ) فالذي يأخذه هو حق له بالحديث ( وإن كان يؤخذ بغير حيلة ) كلمة إن واصلة بما قبله .

( والصيد لمن أخذه ) بقوله عليه السلام الصيد لمن أخذ ( وكـــذا البيض ) حكمه حكم الصيد ( لأنه ) أي لأن البيض ( أصل الصيد ) وأوضح ذلك بقوله ( ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره ) أي بكسر البيض ( أو شيه ) أي أو شي البيض ، وأشار إلى أن الحكم المذكور فيما إذا لم يعد صاحب الأرض موضعاً لفراخ الصيد ليأخذه ، وأما إذا أعد في أرضه موضعاً لذلك فهو له ، وأشار إليه بقوله ( وصاحب الأرض لم يعد أرضه لذلك ) أي لأجل فراخ الصيد والواو فيه للحال ( فصار ) حكم هذا ( كنصب شبكة للجفاف ) أي لاجل الجفاف فتعلق بها صيد فهو للأخذ ، وكذا إذا نصب خيمة .

( وكما ) أي وكذا الحكم ( إذا دخل الصيد داره ) فهو للاخذ . وقال الاترازي ولو أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ، ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه ، فاذا خرج منه فهو لمن أخذه ( أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له ) فهو لمن أخذه ( ما لم يكفه ) أي مـــا لم يضم صاحب الثياب ثيابـــه ، فاذا كان كفه فهو له دون غيره ( وكذا ) أي وكذا يكون لصاحب الثياب ( كان مستعداً له ) بأن قصده وتهيأ له فحينئذ يكون له ما وقع في ثيابه .

( بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه ) بتشديد السين ، يقـــال زنجبيل معسل ، أي

لأنه عد من إنزاله فيملكه تبعاً لأرضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء .

---

جعل فيه العسل وعسلت القوم إذا رددت لهم العسل يكون العسل له مطلقاً ( لانه ) أي لان العسل ( عد من انزاله ) الارض وذكر الضمير وإن كان راجعاً إلى الارض باعتبار المكان والانزال بفتح الهمزة جمع النزل وهو الزيادة والفضل ، كذا في المغرب . والحاصل أنه من ريع الارض وما فضل منها ، فإذا كان كذلك ( فيملكه ) أي يملكه صاحب الارض العسل ( تبعاً لارضه ) لان العسل غالباً لا يحصل في مطلق المواضع ولا يمطر الاغذية فإذا عسل في أرض علم أنه من نبات تلك الارض ( كالشجر النابت فيه ) يعني إذا ثبتت في أرضه فتكون له ( والتراب ) أي كالتراب ( المجتمع في أرضه بجريان الماء ) يكون أيضاً لمالك الارض ، وإذا لم تكن الارض معدة كذلك بخلاف الصيد كما ذكرنا .

* * *

# كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان سمي بـــه للحاجة إلى النقل في بدلية من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لغة ،

---

## ( كتاب الصرف )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصرف . وجه تأخير كتاب الصرف عن بيان أنواع البيوع ذكر في أول باب السلم ، أو لان الصرف بيع الاثمـــان والثمن في البيـــاعات يجرى مجرى الوصف ، والمبيع يجرى مجرى الاصل لتوقف جواز البيع إلى وجود المبيع دون الثمن والوصف تابع للأصل .

( قـــال ) أى القدوري ( الصرف هو البيع ) وفي المبسوط الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض ، أشار إليه المصنف بقوله ( إذا كان كل واحـــد من عوضيه ) أى من عوضي البيع ( من جنس الاثمان ) إنما قال من جنس الاثمان ولم يقل من الاثمان ، لان عقد الصرف يشمل التبر والحلي والمضروب والمخلوط . وقال الامـــام الاسبيجابي رحمه الله الصرف اسم لعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر ، فلما اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثـــة ، وجود التقابض من الجانبين جميعاً قبل التفرق بالابدان ، وعدم اشتراط الخيار فيه ولو أبطل صاحب خياره قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا خلافاً لزفر ، ولا يكون فيه تأجيل ، فـإن أبطل صاحب الاجل قبل التفرق انقلب العقد جائزاً عندنا ( سمي به ) أى سمي هذا العقـــد بالصرف ( للحاجة إلى النقل في بدلية من يد إلى يد ) أى لحاجة المتصارفين إلى نقل الثمن من يد أحدهما إلى يد الآخر .

( والصرف هو النقل والرد لغة ) أى يعني الصرف لغة هو النقل والرد كذا قالـــه

ولأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه ، والصرف هو الزيادة لغة، كذا قاله الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفاً ، قـــال فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفت في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام

---

الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفا ، وذكر في كتاب العين للخليل الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة . وقال ابن دريد في الجمهرة وقال بعض أهل اللغـــة الصرف الفريضة والعدل النافلة . وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل ( أو لانه ) أي ولان الصرف عقد ( لا يطلب منه إلا الزيادة ) لأنه عقد يرد على مال لا يطلب منه ذاتــه ، بل يطلب منه الفضل ( إذ لا ينتفع بعينه ) أي بعين ما يكون ثمناً خلقة فـــإن غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه كاللحم والثوب وغيرهما من اشيـــاء غير النقدين فيجوز أن تكون الفائدة والمقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة ، أما في بيع الصرف لو لم يكون المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة ( والصرف هو الزيادة لغة ، كـذا قاله الخليل ) فكانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيعها ، فلهذا اختص هذا البيع بلفظ الصرف،وعن هذا قيل لمن يعرف هذا الفضل والزيادة صراف وصيرفي .

( ومنه ) أي ومن القول بأن الصرف لغة الزيادة ( سميت العبادة النافلة صرفاً ) لأنها زائدة على الفرائض . وقال الاترازي وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفاً ففيــه نظر ، لأن الزمخشري أورد في فائقه في حديث النبي ﷺ في ذكر المدينة من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة ، لا يقبل منه صرف ولا عدل ، فقـــال الصرف التوبة لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور والعدل العديــة من المعادلة انتهى . قلت لا وجه في هذا النظر أصلا ، لأن الصرف ورد لمعاني كثيرة وقد ذكرناه الآن .

( قال ) أي القدوري ( فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلا بمثل وإن اختلفت ) أي العوضان ( في الجودة والصياغة ) أما في الجودة بأن يكون أحدهم أجود من الآخر في ذاته ، وأما في الصياغة بأن يكون أحدهما أحسن صياغة من الآخر ( لقوله

الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيـد والفضل ربا .. الحديث، وقال عليه السلام جيدها ورديئها سواء وقد ذكرناه في البيوع . قال ولا بد من قبض العوضين قبل الإفتراق لما روينا ، ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره .

---

عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزناً بوزن يداً بيـد والفضل ربا ) هذا الحديث قد تقدم في باب الربا ( الحديث ) بالنصب ، أي اقر هـذا الحديث بتمامه ، ويجوز بالرفع ، أي روي هذا الحديث بتمامه وقد تقدم تمامه هناك .

( وقال عليه السلام جيدها ورديئها سواء ) أي قال النبي ﷺ جيد الأموال الربوية ورديئها سواء في حرمة الزيادة ، وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري المتقدم وهو ما رواه مسلم عنه قـال رسول الله ﷺ الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الأخذ والعطاء فيه سواء في حديث عبادة بن الصامت الذهب بالذهب إلى قوله سواء بسواء يداً بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيـد ( وقد ذكرناه ) أي الحديث بالمذكور ( في البيوع ) أي في كتاب البيوع .

( قال ) أي القدوري ( ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق ) يعني قبل الافتراق بالأبدان بإجماع العلماء ( لما روينا ) وهو قوله يداً بيد ( ولقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ) هذا رواه محمد بن الحسن في أوائل كتاب الصرف ، وقال حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن عمر رضي الله عنه الذهب بالذهب مثلاً بمثل والورق بالورق مثلاً بمثل لاتفضلوابعضهاعلى بعض لا يباع منها غائب بناجز ، فإني أخاف عليكم الربا وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره ، انتهى . قوله استنظرك يخاطب به أحد عاقدي الصرف يعني ان سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله . وقال القدورى في شرحه لمختصر

ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالىء بالكالىء ، ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق الربا . ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ ، أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا .

---

الكرخي وعن ابن عمر انه قال إن وثب من سطح فثب معه . وقال الاترازى الربا اما بالمد يعني الربا وهذا الذى ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل الافتراق . وفي فوائد القدورى المراد بالقبض هنا القبض بالتزاحم لا بالتخلية ، وهذا القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط انعقاده صحيحاً يدل عليه قوله فإن افترقا بطل العقد والمشي إنما يبطل بعد وجوده .

( ولأنه ) أي ولأن الشأن ( لابد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالىء بالكالىء ) أي النسيئة بالنسيئة ونهى النبي ﷺ عن بيع الكالىء بالكالىء، رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهوية والبزار في مسانيدهم من حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى النبي ﷺ أن يباع كالىء بكالىء يعني ديناً بدين .

( ثم لابد من قبض الآخر تحقيقاً للمساواة فلا يتحقق ) بالنصب لأنه جواب النفي ، وهو قوله لابد ، والمعنى كيلا يتحقق ( الربا ) إذ في عدم قبل الآخر شبهة بيع النقد بالنسيئة فيتحقق شبهة الربا وقد نفى النبي ﷺ عن ذلك . وقال الكاكي رحمه الله فإن قيل يشكل على هذا التعليل ما إذا باعا المصوغ بالمضروب ، فإن المصوغ مما يتعين بالتعيين ، ومع ذلك يشترط قبضها إذ النسيئة بالنسيئة أن ما تكون باعتبار عدم التعيين، ومع ذلك يشترط قبضها ، لكن فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقه فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في باب الربا .

( أو لأن أحدهما ) دليل آخر، أو لأن أحد العوضين ( ليس بأولى ) بالقبض ( من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ ) والتبر ( أو لايتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب

ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عـــدم التعيين لكونه ثمناً خلقة فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة في الربا ، والمراد منـــه الافتراق بالأبدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معاً في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر « رض » وإن وثب من سطح فثب معه ،

---

مثلا بمثل ، وهو يتناول المضروب وغيره ( ولأنه ) أي ولأن بيع المصوغ بالمصوغ ( إن كان يتعين ) يعني بالتعيين ( ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمناً خلقة ) أي لكونه خلق ثمناً ، فإذا كان كذلك ( فيشترط اعتباراً للشبهة في الربا ) حاصل هذا أن قوله ولأنه إن كان يتعين جواب عما يقال بيع المضروب بالمضروب بلا قبض لايصح لأنه كالىءبكالىء، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين فأجاب بقوله ولأنه إلى آخره .

وقال الاكمل رحمه الله ، فإن قيل فعلى هذا أي على الذي ذكره المصنف يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة بشبهة الفضل ، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمناً شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى ، والشبهة هي المعتبر دون النازل عنها . أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يداً بيد لا بالشبهة ، لأن الحكم في موضع النص يضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة

(قال) أي القدوري ( والمراد منه ) أي من قوله قبل الافتراق ( الافتراق بالأبدان ) دون المكان ( حتى لو ذهبا عن المجلس ) أي المتعاقدان بالصرف حال كونهما ( يمشيان معاً في جهة واحدة) قيد بهمالأنهمالو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالأبدان ( أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لايبطل الصرف لقول ابن عمر ) أي لقول عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما ( وإن وثب من السطح فثب معه ) وقد مـــر الكلام في قول ابن عمر هذا عن قريب . قوله فثب بكسر الثاء المثلة وسكون الباء أمر من وثب يثب ، وأصل يثب يوثب فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة والامر منه

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم. بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض. وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء، فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين

---

يجيء اثب على وزن أعل، لأن المحذوف منه فاء الفعل (وكذا المعتبر ما ذكرناه) أي وكذا الذي يعتبر ما ذكرناه وهو الافتراق بالابدان (في قبض رأس مال السلم) أراد أن قبض رأس المال قبل الافتراق بالأبدان في السلم شرط.

(بخلاف خيار المخيرة) هذا يرتبط بقوله لا يبطل الصرف يعني ان الصرف لايبطل بذهاب العاقدين معاً وخيار المخيرة يبطل (لأنه) أي لأن خيارها (يبطل بالاعراض) لأن اشتغالها بالمشي وإن كان مع زوجها دليل الإعراض عما جعل إليها فيبطل خيارها وإن لم تفارق الزوج، كذا قال القدوري في شرحه. وعن محمد رحمه الله في رواية أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال يبطل بماهو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس، كذا في الذخيره.

(وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء) هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي ﷺ الذهب بالورق ربا إلاهاء وهاء. الورق بكسر الراء الفضة. قوله ربا أي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازاً، وذلك لأن الربا يستلزم الحرام. قوله هاء وهاء مقصوران وممدودان ومعنى هاء خذ، ومنه قوله تعالى﴿ هاؤم اقرأوا كتابية ﴾ ١٩ الحاقة، وقال الكاكي وفي بعض الرويات إلا يداً بيد هاء وهاء وهو تأكيد لقوله يداً بيد، كأنه قال إلا يداً مع التقابض، كذا في المغرب قلت ولم أقف على هذه الرواية في كتب الحديث.

(فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين) هذا متعلق بقوله ولابد من قبض المعوضين

أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض،ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل،لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقاً،وبالثاني يفوت القبض المستحق ، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر « رح » . قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض

---

لبقاء العقد ( أو أحدهما ) أي أو أحد المتعاقدين ( بطل العقد لفوات الشرط وهوالقبض، ولهذا ) أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل ( لايصح شرط الخيار فيه ) أي في الصرف قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب وخيار الرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين وقد مر ذلك في أول كتاب الصرف (ولا الأجل) أي ولايصح الأجل فيه أيضاً ( لأن بأحدهما ) وهو شرط الخيار ( لايبقى القبض مستحقاً ) لأن الخيار يمنع الملك ( وبالثاني ) أي الأجل ( يفوت القبض المستحق ) بالعقد ( إلا إذا أسقط الخيار في المجلس ) يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك (فيعود إلى الجواز) أي جواز العقد ( لارتفاعه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر ) أي لارتفاع سبب الفساد قبل تقرره ،وهذا عند أصحابنا الثلاثة بالاستحسان والقياس أن لايجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر .

( قال ولايجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ) هذا لفظ القدوري . قال الأترازي إعلم أن أحد المتعاقدين في الصرف إذا أبرأ صاحبه مما عليه قبل القبض أووهبه أو تصدق به عليه وقبل الآخر بطل الدين وانتقض الصرف ولم يقبل من عليه لم يبطل ( حتى لو باع ديناراً ) إيضاح لما قبله ، يعني لو باع شخص ديناراً لرجل آخر ( بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة ، حتى لو اشترى بها ثوباً فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض

مستحق بالعقد حقاً لله تعـــالى وفي تجويزه فواته ، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ، لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقـــد إلى مطلقهـا ، ولكنـا نقول الثمن في بـاب الصرف مبيع ، لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعـــدم الأولوية . وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه .

---

مستحق ) أي واجب ( بالعقد حقاً لله تعالى ) حتى لا يسقط بإسقاط المتعاقـدين ( وفي تجويزه ) أي وفي تجويز بيـع الثوب ( فواته ) أي فوات حق الله عز وجل .

فإن قيل في عـــدم تجويزه فوات حق العبد وحق العبد مقدم على حقـــه تعالى ، قلنا إنما يكون حق العبد مقدماً بعدما ثبت حقه ، وهاهنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدماً .

( وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر ، لأن الدراهم لاتتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ) أي مطلق الدراهم ، إذ الإطلاق والإضافة إلى بـــدل العقد الصرف سواء ، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب أصحابنا الثلاثة ( ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيـع ، لأن البيـع لابـــد له منه ) أي من المبيـع ( ولا شيء سوى الثمنين ) فيجعل كل واحد منهما مبيعاً لعدم الأولوية يعني أن عقد الصرف بيـع لأنه مبادلة مال بمال ، وهذا لو حلف لا يبيـع فصارف يحنث في يمينه ، والبيـع ما يشتمل على مبيـع وثمن وليس كل واحد من بدلي الصرف بأن يجعل مبيعاً أولى من الآخر ( فيجعل كل واحد منهما ) ثمناً من وجه ( مبيعاً لعدم الاولوية ) من وجه ضرورة إنعقاد البيـع .

( وبيـع المبيـع قبل القبض لايجوز ) كما قلنا في المقايضة ( وليس من ضرورة كونـه مبيعاً أن يكون متعيناً كما في المسلم فيه ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره بأن يقال

ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ، لأن المساواة غير مشروطة فيه ، ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا ، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . قـــال ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها

---

لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعاً لكان متعيناً . فأجاب عنه منع الملازمة كما في المسلم فيه ، لأنه مبيع واجب في الذمة وليس معين .

( ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ) هذا لفظ القدوري رحمه الله واعلم أن بيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن أقـــل كان أحدهما أو أكثر من الآخر لأن المساواة ليست بمشروطة عند اختلاف الجنسين لـــا روي من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، فإذا كان يـــداً بيد ، فلما لم تكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة حراماً ، لأن حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل وهو معنى قوله ( لأن المساواة غير مشروطة فيه ) أي في بيع الذهب بالفضة ( ولكن يشترط القبض في المجلس ) أي يشترط التقابض قبل الافتراق بالأبدان لهذا الحـــديث ، وهو معنى قوله ( لما ذكرنا ) أي الحديث الذي ذكره فيما مضى وفي البيوع أيضاً .

(بخلاف بيعه ) أي بيع الذهب ( بجنسه ) أي بالذهب ( بمجازفة لما فيه ) أي في هذا البيع ( من احتمال الربا ) حاصل المسالة أن بيع الذهب أو الفضة بالجنس لا يجوز إذا لم يعرف المعاقدان وزن واحـــد منهما أو كانا يعرفان وزن واحـــد منهما ولا يعرفان وزن الآخر أو كان أحدهما يعرف الوزن دون الآخر . وقال زفر رحمه الله إذا وزنا فوجد أحدهما سواء عرف في المجلس أو بعد التفرق ، عندنا إذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز ، وإن وزنا بعد التفرق فوجدا سواء فسد .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن وباع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي عنقها

طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة، لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب، وكذا لو اشتراهما بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقد فالنقد ثمن الطوق، لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجاريـــة والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا،

---

طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذى نقد ثمن الفضة، لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس ) لكونه حقاً للشرع ( لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الاتيان بالواجب ) تفريغاً للذمة، لأن من حال المسلم أن يؤدي الواجب ولا يخل بـــه، وهذا كما إذا ترك سجدة في صلاة صلبية وسهى أيضاً ثم أتى بسجدة في السهو في آخر الصلاة وسلم فصرف إحداهما إلى الصلبية وإن لم ينوها لكون الاتيان بها على وجه الصحة. وكذا لو طاف للصدر ولم يطف للزيارة [1] بطواف الصدر إلى طواف الزيارة ليكون الاتيان بالحج على وجه الصحة والخروج عن العهدة بيقين.

( وكذلك لو اشتراهما ) أي الجارية والطوق ( بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق، لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية) والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز، وهو معنى قوله ( والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما) أي من المعاقدين (وكذا) أي وكذا الحكم (لو باع سيفاً محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع فكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما بينا ) من قولنا أن الظاهر منه الاتيان بالواجب.

---

(١) هنا كلمة غير مقروءه.

وكذلك إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ، قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ ٢٢ الرحمن . والمراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله ، فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية ، لأنه صرف فيها ، وكذا في السيف وإن كان لا يتخلص إلا بضرر ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ،

---

( وكذلك ) أي الحكم ( إن قال خذ هذه الخمسين من ثمنها ) أي من ثمن الجارية ومن ثمن الطوق ، لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح مهما أمكن وقد أمكن هنا ( لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ) مجازاً عند قيام الدليل هنا ، وقد قام الدليل لأن إذا ثمن الطوق واجب في المجلس ونظر المصنف لذلك بقوله ( قال الله تعالى ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ ٢٢ الرحمن ) أي من البحرين العذب والملح ، والمراد بعدهما ، إذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن العذب والملح يلتقيان فيكون العذب كانعاج للملح، كما يقال الولد من الذكر والانثى مع أن الولد تلده الانثى ، كذا في التيسير ( والمراد أحدهما ) أي أحد البحرين وهو البحر الملح ( فيحمل عليه ) أي قوله خذ هذه الخمسين من ثمنيهما على أحدهما ، وهو الطوق ( بظاهر حاله ) أي حال المسلم أنه لا يباشر إلا على وجه الجواز .

( فإن لم يتقابضا حتى افترقا ) بالأبدان ( بطل العقد في الحلية ، لأنه صرف فيها ) أي في العقد وقدفات شرطه ( وكذا في السيف ) أي وكذا بطل العقد في السيف أيضا ( إن كان لا يتخلص ) أي الحلية ( إلا بضرر ، لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ) كما لايجب تسليم الجوهر على الغاصب إذا ركبه في حلية ولايمكن تخليصه إلا بضرر فيلحق بالغصب مع انه جاز .

فإن قيل ينبغي أن يجعل الحلية تبعاً للسيف . قلنا إنما يجعل الشيء تبعاً لغيره إذا كان مكيلاً للمعنى المقصود ، وهاهنا المقصود من السيف . فإن قيل إن البائع رضي بضرر

ولهـــذا لا يجوز إقراره بالبيـع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيـع في السيف وبطـل في الحلية لأنـــه أمكن إفراده بالبيـع فصار كالطوق والجاريه ، وهـذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد ممـا فيه ، فإن كانت مثله أو أقل منـــه

---

التخليص حيث باعه مركباً مع علمه أن البيع يقتضي الرضى ولم يوجد من الغاصب رضى ضرر التخليص . قلنا لا نسلم أنه رضي به لأنه باع كليهما وظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق الإنفراد . فإن قيل فيه تفريق الصفقة فينبغي أن لا يجوز في الكل . قلنا التفريق إنمـــا يكون بعد العقد والعقد لم ينعقد في الحلية لفقد شرط الجواز . فإن قيل ليس كذلك فإن العقد موجود فيهما بـــدليل قوله وبطل العقد ، قيل اختلف المشايخ فيه على أن التفريق إنما يكون أن لو كان هذا مضافاً إلى المعاقد كما في النظائر ولم يوجد ، إذ المراد بالبطلان عدم الانعقاد .

( ولهـــذا ) أي ولأجل عدم إمكان تسليمه إلا بضرر ( لا يجوز إفراده ) أي إفراد السيف ( بالبيع كالجـــذع في السقف ) أي كمـــا لا يجوز إفراد بيع الجذع في السقف لعدم امكان تسليمه إلا بضرر ظاهـــر ( وإن كان يتخلص السيف ) أي في الحليـــة ( بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية ، لأنه أمكن إفراده بالبيع كالطوق والجاريـــة ) أي فصار حكمه حكم بيع الجارية التي في عنقها طوق فضة وقد مر بيانه ( وهـــذا ) أي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما ( إذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه ) أي في السيف ، أي من فضـــة الحلية التي في السيف ، وهي الفضة المضمونة إلى السيف ، لأنه حينئذ تكره الفضة بالفضة والباقي بمقابلة الفصل ، والحفر والحمائل ، ولكن بطلانه في الحلية لفوات شرط جواز العقد بقـاء وهو التقابض قبل الافتراق .

( فإن كانت ) أي الفضة المفردة ( مثله ) أي مثل ما في السيف ( أو أقل منه ) أي

أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت. قال ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض ، وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه صرف كله فصح فيها وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، والفساد طارىء لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع . ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ، لأن الشركة عيب في الإناء .

---

أقل مافي السيف من الفضة ( أولا يدرى ) أقل أو أكثر أو مثله ( لايجوز البيع للربا ) لأنه في صورة المقل (أو لاحتماله ) أي أو لاحتمال الربا على الصورة التي لايدرى (وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين ) المساواة والنقصان ( فترجحت ) أي جهة الفساد . واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا يصح للتصحيح وأجاب شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن مراده إذا كان أحدهما يكفي للحكم ،فماظنك بهما إلابالترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإناء مشتركاً بينهما لأنه ) أي لأن هذا العقد ( صرف كله فصح فيما وجد شرطه ) أي شرط الصرف ( وبطل ) أي العقد ( فيما لم يوجد ) أي الشرط وهو التقابض ( والفساد طارىء ) أي عارض ، لأن العقد انعقد صحيحاً ثم فسد لعدم القبض ، وهو معنى قوله ( لأنه ) أي لأن العقد(يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) أي الفساد ، كما إذا باع عبدين ومات أحدهما قبل القبض ، فإن البيع يبقى في الباقي ويبطل في الهالك ولا يثبت الخيار للمشتري بفعله وهو عدم النقد في بدل الصرف .

(ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ، لأن الشركة عيب في الإناء)لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب لأنها تنقبض بالتبعيض ،

ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له، لأنه لا يضره التبعيض. قال ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه. وقال زفر والشافعي «رح» لا يجوز، وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكري حنطة بكري حنطة وكري شعير. لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز، وإن كان فيه

---

والإناء ينقبض بالتبعيض، بخلاف مامر، لأن الشركة فيه وقعت بصنعه. وقال زفر والشافعي «رح» لا يجوز وهو القياس وهو قول أحمد أيضاً (ومن باع قطعة نقرة) وهي قطعة فضة مذابة كذا في تهذيب الديوان. قال الأترازي رحمه الله فعلى هذا تكون الإضافة في قوله قطعة نقرة من قبيل إضافة الجنس إلى النوع (ثم استحق بعضها أخذ مابقي بحصته ولا خيار له، لأنه لايضره التبعيض) بخلاف الإناء فإذا لم يكن عيباً لم يثبت الخيار لأن الخيار لا يثبت بلا سبب.

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه) تصحيحاً للعقد، وكذا على هذا إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يعلم حكمها يصح البيع عندنا (وقال زفر والشافعي رحمهما الله لايجوز) وبه قال أحمد رحمه الله (وعلى هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي وزفر (إذا باع كر حنطة وكر شعير بكري شعير وكري حنطة) يصح عندنا خلافاً (لهما) أي لزفر والشافعي (إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف البائع (لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته) أي ومن قضية التقابل (الانقسام على الشيوع لا على التعيين) ومعنى الشيوع هو أن يكون الكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر (والتغيير لايجوز وإن كان فيه

تصحيح التصرف كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب . وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع ثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير

---

تصحيح التصرف) لأنه يعتبر المقابلة غير الأولى، ويكون التصرف تصرفاً آخر . والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وقصده لا على خلاف ذلك والعاقد إن قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس ، وهي إنشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الأول .

( كما إذا اشترى قلباً ) بضم القاف وسكون اللام ولباء الموحدة وهو السوار ذكر هذه المسألة دليلاً على صحة وقوع المسألة المذكورة صورتها إذا اشترى قلباً ( بعشرة )يعني سواراً وزنه عشرة دراهم ( وثوباً بعشرة ) أي ثوباً قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم ( ثم باعها مرابحة ) يعني بعشرين درهماً ( لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ) خاصة تصحيحاً لتصرفه ( وكذا ) أي نظيرها ( إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة **لايجوز)أي** العقد ( في المشترى ) بفتح الراء (بألف) درهم لأنه شراء ما باع بأقل مما باع ، وهذا لايجوز عندكم أيضاً (وإن أمكن تصحيحه ) أي تصحيح العقد ( بصرف الألف إليه ) أي إلى المشتري والباقي إلى العبد الآخر .

(وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لايجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ) أي نظيرها ( وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير

قبض فسد العقد في الدرهمين[1] ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه . وفيه تغيير وصفه لا أصله ، لأنه يبقى

---

قبض فسد العقدفي الدرهمين ولايصرف الدرهم إلى الثوب) وإن أمكن تصحيح التصرف يصرف الجنس إلى خلاف الجنس ( لما ذكرنا ) أشاربه إلى قوله ومن قضية الإنقسام على الشيوع لا على التعيين .

(ولنا أن المقابلة المطلقة) يعني المقابلة التى ذكراها مطلقة (تحتمل مقابلة الفرد بالفرد) قال تاج الشريعة يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين ، والدينار بالدرهم ( كما في مقابلة الجنس بالجنس ) بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق ، ألاترى أنـــه لو قبض كل واحد منهما ديناراً جاز العقد ، ولوكان مقابلاً بالآخـــر يكون العقد فاسداً ، لأن المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض وغير المقبوض ( وإنه ) أي وإن مقابلة الفرد على تأويل التقابل ( طريق متعين لتصحيحه ) أى لتصحيح العقد بأن يكون الواحد بالواحد والاثنان بالاثنين فيلزم منه صرف شيء إلى خلاف جنسه فيصح العقد (فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه ) أى على مقابلة الفرد بالفرد على تأويل التقابل إذ تصحيح كلام العاقد تقتضيه ديانته وعقله واجب ما أمكن .

( وفيه ) أى فيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد ( تغيير وصفه ) أى وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع ( لا أصله ) أى لاتغيير أصل العقد كما قاله خصم لأن تغيير أصل العقد الصحيح يوجب الملك قبل القبض . فلوقلنا بانقسام على طـــريق الشيوع كما قاله الخصم يفسد العقد ولايثبت الكل قبل القبض فيلزم تغيير أصل العقد لرعاية وصف العقد، فكان ماقلنا أهون التغييرين ، فكان أولى ( لأنه ) أى لأن تغيير الوصف لا الأصل ( يبقى

---

(١) الدرهم ـ هامش .

موجبـه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل ، وصار هـذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه . بخلاف مـــا عد من المسائل . أما مسألة المرابحة لأنـه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الالف إلى المشتري .

---

موجبه الأصلي) ويبقى من الإبقاء وموجبه منصوب به ، والأصلي بالنصب صفته (وهو) أى الموجب الأصلي ( ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل ) الكـــل الأول هو الدرهمان والدينار ، والكل الثاني هو الدرهم والديناران

( وصار هذا ) أى صار حكم هذا ( كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف ) أى بيعه ( إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه ) أراد أن العقـــد يصرف إلى نصف البائع لا إلى النصف الشائع بين النصيبين ( بخلاف ما عد من المسائل ) .

( أما مسألة المرابحة ) هذا شروع في الجواب عن المسائل المتشبه بها ، فقوله خلاف مسألة المرابحة جواب عن المسألة الأولى وهو بنظيرها مسألة المرابحة المذكورة على المسألة الخلافية ، أراد أن مسألة المرابحة ليست كذلك ( لأنه ) أى لأن عقد المرابحة ( يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب ) فإن الربح لو صرف إلى الثوب خاصة كان بائعاً للقلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، وهو تولية في القلب ، والتولية ضد المرابحة ، والشيء لايتناول ضده .

( والطريق التصحيح في المسألة الثانية غير متعين ) لأنـــه متعدد فيبقى الثمن مجهولاً فيفسد العقد (لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري) وهذا لأنا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك إلى العبد الآخر لايلزم شراء ماباع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، بخلاف مانحن فيه ، فإن طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس .

وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده . وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحاً والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الإبتداء . قال ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ، لانه شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك فبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما

---

( وفي الثالثة ) أي وفى المسألة الثالثة ( أضيف البيع إلى المنكر ) وهو قوله وكذا إذا اشترى عبداً ( وهو ليس بمحل للبيع ) أي المنكر لجهالته ( والمعين ضده )أي المنكر والشيء لا يتناول ضده ، ويشكل عليه مسألة عبدي أو حماري حر ، فإن عند أبي حنيفة يعتق العبد لاستعارة المنكر المعرفة .

( وفي الأخيرة ) أي في المسألة الأخيرة وهي ما إذا باع درهماً أو ثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض ( انعقد العقد صحيحاً ) سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافه ( والفساد في حالة البقاء ) يعني الفساد وقع في حالة البقاء بالإفتراق من غير قبض ( وكلامنا في الابتداء ) يعني الذى نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس فافترقا .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ، ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ، لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا ) من الحديث المشهور ( فالظاهر أنه أراد به ) أي بالبيع ( ذلك ) أي التماثل ( فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان فلا يعتبر التساوي فيهما ) لاختلاف الجنسين ، وإنما جوزنا على هذا الوجه حملاً لأمور المسلمين على الصلاح ، ولأن كل عين جاز بيعها بجنسها جاز بغير جنسها كالثياب .

ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهيـــة وإن لم تبلغ فمـــع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا ، إذ الزيادة لا يقابلهما عوض فيكون ربا . ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز . ومعنى المسألة إذا باع

---

( ولو تبايعا فضة بفضة ) ذكر هذه المسألة تفريعاً وليست مذكورة في الجامع الصغير ولا في القدوري ( أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر ) أي والحـال أن مع أقل الوزنين منهما شيء آخر من خلاف جنسه ( يبلغ قيمته ) أي قيمـة ذلك الشيء ( باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية وإن لم يبلغ فمع الكراهية )أي يجوز مع الكراهية ، وذكر هذه المسألة في الإيضاح على الخلاف فقال روي عن محمد رحمه الله أنه إذا باع الدراهم بالدراهم وفي أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلو قال هـــو جائز في الحكم ولكني أكرهه حتى روي عن محمد رحمه الله أنه قيل له كيف تجد ذلك في قلبك ، قال مثل الجبل . وقال أبو حنيفة رحمه الله لا بأس به لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الجنس بالجنس والزيادة بإزاء الفلوس .

( وإن لم يكن له قيمة ) أي وإن لم يكن للشيء الآخر قيمة ( كالتراب ) ونحوه ( لا يجوز البيع لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلهـــا عوض فيكون ربا ، ومن كان له على آخر عشره دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وهذه المسألة على وجهين ، أما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه أو باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصاً بالعشرة فالأول جائز بلا خلاف والثاني جائز استحساناً ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وأحمد رحمهم الله .

( ومعنى المسألة ) هذا من كلام المصنف رحمه الله ، أي معنى المسألة المذكورة ( إذا باع

بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع بالمقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة ، ، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين ، إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببدل الصرف . وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد

---

بعشرة مطلقة ) يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه ، لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف ، وفي المطلقة يجوز عندنا استحساناً ، وعند زفر رحمه الله لا يجوز قياساً ، وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضاً أو ديناراً ، أشار إلى وجه الاستحسان بقوله (ووجهه) أي وجه الجواز الذي هو استحسان ( أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض ) لأن العقد لما أطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا ( لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة ) إشارة إلى قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الإفتراق ( فلا تقع المقاصة بنفس العقد ) لأن الدين لا يصلح وفاء لذلك فلم يكن قصاصاً ( لعدم المجانسة ) من العين والدين .

( فإذا تقاصا ) يعني بالتراضي جاز ذلك عندنا لأنه ( تضمن ذلك فسخ الأول ) أي الصرف الأول وهو الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة ( والإضافة ) أي وتضمن ذلك أيضاً إضافة العقد ( إلى الدين ) وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين ، فصار كأنه قال اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي وقبل الآخر يعني عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا الأول ثم جددا العقد مضافاً إلى ذلك الدين لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا ، ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا ، وإن كان في سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي ( إذ لولا ذلك ) يعني لولا تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين ( يكون استبدالاً ببدل الصرف ) قبل القبض وهو لا يجوز .

( وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد ) هذا في الحقيقة جواب عن سؤال

على ما نبينه . والفسخ قد يثبت بطريق الإقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائه ، وزفر « رح » يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء ،

---

مقدر وهو أن يقال المقاصة إنما تصح إذا كان وجوب بدل الصرف قائماً ، فإذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة ، لأن الفائت بالأقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى ، فإذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضى وهو المقاصة ، لأن المقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ . وتحرير الجواب أن يقال إضافة أي بإضافة العقد إبتداء إلى الدين أي العشرة التي عليه تقع المقاصة بنفس العقد ، وإنما تبطل المقاصة عند فسخ الأول إذا لم يتجدد عقد جديد ، وهاهنا جدد العقد فصح المقاصة به .

فإن قيل لو فسخ الصرف ضمناً ينبغي أن يشترط القبض ، لأن الإقالةبيع حق الثالث . قلنا صارت الإقالة هاهنا في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الإقالة بل يثبت حكم البيع إذا كانت الإقالة قصداً ( على ما نبينه إن شاء الله تعالى ) إشارة إلى قوله فكفى ذلك للجواز أي الإضافة إلى الدين كاف للجواز لأنه دين يسقط لا خطر فيه .

( والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء ) هذا جواب أيضاً عما يقال أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة ، لأن للإقالة حكم الصرف وتقرير الجواب أن الفسخ ضمني يثبت في ضمن المقاصة بطريق الاقتضاء ، فجاز أن لا يثبت بعد هذا حكم البيع ( كما إذا تبايعا بألف ) يعني عقداً بألف درهم ( ثم بألف وخمسمائة ) أي ثم تبايعا ، فإن العقد الأول ينفسخ ضرورة بثبوت الثاني .

( وزفر رحمه الله يخالفنا فيه ) أي فيما ذكرنا من الحكم المذكور ( لأنه ) أي لأن زفر ( لا يقول بالإقتضاء ) وخالفنا فيه كما خالف في قوله أعتق عبدك أعني بألف درهم . فإن قيل يشكل عليه الشراء بأن قال ان شريتك فإن الملك يثبت عنده فيه بطريق الإقتضاء

وهــذا إذا كانَ الدين سابقاً ، فإن كان لاحقاً فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز . قال ويجوز بيع درهم صحيـح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ،

---

قلنا لا نسلم إنه يثبت بطريق الإقتضاء بل يثبت بطريق الدلالة ( وهذا ) أي ما ذكرنا من التقاص والفسخ والإضافة إلى الدين ( إذا كان الدين سابقاً ) أي على العقد ( فإن كان ) أي الدين ( لاحقاً ) بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم أن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينـــار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا ( فكذلك ) تقع المقاصة ( في أصح الروايتين ) وهي رواية أبي حفص سليمان ، وهي التي اختارهـــا فخر الإسلام ، والمصنف رحمه الله وفي رواية أبي حفص لا تقع المقاصة وهي التي اختارها شمس الأئمة وقاضي خان ، لأن الدين لاحق والنبي ﷺ جوز المقاصة في دين سابق ... الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما فإنه روي أنه قال رسول الله ﷺ أني أكري ابلا بالبقيع إلى مكة بالدراهم وآخذ مكانهـــا دنانير أو قال بالعكس ، فقال ﷺ لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل .

وأشار المصنف رحمه الله إلى وجه الأصح بقوله ( لتضمنه إنفساخ الأول ) أي لتضمن التقاصص إنفساخ الصرف الأول وإن شاء صرف أخر ، لانهما لما تقاصا صار كأنهما جددا عقداً آخر جديداً ، فكان الدين سابقاً على المقاصة ، وهو معنى قوله ( والإضافة ) أي إضافة عقدالصرف( الى دين قائم ) أي ثابت ( وقت تحويل العقد ) فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصة ( فكفى ذلك للجواز ) أي الإضافة إلى الدين كان للجواز ، لانه دين يسقط لا خطر فيه .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ) بفتح الغير المعجمة وتشديد اللام ، قال في المغرب الغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حبته ونقله المطرزي هكذاعن أبي يوسف

والغلة ما يرده بيت المـــال ويأخذه التجار ووجهه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبـــار الجودة . قال وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن،

---

في رسالته وفي بعض الحواشي دراهم غلة أي منكسرة . وفي زاد الفقهاء الغلة من الغلول وهي الخيـــانة ، يقال غل وأغلا أي خان ، وقال المصنف ( والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ) أي يردها بيت المال لكونها قطعاً لا لزيافتها . وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا البيع .

( ووجهه ) أي وجه جواز هذا البيع ( تحقيق المســـاواة في الوزن ) لان المساواة هي شرط الجواز ، فإذا وجدت فلا مانع أصلاً ( وما عرف من سقوط اعتبار الجودة )هذا عطف على قوله تحقيق المساواة بقوله عليه السلام جيدها ورديئها سواء .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة ) بالنصب لانه خبر كان ( فهي فضة ) أي حكمها حكم الدراهم الاصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة ، فالاول كما في الرديء ، والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت ، فإذا كان كذلك يعتبر الغالب ، لان المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك ( وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما ) وفي بعض النسخ ويعتبر فيها ، وعلى التقديرين الضمير يرجع إلى الدراهم والدنانير ( من تحريم التفـــاضل ما يعتبر في الجياد ، حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ) أي بالمغشوشة ( ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن ) وقـــال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الخالصة بها الدراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالباً أو النقرة ، ويجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهين ، كذا في الحلية .

وكـــذا لا يجوز الاستقراض بهـا إلا وزناً ، لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عاده لأنهـــا لا تنطبـع إلا مـع الغش. وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء . وإن كان الغـالب عليهمـا الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف، فإن بيعت بجنسها متفاضلاً

---

( وكذا لا يجوز الاستقراض بهـــا إلا وزناً ) أي إلا متســاوياً في الوزن . وقال رحمه الله إلا وزنـــاً ، الإعداد كما في الفلوس ( لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة ، لانها لا تنطبع إلا مع الغش ) لأنا قد ذكرنا الآن أنهـــا بدون بعض الغش قد تتفتت ولا يجتمع بعضها ببعض ( وقد يكون الغش خلقياً ) أي من حيث الخلقة وذلك ( كما في الرديء منه ) أي من كل واحد من الذهب والفضة ( فيلحق القليل بالرداءة ) أي يلحق القليل من الغش بالرداءة الفطر به والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش ( والجيد والرديء سواء ) بالنص .

( فإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب ) هــذا أيضاً لفظ القدوري ، غير أن قوله اعتباراً للغالب من كلام المصنف . وقـــال الأقطع المراد به إذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش لأنها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها ، فأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة ، فإذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس وفضة بفضة ، فيجوز على هذا الاعتبار ( فإن اشترى بها ) أي بالمغشوشة ( فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حليــة السيف ) يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل ، أو لا يـــدرى لا يصح . وإن كانت أكثر يصح .

جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس بوجود الفضة من الجانبين فإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ، لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر . وقال رضي الله عنه ومشايخنا « رح » لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة

---

( وإن بيعت ) أى الدراهم المغشوشة ( بجنسها ) أى بالدراهم المغشوشة ( متفاضلا ) أى بيعاً متفاضلا ( جاز ) أى البيع ( صرفاً ) أى من حيث الصرف ( للجنس إلى خلاف الجنس ) تحرزاً عن الربا ( وهي ) أى الدراهم المغشوشة التي بيعت بالدراهم المغشوشة ( في حكم شيئين فضة وصفر ) وبيع الفضة بالصفر أو العكس متفاضلا يجوز فكذلك بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس (ولكنه صرف) هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة ، لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس ، أى الفضة إلى الصفر لم يبق صرفاً ، فكيف يشترط التقابض . فأجاب بقوله ولكنه صرف ، تقريره أن هذا البيع صرف ( حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين ) أى من جانب الثمن ، لأن الاصل في المقابلة المطلقة الشيوع ( وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ، لانه لا يتميز عنه إلا بضرر ) لأن صرف الجنس إلى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيما وراءه يكون العقد عقد صرف ، فيشترط القبض فيه .

( قال ) المصنف رحمه الله ( ومشايخنا « رح » ) يريد به علماء ما وراء النهر فدعى لهم بقوله (رحمهم الله تعالى ، لم يفتوا بجواز ذلك ) أي بجواز التفاضل ( في العدالي ) بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة ، أي الدراهم المنسوب إلى العدالي وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش ( والغطارفة ) أي الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدهما الياء آخر الحروف الساكنة ، وفي آخره تاء وهو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون

لأنها أعز الأموال في ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا . ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما ، لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص . ثم هي ما دامت تروج تكون أثماناً فلا تتعين بالتعيين. وإذا كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين . وإذا كانت يتقبلها البعض

---

الرشيد . وقيل هو خال هارون الرشيد ( لأنها ) أي لأن العدالي والغطارفة ( أعز الأموال في ديارنا ) أي في البخارى وسمرقند ( فلو أبيح التفاضل فيه ) أي في المذكور من العدالي والغطارفة ( ينفتح باب الربا ) ويندرجون إلى الذهب والفضة بالقياس على ذلك .

( ثم إن كانت ) أي الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها والدنانير التي كذلك ( تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها ) أي في الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها ( بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد ) أي يعتبران بالعد ( وإن كانت تروج بها ) أي بالوزن وبالعد ( فبكل واحد منها ) أي فيعتبر بكل واحد منها ( لأن المعتبر هو المعتاد فيها إذا لم يكن فيها نص ) قال الأكمل حيث لم يكن منصوصاً عليها ، فهذا التفسير يدل على أن قوله إذا لم يكن ليس هكذا ، بل إذا لم يكن بدون الألف بعد الذال ولكن غالب النسخ إذا بالألف بعد الذال ، والذي يظهر لي أن الصواب مع الأكمل .

( ثم هي ) أي الدراهم المغشوشة والدنانير المغشوشة ( ما دامت تروج ) فيقبلها الناس ( تكون أثماناً ) يعني يكون حكمها حكم الأثمان ( لا تتعين بالتعيين ) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها ( وإذا كانت لا تروج فهي سلعة )أي حكمها حكم السلعة ( تتعين بالتعيين ) كالرصاص والستوقة ( فإن كانت يقبلها البعض ) أي بعض

دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بـــل بجنسها زيوفـــاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد . وإن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه . وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة « رح ». وقال أبو يوسف « رح » عليه قيمتها يوم البيع . وقال محمد « رح » عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها .

---

الناس ( دون البعض فهو كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ) حال كونها ( زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها ) أي بحال الدراهم والدنانير المغشوشة ( لتحقق الرضاء منه ) أي من البائع ( وبجنسها ) أي ويتعلق العقد بجنسها ( من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضاء منه ) أي بالزيوف .

( وإذا اشترى بها ) أي بالدراهم التي غشها غالب ( سلعة فكسدت وترك النـــاس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله ) وتفسير الكساد المذكور في البيوع أنها لا تروج في جميع البلدان ، هذا على قول محمد ، أمـــا عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك المدة . وفي العيون إن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان ، لانه حينئذ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن ، فأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع ، لانه لم يهلك ولكنه تعييب ، فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقـــد ، وإن شاء أخذ قيمـــة ذلك دنانير .

( وقال أبو يوسف « رح » عليه قيمتها يوم البيع )لانها كانت مضمونة ( وقال محمد « رح » عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها ) أي بالدراهم المغشوشة والبيع لا يبطل عندهما ، وكذا عند الشافعي وأحمد « رح » ، ولكن عند الشافعي « رح » يجب ذلك الكاسد لانـــه مال عنده في وجه يخير البائع إن شاء أجاز البيـــع بذلك ، وإن شاء فسخه لتعينـــه . وعند أحمد يجب النقد الجديد بالقيمة .

لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وإنـــه لا يوجب الفســـاد ، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع . وإذا بقي العقد وجبت القيمة ، ولكن عند أبي يوسف « رح » وقت البيع لأنه مضمون به . وعند محمد « رح » يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة. ولأبي حنيفة « رح » أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل . وإذا بطل البيع

---

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن العقد قد صح ) وقال الكاكي أي بالاجماع لوجود مبادلة المال بالمال ( إلا انه تعذر التسليم بالكساد ) أي لان الشأن تعـــذر تسليم الثمن وهي المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية ويجوز أن يكون الضمير في لأنه للثمن ، أي لأن الثمن تعذر تسليمه بالكساد ( وانـــه ) أي وإن تعذر التسليم أو الكساد ( لا يوجب الفساد ) لانه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج ( كما إذا اشترى ) أي نظير هذا كما إذا اشترى رجل شيئاً ( بالرطب فانقطع ) بأن لا يوجد في الاسواق لايبطل البيع بالإتفاق، ويجب القيمة ولا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هذا ( وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف وقت البيع لانه مضمون بـــه ) أي لان الثمن مضمون بالبيـــع ، فكان كالمغصوب يعتبر قيمته يوم الغصب ، لانه مضمون فيه ، وعليـــه الفتوى ، فإنه ذكر في الذخيرة وعليـــه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى .

( وعند محمد يوم الانقطاع لانه ) أي لان يوم الانقطاع ( أوان الانتقال إلى القيمة ) يعني يوجب العقد رد ما انعقد به العقد والانتقال إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع . وفي المحيط والتتمة والحقائق وبقول محمد « رح » يفتي رفقاً للناس .

( ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح ) أي ثمنية الدراهم التي غشها غالب ، إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح ( وما بقي ) أي الاصطلاح ( فيبقى ) أي العقد ( بيعاً بلا ثمن فيبطل ، وإذا بطل البيع

يجب رد المبيع إن كان قائماً وقيمته إن كان هالكاً كما في البيع الفاسد . قال ويجوز البيع بالفلوس لأنه مال معلوم ، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح . وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها .وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة « رح »

---

يجب رد المبيع إن كان قائماً وقيمته ) أي تجب قيمته ( إن كان هالكاً ) لا يقال العقد تناول عينها وهو باق بالكساد وهو مقدور التسليم ، لانا نقول إن العقد تناولها بصفة الثمنية لانها ما دامت رائجة فهي تثبت ديناً في الذمة ، وبالكساد ينعدم منها صفة المالية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الاعيان. ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو تخمر العصير فسد البيع ، فكذا هذا . وأما الجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هذا هالكاً من كل وجه فلم يبطل الثمن أصلاً ، وفي الدراهم المغشوشة بعد الكساد لا يرجى الوصول إلى ثمنها في الحال ، لان الكساد أصلي في الشيء إذا رجع أصله ، فلما ينتقل عنه ( كما في البيع الفاسد ) فإن الحكم فيه انه يجب على المشتري رد المبيع فيه على البائع إن كان قائماً ، وإن كان هالكاً يجب عليه رد قيمته يوم القبض .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم ) هذا بالاجماع ( فإن كانت نافقة ) أي رائجة ( جاز البيع بها وإن لم تعين ) الفلوس ( لانها أثمان بالاصطلاح ) فلا يتعين في البيع كالدراهم والدنانير ، وإن شرط المتبايعان أعيانهما ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلمها ما شرط من العين إن شاء أعطى العين وإن شاء أعطى مثلها . وإن هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها ( وإن كانت ) أي الفلوس ( كاسدة ) يعني لا تروج ( لم يجز البيع بها حتى يعينها ، لانها سلع فلا بد من تعيينها ) فإذا لم يعينها يصح العقد .

( وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة ) قيد بالكساد

خلافاً لهما. وهو نظير الإختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عند أبي حنيفة يجب عليه مثلها، لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى، والثمنية فضل فيه

---

لانها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق، ذكره في شرح الطحاوى (خلافاً لهما) أى لابي يوسف ومحمد «رح» هذا الخلاف الذى ذكره القدورى بخلاف ما ذكر في الاصل وشرح الطحاوى والاسرار والاشارات، لانه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف، قال في الاشارات إذا اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافاً لزفر. وفي شرح الطحاوى وقال بعض مشايخنا إنما يبطل العقد إذا اختار المشترى إبطاله فسخاً، لان كسادها بمنزلة يجب فيها، والاول أظهر. ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدراهم. ولو اشترى فاكهة أو شيئاً بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع، وله أن يرد المبيع إن كان قائما أو قيمته أو مثله إن كان هالكا.

وعن أبي يوسف أن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع (وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أي الاختلاف في كساد الفلوس نظير الاختلاف في كساد الدراهم الذى غشها غالب يعني يبطل البيع عند أبي حنيفة بكساد الفلوس، وعندهما لا يبطل، لكن عند أبي يوسف يجب قيمتها يوم البيع. وعند محمد آخر ما يتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع في السوق.

(ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت عن أبي حنيفة يجب عليه مثلها لانه إعارة) أي لان الاستقراض المثلي إعارة كما أن إعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه، وهو معنى قوله (وموجبه رد العين معنى) أى موجب عقد الاعارة رد المعين من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة وذا لا يكون إلا بالمثل (والثمنية فضل فيه) جواب عما يقال كيف يكون المثل بمعنى المعنى وقد فات وصف الثمنية، وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً، فقال فأجاب المصنف بقوله والثمنية فضل. تقريره أن الثمنية بمعنى صحة

إذ القرض لا يختض به. وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليها فانقطع لكن عند أبي يوسف « رح » يوم القبض . وعند محمد « رح » يوم الكساد على ما مر من قبل . وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع . وقول محمد « رح » انظر للجانبين ، وقول أبي يوسف أيسر .

---

استقراض كونه ثمناً فضل في القرض ( إذ القرض لا يختص به ) أى بمعنى الثمنية يعني صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية ، بل لانه مثلي وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثلياً ، ولهذا صح استقراضه بعد الكساد .

( وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » ( يجب قيمتها ) أي قيمة الفلوس التي كسدت بعد رواجها ( لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض ) وليس المثل المجرد عنها في معناها ( فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثلياً فانقطع لكن عند أبي يوسف يوم القبض ، وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل ) عند قوله وعند أبي يوسف وقت البيع .

( وأصل الاختلاف ) أي بين أبي يوسف ومحمد « رح » في اعتبار القيمه يوم القبض أو الكساد فرع الإختلاف ( فيمن غصب مثلياً فانقطع ) فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب . وعند محمد يوم الإنقطاع ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى في أول كتاب الغصب (وقول محمد أنظر ) أي للجانبين . وفي بعض النسخ أنظر للجانبين جانب القرض والمستقرض ، أما جانب القرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة لأن رد المثل إضرار به ، وأما في حق المستقرض فلانتقاض قيمته يوم الكساد ، وفي اعتبار قيمته يوم القبض إضرار به ( وقول أبي يوسف أيسر ) أي للمفتي وفي بعض النسخ أيسر للمفتي ، لأن يوم الكساد قيمته غير مضبوطة ، ويوم القبض مضبوطة فاعتبار المضبوط أيسر من اعتبار غير المضبوط . وقال الاترازي لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض وللمستقرض وسائر الناس وقيمته يوم

قال ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس ، وكذا إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز . وقال زفر « رح » لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس ، وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم فلا بد من بيان عددها ، ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس ، والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد .

---

الإنقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها ، فكان قول أبي يوسف أيسر .

( قال ) أي القدوري ( ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز ) قيدبنصف درهم، لأنه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد على ما يجيء ( وعليه ) أي وعلى المشتري ( ما يباع بنصف درهم من الفلوس ) لأن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة ، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد فيجب عليه الوفاء بذلك ( وكذا ) أي وكذا الحكم ( إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز ) الدانق سدس الدرهم والقيراط ست حبات .

( وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك ، لأنه اشترى بالفلوس وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم ) فإذا لم يبين عدد الفلوس كان مجهولاً فلا يجوز ، وهو معنى قوله ( فلا بد من بيان عددها ) لنفي الجهالة ( ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه ) أي فيما إذا كان معلوماً ، يعني فرض المسألة فيما إذا كان مايباع بنصف درهم من الفلوس معلوماً حين العقد،فكان مغنياً عن ذكر العدد. وقال الإمام الحلواني هذا إذا كان الدانق والقيراط معلوماً ، فإن عند الناس لا تختلف معاملتهم فيه ، فأما إذا كان مختلفاً فكما قاله زفر لمكان المنازعة . ( فأغنى عن بيان العدد ) يعني إذا كان معلوماً أغنى ذلك عن بيان العدد .

ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف « رح » لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد « رح » أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم . قالوا وقول أبي يوسف « رح » أصح لا سيا في ديارنا . قال ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما ، لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا

---

( ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذلك عند أبي يوسف ) يجوز ( لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد ) أي كونه معلوماً هو المراد ( لا وزن الدرهم من الفلوس ) أي ليس المراد علم وزن الدرهم من الفلوس ( وعن محمد « رح » أنه لا يجوز بالدرهم ) أي أن الشراء بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز ( ويجوز فيما دون الدرهم ، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم ، فصار معلوماً بحكم العادة ولا كذلك الدرهم ).

( قالوا ) أي مشايخنا ( وقول أبي يوسف أصح لا سيا ) أي خصوصاً ( في ديارنا ) بما وراء النهر ، لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم . وقال الأترازي قوله لا سيا في ديارنا هذا تركيب عجيب ، فينبغي أن يقال لا سيا كما قال امرؤ القيس : — ولا سيا يوم بدار جلجل .

( قال ) أي القدوري ( ومن أعطى صيرفياً درهماً وقال أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز ، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا

يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ،لأن الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره . ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح ، لأنهما بيعان . ولو قال أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فتكون نصف درهم إلا حبة بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي أكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

---

يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ، لأن الصفقة متحدة والفساد قوي ) لأنه متمكن في صلب العقد ، ولأنه يجمع عليه لمعنى الربا ( فيشيع وقد مر نظيره ) أي في البيع ، وهو ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع يبطل البيع عنده في الكل .

( ولو كرر لفظ الإعطاء ) بأن قال أعطنى فلوساً وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة ( كان جوابه ) أي جواب أبي حنيفة ( كجوابهما هو الصحيح ) أي كجواب أبي يوسف ومحمد « رح » في الأصح لتفرق الصفقة بتكرور لفظ الإعطاء وفساد أحد البيعين لا لا يوجب فساد الآخر ، وأشار إليه المصنف بقوله ( لأنهما بيعان ) يعني بتكرر لفظ الاعطاء .

( ولو قال أعطني نصف درهم فلوساً ونصفا إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس ) وفي الأصل ولو شار فقال أعطني كذا كذا فلسا ودرهما صغيراً وزنه نصف درهم إلا قيراطا كان هذا جائز كله إذا تقابضا قبل أن يتفرقا .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( وفي أكثر نسخ المختصر ) أي القدوري رحمه الله ( ذكر المسألة الثانية ) وهي قوله أعطني نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة جاز ، يعني

والله أعلم بالصواب .

---

لم يذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى ، وهو قوله من أعطى الصيرفي درهماً وقـال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي ، ولهذا قال في شرح الأقطع وهو غلط من الناسخ . وقال الكاكي إنما ذكر المصنف هـذا يعني قوله نسخ المختصر دفعا لمؤاخذة ترد على صاحب القدوري رحمه الله ، فإنه ذكر في بعض النسخ المسألة وأجاب بالجواز مطلقا وليس كذلك بالاجماع ، أما عنده فظاهر لأنه يبطله في الكل . وأما عندهما يجوز في الفلوس ويبطل في الباقي ، فعلم أن الجواز ليس بمطلق في المسألة الأولى ، فذكر الجواب مطلقا في بعض النسخ محمول على خطأ من الكاتب ، والدليل عليـه أن أكثر النسخ ذكر المسألة الثانية وأجاب بالجواز مطلقـا ( والله أعلم بالصواب ) .

# كتاب الكفالة

قال الكفالة هى الضم لغة ، قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ٣٧ آل عمران ، ثم قيل هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل في الدين

---

## ( كتاب الكفالة )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الكفالة ، وإنما عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالبا ، ولأن في الكفالة إذا كانت بأمر معنى المعاوضة انتهى ، فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة .

( قال الكفالة هي الضم لغة ) من كفلت به كفالة وكفلت عنه المال لغريمه ، والكفيل أيضا من وأكفلته المال أي ضمنته إياه ، وكفل هو به كفلا وكفولا والتكفيل مثله ومكفل بذمته تكفلا ، واستشهد المصنف في قوله الكفالة الضم لغة بقوله ( قال الله تعالى ﴿ وكفلها زكريا ﴾ ٣٧ آل عمران ) وضمها إلى نفسه ، وقرىء بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلا لها وضامنا لمصالحها . وذكر الأخفش أنه قرىء أيضا وكفلها بكسر الفاء والضمير المنصوب في كفلها يرجع إلى مريم أم عيسى عليهما السلام وقصتها مشهورة .

( ثم قيل ) قائله أكثر الأصحاب ( هي ) أي الكفالة في معناها الشرعي ( ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة ) وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك وأحمد إلا رواية عن أحمد أن الدين ينتقل في الكفالة عن الميت . ونقل الشيخ أبو حفص أن الدين يسقط عن الأصيل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك ( وقيل في الدين ) أى الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في أصل الدين ، وهو اختيار بعض المشايخ . وقال الاترازي وهو مذهب

والأول أصح . قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال .
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به ، وقال
الشافعي « رح » لا يجوز لأنه كفل بما لا يقـــدر على تسليمه إذ لا
قدره له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال ، لأن له ولاية
على مال نفسه .

---

الشافعي رحمه الله ( والأول أصح ) أي القول الأول الذي قاله أكثر الأصحاب هو الأصح، لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة ، ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين دينين وأورد ما إذا ذهب رب المدين دينه فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل . ولو لم يصر الدين عليه لما ملك قبل الكفالة ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز .

وأجيب بأن رب الدين لما وهب للكفيل صح فجعلنا الدين عليـــه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف ، وجعلناه في حكم دينين . وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين . وركن الكفالة الايجاب والقبول عنـد أبي حنيفة ومحمد والشافعي « رح » . وقال أبو يوسف آخراً والشافعي « رح » في قول ومالك وأحمد « رح » الكفالـــة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أو لا .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( الكفالة ضربان ، كفالة بالنفس وكفالة بالمـــال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به ) وبه قال أحمد وعمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمر الاسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران ابن الحصين والأشعث بن قيس رضي الله تعالى عنهم ( وقال الشافعي لا يجوز ) هـذا ليس بمشهور من مذهبه ، فإن الصحيح عنده كمذهبنا ( لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، إذ لا قدرة له على نفس المكفول بـه ، بخلاف الكفالـة بالمال ، لأن له ولايـــة على مال نفسه ) .

ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها . ولأنه يقدر على تسليمه بطريقة بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه ، أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة .

قال وتنعقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه ، وكذا ببدنه وبوجهه ،

---

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( الزعيم غارم ) هذا الحديث رواه أبو داود مطولاً عن أبي امامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه ... الحديث وفي آخره والزعيم غارم ، ورواه ابن عباس عن النبي ﷺ قال الزعيم غارم ، أخرجه ابن عدي في الكامل ، ومعناه الكفيل غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ، وألفاظ المال و كفالة الكفالة أنا زعيم ، أنا ضامن بما عليه ، أو كفيل بذلك ، أو قبيل ، أو هو علي ، أو إلي ، أو هو عندي ، أو هو لك قبلي ( وهذا ) أي قوله عليه السلام الزعيم غارم ( يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ) أي بنوعي الكفالة وهما كفالة المال وكفالة النفس ، لأنه مطلق يشملهما . وفي بعض النسخ بنوعيه قال الاترازي الضمير راجع إلى الكفالة على تأويل عقد الكفالة .

( ولأنه ) أي ولأن الكفيل جواب عن قياس الشافعي ( يقدر على تسليمه ) أي تسليم المكفول عنه ( بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه ويخلي بينه وبينه ) أي بين المكفول له والمكفول عنه ( أو يستعين ) أي الكفيل ( بأعوان القاضي ) الأعوان جمع عون وهو الظهير على الآخر . والحاصل أن أعوان القاضي هم الرجال الذين في خدمته يساعدونه في مهمات الأمور الشرعية ( في ذلك والحاجة ماسة إليه ) أي مهمة إلى عقد الكفالة بالنفس وهي ضرورة ، أما حقوق العباد لأنه ربما يعيب بنفسه فيتضرر صاحب الحق ( وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة فيه وهو الضم في المطالبة ) أي في هذا النوع .

( قال ) أي القدوري ( وتنعقد ) أي الكفالة ( إذا قال تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه ) هذا كله كلام القدوري ، وقوله ( و كذا ببدنه وبوجهه ) من

لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً على ما مر في الطلاق . وكذا إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه ، لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها . بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بها عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما ، وفيما تقدم يصح .

---

كلام المصنف ( لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة ) كقوله تكلفت بنفس فلان أو ببدنه أو بجسده ( أو عرفاً ) كقوله تكفلت بوجهه أو برأسه أو برقبته ( على ما مر في الطلاق ) انه قال نفسك طالق أو بدنك طالق أو جسدك طالق فإنها تطلق . وإذا قال يدك طالق أو رجلك طالق أو دبرك طالق لا يقع شيء ( وكذا ) أي وكذا تنعقد الكفالة ( إذا قال وبنصفه أو بثلثه أو بجزء منه ) أي قال تكفلت بجزء من فلان بأن قال تكفلت بيده أو رجله ( لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها ) أي ذكر بعض النفس الواحدة حال كونه ( شائعاً كذكر الكل[1] ) كما في الطلاق ، لأن إضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت ، وترى إلى الجملة كما في الطلاق والعتاق .

( بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله ) حيث لا تصح الكفالة ( لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما ) أي إلى اليد والرجل فكانت إضافة الكفالة إليهما كإضافة الطلاق إليهما على ما مر ( وفيما تقدم ) أي في الجزء الشائع كالنصف ( يصح ) إضافة الكفالة إليه كما تصح إضافة الطلاق . وقال الشافعي تجوز الكفالة بما يعبر به عن البدن وجزء شائع أو بجزء لا يمكن فصله عنه كالقلب والكبد ، وبه قال أحمد في رواية . وقال مالك يصح لكل عضو من بدنه حتى لو قال بوجهه أو بعينه فهو كفالة بالنفس وبه قال الشافعي في وجه وأحمد ، وعندهم لو كفل بعينه لم يذكره محمد . وعن أبي بكر البلخي لا يصح كما في الطلاق ، ولو برىء البدن يصح ، كذا في المحيط .

---

(١) كلها ـ هامش .

وكذا إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه ، أو قال هو علي لأنه صيغة الالتزام ، أو قال إلي لأنه في معنى علي في هــذا المقام قال عليه السلام ومن ترك مــالاً فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالاً فإلي ، وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل ، لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه ،

---

( وكذا ) أي وكذا تنعقد الكفالة ( إذا قال ضمنته لأنــه تصريح بموجبه ) أي بموجب عقد الكفالة ، لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك ( أو قال هو علي لأنه صيغة الإلتزام ) لانــه من ألفاظ الوجوب ، فأفاد الضمان فصحت الكفالة ( أو قال إلي لأنه في معنى علي في هذا المقام ) فكأنه قال ضمانه بوجه إلي ( قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالاً فإلي ) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن المقدام بن معــد يكرب قال قال رسول الله ﷺ من ترك كلا فإلي ومن ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له ... الحديث ، رواه ابن حبان في صحيحه ، وفي لفظ لأبي داود قال « رض » أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً وضيعة فإلي .

وأخرج البخاري ومسلم من حديث أبي حازم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلا فإلينا والكل بفتح الكاف وتشديد اللام اليتم هنــا بدليل عطف العيال عليه ، وإن كان الكل يجيء بمعنى العيال والجمع الكلول والعيال من يعوله أي يمونه وينفق عليه .

( وكذا ) أي وكذا تنعقد الكفالة بقوله ( أنا زعيم بــه ) أي بفلان ، وليس في بعض النسخ لفظ به وزعيم من زعم به ، أي كفل بــه يزعم زعامة ( أو قبيل ) أي أو قال أنا قبيل بفلان فهو بمعنى كفيل من قولهم قبل به ،أي كفل به بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع قبالة ( لان الزعامة هي الكفالة ) يعني معناهما واحد ( وقــد روينا فيه ) أى روينا الحديث ، وقوله عليه السلام الزعيم غارم ، وفي بعض النسخ روينا

والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمى الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة .

---

الحديث ، وقوله فيه أي في معنى أن الزعامة هي الكفالة والحميل أيضاً بمعنى الكفيل ، يقال حمل به يحمل حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع ، أى كفل به وروى الزمخشرى في الفائق الحميل غارم .

( والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته ) يعني لا يكون كفيلا بهذا اللفظ ( لأنه التزم المعرفة دون المطالبة ) أى لأن الرجل الذى قال هذا اللفظ التزم لمن يطلب الكفيل معرفة الرجل الذى عليه الدين وما التزم مطالبته الدين . وفي الاصل لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان أو ضامن ، لان أدلك عليه ، أو لان أدل على منزله لا يكون كفالة . ولو قال أنا ضامن تعريفه أو علي تعريفه ففيه اختلاف المشايخ ، كذا نقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الشافي .

وقال الفقيه أبو الليث روى عن علي بن أحمد عن نصير قال سئل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوز جاني عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان ، أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء ، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم ، ثم قال الفقيه أبو الليث في النوازل هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور ، والظاهر ما روى عن أبي حنيفة ومحمد . وقال في خزانة الواقعات وبه يفتى أى بظاهر الرواية . وقال في الفتاوى الصغرى — اسنائي فلان برمن — قال الفقيه أبوجعفر يكون كفيلاً . وقال أبو الليث لا وعليه الفتوى . ثم نقل في الفتاوي الصغرى عن الواقعات أن الفتوى على أنه يصير كفيلا ، ثم قال فيها إذا قال فلان — اسناي من است — أو قال — اتنا ست — صارت كفالة بالنفس عرفاً . ولو قال — آن جه ترا بر فلان است من جواب كويم — فهو كفالة بحكم العرف . ولو قال — ان جه ترا بر فلان است من بدهم — لا يكون كفالة بحكم العرف من وعد لغيره أن يقضي دينه بأن قال — بدهم — لا يجب ، ونقله عن مأذون شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله .

قال فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه . فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفـــاء حق مستحق عليه ، ولكن لا يحبسه أول مرة ولعله ما دري لماذا يدعى . فلو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه

---

( فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره إذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه ) أي لأجل وفاء مـــا التزمه في الوقت المعين ، والأصل فيه أن الكفالة بالنفس نوع ضمان فيصح التأجيل فيها كالكفالة بالمال ، فإذا حل الأجل يجب الاحضار ( فإن أحضره ) فلا كلام فيه (وإلا) أي وإن لم يحضره بأن امتنع عن إحضاره ( حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ) لأن يصير ظالماً والحبس جزاؤه ( ولكن لا يحبسه أول مرة ) لأن الحبس عقوبة على الظالم ولا يظهر في أول الوهلة ( فلعله ما دري لماذا يدعى ) على صيغة المجهول .

( ولو غاب المكفول بنفسه ) أي المدعى عليه ( أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ) هذا إذا علم مكان المكفول به ، أما إذا علم سقطت المطالبة عن الكفيل للحال لعجزه . وفي الذخيرة ولو كان الكفيل يعرف مكانه أمهله قدر ذهابه ومجيئه ، فإن لم يعلم سقطت المطالبة . ولو وقع الاختلاف فقال الطالب تعرف مكانه . وقال الكفيل لا أعرف فإن كان له خرجة معروفة تخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب اليه ، لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك معروفاً منـــه فالقول للكفيل ، لأنه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة فإن أقام الطالب البينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه . وقال الكاكي وفي بعض النسخ وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب ، وهذه المسألة ليست في بعض النسخ الى قوله وإذا أحضره وسلمه ، ثم معنى قوله وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب ومجيئه ، وينبغي أن يبرأ الكفيل كما في الموت ، لان إلحاق المرتـــد موت

فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق. قال وكذا إذا ارتد والعياذ بالله ولحق بدار الحرب، وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالذي أعسر، ولو سلمه قبل ذلك برىء، لأن الأجل حقه فيملك اسقاطه كما في الدين المؤجل[1]. قال وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه، مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة، لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة. وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود. وقيل في زماننا لا يبرأ، لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار، فكان التقييد مفيداً.

---

حكمي. والفرق أن اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته دون الحقوق الثابتة في ذمته (فإن مضت المدة ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق) مع إمكانه وبيان مطله.

(قال) أي القدوري (وكذا إذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برىء الكفيل من الكفالة، لانه أتى بما التزمه وحصل المقصود به، وهذا) يعني ما ذكرنا من إتيانه بما التزمه (لان ما التزم التسليم إلا مرة) فحصل التسليم (وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برىء لحصول المقصود) وهو القدرة على المحاكمة (وقيل في زماننا لا يبرأ، لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار، فكان التقييد مفيداً) وقالت الائمة الثلاثة إذا عين مكاناً وفي تسليمه في

---

(١) من أول قوله قال وكذا إذا ارتد .. حتى هنا غير مشروح في الأصل. اهـ مصححه.

وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه . ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة « رح » للقدرة على المخاصمة فيه ، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه . ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه .

---

غيره ضرر يتعين ذلك المكان . وفي الشامل شرط على الكفيل أن يسلمه في المسجد الاعظم فسلمه في السوق برىء ، لان المصر كبقعة واحدة ، ثم قال فيه عن أبي يوسف أنه لا يبرأ ، لان الناس لا يعينونه للاحضار . ثم قال ويجب أن يكون الفتوى على هذا اليوم .

( وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ) قال الجوهري سواد الكوفة والبصرة قرى ، والمفهوم من كلام المصنف أن السواد هي القرى التي ليس فيها قضاة ، وأما إذا كان فيها قضاة ينبغي أن يبرأ القدرة على المخاصمة .

( ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برىء عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه ) لأن المحاكمة يتحقق عنه كل قاض ، فصار التسليم في البلدين سواء (وعندهما لا يبرأ ) وبه قالت الأئمة الثلاثة ( لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ) فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر . فقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . فأبو حنيفة « رح » في القرن الثالث والغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الرشوة وتغير الحال في زمانها فظهر الفساد والميل إلى الرشوة وعامل كل مصر لا ينقاد لأمر الخليفة فيفيد التقييد .

( ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب ) أي والحال أن القاضي قد حبسه لأجل غير الطالب ( لا يبرأ ، لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه ) وعند مالك يبرأ ، وعند أحمد إن كان في سجن القاضي الذي يرجع الحكم إليه يبرأ وإلا فلا .

قال وإذا مات المكفول به بريء الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل . وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وماله لا تصح لإيفاء هـــذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال .

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا مات المكفول به ) وهو المدعى عليه ( بريء الكفيل بالنفس من الكفالة ) وبه قال الشافعي في وجه وأحمد . وقال في أصح الوجهين يطالب بإحضار الميت ما لم يدفن إذا أراد المكفول إقامة الشهادة على مورثه كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت ، وعلل المصنف ما ذهب إليه أصحابنا بوجهين ، الأول هو قوله ( لأنه عجز عن إحضاره ) أي إحضار المكفول به وهو المدعى عليه . والثاني هو قوله ( ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ) لأن الكفيل الأصيل من الحق المضمون يوجب براءة الكفيل ( وكذا ) أي وكذا تسقط الكفالة ( إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول)إلابإحضار النفس وقد سقط الحضور عن الأصيل ، فكذا عن الكفيل ، لأن براءة المكفول ( بنفسه وماله ) أي ومال الكفيل ( لا يصلح لإيفاء هـــذا الواجب ) وهو الإحضار وتسليم المكفول به .

حاصله أنه لا يؤدي ما على المكفول به من تركة الكفيل . لأنه ما التزم بأداء المال ، وإنما التزم بتسليم النفس والمال لا يصلح وفاء لهذا الواجب ، به قـــال أحمد والشعبي وشريح وحماد بن أبي سليمان والشافعي في أصح الوجهين . وقال مالك والليث يلزمه مـــا عليه وبه قال ابن شريح من أصحاب الشافعي .

( بخلاف الكفيل بالمال ) إذا مات حيث يؤدي المال من تركته إذ المقصود هنا إيفاء حق المكفول له في الحال والمال والكفيل صالح له فلا تبطل الكفالة فتؤخذ من تركتـــه ويرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حال الحياة . ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ، ولكن ورثتـــه ترجع

ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل وإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت . قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ، لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ..ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين .

---

على الذي عليه الأصل بعد حلول الأجل ، لأنه باق في حق الأصيل لبقاء حاجته . أما الكفيل فقد استغنى عن الأجل بالموت ، كذا في المبسوط ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد. وعن زفر أن للورثة مطالبته حالاً لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته . قلنا أنه دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل .

( ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل ) لقيامه مقام المكفول له ( وإن لم يكن ) أي للوصي ( فلوارثه ) المطالبة ( لقيامه ) أي لقيام الوارث ( مقام الميت ) ويجوز أن يكون الضمير في لقيامه راجعاً إلى كل واحد من الوصي والوارث لأن كلاً منهما يقوم مقام الميت .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن كفل بنفس آخر ) بالإضافة ( ولم يقل ) أي والحال أنه لم يقل ( إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء ، لأنه ) أي لأن دفع المكفول به إلى الطالب ، كذا قاله الكاكي . وقال الأكمل لأنه يعني البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ( موجب التصرف فيثبت ) أي الموجب ( بدون التنصيص عليه ) كثبوت الملك بالشراء وإن لم يصرح به وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجبه ، وكذا في سائر الموجبات ( ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ) إذا سلمه كالغاصب إذا رد المغصوب على المالك والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي رحمه الله لزمه القبول . ولو امتنع من القبول قال بعض أصحابه يرفع الأمر إلى القاضي ويسلمه حتى يبرأ فإن لم يجدها كما أحضر شاهدين ليشهدوا على امتناعه ، وبه قال بعض أصحاب أحمد رحمه الله .

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع . وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه . قال فإن تكفل بنفسه على انه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ، لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح .

---

( ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح ) هذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعاً على ما تقدم ( لأنه ) أي لأن المكفول به ( مطالب بالخصومة ) أي بخصومة المدعي أو مرض من الكفيل قال شيخنا ( فكان له ولايـــة الدفع ) أي دفع الخصومة . وفي بعض النسخ لأنه مطالب بالخصومة . وقال الأترازي مطالب صح بفتح اللام سماعاً . قلت وكذا قال شيخنا العلاء بفتح اللام ( وكذا ) أي وكذا صح ( إذا سلمه إليه ) إذا سلم الكفيل إلى المكفول له ( وكيل الكفيل أو رسوله ) أي أو أسلمه إليـــه رسول الكفيل ( لقيامهما ) ) أي لقيام وكيل الكفيل ورسوله ( مقامه ) أي مقام الكفيل .

( قال ) أي القدوري ( فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به ) أي إن لم يأت به وهو من الموافاة ، وهو فاعلة من الوفاء ( إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف ) وقال الكاكي والتقييد بما عليه مقيد لأنه إذا لم يقل لما عليه لا يلزمه شيء عند عـــدم الموافاة خلافاً لأبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد « رح » لا تصح الكفالة ، وسيجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى وقال الكاكي أيضاً والتقييد بقوله وهو ألف غير مفيد ، لأنه إذا قال ما عليه ولم يسم كم هو جاز ، لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها لأنها مبنية على التوسع كضمان الدرك وضمان الشجة ، فإنه يصح مع انه مجهول لا يعلم أنهـــا تسري إلى النفس أم لا ( فلم يحضره ) أي الألف ( إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المـــال ، لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح ) لأنه متعارف بين الناس وإن كان القياس يأباه ، كما لو اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع .

فإذا وجـد الشرط لزمه المال لا يبرأ عن الكفالة بالنفس ، لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينـافي الكفالة بنفسه ، إذ كل واحد منهما للتوثيق . وقال الشافعي لا تصح هـذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع . ولنا أنه يشبه البيع و يشبه النذر من حيث أنه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف

---

( فإذا وجد الشرط لزم المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ، لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما ) أي لأن كل واحـد من الكفالتين شرع ( للتوثيق ) فيجوز أن يدعي عليه ديناً آخر .

( وقـال الشافعي لا يجوز ) ذكر في المبسوط موضع الشافعي « رح » ابن أبي ليلى ( هذه الكفالة ) إنما قيد بقوله هذه الكفالة الاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون النفس بالشرط لا للإحتراز عن الكفالة بالمال فإن عنده كلتاهما باطلتان ، كـذا ذكره قاضي خان والمرغيناني ، وقال الكاكي على قوله المنصوص بصحة الكفالة بالنص وتبطل الكفالة بالمال فقط ويفهم ذلك من كتبهم ، وتعليل الكتاب أيضاً يدل عليه ( لأنه ) أي لأن هذا التعليق . وفي بعض النسخ هذه الكفالة لأنها ( تعليق سبب وجوب المال بالخطر ) أراد بالسبب الكفالة بالمال لأنها سبب وجوب المال ، فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب وجوب المال فلا يصح ، لأن المال لا يحتمل التعليق بالخطر لإفضائه إلى معنى القمار (فأشبه البيـع ) أي تعليق البيـع بالمال وصار كما إذا قال إن دخلت الدار فـأنا كفيل بمالك على فلان .

( ولنا أنه ) أي أن عقد الكفالة ( يشبه البيـع ) أي انتهاء من حيث أن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان بأمره ( ويشبه النذر من حيث أنـه التزام ) يعني التزام شيء غير لازم ، فعملنا بالشبهين ( فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط ) عملاً يشبه البيـع (كهبوب الريح ونحوه ) أراد به دخول الدار ومجيء المطر ( ويصح بشرط متعارف ) عملاً يشبـه

عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف . ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط ، وهو عدم الموافاة . قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف بـــه

---

النذر ( عملاً بالشبهين ، والتعليق بعدم الموافاة متعارف ) وبدخول الدار غير متعارف .

( ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ) لأنه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فيوجب المال . فإن قيل هذه المسألة عين الأولى غير أن في الأولى لم يذكر موت المكفول به وها هنا ذكره وبه لا يقع الفرق ، إذ لزوم المال بموته وعدم موته لا يتفاوت . قلنا بل بينهما فرق ، وهو أنه لم يذكر في بعض نسخ الجامع لفظ الغد في هذه المسألة ، فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقاً وهناك مقيد ، فكان بينهما فرق ، إذ المطلق غير المقيد . وقال الأترازي والفرق بين هذه المسألة ومسألة القدوري الذي تقدمت أن في هذه لم يذكر لفظ الغد في أكثر نسخ الجامع الصغير ، ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ، وإنما ذكر بعضهم فكانت مسألة القدوري مقيدة بوقت وهذه مطلقة عنه ، فحصل الفرق .

والوجه الثاني من الفرق أن المكفول به هنا مات قبل الغد وفي مسألة القدوري هو حي ، ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسألة الجامع الصغير إزاحة لوهم بعض الناس انه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال لا فرق بينهما ، بل يجب المال إذا وجد الشرط وهو عدم الموافاة في الوقت .

( ومن ادعى على آخر مائة دينار بينهـا ) أي بين صفة مائة دينار أنها جيدة أو رديئة أو خليفة أو ركنية ( أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به

غداً فعليه المائة ، فإن لم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفـــة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » إن لم يبينهـا حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه ، لأنه علق مالاً مطلقاً بخطر ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه ولا تصح الكفالة على هـذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيـــان فلم يجب إحضار النفس وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه ، بخلاف ما إذا بين . ولهما أن المال ذكر معرفـــاً فينصرف إلى

---

غداً فعليه المائة فإن فلم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ) وبه قال أحمد ( وقال محمد إن لم يبينهـا حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه ) أي إلى دعوى الطالب وبه قال الشافعي ( لأنه ) أي لأن الكفيل ( علق مــالاً مطلقاً ) أراد بإطلاقه عدم نسبة المائة إلى المال المدعى به حيث لم يقل تكفلت بمالك عليه ( بخطر ) أي بتردد وهو شرط عدم الموافاة ( ألا يرى ) توضيح لما قبله ( أنه لم ينسبه إلى ما عليه ) حيث لم يقل التي لك على فلان ( ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ) أي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقاً بخطر وإن بين صفة المائـــة من الجودة والرداءة والوسط وذلك لاحتمال أن يلتزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال ، هكذا ذكر الماتريدي .

( ولأنه لم تصح الدعوى ) هذا وجه آخر منسوب إلى الشيخ الإمـــام أبي الحسن الكرخي ( من غير بيان فلم يجب إحضار النفس ) إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى بجهالة المدعى به ( وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه ) أي لأن عقد الكفالة بالمال بناء على عقد الكفالة بالنفس ، وهذا يوجب أن تصح الكفالة بالنفس إذا بين المال وهو معنى قوله ( بخلاف ما إذا بين ) أي المال حيث تصح الكفالة بالنفس.

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى

ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعاوى على اعتبار البيان ، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية . قال ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة « رح » معناه لا يجبر عليها عنده

---

ما عليه ) يعني أن المال في قول الكفيل ذكر معرفاً حيث قال إن لم يواف به غداً فعليه المال فينصرف إلى ما على الأصيل لأنه هو المعهود ( والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى ) أي العادة جرت بين الناس أنهم يجملون الدعوى أولاً في غير مجلس القاضي ويبينوه عند القاضي دفعاً لحيل الخصوم وصرفاً لكلامهم إلى وقت الحاجة ، فإذا كان كذلك ( فتصح الدعوى على اعتبار البيان ) من جهته ( فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى ) يعني إلى إبتداء الدعوى ، فإذا كان كذلك ( فتبين صحة الكفالة الأولى ) وهي الكفالة بالنفس ( فيترتب عليها الثانية ) أي الكفالة الثانية وهي الكفالة بالمال ويكون القول له في هذا البيان ، لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة « رح » ) إلى هنا لفظ القدوري ، وقوله ( معناه لا يجبر عليها عنده ) من كلام المصنف ، أي معنى قول القدوري لا تجوز الكفالة بالنفس لا يجبر من عليه الحدأوالقصاص على الكفالة حاصل الكلام من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لاثبات ما يدعيه المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة ، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازاً .

وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير معنى قول محمد لا كفالة فيالحدودوالقصاص أن القاضي لا يفعل ذلك ، لأن فيه احتيالاً للاثبات والشرع أمر بالدرء وهو خلافه ، ثم قال فخر الإسلام وهذا قول أبي حنيفة « رح » وذكرالشيخ الإمام علاء الدين

الاسبيجابي في أول باب الكفالة من شرح مختصر الكافي ان الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس يصح ، وإنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع ، وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة « رح » وعند صاحبيه يجبر . وفي الشامل وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وفيه أيضاً لا تجوز كفالة في قصاص واحد ويقول القاضي لمدعي القذف ألزمه إلى قيامى إن كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة .

وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة، فإنه لو كفل انسان صح وذكر الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم جميعاً إذ بدلها المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم . قال أبو حنيفة « رح » لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو تستوفى كذا ذكر صاحب التحفة ثم لا يحبسه القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنا أو قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول وقد صح أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة ، بخلاف الأموال حيث لا يحبس فيها بشهادة الواحد

وفي شرح الأقطع فإن قيل فقد قال أبو حنيفة يحبس والتوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفيل قيل له ليس الحبس للتوثق ، وإنما هو للتهمة والحبس بها واجب ، ونقل الناطفي في أجناسه عن نوادر ابن رستم في التعزير لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على شهادة النساء مع الرجال، ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهو حق الآدمي . وفي نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة أحبسه وادبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب ، لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه ويقول

وقالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى . ولأبي حنيفة « رح » قوله عليه السلام لا كفالة في حد

---

أبي حنيفة في هذا الباب قال أحمد والشافعي في قول وقول أكثر أهل العلم .

( وقالا يجبر في حد القذف ) أي قال أبو يوسف ومحمد يجبر المدعى عليه في حدالقذف على الكفالة ، وبه قال الشافعي في قول . وعن مالك مثله ( لأن فيه ) أي في حد القذف ( حق العبد ) ولهذا يشترط الدعوى فيه ، وإن كان الغالب حق الله تعالى والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود وبين المطلوب والمطلوب قد يخفى نفسه فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلا وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما ، وفي الجواز بغير الجبر على قول أبي حنيفة لأنه من الحدود التي يتعلق بها حق العباد .

وقال المرغيناني ليس نفس الجبر هنا الحبس لكن يأمره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يغيب ، فإذا انتهى إلى باب الدار وأراد الدخول ليستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له في الدخول يدخل معه وليكن حيث يسكن وإن لم يأذن يحبسه في باب داره ويمنعه من الدخول.

( وفي القصاص ) أي يجبر في القصاص أيضاً ( لأنه خالص حق العبد ) فيجري الجبر في أخذ الكفيل كما في سائر حقوقه . وقال الأترازي وفيه نظر لأن القصاص مما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى من حيث إخلاء العالم عن الفساد ، وحق العبد من حيث يشفي الصدور ، ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الإعتياض والعفو ( بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ) أراد بها حد الزنا وشرب الخمر ، يعني لا يجوز الكفالة فيها بالإتفاق .

( ولأبي حنيفة قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا كفالة في حد ) قال الأكمل قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح ، وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي روي هذا الحديث مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ وكذا قاله الأترازي بعينه ، ثم قال في آخره ولنا في رفعه نظر . قلت هذا أخرجه البيهقي في

من غير فصل ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها تندرىء بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزيز فلو سمحت نفسه بـــه يصح بالإجماع ، لأنه امكن ترتيب موجبه عليه ،

---

سننه عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لا كفالة في حد . وقال تعزر به عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة ، انتهى . ورواه ابن عـــدي في الكامل عن عمر الكلاعي فاعله به وقال انه مجهول لا أعلم انه روي عنه غير بقية كمـــا يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة غير محفوظة ( من غير فصل ) يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود .

( ولأن مبنى الكل على الدرء ) أي على الرفع ( فلا يجب فيـــه الاستيثاق ) يعني بالتكفل ، فإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به . قال في جامع البرهاني يلازمـــه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس ، فإن أحضر البينة فيها وإلا خلى سبيله ، هذا إذا لم يكن شاهداً عدلاً أو شاهدين غير مستورين ، فإن أقام يحبس لا للتكفيل بل للتهمـة ( بخلاف سائر الحقوق ) حيث يجب فيه الإستيثاق بالتكفيل ( لأنها تندرىء بالشبهات فيليق بهـــا الاستيثاق كما في التعزير ) أي يحبس المطلوب على إعطاء الكفيل فيما يجب فيه التعزير لأنه محض حق العبد ويثبت مع الشبهات وبالشهادة على الشهادة ويحلف فيـــه فيجبر فيه كالأموال .

( ولو سمحت نفسه به ) أي نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه يعني لو تبرع بإعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة ( يصح ) أي الكفالة ( بالإجماع ) وفي الجنازية هـذا في حد العباد وفيه حق كحد القذف ، أما في حد ليس للعبد فيه حق لا يجوز الكفالة وإن سمحت به نفسه . وقال أحمد والشافعي لعدم المطالبة فيه ( لأنـه أمكن ترتيب موجبه

لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب بـــه الكفيـل فيتحقق الضم . قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عـدل يعرفه القاضي لأن الحبس للتهمة ها هنا والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة ، أمـا العـدد أو العدالة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنـــه

---

عليه ) موجبه التزام المطالبة . وقال تاج الشريعة أي موجب عقد الكفالة وهو ضم الذمة في المطالبة والضمير فيه يرجع إلى التكفيل وفي عليه إلى التكفيل ( لأن تسليم النفس فيها ) أي في الحدود ويروى فيها بضمير التثنية أي في حد القذف والقصاص ( واجب به الكفيل فيتحقق الضم ) وهو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظ قـــال ( ولا يحبس فيها ) أي في الحدود ، وفي بعض النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص ( حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي ) أي يعرفه كونه عدلاً قيد بـــه لأنه لو كان مجهولاً لا يحبسه ( لأن الحبس للتهمة ها هنا ) التهمة بضم التاء وفتح الهاء ، ويجوز بالإسكان أيضاً . وقال ابن الأثير التهمة فعلة من الوهم ، والتاء بدل من الواو وقد تفتح الهاء والتهمة أي ظننت فيه ما نسب إليه من وهمة الشيء أهمه وهماً من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم مايقع في القلب من الخاطر ، ومعنى الحبس للتهمة تهمة الفساد وهنا لا للاحتياط وشهادة المستورين تصلح لاثبات الحكم فيصلح لاثبات التهمة وخبر الواحـد حجة في الديانات والمعاملات فثبت بشهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق والحبس لتهمة الفساد مشروع لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنـــه حبس رجلا بالتهمة .

( والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة ) العدد اثنان ، والعدالة في الواحد وقد مر أن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات فيثبت بأحد شطريها ( بخلاف الحبس في باب الأموال ) حيث لا يحبس فيه بشهادة الواحد ( لأنه ) أي لأن

أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحـــد لحصول الاستيثاق بالكفالة . قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما .

---

الحبس ( أقصى عقوبة فيه ) أي في باب الأموال ( فلا يثبت إلا بحجة كاملة ) فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوت الحدود والقصاص به ، أما في الحدود والقصاص والتعزير أقصى العقوبـــة القتل ، إذ الضرب والحبس نوع عقوبة ، فجاز أن يعاقب بـــه قبل ثبوت الحـد والقصاص ( وذكر في أدب القاضي ) ذكر على صيغة المجهول ( ان على قولهما ) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » ( لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة ) يعني إن عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع الحاجة إلى الحبس ، لأن الاستيثاق يحصل بالكفالة . وعند أبي حنيفة « رح » لا كفالة فيها جبراً فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه ) أي لأن الخراج ( دين مطالب بـــه ) ألا ترى أنه يحبس به ويلازم لأجله ومنع وجوب الزكاة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون ، كذا في الفوائد .

فإن قيل يشكل على هذا الزكاة فإنه دين مطالب من جهة العباد في الأموال الظاهرة الإمام . وفي الباطنة نائبه وهو المالك كما مر في الزكاة ، ولا يجوز الكفالة بدين الزكاة . قلنا قال التمرتاشي إنما لا يصح لأن الزكاة ليست بدين بل هو تمليك المال ، ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج ، فإنه يؤخذ من تركته .

( ممكن الاستيفاء ) راجع إلى الرهن ، لأن الرهن توثيق لجانب الإستيفاء فهذا من باب اللف والنشر الغير مرتب ، لأن قوله دين يطالب بـــه يرجع إلى الكفالة ( فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما ) المراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونهـا

قال ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان ، لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة ، والمقصود التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان . وأما الكفالة بالمـــال

---

مشروعة لتحمل المطالبة ، وموجب الرهن كونه مشروعـاً بمضمون يمكن استيفاؤه من الرهن ، والضمير في عليه يرجع إلى الخراج ، وفي فيهما يرجع إلى الرهن والكفالة .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان ) أي ذهب الطالب وأخذ من المطلوب وهو المديون كفيلا آخر ( فهما ) أي الأول والثـــاني كفيلان ( لأن موجبه ) أي موجب الكفالة ( إلتزام المطالبة وهي متعددة ) ألا ترى أنهما لو كفلا جميعاً بنفسه معاً جاز ، فكذا إذا كفلا على التعاقب ثم أسلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب بريء هو دون الآخر وليس هذا كالدين ، فإنه لو قضى أحد الكفيلين لدين واحد الدين يبرآن وفي التفاريق والكفلاءالثلاثة في العقد الواحد أيهم أسلم الأصيل كتسليمهم . وفي الشافعي ثلاثة كفلوا بألف طالب كل واحـد بثلث الألف ، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف كذا ذكره شمس الأئمة والمرغيناني والتمرتاشي ، ومذهب الشافعي لا يتأتى هنـا ، لأن الكفالة بالنفس عنده لا يصح ، كذا قاله الأترازي وفي قول ابن أبي ليلى يرى الكفيل الأول ( والمقصود ) منعقد الكفالة ( التوثيق وبالثانية ) أي وبالكفالة الثانيــة ( يزداد التوثق فلا يتنافيان ) أي الكفالتان .

فإن قيل لما أخذ الطالب والمطلوب وأخذ منه كفيلاً فقد صار مستوفياً للنفس حين صارت في يده فلم لا يبرأ الكفيل الأول بمنزلة الكفيل بالدين إذا أخـــذ الطالب من المطلوب الدين بريء الكفيل ، قيل له لأن الطالب إذا أخذ الدين لم يبق له حق ، وهاهنا حقه باق وتسليم النفس اليه يحتاج إليه في كل وقت حق يستخرج حقه ، انتهى . قلت نفس السؤال دليل ابن أبي ليلى على قولـــه بريء الكفيل الأول ، والجواب جواب عنه فافهم .

( وأما الكفالة بالمال ) لما قسم المصنف الكفالة على قسمين كفالـــة بالنفس و كفالة

فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيـــع ، لأن مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع

---

بالمال وبين الأول فشرع في بيان الثاني بقوله ( فجائزة ) وهو جواب أما، وهذا الإختلاف فيه إذا كان المال معلوماً ، وأما إذا كان المال مجهولاً فكذلك جائز عندنا ، وهو معنى قوله ( معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً ) وقـــال الشافعي لا يجوز إذا كان مجهولاً ، وصورة المعلوم مثل قوله تكفلت عنه بألف ، وصورة المجهول مثل قوله تكفلت عنـــه بمالك عليه . والآن بينه المصنف رحمه الله ولكن فيه شرط عندنا ، أشار إليه بقوله ( إذا كان ديناً صحيحاً ) احترز به عن بدل الكتابة ويجيء الآن أيضاً ( مثل أن يقول تكفلت عنه بألف ) هذا صورة المعلوم (أو بما لك عليه) أي أو قال تكفلت عنه بما لك عليه، وهذا هو صورة المجهول ( أو بما يدركك في هذا البيع ) أي أو يقول تكفلت عنه بما يدركك من العوارض في هذا البيع ( لأن مبنى الكفالة على التوسع ) لأنهـــا تبرع ابتداء فلا يمنع صحتها الجهالة المستدركة اليسيرة ( فيحتمل فيها ) أي في الكفالة ( الجهالة ) أي جهالة المكفول به ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي في القديم . وقال في الجديد لا يصح ضمان المجهول وهو قول الليث والثوري وابن أبي ليلى وابن المنذر قالوا لأنه التزام ، قال فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع . ولنا قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا بـــه زعيم ﴾ ٧٢ يوسف ، لأن حمل البعير يختلف باختلاف البعير ، وعموم قوله ﷺ الزعيم غارم .

( وعلى الكفالة بالدرك إجماع ) إجماع مبتدأ وخبره هو قوله مقدماً على الكفالـــة بالدرك ، وأراد بـــه زيادة الإيضاح على صحة الكفالة بجهالة المكفول به فإنه يصح بالاجماع . وفي الأقطع ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك ، وهو عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول ، وهو أن يقول للمشتري أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد

وكفى به حجة وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية أو الإقتصار وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ، ومراده أن لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى . قال والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل ، وإن شاء طالب كفيله لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمه في المطالبة، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه

---

والدرك بتحريك الراء وتسكينها التبعة ، يقال ما لحقك من درك فعلي خلاصه . فإن قيل هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال ضمنت لك بعض مالك على فلان فقيل له هذا يصح عندنا والخيار فيه إلى الضامن يبين أي مقدار شاء ( وكفى به ) أي بالاجماع ( حجة ) والاجماع من أقوى الحجج (وصار) أي حكم هذا المذكور ( كما إذا كفل لشجة) أي خطأ (صحت الكفالة) مع أن فيها جهالة .

( وإن احتمل السراية ) إلى النفس ( أو الاقتصار ) عليه بدون السراية بخلاف الكفالة بشجة عمداً لان فيها القصاص ولا تصح الكفالة بالقصاص ( وشرط ) أي القدوري ( أن يكون ) المكفول به ( ديناً صحيحاً ) وذلك في قوله وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً ، وهذا لفظ القدوري في مختصره ( ومراده ) أي مراد القدوري من قوله إذا كان ديناً صحيحاً ( أن لا يكون بدل الكتابة)لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح،لأنه ليس بدين صحيح،لأن الدين الصحيح لا يسقط إلا بالاداء أو الابراء فيسقط بدل الكتابة بدونهما بتعجيز النفس ( وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى في موضعه ) في كتاب المكاتب .

( قال ) أي القدوري ( والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الاصل ) أي الدين ( وإن شاء طالب كفيله ، لان الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول ) أي الذمة الاولى ( لا البراءة عنه ) أي لا يستدعي البراءة عنها خلافاً

إلا إذا شرط فيـــه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعاني كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة . ولو طالب أحدهما له أن يطالـــب الآخر وله أن يطالبهما ، لأن مقتضاه الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ، لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني ، أما المطالبة بالكفالة

---

لما يقول ابن أبي ليلى إن الكفالة توجب براءة الاصيل . وقال الكاكي قوله وإن شـــاء طالب الكفيل . قوله أكثر العلماء وعن مالك في رواية عنه أنه لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر المطالبة عن الاصيل ( إلا إذا شرط فيه البراءة ) أي إلا إذا شرط في عقد الكفالة براءة الاصيل ( فحينئذ تنعقد ) أي الكفالة ( حوالة اعتباراً للمعنى ) وهو أنـــه أتى بخاصية الحوالة ، فإن نوى على ما في الكفيل يرجع على الاصيل عندنا خلافـــاً للشافعي والثوري بأحد الأمور الثلاثة ، وسيجيء بيانه في كتاب الحوالة إن شاء الله تعالى .

( كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بهـــا ) أي بالكفالة ( المحيل يكون كفالة ، ولو طالب أحدهما ) أي ولو طالب المكفول له أحد الإثنين وهما الكفيل والأصيل ( له أن يطالب الآخر ) لأن مطالبة أحدهمـــا لا تسقط مطالبة الآخر ( وله أن يطالبهما ) أي الكفيل والأصيل جميعاً ( لأن مقتضاه ) أي مقتضى عقـــد الكفالة ( الضم ) أي ضم الذمة إلى الذمة .

( بخلاف المالك ) أي مالك الشيء الذي غصب منـــه غاصب وغصب من الغاصب غاصب آخر ( إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ) وهما الغاصب وغاصب الغاصب فليس له أن يضمن الآخر بعد ذلك ( لأن اختياره ) أي اختيار المالك تضمين ( أحدهما ) أي أحد الغاصبين ( يتضمن التمليك منه ) أي من الذي اختار تضمينه يعني إذا قضى القاضي بذلك ، كذا في المبسوط ( فلا يمكنه التمليك من الثاني ) أي من الغاصب الثاني ، لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعاً لاثنين في زمان واحد ( أمـــا المطالبة بالكفالة

لا يتضمن التمليك فوضح الفرق . قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي وما ذاب لك عليه فعلي ، أو ما غصبك فعلي والأصل فيه قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف . والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك . ثم الاصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع

---

فلا يتضمن التمليك ) ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر ( فوضح الفرق ) بين المسألتين .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلاناً فعلي ) قيد بقوله فلاناً ليصير المكفول له معلوماً ، إذ جهالته تمنع صحة الكفالة ، حتى لو قال ما بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به فتفاحشت الجهالة ، بخلاف الأول ، لأن الجهالة فيه يسيرة متحملة ، كذا في الإيضاح ( وما ذاب لك ) أي أو بقوله ما ذاب لك ، أي ما وجب وثبت لك ( عليه ) أي على فلان فهو ( فعلي ) ولفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم ، كذا في المغرب ( وما غصبك ) أي أو تقول ما غصبك فلان أي ما غصب منك ( فعلي ) أي فهو علي ، والياء مشددة في لفظة علي في ثلاث مواضع ( والأصل فيه ) أي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة ( قوله تعالى ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ ٧٢ يوسف ) فإنه يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، إذ حمل البعير مجهول وقد مر بيانه ، والأصل فيه أن شرائع من قبلنا تلزمنا ما لم ينص الله تعالى على إنكاره ( والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ) أي الاجماع انعقد على صحة ضمان الدرك ، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

( ثم الأصل ) في هذا الباب ( أنه يصح تعليقها ) أي تعليق عقد الكفالة ( بشرط ملائم لها ) لمقتضى العقد ( مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق مثل أن يقول إذا استحق

أو لامكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه ، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحداً منهما آجلاً إلا أنه يصح الكفالة ويجب المال حالاً ، لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة

---

المبيع ) فأنا ضامن لذلك ( أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة ) أى إذا غاب المكفول عنه عن البلدة فأنا ضامن لك بما عليه ( وما ذكر من الشروط ) أى في أصل المسألة مثل ما بايعت وما ذاب ما غصب ( في معنى ما ذكرناه ) أى بمعنى الأصل الذي ذكرناه وهو ان كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به .

( فأما لا يصح تعليقها بمجرد الشرط ) يعني غير ملائم ( كقوله إن هبت الريح ) فأنا كفيل لك بما عليه(أو جاء المطر)أي إن جاء المطر فأنا كفيل (وكذا) أي وكذا لا يصح ( إذا جعل واحداً منهما آجلا ) يعني إذا جعل هبوب الريح أو مجيء المطر آجلا لكفالة يبطل الأجل ( إلا انه تصح الكفالة ويجب المال حالاً ، لان الكفالة لما صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة ) .

وقال الكاكي قوله إلا أن تصح الكفالة إلى آخره ، إعلم أن في هذا اللفظ نوع اشتباه ، لانه إن أراد بقوله لما يصح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ابتداء تعليق الكفالة بالشرط ، فإن هناك لا يصير كفيلا أصلا ، ذكره في المبسوط ، وإن أراد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة فهذا تأجيل ، والتأجيل غير التعليق ذكره في فتاوى قاضي خان ، فكيف يصح تعليله بقوله لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ، إلا ان أراد بالتعليق التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت

الحكم في الحال ، فحينئذ يصح ، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط ، فإنه ذكرها هكذا وذكر التعليق وأراد التأجيل .

وقال الاكمل هنا وفي كلامه نظر من أوجه . الاول : أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة ، مع أن الكفالة لا تجوز . الثاني : أن قوله وكذا إذا جعل معطوفاً على قوله فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل ولا يخلو إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة ، إذ لم يذكر المصنف ثالثاً ، والاول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذ جعل كل واحد منهما آجلا ، والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة الثالث أن الدليل لا يطابق المدلول ان المدلول بطلان الاجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ، ومع ذلك فليس بمستقيم ، لانها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة .

ويمكن أن يجاب عن الاول بأن حاصل الكلام ينفي جواز الكفالة المعلقة بهما ، والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ، ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل ، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه ، والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه . وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر وهو الأجل ، وتقديره وكما لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلا . وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله ويجب المال حالاً ، وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجل الفاسدة كالطلاق والعتاق ، ويجوز المجاز وعدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما .

( كالعتاق والطلاق ) أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق بأن قال اعتقت عبدي ، أو قال طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحصاد أو القطاف ( فإن قال تكفلت عنه بمالك عليه ) أي فإن قال شخص لآخر تكفلت عنه بمالك عليه من المال ( فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل ) أي ضمن

لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به. وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به ، لانه منكر للزيادة ، فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله ، لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها .

---

الألف الكفيل ( لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه ) أي ما على الكفيل ( فصح الضمان به ) فصار كأنه ضمن بالألف الذي عليه فلزمه ذلك ( وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به ) لأنه مال مجهول لزمه بقوله فالقول قوله كما لو أقر بشيء مجهول ( لأنه منكر للزيادة ) فالقول قول المنكر مع يمينه كالمدعى عليه بالمال ( فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك ) أي مما يعترف به الكفيل ( لم يصدق على كفيله ، لأنه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها ) أي على نفسه .

والحاصل أن إقرار المكفول عنه تضمن شيئين ، أحدهما على نفسه ، والآخر على الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه ، لأن له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه . وفي الشامل ما ذاب لك على فلان فهو علي أو ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب يلزم الكفيل إلا قوله ما قضى عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي . ولو إن المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزمه الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بدل . وقال الكاكي قوله ولا ولاية له عليه .

فإن قيل يشكل هذا بما يكفل بما ذاب له على فلان ثم بعد ذلك قال الطالب هو ألفان وقال المطلوب ألف ، وقال الكفيل لا شيء لك عليه فيلزم هناك على الكفيل ألف التي أقر بها الطالب مع أنه لاولاية له على الكفيل، ذكره في المبسوط قلنا هذا إيجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقول المطلوب لأنه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه بإقراره وقد صار ملتزماً ذلك لكفالته ، وهذا استحسان . وفي القياس لا

قال وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ، ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به ، فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه ،

---

يجب على الكفيل شيء كما في مسألتنا لإنكاره الوجوب على المطلوب ، كذا في المبسوط .

( قال ) أي القدوري ( وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ) وهو قوله عليه السلام الزعيم غارم ( ولأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو ) أي الرجوع ( عند أمره ) أي أمر المطلوب ( وقد رضي به ) أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه ، هذا جواب لإشكال يقال لم قلتم إن في الكفالة نفعاً للمكفول عنه ، ولا ضرر عليه . ورجوع الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم أنه ضرر مع وجود الرضى بالرجوع ( فإن تكفل عنه بأمره رجع بما أدى عليه ) أي رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع . وفي النهاية ليس على إطلاقه ، بل مقيد بما إذا كان الأمر وهو المطلوب ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك المتبرع ، حتى لو كان المطلوب صبيـــاً محجوراً وأمر رجلا بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة ، ولكن لو أدى الكفيل ما أمره به لا يرجع على الصبي الآمر ، وكذا الحكم في العبد المحجور ، ذكره في التحفة .

وفي أحكام الصغار للاستروشني لو كان الصبي مأذوناً له صح أمره ويرجع الكفيل بما أدى عليه بصحة أمره بالاذن . وفي شرح الأقطع وهذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا قال إضمن عني لفلان كذا ، فان قال له إضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء ، لأن قوله إضمن يحتمـــل أن يكون على وجه التبرع وأن يكون غيره فلا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص به ، فاذا قال إضمن عني دل على الضمان فلزمه ولا يلزم غيره بالشك ، ولكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافـــاً لأبي يوسف .

لانه قضى دينه بأمره . وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن ، لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين

---

( لأنه قضى دينه بأمره ) أي لأن المأمور قضى دين الآمر بأمره فيرجع عليه ( وإن كفل عنه بغير أمره لم يرجع) بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» في رواية . وقال مالك وأحمد في رواية يرجع كما لو كفل بأمره ، وقوله رجع ( بما أدى معناه ) أي قول القدوري يرجع بما أدى معناه ( إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن ) لا بما أدى ، حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف ويجوز للطالب أن يرجع على المطلوب بالجياد . ولو كفل بالزيوف وأدى بالجياد رجع بالزيوف ( لأنه ) أي لأن الكفيل ( ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة ) يعني ملك إذن الكفيل المكفول به بأن يهبه المكفول له الكفيل يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول .

فان قيل هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذنه بقبضه ، وأما إذا أذنه بقبضه يجوز استحساناً ، وها هنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب فيصح هبة أو يجعل ذلك نقل الدين إليه فيقضى الهبة فتصير هبة لمن عليه الدين ( أو بالارث ) بأن مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالأداء .

( وكما إذا ملكه المحتال عليه ) يعني إذا أحال المديون غريمه على رجل ليس للمديون على رجل دين فتقبل الحوالة فأدى يرجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما أدى ، لأنه ملك الدين بالأداء كالكفيل ( بما ذكرنا في الحوالة ) أي في حوالة كفاية المنتهى ( بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين

بالاداء ، بخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة ، لانه اسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل . قال وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لانه لا يملكه قبل الاداء . بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه

---

بالاداء ) هذا جواب كفل تقديره الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه ، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى ، فكذلك الكفيل ، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء ، حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن ، وإنما الرجوع بحكم الآمر بالاداء فلا بد من اعتبارهما . فلو أدى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد ، لان أداء المأمور به لم يوجد ، وإن عكس فكذلك ، لان الآمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعاً بها ، فقوله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح .

( وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف بخمسمائة ) حيث يرجع بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الألف ( لأنه إسقاط ) عن بعض الدين وليس مبادلة ، إذ لو جعل مبادلة لكان ربا ، وإن كان إسقاط للبعض ( فصار كما إذا أبرأ الكفيل ) لا يؤخذ من الكفيل خمسمائة (١) خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن ، وكذا إذا أبرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه ، فكذا إذاصالح الكفيل إياه على بعض الدين لأنه جمع بالباقي مطلقاً باعتبار البعض بالكل .

( قال ) أي القدوري ( وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لأنه لا يملكه ) اي لأن الكفيل لا يملك الدين . ( قبل الأداء ) لأن الكفيل كالمقرض ، يعني والمقرض لا يرجع على المستقرض مالم يقرض ( بخلاف الوكيل بالشراء ، حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما ) أي بين الوكيل والموكل ( مبادلة حكمية )

---

(١) هنا كلام غير مقروء .

انعقد بينهما مبادلة حكمية . قال فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه ، حتى يخلصه ، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله . وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برىء الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل ، لان الدين عليه في الصحيح وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه لأنه تبع ،

---

ألا ترى أن الملك ينتقل إلى الموكل من جهة الوكيل ، ولهذا يتحالفان إذا اختلفا في الثمن وللوكيل بالشراء حبس المبيع بالثمن فلا تثبت المبادلة الحكمية كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري فللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، فكذا الوكيل .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( فإن لوزم ) أي الكفيل ( بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه ) أي حتى يخلص المكفول عنه الكفيل لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها ( فكذا إذا حبس كان له ) أي الكفيل ( أن يحبسه ) أي أن يحبس المكفول عنه ( لأنه لحقه ) أي لحق الكفيل ( ما لحقه من جهته ) أي من جهة المكفول عنه ( فيعامله بمثله ) أي فيقابل الكفيل المكفول عنه بمثل ما قابله وبقولنا قال الشافعي « رح » في وجه ومالك وأحمد « رح » إذا كانت الكفالة بأمره قال الشافعي في الأصح لا يحبسه .

( وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أواستوفى منه ) يعني أخذ الذي كان عليه ( برىء الكفيل ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ) بلا خلاف بين الفقهاء ، بخلاف ماإذا كفل بشرط الأصيل فبراءته لا توجب براءة الكفيل ، لأنه في معنى الحوالة ، والاعتبار للمعاني لا للعبارة ( لأن الدين عليه ) أي على المكفول عنه ( في الصحيح ) أي في القول الصحيح وهو احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في الدين فوجب أصل الدين في ذمة الكفيل وقد مر هذا في أول الكتاب .

( وإن أبرأ الكفيل ) أي وإن أبرأ المكفول له الكفيل عن الدين ( لم يبرأ الأصيل عنه لانه تبع

ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز . وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير من الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل ، لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا

---

ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه ) أي بدون المطالبة على تأويل الطلب ( جائز ) وفي شرح الطحاوي وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برىء الأصيل والكفيل جميعاً ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الأصيل ، إلا أنه اشترط في ذلك قوله أو بموت قبل القبول أو الرد فقام ذلك مقام القبول ، ولو رده ارتد وادين الطالب على حاله . واختلف مشايخنا في ذلك أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا ، قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود . ولو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل . ولو وهب الدين أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول .

فإن قيل كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدى وفي الكفيل حكم إبرائه والهبة تختلف في الإبراء لا يحتاج إلى القبول . وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول . وفي الأصل يتفق حكم إبرائه والهبة والصدقة فيحتاج إلى القبول في الكل ولو كان الإبراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ويورد ورثته ارتد وبطل الإبراء عند أبي يوسف لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة ، وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات .

( وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل يكون تأخيراً عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل ) وهو المكفول عنه ولا نعلم فيه خلاف ( لأن التأخير إبراء موقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ) فإن قيل الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ، وبرد الأصيل يرتدان كلاهما ، والرواية في التتمة فكيف يعتبر الوقت بالمؤبد . قلنا كلامنا في السقوط والثبوت . أما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم آخر سوى ما نحن فيه فلا يلزم من إعتبارهما حكم إعتبارهما في جميع الأحكام (بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً ) نصب على الحال من قوله كفل ( إلى شهر فانه يتأجل عن

إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة ، فصار الأجل داخلا فيه ، أما ها هنا فبخلافه . فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برىء الكفيل والذي عليه الأصل لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل فبرىء عن خمسمائة لأنه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعـــاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره ، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية

---

الأصيل ) وقال الشافعي وأحمد ومحمد « رح » في رواية لا يتأجل على الأصيل بل يتأجل على الكفيل ( لأنه ) أى لان الطـــالب ( لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلاً فيه ) لانه أضـــاف الاجل إلى نفس الدين لانه لا شيء سوى الدين حتى يصرف الاجل فيه فصار التأجيل وصفاً لاجل الدين فيظهر الاجل في حقهماضرورة .

( أما هاهنا فبخلافه ) يعني فيما كفل حالاً ، ثم أخر عنه الطالب لم يكن ذلك تأخيراً عن الاصيل . وفى الفتاوى الصغرى الكفيل بالدين المؤجل إذا أدى قبل حلول الاجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الأجل ( فإن صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقدبرىء الكفيل والذي عليه الاصل ) وهو الدين ( لانه أضاف الصلح إلى الالف الدين وهي على الاصيل فبرىء عن خمسمائة لانه إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ويرجع )أي الكفيل ( على الاصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره )وان كانت بغير أمره لا يرجع وإن صالحه مطلقاً أو أبرأه بطلت عن الكفيل وبقي الحق على الاصيل ، كذا قال فخر الإسلام وغيره .

( بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر ) أي صالح عن ألف هي دراهم على ثوب مثلا حيث يرجع الكفيل إذا أدى بجميع الالف ( لانه مبادلة حكمية ) وهو جعل الثوب

فملكه فيرجع بجميع الألف . ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل ، لان هذا إبراء الكفيل عن المطالبة . قال ومن قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه ، معناه بما ضمن له بأمره ، لان البراءة التي ابتداءها من المطلوب وانتهاءها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرار بالاداء فيرجع . وإن قـــال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء . ولو قال برئت

---

بدل الألف ( فملكه ) أي فملك الالف ( فيرجع بجميع الالف ) هذا نتيجة ملك الالف ( ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة ) الذي استوجب بالكفالة هو المطالبة ( لا يبرأ الاصيل لان هذا إبراء الكفيل عن المطـــالبة ) لان هذا فسخ الكفالة لا اسقاط لاصل الدين .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن قال لكفيل ضمن له مالاً قد برئت إلي من المـــال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ) أي معنى ما قاله محمد « رح » من قوله ضمن له مالاً ( بمـــا ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداءهـــا من المطلوب وانتهاءها إلى الطـــالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هـــذا ) أي قوله برئت إلي ( إقرار بالأداء ) أي بالإيفـــاء ( فيرجع ) فكأنه قال استوفيت منك حقي ، فإذا أقر الطالب بالإيفاء يرجع الكفيل فكذا هذا .

( وإن قال ) أي الطالب ( أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي إلى غيره ، وذلك ) يكون ( بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء ) لان البراءة في هذه الصورة ابتداؤها من الطالب ، وهذا لا يكون إلا بالإسقاط فاذا أسقط من الكفيل لا يرجع لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ( ولو قال برئت ) ولم يقل إلي ( قال

قال محمد « رح » هو مثل الثاني لانــــه يحتمل البراءة بالاداء إليه والإبراء فيثبت الادنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف « رح » هو مثل الاول لانــــه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب ، وإليه الإيفاء دون الإبراء .

---

محمد هو مثل الثاني ) أي مثل قوله أبرأتك ( لانه يحتمل البراءة بالاداء إليه والإبراء ) ويحتمل البراءة بالإبراء ، فـــاذا كان كذلك ( فيثبت الادنى ) وهو البراءة بالإبراء لا البراءة بالأداء وهو الإسقاط ، وبقوله قالت الثلاثة ( إذ لا يرجع الكفيل بالشك ) هذا نسخة بكلمة أولا يرجع ، والظاهر أن هذا دليل آخر وهو أنه لا يرجع بالشك لاحتمال الامر يد المذكورين ، فافهم فان هذا موضع لا ينتقص فيه كل أحد.

( وقال أبو يوسف هو مثل الأول ) وهو قوله برئت إلي من المال ( لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب ) فـــانه ذكر حرف الخطاب وهو التاء ، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً ( وإليه ) أي وإلى المطلوب ( الإيفاء دون الإبراء ) تقرير هذا أنه أخبر على البراءة بفعل عن المطلوب وهو الكفيل إلى الطـــالب وذلك بالإيفاء يكون لانه هو الذي يتعدى من المطلوب إلى الطالب دون الإبراء إذ الإبراء يتعدى من الطالب الى المطلوب ، وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة ، وكان المصنف اختـــاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين فالمصير إليه أولى ، وما قاله محمد إنما يستقيم إذا كان الاحتمالان على السواء وقديرجح أحد الاحتمـــالين وهو البراءةبالقبض ، لانه كالحقيقة والآخر كالمجـــاز . وقيل برئت مطاوع أبرأتك فتكون حقيقة أيضاً .

واختلف مشايخنا المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي يكون إقراراً ، كما لو قال أبرأني من هذا المال . وقيل لا يكون إقراره لان الدعوى قد تكون حقـــاً وباطلاً . ولو قال الطالب للكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك باجماع الائمة الاربعة ، لان لفظ الحل يستعمل في البراءة بالإبراء دون البراءة بالقبض ، كذا ذكره المحبوبي .

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لانه هو المجمل. قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك

---

( وقيل في جميع ما ذكرنا ) من الوجوه الثلاثة ( إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل ) لأن الاصل في الإجمال الرجوع إلى بيان المجمل . فان قيل المجمل مـــالا يمكن العمل به إلا بالبيان ، وهاهنا العمل ممكن في الاوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكر من وجوه البيان خصوصاً في الوجه الاول ، لانه بين أن البراءة التي ابتداؤهامن الكفيل وإنتهاؤها إلى الطالب بمنزلة قوله دفعت إلي وقبضته منك فلا يكون فيه إجمال ، وكذا في الشافعي وهذا لاخلاف فيه أنه أبرأ بدون القبض.وفي الوجه الثالث عمل محمد يتعين . وأبو يوسف رجح الإبراء بالقبض فلايكون مجملا ، قيل في جوابه قوله برئت إلي وإن كان بمنزلة الصريح في حق الإيفاء والقبض من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للا ستعارة بأن قال برئت إلي لاني أبرأتك وإن كان بعيداً عن الاستعمال وما ذكروا في تعليل الاوجه الثلاثة كله استدلال لاصريح في الإيفـاء وغير الإيفاء، ولهذا جعلت الائمة الثلاثة الكل الإبراء بدون الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالصريح،فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب سقط العمل به بالاستدلال وفيه تأمل.

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ) أراد به الشرط الغير المتعارف ، كما إذا قال إذا جاء غداً فانت بريء من الكفالة . حاصله أن المراد به الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلا كدخول الدار ومجييء الغد لانه غير متعـــارف ، أما إذا كان متعارفاً يجوز كله في تعليق الكفالة ، فانه ذكر في الإيضاح لو كفل بالمال وبالنفس أيضاً ، وقال إن وافيتك غداً فأنت بريء من المال فوافاه غداً يبرأ من المال . وكذا لو علق البراءةباستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض يجوز ذكـــره ، في مبسوط شيـخ الاسلام ( لمـــا فيه ) أي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ( من معنى التمليك ) ولهذا يرجع الكفيل بمـــا أدى عن المكفول عنـــه اذا كان بأمره والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائه إلى معنى

كما في سائر البراءات ، ويروى أنـــه يصح لان عليـه المطالبة دون الدين في الصحيـح فكان اسقاطاً محضاً كالطلاق ، ولهـذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد ، بخلاف إبراء الأصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيـل لا تصح الكفالة كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد ، لانه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لان العقوبة لا يجري فيهـــا النيابة . وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز

---

القمار ( كما في سائر البراءات ) لا يجوز فيها التعليق بالشرط ( ويروى أنه يصح ) أي أن في تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ( لان عليه ) أي على الكفيل ( المطالبة دون الدين في الصحيح ) أي في القول الصحيح من المشايخ ، فاذا كان كذلك ( فكان ) أي إبراء الكفيل ( إسقاطاً محضاً ) والاسقاط المحض يصح تعليق ( كالطلاق ) فانه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط ( ولهذا ) أي ولاجل كونه إسقاطـــاً محضاً ( لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد ) .

( بخلاف إبراء الأصيل ) فانه يرتد بالرد ( وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص ) هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره قوله لا يمكن أي لا يصح ، لان إمكان الضرب أو جر الرقبة ليس بمنفمة لا محالة لكنه لا يصح شرعاً ، وعبر عنه بعدم الامكـــان مبـــالغة في نفي الصحة . وقال المصنف رحمه الله ( معناه بنفس الحد ) يعني بنفس الحد لا يجوز ( لا بنفس من عليه الحد ) فان الكفالة بنفس من عليه الحد تجوز ، لانه تعليق لقوله معناه بنفس الحد ( لانه ) أي لان الاستيفاء ( يتعذر إيجابه عليه ) أي على الذي يكفل ( وهذا ) أي عدم الايجاب عليه المتعذر ( لان العقوبة لا تجري فيها النيابة ) لعدم حصول المقصود ، لان المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب .

( وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز ) هذا لفظ القدوري إنما جاز الكفالة بالثمن

لانه دين كسائر الديون وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح ، لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي « رح » ، لكن بالإعيان المضمونة بنفسها

---

( لانه دين كسائر الديون ) لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل، فصحت الكفالة به كما في سائر الديون وكالقرض ( وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح ) وهذا أيضاً لفظ القدوري « رح » وفي بعض النسخ لم يجز ( لانـه ) أي لان المبيع ( عـين مضمون بغيره وهو الثمن ) ولا يمكن أداؤه عن الكفيل إذا هلك فـانه لو هلكت العين سقط الثمن ( والكفالة بالاعيان المضمونة ) الاعيان على نوعين أمانة ومضمونة والكفالة بالامانة لا تصح كالودائع والعواري ومال المضاربة والشركة والعين المستأجرة غير أن العارية والعين المستأجرة واجبة الرد إن كان لها حمل ومؤنة ، بخلاف الودائع ومال المضاربة والشركة فانها ليست بواجبة الرد ، بل الواجب التخلية . فلو كفل بتسليم العـارية والمستأجرة صح ، أما الاعيان المضمونة فعلى نوعين :

الاول : ما كان مضموناً بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت باقية وقيمتها إن هلكت تصح الكفـالة وهي كالعين المغصوبة والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعاً فاسداً .

الثاني : غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع والمرهون في يد المرتهن ، لان المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح الكفـالة به ، وإذا تكفل بتسليم المبيع صح . وقال تاج الشريعة كون الشيء مضموناً بنفسه أن لا يزول عنه الزمان أصلاً كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فانه يجب رد عينه أو قيمته والاعيان المضمونة لغيرها ليست كذلك ، إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك المالك وينفسخ البيع والانسان لا يضمن مال نفسه .

( وإن كانت تصح عندنا ) كلمة إن واصلة بما قبله ( خلافاً للشافعي ) فان عنده في وجه لا تصح الكفالة بالاعيان غير ثابتة في الذمة ( لكن بالاعيان المضمونة بنفسها ) هذا

كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة . ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لانه التزام فعلاً واجباً

---

في محل الخبر عن قوله والكفالة بالاعيان المضمونة إنما تصح إذا كانت مضمونة بنفسها لا مطلقاً ، ومثل لذلك بقوله ( كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان ) يعني لا تصح الكفالة بما كان ( مضموناً بغيره كالمبيع ) فانه مضمون بالثمن ( والمرهون ) فـانه مضمون بالدين ( ولا بما كان ) أي ولا تصح الكفالة أيضاً بالشيء يكون ( أمـانة كالوديعة والمستأجر والمستعار ومال المضاربة والشركة ) وقد ذكرنا الجميع آنفا .

( ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض ) أي قبض الدين ( إلى الراهن أو بتسليم المستأجر ) بفتح الجيم ( إلى المستأجر ) بكسرهـا ( جاز لانه التزام فعلاً واجباً ) أي لان الكفيل التزم فعلاً واجبـاً على الاصيل وهو تسليم المبيع والمرهون والمستأجر فلو هلك المبيع أو الرهن أو المستأجر بطلت الكفالة ولم يكن على الكفيل شيء لأنه ما ضمن الثمن إلا في المبيع أو القيمة في غيره . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله العين في يد الأجير المشتركة مضمونـة فتصح الكفالة بهما عندهما خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله . وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة، وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها لا تجوز .

وقال شمس الأئمة الكفالة بتسليم العارية باطلة وهذا ليس بصواب ، فقد نص محمد « رح » في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة، وهكذا في المبسوط والإيضاح. وقال الأكمل في قوله وهذا ليس بصواب نظراً ، فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع، بل لعله قد اطلع على رواية أخرى أقوى من ذلك ، فاختارها ، وفيه تأمل ، وعند أحمد

ومن استأجر دابة للحمل عليها . فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة بالحمل ، لانه عاجز عنه . وإن كانت بغير عينهـــا جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه ، والحمل هو المستحق ، وكذا من استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا . قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس ، وهـــذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » يجوز إذا بلغه فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة .

---

يجوز ضمان العارية لأنه مضمون عنده كالمغصوب .

( ومن استأجر دابة للحمل عليهـــا فان كانت ) أي الدابة ( بعينها لا تصح الكفالة بالحمل ، لأنه عاجز عنه ) أي لأن الكفيل عاجز عن تسليم الدابة المعينة لأنها ملك الغير والمستحق الحمل عليها ( وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق ) يعني إذا لم تكن الدابة بعينهـــا ( وكذا ) الحكم في ( من استأجر عبداً ) أي معيناً ( للخدمة فتكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا )إشارةإلى قوله لأنه عاجز .

( قال ولا تصح الكفالة ) سواء كانت بالنفس أو بالمال ( إلا بقبول المكفول له في المجلس العقد ) أي في مجلس عقد الكفالة ( وهذا ) أى اشتراط قبول المكفول له ( عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ) وبه قـــال الشافعي رحمه الله في وجه ( وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه ( إذا بلغه فأجاز ) أي إذا بلغ المكفول له بالتكفيل فأجاز ( ولم يشترط في بعض النسخ ) أي نسخ كفالة المبسوط ( الإجازة ) على قول أبي يوسف رحمه الله . وقال الأكمل قبل أي نسخ كفالة المبسوط وفيه نبوة ، لأن نسخ كفالة المبسوط لم تتحدد ، وإنمـــا هي نسخة واحدة ، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض أو زيادة في آخر . قلت النبوة فيما قاله لا فيما قيل .

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جمعا . له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ، وهذا أوجه هذه الرواية عنه ، ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح . ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه

---

وفي الكافي واختلفوا في قول أبي يوسف رحمه الله فقيل يجوز عنده بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب ينفذ . وقيل يجوز لو صف النفاذ ، قيل رضاء الطالب ليس بشرط وهو الأصح عنده . وفي شرح المجمع وأفتى بعض المشايخ بقول أبي يوسف رحمه الله رفقاً بالناس . وقال الأترازي رحمه الله والحاصل أن الكفالة بالنفس أو بالمال إذا كانت بحضرة المكفول له والمكفول عنه صحت بالإجماع ، فان كان الطالب غائباً فهي جائزة عند أبي يوسف رحمه الله . وقالا لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل فيتوقف على إجازته ، كذا في المختلف .

( والخلاف ) بين أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبين أبي يوسف رحمه الله ( في الكفالة بالنفس والمال جميعاً له ) أى لأبي يوسف رحمه الله ( إنه ) أى أن عقد الكفالة ( تصرف التزام ) للغير ( فيستبد به ) أى فينتقل به ( الملتزم ) كالإقرار والنذر ، ولهذا يصح مع الجهالة ( وهذا ) أي هذا التعليل وهو أنه تصرف التزام ( أوجه هذه الرواية عنه ) أي عن أبي يوسف رحمه الله ( ووجهالتوقف ) يعنيأن وجه الرواية التي أجازت الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الإجازة ( ما ذكرناه ) في كتاب النكاح ( في الفضولي في النكاح ) وهو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف رحمه الله ، والجامع عدم الضرر . وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس كما في البيع . حاصل الكلام من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعاً للفضولي في النكاح إذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عند أبي يوسف رحمه الله على إجازتها فيما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أن فيه ) أي في عقد الكفالة ( معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه ) أي من المكفول عنه ، كذا قال شيخنا العلاء ثم قال

فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس .
قال إلا في مسألة واحـــدة وهي أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ،

---

ويحتمل أن يرجع الضمير إلى الكفيل لأن الكفيل ، ملك المطالبة للمكفول عنه . وقال تاج الشريعة منه ، أي من الكفيل. ومتى ثبت معنى التملك لم ينفرد الواحد به لأنه شطر العقد ( فيقوم بهما جميعاً ) أي فيقوم التمليك بالكفيل والطالب ( والموجود شطره ) أي شطر العقد ( فلا يتوقف على ما وراء المجلس ) فعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطرية .

( قال ) أى القدورى ( إلا في مسألة واحدة ) وهو استثناءمنقوله ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس حيث يصح استحســـاناً ، والقياس عدمها على قولهما ( وهي أن يقول المريض ) وفي القدوري وهي أن يقول المريض وهذا على الأصل ، لأن الضمير يرجع الى المسألة . ووجه تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوري أن يقول المريض ( لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به ) أي فتكفل الوارث لما عليه من الدين ( مع غيبة الغرماء ) حيث تصح استحساناً ( لأن ذلك وصية في الحقيقة ) أي يصير كأنه أوصى إليه بقضاء ديونه فيشترط قبول من أوصى إليه ليصير وصياً لاقبول غيره ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الكاكي رحمه الله قيل في تعليل الكتاب بقوله لأن ذلك وصية في الحقيقة نظراً إذ لو كان وصية حقيقة لمـــا اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض ، وقد ذكرنا من المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة ، إلا أن يأول هذا ويقال لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد ، وقد نقل الأكمل هذا ثم قال مثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى ، وإذا نظرت في معنـــاه يأول إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة وفيه تأمل . وفي الشـــامل الايصاء بقضاء الدين يصح . وفي الخلاصة ثم هذا من

ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال، أو يقال أنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب كما إذا حضر بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هـــذه الحالة فصار كالامر بالنكاح .

---

المريض يصح وإن لم يسم الدين ولا صـــاحب الدين وأشار إليه المصنف رحمه الله بقوله ( ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ) أي ولأجل أن ذاك وصية .

( ولهذا ) أي ولأجل ذلك أيضاً ( قالوا ) أي المشايخ ( إنما تصح ) أي عقد الكفالة بدون قبول الطـالب ( إذا كان له ) أي للمريض ( مال ) عند الموت إذ الوصية تصح في المال عند الموت ( أو يقال ) إشـــارة إلى بيان وجه آخر في صحة قول المريض لوارثه تكفل بما علي من الديون . تقرير أن يقال ( أنه ) أي المريض ( قائم مقام الطالب ) وهو المكفول له ( لحاجته إليه ) أي لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب (تفريغاًلذمته) أي لأجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كأن الطالب حضر بنفسه على ما يجيء ( وفيه ) أي وفي إقامة نفسه مقام الطالب ( نفع الطالب ) وهو حصول حقه إليه ، فصار حكمه ( كما إذا حضر ) أي الطالب ( بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ ) متصل بقوله لأن ذلك وصية ، يعني أن قول المريض لوارثه تكفل عني أيضاً ، ولهذا تصح إذا لم يكن مال ولكن الإيصاء صح بلفظ الضمان .

( ولا يشترط القبول ) أي قبول المريض ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كان المريض نازلاً منزلة الطالب لكان قبوله شرطاً كقبول الطالب . وتقرير الجواب أنه لا يشترط القبول ( لأنه يراد به التحقيق ) أي المريض يريد بقبوله تكفل عني تحقيق الكفالة ( دون المساومة ) نظراً إلى ظاهر حالة هو عليها ، وهو معنى قوله ( ظاهراً في هذه الحالة فصار ) أي فصار هذا ( كالأمر بالنكاح) لو قال لامرأة زوجني نفسك ، فقـــالت زوجت نفسي منك يكون ذلك بالقبول فكأنها قالت زوجت ، وقال قبلت

ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنـــه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة . ولو تبرع به إنسان وله مال يصح ، وكذا يبقى إذا كان به كفيل

---

( ولو قال المريض ذلك لأجنبي ) أي لو قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك ( اختلف المشايخ فيه ) فمنهم من لم يصح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الإلتزام ، فكان المريض والصحيح في حقه سواء ، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له ، فكذا المريض ، ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائمـاً مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك . ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذناه بالقياس .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا مـــات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل به رجل عنه لغرمـــائه لم تصح عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ) أي لم تصح الكفـــالة عنده سواء كان ذلك الرجل أجنبياً أو وارث الميت ( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( تصح ) الكفالة وبه قال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله ( لأنه ) أي لأن الرجل ( كفل بدين ثابت لأنه ) أي لأن الدين ( وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ) أي مسقـــط الدين ، لأن الإسقـــاط إنما يكون بالإيفاء أو الإبراء أو إنفساخ سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك ( ولهذا ) أي ولأجل ما ذكرنا من عدم الاسقاط ( يبقى ) أي الدين ( في حق أحكام الآخرة ) فيطالب به في الآخرة .

( ولو تبرع به ) أي بأداء الدين ( إنســـان وله مال ) أي والحال أن للميت مال ( يصح ) أي التبرع به . ولو برىء المفلس من الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الأخذ من المتبرع ( وكذا يبقي ) أي الدين ( إذا كان به كفيل أو مال ) ويبقى هو على كفالته

أو مال . وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ، ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليـــه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة

---

ولو سقط الدين بالموت ليسقط عن الكفيل ، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل .

( وله ) أي ولأبي حنيفه رضي الله تعـالى عنه ( أنه ) أي أن الرجل ( كفل بدين سـاقط ) لأن محل الدين قد فات وقيام الدين من غير محل محال ( لأن الدين هو الفعل حقيقة ) لأن المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء ( ولهذا ) أي ولكون الدين هو الفعل حقيقة ( يوصف بالوجوب ) يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال ( لكنه في الحكم مال ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لزم حينئذ قيام العرض هو غير جائز عند المتكلمين من أهل السنة . وتقرير الجواب هو ما قاله لكنه أي لكن الدين في الحكم مال ، لأن تحقيق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب ( لأنه ) أي لأن الأداء الموصوف به ( يؤول إليه في المال ) فكان وصفاً مجازياً ، وكونه مالاً بواسطة الاستيفاء ( وقد عجز ) أي والحال أنه قد عجز عنه ( بنفسه وبخلفه ) أي كفيله ( ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ) في أحكام الدنيا ( ضرورة ) لأن الكفالة من أحكام الدنيا فانعدم أثر الوجوب في حق الميت فلم تصح الكفالة لأنها بناء على الوجوب في جانب من عليه .

فإن قلت العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه ، وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنها تصح ، فإن تعذرت المطالبة في حال الرق . وقال الأكمل رحمه الله قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمته خربت بالموت ولم يبق أهلاً للوجوب عليها . وقال الأكمل رحمه الله أيضاً وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة رضي الله عنه بطريق المعارضة . ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو

والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

---

ساقط ويذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحدث في وجوه النظر على ما لا يخفى قلت الذي قرره المصنف يتناول كل واحد من طريق الممانعة وطريق المعارضة على ما لا يخفى ،

( والتبرع لا يعتمد قيام الدين ) هذا جواب عما قال ولو تبرع به إنسان تقريره أن الشرع لا يعتمد قيام الدين ، فإن من قال لفلان على فلان ألف درهم وأنا كفيل صحت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلا . وقال تاج الشريعة والتبرع لا يعتمد قيام الدين أي في حق المكفول عنه ، بل يعتمد قيامه في حق الكفيل ، ولهذا لو أقر رجل أن لفلان على فلان كذا وأنا كفيل بذلك وأنكر المكفول عنه تصح الكفالة وعليه أداء الدين ( وإذا كان به كفيل ) جواب عن قولهما وكذا يبقى اذا كان به كفيل ( أو له مال ) بيـــان هذا أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه ، فإذا كان به كفيل أو له مال وانتفى القادر ( فخلفه ) وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين ( أو الافضاء إلى الأداء ) هذا غير موجود في بعض النسخ . وقال الاترازي هكذا وقع السماع مراراً ، وقد كانت نسخة شيخ الاسلام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا أيضا . وقال الاكمل رحمه الله وقوله هو الافضاء على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ ، وكأنه قال الكفيل والمـال إن لم يكونا خلفين فالافضاء إلى الاداء بوجودهما ( باق ) بخلاف ما إذا عدما .

ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر . وتقريره فخلفه وهو الكفيل أو الافضاء ، أى ما يفضي إلى الاداء وهو المال باق ، وعلى هذا يشترط في القدرة ، أما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الاداء وقد وقع في بعض النسخ إذ الافضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه ، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق حذف لدلالة المذكورة عليه كما في قول الشاعر نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض والرأى مختلف ، ومعناه كل واحد من الكفيل والمـال خلف للميت ، لان رجاء الاداء منهما باق ، فإن الخلف ما به تحصل كفاية أمر الاصيل عند عدمه ، ومما كذلك فكانا خلفين انتهى .

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاء الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر ،

---

وقال شيخنا العلاء رحمه الله قوله إذا كان به كفيل ، أي إذا كان بالدين كفيل فخلفه باق ، وكذا إذا له مال فالتقضي إلى الاداء باق ، لانه يستوفي من المال فتحقق باقياً في أحكام الدنيا . وقوله فخلفه أي إذا كان له كفيل والافضاء إليه فيما إذا كان له مال باق إنتهى قلت هنا الكلفات كثيرة فالمختصر من الكلام أن يقال فخلفه أي الكفيل أو الافضاء بالنظر إلى وجود المـــال وإعراب ما وقع في المتن أن قوله فخلفه مبتدأ . وقوله أو الافضاء إلى الاداء عطف عليه . وفي بعض النسخ بدون الالف . وقول باق خبر المبتدأ .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره ) أي على الرجل بأمره وهو المديون ( فقضاء الألف ) أي فقضى الرجل الألف الكفيل ( قبل أن يعطيه صاحب المال ) أي قبل أن يعطي الألف صاحب المال وهو منصوب على أنه مفعول ثان للاعطاء ( فليس له ) أي للرجل المذكور وهو المكفول عنه ( أن يرجع فيها ) أي في الألف على تأويل الدراهم ( لأنه ) أي لأن الألف ( تعلق به حق القابض ) وهو الكفيل (على احتمال قضائه الدين فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الإحتمال ) يعني ما لم يبطل هذا الإحتمال بأداء الأصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده ، لأن النفع الدفع إذا كان الفرض لا يجوز الإسترداد فيه ما دام باقياً كيلا يكون سعياً في نقض ما أوجبه .

وهذا ( كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ) وهو المصدق الذي يتولى أخذ الزكاة فإنه ليس له أن يستردها ، لأن الدفع كان لفرض ، وهو أن يصير زكاته بعض الحول ، فما دام الاحتمـــال ليس له الرجوع ( ولأنه ) أي ولأن الكفيل ( ملكه ) أي الألف ( بالقبض ) وبه قال الشافعي رحمه الله في وجه . وقال في وجه لا يملكه وفي يده أمانة فيسترده قبل أداء الكفيل به ، وبه قـــال مالك وأحمد رحمهما الله ( على ما نذكر )

بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر ، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ،

---

إشارة إلى قوله بعد خطين ، أما إذا قضى الدين فظاهر إلى آخره .

( بخلاف ما إذا كان الدفع ) أى الدفع إلى الكفيل ( على وجه الرسالة ) يعني يرجع الأصيل على الكفيل بالمدفوع اليه ( لأنه تمحض أمانه في يده ) صورته أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب ، فانه لا يصير ملكاً للكفيل ، بل هو أمانة في يده ، ولكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من يد الكفيل ، لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه ، لكنه لم يملكه لكونه إصابة .

( وإن ربح الكفيل فيه ) أى في الألف المقبوض بأن تصرف فيه وربح ( فهو له ) أى الربح له ( لا يتصدق به ) يعني لا يجب أن يتصدق به ( لأنه ملكه حين قبضه ) والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة ، وإنما قلنا إن ملكه حين قبضه لان قضاء الدين إما أن يحصل في الكفيل أو من الأصيل ، فإن كان الأول فظاهر ، وهو معنى قوله ( أما إذا قضى الدين فظاهر )لانه قبض ما وجب له فيه فيملكه من حيث قبض ، كمن قبض الدين المؤجل معجلاً ( وكذا ) الحكم ( إذا قضى المطلوب بنفسه ) أى الاصيل أداه بنفسه حيث يملكه الكفيل ( وثبت له حق الاسترداد لانه ) أى لان الكفيل ( وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ) أى على الكفيل وقال الكاكي رحمه الله وقيل على المكفول له ، لان الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين ولكن ذكر في جامع المحبوبي وقاضي خان أن الدين وجب للطالب على الكفيل فيكون الضمير في عليه راجعاً إلى الكفيل ، وفي المبسوط الكفالة توجب الدينين ديناً للكفيل على الأصيل وديناً للطالب ، لكن دين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ، لأن له مطالبة الأصيل بعد الأداء ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً بهذا المال يصح بمنزلة ما لو أخذ رهناً بدين مؤجل .

إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل . ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ، فكذا إذا قبضه يملكه ، إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين

---

( إلا أنه ) استثناء من قوله لأنه وجب له على المكفول عنه فعل ما وجب للطالب عليه ، أي إلا أنه ( أخرت المطالبة ) أي مطالبة للكفيل الأصيل ( إلى وقت الأداء ) أي أداء الكفيل ( فنزل منزلة الدين المؤجل ) أي نزل بناء على المكفول عنه الكفيل منزلة الدين المؤجل ( ولهذا ) أي ولأجل تنزله منزلة الدين المؤجل ( لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه ) أي قبل أداء الكفيل للطالب ( يصح ) حتى لو لم يكن له الرجوع بعد الأداء ( فكذا إذا قبضه يملكه ) أي فكذا إذا قبض الكفيل الدين يملكه ، وهذا أيضاً يدل على أن الكفالة تقتضي دينين كما ذكرناه عن المبسوط .

( إلا أن فيه ) أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين ( نوع خبث نبينه ) أي نبين نوع الخبث ونبينه في مسألة الكفالة بالكبر ، أو لأن نذكرها ( فلا يعمل ) أي الخبث ( مع الملك فيما لا يتعين ) كغير النقود وقال الأترازي رحمه الله هذا استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به ، فكأنه ذكره جواباً لسؤال بأن يقال في هذا الربح نوع خبث ، فينبغي أن يتصدق به ، لأن حق المال الخبيث التصدق به فأجاب عنه وقال لكن فيه نوع خبث مع الملك ، فلا يعمل الخبث مع الملك فيما لا يتعين ، فلأجل هذا لم يؤمر بالتصدق . وذكر في شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فأما أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة ، أوعلى وجه الاقتضاء ، وكل ذلك على وجهين ، أما إن كان الدفع مما لا يتعين بالتعين كالنقود أو مما يتعين كالعروض .

فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب الربح ، سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ومحمد رحمه الله ، لأن الخبث يثبت لعدم الملك ، لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه الماء

وقد قررناه في البيوع . ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه . قال واحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير . وقال أبو يوسف

---

لأن وان دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصيل الكفيل إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك قبل أن تؤدى طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه ملكها بالقبض ، وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود .

قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه في رواية هذا الكتاب يستحب أن يرده على الأصيل . وقال في كتاب الكفالة من الأصل يتصدق به . وقال في كتاب البيوع منه يطيب له . وعند أبي يوسف ومحمد « رح » يطيب له ولا يرده ولا يتصدق به ، وقال فخر الاسلام ويستوى في هذا أن أداء المطلوب إلى الطالب بنفسه أو أداء الكفيل ( وقد قررناه في البيوع ) أي في آخر فصل أحكام البيع الفاسد .

( وإذا كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل ) أي فقبض الكفيل الكر من الأصيل فتصرف فيها ( فباعها وربح فيه فالربح له ) أي الكفيل ( في الحكم ) أي في القضاء ( لما بينا أنه ملكه ) أي أن الكفيل ملك الذى قبضه .

( قال ) أي قال أبو حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير لما روى محمد « رح » فيما إذا كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذى عليه الأصيل فباعه الكفيل فربح فيه فإن الربح له إلا أنه أحب إلى أن يدفعه إلى الذى قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك في القضاء ونقل المصنف هذا بقوله ( وأحب إلي أن يرده على الذى قضاه الكر ، ولا يجب عليه فى الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » فى رواية الجامع الصغير ) أي ولا يجب الرد على الذى قضاه في الحكم ، أي فى القضاء ، ثم أن المصنف رحمه الله لما نقل هذا عن الجامع الصغير .

ثم قال المصنف رحمه الله ( وقالا هو له ) أي وقال أبو يوسف ومحمد الربح له ( ولا

ومحمد « رح » هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه. وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له . وله أنه تمكن الخبث مع الملك اما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه ، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية ،

---

يرده على الذى قضاه الكر ) وهذا لفظه فى الجامع الصغير . وقال يعقوب ومحمد هو له ولا يرده على الذى قضاه الكر (وهو روايةعنه) أى قول أبي يوسف ومحمدروايةعنأبي حنيفة أيضاً وهو أن الربح للكفيل ولا يرده على الأصيل وهورواية كتاب البيوع( وعنه أنه ) أى أن الكفيل ( يتصدق به ) أى بالربح ، وهو رواية كتاب الكفالة .

( لهما ) أى لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( أنه ) أى أن الكفيل ( ربح فى ملكه على الوجه الذى بيناه ) إشارة إلى قوله لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ( فيسلم له ) أى فيسلم له الربح .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( أنه تمكن الخبث مع الملك ) لأحد الوجهين ، أشار إلى الوجه الأول بقوله ( إما لأنه ) أي لأن الأصيل ( بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه ) أي يقضي الكر ( بنفسه ) فإذا كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر . ومثل ذلك قاصر . ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثاً ، فإذا كان قاصراً تمكن فيه شبهة الخبث . وأشار إلى الوجه الثاني بقوله ( أو لأنه ) أي أو لأن الأصيل ( رضي به ) أي يكون المدفوع ملكاً للكفيل ( على اعتبار قضاءالكفيل ) الدين ( فإذاقضاه بنفسه لم يكن راضيابه ) فتمكن الخبث ( وهذا الخبث ) أي الخبيث الذي يكون مع الملك ( يعمل فيما يتعين ) كغير النقود ( فيكون سبيله التصدق في رواية ) عن أبي حنيفة رحمه الله ( ويرده عليه ) أي على الأصيل ( في رواية ) أخرى عن أبي حنيفة ، فإن رده على الاصيل فإن كان الأصيل فقيراً طاب له ، وإن كان غنياً ففيه روايتان في

لان الخبث لحقــه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً . ففعل فالشراء للكفيل و الربح الذي ربح البائع فهو عليه

ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة

---

كتاب الغصب . قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير والأشبه أن يطيب له ، لأنه إنما يرده عليه على أنه حقه ( لأن الخبث لحقه ) أي لحق الأصيل لا لحق الشرع ( وهذا أصح ) أي الرد ، لأن يرد الربح على المكفول عنه أصح من القول بالتصدق ( لكنه استحباب ) أي لكن الرد عليه مستحب ، لأن الملك لكفيل ( لا جبر ، لأن الحــق له ) أي لا يجبر على دفعه إلا أنه لما تمكن الخبث يستحب الدفع إليه ، بخلاف الربح في الغصب حيــث يجبر الغاصب على الدفع لأنه لا حق للغاصب في الربح .

وفي الكافي هذا إذ أعطاه على وجه القضاء ، أما لو أعطاه على وجه الرساله فتصرف فيه الرسول وربح لم يطب له الربح ، سواء كان ثمناً أو مما يتعين لأنه مودع والمودع إذا تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وطاب لهعند أبي يوسف رحمه الله لما عرف .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمــره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريراً ) أي على الأصيل ، أي أمــره أن يشتري له حريراً بطريق العينية ( ففعل ) أي الكفيل ( فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهــو عليه ) أي الربح على الكفيل ( ومعناه ) أي معنى قوله أن يتعين عليه حريراً ( الأمــر ببيع العينة ) يعني أمره أن يشتري حريراً بطريق العينة فعين ذلك بقوله ( مثــل أن يستقرض من تاجر عشرة ) أي يطلب من تاجــر عشرة دراهم على سبيل القرض ( فيتأبى عليه ) أي فيمتنع أن يقرضه عشرة ( ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمســة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة ) يعني طمعاً في الفضل الذي لا يناله المقرض بالقرض ويقول لا يتيسر

ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسه سمى به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الاقراض

---

لي القرض ثم يبيعه ثوباً ( ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة ) أى يتحمل المقرض خمسة دراهم يحصل له عشرة دراهم ولرب الثوب خمسة دراهم بطريق البيع ، هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله في جملة صور العينة ومن صورها ما ذكره قاضي خان ، وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثاً فيبيع صاحب الثوب بإثني عشر من المستقرض ، ثم أن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم ثم يبيع الثالث من المقرض بعشره ويأخذ منه عشرة ويدفعها إلى المستقرض فتندفع حاجته ، وإنما خللا ثالثاً تحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن .

وفي فتاوى الكردي صورته أن يبيع المستقرض سلعة من المقرض بعشرة ويسلم إليه، ثم قال المستقرض يعني بإثني عشر فباعها جاز . وفي محيط السرخسي صورته باع متاعه بالعين في المستقرض إلى أجل ثم بيعت متوسطاً ليشتري المتاع لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ، ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه ويخرج من الوسط فيدفع البائع الأول ألفاً حالة إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عندحلول الأجل وهذا المبيع جائز في الحكم فقال أبو يوسف رحمه الله لا يكره ، لأنه فعل ذلك كثير من الصحابة « رض » ولم يعدوه من الربا .

وقال محمد هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال أى لها شبهة كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظفر عليكم عدوكم . وفي رواية سلط الله عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم وقيل إياك والعينة فإنها لعينة ، والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة .

( سمي به ) أي سمي هذا البيع ببيع العينة . وفي نسخة شيخنا سمي بعينه ( لمافيه ) أى في بيع العينة ( من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه ) أى بيع العينة مكروه ، أما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على الاختلاف ( لمافيه من الإعراض عن مبرة الإقراض ) المبرة إسم للبر . وقال الجوهري البر خلاف العقوق والمبرة مثله تقول بررت

مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين ، وكذا الثمن غير معلوم لجهالة ما زاد على الدين ، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح ، أي الزيادة عليه لأنه العاقد . قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له

---

والدي بالكسر أبره براً فأنا بر به وبار ، وجمع البر الإبرار ، وجمع البار البررة . وروى المصدقة بعشرة والقرض ثمانية عشر ( مطاوعة لمذموم البخل ) يعني لأجل المطاوعة للبخل الذي هو مذموم ، وكان الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه . والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانت المرابحة مكروهة .

( ثم قيل هذا ضمان ) أي قوله أن يتعين عليه ضمان ( لما يخسر المشتري نظراً ) أي بالنظر ( إلى قوله علي ) بالتشديد ، لأن كلمة على الإلتزام ( وهو فاسد ) أي الضمان بالخبران فاسد ، لأن الخسران ليس بمضمون على أحد الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون فلا يصح ضمانه ، كمن قال لآخر بائع في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به لك كان باطلا ، كذا في جامع المحبوبي ( وليس بتوكيل ) لأنه لم يقل تعين لي ، بل قال تعين علي وهي ليست بكلمة وكالة .

( وقيل هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين ) إذ الحرير أجناس مختلفة ( وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين ) أي على قدر الدين. وقال الأكمل فإن قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره ، فكيف يكون الثمن مجهولاً . أجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فانه داخل في الثمن ( وكيفما كان ) سواء كان قوله تعين علي وكالة أو كفالة فاسدة ( فالشراء للمشتري ) بفتح الراء صح بكسر الراء ( وهو الكفيل والربح أي الزيادة ) أي الزيادة على الدين ( عليه ، لأنه هو العاقد ) .

( قال ) أي قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن كفل عن رجل بما ذاب له )

عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ولم يقبل ببينته ، لأن المكفول به مال مقضي به ، وهذا في لفظة القضاء ظاهر ، وكذا في الأخرى ، لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به ، وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلقة عن ذلك فلا تصح .

---

أي بما وجب وثبت له ( عليه أو بما قضى له عليه ) أي بما حكم له عليه من الحق ( فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ولم يقبل ببينته ) أي بينة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى به عليه ( لأن المكفول به مال مقضي به ) على الأصيل لأن الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل ، فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل القضاء على الأصيل ولم يوجد الشرط ولا يوجد القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته ، لانه يكون قضاء على الغائب وهو لا يصح عندنا خلافاً للشافعي ومالك « رح » ( وهذا في لفظة القضاء ) وهو قوله أو بما قضى له عليه ( ظاهر ) لدلالة ما قضى بصراحة عبارته.

( وكذا في الاخرى ) وكذا ظاهر في المسألة الاخرى وهو قوله ما ذاب له عليه لانه يستلزم ذلك ( لان معنى ذاب تقرر ) وهو بالقضاء وقد قلنا أنه مستعار من ذوب الشحم ( وهو ) أي التقرر ( بالقضاء ) أي إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق غير ذلك ، فلا مطابقة بينهما ( أو مال يقضى به ) معطوف على قوله أو بما قضى له ، يعني كفل بمال يقضى به بعد الكفالة ، فلم توجد هذه الصفقة لا يكون كفيلاً به ( وهذا ماض ) أي قوله ذاب أو قضى له ماض ، ولكن ( أريد به المستقبل ) وفي نسخة شيخنا أريد به المستأنف ، أي يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل ( كقوله ) أي كقول الداعي لشخص ( أطال الله تعالى بقاءك ) فهو وإن كان ماضياً يراد به المستقبل ( والدعوى مطلقة عن ذلك فلاتصح ) أي دعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك ، حيث لم يتعرض لموجب المال

ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه . وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي به على الكفيل خاصة وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

---

بعد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجباً قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة ، حتى لو أقام البينة أنه وجب له على الغائب ألف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته ، كذا قالوا في شرح الجامع الصغير .

( ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وإن هذا كفيل عنه ) أي عن فلان ( بأمره ) أي بأمر فلان ( فإنه ) أي فإن المال الذي قامت به البينة ( يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه ) الذي هو الغائب ( وإن كانت الكفالة بغير أمره ) أي بغير أمر فلان ( يقضي به ) أي المدعي ( على الكفيل خاصة ) يعني دون الغائب ( وإنما تقبل ) إقامة البينة حتى يقضي بالمال على الكفيل ( لان المكفول به مال مطلق ) أي عن التوصيف بكونه مقضياً به أو يقتضي به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة .

( بخلاف ما تقدم ) أي بخلاف المسألة المتقدمة وهي قوله ومن كفل عن رجل بما ذاب له ... إلى آخره حيث لا يقبل بينة المدعي على الكفيل ، لان ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل .

ثم اعلم أن فائدة القضاء على الكفيل وعلى المكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه ، لانه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، بخلاف ما إذا أقام البينة على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شيء لانه لما لم يثبت الامر من الغائب لم يتعد القضاء إليه ، كذا قال الإمام الزاهد العتابي .

وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء ، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر . وإذا قضى بهـــا بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليـــه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنـــه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه . وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر .

وقال زفر « رح » لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه

---

( وإنما يختلف ) أي حكم القاضي بالرجوع على الاصيل ( بالامر وعدمه لانهما ) أي لان الكفالـة بأمـــره والكفالة بغير أمره ( يتغايران ، لان الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع في الحالين[1] ) أى في الابتداء والانتهـــاء ( فبدعواه أحدهما ) أى أحد عقدي الكفالة ( لا يقضى له بالآخر ) لان ذلك غير مشهور به ( وإذا قضى بها ) أى بالكفالة ( بالامر ثبت أمره ) أى أمر الاصيل وهو الآمر بالكفالـــة ( وهو ) أى الآمر بالكفالة ( يتضمن الإقرار بالمال ) لانه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه إلا إذا كان مقراً بالمال ( فيصير مقضياً عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبـــه ) أى جانب المكفول عنه ( لانه ) أى لان الامر أو الشأن ( يعتمد صحتها ) أى صحة الكفالة ( قيام الدين ) ولفظ صحتها مرفوع بقوله يعتمد . وقوله قيام الدين بالنصب مفعول ( في زعم الكفيل ) لان المرء يؤاخذ بزعمه والزعم بفتح الزاي وهو لغة أكثر القراء في قولـه تعالى ﴿ هذا لله بزعمهم ﴾ ١٣٦ الانعام ، وقرأ الكسائي بالضم ( فلا يتعدى إليه ) أى إلى المكفول عنه ، لانها لم تكن بأمره فلم يمس جانبه .

( وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر . وقال زفر لا يرجـــع ) أي الكفيل على الأصيل ( لأنه ) أى لأن الكفيل ( لما أنكر فقد ظلم في زعمـــه ) يعني أن

---

(١) ابتداء وانتهاء — هامش .

فلا يظلم غيره . ونحن نقول صار مكذباً شرعاً وبطل ما في زعمه .

قال ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة

---

الكفيل لما أنكر بزعم أن الطالب ظلمه ( فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذباً شرعاً ) لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه فيما زعمه ( فبطل ما في زعمه ) كمن اشترى شيئاً وأقر أن البائع باع ملكه ثم استحقه آخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البائع ، كذا ذكره شمس الأئمة وقاضي خان.

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك ) الدرك عبارة عن قبول ثمن الدار عند استحقاق الدار وضمان الدرك صحيح بإجماع الفقهاء وهو المنصوص عن الشافعي . وأخرج أبو العباس الشافعي قولاً آخر أنه لا يصح ( فهو ) أى فضمان الدرك ( تسليم ) من الكفيل وتصديق بأن البائع باع ملك نفسه والمسألة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل للمشتري بما أدركها من أدرك ثم جاء الكفيل يدعيها قال كفالة تسليم للبيع ، فإن شهد على البائع وختم لم تكن شهادته وختمه تسليماً للبيع ، إلى هنا لفظ محمد فيه .

قال المصنف ( لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه ) يعني لو باع بشرط الكفالة كان تمام البيع متعلقاً ( بقبوله ) أى بقبول الكفيل فصار كأنه هو الموجب للعقد ولا يصح دعواه بعد ذلك ، وهو معنى قوله ( ثم بالدعوى ) بعد ذلك ( يسعى في نقض ماتم من جهته ) فلا يجوز ذلك ( وإن لم تكن ) أى الكفالة ( مشروطة فيه ) أى في البيع ( فالمراد بها ) أى بالكفالة ( أحكام البيع ) بكسر الهمزة ، أى اتقانه ( وترغيب المشتري فيه ) أى في البيع ( إذ لا يرغب ) المشتري ( فيه دون الكفالة ) خوفاً من

فنزل منزلة الإقرار بملك البائع . قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقراراً بالملك ، لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم ، قالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين

---

الاستحقاق ( فنزل منزلة الإقرار بملك البائع ) أي بمنزلة قوله اشتر هذه الدار ولا تبالي فإنها ملك البائع . ومن أقر بملك البائع لا تصح دعواه بعد ذلك ، وإنما قال ينزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى .

( قال ) أي محمد « رح » ( ولو شهد ) أي لو شهد الشاهد على بيع الدار ( وختم ) شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحته رصاص مكتوباً ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل ، كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني « رح » . وقال الكاكي « رح » قيل لفظ ختم وقع اتفاقاً باعتبار عادة العرب، وهذا عرف زمانهم، أما زماننا هذا العرف لم يبق ( ولم يكفل لم يكن تسليماً ، وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ) لعدم الملازمة ( ولا هي ) أي الشهادة ( إقراراً بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم ) من ضمان الدرك ، فإنه إقرار بالملك .

( قالوا ) مشايخنا ( إذا كتب في الصك باع ) فلان ( وهو ) أي والحال أنه ( يملكه أو بيعاً باتاً ) أي أو باع بيعاً باتاً ( نافذاً وهو ) أي الشاهد ( كتب شهد بذلك فهو تسليم ) فلا تصح دعواه ( إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين ) فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب فيما يدل على الصحة والنفاذ .

## فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل ، لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه ، ولأن المال أمانة في أيديهما

---

( فصل في الضمان )

أي هذا فصل في بيان الضمان ، والضمان والكفالة بمعنى واحد ، ولكن لما كان هذا الفصل في مسائل الجامع الصغير ، ووردت فيه بلفظ الضمان فلذلك فصلها لتغاير في اللفظ ، ولهذا سمى أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان.

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن ) أي باع لأجل رجل ثوباً وضمن البائع للآخر الثمن . صورته في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوباً ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال الضمان باطل ( أو مضارب ضمن ثمن المتاع [1] ) أي أو باع مضارب من المتاع شيئاً وضمن لرب المال ( فالضمان باطل ) في الصورتين ( لأن الكفالة التزام المطالبة وهي ) أي المطالبة ( إليهما ) أي إلى الوكيل والمضارب أو حقوق العقد يرجع إلى العاقد فاختصت المطالبة به ، فلو صح الضمان منهما ( فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه ) وانه لا يجبر بجور ، بخلاف الوكيل بالنكاح ، فإن ضمن المهر من الزوج يصح ، لأنه سفير ، ولهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامناً لنفسه ، كذا ذكره المرغيناني والمحبوبي وعلى قياس من قول الأئمة الثلاثة ينبغي أن يصح هذا الضمان ، لأن للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامناً لنفسه كما في النكاح .

( ولأن المال ) هذا وجه آخر في تعليل المسألتين المذكورتين وهو أن المال ( أمانة في أيديهما ) أي في يد الوكيل والمضارب والأمين لا يكون ضميناً ( والضمان تغيير لحكم

---

(١) ثمن متاع رب المال – هامش .

والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير، وكذا رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامناً لنفسه . ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك . بخلاف ما إذا باعا بصفقتين لأنه لا شركة ، ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن

---

الشرع ) لأنه يناقضه ( فيرد عليه ) أي على الضامن ( كاشتراطه ) أي كاشتراط الضمان ( على المودع ) بفتح الدال ( والمستعير ) فإنه لا ضمان عليهما شرعاً، فاشتراطه يكون تغييراً للمشروع فلا يجوز ، وكمن عليه السهو إذا سلم بنية قصد الخروج يرد عليه ولا يخرج حتى كان له أن يعود إلى سجدتي السهو ، وكمن نذر أن يصوم غداً وعليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء فيرد عليه نية تعيينه الغد لصوم النذر لأنه تغيير المشروع وهو صلاحية الغد لصوم القضاء .

( وكذلك ) أي وكذلك لا يصح الضمان إذا كان ( رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصة من الثمن ، لأنه لو صح الضمان مع الشركة ) أي مع بقاء الشركة الشائعة ( يصير ضامناً لنفسه ) لان ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ( ولو صح ) أي الضمان ( في نصيب صاحبه خاصة يؤدي إلى قسمة الدين قبل قبضه ) حيث امتاز نصيب أحدهما والدين لا يحتمل القسمة قبل القبض ، لأن القسمة إفراز ، والإفراز يتحقق في الاعيان لا في الاوصاف والدين وصف ، ولان في القسمة معنى التمليك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، كذا في جامع قاضي خان ( ولا يجوز ذلك ) أي قسمة الدين قبل قبضه .

( بخلاف ما إذا باعا ) عبداً ( بصفقتين ) بأن سمى كل واحد منهما لنفسه ثمناً ثم ضمن أحدهما الآخر صح ضمانه ( لانه لا شركة ) إذ نصيب كل منهما ممتاز عن نصيب الآخر ( ألا ترى ) توضيح لما قبله ( أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا

نقد ثمن حصته وإن قبل الكل ) أى وإن قبل المشتري الكل بكلام واحد .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ضمن عن آخر نوائبه وخراجه ) جمع نائبه . واختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد منه ما يكون بحق كأجر الحارس وكري نهر العامة ، وانه دين وسمى نائبه . وقال بعضهم هو ما يحتاج الامام إليه نحو تجهيز المقاتلين ، وكفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف ما على الناس فيجوز ذلك فيجب اداؤه على كل موسر نظراً للمسلمين فضمن إنسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز ، وأما النوائب التي يوظفها السلطان على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الكفالة بها لانه لا دين عليه فلا تصح . وقال بعضهم يصح حتى إذا أدى بعدما ضمن بأمره يرجع عليه ، لان العبرة في الكفالة لتوجه المطالبة حساً فكان بمنزلة دين واجب ، وإليه ذهب فخر الاسلام البزدوي . وأما النوائب الكبرى الداهية الدهيا التي هي المكس فهي حرام قطعاً فلا تجوز الكفالة بها ولا التصرف فيها بوجه من الوجوه أصلاً وقد بين الشارع صاحب المكس ( وقسمته ) .

قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله ذكر عن أبي بكر بن أبي سعيد أنه قال وقع هذا الحرف غليظاً لأنه لا معنى له ، يعني أن القسمة مصدر والمصدر فهو الفعل غير مضمون ، وكان الفقيه أبو جعفر يقول معناه إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك ، فإن القسمة واجبة عليه ، فإذا ضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك ، لأنه ضمن شيئاً مضموناً وهو يقدر على ذلك ، يعني على إيفائه . وقال بعضهم منهم فخر الإسلام البزدوي يحتمل أن يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كأجرة الحارس ونحوها . وقيل القسمة تجيء بمعنى النصيب ، قال الله تعالى ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ﴾ ٢٨ القمر ، والمراد النصيب . وقال بعضهم معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه . قال الأكمل فتكون الروايه على هذا

فهو جائز . أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ، ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصيته . وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق . وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ « رح » وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي .

---

قسمة بالضمير لا بالتاء . ( فهو جائز ) جواب عن قوله ومن ضمن .

( أما الخراج ) هذا مشروع في بيان قول محمد « رح » في الجامع وهو الذي ذكره أولاً بقوله ومن ضمن إلى آخره ( فقد ذكرناه ) أي قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة في الخراج بلا خلاف ( وهو يخالف الزكاة لأنها ) أي لأن الزكاة ( مجرد فعل ) وهو تمليك المال من غير أن يكون ديناً . وفي الفوائد الظهيرية الخراج دين كسائر الديون ، كأنه أراد به الموظف مخالف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان لها ، لأن الواجب جزء من النصاب وهو غير مضمون ، بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئاً والكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة ( ولهذا ) أي ولأجل كون الزكاة مجرد فعل ( لا تؤدي بعد موته ) أي بعد موت من عليه الزكاة ( من تركته إلا بوصيته ) منه وقد عرف في موضعه .

( وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجرة الحارس والموظف ) من جهة الامام ( لتجهيز الجيش ) عند خلو بيت المال ( وفداء الأسارى ) وهو تخليصهم من الأسر من أيدي الكفرة ( وغيرها ) كإطفاء النائرة ( جازت الكفالة بها ) أي من النوائب بالحق ( بالاتفاق ) بين أصحابنا وغيرهم من الفقهاء ( وإن أريد بها ) أي من النوائب ( ما ليس بحق ) بل لظلم من الملوك الظلمة ( كالجبايات ) وهي الصادرات ( في زماننا ففيه اختلاف المشايخ ) وقد ذكرناه عن قريب مفصلاً ( وممن يميل إلى الصحة ) أي صحة الكفالة بها ( الامام على البزدوي ) وهو فخر الاسلام علي بن محمد بن الحسين

وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها والرواية بأو ، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة ، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر ، وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي . ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن

---

ابن عبد الكريم النسفي لا أخـــاه صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيـــخ الإمام أبي منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي .

( وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصة منها ) أي أو حصة الرجل من النوائب ، يعني إذا قسم الامام ما ينوب العامة نحو مؤنة يكتري النهر المشتري فأصاب واحداً شيء من ذلك فكفل به رجل صحت الكفالة بالاجماع . قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله عز رجل « من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال » ٩٨ البقرة . قال المصنف ( والرواية بأو ) أي بكلمة أو على تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب ، لأن القسمة إذا كانت حصة منهـــا فهو محل أو ، أما إذا كانت هى النوائب بعينها فهو محل الواو .

( وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة ) أي المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلاثـــة أشهر ، كذا في الفوائـــد الظهيرية ، وفسروها في شروح الجامع الصغير بأجرة الحارس ونحوها ( والمراد بالنوائب ) أي بالنوائب المذكورة أولاً ( ما ينوبه غير راتب ) أي ما ينوب الشخص مما هو غير متعارف ولا موظف ( والحكم ما بيناه ) يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالإتفاق واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق .

( ومن قال لآخر لك علي مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي ) وهذه والتي بعدها من مسائل الجامع الصغير ، وهي قوله ( ومن قال ضمنت لك عن فلان مائـــة إلى شهر ، وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ) أي في ظاهر الرواية . وقـــال

ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين ، لأنه لا دين عليه في الصحيح ، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط ، فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار .

---

قاضي خان في شرح الجامع الصغير قال الشافعي القول قول المقر في الفصلين على ما يجيء .

( ووجه الفرق ) بين المسألتين ( أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ) والمقر له ينكر ذلك فالقول قول المنكر في الشرع (وفي الكفالة ما أقر ) أي الكفيل ( بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح ) من الجواب ، ولهذا لو أقر بدين الطالب الكفيل فرده الكفيل لا يرتد برده فعلم أن لا دين عليه ( إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ) والمكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال ، والضامن ينكر ذلك القول فالقول للمنكر .

فإن قيل فعلى هذا التقدير تتعطل الكفالة عن موجبها وهو إلزام المطالبة ، فينبغي أن لا يكون القول للضامن . قلنا لا تتعطل ، لأن التزام المطالبة إما للحال أو في المستقبل ، وقد وجد منها التزام المطالبة في المستقبل ، فكانت صحيحة ، إليه أشار في الفوائد الظهيرية .

( ولأن الأجل في الديون عارض ) هذا بيان فرق آخر ذكره لمن له زيادة استكبار في الاستقضاء ، لأن الفرق الأول اقناعي جدلي لدفع الخصم في المجلس ، ومبنى هذا الفرق على ما لا يثبت لشيء إلا بشرط لم يثبت له ذلك ، فكان عارضاً . والأجل في الديون بهذه المثابة ( حتى لا يثبت إلا بالشرط ) لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل إلا بالشرط ( فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار ) إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط وينكر الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين .

أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط إن كان مؤجلاً على الأصيل . والشافعي «رح» ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف «رح» فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني . والفرق قد أوضحناه . قال ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع ،

---

( أما الأجل في الكفالة فنوع منها ) أي نوع من الكفالة ، يعني أن الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة ( حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلاً على الأصيل ) لأن الأجل في الكفالة ذاتي ، فإذا كان ذاتياً كان إقراره نوع منها فلا يحكم بغيره ، فكان القول قوله .

( والشافعي ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني ) هكذا وقع في عامة النسخ وليس بصحيح ، بل الصحيح عكسه ، فإن الشافعي ألحق الأول بالثاني . وأبا يوسف ألحق الثاني بالأول وذلك لأن الشافعي قال القول للمقر في الفصلين جميعاً ، وبيانه أن الشافعي ألحق الإقرار بالدين بالإقرار بالكفالة ، حيث صدق المقر بالدين المؤجل كما صدقنا المقر بالكفالة وأبو يوسف ألحق الإقرار بالكفالة المؤجلة بالإقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعاً .

وفي الكافي ما ذكر في الهداية أن الشافعي ألحق الثاني بالأول مشكل ، لأن مذهبه على عكسه فيحتمل أن يكون له قولان أو لفظه المصنف الشافعي ألحق الأول بالثاني ، وأبو يوسف الثاني بالأول ، وهكذا في شرح البزدوي الظهيري وقع من المكاتب . وقال الأكمل رحمه الله فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما . ومنهم من حمله على الغلط ولعله أظهر ( والفرق ) بين المسألتين ( قد أوضحناه ) عند قوله ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقاً لنفسه ... إلى آخره .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك ) وتفسير الدرك مر ( فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع ،

لأن بمجرد الإستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن، فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية ، لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائـــع والكفيل ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يبطل البيـــع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الإستحقاق ، وموضعـــه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل .

---

لأن بمجرد الاستحقاق ) أي القضاء بالإستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق ( لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع ) لأن احتمال الإجازة ثابت ، أي لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت ( فلم يجب له على الأصيل رد الثمن ، فلا يجب على الكفيل ) لأن الكفالة محل للضمان عن غيره فلم يقض على الأصيل ، لأنه قد يجب التحمل على الكفيل ، وإنما قيد بقوله في ظاهر الرواية احترازاً عن رواية الامالي . قال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع قال أبو يوسف في الأمالي له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وبـــه قالت الأئمة الثلاثة .

( بخلاف القضاء بالحرية ، لأن البيع يبطل بها ) حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها ( لعدم المحلية ) أي محلية البيع ( فيرجع ) أي المشتري ( على البائع والكفيل[1] ) أي وعلى الكفيل أيضاً إن شاء ( وموضعه ) أي موضع هذا ( أوائل الزيادات في ترتيب الأصل ) أراد بترتيب الاصل المحلية ، أي ترتيب محمد رحمه الله فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركاً بما أملى به أبو يوسف ، فان محمداً أخذ ما أملى أبو يوسف باباً باباً وجعله أصلا وزاد عليه من عنده ما يتم به تلك الابواب ، فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزيادته من تصنيف محمد ، فلذلك سماه كتـــاب

---

(١) وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالإستحقاق ، فعلى قياس قولـه يرجع بمجرد الاستحقاق ــ هامش .

ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ، لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار

---

الزيادات . وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من أبواب المأذون ولم يغيره محمد تبركاً به ، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي عليه اليوم ، والزعفراني هذا تلميذ محمد بن الحسن .

( ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ) هنا ثلاث مسائل ، ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص . فضمان الدرك جائزة باتفاق أصحابنا ، وضمان العهدة باطل عندهم بالإتفاق ، وضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة وجائز عندهما . وأما ضمان العهدة فقد ذكر في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافاً ، وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك .

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد « رح » وهو الرجوع بالثمن على البيع عند الإستحقاق ، وبه قالت الائمة الثلاثة . وعند أبي حنيفة شرط .

وفي تفسير الصك الاصل الذي كان عند البائع يشارط أن يسلمه إليه ، وهذا شرط لا يقتضيه العقد أو لاحد المتعاقدين فيه منفعة فكان باطلا والضمان به باطل أيضاً ، لانه التزام شيء لا يقدر عليه ( لان هذه اللفظة ) أي لفظة العهده ( مشتبهة ) في المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لانها ( قد تقع ) أي قد تطلق ( على الصك القديم ) لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهد فسمى عهدة لانه ( وهو ) أي الصك القديم (ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد ) لان العهدة أخذت من العهد والعهد العقد سواء ( وعلى حقوقه ) أي وقد تقع هذه اللفظة على حقوق العهد ، لانها من ثمرات العقد ( وعلى الدرك ) أي وقد يقع على الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام(وعلى الخيار )أي خيار الشرط ( ولكل ذلك وجه ) يجوز الحمل به عليه فصار بهما ( فتعذر العمل بها ) قبل البيان فيبطل الضمان للجهالة .

ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً . ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة، لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة، وهو غير قادر عليه . وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح .

---

( بخلاف الدرك ) حيث يصح ضمان الدرك ( لانه ) أي لان ضمان الدرك ( استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً ) فيصح .

( ولو ضمن الخلاف لا يصح عند أبي حنيفة ) وبه قال أحمد في رواية واختاره القاضي الحنبلي ( لانه ) أي لان ضمان الخلاص ( عبارة عن تخليص المبيع ) عن الاستحقاق ( وتسليمه ) أي وتسليم المبيع إلى المشتري ( لا محالة وهو غير قادر عليه ) لان المبيع إذا خرج حراً أو مستحقاً كيف يخلصه .

( وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » ( وهو ) أي ضمان الخلاص ( بمنزلة الدرك ) أي بمنزلة ضمان الدرك ( وهو تسليم المبيع ) وهو أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ( أو قيمته ) أو أن يسلم قيمة المبيع إن عجز عن تسليم المبيع ، فاذا كان كذلك ( فيصح ) أي ضمان الخلاص ، هذا الذي ذكره المصنف ، ذكره المحبوبي في جامعه وقاضي خان .

وقال شمس الائمة تفسير شرط الخلاص أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأي طريق يقدر عليه وهذا باطل لانه شرط لا يقدر على الوفاء به ، إذ المستحق ربما لا يساعده عليه ، ولهذا ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف « رح » كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان ابن فلان قبل فلان خلصه أورد الثمن ، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع ، وانه باطل علم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقاً . أما إذا ذكر بخلاص المبيع أو رد الثمن يجوز بالإجماع والله أعلم .

* * *

# باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ، لان كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة ، لان الاول دين والثاني مطالبة ، ثم هو تابع للأول

---

( باب كفالة الرجلين )

أي هذا باب في بيان حكم كفالة الرجلين ، ولما ذكر كفالة الواحد عقبه بكفالة الاثنين ، إذ الإثنان بعد الواحد وجوداً ، وكذا ذكراً .

( وإن كان الدين على الاثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ) أي لرب الدين ، وهذا لفظ القدوري في مختصره . وذكر المصنف نظير الدين الكائن على اثنين من الجامع الصغير بقوله ( كما إذا اشتريا ) أي الإثنان ( عبداً بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه ) لما ذكر ، هذا من الجامع أتم لفظ القدوري بقوله ( فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ) هذا جواب المسألتين ، ثم عللهما بقوله ( لان كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة ، لان الاول دين ) الاول هو الاصالة وهو دين ، لانه أداء بحقيقة الدين .

( والثاني ) هو حق الكفالة ( مطالبة ) لأن ما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة ( ثم هو ) أي الثاني وهو المطالبة بالدين بالكفالة ( تابع للاول ) أي الدين .

فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع عليه ، لان أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور . وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما

---

وفي المحيط الدين أقوى من المطالبة ، الا ترى ان الطالب يملك إخراجه عن المطالبة ولا يملك في حق ما لزم الأصيل ، فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة ( فيقع عن الأول ) أي عن حق الأصالة لأنه أقوى ، لأن الأصل فوق التبع .

( وفي الزيادة ) أي على النصف ( لا معارضة ) لأنه لم يبق معارضة الأصل ( فيقع عن الكفالة ) فيرجع فيما أدى فيما وراءه النصف ( ولأنه ) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف ، فإنه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً للمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال ( لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه ) فلصاحبه ، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لانه يؤدي إلى الدور فلم يرجع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه .

وقوله ( لأن أداء نائبه كأدائه ) بيان للملازمة ، وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له أنت أديت عني بأمري فيكون ذلك كأدائه . ولو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدي عنك ، فإن رجعت علي وأنا كفيل عنك قائماً أجعله عنك فارجع عليك ، لأن ذلك الذي أديته عني فهو كأداء في التقدير .

ولو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أداء كذلك والشريك الآخر يقول مثل ما قال ( فيؤدي إلى الدور ) ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور ، بخلاف الزيادة على النصف ، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه ، إذ ليس على شريك بحكم الأصالة إلا النصف ، فيفيد الرجوع .

( وإذا كفل الرجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل

رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً . ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر ، وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض ، بخلاف ما تقدم

---

شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان أو كثيراً ، ومعنى المسألة في الصحيح ) قال تاج الشريعة قوله في الصحيح ، أي كفل كل واحد منهما بمجموع الدين لرب الدين ثم صار كل واحد كفيلاً عن صاحبه بجميع المال . وقال الاكمل وإنما قال في الصحيح لتتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال على الاصيل ... إلى آخره ، على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال الكاكي إنما قال في الصحيح لانه لو جعل كل واحد منهما كفيلا بالنصف لما صح النصف الذي يأتي ( أن تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة ) لان كل واحد من الكفيلين مطالب من جهة الاصيل ، ومطالبة بالكل أيضاً من جهة الكفيل ( فيجتمع الكفالتان ) فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين ( على ما مر ) إشارة إلى أن الكفالة التوثق ، وعند اجتماع الكفالتين يزداد التوثق ( وموجبها ) أي موجب الكفالة ( إلتزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الاصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه ) أي كما تصح حوالة المحتال عليه بما احيل عليه على آخر ، والجامع بينهما التزام ما وجب .

( وإذا عرف هذا ) أي الذي ذكرناه ( فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة ) فيقع شائعاً ( فلا ترجيح للبعض على البعض ) لان الكل كفالة ( بخلاف ما تقدم ) أي في المسألة الاولى حيث لا يرجع صاحبه على صاحبه ما لم يزد على النصف ،

فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لان قضيته الإستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليـــه ، بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه ، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره . قـــال وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لان إبراء الكفيل لا يوجـــب براءة

---

لان أداء النصف كان بحق الاصالة والنصف الآخر بحق الكفالـة ( فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لان قضيته عقد الكفالة الاستواء ) الإستواء بهما في العلـة وهي ضمان الكفالة ، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف مـا أدى ، لانه مستو لصاحبه في التزام بجهته فوجب أن يستويا في العزم بسببه .

( وقد حصل ) أي الإستواء ( برجوع أحدهما بنصف مـــا أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه ) لانه لو رجع الشريك على هذا المؤدى ما بقيت المساواة ( بخلاف ما تقدم ) لان كل واحد منهم لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه بكفالة . ولو لم يكن عن شريكه وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم .

( ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه ) وهو صاحبه الذي كفل عنـــه ( وإن شاء رجع ) عطف على قوله رجع شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيراً ، أى وإن شاء من أدى فيهما شيئاً رجع ( بالجميع ) أى بجميع مـــا أدى ( على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بأمره ) ولو كان أحدهما كفيلا عن المكفول فقط لم يكن له رجوع على الاصيل .

( قال ) قيل الظاهر أن قائله محمد . قلت الظـاهر أن قائله المصنف لان المسألة مـا ذكرها إلا شراح الصغير . وقال الاترازي قالوا في شروح الجامع الصغير ( وإذا أبرأ رب المال أحدهما ) أى أحد الكفيلين ( أخـــذ الآخر ) أي الكفيل الآخر ( بالجميع ) أى بجميع الدين ( لان إبراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المـال كله على الاصيل ،

الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ، ولهذا يأخذه به . قال وإذا افترق متفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الديون ، لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة . ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين . قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه .

---

والآخر كفيل عنه بكله ) أي بكل الدين فيطالب بذلك ( على ما بيناه ) إشارة إلى قوله وبالكل عن الشريك ( ولهذا ) أي ولاجل بقاء المال كله على الاصيل ( يأخذه به ) أي يأخذ رب المال الكفيل الذي لم يبرأ به بجميع الدين .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا افترق المتفاوضان ) أي شريكا المفاوضة وعليهما دين ( فلأصحاب الديون أن يأخذوا ايهما شاءوا بجميع الدين ، لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ) أي المفاوضة شركة عامة تبتنى على التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة ، وعلى الكفالة بما كان من ضمان التجارة ( ولا يرجع أحدهما ) أي أحد المتفاوضين ( على صاحبه حتى يؤدى أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين ) في مسألة أول الباب .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة قيد بالكفالة الواحدة ، لأن المولى إذا كاتب كل واحد منهما على حده وكفل أحدهما على الآخر لا يصح ذلك قياساً واستحساناً، إذالكفالة ببدل الكتابة لا تصح بإجماع الأئمة الأربعة،أما لو كانت الكتابة واحدة تصح استحساناً عندنا ، ولا يصح قياساً ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ( وكل واحد منهما ) أى من العبدين ( كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ) .

ووجه أن هـــذا العقد جائز استحساناً وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الالف عليه فيكون عتقهما معلقاً بأدائه ويجعـــل كفيلاً بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فمـــا أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجـــع بالكل لا تتحقق المساواة . قال ولو لم يؤديا شيئاً حتى يعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرىء عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال لا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط

---

(ووجه أي وجه هذا المذكور (أن هذا العقد جائز استحساناً) لا قياساً لأنه باطل قياساً ، لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع ( وطريقه ) أى طريق جوازه استحساناً ( أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقاً بأدائه ) أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أديت الألف فأنت حر (ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ) أى في كتاب المكاتب ( إن شاء الله تعالى . وإذا عرف ذلك ) أى ما ذكره (فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما) في العلة وهي أن كل البدل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل .

( ولو رجع بالكل ) أى بكل الألف الذي هو البدل ( لا تتحقق المساواة ) وكـذا إذا لم يرجع بشيء ( وإن لم [1] يؤديا شيئاً حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه ) أى لمصادفته العتق المولى ( وبرىء عن النصف ) أى وبرىء العتق عن نصـف البدل ( لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقي وسيلة فيسقط)

---

(١) قال ولو لم يؤديا ـ هامش .

ويبقى النصف على الآخر ، لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان. وإذا جاء العتق عنه استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما ، فلهذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي ، لانه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء ، لانه أدى عن نفسه والله أعلم .

---

أي النصف ( ويبقى النصف على الآخر ) أي يبقى النصف الآخر على العبد الآخر ( لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما ) حتى يكون موزعاً منقسماً عليهما ( وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان ) بأن يجعل كأن كل البدل على كل واحد منهما بحكم الأصالة لا الكفالة ، فكان ضرورياً لا يتعدى غير موضعهما .

( وإذا جاء العتق استغنى عنه ) أي عن الاحتمال ( فاعتبر مقابلاً برقبتهما فلهذا يتنصف ) وعورض بأنه إذا كان مقابلاً بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر .

وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفرق الصفة على المولى ، لان المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص بريء بأدائه عن نصيبه وعتق ، لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتابة عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعاً ومعتقاً جميعاً ، فكان كالتخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعاً ، وإذا بقي النصف على الآخر .

( وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء ) أي العبدين المكاتبين ( المعتق ) بفتح التاء ، أي يأخذ المعتق ( بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره وإن أخذ الآخر لم يرجع ) أي الآخر ( على

المعتق بشيء ، لأنه أدى عن نفسه والله أعلم ) قال الأترازي ولنا فيه نظر ، لأن مطالبة المولى المعتق بحكم الكفالة والكفالة ببدل الكفاية لا تجوز ، وإذا سقط النصف بالمعتق سقط مطالبة بالأصالة وبقي المطالبة بالكفالة وهي باطلة ، فينبغي أن لا يطالبه المعتق أصلاً ، انتهى . والجواب عنه أن الكفالة ببدل الكتابة ابتداء لا تجوز ، ولهذا جعلنا البدل على كل واحد منهما تصحيحاً للكتابة على هذا الوجه بقدر الإمكان ، أما بعد عتق أحدهما صار كفيلاً عن المعتق ببدل الكتابة بقاء ، فيجوز ذلك بقاء وإن لم يجز ابتداء والله أعلم .

* * *

## باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال ، لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه لا يطالب به لعسرته أو جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به في الحال والكفيل غير معسر ، كما إذا كفل عن غائب أو مفلس ،

---

( باب كفالة العبد وعنه )

أي هذا باب في بيان كفالة العبد عن الآخر وكفالة الآخر عن العبد وآخر هذا الباب ، لان الحر مقدم على العبد لشرفه .

( ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ) لا يجب عليه صفته لقوله مالا لا يجب جواب المسألة ، إذ هي جملة فعلية وقعت صفة للنكرة . وجواب المسألة هوقوله فهو حال ، صورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال ، وهو معنى قوله ( ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال ) أي الضمان على الكفيل حال ( لأن المال حال عليه ) أي على العبد ( لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه ) أي أن العبد ( لا يطالب بهلعسرته ، إذ جميع ما في يده لمولاه ولم يرض ) أي المولى ( بتعلقه به ) أي بتعلق الدين بالعبد .

( والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب ) فإن الكفيل يؤخذ به في الحال إن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل. ( أو مفلس ) بتشديد اللام المفتوحة ، أي فصار أيضاً كما إذا كفل عن مفلس فإنه يؤاخذ به في الحال.

بخلاف الدين المؤجل لأنـــه متأخر بمؤخر ثم إذا أدى رجـع على العبد بعد العتق ، لأن الطالب لا يرجـع عليه إلا بعد العتق ، فكـذا الكفيل لقيـامه مقـامه . ومن ادعى على عبـــد مـالاً وكفل له رجل بنفسه فمات العبد وبرىء الكفيل لبراءة الأصيل ، كما إذا كان المكفول بنفسه حراً . قال فإن ادعى رقبة العبد وكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ،

---

( بخلاف الدين المؤجل ) حيث يؤخذ الكفيل به بعد الأجل ( لأنه ) أي لأن الدين ( متأخر بمؤخر ) بكسر الخاء المشددة ، أراد أن الدين المؤجل إذا كفل بواحد لا يطالب قبل حلول الأجل ، لأن الدين ثمة أخر بمؤخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلـــك مؤجلا ( ثم إذا أدى ) أي الكفيل عن العبد المكفول ( رجع على العبد بعد العتق ، لأن الطالب لا يرجـع عليه إلا بعد العتق فكذلك الكفيل ) لا يرجع عليه إلا بعـــد العتق ( لقيامه مقامه ) أي لقيام الكفيل مقام الطالب في المطالبة .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفســه فمات العبد برىء الكفيل لبراءة الأصيل ) لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الأصيل بموته فيسقط عن الكفيل أيضاً ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ( كما إذا كان المكفول بنفسه حراً ) حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل هنا أيضاً . والحاصـل أن الكفالة بالنفـس لا تفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً . وقـــال الكاكي وهـــذا الحكم لا يختلف إلا أنه ذكر العبد ها هنا ليبني المسألة الثانية عليهـــا ويفرق بينهما .

( فإن ادعى رقبة العبد فكفل به ) أي بالعبد ( رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ) قبل إثبات ذلك بالبينة لأنه لو ثبت ملـــك المدعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمـــة

لأن على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل بخلاف الأولى . قال وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه . وقال زفر «رح» يرجع ،

---

العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء ، لأن إقراره غير حجة على الكفيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل . وقال التمرتاشي لا يصدق ذو اليد في موت العبد ويحبس هو والكفيل ، فإن طال الحبس ضمناه القيمة ، وكذا الوديعة المجحودة ( لأن على المولى ردها ) أى رد الرقبة على ذي اليد ( على وجه تخلفها قيمتها ) أى تخلف نفس العبد قيمته نفس العبد عند العجز عن ردها ( وقد التزم الكفيل ذلك ) لأن الكفالة تحمل الضمان عن المغير ( وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل ) .

( فكذا على الكفيل ) لأن ضمان القيمة وجب على الاصيل ووجب على الكفيل أيضاً لانه التزم المطالبة بما على الأصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل إلى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضاً ( بخلاف الاولى ) أى المسألة الاولى حيث لم يجب الضمان على المولى فلا يجب على الكفيل أيضاً . وفي بعض النسخ بخلاف الاول . قال الاكمل رحمه الله أى بخلاف الضمان الاول ، لان محل ما التزمه وهو العبد قد مات ويسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره ) قيد بالامر إذ كفالة العبد بغير إذن سيده لا يجوز بإجماع الفقهاء إلا عند الشافعي في وجه ، وبإذن سيده يجوز إلا في المأذون المستغرق بالدين لا تجوز الكفالة ، وبه قال مالك ( فعتق فأداه ) أي المال المكفول به ( بعد العتق ) أى بعد أن أعتقه مولاه ( ولم يرجع ) جواب المسألتين ( واحد منهما ) أى من المولى والعبد ( على صاحبه . وقال زفر يرجع ) أى كل واحد منهما .

ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال على المولى إذا كان بأمره ، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال . ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه ، ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لأنه دين ثبت مع المنافي

---

( ومعنى الوجه الأول ) وهو كفالة العبد عن مولاه بأمره ( أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره ) وفي بعض النسخ أن يكون على العبد دين ، وهذا كان مصححاً بخط الثقات وهو الاصح ، لانه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالة لحق الغرماء ، وإن كان بإذن السيد ( أما كفالته ) أي كفالة المولى ( عن العبد فتصح على كل حال ) يعني سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس أو على العبد دين أولا .

( له ) أي لزفر ، وبه قال الشافعي ( أنه ) أي أن الشأن ( يتحقق الموجب ) بكسر الجيم ( للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال ) يعني امتناع الكفالة كان المانع الرق ، لان العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وقد زال المانع فيرجع .

( ولنا أنها ) أي أن الكفالة ( وقعت ) حال كونها ( غير موجبة للرجوع ، لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً ) أي لا يستحق ( وكذا العبد ) لا يستوجب ( على مولاه فلا تنقلب ) أي الكفالة ( موجبة أبداً كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه ) أي الغير أجاز ذلك لا يرجع ، فكذا هذا .

( ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به ) أي بمال الكتابة ( أو عبد ) أي الوعد تكفل به ( لانه دين ) أي لان مال الكتابة دين غير مستقر ، لانه ( ثبت مع المنافي )

فلا يظهر في حق صحة الكفالة ، ولأنه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم ،

---

وهو الرق ( فلا يظهر ) أى دين بدل الكتابة ( في حق صحة الكفالة ) وبه قال أكثر أهل العلم . وعن أحمد في رواية تصح لانه دين كسائر الديون ، والاصح عنده أيضاً لان الكفالة به غير جائزة .

وفي النهاية التخصيص بمال الكتابة غير مفيد ، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى مال الكتابة على المكاتب ذكره في المبسوط . ولو كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من جنس الكفالة فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح ، لان الاصيل مطلوب بهذا المال مطلقاً فتصح الكفالة .

أما العبد التاجر أدان مولاه ديناً ولا دين على العبد وأخذ منه كفيلاً بذلك فالكفالة باطلة وإن كان العبد مديوناً صحت الكفالة ، لأن كسبه حق الغرماء فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة ، والكفالة بالنفس مثل ذلك ، فإن العبد إن كان لا دين عليه لا يصح ، وإن كان عليه دين صح .

( ولانه ) دليل آخر على عدم استقرار مال الكتابة ، أي ولان المكاتب ( لو عجز نفسه سقط ) أي بدل الكتابة ( ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل ) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة ، ويدل على هذا الوجه ، أي إثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس في ذمة الكفيل لا يمكن ( واثباته مطلقاً ) أي وإثبات دين الكتابة مطلقاً ( ينافي معنى الضم ) الذي هو ركن الكفالة .

وفي المبسوط ولو أثبتناه مطلقاً على الكفيل كنا أوجبناه في ذمة الكفيل أكثر ما هو واجب في ذمة الاصيل وذا لا يجوز، إذ يجب على الكفيل بالصفة التي تجب على الاصيل

لأن من شرطه الاتحـــاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه كالمكاتب عنده .

---

تحقيقاً لمعنى الضم ( لان من شرطه ) أي من شرط الضم ( الاتحاد ) في صفـــة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم والمطلق غير المقيد.

( وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة ) يعني أن الكفالة ببدل الكتابـة لا تجوز فكذلك لا تجوز ببدل السعاية ( لانه ) أي لان المستسعى ( كالمكاتب عنده ) أي عند أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود وغيرها ، لكن على اعتبار النكتة الاولى وهو قوله لانه ثبت مع المنافي ... إلى آخره لا على اعتبار النكتة الثانية ، لان المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس ، والله أعلم .

* * *

# كتاب الحوالة

## ( كتاب الحوالة )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الحوالة . وجه المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة لما في كل منهما التزام ما على الاصيل ، ولهذا يجوز استعارة إحداهما للأخرى ، حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الاصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة اعتباراً للمعنى . وأما وجه تأخير الحوالة لانها مبرئة عندنا ، والكفالة غير مبرئة والاصل عدم البراءة بعد ثبوت المطالبة والحوالة في اللغة النقل .

وفي المغرب أصل تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل يقال أحلت زيداً بما على رجل فاحتال ، أي قبل الحوالة ، وهنا أربعة أشياء ، المحيل وهو الذي عليه الدين ، والمحتال له وهو الدائن . والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة . والمحتال به وهو المال . وأصل محتال محتول بكسر الواو في الفاعل وبفتحها في المفعول ، وهي في اصطلاح الفقهاء تحول الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به .

واختلف المتأخرون من مشايخنا أن الحوالة توجب البراءة عن الديون والمطالبة جميعاً ، أو عن المطالبة دون الدين . فقال بعضهم عن المطالبة والدين جميعاً ، حتى أن المحتال له لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة أو وهب منه صح .

ولو أبرأ المحيل أو وهب منه لم يصح ، ولو بقي الدين على المحيل صح . وقال بعضهم توجب البراءة عن المطالبة دون الدين ، حتى أن المحتال له متى أبرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وإن كانت الحوالة بأمر المحيل . ولو وهب الدين من المحتال عليه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل .

قال وهي جائزة بالديون، قال عليه السلام من أحيل على مليء فليتبع . ولأنه التزام ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة ، وإنما اختص بالديو ن لأنها تنبىء عن النقل والتحويل ، والتحويل في الدين لا في العـــين .

---

وكذا لو أبرأ المحتال عليه لا يرتد برده ، ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل. ولو كان المحتول إلى المحتال عليه المطالبة والدين جميعاً كان الابراء والهبة في حقـه سواء فيرتد برده كما في حق الأصيل . ولو وكل المحتال له المحيل يقبض ما على المحتال عليه لا يصح ، ولو لم يكن عليه الدين صح .

( قال وهي ) أي الحوالة ( جائزة بالديون ) لأنها مأخوذة من التحويل وتحويل الدين من ذمة إلى ذمة ممكن ، فأما الأعيان فالحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يكون تحويله إلى غيره ، فلهذا لم تصح الكفالة فيها ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من أحيل على مليء فليتبع ) الحديث رواه أحمد في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم ، ومن أحيل على مليء فليحتل .

ورواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد به بلفظ وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع . وبلفظ المصنف رواه الطبراني في معجمه الوسيط مع زيادة في أوله عن محمد بن عجلان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال ، قـــال رسول الله ﷺ مطل الغني ظلم ، ومن أحيل على مليء فليتبع . وكذلك رواه الترمذي ومعناه إذا أحيل أحـــدكم على مليء فليحتل ، كذا فسره الترمذي .

( ولأنه ) أي ولأن المحتال عليه ( التزم ما يقدر على تسليمه ) أي على إيفاء ما التزمه ( فتصح كالكفالة ) لأن كل واحد منهما التزام بما على الأصيل فيصح دفعاً للحاجة ( وإنما اختص ) أي عقد الحوالة أو الحوالة باعتبار التحويل ( بالديون لأنهـا ) أي لأن الحوالة ( تنبىء عن النقل والتحويل ، والتحويل ) الشرعي ( في الدين لا في العين ) في التحويل في العين الحسي .

قــال وتصح الحوالة برضـاء المحيل والمحتال والمحتال عليه . أمـا المحتـــال فلان الدين حقه والذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه . وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ، ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه

---

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وتصح الحوالة برضاء المحيل والمحتال والمحتـــال عليه . أما المحتال ) وهو الدائن ( فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها ) أي الدين الذي ينتقل بالحوالة ( والذمم متفاوتة ) في المطالبة ( فلا بد من رضاه ) أي رضى المحتال له . ولا خلاف في اشتراط رضاه لأهل العلم .

( وأما المحتال عليه ) أي وأما رضى المحتال عليه ( فلأنه يلزم الدين ولا لزوم بدون التزامه ) وبه قال الشافعي في وجه . وقيل انه منصوص في الإمام ، وأصحهما عنده أنـه لا حاجة إلى رضاه إذا كان عليه دين للمحيل ، وبه قال مالك وأحمد ، لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه ، كما لو باع عبداً لا يشترط رضى العبد. وأما إذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالإجماع .

( وأما المحيل ) أي المديون ( فالحوالة تصح بــدون رضاه ، ذكره في الزيادات ) والقدوري شرط رضاه كما نقل المصنف عنـه بقوله ويصح برضى المحيل والمحتال والمحتال عليه قيد بشرط رضى الثلاثة . قال الأكمل عسى يعلل القدوري بــأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم مــا عليهم من الدين فلا بد من رضاهم . ثم قال ولعل موضوع ما ذكر أن يكون المحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، فإنها حينئذ تكون إسقاط مطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه ( لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو ) أي المحيل وهو المديون ( لا يتضرر به ) أي بتصرف المحتال عليه في حق نفسه (بل فيه نفعه) أي نفع المحيل ( لأنه لا يرجع عليه

إذا لم يكن بأمره . قال وإذا تمت الحوالة برىء المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رحمة الله عليه لا يبرأ اعتباراً بالكفالة ، إذ كل واحد منهما عقد توثق . ولنا أن الحوالة النقل لغة ، ومنه حوالة الغراس ، والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيهـــا ، أما الكفالة فللضم والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ،

---

إذا لم يكن بأمره ) هذا فائدة عدم اشتراط رضى المحيل انه إذا كان له عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما أدى بل يتقاصان .

( قال ) أي القدوري ( وإذا تمت الحوالة ) بقبول المحتال له والمحتال عليه والمحيل ( برىء المحيل من الدين بالقبول ) ولا يرجع الطالب بالدين عليه أبداً إلا بالنوى ، وهذا عند عامة الفقهاء . وعن الحسن أنه لا يرى الحوالة براءة ، إلا أن يبرئه ( وقـــال زفر لا يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منهما عقد توثق ) أي لأن كل واحد من الحوالـــة والكفالة عقد توثق بحق الكفالة .

( ولنا أن الحوالة النقل لغة ) أي معناها من حيث اللغة بـــدل كما مر ، والكفالة الضم لغة وتختص كل اسم بموجب معنى ذلك الإسم ( ومنه حوالة الغراس ) جمع غرس بالفتح . وفي العبـــاب الغرس الشجر الذي يغرس ، والجمع غراس وإغراس ( والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها ) أي في الذمة وتبقى الذمة الأولى فارغة ، لأنك إذا حولت الشيء من موضع إلى موضع بقي مكان الأول فارغاً لا محالة .

( أما الكفالة فللضم ) لأنها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء إلى الشيء ، وضم الشيء إلى الشيء لا يوجب فراغ الأول إلا أن يكون بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة ، لأنها في معنى الحوالة ( والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ) يعني أن العمل بمعـــاني اللغات واجب في الأحكام الشرعية ، فلما كان كذلك قلنا إن الكفالة هي الضم لغة وهو لا يقتضي البراءة والحوالة والنقل ، وهو يقتضي البراءة . واعترض بالحوالـــة بغير أمر المحيل ، فإنهـا حوالة صحيحة كما مر ولا نقل فيهـــا ولا تحويل ، وهذا نقض إجمـالي .

والتوثق باختيار الإملاء والأحسن في القضاء ، وإنما يجبر على القبول إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعاً قال ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه . وقال الشافعي « رح » لا يرجع وإن توى ،

---

والجواب انا لا نسلم أن لا نقل فيها ، فإنه بعداد الدين فظاهر المتحقق ، ولهذا لا تبقي على المحيل شيء .

( والتوثق ) جواب عن قول زفر أن الحوالة ليست مبرئة لانها للتوثق . وتقرير الجواب أن معنى التوثق ليس كما ذكره ، بل معناه ( باختيار الإملاء ) أي الأقدر على الإيفاء ( والأحسن في القضاء ) حتى لا يماطل في قضاء الدين ويؤديه أجزز [1] وأرجح مما كان ، ، وهذا لا يدل على أن الحوالة ليست بمبرئة ( وإنما يجبر على القبول ) هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن في الحوالة لو كان نقل كما أخبر الطالب المحيل إذا نقد المحيل لأنه حينئذ يكون متبرعاً في قضاء الدين ، والمتبرع لو قضى دين غيره لا يجبر الدائن على القبول .

وتقرير الجواب أن يقال إنما يجبر المحتال له على القبول ( إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه ) أي إلى الدائن ( بالتوى ) وسيجيء معناه عن قريب ، لأنه إنما ينتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة ، فإذا توى يرجع ( فلم يكن ) أي المحيل ( متبرعاً ) يعني في القضاء .

( قال ) أي القدوري ( ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه ) هذا عطف على قوله بريء المحيل ، يعني إذا تمت الحوالة بالقبول برى المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي في معنى التوى ( وقال الشافعي « رح » لا يرجع وإن توى ) بموت أو إفلاس أو بغير ذلك ، وبه قال أحمد والليث وأبو عبيد وابن المنذر .

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الأصل .

لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد . ولنا أنها مقيدة بسلامة حقـــه له إذ هو المقصود أو تفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ ، فصار كوصف السلامة في المبيع . قال والتوى عند أبي حنيفة « رح » أحد الأمرين وهو إما أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه أو يموت مفلساً

---

وعن احمد إذا كان المحتال عليه مفلساً ولم يعلم المطالب بذلـــك فله الرجوع إلا أن يرضى به بعد العلم ، وبه قال مالك ( لأن البراءة قد حصلت مطلقـــة ) أى لأن البراءة للمحيل قد حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى ( فلا يعود إلا بسبـــب جديد ) كما في الإبراء . وقال تاج الشريعة قوله إلا بسبب جديد وذلك أن يحيل المحتـــال عليه المحتال على المحيل .

( ولنا أنها ) أي البراءة ( مقيدة بسلامة حقه له ) يعني أنها مقيدة بشرط السلامة ، يعني وإن كانت مطلقة لفظاً بدلالة الحال ( إذ هو المقصود ) أى وصول الحق إلى المحتال له سالماً هو المقصود من الحوالة ( أو تفسخ الحوالة لفواته ) أى لفوات المقصود ( لأنـــه ) أى لأن عقد الحوالة ( قابل للفسخ ) لأنهما لو تفاسخا عقد الحوالة ينفسخ ولو لم يكن قابلاً للفسخ لما انفسخ ( فصار كوصف السلامة في المبيع ) يعني أن المشتري إذا وجد بالمبيـــع عيباً رجع بنقصان العيب وإن لم يشترط الرجوع فكذلك ها هنا لمـــا حصل التوى ، فإن المقصود وهو سلامة الحق في البيع لأنه سلامة المبيع فيرجع بالدين على المحيل .

( قال ) أي القدوري ( والتوى عند أبي حنيفة رضي الله عنه أحد الأمرين ، وهـــو إما أن يجحد ) أي المحتال عليه ( الحوالة ويحلف ولا بينة له ) أى للمحتال له ( عليـــه ) أى على المحتال عليه ( أو يموت ) أى المحتال عليه حال كونه ( مفلساً ) ولم يترك كفيلاً على نفســه للمحتال عليه ولا مالاً معيناً ولا ديناً . وفي الطلبة يقال أفلس أى صار أفلس بعـــد أن كان صاحـــب دراهم أو دنانير ، فاستعمل مكان افتقر ، وقلـــه القاضي أي

لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته ، وهذا بناء على أن الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافاً لهما ، لأن المال غاد ورائح. قال وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ،وكان عليه مثل الدين ، لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره ، إلا

---

قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله ( لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما ) أي من الوجهين المذكورين ( وهو التوى في الحقيقة ) أي هذا المذكور هو التوى ، وهو من توى الشيء يتوى توى إذا تلف مقصور غير مهموز ، وهو توى وقاء ، كذا في الجمهرة لابن دريد .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( هذان الوجهان ) أي التوى ( ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته ) بالشهود ( وهذا الإختلاف ) بين أبي حنيفة وصاحبيه ( بناء أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده ) أي عند أبي حنيفة ( خلافاً لهما ) فإن عندهما يتحقق بحكم القاضي ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح »حتى يعتبر في حق إخراجه من السجن ، وكذا في حق غيره ( لأن مال الله تعالى غاد ورائح ) هذا دليل أبي حنيفة . وفي المبسوط قد يصبح الرجل فقيراً ويمسي غنياً بأن مات قريب له وترك مالاً كثيراً ميراثاً ولا يعلم به . قوله غاد فاعل من غدا يغدو غدواً ، والغدو يقبض الرواح فاعل إعلال قاض . ورائح من راح يروح رواحاً وهو نقيض الغدو ، وصح من زوال الشمس إلى الليل .

( قال ) أي القدوري ( وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ، وكان عليه ) أي على المحيل ( مثل الدين ، لأن سبب الرجوع ) وهو قضاء الدين بالأمر كما يقول المصنف ( قد تحقق فهو ) أي سبب الرجوع ( قضاء دينه ) أي دين المحيل ( بأمره ) أي بأمر المحيل ( إلا أن المحيل يدعي

أن المحيل يدعي عليه ديناً وهو منكر والقول للمنكر ، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنهـا قد تكون بدونه . قال وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي ، وقال المحتـال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل ، لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه . قال ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز

---

ديناً عليه وهو منكر ، والقول للمنكر ) لأن الفراغ أصل في الذمم ، والمحيل متمسك بالأصل والطالب يدعي العارض ، فكان اعتبار الأصل أولاً ، وبه قال الشافعي في وجه القول للطالب ، وبه قال أحمد في الصحيح عنه .

( ولا تكون الحوالة ) جواب عما يقال لم لا يجوز أن تكون الحوالة ( إقراراً منـه بالدين عليه ) وتقرير الجواب أن يقال أن الحوالة لا تكون إقراراً منه بالدين ( لأنها ) أي لأن الحوالـة ( قد تكون بدونه ) أي بدون الدين من المحال عليـه فيجوز انفكاكها عنه .

( قال ) أي القدوري ( وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنمـا أحلتك لتقبضه لي ، وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لى عليك فالقول قول المحيل ، لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ، ولفظة الحوالة ) جواب عما يقال الحوالة حقيقة في نقل الدين ، ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل . فأجاب بقوله ولفظة الحوالة ( مستعملة في الوكالة ) يعني مجازاً لمـا في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظة ذلك فيصدقه ( فيكون القول قوله مـع يمينه ) لأن في ذلك نوع مخالفة الظاهر .

( ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها ) أي بالألف ( عليه آخر ) أي على المودع شخصاً آخر ( فهو جائز ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب

لأنه أقدر على القضاء وإن هلكت برىء لتقيدها بها ، فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب ، لأن الفوات إلى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ،

---

عن أبي حنيفة في رجل أودع رجلا ألف درهم ولرجل على المودع ألف درهم فأحال المودع الذي له الألف بألفه على المستودع بالألف الذي عنده قال جائز وهو ضامن ( لأنه أقدر على القضاء ) دليل الجواز ، أي لأن المودع بفتح الدال وهو المحتال عليه أقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة ( فإن هلكت ) أي الألف الوديعة ( برىء ) أي المودع وهو المحتال عليه ( لتقيدها بها ) أي لتقيد الحوالة بالألف الوديعة ( فإنه ما التزم الأداء إلا منها ) أي من الألف الوديعة وذلك كالزكاة المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين .

( بخلاف ما إذا كانت ) أي الحوالة ( مقيدة بالمغصوب ) المعين حيث لا تبطل بهلاكه بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته ، إذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة ، فصار كلا فوات ، أشار إليه بقوله ( لأن الفوات إلى خلف ) وهو القيمة ( كلا فوات ) فكان باقياً حكماً ، وقيد الحوالة بالمغصوب بيان لجواز الحوالة بالعين المغصوبة ، وانها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب ، لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب بمثله إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيمياً .

( وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضاً ) يعني أن الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة والغصب ، تكون مقيدة بالدين أيضاً ، مثل ثمن المبيع . وفي الكافي الأصل أن الحوالة نوعان ، مقيدة بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو بوديعة أو غير ذلك ، ومطلقة وهو أن لا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه ولا بالعين الذي في يده أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين فالحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحتال عليه مفلساً ، تبطل بفوات ما قيد به الحوالة إذا كان الفوات لا إلى خلف ، وأما إذا كان الفوات إلى خلف فلا تبطل الحوالة ، لأن الحوالة إلى خلف كلا فوات .

وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه ، لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل ، وهذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال ، بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به ، بل بذمته

---

( وحكم المقيدة في هذه الجملة ) يعني حكم الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصباً أو بالعين ( أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال ) حتى إذا دفع المحتال عليه ذلك إلى المحيل ضمن ( على مثال الرهن ) لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين .

( وإن كان ) أي المحتال ( أسوة للغرماء بعد موت المحيل ) كلمة إن واصلة بما قبلها، وهذا إشارة إلى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء حق الأخذ للمحيل والراهن ، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين التي له بيد المحتال عليه أو الدين الذي عليه فالمحتال عليه أسوة الغرماء بعد موته خلافاً لزفر . وأما المرتهن فإنه هلك الرهن يداً وحبساً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه .

( وهذا ) إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه وقد قررناه ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لو بقيت له ) أي للمحيل ( مطالبة به ) أي مطالبة المحتال عليه ( فيأخذه منه ) أي من المحتال عليه ( لبطلت الحوالة وهي ) أي الحوالة وفي بعض النسخ وهو بالتذكير على تأويل عقد الحوالة ( حق المحتال ) أي الطالب ( بخلاف المطلقة ) أي الحوالة المطلقة ، أي غير المقيدة بالعين أو الدين ( لانه ) أي لأن الشأن ( لا تعلق لحقه به ) أي بحق المحتال بذلك العين أو الدين ( بل ) يتعلق ( بذمته ) أي بذمة المحتال عليه . وفي الذمة سعة فيجب عليه أداء دين المحيل من مال نفسه وللمحيل أن يأخذ دينه

فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده . قال ويكره السفاتج ، وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ، وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعاً .

---

ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة بأخذه ، وهو معنى قوله ( فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه ) أي من الدين أو الغصب ( أو ما عنده ) أي أو بأخذ عينه الذي عنده ، أي عنده من الوديعة ، ويحتمل أن يراد بما عليه الدين خاصة ، وبقوله عنده أي عنده من العين سواء كان وديعة أو غصباً .

( قال ) أي القدوري ( ويكره السفاتج ) وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته بمعنى الحكم ، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره . وقال في الفتاوى الصغرى السفتج إن كان مشروطاً في القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ، وإن لم يكن مشروطاً جاز ( وهي ) أي السفاتج ذكر الضمير باعتبار الخبر ، وهو قوله ( قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ) صورته أن يدفع إلى تاجر عشرة دراهم قرضاً ليدفعه إلى صديقه في بلد آخرليستفيد به سقوط خطر الطريق . وقيل هو أن يقرض إنساناً مالا ليقبضه المستقرض في بلد يريده المقرض ، وإنما يدفعه على سبيل [1] على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق .

( وهذا نوع نفع يستفيد به ) أي بالقرض ( وقد نهى عنه الرسول ﷺ عن قرض جر نفعاً ) وقد نهى النبي ﷺ عن قرض جر نفعاً ، والحديث رواه علي رضي الله عنه ، ولفظه قال رسول الله ﷺ كل قرض جر نفعاً فهو ربا . أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده وفي سنده سوار بن مصعب ، قال عبد الحق في أحكامه بعد أن أخرجه هو متروك .

وروي عن جابر بن سمرة أنه قال ، قال رسول الله ﷺ السفتجات حرام ، أخرجه ابن عدي في الكامل وأعله بعمر بن موسى بن دحية وضعفه عن البخاري والنسائي وابن

---

(١) ربما هنا كلام ساقط سهواً من الناسخ ، اه مصححه .

معين ووافقهم وقال انه في عداد من يضع الحديث . وقال الأترازي مع دعاويه العريضة والاصل فيه أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر نفعاً وسكت عنه ، وكذا قاله الاكمل وسكت عنه مع أنه كان في ديار الحديث وكتبه المتنوعة والله أعلم .

تمّ الجزء السابع من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء الثامن مبتدئاً بكتاب أدب القاضي

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب أدب القاضي

---

## ( كتاب أدب القاضي )

أي هذا كتاب في بيان أدب القاضي . والأدب الخصال الحميدة ، سميت به لانها تدعو إلى الخيرات والحسنات ، من الادب بسكون الدال، وهو الدعاء قال طرفة الشاعر:

نحن في المشاة ندعو الجفلى      لا ترى الادب فينا يفتقر

والادب فاعل من أدب يأدب أدباً ، إذا دعاه ، وسمي الادب أدباً لانه يدعو الناس إلى المحامد ، وعن أبي يزيد الادب يقع على رياضة محمودة ، فيخرج بها الانسان في فضيلة من الفضائل ، والمراد من أدب القاضي هو الخصال المدعو اليها ، والقضاء يستعمل في أشياء ، ويراد به في الشرع الإلزام ، وقيل القضاء الحكم .

وقال ابن أبي قتيبة ، القضاء يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى واحد أصله الحتم والفراغ عن الامر ، وبه يجري الفاظ القرآن . وفي الشرع يراد به الإلزام ، وفصل الخصومات وقطع المنازعات ، وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم عن المظلوم ، وأصله قضاي ، لانه من قضيت ، إلا أن الياء لما جاءت بعد الالف همزت ، كرداء أصله رداي . ولما كان وضع القضاء لفصل الخصومات ، وتنفيذ الاحكام ، واكثر الخصومات يقع في البياعات والديون ، ذكر بعدها كتاب القضاء لمساس الحاجة إلى القضاء .

وفي الزاد القضاء فريضة محكمة وشرعية متبعة ، وعبادة شريفة لاجل ذلك ، أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام الخلافة بقوله ﴿ إني جاعل في الارض خليفة ﴾ ٣٠ البقرة ، ولداود عليه السلام بقوله تعالى ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة ﴾ ٢٦ ص، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الانبياء عليهم السلام ، ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا ، وبالسنة لما روي أنه عليه أفضل الصلاة والسلام قال ، إذا اجتهد الحاكم فأخطأ ، فله أجر ، وإن

## قال ولا تصح ولايــــة القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد

أصاب فله أجران ، وحديث معاذ لما بعثه النبي ﷺ ظاهر وبالإجماع وهو ظاهر وبالمعقول وهو أن في القضاء الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ودفع الظلم عن المظلوم ، ودفـع التهارج ، وقطع المنازعات ، وفصل الخصومات ، والكل حسن عقيلاً وهو فرض كفاية بالاجماع ، وإن لم يصلح للقضاء إلا واحد ، تعين عليه ووجب عليه بالإجماع .

( قال ) أي القدوري ( ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى ) بفتـح اللام إسم مفعول من التولية ، وإنما قال المولى ولم يقل المتولي ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه ( شرائط الشهادة ) وهي الإسلام ، والعقل ، والبلوغ ، والعـدالة ، لأن مبنى القضاء على حكم الشهادة ( ويكون ) بالنصب عطفاً على قوله حتى يجتمع ( من أهـل الاجتهاد ) الصحيح عندنا أن هذا شرط الأولوية ، لا شرط الجواز ، وقيل شرط الجواز واليه مال صاحب شرح الاقطع.

وفي وجيز الشافعية ، لا بد للقضاء من صفات ، وهو أن يكون ذكراً حراً ، مجتهداً ، بصيراً عدلاً ، فلا يجوز قضاء المرأة ، والأعمى ، والصبي ، والفاسق ، والجـاهل ، والمقلد انتهى . وقد ذكر محمد « رح » في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً . وذكر الخصاف ما يدل على جوازه ، لأنه قال القاضي يقضي باجتهاد نفسه إذا كان له رأي ، فإن لم يكن له رأي ، وسأل فقيهاً ، أخذ بقوله . والدليل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز مـا أخرجه أبو داود عن شريك « رح » عن سماك « رح » ، عن حنش عن علي رضى الله تعالى عنه ، قال بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً ، فقلت يا رسول الله ، ترسلني وأنا حديث السن ولا عـــلم لي بالقضاء ، فقال إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان ، فـــلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء ، قال فما زلت قاضياً ، ومـا شككت في قضاء بعد ، ورواه الحاكم « رح » أيضاً في مستدركه ، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجـاه ، وعلي لم يكن حينئذ من أهل الاجتهاد

وقال الاستروشني في فصوله ، قال بعضهم إذا كان صوابه أكثر من خطأه حـل له الاجتهاد ، وقاله البستني في أصوله . قـال بعض أصحابنا إذا كان عالماً في مسألة تعرف حقيقتها ، ولا يخفى عليه دقيقها يكون من أهل الاجتهاد في تلك المسألة ، وأمـا المجتهد الذي ذكره أهل الأصول ، فهو أن يكون عالماً بالنصوص من الكتاب والسنة مما يتعلق به الأحكام الشرعية ، ولا يشترط أن يكون عالماً بجميع مـا في الكتاب والسنة ، وهذا عزيز ، والرخصة في ذلك أن يكون بحـال يمكنه طلب الحادثة الواقعة من النصوص التي تتعلق بها الأحكام ، ويشترط أيضاً أن يكون عالمـاً بوجوه العمل بالكتاب والسنة والاجماع على ما عرف في أصول الفقه . وإذا بلغ الرجل هذا الحد يصير مجتهداً ، ويجب عليه العمل باجتهاده، ويحرم عليه تقليد غيره ، كذا في الميزان.

وقال صدر الإسلام البزدوي في أصوله ، وأهل الاجتهاد من يكون عالمـاً بالكتاب ناسخه ومنسوخه ، وعالماً بالسنن ناسخها ومنسوخها ، وعالمـاً بمعاني الكتاب والسنن التي هي أقيسه . وإلى هذا أشار محمد « رح » في كتاب الحدود ، وبعضهم قالوا يجب أيضاًأن يكون عالمـاً بعرف بلده وكلامهم ولغتهم من الصريح والكناية . والصحيح أن أهل الاجتهاد في مسائل الفقه ، من يكون عالمـاً بدلائل الفقه ، وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، والقياس،إلى هنا لفظ صدر الإسلام ، وأما المفتي ، فقد قال صدر الإسلام البزدوي في أصوله أجمع الفقهاء والعلماء ، أن المفتي يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ، فإنه لا يقدر أن يفتي الناس إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ، فإنه يحتاج إلى الاجتهاد لا محـالة ، وإن لم يكن من أهل الاجتهاد ، لا يحـل له أن يفتي إلا بطريق الحكاية ، فيحكي ما يحفظ من أقوال الفقهاء ، ولا يحل له أن يفتي فيما لا يحفظ فيه قولاً من أقوال المتقدمين ، إلى هنـا لفظ صدر الإسلام .

( أما الأول ) يعني اشتراط شرائط الشهادة وقد ذكرناها ( فلأن حكم القضاء يستقى ) أي يستفاد ، وهكذا وقع في نسخة شيخي بلفظ يستفاد في الكتاب. وقال تاج الشريعة « رح » يستقى من حكم الشهادة ، أي يؤخذ ويستنبط ويستخرج ويستفاد بطريق ترشيح

من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهمـــا في باب الولاية ، فكل من كان أهـلاً للشهادة يكون أهلاً للقضاء ، وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضـــاء . والفاسق أهل للقضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد ، كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا .

---

الاستعارة ، لمشابهة العلم بالماء ، إذ به حياة الأرواح ، كما أن بالماء حياة الأشباح ( من حكم الشهادة لأن كل واحـــد منها ) لأنه مبنى القضاء على الشهادة كما مر ( من باب الولاية ) إذ كل واحد منها تنفيذ القول على الغير ، ولأن كل واحد منها إلزام ، فالشهادة ملزمة على القاضي والقضاء ملزم على الخصم .

( فكل من كان أهلاً للشهادة يكون أهلا للقضاء ) هـذا نتيجة ما قبله من الكلام ، وكذلك قوله ( وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء) بل اشتراطها في القضاء اولى ، لان القضاء ولاية عامة ( والفاسق أهـــل للقضاء حتى لو قلد يصح ) أي تقليده ( إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة ، فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ،ولو قبل جاز عندنا ) وقال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » لا يصح تقليده ، وبهقال بعض مشايخنا « رح » قلت الصواب معهم ، ولا سيا قضاة هذا الزمان . وقال أصبـــغ المالكي يصح ، ولكن يجب عزله. وفي وسيط الغزالي اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعـــذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدلي ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقاً .

وفي خلاصة الفتاوي واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء ، والأصح أنه يصح التقليد ، ولا ينعزل بالفسق ، ثم قال، قال في المحيط يستحق العزل عند عامـــة المشايخ « رح » إلا إذا شرط في التقليد انه متى جـــاء ينعزل . وعند الشافعي « رح » ينعزل ، والإمام يصير إماماً مع الفسق ، ولا ينعزل بالفسق بلا خلاف ، إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي نوادر هشام ، قال محمد « رح » لو فسق القاضي ثم تاب ، فهو على قضائه ،وحكي

ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخــذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا رحمهم الله.

---

عن الكرخي أنه ينعزل بفسقه . وعن علي المرازي صاحب أبي يوسف « رح » أنه ينعزل القاضي بفسقه ، ولا ينعزل الخليفة بفسقه إلى هنا لفظ كتاب الاجناس وقال فيه أيضاً ، وفي أدب القاضي للحسن بن زياد ، وفي قاضي خان مكث وهو عدم ، ثم فسق بعد ذلك وارتشى ، وقد كان قضى بقضايا ، قبل أن يفسق ، وبقضايا بعدما فسق أبطل كل قضية قضى بها ، بعدما فسق ، وانفذت القضايا التي قضي بها قبل أن يفسق . وقال أبو حنيفة « رح » لو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً ، وأنفذ قضايا كثيرة ، ثم علـم أنه فاسق مرتش ، لم يزل منذ ولي على ذلك ، ينبغي للقاضي الذي يختصمون اليه أن تبطل كل قضية قضى بها ذلك القاضي إلى هنا لفظ الاجناس .

( ولو كان القاضي عدلاً ، ففسق بأخذ الرشوة ) الرشوة بكسر الراء وضم الراء لغة فيه مأخوذة من الرشا بالمـد ، فإن نازح البئر لا يتصل اليه إلا به ، فلذلك الإنسان لا يتوصل إلى مقصوده الحرام إلا بها والرشوة على أربعة أوجه :

منها مـا هو حرام للأخذ والمعطى ، وهو الرشوة في تقليد القضاء ، فإنه لا يصير قاضياً بالرشوة بالإجماع سواء كان قضاؤه بحق أم بغير حق ، ومنها ما يأخـذه القاضي على القضاء ، وهو حرام من الجانبين أيضاً ولا ينفذ قضاؤه بحق أو بغير حق ، ومنهاما يدفعها لخوف على نفسه أو ماله فهذا حرام على الاخذ لا الدافع ، ومنها مـا لو دفعها ليستوي أمره عند السلطان ، حل الدفع ، ولا يحل الاخذ ، فلو أراد الاخذ أن يحـل ، يستأجر الدافع الآخذ يوماً إلى الليل بما يريد أن يدفع اليه فإنه يجوز هـذه الإجارة ، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هـذا العمل ، وإن شاء استعمله في غيره . كذا في فتاوي قاضي خان « رح » وأدب القاضي للصدر الشهيد رحمه الله ( وغيره ) أي أو في غير أخذ الرشوة كالزنا وشرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي ( لا ينعزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب ، وعليه مشايخنا « رح » ) أي علماء بخاري وسمرقند « رح » .

وقال الشافعي رحمه الله عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه ، كما لا يقبل شهادته عنده . وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاءه ، وقال بعض المشايخ « رح » ، إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته ، فلم يكن راضياً بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتياً ، قيل لا ، لأنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد الفاسق حذاراً عن النسبة إلى الخطأ .

---

( وقال الشافعي « رح » عليه الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده ) أي عند الشافعي « رح » ( وعن علمائنا الثلاثة « رح » )وهو أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله ( في النوادر انه لا يجوز قضاؤه ) أي قضاء الفاسق ، كما هو مذهب الائمة الثلاثة « رح » .

( وقال بعض المشايخ « رح » إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ، ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق ، لان المقلد اعتمد عدالته ، فلم يكن راضياً بتقليده دونها ) أي دون العدالة ( وهل يصلح الفاسق مفتياً قيل لا ) أي لا يصلح ( لانه ) أي لان الإفتاء ( من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات ) لان مبناه على الامانة والاحتراز عن الجناية ، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» ( وقيل يصلح لانه ) أي لان المفتي ( يجتهد الفاسق ) كل الجهد في إصابة الحق ( حذاراً عن النسبة إلى الخطأ ) وقال أبو العباس الناطفي « رح » في آخر أدب القاضي من كتاب الاجناس ، الفقيه إذا كان فاسقاً ، هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ « رح » ذكر محمد بن شجاع « رح » في نوادره سمعت بشر بن غياث « رح » يقول أرى الحجر على ثلاثة ، قاض فاسق ، وطبيب جاهل ، ومكارمفلس وقال محمد بن شجاع « رح » في قول نفسه ، لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء ، فيجيب بما هو الصواب .

وأما الثاني ، فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية ، فأما تقليد الجاهل ، فصحيح عندنا ، خلافاً للشافعي رحمة الله عليه ، وهو يقول أن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ، ولا قدرة دون العلم ، ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به ، وهو إيصال الحق إلى مستحقه ، وينبغي للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه السلام ، من قلد إنساناً عملا وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ،

---

( وأما الثاني ) أي الشرط الثاني في الولي ، وهو شرط الاجتهاد ، وقد مر الكلام فيه ، ولكن نتكلم في حل المتن ( فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الاولوية ) والمجتهد أحب من غيره ( فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي « رح » ) وبقوله قال مالك وأحمد « رح » ( وهو ) أي الشافعي « رح » ( يقول أن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ) لأنه مأمور بالقضاء بالحق ، ولأمر بلا قدرة ، ولا قدرة بلا علم، وهو معنى قوله ( ولا قدرة دون العلم ) لأن الجاهل يخبط خبط العشو ، ولا يميز بين الحق والباطل ( ولنا أنه ) أي أن الجاهل ( يمكنه أن يقضي بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق إلى مستحقه ) وفي بعض النسخ إلى المستحق .

فإن قلت روى أبو داود عن أبي بريدة عن أبيه « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ القضاة ثلاثة ، اثنان في النار ، وواحد في الجنة ، رجل عرف الحق فقضى به ، فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض به ، وجار في الحكم ، فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق ، فقضى للناس على جهل ، فهو في النار قيل له الحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى الغير .

( وينبغي للمقلد ) بكسر اللام ( أن يختار من هو الأقدر ) على القضاء ( والأولى ) لعلمه ودينه وأمانته ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من قلد إنساناً عملاً، وفي رعيته من هو أولى منه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ) روى الحاكم « رح » مستدركه

وفي حـد الاجتهـاد كلام عرف في أصول الفقـه حاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقـــه ، ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له ، معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقيـاس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون صاحب قريحة ، مع ذلك

---

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ من استعمل رجـــلا على عصابة وفي تلك الاصابة من هو أرضى الله عنه ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين . وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، ورواه الطبراني « رح » في معجمه عن ابن عباس « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ من ولى من أمور المسلمين شيئاً ، فاستعمل عليهم رجـلا ، وهو يعـــلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسوله ، فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين .

وروى أبو يعلى الموصلي « رض » في مسنده ، عن حذيفة « رض » عن النبي ﷺ قال أيما رجل استعمل رجلا على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفطن منه ، فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين . فانظر إلى ملوك زماننا هذا ، كيف يولون قضاة ونواباً،مع علمهم أن في رعيتهم من هو أفضل منهم وأعلم وأدين ، وغالب توليتهم بالرشاء والبواطيل وقد روى أبو داود عن عبدالله بن عمر « رح » وقال لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي وروى الخصاف من حديـــث أبي هريرة « رض » عن النبي ﷺ انـــه قال [لعن الله الراشي والمرتشي ، والراشي ملعون ، والراشي المعطى ، والمرتشي الآخـذ ، والراشي الذي يسعى بينهما اليسوى أمره .

( وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه ) أي في أصول الفقه لفخر الإسلام « رح » وغيره في باب معرفة المجتهدين ، وقد ذكرنا فيما مضى في هـــذا الباب مما فيه الكفاية ( حاصله ) أي حاصل ما قيـل في حد الاجتهاد ( أن يكون ) أي الذي يدعي الاجتهاد ( صاحب حديث له معرفة بالفقـه ، ليعرف معاني الآثار أو صاحب ) أي أو يكون صاحب ( فقه له معرفة بالحديث ، لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه ، وقيل أن يكون صاحب قريحة مع ذلك ) .

يعرف بها عادات الناس ، لأن من الأحكام ما يبتنى عليها . قال ، ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه يؤدي فرضه ، لأن الصحابة « رض » تقلدوه وكفى بهم قدوه ، ولأنه فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف .

---

قال صاحب الجمهرة القريحة خائص الطبيعة ، ومنه اشتقاق القراح ، وهو الخالص الذي لم يمزج بغيره من السبخ ، وغيره في تهذيب الديوان قريحة البئر أول مائها ، والقريحة الطبيعة ومنه يقال لفلان قريحة جيدة براه استنباط العلم وهي على وزن فعيلة بمعنى مفعولة إسم للبئر من قرحتها ، إذ حفرتها ثم سموا الماء بذلك لملابسته بينهما ، ثم قالوا فلان حسن القريحة ، إذا ابتدع شعراً أو خطبة أجاد فيها ، فاستعاروها للطبع ، وهو من مستعار المجاز ، لأن أصل القرح الجرح والشق ومنه القارح ، وهو الفرس الذي قرح نابه أي شق.

( يعرف بها ) أي بالقريحة ( عادات الناس ، لأن من الأحكام ما يبتنى عليها ) أي على العادات ، لأن العرف قد يغلب على القياس ، كما في الاستصناع جوزوا بخلاف القياس .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه ) أي فرض القضاء وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الانبياء عليهم السلام ( لأن الصحابة رضى الله عنهم تقلدوه ) أي القضاء ، وروى أبو داود والترمذي وابن ماجة « رح » أن علياً رضي الله عنه تقلد القضاء من النبي ﷺ ، وروى البيهقي أيضاً أن أبا بكر رضي الله عنه ، استعمل عبدالله بن مسعود على القضاء وبيت المال ، وروى ابن سعد في الطبقات عن نافع لما استعمل عمر بن الخطاب « رح » زيد بن ثابت « رض » على القضاء فرض له رزقاً ( وكفى بهم قدوة ) أي كفى بالصحابة أسوة . قال الجوهري « رح » القدوة الاسوة ، يقال فلان قدوة يقتدى به ، وقد يضم فيقال لي بك قدوة وقدوة وقدوه ( ولأنه ) أي ولأن القضاء (فرض كفاية لكونه أمراً بالمعروف) والامر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض .

فإن قيل قوله فرض كفاية يوجب الدخول فيه مستحب كما في صلاة الجنازة وغيرهما

قال ويكره الدخول فيه ، لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيـــه ، كيلا يصير شرطاً لمباشرته القبيح ، وكره بعضهم الدخول فيه مختاراً ، لقوله عليه السلام، من جعل على القضاء، فكأنما ذبح بغير سكين .

---

قلنا نعم ، لكن فيه خطر عظيم ، وأمرة مخوف ، لا يسلم في بحره كل سائح، فبالنظر إلى كونه فرض كفاية وبالنظر إلى كونه متضمنا أمراً مخوفاً يكره ، فقلنا لعدم البأس .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويكره الدخول فيه ) أي في القضاء ( لمن يخـاف العجز عنه ) أي عن القضاء وكره بعض العلماء « رح » أو بعض السلف « رح » الدخول فيه سواء ، وشقوا بأنفسهم أو خافوا عليها العجز عنه ، وفسروا الكراهة هنا بعـــدم الجواز . فقال الصدر الشهيد رحمه الله في أدب القاضي ، ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرهاً .

ألا ترى أن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه دعي إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطاً ، فلما كان في المرة الثالثة ، قال حتى أستشر اصحابي ، فاستشار أبا يوسف « رح » فقال أبو يوسف رحمه الله لو تقلدت لنفعت الناس ، فنظر اليه أبو حنيفة « رح » نظر الغضب وقـال ، أرأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكنت اقدر عليه ، وكأني بك قاضياً ، ويروى أنه قال أراك أن تبتلي بالقضاء ،وكذا دعي محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس فاضطر ثم تقلد .

( ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطاً ) أي كيلا يصير الدخول في القضاء وسيلة ( لمباشرته القبيح ) وهو الحيف في القضاء ، وإنما عين بلفظ الشرط لأنه أكثر مـا يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشاء، وفي الغالب يكون ذلك مشروطاً بمقدار معين مثل أن يقول لي على فلان أوله علي مطالبته بكذا، فإن قضيت لي فلك كذا.

( وكره بعضهم الدخول فيه ) أي في القضاء حال كونه ( مختاراً لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ( من جعل على القضاء ، فكأنما ذبح بغير سكين ) ورواه الحكم « رح »

في مستدركه وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . رواه ابن عدي « رح » في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال من استقضى فقد ذبح بغير سكين ، وروي ذبح بسكين . وذكر الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي وجه التشبيه أن السكين تؤثر في الظاهر والباطن جميعاً ، والذبح بغير سكين ، ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك ، فإنه يؤثر في الباطن ، والقضاء لا يؤثر في الظاهر ، فإنه في ظاهره جاه وفي باطنه هلاك .

وكان شمس الأئمة الحلواني « رح » يقول لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي ، فقد حكي أن قاضياً روى له هذا الحديث ، فازدراه وقال كيف يكون هذا ، ثم دعى في مجلسه ممن يسوى شعره ، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه ، إذا هو عطس فأصابه الموسى ، والقى رأسه بين يديه ، وقد جاء في التحذير عنه آثار ، وقد اجتنبه أبو حنيفة رحمه الله ، فصبر على الضرب واجتنبه كثير من السلف « رح » ، وقيد محمد رحمه الله نيفاً وثلاثين يوما أو نيفاً واربعين يوماً ، حتى تقلده هذا كله ليس بموجود في بعض النسخ ، وروايته موجودة في نسخة شيخ العلاء رحمه الله ، فلذلك أستدركه وكتبه على الحاشية ، وشرحه مضى عن قريب .

والذي ضرب أبا حنيفة « رح » على تركه القضاء ، هو أبو جعفر المنصور ثاني الخلفاء العباسيين ، وكان الذي قلد القضاء لمحمد « رح » هو الرشيد ثم عزله قوله . وقد جاء في التحذير ، أي عن الدخول في القضاء آثار أي أخبار كثيرة منها حديث أبي ذر رضى الله عنه ، رواه مسلم ان النبي ﷺ قال له يا أبا ذر «رض» إني أحب لك ما أحب لنفسى لا تامرن على اثنين ، ولا تولين مال يتيم . ومنها حديث ابن ابي بريدة « رح» عن أبيه قال قال رسول الله ﷺ القضاة ثلاثة ... الحديث ، ومنها حديث رواه ابن حبان «رح »في صحيحه عن عائشة رضي الله عنها قالت سمعت النبي ﷺ يقول ، يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى أنه لم يقضي بين اثنين في عمره .

( والصحيح أن الدخول فيه ) أي في القضاء ( رخصة طمعاً في إقامة العدل ) قال

والترك عزيمـــة ، فلعله يخطىء ظنه ولا يوفق له ، أو لا يعينه على غيره ، ولا بد من الإعانة ، إلا إذا كان هو الأصـل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد . قال وينبغي أن لا يطلب الولاية ، ولا يسألهـــا لقوله عليه السلام ، من طلب القضاء ، وكل إلى نفسه من أجبر عليه ، نزل ملك عليه يسدده ،

---

رسول الله ﷺ ، عدل ساعة خير من عبادة سنة . وروى مسلم عن عبدالله بن عمرو «رض» إن رسول الله ﷺ قال ، إن المقسطين في الدنيا على منابر من نور عن يمين الرحمن ، وكلتا يديه يمين الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا ( والترك ) أي ترك القضاء ( عزيمة ) من العزم ، وهو الجد والصبر ( فلعله يخطىء ظنه فلا يوفق له ) يعني انه أراد أن يقضي بالحق في الابتداء في ظنه ثم لا يقدر عليه ( أو لا يعينه غيره عليه ولا بد من الإعانة ) أي على القضاء بالحق أنه ربما لا يمكنه القضاء في الأمر إلا باعانة غيره عليه ، ولعـل غيره لا يعينه عليه ( إلا إذا كان هو الأهل للقضاء دون غيره ، فحينئذ يفـترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد وإخلاء للعالم عن الفساد ) .

هذا بلا خلاف بين الفقهاء كصلاة الجنازة إذا تعين واحـد لإقامتها يفترض ، ومعنى إخلاء العالم عن الفساد في الحدود والقصاص ، وقيد بقوله إذا كان هو الأهل للقضاء يعني وحده لأنه إذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء ، فامتنع كل واحـد منهم عن الدخول فيه ، أثموا إن كان السلطان ، بحيث لا يفصل بينهم ، وإلا فـلا ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل ، اشتركوا في الإثم لأدائه إلى تضييع أحكام الله تعالى .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها ) أي لا يطلب ولاية القضاء بقلبه ولا يسألها بلسانه ( لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ) هذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وابن ماجة «رح» من حديث أنس رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من سأل القضاء وكل إلى نفسه

ولأن من طلبه يعتمد على نفسه ، فيحرم، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ، ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل، لأن الصحابة « رض » تقلدوا من معاوية « رض » ، والحـــق كان بيد علي رضي الله عنه في توبته ، والتابعين تقلدوا من الحجاج

---

... الحـديث ، ولفظة أبي داود « رح » في طلب القضاء ، كما في رواية المصنف « رح » وزاد عليه قوله ، واستعان عليه وكل اليه ، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكاً يسدده ، ولفظ الترمذي من ابتغاء القضاء وسأل شفعاً وكل إلى نفسه ، ومن أجـبر عليه أنزل الله عليه ملكاً يسدده قوله ، وكل على صيغة المبني للمفعول ، بتخفيف الكاف ، أي فوض أمره اليها ، ومن فوض أمره إلى نفسه، كان مخذولاً غيرمرشد إلى الصواب،لكون النفس أمارة بالسوء ، قوله يسدده أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب .

( ولأن من طلبه ) أي القضاء ( يعتمد على نفسه ) في الورع والعـلم والفطنة ، فيصير معجباً ، فلا يلهم الرشد ، ويحرم التوفيق ، وهو معنى قوله ( فيحرم ومن أجـــبر عليه يتوكل على ربه ) ومن يتوكل على الله فهو حسبه ( فيلهم ) أي الرشد والصواب ( ثم يجوز التقلد ) أي تقليد القضاء ( من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا ) أي القضاء ( من معاوية « رض »)ابن أبي سفيان لما انفرد بالأمره وخالف علياً رضي الله عنه .

( والحق ) أي والحال أن الحق ( كان بيد علي رضى الله عنه في نوبته ) أي في حلافته لأن الخلافة كانت له بعد عثمان رضي الله عنه بالنص ، وقيد بقوله في نوبته احـترازاً عن مذهب الروافض ، فإنهم يقولون الحق مع علي « رض » ، في جميع نوب الخلفاء في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان « رض » ، ومع أولاده بعد علي « رض » ، وعند أهل السنة «رح» معاوية « رح » كان باغياً في نوبة علي رضي الله عنه ، وبعده إلى زمان ترك امير المؤمنين حسن « رض » الخلافة اليه فانعقد الإجماع على خلافة معاوية « رض » بعده ( والتابعين ) بالنصب عطفاً على قوله لأن الصحابة « رض » ( تقلدوه ) أي القضاء ( من الحجـــاج )

وهو كان جائراً ، إلا إذا كان لا يمكنه القضاء بحق ، لأن المقصود لا يحصل بالتقلد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه .

---

ابن يوسف الثقفي عامل عبد الملك بن مروان على العراق وخراسان ومات في رمضان أو شوال سنة خمس وتسعين ، وعمره ثلاث أو أربع وخمسون سنة ، ولما سمع الحسن البصري بموته سجد ، يعني شكراً لله تعالى وقال اللهم إنك قد أمته ، قامت عنا سنة . وعن الحسن « رح » ايضاً أنه قال لو جاء كل أمة بخبيثها ، وجئنا به لغلبناهم ، وظلمه مشهور .

وتولى أبو الدرداء رضي الله عنه القضاء بالشام ، ولما مات وكان معاوية يستشيره ، واستشاره فيمن يولي بعده ، فأشار إليه بفضالة بن عبيدة الانصاري « رح » فولاه الشام بعده .

وقال البخاري « رح » في تاريخه الوسط بإسناده إلى أبي اسحاق « رح » قال كان أبو بريدة « رح » على الكوفة ، فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه ، وقال في موضع آخر حدثنا الحسن بن رافع حدثنا ضمرة قال استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى ، وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ، ومات الحجاج بعده بستة أشهر ، ولم يقتل بعده أحداً .

وفي تاريخ أصفهان للحافظ بن نعيم ، في باب العين المهملة ، عبدالله بن أبي مريم الأموي ولي القضاء بأصبهان للحجاج ، ثم عزله الحجاج ، فأقام محبوساً بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان ومات بها .

( وهو ) أي الحجاج ( كان جائراً ) أي ظالماً شديد الظلم مشهوراً ( إلا إذا كان ) استثني من قوله يجوز التقليد من السلطان الجائر الا إذا كان ( لا يمكنه من القضاء بحق ) أي إلا إذا كان السلطان الجائر لا يمكنه من التمكين من الحكم بحق ( لأن المقصود ) وهو العمل بحق ( لا يحصل التقلد ) من السلطان الجائر ( بخلاف ما إذا كان يمكنه ) حيث يجوز له التقليد منه ، والضمير في ما كان يرجع إلى السلطان ويمكنه من التمكن .

قال ، ومن قلد القضاء يسأل عن ديوان القاضي الذي كان قبله ، وهو الخرائط التي فيها السجلات ، وغيرها ، وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ، ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح ، لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولّى ،

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي فيها السجلات ) وفي المغرب الديوان الجريدة من دون الكتب ، أو أجمعها لأنها قطع في القراطيس مجموعة . ويروى أن عمر « رض » أول من دون الدواوين ، أي رتب الجراية للولاة والقضاة ، وأصله بدون بتشديد الواو فعوض من إحدى الواوين ، لأنه يجمع على دواوين . ولو كانت الياء أصلية لقالوا دياوين . وفسر المصنف الديوان بقوله وهو الخرائط ، جمع خريطة . قال الجوهري « رح » وعامة من الأدم وغيره بشرح علي فيها ، والسجلات جمع سجل ، وهو كتاب الحكم وقد سجل عليه القاضي ( وغيرها ) أي غير السجلات من المحاضر والصكوك ، وكتاب نصب الاوصياء ، وتقدير النفقات ، والقيم في أموال الوقف ( لأنها ) أي السجلات وغيرها ( وضعت فيها ) أي في الخرائط ( لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد من له ولاية القضاء ) وهو القوضي المولى ، لأنه يحتاج إلى معرفة ما فيها ، فكان له أخذها .

( ثم إن كان البياض ) الذي كتب عليه السجلات ونحوها ( من بيت المال فظاهر ) أي يجبر المعزول على دفعه ، لأن ذلك إنما كان في يده لعلمه وقد صار العمل لغيره ، فلا يترك في يده ، أي وكذا يجعل في يد من له ولاية القضاء ( وكذا إن [1] كان ) أي البياض ( من مال الخصوم ) لأنه وضع عنده لصيانة حقوق الناس تديناً لا تمولاً في الصحيح احترز به عما قال المشايخ « رح » إذا كان البياض من ماله أو من مال الخصوم لا يجبر على الدفع لأنه ملكه أو وهب له وفي الصحيح يجبر (لأنهم وضعوها في يده لعمله ، وقد انتقل إلى المولى ) بتشديد اللام المفتوحة .

---

(١) إذا كان ــ هامش .

وكــذا إذا كان من مال القاضي هو الصحيح ، لأنه اتخذه تديناً لا تمولاً ، ويبعث أمينين ليقبضاها بحضرة المعزول أو أمينــه ويسألانه شيئاً فشيئاً ، ويجعلان كل نوع فيها في خريطة كيلا يشتبه على المولى . وهذا السؤال لكشف الحال للإلزام.

---

( وكذا ) أي يجبر على الدفع ( إذا كان ) أي البياض ( في مال القاضي هو الصحيح ) إحترز به عن مثل ما مضى في الصورة الأولى ( لأنه ) أي لان القاضي المعزول ( اتخذه تديناً ) أي وضع عندهم بطريق الديانه والامانه ( لا تمولاً ) أي ما وضع عنده من حيث أن يتمول به ( ويبعث ) إلى القاضي الجديد المولى اثنين ( أمينين ليقبضاها ) أي الخرائط التي فيها السجلات وغيرها ، والواحد يكفي والإثنان أحوط ( بحضرة ) القاضي ( المعزول أو أمينه ) أي لأمين من جهة المعزول .

( ويسألانه ) أي يسألان المعزول ( شيئاً فشيئاً ) يعني واحداً بعد واحد ( ويجعلان كل نوع منها في خريطة ) وينسخ الاوصياء في خريطة ، وكل نوع في خريطة ، لأن هذه النسخ كانت في خريطة تحت يد المعزول ، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك حتى احتاج اليه بخلاف المولى ، لأنه لا علم له بذلك ، فيجعل كل نوع في خريطة ( كيلا يشتبه على المولى ) شيء منها ، أي من السجلات وغيرها .

( وهذا السؤال ) أي سؤال أموال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس ( لكشف الحال لا للالزام ) لان قول المعزول ليس بحجة لالتحاقه بالعزل بواحد من الرعايا ، ومتى قبضنا ذلك ، يختمان ذلك احترازاً عن الزيادة والنقصان وهــذا ينبغي أن يكون في حق كل قاض . كذا في المحيط وفي أدب القاضي للصدر الشهيد .

وقال السكاكي « رح » قيل والسؤال يعني الاستعلام ، يتعدى إلى المفعول الثاني بغير ، وهنا قال يسألانه شيئاً فشيئاً بدون عن واجيب بأن انتصاب شيئاً بعامل مضمر يدل عليه قوله يسألان ، تقديره يسألانه عن أحوال السجلات وكيفياتها ، أي يسألان شيئاً فشيئاً عنها ، ونقل الاكمل « رح » وجميع ما قاله شيخه السكاكي « رح » ثم قال

قال ينظر في حـــال المحبوسين ، لأنه نصب ناظراً ، فمن اعترف بحق ألزمه إياه ، لان الإقرار ملزم . ومن أنكر لم يقبل قول المعزول عليه إلا ببينة ، لأنـــه بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة . لا سيا إذا كانت على فعل نفسه ، فإن لم تقم ، لم يعجل بتخليته حتى ينادى عليه ،

---

وليس بشيء ، لان الكلام في الثاني كالكلام في الاول ، والاولى أن يجعل حالا ، بمعنى مفصلا كما في قوله بينت له حسابه باباً باباً انتهى . إنما قال بمعنى مفصلا ، لان من شرط الحال ، ان يكون من المشتقات .

( قال ) اي القدوري « رح » ( وينظر في حال المحبوسين ) اي ينظر القاضي الجديد في حال المحبوسين . وفي بعض النسخ في حال المحتبسين ( لأنه ) اي لأن القاضي الجديد ( نصب ناظراً ) لأمور المسلمين ( فمن اعترف بحق ، الزمه إياه ، لأن الإقرار ملزم ، ومن انكر لم يقبل قول المعزول ) اي القاضي المعزول ( عليه إلا ببينة ، لأنه ) اي لأن المعزول ( بالعزل التحق بالرعايا ، وشهادة الفرد ليست بحجة ، لا سيا إذا كانت ) اى شهادته على تأويل الأخبار ( على فعل نفسه ) وبه قال الشافعي واحمد « رح » يقبل قوله بعد العزل ، كما قبل العزل ، لأنـــه امين الشرع . وعند مالك « رح » ، لا يقبل قولـــه قبل العزل إلا بحجـــة .

( فإن لم تقم البينة [1] لم يعجل ) القاضي ( بتخليته حتى ينادى عليه ) وصفته ان يأمر كل يوم إذا جلس منادياً ينادى في محلته ، كان يطلب فلان إبن فلان المحبوس الفلاني بحق ، فليحضر ينادى كذلك اياماً ، فإذا حضر أحد وادعى عليه ، وهو على جحوده ، إبتدأ الحكم بينهم ، فلا يقبل قول المعزول . وإن لم يحضر خصم ، وأخـــذ منه كفيلا بنفسه ، ولعله محبوس بحق غائب ، وقد قامت عليه إمارة ، وهو حبس القاضي المعزول.

---

(١) فإن لم تقم لم يعجل — هامش .

وينظر في أمره ، لان فعل القاضي المعزول حق ظاهر ، فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطـال حق الغير وينظر في الودائع ، وارتفاع الوقوف ، فيعمل فيه على ما تقوم به البينة ، أو يعترف بـه من هو في يـده ، لان كل ذلك حجة . ولا يقبل قول المعزول لما بيناه ،

---

فصل قسمة الميراث عند ابي حنيفة « رح » حيث يؤخذ الكفيل هناك عنده ، على مايجيء لأن في مسألة الميراث ، الحق ظاهر لهـذا الوارث وفي ثبوت حق الآخر شك ، فلا يجوز تأخيره ، كموهوم ، اما هناك الحق ثابت ، فيحمل فعل القاضي على الصلاح ،ولكنه مجهول فلا يكون اخذ الكفالة لموهوم وقيل اخذ الكفيل هنـا على الخلاف ايضاً . وفي المحيط الصحيح ، ان اخذ الكفل ها هنا بالاتفاق .

( وينظر في أمره لأن فعل القاضي المعزل حق ظاهراً ) أي من حيث الظاهر ( فلا فلا يعجل كيلا يؤدي إلى إبطال حق الغير ) أي لا يعجل القاضي باطلاق المحبوس ، بل يتأنى وينادي على المحبوس أياماً في مجلسه من كان يطلب فلان بن فـلان الفلاني المحبوس بحق ، فليحضر .

وقال أبو داود الناصحي«رح» في أدب القاضي للخصاف، فإن قال واحد من المحبوسين حبست بغير حق ، ولم يحضر له خصم ، تأنى القاضي ، ونادى أياماً ، فإن لم يحضر له خصم أطلقه وأخذ منه كفيلا بنفسه ويطلقه ، فإن قال لا كفيل لي ، أو لا أعطي كفيلا فإنه لا يجب عليه شيء نادى عليه شهراً ثم تركه ، لأن الحق لم يثبت عليه ، فلا يلزمـه إعطاء الكفيل وإنما طلبه القاضي به احتياطاً ، فإذا لم يعطه ، وجب عليـه أن يحتاط بنوع آخر ، فينادي عليه شهراً ، فإذا مضت المدة أطلق عنه ، كذاقاله الإمام الناصحي.

( وينظر في الودائع وارتفـاع الوقوف ) أي التي وضعها المعزول في أيدي الأمناء ( فيعمل فيه على ما تقدم به البينة أو يعترف به من هو فيبده لأن كل ذلك ) أي كل واحد من قيام البينة ، واعتراف من هو في يده ( حجة ولا يقبل قول المعزول لما بيناه ) إشارة

إلا أن يعترف الذي هي في يده أو يديه ، أن المعزول سلمها إليه ، فيقبل قوله فيها ، لأنه ثبت بإقراره ، أن اليـــد كانت للقاضي ، فيصح إقرار القاضي ، كأنه في يده في الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار بغيره ، ثم أقر بتسليم القاضي ، فيسلم فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ، ويضمن قيمتـــه للقاضي ، بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

---

إلى قوله ، لأنه بالعزل التحق بالرعايا إلى آخره ( إلا أن يعترف الذي هي في يده أن المعزول أسلمها إليه فيقبل قوله فيها ) أي قبل قول المعزول حينئذ فيها ، أي في الودائع وارتفاع الأوقات ( لأنه ثبت بإقراره ) أي بإقرار ذي اليد (أن اليد كانت للقـــاضي) المعزول ( فيصح إقرار القاضي ) المعزول به .

( كأنه في يده في الحال ) ولو كانت بيده عياناً ، صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه ، لان يد المودع كيد المودع ( إلا إذا بدأ ) استثناء من قوله فيقبــل ، أي إلا إذا بدأ ذوي اليد ( بالإقرار لغـــيره ، ثم أقر بتسليم القاضي ) إلى الغير من أقر له القاضي ( فيسلم ما في يده إلى المقر له الأولى لسبق حقه ) أي يسبق حق المقر له الأول،وهو الذي أقر له ذو اليد (ويضمن ) أي ذو اليد ( قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر لهمن جهة القاضي ) وقال الصدر الشهيد « رح » حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه :

إما أن يقول دفعه إلى المعزول ، وقال هو لفلان بن فلان ، أو قال دفعه إلى المعزول ولا أدري لمن هو ، وأنكر ما قوله المعزول أو قال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر ففي الوجه الأول والثاني يقبل قول المعزول والمال للمقر له ، لأن المال وصل إلى يده من جهة المعزول ، فكان المال في يد المعزول معنى ، ومن في يده المـال إذا أقر لإنسان يقبل فكذا هذا وفي الوجه الثالث ، القول لصاحب اليد ، وفي الوجه الرابع المسألة على وجهين أما إن بدأ صاحب اليد وقال دفعه إلى المعزول ، وهو لفلان آخر ، أو بدأ بالإقرار فقال هو الملك لفلان بن فلان غير الذي أقر له المعزول له ، ثم قال دفعـــه الى المعزول ، ففي

قال يجلس للحكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه وكأنه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد والجامع أولى ، لانه أشهر .

وقال الشافعي « رح » يكره الجلوس في المسجد للقضاء ، لانـــه يحضره المشرك وهو نجس بالنص،والحائض وهي ممنوعة عن دخوله.

ولنا قوله عليه السلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم ،

---

الوجه الأول ، القول قول المعزول ويؤمر بالدفع إلى من أقرله المعزول ، وفي الوجه الثاني يؤمر بالدفع إلى من أقر له ، ويضمن مثله إن كان من ذوات الأمثال ، أو قيمته للمعزول ثم يسلمه المعزول إلى من أقر له .

( قال ) أي القدوري « رح » (ويجلس ) أي القاضي ( للحـــكم جلوساً ظاهراً في المسجد كيلا يشتبه مـــكانه على الغرباء ) جمع غريب ( وبعض المقيمين ) الذين ليس لهم اختلاط بالقضاء ( والمسجد الجامع اولى ولأنه أشهر ) المواضع .

وقال فخر الإسلام « رح » هذا إذا كان الجامع في وسط البـــلدة ولو كان في طرف البلدة ، يختار مسجداً في وسط البلدة ، كيلا يلحق الناس مشقة الذهاب إلى طرف البلدة ويختار مسجد السوق لأنه أشهر . وفي المبسوط ، أحب إلي أن يقضي حيث تقام جماعة الناس ، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعة ، لأن ذلك عن التهمة أبعد. وبه قال مالك وأحمد « رح » وفي وجيز الشافعية « رح »، يكره أن يتخذ المسجدمجلساً للقضاء ، وقال في خلاصة الفتاوى وافضل ما يجلس في المسجد الجامع ، وفي مسجد حيه أو بيته لا بأس به عندنا .

( وقال الشافعي « رح » يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه ) أي لأن القـــاضي ( يحضره المشرك ) للدعوى ( وهو نجس بالنص) وهو قوله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس﴾ ٢٨ التوبة ، ( والحائض ) أي ويحضره الحائض ( وهي) أي الحائض (ممنوعة عن دخوله) أي دخول المسجد ( ولنا قوله ﷺ ) أي قول النبي ﷺ ( إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم ) هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وورواه مسلم ليس فيـه الحكم، رواه في

وكان رسول الله ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ، ولان القضاء عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد ، كالصلاة . ونجاسة الشرك في اعتقاده لا في ظاهره ، فلا يمنع من دخوله ، والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد ، أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها . كما إذا كانت الخصومة في الدابة ،

---

الطهارة من حديث أنس مطولاً ، وفي آخره إنما هي لذكر الله تعالى أي المساجد .

( وكان النبي ﷺ يفصل الخصومة في معتكفه ) فيه أحاديث منها ما خرج البخاري ومسلم عن سهل بن سعد في قصة اللعان أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت رجلا وجدمع امرأته رجلا ، إلى أن قال فتلاعنا في المسجد وأنا شاهد . ومنها ما اخرجه الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس رضى الله عنه قال ، بينا رسول الله ﷺ يخطب يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه ، فقال يا رسول الله أقم علي الحد الحديث وفيه ، فاجلدوه مائة جلدة ولم يكن تزوج .

( وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ) هذا حديث غريب . وفي صحيح البخاري في باب من قضى ولاعن في المسجد ولاعن عمر رضي الله تعالى عنه في المسجد عند منبر النبي ﷺ . وقضى شريح والشعبي ويحيى بن معمر «رض» في المسجد .

( ولأن القضاء عبادة ، فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة ونجاسة المشرك في اعتقاده ) هذا جواب عن دليل الشافعي « رح » وتقريره نجاسة المشرك في اعتقاده الباطن ، فإنه ثبت أن النبي ﷺ كان ينزل الوفود في المسجد (لا فى ظاهره ) أي لا نجاسة في ظاهره ( فلا يمنع من دخوله ) إذ لا يصيب الارض منه شيء ( والحائض تخبر بحالها ، فيخرج القاضى اليها أو إلى باب المسجد أو يبعث ) أي القاضي ( من يفصل بينها ) أي بين الحائض ( وبين خصمها كما إذا كانت الخصومة في الدابة ) فإن قيل يجوز أن تكون

ولو جلس في داره لا بأس به ، ويأذن للناس بالدخول فيها ، ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك ، لان في جلوسه وحده تهمة . قال ، ولا يقبـــل هدية

---

الحائض غير مسلمة لا تعتقد حرمة الدخول في المسجد ، فتخبر عن حالها ، قلنا الكفار غير مخاطبين بفروع الشريعة ، فلا بأس بدخولها .

( ولو جلس ) أي القاضي ( في داره لا بأس به ) ذكر هذا تفريعاً على ما تقـدم . وقال شمس الائمة السرخسي ، وإن اختار أن يجلس في داره ، فله ذلك بشرط أن لايمنع أحداً من الدخول عليه ، لأن لكل أحد حقاً في مجلسه ( ويأذن للناس بالدخول فيها ) أي في دارة ( ويجلس معه من كان يجلس) معه ( قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة ) أي تهمة الظلم والرشوة .

وقد روي أن عثمان رضي الله عنه ، ما كان يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة رضي الله عنهم ، ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ، ويشاورهم لمـــا روي ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم ، كانوا يحضرون عبد الرحمن بن عوف، ومعاذ بن جبل ،وابن أبي كعب ، وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ، وأبو بكر رضي الله عنه ، يحضر عمر وعثمان وعلي أيضاً رضي الله عنهم حتى ، قـــال أحمد يحضر مجلس الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه .

( قال اي القدوري رحمه الله ( ولا يقبل ) اي القاضي ( هدية ) الأصل في هذا الباب ما قاله في المبسوط ، الهدية في الشرع منه وبه قال ﷺ نعم الشيء الهدية إذا دخلت الباب ضحتك الا سكفته ، وقال عليه السلام ، الهدية تذهب وحر الصدر ، اى غشه ، والوعد يوقظ له البغض في الصدر . وقال علية السلام تهادوا تحابوا ، ولكن يهذا في حق من لم يتعين العمل من أعمال المسلمين ، فأما من تعين لذلك كالقاضي والوالي ،فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصاً ممن كان لا يهدى قبل ذلك ، إذ هو نوع من الرشوة والسحت . وعن مسروق قال ، القاضي إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت ، وإذا أخذ الرشوة ، فقد بلغت به الكفر.

إلا من ذي رحم محرم ، أو ممن جرت عادتــه قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جوي على العادة ، وفيما وراء ذلك ، يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة ، لا يقبل هديته . وكــذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لانه لاجل القضاء ، فيتحاماه

---

وروى البخارى « رح » بإسناده عن أبي حميد الساعدى قــال ، استعمل النبي ﷺ رجلاً من الأزدي يقال له ابن الأسد على الصدقة ، فلما قدم قال ، هذا لكم ، وهذا أهدي لي ، قال عليه السلام فهلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه ، فينظر أيهدى له أم لا ، واستعمل عمر رضي الله عنه أبا هريرة « رض » فقدم بمال ، فقال من أين لك هذا ، قال تناتجت الخيول ، وتلاحقت الهدايا ، فقال أى عدو الله هل قعدت في بيتك فتنظر أيهدى إليك أم لا ، فأخذ ذلك منه ، وجعله في بيت المال ، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كانت بهذه الصفة ، فلا يقبل الحاكم الهدية .

( إلا من ذى رحم محرم منه أو ممن جرت عادته قبل القضاء ) أى قبل أن يصير المهدى إليه قاضياً ( بمهاداته ، لأن الأول صلة الرحم ، والثاني ليس للقضاء ، بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك ) أى فيما وراء الأول والثاني ( يصير آكلا بقضائه ) والأكل للقضاء حرام وسحت ( حتى لو كان للقريب خصومة ، لا يقبل هديته ) .

( وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد ، أو كانت له خصومة ، لا يحل لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ) اى يحترز عنه ولا يأخذه ، ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه ، اختلف المشايخ « رح » فيه ، قيل يضعها في بيت المال كما مر من قضية عمر رضي الله عنه وبه قال الشافعي « رح » في وجه وعامة المشايخ « رح » قالوا يردها على أربابها إن عرف المهدي وبه قال الشافعي « رح » في وجه آخر أشار إليه محمد « رح » في السير الكبير ، وإن لم يعرف المهدي أو كان بعيداً حتى تعذر الرد عليها ، حكمها حكم اللقطة ، يضعها في بيت المال لأنه أخذها لعمله ، وفي عمله نائب عن المسلمين ، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين .

ولا يحضر دعوة ، إلا أن تكون عامة ، لان الخاصة لاجل القضاء ، فيتهم بالإجابة ، بخلاف العامة ، ويدخل في هذا الجواب قريبه ، وهو قولهما . وعن محمد « رح » أنه يجيبه وإن كانت خاصة ، كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها .

---

( ولا يحضر ) أى القاضي ( دعوة الا أن تكون عامة ) وقال الطحاوى « رح » في مختصره ، ولا تجب الدعوة الخاصة للقرابة ، ويجيء هذه الآن ( لأن الخاصة ) أى الدعوة الخاصة تكون ( لأجل القضاء ، فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ) أى الدعوة العامة ، فانها لا تكون للقضاء . قال القدورى « رح » وأبو علي النفسي « رح » دعوة العامة عرس وختان ، وما سوى ذلك خاصة ، وقيل في الحد الفاصل إذا جاوز العشرة فهي عامة ، ويجيء الآن ما قاله المصنف « رح » ( ويدخل في هذا الجواب ) أى إطلاق قول القدورى « رح » ، ولا يحضر دعوة الخاصة ( قريبه ) أى قريب القاضي ( وهو قولهما ) اى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

( وعن محمد « رح » أنه يجيبه ) اى القاضي يجيب قريبه في الدعوة الخاصة . وذكر الخصاف « رح » يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف ، لأن إجابة دعوته صلة للرحم ، وعند الشافعي « رح » يحضر الولائم لغير الخصم ، وبه قال أحمد « رح » وقال مالك « رح » لا يحضر الخاصة ويحضر العامة إن شاء . وتركها أفضل ، إن كانت وليمة النكاح ولغير النكاح كره ذكره في الجواهر وفي الحلية اختلف أصحابنا « رح » فيمن ولي أمراً من أمور المسلمين ، كالقضاة والأئمة . في حضور الولائم على ثلاثة أوجه : أحدها أنه كغيرهم ، والثاني أنه سقط فرض الإجابة ، والثالث ان كان مرتزقاً لم يحضر والا يحضر ( وان كانت خاصة ) واصل بما قبله ، أى وان كانت الدعوة خاصة يجيبه لقريبه ( كالهدية ) أى كما في الهدية ، حيث يجوز له أخذها من قريبه . ثم أشار الى تعريف الدعوة الخاصة بقوله :

( والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها ) إيضاح ذلك ، أن صاحب الدعوة ، ان كان بحال لو علم أن القاضي لا يحضر ، لا يمتنع من اتخاذ الدعوة ، فإن

قال ويشهد الجنازة ، ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلمين . قال عليه السلام ، للمسلم على المسلم ستة حقوق ، وعد منها هذين ، ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه ، لان النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة . قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس

---

القاضي لايجيب هذه الدعوة ، فهذه دعوة عامة . وإن كان بحال لو علم صاحب الدعوة أنه لو اتخذ الدعوة لا يحضرها القاضي ، يمتنع ولا يتخذ الدعوة ، فهذه دعوة خاصة ، فلا يجيبها القاضي ، لأنها اتخـــذت له . فإذا حضرها كان آكلا بقضائه . وذكر صدر الإسلام وأبو اليسر « رح » إذا كانت الدعوة عامـــة ، والمضيف خصم ، فينبغي أن لا يجيب القاضي دعوة ، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إيذاء الآخر وإلى التهمة .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( ويشهد ) أى القاضي ( الجنازة ، ويعود المريض لأن ذلك ) أي المذكور من شهود الجنازة وعيادة المريض ( من حقوق المسلمين ) لأنه أمر مندوب اليه ، وليس فيه تهمة أيضاً .

( قال عليه‌السلام ) أي قال النبي ﷺ ( للمسلم على المسلم ستة حقوق ) الحـديث رواه مسلم عن أبي هريرة « رض » أن رسول الله ﷺ قال ، حق المسلم على المسلم ست ، قال يا رسول الله ﷺ ما هن ، قال إذا لقيته فسلم ، وإذا دعاك فأجب ، وإذا استنصحك فانصح له ، وإذا عطس فحمد الله فشمته ، وإذا مرض فعده وإذا مات فاتبعه . وفي رواية أخرى عن أبي هريرة « رض » قال رسول الله ﷺ خمس يجب للمسلم على أخيه رد السلام وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنائز ( وعـد منها ) أي من الست ( هذين ) وهما شهادة الجنازة وعيادة المريض .

( ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه ، لأن النبي ﷺ نهى عن ذلك ) الحـــديث رواه الطبراني « رح » في معجمه الأوسط عن علي رضى الله عنه قال ، نهى النبي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر ( ولأن فيه تهمة ) أي تهمة الميل .

( قال ) اي القدوري « رح » ( وإذا حضرا ) أي الخصمان ( سوى بينهما في الجلوس

والاقبال، لقوله عليه السلام، اذا ابتلي أحدكم بالقضاء، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يسار أحدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة، ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر،

---

والإقبال ) أراد بالإقبال تسوية النظر من الجانبين . وكتب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى « رض » وسوي بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك ، والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه ، ولا يجلس أحدهما على يساره والآخر على يمينه ، لأن لليمين فضلاً على اليسار .

وفي المغني والنوازل والفتوى الكبرى ، تخاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ، ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ، ويقعد هو على الأرض ، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضلاً أحدهما ، وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضياً على السلطان الذي قلده والدليل عليه قصة علي عند شريح « رض » فإن شريحاً « رض » قام عن مجلسه وأجلس علياً رضي الله عنه في مجلسه، وقال المرغيناني « رح » وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي ولا يتربعان ولا يقعيان ، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيماً للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي العالم تعظيماً للعلم ، ويقف أعوان القاضي بين يديه ، ليكون أهيب في أعين الناظرين .

( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ) الحديث رواه اسحاق بن راهويه في مسنده «رح» عن أم سلمة رضي الله عنها ، قال رسول الله ﷺ من ابتلي بالقضاء بين المسلمين ، فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يسار أحدهما ) يعني لا يتكلم مع أحدهما سراً ( ولا يشير اليه ) لا بالرأس ولا بالعين ولا بالحاجب ، وكل ذلك منهي شرعاً ( ولا يلقنه حجة للتهمة ) أي تهمة الميل ، ولأن فيه إعانة لأحد الخصمين ، وكسر قلب الآخر، وهو معنى قوله ( ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر ) المكسرة بفتح الميم مصدر ميمي بمعنى

فيترك حقه . ولا يضحك في وجه أحدهما لانه يجرىء على خصمه ، ولا يمازحهم ولا واحـــداً منهم ، لانه يذهب بمهابة القضاء . قال ، ويكره تلقين الشاهد،ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره ، كتلقين الخصم واستحسن أبو يوسف « رح » في غـــير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس ، فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

---

الكسر ( فيترك حقه ) لأنه يتجنب عن طلب حقه فيترك حقه ( ولا يضحك) أي القاضي ( في وجه أحدهما ) أي أحد الخصمين ( لأنه يجترىء على خصمه ) بسبب ضحك القاضي في وجهه (ولايمازحهم) في الأختصام (ولا واحداً منهم) أي ولا يمازح واحداً من الأخصام ( لأنه ) لأن مزح القاضي ( يذهب بمهابة القضاء ) ولهذا قالوا ينبغي أن يكون القاضي عبوساً ، متواضعاً في افعاله ، وفي الجواهر يستحب أن يكون فيه عبوسة من غير غضب.

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( ويكره تلقين الشاهد ومعناه ) أي معنى ما قاله محمد « رح » من كراهته تلقين الشاهد ( أن يقول له ) أي أن يقول القاضي للشاهد ( أتشهد بكذا و كذا ، وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم ) حيث يكره ( واستحسنه ) أي تقليد الشاهد ( أبو يوسف « رح » في غير موضع التهمة ، لأن الشاهد قد يحصر ) أي ينحبس لسانه عن البيان ( لمهابة مجلس القاضي ، فكان تلقينه إحياء للحق )وقيد بقوله في غير موضع التهمة،لأن في موضع التهمة لا يجوز ذلك ، مثل إن يدعي المدعي الفاً وخمسمائة ، والمدعي عليـــه ينكر خمسمائة ، وشهد الشاهد بالألف ، فالقاضي إن قال يحتمل أنه إبراء لخمسمائة ، واستفاد الشاهد ، علماً بذلك ، ووقف في شهادته كما في وقف القاضي ، فهذا لا يجوز بالاتفاق ، وتأخير قول أبي يوسف « رح »يشير إلى اختياره المصنف رحمه الله(بمنزلة الأشخاص) وهو إرسال شخص فليحضر خصمه ويقال شخص من بلد الى بلد شخوصاً ، أي ذهب من حد منع وأشخصه غيره ( والتكفيل ) وهو أخذ الكفيل لأحد الخصمين لأنه لم يكن ذلك جنس إعانه أحد الخصمين .

# فصل في الحبس

قال ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحـــق حبس غريمه ، لم يعجـل بحبسه ، وأمره بدفع مـا عليه لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها ،

---

## ( فصل في الحبس )

أي هذا فصل في بيان أحكام الحبس ، ولما كان الحبس من انواع حكم القاضي ، ذكره في فصل على حدة ، وهو مشروع بالكتاب ، وهو قوله تعالى ﴿ أو ينفوا من الأرض ﴾ ٣٣ المائدة ، فإن المراد به المجلس ، وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله ﷺ حبس رجلا بالتهمة ، غير أنه لم يكن في زمن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم سجن وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث امكن ، ولما كان زمن علي رضي الله عنه ، أحدث السجن بناه من قصب وسماه [1] فقيه اللصوص ، فبنى سجناً من مدر فسماه مخيساً . ثم قال الأترازي كيساً مكيساً بنيت بعد نافـــع مخيساً باباً حصيناً ، وأميناً كيساً . رواه الزمخشري « رح » في الفائق . والمخيس موضع التجنيس ، وهو التذليل والكيس حسن الثاني في الأمور ، والمكيس منسوب إلى الكيس المعروف به قوله ، وأميناً أي ونصف امينها بعين السجان كذا في الفائق . وقال الكاكي « رح » وفي زمن النبي ﷺ وأبي بكر رضي الله عنه لم يكن سجن حتى اشترى عمر رضى الله عنـــه داراً بالمدينة بأربعة آلاف درهم واتخذه محبساً .

( قال وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلب صاحب الحق حبس غريمـــه ، لم يعجل بحبسه ، فأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزاء المماطلة ، فلا بد من ظهورها ) أي ظهور المماطلة لقوله عليه السلام عطل الغني ظلم ، فاستحق الحبس ، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدراهم وما دونه ، لأن مانع ذلك ظلم ، فيجـــازي به ، والمحبوس في الدين

---

(١) هنا كلمة مكشوطة ، أ هـ ، مصححه .

وهذا إذا ثبت الحق بإقراره ، لأنه لم يعرف كونه مماطلاً في أول الوهلة ، فلعله طمع في الإمهال ، فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك ، حبسه لظهور مطله . أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره .

---

لا يخرج لمجيء رمضان ، والفطر والأضحى والجمعة ، وصلاة مكتوبة ، وحجة فريضة ، وحضور جنازة بعض أهله ، وموت والده وولده إذا كان من يكفنه ويغسله ، بخلاف ما إذا لم يكن لأنه لزم القيام حينئذ بحق الوالدين ، وقيل يخرج بكفيله لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد وفي غيرهم لا ، وعليه الفتوى .

وإن مرض وله خادم لا يخرج ، وإلا يخرج لأنه ربما يموت بسببه ، وهو ليس بمستحق عليه ، ولو احتاج إلى الجماع ، دخلت عليه زوجته وجاريته ، فيطأهما حيث لا يطلع عليه أحد ، وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج ، فيجوز ان يمنع بخلاف الطعام . ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه عليه ، يشاورهم في قضاء الدين ، ويمنعون من طول المكث عنده .

( وهذا ) أي ترك القاضي عجلته يحبس الغريم ( اذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا فى أول الوهلة ) يقال لقيته اول وهلة ، أي أول شيء ( فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه بظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره ) وقال قاضي خان « رح » في شرح الجامع الصغير وعلى قول الخصاف « رح » في البينة ايضاً ، لا يحبسه في اول الوهلة . وقال في الاجناس قال في كفالة الاصل ، قال أبو حنيفة « رح » ينبغي للامام أن يحبس في الديون قرضاً كان او غصبا أو ثمن مبيع أو مهر ، لكن لا يحبسه في أول ما يقدم اليه ويقال له قم فارضه فإن عاد اليه حبسه ، وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » .

وقال الخصاف « رح » الصواب عندي ان لا يحبسه حتى يقول له ألك مال ، ويستحلفه على ذلك فإن أقر أن له مالاً حبسه ، وإن قال لا مال لي ، قال الطالب أثبت

## قال ، فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال حصل في يده كثمن المبيع ، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة

---

ان له مالاً حتى أحبسه ، وهو مذهب بعض القضاة . ثم أعلم إذا ثبت إعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف ولازمته ، بل يمهل إلا أن يوسر . قال عز وجل ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، وعندنا لا يحبس ، ولكن للغريم ملازمته ولا يمنعه من الكسب ، وهل يلزمه الكسب وإجارة نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى رب الدين عندنا والشافعي « رح » لا ، وعند أحمد « رح » يلزمه ، وقال مالك « رح » إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه به ، وقال الشافعي « رح » في وجه ، وعليه عمل القضاة لظهور المماطلة ، وفي وجه يبيع ماله الظاهر ، وبه قال مالك « رح » ، وأبي يوسف ومحمد « رح » أما لو امتنع من أداء الدين يحبس بلا خلاف .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فإن امتنع ) أي الغريم ( حبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كثمن المبيع ، أو التزمه بعقد كالمهر ، والكفالة ) ولكنه إنما يحبسه إذا طلب المدعي ذلك . وقال قاضي خان « رح » في شرح الجامع الصغير ، ولا يحبسه عندنا في الإقرار والبينة إلا عند طلب المدعي . وقال شريح « رح » يحبسه من غير طلبه . وفي الذخيرة ، لو قال المديون بعد ثبوت الدين أنا معسر أو قال المدعي موسر ، ولا بينة له ، فالقول للمديون مع يمينه ، وهو رواية أصحابنا واختيار الخصاف « رح » وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، لأن الأصل الفقر .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» إن كان في كل دين أصله مال ، كثمن المبيع والقرض ، فالقول للمدعي وبه قال الشافعي «رح» في وجه وفي كل دين لا يقابله مال ، كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك ، فالقول للمديون ، إليه أشار محمد « رح » في كتاب النكاح ، وفي مسألة ادعاء المرأة نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، فقال القول للزوج ، وقال بعضهم كل دين لزمه بسبب معاقدته واختياره ، فالقول لرب الدين ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه لأن اختيار لزومه بالعقد دليل اليسار .

لأنه إذا حصل المال في يده، ثبت غناؤه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره، إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه،

---

( لأنه ) استدلال لما ذكره القدوري « رح » ، لقولـه حبسه لكل دين ... الخ أي لأن الغريم ( إذا حصل المال ) أي المال الذي هو ثمن المبيع ونحوه من أي جهة كان ( في يده ثبت غناؤه به ) وزوالـه عن الملك محتمل ، والثابت لا يترك بالمحتمل . والأصل في ذلك أن الأصل في الإنسان الفقر والغنى حادث ، فوجب استصحاب المـال حتى يعلم حدوث ما يخالفه ، وما كان بدلاً عن مال ، فقد علم حصول الغنى به ، فسقط حكم الأصل. ووجب استصحاب الغني حتى يعلم زواله ، فلهذا لم يصدق في الاعتبار ، وصار امتناعه ظلماً ، فحبس لأجله .

( وإقدامه على التزمه ) بعقد كالمهر والكفالة ( باختياره دليل يساره إذ هو ) أي لأنه ( لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه ) فإذا ادعى الإعسار يريد إسقاطها عن نفسه ، فلا يقبل قوله ويحبس ، وهو الذي ذكره القدوري « رح » ، وشرحه المصنف « رح » ، هو رواية ابن سماعة « رح » أنه يحبس في ذلك ولا يقبل قوله في الإعسار . وذكر الخصاف « رح » عن أصحابنا ، أنه يحبس فيما إذا كان بدلاً عن مال حصل في يـده خاصة ، ولا يحب فيما سوى ذلك ، لأن الحبس عقوبة تستحق بالإمتناع مع الغنى ، فلا يجوز إثباتها بالظاهر ، كسائر العقوبات .

وحاصل المذهب عندنا ، أن القاضي لا يسأل المدعي المال إلا إذا ادعى المديون الإعسار ، فحينئذ يسأل . فإن قال المدعي انه معسر ، خلي سبيله ، وإن قال انه موسر ، وقـال المديون إني معسر ، ففيه اختلاف المشايخ . ورأى الخصاف « رح » أن القول قول المديون لأنه متمسك بالأصل . وقيل إن كان الدين وجب عليه بدلاً عن مال ، كثمن متاع ، أو بدل . قرض ، فالقول قول المدعي ، وإن كان بدلاً عما ليس بمال ، كالمهر ونحوه ، فالقول قول المدعى عليه . ونسب الخصاف « رح » هذا القول في أدب القاضي إلى أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

ومن العلماء من قال يحكم في الزى ، إن يزى بزى الفقر ، كان القول قول المديون ، وإن

والمراد بالمهر معجله دون مؤجله . قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك ، إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ، لأنه لم يوجد دلالة اليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي إثبات غناه . ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لان الأصل هو العسرة ، ويروى

---

تزيا بزى الأغنياء ، كان القول قول الطالب ، لأن ذلك علامة ودليل إلا في حق العلوية والفقهاء ، فإنهم يتكلفون في لباسهم ، حتى لا يذهب ما وجههم مع ما حاجتهم ، فلا يكون الزي دليلاً وعلماً على اليسار في حقهم ، فإن كان المطلوب ، ادعى الفقراء وادعى الطالب أنه غير زيه ، وقد كان عليه زى الأغنياء قبل ذلك ، سمع منه البينة ، ويجعل القول قوله ، وإن لم يمكنه إقامة البينة ، يحكم بزيه في الحال ، ويجعل القول قول المطلوب، كذا في شرح آداب القاضي .

( والمراد بالمهر معجله دون مؤجله ) لأن العادة جارية بتسليم المعجل ، فكان الإقدام على النكاح دليلا على القدرة ، والوفاء بالمعجل ، فلا يقبل قوله أنه معسر . قال فخر الإسلام البزدوي « رح » هذا في المعجل، أما إذا طلبت المؤجل بعدما بنى بها، فان القول قول الزوج أنه عسر لأنه لا دلالة هاهنا على القدرة منه على آدابه ، فأما في النفقة ، فإن القول قول الزوج أنه معسر في تقدير النفقة ( قالو لا يحبسه فيما سوى ذلك ) اي فيماسوى المذكور كضمان المتلف والغصب وأرش الجناية .

( إذا قال إني فقير ، إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً فيحبسه ،لأنه لم يوجد دلالةاليسار ، فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعي إثبات غناه ، ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ) اي في ثمن المبيع والمهر وغير ذلك . وفي الذخيرة ، إذا أقام المدعي بينة على يساره ، وأقام المديون بينة على إعساره ، فبينة رب الدين أولى ، لأن شهود المديون شهدوا بشيء لم يعرفوه .

( ويروى ) عن الخصاف « رح » أنه نسبه إلى أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وقد مر

أن القول له إلا فيما بدله مال . وفي النفقة القول قول الزوج أنه معسر . وفي إعتاق العبد المشترك ، القول للمعتق . والمسألتان تؤيدان القولين الآخرين ، والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الإتفاق . وكذا عند أبي حنيفة « رح » ضمان الإعتاق ،

---

بيانه ( أن القول له ) اي لمن عليه الدين ( إلا فيما بدله مال ) يعني القول فيما بدله مال للمدعي ( وفي النفقة القول للزوج أنه معسر ) يعني إذا ادعت المرأة على زوجها أنه موسر ، وادعت نفقة الموسرين ، وزعم الزوج أنه معسر ، وعليه نفقة المعسرين ، فالقول قول الزوج .

( وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق ) يعني إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد ، وزعم أنه معسر ، كان القول قوله ( والمسألتان ) وهما مسألة النفقة ومسألة إعتاق العبد المشترك ( تؤيدان القولين الأخيرين ) وبعض النسخ الأخير . وأراد بالقولين الأخيرين قوله ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال .

( والتخريج ) أي تخريج مسألة الإنفاق والإعتاق ( على ما قال في الكتاب ) أي على ما قال القدوري « رح » في مختصره ، حيث القول قول المدعي في كل دين التزمه بعقد مع وجود الالتزام ، لم يكن القول للمدعي في المسألتين ، فأجاب عنه وقال ( أنه ) اي أن النفقة على تأويل الانفاق ( ليس بدين مطلق ، بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق ) فلو كان ديناً مطلقاً لم يسقط إلا بالآداب او بالابراء ( وكذا ) اي وكذا ليس بدين مطلق ( عند أبي حنيفة « رح » ضمان الاعتاق ) فإن المريض إذا أعتق في مرض موته عبداً مشتركاً ، لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة « رح » ، فلما كان كذلك ، لم ترد هاتان المسألتان بقضاء القول الأول ، وهو قوله حبسه في كل دين ... إلى آخره ، لان المراد بالدين ، هو المطلق منه ، إذ به يحصل الاستدلال على القدرة .

ثم فيما كان القول قول المدعي ، أن له مالاً أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول ، قول من عليه ، يحبسه شهرين أو ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، فالحبس لظهور ظالمه[١] في الحال وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتـــد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره .

وروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة

---

( ثم فيما كان القول قول المدعي أن له مالاً ، أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه ) اي الحاكم ( شهرين او ثلاثة ثم يسأل ) جيرانه وأهل الخبرة ( عنه ) عن يسأره وإعساره ، وهذا التقدير رواية محمد « رح » عن أبي حنيفة رحمـــه الله في كتاب الحوالة والكفالة ، وروى الحسن « رح » عن أبي حنيفة رحمه الله ، أن التقدير فيه بأربعة أشهر ، على قياس مدة الايلاء . وذكر الطحاوي « رح » أن التقدير فيه بشهر .

وقال شمس الأئمة السرخسي « رح » في أدب القاضي ثم قال والحاصل أنه ليس فيـه مضي وقت مقدر ، بل الأمر مفوض إلى رأي القاضي ، فإن مضى أربعة أشهر ، ووقـع له أنه امتنعت ، يستديم حبسه ، وإن كان دون ذلك ، بأن كان شهرين او شهـــراً او دونه ووقع أنه عاجز لا مال له ، أطلقه من السجن . وقال شمس الأئمة الحلواني « رح » ما قال الطحاوي « رح » أوفق الأقاويل. وقال الناصحي « رح » في تهذيب أدب القاضي ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد « رح » يحبسه شهرين او ثلاثة . وعلى رواية محمد « رح » قر وفيه أربعة أشهر ، وعلى رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » ستة أشهر ، ثم قال وهو موقوف على رأي القاضي .

( فالحبس لظهور ظلمه في الحال ) وفي بعض النسخ لظهور مظلمه ( وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه ، فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة ( أراد بهذه ظهور بماله لو كان ( فقدره بما ذكره ) اي قدر محمد « رح » بما ذكره من الحبس أنه شهران او ثلاثة ( وبروى غير ذلك ) اي غير الشهرين او الثلاثة ( من التقدير بشهر او أربعة ) أشهر

---

(١) مظلمه ــ هامش .

إلى ستــــة أشهر ، والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الأشخاص فيه فإن لم يظهر له مال خلي سبيله ، يعني بعد مضي المدة ، لانـــه استحق النظرة إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً . ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية، وفي رواية لا تقبل . وعلى الثانية عامة المشايخ « رح » .

---

( إلى ستة أشهر ) وقد مر ذلك كله ، وقال المصنف « رح » ( والصحيح أن التقدير ) في مدة الحبس ( مفوض إلى رأي القاضي لاختلاف أحوال الاشخاص فيه ) اي من الحبس ، لأن بعض الناس ، يضجر بالحبس في مدة قليلة ما لا يضجر آخر في مدة كثيرة . وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله ، وقـــال ابن الماجشون المالكي « رح » لا يجلس في القليل أكثر من نصف الشهر ، وفي الكثير يبلغ أربعة أشهر ، وفيما بين ذلـــك الشهرين ونحوهما بالنسبة .

( قال ) اي القدوري « رح » ( فإن لم يظهر له ) اي الغريم ( مال خلي سبيله ) ولا يحول بينه وبين غرمائه ، قال المصنف « رح » ( يعني بعد مضي هذه المدة لأنه استحق النظرة ) بكسر الظاء ( إلى الميسرة ، فيكون حبسه بعد ذلك ظلماً . ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة ) اي المدة التي رآها القاضي برائه ، او بعد مضي العـدة التي اختارها بعض المشايخ « رح » كشهر او شهرين او أربعة أشهر على ما تقدم ( تقبل ) اي البينـة ( في رواية ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ( ولا تقبل في رواية ) وبـــه قال مالك « رح » ( وعلى الثانية ) اي الرواية الثانية ( عامة المشايخ « رح » ) .

وقال الصدر الشهيد « رح » في آداب القاضي هو الصحيح ، وفي الذخيرة لو أخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل او اثنان ، او شهد بذلك شاهدان ، فعن محمد « رح » روايتان ، في رواية لا يحبسه وبه يفتي الفضلي « رح » ، وهو قول إسماعيل بن حماد « رح » عن أبي حنيفة « رح » ، وهكذا قال نصر بن يحيى « رح » وقال الاسكاف « رح » وعامة مشايخ « رح » ما وراء النهر ، يحبسه ولا تقبل هذه البينة ، لأنه بنية على النفي ، إلا إذ

قال في الكتاب خلي سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة ، وسنذكره في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى . وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين ، فإنه يحبسه ثم يسأل عنه ، فإن كان موسراً ، أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلي سبيله ، ومراده إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة ، فظهرت مماطلته

---

تأيدت بمؤيده بعد مضي المدة تأيدت . وقاله شيـــخ الاسلام « رح » سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط ، وليس بواجب ، ولو طلب يمين الطالب عنه لا يعرف أنـه معدم ، يحلف ، فإن نكل أطلقه ، وإن حلف أبد الحبس . وقـــال أبو القاسم « رح » كيفية الشهادة أن يقول أشهد أنه مفلس ، لا نعلم له مالاً سوى كسوته التي عليه، وثياب ليله ، وقد اختبرنا أمره سراً وعلانية .

( وقال في الكتاب ) اي وقول القدوري « رح » ( خلي سبيله ولا يحول بينـه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة ) يعني المنع عن ملازمة المديون بعدإخراجه من الحبس، في الملازمة هل للطالب ذلك أم لا ( وسنذكره في كتاب الحجر إن شـاء الله تعالى ) اي المنع في باب الحجر بسبب الدين عند قوله ، ولا يحول بينه وبين غرماء بعـد خروجه من الحبس ، يلازمونه ... إلى آخره . والمراد من الملازمة الطواف معه ، اي طـــاف حتى يأخذ وأفضل كسبه لا المطالبة .

( قال ) اي المصنف « رح » (وفي الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي بدين ، فإنه يحبسه، ثم يسأل عنه،فإن كان موسراً أبد حبسه ، وإن كان معسراً خلي سبيله ) إنما ذكر رواية الجامع الصغير دفعاً لتوهم التناقض بين روايته ورواية القدوري « رح » ، وهـذا لأنه روى لفظ القدوري في أول الفصل بقوله ، وإذا ثبت الحق عند القاضي ، وطلـب صاحب الحق حبس غريمه ، لم يعجل بحبسه ، ثم قال وهذا إذا ثبت الحق بإقراره،ولفظ الجامع الصغير « رح » يدل على جواز الحبس متصلا بالإقرار ، وبينهما وهم التناقض،فدفع هذا الوهم بقوله ( ومراده ) يعني مراد محمد « رح » ( إذا أقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته ) قال الأترازي « رح » يعني مراد محمد « رح » ، فيما إذا ثبت الحق

والحبس أولاً ، ومدته قد بيناه ، فلا نعيده . قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته ، لأنه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده ، لأنه نوع عقوبة ، فلا يستحقه الولد على الوالد ، كالحدود والقصاص ، إلا إذا امتنع عن الإنفاق عليه ، لأن فيه إحياء لولده ، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان والله أعلم .

---

بالإقرار ، ثم ثبتت المماطلة ، فترافعا إلى القاضي فحينئذ يحبسه لا بمجرد الإقرار ، فاندفع ذلك الوهم . وقال فخر الإسلام رحمه الله ، معنى المسألة ، إذا كان جاحداً ، فأقر عنده ، وظهر القاضي جحوده عند غيره ، ومماطلته ، او ظهرله مماطلته بعدما أقرعنده، فحينئذ يحبسه ، فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه .

( والحبس أولاً ومدته قد بيناه فلا نعيدة ) اي الحبس المذكور أولاً قبل السؤال في الجامع الصغير في قوله يحبسه ، ثم يسأل عنه ، قد بينا ذلك قبل هذا في رواية القدوري « رح » عنده يحبسه شهرين او ثلاثة ، ثم يسأل عنه ، وبينا مدة الحبس فيها. قلت إعراب الرفع أن قوله والحبس مبتدأ أولاً نصب على الظرف ، ومدته عطف على المبتدأ ، وقوله وقد بيناه ، خبر المبتدأ . وأما وجه الذهب ، فعلى تقدير بينا الحبس ، ومدته بالنصب أيضاً عطفاً عليه ، وقوله قد بيناه مفسر لذلك المقدر .

( ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع ) وفي أكثر النسخ . قال اي القدوري « رح » ويحبس الرجل إلى آخره ، لأنه ظالم فيحبس وإن كان مقدار النفقة يسيراً ، بأن كان درهماً او دانقاً ( ولا يحبس الوالد في دين ولده لأنه )اي لأن الحبس ( نوع عقوبة ، فلا يستحق الولد على الوالد كالحدود والقصاص ) فإن الوالد لا يؤاخذ بهما لأجل ولده ( إلا إذا امتنع عن الإنفاق عليه ) اي على ولده، لأن فيه إهلاكه، وفي الإنفاق عليه إحياء له ، وهو معنى قوله ( لأن فيه ) اي في الإنفاق عليه ( إحياء لولده ، ولأنه ) اي ولأن الإنفاق ( لا يتدارك لسقوطها ) اي لسقوط نفقة الولد ( بمضي الزمان والله أعلم ) اي الزمان بخلاف الدين حيث لا يسقط بمضي الزمان ، فافترقا في هذا الحكم ، فيفترقان في حق الحبس .

# باب كتاب القاضي إلى القاضي

## قال ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق إذا شهد به عنده ، للحاجة على ما نبين ،

---

### ( باب كتاب القاضي الى القاضي )

اي هذا باب في بيان حكم كتاب القاضي إلى القاضي أورد هذا الباب بعد فصل الحبس ، لأن هذا من عمل القضاة أيضاً ، إلا أن السجن يتم بقاض واحد ، وهذا باثنين ، والواحد قبل الاثنين ، والقياس يأبي جواز العمل به ، لما فيه من شبهة التزوير ، إذ الخط يشبه الخط ، والخاتم يشبه الخاتم ، إلا أنه جوز لحاجة الناس إليه ، لحديث علي رضي الله عنه أنه جوزه لحاجة الناس إلى ذلك وعليه أجمع الفقهاء .

( قال ) اي القدوري « رح » ( ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق ) التي تثبت مع الشبهات دون ما يندرىء بها ( إذا شهد به عنده ) اي إذا شهد بالكتاب عند القاضي المكتوب إليه ، وشهد على صيغة المجهول ( للحاجة ) اي لحاجة الناس إليه ( على ما نبين ) إشارة إلى قوله بعد هذا المساس الحاجة ... إلى آخره . وفي الأجناس لا يكتب القاضي إلى القاضي فيما ينقل ويحول مثل العبد والدابة والثوب ، ويكتب في العقار ، ويسمع شهادة الشهود على ذلك ، إذا بين حدودها الأربع .

وقال أبو حنيفة « رح » لو كتبت في العبد ، لكتب في الناقة والحمار وفي هذين لا أكتب ، فكذلك في العبد ولا جعل الابق . قال أبو يوسف « رح » ، الكتب في العبد وفي الجارية لا يكتب في قولهم . وقال أبو يوسف « رح » في أدب القاضي ، أملاه رواية بشر بن الوليد في الجارية . الى هنا لفظ الأجناس . وقال في شرح الطحاوي ، وقال ابن أبي ليلى « رح » يقبل في جميع ذلك ، اي يقبل كتاب القاضي الى القاضي في المنقول وغيره ، ثم قال فيه ، والفتوى على هذا لتعامل الناس .

فإن شهدوا على خصم حاضر ، حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلاً ، وإن شهدوا بغير حضرة الخصم ، لم يحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب إليه بها . وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى .

---

( فإن شهدوا على خصم حاضر ) المراد من الخصم هنا ، الوكيل عن الغائب او المسخر الذي جعل وكيلا لأجل اثبات الحق عليه ، والمسخر هو الشخص الذي ينصبه القاضي من جهة الخصم ، لإثبات الحق ، ولو لم يكن خصم أصلا لا المدعى عليه ولا نائبة وقد حكم القاضي بالشهادة ، كان قضاء على الغائب ، وهو لا يجوز عندنا . وعند الأئمة الثلاثة « رح » يجوز الحكم على الغائب فلا يحتاج الى خصم ( حكم بالشهادة لوجود الحجة ، وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا ) اذ السجل لا يكون الا بعد الحكم ( وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم ، لأن القضاء على الغائب لا يجوز ، وكتب بالشهادة ) اي كتب القاضي بما يسمعه من الشهادة الى القاضي ( ليحكم المكتوب اليه ) اي القاضي المكتوب اليه ( بها ) اى بهذه الشهادة ، لكن اذا ثبت عنده أنه كتاب القاضي الكاتب ، وهو بمنزلة نقل الشهادة .

( وهذا هو الكتاب الحكمي ) اي وهذا الكتاب الى القاضي يسمى الكتاب الحكمي ، لأنه يكتب ليحكم به القاضي المكتوب اليه ( وهو نقل الشهادة في الحقيقة ) ألا ترى أن للقاضي الأول أن يبطله قبل أن يبعث به الى الثاني ، وكذا الثاني أن لا ينفذ بكتابه ، الا أن يكون ذلك برأيه كذا في المبسوط ( ويختص ) اى كتاب القاضي الى القاضي ( بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى ) في هذا الباب ، ومن الشرائط المعلومة خمسة ، ذكرها في الذخيرة : وهو أن يكون القاضي الكاتب معلوماً ، والقاضي المكتوب اليه معلوماً ، والمدعى به معلوماً ، والمدعى عليه معلوماً ، والمدعى به المعلوم ثم اعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده او قبيلته ، لأن

وجوازه لمساس الحاجة ، لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ، فأشبه الشهادة على الشهادة ، وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والأمانة المجحودة ، والمضاربة المجحودة ، لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف ، لا يحتاج فيه إلى الإشارة ،

---

اعلام الانسان اذا كان غائباً بهذه الأشياء ، ولو لم يذكر اسم أبيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق ، ويذكر أبيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند أبي حنيفة «رح» ان كان مشهوراً .

( وجوازه ) اى جواز نقل كتاب القاضي الى القاضي ، وهذا هو الموعود بقوله على ما نبين ( لمساس الحاجة ) اى لشدة حاجة الناس اليه ( لأن المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فأشبه الشهادة على الشهادة ) تقرير هذا أن جوازه ثابت لمشابهة الشهادة على الشهادة لاتحاد المناط ، وهو تعذر الجمع بين الشهود والخصم ، فكما تجوز الشهادة على الشهادة لاحياء حقوق الناس ،فكذلك جواز الكتاب لذلك والايراد بالشاهد القياس لما ذكرنا أنه مخالف للقياس فيراد به الاتحاد فى مناط الاستحسان .

( وقوله ) أي قول القدوري « رح » ( في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح ) بأن ادعى رجلاً نكاحاً على امرأة ، أو بالعكس ، وكذلك الطلاق ، إذا ادعت امرأة على زوجها ( والنسب ) بأن ادعى نسباً من الميت ( والمغصوب ) بأن ادعى غصباً على رجل ( والأمانة المجحودة ) الوديعة التي جحدها المودع ( والمضاربة المجحودة ) التي جحدها المضارب ، وإنما قيد بالجحد فيهما ، لان المودع والمضارب لو كانا مقرين ، لا حاجة إلى كتاب القاضي ( لا ذلك كله ) أي المذكور من هذه الأشياء كله ( بمنزلة الدين ) والدين يجوز فيه الكتاب ، وكذا يجوز فيما كان بمنزلته .

( وهو ) أي الدين ( يعرف بالوصف ، لا يحتاج فيه إلى الإشارة ) فان قيل لا نسلم عدم الاحتياج في الإشارة فيما سوى الدين ، فان الشاهد يحتاج أن يشير إلى الرجل والمرأة

ويقبل في العقار أيضاً ، لأن التعريف فيه بالتحديد ، ولا يقبل في الأعيـان المنقولة للحاجة إلى الإشارة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها ، وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعه .

---

عند دعوى النكاح من الجانبين ، وكذلك في الأمانة والمغصوب . قلنا لا ، بل النكاح ونظائره المذكورة ، لا يحتاج إلى الإشارة ، لأن دعوى المدعي يضمن النكاح لا نفس المرأة ، وكذلك نظائره ، لانها من الأفعال ، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة والمدعي هو العقد ( ويقبل في العقار أيضاً ) أي يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في دعوى العقار أيضاً ( لان التعريف فيه ) أي في العقار ( بالتحديد ) أي ببيان حدوده الاربعة .

( ولا يقبل ) أي كتاب القاضي إلى القاضي ( في الاعيان المنقولة للحاجة إلى الإشارة ) عند الدعوى والشهادة ، وهـذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » في العبيد والجوار ، وهو القيـاس والمنصوص عن الشافعي « رح » أنـه لا يجوز في المنقول ، وهو أصح الروايتين عنده .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه ) أي أن كتاب القاضي إلى القـاضي ( يقبل في العبد دون الامة لغلبة الإباق فيه دونها ) أي في العبد دون الامة ، لان العبد يخدم خارج البيت ، فيقدر على الإباق غالباً ، فتمس الحاجة إلى الكتاب ، بخلاف الامة ، فانها تخدم في البيت ، فلا تقدر على الإباق غالباً ، فلا تمس الحاجة . كذا في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد ، قلت أكثر جوار أهل مصر تخرج إلى الاسواق وغيرها في أكثر الاوقات .

( وعنه ) أي وعن أبي يوسف « رح » رواها عنه بشر بن الوليد « رح » ( أنه يقبل ) كتاب القاضي إلى القاضي ( فيهما ) أي في العبد والامة ( بشرائط تعرف في موضعه ) وموضعه كتاب الإباق من المبسوط ، وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ، ونسبة الذي أخذه ، والختم في عنقه ، وأخذ الكفيل .

وصفة ذلك بخاري أبق له عبد إلى سمرقند مثلا ، فأخذه سمرقندي . ويجوز المولى

وعن محمد «رح» أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون رحمهم الله .

---

ببخارى ، فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده ، بحسب إلى ذلك ، ويكتب شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ، ويشهد على كتابه شاهدين ، ويعلمها ما فيه ويرسلها إلى سمرقند ، فاذا انتهى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده ليشهدا عنده بالكتاب وبما فيه ، فيقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ولا يقضي له لان شهادة شاهدي الملك لم يكن بحضرة العبد ، ويأخذ كفيلاً من المدعي بنفس العبد ، ويجعل في عتق العبد خاتماً من رصاص كيلا يتهم المدعي بالسرقة ، ويكتب كتاباً إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه ، وعلى ما في الكتاب ، فاذا وصل إلى قاضي بخارى يشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بشهادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد ، أنه حقه وملكه ، فاذا شهدوا بذلك ، قضى له بالعبد و كتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرىء كفيله .

وفي رواية عن أبي يوسف «رح» أن قاضي بخارى لا يقضي للمدعي بالعبد ، لان الخصم غائب ، ولكن يكتب كتاباً آخر إلى قاضي سمرقند فيه ما جرى عنده ، ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ، ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضي له بحضرة المدعى عليه ، فاذا وصل الكتاب اليه يفعل ذلك ، ويبرىء الكفيل وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد ، غير ان القاضي لا يدفع الجارية إلى المدعي ، ولكنه يبعث بها معه على يد أمين ، لئلا يطأها قبل القضاء بالملك ، زاعماً أنها ملكه . ولكن أبو حنيفة «رح» قال هذا استحسان ، فيه بعض قبح ، فانه إذا دفع العبد يستخدمه قهراً ، ويستعمله ، فيأكل من غلبته قبل القضاء بالملك ، وربما يظهر العبد لغيره ، لان الحلية والصفة يشتبهان ، فان المختلفين فيتفقان في الحلي والصفات فالاخذ بالقياس أولى .

( وعن محمد «رح» أنه ) أي أن كتاب القاضي إلى القاضي ( يقبل من جميع ما ينقل ويحول وعليه ) أي وعلى قول محمد والمشايخ «رح» ( المتأخرون «رح» ) وهو

قال ، ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، لان الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهذا لأنه ملزم، فلا بد من الحجة

---

مذهب مالك وأحمد والشافعي « رح » في قول ، وقال الأسبيجابي وعليه الفتوى ، وفي الخلاصة ، ولو كتب إسم القاضي ونسبه ، ولم يكتب إسم القاضي والمكتوب اليه ونسبه ولكن كتب إلى من بلغ كتابي هـذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز ، وأبي يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم ، ولو لم يكتب في الكتاب التاريخ لا يقبله ، وإن كتب فيه تاريخاً ينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أم لا ، ولا يكتفي بالشهادة إذا لم يكتب مكتوباً . وكذا كونه كتاب القاضي ، لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحـادثة ، ولم يكن مكتوباً ، كذا كونه لم يعمل به إلى هنا لفظ الخلاصة .

وفي شرح الطحاوي وكتـاب القاضي إلى القاضي ، في حقوق النـاس من الطلاق والعتاق وغيرها جائز إلا في الحدود والقصاص ، وفي خزانة الفقـه ويجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين أو من قاضي مصر إلى قاضي رستاق ، ولا يجوز من القاضي الرستاق إلى قاضي مصر .

( وقال ) أي القدوري « رح » ( ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجـل وامرأتين ) يعني لا يقبل القاضي المكتوب اليه ، كتاب القاضي اليه إلا بحجة تامة ، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين كما في سائر الحقوق ، وكان الشعبي « رح » يقول بجواز كتاب القاضي بغير بينة ، قياساً على كتاب أهل الحرب ويجيء الجواب عنـه عن قريب ( لأن الكتاب يشبه الكتاب ، فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهـذا ) أي اشتراط الحجة ( لأنه ) أي لأن كتاب القاضي إلى القاضي ( ملزم فلا بد من الحجة ) وهـذا عنه عامة الفقهاء ، وعن الحسين البصري والعنبري وأبي ثور والإصطخري وأبي يوسف « رح » في رواية ومالك « رح » في رواية مثل قول الشعبي « رح » فإنهم قالوا إذا كان القـاضي المكتوب اليه يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله كما في سائر الاستئهان بقوله :

بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ، لانه ليس بملزم ، بخلاف رسول القاضي إلى المزكى ورسوله إلى القاضي ، لان الإلزام بالشهادة لا بالتزكية ، قال ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ، ليعرفوا ما فيه ، أو يعلمهم به ، لانه لا شهادة بدون العلم ، ثم يختمه بحضرتهم و يسلمه إليهم كيلا يتوهم التغيير . وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » ،

---

( بخلاف كتاب الاستئمان من أهل الحرب ، لأنه ليس بملزم ) فإن الإمام بالخيار إن أشاء عطى الأمان وإن شاء لم يعطه ، فلا يشترط فيه البينة ، وأجاب عن قولهم كما ( وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي ورسوله ) أي ورسول المزكى ( إلى القاضي )حيث يقبل من غير حجة تامة (لأن الإلزام بالشهادة) إذا القضاء مضاف إلى الشهادة(لابالتزكية) أي ليس الإلزام بالتزكية ، وهذا لو قضى بدون التزكية صح قضاءه ، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق .

وقال الاكمل رحمه الله ، وقبل قوله يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلا في حق لزوم القضاء عليه ببينة وغيرها والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع ، فإنه ينعقد بكتابه وينعقد برسول أو اتحادهما في عدمه لأن القياس يأبى جوازها وفرق بينهما بوجهين : أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب ، واجماع التابعين على الكتاب دون الرسول ، فبقي على القياس ، والثاني أن الكتاب كالخطاب ، والكتاب وجد من موضع القضاء ، فكان الخطاب من وضع القضاء فيكون حجة،وأما الرسول فقائم مقام الرسل ، والمرسل في هذا الموضع من يقال ، وقول القاضي غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويجب أن يقرأ ) القاضي الكاتب ( الكتاب عليهم) أي على الشهود ( ليعرفوا فيه ) أى في الكتاب ( أو يعلمهم ) أى او يعلم القاضي الشهود ( به ) أى بما في الكتاب ( لأنه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه ) أى الكتاب ( بحضرتهم ويسلمه اليهم ، كيلا يتوهم التغيير وهذا ) أى ما ذكر في الوجهين (عند أبي حنيفة ومحمد

لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط . وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ، ولهذا يدفع إليهم كتاباً آخر غير مختوم ، ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف « رح » آخراً شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه . وعن أبي يوسف « رح » أن الختم ليس بشرط أيضاً ، فسهل في ذلك ما ابتلي بالقضاء ليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الأئمة السرخسي « رح » قول أبي يوسف « رح »

---

« رح » ) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في رواية ( لأن علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط ) ارتفاع شرط على الخبرية والمبتدأ هو قوله هذا ، وقوله إن علم ما في الكتاب معناه ، لأن علم ما في الكتاب، فإن كان عند أحد وجه غير هذا فليبين ( وكذا ) أي وكذا بشرط ( حفظ ما في الكتاب عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

( ولهذا ) أي ولكون اشتراط حفظ ما في الكتاب ( يدفع اليهم ) أي إلى الشهود ( كتاباً آخر غير مختوم ، ليكون معهم معاونة على حفظهم ) فإن فات شيء من الأمور لا يقبل الكتاب عندهما ( وقال أبو يوسف « رح » آخراً ) أي في قوله الأخير ، إنما قال ذلك لان قوله الاول مثل قول أبي حنيفة ومحمد « رح » ( شيء من ذلك ) هذا مقول القول ولفظ شيء مبتدأ ، وإن كان نكرة ، لأنه تخصيص بقوله من ذلك إلى شيء كائن من ذلك ، أي علم ما في الكتاب ، وحفظه والختم بحضرتهم وقوله (ليس بشرط) خبر المبتدأ المذكور ( والشرط ) أي عند أبي يوسف « رح » ( أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه ) وبه قال مالك « رح » في رواية .

( وعن أبي يوسف «رح» أن الختم ليس بشرط أيضاً فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ) لان الخبر يحتمل الصدق والكذب ، وليس في المعاينة احتمال ( واختار شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف « رح » ) تيسيراً على الناس

واجمعوا في الصك أن الإشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب . قال الكاكي « رح » فاحفظ هذا ، فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك يشهدون على ما في الصك غير قراءة الحدود وغير ذلك . كذا في مختلفات القاضي وما قالاه احتياط » ومما قاله أبو يوسف «رح»توسع ،ومن الشرائط عندهما ، أن يحفظوا شهادة ما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الاداء كما في جميع الشهادات . كذا في الذخيرة،ومن الشرائط عندهما أن يكون الكتاب معنوناً ، بأن يكتب فيه ، هذا الكتاب من فلان بن فلان القاضي ببلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي ، والشرط العنوان الباطن عندهما ، لا على عنوان الظاهر ، حيث لو ترك العنون الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان ، وجاز ذلك ، وعلى العكس لا يجوز .

وصورة الظاهر في زماننا أن يكتب قبل كتابة التسمية عن جانب اليسار من فلان ابن فلان إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، ويكتب من جانب اليمين فوق كتابه بسم الله الملك الحق المبين ونحو ذلك إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، فإن كتب إلى قاضي فلان كذا،وفي البلد قاضيان لا يصح ، ولو كان قاض واحد يصح ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها ، ويكتب على الظهر من قبل اليمين بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان، وإلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم ، ثم يكتب البسملة هذا الكتاب اطال الله بقاء فلان القاضي إلى آخره ، كما هو الوسم في الكتاب ثم يكتب أما بعد ، ثم اعلم انهم اختلفوا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي فيها ، وكثير منهم قالوا لا يجوز فيما دون مسافه السفرة به ، قال الشافعي وأحمد « رح » في وجه ، وحكى الطحاوى « رح » عن أبي حنيفة « رح » وأصحابه أنه يجوز فيما دون السفر . وقال بعض المتأخرين من أصحابنا هذا مذهب أبي يوسف ومحمد « رح » وبه قال مالك « رح » .

( قال ) أي القدورى « رح » ( فإذا وصل ) أي كتاب القاضي ( إلى القاضي لم يقبله

إلا بحضرة الخصم ، لأنه بمنزلة أداء الشهادة ، فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب ، لأنه للنقل لا للحكم . قال فإذا سلمه الشهود إليه نظر الى ختمه ، فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأ علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم ، وألزمه ما فيه . وهذا عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » اذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ، ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة

---

وفي بعض النسخ لم يفتكه من الإفتكاك ، والاول أوقف لرواية الكتب في الجوامع وفتاوى قاضي خان ( إلا بحضرة الخصم لانه ) أى لان الكتاب ( بمنزلة اداء الشهادة ،فلا بد من حضوره ) أى حضور الخصم ( بخلاف سماع القاضي الكاتب ) حيث يسمع الشهود وإن كان الخصم وهو المدعى عليه غائباً ( لانه ) أى لان سماعه ( للنقل لا للحكم ) فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول، وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم فكذا هنا . وقال في شرح الاقطع ، وقال ابو يوسف « رح » يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه ، فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب ، فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به .

( فإذا سلمه الشهود اليه ) وفي بعض النسخ قال أى القدورى « رح» إذا سلم الشهود الكتاب إلى القاضي المكتوب اليه ( نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقضائه وقرأ علينا وختمه فتحة القاضي ) المكتوب اليه (وقرأه على الخصم والزمه ما فيه ) أى في الكتاب (وهذا ) أى المذكور ( عند ابي حنيفة ومحمد « رح » ، وقال أبو يوسف « رح » إذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ) أشار إلى ما قال قبل هذا وقال أبو يوسف « رح » آخراً شيء من ذلك ليس بشرط ، والشرط ان يشهدهم أن هذا كتابه وختمه .

( ولم يشترط ) أي القدوري « رح » ( في الكتاب ) أي في مختصره ( ظهور العداله

للفتح ، والصحيح أن يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاف « رح » ، لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود ، وانما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ، وانما يقبله المكتوب اليه ، اذا كان الكاتب على القضاء ، حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب ، لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ، ولهذا لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله ، أو في غير عملهما ،

---

للفتح ) أي فتح الكتاب لأنه قال ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه ، وقرأه علينا وختمه فتحة القاضي ، ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا ، فعلم أنه لم يشترط العدالة وقال المصنف « رح » ( والصحيح أنه يفض الكتاب ) أي يفتحه ويفك ضمته ( بعد ثبوت العدالة ) .

( كذا ذكره الخصاف ، لأنه ربما يحتاج ) أي المدعي ( إلى زيادة الشهود ) إذا لم تظهر العدالة ( وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ) ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه ، واما إذا فك الخاتم ، فلا يمكنهم ذلك ( وإنما يقبله المكتوب اليه ) ذكر هذا تعريفاً على ما تقدم من مسائل القدوري ، أي وإنما يقبل الكتاب القاضي المكتوب اليه ( إذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل ) أي القاضي الكاتب ( أو لم يبق أهلاً للقضاء قبل وصول الكتاب ) بأن فسق أو جن أو ارتد أو لحق بدار الحروب ( لا يقبله ) وقال الشافعي وأبو يوسف « رح » وأحمد « رح » يقبله ويعمل به ، واستدل المصنف « رح » على عدم القبول بقوله ( لأنه ) أي لأن القاضي الكاتب بالأمور المذكوره ( التحق بواحد من الرعايا ) لأنه حينئذ خرج من أن يكون حاكماً فلا ينفذ الحكم بكتابه .

( ولهذا ) أي ولكونه ملتحقاً بواحد من الرعايا ( لا يقبل إخباره قاضياً آخر في غير عمله ، أو في غير عملهما ) يعني إذا أخبر القاضي قاضياً آخر في غير عمل المخبر لا يقبل

وكذلك لو مات المكتوب اليه ، الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعاً له ، وهو معروف ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا « رح » لأنه غير معرف .

ولو كان مات الخصم

---

كتابه ، فلأن لا يقبل كتابه إذا عزل أو مات بالطريق الأولى ، كذا قاله تاج الشريعة وفي الذخيرة قاضي خان التقيا في عمل أحدهما أو في مصر ليس من عملها ، فقال أحدهما للآخر ثبت عندي لفلان كذا فاعمل بما يحق لك لم يقبل منه ، ولم ينفذه لأن الخطأ والسماع أو أحدهما وجد من غير القاضي ، حيث لم يكن في مكان ولايته ( وكذلك ) أي وكذا لا يقبله قاضي آخر ( لو مات المكتوب اليه ) لأنه كتب إلى غيره وقد مات ( إلا إذا كتب إلى فلان من فلان قاضي بلد كذا ، وإلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ) فحينئذ يقبل الكتاب بعد موت قاضي تلك البلدة المكتوب اليه ( لأن غيره ) أي غير المكتوب اليه ( صار تبعاً له ، وهو معروف ) أي معلوم الذي صار تبعاً له معلوم .

( بخلاف ما إذا كتب ابتداء ) من قاضي كورة كذا فلان بن فلان الفلاني ( وإلى كل من يصل اليه ) من قضاة المسلمين ، حيث لم يقبل ( على ما عليه مشايخنا « رح » لأنه غير معروف ) أي مجهول حاصل الكلام أما في الصورة الأولى صرح الكاتب باعتماده على الكل بعد تعريف واحد منهم ، بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ، أو إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ، لأنه اتى بما هو شرط ، وهو أن يكون من معلوم ، ثم صير غيره تبعاً له ، وأما في الصورة الثانية ، فإن كتب إبتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ، فإنه لا يصلح لأنه معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط ، وهو مذهب أبي حنيفة « رح » وقيل الظاهر أن محمداً « رح » معه وقيل رد لقول أبي يوسف « رح » في جوازه ، فإنه حين ابتلي بالقضاء وسع كثيراً ، تسهيلا للأمر على الناس .

( لو كان مات الخصم ) يعني لو مات المدعى عليه قبل وصول كتاب القاضي إلى

ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ، ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص ، لأن فيه شبهة البدلية ، فصار كالشهادة على الشهادة ، ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سعي في إثباتهما .

## فصل آخر

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما ،

---

القاضي ( ينفذ ) القاضي المكتوب اليه ( الكتاب على وارثه ) أي ورثة الخصم (لقيامه ) أي لقيام الورثة ( مقامه ) أي مقام الخصم ( ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص ) وبه قال الشافعي « رح » في قول آخر يقبل وبه قال مالك وأحمد « رح » لأن الاعتماد على الشهود قلنا ( لأن فيه ) أي في كتاب القاضي ( شبهة البدلية ) لأن المكتوب اليه صار بدلاً عن الكاتب ، لأنه لم يشاهد الشهادة ( فصار كالشهادة على الشهادة ) وهي غير مقبولة فيهما ، فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات (ولأن مبناهما ) أي مبنى الحدود والقصاص ( على الإسقاط وفي قبوله ) أي وفي قبول كتاب القاضي إلى القاضي فيهما ( سعي في إثباتهما ) فلا يجوز والله أعلم .

### ( فصل آخر )

أي هذا فصل آخر ، قيل لم يمض في هذا الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر وأجيب بأن هذا فصل آخر في كتاب أدب القاضي ، فإنه تقدم فصل في الحبس وهذا فصل آخر ( ويجوز قضاء المرأة في كل شيء ) وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح »لايجوز لأن المرأة ناقصة العقل غير أهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصوم ( إلا في الحدود والقصاص ) مجمع عليه في الجواز ( إعتباراً بشهادتها فيهما ) أي قياساً على شهادتها فإن

وقد مر الوجه . وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض إليه ذلك ، لأنه قلد القضاء دون التقليد به ، فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف الفوات لتوقته ،

---

شهادتها جائزة ( وقد مر الوجه ) أي مر وجه هذا في أول أدب القاضي ، أن حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء ، وهي أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص ، فهي أهل للقضاء في غيرهما .

وقال الأكمل « رح » وقيل أراد به ما مر من قبل بخطوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية ، فأنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها ، فشهادتها كذلك ، وقضاؤها مستفاد من شهادتها انتهى . وقال تاج الشريعة « رح » قوله وقد مر الوجه أي في كتاب الحدود ، أي فيها شبهة البدلية ، قال الله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين ﴾ ... الآية ٢٨٢ البقرة .

( وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض اليه ذلك ) أي الاستخلاف وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » ولو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف . ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف . ولو ولاه وسكت عن الإذن والنهي ، فعندنا لا يجوز ، وبه قالت الائمة الثلاثة « رح » . وعن الاصطخري من أصحاب الشافعي يجوز إذا ولاه في عمل لا يقدر أن يتولاه بنفسه ( لأنه ) أي لأن القاضي ( قلد القضاء دون التقليد به ) أي بالقضاء ( فصار ) أي حكمه ( كتوكيل الوكيل ) فإن الوكيل لا يملك إلا إذا فوض اليه ذلك ، لانه مطلق التفويض ليس بإذن الاستخلاف ( بخلاف المأمور بإقامته الجمعة حيث يستخلف ) أي حيث يجوز له الاستخلاف ، وإن لم يأذن له بذلك ( لأنه ) أي لأن أداء الجمعة ( على شرف الفوات لتوقته ) أي لتوقت أداء الجمعة بوقت تفوت بانقضائه ، لان الموانع من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة وغيرهما ، قد يعتبر

فكان الأمر به إذناً في الاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء . ولو قضى الثاني بمحضر من الأول، أو قضى الثاني ، فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأي الأول ،

---

به شيء من ذلك ، مع ضيق الوقت ولا يمكن انتظار الإمام الاعظم ، لانها لا تحتمل التأخير عن الوقت ( فكان الامر به ) أي بأداء الجمعة ( إذناً بالاستخلاف دلالة ) أي من حيث الدلالة وإن لم يكن صريحاً .

لكن إنما يجوز ذلك إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لانها من شرائط افتتاح الجمعة ، فلو افتتح الاول الصلاة ثم سبقه الحدث ، فاستخلف من لم يشهدها جاز ، لان المستخلف بان لا مفتتح ، واعترض بمن أفسد صلاته ، ثم افتتح بهم الجمعة ، فإنه جاز وهو مفتتح في هذه الحالة ، لم يشهد الخطبة ، وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعه وصار خليفة للاول، التحق بمن يشهد الخطبة .

( ولا كذلك القضاء ) أي ليس القضاء كالجمعة ، لانه غير موقت يفوت بالتأخير عند العذر ( ولو قضى الثاني ) يعني لو استخلف القاضي بدون الإذن من الإمام ، وقضى هذا النائب كيف يكون حكمه . قال المصنف رحمه الله ولو قضى الثاني ، أي ولو حكم نائبه الذي ولاه ( بمحضر من الاول ) وهو القاضي المولى من الإمام ( أو قضى الثاني ) وهو النائب عند غيبة المستنيب ( فأجاز الاول ) وهو القاضي المستخلف ( جاز ) إذا كان من أهل القضاة ( كما في الوكالة ) فإن الوكيل إذا لم يأذن له الموكل بالتوكيل ، فوكل وتصرف بحضرة الاول وأجازه الاول جاز ( وهذا ) أي وجه الجواز ( لان ) هذا يصلح ان يكون دليلا للمسألتين . أما في هذه المسألة فلأنه ، أي فلأن الخليفة ( حضره رأى الاول ) أي رأى القاضي الاول الذي ولاه الخليفة وقت تعوده لاعتماده على علمه وعمله والحكم الذي حضره القاضي ، أو أجازه قضاء حضره رأى القاضي فيكون راضياً به .

وأما في الولاية فيجيء في كتابها ، فإن قيل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم اختلف في الجواز وعدمه ، فأجيب بالمنع ، فإن الالتقاء أسهل من الابتداء ، وإن

وهو الشرط . وإذا فوض إليـه ، يملكه فيصـــير الثاني نائباً عن الأصل ، حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوض إليـه العزل هو الصحيح . قال وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضـــاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لا دليل عليه

---

الحكم الذي ادى له القاضي به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القـــاضي فكأنه رضي الخليفة بتولية القاضي مقيداً به .

( وهو الشرط ) أي حضور رأى الاول هو شرط الجواز ( وإذا فوض اليه بملكه ) أي إذا قال الخليفة القاضي ولمن شئت كان له أن يولي غيره ( فيصير الثاني نائبـــاً عن الاصل ) أي فيصير النائب الذي ولاه القاضي المفوض اليه نائباً عن الخليفة ( حتى لا يملك الاول عزله ، إلا إذا فوض اليه العزل ، وهو الصحيح ) أي القاضى الاول لا يملك عزل القاضي الاول الذي هو نائب القاضي المولى من جهة الخليفة ، لانه صار قاضياً من جهـة الخليفة ، فلا يملك القاضي المستنيب عزله ، وقال الشافعي واحمد « رح » يملك عزله لانه نائبه ، فصار كوكيله ، قلنا إنه صار قاضياً من جهة الخليفة إلا ان يقول له الخليفة ولمن شئت واستبدل من شئت ، فصار كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برأيك ، صح توكيله على الموكل صار الثاني وكيل الموكل ، حتى لو مات الموكل ، انعزل الاول والثاني ، ولو مات الاول ، لا ينعزل وكيله . فكذا اذا عزله الاول .

( وإذا رفع الى القاضي حكم حاكم أمضاه ) أي نفذه ( الا أن يخالف الاجماع ) كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات ( أو الكتاب ) كالحكم بحل متروك التسمية عامـداً ، فانه مخالف لقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يـذكر اسم الله عليه ﴾ ١٢١ الانعام ( أو السنة ) أي او سنته المشهوره كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد نكاح الزوج الثاني بلادخول على مذهب سعيد بن المسيب « رض » وسعيد بن جبير « رض » ، فـان اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور ، وهو حديث العسيلة « رض » ( بأن يكون قولاً لا دليل عليه ) بيان لمخالفة الاجماع ، كما اذا مضى على الدين سنون ، فحكم بسقوط الدين عمن عليـــه ،

لتأخير المطالبة ، فانه لا دليل شرعي على ذلك ، وعلى النسخة الاولى قوله بأن يكون تعليلاً للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه اذا كان مخالفاً للأدلة المذكورة ، بسبب انه يكون قولاً لا دليل عليه .

( وفي الجامع الصغير ، وما اختلف فيه الفقهاء ، فقضى بـه القاضي ، ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه ) أي غير ما قضى به الاول ، انما نذكر لفظ الجامع الصغير بهذا اللفظ ، لان فيه فائدتين : أحدهما انه قيد بالفقهاء لان القاضي اذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد ، فاتفق قضاؤه ، فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه . كذا ذكره في فصول الاستروشي « رح » محالاً الى المحيط . وفي الذخيرة ، لا ينفذه المدفوع إليه على قول العامة ، والفائدة الثانية أنه قيد بقوله يرى غير ذلك . ففي رواية القدوري « رح » لم يتعرض بذلك ، فيحتمل أن قوله أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي موافقاً لحكم الأول ، فإذا كان مخالفاً لا يمضيه ، فأبانت رواية الجامع بأن ذلك الإمضاء عام ، فيما سوى المستثنيات ، سواء كان يوافق رأيه أو يخالفه ، لأن الحكم لاقى مجتهداً فيه ، ولا ينقضى باجتهاد آخر .

وقد صح عن عمر رضي الله عنه أنه قلد القضاء لأبي الدرداء رضي الله عنه بعد كثرة اشتغاله ، فاختصم إلى أبي الدرداء « رض » رجلان في شيء ، فقضى لاحدهما ، ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضى عليه ، فسأله رضي الله عنه عن حاله ، فقال قضي علي ، فقال عمر رضي الله عنه لو كنت مكانه لقضيت لك ، فقال المقضى عليه وما يمنعك من القضاء ، فقال عمر رضي الله عنه ليس هنانص والرأي مشترك. ويروى أن عمر رضي الله عنه استعان بزيد بن ثابت رضي الله عنه ، فقضى زيد رضي الله عنه بين رجلين،ثم لقي عمر رضي الله عنه أحد الخصمين ، فقال إن زيداً « رح » قضى علي ، والباقي نحوه ، وعن عمر رضي الله أنه قضى في حارثة بقضية ، ثم قضى فيها بخلاف ذلك ، فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضيناه وهذه كما نقضي .

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلاً مجتهداً فيـــه ، ينفذ ولا يرده غيره ، لأن اجتهـاد الثاني كاجتهاد الأول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، فلا ينقض بما هو دونه ، ولو قضي في المجتهد فيه ، مخالفاً لرأيه ، ناسياً لمذهبه ، نفـــذ عنـد أبي حنيفة « رح » ، وإن كان عابداً ، ففيه روايتان ، ووجه النفاذ أنه ليس بخطأ بيقـــين . وعندهما لا ينفـذ في الوجهين ، لأنه قضى بمـا هو خطأ عنده ، وعليـــه الفتوى ،

---

( والأصل فيه ) أي في تنفيذ القاضي ما رفع اليه إذا لم يكن مخالفاً للأدلة المذكورة ( أن القضاء حق لاقى فصلاً مجتهداً فيه ) وفي بعض النسخ محلاً مجتهداً فيـــه ( ينفذ ولا يرده غيره ، لأن الاجتهاد الثاني كاجتهاد الأول ) في أن كلا منهما يحتمل الخطأ ( وقـــد ترجح الاجتهاد الأول باتصال القضاء بـــه ، فلا ينقض بما هو دونه ) درجة ، وهو لم يتصل القضاء به ( فلو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ) حال كونه ( ناسياً لمذهبه . نفذ عند أبي حنيفة « رح » وإن كان عابداً فيه روايتان ) وفي بعض النسخ ، ففنـــه أي عن أبي حنيفة « رح » روايتان : في رواية لا ينفذ وبه كان يفتي شمس الأئمة الأوزجندي ، لانه زعم فساد قضائه فتعامل في حقه بزعمه ، وفي رواية ينفذ وبه كان يفتي الصدر الشهيد ، والمرغيناني « رح » ، وأشار إلى وجه هذا بقوله :

( ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين ) لان كل مجتهد لا يقطع القول بـــأن الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه ، بل الامر محتمل عنده ، فتعين الصواب فيما اتصل به القضاء حملاً للأمر القضاء على الصواب . وذكر في الذخيرة الاختلاف في نفاذ القضاء ، وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء .

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( لا ينفذ في الوجهين ) أي النسيان والعمد وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله تعالى ( لأنه قضى بما هو خطأ عنده ) فيعمل بزعمه قال المصنف « رح » ( وعليه الفتوى ) لأنه زعم فساد قضائه والمرء مؤاخذ

ثم المجتهد فيه أن يكون مخالفاً لماذكرنا، والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض، وذلك خلاف وليس باختلاف

---

بزعمه ، كذا في المحيط . وذكر في الفتاوي الصغرى الفتوى على قول أبي حنيفة « رح » في نفاذ القضاء على خلاف المذهب . وفى فتاوى ظهير الدين « رح » استحق للسلطان أن ينقض ذلك .

( ثم المجتهد فيه أن لا يكون مخالفاً للسنة لما ذكرنا ) الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ( والمراد بالسنة المشهورة ) بالرفع لأن خبر لقوله والمراد ، أي المراد من السنة ليس مطلق السنة بل السنة المشهورة ( منها ) أي من السنة ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى ﴿ ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء ﴾ ٢٢ النساء ، فان السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الاب وجاريته ووطئها إن وطئها الاب ، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من دفع اليه ( وفيما اجتمع عليه ) أي في الذي اجتمع عليه ( الجمهور ) أي جمهور العلماء « رح » أي أكثرهم وأجلهم ( لا يعتبر مخالفة البعض ) أي بعض العلماء « رح » هذا إذا حكم الحاكم بخلاف ما عليه الاكثر كان حكمه على خلاف الاجماع نقضه من رفع اليه .

وقال الاكمل « رح » ناقلاً عن السفناقي « رح » وينبغي أن يحمل كلام المصنف «رح» هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهاده ، وذلك لقول ابن عباس رضي الله عنه في جواز ربا الفضل ، فانه لم يسوغ له ذلك فلم يتبعه أحد وأنكروا عليه ، فاذا حكم حاكم بجواز ذلك ، وجب نقضه لان الاجماع منعقد على الحرمة بدونه ، فأما اذاسوغ له ذلك ، لم ينعقد الاجماع بدونه كقول ابن عباس رضي الله عنه في اشتراط حجب الام من الثلث إلى السدس بالجمع من الاخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين ، فان حكم به لم يكن مخالفاً للاجماع ، وهذا هو المختار عند شمس الائمة « رح » ، ولعله اختاره المصنف « رح » ولا يحمل على قول من يرى أن خلاف الاقل غير مانع لانعقاده ، لانه ليس بصحيح عند عامة العلماء « رح » .

( وذلك ) أي مخالفة البعض لما اجتمع عليه الجمهور ( خلاف ) أى مخالفة للأكثر ( وليس باختلاف ) لم يذكر أحد الفرق حينا وقعت عليه من الشروح والفرق بينهما ان

والمعتبر الاختلاف في الصدر الأول . قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه ، فهو في الباطن ، كذلك عند أبي حنيفة « رح » .

---

الاختلاف أن يكون الطريق مختلفاً ، والمقصد واحد كخلاف الشافعي « رح » ، والخلاف هو أن يكون الطريق مختلفاً ، والمقصد مختلفاً ، فافهم فانه دقيق ( والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول ) وهم الصحابة رضي الله عنهم . وفي الذخيرة إنما اعتبر الخصاف الخلاف بين المتقدمين ، والمراد من المتقدمين الصحابة رضي الله عنهم ،ومن معهم من السلف ، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي « رح » ، والعدة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهداً فيه انتهى . والخلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة « رض » والتابعين « رح » لا الذى يقع بعدهم ، فعلى هذا إذا حكم الشافعي « رح » والمالكي « رح » برأيه بما يخالف رأي من تقدم عليه من الصدر الاول ، ورفع ذلك الى حاكم لم ير بذلك كان له أن ينقضه .

( قال ) أى قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر ) أى فيما بيننا ( بتحريمه فهو في الباطن ) أي عند الله ( كذلك ) أى حرام ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) ومن صور التحريم ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثاً ، أو أقامت بينة كاذبة وقضى القاضي بالفرقة ، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة ، فعلى قول أبي حنيفة « رح » ، وقول أبي يوسف « رح » أولاً لا يحل للزوج الاول وطئها ظاهراً أو باطناً ، ويحل للثاني ظاهراً وباطناً علم بحقيقة الحال أولاً وعلى قول أبي يوسف آخراً ومحمد والشافعي ومالك وأحمد « رح » لا يحل للثاني وطئها إذا كان عالماً بحقيقة الحال ، ومن صورة التحريم أيضاً وصي وصبية سبيا وهما صغيران ، فكبرا وأعتقا ، ثم تزوج أحدهما الآخر ، فجاء حربي مسلماً ، وأقام بينة أنهما ولداه ، فالقاضي يقضي بنسبهما ويفرق بينهما ، فان رجع الشهود ، أو تبين أنهم زور ، لا يسع للزوج وطأها عنده ، لان القضاء بالحرمة نفذ ظاهراً وباطناً ، وكذا عند محمد « رح » لانه لا يعلم حقيقة كذب الشهود .

وكذا إذا قضى بإحلال ، وهذا إذا كانت الدعوى بسبب معـــين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح . قال ولا يقضي القاضي على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه . وقـال الشافعي « رح » يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ،

---

( وكـــذا اذا قضى ) القاضي ( باحلال ) يعني إذا قضى القاضي باحلال شيء في الظاهر ، فهو في الباطن كذلك ، ومن صوره رجل ادعى على امرأة نكاحاً ، وهي تجحد ، فأقام عليها شاهدي زور ، وقضى القاضي بالنكاح بينهمـا ، حل للزوج وطأها ، وحل للمرأة التمكين عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » في قولـه ، والاول ، وعند محمد وابي يوسف « رح » في قولـــه الاخير ، وزفر والائمة الثلاثة « رح » لا يحل لهما ذلك ( وهذا ) أى هـــذا الذى ذكرناه ( اذا كانت الدعوى بسبب معين ، وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، وقد مرت في النكاح ) كنكاح وبيع وطلاق وعتاق لا في الاملاك المرسلة مثل أن يدعي الملك ، ولم يذكروا السبب ، فان الحكم فيها بشهادة الزور ، لا ينفذ باطناً بالاجماع ، ومن صور البيـع ما اذا قضى القاضي بالبيع بشهادة الزور ، سواء كانت الدعوى من جهة المشترى ، مثل أن قـال بعتني هذه الجارية ، أو من جهة البائع مثل أن يقول ، اشتريت مني هذه الجارية ،فانه يحل للمشترى وطأها في الوجهين جميعاً .

( ولا يقضي القـاضي على غائب ) ولا يقضى له أيضاً عندنا ( إلا أن يحضر من يقوم مقامه ) مثل وكيل الغائب أو وصيه . ( وقال الشافعي « رح » يجوز ) إذا كان غائباً عن البلد أو عن مجلس الحكم إذا كان مستتراً في البلد قولاً واحداً ، وبـــه قال مالك وأحمد « رح » ، ولو كان غائباً في مجلس الحكم غير مستتر في البلد فقولان أصحها انه لا يحكم بدون حضوره ، وبه قال مالك وأحمد ، إذ في المستتر تضييع الحقوق ، وفي غيره لا ، والثـاني انه يجوز ( لوجود الحجة وهي البينة ، فظهر الحق ) فيحل للقاضي العمـــل بمقتضاها

ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة بدون الإنكار ، ولم يوجد لأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء ، لأن أحكامها مختلفة . ولو أنكر ثم غاب ، فكذلك الجواب لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء

---

(ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة) لأن الشهادة خبر تحتمل الصدق والكذب، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل ، لأن الشرع جعلها حجة ضرورة قطع المنازعة ، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لا حاجة اليها ( ولا منازعة دون الإنكار ) يعني لا تكون المنازعة إلا بالإنكار ( ولم يوجد ) .

فإن قيل قد قلتم بالشهادة بدون الإنكار اذا حضر الخصم وسكت. أجيب بأن الشرع أنزله منكراً حملاً لأمره على الصلاح ، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه حق ، كذا في المبسوط والأسرار والذخيرة . فإن قيل وقف الحكم إلى حضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد ، لأن المدعى عليه لو حضر ، فإما أن يقر أو ينكر ، فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة ، قلنا بل هو مفيد ، لأنه يحتمل أن يطعن في البينة ، ويثبت طعنه بالحجة ، ويحتمل أنه يسلم الدعوى ، ثم ادعى الأداء إلى المدعي ويثبت بالحجة .

( ولأنه ) دليل آخر على المطلوب أي ولأن البيان ( يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء ) على الحاكم ( لأن أحكامها ) أي أحكام القضاء بالبينة والإقرار ( مختلفة ) فإن حكم القضاء بالبينة وجوب الضمان على الشهود عند الرجوع ، ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة ، فإن الرجل إذا اشترى جارية مولده عنده ، فاستحقها رجل بالبينة ، فانه يأخذها وولدها ، وإن أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ، لأن البينة حجة مطلقة بخلاف الاقرار ، فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ( ولو أنكر ) المدعى عليه ( ثم غاب فكذلك ) يعني لا يقضي القاضي في غيبته ( لأن الشرط قيام الاذكار وقت القضاء ) لان البينة إنما تظهر حجة بالقضاء ، وبقاؤه شرط وهو محتمل ها هنا .

وفيه خلاف أبي يوسف « رح » ومن يقوم مقامه قد يكون بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي .

---

( وفيه ) أي وفي الوجه ( خلاف أبي يوسف ) فانه يقول الشرط الاصرار على الانكار إلى وقت القضاء ، وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب ، وأجيب بأن الاستصحاب يصلح للدفع لا للاثبات ، فان قلت احتج الشافعي « رح » بقوله ﷺ البينـــة على المدعي ، فاشتراط حضور الخصم لاقامة البينة زيادة عليه ، ومـا قالت هند « رض » يا رسول الله إن أبا سفيان « رض » فشيحج لا يعطيني ما يكفيني وولدي ، فقال عليه السلام خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف ، فقد قضى عليه وهو غائب ، قلت حجتنا نحن بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنـه ، لا تقض لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فانك لا تدري بما تقضي رواه الترمذي « رح » وقال هذا حديث حسن .

وأما قوله ﷺ ، البينة على المدعي ، فدليلنا لأن البينة إسم لما يحصل به التبيان ، وليس المراد بالبيان في حق المدعي ، لانه حاصل بقوله ، ولا في حق القاضي ، لأنـــه حاصل بقوله المدعي إذا لم يكن له منازع إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاهـد ، وذلك إلا بحصوره ، وأما الجواب عن حديث هند « رض » ، فهو أنه عليه السلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان « رض » ، ألا ترى أنها لم تقم البينة ، وقيل كان هذا فتوى وليس بحكم .

( ومن يقوم مقامه ) لمـــا ذكر ان القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك بقوله ، ومن يقوم مقامه ، أي مقام المدعى عليه الغائب ، ولا يخلو هـذا إلا بأن يكون ( قديكون بإنابته كالوكيل أو بإنابة الشرع كالوصي من جهة القاضي ) قيد به احترازاً عن المسخر من جهة القاضي ، فان فيــه اختلاف الروايتان . وذكر في الذخيرة وتفسير المسخر أن ينصب القاضي وكيلاً عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه ، وكذا لو أحضر المدعي رجلا غير الخصم ليسمع القاضي الخصومة عليه ، والقاضي يعلم أنـــه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر ، وانما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيتـــه ، ولا يحضر مجلس الحكم ، ولكن بعد بعث في بعثائه إلى باب داره

وقد يكون حكماً بأن كان ما يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر ، وهذا في غير صورة في الكتب ، أما إذا كان شرطاً لحقه

---

ونادى على باب داره ، وقال احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك . أما في غير ذلك الموضع فلا .

( وقد يكون حكماً ) هذا عطف على قوله قد يكون بإنابته ، أى قد يكون من يقوم مقامه حكماً ( بأن يدعي على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر ) أى يكون سبباً لا محالة ، أما إذا كان سبباً في وقت دون وقت ، لا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب أن زوجك وكلني أن أحملك اليه ، فقالت قد طلقني ثلاثاً ، وبرهنت قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق ، أعادت البينة .

وأما صورة كون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعيه على الحاضر فكثيرة ، منها رجل أقام بينة على آخر أن هذه الدار له ، إشتراها من فلان الغائب وهو يملكها ، وذو اليد غصبها منه وهو ينكر ، قبلت بينته ، ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر البيع ، لا يلتفت إلى إنكاره لأن الشراء من المالك سبب لما يدعى على الحاضر كالوكيل عن الغائب فصار إنكاره كإنكار الغائب .

( وهذا ) أي ما يدعى على الغائب سبباً لا محالة لما يدعيه على الحاضر ( في غير صورة في الكتب ) ولهذا قال شيخ الإسلام « رح » وتفسير ذلك في مسائل منها ما ذكرناه الآن ومنها إذا ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه ، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق ، فبرهن انه ذاب له على فلان ألف درهم ، فإنه يقضى بها ، ومنها إذا ادعى الشفعة في دار إنسان ، وقال ذو اليد ما اشتريتها من أحد والدار داري، فبرهن المدعي أنه اشتراها من فلان الغائب ، وهو يملكها وأنه شفيعها ، يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعاً .

( أما إذا كان شرطاً ) يعني أما إذا كان ما يدعى على الغائب شرطاً ( لحقه ) أي لحق

فلا يعتبر به في جعله خصماً عن الغائب ، وقد عرف تمامه في الجامع .
قال ويقرض القاضي أموال اليتامى ، ويكتب ذكر الحق لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة .

---

المدعي على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته ، فأنت طالق ، فادعت امرأة الحالف عليه أن فلاناً طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة ، فلا تصح هذه البينة ولا يقضي بوقوع الطلاق عليها أشار بقوله ( فلا يعتبر به في جعلة خصما عن الغائب ) وهو قول عامة المشايخ « رح » لأن بينتها على فلان الغائب لا تصح ، لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب . وقال فخر الإسلام الاوزجندي « رح » أن البينة تقبل ، ويجعل الحاضر خصماً عن الغائب كما في السبب ، لأن الدعوي والمدعي كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط فإن قيل أليس لو قال لها إن دخل فلان الدار فأنت طالق ، فأقامت المرأة البينة أنه دخل وفلان غائب ، كانت البينة صحيحة الجواب، إنما صحت هناك لأنه ليس فيها إبطال حق الغائب ، فلا يكون قضاء على الغائب . ( وقد عرف تمامه ) أي تمام هذا المذكور من المسألة ( في الجامع ) الصغير .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ويقرض ) من الإقراض بالضاد المعجمة وفاعله ( القاضي أموال اليتامى ) قال تاج الشريعة « رح » أي إلى الثقات والثقة المسلي الحسن المعاملة ، وفي الاقضية إنما يملك القاضي الإقراض إذا لم يحصل غلبة لليتيم ، أما إذا وجد فلا يملكه ، هكذا روي عن محمد رحمه الله (ويكتب ذكر الحق ) أي يكتب كتاباً وهو الصك لأجل ذكر الحق ، وهو الإقتراض ( لأن في الإقراض ) أي في إقراض أموالهم ( مصلحتهم ) أي مصلحة اليتامى ( لبقاء الأموال محفوظة )فإن القاضي لكثرة اشتغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه ( مضمونة ) لأن بالقرض تصير أموالهم مضمونة ، فيقرضها ، بخلاف الوديعة فإنه وإن حصل الحفظ بها فليست بمضمونة بالهلاك ، فلم تكن مضمونة ، فإن قيل نعم هو كذلك ، لكن لو لم يؤمن النوى بجحود المستقرض ، أجاب المصنف «رح» عن هذا بقوله :

والقاضي يقـــدر على الاستخراج والكتابة لتحفظه ، وإن أقرض الوصي ضمن لأنه لا يقدر على الاستخراج . والاب بمنزلة الوصي في أصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج .

---

( والقاضي يقدر على الاستخراج ) لكونه معلومـــاً له ( والكتابة لتحفظه ) أي لتحفيظ القاضي بالكتابة ، وينتفي النسيان بها ، ( وإن اقترض الوصي ) أي مال اليتيم ( ضمن لأنه لا يقـــدر على الاستخراج ) لبقاء مخافة التوى ، وإن كان الحفظ والضمان موجودين ( والأب ) في إقراض مال الصغير (بمنزلة الوصي) حيث لا يجوز له الإقراض ( في أصح الروايتين ) وهو اختيار الإمام فخر الإسلام « رح » والصدر الشهيد « رح » والعتابي « رح » ( لعجزه ) لعجز الاب ( عن الاستخراج ) وفي رواية يجوز له ذلك،لان ولاية الأب تعم المال والنفس ، كولاية القاضي وشفقته تمنعه من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده ، وإن أخذه الاب قرضاً لنفسه ، قالوا يجوز وروى الحسن « رح » عن أبي حنيفة « رح » أنه ليس له ذلك .

* * *

# باب التحكيم

**وإذا حكم رجلان رجلاً ، فحكم بينهما ورضيا بحكمه ، جاز ، لان لهما ولاية على أنفسهما ، فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ،**

---

## ( باب التحكيم )

أي هذا باب في بيان التحكيم ، وهو مصدر من حكم بالتشديد ، يقال حكمه ، أي فوض اليه الحكم ، وهو أيضاً من أنواع القضاء ، إلا أنه أخر ذكره لان حكمه أدنى حالاً من حكم القاضي ، وهذا إذا خالف حكمه مذهب القاضي الذي ينمى اليه أبطله ، ولهذا لا يجوز حكمه في الحدود والقصاص ، بخلاف حكم القاضي ، ويجوز حكم القاضي رضى الخصم بذلك أم لا ، ولا يجوز حكم المحكم إلا برضى الخصمين ، وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى ﴿ فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ﴾ ٣٥ النساء ، فلما جاز التحكيم بين الزوجين دل على جوازه في سائر الخصومات وأما السنة فما روى ابن شريح « رح » أنه قال يا رسول الله ﷺ إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ، فرضى عني الفريقان ، فقال عليه السلام ما أحسن هذا . رواه النسائي « رح » ، وأما الإجماع فإن الصحابة رضى الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم .

( وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما ، فصح تحكيمهما ، وينفذ حكمه عليهما ) ولا ينفذ على غيرهما حتى لو ظفر المشترى بعيب ، فحكم هو والبائع رجلا فرده على البائع بحكمه لم يكن للبائع أن يرده على بائعه ولو اصطلح البائع الاول والثاني والمشترى جميعاً على حكمه ، يرده على البائع الاول استحساناً ، والوكيل بالبيع إذا ظفر المشترى بعيب فاصطلحا على حكم فرده بعيب لا يحدث مثله جاز على الامر في رواية ، وفي رواية جاز عليه دون الامر ، وإن كان عيب محدث مثله

وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم ، لانـــه بمنزلة القاضي فيا بينهما ، فيشترط أهلية القضاء. ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الذمي ، والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهليـــة القضاء اعتباراً بأهلية الشهادة .

---

يلزم البائع إلا إذا حكماه برضا الامر كذا في المحيط ( وهذا ) أي وهذا الذي ذكرناه إنما يصح ( إذا كان المحكم ) بتشديد الكاف المفتوحة ( بصفة الحاكم ) المولى ( لانه ) أي لان الحكم ( بمنزلة القاضي فيا بينهما ) أي فيا بين المحكمين .

واعترض بانه لو كان كذلك ، لما وقـــع التفرقة بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف « رح » لكنها وقعت ، فإنهما جائزان في القضاء دون التحكيم عنده ، وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين . والمقصود به قطع المنازعة ، والصلح لا يعلق ولا يضاف بخـــلاف القضاء والامارة لانه تعريض ( فيشترط اهلية القضاء ) هـذا نتيجة قوله ، لانه بمنزلة القاضي ، فلذلك ذكره بالفاء أي يشترط أهليـــة القضاء ووقت التحكيم ووقت الحكم ، حتى لو حكما عبداً ثم أعتق أو صبياً ثم بلغ ، أو ذميـاً فأسلم ، وحكم لا ينفذ حكمه كما في المولى ، وكذا لو كان مسلماً وقت التحكيم ، ثم ارتد وكذا على القلب في الكل لا ينفذ حكمه ، كذا في المغني والمحيط .

( ولا يجوز تحكيم الـكافر ، والعبد ، والذمي ، والمحدود في القـــذف ، والفاسق والصبي ) هذا لفظ القدوري « رح » في مختصره ، وهـــذا كله من إضافة المصدر إلى المفعول ، لانه لو جعل من قبيل اضافة المصدر إلى الفاعل ، ينقلب حكم المسألة ، فان ذلك جائز ، وفي المغنى يجوز تحكيم المـكاتب والعبد المـأذون كالحر ، وتحكيم الذمي لا يجوز بين المسلمين ، أما لو كان الذي حكما فيما بين الذميين يجوز لانه من أهـل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ( لانعدام أهلية القضاء ) أي في المذكورين ( إعتباراً بأهلية الشهادة ) أي لاجل الاعتبار بأهلية الشهادة ، فإنهم غير أهل الشهادة والقضاء مبني عليها.

والفاسق إذا حكم ، يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى ، ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما، لانه مقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً. وإذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما . وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمعناه ، لانه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه .

---

( الفاسق ) مبتدأ ( إذا حكم ) على صيغة المجهول بتشديد الكاف ( يجب أن يجوز) خبر المبتدأ ( عندنا ) خلافاً للشافعي « رح » ( كما مر في المولى ) أي وفي القاضي الفاسق المولى في اول كتاب أدب القاضي يعني إذا حكم الفاسق ينبغي أن يجوز قياسا على الفاسق إذا ولي القضاء ، ولكن لا ينبغي أن يتولى الفاسق القضاء ، وكذا لا يحكم الفاسق، وقد مر الكلام فيه مستوفى هناك ( والكل واحد من المحكمين ) بتشديد الكاف المكسورة وفتح الميم ( أن يرجع ما لم يحكم ) أي المحكم ( عليهما ) أي على المحكمين ( لانه ) أي لان المحكم ( مقلد ) بفتح اللام المشددة ( من جهتهما) أى من جهة المحكمين (فلايحكم إلا برضاهما جيمعاً ) وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك « رح » في رواية وأحمد « رح » في وجه .

( وإذا حكم ) أى المحكم ( لزمهما ) أى لزم المحكمين ما حكم به ( لصدورحكمه ) أى حكم المحكم « رح » ( عن ولاية عليهما ) وبه قال الشافعى « رح » في قول مالك « رح » وأحمد « رح » عن الشافعي « رح » لا بد من تراضيهما بعد الحكم ، وهو اختيار المزني ( وإذا رفع حكمه ) أى حكم المحكم ( الى القاضي فوافق مذهبه امضاه ، لأنه لا فائدة في نقضه ) أى في نقض القاضي حكم هذا المحكم ( ثم في إبرامه ) أى في حكمه قطعاً ( على هذا [1] الوجه ) أى الوجه الذى حكم به المحكم ، وفائدة امضاء الحاكم المحكم انه لو رفع اى حاكم يخالف مذهبه ، لم يتمكن من نقضه ولم يمضه لتمكن، لأن امضاء الأول بمنزلة حكم نفسه .

---

(١) ذلك — هامش .

وإن خالفه أبطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه . ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ، لانه لا ولاية لهما على دمهما ، ولهذا لا يملكان الإباحة ، فلا يستباح برضاهما .

---

( وان خالفه أبطله ) أي وان خالف حكم المحكم من مذهب الحاكم الذي رفع اليه أبطل حكم المحكم ( لأن حكمه ) أي حكم المحكم ( لا يلزمه ) أي لا يلزم الحاكم ( لعدم التحكيم منه ) أي من المحكم بخلاف حكم الحاكم ، فانه لا يبطله الثاني ، وان خالف مذهبه لعموم ولايته ، فكان قضاؤه حجة في حق الكل ، فلا يجوز لقاض آخر أن يرده ، وعند مالك « رح » وابن أبي ليلى « رح » حكم المحكم في المجتهدات نافذ كالمولى فلا يبطله وان خالف رأيه الا ان يكون جوراً بينا لم يختلف فيه أهل العلم .

( ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص ) هذا مذهب الخصاف « رح » فانه قال التحكيم لا يجوز في الحدود له والقصاص ، واختاره القدوري « رح » في مختصره ، وكذلك اختاره المصنف « رح » . والمراد بالحدود التي هي الواجب حقاً لله تعالى . وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت الروايات فيهما ، فقال شمس الأئمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي من أصحابنا من قالوا أنه يجوز هذا في الحدود الواجبة لله تعالى لأن الأيام هو المتعين لاستيفاء حقوق الله تعالى . وأما في القصاص وحدالقذف فيجوز التحكيم لان الاستيفاء اليهما . وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص لأنه من حقوق العباد . وعن ابي حنيفة « رح » لا يجوز . وقال الشافعي « رح » لا يجوز في غير الاموال وما في معناها ، وبه قال مالك « رح » حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص وقذف او عتاق او نسب او ولاء لانها مبنية على الاحتياط ، فيتعين القاضي المولى كالحدود ( لأنه لا ولاية لهما على دمهما ) هذا دليل القصاص . ولم يذكر دليل الحدود اى لأن الشأن لا ولاية للمحكمين على دمهما ( ولهذا ) لا يملكان الإباحة ( فلا يستباح برضاهما ) ولو علل المصنف « رح » مثل ما علل لأن حكم المحكم ليس بحجة في غير المحكمين ، فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا يستوفى بالشبهات فكان أشمل .

قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات ، كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح . إلا أنه لا يفتى به ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام فيه وإن حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة ، لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم ، إذ لا تحكيم من جهتهم . ولو حكم على القاتل بالدية في ماله ، رده القاضي ويقضي بالدية

---

( قالوا ) أي المشايخ « رح » من المتأخرين ( وتخصيص ) القدوري « رح » ( الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات، كالطلاق والنكاح وغيرهما) كالكنايات في جعلها رجعية والطلاق المضاف ، وهو الظاهر عند أصحابنا ، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى ، وقالوا يحتاج إلى حكم المولى ، كما في الحدود والقصاص كيلا يتجاسر العوام ، كذا ذكره الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي . وفي الذخيرة وفتاوى العتابي « رح » يجوز حكم المحكم في اليمين المضافة ، لكن لا يفتي كيلا يتجاسر الناس . وقال شمس الأئمة الحلواني « رح » مسألة حكم المحكم تعلم ولا يفتى بها ، وكان يقول ظاهراً المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الاستاذ ابا علي النسفي « رح » كان يقول فكتم هذا الفصل ، ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدي إلى هدم مذهبنا ( وهو صحيح ) أي التحكيم في سائر المجتهدات صحيح لأنه هو الظاهر عن أصحابنا .

( إلا أنه لا يفتى به ويقال ) عند السؤال ( يحتاج إلى حكم المولى ) أي القاضي المولى ( دفعاً ) أي للدفع ( للتجاسر من العوام[1] فيه ) وقد ذكرناه . ( وإن حكماه ) أي فإن حكم المحكمان المحكم ( في دم خطأ ، فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه ، لأنه لا ولاية له ) أي للمحكم ( عليهم ) أي على العاقلة ( لعدم[2] التحكيم من جهتهم ) وحكم المحكم لا ينفذ على غير المحكمين ( ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية

---

(١) لتجاسر العوام فيه — هامش .

(٢) إذ لا — هامش .

على العاقلة لانه مخالف لرأيـه ومخالف للنص أيضـــاً ، إلا إذا ثبت القتل بإقراره ، لان العاقلة لا تعقله ، ويجوز أن يسمع البينـة ويقضي بالنكول ، وكذا بالإقرار لانه حكم موافق للشرع . ولو أخبر بإقرار أحد الخصمين أو بعداله الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ، لان الولاية قائمة . ولو أخبر بالحكم

---

على العاقلة لأنه ) أي لأن حكم الحكم على القاتل ( مخالف لرأيـــه ) أي لرأي القاضي ( ومخالف للنص أيضـــاً ) وهو حديث حمل بن مالك قوموا قدوه ، كما سيأتي في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى ( إلا إذا ثبت القتل بإقراره ) هذا استثناء من قوله رده القاضي، أي رد القاضي قضاه بالدية في مـــاله ، إلا إذا ثبت القتل بإقرار القاتل ، فحينئذ يجوز الحكم بالدية في مال القاتل (لأن العاقلة لا تعقله) أي لا تعقل الإقرار ولا الصلح ولا العمد.

( ويجوز أن يسمع ) أي الحكم ( البينة ويقضي بالنكول ) هذا لفظ القدوري «رح» وقال المصنف « رح » ( وكذا بالإقرار لأنه ) أي لأن كل واحد من سماع البينـة والقضاء بالنكول وبالإقرار ( حكم يوافق (١) الشرع ) لأنـه ليس الحكم إلا بواحد من هـــذه الأشياء . ( ولو اخبر ) أي الحكم ( بإقرار أحد الخصمين ) بأن قال لاحدهما اعترفت عندي لهذا بكذا ( أو بعدالة الشهود ) مثل أن يقول قامت عندي وقد ألزمتك بهذا أو حكمت به لهذا عليك ، فأنكر المقضي عليه أن يكون أقر عنده بشيء أو قامت عليـه بينة بشيء له يلتفت إلى قوله ، وقضى القاضي ونفذ لان الحكم يملك إنشاء الحكم عليـــه بذلك .

( وهما ) أي والحال أن الحكمين ( على تحكيمها يقبل قوله ) أي قول الحكم ( لأن الولاية قائمة ) فيملك إنشاء الحكم ، ويملك الإخبار بهذه الأشياء ( وإن (٢) أخبر بالحكم)

---

(١) موافق للشرع — هامش .

(٢) فلو — هامش .

لا يقبل قوله لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل . وحكم الحاكم لابويه وزوجته وولده باطل والمولى والمحكم فيه سواء ، وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة . فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف مـا إذا حكم عليهم ، لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة . فكذا القضاء . ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ، لانه أمر يحتاج فيه الى الرأي والله أعلم بالصواب .

---

بأن يقول كنت حكمت عليك لهذا بكذا ( لا يقبل قوله لانقضاء الولاية ، كقول المولى بعد العزل ) لأنه لما حكم صار معزولاً ، ولا يقبل قوله إني حكمت بكذا ، كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله ، حكمت بكذا لا يقبل قوله فكذا هذا .

( وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل ، والمولى ) أي القاضي المولى ( والمحكم) أي الذي جعل حكماً ( فيه ) أي في بطلان الحكم ( سواء ، وهذا ) أي بطلاق الحكم ( لانه ) أي لأن الشأن ( لا تقبل شهادته ) أي شهادة المحكم ( لهؤلاء ) أي للوالدين والولد والزوجة ( لمكان التهمة ) وهو ظاهر ( فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف مـا إذا حكم عليهم ، لأنه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة ، فكذا القضاء ) إذا قضى عليهم .

( ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما ) حتى لو حكم أحدهما ولم يحكم الآخر لا يجوز ( لأنه ) أي لأن التحكيم ( أمر يحتاج فيه إلى الرأي والله أعلم بالصواب ) لأن رأي الواحد ليس كرأي الاثنين ، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهد على ذلك غيرهما ، لأنهما بعد القيام كسائر الرعايا ، فلا تقبل شهادتهما على فعل ما سواه ، والله أعلم بالصواب .

وفي المحيط ولو حكما حراً وعبداً محكماً لم يجز ، ولو حكم مسلم ومرتد رجلاً ، فحكم بينهما ، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب ، لم يجز حكمه عليهما ، ولو أمر الإمام رجلاً أن يحكم بين الناس ، وهو ممن يجوز شهادته جاز ، ويصير كالقاضي .

# مسائل شتى من كتاب القضاء

## قال وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر ،فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا

ولو أمر القاضي رجلا لم يجز إلا بإذن الامام . ولو حكم لا يجوز إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم ، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم . ولو حكما رجلا ، فأخرجه القاضي من الحكومة ، فحكم بعده ، فأجاز جاز . وليس للحكم أن يفوض التحكيم إلى غيره ، ولو فوض وحكم الثاني بغير رضاهما ، فأجاز الأول لم يجز إلا أن يخيرا بعد الحكم . وقيل ينبغي أ ن يجوز كالوكيل الأول إذا جاز بيع الثاني ولو حكما واحداً ، فحكم لأحدهما ثم حكماً آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزاً عنده ، وإلا أبطله . وكتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز ، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه . ولا يحكم الحكم بكتاب قاض إلا إذا رضي الخصمان والله أعلم .

( مسائل شتى )

أي هذه مسائل شتى ( من كتاب القضاء ) أي مسائل متفرقة متعلقة بكتاب القضاء . وأصل شتى من شت الأمر يشت شتاً ، إذا تفرق . يقال أمر مشت أي متفرق. وجاؤا أشتاتاً ، أي متفرقين ، وقوم شتى ، وأشياء شتى . قال الله تعالى ﴿ إن سعيكم لشتى ﴾ ٤ الليل ، أي ان عملكم لمختلف ، وفي تفسير إن أعمالكم لمختلفة ، وقد جرت عادة المصنفين أن يذكروا ما شذ من المسائل في آخر الكتاب استدراكاً للفاية ،ويترجموه بقولهم ، مسائل متفرقة أو بقولهم مسائل شتى ، أو بقولهم مسائل منثورة . وقال الاترازي « رح » ، وكان القياس على هذا أن يذكر صاحب الهداية مسائل هذا الفصل في آخر كتاب أدب القاضي انتهى . قلت الذي ذكره صاحب الهداية ها هنا ، هو القياس ، لان كل شيء قيل مسائل شتى من الأبواب والفصول من كتاب أدب القاضي ومتعلقاته فافهم .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر ، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتداً ) أصل يتد يوتد حذف الياء لوقوعها بين الياء

ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة « رح » معناه بغير رضاء صاحب العلو . وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو . وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه قيل ما حكي

---

والكسرة ، والوتد بفتح الواو وكسر التاء . وقال الجوهري الوتد بالكسر واحد الاوتاد وبالفتح لغة ، وكذلك الود في لغة من يدغم ، تقول وتدت الوتد ثم وتداً ، وإذا أمرت قلت تـد وتدك بالميتدة ، وهي المدق انتهى . قلت الوتد في لغة البلدتين الخازوق ، وهو قطعة من الخشب أو الحديد يدق في الحائط ليعلق عليـــه شيء أو يربط به شيء ( ولا ينقب فيه كوة ) قـــاله الاترازى الكوة بفتح الكاف كذا في الديوان هي الروزن . وفي المغرب الكوة نقب البيت والجمع كوى . وقـد يضم الكاف في الفرد والجمع – ويستدار مفاتح الماء إلى المزارع والجداول ، فيقال كوى النهر . وقال الجوهري الكوة نقب البيت والجمع كوا بالمـــد ، وكوى أيضاً مقصور . والكوة بالضم لغة ويجمع على كوى . قلت الكوة بخش في الحائط غير نافذ من ورائها يحط فيها شيء ( وهذا ) أى الذى ذكرهامن عدم جواز دق الوتد ونقب الكوة ( عند أبي حنيفة « رح » ) وكذا لا يفتح باباًولايدخل جذعاً فيه ، ولا يهدم سفلة ، وكذا لم يكن لصاحب العلو أن يحدث في بنائه إلا أن يضع عليه جذعاً ولا كنيفـــاً لم يكن ( معناه ) أى معنى قول محمد « رح » في الجامع ليس لصاحب المسفل أن يتد فيه وتداً ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة « رح » إنمـــا أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر .

قيل بل عند أبي حنيفة « رح » الحظر أصل ، والإطلاق يعارض لعدم الضرر ، ولا خلاف فيما لم يضر لصاحبه ، فان له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق وانمـــا بالخلاف في حالة الاشكال أنـــه يضر به أم لا ، فعند أبي حنيفة « رح » ليس لـــه ذلك إلا برضى صاحبه .

( وقالا ) أى قال أبو يوسف « رح » ( يصنع ما لا يضر بالعلو ) لأن التصرف حصل في ملكه ( وعلى هـــذا الخلاف ) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه « رح » ( إذا أراد صاحب العلو أن يبني على علوه ) بيتاً او يضع عليه جزوعاً ونحو ذلك ( قيل مـا حكي

عنهما تفسير لقول أبي حنيفة « رح » فلا خلاف . وقيـــل الاصل عندهما الإباحة ، لانه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة يعارض الضرر ، فإذا أشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ، كحق المريض والمستأجر والإطلاق يعارض . فإذا أشكل لا يزول المنع . على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فيمنع عنـــه .

---

عنهمـا ) أي عن أبي يوسف ومحمد « رح » ( تفسير لقول أبي حنيفة « رح » فلا خلاف فيه ) قال بعض المشايخ « رح » في شرح الجامع الصغير أن أبا حنيفة « رح » أراد بالمنع ما فيه ضرر ظاهر ، فيكون فصلاً مجمعاً عليه ، لأن التصرف حصل في ملكه .

( وقيل ) بل بينهم خلاف لأن ( الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه ، والملك يقتضي الإطلاق والحرمة يعارض الضرر ) أي إطلاق التصرف ( فإذا أشكل ) ولم يعلم أنه يضره أم لا ( لم يجز المنع ) لأن الأصل الإطلاق في تصرف ملـكه ( والأصل عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( الحظر ) أي المنع ( لأنه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ) وتعلق حق الغير بملكه بين تصرفه فصار هذا ( كحق المرتهن والمستأجر ) في منع المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر .

( والإطلاق ) أي إطلاق التصرف ( يعارض ) عدم الضرر ( فإذا أشكل ) بأن لم يعلم فيه ضرر أم لا ( لا يزول المنع على أنه ) أي مع أن التصرف فيه ( لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء ونقضه ، فيمنع عنه ) ولهذا لا يملك صاحب السفل أن يهدم كل الجدار أو السقف . فكذا بعضه . وقال فخر الإسلام « رح » في شرح الجامع الصغير وقول أبي حنيفة « رح » قياس . وقال قاضي خان « رح » لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً أو مـا أشبه ، ويتضرر به صاحب العلو له ذلك عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

والأصل فيه قوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . وفي الأقضية لو انهدم

## قال وإذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة ، وهي غير نافذة ،

السفل على البناء وبه قال الشافعي « رح » في الجديد ومالك « رح » في رواية وأحمد « رح » في رواية . وقالوا في رواية أخرى يجبر ويخير صاحب العلو ، فإن شاء بنى السفل إلى موضع علوه ثم يبنى علوه ويمنع صاحب السفل عن السكن فيه حتى يؤدي قيمة السفل . والصحيح أنه يعتبر قيمته يوم البناء لا وقت الرجوع بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة ، فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه ، لا يرجع على صاحبه بشيء ، وبه قال الشافعي « رح » في الأصح ، لأن هنا غير مضطر إلى البناء في نصيب شريكه . لأنه يمكنه أن يقاسم المساحة ، ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار المشترك بعد انهدامه عندنا وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد ومالك « رح » في رواية .

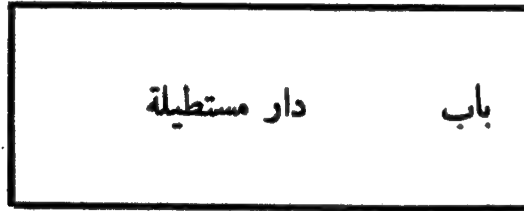
ولو كان البيت صغيراً فانهدم ، ولا يمكن قسمة الساحة ، لا يكون متبرعاً في البناء ، وهكذا نقول في الطاحون والحمام حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه ، ولو انهدم كله فإن أمكن إلينا بعد القسمة يكون في البناء متطوعاً وإلا لا كذا ذكره التمرتاشي رحمه الله .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كانت زائغة ) أي سكة . قال السكاكي « رح » وقال تاج الشريعة « رح » قوله زائغة أي سكة غير نافذة وفي بحجة الشرع الزائغة كوجة سميت بذلك لزيغها عن الطريق الأعظم . وقال الاترازي الزائغة المحلة سميت بها لميلها من طرف إلى طرف ، متى زاغت الشمس إذا مالت . وفي تهذيب ديوان الأدب ، الزائغة الطريق الذي جاز عن الطريق الأعظم ( مستطيلة ) أي طويلة من استطال يعني طال ( تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي نافذة ) أي الزائغة المنشعبة غير نافذة ، وكذلك الزائغة الأول أيضاً غير نافذة ، كذا ذكره التمرتاشي والفقيه أبو الليث « رح » حيث قالا سكة طويلة غير نافذة ، وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة ، ولكن في اكثر الكتب لم يقيد الاولى بكونها غير نافذة ، وتعليل الكتاب يقتضي ذلك .

فليس لأهل الزائغة الاولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى لآن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً حتى لا يكون لأهل الأولى فيما يبيع فيها حق الشفعة ، بخلاف النافذة ، لأن المرور فيها حق العامة . قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع جداره . والأصح أن المنع من الفتح ، لأن الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب . وإن كانت مستديرة قد لزق

---

وصورتها هكذا .



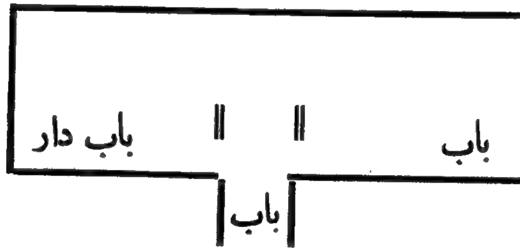

( فليس لأهل الزائغة الأولى أن يفتحوا باباً في الزائغة القصوى ) أي السفلى ( لأن فتحه للمرور لا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصاً ) أي خاصته ( حتى لا يكون لأهل الأولى ) أي السكة الأولى ( فيما يبيع فيها ) أي في السكة القصوى (حق الشفعة ) لأن السكة لهم خاصة ( بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة ) وليست للسكان فيها خاصة ( قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه ) أي لأن الفتح ( رفع جداره ) ولأن يرفع جميع جداره بالهدم ، فرفع بعضه اولى ، ولهذا لو فتح كوة أو باباً للإستضاءة دون المرور لم يمنع . ( والأصح ان المنع من الفتح ، لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور وفي كل ساعة ولأنه ) إذا فعل ذلك ( عساه ) أي لعله (يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب) ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع .

( قال ) أي محمد « رح » ( وإن كانت ) أي الزائغة القصوى ( مستديرة قد لزق

طرفاها فلهم أن يفتحوا باباً ، لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها . قال ومن ادعى في دار دعوى ، وأنكرها الذي هي في يده ، ثم صالحه منها ، فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى . والمدعي وإن كان مجهولاً، فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا ،

---

طرفاها ) يعني سكة اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة ، والسكة غير نافذة ( فلهم أن يفتحوا باباً ) أي فلكل واحد منهم أن يفتح بابه ( لأن لكل واحد منهم حق المرور في كلها ، إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها ) بهذه الصورة .




( قال ) أي محمد « رح » ( ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز ) قيل أراد به إذا كان المدعي به مقدراً معلوماً ، كالثلث ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة ، لأن الصلح يصح إذا كانت الدعوى صحيحة ، إما إذا كانت فاسدة أي هذه المسألة ( وهي مسألة الصلح على الانكار ، وسنذكرها في الصلح إن شاء الله تعالى ) والصلح على فلا يصح لإنكار جائز عندنا خلافاً للشافعي « رح » هذا جواب عما يقال كيف يصح الصلح مع جهالة المدعي ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى، ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئاً لا يصح دعواه ، أجاب المصنف بقوله :

( والمدعي وإن كان مجهولاً فصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا ) ثم علله بقوله

لأنه جهالة في الساقط فلا تفضي إلى المنازعة على ما عرف . قال ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت،فسئل البينة فقال جحدني الهبة ، فاشتريتها منه، وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض ، إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق . ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ، ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ، ذكره في بعض النسخ

---

( لأنه ) أي لأن المجهول ( جهالة في الساقط فلا تفضى إلى المنازعه ) والأصل فيه أن ما يجب تسليمه يشترط العلم به ، لأن الجهالة تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وما لا يجب تسليمه لا تضر الجهالة فيه ( على ما عرف ) في كتاب الصلح .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت ) يعني أنه سلمها اليه في وقت ( فسئل البينة ) على دعواه ( فقال ) أي المدعي ( جحدني الهبة ) ولم يكن لي بينة في حق الهبة (فاشتريتها منه وأقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة ، ولا تقبل بينة لظهور التناقض ) والتناقض يمنع صحة الدعوى ( إذ هو يدعي الشراء بعد الهبة ، وهم يشهدون به ) أي بالشراء ( قبلها ) أي قبل الهبة ، أي قبل عقدها .

( ولو شهدوا به ) أي بالشراء ( بعدها ) أي بعد الهبة ( تقبل لوضوح التوفيق ) وهذا لأنه يمكنه أن يقول وهب لي منه شهر ثم جحدني الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع ، فلا تناقض ، وفي الوجه الاول التوفيق غير ممكن ، فيتحقق التناقض إذ لا يمكنه أن يقول وهب لي منذ شهر ، ثم جحدني الهبه فاشتريتها منذ سنة . وهذه المسألة تدل على أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق وأما إذا أمكن فلا.

( ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ) أي قبل الهبة ( ولم يقل جحدني الهبة ، فاشتريتها ، لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ ) أي بعض نسخ الجامع

لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب ، ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضاً . بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرير ملكه عندها . ومن قال لآخر إن اشتريت مني هـــذه الجارية فأنكر الآخر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها ، لأن المشتري لما جحد كان فسخاً من جهته إذ الفسخ يثبت به كما إذا تجاحدا .

---

الصغير ، ثم ذكر المصنف « رح » وجه عدم قبول البينة هنا للتناقض بقوله ( لأن دعوى الهبة إقرار منه بالملك للواهب ) في ذلك الوقت ( ودعوى الشراء ) قبل الهبة ( رجوع منه ) أي من الإقرار للواهب ( فعدمنا قضاه ) فلا يقبل بينته (بخلاف ما إذاادعى الشراء بعد الهبة ) حيث تقبل بينته ( لأن تقرير ملكه ) أي ملك الواهب ( عندهـــا ) أي عند الهبة ، فإن قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة ايضاً ، لأنه ادعى شراء باطلا ، لأنه ادعى شراء يملكة بالهبة ، أجيب بانه لا جحد الهبة ، فقد فسخها من الأصل وتوقف الفسخ في حق المدعى على رضاءه ، فإذا قدم على الشراء منه ، فقد رضي بذلك الفسخ فيهما بينهما فإذا انفسخت الهبة بتراضيهما ، واشترى مالا يملكه فكان صحيحاً .

( ومن قال لآخر اشتريت منه هذه الجارية فأنكر لآخر ) أي الآخر المخاطب ( إن أجمع البائع ) أي إن قصد وعزم بقلبه ، وقيل يشهد بلسانه على العزم بالقلب ( على ترك الخصومة وسعه ) أي حل له أي للبائع ( أن يطأها ) أي الجارية وبه قال الشافعي «رح» في وجه وأحمد « رح » في رواية . وقال زفر « رح » لا يحل ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، لانه لما باعها فهي على ملك المشترى ما لم يبعها من البدائع أو يتقابلا ( لأن المشترى لما جحد ) أي البيع ( كان فسخاً من جهته ، إذا الفسخ يثبت به ) أي بالجحود ( كما إذا تجاحدا ) البيع لان الإقالة قد تكون بلفظ الإقالة ، وبلفظ الرد ويجحودهما، بان تجاحدالبائع لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود وإنكار من الاصل فيجعل احدهما مجازاً عن الآخر .

فإذا عزم البائـع على ترك الخصومة تم الفسخ بمجرد العزم . وإن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل ، وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البائع فيستبد بفسخه .

---

( فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ) بينهما،ألا ترى إلى ما قالوا في شروح الجامع الصغير إذا قال لآخر أجرتك هذه الدار بكذا أو بعتك هذا الثوب بكذا ، فأخذ الدار أو الثوب وذهب به ، كان ذلك قبولا منه ، كذا هذا ، فإن قيل لو جـاز قيام الجحود والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ،لجاز لامرأة جحد زوجها النكاح،وحرمت على الخصومة ان تتزوج بزوج آخر إقامة لهما مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد اللزوم ، فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيـع ( وبمجود العزم ) هـذا جواب عما يقال الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ ، ألا ترى أن من له خيـار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد ، لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فأجاب المصنف « رح » بقوله وبمجرد العزم أي بمجرد عزم الرجل .

(وإن كان لا يثبت الفسخ،فقد اقترن العزم بالفعل) أي فقد اقترن العزم بالفعل( وهو إمساك الجارية ونقلها) أي نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته (وما يضاهيه) أي وما يشابه ذلك من الافعال كالكتابة والعرض على البيع والاستخدام لان إمساكها لا يحـل بدون الفسخ فيتحقق الانفساخ دلالة كمن قال لآخر أجرتك هذه الدابة يوماً بكذا لتركبها إلى مكان كذا ، فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولاً دلالة ، لأن الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول ( ولانه ) دليـل آخر ، أي ولان الشأن ( لما تعذر استيفاء الثمن من المشترى ) بجحود العقد ( فات رضاء البـائع ) وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيـع ( فيستبد بفسخه ) فليستقل البائع بفسخ العقد فيجعل عزمه فسخاً ، والفرق بـين الدليلين أن الانفساخ كان في الاول مترتباً على الفسخ من الجانبين ، وجعل جحوده فسخاً من جانبه

قال ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ، ثم ادعى أنه زيوف صدق . وفي بعض النسخ اقتضى وهو عبارة عن القبض أيضاً ووجد أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز . والقبض

---

والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع ، وفي الثاني مترتب على الفسخ من جانب البائع باستبداده .

( قال ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ) أى بسبب من الاسباب من استقراض أو ثمن سلعة أو غصب أو وديعة ( ثم ادعى انها زيوف صدق ) أى القول قوله مع يمينه ( وفي بعض النسخ ) أى في بعض نسخ الجامع الصغير ( اقتضى ) أى لفظ اقتضى موضع قبض ( وهو ) أى لفظ اقتضى ( عبارة عن القبض ايضاً ) ولكن لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير اقتضى .

وفي المبسوط أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة ، ثم قال وجدتها زيوفاً فالقول قوله وصل أم فصل وقوله في الكتاب ، ثم ادعى انها زيوف صدق محمول على هذا أى وصل أم فصل وبه صرح المحبوبي « رح » في جامعه فقال هو مصدق وصل أم فصل وفي المبسوط في باب الإقرار بالدين لو قال لفلان علي الف من ثمن مبيع ، إلا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق « رح » في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة « رح » وعندهما يصدق إن وصل ، ولا يصدق إن فصل . ولو أقر بالمال غصباً أم وديعة ، وقال هي نبهرجة أو زيوف صدق فصل أو وصل ، ولو قال علي الف من غير ذكر التجارة والغصب ، فقال بعض مشايخنا « رح » فهو على الخلاف المذكور . وقيل يصدق ها هنا إذا وصل بالإتفاق ، وقال الشافعي وأحمد « رح » إذا فصل لا يقبل في جميع الصور .

( ووجهه ) أي وجه ما ذكر من تصديقه ( أن الزيوف من جنس الدراهم ، إلا أنها معيبة ولهذا ) أي ولكونها من جنس الدراهم ( لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز ) إذ لو لم تكن من جنسها ، كان التجويز استبدالاً وهو فيهما لا يجوز ، وقد تقدم ( والقبض

لا يختص بالجياد ، فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الجياد صريحاً أو دلالة فلا يصدق . والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم

---

لايختص بالجياد ) هذا جواب عما يقال ، الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق ، وهو الجياد حملاً لجهالته على ماله حق قبضه لا ما ليس له ذلك ولو أقر بقبض حقه ، ثم ادعى انه زيوف ، لم يسمع منه . فكذا هذا ، فأجاب بقوله والقبض لا يختص بالجياد ، وهومنع للملازمة والزيوف له حق قبضه ، لأنه دون حقه ، والممنوع من القبض ما يزيد على حقه ، وإذا لم يكن القبض مختصاً بالجياد ، فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجياد ، فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضاً بل هو ينكر قبض حقه ( فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ) لأن القول قول المنكر مع يمينه .

( بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه ) أي وأقر أنه قبض حقه ( أو الثمن ) أي أو أقر أنه قبض ( أو استوفى ) أي أقر انه استوفى حيث لا يصدق ( لإقراره بقبض الجياد صريحاً ) في قوله أنه قبض الجياد ( أو دلالة ) في الثلاثة البقية ( فلا يصدق ) لأنه متناقض . أما في الأول فظاهر وكذا في غيره ، لأن حقه في الجياد ، فكان الإقرار بقبض حقه مطلقاً أقر بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التام فكان عبارة عن قبض حقه أيضاً . وقال السغناقي « رح » في النهاية جمع المصنف « رح » بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق ، وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ، ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولاً ولا مفصولاً ، وفيما بقي يصدق موصولاً ولا يصدق مفصولاً ، ثم أطال الكلام فيه .

( والنبهرجة كالزيوف ) أي في حكم التصديق إذا قال اقتضيت من فلان كذا درهماً ، ثم ادعى انها نبهرجة يصدق ، كما إذا قال انها زيوفاً ( وفي الستوقة لا يصدق ، لأنه ليس من جنس الدراهم ) قال الكاكي « رح » ليس هذا الحكم على إطلاقه ، فإنه ذكر في المبسوط

حتى لو تجوز بهـــا فيما ذكرنا لا يجوز ، والزيف ما زيفه بيت المال ، والنبهرجة ما يرده التجار ، والستوقة مـا يغلب عليها الغش .

قال ومن قال لآخر لك علي ألف درهم ، فقال ليس لي عليك شيء ، ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم ، فليس

---

في الإقرر ، لو أقر قبض خمس مائة مما له على المديون ، ثم قال بعد أن سكت هي رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان كان موصولاً ، فالقول قوله ، لأن الرصاص من الدراهم صورة ، وإن لم يكن منها معنى ، فكان بيناً مغير الظاهر كلامه إلى ما هو محتمل ، فيصح موصولاً ، وكذلك في الستوقة ، لأن الرصاص أبعد من الستوقة في اسم الدراهم ، والحكم في الرصاص هكذا فيجب أن يكون كذلك بالطريق الأولى ( حتى لو تجوز بهـــا فيما ذكرنا ) أي في الصرف والسلم ( لا يجوز ) لأنه ليس من جنس الدراهم . ثم بين الزيوف والنبهرجة والستوقة ما هي بقوله :

( والزيف ما زيفه بيت المال ) أي رده ، وفي المغرب زافت عليـــه دراهمه ، أي صارت مردودة عليه لغش فيها ( والنبهرجة مـــا يرده التجار ) وقال الكاكي « رح » النبهرج الدراهم التي فضتها رديئة ، وقيل التي فيها الغلبة للفضة ، وقد استعير لكل باطل ومنه يهرج دمه إذا بطل . ( والستوقة ما يغلب عليهـــا الغش ) وهو بالفتح أردأ من النبهرجة ، وفي النوازل قال أبو نصر « رح » الزيوف هي الدراهم المغشوشة ، والنبهرجة هي التي تضرب من غير دار السلطان ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وكان الفقيـــه أبو جعفر يقول ، الزيوف ما زيفه بيت المال ، والنبهرجة ما يهرجه التجار ، والستوقة فارسية معربة ، وهي تعريب سدبر وفي المبسوط الستوقة كالفلوس ، فإنه صفر مموه من الجانبين ، وقيل معرب سرطاقة أي الطاقة الأعلى والأسفل فضة والأوسط صفر .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فقال ) أي المقر له ( ليس لي عليك شيء ، ثم قـــال في مكانه ، بل لي عليك الف درهم فليس

عليه شيء ، لأن إقراره هو الأول ، وقـــد ارتد برد المقر له ، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ، بخلاف ما إذا قال لغيره ، إشتريت ، وأنكر الاخر له أن يصدقه ، لأن أحـــد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى فيه أنـــه حقهما ، فبقي العقـــد فيعمل التصديق . أما المقر له ينفرد برد الإقرار ، فافترقا .

---

عليه ) أي على المقر ( شيء لأن الاقرار [1] ) المعتبر ( هو الأول ، وقد ارتد برد المقر له والثاني ) وهو قوله بل لي عليك ألف درهم ( دعوى فلا بـد من حجة ) أي البينة ( أو تصديق خصمه ) حتى لو صدقه المقر ثانياً ، لزمه المال استحساناً ( بخلاف مـــا إذا قال لغيره اشتريت ) مني هذا العبد ( وأنكر الآخر ) يعني أقر بالشراء منه وأنكر المقر له ( له أن يصدقه ) بعد ذلك ، لإن إقراره ، وإن كان مما يحتمل الإبطال ، لكن المقر لم يستقل بإثباته ، فلا ينفرد أحد المتعاقدين بالفسخ ، وهو معنى قوله ( لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد ) يعني أن المقر لـــه لا ينفرد بالرد ، كما أن المقر لا ينفرد بإثباته .

(والمعنى فيه أنه) أي أن الفسخ ( حقهما ، فبقي العقد فيعمل التصديق ) بخلاف الأول فان أحدهما ينفرد بالاثبات ، فينفرد الآخر بالرد واليه أشار بقولـه ( أما المقر له ينفرد برد الاقرار ، فافترقا) أي الحكمان المذكوران. وقال الأكمل رحمه الله قلت إن عزم المقر على ترك الخصومة ، وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار ، فان الفسخ قد تم ، ولهذا ، لو كانت جارية حل وطأها كما تقدم ، ويجوز أن يقال أن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك ، فان العزم والنقل كان دليل الفتح ، وبه سقط . قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ ، وذكر قبله ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من

---

(١) إقراره – هامش .

قال ومن ادعى على آخر مالاً ، فقال ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على ألف ، وأقام هو البينة على القضاء ، قبلت بينته وكذلك على الإبراء . وقال زفر « رح » لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد أنكره ، فيكون مناقضاً ، ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه دفعاً للخصومة . ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ، ثم يقضي . وكذا إذا قال ليس لك علي شيء قط ، لان التوفيق أظهر .

---

المشتري ، فات رضا البائع ، فيستبد بفسخه ، والتوفيق بين كلاميه صعب ، وذلك أنه قال ، لما تعذر استيفاء الثمن يستبد ، وها هنا قال ، لما أقر المشتري في مكانه بالشراء ، لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ادعى على آخر مالاً فقال ما كان لك علي شيء قط ، فأقام المدعي البينة على الف ، وأقام هو البينه على القضاء قبلت بينته و كذلك على الابراء ) يعني لما تقبل البينة على القضاء ، فقبل أيضاً على الابراء . ( وقال زفر « رح » لا تقبل ) وبه قال ابن أبي ليلى « رح » ( لأن القضاء يتلو الوجوب ) لأنه تسليم مثل الواجب ( وقد أنكره ، فيكون مناقضاً ) في دعواه ، وقبول النية تقتضي دعوى صحيحة ( ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعاً للخصومة والشغب ) .

( ألا ترى ) توضيح لما قبله ( انه يقال قضى بباطل ) كما يقال قضى بحق ( وقد يصالح على شيء ) بالانكار ( فيثبت ثم يقضي ) أي يؤدي ، والقضاء يجيء بمعنى الأداء . قال الله تعالى ﴿ فاذا قضيت الصلاة ﴾ ١٠ الجمعة أي فاذا أديت ( وكذا قال ) أي الرجل المخاطب عند دعوى المال عليه ( ليس لك علي شيء قط ، لأن التوفيق أظهر ) لأن يقول ليس لك علي شيء في الحال لأني قد قضيتك حقك ، أو لأنك أبرأتني . ألا ترى أنه لو صرح به يصح ، وهذا لأن ليس لنفي الحال . فاذا أقام المدعي البينة على المدعى به

ولو قال ما كان لـــك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء ، وكذا على الابراء لتعذر التوفيق ، لانه لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء ، وقضاء واقتضاء ، ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة . وذكر القدوري « رح » أنه تقبـل أيضاً ، لان المحتجب والمخدرة قد يؤدي بالشغب على بابه ، فيأمر بعض وكلائه بإرضائه ، ولا يعرفه ، ثم يعرفه

---

والمدعى عليه على القضاء أو الابراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً مـا لو دلت المسألة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه .

واستدلال الخصاف « رح » لمسألة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال ، ألا ترى انه لو ادعى على رجل دم عمد ، فلم تثبت عليه أقام المدعى عليه بينـــة على الابراء أو العفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية ، فأنكرت وأقـام البينة على رقبتهـــا ثم أقامت هي بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على الف وأنهـــا أدت إليه قبلت .

( ولو قال ما كان لك علي شيء قط ، ولا أعرفك ، لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء ) أي وكذا لا تقبل بينته على الابراء ( لتعذر التوفيق لأنـــه لا يكون بين اثنين أخذوا إعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفـــة ) فتعذر التوفيق فبطلت البينة .

( وذكر القدورى « رح » ) أى عن أصحابنا « رح » ( أنه ) أى أن بينته على تأويل البرهان ( تقبل أيضاً ) على القضاء ( لأن المحتجب ) أى الرجل المحتجب ، وهو الذى لا يراه كل أحد لعظمته . وقـــال تاج الشريعة المحتجب الذى لا يتولى الأمور بنفسه ( أو المخدرة ) أى المخدرة وهي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم ( قـد يؤدى بالشغب على بابه ) الشغب بفتح الشين وسكون الغين المعجمتين . وقال الجوهرى الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب ( فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه

بعد ذلك ، فأمكن التوفيق . قال ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال لم أبعها منك قط ، فأقام البينة على الشراء ، فوجد بها إصبعاً زائدة ، فأقام البائع البينة أنه بريء إليه من كل عيب ، لم تقبل بينة البائع . وعن أبي يوسف « رح » أنه تقبل اعتباراً بما ذكرنا . وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، فيستدعي وجود البيع وقد أنكره ،

---

بعد ذلك فأمكن التوفيق ) من حيث أنه عرفه بعد إرضائه بلا معرفة . وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، فعلى هذا لو كان المدعى عليه يتولى الأعمال بنفسه ، لا تقبل بينته لأنه لا يمكنه التوفيق من هذا الوجه ، وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل اتفاق الروايات ، لأن الابراء يتحقق بلا معرفة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته ، فقال لم أبعها منك قط ، فأقام البينة ) أي أقام المدعي البينة ( على الشراء ) منه (فوجد) أي المشتري ( بها ) أي الجارية ( إصبعاً زائدة ) خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر ، لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة ( فأقام البائع البينة أنه بريء إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع ) لأن التوفيق بين الكلامين متعذر .

( وعن أبي يوسف « رح » أنها [1] ) أي بينة البائع ( تقبل اعتباراً بما ذكرنا ) أراد به ما ذكره في مسألة البائع وكيلاً من المالك في البيع ، فكان المالك في قوله ما بعتها صادقاً ثم المالك في دعواه السواء من كل عيب ، لا يكون مناقضاً ( وجه الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( أن شرط البراءة ) عن العيب ( تغيير العقد من اقتضاء وصف السلامة أو غيره ، فيستدعي وجود البيع ) لأن الصفة بدون الموصوف [2] غير مقصودة (وقد أنكره)

---

(١) أنه — هامش .

(٢) الموصوف — هامش .

فكان مناقضاً ، بخلاف الدين ، لأنه قد يقضي وإن كان باطلا على ما مر . قال ذكر حق كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى وكتب في الشراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» . وقالا إن شاء الله تعالى هو على الخلاص

---

أي والحال أن البائع قد أنكر ( فكان مناقضاً ) لأن دعوى البراءة تقضي سابقة العقد ، فلا تسمع بينته ( بخلاف الدين ) فإن هناك تقبل بينة المطلوب على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين إذ التوفيق ممكن ، بأن يقول ما كان لك علي شيء قط ، غير أني دفعت المال قطعاً للخصومة والملامة ، فلما جحدتني أثبته ، كذا ذكره المحبوبي ( لأنه ) أي لأن الدين ( قد يقضى وإن كان باطلاً على ما مر ) عند قوله لأن غير الحق قد يقضي ويبرأ منه .

( قال ) أي محمد رحمه الله ( ذكر حق ) قال تاج الشريعة « رح » أي كتاب إقرار بدين ، وقال الكاكي « رح » قوله ذكر حق أي صك ، يعني لو كتب ذكر إقرار على نفسه ثم ( كتب في أسفله ، ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي فيه إن شاء الله تعالى وكتب في الشراء ) يعني كتب ذكر إقرار في شراء ، يعني في صك الشراء ، ثم كتب في آخره وما أدرك فلاناً من الدرك ( فعلى فلان خلاص ذلك ، وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ) يعني يبطل الصك كله حتى يبطل الدين الذي فيه ، ويفسد الشراء ، وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل يكتب على نفسه ذكر الحق فيكتب في أسفله إن شاء الله تعالى ، أو يكتب الشراء فيكتب في أسفله فما أدرك فيه فلاناً من درك ، فعلى فلان خلاصه إن شاء الله تعالى ، قال إن شاء الله يبطل الدين ، ويفسد الشراء وهذا معنى قوله ( وهذا عند أبي حنيفة « رح » ) يعني بطلان الصك كله .

( وقالا ) أي أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( إن شاء الله تعالى هو على الخلاص )

وعلى من قام بذكر الحق ، وقولهما إستحسان ذكره في الإقرار ، لان الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ، لان الذكر للاستيثاق، وكذا الاصل في الكلام الاستبداد، وله أن الكل كشيء واحـــد بحكم العطف ، فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة ، مثل قوله عبده حر وامرأته طالق ، وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى .

ولو ترك فرجـــة

---

يعني قوله إن شاء الله تعالى ينصرف إلى قوله على فلان خلاصة ( وعلى من قـــام بذكر الحق ) والشراء صحيح والمال المقر به لازم ( وقولهما ) أي وقول أبي يوسف « رح » ( استحسان ذكره ) أي ذكره محمد « رح » ( في كتـــاب الإقرار ) من المبسوط ( لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه ) أي لأن الصك يشتمل على إنشاء ولا تعلق للبعض بالبعض فانصرف إلى الذي يليـــه ( لأن الذكر ) أي الصك يكتب ( للاستيثاق ) والتأكيد لا للابطال فكان ذلك دلالة على قصر الاستثناء على الذي يليه ( وكذا الأصل في الكلام الاستبداد ) أي الاستقلال فلا يكون ما في الصك بعضه مرتباً ببعض ، فينصرف الاستثناء إلى ما يليه ، والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقاً ، وإذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى ، والثاني مسلم والأول عين النزاع ، والأصل في الكلام الاستبداد إذا لم يوجد ما لم يوجد ما يدل على خلافه ، وقد وجد ذلك وهو العطف .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن الكل ) فيما نحن فيـــه ( كشيء واحد بحكم العطف فينصرف [1] إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة ) بعضها على بعض ( مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ) فإنه ينصرف إلى الجميع ولا يلزمه شيء ( ولو ترك فرجة ) أي موضع بياض قبل قوله ومن قـــام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى .

---

(١) فيصرف - هامش .

قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت .

## فصل في القضاء بالمواريث

قال وإذ مات نصراني ، فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت أسلمت بعد موته ، وقالت الورثة أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة.

---

( قالوا ) المشايخ « رح » ( لا يلتحق ) أي قوله إن شاء الله حينئذ ( به ) أي بجميع الصك ، بل يلتحق بقوله من قام بذكر الحق ( ويصير كفاصل السكوت ) أي تلك الفرجة كالسكوت في النطق ، فإن قيل ينبغي أن لا يكتب قوله ومن قام الآخر انه توكيل ، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه ، لأنه توكيل المجهول ، والمجهول لا يصلح وكيلاً ، قلنا الغرض من كتابته إثبات رضا المعز بتوكيل من يوكله المقولة بالخصومة معه على قول أبي حنيفه « رح » ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح ، وكونه توكيلاً مجهولاً ليس بصائر ، لأنه في الإسقاط والإسقاطات تصح مع الجهالة ، كما في الصلح على الإنكار ، وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى « رح » لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضي بوكالة وكيل مجهول لا عن مذهب أبو حنيفة « رح » ، فإن الرضى بالوكالة المجهولة عنده لا تثبت ، فوجوده كعدمه ، قلت ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقاً والله أعلم .

### ( فصل في القضاء بالمواريث )

أي هذا فصل في بيان أحكام القضاء بالمواريث ، وهو جمع ميراث ، أصله متوارث ، قلبت الواو ياء لسكونها وإنكار ما قبلها وهو اسم مثل الإرث ولما كان الموت آخر أحوال البشر ذكر الأحكام المتعلقة به آخراً ( وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة ، وقالت أسلمت بعد موته وقال[1] الورثة أسلمت قبل موته ، فالقول قول الورثة ) هذه من مسائل

---

(١) قالت — هامش .

وقال زفر « رح » القول قولها، لان الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الاوقات ، ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال ، فيثبت فيما مضى تحكيماً للحال ، كما في جريان ماء الطاحونة ، وهذا ظاهر ، تعتبره للدفع وهو يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته ، فالقول قولهم أيضاً و لا يحكم الحال ، لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه ،

---

الجامع الصغير . وقال المصنف « رح » ( وقال زفر « رح » القول قولها )وبه قال الشافعي « رح ») لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات ) فيجعل موجوداً بعد الموت لا قبله.

( ولنا أن سبب الحرمان ) أي سبب حرمان المرأة وهو إسلامها من ميراث زوجها النصراني ( ثابت في الحال فيثبت فيا مضى تحكيماً للحال ) أي باستصحاب الحال وتحكيم المال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق ( كما في جريان ماء الطاحونة ) فإن ربها مع المستأجر إذا اختلفا بعد مضي المدة في جريان الماء وانقطاعه يحكم الحال ، فإن كان جارياً في الحال ، كان القول رب الطاحونة ، وإن لم يكن جاريا كان القول قول المستأجر ( وهذا ) أي تحكيم الحال ( ظاهر ) نحن ( نعتبره للدفع ) أي لدفع استحقاقها الميراث ( وهو ) أي زفر « رح » ( يعتبره للاستحقاق ) وفي بعض النسخ ، وما ذكره أي زفر « رح » ، والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق .

( ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية ، فجاءت مسلمة بعد موته ، وقالت أسلمت قبل موته ، وقالت الورثة لا بل بعد موته فالقول قولهم ) اي للورثة ( أيضاً ولا يحكم الحال ) اي لا يقال أنها مسلمة في الحال ، فتكون مسلمة قبل موته فلا يحكم الحال ( لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق [1] ، وهي محتاجة إليه ) اي إلى الاستحقاق ، وهو

---

(١) لأن الظاهر لا يصح حجة للاستحقاق ــ هامش .

لا يصلح لذلك ، وبه يتم الدليل ، وقوله ( أما الورثة ، فهم الدافعون ) إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعاً الاستصحاب ، أما في الأولى،فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت لما تبة فيا مضى ، ثم جاءت مسلمة ، فادعت إسلاماً حادثاً ، فبالنظر إلى ما كانت فيما مضى الأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال الأصل فيه أن يكون موجوداً فيما مضى ، وهو من النوع الثاني .

فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها ، كان استصحاب الحال مثبتاً ، وهو باطل، فاعتبرنا الثاني ليكون دافعاً ، فكان القول قولهم . وأما في الثانية ، فلان نصرانيتها كانت ثابتة ، والإسلام حادث ، فبالنظر إلى النصرانية يقتضي بقاءها إلى ما بعد الموت،وبالنظر إلى الإسلام يقتضي أن يكون ثابتاً قبل موته . فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتاً ، وهو لا يصلح ، فاعتبرنا الأول ليكون دافعاً، والورثة هم الدافعون فيتقيد بهم الاستبدال به وقوله :

( ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضاً ) دليل آخر ، وهو أن الاسلام حادث ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . فإن قيل إن كان ظاهر الحدوث معتبراً في الدلالة ، كان ظاهر زفر « رح » في المسألة الأولى معارضاً للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح . والأصل عدمه ، فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات ، وزفر « رح » يعتبره للاثبات . وقال الأكمل « رح » ونوقض بنقض إجمالي ، وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للاثبات ، لو كان صحيحاً بجميع مقدماته لما قضى فيه بالأجر على المستأجر ، إذا كان ماء الطاحونة جارياً عند الاختلاف ، لأنه استدلال به لإثبات الأجر ، والجواب أنه استدلال به لدفع ما يدعى المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب بسقوط الأجر ، فإنه بالعقد السابق الموجب له ، فيكون دافعاً لا موجباً إلى هنا كلامه ، ثم قال واعتبر هذا واستغنى عما في النهاية .

( قال ) اي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف

درهم وديعة، فقال المستودع هذا إبن الميت لا وارث له غيره ، فإنه يدفع المال إليه ، لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث خلافة ، فصار كما إذا أقر أنه حق المورث وهو حي أصالة بخلاف ما إذا أقر لرجل أنـــه وكيل المودع بالقبض ، أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه، لأنه أقر بقيام حق المودع ، إذ هو حي فيكون إقراراً على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض ، لأن الديون تقضى بأمثالها فيكون إقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه، ولو قال المودع لآخر هذا إبنه

---

درهم وديعة ، فقال المستودع ) اي الذي عنده الوديعة ( هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه ) اي فإن المستودع ( يدفع المال إليه ) اي إلى ابن الميت ( لأنه أقر أن ما في يـده حق الوارث خلافة ) اي من حيث الخلافة عن الميت ( فصار ) حكم هذا ( كما إذا أقر ) اي المستودع ( أنه حق المورث ) بكسر الراء ( وهو حي ) اي والحال أنه حي ( أصالة) اي من حيث الأصالة ( بخلاف ما إذا أقر ) اي المستودع ( لرجل أنـــه وكيل المودع ) بكسر الدال ( بالقبض أو أنه اشتراه منه ) اي أقـر أن الرجل المقر له عين الوديعة من المودع ( حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر ، بقيام حق المودع ) بكسر الدال ( إذ هو حي ) اي والحال أنه حي ( فيكون ) إقراره ( إقرار على مال الغير ) فلا يصـح لان إقراره حجة قاصرة عليه ، فلا يصح في حق الغير ( ولا كذلك ) اي وليس الحكم كـما ذكر ( بعد موته ) اي بعد الموت المودع .

( بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض ) يعني إذا أقر المديون لرجل أنـــه وكيل صاحب الدين يقبض الدين حيث يؤمر بالدفـــع ( لأن الديون تقضى بأمثالها ) لا بأعيانها ( فيكون اقراراً على نفسه فيؤمر بالدفع إليه ) ومن أقر على نفسه يؤمر بالخروج عن عهدتة . ( ولو قال المودع ) بفتح الدال ( لآخر ) اي لشخص آخر ( هذا ابنـــه

أيضاً ، وقال الأول ليس له إبن غيري قضى بالمال للاول لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني ، كما لو كان للأول إبناً انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقراراً على الأول ، فلا يصح إقراره للثاني كما لو كان الأول إبناً معروفاً ، لأنه حين أقر للاول لا مكذب له فصح ، وحين أقر للثاني له مكذب فلم يصح . قال وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة ، فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث ،

---

أيضاً وقال الاول ) اي الابن الاول ( ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول ، لانه لما صح إقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقراراً على الاول فلا يصح إقراره للثاني كما إذا (١) كان للاول إبناً ) اي الابن الاول ليس له ابن غيري يقضى بالمال للأول ، لانه لما صح إقراره للأول ( انقطع يده عن المال ، فيكون هذا إقرار على الاول ، فلا يصح اقراره للثاني كما لو كان الاول ) اي الابن الاول ( ابناً معروفاً ) لانه لا مزاحم له ( ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له ) يعني لم يكذب به أحد ( فصح ) أي إقراره ( وحين أقر للثاني ) أي للابن الثاني ( له مكذب ) وهو الأبن الاول (فلم يصح ) واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره ، فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول وأجابوا بالتزام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالذي أقر بتسليم الوديعة من القاضي بعدما أقر لغير من أقر له القاضي ، وأما إن كان الدفع بقضاء ، كان في الإقرار الثاني مكذباً شرعاً ، فلا يلزمه الإقرار .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا قسم الميراث بين الغرباء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيل ) أي من الغرباء ( ولا من وارث ) أي ولا يؤخذ أيضاً كفيل

---

(١) لو ــ هامش .

وهذا شيء احتاط بـــه بعض القضاة ، وهو ظلم وهذا وعنـد أبي حنيفة « رح » . وقالا يأخذ الكفيل ، والمسألة فيمـــا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود ، ولا نعلم له وارثاً غيره

---

من وارث ( وهذا شيء ) أي أخذ الكفيل الشيء ( احتاط به بعض القضاة ) وكان ابن أبي ليلى « رح » يفعل كذلك بالكوفة في قضائه ( وهو ظلم ) هذا دليل على أن المجتهد يخطيء ويصيب ، ونص على أن الإمام أسبق الأئمة أبا حنيفة رحمه الله وأصحابه براء عن مذهب أهل الاعتزال ، حيث قالوا كل مجتهد مصيب ( وهذا ) أي عدم أخـذ الكفيل من الغرماء والوارث ( عند أبي حنيفة « رح » ) .

( وقالا يأخذ الكفيل ) أي لا يدفع المال اليهم حتى يأخذ الكفيل ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » وقال في قول آخر لا يجب أخذ الكفيل بل يستحب. وقيل إن كان الوارث ممن يحجب وجب ، وإلا فلا . وقيل إن كان الوارث مأموناً لا يجب، وإن كان غير مأمون يجب . وقال الـكاكي « رح » وهذا الدفع إلى الوارث ، إنما يصح إذا كان وارثاً لا يحجب بغيره ، وإن كان يحجب بغيره لا يدفع المال اليه ، وإن كان وارثاً يختلف نصيبه ولا يحجب ، يدفع اليه أقل النصيبين عند أبي يوسف « رح » وعند محمد «رح» أوفر النصيبين ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، وقول أبي حنيفة « رح » مضطرب ذكره الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي .

( والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثاً غيره) قيد بقوله ولم يقل الشهود ... إلى آخره ، لأنهم إذا قالوا ذلك ، يدفع اليه المال بلا أخذ كفيل بالاتفاق ، وعند ابن ابي ليلى « رح » لا يثبت إرثه حتى يقول الشهود لا وارث له سواه ، ويأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضاً ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه وقال في وجه يجب أخذ الكفيل في جميـع الصور ، وإذا شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ، ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعلم له وارثاً غـيره ، فإن القاضي يتلوم زماناً على قدر ما يرى ، وقدر الطحاوي مدة التلوم بالحول فإن حضر وارث غيره قسمت فيما بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار اليه إن كان الحاضر ممن لا يحجب حرماناً

لهما أن القاضي ناظر للغيب، والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً ، لأن الموت قد يقع بغتة ، فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع الابق واللقطة إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من ماله .

ولأبي حنيفة « رح » أن حق الحاضر ثابت قطعاً أو ظاهراً فلا يؤخر لحق موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده ، أو أثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه ، لا يكفل ،

---

كالأب والابن ، وإن كان يحجب بغيره كالجد والأخ ، فإنه لا يدفع اليه ، وان كان ممن يحجب نقصاناً كالزوج والزوجة يدفع اليه اوفر النصيبين ، وهو النصف والربع عند محمد « رح » وأقلهما وهو الربع والثمن عنه أبي يوسف « رح » وقول أبي حنيفة رحمه الله مضطرب .

( لهما ) أي لأبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( أن القاضي ناظر للغيب ) بضم الغين المعجمة وتشديد الياء جمع غائب ( والظاهر أن في التركة وارثاً غائباً أو غريماً غائباً ، لأن الموت قد يقع بغتة ، فيحتاط بالكفالة ، كما إذا دفع ) القاضي اللقطة إلى رجل اثبت عنده أنه صاحبه ، فإنه يأخذ منه كفيلا ( الآبق واللقطة ) أي وكما إذا دفع العبد الآبق ( إلى صاحبه ) فانه يأخذ منه كفيلا احتياطاً ( أو أعطى ) أي وكما إذا أعطى ( امرأة الغائب النفقة من ماله ) أي من مال الزوج بأن كان عند إنسان وديعة يقر بها المودع ويقر بقيام النكاح ، فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا احتياطاً .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن حق الحاضر ثابت قطعاً ) فيما إذا كان القاضي يعرف يقيناً أنه لا وارث للميت غير الحاضر ( أو ظاهراً ) فيما إذا لم يعرف القاضي وارثاً آخر واحتمل وجود الآخر وعدمه ، فإذا كان الأمر كذلك ( فلا يؤخر ) أي حق الحاضر ( لحق موهوم إلى زمان التكفيل ) لأن القاضي ليس بمكلف بإظهاره ، بل بما ظهر عنده عن الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجباً عليه ( كمن أثبت الشراء ممن في يده بالبينة ( أو اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ) أي من المشتري أو من رب

ولأن المكفول له مجهول ، فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقـــة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ، ففيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف ، وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد ، يكفل بالإجماع ، لأن الحق غير ثابت . ولهذا كان له أن يمنع . وقوله وهـو ظلم ، أي ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن

---

الدين مع احتمال مشتر آخر ودين آخر ، فلو أخذ الكفيل بناء على هـذا الاحتمال يكون الأدنى معارضاً على الحجة الأعلى وأنه لا يجوز ( ولأن المكفول له مجهول ) هـذا دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنـــع صحة الكفالة ، وهنا المكفول له مجهول فلا يصح ( فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء )ولم يعين من هو ، فانه لا يصح ( بخلاف النفقة ) هذا جواب عما استشهد به من المسائل أما النفقة ( لأن حق الزوج ثابت ) في الوديعة ( وهو )أي الزوج ( معلوم ) أيضاً فصحت الكفالة.

( وأما الآبق واللقطة ففيه ) أي ففي كل واحد منهما ( روايتان ) قـــال في رواية لا أحب ان يأخذ منه كفيلا ، وقال في رواية ، أحب إلي أن يأخذ منه كفيلا (والاصح انه على الخلاف ) المذكور إذا ظهر الاستحقاق بالبينة ، وقالوا في شرح الجامع الصغير ، والصحيح انالرواية الاولى قول أبي حنيفة رحمه الله فعلى ما قالوا لا يصح قياساً على تلك المسألة ( وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد ) فإنه لمن يطلبه ( يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ) لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق ( ولهـــذا ) أي ولأجل ذلك ( كان له ) أي للقاضي ( أن يمنع ) أي من الدفع ، فصح تأخيره للتكفيل صيانة للقضاء .

( وقوله ) أي وقول أبي حنيفة « رح » في الجامع الصغير ، حـين سأله أبو يوسف « رح » عن مسألة قسمة الميراث بين الغرماء ( وهو ظلم ، أي ميل عن سوء السبيل ) إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله ( وهـــذا ) أي إطلاق الظلم على المجتهد فيه ( يكشف عن

مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطىء ويصيب لا كما ظنه البعض .

قال وإذا كانت الدار في يد رجل ، وأقام الاخر البينة أن أباه مات ، وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلان الغائب ، قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده ، ولا يستوثق منه بكفيل . وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا إن كان الذي في يديه جاحداً ، أخذ منه وجعل في يد أمين ، وإن لم يجحد ترك في يده لهما أن الجاحد خائن ، فلا

---

مذهبه ) أي مذهب أبي حنيفة رحمه الله ( أن المجتهد يخطيء ويصيب لا كما ظنه البعض ) وهو المعتزلة ان كل مجتهد مصيب ، على مذهب ابي حنيفة « رح » وانما وقعوا في هذا الظن ، بسبب ما نقل عن ابي حنيفة « رح » انه قال ليوسف بن خالد السني « رح » كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد ، قلنا معناه مصيب في الاجتهاد ، حتى يكون مثاباً ، وإن وقع اجتهاد ، ومخالفاً عند الله عز وجل ، فقد قال محمد « رح » لو تلاعنا ثلاثاً ففرق القاضي بينهما ، فقد قضاه وقد اخطأ السنة جعل قضاءه صواباً ، مع فتواه انه يخطيء بالحق عند الله عز وجل ، كذا في التقويم .

( قال ) اي محمد « رح » الجامع الصغير ( وإذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر ) أي رجل آخر ( البينة ان اباه مات وتركها ) اي الدار ( ميراثاً بينه وبين اخيه فلان الغائب ، قضي له بالنصف ) اى بنصف الدار ( وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه ، ولا يستوثق منه ) اى من صاحب اليد ( بكفيل ) اى لا يؤخذ من ذى اليد كفيل ( وهذا ) اى ترك النصف الآخر في يد من في يده ( عند ابي حنيفة «رح») وعدم الاستيثاق بالكفيل هنا فبالاجماع والخلاف في الذى ذكرناه .

( وقالا ) اى ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ( ان كان الذي هو في يديه جاحداً اخذ منه ) اى اخذ منه الكفيل ( وجعل في يد امين ) حتى تقدم الغائب ( وإن لم يجحد ترك في يده ) لانه امين ( لهما ) اى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ( ان الجاحد خائن ، فلا

يترك المال في يده ، بخلاف المقر لأنه أمين ، وله أن القضاء وقع للميت مقصوداً أو احتمال كونه مختاراً للميت ثابت ، فلا ينقض يده كما إذا كان مقراً ، وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي ، والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي . ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق ، لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع أبلغ فيه ، بخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ، ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الأم والأخ

---

يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين ) فترك في يده ( وله ) اى ولابي حنيفة «رح» ( ان القضاء وقع للميت مقصوداً ) لان القضاء بالإرث قضاء للميت ، ولهذا يقضي ديونه منه وينفذ وصاياه ( واحتمال كونه ) اى كون صاحب اليد ( مختاراً للميت ثابت ، فلا ينقض يده ) بقيد من غير مختار له ؛ وإنما قال واحتمال كونه ، لان كون المال بيد من لو بيده باختيار الميت ليس بقطعي ، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتفى به ( كما إذا كان ) من بيده ( مقراً ) فانه إنما يترك الباقي بيده كذلك .

( وجحوده ) هذا جواب عما ذكراه ، ووجهه ان الخيانة الجحود ( قد ارتفع بقضاء القاضي ) وكذا لازمة ( والظاهر من الاب عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له ) اى للإبن ( وللقاضي ) فالظاهر انه إنما جحد لاشتباه الامر عليه ، وقد زال ذلك بالحجة ( ولو كانت الدعوى في منقول ) والمسألة بحالها ( فقد قيل يؤخذ ) اى النصف الآخر ( منه ) اى من الذي في يده ( بالاتفاق لانه يحتاج فيه إلى الحفظ والنزع ابلغ فيه ) اى في القول لانه لما جحد ، وربما يتصرف فيه إما الخيانة او لزعمه انه ملكه ، فالاخذ منه ابلغ في الحفظ .

( بخلاف العقار ، لانها محصنة بنفسها ، ولهذا ) اى ولكون العقار محصنة بنفسها ( يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الاخ والام

والعم على الصغير . وقيل المنقول على الخلاف أيضاً ، وقول أبي حنيفة « رح » فيه ، أظهر لحاجته إلى الحفظ ، وإنما لا يؤخذ الكفيل ، لأنه إنشاء الخصومة ، والقاضي انما نصب لقطعها لا لإنشائها . وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ، ويسلم إليه النصف بذلك

---

والعم على الصغير ) من بيع العروض على الكبير ، وإنما خصهم بالذكر إذ ليس لهم ولاية التصرف ولهم ولاية الحفظ ، وهذا من باب الحفظ ( وقيل المنقول على الخلاف ايضاً ) يعني لا يؤخذ نصيب الغائب من يد المدعي عليه على قول أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما وقال الإستروشني « رح » في فصوله ، وأما المنقول ، فلا شك أن على قولهما يؤخذ نصيب الغائب من يده ويوضع على يدي عدل . واختلف المشايخ « رح » على قول أبي حنيفة « رح » قال بعضهم لا ينزع من يده ، وقال بعضهم ينزع من يده.

(وقول أبي حنيفة « رح » فيه ) أي في المنقول ( أظهر ) من قوله في العقار ( لحاجته إلى الحفظ ) أي لحاجة المنقول إلى الحفظ ، فإذا لم ينزع من يده كان مضموناً عليه ، وإذا نزع منه لم يبق مضموناً عليه ، فكان الحفظ في عدم النزع اكثر ( وإنما لا يؤخذ الكفيل ) هذا راجع إلى قوله ، ولا تستوثق منه بكفيل ، ومعناه أخذ الكفيل ( لأنه إنشاء الخصومة ) لأن من بيده الباقي قد لا تصح نفسه باعطائه ، والقاضي يطالبه فتنشأ الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها ، وهو معنى قوله ( والقاضي إنما نصب لقطعها ) أي لقطع الخصومة ( لا لإنشائها ) . فإن قيل هب أن القاضي لم ينصب لذلك ، فيكون الخصم هو الحاضر يطالبه بالكفيل ، والقاضي يقطعها بحكمه بإعطاء به . أجاب الاكمل « رح » عنه بقوله يجعل تركيب الدليل هكذا طلب الكفيل هاهنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها ، فما فرضناه رافعاً لشيء كان منشأ له ، وهذا خلف باطل .

( وإذا حضر الغائب ) وأخذ نصيبه هل يكلف إلى إعادة البينة أم لا ، فقال المصنف « رح » ( لا يحتاج إلى إعادة البينة ) في أخذ نصيبه من ذي اليد(ويسلم اليه النصف بذلك

القضاء ، لأن أحد الورثة ينتصب . خصماً عن الباقين فيما يستحق له وعليه ديناً كان أو عيناً ، لأن المقضي له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك ، بخلاف الاستيفاء لنفسه ، لأنه عامل فيه لنفسه ، فلا يصلح نائباً عن غيره ، ولهذا لا يستوفي إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت إلا أنه

---

القضاء ) لأن بينة الحاضر كانت له ولأخيه الغائب ( لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له ) أي للميت ( وعليه ) أي وعلى الميت سواء كان ( ديناً كان أو عيناً لأن المقضي له وعليه ، إنما هو الميت في الحقيقة ، وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه ) أي عن الميت ( في ذلك ) الأمر وهو اختيار المصنف « رح » واختيار فخر الإسلام « رح » والخصاف « رح » منهم من قال يكلف بإعادة البينة على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله في قتل العمد إذا أقام الحاضر البينة أن فلاناً قتل أباه عمداً ثم حضر الغائب يحتاج إلى إقامة البينه .

( بخلاف الاستيفاء ) جواب عما يقال لو صلح أحدهم الخلافة كان كالميت ، وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالإجماع . تقرير الجواب أن الاستيفاء ( لنفسه ) خلاف ذلك ( لأنه ) أي لأن المستوفي ( عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره ) ولقائل أن يقول فليكن عاملا لنفسه في نصيبه ، ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محظور فيه ، وجوابه أن المسائل قال لكن لا يدفع اليه سوى نصيبه بالإجماع وما كان كذلك لا يقبل التشكيك ( ولهذا ) أي ولأجل كون العامل لنفسه لا يصلح ان يكون نائباً لغيره (لا يستوفي ) الحاضر ( إلا نصيبه ، وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت ) فانه يقضي بالكل ، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه ( إلا أنه ) استثناء من قوله لأن احد الورثة ينتصب خصما إلى قوله له وعليه ، يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة ديناً على الميت يكون هو خصما في جميع التركة لا يكون قضاء على جميع الورثة إن كانت التركة

إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده ، ذكره في الجامع ، لان لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده . ومن قال مالي في المساكين صدقة ، فهو على ما فيه الزكاة ، وإن أوصى بثلث ماله ، فهو على ثلث كل شيء . والقياس أن يلزمه التصدق بالكل ، وبه قال زفر « رح»

---

جميعها في يده ، وهو معنى قوله إلا أنه أي إلا أن الشأن ( إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة ، إذا كان الكل ) أي كل التركة ( في يده ) أي في يد الحاضر ( ذكره في الجامع ) أي الجامع الكبير في باب الشهادة في المواريث (لأنه) أي لأن الحاضر ( لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده) .

وفي الكافي أن دعوى العين لا يتوجه إلا على ذى اليد ، وإنما ينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين اذا كان المدعي في يده ، وهذا بخلاف دعوى الدين ، فإن أحد الورثة ينتصب خصما ، وإن لم يكن في يده شيء من التركة ، وكذا ذكره في المحيط والذخيرة.

( ومن قال مالي في المساكين صدقة ، فهو على ما فيه الزكاة ) أي يجب عليه ان يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الاموال التي يجب فيها الزكاة ، كالنقدين والسوائم واموال التجارة بلغ النصاب أم لا ، إلا أن المعتبر هو جنس مال الزكاة ، والقليل منه ، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصدق به ، فان قضى به دينه لزمه التصدق بقدره عند تملكه ، ولا يجب التصدق بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك .

( وإن أوصى بثلث ماله ، فهو على ثلث كل شيء والقياس ) في الأول أيضاً ( أن يلزمه التصدق بالكل وبه ) أي بالقياس ( قال زفر « رح » ) وهو قول الشافعي رحمه الله وهو قول النخعي والليثي « رح » واستدل زفر « رح » والشافعي رحمه الله بقوله ﷺ من نذر أن يطيع الله فليطعه ، والجواب عنه أنا نحن نقول به ، وقد بينا الفرق بين الوصية والنذر ، وقال الزاهدي ومالك وأحمد رحمهم الله يتصدق بثلث ماله ، سواء كان زيوفاً أم لا ، لما روى أنه ﷺ ، قال لأبي لبانة « رض » حين قال إن من توبتي

لعموم اسم المال كما في الوصية. وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال . أما الوصية فأخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر

---

يا رسول الله ﷺ أن انخلع من مالي ، فقال عليه السلام يجزيك الثلث ، والجواب عليه انه ليس بنذر ، وليس هو محل النزاع .

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف الأمالي « رح » حكاه عن أبي حنيفة « رح » وعن نفسه أنه إذا قال مالي في المساكين صدقة انصرف إلى مال الزكاة ، وإذا قال ما أملك صدقة انصرف إلى جميع الأموال ، وفي قول مالك « رح » يتصدق بثلث ماله ، وفي قول الشافعي « رح » عليه كفارة اليمين . وروي عن الشعبي « رح » أنه لا يجب عليه شيء إلى هنا لفظ الفقيه أبي الليث رحمه الله وجه القياس في التصدق بالكل ما قاله زفر « رح ».

( لعموم اسم المال ) فإنه عام يتناول ما تجب فيه الزكاة ، وما لا يجب فيه الزكاة فينصرف إلى الكل ( كما في الوصية ) فإنه إذا اوصى بثلث ماله ينصرف إلى الكل ، ولا يختص بما فيه الزكاة ( وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى ) فايجاب الله الصدقة في مطلق المال ينصرف إلى مال الزكاة ، فكذا إيجاب العبد ( فينصرف إيجابه ) أي إيجاب العبد ( إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من مال ) ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه ، وهو معتبر لأنه ليث في مسجد جماعة عبادة ، وهو من جنس الوقوف بعرفات ، أو لأنه في معنى الصلاة ، لانه انتظار اوقات الصلاة ، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمنتظر للصلاة كأنه في الصلاة .

( أما الوصية فأخت الميراث لانها ) أي لان الوصية ( خلافة كهي ) أي كالوراثة أن في كل منهما تمليك مضافاً إلى ما بعد الموت ( فلا يختص ) أي الوصية ( بمال دون مال ) كالميراث لا يختص بمال الزكاة ( ولان الظاهر ) دليل آخر ، أي ولان الظاهر من حال

التزام الصدقة من فاضل ماله ، وهو مال الزكاة . أمـــا الوصية فتقع في حـــال الاستغناء ، فينصرف إلى الكل ، وتدخـل فيه الارض العشرية عند أبي يوسف « رح » لانها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة في العشرية راجحة عنده . وعند محمـــد « رح » لا تدخل ، لانه سبب المؤنة أو جهة المؤنة راجحة عنده . ولا يدخل أرض الخراج بالإجماع ، لانه يتمحض مؤنة . ولو قال مـا أملكه صدقة في المساكين ، فقد قيل يتناول كل مال ، لانه أعم من لفظ المال

---

الناذر ( التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة ) لان الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجه الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة .

( أما الوصية فتقع في حال الاستغناء ) عن الاموال ( فينصرف إلى الكل ) أي كل الاموال ( وتدخل فيه ) أي في النذر ( الارض العشرية عند أبي يوسف « رح » لانها ) أي لان الارض العشرية ( سبب الصدقه ) وهي العشر ، فكانت الارض العشرية بمنزلة مال التجارة من حيث انها من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة ، ولا يقال في عشر يعني المؤنة بالحديث فقال المصنف « رح » ( إذ جهة الصدقة ) أى العبادة ( في العشرية راجحة عنده ) أى عند أبي يوسف « رح » .

( وعند محمد « رح » لا تدخـل لانه ) أن لان الارض العشرية على تأويل المـــكان أو لتذكير الخبر ، كما في قوله ﴿هذا ربي﴾ ( سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجحة عنده ) أى عند محمد « رح » وذكر الإمام التمرتاشي « رح » قول ابي حنيفة « رح » مع محمد « رح » ( ولا يدخل فيه ) اى في النذر ( ارض الخراج بالاجماع ) لان مصرفه المقـــاتلة وفيهم الاغنياء وقوله ( لانه يتمحض مؤنة ) يتعلق بقوله ولا يدخل .

( ولو قال ما املك صدقة في المساكين ، فقد قيل يتناول كل مال ) وهو رواية ابي يوسف « رح » عن ابي حنيفة « رح » ذكره في الامالي واليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني « رح » ( لانه اعم من لفظ المال ) إذ الملك لا يطلق على المال وعلى غـــيره يقال ملك

والمقيد إيجاب الشرع ، وهو مختص بلفظ المال ، ولا مخصص في لفظ الملك ، فبقي على العموم . والصحيح أنهما سواء ، لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر

---

النكاح وملك القصاص وملك المتعه ، بخلاف ما لو قال عبده حر إن املك إلا خمسين درهماً ، فان ذلك ينطرف إلى مال الزكاة ، وان نص على لفظ الملك ذكره في الجامع ، لان بقرينة الاستثناء ان المراد من الملك المـــال ، إذ استثناء الدراهم يدل ان المستثنى من جنسه كذا ذكره المحبوبي « رح » ( والمقيد ) بتشديد الياء المكسورة ، هـذا جواب عما يقال الصدقة بالاموال مقيـــدة في الشرع بأموال الزكاة ، فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية ، وتقرير الجواب ان المقيد ( إيجاب الشرع ) اى المقيد بمال الزكاة ايجاب الشرع ( وهو مختص بلفظ المال ) قال الله عز وجل ﴿ خذ من اموالهم صدقة ﴾ ١٠٣ التوبة ، وقال ﷺ هاتوا ربع عشر اموالكم ( فلا مخصص في لفظ الملك ) إذ لم يوجد من الله عز وجل إيجاب الصدقة مضافاً إلى الملك تخصيصاً باموال الزكاة ( فبقي على العموم ) وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون إيجاب العبد معتبراً بإيجاب الشرع .

( والصحيح أنهما ) أي أن لفظ مالي وما املك ( سواء ) فيا نحن فيه ، يعني يختصان بالأموال الزكوية ، وهو اختيار شمس الأئمة « رح » ذكره في مبسوطه ، وهو اختيار أبو بكر البلخي « رح » ( لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة ) الملتزم بفتـــح الزاي ، وأراد باللفظين قوله ما لي في المساكين صدقة ، وقوله ما أملك صدقة في المساكين ببيان هذا أن الملتزم بالصدقة ، والصدقة إنما تجب على العبد شرعاً في المال الفاضل عن الحاجة . وكذا في إيجاب العبد على نفسه ، والفاضل عن الحاجة مال الزكاة ، فلذلك اختص لفـظ الملك والمال بمال الزكاة بدلالة لسان لفظ الصدقة ، هكذا بخط شيخي العلامة رحمه الله ( على ما مر ) قال الكاكي « رح » إشارة إلى ما ذكر من وجـــه الاستحسان بقوله أن ايجاب العبـــد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وليس بواضح ، لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله ( والمقيد إيجاب الشرع ) وهو بلفظ المال ، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهـــر التزام الصدقة من فاضل ماله .

ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئاً تصدق بما أمسك ، لان حاجته هــذه مقدمة ، ولم يقدر بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل المحترف يمسك قوتــه ليوم وصاحب الغلة لشهر ، وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال . وعلى هــذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجــع إليه ماله . قال ومن أوصي اليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة ، فهو وصي والبيــع جائز .

---

( ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب يمسك من ذلك قوته ) لأن حاجته هذه مقدمة ، إذ لو لم يمسك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيح أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه ( ثم إذا أصاب شيئاً ) يعني إذا حصل له شيء من الدنيا ( تصدق بما أمسك لأن حاجته هذه مقدمة ) على الصدقة وغيرها ( ولم يقدر بشيء ) على صيغــة المجهول ، يعني لم يبين في المبسوط مقدار مــا يمسك ( لاختلاف أحوال الناس فيــه ) بكثرة العيال وقلتها .

( وقيل المحترف يمسك قوته ليوم ) اى لأجل نفقة يوم ، لأن يده تصل إلى ما ينفق يوماً فيوماً ( وصاحب الغلة ) اي صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي يؤجرها (لشهر) اي يمسك منه لأجل قوته لشهر واحد ( وصاحب الضياع لسنة ) اي يمسك صاحب الضيعة لأجل قوت سنة ، لأن يد الدهقان إنما يصل إلى ما ينفق سنــة فسنة ( على حسب تفاوت مدة وصولهم إلى المال ) تارة يصل إلى المال عند مضي نصف سنة ، وتارة في آخر سنــة ( وعلى هذا ) اى وعلى هذا الاعتبار ( صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع إليه ماله ) اعتباراً لتفاوت وصولهم إلى المال .

( قال ) اى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أوصي إليه ) على صيغة المجهول (ولم يعلم بالوصاية ) اى ولم يعلم أنه وصي ( حتى باع شيئاً من التركة ، فهو وصي والبيع جائز ،

ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في الفصل الاول أيضاً ، لان الوصاية إنابة بعد الموت ، فيعتبر بالإنابة قبلة ، وهي الوكالة . وجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها إلى زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث .

---

ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم ) إنه وكيل لتوقف التوكيل على العلم . وقال أحمد «رح» لا يتوقف التوكيل على العلم ، كالوصاية . وفي الجامع ، فإذا أعلمه إنسان ، فباع فهو جائز ، ولا يكون نهياً عن الوكالة ، حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل . هذا لفظ محمد « رح » فيه ، وفي شروحه أن عندهما يثبت العزل بخبر الواحد ، سواء كان عدلاً أو فاسقاً او عبداً او حراً او غير ذلك كالوكالة .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضاً ) يعني لا يجوز بيع الوصي أيضاً ، قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة ( لأن الوصاية إنابة بعد الموت ، فتعتبر الإنابة قبله ) اي قبل الموت ( وهي الوكالة ) اى الإنابة قبل الموت هي الوكالة . قال الكاكي « رح » قوله ، لأن الوصاية إنابة ، اي جعل الوصي نائبا عن نفسه ، والإنابة يعني جعل الغير نائباً عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس ، بل هي مستعملة فيها بمعنى الرجوع ، كقولهم أناب الى الله أي رجع . فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة ، بمعنى جعل الغير نائباً عن نفسه . قال شيخي العلامة صاحب النهاية ليس هذا هو موضع عيب ، اذ صاحب الكشاف استعملها في ذلك في الكشاف في سورة الروم ، وكفى قوله حجة في اللغة انتهى . قلت لا يحتاج الى هذه الحوالة ، فإن الجوهري قال ناب عني فلان اي قام مقامي ويستخرج منه صحة قول المصنف .

( وجه الفرق ) بينهما ( على ظاهر الرواية [1] أن الوصاية خلافة لإضافتها الى زمان بطلان الإنابة ) وهو بعد الموت ( فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث ) بالبيع

---

(١) الظاهر — هامش .

أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ، فيتوقف على العلم ، وهذا لانه لو توقف على العلم ، لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الاول يفوت ، لعجز الموصي . ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه، لانه اثبات حق لا الزام أمر .

---

ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح . ( أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه، فيتوقف على العلم وهذا ) اي توقف الوكالة على العلم وعدم توقف الوصية عليه ( لأنه ) اي لأن التوكيل ( لو توقف عليه [١] ) اي على العلم ، وفي بعض النسخ لأنها لو توقفت عليه اي توقفت الوكالة على العلم ( لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لعجز الموصي ) أراد بالأول من الوصاية لو توقف على العلم يفوت النظر لعجز الموصي ، لعدم قدرته ، ثم اعلم أن هذا الذي ذكره من عدم جواز التصرف قبل العلم بالوكالة اذا ثبتت مقصودة، وكذلك اذن الصبي والعبد بالتجارة ، ان كان قصداً لا يثبت بدون العلم ، لأن الإذن من الآذان ، يعني الإعلام ، والاعلام لا يتصور بدون العلم .

أما اذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرف ، ففيه روايتان : نحو أن يقول الموكل لرجل إذهب بعبدي الى فلان فيبيعه فلان منك ، فذهب الرجل بالعبد اليه ، وأعلمه أن صاحب العبد أمره ببيعه ، فاشتراه ، صح شراؤه منه وان لم يخبره بذلك ، واشتراه منه ذكر محمد رحمه الله في كتاب الوكالة أن البيع جائز ، وجعل معرفة المشتري بالتوكيل كمعرفة البائع . وذكر في كتاب الزيادات أنه لا يجوز البيع ، وأما العزل القصدي لا يصح بدون العلم ، والحكم يصح بدونه ، كما اذا مات الموكل ، ونحو ذلك ، وكذلك الحي .

( ومن أعلمه ) اي من أعلم الوكيل ( من الناس بالوكالة ) أطلق اسم الناس ليتناول كل مميز ، صغير او كبير او كافر او مسلم ( يجوز تصرفه ، لأنه اثبات حق لا الزام أمر ) اي اطلاق محض لا يشتمل على شيء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحد فيه

---

(١) على العلم – هامش .

قال ، ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنـــده شاهدان أو رجـل عدل ، وهـذا عنـد أبي حنيفة « رح » . وقـالا هو والأول سواء ، لأنه من المعاملات وبخبر الواحد فيها كفاية . وله أنه خبر ملزم ، فيكون شهادة من وجه ، فيشترط أحد شطريها وهو العـــدد أو العدالة ، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل ،

---

كاف . وفي أصول شمس الأئمة « رح » المعاملات لا الزام فيها ، كالوكالات والمضاربات ، والإذن للعبد في التجارة يكفي فيها خبر الواحد . وقال الشافعي وأحـــد رحمهما الله لا يثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد ، وهذا من باب المعاملات ، ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ( ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده ) أي عند الوكيل ( شاهدان أو رجل عدل ) والمراد من الشهادة الإخبار ، إذ لفظ الشهـادة ليس بشرط ، ذكره في جامع قاضي خان « رح » ( وهذا ) أي اشتراط الشاهدين أو رجل عدل ( عند أبي حنيفة « رح» )

( وقالا هو ) أي النهي عن الوكالة ( والأول ) هو الإعلام بالوكالة ( سواء )في الاكتفاء بخبر الواحد ( لأنه ) أي لأن العزل ( من المعاملات وبخبر الواحد ) أي وبإخبار الواحد ( فيها ) أي في المعـاملات ( كفاية ) فيثبت بخـــبر الفاسق اعتباراً بالوكالة ، والإذن للعبد في التجارة ، بخلاف الديانات ، فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين ، فلأن لا تثبت بخبر الواحد الفاسق أولى ، كـــذا ذكره المحبوبي « رح » ( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أنه ) أي أن العزل ( خبر ملزم ) . أما كونه خبر فلأنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الاعلام ، وأما كونه ملزم لأنه يلزم الامتناع عن التصرف ( فيكون شهادة من وجه ) دون وجه . فمن حيث أنه ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف تشترط الشهادة ( فيشترط أحد شطريها ) أي أحد شطري الشهادة ( وهو ) أي أحـــد شطري الشهادة ( العدد ) بأن يكون اثنان ( أو العدالة ) .أن يكون واحداً عـــدلاً ( بخلاف الأول ) أي التوكيل لأنه لا إلزام فيه بوجه ( وبخلاف رسول الموكل ) فإنه لا يشترط فيه أيضاً

لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجناية عبده ، والشفيع والبكر إذا بلغها ، والمسلم الذي لم يهاجر إلينا . قال واذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء

---

شيء من ذلك ( لأن عبارته ) أي عبارة الرسول ( كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ) إذ وبما لا يتفق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرسله إلى وكيله .

( وعلى هذا الخلاف ) يعني الذي ذكره بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه في اشتراط أحد شطريها ، وها هنا ست مسائل ذكر المصنف « رح » منها خمسة منها : عزل الوكيل وقد مضى ذكر الأربعة بعد ذلك ، الأولى قوله :

( إذا أخبر المولى بجناية عبده ) فإن أخبره اثنان أو واحد عدل ، فتصرف فيه بعده بعتق أو بيع ، كان اختياراً منه للفد ، أو إن أخبره فاسق فصدقه ، فكذلك وإلا فعلى الاختلاف فعنده لا يكون اختياراً خلافاً لهما . الثانية في قوله :

( والشفيع ) إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع ، فسكت سقطت شفعته ، وإن أخبره فاسق فعلى الاختلاف . الثالثة هي قوله :

( والبكر ) إذا بلغها تزويج الولي ، فسكتت ، فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضاء بلا خلاف ، وإن أخبرها فاسق ، فعلى الإختلاف . الرابعة هي قوله :

( والمسلم الذي لم يهاجر إلينا ) إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبتركها يجب القضاء . وإن أخبره فاسق وكذبه ، فعلى الاختلاف فعنده لا يلزمه خلافاً لهما .

والسادسة التي لم يذكرها المصنف عزل المأذون إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاءنفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب . وإن كان فسقاً وكذبه ثبت الحجر عندهما ، خلافاً لابي حنيفة « رح » وقيد بتلقاء نفسه ، لأن حكم الرسول حكم مرسله كما ذكرنا .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء

وأخذ المال فضاع أو استحق العبد لم يضمن ، لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي، والقاضي قائم مقام الإمام ، وكل واحد منهم لا يلحقه ضماناً كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة ، فتضيع الحقوق ، ويرجع المشتري على الغرماء ، لان البيع واقع لهم ، فيرجع عليهم وعند تعذر الرجوع على العاقد ، كما اذا كان العاقد محجوراً عليه

---

وأخذ المال ) أي الثمن ( فضاع ) أي الثمن ( او استحق العبد لم يضمن ) أي القاضي أو أمينه صورة المسألة فى الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله عنه في الرجل يموت وعليه دين مائة درهم لرجل وله عبد يساوي مائة درهم ، فيرفع الغريم الوصي إلى القاضي ، فيأمر بالبيع للغريم في دينه ، فيبيعه بمائة درهم لقبض الوصي الثمن ، فيهلك ، ثم يستحق العبد من يد المشتري ، قال يرجع المشتري على الغريم بالثمن ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم سواء . إلى هنا لفظ محمد « رح » في أصل الجامع الصغير والمصنف « رح » ذكر بيع القاضي وبيع أمينه ، ثم ذكر أن أمين القاضي لم يضمن ( لأن أمين القاضي قائم مقام القاضي ، والقاضي قائم مقام الإمام ) والإمام لا يضمن، فكذا القاضي أو أمينه وهو معنى قوله ( وكل واحد منهم ) أي من الإمام والقاضي وأمينه ( لا يلحقه ضماناً كيلا يتقاعد الناس ) أي كل واحد منهم ( عن قبول هذه الامانة ) خوفاً من الضمان ( فتضيع الحقوق ) أي حقوق المسلمين ( ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم) أي للغرماء فإذا كان ذلك ( فيرجع عليهم ) أي على الغرمـــاء ( عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجوراً عليه ) عند تعذر الرجوع .

أطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور والصبي المحجور، فإن من وكل صبياً محجوزاً يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز العقد بمباشرتها ، ولا يتعلق حقوق العقد بها، بل يتعلق بموكلها . وإذا تعذر تعليق الحقوق هاهنا على العاقد ، يتعلق بأقرب الناس إلى العاقد ، كما في توكيل المحجور ، وأقرب الناس فيما نحن فيه الغريم ، لوقوع العقد لـه كما في الوكيل .

ولهذا يباع بطلبهم . وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ، ثم استحق أو مات قبل القبض ، وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه عاقد نيابة عن الميت . وإن كان بإقامة القاضي ،عنه فصار كما إذا باعه بنفسه . وقال ويرجع الوصي على الغرماء ، لأنه عامل لهم . وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه . قالوا ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً ،لأنه لحقه في أمر الميت والوارث إذا بيع له

---

( ولهذا ) أي لأجل وقوع البيع لأجل الغرماء ( يباع ) أي العبد ( بطلبهم ) أي بطلب الغرماء ( وإن أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ) أي ببيع العبد ( ثم استحق أو مات ) أي العبد ( قبل القبض ، وضاع المال ، رجع المشتري على الوصي لأنه ) أي لأن الوصي ( عاقد نيابة عن الميت ) هذا ظاهر إذا كان الميت أوصى إليه ( وإن كان ) أي الوصي ( بإقامة القاضي عنه ) أي عن الميت ( فصار كما إذا باعه ) أي إذا باعه الميت ( بنفسه ) حال حياته وثمة كان يرجع الحقوق إليه ، فكذا هنا لأن القاضي إنما أقامه نائباً عن الميت ، لا عن نفسه ، وعقد النائب كعقد المنوب عنه .

( قال ) يجوز أن يكون فاعله محمداً رحمه الله لأنه كذا حكي عن أبي حنيفة رحمه الله ، ويجوز أن يكون فاعله المصنف « رح » تأمل ( ويرجع الوصي على الغرماء لأنه عامل لهم ) أي لأن الوصي عامل للغرماء . ومن عمل عملاً لغيره ولحقه ضمان ، يرجع على من وقع له العمل ( وإن ظهر للميت مال ) آخر بعد ذلك ( يرجع الغريم فيه بدينه ) أي يأخذ دينه من ذلك ، وهل يرجع بما غرم للوصي في ذلك المال ، ففيه اختلاف .

( قالوا ) أي المشايخ « رح » ( ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التي غرمها أيضاً ) كما رجع بدينه ، وإنما قيد اللفظ ، لأن فيه اختلاف . قال أبو الليث « رح » يجوز أن يقال يرجع بما ضمن للوصي أو للمشتري ( لأنه ) أي لأن الضمان ( لحقه في أمر الميت ) . وعن بعض المشايخ « رح » لا يرجع لأن الضمان إنما لحقه بفعله لأن قبض الوصي كقبض الميت . وفي الكافي الأصح الرجوع لأنه قبض ذلك وهو مضطر فيه ( والوارث إذا بيع له ) أي لأجله

بمنزلة الغريم ، لأنه إذا لم يكن في التركة دين ، كان العاقد عاملا له .

## فصـــل آخر

وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم ، فأرجمه ، أو بالقطع فاقطعه ، أو بالضرب فاضربه وسعك أن تفعل . وعن محمد « رح » أنه رجع عن هذا وقال ، لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة ،

---

يعني إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة ، وهو صغير فباعه الوصي ، ثم اشترى ، رجع المشتري بالثمن على الوصي ، والوصي على الوارث أشار إليه بقوله ( بمنزلة الغريم ) حيث يرجع ( لأنه إذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملاً له ) أي للوارث .

( فصل آخر )

أي هـذا فصل آخر ، ومسائل يجمعها أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل العزل ، وبعـده مقبول أم لا فكذلك ذكرها في فصل على حـدة .

( وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه ) يعني إذا قال القاضي لك قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه ) وسعك أن ترجمه ( أو بالقطع فاقطعه ) أي وإذا قال لك قضيت عليه بالقطع وسعك أن تقطعه ( أو بالضرب فاضربه ) أي وإذا قال قضيت عليه بالضرب فاضربـه . وقوله ( وسعك أن تفعل ) جواب قوله ، وإذا قال القاضي في ثلاث صور .

( وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا ) لأنه كان حكي هذا عن أبي يوسف رحمه الله ، عن أبي حنيفة « رح » في الجامع الصغير ثم رجع عنه (وقال لا تأخذ بقوله ) أي بقول هذا القاضي ( حتى تعاين الحجة ) أي الشهادة بحضرتك . وقال الكاكي « رح » أو يشهد على ذلك مع القاضي عدل ، وهـذه رواية ابن سماعة « رح » عن محمد رحمـه الله

لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غـير ممكن . وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه . واستحسن المشايخ « رح » هذه الرواية لفســاد حال أكثر القضاة في زماننا ، إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أنــه أخبر عن أمر يملك إنشاءه ، فيقبل الخلوة عن التهمة ، ولأن طاعة أولي الأمر واجبة ، وفي تصديقه طاعة . وقـال الإمام أبو منصور « رح »

---

( لأن قوله ) أي قول القاضي ( يحتمل الغلط والخطأ والتدارك ) بعد وقوع الأمر ( غير ممكن ) لفواته وبه أخذ مشايخنا « رح » لفساد قضاة هــذا الزمان ، لا سيا قضاة مصر ، لأن أكثرهم يقولون بالراشي ، فأحكامهم باطلة . وصدق خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبيــاء عليهم السلام وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط على الخصوص في قضاة هــذا الزمان بغلط الجهل والفسق فيهم .

( وعلى هذه الرواية ) أي الرواية التي رويت عن محمد « رح » ( لا يقبل كتابه ) أي كتاب القاضي إلى القاضي . وقال المصنف رحمه الله ( واستحسن المشايخ « رح » هــذه الرواية ) وقالوا ما أحسن هــذا في زماننا ( لفساد حال أكثر القضاة في زمانـنـا ) فلا يؤتمنون ( إلا في كتاب القاضي ) إلى القاضي لم يأخذوا بهذه الرواية ( للحاجة إليه ) أي إلى كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة .

( وجه الظاهر ) أي وجه ظاهر الرواية ( أنه ) أي أن القاضي ( أخبر عن أمر يملك إنشاءه ) لأن المتولي يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن أجزي تمكن بــه من الإنشاء لا يرد ( فيقبل لخلوه عن التهمة ) وقال الأكمل رحمه الله وفيه بحث ، وهو أنه يتمكن من ذلك بحجة أو بدونها ، والثاني ممنوع والاول يجري إلى غير ظاهر الروايــة من معاينة الحجة ( لأن طاعة أولي الأمر واجبة ) هذا دليل آخر ، لأن القاضي من أولي الأمر وطاعة أولي الأمر واجبة ( وفي تصديقه طاعته ) أي طاعة القاضي . وكان ينبغي أن يقال إطاعته .

( وقال الإمام أبو منصور « رح » ) المــاتريدي ، واسمه محمد بن محمد بن محمود

إن كان عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة . وإن كان عدلاً جاهلاً ليستفسر ، فإن أحسن تفسير وجب تصديقه ، وإلا فلا . وإن كان جاهلاً فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة . قال وإذا عزل القاضي ، فقال لرجل أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي ، وكذلك لو قال قضيت بقطع يدك في حق هذا إذا كان الذي قطعت يده ، والذي أخذ منه المال مقرين أنـــه

---

ونسبته إلى ما تريد محله من سمرقند ، ويقال ما تريت أيضاً بالتاء ( إن كان ) أي القاضي ( عدلاً عالماً يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والخيانة ، وإن كان عدلاً جاهلاً يستفسر ) أي قضائه لتهمة الخطأ ( فإن أحسن تفسير ) القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع أن يقول مثلاً استفسرت المقر بالزنا ، كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ، وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصاباً من حوز لا شبهة فيه ، وأنه قتل عمداً بلا شبهة ، فحينئذ (وجب تصديقه) وقبول قوله ( وإلا فلا ) أي وله يحسن تفسيره ، فلا يجب تصديقه ولا يقبل قوله .

( وإذا (1) كان ) أي القاضي ( جاهلا فاسقاً أو عالماً فاسقاً لا يقبل ، إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ ) في الجهل ( والجناية ) أي ولتهمة الجناية في الفسق ، وهذا على أربعة أقسام ، ذكر المصنف رحمه الله منها ثلاثة ولم يذكر القسم الرابع من القسمة العقلية ، وهو أن يكون عالماً عادلاً ، لانه يقبل قوله بدون الاستفسار .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا عزل القاضي ، فقـــال الرجل أخذت منك ألفاً ودفعتها إلى فلان قد قضيت بها له عليك ، وقال الرجل أخذتها ظلماً ، فالقول قول القاضي . وكذلك لو قال ) أي القاضي ( قضيت بقطع يدك في حق هذا ) فالقول قول القاضي ، وهذا أي كون القول قول القاضي في تـأمين الصورتين ( إذا كان الذي قطعت يده ، والذي أخذ منه المال ) حال كونه ( مقرين أنـــه ) أي أن القاضي

---

(1) وإن – هامش .

فعل ذلك وهو قاض . ووجه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه ، كان الظاهر شاهداً له ، إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً ، ولا يمين عليه لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي . ولو أقر القاطع أو الأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح ، كما إذا كان معايناً ،

---

( فعل ذلك ) أي كل واحد من أخذ المال وقطع إليه ( وهو قاض ) يعني في حال قضائه ( ووجه ) أي وجه كون القول قول القاضي في الوجهين ( أنهما ) أي أن القاضي والمأخوذ منه المال أو المقطوع يده ( لما توافقا ) أي انقضاء ( أنه ) أي أن القاضي ( فعل ذلك ) أي أخذ المال أو القطع حال كونه ( في قضائه ) يعني في حال ولايته فلما اتفقا ( كان الظاهر ) أي ظاهر الحال ( شاهداً لــه ) أي للقاضي ( إذ القاضي لا يحكم [1] ) وفي بعض النسخ لا يقتضي ( بالجور ) أي بالظلم والخروج عن الحق ( ظاهراً ) والقول قول من يشهد لــه الظاهر .

( ولا يمين عليه ) أي على القاضي ( لأنه ثبت فعله في قضائــه بالتصادق ولا يمين على القاضي ) لان إيجابها عليه يقضي إلى تعطيل أمور الناس ، بامتناع الدخول في القضاء ، ولانا لو ألزمنا عليه اليمين ، لكان خصماً ، وقضاء الخصم لا يجوز ( ولو أقر القاطع ) أي بأمر القاضي ( أو الاخذ ) أو أقر أخذ المال بأمر القاضي ( بما أقر القاضي ) أي بالقطع أو الاخذ ( لا يضمن ) القاضي ( أيضاً لانه ) أي لان القاطع او الآخذ ( فعله في حالــة القضاء ) وهو صحيح .

( ودفع القاضي صحيح ) أي دفع القاضي المــال إلى رب الدين او المستحق صحيح ، لانه دفع في حالة القضاء ، والظاهر انه محق ( كما إذا كان ) اى دفع القاضي المــال إلى الآخذ بحكم القضاء ( معايناً ) يعني في معاينــة المأخوذ منه المال لا يضمن الآخذ ، وكذا

---

(١) لا يقضي – هامش .

ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعـــد العزل ، فالقـول للقـاضي أيضـاً ، وهو صحيـح ، لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان ، فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت ، وأنا مجنون والجنون منه كان معهوداً ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان . وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال بسبب الضمان على غيره ،

---

اقر بما اقر به القاضي ( ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه ) اي ان القاضي ( فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل ) اى او فعل بعد عزله ( فالقول قول القاضي ايضاً ،وهو الصحيح ) احترز به عما ذكره شمس الائمة « رح » في جامعه ان القول للمدعي إذا قال فعله بعد العزل ( لانه ) اى لان القاضي ( اسند فعله إلى حالة معهودة منافية الضمان ) لانه إذا عرف انه كان قاضياً ، صحت إضافة القطع او الاخذ إلى حالـــة القضاء ، لان حالة القضاء معهودة فينتفي بها الضمان ، وهو اختيار فخر الإسلام « رح » والصدر الشهيد « رح » ( فصار ) إسناد القضاء هنا ( كما إذا قال ) من عهد منه الجنون ( طلقت ) امرأتي ( او اعتقت ) اى قال اعتقت عبدي ( وأنا مجنون ، والجنون ) اى والحـال ان الجنون ( منه كان معهوداً ) اى معلوماً بين الناس ، فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق ولاالعتاق لإضافته إلى حالة منافية الإيقاع .

( ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل ) وهو فصل ان المقطوع يده والمأخوذ ماله يزعم ان القاضي قطع وأخذ قبل التقليد او بعد العزل ( بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان ) وهو اخذ المال وقطع اليد ( وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه ، لا في إبطال سبب الضمان على غيره ) يعني لا يقبل في ذلك ، فان قيل ينبغي أن لا يضمن الاخذ والقاطع ايضاً ، لانهما أسندا الفعل ايضاً إلى حالة معهودة الضمان. الجواب

بخلاف الأول ، لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ، ولو كان المال في يد الآخذ قائماً ، وقد أقر بما أقر به القاضي ، والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه ، يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

---

ان جهة الضمان راجحة ، لان إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية ، وقضاء القاضي حجة ظاهراً والظاهر لا يعارض القطعي .

( بخلاف الاول ) أي الفصل الاول ( لانه ثبت فعله ) اى فعل القاضي ( في قضائه بالتصادق ) فكان بمنزلة الثابت معاينة ( ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال ، وصدق القاضي في أنه فعله في قضائه ، او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ المال منه ، لانه اقر ان اليد كانت له ) اى للمأخوذ منه ( فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ) لانه لم يكن له ولاية الآخذ إلا بحجة ظاهرة ( وقول المعزول ) اى القاضي المعزول ( فيه ليس بحجة ) لكونه شهادة فرد ، بخلاف ما لو كان المال هالكاً وان القاضي ينكر وجوب الضمان ، والقول قول المنكر والله اعلم بالصواب .

* * *

# كتاب الشهادة

## قال الشهادة فرض تلزم الشهود، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى، ﴿ ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا ﴾ ٢٨٢ البقرة، وقوله تعالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة

( كتاب الشهادة )

أى هذا كتاب في بيان احكام الإشهادات وهو جمع شهادة ، والشهادة لغة إخبار قاطع ، كذا في الصحاح يعني الإخبار بالشيء عن شهادة وعيان ، لا عن تخمين وحسبان. ومن هذا قالوا مشتقة من المشاهدة ، وعلى المعاينة وإليه الاشارة النبوية بقوله ، إذا رأيت مثل الشمس فاشهد. وما في الشريعة اخبار عن صدق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والحكم وسببها في حق التحمل الشهادة ، وفي حق الاداء طلب المدعي وركنها إستعمال لفظة الشهادة ، وشروطها كثيرة تأتي في أثناء المسائل ، وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما يثبت بها . وفي المبسوط والقياس يأبي على كون الشهادة حجة تلزمه ، لانه خبر يحتمل الصدق والكذب . والمحتمل لا يكون حجة ، الا ان القياس ترك بالنصوص والإجماع . ووجه ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب القاضي ظاهر حداً لان القاضي يحتاج في حكمه إلى الشاهد فكان ذلك من ثمة حكمه .

( قال ) اى القدورى « رح » ( الشهادة فرض ) اى اداءها وتحملها إذا تعين ، وفرض كفاية إذا لم يتعين بالإجماع ( تلزم الشهود والاداء ، ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي ) وقوله لا يسعهم ، تأكيد لقوله يلزم الشهود ( لقوله تعالى ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ ٢٨٢ البقرة ) هذا دليل على ان الطلب من المدعي شرط الفريضة ، والنهي عن الاباء عند الدعوى امر بالحضور للأداء ( وقوله تعالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة ،

ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ ٢٨٣ البقرة ، وإنمـــا يشترط طلب المدعي ، لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق . والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر

---

ومن يكتمها فانه آثم قلبه ﴾ ٢٨٣ البقرة ) إنما خص القلب ، وان كانت الجملة آثمة ، لانه رأس الاعضاء والمضغـــة التي ان صلحت ، صلح الجسد كـــله ، وإذا فسدت ، فسد كله ، كما جاء في الحديث ، لانه قيل قد تمكن الآثم في اصله ، وملك اشرف شيء منه ، ولان افعال القلوب اعظم من سائر الجوارح ، فاصل الحسنات والسيئات ، الايمـــان والكفر ، وهمـا من افعال القلوب ، فاذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب ، كان من اعظم الذنوب .

وقال الزمخشري « رح » كتمان الشهادة هو أن يضمرها ، ولا يتكلم بها ، فلما كان آثماً مقترفاً بالقلب أسند اليه ، لأن إسناد الفعل إلى الجارحة التي يعمل بها أبلغ .

( وإنما يشترط المدعي ، لأنها حقة فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق ) لأن الحق لما كان له لم يلزمهم الشهادة قبل طلبه ، بل يتوقف على الطلب كما في سائر الحقوق ، ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ، ولم يعلم بها المدعي ، ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضع حقه ، فإنه يجب عليـــه الشهادة ، ولا طلب ثمة ، والجواب أنه ألحق بالمطلوب دلالة ، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق ، وهو فيما ذكرتم موجود ، فكان في معناه فالحق به لا يقال قد مر آنفاً أن طلب المدعي سبباً لأداء الشهادة ، وهو خلاف ما ذكره المصنف « رح » بقوله وإنما يشترط طلب المدعي فإنـــه يدل على أن طلبه شرط ، وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجود سبب الأداء وهو طلب المدعي ، فالطلب سبب وجوده شرط فلا يخالفه حينئذ ، فإن قلت إنما جعله شرطاً ، وقوله تعـــالى ﴿ ولا يأت الشهداء ﴾ ، ﴿ ولا تكتموا الشهادة ﴾ ، سبباً ، قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سبب ، وغـيره كقوله تعالى ﴿ أقم الصلاة لدلوك الشمس ﴾ ٧٨ الإسراء .

( قال ) أي القدوري « رح » ( والشهادة في الحدود يخـــير الشاهد فيها بين الستر

والإظهار ، لانه بين حسبتين ، اقامة الحـــد والتوقي عن الهتك ، والستر أفضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده ، لو سترته بثوبك لكان خيراً لك .

---

والإظهار لأنه ) أي لأن الشاهد ( بين حسبتين ) بكسر الحاء تثنية حسبه ، والحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة ، وفي الصحاح احتسب بهذا أجزاء عند الله ، والإسم الحسبة بالكسر ، وبين الأجر والجمع الحسب ، وفلان محتسب البلد ولا تقل محتسب ( إقامة الحد ) حسبة لله تعالى ، فقيام عليه الحد والحسبة الأخرى ( والتوقي عن الهتك ) أي التحفظ عن هتك المسلم حسبة لله تعالى ، فإن قيل هذا الذي ذكره معارض لإطلاق قوله تعـــالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة ﴾ ٢٨٣ البقرة ، وتقييد المطلق بخبر الواحد لا يجوز .

الجواب أن الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد ، بدليـــل سياق الآية ، وهي آية المداينة وبالإجماع والنص قوله تعالى ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفـــاحشة ﴾ إلى قوله ﴿ ولهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة ﴾ ١٩ النور ، والمعنى أن الستر والكتمان إنمـــا يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج إلى إحياء حقه من الأموال وغيرها ، فأمـــا الحدود فهي حقوق الله تعالى ، والله عز وجـــل موصوفاً بالعطاء والكرم ، وليس فيه خوف فوت حقـــه ، فجاز له ذلك أن يختار الشاهد جانب الستر ، واليه أشار المصنف « رح » بقوله :

( والستر أفضل لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( للذي شهد عنده ، لو سترتـــه بثوبك لـكان خيراً لك ) الذي قال له النبي ﷺ هذا القول لم يشهد عنده بشيء ، ولكنه حمل ماعزاً إلى أن اعترف عند النبي ﷺ بالزنا كما رواه أبو داود والنسائي عن سفيان عن زيد بن أسلم عن يزيد بن نعيم عن أبيه نعيم عن هزال « رض » أن ماعزاً اتى النبي ﷺ فاقر عنده أربع مرات ، فأمر برجمه ، وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيراً لك . ثم أخرج أبو داود عن إبن كندر أن هزالاً أمر ماعزاً أن يأتي النبي ﷺ فيخبره انتهى بلفظ أبي داود . ورواه عبدالرزاق « رح » في مصنفه ، ولفظه أن النبي ﷺ قال لهزال

وقال عليه السلام ، من ستر على مسلم ستر الله عليـــه في الدنيا والآخرة . وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر ،

---

لو سترت بثوبك كان خيراً ، قلت لم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضع ، حتى قال الأكمل « رح » أيضاً قوله ﷺ للذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الأسلمي «رح» لو سترته بثوبك ، وفي رواية بردائك لكان خيراً لك انتهى .

وقد قلنا أن الذي قال له النبي ﷺ وهـــذا القول لم يشهد عند النبي ﷺ ، وكيف يقول الأكمل « رح » شهد عنده رجل يقال له هزال الأسلمي « رح » وهزال لم يشهد أصلا وانما حمل ماعزاً على أن يعترف عند النبي ﷺ بالزنا وقال ﷺ لهزال لو سترت بثوبك كان خيراً . وهزال بفتح الهاء وتشديد الزاي وباللام أسلمي سكن المدينة ، وقال المنذري نعيم بن هزال « رض » قيل لا صحبة له وإنما الصحبة لأبيه هزال ، وصاحب الذنب اسمه ماعز بن مالك الأسلمي ، معدود في المدنيين ، والمرأة التي وقـــع عليها اسمها فاطمة جارية هزال « رض » .

( وقال عليه الصلاة والسلام ) أي وقال النبي ﷺ ( من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة ) هذا أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعـاً ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه ( وفيما نقل من التلقين الدرء على النبي ﷺ وأصحـــابه « رض » دلالة ظاهرة على فضيلة الستر ) لم يتعرض أحد من الشراح على حل هذا التركيب ، فقوله دلالة مبتدأ وخــبره مقدماً ، هو قوله وفيما نقل من التلقين إلى آخر قوله للدرء أي لدفع الحد .

أما الذي نقل عن النبي ﷺ من تلقينه للدرء عن حد الزنا ، فما رواه البخـاري عن ابن عباس رضي الله عنهما في حديث ماعز ، قال له ﷺ لعلك قبلت أو غمزت أونظرت قال لا ، قال أفنكتها ، قال نعم ، قال فعند ذلك أمر برجمه . والذي نقل عن الدرء عن حد السرقة ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن حماد بن سلمة عن اسحاق بن عبدالله ابن أبي طلحة عن أبي المنذر مولى ذر عن أبي أمية المخزومي « رض » أن النبي ﷺ أتى

لأنه يجب له أن يشهد بالمال في السرقة ، فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه ، ولا يقول سرق محافظة على الستر ، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقـــه .

---

بلص قد اعترف اعترافاً ، ولم يوجد معه متاع ، فقال رسول الله ﷺ ما أخالك سرقت قال بلى ، فأعادها عليه مرتين أو ثلاثاً ، فأمر به فقطع .

وأما الذي نقل عن أصحابه عليه‌السلام من التلقين للدرء ، فما رواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا معمر عن طاووس عن عكرمة بن خالد قـــال أتى عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه رجل ، فسأله أسرقت ، قال لا ، فقال لا ، فتركه . وروى أبو يعلى الموصلي عن مسنده بإسناده إلى أبي مطر قال ، رأيت علياً رضي الله عنه أتى برجل قيل له أنه سرق جملاً ، فقال له ما أراك سرقت ، قال بلى ، قال فلعـلـه شبه عليك ، قال بلى سرقت ، قال يا قنبر إذهب به فأوقد النار وأدع الجزار وشد يده حتى أجيء ، فلما جاء اليه قال له أسرقت ، قال لا ، فتركه . وروى أبو شيبة « رح » في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه أتى بسارق ، وهو يومئـــذ أمير ، فقال أسرقت ، أسرقت ، فقال لا مرتين أو ثلاثاً .

وروى محمد في كتاب الآثار ، أخبرنا الإمام الأعظم أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي « رح » قال أتى أبو مسعود الانصاري رضي الله عنـــه بامرأة سرقت جملا ، فقال أسرقت قولي لا ، فقالت لا فتركها . وروى عبدالرزاق «رح» في مصنفه أخبرنا الثوري « رح» عن علي بن الأقمر عن يزيد بن أبي كثير عن أبي الدرداء رضي الله عنهم أنه أتى بامرأة سرقت ، يقال لها سلامة ، فقال لها يا سلامة سرقت، قولي لا ، قالت لا فدرأ عنها .

( إلا أنه ) استثنى من قوله يخبر فيها الشاهد وهو منقطع أي إلا أن الشاهد ( يجب له أن يشهد بالمال في السرقة ، فيقول أخـــذ إحياء لحق المسروق منه ، ولا يقول سرق محافظة على الستر ) أي لحفظ الستر على السارق ( ولأنه ) دليـــل آخر ، أي ولأن الشأن ( لو ظهرت السرقة لوجب القطع ، والضمان لا يجامع القطع ، فلا يحصل إحياء حقه ) لأنه

قـال ، والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيهـا أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائـكم ، فاستشهدوا عليهن أربعـــة منكم ﴾ ١٥ النساء ، ولقوله تعالى ﴿ ثم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ٤ النور ، ولا يقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضي الله عنـه مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية ،

---

إذا قال سرق يسقط الضمان حينئذ ، فيضيع حق صاحب المـــال ، فلهذا كانت الشهادة بالأخذ اولى من الشهادة بالسرقة ، لأنها شهادة على وجـــه يثبت المال ، ولا يثبت الحد وفيها رعاية الجانبين .

( قال ) أي القدوري « رح » ( والشهادة على مراتب ، منها الشهادة في الزنا ، يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائـكم فاستشهدوا عليهن اربعة منـكم ﴾ ١٥ النساء ، ولقوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ١٤ النور ) لفظ اربعة ، نص في المعدود ، والذكورة لا يقبل فيه إلا اربعة رجـــال عدول مسلمين ، وهم احرار ، وهم يشهدون انهم رأوا كالميل في المكحلة ، وقيل لأن الزنا فعل اثنين ، فيشترط على كل واحد منهما اثنان ( ولا يقبل فيهـــا ) أى في شهادة الزنا ( شهادة النساء ، لحديث الزهري « رض » مضت السنة من لدن رسول الله ﷺ والخليفتين من بعـده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) هذا أخرجه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري ... إلى آخره ، واسم الزهري محمد بن مسلم المدني «رض» سكن الشام ومات بأداما وهي أول عمل مليبطين ، وعمره اثنان وسبعون سنة روى « رض » عن خلق كثير والتابعين من الصحابة والتابعين ، وإنما خص الخليفتين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما لأن تمهيد قواعد الشرع ، وإظهار طرق الأحكام كان أكثر في خلافتهما . وعن عطاء وحماد ابن أبي سليمان « رض » أنه يقبل شهادة النساء فيها ، حتى لو شهد ثلاثة رجال في الزنا وأمرأتين يقبل . قلنا على قولهما لا يبقى فائدة في قوله أربعة منـكم ( ولأن فيها ) أي في شهادة النساء ( شبهة البدلية ) أي من حيث الصورة .

لقيامها مقام شهادة الرجال ، فلا تقبل فيها يندريء بالشبهات ، ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى ﴿ واستشهدو شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة ، ولا يقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا .

---

قال شيخ العلا رحمه الله ، قوله شبهة البدلية أي صورة لا حقيقة ، لأنه لو كانت البدلية حقيقية ، لما اعتبر شهادة النساء وعند إمكان العمل بشهادة الرجال كالتيمم مع الوضوء ، ولما اعتبر شهادتهن مع إمكان شهادتهم ، على أنه ليست في شهادتهن حقيقة البدلية لكن فيها شبهة البدلية باعتبار الصورة ، فإن قوله تعالى ﴿ فإن لم يكونا رجلين ، فرجل وامرأتان ﴾ ٢٨٢ البقرة ، خرج على ما يشابهه قوله ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، ذلك كفارة ايمانكم ﴾ ٨٩ المائدة ، فلهذا أورثت شبهة البدلية .

( لقيامها مقام شهادة الرجال ) أي لقيام شهادتهن مع إمكان العمل بشهادة الرجلين إذا كان كذلك ( فلا تقبل ) أي شهادتهن ( فيها يندريء بالشبهات ) لأن حقيقة[1] غير متحملة في الحدود حتى لا تقبل الشهادة على الشهادة فيها ، ولا كتاب القاضي إلى القاضي ، فكذلك شبهة البدلية اعتبار التشبهة بالحقيقة ، لأن الشبهة فيما يسقط بالشبهات كالحقيقة . وحكي عن مالك « رح » أنه لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا عند عدم الرجلين ، نظراً إلى ظاهر الآية ، فحينئذ في شهادتهن حقيقة البدلية ( ومنها ) أي ومن مراتب الشهادة ( الشهادة ببقية الحدود ) كحد الشرب والسرقة ( والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة ) وعن الحسن البصري « رح » لا يقبل في القتل إلا أربعة ، كالزنا ، وعن عطاء يقبل فيها شهادة النساء .

( ولا يقبل فيها ) أي في الحدود والقصاص ( شهادة النساء لما ذكرنا ) إشارة إلى حديث الزهري ، وما ذكره من شبهة البدلية ، وفي بعض النسخ لما قلنا ، وقال في الأجناس قال في نوادر ابن رستم ويقبل فيه ، أي في التقرير الشهادة على الشهادة ، والشهادة

---

(١) هنا كلام مكشوط غير مقروء ، أ هـ مصححه .

قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالاً أو غير مال. مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة ، والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي « رح » لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها ، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل ، واختلال الضبط ، وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للامارة ، ولهذا لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن. إلا انها قبلت في الأموال ضرورة ،

---

من النساء مع الرجال ، ويجوز فيه العفو ، ويصح فيه الكفالة ، وهو حق الآدمي .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، سواء كان الحق مالا كالبيع أو غير مال مثل النكاح ، والطلاق ، والوكالة ، والوصية ) أي الوصاية ، لأنه في مقدار غير المال ( ونحو ذلك ) كالعتاق والرجعة ، والنسب وتوابعها ، كالإعارة والكفالة لأجل ، وشرط الخيار ذكره في مبسوط شيخ الإسلام « رح » .

( وقال الشافعي « رح » لا يقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها ) وهي التي ذكرناها ، كالإعارة .. إلى آخره ، وبقوله قال مالك وأحمد « رح » في رواية وفي رواية أخرى كقولنا ( لأن الأصل فيها ) أي في شهادتهن ( عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط ) لغلبة النسيان فيهن ( وقصور الولاية ، فإنها لا تصلح للامارة ) بكسر الهمزة إلى الخلافة ( ولهذا ) أي ولأجل أن الأصل عدم القبول ( لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن ) .

( إلا أنها ) استثنى من قوله لأن الأصل فيها أي في شهادة النساء عدم القبول أى إلا أن شهادتهن ( قبلت في الاموال ضرورة ) كثرة وقوع أسبابها ، لأنه يلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة ، فإذا لم يسمع فيها تفوت حقوق الناس لكثرة وقوعها ، ولو حظرها

والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً ، فلا يلتحق بما هو أدنى خطراً وأكثر وجوداً ، ولنا ان الأصل فيها القبول لوجود ما يتبنى عليه أهلية الشهادة ، وهو المشاهدة والضبط والأداء . وبالأول يحصل العلم للشاهد ، والثاني يبقى ، وبالثالث يحصل العلم للقاضي . ولهـــذا يقبل إخبارها في الأخبار ،

---

فلا يلحق بها ما هو أعظم خطراً أو أقل وجوداً كالنكاح ، وهو معنى قوله ( والنكاح أعظم خطراً وأقل وقوعاً، فلا يلحق بما هو ادنى خطراً وأكثر وجوداً) وكذلك الطلاق والرجعة ، والإسلام ، والردة ، والبلوغ ، والولاء ، والعدة ، والجرح ، والتعديل والعفو عن القصاص حاصل مذهب الشافعي « رح » هو ما ذكره في وجيزهم «لا تقبـــل شهادة النساء إلا في الأموال ، وحقوقها كالاجل ، والخيار ، والشفق ، والإجارة ، وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا الحال ، فيثبت برجل وامرأتين .

وكذا نسخ العقود وقبض نجوم الكتابة ، إلا النجم الأخير ففيه الوجهان لترتب العتق عليه وما ليس بمال ، ولا يؤول إلى مال ، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق ، والإسلام والردة ، والبلوغ والولاء والعدة والجرح ، والتعديل ، والعفو عن القصاص ، عن الوصاية والوكالة ، فيثبت برجلين ولا يثبت برجل وامرأتين . وأما ما لا يظهر الرجال كالولادة وعيوب النساء ، والرضاع ، فإنه يثبت بأربع نسوة ، فـــلا تثبت الولادة بقول القابلة وحدها .

( ولنا أن الأصل فيها ) أي في شهادة النساء ( القبول لوجود مـا يبتنى عليه أهلية الشهادة ، وهو ) أي ما يبتنى عليه (المشاهدة) وفي بعض النسخ وهي المشاهرة أي المعاينة وبها يحصل العلم المشاهر ( والضبط ) وهو حسن السماع والفهم والحفظ ( والأداء ) الذي يحصل به للقاضي ، ( إذ بالأول يحصل العلم للشاهد ) أي المشاهرة ( وبالثاني يبقى ) أي بالضبط يبقى العلم للشاهد ( وبالثالث ) أي بالأداء ( يحصل العلم القاضي ، ولهـــذا ) أي ولكون القبول أصلا فيها ( يقبل إخبارها ) بكسر الهمزة (في الأخبار ) بفتح الهمزة وهي الأحاديث والآثار.

ونقصان الضبط بزيادة النسيان الخبر بضم الأخرى اليها ، فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة، فلهذا لا تقبل فيما يندريء بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الأربع ،

---

( ونقصان الضبط ) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » وإحلال الضبط تقريره أن يقال إن ذلك بعد التسليم أن نقصان الضبط ( بزيادة النسيان الخبر بضم الأخرى ) أي بالامرأة الأخرى ( إليها ) أي إلى المرأة الواحدة (فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة) أي شبهة البدلية ، ولم يذكر المصنف « رح » الجواب عن قول الشافعي « رح » لنقصان العقل، ولا عن قوله لقصور الولاية

والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلهن ، فيما هو مناط التكليف ، وبيان ذلك أن للنفس الإنسانية أربع مراتب: الأولى استعداد الفعل ويسمى العقل الهيولاني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرتهم، والثانية أن تحصل البديهيات وهو مناط التكليف. والثالثة أن يحصل النظريات المفروغ منها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب ، ويسمى العقل بالعقل ، والرابعة هو أن يستحضرها ويلتفت اليها مشاهرة ، ويسمى العقل المستفاد وليس فيما هو مناط التكليف منها ، وهو العقل بالملكة فيهن نقصان بمشاهدة حالتهن في تحصيل البديهيات واستعمال الحواس في الجزئيات، فإنه لو كان في ذلك نقصان ، لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان ، وليس كذلك ، وقوله ﷺ ناقصات عقل، المراد به العقل بالفعل ، فلذلك لم يصلحن الولاية والخلافة والإمارة ، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضاً ، فتأمل .

( فلهذا ) أي فلأجل شبهة البدلية ( لا تقبل ) أي شهادتهن ( فيما يندريء بالشبهات ) وتقبل فيما يثبتها ( وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات ) أراد به النكاح والطلاق ، فظاهر ثبوتها مع الهزل ، وأما الوكالة والإيصاء، والاموال ، فإنه يجزيء فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة ، وذلك إمارة ثبوتها مع الشبهة ، فكذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال .

( وعدم قبول الأربع ) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » ولا يقبل شهادة الأربع

على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن . قال ويقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة ، لقوله عليه السلام ، شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه . والجمع المحلى بالألف واللام

---

منهن وحدهن إلى عدم قبول شهادة الأربع ( على خلاف القياس ) لأن القياس يقتضي قبول ذلك ، ولكنه ترك ذلك ( كيلا يكثر خروجهن ) لأن في كثرة خروجهن كشفهن وافتضاحهن ، وهو ممنوع .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويقبل في الولادة ، والبكارة ، والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة ) وقال مالك « رح » ويجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب الآباء ، ولا يجوز في ذلك شهادة امرأة واحدة . وبه قال ابن أبي ليلى ، كذا في المبسوط وهو قول الثوري « رح » ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ) هذا غريب .

وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب الزهري « رح » قال مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن وقال أيضاً أخبرنا أبو بكر عن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن الحكيم عن ابن عمر رضي الله عنهما ، قال لا يجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء وما يشبه ذلك من حملهن وحيضهن وقال أيضاً أخبرنا الثوري « رح » عن جابر الجعفي عن عبد الله بن يحيى « رض » أن علياً رضى الله عنه أجاز شهادة المرأة القابلة وحدها في الاستهلال ، والجعفي ضعيف وكذلك ابن يحيى « رض » وقال أيضاً اخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الاسلمي ، أخبرني إسحاق عن ابن شهاب أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز شهادة امرأة في الاستهلال .

( والجمع المحلى بالألف واللام ) أراد بهذا وجه بيان الاستدلال بالحديث الذي ذكره

يراد به الجنس، فيتناول الأقل وهو حجة على الشافعي «رح» في اشتراط الأربع، لأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر، لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. فكذا يسقط اعتبار العدد. إلا أن المثنى والثلاث أحوط لما فيه من معنى الالزام،

---

وهو أن الألف واللام إذا دخلا على الجمع ( يراد به الجنس ) لأنه ليس ثمة معهود ( فيتناول الأقل ) وهو الواحد، لبطلان العدد بواسطة الجنسية. وقال الكاكي «رح» يؤيده أن حذيفة «رض» روى الحديث، قال ﷺ أجاز شهادة القابلة على الولادة. وقال الاترازي «رح» أصحابنا رووا في الأسرار وغيره عن حذيفة رضي الله عنه أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة في الولادة، انتهى. قلت رواه محمد بن عبد الملك الواسطي، عن أبي عبد الرحمن المدائني عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة «رض» ... إلى آخره. وقال هذا لا يصح، وقال الدارقطني أبو عبد الرحمن المدائني «رض» مجهول.

( وهو ) أي الحديث الذي ذكره ( حجة على الشافعي «رح» في اشتراط الأربع ) من النساء، وهو قول عطاء أيضا. وللشافعي «رح» أن يقول هذا الحديث غير صحيح فكيف يكون حجة علي، وليس لنا إلا ما ذكرناه عن عبدالرزاق «رض»، وبقولنا قال أحمد «رح»، وهو قول الحسن البصرى «رض» ( ولأنه ) دليل معقول لنا، أي ولأن الشأن ( إنما سقطت الذكورة ) يعني إنما سقطت صفة الذكوره والاتفاق ( ليخف النظر ) أي النظر إلى العورة حرام، إلا أنا اعتبرنا نظر جنسها ( لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف ) لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف إن شهرتهن إليهن أقل من نظر الرجل إلى عورتها ( فلذلك ) أي فلأجل ذلك ( يسقط اعتبار العدد ) لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة.

( إلا أن المثنى والثلاث أحوط ) لزيادة طمأنينة القلب ( لما فيه من معنى الإلزام ) لأن فيه شبها بالشهادة. وقال تاج الشريعة «رض» قوله من معنى الإلزام النسبة، وقال الأكمل «رح»، واعترض بأن في هذا التعليل نوع مناقضة لأن لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة

ثم حكمها في الولادة ، شرحناه في الطلاق فأما حكم البكارة ، فإن شهدن أنها بكر يؤجل في العنين سنة ، ويفرق بعده لأنها تأيدت بمؤيد ، إذ البكارة أصل وكذا في رد المبيعة ، إذا اشتراها بشرط البكارة، فإن قلن إنها ثيب ، يحلف البائع لينضم

---

لحقة نظرها ، لما كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة ، والجواب أن يقال حقة النظر يوجب عدم وجوب اعتبار العدد . ومعنى الإلزام يقتضي وجوبه فعلنا بهما فقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا ( ثم حكمها ) أي حكم شهادة امرأة واحدة ( في الولادة شرحناه في الطلاق ) يعني في باب ثبوت النسب عند قوله ، فإن صحة الولادة تثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة ، فينظر فيه هناك .

( فأما حكم البكارة ) فإنها سواء كانت المرأة مهيراً ومبيعة ، لا بد من نظر النساء اليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينها ، فإذا نظرت اليها وشهدت ، فإما أن يؤيد شهادتهن بمؤيد أو لا ، فإن كان الاول ، كانت شهادتهن حجة ، وإن كان الثاني ، فلا بد أن يضم اليها ما يؤيدها ، فعلى هذا ( فان شهدن أنها بكر ) فان كانت معزة ( يؤجل في العنين سنة ، ويفرق بعدها ) أي بعد سنة ( لأنها ) أي لأن شهادتهن ( تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل ) بيانه أن امرأة العنين مع زوجها ، إذا اختلفا بعد مضى المدة ، فقال هو وصلت اليها فقالت هي لم يصل إلي فانها ترى النساء ، فان قلن هي بكر ، فانها تخير ، فلو اختارت الفرقة ، فرق القاضي بينهما وأثبت الفرقة ، بقولهن لفائدة بشهادة الأصل وهي البكارة .

( وكذا في رد المبيعة ) إذا كان جارية ( إذا اشتراها بشرط البكارة ) بيانه إذا إشترى رجل جارية على انها بكر ، ثم اختلفا قبل القبض أو بعده ، فقال البائع هي بكر في الحال ، فان القاضي يريها النساء ( فان قلن إنها ثيب) لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن لأن الفسخ حق قوي ، وشهادتهن حجة ضعيفة ، لم تتأيد بمؤيد ، لكن ثبت حق الخصومة لتوجه اليمين على البائع ( يحلف البائع ) لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فان لم يكن قبضها بالله لقد بعتها وهي بكر ، فإن نكل يرد عليه ، وإن حلف لزم المشترى ( لينضم

نكوله إلى قولهن ، والعيب يثبت بقولهن ، فيحلف البائـــع . وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبـل عند أبي حنيفة « رح » في حق الإرث ، لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة ، لأنها من أمور الدين . وعندهما تقبل في حق الإرث أيضاً ، لأنـــه صوت عند الولادة . ولا يحضرها رجـال عادة ، فصار كشهادتهن على نفس الولادة .

---

نكوله ) أي نكول البائع ( إلى قولهن ) فترد ( والعيب يثبت بقولهن ) هـذا جواب بما يقال شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال ،فيجب الرد بقولهن ،والتحليف ترك العمل بالحديث أجاب بقوله والعيب يثبت بقولهن أي في حق سماع الدعوى وحق التحليف ( فيحلف البائع ) فإن المشترى إذا ادعى عيباً في المبيع لا بد له من إثبات قيامـه به في الحال ليثبت له ولاية التحليف ، وإلا كان القول للبائع لتمسكه بالأصل ، فإذا قلن إنهـا ثيب ، يثبت العيب في الحال ، وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بهـا ذلك العيب في الوقت الذي كانت في يده .

( وأما شهادتهن على استهلال الصبي ، لا تقبل عند أبي حنيفة « رح » في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال ) أي لأن الاستهلال وهو صوت الصبي عند الولادة ، وهذا فيما يطلع الرجال ، فلا يكون شهادتهن فيه حجة ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وإن لم يحضر الرجال فشهادتهن كشهاتهن على جراحات الدنيا في الجماعات ، وإن لم يحضر الرجال بخلاف الولادة ، فانها انفصال الولد من الأم ، فلا يطلع عليه الرجال ( إلا في حق الصلاة ) أي تقبل شهادة المرأة الواحدة الحرة على استهلاك الصبي في حق الصلاة عليه فانها تجوز بالاتفاق ( لأنها ) أي لأن حق الصلاة ( من أمور الدين ) فشهادة الواحدة حجة في ذلك ، كشهادتها هلال رمضان .

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( تقبل في حق الإرث أيضاً لأنه ) أي لأن استهلال الصبي ( صوت عند الولادة ، ولا يحضرها الرجال عادة ، فصار كشهادتهن على نفس الولادة ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في قول .

قال ، ولا بد في ذلك كله من العدالة ، ولفظه الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لفظه الشهادة ، وقال أعلم وأتيقن لم تقبل شهادته . أما العدالة فلقوله تعالى ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ ٢٨٢ البقرة ، والمرضي من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ، ولأن العدالة هي المعينة للصدق ، لأن من يتعاطى غير الكذب ، قد يتعاطاه . وعن أبي يوسف « رح » أن الفاسق إذا كان وجيهاً في الناس ، ذا مروة ، تقبل شهادته ، لأنه لا يستأجر لوجاهته ، ويمتنع عن الكذب بمروته . والأول

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا بد في ذلك كله ) أي في جميع ما ذكر من انواع الشهادة ( من العدالة ولفظة الشهادة ، فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال أعلم واتيقن لم تقبل شهادته . أما العدالة فلقوله عز وجل [1] ﴿ ممن ترضون من الشهداء ﴾ ٢٨٢ البقرة والمرضي من الشاهد هو العدل ، ولقوله تعالى ﴿ وأشهدوا ذوا العدل منكم ﴾ ٢ الطلاق ) والفاسق ليس بمرضي ، ولا خلاف فيه للفقهاء ، ولو أن الشهادة حجة باعتبار للصدق ، وهو معنى قوله ( ولأن العدالة هي المعينة للصدق ، لأن من يتعاطى ) من التعاطي ، وهو التناول ( غير الكذب قد يتعاطاه ) أي لأن من يتعاطى غير الكذب من محظورات دينه ، فقد يتعاطاه ايضاً ويقدم على شهادة الزور ايضاً ، فترد شهادته للتهمة .

( وعن أبي يوسف « رح » أن الفاسق إذا كان وجيهاً ) أي ذا قدر وشرف ( في الناس ذا مروءة ) أى إنسانية ، وفي المروة لغتان ، الهمزة وتشديد الواو ( تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ) لانه لا يرضى أن يعرف بين الناس بالكذب ، فمروءته تمنعه عن ذلك ، وكذلك لا يرى لنفسه أن يستأجر على شهادة الزور خوفاً أن يسلم في وجاهته ( والاول ) وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقاً ذا وجاهة أولا

---

(١) تعالى — هامش.

أصح لأن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق ، يصح عندنا . والمسألة معروفة . وأما لفظة الشهادة ، فلأن النصوص نطقت باشتراطها ، إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة توكيد . فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين ، فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد .

---

( أصح ) لإطلاق قوله عز وجل ﴿ وأشهدوا ذوا عدل منكم ﴾ ٢ الطلاق وقوله ﴿ إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا ﴾ ٦ الحجرات ، ولان قبول الشهادة والعمل بها إكرام الشهادة وقال عليه السلام أكرموا الشهود ... الحديث ، وفي حق الفاسق أمرنا بخلاف ذلك ، قال عليه السلام إذا لقيت الفاسق ، فالقه بوجه مكفهر ، أي شديد العبوسة ، ولا مروءة لمن يكون معلناً بفسق شرعاً ، كذا في المبسوط .

( إلا أن القاضي ) أي لكن القاضي ( لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا ) وقال الشافعي « رح » لا تقبل شهادة الفاسق ولا يجوز قضاؤه . ( والمسألة معروفة ) وقد مر الكلام فيها في اوائل كتاب القاضي ( وأما لفظ الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الامر فيها ) أي في النصوص ( بهذه اللفظة ) أى لفظة الشهادة . قال الله تعالى ﴿ أقيموا الشهادة لله ﴾ ٢ الطلاق ﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ٢٨٢ البقرة ، وقال ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ( ولان فيها أى لفظ الشهادة ( زيادة توكيد ) لدلالتها على الشهادة .

( فإن قوله أشهد من الفاظ اليمين ، فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة ) أى بلفظة الشهادة ( أشد ) والنصوص وردت بقبولها بهذه اللفظة فيقتصر على مورد النص ، ولا يقال جاء الامر بالتكبير بلفظ التكبير ، قال الله تعالى ﴿ وربك فكبر ﴾ ٣ المدثر ، ومع ذلك أجاز أبو حنيفة « رح » ومحمد « رح » تبديله بلفظ آخر ، مثل الله أجل وأعظم لانا نقول أن التكبير للتعظيم ، وفي قوله أعظم صريح التعظيم ، فكان مثله من كل وجه بل أزيد ، فيلحق به دلالة أما الشهادة فتنبئ عن المشاهدة والعيان ، ولهذا يذكر للقسم فكانت له زيادة وكادة في الاخبار على قوله اتيقن أو أعلم ، فلا يمكن الحاقها بلفظ الشهادة .

وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم ، حتى يشترط العدالة . ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح ، لأنه شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ، ويشترط فيــه الحرية والإسلام . قال أبو حنيفة « رح » يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ، ولا يسأل عن حال

---

( وقوله ) أي قول القدوري « رح » في مختصره ( في ذلك كله ) أى في جميــع ما تقدم ( إشارة إلى جميــع ما تقدم ) من انواع الشهادة ( حتى يشترط العــدالة . ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح ) احترز به عن قول العراقيين فانهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة . وفي المنتقى ان لفظة الشهادة والحرية غير معتبرة. وحكي عن الكرخي « رح » أن الشهادة على الولادة ليست بشهادة ، وإنمــا هي خبر واليه ذهب صاحب المختلف ، والذى قاله القدورى « رح » هو الذى اختاره مشايخ بلخ « رح » . وقال الاترازى « رح » وعليه مشايخنا . وقال التمرتاشي « رح » قال في شرح بكر ، قال مشايخ بخارى وبلخ يشترط لفظة الشهادة ، وقال مشايخ العراق لا يشترط كما في شهادة هلال رمضان ( لأنه ) أى لفظ شهادة النساء بالولادة ( شهادة ) وليست بمجرد إخبار ( لما فيــه من معنى الإلزام ) أى إلزام النسب ( حتى اختص ) أى لفظ شهادة النساء ( بمجلس القضاء ) فلا يعتبر في غير مجلس القاضي.

( ويشترط فيه ) قال الاترازي « رح » أي في الشاهد ( الحرية والإسلام ) في جميع ما ذكرنا من مراتب الشهادة ، والظاهر أن الضمير في قوله فيــه ، أى في اشتراط لفظة الشهادة في شهادة النساء بالولادة يشترط الحرية والإسلام ايضاً ، ويؤيده شيخنا العــلاء رحمه الله : ولهذا يشترط الحرية والإسلام أي ولأجل ما فيه من معنى الإلزام ، واختصاصه بمجلس القضاء ، يشترط في شهادة النساء بالولادة الحرية حتى لو كانت أمــة أو كافرة لا تقبل .

( قال أبو حنيفة « رح » يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ، ولا يسأل عن حال

الشهود حتى يطعن الخصم ، لقوله عليه السلام ، المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قذف . ومثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ، لان الظاهر هو الإنزجار عما هو محرم دينه ، وبالظاهر كفاية ، إذ لا وصول إلى القطع

---

الشهود حتى يطعن الخصم ، لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في قـــذف ) هذا الحديث رواه إبن ابي شيبة في مصنفه ، حدثنا عبدالرحمن بن سليمان عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله ﷺ ... إلى آخره ( مثل ذلك مروي عن عمر رضي الله عنه ) أي مثل ما روي عن النبي ﷺ روي عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، هذا رواه الدارقطني في سننه مطولاً جداً عن عبدالله بن أبي المليح الهـــذلي ، قال كتب عمر رضى الله عنه إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنه :

أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ... الحديث ، وفيه المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في حد أو مجرباً في شهادة زور ، أو ظنيناً في ولادة أو قرابة .

وقال الدارقطني وعبدالله بن حميد ضعيف ، وقـال النسائي « رح » متروك الحديث وقال البخاري « رح » منكر الحـــديث ، واسم أبي حميد عالية بن الخطاب الهذلي الكوفي « رح » .

( ولأن الظاهر ) في حال المسلم ( هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية ) فإن قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق ، وهاهنا يثبت المدعي استحقاق المدعى به بإقامة البينة . قيل في جوابه ما أشار إليه المصنف بقوله ( إذ لا وصول إلى القطع ) أي لا إمكان للوصول إلى الدليـــل القطعي ، إلا الظاهر لأنه لو لم يكتف بالظاهر ، أحتيج إلى التزكية ، وقبول قول المزكي في التعديل أيضاً عمل بالظاهر ، إذ لو لم يعمل بقوله لاحتيج إلى مزك آخر ، ويرد ذلك في الثـــالث والرابع ، فيؤدى إلى الدور والتسلسل . وقال الأكمل « رح » يجوز أن يقال الظاهر هنا ، اعتبر للدفع لا للاستحقاق ، لأن دعوى المدعي

إلا في الحدود والقصاص ، فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتال لإسقاطها ، فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأن الشبهة فيها دارئة . وإن طعن الخصم فيهم يسأل عنهم في السر والعلانية ، لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلباً للترجيح . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق ، لأن القضاء مبناه على الحجة ، وهي شهادة العدول ، فيتعرف عن العدالة وفيه

---

وانكاره الخصم تعارضا ، وشهادة الشهود وبراءة الذمة كذلك ، وبظاهر العدالة اندفع معارضة الذمة ، فكان واقعاً (إلا في الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص ( فإنه ) أى فان الحاكم ( يسأل عن الشهود ولأنه يحتال لإسقاطها ) أي لإسقاط الحدود ، لأن مبناها على الدرء ، فيجب السؤال احتيالاً له ( ولأن الشبهة فيها) أي في الحدود ( دارئة ) أي العدالة وإن كانت ظاهرة ، وكذا استحال كونه غير عدل ثابت ، فتعمل هذه الشبهة بالدرء .

( وإن طعن الخصم فيهم ) أي في الشهود ( يسأل عنهم في السر والعلانية) يعني في غير الحدود والقصاص ، لأن في الحدود والقصاص يسأل قبل الطعن ( لأنه تقابل الظاهران ) يعني كما أن الظاهر ان الشهود لا يكذبون ، فكذا الظاهر ان الخصم لا يكذب في طعنه ، فإذا كان كذلك ( فيسأل ) الحاكم عنهم أي عن الشهود ( طلباً للترجيح ) بين المتعارضين .

( وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق ) يعني سواء طعن الخصم أو لم يطعن في جميع الدعوى . وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح ». وقال مالك « رح » من كان شهوداً بالعدالة ، لم تسأل عنه ، ومن عرف جرحه رد شهادته وإنما يجب السؤال مهما شك ( لأن القضاء مبناه على الحجة ، وهي شهادة العدول ، فيتعرف عن العدالة ) يقال تعرفت ما عنده أي تطلبته منه حتى عرفته (وفيه

صون قضائه عن البطلان . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان. ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعـــدل، وكل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع، أو يقصد

---

أي في تعرفة ( صون قضائه ) أى حفظه ( عن البطلان ) على تقدير ظهور الشهود عبيداً أو كفاراً ، فيبطل القضاء .

( وقيل هذا ) اى هذا الخلاف ( اختلاف عصر وزمان ) لا اختلاف حجة وبرهان بيانه أن أبا حنيفة رضي الله عنه ، كان في القرن الثالث الذى شهد النبي ﷺ بالخـــيرية لأهله حيث قال ، خير القرون رهطي الذي أنا فيهم ، ثم الذين يلونهم ، ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ، ويشهد قبل ان يستشهدوها ، كان في القرن الرابع الذي شهد النبي ﷺ بفشو الكذب في أهله ، فلهذا شرط الاستكشاف ولو شاهد أبو حنيفة « رح » ذلك لقال بقولها ولهذا قال المصنف ( والفتوى على قولهما في هذا الزمان ) أى على قول أبي يوسف ومحمد « رح » .

( ثم التزكية في السر أن يبعث المستورة ) أى الرقعة النبي ﷺ يكتب فيها القاضي أمامي الشهود وحلام ( إلى المعـدل ) بكسر الدال سميت بالستورة لأنها تستر عن نظر العوام ( فيها ) أي المستورة بيان ( النسب ) أى نسب الشهود ( والحلي ) بكسر الحـاء المهملة وتخفيف اللام مقصوراً جمع حلية ، وفي المقرب حلية الإنسان صفته وجاء الضم في الحاء في الجمع والكسر أفصح ( والمصلى ) أى قيـل أراد به الجلسة والظاهر أن المراد به مسجد المحلة ( ويردها المعدل ) أى يرد المعدل المستورة ( وكل ذلك في السر كيلا يظهر ) أي المعدل ( فيخدع ) على صيغة المجهول بالنصب لأنه جواب النفي ، اى يخــدع بالمال ( أو يقصد ) مجهول أيضاً منصوب ، لأنه عطف على يخدع ، أي يقصد بالإضرار إذا كان ظاهراً ، وفي المحيط وفتاوى قاضي خان ، وينبغي القاضي أن يختار المسألة عن الشهود من هو اوثق الناس وأورعهم وأكرمهم واكثرهم أمانة وخـبرة ، وأعلمهم بالتمييز فطنة

قبولية المسألة ، ثم يكتب في رقعة اسماء الشهود حماية بأنسابهم وحلاهم وقبائلهم ومحلاتهم ورخاءهم، ويبعث ملك الرقعة على يد أمين مختومة ولا يطلع أحد على مـا في يد أمينة حتى لا يخدع بالرشوة .

ولو كان المزكي بعيداً ويجعل أجرة الامين على المدعي ، وثمن الصحيفة الذى يكتب فيها أساميهم عليه أيضاً ، ثم المزكي يسأل عنهم من أهل حرفتهم ، ومن جيرانهم وأهـل محلتهم ، فإن لم يجد فمن أهل سوقهم ، فإذا قال المسؤول عنه هو عدل ، يكتب المزكي في آخر الرقعة أنه عدل مرضي عندى جائز الشهادة ، ولا يكتب أنه غير عدل مرضي . وفي فتاوى قاضي خان « رح » من عرف فسقه لا يكتب ذلك تحت اسمه ، بل يكتب احترازاً عن هتك الستر، ويقول الله أعلم إلا إذا خاف أن القاضي يقضى بشهادته بتعديل غيره ، فحينئذ يصرح بذلك . ومن لم يعرفه لا بالعدل ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور ، ثم يبعثه بتلك الرقعة إلى القاضي سراً ، ثم القاضي ان شاء جمع بين تزكية السر وتزكية العلانية .

وفي الذخيرة ينبغي أن يكون المزكي صاحب خبرة ، ولا يكون منزوياً لا يخـالط الناس ، لأنه إذا لم يخالطهم ، لا يعرف العدل من غير عدل ، وينبغي أن لا يكون طماعا ولا فقيراً ، حتى لا ينخدع بالمال . فإذا لم يجد المزكي أهل مسجده أو أهل محلته أوسوقه يسأل أهل مجلسه ، فإن وجد كلهم غير ثقاة يعتبر في ذلك تواتر الأخبار ، ولو لم يعرف الشهود بالعدالة ، فأخبره رجلان عدلان عين النسب. وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة «رح» يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف إذا كانوا عدولاً ، ولا يجوز في تزكية العلانية ، إلا من يجوز شهادته لأن تزكيـة السر من الإخبار بأمر ديني ، وقول هؤلاء في الأمور الدينية إذا كانوا عدولاً مقبولاً في روايتهم الإخبار شهادتهم بهلال رمضان ، أما العلانية نظير الشهادة من حيث أن القضاء لا يجب إلا بهـا كالشهادة ، ويشترط فيها ما يشترط في الشهادة سوى لفظة الشهادة ، حتى لا يجوز تزكية الوالد لولده ، وعلى العكس في السر جائز .

وفي العلانية ، وحدهـــا في الصدر الاول . ودفع الاكتفاء في السر في زماننا تحرزاً عن الفتنة . ويروى عن محمد « رح » تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو حر عدل جائز الشهادة ، لان العبد قد يعدل ، وقيل يكتفي بقوله وهو عدل ، لان الحرية ثابتة بالدار (١) وهذا أصح . قال وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود

---

( وفي العلانية ) أى وفي التزكية العلانية ( لا بد أن يجمع ) الحـاكم في مجلس القضاء ( بين المعدل والشاهد لينتفى شبهة تعديل غيره ) لأن الشخصين قـــد يتفقان في الاسم والنسبة ، فيقول المعدل هذا الذى عدالته يشير إلى الشاهد ( وقـد كانت العلانية ) أى التزكية العلانية ( وحدها ) يعني بدون تزكيـــة السر ( في الصدر الأول ) أى الصحابة رضي الله عنهم ، لأن القوم كانوا صلحـــاء ، والمعدل كان لا يوفى عن الجرح، لأنهم كانوا لا يقابلونه بالأذى لو جرمهم ، وفي زماننا ليس كذلك ( ووقـــع الاكتفاء بالسر (٢) في زماننا تحرزاً عن الفتنة ، ويروى عن محمد « رح » تزكية العلانية بلاء وفتنة ) لأن الشهود يقابلون المزكي إذا جرحهم بالأذى ويقع بينه وبينهم العداوة .

( ثم قيل لا بد أن يقول المعدل هو ) أى الشاهد ( حر ، عدل ، جائز الشهادة ، لأن العبد قد يعدل ، وقيل يكتفي بقوله ) أى بقول المعـدل ( هو عـدل ) ولا يشترط أن يقول هو عدل جائز الشهادة ( لأن الحرية ثابتـة بالدار ) لأن الدار دار الإسلام . وقال المصنف رحمه الله ( وهذا أصح ) وبه قال أصحاب الشافعي « رح » وأحمد « رح » وقال مالك « رح » لا من ذكر العدالة والرضاء ، بأن يقول هو عـدل مرضي ، ولا يقتصر على أحد الوصفين ، ذكره في الجواهر .

( قال وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود ) بيان هذا أن أبا حنيفة « رح » قـال

---

(١) بالأصل الدار — هامش.

(٢) في السر — هامش .

لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه . وعن أبي يوسف « رح» أنـــه يجوز تزكيته ، لكن عند محمد « رح » تزكية الآخر إلى تزكيته ، لان العدد عنده شرط . ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم

---

على طريقة قوله في ا زارعة من التحريج على قول من يقول بالسؤال إذا سئل ( لم يقبل قول الخصم ) وهو المدعى عليه ( أنه عـدل ) . وفسر المصنف « رح » الخصم بقوله ( معناه قول المدعى عليه ) وكذا فسرناه ، ولفظ الجامع الصغير محمـــد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه قال في قوله من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز إذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه انتهى . وذلك لأن من أصل أبي حنيفة « رح » أن القاضي لا يسأل عن الشهود في غير الحدود والقصاص إلا إذا طعن الخصم وهذا إذا سئل عنهم على قول من رأى ذلك ، فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفي ذلك، حتى يسأل غيره لأن تعديل الشهود عليه ليس بتعديل على الكمال ، بل هو تعـديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على شهادته .

( وعن أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » أنه يجوز تزكيته ) أى تزكية الخصم ، وبه قال الشافعي « رح » في قول آخر لا تجوز . ( لكن عند محمد « رح » ) إنما يجوز ( يضم تزكية الآخر إلى تزكيته ، لأن العدد عنده شرط ) أي عند محمد « رح » وفي بعض النسخ لأن العدد عنده شرط . وفي جامع قاضي خان « رح » هذا إذا كان المدعى عليـه يصلح مزكياً ، فإن كان فاسقاً أو مستوراً أو سكت عن جواب المدعي ، ولم يجحد ، فلمـــا شهدوا قال هم عدول ، لا يصح هذا التعديل ، لأن العدالة في المزكي شرط عند الكل، ولم يوجد وعن محمد « رح » أن القاضي يسأل عن المدعى عليه شهدوا عليك بحق أو بغـــير حق . فإن قال بحق فهو إقرار ، وإن قال بغير حق لا يقضى بشيء .

( ووجه الظاهر ) أي وجه ظاهر الرواية ( أن في زعم المدعي وشهوده أن الخصم

كاذب في إنكاره مبطل في إصراره ، فلا يصلح معدلاً . وموضوع المسألة إذا قال هم عدول ، إلا أنهم أخطأوا ونسوا . أما إذا قال هم عدول ، إلا انهم أخطأوا ونسوا . أما إذا قال صدقوا أو هم واحداً ، جاز ، والإثنان أفضل ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وقال محمد « رح » ، ولا يجوز إلا اثنان والمراد منه المزكى ،

---

كاذب في إنكاره ، مبطل في إصراره ) بالصاد المهملة ، والاصرار هو الثابت على الشيء أي الخصم مبطل في ثباته على الإنكار ( فلا يصلح معدلاً ) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق. ( وموضوع المسألة ) هذا جواب عما يقال تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولاً ، لأن العدالة ليست بشرط فيه بالاتفاق . فأجاب المصنف « رح » بقوله وموضع المسألة ، يعني الذي يثبت عليه هذه المسألة ( إذا قال ) أي المدعي ( هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا ) ومثل هذا ليس بإقرار بالحق وفيه نظر ، لأن هذا الكلام مشتمل على الإقرار وغيره ، فيصدق في الإقرار على نفسه ، ويرد الغير للتهمة . وأجيب بأن الإقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان ، فأنى يكون إقراراً . ( أما إذا قال صدقوا وهم عدول صدقة ) جمع صادق ( فقد اعترف بالحق ) فيقضي القاضي عليه باعترافه لا بالشهادة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان رسول القاضي الذي يسأل ) عن صيغة المجهول ( أن الشهود واحداً جاز ) لأنه ليس بشهادة ، فلا يشترط في الخبر العدد ( والاثنان أفضل ) لأنه أحوط ( وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ) وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية .

( وقال محمد « رح » لا يجوز إلا اثنان ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » في رواية ( والمراد منه ) أي من رسول القاضي الذى يسأل عن الشهود ( المزكي ) وهو المرسل اليه فكان قوله الذي يسأل عن الشهود صفته الرسول ، وتفسيره والذي يسأل عنه الشهود

وعلى الخلاف القاضي إلى المزكى والمترجم عن الشاهد . له أن التزكيـة في معنى الشهادة ، لان ولايـــة القضاء تبتنى على ظهور العدالة ، وهو بالتزكية ، فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ، وتشترط الذكورة في المزكى في الحدود والقصاص ، ولهما انه ليس معنى الشهادة ، ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ، ومجلس القضاء

---

هو المزكي ( وعلى هذا الخلاف رسول القاضي إلى المزكي والمترجم عن الشاهـــد ) يعني يكفي الواحد للتزكيـة والرسالة والترجمة عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية . وعند محمد « رح» لا بد من اثنـــين . وقال الشافعي رحمه الله واحمد « رح » والترجمة جائزة إذا كان القاضي لا يعرف نسانهم . والنبي ﷺ صنع في حق سلمان رضي الله عنه ، فقال ترجم كلامه إذا فسره بلسان آخر . وفي الخلاصة الترجمان إذا كان أعمى ، فعن أبي حنيفة « رح » لا يجوز ، وعن أبي يوسف رحمه الله انه يجوز ( له ) أى لمحمد « رح » ( أن التزكيـــة في معنى الشهادة ، لأن ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة ، وهو بالتزكية فيشترط فيــه العدد كما تشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص) بإجماع الأئمة الأربعة « رح » وكذلك في القصاص .

وذكر في المختلف والحصر في كتاب الحدود من باب أبي حنيفـــة « رح » يشترط الذكورة في المزكي عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، ويشترط أيضاً عند الأئمة الثلاثة فيما لا يثبت بشهادة النساء ، وعلى هذا الخلاف الجرح ، فعندهما يثبت بواحـــد ، وبه قال مالك « رح » وأحمـــد « رح » . وعند محمد « رح » لا بد من اثنين . وبه قال الشافعي وأحمـــد « رح » في رواية . ( ولهما ) أي ولأبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( أنـــه ) أى أن التزكية ( ليس في معنى الشهادة ، ولهـــذا ) أى لعدم كونه في معنى الشهادة ، ( لا يشترط فيهـــا لفظة الشهادة ، ومجلس القضاء ) فـــلا

واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة ، فلا يتعداها ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً . فأما في تزكية العلانية فهو شرط ، وكذا العدد بالإجماع على مـــا قاله الخصاف « رح » لاختصاصها بمجلس القضاء . قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد « رح » .

## فصـــل

وما يتحمله الشاهد على ضربين أحدهما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع ، والإقرار ، والغصب ، والقتل ، وحكم

---

يشترط فيها ما يشترط في الشهادة ( واشتراط العدد أمر حكمي ) أي تعبدي ثبت بالنص على خلاف القياس ( في الشهادة فلا يتعداها ) أي فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية ( ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكياً ) لمولاه وغيره . ( فأما في تزكية العلانية ، فهو شرط وكذا العدد بالإجماع ) شرط ( على ما قاله الخصاف « رح » لاختصاصها بمجلس القضاء ) وقال في الخلاصة شرط الخصاف أن يكون المزكي في العلانية غير المزكي في السر . أما عندنا فالذى تزكيهم في العلانيـة ذكره في الفصل الثاني من كتاب القضاء .

( قالوا ) أي المشايخ « رح » ( يشترط الأربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد«رح» ) الأربعة من الذكور في الزكين ، ذكره في الذخيرة .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيـان أحكام تتعلق باداء الشهادة ، بأن الشاهد كيف يشهد عند القاضي ( وما يتحمله الشاهد على ضربين ) أي على نوعـــين ( احدهما ما يثبت حكمه بنفسه ) أي بلا احتياج إلى الاشهاد ( مثل البيع والإقرار ، والغصب ، والقتل وحـكم

الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهـــد أو رآه ، وسعه ان يشهد ، وإن لم يشهدعليه ، لانه علم ما هو الموجب بنفسه ، وهو الركن في إطلاق الأداء . قال الله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ ٨٦ الزخرف ، وقال النبي ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع .

---

الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أو رآه ) الذى سمعه مثل البيع والإقرار ، وحكم الحاكم هذا من المسموعات ، والذى رآه مثل الغصب والقتل ، ونحو ذلك من المبصرات (وسعه) ويسع الشاهد ( أن يشهد وإن لم يشهد عليه ،لأنه علم ما هو الموجب بنفسه ،وهوالركن) أى العلم بالموجب بنفسه هو الركن ( في إطلاق الأداء ) أى في جواز أداء الشهادة .

( قال الله عز وجل ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ ٨٦ الزخرف ) بيانه أن الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم ، وقد حصل العلم بالرؤية والسماع ، فتصح الشهادة يدل عليه الإجماع ايضاً . الا ترى أن رجلا لو طلق امرأته ثلاثاً أو أعتق عبده أو أمته ،وسمع الرجلان ذلك فجاءت المرأة أو العبد يطلب شهادتهما لم يسعهما ، ترك الشهادة لئلا يقع الرجل في الوطء الحرام في المرأة والأمة ، قالوا إنما يجوز ذلك إذا رأوه أن يفعل ذلك وعرفوا صحته ، فإن سمعا كلامه من وراء حجـــاب غليظ وحائط لا يرونه ، لم يسعهم الشهادة لأن الصوت يشبه الصوت فلا يجوز الشهادة بالشك .

( وقال النبي ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع ) هـــذا الحديث رواه البيهقي « رح » في سننه ، والحاكم في المستدرك ، عن محمد بن سليمان بن مشمول ، حدثنا عبدالله بن سلمة بن وهرام عن أبيه عن طاووس عن ابن عباس رضى الله عنهما ، أن رجلا سأل النبي ﷺ عن الشهادة ، فقال هل ترى الشمس ، قال نعم ، قال على مثلهـــا فاشهد أو دع . قال الحاكم حديث صحيح الإسناد ، ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي فى مختصره ،فقال بل هو حديث وام ، فإن محمد بن سليمان بن مشمول « رح » ضعفه غير واحـــد ، وقال النسائي ضعيف ، وقال ابن عدى عامة ما يرويه لا يتابع عليــه إلا في إسناده ، ولا في سننه . فإن قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الاداء مخالف للنصين جميعاً ، فإنهما لا بد

قال ، ويقول أشهد أنه باع ، ولا يقول أشهدني لأنه كذب . ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ولو فسر للقاضي ، ولا يقبله لأن النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم إلا إذا كان دخل البيت ، وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ، ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره ، فسمع إقرار الداخل ولا يراه ، له أن يشهد ، لأنـــه حصل العلم في هذه الصورة ،

---

لأن على شرطيته وعلى ركنيته ، إذ الاحوال شروط وإذا موضوعه للشرط . أجيب بأنه مجاز عن الشرط وانما غير عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الاداء إليه .

( ويقول أشهد أنه باع ) يعني إذا سمع المبايعة ولم يشهد عليها ، واحتيج إلى الشهادة يقول الشاهد أنه باع ( ولا يقول أشهدني لانه كذب ) لانه ما أشهده . وفي الذخيرة هذا في البيع الصريح ، أما في البيع على سبيل التعاطي ، يشهدون على الآخذ والإعطاء لأن التعاطي بيع حكمي وقيل لو شهدوا على البيع يجوز .

( ولو سمع من وراء الحجاب ) أي قول واحد بعت وقول آخر اشتريت ( لا يجوزله أن يشهد ولو فسر للقاضي ) بأن قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب ( لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة ، فلم يحصل العلم ) وهي الكلام الخفي من حد ضرب ، يقال فلان حسن النغمة إذا كان حسن الصوت في القراءة ( إلا إذا كان ) استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان ، أي الشاهد ( دخل البيت وعلم أنه ليس فيه ) أي في البيت ( أحـد سواه ثم جلس على الباب وليس مسلك للبيت [1] غيره ) أي غير الباب ( فسمع إقرار الداخـــل ولا يراه ) فحينئذ يجوز ( له أن يشهد ) على إقراره ( لأنه حصل العلم في هذه الصورة ) وكان ابن مقاتل لم يجوز الشهادة بالسماع من وراء الحجاب مطلقاً . وقال أبو الليث « رح » إذا رأى شخصها حال إقرارها يجوز ، وإلا لاشرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها كما في

---

(١) وليس في البيت مسلك – هامش .

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة، فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء، لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها، وإنما تصير موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء، فلا بد من الإنابة والتحميل ولم يوجد. وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع أن يشهد، لأنه ما حمّله وإنما حمّل غيره.

---

الذخيرة ( ومنه ) هذا بيان الضرب الثاني من الضربين اللذين ذكرهما بقوله ، ما يتحمله الشاهد على ضربين أي ما يتحمله الشاهد (بألا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة) فإنها لا يثبت بها الحكم ما لم يشهد.

( فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده عليها ) بضم الباقي يشهد لأنه مجهول ( لأن الشهادة ) أي شهادة الأصول ( غير موجبة بنفسها ) وفي بعض النسخ غير مثبتة بنفسها ( وإنما تصير ) أي الشهادة ( موجبة بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإنابة والتحميل ) أي لا بد من الإنابة بتحمل الشهادة على الفرع حتى ينقلها الفرع إلى مجلس القضاء . وقال الأكمل « رح » والأول يعني قوله الإنابة إشارة إلى مذهب محمد « رح » فانه يقول بطريق التوكيل ، ولا توكيل إلا بأمر الموكل ، والثاني يعني قوله ، والتحمل إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بتطريق التحميل ( ولم يوجد ) أي كل واحد من الإنابة والتحميل .

( وكذا لو سمعه ) أي إذا سمع الشاهد ( يشهد الشاهد على شهادتة ، لم يسمح للسامع أن يشهد لأنه ) أي لأن ذلك الشاهد ( ما حمله ) السامع على شهادته ( وإنما حمل غيره ) غير السامع ، وهو بخلاف القاضي إذا شهد على قضيته ، وسمع بذلك آخرون ، وسمعهم أن يشهدوا لأن قضاة حجة بمنزلة الإقرار والبيع وغير ذلك ، فيصبح التحميل من غير إشهاد . كذا ذكره فخر الإسلام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير .

قال ، ولا يحلّ للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة، لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم . قيل هذا على قول أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يحل له أن يشهد . وقيل هذا بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته ، لأن ما يكون في قمطره فهو تحت خيمته يؤمن عليه من الزيادة والنقصان ، فحصل له العلم بذلك ، ولا كذلك الشهادة في الصك ، لأنه في يد غيره .

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة ، لأن الخط يشبه الخط ، فلم يحصل العلم ) وهذا كما رأيت ، لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وكذا لم يذكر في شرح الاقطع ، وكذلك الخصاف لم يذكر الخلاف في أدب القاضي فلأجل هذا قال المصنف « رح » ( قيل هذا على قول أبي حنيفة « رح » وعندهما يحل له أن يشهد ) وكذا ذكر الخلاف في المختلف ، وذكر أبي القاضي « رح » ورووا الخبر كذلك على الخلاف .

( وقيل هذا ) أي عدم الحل بدون تذكر الحادثة ( بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته ) أي شهادة شاهد ( في ديوانه أو قضيته ) أو وجد حكمه مكتوباً في خريطتة ( لأن ما يكون في قمطره ) في خريطته ، وقال تاج الشريعة « رح » القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء ما يضاف فيه الكتب . قال ليس العلم ما بقى القمطر وما العلم إلا ما دعاه الصدر ( فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له ) أي للقاضي ( العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره ) .

وفي أدب القاضي في المبسوط هاهنا ثلاثة فصول أحدها القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة شهادة ، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه فعلى قول أبي حنيفة « رح » لا يحكم بدون الذكر ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في رواية ، وعند

وعلى هذا إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة ، أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت . قال ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القضاء ،

---

أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » وجد ذلك في قطرة تحت خاتمـه يجوز أن يقضي به وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، والثاني الشاهد يجـد شهادته في صك وعلم أنه خطه وهو معروف ، ولم يتذكر الحادثة ، والثالث إذا سمع حديثاً فوجـده مكتوباً بخطه ووجد سماعه مكتوباً بخط غيره ، لا يحل له الرواية عند أبي حنيفة «رح» بدون التذكر ، ولهذا قلت روايته لمحمد « رح » أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسراً . وقال يعتمد خطه إذا كان معروفاً . وأبو يوسف « رح » في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة ، لأن المكتوب كان في يده ، وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة ، ولو نسي القاضي قضاه ، ولم يكن مسجلاً ، فشهد حكمه ولم يمضه عنـد أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » والشافعي « رح » ، وعند محمد « رح » وأحمد « رح » وابن أبي ليـلى « رح » يقضى به ويمضيه .

( وعلى هذا ) هذا عطف على قوله ، ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه أى على ما قيل من الوجهين من وجه بالاتفاق والاختلاف ( إذا تذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة ) ولم يتذكر الحادثة ( أو أخبره قوم ممن يثق به أنا شهدنا نحن وأنت ) لا يحـل له أن يشهد بالاتفاق ، وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما .

( قال ) القدوري رحمه الله ( ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب ) طريق معرفة النسب أن تسمع من فلان بن فلان من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عند أبي حنيفة « رح » وعندهما اذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحل له الشهادة (والموت) إذا سمع من الناس أن فلاناً مات أو رآهم صنعوا ما يصنع بالموتى وسعه أن يشهد على موته وإن لم يعاين ذلك . وروى ابن سماعة عن محمد « رح » إذا أخبرك واحـد عدل بالموت وسعك أن تشهد ( والدخول ) إذا رأى رجلاً يدخل على امرأة وسمع من الناس أن فلاناً زوجه فلا وسعه أن يشهد أنها زوجته ، وإن لم يعاين عقد النكاح ( والنكاح ) ان يسمع ناساً يقولون أن فلاناً تزوج بفلانة ( وولاية القاضي ) إذا رأى رجلاً قضى لرجل بحق من

فإنه يسيعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به . وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة، وذلك بالعلم[1] ، ولم يحصل ، فصار كالبيع. وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ، فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام

---

الحقوق وسمع من الناس انه قاضي هذه البلدة وسعه أن يشهد أنه قاضي بلدة كذا ، قضى لفلان بكذا وإن لم يعاين تقليد الامام إياه ( فإنه ) أي فإن الشاهد ( يسيعه أن يشهد بهذه الأشياء ) الخمسة المذكورة ، وبه قال أحمد « رح » والشافعي «رح » في قول، ومالك « رح » في رواية إن كان في غاية الشهرة . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » لا يجوز في النكاح وبه قال مالك « رح » في رواية ( إذا أخبره بها ) أي إذا أخبر المشاهد بهذه الاشياء ( من يثق به ) .

( وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز ) الشهادة بالتسامع ( لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك ) يحصل ( بالعلم ولم يحصل فصار ) حكم هذا ( كالبيع ) حيث لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع لعدم المشاهدة ( وجه الاستحسان أن هذه أمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ) لا يطلع عليها إلا هم ( ويتعلق بها أحكام يبقى على انقضاء القرون ) كالإرث والنسب والموت والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي ، وكثبوت كال المهر في الدخول ونحو ذلك مثل النسب والعدة والاحسان .

( فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الاحكام ) لأن العادة لم تجر بحضور الناس الولادة ، وإنما يرون الصبي مع أمه ، وينسبونه إلى الأب ، ويقولون هو ابن فلان ، وكذلك عند الموت لا يحضره إلا الأقارب ، فإذا رأوا الجنازة تحكموا بأن

---

(١) بالمعاينة — هامش

بخلاف البيع ، لأنه يسمعه كل واحد ، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار ، وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق بـــه ، كما قال في الكتاب . ويشترط أن يخبره رجلان عدلان أو رجـل وامرأتان ليحصل له نوع علم

---

فلاناً مات ، وكذلك النكاح لا يحضره كل أحد ، فإذا أخبر بعضهم بعضاً ان فلاناً نكح فلانة ، يقتصرون على ذلك في التحقيق ، وكذلك لا يعلم إلا بإمارته ، وكذلك ولاية القاضي ، لا يحضر بها أحد ، فإذا قرأ الحكم وحبس القاضي في مجلس الحكام، ونظر بين الخصوم وتحققوا انه قاضي ، ألا ترى أنا نشهد أن علياً بن أبي طالب رضى الله عنه وإن لم نعاني الولادة وتشهد أن أبا بكر وســـائر الصحابة رضي الله عنهم ماتوا وإن لم نعاين الموت ، ونشهد ان عائشة رضى الله عنها زوجة النبي ﷺ وإن لم نعاين النكاح وكذا نشهد انه ﷺ دخل بها وإن لم نعاين الدخول ، وكذا نشهد أن شريح بن الحارث كان قاضياً وإن لم نعاين ذلك .

( بخلاف البيع لأنه يسمعه كل واحد ) وسبب الملك وهو البدو هو مما يعانيه كل واحد ( وإنما يجوز الشاهد ) هذا جواب عما يقال هذا الاستحسان مخالف الكتاب ، فإن العلم مشروط في الكتاب ، ولا علم فيما نحن فيه ، وتقرير الجواب أن يقال لا تسلم أن لا علم فيما نحن فيه ، فإنه إنما يجوز الشاهد ( أن يشهد بالاشتهار وذلك ) أي الاشتهار (بالتواتر أو بإخبار من يثق به ) فالأول اشتهار حقيقة ، والثـــاني اشتهار حكماً ( كما قال في الكتاب ) أي مختصر القدوري « رح » وهذا اشارة إلى ما ذكره بقوله قبل هـــذا إذا أخبره بها من يثق به . وبين المصنف «رح » ان العدد فيمن يثق به شرط بقوله (ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبي يوسف ومحمد « رح » واما على قول ابي حنيفة «رح» فلا تجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر ، واذا ثبتت الشهرة عندهم بخبر عدلين يشترط ان يكون للاخبار بلفظة الشهادة على ما قالوا ، لأنها توجب زيادة علم شرعاً لا يوجبها لفظ الخبر .

وقيل في الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة ، لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد ، إذ الإنسان يهابه ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج، ولا كذلك النسب والنكاح . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع ، لم يقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الأملاك مطلق للشهادة . ثم إذا فسر

---

( وقيل في الموت يكتفي بإخبار واحد أو واحده ) إنما قال بلفظ قيـــل ، لأن في الموت اختلاف المشايخ « رح » عامتهم على انه يكتفى بإخبار واحد عدل ، وهو المروى عن ابن اسحاق عن محمد « رح » قال، إذا أخبرك عدل بالموت وسعك أن تشهد به، وبعضهم قالوا لا يكتفي بخبر الواحد ، كما في النكاح ، واليه ذهب ظهير الدين نكاح فتاواه ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » ( لأنه ) أي لإن الانسان ( قل ما يشاهد حاله ) أى حـــال الموت ( غير الواحد ، إذ الانسان يهـــابه ) أي الموت ( ويكرهه ، فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ، ولا كذلك النسب والنكاح ) فإن فيهما لا بد من عدلين .

وقال شيخي العلاء رحمه الله ، وهاهنا مسألة عجيبة لا رواية بها ، وهو أن الموت إذا لم يعاينه إلا واحد ، فلو شهد عند القاضي ، لا يقضى بشهادته وحـــده ماذا يصنع ، قالوا يخبر بذلك عدلاً مثله ، فإذا سمع منه حل له أى يشهد على موته ، فيشهد هو مـــع ذلك الشاهد حتى يقضي القاضي بشهادتهما . ولو شهد واحد بالموت ، واخبر بالحياة ، فامرأته تأخذ بقول من يخبر بالموت لأنه يثبت العارض ذكره رشيد الدين في فتاواه ، وذكر فيـــه إنما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفاً ، بأن كان عالماً أو من العمال أما إذا كان تاجراً أو من هو مثله لا يجوز إلا بالمعاينة .

( وينبغي أن يطلق اداء الشهادة ) هذا بيان لكيفية الأداء . قوله أن يطلق أي يقول أشهد أن فلان بن فلان كما نشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابن أبي قحافة والخطاب ولم نشاهد شيئاً من ذلك ( ولا يفسر ، أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع ، لم تقبل شهادته ، كما أن معاينة اليد في الاملاك مطلق الشهادة ، ثم إذا فسر ) إنما يشهد لأنه رآه

لا يقبل ، كذا هــذا ، وكذا لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضياً ، وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً ، وينبسط كل واحـــد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج ، كما إذا رأى عيناً في يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ، ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفى اعتبار التسامع في الولاء والوقف .

---

في يده ( لا تقبل كذا هذا وكذا ) لأنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقة ، فتكون الشهادة من (١) علم ولا كذلك إذا فسر ، ويقول سمعت هــذا ( لو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم ، حل له أن يشهد على كونه قاضياً ، وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتاً ، وينبسط كل واحد منها إلى الآخر انبساط الأزواج) جازله أن يشهد بأنها امرأته ( كما إذا رأى عيناً في يد غيره ) جاز له أن يشهد له به .

( ومن شهد لنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته ، فهو معاينه حتى لو فسر للقاضي قبله ) لأنه لا يا فن إلا الميت ولا يصلى إلا عليـه ( ثم قصر الاستثناء في الكتاب ) يعني قصر اعتبار التسامع في كتاب القـــدوري « رح » ( على هذه الاشياء ) أي على الأشياء ( الخمسة ) في قوله إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القـاضي ( ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف ) قوله ينفي خـــبر لقوله قصر الاستثناء ، وهو مرفوع على الابتداء ، مصدر مضاف إلى مفعوله ، حاصل المعنى لا تجوز الشهادة بالتسامع في الولاء والوقف . وفي شرح الاقطع قال أبو حنيفة « رح » ومحمد « رح » لا تجوز الشهادة بالولاء أي يسمعا المعتق ، هكذا ذكر في الأصل في رواية حفص « رض » وهو قول أبي يوسف « رح » الأول ، ثم رجع وقال اشهدوا علي ولا شهود جاز وهو إحدى الروايتين عن محمد « رح » وهو معنى قوله :

---

(١) عن — هامش .

وعن أبي يوسف «رح» آخراً أنه يجوز في الولاء، لأنه بمنزلة النسب، لقوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب. وعن محمد «رح» أنه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الأعصار. إلا أنا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك، ولا بد فيه من المعاينة، فكذا فيما يبتنى عليه. وأما الوقف، فالصحيح أنه يقبل الشهادة في التسامع في أصله دون شرائطه، لان أصله هو الذي يشتهر.

---

( وعن أبي يوسف «رح» آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب ) وبه قال مالك «رح» واحمد «رح» وبعض اصحاب الشافعي «رح» ( لقوله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب) والشهادة على النسب جائزة بالتسامع فكذا على الولاء، ألا ترى إنما نشهد أن قنبر مولى علي رضي الله عنه وأن عكرمة مولى ابن عباس «رض» وإن لم تدرك.

( وعن محمد «رح» أنه ) أي التسامع أي الشهادة به ( يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار ) وبه قال احمد «رح» والاصطخري من أصحاب الشافعي «رح» ( إلا انا نقول ) جواب عن قول أبي يوسف «رح» ( الولاء يبتنى على زوال الملك ) وهو إزالة ملك اليمين ( ولا بد فيه من المعاينة ) لانه يحصل بكلام يسمعه الناس ( فكذا فيما يبتنى عليه ) أي فكذا لا بد من المعاينة فيما يبتنى على زوال الملك، وهو الولاء.

وفي ادب القاضي الشهيد «رح» عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضاً، لان الشهادة على الولاء شهادة على العتق ايضاً، وذكر شمس الائمة السرخسي «رح» أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع. وعند الشافعي «رح» في قول احمد «رح» ومالك «رح» يقبل في العتق ايضاً، ثم الخصاف شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند ابي يوسف «رح» في المبسوط، فقال إنما يقبل إذا كان المعتق مشهوراً، وللعتق ابوان أو ثلاثة في الإسلام.

( واما الوقف، فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه، لان أصله هو الذي يشتهر ) وشرائطه لا تشتهر، واليه مال شمس الائمة السرخسي «رح» وهو

قال ومن كان في يده شيء سوى العبد و الأمة،وسعك أن تشهد أنه له، لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك ، إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها ، فيكتفى بها . وعن أبي يوسف « رح » أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه لو قالوا ،

---

الاصح . وفي شرح الاقطع ، ولا يجوز الشهادة بالوقف بالاستفاضة . وقال محمد « رح » يجوز وهو احد قولي الشافعي « رح » . وبه قال احمد « رح » وقال المرغيناني « رح » لا بد من بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة او ما اشبهه،حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته ، وفي المجتبى والمختار ان يقبل على شرائط الوقف ايضاً.

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له ) وفي جامع قاضي خان صورة المسألة رجل رأى عيناً في يد إنسان ، ثم رآها في يد الآخر ، والاول يدعي الملك، وسعه ان يشهد انه للمدعي، لان الملك في الاشياء لا يعرف بطريق التعيين ، وإنما يعرف بطريق الظاهر واليد بلا منازع دليل الملك ظاهراً ، بل لا دليل لمعرفة الملك للشاهد سوى اليد بلا منازعة ( لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك إذ هي ) أي اليد ( مرجع الدلالة في الاسباب كلها ) من الشراء والهبة ونحو ذلك ( فيكتفي بها ) أي باليد فجاز للشاهد أن يشهد بدلالة اليدعلى الملك ، ولكن لا يقول عند الشادة أشهد بأنه ملكه لاني رأيته في يده ، لان الظاهر هو يكفي لاداء الشهادة ما لا يكفي للقضاء إلا في العبد والامة إذا كانا كبيرين يعبران عن انفسهما لانهما في يد انفسهما فلأن يكون مجرد استخدامهما دليل الملك ، لان الحر قد يخدم الحر إعارة أو إجارة ، كأنه عبد ، وهو إذا كان له يعرف انهما رقيقان ، أما إذا عرفا انهما رقيقان ، فتجوز الشهادة لان العبد والامة لا بد لهما على انفسهما ، وكذا تجوز الشهادة إذا كانا صغيرين لا يعتبران عن انفسهما ، وان لم يعرفا انهما رقيقان ولهذا المعنى .

( وعن أبي يوسف « رح » انه يشترط مع ذلك ) أي مع رؤية اليد والتصرف ( أن يقع في قلبه انه له ) أي ان هذا الشيء لمن في يده ، وفي الفوائد الظهيرية ، اسند هذا

ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد « رح » في الرواية ، فيكون شرطاً على الاتفاق. وقال الشافعي « رح» دليل الملك اليد مع التصرف ، وبه قال بعض مشايخنا « رح» لان اليد متنوعة إلى أمانة وملك . قلنا والتصرف يتنوع أيضاً إلى نيابة وأصالة ، ثم المسألة على وجوه إن عاين المالك والملك ، حل له أن يشهد .

---

القول إلى أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » فقال وعنهما ووجهه ان الاصل في الشهادة الاحاطة واليقين ، لقوله ﷺ إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع . وعند اعوذ ان ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب ، ولهذا قيل إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كناس أو كتاباً في يد جاهل ، ليس في أمانه من هو أهل لذلك ، لا يسعه ان يشهد بالملك له .

( قالوا ) أى المشايخ « رح » ( ويحتمل ان يكون هذا ) أي ما ذكر من شهادة القلب ( تفسيراً لإطلاق محمد « رح » في الروايه فيكون شرط على الاتفاق ) وهو قوله وسعك أن تشهد انه له ، وذكر الصدر الشهيد « رح » في ادب القاضي ، ويحتمل ان يكون قولة قول الكل ، وبه نأخذ .

( وقال الشافعي « رح » دليل الملك اليد مع التصرف ) أي التصرف مدة طويلة، وبه قال مالك « رح » وأبو حامد الحنبلي ( وبه قال بعض مشايخنا « رح » ) وهو الخصاف ( لان اليد متنوعة إلى امانة وملك ) وكذا إلى ضمان الانابة كالوكيل والمضارب ( قلنا والتصرف ايضاً يتنوع إلى نيابة واصالة ) بضم ، يحتمل إلى محتمل يريد الاحتمال فبقى العلم . وعند احمد « رح » والاصطخري من اصحاب الشافعي « رح » يجوز أن يشهد في الكل بالاستفاضة ، لانه موجب للعلم الظاهر ، وعند مالك « رح » والشافعي « رح » في الاصح لا يجوز لاحتمال انه أشهر من رجل ، ويكون لغيره ، وهو كثير فلا يفيد علماً .

( ثم المسألة على وجوه ) أي هذه المسألة على وجوه أربعة بالقسمة الفعلية الاولى هو قوله ( إن عاين المالك والملك ) جميعاً فحينئذ ( حل له ان يشهد ) لان شهادته عن علم ويصيره لانه عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه ، وعرف الملك بحدوده وحقوقه

وكذا إذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحساناً لان النسب يثبت بالتسامع ، فيحصل معرفته ، وإن لم يعاينهما ، أو عاين المالك دون الملك لا يحل له. وأما العبد والأمة ، فإن كان يعرف أنهما رقيقان ، فكذلك، لان الرقيق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان، إلا أنهما صغيران لا يعبران عن نفسهما، فكذلك،

---

ورآه في يد الثاني هو قوله ( وكذا إذا عاين الملك بحدوده ) تنسب إلى فلان بن فلان الفلاني ، ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه وهو معنى قوله ( دون المالك ) يجوز ان يشهد ( استحساناً ) والقياس أن لا يجوز لانها شهادة بالملك، ثم المالك مع جهالة المشهود له وجه الاستحسان هو قوله ( لان النسب ) أي نسب المالك ( يثبت بالتسامع ) والشهرة ( فيحصل معرفته ) أي معرفة المالك ، فكانت شهادة بمعلوم .

ألا ترى أن صاحب الملك إذا كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج ، كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك. وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الاموال ، وهي باطلة، وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان . والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصداً ، وهو مقبول فيه كما تقدم في خبر ذلك ببيت المال ، والاعتبار للتضمن. الثالث وهو قوله :

( وإن لم يعاينها) أي وإن لم يعاين الملك والمالك جميعاً بأن سمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيعة فى بلد كذا ، حدودها كذا وكذا ، لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة الرابع وهو قوله ( أو عاين المالك دون الملك ) فكذلك لا يشهد بجهالة المشهود به وقوله (لا يحل) جواب الوجهين الاخيرين.

( وأما العبد والأمة) مردود إلى قوله سوى العبد والأمة تقريره إذا رأى عبداً أو أمة في يد شخص ( فإن كان يعرف أنها رقيقان فكذلك ) أي حل للرائي أن يشهد لذي اليد بالملك ( لأن الرقيق لا يكون في يد نفسة ) بل يكون في يد المستولي عليه ( وإن كان لا يعرف أنها رقيقان إلا أنها صغيران لا يعبران عن أنفسها فكذلك ) يعني يحل له أن

لانه لا بد لهما ، وإن كانا كبيرين ، فذاك مصرف الاستثناء ، لان لهما يداً على أنفسهما ، فيدفع يد الغير عنهما ، فانعدم دليل الملك .

وعن أبي حنيفة « رح » أنـــه يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب ، والفرق ما بيناه والله أعلم .

---

يشهد ( لأنه لا بد لهما ) أي للصغيرين وإن كانا كبيرين ) أي العبد والأمة (فذلك مصرف الاستثناء) بقوله سوى العبد والأمة (لأن لهما يداً على أنفسهما) فتدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك ) حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ، ويصنع به المقربه ما يصنع بمملوكه .

وأعترض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كان لتعبيرهما عن أنفسهما لاعتـــبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من ادعى رقيقاً ، وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للولي في الصغر ، وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق وأجيب :

( وعن أبي حنيفة « رح » أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا) أي في الكبيرين ( اعتباراً بالثياب ) والدواب لدلالة اليد على الملك ( والفرق ما بيناه ) وهو قوله لأن لهم يداً على أنفسهما يدفعان بها يد الغـــير عنها بخلاف الثياب والدواب ، لأنه لا يد لهما على أنفسهما ( والله أعلم ) .

## باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ، ولا يقبل شهادة الأعمى . وقال زفر « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لا تقبل فيما يجري فيه التسامع ، لان الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه .

---

( باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته )

أي هذا باب في بيان من تقبل شهادته ولا تقبل ، ولما فرغ عن بيان ما يسمع من الشهادة وما لا يسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع ، الا أنه قدم الأول لأن المحال مشروط ، والشرط مقدم كالطهارة ، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة . قال ﷺ لا شهادة لمتهم وهي قد تكون بمعنى في الشاهد كالفسق ، وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة متهم بإيثار المشهود له على المشهود عليه ، كالولادة ، وقد تكون لخلل في أداة التمييز كالعمى ، وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي ، وهو المحدود في القذف بعد التوبة عندنا وقبل التوبة عند الشافعي « رح » .

( قال ) أي القدوري « رح » ( لا تقبل شهادة الأعمى ، وقال زفر « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » تقبل فيما يجري فيه التسامع ) كالنسب والموت ( لأن الحاجة في ذلك إلى السماع ولا خلل فيه ) أي في السماع ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك «رح» وأحمد « رح » ، وهو قول النخعي « رح » والثوري « رج » والحسن البصري « رح » وسعيد بن جبير « رح » . وعن ابن عباس « رض » تقبل فيما طريقه السماع أيضاً ، وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » واختاره المزني « رح » وهو قول الزهري «رح» وربيعة « رح » والليث « رح » وشريح « رح » وعطاء « رح » وابن ابي ليلى « رح » وكذا يقبل في الترجمة عند الكل ، لأن العلم يحصل له فيها كالبصير ، إذ حصول العلم بالسماع ، وهو كالبصير في السماع ، ويعرف القائل بأسمه ونسبه .

وقال أبو يوسف « رح » والشافعي « رح » لا يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة . والأداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت . ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة ، وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ، فالنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ، فصار كالحدود والقصاص . ولو عمي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد « رح » فإن قيام الأهلية

---

( وقال أبو يوسف « رح » والشافعي « رح » يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير مؤف ) يعني لم تصبه آفه ، فقال آيف فلان على ما لم يسم فاعله ، أي أصابته آفة فهو مؤوف على مثال مصوف ، والآفة العاهة ( والتعريف ) أي تعريف المشهود له وعليه ( يحصل بالنسبة ) بأن يقول أشهد على فلان بن فلان ( كما في الشهادة على الميت ) إذا شهد عليه بأن لفلان عليه كذا من الدين فإنها تقبل بالاتفاق إذا ذكر بعضه ( ولنا ان الاداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه لا يميز الأعمى إلا بالنغمة ) أي الصوت ( وفيه ) أي وفي النغمة بتأويل الصوت (بشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود ) فإن للشهود البصر اكثره فيهم غنية عن شهادة الأعمى .

( والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ) هذا جواب عن قوله والتعريف يحصل بالنسبة ، تقريره أن النسبة إنما تكون مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته، على أن هناك تقع الإشارة إلى وصي الميت ، وهو في ذلك قائم مقامه ( فصار كالحدود والقصاص يعني أن في الحدود والقصاص لا تقبل شهادة الشهد ، فكذا هذا .

( ولو عمي بعد الاداء ) أي ولو عمي الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها ( يمتنع القضاء ) يعني لم يجز الحكم بها ( عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » لأن قيام أهلية

للشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت ، وصار كما إذا خرس ، أو جن ، أو فسق ، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا ، لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبة ما بطلت . قال ، ولا المملوك ،

---

الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها ) أي لصيرورة الشهادة (حجة عنده وقد بطلت) أي عند القضاء ، ولا قيام لها ( وصار كما إذا خرس ، أو جن أو فسق ) بعد الاداء قبل العقد ألا يقضي القاضي بشهادته ، والامر الكلي هذا إنما يمنع الاداء منع القضاء، لان المقصود من ادائها القضاء ، وهذه الاشياء تمنع الاداء بالاجماع فمع القضي والعمى بعد التحمل يمنع الاداء عندهما ، فيمنع القضاء ، وعند أبي يوسف « رح » يمنع الاداء ، فلا يمنع القضاء .

( بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا ) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الاهلية وقت القضاء شرط ، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل الاداء ، لا يمنع القضاء لا يمنع ، وتقرير الجواب أن الشهود إذا ماتوا أو غابوا لا يمنع القضاء ( لان الاهلية بالموت انتهت ) والشيء يتقرر بانتهائه ( وبالغيبة ما بطلت ) أي الشهادة . ألا ترى أن شاهد الفرع إذا شهد بعد موت الاصل تقبل شهادته ، والقضاء يكون بشهادة الاصول ، فكذلك اعتراض الموت لا يمنع القضاء بالشهادة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا المملوك ) وهذا عطف على قوله شهادة الاعمى ، أي ولا تقبل شهادة المملوك ، وبه قال الشافعي « رح » . وعن علي رضي الله عنه أنه قال أقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض ، ولا أقبلها على حر وعن أنس رضي الله عنه أنه يقبل على الاحرار والعبيد ، وبه قال عثمان البتي « رح » واسحاق « رح » واحمد «رح» وداود « رح » ، وعن الشعبي « رح » والنخعي « رح » انهما قالا تقبل في القليل دون الكثير .

ولا تقبل شهادة الصبيان عندنا ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد وعامة العلماء، وعن مالك « رح » تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لامر مباح قبل أن يتفرقوا . وروى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنهما ، وعن أحمد رواية أيضاً وعن مالك

لأن الشهادة من باب الولاية ، وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا يثبت له الولاية على غـــيره ولا المحدود في القذف وإن تاب ، لقوله تعالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ﴾ ٤ النور ، ولأنه من تمام الحد ، لكونه مانعاً ،فيبقى بعد التوبة كأصله، بخلاف الحدود في غير القذف،

---

أنه يقبل في كل شيء لإطلاق النصوص ، والعبد أو الصبي عدل ، قلنـــا الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لهما على أنفسهما ، ففي غيرهما أولى ، إلا أن يؤديا في الحرية والبلوغ ما ما تحملا قبلهما ، لانهما من أهل الولاية عند الاداء ، وبه قال الشافعي « رح »واحمد«رح».

( لان الشهادة من باب الولاية ) لانها تنفذ القول على الغير ( وهو ) أي العبد ( لا يلي على نفسه فأوله أن لا يلي [1] على غيره ) وقال الخصاف « رح » في أدب القاضي ، حدثنا عبدالله بن محمد « رح » قال حدثنا حفص بن غياث « رح » عن الحجاج « رح » عن عطاء « رح » عن ابن عباس « رض » قال لا تجوز شهادة العبد (ولاالمحدود في القذف وأن تاب) أي ولا تقبل ايضاً شهادة المحدود في القذف وقوله وإن تاب واصل بما قبله ( لقوله تعـالى ﴿ ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً ﴾ ٤٠ النور ) وجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الابد وهو ما لا نهاية له ، والتنصيص عليه ينافي القبول في وقت مـا ( ولانه ) يعني ولأن رد الشهادة ( من تمام الحد لكونه ) أي لكون تمام الحد ( مانعاً ) أي عن القـذف ، لكونه زاجراً إلا أنه لم يؤلم عليه كالحد يؤلم بدونه ، ولان المقصود من الحد دفع العار عن المقذوف وذلك في إهدار قبول القاذف أظهر لانه بالقذف أذى قلبه ، فجزاؤه أن لا تقبل شهادته لانه فعل لسانه وفاقاً لجريمته ، فيكون من تمام الحد ( فيبقى ) أي الرد ( بعـــد التوبة كأصله ) أي كأصل الحد اعتباراً له بالاصل .

( بخلاف المحدود في غير القذف ) هذا جواب عما يقال المحدود في فاسق بقوله تعالى ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ، والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غـــير

---

(١) فأولى أن يثبت له الولاية — هامش .

لأن الرد للفسق ، وقد ارتفع بالتوبة . وقال الشافعي « رح » تقبل إذا تاب ، لقوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ ٥ النور ، استثنى التائب . قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليـــه ، وهو قوله تعالى ﴿ فأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ،

---

القذف ، فاجاب بقوله بخلاف المحدود في غير القذف نحو السرقة والزنا وشرب الخمر ، حيث تقبل شهادته بعد التوبة (لان الرد) أي رد الشهادة ( الفسق وقد ارتفع بالتوبة ) وفي المحدود في القذف الرد من تمام التوبة فظهر الفرق بينهما .

(وقال الشافعي «رح» يقبل) أي توبته ( إذا تاب لقوله تعالى ﴿ إلا الذين تابوا ﴾ ٥ النور استثنى التائب ) بيانه أن المانع من قبول شهادته الفسق ، وبالتوبة ارتفع الفسق فتقبل شهادته قياساً على المحدود في الزنا . أو السرقة أو شرب الخمر ، إذا تاب فإن شهادته تقبل بالاتفاق ، إلا عند الحسن بن حي والأوزاعي « رح » فإن عندهما لا تقبل شهادة من حد في الإسلام بعد التوبة في قذف أو غيره ، كذا ذكر أبو بكر الرازي «رح» في شرح الطحاوي وبقول الشافعي « رح » قال مالك « رح » وأحمـــد « رح » واختلفوا في توبته ، فقال الشافعي « رح » توبته إكذابه نفسه وبه قال أحمد « رح » لمـــا روي عن عمر رضى الله تعالى عنه قال توبة القاذف إكذابه نفسه بأن قال كان قذفي باطلاً ، وبه قال ابن ابي جبيرة « رح » من أصحاب الشافعي « رح » وهو رواية عن احمد « رح » . وقال الاصطخري من اصحاب الشافعي « رح » توبته أن يقول كذبت فيما قلت ، ولا أعود إلى مثله وهــــل تعتبر مع التوبة إصلاح العمل فيه قولان .

( قلنا الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى ﴿ وأولئك هم الفـاسقون ﴾ ٤ النور ) يعني الاستثناء ليس براجع إلى جميـع ما تقدم لأن من جملته قوله تعالى ﴿ فاجلدوهم ﴾ ٤ النور ، ولا يرتفع الجلد بالتوبة فعلم أن الاستثناء ليس براجع إلى جميع ما تقدم بل إلى ما يليه ، وهو قوله تعاله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ، وليس من رفع الفسق قبول الشهادة كالعدل يوضحه قوله تعالى في قصة لوط عليه السلام ﴿ إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين ،

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن ، ولو حـــد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته ، لأن للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحـــد ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى . بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً ،

---

إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين ، إلا امرأته ﴾ ٥٨ ، ٥٩ ، ٦٠ الحجر ، إن الاستثناء راجع إلى المنجين لا إلى المهلكين ، ونقول أيضاً أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليـــه وهو قوله ﴿ وأولئك هم الفاسقون ﴾ ٤ النور ، وليس بمعطوف على أن ما قبلـــه طلبي وهو إخباري ، فإن قلت فاجعله بمعنى الطلب ليصح كما قوله تعالى ﴿ وبالوالدين إحساناً ﴾ ٨٣ البقرة ، قلت بإياه ضمير الفصل ، فـانه يفيد حصر أحد المسندين في الآخر ، وهو مؤكد الإخبار به ( أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن ) كما في قوله تعالى ﴿ لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً ﴾ ٦٢ مريم ، معناه والله أعلم ولكن سلاماً. وهذا لأن من شرط الاستثناء كون المستثنى من جنس المستثنى منه ، وأن لا يكون له خبر على حدة ، وهاهنا المستثنى هو الاسم ، والمستثنى منه الفعل فلا يكون من جنسه ، وله خبر على حدة ايضاً ، والاستثناء المنقطع يعمل بطريق المعارضة ، ولا معارضة بين حكمه ورد الشهادة ، وليس منضرورة كونه تائباً كونه مقبول الشهادة كالعبد التائب التقي ، وقولنا في هـــذا هو قول سعيد بن المسيب والحسن وشريح وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير رضي الله عنهم ، وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما .

( ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم ، قبلت شهادته ) ذكر هنا تفريعاً على ما تقـــدم صورته الذمي إذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل ذمته ، ثم إذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة ، وعلى أهل الإسلام جميعاً ( لأن الكافر شهادة فـكان ردها من تمام الحد ) أي رد شهادته لأجل قذفه كان من تتمة حده ( وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى ) أي غير الأولى المردودة تتمة الحد .

( بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق ) حيث لا تقبل شهادته عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة « رح » تقبل كما في الكافر ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا الشهادة العبد أصلا ) في حال رقه

فتمام حده برد شهادته بعد العتق . قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه ولأجداده . والأصل فيه قوله عليه السلام

---

لا على المسلم ولا على الكافر ( فتمام حده برد شهادته بعد العتق ) لأنه لا بد في حد القذف من رد الشهادة ، وإنما حصلت له الشهادة بعد العتق ، فترد شهادته الآن تتميماً للحد ، والكافر شهادة على جنسه ، فيترتب عليه حكم المسلمين باسلامه ، فتقبل شهادته .

فإن قيل يشكل بمن زنا في دار الحرب وهو مسلم ، ثم خرج إلى دار الإسلام حيث لا يقام عليه حد الزنا ، فتوقف المؤثر في العبد ولم يتوقف في الزنا ، الجواب أن الزنا في دار الحرب لم يقع موجباً أصلا ، لعدم ولاية الإمام ، وإقامة الحد للامام . وأما قذف العبد موجب للحد ، وتمامه برد شهادته ، وقيل في قول المصنف « رح » بخلاف العبد إذا حد لم تقبل شهادته ، لا فائدة في ذكر الحد إذ لو لم يحد ثم اعتق وحد لم تقبل شهادته أيضاً . وأجيب إنما ذكره لبيان الفرق بينه وبين الكافر . أما الكافر لو قذف مسلماً ، ثم أسلم ثم حد ، لم تقبل شهادته ، ولو حد بعض الحد في حال كفره ، وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ، وفي الكافر عن أبي حنيفة « رح » في هذه المسألة ثلاث روايات أحدها أنه لا تسقط شهادته ما لم يضرب تمام الحد ، لأن ما دون الحد تقرير ، وهو لا يسقط الشهادة ، والثانية إذا أقيم عليه الاكثر تقوم مقام الكل ، والثالثة إذا ضرب سوط سقطت شهادته والله أعلم .

(قال) أي القدوري «رح» (ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد) أي ولا تقبل شهادة الولد ( لأبويه وأجداده ) قال الأترازي « رح » هذا الذي ذكره بالإجماع . قلت عن أحمد « رح » تقبل شهادة الولد لوالده ، وعنه تقبل شهادة أحدهما للآخر ، وهو قول أبي ثور والمزني وداود «رح » وحكي في القديم عن الشافعي رحمه الله ، وذكر صاحب النهاية ومالك « رح » يخالفنا فيه ، فيجوز شهادة الوالد لولده ، وشهادة الولد لوالده .

( والأصل فيه ) أي في رد شهادة هؤلاء بعضهم لبعض ( قوله عليه الصلاة والسلام )

لا يقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجـــير لمن استأجره ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة . ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم ، فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيـــه التهمة . قال والمراد بالأجير على ما قالوا ، التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ، ونفعه نفع نفسه ،

---

أي قول النبي ﷺ ( لا تقبل شهادة الولد لوالده ، ولا الوالد لولده ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا المولى لعبده ، ولا الأجـــير لمن استأجره ) قال مخرج الأحاديث هذا غريب لم يثبت عن النبي ﷺ .

ثم قال ، قال وفي الخلاصة رواية الخصاف « رح » بإسناده عن النبي ﷺ قلت ، قال الخصاف « رح » في كتاب أدب القاضي ، حدثنا صالح بن زريق « رح » وكان ثقة ، قال حدثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة « رح » عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قـال لا يجوز شهادة الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه ولا الأجير لأجيره .

( ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ) أي ولأن منافـع الأملاك متصلة في قرابة الأولاد ( ولهذا ) أي ولاتصال المنافع فيهم ( لا يجوز صرف (١) الزكاة اليهم ) فلو جاز شهادة الوالد لولده أو على العكس كان ذلك شهادة لنفسه من وجه ، فـلم يجز وهو معنى قوله ( فتكون شهادة لنفسه من وجه ، أو تتمكن فيه التهمة ) وهو ظاهر .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( والمراد بالأجير ) أي المذكور في الحـديث المذكور ( على ما قالوا ) أي المشايخ « رح » ( التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ، ونفعه نفع نفسه ) أي بعد نفع اسناده نفع نفسه ، وفي الخلاصة ولا يجوز شهادة الاجير

---

(١) أداء – هامش .

وهو معنى قوله عليه السلام ، لا شهادة للقانع بأهل البيت لهم ، وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة ، فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة ، فيصير كالمستأجر عليها ولا يقبل شهادة أحد الزوجين للآخر . وقال الشافعي « رح »

---

لأستاذه ، أراد به التلميذ الخاص ، والتلميذ الخاص الذي يأكل معه وفي عياله ، وليس له أجرة معلومة ، وأما الأجير المشترك إذا شهد للمستأجر تقبل ، وأما الأجير الواحد وهو الذي استأجره مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل . وقال أبو العباس الناطفي « رح » في الاجناس يقبل شهادة الأجير ، ثم قال أبو العباس « رح » هذا محمول على الأجير المشترك ، لأنه قد ذكر في نوادر ابن رستم « رح » قال محمد « رح » لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة وإن كان أجير مشترك قبلت شهادته ( وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت ) أي التلميذ الخاص، وهو المراد من القانع المذكور في الحديث والحديث اخرجه أبو داود « رح » في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب « رض » عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رد شهادة الخائن والخائنة وذي الغمر على اخيه ، ورد شهادة القانع لأهل البيت وأجازها لغيرهم .

وقال أبو داود « رح » والغمر الشيخنا وأخرجه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها وقال حديث غريب والغمر العداوة ، وقال ابو عبيد« رح» في كتاب غريب الحديث الغمر العداوة ، وقال الجوهري « رح » الغمر الحقد والغل وهو بكسر الغين المعجمة وسكون الميم وفي آخره راء مهملة ، والقانع التابع لأهل البيت كالخادم .

( لهم ) وفي المغرب المتعلم الذي يأكل في بيت استاذه يكون في معنى القانع المذكور في الحديث ( وقيل المراد به الأجير مسانهة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر ) أي يستحق الأجرة ( بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها ) أي على الشهادة لأن شهادته عمل من أعماله ، وجميع اعماله للمستأجر في مدة الإجارة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ،وقال الشافعي

تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة ، ولهـــذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ، ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً ، كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس ، ولنا ما رويناه ، ولأن الانتفاع متصل عادة ، وهو المقصود

---

رحمه الله تقبل) وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي رحمهم الله لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقاً في ماله لو حدث بعشقها فيه ، وتقبل شهادة الزوج لهـــا لعدم التهمة ( لأن الأملاك بينهما ) أي بين الزوجين ( متميزة ) بحيث لا يتصرف احدهما في مــــال الآخر (والأيدي متحيزة ) أي مجتمعة بنفسها غير متصرفة في ملك الغير غير متقدمة اليه ، إذ الزوجية قد تكون سبباً للتأخر والعداوة ، وقد تكون سبباً للميل والإيثار ( ولهـذا ) أي ولأجل تميز الأملاك بينهما وتحيز الأيدي ( يجرى القصاص والحبس بالدين بينهما ) أي بين الزوجين يعني يقتص من احدهما للآخر ، ويحبس أحدهما بدين الآخر ، وكل من كان كذلك تقبل شهادته في حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم ( ولا معتبر بما فيه من النفع ) أي لا معتبر بما في قبول شهادة احدهما لصاحبه من النفـــع الحاصل منه للشاهد، لأن كل واحد منهما بعد نفع صاحبه نفع نفسه معين لا يتهم الشاهد بهذا العذر من النفـع ( لثبوته ضمناً ) أي لثبوت هذا النفع من حيث الضمن في الشهادة وليس بقصدي فلا يعتبر .

( كما في الغريم ) وهو رب الدين ( إذا شهد لمديونه المفلس ) حيث تقبل شهادته ، وإن كان له فيه نفع ، لأن النفع حصل ضمناً لا قصداً ( ولنا ما رويناه ) أراد به الحديث الذي ذكره الآن، لأن فيه ، ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ( لأن الانتفاع متصل عادة) بينهما عرفاً ولهذا لو وطء جارية امرأته وقال ظننت أنها تحـــل لي لا يحد ( وهو ) أي الانتفاع هو ( المقصود ) من الزوجية حتى بعد الزوج غنياً بمالها قيل في تأويله قوله تعـالى ﴿ ووجدك عائلا فاغنى ﴾ ٨ الضحى ، فأغناك بمال خديجة رضي الله عنها ، وهــذا لأن الاتحاد بينهما أكثر ما يكون بين الوالد والولد في العادة والشريعة فإنهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة الأسباب المعنية ، فإن الإنسان قد يعادي والديه لرضى زوجته

فيصير شاهداً لنفسه من وجه أو يصير متهماً بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية له على المشهود بـــه ، ولا شهادة المولى لعبده ، لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين ، لأن الحـال موقوف مراعى ولا لمكاتبه لما قلنا ،

---

ولهذا يستحق أحدهما الميراث من الآخر بغير حجب وإذا كان كذلك ( فيصير شاهــداً لنفسه من وجه ويصير متهماً ) في شهادته تجر النفع إلى نفسه وشهادة المتهم مردودة .

( بخلاف شهادة الغريم ) جواب عما ذكره الشافعي « رح » وذلك ( لأنه ) أي لأن الغريم ( لا ولاية له على المشهود به ) إذ هو مال المديون ولا تعرف له عليه ، فلم يكن متهماً فجازت شهادته لا يقال الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذوه ، لأن الظفر أمر موهوم وحق الأخذ بناء عليه ، ولا كذلك الزوجان ، فإن قلت إن فاطمة رضى الله عنها ادعت فدك بين يدي أبي بكر رضي الله عنه فجوز ذلك حيث شهد لها فاطمة رضي الله عنها جوزت ذلك أيضاً ، حيث استشهدت علياً رضى الله عنه ، ولم ينقل من غيرهم خلاف ذلك ، فكان إجماعاً ، والإجماع مقدم على القياس وخبر الواحد ، قلت الصحيح من الرواية أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه رد دعواها ، فإنها ادعت فدك ميراثاً من النبي ﷺ ، فرد دعواهـــا وقال سمعت رسول الله ﷺ يقول إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا شهادة المولى لعبده ) أي ولا تقبــل شهادة المولى لعبده ( لأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين ) لأن العبد ومــا في يده لمولاه ( أو من وجه ) أي أو شهادة لنفسه من وجه ( إذا كان[1] عليه ) أي على العبد ( دين لأن الحال ) أي حال العبد ( موقوف مراعى ) بين أن يصير العبد مقوماً بسبب بيعهم في دينهم ، وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه ( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا لمكاتبه ) أي ولا تقبل شهادة المولى لمكاتبه ( كما ذكرنا[2] ) من قوله شهادة لنفسه من

---

(١) ان كان — هامش .

(٢) لما قلنا — هامش

ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة ، وتقبل شهادة الرجـــل لأخيه وعمه لانعدام التهمة ، لأن الأملاك ومنافعهما متباينة ، ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض .

---

وجه أو من كل وجه ، وفي بعض النسخ لما قلنا ، وكذا لا يجوز شهادته لمدبره وأم ولده وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » ( ولا شهادة الشريك لشريكه ) أي ولا تقبل شهادة أحد الشريكين للآخر ( فيما هو من شركتهما ) أي من الذي هو مشترك بينهما (لأنه شهادة لنفسه من وجه ) لأن كل ما يحصل للمشهود له الشاهد فيه نصيب وهو معنى قوله (لاشتراكهما ) أي في الذي يحصل بسبب تلك الشهادة .

( وإن [1] شهد ) أي الشريك ( بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة ) لأنه شهادة عدل لغيره . وفي الشامل ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وإن كان عدلاً فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض أيضاً في تجارته .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وتقبل شهادة الأخ [2] لأخيه وعمه ) ولا خلاف فيه إلا أن مالكاً شرط أن لا يكون في عياله . قال بعض أصحابه يجوز بشرط أن لا يكون مبرزاً له ، وقيل بشرط إن لم ينله صلته، وقال أشهب «رح » يجوز في اليسير دون الكثير إلا أن يكون مبرزاً له فيجوز في الكثير .وقيل يقبل إلا فيما تتضح فيه التهمة مثل أن يشهد له بما يكتسب به الشاهد شرفاً وجاهاً ، أو يدفع به معرة أو يقضي الطباع والعصبية فيه العصب والحمية كشهادته بأن فلاناً قتله أو جرحه ، كذا في جواهرهم ( لانعدام التهمة ) يعني في الشهادة لأخيه وعمه ( لأن الأملاك ومنافعها متباينة ) بينهم ( ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض ) وهذا ظاهر ، ولأن العداوة والتحاسد بـــين الأخوة ظاهرة ، فتنتفي التهمة المانعة في الشهادة .

---

(١) ولو ـ هامش .

(٢) الرجل ـ هامش .

قال ولا تقبل شهادة مخنث ، ومراده المخنث في الرديء من الأفعال، لأنه فاسق . فأما الذي في كلامه لين ، وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ، ولا نائحة

---

ألا ترى أن العداوة بين الإخوة أول ما ظهرت في قصة قابيل وهابيل ، وكذلك في قصة يوسف عليه السلام وإخوته. وفي الشامل وقبل لولد الرضاع ولأم المرأة. وفي الخلاصة وتقبل لأم امرأته وابنتها ، ولزوج ابنته ، ولامرأة إبنه ، ولامرأة أبيه ، ولأخت امرأته . ومن السلف من قال لا تقبل شهادة الأخ لاخيه ، ذكره شمس الائمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي .

( قال ) أي قال القدوري « رح » ( ولا تقبل شهادة مخنث ) قال المصنف رحمه الله ( ومراده ) أي مراد القدوري رحمه الله ( المخنث في الرديء من الافعال ) أي أفعال النساء من التزين بزيهن والتشبه بهن في الفعل والقول ، فالفعل مثل كونه محلا للواطة ، والقول مثل تليين كلامه باختياره تشبهاً بالنساء ، واليه أشار العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله . وفي الذخيرة التخنيث لا فاسق في فعله ، فلا تقبل إلى معصية قال ﷺ لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات من النساء وقال المصنف « رح » ( لانه ) أي لان المخنث ( فاسق ) في فعله فلا تقبل شهادة الفاسق .

( فأما الذي ) أي فأما المخنث الذي ( في كلامه لين ) مثل كلام النساء ( وفي أعضائه تكسر ) خلقة ( فهو مقبول الشهادة ) ألا ترى أن هنا المخنث كان يدخل بيوت أزواج النبي ﷺ حتى سمع منه النبي ﷺ كلمة شنيعة فأمر بإخراجه .

(قال) أي القدوري «رح» (ولا نائحة) أى ولا تقبل شهادة نائحة، لان النوح لما كان منهياً عنه وقد باشرته النائحة لم تؤمن من أن تباشر شهادة الزور أيضاً ، فلا تقبل شهادتها . وفي الذخيرة لم يرد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها ، وإنما اراد به التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبة . وقال الاترازي « رح » ولنا فيه نظر ، لان النبي ﷺ نهى عن النياحة مطلقاً من غير فصل . قلت يؤيد كلامه أن المصنف « رح » لم يقيد بقوله الناس

ولا مغنية، لأنهما ترتكبان محرماً ، فإنه عليه السلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية . قال ولا مدمن الشرب على اللهو ، لأنه ارتكب محرم دينه ،

---

( ولا مغنية ) التغني للهو ولجمع المال حرام بلا خلاف ، ولا سيما إذا كانت من المرأة ، لان رفع الصوت منها حرام ، وأما التغني لدفع ضرر نفسه مباح بلا خلاف ، والنوح كذلك قاله الكاكي رحمه الله ( لانهما ) أي لأن النائحة والمغنية ( ترتكبان محرماً ) .

( فإن النبي ﷺ نهى عن الصوتين الأحمقين النائحة والمغنية ) هـذا الحديث أخرجه الترمذي « رح » من حديث جابر بن عبدالله « رض » مطولاً وفيه نهى عن صوتين احمقين صوت عند نغمة لعب ولهو ومزامير شيطان ، وصوت عند مصيبة بخمش وجوه ، وشق جيوب ورنة شيطان . قال الترمذي « رح » حديث وفي ذكر المصنف « رح » النائحة والمغنية وصف بصفة صاحبه والتقدير صوت النائحة ، وصوت المغنية ، وقال الاترازى « رح » وقد روى أصحابنا في كتبهم أن النبي ﷺ نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية . قلت ذهل عن إخراج الترمذي « رح »فلذلك قال وقد روى أصحابنا،وذكر صاحب الاجناس عن أدب القاضي إملاء قال لا تقبـــل شهادة أصحاب المعصية، وقطاع الطريق وأصحاب الفجور بالنساء ، ومن يعمل عمل لوط ، ومن يعقد مع الغناء والنائحة والنائح ، والمغني والمغنية لا تقبل شهادة واحد من هؤلاء إلى هنا لفظه .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ) أي ولا تقبل شهادة مدمن الشرب على اللهو . قال في الصحاح رجـــل مدمن خمر أي مداوم شربها ، وإنما أطلق إدمان الشرب على اللهو ليتناول جميـع الأشربة المحرمـة من الخمر والسكر، ولنقع الزبيب والتمر من غير طبخ والفضيخ والباذق والفضيخ البسر إذا خرج من الماء وغلى واشتد وقذف بالزبد ، وذلك بأن كسر ويدق الباذق وهو المطبوخ أقل من الثلثين وكل ذلك محرم شرب قليلها و كثيرها .

إلا أن منكر حرمة الخمر يكفر ، ومنكر حرمة هذه الاشربة لا يجب الحـد إلا

بالسكر ، ويشترط الادمان في الخمر وهذه الأشربة لسقوط العدالة ولهذا قال قاضيخان في فتاواه ، إنما شرط الإدمان ليظهر ذلك عند الناس ، فإن من اتهم في شرب الخمر في بيته ، لا تبطل عدالته وان كانت كبيرة ، وإنما تبطل إذا ظهر ذلك أو خرج سكران ليعجز منه الصبيان ، لأن مثله لا يحترز عن الكذب .

وفي الفتاوى الصغرى في مسائل الجرح والتعديل شرب الخمر في السر لا تسقط العدالة لأن محمداً « رح » شرط الإدمان في كتاب الشهادات ، وأما ما سوى هـــذه الأشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والذرة والسكر والفانية والتين فهي مباحة ، وإن سكر منها سكر منها ولا حد على من هو الصحيح من الرواية . كذا قال صاحب التحفة ، قال لأن هذا من جملة الأطعمة ، ولا عبرة بالسكر ، فإن في بعض البلاد قد يسكر المؤمن الخـــبز ونحوه البنج يسكر ولـــبن الرمكة يسكر ، وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أن المسكر منـــه حرام كما في المثلث ، ولكن إذا سكر منه لا حد عليه بخلاف المثلث . كذا في التحفة .

قلت لا ينبغي أن يفتى في هذا الزمان إلا بالحرمة في الكل ، وبالتقرير البالـغ في غير الخمر لفساد غالب أهل هذا الزمان . ورأيت بخط شيخي العلامة المراد من قوله ولا مدمن الشرب على اللهو شرب غير الخمر ، لأن في الخمر الإدمان ، واللهو ليس بشرط ، بل صار مردود الشهادة بمجرد شرب الخمر لفسقه .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا من يلعب بالطيور ) ولا خلاف فيه لأهل العلم . وفي قوله يلعب إشارة إلى أنه لو اتخذ الحمام في بيته ليستأنس بها ، أو لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون حراماً ولا تسقط عدالته . وفي المبسوط اتخاذ الحمام في البيوت للاستئناس مباح ، وكذا اتخاذ ببرج الحمام . وفي الذخيرة ناقلاً عن شيخ الإسلام « رح » هذا إذا كان لا يطيره ، أما لو كان يأتي بيت حمامات غيره فيفرخ ثم هو يبيع ذلك ويأكل ولا يعرف حمامه من حمام غيره يصير مرتكباً محرماً وآكلا حراماً ، فعلى هـــذا التقدير لا تقبل شهادته وإن لم يقف على عورات النساء لصعوده سطحه ( لأنه يورث غفـلة ) ولا

ولانه قد يقف على عورات النساء ، بصعود سطحه ليطير طيره ، وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني . قال ولا من يغني للناس ، لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة .

---

يؤمن على العقل من الزيادة والنقصان ، فلا تقبل شهادته ( ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره ) والنظر على عورات الاجانب والمحرمات حرام ، فلا يجوز شهادة مرتكب الحرام .

( وفي بعض النسخ ) أي وفي بعض نسخ القدوري « رح » ( ولا من يلعب بالطنبور ) بضم الطاء كذا في دستور اللغة . وقال الجوهري الطنبور فارسي معرب والطنبار لغة ( وهو ) أي الذي يلعب بالطنبور هو ( المغني ) قيل يستغنى عن هذا بقوله من يغني الناس لأنه أعم من أن يكون مع آلة لهو أو لا ، أجيب بأن يقال لئن سلمنا هذا ، ولكنه قصد تخصيص الطنبور بالذكر لكونه من أعظم آلات اللهو عند العجم من الترك وغيرهم .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا من يغني الناس ) أي ولا تقبل شهادة من يغني الناس ( لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة ) لا يقال أن فيه تكراراً ، لأن من يغني الناس يكون من الرجال والنساء ، والمغنية في النساء خاصة . وقيل الأصح من الجواب انه إنما ذكر النائحة والمغنية هناك ، مع أن النوح والغناء مشترك بين الرجال والنساء لورود الحديث بذلك اللفظ ، ويفهم منه حكم الرجال تبعاً فأعاد حكم الرجال جرياً على الأصل ، إذ الأصل أن حكم النساء يستفاد من حكم الرجال ، إذ لو اقتصر على الأول لتوهم أن ذلك حكم مخصوص بالنساء ، وقيد بقوله الناس ، لأن التغني للناس مكروه باتفاق المشايخ ، والتغني لإسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ « رح » ومن الناس من أباح ذلك في العرس والوليمة كما أبيح ضرب الدف فيهما ، وإن كان فيه نوع لهو ، ومنهم من قال إذا تغنى ليستفيد منه نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به .

وأما التغني لنفسه فقيل لا يكره ، وبه أخذ السرخسي « رح » لما روي عن أنس رضي الله عنه أنه دخل على أبيه البراء بن مالك رضي الله عنه وهو من زهاد الصحابة

رضي الله عنهم وكان يغني ، وقيل جميع ذلك مكروه ، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » ويحمل حديث البراء «رض» على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة ، وإنشاد الشعر لا بأس به وإن كان فيه صفة المرأة ، فإن كانت حية يكره ، وإن كانت ميتة لا يكره ، هذا في الذخيرة ، وأما القراءة بالألحان أباحها قوم وحظرها قوم . والمختار إذا كانت الألحان لا يغير الحروف من نظمها مباح ، وإلا غير مباح ذكره في الحلية بلا خلاف ، وفي التنبيه ولا تقبل شهادة القراد والرقاص والمشعوذ ، وقوله على كبيرة هو اللو واللعب ، ونص على نوع فسق ، فلا يمتنع عادة عن المحارم والكذب وسنذكر الخلاف في الكبيرة عن قريب .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا من يأتي باباً من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق ) ولا خلاف فيه ، واختلفوا في تفسير الكبيرة ، قيل هي السبع التي ذكرها رسول الله ﷺ ، في الحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة «رض» عن النبي ﷺ قال اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله ﷺ ما هي ، قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات . وروى مسلم « رح » في حديث أنس « رض » عن النبي ﷺ في الكبائر ، قال الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس وقول الزور .

وروي عن عبدالله بن عمرو بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ ، قال إن من الكبائر شتم الرجل والديه ، قالوا يا رسول الله ﷺ ، وهل يشتم الرجل والديه ، قال نعم يسب أبا الرجل فيسب أباه ويسب أمه ، فيسب أمه .

وروي من حديث عبدالله بن مسعود رضي الله عنهما ، قال سألت رسول الله ﷺ أي الذنب أعظم عند الله قال أن تجعل الله نداً وهو خلقك قال ، قلت له ان ذلك لعظيم قال ، قلت له ثم أي قال ثم أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك قال ، قلت ثم أي قال ، ثم أن تزني بحليلة جارك .

قال ولا من يدخل الحمام من غير إزار ، لان كشف العورة حرام ، أو يأكل الربا ، أو يقامر بالنرد والشطرنج ، لان كل ذلك من الكبائر . وكذلك من تفوته الصلاة للاشتغال بهما .

---

وفي الفتاوى الصغرى ذكر الإمام شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» في شرح الشهادات حد الكبيرة ما كان حراماً محضاً يسمى فاحشة في الشرع ، كاللواطة أو لم يسم في الشرع فاحشة ، لكن يشرع عليها عقوبة محضة بنفس قاطع ، أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل نفس بغير حق أو بالوعيد بالنار في الآخرة، كأكل مال اليتيم.

وقال بعضهم ما فيه حد فهو كبيرة وقيل ما كان حراماً بالعينة ، وقيل وأصح مانقل عن الحلواني « رح » ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة ، وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر ، كذا في الذخيرة والمحيط . وقيل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة ، وما استغفر عنه فهو صغيرة والأوجه ما ذكره المتكلمون ، أن كل ذنب فوقه ذنب وتحته ذنب ، فهو بالنسبة إلى ما فوقه صغيرة ، وإلى ما تحته كبيرة ، لأن الأشياء الاضافية لا تقرن إلا بالإضافة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا من يدخل الحمام من غير إزار ) أي ولا تقبل شهادة من يدخل الحمام بغير إزار يستر عورته ( لأن كشف العورة حرام ) لقوله عليه السلام لعن الله الناظر والمنظور اليه ، والشهادة كرامة ، فلا يستحقها من يستحق اللعن ولا خلاف فيه ( ويأكل الربا أو يقامر بالنرد والشطرنج ) هذا عطف على قوله من يدخل الحمام بغير إزار ، وهكذا لفظ القدوري « رح » ، وفي بعض النسخ قال ولا من يأكل الربا والمقامر بالنرد والشطرنج ( لأن كل ذلك من الكبائر ) وقد مر عن قريب في حديث البخاري « رح » أن أكل الربا من الكبائر . وقال صاحب الاجناس ناقلاً عن الأصل ، ولا تقبل شهادة أكل الربا إذا كان مشهوراً ، لأنه إذا لم يكن مشهوراً ، فطريقة التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم يتحقق على ما يأتي الآن . وأما المقامر بالنرد والشطرنج ، ففيه تفصيل على ما يذكره المصنف « رح » الآن ، ( وكذلك ) أي لا تقبل شهادة ( من تفوته الصلاة للاشتغال بها ) أي بالنرد والشطرنج .

فأما مجرد اللعب بالشطرنج ، فلس بفسق مانع من الشهادة ، لأن للاجتهاد فيــه مساغاً ، وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهوراً به ، لان الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك ربا . قال ، ومن لا يفعــل الأفعال المستحقرة ، كالبول على الطريق ، والأكل على الطريق ،

---

( فأما مجرد اللعب بالشطرنج ، فليس بفسق مانع من الشهادة ، لأن الاجتهـاد فيه مساغاً ) فإن الشافعي « رح » ومالكاً « رح » فالإباحة مع الكراهة ، وعندنا وأحمـد « رح » لقوله ﷺ من لعب بالنردشير ، فقد عصى الله ورسوله ، رواه أبو داود « رح » قيل هو الشطرنج ، أما النرد فحرام بالإجماع . قال ﷺ من لعب بالنرد فهو ملعون ذكره في الذخيرة ، واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدمناً عليـه أو مقامراً وتفوته الصلاة أو أكثر عليه الحلف الكذب والباطل . وفي التنبيه ومن لعب بالشطرنج في الطريق لا تقبل شهادته .

( وشرط في الأصل ) أي شرط محمد رحمه الله في المبسوط ( أن يكون أكل الربا مشهوراً به ) أي بأكل الربا ( لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة ، وكل ذلك رباً ) أي في معنى الربا ، فعـلم أن عدالته لا تسقط بمجرد أكل الربا إذا لم يكن مشهوراً به مصراً عليه . وعن هذا وقع الفرق بين الربا وأكل مال اليتيم ، فان الإدمان فيه غير شرط .

( قـال ) أي القدوري « رح » ( ولا من يفعل ) أي ولا تقبل شهادة من يفعـل ( الأفعال المستحقرة ) هكذا وقع في بعض نسخ القدوري المستحقرة . وقـال الاترازي « رح » قوله ولا من يفعل الافعال المستحقرة ( كالبول على الطريق والأكل على الطريق ) ثم قال هذا لفظ القدوري في مختصره ، يعني لفظ المستحقرة من الاستحقار ، ثم قال وهنا نسخ المستحقرة ، والمستخفة ، والمستخبثة ، وكلها على صيغة اسم المفعول. وري المستخفة بالخـاء المشددة المكسورة ، وهي أصح النسخ من السخيف ، وهو النسبة إلى السخف ، وهو

لأنه تارك للمروءة . وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك ، لا يمتنع عن الكذب ، فيتهم .

---

رقة العقل في قولهم ثور سخيف ، اذا كان قليل العزل ، وقيل المستخفة بكسر الخاء ، أي الأفعال المستخفة بصاحبها ( لأنه تارك للمروءة ) أي الانسانية . قال الجوهري « رح » ولك أن تشدد ، وقال أبو يزيد مر الرجل صار ذا مروءة فهو مرىء على فعيل (وإذ كان) أي الرجل ( لا يستحيى عن مثل ذلك ) أي البول على الطريق والأكل عليه ( لا يمتنع عن الكذب فيتهم ) فلا تقبل شهادة المتهم .

وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة ، حتى لو مشى في السوق أو في مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته ، وكذا من يمدر رجليه عند الناس ، ويكشف رأسه في موضع لا عادة فيه ، وما أشبة ذلك ، مما تجتنبه أهل المروءات بلا خلاف ، وفي أصحاب الصنائع الدنيئة كالكساح والزبال والكناس والحجام والحائك فيه وجهان . قال بعض العلماء لا تقبل شهادة أهل الصناعات ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله لكثرة خلفهم في الوعد ، ودناء صنعتهم في المدينة ، وقال عامة العلماء يجوز إذا كانوا عدولاً ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ، وأحمد ومالك رحمهما الله وهو الأصح ، لأنه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل المروءة .

وفي المحيط لا تقبل شهادة النخاسين والدلالين ، لأنهم يكذبون كثيراً ، فأما من عدل منهم تقبل شهادته ، وبياع الأكفان لا تقبل شهادته ،قال شمس الأئمة هذا إذا ترصد لذلك العمل ، فأما إذا كان يبيع ويشتري الثياب ، ويشترى منه الاكفان ويقبل لعدم تمنيته الموت والطاعون .

وفي الذخيرة لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان ، وقبض المبيع والبائع ابن فلان قبض الثمن وضمن الدرك ، ولم يكن شيء من ذلك ، فيكون كذباً محضاً ، ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة . والصحيح أنه يقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح ، ولا تقبل شهادة القروي والأعرابي البدوي عند بعض العلماء . وعند مالك « رح » لا تقبل شهادة القروي البدوي في غير الدماء ، ذكره في الجواهر .

**ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه، بخلاف مايكتمه، وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية .**

---

وقال عامة العلماء تقبل إذا كان عدلاً عـــالماً بكيفية الشهادة تحملاً وأداء . وفي مناقب أبي حنيفة « رح » لا تقبل شهادة البخيل ، وقال مالك « رح » إن أفرط في البخل لاتقبل ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف . وقال نصير بن يحيى من شتم أهله ومماليكه كثيراً في كل ساعة لا تقبل شهادته وان كان أحياناً تقبل ، وفي المحيط لا تقبل شهادة القيام للناس والحياة ، وفي جامع شمس الأئمة رحمه الله لا تقبل شهادة من يجازف في كلامه ، ولا خلاف فيه .

( ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) المراد من السلف الصحابة والتابعون «رض» وأبو حنيفة « رح » والسلف جمع سالف ، وهو الدهر الماضي . وفي الشرع اسم لكل من تقلد مذهبه ويقتفى أثره في الدين كأبي حنيفة « رح » واصحابه ، فإنهم سلف واصحابه والتابعون « رض » لأبي حنيفة وأصحابه ( لظهور فسقه ) والفاسق لا تقبل شهادته .

( بخلاف من يكتمه ) أي من يكتم سب السلف ، لأنه إذا اعتقد ذلك ولم يظهره ، وهو عدل في أفعاله ، فإن شهادته تقبل . كذا في شرح الاقطع ( وتقبل شهادة أهـــل الاهواء ) أي أصحاب البدع كالخارجي والرافضي والجبري، والقدري ، والمشبه، والمعطل وسمى أهل البدع أهل الأهواء لميلانهم إلى محبوب نفوسهم بلا دليل شرعي أو عقلي، والهوى محبوب النفس من هوى الشيء إذا أحبه. وفي الذخيرة تقبل شهادته إذا كان هوى لايكفر به صاحبه ، ولا يكون شاحناً ، ويكون عدلاً في تعاطيه ، وهو الصحيح ، وأصول أهل الأهواء سته الجبر والقدر والرفض والخروج والشيعة والتعطيل ، وكل واحـــد يصير اثني عشر فرقة ، فتبلغ إلى اثنين وسبعين فرقة ( إلا الخطابية ) لا تقبل شهادتهم .

وفي شرح الاقطع اسم قوم ينسبون إلى ابن الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى ، وكان يزعم أن علياً رضي الله عنه الإله الأكبر ، وجعفر الصادق الإله الاصغر . وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئاً على غيره يجب ان يشهد له تقية شيعة ، وقيـــل الخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى الخطاب المذكور ، قتله عيسى بن موسى المذكور

وقال الشافعي « رح » لا تقبل لانه أغلظ وجوه الفسق. ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه إلا تدنيه ، فيمتنع عن الكذب ، وصار كمن يشرب المثلث ، أو يأكل متروك التسمية عامداً مستبيحاً لذلـــك ، بخلاف الفسق من حيث التعاطي . أما الخطابية فهم قوم من غلاة الروافض

---

وصلبه بالكنائس وفي المغرب الخطابية من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب حمد بن أبي وهب الاجذع « رض » وقال أبو الحاتم الرازي « رح » إسم أبي الخطاب محمـــد بن أبي ربيب الأسدي الأجذع ، وكان يقول بإمامة إسماعيل بن جعفر ، فلما مـات اسماعيل ، رجعوا إلى القول بإمامة جعفر وغلوا في القول غلواً كبيراً ، وخرج أبو الخطاب في حيـاة جعفر بالكوفة فحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبدالله بن العباس « رض » وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ولعنه ، وادعى عليه وقتل هو واصحابه كلهم . وأمـــا رواية الأخبار من أهل الاهواء، اختلف فيه مشايخنا ، والأصح عندي لا تقبل كذا في المبسوط.

( وقال الشافعي « رح » لا تقبل ) أي شهادة أهل الاهواء ، وبه قال مالك « رح » وقال أحمد رحمه الله لا تقبل شهادة ثلاثة منهم العذرية والجهمية والرافضية ( لأنه أغلظ وجوه الفسق ) لأن الفسق من حيث الاعتقاد شر من الفسق من حيث التعاطي ( ولنـــا انه ) أي أن ما ذهبوا اليه ( فسق من حيث الاعتقاد) لا من حيث التعاطي ( وما أوقعه فيه ) أي في ذلك الهوى ( ألا تدينه ويمتنـــع عن الكذب ) أي لعمقه في الدين بذلك الاعتقاد ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفراً ، فيكون ممتنعاً عن الكذب ( فصار ) هذا ( كمن يشرب المثلث ) من الحنفية ( أو يأكل متروك التسمية عامداً ) من الشافعية حال كونه ( مستبيحاً لذلك ) أي ممتقداً إباحته ، فإنه لا ترد شهادته كذا هذا كذا في المبسوط .

( بخلاف الفسق من حيث التعاطي ) أي من حيث المبـــاشرة حيث ترد شهادته ( أما الخطابية ، فهم قوم من غلاة الروافض ) الغلاة بالضم جمع غالي من غلاني الأمر يغلو

يعتقدون الشهادة لكــــل من حلف عندهم . وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة ، فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم . قـــال وتقبل شهادة أهـــل الذمة بعضهم على بعض ، وإن اختلف مللهم . وقال مالك « رح » والشافعي « رح » لا تقبل لانه فاسق . قال الله تعالى ﴿ والكافرون هم الفاسقون ﴾ فيجب التوقف في خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ، فصار كالمرتد . ولنا أن النبي عليه السلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ،

---

غلواً ، أي جاوز فيه الحد ( يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم ) أي يعتقدون جواز الشهادة ، وإذا حلف المدعي بين يديهم أنه محق في دعواه ، ويقولون المسلم لا يحلف كاذباً ( وقيل يرون الشهادة لشيعتهم ) أي فكل من يذهب إلى مذهبهم ويعتقدون كاعتقادهم ( واجبة ) عليهم ( فتمكنت التهمة في شهادتهم لظهور فسقهم ) فترد .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وتقبل شهادة أهـــل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلف مللهم ) أي ملل بالكسر جمع ملة ، وهي الدين والشريعة كاليهودي مع النصراني . وقال ابن أبي ليلى إن اتفقت مللهم تقبـــل ، وإن اختلفت لا تقبل ، كشهادة اليهود على النصراني وبالعكس .

( وقال مالك والشافعي رحمها الله لا تقبـــل ) شهادة الكافر ( لأنه فاسق . قال الله تعالى ﴿ والكافرون هم الفاسقون ﴾ فيجب التوقف في خبره ) بالنص ( ولهـــذا ) أي ولكونه فاسقاً ( لا تقبل شهادته ) أي شهادة الكفار ( على المسلمين [1] وصار كالمرتد ) في عدم قبول شهادتهم ، لأن الشهادة من باب الولاية والكرامة ، والكافر من أهل الإهانة فلا تقبل شهادته كالمرتد والحربي .

( ولنا ما روى أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ) هذا حديث

---

(١) المسلم - هامش .

ولأنه من أهل الولاية على نفسه وعلى أولاده الصغار، فيكون من أهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع، لأنه يجتنب ما يعتقده محرم دينه، والكذب محظور الأديان كلها،

---

غريب لم يثبت بهذا اللفظ، وإنما روى ابن ماجة «رح» في سننه عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبدالله «رض» أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، وفي مجالد مقال. وقال مخرج الأحاديث هذا، أي الحديث الذي ذكره المصنف غير مطابق للحكمين، ولو قال أهل الكتاب، عوض النصارى لكان موافقاً للحكمين عن اتحاد الملة واختلافها كما أخرجه ابن ماجة «رح»، ثم حكي عن شيخه علاء الدين رحمه الله أنه قال ويوجد بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى، واحتج له مقلداً لغيره بحديث رواه أبو داود «رح» بالإسناد المذكور عن جابر بن عبدالله «رض» قال، جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا، فيقال أئتوني بأعلم رجلين منكم، فأتوه بإبني صوريا فناشدهما كيف تجد أن أمر هذين في التوراة، قالا نجد في التوراة إذا شهد أربعة منهم رأوا ذكره في فرجها، مثل الميل في المكحلة رجما، فقال ما يمنعكما أن ترجموهما، قال ذهب سلطاننا فكرهنا القتل، فدعى رسول الله ﷺ بالشهود، فجاءوا أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمر رسول الله ﷺ برجمها انتهى.

قال مخرج الأحاديث وجدت في نسخة علاءالدين «رح» بخط يده فدعى باليهود، وهذا تصحيف، وانما هو فدعى بالشهود كشفته في نحو عشرين نسخة، ورواه كذلك إسحاق بن راهويه، وأبو يعلى الموصلي والبزاو في مسانيدهم، والدارقطني «رح» في سننه وكلهم قالوا فدعى بالشهود.

( ولأنه ) أي ولأن الذمي ( من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار ) وكل من هو كذلك ( فيكون من أهل الشهادة على جنسه ) فتقبل شهادته على جنسه كالمسلم ( والفسق من حيث الإعتقاد غير مانع ) هذا جواب عن قوله لأنه فسق. وتقريره أن الفسق مانع من حيث تعاطي محرم الدين أو من حيث الإعتقاد، والثاني ممنوع والأول مسلم اليه بقوله (لأنه يجتنب مايعتقده محرم دينه والكذب محظور الأديان) وفي بعض النسخ محظور الأديان كلها.

بخلاف المرتد ، لانه لا ولاية له . وبخلاف شهادة الذمي على المسلم ، لانه لا ولاية له ، بالإضافة إليه ، ولانه يغيظه قهره إياه . وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر ، فلا يحملهم الغيظ على التقول . قال ، ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي ، أراد به والله أعلم المستأمن ،

---

( بخلاف المرتد ) جواب عن قوله وصار كالمرتد ( لأنه لا ولاية له ) على نفسه ولا على أولاده ، وهي ركن الدليل ( بخلاف شهادة الذمي على المسلم ) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ( لأنه ) أي لأن الذمي وفي النهاية الضمير في لأنه للشأن ، أي لأن الشأن إذ لا ولاية الذمي على المسلم ( لا ولاية له بالإضافة اليه ) أي إلى المسلم يعني ولايته بالنسبة إلى المسلم معدومة ، وبه احترز عن الإضافة إلى الكافر ، فإن له ولاية على ذمي آخر أو حربي ( ولأنه ) جواب آخر ، أي ولأن الذمي ( يتقول عليه ) أي يفتري على المسلم ( لأنه ) قال الكاكي « رح » أي لأن المسلم وفي النهاية الضمير للشأن أي لأن الشأن هو ( يغيظه ) أي يغيظ الذمي ، أي يسخطه ( قهره إياه ) أي قهر المسلم الذمي فإن قهر المسلم إياه يحمل على التقول على المسلم .

( وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر ) هذا جواب عن سؤال يرد على أصل المسألة، وهو قوله وتقبل شهادة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم ، بأن يقال المعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى وهم غير مخفين في ذلك قال تعالى ﴿ وقالت اليهود ليست النصارى على شيء ﴾ ١١٣ البقرة ، فينبغي أن يقبل كما هو مذهب ابن أبي ليلى « رح » ، فأجاب عنه بقوله ، وملل الكفر وإن اختلفت ، فلا قهر ، يعني وإن اختلفت مللهم لم يقهر بعضهم بعضا لأنهم مقهورون تحت أيدي المسلمين ويعطون الجزية ، فلا قهر ( فلا يحملهم الغيظ على التقول ) أي فلا قهر لتحملهم ذلك على التقول على المسلمين .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي ، أراد به والله أعلم المستأمن ) إنما قيد به لأن الحربي لو دخل بغير استئمان يؤخذ قهراً ويسترق، ويصير

لأنه لا ولاية له عليه ، لان الذمي من أهل دارنا ، وهو أعلى حالاً منه ، ويقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي . وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض ، إذا كانوا من أهل دار واحدة ، وإن كانوا من دارين ، كالروم والترك ، لا تقبل ، لان اختلاف الدارين يقطع الولاية . ولهذا يمنع التوارث . بخلاف الذمي، لأنه من أهل دارنا ، ولا كذلك المستأمن ،

---

عبداً ، فلا تقبل شهادة العبد على أحد ( لأنه ) أي لأن الحربي المستأمن (لا ولاية لهعليه) أي على الذمي ( لأن الذمي من أهل دارنا) والمستأمن من أهل دار الحرب ، واختلاف الدارين حكماً يقطع الولاية ( وهو ) أي الذمي ( أعلى حالاً منه ) أي من المستأمن ، لأن الذمي أقرب إلى الإسلام منه ، ولهذا يقتل المسلم بالذمي دون المستأمن ( ويقبل شهادة الذمي عليه ) أي على المستأمن ، وذلك معلوماً بالنسبة اليه يجعله ولاية عليه ( كشهادة المسلم عليه ) أي على المستأمن ( وعلى الذمي ) أي و كشهادة المسلم على الذمي .

( وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة) يعني تقبل شهادة بعضهم على بعض ، بشرط اتحاد دارهم ، لأن للاتحاد تأثيراً في ذلك ( فإن كانوا من دارين ) مختلفين ( كالروم والترك ، لا تقبل ) أي شهادة بعضهم على بعض ( لأن اختلاف الدارين يقطع الولايه ) والعصمة ( ولهذا يمنع التوارث ) عند اختلاف الدارين .

( بخلاف الذمي ) هذا جواب عما يقال اختلاف الدارين لو قطع الولاية لما قبلت شهادة الذمي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . وتقرير الجواب أن يقال أن الذمي يخالفه ( لأنه من أهل دارنا ) ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها ، فكان الواجب قبول شهادة الذمي على المسلم كعكسه ، لكن تركناه بالنص كما مر ، ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذمي عليه ( ولا كذلك المستأمن ) لأنه ليس من أهل دارنا ، وفيه اشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانا من أهل دارين مختلفين ، قبلت شهادة بعضهم على بعض ، لأنهم من دارنا ، فهي تجمعهم بخلاف المستأمن .

وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجـــل يجتنب الكبائر قبلت شهادتـه ، وإن ألم بمعصية هـذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة ، إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها ، وبعـد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا .

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن كانت ) في بعض النسخ وإن كانت الحسنات ( أغلب من السيئات ) يعني الصغائر ( والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألم بمعصية ) أي وإن اذنب بمعصية صغيرة ، وألم مشتق من اللمم ، وهو ما دون الفاحشة ،من صغار الذنوب • وفي التهذيب الديوان ألم أي من اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب .

وفي الذخيرة الحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة ، وارتكاب الصغيرة لا توجب سقوطها ، إلا أن يصير على الصغير يصير كبيرة بالإصرار ، لأن أحداً من الناس لا يخلو عن صغيرة ، ولهذا روي أنه عليه‌السلام قال ، إن تغفر اللهم فاغفر جماً ، وأي عبد لك ما ألما انتهى . قلت كيف نسب هذا إلى النبي صلى‌الله‌عليه‌وسلم . وقـــد ذكر القتبي في غريب الحديث من حديث عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما قال حدثني عبد الرحمن عن عمه عن يعقوب بن مسلم عن أبيه أبي طرفة الهذلي « رح » أنه قـال مر أبو خراش بين الصفا والمروة وهو يقول :

لا حم هذا خامس إن تما ... أتمه الله وقـد أتما
إن تغفر اللهم فاغفرجماً ... وأي عبد لك ما ألمـا

وكذلك نسب البيت في تهذيب الديوان إلى أبي خراش ، ولكن قال أبو سليمان الخطابي في شرح صحيح البخاري في كتاب الصوم أنه قول أبيه .

( هذا هو الصحيح ) أي المذكور من كون الحسنات أكثر من السيئات . والرجـل ممن يجتنب الكبائر هو الصحيح ( في حد العدالة المعتبرة ) في الشرع ( إذ لا بد له من توقي الكبائر كلها ) وقد مر بيان الكبيرة مع الاختلاف فيها ( وبعد ذلك ) أي بعد التوقي عن الكبائر كلها ( يعتبر الغائب ) يعني في حق الصغائر . فإن كان غالب أحواله الإتيان بما هو مأذون به شرعاً وإن لم يخلو عن الصغيرة كان جائز الشهادة ( كما ذكرنا ) أراد به

فأما الإلمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة فلا يرد بـه الشهادة المشروعة ، لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه ، وهو مفتوح إحيـــاء للحقوق .

---

قوله ، وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات ... إلى آخره .

( فأما الإلمام بمعصية ) من الصغائر ( لا ينقدح به العدالة المشروطة ) في الشرع ( فلا يرد به الشهادة المشروعة ، لأن في اعتبار اجتنابه الكل ) أي الصغائر كلها أو جميـــع الذنوب كلها ( سد بابه ) أي باب الشهادة والتذكير باعتبار المذكور ، لأن أحداً لا يمكنه الاجتناب عن جميع الذنوب الكبائر والصغائر إلا الأنبياء صلوات الله وسلامه عليهم ، فلواشترط الاجتناب عن جميـع ذلك في العـــدالة انسد باب الشهادة ( وهو ) أي باب الشهادة ( مفتوح إحياء ) أي لأجل الإحياء ( للحقوق ) أي لحقوق الناس .

فروع . في أدب القاضي ، وإذا ترك الرجل الصلاة في الجماعة استخفافاً أو مخـــافة لم تقبل شهادته . قال أبو بكر الرازي « رح » لم يرد بالاستخفاف الاستهزاء ، لأن الاستهزاء من الشرائـــع كفر . وفي الفتاوى الصغرى تفويت الجماعة كما يفعله العوام ، وكذا ترك الجمعة من غير عذر تسقط العدالة . وذكر الخصاف « رح » في موضعين ، فذكر في احدهما الترك ثلاثاً وهو الذي اختاره شمس الأئمة السرخسي ، ولم يذكر في الموضع الثاني تكرار الترك . قال من ترك الجمعة رغبة عنها على غير تأويل ، فشهادته غير جائزة ، وهو الذي اختاره شمس الأئمة الحلواني ، وأما إذا تركها لمرض ، أو لبعد المصر أو يتأول بأن كان الإمام لفسق لا تسقط عدالته .

وقال الكاكي « رح » التأويل أن يكون الإمام ظالماً ، أو يؤخر الأداء ، وهو يعتقد في أول الوقت . قال الاسبيجابي « رح » من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر ومن خرج للنظر عند قدوم الأمير ، لا تقبل شهادته . وعن شداد أنه رد شهادته شيخ صالح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة . وقال الخصاف « رح » ركوب البحر للتجارة والتفرج يسقط الشهادة ، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس وأشباهه ، لأنه

قال ، وتقبل شهادة الأقلف لانه لا يخل بالعدالة ، إلا إذا تركه استحقاقاً بالدين ، لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً .

---

خاطر بدينه ونفسه ليتناول مالاً فلا بد من أن يكذب ويأخذ المال ، وقرى فارس يطعمونه الربا .

وقيل من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته ومن أخذسوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقها شهوداً فلو شهدوا حل لهم اللعن لأنه شهادةعلى الباطل، وكذا لوشهدوا على إقراره ، وهكذا لو شهدوا في كل اقرار بناء على باطل والفاسق تقبل شهادته بعد ستة أشهر وقيل بعد سنه . قال الفضلي « رح » عن أبي يوسف « رح » أنه قال اتزكيه بعد ستة أشهر ثم رجع وقال بعد سنة .

وقال محمد « رح » لا يسعه ما لم يمتحنه في المعقود، وترك الأمانة وقيل لا يكفيه ذلك ما لم يمتحنه في كل الأمانات مراراً ، ولو عرف عدالته ثم انقطع عنه إن لم يتطاول الوقت وسعه أن يزكيه بتلك المعرفة ، وإلا فلا ، ومدة التطاول قبل ستة أشهر ، وقيل سنة وقيل من وقت التزكية فهو محظى وهذا على ما يقع القلب فربما يعرف أحد في شهر والآخر لا يعرف سنة .

( قال ) أي القدوري « رح »( وتقبل شهادة الاقلف ) وهو الذي لم يختتن( لأنه )أي لأن ترك الختان ( لا يخل بالعدالة ) لأن الختان سنه عند علمائنا « رح » وترك السنة لا يخل بالعدالة . وبه قال مالك « رح » ، وقال الشافعي « رح » في ظاهر مذهبه وأحمد « رح » أنه واجب ( إلا إذا تركه ) أي الختان ( استحقاقاً بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلاً ) .

وأما إذا تركه بعذر ، لا تسقط عدالته ، والعذر في ذلك الكبر وخوف الهلاك وأبو حنيفة « رح » لم يقدر للختان وقتاً معيناً ، إذ المقادير بالشرع . ولم يرد في ذلك نص والإجماع والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر ، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع إن احتمل الصبي ذلك ولم يهلك ، لما روي أن الحسن والحسين رضي الله عنهما ختنا اليوم السابع ، ولكنه شاذ كذا ذكره في الذخيرة . وعن بعض

قال والخصي ، فإن عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي، ولأنه قطع عضو منه ظلماً ، فصار كما إذا قطعت يده . قال وولد الزنا ، لان فسق الأبوين

---

أصحاب الشافعي « رح » لا حتى يصير ابن عشر سنين ، لأنه حينئذ أمر بالضرب على ترك الصلاة . وقال أصحابه ختانه يجب عليه بعد بلوغه ، ويستحب في اليوم السابع . وقال أبو بكر الرازي « رح » ، فإن كان لا يخاف فتركه تهاوناً بالسنة ، فإنه يصير فاسقاً، ولا تقبل شهادته . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه لا تقبل شهادة الأقلف ، ولاتقبل له صلاة ، ولا تؤكل ذبيحته وهو كذا في فتاوى الولوالجي. وقال الشيخ أبو نصر البغدادي « رح » وإنما أراد به المجوس .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وتقبل شهادة الخصي ) على وزن فعيل ، وهومنزوع الخصيتين ، يقال خصاه ، أي نزع خصيتيه ، والخصى الجمع على خصيان ( لأن [1] عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى ) على قدامة بن مظعون ، ورواه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه . حدثنا ابن علية عن ابن عون عن ابن سيرين أن عمر رضي الله عنه أجاز شهادة علقمة الخصى علي بن مطعون ، انتهى . وقدامة بن مطعون بن حبيب القرشي الجمحي من الصحابة شهد بدراً وسائر المشاهد استعمله عمر بن الخطاب رضي الله عنه على البحرين ثم عزله وهو خال عبدالله وحفصة ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه مات سنة ست وثلاثين ، وهو ابن ثمان وستين ، وقصته طويلة ، ملخصها أن الحادود سيد عبدالقيس بن البحرين شهر على قدامة أنه يشرب الخمر ، قال عمر رضي الله عنه هل معك شاهد آخر ، قال علقمة الخصي إني أشهد أني قد رأيته يعبها ، ثم أن عمر رضي الله عنه جلد قدامة الحد .

( ولأنه ) أي ولأن الخصي ( قطع عضو منه ظلماً ، فصار كما إذا قطعت يده ) فإن قطع سائر الأعضاء لا تسقط العدالة ، فكذ هذا .

( قال ) أي القدوري ( وولد الزنا ) أي تقبل شهادة ولد الزنا ( لأن فسق الأبوين

---

(١) فإن — هامش .

لا يوجب فسق الولد ككفرهما ، وهو مسلم . وقال مالك « رح » لا تقبل في الزنا ، لانه يجب أن يكون غيره كمثله ، فيتهم . قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه ، والكلام في العدل . قال وشهادة الخنثى جائزة ، لانه رجل أو امرأة ، وشهادة الجنسين مقبولة بالنص . قال وشهادة العمال جائزة ، والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ « رح » ، لان نفس العمل ليس

---

لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم ) أي ككفر أبويه ، فلا يؤاخذ بكفرهما . قال عز وجل ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ١٦٤ الانعام ( وقال مالك « رح » لا تقبل ) أي شهادة ولد الزنا ( في الزنا ) أي في الشهادة على الزنا ( لأنه يجب أن يكون غيره كمثله ) والكاف زائدة ، كما في قوله ﴿ ليس كمثله ﴾ ( فيتهم ) فلا تقبل ( قلنا العدل لا يختار ذلك ) أي لا يختار أن يكون غيره مثله ( ولا يستحبه ، والكلام في العدل ) يعني الكلام في قبول شهادة ولد الزنا إذا كان عدلاً ، لأن فسق أبويه لا يضره كما ذكرناه .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وشهادة الخنثى جائزة ) والخنثي هو الذي له آلة الرجل وآلة المرأة ( لأنه ) أي لأن الخنثى ( رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص ) قال الله عز وجل ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ﴾ ٢٨٢ البقرة ، ويشهد مع رجل وامرأة للاحتياط ، وينبغي أن لا تقبل شهادته في الحدود والقصاص كالنساء ، لاحتمال أن يكون امرأته .

( قال ) أي القدوري ( وشهادة العمال ) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل ( جائزة ) هو من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه كان يجيز شهادة العمال . قال المصنف ( والمراد عمال السلطان ) يعني الذين كانوا أعوان السلطان في ذلك العصر ، لأن الصلاح كان غالباً عليهم ، وهذا ( عند عامة المشايخ « رح » ) لأنهم كانوا يعينونه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السوائم ( لأن نفس العمل ليس

بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم . وقيل العامل إذا كان وجيهاً في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف « رح » في الفاسق ، لانـــه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة . قال وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان ، والوصي يدعي ذلـــك فهو جائز استحساناً ، وإن أنكر الوصي لم يجز ، وفي القياس لا يجوز وإن ادعى ،

---

بفسق إلا إذا كانوا أعواناً على الظلم ) كما في زماننا ، فلا تقبل شهادتهم ، لأن الظلم غالب فيهم ، وانظر إلى عمال سلطان مصر هل ترى أظلم منهم ، ومع ظلمهم اكثرهم فسقة .

( وقيل العامل إذا كان وجيهاً ) أي ذا وجاهة وشرف ( في الناس ذا مروءة ) أي إنسانية ( لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف «رح» ) في اوائل كتاب الشهادات ( في شهادة الفاسق لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ، ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة ) لأنه يأنف عن ذلك حفاظاً على حرمته. وقال قاضي خان « رح »وقيل أراد العمال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجروا أنفسهم، لأن من الناس من لاتقبل شهادة أهل الصناعات الخسيسة ، وإنما أورد هذا رداً لهـذا القول ، لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله تعالى من يأكل من كسب يده ، فلا يوجب ذلك جرحاً . وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الريس والخاني في السكة الذي يأخذ الدراهم والضراب الذي يجمع عنده الدراهم يأخذها طوعاً لا تقبل .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي ذلك ) أي الوصاية ( فهو جائز استحساناً وإن انكر الوصي ) أي الوصاية( لم يجز ) أي شهادتهما ( وفي القياس لا يجوز وإن ادعى ) أي الوصاية ، وهنـــا خمس مسائل ، أحدها ما ذكره بقوله وإذا شهد الرجلان إلى آخره .

وعلى هـــذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو لميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنـه أوصى إلى هذا الرجل معهما . وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليــه . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب اوصي إذا كان طالباً ، والموت معروفاً

---

وأشار إلى الاربعة الاخرى بقوله (وعلى هذا ) أي على ما ذكرهن الجواز عند دعوى الوصي بذلك ، وعدمه عند عـدم دعواه بذلك . الاولى من الاربعة هو قوله ( إذا شهد الموصى لهما بذلك ) أي بأن أباهما أوصى إلى فلان ، توضيحه أن الموصى لهما بشيء من المال شهد أن الميت اوصى إلى زيد مثلاً يكون وصياً على اولاده وأمواله .

الثانية : هو قوله ( أو غريمان لهما على الميت دين ) أي أو شهد الغريمان لهما على الميت دين ، والضمير في لهما يرجع إلى الغريمين.

الثالثة : هو قوله ( أو للميت عليهما دين ) أي أو شهد الغريمان للميت عليهما ، أي على الغريمين دين . وقوله دين يشمل هذا أو المسألة التي قبلها أيضاً .

الرابعة : هو قوله ( أو شهد الوصيان أنه ) أي أن الميت ( أوصى إلى هـــذا الرجل معهما ) أي مع الوصيين ، ويشهد كل فريق أن الميت اوصى إلى هــــذا وهو يدع ذلك جازت الشهادة ، ولا يجوز قياسا . ولو انكر الوصي ذلك لم يجز ذلك قياساً واستحساناً.

( وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه ) وهذا لأن الوارثين قصدا بهـذه الشهادة نصب من يتصرف لها ، ويقوم بإحياء حقوقهما ، والغريمين قصدا من يستوفيان منه حقهما ويبرآن بالدفع اليه ، والوصيين قصدا نصب من يعينهما على التصرف في مال الميت والوصي لهما قصد نصيب من يدفع اليهما حقوقهما ، فكان الكل يجران إلى أنفسهما نفعـاً بشهادتهما فترد ، وبه قالت الأئمـــة الثلاثة « رح » ، لأن شهادة الجار لنفسه نفعـــاً لا يقبل بالإجماع .

( ووجه الاستحسان أن القاضي ولاية نصب الوصي إذا كان ) أي الوصي ( طالباً ، والموت معروفاً ) يعني ظاهر ، لان القاضي لا يثبت له بهـــذه الشهادة ولاية لم تكن

فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا أن يثبت بها شيء ، فصار كالقرعة ، والوصيان إذا أقرا أن معهما ثالث يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما ، بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت ، لأنه ليس له ولاية نصب الوصي ، فتكون الشهادة هي الموجبة ، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة ، وإن لم يكن الموت معروفاً لأنهما يقران

---

( فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين ) لان القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي انه هل يصلح للوصاية لامانته وديانته وهدايته ، وهما بهذه الشهادة زكياه . وأخبر القاضي أنه أهل لذلك ، فكفيت عنه مؤنة التعيين ، أي تعيين الوصي ( لا أن يثبت بها شيء ) أي بهذه الشهادة شيء يعني من ولاية لم تكن ( فصار ) هذا ( كالقرعة ) في أنها ليست بحجة هي دافعة مؤنة تعيين القاضي لدفع التهمة ، واراد به القرعة التي بعد القسمة لتعيين الانصباء ، وأنها ليست بحجة ، ومع هذا يجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي ، فصلحت دافعة لا موجبة ، فكذا هذه الشهادة تدفع عن القاضي مؤنة التعيين إلا أن يثبت شيئاً لم يكن ، فافهم .

( والوصيان إذا أقرا ) هذا جواب عما يقال ليس للقاضي نصب وصي ثالث ، فكانت الشهادة موجبة عليه لم يكن له ، وتقرير الجواب أن الوصيين إذا أقرا ، يعني إذا اعترفا ( أن معهما ثالثاً ) أي وصياً ثالثاً واعترافهما بذلك لاجل عجزهما ، فحينئذ ( يملك القاضي نصب ثالث ) أي وصي الثالث ( معهما ) أي مع الوصيين ( لعجزهما عن التصرف بأعترافهما ) أي عن التصرف بعدم استقلالهما به .

( بخلاف ما إذا أنكر ) أي الوصي ( أو لم يعرف الموت ) لا تقبل الشهادة ( لانه ) أي لان القاضي ( ليس له ولاية نصب الوصي ) بغير رضاه أو برضاه ، والموت ليس بمعروف ( فتكون الشهادة هي الموجبة ) أي كثبوت الوصاية ، فلا تقبل بسبب التهمة ( وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة ، وإن لم يكن الموت معروفاً ، لأنهما يقران

على أنفسهما ، فيثبت الموت باعترافهما في حقهما ، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة ، فادعى الوكيل أو أنكر لم تقبل شهادتهما ، لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت إنما يثبت بشهادتهما ، وهي غير موجبة لمكان التهمة. قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ولا يحكم بذلك ، لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم ، لأن له الرفع بالتوبة ، فلا يتحقق الإلزام ،

---

على أنفسهما ) بحق قبض الدين ، فانتفت التهمة ، لإن ضررهما في ذلك اكثر من نفعهما فكانت الشهادة على انفسهما ، وشهادة الإنسان على نفسه مقبولة ، وهي الإقرار ( فيثبت الموت باعترافهما في حقهما ) أي يثبت موت رب الدين بإقرارهما في حق الدين .

( وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل ) أي الوكالة ( أو أنكر ) أي الوكالة ( لم تقبل شهادتهما ، لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت ) أي التوكيل ( إنما يثبت بشهادتهما وهي ) أي هذه الشهادة ( غير موجبة ) للثبوت ( لمكان التهمة ) لأنهما يشهدان لأبيهما .

( قال ) أي القدوري ( ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح مجرد ) أي جرح مجرد يتضمن لتعيق [1] الشهود من غير أن يضمن إيجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد، نحو أن يشهد أن الشهود فسقة أو زناة أو أكلة ربا ، أو شربة خمر، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور ، أو إقرارهم أنهم أجرتي إذا هذه الشهادة، أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى ، أو على إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل شهادتهم ( ولا يحكم ) أي القاضي ( بذلك ) أي بالجرح المجرد ( لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له ) أي للمقضى عليه ( الرفع بالتوبة ) أي دفع

---

(١) هكذا رسمت الكلمة في الاصل .

ولأن فيه هتك الستر ، والستر واجب ، والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق ، وذلك فيما يدخل تحت الحكم إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي بذلك ، لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم . قال ، ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود ، لم تقبل ، لأنه شهادة على جرح مجرد

---

الحكم والإلزام بإظهار التوبة ، وسماع الشهادة ، انما هو بالحكم والإلزام ( فلا يتحقق الإلزام ) لذلك .

وقال الكاكي « رح » قيل قوله ولا يحكم بذلك تكراره ، لأن بقوله لا تسمع الشهادة على جرح يفهم . أجيب بأنه ممكن أن لا يسمع ويحكم بعلمه في صورة ، فجاز الانفكاك بينهما في الجملة أورده لنفي الاحتمال في هذه الصورة .

( ولأن فيه ) أي في الجرح المجرد ( هتك الستر والستر واجب ) وهو إظهار الفاحشة ( والإشاعة حرام ، وإنما رخص ضرورة إحياء الحقوق وذلك فيما يدخل تحت الحكم ) بالنص هو قوله تعالى ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة ... الآية ﴾ ١٩ النور ، وفي بعض النسخ واجب دون الإشاعة وإنها حرام ، فيكون المشاهد فاسقاً بهتك واجب الستر ، وتعاطي إظهار الحرام ، فلا يسمعها الحاكم ( إلا إذا شهدوا ) استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع لكن إلا إذا شهد شهود المدعى عليه ( على إقرار المدعي بذلك ) أي بالجرح بأنه إقران شهودي فسقة فإنها تقبل ( لأن الإقرار فيما يدخل تحت الحكم ) أي ما لم تظهره الفاحشة ، وإنما حكوها عن غيرهم ، وهو المدعي والحاكي لإظهارها ليس كمظهرها ، وفي بعض النسخ ، ولو شهدوا على إقرار المدعي بذلك وتقبل .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ولو قام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود ، لم تقبل ، لأنه شهادة على جرح مجرد ) صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل أقام البينة أن هذا استأجر الشهود ، قال لا أقبل البينة على استئجار الشهود ، انتهى .

والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه، فلا خصم في إثباته، لأن المدعى عليه في ذلك أجنبي عنه حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل، لأنه خصم في ذلك، ثم يثبت الجرح بناء عليه. وكذا إذا أقامها على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال، ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل،

---

وقال الفقيه أبو الليث «رح» في شرح الجامع الصغير، وفي قول ابن أبي ليلى «رح» تقبل، لأنه أثبت أنهم فسقة وشهادة الفسقة لا تقبل. ثم قال الفقيه، وهذا القول أحسن وذكر فخر الإسلام «رح» وغيره في شرح الجامع الصغير، ذكر الخصاف «رح» في الجرح المجرد انه مقبول، وقال الناطقي «رح» في تهذيب أدب القاضي، وظاهر الرواية عن أصحابنا أنه لا تقبل الشهادة على الجرح المجرد.

(والاستئجار وإن كان أمراً زائداً عليه) هذا جواب عما يقال أن قول المدعي استأجرهم ليس بجرح مجرد بل فيه إثبات أمر زائد وهو الاستئجار، وهو حق المدعي، فيثبت الجرح في ضمنه، وأجاب بأن الاستئجار، وإن كان أمراً زائداً عليه، أي على الجرح المجرد (فلا خصم في اثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجني عنه) إذ لا تعلق له بالاجرة، فبقي جرحاً مجرداً (حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة، واعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل، لانه خصم في ذلك) أي لان المدعي خصم للمدعى عليه فيما يدعيه (ثم يثبت الجرح بناءعليه) لان الجرح تحت الحكم، ويثبت بناء عليه لانه جرح مركب فافهم.

(وكذا) وكذا يقبل (لو [1] أقامها) أي لو أقام المدعى عليه البينة (على أني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال، ودفعته اليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل

---

(١) إذا — هامش.

وقد شهدوا ، وطالبهم برد ذلك المال ، ولهذا قلنا أنه لو أقام البينة أن الشاهد عبـــد أو محدود في قذف ، أو شارب خمر ، أو قاذف أو شريك المدعي تقبل . قال ، ومن شهـــد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عـدلاً ، جازت شهادته . ومعنى قوله أوهمت ، أي أخطـــأت بنسيان ما كان بحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهـه أنـ الشاهد قـد يبتلى بمثله لمهابـة مجلس القضاء ،

---

وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ) لما ذكرنا أنه خصمهم في ذلك فتقبل بينته ( ولهـذا قلنا ) ولما قلنا أنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد ، أو من حقوق الشرع كذا قاله الكاكي « رح » ، وقال الأكمل « رح » كذا قيل ، وليس له ذكر المتن وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد ، قلنا كذا وهو بعيد ، فكان المناسب أن يقول ، ولذلك وهو أسهل . والمعنى إذا قام المدعى عليه البينة وهو معنى قوله ( أنه ) أي أن المدعى عليه ( أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف . أو شارب خمر أو قاذف ، أو شريك المدعي تقبل ) أي البينة لما كان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق ، وفيما قال أنه محدود في قذف ليس إشاعة الفاحشة ، لان الإظهار حصل بقضاء القاضي ، وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة عن الغير .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن شهد ولم يبرح ) أي لم يزل في مكانه ( حتى قال أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عـــدلاً ) أي عدالته إن كانت ظاهرة عند القاضي ( جازت شهادته ) وإن لم يكن يسأل عنه ، فقيل أنه عدل ، جازت شهادته . كذا في الجامع البرهاني . وقال المصنف « رح » ناقلا عن فخر الإسلام « رح » ( ومعنى قوله أوهمت أي أخطأت بنسيان ما كان بحق علي ذكره أو بزيادة كانت باطـلة ) قوله كانت باطلة جملة فعلية وقعت صفة لقوله بزيادة ( وجهه ) أي وجه جواز شهادته ( أن الشاهد قد يبتلى بمثله ) أي بمثل ما ذكر من قوله أوهمت ( لمهابة مجلس القضاء ) لان مهابة مجلس

فكان العذر واضحاً ، فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل . بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عـــاد وقال ، أوهمت لأنه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا اتحـد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد، ولا كذلك إذا اختلف ، وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب ،

---

القضاء يوقع عليه الغلط بالزيادة أو النقصان ( فكان العـــذر واضحاً ) فإن كان كذلك ( فتقبل ) أي شهادته ( إذا تداركه في أوانه ) وأوانه قبـــل البراح من مكانه ، فإذا تدارك الغلط قبل البراح ( وهو عدل ) قبل ذلك منه فكان ذلك ملحقاً بأصل شهادته .

( بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت ) حيث لا تقبل شهادته ( لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة ) وذلك بالجماعة الشاهـد بحطام الدنيا ، فإذا كان كذلك ( فوجب الاحتياط ) .

قالوا هذا إذا كان الموضع موضع الشبهة ، يعني شبهة التلبيس ٠ أما إذا لم يكن ، فلا بأس بإعادة الكلام إذا كان عدلاً ، سواء اتحد المجلس أو اختلف ، كما إذا ترك لفظ الشهادة أو مثلها ، يجوز أن يترك لفظ إسم المدعي أو المدعى عليه ، أو يترك الإشارة إلى المدعي أو المدعى عليه .

( ولان المجلس إذا اتحد ) هذا دليل آخر على ذلك الذي معني ،يعني إن اتحد المجلس ( لحق الملحق ) بفتح الحاء أي الذي لحقه في الكلام بأول كلامه ( بأصل الشهادة ، فصار ككلام واحد ) لان اتحاد المجلس يجمع المتفرقات ، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان ، لان الحادثة بعد الشهادة من العدل في المجلس كالقرون بأصلها، واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ( ولا كذلك إذا اختلف ) أي لا يلحق الملحق بأصل الشهادة إذا اختلف المجلس للانقطاع بين الكلامين باختلاف المجلس .

( وعلى هذه) أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (إذا وقع الغلط في بعض الحدود) بأن ذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس ( أو في بعض النسب )

وهذا إذا كان موضع شبهة. فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام، مثل أن يدع لفظـــة الشهادة وما يجري مجرى ذلك ، وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلاً. وعن أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلاً ، والظاهر ما ذكرناه .

---

بأن ذكر محمد بن أحمد بن عمرو « رح » وقال محمد بن علي بن عمر مثلاً تقبـــل شهادته إذا تداركه في المجلس ولا تقبل بعده ( وهذا ) أي باعتبار اتحاد المجلس في عـدم التلبيس ، واعتبار اختلافه في وجود التلبيس ( إذا كان موضع شبهة ) يعني إذا كان ذلك الموضع موضع شبهة التلبيس .

( فأما إذا لم يكن ) موضع شبهة التلبيس ( فـــلا بأس باعادة الكلام أصلا ) يعني باستئنافه ( مثل أن يدع ) أى يترك ( لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك ) بأن يترك اسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الإشارة إلى أحدهما ( وإن قام عن المجلس ) واصل بما قبله ( بعد أن يكون عدلاً ) وقد مر هذا عن قريب .

( وعن أبي حنيفة « رح » ) فيما روى الحسن « رح » عنه ( وأبي يوسف « رح » ) فيما روى بشر عنه ( أنه يقبل قوله ) أي قول الشاهد ( في غير المجلس ) أي في جميـــع المجالس ( إذا كان عدلاً ) أي إذا كان الشاهد عدلاً ( والظاهر ما كنا ذكرناه ) يعني أن ظاهر الرواية ما ذكرناه ، وهو أن شهادته تجوز إذا قال أوهمت إذا لم يبرح مكانه ، بعد أن كان عدلاً . فإن برح فلا هكذا فسر الاترازي « رح » وقال الكاكي « رح » قوله . والظاهر مـــا ذكرناه ، وهو أن يقبل في المجلس ، أى في موضع بشبهة التلبيس وبعده وفي غير موضع شبهة التلبيس يقبل في جميع الاوقات . وفي نوادر ابن سماعة « رح » عن محمد « رح » إذا شهد بالدار للمدعي ، وقضى القاضي بشهادتهما ، ثم قالا لا ندري لمن إلينا لا أضمنهما قيمة البناء ، كأننا شككنا في شهادتنا ، وإن قالا ليس البناء للمدعي ضمناقيمة البناء للمشهود عليه ، فعلم بقول الشهود شككنا ، لا يختلف الحكم بعد القضاء وقبله في أنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولاً .

# باب الاختلاف في الشهادة

قال ، الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفتها لم تقبل ، لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد ، شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها ،وانعدمت فيما يخالفها .

---

## ( باب الاختلاف في الشهادة )

أي هذا باب في بيان حكم الاختلاف في الشهادة ، ولما فرع من مسائل الاتفاق في الشهادة شرع في بيان مسائل الاختلاف فيها ، والمناسبة لقضية الطبع ، لأن الاتفاق أصل ، والاختلاف إنما هو يعارض الجهل والكذب فأضر لذلك .

( قال ) أي القدوري « رح » ( الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وان خالفتها لم تقبل ) موافقة الشهادة للمدعي أن تتحد أنواعاً ، وكماً ، وكيفاً ، وزماناً ، ومكاناً ،وفعلاً وانفعالاً ، ووضعاً ، وملكاً ، ونسبة . فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دراهم ، وشهد الشاهد بعشرة مراهم ، أو ادعى عشر دراهم ، ويشهد بثلاثين ، إذا دعى سرقة ثوب احمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وله يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه ، شهد بانشقاقه عنده ، أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان ، وشهد بالغربي منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية الفلانية ، وشهد بولادة غيرها ، لم تكن الشهادة موافقة للدعوى . وأما الموافقة بين لفظيها فليست بشرط . ألا ترى أن المدعي يقول أدعى على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك ، واستدل المصنف « رح » على ذلك بقوله ( لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها ) .

قال ، ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة «رح».
فإن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألفين لم تقبل الشهادة
عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين ،
وعلى هذا المائة والمائتان ،

---

أما اشتراط تقدم الدعوى ، فإن القاضي نصب لفصل الخصومات ، فلا بد منها ، ولا يفنى بالخصومة إلا الدعوى . وأما وجودها عند الموافقة فلعدم ما يهدها من التكذيب . وأما عدمها عند المخالفة ، فلوجود ذلك ، لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفتها وقد كذبتها ، فصار وجودها وعدمها سواء ، وإنما قيد بقوله في حقوق العباد احترازاً عن حقوق الله تعالى ، فإن الشهادة فيها تقبل بدون الدعوى إذ حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد ، فكان كل واحد خصما في إثباتها قوله ، وانعدمت أي الدعوى فيما يخالفها ، لأن الشهادة لتصديق الدعوى ، فإذا خالفها فقد كذبتها كما ذكرنا الآن ، ويعتبر صدق الشاهد لا صدق المدعي في المخالفة ، لأن الأصل في الشهود والعدول الصدق لا في المدعي ، لعدم شرطية العدالة فيه ، وفي الذخيرة كما يشترط التوافق بين الدعوى ، والشهادة تشترط الموافقة بين الشاهدين أيضاً ، لأن القضاء إنما يجوز بالحجة ، والحجة شهادة المثنى ، وبالمخالفة تنعدم الحجة .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) المراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظهما على عادة المعنى بطريق الوضع ، كما قال أحدهما الهبة ، وقال الآخر العطية لا بطريق التضمن ، ثم مثل المصنف « رح » لذلك بقوله ( فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين ، لم تقبل الشهادة عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد رحمها الله ( تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي ألفين ) وبه قال الشافعي في وجه وأحمد رحمها الله في رواية ، وقالا يحلف ويستحق الألف الأخرى ( وعلى هذا المائة والمائتان ) أي وعلى هذا الخلاف إذا شهد أحدهما بالمائة والآخر بالمائتين ، وقال الشافعي وأحمد « رح » يستحق

والطلقة والطلقتان ، والطلقة والثلاث . لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة ، وتفرد أحدهما بالزيادة ، فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد بـــه أحدهما ، فصار كالألف والألف والخمس مائه . ولأبي حنيفة « رح » أنهما اختلفا لفظاً وذلك يدل على اختلاف المعنى ، لأنه يستفاد باللفظ ، وهـــذا لان الألف لا يعبر به عن الألفين ، بل هما جملتان متباينتان ،

---

المائة الأخرى بالحلف ( والطلقة والطلقتان والطلقة والثـــلاث ) أي وكذا على الخلاف إذا شهد أحـــدهما بأنه طلق امرأته واحـــدة ، والآخر شهد بأنه طلقها ثنتين أو ثلاث طلقات .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أنهما ) أي أن الشاهدين ( اتفقا على الألف ) في شهادة أحدهما بالألف والآخر بألفين ( أو الطلقة ) أي أو أنهما اتفقا على المطلقة في شهادة أحدهما بالطلقة ، والآخر بطلقتين أو بالثلاث ( وتفرد أحدهما ) أي أحـــد الشاهدين ( بالزيادة ) وهي زيادة الألف من أحدهما في شهادتهما بالألف ، وزيادة المطلقة الثانية أو الثلاث ( فيثبت ما اجتمعا عليه ) وهو الألف والطلقة الواحدة ( دون ما تفرد به أحدهما ) وهو في زيادة الألف الآخر وزيادة الطلقة الثانيـــة والثلاث يعني لا تقبل في تلك الزيادة ( فصار ) أي حكم هذا ( كالألف والألف والخمس مائة ) أي وكما إذا ادعى الفاً وخمس مائة ، وشهد أحـــدهما بالألف والآخر بالألف وخمس مائة ، والمدعي يدعي الأكثر ، قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين على الألف لفظـــاً ومعنى ، وسيجيء الكلام فيه عن قريب .

( ولابي حنيفة « رح » أنهما ) أي أن الشاهدين ( اختلفا لفظاً ) لأن أحدهما فرد والآخر مجتمع ( وذلك ) أي الاختلاف من حيث اللفظ ( يدل على اختلاف المعنى ، لأنه ) أي لان المعنى ( يستفاد باللفظ وهذا ) أي دلالة اختلاف اللفظ على اختلاف المعنى الذي يستفاد من اللفظ ( لان الالف لا يعـــبر به عن الالفين ، بل هما جملتان متباينتان ) أي

فحصل على كل واحد منهما شاهد واحـــد ، فصار كما إذا اختلف جنس المال . قال ، وإن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمس مائة ، والمدعي يدعي ألفاً وخمس مائة قبلت الشهادة على الألف ،

---

كلمتان متباينتان كزيد وعمرو ، ولم يرد به الجملة المركبة من فعل وفاعل ، أو مبتدأ وخبر كما في النحو ( فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد ) فلا تقبل ( فصار ) حكم هـذا ( كما إذا اختلف جنس المال ) كما إذا شهد أحدهما بألف درهم ، والآخر بمائة دينار أو شهد أحدهما بكر حنطة ، والآخر بكر شعير ، فإن قيل الالف موجود في الالفين ، قلنـــا نعم إذا ثبت الالفان يثبت في ضمنه الالف ، وإذا لم يثبت التضمن كيف يثبت التضمن .

ألا ترى أنه لو شهد أحدهما بأن قال لامرأته انك خلية وشهد الآخر بأنه قال انت برية لا يثبت شيء ، وإن اتفق المعنى . فإن قيـــل يشكل على قول أبي حنيفة « رح » مالو ادعى الفين وشهد بألف يقبل بالاتفاق ، ذكره في المبسوط مع ان شرط صحة القضاء الموافقه بين الدعوى والشهادة ، ولم يوجد . قلنا الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه بين الشاهدين .

ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل وشهدا بإقراره به يقبل ، ولو شهد احدهمـــا بالغصب والآخر بالإقرار بالغصب لا تقبل ، وهذا لان الشهادة تعتمد التلفظ . ألا ترى أنهـــا لا تقبل ما لم تقل أشهد بخلاف الدعوى ، فإنـه لو صحح دعواه في الكتابـــة تقبل دعواه ، ولا يلزم أبو حنيفـــة « رح » إذا قـــال زوجها طلقي نفسك ثلاثاً . فطلقت واحدة كان ذلك منها جواباً فوقعت واحدة ، ولا ما إذا قال لها أنت طالق الفاً فإنه يقع ثلاثاً ، لان الاكثر في ذلك ثابت فيضمن الاقل ، وليس فيما نحن فيه كذلك، لان الاكثر شهد به واحد ، فلا يثبت به شيء .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن شهد احدهما ) أي أحـــد الشاهدين ( بألف والآخر بألف وخمس مائة ، والمدعي يدعي الفاً وخمس مائة ، قبلت الشهادة على الالف

لاتفاق الشاهدين عليها لفظاً ومعنى ، لان الألف والخمس مائة جملتان عطف أحدهما على الأخرى ، والعطف يقرر الاول ، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر ، لانه ليس بينهما حرف العطف ، فهو نظير الألف والألفين . وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الالف ، فشهادة الذي شهد بالالف والخمس مائة باطلة ، لانه كذبه المدعي في المشهود به .

---

لاتفاق الشاهدين عليهما ) أى على الالف ( لفظاً ومعنى ، لان الالف والخمس مائة جملتان عطفت احدهما على الاخرى ، والعطف يقرر الاول ) أى يقرر المعطوف عليه (ونظيره) أى ونظير المذكور ( الطلقة والطلقة والنصف ) بأن شهد احدهما بطلقة ، والآخر بطلقة ونصف ( والمائة والمائة والخمسون ) بأن شهد احدهما بمائة ، والآخر بمائة وخمسين يقبل شهادته على الطلقة بالاتفاق وكذلك المائة .

( بخلاف العشرة والخمسة عشر ) يعني إذا شهد احدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر يعني إذا ادعى المدعي خمسة عشر حيث لا يثبت العشر عند ابي حنيفة « رح » لان الموافقة بين اللفظين شرط ولم يوجد ( لانه ليس بينهما حرف العطف ) فصارا متباينين ، لان خمسة عشر تذكير بغير حرف العطف ، فكانت كلمة واحدة غير العشرة ، فلم يوجد الموافقة . وفي النهاية هذا كله فيما إذا لم يدع المدعي عقداً . اما إذا كان في دعوى العقد ، فهي ثمان مسائل : البيع والإجارة والكتابة والرهن والعتق على مال ، والصلح عن دم العمد والخلع ، والنكاح . وسيجيء كل هذا مشروحاً في هذا الباب إن شاء الله تعالى ( فهو نظير الالف والالفين) اى المذكور نظير ما إذا شهد احدهما بألف والآخر شهد بألفين ، لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة رحمه الله وقد مر عن قريب .

( وإن قال المدعي لم يكن لي عليه إلا الالف ، فشهادة الذى شهد بالالف والخمس مائة باطلة لانه ) اى لان الشاهد ( كذبه المدعي في المشهود به ) وتكذيب الشاهد تفسيق له فكان مبطلاً شهادته ، فبقي شاهد واحد .

وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لان التكذيب ظاهر ، فلا بد من التوفيق . ولو قال كان أصــل حقي ألفاً وخمس مائة ، ولكني استوفيت خمس مائة أو أبرأته عنها، قبلت لتوفيقه . قال وإذا شهدا بألف ، وقال أحدهما قضاه خمس مائة قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ، ولم يسمع قوله أنه قضاه خمس مائة، لانه شهادة فرد ، إلا أن يشهد معه آخر . وعن أبي يوسف « رح» أنــه يقضي بخمس مائة ، لان شاهـد القضاء مضمون وشهادتـه أن لا دين إلا خمس مائة ، وجوابه ما قلنا .

---

( وكذا ) أي وكذا الحكم ( إذا سكت ) أي المدعي ( إلا عن دعوى الألف ) يعني ادعى الألف ولم يتعرض للخمس مائة لا بالنفي ولا بالإثبات ( لأن التكذيب ظاهر، فلا بد من التوفيق ) ولم يوجد حتى لو وفق قبلت الشهادة ، وأشار إلى التوفيق بقوله ( ولو قال كان أصل حقي الفاً وخمس مائة ) كما شهد ( إلا أني[1] استوفيت خمس مـائة أو أبرأته عنها ) أي عن الخمس مائة ( قبلت لتوفيقه ) أي لزوال التكذيب .

( قال ) أي القدوري «رح» ( وإذا شهدا بألف ، وقال أحـــدهما قضاه خمس مائة قبلت شهادتهما على الألف ) وفي بعض النسخ بألف ( لاتفاقهما عليه ) أي لاتفاق الشاهدين على الألف ( ولم يسمع قوله ) أي قول الشاهد الذي قال ( انه قضاه ) يعني قضاه ( خمس مائة لأنه شهادة فرد ، إلا أن يشهد معه آخر ) هذا هو المشهور .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه يقضي بخمس مائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لا دين إلا خمس مائة ) فلا يجوز أن يثبت اكثر من ذلك ( وجوابه ) أي جواب ما روي عن أبي يوسف « رح » ( ما قلنا ) أشار به إلى قوله لأنه شهادة فرد ، كذا قاله الاترازي

---

(١) ولكني – هامش .

قال ، وينبغي للشاهد إذا علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كيلا يصير معيناً على الظلم . وقال في الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا . وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل ، وهو قول زفر « رح » ، لان المدعي أكذب شاهد القضاء . قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ،

---

« رح » ، وقال الأكمل « رح » ، وجوابه ما قلنا انهما اتفقا على وجوب الألف ، وتفرد أحدهما بالقضاء ، والقضاء يتلو الوجوب لا محالة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وينبغي الشاهد إذا علم بذلك ) يعني الشاهد بقضاء خمس مائة إذا علم بذلك ( أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمس مائة كيلا يصير معيناً على الظلم ) لعلمه بدعواه بغير حق . وفي جامع أبي الليث لا يحل للشاهد الذي يعلم القضاء أن يشهد على أصل الدين لعلمه بأن المدعي يدعي بغير حق .

( وقال في الجامع الصغير ، رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم ، فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة على القرض جائزة لاتفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا ) من أن القضاء يثبته بتفرد أحد الشاهدين والفرق بين مسألة الجامع وبين المسألة التي ذكرها قبلها أن في مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين وفي التي قبلها ، شهد بقضاء بعض الدين .

( وذكر الطحاوي « رح » عن أصحابنا أنه لا يقبل ) يعني في القرض والدين جميعاً ( وهو قول زفر « رح » لأن المدعي أكذب شاهد القضاء ) وهو تفسيق له ( قلنا هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ) أي المشهود به الاول وهو القرض ، لم يوجد في حقه التكذيب وهو له ، وإنما وجد التكذيب لأنه أكذبه فيما عليه ، وهو الشهادة

ومثله لا يمنع القبول . قال ، وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة ، وشهد آخران أنه قتله يوم النحر بالكوفة ، واجتمعوا عند الحاكم ، لم يقبل الشهادتين لأن إحداهما كاذبة بيقين ،

---

بالقضاء ، وهو غير المشهود به الأول ( ومثله لا يمنع القبول ) ولهذا لو شهد بألف ومائة دينار ، إذا ادعى المدعي ألف درهم تقبل شهادتهما ، وإن كذبهما المدعي في المائة اليه أشار في الجامع .

( قال ) أي القدوري « رح » ( واذا شهد شاهدان انه ) أي أن عمراً مثلا ( قتل زيداً يوم النحر بمكة ، وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم ، لا تقبل [1] الشهادتين لأن إحداهما ) أي لأن إحدى الشهادتين ( كاذبة ) ظاهراً (بيقين) وبه قال الشافعي « رح » وفي الذخيرة ولو شهد أحدهما بالقتل والآخر بالإقرار بالقتل لا تقبل لأن القتل فعل والإقرار قول ، والقول غير الفعل ، فاختلف المشهود به . وكذا لو شهدا بالقتل واختلفا في الزمان والمكان لأن الفعل الثاني غير الفعل الاول .

وفي المغني ، وكل شهادة على فعل اختلاف الزمان أو المكان يمنع القبول إلا في مسألة واحدة ذكرها داود بن رستم « رح » عن محمد في نصراني شهدا عليه ، فقال أحدهما يصلي في مسجد بني زامدة شهراً وآخر يصلي في مسجد بني عامر شهراً ، أو قال أحدهمايصلي بالكوفة شهراً أو قال أحدهمارأيته يصلي بالشام . قال أجيز شهادتهما وأجبره على الإسلام .

وفي الكافي ، إختلافهما في الزمــان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتاق والوكالة ، والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة ، والقذف ، لايمنع القبول . وفي الجناية والغضب والقتل والنكاح ، يمنع والاصل فيه أن المشهود به إن كان قولاً كالبيع ونحوه ، فاختلافهما في الزمان أو المكان لا يمنع . رواه أحمد في رواية ، لأن القبول مما يعاد ويكرر ، وان كان المشهود به فعلا كالغصب ونحو ، أو قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح ، فإنه قول وحضور الشاهدين فعــل ، وهو شرط فاختلافهما في

---

(١) لم يقبل — هامش .

وليست إحداهما بأولى من الأخرى . فإن سبقت إحداهما وقضى بها ، ثم حضرت الأخرى ، لم تقبل ، لان الأولى قد ترجحت باتصال القضاء بها ، فلا تنتقض بالثانية . قال ، وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة ، واختلفا في لونها قطع .

---

الزمان والمكان يمنع القول ، لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان غيره فاختلف المشهود به .

وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في ظاهر روايته ، إختلافهما في الزمان أو المكان يمنع في الجميع إلا فيما شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس ، وقال الآخر أقر بطلانها يوم الجمعة ، فإنه يقبل . وكذا في البيع والنكاح وغيرهما فلا ينقض بالثانية لان القضاء بالاول قضاء ببطلان الثاني ضمناً ، إذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين. وفي الفتاوي الصغرى ، لو سكت شاهد البيع عن بيان الوقت والمكان ، فسألهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك يقبل شهادتهما لانهما لم يكلفا حفظ ذلك .

( وليست إحداهما بأولى من الاخرى ) يمكن أن هذا جواب عما يقال ، فلم لايسمع القاضي أحدهما ، فقال وليست إحداهما إلى إحدى الشهادتين بأولى من الشهادة الاخرى لعدم المرجح ، فإن كان كذلك (فإن سبقت إحداهما) أي إحدى الشهادتين (وقضى بها) أي وقضى القاضي بها ( ثم حضرت الاخرى ) أي الشهادة الاخرى ( لم تقبل ، لان الاولى قد رجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية ) لان الحكم بالثانية ينافي الحكم بالاول ، وقد صحت ظاهراً حيث اتصل الحكم بها ينتقض بالكذب ، فبقيت كما كانت ونظيره رجل معه ثوبان ، أحدهما نجس فوقع تحريه على أحدهما وصلى فيه ، ثم وقع تحريه على الآخر لا يجوز الصلاة فيه ، لان الاول اتصل به حكم فلا ينتقض بتحري آخر .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا شهد على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها ) بأن قال أحدهما إنها سوداء ، وقال الآخر بأنها صفراء ( قطع .

وإن قال أحدهما بقرة ، والآخر ثوراً ، لم يقطع . وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يقطع في الوجهين جميعاً . وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة ، لا في السواد والبياض ، وقيل هو في جميع الألوان لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء ، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة ، وصار كالغصب ، بل أولى ، لأن أمر الحد أهم ، وصار كالذكورة والأنوثة .

---

وإن قال أحدهما بقرة) أي بأنه سرق بقرة (والآخر ثوراً ) أي وقال الآخر إنه سرق ثوراً ( لم يقطع وهذا عند أبي حنيفة « رح » ) .

( وقالا لا تقطع في الوجهين ) وبه قالت الائمة الثلاثة « رح » وقال التمرتاشي « رح » هذا الخلاف بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه فيما إذا سرق بقرة فقط . أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء ، لا تقبل شهادتهما إجماعاً ، لان كذب أحد الشاهدين . وكذا الخلاف فيما إذا ادعى سرقة ثوب فقط ، احدهما هروى ، وقال الآخر وزي ، فإن اختلفا في الزمان والمكان يقبل بالإجماع .

( وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة ) لان الحمرة الشديدة تظهر كالسواد والبياض ) لأنهما لا يتشابهان أصلا ( وقيل هو ) أي الاختلاف بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيه « رح » ( في جميع الالوان ) وذكر في المبسوط أن الكل على الخلاف في الاصح .

( لهما ) أي لابي يوسف « رح » ومحمد « رح » (أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء ، فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة ) فلا اختلاف في الشهود به فلا يقبل ( وصار كالغصب ) يعني شهد الغصب ببقرة واختلفا في لونها ( بل أولى لان أمر الحد أهم ) لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات ، والثابت هنا قد يسقط بالشبهات ، ولان الاختلاف لما منع قبول الشهادة في المال ، فلأن يمنع في الحر اولى ، كما لو اختلفا في قدر القيمة ( وصار كالانوثة والذكورة ) في المغايرة .

ولــه أن التوفيق ممكن ، لأن التحمل في الليالي من بعيد ، واللونان يتشابهان أو يجتمعان في واحـــد ، فيكون السواد من جانب ، والبياض من جانب آخر ، وهذا يشاهده .

---

( وله ) أي ولابي حنيفة « رح » ( أن التوفيق ممكن لان التحمل في الليـــالي من بعيد ) إذا اكثر السرقات تكون في الليـــالي ، وتحمل الشهادة من بعيد ( واللونان يتشابهان ) كالحمرة والصفرة ( أو يجتمعان ) أى اللونان بين ذلك بقوله ( في واحديكون السواد من جانب وهذا يبصره ، والبياض من جانب آخر هذا ) أي الآخر ( يشاهده ) وكل واحد يشهد بما رآه ، فإن قيل لو كانت البقرة على هذه الصفة، يقال لها أبلقلاسوداء ولا بيضاء قلت نعم كذلك لمح ولكن في حق من يعرف اللونين. أما في حق من لايعرف إلا احدهما يكون عنده ذلك اللون كذا في المبسوط .

وإذا كان التوافق ممكناً وجب القبول ، كما إذا اختلف شهود الزنا في سبب واحد. وقال الاكمل « رح » وفيه بحث في وجهين أحدهما أن طلب التوفيق هاهنـــا لاحتيال أسباب الحد ، وهو القطع ، والحد يحتال لدونه لا لإثباته ، والثاني ان التوفيق وان كان ممكناً ، ليس بمعتبر مـــا لم يصرح به فيما لم يثبت بالشبهات ، فكيف يمكن اعتباره فيما يدربها .

والجواب عن الاول أن ذلك إنما كان احتيالا لاثباته اذ لو كان في اختلاف ما كلفنا نقله ، وهو من صلب الشهادة ، كبيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصاباً تقطع به أو لا . وأما إذا كان في اختلاق ما لم يكلفنا نقله كلون ثياب السارق وأمثاله ، فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالاً لإثبات الحد ، لإمكان ثبوته به .

ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك ، فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ، ولم يكلفنا نقله إلى مجلس الحكم ، بخـلاف الذكورة والأنوثة ، فإنهما يكلفان النقل بذلك ، لأن القيمة تختلف باختلافها ، فكان اختلاف في صلب العقد .

وعن الثاني بأنه جواب القياس ، لأن القياس اعتبار مكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا .

بخلاف الغصب ، لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة . وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه . قال ، ومن شهد لرجل أنــــه اشترى عبداً من فلان بألف ، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة ، فالشهادة باطلة ، لان المقصود إثبـات السبب ، وهو العقـد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف الشهود ، ولم يتم العــــدد على كل واحد ، ولأن المدعي يكذب أحد شاهديه .

---

( بخلاف الغصب ) هذا جواب عن مسألة الغصب وهو قوله ( لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ) أي لأن تحمل الشهادة في الغصب يكون بالنهار ، إذ الغصب يكون فيــه غالباً ( الذكورة والأنوثة ) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما فانهما ( لا يجتمعان في واحدة . وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه ، فلا يشتبه ) أي في حيوان عادة، ولأن الشاهدان يكلفان بيان الذكورة والانوثة ، لأن القيمة تختلف باختلافهما ، فكان اختلافهما فيهما في نفس الشهادة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن شهد لرجل أنه اشترى عبداًمن فلان بألف درهم ، وشهد آخر أنه اشترى بألف وخمس مائة ، فشهادته باطلة ) قال الاترازي « رح » كان المناسب ذكر هذه المسألة بعد قوله ، وإن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألف وخمس مائة ، قلت تلك المسألة في دعوى المال ، وهــــذه في دعوى العقد ( لأن المقصود اثبات السبب ، وهذا العقد يختلف باختلاف الثمن ، فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ) لأن اختلاف الشهود به يمنع قبول الشهادة ، وكذا نقصان العدد يمنع ( ولأن المدعي ) دليل آخر على ذلك ( يكذب أحد شاهديه ) صورة المسألة في الجـامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه قال في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هــذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيــع ، فيقيم عليه شاهداً بألف وخمسمائة ، وشاهداً بألف ، قال هذا باطل .

وكذلك إذا كان المدعي هو البائع ، ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما لما بينا . وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد إن كان المدعي هو العبد فظاهر . وكذا إذا كان هو المولى ، لان العتق لا يثبت قبل الأداء ، فكان المقصود إثبات السبب . وكذا الخلع

---

( وكذلك ) أي وكذا الشهادة باطلة ( إذا كان المدعي هو البائع ، ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما ) يعني سواء ادعى أقل المالين أو أكثر ، وفي الفوائد الظهيرية عن السيد الإمام الشهيد أبي القاسم السمرقندي « رح » يقبل ، لأن الشراء لواحد قد يكون بألف ، ثم يصير بألف وخمسمائة ، بأن اشترى ثم زاد في الثمن ، فقد انقضى على الشراء الواحد ( لما بينا ) وهو أن المقصود إثبات السبب .

( وكذلك الكتابة ) أي كالبيع لأن عقد الكتابة يختلف باختلاف البدل كالبيع ، هنا تسع مسائل : البيع ، والكتابة ، والخلع ، والطلاق ، والإعتاق على مال ، والصلح على دم العمد ، والرهن ، والنكاح ، والإجارة . وقال الاترازي « رح » بعد أن نقل ما ذكره محمد « رح » في الجامع الصغير وهذه ثمان مسائل ، لأنه لم يذكر الطلاق . وأشار المصنف « رح » إلى الكتابة بقوله وكذلك الكتابة بعد أن يذكر البيع ، فالبيع هو المسألة الأولى والكتابة هي الثانية . وفي قاضي خان « رح » بمنزلة البيع إذ كان الدعوى من العبد ، لأنه يدعي العقد أشار اليه المصنف « رح » بقوله ( لأن المقصود هو العقد ) أي عقد الكتابة ( إن كان المدعي هو العبد فظاهر ) فلا تقبل الشهادة إذا اختلف الشاهدان في بدل الكتابة كما في البيع والشراء .

( وكذا ) أي وكذا لا تقبل الشهادة ( إذا كان ) أي المدعي ( هو المولى ، لأن العتق لا تثبت قبل الأداء ) أي قبل إذا يدل الكتابة ، وبدل الكتابة لا يكون إلا بعقد الكتابة وهو معنى قوله ( فكان المقصود إثبات السبب ) أي العقد ، والثالثة من المسائل الخلع أشار اليه بقوله ( وكذا الخلع ) بأن ادعت المرأة الخلع وأنكر الزوج ، والرابعة منها هو

والإعتاق على مال ، والصلح عن دم العمـــد إذا كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل ، لان المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه . وإن كانت الدعوى من جـــانب آخر ، فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرناه من الوجوه ، لانه يثبت العفو والعتق والطـــلاق باعتراف صاحب الحق ، فيبقي الدعوى في الدين وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن لا يقبل ، لانه لا حظ له

---

قوله ( والإعتاق على مال ) والخامسة هو قوله ( والصلح عن دم العمد ) فالحكم في هذه المسائل الثلاثة ( إذا كان المدعى هو العبد ) في مسألة الكتابة ( والمرأة ) أي وإن كان المدعي هي المرأة في مسألة الخلع ( والقاتل ) أي وإن كان المدعي هو القـــاتل في مسألة الصلح عن دم العمد فلا خفاء في هذه الثلاثة ( لأن المقصود إثبات العقد ، والحاجة ماسة اليه ) أي إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه .

( وإن كانت الدعوى من الجانب الآخر ) وهو المولى والزوج وولي القصاص ، بأن قال المولى أعتقتك على ألف وخمس مائة ، والعبد يدعي الألف وقال الزوج خالعتك على ألف وخمس مائة ، والمرأة تدعي الألف ، وقـــال ولي القصاص صالحتك على ألف وخمسمائة والقاتل يدعي الألف ( فهو بمنزلة دعوى الدين ) أي كانت الدعوى مثل دعوى الدين وهو البدل وهو المبدل لوقوع العتق والطلاق والعفو بإقرار المولى والزوج وولي القصاص ( فيما ذكرنا من الوجوه ) المذكورة من أنه يقبل على الألف إذا ادعى الفاً وخمس مائة بالاتفاق وإذا ادعى الفين لا تقبل عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما وإن ادعى أقل المالين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لأنه يثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق ) وهو المعتق والزوج والولي ( فيبقى الدعوى في الدين ) وهو البدل والمسألة السادسة هو قوله ( وفي الرهن ) أي إذا شهد أحـــد الشاهدين بالالف والآمر بألف وخمسمائة .

( إن كان المدعي هو الراهن لا يقبـــل) الشهادة ( لانه ) أي لان الراهن ( لاحظ له

في الرهن ، فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين . وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة ، فهو نظير البيع ، وإن كان بعـــد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين . قال ، فأما النكاح ،

---

في الرهن ) لانه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كانت دعواه غير مفيدة ، فكانت كأن لم يكن وهو معنى قوله ( فعريت الشهادة عن الدعوى ) فلا تقبل .

( وإن كان ) أي المدعي ( هو المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين ) يقضى بأقـل المالين إجماعاً . فـإن قيل الرهن لا يثبت إلا بالإيجاب والقبول فكان عقداً كسائر العقود فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال بمنزلة اختلافهما في البيع أو الشراء وإن كانت الدعوى من المرتهن قلنا لما كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن كان له أن يرد الراهن متى شاء ، بخلاف الراهن لانه ليس له استرداد الرهن متى شاء ، فكان الاعتبار الدعوى الدين في جانب المرتهن ، لان الرهن لا يكون بالدين فتقبل البينة كما في سائر الديون ، ويثبت الرهن بالالف ضمناً ، وتبعاً للدين والمسألة السابعة هي قوله :

( وفي الإجارة ) أي اختلاف الشهادة إذا كان في الإجـــارة ( إن كان كذلك ) أي الدعوى على تأويل الادعاء ( في اول المدة ) قبل استيفاء المنفعة ( فهو نظير البيــع ) يعني لا تقبل الشهادة كما في البيع ، لان المقصود إثبات العقد ، وقد اختلف باختلاف البدل ( وإن كان بعد مضي المدة ) واستيفاء النفقة ( والمدعي ) أي والحـال أن المدعي ( هو الآجر فهو دعوى الدين ) أي المال فيقضي بأقل المالين إذا ادعى الاكثر ، إذ لا حاجة هنا إلى إثبات العقد ، وإن كان المدعي هو المستأجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافـاً بمال الإجارة ، فيجب عليه ما اعترف ، فـــلا حاجة فيه حينئذ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما . والمسألة الثانية هي قوله :

( قال ) أي أبي حنيفة « رح » ( فأما النكاح ) يعني إذا اختلف المشهود فيه ، فقال

فإنه يجوز بألف استحساناً . وقالا هـــذا باطل في النكاح أيضاً ، وذكر في الأمالي قول أبي يوسف « ر ح » مع قول أبي حنيفة « ر ح » ولهما أن هذا اختلاف في العقد ، لان المقصود من الجانبين السبب فأشبه البيع . ولأبي حنيفة « ر ح » أن المال في النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والملك ، ولا اختلاف فيما هو الأصل فيثبت .

---

أحدهما بألف والآخر بألف وخمس مائة (فإنه) أي فإن النكاح ( يجوز بألف استحساناً ) كما في دعوى الدين .

( وقال أبو يوسف ومحمد « رح » [1] هذا باطل في النكاح أيضاً ) يعني كما هو باطل في البيع يعني فلا تقبل الشهادة ولا يقضى بالنكاح . ( وذكر في الامالي قول أبي يوسف « رح » مع قول أبي حنيفة « رح » ) قال فخر الدين قاضي خان « رح » في شرح الجامع الصغير وذكر في الدعوى عن الامالي قول أبي يوسف « رح » مع قول أبي حنيفة « رح » .

( ولهما ) أي ولابي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( أن هــذا اختلاف في العقد ) لان النكاح بألف غير النكاح بألف وخمس مـــائة ( لان المقصود من الجانبين السبب ) والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة ( فأشبه البيع ) كما إذا اختلف الشاهدان فيه بأن شهد أحدهما بألف ، والآخر بألفين فلا تقبل ، كذا هذا ( ولابى حنيفة « رح » أن المال في النكاح تابع ) ولهذا يصح بلا تسمية مهر وملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال ، كالعم ، والاخ ، والاختلاف في التابـــع لا يوجب اختلاف في الاصل .

( والاصل فيه ) أي في النكاح هذا دليل أخذ تقريره أن الاصل في النكاح (الحل) هو حل البضع ( والازدواج والملك ) هو ملك البضع ، لان شرعيته كذلك ولزوم المهر لصون الحـــل الخطر عن الاستبذال بالتسلط عليها مجاناً ( ولا اختلاف ) للشاهدين ( فيما هو الاصل فيثبت ) أي الاصل .

---

(١) قالا — هامش .

ثم إذا وقـــع الاختلاف في التبع يقضي بالأقل لاتفاقهما عليه . ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح . ثم قيـــل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية ، وفيما إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل لان مقصودها قد يكون المال ، ومقصوده ليس إلا العقد . وقيل الخلاف في الفصلين وهذا أصح ،

---

( ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل ) أي بأقل المالين ( لاتفاقهما عليه ) أي لاتفاق الشاهدين على الأقل . واعترضوا عليه بأن هذا تكذيب لأحد الشاهدين ، واجيب بأن التكذيب فيما ليس بمقصود ، وهو المـــال ، والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل وهو العقد ( ويستوي دعوى أقل المالين أو أكثرهما ) قال الأكمل « رح » ، قال المصنف « رح » ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما بكلمة أو ، والصواب كلمة الواو بدلالة يستوى ، انتهى . قلت كان في نسخة بكلمة أو ، فكذلك اعترض ، وليس كذلك فإن النسخ كلها بالواو حتى في نسخة شيخي العلاء « رح » التي هي العمدة ( في الصحيح ) احترازاً عما قال بعضهم ، وأنه لما كان كالدين وجب أن يكون الدعوى بأكثر المالين كما في الدين ، واليه ذهب شمس الأئمة « رح » .

( ثم قيل الاختلاف ) أي بين أبي حنيفة وصاحبيه ( فيما إذا كانت المرأة هي المدعية وفيما إذا كان الزوج هو المدعي [1] إجماع على أنه لا يقبل لأن مقصودها قـد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد ) فيكون الاختلاف فيه يمنع القبول .

( وقيل الخلاف ) اى الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ( في الفصلين ) جميعاً ، يعني فيما إذا كان مدعي النكاح الرجل والمرأة ( وهذا أصح ) أي الخلاف بين أبي حنيفة « وح » وصاحبيه في الفصلين جميعاً أصح . وقال الاترازي « رح » ولنا في قوله ، وهذا أصح نظراً لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شرح الجامع الصغير . وشرح الطحاوي فيما إذا كان المدعي هو الزوج ، بل قالوا لا تقبل الشهادة لأن الاختلاف وقع في العقد ، انتهى . قلت عدم ذكرهم في شرح الجامع الصغير

---

(١) نسخه كان المدعي هو الزوج — هامش .

والوجــــه ما ذكرناه .

## فصل في الشهادة على الإرث

قال ، ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه ، أعارهـا أو أودعها الذي هي في يده ، فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنـــه مات وتركها ميراثاً له . وأصله أنه متى ثبت الملك

---

شرح الطحاوي لا يستلزم عدم ذكر غيرهم ( والوجه ما ذكرناه ) أشار به إلى ما ذكر في دليل الطرفين عند قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد .. إلى آخر ما ذكره .

### ( فصل في الشهادة على الارث )

أي هذا فصل في بيان حكم الشهادة على الارث ، ولما ذكر أحـــكام الشهادة المتعلقة بالإحياء شرع يذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت ، بحسب مقتضى الوقائع .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أقام بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده،فإنه يأخذها ) أي فإن المدعي الذي أقام البينةيأخذ الدار بهذه البينة ( ولا يكلف البينة ) أي يشهدوا ( أنه ) أي أن أباه ( مات وتركها ميراثاً له ) أي لإبنه . وفي الفوائد الظهيرية هذا بالإجماع ، لكن على اختلاف التخريج : فأبو يوسف « رح » لا يقول في الميراث باشتراط الجر والانتقال من المورث إلى الوارث في قبول البينة ، وأبي حنيفة ومحمد « رح » وإن كانا يشترطان ذكر الجر والانتقال ، بأن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعي وارث الميت مات وتركها ميراثاً له . أما ها هنا لم يشترطا لأن المدعي أثبت لمورثه يداً إلى المدعي بمـــا أقام من البينة ، لأن يد المستودع والمستعير ، يد المودع والمعير ، فصار كأنه أقام البينة بأن أباه مات والدار في يده ، ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا هذا .

( وأصله ) أي أصل حـــكم الشهادة على الإرث ( أنه ) أي الشأن ( متى ثبت الملك

للمورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنـــه مات وتركها ميراثاً له عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » هو يقول أن ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث . وهما يقولان أن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير ، فلا بد من النقل. إلا أنه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده

---

للمورث لا يقضى به للوارث ) أي لا يحكم له بذلك الملك ( حتى يشهد الشهود أنه ) أي أن المورث ( مات وتركها ) أي ترك تركة ( ميراثاً له ) أي لهذا الوارث ( عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » ) هذا الخلاف مبني على الأصل المذكور ، وهو أن الشهادة بالميراث يحتاج إلى الجر والانتقال عند أبي يوسف « رح » يقـول ( إن ملك الوارث ملك المورث ) لكون الوراثة خلافه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به وإذا كان كذلك ( فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به ) أي بالملك ( للوارث ) .

( وهما ) أي أبو حنيفة ومحمد « رح » ( يقولان أن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه ) أي على الوارث ( الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير ) وإن كان المورث غنياً ، فلما كان ملكه متجدداً ، فلا بد من إثبات الملك له ابتداء وهو معنى قوله ( فلا بد من النقل ) بأن يقول الشهود أنه مات وترك هذا الشيء ميراثاً لهذا لئلا يكون استصحاب الحال مثبتاً.

( إلا أنه يكتفي بالشهادة ) هذا استثناء من قوله لا بد من النقل يعني عندهما لا بد من الجر والنقل إلا أن الشهادة يكتفى بها ( على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده ) أي يكتفي بالشهادة على قيام يده عند الموت ، لأن اليد

على ما نذكره إن شاء الله تعالى . وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده ، فأغنى ذلك عن الجر والنقل . وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يديه جازت الشهادة ، لان الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

---

حينئذ تصير يد ملك بالضمان ، لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه ويعطي ما كان عنده من الودائع والغصوب ، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما في يده ملكه والأمانات تصير مضمونة بالتحصيل بأن مات ولم يبين أنها وديعة فلان ، لأنه حينئذ ترك الحفظ وهو متعة يجب الضمان به . وإذا ثبت هذا لمن قام بينه على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي في يده ، فإنه يأخذها ولا يكلف البينة أنه مات وتركها ميراثاً له بالاتفاق . أما عند أبي حنيفة « رح » فلأنه لا يوجد الجر في الشهادة . وأما عندهما فلأن قيام اليد عند الموت يغني عن الجر ( على ما نذكره إن شاء الله تعالى ) هذا إشارة إلى ما نذكره عن قريب بقوله لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك .

( وقد وجد الشهادة على اليد في مسألة الكتاب ) أي هذا الكتاب وهي المسألة التي ذكرها عقيب الفصل بقوله ، ومن أقام بينة على دار بها كانت لأبيه ... إلى آخرها والحاصل أنه أشار بهذا إلى أن هذه المسألة متفق عليها ، وأشار إلى بيان وجهها بقوله ( لأن يد المستعير والمودع ) بفتح الدال ( والمستأجر ) بكسر الجيم أي ويد المستأجر ( قائمة مقام يده ) أي يدأب المدعي الذي أقام بينة أنها كانت لأبيه ( فأغنى ذلك ) إلى قيام يده عن الموت ( عن الجر والنقل ) .

( وإن شهدوا أنها ) أي أن هذه الدار ( كانت في يد فلان مات وهي في يديه ، جازت الشهادة ) قال الاترازي « رح » قوله وإن شهدوا انها كانت في يد فلان أي يد أبيه ، وصرح صدر الشهيد « رح » في شرح الجامع الصغير حيث قال وإن شهدوا انها كانت في يد أبيه مات وهي في يده جازت الشهادة ( لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة

الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل، فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت. وإن قالوا لرجل حي نشهد أنها كانت في يد المدعي منذ أشهر لم تقبل. وعن أبي يوسف «رح» أنها تقبل لان اليد مقصودة كالملك. ولو شهدوا أنهـــا كانت ملكه تقبل، فكذا هذا، وصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي.

---

الضمان ) لأنهم لما شهدوا له باليد وقت الموت فلا يخلوا اما ان يكون يد ملك أو يد أمانة فإن كانت يد ملك فلا شك، وإن كانت يد غصب تصير يد ملك بالضمان، وإن كانت امانة تصير يد غصب بالتجهيل وهو معنى قولـه ( والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل ) فيصير يد ملك ( فصار ) أي قول الشاهد بأنها كانت في يده وقت الموت ( بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت ) فيثبت النقل إلى الورثة بالضرورة. وروي عن الحسن انها لا تقبل، لأنهم شهدوا بيد منقضية، والأصح انها تقبل لما مر.

( وإن قالوا لرجل حي ) ذكر هذه المسألة استطراداً، إذ هي ليست من باب الميراث أي وإن قال الشهود لرجل حي، يعني إذا كانت الدار في يد رجل حي، فادعاها رجل آخر، وليست الدار في يده، فقالوا انها له فشهدوا انها له وقيدبقوله حي، لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت في يده وقت الموت تقبل بالإجماع وقيد بقوله ( نشهد انها كانت في يد المدعي ) لأنهم لو شهدوا انها كانت له تقبل بالإجماع، كذا في قاضي خان «رح» وقوله ( منذ اشهر ) وجوده كعدمه، لأن الخـــلاف ثابت فيما لم يذكره ( لم تقبل ) أي هذه الشهادة.

( وعن ابي يوسف «رح» انها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ) إذا ثبت يبقى إلى ان يوجد المزيد فكذا في اليد ( ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل، فكذا هذا فصار ) هذا ( كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعي ) يعني لو شهدوا انها كانت في المدعي واخذها المدعى عليه الذي هو صاحب اليد يقبـــل الشهادة وترد الدار إلى المدعي، وكذا إذا اقر المدعى عليه بأنها كانت في يد المدعي ترد على ما ذكر في الكتاب.

وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد منقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان، فتعذر القضاء بإعادة المجهول، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف بخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولأن يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به. وليس الخبر كالمعاينة وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعي لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار. وإن شهد شاهدان أنه أقر أنها كانت في يد المدعي دفعت إليه، لأن المشهود به ها هنا الإقرار هو معلوم.

---

( وجه الظاهر وهو قولهما ) أي قول ابي حنيفة ومحمد « رح » ( ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية ) اى زائلة ، يعني يد المدعي زائلة في الحال ، وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر ( وهي ) اى اليد (متنوعة إلى ملك وامانة وضمان) فإذا كان كذلك كانت مجهولة ( فتعذر القضاء بإعادة المجهول ) تعذر الحكم باعادتها مع قيام الجهالة ( بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ) كيف ما كان . قال عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ( ولان يد ذى اليد معاين ، ويد المدعي مشهود به ) والشهادة خبر .

( وليس الخبر كالمعاينة ) لاحتمال زوال اليد بعدما كانت والمعاين راجح ، لان المعاينة توجب العلم والشهادة عليه الظن ، فما كان موجباً للعلم اولى قال ليس في كثير من النسخ لفظ قال ( وإن أقر بذلك المدعى عليه ) اى أقر بأن الدار كانت في يد المدعي (دفعت إلى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار ) بل يجب عليه بيانه كما لو أقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه .

( وإن شهد شاهدان أنه أقر ) أى المدعى عليه أقر ( أنها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ها هنا الإقرار وهو معلوم) أى المشهود به وهو الإقرار معلوم ، والمجهول هو المقر به والجهالة فيه ليست بمانعة لصحة الإقرار .

# باب الشهادة على الشهادة

قـــال ، الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ، وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها ، إذ شاهد الأصل قـد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى اتواء الحقوق . ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت .

---

## ( باب الشهادة على الشهادة )

أي هذا باب في بيان حكم الشهادة على الشهادة لما كانت الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول استحقت التأخير لأن الأصل مقدم على الفرع .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( الشهادة على الشهادة جـــائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة ) أراد به غير الحدود والقصاص ، وبه قال أحمد «رح » والشافعي «رح» في قول . وقال مالك « رح » يقبل في كل الحقوق سواء كان حـــداً أو غيره ، وبه قال الشافعي « رح » في الاصح ( وهـــذا ) أي جواز الشهادة على الشهادة ( استحسان بشدة الحاجة إليها ) والقياس يأتي جوازها لتمكن الشبهة فيها ، إذ الأخبار إذا تداولتهـــا الألسن يتمكن فيهـــا زيادة ونقصان ، ولأن أداء الشهادة عبادة والعبادة لا يجري فيها النيابة لأنهـــا جوزت استحساناً ( إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ) كالموت والسفر والغيبة .

( فلو لم يجز الشهادة على الشهادة أدى إلى إتواء الحقوق ) أي ضياعها وهلاكها (ولهذا) أي ولأجل إتواء الحقوق عند عدم جواز الشهادة على الشهادة ( جوزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت ) أي الشهادة على الشهادة وإن بعدت .

إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية ،أو من حيث أن فيها زيادة احتمال ، وقد أمكن الاحتراز عنـــه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهـات كالحدود والقصاص . ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين . وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا الأربـع

---

( إلا أن فيها ) أي لكن في الشهادة ( شبهة من حيث البدلية ) لأن البدل محالاً لا يصار اليه إلا عند العجز عن الأصل ، وهذه كذلك ، فإن قيل لو كان فيها معنى البدلية ينبغي أن لا يجوز الجمع بين الأصل والفرع ، فإن القاضي لو قضى بشاهد أصل وشاهدين فرعين يجوز ، وتكميل الأصل بالخلف لا يجوز كما في الوضوء والتيمم ، ذكره في الكافي . أجيب بأن البدلية إنما هي في المشهود به فشهادة الفروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الاصول هو ما عاينوه مما يدعيه المدعي ، وإذا كان كذلك لم يكن شهادة الفروع بدلاً عن شهادة الاصول فلم يمنع إتمام الأصول بالفروع (أو من حيث أن فيها زيادة احتمال )معطوف على قوله من حيث البدليـــة ، يعني إن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعـــدم العصمة ، وفي شهادة الفروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم .

( وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود ) يعني بشهود الأصل ( فلا تقبل فيمايندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص ) فالشافعي « رح » في قول يوافقنا في الحدود لا في القصاص فإن قيل ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلاناً حداً في قذف تقبل حتى يرد شهادة فلان . قلنا المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات ، وإنما الذي لا يثبت مع الشبهات إلا يناب الموجـــة للعقوبة ، وإقامة القاضي حد القذف ليس بسبب موجبه للعقوبة ، فإن قيل أليس أن إقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة ، قلنا لا ، ولكن رد شهادة من تمام الحد، فيكون ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف .

( ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين، وقال الشافعي «رح» لا يجوز إلا الأربع

على كل أصل اثنان ، لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد ، فصار كالمرأتين . ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ، ثم شهدا بحق آخر ، فتقبل . ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك « رح »

---

على كل أصل إثنان ) أي شاهدان من الأربع ، وبه قال عبد الملك المالكي « رح » واختاره المزني « رح » ( لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد ) فلا تتم حجة القضاء بها ( فصار كالمرأتين) أي كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما.

( ولنا قول علي رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ) هذا غريب ، يعني لم يثبت ، والذي روي عن علي رضى الله عنه ما رواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه ، أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى الاسلمي عن حسين عن أبيه عن جده عن علي رضى الله عنه قال ، لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان .

وقال الاترازي « رح » ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضى الله عنه أنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل إلا شهادة رجلين وجه الاستدلال بذلك أن علياً رضى الله عنه جوز شهادة رجلين على شهادة رجل ، على شهادة رجل آخر ، ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة إطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعاً على شهادة الاصلين،ولم يرد عن غير علي رضى الله عنه خلافه فحل محل الإجماع قلت فيه تأمل.

( ولأن نقل شهادة الأصل في الحقوق ) يعني حق من الحقوق إذ طريق جواز الشهادة على الشهادة نقل الشهادة (فيما شهد بحق ثم شهد بحق آخر ) فكمل نصاب الشهادة ( فتقبل ) لكمال النصاب .

( ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا ) أي من قول علي رضى الله عنه ( وهو ) أي قول علي رضى الله عنه ( حجة مالك « رح » ) فإنه قال في كتبنا ، وقال مالك « رح » يجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد ، ولكن ذكر في جواهر المالكية

ولأنه حق من الحقوق ، فلا بد من نصاب الشهادة وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا ، وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء وإن لم يقل أشهدني على نفسه

---

لا يجوز ، وكذا ذكر في الحلية ، فإذا كان كذلك كيف يكون قول علي « رض » حجة على مالك « رح » ، وفي الحلية أنه على قول أحمد « رح » وابن أبي ليلى وعبدالله بن شبرمة والحسن البصري وعبدالله بن الحسن العنبري وعثمان البتي وإسحق « رح » يثبت بشهادة واحد شهادة الأصل الواحد ، لأن الفرع قائم مقام الأصل ( ولأنه ) أي ولأن نقل الشهادة ( حق من الحقوق ، فلا بد من نصاب الشهادة ) إذ النصاب شرط فلا بد منه .

( قال ) أي القدوري « رح » (وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشهادة الفرع أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا ، وأشهدني على نفسه لأن الفرع كالنائب عنه ) أي عن الأصل ، وإنما قال كالنائب ، ولم يقل نائب عنه لو كان نائباً عنه حقيقة ، لما جاز الجمع عند فرعين ، وأصل بيانه أن القاضي أن يقضي بشهادة أصل واحد فرعين عن أصل آخر ، ولو كان الفرع نائباً حقيقة لما جاز الجمع بين الأصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم (من التحميل والتوكيل ) لأن الشهادة على الشهادة إنما تصير حجة بنقل شهادة الأصل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من التحميل ، والفرع وكيل عن الأصل فلا بد من التوكيل ( على ما مر ) أي الذي مضى قبله في فصل ما يتحمله الشاهد .

( ولا بد أن يشهد ) أي الأصل ( كما يشهد عند القاضي ) أي كما يشهد الأصل عند القاضي بلا تفاوت في القول ، بأن يقول إني أشهد أن فلاناً بن فلان أقر عندي بكذا فاشهد أنت على شهادتي ( لينقله إلى مجلس القضاء ) أي لينقل الفرع ما اشهده الاصل إلى مجلس القاضي ( وإن لم يقل ) أي الأصل عند الفرع ( أشهدني على نفسه ) أي المقر أو

جاز ،لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة ، وإن لم يقل له إشهد ، ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدني على شهادته أن فلاناً أقر عنده بكذا . وقال لي إشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته . وذكره شهادة الأصل وذكره التحميل لها لفظ أطول من هذا وأقصر منه وخير الأمور أوسطها .

---

المدعى عليه ( جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له ) أي وان لم يقل الغير ( إشهد ) علي .

( قال ) أي القدوري « رح » ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلاناً أشهدنى على شهادته أن فلاناً أقر عندي بكذا ، وقال لي إشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته ) أي شهادة الفرع ( وذكره شهادة الأصل وذكره التحميل) أما شهادة الاصل فلا بد له ثم يخبر بعد ذلك بصفة مانفع عليه شهادته وهو التحميل ( ولها ) أي لشهادة الفرع عند الاداء ( لفظ أطول من هذا ) أي من الذي ذكره القدوري « رح » وهو كما قال الخصاف وغيره أن الفرع يقول عند القاضي أشهد أن فلاناً شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال وأشهدني على شهادته ، وأمرني أن اشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن ، فيحتاج إلى ثمان شينات ، واختاره أبو الليث « رح » واستاذه أبو جعفر الهندواني «رح» . وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات واختاره الحلواني ( وأقصر منه وخير الامور أوسطها) وهذا أن يقول الفرع أشهد على شهادة فلان بكذا جاز فيه شينان واختاره أبو الليث « رح » واستاذه أبو جعفر الهندواني « رح » وهكذا حكى فتوى السرخسي « رح » وهكذا ذكر محمد « رح » في السير الكبير ، وبه قالت الائمة الثلاثة .

وذكر الخصاف أنه يكفي ثلاث شينات في الاشهاد ، وست في الاداء وهو أن يقول في الاشهاد أشهد ان فلاناً أقر عندي لفلان بكذا فاشهد عندي أن لفلان على فلان كذا ، واشهدني على شهادته إلا أن أنا أشهد على شهادة أن لفلان على فلان كذا ، وهذا معنى ما قاله في نظم الجامع ويؤتي بشينات ثلاث لحملها ، وبالست في حال الاداء مردود. وفي الفتاوى

ومن قال أشهدني فلان على نفسه، لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول أشهد على شهادتي لأنه لا بد من التحميل. وهذا ظاهر عند محمد «رح» لأن القضاء عنده بشهادة الفروع والأصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع. وكذا عندهما، لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول لتصير حجة، فيظهر تحميل ما هو حجة.

---

الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكروا اسماء الاصول واسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالا للقاضي نشهد ان رجلين تعرفهما أشهدانا على شهادتهما، يشهدان بكذا، وقالا للقاضي لا نسميهما لك او قالا لا نعرف اسماً لهما، لم تقبل حتى يسميا لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة.

( ومن قال أشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له أشهد على شهادتي، لانه لا بد من التحميل. وهذا هو ظاهر عند محمد «رح» لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعاً حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع ) يعني اشتراكهم في الضمان ان المشهود عليه بالخيار بين تضمين الاصول وبين تضمين الفروع، فليس معناه ان يقضي بنصف الضمان على الاصول وبنصفه على الفروع، بل هذا كالغاصب، وفي الذخيرة لو ضمن الفروع لا يرجعون على الاصول كما في الغصب وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع بخلاف لو ضمن الغاصب حتى يرجع على غاصب الغاصب.

( وكذا عندهما ) أي وكذا عند أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» لا بد من التحميل. إن كان القضاء مضافاً إلى الفروع حتى وجب الضمان على الفروع، خاصة عند رجوع الاصول والفروع جميعاً فلا بد من التحميل، وليس للفروع أن ينقلوا شهادتهم بدون تحميلهم ( لأنه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ماهو حجة ) أي يظهر بالنقل تحمل ما هو حجة، ولولا التحميل لم يوجد الفعل والنقل إلى مجلس القاضي حجة حتى يتبين أنهم تحملوا ما هو حجة، والنقل لا بد له من التحميل والتوكيل. قوله فيظهر

قال ، ولا تقبل شهادة شهود الفروع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ، أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحكم ، لأن جوازها للحاجة وإنما تمس عند عجز الأصل . وبهذه الأشياء يتحقق العجز وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام ، فكذا سبيل هذا الحاكم . وعن أبي يوسف « رح » أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة ، لا يستطيع أن يبيت في أهله

---

بالنصب لأنه جواب النفي ، وهو قوله لا بد . ويجوز أن يكون معطوفاً على قوله ليصير وهذا أظهر .

( ولا تقبل شهادة شهود الفروع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ) قدر الغيبة بمدة السفر لتعلق الأحكام بمدة السفر كقصر الصلاة والإفطار في الصوم وابتداء مسح الخف ، وكتكبيرات التشريق عند أبي حنيفة « رح » والأضحية والجمعة ، وخروج المرأة بلا محرم ، به قال الشافعي « رح » في قول أحمد في رواية ( أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه ) أي مع المرض ( حضور مجلس الحاكم ، لأن جوازها للحاجة ) أي لأن جواز الشهادة على الشهادة لأجل حاجة الناس مع أن القياس يأباها ( وإنما تمس ) أي الحاجة ( عند عجز الأصل ) أي شهود الأصل .

( وبهذه الاشياء ) وهي الموت والغيبة والمرض ( يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر ) أي مدة السفر في الغيبة ( لأن المعجز ) اسم فاعل من التعجيز ( بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً ) أي من حيث الحكم ( حتى أدير عليها ) أي على مدة السفر ( عدة من الأحكام ) وهي التي ذكرناها الآن (فكذا سبيل هذا الحكم ) أي حكم غيبة شهودالأصل.

( وعن أبي يوسف « رح » أنه ) أي الشاهد القوى ( إن كان في مكان لوغدا ) أي أذهب بكرة النهار ( لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله ) بعد الرواح من مجلس

صـــح الإشهاد إحياء لحقوق الناس . قالوا الأول أحسن ، والثاني أرفق . وبه أخذ الفقيه أبو الليث . قال ، فإن عدل شهود الأصـــل شهود الفرع جاز ، لأنهم من أهل التزكية ،

---

القاضى ( صح الإشهاد إحياء لحقوق الناس ) وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » في روايه .

وقال مالك « رح » لو كان بمـــكان لا يلزمه الحضور ، وقال بعض أصحاب مالك لا ينقل في الحدود والأغيبة بعيدة ، فأما اليومان والثلاثة فلا ، إلا المرأة ، فإنه ينقل عنها مع حضورها في البلد . وفي الذخيرة روى عن محمد « رح » أنه يجوز كيف ما كان ، حتى إذا كان الأصل في رواية المسجد ، والفرع في رواية أخرى من ذلك المسجد تقبل ، وقال شمس الأئمة السرخسي والسعدي «رح» في شرح أدب القاضي للخصاف شهادة الفروع والاصول في المصر يجب أن يجوز على قولهما ، وعلى قول أبي حنيفة لا يجوز في الفتاوي الصغرى . قال محمد « رح » أقبـــل الشهادة على الشهادة والشهود على شهادتهم في المصر من غير مرض ولا علة .

( قالوا ) أي المشايخ « رح » ( الأول ) أي التقدير بثلاثة أيام ( أحسن ) لأن العجز شرعاً يتحقق فيه ( والثاني ) وهو قول أبي يوسف « رح » ( أرفق ) لأن فيـــه رفقاً بالناس ( وبه ) أي وبالثاني ( أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله ) وكثير من المشايخ «رح» .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فإن عدل شهود والاصل شهود الفرع جاز ) بنصب شهود الاصل على المفعولية ، وشهود الفرع بالرفع على الفاعلية ، أي عدل الفروع الاصول جاز باجماع الائمة الاربعة « رض » ( لانهم ) أي لان شهود الاصل (من أهـــل التزكية ) فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم . وذكر الخصاف «رح » يسأل القاضي الفروع عن الاصول ، ولا يقضي قبل السؤال ، فان عدلوهم ثبتت عدالتهم في ظاهر الرواية . وعن محمد « رح » لا تثبت عدالتهم بتعديل الفروع ، لان فيه تقبل بشهادة انفسهم ، والصحيح ظاهر الرواية لان العدل لا يتهم بمثله .

وكـــذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا غاية الأمران فيه منفعة له من حيث القضاء بشهادته . لكن العدل لا يتهم بمثله ، كما لا يتهم في شهادة نفسه ، كيف وإن قوله مقبول في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فــلا تهمة . قال وإن سكتوا عن تعديلهم جاز . وينظر القاضي في حالهم ، وهــذا عند أبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة . فإن لم يعرفوها ، لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل . ولأبي يوسف « رح » أن المأخوذ عليهم النقل

---

( وكذا ) أي كذا الحكم ( إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صح لما قلنا ) أراد به قوله أنه من أهل التزكية ( غاية الامر أن فيه ) أي غاية ما يرد فيه من أمر الشهادة أن يقال ينبغي أن لا يصح تعديله ، لانه متهم بسبب تعينه أي في تعديله ( منفعة له من حيث القضاء بشهادته ، لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه ، كيف وإن قوله ) أي لا يصح تعديل الفرع بالاصل والحال أن قوله ( مقبول في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه ) حتى إذا انضم اليه غيره من العدول ، حكم القاضي بشهادتهما ، وإذا كان الأمر كذلك ( فلا تهمة ) حينئذ .

( قال وإن سكتوا عن تعديلهم ) أي وإن سكت الفروع عن تعديل الاصول ( جاز ) أي شهادة الفروع ( وينظر القاضي في حالهم ) أي في حال شهود الاصل ، يعني ينظر القاضي عن عدالة شهود الاصل عن شهود الفرع ( وهذا ) أي وهذا المذكور ( عند أبي يوسف « رح » ) .

( وقال محمد « رح » لا تقبل لانه لا شهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها ) أي إذا لم يعرف الفروع عدالة الاصول ( لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ) كما لو شهدوا على من لايعرفون عقله ( ولابي يوسف « رح » أن المأخوذ عليهم ) أى أن الواجب على شهود الفرع (النقل

دون التعديل ، لأنه قد يخفى عليهم . وإذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا . قـال ، وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ، لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين ، وهو شرط . وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم ، وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها ، فجاء بامرأة ، وقالا لا ندري أهي هذه

---

دون التعديل لانه ) أي لان التعديل ( قد يخفى عليهم ) فيرجع الأمر إلى القاضي .

( فإذا نقلوا ) أى شهادتهم ( يتعرف القاضي العـدالة ) أي يتكلف في السؤال عن عدالتم ( كما إذا حضروا ) أي شهود الاصل ( بأنفسهم وشهدوا ) قال القاضى يتعرف عدالتهم فكذا هذا ، وإذا قالوا لا نعرف أن الاصول عدول اولا قال السعدي « رح » وهذا وقولهم لاخبرك سواء فإذا قالوا لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم ويسأل من غيرهم عن حال الاصول وهو الصحيح .

( قال ) أى القدورى « رح » ( وإن أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادةشهود الفرع ) وفي الـكافي معنى المسألة أنهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضورهم فلا يلتفت إلى شهادة الفروع وان لم ينكروا ( لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين ) أى بين خـبر الفروع وخبر الاصول ( وهو ) أى التحميل ( شرط ) لصحة شهادة الفروع .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالا ) أي قال الفرعان ( أخـبرانا ) أى الاصلان ( انهما ) أى ان الاصلين ( يعرفانها ) أى يعرفان فلانة ( فجاء بامرأة ) أى فجاء الفرعان بامرأة ، وقال الاترازى « رح » فجاء بامرأة بتوحيد الفعل ، أى فجاء المدعي بامرأة في بعض النسخ فجاء بلفظ التثنية ( وقالا ) أى الفرعان (لا ندري أهي هذه) اى فلانة هذه

أم لا ، فإنه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان أنها فلانة ، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ، ولعلها غيرها ، فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها ، وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المحدود بها في يد المدعى عليه .

---

( أم لا فإنه ) أي فإن الشأن ( يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان ) بكسر التاء ، يقال هات يا رجل أي أعطني ، وللمرأة هاتي بالياء . وذكره الجوهري في الاجوف اليائي وبه قال الخليل ( إنها فلانة ، لأن الشهادة على المعرفة ) على وزن اسم المفعول من التعريف ( بالنسبة قد تحققت ) كما تحملوها ، فصح النقل . ولكن قولهم لا ندري هي هذه أم لا يوجب جرحاً في شهادتهم .

( والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها ) أي ولعل المرأة الحاضرة غير تلك المرأة فوجب التوقف ( فلا بد من تعريفها ) أي من تعريف المرأة الحاضرة ( بتلك النسبة ) المذكورة وهي أن يأتي المدعي بشاهدين يشهدان أن الحاضرة فلانة بنت فلان الفلانية المعروفة بتلك النسبة .

( ونظير هذا ) نظير حكم المسألة المذكورة ( إذا تحملوا الشهادة ) أي إذا تحملت جماعة الشهادة ( ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري ) بعدما أنكر أن يكون المحدود بها في يده ( لا بد من آخرين يشهدان ان المحدود بها في يد المدعى عليه ) توضيحه ما قال العتابي « رح » وغيره نظيره إذا ادعى رجل على رجل محدوداً في يده ، وشهد شهوداً أن هذه الحدود المذكورة بهذه الحدود ، ملك هذا المدعي في يد المدعى عليه بغير حق ، فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود التي ذكرها الشهود ، فيقال للمدعي هات شاهدين أن الذي في يديه محدودة بهذه الحدود ليصح القضاء .

وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه. قال، وكذلك كتاب القاضي إلى القاضي، لأنه في معنى الشهادة على الشهادة إلا أن القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته يتفرد بالنقل. ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها إلى فخذها وهي القبلة الخاصة،

---

( وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يديه ) قال التمرتاشي « رح » يعني لو قال المدعي أن المذكور بهذه الحدود ملكه في يد المدعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه الذي في يد غيره محدود بهذه الحدود، فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان ان الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء ( كما في كتاب القاضي إلى القاضي ) يعني كتب في كتابه شهد عدلان لأن عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلاني كذا، فاقض عليها انت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب اليه، ودفع الكتاب اليه وأنكرته أنها فلانة يقول القاضي هات شاهدين يشهدان أن هذه التي أحضرتها هي الفلانية المذكورة بهذا الكتاب تمكن الإشارة اليها في القضاء ( لأنه ) أي لأن كتاب القاضى إلى القاضي في معنى الشهادة على الشهادة.

( الا أن القاضي ) جواب إشكال مقدر هو أن يقال أن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي سمع الشهادة من الشاهدين ونقل شهادتها بالكتاب، فصار كأنه حضر مجلس المكتوب إليه وشهد. وهناك يشترط اثنان، فلذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب ان يكون اثنين، فأجاب بقوله - إلا أن القاضى ... إلى آخره، تقديره أن القاضى ( لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل ) فلا يشترط به قاض آخر.

( ولو قالوا ) أي الشهود ( في هذين البابين ) أي باب الشهادة على الشهود وباب كتابة القاضى فلانة بنت فلان ( التميمية ) أي المنسوبة إلى بني تميم ( لم يجز ) أي الشهادة ( حتى ينسبوا إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة ) يعني التي لا خاصة دونها أي المنسوبة، أي الشهادة إلى فخذ الخاصة، يعني التي لا خاصة فوقها.

هـــذا لأن التعريف لا بد منه في هذا ولا يتحصل بالنسبة العامة ، وهي عامة بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون و يحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة. وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة . وقيل السمرقندية والبخارية عامة . وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة

---

وقال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست ، أولها الشعب ، ثم القبيلة ، ثم الفصيلة، ثم العمارة ، ثم البطن ، ثم الفخذ . وقال في غيره ان الفضيلة بعـد الفخذ ، فالشعب بكسر الشين تجمع القبائل ، والقبائل تجمع العمائر ، والعمارة بكسر العين تجمع البطون ، والبطن يجمع الأفخاذ، والفخذ بسكون الخاء لجمع الفضائل خذيمة شعب ، و كنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخذ ، والعباس فصيلة .

( وهذا ) أي عـــدم الجواز ( لأن التعريف لا بد منه في هذا ، ولا يتحصل ) أي التعريف ( بالنسبة العامة وهي ) أي التميمية ( عامـــة بالنسبة الى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون ، ويحصل ) أي التعريف ( بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة) المصنف فسر الفخذ بالقبيلة الخاصة ، وفسر العتابي بالأب الأعلى الذي ينسب ابوها اليه .

( وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة ) أى الفرغاينة نسبة إلى فرغانة بفتح الفاء وسكون الراء وبالغين المعجمة بعدها الف ونون وهاء ، إسم لإقليم فيها وراء النهر وفيها مدن كثيرة وفيها سكك منها أوزجند ، وأشار بهـــذا إلى ان التعريف لا يحصل بالنسبة إلى الاوزجندية ، لأن فرغانة فيها نساء كثير المحـــدث أساميهن وأسامي آباءهن بخلاف الاوزجندية فإنها خاصة لأن اوزجند اسم حارة خاصة .

( وقيل السمرقندية والبخارية عامة ) يعني النسبة إلى سمرقند أو إلى بخارى عامة وكل واحدة منها فيها وراء النهر وهما مشهورتان ، والنسبة إلى كل واحدة منها عامة .

( وقيل إلى السكة الصغيرة ) أى النسبة إلى السكة الصغيرة (خاصة، وإلى المحلة الكبيرة المصر عامة ) حاصل الكلام إلى النسبة إلى ما هي خاصة مبنياً يحصل التعريف بخلاف

ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الحد لأنه اسم الجد الأعلى ، فنزل منزلة الجد الأدنى .

## فصـــل[1]

قال أبو حنيفة « رح » شاهد الزور أُشَهِّرُه في السوق ولا أعزره . وقالا نوجعه ضرباً ونحبسه ، وهو قول الشافعي « رح » .

---

النسبة إلى ما هي عامة فيها ، حيث لا يحصل التعريف بها لأن المحلة الكبيرة ومصر يشتمل كل منهما على ناس كثيرين يتحد أساميهم واسامي آبائهم ، فلا يحصل التعريف بذلك. وقال الفقيه ابو الليث « رح » لو شهد على فلانة البلخية لا يقع بهذا التعريف ما لم ينسباها إلى محلها وسكتها ( ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الحد لأنه ) أي لأن الفخذ ( إسم الجد الاعلى ) في القبيلة الخاصة ( فنزل منزلة الجد الادنى ) في النسبة وهو أب الأب .

### ( فصل )

أي هذا فصل في ذكر شهادة الزور ، ذكره بفصل على حدة ، لأن لها أحكاماً مخصوصة وآخرها لأن الأصل هو الصدق .

( قال أبو حنيفة شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره ) قوله شاهد الزور كلام إضافي مبتدأ ، وقوله أشهره خبره والجملة مقول القول (وقالا) أي أبي يوسف ومحمد«رح» ( نوجعه ضرباً ) بنون الجماعة وضرباً على التمييز ( ونحبسه ) كذلك بنون الجماعة (وهو) أي قولهم ( قول الشافعي « رح » ) وبه قال مالك واحمد « رح » وعامة العلماء «رح» .

---

(١) فصل في شهادة الزور – هامش .

لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه . ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد ، وليس فيها حد مقدر فيعزر ، وله أن شريحاً كان يشهره ولا يضرب ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى بـه . والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ، ولكنه يقع مانعاً عن

---

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً وسخم وجهه ) هذا رواه ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه في الحدود . حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن مالك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام في الشاهد الزور بضرب اربعين سوطاً ويسخم وجهه ، ويحلق رأسه ويطال الحبس . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه أخبرنا ابن جريج قال حديث عن مكحول أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطاً ، قوله سخم من التسخيم ومن السخام وهو سواد القدر .

وقال الاكمل « رح » من السخام بالخاء المعجمة أو بالحاء المهملة من سخم وهو الاسود ثم قال لا يقال الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما لانهما لا يقولان بجواز التسخيم لأنه مثلة وهو غير مشروع ، ولا تبليغ التعزير إلى أربعين لان مقصودهما إثبات ما نفاه أبي حنيفة من التعزير بالضرب ، فإنه يدل على ان أصل الضرب مشروع في تعزير ما زاد على ذلك كان محمولا على السياسة .

( ولأن هذه ) أي شهادة الزور ( كبيرة ) وعدت في الحديث الصحيح من الكبائر ( يتعدى ضررها ) أي ضرر شهادة الزور ( إلى العباد ) باتلاف اموالهم ( وليس فيها حد مقدر ) من حيث الشرع ( فيعزر ) بالتعزير المذكور .

( وله ) أي ولابي حنيفة « رح » ( أن شريحاً « رح » ) وهو شريح بن الحارث الكندي القاضي « رح » ( كان يشهره ) شاهد الزور ( ولا يضرب ، ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ، ولكنه يقع مانعاً عن

الرجوع ، فوجب التحقيق نظراً إلى هذا الوجه . وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين ،

---

الرجوع ) فإنه إذا تصور الضرب يخاف ، فلا يرجع ، وفيه تضييع للحقوق ( فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه ) .

فإن قلت،قال في المبسوط شاهد الزور عندنا هو المقر على نفسه بذلك لأنه لا يتمكن تهمة الكذب إلا في إقراره على نفسه ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة عليه ، لأنه نفى الشهادة والبينة للاثبات دون النفي .

وقال شيخ الاسلام « رح » في مبسوطه شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب متعمداً ، أو يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود بقتله حياً حتى يثبت كذبه بيقين ، فأما لو قال غلطت أو اخطأت أو اردت شهادة بتهمة او المخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر أصلاً . وقال ابو محمد الكاتب « رح » هذه مسألة على ثلاثة اوجه : إما ان يرجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزر بلا خلاف وإن رجع على سبيل الإقرار يعزر بالضرب بلا خلاف ، وان كان لا يعلم فعلى الاختلاف .

ثم قال ، لو تاب شاهد الزور هل تقبل شهادته بعد ذلك. فعلى الوجهين إن كان فاسقاً تقبل توبته لأن الذي حمله على شهادة الزور فسقه ، فإذا تاب وظهرت توبته فقد زال فسقه فيقبل ولم يعين في الكتاب مدة ظهور توبته ، فقال بعض المشايخ « رح » سنة وقيل ستة أشهر ، والصحيح انه مفوض إلى رأى القاضي .

أما لو كان مستوراً لا تقبل شهادته أبداً ، وكذا إذا كان عدلاً فشهد بالزور ثم تاب لا تقبل شهادته أبداً على رواية بشر « رح » عن أبي يوسف « رح » . وروى أبو جعفر « رح » عن أبي يوسف « رح » انه يقبل ، قالوا والفتوى على هذا ، كذا ذكره المحبوبي « رح » في جامعه .

( وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة ) هذا جواب عما استجابه من حديث عمر رضى الله عنه بيانه أن عمر رضى الله عنه فعل ذلك على طريق السياسة لا على طريق التعزير ( بدلالة التبليغ إلى الأربعين ) لانه لو كان على سبيل التعزير لم يبلغ الأربعين لبلوغه

والتسخيم ثم تفسـيـر التشهير منقـول عن شريـح « رح » ، فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر ، أجمع ما كانوا . ويقولون أن شريحاً « رح » يقرأ عليكم السلام ويقول إنا وجدنا هـــذا شاهد زور ، فاحذروه وحذروا الناس منه . وذكر شمس الائمـــة السرخسي « رح » أنه يشهر عندهما أيضـــاً .

---

حداً في غير حد ( والتسخيم ) بالجر عطفاً على قوله - بدلالة التبليغ - وهو أيضاً يدل على ما قلنا ولأنه مثلة وهي منسوخة بالإجماع .

( ثم تفسير التشهير منقول عن شريح « رح » فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقياً وإلى قومه ) أي أو يبعثه إلى قومه ( إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ) مجتمعين أو إلى موضع يكون اكثر جمعاً للقوم ( ويقول (١) ) أي الذي يبعثه ( أن شريحاً « رح » يقرأ عليكم السلام ، ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه ) حتى لا يستشهدوا به .

فإن قيل أبو حنيفة « رح » لا يرى تقليد التابعي « رح » حتى روي عنـــه أنه قال هم رجال اجتهدوا ونحن رجال يجتهدون وقلنا ذكر في النوادر عن أبي حنيفة «رح» في تقليد التابعي الذي زحم الصحابة رضى الله عنه في الفتوى ، قال أنا أقلده . فعلى هـــذه الرواية ظاهر . وعلى ظاهر الرواية قالوا لم يذكر قوله محتجاً به ، وإنما ذكره لبيان أن احتجاجه بتجويز الصحابة ، رضى الله عنهم فعـله فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضى الله عنهما ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة « رض » ولم ينكره أحد من الصحابة « رض » فحل محل الإجماع وكان احتجاجاً باجماع الصحابة « رض » لا تقليد الشرع .

( وذكر شمس الائمة السرخسي «رح» أنه) أي أن شاهد الزور ( يشهر عندهما أيضاً

---

(١) ويقولون - هامش .

والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما ، وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود . وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا ، وقالا يعزران [1] وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك ، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة ، والبينات للإثبات والله أعلم .

---

والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( وكيفية التعزير ماذكرناه في الحدود. وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا انهما شهدا بزور لم يضربا ) يعني عند أبي حنيفة « رح » ( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( يعزران وفائدته ) أي وفائدة وضع الجامع الصغير بقوله شاهدان أقرا إلى آخره (أن شاهدالزور في حق ما ذكرنا في الحكم هو المقر على نفسه بذلك ) أي بالزور، يعني أنه لا يثبت كذب الشاهد إلا بإقراره ( فإما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي الشهادة ) فلا تسمع (والبينات للاثبات والله أعلم )أي مشروعية البينات لإثبات الاحكام وقد مر الكلام فيه قريب .

* * *

---

(١) يضربان – هامش .

# كتاب الرجوع عن الشهادات

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق إنما يثبت بالقضاء . والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما أتلفا شيئاً على المدعي ولا على المدعى عليه[1] ، فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم ، لان آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقضي

---

( كتاب الرجوع عن الشهادات )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الرجوع عن الشهادات وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن الرجوع يقتضي سابقة الشهادة لا محالة . قيل ركنه قول الشاهد شهدت بزور وشرطه أن يكون عند القاضي وحكمه إيجاب التعزير على كل حال ، سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعده ، والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء أو كان المشهود به مالاً وقد أزاله بغير عوض والرجوع عن الشهادة مشروع بالإجماع ، وعن عمر رضى الله عنه الرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل .

( قال ) أي القدوري ( وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت ) أي الشهادة ولا خلاف فيه ( لأن الحق إنما يثبت بالقضاء ) أي بالحكم ( والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ) لأن الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه ، والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز (ولا ضمان عليهما لأنهم ما أتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا)، يعني بعد الحكم (لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله ، فلا ينقضي

---

(١) المشهود عليه — هامش .

الحكم بالتناقض ، ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان. والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ،وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى . ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم

---

الحكم بالتناقض ) لأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى ما لا يتناهى لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع،فيجب اعادة الرضاء الأول ، كذا في المبسوط ( ولأنه ) أي ولأن الكلام الآخر ( في الدلالة على الصدق مثل الاول ) وكلما كان كذلك ساواه واحتيج فيه إلى الترجيح ( وقد ترجح الأول باتصال القضاء به ) فلا ينقض به.

( وعليهم ) أي وعلى الشهود ( ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ) فقضاء القاضي ، وان كان علة التلف لكنه كالملجأ من جهتهم فكان السبب منهم تعدياً ، فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البئر على قارعة الطريق ( والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ) هذا جواب عما يقال كلامهم متناقض وذلك ساقط العبرة فعلى ما الضمان ووعد تقريره من بعد بقوله ( وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ) .

وفي المغني كان أبو حنيفة « رح » اولاً يقول فيما رجع بعد القضاء ينظر إلى حال الراجع إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حق نفسه وفي حق غيره حتى وجب عليه التعزير وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عندالشهادة في العدالة ودونه يجب عليه التعزير ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان عليه وهو قول استاذه حماد « رح » ثم رجع عن هذا وقال لا يصح رجوعه في حق غيره وعلى كل حال لا ينقض القضاء ولا يرد المشهود به على المشهود عليه وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » والائمة الثلاثة وذكر شمس الائمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي الخصاف « رح » وروي عن إبراهيم النخعي « رح » أنه كان حال الشهود فذكر مثل ما ذكرناه الآن ... إلى آخره .

( قال ) أي القدوري « رح » ( لا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم ) سواء كان هو

لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضي أي قاض كان . ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر ، والإعلان بالإعلان . وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي ، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما ، وأراد يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعاً باطلاً حتى

---

الحاكم الأول أو غيره ( لأنه ) أي لأن الرجوع عن الشهادة ( فسخ الشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس ، وهو مجلس القاضي أي قاض كان ) وقال الاكمل « رح » وهذا الدليل لا يتم إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع فإن الرجوع إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم .

والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع ما دامت الحجة باقية ، فلا بد من رفعها والرجوع في غير مجلس الحكم ليس برفع للحجة لان الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة ، والإقرار بالضمان مرتب على ارتفاعها أو تثبت في ضمنه فكان من توابعه .

( ولأن الرجوع توبة ) أي لان الرجوع عن الشهادة توبة عن جناية الكذب (والتوبة على حسب الجناية ، فالسر بالسر ، والإعلان بالاعلان ) فالشهادة كانت بالإعلان والرجوع أيضاً كذلك وهذا اللفظ جاء في حديث معاذ بن جبل رضى الله عنه أن النبي ﷺ بعثه إلى اليمن فقال معاذاً رضى الله عنه أوصني يا رسول الله ﷺ قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت ، واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر ، وإذا علمت شراً فاحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية .

(وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان ) لان البينة واليمين يسترتبان على دعوى صحيحه ، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة ( وكذا لا تقبل بينته ) أي بينة المشهود عليه ( عليهما ) أي على الشاهدين ( لانه ادعى رجوعاً باطلا ) إذ الرجوع في غير مجلس القاضي باطل ( حتى

لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمن المال تقبل لان السبب صحيح . قال ، وإذا شهد شاهدان بمال ، فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعدياً. وقال الشافعي «رح» لا يضمنان ، لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة .

---

لو أقام ) أي المشهود عليه ( البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل ) أي بينته ( لان السبب صحيح ) .

قال الاكمل رحمه الله الضمير المستكن في ضمنه يجوز ان يكون للقاضي ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئاً إلى الآن ويجوز ان يكون للمدعي ، ومعناه طلب من القاضي تضمنه وإلا كف ، واللام في قوله لان السبب بدل من المضاف اليه وهو قبول البينة أي لان سبب قبول البينة صحيح ، وهو دعوى الرجوع في مجلس حكم ، وقيل هو الضمان ومعناه لان سبب الضمان صحيح ، وهو الرجوع عند الحاكم ، وليس بصحيح لان الدعوى حينئذ ليست بمطابقة الدليل ، فإنها قبول البينة لا وجوب الضمان .

( قال ) اى القدوري « رح » ( وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ،ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه ) وبه قال مالك واحمد والشافعي « رح » في القول الاصح، وعنه في قول لا يضمنان ( لان التسبيب على وجه التعدى سبب الضمان كحافر البئر ) وواضع الحجر ( وقد سببا ) اى الشاهدان ( للإتلاف تعدياً ) أى من حيث التعدى فوجب الضمان على الشهود .

( وقال الشافعي « رح » لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة ) هذا ينتقض بشهود القصاص إذا رجعوا على أصله ، وبالمحرم إذا أمسك صيداً حتى قتله محرم آخر لا يقال أن الشهود لم يوجد منهم إلا مجرد القول ، ومجرد القول لا يوجب الضمان لأنا نقول يبطل ذلك بشهود العتق والطلاق قبل الدخول إذا رجعوا .

قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ، لانه كالملجأ إلى القضاء . وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب ، وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال ديناً كان أو عيناً لان الإتلاف به يتحقق . ولانه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين .

---

( قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي ، لأنه كالملجأ إلى القضاء ) لأن القضاء فرض عليه بما يثبت عنده ظاهراً حتى لو لم يرد وجوب القضاء عليه يكفر ولو رأى ذلك ، ومع هذا أخر القضاء يفسق وإذا كان كالملجأ كان معذوراً في قضائه وإنما قال كالملجأ ولم يقل أنه ملجأ حقيقة ، إذ لو كان ملجأ حقيقة على الحكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبه كما في المكره ، كما هو مذهب الشافعي « رح » ، وليس كذلك ، وهذا لأن الملجأ حقيقة من يخاف العقوبة الدنيوية والقاضي إنما يخاف عقوبة الآخرة ، ولا يصير به ملجأ لأن كل واحد يقيم الطاعة خوفاً من العقوبة على تركها في الآخرة ولا يصير به مكرهاً ، ولكن لا يجب الضمان على القاضي لأنه غير متعمد .

( وفي إيجابه ) أي وفي إيجاب الضمان على القاضي ( صرف الناس عن تقلده ) أي عن تقلد القضاء ، وفي ذلك ضرر عام فيتحمل الضرر الخاص ( وتعذر استيفاؤه من المدعي ) أيضاً ( لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب ) لأن الشهود صاروا لأجله سبباً لإزالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا ( وإنما يضمنان ) أي الشاهدان ( إذا قبض المدعي المال ) سواء ( ديناً كان أو عيناً ، لأن الإتلاف به ) أي بالقبض ( يتحقق ) وفي ذلك لا يتفاوت بين العين والدين ، وهو اختيار شمس الائمة « رح » ، وفرق شيخ الإسلام خواهرزادة « رح » بين العين والدين ، فقال إن كان المشهود به عيناً يضمن للمشهود عليه قبض المدعي العين أولا ، وإن كان المشهود به ديناً يضمنه إذا استوفاه المدعى عليه . ( ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين ) بيان ذلك أنهما إذا لزما ديناً بشهادتهما

قال ، فإن رجع أحدهما ضمن النصف ، والاصل أن المعتبر في هذا إبقاء من بقي لا رجوع من رجع ، وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق . وإن شهد بالمال ثلاثة ، فرجع أحدهم ، فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ، وهذا الان الإستحقاق باق بالحجة ،

---

فلو ضمنا قبل الأداء إلى المدعي كان قد استوفى منهما عيناً بمقابلة دين ، ولا مماثلة بينهما. وقال الاترازي يعني أن المشهود به إذا كان ديناً لم يستوفه المشهود له لا يجب الضمان على الشهود ، لأن الضمان يعتمد على المماثلة ، ولا مماثلة بين العين والدين .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فإن رجع أحدهما ) أي أحد الشاهدين ( ضمن النصف ) أي النصف المشهود به ( والأصل ) هنا ما ذكروا في شرح الجامع الكبير ( أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع ، وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق ) لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين ، وما زاد فهو فضل في حق القضاء ، إلاأن الشهود إذا كانوا اكثر من الإثنين يضاف القضاء ووجوب الحق إلى الكل لاستواء حالهم واذا رجع واحد زال الاستواء وجلت إضافة القضاء إلى الشيء.

وعلى هذا إذا رجع أحد الإثنين ضمن النصف لأنه بقي من شهادة من بقي نصف الحق. فإن قيل لا نسلم ذلك وأن الباقي فرد لا يصلح لاثبات شيء به ابتداء فكذا بقاء . اجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء للاثبات ما لا يصلح في الابتداء لذلك كما في النصاب ، فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ، ويصلح في البقاء بقدره .

(وإن شهد بالمال ثلاثة ، فرجع واحد[1] منهم فلا ضمان عليه ) أي على الراجع (لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ) وبه قال مالك « رح » في رواية ، والشافعي « رح » في قول وقال أحمد يغرم ثلث الحق وبه قال الشافعي في قول آخر، ومالك « ر ح » (وهذا) يعني عدم الضمان على الثالث الذي رجع وقال الاترازي وهذا إشارة إلى قوله لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ( لأن الاستحقاق ) أي المدعي للشهود به ( باق بالحجة ) التامة .

---

(١) أحدهم ـ هامش.

والمتلف متى استحق سقط الضمان ، فأولى أن يمتنع . فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق[1] لان ببقاء أحدهم ، يبقى نصف الحق . وإن شهد رجل وامرتان ، فرجعت امرأة ، ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي ، وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق . وإن شهد رجل وعشر نسوة ، ثم رجع ثمان فقط فلا ضمان عليهن، لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ،

---

( والمتلف متى استحق سقط الضمان ) أي عن المتلف بكسر اللام صورته فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى القاضي له على المتلف بالضمان ، ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف ( فأولى أن يمتنع ) أي الضمان من الراجع لأن ابتداء استحقاق التلف يسقط الضمان ، فبقاؤه أولى أن يمنع لأن المنع أسهل من الدفع .

( فإن رجع آخر ) أي من الثلاثة ( ضمن الراجعان نصف المال (١) لأن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق ) هذا ايضاً بناء على الاصل المتقدم لأن العبرة لما كان لبقاء من بقي كان الباقي نصف الحق ، فإذا بقي نصف الحق كان الثالث بالرجوع نصف الحق لا محالة فيضمنه الرجعان لأن أحدهما ليس أولى من الآخر ، فكان ضمان النصف عليهما على السواء ، فإن قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف إنما أضيف إليه قلنا التلف مضاف إلى المجموع ، إلا أن برحوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء من بقى ، فإذا رجع الباقي ظهر أن التلف بهما .

( وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ) أي المرأتان ( ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق . قال ) أي القدوري « رح » ( وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان ) من النساء ( فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق ) وبه قال مالك والشافعي

---

(١) الحق — هامش .

فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق، لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقيـــة ، فبقي ثلاثة الارباع . وإن رجـــع الرجـل والنساء فعلى الرجـل سدس الحق ، وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة « رح » . وقـالا على الرجـــل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، ولهـذا لا يقبل شهادتهن ، إلا بانضمام رجل . ولابي حنيفة « رح » أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد . قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنين منهن بشهادة رجل واحد ،

---

« رح » في قول ، وقال أحمد « رح » يجب عليهن أربعة أسدسة من الضمان ، وبه قـــال الشافعي « رح » في الاصح ( فإن رجعت أخرى كان عليهن ) أي على تسع نسوة ( ربـــع الحق ) وبه قال مالك « رح » والشافعي « رح» في قول (لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربـع ) أى ربـع الحق ( بشهادة الباقية فيبقى [1] ثلاثة الارباع وإن رجع الرجـــل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عنـــد أبي حنيفة « رح») وبه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » .

( وعندهما [2] ) أي وعند أبي يوسف ومحمد « رح » (على الرجل النصف وعلى النسوة النصف ) وبه قال أبو العباس«رح»من أصحاب الشافعي « رح » ( لانهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ، ولهذا لا يقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل ) معهن فلا تقبـل شهادتهن وحدهن ، فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين ، فصار الضمان على الرجـــل والنسوة إنصافاً .

( ولابي حنيفة « رح » أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد ، قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل واحد )

---

(١) فبقي– هامش. (٢) قالا – هامش .

فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ، ثم رجعوا ، فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا. ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا ، فالضمان عليهما دون المرأة ، لان الواحدة ليست بشاهدة ، بل هي بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم . قال وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا ، فلا ضمان عليهما . وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف ، لأن التضمين يستدعي المماثلة على ماعرف ،

---

أخرج البخاري « رح » من حديث أبي سعيد الخدري « رح » أن رسول الله ﷺ قال يا معشر النساء ... الحديث » وفيه اما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل بشهادة رجل الحديث ( فصار ) يعني إذا كانت امرأتان كرجل صار ( كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعا » فإن رجع النسوة العشرة دون الرجل » كان عليهن نصف الحق على القولين ) أي على قول أبي حنيفة « ر ح » وقول صاحبيه « رح » ( لما قلنا ) أن المعتبر هو بقاء من بقي ، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق .

( ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما ) أي على الرجلين ( دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه ) أى إلى بعض الشاهد ( الحكم ) لأن القضاء يضاف إلى شهادة رجلين دون المرأة .

( قال ) أى القدورى « رح » ( وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما ) أى على الشاهدين ( وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها لأن منافع البضع غير متقومة ) فلا تكون مضمونة ( وقت [1] الإتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة ) أي لاضمان عليهما » وعند الائمة الثلاثة « رح» يضمنان لها ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر المثل ( على ما عرف ) يعني بالنصف وهو قوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما

---

(١) عند ـ هامش .

وإنما تضمن وتتقوم بالتملك ، لأنها تصير متقومة ضرورة الملك إبانة لخطر المحل . وكذلك إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف وهذا لأن مبنى الضمان على المماثلة ، ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض . وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ، ثم رجعا ضمنا الزيادة لأنهما أتلفاها من غير عوض . قال وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ، ثم رجعا لم يضمنا

---

اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ، ولا مماثلة بين العين والمنفعة التي هي العوض ، أعني منفعة البضع ، فلا يجب الضمان كما في إتلاف سائر منافع المغصوب حيث لا يجب الضمان عندنا خلافاً للشافعي .

( وإنما تضمن ) جواب عما يقال لو لم يكن المنافع متقومة لكانت بالتملك بذلك فأجاب بقوله وإنما تضمن أى المنافع ( وتتقوم بالملك [1] لانها ) أى لان المنافع ( تصير متقومة ضرورة الملك إبانة ) أى إظهاراً ( لخطر المحل ) حتى يكون مصوناً عن الابتذال ( وكذلك ) أى لا ضمان ( إذا شهدا على رجل بتزويج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه إتلاف بعوض لما أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإتلاف بعوض كلا إتلاف ) كما لو شهد بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان ( وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ) معناه لعدم المماثلة بينهما وهو معنى قوله ( ولا مماثلة بين الإتلاف بعوض وبينه بغير عوض وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما أتلفاها ) أى الزيادة ( من غير عوض ) وهو يوجب الضمان .

(قال) أي القدوري «رح» (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو اكثر ثم رجعا لم يضمنا)

---

(١) التملك — هامش .

لأنه ليس بإتلاف معنى نظراً إلى العوض . وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان ، لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض ، ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيع السابق ، فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه ، فيضاف التلف إليهم .

---

قال الكاكي « رح » هذا إذا كان المدعي هو المشتري ، ولو كان المدعي هو البائع بأن ادعى رجل أنه باع عبده منه بألف درهم والمشترى ينكر ، وقيمة العبد خمسمائة وشهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمسمائة ولو كان المشترى يدعى المبيع بخمس مائة والعبد يساوى ألف درهم فشهد المشتري ثم رجعا يضمنان للبائع خمس مائة ، ذكره في شرح الطحاوي ( لأنه ليس بإتلاف معنى ) أي من حيث المعنى ( نظراً إلى العوض ) لانهما لما أخرجا البيع من ملكه فقد أدخلا في ملكه بإزائه مثله (وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان ) أي للبائع إن كان المدعي هو المشترى ( لانهما أتلفا هذا الجزء بغير [١] عوض) أي الجزء الذي هو في مقابلة الالف منقيمته بلا عوض .

( ولا فرق بين أن يكون البيع باتاً أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيع السابق ) أي لان السبب المزيل للملك هو العقد السابق على مضي المدة أو على سقوط بمضي المدة ( فيضاف الحكم ) وهو زوال الملك ( عند سقوط الخيار اليه ) أي إلى ذلك السبب وقد حصل سبب الزوال بشهادة الشهود ( فيضاف التلف اليهم ) يجب عليهمضمان النقصان . وقال الاترازي « رح » هذا الذي ذكره جواب سؤال بأن يقال ينبغي أن لا يجب الضمان على الشاهدين إذا شهدا بالبيع بشرط الخيار لانهما لم تبلغا شيئاً على البائع لانهما اثبتا البيع بشرط الخيار والبائع لم يزل ملكه عن البيع بعد وانما يزول إذا مضت المدة وهو ساكت ، فإذا سكتعن الرد كان راضياً بزوال ملكه ، فكيف يجب الضمان على الشهود حينئذ ، فقال لان السبب هو السابق ... إلى آخره .

---

(١) بلا – هامش .

وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم رجعا ضمنا نصف المهر ، لأنهما أكدا ضماناً على شرف السقوط . ألا ترى أنها لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلاً ، ولأن الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ ،

---

( وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ، ثم رجعا ضمنا نصف المهر ) وبه قال أحمد « رح » ومالك رحمه الله في رواية ابن القاسم « رح » والشافعي رحمه الله في رواية الربيع عنه ، وقال الشافعي «رح» في رواية المزني عنه يضمن مهر المثل لأن البضع عنده متقوم دخولاً وخروجاً ، وقال مالك « رح » في رواية أشهب عنه لا ضمان على الشهود ( لانهما ) أي لان الشاهدين ( أكــدا ضماناً على شرف السقوط ) بارتدادها وتقبيلها ابن زوجها وهو معنى قوله ( الا ترى أنها ) أي أن المرأة (لو طاوعت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ) أي لانه حينئذ يسقط عنه جميع المهر ، والتــأكيد شبهة بالايجاب ، ولهذا إذا أكره الرجل على طلاق امرأته قبل الدخول بها ، كان له أن يرجع بنصف المهر على الذي اكرهه .

( ولأن الفرقة قبل الدخول ) أي قبــل دخول الزوج عليها ( في معنى الفسخ) يعود المبدل وهو البضع اليها كما كان فصار بمنزلة الفسخ قبل قبض المبيع وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل هو فسخ ، لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ ، لكن لما عاد المبدل اليها قبل الدخول كما كان صار بمنزلة الفسخ ، فيكون وجوب نصف المهر ابتداء بشهادتهما ، وإنما قال النكاح بعد اللزوم لا تقبل الفسخ لانه قبل اللزوم يقبله ، كما لو نكح الصغيرة أخوه ، فلها خيار الفسخ بعــد البلوغ لما أن النكاح لم يقع لازماً ، وإنما قيد قبــل الدخول لانه لو طلقها بعد الدخول لم يجب شيء عليهما بالرجوع عندنا ومالك « رح » وأحمد رحمه الله .

وعند الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل عليهما والمسألة مشهورة . وفي الكافي لوشهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته غرماً لورثته نصف المهر ، ولم ترث لانا حكمنا

فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ، ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة ، فكان واجباً بشهادتهما . قال ، وإن شهدا على أنــــه أعتق عبده ثم رجعا ، ضمنا قيمته لأنهما أتلفا مالية العبد عليـه من غير عوض ، والولاء للمعتق ، لأن العتـــق لا يتحول إليهما بهذا الضمان ، فلا يتحول

---

بالبينونة قبل الموت في حال الحياة ، ولو شهدا بعد موت الزوج انه طلقها قبل الدخول في حياته ، ثم رجعـا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث وبه قال مالك « رح » .

( فيوجب ) أي الفرقة (سقوط جميع المهر كمـا مر في النكاح ) أي في باب المهر عند قوله وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا لمطلقة واحدة ، وهي التي طلقها قبل الدخول بهـا وقد سمى لها مهراً . وفي التحفة ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً ، وقد دخل بها وقضى القاضي ثم رجعا يضمنان الامان أو على مهر المثل لان بقدر المهر إتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع لان قبـــل الدخول إن كان المهر مسمى ضمنا النصف وان لم يكن مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهما ولم يحصل له بمقابلته عوض .

( ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة ) ولهذا لا يجمع بينهما وبين مهر المثـل . حاصل الكلام أن نصف المهر انما يجب في الطلاق قبل الدخول ابتداء على طريق المتعة وقد ألزمه الشاهدان على الزوج ولم يكن واجب عليه ( فكان واجبـاً بشهادتهما ) فوجب الضمان عليهما كما إذا شهدا بمال فقضى به ثم رجعا .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن شهدا على انه أعتق عبده ، ثم رجعـــا ضمنا قيمته ) أي قيمة العبد ، ولا خلاف فيه موسرين كانا أو معسرين ( لانهما أتلفا مالية العبد عليه ) أي على مولى العبد ( بغير [1] عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول إليهما ) أي إلى الشاهدين ( بهذا الضمان ) لانه مما لا يحتمل الفسخ، فإذا كان كذلك ( فلا يتحول

---

(١) من غير — هامش .

الولاء إليهما . وإن شهدوا بقصاص، ثم رجعوا بعـــد القتل ضمنوا الدية ، ولا يقتص منهم . وقـال الشافعي « رح » يقتص منهم لوجود القتـــل منهم تسبيباً ، فاشبه المكره بـل أولى ، لأن الولي يعـــان

---

الولاء اليهما ) لان الولاء لمن اعتق فإن قيـــل ينبغي أن يكون الولاء للمولى لانه ينكر العتق ، قلنا صار مكذباً شرعا بالقضاء ، لان القاضي لما قضى عليه بالعتق تبعه بالولاء.

وفي المبسوط لو شهدا أنه دبره فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لان ملك المالية للموصي ينتقض بالتدبير فيضمنان النقصان . ولو شهدا بالكتابة فقضى بذلك، ثم رجعا ضمنا قيمة العبد ، ويتبعان المكاتب ببدل الكتابة على نحوهما ، لانهما قاما مقـام المولى في ذلك حتى ضمنا قيمته ، وبه قال مالك « رح » وهكذا قال في المدبر .

وقال أحمد « رح » في المكاتب يرجع بالنقصان ولا يعتق المـكاتب حتى يؤدى ماعليه اليهما ، فإذا أداه اليهما ، فالولاء للذى كاتبه . ولوعجز ورد إلى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تعد مملوكة لهما ، ولو شهدا بإقرار المولى أن أمته أم ولده والمولى ينكر ، فقضى بذلك ثم رجعا ، فإن لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها ، وبه قال احمد رحمه الله وقال مالك « رح » ضمنا قيمتها للمولى .

( وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنا الدية ) وبه قال ابن القاسم المالكي « رح » ( ولا يقتص منهم ) أى من الشاهدين ( وقال الشافعي رحمـه الله يقتص منهم ) وبه قال أحمد وأشهب المالكي « رح» ( لوجود القتل منهم تسبيباً) أى من حيث السببية ( فاشتبه المكره ) بكسر الراء ، أى فأشبه المسبب ها هنـا وهو الشاهد المكره . قال الأكمل « رح » وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل أو أشبه القاضي المكره ، لأنـــه كالملجأ بشهادتها حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول وقبل اشبهه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجأ إلى القتل ( بل اولى ) أي التشبيه ها هنا أولى من الاكراه لأن التشبيه موجب من حيث الإفضاء ، والإفضاء هاهنـــا اكثر ( لأن الولي يعان ) على

والمكره يمنع . ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد . وكذا تسبيباً لأن السبب ما يفضي إليه غالباً . وهـــا هنا لا يفضي، لأن العفو مندوب ، بخلاف المكره لأنـــه يؤثر حياته ظاهراً ، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة

---

الاستيفاء ( والمكره ) بفتح الراء ( يمنع ) لأن الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولي بمنزلة المكره بفتح الراء .

( ولنا أن القتل مباشرة ) أى من حيث المباشرة ( لم يوجد وكذا ) أي وكذا لم يوجد ( تسبيباً ) أى من حيث السببية وكل واحد من قوله مباشرة وتسبيباً نصب على التميز لما قدرنا ( لأن السبب ما يفضى إليه غالباً ، وها هنا لا يفضى ) فيما نحن فيه ( لأن العفو مندوب ) من الولي . قال الله تعالى ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ ٢٣٧ البقرة ( بخلاف المكره ) بفتح الراء ( لأنه يؤثر حياته ظاهراً ) والإكراه يفضى إلى القتل غالباً .

وفي الكافي وقوله في الهداية ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد ، إلى قوله لأنه يؤثر حياته ظاهراً ، مشكل لأن الأمر على القلب والظاهر أن الولى يقدم على القتـــل لكونه مباحاً ، وبه يدرك ثارة ، والظاهر أن المكره لا يقتل لأنه لا يباح له قتله ،ويحتمل أن يرتدع المكره عنه أو يلحقه الفوت،أجيب عنه بأنه إنما قال الشيخ ظاهراً بالنظر إلى حال المسلم المتدين لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله ويحصل له للأجر الكثير . فأمـــا المكره يختار حياته بأدنى رخصة في الشرع ، وترجحه على حياة غـيره ، واحتمال الفوت نادر ، وعلى تقدير لحوق الفوت لم يبق الاكراه وكلامنا في الإكراه.

( ولأن الفعل الاختياري ) هذا جواب عما يقال ظهور إيثار حياته إما أن يكون شرعاً أو طبعاً ، فالأول ممنوع لان المسلم مندوب إلى الصبر على القتل ، فصار كالعفو عن القصاص والثاني مسلم ، ولكنه معارض بطبع ولي المقتول ، فإنه يؤثر السعي في القصاص ظاهراً ، فأجاب المصنف « رح » بطريق التبدل فقال — ولأن الفعل الاختياري — يعني سلمنا أن ثمة سبب ولكن الفعل الاختياري ( مما يقطع النسبة ) أى نسبة ذلك العقل إلى

ثم لا أقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف . قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافـــاً إليهم .

---

غيره ، والفعل ها هنا وهو القتل وجـــد من المولى باختياره الصحيح ، فيقطع نسبته إلى الشهود سلمنا انه لا يقطع نسبته إلى الشهود ولكن من شبهة هو معنى قوله :

( ثم لا أقل من الشبهة ) أي لا أقل أن يورث شبهته ، أى شبهة قطع النسبة ( وهي دارئة للقصاص ) أي مـــانعة من القصاص ، وقال تاج الشريعة « رح » ولأن الفعل الاختياري .. إلى آخره ، وهو قتل الولى يعني بعد الشهادة وحكم القاضي ، وجد فعل الولي وهو ذلك مختار ، فيقطع النسبة عن الشهود كما إذا اشتكى انسان كلبـــاً على آخر فخرق ثوب المشكى عليه لا يضمن المشكي شيئاً ، لأن الخوف فعل إختياري من الكلب فيقطع النسبة عن المشكي ، وكمن فتح باب القفص حتى طار الطير ، بخلاف المكره فإنه وإن كان مختاراً لكنه فاسد الاختيار ، فصار كالآلة ، بخلاف شق الذق بعدم إمـــكان الإضافة إلى المائع لعدم الاختيار .

( بخلاف المال ) أي الدية ( لأنه ) أي لأن المال ( يثبت مع الشبهات ) فلا يلزم من سقوط ما يسقط بالشبهات سقوط ما يثبت بها . فإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية ،فان رجع الولي معهما ، أو جاء المشهود بقتله حياً فاولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين ، أو تضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة ، والشاهدين حكماً ، فان ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء ، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعا على الولي في قول أبي حنيفة « رح » خـــلافاً لهما ( والبـــاقي يعرف في المختلف ) أي في مختلف الرواية تصنيف الفقيه أبو الليث « رح » لا مصنف علاء الدين العالم .

( قال ) أى القدوري « رح » ( وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا ) يعني إذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به ( لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم ، فكان التلف مضافاً اليهم ) فوجب عليهم الضمان .

ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم تشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم ، لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد . ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل ، فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء . وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا ، وهذا عند محمد « رح » وعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليهم ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم .

---

( ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم تشهد شهود الفرع على شهادتنا ، فلا ضمان عليهم لانهم أنكروا السبب وهو الإشهاد ) وبه قالت الائمة الثلاثة ، وعن أحمد « رح » في وجه يضمنون كالمرتهن ( ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل ) للصدق والكذب ، فلا يبطل القضاء بالاحتمال ( فصار كرجوع الشاهد ) أي شاهد الاصل كما لو شهد بنفسه وقضى القاضي بشهادته ، ثم رجع لا يبطل القضاء بالرجوع ، فكذا لا يبطل بانكار الاشهاد ( بخلاف ما قبل القضاء ) يعني إذا أنكر شهود الاصل الاشهاد قبل القضاء بشهادة الفروع لا يقضي القاضي بشهادة الفروع بعد ذلك ، كما إذا رجع الشهود قبل القضاء حيث لا يحكم القاضي بذلك .

( وإن قالوا ) أي الاصول ( أشهدناهم وغلطنا ضمنوا ) أي الاصول ( وهذا ) أي وجوب الضمان ( عند محمد « رح » وعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضى بما يعاين من الحجة وهي ) أي الحجة ( شهادتهم ) فالمسألة ذكرها القدوري « رح » ولم يذكر الخلاف ، وذكره المصنف « رح » ومثل ما ذكره ذكر شرح الطحاوي وعامة شروح الجامع الكبير والشامل . وقال شمس الائمة السرخسي « رح » في شرح أدب القاضي ، وروى محمد « رح » عن أصحابنا أنه لا شيء عليهم . وروى أبو يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » في الإملاء أن عليهم ضمان ذلك عاماً في ظاهر الرواية ، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا يضمنون ، وعلى قول محمد « رح » يضمنون كما روى أبو يوسف « رح » في الإملاء .

وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول ،فصار كأنهم حضروا. ولو رجع الأصول والفروع جميعاً، يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير ، لأن القضاء وقع بشهادتهم . وعند محمد « رح » المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول ،وإن شاء ضمن الفروع ،لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا،وبشهادة الأصول من الوجه الذي ذكر، فيتخير بينهما . والجهتان متغايرتان، فلا يجمع بينهما في التضمين .

---

( وله أن ) أي ولمحمد « رح » ( الفروع نقلوا شهادة الاصول، فصار كأنهم حضروا) وشهدوا ثم حضروا ورجعوا (ولو رجع الاصول والفروع جميعاًفعندهما) أى فعند أبي حنيفة وأبي يوسف«رح»( يجب الضمان على الفروع لا غير، لان القضاء وقع بشهادتهم) وهذا لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي ، وإذا وجـد من الفروع فيجب عليهم الضمان عند الرجوع .

( وعند محمد « رح » المشهود عليه بالخيـار إن شاء ضمن الاصول ، وإن شاء ضمن الفروع ، لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا) أى أبو حنيفة وأبويوسف « رح » وهو ان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة ، وهي شهادتهم . ( وبشهادة الاصول) أى القضاء وقع بشهادة الاصول ( من الوجه الذي ذكر ) أي محمد «رح» وهوقوله ـ إن الفروع نقـلوا شهادة الاصول ـ ( فيتخير بينهما ) أي يتخير الشهود عليه في التضمين بينهما ، أى بـين الوجهين إن شان ضمن الاصول ، وإن شاء ضمن الفروع على مذهب محمد رحمه الله .

( والجهتان متغايرتان ) هذا جواب عما يقال لم لا يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف التلف ، وتقريره أن الجهتين متغايرتان ، لأن شهادة الاصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول ولا مجانسة بينهما ( فلا يجمع بينهما ) أي بين الأصول والفروع ( في التضمين ) بأن يقال يضمن الفريقان حتى المدعى عليه ايضاً قابل له الخيـار وفي تضمين أي الفريقين شاء .

وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في ذلك لم يلتفت إلى ذلك ، لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ، ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع . قال وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ،وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيراً ، فصاروا كشهود الإحصان . وله أن التزكية إعمال للشهادة ، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكيـــة ، فصارت بمعنى علة العلة ،

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في ذلك لم يلتفت إلى ذلك ) أي إلى قولهم ، وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما ، ولم يكن مهماً ضمان ذلك ، لانهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا ، فلا يقبل قولهما فيه ( لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم ، وإنما شهدوا على غيرهم بالرجوع ) وذلك لا يفيد شيئاً .

( قال ) أى القدوري « رح » ( وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا ) لم يذكر القدوري فيه الخلاف ، وقال المصنف رحمه الله ( وهـذا عند أبي حنيفة « رح » ) وبه قال مالك وأحمد « رح » (وقالا لايضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيراً ) ولم يشهدوا بحق ( فصاروا كشهود الإحصان ) إذا شهدوا بإحصان المشهود عليه ، فإذا رجعوا بعد ذلك لا يضمنون .

( وله ) أي ولابي حنيفة « رح » ( أن التزكية إعمال للشهادة ) أي هي التي تميز الشهادة ويعمل بها ( إذ القاضي لا يعمل بها ) أى بالشهادة ( إلا بالتزكيـة فصارت ) أي التزكيـة ( في معنى علة العلة) والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة، وإنما قال في معنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلة ، وإنما هي سبب أضيف الحكم إليه لتعذر الاضافة إلى العلة .

بخلاف شهود الإحصان لانه شرط محض . قال ، وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ، ثم رجعوا ، فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض . ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ،

---

( بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض ) لان الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة ، وشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجباً والحاصل أن الاحصان ليس فيه معنى العلة ، لان الاحصان علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد الاحصان ، فلا يتوقف بثبوت الزنا على ثبوت الإحصان. ويتوقف الحكم بشهود الزنا على التزكية فظهر الفرق . ولو رجع شهود الإحصان لم يضمنوا عندنا وعندالشافعي في قول ، ومالك « رح » في رواية ، وأحمد « رح » في رواية ، سواء رجعوا مع الشهود أو وحدهم، وقال زفر« رح» والشافعي في قول ومالك في رواية وأحمد « رح » يضمنون .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان ) أي وشهد شاهدان آخران ( بوجود الشرط ) بيانه اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار ، وقضى القاضي بعتقه ( ثم رجعوا فالضمان ) أي ضمان قيمة العبد أو ضمان العبد ( على شهود اليمين خاصة ) لفظ خاصة احتراز عن قول زفر « رح » فإن الضمان عنده على الجميع ( لانه ) أي لان اليمين ( هو السبب ، والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض ) لان السبب إذا صلح لإضافة الحكم اليه لا يضاف إلى الشرط ، كحافر البئر مع الملقي ، فإن الضمان عليه دون الحافر ، ثم أوضح المصنف « رح » ذلك بقوله .

( ألا ترى أن القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط ) يعني ان القاضي يسمع الشهادة باليمين ويحكم بها ، وإن لم يشهد بالدخول ، وان لم يتعلق بشهادتهم حق صاروا كشهود الاحصان ، فلا يلزمهم الضمان كذا في شرح الاقطع .

ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ « رح » فيه .
ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول .

---

( ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ « رح » فيه ) وقال شمس الائمة السرخسي « رح » إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط . وفي المبسوط ظن بعض مشايخنا أن شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيما إذا كان اليمين ثابتاً بإقرار الولي ، وقالوا لان العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها ، لانها ليست تنفذ ، فيكون الحكم مضافاً إلى الشرط إذ الشرط يخلف العلة ، وهو غلط ، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون نص عليه في الزيادات لان قوله أنت حر مباشرة للاتلاف عند وجود المباشرة يضاف الحكم اليه لا إلى الشرط سواء كان الشرط بطريق التعدى أو لا .

( ومعنى المسألة ) يريد به صورة المسألة ( يمين العتق والطلاق قبل الدخول ) يعني شهد رجلان على أنه على عتق عبده أو طلاق امرأته بدخول الدار ، وشهد آخران أنه وجد الشرط ، فقضى القاضي بوقوع العتق والطلاق ، ثم رجعوا جميعاً ، فالضمان على شهود اليمين دون الشرط لما قلنا ، وإنما قيد بقوله قبل الدخول ، لان رجوع الشهود بالطلاق عن الشهادة إذا كان بعد دخول الزوج لا يضمنون شيئاً والله أعلم .

* * *

# كتاب الوكالة

## ( كتاب الوكالة )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوكالة وجه المناسبة بينه وبين كتاب الشهادات من حيث أن كلا منهما إعانة الغير واجباً حقه . والوكالة بكسر الواو وفتحها ، التفويض والتسليم من وكل اليه الامر إذا فوضه اليه . ويقال الوكالة لغة الحفظ ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى بمعنى الحافظ ، وهو اسم للتوكيل من وكله ، يوكله ، توكيلا. والتوكيل إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والإسم التكلان ، والوكيل القائم بما فوض إليه،والجمع الوكلاء فعيل بمعنى مفعول ، ومعناها شرعاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم وركنها لفظ وكلت وأشباهه .

وروى بشر عن أبي يوسف « رح » إذا قال الرجل لغيره أحببت أن تبيع عبدي هذا أوهويت أو رضيت ، أو شئت ، أو أردت ، فذلك توكيل وأمر بالبيع ، وشرطها أن يملك الموكل تصرفاً ويلزم الاحكام، كما سيجيء إن شاء الله تعالى، وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه ، وصفتها انه عقد جائز ، يملك كل من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه ، وسببها ما هو السبب في سائر المعاملات،وهو تعلق بناء المقدور تعاطيها، ومشروعيتها بالكتاب هو قوله تعالى ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾ ١٩ الكهف ، ولم يلحقه النكير .

وبالسنة وهو ما روى أن النبي ﷺ وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي به ايضاً ، وعمرو بن أميه بقبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان ، وأما رافع بقبول نكاح ميمونة، وباجماع الامة على جوازها من لدن رسول الله ﷺ الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه ، إذ الإنسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه للسفر ، وقد

## قال ، كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره ،

يعجز عن التصرف في ماله إما لقلة هديته أو لكثرة أشغاله أو لكثرة ماله ، أو لضعفه أو لوجاهته لا يتولى الامور بنفسه فاقتضى هذا المعنى جوازها .

قال أي القدوري « رح » ( كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره ) هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز ، واعترض عليها بأنها غير منطردة منعكسة .

أما الأول فلأن الإنسان جاز له ان يستقرض بنفسه والتوكيل به باطل وتبع على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل ، والوكيل يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز له . والذي اذا وكل مسلماً في الخمر لم يجز ، وجاز أن يعقد الذي بنفسه فيها .

وأما الثاني فان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر وشراءها بنفسه ولو وكل ذمياً بذلك جاز عند أبي حنيفة رضى الله عنه .

والجواب عن الاول أن محل العقد من شروطه كون المحال ملك مشروطاً كما عرف وليس بموجود في التوكيل بالاستقراض ، لان الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل .

وفي الذخيرة ولو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مخرج الرسالة ، بأن قال فلان يستقرض منك كذا ، ففعل المقرض تكون الدراهم للآمر حتى لا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه ، ولو أخرج الكلام مخرح الوكالة بأن قال أقرضني عشرة فالعشره للوكيل وله أن يمنعها من الآمر ، لان التوكيل بالاستقراض باطل ، بخلاف الرسالة ، والمراد من قوله أن يعقده بنفسه هو ان يكون مستبداً به ، والوكيل ليس كذلك ، والذي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكيل المسلم عنه ليس كلامنا في ذلك لجواز أن يمنع مانع عن التوكيل وإن صح التوكيل فقد وجد المانع ، وهو حرمة اقتراضه منها .

والجواب عن الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود .

لان الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه ، على اعتبـــار بعض الاحوال ، فيحتاج إلى أن يوكل به غيره ، فيكون بسبيل منه دفعاً للحاجة . وقد صح أن النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام

---

( لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال ) بأن يكون مريضاً أو شيخاً فانياً أو ذا وجاهة لا يتولى الامور بنفسه . والتوكيل صحيح بدون هذه العوارض لان حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة ، وبهذا يجاب عمـــا قيل بأن قوله – لان الانسان قد يعجز – دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة . وان لم يكن ثمة عجز أصلا وتقرير الجواب كان ذلك بيان حكمة الحكم ، وهي تراعى في الجنس لا في الإفراد ، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام ، وهو الحـــاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة ، وهو مجاز شائع وحينئذ يكون المناط وهو الحـــاجة وقد يوجد بلا عجز ( فيحتاج إلى أن يوكل به غيره فيكون بسبيل منه ) أي من التوكيل ( دفعاً للحاجة ) أي لأجل دفع الحاجة .

( وقد صح أن النبي ﷺ وكل بالشراء حكيم بن حزام « رح » ) هذا رواه أبو داود في سننه حدثنا محمد بن كثير عن سفيان ، حدثني أبا حصين عن شيخ من أهـــل المدينة عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشترى له أضحية ، فاشتراها بدينار فباعها بدينارين ، فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته ، وفي إسناده مجهول ورواه الترمذي .

حدثنا أبو كريب عن أبي حفص عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام فذكره وقال لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وحبيب لم يسمع عندي عن حكيم انتهى . وهكذا كما رأيت رواية أبي داود فيه مجهول ورواه الترمذي منقطـع فكيف يكون صحيح حتى يقول المصنف وقد صح ولكن يمكن أن استدل هنا بحديث عروة البارقي فإن البخاري أخرجه في صحيحه عن علي بن عبدالله عن سفيان عن شعيب عن غرفة قال سمعت الحي يتحدثون عن عروة عن النبي ﷺ أعطاه دينـــاراً ليشترى به شاة ، فاشترى له به شاتين

فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة ، فدعى له بالبركة في بيعه ، وكان لو اشترى التراب لربح فيه .

فإن قلت ، قالوا البخاري « رح » بما أخرجه بغير الاحتجاج به وذكروا فيه كلاماً كثيراً ، قلت قال له ابن العربي إنه حديث صحيح . وقال الترمذي « رح » فذهب بعض أهل العلم إلى هذا الحديث ، وقالوا به وهو قول أحمد واسحاق « رح » وكفى بهذين الإمامين حجة . وحكيم بن حزام بكسر الحاء المهملة وبالزاي ابن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي ومكنى أبا خالد يوم الفتح . وشهد مع رسول الله ﷺ مسلماً ، وكان من وجوه قريش وأشرافها ، وعاش في الجاهلية ستين عاماً ، وفي الإسلام ستين عاماً ومات بالمدينة في خلافة معاوية « رح » سنة أربع وخمسين ، وهو ابن مائة وعشرين سنة وذهب بصره قبل أن يموت .

( وبالتزويج عمر بن أم سلمة « رض» ) أي وكل رسول الله ﷺ بالتزويج عمر بن أم سلمة « رض » وهذا رواه النسائي في سننه في النكاح عن حماد بن سلمة أنبأنا ثابت ، حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة رضي الله عنها أن النبي ﷺ بعث إليها يخطبها ... الحديث وفي آخره فقالت أم سلمة قم يا عمر « رح » فزوج رسول الله ﷺ ، فزوجه إياها . وقال الأترازي ولنا في توكيل عمر بن أبي سلمة « رح » نظر لأن النبي ﷺ تزوج أم سلمة بعد واقعة بدر في سنة اثنين ، كذا قاله أبو عبيدة معمر بن المثنى « رح » .

وكان عمر بن أبي سلمة « رض » يوم توفي رسول الله ﷺ ابن تسع سنين ، قاله الواقدي « رح » ويكون على هذا الحساب سن عمر بن أبي سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله ﷺ يوم تزوج أم سلمة وهو طفل لا يعقل انتهى . قلت منه والذي قاله سبق به ابن الجوزي « رح » فقال في التحقيق في هذا الحديث نظر لأن عمر « رح » كان له من العمر يوم تزوجها رسول الله ﷺ ثلاث سنين ، وكيف يقال لمثل هذا أن يزوج ، بيانه أن رسول الله ﷺ تزوجها في سنة أربع ومات عليه السلام ولعمر تسع سنين فعلى هذا يحمل قولها لعمر قم فزوج على الداعية للصغير ولو صح أن الصغير زوجها فلأنه عليه السلام لا يحتاج إلى ولي ، لأنه مقطوع بكفاية .

قال وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة ، إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه الخصومات . وقد صح أن علياً رضي الله عنه وكل فيها عقيلاً « رض » وبعدما أسن وكل عبد الله ابن جعفر « رض » ،

---

وقال صاحب التنقيح قوله أنه عليه السلام مات ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباوي وغيره . قال ابن عبد البر قال إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة ، ويقوى هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أبي سلمة «رض » أنه سأل رسول الله ﷺ أيقبل الصائم ، فقال عليه السلام سل هذه ، فأخبرته أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك، الحديث. فظاهر هذا أن عمر « رض » كان كبيراً ، وعرفت هذا أن الأترازي تكلم في هذا من غير تحرير ولا مراجعة إلى كتب الحديث ، والحديث أخرجه أيضاً أحمد وإسحاق بن راهويه ، وأبو يعلى في مسانيدهم ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

( قال ) أي القدوري «رح» ( وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق ) قال الكاكي « رح » في سائر الحقوق أي جميعاً ، ثم قال وفي الصحاح سائر الناس جميعهم قلت ذكر الجوهري هذا في كتاب الراء في فصل السين مع الياء ، سائر الناس جميعهم ، قالوا إنه وهم من وجهين ، أحدهما في تفسيره ، لأن السائر بمعنى الباقي لا بمعنى الجميع ، والثاني أنه أورد في الأجوف وهو مهموز العين ، وفي المثل السائر اليوم وقد زال الظهر من سار ، يعني نفي يضرب لطالب الشيء بعد اليأس منه ، قلت ذكر الجوهري أيضاً أن كونه من مهموز العين لغة ( لما قدمنا من الحاجة ) أشار به إلى قوله - لأن الإنسان قد يعجز ... إلى آخره ( إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن علياً رضى الله عنه وكل فيها عقيلاً رضى الله عنه وبعدما أسن وكل عبدالله بن جعفر رضى الله عنه ) هذا أخرجه البيهقي عن عبدالله بن جعفر رضى الله عنه قال كان علي رضى الله عنه يكره الخصومة ، وكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن

وكـــذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص، فإن الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس، لأنها تندرىء بالشبهات. وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر للندب الشرعي.

---

أبي طالب رضى الله عنه، فلما كبر عقيل وكلني. وأخرج أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه وكل عبدالله بن جعفر بالخصومة. وقال الخصاف «رح» في أدب القـــاضي حدثنا معاذ بن أنس الخراساني، قال حدثنا عبدالله بن المبارك عن محمـــد بن اسحاق عن جهم أبن أبي الجهم أن علياً رضى الله عنه كان لا يحضر الخصومة وكان يقول إن لها قحماً ويحضرها الشيطان فجعل على الخصومة إلي، فلما كبر ورق حولهـــا إلي، فكان علي رضي الله عنه يقول ما قضى لوكيلي وما قضي على وكيلي فعلي.

وفي الفائق لكن زمخشري أنه وكل أخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبدالله بن جعفر وقال لا يحضر الخصومة ويقول إن لها قحماً وإن الشياطين تحضرها إلى مهالك وشدائد، وقحم الطريق ما صعب منه وشق على سالكه. وفي هذا الحديث دليـــل أيضاً على أن لا يحضر مجلس الخصومة بنفسه، وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء لضيع علي رضى الله عنه، وقـــال بعض العلماء الأولى أن يحضر بنفسه لأن الامتناع من الحضور إلى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك. قال الله تعالى ﴿ وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون ﴾ ٤٨ النور، وفيه تأمل.

(وكذا) أي وكذا يجوز (بايفائها) أي بإيفاء الحقوق وهو أداؤها (واستيفائها) أي وباستيفاء الحقوق وهو قبضها (إلا في الحدود والقصاص، فإن الوكالة لاتصح باستيفائها مـــع غيبة الموكل عن المجلس) قيد به لأنه يجوز استيفاء القصاص والقذف في حضوره بإجماع الأئمة الأربعة وفي غيبته لا يجوز عندنا. وبه قال الشافعي «رح» في قول وهونصه ويقضي به القاضي الروياني من أصحابه «رح» وقال الشافعي «رح» في الأصح، ومالك وأحمد يجوز له استيفاء القصاص والقذف في غيبة الموكل (لأنها تندرىء بالشبهات).

(وشبهة العفو) يعني في القصاص لأن الحدود لا يعفى عنها، وشبهة عفو ولي القصاص (ثابتة حال غيبة الموكل بل هو الظاهر) أى بل العفو هو الظاهر (للندب الشرعي) وهو

بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنـــه ينسد باب الاستيفاء أصلاً ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا تجوز الوكالـــة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً . وقول محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » ، وقيل مع أبي يوسف « رح » .

---

قوله تعالى ﴿ وأن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ ٢٣٧ البقرة ( بخـــلاف غيبة الشاهد ) حيث يستوفي الحدود والقصاص مع غيبة الشهود وإن كان رجوعهم محتمـلا ( لأن الظاهر عدم الرجوع ) احترازاً عن الكذب والفسق ( وبخلاف حالة الحضرة ) أى حضرة الموكل في المجلس ( لانتفاء هذه الشبهة ) أى شبهة العفو .

( وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ) هذا جواب إشكال وهو أن يقال إذا كان الموكل حاضراً لم يحتج إلى التوكيل بالاستيفاء ، إذ هو يستوفيه بنفسه . فأجاب بقوله — وليس كل أحد يحسن الاستيفاء — يعني لقلة هدايته أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك ، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً ( فلو منع عنه ) أى عن التوكيل ( ينسد باب الاستيفاء أصلا ) فلا يبقى .

( وهذا الذي ذكرناه ) يعني جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص ( قول أبي حنيفة « رح » ) وبه قال الأئمة الثلاثة « رح » .

( وقال أبو يوسف « رح » لا يجوز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً ) وبه قال زفر « رح » ( وقول أبي حنيفة رحمه الله مع محمد « رح » [1] وقيل مع أبي يوسف « رح » ) وفي شرح الطحاوى قول محمد « رح » مضطرب وفي بعض الروايات ذكر قوله مع أبي حنيفة «رح» وفي بعضها مع أبي يوسف « رح » وذكر الطحـــاوى

---

(١) محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » — هامش .

وقيل هــــذا الاختلاف في غيبته دون حضرته ، لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره ، فصار كأنه متكلم بنفسه . له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب ، كما في الشهادة على الشهادة ، وكما في الاستيفاء . ولأبي حنيفة « رح » أن الخصومة شرط محض ، لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة ، فيجري فيــــه التوكيل كما في سائر الحقوق . وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص .

---

في مختصره قول محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح » .

( وقيل هذا الاختلاف في غيبته ) أي في غيبة الموكل (دون حضرته) فإن في حضرته يجوز التوكيل بلا خلاف ( لأن كلام الوكيل ينتقــــل إلى الموكل عند حضرته[1] فصار كأنه متكلم بنفسه له ) أي لأبي يوسف « رح » ( أن التوكيل إنابة) أي بدل عن خصومة الموكل والإنابة فيها شبهة ( وشبهة الإنابة يتحرز عنها في هذا الباب ) أي في باب الحدود والقصاص ( كما في الشهادة على الشهادة ) أي كما يتحرز عن الإنابة في الشهادة يعني لا تجوز ( وكما في الاستيفاء) أي وكما يحترز عن الإنابة أي عن التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص اتفاقاً مع غيبة الموكل .

( ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض ) يعني ليس لهـا حظ في الوجوب ولا في الظهور ( لأن الوجوب مضاف إلى الجناية والظهور إلى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق ) لأن التوكيل بها إثبات حق لا تؤثر فيه الشبهة .

(وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص ) أي الحـد يعني إذا وكل مطلوب وهو من عليه الحد أو القصاص رجلاً بالجواب عنه في دفع ما يطالبه عليه . قال أبو حنيفة

---

(١) حضوره ــ هامش .

وكلام أبي حنيفة « رح » فيــه أظهر ، لأن الشبهة لا تمنع الدفع . غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الأمر به . وقـال أبو حنيفة « رح» لا يجوز التوكيل بالخصومة من غــير رضاء الخصم ، إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً . وقالا يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضاء الخصم ، وهو قول الشافعي « رح» .

---

« رح » يجوز . وقال أبو يوسف « رح » لا يجوز . وقول محمد « رح » مضطرب ، وقوله التوكيل مبتدأ وخبره مقدماً عليه هو قوله وعلى هذا الخلاف بالجواب أي بأن يجيب عنه.

(وكلام أبي حنيفة «رح» فيه) أي في – التوكيل من جانب من عليه الحد – ( أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع ) أي لأن الشبهة المذكورة وهي شبهة البدلية على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع إلى الدار . ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مــع الرجال في العفو صحيحة ( غير أن إقرار الوكيل غــير مقبول عليه ) يعني إذا أقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لا يصح استحساناً (لما فيه من شبهة عدم الأمر به ) أي في باب الإقرار من شبهة عدم الأمر بالإقرار . وفي المبسوط لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يصح قياساً لأنه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق ، وفي الاستحسان لا يجوز كما ذكره المصنف .

( وقال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غــير رضى الخصم ) سواء كان التوكيل من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه ، ويستوى عنده الموكل إذا كان رجلاً أو امرأة ، بكراً كانت أو ثيباً (إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً ، وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غــير[1] رضى الخصم وهو قول الشافعي « رح » ) وبه قال مالك وأحمد رحمها الله .

---

(١) بغير – هامش .

ولا خلاف في الجواز ، وإنما الخلاف في اللزوم ، لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقـــه ، فلا يتوقف على رضاء غيره ، كالتوكيل بتقاضي الديون . ولـــه

---

وفي فتاوى قاضي خان كان أبو يوسف « رح » أولاً يقول لا تقبل الوكالة بغير رضى الخصم من الرجال وتقبل من النساء ، ثم رجع وقال تقبل من الرجال والنساء ، ويستوي فيه الوضيع والشريف . وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله ، وبه أخـذ الصفار . وقال السرخسي « رح » إذا علم القاضي التعنت من المدعي في إباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه وهو الصحيح عندي . وإن عـلم القصد أي الاضطرار من الموكل بالمدعي ليشغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لا يقبل .

( ولا خلاف في الجواز ) أي لا خلاف بين أبي حنيفة « رح » وبين صاحبيه في جواز التوكيل بالخصومة ( وإنما الخلاف في اللزوم ) فعند أبي حنيفة « رح » لا يلزم ، وعندهما يلزم معناه وهل ترتد الوكالة برد الخصم أم لا عنده ترتد خلافاً لهما ، فعلى هذا يكون معنى قول القدوري « رح » لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم ، أي لا يلزم إطلاق الإسم للازم على الملزوم لأن الجواز من لوازم اللزوم . هكذا قاله الاترازي « رح » .

وقال الأكمل « رح » وفيه نظر لأنا لا نسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه سلمنا لكن ذلك ليس مجاز . والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل ان رضى به الخصم صح وإلا فلا حاجة إلى قوله ، ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه يجعله مجازاً . وفي فتاوى العتابي « رح » التوكيل بغير رضى الخصم لا يجوز معناه لا يجبر خصمه على قبول الوكالة وهو المختار . وقال شمس الائمة السرخسي « رح » التوكيل عند أبي حنيفة « رح » بغير رضى الخصم صحيح ، ولكن للخصم أن يطالب الموكل بأن يحضر بنفسه .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( أن التوكيل تصرف في خالص حقه ) أي في حق الموكل وهذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة وكلاهما حق الموكل ، فإذا كان كذلك ( فـلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ) أي ولأبي حنيفة

أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره. والناس متفاوتون في الخصومة، فلو قلنا بلزومه، يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما بتخير الآخر. بخلاف المريض والمسافر، لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر، يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة.

---

« رح » ( أن الجواب مستحق عليه) أى على الخصم (ولهذا يستحضره) في مجلس القاضي.

( والناس متفاوتون في الخصومة ) وفي جوابها فرب إنسان يصور الباطل بصورة الحق ورب إنسان لا يمكنه تمشية الحق على وجه ، فيحمل أن الوكيل ممن له حذق في الخصومات فيتضرر بذلك الخصم فيشترط رضاه ( فلو قلنا بلزومه ) أي بلزوم التوكيل بالخصومة ( يتضرر به ) أي الخصم . فإذا كان كذلك ( فيتوقف على رضاه) أى على رضى الخصم ثم نظر هذا بقوله ( كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما ) أي أحد الشريكين (يتخير الآخر ) أي الشريك الآخر بين أن يرضى به وبين أن يفسخه دفعاً للضرر عنه .

( بخلاف المريض والمسافر ) أما المريض فلعجزه بالمرض ، وأما المسافر فلغيبته (وهذا لأن الجواب غير مستحق عليهما ) لو لم يسقط عنهما لزم الحرج . قال الله عز وجل ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ ٧٨ الحج ( هنالك ) أي في المكان الذي كان فيه . وفي فتاوى قاضي خان « رح » ثم المريض إذا كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه ، ولكن يمكنه بركوب الدابة أو أيدي الناس ، فإن ازداد مرضه بالركوب صح توكيله بغير رضى الخصم ، وإن كان لا يزداد اختلفوا فيه على الخلاف أيضاً ، وقيل له أن يوكل بغير رضاه وهو الصحيح ( ثم كما يلزم التوكيل عنده ) أي عند أبي حنيفة «رح» (من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقق الضرورة ) إذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه.

وقال قاضي خان « رح » في فتاواه لكن لا يصدق أنه يريد السفر ، ولكن القاضي ينظر إلى زيه وعدة سفره أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه فيسأله عن رفقائه ، كما في فسخ الإجارة إذا أراد المستأجر فسخها بعذر السفر ، فبمجرد قوله أريد السفر لا يثبت العذر

ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم . قال الرازي « رح » يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها ، فيلزم توكيلها .

---

إذا لم يصدقه الآجر ، لكن يسأله القاضي فيقول له مع من تريد الخروج ، ثم يسأل رفقته فان قالوا نعم تحقق العذر ، وهو السفر في فسخ الإجارة فكذا هنا .

( ولو كانت المرأة مخدرة ) قال البزدوي المخدرة هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال ، أما التي جلست على المنصة فرآها الأجانب لا تكون مخدرة فلو وكلت بالخصومة ، فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث القاضي اليها ثلاثة من العدول ويستحلفها أحدهم ، ويشهد الآخران على حلفها . وكذا في المريضة إذا وجب عليها يمين لأن النيابة لا تجرى في الأيمان ، هكذا ذكر الصدر الشهيد « رح » في أدب القاضي ، وذكر فيه وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة وإلى المريض خليفته فيفصل الخصومة هنالك يجوز لأن مجلس الخليفة كمجلسه .

وفي الذخيرة ومن الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند أبي حنيفة « رح » الحيض في المرأة ، إذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه المسألة على وجهين : إن كانت الحائض طالبة قبل منها التوكيل بغير رضى الخصم ، وإن كانت مطلوبة أو آخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضى خصمه وإلا يقبل ولو كان الموكل محبوساً فهو على وجهين إن كان محبوساً في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل بغير رضى خصمه ، لأن القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده إلى السجن ، وإن كان محبوساً في سجن الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج يلزم توكيله بغير رضى خصمه .

( لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم . قال الرازى « رح » يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحيائها ، فيلزم توكيلها ) والمراد بالرازي أبو بكر الخصاف أحمد بن علي « رح » صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع وأحكام القرآن ، وإليه انتهت رئاسة أصحاب أبي حنيفة « رح » ببغداد بعد الشيخ

قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون. قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف

---

ابي الحسن الكرخي ، وكانت ولادته سنة خمس وثلاثمائة ومات سنة سبع وثلاثمائة ( قال « رض » وهذا شيء استحسنه المتأخرون ) قال الاترازى « رح » أى قال ابوبكر الرازى « رح » وقال الأكمل أى قال المصنف وشيخي العلاء رحمهم الله قال مثل ما قال الاترازي وهو الظاهر .

( قال ) أى القدورى رحمه الله ( ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ) اى التصرف الذى وكل به . وفي الذخيرة هذا القيد وقع على قولهما لا على قول ابي حنيفة «رح» فإن عنده شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل. بيانه أن الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكاً لذلك التصريف الذى وكل به، ولهذا قالا كل عقد لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه لا يجوز للموكل أن يباشره له كما وكله ببيع الدم والميتة .

قلنا ينتقض هذا الكلي بعقد الصرف فإنه لا يجوز للموكل أن يباشره بنفسه إذا كان غائباً ويجوز للتوكيل [1] أن يتولاه ، وكذلك الحاكم لا يجوز أن يحكم لنفسه ويجوز أن يحكم له غيره ، والقياس على الدم والميتة ضعيف ، لأن أهل الذمة لا يعتقدونه مالاً فلا يملك الوكيل تصرفه .

وقال الأترازي « رح » هذا الشرط الذي يشرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وإنما خص هذا القائل للاستقامة على مذهبها ، لأنه لم يدرك كنه كلام القدوري « رح » إذ مضمون كلامه أن الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل :

فالأول أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام، والثاني أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع ويقصده ، ومعنى قوله أن يكون ممن يملك التصرف أن يكون له ولايته شرعاً في جنس التصرف بأهلية نفسه بأن يكون عاقلاً بالغاً على وجه يلزمه حكم التصرف ، وهذا المعنى حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعاً وشراء ، لأن المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعاً في جنس التصرف إلا في كل الأفراد على وجه يلزمه حكم التصرف فيما يتصرف بولايته .

---

(١) للموكل — هامش .

يلزمه الأحكام ، لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره . ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقد العقد ويقصده ، لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة، فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعقل ، أو مجنوناً ، كان التوكيل

---

والشرط الآخر وهو أن يعقل البيع ويقصده حاصل في الوكيل أيضاً وهو الذمي لأنه يعقل معنى البيع والشراء أو يقصده ، فصح الشرط إذن على مذهب الكل .

وقال الأكمل « رح » بعد قول المصنف « رح » قال ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الأحكام . قال صاحب النهاية إن هذا القصد وقع على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما على قول أبي حنيفة فمن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف ، لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر ، ولو وكل به جاز عنده، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف للعبد أي يملك التصرف الذي وكل به . وأما إذا جعلت للجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل.

( ويلزمه الأحكام ) قيل هذا احتراز عن الوكيل ، فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه حتى لا يملك الوكيل بالشراء المبيع ولا الوكيل بالبيع الثمن فلايصح توكل الوكيل غيره ، وقيل احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور ، فإنهما لو اشتريا شيئاً لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما ( لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل ، فلا بد من أن يكون الموكل مالكاً ليملكه من غيره ، ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقد العقد ) بأن يعرف أن البيع سالب للملك ، والشراء جالب وعرف الغبن اليسير من الفاحش ( ويقصده ) أي يقصد العقد بمباشرة السبب لثبوت الملك ولا يكون هازلاً فيه ( لأنه ) أي لأن الوكيل ( يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة ) في الكلام فلا بد أن يكون من العبارة ولا يكون هذا إلا بالعقل والتمييز ، لأن كلام غير المميز كألحان الطيور ونتيجة هذا هو قوله ( حتى لو كان ) أي الوكيل (صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل

باطلاً . وإذا أوكل الحر العاقل البالغ ، أو المأذون مثلهما جـــاز ، لأن الموكل مالك للتصرف ، والتوكيل من أهل العبارة . وإن وكل صبياً محجوراً يعقل البيـــع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز ، ولا يتعلق بهما الحقوق ، وتتعلق بموكلهما ، لأن الصبي من أهل العبارة ، ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليّه ،

---

باطلاً ) إذ لا يتعلق بقولهما حكم وليس لهما قول صحيح .

( وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز ) قال الكاكي « رح » هذا غير منحصر على المثلية في صفة الحرية والرقية بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه كتوكيل العبد المـــأذون الحر ، أو من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون لأن التعليـــل بقوله ( لأن الموكل مالك للتصرف ، والوكيل من أهل العبارة ) يشمل الأوجـــه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية .

وقال الأترازي كان ينبغي أن يقيد قوله الحر البالغ بالعـاقل أيضاً ، لأن المجنون إذا وكل غيره لا يصح وكأنه إنما لم يقيد الحر بذلك بناء على الغالب ، وإن الغالب أحوال الحر البالغ أن يكون عاقلا ، وكونه مجنوناً نادر ، إنمـــا أطلق المأذون حتى يشمل العبد والصبي الذي يعقل البيع والشراء ، إذا كان مأذوناً له في التجـــارة ، لأن توكيل الصبي المأذون غيره جاز كسائر تصرفاته ، بخلاف ما إذا كان الصبي محجوراً حيث لا يجوز له أن يوكل غيره .

( وإن وكل ) يعني أحد ( صبياً محجوراً عليه يعقل البيع والشراء ، أو عبداً محجوراً جاز ) وبه قال أحمد « رح » وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز ( ولا يتعلق بهما الحقوق ) كالقاضي وأمينه ، حيث لا عهـدة عليهما فيما فعلا ، وفيه إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما ( وتتعلق بموكلهما ) أي وتتعلق الحقوق لموكل الصبي المحجور والعبد المحجور ( لأن الصبي من أهل العبارة ألا ترى أنه ينفذ تصرفه بإذن وليه ) .

والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لا يملكه في حق المولى . والتوكيل ليس تصرفاً في حقه ، إلا أنــه لا يصح منهما التزام العهدة . أمـا الصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده ، فتلزم الموكل . وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ، ثم علم أنه صبي أو مجنون أو محجور عليه ، له خيار الفسخ ، لأنه دخل في العقـد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد . فإذا ظهر خلافه يتخير . كما إذا عثر على عيب .

---

( والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه ) أي التصرف ( في حق المولى ) دفعاً للضرر ( والتوكيل ليس تصرفاً في حقــه ) أي في حق المولى ؛ إذ صحة التوكيل تتعلق بعبارته وأهليته والعبد يبقى على أصل الحرية في ذلك ، لأن صحة العبارة بكونه آدمياً .

( إلا أنه ) جواب إشكال وهو أن يقال إنهما لو كانا من أهـــل التصرف ، ينبغي أن يصح منهما التزام العهدة ، فأجاب بقوله — إلا أنه — أي ضمير أن الشأن ( لا يصح منهما ) أي من الصبي والعبد ( التزام العهدة ، أما الصبي لقصور أهليته ) بعدم البلوغ ( والعبد لحق سيده ) لئلا يلزم الضرر به ، وإذا كان كذلك ( فيلزم ) أي الحقوق ( الموكل ) لأنه لمـــا تعـــذر التزام العهدة بهما تعلق بأقرب الناس اليهما ، وهو من انتفـع بهـــذا التصرف وهو الموكل .

( وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون ) قيل في حاشية نسخة المصنف — أو محجور — ومتنها مجنون ، وفي بعض النسخ — أو عبد محجور — ولهذا قال في الكافي — ثم علم انه صبي محجور أو عبد محجور ( له خيار الفسخ ) وذلك ( لأنه ) أي لأن المشترى ( دخل في العقد على ظن ان حقوقه تتعلق بالعاقد ، فاذا ظهر خلافه يتخير كما إذا عثر ) أي اطلع ( على عيب ) الجامع بينهما عدم الرضى .

قال والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيـــع والإجارة ، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل. وقال الشافعي « رح » تتعلق بالموكل لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف ، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل ، فكذا توابعه ، وصار كالرسول والوكيل في النكاح . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدمياً . وكـــذا حكماً لأنه يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل . ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلـــك ، كالرسول . وإذا كان كذلك كان أصيلاً في الحقوق ، فيتعلق حقوق العقد بـه .

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين ، كل عقـــد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيـع والإجارة ، فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعي رحمه الله تتعلق بالموكل ) قال مالك واحمد « رح » ( لأن الحقوق تابعة لحـــكم التصرف ، والحـكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه ) أي توابـع الملك ( وصار ) أي الوكيل ( كالرسول ) بأن قال لآخر كن رسولي في بيـع عبدي ( كالوكيل في النـكاح ) فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقاً .

( ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة ) أي من حيث الحقيقة ( لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته ) أي عبارة العاقد ( لكونه آدمياً ) عاقلا أهلا للتصرف، فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف واقعا له، غير ان الموكل استنابه في تحصيل الحكم ، وجعلناه نائباً في حق الحكم وراعينا الأصل في حق الحقوق .

( وكذا حكماً ) أي وكذا العاقد هو العاقد من حيث الحكم ، واستدل المصنف على ذلك بقوله ( لأنه ) أي لأن الوكيل ( يستغنى عن إضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيراً عنه لما استغنى عن ذلك ) أي من إضافة العقد إليه ( كالرسول ) فانه لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الرسول ( وإذا كان كذلك كان ) أي الوكيل ( أصيلا في الحقوق فيتعلق العقد به ) أي بالوكيل .

ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن و يطالب بالثمن إذا اشترى ، ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق ، والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتباراً للتوكيل السابق ، كالعبد يتهب و يصطاد ويحتطب هو الصحيح .

---

( ولهذا ) أي فلأجل كون الوكيل أصيلا في الحقوق ( قال في الكتاب ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير والمبسوط ، وقال الاترازي « رح » أى قال القدوري «رح» في مختصره وهذا هو الظاهر فانه قال في مختصره ( يسلم المبيع ويقبض الثمن ) إذا كان وكيلا بالبيع ( ويطالب ) على صيغة المجهول أي الوكيل يطالب ( بالثمن إذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم ) بفتح الصاد على بناء المجهول أي يخاصم الوكيل ( في العيب ويخاصم فيه ) إذا اشترى ( لأن كل ذلك من الحقوق ) أي من حقوق العقد .

( والملك يثبت ) جواب سؤال مقدر وهو ان يقال كما ثبت الملك ( للموكل ) ينبغي ان تثبت الحقوق له كما قاله الشافعي « رح »، فأجاب عنه بقوله والملك يثبت ( له [1] ) اى للموكل ( خلافة عنه ) اى بطريق الخلافة عن الوكيل لا اصالة ( اعتباراً للتوكيل السابق ) يعني يقوم الموكل مقامه في ثبوت الملك له للاعتبار للتوكيل الذى سبق .

واعلم ان المشايخ « رح » اختلفوا في ان الملك يثبت للوكيل بالشراء ثم ينتقل إلى الموكل منه او يثبت للموكل ابتداء . قال الكرخي « رح » ومن تابعه بالأول واليه ذهب بعض اصحابنا وهو اختيار قاضي خان « رح » وقاله ابو طاهر الدباس « رح » بالثاني ، وهو مذهب جماعة من اصحابنا « رح » .

( كالعبد يتهب ويصطاد ) أى كالعبد يقبل الهبة ويصطاد الصيد فانه يثبت الملك للمولى ( ويحتطب ) ابتداء ( هو الصحيح ) احترز به عن قول الكرخي « رح » وفي الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة السرخسي « رح » قال أبو طاهر « رح » أصح ، وقول الشافعي رحمه الله كقول أبي طاهر « رح » . وذكر الصدر الشهيد أن القاضي أبا زيد

---

(١) للموكل — هامش .

قال « رض » وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى .
قال وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيها سفير محض . ألا ترى أنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له ، فصار كالرسول ، وهذا

---

خالفهما فقال الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق يثبت له ثم ينتقل إلى الموكل من قبله فوافق الكرخي « رح » في حق الحقوق ووافق أبا طاهر في حق الحكم وهذا احسن .

وقال في الفتاوى الصغرى الوكيل ما دام حياً ، وإن كان غائباً لا تنتقل الحقوق إلى الموكل وقال أيضاً ذكر الفضيل « رح » أن الوكيل بالبيع إذا مات عن وصي فالحقوق تنتقل إلى وصيه دون الموكل ، ولو مات ولم يوص يرفع الأمر إلى القاضي لينصب وصياً وهو قول بعض مشايخنا « رح » . وقال بعضهم ينتقل إلى موكله ولأنه قبض الثمن .

( قال ) أي المصنف « رح » ( وفي مسألة العيب تفصيل نذكره إن شاء الله تعالى ) نذكره بعد هذا عند قوله وإن اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وكل عقد ) هذه ضابطة الضرب الثاني ( يضيفه ) أي الوكيل ( إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد ، فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل ) فإذا كان كذلك ( فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها ) أي تسليم المرأة إلى موكله ( لأن الوكيل فيها ) أي في هذه الاشياء المذكورة ( سفير محض ) كالرسول .

( ألا ترى أنه ) أي أن الوكيل ( لا يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه كان النكاح له فصار كالرسول ) في باب البيع ( وهذا ) أي كونه كالرسول فيها

لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ، لأنه إسقاط فيتلاشى ، فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً .
والضرب الثاني من أخواته العتق على مال ، والكتابة والصلح عن الإنكار . فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الأول ، والوكيل بالهبة والتصدق

---

( لأن الحكم فيها ) أي في هذه العقود وهي النكاح وأمثاله ( لا يقبل الفصل عن السبب ) وهو العقد ، ولهذا لا يدخل فيها خيار الشرط لأنه من قبيل الإسقاطات فلا يقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره أشار إلى هذا بقوله ( لأنه إسقاط فيتلاشى) أي فيضمحل ( فلا يتصور صدوره ) أي صدور السبب بطريق الاصالة ( من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيراً) بخلاف البيع فإن حكمه ينفصل عن السبب كما في البيع بشرط الخيار،فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره خلافه ، وقيدنا بقوله أصالة إذ السبب يصدر من الوكيل نيابة في النكاح .

( والضرب الثاني من اخواته ) أي ومن أخوات الضرب الثاني ( العتق على مال ) قوله الضرب الثاني مبتدأ وقوله من أخواته جملة وقعت خبراً له ، وأراد بالضرب الثاني كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكله ، قاله الأترازي « رح » والصواب أن يكون الضرب الثاني مبتدأ ، وقوله من أخواته خبراً لقوله العتق على مال مقدماً على المبتدأ ، والجملة خبر المبتدأ الأول وصورة العتق على مال أن يوكل احداً على أن يعتق عبده على مال (والكتابة والصلح عن الإنكار ) جعل من هـذا القبيل لأن بدل الصلح بمقابلة دفع الخصومة في حق المدعى عليه .

( فأما الصلح الذي هو جار مجرى البيع ) أراد به الصلح عن إقرار وجعله جار مجرى البيع لأنه مبادلة مال بمال ، فكان حكمه حكم البيع ( فهو من الضرب الأول) متعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل . ( والوكيل بالهبة ) يعني إذا وكل رجلاً بأن يهب عبده لفلان ( والتصدق ) بأن وكله أن يتصدق على فلان (والإعارة ) بأن وكله

والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً ، لأن الحكم فيها يثبت بالقبض ، وإنه يلاقي محلاً مملوكاً للغير ، فلا يجعل أصيلاً . وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ، وكذا الشركة والضاربة، إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه .

---

أن يؤجر فلاناً داره ( والايداع ) بأن وكله أن يودع متاعه ( والرهن) بأن وكله بأن يرهن متاعه ( والاقراض ) بأن وكله بأن يقرض فلاناً (سفير أيضاً) هذا خبر لقوله – والوكيل بالهبة – فإذا كان الوكيل في هذه الأشياء سفيراً تعلقت حقوق العقد بموكله (لأن الحكم فيها ) أي في العقود أي المذكورة ( تثبت بالقبض وأنه ) أي وأن القبض (يلاقي محلاً مملوكاً للغير فلا يجعل أصيلا ) أي فلا يجعل الوكيل في هذه الأشياء أصيلا لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقي القبض ، فكان سفيراً ومعبراً عن المالك .

( وكذا ) يعني يكون سفيراً ( إذا كان الوكيل من جانب الملتمس ) لذلك نحو أن وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب ، فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل ( وكذا الشركة والمضاربة ) يعني إذا وكل بالشركة أو بالمضاربة، فالوكيل فيهما سفير أيضاً ، لا تتعلق حقوق العقد به بل تتعلق بالموكل لأن الوكيل لا بد له من إضافة العقد إلى موكله ، فكان سفيراً حتى لو أضاف العقد إلى نفسه لا يقع عن موكله .

( إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل ) هذا استثناء من قوله وكذا إذا كان الوكيل من جانب الملتمس بيان بطلان استقراض الوكيل بأن العبارة للوكيل والمحل الذي أمره بالتصرف لك الغير ، فإن الدراهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف في ملك باطل ( حتى لا يثبت الملك للموكل ) حتى لو هلك الذي استقرضه هلك على الوكيل ( بخلاف الرسالة فيه) أي في الاستقراض، فإن الرسالة فيه تصح بأن يقول أرسلني فلان إليك يستقرض منك ، ويثبت الملك للمستقرض .

قال وإذا طالب الموكل المشتري بالثمن، فله أن يمنعه إياه ، لأنه أجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقد ، فإن دفعه إليه جاز ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ثانياً ، لأن نفس الثمن المقبوض حقه ، وقد وصل إليه ولا فائدة في الأخذ منه ثم الدفع إليه ، ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل أيضاً دون دين الوكيل ، وبدين الوكيل إذا كان

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا طالب الموكل المشترى بالثمن فله أن يمنعه إياه ) أي فللمشترى منعه إياه خلافاً للأئمة الثلاثة ، لأن الحقوق ترجع إلى الموكل عندهم ( لأنه ) أى لأن الموكل ( اجنبي عن العقد وحقوقه ، لما أن الحقوق إلى العاقد فإن دفعه إليه ) أى ولو دفع المشترى الثمن إلى الموكل ( جاز ) دفعه ( ولم يكن للوكيل أن يطالبه به ) أى يطالب المشترى بالثمن ( ثانيا ) أى ثاني مرة ( لأن نفس الثمن المقبوض حقه ) أى حق الموكل ( وقد وصل اليه ) أى وقد وصل حقه اليه وإذا كان كذلك (فلا فائدة في الأخذ منه ) أى من الموكل ( ثم الدفع اليه ).

وهذا بخلاف الوكيل في بيع الصرف ، فإن هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز لأن بيع الصرف يتعلق بالقبض ، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول . ولو ثبت للوكيل حق القبول ، وقبل الموكل لم يجز ، فكذا إذا ثبت له حق القبض . وفي الذخيرة ونقل من مختلف الرواية أن المشترى من الوصي لو دفع الثمن إلى الصبي ، فللوصي أن يرجع إلى المشترى .

( ولهذا ) توضيح لقوله أن نفس الثمن المقبوض حقه فإنه ( لو كان للمشترى على الموكل دين يقع المقاصة، ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل ) لأن دين المقاصة إبراء بعوض ، فيعتبر بالإبراء بغير عوض ، وله إبراء المشترى من الثمن وخروج الكلامان معاً ، فالمشترى يرى ببراءة الآمر لا ببراءة المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشيء ، فكذا هنا ( وبدين الوكيل) أى تقع المقاصة بدين الوكيل ( إذا كان

وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » لما أنه يملك الإبراء عنه عندهما ، ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين .

---

وحده يقع المقاصة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه ) أي أن الوكيل ( يملك الإبراء عنه ) أي ابراء المشترى عن الثمن ( عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وهو إبراء بعوض لأن القبض حقه ، فيملك المقاصة ايضاً لأنه إبراء أيضاً ولكنه بعوض فكان بالطريق الأولى أن يملكه ( ولكنه يضمنه ) أي ولكن الوكيل يضمن الثمن ( للموكل في الفصلين ) أي في فصل الإبراء وفصل المقاصة بدين الوكيل .

ولا يقال ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب المقاصة بدين الموكل ، لأنه خالف الموكل لأنه وكله ببيع يصل الثمن اليه ، وها هنا لا يصل، فإذا خالف ينبغي ان لا يجوز هذا البيع لأنا نقول وصل اليه الثمن قبل البيع ، لأنه بالبيع صار دينه قصاصاً بدين الآمر بالإجماع ، كذا في الذخيرة وفي المبسوط قال أبو يوسف « رح » لا يجوز إبراء الوكيل للمشترى عن الثمن لأنه تصرف في ملك الغير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » إذ الثمن ملك الموكل ، ولهما أن الإبراء اسقاط لحق القبض ، والقبض خالص حق الوكيل حتى لا يمنع الموكل عن ذلك وبه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد « رح » في رواية .

وفي الفتاوى الصغرى ، الوكيل بالبيع يملك اسقاط الثمن عن المشترى بالإقالة والإبراء والمقاصة بما على الوكيل عندهما . وقال أبو يوسف « رح » لا يملك ذلك ، وقال محمد « رح » في الأصل ولو كان البائع إبرء المشترى ، يعني ان الوكيل أبرأه من الثمن فهو جائز ، وهو له ضامن وكذلك له وهبه له ، وكذلك لو اشترى متاعاً او كانت دنانير فأخذ بها منه أو كانت دراهم فأخذ بها منه ودنانير ضامن للثمن ، والذى اشترى هو له ، وكذلك لو صالحه عليه صلحاً ولم يشتر ، وكذلك لو أخر عن الثمن إلى أجل، كان ضامناً للثمن وجاز التأخير ، ولو حط عنه كان ضامناً لما حط عنه ، وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد « رح » .

وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجوز شيء مما صنع من هذا من هبة وغيرها، والمال على

حالته على المشترى. وفي الفتاوى الصغرى ثم في وقوع المقاصة إن كان دين المشترى على الموكل وهو مثل الثمن صار قصاصاً إجماعاً وان كان دينه على الوكيل فعلى الاختلاف وإن كان عليهما يصير قصاصاً بدين الموكل.

أما عند أبي يوسف « رح » فظاهر ، وأما عندهما فلأن الثمن لو صار بدين الوكيل لاحتجنا إلى قضاء الوكيل للموكل ، وصار قصاصاً بدين الموكل لا يحتاج قضاء آخر،فقصرنا المسافة ، ولأن الموكل يملك إسقاط الثمن عند المشترى بالإجماع،فعلى هذا الحيلة في موضعين: أحدهما إذا كان لرجل على زيد دين لا يؤديه ، فيتوكل الدائن عن الغير في شرحين من زيد فإذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البائع ، وبين دين وجب للبائع على الوكيل ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله ، والثاني أن يوكل رب الدين غيره بالشراء من المديون فتقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب على البائع على الوكيل والله أعلم .

* * *

# باب الوكالة بالبيع والشراء

## فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلاً بشراء شيء ، فلا بد من تسمية جنسه وصفته أو جنسه ومبلغ ثمنه

---

**( باب الوكالة بالبيع والشراء )**

أي هذا باب في بيان حكم الوكالة بالبيع والشراء . قدم هذا الباب على سائر الأبواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة اليه في ذلك .

**( فصل في الشراء )**

أي هذا فصل في بيان أحكام الشراء وقدم هذا الفصل على الفصول التي تأتي بعده لأن الشراء مثبت لما هو الأصل في فقد البيع وهو البيع ، والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء اولى بالتقدم .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن وكل رجلا بشراء شيء ) أي غير معين لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة ( فلا بد من تسمية جنسه ) كالعبد والجارية ، إذ العبد جنس بلسان الشرع ، وكذا الجارية باعتبار اختلاف الأحكام وأراد بالجنس النوع لا مصطلح أهل النطق فإن الجنس عندهم هو المقبول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو كالحيوان ، والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو ، كالإنسان مثلا. والصنف هو النوع المقيد بقيد عرض كالتركي والهندي ، والمراد هنا بالجنس ما يشمل أصنافاً على اصطلاح اولئك وبالنوع المصنف ( وصفته ) أي نوعه كالتركي والهندي ولا خلاف فيه للفقهاء ( أو جنسه ومبلغ ثمنه ) أي أو تسمية جنسه مقدار ثمنه ، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد « رح » في رواية .

ليصير الفعل الموكل به معلوماً ، فيمكنه الائتمار ، إلا أن يوكله وكالة عامة ، فيقول ابتع لي ما رأيت ، لأنه فوض الأمر إلى رأيه، فأي شيء يشتريه يكون ممتثلاً . والأصل فيه أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً ، لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع .

ثم إن كان اللفظ يجمع أجناساً

---

وقال في وجه لا يصح حتى يذكر نوعه وبه قال أحمد « رح » في رواية ، وعند مالك « رح » الشرط أن يكون معلوماً في الجملة قيل هو الذي ذكره القدوري «رح »استحساناً والقياس عدم الجواز وجه الاستحسان حديث عروة البارقي « رض » وقد مر لأنه عليه السلام ذكر الجنس وقدر الثمن وسكت عن الصفة .

( ليصير الفعل الموكل به معلوماً فيمكنه الائتمار ) أي فيمكن الوكيل الامتثال لأمر الموكل ( إلا أن يوكله ) هذا استثناء من قوله – فلا بد من تسمية جنسه – يعني إذا وكله ( وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت ) فلا يحتاج إلى ذكر الجنس وغيره ( لأنه ) أي لأن الموكل ( فوض الأمر إلى رأيه ) أي إلى رأى الوكيل ( فأى شيء يشتريه يكون متمثلا ) لأمر الموكل ، وفيه خلاف لأحمد « رح » فانه يقول لا تصح هذه الوكالة العامة .

( والأصل فيه ) أي في هذا الباب ( أن الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحساناً ) الجهالة اليسيرة جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي ، فإنها لا تمنع صحة الوكالة وإن لم يبين بالثمن . وقال بشر المريسي لا تصح الوكالة ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد في رواية لأن التوكيل بالبيع والشراء يعتبر بنفس البيع والشراء فلا تصح إلا ببيان وصف المعقود عليه ، قلنا تصح هذه الوكالة ( لأن مبنى التوكيل على التوسعة لأنه استعانة في اعتبار هذا الشرط ) يعني اشتراط بيان الوصف ( بعض الحرج وهو مدفوع ) شرعاً .

( ثم إن كان اللفظ ) أي اللفظ الذي يذكره الموكل ( يجمع أجناساً ) كالدابة والثوب

أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن، لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهالة ، وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع ، لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً ، وبذكر النوع تقل الجهالة ، فـــلا يمنع الامتثال مثاله إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح ، لانه يشمل أنواعاً ، فإن بـــين النوع التركي والحبشي والهندي والسندي والمولد ، جاز ، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرناه . ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين صفـــة الجودة والرداءة والسطة

---

( أو ما هو في معنى الاجناس ) كالدار والرقيق ( لا يصح التوكيل وإن بين الثمن ، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس ، فلا يدري مراد الأمر لتفاحش الجهـــالة ) والوكيل لا يقدر على الامتثال . وفي الكافي الجهالة ثلاثة أنواع ، فاحشة ويسيرة ومتوسطة . وقد ذكر المصنف اليسيرة والفاحشة ، ويذكر عن قريب المتوسطة .

( وإن كان ) أي اللفظ ( جنساً يجمع انواعاً ) كالعبد والأمة والدار (لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع لأنه بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً ، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال ) أي امتثال الآمر ( مثاله إذا وكله ) أي مثال هذا النوع إذا وكل رجل رجلا (بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه ) أي لأن لفظ عبد أو لفظ جارية ( يشمل أنواعـــاً فإذا [1] بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد) في المغرب المولد الذي ولد في دار السلام ، وقيل العبد الذي تولد بين العرب ونشأ بين اولادهم ( جاز ) أي التوكيل ( وكذا ) أي وكذا جاز (اذا بين الثمن لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله ، لأن تقـــدير الثمن يصير النوع معلوماً .

( ولو بين النوع أو الثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة ) أى الوسط

---

(١) فإن — هامش .

جاز لانه جهالة مستدركة . ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع. وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوباً أو دابة أو داراً ، فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة ، فإن الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجـــه الأرض . وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع أجناساً . وكذا الثوب لأنه يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهراً ، وكذا الدار تشمل

---

وأصله وسط حذفت الواو منه كما في عدة وغطة وعوضت التاء في آخرها عن الواو (جاز ) أي التوكيل ( لأنه جهالة مستدركة ) أي يسيرة ( ومراده ) أي مراد القدوري « رح » ( من الصفة المذكورة ) وهي قوله وصفته ( في الكتاب النوع ) أي في مختصر القدوري ومن الكلام فيه أول الفصل.

( وفي الجامع الصغير ) وفائدة ذكر وضع الجامع الصغير بيان اشتمال لفظه على أجناس مختلفة ( ومن قال لآخر اشتر لي دابة أو ثوباً أو داراً ، فالوكالة باطلة ) وإن عين الثمن حتى لو اشترى كان الشراء واقعاً على الوكيل ، وبه صرح في نسخ الجوامع ( للجهـــالة الفاحشة ) فإن الدابة في الحقيقة اللغوية اسم لما يدب على وجه الأرض، وفي العرف ينطلق على الخيل والحمار والبغل ، فقد جمع أجناساً ، وكذا الثوب لأنه يتنـــاول الملبوس من الأطلس إلى الكساء ) كأنه أراد به الأرفع من الثياب ومن الكساء دونها ، ولكن لم يرد في اللغة ما أراده من هذا .

قـــال صـــاحب الجمهرة أطلسته كدره في غيره والذئب أطلس وكذلك لو كل شيء يشبه . وقال في تهذيب ديوان الأدب الأطلس على لون الذئب ، يقال ذئب أطلس ، والأطلس الخلق من الثياب ، ولبعض الفضلاء إلا أنس مشتق من الإنس والإنس إن ثناء عن الإنس ثيابهم ملبس ولكنها على ذباب منهم طلس .

( ولهذا ) أي ولكون الثوب الملبوس من الأطلس إلى الكساء (لا يصح تسميته مهراً) للجهالة الفاحشة ( وكذا الدار ) أي لا يصح توكيله بشراء الدار مطلقاً لأنهـــا ( تشمل

مما هو في معنى الأجناس ، لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الأعراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان ، فيتعذر الامتثال . قال ، وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه . وكذا إذا سمى نوع الدابة بأن قال حماراً ونحوه . قال ومن دفع إلى آخر دراهم وقال اشتري لي بها طعاماً فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً . والقياس أن يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة كما في

---

ما هو في معنى الأجناس لأنها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الاعراض والجيرن والمرافق والمحال ) جمع محله ( والبلدان ) جمع بلد وإذا كان الاختلاف فيها فاحشاً (فيتعذر الامتثال) أي امتثال أمر الأمر بشراء الدار مطلقاً .

( قال وإن سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار) بأن قال في محلة كذا ( والثوب ) أي وسمى عين الثوب ( جاز ) أي التوكيل ( معناه ) أي معنى قوله في الجامع الصغير ووصف جنس الدار (نوعه) لأن تفاحشهم يرتفع بذكر الوصف والثمن (وكذا إذا سمى نوع الدابة ، بأن قال فرس أو حمار أو نحوه ) مثل بغل جاز ، وإن لم يبين الثمن . كذا في المبسوط لأن الجنس صار معلوماً بالتسمية وإنما بقيت الجهالة بالوصف فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن .

فإن قيل الحمير انواع ، منها ما يركبه العظماء ، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل ، قلت هذا اختلاف للوصف مع أن ذلك يصير معلوماً بمعرفة حال الموكل ، حتى قالوا ان القاضي أو الوالي لو أمر بشراء حمار يصرف إلى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنين لا يجوز بخلاف ما لو أمر القاضي ليرى بذلك كذا في المبسوط .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن دفع إلى آخر دراهم ) قيد بالدفع لأنه إذا لم تدفع الدراهم ، وقال اشترى لي حنطة أو شعيراً لم يجز ، لأنه لم يبين المقدار ، وجهالة المقدار في المكيلات كجهالة الجنس ( وقال اشتر لي بها طعاماً ، فهو على الحنطة ودقيقها استحساناً والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتباراً للحقيقة ) لأن الطعام اسم للمطعوم ( كما في

اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك وهو على ما ذكرناه ، إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء ولا عرف في الأكل ، فبقي على الوضع . وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة ، وإن قلت فعلى الخبز ، وإن كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق .

---

اليمين على الأكل ) إذا حلف لا يأكل طعاماً، فأكل فاكهة يحنث (إذ الطعام اسم لمايطعم) بحسب العرف على ما يجيء بيانه مشروحاً إن شاء الله تعالى .

( وجه الاستحسان أن العرف أملك ) أي أقوى وأرجح بالاعتبار من القياس (وهو على ما ذكرناه ) أي العرف على ما ذكرناه من أنه واقع على الحنطة ودقيقها ( إذا ذكر مقروناً بالبيع والشراء ) ولهذا يسمى عندهم السوق الذي يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام ، وإذا كان السوق هكذا ترك القياس به لأن العرف أقوى من القياس ، لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص ( ولا عرف في الأكل ) أي في اليمين بالأكل ( فبقي على الوضع ) وهو أن الطعام اسم لما يطعم .

( وقيل ) هو قول الفقيه أبو جعفر الهندواني « رح » فإنه قال ( إن كثرت للدراهم فعلى الحنطة ) أي الوكالة تقع على الحنطة . وقال تاج الشريعة قوله وهو على ما ذكرناه . قالوا هذا عرف أهل الكوفة فإن سوق الحنطة ودقيقها عندهم يسمى سوق الطعام له هوفي عرف غير أهل الكوفة ينصرف التوكيل إلى شراء كل مطعوم (وإن قلت فعلى الخبز ) أي فتقع الوكالة على الخبز ( وإن كان فيما بين ذلك ) أي بين القليل والكثير ( فعلى الدقيق ).

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » إن كانت الدراهم كثيرة بحيث يشتري الحنطة والدقيق والخبز ، فاشترى بها الوكيل الخبزأوالدقيق لا يجوز على الموكل، وإن كانت وسطاً تشترى بها الحنطة أو الدقيق فاشترى بها الوكيل الحنطة أو الدقيق جاز ، ولو اشترى بها الخبز لا يجوز وإن كانت قليلة بحيث لا يشترى بمثلها في العرف إلا الخبز ، فإنه يجوز إذا اشترى الخبز .

وفي الفتاوى الصغرى ما ذكر محمد « رح » في عرفهم، أما في عرفنا فالطعام ما يمكن

قال وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب ، فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده ، لانه من حقوق العقد وهي كلها إليه ، فإن سلمه إلى الموكل لم يرده إلا بإذنه ، لانه انتهى حكم الوكالة ، ولأن فيه إبطال يده الحقيقة ، فلا يتمكن منه إلا بإذنه ، ولهـذا كان خصماً لمن يدعي في المشتري دعوى كالشفيع وغيره . قبل التسليم إلى الموكل لا بعده .

---

أكله من غير دم كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه ، فتنصرف الوكالة إلى ذلك دون الحنطة والدقيق والخبز والفتوى على هـذا . وفي القدوري عن أبي يوسف « رح » إذا كان شهد وليمة فدفع اليه دراهم كثيرة، فهو على الخبز وإذا وكله بشراء لحم بدرهم فاشترى المطبوخ أو المشوى منه لا يجوز على الأمر إلا إذا كان مسافراً نزل خـانـاً ، ولحم الطير الوحشي يجوز عليه إن كان في بلد يباع في اسواقه منه فيشترى الناس . وشراء الشاة الحيـة أو المذبوحة لا يجوز عليه ، وإن سمى فهي للآمر بعشرة دراهم إلا أن تكون مسلوخة ، ولو أمره بشراء البيض فهو على بيض الدجاجة ، بخلاف اليمين على أكل البيض حيث يقع على بيض الطير ، هذا كله من الفتاوى الصغرى .

( قال ) أي القدوري « رح » (وإذا اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على عيب ،فله أن يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه ) أى فللوكيل ان يرده بالعيب ( من حقوق العقد وهي كلها اليه ) أى الحقوق كلها إلى الوكيل ( فإن سلمه اليه ) أى وإن أسلم الوكيل المبيع إلى الموكل (لم يرده إلا بإذنه) أى باذن الموكل ( لانه انتهى حكم الوكالة[1] ) لأنه خرج من الوكالة وانقطع حقه ( ولأن فيه ) أى في الرداء ( إبطال يده الحقيقة ) أى يد الموكل ( فلا يتمكن منه ) أى من الرد ( إلا بإذن الموكل ولهذا ) أي ولأجـل أن حقوق العقد كلها إلى الوكيل ( كان ) أي الوكيل (خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم إلى الموكل لا بعده ) يعني كون الوكيل خصما لمن يدعي إنما يكون قبل تسليم الوكيل المبيـع إلى الموكل لا بعد التسليم لأن الحقوق ترجع اليد قبل التسليم الى الموكل .

---

(١) الى الموكل — هامش .

قال ، ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه ، فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر ، ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم ، لان ذلك لا يجوز ، فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ، وهذا لا يجوز .

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لأنه ) أي لأن عقد الصرف والسلم ( عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به دفعاً للحاجة على ما مر ) في أول كتاب الوكالة ويرد عليه الاستقراض فإنه يملك الموكل ولا يملك التوكيل ، وكذا يرد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم اليه ، فإن المسلم اليه باشره بنفسه لقبول السلم يجوز .

ولو وكل غيره لا يجوز ، وأجاب الأترازي « رح » عن الثاني بقوله فجوابه أن القياس أن لا يملكه المسلم لكونه بيع المعدوم ، الا أنه جوز ذلك من المسلم اليه رخصة له دفعاً لحاجة المفاليس ، وما ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره أو نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة المفاليس . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر أثره في التوكيل ولم يرد نقضاً على الكلي الذي قاله القدوري « رح » انتهى . قلت هذا ذكره غيره ايضاً .

( ومراده التوكيل بالإسلام ) يعني أن المراد منه التوكيل بعقد السلم من جهة رب السلم ( دون قبول السلم لأن ذلك لا يجوز ) وهذا لا يجوز وهو معنى قوله فإن ذلك لا يجوز ( فإن الوكيل يبيع طعاماً في ذمته على أن يكون الثمن لغيره ) وهو الموكل ( وهذا لا يجوز ) لان من باع ملك نفسه من الاعيان على أن يكون الثمن لغيره لم يجز ، فكذلك في الديون لا يجوز نص على ذلك محمد « رح » في باب الوكالة في السلم ، فإن بطل التوكيل بقي الوكيل عاقداً لنفسه فملك رأس المال ، فلما أسلمه إلى الموكل على وجه التمليك كان قرضاً عليه .

فإن قيل قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في الوكيل بالشراء فإن الوكيل هو المطالب بالثمن ، والثمن يجب في ذمة الموكل ، فينبغي أن يجوز فيما نحن فيه لجامع

فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض ، بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض . ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد . والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل ، فيصح قبضه . وإن كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه ، بخلاف الرسولين ،

---

معنى الرسم ، فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه ، كالثمن . قلنا المسلم فيه دين له حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض ، وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك .

( وإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد ) هذا لفظ القدوري في مختصره أي فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذي عقد معه قبل القبض بطل العقد ( لوجود الافتراق من غير قبض) لأن القبض في المجلس شرط ولم يوجد ( ولا يعتبر مفارقة الموكل ) قبل القبض ( لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه ) أي قبض الوكيل بدل الصرف .

( وان كان لا تتعلق به الحقوق ) كلمة إن للوصل ، والضمير في كان يرجع الى الوكيل والمعنى يصح قبض الوكيل،وان كان ممالا يلزم العهدة ( كالصبي والعبد المحجور علية ) يعني كما إذا كان الوكيل صبياً أو عبداً محجوراً لأنه العاقد .

قال الكاكي « رح » هذا جواب سؤال يرد على أصل الوكالة ، فإن الصبي والعبد المحجورين إذا توكلا يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم فكيف يتعلق هاهنا بهما التسليم ، والتسليم في بدل الصرف وهما وكيلان فيه حتى بطل الصرف بمفارقتها قبل القبض ، فأجاب عنه أن قبضهما صحيح وإن كان لا يلزمهما الحقوق ، لأن القبض في الصرف من تتمة صحة العقد فيصح ممن يوجد عند العقد . ( بخلاف الرسولين) أي في باب الصرف وفي باب السلم . وفي بعض النسخ الرسولين أي الرسول في الصرف والرسول في السلم ، وليس معناه الرسول من الجانبين في الصرف ، والرسول من الجانبين في السلم ، أي من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لأنه كما لا تجوز الوكالة من جانب المسلم اليه

لأن الرسالة في العقد لا في القبض ، وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح . قال ، وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع ، فله أن يرجع به على الموكل ، لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، ولهذا إذا اختلفا في الثمن يتخالفان ، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل ، وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ، ولأن الحقوق لما كانت إليه ، وقد علمه الموكل ، فيكون

---

فكذلك الرسول ، ومعناه أن الرسول اذا قبض لا يصح العقدبقبضه على ما يجيء ،وقوله بخلاف الرسول مرتبط بقوله فيصح قبضة ، أي يصح قبض الوكيل بخلاف قبض الرسول فانه لا يصح والمعتبر قبض المرسل ( لأن الرسالة في العقد ) أى حصل فيه ( لا فيالقبض. وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح ) أى قبض الرسول .

( قال ) أي القدوري « رح » (واذا دفعالوكيل بالشراء الثمن من مالهوقبض المبيع فله ان يرجع به ) أى بالثمن ( على الموكل ) وبه قال الشافعي « رح » في قول ( لأنه )أي لأن الشأن ( انعقدت بينهما ) أى بين الوكيل والموكل ( مبادلة حكمية ) أى صار الوكيل كالبائع من المشتري ، والدليل على المبادلة ما أشار اليه بقوله :

( ولهذا ) أى ولأجل كون معنى المبادلة فيه ( اذا اختلفا ) أي الوكيل والموكل (في الثمن يتحالفان ) والتحالف من خواص المبادلة ( ويرد الموكل بالعيب على الوكيل ) هذا أيضاً من كون معنى المبادلة فيه ، حيث يكون للموكل أن يرد المبيع على الوكيل بالشراء بالعيب ( وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ) أي يرجع الوكيل على الموكل ،يعني لما كانالموكل كالمشترى منالوكيلوقد سلم له المشترى ،أى الذي اشترى له من جهة يرجع عليه ( ولأن الحقوق ) دليل آخر (لما كانت اليه) أى الىالوكيل ( وقد علمه الموكل) أي والحال أن الموكل قد علم كون الحقوق راجعا اليه ( فيكون ) أى

راضياً بدفعه من ماله ، فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه، هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ، لان يده كيد الموكل ، فإذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده ، وله أن يحبسه حتى يستوفي الثمن

---

الموكل ( راضياً بدفعه ) أى بدفع الثمن ( من ماله ) أى مال الوكيل . فاذا دفع الوكيل بسبب أمر الموكل اياه بالشراء ، كان الموكل راضياً ايضاً برجوع الوكيل بما أدى ، ولم يسقط الثمن ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة .

( فان هلك المبيع في يده ) أى في يد الوكيل ( قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن ، لأن يده كيد الموكل ، فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضاً بيده ) أى حكماً والهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل ، فلا يبطل الرجوع ، ويقال لأن المبيع امانة في يد الوكيل لأنه قبضه للموكل ، فليس على الامين شيء ما لم يحدث مساً ، فلا يضمنه ، كما اذا هلكت الوديعة في يد المودع ( وله ) أى للوكيل ( ان يحبسه) أى المبيع (حتى يستوفي الثمن ) سواء دفع الوكيل الثمن الى البائع أو لم يدفع كذا في المبسوط ، وقالت الأئمة الثلاثة ليس له حبسه .

وقال زفر « رح » ليس له حق الحبس ، فاذا حبسه صار غاصباً على ما يجيء الآن .
وعن الشافعي « رح » في وجه اذا نقد الثمن له حبسه . وفي الذخيرة لم يذكر محمد «رح» في شيء من الكتب أن للوكيل حبس المبيع قبل نقد الثمن ، وحكي عن الإمام الحلواني أن له ذلك ، وقال الاترازى « رح » هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة ، وكيف خفي عليه .

وقد صرح محمد « رح » في الأصل في باب الوكالة في الشراء ، فقال وإذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبداً بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه ، فطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الموكل أن يدفعه ، فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن ، في قول أبي حنيفة «رح » وإن كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء إلى هنا لفظ محمد «رح» في الأصل ، وفي الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء إذا اشترى بالنسبة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الآمر .

لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل . وقال زفر « رح » ليس له ذلك لأن الموكل صار قابضاً بيده ، فكأنه سلمه إليـــه ، فيسقط حق الحبس . قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه ، فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس ، على أن قبضه موقوف فيقع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه ، فإن حبسه فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف « ر ح » ،

---

( لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل ) كأنه أشار بهـــذا إلى قوله لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ، والمبادلة هو البيع .

( وقال زفر « رح » ليس له ذلك ) أي حق الحبس ( لأن الموكل صار قابضاً بيده ) أي بيد الوكيل بدليل أن هلاكه في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكل ، فكأنه قبضه حقيقة ( فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس ) ولو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس ، فكذا إذا وقع في يده حكماً .

( قلنا هذا مما لا يمكن التحرز عنه ) يعني دخول البيع في يد الوكيل على وجه لا يكون ولاية الحبس لا يمكن التحرز عنه ، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو ، فلا يسقط حقه في الحبس لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ، فلا يتحقق منه الرضا فيما لا طريق له إلى التحرز عنه . فإذا كان كذلك ( فلا يكون راضياً بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف ) يعني لا نسلم أنه صار قابضاً بيده بل قبضه موقوف ، فإذا كان موقوفاً ( فيقـع للموكل إن لم يحبسه ولنفسه ) أي ويقـع لنفسه أي لنفس الوكيل ( عند حبسه ) حاصل الكلام أن قبضه موقوف للتردد بين أن يكون تتميم مقصود الموكل وبين أن يكون لإحياء حق نفسه ، فإذا حبسه تبين أنه قبضه لإحياء حق نفسه ، فلم يكن الموكل قابضاً حكماً فلا يسقط حقه للضرورة .

( فإن حبسه ) أي فإن حبس الوكيل المبيع ( فهلك كان مضموناً ضمان الرهن عند أبي يوسف « رح » ) حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط وإلا رجـــع بالفضل على الموكل

وضمان البيع عند محمد « رح » ، وهو قول أبي حنيفة « رح » ، وضمان الغصب عند زفر « رح » لأنه منع بغير حق . لهما أنه بمنزلة البائع منه ، فكان حبسه لاستيفاء الثمن ، فيسقط بهلاكه . ولأبي يوسف وأنه مضمون بالحبس بالاستيفاء بعد إن لم يكن وهو الرهن بعينه ، بخلاف المبيع ، لان البيع ينفسخ بهلاكه ، وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد .

---

( وضمان البيع عند محمد « رح » ) قلت قيمته أو كثرت (وهو قول أبي حنيفة رحمه الله) أي قول محمد « رح » وهو قول أبي حنيفة رحمه الله ( وضمان الغصب عند زفر « رح » لأنه منع بغير حق ) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة ، فعند أبي يوسف رحمه الله يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة فتظهر فائدة ضمان الغصب ، في عكس هذا وهو أن يكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة ، يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ، فعند زفر « رح » يرجع الموكل على الوكيل بمثله إن كان مثلياً وبقيمة بالغة ما بلغت ، وعلى قول محمد « رح » لا يتفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيراً أو قليلا لانه يسقط بهلاك المبيع ، فلا يجب شيء أصلا .

( لهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أنه ) أي أن الوكيل ( بمنزلة البائع منه ) أي من الوكيل ( فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط ) أي الثمن ( بهلاكه ) أي بهلاك المبيع .

(ولأبي يوسف «رح» أنه مضمون بالجنس للاستيفاء بعد إن لم يكن) لأنه لم يكن مضموناً قبل الحبس وصار مضموناً بعد الحبس (وهو الرهن بعينه) يعني بمعنى الرهن لا بمعنى المبيع فإن المبيع مضمون قبل الحبس بنفس العقد ( بخلاف المبيع ) فإنه ليس كذلك ( لأن البيع ينفسخ بهلاكه ) أي بهلاك المبيع ( وهـا هنا لا ينفسخ أصل العقد ) بل يبقى بين الوكيل وبائعه ، فلا يكون نظير المبيع ، فأجاب المصنف « رح » عنه بقوله :

قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل ، كما إذا رده الموكل بعيب ، ورضي الوكيل به.وقال، وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم ، فاشترى عشرين رطلاً بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم ، لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وقالا يلزم العشرون بدرهم .

---

( قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به )فإنه يلزم الوكيل وينفسخ العقد فيما بين الموكل والوكيل . وقال الاترازي « رح » هذه مغالطة على أبي يوسف « رح » لأنه يفرق بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البائع وبين هلاكه في يد الوكيل بالشراء بعد حبسه عن الموكل لاستيفاء الثمن ففي الأول ينفسخ البيع وفي الثاني لا . وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه إذاهلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى .

وقال الأكمل « رح » قيل وهذه مغالطة على أبي يوسف « رح » ... إلى آخر ما ذكره الاترازي « رح » . ثم قال وإنه كما ترى فاسد لأنه إذا فرض أن الوكيل بائع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بائع ليس بوكيل فاستويا في وجود الفسخ وبطل الفرق ، بل إذا تأملت وجدت ما ذكر عن جانب أبي يوسف « رح » غلطاً أو مغالطة ، وذلك لأن البائع من الوكيل بمنزلة بائع البائع ،وإذا انفسخ العقد بين المشترى وبائعه لا يلزم منه الفسخ بين البائع وبائعه ، فكان ذكره احدهما يعني غلطاً أو مغالطة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم ،فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة أرطال بدرهم ) أي إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم يساوي قيمته درهماً قيد به ، لأنه إذا كانت عشرة أرطال منها تساوى درهماً نفذ الكل على الوكيل بالإجماع ذكره في الذخيرة ( لزم الموكل منه عشرة أرطال بنصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وقالا يلزمه العشرون بدرهم ) إلى هنا لفظ القدوري «رح» وقال المصنف « رح » :

ذكر في بعض النسخ قول محمد «رح» مع قول أبي حنيفة ومحمد «رح» ولم يذكر الخلاف في الأصل لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين. ولأبي حنيفة «رح» أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فنفذ شراءها عليه، وشراء العشرة على الموكل.

---

( وذكر في بعض النسخ ) أي في بعض نسخ مختصر القدوري « رح » ( قول محمد « رح » مع قول أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » ولم يذكر الخلاف في الاصل ) أى في المبسوط ( لأبي يوسف « رح » أنه أمره ) أى أن الموكل أمر الوكيل ( بصرف الدراهم في اللحم ، وظن ان سعره عشرة أرطال ، فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيراً ، وصار هذا كما إذا وكله ببيع عبده بألف ، فباعه بألفين ) جاز هذا فكذا ذاك .

( ولأبي حنيفة « رح » أنه أمره ) أى أن الموكل أمر الوكيل ( بشراء عشرة ولم يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراءها عليه ) أى شراء الزيادة على الوكيل ( وشراء العشرة على الموكل ) أى وينفذ شراء العشرة التي أمر الوكيل بها على الموكل ، لأنه خالفه فيما أمره به. فان قيل يجب أن لا يلزم الآمر شيء من ذلك ، لأن العشرة تثبت ضمناً للعشرين لا قصداً وقد وكله بشراء عشرة قصداً ، ومثل هذا لا يجوز على قول أبي حنيفة « رح » كما إذا قال الرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلاثاً لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل فلا يثبت ما في ضمنه ايضاً تبعاً له ، فأجاب عنه حميد الدين رحمه الله بأن في مسألة الطلاق وقوع الواحدة ضمني ، وها هو كذلك لا يقع إلا في ضمن ما تضمنه ، وما تضمنه لم يصح لعدم الامر به . فكذا ما في ضمنه .

وأما فيما نحن فيه ، فكل قصدي لان اجزاء الثمن تتوزع على أجزاء المبيع ، فلا يتحقق التضمن في الشراء ، فان قيل يشكل بأن إذا أمره ان يشترى له ثوباً هروياً ، فاشترى له هرويين بعشرة ، كل واحد يساوي عشرة لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل

بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل ، فتكون له . بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلاً بدرهم حيث يصير مشترياً لنفسه بالإجماع ، لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الأمر . قال ، ولو وكله بشراء شيء بعينه ، فليس له أن يشتريه لنفسه ، لأنه يؤدي إلى تعزير الأمر حيث اعتمد عليه ، ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل .

---

عند أبي حنيفة « رح » ذكره في الذخيرة ناقلا عن المنتقى. واجاب صاحب النهاية «رح» من هذا يجعل اللحم من ذوات الامثال ولا تفاوت في قيمتها إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه، وحينئذ كان للوكيل أن يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب، فانه من ذوات القيم والثوبان وإن تساويا في القيمة لكن يعرف ذلك بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل ، فثبت مجهولاً ، فلا ينفذ عليه انتهى . قلت هذا لا شيء إلا على قول من جعل اللحم من ذوات الامثال وهو مختار صاحب المحيط « رح » .

( بخلاف ما استشهد به ) جواب عن تمثيل ابي يوسف « رح » المتنازع فيه بتوكيل بيع العبد بألف وبيعه بألفين ( لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون له ) أى لان الزيادة عوض ملك الآمر فلا يجوز أن يستحقه الوكيل إلا بأذن الموكل ولا بغير إذنه. ولهذا لو قال بع ثوبى هذا على ان ثمنه لك لا يجوز .

( بخلاف ما إذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالإجماع ) لوجود المخالفة ( لان الامر يتناول السمين ) أى اللحم السمين ( وهذا ) أى وهذا الذى اشتراه ( مهزول فلم يحصل مقصود الامر ) فلا يكون له .

( قال ) أى القدورى « رح » ( ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لانه يؤدى إلى تعزير الامر حيث اعتمد عليه ) وذلك لا يجوز ( ولان فيه ) أى في شرائه لنفسه ( عزل نفسه ) عن الوكالة ( فلا يملكه ) لان عزله يكون بالخلاف لابالوفاق ( إلا بمحضر من الموكل ) أى إلا بحضور من وكله فلا يغيبه .

فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخـــلاف جنسه ، أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود ، أو وكل وكيلاً بشرائه ، فاشـترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فتنفذ عليه . ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول ، لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً .

---

قال في التتمة هذا إذا كان الموكل غائبا ، فان كان حاضراً وصرح الوكيـل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه لانه خالف أمر الآمر فتنفذ الشراء على نفسه بخلاف الوكيل بنكاح امرأة بعينها تزوجها لنفسه بنفسه يصح ، والفرق بينهما ان النكاح الذى اتى به الوكيل غير داخل تحت الامر اذ الآمر أمره بنكاح مضاف اليه ،وقد أتى بنكاح مضاف إلى نفسه ، فإن الوكيل بالنكاح يضيفه إلى الموكل ، وفي الشراء مأمور بالشراء مطلقـــاً لا مضافاً إلى الآمر ، فقد اتى بما دخل تحت الوكالة فيقع لموكله .

(فلو كان الثمن مسمى) إلى الآخر ثلاثة أوجه ذكر المصنف تفريعاً على مسألةالقدوري الأولى هو قوله فلو كان الثمن مسمى يعني وكله بالشراء بثمن مسمى ( فاشترى بخــلاف جنسه ) أي بخلاف جنس المسمى ، بأن سمى دراهم فاشترى بخلاف جنسه بدنانير، الوجه الثاني هو قوله (أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود ) وهي المكيلات والموزونات، الوجه الثالث هو قوله ( أو وكل ) أي الوكيل وكل ( وكيلا بشرائه فاشترى الثاني) أي فاشترى الوكيل الثاني ( وهو ) وكيل الوكيل ( غائب ) أي والحـــال أن الوكيل الأول غائب ( يثبت الملك للوكيل الأول ) أى لموكل الوكيل الثاني (في هذه الوجوه) الثلاثة المذكورة (لأنه خالف أمر الآمر فتنفذ عليه ) أي لأن الوكيل الذي وكل خالف أمر الوكيل الذي وكله بشراء شيء بثمن مسمى ... إلى آخره ( ولو اشترى الثاني ) أي الوكيل الثـــاني ( بحضرة الوكيل الأول ) يثبت الملك للوكيل الأول ، وفي بعض النسخ ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول ( نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن مخالفاً ) .

فإن قيل يشكل هذا بما لو أوكل الوكيل بطلاق أو عتاق لآخر ، فطلق الوكيل الثاني

قال ، وإن وكله بشراء عبد بغير عينه ، فاشترى عبداً فهو للوكيل ، إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل. قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه ، إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله ، لأن فيه تفصيلاً وخلافاً ، وهذا بالإجماع ، وهو مطلق .

---

وأعتق بحضرة الوكيل الأول ، لا يقع . ذكره في الذخيرة والتتمة ، قلنا إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر ، لأن التوكيل تفويض الرأى إلى الوكيل ، وجعله بمنزلة المالك ، وتفويض الرأى إلى الوكيل إنما يتحقق فيما يحتاج فيه إلى الرأى والطلاق المفرد والعتاق المفرد لا يحتاج إلى الرأى فلما تعذر العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازاً عن الرسالة لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة ، والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المأمور مأموراً بنقل العبارة من الآمر ، أما البيع وغيره فيما يحتاج فيه إلى الرأى فيعمل بحقيقة الوكالة ، كذا في الذخيرة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبداً فهو للوكيل إلا أن يقول نويت الشراء للموكل أو يشتريه بمال الموكل ) هذا كله لفظ القدوري والمصنف رحمهما الله .

( قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه ) أشار إلى الوجه الأول بقوله (إن أضاف) أي الوكيل ( العقد إلى دراهم الآمر ، كان للآمر ) وقال المصنف « رح » ( وهو المراد عندي ) بمعنى أن المراد من قول القدوري عندي وهو قوله – أو يشتريه بمال الموكل – أشار اليه بقوله ( أو يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لأن فيه ) أي في النقد بعد الشراء مطلقاً ( تفصيلا ) أراد به صورة التكاذب والتوافق ففي التكاذب بحكم النقد اتفاقاً ( وخلافاً ) أي في التوافق على عدم النية بحكم النقد عند أبي يوسف وعند محمد رحمهما الله هو للوكيل على ما يأتي بيانه مشروحاً ( وهذا بالإجماع ) أي الذي ذكره القدوري « رح » بالاتفاق إذا اشترى بمال الموكل ( وهو مطلق ) أي الذي ذكره القدوري

وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً ويفعله عادة ، إذ الشراء لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غـــيره مستنكر شرعاً وعرفـــاً ، وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر ، وإن نواها لنفسه فلنفسه ، لأن له أن يعمـــل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل . وإن تكاذبا في النيـة

بحكم النقـــد

---

مطلق لا تفصيل فيه والوجه الثاني هو قوله :

( وإن أضافه إلى دراهم نفسه ) أي نصف الوكيل العقد إلى دراهم لنفسه ( كان لنفسه ) يعني يقع العقد له ( حملا لحاله ) أي لحال الوكيل ( على ما يحل له شرعاً ) لأنه لما أضاف العقد إلى دراهم الآمر يقع له لأنه لو لم يقع له كان واقعاً للوكيل ، وإذا كان وقـع العقد للوكيل كان غاصباً لدراهم الآمر ، وهو لا يحل شرعاً ( ويفعله عـادة ) عطف على قوله يحل له ، يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافاً إلى دراهم فإنه يقـع الشراء لصاحب الدراهم ( إذ الشراء ) أي لأن الشراء ( لنفسه بإضافة العقد إلى دراهم غـيره مستنكر شرعاً ) لأن الأصل هو الوفاء عند العهد بالنص ( وعرفـــاً ) لأن الأصل هو الوفاء بالعادة ، والوجه الثالث هو قوله :

( وإن أضافه ) أي العقد ( إلى دراهم مطلقة ) يعني من غير إضافة إلى دراهم أحد ففيه تفصيل أشار إليه بقوله ( فان نواها ) أى فان نوى نية الشراء ( للآمر فهو للآمر وإن نواها لنفسه فلنفسه ) أي فكان لنفسه ( لأن له ) أي للوكيل ( أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل ) أي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فيعمل فيه لنفسه أصالة ، ويعمل بغيره وكالة ، لأن المأمور به غير معين ، فكانت نيته معتبرة ، والوجه الرابـع هو قوله :

( وإن تـكاذبا ) أي الموكل والوكيل ( في النية ) بأن قال الموكل اشتريته لي وقـــال الوكيل اشتريته لنفسي ( بحكم النقد ) على صيغة المجهول من التحكيم ، فأى من نقد الثمن

بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ، وإن توافقا على أنـــه لم تحضره النية . قال محمـــد « رح » هو للعاقد، لأن الأصل أن كل واحـد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغـيره ولم يثبت . وعند أبي يوسف « رح » يحكم النقد فيه لأن ما أوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين ، فيبقى موقوفاً ، فمن أي المالين نقد ، فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه، ولأن مع تصادقهما يحتمل النية للآمر . وفيما قلناه حمـــل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب

---

من ماله فهو له ( بالإجماع لأنه ) أى لأن تحكيم النقد ( دلالة ظاهرة على ما ذكرنا ) أشار به إلى قوله حملا لحلاله على ما يحل له شرعاً ، والوجه الخامس هو قوله :

( وإن توافقا ) أي الموكل والوكيل ( على انه ) أى على أن الوكيل ( لم تحضره النية ) ففيه اختلاف بين أبي يوسف ومحمد « رح » .

( قال محمد «رح» هو للعاقد لان الاصل أن كل واحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله) أي جعل العمل ( لغيره ولم يثبت ) .

( وعند أبي يوسف « رح » يحكم النقد فيه لان ما أوقعه مطلقاً ) يعني من غـير تعيين نية ( يحتمل الوجهين ) اراد بهما وقوع الشراء للموكل ووقوعه للوكيل ( فيبقى موقوفـاً فمن أي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه،ولان مـــع تصادقهما ) يعني على أنه لم يحضره النية ( يحتمل النية للآمر ) لاحتمال أن يكون نوى الآمر ثم نسيه .

( وفيما قلناه ) أي في تحكيم النقد ( حمل حاله ) أي حمل حال الوكيل ( على الصلاح) وهو أن لا يكون الوكيل غاصباً على تقدير النقد من مال الآمر ( كما في حالة التكاذب ) بحمله النقد لاجل حال الوكيل على الوكيل على الصلاح .

فإن قلت كيف قلتم إذا اضاف العقد إلى دراهم الآمر يقـــع الشراء له وإن أضافه الوكيل إلى دراهم نفسه يقع الشراء له . والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا ، فكانت الإضافة وعدم الإضافة سواء ، قلت لا نسلم انهـــا لا تتعين مطلقاً ، بل تتعين في

والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه . قال ومن أمر رجلاً بشراء عبد بألف ، فقال قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر اشتريته لنفسك ، فالقول قول الآمر . فإن كان دفع إليه الألف ، فالقول قول المأمور ، لأن في الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه ،

---

الوكالات ، وبه صرح المصنف «رح» في اواخرهذا الفصل في تعليل قول أبي حنيفة «رح» وسيجيء بيان تمامه إن شاء الله تعالى ، أو نقول لا يريد بتعيينها تعلق الشراء بعينها على وجه يكون هي مستحقة لا محالة ، بل يريد تقييد الوكالة به ، فإذا تعددت الوكالة بها ، حتى إذا هلكت قبل الشراء بطلت الوكالة صلحت الإضافة إلى أحدهما معينة لوقوع العقد منه .

( والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه ) أي على الوجوه المذكورة في الوكيل بالشراء ، فان أضاف الوكيل بالسلم العقد إلى دراهم الآمر ، كان السلم له ، وإن اضافه إلى دراهم لنفسه كان له ، وان عقده مطلقاً من غير إضافة إلى دراهم أحد ، فإن نوى السلم للموكل كان له وإن نوى لنفسه ، وإن تكاذبا بحكم النقد ، وإن توافقا على انه لم يحضره النية كان السلم للوكيل عند محمد « رح »، وقال ابو يوسف رحمه الله يحكم النقد فعن دراهم أيهما نقد فالعقد له .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف، فقال قد فعلت ومات عندي ، وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر ) هذا إذا لم يدفع الثمن فالقول له ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه واحمد « رح » في رواية ، وقالا في وجه آخر القول للمأمور.

( وان كان دفع اليه ) أي الى الوكيل ( الالف فالقول قول المأمور ) بلا خلاف (لان في الوجه الاول ) وهو الوجه الذي لم يدفع الثمن فيه ( أخبر عما لا يملك استئنافه ) أي يقدر على انشائه ، أي انشاء العقد ، اذ العبد ميت ، ومن أخبر عما لا يملك انشاءه في الحال لا يكون القول له ، كما لو قال راجعت ان كانت العدة باقية فانه يصدق لانه يملك

وهو الرجوع بالثمن على الآمر ، وهو ينكر ، والقول للمنكر . وفي الوجه الثاني هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله ولو كان العبد حياً حين اختلفا إن كان الثمن منقوداً ، فالقول للمأمور لأنه أمين ، وإن لم يكن منقوداً . وكذلك عند أبي يوسف « رح» ومحمد « رح » ،لأنه لايملك استئناف الشراء فلايتهم في الإخبار عنه، عند أبي حنيفة «رح» القول للآمر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه . فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ، بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً ، لانـــه أمين فيه ، فيقبل قوله تبعاً لذلك ،

---

انشاءه والا فلا . كذا هاهنا ( وهو الرجوع على الآمر بالثمن ) وانما لم يقل وهو العقدلان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر فكأنه ذكر السبب واراد المسبب وهو جائز ، لان الرجوع بالثمن مختص بالشراء لاجل الآمر ( وهو ) أي الآمر ( ينكر والقول للمنكر ) .

( وفي الوجه الثاني ) وهو الذي دفع الثمن فيه ( هو ) أى الوكيل ( أمين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ) لانه أمين ( ولو كان العبد حياً حين اختلفا)فقال المأمور اشتريته لك ، وقال الآمر اشتريته لنفسك ( ان كان الثمن منقود فالقول للمأمور لانه أمين ) واخبر عما يملك انشاؤه للحال ( وان لم يكن ) أى الثمن ( منقوداً فكذلك ) القول للمأمور ( عند ابي يوسف ومحمد رحمها الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الإخبار عنه ) .

( عند ابي حنيفة « رح » القول للآمر لانه موضع تهمة ) لانه ربمـا اشتراه لنفسه ووجد به عيباً او لم يعجبه،فلما لم يوافقه ارادأن يلزمه الآمر لخسارة الصفقة ومثله متعارف بين الوكلاء ، فلا يقبل قوله لهذه التهمة ، وهـذا حاصل معنى قوله ( بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ) أي ألزم الصفقة الآمر .

( بخلاف ما إذا كان الثمن منقوداً لأنـه أمين فيه فيقبل قوله تبعاً لذلك ) أي يقبل

ولا ثمن في يــده ها هنا . وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا ، والعبد حي ، فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع ، لأنه أخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه ، لأن الوكيل بشراء شيء بعينــه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر . بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لأبي حنيفة « رح » .

---

قول الوكيل اشتريت لك عبداً ومات عندي تبعاً لخروج الوكيل عن عهدة الأمانـة التي هي الألف المنقودة ( ولا ثمن في يده ها هنا ) أي إذا كان العبد حياً والثمن غير منقود فلم يوجد المتبوع وهو كون الوكيل أميناً ، فلا يوجد البيع وهو قبول قوله بطريق التبعيـة لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة ، فكذلك لا يقبل قوله ها هنا .

( وإن كان أمره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا ) بأن قال الآمر اشتريته لنفسك ،وقال المأمور بل اشتريته لك ( والعبد حي ) أي والحال أن العبد حي ( فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقوداً أو غير منقود ، وهذا بالإجماع لأنه أخبر عما يملك استئنافه ) على قولهما ( ولا تهمة فيه ) على قول أبي حنيفة « رح » هكذا قاله بعض الشارحين. وقال الأترازي « رح » هذا بعيد عن التحقيق لأن المجموع دليل أبي حنيفة « رح » لا قوله ولا تهمة فيه بعد انتهى . قلت لا بعد فيه لأن المسألة متفقة مع اختلاف التخريج . وقال الكاكـي « رح » ويمكن أن يقع قوله لا يملك استئنافه قول الكل ( لأن الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته ) أي في حال غيبة الموكل قيد به إذا في حال حضرة الموكل يملك ( على ما مر ) أشار به إلى ماذكر قبل صفحة بقوله ولو وكله بشراء شيء بعينه ، فليس له أن يشتريه لنفسه .

( بخلاف غير المعين ) أي بخلاف ما إذا كان العبد غير معين ( على مـــا ذكرناه لأبي حنيفة « رح » ) أشار به إلى دليل أبي حنيفـة « رح » قبل خطوط وهو قوله لأنـــه موضع التهمة .

ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان ، فباعه ثم أنكر أن يكون فلان أمره ، ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك ، فإن فلاناً يأخذه ، لأن قوله السابق إقرار منه بالوكالة عنه ، فلا ينفعه الإنكار اللاحق ، فإن قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الإقرار ارتدّ بردّه . قال ، إلا أن يسلمه المشتري له فيكون بيعاً عنه ، وعليه العهدة

---

( ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان ، فباعه ثم أنكر أن يكون فلان آمره ، ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك ، فإن فلاناً يأخذه ) هذا من مسائل الجامع الصغير قوله لفلان ، أي لأجل فلان ،يعني أن فلاناً أمرني أن اشتري هذا العبد لأجله ، فباعه صاحب العبد ثم أنكر المقر أمر فلان بعد الشراء وقال لم يكن فلاناً أمرني بل اشتريته لنفسي ، ينعقد البيع للحال قوله ، فإن فلاناً يأخذه يعني له ولاية أخذه ( لأن قوله السابق ) أي قول المشتري السابق وهو معنى قوله هذا العبد ( إقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الإنكار اللاحق ) بعد ذلك لأنه مناقض ، ولا قول للمناقض .

( فإن قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له ) أى لفلان على العبد سبيل ( لأن الإقرار ) أى لأن إقرار المقر ( ارتد برده ) أي برد المقر له ، فاذا عاد إلى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لأنه عاد حين انتفى الإقرار ، فلم يصح له تصديقه ولزم الشراء للمشتري .

( قال ) فالظاهر أن قائله محمد « رح » لأن المسألة من مسائل الجامع الصغير ( إلا أن يسلمه المشتري له ) استثناء من قوله لم يكن له ، أي لم يكن له إلا في صورة التسليم اليه ، وإنما ذكر صورة التسليم اليه ، لأن فلاناً لو قال أمرت بعد قوله لم آمره ، لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري ، وقوله إلا أن يسلمه المشتري ، روى المشتري بكسر الراء وفتحها ، فعلى الكسر يكون المشتري فاعلا وقوله له أي لأجله ، ويكون المفعول الثاني محذوفاً وهو اليه ، أي إلا أن يسلمه الفضولي العبد الذى اشتراه لأجل فلان اليه ،وعلى الفتح يكون المشتري له مفعولاً ثانياً بدون حرف الجر وهو فلان ، والفاعل مضمر ، أي ألا يسلم الفضولي العبد الى المشترى له وهو فلان (فيكون بيعاً عنه) مبتدأ (وعليه العهدة)

لأنه صار مشترياً بالتعاطي ، كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ثم سلّمه المشترى له ، ودلت المسألة على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي ، وإن لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب . قال ومن أمر رجلاً بأن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسمّ لهما ثمناً ، فاشترى له أحدهما جاز ، لأن التوكيل مطلق فيجزيه على إطلاقه ،

---

أي على فلان الآمر العهدة ، أي عهدة الآخذ بتسليم الثمن .

وقال الأترازي « رح » يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، كانت العهدة للآخذ على المشترى كذا فسره فخر الدين قاضي خان ، وفخر الإسلام البزدوي « رح » وهو المفهوم من كلام محمد « رح » .

( لأنه ) أي لأن الآخذ ( صار مشترياً بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير أمره حتى لزمه ) أي لزم المشتري ( ثم سلمه المشترى له ) بفتح الراء . قال تاج الشريعة يكون المشترى له عبارة له بحق الموكل ، يعني يسلم المشتري العبد إلى الموكل ( ودلت المسألة ) أي المسألة المذكورة ( على أن التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وإن لم يوجد نقد الثمن ) .

قال فخر الإسلام « رح » وغيره في شروح الجامع الصغير ثبت بهذا ان بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وإن كان أخذاً بلا إعطاء كعادة الناس .

( وهو يتحقق ) أي البيع بالتعاطي ( في الخسيس والنفيس ) يعني من خسيس الأشياء ونفيسها ( لاستتمام التراضي وهو المعتبر ) أي التراضي هو المعتبر ( في الباب ) أي في باب البيع ، ولما وجد التراضي انعقد البيع في النفيس والخسيس خلافاً لما يقوله الكرخي « رح » أن بيع التعاطي لا ينعقد إلا في الأشياء الخسيسة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أمر رجلا بأن يشتري له عبدين بأعيانهما ولم يسم لهما ثمناً فاشترى أحدهما جاز لأن التوكيل مطلق فيجزى على إطلاقه )

وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه لأنه توكيل بالشراء وهذا كله بالإجماع . ولو أمره بأن يشتريهما بالألف، وقيمتهما سواء . فعنـــد أبي حنيفة « رح » إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز فإن اشترى بأكثر يلزم الآمر لانه قابـــل الألف بهما وقيمتهما سواء ، فيقسم بينهما نصفين دلالة ، فـكان أمراً بشترا كل واحد منهما بخمسمائة ، ثم الشراء بها موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر ، قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري البـاقي ببقية الألف قبـــل أن يختصما استحساناً ، لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصر به

---

يعني عن قيد شرائها متفرقين أو مجتمعين ( وقد لا يتفق الجمع بينهما ) أي بين العبدين (في البيع إلا فيما لا يتغابن الناس فيه ) فإنه لا يجوز ( لأنه توكيل بالشراء ) وهو لا يحتمل الغبن الفاحش ( وهذا كله بالإجماع ) بين الأصحاب وهو احتراز عما إذا وكل بالبيع .

( وإن [1] أمره بأن يشتريها بألف وقيمتهما سواء،فعند أبي حنيفة« رح » إن اشترى أحدهما بخمس مائة أو أقل جاز ، فإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر لأنه ) أي لأن الآمر ( قابل الألف بهما وقيمتهما سواء ) أي والحال أن قيمة العبدين سواء ( فيقسم بينهما نصفين دلالة ) أي من حيث الدلالة فيعمل بها عند عدم الصريح ، وعند وجوده يعمل به لقوته ( فكان أمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها) أي بخمسمائة ( موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير وبالزيادة إلى شر ) أي مخالفة الى شر سواء .

( قلت الزيادة أو كثرت فلا يجوز إلا أن يشتري الباقي ببقية الألف قبل أن يختصما ) أي قبل الاختصام لثبوت المخالفة ( استحساناً ) قيد به ، إذ في القياس لا ينفذ على الآمر لأنه صار مخالفاً ، والشراء فيما لا يتوقف فينفذ عليه وهو قياس قول الائمة الثلاثة « رح » وجه الاستحسان هو قوله ( لأن شراء الأول قائم وقد حصل غرضه المصر به ) أي غرض

---

(١) لو ـ هامش .

وهو تحصيل العبدين بالألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة ، والصريح يفوقها . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فيه ، وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله الباقي جاز ، لأن التوكيل مطلق ، لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا ، ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر . قال ، ومن له على آخر ألف درهم فأمره بأن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز ، لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ، ولو عيّن البائع يجوز على

---

الآمر الذي صرح به ( وهو تحصيل العبدين بألف وما ثبت الانقسام إلا دلالة ، والتصريح يفوقها ) أي يفوق الدلالة حاصل المعنى الانقسام بالسوية كان ثابتاً بطريق الدلالة ، وإذا جاء الصريح وأمكن العمل به بطل الدلالة .

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس في مثله ، وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لأن التوكيل مطلق ) يعني غير مقيد بخمسمائة ( لكنه يتقيد بالمتعارف ) وهو فيما يتغابن الناس فيه ( وهو فيما قلنا ) أي المتعارف فيما يتغابن الناس فيه ( ولكن لا بد أن يبقى من الألف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر ) وقال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير احتمل أن المسألة لا اختلاف فيها لأن أبا حنيفة « رح » إنما قال لم يجز شراؤه على الآمر إذا أراد زيادة لا يتغابن الناس في مثلها ، وأبا يوسف ومحمد قالا في الذي يتغابن الناس في مثله أنه لا يلزم الآمر ، فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون في المسألة اختلاف واحتمل أن في المسألة اختلاف في قول أبي حنيفة « رح » إذا زاد على خمسمائة قليلا أو كثيراً لا يجوز على الآمر ، وفي قولهما يجوز إذا كانت الزيادة قليلة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لأن في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على

ما نذكره إن شاء الله تعالى . وإن أمره أن يشتري بها عبداً بغير عينه ، فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري ، وإن قبضه الآمر فهو له . وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه . وقالا هو لازم للآمر إذا قبضه المأمور ، وعلى هذا إذا أمره أن يسلم ما عليه أو يصرف ما عليه لهما أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً ، ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد ، فصار الإطلاق

---

ما نذكره إن شاء الله تعالى ) إشارة إلى ماذكره لقوله بعد عشرة خطوطاً، وبخلاف ما إذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض ( وإن أمره أن يشتري بها ) أي بالالف التي على الآخر ( عبداً بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري وإن قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة « رح » ) .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( هو ) أي العبد ( لازم للآمر ) في الوجهين وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ( إذا قبضه المأمور ) أي الوكيل (وعلى هذا ) أي وعلى هذا الخلاف ( إذا أمره ) أى إذا أمر من عليه الدين ( أن يسلم ما عليه ) أى يعقد عقد السلم ( أو يصرف ما عليه ) أي أو يعقد عقد العرف من غير تعيين من يسلم اليه أو من يعقد عقد الصرف بأن قال أسلم أو أصرف مالي عليك في كذا كان على الاختلاف وإن عين المسلم اليه ومن يعقد به عقد الصرف صح بالاتفاق وإنما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم أن التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض في المجلس .

( لهما ) أى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ( أن الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات ديناً كانت أو عيناً ) يعني لا يكون في الذمة، ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه لو تبايعا عيناً ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل العقد ) ووجب مثل ذلك الدين ، فاذا لم يتعين دراهم الدين صار التقييد والاطلاق سواء وهو معنى قوله ( فصار الإطلاق ) بأن

والتقييد فيه سواء ، فيصح التوكيل ويلزم الآمر لأن يد الوكيل كيده . ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنها تتعين في الوكالات . ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها، ثم استهلك العين أو أسقط الدين بطلت الوكالة ، فإذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير أن يوكله بقبضه وذلك لا يجوز ،

---

قال بألف ولم يضفه إلى ما عليه ( والتقييد ) بأن أضافه إلى ما عليه ( فيه ) أي في عقد تبائع العين بالدين ( سواء ) فإذا كان كذلك ( فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده) فصار كما لو قال تصدق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز وكذا لو آجر حماراً أو دابة أو أمر المستأجر بالمرمة من الأجرة أو يشتري بالآجرة عبداً يسوق الدابة وينفق عليهما فصار هذا كما لو كان البائع أو المبيع متعيناً .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنها ) أي أن الدراهم والدنانير ( تتعين في الوكالة) قال شيخ الإسلام تتعين بعد القبض أما قبل القبض لا تتعين بلا خلاف ذكره محمد « رح » في الزيادات ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها ) أي بالدراهم والدنانير ( أو بالدين منها ثم استهلك ) أي الآمر أو الوكيل ( العين أو اسقط الدين ) أي الموكل أسقط الدين بأن أبرأه عن الدين بعد التوكيل بشراء العبد به ( بطلت الوكالة ) ألا ترى أن الناطقي « رح » نقل في الاجناس عن الاصل الوكيل بالشراء إذا قبض الدنانير من الموكل وقد أمره ان يشتري بها طعاماً فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال الناطقي « رح » هذه المسألة تدل على أن الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة .

( فاذا تعينت ) أي الدراهم والدنانير في الوكالات هو من تتمة الدليل أنها تتعين في الوكالات ، وإذا تعينت ( كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين في غير أن يوكله يقبضه ) وذلك لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ( وذلك لا يجوز ) أي تمليك الدين من

كما إذا اشترى بدين على غــــير المشتري أو يكون أمراً بصرف ما لا يملكه إلا بالقبض قبله وذلك باطل كما إذا قال أعط ما لي عليك من شئت بخلاف ما إذا عيَّن البائع لانه يصير وكيلاً عنه في القبض ، ثم يتملكه، وبخلاف ما إذا أمره بالتصدق لانـه جعل المال لله تعالى وهو معلوم . وإذا لم يصح التوكيـــل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيـع تعاطياً .

---

غير من عليه الدين لا يجوز ( كما إذا اشترى بدين على غير المشترى ) بأن كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئاً بذلك الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز ( أو يكون آمراً ) عطف على قوله لان هذا تمليك الدين من عليه الدين أى أو ان يكون آمرا ( يصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله ) أى أو يكون أمرا يصرف أى يدفع مالا يملكه الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضي بأمثالها فكان ما ادى الديون الى البائع أو الى رب الدين ملك المديون ولا يملك الدائن قبـل القبض ( وذلك باطل ) أى الامر بدفع ما ليس يملكه باطل وصار هذا ( كما إذا قال إعط مالي عليك من شئت ) فإنه باطل لأنه أمر بصرف ما لا يملكه الآمر إلا بالقبض إلى من يختاره المديون بنفسه .

(بخلاف ما إذا عين البائع) أي بخلاف ما إذا عين الموكل عين البائع (لأنه يصير وكيلا عنه في القبض) تصحيحاً لتصرفه بقدر الامكان (ثم يتملكه) أي ثم يتملكه البائع واعترض بانه لو اشترى شيئاً بدين على آخر ينبغي انه يجوز بجعله وكيلا بالقبض أولاً لكونه معيناً وأجيب بأن عدم الجواز هاهنا لكونه بيعا بشرط وهو أداء الثمن على الغير .

( بخلاف ما إذا أمره بالتصدق ) هـذا جواب عن قياسها على الأمر بالتصدق ( لأنه جعل المال لله عز وجل وهو معلوم ) لأنه إخراج المال إلى الله تعالى وهو معلوم ( وإذا لم يصح التوكيل ) وهذا رجوع إلى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل أن التوكيل بشراء عبد غير معين لم يعلم بائعه غير صحيح ( نفذ الشراء على المأمور ) فإذا هلك عنده ( فيهلك عن ماله إلا إذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيـع تعاطياً ) أي من حيث التعاطي يعني إذا قبضه

قال ومن دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشترى بها ، فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة ، وقـال المأمور اشتريتها بألف فالقول قول المأمور ومراده إذا كانت تساوي ألفاً لأنه أمين فيه وقـد ادعى

---

الآمر عنه انعقد بينهما بيع بالتعاطي ، فإن هلك عنده كان من ماله فائدة الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافاً لزفر والشافعي « رح » كما لايتعينان إذا كانتا عيناً لا يتعينان إذا كانتا ديناً ، ولهذا إذا اشترى شيئاً بدين له على البائـع ثم تصادقا على انه لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثـل ذلك الدين وذكر في الزيادات أن الدراهم والدنانير يتعينان في الهبة والوصية والمضاربة والشركة قبل القبض والتسليم .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير اختلف مشايخنا « رح » في الدراهم والدنانير أنهما عند الاشارة اليهما هـل يتعينان في العقود أم لا قاله أبو طاهر الدباس «رح» أنهما لا يتعينان، وحكاه عن القاضي أبي حازم « رح » وهو قول أكثر مشايخ بلخ ونسبه الشيخ أبو سهل الشرعي « رح » إلى عامة المشايخ « رح » .

وقال الكرخي «رح» إذا أشار إليها لتعينت ، ولكن مع هذا للمشتري ان يمنعهـا ويدفع غيرها لعدم التفاوت بينها وبين غيرهـا ، وفسر الشيخ أبو المعين « رح » قول الكرخي « رح» بأنها يتعينان في العقود ، جوازاً لا وجوباً ، ثم قال وعـن أصحابنا روايتان في الدراهم والدنانير هل يتعينان . في العقود الفاسدة والمختار عـدم التعين ، ثم اعلم أن عدم تعين الدراهم والدنانير في حق الاستحقاق لا غير ، فإنها يتعينان جنساً وقدراً ووصفاً ، بالإتفاق ، وبه صرح الإمام العتابي « رح » في شرح الجامع الصغير .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن دفع إلى آخر ألفاً وأمره أن يشتري بها جارية فاشتراها ، فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة ، وقال المأمـور اشتريتها بألف ، فالقول قول المأمور ) إلى ها هنا لفظ الجامـع الصغير وقال المصنف « رح » (ومراده) أي مراد محمد « رح » ( إذا كانت ) أي الجارية ( تساوي ألفاً لأنه أمين فيه وقـد ادعى

الخروج عن عهدة الأمانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر ، فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لانـــه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن . قال ، وإن لم يكن دفـع إليه الألف فالقول قول الآمر . أما إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة . وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه أنهما يتحالفان لأن الموكل والوكيل في هـــذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد والذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور . قال ، ولو أمره أن يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمناً ،

---

الخروج عن عهده الأمانة والآمر يدعي عليه ضمـــان خمسمائة وهو ينكر ) فالقول قوله أي قول المنكر مع يمينه ( فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول قول الآمر لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر تناول ما يساوي ألفاً فيضمن ) .

( قال ) أي محمد « رح » ( وإن لم يكن دفع إليه الألف فالقول قول الآمر أمـا إذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة ) لأنه أمره أن يشتري جاريـــة تساوي ألفاً وقد خالف إلى شراء فيلزم المأمور ( وإن كانت قيمتها ألفاً فمعناه ) أي فـمعنى قول محمد «رح» أن الجارية للمأمور ( أنهما يتحالفان لأن الوكيل والموكل في هذا ) أي في هـــذا الفصل ( ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم الجارية المأمور ) لأن بعد التحالف ينفسخ العقـد التقديري الذي جرى بين الآمر والمأمور .

( قال ) أي محمد « رح » ( وإن [1] أمره أن يشتري له هـــذا العبد ولم يسم له ثمناً

---

(١) لو — هامش .

فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة ، وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور ، فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ها هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسألة الأولى وهو غائب، فاعتبر الاختلاف . وقيل يتحالفان لما ذكرناه ، وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع ، والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل ، إذ لم يجر

---

فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمس مائة وقال المأمور بألف وصدق البائع المأمور ) أي صدق بائع العبد الوكيل فيما قاله ( فالقول قول المأمور مع يمينه ) وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

( قيل لا تحالف ها هنا ) وهو قول أبي جعفر الهندواني « رح » ( لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر ) يعني يجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء عقد ، ولو أنشأ العقد يلزم الجارية للآمر فكذا هنا ( وفي المسألة الأولى ) وهي للتي سبقت الآن ( هو ) أي البائع (غائب فاعتبر الاختلاف) الذي كان بين الآمر والمأمور ووجب التحالف ، وها هنا البائع الحاضر .

( وقيل يتحالفان ) وهو قول أبي منصور الماتريدي « رح » ( لما ذكرناه ) أشار به إلى قوله لأنهما نزلا منزلة البائع والمشتري ( وقد ذكر ) أي محمد « رح » هذا جواب عما يقال المذكور فيه فالقول قول المأمور مع يمينه ، فالتحالف يخالفه . أجاب بقوله وقد ذكر محمد « رح » في الأصل ( معظم يمين التحالف وهو يمين البائع ) لأن البائع هو الوكيل جعله معظم يمين التحالف لأن يمين البائع مخصوص بصورة التخالف وليس المشتري كذلك لأنه يجب عليه اليمين بكل حال لكونه منكراً .

( والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي ) هذا جواب عن قول أبي جعفر « رح » أنه ارتفع الخلاف بتصادقهما وتقرير الجواب أن البائع بعد استيفاء الثمن أجنبي ( عنهما ) أي عن الوكيل والموكل ( وقبله ) أي وقبل استيفاء الثمن ( أجنبي عن الموكل إذ لم يجر

بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف ، وهذا قول الإمام أبي منصور « رح » وهو أظهر والله أعلم بالصواب .

## فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال ، وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من

---

بينهما بيع فلا يصدق عليه ) أي الوكيل ( فبقي الخلاف ) أي بين الآمر والمأمور والتخالف وقال المصنف « رح » ( وهذا قول الإمام أبي منصور الماتريدي « رح » وهو ) أي قول الإمام أبي منصور « رح » ( أظهر ) أي أصح وفي جامع قاضي خان « رح » قول أبي جعفر أصح . وفي الكافي هو الصحيح . وقال الإمام المحبوبي « رح » في جامعه بعد هذا ، إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل وإن اختلفا فقال الوكيل أمرتني بالشراء بالألف . وقال الآمر بخمس مائة ، فالقول للآمر . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » فيلزم العبد الوكيل دون الآمر لأن الآمر يستفاد من جهته ، فكان القول له ، ولو أقام البينة فبينة الوكيل أولى لما فيها من زيادة الإثبات ( والله أعلم بالصواب ) .

### ( فصل في التوكيل بشراء نفس العبد )

أي هذا فصل في بيان حكم التوكيل بشراء نفس العبد ، والمصنف رحمه الله ذكر في هذا الفصل مسألتين : أولهما توكيل العبد رجلاً ليشتريه من مولاه ، والثانية أن يوكل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه . فالعبد في الأولى موكل ، والثانية وكيل . وتحمل الترجمة على طبق الوجهين لمقتضى أن الألف واللام في التوكيل بدلاً من المضاف إليه ، فالتقدير في الوجه الأول فصل في التوكيل العبد رجلاً ليشتريه لنفسه من مولاه ، وفي الوجه الثاني فصل في توكيل الرجل العبد ليشتريه له من مولاه ، وعلى التقديرين المصدر مضاف إلى فاعله في الوجهين ، ولكنه يختلف أيضاً ، ففي الأول المفعول هو الرجل ، وفي الثاني هو العبد والأكمل رحمه الله سعى هنا حيث جعل المصدر مضافاً إلى الفاعل والمفعول وليس كذلك والوجه ما قلناه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من

مولاي بألف ، ودفعها إليه ، فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر ، والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه ، إذ لا يرجع عليه الحقوق ، فصار كأنه اشترى بنفسه . وإذا كان إعتاقاً أعقب الولاء وإن لم يبين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها

---

مولاي بألف درهم ودفعها إليه ) أي دفع العبد الألف إلى الرجل الذي وكله ( فإن قال الرجل ) أي الوكيل ( للمولى اشتريته ) أي العبد ( لنفسه ) أي لنفس العبد ( فباعه على هذا ) أي على هذا الوجه ( فهو حر ) أي العبد يصير حراً ( والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه ) أي من العبد ( إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل ) لأن العبد لا يملك ، وإن ملك لأنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازاً عن الإعتاق إذ البيع إزالة ملك بعوض ، والإعتاق إزالة لا إلى أحد ، فجاز أن يستعار منه . كذا قاله تاج الشريعة « رح » .

حاصل الكلام ما قاله المصنف « رح » أن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال ، والإعتاق على مال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد ذلك بأن شراء العبد لنفسه قبول منه للمعتق ببدل .

( والمأمور سفير عنه ) أي عن العبد حيث أضاف العقد إلى موكله ( إذ لا يرجع عليه الحقوق ) هذا تعليل لقوله سفير عنه ، أي لأن حقوق العقد لا ترجع إليه كما إذا كان كذلك ( فصار كأنه ) أي كأن العبد ( اشترى نفسه ) من نفسه .

( وإذا كان اعتاقاً أعقب الولاء ) لأن الولاء للمعتق ( وإن لم يبين للمولى ) أي وإن لم يقل الوكيل اشتريت العبد لنفس العبد ( فهو عبد للمشتري ) أي يكون العبد للمشتري ( لأن اللفظ ) أي قوله اشتريت عبدك بكذا موضوع ( حقيقة للمعاوضة ) لأن المولى قال بعت هذا العبد بألف ، وقال الوكيل اشتريت وليس بحقيقة للاعتاق ( وأمكن العمل بها )

إذا لم يبين فيحافظ عليها . بخلاف شراء العبد نفسه لان المجاز فيه متعين ، وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لانـــه كسب عبـده وعلى المشتري الالف مثله ثمناً للعبد ، فإنه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غـــيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هنالك على نمط واحد، وفي الحالين المطالبة

---

أي بحقيقة اللفظ ( إذا لم يبين ) أي إذا لم يقـــل اشتريت عبدك لأجل عبدك ( فيحافظ عليها ) أي على المعاوضة .

( بخلاف شراء العبد نفسه ) حيث يجعل الاعتاق لتعـذر العمل بالمعاوضة فإنه ليس بأهل أن يملك مالاً فصار مجازاً عن الاعتاق وهو معنى قوله (لأن المجاز فيه متعين) والمجاز معنى إزالة الملك فإن البيـع يزيل الملك بعوض على آخر ، والأعتاق يزيل لا إلى آخر وقد مر الكلام فيه .

( وإذا كان معاوضة يثبت الملك له ) أي المشترى ( والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ) أى مثل ذلك الألف حال كونه ( ثمناً للعبد ) وقال الكاكي « رح » ثمناً نصب على التمييز ، قلت الأوجه أنه يكون حالاً بتأول تثميناً (فإنه ) أى فان الثمن ( في ذمته ) أي في ذمة المشتري ( حيث لم يصح الأداء ) المشترى هو المأمور . قال في النهاية وهذا ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمشترى ، وأما إذا وقع الشراء للعبد حتى يعتق هل يجب على العبد ألف أخرى . قال الإمام قاضي خان « رح » لم يذكره في الكتاب ولكن يجب عليه ألف أخرى ، لأن الاول مال المولى فلا يصلح بدلاً عن ملكه .

( بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره ) أي من غـــير العبد بأن وكل أجنبي أجنبياً آخر بشراء العبد من مولاه ( حيث لا يشترط بيانه ) بأن يقول وقت الشراء اشتريتـــه لموكل لوقوع الشراء للموكل ( لأن العقدين ) يعني الذي يقـع له والذي للموكل ( هنالك ) أي في حق البائع ( على نمط واحد ) أى على نوع واحد وهو المبايعـــة والنمط والنوع والطريقة أيضاً ( وفي الحالين ) أى في حال الاضافة إلى نفسه والإضافة إلى موكله (المطالبة

يتوجه نحو العاقد . أما هنا فأحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان . ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك ، فقال لمولاه بعني

---

يتوجه نحو العاقد) فلا يحتاج إلى البيان ( أما هنا ) أي في صورة توكيل العبد بشراء نفسه ( فإن أحدهما[1] ) وفي بعض النسخ أما هاهنا فأحدهما بدون لفظة فإن أي أحد الحالين ( إعتاق معقب للولاء لا مطالبة فيه على الوكيل ) لأنه سفير .

هذه رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق ، أن العبد يعتق والمال على العبد دون الوكيل ، وذكر في باب الوكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة أن العبد يعتق والمال على الوكيل ، وهكذا ذكر في وكالة الجامع ولو بين للمولى أنه يشتريه لنفسه لكن أضاف الشراء لنفسه ، ذكر محمد « رح » في كتاب الوكالة أن العبد يعتق والثمن على العبد لا الوكيل ، وذكر في الجامع الكبير وجب الثمن على الوكيل ويرجع به على العبد . وعن عيسى بن أبان « رح » الصحيح أن الثمن على العبد .

( والمولى عساه لا يرضاه ) أي الاعتاق لأنه لو أعتق والمولى لا يعلم به يلزمه الضرر ولا يرضى به ، لأن ولاءه يكون له ، فهو موجب جنايته يكون أيضاً عليه بحكم الولاء فتعذر تنفيذه على المولى وأمكن تنفيذه على الوكيل والآخر معاوضة محضة ، والمطالبة على الموكل ( ويرغب ) أي المولى عساه يرغب ( في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ) قوله عساه لا يرضاه حق الكلام أن يقال عساه وأن لا يرضاه لأن قوله لا يرضاه في محل النصب يعني ولكنه شبه عسى بكاد ، فاستعمل استعماله وذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحد المذاهب الثلاثة كما عرف في موضعه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك) هذه هي المسألة الثانية من المسألتين اللتين شملتا هذا الفصل (فقال) أي العبد ( لمولاه بعني

---

(١) فأحدهما — هامش .

نفسي لفلان بكذا ، ففعل فهو للآمر ، لأن العبد يصلح وكيلاً عن غيره في شراء نفسه ، لأنه أجنبي عن ماليته ، والبيع يرد عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع لاستيفاء الثمن ، فإذا أضافه إلى الأمر صلح فعله امتثالاً ، فيقع العقد للآمر .

---

نفسي لفلان بكذا ففعل ) أي المولى ( فهو ) أي العقد والعبد ( للآمر لأن العبد يصلح أن يكون وكيلا عن غيره في شراء نفسه ) وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك « رح » وأحمد «رح». وقال الشافعي «رح» في قول لا يصلح فلا يجوز هذا التوكيل (لانه) أي لأن العبد ( أجنبي عن ماليته ) لانها لمولاه ، ولهذا لو أقر بماليته لغيره لا يصلح ( والبيع يرد عليه ) أي على العبد ( من حيث أنه مال ) فكان توكيله بشرائها كتوكيله بغيره من أموال المولى وكتوكيل أجنبي بشراء نفسه ( إلا أن ماليته في يده ) استثناء عن قوله لانه أجنبي عن ماليته لانها لمولاه إلا انها بيده ( حتى لا يملك البائع ) وهو المولى ( الحبس بعد البيع ) لاستيفاء الثمن لان ماليته في يده لكونه مأذوناً له كالمودع إذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه ( لاستيفاء الثمن فاذا أضافه إلى الآمر صلح فعله ) أي فعل العبد نتيجة الدليل ، وتقريره العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه مال وكل من يصلح وكيلا عن غيره في شراء مال إذا أضاف العقد إلى الآمر صح فعله ( امتثالاً ) فالعبد إذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالاً (فيقع العقد للآمر ) قياساً على حر توكل بشيء وفعله ، وقوله ففعل فهو للآمر يشير إلى أن العقد يتم بقول المولى بعت .

وهو يخالف ما ذكر في الجامع فإن اضافة العقد إلى الموكل إنما تفيد الملك إذ وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت بناء على أن الواحد لا يتولى طرفي البيع ، بخلاف ما إذا اشترى لنفسه كما يأتي ، فإنه إعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفيه ، فيتم بقول المولى بعت مسبوقاً بقول العبد بعني نفسي ، فان قلت إذا اضاف إلى الموكل فمن الطالب

وإن عقد لنفسه فهو حر ، لأنه إعتاق وقــد رضي به المولى دون المعاوضة ، والعبد وإن كان وكيلاً بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل . وكذا لو قال بعني نفسي ، ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين ، فلا يقع امتثالاً بالشك ، فيبقى التصرف واقعاً لنفسه .

---

بالثمن أجيب بأنه في ذمة العبد لكونه العاقد ، فان قلت قد يكون محجوراً عليه ومثله لا يرجع اليه الحقوق ، وأجيب بأن الحجر زال بالعقد الذي باشره مع مولاه ، فان المباشرة تستدعي به تصور صحة المباشرة ، وهو إذن .

( وإن عقد لنفسه فهو حر ) يعني إذا قال بعني نفسي مني فقال المولى بعت ،فهو حر ( لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة ) لانه علم أن البيع منــه اعتاق ( والعبد وان كان وكيلا ) هذا جواب اشكال وهو أن يقال ينبغي أن لا يجوز بيعه لنفسه لانه وكيل بشراء معين لا يتمكن من أن يشتريه لنفسه فينبغي أن لا يتمكن العبد من ذلك فأجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا ( بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر ) وهو الإعتاق على مال فكان مخالفاً ( وفي مثله ينفذ الشراء على الوكيــل ) والوكيل اذا خالف نفذ الشراء على الوكيل .

( وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفــلان فهو حر لان المطلق ) وهو قوله – بعني نفسي – ( يحتمل الوجهين ) أي يحتمل أن يكون مشتريا بنفسه لنفسه ويحتمل أن يكون مشتريا لغيره ( فلا يقــع امتثالاً بالشك فيبقى التصرف واقعاً لنفسه ) لان الظاهر ان الانسان يتصرف لاجل نفسه لا سيا تصرفاً يحصل منه الإعتاق.

وقال الاكمل « رح » وعورض بأن اللفظ حقيقة للمعاوضة كما تقــدم ، واذا تردد اللفظ بين أن يحمل على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة بالنيــة ، وأجيب بأن اللفظ للحقيقة إذا لم يكن ثمة قرينة للمجاز وقد وجدت فيما نحن فيه وهي إضافة العبد العقد إلى نفسه، فإن حقيقة بالنسبة اليه غير مقصود ورضى المولى بذلك ، واليه أشار بقوله وقــد

# فصل في البيع

## قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة

---

رضي المولى به دون المعاوضة لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لأن المطلق يحتمل الوجهين صحيحاً لأنا نقول الاحتمال إنما هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الإنكار والترجيح من حيث الإضافة إلى نفسه ، وهي خارجة عن مفهوم اللفظ .

### ( فصل في البيع )

أي هذا فصل في بيان احكام التوكيل بالبيع ولما فرغ عن بيان أحكام التوكيل بالشراء شرع في بيان التوكيل بالبيع ، وأخر هذا الفصل عن بيان الفصل المتقدم لأنه يتضمن الإزالة وذاك يتضمن الإثبات وهو مقدم .

( قال ) أي القدوري « رح » ( والوكيل بالبيع والشراء لايجوز له أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له ) مثل ابنه وأخيه ( عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك وأحمد « رح » في وجه .

( وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة ) أي وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يجوز بيعه من الأقارب الذين لا تقبل شهادته لهم بمثل القيمة ، اشارة إلى أنه لا يجوز بغبن يسير وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة ، ولكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بيعه من هؤلاء بالغبن اليسير لأن اليسير ملحق بمثله القيمة .

وقال فيها لو باع ممن لا تقبل شهادته له بأكثر من القيمة يجوز بيعه بلا خلاف وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف وفي الغبن اليسير يجوز عندهما ولا يجوز عنده ، وبمثل القيمة عند أبي حنيفة « رح » روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبي حنيفة « رح » وبيعه منهم بأكثر من القيمة

إلا من عبده أو مكاتبه ، لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة .

---

وشراؤه منهم بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذا عند أبي حنيفة « رح » باتفاق الروايات .

( إلا من عبده أو مكاتبه ) فإنه لا يجوز عندهما أيضاً لأن البيع من هؤلاء كالبيع من نفسه فلا يجوز وقيد في المبسوط بقوله إلا من عبده الذي لا دين عليه لأن كسبه لمولاه فيبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه إشارة إلى انه إذا كان عليه دين يجوز في تعميم المشيئة ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيعه من نفسه عندنا والشافعي « رح » وأحمد « رح » في ظاهر مذهبه .

وعن أحمد « رح » في رواية يجوز ، وبه قال مالك والاوزاعي « رح » إذا لم يخاف لعدم التهمة ، قلنا لو جاز يؤدى الى التضاد في الأحكام فإنه يكون مستزيداً ومستنقصاً ايضاً ومخاصما في العيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى .

وفي المبسوط المراد من عدم الجواز في البيع من هؤلاء عند أبي حنيفة «رح»في مطلق الوكالة . أما لو قيد الوكالة بتعميم المشيئة بأن قال بع لمن شئت يجوز البيع من هؤلاء بلا خلاف ، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له حيث لا يجوز فإن قيل يشكل على قول أبي حنيفة « رح» بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة حيث يجوز سهواً ظهر الربح أم لا ، والمضارب قبل ظهور الربح وكيل . قلنا قال بعض مشايخنا « رح » عدم الجواز عنده مطلقاً على ما إذا باعه بالغبن ، أما البيع بمثل القيمةفجائزفي المضاربة من هؤلاء .

(لأن التوكيل مطلق) أي عن التقييد بشخص دون آخر ، والمطلق يعمل باطلاقه (ولا تهمة) أي في البيع بمثل القيمة هذا نفى التهمة من حيث المالية وقوله ( إذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة ) ففي التهمة إيثار الغبن ، فكان هذا جواب عن قول أبي حنيفة «رح» أن في البيع بمثل القيمة تهمة إيثار الغبن فلما كانت المنافع منقطعة لم يكن الوكيل مبيعاً بذلك الغبن فلا يورث التهمة والدليل على تباين الأملاك حل وطء الإبن جاريته ، ولا يحل وطء جارية أبيه لتباين

بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في يد العبد للمولى حق في كسب المكاتب، وينقلب حقيقة بالعجز. وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة، ولأن المنافع بينهم متصلة، فصار بيعاً من نفسه من وجه الإجارة والصرف على هذا الخلاف.

---

ملك أبيه عن ملكه وتباين الأملاك يوجب انقطاع المنافع. ( بخلاف العبد ) فإنه لا يجوز بيع الوكيل من عبده الذي لا دين عليه ( لأنه بيع من نفسه ) أي لأن بيع الوكيل من عبده بيع من نفسه ( لأن ما في يد العبد حق المولى [1] وكذا للمولى حق في كسب المكاتب) حتى لا تصلح تبرعاته ولا تزويج عبده ( فينقلب) أي حق المولى ( حقيقة ) أي ينقلب حق المولى في كسب المكاتب إلى حقيقة الملك ( بالعجز ) أي بعجز **المكاتب عن** أداء بدل الكتابة لأن المولى يملك حينئذ جميع المال في يده.

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات ) لأن الوكالة شرعت للأمانة، فيكون الوضع موضع الأمانة، فلو كانت التهمة داخلة فيها لعاد على موضعه بالنقض ( وهذا موضع التهمة ) التهمة مأخوذة من وهم بالفتح، أي ذهب يعني يذهب الوهم أنه انما يختار هذا النفع لنفسه فيكون عاملاً لنفسه والوكيل يعمل بغيره ( بدليل عدم قبول الشهادة ) فيما بينهم لتهمة الانتفاع بمال الآخر ( ولأن المنافع بينهم متصلة فصار ) أي بيع الوكيل من هؤلاء ( بيعاً من نفسه من وجه ) وصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه، وفي البيع إخراج وإدخال من الجانبين، وفي البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه فلا يجوز.

( والإجارة والصرف على هذا الخلاف ) أي الوكالة بالإجارة والصرف على الخلاف

---

(١) للمولى – هامش.

## قال والوكيل بالبيـــع يجوز بيعـه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة « رح » . قالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيـــه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ، ولأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف

---

المذكور ، وإنما خصها بالذكر لأن الاجارة شرعت على خلاف القياس والصرف مشروط بشروط عرى عنها البيـع، وكان يجب ان لا يجوز مع هؤلاء، فبين انهما على الاختلاف ايضاً وفي الكافي ولو اشترى من هؤلاء ، عيناً بثمن معلوم وأراد بيعه مرابحه لم يجز بلا بيان عنده ، خلافاً لهما بناء على هذا الأصل .

( قال ) أي القدورى « رح » ( والوكيل بالبيع يجوزبيعهبالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة « رح » ) ليست هذه المسألة الوكيلبالبيع مطلقاً يملك البيـع بمـــا عز وهان وباى من كان وإلى أجل كان متعارفاً وغير متعارف .

( وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ) أي قاله أبو يوسف ومحمد «رح» لا يجوز الغبن الفاحش ويجوز بالغبن اليسير (ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير ) أيلايجوز بغير النقود .

وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح » يجوز بثمن المثل وبنقد البلد، فان كانت النقود مختلفة بعقير الاغلب ولا يبيـع إلا حالا ، وإن استويا باع بما هو أنفـــع للموكل ، وفي الذخيرة إذا باع بأجل متعارف فيما بين الناس في تلك الساعة، بأنباع مثلا إلى خمسين سنة وما اشبه ذلك ، فعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه يجوز ، وعندهما لا يجوز ، ثم قال إنما يجوز البيـع بالنسبة إذا لم يكنفياللفظ ما يدل على البيـع بالنقد، أما اذا كان لا يجوز وذلك نحو ان يقول بعه واقض ديني ، أو قال بعه فان الغرماء يلازمونني ، أو قال بعـه فإني احتاج الى نفقة عيالي ، ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق .

( لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف ) أي لأن المطلق بالأمر يتقيد بما هو متعارف بين

لأن التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها ، والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود . ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمـــد والأضحية بزمان الحاجـــة . ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه ، وكذا المقايضة ، بيع من وجه وشراء من وجه ، فلا يتناوله مطلق اسم البيع . ولهذا لا يملكه الأب والوصي .

---

الناس ( لأن التصرفات لدفع الحاجات فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا ) أي ولاجل تقيد التصرفات بمواقعها ( يتقيد التوكيل بشراء الفحم ) وفي بعض النسخ بشراء الفحم وهو أليق بقران قوله بزمان الحاجة ، إذ كل الأزمان زمان الحاجـة إلى اللحم ( والجمد ) بسكون الميم لا غير ما جمد من الماء ( والاضحية بزمان الحاجة ) في تلك السنة لا السنة الآتية .

الحاصل أن التوكيل بشراء الفحم يتقيد بأيام البرد والجمد بأيام الصيف والاضحية بأيام النحر أو قبلهـــا كل ذلك من تلك السنة ، حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر ، وقيل هذا قولهما ، أما على قول أبي حنيفة « رح » لا يتقيد ولو وكـله بشراء اللحم يدخل فيه لحم البقر والإبل والضأن وقيل إن كان الأمر غريباً يتصرف إلى المطبوخ ولا يدخل الكرش والبطون والاكباد والرؤوس والاكارع واللحم القديد ولحم الطيور والوحوش وكذا لا تدخل الشاة حية أو مذبوحة غير مسلوخة ، وعند الائمة الثلاثة «رح» يقع على ما يباع في العادة في الكل .

( ولأن البيـــع بغبن فاحش بيـــع من وجه ) وهو ظاهر ( وهبة من وجه ) ألا ترى أنه لو باع مريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث ، والاب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش ( وكذا المقايضة ) أي البيع بالعرض ( بيع من وجه وشراء من وجه ) وهو وكيل بالبيع لا بالشراء ( فلا يتناوله ) أي فلا يتناول التوكيل بالبيع في البيـــع بغبن فاحش وفي بيع المقايضة ( مطلق إسم البيـــع ولهذا لا يملكه الاب والوصي ) لأن المطلق ينصرف إلى الكامل .

وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عنـــد شدة الحاجة إلى الثمن . والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة « رح » على ماهو المروي عنه ، وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به ، غير أن الأب والوصي لا يملكانه

---

( ولأبي حنيفة « رح » أن التوكيل بالبيـع مطلق ) يعني غير مقيد بشيء ( فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة ) فيتناول كل ما يطلق عليه البيـع ( والبيـع بالغـبن ) بالغين المعجمة والباء الموحدة ( أو بالعين ) بالعين المهملة وسكون الياء آخر الحروف، وهو العرض ، وهذا جواب عن قولهما يعني سلمنا أن المطلق يتقيد بالمتعارف لكن البيع بالغبن والعين ( متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم ) بالعين ، من تبرم به إذا شبه و كذا برم به بالكسر وعند العامة ( من العين ) لا يبالي بقـلة الثمن وكثرته ( والمسائل ) أي مسائل شراء الفحم والجمد ( ممنوعة على قول أبي حنيفة « رح » على ما هو المروى عنه ).

ويقال من جهة أبي حنيفة « رح » ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول إنمـا يتقيد بدلالة العرض لا بدلالة العادة ، لأن الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء ، والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر ، وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بأن وجد التوكيل ممن يعتاد تربص العين كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد ، كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد ، كذا قال الإمام علاءالدين «رح» في طريقة الخلاف، وكذلك التوكيل بالأضحية ، يتقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة ، لأن غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة .

( وأنه ) أي وأن البيع بالغبن أو العين ( بيـع كل وجه حتى أن من حلف أن لا يبيـع يحنث به ) أي بالبيـع بالغبن أو العين ، فلما جعل هذا بيعاً مطلقاً في اليمين جعل في الوكالة كذلك ( غير أن الأب والوصي) جواب عما يقال لو كان ذلك بيعاً من كل وجه لملكه الأب والوصي ، وتقرير الجواب أن الأب والوصي ( لا يملكانه ) أي البيـع بالعين

مع أنه بيع ، لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه . والمقايضة شراء من كل وجه وبيــــع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما .

قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها . ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله ، لأن التهمة فيه متحققة ، فلعله اشتراه لنفسه ،

---

( مع أنه بيــع ) يعني يطلق عليــه أنه بيــع ( لأن ولايتهما نظرية ) أي لأن ولاية الأب والوصي على الصغير من حيث النظر في أمرهما بالشفقة وأيضاً النفـع اليه ( ولا نظر فيه ) أي في بيــع الغبن .

( والمقايضة ) جواب عن قولهما ، وكذا المقايضة وتقرير الجواب أن المقايضة ( شراء من كل وجه وبيــع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما ) وهو مبادلة المـال بالمال على وجه التراضي ، وكل ما صدق عليه هذا الحد فهو بيــع من كل وجه وشراء من كل وجه ، فإن قيل فمن المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة . قلنا إنما كان محالاً إذا كان ذلك من جهة واحدة ، وليس كذلك ، فإنه بيــع من كل وجـــه بالنسبة إلى غرض نفسه ، وشراء بالنسبة إلى غرض صاحبه ، فإن قيـــل إذا كان الأمر كذلك ، فمن أي وجه رجح أبو حنيفة رحمه الله جانب البيــع . قلنا ذكر في المبسوط جانب البيــع يرجح على جانب الشراء في البيــع بالغرض . ألا ترى أن أحد المضاربين إذا اشترى بغير إذن صاحبه ، كان مشترياً لنفسه ، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئاً من مـال المضاربة يوقف على إجازة صاحبه ، فإنه باعه بغرض .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثـــل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثـــله ) وهو الغبن الفاحش ولا خلاف فيه بين الائمة الأربعة ( لأن التهمة فيه متحققة ) أي في هـــذا الشراء لتحقق التهمة فيه ، والتهمة معتبرة في باب الوكالة ، ألا ترى أن الوكيل بالبيــع لا يبيــع من أبيه وأبنه للتهمة ( فلعله ) أي ولعل الوكيل ( اشتراه ) أي اشترى الشيء الذي وكل به ( لنفسه )

فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه ، قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح ، إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده ، لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد ، فلا تتمكن هذه التهمة

---

أي لأجل نفسه ( فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره ) أي لغير نفسه لأنه لما رأى الخسران في الشراء ألحقه بالموكل ( على ما مر ) إشارة إلى ما ذكر في المتن قبل ورقة بقوله – لأنه موضع تهمة – بأن اشتراه لنفسه فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر ( حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه ) .

( قالوا ) أي قال المشايخ وأراد به عامة المشايخ « رح » فإن بعضهم قال يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش ، وقال لا يتحمل فيه اليسير أيضاً ( ينفذ على الآمر ) لانتفاء التهمة ( لأنه لا يملك شراءه لنفسه ) أي لأن الوكيل لا يملك أن يشتريه لنفسه ، وإن نوى الشراء لنفسه وصرح بذلك ، بأن قال اشهدوا اني قد اشتريتها لنفسي إلا إذا خالف في الثمن لا إلى خير ، أو خالف إلى جنس آخر على ما مر مرة . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها في ما ليس له قيمة معلومة عند أهل البلد ، فأما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم إذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت قال في بيوع التتمة وبه يفتى .

( وكذا الوكيل بالنكاح ) على الخلاف المذكور ( إذا زوجه ) أي موكله ( امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ووقع في بعض النسخ جاز عقده بالقاف ، والظاهر أنه تصحيف وإن كان له وجه ( لأنه لا بد من الإضافة ) أي من إضافة العقد ( إلى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة ) وأشار به إلى قوله لأن التهمة فيه متحققة ، قال محمد « رح » في الأصل وإذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة بعينها، فزوجها إياه فهو جائز ، فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله . وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمها الله إذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله، فهو جائز، وإذا

ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد. قال، والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وقيل في العروض ده نيم، وفي الحيوانات ده يازده، وفي العقارات ده دوازده

---

أكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح إلا أن ترضاه ( ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد ) أي لأنه لا يضيف العقد إلى الموكل حيث يقول اشتريت، ولا يقول لفلان.

**(قال) أي القدوري رحمه الله (والذي لا يتغابن الناس فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين)** لما ذكر الغبن اليسير والفاحش شرع أن يبين كيفيتها فقال والذي ... إلى آخره وقوله والذي مبتدأ وخبره هو قوله ما لا يدخل، ومقابل هذا مما يتغابن فيه، وقال الطحاوي رحمه الله في مختصره، والمقدار الذي يتغابن الناس نصف العشرة وأقل منه، وهذا غير منصوص عنهم، ولكن مذاهبهم تدل عليه.

وقال الشيخ أبو المعين النسفي « رح » في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال مايتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير، ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل، وما لا يدخل فهو كثير. ومنهم من قال ذلك مفوض إلى رأى القاضي.

( وقيل ) هذا معطوف على ما تضمن قوله ما يدخل تحت تقويم المقومين وهو بيان للغبن اليسير، وقال نصير بن يحيى « رح » أنه قال قدر ما يتغابن الناس فيه ( في العروض ده ثم بفتح الدال المهملة وسكون الهاء إسم عشرة بالفارسي ونيم بكسر النون وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره ميم وهو اسم النصف والمراد هنا نصف درهم (وفي الحيوانات ده يا زده ) وهذا اسم لأحد عشر وزيادة بالياء آخر الحروف بعدها ألف ثم زاي ساكنة ثم دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة ( وفي العقارات ده دوأزده ) وهذا اسم لاثني عشر ودوتزده بضم الدال المهملة وبالواو وسكون النون بعد الألف وسكون الزاي والتقاء الساكنين عندهم مغتفر كثير وبعد الزاي دال مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة.

وقال الاترازي « رح » ناقلا عن لفظ الشيخ أبي المعين النسفي ومحمد « رح » قدر في هذا الكتاب بده نيم يعني في الجامع الكبير ومشايخ بلخ أدخلوا ذلك على ما قال الفقيه

لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقـــل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف . قال ، وإذا وكله ببيـع عبد له فباع نصفه ، جاز عند أبي حنيفة « رح» لأن اللفظ مطلق من قيد الافتراق والاجتماع . ألا ترى أنه لو بـاع الكل بثمن النصف يجوز عنده ،

---

أبو القاسم بن شعيب بن إدريس « رح » حكى عنهم انهم قدروا اليسير في العقار بده دوا زاد وفي الحيوان بده يازده وفي العروض بده نيم .

( لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ) وهو قوله في العروض ده نيم ( ويقـــل في الأخير ) وهو قوله في العقـــارات ده دوأزده ( ويتوسط في الأوسط ) وهو قوله في الحيوانات ده يا زده ( وكثرة الغبن لقلة التصرف ) .

وأوضح ذلك الشيخ الاكمل « رح » قال بلا ، فإذا كان الغبن إلى هذا المبلغ كان يسيراً لزم الآمر ، وإن زاد على ذلك لزم الموكل ، والتقدير على هذا الوجه لأن الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص من كثرتها وقلتها ، وكثرتها بقلة وقوع التجارات وكثرته . وفي القسم الاول كثير وفي الاخير قليـــل وفي الاوسط متوسط وعشرة دراهم نصاب يقطع به يد محترمة فجعل أصلا والدرهم مال يحبس لأجله ، فقد لا يتسامح به وفي المماكسة فلم يعتبر فيما كثر وقوعه يسيراً والنصف من النصفة فكان يسيراً وضوعف بعد ذلك بحسب المواقع ، فما كان أقل وقوعاً منه اعتبر ضعفه وما كان أقل من الأقل اعتبر ضعف ضعفه .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا وكله ببيــع عبد له فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ) يعني إذا وكل رجل رجلا ببيــع عبده أي مطلقاً ، وإنما وضع المسألة في العبد ليترتب عليه هذا الاختلاف المذكور لأنه إذا باع نصف مــا وكل ببيعه وليس في تفريعه ضرر ، كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح ( لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ) فيجري على إطلاقه واستوضح بقوله :

( ألا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده ) أي عند أبي حنيفة رضي الله

فإذا باع النصف به أولى . وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف ولما فيه من ضرر الشركة ، إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الإمتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة . وإذ لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز ، وهذا استحسان عندهما .

---

تعالى عنه ( فاذا باع النصف به ) أي بذلك الثمن ( أولى ) لأن إمساك البعض مع بيع البعض بهذا الثمن أنفع له من بيع الكل بذلك الثمن ، وإنما قيد بقوله عنده لانه لايجوز عندهما لانه غبن فاحش ، وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله،فان قيل إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف لعدم الشركة ، أما في بيع النصف بنصف الثمن يلزم الشركة وهي عيب في الأعيان ، فكان يخالفه إلى الشراء . قلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف ، فلما جاز ذلك على قوله فلان يجوز هذا وهو أهون أولى .

( وقال لا يجوز لأنه غير متعارف ) لأن التوكيل به ينصرف إلى التعارف وبيع النصف غير متعارف ( ولما فيه من ضرر الشركة ) أي لما في بيع النصف من ضرر الشركة لأنها عيب ( إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أي الوكيل والموكل (لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة ، فيحتاج إلى ان يفرق ، فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين انه وقع وسيلة ) إلى الامتثال ( وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا ) أي كون البيع موقوفاً إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة ( استحسان عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، لأن القياس أن لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف .

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير ، وفي قول زفر « رح » يكون الشراء لنفسه في الأحوال كلها وفي شرح الطحاوي ،ولو اختصم الوكيل مع الموكل إلى القاضي قبل أن يشتري الوكيل الباقي وألزم القاضي الوكيل ثم إن الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم

وإن وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف، فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثاً بين جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصا. فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين أنه وقع وسيلة تنفيذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لأبي حنيفة «رح»

---

الوكيل بالإجماع، وكذلك هذا الحكم في جميع الاشياء التي في تنقيصها مضرة، ويكون التنقيص فيه عيباً كالعبد والأمة والدابة والثوب وما أشبه ذلك والذي ليس فيه التنقيص عيباً، فاشترى بعضه لزم الآمر وقد مر هذا عن قريب ولو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالإجماع، وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها لزم الآمر.

(وإذا[1] وكله) وفي بعض النسخ وإن وكله أي وإن وكل رجل رجلاً (بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف) بالاتفاق وبه قال الشافعي «رح» في قول وأحمد «رح» في رواية، وقالا في قول ورواية لا ينفذ على الآمر (فإن اشترى باقيه لزم الموكل لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال، بأن كان موروثاً من جماعة فيحتاج إلى شرائه شقصاً شقصاً) الشقص القطعة من الأرض، والطائفة من الشيء، فإذا اشترى شقصاً شقصاً حتى اشترى الباقي كان وسيلة إلى تحصيل مقصود الأمر فجاز واليه أشار بقوله (فإذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وقع وسيلة، فينفذ على الآمر) لأنه يصير كأن اشترى جملة، وزالت التهمة (وهذا بالاتفاق) لأنه لما اشترى باقيه ارتفع الخلاف.

وقال القدوري رحمه الله في كتابه المسمى بالتقريب، قال أبو يوسف «رح» إذا وكل رجل رجلا أن يشترى له عبداً فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه، ولم يجز عتق الوكيل، وقال محمد «رح» يجوز عتق الوكيل فيه دون الموكل (والفرق لأبي حنيفة

---

(١) وإن – هامش.

أن في الشراء تتحقق التهمـــة على ما مر . وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه إطلاقه ، والآمر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه التقييد والإطلاق . قال ، ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه

---

رحمه الله ) أي بين البيـع والشراء ( ان في الشراء تتحق التهمة ) لأن صحة الامر بتسمية العبد ونصف العبد ليس بعبد ، فلا يصير به ممتثـلا أمر الآمر ، واما في جانب البيـع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين وذلك موجود في البعض فيعتبر فيه إطلاقه .

وتحقيق الكلام فيه أن أبا حنيفة رضي الله تعـالى عنه يعتبر العموم والاطلاق في التوكيل بالبيـع ، وأما في التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذي لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء ( على ما مر ) إشارة إلى قوله الذي تقدم لان التهمة فيه متحققة ، ( وآخر ) أي فرق آخر بـين البيـع والشراء ( إن الامر في البيـع [1] ) أي في صورة التوكيل بالبيـع ( يصادف ملكه ) أي ملك الآمر ( فيصح ) أي أمره لولايته على ملكه ( فيعتبر فيه اطلاقه ) أي إطلاق الامر ، فجاز بيـع النصف لان الأمر وقـع مطلقاً عن الجمع والتفريق .

( والامر بالشراء ) أي الامر بالتوكيل في الشراء ( صادف ملك الغير ) وهو مـال البائع ( فلم يصح ) أي الامر مقصوداً لانه لا ملك للآمر في مال الغير ، وإنما صح ضرورة لحاجته اليه ولا عموم لما ثبت ضرورته ( فلا يعتبر [2] فيه الاطلاق والتقييد ) فـلم يجز شراء البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتأدى بالتعارف ، وهو شراء الكل لا البعض ، لان الغرض المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض ، إلا إذا اشترى البعض قبل أن يختصما على ما مر .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أمر رجلا ببيـع عبده فباعـه

---

(١) بالبيـع – هامش .

(٢) فلم يعتبر – هامش .

وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة أو بإباء يمين أو بإقراره ، فإنه يرده على الآمر لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يــــد البائع ، فلم يكن قضاؤه مستنداً إلى هذه الحجج ، وتأويل اشتراطها في الكتاب أن القاضي يعلم أنه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلاً ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع ، فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ،

---

وقبض الثمن أو لم يقبض فرده المشترى عليه ) أي على البائع ( بعيب لا يحدث مثـــله ) كالإصبع الزائدة ، والسن الشاغية ( بقضاء القاضي ) أمـــا ( ببينة ) قامت على المأمور ( أو بإباء يمين ) أي القضاء بنكول المأمور عن اليمين عند توجهها اليه ( أو بإقراره ) أي القضاء باقرار المأمور بالعيب ( فإنه ) أي فان المأمور ( يرده ) أي يرد العبد (على الامر) من غير خصومة ، إذ الرد على الوكيل رد على الموكل ( لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع ) فان قيل إذا كان الوكيل مقراً بالعيب يرد عليه فلا حاجة إلى قضاء القاضي فما الفائدة من ذكره ، أجيب بأنه يحتاج في صورة الاقرار إلى القضاء ، لانه يمكن أن يقر بالعيب ويمتنع عن القبول فالقاضي يجبره على القبول ( فلم يكن قضاؤه مستنداً ) هـــذا جواب عما يقال لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضاء إلى هذه الحجج ، بل تقضى بدونها لعلة قطعها بوجود العيب عند البائع ، وتقرير الجواب بأن يقـــال لم يكن قضاؤه مستنداً ( إلى هذه الحجج ) وهي البينة ، والإقرار ، والإباء عن اليمين ( وتأويل اشتراطها في الكتاب ) أي اشراط الحجج المذكورة في الجامع الصغير .

( أن القاضي يعلم أنه ) أي أن العيب المذكور (لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج إلى هذه الحجج لظهور التاريخ ) يوضح هذا أن محمداً «رح» شرط في الجامع الصغير البينة أو الإباء أو الاقرار لاشتباه الامر على القاضي بأن العيب قديم أو لا إذ يعلم القاضي منها أن مثل هذا العيب لا يحدث مـــدة شهر مثلا ، ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشتري إلى واحدة من هـــذه الحجج على أن تاريخ

أو كان عيباً لا يعرفه إلا النساء والأطباء ، وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد ، فيفتقر إليها في الرد ، حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها ، وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة ، قال وكذلك إن رد عليه بعيب يحدث مثله ببينة أو بإباء يمين ، لأن البينة حجة مطلقة ، والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم

---

البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه وهذا بيان ما ذكره المصنف « رح » ( أو كان عيباً ) أي أو كان العيب الذي يريد المشترى الرد به عيباً ( لا يعرفه النساء ) كالقرن في الفرج ، والمرض الدق ( والاطباء ) أي أو عيباً لا يعرفه إلا الاطباء ، كالسعال القديم ( وقولهن ، وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة ) للمشترى ( لا في الرد ) أي ليس بحجة في رد المبيع على البائع ، فإذا كان كذلك (فيفتقر) أي القاضى ( اليها في الرد ) أي إلى الحجج المذكورة وهي البينة والإقرار والإباء ( حتى لو كان القاضي عاين البيع ، والعيب ظاهر لا يحتاج إلى شيء منها ) أي من الحجج المذكورة ( وهو ) أي الرد على الوكيل ( رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل إلى رد وخصومة ، قال وكذلك ان رده عليه ) أي إن رد المشترى المبيع على البائع ( بعيب ) أي بسبب عيب ( يحدث مثله ) أي مثل هذا العيب ( ببينة ) يتعلق بقوله إن رده ( أو بإباء يمين ) أي أو بالنكول عن اليمين ( لأن البينة حجة مطلقة ) أي مثبتة عند الناس كافة ، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل فنفذ الرد على الموكل ( والوكيل مضطر في النكول ) قال الكاكي « رح » هذا جواب عن قول زفر « رح » ذكره في المبسوط.

فعند زفر « رح » لو رده بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل ولو اشترى شيئاً وباعه من غيره ثم المشترى الثاني رده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على بائعه .

وتقرير الجواب ان الوكيل مضطر في هذا النكول ( لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم

ممارسة المبيع فلزم الأمر ، قال فإن كان ذلك بإقرار لزوم المأمور لأن الإقرار حجة قاصرة وهو غـــير مضطر إليه لإمكانه السكوت والنكول ، إلا أن له أن يخاصم الموكل فيلزمه ببينة أو بنكوله .

---

ممارسة المبيع فلزم الامر ) تقريره إنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره الامر ، يعني انه لم يباشر أحوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير ، والامر هو الذي أوقعه فيه فكان الرد عليه رداً على الموكل عبداً ، فأما إذا أقر فانه مختار فيه لا مضطراً وبخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول ولكنه بعمل باشره بنفسه فلا يرجع على غيره، كذا في المبسوط .

وقال تاج الشريعة « رح » إذا كان الرد بالبينة فظاهر ، وإذا كان بالنكول ففيه نوع إشكال لأنه جعل النكول هنا بمنزلة البينة ، وفي فصل الاستحقاق بمنزلة الإقرار، ألا ترى أن من اشترى عبداً فادعى رجل انه عبده واستحلف المشترى فنكل ، فقضى القاضى بنكوله فالمشترى لا يرجع بالثمن كما أقر به المشترى ، والجواب هو الفرق بين المسألتين .

إن في مسألة الشراء سبق من المشترى ما يطلق له اليمين لكون المبيع ملكه لما أن الشراء من اسباب الملك فلم يكن مضطراً في النكول فاعتبر نكوله بإقراره ، وأما في حق الوكيل فلم يسبق منه ما يطلق له اليمين ، فكان مضطراً في النكول كما هو مضطر عند اقامة البينة ، فيعتبر نكوله بالبينة في هذا الوجه .

( قال ) أي محمد « رح » ( فان كان ذلك ) أي العيب ( بإقرار لزوم المأمور ) وهو الوكيل ( بأن الإقرار حجة قاصرة ) لا يظهر إلا في حق المقر دون غيره ( وهو غـــير مضطر اليه ) أي إلى الإقرار ( لإمكانه السكوت والنكول ) حتى يقضي عليه اليمين ، ويقضي بالنكول والسكوت ، والنكول مرفوعان ، أي لأنه يمكنه السكوت والنكول ( إلا أن له ) أي غير أن له ( أن يخاصم الموكل فيلزمـــه ببينة أو بنكوله ) أي نكول الموكل ، لأن الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجة قاصرة ، وهي الإقرار فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه . ومن حيث القصور لا يلزمه وهذه فائدة الحاجـــة إلى القضاء مع الإقرار فيسقط ما قال في النهاية إذا أقر الوكيل بالعيب لا حاجة حينئذ إلى قضاء القاضي ، لأنه يقبله لا محالة .

بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء بإقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه لأنه بيع جديد في حق ثالث ، والبائع ثالثهما ، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير أن الحجـــة قاصرة ، وهي الإقرار ، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصمه ، ومن حيث القصور في الحجـــة لا يلزم الموكل إلا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله ، والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية ، لأن الرد متعين ،

---

( بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء باقرار والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه ) قال الأترازي « رح » كان ينبغي أن يقول يخاصم موكـله ، أو يقول آمره وكان ينبغي ايضاً أن يقول مكان قوله والبائـــع ثالثهما والموكل ثالثهما ، لأن الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل وهو ليس ببائع انتهى قبل غير بالبائع عن قوله يخاصم أمره لأن البيع لما انتقل إلى الموكل وتقرر عليه بأمر قد حصل من جهته فكأنه باعه إياه (لأن بيـع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما ) وهو الموكل والآمر .

( والرد بالقضاء فسخ ) هذا جواب سؤال وهو أن يقال ينبغي أن لا يكون له حق الخصومة مع الموكل إذ قد حصل الرد بإقرار الوكيل فكان بيعاً جديداً في حق الكل ، وتقرير الجواب أن الرد بقضاء القاضي فسخ ( لعموم ولاية القاضي ) على الوكيل والموكل فلا يحتمل أن يكون عقداً مبتدأ لفقد التراضي لأن القاضي يرده على كره منـه فيجعل فسخاً ( غير أن الحجة ) وهي الإقرار ( قاصرة وهي الإقرار ) يعني دليل قاصر فعملنا بهما ( فمن حيث الفسخ ) أي فمن حيث أن الرد بالقضاء ( كان له ) أي الوكيل (أن يخاصمه) الموكل ( ومن حيث القصور في الحجة ) أي ومن حيث أن الإقرار حجة قاصرة ( لا يلزم الموكل إلا بحجة ) وهي إقامة البينة على الموكل ( ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية) وهي رواية كتاب البيوع من الأصل ( لأن الرد متعين ) في هذا لأن الخصمين فعلا عين ما يفعله القاضي ، فإذا كان الرد متعيناً

وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا ، والحق في وصف السلامة ، ثم ينتقل إلى الرد ، ثم إلى الرجوع بالنقصان ، فلم يتعين الرد ، وقد بيناه في الكفالة بأطول من هذا ، قال ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة ، وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً ، فالقول قول الآمر ، لأن الأمر يستفاد من جهته ولا دلالة على الإطلاق ، قال وإن اختلف في ذلك المضارب ورب المال

---

صار تسلم الخصم ، وتسلم القاضي سواء كتسليم الشفعة ، وقضاء الدين ، والرجوع في الهبة ( وفي عامة الروايات ) أي من المبسوط ( ليس له أن يخاصمه لما ذكرنا ) إشارة إلى قوله لأنه بيع جديد في حق ثالث .

( والحق في وصف السلامة ) جواب من قال إن الرد متعين يعني حكم الأصل المطالبة بوصف السلامة ( ثم ينتقل إلى الرد ) بضرورة العجز ( ثم إلى الرجوع ) أي ثم ينتقل الى الرجوع ( بالنقصان ) وهي حصة العيب ( فلم يتعين الرد ) وفيما ذكر من المسائل متعين لا يحتمل التحول إلى غيره ، تفسير القياس لعدم الجامع ( وقد بيناه ) أي حكم المسائل المذكورة ( في الكفالة ) اسم الكتاب ألفه المصنف ( بأطول من هذا ) أي من الذي بيناه هنا .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن قال لأخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئاً ، فالقول قول الآمر ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية ، وعن مالك « رح » إن كانت السلعة قائمة فالقول للموكل وإن كانت هالكة فالقول للوكيل ، وعن أحمد « رح » في رواية القول للوكيل ( لأن الأمر يستفاد من جهته ) أي من جهة الآمر ( ولا دلالة على الإطلاق ) إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيداً وقد يكون مطلقاً ، ولا دليل على أحد الوجهين ، والأمر يستفاد ومن جهته فكان القول قوله كما لو أنكر أصل الوكالة .

( قال وإن اختلف في ذلك ) أي في النقد وعدمه ( المضارب ورب المال ) بأن قال

فالقول قول المضارب ، لأن الأصل في المضاربة العموم ، ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظـــة المضاربة ، فقامت دلالة الإطلاق بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر ، حيث يكون القول لرب المال لأنه سقط الإطلاق فيــه بتصادقهما ، فنزل إلى الوكالة المحضة ، ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة ، وعندهما يتقيـــد بأجل متعارف والوجه قد تقدم . قال ومن أمر رجلاً ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده أو أخذ به كفيلاً فتوى[1] المال عليه فلا ضمان

---

رب المال أمرتك بالنقد وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم يعين شيئاً ( فالقول قول المضارب لأن الأصل في المضاربة العموم ) والإطلاق ( ألا ترى أنه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة ) ويثبت الإذن عاماً ( فقامت دلالة الإطـــلاق ) وليس كالوكيل لأن الوكالة عقد خاص ( بخلاف ما إذا ادعى رب المال المضاربة في نوع من البز[2] والمضارب في نوع آخر ) أي وادعى المضارب المضاربة في نوع آخر من الـبز ( حيث يكون القول لرب المـــال لأنه سقط الإطلاق بتصادقهما فنزل إلى الوكالة المحضة ) وفي الوكالة المحضة القول للآمر كما مر .

( ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقداً أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة «رح» وعندهما يتقيد بأجل متعارف والوجه قد تقدم ) أي الوجه من الجانبين تقـدم في مسألة الموكل بالبيــع ، والوجه هو أن أبا حنيفة « رح » يعمل بالإطلاق وهما بالمتعارف .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن أمر رجلا ببيـع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهناً فضاع في يده ، أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه ) أي على الكفيل (فلا ضمان

---

(١) هكذا وردت بالأصل وأظن أن الصحيح هو فطوى ، ا هـ مصححه .

(٢) زيادة أضيفت على المتن من قبل الشارح وأشار اليها بكلمة ( نسخة ) .

عليه لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الإستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لأنه يفعل نيابة وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه .

---

عليه ) أي على الكفيل ، قيل المراد من الكفالة هنا الحوالة لأن التوى لا يتحقق في الكفالة ، وقال التمرتاشي : الوكيل بالبيع لما احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف «رح» لأن الحالة تتضمن ابراء الاصيل ، والوكيل لا يملك ذلك عنده ، وقيل بل على حقيقتها ، والتوى يتحقق في الكفالة بأن مات الكفيل ، والمكفول عنه مفلساً ، وفي جامع النهاجي « رح » التوى على الكفيل بأن يموت مفلساً ، وفي الكفالة التوى على الكفيل ، بأن رفع الأمر إلى القاضي يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة ، كما هو مذهب الإمام مالك «رح» .

( لأن الوكيل أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها ) أي من الحقوق ( والكفالة توثق به ) أي بالثمن ( والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء ) ولو استوفى الثمن وهلك عنده لم يضمن ( فيملكها ) أي فيملك الوكيل الكفالة والرهن ( بخلاف الوكيل بقبض الدين ) أي أخذ رهناً ، أو كفيلا فانه لا يجوز ( لأنه يفعل نيابة ) حتى إذا نهاه عن القبض يصح نهيه ( وقد أنابه في قبض الدين دون الكفالة وأخذ الرهن ، والوكيل بالبيع يقبض أصالة ) لا نيابة ( ولهذا ) أي فلأجل كون الوكيل بالبيع يقبض أصالة ( لا يملك الموكل حجره ) أي حجز الوكيل ( عنه ) أي عن قبض الثمن عندنا ، وقالت الأئمة الثلاثة يملك والله أعلم .

* * *

## فصـــل

### وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهـــذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي ، كالبيـع ، والخلـع ، وغير ذلك ،

---

( فصل )

( في وكالة الاثنين ) [1] أي هذا فصل في بيان وكالة الاثنين ، ووجه تأخـــيره عن وكالة الواحد ظاهر طبعاً ووضعـاً قيل لم يكن لذكر الفصل كثير حاجـة ، وقيل بأنه ذكـر هنا أشياء أخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق ، والتزويج والكتابة والاعتاق ، والإجارة ( وإذا وكل وكيلين فليس لأحـدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأى كالبيع والخلع وغير ذلك ) قال الطحاوي في مختصره ، وإذا وكل الرجل الرجلين ببيع عبد أو بابتياعه أو بتزويج امرأة أو بخلع امرأته منه على مال ، أو بعتق عبده على مال ، أو بمكاتبة ففعل ذلك أحدهما دون الآخر لم يجز إلا ان يجيزه الآخر فيجوز وإن وكلهما بعتق عبده بغير مال أو بطلاق امرأته بغير ماله ففعل ذلك أحدهما دون الآخر جــاز . وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال إذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيز الموكل أو الوكيل الآخر . وفي المبسوط هذا الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد ، فأمـــا إذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما أن يتصرف بدون الآخر ، لأنه إذا وكلهما بكلامين فقـد رضي برأي أحدهما ، بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما بكلام واحـد حيث لم ينفرد أحدهما بالتصرف في أصح القولين .

وفي شرح الطحاوي أما الوصيان فليس لاحدهما التصرف إلا بإذن صاحبه عنـــد

---

(١) هذه زيادة أضيفت على المتن أضافها الشارح وأشار اليها بكلمة نسخة ، اه .

لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، والبـــدل وإن كان مقـــدراً ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري، قال

---

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله إلا في اشياء معروفة ، وعند أبي يوسف « رح » لكل واحـد منهما ولاية التصرف على حدة .

قلت الاشياء المعروفة سبعة ، شراء الكفن ، وقضاء الدين من المعين ، وتنفيذ الوصية في عين ، ورد الوديعة ، وشراء الطعام ، والكسوة للصغير ، والخصومة ، وقبول الهدية. ( لان الموكل رضي برأيهما لا برأى أحدهما ) حتى لو باع أحدهما والآخر حاضر لايجوز إلا أن يجيز الآخر جاز ، ولو كان الآخر غائباً عنه فأجاز لم يجز عند أبي حنيفة «رح» ذكره في الذخيرة وفي المبسوط ، ولو كان أحدهما صبياً أو عبداً محجوراً لم يجز للآخر أن ينفرد بالتصرف ، ولو مات أحدهما أو ذهب عقـــله لم يجز للآخر أن يتصرف لأنه ما رضي برأى أحدهما ( والبدل وإن كان مقدراً ) هذا جواب عما يقال إذا قـدر الموكل البدلى فلا يحتاج إلى رأيهما ، فيجوز أن يتصرف أحدهما .

وتقرير الجواب أن البدل وهو الثمن وإن كان قدره الموكل . ( ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة ) بأن يزداد الثمن عند اجتماع الرأى لذكاء أحـــدهما ومعرفته التامة ( واختيار المشتري ) أي وفي اختيار المشتري يشترى ما وكلا به لأن من المشتريين من يماطل في أداء الثمن فيختار الآخر من لا يماطل .

وقال محمد « رح » في الأصل ولو كان الموكل يسمي لهما ثمناً فباع أحدهما به لم يجـز وإن باعا جميعاً بذلك الثمن فهو جائز وإن لم يسم لهما ثمنافباعاجميعاًبثمن نسيئة ، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول هو جائز ، وإن باعا بدرهم ثمناً يساوي الفاً ، وقال أبو يوسف ومحمـد رحمهم الله إذا اخطأ من الثمن ما لا يتغابن الناس في مثله لم يجز .

قال أبو حنيفة « رح » وكلهما أن يشتريا له شيئاً فزاد على ثمنه مال يتغابن الناس فيمثله فإنه لا يلزمه ، وقال البيع والشراء في ذلك مختلف في قول أبي حنيفة رحمه الله ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هما سواء ، لا يجوز على الأمر إلا ما يتغابن الناس في مثله (قال)

إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة، قال أو بطلاق زوجته بغير عوض، أو بعتق عبده بغير عوض، أو برد وديعة عنده،

---

أي القدوري ( إلا أن يوكلهما بالخصومة ) هذا استثناء من قوله ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر، يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد أحدهما بالتصرف، وقال زفر لا يصح الانفراد فيها أيضاً، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله، لأنه يحتاج فيهما إلى الرأي، ورأى الاثنين لا يكون كرأي واحد.

وقال المصنف « رح » ( لأن الاجتماع فيها ) أي في الخصومة ( متعذر للافضاء إلى الشغب ) بفتح الشين المعجمة وسكون الغين المعجمة تهييج الشر ( في مجلس القضاء ) لأن فيه مهابة مجلس القضاء ( والرأى يحتاج اليه سابقاً لتقويم الخصومة ) هذا إشارة إلى دفع قول من قال، ليس لأحدهما أن يخاصم دون صاحبه، لأن الخصومة تحتاج فيها إلى الرأي والموكل رضي برأيهما، ووجه ذلك أن المقصود وهو اجتماع الرأيين يحصل في تقويم الخصومة سابقاً عليها فيكتفى بذلك ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور وإطلاق محمد « رح » يدل على هذا، وقيل يشترط، وقال الإمام الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي، الوكيلان بالخصومة لأحدهما أن يخاصم إلا أنه إذا انتهى إلى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا، لأن الخصومة مما لا يتأتى فيها إثنان، والقبض مما يتأتى فيه الإجتماع.

( قال ) أي القدوري «رح» ( أو بطلاق زوجته بغير عوض) هذا عطف على المستثنى وهو قوله بالخصومة، أي أو يوكلهما بطلاق زوجته بغير مال، فلأحدهما أن يطلق خلافاً للشافعي وأحمد رحمهما الله.

وقد ذكرنا عن الطحاوي « رح » أنه إذا وكلهما بطلاق امرأته على مال ففعل ذلك أحدهما لا يجوز ( أو بعتق عبده بغير عوض ) أي أو يوكلهما بأن يعتقا عبده بغير مال فلأحدهما أن يعتقه ( أو برد وديعة عنده ) أي يوكلهما برد وديعة إلى صاحبها فلأحدها

أو قضاء دين عليه ، لأن هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض ، وعبارة المثنى والواحد سواء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما ، أو قال أمرها بأيديكما ، لأنه تفويض إلى رأيهما ، ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ،

---

أن يردها ، قيد بردها لأنهما إذا كانا قد قبضاها لا ينفرد واحدهما ، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله الرد كالقبض ، وقال محمد « رح » لما في الأصل لو وكلهما بقبض وديعة وقبضها احدهما بغير إذن صاحبه يضمن ، لأنه شرط اجتماعهما على القبض ولم يوجد ، فإن قيل ينبغي أن يضمن النصف ، قلنا مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه وبدونه لا ( أو قضاء دين عليه ) أي وكلهما بقضاء دين عليه فلاحدهما أن يقضيه .

وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة ، إذا وكلهما بالطلاق ، والثاني إذا وكلهما بالعتاق ، والثالث إذا وكلهما برد وديعة أو عارية ،أو غصب ،أو دين عليه لرجل ،والرابع إذا وكلهما بالخصومة (لأن هذه الأشياء) وهي الطلاق بلا عوض ،والعتاق بلا عوض ،ورد الوديعة ،وقضاء الدين ( لا يحتاج فيها) أي في هذه لأشياء ( إلى الرأى بل هو ) أي بل الوكالة في هذه الاشياء ، وفي بعض النسخ ،بل هو ، أي التوكيل ( تعبير محض ) يعني تعبير كلام الموكل ( وعبارة المثنى ) أي الاثنان ( والواحد ) أي وعبارة الواحد ( سواء ) لا اختلاف فيه .

( وهذا ) أي جواز انفراد أحدهما ( بخلاف ما إذا قال لهما ) أي للوكيلين ( طلقاها إن شئتما ، أو قال أمرها ) أي أو أمر امرأته ( بأيديكما ) فلا يجوز انفراد أحدهما في هذا ( لأنه تفويض إلى رأيهما ) وأوضح ذلك بقولها ( ألا ترى انه ) أي قوله طلقاها ، أو أمرها بايديكما ( تمليك مقتصر على المجلس ) وإذا كان تمليكاً لا يجوز لأحدهما التصرف بغير إذن صاحبه ، قيل ينبغي أن يقدر أحدهما على ايقاع نصف تطليقه ، واجيب بأن فيه إبطال حق الآخر لأن بإيقاع النصف يقع تطليقة واحدة ، فان قيل الابطال ضمني فلا

ولأنه علق الطلاق بفعلهما ، فاعتبره بدخولهما ، قال وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه التصرف دون التوكيل به ، وهذا لأنه رضي برأيه ، والناس متفاوتون في الآراء ، قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضاء ، أو يقول له إعمل برأيك

---

يعتبر ، أجيب بأنه لا حاجة إلى ذلك الابطال مع قدرتهما على الاجتماع ( ولأنه ) أي ولأن الآمر بقوله طلقاها إن شئتما ( علق الطلاق بفعلهما ) أي بفعل المأمورين وهو التطليق ( فاعتبره بدخولهما ) أي بالطلاق المعلق بدخولهما الدار ، فإن بدخول أحدهما لا يقع الطلاق فكذا ها هنا .

بيانه ، لو قال إن دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق ما لم يوجد الدخول منهما جميعاً ، وكذا في قوله طلقاها إن شئتما ، لا يقع الطلاق ما لم يوجد فعل التطليق منهما جميعاً، وقد ضبط الاترازي « رح » قوله ، فاعتبره على صورة الأمر من الاعتبار ، وكذا ضبط شيخنا العلاء ، ثم كتب بيده على الحاشية، أي اعتبر التطليق بتطليهقما بالتعليق بدخولهما .

( قال ) أي القدوري ( وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض اليه التصرف دون التوكيل هذا ) أي عدم جواز توكيل الوكيل ( لأنه رضى برأيه ، والناس متفاوتون في الآراء ) فلا يكون راضياً بغيره ( قال ) أي القدوري « رح » ( إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضاء ) المسألة على ثلاثة أوجه ، أحدها أن يوكله ولم يأذن له ، ولم ينهه عن التوكيل ، فليس له أن يوكل غيره عندنا وعند أحمد « رح » وقال مالك والشافعي رحمهما الله إن كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له أن يوكل غيره ، وان كان يعجز عنه ، او ممن لم يباشر ذلك الفعل بنفسه لوجاهته له أن يوكل ، وبه قال احمد في رواية .

الوجه الثاني ان يأذن له في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف ، الوجه الثالث ان ينهاه عن توكيل غيره لا يوكل بلا خلاف ( أو يقول له ) أي للوكيل ( إعمل برأيك ) فله التوكيل عندنا وعند أحمد « رح » . وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين

لإطلاق التفويض إلى رأيه ، وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول عزله ، ولا ينعزل بموته ، وينعزلان بموت الأول ، وقد مر نظيره في أدب القاضي . قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز ، لأن المقصود حضور رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه ،

---

( لإطلاق التفويض إلى رأيه ) وذلك يدل على تساويه مع غيره .

( وإذا جاز في هذا الوجه ) يعني في قوله اعمل برأيك ( يكون الثاني ) يعني وكيل الوكيل ( وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الأول ) أي الوكيل الأول ( عزله ) أي عزل الوكيل الذي وكله ( ولا ينعزل بموته ) أي ولا ينعزل الوكيل الثاني بموت الوكيل الاول وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وأحمد « رح » وقال في الاصح ينعزل بعزله وبموته ، وله بموت الاول قولان .

( وينعزلان ) أي الوكيل الاول والوكيل الثاني ( بموت الاول ) أي الموكل الاول ( وقد مر نظيره في أدب القاضي ) وهو ما ذكره في اول فصل قبل باب التحكم بقوله — وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء ، إلا أن يفوض اليه ذلك — إلى أن قال — جاز كما في الوكالة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فان وكل ) أي الوكيل ( بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز ) أي بحضرة الوكيل الاول جاز التوكيل ( لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر ) فيجوز استحساناً ، وقال زفر « رح » لا يجوز ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله كما في غيبته . وقال ابن أبي ليلى يجوز مع الوكيل الثاني بحضور الاول بغير حضرته .

( وتكلموا ) أي تكلم المشايخ ( في حقوقه ) أي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز ، لكن في حقوق العقد كلام ، قال بعضهم يرجع الى الاول ، لان الموكل رضي بلزوم العهدة على الاول دون الثاني ، كذا في

وإن عقد في حال غيبته لم يجز ، لأنه فات رأيه ، إلا أن يبلغه فيجيزه ، وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه ، فأجازه ، لأنه حضر رأيه ، ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز ، لأن الرأي يحتاج إليه فيه لتقدير الثمن ظاهراً ، وقد حصل . وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض إليهما مع تقدير الثمن ظهر أنه غرضه إجتماع رأيهما في الزيادة واختيار

---

الفتاوى الصغرى ، عن فتاوى البقالي ، وقال بعضهم يرجع الى الثاني لان العقد وهو السبب وجد من الثاني ، واليه ذهب ابو الليث « رح » في جبل العيون .

( وإن عقد في حال غيبته ) أي في حال غيبة الوكيل الاول ( لم يجز لانه فات رأيه الا أن يبلغه فيجيزه ) جاز ( وكذا لو باع غير الوكيل ) يعني اذا باع الأجنبي ( فبلغه ) أى فبلغ الوكيل ( فأجازه ) بعد بلوع الخبر جاز (**لأنه حضر رأيه**) **بإجازته.**

( ولو قدر الأول ) أى الوكيل الاول ( الثمن الثاني ) أى للوكيل الثاني الذى وكله بغير موكله بأن قال له بعه بكذا فباعه الثاني بالثمن الأول الذي قدره الوكيل الأول وهو معنى قوله ( فعقد الثاني بغيبته ) أي بغيبة الأول ( يجوز) في رواية كتاب الرهن . إختارها المصنف « رح » .

وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة ، فربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع لذكائه وهدايته ، وجه رواية كتاب الرهن أن المقصود حصل بحضور رأيه ( لأن الرأى يحتاج اليه فيه ) أي في العقد ( لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل ) أي تقدير الثمن ، وإنما قال ظاهراً إحترازاً عن المسألة التي يذكرها الآن عقيب المسألة التي ذكرها وهي قوله ( وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن ) فإنه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار .

( لأنه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر انه غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار

المشتري على ما بيناه . أمـــا إذا لم يقدر الثمن ، وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم الأمر ، وهذا التقدير في الثمن . قـــال وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز ، معناه التصرف في مالها ،

---

المشتري ) أي الذي لا يماطل في تسليم الثمن ( على ما بينـــاه ) إشارة إلى قوله في المسألة المتقدمة والبدل ، وإن كان مقدراً ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى في الزيادة ( أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول ) أى فوض الموكل الأول إلى الوكيل الأول ( كان غرضه ) أى غرض الموكل الأول ( رأيه ) أى رأي الوكيل الأول ( في معظم الأمر، وهو التقدير في الثمن ) وهذا لأن المقصود من البياعات الإسترباح ، وذلك إنما يكون بالبيع بتقدير ثمن كان يصلحه في تحصيل زيادة الربح وقـد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع ورأيه انما يطلب لهذا .

(قال) أي محمد«رح»في الجامع الصغير ( وإذا زوج العبد ، أو المكاتب ، أو الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة ) فإن قلت كيف تكون المسلمة [1] تحت الذمي ، قلت يجوز أن يكون طلقها ثم أسلمت ، وماتت وبقيت البنت ( أو باع ) أي أو باع واحـد منهم ( أو اشترى لها ) أي الصغيرة المذكورة ( لم يجز ) يعني تصرفهم في مالها بالبيـــع والشراء لا يجوز ، ولكن قوله أو باع أو اشترى لها لما كان يحتمل وجهين .

أحدهماأن يشتري لها شيئاً بمال نفسه ، والآخر أن يشترى لها بمالها، قال المصنف«رح» ( معناه ) أي معنى قول محمد « رح » لم يجز في الجامع الصغير ( التصرف في مالها ) وهو معظم شراؤه لها بمالها وهو المراد هنا من الوجه الثاني ، يعني لأن كل واحـــد منهم إذا اشترى لها من مال نفسه يجوز لا محالة .

واعـــلم أن في تركيب المصنف « رح » نوع مناقشة ، لأن قوله ، أولاً لم يجز يشمل التزويج والبيع والشراء ، ثم قوله ، معناه التصرف في مالها ، توهم أن عدم الجواز في

---

(١) في الأصل المسألة .

لأن الرق والكفر يقطعان الولاية ، ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولأن هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر ، والرق يزيل القدرة ، والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض إليهما .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، المرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك

---

التصرف في مالها فقط ، وعدم الجواز في الفصلين جميعاً ، ولهذا قال محمد « رح » في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهم الله في الذمي أو المكاتب ، أو العبد يزوج واحد منهم ابنته ، وهي صغيرة حرة مسلمة ، قال يجوز ، وكذلك إذا باع لها أو اشترى لم يجز ، هكذا لفظ محمد « رح » فيه .

( لأن الرق ) في العبد والمكاتب ( والكفر ) في الذمي ( يقطعان الولاية ) أما العبد فلأنه لا ولاية له على نفسه فعلى غيره بالطريق الاولى ، وأما المكاتب فانه عبد مابقى عليه درهم ، وأما الذمي فلقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ١٤١ النساء ، ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن المرقوق لا يملك إنكاح نفسه فكيف يملك إنكاح غيره ، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ، ولان هذه الولاية ولاية نظرية ) نظراً للصغار والصغار لعجزهم ( فلا بد من التفويض ) أي تفويض أمرهم ( إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر ) بالقدرة والشفقة ، وفي بعض النسخ إلى العاقد المشفق مكان القادر .

( والرق يزيل القدرة ) قال الله تعالى ﴿ عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء ﴾ ٧٥ النحل ( والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما ) أي إلى العبد والكافر ( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ، وفي بعض النسخ صرح قال وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( المرتد إذا قتل على ردته ، والحربي كذلك ) أي تصرفهما على المسلم لا يجوز ، وإنما

لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى بسلب الولاية ، وأما المرتد فتصرفه في ماله إن كان نافــذاً عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع ، لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الإنقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعــل كأنه لمْ يزل كان [1] مسلماً فيصح .

---

خص قولهما مع أن هذا حكم مجمع عليه لأن الشبهة إنما ترد على قولهما لأن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قتل ردته عندهما بنـــاء على الملك ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالاجماع ( لأن الحربي أبعد من الذمي ) لأن الذمي من أهـل دارنا ( فأولى ) أي الحربي اولى ( بسلب الولاية ) لأنها إذا لم تثبت للذمي فأولى ان لا تثبت للحربي، ولهذا لا تجوز شهادة الحربي على الذمي .

( وأما المرتد فتصرفه في مـــاله إن كان نافذاً عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك ) أى الولاية النظرية بتأويل المذكور أو بأن استعمال ذلك مشترك ( باتفاق الملـة وهي ) أي الملة ( مترددة ) لكونها معدومة في الحال لكنها مرجوة الوجود لأنه محمول عليه فيجب التوقف ( ثم تستقر جهة الانقطاع ) أي إنقطاع الولاية ( إذا قتل على الردة فيبطل ) أي تصرف المرتد ( وبالاسلام يجعل كأنه لم يزل مسلماً فيصح ) أي تصرفه والله أعلم .

---

(١) المتن الموجود ضمن الشرح أسقط كلمة كان وهو الافضل والله أعلم. اهـ مصححة .

# باب الوكالة بالخصومة والقبض

قـــال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض عندنا خلافاً لزفر « رح » هو يقول أنه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ، ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ،

---

**( باب الوكالة بالخصومة والقبض )**

أي هذا باب في بيان الوكالة بالخصومة والقبض ولما كانت الخصومة مهجورة شرعـــاً لقوله تعالى ﴿ ولا تنازعوا فتفشلوا ﴾ ٤٦ الانفال استحق بابها التأخير عمـــا ليس بمهجور ( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( الوكيل بالخصومة وكيـل بالقبض ) أطلق القدوري كلامه ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين، وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا الثلاثة ، وقال في إشارات الأسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين ( عندنا ) خلافاً لزفر « رح » وقال في الواقعات الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا ، لأن الخيانة ظهرت فيا بين الناس ، وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصاً في الوكلاء على باب القاضي، به أخذ الفقيه أبو الليث (خلافاً لزفر«رح») فانه يقول ــ لا يكون وكيلا بالقبض ، وبه قال الشافعي « رض » في الاظهر ، ومالك وأحمد رحمهما الله ، وفي وجه عند الشافعي « رح » انه يملك كقولنا ( هو ) أي زفر ( يقول أنه ) أي لأن الموكل ( رضى بخصومته والقبض غير الخصومة ) لأن الخصومة لاظهـار الحق ، ويختار فيها الحـ الناس للقبض أمن الناس ممن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عـــادة وهو معنى قوله ( ولم يرض به ) أي القبض .

( ولنا أن من ملك شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض ) لأن الخصومة

والفتوى اليوم على قول زفر « رح » لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ، ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً ، إلا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع فالفتوى على أن لا يملك ، قال فإن كانا وكيلين

---

قائمة ما لم يقبض ( والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ) وبه افتى الصدر الشهيد ( ونظيره ) أى نظير هذا التوكيل ( الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه ) أى لأن القاضي في معنى القبض ( وضعاً ) أى من حيث الوضع في اللغة يقال تقاضيته ديني وبديني ، واقتضيته واستقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقي أى أخذته ، ذكره في الأساس .

وقال الأترازي « رح » في معناه وضعاً أى لأن التقاضي في معنى القبض فيه نظر لأنه قال في المغرب تقاضيته ديني إلى آخر ما ذكرناه ، قلت لم أدر وجه نظرى فيه لانه لم يقل التقاضي هو القبض بل قال في معنى القبض ( إلا ان العرف بخلافه ) أى بخلاف الوضع ، فان الناس لا يفهمون المعنى الموضوع من التقاضى بل يفهمون منه المطالبة ( وهو قاض ) أي العرف حاكم وراجح ( على الوضع ) لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية ، فان قلت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهي اولى منه عند أبي حنيفة « رح » قلت : ان ذلك وجه لاصل الرواية ، والكلام فيه وإنما الكلام في أن الفتوى على أصل الرواية أو على العرف لظهور الخيانة في الوكلاء .

قالوا : على العرف فلا يملك القبض واليه أشار بقوله ( فالفتوى على أن لا يملك) يعني ان الوكيل يتقاضى الدين يملك القبض بالاتفاق ولكن فتوى المشايخ على ان لا يملك لفساد الزمان .

( قال ) أى محمد « رح في الجامع الصغير : ( فإن كانا ) أى الرجلان ( وكيلين

بالخصومة لا يقبضان إلا معاً لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر ، قــال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة « رح » حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبــل عنده ، وقالا لا يكون خصماً ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات ، فلم يكن الرضاء بالقبض رضاً بها

---

بالخصومة لا يقبضان إلا معاً ) أى لا يقبضان الدين إلا مجتمعين .

( لأنه ) أى لان الموكل ( رضي بأمانتهما لا بأمانة احدهما واجتماعهما ممكن ) أى اجتماع الوكيلين على القبض ممكن فانهما يصيران قابضين بالتخلية ( بخلاف الخصومة ) فان اجتماعهما عليها غير ممكن ( على ما مر ) في اول الفصل المتقـدم عند قوله ــ وإذا وكل وكيلين فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكل بهدون الآخر الا ان يوكلهما بالخصومة وقال الاكمل « رح » على ما مر انه يقضي الى الشغب في مجلس القضاء وهو مذهب الهامية وعند زفر « رح » ليس للوكيل بالخصومة أن يقبض الدين وقد مر .

( قال والوكيل يقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند أبي حنيفة « رح »)وقــال الشافعي رضى الله عنه في قوله وأحمد « رح » في رواية ( حتى لو أقيمت عليه ) أي على الوكيل ( البينة على استيفاء الموكل وابرائه تقبل عنده ) أي عند أبي حنيفة «رح» .

( وقال ) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( لا يكون خصماً ) أي الوكيل يقبض الدين ( وهو ) أى قولهما ( رواية الحسن عن أبي حنيفة «رح »)وبه قال الشافعي رضي الله عنه في الأصح ، وأحمد « رح » في ظاهر الرواية ( لأن القبض غيرالخصومة ) فلا يكون وكيلا بها ( وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضاً بها ) أي بالخصومة .

ولأبي حنيفة « رح » أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضي بأمثالها إذ قبض الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقــــه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب ، وهذه أشبه بأخذ الشفعة حتى يكون خصماً

---

(ولأبي حنيفة « رح » أنه وكله بالتملك) أي أن الوكيل بقبض دين وكيله بالتمليك والتملك لأنه توكيل تملك ، والمقبوض يقابله في الذمة قصاصاً ( لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها[1] إذ قبض الدين نفسه ) بالجر ،قال الأترازي «رح» بدل من الدين قلت هو تأكيد.

( لا يتصور ) لأنه وصف ثابت في الذمة ( إلا أنه ) استثناء من قوله – لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها – أي غير أنه ( جعل استيفاء لعين حقه من وجه ) بدليــل أن رب الدين يجبر على القبض ، فلو كان تمليكاً محضاً معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا إذا ظفر بجنس حقه حل له التناول ( فأشبه الوكيل بأخـذ الشفعة ) أي فأشبه الوكيل بقبض الدين الوكيل بأخذ الشفعة ، يعني أنه خصم فكذا هذا .

( والرجوع في الهبة ) بالجر عطفاً على قوله بأخذ الشفعة ، يعني ، إذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصماً حتى إذا أراد الرجوع فـأقام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ المعوض تقبل بينته ( والوكيل بالشراء ) بالجر أيضاً ، يعني لو أقام أحد الشريكين بينة على الوكيل أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لأنه خصم (والقسمة) بالجر أيضاً،يعنى أحد الشريكين ، إذا وكل رجلا بأن يقاسمه شريكه فأراد الموكل المقـاسمة وأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخـــذ نصيبه تقبل بينته ، لأن الوكيل خصم ، لأن القسمة معنى التمليك .

( والرد بالعيب ) بالجر أيضاً ، يعني أن المشتري رضي بذلك قبلت بينته ( وهذه ) أى مسألة التوكيل ( أشبه بأخذ الشفعة ) وفي بعض النسخ وهــذا ، أى التوكيل بقبض الدين ، أشبه بأخذ الشفعة من المسائل الثلاث الأخر ( حتى يكون ) أي الوكيل ( خصما

---

(١) ساقطة من المتن ، أ هـ مصحح .

قبـــل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء وهـــذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً فيها ، قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لأنـه أمين محض والقبض ليس بمبادلة فأشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عين له فأقام الذي هو في يديه البينة على أن الموكل باعـــه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب ، وهذا استحسان ، والقياس أن يدفع الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر. وجه الاستحسان أنه خصم

---

قبل القبض كما يكون خصما قبل الأخذ هنالك ) أي في أخـذ الشفعة ( والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهـذا ) إشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفة « رح » بقوله ـ أنه وكله بالتملك ـ يعني أنه لما وكل الوكيل بالقبض بالتمليك كان فيـــه معنى المبادلة وهذا ( لأن المبادلة تقتضي حقوقاً ) من التسليم والتسلم والرد بالعيب ( وهو ) أي الوكيل ( أصيل فيها ) أي في الحقوق ( فيكون خصماً فيها ) أي في الحقوق ( قال ) أي محمد « رح »(والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة) بالإجماع (لأنه أمـين محض والقبض ليس بمبادلة ) لكونه يقبض عين الموكل [1] من كل وجه ( فاشبه الرسول ، حتى أن من وكل وكيلا بقبض عين له فأقام الذي في يديه العبد البينة أن الموكل باعه إياه) أي العبد ( وقف الأمر حتى يحضر الغائب ) أي الأمر .

( وهذا استحسان ، والقياس أن يدفـع ) أي العبد ( إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم ) لأن الوكيل بقبض الوديعة ليس بخصم ( فـلم يعتبر ) أي بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض ( وجه الاستحسان أنه ) أي أن الوكيل بقبض الوديعة ( خصم

---

(١) أظن أن الصحيح أن يقال ( الموكل به ) اهـ مصححة .

في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع ، فصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلـــك فإنها تقبل في قصر يده كذا هنا [1] قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك معناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبـــل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون العتق والطلاق

---

في قصر يده ) أي يد نفسه ، أي قصر يد الوكيل ( لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وإن لم يثبت البيع ) أي بالوكيل .

( حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع وصار ) هذا ( كما إذا أقام ) أي ذو اليد ( البينة على أن الموكل عزله عن ذلك ) أي عن القبض ( فإنها ) أي فان البينة ( تقبل في قصر يده ) أي في يد الوكيل ( فكذا هنا ) أي فكذا حكم المسألة المذكورة ( قال ) أي محمد « رح » ( وكذلك العتاق والطلاق) أي وكالمذكور حكم العتاق والطلاق والمصنف يذكر الآن صورتها .

( وغير ذلك ) كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل وأقام بينة على ذلك يقبل في حق قصر يده لا في ثبات الارتهان في حق الموكل ( معناه ) أي معني قول محمد «رح» في العتاق والطلاق ( إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق ) على أن زوجها طلقها ( والعبد ) أي إذا أقام العبد ( أو الأمة ) أي إذا أقامت البينة (على العتاق على الوكيل بنقلهم ) أي بنقل المرأة والعبد والأمة ( تقبل) أي البينة (في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً) فإذا حضر الغائب تعاد عليه البينة العتاق والطلاق ، لأن هذه البينة اشتملت على معنيين إثبات العتق ، وإبطال حق الوكيل ، فتقبل بينته على الحاضر دون الغائب ، ويؤخذ من العبد كفيل نظراً للغائب ( دون العتاق والطلاق ) أي لا يقبل في حق العتق والطلاق ،

---

(١) هذا . هامش .

قال إذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ، ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة ، وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء . وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين ، وهو قول أبي يوسف أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي منازعة ، والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء

---

لأن الوكيل ليس بخصم فيها ، ولكنه خصم في قصر يده ، وليس من ضرورة قصر يده القضاء والطلاق على الغائب فيقبل في قصد دون غيره .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه ) أطلق الإقرار والموكل ليتناول إسم الموكل للمدعي والمدعى عليه لأن جواز الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعياً أو مدعى عليه، سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فباقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل المال وإقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله ( ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة « رح » ومحمد « رح » استحساناً إلا انه يخرج من الوكالة ) فلا يدفع اليه المال لزعمه بإنتفاء حقه في الأخذ .

( وقال أبو يوسف « رح » يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القاضي ، وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين ) أي في مجلس القاضي وغيره وبه قال مالك واحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله ( وهو ) أي قول زفر « رح » ( قول أبي يوسف أولاً وهو ) أي قول زفر « رح » هو ( القياس لأنه ) أي لأن الوكيل ( مأمور بالخصومه وهي ) : أي الخصومة ( منازعة ) لأنها اسم لكلام يجرى بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة .

( والإقرار يضاده ) أي يضاد ما أمر به من الخصومة ( لأنه ) أي لأن الإقرار ( مسالمة ) لأنه يجرى على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضد ما أمر به ( والأمر بالشيء

لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار ، وكـــذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد الجواب وهو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار فيـــه الأهدى فالأهدى . .

وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته يتناوله ما يملكه قطعاً وذلـــك

---

لا يتناول ضده ولهذا ) أي ولأجل عدم تناول الأمر بالشيء ضده (لا يملك ) أي الوكيل بالخصومـــة ( الصلح والإبراء ) بوجود المضادة لأن الصلح حط البعض والوكيل مأمور باستيفاء الكل ، والإبراء اسقاط وهو مأمور بالاستيفاء .

( ويصح ) هذا جواب سؤال يرد على قولهم لأن التوكيل بالخصومة إذا لم يتنـــاول الإقرار كيف يصح استثناؤه ـ فقال ويصح أى التوكيل ( إذا استثنى الإقرار ) بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر عليه فأقر الوكيل لم يصح إقراره لأن لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار ، فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لأن الخصومـــة شيء واحد والاستثناء من شئ واحد لا يجوز لأنه يلزم استثناء الكل من الكل .

( وكذا لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد الجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك) قال في النهاية هي مسألة مبتدأة خلافية لم يردها على وجه الاستشهاد ، يعني لو وكله بالجواب مطلقاً ايضاً فهو ايضاً على هـــذا الخلاف وكذا في المختلفات البرهانية ، فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة إذ العادة جرت في التوكيل بذلك .

( ولهذا ) اى والاصل هذا ( يختار فيه ) اى في الخصومه ، اى في التوكيل بهـــا (الأهدى فالأهدى ) أي من كان أكثر هداية في طرق الخصومة وفي الاقرار لا يحتاج إلى زيادة الهداية .

( وجه الاستحسان ان التوكيل ) المذكور ( صحيح قطعاً ) اى ثابت من كل وجـــه بلا شبهة بالاجماع (وصحته يتناوله مايملكه قطعاً) أى ما يملك التوكيل من مطلق الجواب من حيث القطع لان التوكيل في غير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح (وذلك

مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ، ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف « رح » أنـــه لا يصح أي أنه لا يملكه ، وعن محمد « رح » أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه

---

مطلق الجواب ) اى الذى يملك مطلق الجواب، ومطلق الجواب يتناول الانـكار والاقرار جميعاً فكما ان انكار الوكيل يصح من حيث انه جواب فكذا يصح الاقرار من حيث انه جواب ( دون احدهما عيناً ) يعني لا يملك احدهما وهو الاقرار والانكار معيناً ، لانه ربما يكون الجواب بأحدهما معيناً حراماً لانه لو كان خصمه محقاً لا يملك الانكار شرعاً ، ولو كان مبطلا يكون حقه في الانكار لا غير ، فلا يملك المعين منهما قطعاً ، فـلا يجوز التوكيل به قطعاً فيصح من وجه دون وجه فحملنا على المجاز وهو الجواب مطلقـاً تحرياً لصحته قطعاً .

( وطريق المجاز موجود ) أي بين الخصومة ومطلق الجواب لأن الخصومة سبب الجواب وإطلاق السبب وإرادة المسبب طريق من طرق المجاز ( على ما نسبته إن شاء الله تعالى ) إشارة إلى ذكره عند قوله – هما يقولان أن التوكيل يتناول جوابـــاً يسمى رخصة – ( فيصرف إليه ) أي إلى مطلق الجواب ( تحرياً للصحة قطعاً ) أي للتحري لصحة كلامه من حيث القطع لأن كلام العاقل يصان عن الإلغاء .

( ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف « رح » أنه لا يصح ) هـــذا جواب عن مستند زفر « رح » ووجه لا نسلم صحة الاستثناء بل لا يصح على قول أبي يوسف « رح » ( لأنه لا يملكه ) أي لأن الوكيل لا يملك الاستثناء لأن ملكه مستلزم بقاء الانـكار عيناً وقد لا يحل له ذلك كما مر .

( وعن محمـد « رح » أنه يصح ) أي أن استثناء الاقرار يصح ( لأن للتنصيص ) أي لأنه لما نص على الإنكار باستثناء الإقرار بضمير ( زيادة دلالة على ملكه إياه ) أي على ملك

وعند الإطلاق يحمل على الأولى ، وعنه أنه فصل « ر ح » بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف « رح » أن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً

---

الموكل إياه فيملك الوكيل به ( وعند الإطلاق ) أي عند إطلاق التوكيل بالخصومة في غير استثناء الإقرار ( يحمل على الأولى ) أي على ما هو الأولى وهو مطلق الجواب .

( وعنه ) أي وعن محمد « رح » ( أنه فصل بين الطالب والمطلوب ) بأن قال بصحة من حمل وكيل المدعي وعدمها من وكيل المدعى عليه ( ولم يصححه في الثاني ) أي لم يصحح محمد « رح » استثناء الإقرار في المطلوب ( لكونه مجبوراً عليه ) أي لكون المطلوب مجبوراً على ترك الانكار ( ويخير الطالب فيه ) أي يخير بين الإقرار والانكار ، فيكون الاستثناء مقيداً ، وفي التتمة عن محمد « رح » أنه يصح الاستثناء من الطالب لأنه مجبور ولا يصح من المطلوب لأنه مجبور عليه ، يعني المدعي لما كان مخيراً بين الإقرار والانكار أفاد الإستثناء فائدته في حقه ، أما من المطلوب لا يصح استثناء الإقرار لأنه لا يفيد ذلك لأن المدعي لما صحح دعواه والمطلوب مضطر ومجبور على الإقرار لعرض اليمين عليه فيكون مجبوراً عليه .

( فبعد ذلك يقول أبو يوسف « رح » ) هذا مشروع في بيان المحاجة مع أبي يوسف بعد فراغ المحاجة مع زفر « رح » (إن الوكيل قائم مقام الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه ) لا يختص بمجلس القاضي لأنه موجب بنفسه وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجباً إلا بانضمام القضاء .

( وهما ) أي أبي حنيفة ومحمد « رح » ( يقولان أن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقية ) كالإنكار ( أو مجازاً ) كالإقرار بمجلس القضاء تقريره أن توكيله يصرف إلى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجازاً عام يتناول بعمومه الحقيقة وهي الخصومة والمجاز

والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق، وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به، لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً، وصار كالأب أو الوصي إذا

---

وهو مطلق الإقرار والإقرار لا يكون خصومة مجازاً إلا في مجلس القضاء فما كان منه في غيره فليس بخصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجاز، إذ الإقرار خصومة مجازاً من حيث أنه جواب ولا جواب في غير مجلس القضاء، فالإقرار خصومة مجازاً في غيره.

( والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة ) فكان مجازه التضاد وهو مجاز لغوي لأنه لا يصح أن يكون مجازاً شرعياً ( أو لأنه ) أي أو لأن الخصومة على تأويل التخاصم، وفي بعض النسخ أو لأنها ( سبب له ) أي الإقرار والمجوز السببية وهو مجوز شرعي لأن الجواب تارة يكون بلا وتارة يكون بنعم، فكانت الخصومة سبباً للاقرار بالواسطة وإطلاق اسم السبب على المسبب مجاز.

( لأن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق ) فتكون الخصومة سبباً له حيث أفضى اليه ظاهراً ( وهو ) أي المستحق ( الجواب في مجلس القضاء فيختص به ) أي يختص جواب الخصومة بمجلس القضاء، وقال الأكمل « رح » ـ ولو قال لأن الواجب عليه إتيانه بالمستحق بدل لأن الظاهر كان أوفى تأدية للمقصود ( لكن إذا أقيمت البينة ) هذا استدراك من قوله ـ فيختص به ـ وفيه إشارة إلى دفع ما يقال إذا كان الأقرار في غير مجلس القاضي ليس بجواب، كان الجواب أن لا يكون معتبراً ولا يخرج به عن الوكالة، ولكن إذا أقيمت عليه البينة ( على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لأنه صار مناقضا ) في كلامه، فلو بقى وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله بالجواب مطلقا، قاله في الكافي.

( وصار ) أي الوكيل المقر في غير مجلس القضاء ( كالأب والوصي إذا

أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليه ، قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً ، لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته فانعدم الركن ، ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم بانعدام لازمه

---

أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه ) أي إلى الأب والوصي ، بيانه الأب والوصي إذا ادعى شيئاً للصغير فأنكر المدعى عليه ، فصدقه الأب ، والوصي ثم جاء يدعي ذلك المال لا يدفع المال اليها ، لأنها خرجا عن الولاية والوصاية في حق هذا المال بإقرارهما على الصبي فكذلك هنا لما خرج الوكيل من الوكالة بالإقرار في غير مجلس القضاء لا يدفع المال إليه .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك أبداً ) أي قبل براءة الكفيل وبعدها ( لأن الوكيل من يعمل لغيره ، ولو صححناها ) أى الوكالة ( صار عاملا لنفسه في إبراء ذمته ) لأن قبضه يقوم مقام قبض الموكل وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله ( فانعدم الركن ) أى ركن الوكالة وهو العمل للغير .

قالوا في شروح الجامع الصغير ، نظير هذا ما ذكر في المأذون أن المولى إذا أعتق عبده المأذون المديون ضمن قيمته ، والعبد يطالب بجميع الدين كأن المولى كفيلا عنه ، فإن وكل الطالب المولى يقبض الدين من العبد كان باطلا ، لان المولى بقبض الدين من العبد كان عاملا لنفسه فلا يصح وكيلا عن غيره ( ولان قبول قوله ) دليل آخر ، أى قبول قول الوكيل ( ملازم للوكالة ) يعني الوكالة تستلزم قبول قوله ( لكونه أميناً ولو صححناها ) أى الوكالة ( لا تقبل ) لما يلزم من انتفاء اللازم وهو قبول قوله ( لكونه مبرئاً لنفسه فينعدم ) أى التوكيل ( بانعدام لازمه ) أى لازمه التوكيل وهو قبول قول الوكيل لان اللزوم ينتفي بانتفاء اللازم .

وهو نظير عبد مأذون مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ، ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه ، قال ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه[1] خالص ماله

---

( وهو نظير ) أي نظير بطلان الوكالة فيما نحن فيه بطلانها في عبد مديون ، وفي بعض النسخ وهو نظير ( عبد مأذون مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته ) أي قيمة العبد سواء كان موسراً أو معسراً ( للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين ، فلو وكله الطالب ) أي طلب مال المولى الطالب ( بقبض المال عن العبد كان باطلا ) أي كان التوكيل باطلا ( لما بيناه ) وهو أنه يصير عاملا لنفسه لانه مبرىء نفسه ، وفي شرح الطحاوى المولى إذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا العبد بالدين وان شاءوا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالماً بالدين أو لم يكن ، بخلاف الجناية فإن العبد إذا جنى فأعتقه المولى ان كان عالماً بالجناية صار مختاراً للعذر ، وإن كان غير عالم لم يلزمه شيء إلا قدر القيمة لا غير ، وفي باب الدين يلزمه القيمة وإن كان عالماً ، بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب إذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه عن الآخر .

( قال ) أي القدوري ( ومن ادعى انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين اليه ) وفي بعض النسخ سلم اليه ، أي الدين ، وبه قال المزني « رح » وقال الشافعي واحمد رحمهما الله لم يؤمر بالتسليم بالتصديق لا في الدين ولا في الوديعة إلا أن يقيم الوكيل بينته على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة ، وعندنا في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصديق .

( لانه إقرار على نفسه ) بحق وهو استحقاق القبض ، وليس فيه إبطال حق الغائب بل هو إقرار حق على نفسه ( لان ما يقبضه خالص ماله ) أي خالص مال المديون ، فيجوز

---

(١) ما يقبضه ، هامش .

فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الإستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته ولم يحصل فله أن ينقض قبضه، وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره ،

---

إقراره عليه لان الديون تقضى بأمثالها ، فما اداه المديون مثل مال رب المال لا عينه فكان تصديقه إقراراً على نفسه ، ومن أقر على نفسه بشيء أمر بتسليمه الى المقر له ( فإن حضر الغائب فصدقه ) فيها ( وإلا دفع اليه ) أى وإن لم يصدقة ( الغريم الدين ثانياً، لانه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة فالقول في ذلك قوله ) أى القول في إنكار الوكالة قول رب الدين ( مع يمينه ) وبه قال الثلاثة رحمهم الله ، وعند الشافعي « رح » في وجه له الرجوع على القابض ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في الاصح .

( فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لان غرضه ) أى غرض المديون ( من الدفع براءة ذمته ولم يحصل ) أى براءة الذمة ( فله أن ينقض قبضه ) أى فللمديون أن ينقض قبض الوكيل ( وان كان ضاع في يده ) أى وإن كان ضاع المال في يد الوكيل ( لم يرجع عليه ) أى لم يرجع المديون على الوكيل ( لانه ) أى لان المديون ( بتصديقه ) أي بتصديق الوكيل ( إعترف أنه ) أي الوكيل ( محق في القبض وهو ) أي المديون ( مظلوم في هذا الأخذ ) أي أخذ رب الدين ثانيا .

(والمظلوم) أي المديون ( لا يظلم غيره ) فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك لان الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه وبعدما هلك المدفوع الأخذ منه ظلم ، وفي الذخيرة والمبسوط المسألة على أوجه، إما أن يصدق الغريم القديم وكالة أولاً، فإن صدقه ولم يدفع المال أجبر على الأداء خلافاً لابن أبي ليلى والشافعي وأحمد رحمهم الله ، وأنكر وكالته وأراد الوكيل استحلافه بعد وكالة استحلف فإن حلف برأ وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل

قال إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمها ، وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجـــع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه بالوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطـــع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهـــذا أظهر

---

وذكر الخصاف لا يحلف المطلوب على الوكالة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما يحلف على العلم ولو أقر الغريم بالوكالة وأنكر الدين فعند أبي حنيفة « رح » يستحلف المطلوب ، وعندهما لا يستحلف .

(قال) أي محمد والمصنف « رح »( إلا أن يكون ضمنه) يجوز فيه التخفيف والتشديد ( عند الدفع ) هذا استثناء من قوله – وإن كان ضاع من يده لم يرجـع عليه إلا أن يضمن المطلوب الوكيل عند دفع المال اليه بأن يقول أصدقك في الوكالة ولكن لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانياً وهذا ضمان صحيح ( لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه ) أي على رب الدين ( في زعمهما ) أي في زعم الوكيل والغريم ( وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض ) أي قبض رب الدين ثانياً ، فإذا كان كذلك ( فيصح ) أي الكفالة ( بمنزلة الكفالة بما ذاب ) أي بما ثبت ووجب ( له على فلان ) معناه بمـا يذوب لفلان على علان ، وهذا ماض أريد به المستقبل وقد مر في الكفالة .

( ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ) ولم يكذبه أيضاً بل سكت ( ودفعه اليه على ادعائه ) أى على دعوى التوكيل ( فإن رجع صاحب المال على الغريم رجـــع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه في الوكالة ، وإنما رفعه اليه على رجاء الإجارة ، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه ، وكذا إذا دفعه اليه على تكذيبه إياه في الوكالة، وهـــذا أظهر ) أي جواز

لمـــا قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقاً للغائب اما ظاهراً أو محتملاً فصار كما إذا دفعـــه إلى إلى فضولي على رجاء الأجـارة لم يملك الإسترداد لاحتمال الإجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ، ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه إقرار بمال الغير بخلاف الدين ،

---

الرجوع في صورة التكذيب أظهر منه في الصورتين الأوليتين ، وهو التصديق مع التضمين والسكوت لأنه إذا كذبه صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب ( لما قلنا ) إشارة إلى قوله دفـــع اليه على رجاء الإجازة ، فإذا انقطـــع رجاؤه رجع عليه .

( وفي الوجوه كلها ) وهي الأربعة المذكورة ، وهي الدفع مع التصديق ، والتضمين ، والدفع بلا تصديق ولا تكذيب ، والدفع مع التكذيب ، ( ليس له ) أي للغريم ( أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب ، لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً ) أي في حالة التصادق ، أو حال ظهور العدالة في الوكيل لأن الوكيل إذا كان عدلاً كان صادقاً ظاهراً ( أو محتملاً ) أى في حالة كون الوكيل فاسقاً أو مستوراً لاحتمال الصدق .

( فصار ) حكم هذا ( كما إذا دفعه ) أي الدين الذي عليه ( إلى فضولي ) أى لأنه تعلق في الوسط ( رجاء الاجازة ) من المالك ( لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ) لأن سعى الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لأنه إقرار بمال الغير ) وهو لا يملك ذلك ( بخلاف الدين ) أى بخلاف ما إذا صدق الوكيل بقبض الدين حيث يؤمر بالتسليم اليه لأنه إقرار في خالص ما له على ما مر أن الديون تقضى بأمثالها فكان إقراره إقراراً على نفسه بحق المطالبة والقبض .

ومن ادعى أنه مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع إليه لأنه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على أنه

---

ثم إذا أخذ الوكيل الوديعة في الغائب فصدقه في الوكالة برئا جميعاً وإن انكر الوكالة وحلف على ذلك فله ان يضمن المودع فإذا ضمنه فإن كانت العين قائمة في يد الوكيل رجع بها المودع على الوكيل فان ضاعت في يده فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه .

والثاني أن يدفع بالتصديق ، وشرط الضمان فله الرجوع ، والثالث أن يدفع مع التكذيب فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع على الوكيل ، والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فإذا ضمنه الغائب فله الرجوع أيضاً .

( فلو ادعى [1] ) ذكر هذا تعريضاً على مسألة القدورى أى فلو ادعى من قال إني وكيل ( أنه ) أى أن فلاناً ( مات أبوه وترك الوديعة ميراثاً له ) أى لإبن الميت ( ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع اليه ) أى إلى الذى قال انه مات أبوه ( لأنه لايبقى ماله بعد موته ) ماله بالنصب ، وفي النهاية هكذا معرباً بإعراب شيخي على تأويل الحال ، كما في كلمة فاه إلى في ، أى مشافهة .

وقال الاترازى « رح » لا يبقى ماله بالنصب ، ثم قال مثل ما قال صاحب النهاية « رح » قال الاكمل « رح » ارى أنه ضعيف ، لان المال مقيد للعامل ، فكلمته يجوز أن يكون مقيداً بالمشافهة ، أى كلمته في حال المشافهة والظاهر في إعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى ، أى لان المودع لا يبقى ماله بعد موته لانتقاله إلى الوارث ، والصواب الرفع على ما قاله الاكمل « رح » وقد فاته شيء آخر ، وهو أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات والمال ليس منها إلا أنه يجوز بالتأويل ولو قال صاحب النهاية « رح » ومن تبعه في أنه نصب على الحال أنه حال على تأويل متحولاً أى لا يبقى الميت بعد موته متحولاً لكان اوجه ( فقد اتفقا ) أى الذى ادعى الوكالة والمودع ( على انه ) أى أن

---

(١) ومن ادعى — هامش .

مال الوارث ، ولو ادعى أنـــه اشترى الوديعة من صاحبها فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه لأنه ما دام حيـــاً كان إقراراً بملك الغير لأنه من أهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه قال فإن وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع المال اليه ، لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والإستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ، قـــال ويتبع رب المال فليستحلفه رعاية لجانبه ، ولا يستحلف الوكيل لأنه نائبه ، قال ومن وكله بعيب في جارية فادعى البائـع رضا المشتري لم يرد عليـــه حتى يحلف المشتري بخلاف مسألة الدين ،

---

الذى قال انه وديعة ( مال الوارث ) فلا بد من الدفع اليه ( ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع ) فيما قاله ( لم يؤمر بالدفع اليه لانه ) أى لان المودع بكسر الدال ( ما دام حياً كان إقراراً بملك الغير لانه من أهله ) أى من أهل الملك ( فلا يصدقان في دعوى البيع عليه ) أى على رب المال .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن (١) وكل وكيلا يقبض مال فادعى الغريم أن صاحب المال قد استوفاه فإنه يدفع اليه المال لأن الوكالة قد ثبتت بالتصادق والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه ) أى دعوى الغريم (فلا يؤخر الحق) الى تحليف رب الدين ( قال ويتبع ) أى الغريم ( رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ) أى لجانب الغريم ، وهو المديون . ( ولا يستخلف الوكيل لأنه نائبه ) لان النيابة لا تجرى فيها الايمان .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن وكله بعيب ) أى بسبب عيب (في جارية فادعى البائع رضى المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف مسألة الدين )

---

(١) ــ فإن ــ هامش.

لأن التدارك ممكن هنالك باسترداد مـــا قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله ، وفي الثانية غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة ، وإن ظهر الخطأ عند أبي حنيفة كما هو مذهبه ، ولا يستحلف المشتري عنده بعدذلك لأنه لا يفيد وأما عندهما قالوا يجب أن يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء ،

---

التي مضت حيث يؤمر بدفع الدين بدون تحليف الوكيل ( لأن التـدارك ممكن هنالك ) أي في مسألة الدين ( باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطـــأ عند نكوله ) أي عند نكول رب الدين عن اليمين على أنه لم يستوف الدين .

( وفي الثانية ) أي وفي المسألة الثانية ( التدارك غير ممكن لأن القضاء بالفسخ ماض على الصحة وإن ظهر الخطأ ) لأن قضاء القاضي بالفسخ والعقد بل بالشاهـــد الباطل ينفذ ظاهراً أو باطناً ( عند أبي حنيفة « رح » كما هو مذهبه ) والمراد بالنفاذ ظاهراً أن يثبت فيما بيننا ومن نفاذه باطناً أن يثبت فيما بينه وبين الله تعالى .

( ولا يستحلف المشتري بعد ذلك ) أي بعد نكول الموكل ( عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( لأنه ) أي لأن الاستحلاف ( لا يفيد ) يعني متى نفـــذ قضاء القاضي ظاهراً وباطناً لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضا لأنه لا فائدة في استحلافه لأن فائدته أن ينكل فيظهر أنه كان راضياً بالعيب وأن حق الفسخ لم يكن ثابتاً للمشتري وأن القاضي أخطأ في قضائه بعد الفسخ ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء وبالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده .

( فأما عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( قالوا يجب أن يتحد الجواب على هــذا في الفصلين ) يعني في فصل الدين وفصل الرد بالعيب ( ولا يؤخره ) أي ولا يؤخر القضاء بالرد ( لأن التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء ) لأن قضاء القاضي في مثل ذلك نافذ ظاهراً لا باطناً فإذا ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية على المشتري

وقيل الأصح عند أبي يوسف « رح » أن لا يؤخر في الفصلين لأنه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غـــير دعوى البائع فينتظر للنظر ، قال ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عشرة عليهم من عنده فالعشرة بالعشرة لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك

---

فلا يؤخر إلى التحليف ( وقيل الأصح عند أبي يوسف « رح » أن يؤخر ) أي الرد ( في الفصلين ) أي فصل الدين وفصل العيب ( لأنه ) أي لأن أبا يوسف « رح » ( يعتبر النظر ) للبائع ( حتى يستحلف المشتري لو كان حاضراً من غير دعوى البائـــع ) قوله يستحلف بالرفع لأن حتى إبتدائية يعني يستحلف المشتري نظراً للبائع لأن من مذهب أبي يوسف «رح» أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضراً أو أراد الرد ما لم يستحلفه القاضي بالله ما رضيت بهذا البائع وإن لم يدع العيب، فإذا كان المشتري لا يرد عليــه ما لم يستحلف صيانة لقضائه عن البطلان ونظراً للبائع والمديون فصار عنه روايتان في رواية مثل قول محمد « رح » وفي رواية يؤخر فيهما اعتباراً للنظر ( فينظر للنظر ) إذا كان المشتري غائباً .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة ) أي العشرة التي أنفقهــا من ماله بمقابلة العشرة التي أخذها من الوكيل ( لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه ) أي الحكم في الوكيل بالشراء أن يرجع على الموكل بما أداه ( وقد قررناه ) أي في باب الوكالة بالبيع والشراء عند قوله ـ وإذا دفع الوكيل بالشراء من ماله وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل .

( فهذا كذلك ) أي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك ، لأن الوكيل بالشراء ربما يحتاج اليه الأهل قد يضطره إلى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولم يكن مال الوكالة معه في تلك الحالة لأن لا يمكن أن يستصحب دراهم الموكل في الأحوال كلها فيحتاج أن يؤدى

وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً وقيل القياس والإستحسان في قضاء الدين لأنه ليس بشراء وأمـــا الإنفاق يتضمن الشراء فلا يد خلانه والله أعلم .

---

ثمنه من مال نفسه فكان في التوكيل بذلك يجوز الاستبدال (وقيل هـــذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعاً ) فيما انفق من ماله ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وإن استهلكها ضمن لأن الدراهم تتعين في الوكالات حتى لو هلك قبـــل الإنفاق بطلت الوكالة ، فإذا انفق من مال نفسه فقد أنفق بغير أمره فيكون متبرعاً .

( وقيل القياس والإستحسان في قضاء الدين ) هو أن يدفع المديون إلى رجل الفـــاً ويوكله بقضاء دينه بها فيدفع الوكيل غير ذلك من مال نفسه قضاء عنـــه فانه في القياس متبرع حتى إذا أراد المأمور أن يحبس الألف دفعت اليه لا يكون له ذلك وفي الاستحسان ذلك وليس بمتبرع على ما نذكره الآن قوله ( لأنه ليس بشراء ) هو دليل القياس لأنه لما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الأمر راضياً بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم تجعـــله متبرعاً لالزمناه ديناً لم يرض به فجعلناه متبرعاً قياساً ( وأمـــا الإنفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله أعلم ) إلى القياس والاستحسان لا يدخلان فيما ذكرنا في باب الشراء ، فـــلا يكون متبرعاً قياساً واستحساناً ، وقال الكاكي « رح » وأما مسألة الانفاق رضا الامر بثبوت الدين في ذمة للوكيل لانه أمره بالانفاق ، والامر بالانفاق أمر بشراء الطعام ، والشراء لا يتعلق بعين تلك الدراهم ، بل يتعلق بمثلها في الذمة ، ثم يثبت به حق الرجوع على الامر فكان راضياً بثبوت الدين فلم يجعل متبرعاً قياساً أيضاً .

★ ★ ★

# باب عزل الوكيل

قال : وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لأن الوكالة حقه فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلاً بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من إبطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن ،

---

## ( باب عزل الوكيل )

أي هذا باب في بيان حكم عزل الوكيل وآخر باب العزل لانه بعد الإثبات ( قال ) أي القدوري « رح » ( وللموكل أن يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه ، فله أن يبطله إلا إذا تعلق به حق الغير بأن كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب ) أي بالقياس من جهة المدعي ( لما فيه من إبطال حق الغير ) وقبل بهذين القيدين لانه لو وكل المدعى عليه لا يطلب المدعي لملك المدعى عليه عزله ، وكذا إذا كان الوكيل من جانب الطالب بملك الطالب عزله سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه أولا .

وعدم صحة العزل إذا كان يطلب من جهة الطالب فيا إذا كان العزل عند غيبة الطالب وبحضوره يصح عزله ، سواء رضي به الطالب اولا ، وقال مالك « رح » إذا ثبت بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله في الغيبة والحضور ، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يجوز عزل الوكيل بالخصومة تعلق به حق الغير أم لا ، لان الوكالة عقد جائز غير لازم ( وصار ) أي الوكيل من جهة الطالب إذا كان يطلب من جهة الطالب ( كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن ) بأن وضع الرهن على يدي عدل وشرط في الرهن أن يكون العدل مسلطاً على البيع ، ثم أراد الراهن أن يعزل العدل عن البيع لا يصح وإن

قال فإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لأن في العزل إضراراً به من حيث إبطال ولايته أو من حيث رجوع الحقوق إليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الأول وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيدة

---

كان بحضرة المرتهن مالم يرض به ، بخلاف عزل الموكل وكيله بالخصومة فإنه يصح إذا كان لم يحضره الطالب رضى به أولا .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فإن لم يبلغه العزل ) أي فإن لم يبلغ الوكيل عزل الموكل إياه ( فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ) أي الوكيل عزله ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ومالك « رح » في رواية واحمد « رح » في رواية . وقال الشافعي في الاصح ينعزل ، وبه قال مالك في رواية واحمد في رواية « رح » ( لأن في العزل إضرار به ) أي بالوكيل ( من حيث إبطال ولايته ) من غير علمه ( أو من حيث ) أي أو يكون الإضرار به من حيث ( رجوع الحقوق اليه ) أي إلى الوكيل وبين ذلك بقوله ( فينقد من مال الموكل ) إذا كان وكيلا بالشراء .

( ويسلم المبيع ) إلى المشتري إذا كان وكيلا بالبيع ، ثم إذا نفذ أو سلم ( فيضمنه ) لان فعله بعد العزل ( فيتضرر به ) فلا يجوز لان الضرر مدفوع شرعاً ( ويستوي الوكيل في النكاح وغيره ) أي وغير النكاح مثل البيع والشراء ونحو ذلك ( للوجه الاول ) وهو ابطال الولاية يعني أن العزل لا يصح قبل علم الوكيل أصلا ، والوكيل بالنكاح وغيره سواء ، نظراً إلى الوجه الذي فيه الإضرار بالوكيل من حيث إبطال ولايته ، وكذا عزل الوكيل بالطلاق لا يصح من غير علمه ، ذكره في مختصر الكافي (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر فلا نعيده ) ذكره في فصل القضاء بالموارث من أدب القاضي بقوله : ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة « رح » والوكالة تثبت بخبر الواحد حراً كان أو عبداً ، عادلاً كان أو فاسقاً ،

قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقاً ، وإلتحاقه بدار الحرب مرتداً لأن التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الآمر وقد بطل بهذه العوارض ، وشرط أن يكون الجنون مطبقاً لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف « رح » إعتباراً بما يسقط به

---

رجلاً كان أو امرأة ، صبياً كان أو بالغاً ، وكذلك العدل عندهما .

وعند أبي حنيفة « رح » لا يثبت العزل إلا بخبر الواحد العدل أو بخبر الاثنين إذا لم يكونا عدلين والوكيل لو عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة ، وعند الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله في رواية ينعزل ، وقال مالك « رح » ان كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه ، وفي الذخيرة بإنكار الموكل الوكالة لا ينعزل .

( قال ) أى القدوري « رح » ( وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنوناً مطبقاً ولحاقه بدار الحرب ) حال كونه ( مرتداً ) ولا خلاف في هذه الاشياء ( لان التوكيل تصرف غير لازم ) لانه يمكنه أن يعزله ( فيكون لدوامه حكم ابتدائه ) لان كل تصرف غير لازم لدوامه حكم ابتدائه ، لأن المتصرف بسبيل من نقضه في كل لحظة فصار كأنه يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة ، وكان على جزء منه بمنزلة ابتداء العقد ( فلا بد من قيام الآمر ) أى آمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة .

( وقد بطل ) أي أمر التوكيل ( بهذه العوارض ) وهي الموت والجنون والارتداد لا يشكل بالبيع الخيار فانه غير لازم ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر لان الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العوارض ، وهو الخيار ، فاذا مات تقرر الاصل ويطل العارض لعدم بقاء الخيار بموته ( وشرط ) أي القدوري ( أن يكون الجنون مطبقاً ) بكسر الباء أي دائماً ، ويليه الحمى المطبقة ، أي الدائمة ، وقيل مطبقاً أي مستوعباً ، من طبق الغيم السماء إذا استوعبها .

( لأن قليله بمنزلة الإغماء وحد المطبق شهر عند أبي يوسف « رح » اعتباراً بما يسقط به

الصوم ، وعنه أكثر من يوم وليلة ، لأنه يسقط بـه الصلوات الخمس ، فصار كالميت،وقال محمد « رح »حول كامل لأنه يسقط جميع العبادات فقدر به احتياطاً ، قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول أبي حنيفة «رح» لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فــإن أسلم نفذت وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة ، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردتــه ، أو يحكم بلحاقه ، وقد مر في السير وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت ، أو تلحق بدار الحرب

---

الصوم ) أي صوم شهر رمضان ، روى هــذه الرواية أبو بكر الرازي عن أبى حنيفة رحمهما الله ( وعنه ) أي وعن أبي حنيفة « رح » ( أكثر من يوم وليــلة ، لأنه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت ، وقال محمد « رح » حول كامــل ) أي الجنون المطبق يقدر بحول كامل ( لأنه يسقط به جميع العبادات فقدر به إحتياطاً ) وقال القدوري « رح »في كتاب التقريب ، قال في الأصل إذا ذهب عقل الموكل زمنــاً خرج الوكيل من الوكالة ولو ذهب عقله ساعة والوكيل على وكالته ، وعن أبي يوسف « رح » أنه لا ينعزل حتى يجن أكثر السنة ، وروى عن محمد « رح » يوم وليلة ، ثم رجع فقال شهر ، ثم رجع فقال سنة وذكر الكرخي « رح » في حد الجنون المطبق عند أبي يوسف شهر ( قالوا ) أي قــال المشايخ رحمهم الله ( الحكم المذكور في اللحــاق ) في مختصر القدوري ( قول أبي حنيفة « رح » لأن تصرفات المرتد موقوفة عنده ، فكذا وكالته ) موقوفة ( فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو ألحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته إلا أن يموت أو يقتل على ردته أو يحكم بلحاقه ، وقــد مر في السير ) أي يصرف المرتد موقوفاً أو نافذاً في السير في باب أحكام المرتدين، عند قوله– وما باعه أو اشتراه أو وهبه أو تصرف فيه ، من أمواله في حال ردته فهو موقوف .

( وإن كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالتهحتى تموت أو تلحق بدار الحرب

لأن ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف، قال وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له ثم حجر عليه ، أو الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل، علم أو لم يعلم.

---

لأن ردتها لا تؤثر في عقودها ) لأن المرتدة لا تقتل بالحرب ولم يوجد ، لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب [1] ( على ما عرف ) في موضعه في كتب السير .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا وكل المكاتب ثم عجز أو المأذون له) أي ووكل العبد المأذون له ( ثم حجر عليه ) أي على العبد المأذون له ( أو الشريكان فافترقا ) يعني أحد شريكي العنان ، أو المفاوضة إذا وكلا وكيلاً ثم افترقا ( فهذه الوجوه ) أي عجز المكاتب أو الحجر على المأذون له وافتراق الشريكين (تبطل الوكالة على الوكيل علم بذلك أو لم يعلم ) أي علم الوكيل بذلك أو لم يعلم .

وقال أبو النصر « رح » في شرحه ، هذا الذي ذكره القدوري جميعه جائز على الأصل إلا في الشريكين لأن ذلك خلاف الرواية لأن محمداً « رح » قال في الأصل وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلا بشيء ثم افترقا واقتسما أو شهدا أنه لا شركة بينهما ، ثم أن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعاً ، وكذلك لو كانا وكلاه جميعاً لأن وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة ، وكذلك قال الاسبيجابي « رح » في شرح الكافي للحاكم الشهيد « رح » وليس تفرقهما نقضاً للوكالة لأن أثر النقض لا يظهر في توابع عقود بأثرها احدهما قبل ذلك .

وقال الأترازي « رح » والعجب من صاحب الهداية أنه أبهم الأمر ولم يتعرض لكلام القدوري ، والغالب على ظني أن القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية ، لأن المتضمن وهو عقد الشركة إذا بطل بطل ما في ضمنه لا محالة ولا يلزم أن يكون قوله مخالفاً للرواية لا محالة .. انتهى . ورد عليه الأكمل بأن هذا على تقدير صحته يختص بمال الشركة لا غير ، على أنه مخالف لعبارة الكتاب انتهى .

---

(١) في الأصل ، لأن المرتدة لا تقتل الحرب ولم يوجد لأنه ليس لها بنية صالحة للحراب

لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقـــد بطل بالحجر والعجز والإفتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لأن هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع إذا باعه الموكل ، قـــال وإذ مات الوكيل أو جن جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة لأنـه لا يصح أمره بعد جنونه وموته ، وإن لحق بدار الحرب مرتـــداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود مسلماً ،

---

وفي المبسوط هذا يعني قوله فهذه الوجوه تبطل الوكالة إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء أما لو كان التوكيل بقضاء الدين والتقاضي لا يبطل لعجز المكاتب وحجر المأذون لأن في كل عمل وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر بل يبقى مطالباً بايفائه ، وبهـذا ليس لولي العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليـــه دين أو لا لأنه إن كان عليه دين فكسبه حق عن مائة والمولى فيه كالأجانب وإن لم يكن عليه دين فوجب المال بعقد العبد ولا يكون هو في هذا دون الوكيل ، وما وجد من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الوكيل المطالبـــة به فها هنا أولى .

( لما ذكرنا أن بقاء الوكالة يعتمد قيام الآمر وقد بطل ) أي قيام الأمر ( بالحجر ) في المأذون له ( والعجز ) في المكاتب ( والافتراق ) في الشريكين ( ولا فرق بين العلم ) أي علم الوكيل ( وعدمه لأن هذا عزل حكمي ) أي عزل من طريق الحكم ( فلا يتوقف على العلم ) كالموت ( كالوكيل بالبيـــع إذا باعه ) أي إذا باع المبيـــع الموكل حيث يصير الوكيل معزولاً حكماً لفوات محل تصرف الوكيل .

( وإذا[1] مات الوكيل أو جن ) أي الوكيل ( جنوناً مطبقـــاً بطلت الوكالة لأنه لا يصح أمره بعد جنونه وموته ) ولو جن ساعة ثم أفاق فهو على وكالته وجعل هـــذا كالنوم ، كذا في التتمة ، ( وإن لحق ) أي الوكيل ( بدار الحرب ) حال كونه ( مرتداً لم يجز له التصرف إلا أن يعود ) من دار الحرب إلى دار الإسلام حال كونه ( مسلماً ) وقال

---

(١) فإن – هامش .

قال « رح » وهـــذا عند محمد « رح » فأما عند أبي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد أن الوكالة إطلاق ، لأنه رفع المانع ، أمـــا الوكيل يتصرف بمعان قائمـــة به وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين ، فإذا زال العجز والإطلاق بان عاد وكيلاً ، ولأبي يوسف أنه إثبات ولاية التنفيذ لأن ولاية أصل التصرف بأهلية وولايـــة التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالأموات فبطلت الولاية فلا تعود كملكه في أم الولد ، والمدبر ولو عاد الموكل مسلماً

---

شيخ الإسلام في مبسوطه هذا إذا حكم القاضي بلحاقه ، واليه أشار في مبسوط شمس الأئمة لأنه لما قضى بلحاقه بعد موته أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة ، أمـــا قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة باتفاقهم .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( وهذا ) أى جواز تصرف الوكيل عند عوده مسلماً ( عند محمد « رح » فأما عند أبي يوسف « رح » لا تعود الوكالة .ولمحمد أن الوكالة إطلاق لأنه رفع المانع ) ومعناه أن الوكيل كان ممنوعاً شرعاً أن يتصرف في كل شيء لموكله فإذا وكله رفع المانع ( أما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به ) أى بالوكيل من الحرية والعقـل والبلوغ ، والقصد في ذلك التصرف ، والكل قائم ، وصحة التوكيل لحق الموكل وحقـه قائم أيضاً بعد لحاقه ( وإنما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين،فإذا زال العجز والإطلاق بان عاد وكيلا ، ولأبى يوسف « رح » أنـه ) أى التوكيل ( إثبات ولاية التنفيذ ، لأن ولاية أصل التصرف بأهلية وولاية التنفيذ بالملك ) أي ولاية التنفيذ ملصق بالملك ، لأن التمليك بلا ملك غير متحقق ، فـكان الوكيل مالكاً للتنفيذ بالوكالة .

( وباللحاق ) أى بدار الحرب ( لحق بالأموات فبطلت الولاية، فلا تعود كملكه في أم الولد والمدبر ) يعني يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه ، وبعوده مسلماً لا يعود ملكه فيهما ، ولا يرتفع العقد فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود ( ولو عاد الموكل مسلماً ) أى عاد

وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر ، وعن محمد «رح» أنها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر إن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق ، قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوهاً مثل أن يوكله بإعتاق عبده ، أو بكتابته فأعتقه

---

بعد القضاء بلحاقه وبه صرح في المبسوط ( وقد لحق) أي والحال أنه قد لحق ( بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر ) أي في ظاهر الرواية .

( وعن محمد أنها ) أي أن الوكالة ( تعود كما قال في الوكيل ) أي كما قال محمد «رح» في الوكيل إذا عاد مسلماً تعود وكالته لان الموكل إذا عاد مسلماً عاد على ماله على قديم ملكه ، وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه ، فيعود الوكيل على وكالته كما لو وكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب بقضاء القاضي عاد الوكيل على وكالته ( والفرق له على الظاهر ) أي الفرق لمحمد « رح » على ظاهر الرواية) أن مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال ) فبطلت الوكالة على البيان ( وفي حق الوكيل على معنى قائم به ) أي بالوكيل ( ولم يزل ) بضم الزاي ، أي المعنى القائم به لم يزل ( باللحاق ) بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال ، فإذا زال العارض صار كأن لم يكن .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن وكل رجلا بشيء ) وفي بعض النسخ ، ومن وكل آخر بشيء ( ثم تصرف بنفسه فيما وكل به ) أي الذي وكل به ، بأن باعه أو وهبه لأحد أو تصدق به (بطلت الوكالة) انتهى كلام القدوري ، وقال المصنف .

( وهذا اللفظ ) من كلام المصنف « رح » أي هذا اللفظ الذي قاله القدوري « رح » (ينتظم وجوهاً) أي يشمل وجوهاً كثيرة من المسائل، ثم أوضح ذلك بقوله (مثل أن يوكله) أي أو يوكل أحداً ( بإعتاق عبده أو بكتابته ) أي وان يكاتب عبده ( فأعتقه )

أو كاتبه الموكل بنفسه ، أو يوكله بتزويج امرأة أو بشراء شيء ففعله بنفسه ، أو يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثاً أو واحدة ، وانقضت عدتها ، أو بالخلع فخالعها بنفسه ، لأنه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة، حتى لو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها منه ، لأن الحاجة قد انقضت ، بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل وأبانها له أن يزوج الموكل

---

أي الموكل أعتق عبده بنفسه (أو كاتبه الموكل بنفسه) بطلت الوكالة (أو يوكله) أي أو يوكل أحداً ( بتزويج امرأة ) أى بأن يزوجه امرأة ( أو بشراء شيء) أي أو يوكله بشراء شيء ( ففعله بنفسه ) أى فعله الموكل بنفسه بأن يزوجها بنفسه أو اشتراه بنفسه كان ذلك عزلاً حتى لو ابانها بعد الزواج لم يجز للوكيل أن يزوجها إياه ( أو يوكله ) أى يوكل أحداً ( بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلاثاً ) أى ثلاث طلقات ( أو واحدة ) اي او طلقها واحدة ( وانقضت عدتها ) فليس للوكيل ان يطلقها بعد ذلك ، لا في العدة ولا بعدها وإنما قيد بقوله ـ وانقضت عدتها ـ لانه إذا طلقها بنفسه واحدة ولم تنقض عدتها، كان للوكيل ان يطلقها ما دامت في العدة .

( او بالخلع ) اي او يوكله بأن يخالع امرأته ( يخالعها ) أي الزوج ( بنفسه لانه ) أي لأن الموكل ( لما فعل [1] بنفسه ) أي لما فعل الذي وكله فيه بنفسه ( تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة ) ثم بين نتيجة ذلك بقوله ( حتى لو تزوجها بنفسه ) أي لو تزوج المرأة التي وكل الرجل بأن يزوجها إياه ( أو أبانها ) أي بعد التزوج بنفسه بالطلاق ( لم يكن للوكيل أن يزوجها منه ) أي أن يزوج المرأة البائنة من الوكيل ( لأن الحاجة قد انقضت ) أي لأن حاجته كانت في تزوجها وقد حصلت ( بخلاف ما إذا تزوجها الوكيل) أي المرأة التي وكل بتزويجها إياه وبعد أن تزوجها (وأبانها له) أي للوكيل ( أن يزوج الموكل)

---

(١) لما تصرف ـ هامش .

لبقاء الحاجة، وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ، فلو رد عليه بعيب بقضاء القاضي ، فعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى لأن بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل ، وقال محمد «رح» له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية، لأنه إطلاق والعجز قد زال، بخلاف ما إذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة ،

---

الذي كان وكل لرجل بتزويجها إياه حيث يجوز تزويجه إياها منه (لبقاء الحاجة) أي حاجة الموكل فيها .

( وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه ) أي فباعه الموكل بطلت الوكالة ( فلو رد عليه ) أي فلو رده العبد ( لعيب ) ظهر فيه على الموكل ( بقضاء القاضي ) قيد به لأنه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه من أخذه بالإجماع (فعن أبي يوسف«رح» أنه ليس للوكيل أن يبيعه ) أي هذا العبد ( مرة أخرى لأن بيعه بنفسه ) أي لأن بيع الموكل بنفسه العبد ( منع له ) أي للوكيل ( من التصرف فصار كالعزل ) صريحاً .

( وقال محمد « رح » له أن يبيعه مرة أخرى لأن الوكالة باقية لأنه ) أي لأن عقد الوكالة أو لأن التوكل(إطلاق) أي إطلاق التصرف ، ولم يوجد العزل صريحاً وكان ممنوعاً لعارض ليعجزه عن ذلك ( والعجز قد زال ) فلا يمنع الوكيل عن بيعه مرة اخرى(بخلاف ما إذا وكله ) وكل واحداً ( بالهبة ) بأن يهب عبد من فلان أو غيره من نحو ذلك (فوهب بنفسه ) أي فوهب الموكل بنفسه ( ثم رجع ) عن هبته ( حيث لم يكن للوكيل أن يهب ثانياً ) بعد ذلك ( لأنه ) أي لأن الواهب ( مختار في الرجوع فكان ذلك ) أي الرجوع من الواهب مختاراً .

( دليل عدم الحاجة ) أي إلى الهبة إذ لو كان محتاجاً لما رجع فكان دليلا على نقض

أما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فإذا عاد اليه قديم ملكه كان له أن يبيعه والله أعلم .

---

الوكالة ( أما الرد بقضاء ) أي أما رد الهبة بقضاء القاضي ( بغير اختياره ) أي اختيار الواهب ( فلم يكن دليل زوال الحاجة ، فإذا أعاد اليه قديم ملكه كان له ) أي للوكيل ( أن يبيعه والله أعلم ) وقال محمد « رح » في الأصل ، وإذا وكل الرجل رجلاً ببيع عبد له ، ثم إن الموكل باع العبد ، أو دبره ، أو كاتبه ، أو وهبه ، أو تصدق به، أو رهنه وقبض منه ، أو أجره ، أو كاتب أمته فوطئها فولدت أو لم تلد ، فإن ذلك كله نقض للوكالة ، ما خلا الوطى إذا لم تلد ، وما خلا الاجارة والرهن ، وكذلك الخدمة ليس تنقض الوكالة .

وقال الأسبيجابي « رح » ولو وكله أن يزوجه امرأة بينها فاذالها الزوج فمات عنها أو طلقها وانقضت العدة ، ثم زوجها إياه الوكيل جاز لأنه أمره بإنكاحها إياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة، فانصرف التوكيل اليه وصار كأنه نصر على إضافة التوكيل إلى تلك الحالة والوكالات مما لا يقبل التعليق والإضافة إلى زمان في المستقبل والله أعلم .

* * *

# كتاب الدعوى

## ( كتاب الدعوى )

أي هذا كتاب في بيان الأحكام المتعلقة بالدعوى [1] وهي في اللغة اسم للإدعاء الذي هو مصدر ادعى زيد على عمرو مالاً وبفتح الواو لا غير ، كفتوى وفتاوى ، وقيل الدعوى لغة قول يقصد به إيجاب حق على الغير ، وذكر شيخ الإسلام المحبوبي ـ الدعوى لغة إضافة للشيء إلى نفسه بأن قال لي ذمته دعوة الولد ـ ، وذكرت في شرحي الكنز أن الدعوى فعلى من الدعاء وهو الطلب ، والفعل منه ادعى يدعي وادعاء فهو مدعي ، والعين الذي [2] يدعي مدعي ، ولا يقال مدعى فيه ولا به ، وأصل دعى ادتعى ، وأصل مدع مدتعي ، قلبت التاء دالاً وأدغمت الدال في الدال ، والدعوة بفتح الدال الدعاء إلى الطعام وبكسرها في النسب ، وبضمها في دار الحرب فافهم.

وفي الشرع ، الدعوى إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة ، وقيل هي مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، ولها ركن وشرط وحكم وسبب ، أما ركنها هو معناها لغة ، وهي إضافة الشيء إلى نفسه ، لأن ركن الشيء ما يقوم به الشيء ، والدعوى إنما تقوم باضافة المدعي إلى نفسه فكان ركناً ، وأما شرطها مجلس القضاء لأن الدعوى لا تصح في غير مجلس القاضي حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي ، وأما حكمها فوجوب الجواب على الخصم إما بنعم أو بلا وأما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع وفي المبسوط وغيره سبب فسادها شيئان ، جهالة المدعي ، وكونها لا تكون ملزماً على [3] الخصم وهي مشروعة بالكتاب والسنة وإجماع الامة ، أما الكتاب

---

(١) بالدعوى بفتح الواو ـ هامش .

(٢) يدعيه ـ هامش .

(٣) الجواب الخصم ـ هامش .

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ، ومعرفة الفرق بينهما من أهم مـــا يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب ، وهو حد عام صحيح ، وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج ، والمدعى عليه

---

قوله تعالى في قصة داود عليه السلام ﴿ وآتيناه الحكمة وفصل الخطاب ﴾ ٢٠ سورة ص وفسر علي رضي الله عنه بقوله ـ البينة على المدعى واليمين على من أنكر .

وأما السنة فما رواه عمرو بن شعيب « رضي » عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وأما الإجماع فقيل انعقد اجماع **الأمة عليهامن لدن** رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا .

ووجه المناسبة بين هـذا الكتاب وبين كتاب الوكالة هو أن الوكالة كانت بالخصومة لأجل الدعوى .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( المدعي من لا يجـبر على الخصومة إذا تركها ، والمدعى عليه من يجـبر على الخصومة إذا تركها ) هذا الحد هو الذي اختاره القدوري « رح » وقال المصنف « رح » ( ومعرفة الفرق بينهما ) أي بين المدعي والمدعى عليه ( من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى ) وذلك لان الانسان قد يكون مدعياً صورة ومع ذلك القول قوله مع يمينه ، كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على ما ذكرنا في الكتاب ( وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه ) أي في الفرق بين المدعي والمدعى عليه (فمنها )أي فمن جملة عبارات المشايخ ( ما قال في الكتاب ) أي القدوري « رح » (وهو حد عـــام صحيح ) أما عمومه فلأنه يتناول كل حد من الحدود التي ذكرت في المدعي والمدعى عليه ، وأما صحته فلأنه جامع مانع على ما لا يخفى فلذلك اختاره المصنف رحمه الله تعالى .

( وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة ) يعني البينة والإقرار ( كالخـــارج ) الذي يدعي عيناً في يد رجل فانه لا يستحق إلا بحجة ، يعني البينة أو الإقرار ( والمدعى عليه

من يكون مستحقاً بقوله من غـــير حجة كذي اليد ، وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر ، والمدعى عليـــه من يتمسك بالظاهر ، وقال محمـــد « رح » في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهـذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقـــه عند الحذاق من أصحابنا رحمهم الله ، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور ، فإن المودع إذا قـــال : ردت الوديعة فالقول قوله مع اليمـين وإن كان مدعياً للرد صورة لأنه ينكر الضمان معنى

---

من يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد ) أي كصاحب اليد فانه لا يحتاج إلى بينته واستحقاقه بقوله هذا ملكي وأنا واضع اليد. وقال الاكمل هو ليس بعام لعدم تناوله لصورة المودع إذا ادعى رد الوديعة ولعله غير صحيح .

( وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر ) إذ الظاهر أن الاملاك في يد المالك وبراءة الذمة ( والمدعى عليـــه من يتمسك بالظاهر ) لانه يدعي قرار يده وملكه على ظاهره وهذا منقوض بالمودع فانه مدعى عليه ، وليس بتمسك بالظاهر ، لان رد الوديعة ليس بظاهر ، لان الفراغ ليس بأصل بعـــد الاشتغال ( وقال محمد « رح » في الاصل المدعى عليه هو المنكر ، وهذا صحيح ، لكن الشأن في معرفته ) أي في معرفة المنكر (والترجيح بالفقه ) يعني باعتبار المعنى دون الصورة ( عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور ) بيانه إذا تعارضت الجهتان في صورة فالترجيح لاحدهما على الآخر يكون بالفقه كما ذكرنا ، ثم أوضح ذلك بقوله :

( فإن المودع إذا قال ردت الوديعة فالقول قوله مع اليمين ، وإن كان مدعيـاً للرد صورة لانه ينكر الضمان معنى ) فلو أقام على ذلك بينة قبلت ، لانه متمسك بالاصل إذ الاصل في الذمم البراءة ، ويحلف القاضي أنه لا يلزمه رد ولا ضمان ، ولا يحلفه على أنه رده لان اليمين أبداً يكون على النفي ، فلو أقام على بينة قبلت والقول قوله مـــع يمينه أيضاً

قال ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره ، لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامـــة الحجة والإلزام في المجهول لا يتحقق ،

---

فكان مدعى عليه ، فاذا أقام البينة اعتبر الصورة ، وإذا عجز عنها اعتـبر معناها فإنه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه ، فان قيل المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت وهو الرد ، إذ الرد لم يكن ثابتاً ، والمودع متمسك بما هو ثابت ، وهو عدم الرد ، فان كان ثابتاً فينبغي أن يكون الامر على العكس .

قلت المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنى ، وهو أصل المودع يدعي الشغل ولم يكن ثابتاً ولهذا تقبل بينته اعتباراً للصورة ، ويجـــبر على الخصومة ، ويحلف اعتباراً للمعنى ، فان قيل يشكل هذا بما إذا ادعى المديون رفع الدين إلى وكيل رب الدين ، ثم حضر رب الدين وأنكر الوكالة فالقول له على ما مر في باب الوكالة ، مع أن المديون يدعي البراءة .

قلنا المديون يدعي البراءة هنا بعد الشغل ، فكان الشغل أصلاً والبراءة عارضاً ، أما في رد الوديعة فالبراءة أصل والشغل عارض كما ذكرنا فالقول له .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في جنسه وقدره ) قال المصنف رحمـــه الله تعالى ( لأن فائدة الدعوى الإلزام ) أي الزام الخصم ( بواسطة إقامة الحجة ) أي بواسطة الحجة وهي البينة والإقرار ( والإلزام في المجهول لا يتحقق ) لأن يلتفت القاضي إذا ادعى شيئاً مجهولاً ، ولا يكلف المدعى عليه الجواب، لأنه إن أنكر لا يصح إقامة البينة عليها مع الجهالة ، وإن نكل عن اليمين لا يمكن القضاء بالمجهول فسقطت الدعوى ، فإذا كان كذلك اعتبرت الدعوى الصحيحة ، وهي بأن يكون المدعي معلوماً في جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة وغـير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهماً أو ديناراً ، أو كراً ويذكر مع ذلك صفتها ، كالحنطة البيضاء أو الحمراء ، ويذكر انها جيدة أو رديئة كذا في الذخيرة .

فإن كان عينا في يـــد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير اليها بالدعوى ، وكذا في الشهادة والإستحلاف ، لان الإعلام بأقصى ما يمكن شرط ، وذلك بالإشارة في المنقول لان النقل ممكن ، والإشارة أبلغ في التعريف ، ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور

---

وإذا كان المدعي مجهولاً في نفسه لا تسمع ولا تعلم فيه خلافاً إلا في الوصية فإن الأئمة الثلاث يجوزون دعوى المجهول في الوصية بأن ادعى حقاً من وصية أو إقرار فانهما يصحان بالمجهول ، وتصح دعوى الابراء بالمجهول بلا خلاف ، ولا يشترط لسماع الدعوى المخـالطة والمعاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، وعن مـالك « رح » لا يسمع دعوى الذمى الزاني على الشريف إذا لم يعرف بينهما نسب .

( وإذا [1] كان ) أي المدعى ( عيناً في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها ) المدعي ( بالدعوى ) فيقول هـــذا الذي أدعيه ، لأن المنقول لا يحيط بالوصف فيجب إحضاره ، فيجب العلم بأقصى ما يمكن ، ويرتفع الأشتباه ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف ( وكذا في الشهادة ) أي المدعى عليه باحضار المدعي ليشير اليه عند أداء الشهادة ، وقالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه ، يحضر الحـاكم عندها أو يبعث أميناً ، وفي المجتبى قال الاسبيجابي في مسألة سرقة البقرة — لو اختلفا في الوانهـــا تقبل الشهادة عنده خلافاً لهما .

وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى ، إذ لو شرط ألوانها لأحضرت ، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ، ثم قال : والناس عنها غافلون ( والاستحلاف ) يعني إذا استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف إحضارها ( لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك ) أي الإعلام ( بالإشارة في المنقول لأن النقل ممكن والإشارة أبلـــغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور ) يعني يتعلق بالدعوى

---

(١) فإن — هامش .

وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ، ووجوب الجواب إذا حضر ليفيد حضوره ولزوم إحضار العين المدعاة لما قلنا ، واليمين إذا أنكره وسنذكره إن شاء الله تعالى . قال وإن لم يكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعي معلوما

---

الصحيحة الحضور ( وعلى هذا القضاة من آخرهم ) أي بأجمعهم ، كذا قاله الكافي «رح».

وقال الأكمل من اولهم إلى آخرهم ( في كل عصر ) أي من كل زمان من أزمنه الفقهاء والمجتهدين ( ووجوب الجواب إذا حضر ) أو يتعلق بالدعوى أيضاً وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم أو بلا إذا حضر ( ليفيد حضوره ) لأن المقصود من حضوره الجواب ( ولزوم إحضار العين المدعاة ) أي ويتعلق بالدعوى أيضاً وجوب إحضار العين المدعاة مجلس القاضي على المدعى عليه إذا كانت منقولة قائمة في يده ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله ليشير اليها بالدعوى ( باليمين ) بالجر عطفاً على إحضار العين أي يتعلق بالدعوى أيضاًلزم اليمين على المدعى عليه ( إذا أنكره ) الحق إذا لم يقدر المدعي على إقامة البينة (وسنذكره إن شاء الله تعالى ) أي سنذكر وجوب اليمين على المدعى عليه في آخر هذا الباب (وإن[1] لم تكن ) أي العين المدعاة ( حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوماً ) وعدم حضور العين أعم من أن يكون لهلاكها أو للتعذر .

وقال شمس الأئمة الحلواني « رح » ومن المنقولات ما لا يمكن إحضاره عند القاضي كالصبرة من الطعام ، والقطيع من الغنم ، فالقاضي بالخيار إن شاء حضر ذا الموضع إن تيسر له وإلا بعث خليفته إن كان مأذوناً بالإستخلاف ، وإذا رفعت الدعوى في جمله ولا يسع باب داره فإنه يخرج إلى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود لحضرته.

وذكر الإمام القاضي ظهير الدين « رح » وهذا إنما يستقيم إذا كانت العين المدعاة في المصر ، أما إذا كانت خارج المصر كيف يقضي القاضي به والمصر شرط جواز القضاء في

---

(١) قال — هامش .

لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين ، وقال الفقيه أبو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة ، قال فإن ادعى عقاراً وأحده وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه بـــه

---

ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحداً من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضي ، ثم بعد ذلك يمضي قضاؤه .

( لأن العين لا تعرف بالوصف ) لأنه ربما توجد أعيان كثيرة بهذا الوصف فـلا يصير المدعى معلوماً مع وجود المزاحم ( والقيمة تعرف به ) أي بالوصف لأنه إذا قيل عشرة دراهم من الفضة وكذا ديناراً من الذهب ، الركن يصير قيمته معلومة بهذا الوصف .

قال تاج الشريعة ، وقال الأكمل « رح » وإذا لم تكن حاضرة لزمه ذكر قيمتها ، يعني إذا وقع الدعوى في عين غائبة لا يدري مكانها لزم المدعي ذكر قيمتها ، فيصير المدعى معلوماً ، وذكر الوصف ليس بكاف لأن المعين لا تعرف الوصف وإن بويع فيه لإمكان المشاركة فيه فذكره في تعريفه غير مفيد ، والقيمة شيء يعرف به المعين فبذكرها يكون مفيداً وقوله ( وقد تعذرت مشاهدة العين ) جمـــلة حالية بمن قوله لأن العين لا تعرف بالوصف ، يعني والحال ان المشاهدة تعذرت ، وإغلاق تركيبه لا يخفى انتهى .

قلت لا إغلاق في تركيبه ما لا يخفى بل التحقيق على ما ذكره تاج الشريعة « رح » ومثله قال الكاكي « رح » قوله – وقد تعذرت مشاهدة العين الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة ( وقال الفقيه أبو الليث « رح » يشترط مع بيـــان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة ) وقال محمد بن محمود الإستروشني في فصوله . وإذا ادعى قيمة دابة مستهلكة هل يحتاج إلى ذكر الأنوثة والذكورة ، إختلف المشايخ فيه ، وذكر الصدر الشهيد لا بد من ذكر الانوثة والذكورة ، ولا بد من بيـــان السن ، ومن المشايخ من أبى ذكر الذكورة والانوثة ، لأن المقصود في دعوى الدابة المستهلكة القيمة فلا حاجة إلى ذكرها .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( فإن ادعى عقاراً وأحـده ) أي ذكر حدوده ( وذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به ) أي وأن المدعي يطالب المدعى

تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل فيصار إلى التحديد فإن العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ، ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند أبي حنيفة « رح » على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفي بذكره ، فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر « رح » لوجود الاكثر ، بخلاف ما إذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك يتركها ، وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة ،

---

عليه بالمدعى ( تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل ، فيصار إلى التحديد ، فان العقار يعرف به ) أي بالتحديد ( ويذكر حدوده الأربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ) ويذكر حدود العقار ، ويذكر انساب اصحاب الحدود بأن يقال فلان بن فلان ابن فلان ( ولا بد من ذكر الجد لأن تمام التعريف به عند أبي حنيفة « رح» ) أي يذكر الجد ( على ما عرف هو الصحيح ) احترز به عما روى عنهما أن ذكر الاب يكفي ( ولو كان الرجل مشهوراً ) كأبي حنيفة « رح » ومحمد بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، وأبي جعفر الكبير البخاري رحمهم الله جميعاً ( يكتفي بذكره ) أي بذكر الرجل بدون نسبته.

( فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافاً لزفر « رح» ) هو يقول التعريف لم يتم بدون ذكره وقوله ( لوجود الاكثر ) دليلنا أن إقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع ، ثم مقدار الطول يعرف بالحدين ، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين، وقديكون الاصل مثليه ( بخلاف ما إذا غلط في الرابعة ) يعني إذا ذكر الحدود الثلاثة وسكت عن الرابعة جاز ، أي عن الحد الرابع وإنما أنثه باعتبار الجهة وإنما قلنا ـ وسكت عن الرابعة ـ لانه إذا ذكر الرابع وغلط فيه لا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر .

( لانه يختلف به ) أي بالغلط ( المدعي ، وكذلك بتركها ) أي بترك الرابعة ، كما لو شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن ، وتركا ذكر الثمن جاز ، ولو غلطا في الثمن لاتجوز شهادتهم ، لانه صار عقد آخر بالغلط (وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة)

وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه إنما ينتصب خصما إذا كان في يده وفي العقـــار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى عليه أنـــه في يده بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح

---

حتى او ذكروا ثلاثة في الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم خلافاً لزفر كما مر .

( وقوله في الكتاب ) أي قول القدوري « رح » في مختصره ( وذكر أنه في يـــد المدعى عليه لا بد منه لانه ) أي لان المدعى عليه (إنما ينتصب خصماً) دعواه في الخلاصة ادعى على آخر داراً في يده ، وقال في ملكي وفي يدي ، وأنكر المدعى عليه انها ملك المدعي ، فان القاضي لا يقضى بهذه البينة ما لم يشهدوا أنها في يد المدعى عليه، وفي أدب القاضي للخصاف لو أقام احدهما البينة أنها في يديه وقام الآخر البينة انها له فهو لصاحب الملك دون صاحب اليد .

قال مشايخنا « رح » نصفه على وجه القضاء ، ونصفه على وجه الترك كان الكلام فيما ( إذا كان في يده ) والظاهر ان كله وجـــه القضاء ، وقال الأسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ، وإذا كانت الدار في يدي رجلين ، كل واحد منهما يدعي انها له ، فكل واحد منهما مدعي لما في يد صاحبه وعليه البينة ، ولكل واحد منهما على صاحبه اليمين فأيهما حلف على دعوى صاحبه برىء عنها وأيهما نكل عن اليمين الزمته ثمنه صاحبه، لان يد كل واحد منهما ثابتة على النصف ، فكان خارجاً فيما في يد صاحبه، فتكون البينة بينة على ما في يد الآخر ، واليمين يمين على صاحبه ، وكذلك الحيوان والعروض ( وفي العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده بل لا تثبت اليد فيه ) أي في العقار ( إلا بالبينة ) بأن يشهدوا انهم عاينوا أنه في يده ، حتى لو قالوا سمعنا ذلك لم يقبل وكذا في غير هذه الصورة لا بد في الشهادة على اليد من ذلك ( أو عـلم القاضي ) بأنه في يده ( وهو الصحيح ) إحترز به عن قول من يقول يكتفي بتصديق المدعى عليه أنه في يده .

نفياً لتهمة المواصفة إذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول، لان اليد فيـــه مشاهدة، وقوله أنه يطالبه به، لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه، ولانه يحتمل أن يكون مرهوناً في يـــده أو محبوساً بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الإحتمال، وعن هذا قالوا في المنقول

---

( نفياً لتهمة المواصفة إذ العقار عساه ) أي لعله ( في يد غيرهما ) الحاصل أنه يحتمل أنهما تواصفا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه، حتى يتصرف فيه المدعي، فكان القضاء فيه قضاء بالتصرف في مـال الغير وذلك يقضي إلى نقض القضاء عند ظهوره في يد ثالث ( بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة ) فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة .

( وقوله ) أي وقول القدوري « رح » ( أنه يطالبه به لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ) أي لأن المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه حتى تجب على القاضي إعانته، وقال الأكمل رحمه الله تعالى في عبارته تسامح لأنه إلى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتأمل، ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن المطالبة مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقـه فلا بد من طلبه إنتهى .

قلت إنما قال فيه تسامح لأنه توهم من ذلك أن الضمير في طلبه يرجع إلى حقه كما يدل عليه تقديره، ولأن المطالبة حقه فلا بد من طلب حقه فوقع فيما وقع فيه، وإنما الضمير في طلبه يرجع إلى المدعي، والمعنى أصح، على أن في قوله،ولأن المطالبة مصدر بمعني المفعول في كلام يتأمل فيه ( ولأنه ) أي ولأن المدعي ( يحتمل أن يكون مرهوناً في يده ) أي ولأن المدعى يحتمل أن يكون مرهوناً في يده أي في يد المدعى عليه ( ومحبوساً بالثمن في يده ) فلا تصح الدعوى قبل أداء الدين أو أداء الثمن ( وبالمطالبة يزول هـذا الاحتمال ) لأنه لو كان مرهوناً أو محبوساً بالثمن، لا يطالب بالإنقطاع من ذي اليد بخـلاف مجرد الدعوى انه ملكه، إذ مجرد الملك لا يدل على أن اليد له ( وعن هـذا قالوا في المنقول )

يجب أن يقول في يده بغير حق . قال وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة، لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به قال ، وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها

---

إشارة إلى قوله يحتمل أن يكون مرهوناً أو محبوساً بالثمن لم يطالب ( يجب أن يقول في يده بغير حق ) لهذا المعنى الذي ذكر وهو احتمال كونه مرهوناً أو محبوساً بالثمن ، وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا أنه ملك المدعي ولم يشهد أنه في هـــذا بغير حق ، يعني أنه يقبل .

وسمعت أنه ذكر شمس الأئمة الحلواني « رح » في الجامع أنه اختلف المشايخ فيه، قال والأوضح أنه لا يقبل ، وذكر نجم الدين النسفي عن أبي الحسن السعدي والبزدوي أنـــه شرط ما لم يثبت انه في يده بغـــير حق لا يمكنه المطالبة بالتسليم ، وبه كان يفتي اكثر مشايخنا وقال صاحب التتمة وهو الصحيح وعليه الفتوى .

( قال ) القدوري « رح » في مختصره ( وإن كان حقاً في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا ) إشارة إلى قوله أن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ( وهذا ) يعني قوله أن يطالبـــه ( لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة ولكن لا بد من تعريفه ) أي تعريف ما في الذمة ( بالوصف ) مثل أن يقول ـ كذا درهماً أو ديناراً ـ فبعد ذلك إن كان مضروباً بذكر نوعه كبخاري الضرب أو نيسابوري الضرب ( لأنـــه يعرف به ) أي لأن ما في الذمة يعرف بالوصف بأنه جيد أو وسط أو رديء، وإنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة ، أما إذا كان نقداً واحداً فلا يحتاج .

ولو كان في البـــلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء والأفضل للبعض على البعض المبيع ويعطي المشتري البائع أي نقد شاء، إلا أن في الدعوى لا بد من تعيين أحدها، وإن كان احدها أروج يصير ذلك للفوط في البيع والدعوى فلا حاجة إلى البيان ، وإن كانت الدعوى لسبب القرض أو استهلاكه فلا بد من بيان صفته على كل حال .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها)

ليكشف وجـــه الحكم فإن اعترف قضى عليه بها لان الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه ، وإذا أنكر سئل المدعي البينة لقوله عليـــه السلام ألـك بينة ، فقـال لا ، فقـال لك يمينه ، سأل ورتب اليمين على فقـــد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، قال وإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وإن عجز عن ذلك

---

أي عن الدعوى ( لينكشف وجه الحكم ) لأن الاشياء التي تنقطع بهـا المنازعة الإقرار والبينة واليمين ( فإن اعترف قضى عليه بها ) أي يقضي القاضي على المدعى عليه بالدعوى ولفظ القضاء هنا مجاز للزومه ، فإقراره فلا حاجة إلى القضاء (لأن الإقرار موجب بنفسه) فلا يتوقف على القضاء ، وإذا كان كذلك ( فيأمره بالخروج عنه ) موجب إقراره .

( وإن أنكر ) أي المدعى عليه ( سئل المدعي البينة لقوله عليـه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( ألك بينة ، فقال لا ، فقال لك يمينه) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن وائل بن حجر قال : جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : يا رسول الله ﷺ إن هذا غلبني على ارض كانت لأبي ، وقال الكندي : هي أرض في يدي أزرعها ، ليس له فيها حق ، فقال عليـه الصلاة والسلام للحضرمي : ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه ، قال يا رسول الله ﷺ الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع عن شيء ، فقال ليس لك منه إلا ذلك ، فانطلق ليحلف فقال ﷺ : أما الذي حلف على مال ليأكله ظلماً ليلقين الله تعالى وهو عنه غير راض .

( سأل ) أي النبي ﷺ عن المدعي والمدعى عليه ( ورتب اليمين على فقد البينة فلابد من السؤال ) عن البينة اولاً ( ليمكنه الاستحلاف ) أي فيمكن القاضي طلب اليمين من المدعى عليه ( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن أحضرها ) أي فان أحضر المدعي البينة على وفق دعواه ( قضى بهـــا ) أي قضى القاضي بالبينة ( لانتفاء التهمة عنها ) أي عن الدعوى لرجحان جانب المصدق في خبر المدعي بالبينة ( وان عجز عن ذلك ) أي وان

وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ، ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه ، ألا ترى أنه كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه .

---

عجز المدعي عن الإثبات بالبينة ( وطلب يمين خصمه ) وهو المدعى عليه ( استحلفه عليها ) أي على دعواه ( لما روينا ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لك يمينه ( ولا بدمن طلبه ) أي من طلب المدعي استحلاف خصمه ( لأن اليمين حقه ) ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى انه كيف اضيف اليه ) أي كيف أضيف اليمين الى المدعي انما ذكر أضيف وان كان سنداً الى ضمير اليمين التي هي مؤنثه على تأويل القسم أو الحلف (بحرف اللام فلا بد من طلبه ) أي لام الاختصاص في قوله عليه الصلاة والسلام فلك يمينه ، نعلم أن اليمين حقه .

* * *

# باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة فطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة « رح » معناه حاضرة في المصر ، وقال أبو يوسف « رح » يستحلف ، لان اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ، ولابي حنيفة « رح » إن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا ،

---

( باب اليمين )

أي هذا باب في بيان أحكام اليمين ، قال الاترازي « رح » مـــا كان يحتاج هنا الى الفصل بالباب ، بل كان ينبغي أن يسوق الكلام متواليــاً ، لأنه لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالإقرار والبينة واليمين ، قلت الذي رتبــه المصنف هو الأصل لأنه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد النية تعين ذكرها بعدها بأحكامها وشرائطها .

قال أي القدوري « رح » (وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة « رح » ) قال المصنف « رح » ( معناه) أي معنى قول القدوري (حاضرة في المصر ) واحـــترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالاجماع ، وان طلب الخصم واحـــترز به ايضاً عما اذا كانت البينة غائبة عن المصر ، فحينئذ يستحلف بالاتفاق .

( وقال أبو يوسف « رح » يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف ) وهو قوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه ، وقـــد مر عن قريب ( فاذا طالبه [1] ) أي فاذا طالب المدعي المدعى عليه باليمين ( يجيبه ) أي يجيب القاضي المدعي ويستحلف المدعى عليه ( ولأبي حنيفة « رح » أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لمـــا

---

(١) طالبه به ــ هامش .

فلا يكون حقــه دونه ، كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد « رح» مع أبي يوسف « رح» فيما ذكره الخصاف ، ومع أبي حنيفة « رح» فيما ذكر الطحاوي « رح »

---

روينا ) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام : ألك بينة فقال لا قال لك يمينه .

فانه عليه الصلاة والسلام رتب اليمين على فقد البينة ( فلا يكون حقــه دونه ) أي لا تكون اليمين حق المدعي دون العجز عن البينة ، يعني لا تكون ولاية الاستحلال دون العجز عن اقام البينة ( كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ) أي في مجلس القاضي حيث لا يجوز الاستحلاف ( ومحمدرح مع أبي يوسف رحمهم الله فيما ذكر [1] الخصاف ، ومــع أبي حنيفة « رح » فيما ذكره [2] الطحاوي ) وانكر الاترازي «رح» على المصنف فيجعل محمد « رح » مــع أبي يوسف « رح » فيما ذكره الخصاف ، فقال لأن الخصاف لم يذكر الخلاف في أدب القاضي إلا بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم يذكر لمحمد « رح » قولاً ، وكذلك فعل أبو بكر الرازي « رح » في شرح أدب القاضي للخصاف ، ولم يذكر قول محمد « رح » أصلا ، وكذا قال الإمام أبو محمد الناصحي النيسابوري في تهذيب ادب القاضي للخصاف ، فقال ولم يذكر الخصاف قول محمد « رح » ثم قال ، وذكر أبو علي بن موسى أن قول محمد « رح » مــع أبي يوسف « رح » فيما روى عبد الرحمن البردي [3] وغيره من أصحاب محمد « رح » .

وانكر الاترازي ايضاً عليه في جعل محمد « رح » مع أبي حنيفة « رح »فياذكره الطحاوي ثم قال لأن الطحاوي ذكر هذه المسألة في مختصره وذكر الخلاف بين أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ثم قال : ولم نجــد هذه الرواية عن محمد « رح »

---

(١) ذكره ــ هامش .

(٢) ذكر الطحاوي ــ هامش .

(٣) الهروي ــ هامش .

قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر، قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي « رح »،

---

وأنكر الرواية عن محمد « رح » أصلا ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية أن محمداً مع أبي حنيفة رحمها الله فيما ذكره الطحاوي « رح » قلت لا وجه لهذا الإنكار، لأن عدم وقوف الطحاوي على أن محمداً « رح » مع أبي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره، من المصنف وغيره.

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا ترد اليمين على المدعي ) وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله في رواية ترد، وقول أحمد « رح » في الظاهر كقولنا ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( البينة على المدعي، واليمين على المنكر[1]) الحديث اخرجه البيهقي في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

وروى محمد ابن الحسن « رح » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال : البينة على المدعي واليمن من انكر، وجه الاستدلال به هو ما قال المصنف « رح » بقوله ( قسم ) أي قسم النبي ﷺ بين الخصمين فجعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر ( والقسمة تنافي الشركة، وجعل ) أي النبي ﷺ ( جنس الإيمان على المنكرين، وليس وراء الجنس شيء ) بيانه انه ذكر اليمين محلى بالألف واللام وأنه للجنس إذا لم يكن ثمة معهود.

ويقال جعل البينة حجة جنس المدعين، واليمين حجة المنكرين، فتكون جميع الإيمان على المنكرين فمن رد اليمين على المدعي لم يجعل جميعها على المنكرين، فيكون ذلك نسخاً للحديث المشهور، ولأنه عمل به الأئمة، وأنه لا يجوز بخبر الواحد ولا بالقياس ( وفيه خلاف الشافعي «رح» ) قد ذكرنا رد حجته ومن معه في مسألة القضاء بشاهد ويمين.

---

(١) من أنكر ـ هامش.

روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم حديث ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد ، والجواب عنه من وجهين ، أحدهما أنه معلول بالإنقطاع لأن فيه عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنه ، وقال الترمذي في عالمه الكبير ، في أن هذا الحديث قاله عمرو بن دينار ولم يسمعه من ابن عباس رضي الله عنه.

وقال ابن القطان في كتابه ، والحديث وإن كان مسلماً أخرجه عن قيس بن سعد وعمرو بن دينار ، عن ابن عباس ، ولكنه يروى بالانقطاع، وقال الطحاوي وقيس بن سعد لأن علمه إلا بحديث عمرو بن دينار لبس .

الوجه الثاني أن هذا على صحته لا يفيد العموم . قال الإمام فخر الدين « رح » قول الصحابي نهى رسول الله ﷺ عن كذا ، وقضى بكذا لا يفيد العموم ، لأن الحجة في المحكي عنه لا في الحكاية ، والمحكي قد يكون خاصاً وأيضاً فالقضاء له ..... قد وجد والبياض . . . . . أقر بها إلا في هذا الموضع فعل الخصومات ، وهذا مما يتعين به الخصومات ، إذ لا يتأتى فيه الحكم يكمل شاهد من النبي ﷺ إلى قيام الساعة ، بل إنما يقضي شاهد خاص .

فإن قلت روى سهل بن أبي صالح[1] « رح » في العامة القيامة[2] أن رسول الله ﷺ قال للأنصار تبرئكم يهود بخمسين يميناً ، فقالوا كيف نقبل ايمان قوم كفار ، فقال رسول الله ﷺ : اتحلفون وتستحقون .

فهذا رسول الله ﷺ جعل الأيمان على المدعين بعد أن جعلها على المدعى عليهم فعلم أن رد اليمين جائز و الجواب أنه لا دليل فيه للخصم لأنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك على سبيل الإنكار عليهم ، بدليل أن اليمين عند المخالف لا ترد على المدعي إلا بعد أن يمتنع المدعى عليه ، واليهود لم يمتنعوا من اليمين ، وإنما قالت الأنصار لا نرضى بأيمانهم ، فدل على أن الكلام خرج على وجه الإنكار .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق ) وأراد

---

(١) في الأصل سهل بن أبى حنيفة ، أ هـ مصححة .

(٢) كذا الأصل ، أ هـ مصححة .

وبينة الخارج أولى ، وقال الشافعي ، ويقضي ببينة ذي اليـــد لاعتضادها باليد ، فيقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ، ودعوى الملك مع الإعتاق والاستيلاء والتدبير ، ولنا أن بينة

---

بالمطلق أن يدعي الملك من غير أن يتعرض للسبب ، بأن يقول ـ هـذا ملكي ـ ولم يقل ملكه بسبب الشراء والإرث ونحو ذلك ، لأن المطلق مـــا يتعرض الذات دون الصفات لا بالنفي ولا بالإثبات ، فلذلك قيد به احترازاً عن الملك المقيد بدعوى النتاج ، وبسبب لا يتكرر ، وعن ماذا ادعيا الملك من واحد واحدهما قابض ، وعن ماذا ادعيا الشراء من اثنين وتاريخ أحدهما اسبق ، فإن هذه الصورة تقبل بينة ذي اليد بالإجماع .

فإن قلت أما انتقض مقتضى القسمة حيث قبلت بينة ذي اليد وهو مدعى عليه، قلت نعم ، لأن قبولها من حيث ما ادعى من زيادة النتاج ، والقبض ، وسبق التاريخ، فهو من تلك الجهة مدعى عليه ، والبينة للمدعي .

فإن قلت فهل تجب على الخارج اليمين لكونه إذ ذاك مدعى عليـــه ، قلت لا ، لأن اليمين إنما تجب عند عجز المدعي عن البينة ، وها هنا لم يعجز، وإذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد في ملك المطلق فبينة الخارج أولى لعدم زيادة يصير بها ذو اليد مدعياً .

(وبينة الخارج أولى) إن أقاما بينة (وقال الشافعي «رح» يقضى ببينة ذي اليد) وبه قال مالك «رح» والقاضي منه من أصحاب أحمد «رح» وقول أحمد «رح» كقولنا (لاعتضادها باليد) أي لتقوية البينة باليد ، إذ اليد دليل الملك ( فيقوي الظهور) لأن بينة الخارج أكثر إثباتاً ( وصار ) أي وصار حكم ذي اليد بالقضاء بينة ( كالنكاح) بأن ادعى نكاح امرأة وهي في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد بالإجماع ( والنتاج ) بأن أقاما بينة على نتاج دابة وهي في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد .

( ودعوى الملك مـــع الاعتاق ) بأن ادعى عبداً في يد رجل وأقام بينة أنه عبده واعتقه وأقام ذو اليد بينة انه أعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى ( والاستيلاء ) بأن ادعى انها أمته استولدها وهي في يد أحدهما فبينة ذي اليد اولى ( والتدبير ولنا أن بينة

الخارج أكثر إثباتاً أو إظهاراً، لان قدر ماأثبتته اليد لا يثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج، لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق وأختيه، وعلى الولاء الثابت بها،

---

الخارج أكثر إثباتاً ) بأن ادعيا أنه عبده ومدبره فبينه ذي اليد أولى في كل وجه ، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك من كل وجه ، بل من وجه ، لأن اليد دليل الملك ، ولهذا لو رأى عيناً في يد إنسان يتصرف فيها تصرف الملاك جاز لمن رأى أن يشهد بالملك له (أو إظهاراً) يعني في الواقع ، فان بينته تظهر ما كان ثابتاً في الواقع .

( لأن قدر ما اثبتته اليد لا تثبته بينة ذى اليد ، إذ اليد دليل مطلق الملك ) فبينته لا تثبت لئلا يلزم تحصيل الحاصل بخلاف بينة الخارج فإنها تثبت الملك وتظهره ، وما هو أكثر إثباتاً ، من البينات فهو أولى لتوفر ما شرعت البينات لأجله فيه ، فإن قيل بينة الخارج تزيل ما أثبته ذو اليد من الملك فبينة ذي اليد تفيد الملك ،ولا يلزم تحصيل الحاصل أجيب بأنها ليست موجبة بنفسها حتى يزيل ما ثبت باليد ، وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها، فقبله يكون الملك ثابتاً للمدعي عليه ، وإثبات الثابت لا يتصور ، فلا يكون بينة مثبتة بل مؤكدة لملك ثابت والتأسيس أولى من التأكيد .

( بخلاف النتاج ، فإن اليد لا تدل عليه ) فكانت البينة مثبتة لا مؤكدة ، فكان كل واحد من البينتين للاثبات فترجح إحداهما باليد (وكذا على الإعتاق واختيه ) أي وكذا اليد لا تدل على اختي الإعتاق ، وهما التدبير والاستيلاء فتعارضه بينة الخارج ، وذي اليد ثم ترجحت بينة ذي اليد (وعلى الولاء الثابت بها) أى بالاعتاق والاستيلاء والتدبير ومعناه أن البينتين في الاعتاق واختيه يدلان على الولاء ، إذ العتق حاصل للعبد بتصادقهما ، وهما استويا في ذلك ، وترجح صاحب اليد بحكم يده ، ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلماً أو ذمياً .٠.. أو عبداً أو حراً أو امرأة أو رجلا ، والمدعي عليه كذلك والمدعي به كذلك أي مال كان.

قـــال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول ، والزمه ما ادعى عليه ، قال الشافعي « رح » لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي ، فإذا حلف يقضي بـــه لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة ، والترفع عن الصادقة ، واشتباه الحال ، فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ، ولنا أن النكول دل على كونه باذلاً أو مقراً ، إذ لولا

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا نكل المدعي عليـــه عن اليمين قضي عليه بالنكول ) أي قضى القاضي على المدعى عليه بالنكول ( وألزمه ما ادعى عليه ) أي ألزم القاضي المدعى عليه بما ادعى عليه المدعي ، وفي بعض النسخ ولزمه ( وقال الشافعي يقضى به ) أى بالنكول ( بل ترد اليمـين على المدعي ، فإذا حلف يقضى به ) أي إذا حلف المدعي يقضى له بما يدعيه ، وفي التفريـع للمالكية ، وإذا ادعى على رجل دعواه لم يحلف له بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة ، فاذا ثبت ذلك حلف المدعى عليـــه وبرىء ، فان نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول ، وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه ، فإن لم يحلف لم يحكم له بشيء انتهى .

وروى عن أحمد أنه قال إذا نكل المدعى عليه حبسته أبداً حتى يحلف فيبرأ ، أو يقر فيحكم عليه ، وبقولنا قال سعيد الثوري ( لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة ) أي عن اليمين الصادقة ( واشتباه الحال ) يعني ويكتمل أن يكون الحال مشتبهة عليه ، لا يدري أصادق في الانكار فيحلف ، أو كاذب فيمتنع ( فلا ينتصب ) أي يمين المدعى عليه ( حجة مع الإحتمال ، ويمين المدعي دليل الظهور ) لما كانت يمين المدعى عليه ، وينكر له ، وبنكوله صار الظاهر شاهداً للمدعى ، فإذا كان كذلك ( فيصار اليه ) أي الى المدعي .

( ولنا أن النكول ) أي نكول المدعى عليه ( دل على كونه باذلاً ) أي كان النكول بذلاً كما هو مذهب أبي حنيفة «رح» ( أو مقراً ) أي كان إقراراً كما هو مذهبهما ( إذ لولا

ذلك لأقدم علَى اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه فيترجح هذا الجانب ، ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه ، قال وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه ، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء ، قال فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضي عليه بالنكول، وهذا التكرار ذكره الخصاف « رح »

---

ذلك ) أي لولا أن اليمين بذل أو إقرار ( لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب ) لأن اليمين واجبة عليه ، لقوله ﷺ ـ واليمين على من انكر ـ وكلمة على للوجوب ( ودفعاً للضرر عن نفسه ) وهو بذل المال ( فيترجح هذا الجانب ) أي جانب كون الناكل باذلاً ومقراً على الوجه المحتمل ، وهو كونه متورعاً أو نحو ذلك .

( ولا وجه لرد اليمين على المدعي لما قدمناه ) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام ـ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ـ وفي المبسوط والأسرار مذهبنا مؤيداً بإجماع الصحابة رضي الله عنهم . على ذلك فإن قيل كيف يكون إجماع الصحابة رضي الله عنهم وقد روى عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعي بعد نكول المنكر ، قلت وروي عن علي رضي الله عنه في المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي فقال ليس لك عليه سبيل ، وقضي بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه ، فقال له علي قالوا به بلغة الرق الروم من أحببت .

( قال ) أي القدوري « ر ح »( وينبغي للقاضي أن يقول له ) أي للمدعى عليه ( إني أعرض عليك اليمين ثلاثاً ، فان حلفت وإلا فقضيت عليك بما ادعاه ) أي المدعي (وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم ، إذ هو موضع الخفاء ) أي الحكم بالنكول موضع الخفاء لأنه مجتهد فيه ، ولعدم دلالة النص على ذلك فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه النكول .

( قال فاذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول، وهذا التكرار ذكره الخصاف « رح » ) لأن التكرار ليس بشرط على ما ذكره في الأصل ، بل إذا قضى

لزيادة الإحتياط والمبالغة في إيلاء العذر ، فأما المذهب إنـــه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لمـــا قدمناه هو الصحيح ، والأول أولى ، ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله ــ لا أحلف ــ وقد يكون حكمياً بأن يسكت ، وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح ،

---

بالنكول مرة جاز ، وإنما ذكره الخصاف « رح » ( لزيادة الاحتياط والمبالغة في إيلاء العذر ) فصار كامهال المرتد ثلاثة أيام ( فأما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمناه ) إشارة إلى ما ذكر إذا النكول دل على كونه باذلاً أو مقرراً ، كذا قاله الأترازي والكاكي والأكمل رحمهم الله .

وقال تاج الشريعة قوله ــ لما قدمنا ــ يعني أنه لولا كونه كاذباً لأقدم على اليمين إقامة للجواب ( هو الصحيح ) قـــال الأترازي « رح » إحتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار ، وقال الأكمل إحتراز عن ما قيل ــ لو قضى بالنكول مرة واحـــدة لا ينفذ وهذا هو الأوجه ( والأول أولى ) أي ما ذكره الخصاف أولى ، كما في الإمهـــال للمرتد ، فان قتل بلا إمهال جازه .

وفي الكافي ــ والتقدير بالثلاث في العرض لازم في المروى عن أبي يوسف ومحمد « رح » ــ وبه قال أحمد والجمهور رحم الله الجميع ، على أنه للإحتياط ، وبه قال مالك والشافعي « رح » ( ثم النكول قد يكون حقيقياً كقوله لا أحلف ، وقد يكون حكمياً بأن يسكت وحكمه ) أي حكم السكوت ( حكم الأول ) وبه قال الثلاثة ( إذا علم أنه لا آفة به ) بفتح الراء ( من طرش ) من يطرش طرشاً ، من باب علم ، أي صار أطروشاً ، وهو الأصم ، والطرش أهون من الصم ( أو خرس ) بفتـــح الراء ، وهو آفة باللسان تمنع الكلام أصلا ( هو الصحيح ) أشار به إلى اختلاف الروايات فيما إذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل ــ لا أحلف .

فقال بعض أصحابنا إذا سكت المدعى عليه سأل القاضي ــ هل به خرس أو طرش

قال وإذا كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة «رح»
ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة ، والفيء في الإيلاء ،

---

فاذا قالوا لا ، جعله ناكلا ، وقضى عليه ، ومنهم من قال يحبس حتى يجيب ، والأول هو الصحيح ، كذا في شرح الاقطع ، وفي الفصول ، لو كان استحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه ، لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة ، واليمين عند القاضي قاطعة لها .

ولو قال المدعي إن حلف المدعى عليه فأنا بريء ، أو قال فدعواه باطلة لا تبطل دعواه ، حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تقبل بينته» وفي المبسوط ، بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم ، ولسنا نأخذ بذلك ، وإنما نأخذ فيه بقول عمر رضي الله عنه ، فانه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه وبه قالت الثلاثة . وفي النوازل لو ادعى دواعي متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء لكي [1] جمعها في يمين واحدة ، وفي التتمة لو ادعى ديناً في التركة وصلت في يد هذا يحلف بالله وحده ، بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له ديناً على أبيه ، وقيل يحلف بيمنين على الوصول على البتات ، وعلى الدين على العلم ، وبه قال عامة المشايخ ، وأجمعوا أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه ، وإن لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف .

( قال ) أي القدوري « رح» (وإن كانت الدعوى نكاحاً لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وانكرت المرأة وبالعكس،فلا استحلاف فيه عنده .

( ولا يستحلف عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( في النكاح ) سواء كان الرجل مدعياً أو المرأة ( والرجعة ) أي ولا يستحلف أيضاً في الرجعة ، بأن ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه كان راجعاً في العدة ، وهي تجحد أو ادعت هي كذلك وهو يجحد (والفيء في الايلاء) أي ولا يستحلف في الفيء في الإيلاء أيضاً ، بأن ادعى بعد مضي هذه الإيلاء

---

(١) كذا الأصل وأعتقد أن الصحيح هو « لكن يجمعها » والله أعلم . أ هـ مصحح .

والرق والاستيلاء والنسب والولاء والحدود ، واللعان . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان،

---

أنه فاء اليها في المدة وهي تجحد ، أو ادعت المرأة كذلك وهو يجحد ( والرق ) أي ولا يستحلف أيضاً في الرق بأن ادعى على مجهول النسب أنه عبده أو ادعى مجهول النسب ( والاستيلاء ) بأن ادعت الأمة على مولاها أنها ولدت منه وأنكر المولى ، ولا يتصور العكس من قبله عليها ، لأن الاستيلاء يثبت باقراره .

( والولاء ) أي ولا يستحلف في الولاء ايضاً بأن ادعى على معروف النسب انه معتقه أو بالعكس ( والنسب ) أي ولا يستحلف ايضاً في النسب،بأن ادعى الوالد[1] على الوالد وأنكر الآخر ( والحدود واللعان ) أي ولا يستحلف أيضاً فيها ، أما الدعوى في الحد بأن قال رجل لآخر لي عليك حد قذف وهو ينكر لا يستحلف بالإجماع لأنه يندرء بالشبهات ، إلا إذا تضمن حقاً بأن علق عتق عبد بالزنا ، وقال ان زنيت فأنت حر ، وادعى العبد بأني زنيت،ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا ، كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي .

وقال القدوري رحمه الله في شرح كتاب الاستحلاف ، وقد قالوا انه يستحلف في التعزير لأنه في حكم الأموال ، وهذا يصح فيه العفو والإبراء ، وقال القدورى فيه أيضاً ، قال أبو حنيفة « رح » واذا تعلق بهذه الاشياء استحقاق مال استحلف القاضي في المال وإن كان لا يستحلف في سببه كالمرأة إذا ادعت النكاح والمهر ، والرجل إذا ادعى النسب والنفقة ، أما الدعوى في اللعن بأن ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها قذفاً يوجب اللعان وأنكر الزوج لا يستحلف بالإجماع ، فانه في معنى الحد.

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) فلا يستحلف فيهما بالإجماع كما ذكرنا ، وبقولهما قال الشافعي « رح » لكن عنده يجري في حد القذف والقصاص ، ولا يجري في الحدود الخالصة .

---

(١) كذا الأصل والأصح الولد . أ هـ مصححة .

وصورة الإستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد مولاي، وهذا ابني منه، وأنكر المولى، لأنـه لو ادعى المولى ثبت الإستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها، لهما أن النكول إقرار، لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار على ما قدمناه، فكان إقراراً أو بدلاً عنه .

---

وقال مالك وأحمد رحمها الله لا يجري التحالف إلا فيما لا يثبت إلا بشاهدين ، وعن أحمد « رح » في رواية يجري في القصاص وحد القــذف والطلاق ، والعتاق ( وصورة الإستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد مولاي ، وهذا ابني منه ، وأنكر المولى لأنه لوادعى المولى ثبت الإستيلاد باقراره ، ولا يلتفت إلى انكارها ) وإنما ذكر صورة الاستيلاد فقط لأن في الباقي من صورة الشارع فيه هي الدعوى في الجانبين سوى هذه الصورة وقد مر الكلام فيه ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد رحمها الله ( أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار ) السابق (على ما قدمناه ) يعني قوله إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه .

( فكان ) أي النكول ( إقراراً أو بدلاً ) بفتح الدال المهملة ، أي خلفاً ( عنه ) أي عن الإقرار وهــذا في الحقيقة جواب عن شبه ، ترد على كون النكول إقرار عندهما ، أحدها ما لو اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الثاني ، ثم وجد به عيباً فخاصمه في النصف الاول فنكل ، ولو كان النكول إقرار لزمه النصف بنكوله في المرة الاولى ، كما لو أقر في تلك المرة وأجيب بأن النكول ليس باقرار في نفسه ، ولكن يجعل مقــام الإقرار خلفاً عنه لقطع الخصومة ، فيقوم النكول مقام الاقرار بقدر الحاجة إلى دفع الخصومة ، فكان كالإقرار في المرة الاولى لا في الثانية .

الشبهة الثانية الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل فإنه يلزم الموكل ، ولو جعل إقراراً للزم الوكيل في الإقرار به ، وأجيب بأنه وإن كان الإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع ، بحيث لا اختيار أمر الموكل ادخله فعليه خلاصه ، أمـا إذا أقر فهو شيء لزمه باختيار الإقرار ، فإنه كان ينقضي عن عهدة الدعوى بالسكوت أو النكول فيلزمه الضمان ، ولا يرجع به على الموكل .

والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرء بالشبهات ، واللعـــان في معنى الحد ، ولأبي حنيفة « رح » أنه بذل ، لأن معـــه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلاً أولى كي لا يصير كاذباً في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء ،

---

الشبهة الثالثة هي ما إذا كفل بما وجب على فلان ، فادعى المكفول له مالاً على فلان ، فنكل فلان لا تقضي بالمال على الكفيل ، ولو كان المنكول اقراراً لقضي به على الكفيل كما لو أقر ، وأجيب أن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله يقولان أن النكول يدل على الإقرار في قطع الخصومة ، لأنه يكون إقرار حقيقة ، ولهذا لا يثبت المدعي بنفس النكول بخلاف الإقرار ، كذا في المبسوط وغيره .

وذكر الأكمل هذه الشبهة بقوله ــ وعليه تفرض إجمالية ــ ( والإقرار يجرى في هــذه الأشياء ) المذكورة ( لكنه إقرار فيه شبهة ) هـــذا جواب من يقول ــ لو كان النكول إقرار ينبغي أن يجب الحد ، فأجاب بقوله ــ فإنه إقرار فيـــه شبهة ( والحدود تندرء بالشبهات ، واللعان في معنى الحد ) لأنه قائم مقام القذف في حق الزوج، وقائم مقام حد الزنا في حق المرأة ، وقد مر ذلك في اللعان .

( ولأبي حنيفة « رح » أنه ) أي أن النكول ( بذل ) وإباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة، فلا يقضى فيها بالنكول ، كالقصاص في النفس وعليها الأموال ( لأن معه ) أي مع البذل ( لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود ) ولا تبقى اليمين فائدة ، وتحقيق الكلام ها هنا أن النكول وإن كان بدلاً لكنه يحتمل أن يكون كذباً ( وإنزاله باذلاً أولى ) حملا لحاله على الصلاح ( كي لا يصير كاذباً في الإنكار ) السابق لأنه كان أنكر أولا فلا يظن بينكم الكذب فجعل بذلاً .

( والبذل لا يجري في هذه الأشياء ) أي الأشياء المذكورة التي لا يستحلف فيها، فإذا كان كذلك لا يقضى فيها بالنكول ، فانه إذا قال مثلا ، أنا حر وهـــذا الرجل يؤويني فدفعت اليه نفسي أن يسترقني ، أو قال أنا ابن فلان ، ولكن أحب أن يدعي نسبي ، أو

وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف ، إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب ، والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة ، وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقاً لنفسه ، والبذل معناه ها هنا ترك المنع ، وأمر المال هين ، قال ويستحلف السارق .

---

قالت انا لست بامرأته ، لكن دفعت اليه نفسي وأبحت له الامساك لا يصح ( وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول ) يعني أن البذل فيها لا يجري وفات فائدة الاستحلاف ، لأن فائدة القضاء بالنكول ، والنكول بذل ، والبذل فيها لا يجري .

( فلا يستحلف ) فيها لعدم الفائدة ( إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال أن النكول لو كان بدلاً ينبغيأن لا يملكه المكاتب والمأذون لأنهما يملكون البذل ، فأجاب بقوله ( فيملكه المكاتب والعبد المأذون ) له يحتمل ( بمنزلة الضيافة اليسيرة ) وتقدير الجواب انهما ملكاه باعتبار ما فيه من دفع الخصومة في حق المدعي ، وإن كان لا يملك أنه بانفراده كالضيافة منهما لأنها من توابع التجارة ( وصحته في الدين ) أي صحة القضاء بالنكول ( بناء على زعم المدعي ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره بأن يقال ، لو كان النكول بدلا لم يصح القضاء بالنكول في الدين ، لأن البذل لا يتحقق فيه ، لأن الدين وصف ثابت في الذمة ، والبذل يجرى فيه .

وتقرير الجواب أن صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي ( وهو يقبضه حقاً لنفسه ) تقرير هذا أن البذل لم يصح في الدين فيما يكون من جهة القابض ، ومن جهة الدافع ، فإن كان الأول فلا مانع لأنه يقبضه حقاً لنفسه بناء على زعمه وإن كان الثانيوهو قوله ( والبذل معناه هاهنا ) أي في الدين ( ترك المنع ) وجاز له أن يترك المنع ( وأمر المال هين ) جواب عما يقال ، فهلا جعل ايضاً في الاشياء ، والسبعة المذكورة تركاً للمنع فأجاب بأن أمر المال هين أي اسهل ، لأنه خلق في الأصل مباحاً مبذلا لمصالح الناس ، ولم يصح في الأشياء السبعة ، لأن أمرها ليس بهين .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ويستحلف السارق ) يعني إذا كان مراد

فـــإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه المنكول ، والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليـــه رجل وامرأتان . قال، وإذا ادعت المرأة طلاقاً قبل الدخول ، استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً ، لأن الإستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لا سيما إذا كان المقصود وهو المـــال ، وكذا في النكاح ،

---

المسروق منه المال يستحلف بالله ما له عليك هذا المال ، لأنه يثبت بالشبهات ، فجاز أن يثبت بالنكول .

( فإن نكل ضمن ولم يقطع ) ولا خـــلاف فيه ، وقال القدوري « رح » في شرح كتاب الاستحلاف ، قال أبو حنيفة « رح » لا يستحلف شيء من الحدود ، لا في الزنا، ولا في السرقة ولا في القذف ، ولا شرب الخمر ، ولا السكر ، إلا أنه طالب المسروق منــه ضمان المال ، استحلف ، فإن نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه ( لأن المنوط بفعله ) أي لأن المتعلق بفعل السارق ( شيئان ) أحدهما ( الضمان ) أي ضمان المال ( ويعمل فيه المنكول) يعني يثبت بالنكول لأنه يجري فيه البذل ، ويثبت بما فيه شبهة (والقطع) والثاني القطع .

( ولا يثبت به ) أي ولا يثبت القطع بالنكول لأنه لا يجري البذل بالنكول ، لأنه لا يجري البذل في الحدود ، ولا يثبت بما فيه شبهة الإقرار ( فصار ) حكم هــذا ( كما إذا شهد عليه ) أي على السرقة ( رجل وامرأتان ) حيث يثبت المال فلا يثبت القطع .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا ادعت امرأة طلاقاً قبل الدخول ) وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل طلاق قبل الدخول حتى يعلمهم أن الدعوى في كل المهر أو نصفه سواء كان دعوى المهر في ضمن أو بدونه ، هذا قاله الكاكي « رح »، وقال الأكمل فيه نظر ، لأن الطلاق يغني عن ذلك ، وليس فيه توهم التقييد بذلك ( استحلف الزوج ، فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعاً ، لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم ، لا سيما اذا كان المقصود هو المال ، و كذا في النكاح) أي و كذا يجري الاستحلاف

إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح ، وكذا في النسب ، إذا ادعى حقاً كالإرث ، والحجر في اللقيط والنفقة ، وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق ، وإنما يستحلف في النسب المجرد

---

إذا كان دعوى المال في النكاح ، وهو معنى قوله ( إذا ادعت هي الصداق ، لأن ذلك دعوى المال ، ثم يثبت المال بنكوله ) في النكاح ، وهو معنى قوله ( ولا يثبت النكاح ) لأن البذل لا يجري في المال دون النكاح ، فان قلت وجب أن يثبت النكاح ايضاً لأنه يثبت بالشبهات ، قلت البذل لا يجري فيه كما ذكرنا .

( وكذا ) أي وكذا يستحلف ( في النسب إذا ادعى حقاً كالإرث ) بأن ادعى رجل على رجل آخر انه أخ المدعي عليه ، مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه ، أو طلب من القاضي فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة فانه يستحلف على النسب ، فان حلف برىء ، وإن نكل يقضى بالمال والنفقة دون النسب ( والحجر في اللقيط ) أي وكذا إذا ادعى الحجر في اللقيط إن كان صبي لا يعبر عن نفسه في يده ملتقط ، فادعت اخوته امرأة تريد قصر يد الملتقط لحق حضانتها ، وأرادت استحلافه فنكل ، ثبت لها الحجر دون النسب .

( والنفقة ) بأن ادعى النفقة بسبب الأخوة وهو زمن ، فانكر المدعى عليه الأخوة يستحلف بالإجماع ، فان حلف برىء وإن نكل يقضي بالبينة بالنفقة ، ولا يقضى بالنسب ( وامتناع الرجوع في الهبة ) أي وكذا يستحلف في امتناع الرجوع في الهبة ، صورته أن الواهب اراد الرجوع فقال الموهب له ، أنا اخوك فلا رجوع لك ، فالواهب يستحلف ، فان نكل ثبت الإمتناع من الرجوع ولا يثبت النسب .

( لأن المقصود هذه الحقوق ) هذا دليل المجموع ، أي لأن المقصود في الصور المذكورة إثبات المال ، فعند النكول يثبت المال ولا يثبت النسب ، لان فيه تحميل له على الغير ، وهو لا يجوز ( وإنما يستحلف في النسب المجرد ) قيد به احترازاً عما هو مقرون بدعوى

عندهما ، إذا كان يثبت بــإقراره ، كالأب والإبن في حق الرجل ، والأب في حق المرأة ، لان في دعواهـــا الإبن يحتمل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما ، قـــال ومن ادعى قصاصاً على غيره فجحده

---

المال ، فانه يثبت المال ولا يثبت النسب ( عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( إذا كان يثبت بإقراره) المدعى عليه ، فان النكول عندهما إقرار .

بيان ذلك في قوله ( كالأب والإبن في حق الرجل ) فان إقراره يصح بالاب والإبن ( والأب في حق المرأة ) كما إذا ادعت انه أبوها ( لان في دعواها الابن ) أي في إقرارها به ( تحميل النسب على الغير ) فلا يجوز ، حاصله أنه يصح إقرار المرأة بأربعة بالوالدين، والزوج والمولى ، ولا يصح بالولد لما قلنا .

وإقرار الرجل يصح بخمسة ، بالوالدين ، والولد ، والزوجة والمولى ، لانه أقر بمـا يلزمه ، وليس فيه تحميل النسب على الغير ، ولا يصح إقراره بما سواهم ( والمولى والزوج في حقهما ) أي في حق الرجل والمرأة ، وهو متعلق بقوله ، والمولى والزوج جميعاً لان اقرار الرجل والمرأة جميعاً بالمولى والزوج يصح .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » في مبسوطه ، الاصل في هــذا الباب أن المدعى عليه النسب إذا انكر هل يستحلف ، إن كان بحيث لو أقر به لايصح إقراره عليه فاستحلف عندهم جميعاً ، لان اليمين لا تفيد ، فان فائدة اليمين النكول ، حتى يجعـل النكول بدلاً وإقراراً فيقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعاً إن كان المدعى عليه حيث لو أقر به لزمه ما أقر به ، وإذا أنكر هل يستحلف على ذلك ، فالمسألة على الإختلاف عند أبي حنيفة «رح» لا يستحلف وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فإن حلف بريء عن الدعوى ، وإن نكل عن اليمين لزمته الدعوى ، فعلى هــذا الأصل يخرج مسائل الباب .

( قال ) أي القدوري « رح » في مختصره ( ومن ادعى قصاصاً على غـيره فجحده

يستحلف بالاجماع ، ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص ، وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» وقالا لزمه الارش فيهما ، لان النكول إقرار فيه شبهة عندهما ، فلا يثبت به القصاص ، ويجب به المال ، خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ، كما إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ، ولابي حنيفة «رح» أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل ، بخلاف الانفس ، فإنه لو قال ،

---

يستحلف بالإجماع ) ولا خلاف فيه ( ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص ) عند أبي حنيفة « رح » وبه قال القاضي ، ومالك رحمهما الله بعد حلف المدعي ، وأحمد « رح » في رواية ( وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ) أي الذي ذكر من النكول فيما دون النفس ، والنكول في النفس .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ( لزمه الأرش فيهما ) أي يلزمه المال في النفس والطرف جميعاً ، وهذا الاختلاف فرع اختلافهم في معنى النكول ، فعندأبي حنيفة « رح » هو في معنى البذل ، وعندهما في معنى إقرار فيه شبهة ، لأنه لم يصرح بالإقرار ، وهو معنى قوله ( لان النكول إقرار فيه شبهة ) أي شبهة البدلية ، أو شبهة الإقرار ،لأن النكول إقرار فيه شبهة الإنكار ( عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ، خصوصاً إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه ) قيد به لأنه لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب القصاص ، ولا المال ايضاً ، كما إذا أقام مدعي القصاص رجلا أو امرأتين أو الشهادة على الشهادة ، حيث لا يقضى بشيء ، فامتنع القصاص ، قوله فلا يجب المال ونظائره بقوله ( كما إذا أقر بالخطأ ، والولي يدعي العمد ) يجب المال وبعكسه لا يجب .

( ولأبي حنيفة « رح » أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ) لأنها خلقت وقاية النفس ، كالأموال فإذا كانت كذلك فيجب ، أي فيه البذل ، كما في الأموال ( بخلاف الانفس ) حيث لا يجري البذل فيها ، وأوضح ذلك بقوله ( فانه لو قال ) أي فإن أحداً

أقطع يدي ، فقطعه لا يجب الضمان ، وهــذا إعمال للبذل ، إلا أنــه لا يباح لعدم الفائدة ، وهـذا البذل مفيـد لاندفاع الخصومة ، فصار كقطع اليد للآكله ، وقلع السن للوجع ، فإذا امتنع القصاص في النفس ، واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة ، قال وإذا قــال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه ، أعطه كفيلاً بنفسك ثلاثة أيام ، كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه

---

لو قال لآخر ( إقطع يدي فقطعها لا يجب عليه الضمان ، وهذا ) أي عدم الضمان ( إعمال للبذل ) وهو بذل مقيد لكونه دافعاً للخصومة ( لأنه لا يباح ) جواب إشكال ، وهو أن يقال لو كانت الاطراف الاموال ، ينبغي أن يباع القطع بالبذل ، كما يباح المال بالبذل ، فأجاب بأنه لا يباع القطع (لعدم الفائدة) أي كما إذا قال له الغير ، إحرق ثوبي، اوأتلف مالي لا يباح لعدم الفائدة .

( وهذا البذل مقيد لاندفاع الخصومة ) أي بهذا البذل ( فصار كقطع اليد للآكلة ) على وزن الفاعلة ، وهي قرحة غائرة في البدن ينخر العظن، وسببها دم فاسد عفن يستحيل إلى السواد ، وأول علاجها استنزاع الخط السوداوي ( وقلع السن للوجع) عطف على قوله – تقطع اليد للآكلة – فإن القطع هاهنا مفيد ، فلو قطعه لا يجب عليه شيء بخلاف القطع للسرقة ، فان القطع فيها خالص حق الله تعالى ، فلا يثبت حق الشبهة .

( فإذا امتنع القصاص في النفس ) لكونه حق الله تعالى خالصاً ، ولا يجري البذل في حقوقه ( واليمين حق مستحق علية يحبس به ) أي بحق اليمين ، قـاله الـكاكي ، وقال الأترازي « رح » بالحق المستحق ( كما في القسامة ) فانهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا .

( قال ) أي القدوري « رح » وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة ، قيـل لخصمه إعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه ) أي حق المدعي ، وقد اختلف السلف في أخذ الكفيل .

والكفالة بالنفس جائزة عندنا ، وقد مر من قبل ، وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا ، لان فيه نظراً للمدعي ، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه ، وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين أشغاله ، فيصح التكفيل بإحضاره ، والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح ، ولا فرق في الظاهر بين الخامل

---

روى قتادة والشعبي انه لا يجوز ، وروي عن ابراهيم النخعي انه يجوز ( والكفالة بالنفس جائزةعندنا ) وهذا استحسان كما يجيء وبه أخذ علماؤنا ، والقياس أنه لا يجوز كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي « رح » لأنه مجرد الدعوى ليس سبب الاستحقاق (وقد مر من قبل ) أي في أول كتاب الكفالة ، وعند الشافعي « رح » لا تجوز الكفالة بالنفس ( وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى **استحسان** عندنا ) قيد به ، لأن في القياس أن لا يوجد كفيل قبل إقامة البينة ، وبه قال الشافعي « رح » .

( لأن فيه ) أي في أخذ الكفيل ( نظراً للمدعي ، وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لأن الحضور مستحق ) أي على المدعى ( عليه بمجرد الدعوى ، حتى يعدى عليه ) بلفظ المجهول في الإعداء ، يقال استعدى فلان الأمير علي في ظلمه ، أي استعان به ، فأعداه الأمير أي اعانه عليه ونصره . وفي المبسوط الاشخاص إلى بابه يثبت بمجرد الدعوى لما فيه من النظر له ، وليس في التكفيل كثير ضرر بالمدعى عليه ، لأنه إن لم يكن من فعل الاختفاء لا يتضرر به ، وان كان من قصد الاختفاء يكون ظالماً فلا ينظر له .

( ويحال ) على صيغة المجهول بالنصب ، عطفاً على قوله حتى يعدى عليه ، وهي من الحيلولة ( بينه ) أي بين المدعى عليه ( وبين أشغاله ، فيصح التكفيل باحضاره ) وفي بعض النسخ فتصح التكفيل ( والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح ) واحترز به عما روى عن أبي يوسف « رح » انه يؤخذ الكفيل إلى المجلس ( ولا فرق في الظاهر ) أي في ظاهر الرواية ( بين الخامل ) بالخاء المعجمة ، من خمل

والوجيه ، والحقير من المال والخطير ، ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ، ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة ، قـــال فإن فعل وإلا أمر بملازمته كي لا يذهب حقه ،

---

الرجل خمولاً إذا كان ساقط القدر ( والوجيه ) وهو الذي له وجاهته وقدره بين الناس.

وروى عن محمد « رح » إذا كان الرجل معروفاً ، والظاهر من حـــاله انه لا يخفى شخصه بذلك القدر من المال فانه لا يجبر على إعطاء الكفيل ، ولكنه أعطى بنفسه كفيلا مختاراً يؤخذ منه ، وإن لم يعط لا يجبره القاضي على ذلك ( والخطير من المال ) أي ولا فرق أيضاً بين الخطير وهو الذي له كثرة ( والحقـير ) أي بين الحقير الذي ليس له قدر في الاتصاف بالمالية .

وعن محمد « رح » إذا كان المال حقيراً لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر ولكنه إن أعطى من غير جبر يقبل وإلا فلا ، ولو ادعى انه معسر فان القاضي يحكم فيه الذي إلا إذا كان المرء من العلماء أو من المعادية لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم ، فأما في حق الغير بحكم الذي ،وإن كان ذي الفقر كان القول قوله ،وإن كان عليه ذي الاغنياء لا يكون القول قوله ، وتحكيم الثياب والزي جائز ، قال الله تعالى ﴿ إن كان قميصه قد من قبل ... ﴾ الآيتين ٢٦ – ٢٧ يوسف ، فعلم أن تحكيم العلامة جائز .

( ثم لا بد من قوله لي بينة حـاضرة للتكفيل ومعناه في المصر ، حتى لو قال المدعى لا بينة لي أو شهودي غيب ) أي لو قال شهودي غيب ، بفتحتين على التخفيف ، وهو جمع غائبة ، مثل خدم وخادم ، ويجوز غيب بضم الغين وتشديد الباب ، وهو ايضاً جمـــع غائب على القياس ( لا يكفل لعدم الفائدة ) لان الفائدة هي الخصومة عند حضور الشهود وذلك في الهالك محال ، كالغائب والهالك من وجه ، إذ ليس كل غائب يؤوب .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فان فعل ) أي فان أعطي الكفيل **(وإلا أمر) أي** وإن لم يعط ( بملازمته ) أي سار معه حيث سار ( لئلا يذهب حقــه ) أي حق المدعي

إلا أن يكون غريباً فيلازم مقدار مجلس القاضي ، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ، فالاستثناء منصرف اليهما ، لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضراراً به بمنعه عن السفر ،

---

( إلا أن يكون غريباً ) إلا أن يكون المدعي عليه غريباً حال كونه على الطريق ، أي مسافراً فإذا كان كذلك ( فيلازم مقدار مجلس القاضي ) لان هذا القدر لا يقطعه عن المرفقة ويحصل النظر للمدعي ، فأما في إمساكه على باب القاضي يوماً أو أكثر ليحضر المدعي بينة ضرر على المطلوب ، فإذا جاء أو ان قيام القاضي عن مجلسه ولم يحضر المدعي بينته فان القاضي يحلفه ويخلي سبيل المطلوب ليذهب حيث شاء ، فان اختلف المطالب والمطلوب أنا مسافر وقال المطالب انه لا يريد السفر ففيه أقوال.

قال بعضهم القول قول المدعي لانه يتمسك بالاصل ، وهو الإقامة والسفر عارض ، وقال بعضهم فالقاضي يسأله مع من يريد السفر ، فان أخبره مع فلان فالقاضي يبعث اليه من يسأله ، هل استعد للخروج معكم ، فان قالوا نعم ، يقبل ذلك منه فيمهله إلى آخر المجلس ، فان أحضر المدعي بينة في هذه المدة وإلا خلي سبيل المطلوب وإن لم يعلم من حاله فنحن نعلم أنه يبقى ثلاثة أيام لاجل الاستعداد ، فقلنا بأنه يجبره على اعطاء الكفيل ثلاثة ايام .

( وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس ) أي إلى آخر مجلس القاضي ( فالاستثناء ) أي الاستثناء المذكور بقوله ـ إلا أن يكون غريباً ـ ( منصرف اليهما ) أي إلى الملازمة والتكفيل ، وهذا التقدير إنما يحتاج اليه على رواية القدوري « رح » لانه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير الملازمة ومدتها ، ولا الكفيل ومدته ، فان فعل والامر بلازمته إلا أن يكون غريباً على الطريق ، وأما هاهنا قد ذكر الملازمة مدتها ومدة التكفيل ، فلا يحتاج إلى قوله ـ والإستثناء منصرف ـ لانه ذكر محمد « رح » مدة كل واحد باستثناء واحد .

( لان في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك ) أي على مقدار مجلس القاضي ( إضراراً به ) أي بالغريب الذي على الطريق ( بمنعه عن السفر ) أي لمنع الكفيل إياه عن السفر والذهاب إلى منزله ، فيؤدي إلى الحاق الضرر به ، وان كان المدعي يتضرر بذلك لان

ولا ضرر في هـــذا المقدار ظاهراً ، وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى .

## فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال : واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام ، من كان منكم حالفا فيحلف بالله أو ليذر ، وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقـــد أشرك ، وقد يؤكد بذكـــر أوصافه

---

ضرر المسافر حقيقة وضرر المدعي موهوم ، وربمـــا يكون صادقاً في الدعوى أو كاذباً والموهوم لا يعارض المحقق ( ولا ضرر في هذا المقدار ) أي في مقدار مجلس القـــاضي ( ظاهراً ) أي حيث الظاهر ، لانه بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة .

( وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى ) وتفسير الملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويبعث أميناً حتى يدور معه أينما دار ، لكن لا يحبسه في موضع لأن ذلك حبس ، وهو غير مستحق عليـــه بنفس الدعوى ، ولا يشغله عن التصرف بل يتصرف والمدعي يدور معه ولا يمنعه من الدخول إلى أهله ، لكن المطلوب يجلس على باب داره ، وفي الفتاوى الصغرى المطلوب إذا أراد أن يدخل داره ، فأمـــا أن يأذن للمدعي بالدخول معه أو يحبس معه على باب الدار ، لأنه لو تركه حتى يدخل الدار وحده ربما يهرب من جانب آخر فيفوت المقصود من الملازمة .

### ( فصل في كيفية اليمين والاستحلاف )

أي هذا فصل في بيان كيفية اليمين ، وكيفية الشيء صفته ولا ذكر نفس اليمين في أي موضع يكون وفي أي موضع لا يكون .

شرع في بيان كيفيتها لأن الصفة تتبع الموصوف ( قال ) أي القـــدوري « رح » ( واليمين بالله دون غيره ) أي غير الله تعالى ( لقوله عليه الصلاة والسلام ) أي لقول النبي ﷺ ( من كان منكم حالفاً فيحلف بالله أو ليذر ) تقدم هذا الحديث في الأيمان (وقال ﷺ من حلف بغير الله فقد أشرك ـ وقد يؤكد ) أي اليمين ( بذكر أوصافه ) أي أوصاف الله

وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله ، قل والله الذي لا إله إلا هو ، عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هـــذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن يزيد في التغليظ على هـــذا وله أن ينقص إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق عليه يمين واحدة، والقاضي بالخيار ، إن شاء غلظ وإن شاء لم يغلظ فيقول قـــل بالله أو والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ،

---

تعالى ، هذا لفظ القدوري « رح » فقال المصنف « رح » ( وهو التغليظ ، وذلك مثل قوله ـ قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر والخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه ، وهو كذا وكذا ، ولا شيء منه ) وإنما ذكر ـ ولا شيء منه ـ الجواز أنه قد أدى البعض ، ويذكر صفاته بدون حرفا العطف ، حتى لو قال ـ والله والرحمن الرحيم ، يكون أيماناً .

( وله أن يزيد في التغليظ على هذا ) أي وللقاضي أو المحلف من جهد الزيادة في تغليظ الزيادة على هذا المذكور ( وله أن ينقص منه ) أي عن المذكور ، وذلك لأن أحوال الناس فيه مختلفة فمنهم من يمتنع عن التغليظ ، ومنهم من يتجاسر ولا يبالي ( إلا أنه يحتاط ) والمراد من الاحتياط مـــا ذكرنا من انه يذكر الأسمـــاء والصفات بدون حرف العطف ( كي لا يتكرر عليه اليمين ) لأنه ذكر الواو صارت إيماناً كما ذكرنا ( لأن المستحق عليه يمين واحدة ) فلا يزاد عليها .

( والقاضي بالخيار إن شاء غلظ وإن شاء القاضي لم يغلظ فيقول ، قل بالله ، أو قل والله ، وقيل لا يغلظ على المعروف ) أي الرجل المعروف ( بالصلاح ، ويغلظ على غيره ) أي غير المعروف بالصلاح ( وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ) والمال الخطير هو

قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا ، وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق ، قـــال ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصراني بالله الذي أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم لابن صوريا الأعور ـــ أنشدك

---

المال العظيم ، وفي الإقرار إذا قال لفلان علي مال عظيم يلزمه النصاب الشرعي .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتـــاق ) وفي الفتاوى الصغرى التحليف بالطلاق والعتاق لم يجوزه أكثر أصحابنا ، وأجــازه البعض ، وبه أفتى الإمام أبو علي بن الفضل بسمرقند ، ويفتي أنه لا يجوز وإن مست الضرورة يجوز ،فإذا بلغ المستفتي في الفتوى يفتى أن الرأي إلى القاضي إتباعاً لهؤلاء السلف ، وفي خلاصة الفتاوى ،فلو حلفه القاضي بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه ، وفي الأصل لا يحلف بالطلاق ولا بالعتاق ولا بالحج ( لما روينا ) أراد به الحديث المذكور .

( وقيل في زماننا إذا الح الخصم ) بأن كان لحوحاً متفتاً لا يبالي باليمين بالله فحينئذ ( ساغ للقاضي أن يحلف ) من التحليف ( بذلك ) أي بالطلاق وبالعتاق (لقـــلة المبالاة باليمين بالله تعـــالى ، وكثرة الإمتناع بسبب الحلف بالطلاق ) وفي الفصول للأستروشني لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي، وفي المبسوط لأن الاستحلاف يعني عن الخصومة ولا خصم ولا شاهد ، وفي الفصول ولو قال المنكر الشاهد كاذب وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب لا يحلفه .

( قال ) أي القدوري «رح» ( ويستحلف اليهودى بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والنصراني ) أى يحلف النصراني ( بالله الذي أنزل الإنجيل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه الصلاة والسلام) أي لقول النبي ﷺ (لابن صوريا الأعور ـ أنشدك

بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا ــ ولأن اليهودي يعتقد بنبوة موسى عليه السلام ، والنصراني بنبوة عيسى عليه السلام .

---

بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام أن حكم الزنا في كتابكم هذا ) هذا الحديث أخرجه مسلم في الحدود عن عبدالله بن مرة ، عن البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه قال: مر على النبي ﷺ يهودي محمم فدعاهم فقال هكذا أتجدون حد الزنا في كتابكم، فقالوا نعم ، فدعا رجلاً فقال له أنشدك بالله الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم ، فقال اللهم لا ، فلولا انك نشدتني بهذا لم احدثك بحد الزنا في كتابنا الرجم ، ولكنه كثر في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه، وإن أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد فقلنا تعالى فيمتنع على شيء الشريف والضعيف فاجتمعنا على التحميم والرجم، وتركنا الرجم، فقال رسول الله ﷺ اللهم إني أول من أمضى أمرك أفأماتوه فأمر به فرجم .

قاله الشارح ، وهذا الرجل هو عبدالله بن صوريا ، وكان أعلم من بقى منهم بالتوراة وقد صرح باسمه في سنن أبي داوود .

وعن سعد عن قتادة ، عن عكرمة رضى الله عنهم أن النبي ﷺ قال له : يعني لأبن صوريا . الحديث ، وهذا مرسل ، وقال الاترازي « رح » روى في السنن مسنداً إلى البراء ابن عازب ، ثم ذكر الحديث ، وليس كذلك ، بل الحديث في صحيح مسلم كما ذكرناه وإذا أراد بالسنن سنن أبي داود فليس بصحيح ، لأنه في سنن أبي داود معلقاً ، إن أراد غيره فما روي إلا عن جابر رضي الله عنه ، وأبي هريرة رضي الله عنه .

وصوريا بضم الصاد المهملة ، وكسر الراء بالقصر ، وهو اسم أعجمي ، وهو والد عبدالله كما ذكرنا قوله ــ أنشدك ــ من نشد ينشد ، من باب نصر ، وفي المغرب، نشد الضالة طلبها ، ومنه قولهم في الاستعطاف ، نشدتك وناشدتك الله وبالله أي سألتك بالله وطلبت اليك بحقه .

( ولأن اليهودي يعتقد بنبوة موسى ، والنصراني بنبوة عيسى عليهما السلام ) أي

فيغلظ على كل واحد منها بذكر المنزل على نبيه ، ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار ، وهكذا ذكر محمد « رح » في الأصل ويروى عن أبي حنيفة « رح » أنه لا يستحلف أحـــداً إلا بالله خالصاً ، وذكر الخصاف « رح » أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله ، لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين ، لأن كتب الله معظمة ، والوثني لا يحلف إلا بالله ، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ ولئن

---

يعتقد نبوة عيسى عليه السلام ( فيؤكد [١] على كل و حد منهما ) أي من اليهود والنصارى ( بذكر المنزل ) بفتح الزاء ( على نبيه عليه السلام ،ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار ) لأنه يعتقد الحرمة في النار فيمتنع من اليمين الكاذبة ، فيحصل المقصود .

( وهكذا ذكر محمد « رح » في الأصل ) أي في المبسوط ، وكأنه وقع عند محمد«رح» أن المجوس من يعظمون النار تعظيم العباد ، فالمقصود من اليمين ، وهي المنكول ، قال يذكر ذلك في اليمين وبه قال الشافعي « رح » في وجـــه ، وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله ( ويروى عن أبي حنيفة « رح » ) أي أن القاضي ( لا يستحلف أحداً إلا بالله خالصاً ) يعني لما يذكر غير اسم الله تعالى وصفاته ، لا في حق المسلمين ولا في حق الكفار .

( وذكر الخصاف « رح » أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله تعالى،وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها ) أي تعظيم النار ( وما ينبغي أن تعظم ) أي النار ( بخلاف الكتابين ) يعني التوراة والانجيل ( لأن كتب الله تعالى معظمة ) لأن الكتب الأربعة كلام الله عز وجـــل ، وتعظيمها واجب ( والوثني لا يحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون بالله تعالى ، قال الله تعالى ﴿ولئن

---

(١) فيغلظ ـ هامش.

سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ ٢٥ ـ لقمان ، قـــال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها ، بـل هو ممنوع عن ذلك ، قـال ولا يجب تغليظ اليمـــين على المسلم بزمان ولا مكان

---

سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله ﴾ ٢٥، لقمان ) فإن قلت لو كانوا يعتقدون الله تعالى لم يعبدوا الاوثان والأصنام ، قلت إنما يعبدونها تقرباً إلى الله تعالى على زعمهم ، الا ترى إلى قوله تعـالى ﴿ ما نعبدهم إلا ليقربونا الى الله زلفى ﴾ ٣ ، الزمر ، فإذا ثبت أنهم يعتقدون بالله تعالى يمتنعون عن الإقدام على اليمين الكاذبة بالله عز وجـــل فتحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهي النكول .

وفي شرح الأقطع ، وأما الصابئة فإن كانوا يؤمنون بادريس عليـه السلام استحلفوا بالله الذي أنزل الصحف على إدريس عليه‌السلام وإن كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالله الذي خلق الكواكب ، والوثني نسبته إلى عبادة الوثن وهو ما له جثـــة من خشب أو حجر ، أو فضة ، أو جوهر ينحت ، والجمع اوثان ، وكانت العرب تنصبها وتعبدها ، والصبئة جنس من الكفار ، قاله الجوهري ، من صبا إذا خرج من دين إلى دين آخر .

( قال ) أي القدوري « رح» ( ولا يحلفون في بيوت عبادتهم ،لأن القاضي لايحضرها بل هو ممنوع من[1] ذلك ) أي عنـــد الحضور في بيوت عبادتهم ، لأن في تعظيم ذلك المكان ، ففي أي مكان حلفهم جـاز ، وفي الاجناس قال في المأخوذ للحسن ، وإن سئل المدعي القاضي أن يبعث به إلى بيته ، أو كنيته فيحلف هناك فلا بأس أن يحلفــه إذا اتهمه ، وعند أبي خطاب الحنبلي « رح » إن كان لهم مواضع يعظمونها ، ويتوفون أن يحلفوا كذباً حلفوا فيها ، وبه قال مالك « رح » في رواية .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان ) أما التغليظ بالزمان ففي يوم الجمعة بعد العصر ، وأما التغليظ بالمكان فبين الركن والمقام إن كان بمكة وعند قبر النبي ﷺ إذا كان بالمدينة ، وعند الصخرة إن كان في بيت المقدس وفي سائر الجوامع في سائر البلاد .

---

(١) عن ـ هامش .

لأن المقصود تعظيم المقسم به ، وهذا حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك خروج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ،

---

وبقولنا قال أحمد « رح » وقال الشافعي « رح » فيما يستحب التغليظ بمكان وزمان وفي قول يجب التغليظ بها ، وبه قال مالك « رح » في دعوى دم ، ونكاح وطلاق ورجعه وإيلاء ، ولعان وعتق ، وحد ووكالة ، وولاء ، وجناية ، وكل ما ليس بمال والمقصد منه المال حق يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، ومـال كثر ، وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالاً ، ومن الفضة مائتا درهم ، وفيما دون ذلك لا يغلظ في كل قليل وكثير ، ومن به مرض أو زمانة لا يغلظ عليه بالمكان ، وكذا الحائض ، والمخدرة على وجه لا يجب عليها حضور مجلس القاضي ، ويحلف الحائض والمخدرة على باب الجامع ، وفي كتاب التفريع للمالكية ، ويحلف الناس في المساجد ، ولا يحلف عند منبر من المنابر ، إلا عند منبر النبي ﷺ ، ولا يحلف عنده إلا على ربع دينار فصاعداً ، ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد ، وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلاً إن كانت ممن لا تخرج نهاراً .

وفي المستوعب الحنابلة والتغليظ بالزمان بعد صلاة العصر ، أو بين الأذان والإقامة ، ولا تغلظ اليمين إلا فيما له حطم ، مثل الجنايات والحدود والعتاق والطلاق ونحو ذلك وفي المال الذي تجب فيه الزكاة وقيل فيما تقطع فيه يد السارق ( لأن المقصود ) يعني من اليمين ( تعظيم المقسم به ) أي تعظيم المقسم به ( وذلك [1] حاصل بدون ذلك وفي إيجاب ذلك ) أي بدون تعيين الزمان والمكان ( خروج على القاضي حيث يكلف حضورها ) أي حضور بقعة معينة من المكان ، أو ساعة معينة من الزمان ( وهو ) أي الخروج (مدفوع) شرعاً ، فإن قلت استدل الخصم بما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : من حلف عند منبري هذا بيمين كاذبة تبوأ مقعداً من النار ، وبما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوماً يحلفون بين المقام والبيت ، فقال على دم ، فقالوا لا ، قال أفعظيم من المال ، قالوا لا ، قال خشية أن يتهاون الناس بهذا البيت .

---

(١) وهو ــ هامش .

قال ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ، ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه من يباع العين ثم يقال فيه ، ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ، ولا يحلف بالله ما غصبت ، لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال ، لأنه قد يطرؤ عليه الخلع، وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت، ولا يستحلف بالله ما طلقها ، لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل

---

الجواب أن هذا الحديث ليس حديثاً صحيحاً ، وهذا ينافي إطلاق قوله ﷺ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، والتخصيص بالزمان والمكان زيادة عليه بأخبار غريبة لا يعلم صحتها فلا يجوز .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن أدعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحده ) أي أنكره ( استحلف بالله ما بينكما بيع قائم في الحال [1] ، ولا يستحلف بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ) لأنه إذا حلف على البيع يضطر إلى اليمين الكاذبة ،أو إلى تسليم العبد إلى مالكه بالإقالة وكل ذلك ضرر ، هذا هو اليمين على الحاصل على ما يأتي إن شاء الله تعالى ( وفي الغصب ) أي وفي دعوى الغصب إذا أنكر ( يستحلف بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح )على امرأته انه تزوجها فأنكرت هي أو بالعكس ( بالله ) أي يحلف بالله ( ما بينكما نكاح قائم في الحال لأنه قد يطرؤ عليه ) أي على النكاح ( الخلع ) بأن خالعها بعد النكاح .

( وفي دعوى الطلاق ) أي يحلفه في دعوى الطلاق بأن ادعت على رجل أنه طلقها ثلاثاً وهو ينكر ( بالله ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ) وفي بعض النسخ كما ذكرت ( ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد الإبانة فيحلف على الحاصل ) أي

---

(١) فيه ـ هامش .

في هــذه الوجوه ، لأنـه لو حلف على السبب يتضرر المـدعى عليه ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ،أما على قول أبي يوسف يحلف في جميـع ذلك على السبب إلا إذا عرض المدعى عليه بما مـا ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل ،

---

على ثبوت الحكم في الحال ( في هذه الوجوه ) أي الوجوه المذكورة ، وهي دعوى ابتياع العبد والغصب والنكاح والطلاق (لأنه) أي لأن المدعي يتوجه اليمين في هذه الصور (لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا ) أي الحلف على الحاصل في الوجوه المذكورة (قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، أمـا على قول أبي يوسف « رح » يحلف في جميع ذلك على السبب ) لأن اليمين يستوفي حق المدعي فوجب أن تكون مطابقة لدعواه والمدعي يدعي السبب والضابط في الحلف على الحاصل وعلى السبب أن السبب أما هو كان ما يرتفع برافع أولاً فإن كان الثاني والمتحلف على السبب بالإجماع ، وإن كان الأول بأن تضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فكذلك وإن لم يتضرر ويحلف على الحاصل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على السبب عند أبي يوسف « رح » .

( إلا إذا عرض ) أي المدعى عليه ( ما ذكرنا ) يعني من قوله بل يبتاع العين ثم يقال فيه وفي الغصب قد يصح بالهبة وفي النكاح ، وقد يطوى عليه الخلع ، وفي الطلاق قـد يتجددا بعد الإبانة ، ومراده من التعريض هذه الأشياء بأن يقول المدعى عليه أيهاالقاضي الإنسان قد يبيع شيئاً ثم يقال فيـه وكذلك بقية الصور ( فحينئذ يحلف ) أي يحلف القاضي ( على الحاصل ) وقال تاج الشريعة « رح » خلاف التصريح ، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمين الكلام دلالة ليس فيه ذكر كقولك ، ما أقبح البخل ، تعرض بأنه بخيل ، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كقولك فلان طويل النجاد ، كثير رماد القدر ، يعني طويل القامة ومضياف .

ثم قال ويريد به هاهنا المدعى عليه عند عرض اليمين عليه على السبب يعرض بشيء يعرفه القاضي فيحلفه على الحاصل كما إذا ادعى رجل أنه اشترى من هذا هذه الصيغة التي حدها

وقيل ينظر إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه وإن أنكر الحكم يحلف على الحاصل ، فالحاصل هو الأصل عندهما إذا كان سبباً يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ، وذلك مثل أن تدعي مبتوتة نفقة العده والزوج ممن لا يراها ،

---

كذا و انكر المدعي عليه وأراد استخلافه يحلف على الحاصل بالله ما بينكما بيع قائم الساعة ، وقال أبو يوسف « رح » يحلف على السبب بالله ما بعت هذه الصيغة بهذا الثمن الذي يدعى إلا أن يعرض المدعى عليه للقاضي فيقول بيع الرجل بالشيء ، ثم يرجع اليه بإقالة أو بوجه من الوجوه ، ولا يمكنني أن أقر بالبيع ثم ادعى الفتح فحينئذ يحلف على الحاصل .

( وقيل ) قائله شمس الأئمة الحلواني « رح » ( ينظر إلى انكار المدعى عليه إن أنكر السبب يحلف عليه ) أي على السبب ( وإن أنكر الحكم ) بأن قال ليس له علي هذا المال فإن قال ما غصبت ولا استقرضت الذي يدعى ولا شيئاً فيه ( يحلف على الحاصل ) وقال في الذخيرة هو الأحسن ، وعليه عمل أكثر القضاة ، وقال فخر الإسلام « رح » يفوض إلى رأى القاضي ويقول الحلواني « رح » قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه ، وفي وجه كقول أبي يوسف « رح » ( فالحاصل ) أي التحليف على الحاصل ( هو الأصل عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ، وهو أن يقول بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه ( إذا كان سبباً يرتفع برافع ) كالبيع يقال فيه ، والغصب يفسخ بالهبه والنكاح يفسخ بالخلع والطلاق يتجدد فيه بعد الإبانة .

( الا إذا كان فيه ) أي في التحليف على الحاصل (ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع ) وأوضح ذلك بقوله ( وذلك ) أي ترك النظر ( مثل أن تدعى بمثبوته ) أي امرأه مبانة تدعى على زوجها ( نفقة ) أي نفقة العدة ( والزوج ممن لا يراها ) أي من لا يرى نفقة المثبوتة بأن كان شافعي المذهب فانه لا يحلف على الحاصل

أو ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها ، لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وإن كان سبباً لا يرتفع برافع، فالتحليف على السبب بالإجماع، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه ، بخلاف الأمة والعبد الكافر ، لأنه يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه نقض العهد واللحاق ،

---

لأن الزوج يكون صادقاً في اعتقاده ، لأنه لا نفقة لها ، فلا يمنع عن اليمين ، ويكون فيه ترك النظر بل يحلف على السبب لئلا يكون ترك النظر ( إذا ادعى شفعه بالجوار والمشتري ممن لا يراها ) إن كان شافعياً ( لأنه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعى إذا كان (١) سبباً لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالإجماع ) كذلك يحلف على السبب بأن قيل في التحليف على السبب ضرر بالمنكر أيضاً بجواز انه اشترى ولا شفعة بأن سلم أو سكت عن المطلب ، قلنا القاضي لا يجد بداً من الحاق الضرر بأحدهما فكان مراعاة جانب المدعي أولى لأن السبب الموجب للحق هو الشراء وإذا ثبت ثبت له الحق ، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة ، وإن كان ثم أوضح ذلك بقوله ( كالعبد المسلم إذا أدعى العتق على مولاه ) فإنه يحلف بقوله والله ما أعتقت لأن السبب لا ينكرهنا .

( بخلاف الامة ) إذا ادعت على مولاها أنه أعتقها فانه لا يحلف بالله ما أعتقها ، لأنه لا يجوز أن يعتقها ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ، ثم سبيت ولكن يحلف بالله ما أعتقها في الرق القائم في الحال في ملكه هذا ( والعبد الكافر ) أي وبخلاف العبد الكافر فإنه لا يحلف بالله ما أعتقه لأنه تكرر العتق يحلف فيه بأن نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي ويحلف بالله ما اعتقه في الرق القائم في الحال في ملكه .

( لأنه ) أي لأن الشأن انه ( يتكرر الرق عليها ) أي على الأمة ( بالردة واللحاق ) بدار الحرب كما قلنا ( وعليه ينقض العهد واللحاق ) أي يتكرر الرق على العبد ينقض

---

(١) أن كان ـ هامش .

ولا يكرور على العبد المسلم . قال ومن ورث عبـــداً وادعاه آخر يستحلف على علمه . لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على الثبات ،

---

عن كونه ذهب ولحق بدار الحرب ( ولا يكرور ) أي الرق ( على العبد المسلم ) لأنه بعد الحرية لا يستحق رقبة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ورث عبداً وادعاه آخر استحلف على علمه ) هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم أو الثبات ، وصورة المسألة في الجامع لمحمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة رضى الله عنهم في الرجـــل يرث العبد ، فيجيء رجل فيزعم أنه له ، ولا بينة له على أي شيء يستحلف ، قال على علمه ( أنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على الثبات ) وقال شريح وابن أبي ليلى يحلف على الثبات ، وبقولنا قال ابراهيم النخعي والحسن والشعبي رحمهم الله ، والحلف بالعلم أن يحلف بالله ما يعلم أن هذا الشيء الذي في يدك لهذا المدعي والحلف بالثبات أي بالقطع على عـدم الاستحقاق ، والأصل في ذلك أن من ادعى عليه فعل من جهة أو ادعى عليه حتى في شيء استفاده بفعله فإن اليمين إذا وجهت في ذلك كانت على الثبات ، وكل من ادعى عليه فعل غيره أو حق في شيء ملكه بغير فعله فاليمين في ذلك على العلم ، وكلاهما مشروع ، وقال الحلواني هذا أصل مستقيم أي التحليف على فعل الغير في المســـائـــل إلا في الرديء بالعيب فإن المشتري ادعى أن العبـــد سارق أو آبق ، وأثبت اباقته وسرقته في يد نفسه ، أو ادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع وأراد تحليف البائع يحلف على الثبات مـــع أنهما فعل الغير لما أن البائع ضمن بتسليم المبيع تسليماً عن العيب ، فالتحليف يرجع إلى مـــا ضمن بنفسه فيكون على الثبات .

وقيل التحليف على فعل الغير إنما يكون على العلم إذا قال الحالف لا علم لي بذلك ، أما لو قال لي علم بذلك يحلف على الثبات ، ألا ترى أن المودع إذا قال قبض صاحب الوديعة مني فإنه يحلف المودع على الثبات وكذلك الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري ثم أقر

وإن وهب له أو اشتراه يحلف على الثبات لوجود المطلق لليمين ، إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وصفاً وكذا الهبة ، قال ومن ادعى على الآخر مالاً فافتدى يمينه أو صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه

---

البائع أن الموكل قبض الثمن ، وجحد الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه ، ويحلف على الثبات وهذا تحليف على فعل الغير ، ولكن الوكيل يدعي أن له علماً بذلك بأن قال قبض الوكيل الثمن فكان علم بذلك فيحلف على الثبات ، كذا في الفصول وأجيب عليه بأن هذا تحليف على فعل نفسه ، وهو التسليم والرد من حيث المعنى .

( وإن وهب له أو اشتراه يحلف على الثبات ) وهذا من قيمة مسألة الجامع أي وإن وهب لرجل عبداً وقبضه أو اشترى به وجاء رجل يزعم أنه له فإنه يستحلف البينـــة (لوجود المطلق لليمين إذ الشراء سبباً لثبوت الملك وصفاً وكذلك الهبة ) فإن قيل الإرث كذلك أجيب بأن معنى قولـــه سبب لثبوت الملك سبب إختياري فباشره بنفسه فيعلم ما صنع .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن ادعى على الآخر مالا فافتدى يمينه أو صالحه منه ) أي من يمينه ( على عشرة دراهم فهو جائز وهو ) أي افتدى اليمين ( مأثور عن عثمان رضى الله عنه ) قال الأترازي « رح » روى اصحابنا في شرح الجامـــع الصغير عن عثمان رضى الله عنه أنه دفـــع المال ولم يحلف ، قلت قال البيهقي فى كتاب المعرفة ، في كتاب أدب القاضي ، قال الشافعي « رح » بلغني أن عثمان بن عفان رضى الله عنه ردت عليه اليمين فافتداها بمال ثم قال أخاف أن يوافق قدري فيقال هذا يمينه .

وفي كتاب المخرج لأبي الوليد « رح » بإسناد صحيح عن الشعبي وفيه إرسال أن رجلا استقرض من عثمان بن عفان رضى الله عنه سبعة آلاف درهم ، فلما تقاضاه قال له إنما هي أربعة آلاف فخاصمه إلى عمر رضي الله عنه ، فقال تحلف أنهـــا سبعة آلاف ، فقال عمر

وليس له أن يستحلفه على تلك اليمين أبداً ، لأنه أسقط حقه .

---

رضى الله عنه انصتحك [1] فأبى عثمان رضى الله عنه أن يحلف، فقال له عمر خذهاأعطاك وقال الكاكي « رح » إختلفت روايات الكتب أن عثمان رضى الله عنه كان مدعى عليه من ذلك المال ادعيا في الفوائد الظهيرية كان مدعى عليه فافتدى يمينه فقال ، أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه .

وفي المبسوط ذكر أنه كان مدعياً ، فادعى مالاً للمقداد ، قلت الاول هو الصحيح ( وليس له ) أي للمدعي ( أن يستحلفه ) أي المدعى عليه ( على تلك اليمين أبداً لأنه سقط حقه ) أي بالصلح والإفتداء .

★ ★ ★

---

(١) هكذا وردت في الأصل .

## باب التحالف

قال إذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى أحدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه ، أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشترى أكثر منه وأقام أحدهما البينة قضى له بها ، لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى ، والبينة أقوى منها ، وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى ، لأن البينات للإثبات ولا تعارض في الزيادة

---

( باب التحالف )

أي هذا باب في بيان التحالف بين الاثنين ولما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان اليمين [1] بين الاثنين ، والاثنان بعد الواحد في الوجود .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمناً وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع ) بأن قال كر من الحنطة ( وادعى المشترى أكثر منه ) بأن قال كران ( وأقام أحدهما البينة قضى له بها ) أي بالبينة ( لأن في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها ) لأنها توجب الحكم على القاضي والدعوى لا توجبه ( وإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لأن البينة للاثبات ولا تعارض في الزيادة ) لأن البينة المثبتة للأول للأقل لا تتعرض للزيادة فكانت بالبينة المثبتة للزيادة سألت عن المعارض .

---

(١) غير موجودة في الأصل وأضيفت لإكمال المعنى ، أ هـ مصححه .

ولو كان الإختلاف في الثمن والمبيع جميعاً فبينة البائع أولى في الثمن، وبينة المشترى أولى في المبيع نظراً إلى زيادة الإثبات، وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة، قيل للمشتري إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع وقيل للبائع إما إن تسلم ما ادعاه المشترى من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ، فإذا علما به يتراضيان، فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر، وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس، لأن البائع يدعى زيادة الثمن، والمشترى ينكرها، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل

---

( ولو كان الاختلاف في الثمن والبيع جميعاً فبينة البائع اولى في الثمن، وبينة المشترى اولى في المبيع نظراً إلى زياده الإثبات ) بأن قال البائع بعتك هذه الجارية واحدها بمائة دينار وقال المشتري بعني مع هذا الوصف بخمسين ديناراً وأقام البينة، وقيل هذا قول أبي حنيفة « رح » آخراً وكان يقول اولا وهو قول زفر « رح » يقضى بهما للمشترى بمائة وخمسة وعشرين ( وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشترى إما أن ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا البيع، وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري من البيع وإلا فسخنا البيع لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لأنه ربما لا يرضيان بالفسخ فإذا علما به يتراضيان) من المشتري وإلا فسخنا المبيع جميعاً للمشترى بمائة دينار، فإذا علم به، أي بالفسخ يتراضيان، أي ما ادعي كل واحد منهما.

( فإن لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض ) أي قبل قبض المشتري السلعة ( على وفاق القياس لأن البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها، والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل

واحد منهما منكر فيحلف فأما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشترى لا يدعي شيئاً، لأن المبيع سلم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشترى ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام إذ اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ، **قال** ويبتدىء بيمين المشتري وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمهما الله أخذاً ورواية عن أبي حنيفة وهو الصحيح ،

---

واحد منهما منكر ) لأن المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه أي قطع المنازعة لانها ربما تراضيا فانفسخ ، واليمين على من أنكر يالحديث المشهور ( فيحلف ) أي فاما تحالف البائع والمشتري ( فإما بعد القبض فمخالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئاً لأن المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفي بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو ) أي قول النبي ﷺ .

( قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا ) بهـــذا الحديث روي عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه من طرق ، وقال المنـــذري « رح » روى هذا الحديث من طرق عن عبدالله بن مسعود « رح » وكلها لا تثبت وقد وقـع في بعضها إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه ، وفي لفظ والسلعة قائمة وهو لا يصح فإنه من رواية ابن أبي ليلى «رح» وفي بعض طرقه انقطاع ، وفيه عبد الرحمن بن قيس «رح» وهو مجهول الحال ، وفي بعض الطرق عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود وهو لم يسمع من أبيه ، وقيل إنه من قول بعض الرواة والعجب من بعض شراح الهداية أنه يقول هـذا الحديث صحيح مشهور .

( قال ) أي القدوري « رح » (ويبتدىء ) أي القاضي ( بيمين المشترى وهذا قول محمد وأبي يوسف رحمها الله أخذاً ورواية عن أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح ) احترز به عن قول أبي يوسف « رح » الأول ورواية عن أبي حنيفة « رح » أنه يبتدأ بيمين البائع وقال الكاكي « رح » وصححه ، قال زفر والشافعي « رح » وقال الأترازي عن زفر

لأن المشتري أشدهما انكاراً ، لأنه يطالب أولاً بالثمن ، أو لأنه يتعجل فائدة النكول . وهو إلزام الثمن ولو بـــدأ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيــع إلى زمان استيفاء الثمن، وكان أبو يوسف « رح » يقول أولاً يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع ،

---

يبدأ بيمين البائع ، كذا في التقريب ، وقال أصحاب الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال ، إحداها يبدأ بيمين البائع ، والثاني يبدأ بيمين المشتري ، والثالث الحكم بالخيار ، ومنهم من قال يبدأ بيمين البائع بكل حال ، كذا في شرح الأقطع .

وقال القدوري في شرح كتاب الإستحلاف وهو أن المشتري إن كان ابتدأ بالخصومة وادعى على البائع ابتداء الخصومة وادعى على المشتري ابتدأ بيمين المشتري (لأن المشتري أشدهما إنكاراً لأنـــه يطالـب اولا بالثمن ) فيكون بادئاً بالإنكار ، والبادىء أظلم ( أو لأنه يتعجل فائدة النكول ) واليمين شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفي في النكول .

( وهو ) أي التعجيل بفائدة النكول ( إلزام الثمن ) والبائـــع يتأخر فائدة ، لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن ، وهو معنى قوله ( ولو بدأ ) أي القـاضي ( بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان استيفاء الثمن ) لأنه يقـال أمسك المبيع حتى يستوفى الثمن ، فكل تقديم ما تعجل فائدته بالنكول أولاً ( وكان أبويوسف « رح » يقول أولا يبتدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ .

( إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع) هذا الحديث رواه أبو داود عن الأعمش عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد عن أبيه عن جده أن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه باع إلى اشعب بن قيس رقيقـاً من رقيق الخمس بعشرين الف درهم ، فأرسل عبدالله اليه ثمنهم فقال إنما أخذتم بعشرة آلات ، فقال عبدالله إن شئت حـدثتك بحديث سمعته من رسول الله ﷺ يقول إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول قول رب السلعة يتساويان

خصه بالذكر وأقل فائدته التقديم وإن كان بيــــع عين بعين ، وثمن بثمن ، بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما ، وصفـــة اليمين أن يحلف البائـــع بالله ما باعه بألف ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ، ولقد اشتراه بألف ، بضم الإثبات إلى النفي تأكيداً ،

---

ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه ، وقال ابن القطان وفيــــه انقطاع بين محمد بن الاشعث وابن مسعود ، رضي الله عنه ، ومع الإنقطاع عن عبد الرحمن ابن الاشعث مجهول .

وأخرجه الترمذي رضي الله عنه عن عون بن عبدالله بن عيينه ، عن ابن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ، والمبتاع يختار وقال حديث مرسل ، فإن عون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود .

وجه الاستدلال أنه عليه السلام (خصه بالذكر ) أي خص البائع بالمذكور حيث جعل القول قول البائع ( وأقل فائدته التقديم ) أي أقل أقوال بهذا التخصيص أن يقيد التقديم ، وأجاب الأقطع بأنه إنما خص البائع بالذكر لأن بينة المشترى معلومة لا يشكل ، لقوله عليه السلام واليمين على من أنكر ، وقد مضى فسكت عليه السلام عما تقدم بيانه ، وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه .

( وإن كان بيع عين بعين ) وهو المقايضة ( أو ثمناً بثمن ) وهو الصرف ( بدأ القاضي بيمين أيها شاء لاستوائها ) أي في فائدة النكول وبه قال الشافعي رحمه الله في كل البيوع فوجهه ، وإنما ذكر المصنف « رح » هذا تفريعاً على مسألة القدوري .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع ( وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ، قال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بألف ، ولقد باعه بألفين، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف، بضم الإثبات إلى النفي

وإلا صح الإقتصار على النفي ، لأن الايمان على ذلك وضعت ، دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً ، قال فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا يتفسخ بنفس التحالف .

---

تأكيداً ) بيانه أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ربما يحلف ويكون باراً في يمينه ، فلقد اشتراه بألف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة ، وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف ربما يحلف ويكون صادقاً لجواز انه باعه بألف درهم فيبطل حق المشتري ( والأصح الاقتصار على النفي لأن الأيمان على ذلك وضعت ) أي على النفي وضعت على الإثبات كالبينات وضعت على الإثبات .

( دل عليه ) أي انه وضعت على النفي ( حديث القسامة بالله ماقتلتم ولا علمتم له قاتلاً) وسيأتي حديث القسامة في بابه إن شاء الله تعالى .

( قال ) أي القدوري ( فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما ) هذا كلام القدوري (١) وقال المصنف « رح » ( بذا يدل على أنه ) أي أن المبيع ( لا ينفسخ بنفس التحالف ) ما لم يفسخ القاضي، وبه صرح في كتاب الاستحلاف لأبي حازم القاضي حيث قال إذا تحالفا فسخ الحاكم البيع، ولم ينفسخ بالتحالف،وقال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي،فإن حلف القياس ، ان يلتزم البيع للمشتري بما قال ، وفي الاستحسان يترادان ولا ينفسخ البيع بينهما بنفس التحالف ما لم يفسخ الحاكم بينهما حتى أن أحدهما لو أراد أن يلتزم البيع بما قال صاحبه قبل فسخ الحاكم كان له ذلك ، وقال بعضهم بنفس التحالف ينفسخ والأول أصح انتهى .

وقال الإمام الناصحي « رح » في تهذيب أدب القاضي وإن حلفا لا ينقض القاضي المبيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما لأن الفسخ حق لهما بدليل قوله عليه السلام إنه قال : تحالفا وترادا .

---

(١) لم يفسخ القاضي — هامش .

لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلاً فلم يبق دعواه معارضاً لدعوى الأخر فلزم القول بثبوته قال وإن إختلفا في الاجل أو في شرط الخيار أو في إستيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلافاً في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء وهذا لأن بانعدامه

---

( لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعاً للمنازعة ) بينهما ( أو يقال إذا لم يثبت البدل ) للتعارض ( يبقى بيعاً بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد ) والاختلاف في البدل يوجب الاختلاف في العقد لأن كل واحد منهما ادعى عقداً غير الذي أدعاه الأخر فكان البيع مجهولاً لجهالة البدل (قال) أى القدوري « رح » (وان نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر ) وقال المصنف « رح » ( لأنه جعل باذلاً ) فيصح البدل في الأعراض ( فلم تبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته ) لعدم المعارض .

( قال ) أي القدوري « رح »(وان إختلفا في الأجل ) أى في أصله أو قدره ( أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن ) وكذا لو اختلفا كل الثمن ( فلا تحالف بينهما ) عندنا ، وبه قال أحمد وقال زفر والشافعي ومالك « رح » تحالف ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالاجماع ( لأن هذا ) أي الاختلاف في الاصل أو شرط الخيار استيفاء بعض الثمن ( اختلافاً في غير المعقود عليه ) وهو البيع ( والمعقود به ) وهو الثمن (فأشبه الاختلاف في الحط ) أى في الحط من الثمن ( والابراء ) أي من الثمن وفيهما لا يجب التحالف فكذا .

( وهذا ) إشارة إلى قوله واختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به (لأن بانعدامه )

لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الإختلاف في وصف الثمن أو جنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن لان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما يثبتان بعارض الشروط

---

أي بانعدام الأجل ( لا يختل ما به قوام العقد ) لأن الأجل وشرط الخيار أمر زائد في العقد لأن العقد يصح بدونهما ولهذا لو اختلفا في الثمن فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف درهم والاخر بالدنانير لا يقبل ، ولو اختلفا في الاجل فشهد أحد الشاهدين بالبيع بألف إلى شهر والاخر بالبيع بالف يقبل ويقضى بالبيع بألف حالة ، وكذلك لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار ثلاثة أيام والاخر شهد أنه باعه ولم يذكر الخيار جازت الشهادة ( بخلاف الاختلاف في وصف الثمن ) أي في جودته ورداءته ( أو جنسه ) وهو كون الثمن دراهم أو دنانير ( بحيث [1] يكون بمنزلة الاختلاف في القدر ) أي في قدر الثمن ( في جريان التحالف ) أى في وجوبه ( لان ذلك ) أي الاختلاف في الوصف والجنس ( يرجع إلى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ) بأنه جيد أو رديء أو وسط .

( ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف ) بل هو أصل بنفسه لكنه يثبت بواسطة الشرط وأوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن الثمن موجود بعد مضيه ) أي بعد مضي الاجل فلا يسقط بسقوط الاجل .

( قال ) أي القدوري « رح » ( والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه ) لانهما إذا لم يتحالفا يكون القول قول المنكر لان ذلك أمر عارض والقول قول المنكر في العوارض وهو معنى قوله ( لانهما ) أى لان الاجل والخيار ( يثبتان بعارض الشرط) يعني

---

(١) حيث ـ هامش .

والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» والقول قول المشتري وقال محمد «رح» يتحالفان وينفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي . وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يقدر على رده بعيب لهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره

---

بشرط عارض على أصل العقد ( والقول لمنكر العوارض ) وهذا ظاهر الرواية .

وعن أبي حنيفة « رح » أن القول قول من يدعي الخيار كذا في التحليف لانه ينكر له عن ملكه أو وجوب الثمن عليه ( قال ) أي القدوري « رح » ( فان هلك المبيع ) بعد قبض المشتري ( ثم اختلفا ) يعني في مقدار الثمن ( لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » والقول قول المشترى ) مع يمينه ، وبه قال مالك « رح » في رواية وأحمد « رح » في رواية .

( وقال محمد « رح » يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك ) يعنى بعد التحالف يترادان العقد بالقيمة ( وهو قول الشافعي « رح » وقول مالك « رح »)في رواية وقول أحمد « رح » في رواية .

ولمالك أربع روايات ، إذا اختلفا في مقدار الثمن إثنان ما ذكرنا ، والثالثة يتحالفان قبل قبض المشتري السلعة والرابعة يتحالفان بعد القبض ما لم يبرهنا .

( وعلى هذا ) أي وعلى هـذا الخلاف ( إذا خرج المبيع عن ملكه ) أى عن ملك المشترى بالبيع أو بالهبة ( أو صار ) أى المبيع ( بحال لا يقدر ) أى المشتري ( على رده بالعيب[1] ) أى بحدوث المعيب فيه في يده ( لهما ) أى لمحمد والشافعي « رح » ( أن كل واحد منهما ) أى من المتعاقدين ( يدعي على غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره) لأن كل واحد منهما مدعي ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً ينكره البائع .

---

(١) بعيب ـ هامش .

وأنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وأبي يوسف « رح » أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يقضي إلى الفسخ

---

( وأنه ) أي وأن التحالف ( يفيد دفع زيادة الثمن ) عن المشترى لو نكل البائع فلا يدفع المشترى زيادة على ما اعترف به المشتراة ، حينئذ فما فائدة تحليف البائع قلنا لم يحصل فيكون مفيداً ، وقال الكاكي « رح » هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف عندك ، فان فائدته الترداد وامتنع التراد بالهلاك .

فقال بل فيه فائدة وقع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري ، فإن قيل هذا يحصل بتحليف المشتراة ، حينئذ فما فائدة تحلف البائع قلنا لم يحصل المشتري ، فان المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه البائع ، والبائع إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع، فإذا كان كذلك ( فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ) بأن ادعى احدهما الدنانير والآخر الدراهم بعد هلاك المبيع يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة .

( ولأبي يوسف وأبي حنيفة « رح » أن التحالف بعد القبض ) أي بعد قبض السلعة ( على خلاف القياس لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه ) ولا يدعي على البائع شيئاً ينكره لأن المبيع مملوك له سلم اليه باتفاقهما ( وقد ورد الشرع به ) أي بالتحالف ( في حال قيام السلعة ) فلا يتمدى إلى حال هلاك السلعة ، لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها لأن عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما ، فإنه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه،وبعد الهلاك لم يحصل ذلك إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالاقالة وبالرد بالعيب بعد الهلاك فكذا بالتحالف .

( والتحالف فيه ) أي في حال قيام السلعة ( يقضي إلى الفسخ ) وهذا جواب عما يقال ان لم يتعد إلى غيره يلحق به بالدلالة ، فاجاب بقوله والتحالف فيه يقضي إلى

ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانـــه لا يبـالي بالأختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعي من الفائدة مـا يوجبه العقـد وفائدة دفـع زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا

---

الفسخ فيندفع به الضرر عن كل واحد منهما كما ذكرنا الآن ( ولا كذلك بعد هلاكها ) أي بعد هلاك السلعة ( لارتفاع العقد ) بالهلاك ( فلم يكن في معناه ) فبطل الالحاق بالدلالة ( ولأنه لا يبالي ) هذا جواب عن قولهما أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول بموجب العلة ، أي سلمنا ذلك لكن لا يضرنا فيما نحن فيـه لأنه لا يبالي ( باختلاف في السبب بعد حصول المقصود )وهوسلامة المبيع للمشتري حيث سلم لهوهلك على ملكه ، وليس يدعي على البائع شيئاً ينكره ليجب عليه اليمين .

قال الأكمل رحمه الله ونوقض بحال قيام السلعة وبما إذا اختلفا بيعاً وهبة فإن في كل منهما المقصود وحاصل التحالف موجود لاختـــلاف السبب ، وأجيب عن الأول ثبوته بالنص على خلاف القياس وعلى الثاني ما بأنه على الاختلاف ، والمذكور في بعض الكتب قول محمد « رح » (وإنما يراعى ) جواباً عن قولهما وأنه يفيد دفـــع زيادة الثمن تقديره المراعاة ( من الفائدة ) التي يثبت من ( ما يوجبه العقد ) .

والفائدة التي قال أليست من موجبات العقد ، والمراد من موجبات العقد ما لا يكون للعقد وجود بدونه ، والذي ذكراه من موجبات النكول والنكول من موجبات التحالف والتحالف ليس من موجبات العقد فلا يترك ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه وفيه نظر لأنا قد اعتبرنا حال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجباته ، وهو ملك المبيع وقبضه ، وفيه نظر لانا قد اعتبرنا حـــال قيام السلعة فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب أنه يثبت بالنص على خلاف القياس .

(وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته)من تتمة الجواب العقد لأن العقد لا يحتاج لأن فائدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البائع ( وهذا ) أي هذا الاختلاف ( إذا

كان الثمن ديناً فإن كان عيناً يتحالفان لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة « رح » إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك

---

كان الثمن ديناً ) ثابتاً في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والموصوفة الثابتة في الذمة ( فإن كان عيناً ) فان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين (يتحالفان لأن المبيع أحد الجانبين قائم فيوفر فائدة الفسخ ) أي الرد ( ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل أو قيمته ) أي أو يرد قيمته ( إن لم يكن له مثل ) كالحيوان فيما إذا تبايعا حيواناً بحيوان .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن هلك أحد العبدين ) يعني باع الرجل عبدين صفقة واحدة وقبضهما المشتري فهلك أحدهما ( ثم اختلفا في الثمن) فقال البائع بعتهما منك بألفي درهم وقال المشتري اشتريتها منك بألف درهم ( لم يتحالفا عند أبي حنيفة « رح » إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك ) والهلاك على نوعين ، هلاك العبد والطعام إذا أكله والثوب إذا احترق وذلك مما يوجب الفوات ، وهلاك حكمي وهو أن يخرج من ملكه كله أو بعضه ، وخروج البعض من ملكه كخروج الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » .

**وعند محمد رحمه الله خروج الكل من ملكه لا يسقط التحالف كذلك خروج البعض ، فإذا تحالفا أن خروج الكل من ملكه فعلى المشتري رد القيمة ، ومثله ان كان** مثلنا وان خرج البعض فان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر ويكون التبعيض عيباً فالبيع بالخيار بعد التحالف إن شاء أخذ الباقي وقيمة الهلاك وإن شاء رد الثاني وأخذ قيمته وان لم يكن في تبعيضه ضرر، وليس التبعيض بعيب فللبائع أن يأخذ الباقي وقبل الغائب وإن عاد إلى ملكه ثم اختلفا ينظر ان كان العود فيتحالفان ويستردان العين ، وإن عاد بحكم ملك جديد لا يتحالفان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ، وقال يتحالفان ويترادان القيمة دون العين .

وفي الجامع الصغير، القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة «رح» إلا أن يشاء البائع أن يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك، وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد «رح» يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى، ولأبي يوسف «رح» إن امتناع التحالف للهلاك فيقدر بقدره، ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة، وهي أسم لجميع أجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها، ولأنه

---

(وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة «رح» إلا ان يشاء البائع) إلا ان يرضى البائع (ان يأخذ العبد الحي ولا شيء له من قيمة الهالك) أي من ثمن الميت (وقال أبو يوسف يتحالفان في الحى ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك، وقال محمد «رح» يتحالفان عليها ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده) أي عند محمد «رح» **فهلاك البعض أولى**) والجواب ان هلاك البعض محمول إلى معرفة القيمة بالحرز وذلك يحل في القسمة عليه فلا يجوز.

(ولأبي يوسف «رح» أن امتناع التحالف للهلاك) أي لأجل هلاك احد العبدين (فيتقدر بقدره) أي فيقدر الإمتناع بقدر الهلاك لأن الحكم لا يزيد على العلة، والجواب عنه هو الجواب المذكور.

(ولأبي حنيفة «رح» أن التحالف) بعد القبض يثبت (على خلاف القياس في حال قيام السلعة) لما عرف ان البائع غير منكر وانما يثبت بالسنة وورد عند قيام السلعة (والسلعة اسم لجميع اجزائها) يعني اسم لجميع اجزاء المبيع (فلا تبقى السلعة بفوات بعضها) لأن بفوات بعضها يفوت الشرط فذلك الحكم الذي تعلق به غير معقول (ولأنه).

لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلاً لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان . **وهذا** تخريج بعض المشايخ « ره » ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف

---

قال الكاكي « رح » هذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » أي ولأن الشأن ( لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار **حصته** من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة ) باعتبار القيمة ( وهي ) أي القيمة ( تعرف **بالحزر** والظن فيؤدي إلى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز ) فإن قيل يشكل على أبي حنيفة «رح» ما لو أقام القصار بعض العمل ثم اختلف في الاجرة ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه ، **وفي حصة ما بقي يتحالفان** بالإجماع اعتباراً للبعض بالكل ، واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض ، فينبغي أن يبقى التحالف عنده .

قلنا عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة يتحد العقد بحسب ما يتم من العمل فبان تعذر فسخه ، في البعض لا يتعذر الفسخ في الباقي ، واما عقد البيع في العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي .

( إلا ان يرضى ) أي البائع ( ان يترك حصة الهالك اصلا ) لأنه الهالك كأن لم يكن وكأن العقد يصير لم يكن إلا على القائم ( لأنه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد ) فإذا كان كذلك الامر ( فيتحالفان ) كما هو الحكم في الاختلاف عند قيام السلعة ، وهذا إشارة إلى قوله لأنه حينئذ .. الخ وفيه إشارة ايضاً إلى اختلاف المشايخ في الاستثناء المذكور في الجامع الصغير في قوله إلا ان يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له فالذي ذكره قول عامة المشايخ إشار اليه بقوله ( وهذا تخريج بعض المشايخ ويصرف الاستثناء ) المذكور في الجامع الصغير ( عندهم إلى التحالف ) .

كما ذكرنا ، وقالوا إن المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً ، وقـال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة على قول هؤلاء لاينصرف الإستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري

---

بيانه انهم قالوا الاستثناء عندهم إلى التحالف أى لا يتحالفان عند أبي حنيفة « رح » إلا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي ولا يأخذ شيئاً من ثمن الهالك اصلا فيتحالفان لانه حينئذ صار المبيع كل الحي ( كما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابله القائم ويحتاج الهلاك عن العقد ويتحالفان .

( وقالوا ) أي بعض المشايخ « رح » ( إن المراد من قوله ) أى من قول محمد « رح » ( في الجامع الصغير ) في رواية عن يعقوب « رح » عن أبي حنيفة « رح » إلى ان يشاء البائع ( يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً اصلا ) .

كما ذكرنا انه حينئذ جاز المبيع كل الحي ( وقـال بعض المشايخ ) وهم مشايخ بلخ « رح » ( يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشترى وإنما لا يأخذ الزيادة ) مع اليمين إلا ان يشاء البائع ان يأخذ الحي فلا يضمنه شيئاً مما يدعي من الزيادة من الثمن في حق الميت بل يأخذ ما يقر به المشترى ، وحينئذ لا يحلف المشترى لان الاستحلاف انما شرع في حق المشترى إذا كان ينكر ما يدعيه البائع في الزيادة ، فإذا ترك البائع دعوى الزيادة فلا حاجة إلى استحلاف المشترى .

( وعلى قول هؤلاء ) أي قول بعض المشايخ الذين ذكرهم ( لا ينصرف الإستثناء ) وهو قوله إلا ان يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له ( إلا يمين المشتري ) معناه أن البائع يأخذ الحي صلحاً على ما يدعيه من الزيادة قبل المشتري ، فيجعل صلحها وعلى هذا العبد كصلحها على عبد آخر وصار تقديره على قولهم إلا أن يأخذ البائع الحي ولا يأخذ شيئاً آخر فحينئذ لا يحلف المشتري ( لا الى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ) .

ثم تفسير التحالف على قول محمد « رح » ما بيناه في القائم وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما ادعيا الفسخ يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف « رح » والصحيح أنه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف يفسخان البيع في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري

---

وقال شيخ الإسلام هذا لا يقوى لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان كذلك لكان معلقاً بمشيئتهما ( ثم تفسير التحالف على قول محمد « رح » ) لما كان قول أبي حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير ففسره على قولهما ( ما بيناه في القائم ) أي في المبيع الباقي أراد به ما ذكره بقوله وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف الخ .

( وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء ) يعني من الثمن ( فادعى احدهما الفسخ او كلاهما ادعيا [1] الفسخ يفسخ العقد بينهما ويرد الباقي وقيمة الهالك ) أي ويرد قيمة الهالك والقول في قيمة المشتري لأن البائع يدعي زيادة قيمته وهو ينكر فيكون القول له كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد ( واختلفوا في تفسيره ) أي اختلف المشايخ في تفسير التحالف ( على قول أبي يوسف « رح » ) فيتحالفان في القائم دون الهالك .

قال بعضهم يتحالفان على القائم لأن العقد ينفسخ في حقه لا غير ( والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع ، فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه ) أي البائع ( دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد [2] في القائم وسقط حصته ) القائم ( ويلزم المشتري

---

(١) يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي . (٢) البيع .

حصة الهالك ويعتبر قيمتها في الانقسام يوم القبض. وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وأيهما اقام البينة يقبل بينته

---

حصة الهالك ) من الثمن الذي اقر به المشتري ولا يلزمه قيمة الهالك ( ويعتبر قيمتها ) أي قيمة الهالك وقيمة الباقي ( في الانقسام يوم القبض ) فإن اتفقا أن قيمتها يوم القبض كانت على السواء لزم المشتري نصف الثمن الذي اقر به وسقط نصفه ، وإن تصادقا أن قيمتها كانت على التفاوت يسقط في الثمن بقدر قيمة الهالك .

( وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض ) فقال المشتري كانت قيمته يوم القبض خمس مئة ، وقيمة القائم يوم القبض كانت الفاً ، وقال البائع على عكس هذا ( فالقول قول البائع ) لأن البائع ينكر سقوط زيادة الثمن والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب الثمن فكان البائع متمسكاً بالأصل كذا في الجامع قاضيخان فإن قيل مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتها يوم العقد حتى قال محمد « رح » قيمة الأم تعتبر يوم القيمة ، وقيمة الزيادة يوم الزيادة ، وقيمة الولد يوم القبض ، لأن الأم صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة والولد بالقبض وكل واحد من بينهما صار مقصوداً بالعقد فوجب اعتبار قيمتها يوم العقد لا يوم القبض .

وفي الفوائد الظهيرية فهذا إشكال هائل أوردته على قوم تحرير فلم يهتد أحد إلى جوابه ثم قال والذي يخايل لي بعد طول الجسم فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً بالعقد وفيما نحن فيه تحقيق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصوداً لعقد وهو التحالف أما في الحي فظاهر وكذا في الميت لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد « رح » حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف ويجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض ( وايهما اقام البين يقبل بينته ) لأنه نور دعواه بالحجة .

وإن أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل فيما إذا اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده ، وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ، والبائع ينكره والقول قول المنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه ،

---

(وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى) لأنه أكثر إثباتاً بالزيادة في قيمة الهالك ولا معتبر لدعوى المشترى زيادة في قيمة القائم لانها ضمينته والاختلاف المقصود وهو ما كان في قيمة الهالك .

ثم ذكر المصنف « رح » ما هو على قياس القول ( وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل ) أي المبسوط وهو قوله ( فيما إذا اشترى عبدين وقبضهما ) ولم يرد الثمن ( ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر ، عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما ) أي قيمة العبدين ( فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما، ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك ينكره، والقول قول المنكر وإن أقاما البينة ، فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك ) والبينات شرعته للاثبات فما كان أكثره إثباتاً كان أولى ( وهذا ) أي اعتبار يمين البائع وبينة ( الفقه ) أي المعنى، وبين الفقه بقوله وهو أن في الايمان يعتبر الحقيقة الخ .

كذا أقره الاترازي « رح » وقال الكاكي «رح» قوله وهذا الفقه أى قول أبي يوسف

وهو أن في الايمان تعتبر الحقيقة لانها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الأمر عليها ، والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ، والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ، وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف « ره »

قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان

---

«رح » في أن القول قول البائع والبينة بينته ، وقال الأكمل « رح » وقال تاج الشريعة « رح » قوله وهذا الفقه الخ ، يعني أن في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر فانه يدعي زيادة القيمة للهالك فتكون البينة بينته . قلت هذا هو المناسب لما ذكره المصنف « رح » بقوله ( وهو ) أى الفقه ( أن في الايمان تعتبر الحقيقة ) أى حقيقة الحال (لأنها ) أى لأن البينة ( تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الأمر عليها ) أى على حقيقة الحال ( والبائع منكر حقيقة ) لأنه ينكر سقوط الزيادة ( فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما ) أى في حق الشاهدين ( والبائع مدع ظاهراً فلهذا تقبل بينته أيضاً وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر ) وهو قوله لأنه أكثر ثباتاً ظاهراً ( وهذا ) أى الذي ذكره بيوع الأصل بيعه ( يبين لك معنى ما ذكرنا من قول أبي يوسف « رح » ) من تفسيره في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير .

( قال ) أى قال محمد في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية) بألف درهم(وقبضها) أى قبض الجارية ( ثم تقايلا ) أي المبيع حال قيام الجارية ( ثم اختلفا في الثمن ) بأن قال المشترى كان الثمن الفاً فعليك أن ترد الالف ، وقال البائع كان خمسمائة فعلي رد الخمسمائة ( فانهما يتحالفان ) لأن الاقالة بمنزلة بيع جديد في حق الشرع وقطع المنازعة

ويعود البيع الأول ، ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص ، لأنه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين ، وإنما اثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ، ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري

---

حق الشرع ( ويعود البيع الأول ) حتى يكون حق البائع في الثمن وحق المشترى في المبيع كما كان قبل الاقالة ، ولا بد من الفسخ سواء فسخاها بانفسهما أو فسخا لانها كالبيع لا ينفسخ إلا بالفسخ ونحن ما أثبتنا .

هذا جواب عما يقال النص لم يتناول الأقامة فما وجه جريان التحالف فيها . فأجاب بقوله ( ونحن ما أثبتنا فيه ) أى في التقابل ( التحالف بالنص لأنه ) أى لأن النص هو قوله عليه السلام إذا اختلف البيعان تحالفا وترادا (ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين ) بيع في حق غيرهما ، فإذا كان كذلك ما أثبتناه بالنص ( وانما اثبتناه ) أى التحالف ( بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض ) أى قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة ، وصار التحالف معقولاً وهو معنى قوله ( والقياس يوافقه على ما مر ) أى في أول الباب ( ولهذا ) توضيح لقوله وإنما أثبتناه بالقياس ( نقيس الاجارة على البيع قبل القبض ) يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة ( والوارث على العاقد ) يعني وارث البائع والمشترى إذا اختلفا في الثمن يجرى التحالف بينهما وبه قالت الأئمة الثلاثة .

( والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى ) يعني إذا استهلك غير المشتري العين المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان في الثمن قبل القبض يجرى التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عندنا تبعاً لعين المشترى لكون النص إذ ذاك معقول المعنى .

وقال الاترازي قوله والقيمة على العين فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشترى

ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ره » خلافاً لمحمد « ره » لأنه يرى النص معلولاً بعد القبض أيضاً ، قال ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم إختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع

---

وهذا في النسخة المقابلة بنسخة المصنف « رح » وفي بعض النسخ فيما إذا استهلك المشترى يعني بفتح الراء وفي بعضها فيما إذا استهلك المبيع .

وقال الإمام حافظ الدين الكبير البخاري « رح » على حاشية كتابه الصحيح استهلك المشترى بضم التاء على بناء المفعول والمشترى على صيغة المفعول أى نقيس قيمة المشترى المستهلك الذى استهلك في يد البائع وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل البعض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها ( ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » خلافاً لمحمد «رح» لأنه ) أى لأن محمد «رح» ( يرى النص معلولاً بعد القبض ايضاً ) لأنه معلول بوجود الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر ، وهذا المعنى لا يتفاوت بين كون المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض .

( قال ) أي محمد « رح » ( ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ) بضم الكاف وتشديد الراء وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وقال الازهري الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع وهو ثلاث ليلحات ، قال وهو من الحساب إثني عشر وسقاً ، والوسق ستون صاعاً ( ثم تقايل ) أي السلم ( ثم اختلفا في الثمن ) يعني رأس المال ( فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم ) مع يمينه لأن رب السلم يدعي زيادة وهو ينكر وإلا يتحالفان ( لأن الأقالة في باب السلم لا تحتمل النقض ) أي الفسخ ( لأنه ) أي الاقالة على تأويل التقائل ( اسقاط) للمسلم فيه وهو دين والدين الساقط لا يعود ( فلا يعود السلم ) .

( بخلاف الإقالة في المبيع ) فإنها تحتمل الفسخ فيعود المبيع لكونه عيناً إلى المشتري

ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما . قال وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة ، معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته أن لم تكن لها بينة تحالفا عند أبي حنيفة « رح » ، ولا يفسخ النكاح

---

بعد عود إلى البائع ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن رأس مال السلم لو كان عرضاً فرده بالعيب ) يعني بحكم القاضي بذلك ( وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود البيع دل ) أي ما ذكرنا ( على الفرق بينهما ) أي بين السلم وبين العين .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بألف درهم ، وقالت تزوجني بألفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه نور دعواه بالحجة ) أما قبول بينة المرأة فظاهر لأنها تدعي الزيادة وإنما الأشكال في قبول بينة الزوج لأنه ينكر الزوج مادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لأنه يدعي في الصورة وهي كافية لقبولها ( وإن اقاما ) أي الزوجان ( البينة فالبينة بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه ) أي معنى قول القدوري « رح» في مختصره فالبينة بينة المرأة ( إذا كان مهرمثلها اقل مما ادعته ) قيد به ، لإنه إذا كان مثل ما ادعته المرأة أو اكثر فبينة الزوج **أولى لانها** تثبت الحط وبينتها لا تثبت شيئاً ، لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل .

اليه اشار الإمام قاضيخان « رح » ( وإن لم يكن لهما ) أي للزوجين ( بينة ) بعد الاختلاف في المهر عجزا عن إقامة البينة ( تحالفا عند أبي حنيفة « رح » ولا يفسخ النكاح

لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر مثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ، وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضي بما ادعته المرأة وإن كان مهر المثل أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضي لهما بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا إنحط عنه ، قال ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم ، وهذا

---

لأن اثر التحالف في انعدام التسمية وإنه لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده ) أي لأن عدم تسمية الثمن في البيع تفسدالبيع لأنه ركن فيه ( على ما مر ) في كتاب البيوع وفي كتاب النكاح ايضاً ( فيفسخ ) أي البيع بخلاف النكاح فإنه لا ينفسخ ( ولكن يحكم ) بتشديد الكاف من التحكيم على صيغة المجهول مسنداً إلى قوله ( مهر المثل ) أي يجعل من المثل حكما .

وبين تفصيل ذلك بقوله ( فإن كان ) أي مهر مثلها (مثل ما اعترف به الزوج أو أقل) مما اعترف به الزوج ( قضى بما قال الزوج لأن الظاهر شاهد له ) أي ظاهر الحال يشهد الزوج لموافقة قوله من المثل ( وإن كان ) أي مهر مثلها ( مثل ما ادعته المرأة أو اكثر ) مما ادعته ( قضى بما ادعته المرأة ) لأن الظاهر يشهد لها ( وإن كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما ادعته المرأة قضى لها بمهر المثل ، لأنها لما تحالفا ) أي عند أبي حنيفة « رح » ( لم يثبت الزيادة على مهر المثل ، ولا انحط عنه ) أي عن مهر المثل.

( قال ) أي المصنف « رح » ( ذكر ) أي القدوري « رح » ( التحالف اولاً ثم التحكيم ) أي ثم ذكر التحكيم بعده، حاصله انه ذكر التحالف أو لا اختلفافي المهرإذا لم يكن لها ، ثم ذكر بعد ذلك تحكيم مهر المثل ( وهذا ) أي الذي ذكره القدوري «رح»

قول الكرخي « ره » لان مهر المثل لا إعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ، ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد « رح » تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي « رح » بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف « رح » فلا تفيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على

---

هكذا ( قول الكرخي « رح » لأن مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها ) أي اعتبار القسمية ( بالتحالف فلهذا يقدم ) أي التحالف ( في الوجوه كلها ) يعني إذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج أو أقل منه أو مثل ما ادعته المرأة أو اكثر منـــه أو كان بينهما فهذه خمسة أوجه .

( ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمـــد « رح » ) وبه قال الشافعي « رح » ( لتعجيل [1] فائدة النكول ) لأن اول التسليمين عليه فأول اليمينين عليه ، لأن الزوج بمنزلة المشتري والمهر كالثمن والبضع كالمبيع ، واليه ذهب الإمـام الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي ، واليه ذهب المصنف « رح » ايضاً في هذا المقام ولكن لم يعرض له في باب المهر ( كما في المشترى ) فإنه يبدأ بيمينه اولاً ، وقالوا في شرح الجامع الصغير يبـدأ التحالف بالقرعة لأنه لا رجحان لأحـــدهما عن الآخر ( وتخريج الرازي بخلافه وقـــد استقصيناه في النكاح ) أي وقد استقصينا الكلام فيه في كتاب النكاح ( وذكرنا خلاف أبي يوسف « رح » ) حيث قال إن القول قول الزوج عند أبي يوسف « رح » في جميـع ذلك إلا ان يأتي بشيء مستنكر .

( فلا تفيده ) أي فلا تفيد بيان قول أبي يوسف « رح » ههناك للإكتفاء بمـا ذكره هناك ( ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه ) أي تدعي النكاح ( على

---

(١) تعجيلا لفائدة النكول ــ هامش .

هذه الجارية فهو كالمسألة المتقدمة إلا أن قيمه الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لأن تملكهـــا لا يكون إلا بالتراضي ولم يوجـــد ، فوجبت القيمة وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معنـــاه اختلفـا في البدل أو في المبـدل لأن التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر ،

---

هذه الجارية فهي كالمسألة المتقدمة ) يعني انه بحكم مهر المثل اولاً فمن شهد له فالقول له ، وإن كان بينهما فيتحالفان وقد اوضح ذلك صاحب الايضاح حيث قال وإن ادعى الزوج أن المهر هو هذا العبد ، وقالت المرأة هذه الجارية فالكلام فيه كالألف والألفين إلا فصل واحد وهو ان مهر مثلها إذا كان مثل قيمة الجارية أو اكثر فلها قيمة الجـارية لأن تملك الجارية لا يكون إلا بالتراضي فاذا لم يتفقا على ذلك فقد تعذر التسليم فوجبت القيمة .

وقال شمس الأئمة البيهقي « رح » في الكفاية إذا كان مهر مثلها مثل قيمة الجـــارية أو أكثر لها مهر مثلها لا يتجاوز قيمة الجارية ، وإن كان أقل من قيمة العبد لها مهر مثلها إلا أن ترضى بأخذ العبد لأن تمليك عين الحيوان لا يمكن إلا إذا اتفقا عليه ، ولم يتفقا على ملك الجارية فيرجع إلى قيمتها ، وهذا الذي ذكره هو الذي ذكره المصنف بقوله ( إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثـــل يكون لها قيمتها دون عينها ، لأن تملكها لا يكون إلا بالتراضى ولم يوجد فوجبت القيمة ) أي قيمة الجارية .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن اختلفا في الإجارة ) أي وإن اختلف المتآجران في الإجارة ( قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا ) هذا لفظ القدوري « رح » وقال المصنف « رح » ( معناه اختلفا في البدل والمبدل ) أراد بالبدل الاجرة ، والمبدل المنافع التي وقع عند الإجارة عليها ( لأن التحالف في البيع قبل القبض ) أي قبل قبض المبيـــع ( على وفاق القياس على ما مر ) أشار الى قوله في أول الباب لأن البائـــع يدعى زيادة الثمن والمشتري ينكر .. الخ .

والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فإن وقع الإختلاف في الأجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وأيهما أقام البينة قبلت

---

( والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع ) في كونها عقد معاوضة يقبل الفسخ فالحقت الإجارة به ، فإن قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها ، فكأنها قائمة تقديراً .

( وكلامنا قبل استيفاء المنفعة ) أي كلامنا الذي ذكرناه انما هو عند الاختلاف في الإجارة قبل استيفاء المعقود عليه ، وأما إذا اختلفا في استيفاء المعقود عليه فسيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى ( فإن وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر لأنه منكر لوجوب الأجرة ) فإن قيل كان الواجب أن يبدأ بيمين المؤجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب أولاً على الاجر ثم تجب الاجرة على المستأجر بعده أجيب بأن الاجرة إن كانت مشروطة التعجيل فهو السبق انكاراً فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الاجر من تسليم العين المستأجرة لان تسليمه لا يتوقف على تسليم الاجرة فيبقى إنكار المستأجر لزيادة الاجره فيحلف ( وان وقع ) أي الاختلاف ( في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر ) هذا على غير القاعدة ، والاصل أن يقال المؤجر أو الاجر ( وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ) .

قال شمس الائمة البيهقي في كتاب الاجارات إختلفا في الاجرة قبل القبض فقال المستأجر بخمسة وقال المؤجر بعشرة ، أو في المدة فقال المؤجر شهراً وقال المستأجر شهرين أو المسافة قال هذا إلى البصرة وذلك إلى الكوفة ، يتحالفان وتفسخ الاجارة وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه ، ومن أقام بينة تقبل ، فإن أقاما فالبينة للمؤجر إن كان الخلاف في قدر الاجرة ونوعها أوجنسها ، وهذا كالشرح لقول المصنف ( وأيها أقام البينة قبلت بينته

ولو أقاماها فبينـــة المؤجر أولى إن كان الاختلاف في الأجرة . وإن كان في المنافع فبينة المستأجر أولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هـــذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسمائة يقضى بشهرين بعشرة ، قال وإن إختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ره » ظاهر لانَ هلاك المعقود عليه يمنـــع التحالف عندهما ، وكذا على أصل محمد « ره » لأن الهلاك انما يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ، ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم

---

ولو أقاماها ) أي كل واحد أقام بينة ( فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف في الاجرة ) لانه أكثر اثباتاً .

( وإن اختلفا[1] في المنافع فبينة المستأجر اولى وان كان فيهما ) أي وان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع ( قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل ، نحو أن يدعي هذا شهراً بعشرة والمستأجر شهرين بخمسمائة يقضى بشهرين بعشرة ) نظراً إلى كثرة الاثبات ( قال ) أي القدوري « رح » ( وان اختلفا بعد الاستيفاء ) أي بعـــد استيفاء المعقود عليه ( لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر ، وهذا ) أي عدم التحالف ( عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف « رح » ظاهر لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما ) أي عند أبي يوسف وأبي حنيفة ( وكذا على أصل محمد « رح » ) يعني ههنا ( لأن الهـــلاك إنما لا يمنع ) أي التحالف ( عنـده في المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه ) لأن العـــين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقام العين ( فيتحالفـــان عليها ) أي على القيمة ( ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة) حتى يكون التحالف عليها ( لأن المنافـــع لا تتقوم

---

(١) وان كان في المنافع ـــ هامش .

بنفسها بل بالعقد وتبين أنه لا عقد، وإذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه،وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل. قال وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة « ره » وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة ، وهو قول الشافعي « ره » لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ،

---

بنفسها ) لأنها عوض لا يبقى زمانين ( بل بالعقد ) أي بل يتقوم بواسطة العقد ( ويتبين لأنه لا عقد ) يعني ظهر بخلصهما أن لا عقد بينهما لانفساخه في الأصل ، فلا يكون لها قيمة يرد عليها الفسخ .

( وإذا امتنع ) أي التحالف به بالاجماع ( فالقول للمستأجر مع يمينه لأنه هو المستحق عليه ) ومتى وقع الخلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق عليه مع يمينه ( وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقى فكان القول في الماضي قول المستأجر ) لأنه هو المتفق عليه فيما مضي ، وهو المدعى عليه ( لأن العقد ) يعني في الإجارة ( ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كأنه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لأن العقد فيه دفعة واحدة ، فإذا تعذر في البعض تعذر في الكل) فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورة فظهر الفرق .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند أبي حنيفة « رح » ) فالقول للعبد مع يمينه ( وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي ، لأنه عقد معاوضة يقبل الفسخ فأشبه البيع ) عند الاختلاف في الثمن

والجامع ان المولى يدعي بدلاً زائداً ينكر العبد، والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما إذا إختلفا في الثمن، ولأبي حنيفة «ره» أن البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد، وإنما ينقلب مقابلاً للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة، فبقي اختلافاً في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان. قال وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجل

---

(والجامع) بينهما (أن المولى يدعي بدلاً زائداً أنكر العبد والعبد يدعي استحقاق المعتق عليه عند قضاء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما إذا اختلفا) أي المتبايعان (في الثمن) أي في ثمن البيع (ولأبي حنيفة «رح» أن البدل) أي بدل الكتاب (مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو) أي التصرف (سالم للعبد) لاتفاقهما على ثبوت الكتابة.

(وإنما ينقلب) أي البدل (مقابلاً بالعتق عند الاداء) يعني إذا أدى بدل الكتابة ينقلب من كونه مقابلاً في الحجر إلى كونه مقابلا بالحجرية فههنا هي المقصود، كما جعل وجوب الاجرة في ابتداء عقد الإجارة مقابلا برقبة الدار ثم يصير مقابلا بالمنافع المطلوبة عند حدوثها فكذا هنا (فقبله) أي قبل الأداء (لا مقابلة فبقى اختلافاً في قدر البدل لا غير) يعني لا في المبدل، والعبد لا يدعي شيئاً بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر، فإذا كان كذلك (فلا يتحالفان) لأن التحالف في المبيع يثبت نصاً بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه. والكتابة ليست في معنى البيع لأن التحالف في المفاوضات عندنا يتحد بالحقوق اللازمة من الجانبين، وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد لقدرته على تعجيز نفسه فيدافع عن نفسه، ولهذا لا تصح الكفالة به ولا يصح الحاقه بالبيع، فيكون القول للعبد مع يمينه.

(قال) أي القدوري «رح» (فإذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجل

فهو للرجل كالعمامة . لان الظاهر شاهد له ، ويصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها ، وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل ، لان المرأة ومـــا

---

فهو للرجل كالعمامة )وقال قاضيخان «رح» في شرح الجامع الصغير وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت والنكاح بينهما قائم أو طلقها و ادعى كل واحد منهما أن له قال اصحابنا ما يصلح للرجال مثل العمامة والقلنسوة والخفين والاسلحة والكتب ونحو ذلك ، فالقول فيها قول الرجل .

( لأن الظاهر شاهد له ) وفي الدعاوى القول قول من يشهد له الظاهر ، وقال الشافعي وزفر وعثمان الليثي وأصحاب الظاهر « رح » ما يصلح له أولها والمشكل فهو بينهما بعد التحالف ، وكذا في يد وزقهما .

وقال أحمد وابن أبي ليلى والثوري مايصلح له فهو له مع يمينه ومايصلح لها فهو لها مع يمينها والمشكل بينهما نصفان بعد التحالف ، وقال مالك « رح » نحوه إلا أنه قـــال المشكل للرجل ، وقال ابن شبرمة الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنهـــا ، وقال الحسن البصري رحمه الله إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها الا ما على الرجل من ثياب بدنه وإن كان البيت له فالكل له لأن البيت ومـــا فيه في يده ( وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية )والملاءة ، والوقاية ما تشد المرأة على أستان رأسها كالعصابة سميت بذلك لأنها مع الخمار كالملحفة ( لشهادة الظاهر لها ) أي للمرأه ( وما يصلح لهما ) أي للزوجين ( كالآنية فهو للرجل ) .

وقال قاضي خان « رح » المشكل ما يصلح أما كالفرن والشاة والعبد والخـــادم والاواني والامتعة والذهب والفضة والعقار ، وقال التمرتاشي « رح » ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين إلا أن يكون الرجل صائغاً وله أساوير وخواتيم النساء وحلي وخلخـــال وأمثال ذلك ، فحينئذ لا تكون هذه الاشياء لها .

وكذلك إذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة والمشترى والمنطقة (لأن المرأة وما

في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهراً أقوى منه ، ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح أو بعدما وقعت الفرقة فان مـــات أحدهما واختلفت ورثته مع الأخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ، لان اليد للحي دون الميت ، وهذا الذي ذكرناه قول أبي حنيفة « ره » . وقال أبو يوسف يدفع إلى المرأة ما يجهز بـــه مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

---

في يدها في يد الزوج ، والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لأنه ) أي لأن ظاهر اليد ( يعارضه ظاهر أقوى منه ) وهو يدل الاستعمال فكان القول لها، كرجلين اختلفا في ثبوت احدهما لابسه والاخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى بخلاف الاسكاف والعطار إذا اختلفا فيه لأن الاساكفة والعطارين وهي في أيديهما فيكون بينهما نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لأن المراد به ما هو بالاستعمال لا بالشبهـــة ، ولم يشاهد استعمال الاساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الآن في ايديهما على السواء فجعلناها بينهما نصفين .

( ولا فرق بين ما إذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة فإن مات أحدهما ) أي أحد الزوجين ( واختلفت ورثته ) أي ورثة الميت ( مع أخر ) وهو الحي منهما ( فما يصلح للرجال والنساء ) كالأواني والبسط ونحوها ( فهو للباقي منهما ) أي من الزوجين ( لأن اليد للحي دون الميت ) لأنه لا يد له .

( وهذا الذي ) وهذا المجموع الذي ( ذكرناه ) من حيث الجملة لا من حيث التفصيل من أول المسألة إلى آخرها ( قول أبي حنيفة « رح» ) لأن المذكور من حيث التفصيل ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمرأة بالإجماع فلا اختصاص له بذلك وعلى هذه قوله ( وقال أبو يوسف « رح » يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها ) معناه مما يصلح لها ( والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أن المرأة تأتي بالجهاز

وهذا أقوى فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر ، والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام موروثهم ، وقال محمد « ره » ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة ، ومايكون لهما فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لابي حنيفة « رح » والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث ، وان كان أحدهما مملوكاً فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر أقوى ، وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يداً معتبره في الخصومات .

---

وهذا ) أي ظاهر المرأة ( أقوى ) لجريان العادة بذلك ( فيبطل به ظاهر يد الزوج ، ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر ) فكان معتبراً .

( والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم ، وقال محمد « رح » ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما) أي وما كان يصلح للزوجين ( فهو للرجل أو لورثته لما قلنا لأبي حنيفة « رح » ) في الدليل ، وهو أن المرأة وما في يدها للزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة إلى الحياة ، وأما بالنسبة إلى الممات فقوله ( والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث ) .

والفوائد قال محمد « رح » ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لأنه خلفاؤه فيما له فكما ان المشكل له في حياته مع يمينه فكذا كان القول لورثته ( فإن كان أحدهما ) أى أحد الزوجين ( مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة ، لأن يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لأنه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض ، وهـــذا ، عند أبي حنيفة « رح » وقال العبد المأذون له في التجـارة والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يداً معتبرة في الخصومات ) حتى لو اختصم الحر والمـكاتب في شيء في يديهما قضى به بينهما لاستوائهما في اليد ، ولو كان في يد ثالث وأقام البينة استويا فيه .

# فصل فيمن لا يكون خصماً

## وإذا قال المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي

---

فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذلك في متاع البينة ، وقال الكاكي « رح » قوله وللحي بعد الممات سواء كان الحي حراً أو مملوكاً ، هكذا ذكره في نسخ شرح الجامع الصغير .

ولكن ذكر فخر الإسلام شمس الائمة « رح » في شروح الجامع الصغير لو كان احدهما حراً والآخر مملوكاً فالمتاع للحر منهما ، وكذا إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وما وقع في بعض النسخ للحي منهما سهو .

وفي رواية محمد « رح » والزعفراني للحر بالراء ، وذكر في المختصر السراجي السعيد ولو كان أحدهما مملوكاً فاختلفا بعد الفرقة في الامتعة المشكلة فالقول قول الحر لقوة يده عند أبي حنيفة « رح » وعندهما سواء .

وذكر في جامع البزودي « رح » والمتاع للحر منهما غير مقيدة بالمشكل وجرح به في مختلف العقبة ، والأقضية أن المتاع كله للحر عنده وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما إذا كانا حرين .

### ( فصل فيمن لا يكون خصماً )

أي هذا فصل في بيان من لا يكون خصما عند الدعوى ، ولما ذكر فيما مضى من يكون خصماً ذكر هنا من لا يكون خصماً وبضدها تتبين الأشياء قبل الفصل مشتملاً أيضاً على ذكر من يكون خصما ، وأجيب نعم من حيث الفرق لا من حيث القد الأصلي (وإذا قال) وفي بعض النسخ فان قال (المدعى عليه هذا الشيء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندي أو غصبته منه وأقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي ) صورته دار أو ثوب في يد إنسان ادعى رجل عليه أنها له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب أودعنيه .. الخ .

وأقام ذو اليد بينة على ما قاله فلا خصومة بين ذي اليد الذي هو المدعى عليه وبين المدعي .

وكذا إذا قال أجرنيه وأقام البينة لأنه أثبت بالبينة أن يـــده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة « ره » لا تندفع لأنه تعذر إثبات الملك للغائب لعـــدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه ، قلنـا مقتضى البينة شيئان ، ثبوت الملك للغائب ولا خصومة فيه فلم يثبت ، ودفـــع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على الطلاق

---

وبه قال مالك وأحمد « رح » والشافعي والأظهر ، وقال ابن بشرعة له يندفـع به ، وبه قال الشافعي «رح»في المنصوص عليه (وكذا) أي لا خصومة ( إذا قال ) ذو اليـــد ( أجرنيه ) فلان ( وأقام البينة لأنه ) أي وكذا لان ذو اليد (ثبت بالبينة أن يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة ) هو عبدالله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان الطبي أبو شبرمة الكوفي « رح » القاضـي فقيـــه أهل الكوفة عداده في التابعين ، روي عن أنس بن مالك « رح » .

وقال العجلي « رح » كان قاضياً لأبي جعفر على سواد الكوفة وضياعهـا وكان فاضلا ماسكا ثقة في الحديث ، مات سنة اربع وأربعين ومائة ( لا تندفع ) أي الخصومة ( لأنه تعذر إثبات المـــك للغائب لعـدم الخصم عنه ) أي عن الغائب وأثبات الملك للغائب بدون الخصومة متعذر إذ ليس لأحد ولاية إدخال شيء في ملك غيره بغير رضاه ( ودفع الخصومة بناء عليه ) أي على أثبات الملك والبناء على المتعذر متعذر ( قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ) أي أحدهما ثبوت الملك للغائب .

( ولا خصومة فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعى ) أي والثاني دفـع الخصومة عن نفسه ( وهو خصم فيه ) لأن مقصود ذي اليد اثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة، ولا إثبات الملك للغائب أو فيما هو المقصود ، والمدعي خصم له فيه فتقبل بينته .

( فيثبت ) يد الحفظ ( وهو كالوكيل بنقل المرأة ) إلى زوجها ( واقامتها البينة على الطلاق ) فإنها تقبل بقصر يد الوكيل عنها ، ولم يحكم بوقوع الطلاق مـا لم يحضر الغائب

كما بينا من قبل ، ولا تندفع بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى « ره » لانه صار خصماً بظاهر يده فهو باقواره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره فقال أبو يوسف « ره » آخراً ان كان الرجل صالحاً فالجواب كما قلنا وان كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه أياه

---

( كما بينا من قبل ) أي في باب الوكالة بالخصومة .

والقبض يعني أن بينة المرأة على الطلقات الثلاث تقبل في حق قصر يد الوكيل عن نقلها لا في حق الطلاق ( ولا تندفع ) أي الخصومة (بدون اقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى « رح » ) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري ، أبو عبد الرحمن الكوفي « رح» الفقيه قاضي الكوفة فيه فقال مات سنة ثمان وأربعين ومائة ، ومذهبه انه يخرج من الخصومة بمجرد الدعوى بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقربه على نفسه فيثبت ما أقر به بمجرد اقراره أن يده يد حفظ لا يد خصومة ( لأنه صار خصما ) دليلها يعني توجهت الخصومة اليه ( بظاهر يده ) وهذا يبين ما كان للقاضي احضاره ويكتب اليه بالجواب (فهو باقراره يريد أن يحول حقاً مستحقاً على نفسه ) فهو متهم في إقراره ( فلا يصدق إلا بحجة ) كما لا يصدق المدعى دعوى الملك إلا بحجة .

وكذا( كما إذا ادعى تحويل الدين عن ذمته إلى ذمة غيره ) بالحوالة ، فانه لا يصدق إلا بحجة .

( وقال أبو يوسف « رح » آخراً ) تندفع الخصومة كما كانت البينة ( إن كان الرجل ) أي ذو اليد ( صالحاً ) أي غير معروف إلا بالخير والصدق ( فالجواب كما قلنا ) أي تندفع الخصومة كما قامت البينة ( وإن كان معروفاً بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله ) أي المال الذي غصبه من إنسان ( إلى مسافر يودعه إياه

ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره ، فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قـــال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفـــع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله الى معين ليمكن المدعي من اتباعه فلو اندفعت لتضرر بـه المدعي ولو قالوا نعرفه بوجه ولا نعرفه باسمه ونسبه ، فكذا الجواب عند محمد « رح » للوجه الثاني ، وعند أبي حنيفة « رح » تندفع لانـــه أثبت بينتـــه أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول

---

ويشهد عليه الشهود ) حتى جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه (فيحتال لإبطال حق غيره) بان يقيم بينة على أن فلاناً أودعه فيبطل حقه وتندفع الخصومة عنه .

( فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ) وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوط ماذهب اليه أبو يوسف « رح » صح استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لأنه لما رضي بالقضاء فوقف على أحوال الناس ما لا يعرفه غيره ، وما قالا قياس لأن البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ، ولا يجوز تعطيلها بمجرد الوهم .

قلت زماننا هذا أكثر فساداً لقلبه التزوير وكثرة الحيل بالاحتياط فيه واجب ( ولو قال الشهود أودعه رجل لا نعرفه لا تندفع عنه الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ) أي ولأن ذي اليد ( ما احاله إلى معين ليمكن للمدعي من اتباعـــه فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد « رح » للوجه الثـــاني ) أي الشهود ما أحاله إلى معـــين يكن للمدعي اتباعه .

( وعند أبي حنيفة تندفع ) الخصومة ( لأنه أثبت ببينته أن العين وصل اليه من جهـــة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول ) وهو ما إذا قال الشهود أودعه رجل

فلم تكن يده يد خصومة ، وهو المقصود والمدعي هو الذي أقر بنفسه حيث نسي خصمه أو أضره شهوده دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الأقوال الخمسة ، وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم أن

---

لا نعرفه للعلم بيقين ، حينئذ أن المودع غير المدعى ، فإذا الشهادة تفيد أن يده ليست بيد خصومة وهو المقصود ( فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود ، والمدعي هو الذي أقر بنفسه ) هذا جواب عن قول محمد « رح » لو اندفعت الخصومة لتضرر المدعي .

ووجهه أن المدعي أضر نفسه بالضرر اللاحق ( حيث نسى خصمه أو أضره شهوده ) أي شهود المدعى عليه ، وهذا الاختلاف إنما يكون إذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه ، واليه أشار بقوله هذا الشيء أودعته فلان فإن الإشارة الحسية لا تكون إلا الى موجود في الخارج ، واما إذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان أقام البينة لأنها اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما للمدعي في العين بظاهر يده فان ظاهر اليد يدل على الملك الا أنه يحتمل أنه ليس يد ملك وباقامة البينة أن العين وديعه عنده يظهر أن يده ليست يد ملك فتندفع عنه الخصومة أما إذا كانت العين هالكة فالدعوى تقع في الدين ، ومحل الدين الذمة ، فالمدعى عليه يثبت خصما للمدعى بذمته وبما أقام المدعي من البينة ، على أن العين كانت في يده وديعة لا تبين أن ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة . ( دون المدعى عليه وهذه المسألة مخمسة كتاب الدعوى ) أي هذه المسألة من مسائل كتاب الدعوى من الأصل يسمى المخمسة لما فيها من خمسة أوجه ، لأن ذا اليد قال هذه وديعة أو عارية أو اجارة أو رهن أو غصب أو تسمى بمخمسة لأن فيها خمسة أقاويل ، أشار اليه بقوله ( وذكرنا الاقوال الخمسة ) لعلمائنا الثلاثة « رح » ولابن أبي ليلى ولابن شبرمة .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم ) يعني إذا ادعى على ذا اليد عيناً فقال ذو اليد اشتريتها من الغائب لاتندفع الخصومة (لأنه لما زعم ان

يده يد ملك اعترف بكونه خصماً وان قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذواليد البينة على الوديعة ، لانه انما صار خصماً بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا تصح دعواه على غير ذي اليد ، ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أو دعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة، وهذا قول أبي حنيفة « ره » وأبي يوسف « ره » ، وهذا استحسان ، وقال

---

يده يد الملك اعترف بكونه خصما ) كما لو ادعى ذو اليد ملكاً مطلقاً ( ولو [1] قال المدعى غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وان أقام ذواليد البينة على الوديعة ).

بيانه ان المدعي اذا ادعى فعلا على ذي اليد ، وقال الداردار في أودعتها عندك أو استأجرتها مني أو غصبتها مني أو أرتهنتها مني ، وقال المدعى عليه الذي في يده الدار انها لفلان الغائب اودعها أو غصبتها منه وغير ذلك ، وأقام على ذلك البينة فإن الخصومة لا تندفع عنه ( لأنه ) أي لأن ذا اليد ( إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده ) وصيرورته خصماً في دعوى الفعل لا يفتقر إلى اليد أصلا فضلا عن أن يفتقر إلى ملك ويد خصومة ، ولهذا اتضح دعوى الملك المطلق باعتبار يده حتى لا تصح دعواه أي دعوى المدعى على غير ذي اليد .

ويصح دعوى الفعل على غير ذي اليد ( بخلاف دعوى الملك ) أي دعوى المدعي لما ملك ( المطلق لأنه خصم فيه ) أي لأن ذا اليد خصم في دعوى الملك المطلق ( باعتبار يده حتى لا تصح دعواه ) أي دعوى المدعي ( على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل ) أي غير ذي اليد ( وإن قال المدعي سرق منى وقال صاحب اليد اودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع الخصومة ، وهذا قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » وهذا استحسان ، وقال

---

(١) إن - هامش .

محمد « رح » تندفع لأنه لم يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ، ولهما أن ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة ، والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءاً للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال سرقت ، بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ، وإذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة ، لأنهما لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة ان فلاناً وكله بقبضه لانه أثبت بينته كونه أحق بإمساكها

---

محمد « رح » تندفع ) أي الخصومة ( لأنه لم يدع الفعل عليه ) أي على ذي اليد . بل هذا دعوى الفعل على مجهول وهي باطلة فالحقت بالعدم ( فصار كما إذا قال غصب منى على ما لم يسم فاعله ) لأن فيه تجهيل الغاصب ( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ولأبى يوسف «رح» (أن ذكر الفعل يستدعى الفاعل لا محالة ) لأن الفعل بدون الفاعل لا يتصور.

( والظاهر انه هو الذي في يده إلا انه لم يعينه ) أي لم يعين السارق ( درءاً) أي دفعاً ( للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر ، فصار كما إذا قال سرقت ) بالخطاب المذكر ( بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه ) فإنه غير معذور في التجهيل ( وإذا قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه فلان ذلك سقطت ) أي أشد اسقاطاً ( الخصومة بغير بينة ، لأنها لما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها إلى ذي اليد من جهته ولم تكن يده يد خصومة ، إلا أن يقيم البينة أن فلاناً وكله بقبضه ، لانه اثبت بينته كونه أحق بامساكها ) ولو طلب المدعى بينة على ما ادعى من الإيداع يحلف على الثبات . ولو قال ذو اليد أو دعني وكيله لا يصدق إلا ببينة ،لأن الوكالة لا تثبت إلا بقوله ، والله أعلم .

# باب ما يدعيه الرجلان

قال وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقام البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي « رح » في قول تهاترتا ، وفي قول يقرع بينهما ، لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز فيتهاتران أو يصار إلى القرعة ، لان النبي عليه السلام

---

( باب ما يدعيه الرجلان )

أي هذا باب في بيان ما يدعيه الرجلان . ولما فرغ من بيان حكم الواحد شرع في بيان حكم الاثنين ، لأنه بعد الواحد .

( قال ) أي القدوري ( وإذا ادعى اثنان عيناً في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له وأقاما البينة قضى بها بينهما . وقال الشافعي في قول تهاترتا ) أي البينتان تساقطتا من التهر بكسر الهاء ، وهو السقط من الكلام والخطأ ، وهذا قوله القديم ، وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية ( وفي قول يقرع بينهما ) ويقضى لمن خرجت قرعته ، وبه قال أحمد في رواية . وفي قول الشافعي وأحمد في رواية يقضى لمن خرجت قرعته بيمين ، وعن مالك يقضي بأعدل البينتين ، فإذا تساويا في العدالة يقسم بينهما نصفين. وقال الأوزاعي وابن الماجشون المالكي يقضى بأكثرهم عدداً لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر .

( لأن إحدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل ) يعني في كل العين ( في حالة واحدة ، وقد تعذر التمييز ) أي تمييز العادلة من الكاذبة ، فإذا كان كذلك ( فيتهاتران ) أي فيتساقطان ( أو يصار إلى القرعة ، لأنه (١) عليه السلام ) لأن النبي ﷺ

---

(١) لأن النبي ـ هامش.

أقرع فيه ،وقال اللهم أنت الحكم بينهما .ولنا حديث تميم بن طرفة رضي الله عنه أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة وأقام كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين ، وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ، ولأن المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما

---

( أقرع فيه وقال اللهم أنت الحكم بينهما ) هذا رواه الطبراني في معجمه الأوسط بإسناده إلى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء فأقام كل واحد منهما البينة فأقرع بينهما ، هكذا ذكر الاترازي لفظه . ولفظ الطبراني فأقام كل واحد منهمابشهود عدول في عدة واحدة ، فساهم رسول الله ﷺ بينهما ، وقال اللهم اقض بينهما ، ورواه أبو داود عن ابن المسيب مرسلا ، وكذا رواه عبد الرزاق مرسلا ، ورواه عبد الحق في أحكامه وقال وهذا مرسل ضعيف ، لأن عبدالرزاق رواه عن نعيم بن يحيى الاسلمي قال هو متروك.

( ولنا حديث تميم بن طرفة أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في ناقة فأقام كل واحد منهما البينة ، فقضى بها بينهما نصفين ) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة أن رجلين ... الخ ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن سماك بن جورية،ورواه البيهقي في كتاب المعرفةعن الحاكم بسند عن أبي عوانة أخبرنا سماك بن حرب به ، وقال هذا . قلت تميم بن طرفة الطائي المسلمي الكوفي من التابعين الثقات مات سنة خمس وتسعين، وروى له مسلم بن طرفة ولا يحتج بهذه الانقطاعة ويحتج بحديث أبي هريرة رواه اسحاق بن راهوية وابن حبان في صحيحه أن رجلين ادعيا دابة فأقام كل واحد منهما شاهدين فقضى بها رسول الله ﷺ بينهما نصفين.وروى الطبراني في معجمه بإسناده عن جابر بن مهرة أن رجلين اختصما إلى النبي ﷺ في بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين أنه له ، فجعله النبي ﷺ بينهما .

( وحديث القرعة كان في الابتداء ) أي في ابتداء الإسلام ( ثم نسخ ) بما حرم القمار وكان مباحاً ( ولأن المطلق ) بكسر اللام ، أي المجوز ( للشهادة في حق كل واحد منهما

محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك ، والآخر اليد ، فصحت الشهادة فيجب العمل بهما ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله ، وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق . قال فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما ، لان المحل لا يقبل الاشتراك . قال ويرجع إلى تصديق المرأة لاحدهما ، لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ، وهذا إذا لم يوقت البينتان ، فأما

---

محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك والآخر اليد ) أي اعتمد اليد ، لأن الشهادة لا تعتمد وجود الملك حقيقة ، لأن ذلك يثبت لا يطلع عليه العباد ، فجاز أن يكون أحدهما اعتمد شبهة الملك بأن رآه يشتري فشهد على ذلك ، والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك ( فصحت الشهادة فيجب العمل بها ما أمكن ، وقد أمكن بالتنصيف ، إذ المحل يقبله ) أي يقبل التنصيف ، وصار هذا كالمعلل - سرجه - نحو إن باع فضولي مال آخر ، وباع فضولي من آخر ذلك المال وأجاز مالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف ، فكذا هذا .

( وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق ) إن المدعى قابل للاشتراك ، فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في الشركة .

( قال ) أي القدوري ( فإن ادعى كل واحد منهما نكاح امرأه وأقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بها ، لأن المحل لا يقبل الاشتراك . قال ) أي القدوري ( ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما ، لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين ) قال السعدي لا يترجح أحدهما إلا بإحدى معان ثلاث ، أحدها إقرار المرأة ، والثاني كونها في يد أحدهما ، والثالث دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نكاحه أسبق ، كذا في الخلاصة .

( وهذا ) أي الحكم المذكور ( إذا لم يوقت البينتان ) أي إذا لم يذكر تاريخاً ( فأما

إذا وقتـــا فصاحب الوقت الاول أولى ، وإن أقرت لاحدهما قبــــل إقامة البينة فهي امرأتـه لتصادقهما . وإن أقـــام الآخر البينة قضى بها ، لأن البينة أقوى من الاقرار . ولو تفـرد أحدهمـا بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل هو دونه ، الا أن يوقت شهود الثاني سابقاً ، لانه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت المرأة في يـــد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق .

---

إذا وقتا ) أي ذكر كل واحد منهما تاريخاً ( فصاحب الوقت الأول ) أي التاريخ السابق ( اولى ) لما فيه من زيادة الاثبات ، ولأنه لا معارض له في ذلك الزمان فقضى به في ذلك الزمان ( فإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما) على الزوجية ،لأنها ليست في يد أحد وهي في يـد نفسها ، فيعتبر إقرارها بالزوجية ( وإن أقام الآخر البينة قضى بها ، لأن البينة أقوى من الإقرار ) لأن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة .

( ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها ، لأن القضاء الأول قد صح فلا ينقض بمـا هو مثله بل هو دونه ) أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول لاتصال القضاء بالأول ( إلا أن يوقت شهود الثاني سابقاً ) على شهود ، فحينئذ ينتقض الأول ( لأنه أظهر الخطأ في الأول بيقين ، وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونـكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق ) أي إلا على وجه أن بينته تشهد أن نـكاحه قبل نكاح الأول ، فحينئذ ينتقض نـكاح الأول لظهور الخطأ فيه بيقين ، وهذا كله إذا كان التنازع حال قيام المرأة أما إذا كان بعد وفاة المرأة فهذا على وجوه ، ولا يعتبر فيه الإقرار واليد ، فإن أرخـا وتاريخ أحدهما أسبق يقضي بالنكاح له والميراث له ويجب عليه تمام المهر . وإن لم يؤرخا

قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد وأقاما بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء تركه ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما ،

---

على السواء فإنه يقضى بالنكاح بينهما ، ويجب على كل واحد من الزوجين نصف المهر ويرثا منها ميراث زوج واحد .

فرق بين الدعوى في حالة الحياة وبين الدعوى بعد الوفاة ، والفرق أن المقصود في حالة الحياة هي المرأة وهي لا تصلح مشتركة بينهما ، والمقصود بعد الوفاة ميراث ابن كامل لأن البنوة لا تتجزأ . هكذا ذكر في الفصول .

( قال ) أي القدوري ( ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد ) قال المصنف ( معناه ) أي معنى كلام القدوري ( من ذي اليد [1] ) إنما قال هذا احترازاً عما سيأتي بعد هذه المسألة وهي انه لو ادعى كل واحد الشراء من غير ذي اليد فهو لا يخلو إما أن يدعي الشراء من واحد أو اثنين فالحكم على التفصيل يجيء في الكتاب ( وأقاما بينة ) بينة من غير توقيت ( كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء تركه ، لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب ) وبه قال مالك في رواية وأحمد في رواية ، والشافعي في رواية . وقال الشافعي رحمه الله في قول آخر يقرع وبه قال احمد في رواية . وعن الشافعي قول تسقط البينتان ويرجع إلى البائع ، فإن صدق أحدهما سلم اليه وهل يحلف الآخر على القولين ، والأصح لا يرجح بإقرار البائع ، وبه قال أكثر أصحابه ، بل يقسم نصفين أو يقرع ( فصار كالفضوليين إذا باع كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين ) قضى بينهما نصفين ( يخير كل واحد منهما ) أي من الاثنين الذي ادعى كل واحد انه اشترى هذا العبد .

---

(١) صاحب ـ هامش .

لأنه تغير عليه شرط عقده ، فلعل رغبته في تملك الكل ، فيرده ويأخذ كل الثمن لو أراد . وإن قضى القاضي بــه بينهما فقال أحدهما لا أختار النصف لم يكن للآخر أن يأخذ جملته[1] ، لأنه صار مقضياً عليه في النصف فانفسخ البيع فيه ، وهــذا لأنه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه . بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيــير القاضي

---

( لأنه تغير عليه شرط عقده ) وهو رضاه ، لأنه مـا رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفريق الصفقة عليه ( فلعل رغبته في تملك الكل ) أي كل العبد ( فيرده ويأخذ كل الثمن ) فإن قيل كذب أحد البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كاملا في وقت واحد ، فينبغي أن تبطل البينات . أجيب بأنهم لم يشهدوا بكونها في وقت واحد ، بل شهدوا بنفس العقد، فجاز أن يكون كل منهم اعتمد سبباً في وقت اطلق له الشهادة به ( لو اراد ) .

( وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا اختار النصف لم يكن للآخران يأخذ جميعه لأنه صار مقضياً عليه بالنصف ، فانفسخ البيع فيـه ) أي في النصف ، لأنه صار مقضياً عليه بالنصف لما قضى القاضي بينهما بالبيع تضمن قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحـد منهما في النصف ، فلا يعود إلا بتجديد العقد ( وهذا لأنه خصم فيـه لظهور استحقاقه ) أي لثبوت استحقاقه ( بالبينة ) وهذا جواب عما يقال وهو يدع ، فكيف يكون مقضياً عليه ، فأجاب بقوله لظهور استحقاقه، أي لثبوت استحقاقه بالبينة،وهذا لأن استحقاق كل واحد للكل ثابت نظراً إلى بينته ، وإذا لم يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه ، وهو معنى قوله ( لولا بينة صاحبه ) يعني لولا بينة صاحبه أظهر استحقاقه في الكل وقد انفسخ بقضاء القاضي لا يعود إلا بإسناد جديد .

( بخلاف ما لو قال ذلك ) أي قوله لا أختار ( قبل تخيير القاضي ) وهو القضاء عليه

---

(١) جميعه ـ هامش .

حيث يكون له أن يأخذ الجميع، لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء. ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً فهو للأول منهما، لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به.

---

( حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ بسببه ) أي اثبت شراءه في الكل بالبينة ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء، وإنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه له، فاذا زالت المزاحمة قضى له بالكل. وفي نسخة شيخي العلامة العلاء بعد قوله ولم يفسخ سببه ( والعود إلى النصف للمزاحمة ولم يوجد، ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء ) انتهى بيانه فيما ذكرنا الآن بقولنا لأن القضاء له بالنصف إلى آخر قوله ونظيره إلى نظير ما إذا قال أحد المدعيين لا أختار الأخذ قبل تخيير القاضي حيث يكون للآخر أخذ الجميع تسليم أحد الشفيعين، يعني إذا سلم أحدهما قبل القضاء يقضي للآخر بجميع الدار إن سلم بعد القضاء لا يكون للآخر إلا نصف الدار وهو معنى قوله نظائر الأول تسليمه بعد القضاء.

( ولو ذكر كل واحد منهما تاريخاً ) أي من الاثنين اللذين ادعى كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد وأقام كل منهما بينة بالتاريخ ( فهو للأول منهما ) أي للأسبق منهما بالتاريخ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله، واختاره المزني ويحكم من نص الشافعي في قول البويطي أنه لا ترجيح فيه بالسبق ( لأنه ) أي لأن الذي قامت بينته بالسبق ( أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به ) أي اندفع الآخر من الاثنين المذكورين به، أي بإثبات الشراء في زمان لا تعارضه البينة الأخرى، وهو استحقها في ذلك الوقت، فتبين أن الآخر اشتراه من غير المالك، فكان باطلا بخلاف ما إذا كانت البينتان مطلقتين ومؤرختين بتاريخ واحد، فإنه لا يعلم شراء احدهما من غير المالك، فتعارضتا.

ولو وقتت إحداهما ولم يوقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت الملك في ذلك الوقت ، واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك ، وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو أولى ومعناه أنه في يده لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه . ولأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك . وكذا لو ذكر الآخر وقتاً لما بيناه

---

( ولو وقتت إحداهما ) أي ولو ذكر أحد البينتين التاريخ ( ولم يوقت الأخرى ) أي البينة الأخرى ( فهو لصاحب الوقت ) وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي قول أحدهما سواء ، وبه قال أحمد ( لثبوت ملكه ) أي ملك صاحب الوقت ( في ذلك الوقت واحتمل الآخر ) أي الوقت الآخر ( أن يكون قبله ) أي قبل الوقت الأول ( أو بعده ) أو يكون بعد الوقت الأول ، فإذا كان كذلك ( فلا يقضى له بالشك ) لأن الحكم لا يثبت بالشك .

( وإن لم يذكرا تاريخاً ومع أحدهما قبض فهو اولى ) هذا كلام القدوري ، وقال المصنف ( ومعناه ) أي معنى كلام القدوري ومع أحدهما قبض ( أنه في يده ) أي القبض ثابت في يده معاينة ، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا لأن قوله ومع أحدهما قبض يجوز أن يحمل على أن يكون معناه اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان ، وهو في الحال في يد البائع ، ويجوز أن يكون الحكم هناك على خلاف هذا ، حيث ذكر في الذخيرة ثبوت يد أحدهما بالمعاينة ( لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ، ولأنهما ) أي ولأن الاثنين (استويا في الاثبات ، فلا تنقض اليد الثابتة بالشك ، وكذا إذا ذكر الآخر وقتاً ) أي إذا ذكر بينة الآخر وقتاً لم ينتفع به ولا يعلم فيه خلاف ، لأن القبض إذا وجد ولم ينتقض بالشك ووقت الآخر يحتمل ، فلا ينتقض اليد الثابتة بيقين ( لما بيناه ) أشار به إلى قوله لأن تمكنه من قبضه ... الخ .

إلا أن يشهدوا أن شراءه كان قبـــل شراء صاحب اليـد ، لأن الصريح يفوق الدلالة . قال وإن ادعى أحدهما شراء الآخر هبـة وقبضا معناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ، ولأنه يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض . وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا ، والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ، ولا ترجيع باللزوم ، لانه

---

( إلا أن يشهدوا ) أي الشهود الخارج ( أن شراءه كان قبـل شراء صاحب اليد لأن الصريح يفوق الدلالة ) فإذا كان كذلك فينتقض به اليه .

( قال ) أي القدوري ( وإن ادعى أحدهما شراء والآخر هبة وقبضاً ) أي ادعىهبة وقبضاً ، وهذا كلام القدوري . وقال المصنف ( معناه من واحد ) أي كلام القدوري من رجل واحد ، لأنه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من رجـــل آخر يكون بينهما نصفين ، فلا يكون الشراء اولى ، وسيجيء ذلك ( وأقاما بينة ) إن أقام كل واحد بينة بما ادعاه ( ولا تاريخ معهما ) أي والحال أن واحداً منهما ليس معه تاريخ ( فالشراءاولى ، لأن الشراء أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ) أي من جـانب البائع وجانب المشتري بخلاف الهبة فانها ليست بمعاوضة .

( ولأنه ) أي ولأن الشراء ( يثبت الملك بنفسه ، والملك في الهبة يتوقف على القبض) لأنها لا تتم إلا بالقبض ( وكذا الشراء والصدقة مع القبض ) يعني إذا ادعى أحدهما الشراء والآخر ادعى الصدقة مع القبض ( لما بينا ) أشار بها إلى قوله لأن الشراء أقوي من الهبة ( والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ) والافتقار الى القبض ( ولا ترجيح باللزوم ) هذا جواب عما يقال لا نسلم التساوى ، فإن الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة . وتقرير الجواب أنه لا ترجيـح باللزوم ( لأنه

يرجع إلى المال ، والترجيح بمعنى قائم في الحال . وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح ، وكذا فيما يحتملها عند البعض ، لان الشيوع طارىء . وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع . قال وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه

---

يرجع الى المال ) أي بما يظهر أثره في ثاني الحال ، إذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع في المستقبل ( والترجيح بمعنى قائم في الحال ) يعني الأصل أن الترجيح إنما يكون بمعنى قائم في الحال لا في المال .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين ان الشراء أقوى من الهبة ، لأنه يقبل الملك بنفسه والهبة لا تقبل الملك بدون القبض ، وكذا الشراء أولى من الصدقة والرهن والنكاح عليها في قول محمد « رح » ، وكذلك قول أبي يوسف « رح » إلا في الشراء والنكاح فإنها تكون بينهما نصفين ، والرهن أولى من الهبة ، والصدقة والنكاح اولى من الهبة ، والصدقة والهبة سواء .

( وهذا ) أي الحكم بالتنصيف بينهما ( فيما لا يحتمل القسمة صحيح ) كالحمام والرحى ( وكذا فيما يحتملها ) أي فيما يحتمل القسمة كالدار والبستان صحيح ( عند البعض ) لأن كل واحد يثبت استحقاقه في الكل ، إلا انه لأجل المزاحمة سلم له البعض ( لأن الشيوع طارىء ) فلا تبطل الهبة ( وعند البعض لا يصح ، لانه تنفيذ الهبة في الشائع ) وصار كإقامة البينتين على الارتهان ، قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، أما عند أبي يوسف ومحمد فينبغي أن يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين ( وهذا أصح ) أي قول البعض أصح ، يعني لا يصح في قولهم جميعاً ، لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار ، فإنما يقضى بالعقد الذى شهد به شهوده ، وعند اختلاف العقد لا تجوز الهبة لرجلين عندهم جميعاً ، وإنما يثبت الملك بقضاء القاضي وتمكن الشيوع في الملك المستعاد بالهبة مانع صحتها .

( قال ) أي محمد « رح » ( وإذا ادعى أحدهما الشراء وادعت امرأة أنه تزوجها عليه )

فهما سواء لاستوائهما في القوة ، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه ، وهذا عند أبي يوسف «رح» . وقال محمـــد الشراء أولى ، ولها على الزوج القيمة ، لانه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ، وتجب قيمته عنـــد تعذر تسليمه .

---

صورته ادعى أحد الاثنين أنه اشترى هذا العبد من فلان ذي اليـــد ، وادعت امرأة أنه ، أي أن هذا المدعى علية تزوجها عليه أي على العبد ، واقام كل منهما البينة ( فهما سواء ) يعني المدعي والمرأة سواء ، يعنى يقضى بالعبد بينهما نصفين ( لاستوائهما في القوة ) أي في قوة الدعوة بالبينة ، ثم اوضح ذلك بقوله ( فإن كل واحد منهما ) أي من الشراء والتزوج ( معاوضة يثبت الملك بنفسه ) فتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق ، هذا إذا لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما سواء ، وإذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى .

فإن قيل الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في الموضعين ، والنكاح مبادلة مـال بما ليس بمال غير موجب الضمان في المنكوحة ، فكان الشراء أقوى . قلنا بل النكاح أقوى من الشراء من وجه ، لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكداً حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم ، بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض ، بخلاف المشترى فان لم يرجح جانب النكاح بهذا فلا أقـل من المساواة . ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج ، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقد إياه .

( وهذا ) أي قوله فهما سواء ، أو يقضي بينهما ( عند أبي يوسف رحمـه الله . وقال محمد « رح » الشراء اولى ، ولها ) أي للمرأة ( على الزوج القيمة ) أي قيمة العبد ( لانه أمكن العمل بالبينتين ) لان تصحيح البينات واجب ما امكن حسناً للظن بالشهود ، وذلك ( بتقديم الشراء ) فتحاً بسبق الشراء صح ، وصحة التسمية في النكاح ، لان التزوج على عبد الغير صحيح ، وهو معنى قوله ( إذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح ، وتجب قيمته عند تعذر تسليمه ) ومتى قلنا بسبق النكاح بطل البيع ، فاذا كان كذلك قلنـــا بسبق

وإن ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهـــذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته . وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ، وبحكم الهبة غير مضمون ، وعقـــد الضمان أقوى ، بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع أولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنى لا صورة ، فكذا الهبة بشرط العوض .

---

الشراء ، لأنه يقضي إلى تصحيح البينتين جميعـــاً ، فكان الشراء اولى ، ووجب للمرأة على الزوج قيمة ذلك ، لأن من تزوج امرأة على عبد الغـــير صح ، ووجبت القيمة فكذلك هذا .

( وإذا [1] ادعى أحدهما رهناً وقبضاً والآخر هبة وقبضاً وأقاما بينة فالرهن أولى ، وهذا استحسان . وفي القياس الهبة أولى ، لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته ) لأن الرهن يثبت اليد ، والملك أقوى من اليد ، فكانت الهبة أولى .

( وجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون ) ولهذا قلنا أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ( وبحكم الهبة ) أي المقبوض بحكم الهبة ( غير مضمون ، وعقد الضمان أقوى ) لأنـــه أكثر اثباتاً ( بخلاف الهبة بشرط العوض ، لأنه بيع انتهاء ، والبيع أولى من الرهن لأنه ) أي لأن البيع ( عقد ضمـــان يثبت الملك صورة ) أي من حيث الصورة في الحال ( ومعنى ) أي من حيث المعنى في المـــال ( والرهن لا يثبته ) أي الملك ( إلا عند الهلاك معنى ) أي من حيث المعنى ، يعني إذا هلك حتى لو مات العبد المرهون يجب الكفن على الراهن دون المرتهن ، لأنـــه لم يثبت ملكه ، وقوله ( لا صورة ) أي لا من حيث الصورة في الحال ( وكذا الهبة بشرط العوض ) أي وكذا أقوى من الرهن لما ذكرنا الآن .

---

(١) وإن ــ هامش .

وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبت أنه أولى المالكين فلا يتلقى الملك إلا من جهته ، ولم يتلق الآخر منه . قال ولو ادعيا الشراء من واحـــد معناه من غير صاحب اليد وأقاما البينة على تاريخين فالأول أولى لما بينا أنه أثبته في وقت لا منازع له فيه .

---

( فإن أقام الخارجان البينة على الملك ) صورته إذا ادعى اثنان على آخر في عين وأقام كل منهما بينة على الملك يعني بأنه ملكه مطلقاً (والتاريخ) بأن شهد بينة كل منهما بالتاريخ ( فصاحب التاريخ الأقدم أولى ) فإن كان تاريخ أحدهما شهد مثلا ، وتاريخ الآخر بأكثر منه فيهما كان فالسابق في التاريخ أولى ( لأنه أثبت أنه أول المالكين ، فلا يتلقى الملك إلا من جهته ) أي إلا من جهة أنه أول المالكين ( ولم يتلق الآخر منه ) فلا شيء له .

( قال ) أي القدوري ( وإن ادعيا الشراء من واحد ) أي ادعى كل منهما أنه اشترى هذه العين من واحد ، كذا قال القدوري ، وقـــال المصنف « رح » ( معناه ) أي معنى قول القدوري من واحد ( من غير ذي (١) اليد ) قـــال الأترازي فيه نظر ، لأن معنى دعوى الشراء من واحد معنى تلقى الشراء من واحد لا من اثنين ، وذلك الواحـــد هو الثالث ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن تكون العين التي وقع فيها الدعوى في يد ذلك الثالث ، أو في يد أحدهما ، أو في أيديهما ، ولا معنى لقوله معناه من غـــير صاحب اليد انتهى . وقال الكاكي رحمه الله تعالى في تقييده بهذا القيد ، معناه من غير صاحب اليد ليست زيادة فائدة ، فإن في هذا الحكم المرتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن يكون دعواهـــا الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع وجد او لا يعلم فيه خلاف ، ذكره في الذخيرة ( وأقاما البينة على تاريخين ) أي أو اقام المدعيان المذكوران بينة على تاريخين مختلفين ( فالأول ) أي صاحب التاريخ الأول ( اولى لما بينا أنه اثبته في وقت لا منازع له فيه ) أي في ذلك الوقت .

---

(١) صاحب ــ هامش .

وإن أقام كل واحـــد منهمـا البينـة على الشراء من آخر ، وذكرا تاريخاً فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما، فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبــل . ولو وقتت إحدى البينتين وقتاً ولم توقت الأخرى قضى بينهما نصفين ، لان توقيت إحداهما لا يدل على تقـــدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ، فإذا أثبت أحدهما تاريخاً يحكم به حتى يتبين أنه تقدمه شراء غيره . ولو ادعى أحدهما الشراء من رجـــل والآخر الهبـة والقبض من غيره ، والثالث الميراث من أبيه ، والرابـع الصدقة والقبض من آخر فقضى بينهم أرباعاً ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم

---

( وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء ) أي على أن كل واحد اشترى ( من آخر ) أي أقام أحدهما على الشراء من زيد مثلا ، وآخر على الشراء من عمرو ( وذكرا تاريخاً ) واحداً ( فهما سواء ، لأنهما يثبتان الملك لبائعهما ، فيصير كأنهما حضرا ) وادعيا تاريخـاً واحداً ( ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ) ان كل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن ، وإن شاء ترك .

( ولو وقت أحد البينتين وقتـاً ولم توقت الاخرى قضى بينهما نصفين ، لأن توقيت أحدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز أن يكون الآخر أقدم بخلاف ما إذا كان البائـع واحداً ، لأنهما اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته ،فإذا أثبت أحدهما بالبينة تاريخاً يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره . ولو ادعى أحدهما الشراء من رجل والآخر ) أي وادعى الآخر ( الهبة والقبض من غيره ، والثالث ) وادعى الثالث ( الميراث من أبيه والرابع ) أي وادعى الرابـع ( الصدقة والقبض من آخر ) واقاموا البينة ( فقضى بينهم أرباعاً ، لأنهم يتلقون الملك من باعتهم ) وفي بعض النسخ من بايعهم كلاهما بطريق التغليب

فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق.

قال فإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك أقدم تاريخاً كان أولى ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف ، وهو رواية عن محمد . وعنه « رح» أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع إليه ، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك ، فكان التقدم والتأخر سواء .

---

لأن البائع واحد من المالكين الاربع ، فكان المراد من مملكتهم . وفي بعض النسخ من متلقيهم استدلالاً بلفظ يتلقون ، وكذا في نسخة شيخي العلاء رحمه الله ( فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البينة على الملك المطلق ) لأنهم استووا في دعوى الملك ، وقد اثبتوه بالحجة ، فيوزع بينهم .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فان أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة ) أي أقام البينة ( على ملك أقدم تاريخاً كان اولى ) وقال المصنف « رح » ( وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وهو رواية عن محمد « رح » ، وعنه ) أي وعن محمد « رح » ( أنه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه ) أي رجع محمد إلى القول بأن بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل إلا في النتاج ، وعند الأئمة الثلاثة بينة ذي اليد أولى في كل الوجوه لترجحها باليد . وفي المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره أن محمداً رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة . وقال لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ، ولا عبرة للتاريخ إلا في النتاج وما في معناه ، لأن التاريخ ليس بسبب الأولية الملك ، بخلاف النتاج ( لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ، ولم يتعرضا لجهة الملك ) يعني بالشراء ونحوه ، وهو معنى قوله ( فكان التقدم والتأخر سواء ) يعني في التاريخ ، لأن التاريخ لا يدل على صفة الملك أولا وآخراً أو صار وجوده وعدمه سواء لا يملك على صفة الملك أولا وأخيراً ، فصار وجوده وعدمه سواء .

وقال الكاكي قوله لم يتعرضا لجهة الملك احترازاً عما لو قامتا على تاريخ في الشراء

ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي من جهته ، وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة . وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في أيديهما والمعنى ما بيناه . ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ، ووقت أحدهما دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » الخارج أولى . وقال أبو يوسف « رح » وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » صاحب الوقت أول ، لأنه أقدم ، فصار كما في دعوى الشراء

---

أو أحدهما أسبق فالأسبق أولى ، سواء كان البائع واحداً أو اثنين عندنا ، خلافاً للشافعي رحمه الله في قوله ( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع ) أي دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد اثبات تلقي الملك من قبله (فان الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهته ) أي من جهة ذلك الشخص ( وبينة ذي اليد على الدفع ) أي دفع الخصومة ( مقبولة ) فان من ادعى على ذي اليد عيناً وانكر ذو اليد ذلك وأقام البينة أنه اشتراه منه تندفع الخصومة .

( وعلى هذا الاختلاف ) أي الخلاف المذكور بين أبي حنيفة وأبي يوسف وبين محمد « رح » ( لو كانت الدار في ايديهما ) فتوقتا ، فصاحب الوقت الأقدم اولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا عبرة بالوقت ( والمعنى ما بيناه ) أراد به ما ذكره من الدليل في الطرفين .

( ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ) يعني من غير ذكر سبب ( ووقت إحداهما ) أي أحد البينتين ( دون الأخرى ، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد الخارج أولى . وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة صاحب الوقت أول لأنه اقدم ) لأن بينته قد دلت على تقدم الملك ، فكانت اولى ( فصار كما في دعوى الشراء

إذا أرخت إحداهمـــا كان صاحب التاريخ أولى . ولهما أن بينة ذي اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع ها هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته ، وعلى هذا إذا كانت الدار في أيديهما. ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي حنيفة .وقال أبو يوسف الذي وقت أولى . وقال محمد الذي أطلق أولى ، لأنه ادعى أولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض.

---

إذا أرخت احداهما ) يعني إذا ادعيا من واحد وأرخ أحدهما يقضي للمؤرخ ، وهو معنى قوله ( كان صاحب التاريخ أولى ) .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أن بينة ذى اليد إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ، ولا دفع هاهنا ) لأنه إنما يكون إذاتعين التلقي من جهة ، وهاهنا لم يتعين ( حيث وقع الشك في التلقي من جهته ) أي من جهة ذي اليد ، لأن يذكر تاريـخ أحدهما لم يحصل اليقين بأن الآخر تلقاه من جهة الإمكان أن الاخرى إذا وقتت كانت اقدم تاريخاً (وعلى هذا ) أي وعلى هذا الخلاف ( إذا كانت الدار في أيديهما ) وأرخت احداهما على ملك مؤرخ ،والاخرى على مطلق الملك فقط سقط التاريخ عند أبي حنيفة ومحمد «رح»خلافاً لابي يوسف فإنه يقول الذي وقت اولى .

( ولو كانت ) أي الدار ( في يد ثالث ، والمسألة بحالها ) أي أرخت إحداهما فقط ( فهما سواء عند أبي حنيفة ) أي الخارجان سواء عنده ، وبه قـال الشافعي في الاصح ومالك واحمد .

( وقال أبو يوسف الذي وقت اولى . وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ) أي لان الإطلاق ( إدعى أولية الملك ) فيدل على ملك الاصل ( بدليل استحقاق الزوائد)المتصلة كالسمن ، والمنفصلة كالاكساب والاولاد ، يعني إذا ادعى رجل ملكاًمطلقاً كانت الزوائد كلها له ( ورجوع الباعة بعضهم على بعض ) أي وبدليل رجوع البائعين بعضهم على بعض عند استحقاق الملك .

ولأبي يوسف أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق يحتمل غير الأولية ، والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء . ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم ، فسقط اعتباره ، فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق ، بخلاف الشراء لأنه أمر حادث ، فيضاف إلى أقرب الأوقات ، فيترجح جانب صاحب التاريخ . قال وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد أولى ، لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد، فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد ، فيقضى له وهذا

---

( ولأبي يوسف « رح » ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين ، والإطلاق ) يعني من غير التاريخ ( يحتمل غير الاولية ، والترجيح باليقين ) يعني العمل باليقين راجح على المحتمل ( كما إذا ادعيا الشراء ) أولاً أحدهما دون الآخر ، كان صاحب التاريخ أولى .

( ولأبي حنيفة أن التاريخ يضامه ) يعني يزاحمه ( احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره ) أي اعتبار التاريخ (فصار كما إذا أقاما البينة على ملك مطلق) ولم يؤرخا كان بينهما (بخلاف الشراء ) جواب عن قول أبي يوسف ( لأنه أمر حادث ) أي لأن الشراء أمر حادث باتفاقهما عليه . وإذا كان كذلك ( فيضاف إلى أقرب الاوقات ) لأنه لا بد للحدوث من التاريخ ( فيترجح جانب صاحب التاريخ ) فيرجح المؤرخ .

( قال ) القدوري ( وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى ) سواء أقامها قبل القضاء للخارج أو بعد القضاء له ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وقال الشافعي في وجه بينة الخارج اولى بعد القضاء له ، لأن ملك اليد يقضي بزوالها ، فلا ينقض القضاء . وقال في الأصح بينة ذي اليد أولى بعد القضاء للخارج وقبله. وقال ابن أبي ليلى بينة الخارجة أولى ( لأن البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد ) أي النتاج (فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد ، فيقضى له ، وهذا ) أي ما ذكر من القضاء الذي

هو الصحيح ، خلافاً لما يقول عيسى بن ابان « رح » أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه . ولو أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان، لأن بينته

---

اليد ( هو الصحيح ، خلافاً لما يقوله عيسى بن ابان « رح » انه تتهاتر البينتان ويترك في يده ) أي في يد ذي اليد ( لا على طريق القضاء ) بل لعدم القضاء بالخاص .

حاصل الكلام أن عيسى بن ابان « رح » يقول عندي في النتاج تتهاتر البينتان لتيقن القاضي بكذب إحداهما ، إذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين ، فصار كأنهما لم يقيما بينة ولو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك ، حتى يحلف ذو اليد له للخارج ، كذا هاهنا ، وهذا ليس بصحيح ، فإن محمداً ذكر في خارجين أقاما بينة على النتاج أنه يقضى بينهما نصفين ، ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد ، فعلم أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق ، حتى لا يحلف ذي اليد ، كذا في الذخيرة والمبسوط .

( ولو تلقى كل واحد منهما ) أي من صاحب اليد والخارج ( الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده ) أي عند الرجل ، كذا قاله الكاكي « رح » . وقال الاكمل« رح» عند من تلقى منه . وفي الذخيرة صورة المسألة عبد في يد رجل ادعاه آخر أنه عبده اشتراه من فلان وانه ولد له في ملك فلان الذي باعه وأقام على ذلك بينة ، وأقام صاحب اليد بينة انه عبده واشتراه من فلان يريد رجل آخر ، وانه قد ولد في ملك فلان الذي باعه قضي لذي اليد ، لأن كل واحد خصم في إثبات نتاج بائعه كما هو خصم في إثبات ملك بائعه . ولو حضر البائعان وأقام البينة ، على النتاج كان ذو اليد اولى ، فهذا مثله . وهذا معنى قوله ( فهو بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه ) فيقضى به لذي اليد .

( ولو أقام أحدهما البينة على الملك ) المطلق ( والآخر ) وأقام آخر البينة ( على النتاج فصاحب النتاج أولى أيهما كان ) يعني سواء كان صاحب اليد أو الخارج ( لأن بينته )

قامت على أولية الملك ، فـــلا يثبت الملك للآخر إلا بالتلقي من جهتـه ، وكذلـك إذا كانت الدعوى بـين خارجين فبينـــة النتاج أولى لما ذكرنا . ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد ، لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية ، وكذا المقضي عليه بالملك المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به ، لأنه بمنزلة النص ، والأول بمنزلة الاجتهاد . قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مـرة كغزل القطن ،

---

أي بينة صاحب النتاج ( قامت على أولية الملك ، فلا يثبت للآخر إلا بالتلقى من جهته ) أي من جهة صاحب النتاج ( وكذا إذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لمـا ذكرنا ) أي يد على اولية الملك .

( ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيدها ذو اليد ) على النتاج ( لأن الثالث لم يصر مقضياً عليه بتلك القضية ) لان المقضي بـــه الملك بالبينة في حق شخص لا يقضى ثبوته في حق آخر ( وكذا المقضي عليه بالملك المطلق ) يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبر هنا ، فقضى على ذي اليد بالملك عندنا خلافاً للشافعي ومالك . ثم أن ذي اليد المقضى عليه بالملك المطلق ( إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء به )الأول( لانـه بمنزلة النص والاول بمنزلة الاجتهاد ) أي نص يدل بخلاف الاجتهاد، فينتقض الاجتهاد به ، فكذا هنا فسره الكاكي « رح » . وقال الاكمل لانه بمنزلة النص لدلالته على الاولية قطعاً ، فكان القضاء واقعاً على خلافه كالقضاء الواقع على خلاف النص .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وكذا النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن ) هذا عطف على قوله وإن أقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج ،

وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لأنه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخـــاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف . وإن كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة

---

فصاحب النتاج أولى ، يعني كذا الحكم إذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليـــد اولاً ، لان ما لا يتكرر في معنى النتاج وهو لا يتكرر .

وفي المحيط النتاج عبارة عن اولية الملك وكل سبب يشعر بأولية الملك فهو كالنتاج ، وكل ما يتكرر وفيه سبب الملك ويضع مرتين لم يكن في معنى النتاج وإن كان مشكلاً ، بل يتكرر أم لا في رواية أبي حفص يلتحق بما يتكرر . وفي رواية أبي سليمان لا يلحق بما يتكرر ، فالبناء وغرس الشجر والقطن النائب وزرع الحنطة والجوب يتكرر ، وتشوية اللحم وكتابة المصحف واحتياط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والحشور والصباغة يتكرر أيضاً ، لان هذه الاشياء تفعل مرتين ، واتخاذ الجبن والطحن وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر ، والنسج في الثوب المتخـــذ من غزل القطن والإبريسم لا يتكرر ، وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر .

( وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر ) يعني يقضى به لذي اليد ( لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى ) بكسر الميم والعين ، فإذا شدت الزاي قصرت ، وإذا خففت مدته . وقـد يقال مرعزا بفتح الميم مخففاً ممدوداً ، وهي كالصوف تحت شعر الغنم ، والميم فيه زائدة ( وجز الصوف ) بأن أقام رجل البينة أن صوفه جزه من غنمه وأقام ذو اليد البينة على مثل ذلك كان ذو اليد اولى .

( وإن كان يتكرر قضي به للخارج بمنزلة الملك المطلق ، وهو مثل الخز ) وهو بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ، ثم سمي الثوب المتخـــذ من وبره خزا ، قيل وهو نسيج ، فاذا بلي يغزل أخرى ثم ينسج ( والبنـــاء والغرس وزراعة الحنطـــة

والمحبوب ، فإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة ، لأنهم أعرف به ، فإن أشكل عليهم قضى به للخارج ، لان القضاء ببينته هو الأصل، والعدول عنه بخبر النتاج، فإذا لم يعلم يرجع إلى الاصل ، قال وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد أولى ، لان الاول وإن كان يثبت أولية الملك فهذا تلقى منه ، وفي هذا لا تنافي ، فصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه ، قال وإن أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر

---

والمحبوب ، فان اشكل ) بأن لم يدر هل يكرر أم لا ( يرجع إلى أهل الخبرة ، لانهم أعرف به ) والواحد منهم يكفي ، والاثنان أحوط . قال الله تعالى ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون ﴾ ٤٣ النحل ( فان أشكل عليهم ) أي على أهل الخبرة ( قضى به للخارج ، لان القضاء ببينته) أى بينة الخارج ( هو الاصل ) عندنا ( والعدول عنه )أي عن الاصل ( بخبر النتاج ) وهو ما روى انه عليه السلام قضى في تقارض بينتي الخارج لذي اليد، وهذا رواه محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة انها ناقته ينحها عنه ، وأقام الذي هي في يده البينة انها ناقته فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يديه ( فاذا لم يعلم يرجع إلى الاصل ) وهو بينة الخارج .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإن أقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه ) أي من الخارج ( كان صاحب اليد اولى ، لان الاول ) أي الخارج ( وإن كان يثبت اولية الملك فهذا ) أي ذو اليد ( تلقى منه ، وفي هذا لا تنافي ) بين الامرين ، فيقضى ببينة ذي اليد ( وصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه ) فيقضى ببينته .

( قال ) اى القدوري « رح » ( وان أقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر

ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان و تترك الدار في يد ذي اليد، قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ، ويكون للخارج ، لان العمل بهما ممكن ، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم بـــاع ولم يسلم ، لان القبض دلالة السبق على ما مر ، ولا يعكس الامر ، لان البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده

---

ولا تاريخ معهما تهاترت ) اى تساقطت ( البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد ، قال ) اى المصنف رحمه الله ( وهذا عند ابي حنيفة « رح » وابي يوسف وعلى قول محمد « رح » يقضى بالبينتين ، ويكون للخارج ، لان العمل بهما ) أي بالبينتين ( ممكن ) وذلك بأن يجعل كأن ذي اليد قد اشتراها من الآخر وقبض ثم باع ولم يقبض،وهو معنى قوله(فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع ) أى من الخارج ( ولم يسلم ) اليه ( لان القبض دلالة السبق على ما مر ) من قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ( ولا يعكس الامر ) أي لا يجعل كأن الخارج اشتراه من ذي اليد اولا ثم باعه من ذي اليد،لان في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض ، فلا يجعل كذلك .

( لان البيع قبل القبض لا يجوز وإن كان في العقار عنده ) أي عند محمد « رح » ، وإيضاح هذه المسألة فيما قال شيخ الإسلام « رح » في مبسوطه إذا ادعى كل واحد منهما تلقى الملك من جهة صاحبه ، كدار في يد رجل جاء رجل وادعى أنه اشتراها من الخارج اليد بألف درهم ونقده الثمن، وادعى ذو اليد انه اشتراها من الخارج بخمسمائة درهم ونقده الثمن ، وأقاما جميعاً البينة على ما ادعيا ، فهذا لا يخلو من أربعة اوجه إن لم يؤرخا ، أو أرخا وتاريخهما سواء ، أو أرخ أحدهما أسبق دون الاخر ، فعلى قول أبي حنيفة رحمــه الله تعالى وأبي يوسف رحمه الله تعالى تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قضاء ترك لاقضاء استحقاق ، سواء شهد الشهود بالشراء والقبض جميعاً أو شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض .

ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع ، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين ، وفيه التهاتر بالاجماع ، كذا ها هنا . ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك ، وها هنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق ،

---

وعند محمد « رح » تقبل البينتان جميعاً ويقضي بعقدين إلا إنهم إن شهدوا بالشراء ولم يشهدوا بالقبض ، فإن شراء ذي اليد يقدم على شراء الخارج ، فيجعل كأن ذا اليد اشترى أولاً من الخارج قبض ثم باع من الخارج ولم يسلم إليه ، فيؤمر بالتسليم إلى الخارج وإن شهدوا بالقبض والشراء جميعاً فإنه يقدم شراء الخارج على شراء ذي اليد كان الخارج اشترى أولاً من ذي اليد وقبض ثم باع من ذي اليد بعد ذلك وسلم إليه فيقضى لذي اليد شراء من الخارج .

( ولهما ) لأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن الإقدام على الشراء إقرار منه )أي من المشتري ( بالملك للبائع ، فصار كأنهما ) أي كأن الشهادتين ( قامتا على الإقرارين ) يعني صار هذا بمنزلة ما لو قام كل واحد منهما البينة على إقرار صاحبه بالملك . فلو كان كذلك تهاتر الإقراران جميعاً ، لأن الثابت من الأقرارين بالبينة كالثابت بالمعاينة. ولو عاينا إقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه فأبطلنا الإقرارين جميعاً ، وهذا مثله يعني أن شهود كل واحد منهما لم يشهد بالتاريخ ، وكل واحد منهما لم يشهدوا به التاريخ ، وكل إقرارين ظهرا ولا يعرف أحدهما جعلا لأنهما وقعا معاً ، فبطلا للمنافاة بينهما ( وفيه التهاتر بالإجماع ) قال تاج الشريعة قبل ذكر الإجماع وقع سهواً لأن عند محمد « رح » بينة ذي اليد أولى، و كذا في الجامع ، وفي المنظومة حيث قال وذو اليد المالك منهما اثبتا قبضين ، والخارج مهما سكتا ( كذا هاهنا ) أي فكذا ما نحن فيه من تهاتر البينتين .

( ولأن السبب يراد لحكمة وهو الملك ) هذا جواب عن قول محمد « رح » يعني أن السبب إذا كان مقيداً للحكم يعتبر ، وإلا فلا،وهاهنا السبب وهو شراء كل منهما من صاحبه لا يفيد الحكم وهو الملك ، لأن القضاء بالملك لأحدهما لا يمكن إلا على وجه يستحق عليه صاحبه ( وهاهنا لا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق ) أي بملك استحقه الخارج

فبقي القضاء له بمجرد السبب ، وانه لا يفيده ، ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما إذا استويا بالوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد « رح » للوجوب عنده . ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترا بالإجماع ، لان الجمع غير ممكن عند محمد « رح » لجواز كل واحد من البيعين ، بخلاف الاول .

---

عليه ، فإذا كان كذلك ( فبقي القضاء له ) أي لذي اليد ( بمجرد السبب ) دون الحكم ( وإنه ) أي وإن القضاء بمجرد السبب دون الحكم ( لا يفيده ) فلا يجوز .

( ولو شهدت البينتان ) المذكورتان ( على نقد الثمن ) في شراء كل منهما الآخر بألف مثلا (فالألف بالألف قصاص عندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف (إذا استويا )أي الثمنات في الجنس والصفة ( بالوجود قبض مضمون من كل جانب وإن لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص ) أي المقاصة ( مذهب محمد « رح » للوجوب عنده ) أي لوجوب الثمن عند محمد « رح » لأن البينتين لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجباً للثمن عند مشتريه فيتقاص الوجوب بالوجوب .

( ولو شهد الفريقان ) أي فريقا شهود الخارج وذي اليد (بالبيع والقبض تهاترا )أي تساقطتا ( بالإجماع ) لكن على اختلاف التخريج ، فعندهما باعتبار أن دعواهما هذا البيع إقرار من كل منهما بالملك لصاحبه . وفي مثل هذا يتهاتر الشهود ، فكذلك هاهنا . وأما عند محمد هو قوله ( لأن الجمع ) أي امكان العمل بهما ( غير ممكن عند محمد « رح » لجواز كل واحد من البيعين ) باعتبار أنهم لما أثبتوا البيع والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزاً وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فتساقطتا للتعارض فتبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت ، فصار كأنهم لم يشهدوا ( بخلاف الاول ) وهو ما إذا لم يشهدوا بالقبض حق يقضي بالبينتان ، وتكون للخارج عنده ، لأن الجمع بين البينتين ممكن ، لأنا لو جعلنا بيع الخارج لاحقاً يلزم البيع قبل القبض ، وهو لا يجوز فيجعل بيعه سابقاً .

وإن وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليـــد عندهمـا ، فيجعل كأن الخـارج اشترى أولاً ثم بـاع قبـل القبض من صاحب اليـــد ، وهو جائز في العقار عندهما ، وعند محمد « رح » يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض ، فبقي على ملكه . وإن أثبتا قبضـــا يقضى لصاحب اليـــد ، لان البيعين جائزان على القولين . وإذا كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين ، فيجعل كأنه اشتراه ذو اليـــد وقبض

---

وفي الكافي وهذا يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما ، فإنه ذكر فيها لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين عنده لذي اليد ، إذ العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كان ذي اليد باعها وسلمها ، ثم الخارج باعها وسلمها ، بخلاف ما إذا لم يذكروا القبض حيث يقضي بها للخارج ، لأنهما ما اثبتا القبض بالشهادة ، وقد ثبت القبض عياناً وهي دلالة السبق ، فجعلنا ذا اليد مشترياً من الخارج أولاً ، وقد قبضها ثم باعها من الخارج ، فيؤمر بتسليمها اليه .

( وإن وقتت البينتان في العقار ) فيه العقار لتظهر ثمرة الخلاف كما ذكر ( ولم يثبتا قبضاً ، ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما ) أي عند أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( فيجعل كأن الخارج اشترى أولاً ثم باع قبل القبض من صاحب اليد ، وهو ) أي البيع قبل القبض ( جائز في العقار عندهما ، وعند محمد يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه ) أي بيع العقار ( قبل القبض ، فبقى على ملكه ، وإن اثبتا قبضاً يقضى لصاحب اليد ، لأن البيعين جائزان على القولين ) أي قولهما وقول محمد «رح» .

( وإن كان وقت صاحب اليد أسبق يقضي للخارج في الوجهين ) أي في الوجه الذي شهدوا بالقبض في الوجه الذي لم يشهدوا به ( فيجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبض) كأنه

ثم باع ولم يسلم أو سلم ثم وصل إليه بسبب آخر . قال وإن أقام أحـــد المدعيين شاهدين ، والآخر أربعة فهما سواء ، لان شهادة كل شاهدين علة تامة ، كما في حالة الانفراد ، والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف .

---

اشتراه ( ثم باع ولم يسلم ) أي المشتري ( أو سلم ثم وصل اليه ) أى إلى ذي اليد ( بسبب آخر ) من عارية أو إجارة .

( قال ) أي القدوري «رح» ( وإن أقام أحد المدعيين شاهدين والآخر أربعة ) أي وأقام المدعي للاخر أربعة من الشهود ( فهما سواء ) يعني لا يترجح أحـــد المدعيين على الآخرين بزيادة العدد في بينته، وبه قال الشافعي في الجديد ومالك في المشهور عنه وأحمد وقال الشافعي في القديم ومالك في رواية ترجح بزيادة العدد ، لأن القلب إلى قولهم أميل وعنـد مالك يرجح بزيادة العدالة ، فيقضى بأعدل البينتين ( لأن شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الإنفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل ، بل بقوة فيها ) أي بل الترجيح بقوة فيها ، أي في الشهادة والترجيح عبارة عن تقوية أحد الطرفـــين على الطرف الاخر ليعمل بـــه ، والتقوية بالوصف يكون ، وهو معنى الصدق في الشهادة ، وذلك في أن يتعارض شهادة المستور مع شهادة العدل بأن أقام أحد المدعيين مستورين والاخر عدلين فإنه يترجح الذي شهد له العدلان بظهور ما يؤكد معنى الصدق في شهادة شهوده، وكذلك في النسب والنكاح لو ترجح حجـة الخصمين باتصال القضاء ، لأن ذلك مما يؤكد ركن الحجة ، فان لقضاء القاضي يتم معنى الحجة في الشهادة ، ويتبين جانب الصدق ، وعلى هذا قلنا في العلتين إذا تعارضتا لا يترجح أحدهما بانضمام علة أخرى اليها وإنمـا يترجح بقوة الاخر فيها إذ به يتأكد ما هو الركن في صحة العلة ، وكذلك الخبران إذا تعارضا لايترجح أحدهما على الآخر بخبر آخر ، بل بما فيه يتأكد معنى الحجة ، وهو الاتصال برسول الله ﷺ ، ويترجح بحفـــه الراوي وحسن ضبطه واتقانه ، لأنه يتقوى بـــه ، يعني الاتصال برسول الله ﷺ على الوجه الذي وصل الينا بالنقـــل ( على ما عرف ) أي في أصول الفقه .

قال وإذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والآخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ، ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة « رح » اعتباراً بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف ، فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينصف بينهما . وقالا هي بينهما أثلاثاً ، فاعتبرا طريق العول والمضاربة وصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين ، وصاحب النصف بسهم فيقسم أثلاثاً

---

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا كانت داراً في يد رجل ادعاها اثنان أحدهما جميعها والاخر نصفها وأقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف ربعها عند أبي حنيفة اعتباراً بطريق المنازعة ، فإن صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له ) أي النصف ( بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينصف بينهما ) توضيح ذلك انا نحتاج إلى حساب له نصف ، ولنصف نصف صحيح ، وأقل ذلك أربعة أسهم ، فأصل الدار على أربعة اسهم ، يقول لا منازعة لمدعي النصف فيما زاد على النصف وهو سهمان ، ويدعيه صاحب الجميع فيكون له نصف الدار ، فيبقى النصف وذلك سهمان استوت منازعتهما فيه ، فيصير بينهما نصفان لكل واحد منهما سهم ، فقد جعل المدعي الجميع مرة سهمان بلا منازعة ، وسهم مع المنازعة ، وذلك ثلاثة أرباع الدار ، فكان له ثلاثة اسهم ، ولمدعي النصف سهم .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( هي ) أى الدار ( بينهما ) أي بين المدعيين ( أثلاثاً ، فاعتبرا طريق العول ) والعول في اللغة الارتفاع ومنه عالي الميراث ، وذلك إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا يكتفي آخر به المجموع لذلك ، فيحتاج إلى العول .

( والمضاربة وصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد ، فيقسم أثلاثاً ) إيضاح ذلك أن يدعي الجميع يضرب بالكل والآخر بالنصف ، فاجعل

## ولهذه المسألة نظائر وأضداد لا يحتملها هذا المختصر ، وقد ذكرناها في الزيادات

---

الدار على سهمين لحاجتك إلى النصف يضرب مدعي الجميع بالكل،وذلك سهمان،ومدعي النصف بالنصف وذلك سهم ،فتصير الدار بينهما على ثلاثة أسهم ثلثا الدار لمدعى الجميع والثلث لمدعى النصف ، وفي الميراث يقسم على طريق القول بالإجماع كما في امرأة ماتت وتركت زوجاً وأخت لاب ، وأم واختاً لأن للزوج النصف والاخت لاب وأم النصف وللأخت من الاب السدس تكملة للثلثين ، فتقول الفرضية إلى سبعة ، وكانت في الاصل من ستة ، وكذلك هنا على قولهما .

( ولهذه المسألة نظائر ) أي أشباه ( وأضداد ) يعني الخلاف فيه على عكس هـــذا عندهما يقسم على طريق المنازعة ، وعنده على طريق العول ( لا يحتملها ) أى النظائر والاضداد ( هذا المختصر ) أراد به الهداية ( وقد ذكرناها ) أى الاشباه والاضداد ( في الزيادات ) أى في الكتاب الذي جمعه وسماه الزيادات .

أعلم أن جنس القسمة على أربعة أنواع ، أحدهما ما يقسم على طريق القول إجماعاً وهي ثمان مسائل :

الأولى : التركة إذا لم تعرف بالديون ، فإن أصابها يقسمونها فيا بينهم بطريق العول .

الثالثة : [1] إذا أوتي بثلث ماله لرجل وبربعه لرجل وبسدسه لرجل ولم تحز الورثة على حالة الوصايا إلى الثلث يقسم الثلث بينهم على العول .

الرابعة : الوصية بالمحاباة لهما بثلاثة آلاف درهم ، فإنه يقسم المحـــاباة بين الموصى لهما ثلاثاً بطريق العول .

الخامسة : الوصية بالعتق،وصورتها اوصى أن يعتق من هذا العبد نصفه ، وأوصى بأن يعتق من عبد آخر ثلثه وذلك لا يخرج من ثلث المال ، فيقسم الثلث بينهما بطريق العول فيسقط من كل واحد حصته من السعادة .

---

(١) هكذا في الأصل لم يذكر الثانية ، أ هـ مصححه .

السادسة : الوصية بالألف مرسلة ، أي مطلقة ، والآخر بالفين ، كذلك يكون الثلث بينهما بطريق العول .

السابعه : عبد فقأ عين رجل حر وقتل آخر خطأ يقسم الجاني بينهما على سبيل العول ثلثاه لولى القتل ، وثلثه للآخر .

الثامنة : مدبر جنى على هذا الوجه ودفعت قيمته إلى ولي الجنايتين تكون القسمة بينهما بطريق العول .

النوع الثاني : ما يقسم بطريق المنازعة إجماعاً ، وهي مسألة واحدة فضولي باع عبد الغير من رجل ، وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين ، فاختار المشتريان الأخذ يكون المشتري الكل ثلاثة أرباعه ، ولمشتري النصف الربع بطريق المنازعة .

النوع الثالث : ما يقسم بطريق المنازعة عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق العول وهي ثلاثة ، مسألة الكتاب .

والثانية : إذا أوصى لرجل بجميع ماله وأجازه الورثة .

والثالثة : إذا أوصى لرجل بعبد بعينه ، ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره .

النوع الرابع : بطريق العول عند أبي حنيفة ، وعندهما بطريق المنازعة وهي خمس مسائل :

أحدها : عبد مأذون له في التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبي مائة فدين المولى يسقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده ، ويثبت نصفه الذي في نصيب شريكه ، فإذا بيع بالدين يقسمان الثمن على الخلاف الذي ذكرناه .

والثانية : إذا أدانه أجنبيان ، أحدهما مائة والاخر مائتان يقسمان عنه على هذا .

والثالثة : عبد قتل رجلاً خطأ ، وآخر عمداً ، وللمقتول عمداً أوليان فعفى أحدهما فدفع بها كان على الخلاف المذكور .

والرابعة : لو كان الجاني مدبراً على هذا الوجه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك .

قال ولو كانت في أيديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ، ونصفها لا على وجه القضاء ، لأنه خارج في النصف ، فيقضى ببينته والنصف الذي في يديه صاحبه لا يدعيه ، لأن مدعاه النصف وهو في يده سالم له ،

---

والخامسة : أم ولد قتلت مولاها واجنبياً عمداً ولكل واحد منهما وليان ، فعفى ولي كل واحد منهما على التعاقب فانها يسعى في ثلاثة أرباع قيمتها ، فتقسم بين الساكنين فيعطوا الرابع لشريك العافي، فآجرا والنصف الاخر بينه وبين شريك العافي أولاً أثلاثاً، ثلثاه لشريك العافي أولا ، والثلث لشريك العافي آخراً عنده ، وعندهما أربعاً .

أما الأضداد فهي ثلاث مسائل :

أحدها مدبر قتل رجلا خطأ وآخر عمداً وله وليان ، فعفى أحدهما فدفع المولى قيمته كانت القيمة عنده بين ولي الخطأ والذي لم يعف أثلاثاً على طريق العول ، وعندهما أرباعاً على طريق المنازعة .

والثانية : ما إذا كان القاتل عبداً ووقع المولى بالجنايتين .

والثالثة : عبد بين رجلين إذ ناله في التجارة ، وقد مرت هذه الثلاث مسائل في النوع الرابع بطريق العول .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولو كانت الدار في أيديهما ) ادعى أحدهما نصفها ، والآخر كلها ( سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء ) وبه قال أحمد . وقال الشافعي « رح » في رواية مالك تبقى الدار في أيديهما كما كانت، وبه قال أحمد « رح » في رواية ( لأنه ) أي لأن صاحب الجميع وهو مدعي الجميع (خارج في النصف ) الذي في يد صاحبه وبرهنا ( فيقضى ببينته ) أي ببينة صاحب الجميع ( والنصف الذي في يده ) أي في يدي صاحب الجميع ( صاحبه لا يدعيه ، لأن مدعاه النصف ) فإذا كان كذلك سلم النصف الذي في يد صاحب الجميع ، فسلم ذلك النصف له بلا قضاء وهو معنى قوله ( وهو في يده سالم له) أي والنصف الذي في يدصاحب الجميع.

ولو لم ينصرف إليه دعواه كان ظالماً بإمساكه ولا قضاء بدون الدعوى ، فيترك في يده . قال وإذا تنازعا في دابة وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ، لأن الحال تشهد له ، فيترجح . وإن أشكل ذلك كانت بينهما ، لأنه سقط التوقيت ، فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً . وإن خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان ، كذا ذكره

---

( ولو لم ينصرف اليه ) أي إلى النصف ، قال تاج الشريعة هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال لا نسلم أن دعواه في النصف الذي في يده حتى يسلم له ، بل حقه ثابت في الكل. فأجاب عنه بأنه لو لم ينصرف اليه ( دعواه ) أي إلى النصف الذي في يده ( صار ظالماً بإمساكه ) والأصل أن لا يحمل فعل المسلم على الظلم والفساد إذا أمكن حمله على الصحة والسداد .

( ولا قضاء بدون الدعوى ) لأن دعوى صاحب النصف ينصرف إلى النصف الذي في يده ولم توجد الدعوى من صاحب النصف في النصف الذي في يد صاحب الجميع ، وإذا كان كذلك لا قضاء بدون الدعوى ( فيترك في يده ) أي يترك النصف الذي في يد صاحب الجميع لا على وجه القضاء .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( وإذا تنازعا في دابة ) والدابة في يد ثالث ( وأقام كل واحد منهما بينة أنها نتجت عنده ) قال الجوهري نتجت الناقة على ما لم يسم فاعله نتج نتاجاً وقد نتجها أهلها نتجاً ( وذكرا تاريخاً وسن الدابة يوافق أحد التاريخين فهو أولى ) أي لأن علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال ، وهو معنى قوله ( لأن الحال تشهد له ) فإذا كان كذلك ( فيترجح ) أي صاحب اليد .

( وإن أشكل ذلك كانت بينهما ) أي وإن أشكل سن الدابة كانت بينهما ( لأنه سقط التوقيت ) لأنه لا دلالة فيه فكأنهما أقاما البينة على النتاج ( فصار كأنهما لم يذكرا تاريخاً. وإن خالف سن الدابة الوقتين) أي في دعوى الخارجين (بطلت البينتان ، كذا ذكره

الحاكم الشهيد « رح » ، لأنه ظهر كذب الفريقين ، فتترك في يد من كانت في يده. قال وإذا كان العبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما .

## فصل في التنازع بالأيدي

قال وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها

---

الحاكم الشهيد « رح » لأنه ظهر كذب الفريقين ، فتترك في يد من كانت في يده ) وقال في شرح الأقطع فإن خالف سن الدابة الوقتين قضى لصاحب اليد ، ثم قال : قال الحاكم الشهيد « رح » الصحيح أن تبطل البينتان .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي « رح» في شرح الكافي للحاكم الشهيد «رح» وإن كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين ، لأنه لم يثبت الوقت فصار كأنهما لم يوقتا . وفي رواية أبي الليث الخوارزمي إذا كانت الدابة على غير الوقتين فالبينتين باطلة لأنه ظهر كذبهما . في المبسوط من مشايخنا من قال تبطل البينتان والأصح ما قاله محمد « رح » وهو أن الدابة بينهما في الفصلين ، يعني اذا كان سن الدابة مشكلة ، وفيما إذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان العبد في يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما ) في سبب الاستحقاق ، وذلك لأن المودع لما جحد الوديعة صار كالغاصب ، فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق .

## ( فصل في التنازع بالأيدي )

أي هذا فصل في بيان حكم التنازع بالأيدي . ولما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرح في بيان وقوعه بظاهر اليد .

( قال ) أى القدوري رحمه الله ( وإذا تنازعا في دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق

فالراكب أولى ، لأن تصرفه أظهر ، فإنه يختص بالملك ، وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج والآخر رديفه فالراكب في السرج أولى ، بخلاف ما إذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف ، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق فصاحب الحمل أولى ، لأنه هو المتصرف ،قال: وكذا إذا تنازعا في قميص، أحدهما لابسه ، والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ، لأنه أظهرهما تصرفاً .

---

بلجامها فالراكب أولى ) ولا خلاف فيه بين الائمة الأربعة ، وفي الذخيرة لو تعلق أحدهما بلجامها والآخر بذنبها فالمتعلق باللجام أولى ، لأنه لا يتعلق باللجام غالباً الا الملاك ، أما الذنب فقد يتعلق به غيره ( لأن تصرفه ) أي تصرف الراكب ( أظهر فانه يختص بالملك وكذا إذا كان أحدهما راكباً في السرج ، والآخر رديفه فالراكب في السرج اولى ) من الرديف ، وكذا اذا تنازعا في الدار وأحدهما ساكنها والآخر أخذ بحلقة الباب أن الساكن اولى .

وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كانا جميعاً راكبين أحدهما في السرج والآخر خارج السرج قضي بالدابة بينهما بالإجماع . وروى عن أبي يوسف « رح » انه قال يقضى بالدابة للراكب في السرج . ونقل الناطفي « رح » في الأجناس عن نوادر المعلي رجلان على دابة أحدهما راكب في السرج والآخر رديف فادعى الدابة ، ففي الراكب السرج ، فان كان في السرج فهي بينهما نصفان ، فعلم بما ذكر في شرح الطحاوي والأجناس أن الدابة في ظاهر الرواية بينهما نصفان،وما ذكره المصنف بقوله وكذا إذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى من الرديف ، فذلك على رواية النوادر .

( بخلاف ما إذا كانا راكبين ) أي في السرج ( حيث تكون ) أي الدابة ( بينهما لاستوائهما في التصرف، وكذا إذا تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما وللآخر كوز معلق ، فصاحب الحمل أولى ، لأنه هو المتصرف . قال ) أي القدوري رحمه الله (وكذا إذا تنازعا في قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس أولى ، لأنه أظهرهما تصرفاً .

ولو تنازعا في بساط ، أحدهما جالس عليه ، والآخر متعلق به فهو بينهما ، معناه لا على طريق القضاء ، لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا . قال وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر ، فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة ، فلا يوجب زيادة في الاستحقاق . قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن

---

ولوتنازعا في بساط أحدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما) هذا لفظ القدوري. وقال المصنف رحمه الله ( معناه ) أي معنى ما قال القدوري ( لا على طريق القضاء) يترك في يدهما ( لأن القعود ليس بيد عليه فاستويا ) أي لأن اليد على البساط لا تثبت إلا بالنقل والتحويل أو يكون في يده حكماً بان كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك ، ولهذا لا يصير غاصباً بمجرد القعود عليه ، بخلاف الركوب على الدابة ، فإنه يصير غاصباً بمجرد الركوب عليه بغير الإذن.

( قال ) أي محمد ( وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد الآخر فهو بينهما نصفان ، لأن الزيادة من جنس الحجة ) لأن كل واحد تتمسك باليد ، إلا أن أحدهما اكثر استمساكاً ( فلا يوجب زيادة في الاستحقاق ) كما لو تنازعا في دابة ولواحد عليها مائة من والآخر خمسون منا كانت بينهما نصفين ، وكما لو أقام أحدهما اثنين من الشهود والآخر أربعة .

فإن قيل يشكل على هذا الذي ذكره بعده وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة والآخر ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح ، إذ الشاهد من الطرفين وضع الجذع . واجيب بان وضع الخشبة حجة لثبوت الاستعمال فلا يترجح بزيادة الخشبات ، لأن الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها وفيه تأمل .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبرعن

نفسه فقـــال أنا حر فالقول قوله ، لأنـه في يد نفسه ولو قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لأنه أقر بأنـــه لا يـد له حيث أقر بالرق وإن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده، لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها ، وهو بمنزلة متـــاع ،

---

نفسه ) والحال أنه يعبر عن نفسه ، أي يتكلم ويعقل ما يقول ( فقال انا حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه ) وفي الذخيرة ادعيا عبداً وهو في أيديهما ، فإن كان العبد لا يعـبر عن نفسه ، فالقاضي لا يقضي لاحدهما بالملك ما لم يقم البينة ، ولكن يجعـله في يديهما لأنه إذا لم يعبر عن نفسه فهو والبهيمة سواء ، وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك ، وعند الثلاثة يحكم بالملك أيضاً ، لأن اليد عليه دليل الملك ، وإن كان العبد يعبر عن نفسه وقال انا حر فالقول له ولا يقضى لهما بشيء ، وبه قال الشافعي «رح» في وجه وأحمد « رح » في رواية . وفي وجه قال هذا كالذي لا يعبر عن نفسه ، وبه قال أحمد في رواية ، ولو قال أنا عبد أحدهما لم يصدق ، وهو عبدهما .

( وإن قال أنا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده، لأنه أقر بانه لا يد له حيث أقربالرق و إن كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده ، لأنه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها ، وهو بمنزلة المتاع [1] ) لا يد له على نفسه ، واعـترض باللقيط إذا ادعى في لقيط لا يعبر عن نفسه ، فانه لا يكون عبداً ، وبه قال الشافعي « رح » وأحمد ، أجيب بأن يد الملتقط ثابت من وجه دون وجه ، فلم تصح الدعوى منه بالشك ، بخلاف غيره لأن يده عليه ثابتة ، فتصح الدعوى منه .

فإن قيل وجب أن لا يصدق في دعوى الرق ، لأن الحرية هي الأصل ، والرق عارض فلا تقبل إلا بالحجة ، أجيب بأنه اعترض على الأصل ما يدل على خلافه ، فيبطل الأصل وفيه نوع تأمل .

---

(١) متاع – هامش.

بخلاف ما إذا كان يعبر ، فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ، لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره . قال وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر صاحب تعلق

---

( بخلاف ما إذا كان يعبر ) أي عن نفسه ، فانه إذا قال أنا حر فالقول قوله كما مر ( فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله ، لأنه ظهر الرق عليه في حال صغره ) فلا تزول يد من هو في يده إلا بدليل .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان الحائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه ) أو الحائط متصل ببنائه ( وللاخر عليه ) أي على الحائط (هرادي ) وهو جمع هردية قصبات تضم ملتوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم [1] كذا في ديوان الادب ، ولكن صحح فيه الهاء والحاء جميعاً . وفي الصحاح الحردي من القصب فهو نبطي معرب ، ولا يقال الهردي . وفي مختصر الكرخي الحردي بالحاء وفي الجمهرة لأن الحردي مد في باب الحاء والدال والراء ، أما الذي تسمية البصريون الحردي من القصب فهو ينظر معرب . وقال صاحب الديوان ايضاً الحردي واحد حرادي القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعاً . وقال الاترازي والرواية في الاصل والكافي للحاكم الشهيد . وفي الجامع الصغير وشرح الكافي وقعت بالهاء لا غير . وفي دستور اللغة هرادي السقف خشبابه بالفارسية . وفي المغرب يقال له بالفارسية وردِك ( فهو ) أي الحائط ( لصاحب الجذوع والاتصال ، والهرادي ليست بشيء ، لأن صاحب الجذوع صاحب استعمال ، والآخر ) أي صاحب الهرادي ( صاحب تعلق به ) أي بالحائط ، لأن الحائط يبنى لوضع الجذوع عليه دون وضع الهرادي ويظن المصنف رحمه الله تعالى هذا

---

(١) في الاصل ــ قضيان الكرب ــ والتصحيح من شرح فتح القدير ، أ هـ مصححه .

فصار كدابة تنازعا فيهـــا ، ولاحدهما عليها حمل ، وللآخر كوز معلق . والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هـــذا في جداره وقـــد يسمى اتصال تربيع . وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط ، وقوله الهرادي ليست بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلاً . وكذا البواري ، لان الحائط لا يبنى لهما أصلاً ، حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليـــه

---

بقوله ( فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليه حمل ، وللاخر كوز معلق ) حيث تكون الدابة لصاحب الحمل ، وللاخر نوع تعلق بها ، ولكن لا يؤمر برفع الهرادي والبواري ، لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر حجة للدفـــع دون إبطال الاتصال الثابت للغير ظاهراً .

( والمراد بالاتصال ) أي المراد بالاتصال المذكور في قوله أو متصل ببنائه ( مداخلة لبن جداره فيه ) أي في المتنازع فيه ( ولبن هذا في جداره ، وقد يسمى اتصال تربيـع ) وتفسير التربيع إذا كان الحائط من مهر أو اجر أن يكون اتصاف لبن الحائط المتنازع فيه داخلة في اتصاف لبن غير المتنازع فيه وبالعكس . وإن كانت من خشب فالتربيع أن يكون بناحة أحدهما مركبة في الاخرى ، وأما إذا نقل ما دخل لا يكون تربيعاً . وقال تاج الشريعة « رح » وكان الكرخي يقول صفة هذا الاتصال ان يكون الحـائط المتنازع فيه من الجانبين متصلا بحائطين لاحدهما ، والحائطان متصلان بحائط له بمقـالة بالاتصال بحائط المتنازع ، وهذا ظاهر . قال الكاكي «رح» ويروى هذا ظاهر الرواية .

( وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض هذا الحائط ) فهو اولى ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية ( وقوله ) أي وقول محمد في الجامع ( الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي أصلا ، وكذا البواري ) جمع بارية ، وهي التي تعمل من القصب ، وهى الحصرة ، وقال الاصمعي البوز بالفـارسية وبالعربية بارى وبورى وبارية ( لان الحائط لا يبنى لهما اصلا ، حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي ، وليس

هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما . ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة ، فهو بينهما لاستوائهما، ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة ، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة ، وللآخر موضع جذعه في رواية . وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبه ثم قيل ما بين الخشب إلى الخشب بينهما . وقيل على قدر خشبهما .

---

للاخر عليه شيء فهو ) أي الحائط ( بينهما ) لاستوائهما ، وهذا باتفاق الائمة الاربعة ، لان وضع الهرادي والبواري لا يثبت لصاحبها على الحائط يد لان الحائط للتسقيف ، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري ، وانما توضع الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى للاستظلال ، فيصار كما لو كان لاحدهما على الحائط ثوب مبسوط ولا شيء للاخر ، وهناك يقضى بينهما ، فكذا هذا .

( ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالأكثر منها ) أي من الجذوع ( بعد الثلاثة ) يعني لو كان لكل منهما جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ، ولا اعتبار للجذوع الاكثر من الثلاثة .

( وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة فهو ) أي الحائط ( لصاحب الثلاثة وللاخر موضع جذعه في رواية ) صاحب الاملاء عن أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »(وفي رواية ) كتاب الدعوى ( لكل واحد منهما ماتحت خشبه) وذكر محمد في كتاب القرار ان الحائط لصاحب الخشب الكثير ، ولصاحب الخشبة الواحدة ما تحت خشبه يعني حق الوضع ( ثم قيل ما بين الخشب إلى خشب بينهما ) يعني بينهمانصفان،لأنه لابدلاحدهمافيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منهما ، وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفان كذلك ما بين الخشب ( وقيل على قدر خشبهما ) أي على قدر خشب كل منهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ، ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة اخماس .

والقياس أن يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة . ووجه الثاني أن الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته . وجه الاول أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير إلا أنه يبقى له حق الوضع ، لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده . ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول أولى ، ويروى أن الثاني أولى .

---

( والقياس أن يكون بينهما نصفين ، لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ) وهو رواية عن أبي حنيفة وقياس قول الشافعي وأحمد ( ووجه الثاني ) وهو رواية كتاب الدعوى ( ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ) لان ذلك الموضع به مشغول بجذعه ( ووجه الاول ) وهو رواية كتاب الإقرار وهو الاستحسان ( أن الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى ، فكان الظاهر شاهداً لصاحب الكثير ، إلا انه يبقى له ) أي لصاحب الجذع الواحد ( حق الوضع ) أي حق وضع خشبه ( لان الظاهر ليس حجة في استحقاق يده ) فلا يستحق دفع الخشبة الموضوعة ، إذ من الجائز أن يكون أصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق الوضع عليه ، فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزاً .

( ولو كان لأحدهما جذوع وللاخر اتصال ) وفي نسخه لو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع وهو الصحيح من النسخ ليوافق الدليل المدعى . وفي شرح الاقطع إذا اختلفا في الحائط ولاحدهما اتصال به من أحد جانب ولاخر عليه جذوع ، والاتصال هو مداخلة اللبن بعضه في بعض ( فالاول أولى ) أى صاحب الاتصال ، وبه قال شيخ الإسلام والطحاوي ( ويروى أن الثاني اولى ) وهو صاحب الجذوع ، وبه قال شمس الائمة السرخسي « رح » .

وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليـــد والتصرف أقوى . ووجه الثاني أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد . ومن ضرورة القضـــاء له ببعضه القضاء بكله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا . وهـــذا روايـة الطحاوي « رح » وصححهـا الجرجاني . قـال وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها . قال وإذا ادعى رجلان أرضاً يعني يدعى كل واحد منهما أنهما في يده لم يقض أنها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنها في أيديهما ، لان اليد فيها

---

( وجه الاول أن لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى ووجه الثاني ) وهو القول بالولية الاتصال ( أن الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحـد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ، ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا ) أشار به إلى قوله لان الظاهر ليس بحجة في الاستحقاق ، حتى لو ثبت ذلك بالبينة أمر برفعها لكونها حجة مطلقة ( وهـــذا رواية الطحاوى ) أى كون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع (وصححها الجرجاني « رح ») أي صحح رواية الطحاوي أبو عبدالله الجرجاني.

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات ، وفي يد آخر بيت فالساحة ) بالمهملتين العرصة في الدار وبـين يديها ( بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالهـــا ) أى في استعمال الساحة ( وهو ) أى الاستعمال ( المرور فيها ) ووضع الامتعة فيها وصب الوضوء وكسر الحطب .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا ادعى رجلان أرضاً يعني يدعي كل واحدمنهما أنهما في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة أنهافي أيديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها ) أى لان اليد حق مقصود فلا يجوز للقاضي

غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته. وإن قام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة ، لان اليـد حق مقصود . وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما لمـــا بينا ، فلا تستحق لاحدهما من غير حجة . وإن كان أحدهما قـد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

---

أن يحكم به ما لم يعلم ، لان الأرض غير مشاهدة لتعذر احضارها ، فإذا كان كذلك فلابد من البينة ( وما غاب ) أى والذى غاب (عن علم القاضي فالبينة تثبته) لتعذر المشاهدة. وقوله وما مبتدأ وغاب صلته . وقوله فالبينة تثبت خبره ، وهي جملة اسمية وقعت خبراً ودخلت الفاء عليها لتضمن المبتدأ معنى الشرط .

( وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة ، لأن اليد حق مقصود ) فـــلا يستحق أحدهما بغير حجة ( وإن أقاماالبينة جعلت في أيديهما لما بينا) أشار إلى قولهلقيام الحجة ، فإن طلبا القسمة بعد ذلك لم تقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك . قـال بعض مشايخنا هذا قول أبي حنيفة ، وقالا يقسم بينهما (فلا تستحق لأحدهما من غير حجة،وإن كان أحدهما قد لـبن في الأرض أو بنى أو حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها ) لأن من ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب على الدابة واللبس في الثياب،ذكره البزدوي والله أعلم .

* * *

## باب دعوى النسب

وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع ، فإن جاءت بـــه لاقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمـــه أم ولد له ، وفي القياس وهو قول زفر والشافعي رحمه الله دعوته باطلة ، لان البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعواه مناقضاً ولا نســـب بدون الدعوى . وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكـه شهادة ظاهرة على كونه منه ، لان الظاهر عدم الزنا ، ومبنى

---

( باب دعوى النسب )

أي هذا باب في بيان حكم دعوى النسب ، ولما ذكر دعوى المال شرع في دعوى النسب وقدم دعوى المال لكثرة وقوعها ، فكان أهم . وفي الصحاح الدعوة بالكسر في النسب ، وبالفتح في الطعام ، وقيل على العكس ، قلت وبالضم في الجهاد.

( قال ) أي القدوري ( وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائـــع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له ) ويفسخ البيع ويرد الثمن ( وفي القياس وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى وزفر رحمه الله تعالى دعوته باطـلة ، لأن البيع اعتراف منه ) أي من البائع ( بانه عبد ) أي بأن الولد عبد ، لأن إقدامه على البيع يدل على ذلك ( فكان في دعواه مناقضاً ) ودعوى التنـاقض مردود ( ولا نسب بدون الدعوى ) أي ولا يثبت النسب بدون الدعوى .

( وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكـه ) أي بملك المدعي وهو البائع ( شهادة ظاهرة على كونه منه) وذلك بمنزلة البينة العادلة حكماً في حق ثبوت النسب وحرية الولد في الأصل وصيرورة الجارية أم ولد له ( لأن الظاهر عدم وجود الزنا في هـــذا ، ومبنى

النسب على الخفاء ، فيعفى فيـــه التناقض ، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع ، لان بيـــع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن ، لانه قبضه بغير حق . وإن ادعاه المشتري مع دعوى البائع أو بعده فدعوى البائع أولى ، لانها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق ، وهذه دعوى استيلاد . وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائع ، لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقناً وهو الشاهد والحجة ،

---

النسب على الخفاء ) جواب عن المناقض ، لأن الانسان قد لا يعلم ابتداء يكون العلوق منه ولم يتبين له أنه منه ( فيعفى فيه التناقض ) لأجل الخفاء (وإذا صحت الدعوى) أي دعوى البائع ( استندت إلى وقت العلوق ) منه ( فتبين أنه باع أم ولده ، فيفسخ البيع ، لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه ) أي لأن البائع (قبضه بغير حق) فيجب عليه رده.

(وإن ادعاه المشترى مع دعوى البائع أو بعده) دعوى البائع (فدعوى البائع أولى ) ، لأنها اسبق لاستنادها إلى وقت العلوق ) انما عنيه بقوله مع دعوى لأنه لو ادعـاه المشتري أو لا يثبت النسب منه ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك لاستغناء الولد عن النسب ( وهذه دعوى استيلاد ) هذا جواب دخـــل تقديره كيف تصح الدعوى والملك معدوم ، فأجاب بقوله وهذه أي دعوى البائع دعوى استيلاد ودعوى المشتري دعوى تحرير ، إذ الأصل العلوق لم يكن في ملكه ، ودعوى الاستيلاد اولى لاستنادها إلى وقت العلوق . ودعوى الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك ، ودعوى التحرير تفتقر اليها . وقال الكاكي «رح» قوله دعوى استيلاد في الحقيقة ، هذا جواب عن قول ابراهيم النخعي حيث قال فيها يثبت النسب من المشتري ، لأن له حقيقة الملك فيها وفي ولدها ، وللبائع حق ، والحق لا يعارض الحقيقة قلنا هذه دعوى استيلاد ... الخ .

( وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوى البائـــع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقيناً وهو ) أي اتصال العلوق بملكه ( الشاهد والحجـة ) في ثبوت

إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع ، لانا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ولا حقه ، وهذه دعوى تحرير وغير المالك ليس من أهله . وإن جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، إلا أن يصدقه المشتري ، لانه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة ، فلا بد من تصديقه . وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك .

---

النسب ( إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ) حملا لامره على الصلاح ( ولا يبطل البيع ، لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق ) في حق الولد ( ولا حقه ) ولا حق المعتق في الجارية ( وهذه دعوى تحرير ) يعني إذا لم تصر الجارية أم ولد تبقى الدعوى في الولد دعوى تحرير ( وغير المالك ليس من أهله ) والبائع ليس بمالك فلا بد من تصديق المشتري .

( وإن جاءت به لأكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوى البائع فيه ، إلا أن يصدقه المشتري ، لأنه احتمل ) أي لأن الشأن انه احتمل ( أن لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه ، وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام أم ولد له كما في المسألة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك ) وإن ادعاه المشتري وحده صحت دعوته ، لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق في ملكه ، ففيما يحتمله اولى ، وتكون دعوته دعوى استيلاد ، حتى يكون الولد حر الاصل ، ولا يكون له ولاء على الولد ، لان العلوق في ملكه يمكن ، وإن ادعياه معاً أو متعاقباً فالمشتري أولى ، لان البائع في هذه الحالة كالاجنبي ، هذا الذي ذكرنا كله

فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد، ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجتة إلى ذلك، فلا يتبعه استيلاد الأم. وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع، لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلاً لأنها تضاف إليه، يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها

---

إذا علم مدة الولادة بعد البيع، فاذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لستة أشهر فصاعداً ما بينهما وبين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسألة على أربعة أوجه أيضاً. فان ادعاه البائع فانها لا تصح دعوته، إلا أن يصدقه المشتري لعدم تيقن العلوق في ملكه. وإن ادعاه المشتري صح، لان اكثر ما في الباب أن علوق الولد في ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر، ولكن هذا لا يمنع دعوى المشتري ولو سبق أحدهما صاحبه في الدعوى إن سبق المشتري صحت دعوته، وإن سبق البائع ثم ادعى المشترى لا تصح دعوة واحدة منهما لوقوع الشك في اثبات النسب من كل واحد منهما. وإن ادعيا معاً فإنه لا تصح دعوى واحدة منهما، ويكون الولد عبد المشتري.

( قال ) أي القدوري ( فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الام، لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك، فلا يتبعه استيلاد الأم ) لأنه فرع النسب.

( وان ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع، لأن الولد هو الاصل في النسب ) والاستيلاد فرع النسب كما ذكرنا ( فلا يضره ) أى فلا يضر نسب الولد ( فوات التبع ) وهو الام أو أمومية الولد ( وإنما كان الولد أصلاً لانها ) أي لان الام ( تضاف اليه، يقال أم الولد وتستفيد ) أى الام ( الحرية من جهته ) أي من جهة الولد ( لقوله ﷺ ) أى لقول النبي ﷺ ( أعتقها ولدها )

والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها ، والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة . وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم ، لأنه تبين أنه باع أم ولده وما ليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري ، وعندهما متقومة فيضمنها . وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن .

---

هذا تقدم في باب الاستيلاد ، رواه ابن ماجة ( والثابت لها ) أى للأم ( حق الحرية وله ) أى وللولد ( حقيقتها ) أى حقيقة الحرية ، وهو ظاهر .

( والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة . وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام ، لانه تبين أنه باع أم ولده وماليتها ) أى ومالية أم الولد ( غير متقومة عنده ) أى عند أبي حنيفة « رح » ( في العقد والغصب ) حتى إذا اشترى أم الغير وماتت في يده لا يضمن المشترى قيمتها ، وكذلك لو غصبها فماتت عنده ( فلا يضمنها المشترى ) أى عند أبي حنيفة رضى الله عنه ( وعندهما متقومة فيضمنها ) أى المشترى في العقد ، والغاصب في الغصب .

( قال ) أى المصنف رحمه الله ( وفي الجامع الصغير ) إنما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير إعلاماً بأن حكم الإعتاق فيما نحن فيه حكم الموت ( وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشترى ) لاقل من ستة أشهر من بيعها ( فادعى البائع الولد ، وقد اعتق المشترى الام فهو ابنه ) أى ابن البائع ( ويرد عليه بحصته من الثمن) يعني يقيم الثمن على قيمة الولد ، وقيمة أمه فما أصاب الام يلزم المشترى ، وما أصاب الولد سقط عنه ، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع ، لانه يثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال وهو الولد ، وكذا الحكم فيها اذا دبرها أو استولدها ، ذكره التمرتاشي . وقال قاضي خان

ولو كان المشتري انما أعتق الولد فدعواه باطلة . ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد ، والأم تابعة له على ما مر . وفي الفصل الأول قام المانـع من الدعوى والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوتـــه في الأصل ، وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور ، فإنه حر وأمه أمة لمولاها ، وكما في المستولدة

---

« رح » في شرح الجامع الصغير ذكره شمس الائمة السرخسي أن هذا قول أبي يوسف ومحمد « رح » أما على قول أبي حنيفة يرد الولد بجميع الثمن ، لانه لا مالية لام الولد . وقال الاترازي فيه نظر ، لان محمداً رحمه الله تعالى نقل في الجامع الصغير عن أبي حنيفة «رح» صريحاً أنه يرد الولد بحصته من الثمن ، وكذا ذكر في الاصل يرد اليه بحصته من الثمن .

( ولو كان المشترى أعتق الولد فدعواه باطلة ) يعني إذا كان المشترى أعتق الولدفدعوته باطلة إذا لم يصدقـــه المشترى ( وجه الفرق ) أى بينهما إذا أعتق المشترى الام ولم يعتق الولد حيث تكون دعوى البائع صحيحة في حق الولد خاصة ، وبينهما إذا أعتق المشترى الولد دون الام حيث تبطل دعوى البائع أصلا (ان الاصل في هذا الباب) أى في باب ثبوت النسب ( الولد والام تابعة له على ما مر ) من قوله لان الولد هو الاصل في النسب .

(وفي الفصل الأول) أي فيما إذا اعتق المشترى أم الولد (قام المانع على الدعوى والاستيلاد وهو العتق في التبـع وهو الام ، فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد ) فان قيل إذا لم تمتنع الدعوى في الولد يثبت العتق فيه والنسب لكون العـلوق في ملكه يتيقن ، لان الكلام فيما إذا حبلت الجارية في ملك البائع ومن حكم ثبوت النسب للولد صيرورة امه ام ولد للبائع ، فكان ينبغي ان يبطل البيـع ، والحاق المشترى ، اجـاب المصنف بقوله ( وليس من ضروراته ) حرية الأم ، أي ثبوت الاستيلاد في حق الأم من ضرورات ثبوت العتق والنسب للولد لانفكاكه عنه ( كما في ولد المغرور ) وهو ما إذا اشترى الرجـل امة من رجل يزعم أنها ملكه فاستولدها فاستحقت ( فإنه ) أي فإن الولد ( حر ) عتيق بالقيمة وهو ثابت النسب من أبيه ( وأمه أمـة لمولاها ) وليست أم ولد لأبيه ( وكما في

بالنكاح. وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع إنما كان الاعتاق مانعاً له لأنه لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ، ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق ، والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة ، والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق ، لأنه لا يحتمل النقض ، وقد ثبت به بعض آثار الحرية .

وقوله في الفصل الأول

---

المستولدة بالنكاح ) بان تزوج امرأة على انها حرة فولدت فإذا هي أمة فإنه يثبت نسب ولدها ولا تثبت أمومية أم الولد منها .

( وفي الفصل الثاني ) وهو ما إذا اعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع انه ولد ( قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته ) أي ثبوت ما ذكرنا من الاستيلاد والدعوى (فيه ) أي في الأصل ( وفي التبع ) وهو الأم ( وإنما كان الاعتاق مانعاً له ) أي إنما كان اعتاق المشترى الولد مانعاً لدعوى البائع ( لأنه ) أي لأن الإعتاق ( لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب ) أي من البائع في حق الولد ( وحق الاستيلاد ) أي وكحق استيلاد البائع في حق الأم ( فاستويا ) أي استوى اعتاق المشترى وحق استحقاق البائع ( من هذا الوجه ) أي من حيث انهما لا يحتملان النقض .

( ثم الثابت من المشتري ) هذا بيان ترجيح الإعتاق على الاستحقاق يعني الثابت من المشتري (حقيقة الإعتاق ) أي في الولد ( والثابت في الأم حق الحرية ، وللبائع في الولد حق الدعوة ، والحق لا يعارض الحقيقة ) لأن الحقيقة أقوى من الحق ، فكذلك لم يقل بصحة دعوى البائع فيما إذا أعتق المشتري الولد ( والتدبير كالإعتاق ) أي في الحكم ( لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به ) أي بالتدبير ( بعض آثار الحرية ) وهو عدم جواز النقل من ملك إلى ملك .

( وقوله ) أي قوله من نقل في الجامع الصغير ( في الفصل الأول ) وهو ما إذا أعتق

يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت . قال ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع ، لأن البيع يحتمل النقض وماله من حق الدعوى لا يحتمله ، فينقض البيع لأجله ، وكذا إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كاتب الدعوى ، لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوى،

---

المشتري الأم ( يرد عليه بحصته من الثمن قولهما ) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف (وعنده) أي وعند محمد ( يرد بكل الثمن هو الصحيح ) احترز به كما ذكره شمس الأئمة وقاضي خان والمحبوبي بان البائع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن وقد ذهب المصنف إلى صحة هذا ولكن هذا خلاف ما نص عليه محمد « رح » عن أبي حنيفة في الجامع الصغير وغيره صريحاً انه يرد الولد بحصته من الثمن ، وقد ذكرنا . وفي المبسوط يرد في الموت كل الثمن عند أبي حنيفة . وفي الإعتاق حصة الولد وفرق بين الموت والعتق ( كما ذكرنا في فصل الموت ) أي موت الأم في المشتري ودعوى البائع .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ، ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض ) إنما خص البيع للإحتراز عن الإعتاق والتدبير ، فإنهما لا يحتملان النقض ( ومـا له من حق الدعوى لا يحتمله ) أي النقض ( فينقض البيع لأجله ) أي لأجل ماله في حق الدعوة ( وكذلك ) أي الحكم ( إذا كاتب الولد أو رهنه أو أجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كاتب الدعوى) أي وجدت الدعوى البائع بعد وجود كتابة المشترى أو رهنه أو كتابة الأم أو رهنها أو تزويجها تصح هذه الدعوى ، وتنقض هذه الأشياء ( لأن هذه العوارض ) وهي الأشياء المذكورة ( تحتمل النقض ، فينتقض ذلك كله ، وتصح الدعوى) أي من البائع .

بخلاف الإعتاق والتدبير على مـــا مر، بخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولاً ثم ادعـــاه البائع ، حيث لا يثبت النسب من البائع ، لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض ، فصار كإعتاقه . قـــال ومن ادعـــى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه ، لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهمـا ثبوت نسب الآخر ، وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقـــل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثاً ، لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر .

وفي الجامع الصغير

---

( بخـــلاف الإعتاق والتدبير على ما مر ) أشار به إلى قوله لأنـــه لا يحتمل النقض ( وبخلاف ما إذا ادعاه المشترى اولاً ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع، لأن النسب الثابت من المشترى لا يحتمل النقض ، فصار كاعتاقه ) أي اعتاق المشتري، وذكر هذه المسائل من المبسوط تفريعاً على مسألة الجامع الصغير .

( قال ) أي القدوري ( ومن ادعى نسب أحد التوأمين ) التوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد، ويقال هما توأمان كما يقـــال هما زوجان وقولهم هما توأم زوج خطأ ، كذا في المغرب . وقال شمس الائمة يجوز أن يقال غلامان توأم وتوأمان ، قـــال ذكر التوأم مكان التوأمين صحيح في اللغـــة ( ثبت نسبهما منه ) أي نسب التوأمين من المدعي ( لأنهما ) خلقا ( من ماء واحـــد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر ، وهذا ) أشار به إلى قوله فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت الآخر ( لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر ) إنما قيد بذلك لأنه إذا كان بينهما ستـة أشهر فصاعداً بتوأمين ، لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ( فلا يتصور علوق الثاني حادثاً ، لأنه لا حبل في أقل من ستة أشهر ) .

( وفي الجامع الصغير ) إنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة وهي قوله ولدا عنـــده

إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه ، وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق ولدعوى ملكه ، إذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الأصل ، فيثبت نسب الآخر ، وحرية الأصل فيه ضرورة لأنهما توأمان ، فتبين أن عتق المشتري وشراءه في حر الأصل فبطل بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ، لأن هناك يبطل العتق فيه مقصوداً لحق دعوى البائع ، وها هنا ثبت تبعاً لحريته فيه حرية الأصل

---

(إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادعى البائع الذي في يده ) انه ابنه ( فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق ولدعوى ملكه، اذ المسألة مفروضة فيه ) أى لأن المسألة مقدرة فيما إذا كان أصل العلوق في ملكه ، وذلك فيما اذا جاءبهما لاقل من ستة أشهر من يوم باع، وقوله ( ثبت به حرية الاصل ) جواب لما إذا كان كذلك ( فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل) أى وتثبت حرية الاصل ( فيــه ) أى في الآخر ( ضرورة ) بالنصب ، أى من حيث الضرورة ، وعلله بقوله ( لانهما توأمان ، فتبين أن عتق المشترى وشراءه في حر الاصل فبطل ) أى عتق المشترى . وقال الكاكي والضمير المستكن في بطل راجع إلى كل واحد من العتق والشراء .

( بخلاف ما إذا كان الولد واحداً ، لان هناك يبطل العتق فيه مقصوداً ) أى بالقصد (لحق دعوى البائع ) أي لأجل حق دعوى البائع ( وهاهنا ) أي في مسألة التوأمين ( ثبت تبعاً ) أي يثبت بطلان عتق المشترى بطريق التبعية ( لحريته فيه حرية الأصل ) أي لحرية المشترى بفتح الراء الذي كانت الحرية في حرة الاصل ، ومن ضرورته ثبوت حرية الاصل فيه ثبوت حرية الاصل الاخر ضمناً وتبعاً ، لانهما توأمان ، وعلى هــذا قوله حرية الاصل مجرور بدل من قوله

فافترقا . ولو لم يكن أصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد الذي عنده ، ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير لانعـــدام شاهد الاتصال ، فيقتصر على محل ولايته . قال وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنـه أبداً ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إذا جحد العبد فهو ابن المولى .

---

لحريته . وقال الاترازي « رح » ويجوز أن يكون منصوباً على الاختصاص بسبيل المدح بتأويل أعني . وقال الاكمل ولحريته حرية الاصل بدل من قوله لحريته ( فافترقا ) أى حكم ما إذا كان الولد واحداً وحكم التوأمين .

( ولو لم يكن ) وفي بعض النسخ فان لم يكن ( أصل العلوق في ملكه ) أى في ملك المدعي ( ثبت نسب الولد الذى عنده ) وقال شيخ الإسلام علاءالدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد « رح » وإذا ولدت امة الرجل ولدين في بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده ، فباع أحدهما واعتقه المشترى ثم ادعاهما البائع فهما ابناه ( ولا ينقض البيع فيما باع ، لأن هذه دعوى تحرير) لأنه لم يكن أصل علوقها في ملك البائع . وقال المصنف ( لانعدام شاهد الاتصال ) أى اتصال العلوق بملكه يقيناً ( فيقتصر ) هـذا العتق ( على محل ولايته ) وصار كالبائع اعتقها فتعتق على من في ملكه فحسب .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وإذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدى فلان الغائب ، ثم قال هو إبني لم يكن ابنه ابداً ، وإن جحد العبد أن يكون ابنه) كلمة ان واصلة بما قبلها . قال الكاكي قوله عبداً يعني سواء صدقه العبد الغائب أو كذبه أو لم يعرف منه تكذيب ولا تصديق ، لان إقراره بثبوت نسبه من الغير ينفي ثبوت النسب منه ، اذ إقراره حجة في حقه ( وهذا ) أى الذى ذكر ( عند أبي حنيفة ) .

( وقالا إذا جحد العبد فهو ابن المولى ) يعني إذا ادعى لنفسه بعد جحود العبد. وفي جامع المحبوبي فلو حضر العبدان صدق المولى أو كذبه أو لم يكذبه ، ففي الوجه الأول

وعلى هذا الخلاف إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه . لهما أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار ، والإقرار بالنسب يرتد بالرد . وإن كان لا يحتمل النقض ألا ترى انه يعمل فيه الإكراه والهزل ، فصار كما إذا أقر المشتري على البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائع ثم قال أنا أعتقه يتحول الولاء إليه . بخلاف ما إذا صدقه لأنه يدعي بعد ذلك نسباً ثابتاً من الغير ، وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن ،

---

والثالث تصح دعوى المولى بعد ذلك إجماعاً . وفي الوجه الثاني لم تصح دعوته عنده خلافاً لهما ، لكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( إذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه ) حيث لا يكون ابنه عنده خلافاً لهم .

( لهما ) أي لابي يوسف ومحمد « رح » ( أن الإقرار يرتد برد العبد ، فصار كأن لم يكن الإقرار والإقرار بالنسب يرتد بالرد ، وإن كان لا يحتمل النقض ) أي وإن كان النسب لا يحتمل ان ينقض ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى انه ) أي أن الإقرار بالنسب ( يعمل فيه الإكراه ) حتى لو أكره بالإقرار بنبوة عبد فأقر لا يجوز ( والهزل ) أي ويعمل فيه الهزل بأن أقر به هازلاً فانه لا يثبت ( فصار ) هذا نظير ( كما إذا أقر المشترى على البائع بإعتاق المشترى فكذبه البائع ، ثم قال ) أي المشترى ( أنا أعتقه يتحول الولاء اليه ) أي إلى المشترى .

( بخلاف ما إذا صدقه ) مولى ، أي البائع ( لانه يدعى بعد ذلك نسباً ثابتا من الغير ) وهو لا يصح ( وبخلاف ما إذا لم يصدقه ولم يكذبه ، لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ) فلا تصح دعوى المولى بعد ذلك ( فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن ،

لأن له أن يكذب نفسه ولأبي حنيفة « رح » أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والإقرار بمثله لا يرتد بالرد ، فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه ، وهذا لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ، وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له . ومسألة الولاء على هذا الخلاف ، ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى كجر الولاء

---

لان له ) أي للملاعن ( أن يكذب نفسه ) فتصح دعوته .

( ولأبي حنيفة « رح » أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته ) وهذا بالاتفاق ، وما كان كذلك لا يرتد ( والإقرار بمثله ) أي بمثل ما لا يحتمل النقض ( لا يرتد بالرد ) بعد ثبوته بالتكذيب ( فبقي ) أي فبقي الإقرار في حق المقر وإن لم يثبت في حق المقر له كما إذا أقر بعتق عبد الغير وكذا به المالك ، ثم اشتراه يعتق عليه (فيمتنع دعوته ) أي دعوة المقر ( كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادتـــه لتهمة ) من قرابة أو فسق ( ثم ادعاه لنفسه ) أي ثم ادعاه الشاهد لنفسه لم تصح دعوته ( وهذا) إشارة إلى قوله لا يحتمل النقض ( لأنه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه ، حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه ) فصار كالذي لم يصدقه ولم يكذبه ولا يلزم على هذا إذا أقر بمال فرد المقر له ثم ادعـــاه ، لأن الأملاك تنفسخ بالرد فيبطل الإقرار ولم يبق إلا حق المقر ، فجاز أن يدعي .

( وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ) لأن المقر لا يقدر على إبطاله ، لأنه ليس حقه على الخلوص ( ومسألة الولاء ) هذا جواب عن استشهادهما بها ، تقريره أن مسألة الولاء ليس بحجة على أبي حنيفة « رح » لأنها ( على هذا الخلاف ) فلا ينتهض شاهد ( ولو سلم ) يعني ولئن سلمنا أنها على الاتفاق فنقول بين الولاء وبين النسب فرق ، أشار اليــــه بقوله ( فالولاء قد يبطل باعتراض الأقوى ) أي باعتراض ما هو الأقوى ( كجر الولاء

من جانب الأم إلى قوم الأب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو أقوى وهو دعوى المشتري فبطل بـه ، بخلاف النسب على ما مر ، وهذا يصلح مخرجاً على أصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره .

قال وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني ، وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر ، لأن الإسلام

---

من جانب الأم إلى قوم الأب) صورته معتقة تزوجت بعبدوولدت منه اولاداً ، فإذا أعتق العبد جر الولاء إلا الاولاد إلى نفسه ، هكذا روى عن محمد رضى الله عنه .

( وقد اعترض ) هنا ( على الولاء الموقوف ) هو الولاء من جانب البائع وسماه موقوفاً لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب ( ما هو أقوى ، وهو دعوى المشتري ) ودعواه اقوى لقيام ملكه في الحال، فكان دعوى الولاء إلى نفسه بسبب الاعتقاد مصادفاً محله لوجود شرطه ، وهو قيام الملك ( فبطل ) أي الولاء ( بخلاف النسب ) حيث لا يجوز نقضه بعد ثبوته فلم يبطل فلم تصح دعوى المولى بعد إقراره انه ابن عبدي ( على ما مر ) أشار به إلى قوله أن النسب مما لا يحتمل النقض ( وهذا ) أي قوله هذا ابن عبدي فلان الغائب ( يصلح مخرجاً ) أى حيله ( على اصله ) أي على أصل أبي حنيفة « رح » ( فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك ، فيقطع دعواه بإقراره النسب لغيره ) توضيحه رجل في يدوصي ولد على ملكه ويبيعه ولاما من المشتري أن يدعيه فينتقض البيع فحيلة إلا من انتقاض البيع أن يقر البائع انه ابن عبدي الغائب ، فإن بعد هذا الإقرار لا تصح دعوته عبداً فيأمن المشتري من انتقاض البيع . وفي الفوائد الظهيرية الحيلة فى هذه المسألة على قول الكل ان يقر البائع أن هذا ابن عبدى الميت حتى لا يأتي فيه تكذيب ، فيكون مخرجا على قول الكل .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني ، وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر ، لأن الإسلام

مرجح فيستدعي تعارضاً ، ولا تعارض لان نظر الصبي في هـــذا أوفر ، لانـــه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مآلا إذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً ، وحرمانه عن الحرية لأنه ليس في وسعـــه اكتسابها . ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو أوفر النظرين .

قال وإذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

---

مرجح ) بكسر الجيم ( فيستدعى تعارضاً ) لأن الترجيح يستدعي التعارض ( ولاتعارض هاهنا ( لأن نظر الصبي في هذا ) أي في كونه ابن النصراني ، وكونه حراً ( أوفر ) أي اكثر منفعة ( لأنه ينال شرف الحرية حالاً وشرف الإسلام مـــآلاً إذ دلائل الوحدانية ظاهرة ) فيمكنه اكتساب الإسلام بنفسه ( وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعاً ) إما لأبيـــه أو لمولاه ( وحرمانه عن الحرية ، لأنه ليس في وسعه اكتسابها ) أي اكتساب الحرية . ولقائل أن يقول هذا يخالف الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ ولعبد مؤمن خير من مشرك ﴾ ٢٢١ البقرة ، ودلائل التوحيد وإن كانت ظاهرة ، لكن الالف بالدين مانع قوى ، ألا ترى إلى كفوء آبائه مع ظهور دلائل التوحيد . وأجيب بأن قوله تعالى ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ ٥ الاحزاب ، يوجب دعوة الأولاد لآبائهم وتدعي النسب ، لأن دعوته لا تحتمل النقض فتعارضت الآيتان . وفي الأحاديث الدلالة على الرحمة بالصبيان نظر لهم كثرة ، وكانت أقوى من التابع ، وكفوء الآباء جحود ، والأصل عدمه .

( ولو كانت دعوتهما ) أي دعوة المسلم والنصراني ( دعوة البنوة فالمسلم أولى ترجيحاً للإسلام وهو اوفر النظرين ) نظر الإسلام ونظرة البنوة . وقال زفر يستويان . وقـــال الشافعي بحكم القائف .

( قال ) أي محمد رحمه الله وفي الجامع الصغير ( وإذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم يجز دعواها ، حتى تشهد على الولادة امرأة ) هذا لفظ الجامع . وقال المصنف رحمـــه الله

ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق إلا بحجة ، بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها ، لان الحاجة إلى تعيين الولد ، أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة . ولو كانت معتده فلا بد

---

( ومعنى المسألة أن تكون المرأة ذات زوج لأنها تدعي تحميل النسب على الغير فلاتصدق إلا بحجة ) وهي شهادة القابلة ، لأن الولادة مما لا يحضرها الرجال ، فإذا شهدت قابلة يثبت النسب ، وإذا لم يكن لها زوج فالقول لها من غير بينة كما في الرجل ، وقال شيخ الإسلام خواهر زاده إذا لم يكن ثمة منازع، وأما إذا كان المنازع ينكر بأن ادعت النسب من رجل والرجل حاضر ينكر ذلك ، فإنه لا يثبت ذلك بشهادة القابلة عندهم جميعاً وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عندهم جميعاً . وإذا كانت المنازعة لها بامرأة اخرى ففى رواية أبي سليمان يقضى بالنسب بينهما إذ اقامت كل واحدة منهما امرأة واحدة وفي رواية أبي حفص لا يقضى بالنسب من واحدة منهما ما لم تقم كل واحدة منهما رجلين أو رجل وامرأتين .

( بخلاف الرجل ، لأنه يحمل نفسه النسب ) فلا يحتاج فيه إلى حجة ( ثم شهادة القابلة كافية فيها ، لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، أما النسب يثبت بالفراش القائم ، وقد صح أن النبي ﷺ قبل شهادة القابلة على الولادة ) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن محمد ابن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة رضى الله عنه عن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة. ثم قال الدارقطني محمد بن عبد الملك لم يسمع من الأعمش بينهما رجل مجهول ، وهو أبو عبد الرحمن المدايني ، وقال في التنقيح هذا حديث لا أصل له وتقدم الكلام فيه في كتاب الشهادات .

( ولو كانت معتدة ) أي ولو كانت المرأة التي تدعي نسب ابن على زوجها معتدة عن طلاق أو وفاة ( فلا بد من حجة تامة ) هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ( عند

من حجة تامة عند أبي حنيفة ، وقد مر في الطلاق . وإن لم تكن منكوحة ولا معتدة . قالوا يثبت النسب منها بقولها ، لان فيه إلزاماً على نفسها دون غيرها . وإن كان لها زوج وزعمت أنه ابنها منه وصدقها الزوج فهو ابنها . وإن لم تشهد امرأة لانه التزم نسبته فأغنى ذلك عن الحجة . وإن كان الصبي في أيديهما وزعم الزوج أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما ،

---

أبي حنيفة ) إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة ( وقد مر في الطلاق ) أي في كتاب الطلاق في باب ثبوت النسب ( وإن لم تكن ) أي المرأة ( منكوحة ) أي غير ذات زوج ( ولا معتدة ) أي وإن لم تكن معتدة أيضاً . ( قالوا ) أي المشايخ رحمهم الله تعالى ( يثبت النسب منها بقولها ، لأن فيه الزاماً على نفسها دون غيرها ) دون نفس غيرها .

( وإن كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه ) أي أن الولد من زوجها ( وصدقها الزوج ) أي صدقها في دعواها ( فهو ابنها ، وإن لم تشهد امرأة لأنه ) أي لأن الزوج ( التزم نسبته فأغنى ذلك عن الحجة ) إذ ليس فيه تجهيل النسب على الغير .

( وإن كان الصبي في أيديهما فزعم الزوج انه ابنه من غيرها ، وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنها ) هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه ، فإن كان يعبر عن نفسه فالقول له أيهما صدق ثبت نسبته منه بتصديقه . وعند الائمة الثلاثة رحمهم الله لا يعتبر تصديقه . وقال التمرتاشي « رح » التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب ، حتى لو قال رجل هو ابني منك في نكاح ، وقالت ابنك ابني من زنا لم يثبت النسب بينهما لعدم اتفاقهما في النكاح . فلو قالت بعد ذلك ابنك ابني في نكاح يثبت لما قلنا . وفي الإيضاح دعوى النسب لا يبطل بالتناقض ، لأن التناقض يكون بين المتساويين ، ولا مساواة بينهما ، فإن

لان الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما ، إلا أن هناك يدخل المقر له في نصيب المقر ، لان المحل يحتمل الشركة ، وها هنا لا يدخل ، لان النسب لا يحتملها . قال ومن اشترى جارية فولدت ولداً عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم ، لانه ولد المغرور ، فان المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح ، فتلد منه ثم تستحق ، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ،

---

دعوى النسب اقوى من النفى ( لأن الظاهر أن الولد منهما لقيام أيديهما أو لقيام الفراش بينهما ، ثم كل واحد منهما يريد إبطال حق صاحبه فلا يصدق عليه ، وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما) فكذا هذا ( إلا أن هناك ) أي في مسألة الثوب الذي في يد رجلين ( يدخل المقر له في نصيب المقر ، لأن المحل يحتمل الشركة ، وهاهنا ) أي في مسألة دعوى النسب (لايدخل لأن النسب لا يحتملها ) أي الشركة .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير (ومن اشترى جارية فولدت ولداًعنده فاستحقها رجل غرم الأب قيمة الولد يوم الخصومة (١) ، لأنه ولد المغرور) وفسر المغرور بقوله ( فإن المغرور من يطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فتلد منه ثم تستحق، وولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ) كذا قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في كتاب النكاح . قال لا خلاف بين الصدر الأول وفقهاء الامصار (٢) أن ولد المغرور حر الأصل ، ولا خلاف ايضاً بين السلف انه مضمون على

---

(١) يخاصم – هامش. (٢) في الأصل فقهاء الأنصار ، والصحيح ما أثبتناه ، اه مصححه .

ولان النظر من الجانبين واجب فيجعـــل الولد حر الاصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ، ثم الولد حاصل في يـده من غير صنعـــه فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة ، فلهـذا تعتبر قيمـة الولد يوم الخصومة ، لانه يوم المنع . ولو مـــات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع ، وكذا لو ترك مـالاً ، لان الإرث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه .

ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع ،

---

الأب إلا أن السلف اختلفوا في كيفية ضمانه ، فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تبدلا الغلام بالغلام والجارية بالجارية ، يعني إن كان الولد غلاماً فعلى الأب غلام مثله ، وإن كان جارية فعليه جارية. وقال علي بن أبي طالب رضى الله عنه عليه قيمتها واليه ذهب أصحابنا.

( ولأن النظر من الجانبين ) جانب المغرور وجانب المستحق ( واجب فيجعل الولد حر الأصل في حق أبيه رقيقاً في حق مدعيه نظراً لهما ) أي للمغرور والمستحق (ثم الولد حاصل في يده ) هذا بيان لسبب الضمان وهو المنع ، أي الولد في يده ( من غير صنعه ) يعني من غير تعد منه ( فلا يضمنه إلا بالمنع كما في ولد المغصوبة ) أي الجارية المغصوبة فإن ولدها أمانة لا يضمن إلا بالمنع ( فلهذا ) أي فلأجـــل كون الضمان بالمنع ( تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة ، لأنه يوم المنع ) في شرح الطحاوي تعتبر قيمة يوم القضاء بالقيمة .

( ولو مات الولد ) أي قبـــل الخصومة ( لا شيء على الأب لانعدام المنع ، وكذا ) لا شيء عليه ( لو ترك مالاً ) أي لو مات ولد المغرور وترك مالاً مـيراثاً لأبيه ( لأن الإرث ليس ببدل عنه ) أي عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد ، إنما قال ذلك مـــع احتراز عن الدية فإنها بدل عنه ، وكان هذا الدفع شبهة وهي أن يقال لما توجد دية تقوم الدية مقام الولد في المنع فينبغي أن يجعل منع تركته كمنع ديته، فقال في جوابه الإرث ليس ببدل عنه ( والمال لأبيه ، لأنه حر الأصل في حقه فيرثه . ولو قتـــله الأب يغرم قيمته لوجود المنع ) .

وكذا لو قتله غيره فأخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته له ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته . كما إذا كان حياً ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها ، بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب .

---

( وكذا لو قتله غيره ) أي غير الاب ( فأخذ ) أي الأب ( ديته ، لأن سلامة بدله كسلامته له ) أي كسلامة نفسه ( ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته ، كما إذا كان حياً ويرجع ) أي المشتري المغرور بما ضمن ( بقيمة الولد على بائعه ، لأنه ) أي لأن البائع ( ضمن له ) أي للمشتري ( سلامته ) أي سلامة العبد بجميع أجزائه ( كما يرجع بثمنها ) أي بثمن الأم ، لأن المغرور بثمنها ( بخلاف العقر ) يعني أن المغرور لا يرجع على بائعه بعقر وجب عليه ، لأن ضمان المنفعة وهي ليست من أجزاء المبيع حقيقة . وعند الشافعي يرجع بالعقر عليه ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ( لأنه لزمه ) لأن العقر لزم المغرور ( لاستيفاء منافعها ، فلا يرجع به على البائع والله أعلم بالصواب ) أي لأنه عوض عما استوفاه من منافع البضع فلا يستوجب الرجوع على غيره ، لأنه لو رجع به سلم المستوفى له مجاناً ، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم مجاناً .

وفي المبسوط ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الولد عندنا ، وعند الشافعي يرجع به . ولو باعها المشتري من آخر واستولدها المشتري الثاني يرجع على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد ، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن ، ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يرجع عليه بقيمة الولد أيضاً ، والله أعلم بالصواب .

* * *

# كتاب الاقرار

قال وإذا أقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً . إعلم أن الاقرار إخبار عن ثبوت الحق ، وانه ملزم

---

## ( كتاب الاقرار )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الإقرار . ولما فرغ عن الدعوى شرع في بيان الإقرار لأن جواب الدعوى إما بالإقرار أو بالإنكار ، فمن هذه الحيثية نظر المناسبة بين الكتابين .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أقر الحر البالغ العاقل ، بحق لزمه إقراره مجهولاً كان ما أقر به أو معلوماً ) لما ذكر المصنف رحمه الله لفظ القدوري رحمه الله شرع في شرحه بقوله ( إعلم أن الإقرار إخبار عن ثبوت الحق ) هذا الذي ذكره تفسير الإقرار شرعاً ، ولكنه لو قيده بقوله على نفسه ، وكان الحد أتم مثل ما قال حافظ الدين النسفي والإقرار إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه . فقوله عن ثبوت الحق للغير كالجنس لأنه يتناول الشهادة فإنها أيضاً إخبار عن ثبوت الحق للغير ، وقوله على نفسه كالفصل يخرج ذلك ، وهذا شأن الحد أن يكون مشتملا على الجنس والفصل . وقال تاج الشريعة رحمه الله الإقرار خلاف الجحود ، وأصله من القرار وهو السكون والثبات ، وفي عرف أهل الشرع عبارة عن خبر يوجب شيئاً على المخبر ( وإنه ملزم ) وإن الإقرار ملزم على المقر ما أقر به ، وهذا حكم الإقرار وليس هذا من حده وحد ما ذكرنا .

وقال الكاكي « رح » وحكمه ظهور ما أقر به ولزومه لا إثباته ابتداء ، ألا ترى انه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه ، والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ، ولهذا قالوا لو أقر بمال لغيره كاذبا والمقولة يعلم أنه كاذب لا يحل له أخذه عن كره منه ديانة إلا أن

لوقوعه دلالة ، ألا ترى كيف ألزم رسول الله ﷺ ماعزاً « رض » الرجم باقراره ، وتلك المرأة باعترافها ،

---

يسلمه بطيب نفس ، فيكون كالتمليك المبتدأ ، وقيل حكمه لزوم ما أقر به على المقر ، وعمله إظهار ما أقر به لا التمليك به ابتداء ، ويدل عليه مسائل منها لو أقر بصير لا يملكها صح إقراره به ، وإن لم يملك تمليكه حتى لو تملكه المقر يوماً من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر . ومنهـــا أن إقرار المسلم بالخمر يصح وإن لم يملك تمليكاً مبتدأ . ومنها أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليك لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة . ومنها أن العبد المأذون لـه لو أقر بما في يده صح ، ولو تبرع به ابتداء لا يجوز .

وسبب الإقرار إرادة سقوط الواجب عن ذمته .

وركنه ألفاظ فيما يجب به موجب الإقرار .

وشرطه العقل والبلوغ بلا خلاف ، وفي كون المقر غير سفيه ولا سكون اختلاف .

ومحاسنه كثيرة ، منها إسقاط الواجب عن ذمته ، ومنهـــا إيصال الحق لصاحبه وإرضاء الخالق ، ومنها حمد الناس المقر بصدق القول وفاء العهد .

وهو مشروع بالكتاب قال تعالى ﴿ كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم ﴾ ١٣٥ النساء ، قال المفسدون شهادة المرء على نفسه إقرار . وقال تعالى ﴿ وليملل الذي عليه الحق ﴾ ٢٨٢ البقرة ، والإمـلاء إقرار . وبالسنة لما روى انه عليه السلام رجم ماعزاً بإقراره . وبالدليل العقلي وهو أن الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب ، فرجح جانب الصدق لأنه غير متهم فيه فإن المال محبوب المرء طبعاً ، ولا يقر لغيره كاذباً مع كمال عقله ودينه ، فالزواجر شرعاً عن الكذب .

( لوقوعه دلالة ) أي لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به ، لأن الإقرار دائر بين الصدق والكذب ، ويترجح جانب الصدق لما ذكرنا الاقرار هذا إيضاح لقوله وانه ملزم ( ألا ترى لوقوعه كيف الزم النبي ﷺ ماعزاً الرجم بإقراره ) أي بسبب إقراره ( وتلك المرأة باعترافها ) أي كيف الزم الإمرأة ، يعني الغامدية امرأة من غامد الأزد بالرجم

وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه .
وشرط الحرية ليصح إقراره مطلقاً ، فإن العبد المأذون له وإن كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار ، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ، ويصح بالحدود والقصاص ، لان إقراره عهد موجباً لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه ، بخلاف المأذون له ، لانه سلط عليه من جهته ، وبخلاف الحد والدم لانه يبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى على العبد فيه ،

---

بسبب اعترافها بالزنا ، وقد مر قصتها في الحدود ( وهو ) أي الإقرار ( حجة قاصرة ) على نفسه ( لقصور ولاية المقر عن غيره ، فيقتصر عليه ) بخلاف البينة فإنها حجة متعدية.

( وشرط الحرية ) يعني في صحة الإقرار ( ليصح إقراره مطلقاً ) أي في المال وغيره ( فإن العبد المأذون له وان كان ملحقاً بالحر في حق الإقرار ، لكن المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال ) أما المأذون له فلأنه مسلط على الإقرار من جهة المولى ، واما المحجور عليه لا يصح إقراره بالمال فلعدم أهليته لذلك ( ويصح بالحدود والقصاص ) أي ويصح إقرار العبد المحجور عليه بالحدود والقصاص ، لأنه مبقي على الحرية فيهما على مـا بينه المصنف رحمه الله مفصلاً ( لأن إقراره ) دليل ذلك المجموع ، أي لان إقرار العبد المحجور (عهد ) أي عرف (موجباً لتعلق الدين برقبته وهي ) أي رقبته ( مال المولى ، فلا يصدق عليه ) لقصور الحجة .

( بخلاف المأذون له ، لانه مسلط عليه ) أي على الإقرار ( من جهته ) أي من جهة المولى ، لان الإذن بالتجارة إذن بما يلائمها ، وهو دين التجارة ، لان الناس لا يتابعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح ، إذ قد لا يتهيأ لهم الإشهاد في كل تجارة يعملونها معه .

( وبخلاف الحد والدم ) وهو القصاص ( لانه ) أي لان العبد ( يبقى على أصل الحرية في ذلك ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه [1] ) أي على العبد ( فيه ) أي في ذلك ، وبه

---

(١) على العبد – هامش .

ولا بد من البلوغ والعقل، لان إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام أهلية الالتزام ، إلا إذا كان الصبي مأذوناً له ، لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا يمنع صحة الاقرار ، لان الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لايدري قيمته أو يجرح جراحة لا يعلم إرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه ، والاقرار إخبار عن ثبوت الحق فيصح به، بخلاف الجهالة في المقر له ، لأن المجهول لايصح

---

قال الشافعي رضى الله عنه ومالك وأبو الخطاب الحنبلي . وعن أحمد أن إقرار العبد بالحد والقصاص فيما دون النفس يصح ، واقراره إنما يوجب القصاص في النفس لا يقبل ويتبع بعد العتق ، وبه قال زفر والمزني وداود ومحمد بن جرير الطبرى رحمهم الله .

( ولا بد من البلوغ والعقل ، لان إقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهليـــة الإلتزام ) فلا يلزم باقرارها شيء (إلا إذا كان الصبي مأذوناً له ) في التجارة ( لانه ملحق بالبالغ بحكم الإذن ) فيصح إقراره لاعتبار زائد برأى المولى ، فيعتبر كالبالغ ، وبه قال أحمد رحمه الله في رواية . وقال الشافعى رضى الله عنه لا يصح اقراره مطلقـــاً ، ثم لو ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت إمكانه صدق فيه ، وبالسن لا يصدق إلا ببينته ، وبه قال مالك وأحمد رحمها الله في رواية ، والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم معرفتهما ، ولا نعلم فيه خلاف ، وإقرار السكران يصح بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة والردة وينفذ سائر التصرفات من السكران كما تنفذ في الصاحي ، وقد مر في الطلاق ( وجهـــالة المقر به لا يمنع صحة الإقرار ، لأن الحق قد يلزمه مجهولاً بأن أتلف مالاً لا يدري قيمته أو جرح[1] جراحة لا يعلم إرشها أو تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمـه ، والإقرار إخبار عن ثبوت الحق ، فيصح به ) أي يكون المقر به مجهولاً .

( بخلاف الجهالة في المقر له ، لأن المجهول لا يصح مستحقاً ) وفي الذخيرة جهالة المقر له

---

(١) يجرح ــ هامش .

مستحقاً ويقال له بين المجهول من جهته ، فصـــار كما إذا أعتق أحد عبديه ، فإن لم يبين أجبره القاضي على البيان ، لأنه لزم الخروج عما لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان . قال فإن قال لفلان علي شيء لزمه أن يبين ما له قيمة ، لأنه أخبر عن الوجوب في ذمتـه ، ومـــا لا قيمة له لا يجب فيها ، فإذا بين غير ذلك يكون رجوعاً ،

---

إنما يمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة بأن قال هذا العبد لواحد من الناس ، أمـا إذا لم تكن متفاحشة لا يمنع بأن قال هذا العبد لأحد هذين الرجلين . وقال شمس الأئمـة السرخسي لا يصح في هذه الصورة ايضاً ، لأنـــه إقرار للمجهول ( ويقال له ) أى للمقر ( بين المجهول )، لأن التجهيل ( من جهته فصار كما إذا أعتق أحد عبديه ) فإنه يبين أي العبدين أراد ( فإن لم يبين أجبره الحاكم على البيان ، لأنه لزم الخروج عمـا لزمه بصحيح إقراره ، وذلك بالبيان ) لأن الإجمال وقـــع من جهته فعليه البيان ، ولكن يبين شيئاً يثبت ديناً في الذمة قل أو كثر ، نحو أن يبين له حبة أو فلساً أو جزرة أو ما أشبه ذلك، أما إذا بين شيئاً لا يثبت في الذمة لا يقبل منه ، نحو أن يقول عنيت حق الإسلام أو كفاً من تراب ونحوه ، كذا في شرح الطحاوي ، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة . وعن الشافعي في قول إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى ، وامتنع عن التفسير يجعل ذلك إنكاراً ويعرض عليه اليمين ، فان أقر جعل ناكلا عن اليمين ويحلف المدعي .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( فإن قال لفلان على شيء لزمه أن يبين ما له قيمة ) قل أو كثر نحو حبة وفلس كما ذكرنا ، لأن ماليس له قيمة لا يثبت في الذمة، فاذا فسر ما أقر له بذلك صار كالرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ( لأنه أخبر عن الوجوب في الذمـة وما لا قيمة له لا يجب فيها ) أي في الذمة ( فاذا بين غير ذلك ) أي غـــير ما لا قيمة له ( يكون رجوعاً ) عن إقراره فلا يسمع ويقبل تفسيره بالكل ، وبه قال الشافعي «رح» لا يقبل . ولو فسر ميتة أو خنزير أو خمر قبل قوله في قول مشايخ العراق ، وبه قـــال

قال والقول قوله مع يمينه إن ادعى المقرله أكثر من ذلك لأنه هو المنكر فيه . وكذا إذا قال لفلان علي حق لما بينا . وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلاً على العادة . ولو قال لفلان علي مال فالمرجع إليه في بيانه ، لأنه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير ، لأن كل ذلك مال فإنه اسم لما يتمول به ، إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفاً .

---

الشافعي « رح » في وجه وأحمد في رواية . وعند مشايخ ما وراء النهر لا يقبل ، لأنه لا قيمة لهذه الأشياء ، وبه قال مالك والشافعي في وجه ( قال والقول قوله مع يمينه ، إذا ادعى المقر له اكثر من ذلك ، لأنه هو المنكر فيه ) والقول قول المنكر بالحديث .

( وكذا ) أي وكذا يلزمه أن يبين بما له قيمة ( إذا قال لفلان علي حق لما بينا ) أشار به إلى قوله أخبر عن الوجوب في ذمته . وفي المحيط لو قال لفلان علي حق ، ثم قال عنيت به حق الإسلام لا يصدق . وإن قال موصولاً يصدق لأنه بيان تغيير باعتبار العرف وقال الأئمة الثلاثة لا يصدق في الوجهين (وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ويجب عليه أن يبين ما هو مال يجري فيه التمانع ) أي الشيخ والصتة [1] ( تمويلا على العادة ) لأن مطلق اسم المصب يدل في العرف على مال مقوم .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولو قال لفلان على مال فالمرجع اليه في بيانه لأنه هو المجمل ، ويقبل قوله في القليل والكثير ) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك « رح » في وجه . وحكى عن مالك ثلاثة أوجه ، أحدها كقولنا ، وثانيها لا يقبل ألا أول نصب عن نصب الزكاة من نوع من أنواعها ، وثالثها لا يقبل إلا فيما يستباح به العضو ، والقطع في السرقة الا أنه لا يقبل عندنا في أقل من عشرة دراهم ، لأن الكسور لا تعد مالاً ، كذا في المبسوط ( لأن كل ذلك مال ) أي القليل والكثير مال ( فانه ) أي فإن المال ( اسم لما يتمول به ، إلا انه لا يصدق في أقل من درهم ، لأنه لا يعد مالا عرفاً ) أي الاقل من

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الاصل .

ولو قال مال عظيم لم يصدق في أقل من مائتي درهم ، لأنه أقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به والغني عظيم عند الناس . وعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة ، لأنه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة . وعنه مثل جواب الكتاب ،

---

درهم لا يعد مالا في عرف الناس . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه في باب الإقرار بدراهم غيره مسماة في هذه المسألة إذا بين ما دون الدرهم نصف درهم أو دانق . قالوا القياس أن يصدق . وفي الاستحسان لا يصدق فيها دون الدراهم.

وقال الناطفي في أجناسه وفي نوادر هشام قال محمد « رح » لو قال لفلان علي مال له أن يقر بدرهم ثم قال وقال في النهار . ولو قال لفلان علي مال قال هو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في أقل منه في قول أبي حنيفة وزفر « رح » . وقال أبو يوسف يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل منه .

( ولو قال مال عظيم لا يجوز [1] تصديقه في أقل من مائتي درهم ) وفي بعض النسخ لا يصدق في أقل من مائتي درهم ( لانه أقر بمال موصوف ، فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب مال عظيم حتى اعتبر صاحبه غنياً به ) أي بالنصاب ( والغني عظيم عند الناس وعن أبي حنيفه أنه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم ، وهي نصاب السرقة ، لانه عظيم من حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه ) أي وعن أبي حنيفة ( مثل جواب الكتاب ) أي مثل جواب القدوري « رح » في انه لا يصدق في أقل من مائتي درهم . وقال الشافعي وأحمد « رح » يقبل تفسيره في قوله مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير بالقليل والكثير .

وقال بعض أصحاب مالك قدر الدية . وقال الليث الكثير اثنان وسبعون لان الله تعالى قال ﴿ لقد نصركم الله في مواطن كثيرة ﴾ ٢٥ التوبة ، وغزواته اثنان وسبعون

---

(١) لم يصدق ـ هامش .

وهذا إذا قـــال من الدراهم ، أما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيهـا بالعشرين ، وفي الإبل بخمس وعشرين ، لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه ، وفي غـــير مال الزكاة بقيمة النصاب . ولو قال أموال عظام فالتقدير

---

وفيه بعد . وفي الفتاوى الصغرى لو قال مالي نفيس أو كثير أو خطير أو جليل . قـال الناطفي لم اجده منصوصاً . كان الجرجاني يقول مائتان . ونقـل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد لو قال على مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتي درهم . وقـال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان علي دراهم مضاعفة يلزمه ستة ، لأن أقـل الدراهم ثلاثة ، والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة. ولو قال له علي دراهم اضعافاً مضاعفة . وقال مضاعفة اضعافاً عليه ثمانية عشرة . ولو قال علي عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهماً .

( وهذا ) أي ما ذكرنا أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم ( إذا قال ) مال عظيم ( من الدراهم ، اما إذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين ) لأنه النصاب من الدنانير ( وفي الإبل بخمس وعشرين ، لأنه ادنى نصاب يجب فيـــه من جنسه ) كالعشرين من الدنانير والمائتين في الدراهم .

فإن قلت ينبغي أن يقدر في الإبل بخمسة لان صاحبها غني بها وجبت عليه شياه والغني والعظيم عند الناس . قلت الخمسة من الإبل عظيم لوجوب الشاة حقير لعـدم الوجوب من جنسه ، فيشترط الخمسة والعشرون ليكون عظيماً مطلقـاً لاطلاقه فانصرف المطلق إلى الكامل . وقال الكاكي رحمه الله انما اشتراط ما يجب فيـــه من جنسه حتى يكون عظيماً ، لان إيجـــاب خلاف جنسه ايجاب شاة في خمس من الابل دليـــل حقارته وقصوره وقلته .

( وفي غير مال الزكاة بقيمة النصاب ) أي التقدير في غير مال الزكاة فلا بد من بيان قيمة النصاب . ( ولو قال أموال عظام ) يعني لو قال لثلاث علي أموال عظام ( فالتقدير

بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتباراً لأدنى الجمع . ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق أقل من عشرة، وهذا عند أبي حنيفة « رح »، وعندهما لم يصدق في أقل من مائتي درهم، لأن صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره . بخلاف ما دونه . وله أن العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع ، يقال عشرة دراهم . ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه .

---

بثلاثة نصب من جنس ما سماه ) يعني من الدراهم ستمائة ومن الدنانير ، وعلى هذا قياس الابل والغنم ولو أقر بها ( اعتباراً لأدنى الجمع ) وهو ثلاثة ( ولو قال دراهم كثيرة ) أي ولو قال لفلان علي دراهم كثيرة ( لم يصدق في أقل من عشرة ) دراهم ( وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ) .

( وعندهما لم يصدق في أقل من مائتي درهم ) وقال الشافعي رحمه الله يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك . وكذا لو قال علي دنانير كثيرة ، ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه . وقال القدوري رحمه الله في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قولهما ( لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره ) بدفع زكاته وتصدق على الفقير ( بخلاف ما دون النصاب )لان من ملك ما دون النصاب لا يسمى تكثراً ، وبه قال مالك رحمه الله في رواية ، وعند الشافعي وأحمد « رح » يلزمه مائتين .

( وله ) أي ولابي حنيفة « رح » ( أن العشرة أقصى ما ينتهى اليه اسم الجمع ) يعني من حيث التمييز ، لان ما بعد العشرة التمييز بالمقرر فيقال أحد عشر درهماً ، لانه (يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهماً فيكون ) أي العشرة ( هو الاكثر من حيث اللفظ ) أي من حيث دلالة اللفظ عليه ( فينصرف اليه ) لان العمل بما دل عليه اللفظ ولا مانع من الصرف اليه فلا يعدل إلى غيره .

ولو قال دراهم فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع الصحيح ، إلا أن يبين أكثر منها لأن اللفظ يحتمله ، وينصرف إلى الوزن المعتاد . ولو قال كذا كذا درهماً لم يصدق في أقل من أحد عشر درهماً ، لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف، وأقل ذلك من المفسر أحد عشر . ولو قال كذا وكذا لم يصدق في أقل من أحد وعشرين، لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره .

---

( ولو قال دراهم فهي ثلاثة ، لأنها أقل الجمع الصحيح ) الذي لا خلاف فيه ( إلا أن يبين أكثر منها ) أي من الثلاثة ( لأن اللفظ يحتمله ) وكونه والأعليه فلا تهمة ( وينصرف إلى الوزن المعتاد ) بين الناس ، لأن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف وهو غالب نقد البلد . وفي تحفة الفقهاء لو قال علي بألف درهم فهو على ما يتعارفه أهل البلد من الأوزان أو العدد ، وإن لم يكن شيئاً متعارفاً فيحمل على وزن سبعة فإنه الوزن المعتبر في الشرع ، وكذلك في الدينار يعتبرون المثاقيل إلا في موضع يتعارف فيه بخلافه .

( ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر درهما ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، وقال المصنف رحمه الله ( لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف وأقل ذلك من المفسر أحد عشر درهما ) واكثره تسعة عشر ، لأنه يقال أحد عشر درهما إلى تسعة عشر ، إلا أن الأقل يلزمه من غير بيان ، والزيادة تتوقف على بيانه .

( ولو قال كذا وكذا ) درهما ( لم يصدق في أقل من أحد وعشرين ) درهما ( لأنه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك من المفسر أحد وعشرون ) درهما ( ويحمل كل وجه على نظيره ) تقدير هذا الكلام أن كذا كناية عن العدد ، والأصل في استعمال اعتباره بالمفسر فما له نظير في الأعداد المفسرة حمل على أقل ما يكون من ذلك النوع وما ليس له ذلك بطل ، فإذا قال كذا درهما كان كما إذا قال له علي درهم ، وإذا قال كذا كذا كان أحد عشر، وإن ثلث بغير واو لم يزد على ذلك لعدم النظير . وإذا قال

ولو قال كذا درهماً فهو درهم ، لأنه تفسير للمبهم

كذا وكذا كان أحد وعشرين ، وإن ثلث بالواو كان مائة وأحد وعشرين ، وإن ربع يزاد الف على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى الآن .

( ولو قال كذا درهما فهو درهم ) أي الذي يلزمه درهم ( لأنه ) أي لأن قوله درهما ( تفسير للمبهم ) وهو قوله كذا ، لأنه كناية عن العدد على سبيل الإبهام ، هكذا أورده المصنف رحمه الله تفريعاً على مسألة القدوري « رح » ولم يذكره في الأصل . وقال تاج الشريعة « رح » قوله لأنه تفسير للمبهم ، يعني إن درهما منصوب على التمييز ، فلزم أن يكون هو المجمل والمبهم . وقال الأترازي رحمه الله وقال الإمام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي في كتاب المنهاج وإن قال له علي كذا درهما لزمه ما بينه ، ثم قال الأترازي رحمه الله كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر ، لأنه أول العدد الذي يقع تمييزها منصوباً ، هكذا نقل عن أهل اللغة . وإذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم ، والقياس فيه ما قاله في مختصر الأسرار إذا قال علي كذا درهما لزمه عشرون ، لأنه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب ، وذلك يكون من عشرين إلى تسعين فيجب الأقل ، وهو عشرون ، لأنه بدرهم منصوب متيقن .

**وقال تاج الشريعة فإن قلت ينبغي أن يجب أحد عشر درهما، لأنه أقل عدد يجيء تمييزاً** منصوباً . قلت الأصل براءة الذمة فيثبت الأدنى للتيقن . وفي الذخيرة واليتيمة محال إلى الجامع الصغير يلزمه درهمان ، لأن كذا كناية عن العدد وأقل العدد درهمان ، والواحد لا يكون عدداً وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله في قوله كذا درهما وكذا وكذا ، ففيه أربعة أوجه ، أحدها أن يقول درهما بالرفع يلزمه درهم ، وتقديره شيء هو درهم فيجعل الدرهم بدلاً من كذا . وثانيها أن يقول درهم بالجر يلزمه خبر درهم ، وكذا يكون كفاية عن خبر درهم . وثالثها أن يقول درهما بالنصب ونصب على التفسير وهو التمييز ، فيلزمه درهم . ورابعها ان يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضاً ، لانه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف .

وقال القاضي الحنبلي وبعض اصحاب الشافعي رحمهم الله يلزمه درهم في الاحالات .

ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر ، لأنــــه لا نظير له سواه .
وإن ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون ، وإن ربع يزاد عليها ألف ، لأن ذلك نظيره .

---

وقال خواهر زاده رحمه الله قال كذا درهم بالجر يلزمه مائة درهم ، كذا روى عن محمد رحمه الله لأنه ذكر عدداً مبهماً مرة واحدة ، وذكر الدرهم عقيبه بالخفض فيمتد بعـدد واحد فصرح ليستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض ، وأقل ذلك مائة درهم ، وإن قال كذا كذا درهم يعني بالجر يلزمه ثلاثمائة ، لأنه ذكر عددين مبهمين بلا واو العطف وذكر الدرهم عقيبها بالخفض ، وأقل ذلك من العدد المصرح **ثلاثمائة** ، لأن ثلاث عدد ومائة عدد وليس بينهما عاطف ، ويستقيم ذكر الدرهم عقيبها بالخفض .

وقال الكاكي رحمه الله وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحنبلي عن محمـــد انه ذكر إذا قال كذا درهم لزمه عشرون خلاف ما ذكره في الهداية والتتمة وفتاوى قاضي خان ، ولم أجد في الكتب المشهورة لاصحابنا ، وعند ابن الحكم المالكي رحمـــه الله يلزمه عشرون .

( ولو ثلث كذا بغير واو ) أي بغير واو العطف ( فأحد عشر ) أي فيلزمه أحـد عشر درهما ( لانه لا نظير له سواه ) أي لا نظير للتثليث بلا واو ، وتقديره انه يحمـل **الواحد منها على التكرار ضرورة عدم ثلاثة أعداد ويجمع بينهما ذكرا بلا ذكر عاطف** ، ويحمل الاثنـــان على أقل ما يعتاد التعبير عنـــه يذكر عددين بـلا عاطف ، وهو أحد عشر .

( وإن ثلث بالواو ) بأن قال كذا وكذا وكذا ( فمائة وأحـد وعشرون ) أي يلزمه مائة واحد وعشرون درهما ، لانه عدد يعتاد التعبير عنه بثلاثة أعداد مع العاطف .

( وإن ربع ) **بأن قال كذا وكذا وكذا وكذا** ( يزاد عليها الالف [1] ) فتكون ألف ومائة وأحد وعشرين ( لان ذلك نظيره ) أي لان الذي ربعه بواو العطف نظيره في العدد

---

(١) الف ــ هامش .

قال وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين ، لأن علي صيغة إيجاب وقبلي ينبىء عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق ، لأن اللفظ يحتمل مجازاً حيث يكون المضمون عليه حفظه والمال محله ، فيصدق موصولاً لا مفصولاً ، قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه إقرار بالامانة لأنه اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء

---

والمفسر ، يعني لو قال علي لفلان الف ومائه وأحد وعشرون يلزمه ذلك لصراحته ، فكذا يلزمه إذا ذكره بلفظ الكناية على العدد .

( قال وإن قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين ، لان علي صيغة إيجاب ) قال الله تعالى ﴿ ولله على الناس حج البيت ﴾ ٩٧ آل عمران ، ومحل الإيجاب الذمة ( وقبلي ) أي لفظ قبلي ( ينبيء عن الضمان ) يقال فلان قبل عن فلان أي ضمن ، وسمي الكفيل قبيلا لانه ضامن للمال ، وسمى الصك والذي هو حجة الدين قبالة ، وهو ظاهر قول الائمة الثلاثة رحمهم الله ( على ما مر في الكفالة) ومر هذا في اوائل كتاب الكفالة ، وهو قوله وكذا إذا قال أنابه زعيم وقبيل ، لان الزعمة هي الكفالة ، وقد مر بنا فيه ، والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصك قبالة .

( ولو قال المقر هو وديعة ) أي في قوله علي أو قبلي ( و وصل ) أي بقوله وديعة ( صدق ، لان اللفظ يحتمل مجازاً ) أي من حيث المجاز ، وبينه بقوله ( حيث يكون المضمون عليه حفظه ، والمال محله ) فكان إطلاق وصف الضمان على الوديعة تسمية للمحل باسم الحال ، كما يقال فهو جار لكنه مجاز مخالف للحقيقة فيصدق فيه إذا وصل كالاستثناء وهو معنى قوله ( فيصدق موصولاً لامفصولاً) كما في الاستثناء .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( وفي بعض نسخ المختصر ) يعني مختصر القدوري رحمه الله ( في قوله قبلي انه إقرار بالامانة والدين ، لان اللفظ ينتظمها) أي الدين والامانة ( حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان إبراء عن الدين والامانة جميعاً ، والامانة أقلها )

عن الدين والأمانة جميعاً ، والأمانة أقلهما ، والأول أصح . ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده ، لأن كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده ، وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة ، فيثبت أقلهما وهو الأمانة . ولو قال له رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو اجلني بها أو قد قضيتكها فهو إقرار ، لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى ، فكأنه

---

فيحمل عليها ( والاول أصح ) وهو انه إقرار بالدين أصح ، ذكره في المبسوط ، وعلل بأن استعماله في الدين أغلب ، فكان الحمل عليه اولى . وقال بعض الشراح ، وكان قياس ترتيب وضع المسألة أن يذكر ما ذكره القدوري رحمه الله ، ثم يذكر ما ذكره في الاصل لان البداية شرح مسائل الجامع الصغير والقدوري ، إلا أن المذكور في الاصل هو التصحيح فقدمه في الذكر .

( ولو قال عندي أو معي أو في بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده ، لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده ) لا في ذمته ( وذلك) أي الإقرار بكون الشيء في يده ( يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهاوهو الامانة ) وهو ظاهر من مذهب الائمة الثلاثة . وقال الاكمل ونوقض بما إذا قال له قبلي مائة درهم دين ووديعة ودين . فإنه دين ولم يثبت أقلها ، وهو الامانة . وأجيب بأنه ذكر لفظين أحدهما يوجب الدين ، والآخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن ، وإهمالها لا يجوز ، وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الأدنى وهو لا يجوز ، لان الشيء لا يكون تابعاً لما دونه ، فتعين العكس .

( ولو قال له رجل لي عليك الف درهم ، فقال إتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قضيتكها فهو إقرار ، هذا كله لفظ القدوري ، وقال المصنف ( لان الهاء في الاول ) وهو قوله إتزنها ( والثاني كناية عن المذكور في الدعوى ، فكأنه

قال اتزن الألف التي لــــك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقراراً لعدم انصرافه إلى المذكور والتأجيل إنمـــا يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ، ودعوى الإبراء كالقضاء لما بينا .

---

قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكتابــة ) وهو قوله وهو الهاء ( لا يكون إقرار لعدم إنصرافه إلى المذكور ) أي لعدم انصراف حرف الكناية إلى قوله انتقد أو اتزن . وقال الشافعي وأحمد « رح » في قوله اتزن وانتقـــد لا يكون إقراراً بالهاء وغيره ، وبه قال بعض أصحاب مالك ، لانه لم يوجد مثـل ذلك فيمن يستهزىء ويبالغ في الجحود فلا يكون إقراراً بالشك . وعن بعض أصحاب الشافعي إذا كان بحرف الكناية يكون إقراراً كقولنا . وقال ابن سحنون المالكي يكون إقراراً في الوجهـــين إلا إذا اتزن أو اتزنها ما أبعدك من ذلك، أو قال من أي ضرب تأخذها ما أبعدك من ذلك فليس بإقرار ( والتأجيل إنما يكون في حق واجب ) لأنه لا يطلب التأجيل في غير دين لازم ( والقضاء يتلو الوجوب ) يعني في قوله قضيتك فيلزمه ، وبه قالت الأئمة الثلاثــة ( ودعوى الإبراء كالقضاء ) يعني قوله أبرأني كالقضاء فيلزمـــه . وعن بعض اصحاب الشافعي « رح » أن قوله أبرأتني عنـــه ليس بإقرار ( لما بينا ) أشار به إلى قوله إن القضاء يتلو للوجوب .

وفي المحيط لو قال لي عليك الف فقال اتزنها أو انتقدها أو اقعد فاقبضها أو خذهـــا أو لم تحل بعد هذا ، أو قال غـــداً أو أرسل من يتزنها أو يقضيها أو قال ليست مهيأة أو ميسرة اليوم . أو قال ما أكثر ما تتقاضى أو عمتني أو حتى يدخل على مالي، أو حتى يجيء غلامي أو يقدم ، فهذه كلهـــا تدل على الوجوب . ولو قال أتزن أو انتقد أو أخر أو سوف أعطيك ولم يذكر مع حرف الكناية لا يكون إقراراً . ولو قال لى عليك الف فقال نعم إقراراً ، لأن نعم لا تستقل بنفسه ، أما لو قال لي عليك ألف فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقراراً ، لأن الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرس .

وكذا دعوى الصدقة والهبة ، لأن التمليك يقتضي سابقة الوجوب . وكذا لو قال أحلتك بها على فلان ، لانـــه تحويل الدين . قال ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالاً ، لانه أقر على نفسه بمال وادعى حقاً لنفسه فيه ، فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة ، بخلاف الإقرار بالدراهم السود ، لانـه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة . قال ويستحلف المقر له على الاجل لانـــه منكر حقاً عليه ، واليمين على المنكر .

---

( وكذا دعوى الصدقة والهبة ) بأن قال تصدقت به علي أو وهبت لي ( لأن التمليك يقتضى سابقة الوجوب ) يعني هذا معنى التمليك منه وهذا لا يكون إلا بعد وجوب المال عليه في ذمته ( وكذا ) أي وكذا يدل على الوجوب. ( لو قال أحلتك بها على فلان لأنه تحويل الدين ) من ذمة إلى ذمة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن أقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الأجل [1] لزمه الدين حالاً ) وبه قال أبو الخطاب الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد رحمها الله لزمه الدين حالاً ( لأنه أقر على نفسه بمال ) أي بمال المقر له ( وادعى حقاً لنفسه فيه ) أي في المال فلا يصدق ( فصار ) هـــذا ( كما لو أقر بعبد في يده وادعى الإجارة ) لا يصدق في دعوى الإجارة ( بخلاف الإقرار بالدراهم السود ) يعني إذا أقر أن لفلان علي دراهم ، ولكنها تصدق ( لأنه ) أي لأن السواد ( صفة فيـــه ) أي صفة أصلية في الدراهم ، لأن الدراهم لا تنطبع إلا بنش ، والأجل في الدين عارض لا يثبت بلا شرط . والقول لمنكر العارض ( وقد مرت المسألة في الكفالة ) أي في باب الضمان ببيان الفرق ( قال ويستحلف المقر له على الأجل ، لأنه منكر حقاً عليه واليمين على المنكر ) بالحديث.

---

(١) في المتن التأجيل .

وإن قال له على مائة ودرهم لزمه كلها دراهم . ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه وهو القياس في الاول ، وبه قال الشافعي ، لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها ، فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني . وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين ، وهذا فيما يكثر استعماله ، وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون .

---

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإن قال له علي مائة ودرهم ) بالرفع ( لزمه كلها دراهم ، ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد ، والمرجع في تفسير المائة إليه ) أي إلى المقر ( وهو القياس في الأول ) أي لزوم درهم وتفسير المائة في قوله علي مائة ودرهم ( وبه ) أي وبالقياس ( قال الشافعي « رح » ) وبه قال أحمد في رواية ( لأن المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها ) للتغاير بين المعطوف عليه ( فبقيت المائة على إبهامها في الفصل الثاني ) وهو قوله على مائة وثوب .

( وجه الاستحسان وهو الفرق ) بين الفصلين ( انهم ) أي ان العلماء ( استثقلوا تكرار الدراهم في كل عدد واكتفوا بذكره ) أي بذكر الدرهم ( عقيب العددين ) ألا ترى انهم يقولون أحد وعشرون درهما يكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيراً للكل ( وهذا ) أي الاستثقال قال شيخ العلاء ، وقال الكاكي « رح » أي كون العطف للبيان ( فيما يكثر استعماله وذلك ) أي كثرة الاستعمال ( عند كثرة الوجوب بكثرة أسبابه وذلك ) فيما يثبت في الذمة ، وهو معنى قوله (في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالة ومؤجلة ، ويجوز الاستقراض بها ، فإذا كثر وجوبها كثر الذكر ، فيعتبر ذلك الجنس في كل عدد فاكتفى ذكر الجنس في العدد الأخير

أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها، فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوبان لما بينا ، بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لانه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير فكان كلها ثياباً . قـــال ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمراً في قوصرة ، ووجهه

---

عن ذكره فيما سبق ( وأما الثياب وما لا يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها ) وهذالايثبت الثياب في الذمة ديناً إلا سلما والشاة لا تثبت ديناً في الذمة أصلا ( فبقي على الحقيقة )أي على الأصل ، وهو أن يكون بيان المجمل موقوفاً على المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير إلا عند الضرورة وقد انعدمت .

( وكذا ) أي يرجع إلى المجمل في البيان ( لو قال مائة وثوبان ) فيرجع في بيان المائة إلى المقر ( لما ذكرنا ) أي الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها ( بخلاف ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب ، لأنه ذكر عددين مبهمين ) وما مائة وثلاثة وانما كانا مبهمين،لأنه لا دلالة لهما على جنس من الأجناس ( وأعقبها تفسيراً إذ الأثواب لم تذكر بحرف العطف ) حتى تدل على المغايرة ( فانصرف اليها ) أي إلى العددين ( لاستوائهما في الحاجة إلى تفسير فكان كلها ثياباً ) لا يقال الأثواب جمع لا يصلح تميزاً للمائة لأنهـا لما اقترنت بالثلاثة صار العدد واحداً .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن أقر بتمر في قوصرة) بالتشديد والتخفيف،وهي وعاء للتمر منسوج من قصب ، وقيل إنما يسمى بذلك ما دام فيها التمر ، وإلا فهي زنبيل وهذا على عرفهم . وقال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا ، وقـد روى أفلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة جميعاً . ثم قال ولا ادري صحة هـــذا البيت ( لزمه التمر والقوصرة ) هذا كلام القدوري رحمه الله . وقال المصنف رحمه الله ( وفسره في الأصل ) أي المبسوط ( بقوله غصبت تمراً في قوصرة ، ووجهه ) أي وجه لزوم التمر

أن القوصرة وعــــاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه ، وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق ، بخلاف ما إذا قـــال غصبت تمراً من قوصرة ، لان كلمة من للانتزاع فيكون إقراراً بغصب المنزوع. قال ومن أقر بدابة

---

والقوصرة جميعاً ( أن القوصرة وعاء ) أي للتمر ( وظرف له ) أي للتمر ( وغصب الشيء وهو مظروف ) أي والحال انه في الظرف ( لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه ) أي فيلزم التمر والقوصرة للمقر .

( وكذا ) أي وكذا الحكم فيما اذا قال غصبت ( الطعـام في السفينة ) لأن السفينة ظرف له فلا يتحقق بدون المظروف (والحنطة في الجوالق) فيما إذا غصبت الحنطة في الجوالق بفتح الجيم جمع جولق بالضم ، والجواليق بالياء تسامح ( بخلاف ما إذا قال غصبت تمراً من قوصرة ، لأن كلمــة من للانتزاع ) أي لنزع الشيء من الشيء ( فيكون اقراراً بغصب المنزوع ) وبقولنا قال أحمد رحمه الله في رواية . قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في رواية يكون الإقرار بالمظروف لا بالظرف ، والأصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بشيئين ، أحدهما ظرف للآخر ، فان كان ذكرهما بكلمة في فيلزم الظرف والمظروف وإن كان بكلمة من يلزم المظروف دون الظرف.ولو أقر بشيئين لم يكن كذلك كقوله غصبت درهماً في درهم لم يلزمه الثاني ، لأنه لا يصلح ظرفاً للأول .

ولو قال غصبت إكافا على حمار أو سرجاً على فرس كان إقراراً بغصب الإكاف خاصة وبه قالت الائمة الثلاثة . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في مبسوطه لو أقرأنه غصب ثوباً في منديل كان مقراً بالثوب والمنديل ، وكذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عشرة كان مقراً بهما . وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا مع كذا وقال كذا بكذا وقال كذا عليه كذا لزماه جميعاً . ولو قال كذا من كذا وكذا على كذا لزمه الأول فقط يعلم وجهها ما ذكرناه.

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن أقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة )وبه

في اصطبل لزمه الدابة خاصة ، لأن الاصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعلى قياس قول محمد يضمنها ومثله الطعام في البيت . قال ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ، لأن اسم الخاتم يشمل الكل ومن أقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل ، لأن الإسم ينطوي على الكل ومن أقر بحجلة فله العيدان والكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفاً ،

---

قالت الائمة الثلاثة « رح » وإنما قال لزمه ولم يقر إقراراً بالدابة إما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعاً ، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الرواية خاصة ، وإليه أشار بقوله ( لأن الاصطبل غير مضمون بالنصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » وعلى قياس قول محمد « رح » يضمنها) أي الدابة والاصطبل ، وقد علم أن غصب العقار لا يتحقق عندهما خلافاً لمحمد « رح » ( ومثله الطعام في البيت ) أي ومثل إقرار بالدابة في الاصطبل قوله غصبت الطعام في البيت فلا يلزم إلا الطعام عندهما ، وعند محمد « رح » يلزمانه . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت عند محمد «رح» لانه برىء النصب في البيت ، وهما لا يريانه فيضمن الطعام لا غير .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن أقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص ، لأن اسم الخاتم يشمل الكل ) وهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية ( ومن أقر لهبسيف فله النصل ) وهو حديدة السيف ( والجفن ) هو غمده ، أي بخلافه (والحمائل) جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف ( لأن الاسم ) أي اسم السيف ( ينطوي على الكل )أي ينطلق على كل السيف .

( ومن أقر بحجلة ) وهو بيت يزين بالثياب والاسر ( فله العيدان ) برفع النون جمع عود وهو الخشب كالديدان جمع دود ( والكسوة لإطلاق الاسم على الكل عرفاً ) ولانعلم

وإن قال غصبت ثوباً في منديل لزمـــاه جميعاً ، لأنه ظرف ، لأن الثوب يلف فيه ، وكذا لو قـــال علي ثوب في ثوب لأنه ظرف ، بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد ، لأنه ضرب لا ظرف . وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف « رح » . وقـــال محمد « رح » لزمه أحد عشر ثوباً ، لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ، ولأبي يوسف « رح » أن حرف في يستعمل في البين والوسط أيضاً ، قال الله تعالى

---

خلافاً في هذه المسائل ( وان قال غصبت ثوباً في منديل لزمـــاه جميعاً لانه ) أي لان المنديل ( ظرف ، لان الثوب يلف فيه ) والخلاف فيـــه كالخلاف في الاقرار بالتمر في القوصرة .

( وكذا لو قال علي ثوب في ثوب ) أي يلزمه الثوبين جميعاً ( لأنه ظرف ) ولا يتحقق ذلك الإبهام ( بخلاف قوله درهم في درهم ) يعني لو قال علي لفـــلان درهم في درهم ( حيث يلزمه واحد ) أي درهم واحد ( لأنه ضرب ) أي ضرب حساب ( لا ظرف ) وقد مر .

( وإن قال ثوب في عشرة أثواب لم يلزمه إلا ثوب واحد عند أبي يوسف « رح» وقال محمد « رح » لزمه أحد عشر ثوباً ، لأن النفيس من الثياب قد يلف فيعشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ) قيـــل إنه منقوض على أصله بأن قال غصبته كرباساً في عشرة أثواب حرير لزمه الكل عند محمد رحمـــه الله مع أن عشرة أثواب حرير لا تجعل وعـــاء للكرباس عادة .

( ولأبي يوسف « رح » أن حرف في يستعمل للبين (١) والوسط أيضاً ، قال الله تعالى

---

(١) في البين ـــ هامش .

﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ، أي بين عبادي فوقع الشك ، والأصل براءة الذمم على أن كل ثوب موعى وليس بوعاء ، فتعذر حمله على الظرف فتعـــين الأول محملاً . ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريـد الضرب والحساب لزمـه خمسـة ، لأن الضرب لا يكثر المـال . وقـال الحسن « رح » يلزمـه خمسة وعشرون ، وقد ذكرناه في الطلاق

---

﴿ فادخلي في عبادي ﴾ ٢٩ الفجر ، أى بين عبادي فوقع الشك) لأن كلمة في لما استعملت في معنى بين كما استعملت للظرف لم يلزمه إلا ثوب واحد لوقوع الشك فيما زاد عليه ، فلا يجوز والمال لا يجب بالشك والاحتمال ( والأصل براءة الذمم ) لأنها خلقت برية عرية عن الحقوق ، فلا يجوز شغلها إلا بحجة قوية ، فلما لم يصلح العشرة للظرف صار كقوله غصبتك درهماً في درهم ( على أن كل ثوب ) أي مع أن كل ثوب ( موعى ) أو مظروف في حق ما وراءه ( وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف ) كذلك ( فتعين الأول ) هو كونـه بمعنى البين ( محملا ) بفتح الميم وسكون الحاء المهملة ، أي من حيث الحمل على معنى البين .

( ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمـه خمسة ) وبه قال الشافعي رحمه الله ( لأن الضرب لا يكثر المال ) يعني أثر الضرب في تكثير الإجزاء لإزالة الكسر لا في زيادة المال .

( وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون ) أي قال الحسن بن زياد يلزمه خمسة وعشرون إن أراد الضرب ، وبه قال أحمد ومالك « رح » في رواية ، وقال زفر يلزمه العشر إذا أطلق (وقد ذكرناه في الطلاق ) أي في باب إيقاع الطلاق . وقـال الاترازي « رح » ولم يذكر صاحب الهداية ثمة صريحاً بل فهم ذلك بالإشارة من الخلاف الواقـع بيننا وبين زفر « رح » في قوله أنت طالق ثنتين في ثنتين ، وقد أراد الضرب والحساب فعندنا يقع ثنتان

ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة ، لأن اللفظ يحتمله . ولو قـــال له علي من درهم إلى عشرة أو قال ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفة فيلزمه الإبتداء وما بعده ، وتسقط الغاية ، وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان . وقال زفر يلزمه ثمانية ولا

---

وعنده يقع ثلاث ، وإنما ذكر مسألة الإقرار صريحاً في كتاب الطلاق في الجامع الصغير . قال في شرح الكافي لو قال له علي درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان ، وكذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم ، ولو قال درهم فدرهم أو درهم ودرهم لزماه جميعاً . ولو قال درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين قوله لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان ، لأن الإقرار إخبار فيجعل الثاني مؤكداً للأول والطلاق إنشاء والتأكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الأول فاقتضى وقوع طلاق آخر . ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم ، لأن الباء البدلية يعني عوضه درهم ، وكذا إذا قـــال له علي درهم لأنه وصف الأول بالوجوب ، والثاني يكون موضوعاً له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد ، ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم .

( ولو قال أردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة ، لأن اللفظ يحتمله )لأن مـع للمصاحبة ( ولو قال له علي من درهم إلى عشرة ، أو قال ما بين ) أي أو قال له علي ما بين (درهم إلى عشرة لزمه تسعة عند أبي حنيفةرحمه الله ) وبه قال الشافعي « رح » فـي قــول مالك « رح » في رواية وأحمد في وجه ( فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية ) وهي العاشرة من العشرة .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان ) أي الابتداء والانتهاء ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ومالك في رواية وأحمد في وجـه ومالك في رواية في قوله ما بين درهم إلى عشرة .

( وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ) أي الابتداء أو الانتهـــاء كما ذكرنا

تدخل الغايتان . ولو قال له من داري ما بين هـــذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقـد مرت الدلائل في الطلاق .

## فصـــل

قال ومن قال لحمل فلانة علي ألف درهم فإن قال أوصى له فلان أو مـات أبوه فورثه فالإقرار صحيـح ، لأنـــه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له

---

( ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط إلى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له مـــن الحائطين شيء ) أي له أي للمقولة ما بين الحائطين شيء (وقد مرت المسائل مع الدلائل في الطلاق ) الشراح كلهم ما تكلموا هنا شيء اكتفاء بما ذكره المصنف رحمه الله في كتاب الطلاق ، وبالله التوفيق .

## ( فصــــل )

أي هذا فصل في بيان مسائل الحمل ذكرها بفصل على حـــدة إلا انه ألحق مسائل الخيار بها اتباعاً للمبسوط .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم، فإن قال أوصى له فلان أو مات أبوه فورثه فالاقرار صحيح ، لأنه أقر بسبب صالح لثبوت الملك له ) أي للحمل ، وذلك لأن هذا الاقرار صدر من أهله مضافاً إلى محله ولم يتيقن بكذب ما أقر به ، فكان صحيحاً كما لو أقر به بعد الانفصال ، لأن الجنين أهـــل أن يستحق شيئاً بالميراث أو الوصية وإن كان بين وجهاً لا يستقيم وجوب المال بـــه للجنين فإنه لا يصح إقراره ولا يلزمه شيء ، كما إذا قال لما في بطن فلانة علي الف درهم بالبيع أو الاجارة أو الاقراض ، فإن الاقرار لم يضف إلى محله وهو ظاهر ، كما لو أقر انه قطـــع يد فلان عمداً أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شيء ، لأنه كذب بيقين .

ثم إذا جاءت به حياً في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الإقرار لزمه ، فإن جاءت به ميتاً فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته ، لأنه إقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل . ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما . ولو قال المقر باعني أو أقرضني لم يلزمه شيء ، لأنه بين سبباً مستحيلاً . قال فإن أبهم الإقرار لم يصح عند أبي يوسف ، وقال محمد يصح

---

( ثم إذا جاءت به حياً ) أي ثم إذا جاءت فلانة بالولد ( في مدة يعلم أنه كان قائماً وقت الاقرار ) أي كان موجوداً وقت الاقرار بأن ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ( لزمه ) أي لزم الرجل ما أقر به ، وان جاءت به لاكثر من سنتين وهي معتدة فكذلك ، وأما اذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر وهي غير معتدة لم يلزمه ( فإذا جاءت به ميتاً فالمال للموصى والمورث حتى يقسم بين ورثته ) أي بين ورثة كل واحد من الموصى والمورث ( لانه إقرار في الحقيقة لهما ) أي للموصي والمورث ( وإنما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وقال مالك « رح » يبطل إقراره لعدم مستحقه .

( ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ) أي ان كانا ذكرين أو انثيين ، وإن كان احدهما ذكراً والآخر انثى ففي الوصية بينهما نصفين ، وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين .

( ولو قال المقر باعني ) يعني لو قال لحمل فلانة علي الف من ثمن شيء باعني ( أو أقرضني ) أي أو قال حمل فلانة أقرضني الف درهم ( لم يلزمه شيء لأنه بين سبباً مستحيلا ) إذ البيع أو الاقراض من الجنين حقيقة وهو ظاهر ، وكذا حكماً لانه لاولاية لأحد على الجنين حتى يصير تصرفه كتصرفه ، فصار كلامه لغواً فلا يلزمه شيء .

( وإن أبهم الاقرار ) إن لم يعين سببه ( لم يصح الاقرار عند أبي يوسف « رح » ) وقيل أبو حنيفة « رح » معه ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ( وقال محمد يصح )

لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ، ولأبي يوسف « رح » ان الإقرار مطلـــق ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه يصير كما إذا صرح به . قال ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه ، لأن له وجهـــاً صحيحاً وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه . قال ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط ، لأن الخيار

---

وبه قال أحمد والشافعي « رح » في الاصح وهو قول مالك ( لأن الاقرار من الحجج ، فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ) بأن يقول اوصى له فلان أو مات أبوه فورثه تصحيحا لكلام العاقل ( ولابي يوسف « رح » إن الاقرار مطلق ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ، ولهذا حمل إقرار العبد المأذون له وأحد المتفاوضين عليه ) أي على الاقرار بسبب التجارة ، ولا يحمل إقرارهما على دين المهر وإرش الجناية حتى لايؤاخذ العبد في حال رقه ولا يؤاخذ الشريك الآخر ( فيصير كما إذا صرح به ) أي يصير المقر به كما إذا صرح بدين التجارة بدلالة العرف .

( قال ) أي القدوري ( ومن أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه لان له ) أي بهذا الاقرار ( وجهاً صحيحاً وهو الوصية به دون جهة غيره ) بأن أوصى به له مالك الجارية ومالك الشاة ، فإذا كان كذلك ( فحمل عليه ) بالوجه المذكور . وقال الشافعي « رح » إن أطلق لا يصح في قول نقله المزني عنه ، وفي قول يصح وهو الاصح وبه قال أحمد ومالك « رح » إن تيقن بوجوده عند الاقرار .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط ) صورته إن أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو وديعة قائمة أو مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة أيام فالاقرار جائز ويبطل الشرط ( لان الخيار ) لا يليق بالاخبار لانه لا يتغير به الاخبار ،

للفسخ والإخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل .

---

ولانه اي لان الخيار في الحقيقة ( للفسخ والاخبار لا يحتمله ) لان الخبر إن كان صادقا بمطابقته للواقع فلا يتغير باختياره وعدم اختياره ، وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ( ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ) وهي قوله علي ونحوه ( فلم ينعدم بهذا الشرط الباطل ) لأن الباطل لا تأثير له ، أما لو أقر بدين من ثمن مبيع على أنه فيه بالخيار فإن هناك يثبت الخيار إذا صدقه صاحبه ، لأن سببه يقبل الخيار ، وإن كذبه صاحبه لم يثبت الخيار ، لأن مطلق البيع اللزوم ، والخيار أمر عارض فلا يثبت إلا بحجة . ولو أقر بدين من كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة أو قصيرة فإن صدقه المقر له فهو كما قال ، والخيار ثابت له إلى آخر المدة ، لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيارفيه ، فيجعل ما تصادقا كالمعاين في جهتهما ، كذا في المبسوط .

★ ★ ★

# باب الاستثناء وما في معناه

## قال ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي

---

( باب الاستثناء وما في معناه )

أى هذا باب في بيان حكم الاستثناء وما في معناه ، والاستثناء استفعال من الثنى وهو الصرف ، وهو متصل ، وهو الإخراج والتكلم بالباقي ومنفصل، وهو ما لا يصح إخراجه قوله وما في معناه ، أي وما في معنى الاستثناء في كونه مغيراً وهو الشرط .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي ) لا بد من الاتصال ، وهو مذهب الأئمة الأربعة « رح » وفيه خلاف بعض العلماء ، ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما جواز التأخير ، واستدل بقوله ﷺ والله لأغزون قريشاً ، ثم قال بعد سنة إن شاء الله . وأجيب بأن هذا لم يكن على وجه الاستثناء ، بل هو امتثال لما أمر به في قوله عز وجل واذكر ربك إذا نسيت . وعن عبدالملك المالكى لا يصح الاستثناء ، وعنه أنه لا يصح استثناء الآحاد من العشرات ولا المئين من الالوف ، بل يصح استثناء الآحاد والعشرات من المئين والالوف ، واستثناء الأقل والأكثر يجوز . وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر من الأقل . وعن أحمد « رح » مثله . وفي الكافي وعن أبي يوسف ومالك « رح » مثله وفي الحلية وبه قال ابن درستويه النحوي وأحمد « رح » ولكن ما ذكره من قول مالك « رح » لم يكن مشهوراً عند أصحابه ، واستثناء الكل من الكل لا يجوز بلا خلاف . وذكر المصنف في زياداته هذا إذا استثنى بعين بذلك اللفظ بأن قال نسائى طوالق إلا نسائى ، أما لو قال نسائي طوالق إلا عمرة وزينب وفاطمة حتى أتى على الكل صح ، وكذا لو قال نسائي طوالق إلا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن .

لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ، ولكن لا بد من الاتصال ، وسواء استثنى الأقل أو الأكثر فإن استثنى الجميع لزمه الإقرار وبطل الإستثناء ، لأنـــه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً وقد مر الوجه في الطلاق. ولو قال له علي مائة درهم إلا ديناراً وإلا قفيز حنطة لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار والقفيز ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح». ولو قال له علي مائـــة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء.

---

( لأن الاستثناء مع الجملة ) أي الصدر ( عبارة عن الباقي ) لأن معنى قوله على عشرة إلا درهما معنى قوله على تسعة ( ولكن لا بد من الاتصال ) أي اتصـــال الاستثناء بقوله وإلا لا يصح وقد مر بيانه الآن ( وسواء استثنى الأقل أو الأكثر ) أي أقل من البـــاقي وأكثر منه كما في قوله لفلان علي الف درهم إلا أربعمائـــة ، ولفلان علي ألف إلا ستمائة والدليل على ذلك قوله عز وجل ﴿ قم الليل إلا قليلا ، نصفه أو انقص منه قليلا، أو زد عليه ﴾ ٢-٤ المزمل ، لأن طريق صحة الاستثناء أن يجعل عبارة إلا وراء المستثنى، ولا فرق في ذلك بين الاستثناء في الأقل أو الأكثر.

( فان استثنى الجميع لزمه ) أي لزم المقر ( الإقرار ) أي كل مـــا أقر به ( وبطل الاستثناء ، لأنه ) أي الاستثناء ( تكلم بالحاصل بعد الثنيا ) أي المستثنى ( ولا حـــاصل بعده ) أي بعـــد استثناء الكل عن المقدر ( فيكون رجوعاً ) والرجوع عن الإقرار لا يصح ( وقد مر الوجه في الطلاق ) أي قد مر وجـــه ذلك في كتاب الطلاق في فصل الاستثناء.

( ولو قال له علي مائة درهم إلا ديناراً وإلا قفيز حنطة لزمه مـــائة درهم إلا قيمة الدينار والقفيز ، وهذا ) أي هذا الحكم ( عند أبي حنيفة وأبى يوسف « رح ». ولوقال له علي مائة درهم إلا ثوباً لم يصح الاستثناء ) أما صحة الوجه الأول فلأنه استثناء القدر

وقال محمد « رح » لا يصح فيهما . وقال الشافعي « رح » يصح فيهما . لمحمد أن الإستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ ، وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس . وللشافعي انهما اتحدا جنساً من حيث المالية . ولهما أن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية . وهذا في الدينار ظاهر ، فالمكيل والموزون أوصافهما

---

من المقدر وهو صحيح استحساناً ، ويطرح قدر قيمة المستثنى بما أقر به ، وأما عدم جواز الوجه الثاني فلا بد من استثناء غير المقدر فلا يصح الاستثناء .

( وقال محمد رحمه الله لا يصح فيهما ) وهو القياس ، وبه قال زفر « رح » وأحمد ( وقال الشافعي « رح » يصح فيهما ) وبه قال مالك « رح » ( لمحمد « رح » أن الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ ) يعني إن الاستثناء تصرف في اللفظ وهو إخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر (وهذا لايتصور في خلاف الجنس ) وفي بعض النسخ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس .

( وللشافعي انهما) أي أن المستثنى والمستثنى منه ( إتحدا جنساً) أي من حيث الجنس ( من حيث المالية ) حاصله أن اشتراط اتحاد الجنس وهوموجود من حيث المالية فانتفى المانع بعد تحقق المقتضى وهو التصرف اللفظي . وقال الأكمل وكلام المصنف كما ترى يشير إلى أن المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي أيضاً ، وهو الحق . وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على أن الاستثناء يعارض الصور وليس من شرطه المجانسة وليس بصحيح ، لأنه يقول بالإخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ، ونحن نقول بأن الاستثناء لبيان أن الصدر لم يتناول المستثنى فهو إخراج إلى اثبات المجانسة لأجل الدخول هنا .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( أن المجانسة في الأول ) أي في الوجه الأول وهو قوله علي مائة درهم إلا ديناراً أو إلا قفيز حنطة ( ثابتة من حيث الثمنية ) لأنها تثبت في الذمة ثمناً ( وهذا في الدينار ظاهر ، فالمكيل والموزون أوصافهما

أثمان ، أما الثوب فليس بثمن أصلاً ، ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة ، وما يكون ثمناً صلح أن يكون مقدراً للدراهم ، فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمناً لا يصلح مقداراً ، فبقي المستثنى من الدراهم مجهولاً فلا يصح. قال ومن أقر بحق وقال إن شاء الله تعالى متصلا بإقراره لا يلزمه الإقرار ، لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ، إما إبطال أو تعليق ،

---

أثمان ) فإنها إذا وصفت تثبت في الذمة حالاً ومؤجلا ، وجاز الاستقراض بها . ولو عين يتعلق بأعيانها ، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمها حكم الدينار ، وهـذا يستوى الجيد والردي فيهما ، فكان في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى .

( أما الثوب فليس بثمن أصلا ، ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة ) احترز به عن السلم ، فانه يجب في السلم ( وما يكون ثمناً صلح أن يكون مقـدراً ) بكسر الدال على صيغة الفاعل ( للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم ) فيكون تقديره له على الف إلا قدر قيمة المستثنى ( وما لا يكون ثمنا لا يصلح أن يكون مقدراً ) لعدم المجانسة ( فبقى المستثنى من الدراهم مجهولاً ) فجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه ( فلا يصح ) أي الاستثناء فتعتبر على البيان . وفي الذخيرة وإذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى على المقر ، وإن كانت قيمة المستثنى تفترض ما أقر به لا يلزمه شيء ، ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى يلزم جهالة المقر به مخالفاً لما ذكر في الذخيرة محالاً إلى المنتقى . قال أبو حنيفة « رح » لو قال لفلان علي مائة درهم إلا قليلا فعليه أحد وخمسون درهما ، وكذا في نظائرها نحو قوله الأشياء ، لأن الشيء استثناء الأقـل . وعن أبي يوسف « رح » لو قال علي عشرة إلا بعضاً فعليه أكثر من النصف.

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن أقر بحق وقال إن شاء الله تعالى متصلا بإقراره لم يلزمه [1] ذلك الإقرار لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى ، أمـا إبطال ) عند محمد ( أو

---

(١) لا يلزمه – هامش .

فإن كان الأول فقد أبطل، وإن كان الثاني فكذلك ، أما لان الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ، أو لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق ، بخلاف مـــا إذا قال لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لانه في معنى بيان المدة

---

تعليق ) عند أبي يوسف قاله الأترازي ، ثم قال بيانه فيما قـــال في كتاب الطلاق عن الفتاوى الصغرى والقسمة إذا قال أنت طالق إن شاء الله تعالى فهو يمين عند أبي يوسف حق لو قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله تعالى يحنث ، وعند محمد « رح » لا يكون يميناً حق لا يحنث به عنده .

فإن قلت قال الأكمل وغيره الاستثناء بمشيئة الله تعالى إبطال كما هو مذهب أبي يوسف « رح » أو تعليق كما هو مذهب محمد « رح » وهـــذا مخالف لما قاله الأترازي . قلت لا مخالفة ، لأن الكاكي لما قال قال محمد إبطال ، وقال أبو يوسف تعليق ، قال وقيـل الاختلاف على العكس ثم قال الأكمل وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا قدم المشيئة فقال إن شاء الله تعالى أنت طالق عند أبي يوسف « رح » لا يقع الطلاق لأنه إبطال . وعند محمد لا يقع لأنه تعليق ، فإذا قــدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع ، وكيفما كان لم يلزمه الإقرار .

( فإن كان الاول ) وهو الابطال ( فقـــد أبطل ، وإن كان الثـــاني ) وهو التعليق ( فكذلك ) أي بطل ( أما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط ) لان الإقرار إخبار بما سبق ، والتعليق إنما يكون بالنسبة إلى المستقبل وبينهما منافاة ( أو لانه ) أو لان التعليق ( شرط لا يوقف عليه ) والتعليق بمثله يكون اعداما من الأصل ، فيصير بمنزلة الابطال ( كما ذكرنا في الطلاق ) أي فصل الاستثناء ( بخلاف ما إذا قال لفلان علي مائة درهم إذا مت أو إذا جاء رأس الشهر أو إذا أفطر الناس لانه في معنى بيان المدة ) وذلك من حيث العرف ، لان الناس يعتبرون بذكر هـــذه الاشياء محل الاجل فحسب ، لأن الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجيء رأس الشهر ، ومع هذا من أجال الناس فتركت الحقيقة

فيكون تأجيلا لا تعليقاً حتى لو كذبه المقر له في الأجل يكون المال حالاً . قال ومن أقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء ، لأن البناء داخل في هذا الإقرار معنى لا لفظاً ، والإستثناء تصرف في الملفوظ

---

لعرف ( فيكون تأجيلا لا تعليقا ) فيلزمه الاقرار ( حتى لو كذبه المقر له في الاجـــل يكون المال حالاً ) وعند الشافعي « رح » يجب المال مؤجلا . وفي شرح الكافي لو قال لفلان علي الف درهم إن شاء فلان فقال فلان شئت فهذا الإقرار باطل، لأنه علق واللزوم حكم السحر لا حكم التعليق ، وكذلك لكل إقرار علق بمطر أو شرط نحو قوله إن دخلت الدار وإن مطرت السماء، أو إن هبت الريح ، أو إن قضى الله، أو إن أراده، أو إن رضيه ، أو إن أحب ، أو إن أصبت مالاً ، أو إن كان كذلك ، أو إن كان ذلك حقاً ، لأنه تعليق الإقرار بالشرط فلا يكون إقراراً للحال ، ولا يمكن جعله إقراراً للحال ، ولا يمكن جعله إقراراً عند وجود الشرط لأنه ليس بموجود في تلك الحالة ، بخلاف تعليق الطلاق والعتاق .

( قال ) أي القدوري « رح »( ومن أقر بدار ) بأن قال هذه الدار لفلان ( واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبنـــاء ، لأن البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظاً ) يعني إسم الدار لا يتناول البناء مقصوداً ، لأن البناء وصف فيه ، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً ( والاستثناء تصرف في اللفظ ) يجعل الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار ولا يتحقق فيه عمل الاستثناء .

فإن قلت يشكل بما إذا قال لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة ، فإن الحنطة دخلت في الدراهم معنى لا لفظـــا حتى صح استثناؤه . قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى ، فتناولها من حيث اللفظ من جهة المعنى فيصح الاستثناء ، ولا كذلك الدار فإنهـا ليست باسم العرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار ذكراً للبناء بطريق التناول ، بل الدار اسم العرصة ، والبناء صفة ، والوصف يدخل تبعاً لا قصداً فلا يصح استثناء الوصف فافترقا .

والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار ، لانــــه يدخل فيه تبعاً لا لفظاً ، بخلاف مـــا إذا قال إلا ثلثها أو إلا بيتاً منها لانه داخل فيه لفظاً . ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال ، لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال بياض هذه الارض لفلان دون البناء . وبخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً حيث يكون البناء للمقر له ، لان الإقرار بالارض إقــرار بالبناء كالإقرار بالدار . ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فـــإن ذكر عبداً بعينه قيل للمقر

---

( والفص في الخـــاتم والنخلة في البستان نظير البنـاء في الدار ) يعني كما لا يصح استثناء البناء، لا يصح استثناء الفص والحلقة ( لأنه يدخل فيه ) أي يدخل تحت الصدر ( تبعاً لا لفظاً ، بخلاف ما إذا قال إلا ثلثها ) بأن قال هذه الدار لفلان إلا ثلثها ( أو إلا بيتاً منها ) أي أو قال هذه الدار لفلان إلا بيتاً منها ( لأنه ) أي لأن كل واحد من الثلث والبيت ( داخل فيه لفظاً ) ومقصوداً، حتى لو استحق البيت في بيع الدار سقط حصته من الثمن.

( ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال ) يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان ( لأن العرصة عبارة عن البقعة دون البناء ، فكأنه قال بياض هذه الأرض لفلان دون البناء لفلان) والبناء لا يتبعها ( بخلاف ما إذا قال مكان العرصة أرضاً ) يعني قال بناء هذه الدار لي والأرض لفلان ( حيث يكون البناء للمقر له ) مع الأرض خلافاً للأئمة الثلاثة « رح » ( لأن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء كالإقرار بالدار ) حيث تكون الأرض والبنـاء للمقر وإن استثنى البناء ، لأن البناء داخل في الإقرار ، كما أن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء ، لان الإقرار بالاصل إقرار بالتبع .

( ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ، فإن ذكر عبداً

له إن شئت فسلم العبد وخذ الالف وإلا فلا شيء لك ، قال « رض » هذا على وجوه ، أحدها هـــذا ، وهو ان يصدقه ويسلم العبد ، وجوابه ما ذكرنا ، لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة . والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه ، وإنما بعتك عبداً غير هذا ، وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له ، وقـــد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود . والثالث أن يقول العبد عبدي مـــا بعتك ، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء ، لانه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد ، فلا يلزمه دونه .

---

بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الالف ، وإلا فلا شيء لك ) إلى هنا لفظ القدوري رحمه الله .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( وهذا ) أي المذكور ( على وجوه أحدها هذا ) أي الذي ذكره القدوري ( وهوأن يصدقه ) أي يصدق المقرله المقر ( ويسلم العبد ، وجوابه ) أي جواب هذا الوجه ( ما ذكرنا ) وهو أن يقال للمقر له إن شئت فسلم العبد وخذ الالف وإلا فلا شيء لك ( لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ) فلو علمنا أنه اشترى منه هذا العبد والعبد في يده كان عليه ألف درهم ، كذا ها هنا .

( والثاني ) أي الوجه الثاني ( أن يقول المقر له : العبد عبدك مابعتكه وانما بعتك عبداً غير هذا وفيه المال لازم على المقر لإقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود ) كما لو قال لك علي ألف عصبة صك ، وقال لا بل استقرضت مني ولا تفـاوت في هذا بين أن يكون العبد في يد المقر أو المقر له . وقال الكاكي لان الاسباب مطلوبة بأحكامها لا بأعيانها ، ولا يعتبر التكاذب في السبب بعـــد اتفاقها على وجوب أصل المال .

( والثـالث ) أي الوجه الثالث ( أن يقول العبد عبدي ما بعتك ، وحكمه أن لا يلزم المقر شيء ، لانه ما أقر بالمال إلا عوضاً عن العبد فلا يلزمه دونه ) فإذا لم يسلم له

ولو قال مع ذلك إنما بعتك غيره يتحالفان ، لان المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره ، والآخر ينكر ، فإذا تحالفا بطل المال . وهذا إذا ذكر عبداً بعينه .

وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمـــه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند أبي حنيفة وصل أم فصل ، لانه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند

---

العبد لا يسلم للمقر له بدله ، وفي هذا أيضاً لا تفاوت بين كون العبد في يد المقر له ، لانه إذا كان في يد المقر يأخذ العبد .

( ولو قال مع ذلك ) أي ولو قال المقر له مع إنكار العبد المقر به ما بعتكه ( إنما بعتك غيره يتحـالفان ) لان كل واحد مدع ومنكر أشار إليه بقوله ( لان المقر يدعي تسليم من عينه ، والآخر ينكر ، والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره ، والآخر ينكر فاذا تحالفا بطل المال ) يعني بطل المال من المقر والعبد سالم لمن هو في يده ( وهذا ) أي هذا المذكور ( إذا ذكر عبداً بعينه وإن قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولايصدق في قوله مـــا قبضت عند أبي حنيفة « رح » وصل أم فصل ، لانه رجوع ، فانه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمـة علي وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً ) لان ما لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك إذ لا طريق للتوصل إليه ، لان ما من عبد يحضره إلا والمشترى أن يقول المبيع غير هذا ، وتسليم الثمن لا يجب إلا بعد إحضار المعقود عليه ، فعرفنا انه في حكم المستهلك وثمن المستهلك غير واجب ، إلا أن يكون مقبوضاً فيكون الإقرار بوجوب ثمنـــه إقراراً بقبضه . وإذا أقر بالقبض يكون قوله لم أقبضه رجوعاً بعد الإقرار .

( لان الجهـــالة مقارنة كانت أو طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسياه عند الاختلاط

الاختلاط بأمثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع بوجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولا . وقـــال ابو يوسف ومحمد « رح » إن وصل صدق ولم يلزمه شيء ، وإن فصل لم يصدق إذا انكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبـــد ، وإن اقر انه باعه متاعاً فالقول قول المقر . ووجه ذلك انـــه اقر بوجوب المال عليه وبين سبباً وهو البيع ، فإن وافقه الطالب في السبب وبـــه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله

---

بأمثاله توجب هلاك المبيع ، فيمتنع وجوب نقد الثمن ، وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً ) بيانه أن أول كلامه إقراراً يوجب الثمن، وآخر يوجب سقوطه وذلك رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً .

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء ) كما في المتين ، وبه قالت الائمة الثلاثة ( وإن فصل لم يصدقه إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد . وإن أقر أنه ) أي أن المقر له ( باعه متاعاً فالقول قول المقر . ووجه ذلك ) أي وجه كون القول للمقر ( أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سبباً ) يعني أن قوله لفلان علي ألف درهم إقرار بوجوب المـــال عليه ، وقوله من ثمن متاع اشتريته بيان لسبب الوجوب ( وهو البيع ، فـــان وافقه الطالب ) وهو المقر له ( في السبب ) قال الاكمل رحمه الله ونظر ، لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جوابه وقوله ( وبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض ) لا يصلح لذلك ، أي كالبيع لا يتأكد وجوب الثمن على المشترى ، أي وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل ، لانـــه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن ، والمدعي الذي هو المقر له يدعي قبض الثمن ( والمقر ينكره ، فيكون القول قوله ) أي للمنكر .

وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً لان صدر كلامه للوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا . ولو قال ابتعت منه عيناً الا أني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض ، بخلاف الإقرار بوجوب الثمن . قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ، ومعنى المسألة إذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن الخمر او الخنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة « رح » وصل ام فصل ، لانه رجوع ، لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً، وأول كلامه للوجوب.

---

( وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً مغيراً ، لان صدر كلامه للوجوب مطلقاً ) لان مقتضى أول الكلام أن يكون مطالباً بالمال في الحال رجوعاً إلى كلمة علي ( وآخره ) أي وآخر الكلام ( يحتمل انتفاؤه ) أى انتفاء الوجوب ( على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً ) كالاستثناء .

( ولو قال ابتعت منه عيناً شيئاً ) أى مبيعاً ( إلا اني لم أقبضه فالقول قوله بالإجماع ) وبه قالت الائمة الثلاثة ( لانه ليس من ضرورة البيع القبض ) فان الشراء بشرط الخيار لا يوجب الثمن عليه في الحال ( بخلاف الإقرار بوجوب الثمن ) فان من ضرورته القبض .

( قال ) أى القدوري رحمه الله ( وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ) وقال المصنف ( ومعنى المسألة ) أي المسألة التي ذكرها القدوري ( إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة « رح» وصل أم فصل ، لانه رجوع ، لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً ، وأول كلامه للوجوب ) وهو قوله علي فيكون رجوعاً عن الإقرار فلا يصدق ، وبه قال الشافعي رحمه

وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء ، لانه بين بآخر كلامه انه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخرها إن شاء الله .

قلنا ذلك تعليق ،

---

الله في الاصح وأحمد « رح » ، ولم يذكر القدوري في مختصره الخلاف ، وإنما ذكره والاسبيجابي .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( إذا وصل لا يلزمه شيء ) وبه قال مالك والشافعي « رح » في قول واسحاق واختاره المزني ( لانه ) أي لان الإقرار المقر ( بين بآخر كلامه انه ما أراد به الإيجاب ) وقال الاسبيجابي مما مرا على أصلهما ، لان هذا بيان مغير ، ولكن هذا فيما إذا كذبه الطالب ، أما إذا صدق في ذلك لا يلزمه شيء في قولهم جميعاً ، لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ، وكذا الحكم فيها اذا قال من ثمن خمر أو ميتة أو دم .

وفي الاجناس رواية هشام لو قال لفلان عليه ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان . وقال الطالب بل هو من ثمن بزنا المال لازم للمطلوب في قول أبي حنيفة « رح » مع يمين الطالب ، وقال القول قول المطلوب مع يمينه ولا شيء عليه ، ألا ترى أنه لو قال علي درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلا ، ثم قال في الأجناس من ذكر نوادر أبي يوسف « رح » رواية ابن سماعة لو قال لفلان علي ألف درهم حرام أو باطل لزمه في قول أبي حنيفة « رح » . وفي الذخيرة لو قال له علي ألف درهم حرام أو ربا يلزمه الألف ، لأن الحرام عنده لعله يكون حلالاً عند غيره ، ولعل الربا عنده ليس بربا عند غيره . ولو قال له علي ألف زورا وباطل إن صدقه فلان فلا شيء عليه ، وإن كذبه فعليه الألف .

( فصار ) أي حكم هذا ( كما إذا قال في آخر [1] كلامه إن شاء الله تعالى ) يعني إن وصل يصدق ، وإن فصل لا يصدق فلذا ( قلنا ) هذا جواب عن قياسها على مسألة الاستثناء بالمشيئة ، تقريره أن يقال ( ذلك تعليق ) بالشرط ، والتعليق بالشرط من

---

(١) في آخره ــ هامش .

وهذا إبطال ، ولو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضتني ألف درهم ثم قال هي زيوف أو بنهرجة ، وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة ، وقالا إن قال موصولاً يصدق ، وإن قال مفصولاً لا يصدق ، وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف ، وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع . لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء ، وهذا لأن اسم الدراهم

---

باب التغيير ، فيصح موصولاً ( وهذا ) أي الذي نحن فيه ( إبطال ) والإبطال رجوع فلا يصح .

( ولو قال له علي ألف درهم من ثمن متاع ، أو قال أقرضتني ألف درهم ثم قال هي زيوف ) جمع زيف وهو الذي يقبله التجار ويرده بيت المال ( أو بنهرجة ) هي دون الزيوف ، لأن التجار ترده ( وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة « رح » ) وصل أم فصل ( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد ( إن قال موصولاً يصدق وإن قال مفصولاً لم يصدق ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ( وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة ) وهي أردأ من النبهرجة ( أو رصاص ) أي أو قال هي رصاص فلا يصدق عند أبي حنيفة « رح » وصل أم فصل ، وعندهما يصدق ان وصل . وفي جامع قاضي خان عن أبي يوسف فيه روايتان في رواية مع أبى حنيفة ، وفي رواية مع محمد ( وعلى هذا ) الخلاف ( إذا قال إلا انها زيوف ، وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع ) تجري الزيوف وتجري الصفة على المعدود دون العدد ، كقوله تعالى « سبع بقرات سمان » ٤٣ يوسف .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( انه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط ) وهو التعليق ( والاستثناء وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن إسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته )

يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه ، إلا أن مطلقه ينصرف إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه ، وصار كما إذا قال إلا أنهـــا وزن خمسة . ولأبي حنيفة « رح » ان هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ، وصار كما إذا قال بعتكه معيباً . وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا،والستوقة ليست من الأثمان والبيع يرد على الثمن ، فكان رجوعاً . وقوله إلا أنها وزن خمسة

---

لأنها من جنس الدراهم حتى حصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم ، ولا يصير استبدالاً ( والستوقه بمجـــازه ) لأن الستوقة تسمى دراهم مجازاً ، والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيان تغير ، فيصح موصولاً ومفصولاً ( إلا أن مطلقه ) أى مطلق إسم الدراهم ( ينصرف إلى الجيـــاد ) لأن أكثر النقود تكون جياد ، إلا أن بياعات الناس تكون بالجياد عادة ( فكـــان بياناً مغيراً من هذا الوجه ) أي من الوجه المذكور ، فلذلك شرط له الوصل ( وصار ) أي حكم هذا ( كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ) أو ستة ونقد بلدهم وزن سبعة صدق إن كان موصولاً ولم يصدق إن كان مفصولاً .

( ولأبي حنيفة « رح » إن هذا رجوع ، لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة عن العيب ، والزيافة عيب ، ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه ) أي موجب العقد ، لأنه إبطال بعض مـــا هو مستحق بالعقد فلا يصدق وإن وصل ( وصار )أي حكم هذا ( كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه سليماً فالقول للمشتري لما بينا ) أشار به إلى قوله مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب .

( والستوقة ليست من الأثمان ) أي ليست من جنس الأثمان ( والبيع يرد على الثمن فكان ) أي فكان دعواه على تأويل الإدعـــاء ، يعني دعواه الستوقة ( رجوعاً ) عن الإقرار فلا يصح ( وقوله إلا إنها وزن خمسة ) هذا جواب عما استشهد به ، تقريره أنه

يصح الاستثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة ، لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ، بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية ، لأن الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها . وعن أبي حنيفة « رح » في غير رواية الأصول انه يصدق في الزيوف إذا وصل ، لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض ، وقد يكون زيفاً كما في الغصب . ووجه الظاهر أن

---

ليس مما نحن فيه ، لأن قوله هذا ( يصح أن يكون استثناء ، لأنه مقدار ، بخلاف الجودة ، لأن استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار ) لأنه لا يجوز . توضيحه أن الجودة صفة فلا يصح استثناء الوصف ، لأن الصفة مما لم يتناوله وله اسم الدراهم حتى يستثني ، وإنما يثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة .

( بخلاف ما إذا قال علي كرحنطة من ثمن عبد إلا أنها ردية لأن الرداءة نوع لا عيب ) لأن العيب ما يخلو عنه الفطرة السليمة والحنطة قد تكون ردية ( فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها ) أي عن الرداءة ، ولهذا لا يصح شراء الحنطة ما لم يبين انها جيدة أو وسط أو ردية فليس في بيانه تغيير موجب أو لكلامه ، فيصح وصل أم فصل اذ مقتضى العقد لا يقتضي نوعاً دون نوع فلا يستحق نوع بمطلق العقد ، بخلاف الزيادة فانها عيب ، ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها .

( وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول ) المراد بالأصول الجامعان والزيادات والمبسوط ويغير عنها ظاهر الرواية . وعن الأمالي والنوادر والرقيات فإنها رويات والكيسانيات بغير ظاهر الرواية ( أنه يصدق في الزيوف إذا وصل ) إذا قال لفلان علي ألف درهم قرض ، أما إذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لا يصدقه باتفاق الروايات ( لأن القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون ) المقبوض ( زيفاً ) والقرض يقضي بالمثل ( كما في الغصب ) يكون المغصوب زيفاً ، لأن الواجب فيه مثل المقبوض ، والجامع بينهما أن كلا منهما بوجب الضمان بالقبض ( ووجه الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( أن

التعامل بالجياد فانصرف مطلقه إليها . ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض، قيل يصدق بالإجماع ،لأن اسم الدراهم يتناولها ، وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم . ولو قال اغتصبت منه ألفاً او قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل ، فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ، ولهذا لو جاء

---

التعامل ) يكون بين الناس ( بالجياد فانصرف مطلقه ) أي مطلق القرض ( إليها ) أي الى الجياد فيجب عليه ذلك ثم دعواه الزيافة لا تقبل ، لأنه رجوع عما أقر به .

( ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالإجماع لأن إسم الدراهم يتناولها ) أي الزيوف ( وقيل لا يصدق ) أي عند أبي حنيفة « رح » وصل أم فصل ( لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف الى العقود لتعينهـــا مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم ) وهو الغصب المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة ، وعند زفر« رح » يبطل إقراره إذا قال المقر له جياد .

( ولو قـــال اغتصبت منه ألفاً أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل ، لان الإنســـان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ) لأن المقتضى في عقود المعـــاوضة ( ولا تعامل ) أو في غصب الجياد ولا في إيداع الجياد بخلاف الاستقراض ، فإن المتعامل فيه بالجياد ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال شيخ العلاء وهذا إشـارة إلى الجواب عن فصل القرض ، فإن في القرض إن لم يوجد المقتضى ، فقد وجد التعامل والنـــاس يتعاملون بالجياد فينصرف إلى الجياد ولم يوجد التعامل هنا فلا ينصرف إلى الجيـــاد ( فيكون ) أي قول المقر ( بيان النوع فيصح وإن فصل ) وقال الشافعي وأحمد إذا فصل لم يصدق ، وهو رواية عن أبي يوسف في الغصب ( ولهذا ) أى

راد المغصوب والوديعـــة بالمعيب كان القول قوله . وعن أبي يوسف « رح » انه لا يصدق فيه مفصولا اعتباراً بالقرض ، إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان . ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعـــة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق ، لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم ، لكن الإسم يتناولها مجازاً ، فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل وإن قال في هذا كله ألفاً ثم قال إلا انه ينقص ، كذا لم يصدق ، وإن وصل صدق ، لأن هذا استثناء المقدار

---

ولاجل أن لا مقتضى له في الجيـــاد ( لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله ) فإن الاختلاف متى وقع وصفة المقبوض فالقول للقابض ضميناً أو أميناً .

( وعن أبي يوسف رحمه الله إنـــه لا يصدق فيه ) أي في الغصب ( مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما ) أى في الغصب والقرض ( هو الموجب للضمان ) وجوابه يعلم مما تقدم .

( ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق ، وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم حقيقة ، لكن الإسم ) أى اسم الدراهم (يتناولها ) أي الستوقة ( مجازاً ) لمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة ( فكان بياناً مغيراً فلا بد من الوصل ) أى فكان مغيراً لما اقتضاه أول كلامه ، لان أول كلامه يتنـــاول الدراهم صورة وحقيقة وآخر كلامه يبين أن مراده الدراهم صورة لا حقيقة ، وبين التفسير يصح موصولاً لا مفصولاً .

( ولو قال في هذا كله ألفاً ) يعني المذكور من البيع والقرض والغصب ، صورته إذا أقر وقـــال لفلان علي ألف درهم ، أو قال أودعني ألف درهم أو قال غصبت ألف درهم أو أقرضتني ألف درهم ، أو قاضى ألف درهم ( ثم قال إلا انه ينقص ، كذا لم يصدق . وإن وصل صدق لان هذا استثنـــاء المقدار ) أى استثناء لبعض ما أقر به من

والاستثناء يصح موصولا ، بخلاف الزيافة لأنهـــا وصف واستثناء الأوصاف لا يصح ، واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا. ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه . ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله ، لأن الغصب لا يختص بالسليم . ومن قال لآخر اخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت وقال لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن ، فإن قال اعطيتها وديعة فقال لا بـــل غصبتها لم يضمن . والفرق أن في الفصل الأول أقر

---

المقدار ( والاستثناء يصح موصولاً ، بخلاف الزيافة ، لانها وصف ، واستثناء الأوصاف لا يصح ، واللفظ يتنـــاول المقدار دون الوصف وهو ) فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى (تصرف لفظي) يعني تصرف في الملفوظ لا فيما في غيره (كما بينا) انه لا يصح إلا موصولاً.

( ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام ، فإن كان لانقطاع [1] النفس فهو واصل ) يعني يصح الاستثنـاء اذا كان الفصل للضرورة المذكورة ( لعدم إمكان الإحتراز عنه ) لان الإنســان يحتاج أن يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر أن يتكلم بكلام كثير بنفس واحد فجعل ذلك عفواً وعليه الفتوى ، وبه قالت الائمة الثلاثة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله ، لان الغصب لا يختص بالسليم ) وسواء وصل أم فصل ( ومن قـال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال ) أي لقوله ( لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن ) أي المقر ضامن ، والقول للقول مع يمينه .

( ولو قـال أعطيتها وديعة فقال ) أي المقر له ( لا بل غصبتها لم يضمن ، والفرق ) بين المسألتين ( أن في الفصل الأول ) هو قولـــه أخذت منك ألف درهم وديعة ( أقر

---

(١) بانقطاع نفسه ـ هامش .

بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره ، فيكون القول له مع اليمين . وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين ، والقبض في هذا كالأخذ ، والدفع كالإعطاء . فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه . ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان، وهذا

---

بسبب الضمان وهو الأخذ ) لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ، وهذا يتناول رد العين حال بقائها ورد المثل حال زوالها لكون المثل قائماً مقام الأصل ( ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن ) من الإبراء وهو الإذن بالأخذ ( والآخر ينكره ، فيكون القول له مع يمينه ) إلا أن ينكل المقر له عن اليمين ( وفي الثاني ) وفي نظر الثاني ( أضاف الفعل إلى غيره ) وهو المقر له ( وذلك ) أي ذلك الغير وهو المقر له ( يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب ، فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامناً ، كان إذا قال أخذتها وديعة ( والدفع كالإعطاء ) يعني لا يضمن المقر إذا قال دفعت إلي ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها ، كما لو قال أعطيتني .

( فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون ) أي القبض ( بالتخلية والوضع بين يديه ) وهو الجواب بطريق المنع ، ثم قال بطريق التسليم ( ولو اقتضى ذلك ) أي وإن سلمنا انه اقتضى ذلك كل واحد من التخلية ، والموضع بين يديه قبض ثابت ضرورة يعني بطريق الضرورة فلا يظهر في انعقاد سبب الضمان ( فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده ) فلا يقتضي ثبوته بالضرورة يكون ( سبب الضمان ، وهذا ) أي وهذا الذى قلنا من ضمان المقر بالأخذ وديعة إذا قال المقر له أخذتها غصباً .

بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ، لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن، إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا. فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه، فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر. ولو قال أجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها، أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده، وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا عند أبي حنيفة «رح». وقال أبو يوسف ومحمد «رح» القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس،

---

(بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة. وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالاخذ لأنهما توافقا هناك) أي في القرض (على أن الاخذ كان بالإذن) وهو السبب مسقط للضمان (إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فالقول للمنكر فافترقا) أي حكم الوديعة والقرض.

(فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي فإنه) أى فإن فلانا (يأخذها لأنه) أي لفلان وادعى استحقاقها عليه، أي لأن المقر (أقر باليد له) أى لفلان (وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر. ولو قال أجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها، أو قال أجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله، وهذا) أى كون القول قوله (عند أبي حنيفة رضى الله عنه).

(وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي أخذ منه الدابة أو الثوب وهو القياس) وبه قالت الأئمة الثلاثة. وفي المبسوط والإيضاح وهذا كله إذا لم تكن الدابة والثوب للمقر، أما إذا كان معروفاً فإن الدابة والثوب والدار للمقر فقال أعرته لفلان

وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان . ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح . وجه القياس مابيناه في الوديعة. وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه ، وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً ، بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة ، والايداع إثبات اليد قصداً فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع . ووجه الآخر أن في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة

---

وقبضه فالقول قوله بالإجماع ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( الإعارة والإسكان ) بأن قال أعرتك داري هذه ثم رددتها علي واسكنتك داري ثم رددت، وقال الآخر داري .

( ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته، وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح ) احترز به عن قول بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالإجماع ويكون ذلك دليلا لأبي حنيفة رحمه الله ، ولكن مشايخنا رحمهم الله قالوا على الاختلاف ايضاً .

( وجه القياس ما بيناه في الوديعة ) وهو قوله إن المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة .

( وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ) بين الإجارة والوديعة أن اليد في الإجارة والإعارة ( ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع ، فيكون عدماً ) أي اليد ( فيما وراء الضرورة فلا يكون إقراراً له باليد مطلقاً )أي قصداً من كل وجه ( بخلاف الوديعة ، لأن اليد فيها مقصودة ، والإيداع اثبات اليد قصداً ، فيكون الإقرار به اعترافاً باليد للمودع ).

( ووجه آخر ) أي في الفرق ( أن في الإجارة والإعارة والاسكان أقر بيد ثابتة من

من جهتـه فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه ، حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمـــه في الطرف الآخر وهو الإجارة واختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الاقرار أيضاً ، وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف

---

جهته فيكون القول قوله في كيفيته ) أي في كيفية ثبوت اليد بالطريق كان كما لو قال هذا عبدي بعته من فلان ولم يقم العبد اليه بعد فقال المقر لم اشتره كان القول قول المقر . وإن زعم الآخر خلافه ( ولا كذلك في مسألة الوديعة ، لأنـــه قال فيها كانت وديعة ، وقد تكون من غير صنعه ) بأن هبت الريح وألقته في داره ، وكاللقطة فإنها وديعة في يد الملتقط وإن لم يدفع اليه صاحبها ( حتى لو قال أودعتها كان على هـذا الخلاف ) المذكور ( وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمـــه في الطرف الآخر وهو الإجارة واختاها ) أي الإعارة والاسكان، وإنما ذكر ضمير الراجع على الإجارة على تأويل العقد احترز بهذا عن قول الإمام علي القمي فانه ذكر في الفرق انه في مسألة الوديعـــة أخذتها منه يلزم جزاء الأخذ الرد ، وهنا قال فردها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع . وقالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء ( لأنه ) أي لأن محمـــداً ( ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الاجارة في كتاب الإقرار ايضاً ) فعلم أنه ليس يدري الفرق عليه . وأما علي القمي فهو علي بن موسى تلميذ محمد بن شجاع البلخي ، وهو تلميذ الحسن بن زياد وهو تلميذ أبي حنيفة ونسبه إلى قم بضم القاف وتشديد الميم وهي بلدة معروفة بالعراق .

(وهذا) أي الذي ذكر في الاجارة واختيها ( بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف

درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفاً ثم أخذتهـــا منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك إنما يكون بقبض مضمون ، فإذا أقر بالاقتضاء فقـــد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره ، أمـــا ها هنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا . ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هـــذه الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد ، وإنما أقر بمجرد فعل منه

---

درهم كانت لي عليه أو اقرضته الفاً ثم أخذتها منه وأنكر المقر لـه حيث يكون القول قوله ) أي كون المقر مع يمينه ( لأن الديون تقضى بأمثالها ، وذلك ) أى قضاء الديون بأمثالها ( إنما يكون بقبض المضمون ) ليصير دينـــاً على الدائن ثم يتقاصان ( فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليـه من الدين مقاصة ) أي ثم إدعى عليه ما يبرئه وهو المقاصة ( والآخر ينكره ) فكان القول للمنكر .

( أما هاهنا ) يعني صورة الاجارة واختيها ( المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما أشبهها فافترقا ) أي الحكمان حكم الاقرار باقتضاء الدين وحـكم الاجارة يوضحه أن الدين يقضي بالمثل فإذا أقر باقتضاء الدين كان مقداراً بأصل مثل حقـــه والمثل ملك المقر في الاصل، فيكون مقراً به فيرد على المقر له. وأما في صورة الاجارة فالمقبوض غير ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقراً بالملك للمقر له .

( ولو أقر أن فلاناً زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذه الكرم ) هذه مسائل المبسوط ذكرها تقريباً ( وذلك كله ) أي والحـــال ان ذلك كله ( في يد المقر فادعاها فلان ) انها له ( وقال المقر لا بل ذلك كله استعنت بك ) أى على الزراعة وعلى البناء وعلى الغرس ( ففعلت ) أي هذه الأشياء ( أو فعلته بأجر فالقول للمقر ) أي المقر

وقد يكون ذلك في ملك يد المقر، وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد، ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا.

---

يده في الحال ( لأنه ما أقر له ) أي لفلان ( باليد ، وانما أقر بمجرد فعل منه ) أي من فلان وذا لا يدل على اليد، لان العمل قد يكون من المعين والاجير، واحترز بقوله بمجرد الفعل ما لو أقر أن فلاناً ساكن في هذا البيت وادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن فقال إقرار باليد للغير مع الفعل وإقراره حجة عليه ، وما يثبت بإقراره كالعائن في حقة ، كذا في المبسوط .

( وقد يكون ذلك ) أي الفعل في الغير ( في ملك يد المقر ) فإنه لا يؤمر بالرد عليه لأنه لم يقر بالقبض معه بعدما أقر بهذه الاشياء ( وصار ) أي حكم هذا ( كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقراراً باليد فيكون القول للمقر ، لأنه أقر بفعل منه ) وذا لا يدل على اليد ( وقد يخيط ) الخياط ( ثوباً في يد المقر ) بأن خاطه في بيت المقر فلا يثبت يد الخياط عليه ( كذا هذا ) أي وكذا حكم المسألة المذكورة في عدم لزوم الرد على المقر ، والله أعلم .

* * *

# باب إقرار المريض

وإذا أقر الرجل في مرض موتــه بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والديون المعروفة الأسباب مقدم ، وقــال الشافعي « رح » دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة .

---

( باب اقرار المريض )

أي هذا باب في بيان حكم إقرار المريض ، وإنما أفرده بباب على حــدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح ، وأخره لأن المرض بعد الصحة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة ) مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأة تزوجها وعلم معاينة وأقر أيضا بديون غيره معلومة الأسباب ( فــدين الصحة والديون المعروفة الاسباب مقدم ) على ما أقر به في مرضه . وقال القاضي الحنبلي قياس من مذهب أحمــد أن دين الصحة اولى إذا ضاق ماله عنها وهو قولنــا ، وبه قال النخعي والثوري .

( وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق ) وهي في الحـالين ( فصار كإنشاء التصرف مبايعة ومناكحة ) أي صار إقراره في المرض كتصرفه بالبيع والنكاح فيستوى الحالان ، وبه قال مالك رحمه الله والمزني والتهمي من أصاب أحمد وأبو ثور وأبو عبيدة . وذكر ابو عبيدة انه مذهب أهل المدينة .

ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه إبطال حق الغير ، وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث . بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل .

---

( ولنا أن الاقرار لا يعتبر دليلا إذا كان فيه ) أي في الاقرار (ابطال حق الغير ) كما رهن أو أجر ثم أقر أنه بغيره لا ينفذ إقراره في حق المرتهن والمستأجر لتعلق حقهما به ( وفي إقرار المريض ذلك ) أي إبطال حق الغير ( لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ) أي من حيث الاستيفاء ( ولهذا منع ) أي المريض ( من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث ) إذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث إذا لم يكن عليه دين . وفي هذا التوضيح جواب عما ادعى الشافعي رحمه الله من الاستواء بين حالة الصحة وحالة المرض ، فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حالة المرض كما في حالة الصحة .

فإن قيل الاقرار بالوارث فى المرض صحيح وقد يضمن إبطال حق بقية الورثة ، أجيب بأن استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا ، فالاستحقاق يضاف إلى أحدهما وجوبا وهو الموت ، بخلاف الدين فانه يجب بالاقرار لا بالموت .

( بخلاف النكاح ) جواب عما استشهد به الشافعي رحمه الله من إنشاء النكاح . وتقريره أن يقال لا يلزمنا إنشاء النكاح ( لأنه من الحوائج الاصلية ) والمرء غير ممنوع عنها ، لأن بقاء النفس بالتناسل ولا طريق اليه إلا بالنكاح ( وهو ) أى النكاح ( بمهر المثل ) هو من الحوائج الاصلية وهذه جملة حالية تقريره ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل والزيادة عليه باطلة ، والنكاح جائز .

فإن قيل لو تزوج شيخ فان رأسه جاز ، وليس بمحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الأصلية . أجيب بأن النكاح في أصل الوضع من مصالح الميت والعبرة لأصل الوضع لا للحال ، فان الحال مما لا يوقف عليها .

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة . وفي حال الصحة لم يتعلق حقهم بالمـــال لقدرته على الاكتساب ، فيتحقق التثمير ، وهـذه حالة العجز وحالتـا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر ، بخلاف حالتي الصحة والمرض، لأن الأولى حالة إطلاق وهـــذه حالة عجز فافترقا ، وإنما تقدم المعروفة الأسباب لأنـــه لا تهمة

---

( وبخلاف المبايعة بمثل القيمة ) يعني المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرمـاء ( لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة ) والمالية باقية ( وفي حـــال الصحة لم يتعلق حقهم بالمال ) هذا جواب عما يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون بطل إقراره بالدين بالصحة لأن الإقرار المتضمن لإبطال حق الغير غير معتبر ، أجاب بقوله وفي حال الصحة لم يتعلق الدين بالمال ( لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير ) أي تثمير المال وهو تثمير ، ومنـه قولهم ثمرة ماله ، أي كثرة فإذا تحقق التثمير لم يحتج إلى تعليق حق الغرماء بماله (وهذه ) أي حالة المرض ( حالة العجز ) أي على الاكتساب فتعلق حقهم به حذراً عن الهوى وكذا في المرض جواب عما يقال سعى إذا أقر في حـــالة المرض سائباً لا يصح لتعلق حق المقر الأول بماله كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله ، فأجاب عنه بقوله ( وحالتا المرض ) أي حالة أول المرض وحالة آخر المرض بعد أن يتصل بهما الموت ( حالة واحدة ) في حق الحجر فكانا بمنزلة إقرار واحد لما أن حـالة الصحة حالة واحـــدة فيعتبر الإقراران جميعاً ( لأنه ) أي لأن المرض ( حالة الحجر ) عن التصرف فيما لا يجوز .

( بخلاف حالتي الصحة والمرض ، لأن الأولى ) أي حالة الصحة ( حـــالة إطلاق ) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة عجز) ولو قال حالة العجز لكان أولى لكونه أشد مناسبة بالإطلاق ( فافترقا ) أي المذكورين من الحكمين دين الصحة ودين المرض ، وبقى الكلام في تقديم الديون المعروفة الأسباب فقال ( وإنما تقدم المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة

في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له، وذلك مثل بدل مال ملكه لو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها ، وهـذ الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا . ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بـه ، ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في إيثار بعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلـك سواء إلا إذا قضى ما استقرض

---

في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له ) أي لأن النبي ﷺ قال المعاين لا يرد (وذلك) إشارة إلى مثال الديون المعروفه الأسباب ، فقال ( مثـل بدل مال ملكه ) كالثمن في البيع والقرض ( لو استهلكه ) أي مثل بدل مال استهلكه ( وعـلم وجوبه ) أي وجوب بدل المال المذكور ( بغير إقراره ) أما بالبينة أو بعلم القاضي ( أو تزوج امرأة بمهر مثلهـا ) فإنه أيضاً من المعروفة الأسباب ( وهذا الدين ) يعني الدين وقع في مرضه على الوجـه المذكور ( مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ) إشارة إلى قوله إذ المعاين لا مرد له كذا قاله الاترازي . وقال الاسالي لما بينا إشارة إلى قوله إنه من الحوائج الأصلية .

( ولو أقر بعين في يده لآخر ) يعني إذا أقر بعين سواء كانت أمـانة أو مضمونة ( لم يصح ) أي إقراره ( في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ) وعند الشافعي رحمـه الله ومالك وأحمد « رح » في رواية يصح لما في الدين ، وكذا يجوز عندهم أن يقضى دين بعض الغرماء به ما دون البعض بناء على أصلهم أن بسبب المرض لا يلحقه الحجر فكان في رقبته من الدين وقضائه بالمرض والصحة سواء .

( ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض في مرضه ، لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين وغرمـاء الصحة والمرض في ذلك سواء ) إذا كانت معروفة الاسباب سواء لأن حق الكل يتعلق بالمال ( إلا إذا قضى ما استقرض ) استثناء من قوله

في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة. قال وإذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض، لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما رد في حق غرماء الصحة، فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته. قال فإذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره، لأنه لم يتضمن إبطال حق الغير وكان المقر له أولى من الورثة لقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته

---

ولا يجوز للمريض، ومعناه إذا قضى ما استقرض ( في مرضه ) أي حال كونه في مرضه ( أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم ) أي والحال انه قد علم وجوبه ( بالبينة ) أو بالمعاينة جاز ذلك وسلم المقبوض للقابض لا يشاركه غيره، لأنه لو لم يبطل حق الغرماء وإنما حوله من المحل إلى محل يعد له.

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( فإذا[1] قضيت ) على صيغة المجهول ( يعني الديون المتقدمة ) وهي ديون الصحة والديون اللازمة بأسباب معلومة (وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار في ذاته صحيح، وإنما رد في حق غرماء الصحة ) لئلا تضيع حقوقهم ( فإذا لم يبق حقهم ) أي حق غرماء الصحة ( ظهرت صحته ) أي صحة إقراره في مرضه، لأنه حينئذ كانه لم يبق دين الصحة.

( قال ) أي القدوري ( وإن لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره ) لعدم المانع ( لأنه لم يتضمن ) أي لأن إقراره هذا لم يتضمن ( إبطال حق الغير، وكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضى الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ) هذا غريب لم يتصل ثبوته، وأيضاً نسبته إلى عمر غير صحيح، وإنما هو عن ابن عمر رضى الله عنه لأنه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عمر رضي الله عنه

---

(١) وإذا - هامش.

ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ، ولهذا يقدم حاجته في التكفين. قال ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدقه فيه بقية ورثته. وقـــال الشافعي «رح» في أحد قوليه يصح، لأنه إظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه، وصار كالإقرار لأجنبي وبوارث آخر

---

وكذلك روى في الأصل جده محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبدالله الفرمي عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه انه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز، وإن أحاط ذلك بماله وزاد على ذلك الأترازي. وأما الكمال وشيخه الكاكي فقد مشيا على ما هو المذكور في الهداية ولم ينبه أحد منهما على ما قلنا ( ولأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ) الحاجة ( ولهذا يقـدم حاجته في التكفين ) والتجهيز على الإرث.

( قال ) أي القدوري ( ولو أقر المريض لوارثه ) بدين أو غيره ( لا يصح، إلا أن يصدقه فيه ) أي في إقراره ببينة الورثة ( بقية ورثته ) وبه قال أحمد، وهو قول شريح وابراهيم النخعي ويحيى الانصاري والقاسم بن سالم وأبو هاشم والشافعي في قول.

( وقال الشافعي في أحد قوليه يصح ) وهو الأصح، وبه قـــال أبو ثور، وهو قول عطاء والحسن البصرى. وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويبطـل ازاءهم كمن لم يثبت، وابن عمر فاقرلابببينة لم [1] يقبل. ولو أقر لابن عمه قيل واختاره الروماني من أصحاب الشافعي «رح» لفساد الزمان. وقال مـالك لو أقر لأجنبي لا يصح في رواية إذا كان متهماً بأن الأجنبي صديقاً له ملاطفاً، والمقر يورث كلالة ( لأنه ) أي لأن الإقرار ( إظهـار حق ثابت ) يعني اخبار عن حق لازم عليه ( لترجيح جانب الصدق فيه ) أي في هذا الإقرار لأن حال المريض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق، فكان كحال الصحة، بل أدل فلا أثبت الحجر عن الإقرار به ( وصار ) أي حـكم هذا ( كالإقرار لأجنبي وبوارث

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل.

وبوديعة مستهلكة للوارث. ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه، ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به إبطال حق الباقين. ولأن حالة المرض حالة الإستغناء، والقرابة سبب التعلق إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة، لأنه لو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع النـــاس عن المعاملة معه،

---

آخر ) نحو أن يقر المجهول النسب انه يصح وأن يضمن وصول شيء من التركة اليـــه ( وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح.

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ) هذا الحديث رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن إبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد رحمهم الله عن أبيه قال، قـــال رسول الله ﷺ لا وصية ... إلى آخره، وهو مرسل. ونوح بن دراج ضعيف نقل عن أبي داود انه قال إبان يضع الحديث. وقـــال الأترازي ولنا حديث الدارقطني وساقه إلى آخره ولم يقف على حاله، وكذا قال الأكمل. ولنا قوله عليه السلام ... الحديث، ثم قال وهو نص في الباب لكن شمس الأئمـة قال هذه الزيادة غير مشهورة، يعني قوله والاقرار له بدين، والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وقد مر عن قريب ( ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا ) أي ولاجـل تعلق حق الورثة بماله في مرضه ( يمنع من التبرع على الوارث أصلا ) مثل الوصية والهبة ( ففي تخصيص البعض به ) أي التبرع ( إبطال حق الباقين، ولان حـــالة المرض حالة الاستغناء ) أي عن المال لظهور آثار الموت فيه ( والقرابة سبب التعلق ) أي سبب تعلق حقهم بماله.

( إلا أن هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة ) أي في حالة الصحة ( لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه ) أي مع

وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً ثم هذا التعليق حق بقية الورثة ، فإذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره ، فإن أقر لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا. والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث ، لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي ، لأن الثلث بعد الدين ثم ، وثم حتى يأتي على الكل . قال ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم

---

المريض ( وقلما تقع المعاملة مع الوارث ) هذا جواب عما يقال الحاجة موجودة فى حق الوارث أيضاً لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث ، فأجاب عنه بقوله وقل ما يقع المعاملة مع الوارث . اعلم إن قل فعل دخلت عليه كلمة ما ومعناه إخبار عن وقوع هذا الفعل بقلة ، ووجه ذلك كان البيع للإسترباح ، والاسترباح مع الوارث لانه يستحى من المماكسة معه فلا يحصل الربح ( ولم يظهر ) أي هذا التعليق ( فى حق الاقرار بوارث آخر لحاجته أيضاً ) أي بقاء نسله والاقرار بالنسب بفعل ، لانه من الحوائج الاصلية ، ولان فيه حمل النسب على نفسه وصح ، وإذا ثبت النسب ثبت الميراث ضرورة .

( ثم هذا التعليق حق بقية الورثة ، فاذا صدقوه فقد أبطلوه فيصح إقراره ) وهذا ظاهر ( وإن أقر الاجنبي جاز وإن أحاط ) أي إقراره ( بماله لما بينا ) أشار به إلى قوله لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه ( والقياس أن لا يجوز إلا فى الثلث ، لان الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره فى الثلث كان له التصرف فى ثلث الباقى ، لانه الثلث بعد الدين ) محل التصرف فينفذ الاقرار فى الثلث الثاني ( ثم وثم حتى يأتي على الكل ) هكذا ذكر فى الايضاح ايضاً .

( قال ) أى القدوري « رح » ( ومن أقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره له ، فإن أقر لأجنبية ثم تزوجها ) وبه قال أحمد والشافعي « رح » في قول لايصح

تزوجها لم يبطل إقراره لهـــا . وجه الفرق أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق ، فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ، ولا كذلك الزوجية ، لأنها تقتصر على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية. قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهم متهمان فيه لقيام العـــدة ، وباب الاقرار مسدود للورثة ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فثبت

---

إقراره للوارث ، وبه قال أحمد في الأصح والشافعي في القديم ومالك ، واختاره الروياني وأبو إسحاق من أصحابه . وقال في الجديد وهو الأظهر في مذهبه وأحمـــد في رواية ( لم يبطل إقراره لها . وجه الفرق ) أي بـين المسألتين ( أن دعوة النسب تستند إلى وقت العلوق ، فيتبين أنه أقر لابنه فلا يصح) معناه أن النسب إذا ثبت يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ، فيتبين بثبوت النسب أن إقرار المريض وقـع لوارثه وذلك باطل ( ولا كذلك الزوجية لأنها ) أي لأن الزوجية ( تقتصر على زمان الـتزوج ) قضاه إذا ثبتت الزوجية تثبت مقتصرة على زمان العقد ( فبقى إقراره لأجنبية ) فلا يبطل . وفي قول زفر رحمه الله يبطل الإقرار لها بالدين ، بخلاف الزوجية .

( قال ) أي القدوري ( ومن طلق امرأته ) وفي نسخة زوجته (في مرضه ثلاثاً ثم أقر لها بدين ومات فلها الأقل من الدين ومن ميراثها ) أي من الزوج ( منه لأنها متهمان فيـه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للورثة ، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح ) لأن هـذا إذا كانت موقتة قبل انقضاء العدة فان مات مثلاً جاز ( إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فثبت ) أي أقل الأمرين . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيا بينه وبين مهر مثلها ويحاص غرماء الصحة . ولو أقرت في مرضها بقبض المهر من زوجهـــا لم تصدق . وفي الفتاوى الصغرى المريضة إذا أقرت

# فصـــل

ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً ، لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره بـــه وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر

---

باستيفاء مهر فإن ماتت وهي منكوحة أو معتدة لا يصح إقرارها ، وإن ماتت غـــير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح والله أعلم .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان الاقرار بالنسب ولعلته بالنسبة إلى الاقرار بالمال آخر ذكره.

( ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه ) أي مثل هـذا الغلام فولد لمثل هذا الرجل لئلا يكون مكذباً في الظاهر ( وصدقه الغلام ثبت نسبه منه ) أي فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه ، أما إذا كان لا يعبر عن نفسه يثبت نسبه منـه بدون تصديقه ،وهذان شرطان شرطهما القدوري لأن المسألة من مسائله في مختصره ،وسيذكره المصنف ( وإن كان مريضاً ) واصل بما قبله أي وإن كان المقر مريضاً ( لأن النسب ممـا يلزمه خاصة ) لأنه حمل النسب على نفسه لا على غيره ( فيصح إقراره به ) لأن النسب مما يحتاط فيه ( وشرط ) أي القدوري ( أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر ) وعند الشافعي وأحمد لا يشترط تصديقه وتكذيبه إذا لم يكن مكلفـاً كالصغير والمجنون عبر عن نفسه أو لا .

وفي الكبير يشترط تصديقه . وقـال مالك لا يشترط تصديقه إذا لم يكذبه الحسن أو الشرع سواء كان كبيراً أو صغيراً وإن كذبه الحسن بأن يكون لا يولد مثله لئلا يثبت نسبه بلا خلاف . وقال مالك أيضاً لو كذبه العرف بأن يتيقن الناس بأنه ليس بولده كما إذا كان الغـــلام سندياً والرجل فارسياً لا يثبت نسبه ولا يكون الغلام حراً ذكره في الجواهر .

وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنـــه يمنع ثبوته من غيره. وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه، بخلاف الصغير على مـــا مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثة في الميراث لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثتـــه. قال ويجوز إقرار الرجـــل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لأنـه أقر بما يلزمه وليس فيـه تحميل النسب على الغير ويقبـل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينـــا ولا يقبل بالولد لأن فيه تحميل النسب

---

( وشرط ) أى القدوري أيضاً ( أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنـع ثبوته من غيره ، وانما شرط ) أى القدوري ( تصديقه ) أي تصديق الغلام (لأنه في يد نفسه إذ المسألة ووضعها في غلام يعبر عن نفسه ، بخلاف الصغير على ما مر من قبل ) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله ، وإن كان الدعوى الصبي في يديهما ( ولا يمتنع بالمرض) أى لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لأن النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث ، لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته .)

( قال ) أي القدوري ( ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى ، لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغـــير ) كل ذلك يجوز بالشرائط المذكورة ، ويشترط أن يصدقة الأب والأم إذا كانا عاقلين ، وفي هذا إجماع لا خلاف فيـــه ، وإنما أطلق المولى ليشتمل الأعلى والاسفل جميعا ( ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ) وهو أن موجب الاقرار يثبت لهما بينهما بتصادقهما وليس فيه حمل الغيب على الغير ويشترط ان تكون المرأة خالية عن الزوج وعدته ، ولا يكون تحت المقر له بالزوجية اختاً وأربـع سواها ( ولا يقبل بالولد ) أى ولا يقبل إقرار المرأة بالولد ( لأن فيه تحميل النسب

على الغـــير وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لان الحق له أو تشهد بولادته قابلة، لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق. وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى ولا بـــد من تصديق هؤلاء، ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت، وكذا يصح تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكـــذا يصح تصديق الزوج بعد موتها، لان الارث من أحكامه. وعند أبي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا

---

على الغير وهو الزوج ، لأن النسب منه ) أى من الزوج ( إلا أن يصدقها الزوج ، لأن الحق له أو تشهد بولادته قابلة ، لأن قول القابلة في هذا مقبول ، وقد مر في الطلاق) أى في باب ثبوت النسب عند قوله فإن حجة الولادة بشهادة امرأة واحدة تشهد بولادة حتى لو نفاه الزوج الملاعن ( وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ) فهو عند قوله وإذا ادعت امرأة صبياً انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة .

( ولا بد من تصديق هؤلاء ) بلا خلاف لأنه في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم ( ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر ، لأن النسب يبقى بعد الموت) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري معناه أن المقر بالنسب اذا كان يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه ، فإذا صدق في حال حياة المقر صح ، فكذا إذا صدق بعدموته لبقاء النسب بعد الممات .

( وكذا يصح تصديق الزوجة ) أي زوجها في إقراره بالنكاح بعد موته ( لأن حكم النكاح باق ) أى بعد الموت وهو العدة ، وهذا بالاتفاق ( وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها ) أى وكذا يصح تصديق زوج المرأة بعد موتها اذا أقرت بالنكاح ، وهذا عند أبي يوسف ومحمد « رح » حتى يجب عليه مهرها وله الميراث منها (لأن الارث من أحكامه) أى من أحكام النكاح وهو ما يبقى بعد النكاح كالعدة ( وهذا ) أى تصديق الزوج بعد موتها (عند أبي حنيفة لا يصح ، لأن النكاح انقطع بالموت ، ولهذا لا يحل له غسلها عندنا)

ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لأنه معدوم حالة الإقرار ، وإنما يثبت بعـــد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار .

قـــال ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب ، لأن فيه حمل النسب على الغير ، فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيـــد فهو أولى بالميراث من المقر له ، لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف، وإن

---

حتى يجوز له أن يتزوج اختها وأربعاً سواها ( ولا يصح التصديق على اعتبار الارث)هذا جواب عما يقال على وجه الايراد على قول أبي حنيفة وهو أن يقال سلمنا أن تصديق الزوج في إقرار الزوجة بعد موتها لا يصح نظراً إلى انقطاع حكم التزوج بدليـــل أن الزوج لا يحل له أن يغسل زوجته بعد موتها باتفاق أصحابنا خلافاً للشافعي ، ولكن لا يجوز تصديق الزوج إياها بعد موتها على اعتبار الارث ، لأن التصديق إذا ثبت يستند إلى اول الاقرار ، وفي تلك الحالة لا يوجد الارث لأنه لا يتحقق إلا بعد الموت ، وهو معنى قوله ( لانه ) أي لان الارث ( معدوم حالة الاقرار ، وانما يثبت ) أي الارث ( بعـد الموت والتصديق يستند الى أول الاقرار ) وفي هذه الحالة لم يوجد الارث كما ذكرنا .

( قال ) أي القدوري رحمـــه الله ( ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب ) وان صدق المقر له بالنسب لا بد له من البينة ، كذا في التحفة ( لأن فيه ) أي لأن في هذا الاقرار ( حمل النسب على الغير ) لأن في إقراره بالاخ يكون حمل النسب على الأب ، وفي إقراره بالعم يكون حمل النسب على الجـــد ( فان كان له ) أي لهذا المقر بالأخ أو بالعم ( وارث معروف قريب ) كصـــاحب الفرض أو العصبة ( أو بعيد ) كذي رحم ( فهو أولى بالميراث ) أي بميراث هذا المقر إذا مات كان أولى ( من المقر له ) بالأخ أو بالعم .

( لأنه لما لم يثبت نسبه ) أي نسب المقر له ( منه لا يزاحم الوارث المعروف ، وإن

لم يكن لــه وارث استحق المقر له ميراثه ، لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ، ألا ترى أنّ له أن يوصي بجميعه وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير ، وليست هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى لــه ثلث المال ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضــه بأخ وصدقــه المقر له ثم أنكر المقر قرابته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان المال للموصى له . ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال ، لأن رجوعــه

---

لم يكن له وارث استحق المقر له ) وهو الاخ أو العم (ميراثه ، لأن له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث ) فيتصرف بما شاء ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه ) أي بجميع ماله ، فإذا كان كذلك عند عـدم الوارث فيستحق المقر له المــذكور ( وإن لم يثبت نسبه منه لمــا فيه من حمل النسب عــلى الغير وليست هذه وصية حقيقية ) بيان هذا أن المقر له المذكور إذا لم يكن وارثاً كان له أن يتصرف في ماله بما شاء حتى يجوز له ان يوصي بجميع ماله ، فإذا أقر بمالا يثبت نسبه صار كأنه أقر من حبه تصرف ماله فكأنه اوصى له به ، وليس هــذا بوصية في الحقيقة اوضح ذلك بقوله :

( حتى أن من أقر بأخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال . ولو كان الاول ) أي الاقرار بالاخ ( وصية لا مشتركاً ) أي الاخ والموصى له بجميع ماله (نصفين لكنه ) استدراك من قوله وليست هــذه وصية حقيقة ، أي لكن الاقرار بنسب الاخ أو العم ( بمنزلته ) أي بمنزلة الوصية بدليل صحة الرجوع ، ولو لم يكن بمنزلة الوصية لما صح الرجوع ثم اوضح ذلك أيضاً بقوله :

( حتى لو أقر في مرضة بأخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر قرابته ،ثم اوصى بماله كله لانسان كان المال للموصى له ) بالجميع ( ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال ، لان رجوعه

صحيح، لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار . قال ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا ويشاركه في الميراث، لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه والإشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق . قال ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون، لأن هذا إقرار بالدين على الميت، لأن الإستيفاء إنما يكون بقبض مضمون،

---

صحيح، لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار) وينبغي ان يعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب إنما يصح إذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه، فاذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك، لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته .

(قال) أي القدوري رحمه الله (ومن مات أبوه وأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما بينا) وهو أن فيه حمل النسب على الغير (ويشاركه في الميراث) وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله، وأكثر أهل العلم، وقال الشافعي رحمه الله لا يشارك في الإرث لعدم ثبوت النسب، وحكى ذلك عن ابن سيرين (لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، والإشتراك في المال، وله فيه ولاية فيثبت كالمشترى اذا أقر على البائع بالعتق) يقبل إقراره بالعتق ولا يقبل إقراره، أي في عدم الرجوع بالثمن، لكن لايعتبر في حق الرجوع بالثمن على البائع، وهو معنى قوله (لم يقبل إقراره عليه، حتى لا يرجع عليه بالثمن، ولكنه يقبل في حق العتق) حتى يعتق عليه .

(قال) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر خمسون، لأن هذا إقرار بالدين على الميت، لأن الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون) لأن الديون تقضى بأمثالها

فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا . غاية الآمر أنهما تصادقـــا على كون المقبوض مشتركاً بينهما ، لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

---

( فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا ) قال الأترازي احترز عن قول ابن أبي ليلى ، فإن عند هلاك الدين تسبب الإقرار ليستتبع في النصين. وقال الكاكي رحمه الله قوله كما هو المذهب عندنا ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول . وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد رحمه الله يلزمه نصف الدين ، وهو قياس مذهب مالك رحمه الله وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحاق وأبو عبيدة وأبو ثور.

( غاية الأمر ) هذا جواب عما يقال أن زعم المقر يعارضه زعم المنكر ، فإن في زعمه أن المقبوض عن التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض،فتصادقا على كون المقبوض مشتركاً بينهما فما المرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر له ، أي نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركاً بينهما . فاجاب بقوله غاية الأمر (انهما) أى المقر والمكذب ( تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ، لكن المقر لورجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم ) لزعمه أن أباه لم يقبض شيئاً ، وله تمام الخمسين بسبب سابق قبل القرض ، وقد انتقض القرض في هذا المقدار ( ورجـــع الغريم على المقر ) لإقراره بدين على الميت مقدم على الميراث ( فيؤدي إلى الدور ) .

تمّ الجزء الثامن من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء التاسع مبتدئاً بكتاب الصلح

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة أضرب ، صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، وصلح مع إنكار وكل ذلك جـــائز

---

## ( كتاب الصلح )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصلح بانواعه . وجه المناسبة بـين الكتابين من حيث أن في الإقرار ترك المخاصمة وهو صلح بعينه . قال الجوهري الصلاح ضد الفساد، يقول صلح الشيء يصلح صلوحاً مثل دخل يدخل دخولاً . قال الفراء رحمـه الله وحكى أصحابنا صلح أيضاً بالضم ، والصلاح بكسر الصاد مصدر المصالحة ، واسم الصلح يذكر ويؤنث وقد اصطلحا وتصالحا وهما أصلحا ايضاً مشددة الصاد . ويقـال الصلح اسم للمصالحة ، بخلاف المخاصمة .

وفي اصطلاح الفقهاء عقد وضع لرفع المنازعة ، وسببه تعلق البقـاء المقدر بتعاطيه . وشرطه كون المصالح عنه مما يجوز الاعتياض عنه ، وله تفصيل سيأتي إن شاء الله عز وجل . وركنه الإيجاب مطلقاً والقبول فيما يتعين بالتعيين . وأمـا إذا وقعت الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قد فعلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعى عليه ، لأنه إسقاط لبعض الحق وهو يـتم بالمسقط ، وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكراً كان الخصم أو مقراً . وأنواعـه مذكور في الكتاب . وجوازه بقوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء ، والحديث المذكور في الكتاب .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( الصلح على ثلاثة أضرب ، صلح مع إقرار ، وصلح مع سكوت ، وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر ، وصلح مع انكار وكل ذلك جائز )

لإطلاق قوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء . ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً . وقال الشافعي « رح » لا يجوز مع انكار أوسكوت لما روينا ، وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ فينقلب الأمر . ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة .

---

وبه قال مالك وأحمد « رح » . وقال الشافعي « رح » لا يجوز إلا مع الإقرار . وفي التحفة الصلح مع الإنكار لا يجوز عند ابن أبي ليلى ، وهو قول الشافعي « رح » ويجوز الصلح أيضاً عن سكوت المدعى عليه عند ابن أبي ليلى كمذهبنا . وقال الشافعي لا يجوز ( لإطلاق قوله تعالى ﴿ والصلح خير ﴾ ١٢٨ النساء ) .

فإن قيل النكرة إذا أعيدت معرفة كان الثاني غير الأول ، فإن الآية سبقت في الصلح بين الزوجين بدليل سياق الآية ﴿ وإن امرأة خافت ﴾ ... الآية . قلت قال في الإسرار في قوله والصلح خير كلام مستقل بذاته ، فلا يربط بسببه .

( ولقوله عليه السلام ) أي ولقول النبي ﷺ ( كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ) الحديث رواه الترمذي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال الصلح جائز إلى آخره سواء ، وزاد الترمذي والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ، وقال حديث حسن صحيح .

( وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما روينا ) وهو الحديث المذكور ، وهو يستدل بآخر الحديث ( وهذا ) أي الصلح على الانكار ( بهذه الصفة ، لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخر فينقلب الأمر ) أي يصير حراماً على الدافع حلالاً على الآخذ ( ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه ، وهذا رشوة ) وقد لعن الشارع الراشي والمرتشي .

ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراماً بعينه كالخمر أو حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقتضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس ، ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز .

---

( ولنا ما تلونا من الآية ) من غير فصل ( واول ما روينا ) وهو قوله عليه السلام كل صلح جائز بين المسلمين فإنه باطلاقه يتناول الصلح مع الانكار والسكوت ( وتأويل آخره ) أي آخر الحديث ، وهو قوله إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً ( أحل حراماً بعينه كالخمر ، أو حرم حلالاً بعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة) أي كالصلح مع امرأته أن لا يطأ ضرتها أو أمته ، وهذا النوع من الصلح باطل عندنا ( ولأن هذا ) دليل آخر ، أي ولأن هذا الصلح مع الانكار ( صلح بعد دعوى صحيحة ) ولهذا يستحلفا المدعى عليه (فيقتضي بجوازه ، لأن المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه ، وهذا مشروع ) لا حرج علينا ( والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه ، وهذا مشروع أيضاً ، إذ المال وقاية الانفس ) والناس يحتاجون إلى هذا الصلح لقطع المنازعات ودفع الخصومة ، ولهذا قال الشيخ أبو منصور الماتريدي لم يعمل الشيطان في إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس مثل من عمل في ابطال الصلح على الانكار لما فيه من امتداد المنازعات بين الناس ، كذا في المحيط .

( ودفع الرشوة ) هذا جواب عن قوله وهذا رشوة ، تقريره أن دفع الرشوة إلى ظالم ( لدفع الظلم أمر جائز ) لأن المال خلق لصيانة الأنفس . وقال محمد فهذا لا بأس به ، وليس هذا سحت إلا على من أكله ، فأما من أعطاه لمنفعة في دار الإسلام أيضاً ، أي رشى انساناً يخاف ظلمه وحبسه فلا بأس بذلك ، ويكره للمرتشى . ونقل أبو الليث عن

قـــال وإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقـع عن مـال بمـال لوجود معنى البيـــع ، وهو مبـادلة المال بالمـــال في حق المتعاقدين بتراضيهما ، فيجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لأنها هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البـــدل . وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والإعتبار في العقود لمعانيها

---

أبي يوسف « رح » جواز المصالحة للأوصياء في أموال اليتامى مخافة أخـــذ المتغلب ، وبه يفتى .

( قال ) أى القدوري ( فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع ) أي الصلح ( عن مال ) أي عن دعوى مال ( بمـــال الوجود معنى البيع ، وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما ) فاذا تحقق فيه معنى المبيع ( فيجري فيه الشفعة إذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه ) إذا كان الصلح خيار الرؤية ويشترط ،أي ويثبت فيه أيضاً ( خيار الشرط والرؤية ويفسده ) أي ويفسد الصلح ( بجهالة البدل ، لأنها هي المفضيه إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ) أى لأن المصالح عنه يسقط كما يقول السفراء بين المتخاصمين كل دعوى لك على فلان صالحته على هـذا المقدار ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي يفسد جهالة المصالح عنه ايضا كما في المبيع .

( ويشترط القدرة على تسليم البدل ) حتى لو صالح على عبد آبق لم يصح ( وإن وقع ) أى الصلح ( عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها ) وهذا كان البيع بالتعاطي صحيحا ، وكانت الهبـة بشرط العوض ، وكانت الحوالة بشرط مطالبة الأصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الأصيـل

فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحدهما في المدة لانه إجارة . قال والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمـــين وقطع الخصومة وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا . ويجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك ،

---

حوالة ، فاذا اعتبر بالإجارة ( فيشترط التوقيت فيها ) حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه إلى مدة معلومة جاز ، وإذا لم تكن المدة معلومة فلا يجوز .

( ويبطل الصلح بـ ،وت أحدهما ) أي أحد المتعاقدين في الصلح ( في المدة ) كالإجارة ( لأنه ) أي لأن الصلح عن مال بمنافع ( اجارة ) لصدق معناه عليه فيرجـع المدعي في دعواه بقدر ،١ يستوفي من المنفعة .

( قال ) أي القدوري ( والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة ، وفي حق المدعي لمعنى المعاوضة لما بينا ) أشار به إلى مـــا ذكر قريبا بقوله لأن المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه ... إلى آخره ، وذلك لأن المدعي يزعم انه محق في دعواه ، والذى أخذه عوض حقه ، والمدعى عليـــه يزعم أن المدعي يبطل في دعواه ، والذي يعطيه لدفع الخصومة والشعب والنصب عن نفسه وليس بممتنع اختلاف الحكم في حق المتعاقدين ، أشار اليه بقوله ( ويجوز أن يختلف حـــكم العقد في حقهما ) أي حكم عقد الصلح في حق المدعي والمدعى عليه ( كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين ) فإنها فسخ في حقهما بيع جديد في حق ثالث ( وغيرهما ) أي وغير المتعاقدين فإنها بيع في حق غيرهما ( وهذا ) أي كونه الاقتداء باليمين وقطع الخصومة ( في الانكار ظاهر ، وكذا في السكوت ، لأنـــه يحتمل الإقرار والجحود ، فلا يثبت كونه عوضاً في حقه ) أي في حق المدعى عليه ( بالشك ) لأنه على تقدير الإقرار يكون عوضاً مع أن حمل السكوت على الانكار أولى ، لأن فيه تفريغ الذمة وهو الأصل .

قال وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة، قال معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لانه يأخذها على أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي، وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضاً عن المال، فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه قال وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عـــنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الإستحقاق في البيع، هـــذا وإن وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض،

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة . قـــال ) المصنف ( معناه ) أي معنى كلام القدوري ( إذا كان عن انكار أو سكوت لأنه ) أي لأن المدعى عليه ( يأخذها ) أي الدار ( على أصل حقه ) أي يستبقي الدار على ملكه لأنـه يشتريها ( ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي ) على زعمه، والمدعي يؤاخذه بما في زعمـه ( وزعم المدعي لا يلزمه، بخـــلاف ما إذا صالح على دار حيث يجب فيها الشفعة، لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال، فكان معاوضة في حقه فيلزمـه الشفعة بإقراره، وإن كان المدعى عليه يكذبه ) فصار كأنه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر فتجب فيها الشفعة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا كان الصلح عن إقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض ) أي ببدل الصلح ( لأنه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا ) أي الرجوع بالحصة من العوض ( وإن وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ) أي إلى المستحق، لأنه قام مقام المدعى عليه ( ورد العوض ) أي بدل الصلح ( لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع

لان المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع الخصومة عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له ويبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه ، فيسترده وإن استحق بعض ذلك رد رخصته ورجع بالخصومة فيه ، لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض . ولو استحق المصالح عليه من إقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وإن استحق بعضه رجع بحصته وإن كان الصلح عن إنكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا

---

الخصومة ) أي خصومة المدعي ( عن نفسه ، فإذا ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده ) كالمكفول عنه إذا دفع المال إلى الكفيل تعوض دفعه إلى رب الدين ثم أرمى بنفسه قبل إذا الكفيل [1] فإنه يسترده لعدم اشتماله إلى عوضه .

( وإن استحق بعض ذلك ) أي المصالح عند ( رد رخصته ) أى من بدل الصلح ( ورجع بالخصومة فيه ) أي في البعض المستحق على المستحق لقيامه مقام المدعى عليه اعتباراً للبعض بالكل ( لأنه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ) أي عن غرض المدعى عليه ( ولو استحق المصالح عليه ) وكان الصلح ( عن إقرار ) الواو فيه للحال ( رجع بكل المصالح عنه لأنه مبادلة ) لأنه انما ترك الدعوى ليسلم له بدل الصلح ولم يسلم فيرجع عبد له كما في البيع ( وإن استحق بعضه رجع بحصته ) أي بحصة الاستحقاق ، لأن المبدل هو الدعوى ، أي لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وقد فاتت الدعوى فيعود إلى البدل .

( وإن كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع إلى الدعوى في كله أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، لأن المبدل فيه هو الدعوى ، وهذا ) أي المذكور من الحكم إذا لم يجر

---

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل .

بخلاف ما إذا باع منه على الإنكار شيئاً حيث يرجع بالمدعي ، لأن الإقدام على البيع إقرار منه بالحق له ، ولا كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة . ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الإستحقاق في الفصلين . قال وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي ، بخلاف ما إذا استحق كله لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فرجع بكله على ما قدمناه في البيوع . ولو ادعى داراً

---

لفظ البيع في الصلح ، أما اذا أجرى يكون الحكم فيه ما أشار اليه بقوله ( بخلاف ما إذا باع منه على الانكار شيئاً حيث يرجع بالمدعى ) صالح ذو اليد المنكر مع المدعى عليه عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذا الدار ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى ( لأن الإقدام ) أي إقدام المدعى عليه ( على البيع إقرار منه بالحق له ) أي للمدعي إذ الانسان لا يشتري ملك نفسه ، فكان حكمه حكم المبيع ( ولا كذلك الصلح ، لأنه قد يقع لدفع الخصومة ) .

( ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم ) إلى المدعي ( فالجواب فيه ) أي في الهلاك ( كالجواب في الاستحقاق في الفصلين ) أي في فصل الإقرار والانكار ، فان كان عن إقرار رجع بعد الهلاك إلى المدعي ، وإن كان عن انكار رجع بالدعوى .

( قال ) أي القدوري ( وإن ادعى حقاً في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئاً من العوض ، لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقى ) أي في الذي بقى بعد الاستحقاق ( بخلاف ما إذا استحق كله ) يعني جميع الدار ( لأنه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما بيناه في البيوع ) أي في آخر باب الاستحقاق ( ولو ادعى داراً وصالح على قطعة منها ) أي من الدار ( لم يصح الصلح ) وبه قال مالك

فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح ، لأن مـــا قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق بـــه ذكر البراءة عن دعوى الباقي .

## فصـــل

والصلح جائز عن دعوى الأموال لأنه في معنى البيع على ما مر والمنافع

---

وأحمد والشافعي رحمه الله في وجه ( لأن ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي ) أي في باقي الدار ، وقال المصنف « رح » ( والوجه فيه ) أي في وجه الصحة ، أي الحلية في صحة الصلح ( أحد الأمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي أو يلحق به ) هو الوجه الثاني ، أي وأن يلحق به أي بهذا الصلح ( ذكر البراءة عن دعوى الباقي ) بأن يقول المدعي أبرأتك أو برئت من دعوى هذا الدار فيصح الإبراء لأن الإبراء عن دعوى العين جائز ، فلو قال أبرأتك من هذه الدار ومن خصومته في هذا الدار فهذا الإبراء لا يصح ، وله أن يخاصم بعد ذلك ، لأن هذا ابراء عن ضمانهـــا لا عن دعواها ، وعن هذا قالوا لو ان عبداً في يد رجل لو قال قاله آخر برئت منه كان مـــبرءاً منه ولو قال أبرأتك منه وإن له أن يدعيه ، وإنما أبرأه من ضمانه كذا في الذخيرة .

### ( فصل )

أي هذا فصل في بيان ما يجوز وما لا يجوز .

( والصلح جائز عن دعوى الأموال ) هذا لفظ القدوري ( لأنه في معنى البيع ) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه ( على ما مر ) في البيع ( والمنافـــع ) بالجر أي والصلح ايضاً يجوز عن دعوى المنافع بأن ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث أو أقر به وصالحه على شيء جاز ، لأن أخذ العوض عن المنافع جائز بالإجارة ، فكذا

**لأنها تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد[1] ما أمكن . قال ويصح عن جناية العمد والخطأ ، أما الأول فلقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... الآية ١٧٨ البقرة .**

---

بالصلح ( لأنها ) أي لأن المنافع ( تملك بعقد الإجارة ، فكذا بالصلح ) أي فكذا تملك بالصلح ( والأصل ) أي في هذا الفصل ( أن الصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه وأشبهها به ) أي وأشبه العقود بالصلح ( احتيالاً لتصحيح تصرف العاقد ما أمكن ) أي بقدر الإمكان ، فان كان عن مال بمال اعتبر بالشبهات ، وإن كان على منافع اعتبر بالإجارات .

( قال ) أي القدوري ( ويصح عن جناية العمد والخطأ ) وكذا عن كل حق بجواز أخذ العوض عنه بلا خلاف ( أما الاول ) أي الصلح عن جناية العمد( فلقوله تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع ﴾ ... الآية ١٧٨ البقرة ) عن ابن عباس رضى الله عنهما ، هذه الآية نزلت في الصلح عن دم العمد ، وفي التفسير للآية معنيان أحدهما ما قاله ابن عباس والحسن والضحاك « فمن عفى له » أي أعطى له من دم أخيه بسهولة بطريق الصلح فاتباع ، أي فلولا القتيل اتباع المصالح بعد الصلح بالمعروف ، أي على محاقا[2] وحسن معاملة وإذا ارى على المصالح اذ ذاك الى ولي القتيل بإحسان في الاداء فهذا ظاهر الدلالة على جواز الصلح عن جناية الظل العمد المعنى الثاني ، وهو يروى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان الآيــة في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض ، وتقديره فمن عفى له وهو القتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص ما كان للقتيل أولياء يعفى بعضهم ، فقد صار نصيب الباقين مالاً وهو الآية على تخصيصهم من الميراث فاتباع بالمعروف فيتبع الدين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي

---

(١) العاقل — هامش .

(٢) هكذا الجملة في الأصل .

قال ابن عباس رضي الله عنه انهـــا نزلت في الصلح ، وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح بدلا ها هنا ، إذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هـــاهنا يصار إلى الدية ، لأنها موجب الدم . ولو صالح على خمر لا يجب شيء ، لأنه لا يجب بمطلق العفو . وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين

---

بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان وليؤد القاتل الى غير العافي حقه ، وأيضاً غير ناقص فليس فيه دليل على المطلوب ظاهراً .

فلهذا قال المصنف ( قال ابن عباس رضى الله عنهما أنها نزلت في الصلح ) أي أن هذه الآية نزلت في الصلح أي عن دم العمد ( وهو بمنزلة النكاح ) أي الصلح عن جناية العمد بمنزلة النكاح . وفي المبسوط ما يصلح مهراً يصلح بدلاً في الصلح لأنه مال يستحق عوضاً عما ليس بمال في العقد ، وهو معنى قوله ( حتى ان ما صالح مسمى فيه ) أي في النكاح ( صلح هاهنا ) أي في الجناية عن العمد ( اذ كل واحـد منهما ) أى من النكاح والصلح عن دم العمد ( مبادلة المال بغير المال ) وهو ظاهر (**إلا أن عند فساد التسمية هاهنا**) هذا استثناء عن قوله الا ما صالح مسمى فيه صلح هاهنا ، أي لكن عند فساد التسمية في الصلح عن الجناية عن العمد على ثواب اداثه غير معنيين ( يصار الى الدية ) أي في مال القاتل ، لانه وجب بعقده ، فكان عليه خاصة ( لأنهـا ) أي لأن المصير الى الدية ( موجب الدم ) .

( ولو صالح على خمر لا يجب شيء ) لانه لما لم يسم مالاً متقوماً صار ذكره والسكوت عنه شيئان . ولو سكت بعد العفو مطلقاً وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر الخمر (لأنه) أي لأن المال ( لا يجب بمطلق العفو ) فـلا يكون من ضرورة الصلح عن العود وجوب المال ، فإنه لو عفا ولم يسم مالاً صح ، فصار ذكر الخمر وعدمـه سواء ، فيبقى مطلق العفو ، وفي مطلق العفو لا يجب شيء ، فكذا في ذكر الخمر ( وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين ) أي في فصل فساد التسمية للجهالة ، وفي فصل ذكر ما لا يصلح مهراً كالخمر ،

لأنه الموجب الأصلي ، ويجب مع السكوت عنه حكماً ، ويدخل في إطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس ومـــا دونها . وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح ، لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التمليك ، أمـــا القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه ، وإذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالاعراض والسكوت

---

لأن النكاح لم يشرع بلا مال ( لأنه ) أي لأن مهر المثل ( الموجب الأصلي ) في النكاح .

( ويجب ) أي مهر المثل ( مع السكوت عنه ) أي عن ذكر المهر ( حـــكماً ) أي شرعاً لقوله تعـالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ ( ويدخل في إطلاق جواب الكتاب ) أي القدوري ، وهو قوله ويصح عن جناية العمد والخطأ (الجناية في النفس وما دونها ) لأن الجناية أعم من أن تكون واقعة على النفس أو ما دونها . وقال شمس الأئمـــة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من دية ، وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة ، لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال ، فجاء كيفما كان . وفي الثانيـــة الواجب مال مقدر شرعاً ، بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه .

( وهذا ) أي الصلح عن جناية العمد ( بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال ) وهو أن يصالح على أن يترك الشفعة بمال يأخذه من المشترى ( حيث لا يصح ) هـــذا الصلح فتبطل الشفعة ولا يجب المال ، وبه قالت الثلاثة (لأنـــه ) أي لأن حق الشفعة ( حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك) وأخذ البدل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام .

( أما القصاص فملك المحـــل في حق الفعل ) أي في حق فعل القصاص ( فيصح الاعتياض عنه ) لأنه اعتياض عما هو ثابت له في المحـــل فكان صحيحاً ( وإذا لم يصح الصلح ) أي عن حق الشفعة ( تبطل الشفعة ، لأنه تبطل بالاعراض والسكوت ) وبقوله حق الشفعة على مال احترازاً عن الصلح على أخذ يعطيه بعينه من الدار بثمن معلوم ، فإن

والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حتى لا يجب المـــال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه . وأما الثاني وهو جناية الخطأ فلأن موجبها المـــال ، فيصير بمنزلة البيع إلا أنه لا يصح الزيادة على قدر الدية ، لأنه مقدر شرعاً فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ،

---

الصلح مع الشفيع فيـــه جائز ، وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فإنه لا يصلح فان حصته مجهولة ، لكن لا تبطل شفعته ، لأنه لم يجـــد من الإعراض عن الأخذ بالشفعة .

وفي المبسوط صلح الشفيع على ثلاثة أوجه ،في وجه يصح، وهو أن يصالح على أخـذ نصف الدار بنصف الثمن . وفي وجه لا يصح ولا تبطل شفعته ، وأن يصالح على أخـذ بيت معين منها بحصته من الثمن لا يصح ، لأن حصته مجهولة ولا تبطل شفعتـه ، لأنه لم يوجد منه الإعراض عن الشفعة . وفي وجه لا يصح وتبطل شفعته ، وهو أن يصالح على مال ، وهاهنا تبطل شفعته لوجود الإعراض منـــه عن الأخذ بالشفعة ولايجب المال، وقد ذكرناه .

( والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة ، حق لا يجب المال بالصلح عنه ) أي في عدم جواز الكفالة . صورته صالح المكفول الكفيل على شيء من المال على أن يخرجـــه عن الكفالة لا يصلح الصلح ولا نعلم فيه خلافاً ( غـير أن في بطلان الكفالة روايتين ) ففي رواية أبي حفص تبطل الكفالة ، وبه يفتى. وفي رواية أبي سليمان لا تبطل ( على مـــا عرف في موضعه ) قـــال الأترازي أي في المبسوط . وقال الكاكي في كتاب الشفعة والحوالة والكفالة .

( وأما الثاني وهو جناية الخطأ ) وهذا عطف على قوله أما الأول ، وأراد بالثاني في الصلح عن جناية الخطأ فإنه يجوز ( فلأن موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ) فجاز أن في مقابلتها عوض من المال ( إلا أنه ) أي أن الصلح ( لا يصح الزيادة على قدر الدية لأنه ) أي لأن قدر الدية ( مقدر شرعاً ، فلا يجوز إبطاله فترد الزيادة ) على قدر الدية لئلا يلزم

بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ، لان القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد ، وهـــذا إذا صالح على أحد مقادير الدية ، أما إذا صالح على غير ذلك جاز ، لانه مبادلة بها ، إلا أنه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين . ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز ، لانه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها. بخلاف الصلح ابتداء ، لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق

---

المجاوزة عن التقدير الشرعي ( بخلاف الصلح عن القصاص ، حيث يجوز الزيادة على قدر الدية ، لأن القصاص ليس بمال ، وإنما يتقوم بالعقد ) لأن المال لم يجب بالعمد وإنما وجب بالعقد كالنكاح ، فيتقوم بقدر ما وقع عليه العقد قل أو كثر ( وهذا ) اي عـــدم صحة الزيادة على قدر الدية ( إذا صالح على أحد مقادير الدية ) كالإبل والذهب والفضة ، وهي انواع الدية .

( وأما إذا صالح على غير ذلك ) أي على غـــير مقادير الدية بأن صالح على مكيل أو موزون ( جاز ) الصلح على الزيادة ( لأنه مبادلة بها ) أي بالدية ، فيجوز لأن اختلاف الجنس لا يظهر الزيادة ( إلا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ) وهو دين الدين بدين بدل الصلح ، وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدين فيما إذا لم يقض القاضي بذلك ( ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها ) مثل أن يقضي القاضي بألف دينار ( فصالح على جنس آخر منها بالزيادة ) بأن صالح على خمسة عشر ألف درهم ( جاز ) أي الصلح ( لأنه تعين الحق بالقضاء ، فكان مبادلة بها ) أي مبادلة الخمسة عشر الفاً بألف دينار . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز .

( بخلاف الصلح ابتداء ) أي لا يجوز الصلح بالزيادة على نوع من مقادير الدية قبـــل قضاء القاضي على نوع آخر منها ( لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضـــاء في حق

التعيين فلا يجوز الزيادة على ما تعين . قال ولا يجوز الصلح من دعوى حد ، لانه حق الله تعالى لا حقه ، ولا يجوز الإعتياض من حق غيره ، ولهذا لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة نسب ولدها ، لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى طريق العامة،

---

التعيين ، فلا يجوز الزيادة على ما تعين ) بالشرع .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا يجوز ) أي الصلح ( عن دعوى حد ، لأنه حق الله تعالى لا حقه ) صورته أخـذ زانياً أو سارقاً أو شارب الخمر فصالح على مال أن لا يرافعه إلى الحاكم فهو باطل ، ولا نعلم فيه خلافاً ( ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ) لأن هذا حق الله تعالى لا حق العبد ، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز فيرد ما أخذه ( ولهذا ) أي ولعدم جواز الاعتياض عن حق الغير ( لا يجوز الاعتياض إذا ادعت المرأة بنسب ولدها لأنه ) أي النسب ( حق الولد لا حقها ) أي لا حق الزوجين صورته ادعيت المرأة على رجل أن هذا الصبي الذي في يدها ابنه وجحد الرجل ولم تدع المرأة بالنكاح وقالت قد طلقني وإقرار الزوج انه قد طلقها وبانت وصالح من النسب على مائة فالصلح باطل ، لأن النسب حق الصبي فلا يجوز للأم اسقاطه ، كذا في شرح القدوري ، ونسب هذه الرواية إلى أبي يوسف « رح » في الإيضاح ، وقال النسب حق الصبي فلا تملك الأم اسقاطه بعوض وغير عوض .

( وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه إلى طريق العامة ) هذا ايضاً ايضاح لقوله فلايجوز الاعتياض عن حق الغير وتمام البيان فيه ما ذكره شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في العقار . قال ولو كان لرجل ظلة أو كنيف شارع على طريق نافذ فخاصمه رجل فيه وأراد طرحه فصالحه من ذلك على دراهم مسماة ليتركه كان باطلا وهذا على وجهين ، أما إن كان هذا على طريق نافذ أو غير نافذ والصلح على الترك أو على الطرح ، ونعني بالنافذ ما لا يكون لقوم خاص ، وقد يكون النافذ خاصاً ولكن الظاهر أنه متى كان المشروع للعامة كان حق العامة لا يخلو إما أن يكون ذلك بحق أو بغير حق

لأنه[1] حق العامة ، فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ويدخل في إطلاق الجواب حد القذف ، لان المغلب فيه حق الشرع .

---

والصلح على الطرح أو الترك . أما إذا كان الطريق مملوكاً للعامة وعليها ظلة أو كنيف لرجل فصالحه رجل على الطرح فيعطي له شيئاً أو على الترك فيأخذ منه شيئاً ، أي كان بغير حق كان باطلاً ، لأن طرحه واجب عليه لكونه شاغلاطريق المسلمين بغير حق فواجب على واحد من آحاد الناس أن يأمره بالطرح على سبيل الأمر بالمعروف .

وإن كانت الظلة والكنيف بحق ويتصور ذلك بأن اختط الإمام موضعاً لانسان عين فتح البلد وسواه لآخر فالصلح فيها على الطرح جائز ، لأنه يسقط حقه وهو للتعالي بمال وفيه نفع هذه المصالح وللناس كافة فيصح ، وإن صالح على الترك لا يجوز ، لأنه لا يستفيد بهذا الصلح شيئاً ، وإن كان على طريق مملوك إن كان بحق فصالح على الطرح جاز وعلى الترك لا يجوز لما قلنا ، وإن كان بغير حق إن صالح على الترك جاز لأنه ليس فيه نزع حق ، فهذا يسقط حقه بأداء ما أخذ وفيه نوع نفع للمصالح وأهل السكة فيجوز ، وإن صالح على الترك جاز .

( فلا يجوز أن يصالح واحداً على الانفراد عنه ، لأنه حق العامة ) وقيل بقوله إلى طريق العامة ، لأن الظلة إذا كانت على طريق غير نافذ صالح رجل من أهل الطريق جاز الصلح ، وقيد بقوله واحداً على الانفراد ، لأن صاحب الظلة لو صالح الإمام على دراهم ليترك الظلة جاز إذا كان في ذلك صلاح للمسلمين ويضعها في بيت المال لان اعتياض لإمام عن الشركة التامة جائز ، ولهذا لو باع شيئاً من بيت المال صح (ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف ) أي يدخل حد القذف في اطلاق جواب القدوري وهو قوله ولا يجوز من دعوى حد ، لان الحد بإطلاقه يشمل كل أحد ( لان المغلب فيه حق الشرع )

---

(١) ولا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه لأنه حق العامة ، هامش .

قال وإذا ادعى رجل على أمرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جـــاز وكان في معنى الخلع لانه أمكن تصحيحه خلعاً في جانبه بناء على زعمه وفي جانبهــــا بذلاً للمال لدفع الخصومة. قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان مبطلا في دعواه .

---

أي في حد القذف الغالب حق الشرع ، وهذا لا يورث ولا يسقط بالعفو عندنا وأخـــذ العوض على حق الغير لا يجوز .

وعندالشافعي وأحمد «رح» وإن كان المغلب فيه حق العبد ولكن حق غير مالي فلا يجوز أخذ العوض عنه . وقال شمس الائمة البيهقي « رح » في الكفاية صالح من حد القذف على مال لا يصح ويسترد المال ، وهو على حجته ، لان المغلب حق الله تعالى كما لو أخـــذ مرتكب كبيرة على أن لا يرفعه إلى السلطان ، وقال أيضاً دفع مالاً إلى شاهد لئلا يشهد فهو باطل ويسترد المال ، أو يصير الشاهد فاسقاً لا تقبل شهادته إلا إذا تاب كسائر الفسقة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد ) أي المرأة تنكر ( فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز ) أي هذا الصلح ، يعني نفاده في الظاهر ، فأما فيا بينه وبين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه ، كذا في شرح الاقطع ويجيء الآن أيضاً ( وكان في معنى الخلـــع ) أي في زعم الزوج إذ ان الخلع بلفظ المرأة صحيح ، وبه قال بعض أصحاب أحمد . وقال بعض أصحابه لا يجوز ( لانه أمكن تصحيحه خلعاً من جانبه بناء على زعمه ، وفي جانبها بذلاً للمال لدفـــع الخصومة . قالوا ) أي المشايخ المتأخرون ( ولا يحل له أن يأخذ فيا بينه وبـين الله تعالى إذا كان ) أي الرجل ( مبطلا في دعواه ) وفي النهاية هـــذا عالم في جميع انواع الصلح ، بدليل ما ذكر في كتاب الإقرار . ولو أقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب لا يحـل له أخذ ذلك المال ديانة ، إلا أن يسلمه بطيب نفسه فيكون تمليكاً بطريق الهبة ابتداء، وبه قالت الائمة الثلاثة « رح » .

قال وإن ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز : قال « رض » هكذا ذكره في بعض نسخ المختصر ، وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها . ووجه الثـــاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى ، فإن جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وإن لم يجعل والحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح . قال وإن ادعى

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا ادعت امرأة نكاحاً على رجل فصالحها على مال بذله لها جاز ) هذا لفظ القدوري ( قال ) أي المصنف ( هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر ) أي هكذا ذكر القدوري في بعض نسخ المختصر ، يعني قال جاز هذا الصلح ( وفي بعضها )أى وفي بعض نسخ مختصر القدوري ( قال ) أى القدورى (لم يجز ) أي لم يجز هذا الصلح وقال الاترازى ورأيت في نسخه نسخة ثقة من نسخ القدورى مكتوبة في تاريـــخ سنة خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز .

( وجه الأول ) أى وجه جواز الصلح الذى ذكره ( أن يجعل زيادة في مهرهـــا ) يعني يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة ( ووجه الثاني ) أى وجه عدم الجواز ( انه بذل لها المال ) أى أن الرجل اعطى للمرأة المال ( لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة ) إذ العوض في الفرقة من جانب الزوج إذ لا نسلم بشيء من هذه الفرقة ، وأما المرأة هي التي نسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج ( وإن لم يجعل ) أى فرقة ( والحال على ما كان عليه قبـل الدعوى ) يعني تكون هي على دعواها ( فلا شيء يقابله العوض ) يعني فلا يكون ما احدثه عوضاً عن شيء ( فلم يصح ) لانه رشوة محضر من غير دفع خصومة ، ويلزمها رد ، وإنما قلنا لم يقابله شيء ، لأن النكاح ما ثبت ضمناً وهي لم تترك الدعوى لأن الفرقة لم توجـــد فكان دعواها في زعمها على حالها لبقاء النكاح فلم يفد دفع المال فائدته فلا يجوز .

( قال ) القدوري ( وإن ادعى على رجل ) مجهول الحال فأنكر الرجل ( أنه عبده

على رجل انـــه عبده فصالحه على مال أعطاه جاز ، وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا يصح على حيوان في الذمـــة إلى أجل . وفي حق المدعي عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجاز ، إلا انه لا ولاء له لإنكار العبـــد إلا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء . قال وإذا قتل العبد المأذون له رجلا عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه وإن قتل عبد له رجلا عمداً فصالح عنه جاز

---

فصالحه على مال أعطاه جاز ، فكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال ) لأنه أقرب العقود إليه شبهاً بالعتق على مال فيجعل في متوليه ( لأنه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ، ولهذا ) إيضاح لقوله وكان في حق المدعي بمنزلة الإعتاق على مال ( يصح على حيوان في الذمة إلى أجل ) أي ولكون هذا لا يصح اعتاقاً على مال يصح الصلح على حيوان في الذمة إذ لو كان مبادلة لما صح ، ألا ترى انه لا يصح السلم في الحيوان ، أمـــا الإعتاق على حيوان فصحيح ، فعلم إنه طريقه الاعتاق على مال.

( وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لأنه يزعم انه حر الأصل فجاز إلا انه لا يثبت الولاء له ) أي المدعي ( لانكار العبد إلا أن يقيم البينة ) بعد ذلك على انه عبد ( فتقبل ويثبت الولاء ) لأنه صالحه على مال فيكون صلحه بمنزلة الإعتاق على مـــال فيثبت الولاء .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح عن نفسه ) أي لم يجز للعبد المأذون له أن يصالح عن نفسه على مال سواء كان عليه دين أو رجع فساد الصلح لا يجوز لولا القتيل أن يقتله بعد الصلح لأنه لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فتأخر البدل إلى ما بعد العتق (وإذا قتل عبد له ) أي للعبد المأذون له ( رجلاً عمداً فصالح عنه جاز ) سواء كان عليه

ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيها بيعاً ، فكذا استخلاصاً بمال المولى ، وصار كالأجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه نافذ فيه بيعاً ، فكذا استخلاصاً ، وهذا لأن المستحق كالزائل عن ملكه ، وهذا شراءه فيملكه ، قال

ومن غصب ثوباً يهودياً

---

دين اولاً ( ووجه الفرق ) أي بين المسألتين ( أن رقبته ليست من تجارته ، ولهذا لا يملك التصرف فيها ) أي في رقبته على تأويل العضو أو الجزء ( بيعاً ) أى من حيث البيع قيد بالبيع لأنه يملك التصرف فيه إجارة ، كذا ذكره التمرتاشي ( فكذا ) أي فكذا لا يملك ( استخلاصاً ) أي استخلاص رقبته ( بمال المولى ، وصار كالأجنبي ) أي وصار العبد المأذون له كالأجنبي في حق نفسه ، لأن نفسه مال المولى والأجنبي إذا صالح عن مال مولاه بغير إذن لا يجوز ، فكذا هذا .

( أما عبده ) المأذون له فهو ( من تجارته ) وكسبه ( وتصرفه فيه نافذ بيعاً ) أي من حيث البيع ( فكذا ) أي فكذا تصرفه نافذ (استخلاصاً) أي من حيث استخلاص رقبته ( وهذا ) يريد به أن تحقيق هذا ( لأن المستحق كالزائل عن ملكه ) لأن الأجنبي يصير مستحقاً بالجناية ، فكأنه زال عن ملكه فصار كأنه مملوك للمولى ، وهذا كان له أن [1] ( وهذا شراؤه ) أي وهذا الصلح كان شراؤه ( فيملكه ) أي فيملك ذلك ، بخلاف نفسه فإنه إذا زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه ، فكذا لا يملك الصلح وطولب بالتفريق بينه وبين المكاتب ، فإنه لو قتل عمداً وصالح عن نفسه جاز . وأجيب بأن المكاتب حرير [2] فأكسابه له ، بخلاف المأذون له فإنه عبد من كل وجه وكسبه لمولاه .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن غصب ثوباً يهودياً ) قال الأكمل يهود قوم

---

(١) وبدا البياض في هذا المقام ، وسببه لا يفهم ، والله أعلم ، هامش .

(٢) هكذا رسم الكلمة في الأصل والأصح حر .

قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه ، لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربا ، بخلاف ما إذا صالح على عرض ، لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس، وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لأنه يدخل تحت تقويم المقومين

---

من أهل الكتاب ينسب اليهم الثوب ، يقـــال ثوب يهودي . وقال الكاكي والاترازي والذي يظهر لي أن لفظ يهود هنا اسم موضع ينسب اليه الثوب المعلوم القيمة ( قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة « رح » ) وضع المسألة في الأصل في العبد ، وكذا الخلاف في كل ما لا مثل له .

( وقالا ) أي قال أبو يوسف ومحمد « رح » ( يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغـــابن الناس فيه ) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله ، ثم قرر بالغصب لاستدعاء الصلح ذلك فان الحكم في المستهلك ، وكذلك وقيد بالثوب احترازاً عن غصب المثلى ، فان الصلح فيه بالدراهم والدنانير بالزيادة يجوز بالاجماع ، وقد يكون يهودياً ليعرف قيمته إذ لا بد أن يكون الثوب المدعى به موصوفاً، يعني يعرف قيمته وقيد بالاستهلاك لأن الثوب إذا كان قائماً يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالإجماع ، وقيد بقوله على مائة درهم لأنه لو صالحه على طعام موصوف في الذمة حاله وقبضه قبل الافتراق عن المجلس جاز بالإجماع ، ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب ، أما بعد القضاء لو صالح على اكثر منها لا يجوز بالإجماع ( لأن الواجب هي القيمة وهي مقدرة ) أي القيمة مقدرة بالنقود شرعاً ( والزيادة عليها ) أي على القيمة ( تكون ربا ) كالصلح في الدية بأكثر من ألف دينار أو بأكثر من عشرة آلاف درهم .

( بخلاف ما إذا صالح على عرض ) قيمة زائدة على قيمـة المغصوب المستهلك ( لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس ) فلا يكون ربا ( وبخلاف ما يتغابن الناس فيه، لأنه يدخل تحت تقويم المقومين ، فلا تظهر الزيادة ) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين ، فـــلا

فلا تظهر الزيادة . ولأبي حنيفة أن حقه في الهالك باق ، حتى لو كان عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى ، لأن ضمان العدوان بالمثل وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء ، لان الحق قد انتقل إلى القيمة . قال وإذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل ، وهذا بالإتفاق ، أما عندهما فلما بينا . والفرق لأبي حنيفة « رح » أن القيمة في العتق منصوص عليها،

---

تظهر الزيادة ) لأنه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا .

(ولأبي حنيفة أن حقه ) أي حق المالك (في الهالك باق) ولم يزل ملكه عنه (حتى لو كان) أى الهالك ( عبداً وترك المولى أخذ القيمة يكون الكفن عليه ) أى على المغصوب منه . ولو كان آبقاً فعاد من آباقه كان مملوكاً له ( أو حقه في مثله ) أى في مثل الهالك (صورة ومعنى ) أى من حيث الصورة ومن حيث المعنى ، تقرير هذا أن الحق على الرضى بالمثل هو الاصل ( لان ضمان العدوان بالمثل ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء فقبله ) أى فقبل القضاء ( إذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً ) عن حقه في العين والاستيفاء لعين حقه بأكثر منه ( فلا يكون ربا ، بخلاف الصلح بعد القضاء ) يعني بخلاف الصلح على الأكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة ( لان الحق قد انتقل إلى القيمة ) فتكون الزيادة ربا لا محالة .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وإذا كان العبد بين رجلين اعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق ) بين أصحابنا الثلاثة ( أما عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( فلما بينا ) أى في المسألة المتقدمة أنهما لما بطلا الفضل بالغبن الفاحش لكونه ربا وهنا كذلك .

(والفرق لأبي حنيفة) بين المسألتين (أن القيمة في العتق منصوص عليها) بقوله عليه الصلاة

وتقـدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فـلا يجوز الزيادة عليه ، بخلاف ما تقدم ، لأنها غير منصوص عليها . وإن صالحه على عروض جاز لما بينا أنه لا يظهر الفضل .

---

والسلام من أعتق شقصاً من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليـــه نصيب شريكه ( وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخـلاف ما تقدم ) وهو العبد المستهلك أو الثوب ( لانها ) أى لان القيمة ( غير منصوص عليها ) فلم تقم فيه دلالة التقدير بها ، ولهذا لا يكون مخيراً بين تضمين الغاصب وإبرائه والشريك الساكت مخير على ازالة ملك نصيبه بالإعتاق أو بالضمان أو بالسعاية اليه أشار في المبسوط .

( وإن صالحه على عروض جاز ) أى الصلح على الفضل ( لما بينا ) عن قريب ( أنـه لا يظهر الفضل ) أي عند اختلاف الجنس ، فلا يتحقق الربا والله أعلم بالصواب .

* * *

# باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمنه والمال لازم للموكل ، وتأويل هذه المسألة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه إسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح ، إلا أن يضمنه لأنه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح .

---

( باب التبرع بالصلح والتوكيل به )

أي هذا باب في بيان حكم التبرع بالصلح وحكم التوكيل به . ولما بين صلح المرء بنفسه شرع في بيان صلح الغير عنه ، إذ الاول هو الاصل .

( قال ) أى القدوري ( ومن وكل رجلاً بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه ) هكذا في رواية الشيخ أبي نصير ما صالح عليه ، والضمير صالح راجع إلى ما ، والمراد منه بدل الصلح ، وعلى رواية صاحب الهداية ما صالح عنه ، والضمير راجع إلى من ( إلا أن يضمنه ) أى إلا أن يضمن الوكيل المال ( والمال لازم للموكل ) أى على الموكل كما في قوله تعالى ﴿ إن أسأتم فلها ﴾ أى فعليها ( وتأويل هذه المسألة ) هذا قول المصنف يقول تأويل المسألة التي ذكرها القدورى ( اذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين ، لأنه اسقاط محض ، فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلاضمان عليه ، كالوكيل بالنكاح ) فإنه معبر وسفير فيه فلا يلزمه شيء ( إلا أن يضمنه ) أى إلا أن يضمن الوكيل المصالح به فيلزمه ( لانه حينئذ مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح ،

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل ، فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل . قال وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه إن صالح بمال وضمنه تم الصلح لأن الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة وفي حقها لأجنبي والمدعي عليه سواء فصلح أصيلا فيه إذا ضمنه كالفضولي بالخلع إذا ضمن البدل ويكون متبرعاً على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين. بخلاف ما إذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعي . وإنما ذلك للذي في يده ،

---

أما إذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق إلى الوكيل ،فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل ) .

( قال ) أي القدوري ( فإن صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ، إن صالح بمال وضمنه تم الصلح ) هذا الذي ذكره القدوري أحد الوجوه إلا أربعة ، وذكر المصنف وجه بقوله ( لان الحاصل للمدعى عليه ليس إلا البراءة ) لانه صح تعليق الاسقاط ( في حقها ) أي وفي حق البراءة ( لاجنبي والمدعى عليه سواء ) لان الساقط يتلاشى ، ومثله لا يختص بأحد ، فاذا كان كذلك ( وصلح ) أي الاجنبي أن يكون ( أصيلا فيه ) أي في هذا الضمان ( إذا ضمنه ) إضافة إلى نفسه ( كالفضولي بالخلع ) من جانب المرأة ( إذا ضمن البدل ) أي المال ( ويكون متبرعاً على المدعى عليه ) لا برجع عليه بشيء ( كما لو تبرع بقضاء الدين ) .

( بخلاف ما إذا كان بأمره ) أي لا يكون متبرعاً ويرجع عليه بما ضمن . وعند الشافعي وأحمد رحمها الله يرجع إن ادى بأمره (ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى) أي لا يصير الدين المدعى ملكاً للمصالح ، وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله وإن كان المدعى عليه مقراً ( وإنما ذلك ) أي الدين ( للذى في يده ) وفي بعض النسخ للذى في

لأن تصحيحه بطريق الإسقاط ولا فرق في هذا بين ما إذا كان مقراً أو منكراً ، وكذلك إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمه ، لأنه أضافه إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح ، وكذلك لو قال على ألف وسلمها ، لأن التسليم إليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده .

---

ذمته أي في يده ( لأن تصحيحه ) أي تصحيح الصلح ( بطريق الاسقاط ) لا بطريق المبادلة والساقط يتلاشى ويضمحل .

( ولا فرق في هذا ) أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعى به ( بين ما إذا كان ) أي الخصم ( منكراً أو مقراً ) اما إذا كان منكراً فظاهر ، لأنه في زعم المدعى عليه أنه لا شيء عليه فيكون متبرعاً في إسقاط الخصومة منه وزعم المدعي لم ينفذ اليه .وأما إذا كان مقراً بالدين وبالصلح ينبغي أن يصير مشترياً ما في ذمته بما أدى ، إلا ان شراء الدين من غير المذكور لا يصح لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين ، وذا لا يجوز وبه قال أحمد والشافعي رحمها الله في الأصح . بخلاف ما لو كان به عيناً والمدعى عليه مقراً ، فانه يصير مشترياً لنفسه إذا كان بغير أمره ، لان شراء الشيء من مالكه صحيح وإن كان في يد غيره .

( وكذلك ) أي وكذلك يصح الصلح ، وهذا هو الوجه الثاني من الوجوه الاربعة ( إذا قال صالحتك على ألفي هذه أو على عبدى هذا صح الصلح ولزمه تسليمه ) أي لزم الفضولي تسليم الالف ( لانه لما اضافه ) أي لما أضاف المال المعقود عليه ( إلى مال نفسه فقد التزم تسليمه ) ولما لزمه التسليم بالاضافة ( فصح الصلح ) لانه تم عقده .

( وكذلك لو قال علي ألف ) هذا هو الوجه الثالث ، أي وكذا يصح الصلح لو قال علي الف مطلقة ( وسلمها ) أي الالف ( لان التسليم اليه ) أي إلى المدعى ( يوجب سلامة العوض له ) أي للمدعى ، فإذا كان كذلك ( فيتم العقد ) أي عقد الصلح ( لحصول المقصود ) وهو سلامة البدل للمدعي ، فإذا حصل المقصود تم العقد لا محالة .

ولو قـــال صالحتك على ألف فالعقد موقوف ، فإن أجازه المدعي عليه جاز ولزمـــه الألف ، وإن لم يجزه بطـل ، لأن الاصـل في العقد إنما هو المدعى عليه لان دفـع الخصومة حاصل له ، إلا أن الفضولي يصير أصيلاً بواسطة إضافـــة الضمان إلى نفسه ، فإذا لم يضف بقي عاقداً من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته ، قال « رض » ووجه آخر أن يقول صالحتك على هـــذه الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لانه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامته له فيتم بقوله . ولو استحق العبد ووجد بـه عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح ،

---

( ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف ، فاذا أجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف ، وإن لم يجزه بطل ) هذا لفظ القدوري وهو الوجه الرابع من الوجوه الاربعـة وقال المصنف ( لأن الأصل في العقد إنما هو المدعى عليه ، لأن دفع الخصومة حاصل له ) لأن المدعى عليه هو المحتاج إلى إسقاط الخصومة عن نفسه ( إلا أن الفضولي يصير اصيلاً بواسطة إضافة الضمان إلى نفسه ) بدليل أنه يجبر على الأداء كما يجبر الأصيل ، لأن الزعيم غارم والوفاء بالشرط لازم خصوصاً إذا كان الشرط في عقد لازم ( فإذا لم يضف ) لم يكن عليه شيء ولكنه ( بقى عاقداً من جهة المطلوب ، فيتوقف على إجازته ) أي على إجازة المدعى عليه فان قبل لزمه المال . وإن رده بطل الصلح .

( قال ) أي المصنف ، وفي نسخة الاترازي قـــال العبد الضعيف وفي نسخة شيخنا العلاء قال رضى الله عنه ( ووجه آخر ) أي غير الوجوه الأربعة التي ذكرهـا ( وهو أن يقول صالحتك على هذا الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى نفسه ، لأنه لما عينه للتسليم صار شارطاً سلامتهفيتم له ) أي سلامة المصالح عليـــه للمدعي فيتم ، أي الصلح بقول المصالح ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ( ولو استحق العبد )أي العبدالذي صالحهعليه ( ووجد به عيباً فرده فلا سبيل له على المصالح ) وكذا لو وجد حراً أو مكاتباً أو مدبراً

لانه التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه ، فإن سلم المحل له تم الصلح، وإن لم يسلم لم يرجع عليه بشيء . بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت ووجدها زيوفاً حيث يرجع عليه ،لانه جعل نفسه أصيلاً في حق الضمان ، ولهذا يجبر على التسليم ، فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله .

---

( لأنه ) أي لأن المصالح (التزم الإيفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئاً سواه) أي سوى ما عين ( فإن سلم المحل له تم الصلح وإن لم يسلم به لم يرجع عليه بشيء ) أي على المصالح ، ولكن يرجع إلى دعواه .

( بخلاف ما إذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت ) أي الدراهم ( أو وجدها زيوفاً حيث يرجع عليه ) أي على الذي صالحه ( لأنه ) أي لأن المصالح ( جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ) فصار ديناً في ذمته حيث ضمنه ( ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( يجبر ) أي المصالح ( على التسليم ) أي تسليم الدراهم إذا ضمنها، بخلاف ما إذا لم يضمن حيث لا يجبر ( فإذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببدله ) أي ببدل ما لم يسلم إليه، والله أعلم بالصواب .

* * *

# باب الصلح في الدين

قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينـــة لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ، كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائـــة ، وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز فكأنه أبرأه عن بعض حقه ،

---

## ( باب الصلح في الدين )

أي هذا باب في بيان حكم الصلح عن عموم الدعاوى ، شرع في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لأن الخصوص أبداً يكون بعد العموم .

( قال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ) أي من جنس ما يستحقه المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة البيع بالدين ، وإنما وضع المسألة في الدين وإن كان الحكم في الغصب كذلك حملا لأمر المسلم على الصلاح ، لأنه هو المشروع إلى الغصب ، وهو نظير قوله عليه السلام من قام عن صلاة أو نسيها ... الحديث ، مع أن الحكم في العمد كذلك. قال الكاكي وهاهنا ينبغي أن يزاد قيد آخر . وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ، ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة ، لأنه لو أمكن حمله على بيع الصرف مع انه مستحق بعقد المداينة يحمل على المعـــاوضة لا على اسقاط البعض ( لم يحمل على المعاوضة ) لما فيه من الربا ( وإنما يحمل على انـــه استوفى بعض حقه وأسقط باقية ، كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ، وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جـــاز ) أى الصلح ( وصار كأنه أبرأه عن بعض حقه ) .

وهــــذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لإفضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض في المسألة الاولى ، وللبعض والصفة في الثانيـــة . ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق، لانه لا يمكن جعله معاوضة ، لإن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ، فحملناه على التأخير . ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز ، لان الدنانير غير مستحقة بعقـــد المداينة ، فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيــع الدراهم بالدنانير نسيئاً

---

( وهذا ) أي عكس عدم الحمل على المعاوضة ( لأن تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ، ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه إلى الربا ، فجعل إسقاطاً للبعض ) أي لبعض الدين ( في المسألة الأولى ) وهي مسألة مسامحة الألف بخمسمائة ( وللبعض ) أي وجعل إسقاط لبعض الدين ( والصفة ) أي وإسقاطاً للصفة ( في الثانية ) أى في المسألة الثانية وهي مصالحة الجياد بالزيوف .

( ولو صالح على الف مؤجلة جاز ) أى الصلح ، يعني إذا صالح الطالب على الف درهم مؤجلة جاز لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ( وصار كأنه أجل نفس الحق ، لأنه لا يمكن جعله معاوضة ، لأن بيـع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز ) شرعاً ، لأن ذلك بيع الدين بالدين ( فحملناه على التأخير ) أى تأخير الدين ، لأن التأخير تصرف في حقه لا في حق غيره .

( ولو صالحه على دنانير إلى شهر لم يجز ) هذا لفظ القدورى ، أى لو صالح الطالب المطلوب عن الدراهم الحالة على دنانير مؤجلة ( لأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ) أى تأخير الحق ، لان حق الطالب كان في الدراهم لا في الدنانير ولما لم يكن ذلك ولا غيره ( ولا وجه له سوى المعاوضة وبيـع الدراهم بالدنانـــير نسيئاً

لا يجوز فلم يصح الصلح . قال ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز ، لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بإزاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام ، وإن كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ، لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا ، بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود ، لانه اسقاط بعض حقه قدراً و وصفاً . وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود

---

لا يجوز ، فلم يصح الصلح ) لأنه يؤدى إلى الربا .

( قال ) أي القدوري ( ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حاله لم يجز ، لأن المعجل خير من المؤجل وهو ) أي المعجل ( غير مستحق بالعقد فيكون ) أي تعجيل الخمسمائة التي كانت عوض عن الاجل ( بإزاء ما حطه عنه ) فيكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة ( وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام ) ألا ترى أن ربا النساء حرام لشبهة مبادلة المال بالاجل ، فلأن تحرم حقيقة اولى ، وبه قالت الائمة الثلاثة واكثر العلماء.

( ولو كان له الف سود وصالحه على خمسمائة بيض لم يجز ) المراد من السود الدراهم المضروبة من النقرة السود ( لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصف ) أى البيض زائدة من حيث الوصف ( فيكون معاوضة الالف بخمسمائة زيادة وصف فيكون ربا ) وفي بعض النسخ فهو ربا .

( بخلاف ما إذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود ، لانه إسقاط بعض حقه قدراً ووصفاً ) أى من حيث القدر والوصف ، حيث يجوز ( وبخلاف ما إذا صالح على قدر الدين وهو أجود ) أي قدر الدين أجود من الدين ، حيث يجوز ، ومعناه ما

لانـــه معاوضـة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة ، إلا انـه يشترط القبض في المجلس . ولو كان عليـه ألف درهم ومائة دينار فصالح على مائـــة درهم حـالة أو إلى شهر صح الصلـح ، لانه أمكن أن يجعـل إسقـاطاً للدنانير كلهـا والدراهم إلا مائـة وتأجيلا للباقي ، فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقد ، ولان معنى الاسقاط فيه ألزم . قال ومن له على آخر الف درهم فقال أد لي غداً منها خمسمائة على أنك بريء من الفضـل ففعل فهو بريء ، فإن لم يدفـع إليه الخمسمائة غداً عـــاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

---

قاله في شرح الكافي ، ولو كان له عليه الف درهم غلة فصالحه منها على الف درهم حالة فإن قبض قبل أن يعتبر ، فاجاز وان تفرقا قبل أن يقبض بطل ( لانه معاوضة المثـل بالمثل ، ولا معتبر بالصفة ، إلا انه يشترط القبض في المجلس ) لانـــه صرف ، والنخبة اسم لما هو الموجود من الدراهم السود .

( ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار وصالح على مائة درهم حالة أو إلى شهرصح الصلح ، لانه أمكن ان يجعل اسقاطاً للدنانير كلها والدراهم إلا مائةوتأجيلا للباقي ) يعني يحمل على أنه اسقاط حقه في الدنانير أصلا ، واسقط حقه في الدراهم إلا مائة ، وإذا كان كذلك جاز التأجيل في المائة ( فلا يجعل معاوضة تصحيحاً للعقـــد ) وتحرزاً عن الربا ( ولان معنى الاسقاط فيه ) أي في الصلح ( الزم ) لانه مبني على الحطيطة والحط ها هنا اكثر ، فيكون الاسقاط الزم .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن له على آخر الف درهم ) أى حالة ( فقال أد لي غداً منهاخمسمائةعلى انكبريءمن الفضيل ففعل فهو بريء ) أي من الفضل ( فان لم يدفع اليه الخمسمائة غـــداً عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفـة ومحمد رحمهما الله

وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه إبراء مطلق ، ألا ترى أنه جعل أداء الخمسمائة عوضاً حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة ، والاداء لا يصلح عوضاً لكونه مستحقاً عليه فجرى وجوده مجرى عدمه ، فبقي الإبراء مطلقاً فلا يعود كما إذا بدأ بالإبراء . ولهما أن هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته ، لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلاً إلى تجارة أربح منه ، وكلمة على وان كانت للمعاوضة ، في محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه

---

وقال أبو يوسف لا يعود عليه الالف لانه ابراء مطلق ) فثبت البراءة مطلق أعطى أو لم يعط ( ألا ترى أنه جعل اداء الخمسمائة عوضاً ) أي عن الإبراء ( حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة ) أي كلمة على للمعاوضة ( والاداء لا يصلح عوضاً ) لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد ما لم يكن [1] ( لكونه مستحقاً عليه ) لم يستفد منه شيء لم يكن وإذا كان كذلك ( فجرى وجوده مجرى عدمه ) أي جرى وجود الأداء عوضاً مجرى عدمة ( فبقى الابراء مطلقاً ولا يعود كما إذا بدأ بالابراء ) بأن قال أبرأتك على خمسمائة من ألف على أن تؤدى غداً خمسمائة من الألف على أن تؤدي غداً خمسمائة .

( ولهما ) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن هذا إبراء مقيد بالشرط ) أي بشرط مرغوب فيه ، فيكون إبراء مقيداً ( فيفوت بفواته ) أى عند فواته ، فإن انتفاء الشرط ليس علة الانتفاء المشروط عندنا ، لكنه عند انتفائه فات لبقائه على العدم الاصلي ، وإنما قلنا انه مقيد بالشرط ( لانه بدأ بأداء الخمسمائة في الغد ، وانه يصلح غرضاً حذار افلاسه أو توسلا إلى تجارة أربح منه ) وصلح أن يكون شرطاً من حيث المعنى ( وكلمة على وإن كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه ) أى في الشرط ، فإنه فيه مقابلة الشرط بالجبر لما كان بين العوضين وقد تعذر والعمل معنى المعاوضة ، فاذا كان

(١) هنا كلمة غير مقروءة .

فيحمل عليـه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه ، أو لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط، وإن كان لا يتعلق بـــه كالحوالة وستخرج البدايـة بالابراء ان شاء الله تعـالى .

قال « رض» وهذه المسألة

---

كذلك ( فيحمل عليه ) أى على الشرط ( عند تعذر الحمـل على المعاوضة تصحيحاً لتصرفه ) وقال الاكمل وكان منها قول بموجب العلة ، أى سلمنا انه لا يصح ان يكون مقيداً بالعوض لكن لا ينافي أن يكون مقيداً بوجه آخر وهو الشرط .

( أو لانه متعارف ) معطوف على قوله لوجود المقابلة ، يعني ان حمـــل كلمة على الشرط لاحد معنيين ، إما لوجود المقابلة ، وإما لان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف بأن يكون تعجيل البعض مقيداً الابراء الباقي ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً،وصار كما لو قال إن لم تنفذ غداً فلا يصلح بيننا ( والابراء مما يتقيد بالشرط ) هذا جواب عما يقال تعليق الإبراءبالشرط مثـــل ان يقول لغريم أو كفيل إذا أديت او متى اديت إلى خمسمائة فأنت برىء من الباقي باطل بالاتفاق ، والتقييد بالشرط وهو التعلق به، فكيف كان جائزاً أو تقديراً . الجواب أن الإبراء مما يتقيد بالشرط .

( وإن كان لا يتعلق به ) يعنى يجوز أن يكون الإبراء مقيداً بشروط مرغوب فيـه وإن كان لا يتعلق به ، أي بالشرط حتى إذا قال الشرط انتقض الإبراء ( كما في الحوالة[1] ) فإنه مقيده بشرط سلامة الدين من ذمته،حتى إذا مات المحتال عليه مفلساً انتقضت الحوالة وعاد الدين إلى ذمة المحيل ، ولكن يجوز تعليق الإبراء بالشرط أصلاً لما فيـــه من معنى التمليك ( وستخرج البدايةبالإبراء إن شاء الله تعالى ) هذا عذر من تأخير جواب ما قاس عليه أبو يوسف بقوله كما إذا بدأ بالإبراء يعني بذكر الفرق بين المقيس والمقيس عليه عند قوله والثالث إذا قال أبرأتك إلى آخره .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( وهـــذه المسألة ) أشار به إلى قوله ومن له على آخر

---

(١) كالحوالة ـ هامش .

على وجوه ، أحدها ما ذكرناه ، والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الى غـــد وأنت بريء من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غد فالالف عليك على حاله . وجوابه أن الامر على ما قال ، لانه أتى بصريح التقييد فيعمل به . والثالث اذا قـــال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والابراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أو لم يعط ، لانه أطلق الإبراء أولاً ، وأداء الخمسمائة لا يصح عوضاً مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به . بخلاف ما اذا بدأ بأداء خمسمائة لان الإبراء حصل مقروناً به ، فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا ، فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا .

---

الف درهم ... إلى آخره ( على وجوه أحدها ما ذكرناه ) وهو قوله ومن له على آخر ... إلى آخره .

( والثاني ) أي الوجه الثاني ( إذا قال صالحتك من الف على خمسمائة تدفعها إلي غـداً وأنت بريء من الفضل على انك إن لم تدفعها إلى غد فالألف عليك على حاله ، وجوابه أن الأمر على ما قال ) أي بالإجماع ( لأنه أتى بصريح التقييد فيعمل به ) .

( والثالث ) أي الوجه الثالث ( إذا قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غداً والإبراء فيه واقـع أعطى ) أي على ( الخمسمائة أو لم يعط ، لأنه اطلق الإبراء اولاً واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقاً ، ولكنه يصلح شرطاً فوقـع الشك في تقييده ) أي يعتبر الإبراء ( بالشرط فلا يتقيد به ،بخلاف مـا إذا بدأ بأداء خمسمائة ، لأن الإبراء حصل مقروناً به ) أي بالأداء ( فمن حيث أنه لا يصلح عوضاً يقع مطلقاً ، ومن حيث انه يصلح شرطاً لا يقع مطلقاً فلا يثبت الإطلاق بالشك فافـــترقا )

والرابع اذا قال أد إلي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا . وجوابه أنه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق ، لانه لما لم يوقت للأداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا ، بخلاف ما تقدم ، لأن الأداء في الغد غرض صحيح . الخامس إذا قال إن أديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء ، لأنه علقه بالشرط صريحاً وتعليق البراءة بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك ، حتى ترتد بالرد ، بخلاف ما تقدم ، لأنه ما أتى بصريح الشرط

---

أي الوجهان ، وهو ما إذا بدأ بالإبراء ، وأما إذا بدأ بأداء الخمسمائة ...

( الرابع ) أي الوجه الرابع ( إذا قال أد إلى خمسمائة على أنك بريء من الفضل ولم يوقت للأداء وقتاً ، وجوابه أنه يصح ولا يعود الدين ، لأن هذا إبراء مطلق لأنه لما لم يوقت للأداء وقتاً لا يكون الأداء غرضاً صحيحاً ، لأنه واجب عليه في مطلق الأزمان فلم يتقيد ، بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضاً بخلاف ما تقدم ) أي بخلاف ما إذا وقت للأداء وقتاً كما في قوله أد إلى غداً منها خمسمائة على انك بريء منها من الفضل (لأن الأداء في الغد غرض صحيح ) .

( والخامس ) أي الوجه الخامس ( إذا قال إن اديت إلي خمسمائة أو قال إذا أديت أو متى أديت فالجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لانه علقه بالشرط صريحاً ، وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها ) أي في البراءة ( من معنى التمليك حتى ترتد بالرد ، بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط ) يعني إن الإبراء فيه معنى الإسقاط ومعنى التمليك ، فاذا صرح بالتعليق ثم يصح اعتبار بسبب التمليك ، وإذا لم يصرح به صح اعتبار الشبه

فحمل على التقييد به . قال ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز عليه لأنه ليس بمكره ، ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً ، أما إذا قال علانية يؤخذ به .

## فصل في الدين المشترك

وإذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب ، إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين ،

---

الإسقاط ، فإذا كان كذلك ( فحمل على التقييد به ) أي بالشرط .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عنى أو تحط عني ففعل ) أخر دينه أو حط شيئاً من دينه (جاز عليه) أي هذا التصرف وهو التأخير أو الحط جاز على رب الدين حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا مطالبة ما حط عنه ، وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يتمكن ( لأنه ) أي لأن رب الدين (ليس بمكره ) لأنه يمكن دفع هذا بإقامة البينة أو التحليف ( ومعنى المسألة إذا قال ذلك سراً أما إذا قال علانية يؤخذ به ) أي يؤخذ المقر بجميع الحال في الحال بلا خلاف ، لأنه أقر عنه بالحق .

## ( فصل في الدين المشترك )

أي هذا فصل في بيان حكم الدين المشترك أخر هذا عن المفرد لأن المركب يتلو المفرد.

( وإذا كان الدين بين شريكين وصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه ، وإن شاء أخذ نصف الثوب الا أن يضمن له شريكه ربع الدين ) هذا لفظ القدوري ، والاستثناء من قوله فشريكه بالخيار ، يعني إذا ضمن الشريك المصالح ربع الدين ليس للشريك غير المصالح الخيار ، لأن حقه في الدين

وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه ازداد بالقبض، إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض، وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة، ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض، لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته،

---

ولا يكون له سبيل في الثوب، وإنما وضع المسألة في الدين بين شريكين، لأنه إذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر بلا خلاف بين العلماء سواء كان المدعى عليه منكراً أو مقراً، لأن الصلح بإقرار معاوضة فيجوز، وبإثبات معاوضة في زعم المدعى عليه فلا يثبت للشريك حق الشركة.

( والأصل في هذا[1] ) الفصل ( أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض، لانه ازداد بالقبض ) أي لان الدين ازداد خيراً بسبب كونه مقبوضاً أو منقوداً ( إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض ) لان الدين قبل القبض وصف شرعي، وبعد القبض صار عيناً منتفعاً قابلا للتصرفات، ولان الدين ليس بمال، ولهذا لو حلف على أن لا مال له ديون على الناس لا يحنث وبعدما قبض صار مالاً ( وهذه الزيادة راجعة إلى أصل الحق، فيصير كزيادة الولد والثمرة فله حق المشاركة ) في أصل الحق ( ولكنه قبل المشاركة ) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كالثمر والولد ينبغي أن لا يجوز تصرف القابض قبل ان يختار الشريك مشاركته كما في الثمر والولد لا يجوز التصرف بغير إذن الآخر. وتقدير الجواب ما قاله، ولكنه أي ولكن المقبوض قبل المشاركة، أي أن يختار الشريك مشاركة القبض ( باق على ملك القابض، لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلاً عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته ).

---

(١) وأصل هذا – هامش.

والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والمورث بينهما وقيمة المستهلك المشترك ، فإذا عرفت هذا نقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمتـــه ، لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب ، لأن له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك .

قال ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

---

ثم عرف المصنف الدين المشترك بقوله ( والدين المشترك أن يكون واجباً بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة واحدة ) قيد به لانه لو باع أحدهما نصيبه بخمسمائة والآخر نصيبه بخمسمائة وكتبا عليه صلحاً واحداً بألف ثم قبض أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يشاركه فيه ، لان الفرق التسمية في حق القابض كتفرق الصفقة ( وثمن المال المشترك ) أي والدين المشترك ايضاً ثمن المال المشترك بين الاثنين ( والمورث بينهما ) أي بين الاثنين أي والثمن المورث بينهما بأن باع رجل عيناً ومات قبل قبض الثمن وله وارث ( وقيمة المستهلك المشترك ) بين الاثنين .

( فإذا عرفنا هـــذا ) لمـــا فرغ المصنف رحمــه الله من بيان الاصل قـال اذا عرفنا هذا وترك عليه ( نقول في مسألة الكتاب ) أي القدوري ( له أن يتبع الذي عليه الاصل ) أي للساكت أن يتبع المديون ( لان نصيبه باق في ذمته ) ولم يستوفيـه ( لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب ) ونصف الثوب قدر ربع الدين ، لان الثوب صولح عليه بنصف الدين فيكون الثوب قدر نصف الدين ونصف النصف ربع لا محالة ( لان له حق المشاركة الا أن يضمن له شريكه ربع الدين، لان حقه في ذلك ) أي لان حقه في الاصل كان في الدين .

( قال ) أي القدوري ( ولو استوفى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن

يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي، لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة . قال ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضاً حقه بالمقاصة كملا ، لأن مبنى البيع على المماكسة ، بخلاف الصلح لأن مبنـــاه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده ،

---

يشاركه فيما قبض لما قلنا) أى قبض هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئاً منه فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض ( ثم يرجعان على الغريم الباقى ، لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقى على الشركة ) .

( قال ) أي القدورى ( ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين ، لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا ) أى من غير حطيطة . بيان هذا أن رب الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على سلعة ذمة مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا .

( لان مبنى البيع على المماكسة ) دليل قوله صار قابضا حقه بالمقاصة كملا ( بخلاف الصلح ) يعنى ما إذا صالح من نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار إن شاء دفع اليه ربع الدين . وعند زفر يلزمه ان يؤدى إليه ربع الدين بلا خيار ( لان مبناه ) أى مبنى الصلح ( على الاغماض والحطيطة ) وهذا لا يملك بيعه مرابحة ، فكان المصالح بالصلح ابراءه عن بعض حقه وقبض البعض (فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر) أى المصالح ( به ) لانه لم يستوف نصف الدين كملا ، فإذا كان كذلك (فيتخير القابض كما ذكرناه ) أشار به الى قوله إلا أن يضمن له شريكه ، أى إلا ان يضمن القابض للساكت ربع الدين ( ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع ، لانه ملكه بعقده ) أى لان الذى

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا . لأن حقه في ذمته باق ، لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن يشاركه ، فلو سلم ما قبض ثم توى ماعلى له الغريم له أن يشارك القابض، لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له مافي ذمة الغريم ولم يسلم . ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل

---

اشترى نصيبه من الدين ثوبا ملكه بعقد البيع لا بسبب الدين . وقال الاترازي لايكون للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع يبقى في صورة الشراء ، ولكن مع هـذا لو اتفقا على الشركة في الثوب جاز ، لأن الثوب على ملك القابض ، فإذا سلم إلى الشريك الساكت نصفه ورضي هو بذلك صار كأنه باع منه نصف الثوب .

( والاستيفاء بالمقاصة ) بالرفع جواب عما يقال هب انه ملك بعقده إنما كان ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الإشتراك في المقبوض . وتقدير الجواب أن يقال الاستيفاء بالمقاصة أى استيفاء الشريك بالتقاصص ( بين ثمنه وبين الدين ) أى وبين دينه الخـاص لا بدين مشترك ، فلا يكون للشريك الساكت سبيـل على الثوب ( وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا ) أي وللشريك اتباع المديون حصة في صورة الصلح على الثوب وصورة أخذ الدين من الدراهم أو الدنانير ، وصورة شر السلعة ( لأن حقه ) أى لأن حق الساكت ( باق في ذمته ) أى في ذمة المديون ( لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة ، لكن له حق المشاركة في المقبوض فله أن لا يشاركه ) يعني لا يلزمه المشاركة .

( فلو سلم له ما قبض ) أي فلو سلم الشريك الساكت له أى للقابض مـا قبضه وهو الثوب الذي بدل الصلح أو ثوب المشتري أو الدراهم أو الدنانير ( ثم توى مـا على الغريم ) بأن مات مفلساً ( له أن يشارك القابض لأنه إنما رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ) يعني إنما رضي بالتسليم على رجاء سلامة ما في ذمـة الغريم ، فإذا توى لم يسلم فيرجع كما في الحوالة إذا مات ليحتال عليه مفلساً فيرجع المحتال له على المحيل .

( فلو وقعت المقاصة بدين كان عليه ) أى على أحد الشريكين ( من قبـل ) أى قبل

لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتضي . ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك ، لأنه إتلاف وليس بقبض . ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام . ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض .

---

الدين المشترك بأن أقر أحد الشريكين أن للمديون عليه حقاً قبل ثبوت الدين المشترك ( لم يرجع عليه الشريك لأنه ) أى لأن القابض ( قاض بنصيبه ) أى مؤديه نصيبه ( لا مقتضى ) أى لا مستوفى دينه لما أقر الدينين يصير قضى على اولياء[1] .

( ولو ابرأه عن نصيبه ) أى لو ابرأ أحد الشريكين المديون عن نصيبه من الدين ( فكذلك ) أى لم يرجع على شريكه ( لأنه اتلاف وليس بقبض ) أى لأن الإبراء اتلاف نصيبه فلم يزد له شيء بالبراءة فلا يرجع عليه ( ولو أبرأه عن البعض ) أى لو أبرأه أحد الشريكين الديون عن بعض نصيب ( كانت قسمة الباقي ) أي باقي الدين ( على ما بقي من السهام ) أى من سهامها من الدين كما إذا ابرأ أحدهما عن نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للمشتري المطالبة بخمس دراهم .

( ولو أخر أحدهما عن نصيبه ) أى لو أخر أحد الشريكين المطالبة عن الديون عن نصيبه ( صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتباراً بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما ) أى عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ، وذكر محمد « رح » مع أبي حنيفة رحمه الله في هذا مخالف لعامة روايات الكتب في المبسوط والأسرار والإيضاح وغيرها ، فإن المذكور فيها قول محمد رحمه الله مع أبي يوسف رحمه الله ، والخلاف هكذا مشهور في المنظومة في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبيه حيث قال فيها والدين بين اثنين ، هذا قد جعل نصيبه مؤجلا شهراً بطل . وكذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر (لأنه) أى لأن تأخير أحدالشريكين عن نصيبه ( يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض ) لان في القسمة معنى التمليك فيكون فيه

---

(١) هكذا سياق الجملة في الاصل .

ولو غصب أحدهما عيناً منه أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض، والاستئجار بنصيبه قبض. وكذا الإحراق عند محمد «رح»، خلافاً لأبي يوسف «رح» والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية

---

تمليك الدين من غير على من يحصل عليه الدين .

( ولو غصب أحدهما عيناً منه ) أي ولو غصب أحد الشريكين عيناً من المديون (أو اشتراه شراء فاسداً وهلك في يده فهو قبض ) أي قبض نصيبه من الدين المشترك ( والاستئجار بنصيبه قبض ) بأن استأجر أحدهما من المديون داراً بنصيبه من الدين وقبض كان للساكت أن يأخذ منه ربع الدين . وفي المبسوط استأجر بنصيبه داراً من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه ، وروى ابن سماعة عن محمد هذا إذا استأجر بخمسمائة مطلقاً ، أما لو استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشيء .

( وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف رحمه الله ) أي لو أحرق أحدهما ثوب المديون وهو يساوي نصيب المحرق وهو نصف الدين فعند محمد رحمه الله هذا قبض حتى يثبت للساكت أن يطالبه بربع الدين ، لان الإحراق إتلاف لمال مضمون فيكون كالغصب ، والمديون صادقاً راضياً بنصيبه بطريق المقاصة ، فيجعل المحرق مقتضياً وهذا إذا القى النار على الثوب ، أما إذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان الساكت يضمنه بربع الدين . وقال أبو يوسف رحمه الله لا يرجع عليه بشيء لانه متلف نصيبه بما صنع ( والتزوج به ) أي بنصيبه ، يعني إذا تزوج أحد ربي الدين امرأة بنصيبه من دين لهما عليها لا يكون ذلك قبضاً للدين ، بل هو ( إتلاف في ظاهر الرواية ) احترز به عن رواية بشر عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع بنصف حقه لو وقع القبض بطريق المقاصة . وجه الظاهر انه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه إذ البضع لا يحتمل الشركة فلم يظهر معنى الزيادة ، فصار كما لو ابرأ .

وكذا الصلح عليه عن جناية العمد . قــال وإذا كان السلم بين الشريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقــال أبو يوسف «رح» يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون ، وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه . ولهما أنــه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ، ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر ، بخلاف شراء العين ، وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه ، ولأنه

---

( وكذا الصلح عليه من جناية العمد ) أي وكذا هو اتلاف لا قبض بأن جنى إحدى الشريكين على المديون عملا فيما دون النفس . وقيل بجناية العمد ، لأن في جناية الخطـأ يرجع ، ولكن ذكر في الايضاح مطلقاً فقال ولو شج المطلوب موضحه فصالحه على حصته لم يرجع شريكه شيء ، لان الصلح عن الموضحة بمنزلة النكاح .

( قال ) أي القدوري ( وإذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما عن نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وقــال أبو يوسف يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وبما إذا اشتريا عبداً فأقال أحدهما في نصيبه ) فانه يجوز بدون رضى الآخر ولان ملك كل واحد منهما ممتازاً عن الآخر ، فجاز تفرده بالفسخ .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه ) أي أن الصلح أحدهما ( لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ) قبل القبض ، لأن خصومة نصيبه لا تظهر إلا بالتمييز ولا تمييز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها (ولو جاز ) أي الصلح (في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر)ولم يوجد (بخلاف شراء العين) هذا جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وبينه بقوله ( وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد ) أي ثابتاً به ( والعقد قائم بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه ) أي برفع العقد القائم بهما ( ولأنه) دليل آخر له أي ولأن الصلح

لو جاز لشاركه في المقبوض ، فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه ، قالوا هذا إذا خلطا رأس المال ، فإن لم يكونا قــــد خلطاه فعلى الوجه الأول هو على الخلاف ، وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق .

## فصل في التخارج

---

المذكور (لو جاز لشاركه ) الشريك الآخر (في المقبوض) عن رأس المال (فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك ) أى من عليه بالقدر من المسلم فيه الذي قبضه الشريك حيث لم يسلم له ذلك القدر وقد كان ساقطاً بالصلح ( فيؤدى إلى عود السلم بعد سقوطه ) وذلك باطل لأنه يلزم من نفيه ثبوته .

( قالوا ) أى قال المتأخرون من مشايخنا ( هذا ) أى هذا الخلاف ( إذا خلطا رأس المال) وكان رأس المال مشتركا بينهما ( فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الأول ) أراد به النكتة الأولى ، وهي لزوم قسمة الدين في الذمة ( هو على الاختلاف ) المذكور ( وعلى الوجه الثاني ) أراد به النكتة الثانية ( هو ) قوله ولأنه لو جاز لشاركه ... إلى آخره ( على الاتفاق ) أى صح صلح احدهما على الاتفاق على رأس ماله لأن رأس المـــال إذا لم يكن مخلوطاً وقبضه صاحبه لم يكن لشريكه أن يشاركه فيه ، لأنه لا حق له فيه لأنه مال الغير .

## ( فصل في التخارج )

أى هذا فصل في بيان حكم التخارج . والتخارج لغة إخراج كل واحد من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه ، كذا في الصحاح ، وشرعـــاً إخراج بعض الورثة عما يستحقه في التركة بمال يدفع اليه وسببه طلب الخارج من الورثة عند رضى غــــيره ، وشرطه أن لا تكون التركة مشغولة بالدين كلها أو بعضها ، وأن يكون ما أعطاه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، وشرطه عند البعض أيضاً أن تكون أعيان التركة معلومة بأنهـــا من أي جنس عند الصلح .

قال وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عرض جاز قليلا كان مـــا أعطوه إياه أو كثيراً لأنه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الأشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنهــــا على ثمانين ألف دينار ، قال وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا ، او كان ذهبا فأعطوه فضة فكذلك، لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس ، لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة إن كان جاحداً يكتفى بذلك القبض

---

( قال ) أى القدوري ( وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمـــال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيراً ) قيد بقوله والتركة عقار أو عروض لأنها إذا كانت ذهباً أو فضة يجيء حكمها بعد هذا ( لانه أمكن تصحيحه بيعاً ) إنما تعـين البيع فيه لجواز دون الإبراء عما زاد من نصيبه ، لان الإبراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح فتعين البيع ( وفيه ) أى وفي جواز التخارج (أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر الاشجعية امرأة عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنـه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار ) هذا غريب بهذا اللفظ . وروى عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا ابن حنيفة عن عمرو بن دينار أن امرأة عبد الرحمن بن عوف « رض » أخرجها أهله من ثلث الثمن بثلاثة وثمانين ألف درهم .

( قال ) أى القدوري ( وإن كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبـــا ) أى أو كانت التركة ذهبا (فأعطوه فضة فكذلك ) يعني جاز قليلاً كان ما أعطوه أو كثيراً ( لأنه بيـع الجنس ، بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتـبر التقابض في المجلس ، لأنه صرف غير أن الذي في يده ) أي غير أن الوارث الذي في يده ( بقية التركة إن كان جاحداً ) أى التركة ( يكتفى بذلك القبض ) أي القبض السابق يعني لا يحتاج إلى تجديد

لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ، وإن كان مقراً لا بد من تجديد القبض، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح. وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ، حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ، ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هـــذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقا لعدم الربـــا . ولو كان في التركة الدراهم والدنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز

---

القبض ( لأنه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح ) وهو قبض ضمان لأنه مثله ( وإن كان ) أي الذي في يده بقية التركة ( مقراً ) أي بالتركة ( لا بد من تجديد القبض ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح ) لأنه كان مقراً فلا بد من تجديد القبض بالتخلية بالانتهاء إلى أن يتمكن فيه من قبضه ، لأن قبضه قبض أمانه فلا ينوب عن قبض الضمان والأصل أن القبض إذا تجانسا أمانة أو ضماناً ناب احدهما مناب الأرض ، وإن اختلفاناب قبض الضمان عن قبض الامانة ولا ينعكس .

( وإن كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فـــلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة، لأنه صرف في هذا القدر . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا ) يعني جـاز هو قل بدل الصلح أو كثر لأنه لا يلزم الربا ولا يشترط فيــــه التقابض ايضاً ، لأنه ليس بصرف .

( ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضاً جاز الصلح كيفما كان ) يعني بلا اشتراط التساوى في الجنس والزيادة على ذلك قـــل بدل الصلح أو كثر

الصلح كيفما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع ، لكن يشترط التقابض للصرف . قال وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنـــه ويكون الدين لهم فالصلح باطل ، لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح. وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منـــه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز ، لانه إسقاط أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز . واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين . وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة ،

---

(صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس) تصحيحاً للعقد ( كما في البيع ) حيث يصرف الجنس إلى خلاف الجنس تحرزاً عن الربا ( لكن يشترط فيـــه التقابض للصرف ) أى لأجـــل كونه صرفاً .

( قال ) أى القدوري ( وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح ) أي أدخلوا الدين في الصلح ( على أن يخرجوا المصالح ) بكسر اللام على صيغة اسم الفـــاعل ( عنه ) أى عن الدين ( فيكون الدين لهم فالصلح باطل ) أي في الكل في العـــين والدين ( لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه ) أي الدين ( وهو حصة المصالح ) أى تمليك الدين من غير من عليه حصة المصالح بكسر اللام .

( وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ) يعني إذا شرط الورثة أن يبرأ المصالــــح من نصيبه من دين الغرماء وهم المديون ( ولا يرجع ) أي الورثة ( عليهم ) أي على الغرماء ( بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه اسقاط ) أي اسقاط من ذمة المديون ( أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز ، وهذه حيلة الجواز واخرى ) أي وحيلة اخرى ( أن يعجلوا ) الورثة ( قضاء نصيبه ) أي نصيب المصالح من الدين حال كونهم ( متبرعين ، وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة ) أمـــا في الوجه الأول فلعدم تمكنهم من الرجوع على

والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء ، ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا ، وقيل يجوز لانه شبهة الشبهة ، ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة ، قيل لا يجوز

---

الغرماء . وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو نسيئة ، والنقد خير من الدين .

( والأوجه ) أي في جواز ( أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ) من الدين (ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم ) أي ويحيل المصالح الورثة ( على استيفاء نصيبه من الغرماء) وذكر الخصاف هذا الوجه في كتابه الحيل ( ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدورى ، يعني إذا لم يكن في التركة دين على الناس ولكن أعيان التركة ليست معلومة فصالح بعض الورثة من نصيبه على كيلي كالحنطة والشعير ووزني كالحديد والصفر ،فهل يجوز هذا الصلح أم لا اختلف المشايخ فيه .

( قيل لا يجوز لاحتمال الربا ) لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي ووزني وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من مثالى ذلك أو أقل ، لأن ما زاد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربا ( وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ) وإنما المعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة وذلك لأنه لو علم اعيان التركة ولكن جهل قدر بدل الصلح من نصيب المصالح يكون شبهة ، فإذا لم يعلم أعيان التركة يكون شبهة الشبهة لأنه يحتمل أن يكون في التركة كيلي ووزني ، ويحتمل أن لا يكون ، والقائل بعدم الجواز المرغيناني ، والقائل بالجواز هو أبو جعفر الهندواني . وفي فتاوى قاضي خان والصحيح ما قاله أبو جعفر .

( ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز

لكونه بيعاً ، إذ المصالح عنه عـــين والأصح أنـه يجوز لأنهـا لا يفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثـــة ، وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة، لأن التركة لم يتملكها الوارث ، فـــإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه لتقدم جهة الميت ، ولو فعلوا قالوا يجوز . وذكر الكرخي « رح » في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً .

---

لكونها بيعاً ) أي لكون الصلح بيعاً ( إذ المصالح عنه عين ) وبيع المجهول لا يصلح وهو قياس مذهب الشافعي ( والأصح أنه يجوز ) وبه قال أحمد « رح » ( لأنها ) أي أن الجهالة (لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية عن الورثة ) ولا يطلبوا شيئاً آخر من المصالح مقابل بدل الصلح ( وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة ، لأن التركة لم يتملكها الوارث ) وبه قال الشافعي في وجه ( وان لم يكن مستغرقاً ) أي وإن لم يكن الدين مستغرقاً للتركة ( لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينـــه ) أي دين الميت ( لتقدم جهة الميت ، فلو فعلوا قالوا يجوز ) جاز لأن القليل لا يمنع الإرث وبه قال الشافعي في وجه .

( وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً ) وذكر في الذخيرة القياس والاستحسان من غير نسبته إلى الكرخي، وهكذا في مبسوط شيخ الإسلام، وفيه إذا كان الدين غير مستغرق فالقياس ان لا يقسم ولكن يوقف الكل ، وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي بينهم بناء على أن الدين إذا لم يكن مستغرقاً هل يمنع ملك الوارث في التركة أم لا ، فالقياس أن يمنع ، لأن ما من جزء الا وهو مشغول بالدين وفي الاستحسان لا يمنع حتى لو كان المورث جارية حل وطئها نفياً للضرورة عن الوارث ، إذ لا تخلو التركة عن قليل الدين والله أعلم بالصواب .

* * *

# كتاب المضاربة

## المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض ، سمي به ، لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ، وهي مشروعة للحاجة إليها

---

( كتاب المضاربة )

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على الاسترباح.أما المضاربة فان مبناها على هذا ، وأما الصلح فإن المصالح سعى المدعى عليه مسترَبح ، سواء كان الصلح عن إقرار أو عن إنكار أو عن سكوت .

( المضاربة ) على وزن مفاعلة ( مشتقة من الضرب في الارض ) وهو السير فيها،قال الله عز وجل ﴿ وآخرون يضربون في الارض ﴾ ٢٠ المزمل ، أعني بالضرب السفر للتجارة سمي هذا العقد لان المضارب يسير في الارض غالباً طلباً للربح ، وتسمية أهل المدينة هذا العقد معاوضة وقراضاً مشتقا من القرض وهو القطع ، وصاحب المال يقطع قدراً من المال عن تصرفه ويجعل التصرف فيه للعامل بهذا العقد ، واختار هذا اصحاب الائمة الثلاثة ، وقالو كتاب القراض واختار اصحابنا لفظ المضاربة لموافقة الكتاب . وفي الاصطلاح هي إعارة المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا(سمي به ) ذكر الضمير في الموضعين باعتبار العقد أي سمي عند المضاربة بهذا اللفظ ( لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله ) وفيه مناقشة ، لأن المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئاً،والكلام الموجه أن يقال لأن المضارب يسير في الأرض طلباً للربح كما ذكرنا .

( وهي مشروعة للحاجة اليها ) أشار بهذا إلى مشروعية بيان هذا النوع من التصرف ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى ﴿ وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله ﴾ ٢٠ المزمل ، أعني بالضرب السفر للتجارة وبالسنة على ما يأتي ، ولاجل احتياج الناس

فإن الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنــــه فمست الحاجة إلى شرح هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغنى ، وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه

---

إلى هذا التصرف وبين هذا بالفـــاء التفسيرية لقوله ( فإن الناس بين غنى بالمال غبي عن التصرف فيه ) أي في المال والغبي بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة على وزن فعيل من الغباوة وهى قلة الفطنة ( وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه ) أى عن المال والصفر بكسر الصاد المهملة وسكون الفاء الخالي ، يقال بيت صفر من المتاع ، ورجـــل صفر اليدين ( فمست الحاجة ) أي إذا كان الامر كذلك مست الحاجة ( إلى شرح هـــذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني ) لان الله تعــــالى خلق الخلق أطواراً مختلفة الطبائع مباين التصرفات والحرف ، مشتملين على الفقير والغني ، محتاجين إلى إعانة بعضهم بعضا ، فلا جرم شرع هذا التصرف ونحوه ليقوم بها معــاشهم وتحصل بها أغراضهم .

( وبعث النبي ﷺ والناس يباشرونه فقررهم عليه ) الواو في والناس للحال والضمير المنصوب في يباشرونه والمجرور عليه يرجون إلى عقد المضاربة لا إلى المضاربة لفظها،وقد ذكر السفناقي ناقلا عن المبسوط ، ثم جواز هذا العقد عرف بالسنة والإجماع ،فالسنة ما روى أن العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه كان إذا دفـــع مالا مضاربــة شرط على المضارب أن لايسلك به بحراً[1] وأن لا ينزل واديا ولا يشتري ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فاستحسنه ، وتبعه على ذلك الكاكي وصاحب العناية وغيرهما ، ولم يرو احداً منهم بين أصل الحديث ، وحال من خرجه فأقول هــذا الحديث اخرجه البيهقي عن يونس بن أرقم حدثنا أبو الجاروذ وعن حبيب بن يسار عن ابن عباس ، قال كان العباس رضى الله عنه إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه أن

---

(١) في الاصل بالحرا ، والصحيح ما اثبتناه ، أ هـ مصححه .

لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطبة ، فان فعل فهو ضامن فوقـع شرطه إلى رسول الله ﷺ فأجازه ، وأبو الجارود زيادة بن المنـذر كذبه ابن معين .

( وتعاملت به الصحابة رضى الله عنهم ) أي بعقد المضاربة كما ذكرنا روى مالك في الموطأ عن عبد الرحمن عن ابيه عن جده انه عمد في [1] قـال لعثمان رضي الله عنـه علي أن الربح بينهما . وروى البيهقي من حديث ابن وهب أخبرني أبي لهيعة عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه أنه سأله عن الرجل يعطي المال رجلا قراضا فيشترط له كما أعطى نحو يوم أخذ ، قال لا بأس بذلك . وأخرج الدارقطني عن حياه وأبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير وغيره ان حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة فضرب له به أن لا تجعل مالي في كبد رطبة ولا تحمله في بحر ولا تنزل به في بطن مسيل ، فإن فعلت شيئا من ذلك فقد ضمنت مالي.

وأخرج البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي رضى الله عنه أنه بلغـه عن حميد بن عبدالله بن عبيد الانصاري عن ابيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى مال يتيم مضاربة وكان يعمل به بالعراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح ، وأخرج ايضا عن حماد عن ابراهيم أن ابن مسعود رضي الله عنه اعطى زيد بن خليدة مالاً مقارضة ، وأخرج هذا ايضا الحسن بن زياد في كتاب المجرد وقال أخبرنا أبو حنيفة عن حمـاد عن ابراهيم عن عبدالله بن مسعود انه أعطى زيد بن خليدة البكري مـالاً مضاربة فأسلم زيد بن خليدة المضاربة إلى رجل من بني شيبان يقال له عتريس بن عرقوب في قلائص إبل فحلت فأدى بعضها فذكر ذلك لعبدالله فقال خذ منه رأس مالك فلا تسلم في شيء من الحيوان ( ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده ) وليس فيه خلاف .وفي شرح الطحاوي أن يصير المال مضموناً عند المضارب أن يقرض من المضارب ويشهد عليه ويسلمه اليه ، ثم يأخذه منه مضاربة بالنصف أو بالثلث ثم يدفع اليه يستعين بـه في العمل حتى لو هلك

(١) هكذا كتبت في الاصل ، أ هـ مصححة .

لأنه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة ، وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه . وإذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزء من المال بعمله ، فإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل أجر مثله ، وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره .

---

به هلك كالقرض وإذا ربح ولم يهلك يكون الربح بينهما على الشركة .

وحيلة أخرى أن يقرض جميع المال من المضارب إلا درهما واحداً ويسلمه اليه ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان ، على أن يكون رأس مال المقرض درهما ، ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض ، على أن يعملا جميعا وشرطا على أن الربح بينهما ، ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فإن هلك المال في يده فالقرض عليه ، ولو ربح فالربح بينهما على الشرط .

( لأنه ) أى لأن المضارب ( قبضه بأمر مالكه لا على وجه البدل ) احترز به عن المقبوض على سوم الشراء والقرض ، فإنه مضمون ( والوثيقة ) أي ولا على وجه الوثيقة واحترز به عن الرهن فإنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ( وهو وكيل فيه ) أي المضارب وكيل في المدفوع اليه : وقال الاترازي وكيل في العمل والأول أقرب وأصوب ( لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه ) ولهذا يرجع عليه بما لحقه من العهدة على رب المال كما لو كيل ( وإذا ربح فهو شريك فيه ) أى في الربح وليس المراد انه شريك في رأس المال مع الربح ، لان رأس المال إنما شركة في الربح ( لتملكه جزء من المال بعمله ) أى لتملك المضارب جزءاً من المال وهو الربح الشائع فيه وذلك بسبب عمله وسعيه .

( فإذا فسدت ) المضاربة ( ظهرت الإجارة ) لأنه يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الأجر كالأجرة على عمله ( حتى استوجب العامل أجر مثله ) لأنه يكون في الإجارات ( وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدى منه على مال غيره ) فيصير المال مضمونا عليه وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم . وعن علي رضى الله عنه لا ضمان على شريك في الربح ، وبه قال الحسن والزهري « رح » .

قال المضاربة عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ، ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً . قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة

---

( قال ) أي القدوري ( المضاربة ، عقد يقع على الشركة بمال من أحد الجانبين ) هذا تفسير للمضاربة على الاصطلاح ، ولكن لما كان فيه نوع حقار لأنه قال عقد على الشركة ولم يبين أن الشركة فيما إذا فسر المصنف بقوله ( ومراده ) أي مراد القدوري رحمه الله من قوله عقد على الشركة ( الشركة في الربح ) لا في رأس مال مع الربح ، لأن رأس المال لرب المال ( وهو ) أي الربح ( يستحق بالمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر ) وهو المضارب وقول يستحق على صيغة المجهول ( ولا مضاربة بدونها ) أي بدون الشركة وأشار به إلى ان العقد ينتفي بانتفائها .

( ألا ترى ) ايضاح لقوله عقد على الشركة وقوله لا مضاربة بدونها ( أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ، ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً ) وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في الوجهين . وقال الشافعي وأحمد رحمهم الله إذا قال خذه مضاربة والربح لي أو لك يفسد عقد المضاربة ولا ينصرف إلى شيء .

( قال ولا تصح إلا بالمال الذي تصح به الشركة ) أي قال القدوري وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عندهما أو فلوساً رائجة عند محمد وبما سواها لا يجوز ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، ونص في الذخيرة أنه إجماع . وقال السغناقي في العروض لا تصلح لرأس المال عندنا خلافاً للامام مالك ، وكذا الكيلي والوزني خلافاً لابن أبي ليلى ، وقد نظر فيه الكاكي بقوله وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند الامام مالك تصح المضاربة بالعروض ولم نجده في كتبهم ، بل ذكر فيها لا يصح بالعروض .

قلت قد ذكر في جواهر المالكية ما هو أبلغ منها وهو انه لا يجوز بالنقرة التي ليست

وقد تقدم بيانه من قبل . ولو دفع إليه عرضاً وقال بعــــه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه يقبل الاضافة من حيث أنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة ، وكذا إذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ، بخلاف مــــا إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة « رح » لا يصح

---

مضروبة إذا كان التعامل بالمسكوك ولا يجوز بالفلوس عند ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، ولا بالدراهم المغشوشة ( وقد تقدم بيانه من قبل ) أراد به باب الشركة .

( ولو دفع اليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز ) وجه ذكره تفريعا على مسألة القدوري ويعني بهذا ، وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعرض وأخرى ذكرهـــا الخطاف في الحيل ، وقال قلت أرأيت رجلاً أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة وليس عنده إلا متاع كيف يصنع ، قال بيع المتاع من رجـــل يثق به ويقبض المال فيه ودفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه، وفي مسألة الكتاب خلافا للثلاثة فعندهم لا يجوز لجهالته ( لأنه ) عند المضاربة (يقبل الإضافة من حيث انه توكيل وإجارة فلا مانــــع من الصحة ) يعني انه مشتمل على التوكيل والإجارة بالراء المهملة أو بالزاي ، وكل منهما يقبل الإضافة إلى زمان المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء، وصورة إضافة التوكيل إلى المستعمل بأن يقول وكلتك بأن تبيع عبدي هذا غداً فانه يصير وكيلا غـــداً وبعده ، ولا يصير وكيلا قبل الغد ، وصورة إضافة الإجارة أن يقول أجرتك داري غداً فإن الإجـــارة تنعقد عند مجيء الغد لا قبله .

( وكذا إذا قال له اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا ) أشار به إلى قوله لأنه يقبل الإضافة ( بخلاف مـــا إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا يصح المضاربة ) بالاتفاق بين اصحابنا مع اختلاف التخريج ، أشار اليه بقوله ( لأن عند أبي حنيفة لا يصح هذا التوكيل ) وهو انه لو وكله بشراء بما في ذمته لا يصح عنده ( على ما مر

هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشتري للامر فتصير مضاربة بالعرض . قال ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح، لأن شرط ذلك يقع الشركة بينهما ، ولا بد منها كما في عقد

---

في البيوع ) أراد به بيوع الوكالة لا كتاب البيوع ، وفي بعض النسخ وقد مر في البيوع وذلك لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن وهو حرام ، والذي ذكره في كتاب الوكالة في البيع والشراء في كتاب الوكالة هو قوله ومن له على آخر الف درهم فأمره أن يشتري بهذا العبد ... إلى آخره.

( وعندهما يصح ) أي هذا التوكيل ومع هذا لا تصح المضاربة ، أشار اليه بقوله ( لكن يقع الملك في المشترى ) بفتح الراء يقع ( للآمر فتصير مضاربة بالعرض ) فتصير فاسدة ، واستشكل على المسألة الأولى بما إذا قال اقبض جميع الالف التي لي على فلان ثم اعمل بها مضاربة فقبض المأمور نصف ما على المديون وعمل به مضاربة فانه لا يجوز وأجيب بأنه ثم للتعقيب مع التراخي وقد أخر الأمر بالعمل مضاربة عن قبض جميع المال ، فما لم يقبض جميع الألف لا يصح ، وايضا يكون مخالفا بالعمل بالبعض قبل قبض الكل فلا يصح ، كما إذا قال لزوجته اقبضي جميع المال الذي على فلان وأنت طالق ، فقبضت البعض لم تطلق ولو قال اقبضي جميع المال الذي على فلان انت طالق طلقت للحال للقبض إذا لم يرو الزوج واو الحال .

( قال ومن شرطها ) أي قال القدوري ومن شرط المضاربة ( أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة من الربح ) وفي بعض النسخ لا يشترط لأحدهما دراهم مسماة (لأن شرط ذلك يقع الشركة بينهما ) أي بين رب المال والمضارب ، لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر ( ولا بد منها ) أي من الشركة، فإذا انتفت الشركة المشروطة لجوازها انتفت المضاربة ، لأن المنافي لشرط جواز الشيء مناف له وإذا ثبت أحد المتنافيين انتفى الآخر ( كما في عقد الشركة ) حيث لا يكون عقد من عقود الشركة إلا بالاشتراك .

الشركة ، قال فإن شرط زيادة عشرة فلـــه أجر مثله لفساده فلعله لا يربح إلا هذا القدر فيقطع الشركة في الربح ، وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده والربح لرب المال لأنـــه نماء ملكه ، وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ، ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف « رح » ، خلافا لمحمد « رح » كما بينا في الشركة . ويجب الأجر وإن لم يربح في روايـــة الأصل ،

---

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فإن شرط زيادة عشرة ) هذا تفسير لما قبله ، أي إن شرط في العقد زيادة عشرة دراهم مثلا على ما شرطا ( فله أجر مثله ) أي فللعامل أجر مثله ( لفساده ) أي لفساد عقد المضاربة ، وهذا الاختلاف فيه . قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عليه من أهل العلم على فساد المضاربة إذا شرط لأحدهما دراهـــم مسماة ( فلعله لا يربح إلا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربـــح ) الضمير في لعله يجوز أن يعود إلى المضارب ويجوز أن يعود إلى المال والأول أقرب ( وهـــذا ) أي وجوب أجر المثل ( لانه ابتغى ) أي لان المضارب طلب يعني لرب المال بالعقد وابتغى بـــه ( عن منافعه عوضاً ولم ينل ) أي العوض ( لفساده ) أي لفساد العقد ولا بد من عوض منافـــع تلفت بالعقد وليس ذلك في الربح لأنه لرب المال ، أشار اليه بقوله ( والربح لرب المال ، لأنه نماء ملكه ) وإذا كان كذلك يفتى أجر المثل .

( وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح المضاربة ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف ) فكان وجوده كعدمه . وقيل الثلث او الربع المشروط في العقد ( خلافـاً لمحمد رحمه الله ) فإن عنده يجب بالغاً ما بلغ وبه قالت الثلاثه ( كما بينا في الشركة ) أي كما بينا هذا الحكم مع الخلاف في كتاب الشركة ولم يبين في الشركة شيئاً إنما قال في الشركة الفاسدة فللمعين يعني في الاحتطاب ونحوه أجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد ، وعند أبي يوسف لا تجاوز به نصفاً عـــن ذلـك أي بيان في هذا (ويجب الأجر وإن لم يربح) أي المضارب ( في رواية الأصل ) أي المبسوط ، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية ( لأن أجر الاجير

لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد ، وعن أبي يوسف « رح » انـــه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها ، والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة ، ولأنه عين مستأجرة في يده

---

يجب بتسليم المنافع ) كما في الاجـــير الخاص ، فإن في تسليم نفسه تسليم منافعه ( أو العمل ) كما في الاجير المشترك ( وقد وجد ) أي المذكور عن تسليم المنافع والعمل.

( وعن أبي يوسف انه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقهـــا ) قول المضاربة الفاسدة في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح ، فإذا لم يجب في الصحيحة إذا لم يربح ففي الفاسدة اولى بأن لا يجب . قال السغناقي فان قلت ما جواب وجـه ظاهر الرواية عن هذا التعليل ، فإنه قول بأن العقد صح الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد . قلت الفاسد إنما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفـــاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع ، وها هنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركه الإجـارة والفاسد تنعقد إجارة فتعتبر بالإجارة في استحقاق الاجر عند إيفاء العمل ، انتهى .

قلت بل اعتبار فاسد المضاربة بصحيحها اولى من جعلها اجارة لأنهما قد تراضيا أن يكون للعامل جزء من الربح إن حصل ربح ، وبالحرمان إن لم يحصل ولم يرض رب المال أن يكون في ذمته شيء في مقابلة عمل العامل ، فاذا أوجبتم في ذمته شيئاً كان إيجاباً بغير دليل وهدم الاصل الضعيف اولى من الغاء التعليل الصحيح .

( والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهـلاك اعتباراً بالصحيحة ) وبه قالت الثلاثة . وفي المبسوط عن ابن سماعة عن محمد أنه يضمن المال ( ولانه عـــين مستأجرة في يده ) أو لأن المال عين مستأجرة في يد المضارب ، وفي بعض النسخ عين مستأجر أي عين استوجد المضارب ليعمل به وهو لا غير فلا يضمن كالأجير الواحد ، وهذا التعليل يشير إلى المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه لا يمكنه أن يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر ، وهذا قول أبي جعفر الهندواني . وقيل المذكور هنا قول أبي حنيفة ، وعندهما

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب. قال ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه، لأن المال أمانة في يده فلا بد

---

ضامن إذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه، وهذا قول الطحاوي، وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك وهو لا يضمن إذا تلف المال في يده من غير صفة عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما، قال الإمام الاسبيجابي في شرح الكافي ولا يصح انه لا ضمان على قول الكل

( وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده ) أي يفسد عقد المضاربة كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها أو أرضه سنة ليزرعها لانه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وأجرة الدار فصارت حصة العمل مجهولة فلم يصح ( لاختلال مقصوده ) وهو الربح ( وغير ذلك من الشروط الفاسدة ) أي بشروط التي لا تجب الجهالة في الربح ( لا يفسدها ) أي المضاربة ( ويبطل الشرط ) أي يبطل نفس ذلك الشرط، وبه قالت الثلاثة، وعن الشافعي وأحمد يفسد العقد ( كاشتراط الوضيعة ) أي الجنسان، وقيل الوضيعة اسم لجزء هالك من المال ( على المضارب ) وفي الإيضاح والذخيرة عليهما، وفي التحفة عليه أو عليهما، قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه، بل يبطل المضاربة كما سيجيء فلم يكن القاعدة مطردة، وأجيب بأنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها، وإذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة، وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير، وقوله بعد هذا مخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد، معناه عن تحققه فافهم.

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه ) أي بتصرف أو عمل ( لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم اليه )

من التسليم إليه ، وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه ، أما العمل في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ، وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود ، سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير ، لأن يد المالك ثابت له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب . وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع

---

كالوديعة ( وهذا بخلاف الشركة ، لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه ) وبقائه لا يمنع الخلوص (أما العمل في الشركة من الجانبين ، فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة ) لأنها انعقدت على العمل بينهما فمتى شرط انتفاء يد رب المال لم ينعقد أصلا كذا في الإيضاح .

( وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لأنه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف ، فلا يتحقق المقصود ) ولا يعلم فيه خلاف ، ولكن ذكر في الذخيرة حكى عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير أنه لو شرط رب المال لنفسه أن يتصرف بالمال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال متى بدا له جازت المضاربه ، وإنما لايجوز شرط عمله رب المال مع المضارب إذا شرط العمل جملة ، لأنه حينئذ لا يصير المال مسلماً إلى المضارب ( سواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير ) إذا دفع أبوه أو وليه أو وصيه ماله مضاربة وشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز ( لأن يد المالك ثابت له ) أي للصغير ( وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب ) كما في الكبير .

( وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل

المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً، واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهـــل المضاربة فيه كالمأذون، بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما، فكـــذا اشتراطه عليهما بجزء من المال. قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق

---

صاحبه ) فسدت المضاربة ( لقيام الملك له ) تعليل لقوله وكذا أحد المتفاوضين يعني يفسد العقد إذا عقد أحد الشريكين وشرط عمل صاحبه لقيـام الملك لصاحبه ( وإن لم يكن عاقداً ) فيمنع وإن لم يكن صاحبة عاقداً، فاذا كان كذلك فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك ( واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ) عقد المضاربة ( ان لم يكن من أهل المضاربة فيه ) أى في المال ( كالمأذون ) يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله على المضاربة يفسد العقد، لأن يد التصرف ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه ينزل منزلة المالك فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة، هـــذا وليس بقياس، بل هو تنظير لما إذا كان العاقد غير مالك.

( بخلاف الأب والوصي ) إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا العمل بأنفسهما مـــع المضارب بجزء من الربح فهو جائز ( لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما، فكذا اشتراطه ) أي اشتراط العمل ( عليهما بجزء من المال ) لأن كل مال يجوز أن يكون الوصي مضارباً وحده جاز أن يكون مضارباً فيه مـــع غيره، وهذا لأن تصرف الأب أو الوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصارا دفعه كدفع الصغيرو كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير، لأنه رب المال وقد تحققت.

( قال ) أي القدوري ( وإذا صحت المضاربة مطلقة ) بان لم تكن مقيدة بزمـــان ومكان، فإذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة ولم يزد على ذلك فهذه مضاربة مطلقة، كذا في الذخيرة ( جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق

العقـــد ، والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيـع التجـــار والتوكيل من صنيعهم . وكذا الإيداع والإبضاع والمسافرة ، ألا ترى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه ، لأنهـــا مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير . وعن أبي يوسف « رح » أنه ليس له أن يسافر . وعنه عن أبي حنيفة « رح » أنه إن دفع في غير بلده ليس له أن يسافر به لأنه تعويض على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب .

والظاهر ما ذكر في الكتاب .

---

العقد والمقصود منه ) أي من عقـــد المضاربة ( الاسترباح ولا يتحصل ) أي الاسترباح ( إلا بالتجارة فينتظم العقد ) أي العقد المطلق ( صنوف التجارة وماهو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم ، وكذا الإبضاع والايداع والمسافرة ) أي السفر والمفاعلة ليست على بابها كما في المسارعة إلى الخير .

(ألا ترى أن المودع له أن يسافر ،فالمضارب أولى) بأن يسافر فالمضارب أولى بأن يسافر ( كيف وأن اللفظ دليـــل عليه ) أي كيف لا يسافر والحـــال أن لفظ المضاربة دليل على السفر ، أي على جوازه ( لأنهـــا ) أي لأن المضاربة ( مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير ، وعن أبي يوسف انه ليس له أن يسافر ) قيل هذا إذا لم يقل له اعمل برأيك ( وعنه ) أي وعن أبي يوسف ( عن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده ) أي في بلد المضارب ( ليس له أن يسافر به لأنه تعويض على الهلاك من غير ضرورة ، وإن دفـع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده ، لأنه هو المراد في الغالب ) اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع ، فلما أعطاه عالماً بغربته كان دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه إلى وطنه ( والظاهر ) أي ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعاً ( ما ذكر في الكتاب ) أي القدورى

قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه ، وكان كالتوكيل ، فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله بـه إلا إذا قيل له اعمل برأيك ، بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه فيتضمنه . وبخـلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن

---

في مختصره وهو جواز المسافرة بمال المضاربة وإن لم يقل له أعمل برأيك وبه قال مالك .

( قال ) أى القدوري في مختصره ( ولا يضارب ) أي المضارب ( الا أن يأذن لـه رب المال أويقول له إعمل برأيك ، لأن الشيء لا يضمن مثـله لتساويها ) أى لتساوى الشيئين متماثلين ( في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليـه ) التنصيص بالإذن وليس يعلم فيه خلاف ، والتفويض المطلق بقوله أعمـل برأيك . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز فيه أيضاً الا باذن ، وأورد على هذا المستعير والمكاتب والمستأجر فإنـه يجوز للمستعير أن يعير ، وللمستأجر أن يؤجر ، وللمكاتب أن يـكاتب ، وكذا العبد المأذون له أن يأذن عبده ، وأجيب بأن الكلام في التصرف نيابة وهم لا يتصرفون بحكم المالية ، لأن المستعير والمستأجر ملكا المنفعة ، والمكاتب صار حراً يداً ، والعبد المأذون يتصرف بحكم المالكية الأصلية ، إذ الإذن بالتجارة فك الحجة ، وأما المضارب فانه يعمل بطريق النيابة ، لأن فيها معنى الوكالة والوكيل لا يوكل غيره فكذا هذا ( وكان كالتوكيل ) أي وكان أمر المضاربة كامر التوكيل ( فان الوكيل لا يملك أن يوكل غيره فيما وكله به ، إلا إذا قيـل له اعمل برأيك ) فكذا المضارب لا يملك أن يضارب إلا إذا قيـل له إعمل برأيك .

( بخلاف الإيداع والإبضاع ، لأنه دونه ) أى لأن حكمها دون حـكم المضاربة (فيتضمنه) أى إذا كان كذلك فيتضمن حكم المضاربة حكم الإيداع والإبضاع ( وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه ) أي المضارب لا يملك الإقراض ( وإن قيل له إعمل برأيك لأن

المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح ، لأنه لا يجوز الزيادة عليه . أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول . قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل ، وفي التخصيص فائدة فيتخصص .

---

المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه ) أي من صنيع التجار ( وهو ) أي الإقراض ( تبرع كالهبة والصدقة ، فلا يحصل به الغرض وهو الربح ، لأنه لا يجوز الزيادة عليه ) أي على الإقراض عشرة ، فانه لو أقرض عشرة ليستوفي أحد عشر لا يجوز ، فلما يحصل للربح به لا يكون من صنيع التجارة فلا يتناوله التعميم .

( أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم ، وكذا الشركة والخلط بمال نفسه ) يعني من صنيعهم وبه قال الثوري ومالك وأحمد والشافعي ليس له الشركة والخلط ، ولو فعل يضمن ( فيدخل تحت هذا القول ) وهو قوله اعمل برأيك والضمير في يدخل يرجع إلى الشركة والخلط على تأويل كل واحد منهما .

( قال ) أي القدوري ( وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها ) كل واحد من البلد والسلعة بعينها ، وبه قال احمد « رح » قال الشافعي ومالك « رح » إذا شرط أن لا يشترى إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما معهم وجوده لا تصح المضاربة ويحترز بقوله في بلد بعينه عن السوق بعينه فانه لا يتقيد بذلك بالإجماع إلا اذا صرح التخصيص بالمنهي بأن قال لا يعمل في غير هذا السوق فحينئذ يتقيد ( لأنه توكيل ) أي لأن المضاربة توكيل ، والتذكير باعتبار عقد المضاربة أو حكمها ( وفي التخصيص فائدة فيتخصص ) والفائدة من وجوه ، أحدها صيانة ماله من خطر الطريق ، والثاني صيانة ماله عن خيانة المضارب فانه لو عين عليه بلداً وقصد الخيانة لمنعه عنها . والثالث : أن الاسعار بحسب الغلاء والرخص يختلف باختلاف البلدان

وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره . قال فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن ، وكان ذلك له وله ربحه ، لأنه تصرف بغير أمره ، وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها بريء من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ،

---

وكذا النقود فكان الشرط مقيداً . والرابع : أن المضارب ما دام في المصر لا يستحق المنفعة في مال المضارب وفي السفر يستحقها فيه .

( وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة ) أي وكذا ليس للمضارب أن يدفع المال بضاعة ، أراد ليس له الإبضاع ( إلى من يخرجها ) أي البضاعة ( من تلك البلدة ) أي البلدة التي عينها رب المال ( لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره ) أي تفويض الإخراج إلى غيره .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن ) لأنه تصرف فيه بخلاف أمره ، فكان غاصباً ولم يرد من قوله فاشترى ضمن أن الضمان يترتب على الشراء ، لأن الضمان يجب عليه بمجرد الإخراج ، وإنما مراده استقرار الضمان على ما يجيء في الكتاب ( وكان ذلك له ) أي الذي اشتراه كان له ( وله ربحه ) أي كان له ربحه الذي حصل منه ولكن يتصدق به على قولهما . وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح فلا يلزمه التصدق ( لأنه تصرف بغير أمره ) أي لأن الإخراج أو الشراء يتصرف في ملك غيره بغير أمره فيصير غاصباً فلم يبق مضارباً .

( وإن لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي ) أي والحال أن الكوفة هي ( التي عينها ) أي رب المال ( بريء ) أي المضارب ( من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ) أي المخالفة ( ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق ) الضمير في

وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ، ثم شرط الشراء ها هنا وهو رواية الجامع الصغير . وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج ، والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه . أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل

---

الموضعين يرجـــع إلى المضاربة ، والتذكير في الأولى باعتبار العهد ، وفي الثاني باعتبار المال .

فإن قيل قوله ورجع المال صح مضاربة يدل على انها زائلة ، وإذا قال العقد لا يرجع إلا بالتحديد ، أجيب بأنه على رواية الجامع الصغير لم يزل ، لأن الخلاف إنما يتحقق بالشراء والفرض خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال ، وأما على رواية المبسوط فانها زالت زوالاً موقوفاً حيث ضمنه بنفس الاخراج .

( وكذا إذا رد بعضه ) أي كذا يكون المضاربة على حالها إذا رد المضارب بعض المال إلى الموضع الذي عينه ( واشترى ببعضه في المصر ) أي والحال أنه قد اشترى ببعض المال في المصر الذي عينه ( كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ) اشار به الى قوله لبقائه في يده بالعقد السابق في الايضاح ما اشترى ببعضه فهو له ، وما رد على المضاربة ( ثم شرط الشراء هاهنا ) أي شرط في الجامع الصغير في الضمان الشراء ، حيث قال فان خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن ، والضمير في بها يرجع إلى المضاربة كذا المراد منه مال المضاربة . ثم فسر قوله ثم شرط الشراء بها هنا بقوله ( وهو رواية الجامع الصغير ) اي المذكور في شرط الشراء وهو رواية الجامع الصغير .

( وفي كتاب المضاربة ) يعني من المبسوط ( ضمنه بنفس الإخراج ) أي ضمن المضارب بنفس الإخراج مال المضاربة سواء اشترى بها أو لا ( والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه ، أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج ، وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب ) يعني لتقرر الوجوب لا لأصل وجوب الضمان . حاصله أن

وهـــذا بخلاف ما إذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ، لان المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمـل في السوق ولا تعمل في غير السوق ،لانه صرح بالحجر والولاية إليه .

---

الضمان يجب بنفس الإخراج ولكنه على شرف الزوال ، فإذا اشترى به تقرروتأكد،أشار له بقوله لزوال احتمال الرد . وأما إذا اشترى ببعضه فيـه وببعض آخر في غـــيره فهو ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعة لتحقق الخلاف منه في ذلك القدروالباقي على المضاربة ، إذ ليس من ضرورة صيرورته ضامناً لبعض المال انتفاء حكم المضاربة فيما بقي ، قيل فيه نظر لأن الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها . قلنـــا الجزء معتبر بالكل وتفريق الصفقةموضوع إذا استلزم ضرراً ولا ضرر عند الضمان .

( وهذا بخلاف مـا إذا قال على أن يشترى في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد ) أشار بهذا إلى قوله وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه ( لأن المصر مـــع تباين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهى بان قـال إعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق ، لأنه صرح بالحجر والولاية اليه ) أى ولاية الحجر اليـــه ، أي إلى رب المال .

فإن قيل ينتقض هذا بما لو قال بـع بالنسيئة ولا تبـع بالنقد أو على العكس ، حيث لو باعها بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفاً مع صريح النهي إذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يتفاوت . الجواب عن هذا مبني على أصل وهو أن القيد المقيد من كل وجه يتبع وغير المقيد من كل وجه لغو ، والمقيد من وجه دون وجه متبع عند النهى الصريح ولغو عند السكوت عنه ، فالأول كالتخصيص ببلد وسلعة وقد تقدم ، والثاني كصورة النقص، فإن البيع نقداً بثمن كان خيراً ، فـكان التقييد مضراً . والثالث كالنهى عن السوق فإنه مقيد من وجه من حيث ان البلد ذات أمـــاكن مختلفة حقيقية وهو ظاهر ، وحكما فإنه إذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظها في غيرها ، وقد تختلف الأسعار ايضاً

ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا ، وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له ، أو قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل . أو قال خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للإلصاق .

---

باختلاف أماكنه . وغير مقيد من وجه وهو أن المصر مع تباين أطرافه جعل كمكان واحد كما إذا اشترط الإثنان السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة ، فاعتبرناه حالة التصريح بالنهى لولاية الحجر ، ولم يعتبر عند السكوت .

( ومعنى التخصيص أن يقول على أن تعمل كذا ) لما قال فيما مضى وإن خص له رب المال ... إلى آخره ، شرع هنا يبين معنى التخصيص ما هو وذكر ألفاظ تدل على التخصيص والتقدير ، ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا ، أي بهذه الألفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل منها على التخصيص وما لا يدل ، ومجموع ذلك ثمانية ، ستة منها تقييد التخصيص ، واثنان منها تعتبر مشورة . والضابط التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيده ، وهو أن رب المال إذا أعقب لفظ المضاربة كلاماً لا يصح الابتداء به ويصح متعلق بما تقدم ، جعل متعلقاً به لئلا يلغو ، وإذا أعقب ما يصلح الابتداء لم يجعل متعلقاً بما تقدم لانتفاء الضرورة ، وعلى هذا إذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا ، يكون تخصيصاً ، لأنه أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء ، وحيث لا يصح أن يبتدىء بقوله على أن تعمل ( أو في مكان كذا ) لكونه مثلاً .

والثالث هو قوله ( وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة ) يجوز في اللام الجزم على أنه جواب الامر ، ويجوز الرفع على تفسير أنت تعمل به ، وكلام المصنف يحتمل الوجهين ( لانه تفسير له ) أى لأن قوله تعمل به في الكوفة بأن قال خذ هذا المال ( أو قال فاعمل به في الكوفة ، لأن الفاء للوصل ) والتعقيب والمتصل المتعقب اليهم تفسيراً له والخامس هو قوله ( أو قال خذه بالنصف بالكوفة ) بان قال خذ هذا المال بالنصف بالكوفة ( لأن الباء للإلصاق ) فتقتضى إلصاق موجب كلاماً وهو العمل بالمال ملصقاً بالكوفة ، وهو أن يكون الثمن فيها .

أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيهـا وفي غيرها ، لان الواو للعطف . فيصير بمنزلة المشورة . ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد ، لانه مقيداً لزيادة الثقة به في المعاملة ،

---

السادس لم يذكره المصنف، وهو أن يقول خذه بالنصف لتعمل به في الكوفة،وجعل الكاكي النوع الثالث على قسمين باعتبار الجزم والرفـــع ، ولم يذكر قوله على أن تعمل كذا . وجعل صاحب العناية هذا قسما واحداً ، وجعل السادس ما ذكرناه . والصواب أن الذي ذكره المصنف ستة وهي أن تعمل كذا وفي مكان كذا ، أو أخذ هـــذا المال تعمل به في الكوفة بالرفع وتعمل به بالجزم أو فاعمل في الكوفة ، وبقى لفظاً بعـــد مشورة ولا بعد شرط أحدهما أن يقول دفعت اليك هذا الألف مضاربة بالنصف إعمل بها في الكوفة .

والثاني أن يقول واعمل بها بالكوفة بالواو ، أشار اليه بقوله ( أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غـــيرها ، لأن الواو للعطف ) والشيء لا يعطف على نفسه بل على غيره فاعتبر كلاما مبتدأ ( فيصير بمـنزلة المشورة ) كأنه قال إن فعلت كذا كان أنفع . والمشورة بفتـــح الميم وضم الشين وهو استخراج رأى على غالب الظن .

فإن قيل فلم تجعل واو الحال كما في قوله أد إلي ألفاً وانت حر . أجيب بعدم صلاحية ذلك هاهنا ، لأن العمل أن يكون بعد الأخذ لا حال الأخذ . قلت لم لا يجوز أن يكون حالاً منتظرة كما في قوله تعالى ﴿ محلقين رؤوسكم ﴾ ذكر تفريعاً على ما تقدم .

( ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد ) ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم ، يعني لو قال رب المال خذه مضاربة على أن تشتري إلى آخره ( لأنــه ) أي لأن تقييده ( مقيداً لزيادة الثقة به ) أي بفلان ( في المعاملة ) لتفاوت الناس في المعـــاملات قضاء واقتضاء ومسافة في الحساب ، وفي التنزه عن الشبهات ، وبقولنا قال أحمد . وقال

بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشتري به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز ، لان فائدة الأول التقييد بالمكان ، وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفاً لا فيما وراء ذلك . قال وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه ، لانه كوكيل فيتوقت بما وقته ،

---

الشافعي ومالك « رح » لا يصح هذا التقييد فلا تصح المضاربة ولنا ما ذكرنا .

( بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها ) أي المضاربة ، وأراد بها مال المضاربة ( من أهل الكوفة أو دفع مالاً في الصرف على أن تشترى به من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها ) أي من غير أهل الكوفة ( أو من غير الصيارفة جاز ) في الوجهين جميعاً ( لأن فائدة الأول ) وهو قوله على أن تشتري بها من أهل الكوفة (التقييد بالمكان ) وهو الكوفة ( وفائدة الثاني ) وهو قوله على أن تشتري من الصيارفة(التقييد بالنوع ) وهو بيع الصرف ( هذا هو المراد عرفاً ) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال في هذا عدول عن ظاهر اللفظ ، فإن ظاهره يقتضي شراءه من كوفي لا من غيره ، سواء كان في الكوفة أو في غيرها .

وتقدير الجواب ان مقتضى اللفظ قد يترك به بدلالة العرف ، والعرف في ذلك والمنع عن الخروج من الكوفة صيانة لماله ، وقد حصل . ولما لم يخص المعاملة في الصرف بشخص بنية مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به فرع الصرف وقد حصل ( لا فيما وراء ذلك ) يعني غير المكان في الأول والنوع في الثاني .

( قال ) أي القدوري ( وكذلك إن وقت للمضاربة وقتاً بعينه يبطل العقد بمضيه ) يعني أن التوقيت بالزمان مقيد ، فكان كالتقييد بالنوع والمكان ( لأنه ) أي لأن عقد المضاربة (كوكيل فيتوقف بما وقته ) كالوكالة الموقتة ، وبه قال أحمد في ظاهر روايته . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا يصح توقيته ، لأنه يؤدي إلى ضرر بالعامل .

والتوقيت مفيد ، فإنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان.

قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها ، لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه بعتقه ، ولهـــذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة ، بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه

---

وقال بعض اصحاب الشافعي إن شرط المدة على أن لا يبيع بعدهـا لم يصح وإنه شرط على أن لا يشترى بعدها صح . ولنا ما ذكره بقوله ( والتوقيت مفيد ، فانـه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع ) نحو الطعام ( والمكان ) نحو الكوفة .

( قال ) أى القدوري ( وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة) مثل ابيه وابنه ( أو غيرها ) أى أو غير قرابة ، يعني يعتق عليـه ، ولكن قرابة بل لوجه آخر ، نحو المحلوف بعتقه ، وبه قال اكثر الفقهاء إذا كان بغير اذن رب المال وإذا كان بإذنه يصح وتنفع المضاربة ( لأن العقد وضع لتحصيل الربح ، وذلك ) أي تحصيل الربح ( بالتصرف مرة بعد اخرى ولا يتحقق ) أى التصرف مرة بعد اخرى ( فيه )أى في شراء من يعتق عليه ( لعتقه ) أى لعتق من يعتق عليه بالشراء فلا يبقى التصرف بعد ذلك ، وفي هذا إشارة إلى الفرق بين المضاربة والوكالة ، فان الوكيل بشراء عبد مطلقـاً إن اشترى من يعتق على موكله لم يكن مخالفـاً ، وذلك لأن الربح المحتاج إلى تكرر التصرف ليس بمقصود في الوكالة ، حتى لو كان مقصود الموكل وقيـد بقوله اشتر لي عبداً أبيعه فاشترى من يعتق عليه كان مخالفاً ( ولهذا ) أى ولكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح ( لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة )لانتفاء التصرف فيه لتحصيل الربح .

( بخلاف البيع الفاسد ) يعني يدخل في المضاربة البيع الفاسد ، لأن المبيع يملك بالقبض فيدخل ( لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه ) أي لأن المضارب يمكنه بيع المبيع في

فيتحقق المقصود . قال ولو فعل صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ، لان الشراء متى وجد نفاذاً على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال فإذا كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه ، لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الإختلاف المعروف ، فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود.

---

البيع الفاسد بعد قبضه إياه ، فلا يكون مخالفاً بالبيع الفاسد ( فيتحقق المقصود ) وهو تحصيل الربح ، وعند الثلاثة يصير مخالفاً بالبيع الفاسد كما في البيع الباطل .

( قال ) أي القدوري « رح » (ولو فعل ) أي ولو اشترى المضارب من يعتق على رب المال ( صار مشترياً لنفسه دون المضاربة ، لأن الشراء متى وجد نفاذاً على المشترى نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف ) قيد بقوله متىوجدنفاذاً احترازاً عن الصبي والمحجورين فإن شراءهما يتوقف على اجازة الولي والمولى وإن كان نقد الثمن من مال المضاربةبتخيير رب المال أن يسترد المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لأنه قضى بمال المضاربة ديناً عليه . وقال مالك إن كان العامل عالما موسراً بيع منه بقدر رأس المال ، وإن كان غير عالم عتق على رب المال ولا غرم على العامل، وعلى هذا لو ظهر ربح يرجع العامل على رب المال بحصته فيه .

( قال ) أي القدورى ( فإن كان في المال ربح لم يجز له ) أي المضارب ( أن يشتري من يعتق عليه ) أي على المضارب ( لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال ) لانتفاء جواز بيعه لكونه مستسعى لا يجوز بيعه ( أو يعتق) أي العبد كله عندهما، أشار إلى هذا بقوله ( على الاختلاف المعروف ) وهو أن الإعتاق يتجزأ عندنا خلافاً لهما(فيمتنع التصرف ، فلا يحصل المقصود ) وهو الاسترباح وبقولنا قال الشافعي « رح » في قول ، وفي قول يصح ولا يعتق ، لأنه لا يملك الربح بمجرد الظهور على تمليكه بالقسمة ، وبه قال أحمد في رواية واحمد في وجه وإن لم يكن في المال ربح يصح بمثل وبالإجماع .

وإن اشتراهم ضمن مال المضاربة ، لانه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة . وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لانه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ، فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه . ولم يضمن لرب المال شيئاً ، لانه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة ، لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم ، فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتسبت ماليته

---

( وإن اشتراهم ) أى وإن اشترى المضارب من يعتق عليه ( ضمن مال المضاربة ، لأنه يصير مشترياً للعبد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه ) يعني لا شركة للمضارب في المال حتى يعتق عليه من يشتريه ، أى على المضارب .

( فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم ) أى نصيب المضارب من الذي اشتراهم ممن يعتق عليه ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك في رواية وأحمد في رواية ( لملكه ) أى لملك المضارب ( بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا ، لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة ) وهو نصيبه من الربح ،

( لأن هذا ) اشارة إلى ما ذكر من زيادة القيمة ومن ملك الزيادة ( شيء يثبت من طريق الحكم ) يعني لا اختيار له فيه . وعند الشافعي وأحمد في وجه ومالك في رواية يضمن إن كان موسراً ( فصار كما إذا ورثه مع غيره ) كامرأة اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجاً وأخا أعتق نصيب الزوج ولا يضمن شيئاً لأخيها ( ويسعى العبد في قيمة نصيبه ) أي نصيب رب المال ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد ومالك « رح » إن كان المضارب معسراً ( منه ) أي من العبد ( لأنه احتسبت ماليته ) أي مالية العبد

عنده فيسعى فيه ، كما في الوراثة . قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بهـــا جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفـــاً وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين ، وإن شاء أعتق . ووجه

---

( عنده ) أي عند العبد ( فيسعى فيه ) أي فيسعى العبد في نصيب رب المـــال ( كما في الوراثة ) كأن ورث جماعة عبداً يعتقو أحدهم نصيبه فإنه يسعى في نصيب البـــاقين لاحتباس المالية عنه .

( قال فإن كان مع المضارب الف بالنصف ) ذكره تفريعاً ، وهو من مسائل الجـــامع الصغير ، فلذلك ذكره بالفاء ، إن كان مع المضارب الف درهم مناصفة ( فاشترى بهـــا جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوى الفـــاً فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام الفاً وخمسمائة والمدعي موسر ) أي والحال أن المدعي للولد وهو المضارب موسر . قيد بقوله لنفي الشبهة وهو أن الضمان بسبب دعوة المضارب ضمان إعتـــاق في حق المولى وضمان الإعتاق يختلف باليسار والإعسار ، فينبغي أن يضمن المضارب لرب المال إذا كان موسراً مع ذلك لا يضمن .

وفي مغني الحنابلة إن ظهر ربح في المال يصح دعوة وتصير الجارية أم ولد له ويعتق الولد بالقيمة وإن لم يظهر ربح قبل العلوق فالولد رقيق لأنه علقت منه في غـير ملك ولا شبهة ملك ، وقال مالك يضمن قيمتها يوم الوطء في رواية إن ظهر ربح قبل العلوق. وقيد بقوله ثم بلغت قيمة الغلام الفاً وخمسمائة لانه إذا لم تزد قيمته على الف فدعوة المضارب باطلة لأنه لا يملك واحداً من الولد والأم ، لأن كلا منهما مشغول برأس المال وانتفي الحد لاحتمال تعلق حقه به على تقدير ظهور الربح ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ، ويضمن العقد وله أن يبيع الأم والولد لأنها مال المضاربة .

( فإن شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين ، وإن شاء اعتق ووجه

ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملاً على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح ، لان كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كما في المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح ، كذا هـــذا . فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح ونفذت

---

ذلك ) أي الحكم المذكور ( أن الدعوة صحيحة في الظاهر ) بصدورها من أهلها في محلها ( حملا على فراش النكاح ) بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعلقت منه (لكنه) أى لكن الادعاء بالولد ( لم ينفذ ) اى في حق المعتق ( لفقد شرطه وهو الملك) أو شبهة في الولد ( لعدم ظهور الربح ، لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال) لأنه يحتمل لأن يهلك أحدهما فيتعين الآخر لرأس المال فلا يظهر الربح ( كما في المضاربة إذا صار أعياناً كل عين منها يساوي رأس المال ) كما لو اشترى برأس المال عبدين كل واحد منهما يساوي ألفاً فإنه ( لا يظهر الربح ) عندنا خلافاً لزفر ( كذا هذا ) أى ما نحن فيه فاذا لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك ، وبدون الملك لا يثبت الاستيلاد .

واعترض بوجهين ، أحدهما أن الجارية كانت متعينة لرأس المال قبـــل الولد فتبقى كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربحاً . والثاني أن المضارب إذا اشترى بألف لمضاربة فرسين كل واحد منهما يساوي الفا كان له ربعهما ، حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح. أجيب عن الأول بأن تعينها كان لعدم المزاحم لا لأنها رأس المال ، فان رأس المـــال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهب تعينهـا ولم يكن أحدهما اولى لذلك من الآخر فاستقلا برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعياناً أجناس مختلفة والفرسان جنس واحد فيقسمان جملة واحدة ، وإذا اعتبرا جملة حصل البعض ربحاً ، بخلاف العبدين، فانهما يقسمان جملة واحدة ، بل كل واحد يكون بيعها على حياله لكون الرقيق أجناساً مختلفة عند أبي حنيفة قولاً واحداً ، وعنده ايضاً في رواية كتاب المضاربة .

( فإذا زادت قيمة الغلام الآن ) أى على مقدار رأس المـــال ( ظهر الربح ونفذت

الدعوة السابقة ، بخلاف ما إذا أعتق الولد ، ثم إذا زادت القيمـــة لأن ذلك إنشاء العتق ، فإذا بطـــل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا اخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك ، كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ، فإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد ، لان عتقه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه ،

---

الدعوة السابقة ) لأن سببها كان موجوداً وهو فراش النكاح ، فيثبت النسب منه ، ولكن لم ينفذ الوجود المانع وهو عدم الملك ، فاذا زال المانع صار نافذاً .

( بخلاف ما إذا أعتق ) أي المضارب ( الولد ثم ازدادت القيمة ) أى قيمة الولد فلا يعتق ( لأن ذلك إنشاء العتق ) فلم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا ( فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك ، أما هذا ) أي إدعاء النسب ( اخبار فجـاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه ) فانه يعتق عليه ( فاذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد ) أى عندهما ( لقيام ملكه في بعضه ، ولا يضمن لرب المال شيئاً من قيمة الولد ) موسراً كان أو معسراً . وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ومالك يضمن له حصته ، إن كان موسراً لوجود الصنع منـــه دعوة النسبة فيضمن إذا ملكه .

ولنا ما ذكره من قوله ( لأن عتقــه ثبت بالنسب والملك ، والملك آخرهما ) يعني وجوداً ( فيضاف ) أى الحكم ( اليه ) أي إلى الملك ، لأن الحـكم إذا ثبت بعلة ذات وصفين يصادف آخرهما وجوداً ، أصله مسألة السفينة والقدح المسكر ، ودليـــله ما روى عن أبي بكر رضى الله عنه أن رجلاً أقر بين يديه بالزيادة ثلاثا ، فقال إياك والرابعة فانهـــا الموجبة ( ولا صنع له ) أي المضارب ( فيه ) أى في ثبوت الملك ، لأنه شاركه بازدياد

وهذا ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد . وله أن يستسعى الغلام ، لانه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق ، لان المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة «ر ح» ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لان الألف مستحق برأس المال ، والخمسائة ربح ، والربح بينهما ، فلهذا يسعى له في هذا المقدار . ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ ما استحق برأس المال لكونه مقدماً في الإستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة

---

القيمة ، ولا صنع له فيه ، فلا يكون متعدياً ( وهذا ضمان اعتاق ، فلا بد من التعدى ولم يوجد ) وإذا انتفى الضمان يبقى أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والإعتاق، أشار اليه بقوله ( وله ) أي لرب المال ( أن يستسعي الغلام ، لأنه احتبست المالية عنده وله أن يعتق ، لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، ويستسعيه في الف ومائتين وخمسين ، لأن الألف مستحق برأس المال ، والخمسائة ربح ، والربح بينهما، فلهذا يسعى له ) أي لرب المال ( في هذا المقدار ) يعني في الف ومائتين وخمسين .

فان قيل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله ربحا ، قيل لأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك ، فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال انسب للتجانس ، وهذا السؤال والجواب ذكرهما في الكافي . وقال صاحب العناية وفيه نظر لأنا جعلنا الجارية رأس المائه وقد عتقت بالاستيلاد وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال . قلت الولد زاحمها فترجح بسبب ظهور المربح من جهته .

( ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي ) وهو المضارب ( نصف قيمة الأم ، لأن الألف المأخوذ ) أي من الولد ( ما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ) على الربح ( ظهر ان الجارية كلها ربح ، فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة

صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقـــد الملك ، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال ، لان هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعـــاً كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه ، كذا هذا ، بخلاف ضمان الولد على ما مر .

---

صحيحة ) من المضارب ( لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك، فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة ) السابقـة ( وصارت الجارية أم ولد له ، ويضمن نصيب رب المال ، لأن هذا ضمان تملك ، وضمان التملك لا يستدعي صنعاً ) بل يعتمد الملك وقد حصل ( كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة ) أي من جهـة الوراثة فإنه ( يضمن نصيب شريكه ) كالأخ تزوج جارية أخيه فمات الزوج وترك الجارية ميراثاً بين الزوج وأخ آخر فان الزوج ملكها بغير صنعه ، فيضمن نصيب شريكه ( كذا هذا ) أي ما نحن فيه .

( بخلاف ضمان الولد ) فإنه ضمان إعتاق، وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لايتحقق بدون صنعه ( على مـــا مر ) إشارة إلى قوله لأن عتقه بالسبب والملك ، والملك آخرهما ولا صنع له فيه ، والله أعلم .

# باب المضارب يضارب

قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح ، فإذا ربح ضمن الأول لرب المال، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » . وقالا إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهـــذا ظاهر الرواية . وقـــال زفر « رح » يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لان المملوك له الدفع على وجه الإيداع ، وهذا

---

( باب المضارب يضارب )

أي هذا باب في بيان أحكام المضارب حال كونه يضارب . وقد عـــلم أن المضارع المثبت إذا وقع حالاً يكتفى فيه بالضمير .

( قال ) أي القدوري ( وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن ) والحال أنه لم يأذن ( له رب المال لم يضمن بالدفع ) أى بمجرد الدفع . وقال زفر « رح » والثلاثة يضمن بمجرد الدفع وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه يصير مخالفـاً على ما يجيء الآن ( ولا بتصرف المضارب الثاني ) أي ولا يضمن أيضاً بتصرف المضارب الثاني ( حتى يربح ، فاذا ربح ضمن الأول ) أى فاذا ربح المضارب الثاني ضمن المضارب الأول ( لرب المال ، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » وقال أبو يوسف ومحمـــد « رح » إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح ، وهذا ظاهر الرواية . وقال زفر « رج » يضمن بالدفع ) أي بمجرد الدفع ( عمل ) أي الثاني ( أو لم يعمل ، وهو رواية عن أبي يوسف « رح » لأن المملوك له ) أى للمضارب ، أراد أن الذي يملكه المضارب هو ( الدفع على وجه الإيداع ، وهـــذا

الدفع على وجه المضاربة . ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ، وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى قبله . ولأبي حنيفة « رح » أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع ، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ، إلا أنه إذا ربح فقد ثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره ، وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة ،

---

الدفع على وجه المضاربة ) فصار مخالفاً فيضمن .

( ولهما أن الدفع إيداع حقيقة ) لأنه أمانة فلا تمليك وله ولاية الإيداع ( وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل ، فكان الحال مراعى ) أي موقوفاً ( قبله ) أى قبل العمل إن عمل ضمن وإلا فلا .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما ) أي بالإيداع والإبضاع ( إلا انه ) أي أن المضارب الثاني ( إذا ربح فقد ثبت له ) أي فقد اثبت المضارب الأول لرب المال ( شركة في المال فيضمن ) لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان ( كما لو خلطه بغيره ) مال المضاربة بغير مالها ( وهذا ) أي وجوب الضمان على الأول أو عليهما بالربح والعمل على ما ذكرنا ( إذا كانت المضاربة صحيحة ) أطلق المضاربة ولم يبين أن المراد بها المضاربة الأولى والثانية أو كلتيهما ليتناول كلا منهما ، فان الأولى إذا كانت فاسدة أو الثانية أو كلتيهما جميعا لم يضمن الأول ، لأن الثاني أجير فيه وله أجر مثله فلم يثبت الشركة الموجبة للضمان وكذا لو كانت الأولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لما ذكرنا ، وكذا إذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة ، وانما يجب الضمان عليهما إذا كانت المضاربتان جائزتين .

فإن قيل إذا كانت الاولى فاسدة لم يتصور جواز الثانية ، لأن مبناها على الأولى فلا يستقيم التقسيم ، أجيب بأن المراد جواز الثانية حينئذ ما يكون جائزاً بحسب الصورة بأن يكون المشروط الثاني من الربح مقدار ما يجوز به المضاربة في الجملة بأن كان المشروط

فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لانه أجير فيه ، وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ، ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة « رح » ، وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع . وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور ، وهـذا عندهما ظاهر ، وكذا عنده . ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول ، فلا يكون ضامناً ، أما المضارب

---

للأول نصف الربح ومائة مثلا وللثاني نصفه .

( فإن كانت ) أي المضاربة ( فاسدة لا يضمنه الأول ) أي المضارب الأول ( وإن عمل الثاني ) أي المضارب الثاني ( لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ) أي الشركة الموجبة للضمان للعمل ( ثم ذكر في الكتاب ) أى مختصر القدوري ( يضمن الأول ولم يذكر الثاني . وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة « رح » وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع ) فان مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما .

( وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع ) أي باجماع اصحابنا لحصول التعدى منهما من الأول دفع مال الغير ، ومن الثاني الأخذ ( وهو المشهور ) يعني هذا القول هو المشهور من المذهب ( وهذا عندهما ظاهر ) لأنهما يضمنان مودع المودع ( وكذا عنده ) أى عند أبي حنيفة « رح » على قول من يقول انه يضمن عقده ايضاً ، ولكن يحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة ومسألة مودع الموتع ، أشار اليه بقوله ( و وجه الفرق له ) أي لابي حنيفة ( بين هذه ) أي المسألة التي نحن فيها ( وبين مودع المودع ان المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول) لا لنفسه (فلا يكون ضامناً، أما المضارب

الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامناً ، ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهما على ما شرطا ، لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على وجه الذي رضي به ، فصار كما إذا دفع مال نفسه ، وإن ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد ، لانه عامل له كما في المودع ،

---

الثاني يعمل فيه لنفع نفسه ) يعني لمنفعة نفسه من حيث شركته في الربح ( فجاز أن يكون ضامناً ثم إن ضمن ) أى رب المال ( الأول) أى المضارب الأول ( صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني ، وكان الربح بينهما على ما شرطا ، لأنه ظهر انه ملكه ) أى لأن المضارب الأول ملك مال المضاربة ( بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضى به ) أي رب المال ، فانه لم يرض بدفع المال إلى غيره ( فصار كما إذا دفع مال نفسه ) فصحت المضاربة.

( وإن ضمن الثاني ) أى وإن ضمن رب المال المضارب الثاني (رجع على الأول بالعقد) أي بسببه ، وبه قال الشافعي « رح » ومالك وأحمد « رح » في رواية إن لم يعلم بحال المضارب الاول ، وإن علم لم يرجع عليه بشيء رواية واحدة . وفي بعض النسخ موضع بالعقد بالعهدة ، أي بالضمان ، لأنه التزم له سلامة المقبوض .

فان قيل ينبغي أن يفسد الدفع إلى الثاني لأنه في ضمن المضاربة الأولى فيفسد بفساده قلت الدفع أمر حسي والاقتضاء لا يثبت في الحسي ، وانما هذا في أمر شرعي .

( لأنه ) أي المضارب الثاني ( عامل له ) أي للأول ( فيه ) أى في ذلك العمل. قيل في كلامه تناقض ، لأنه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ، وهاهنا قال لأنه عامل للمضارب الأول ، والجواب أن الجهة مختلفة ، لأن الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح ، وعامل لغيره بسبب أنه في الابتداء مودع ، وعمل المودع وهو الحفظ للمودع فاندفع التناقض لعدم اتحاد الجهة ( كما في المودع ) يعني كما في المودع الغاصب إذا ضمن

ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد . وتصبح المضاربةوالربح بينهما على ما شرطا ، لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتـــداء ويطيب الربـــح للثاني ، ولا يطيب للأعلى ، لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستنـــد بأداء الضمان فلا يعرى عن نوع خبث . قال وإذا دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف

---

يرجع على الغاصب بما ضمن ( ولأنه ) أي الثاني ( مغرور من جهته ) أي من جهـة الأول فانه قد غره . وفي بعض النسخ معذور بالذال من العـــذر ( في ضمن العقد ) أي العقد الذي بين الاول والثاني ، لأنه اعتمد والاول غرر .

( وتصبح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا ) أي بين المضاربين وقـــال الشافعي وأحمد الربح لمالكه ولا شيء للمضارب الاول وللثاني أجر مثـله على الروايتين . وقال مالك إن اتفق الجبران فالربح بين المال والعامل الثاني ولا شيء للأول، وإن اختلفا وكان الاول أكثر فالزائد للمالك ، وإن كان العقد أقل فارب المال شرطه ويرجـع الثاني على العامل الاول . وقيل للعامل حصة كاملة ويرجع المالك على الاول ببـــاقي حصته ( لان قرار الضمان على الاول ) يثبت الملك له. وقوله على الاول خبر إن ( فكأنه ) أي فكأن رب المال ( ضمنه ابتداء ) أى في ابتداء الامر ( ويطيب الربح للثاني ) أى للمضارب الثانى ( ولا يطيب ) أى الربح ( للأعلى ) وهو المضارب الاول ( لان الاسفل ) وهـــو المضارب الثاني ( يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ) لانه يستحقه برأس المال والملك في رأس المال حصل بأداء الضمان مستنداً ( فلا يعرى عن نوع خبث ) لان الملك الحاصل بأداء الضمان مستنداً ثابت من وجه دون وجـه فاذا كان كذلك فسبيله التصدق .

( قال ) أي القدوري ( فاذا دفع اليه ) أى إلى المضارب( رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني ) أى المضارب الثـــاني

وربح ، فإن كان رب المـــال قال له على أن ما رزق الله فهو بيننا نصفان ، فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث ، وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقـــد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني ، فيكون له ، فـــلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك ، لأن فعل الثاني واقع للأول ، كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم . وإن كان قال له على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان

---

(وربح فان كان رب المال قال له ) أي للمضارب الاول ( على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس ، لان الدفع إلى الثاني مضاربة ) أي لان دفع الاول إلى الثاني حال كون الدفع مضاربة ( قد صح لوجود الامر به ) أي بالدفع ( من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق ، فلم يبق للأول ) أي للمضارب المال ( إلا النصف ) بمقتضي الشرط (فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقدجعل من ذلك ) أي من نصيبه ( بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك ) أي يطيب للمضارب الاول السدس والثاني الثلث والاول وان لم يعمل بنفسه فقد باشر العقدين . ألا ترى انه لو يضع المال مع غـــيره أو بعضه رب المال حتى ربح كان نصيب المضارب من الربح طيباً وإن لم يعمل بنفسه .

وعلل المصنف بقوله ( لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوببدرهم فاستأجرغيرهعليه) أي استأجر غيره عليه على عمل الخياطة (بنصف درهم ) فإن النصف الآخر يطيب للمستأجر ، استأجر ، لأن العمل وقع له ، فكذا(وإن كانقالله)أيوإن كان رب المال قال للمضارب ( على أن مـــا رزقك الله فهو بيننا نصفان ) يعني قال ذلك

فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول ، وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا . ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما . ولو كان قال له على أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه ، أو قال له فما كان من فضل

---

بكاف الخطاب ، وكذا الحكم لو قال ما ربحت في هذا من شيء ، أو قال على أن ما كسبت فيه من كسب أو قال على أن ما رزقت من شيء وقال على أن ما صار لك فيه من ربح فهو بيننا نصفان ، أو قال اعمل فيه برأيك ( فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان ، لأنه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما ) أى الثلثان بين رب المال والمضارب الأول ، لأنه شرط نصف ما يحصل وما شرط نصف الجميع ( بخلاف الأول ) أي الوجه الأول (لأنه) أي لأن رب المال ( جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ) أي الحكمان .

( ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان ) هذا من مسائل الجامع الصغير ، وقوله نصفين نصب على الحال ، وكذا الواو للحال في قوله ( وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال ، لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه ، وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ) أي بين الأول ورب المال .

( ولو كان قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه ، أو قال له فما كان من فضل فبيني

فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول ، لانه جعـــل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني إلى جميـــع نصيبه ، فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر غـــيره ليخيطه بمثله . وإن شرط للمضـارب الثاني ثلثي الربح فلرب المـال النصف وللمضـارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله ، لانـــه شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفـــذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ، ولأنه غره

---

وبينك نصفان وقد دفع ) أي والحال أن الأول قد دفع المال ( إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول ، لأنه جعـــل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء) لأنه جعل ما كان للثاني ( كمن استؤجر) أي رجلاً (ليخيط ثوباً بدرهم فاستأجر ) أي المستأجر بفتح الجيم (غيره ليخيط بمثله ) أي بدرهم ، فانه لا يبقى له شيء .

( وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله ) هـــذا لفظ القدوري في مختصره ( لأنه ) أي لأن المضارب الأول ( شرط للثاني شيئاً هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال ) أي ابطال حق رب المـــال ( لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوماً في عقد يملكه وقد ضمن له ) أي وقد ضمن المضارب الأول للثاني (السلامة فيلزمه الوفاء به) أي بما ضمنه ( ولأنه غره) أي ولأن المضارب الأول غر الثاني

في ضمن العقد وهو سبب الرجوع ، فلهذا يرجع عليه ، وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف .

## فصـــل

قـــال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز

---

( في ضمن العقد ) حيث شرط له النصف ( وهو ) أي الغرور في ضمن العقـــد ( سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه ) أي فلأجل ذلك يرجع عليه قيد الغرور في ضمن العقد ، لأن الغرور إذا لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجباً للضمان كما لو قال لآخر هـــذا الطريق آمن فاسلكها وهو ليس بآمن فسلكها فقطع عليه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليـــه ( وهو ) أي الحكم المذكور في الضمان ( نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه ) أي المستأجر بفتح الجيم ( إلى من يخيطه بدرهم ونصف ) فانه يقوم النصف من عنده ، لأنه غره بالتسمية ، فكذا هذا .

## ( فصـــل )

الفصل مهما فصل لا ينون ومهما وصل ينون لان الإعراب يكون بعـــد التركيب والتقدير هذا فصل في حكم كذا وكذا ، ولما كان فيه حكم يغاير ما سبق فصله لذلك .

( قال وإذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح ) هـــذا من مسائل الجامع الصغير ، أي وشرط أيضاً لعبد رب المال ثلث الربح ( على أن يعمـــل معه ) أي مع المضارب وكلمة على يجيء للشرط كما في قوله تعـــالى ﴿ يبايعنك على أن لا يشركن بالله ﴾ ١٢ الممتحنة ( ولنفسه ثلث الربح ) أي وشرط لنفس المضارب ثلث الربح ( فهو جائز ) أي هذا الحكم وهذا العقد جائز ، وذلك لان اشتراط العمل عليـــه لا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة ، لان للعبد يداً معتبرة ، ولهذا لم يكن للمولى استرداد وديعة العبد من يد المودع ، وإذا جازت المضاربة ، كان نصيب العبد من الربـــح

لأن للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له ، واشتراط العمل إذن له ،

---

للمولى إن لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فغرماؤه أحق بذلك كسائر أكسابه ، بخلاف شرط العمل على رب المال ، فانه يمنع التخلية فلا تصح المضاربة وقوله لعبد رب المـال ليس بقيد لان حكم عبد المضارب كذلك ، وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له .

وفي الذخيرة إذا شرط في المضاربة بعض الربح لغير المضارب ورب المـال فهو على وجوه الاول إذا شرط ذلك لاجنبي ، وفي هذا الوجه إن شرط عمل الاجنبي فالمضاربة جائزة والشرط باطل وتجعل المشروط للأجنبي كالمسكوت عنه ، فيكون لرب المال.

الثاني : إذا شرط بعض الربح لعبد المضارب أو لعبد رب المال ، قـال شرط على العبد مع ذلك فالشرط جائز والمضاربة جائزة وإن لم يشترط عمل العبد مع ذلك إن لم يكن على العبد دين صح الشرط سواء كان عبد المضارب أو عبد رب المال وإن كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح الشرط ، ويكون المشروط كالمسكوت عليه ، فيكون لرب المال ، وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به ، وإن كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف .

والوجه الثالث : إذا شرط بعض الربـــح لمن لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال له نحو الابن والمرأة والمكاتب ومن اشبههم فالجواب فيه كالجواب فيما إذا شرط بعض الربح لاجنبي .

والوجه الرابع : إذا شرط بعض الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المـال فهو جائز ، ويكون المشروط للمشروط له فقضى دينه به ، وقيل قيد بعبد رب المال لأن فيه خلافاً لبعض اصحاب الشافعي وبعض أصحاب أحمد ، وفي غـيره لا خلاف . وعند اكثر أصحاب الشافعي يصح اشتراط العمل على غلام رب المال كقولنا ، وهو قول مالك وظاهر قول أحمد .

( لان للعبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له واشتراط العمل إذن له ) فيتحقق

ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ، ولهذا يجوز بيع المولى عبده المأذون ، وإذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر . وإذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لان كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان عليه دين فهو للغرماء .

---

خروج المال من يد رب المال مع اشتراط عمله فصح ، سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه في حق المضاربة كعبد أجنبي آخر ( ولهذا ) أي ولكن يد العبد يداً معتبرة خصوصاً إذا كان مأذوناً له ( لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وإن كان محجوراً عليه ) أراد لا يجوز استرداد ما أودعه العبد من يد المودع ( ولهذا ) أي ولعدم ولاية الاخذ للمولى من مودعه ( يجوز بيع المولى من عبده المأذون ) يعني إذا كان مديوناً وهذا بالإجماع ، اما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأن المولى من عبده المأذون اجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت على ما يجيء في المأذون إن شاء الله تعالى .

( وإذا كان كذلك ) يعني إذا كان الحكم ما ذكرنا من كون يد العبد معتبرة وجواز بيع المولى منه إذا كان مأذوناً له مديوناً ( لم يكن ) أي اشتراط ثلث الربح لعبد رب المال مع اشتراط العمل عليه ( مانعاً من التسليم والتخلية بين المال والمضارب ، بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه ) أي لان الاشتراط على رب المال ( مانع من التسليم ) والتخلية إذا كان مانعاً فقد بطل ( على ما مر ) أي عند قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد ، لانه يمنع خلوص يد المضارب ( وإذا صحت المضاربة ) المذكورة ( يكون الثلث ) أي ثلث الربح ( للمضارب بالشرط والثلثان للمولى ، لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين ) لان العبد وما في يده لمولاه .

( وإن كان عليه دين ) أي على العبد ( فهو للغرماء ) لان المولى لا يملك إكساب عبد

هـــذا إذا كان العاقد هو المولى ، ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين ، لان هذا اشتراط العمل على المالك ، وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة لان المولى بمنزلة الأجنبي عنده على ما عرف .

## فصل في العزل والقسمة

قال وإذا مات رب المال والمضارب بطلت المضاربة ، لانه توكيل على ما تقـــدم ،

---

المديون ( هذا ) أي الذي ذكرناه من الحكم ( إذا كان العاقـد هو المولى . ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليـه دين، لان هذا ) الشرط ( اشتراط العمل على المالك ) واشتراط العمل على المالك يفسد المضاربة على ما مر ( وان كان على العبد ) أي العبد المأذون له المذكور ( دين صح ) أي اشتراط العمل على المولى ( عند أبى حنيفة ، لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده ) أي عند أبي حنيفة ( على ما عرف ) أي في كتاب المأذون ، وعندهما لا يصح هذا ، فحينئذ الاشتراط على المولى يفسد ، وبه قالت الائمة الثلاثة .

## ( فصل في العزل والقسمة )

في بيان أحكام العزل – أي عزل المضارب – وفيه بيان أحكام القسمة ، أى قسمة المضارب قاله السغناقي ، والاولى أن يقال قسمة الربح على ما لا يخفى .

( قال ) أي القدوري ( وإذا مـــات رب المال والمضارب ) أي أو مات المضارب ( بطلت المضاربة لانه ) أي لان المضاربة وتذكير الضمير إما باعتبار العقد وإما باعتبار المذكور . ولو قال لانها كان اولى ( توكيل ) أراد أن مبناها على الوكالة ، لان المضاربة عقد على الشركة بمال أحد الجانبين والعمل من الآخر ، فاذا كان مبناهــا على الوكالة تبطل بموتهما أو موت أحدهما كما في الوكالة ( على ما تقدم ) في قوله في أول البـــاب وهو

وموت الموكل يبطل الوكالة ، وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقـــد مر من قبل . وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ، لان اللحوق

---

وكيل فيه ، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه ( وموت الموكل يبطل الوكالة ) لأن الوكالة عقد جائز غير لازم ، فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الأمر في كل ساعة ( وكذا ) أى تبطل الوكالة ( موت الوكيل ) لقيامها به ولا نعلم فيه خلافاً ( ولا تورث الوكالة ) لأنها غير لازمة كما ذكرنا فلا ينتقل إلى ورثته ( وقد مر ) أى حكم بطلان الوكالة بموتهما أوموت أحدهما ( من قبل ) أى من قبل هذا الباب ، وأراد به باب عزل الوكيل في كتاب الوكالة.

ثم اعلم أن كون المضارب كالوكيل ليس بكلي بل يفترقان في مسائل منها أن الوكيل إذا دفع اليه الثمن قبل الشراء فإنه يرجع به على الموكل ، ثم لو هلك ما أخذه ثانياً لا يرجع به مرة بعد أخرى . وأما المضارب فيرجع به على رب المال مرة بعد أخرى إلى أن يصل الثمن إلى البائع ، وجه الافتراق أن شراء الوكيل يوجب الثمن عليه على البائع ، وله على الموكل بعد الشراء صار مقضياً ما استوجبه ديناً عليه وصار مضموناً عليه بالقبض ، فإذا هلك في ضمانه فلا يرجع ثانياً ، وأما المضارب إذا رجع على المال فما يقبضه يكون امانة في يده ، فإذا هلك كان هلاكه على رب المال فيرجع عليه مرة بعد أخرى ، ولكن لو نظرنا إلى كون المال امانة في أيديهما كان حكمهما واحداً من هذا الوجه . ومنها أن رب المـــال لو ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلماً فالمضاربة بخلاف الوكيل على ما يجيء عن قريب. ومنها أن المضارب إذا اشترى بمال المضاربة عروضاً ثم عزله رب المال عن المضاربة لايعمل عزله وإن علم به بخلاف الوكيل على ما يجيء .

( وإن ارتد رب المال عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة ) إذا لم يعد مسلماً . أما إذا عاد مسلماً جاز جميع ما فعـــل من البيع والشراء فكان عقد المضاربة على ما كان ، بخـــلاف الوكالة حيث لا تعود بعود الموكل مسلماً لخروج محل التصرف عن ملكه وفي المضاربة لا يبطل لمكان حق المضارب كما لو مات حقيقة ( لأن

بمنزلة الموت . ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته . وقيل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة « رح » لانه يتصرف لـــه فصار كتصرفه بنفسه . ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها ، لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة .

قال فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله

---

اللحوق ) بدار الحرب ( بمنزلة الموت ) حكما ( ألا ترى ) توضيح لكون اللحوق كالموت ( انه ) أى الشأن ( يقسم مـــاله بين ورثته ) كما في الموت الحقيقي ويعتق مدبروه وأمهات أولاده .

( وقيل لحوقه ) بدار الحرب ( يتوقف تصرف مضاربه ) أى مضارب رب المـــال الذي ارتد على الاتعاظ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل ( عند أبي حنيفة رضى الله عنه ،لانه)أي لان المضارب ( يتصرف له ) أي لرب المال ( فصار ) أي تصرف المضارب ( كتصرفه ) أي كتصرف رب المال ( بنفسه ) فلو تصرف رب المال في هــذه الصورة لكان تصرفه موقوفاً عند أبى حنيفة « رح» لارتداده فكذا تصرف نائبه وهو المضارب.

( ولو كان المضارب هو المرتد ) بنصب الدال ، لأنه خـــبر كان وهو ضمير الفصل ( فالمضاربة على حالها ) في قولهم جميعاً ، حتى لو اشترى أو باع وربح أو خسر ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والربح بينهما على ما اشترطا ( لأن له ) أي للمضارب ( عبارة صحيحة ) لكونه عاقـلا بالغاً ( ولا توقف في ملك رب المال ) لأنه نائب أو متصرف في منافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك بخـلاف رب المال لأن التوقف فيه لتعلق حق ورثته بماله أو لتوقف ملكه باعتبار توقف نفيـــه والعهدة في جميع ذلك على رب المال ( فبقيت المضاربة ) الفاء جواب شرط محـــذوف والتقدير وإذا كان كذلك فبقيت المضاربة على حالها .

( قال ) أي القدوري ( فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم ) أى المضارب (بعزله ) أي بعزل رب المال إياه فالمصدر مضاف إلى فاعـــله وذكر المفعول مطوى ، ويجوز أن

حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصداً يتوقف على علمه . وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال ، وإنما ينض بالبيع . قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئاً آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار

---

يكون مضافاً إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ( حتى اشترى ) أي المضارب ( وباع فتصرفه جائز لأنه ) أي لأن المضارب ( وكيل من جهته ) فلا ينعزل إلا بعلمه لأنه عزل قصدي فيتوقف على العلم ، لأن العزل نهى والأحكام المتعلقة بالأمر والنهى لا يؤثر فيها النهي إلا بعد العلم دليله أو أمر الشرع ونواهيه ، أشار إلى ذلك بقوله ( وعزل الوكيل قصداً ) أي عزلاً قصداً ، أو مقصوداً ، أو يكون حالاً أي قاصداً ( يتوقف على علمه ) أي علم الوكيل لما ذكرنا ( وإن علم بعزله والمال ) أي والحال أن المال ( عروض فله ) أى فللمضارب ( أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك ) أي من المبيع عند أكثر أهل العلم فله أن يبيعها نقداً ونسيئة كما قبل العزل ، حتى لو نهى رب المال عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه ، وكذا لا يصح نهيه عن المسافرة في الروايات المشهورة قبل العزل .

( لأن حقه ) أي حق المضارب ( قد ثبت في الربح ، وإنما يظهر ) أي حقه في الربح ( بالقسمة وهي ) أي القسمة ( تبتنى على رأس المال ) بان يكون نقداً ( وإنما ينض ) أي ينقد ( بالبيع ) بأن تباع العروض ، حتى يصير أحد النقدين ونض ينض من باب ضرب يضرب من التنصيص وهو خروج الماء عن الحجر أو نحوه قليلا قليلا ، والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير ومادته نون وضاض معجمة .

( قال ) أي القدوري ( ثم لا يجوز أن يشتري ) أي المضارب المعزول ( بثمنها ) أى بثمن تلك العروض التي نضت ( شيئاً آخر ، لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة ) أي لأجل ضرورة ( معرفة رأس المال ) لأجل القسمة ( وقد اندفعت ) أي الضرورة ( حيث صار )

نقداً فيعمل العزل ، وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير قـــد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لانه ليس في أعمـال عزله إبطال حقه في الربح ، فلا ضرورة . قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المـــال ، فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المـــال استحساناً ، لان الربح لا يظهر إلا به ، وصار كالعروض . وعلى هذا

موت رب المال في بيع العروض

---

أى رأس المال ( نقداً ) أى دراهم أو دنانير ( فيعمل العزل ) بعمله (وإن عزله )أى رب المال المضارب ( ورأس المال ) أى والحال أن رأس المال ( دراهم أو دنانير وقـــد ) أي والحال انها قد ( نضت ) أي نفذت بأحد النقدين ( لم يجز له أن يتصرف فيها ) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقـــه في الربح فلا ضرورة ) في تصحيح تصرفه ، لأنه باعها بكون المال نضاً .

(قال وهذا الذي ذكره) القدوري ( إذا كان ) أى المال الذي نض ( من جنس رأس المال ) بأن كان كل منهما دراهم أو دنانير ( فإن لم يكن ) أى المال الذي نض من جنس رأس المال ( بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أوعلى القلب ) أى أو كان العكس بأن كان دنانير ورأس المال دراهم ( له ) أى للمضارب ( أن يبيعها بجنس رأس المال ) قيد به ، لأنه ليس له أن يشتري بما نقد العروض ( استحساناً ) أى من حيث الاستحسان ( لأن الربح لا يظهر إلا به ) أن يبيعها بجنس رأس المال ، لأن الواجب عليه رد مثل رأس المال وقال يمكن إلا أن يبيع ما في يده بجنس رأس المال ( وصار كالعروض ) في حكم جواز البيع وفي القياس لا يجوز لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية ، فصار كأن رأس المال قد تعين .

( وعلى هذا ) إشارة الى قوله لا يمنعه العزل ، أي على حكم المذكور (موت رب المال) وارتفاع الموت بالابتداء ، وخبره قوله على هذا (في بيع العروض) بأن كان المال عروضا

ونحوها . قال وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيـــه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لانه بمنزلة الأجير والربح كالاجر له . وإن لم يكن له ربح لم يلزمـــه الاقتضاء ، لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع بـــه ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء ، لان حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه .

---

ومات رب المال فـلا ينعزل المضارب ، بل يبيعها وينض رأس المال ، وكذا في لحوق رب المال بدار الحرب مرتداً ، لأنه موت حكماً ( ونحوها ) أي ونحو العروض ، فإن كان رأس المال دراهم وفي يده دنانير أو على العكس .

( قال ) أى القدوري ( وإذا افترقا وفي المال ديون ) أى إذا افـــترق رب المال والمضارب والحال في المال ديوناً والمراد من الافتراق فسخهما عقد المضارب (وقد ربح المضارب فيه ) أي والحال أنه قد ربح المضارب في المال (أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) أي على طلب الديون التي على الناس ( لأنه ) أى لأن المضارب ( بمنزلة الاجـير ) حيث جعل له شيء ( والربح كالاجر له ) لانه استحق الربح بأن اعله وقد سلم له بدل علـــه وهو الربح فيجبر على اتمـــام عمله ، ومن إتمامه استيفاء مـا وجب من الديون على الناس ولا نعلم فيه خلافاً .

( وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء ) أي طلب الديون التي على الناس وقالت الثلاثة لزمه الاقتضاء لانه بعقد المضاربة التزم رد رأس المال على صفته ، ودليلنا هو قوله ( لانه ) أي المضارب ( وكيل محض ) أي خالص ( والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ) بل الواجب رفع يده عن المال فاذا رفع يده فلا يلزمه أكثر منه لانه وكيل محض قبل ظهور الربح ( ويقال له ) أي للمضارب ( وكل رب المال في الاقتضاء ، لان حقوق العقد ترجع إلى العاقد فلا بد من توكيله ) أى توكيل المضارب رب المال ( وتوكله ) أى توكل رب المال ( كيلا يضيع حقه ) أي حق رب المال لانه لا يمكن المطالبة فيما عقد المضارب

قال في الجامع الصغير يقال له أحل مكان قوله ، وكل المراد منـه الوكالة . وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي ، لانهما يعملان بأجرة عادة .

---

إلا بالتوكيل فيوكل حفظاً لحقه . وفي بعض النسخ حتى لا يضيع حقه .

( وقال في الجامع الصغير يقال له ) أي للمضارب ( أحل ) أي رب المال وهو أمر من أحال يحل من الحوالة ( مكان قوله وكل المراد منه ) أي من قوله أحـل ( الوكالة ) لانه ليس عليه دليل ، حتى تكون حقيقة الحوالة ، فعلى هذا إطلاق الحوالة على الوكالة يكون استعارة والمجوز اشتمالها على النقد ، هذا لفظ القدوري ( وعلى هـذا ) أى على الحكم المذكور ( سائر الوكالات ) أراد به كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي لـه يجبر عليه ، ولكن يجبر على ان يحيل رب المـال بالثمن على المشترى وكذا المستبضع ( والبياع ) أى الذي يبيع بالأجر وهـو الدلال ( والسمسار ) بكسر السين هو التوسط بين البائع والمشترى . وفي المبسوط هو من يعمل للغير بالأجر بيعـاً أو شراء . قلت فعلى هـذا الافتراق بين الدلال والسمسار ، ولكن أهل اللغة فرقوا بينهما بمـا ذكرنا . قال الأعشى :

فعشنا زماننا وما بيننا رسـ ... ـول يراجـع أخبارها
فأصبحت لا أستطيع الجوا ... ب سوى أن أراجع سمسارها

يريد السفير بينهما . وفي العباب وهو لفظ معرب ( يجبران على التقاضي لأنهما ) أى لأن البياع والسمسار ( يعملان بأجرة عادة ) فيكون كالإجارة الصحيحة . ولو دفع إلى سمسار دراهم وقال اشتر لي بها رطباً بأحد عشرة دراهم فهذا فاسد ، لأنه استأجر أصلاً مجهولاً ، وكذا لو سمى له عـدد الثياب أو استأجر لبيع طعام أو شراب ، والحيلة في جوازه أن يستأجره يوماً إلى الليل باجر معلوم ليبيع له أو يشترى ، لأن العقد يتناول منافعه وهي معلومة ببيـان المدة وإن لم يشترط أجراً يكون وكيلاً معيناً له ، فيعوضه بعد الفراغ من العمل مثل الأجر ، لأن جزاء الإحسان أجرة .

قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة ، فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه أمين . وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه أو كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال ، لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل ، وهذا بناء عليه وتبع له ، فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه ، لانه أخذه

---

( قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى ) إنما كان الربح تابعاً لأنه لا يتصور بدون رأس المال وهو متصور بدونه ، فكان أصلاً ( كما يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة) عند **أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» لان العفو تبع وقد مر بيانه في باب الزكاة(فإن زاد الهالك** على الربح فلا ضمان على المضارب ) هذا لفظ القدوري ( لأنه أمين ) فلا يكون ضميناً لما بينهما من المنافاة ( وإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ) يعني لم يفسخاها ( ثم هلك المال بعضه ) أى بعض المال ، ورفعه على انه بدل البعض من الكل ( أو كله ) بالرفع أيضاً ، لأنه بدل **الكل** ، أى رب المال والمضارب ( تراد الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله ) وفي بعض النسخ رأس المال ( لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه ) أى لأن رأس المال (هو الأصل ) لتصور بدون الربح ( وهذا ) أى الربح ( بناء ) أى مبني ( عليه ) أى على رأس المال الذي هو الأصل ( وتبع له ) أى لرأس المال ، لأنه زيادة عليه ( فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة ) أى حال كونه امانة غير مضمون ( تبين أن ما استوفياه ) أى رب المال والمضارب ( من رأس المال ) خبران ( فيضمن المضارب ما استوفاه ) أي الذى أخذه ( لانه أخذه لنفسه ) ولم يكن ذلك حتى يصل رب المال إلى

لنفسه وما أخذه رب المـــال محسوب من رأس ماله . وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لانه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا . فلو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداهـا فهلك المال لم يتراد الربح الأول ، لان المضاربة الأولى قـــد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالاً آخر .

---

رأس ماله ، وهذا بمنزلة قسمة الوارث التركة مع قيام الدين على الميت ، فلو أن الورثة عزلوا من التركة مقدار الدين وقسموا ما بقى ثم هلك المعزول قبل أن يصل إلى العزل بطلت القسمة ، وعليهم ضمان ما أخذوه من حق الغرماء لان حقهم سابق على حق الورثة في التركة ، فكذلك فيما نحن فيه ( وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله) يعني يجعل ذلك من رأس المال .

( وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء ) يعني بعد الاستيفاء ( كان ) أى الشيء الفاصل ( بينهما ) أى بين رأس المال والمضارب ( لأنه ربح ) وقضيته أن يكون مشتركاً بينهما ( وإن نقص ) يعني شيء من رأس المال ( فلا ضمان على المضارب لما بينا ) أشار به إلى قوله لانه امين ( ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها) ثانياً (فهلك المال لم يتراد الربح الاول ،لان المضاربة الاولى قد انتهت) يعني بقسمة الربح وفسخ المضاربة(والثانية) أى المضاربة الثانية ( عقد جديد فهلاك المال في الثاني ) أى في العقد الثـاني ( لا يوجب انتقاض الاول ) أى الاقتسام الاول ( كما لو دفع ) وفي بعض النسخ كما إذا دفـع أى رب المال ( اليه ) أى إلى المضاربة ( مالاً آخر ) غير المال الاول فإنه لا يوجب انتقاض الاقتسام الاول .

## فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب أن يبيع ويشتري بالنقد والنسيئة ، لأن كل ذلك من صنيع التجارة فينتظمه إطلاق العقد ، إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر العام المعروف بين الناس ، ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب ،

---

( فصل فيما يفعله المضارب )

انما فصله لانه يذكر فيه ما لم يذكره في اول المضاربة من أفعال المضارب .

( قال ) أى القدوري ( ويجوز للمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة ) أى بالحال والاجل ، وبه قال أحمد في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية وابن أبي ليلى لا يجوز بغير الإذن ، لانه ضد مقصود رب المال ، ودليلنا قوله ( لان كل ذلك ) أى البيع بالنقد والنسيئة ( من صنيع التجارة ) بضم التاء جمع تاجر ، وجاء بالكسر أيضاً ولكنه بتخفيف الجيم ( فينتظمه ) أى إذا كان كذلك فينتظم البيع بالنقد والنسيئة دل عليه قوله أن يبيع كما في قوله تعالى ﴿ إعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، أى العدل الذى دل عليه اعدلوا ( اطلاق العقد ) هو كونه غير مقيد بالنقد .

(إلا) استثناء من قوله ويجوز للمضارب أن يبيع، والاولى أن يكون من قوله فينتظمه إطلاق العقد ( إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار اليه) أى إلى ذلك الاجل بأن باع إلى عشر سنين ونحوها ، وقوله لا يبيع التجار جملة في محل الجر صفة لقوله إلى أجل فافهم ( لان له ) أى للمضارب ( الامر العام ) أى الشامل ( المعروف ) أى المعتاد ( بين الناس ) أراد به ما هو صنيع التجار والبيع إلى أجل طويل غير معتاد فلا ينتظمه الإذن ( ولهذا ) توضيح لما ذكره ( كان له ) أى المضارب ( أن يشترى دابة للركوب ) بجريان العادة ( وليس له أن يشترى سفينة للركوب ) لعدم جريان العادة فيه، هذا في المضاربة الخاص بنوع كالطعام مثلا ، أما إذا لم يخص المضاربة بنوع بل دفع المال ولم يسم ما يشتري به

وله أن يستكريها اعتباراً لعادة التجار ، وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار . ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع ، أمـــا عندهما فلأن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى ، إلا أن المضارب لا يضمن لان له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل ، لانه لا يملك ذلك .

---

فاشترى سفينة أو دابة ليحمل عليها مال المضاربة يجوز للاطلاق ( وله ) أى للمضارب ( أن يستكريها ) أي يستكري السفينة ( اعتباراً لعادة التجـــار ) فانهم يستكرون السفينة لحمل البضائع ( وله ) أى للمضارب أيضاً ( أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة ، لانه من صنيع التجار ) احترز بالمشهورة ، عما روى ابن رستم عن محمد أنه لا يملك ذلك باطلاق العقد ، لانه بمنزلة الدفع مضاربة ، والفرق أن المضارب شريك في الربح والمأذون لا يصير شريكاً فيه .

( ولو باع بالنقد ) أى المضارب شيئاً ( ثم أخر الثمن ) أى من الشراء بعيب أوبغيره ( جاز بالإجماع ) أراد به إجماع أصحابنا ( أما عندهما ) أى عند أبي حنيفة ومحمـــد رحمهما الله ( فلأن الوكيل يملك ذلك ) أي الوكيل بالبيع يملك تأخير الثمن عند المشتري ( فالمضارب اولى ) بالجواز لان ولايته أعم ، لانه شريك في الربح أو بعوضيه أن يصير شريكاً ، فكان أصيلاً من وجه ( إلا أن المضارب لا يضمن ) هـذه إشارة إلى الفرق بينهما وهو أن المضارب إذا أخر الثمن لا يضمن لرب المال ( لان له ) أى للمضارب ( أن يقابل ) أى البيع ( ثم يبيع ) أى بعد الاقالة ( نسيئة ) أى بالدين ، لانه لما كان يملك البيع نسيئة ابتداء فكذلك بواسطة الاقالة .

( ولا كذلك ) أى ليس كذا ( الوكيل ) أي بالبيع ( لانه لا يملك ذلك ) أى الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها . وهاهنا شيئان ، الاول : أن الإشارة إلى الاقالة والبيع الدال عليهما قوله أن يقابل ثم يبيع والثاني : أن تذكير الإشارة باعتبار المذكور .

وأما عند أبي يوسف « رح » فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الإقالة . ولو احتال بالثمن على الأيسر والأعسر جاز لأن الحوالة من عادة التجار ، بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر ، لأن تصرفه مقيد بشرط النظر . والأصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع ، نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة إليه والإرتهان والرهن ، لانه ايفاء واستيفاء ،

---

( وأما عند أبي يوسف فلأنه ) أى فلأن المضارب ( يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل ، لانه لا يملك الإقالة ) فكذا لا يملك تأجيله في الثمن ، فلا يرد الضمان وعدم الضمان على قوله ( ولو احتال ) أى المضارب إذا قبل الحوالة ( بالثمن على الايسر أو الاعسر ) أى على رجل أيسر من المشترى أو أعسر منه ( جاز ) أى الاحتيال ، أى الحوالة وتذكير الفعل باعتباره ( لان الحوالة من عادة التجار ) لانها متعارفة بينهم وهم محتاجون اليها ( بخلاف الوصي يحتال ) أى حال كونه يحتال ( بمال اليتيم حيث يعتبر فيه ) أى في هذا الحكم ( الانظر ) في حق الصغير ( لأن تصرفه مقيد بشرط النظر ) ولا نظر في قبول الحوالة على الاعسر والاب كالوصي .

( والأصل ) فيما يجوز للمضارب ان يفعله وما لا يجوز ( أن ما يفعله ) أي ( المضارب ثلاثة انواع ، نوع ) أى احدهما نوع ( يملكه ) أي المضارب ( بمطلق المضاربة ) يعني من غير أن يقول لرب المال إعمل برأيك ( وهو ) أي هذا النوع ( ما يكون من باب المضاربة وتوابعها ) أى توابع المضاربة كالتوكيل بالبيع والشراء والرهن والإرتهان ونحوها على ما يجيء الآن ( وهو ما ذكرنا من قبل ) أشار به إلى قوله أن يبيع بالنقد والنسيئة والإذن لعبد المضاربة وتأخير الثمن والاحتيال به ( ومن جملته أي جملة ما يملكه بمطلق العقد ( التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه ) أى إلى التوكيل ( والرهن والارتهان لانه ) أي لان أحدهما وهو الرهن ( إيفاء ) لما عليه ( واستيفاء ) أي والآخر وهو

والإجارة والاستئجار والايداع والإبضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل . ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق بـــه فيلحق عند وجود الدلالة ، وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره ، لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض

---

الارتهان استيفاء لحقه (والإجارة والاستئجار والإيداع والابضاع والمسافرة) كلها مرفوع عطفاً على قوله والارتهان ( على ما ذكرناه من قبل ) إشارة إلى ما ذكر من اول الكتاب بقوله وإذا صحت المضاربة مطلقـــة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع .

( ونوع ) أي الثـــاني نوع ( لا يملكه ) أي المضارب ( بمطلق العقد ) أى عقد المضاربة ( ويملكه ) أى يملك هذا النوع ( إذا قيل له ) أى للمضارب بان قال له رب المال ( اعمل برأيك ) للتفويض العام ( وهو ) أى هذا النوع ( ما يحتمل أن يلحق به ) أى النوع الأول ( فيلحق ) أى النوع الثاني بالأول ( عند وجود الدلالة ) وهو قوله أعمل برأيك ( وذلك ) إشارة إلى ما ذكر من قوله وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة ( مثل دفع المال مضاربة ) أى مثل دفع المضارب مال المضاربة إلى غـيره مضاربة لوجود الدلالة على أن هذا مثل النوع الأول وهو قوله إعمل برأيك ( أو شركة إلى غيره ) أى أو مثل دفع مال المضاربة شركة إلى غيره ( وخلط مـال المضاربة ) بجر خلط عطفاً على المال في دفع المال ، أى ومثل خلط المضارب مال المضاربة ( بماله ) أي بمال نفسه ( أو بمال غيره ) أى أو خلط بمال غيره .

( لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ) هذا تعليل لكون هذا النوع ملحقا بالنوع الأول لا ضمان الإطلاق عند وجود الدلالة ( وهو) أي دفع المال مضاربة أو شركة إلىغيره أو خلط مالها بماله أو بمال غيره (أمر عارض) أي أمر زائد على ماتقوم به التجارة

لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة . وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك . ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة

---

( لا يتوقف عليه التجارة ) لعدم العرف بذلك بينهم ( فلا يدخل تحت مطلق العقد )أى إذا كان كذلك فلا يدخل هـذا النوع تحت مطلق العقد ، لأن رب المال لم يرض بذلك ( ولكنه ) أى ولكن ما ذكر من الأمور ( جهة في التثمير ) أى وجه وطريق في تثمير المال أى زيادته ( فمن هذا الوجه يوافقه ) أى فمن جهة تثمير المال فيه يوافق ما ذكر من الأمور عقد المضاربة ( فيدخل فيه ) أى فيدخل ما ذكر فيه عند المضاربة ( عند وجود الدلالة ) وهى قوله اعمل برأيك إعمال يقتضي العموم ، أشار اليه بقوله ( وقوله إعمل برأيك دلالة على ذلك ) أى وقول رب المال في عقد المضاربة للمضارب اعمل برأيك دلالة على دخول ما ذكرت من الأمور في العقد .

( ونوع ) أى الثالث نوع ( لا يملكه ) أي المضارب ( لا بمطلق العقد ولا بقول [1] رب المال إعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال ) لأنه ليس من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها ( وهو الاستدانة ) أى النوع الثالث الذي لا يملكه ايضاً إلا بالتنصيص عليه هو الاستدانة ( وهو أن يشتري ) أى الاستدانة أن يشتري وذكر الضمير لتذكير الخبر وهو قوله أن يشتري ، وأن مصدرية والتقدير وهو الشراء ( بالدراهم والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة ) يعني اشترى شيئاً بأحـد النقدين بالدين بعـد أن اشترى برأس المال المتاع .

وفي شرح الطحاوي ولو اشترى سلعة بثمن دين من جنس رأس المال أو من خلافه بعد

---

(١) ولا بقوله ــ هامش .

وما أشبه ذلك ، لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين . ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج

---

أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة وليس عند مـــال المضاربة من جنس ذلك الثمن الذي اشترى به فيكون استدانة . ولو اشترى سلعة في حال فيقام رأس المال بثمن دين من جنس رأس المال أو من خلافه بعد أن يكون مما يجوز عليه عقد المضاربة جـاز الشراء على المضاربة ولا يكون استدانة . وقال زفر إذا اشترى بخـــلافه يكون استدانة . وفي الإيضاح وإن اشترى سلعة بأكثر من مال المضاربة وهو الألف مثـلاً كانت حصة الألف للمضاربة وما زاد فللمضارب له ربحـــه وعليه وضيعته والمال دين عليه لأن الاستدانة نفذت عليه خاصة .

( ومـــا أشبه ذلك ) فإن كان رأس المال ألف درهم فليس له أن يشتري بالمكيل والموزون لأنه اشترى بغير رأس المال فكان هذا استدانة فلا ينفذ على المضاربة ولو كان في يده دراهم فاشترى بدنانير نفذ على المضاربة استحساناً لأنهما كالجنس الواحـــد في ثمنيته ( لأنه ) أي لأن الشأن ( يصير المال ) أي مـــال المضاربة ( زائداً على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى ) أي رب المال ( به ) أي بذلك الزائد ( ولا يشغل ذمته بالدين ) أي ولا يرضى أيضاً بشغل ذمة المضارب بالدين .

( ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشترى ) بفتح الراء ( بينهما ) أي بين رب المال والمضارب ( نصفين بمنزلة شركة الوجوه ) ولا يكون مضاربة إذ ليس لواحد منهما فيه رأس المال فصار شركة بينهما كشركة الوجوه ، وإنما كان بينهما لأن اطلاق الشركة يقتضي التساوي (وأخذ السفاتج) بالرفع عطف على قوله وهو الاستدانة ،أي النوع الذي لايملك المضارب بدون التنصيص عليه الاستدانة وأخذ السفاتج وهو عبارة عن قرض يستفاد به سقوط خطر الطريق ،وهو جمع سفتجة .قال صاحب المغرب هو بضم السين وفتح التاء وهو تعريب

لأنه نوع من الاستدانة ، وكذا اعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير المال والكتابة ، لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض . قال ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يزوج الأمة لانه من باب الاكتساب ، ألا ترى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة . ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال لانه اكتساب

---

سفته ، وسفته شيء محكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره ( لأنه نوع من الاستدانة ) فلا يملكه المضارب إلا بالتنصيص ( وكذا إعطاؤها ) أي وكذا من النوع الذي لا يملكه المضارب إعطاء السفاتج (لأنه إقراض ) فلا يملكه المضارب لأنه ليس من التجارة (والعتق) بالرفع ايضاً ، وكذا من النوع الذي لا يملكه إلا بالتنصيص عتق العبد من مال المضاربة سواء كان ( بمال أو بغير مال ) لأنه ليس من التجارة ( والكتابة ) بالرفع ايضاً ( لأنه ) أي لأن المذكور من العتق بنوعيه والكتابة ( ليس بتجارة ) لأن هذه الأشياء تبرعات ( والإقراض والهبة والصدقة ) كلها بالرفع ( لأنه ) لأن المذكور وهو الأشياء الثلاثة ( تبرع محض ) فلا يملكها المضارب إلا بالتنصيص .

( قال ) أي القدوري ( ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة ) قيد به لأنه يجوز من غيره بلا خلاف ( وعن أبي يوسف « رح » انه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه ) أي المضارب ( يستفيد به ) أى بتزويجها ( المهر وسقوط النفقة ) أي عن المضارب .

( ولهما ) أى ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أنه ) أى أن تزويج الأمة ( ليس بتجارة والعقد ) أي عقد المضاربة ( لا يتضمن إلا التوكيل بالتجارة ، وصار ) أى تزوج الأمة ( كالكتابة والإعتاق على مال فإنه ) أى فإن كل واحد من الكتابة والاعتاق على مال

ولكن لما لم يكن بتجارة لا يدخل تحت المضاربة ، فكذا هذا . قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المـــال بضاعة فاشترى رب المـــال وباع فهو على المضاربة . وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ، ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء . ولنا أن التخلية فيه

---

( اكتساب ) حيث يحصل فيه المال ( ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخـــل تحت المضاربة فكذا هذا ) أى تزويج الأمة ، وإن كان فيه مال ولكن ليس بتجارة .

( قال ) أى في الجامع الصغير وليس في كثير من النسخ لفظه ، قال بل قوله فإن دفع بألف التفريعية وصورها فيه محل عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » فيمن دفع على آخر الف درهم مضاربة بالنصف فدفع المضارب بعضها الى رب المال بضاعة فباع رب المال بها واشترى ، قال هي على حالها قوله ( فإن دفع ) أى المضارب ( شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة ) أى حال كون الشيء بضاعة ، وها هنا شيئان ، الأول أن قوله شيئاً وإن كان يوهم أن حكم دفع كل المال بضاعة بخلاف ذلك فليس كذلك ، لأن الحكم فيهـــا سواء ، نص عليه في الذخيرة والمبسوط . الثاني انه قيد بدفع المضارب لأن رب المـــال لو أخذه من منزل المضارب من غير أمره وباع واشترى إن كان رأس المال بضاعة فهو نقض للمضاربة وإن صار عوضاً لا يصير نقضاً ، لأنه يمكن أن يحمل معيناً لأنه يكون عاملا لغيره ( فاشترى رب المال وباع فهو ) أى الذى اشترى وباع ( على المضاربة ) يعني لا يفسد المضاربة بذلك .

( وقال زفر « رح » تفسد المضاربة ، لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه ) لأن المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره ( فيصير ) أى رب المال ( مسترداً ) لما له وبه تنقض المضاربة ( ولهـــذا ) توضيح لما قبله ( لا يصح ) أى عقد المضاربة ( إذا شرط العمل عليه ) أى على رب المال ( ابتداء ) أى في ابتداء المضاربة .

( ولنا أن التخلية فيه ) أى بين المال وبـــين المضارب ( قد تمت ) بتسلمه ( وصار

قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فـــلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية . وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المــــال مضاربة حيث لا يصح ، لان المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب

---

التصرف ) من رب المال ( حقاً للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه ) أي عن المضارب ( في التصرف ) كما لو وكل اجنبياً ( والابضاع ) أي ابضاع المضارب رب المال (توكيل منه ) أي من المضارب ( فـــلا يكون ) أي الابضاع ( استرداداً ) أي لماله لتنقض به المضاربة .

فإن قيل الابضاع هو أن يكون المال للمبضع والعمل من الآخر وليس للمبضع هاهنا مال فكيف يتحقق الابضاع ، قلنا الإبضاع وهو الدفع على وجه الاستعانة ورب المال يصلح معيناً له ، لأن اشفق الناس اليه تصرفاً فيصح الاستعانة به كما يصح من الأجنبي .

فإن قيل الاجنبي عامل في ملك الغير فيصلح معيناً ورب المال يتصرف في ملك نفسه فلا يصلح معيناً ، وهو لو استأجر خياطاً واستعان الأجير بالمستأجر في الخياطة ممـــا يستحق المستأجر الأجر ، لأن عمـــله لا يتحول إلى المستأجر فينبغي أن لا يكون للمضارب من هذا الربح نصيب . قلنا في المضاربة معنى الإجارة والشركة جميعاً ،ومعنى الشركة راجح بل المقصود هو الشركة ، ولهـــذا لو عمل ولم يربح لا يقضي له بشيء وفي الشركة يستحق أحد الشريكين الربح بعمل صاحبه ، وان كان كذلك صح رب المـــال معيناً ، أما في الإجارة يستحق الاجر بالعمل والعمل لا يتحول فافهم .

( بخلاف شرط العمل عليه ) أي على رب المال ، وهذا جواب عن قوله وهـــذا لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ( في الابتداء ، لأنه يمنع التخلية ) أي بين المال وبين المضارب ( وبخلاف ما إذا دفع ) أي المضارب ( المال إلى رب المـــال مضاربة حيث لا يصح ) أي عقد المضاربة الثانية ( لأن المضاربة ينعقد شركة على مال رب المال وعمل

ولا مال ها هنا للمضارب ، فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع ، وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به المضاربة الأولى . قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال . ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة

---

المضارب ) لأن المضاربة هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر ( ولا مال هاهنا للمضارب ) يعني من جانب المضارب ( فلو جوزناه ) أي عقد المضاربة الثانية ( يؤدى إلى قلب الموضوع ) أي عكسه وهو تجويز المضاربة بدون المال .

( وإذا لم يصح ) أي عقد المضاربة الثانية ( بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به ) أي يدفع المال إلى رب المال في المضاربة الثانية ( المضاربة الأولى ) كالرهن في يد الراهن بالعارية لا يبطل حق المرتهن . وعند زفر « رح » تنفسخ المضاربة الأولى كما لو دفعه إعانة .

( قال ) في الجامع الصغير ( وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال ) الاحتباس على ما يجيء ( وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ) بفتح الراء وهو ما يركب عليه ، قال الله تعالى ﴿ فمنها ركوبهم ﴾ ٧٢ يس ( ومعناه ) أي معنى ركوبه أي معنى كون ركوبه في المال ( شراء وكراء ) أي من حيث الشراء ومن حيث الكراء ، أراد أن المضارب في السفر له أن يركب إما بشراء دابة أو بكراء بها (في المال) أي في مال المضاربة وهو ظرف للجميع والشرط أن يكون ذلك كله بالمعروف ، وبه قال مالك وأبو ثور والحسن والنخعي والاوزاعي وإسحاق . وقال الشافعي « رح » فنفقته في مال نفسه في صورة يجوز له السفر بالإذن ، وبه قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان .

( ووجه الفرق ) أي بين ما إذا عمل في المصر حيث لا نفقة له في مال المضاربة وبين ما إذا عمل في السفر حيث يجب فيه ( أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة

المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي . وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه . وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق من ماله ، أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد . فلو أنفق من ماله يتضرر به ، وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجير ، وبخلاف البضاعة لانه متبرع . قال ولو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق .

---

المرأة ) لأن القاضي محبوس لمصالح العامة والمرأة محبوسة في منزل الزوج ( والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الأصلي ) لا المضاربة ( وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة ) بالعمل للمضاربة ( يستحق النفقة فيه ) أى في مال الضاربة لأجل الاحتباس ( وهذا ) أي الحكم ( بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة ) لكونه يعمل ببدل فكان البدل واجباً له مطلقاً ( فلا يتضرر بالانفاق من ماله ) أى من مال نفسه لأنه عامل ببدل مضمون في ذمة المستأجر ، وذلك يصح له بيقين ، بخلاف المضارب فإنه غير مستوجب بدلائل حقه في ربح عسى يحصل وعسى لا يحصل فلا بد أن يجعل له بإزاء ما يحمله من المشقة شيئاً معلوماً ، أشار إلى هذا المعنى بقوله ( أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد) يعني بين أن يكون وبين أن لا يكون ( فلو أنفق من ماله يتضرر به ) أي بالانفاق من ماله نفسه كالشريك إذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روى عن محمد ذلك ( وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير) فلا نفقة له ( وبخلاف البضاعة لأنه متبرع) أي بالعمل فلا يجب له النفقة .

( قال ) لو لم يذكر لفظه قال لكان أصوب ، لان المسألة لم تذكر في الجامع الصغير ولا في القدوري ، ولهذا لم يذكرها في البداية ، وإنما ذكرت المسألة في المبسوط ( ولو بقى شيء في يده ) أى في يد المضارب ( بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء

ولو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر . وإن كان لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجـــه للمضاربة . والنفقة هي ما يصرف إلى الحاجـــة الراتبة وهو ما ذكرنا ، ومن جملة ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن

---

الاستحقاق ) والحكم ينتهى بانتهاء علته وذلك كالحاج عن الغير إذا بقى معه شيء من النفقة بعد رجوعه يجب عليه رده وكالمولى إذا نقل الأمة المبتدأة للخدمة وبقي شيء معها من النفقة كان للزوج أن يسترد ذلك منها كذا في المبسوط .

( ولو كان خروجه ) أى خروج المضارب من بلده ( دون السفر ) وهو مسيرة ثلاثة أيام ( إن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر ) لأن أهـــل السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في منازلهم ( وإن كان لا يبيت بأهله فنفقتة في مال المضاربة ، لان خروجه للمضاربة ) فصار كالخروج للسفر ( والنفقة ) أشار به إلى تفسير النفقة الواجبة للمضارب ( ما يصرف إلى الحاجة الراتبة ) أى الثـابتة اللازمة التي لا بد منها ( وهو ) أى الذى يصرف إلى الحاجة الراتبة ( ما ذكرنا ) أراد به ما ذكرناه فياقبل من طعامه وشرابه وكسوته وركوبه ( ومن جملة ذلك ) أى من الذى يصرف إلى الحاجة الرتبة ( غسل ثيابه ) لإنه ضرورى ، وكذا أجرة الحمام والحلاق نص عليـــه في الفوائد الظهيرية والقياس يأبى ذلك ، لأنه لا يحتاج اليها في عموم الاوقات ، ولكن هـــذا من صنيع التجار حيث يتنظفون بإزالة الوسخ وقص الشارب وحلق الرأس لتزداد رغبات الناس في المعاملات ، فإن الإنسان إذا كان وسخ الثياب طويل الشعر يعد من المفـــاليس عادة فيقل معاملوه فصارت هذه الاشياء كالنفقة الراتبة ، وكذا ثمـــن الخرص والصابون دون الحجام والفصاد .

( وأجرة أجير يخدمه ) أى يخدم المضارب ، لانه ضروري ( وعلف دابة يركبهـــا والدهن ) بفتح الدال وهو مصدر من دهن يدهن بالفتـــح فيها ، والمراد استعمال الدهن

في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز، وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف فيما بين التجار . وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة لانه لاصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواءها في مالها .

---

كالزيت والسيرج ونحوهما ( في موضع يحتاج اليه ) أي إلى الدهن ( عادة كالحجاز ) أى كما في ارض الحجاز لانها حارة يحتاج اهلها إلى ترطيب أبدانهم بالدهن (وإنما يطلق ) يعني يجوز ( في جميع ذلك ) من الذي ذكره وجعله من الراتبة ( بالمعروف ) أى بقدر دفع الضرورة بلا اسراف ( حتى يضمن الفضل إن جاوزه ) أى المعروف ( اعتباراً للمتعارف ) أى المعتاد ( فيما بين التجار ) لان صنيعهم هو الاصل في هذا الباب .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( وأما الدواء ) أى ثمنه ( ففي ماله ) أى في مال المضارب ( في ظاهر الرواية ) قال الاترازى ليس في ذكره كثير فائدة لوجهين ، لانه رواية الجامع الصغير ، وما ذكر كله ظاهر الرواية ، ولانه ذكر بعد هذا وعن أبي حنيفة « ر ح » انه يدخل في النفقة فيفهم منه اشارة انه ظاهر الرواية لان حكمة من تستعمله في غير ظاهر الرواية بطريق الالتزام وقيده بظاهر الرواية يدل بالتصريح ، وهذا قدر جليل في الفائدة .

( وعن أبي حنيفة ) وهي رواية الحسن عنه ( أنه ) أى ان ثمن الدواء وتذكير الضمير بهذا الاعتبار وإلا فالدواء مؤنث ( يدخل في النفقة لانه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به ) أى باصلاح البدن ( فصار كالنفقة ) فيجب في مال المضاربة ( وجه الظاهر ان الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع والى الدواء ) أى وإن الحاجة إلى الدواء ( بعارض المرض ) فقد يمرض وقد لا يمرض فلم يكن لازماً ( ولهذا ) أشار به إلى بيان الفرق بين النفقة والدواء ( كانت نفقة المرأة على الزوج ) لانها معلومة الوقوع ( ودواءها في مالها) لانها غير معلومة الوقوع قد يقع وقد لا يقع .

قال وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال ، فإن باع المتاع مرابحـــة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه ، لان العرف جار بإلحـــاق الأول دون الثاني ، ولان الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها .

قال فإن كان معه ألف فاشترى بهـــا ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده ، وقـــد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لانه استدانة على رب المال فلا ينتظمه

---

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المـال ) أي الذي أنفق المضارب من رأس المال يرفعه رب المال أولاً ثم يقسم الربـح إن بقي لان قسمة الربح إنما شرعت بعد تسليم رأس المال .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( فان باع ) أى المضارب ( المتاع مرابحة حسب مـا أنفق على المتاع من الحـــلان ) بضم الحاء مصدر بمعنى الحمل ( ونحوه ) كأجر السمسار والقصار والصباغ ، لكن لا يقول اشتريته بكذا تحرزاً عن الكذب ، بل يقول تقوم علي بكذا كما بين في المرابحة ( ولا يحتسب ما انفق على نفسه ، لأن العرف جار ) بـين التجار ( بإلحاق الأول ) أراد به ما أنفق على المتاع من الحمل ونحوه ، وأراد بالحـاقه برأس المال ( دون الثاني ) اراد به ما انفق على نفسه ، لأن التجار لم يتعارفوا إلحاق مـــا أنفقوا على انفسهم برأس المال ( ولأن الأول ) أي الانفاق على المتاع ( يوجب زيادة في الماليـة بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها ) كالصبغ والقصر ونحوهما ، فإنه يوجب زيادة في غـــير المتاع ، وكالحمل فانه يوجب زيادة في القيمه ، لأن القيمة تختلف باختلاف الاماكن .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( وإن كان معه ) أي مع المضارب ( الف فاشترى بها ثياباً فقصرها أو حملها بمائة من عنده ) أى من عند المضاربة (قد قيل له اعمل برأيك )أى والحال انه قد قيل للمضارب فان قـــال له رب المال اعمل برأيك ( فهو متطوع ) أى المضارب متبرع في المائة ( لأنه ) أى لأن هذا الصنيع( استدانة على رب المال فلا ينتظمه

هذا المقال على ما مر . وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن ، لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة ،

---

هذا المقال ) يعني قول رب المال له أعمل برأيك ( على ما مر ) عند قوله وقوع لا يملكه إلا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة . وفي المنتقى رجل دفع إلى رجل الف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالألف كله طعاماً وحمله في السفينة فهو متطوع في الكراء ، ولو كان اشترى بتسعمائة منهما طعاماً وبقيت في يده مائة فاداها في الكراء لم يكن متطوعاً وباعه مرابحة على الكراء ( فان صبغها ) أى فإن صبغ المضارب الثياب المذكورة ( أحمر ) صبغة مصدره محذوف أى صبغاً أحمر ( فهو ) أي المضارب (شريك) أي لرب المال ( بما زاد الصبغ فيها ولا يضمن لأنه ) أي لأن الصبغ ( عين مال قائم به ) أي بالمصبوغ دل عليه قوله فان صبغها ، وكذا الضمير في فيه يرجع إلى المصبوغ وفي الحقيقة يرجع إلى الثياب ولكنه لما ذكره أولناه هكذا ( حتى إذا بيع) أى المصبوغ المذكور ( كان له ) أى للمضارب ( حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة ) حتى إذا كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفاً ومصبوغ ألفاً ومائتين كان الألف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ .

فإن قلت فما حكم سائر الألوان ولم خص الحمرة ، قلت لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة ، وأما سائر الألوان فكالحمرة ، ذكره فخر الإسلام في الجامع الصغير وقال في تحرير المحيط إن صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثوب ، فان كان رب المال قال له اعمل فيه برأيك كان صاحب الثوب بالخيار ، فان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة إلا يوم اتصل بثوبه كما في الغاصب ، وهذا إذا لم يكن في مال المضاربة ، فأما إذا كان فيقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه ، فإن لم يفعل رب المال شيئاً من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرىء من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع

بخلاف القصارة والحمل ، لأنه ليس بعين مال قائم به ، ولهذا إذا فعله الغاصب ضـــاع عمله ولا يضيع إذا صبغ المغصوب ، وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه .

---

وإذا اجاز بيعه فينظر بعد ذلك إن باعها مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة ، وعلى قيمتها المصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى انه إذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة الفاً وقيمتها مصبوغة ألف ومائتـان فالألف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه ، وان باعها مرابحة فان هذا الثمن ينقسم على الثمن الذي اشترى المضارب الثياب به وعلى قيمته الذي صبغ المضارب الثياب به .

( بخلاف القصارة ) بفتح القاف ، لأن القصارة بالكسر حرفة القصار ، وبالفتح فعله مصدر من قصر الثوب إذا بيضه ( والحمل ) أي حمل المتاع ( لأنه ) أى لأن كل واحـد من القصارة والحمل ( ليس بعين مال قائم به ) أي بالثوب حتى يكون بازائه بعض الثمن فيكون جميع الثمن للمضاربه ، وانما قال ليس بعين مال قائم لأنه في الحمل ظاهر ، وأمـا في القصارة فلا تنفي الثوب ولا تزيد فيه شيئاً ويبقى أبيض على ما كان أصله ( ولهـذا ) توضيح لما قاله من الفرق ( لو فعله الغاصب ضاع عمله ) يعني لو قصر الغاصب الثوب الذي غصبه ضاع فعله ، حتى لو أن ردت قيمته للمالك أن يأخذه مجاناً ( ولا يضيـع ) أى فعل الغاصب ( إذا صبغ المغصوب ) حتى إذا صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخـذه مجاناً ، بل يتخير رب المال إن شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيـــه يوم الخصومة لا يوم اتصال ثبوته ، وإن شاء ضمنه جميـع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه .

( وإذا صار ) أي المضارب ( شريكاً ) أى لرب المال ( بالصبغ انتظمه ) يعني شمله أى المضارب ( قوله ) أي قول رب المال ( اعمل برأيك ) يعني أن قوله اعمـــل برأيك يكون متناولاً لصبغه أحمر ( انتظامه الخلط ) أى كانتظام قوله اعمل برأيك الخلط ، يعني خلط مال المضاربة بمال القسمة وبمال غيره ، وانتصاب الالتزام بنزع الحافظ وهو مصدر مضاف إلى فاعله وهو الضمير الذي يرجع إلى قوله اعمـل برأيك ، وقوله الخلط

## فصل آخر

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزاً فباعه بألفين واشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المــــال ألفاً وخمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة ، قال « رض » هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقـــــد

---

بالنصب مفعوله ( فلا يضمنه ) أي إذا كان كذلك فلا يضمن المضارب الثوب الصبغ، لأن الشركة والخلط بإذن رب المال وبه قال مالك واحمد . وقال الشافعي رحمه الله يضمن ، وإن قال إعمل برأيك ، وإذا لم يقـل له اعمل برأيك يصير غاصباً فيضمن .

### ( فصل آخر )

لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها بفصل على حدة ، ولما لم يكن من أنفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة أخر ذكرها .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فان كان معه ) أي مـــع المضارب ( ألف بالنصف فاشترى بها بزاً ) بفتح الباء الموحدة وتشديد الزاي المعجمة قال محمد رحمــه الله في السير الكبير البز عند أهل الكوفة ثياب الكتان والقطن لا الصوف والخز ( فباعه ) أي البز ( بألفين واشترى بالالفين عبداً فلم ينقدهما ) أي بالالفين ( حتى ضاعا ) أي الألفين (يغرم رب المال الفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على المضاربة ) لأن المضارب لما باع البز بالفين ظهر الربح بقدر الالف فيملك المضارب نصفه وهو خمسمائة فإذا اشترى بالالفين عبداً صار ربع العبد له وثلاثة ارباعه لرب المال فانهلك الثمن كان ما يخص الربع على المضارب وما يخص ثلاثة ارباع على رب المال .

( قال رضى الله عنه ) أي قال المصنف رحمه الله ( هذا الذي ذكره ) أي محمـــد رحمه الله ( حاصل الجواب ) أي جواب المسألة (لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد)

إلا أن له حق الرجوع على رب المـــال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة . ووجهه أنه لما نض المـــال ظهر الربح وهو خمسمائة ، فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه وثلاثـــة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين ، وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما بيناه، وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهة فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربـع من المضاربة، لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما

---

فيجب عليه ( إلا أن له ) أي للمضارب ( حق الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما تبين) أشار به إلى قوله لانه وكيل من جهته فيه ويأتي ذلك بعد ثلاثة أسطر ( فيكون عليه في الآخرة ) أى فيكون الثمن كله على المضارب ، لأنه هو العاقد الآخر بفتح الهمزة والحاء والراء أي في الأخير يقال جاء فلان بآخرة أي بآخر .

( ووجهه ) أي وجه حاصل الجواب ( أنه ) أي أن الشأن ( لما نض المال ) أي نقد ( ظهر الربح ) أي وللمضارب من الربـح شيء أو نصيب ، ثم فسره بقوله ( وهو ) أي الذي ظهر للمضارب من الربح ( خمسمائة ) لأنه ظهر الربح بعد الألف يملك المضارب نصفه وهو خمسمائة ( فإذا اشترى بالفين عبداً صار مشترياً ربعه ) أي ربع العبد (لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين) أي على الأرباع الربـع للمضارب وثلاثة ارباع لرب المال ( وإذا ضاعت الألفان وجب عليه ) أى على المضارب ( الثمن ) أي ثمن العبد ( لما بيناه ) إشارة إلى قوله لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقـــد ( وله ) وللمضارب ( الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه ) أي لأن المضارب ( وكيـــل من جهة ) أي من جهة رب المال ( فيه ) أي في شراء هذا العبد .

( ويخرج نصيب المضارب وهو الربـع من المضاربة لأنه ) لأن نصيبه ( مضمون عليه ) لدخول الربـع في ملكه وضمانه ( ومال المضاربة أمانة ) أى في يد المضارب ( وبينهما )

منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة ، لأنه دفعه مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على الألفين ، لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما .

قال وإن كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه

---

أي بين المضمون والأمانة ( منافاة ) فلا يجتمعان ، وإذا كان كذا يخرج نصيب المضارب وهو الربع عن المضاربة لكونه مضموناً عليه ( ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ) أي في إبقاء ثلاثة الأرباع على المضاربة ( ما ينافي المضاربة ) لأن ضمان رب المال لا ينافي المضاربة (ويكون رأس المال الفين وخمسمائة لأنه ) أي لأن رب المال (دفعه مرة الفاً ومرة الفاً وخمسمائة ) فالمجموع الفان وخمسمائة ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي « رض » وعنهم رأس المال ما دفعه ثانياً وهو الف وخمسمائة ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله .

( ولا يبيعه) أي لا يبيع المضارب العبد المذكور ( مرابحة إلا على ألفين، لأنه اشتراه بألفين ) لأن عقده دفع على الألفين حتى اشتراه ( ويظهر ذلك ) إشارة إلى مجموع ما ذكر قبله وهو خروج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة وبقاء ثلاثة أرباع العبد على المضاربة وظهور الربح بعد ذلك على ما شرطا ( فيما إذا بيع العبد باربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف ) لأن ربع الثمن وهو الف المضاربة لأنه بدل ملكه ( يرفع رأس المال ) وهو ألفان وخمسمائة ( ويبقى خمسمائة ربحاً بينهما ) أي بين المضارب ورب المال نصفين على ما شرطا .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( وإن كان معه ألف ) أي مع المضارب ( فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه ) أي المضارب ( بألف فإنه ) أى فإن المضارب ( يبيعه )

مرابحة على خمسمائة لأن هـــذا البيــع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ، ومبنى المرابحة على الأمانـــة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين . ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدمـــاً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع .

---

أى العبد المذكور ( مرابحة على خمسمائة ، لأن هذا البيع ) أى بيع رب المال للمضارب ( مقضي بجوازه ) أى محكوم بصحته ( لتغاير المقاصد ) لأن مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد ، ومقصود المضارب استفادة اليد على العبد ( دفعــاً للحاجة ) أى لأجل دفع الحاجة ( وإن كان ) إن هذه واصلة بما قبله ، يعني هذا البيع قضى بجوازه وإن كان ( بيع ملكه بملكه ) أي بيع ملك رب المال بملكه وذلك لأن المضارب اشتراه لرب المال لأنه وكيله وبيع الإنسان من نفسه باطل ، ولكن لما كان حق المضارب كحق ثالث صح البيع خلافاً لزفر .

( إلا ) استثنى من قوله مقضي بجوازه ، وهو معنى بغير أي غير ( أن فيه ) أي في هذا البيع ( شبهة العدم ) جواز البيع ، ولهذا أبطله زفر رحمـــه الله فتمكنت شبهة البطلان ، فاعتبر أقل الثمنين في المرابحة على ما يجيء الآن ( ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ) في المرابحة للاحتياط .

( ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحـــة بألف ومائة لأنه ) أى لأن البيع ( اعتبر عدمـــاً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال ) تحريره أن العقدين وقعا لرب المال ولم يقع للمضارب منه إلا قـــدر مائة فوجب اعتبار هذه المائة وفيما وقع رب المال لم يعتبر الربح لاحتمال بطلان العقد الثاني كما قلنا في المسألة الأولى ( وقد مر في البيوع ) أراد به ما ذكره في باب المرابحة بقوله وإن كان مع

قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بهـا عبداً قيمته ألفان فقتل العبـد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفداء مؤنـة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لما صار المال عيناً واحداً قيمته ألفـان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته ألفان .

---

المضارب عشرة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنـه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فإن كان معه ) أى مـع المضارب ( ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ ) أى قتـلا خطأ وهو نصب على الحال ، أي خاطئاً ، وإنما قيد بقوله قيمته ألفان ، لأنه لو كان ألفـاً فتدبير جنايته على رب المال بلا خلاف ، لأن رقبته ملكه وإن اختار رب المال الدفع والمضارب الفداء مع ذلك فداء للثلاثة ( فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب ، لأن الفـداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً ، لأنه لمـا صار المال عيناً واحداً قيمته ألفان ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله ، لأن قيمته الفان ) الأصل في جناية العبد الدفع أو الفداء ، فإن دفع العبد انتهت المضاربة لأنه زال عن ملكها بلا بدل . وفي جامع المحبوبي لا يدفع حتى يحضر رب المال والعامل سواء كان الإرش مثل قيمة العبد أو أقل أو أكثر ، لأن الملك مشترك بينهما كالعبد الرهن إذا جنى خطأ لا يدفع إلا بحضرة الراهن والمرتهن ، ولا يشترط حضورهمـا للفداء ، لأن كل منهما بملكه ولو فدى المضارب لا يرجع على رب المال ، لأنه أدى دين غيره بغير أمره وهوغير مضطر فيه فكان متبرعاً كالأجنبي .

وقال مالك والشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية إن كانت قيمته اكثر من رأس المال يدفع بلا حضور المضارب ، لأنه لا مالك له بعـد ظهور الربح حتى يقتسما

وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة . أما نصيب المضاربة فلما بيناه . وأما نصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما ، لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ، ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً

---

في قول ، والفداء ايضاً على رب المال له العامل لعدم ملكه . وقال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية يظهر ملك العامل بمجرد ظهور الربح كقولنا فيكون الفداء عليه على قياس هذا القول .

( وإذا فديا ) أي رب المال والمضارب ( خرج العبد عن المضاربة ، أما نصيب المضارب فلما بيناه ) أشار به إلى ما ذكره من قوله ويخرج نصيب المضارب ، وهوالربع في المضاربة لأنه مضمون عليه ( اما نصيب رب المال لقضاء القاضى بانقسام الفداءعليهما ) أي على رب المال والمضارب ( لما انه ) أي لأن قضاء القاضي بالانقسام ( يتضمن قسمة العبد بينهما ) لأن الخطأ بالفداء يوجب سلامة ما فدى للفادى ولا سلامة الا بالقسمة (والمضاربة تنتهي بالقسمة ، بخلاف ما تقدم ) أراد به ما إذا ضاع الالفان في اول الفصل حيث لا تنتهى المضاربة هناك ، بل تثبت على ما كانت ( لأن جميع الثمن فيه ) أي فيما تقدم ( على المضارب وان كان له حق الرجوع ) أي على رب المال بألف وخمسمائة على ما مر ( فلا حاجة إلى القسمة ) لعدم أمر يقتضي ذلك .

( ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ) لان الموجب الاصلي هو الدفع ( ودفع الفداء كابتداء الشراء ) أراد باختيارهما الفداء كانها اشترياه ابتداء يكون الفداء عليهما أرباعاً ربعه على المضارب وثلاثة ارباعه على رب المال ، لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره ، وقد كان الملك بينهما أرباعاً ( فيكون العبد ) بعد فدائهما ( بينهما ارباعاً

لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام ، بخلاف ما تقدم . قال وإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت الالف يدفع رب المال ذلك ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة في يده ، والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى ، بخلاف الوكيل بالشراء إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك

---

لا على المضاربة ) لخروج العبد عن المضاربة ( يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام ) لانه عبد مشترك ارباعاً ( بخلاف ما تقدم ) أراد به المسألة التي تقدمت في اول الفصل فإن العبد فيها يخدم المضارب يوماً وثلاثة ايام للمضاربة لكون العبد في المضاربة لعدم انتهائها .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فان كان معه ) أي مع المضارب ( ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها ) يعني لم يدفع الالف إلى البائع ( حتى هلكت ) يعني الالف ( يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم رأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال ) وهو الالفان وكذا لو هلكت الالف الثاني قبل الدفع إلى البائع يدفع رب المال الف أخرى ثم وثم، ويكون بجميع رأس المال ( لان المال أمانة في يده ) أي في يد المضارب، لان مبنى المضاربة عليها ( والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون ) أي استيفاء الحق يكون بقبض مضمون فلوحل بقبض المضارب على الاستيفاء لصار ضامناً وهو أمين ( وحكم الامانة ينافيه ) أي ينافي الضمان دل عليه قوله بقبض مضمون ، فإذا كان كذلك فحمل قبضه ثانياً وثالثاً إلى غير النهاية على جهة الامانة دون الاستيفاء ، وإذا هلك كان الهلاك على رب المال ( فيرجع مرة بعد أخرى )أي إذا كان قبضه امانة يرجع على رب المال مرة بعد اخرى حيث ما وجد هلاك المال.

( بخلاف الوكيل بالشراء ) بشراء عبد بعينه (إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء) أى بأن أعطاه الموكل الفاً وقال له اشتر لي عبداً بعينه ( وهلك) أي الثمن وهو ألف مثلا

بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة ، لانه أمكن جعله مستوفياً ، لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده ،

---

( بعد الشراء ) قبل أن ينقده إلى البائع ( حيث لا يرجع ) أي على موكله ( إلا مرة ) واحدة ( لأنه ) أي لأن الشأن (أمكن جعله) أي جعل ما قبضه الوكيل (مستوفياً،لأن الوكالة تجامع الضمان ) على ما نبين الآن ، بخلاف المضاربة ، فإن مبناها على الأمانة ( كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ) حيث جازت الوكالة،فإذا هلك العبد في يد الغاصب بعدما صار وكيلا ضمن،لأنه لم يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة (ثم في الوكالة في هذه الصورة) أشار به إلى صورة الوكيل بشراء عبد بعينه ودفع إليه الثمن وهلك قبل الدفع إلى البائع (يرجع مرة ) يعني يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة فيما إذا هلك الثمن بعد القبض من الموكل قبل الدفع إلى البائع ، تحريره أن الوكيل إذا اشترى العبد بألف وجب للبائع على الوكيل الثمن ، ووجب للوكيل على الموكل مثله .

فإن كان الموكل قد دفع إليه الثمن أولاً ثم هلك الثمن قبل الشراء ، أي وقبل الدفع إلى البائع يرجع الوكيل على موكله بالثمن ، لأن المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده ولم يوجد بعد الشراء ما يوجب أن يكون مضموناً ، فلم يصر مستوفياً ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لو وقع الاستيفاء ، وإن كان قد اشترى ثم دفع إليه الثمن ثم هلك قبل أن يدفعه إلى البائع لا يرجع ، لأن قبضه كان على جهة الاستيفاء لا على جهة الأمانة .

فإذا استوفاه مرة لم يبق الحق أصلا ، أشار إلى ذلك بقوله ( وفيما إذا اشترى ) أي الوكيل ( ثم دفع الموكل إليه المال فهلك ) أي عند الوكيل ( لا يرجع ) أي الوكيل على الموكل ( لأنه ) أى لأن الشأن ( ثبت له ) أي للوكيل ( حق الرجوع ) أي على الموكل (بنفس الشراء فجعل) أى الوكيل (مستوفياً بالقبض بعده) أي بقبض الثمن بعد الشراء .

أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يـــده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفياً ، فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر .

## فصل في الاختلاف

قال وإذا كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفاً وربحت ألفاً . وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب ،

---

( أما المدفوع إليه ) أى إلى الوكيل ( قبل الشراء أمانة في يده وهو ) أي الوكيل ( قائم على الأمانة بعده ) أي بعد الشراء ( فلم يصر مستوفياً ) لكون قبضه قبض أمانة في هذه الصورة ( فإذا هلك ) أى المدفوع إليه ( يرجع عليه مرة ) أى يرجع الوكيل على موكله مرة واحدة ( ثم لا يرجع ) بعد ذلك أصلاً عند الهلاك ( لوقوع الاستيفاء على مـــا مر ) أشار به إلى ما ذكره من قوله لأنه يثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده ، وذكر الإمام المحبوبي هنا فرقاً آخر ، وهو أن الوكيل لما اشترى فقـــد انعزل عن الوكالة فله أن يرجع على الموكل بعد ، وأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة قل هذا من المواضع التي يفارق فيها المضارب الوكيل على ما ذكرنا في اوائل فصل العزل .

### ( فصل في الاختلاف )

أي في بيان احكام اختلاف رب المال والمضارب ، ولما كان الإتفاق أصلا والاختلاف عارضاً أخره عن الأصل .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( فإن كان مع المضارب ألفـــان فقال ) أى المضارب (دفعت) بفتح التاء لأنه خطاب لرب المال بقوله أنت دفعت ( إلي ألفاً وربحت ألفاً. وقال رب المال لا ) أي ليس الأمر كما ذكرت ( بل دفعت إليك الفين ) مضاربة ( فالقول قول

وكان أبو حنيفة يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر «رح» ، لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر ، والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكره في الكتاب،لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ، وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً لانه أعرف بمقدار المقبوض. ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال ،

---

المضارب ، وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر « رح » لأن المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ) أي رب المال ( ينكر،والقول قول المنكر ثم رجع ) أى أبو حنيفة رحمه الله ( إلى ما ذكره في الكتاب ) أراد به الجامع الصغير ( لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض ) قيد به ، لأن الاختلاف إذا كان في الصفة فالقول لرب المال على ما يجيء ( وفي مثله ) أى وفي مثل الاختلاف في مقدار المقبوض ( القول قول القابض ضميناً كان ) أى القابض كالغاصب ( أو أميناً ) أي أو كان أميناً كالمودع . وقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن القول للعامل . وعن الشافعي « رح » في وجه إذا كان في المال ربح تحالفا والأصح هو الأول .

( لأنه ) أى لأن القابض ( أعرف بمقدار المقبوض ) لأنه فعل نفسه ، فإذا كان القول قول الضمين في ذلك فالامين بطريق الأولى ، ألا ترى انه لو أنكر أصل القبض كان القول له ، فكذا إذا أنكر قبض بعضه ، كذا في الإيضاح .

( ولو اختلفا ) أى رب المال والمضارب ، ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم (مع ذلك ) أى مع اختلافهما في المقبوض ( في مقدار الربح ) المجرور يتعلق باختلاف في صورته .قال رب المال رأس المال ألفان ، وشرطت لك ثلث الربح ، وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لي نصف الربح ( فالقول فيه ) أي في الربح ( لرب المال ) وفي القدر للمضارب وعليه نص أحمد وقول مالك وأبي ثور وابن المنذر . وقال الشافعي يتحالفان كالمتبايعين . قلنا اليمين على المنكر بالحديث والمضارب يستحق ما يستحق بالشرط ، فكان مدعياً

لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ، وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت، لأن البينات للاثبات . قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً ، وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال ، لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر . ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ، لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر .

---

للشرط ، بخلاف المتبايعين ، لأن كل واحد مدع ومنكر ( لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته ) أي من جهة رب المال ، لأنه يعلم بشرطه وهو منكر للشرط .

( وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت ، لأن البينات للإثبات ) أما رب المال فانه يدعى فضلا في رأس ماله فتقبل بينته فيه ، وأما المضارب فلأنه يدعي فضلا في الربح ، فكذا تقبل بينته .

( قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً ، وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وإنما يكون القول قول رب المال ( لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته ) أي أو يدعي شرطاً من جهة رب المال ( أو يدعي ) المضارب ( الشركة ) أي في ماله ( وهو ) أي رب المال ( ينكر ) والقول قول المنكر .

( ولو قال المضارب أقرضتني ) هذا المال ( وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب ، لأن المضارب يدعي عليه التملك ) من جهته ( وهو ) أي رب المال ( ينكر ) والقول قول المنكر ، بخلاف ما لو ادعى رب المال القرض والمضارب يدعي المضاربة حيث تكون البينة بينة رب المال والقول للمضارب

ولو ادعى رب المـــال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب ، لأن الأصل فيه العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة ، لأن الأصل فيـــه الخصوص . ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً فالقول لرب المال ، لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته فيكون القول له . ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان

---

لأنهما اتفقا أن الأخذ كان بإذنه ورب المال يدعي ضماناً والمضارب ينكر فالقول له والبينة للمدعي ، ذكره في الإيضاح .

( ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب ) في دعوى العموم مع يمينه ( لأن الأصل فيه ) أي في باب المضاربة ( العموم والإطلاق ) فيكون القول لمن يتمسك بالأصل ، وبه قالت الثلاثة . وقـال زفر « رح » القول لرب المال ، لأن الإذن يستفاد من جهته ( والتخصيص يعارض الشرط) أي تخصيص المضاربة بنوع يعارض الشرط من جهة رب المال وإلا فالأصل التعميم كما ذكرنا وهـذا لو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف يصح ويملك جميع انواع التجارات ، فلو لم يكن العقد للعموم لم يصح العقد إلا بالتنصيص كما في الوكالة (بخلاف الوكالة، لأن الأصل فيه الخصوص) ولا يثبت فيه العموم إلا بالتنصيص ، وإنما ذكر الضمير في فيه مع انه راجـع إلى الوكالة إما باعتبار التوكيل وإما باعتبار حذف المضاف ، أي لأن الاصل في باب الوكالة .

( ولو ادعى كل واحد منهما نوعاً ) بأن قال رب المال في البر وقال المضارب في الطعام ( فالقول لرب المال ، لانهما اتفقا على التخصيص ) لان كلا منهما يدعي خصوصية نوع ، ولكن اعتبار قول من يستفاد الإذن من جهته أحق ، أشار إليه بقوله ( والإذن يستفاد من جهته ) أي من جهة رب المال ( فيكون القول له، ولو أقاما البينة فالبينة بينة المضارب) يعني إذا أقام البينة كانت بينة المضارب أولى ( لحاجته ) أي لحاجة المضارب ( إلى نفي الضمان ) عن نفسه ( وعدم حاجة الآخر ) أي ولعدم حاجة الآخر وهو رب المال ( إلى البينة ) لعدم الضمان من جهته .

وعدم حاجة الآخر إلى البينة . ولو وقتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى ، لأن آخر الشرطين ينقض الأول .

---

قال السفناقي في هذا مما يتأمل في صحته ، وإن كانت رواية الإيضاح تساعد ، لان رب المال يحتاج إيضاً إلى اثبات ما ادعاه ، بل بينة رب المال أولى بالقبول لاثباتها أمراً عارضاً وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر ، كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد ، وجعل صاحب الذخيرة بينهما في دعوى الخصوص والعموم واحداً، وقال لان العمل فيهما ممكن بأن يجعل كأنه أذن له بالعموم اولاً ، ثم نهاه عنه واذنه بالخصوص أو اذن له بالخصوص أولاً ، ثم أذن له بالعموم ، فإن لم توقت البينات وقتاً على الشراء أو وقت احداهما دون الاخر بينة رب المال لتعذر العمل بهما ليعمل ببينة رب المال ، لانه يثبت ما ليس بثابت فافهم .

(ولو وقتت البينتان وقتاً ) بأن قال رب المال دفعته في البر في رمضان. وقال العامل في الطعام في شوال ( فصاحب الوقت الاخير اولى ، لان آخر الشرطين ينقض الاول ) أي يفسخه ، فكان الرجوع اليه اولى .

فروع . نفقة عبد المضاربة في مال المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أو لا بلا خلاف دفع إليه العين . وقال أضف من عندك الفاً أخرى يكون ألفان منهما شركة والألف مضاربة بالنصف جاز ، خلافاً لبعض المالكية ، ويجوز ان يكون الرجل عاملا في المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر . وقال أحمد « رح » لا يجوز إذا كان فيه ضرر على الأول دفع الفاً على أن له نصف ربحهما جاز بلا خلاف.ولو قال على أن لي ربح نصفها جاز أيضاً عندنا وعند أبي ثور ، خلافاً للأئمة الثلاثة ، ولو اشترى العامل بالألف أمة أو غنماً أو بقراً أو مكيلا أو موزوناً يساوي ألفين زكى حظه لظهور الربح ، وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » في رواية . وقال مالك « رح » وللشافعي «رح» في قول وأحمد « رح » في رواية لا يزكى لعدم ملكه الربح قبل القسمة ، ولو اشترى أمتين أو غنماً أو بقراً أو براً أو شعيراً لا يزكى لاختلاف الجنس ، فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح بلا خلاف وبعد يفقد في حصته ولرب المال فسخها دفعاً للضرر عن نفسه ، وعند الأئمة الثلاثه لا يجوز قبل ظهور الربح والله أعلم بالصواب .

# كتاب الوديعة

## قال الوديعة أمانة في يد المودع إذا هلكت لم يضمنها

---

### ( كتاب الوديعة )

ذكرها عقيب كتاب المضاربة ، لأن مبناهما على الأمانة وهي فعيلة بمعنى مفعولة من الودع وهو الترك ، وشرعاً هي تسليط الغير على حفظ المال أي مال كان يشترط أن يكون قابلا لاثبات اليد عليه ، حتى لو أودع الآبق أو الساقط في البحر أو الطير في الهواء لا يصح . وركنها الإيجاب والقبول ، فإذا وضع عند آخر ثوباً مثلا ولم يقل شيئاً فذهب وذهب الآخر وضاع يضمن ، لأن هذا إيداع عرفاً ، وكذا لو قال هذا وديعة عندك بخلاف ما إذا قال الجالس لا أقبل فذهب وضاع حيث لا يضمن لأنه صرح بالرد . ولو ألقاه الريح في بيته كان قابلا بالسكوت ، فإذا ضاع يضمنه . وكذا لو قال لصاحب المال أين أضع ثيابي فقال ثمة فوضعه فسرق يضمن .

( قال ) أي القدوري ( الوديعة امانة في يد المودع ) بفتح الدال ، ويقال للمال أيضاً مودع بالفتح كما يقال وديعة . وما قيل أن الوديعة والامانة لفظان مترادفان فلا يرتفعان على الابتداء والخبريه إلا بطريق التفسير ، كما يقال الليث أسد والحبس منع ، وليس المراد هنا التفسير ، فجوابه أن هذا من باب الإخبار بالعام عن الخاص وهو جائز إلا أن الأمانة أعم من الوديعة . وقال السغناقي « رح » الأولى أن يقال أن لفظ الأمانة صار علماً لما هو غير مضمون ، فكان معنى قوله أمانة غير مضمون عليه ، وتبعه على ذلك الكاكي «رح» وفيه ما فيه لأن العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك ، وليت شعري انى علم هذا من أقسام الاعلام ( إذا هلكت لم يضمنها ) لأن المودع متبرع والتبرع لا يوجب ضمان حتى لو سرقت عنده ولم يسرق معها ماله لم يضمن عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك « رح » فإنه يضمن للتهمة إذا لم يسرق معه مال له .

لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان . ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع

---

( لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان ) أخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ واكن يتقدم المستودع على المستعير .

فإن قلت هذا الحديث ضعيف ، لأن الدارقطني قال عمر وعبيدة ضعيفان ، وإنما يروى هذا عن قول شريح غير مرفوع ، ثم أخرجه من قول شريح ، ورواه عبدالرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال ابن حبان في كتاب الضعفاء عبيدة يروى الموضوعات عن الثقات . قلت قول الدارقطني عمر وعبيدة ضعيفان جرح مبهم فلا يقبل . أما عمر بن عبد الجبار فهو ابن أخ عبيدة لم يعقبه أحد فيما نعلم ، غير أن ابن علي ذكره ولم يزد على قوله له مناكير . وأما عبيدة فهو بفتح العين وكسر الباب الموحدة ابن حسان البخاري وذكره البخاري في تاريخه ولم يذكر فيه جرحاً ، ويؤيده ما رواه ابن ماجة عن المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال من أودع وديعة فلا ضمان عليه .

ورواه ابن حبان من حديث لهيعة عن عمرو بن شعيب لا به ، وأعله بابن لهيعة هو عبدالله بن لهيعة المصري وثقه احمد واثنى عليه ، والعجب من شراح الهداية كيف سكتوا عن بيان حال هذا الحديث ولا سيما الأترازي الذي يدعي بدعاوى عريضة في الحديث ، ولم يزد في شرحه على قوله فيه نظر ، لأن أبا عبيدة جعله من كلام شريح في غريب الحديث وكذلك الزيلعي الذي أخرج أحاديث الهداية حيث نسب هذا الحديث إلى مخرجه وذكر ما قالوا فيه من الطعن وسكت ، قوله غير المغل من الاغلال بالغين المعجمة وهو الخيانة والمعنى غير الخائن ، وكذلك الغلول الخيانة ولكنه يستعمل في الغنم والإغلال عام .

( ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع ) وهو طلب ترك الوديعة عند غيره يقال أودعت فلاناً مالاً واستودعته إياه إذا لم يدفعه إليه ليكون عنده فأنت مودع ومستودع بكسر

فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم . قال وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله

---

الدال فيها ، وزيد مودع ومستودع بفتح الدال فيها ( فلو ضمناه ) أي المودع بفتح الدال (يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم) لان كل واحد يمتنع عن قولها فلا ضمناه، أي المودع بفتح يمتنع الناس عن قبول الودائع فتتعطل مصالحهم لان كل واحد يمتنع عن قبولها خوفاً من الضمان ، والناس محتاجون إلى ذلك فيؤدي إلى ضرر بهم .

( قال ) أي القدوري ( وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن هو في عياله ) نحو زوجه وولده ووالديه وأجيره الخاص وهو الاجير مشاهرة أو مشابهة ، وعبده وأمته ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وقال الشافعي واشهب المالكي « رح » يضمن بالدفع المبهم . وفي الكافي العبرة في هذا الباب للمساكنة لا للنفقة ، حتى لو اودعت المرأة وديعتها إلى زوجها لا تضمن ، وإن لم يكن الزوج في نفقتها والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودع ولم يلزمه نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة ولم يشترط في التحفة الحفظ بالعيال ، بل قال يحفظه على الوجه الذي يحفظ مال نفسه بحرزه من كان ماله في يده ، ثم قال يعني به الأجير مشاهرة بنفقته وكسوته والعبد المأذون الذي في يده مال والشريك المفاوض والعنان وإن لم يكونوا في عياله .

وفي الذخيرة الدفع إلى العيال إنما يجوز إذا كان في عياله أميناً وإلا فلا يجوز . وفي فتاوى أبي الليث رجل غاب وخلف امرأته في منزله الذي فيه ودائع الناس ثم رجع وطلب الوديعة فلم يجدها فإن كانت المرأة أمينة فلا ضمان على الزوج ، وإن كانت غير أمينة وعلم الزوج بذلك ومع هذا ترك الوديعة معها فهو ضامن ، وذكر أبو الليث أيضاً في خزانة الفقه لا ضمان على المودع إلا في ثلاثة اشياء التقصير في حفظها وخلطها بماله ومنعها عن مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير ، ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف إذا قال لا تدفع إلى زوجتك فدفع إليها وقال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في تلك الدار ، وقال في آخر شرحه الجامع الكبير المودع أو دفع الوديعة الى عامله يعني إلى الذي المودع في عياله لم يضمن . وقال الإمام الزاهد العتابي هذه الرواية

لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مـــال نفسه ، ولأنه لا يجد بدأ من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ، ولاستصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به .

فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن ، لأن المالك رضي بيـــده لا بيد غيره ، والأيدي

---

لم توجد إلا في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير .

( لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه وانه لا يجد بدأ ) أي فواقاً ، وهو اسم من بده بدأ إذا فوقه والمصدر بفتح البـاء ، نقول بده بدأ ( من الدفع ) أي دفع الوديعة ( الى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ) في جميع الأوقات لأنه يخرج في قضاء حوائجه وأداء ما عليه من الواجبات ( ولاستصحاب الوديعـــة في خروجه ) أي ولا يمكنه أن يأخذ الوديعة عند خروجه من بيته ( فكان المالك ) أي صاحب الوديعة ( راضياً به ) أي يحفظها بمن في عياله دلالة وإن لم يكن صريحـاً وفي الاختيار ولهذا لا يصح نهيه ، يعني إذا نهى المالك أن يحفظها بمن في عياله لا يصح نهيه لما ذكرنا . وقال أيضاً ولو قال لا تدفعها إلى شخص عينه في عياله ممن لا بد له منه فإن لم يكن له عيـــال سواه لم يضمن وإن كان له سواه يضمن ، لأن من العيال من لا يؤتمن على المال .

( فإن حفظها بغيرهم ) أي فإن حفظ المودع الوديعة منه غيرهم أي عند غير من هو في عياله بأن يخرج من بيته وترك الوديعة واستحفظها بغيره ( أو أودعها عند غـيرهم ) أي عند غير من في عياله بأن نقلها من بيته وترك الوديعة فيه ودفعها إلى أجنبي وديعة (ضمن) في الوجهين جميعاً وما قيل إن كان ينبغى أن لا يضمن بالإيداع لأنه ذكر فيها ٠ قيل لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره في الوجه الذي يحفظ مال نفسه بنفسه فكان له استحفاظها في استحفاظ مال نفسه فجوابه يخرج من قوله ، لأن المالك رضي بيده لا بيد غـــيره والأيدي مختلفة في الأمانة . وأما المراد عن كلامه الأول أن يحفظ مال نفسه غالباً ، فإن الغالب هذا ( لأن المالك رضى بيده ) أي بيد المودع لتوثقه به ( لا بيد غيره والأيدي

تختلف في الأمانة ، ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيـــداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه . قال إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون

---

تختلف في الامـــانة ) فرب يد يتوثق بها المودع ولا يتوثق بهـــا المالك ، وكذا على العكس .

( ولأن الشيء لا يتضمن مثله ) أى لا يستتبع مثله ( كالوكيل لا يوكل غيره ) نوقض هذا بالمستعير والعبد المأذون والمكاتب حيث يجوز للمستعير الإعارة وللمأذون أن يأذن لعبده ، وللمكاتب أن يكاتب عبداً حتى أجاز ابن أبي ليلى إيداع المودع قياماً على هـــذا وأجيب بأن تصرف هؤلاء بالملك لأن المستعير مـــالك للمنفعة ، وكذا المأذون والمكاتب وكلاهما منافي غيره .

( والوضع ) أي وضع المودع الوديعة ( في حرز غـــيره ايداع ) أى إيداع المودع الوديعة وهو مصدر مضاف إلى فاعله والمفعول محذوف وارتفاعه على انه خبر عن المبتدأ ، أعني قوله والوضع ، وإنما كان إيداعاً لأن الحرز في يد غيره فصار بالوضع فيه مسلماً إليه وهو إيداع ، فإذا كان إيداعاً يكون ضامنـــاً كالإيداع الحقيقي ( إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه ) لأنه بالاستئجار صار الحرز له ، وإن كان الملك لغيره وقـــد نستأجر البيوت لحفظ الامتعة .

( قال ) الاستثناء من قوله فإن حفظها بغيرهم ضمنه ( إلا أن يقع في داره حريق ) أى نار ، كذا فسره البعض ، والصحيح أنه إسم للاحتراق ولم يذكر أهل اللغة انه اسم النار ( فيسلمها إلى جاره ) بنصب اللام ، أى فإن يسلمها لأنه عطف على أن يقع . قال الحلواني إذا أحاط الحريق بمنزله بحيث لا يمكنه أن يدفعها إلى بعض من عياله ، فلو أمكنه [1] إلى بعض من في عياله يضمن بالدفع إلى الأجنبي ( أو يكون ) بالنصب ايضاً عطفاً إلا أن يقع

---

(١) هنا كلمة غير مقروءة ولعلها دفعه .

في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنـــه تعين طريقاً للحفظ في هـــذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينته ، لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعـــد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع . قال فإن طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع ، وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه بعده فيضمنها بحبسه عنه .

---

أى أو إلا أن يكون ( في سفينة فخاف الغرق ) بفـــاء العطف وهو عطف الماضي على المضارع في الصورة . وفي نسخ القدوري «رح» يخاف الغرق بالمضارع الواقع حالاً، والغرق مصدر غرق في الماء ( فيلقيها إلى سفينة أخرى ) بنصب الياء فيفيلقيهاعطفاً على أن يكون وإن عطفته على فخاف يكون مرفوعاً ويكون عطف المضارع على الماضي ( لأنه ) أى لأن كل واحد من التسليم إلى الجـــار وإلا أبقاه في السفينة ( تعين طريقاً للحفظ في هـــذه الحالة فيرتضيه المالك ) دلالة لانه لا يمكنها أن يحفظ في هذه الحالة إلا بهذا الطريق .

( ولا يصدق على ذلك ) أى لا يصدق المودع على الفعل المذكور ( إلا ببينته ، لأنـــه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان ) وهو التسليم إلى جاره، وفي المنتقى هذا إذا لم يعلم أن بيت المودع احترق ، فإذا علم قبل قوله بلا بينـــة ( فصار كما إذا ادعى الاذن في الإيداع) ، فلا يصدق إلا ببينة ، لأنه يدعي سقوط الضمان بعد تحقيق السبب .

( قال ) أي القدوري « رح » ( فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقـــدر ) أى والحال أنه يقدر ( على تسليمها ضمنها لأنه متعدبالمنع وهذا) أى وجوب الضمان لكونه متعد بالمنع ( لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بامساكه ) أى بإمساك المودع الوديعة ( بعده ) أى بعـــد الطلب ( فيضمنها ) أي إذا كان كذلك فيضمنه ، أي يضمن الوديعة ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المودع بفتح الدال ، لأنه اسم للوديعة ، وإن جعل هـــذا من التضمين يعود الضمير إلى المطلوب ، أعني المودع ، أى فيضمن المالك المودع ( بحبسه عنه ) أي بحبس المودع الوديعة عن المالك .

قـــال وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة . وقالا إذا خلطها بجنسها شركـــه إن شـــاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير .

---

( قال ) أي القدوري ( وإن خلطها المودع ) بفتح الدال خلط المودع والوديعة (بماله حتى لا يتميز ) فإن خلط الدنانير بالدنانير والدراهم بالدراهم ( ضمنها ) لأنه استهلاك على ما يأتي وبه قالت الثلاثة في غير خلط الجنس بالجنس ، والخلط على أربعة اوجه : خلط بطريق المحاورة مع تيسير التمييز كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز ، فإنه لا يقطع حق المالك بلا خلاف ، فيمكن المالك من الوصول إلى غير حقه بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تفسير التمييز كخلط الحنطة مع الشعير فذلك يقطع حق المالك ويوجب الضمان بلا خلاف ، لأنه لا يصل المالك إلى حقه إلا بحرج ، والمتعذر كالمتعسر ، لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير والشعير لا يخلو عن حبات الحنطة فيتعذر التمييز حقيقة ، ويتعذر ايضاً حكماً بالقسمة لا خلاف الجنس ، فان القسمة عند اختلاف الجنس غير مشروع وخلط الجنس مع خلاف الجنس ممازجة كخلط الخل بالحاء المهملة ، وهو دهن السمسم بالزيت وكل مائع بغير جنسه فيضمن فيه بلا خلاف ، لأنـــه استهلاك مطلقاً وخلط الجنس مع الجنس كخلط دهن اللوز مع دهن اللوز ودهن الجوز مـــع دهن الجوز ، وخلط اللـــبن والحنطة بالحنطـــة والدراهم البيض بالبيض والسود بالسود فعند أبي حنيفة « رح » يضمن وبه قال الشافعي وأحمد « رح » وعندهما لا ينقطع حق المالك بل له الخيار إن شاء ضمن وإن شاركه وقال مالك « رح » شاركه بلا خيار .

( ثم لا سبيل للمودع ) بكسر الدال صاحب الوديعـــة ( عليها ) أي على الوديعة (عند أبي حنيفة رضى الله عنه. وقالا إذا خلطها بجنسها شركة ان شاء ) أى شركة المودع المودع إن شاء المودع بالكسر ( مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض ) بكسر الباء جمع أبيض ( والسود بالسود ) بضم الشين جمع أسود ، أي الدراهم السود بالدراهم السود ( والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ) .

لهما انه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة معه فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء . وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ، ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها . ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لا حق له إلا في الدين وقد سقط . وعندهما بالإبراء

---

(لهما) أي لابي يوسف ومحمد « رح » ( انه ) أي أن المودع بالكسر (لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه ) أي الوصول إلى حقه ( معنى ) أي حكماً ( بالقسمة معه ) لأن القسمة فيما لا تتفاوت في إجارة إفراز وتعيين ، حتى يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حقه عيناً من غير قضاء ولا رضى ، فكان إمكان الوصول إلى غير حقه قائما معنى فخير ( فكان ) أي هذا الخلط ( استهلاكاً من وجه) حيث لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة ( دون وجه ) حيث امكنه معنى ( فيميل إلى أيها شاء ) أي الوجهين شاء لما ذكرها .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أنه ) أي ان هذا الخليط ( استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ) لأن عين حقه بالصورة والمعنى ، والتحقيق فيه ان الاستهلاك من العباد التعييب ، فأما انعدام المحل فبتحليف الله تعالى والتعييب قد وجد ، فصار متعدياً ضامناً لا شريكاً فلا يباح له التناول قبل اداء الضمان ، كذا في البدرية ( ولا معتبر بالقسمة ) أي لا اعتبار هو مصدر ميمي ( لانها ) أي لان القسمة (من موجبات الشركة ) أي أحكامها ( فلا تصلح ) أي القسمة ( موجبة لها ) أي للشركة لانه ينقلب حكما والحكم علة .

( ولو ابرأ الخالط ) بنصب الطاء ، أي ولو ابرأ المالك المودع الخالط ذكر هذا فائدة للخلاف المذكور ( لا سبيل له على المخلوط ) أي لا يبقى للمبر طريق على المخلوط ( عند أبي حنيفة « رح » لانه لا حق له إلا في الدين وقد سقط ) بالإبراء ( وعندهما بالابراء

يسقط خيرة الضمان فتتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت ، وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان ، وهذا بالإجماع لانه استهلاك صورة ، وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس . ومن هـــذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر ، فتعذر التمييز والقسمة .

---

يسقط خيرة الضمان ) أى خيار الضمان والخيره بكسر الخاء وفتح الياء آخر الحروف اسم للاختيار كالطيرة بالكسر التطير ، وهذه الصيغة في المصدر قليـــلة ( فتتعين الشركة في المخلوط ) يعني تصير شركة بلا خيار وخلط دهن اللوز بدهن الجوز ( وخلط الخـــل بالزيت ) أي خلط دهن السمسم بالزيت وهو بالخاء المهملة كما ذكرناه ، وارتفـــاع الخلط بالابتداء ( وكل مائع بغير جنسه ) يجر كل عطفاً على الخل ، أى وخلط كل مائع بغـــير جنسه كالعسل بالدبس والرب بالقطارة والسمن بالدهن ( يوجب انقطاع حق المالك) وهو خبر مبتدأ إلى الضمان في محل النصب على الحـــال ، أي يوجب انقطاع حق المالك منتهياً ( إلى الضمان ، وهـــذا ) أي وهـــذا الحكم وهو وجوب الضمان ( بالإجـــاع ، لأنـــه استهلاك صورة ) وهو ظاهر ( وكذا معنى ) أي كذا هو استهلاك معنى أحكامهـــا ( لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ) فتعين المصير إلى الضمان .

( ومن هذا القبيل ) أى من قبيل انقطاع حق المالك بالإجماع ( خلط الحنطة بالشعير ) ارتفاع الخلط بالابتداء وخبره مقدم وهو من هذا القبيل ( في الصحيح ) احترز به عمـــا روى الحسن أن الجواب في خلط الحنطة بالحنطة فكان على الاختلاف ، والصحيح أن حق المالك ينقطع بالإجماع . وقال شمس الأئمة البيهقي في كتاب الغصب من الكفاية روى الحسن في مسألة الحنطة بالشعير عن أبي حنيفة مثل قولهما ( لأن أحدهما لا يخلوعن حبات الآخر ) لما في الحنطة حبات الشعير ، وفي الشعير حبات الحنطة ( فيتعذر التميز والقسمة ) لاختلاف الجنس وقد ذكرناه . وما قيل أن تميز الحنطة من الشعير ممكن بأن يصب في ماء

ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة « رح » ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا . وعند أبي يوسف يجعل الاقل تابعاً للأكثر اعتباراً للغالب إجزاء . وعند محمد « رح » شركة بكل حال ، لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ، ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة ،

---

فيرسب الحنطة ويطفوا الشعير ، فجوابه أن هذا افساد المخلوط في الحال ، مع أن الراسب يمكن أن يكون فيه من حبات حنطة صاحب الشعير ، وفي الطافي يكون من حبات شعير صاحب الحنطة .

( ولو خلط المائع بجنسه ) بأن خلط السيرج بالسيرج أو الزيت ( فعند أبي حنيفة رضي الله عنه ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا ) أشار به إلى ماذكر من قوله لأنه استهلاك من كل وجه .

( وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر ) فيضمن صاحب الكثير القليل (اعتباراً للغالب إجزاء ) أي من حيث الإجزاء والفرق لأبي يوسف « رح » بين خلط المائع من خلاف جنسه وبين خلط المائع بالمائع بجنسه ، فان في خلاف الجنس يقطع حق المالك بالإجماع لأن التداخل والشيوع في المائعات أكثر ، فالخاصية تبطل بالخلط عند اختلاف الجنس فيتحقق ، يعني الاستهلاك أما في الجنس يعتبر الأكثر إذ أقلهامائع لما أن الخاصية باقية ، كذا في الفوائد الظهيرية .

( وعند محمد شركة بكل حال ) يعني سواء كان أحدهما غالباً أو مغلوباً أو كانا متساويين ( لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده ) أي عند محمد رحمه الله ( على ما مر في الرضاع ) من أن الصبي إذا شرب لبن امرأتين بأن جعل لبنهما في قدح ثم صب في حلق **فعند أبي يوسف العبرة للأكثر، وعند محمد يثبت الرضاع منهما جميعاً (ونظيره) أي نظير** الحكمة المذكورة وهو خلط المائع بجنسه ( خلط الدراهم بمثلها إذابة ) أي من حيث الإذابة في النار ، اراد انه إذا أذاب دراهم غيره مع دراهمه فعند أبي حنيفة رحمه الله

لانه يصير مانعا بالإذابة . قـــال وإذا اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها ، كما إذا انشق الكيسان فاختلطا ، لانـــه لا يضمنها لعدم الصنع

---

ينقطع حق المالك بكل حال . وأبو يوسف « رح » يجعل الأقل تابعاً للأكثر في رواية عنه. وقال محمد « رح »الشركة بكل حال على اصله ( لأنه يصير مائعاً بالإذابة ) الضمير في لأنه يرجع إلى الدراهم ، وكان ينبغي أن يقول لأنها تصير مائعة ، ولكن التذكير إما باعتبار الدراهم ورقا بكسر الراء ، وأما باعتبار المذكور وكل ذلك لا يخلو عن نوع تعسف.

( قال ) أي القدوري ( وإذا اختلطت ) أي الوديعة ( بماله ) أي حـال المودع بفتح الدال ( عن غير فعله فهو شريك لصاحبها ) أى لصاحب الوديعة (كما إذا انشق الكيسان فاختلطـــا ) بأن كان في صندوقه كبدله فمط كيس الوديعة فانشق الكيسان من ذاتها أو بقرض فأرة ونحوها فاختلط المالان ، وهذا الكلام بيان لقوله من غـير فعله ( لأنه ) أي لأن المودع ( لا يضمنها ) هذا تعليل لقوله فهو شريك لصاحبها ، وكان حق ترتيب الكلام أن يقال وإن اختلطت بماله من غير فعله كما إذا انشق الكيسان فاختلطـا فهو شريك لصاحبها ، لأنه لا يضمنها ( لعدم الصنع ) منه أى من المودع بالفتـــح ، أي الصنع الموجب الضمان .

قال السغناقي ولو تمسكن تفسير ذلك من المودع بأن جعـل دراهم الوديعة في كيس بال ، ولكن المختلط بينهما بقدر ملكهما . قلت كلام يوهم أن الكيس إذا كان جديداً يضمن ولا يكون شريكاً وليس كذلك ، وانما عدم الضمان على عدم الصنع منه سواء كان الكيس جديداً أو بالياً. وفي الكافي للحكم الحميد فإن انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهم المودع فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان. وإن هلك بعضها هلك من مالهما جميعاً ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني أو مكسرة ، فان كان دراهم احدهما صحاحاً ، ودراهم الآخر مكسرة لا تثبت الشركة بينهما ، بل يميز كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لإمكان التمييز ، وإن كان دراهم أحـــدهما صحاحاً جياداً وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحاً رديئاً وفيها بعض الجيـــاد

فيشتركان وهذا بالإتفاق . قال فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله مخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لان خلط مـــال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم .

---

تثبت الشركة بين المالين ، لأن هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ، ثم كيف يقتسمان إن تصادقا أن ثلثي مال احدهما جياد وثلثه رديء وثلثه جيد يقتسمان الجياد من المـــال المختلط أثلاثاً والرديء أثلاثاً على قدر ما كان لكل واحد منهما وإن لم يتصادقا وكان لا يعرف وادعى كل واحد منهما أن ثلثي ماله جياد وثلثه رديء ويأخذ كل واحد منهما ثلث الجياد ، لأنهما اتفقا على انه كان لكل واحد منهما ثلث الجياد فيأخذان ذلك .

واختلفا في ثلث الآخران يدعي كل منهما لنفسه وذلك الثلث في أيديهمـــا في يد كل واحد منهما نصف الثلث وهو سدس الكل ، فيكون القول قول كل واحـــد منهما في مائدة ويحلف كل منهما على دعوى صاحبه ، فان حلفا برئا عن الدعوي وترك المـال في أيديهما كما كان ، وإن نكلا قضى لكل منهما بنصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يد صاحبه ، وكذلك إن قامت لكل منهما بينة ، وإن حلف احـدهما ونكل الآخر برىء الحالف فيرد النا كل نصف الثلث وهو سدس الكل الذي في يده إلى صاحبه .

( فيشتركان ) أي المودع والمودع ( وهذا بالاتفاق ) أي الحكم المذكور بالاتفـــاق بين علمائنا ، فان هلك البعض كان في مالهما جميعاً ، إذ الأصل في المال المشترك أن يكون الهالك والباقي على الشركة .

( قال ) أي القدوري ( فان انفق المودع بعضها ) أي بعض الوديعة ( ثم رد مثـله فخلط بالباقي ضمن الجميع ، لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم ) أي مثلما انفق قيد بالانفاق ورد المثل ، لأنه لو أخذه لأجل الإنفاق ثم رده قبل الإنفاق لم يضمن ، لأنه إن حالف عاد إلى الوفاق ، كذا في المبسوط . وقـــال الشافعي رحمه الله في قول ومالك رحمه الله يضمن الكل لو أنفق البعض ولم يرد شيئاً يضمن الكل عندهما ما أنفق ، لأن الغرامة بقدر الحيازة فخلطه بالباقي ضمن الجميع ، لأنـه خلط

قال وإذا تعدى المودع والوديعة بأن كانت دابة فركبها ، أو ثوبا فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدي فردها إلى يده زال الضمان. وقال الشافعي « رح » لا يبرأ عن الضمان ، لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك. ولنا أن الامر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد

---

مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم . وفي الذخيرة هذا إذا لم يجعل علامة على ماله حين خلطه بمال الوديعة ، أما إذا جعل بحيث يتأتى التمييز لا يضمن إلا ما انفق ، وقال الشافعي « رح » في قول لا يضمن إلا ما انفق في الوجهين وبه قال ابو القاسم المالكي وأحمد « رح » . وقال الربيع يضمن الجميع إذا لم يتميز .

( قال ) أي القدوري ( وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوباً فلبسه أو عبداً فاستخدمه أو اودعها عند غيره ) أي اودع المودع الوديعة عند غيره ( ثم أزال التعدى فردها إلى يده زال الضمان ) إنما قال زال لأن الضمان وجب عليه بنفس الركوب ، حتى لو هلك في حالة الاستعمال يضمن بلا خلاف . وفي التحفة وفي المستأجر والمستعير إذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان ، وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع . وفي خلاصة الفتاوى وفي الإجارة والإعارة الأصح انه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق .

( وقال الشافعي « رح » لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة ) بين كونه ضامنا وبين كونه امينا ، وإذا ثبت كونه ضامنا انتفى كونه امينا وهو موجب العقد فارتفع العقد فلا يعود إلا بسبب جديد ولم يوجد ( فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ) فلم يوجد ويضمن ، وبه قال مالك « رح » في رواية واحمد « رح » في رواية ابن القاسم واشهب يبرأ كقولنا .

( ولنا أن الأمر ) أي بالحفظ وهو الإيداع ( باق لإطلاقه ) أي لإطلاق الأمر، لأن قوله إحفظ هذا المال يتناوله جميع الأوقات بعد الخلاف وقبله ( وارتفاع حكم العقد )

ضرورة ثبوت نقيضه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد ، كما إذا استأجره للحفظ شهراً فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي

---

جواب عن قول الشافعي « رح » لأن عقد الوديعة ارتفع، وحكم العقد هو الحفظ وارتفاعه على الابتداء ، وخبره قوله ( ضرورة ثبوت ) أي لأجل ضرورة ثبوت ( نقيضه ) لاجل ضرورة ثبوت نقيض حكم العقد ، لان بطلان الشيء بما ينافيه، والاستعمال ليس بموضوع لإبطال الإيداع ولا ينافيه ( فإذا ارتفع عاد ) أى نقيض ( حكم العقد ) بالعودة إلى الوفاق عاد وحكم العقد وهو لزوم الحفظ المأمورية ، لان الإرتفاع كان لضرورة ثبوت العقد كما ذكر . والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى إلى ما بعد ارتفاعه وعورض بأن الأمر باق فيكون مأموراً بدوام الحفظ وما هذا شأنه فالمخالفة فيه رد للأمر من الأصل كالجحود ، فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كاعتراف بعد الجحود .

والجواب بما ذكرنا أن بطلان الشيء بما ينافيه أو بما هو موضوع لإبطاله ، فلا تكون المخالفة ودا له من الأصل وهي ليست بموضوعة لإبطال الابداع ، ولا ينافيه . ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء بأن يقول للغاصب أودعتك وهو مستعمل، بخلاف الجحود ، فإنه قول موضوع للرد ، ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع ودها يكفر به . والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأمور به ليست رداء ، ولهذا لا يكفر [1].

( كما إذا استأجره ) تنظير المسألة الوديعة بالاستئجار أي كما إذا استأجر رجل رجلاً ( للحفظ شهراً ) أي لحفظ متاعه مدة شهر ( فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي ) فإنه ترك الحفظ في بعض الأوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أميناً .

فإن قلت هذا النظير غير مستقيم ، لأن بقاء كونه أميناً باعتبار أن عقد الإجارة عنده لازم فلا يرتد برده ، بخلاف ما نحن فيه ، قلت العقد اللازم في الانتقاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالإجارة والعارية والبيع والهبة ينتقض بعدم تسليم المعقود

---

(١) هكذا جرى السياق في الأصل ، وفيه كلام غير مضطرد .

فحصل الرد إلى نائب المالك . قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها ، لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الإعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته ، والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل

---

عليه ، ثم في الاستئجار وردة العقد على منفعة الحفظ في المدة ، والمنفعة تحدث شيئاًفشيئاً فيترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك القدر ، ويكون باقياً لبقاء العقد عليه ، فكذا في الحفظ بغير بدل .

فإن قلت المستأجر للدابة إلى مكان إذا جاوزه ثم عاد إليه لم يبرأ ، وكذا المستعير إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق لم يبرأ . قلت لأن البراءة إنما تكون بالإعادة إلى يد المالك ، إما حقيقة وإما تقديراً ، ويد المستأجر أو المستعير يد نفسه فإنه يستوفي المنافع المملوكة من المحل والمالك فيما يتصرف في المحل يكون عاملاً لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان ، خلافاً لزفر اعتباراً بالوديعة .

( فحصل الرد إلى نائب المالك ) هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك . ووجهه أن المودع نائب المالك ، فإذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعاً ، هذا جواب عن قوله فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ، ووجهه أن المودع نائب المالك ، ووجهه أن المودع نائب بذلك ، فإذا ارتفعت المخالفة عاد مودعاً جعل الرد نائب المالك[1] .

( قال ) أي القدوري ( فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها ) أي الوديعة ، وقيد بالجحود عند الطلب ، لأنه إذا جحد عند صاحبها لا بناء على الطلب لا يضمن ، كذا في الخلاصة ( لأنه ) أي لأن صاحب الوديعة ( لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ ، فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع منه فيضمنها ، فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد ) فإذا ارتفع لا يعود إلا بعقد جديد ( إذ المطالبة بالرد رفع من جهته ) أي رفع للعقد من جهة المالك ( والجحود فسخ من جهة المودع ) بفتح الدال ( كجحود الوكيل

---

(١) هكذا الكلام مكرر في الأصل .

الوكالة . وجحود أحـــد المتعاقدين البيع فتم الرفع ، ولأن المودع يتقرر بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل . وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجـــد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق .

---

الوكالة ) يعني بمحضر من الموكل ، وذلك لأنه ترك الإلتزام فكان فسخاً .

ونقل في الأجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد « رح » إذا وكل ثم قال لم أوكله لم يكن رجوعاً وعزلاً عن الوكالة . ونقل عن وصايا الاصل إذا اوصى ثم انكر الوصية فقال لم أوص فهو رجوع . قال في الجامع لا يكون رجوعـاً ، وفي نوادر ابن شجاع عن محمد « رح » إذا أوصى لرجل ثم قال لم اوص له لم يكن رجوعاً . ولو قال أشهد أني لا أوصي له فهو رجوع ، وكذلك لو وكل وكيلا يبيع عبداً له ثم قال اشهدوا أني لم أوكـله فهو كذب ، وهو وكيل . ولو قال إني لا أوكلة ببيع العبد فهو عزل ، ولو شهدوا عليـــه بالكفر فجحد وقال ما تلفظت به يكون ذلك توبة ورجوعاً عنه .

( وجحود أحد المتعاقدين البيع ) أي وكجحود البائع أو المشتري حصول البيـع ( فتم الرفع ) أي إذا كان الأمر كذلك فتم العقد رفع العقد عنهما ( أو لأن المودع) إشارة إلى تعليل ثان ( ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع) بكسر الدال ( كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل ، وإذا ارتفع ) أي العقد ( لا يعود إلا بالتجديد ) أي بتجديد العقد ( فلم يوجد الرد الى نائب المالك ) يعني بنفس المودع ، لأنه نائب المالك بجحود احتاج الى التجديد فلم يوجد فلم يكن رداً إلى نفسه ، أعني المودع بالفتح فيضمن .

( بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ) أراد بالخلاف الأول الخـــلاف في الحكم ، وبالخلاف الثاني خلاف المودع بالفعل ، يعني إذا خالف فعلاً ثم عـاد إلى الوفاق يكون العقد على حاله ، لأنه باق إذ الخلاف ليس برد الأمر ، لأن الأمر قول ، ورد القول بقول مثله ، وأما الجحود فهو قول ورد للأمر ، لأن الجاحد يكون متملكاً للعين والمالك في ملكه لا يكون مأموراً بالحفظ من جهة غيره . وفي الزيادة هذا كله إذا جحد الوديعة في

ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف « رح » خلافاً لزفر « رح » ، لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ ، لأن فيه قطع طمع الطامعين ، ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فبقي الأمر ،

---

المنقول ، أما لو جحدها في العقار قال السرخسي لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » في جميع الوجوه . ومن المشايخ من قال العقار يضمن بالجحود بلا خلاف وإن كان الغصب لا يتحقق فيه عندهما . وقال الحلواني في ضمان الجحود في العقار عن أبي حنيفة « رح » روايتان .

( ولو جحدها عند غير صاحبها ) بأن قال أجنبي ما حال وديعته ( لا يضمنها عند أبي يوسف « رح » خلافاً لزفر « رح » ) إنما خص قول أبي يوسف « رح » بالذكر وإن كان عدم الضمان هو قول أصحابنا الثلاثة . قيل لأن هذا الفصل لم يكن مذكوراً في مبسوط محمد « رح » وإنما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب « رح ».فأورده كذلك . وفي النهاية أو جحدها في وجه المودع من غير أن يطالبه بالرد بأن قال ما حال وديعتي عندك ليشكره على حفظها فجحدها لا يضمنها عند أبي يوسف « رح » وروى بشر عن أبي يوسف إذا جحد الوديعة في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر ثم هلكت لا يضمنها ، لأن الجحود في هذه الصورة جهة من جهات الحفظ ، كذا في الذخيرة . وجه قول زفر « رح » أن الجحود سبب للضمان سواء كان عند المالك أو غيره ، كالإتلاف حقيقة .

ووجه قول أبي يوسف ما ذكره بقوله ( لأن الجحود عند غيره ) أي غير المودع (من باب الحفظ ، لان فيه قطع طمع الطامعين ) عن الوديعة ، فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة ( ولانه ) أي ولان المودع بفتح الدال ( لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه ) أي من المالك وهو ما عزله ( أو طلبه ) أي أو بغير طلبه ، أي طلب المالك ،لان العقد قائم بهما فلا يرتفع إلا بهما ( فبقى الامر ) أي العقد باعتبار بقائه ليد المالك فلا يضمن ، وبه قالت الثلاثة .

بخلاف ما إذا كان بحضرته. قـــال وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة « رح » .

---

( بخلاف ما إذا كان ) أي الجحود ( بحضرته ) أي بحضرة المالك وقـد مر وجهه . وفي الاجناس أما المودع إذا جحد الوديعة كان شيخنا أبو عبدالله الجرجاني يقول انه على وجهين إن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن ، وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن ، وفي المنتقى إذا كانت الوديعة أو العارية مما يحول يضمن بالجحود وإن لم يحولها . وفي الاجناس الامانة تنقلب مضمونة بالموت إذا لم يبين إلا في ثلاث مسائل ، إحداهما : متولى الوقف إذا مات ولا يعرف حال غلتها الذى أخذها ولم يبين الاحتمال عليه ، ذكره في كتاب الوقف هلال البصري .

والثانية : السلطـــان إذا خرج الى الغزو وغنموا فأودع بعض الوديعـــة بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من أودع لا ضمان عليه ، ذكره في السير الكبير .

والثالثة : أحد المتفاوضين في يد مال الشركة ومـات ولم يبين لا ضمان عليه ، ذكره في الاصل .

وفي الواقعات إذا قال دفنت الوديعة في مكان كذا ونسيت موضها ، وهـــذا على وجهين ،إما انه لوقال دفنتها في داري أو في كرمي أو في موضع آخر ، ففي الوجه الاول والثاني لا يضمن إذا كان للدار والكرم باب ، لانه ليس بتضييع ، وفي الوجـــه الثالث يضمن لانه تضييع ، ونقـــل في الاجناس عن نوادر ابن رستم إذا ادعى المستودع ضياع الوديعة منذ عشرة ايام فقال صاحب الوديعة أنا أقيم البينة انها كانت فى يدى منذ يومين. وقال المستودع وجدتها بعد ذلك فضاعت صدق . فإن قال حـين خوصم ليس له عندي وديعة ثم قال وجدتها فضاعت ضمن .

( قال ) أي القدوري ( وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لهـا حمل ومؤنة عند أبي حنيفة « رح » ) وفي شرح الاقطع هـــذا الذي ذكره قول أبي حنيفة لا في موضع واحد ، وهو أن يكون طعاماً كثيراً فانه يضمن استحساناً إذا سافر به لا قياساً. وقال الإمام الاسبيجابي في طريقة الخلاف اذا كان له حمل ومؤنة فعند أبي حنيفة لا يضمن

## وقالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي « رح » ليس له ذلك في الوجهين

سواء كان السفر قريباً أو بعيداً . وقال محمد «رح » يضمن سواء كان قريباً أو بعيداً. وقال أبو يوسف «رح» إن كان بعيداً يضمن وإلا فلا، ثم قال وأجمعوا إن كان الطريق مخوفاً يضمن كيفما كان ، ثم قال واجمعوا على انه لو سافر بالوديعة في البحر يضمن. وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير وأجمعوا على أن الأب والوصي إذا سافر بمال اليتيم لا يضمن والوكيل بالبيع إذا سافر بما وكل ببيعه قالوا إن قيده بمكان بأن قال له بعه بالكوفة فسافر به يضمن، وإن أطلق فسافر به لا يضمن إذا سرق أو ضاع فيما لا حمل له ويضمن فيما له حمل ومؤنة . ثم الواو في قوله وإن كان للوصي والضمير في اوله يرجع إلى الوديعة باعتبار المودع بفتح الدال لأنه يطلق على الوديعة وعلى الذي يقبلها أيضاً كما علم من قبل . وقال الكاكي بمال الوديعة وفيه نظر لا يخفى . والحمل بفتح الحاء مصدر حمل الشيء يقال ماله حمل ومؤنة ماله ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو خبرة حمال . وفي الأصل ما له مؤنة في الحمل وهذا هو الأوجه .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( ليس له ذلك ) أي السفر بالوديعة ( إذا كان لها حمل ومؤنة . وقال الشافعي « رح » ليس له ذلك في الوجهين ) أي فيما له حمل ومؤنة وفيما ليس له ، وبه قال مالك ، وإذا قدر ان يردها على صاحبها ووليه أو الحاكم أو أمين. فأما إذا لم يقدر على أحد منهم لا يضمن للضرورة . وللشافعي في نقلها من قريته إلى قرية فيما دون مدة السفر إذا كانت المسافة آمنة وجهان ، وهذا الخلاف إذا كان الطريق آمناً ، فإن كان مخوفاً ضمن بلا خلاف ، وإذا كان آمناً وله بد من السفر فكذلك ، وإن لم يكن وسافر بأهله لا يضمن ، وإن سافر بنفسه ضمن ، لأنه أمكنه تركها في أهله ، ثم اطلاق قولهما ليس بوضع الجامع الصغير ولا المبسوط ، فانه ذكر في الجامع الصغير أن له أن يخرج خلافاً للشافعي « رح » .

واختلف أصحابنا بعد ، فقال أبو حنيفة لا يضمن قصر الخروج أو طال ، وكان له حمل ومؤنة أو لا . وقال أبو يوسف إن قصر الخروج لم يضمن بكل حال ، وإن طال لم

لأبي حنيفة «رح» إطلاق الأمر والمفـــازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمناً ، ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي . ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة ، فالظاهر أنه

---

يضمن إلا فيما له حمل ومؤنة . وقال كذلك إلا فيما له مؤنة فإنه لا يملك وأن يخرج بـــه قصر أو طال . وفي المبسوط بعدما ذكر قول أبي حنيفة قال إذا قربت المسافة فـله أن يسافر بها ، وإذا بعدت ليس له ذلك .

( لأبي حنيفة إطلاق الأمر ) أي أمر الآمر ، لأنه أمره بالحفظ مطلقاً فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان ( والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمناً ) هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال سلمنا أن إطلاق الأمر يقتضى الجواز ، لكن المانع عنـه متحقق ، وهو كون المفازة ليس محلا للحفظ . فأجاب بقوله والمفازة إلى آخره قيد بقوله آمناً لأنه إذا لم يكن آمناً اربحه الضمن ( ولهذا ) أي ولكون المفازة محـــلاً للحفظ ( يملكه الأب والوصي في مال الصبي ) أي يملك السفر الأب والوصي بمـــال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك .

فان قلت بمسافرتهما بمال الصغير ، فلو كان التلف مظنوناً لما جاز لهما ذلك . فإن قلت بمسافريتما بمال الصغير للتجارة والناس يخاطرون بهـــا تطمع الربح والمودع ليس كذلك ، لأنه ليس له حق التصرف والاسترباح فيها ، فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحاً . قلت هذا توضيح الاستدلال ، ولئن كان استدلالاً فهو صحيح ، لأن ولايتهما على مال الصغير نظرية وأولى وجوه النظر غايته عن مواضع التلف ، فلو كان في وهم الستروهم التلف لما جاز ، وحيث جاز بالاتفاق انتفى وهم التلف . هذا حاصل ما ذكره السفناقي وتبعه على ذلك صاحب الغاية وصاحب العناية ، ولكن هو محل المناقشة ، فإن لقائل ان يقول لا نسلم جواز سفر الأب أو الوصي بمال الصغير ، لأن الله أمر بالأحسن في قربان مال اليتيم فابن الأحسن والحسن في المسافرة بماله ، ولا نسلم عدم كون السنر وهم التلف» وكون السفر مظنة التلف ومتحقق لا ينكر خصوصاً في قيام الفتن بين الخلف .

( ولهما أنه يلزمه ) أي أن المالك يلزمه ( مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه

لا يرضى به فيقيد به . والشافعي « رح » يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالإستحفاظ بأجر . قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به ، والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ، ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ، بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد ، وإذا نهاه المودع

---

لا يرضى به فيقيد به ) أي سفره بما ليس له حمل ومؤنة ، لأن فيما له حمل ومؤنة إضرار عليه ، فان قلت كيف يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة . قلت باعتبار موت المودع في طريق فانه حينئذ يلزم المالك مؤنة الرد .

( والشافعي « رح » يقيده ) أي يقيده حفظ الوديعه ( بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار ) أي أسباب الصيانة تتهيأ في الامصار من كل وجه وفي غيرها من وجه دون وجه ( وصار كالاستحفاظ بأجر ) أي صار حكم الوديعة في الحفظ ، كما إذا استأجر رجلا ليحفظ متاعه شهراً بدرهم فانه لا يسافر ، فلو سافر به يضمن .

( قلنا مؤنة الرد يلزمه في ملكه ) هذا جواب عن قولهما يعني مؤنة الرد يلزم المالك في ملكه . تقديره سلمنا أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس بمعنى من قبل المودع ، بل انما ذلك ( ضرورة امتثال المودع أمره ) فإنما أمره مطلقاً وهو لا يتقيد بمكان فهو بمعنى يرجع إلى المالك ( فلا يبالي به ) أي يلحق المؤنة ، لأنه ضروري وضمني ( والمعتاد كونهم في المصر ) جواب عن قول الشافعي « رح » ، أي المتعارف كون أهل الأمصار في المصر يعني المعتاد كون المودعين وقت الإيداع في المصر ( لا حفظهم ) أي ليس المعتاد حفظ المودعين في المصر ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها ) كأهل الخيام والاخبية ، فإنهم يحفظون أموالهم في المفازة ولا ينقلونها إلى الامصار .

( بخلاف الاستحفاظ بأجر ، لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد ) أشار بهذا إلى أن قياس الشافعي « رح » بالفارق فلا يجوز ( وإذا نهاه المودع ) بكسر

أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً . قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يدفع إليه نصيبه . وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده . وقالا له ذلك ،

---

الدال إذا نهى المودع رب المال ( أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ، لان التقييد مفيد ، اذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً ) أي فكان تقيده صحيحاً .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رضى الله عنه ) حتى لودفع يضمن نصفه .

( وقالا يدفع إليه نصيبه . وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفاً فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا لهذلك ) أي عند أبي حنيفة رحمه الله انما ذكر رواية الجامع الصغير تنبيهاً على ثلاث فوائد ، الاولى : البينة على أن المواد بوضع الخلاف ، وعن الطلاق القدوري الوديعــة هو المكيل والموزون ، لان المذكور فيــه الالف وهو موزون .

الثانية : أن القدوري « رح » نص على الاثنين والجامع الصغير على الثـلاثة ، ولولا رواية الجامع لكان لقائل أن يقول نصيب الحاضر من الثلاثة أقـل من نصيب الغائبين ، فيصير مستهلكاً ، ويجعل تبعاً للأكثر فلا يوجد من المودع . واما نصيب الحــاضرين الاثنين لا يكون مستهلكاً ولا تابعاً فله أخذه فيه برواية الجامع أن الحكمين سواء .

الثالثة : أنه ذكر في كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع ويوهم ذلك أن يأخذه ديانة ، فلما قال في الجامع ليس له أن يأخذ زالت هذه الشبهة وتلفت هذه المسألة بمسألة الحمامي وحكايته أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمــامي هميانا من ذهب فخرج

والخـــلاف في المكيـل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر. لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف. ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمرهو بالدفع إليه، ولأبي حنيفة «رح» انه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل

---

احدهما قبل صاحبه، وأخذ الهميان وذهب به وخرج الآخر وطالبـه بالهميان، ولعلهما تواطئا على ذلك، فتحير الحمامي فقيل فيصل هذا الامر عند أبي حنيفة «رح» فذهبوا إليه وقصوا عليه القصة، فقال أبو حنيفة رحمه الله لا تقل دفعته إلى صاحبك، ولكن قل لا ادفعه إليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي.

( والخـــلاف في المكيل والموزون، وهو المراد بالمذكور في المختصر ) أي مختصر القدوري، ذكر هذا احترازاً من ذوات الامثال حتى إذا كانت الوديعة والعبد والدواب ليس للحاضر أن يأخذه بالإجماع.

( لهما ) أي لابي يوسف ومحمـــد «رح» ( أنه ) أي الحاضر ( طالبه ) أي طالب المودع ( بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه ) لانه مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعذر عليه قبض نصيبه بغية الآخر ( كما في الدين المشترك ) أي كما يطلب الحاضر في الدين المشترك بأن باعا عبداً مشتركاً اذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون، فكذا هـذا ( وهذا ) أي توضيح لما ذكره ( لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه ) أي لان الحـــاضر يطلب المودع بتسليم ما سلم اليه من الوديعة ( وهو النصف، ولهذا كان له ) أي للمودع ( ان يأخذه ) أي ان يأخذ نصيبه الذي هو النصف ( فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ) أي كما ان له أن يأخذ، فكذا يؤمر بالدفع إلى المالك الحاضر.

( ولابي حنيفة انه طالبه ) أي ان الحاضر طالب المودع ( بدفع نصيب الغائب، لانه يطالبه بالمفرز ) اي المقسوم، وليس له فيه حق ( وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل

على الحقين ولا يتميز حقــه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، بخلاف الدين المشترك لأنـه يطالبه بتسليم حقه لأن الديون تقضى بأمثالهـا وقوله له أن يأخذه . قلنـــا ليس

---

على الحقين ) اي حق الحاضر والغائب ( ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ) لانه ليس بوكيل في ذلك ( ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجمـــاع ) حتى لو ملك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشاركه في المأخوذ بالإجماع ، فثبت ان القسمة ليست بنافذة .

( بخلاف الدين المشترك ، لأنه يطالبه بتسليم حقه ) أي حق المديون ، لأنه يسلم مال نفسه لا مال غيره ( لأن الديون تقضىبأمثالها ) لا بأعيانها، فدفعه نصيب الحاضر يصرف في ملك نفسه وليس فيه قسمة على الغائب ، أما المودع يدفع مال الغـــير . ألا ترى إذا غاب واحد وله عند آخر دين في الوديعة فجاء رجل- وادعى الوكالة منـــه يقبض الدين والوديعة فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة وقد نظر صاحب العناية في صرف الشراح الضمير في قوله بتسليم حقه إلى المديون ، وقال لأن الإنسان لا يؤمر بالتصرف في مـــاله بالدفع إلى من لا يجب له عليه ذلك والحق أن الضمير في حقه للشريك لا للمديون ، ومعناه لأن الشريك يطالب المديون بتسليم ، أي بقضاء حقه ، وحقـــه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها، والمثل مال المديون ليس بمشترك بينهما، والقضاء إنما يقع بالمقاصة ، وفي نظره نظر ، لأن عبارة المصنف تشعر بأن الضمير يرجع إلى المديون على ما لا يخفى . وقوله لأن الإنسان لا يؤمر إلى آخره ليس كذلك ، لأن المأمور هنـــا بالدفع ، وإنما هو إلى من يجب له عليه ذلك ، ولا كلام فيعدم جواز الأمر بالدفــع إلى من لا يجب عليه ذلك فافهم .

( وقوله له أن يأخذه ) جواب عن قولهما ولهذا كان له أن يأخذه ، والضمير في قوله يرجع إلى القائل المعهود في الذهن ، أي قول القائل نصرة لقولهما كذا وكذا ( قلنا ليس

من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع ، كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند إنسان وعليه ألف لغيره فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به ، وليس للمودع أن يدفعه إليه . قال وإن أودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ، وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » .

وكذلك الجواب عنده في المرتهنين

---

من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع ) يعني ليس من ضرورة جواز الاخذ استلزام جبر المودع على الدفع ، لأن الجبر ليس من ضرورات الجواز يعنى من لوازمه لانفكاكه عنه ( كما إذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه ) أي على المودع بالكسر ( ألف بغيره فلغريمه ) أي فلغريم المودع بالكسر ( أن يأخذه ) أي الألف ( إذا ظفر به ) إذا كان من جنس حقه . قيل في تأويل قوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان ، أن المراد أخذ حقه إذا ظفر به ( وليس للمودع أن يدفعه اليه ) أي الغريم ، فدلت هذه المسألة على أن الجبر ليس من لوازم الجواز للانفكاك .

( قال ) أي القدوري ( وإن اودع رجل عند رجلين شيئاً مما يقسم ) وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون وما لا يقسم هو ما يتعيب به كالعبد والدابة والثوب الواحد ونحوها ( لم يجز أن يدفعه أحدهما إلى الآخر ، ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه ) لأن المالك رضي بحفظها واجتماعهما على حفظ الكل متعذر فيؤمران بالقسمة ، لأن المالك قد رضى بها حيث علم بذلك ، والثابت دلالة كالثابت صريحاً . وإذا دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله .

( وإن كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما بإذن الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة ) أي هذا التفضيل عند أبي حنيفة ( وكذلك الجواب عنده في المرتهنين ) بأن رهن رجل

والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر . وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين . لهما أنه رضي بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه كما في ما لا يقسم . وله أنه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله ، لان الفعل متى أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزى يتناول البعض دون الكل ، فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض ، لان مودع المودع عنده لا يضمن ، وهذا

---

عند رجلين ما يمكن قسمته فدفع أحدهما الى الآخر ضمن عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما ، ذكره في المبسوط ( والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر ) بان وكل رجل رجلين بشراء شيء فدفع اليهما مالاً مما يقسم فدفعه إلى الآخر فضاع عنده ضمن النصف ، وكذا المستصنمين والوصيين والعدلين في الرهن إذا سلم أحدهما إلى الآخر .

( وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر في الوجهين ) يعني فيما يقسم وفيما لا يقسم ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( أنه رضى بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر ولا يضمنه ، كما فيما لا يقسم) هما قاس ما يقسم على ما لا يقسم ، والجامع وجود الرضا دلالة في الدفع لاعتماده على أمانتها.

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنه ) أي المالك ( رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله ) أي بحفظ أحد المودعين كل المودع بالفتح ( لأن الفعل متى اضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل ) فاذا سلم الكل إلى الآخر ( فوقع التسليم إلى الآخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض، لأن مودع المودع عنده لا يضمن ) أي عند أبي حنيفة « رح » والدال فيهما مفتوحة ( وهذا ) إشارة إلى بيان الفرق بين ما يقسم وما لا يقسم .

بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهاياة كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الاحوال. وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها إليها لا يضمن . وفي الجامع الصغير إذا نهاه أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه ، وكما إذا كانت شيئاً يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته وهو محمل الأول ، لأنه لا يمكن إقامة العمل مع

---

( بخلاف ما لا يقسم لأنه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه )أي على المودع (آناء الليل والنهار ) أي ساعاتهما وهو جمع آنى على نون معنى ، ويقل آنى وآنوه(وأمكنهما المهاياة ) وهي القسمة والتناوب ( كان المالك راضياً بدفع الكل إلى أحدهما في بعض الأحوال ) هذا ظاهر . وقال في المبسوط قول أبي حنيفة « رح » أقيس ، لأن رهناه بأمانة اثنين لا يكون رضاً بأمانة واحد ، فاذا كان الحفظ مما يتأتى منهما عادة لا يصير راضياً بحفظ أحدهما للكل .

( وإذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها إلى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن ) لأن هذا الشرط لا يفيد فصار لغواً ، لأنه لم يكن له بد من التسليم اليها .

( وفي الجامع الصغير وإذا نهاه المودع ) بكسر الدال ( أن يدفعها إلى أحد من عياله فدفعها إلى من لا بد منه لا يضمن ، كما إذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع إلى غلامه وكما اذا كانت شيئاً يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع إلى امرأته ) بعدم شرط الافادة كما ذكرنا ( وهو محمل الأول ) أي المذكور في الجامع الصغير محمل كما ذكره القدوري مطلقاً بأنه حتى لا يضمن إذا كان له منه بد ، فان كانت الوديعة شيئاً حقيقياً يمكنه استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه إلى عياله ضمن ( لانه لا يمكن إقامة العمل مع

مراعاة هـــذا الشرط ، وإن كان مقيـداً فيلغو . وإن كان له منه بـد ضمن لان الشرط مقيد ، فإن من العيال من لا يؤتمن على المـال وقـد أمكن العمل بـه مـع مراعـاة هـــذا الشرط فاعتبر وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظهـــا في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فإن البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ، وإن حفظهـــا في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين تتفاوتان في الحرز ، فكان مفيداً فيصح التقييد .

---

مراعاة هذا الشرط ، وإن كان مقيداً فيلغو ) لأنه شرط تناقض أصله ، فكان باطلا .

( وإن كان له منه بد ضمن ) أي وإن كان للمودع منه أى من عيـاله بد ، أي فراق بأن كان فيهم من لا يوثق بأمانته فنهاه رب المال عن الدفع اليه ضمن ( لأن الشرط مقيد، فان من العيال من لا يؤتمن على المال ، وقد امكن العمل به ) أى بتعين المودع عدم الدفع إلى من في عياله ( مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر ) لأنه شرط مفيد ، وامكن العمل به والشرط المفيد إنما يلغو إذا لم يمكن العمل به . وعلى هذا إذا نهى عن الدفع إلى امرأته وله امرأة اخرى امينة أو عن الحفظ في الدار وله اخرى فخاف فهلك ضمن . وإذا نهى عن الدفع إلى امرأته وليس له سواها فخالف لا يضمن ، لأن الاولى غير مقيد والثاني غـــير مقدور العمل .

( وإن قال احفظها في هذا البيت فحفظهـــا في بيت آخر من الدار لم يضمن ، لأن الشرط غير مفيد ، فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز ) غالبـــاً ، حتى لو تفاوتا ضمن . وقالت الثلاثة إن نقلها إلى بيت دونه يضمن ، ولو نهاه عن الحفظ في غـــير هذا البيت فعندهم يضمن في الحفظ في بيت آخر سواء كان مثله أو دونه لمخـــالفته أمر صاحبها ، وعندنا في الأمر وفي النهى لا يضمن إذا لم تتفاوت البينات ( وإن حفظها في دار أخرى ضمن ، لأن الدارين يتفاوتان في الحرز فكان ) أى الشرط ( مفيداً فيصـــح التقييد ) لإمكان العمل به .

ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بأن كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صلح الشرط .

قال ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن للأول وليس له أن يضمن الآخر ، وهـــذا عند أبي جنيفة « رح » وقالا له أن يضمن أيها شاء ، فـــإن ضمن الأول يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول .

---

( ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهراً بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمه والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة ) أي خللاً ظاهراً ، وكل أمر يتخوف منه فهو عورة ، وكذلك كل أمر يستحق منه ومنه عورة الإنسان وعورات الإنسان وعورات الجبـــال شقوقها ، ويقال عورة المــكان إذا بدا منه موضع خلل ، أو كذلك أعور الفارس ورجل أعور مختل العين ( صح الشرط ) لكونه مفيداً .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن أودع رجلاً وديعة فأودعها ) أي المودع أودعها رجلاً ( آخر فهلكت فله ) أى فللمالك ( أن يضمن للاول ) أى المودع الأول ( وليس له أن يضمن الآخر ) أى مودع المودع (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وبه قال أحمد «رح» في رواية ، ثم المودع يضمن بالوديعة إلى غيره بلا خلاف عند اكثر الفقهاء ، وعند ابن أبي ليلى لا يضمن . وفي الذخيرة إنما يضمن المودع الأول بالإيداع إذا هلكت الوديعة بعد أن يفارق الأول الثاني . أما لو هلكت قبل المفـــارقة لا يضمن بمجرد الدفع اليه ، وإنما يضمن بالتضييـــع .

( وقالا له أن يضمن أيها شاء ) أي المودع أو مودع المودع ، وبـــه قال الشافعي ومالك وأحمد « رح » في رواية ( فإن ضمن الأول لا يرجع على الآخر ، وإن ضمن الآخر رجع على الأول ) أي فإن ضمن المالك المودع الآخر رجع المودع الآخر على المودع الأول لأنه مغرور من جهة فإنه أودعه على أنه ملكه وانه لا يلحقه ضمان بالهلاك في يده ، فإذا لحقه الضمان رجع عليه .

لهما أنه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ، وهذا لأن المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً بالتسليم ، والثاني بالقبض فيخير بينهما ، غير أنه إن ضمن الأول لم يرجع على الثاني ، لأن ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه . وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ، وله أنه قبض المال من يد أمين ، لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رائه فلا تعدي منهما ، فإذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك . وأما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا

---

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( انه ) أي أن المودع الثاني ( قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب ) ومودع المشترى ( وهذا ) توضيح لوجه زمان الثاني ( لأن المالك لم يرض بأمانة غيره ، فيكون الأول متعدياً بالتسليم والثاني بالقبض فيخير ) أي المالك ( بينهما ) أي بين تضمين الأول وبين تضمين الثاني ( غير انه إذا ضمن الأول لم يرجع ) أى الأول ( على الثاني لأنه ملك بالزمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول لأنه عامل له ) في القبض والحفظ ( فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ) وهو الضمان .

( وله ) أى ولأبي حنيفة « رح » ( أنه ) أي أن المودع الثاني ( قبض المال من يد أمين لأنه ) أي المودع الاول ( بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رائه فلا تعدى منهما ) أي من المودع الأول والمودع الثاني ما داما مجتمعين ( فإذا فارقه ) أي الأول الثاني ( فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك ) أي بسبب تركه الحفظ الملتزم ( وأما الثاني ) أي المودع الثاني (فمستمر على الحالة الأولى) وهو القبض من امين (لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح إذا

ألقت في حجره ثوب غيره. قال ومن كان في يده ألف فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها إياه وأبى أن يحلف لهما فالالف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما ، وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الإنفراد لتغاير الحقين ، وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ، ولو تشاحا أقرع بينهما تطيباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل .

---

ألقت في حجره ثوب غيره ) فهلكت حيث لا يضمن ، لانه لم يوجد منه صنع بخلاف مودع الغاصب ، لأن الأول بمجرد الدفع متعد والثاني بالأخذ .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( ومن كان في يده ألف ادعاها رجلان كل واحد منهما) أى ادعى كل واحد منهما ( انها ) أي الألف ( له أودعها إياه وأبى ) أى امتناع صاحب اليد (أن يحلف لهما فالألف بينهما ) وفي بعض النسخ فالألف لهما (وعليه) أي على صاحب اليد ( ألف أخرى بينهما ) أي بين المودعين . وصورة المسألة في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في ألف درهم في يدي رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنه أودعها إياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذا الألف بينهما ويغرم ألفاً أخرى فيكون بينهما نصفين انتهى .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، وفي قول ابن أبي ليلى « رح »لا يجب عليه إلا دفع الألف بعينها لأنه لم يأخذ إلا الفاً واحدة فلا يجب عليه الف أخرى .

( وشرح ذلك ) أى الحكم المذكور ( ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ) وهو قوله ﷺ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ( ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين ) لأن كل واحد منهما يدعي الفاً ( وبأيهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ) لعدم المرجح ( ولوتشاحا) أي لو تنازعا في البداية بالحلف ( أقرع بينهما تطيباً لقلبهما ونفياً لتهمة الميل ) أي ميل

ثم إن حلف لاحدهما يحلف للثاني ، فإن حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة ، وإن نكل أعني للثاني يقضى له لوجود الحجة . وإن نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما إذا أقر لاحدهما ، لان الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء فجاز أن يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء .

---

القاضي إلى أحدهما ( ثم إن حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف لا شيء لهما لعدم الحجة ) يعني من جهة المدعين ( وإن نكل أعني للثاني ) يعني بعدما حلف للاول (يقضى له ) أي للثاني ( لوجود الحجة ) وهي النكول ( وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول ) يعني للأول ، لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لانك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما .

فحاصل المسألة على أربعة اوجه ، لأنه إما أن يحلف لكل منهما أو يحلف للأول منهما وينكل للثاني أو بالعكس ، او ينكل لهما فان حلف لهما لا شيء لهما . وان حلف للاول ونكل للثاني فالألف له ببدله أو بإقراره ، وإن نكل للأول وحلف للثاني فالالف للأول ولا شيء للثاني ، وإن نكل لهما فالألف بينهما وعليه الف آخر بينهما ، لأن نكوله أوجب لكل واحد منهما كل الألف ليس معه غيره .

( بخلاف ما إذا أقر لأحدهما ، لأن الإقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به ، أما النكول إنما يصير حجة عند القضاء ) بإنزاله مقراً أو باذلاً ، فحين نكل الأول لم يثبت الحق له ( فجاز أن يؤخر ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ) فإنه لا يقضى بالألف للأول او الثاني أولهما جميعاً ، لأنه حلف للثاني فلا شيء له والألف كله للأول ، ولو نكل للثاني أيضاً كان الألف بينهما فلذلك يتوقف على القضاء حتى يظهر وجهه ، وهذا بخلاف الإقرار لأحدهما فانه يقضى بالألف للمقر له لانه حجة موجبة بنفسه فلا يتوقف على القضاء .

ولو نكل للثاني أيضاً يقضي بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم ألفاً أخرى بينهما ، لانه أوجب الحق لكل واحد منهما ببذله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف إليهما صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه. ولو قضى القاضي للأول حين نكل ، ذكر الإمام البزدوي « رح » في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني ، فإذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للأول لا يبطل حق الثاني ، لانه يقدمه إما بنفسه أو بالقرعة ، وكل ذلك لا يبطل حق الثاني .

---

( ولو نكل للثاني أيضاً يقضى بينهما نصفين على ما ذكره في الكتاب لاستوائهما في الحجة ، كما إذا أقاما البينة ويغرم الفاً اخرى بينهما ، لانه اوجب الحق لكل واحدمنهما ببذله ) أي لان المودع المنكر اوجب الحق لهما ببذله عند أبي حنيفة « رح » لان النكول بذل عنده ( أو بإقراره ) أي عندهما ، لان النكول إقرار عندهما ( وذلك ) أي الإقرار أو البذل ( حجة في حقه ) أى في حق المودع المنكر ( وبالصرف اليهما ) أي يصرف المودع الالف إلى المدعيين ( صار قاضياً نصف حق كل واحد منهما بنصف حق الآخر فيغرمه ) أي فيغرم الالف الذي صرف اليهما فيصير الفان ( فلو قضى القاضي للأول حين نكل ) مع انه ليس له ذلك .

( ذكر الإمام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني) أراد أنه لا ينفذ قضاؤه فيحلف الثاني ( وإذا نكل يقضي بينهما ) بالالف ويغرم الف أخرى بينهما (لان القضاء للأول لايبطل حق الثاني لانه ) أى لان القاضي (يقدمه) أى يقدم الأول للحلف ( إما بنفسه ) أراد باختياره لا لدليل أوجب ذلك ( أو بالقرعة ) لتعذر الجمع بينهما ( وكل ذلك ) أي من تقديمه الاول باختياره أو بالقرعة ( لا يبطل حق الثاني) لانه

وذكر الخصاف انه نفذ قضاءه للأول ووضع المسألة في العبد ، وإنما نفذ لمصادفته محل الإجتهاد ، لان من العلماء من قال يقضي للأول ولا ينتظر لكونه إقرار دلالة ، ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي ، لان نكوله لا يفيد بعدما صار للأول ، وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه ، قال ينبغي أن يحلفه عند محمد « رح » خلافاً لأبي يوسف « رح » بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره

---

فعل ما ليس له فعل ، ثم أن الإمام علي البزدوي لم يذكر انه إذا حلف للثاني ماذا حكمه وذكر أخوه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ، فان حلف يقضي بنكوله للاول ، وإن نكل له ايضاً يقضي بنكوله لهما .

( وذكر الخصاف انه نفذ قضاؤه للأول ) يعني يكون كل الالف له ولا يكون بينهما ( ووضع ) أي الخصاف رحمه الله ( المسألة في العبد ) بأن كان في يده عبد فادعاه رجلان كل واحد أنه له وأودعه إياه ( وانما نفذ ) أى قضاء القاضي الاول ( لمصادفته محل الاجتهاد ، ولان من العلماء من قال يقضى للأول ) أى بالنكول ( ولا ينتظر )أى القاضي ( لكونه ) أى لكون النكول ( إقرار دلالة ) لان امتناعه عن اليمين يدل على الإقرار (ثم لا يحلف للثاني) أى للمدعي الثاني ( ما هذا العبد لي) يعني لا يحلفه بالاقتصار على لفظ العبد لي ، بل يضم اليه ولا قيمته ( لان نكوله لا يفيد بعدما صار للأول ) أراد انه لما أقر به للأول وثبت به حق الاول فلا يفيد إقراره به للثاني ، لانه لا يمكنه دفعه إلى الثاني بعد ذلك ( وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هـــذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا أقل منه ) .

( قال ) أي الخصاف ( ينبغي أن يحلفه ) على هذا الوجه (عند محمد رحمه الله خلافاً لابي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ) لانسان ( ودفع بالقضاء إلى غـيره ) أى

يضمنه عند محمد « رح » خلافاً له . وهذه فريعة تلك المسألة ، وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم .

---

غير المقر له ( يضمنه عند محمد ) أى يضمن ما أقر من الوديعة لانه أقر بالتزام الحفظ ، فمتى أقر به الانسان فقد سلطه على الاخذ فصار تاركاً للحفظ الواجب عليه بالعقد فضمن ، كما لو دل على فاعل السرقة .

( خلافاً له ) أى لابي يوسف ، لان بمجرد الإقرار لم يفت على الثاني شيء ، وانما الفوات بالدفع بإكراه القاضي فلا يكون موجباً للضمان ، وهذا الخلاف كما علمت فيما إذا كان الدفع بالقضاء . وأما إذا كان بلا قضاء بأن أقر بالوديعة لإنسان ثم قال أخطأت ، بل هي هذا ، كان عليه أن يدفعها إلى الأول ، لأن إقراره بها صحيح ورجوعه بعد ذلك باطل ويضمن للآخر قيمتها لأنه صار مستهلكاً على الثاني لإقراره بها للأول ، فيضمن قيمتها ، وهذا بالإتفاق .

فإن قلت ما وجه بناء المسألة المتقدمة على المسألة الثانية ، قلت لأن النكول إقرار فبالإقرار بالوديعة ضمن عند محمد «رح» و كذا بالنكول فيأتي التحليف . وعند أبي يوسف لا يضمن ثمة بالإقرار و كذا هنا بالنكول فلا فائدة في التحليف .

( وهذه ) أى هذه المسألة التي ذكرناها من تحليف القاضي المودع الثاني بعد قضائه للأول ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته ( فريعة تلك المسألة ) يعني المسألة التي اختلف أبو يوسف ومحمد «رح» فيها في الضمان وعدمه ، وإنما قال بالتصغير إشارة إلى اختصار تلك المسألة و كثرة فروع المسألة التي اختلف فيها أبو يوسف ومحمد « رح » وأشار إلى ذلك بقوله ( وقد وقع فيه بعض الإطناب والله أعلم ) أي التطويل ، يعني دفع الاطناب في الأصل في باب إقرار الرجل بالمال ، وكان ينبغي أن يقول فيها لأن مسألة مؤنث ، ولكن التذكير إما باعتبار المذكور وإما تسامحاً ، فإن الفقهاء يتسامحون في العبارات .

ومن جملة تفريعات تلك المسألة ما لو قال المودع اودعتها أحدكما ولا ادرى أيكما ، فالمدعيان إذا أصطلحا على أخذها فلهما ذلك والألف بينهما وليس للمودع الامتناع عن تسليم الألف إليهما ، وإن لم يصطلحا ويدعي كل منهما ان الالف له فانه يحلف لكل واحد .

وقال الشافعي واحمد « رح » يكفى يمين واحدة ثم إن حلف لهما قطع دعواهما في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد لهما أن يصطلحا بهذا الاستحلاف على أخذ الألف بينهما . ولو نكل قضى بألف بينهما وضمن الفاً أخرى بينهما . وعند الشافعي واحمد « رح » لا يضمن الفاً أخرى ، بل يقرع بينهما عند أحمد أو يصطلحا عند الشافعي « رح » وإن حلف لأحدهما ونكل للآخر قضى بألف للذي نكل ولا يبيع للذي حلفه ، وكذا لو قال على ألف هذا أو هذا أو كل واحد يدعيها فهو على هذه الوجوه والله أعلم .

* * *

# كتاب العارية

## قال العارية جائزة ، لانه نوع إحسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعاً من صفوان

---

### ( كتاب العارية )

وجه المناسبة بين الكتابين أن كلا منهما أمانة ، ويجوز في بابها التخفيف والتشديد أفصح . قال في المغرب هي نسبة إلى العارة اسم من الإعارة . وقال الجوهري كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب والعمارة مثل العارية ، وقد خطأه على هذا، لأنه ﷺ باشرها على ما يجيء عن قريب، وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه جعل للمعير نوبة في الانتفاع في ملكه على ان تعود النوبة إليه بالاسترداد أي شيء شاء . وهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضاً ، لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في ملك العين ليكون عارية حقيقة ، وانما تعود النوبة اليه في مثلها ، وإنما قدم بيان الجواز على تفسيرها لشدة تعلق الفقه به .

(العارية جائزة لأنه نوع إحسان) ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ فيكون جائزاً خلافاً لقوم في أنها واجبة ( قال ) أى القدوري ( وقد استعار النبي ﷺ دروعاً من صفوان ) أخرج أبو داود والنسائي عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن اصبة بن صفوان ابن أمية عن ابيه صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه درعاً يوم حنين فقال أغصب يا محمد، قال بل عارية مضمونة . ورواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرك وسكت عنه وقال له شاهد صحيح ، ثم أخرجه عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة خيبر ، فقال يا رسول الله ﷺ ... أو استعار من صفوان بن أمية أدرعاً وسلاحاً في غزوة حنين فقال يا رسول

وهي تمليك المنافع بغير عوض . وكان الكرخي « رح » يقول هي إباحة الإنتفاع بملك الغير ، لانها تنعقد بلفظة الإباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التمليك ، وكذلك يعمل فيه النهي

---

الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال نعم عارية مؤداة ، وقال حديث صحيح على شرط مسلم . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي عن اسحاق بن عبدالله حدثنا خالد بن عبدالله الحدابة . . .

فإن قلت في الروايتين إشكال ، لأن في احدهما قال بل عارية مضمونه ، وفي الاخرى قال عارية مؤداة . قلت قال صاحب التنقيح هذا دليل على أن العارية منقسمة إلى مؤداة ومضمونة ، قال ويرجع ذلك إلى المعير ، فإن شرط الضمان كانت مضمونة وإلا فهي أمانة قال وهو مذهب . وعنه انها مضمونة بكل حال . وقال أبو حنيفة « رح » لا يضمن إلا إذا فرط فيها ، وسيجيء تحرير الكلام فيه عن قريب إن شاء الله تعالى . ومقصود المصنف بهذا هاهنا إثبات جواز العارية فقط ، وأما بيان حكمها في الضمان وعدمه فسيقوله عن قريب .

( وهي تمليك المنافع ) جنس يتناول الإجارة وغيرها ، وقوله ( بغير عوض ) يخرجها ( وكان الكرخي يقول هي إباحة الانتفاع بملك الغير ) ذكر الضمير مع كون العارية مؤنثة إما باعتبار المذكور ، وإما باعتبار أن العارية في الأصل إما مصدر كالعاقبة والكاذبة أو اسم للمصدر ، وكل منهما يستوى فيه التذكير والتأنيث وبقوله قال الشافعي وأحمد « رح » واستدل الكرخي على ذلك بأربعة أوجه الأول: هو قوله ( لأنها تنعقد بلفظة الإباحة ) فإن قال المعير ابحت لك هذا الثوب مثلاً يكون عارية ، والتمليك لا ينعقد بلفظة الإباحة .

الثاني : هو قوله ( ولا يشترط فيه ضرب المدة ، ومع الجهالة لا يصح التمليك ، وكذلك يعمل فيه النهي ) أي لا يشترط في العارية بيان المدة والتمليك يقضي أن تكون المنافع معلومة ، لأن تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم بضرب المدة وهو ليس بشرط في العارية ، فكان تمليكاً للمجهول .

ولا يملك الإجارة من غيره . ونحن نقول انه ينبىء عن التمليك ، فإن العارية من العرية وهي العطية ، ولهـذا ينعقد بلفظة التمليك

---

الثالث : تمليكاً لما ملكه كالأجير لا يملك نهى المستأجر عن الانتفاع .

الرابع : هو قوله ( ولا يملك الإجارة من غيره ) أي لا يملك المستعير إجـارة ما استعاره ولو كان تمليكاً جـاز له ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجره لتملكه المنافع .

( ونحن نقول انه ) أى انعقد العارية ، أو يكون وجه التذكير من الضمير ما ذكرنا الآن ( ينبىء عن التمليك ، فان العارية من العرية وهي العطية ) فاذا كانت العارية عطية يكون تمليكاً ( ولهذا ينعقد بلفظة التمليك ) مثل أن يقول ملكتك منافع هـذه الدار شهراً ، أو جعلت لك سكنى داري هذا شهراً ، ذكره في المبسوط. واذا انعقدت بلفظة التمليك يكون تمليكاً . وفي قوله فان العارية من العرية مناقشة لأنه أراد أنها مشتقة من العرية كما قال الاترازي وليس كذلك ، فان العارية أجوف واوي ، ولهذا ذكره اهـل اللغة في باب عور ، والعرية ناقص وصرف العلة في لامه فلذلك ذكره أهل اللغة في باب عور ، والاشتقاق أن تجد بين اللفظين تناسباً في اللفظ والمعنى والمراد من التناسب ان يكون في الحروف والترتيب كضرب،فانه مشتق من الضرب والاشتقاق بين عوز وعرو.

فإن قلت هذا الذي ذكرته في الاشتقاق الصغير ، وأما الاشتقاق الكبير فلا يشترط فيه إلا التناسب في اللفظ دون الترتيب كجبذ من الجذب . قلت المراد من الاشتقاق حيث اطلق هو الصغير ، ولئن سلمنـــا أن بينهما تناسباً في اللفظ ، ولكن لا نسلم أن بينهما اشتقاقاً كبيراً أيضاً لعـــدم المناسبة في المعنى ، فان مادة العارية تدل على التناوب أو التداول ، ومادة العارية تدل على الإلمام والاتيان ، يقال عروت عرواً إذا ألممت بـــه وأتيته طالباً فهو معرور ، فلأن تعروه الاضياف ، وتعتريه أى تغشاه ، وإن اراد أن معنى العارية مأخوذ من معنى العرية فليس كذلك لما نبين لك من اختلاف المعـاني في أصل المادة ، لأن العرية هي النخلة يجعل صاحبها ثمرها عاماً لرجل محتاج فيعودها المحتاج أي يأتيها ، وهذا معنى المعطية .

والمنافع قابلة للملك كالأعيان . والتمليك نوعـــان بعوض وبغير عوض، ثم الأعيان تقبل النوعين، فكذلك المنافع ، والجامع بينهما دفـع الحاجـــة

---

وتفسير المصنف إياها بقوله وهي العطية ليس تفسيراً بحسب اللغة ، ولكن لما كان فيها الأخذ والعطاء اطلق عليها العطية وهي فعيله بمعنى مفعولة ، وانما أدخلت فيها الهاء لأنها افردت فصارت في عداد الأسماء مثل النطيحة والاكيلة ، ألا ترى أنك إذا أضفت لها النخلة تقوله نخلة عرى فلا يحتاج إلى الهاء ، لأن الفعيل إذا كان بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث ، والمذكر أصل وأولى . وإن اراد أن حكم العارية كحـكم العرية فليس كذلك ، لأن المعير له أن يرجع في العارية متى شاء والعرى ليس له ذلك .

( والمنافع قابلة للملك كالأعيان ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال المنافع إعراض لا ينتفي فلا تقبل التمليك ، فأجاب به ثم بنى على ذلك قوله ( والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ) وهذا لا نزاع فيه ( ثم الأعيان تقبل النوعين ) أي تمليك العـــين بعوض كالبيع وتمليكها بغير عوض كالهبة والصدقة ( فكذلك المنافع ) تقبل النوعـــين بعوض كالإجارة ، وبغير عوض كالعارية ( والجامع بينهما دفع الحاجه ) أي الجامـــع بين الاعيان والمنافع دفع حاجة الناس إلى نوع التمليك ، فكما انهم محتاجون إلى نوع التمليك في الأعيان ، فكذلك محتاجون إلى ذلك في المنافـــع . وما قيل ان هـــذا استدلال في التعريفات وهي لا تقبله ، لان المعرف إذا عرف شيئاً بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذلك ، وان نقض بكونه غير جامع او مانـــع يجاب عن النقض ان أمكن . وأمـــا الإستدلال فلأنه يكون في التصديقات وايضاً فإن هذا قياس في الموضوعات وهو غـــير صحيح ، لأن من شرط القياس تعدية الحـــكم الشرعي الثابت بالنص بعينه إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه ، والموضوعات ليست بحكم شرعي ، وموضعه أصول الفقه.

وأيضاً من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعدياً إلى فرع نظيره ، والمنافـــع ليست نظير الأعيان ، فجوابه أن هذا التعريف إما لفظي أو رسمي ، فإن كان لفظياً فما

ولفظة الإباحة استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك ، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة لعدم اللزوم ، فلا تكون ضائرة ، ولأن الملك إنما يثبت بالقبض وهو الانتفاع ، وعند ذلك لا جهالة ، والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه، ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر

---

ذكر فلبيان المناسبة لا للاستدلال على ذلك وإن كان رسمياً فيما ذكر بيان بخواص يعرف بها العار ، ولكن لو عرف العارية بأنها عقد على المنافع بغير عوض وجعل المذكور في الكتاب حكمها يسلم من الشكوك .

( ولفظة الإباحة استعيرت التمليك ) هذا جواب عن قول الكرخي إنها تنعقد بلفظ الإباحة ، ووجه ذلك انه مجاز ( كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظة الإباحة وهي تمليك )أي والحال انها تمليك ( والجهالة لا تفضى إلى المنازعة ) هذا جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التمليك ، ووجهه أن الجهالة المانعة هي المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك ( لعدم اللزوم ) لأن المعير له ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة (فلا تكون) أي الجهالة ( ضائرة ) يعني مفضية إلى النزاع ، بخلاف الإجارة لأنها عقد معاوضة وتعلقت صفة اللزوم بها فتفضى الجهالة فيها إلى النزاع .

( ولأن الملك انما يثبت بالقبض ) هذا وجه آخر ، أى الملك في العارية يثبت بقبضها ( وهو الانتفاع ، وعند ذلك ) أي عند القبض ( لاجهالة) لأن عند القبض معلوم،فالجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة ، وهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في المصبغ والخياطة ( والنهى منع عن التحصيل ) هذا جواب عن قوله وكذلك يعمل فيه النهى . ووجهه إن عمل النهى ليس باعتبار أنه ليس في العارية تمليك من حيث أنه بالنهى يمنع المستعير بحق التملك ( فلا يتحصل المنافع على ملكه ) لكونه دليل الرجوع والاسترداد لإبطال الملك بعد ثبوته .

( ولا يملك بالإجارة ) جواب عن قوله فلا يملك الإجارة من غيره ، يعني إنما لا يملك الإجارة ( لدفع زيادة الضرر ) أى بالمعير ، لأنه ملكها على وجه يتمكن من الاسترداد متى

على ما نذكره إن شاء الله تعالى . قال وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه ، وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ، ومنحتك هذا الثوب ، وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين ، وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً .

---

شاء ، فلو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد ( على ما نذكره إن شاء الله تعالى ) أراد به عند قوله وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره .

( قال ) أي القدوري ( وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه ) أي حقيقة في عقد العارية ( وأطعمتك هذه الأرض لأنه مستعمل فيه ) أراد أنه مجاز في تمليك المنفعة ، لأن الطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه وإن أضيف إلى ما لا يطعم عينه كالأرض يراد به أكل غلتها إطلاقاً لإسم المحل على الحال . قيل في عبارته نظر لأنه إذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف ، والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الأصول فلا فرق إذا بين العبارتين ، وأجيب بأن كليهما صريح لكن أحدهما حقيقة والآخر مجازاً ، فأشار إلى الثاني بقوله مستعمل ، أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة.

( ومنحتك هذا الثوب ) أي أعطيتك ، لأن منح معناه أعطى ، ومنه المنحة وهي الناقة أو الشاة يعطي الرجل الرجل ليشرب لبنها ثم يردها إذا ذهب درها ، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئاً منح ( وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة ) أي بقوله هذا أعني حملتك على هذه الدابة ، وقوله منحتك هذا الثوب . قال الشيخ حافظ الدين كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل ، ثم أجاب بأن الضمير يرجع إلى المذكور قلت المذكور شيئان أحدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والآخر حملتك على هذه الدابة ( لأنهما ) أي لأن قوله منحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة ( لتمليك العين ) يعني حقيقة ( وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزاً ) أي مجاز من حيث العرف العام .

واستشكل حافظ الدين هنا أيضاً من وجهين الأول : انه جعل هذين اللفظين حقيقة

قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه ، وداري لك سكنى لأن معناه سكناها لك ، وداري لك عمري سكنى لأنـــه جعل سكناها له مدة عمره . وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك لأنه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره

---

لتمليك العين ، ومجازاً لتمليك المنفعة . ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة . وعلل بأن الحمل هو الأركان حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة ، وهذا تناقض ظاهر .

والثاني : أنهما لما كان التمليك حقيقة والحقيقة تراد باللفظ بلا نية عندهم فعند عــدم إرادة الهبة لا يحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة . وتحدى الأترازي بالجواب بقوله نعم إن لفظ حملتك لايدل على الإركاب لغة ، ولكن يدل على التمليك عرفاً، يقال حمل الأمير فلاناً ويراد التمليك ويستعمل للعارية أيضاً ، قال تعالى ﴿ إذا مــا أتوك لتحملهم ﴾ أى لتركبهم ، فإذا نوى العارية أو الهبة كان كما نوى ، وإن لم ينو شيئاً كان عــارية لانباء المتيقن بها . قلت هذا جواب عن الاستشكال الثاني على أنه يدل على أن المصنف « رح » مال إلى النية لما فقدت يحمل اللفظ على اولى الاحتمالين وهو تمليك المنفعة ، وهذا خلاف قاعدة الأصول .

( قال وأخدمتك هذا العبد لأنه أذن له في استخدامه ) وذلك يكون عارية (وداري لك سكنى ، لأن معناه سكناها لك ) فإذا كان معناه هذا يكون عارية ( وداري لك عمري سكنى ، لأنه جعل سكناها له مدة عمره ، وجعل قوله سكنى تفسيراً لقوله لك ) لأنه منصوب على التميز من قوله لك ( لأنه ) أى لأن قوله لك ( يحتمل تمليـــك المنافع ) كما يحتمل تمليك العين ، فإذا ميزه تيقنت المنفعة ( فحمل عليه ) أى على تمليك المنافـــع ( بدلالة آخره ) أى آخر الكلام ، وهذا حمل المحتمل على المحكم لأنه سكنى في العارية .

## قال وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله عليـــه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة

( قال ) أي القدوري ( وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء ) فسواء كانت العاريه مطلقة أو مؤقته . وقال مالك لا يجوز الرجوع في الموقتة قبـــل مضى الوقت فيكون حكمها عنده كالإجارة . وفي الجواهر اذا قال اعني بغلامك أو ثورك في حرثي يومـــاً أو يومين فليس بعارية ، بل يرجع إلى حكم الإجارة وكل ما كان من هـــذا القبيل فحكمه حكم الإجارة في الصحة والفساد ( لقوله ﷺ المنحة مردودة والعارية مؤداة ) هـــذا الحديث أخرجه أبو داود عن اسماعيل بن عباس عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة قال سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ، إلى أن قال العارية مؤداة والمنحة مردودة . وقال الترمذي حديث حسن .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه عن الجراح بن مليح البهراني أخبرنا حاتم بن حريث الطائي سمعت أبا أمامة يقول قال رسول الله ﷺ العـــارية مؤداة والمنحة مردودة . وأخرجه الطبراني في معجمه ، وروى هذا الحديث أيضاً من الصحـــابة عبدالله بن عمر وعبدالله بن عباس وانس رضى الله عنهم . أما حديث عبدالله بن عمر فأخرجه البزار في مسنده حدثنا عبدالله بن عمر عن زيد بن اسلم عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ الجارية مؤداة . وأما حديث ابن عباس رضي الله عنهما فأخرجه ابن‌عدى في الكامل عن اسماعيل ابن أبي زياد السكوني قاضي الموصل أخبرنا سفيان الثوري عن سالم الافطس عن سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال الزعم غارم والدين مقضي والعارية مؤداة والمنحة مردودة وأعله باسماعيل هذا . وقال انه منكر الحديث وعامة ما يرويه لا يتابع عليه . وأما حديث أنس فأخرجه الطبراني في مسند الشاميين وقـــد ذكرناه في الكفالة قوله المنحة بكسر الميم وسكون النون ، وقـــد فسرناها عن قريب . قوله مردودة أي يجب ردها . وجه الاستدلال به ظاهر وفيه تعميم بعد التخصيص لما عرفت أن المنحة عـــارية خاصة وفيه زيادة مبالغة في إناء العارية مستحق الرد .

لأن المنافـــع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح الرجوع عنه . قال والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن

---

( ولأن المنافع تملك شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها ، فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض ) لأن المنافع التي لم تحدث لا يتصور فيها القبض ( فصح الرجوع عنه ) أى عن ماله الموجود ، لأن التمليك لا يكون إلا في الموجود .

( قال ) أي القدوري ( والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن ) وفي بعض النسخ لم يضمنها ، وقيد بقوله من غير تعد لأن هلاكها بالتعدي يوجب الضمان بلا خلاف . ولو شرط الضمان في الدابة هل يصح ، فالمشايخ مختلفون فيه ، كذا في التحفة ، وقـــال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك ، فإن ضاع فأنا ضامن له ، قـال لا يضمن ونقله عن المنتقى . وقال الكاكي « رح » وبقولنـا قال مالك قلت في مذهبه تفصيل ، حيث قال يضمن فيما يخلى هلاكه ولا يضمن فيما لا يخلى . وفي الجواهر العارية نوعان نوع يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان ، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم يظهر كذبه ، وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله .

والنوع الثاني يخفى هلاكه ويعاب عليه ، وهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاك ما لم تقم بينته .

فإن قامت فلا ضمان عليه فيه ، وكذلك ما عـــلم أنه مغير سببه كالسوس في الثوب صدقة فيه في كتاب محمد « رح » مع يمينه أنه ما أضاعه ولا أراد فساداً فقال أبو إسحاق وكذلك الفار على هذا يقرض الثوب ، ووافق اشهب وعبد الحكم في النوع الأول وخالفا في الثاني فرأيا أنه مضمون على المستعير على كل تقدير قامت بينة بهـــلاكه أم لا . وقال القاضي أبو محمد والصحيح أنه لا يضمن . قال الكاكي «رح» ايضاً وهو قول علي رضى الله عنه يعني عدم الضمان قول علي وابن مسعود والحسن والنخعي والشعبي والثوري وعمر بن عبد العزيز وشريح والأوزاعي وابن أبي شبرمة وإبراهيم ، وقضى شريح بذلك ثمانـــين سنة

وقال الشافعي « رح » يضمن لانه قبض مـــال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه ، والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ، ولهذا كان واجب الرد ، وصار كالمقبوض على سوم الشراء

---

بالكوفة ، وحدث الكرخي في مختصره عن عبد الرزاق عن اسرائيل عن عبد الأعلى عن محمد بن الحنفية ان علياً رضى الله عنه قال لا يضمن العارية ، إنما هو المعروف إلا أن تخالف ، وحدث ايضاً باسناده إلى عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال العارية بمنزلة الوديعة لا يضمن صاحبها ، إلا أن يتعدى .

( وقال الشافعي يضمن لأنه قبض مال غيره لنفسه ) احـــترز به عن الوديعة ، لأن قبض المودع فيها لأجل المودع لا لمنفعة نفسه ( لا عن استحقاق ) أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا ينقصد الآخر بدون رضاه ، واحترز به عن المستأجر فإنه يقبض المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه ( فيضمنه ) أى إذا كان كذلك يضمن العارية ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور ( والإذن ثبت ضرورة الانتفاع ) هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال قبض بإذنه ، ومثـله لا يوجب الضمان ، وتحرير الجواب أن الإذن ثبت ضرورة الانتفاع ، والثابت بالضرورة يتعذر بقدرها ، والضرورة حالة الاستعمال ، فإن هلكت فيها فلا ضمان ، وإن هلكت في غيرها لم يظهر فيه الإذن لكونه وراء الضرورة ، وهو معني قوله ( فلا يظهر فيما وراءه ) أى فـلا يظهر الإذن فيما وراء الضرورة ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور .

( ولهذا ) أي ولكون الإذن ضرورياً ( كان واجب الرد ) أراد أن مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب ( فصار كالمقبوض على سوم الشراء ) فإنه وإن كان بإذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق إذا هلك ضمن ، فكذا هذا ، وبقوله قال أحمد وهو قول ابن عباس وأبي هريرة وعطاء وإسحاق . وقال قتادة وعبدالله بن الحسن العنبري إن شرط ضمانها ضمن وإلا لا . وقال ربيعة كل العواري مضمونة وفي الروضة إذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله بتقصير أم بلا تقصير ، هـذا

ولنا أن اللفظ لا ينبيء عن التزام الضمان ، لانــــه لتمليك المنافع بغير عوض أو لاباحتها والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه ، والاذن وإن ثبت لأجل الانتفاع فهو مــــا قبضه إلا للإنتفاع فلم يقع تعدياً ، وإنما وجب لردمؤنته كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض سوم الشراء مضمون

---

هو المشهور . وحكي قول انها لا تضمن إلا بالتعدى وهو ضعيف ، ولو أعار بشرط أن يكون امانة بقى الشرط وكانت مضمونة . وفي حاوي الحنابلة إن شرط بقي ضمانهاسقط الضمان ، وإن تلف حروها باستعماله كحمل مشقة لم يضمن في اصح الوجهين وإن اركب منقطعا دابته للثواب فتلفت لم يضمن .

( ولنا أن اللفظ لا ينبيء عن التزام الضمان ) لأن الضمان إما أن يجب بالعقد أوبالقبض أو بالإذن وليس شيء من ذلك بموجب له ، أما العقد فلأن اللفظ الذي تنعقد به العــارية لا ينبيء عن التزام الضمان ( لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها ) أي أو لإباحـــة المنافع على اختلاف القولين وما وضع لتملك المنافع أو باجتهاد ولإباحتها لا يتعرض ملك الغير حتى يوجب الضمان عند هلاكه ( والقبض لم يقع تعدياً لكونه مأذوناً فيه ) وإنمـــا يوجب القبض الضمان إذا وقع تعدياً ( والإذن وإن ثبت لأجل الانتفاع ) هذا جواب عن قوله والأذن ثبت ضرورة الانتفاع ، وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا أن الإذن لم يكن إلا لضرورة الانتفاع ( فهو ما قبضه إلا للانتفاع ، فلم يقع تعدياً ) فلا ضمان بدونه .

( وإنما وجب لرد مؤنته ) هذا جواب عن قوله وهذا كان واجب الرد ، تقريره أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لأنه واجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير ( كنفقة المستعار ، فإنها على المستعير لا لنقض القبض) ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان ، بخلاف الغصب ، فان الرد فيـــه واجب لنقض القبض لكونه بلا إذن ، فإذا لم يوجب الرد وجب الضمان ( والمقبوض على سوم الشراء مضمون ) هــذا جواب عن قوله وصار على المقبوض على سوم الشراء ، تقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد ، وهــو

بالعقد ، لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه

---

معنى قوله ( بالعقد ، لأن الأخذ في العقد له حكم العقد ) فصار كالمأخوذ بالعقد ، وهو يوجب الضمان .

فإن قيل سلمنا ان الأخذ في العقد ولكن لا عقد هاهنا ، أجيب بأن العقد وإن كان معدوماً حقيقة جعل موجوداً تقريراً صيانة لأموال الناس عن الضياع ، إذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجاناً ، وأن المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه ، فأقيم مقام الحقيقة نظراً له ، إلا أن الأصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثلا كاملا ، وإنما يصار إلى الثمن عند وجود العقد حقيقة ، وإذا لم يوجد صير إلى الأصل .

( على ما عرف في موضعه ) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف.وقيل كتاب الإجارات من المبسوط ، وقال الحاكم في كافيه رجل استعار من رجل سلاحاً ليقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرهن فحينئذ انكسر قال لا ضمان عليه لأنه هلك من عمل مأذون فيه .وفي فتاوى الولوالجي رجل دخل الحمام واستعمل قضاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه . وكذا إذا كور الفقاع ليشرب سقط وانكسر لا ضمان عليه لأنه عارية في يده .

فان قلت ما تقول في قوله عليه السلام بل عارية مضمونة وقد مر في اول الكتاب بتمامه ، وقوله عليه السلام أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك . أخرجه الترمذي عن شريك وقيس بن الربيع عن أبي حصين عن أبي صالح عن أبي هريرة « رض » أنه عليه السلام ...الخ وقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى تؤديه . أخرجه البيهقي من حديث قتادة عن الحسن عن سمرة عنه عليه السلام قال إن الحسن نسى حديثه ، فقال هو أمينك فلا ضمان عليه.

قلت الحديث الأول فيه اضطراب سنداً ومتناً، وجميع وجوهه لا تخلو عن نظر،ولهذا قال صاحب التتمة الإضطراب فيه كثير ولا حجة فيه عندي في تضمين العارية ، ثم على تقدير صحه قوله مضمونة المراد عليك بدليل قوله حتى يؤديها إليك ، ويحتمل أن يريد اشتراط الضمان والعارية يشترط الضمان مضمونة في رواية للحنفية. وأخرج النسائي عن يعلى بن امية قال قال رسول الله ﷺ إذا أتتك رسلي فاعظم ثلاثين ذرعاً وثلاثين مغفراً.

فإن قلت يا رسول الله ﷺ أعارية مؤداة ، قال بل عارية مضمونة . قال ابن حزم حديث حسن ليس في شيء ما روى في العارية خبر صحيح غيره ، وأما ما سواه فليس يساوى الاشتغال به ، وقد فرق بين الضمان والاداء ، وقيل إنما قال عليه السلام بل عارية مضمونة لأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه بدليل قوله أغصباً ، إلا انه عليه السلام كان محتاجاً إلى السلاح ، فكان الأخذ له حلالاً ، ولكن يشترط الضمان كتناول مال الغير في حالة المخمصة بشرط الضمان .

وقال الاترازي وقيل كان هذا اشتراط الضمان على نفسه وبه أخذ قتادة ، وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط ايضاً ، ولكن صفوان كان يومئذ حربياً ، ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وقد تقدم الآن ان العارية بشرط الضمان مضمونة في رواية . وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن عمر عن بعض أصحاب أبي صفوان عن صفوان ان النبي عليه السلام استعار منه عاريتين ، إحداهما بضمان والأخرى بغير ضمان .

والحديث الثاني قال ابن القطان المانع من تصحيحه أن شريكاً وقيس بن الربيع مختلف فيهما ، ولم يحكم الترمذي أيضاً بصحته ، ولئن سلمنا انه صحيح فهو يقتضي وجوب رد العين ولا كلام فيه .

والحديث الثالث رواه الحسن عن سمرة والحسن لم يسمع منه ، وقيل لم يسمع منه غير حديث العقيقة اكثر أهل العلم رغبوا عن رواية الحسن عن سمرة ، وأيضاً الأداء فرض ولا يلزم منه الضمان ، ولو لزم من هذا اللفظ الضمان المهم أن يضمنوا أهون الودائع لأنها مما قبضت اليد وإذا لم يدل الحديث على الضمان ولم ينسبه أيضاً . وقال البيهقي « رح » في باب من قتل عبداً بعد ذكر حديث الحسن عن سمرة من قتل عبداً قتلناه . قال قتادة ثم ان الحسن نسي الحديث ، وقال لا يقتل حر بعبد يشبه أن يكون الحسن لم ينس الحديث لكن رغب عنه ، وهذه العلة موجودة في الحديث المتقدم ايضاً ، فافهم .

( قال ) أى القدورى ( وليس للمستعير ان يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب )

ضمن لان الإعارة دون الاجارة ، والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ، ولانا لو صححناه لا يصح إلا لازماً ، لانـــه حينئذ يكون بتسليط من المعير ،

---

أى هلك ( ضمن ، لأن الإعارة دون الإجارة ) لأن الإجارة عنده لازم دون الإعـــارة ( والشيء لايتضمن ما هو فوقه ) أى لا يستتبع ما هو فوقه ، لأن القوي لا يجعل تابعـاً للضعيف . وقال الحاكم في كافيه إذا استعار الرجل من الرجل على ان يذهب بها حيث شاء ولم يحتم مكاناً ولا وقتاً ولا ما يحمل عليها فذهب بها إلى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهراً يحمل عليها أو يؤجرها ، قال لا ضمان عليه ، أى في شيء من ذلك إلا في الإجـــارة خاصة ، فانه حيث أجرها صار ضامناً ويتصدق بالغلة لأنه أمره بالانتفاع مطلقاً، والمطلق يتناول أى انتفاع شاء واليه اليقين بفعله إن شاء استعملها في الركوب أو في الحمـــل عليها وأي ذلك فعل لا يمكن أن يفعل غيره بعد ذلك ، لأن المطلق إذا تعين بقيد فـــلا يبقى مطلقاً ، ولكن لا يملك الإجارة أصلا لأنه عقد لازم ، والعارية عقد جائز ، وبناء الجائز على اللازم لا يجوز .

وقال الاسبيجابى في شرح الكافي وقد قال بعض اصحابنا فإنه يملك الإجارة وينعقد جائزة لا لازمة ، ثم قال والصحيح انه لا تنعقد الإجارة. وفي تحفة الفقهاء وليس للمستعير أن يؤجر ، فإن فعل فهو ضامن حين يسلمه إلى المستأجر ، ويكون المعير بالخيار إن شاء ضمن المستعير .

( ولأنا لو صححناه لا يصح إلا لازماً ) تعليل ثان ، ويمكن أن يكون جواب الشبهة ذكرها السائل ، وهو ينبغي أن يملك المستعير الإجارة لأنه مالك للمنفعة ، ولا ينقطع حق المعير في الاسترداد، بل يصير قيام حق المعير في الاسترداد عذراً في نقض الإجارة، فأجاب عنها بقوله ولأنا لو صححناه عقد إجارة المستعير لا يصح إلا لازماً، لأنه لا يصح أن يكون غير لازم لأنه خلاف مقتضى الإجارة ، فانه عقد لازم فانعقاده غير لازم عكس الموضوع فهذا لا سبيل إليه، وكذا لا سبيل إلى كونه لازماً ( لأنه حينئذ يكون بتسليط من المعير )

وفي وقوعـــه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه . فإن أجره ضمنه حين سلمـــه ، لانه إذا لم يتناوله العارية كان غصباً ، وإن شاء المعير ضمن المستأجر لانـــه قبضه بغير إذن المالك لنفسه ، ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنـــه أجر ملك نفسه ، وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور ، بخلاف ما إذا علم . قـــال وله أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف

---

لأن اللزوم لا يكتسب إلا منه فيكون من مقتضيات عقد العارية .

( وفي وقوعه لازماً زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد إلى انقضاء مدة الإجارة ) لعدم قدرته عليه إلى الانقضاء فحينئذ يكون عقد الإعارة عقداً لازماً ، وهو أيضاًخلاف المشروع ( فأبطلناه ) أى عقد الإجارة ( فإن أجره ضمنه ) أى ضمن المعير مـــا أجره ( حين سلمه ) أى المستأجر ( لأنه ) أى لأن عقد الإجـــارة ( إذا لم يتناوله العارية كان غصباً ، فإن شاء المعير ضمن المستأجر ، لأنه قبضه بغير إذن المالك ) وحكم الغصب الضمان وفى بغير إذن المالك ( لنفسه ) اللام في لنفسه تتعلق بقبضه.

( ثم إن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لأنهظهر انه أجر ملك نفسه ) لأنهملكه بالضمان ( وإن ضمن المستأجر يرجع ) أى إن ضمن المعير المستأجر يرجع المستأجر ( على المؤجر ) وهو المستعير ( إذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعـــاً لضرر الغرور ) أى عن المستأجر ، لأن هذا الغرور في ضمن العقد ( بخلاف ما إذا علم ) أي المستأجر بكونهـــا عارية في يد المؤجر حيث لم يرجع عليه ، لأنه لم يوجـــد منه الغرور . وقالت الثلاثة لا يرجع مطلقاً لأنه غاصب ثان فيضمن بفعله .

( قال ) أى القدوري ( وله ) أى للمعير ( أن يعيره إذا كان لا يختلف باختـــلاف

المستعمل وقال الشافعي « رح » ليس له أن يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينـــا من قبل ، والمباح له لا يملك الاباحة ، هذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنمـــا جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة ، وقد اندفعت بالاباحة هاهنا . ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة ، فتجعل كذلك في الإعارة دفعاً للحاجة ، وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل

---

المستعمل ) كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة ، كذا ذكر في نظائر التمرتاشي ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وفي مختصر الأسرار يجوز للمستعير أن يعير وإن شرط أن لا يعير ، إلا أن يكون مما يختلف بالاستعمال .

( وقال الشافعي « رح » ليس له ان يعيره لأنه إباحة المنافع على ما بينا من قبل ) يعني في هذا الباب إنها إباحة المنافع عنده ( والمباح له لا يملك الإباحة وهذا ) أي كون الإعارة إباحة ( لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة ، وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة هاهنا ) أي في الإعارة ، فاذا اندفعت بالإباحة لا يصار إلى التمليك وبه قال أحمد .

( ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا ) يعني في هذا الباب ( فيملك الإعارة ) يعني إذا كانت الإعارة تمليكاً للمنافع يملك المستعير حينئذ الإعارة ، لأن الشيء لا يتضمن مثله ( كالموصى له بالخدمة ) أي بخدمة عبد مثلاً يجوز له ان يعيره لتملك المنفعة ( والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة ) هذا جواب عن قوله والمنافع غير قابلة للملك ، وتقريره لا نسلم أنها غير قابلة للملك فانها تمليك بالعقد كما في الإجارة ( فتجعل كذلك في الاعارة دفعاً للحاجة ) أي فيجعل المنافع ايضاً قابلة للملك في الإعارة دفعاً لحاجة الناس ( وإنمـــا لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل ) جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال لو كانت

دفعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره . قال رضي الله عنه وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه ،أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والإنتفاع ، فللمستعير فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملاً بالإطلاق . والثاني أن تكون مقيدة فيهما فليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملاً بالتقييد ،

---

العارية تمليك المنفعة لما تفاوت الحكم في الصحة بين ما يختلف باختلاف المستعمل ، وبين ما لا يختلف . وتقرير الجواب انه انما لا يجوز إعارة ما استعاره فيما يختلف باختلاف المستعمل .

( دفعاً لمزيد الضرر عن المعير ، لأنه رضي باستعماله لا باستعمال غيره ) أى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل فليس فيه ضرر فقد مر أن الشيء يتضمن مثله ،وإن شاءضمن المستأجر لوجود التعدى منهما ، فإن ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لأنه ملك العين بالضمان ، فكأنه أجر ملك نفسه فهلك ، وإن ضمن المستأجر إن كان لا يعلم انه عارية فرجع على المستعير لأنه ضمن الدرك بإيجاب عقد فيه بدل ، فيكون غروراً . فأما إذا كان معلم لا يرجع لأنه غرور فيه ، والرجوع بحكم الغرور .

( قال « رض » وهذا ) أي ما ذكرنا من ولاية الإعارة للمستعير ( إذاصدرت الإعارة مطلقة ) أي عن الوقف والانتفاع ( وهو ) أي ما يصدر من عقد الإعارة ( على اربعة أوجه ) وهي قسمة عقلية ، والقسمة على الأربعة ضرورة ، لأن الشيئين هما الاطلاق والتقييد دارا في الشيئين وهما الوقف والانتفاع فكانت اربعة لا محالة ( أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع ، فللمستعير فيه ) أي في هذا الوجه ( أن ينتفع به أى نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق ) .

( والثاني أن تكون مقيدة فيهما ) أى في الوقت ، والانتفاع بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة ( فليس له ) أى للمستعير ( ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد ) مثلا استعار

إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك أو خيراً منه والحنطة مثل الحنطة والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقـــاً في حق الإنتفاع . والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه ، فلو استعار دابة ولم يسم شيئـــاً ، له أن يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت ، وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفاً لأنه لما أطلق فيه فله أن يعين ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه .

---

الدابة ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فلا يحمل عليها ( إلا إذا كان خلافاً إلى مثل ذلك ) كمن استعار دابة ليحمل عليها عشرة أقفزة من هذه الحنطة فحملها عشرة أقفزة من حنطة أخرى ( أو خيراً منه والحنطة ) أي أو كان خلافاً إلى خير منه ، بأن قال عشرة اقفزة من الحنطة فحمل عليها عشرة من شعير لا يضمن استحساناً ، وفي القياس يضمن لأنـــه مخالف . وجه الإستحسان انه لا فائدة للمالك من تعيين الحنطة اذا متصورة دفع زيادة الضرر عن دابته والشعير أخف من الحنطة ، والتقييد إنما يعتبر إذا كان مفيداً ( مثـــل الحنطة ) أشار بهذا إلى عدم اشتراط كون الحنطة المحمولة وحنطة المستعير او لغـــيره فالحنطة جنس واحد ، سواء كانت للمستعير أو لغيره أو عينها المعير او لم يعينها .

( والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقاً في حق الانتفاع ، والرابع عكسه ) أي عكس الثالث ، وهو ان يكون مطلقه في حق الانتفاع .

( وليس له أن يتعدى ما سماه ) أي ليس للمستعير ان يتعدى مـــا عينه المعير في الوجهين الأخيرين ، ثم فرغ عليه بالفاء التفريعة بقوله ( فلو استعار دابة ولم يسم شيئاً له ان يحمل ويعير غيره للحمل ، لأن الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفاً ) لأن الناس يتفاوتون في الركوب ( لأنه لما اطلق فيه فـله ان يعين الإطلاق ، حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين ركوبه ) وفي بعض

ولو أركب غـــيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الإركاب. قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود

---

النسخ ليس له أن يركبه ، أي ليس له أن يركب غيره لأنه متعين ركوبـه . وفي بعض النسخ ليس له أن يركب ، أي ليس له ان يركب الدابة او غيره ، والتذكير يكون على تأويل الحيوان والحمار والفرس والبغل.

( ولو أركب غيره ليس له ان يركبه ) أي بنفسه ، وتذكير الضمير بالتـأويل الذي ذكرناه الآن ، ثم ذكر في الكتاب ان المستعير يملك الاعارة ولا يملك الاجارة، ولم يذكر انه هل يملك الايداع ، فهذا وقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم يودع واليه ذهب الفقيه أبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري والصدر الأجل برهان الائمـــة والد الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير واليه اشار محمد في آخر كتاب العارية ، فانه قال المعير إذا وجد الدابة المستعارة في يد رجل زعم انها ملكه فهو خصم ، وإن قـال الذي في يده قد اودعتها فلان الذي اودعتها منه فليس بخصم ، فهـــذا يدل على ان للمستعير ان يودع ، وعليه الفتوى .

وقال الاترازي هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة في آخر كتاب العارية في الأصل. وفي الكافي وقال بعضهم لا يودع قصداً وكان الكرخي يقول لا يجوز أن يودع ، واستدل بمسألة ذكرها في الجامع الصغير وهي ان المستعير إذا بعث العارية إلى صاحبهـا على يد اجنبي فهلك في يد الرسول ضمن المستعير العـــارية فليس ذلك الايداع منه ، كذا في شرح الطحاوي .

( حتى لو فعله ضمن ، لأنه تعين الاركاب ) يعني لو ركبه بنفسه بعد أن أركب غيره ضمنه ، وهو الصحيح ، وهو اختيار فخر الاسلام.وقال غيره له أن يركب بعد الاركاب ويركب بعد الركوب ولا يضمن شيئاً ، وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام خواهرزادة ، لانه يملك الاعارة .

( قال ) أي القدوري ( وعـارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود

قرض ، لإن الإعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بهـــا إلا باستهلاك عينهـــا ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما فيثبت، أو لأن من قضية الاعارة الانتفاع

---

قرض ) يعني بمنزلة قوله أقرضتك . قال الكاكي ولا يعلم فيه خلاف إلا ما نقل عن بعض أصحاب الشافعي هذا إعارة فاسدة ، ففي وجه يضمن كما في الصحيحة ، ولي وجه لا يضمن لأنه إعارة فاسدة ، ذكره في شرح الوجيز . قلت ذكر في الروضة لا يجوز اعارة الطعام قطعاً والدراهم والدنانير على الأصح . وقال الإمام يجرى الوجهان في إعادة الحنطة والشعير ونحوهما . وقال المتولى هذا إذا أطلق إعارة الدراهم ، أمـــا إذا صرح بالإعارة للتزين فينتفي أن يقطع بالصحة.

وفي الجواهر المالكية ولو استعيرت الدراهم والدنانير لتبقى أعيانها كالصيرفي ما يجعلها بين يديه ليرى أنه ذو مال فيقصده البائع والمشتري أو الرجل يكون عليه دين ونقل ما في يديه فيستعيرها لذلك فهذا يضمن إذا لم تقم البينة على تلفها ، ولا يضمن مع الشهادة على ذهابها . وفي المغني قال أبو بكر البلخي قال اعرتك هـــذه النصعة من أكثر من يد فأخذها كلها فعليه مثلها أو قيمتها ، لما أن إعارة ما لا ينقطع إلا بهـلاكه قرض ، قال ابو الليث الجواب هكذا اذا لم يكن بينهما مباسطة أو دلالة الإباحـــة ، وقوله والوكيل يتناول كل مكيل ، والموزون يتناول كل موزون ، والمعدود يتناول كل المعدود . وقال الحاكم في كافيه وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عددا مثل الجوز والبيض ، انتهى ، وفي العــارية وكذلك الاقطان والصوف والإبريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصيادلة لا يقع عليها الإجارة على منافعها فهي قرض كذلك.

( لأن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يملك الانتفاع بهـــا ) أي بالأشياء المذكورة ( إلا باستهلاك عينها ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلـــك ) أي تمليك العين ( بالهبـة أو القرض ، والقرض ادناهما ) يعني ضرراً على المعير ، لأنه يوجب المثل والهبـة لا توجبه ( فيثبت ) أي الادنى ، لأنه الثابت يقيناً ( أو لأن من قضية الإعارة الانتفاع ) أي انتفاع

ورد العين فأقيم رد المثل مقامه . قالوا هــــذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها ميزاناً أو يزين بها دكاناً لم تكن قرضاً ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، فصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها ، أو سيفاً محلى يتقلدها . قال وإذا استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز وللمعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البنـــاء والغرس ، أما الرجوع فلما بينا ، وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة ، وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف تفريغها . ثم إن لم يكن

---

المستعير ( ورد العين ) أي إلى المعير ، وقد عجز عن رده للاستهلاك (فأقيم رد المثل مقامه ) أي مقام العين .

( قالوا ) أي المشايخ ( هذا إذا أطلق الإعارة ، أما إذا عين الجهة بأن استعار الدراهم ليعير بها ميزاناً ) من عايرت المكاييل أو الموازين إذا قابلها ، والمعيار الذي يقاس به غيره ويسوى . وفي بعض النسخ ليمير بها ، وهذا خطأ ، الصواب يعاير . قال الجوهري عايروا مكاييلك وموازينك ولا تقل عيروا ( أو يزين بها ) أي بالدراهم والدنانير ( دكاناً لم تكن قرضاً ، ولا يكون له إلا المنفعة المسماة ، وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفاً محلى يتقلدها ) أو منطقة مفضضة أو خاتماً ونحو ذلك لا يكون قرضاً ، لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقائها يمكن ، فصار نظير سائر العواري .

( قال ) أي القدوري ( وإذا استعار ارضاً ليبنى فيها أو ليغرس جاز ، والمعير أن يرجع فيها ويكلفه ) أي يكلف المستعير ( قلع البناء والغرس ) بفتح الغين وكسرها ، كذا في المغرب ( أما الرجوع فلما بينا ) يعني عند قوله والمعير ان يرجع متى شاء ( وأمـــا الجواز فلأنها ) أي فلأن ( منفعة معلومة تملك بالإجارة ، فكذا بالاعارة ) دفعاً للحاجة ( وإذا صح الرجوع بقى المستعير شاغـلا أرض المعير ، فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن )

وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير مغرور ، حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد . وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ، ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع ، لأنه مغرور من جهته

---

أي المعير ( وقت العارية فلا ضمان عليه ، لأن المستعير مغتر غير مغرور )يعني منجانب المغير ( حيث اعتمد إطلاق العقد ) وظن أنه يتركها في يده مدة طويلة ( من غير أن يسبق منه الوعد ) أي من المعير .

( وإن كان ) أي المعير ( وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا )من أن له الرجوع متى شاء ، وعند مالك ليس له الرجوع قبل مضي المدة . وفي الجواهر متى كانت العارية إلى أجل معلوم أو كان لها قدر معلوم كعارية الدابة إلى موضع كذا ، أو العبد ليبني بناء أو ليخيط له ثوباً فهي له لازمة كهبة الرقاب ، فان لم يضرب اجلاً ولا كان لها مدة انقضاء فهي لازمة أيضاً بالقول والقبول ، وليس له الرجوع فيها ويلزمه إبقاؤها مدة ينتفع بها فيها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استيفائها ( ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد ) أي لما في الرجوع في الموقت من خلف الوعد وهي شعبة من النفاق ( وضمن المعير ما نقص البناء والغرس ) أى نقصان ( بالقلع ) أي بسبب القلع .

ووجهه إما ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس إذا بقى إلى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته ، أي نقصان البناء والغرس فكلمة ما مصدرية ، ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي نقص البناء ، فعلى هذا يكون البناء والغرس مرفوعين على الفاعلية على الأول. وعلى الثاني يكونان منصوبين على المفعولية والغرس بكسر الغين . وروى بالفتح على إرادة المغروس فيضمن ما نقص من قيمته ، يعني إذا كانت قيمة البناء إلى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا ، وإذا قلع في الحال يكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما . وقال زفر «رح» لا يضمن لأن التوقيت والاطلاق سواء لبطلان الأجل في العواري .

ودليلنا هو قوله ( لأنه مغرور من جهته ) أي لأن المستعير مغرور من جهة المعير

حيث وقت له ، فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجـــع عليه دفعا للضرر عن نفسه ، كذا ذكره القدوري في المختصر . وذكر الحاكم الشهيد أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائـــه ، ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه . قالوا إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض ، لأنـــه صاحب الأصل ، والمستعير صاحب تبع ، والترجيح

---

( حيث وقت له . فالظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه ، كذا ذكر القدوري في المختصر ) حيث قال وإن وقت العارية فرجع قبل الوقت ضمن المعيرما نقص البناء والغرس بالقلع .

فإن قيل الغرور الموجب للضمان .هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة، والاعارة ليست كذلك . قيل له إن للتوقيت من المعير التزام منه لقيمة البناء والغرس إن أراد إخراجه قبل ذلك الوقت معنى ، وتقدير كلامه ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك الى مدة كذا ، فان لم أتركها فأنا ضامن لك بقرينة حالة ، وذلك لأن كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ، وحيث كانت الاعارة بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة كذكر الوقت وذلك ما قلنا .

( وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله) وهو ابن الفضل محمد بن احمد السلمي المروزي صاحب التصانيف مصنف الكافي والمنتقى وغير ذلك ،استشهد في ربيع الآخر سنة أربع وثلاثين ومائتين ( انه ) أى أن الشأن ( يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ،ويكونان) أي الغرس والبناء ( له ) أى لرب الأرض ( الا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما ، فيكون له ذلك لأنه ملكه) أي لأن كل واحد من الغرس والبناء ملك المستعير .

( قالوا ) أى المشايخ والمتأخرون ( إذا كان في القلع ضرر بالأرض فالخيـار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل ، والمستعير صاحب تبع ) وهو الغرس أو البناء ( والترجيح

بالأصل . ولو استعارها ليزرعها لم يؤخـــذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت ،

---

بالأصل ) أن يكون بالأصل،ومذهب الشافعي في هذا ذكره في الروضة أن إعارة الأرض للبناء والغرس نوعان مطلقة ومقيدة ، ففي المطلقة للمستعير أن يبنى ويغرس ما لم يرجع المعير ، فاذا رجع لم يكن له البناء والغرس ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً وكلف تسوية الأرض كالغاصب ، وإن كان جاهلاً فوجهان ، وأما ما بنى وغرس قبل الرجوع فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله رفع وإلا فينظر إن شرط عليه القلع مجـــاناً عند رجوعه وتسوية الحفر لزمه ، فان امتنع قلعه المعير مجاناً وإن شرط القلع دون التسوية وإن لم يشرط القلع نظر إن أراد المستعير امكن منه ويلزمه تسوية الحفر على الأصح،وإن لم يرده لم يكن للمعير قلعه مجاناً ، ولكن يتخير المعير بين ثلاث خصال أن يبقيه بأجرة يأخذها ، وأن يقلع ويغرم ارث النقص وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً، وأن يتملكه بقيمته .

وفي المقيدة للمستعير البناء والغرس إلا أن يرجع المعير وله أن يجدد كل يوم غرساً ، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغرس ، وإذا رجع المعيد قبل المدة أو بعدها فالحكم كما لو رجع في الأول ، لكن هنا وجه أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة. وقوله إنه اذا رجع بعد المدة فله القلع مجاناً قاله الساجي ، والمذهب الأول ومذهب أحمد مـــا ذكره في حاويهم ، وإن أعار ارضاً لغرس أو بناء مطلقاً أو إلى مده فرجع وقـــد شرطا القلع متى رجع أو عند انقضاء المدة ففرغت لزمه القلـــع ولم يلزم المعير انقضاء ، ولا المستعير تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن لم يشترطا قلعه فللمعير أخذه بقيمته أو قلعـــه وضمان نقصه ، فان قلع فللمستعير التسوية وإن ابناء ذلك والبيع بقى مجاناً .

( ولو استعارها ) أي الأرض ( ليزرعها لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع) قال الأترازي قيل ينبغى أن يروى على بناء المفعول ، والثلاثي المجرد ، والأصح ان يروى بكسر الصاد من الاحصاد ، يقال احصد الزرع إذا حان حصاده . قلت كلاهما يجوز والاولى الأول للكثرة وقلة الباب الثاني فافهم ( وقت او لم يوقت ) أراد أن الأرض تترك في يده بطريق

لأن له نهايـــة معلومة ، وفي الـترك بالأجر مراعـاة الحقين ، بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعـــاً للضرر عن المالك . قـــال وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لما انـــه قبضه لمنفعة نفسه ، والاجرة مؤنة الرد ، فتكون عليه . وأجرة رد العين المستأجرة على المؤاجر ، لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية

---

الاجارة بأجر المثل . سواء عين مدة أولا ، والتوقيت هـو تعيين الوقت ( لأن له ) أي للزرع ( نهاية معلومة وفي الترك بالأجر مراعاة الحقين ) أي حق المعير والمستعير كما في الاجارة إذا نقصت المدة والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الأرض في يده بأجر مراعـــاة للجانبين، كذا هنا ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ومالك واحمد في وجـه . وعن أحمد إن كان مما تحصد قصيلا بلا ضرر فله الرجوع لعدم الضرر فيه .

ثم إذا استحصد الزرع فصاحب الأرض يأخذ الأرض مع الأجر . وقـال أبو اسحاق الحافظ إنما يجب الأجر لصاحب الأرض إذا أجر الأرض منه أو القاضي بعد مضي المدة بدون ذلـــك فلا يجب الأجر في أكثر الروايات لم يشترط ذلك ، وقد قيـــل يقتضي تعليل المصنف بقوله لأن له نهاية معلومة أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقتة ، لأن له نهاية معلومة ، ولأن الوقت منصوص عليه هنا ، وفي الإعارة للزرع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الثلاثة دلالة .

( بخلاف الغرس ، لأنه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعـا للضرر عن المالك ) لأن في إبقائه ضرراً له والضرر مدفوع .

( قال ) أى القدوري ( وأجرة رد العارية على المستعير ، لأن الرد واجب عليه لمـا انه قبضه لمنفعة نفسه والأجرةمؤنة الرد فتكون عليه ) لأن الغرم بالغنم ، وهذا لاخلاف فيه ( وأجرة رد العين المستأجرة، على المؤاجر ،لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية

دون الرد ، فإن منفعة قبضه سالمــة للمؤاجر معنى ، فلا يكون عليه مؤنة رده ، وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ، لان الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنــه ، فيكون مؤنته عليه . قال وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهــذا استحسان ، وفي القياس يضمن ، لانه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها . وجه الاستحسان أنــه أتى بالتسليم المتعارف ، لان رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده ،

---

دون الرد ، فان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى ) لأنه سلم له مـا شرط من أجرة العين ( فلا يكون عليه ) أى على المستأجر ( مؤنة رده ) لما ذكرنا من أن الغرم بالغنم ( وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب ، لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعـاً للضرر عنه ، فيكون مؤنة الرد عليه) لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ولا خلاف فيه .

( قال ) أى القدوري ( وإذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا ) أى عدم الضمان ( استحسان . وفي القياس يضمن لأنه ما ردهـا إلى مالكها بل ضيعها ) وبه قال الشافعي واحمد ومالك في الأصح .

( وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف ، لأن رد العواري إلى دار المالك معتاد كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده) بفتح الميم موضع الربط . وذكر التمرتاشي عن أبي سلمة ان كان المربط خـارج الدار لم يبرأ لأن الظاهر أنها تكون هنالك بلا حافظ ، وقيل هذا في عادتهم .

وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن لما بينا . ولو رد المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلم إليه ضمن ، لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة لا يرضي المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لانه لو ارتضاه لما أودعها إياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه . قال ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لانها أمانة فله أن لا يحفظها بيد من في

---

( وإن استعار عبداً فرده إلى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ) هذا لفظ القدوري أيضاً ، إلا أن لفظ أكثر النسخ وإن استعار عيناً فردها إلى دار المالك ( لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن رد العوارى إلى دار المالك معتاد ، فعلى هذا إذا استعار عقداً ولم يردها إلا إلى المعير للعرف كذلك ( ولو رد العين المغصوب أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن ) هذه من مسائل القدوري أيضا ( لان الواجب على الغاصب فسخ فعله ، وذلك بالرد إلى المالك دون غيره ، والوديعة لا ترضي المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال ، لانه ارتضاه لما أودعها إياه ، بخلاف العواري لان فيها عرفاً،حتى لو كانت العارية عقد جوهر ) بكسر العين وسكون القاف وهو القلادة ويجمع على عقودة ( لم يردها إلا إلى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه ) أي في حكم رد عقد الجوهر .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) أراد بالاجير السائس ، وبه قال أحمد وقياس قول الشافعي أن يضمن كما في الوديعة ( والمراد بالاجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة ، لانها أمانة ، فله أن يحفظها بيد من في

عياله كما في الوديعة . بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها مع عبـــد رب الدابة أو أجيره ، لان المالك يرضى به ، ألا ترى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده ، وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب . وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه وإن كان لا يدفع إليه دائما يدفع إليه أحيانا ، وإن كان ردها مع أجنبي ضمن ، ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الايداع قصداً كمـــا قاله بعض المشايخ . وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة ،

---

عياله كما في الوديعة ، بخلاف الاجير مياومه ، لانه ليس في عياله ، وكذا إذا ردها ) أي الدابة المستعارة ( مع عبد رب الدابة أوأجيره ، لان المالك يرضى به، ألا ترى انه لورده اليه فهو يرده ) أي لو رد المستعير الدابة إلى المالك فهو يرده ( إلى عبده ) وتذكير الضمير في الموضعين باعتبار الحيوان أو الحمار ونحوه .

( وقيل هذا ) أي عـــدم الضمان بالرد إلى عند رب الدابة ( في العبد الذي يقوم إلى الدواب ) وهو السادس ( وقيل فيه وفي غيره ) إن قيل عدم الضمان في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره ( وهو الاصح ) أي القول الثاني هو الاصح ( لانه ) أي لان مالك الدابة ( وان كان لا يدفع اليه دائماً ) أي إلى عبده الذي ليس يقوم على الدواب دايبـــاً بكسر الياء آخر الحروف بعدها باء موحدة ومعناه دائماً ( يدفع اليه أحياناً ) أي في بعض الاحيان ( وإن كان ردها مع اجنبي ضمن ) يعني إذا هلك ، لانه ليس بنائب عن المالك، فصار متعدياً ( ودلت المسألة ) أي المسألة المذكورة ( على ان المستعـير لا يملك الإيداع قصداً ) لمـــا وضعه في يد الاجنبي للرد كان إيداعـــاً ( كما قاله بعض المشايخ ) منهم الكرخي والبقالي .

( وقال بعضهم ) أي بعض المشايخ وهم مشايـخ العراق ( يملكه ) أي يملك المستعير الإيداع ( لانه دون الاعارة ) أي لان الايداع دون الإعارة لانه لما ملك الإعارة مع أن

وأولوا هذه المسألة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة.قال ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطعمتني عند أبي حنيفة . وقالا يكتب أنك أعرتني ،لان لفظة الاعارة موضوعة لـــه والكتابة بالموضوع أولى ، كما في إعارة الدار . وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد ، لانهـــا تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها أولى ، بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى

والله أعلم بالصواب

---

فيها إيداعاً وتمليك المنافع ، فلأن يملك الإيداع وليس فيه تمليك المنافع أولى ، وبه أخذ أبو الليث والفضلى . وفي الكافي وعليه الفتوى ( واولوا ) أى أول مشايخ العراق ( هذه المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة ) أراد أن هذه المسألة فيما إذا كانت العارية موقتة وقد انتهت باستيفاء مدتها ، وحينئذ يصير المستعير مودعاً والمودع لا يملك الإيداع بالاتفاق .

( قال ومن أعار أرضاً بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند أبي حنيفة رضى الله عنه . وقالا يكتب انك اعرتني ، لأن لفظة الإعارة موضوعة له ) أى لعقد الإعـــارة ( والكتابة بالموضوع اولى كما في إعارة الدار ) حيث لا يكتب اسكنتني ، وكذا في إعارة الثوب لا يكتب البستني ، وبه قالت الثلاثة .

( وله ) أى ولابي حنيفة ( أن لفظة الاطعام أدل على المراد ) من الاعارة ( لانها ) أي لأن لفظة الاطعام ( تختص بالزراعة والاعارة ينتظمها ) أي تشملها ( وغيرها ) أي وينتظم غيرها أيضاً ( كالبناء ونحوه ) مثل نصباً لفسطاط ( فكانت الكتابة بهـا ) أى لفظة الاطعام ( أولى ، بخلاف الدار لانها لا تعار إلا للسكنى والله أعـــلم بالصواب ) والغرض يصير اليه معلوماً بقوله أعرتني ، وكذا في الثوب والله أعلم بالصواب .

# كتاب الهبة

## الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا ،

---

### ( كتاب الهبة )

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن كلا منهما مشتمل على التمليك، إلا أن العارية مفردة والهبة مركبة ، لان في العارية تمليك المنفعة فقط ، وفي الهبة تمليك العين مع المنفعة والهبة في اللغة مصدر من وهب يهب ، وأصلها وهب [1] لانه معتل الفاء كالعدة أصلها وعدة ، فلما حذفت الواو تبعاً لفعله عوضاً عنها الهاء ، فقيل هبة وعدة ومعناها ايصال الشيء للغير بما ينفعه ، سواء كانت مالاً أو غير مال ، يقال وهبت له مالاً ووهب الله فلاناً ولداً صالحاً ، ويقال وهبه مالاً ايضاً ولا يقال وهب منه ، ويسمى الموهوب هبة وموهبة ، والجمع هبات ومواهب واتهبه منه إذا قبله ، واستوهبه إذا طلب الهبة ، وفي الشرع هي تمليك المال بلا عوض .

( والهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا ) هذا الحديث رواه عن الصحابة أبو هريرة وابن عمر وعائشة ، رضى الله عنهم أجمعين .

أما حديث أبى هريرة فرواه البخاري في كتاب المفرد في الآداب حدثنا عمرو بن خالد ثنا ضمام بن اسماعيل سمعت موسى بن وردان عن ابي هريرة عن النبي عليه السلام قال تهادوا تحابوا . وأخرجه النسائي في كتاب الكنى عن أبي الحسين محمد بن بكير الحضرمي عن ضمام بن اسماعيل به ، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده والبيهقي في شعب الايمان وأبي عدى في الكامل واعله بضمام وقال إن احاديثه لا يرويها غيره .

---

(١) هكذا في الاصل وربما اراد به وهبه كما في القاموس المحيط الجزء الاول، اه مصححه.

وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه الحكم في كتاب علوم الحديث فقال سمعت أبا زكريا العنبري قال سمعت أبا عبدالله البوشبخي ثنا يحيى بن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن أبي قبيل المعافري عن عبدالله بن عمرو ان النبي عليه السلام قال تهادوا تحابوا . وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فرواه أبو القاسم الاصبهاني في كتاب الترغيب والترهيب من حديث اسماعيل بن اسحاق الراشدي ثناء محمد بن داود عن عبد الجبار عن ابيه عن العوام بن حوشب عن شهر بن حوشب عن ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا .

وأما حديث عائشة رضى الله عنها فرواه الطبراني في معجمه الاو ط ثنا محمد بن يحيى بن محمد بن السكن ثنا ريحان بن سعيد ثنا عرعرة بن اليزيد ثنا المثنى أبو حاتم العطار عن عبيدالله بن العيزار عن القاسم بن محمد بن بكر عن عائشة قالت ، قال رسول الله ﷺ تهادوا تحابوا ، وهاجروا تورثوا اولادكم مجداً واقيلوا الكرام عثراتهم ، واخرجه مالك في الموطأ مرسلا عن عطاء الخراساني قال قال رسول الله ﷺ تصافحوا يذهب الغل وتهادوا تحابوا ويذهب الشحناء .

قوله تهادوا بفتح الدال وسكون الواو لانه ضعيفة خطاب للجماعة من التهادي واصله تهادى لانك تقول تهاد تهادياً تهاديوا قلبت الياء الفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها ثم حذفت لالتقاء الساكنين فصار تهادوا كما في مادة تعالوا اصله تعاليوا . قال الله تعالى ﴿ قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء ﴾ ٦٤ آل عمران . قوله تحابوا بتشديد الباء المضمومة وهو ايضاً خطاب للجماعة ، وأصله تحابون ، ولكن سقطت النون لأنه جواب للأمر ، وأصله تحاببوا ، لأنه من التحابب من المحبة ، أدغمت الباء في الباء . وقال الحاكم تحابوا إما بتشديد الباء من الحب ، وإما بالتخفيف من المحاباة ، قلت ترجيح الأول الذي هو المشهور ما أخرجه البيهقي في شعب الإيمان عن صفية بنت حرب عن أم حكيم بنت وداع أو قال وادع قال سمعت رسول الله ﷺ يقول تهادوا تزيدوا في القلب حباً .

( وعلى ذلك ) أي كون الهبة مشروعة ( انعقد الإجماع ) أي إجماع الأمة .

( وتصح ) أى الهبة ( بالإيجاب ) كقوله وهبت ونحوه ، هذا بمجرده في حق الواهب

والقبول والقبض . أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد ، والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك . وقال مالك «رح» يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة.

---

( والقبول ) كقوله قبلت ( والقبض ) بالجر ، أي وبالقبض فلا يتم في حق الموهوب له إلا بالقبول والقبض كما يأتي ، لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ، ولكن لا يملكه الموهوب له إلا بالقبول والقبض ، وثمرة ذلك فيمن حلف لا يهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحنث. وعند زفر لا يحنث بلا قبول وقبض كما في البيع ، فلا يتم ، أو حلف على أن لا يهب فلاناً فوهبه ولم يقبل يرد في يمينه عندنا .

( أما الإيجاب والقبول فلانه عقد ) أي فلأن الهبة عقد نحو سائر العقود ، وذكر الضمير باعتبار العقد ( والعقد ينعقد بالايجاب والقبول ) لأن قيام العقد بهما ( والقبض لابد منه لثبوت الملك ) وبه قال الشافعي وأحمد وأكثر الفقهاء والتابعين ، إلا أن احمد يقول إن كانت الهبة عيناً تصح بدون القبض في الأصح ، وفي المكيل والموزون لا يصح بدون القبض .

( وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتباراً بالبيع ) لأنه عقد لازم يقبل الملك فلم يتوقف على القبض كالبيع ، ولانه إزالة ملك بغير عوض فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم وابن أبي ليلى في كتاب التفريع لأصحاب مالك وفيمن وهب شيئاً من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم به عليه إذا أقر أو قامت عليه البينة ، وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرىء منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه ، وان مات الواهب قبل دفعها إلى الموهوب له فلا شيء له إذا كان قد أمكنه اخذها ففرط فيها، وإن مات الموهوب له قبل قبضها قام ورثته مقامه في مطالبة الواهب بهبته انتهى . وقال الحرقي من أصحاب أحمد لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه ، ويصح في غير ذلك بغير قبض إذا قبل كما يصح في البيع . ( وعلى هذا الخلاف الصدقة ) فعندنا يشترط فيها القبض خلافاً لمالك « رح» .

ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة، والمراد نفي الملك ،

( ولنا قوله ﷺ لا تجوز الهبة الا مقبوضة ) هـــذا حديث منكر لا أصل له . والعجب من الكاكي حيث يقول قيل هذا الحديث غير مرفوع ، بل قول علي وعمر رضي الله عنهما ولم يبين ذلك ، وليس كذلك بل هذا الذي ذكره المصنف قول ابراهيم النخعي رواه عبد الرزاق في مصنفه وقـــال اخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم قال لا تجوز الهبة حتى تقبض والصدقة تجوز قبـل أن تقبض . وأما قول عمر رضي الله عنه فهو ما رواه البيهقي من حديث بريد بن زريع نا سعيد عن قتادة عن يحيى بن يعمر عـن أبي موسى ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا نحال ميراث ما لم يقبض .

والأحسن أن يستدل على اشتراط القبض في الهبة بما أخرجه البيهقى من حـــديث عبدالله بن وهب انا مالك ويونس وغـــيرهما أن ابن شهاب اخبرهم عن عروة عن عائشة رضي الله عنهما أن أبا بكر رضى الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة ، فلما حضرته الوفاة قال والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غني بعدي منك ولا أعز علي فقراً بعدي منك ، إلا اني كنت نحلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً ، فلو كنت جزيتـه واحترزتيه كان لك ذلك ، وإنمـــا هو لأخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله عز وجل ... (١) الحديث ، وكذا رواه الطحاوي في شرح الآثار وقال حدثنا يونس اخبرنا ابن وهب أن مالكاً حدثه ... إلى آخره ، فهذا ادل دليل على اشتراط القبض وبه استدل في البسوط وأصحاب الشافعي في كتبهم .

قوله نحلها ، أي وهب لها ، والجذاذ بكسر الجيم من جذذت الشيء أجذه بالضم جذاً قطعته ، وروى جاذ عشرين وسقاً . قال الخطابي الجاذ بمعنى المجذوذ فاعل بمعنى مفعول والوسق ستون صاعاً . والغابة بالغين المعجمة وبعد الألف باء موحـدة محققة وهو موضع مشهور بالمدينة ، وفي رواية من ماله بالعالية وهو أيضاً موضع بالمدينة .

( والمراد نفي الملك ) أي المراد من قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة عدم

---

(١) الحديث ورد في الأصل ناقص بعض الكلمات،وقد اتممناه من كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد من اول كتاب الهبات ، أ هـ مصححه .

لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه عقد تبرع ، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية ، فلم يملكها .

---

ثبوت حكم الهبة وهو الملك ( لأن الجواز ) أي جواز الهبـــة ( بدونه ثابت ) أي بدون الملك ، لأن الجواز ثابت قبل القبض بالاتفاق .

( ولأنه ) أي ولأن عقد الهبة ( عقد تبرع ، وفي اثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئاً ) وعقد التبرع لم يلزم به شيء ( لم يتبرع به وهو التسليم ) أي الذي لم يتبرع به هو التسليم ( فلا يصح ) لأن من ضرورات الملك التسليم ، ورد بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به إذا كان من تامة ضرورة تصحيحه كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام . واجيب بأنه مغالطة ، فان ما لا يتم به الشيء إلا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت في الصور ، فانه يجب بالنـــذر أو الشروع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء ، فإنه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به .

( بخلاف الوصية ، لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ) لما قاس مالك الهبـة على الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض ، أجاب عن ذلك بقوله بخلاف الوصية أراد بين الهبة والوصية فرقاً ، وهو أن الملك لا يثبت في الوصية إلا بعد الموت ، وحينئذ لايتصور الالزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم ، وهو معنى قوله ( ولا إلزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم ) يعني بالموت ، وكذلك القياس على الوقف غير صحيح، لأنه إخراج ملك إلى الله تعالى والتصدق بمنفعته ، وفيه لا يشترط القبض ( وحق الوارث متأخر ) جواب عما يقال الوارث يخلـــف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقـف ملـــك الموصى له على تسليم الوارث اليه ، وتقريره أن حق الوارث متأخر ( عن الوصية فلم يملكها ) أي الوصية ، يعني لما يكن الوارث خليفة له فيها ليقام مقام الميت ، فلا معتبر لتسليمه ، لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها .

فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً . وإن قبض بعد الإفتراق لم يجز إلا أن يأخذ له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين ، وهو قول الشافعي « رح » لأن القبض تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه . ولنا

---

( فإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز استحساناً ) هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره ، يعني ان قبض الهبة الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز ، وصحت الهبة استحساناً . وقال الكرخي « رح » في مختصره فإن أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرته أو بغير حضرته جاز القبض ، وإن وهب له ديناً على رجل وأذن له أن يقبضه من الذي هو عليه جاز اذا قبض ذلك استحساناً ايضاً ، وإن لم يأذن له في قبض الدين لم يجز الهبة ، وإن قبضه الموهوب له وإن كان ذلك بحضرة الواهب ،لان المالك الذي يقبض عن الدين ملك الذى عليه الدين حتى يقبضه صاحب الدين ، أو يجعل قبضه إلى غيره فيقبضه الغير .

( وإن قبض بعد الافتراق لم يجز الا أن يأذن له الواهب في القبض ، والقياس أن لا يجوز في الوجهين ) أي فيما اذا قبض في المجلس بأذن الواهب ، وفيما اذا قبض بعد الافتراق بدون اذنه .

وبالقياس ( وقال الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملك الواهب اذا ملكه قبل القبض باق ) بالاتفاق ، بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق ( فلا يصح بدون اذنه ) لان التصرف في ملك الغير بغير الاذن غير صحيح .

( ولنا ) أراد به وجه الاستحسان ، قيل ذكر لنا ها هنا غير مناسب ، لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن ، فلم يكن ذكرلنا مناسباً ، بل كان المناسب ان يقول وجه الاستحسان . قلت لما كان القياس هو قول الشافعي « رح »ووجه الاستحسان قولنا ناسب أن يقول ولنا ، وأن يصرح بذكر الشافعي رضي الله عنه

أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنــه يتوقف عليه ثبوت حكمـه وهو الملك ، والمقصود منـــه إثبـات الملك فيكون الإيجـاب منـــه تسليطاً له على القبض ، بخلاف مـا إذا قبض بعد الافتراق ، لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له بالقبول ، والقبول يتقيـــد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به. بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح .

---

(أن القبض بمنزلة القبول في الهبة) أى القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيـع، وقوله في الهبة يتعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول ، فافهم . وكون القبض فيها مثل القبول في البيـع (من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك ) أى على القبول، فاذا كان القبض مثل القول لا يثبت حكم الملك الا بالقبض ، كما لا يثبت الملك الا بالقبول ( والمقصود منه ) أي مقصود الواهب من عند الهبة ( اثبات الملك ) للموهوب له ( فيكون الايجاب منه )أي عن الواهب (تسليطاً له على القبض ) تحصيلاً بمقصوده ، فكان ادنى دلالة .

( بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق ) حيث يشترط فيه الاذن صريحـاً ( لأنا ) وفي بعض النسخ لأنه ، أى لأن الشأن ( إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقاً له ) أى للقبض (بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس ، فكذا ما يلحق به ) أى بالقبول وهو القبض .

( بخلاف ما إذا نهاه ) كان ينبغي أن يقول وبخـــلاف بو او العطف عطفاً على قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق ، لأن حكمها واحد ، وهذا جواب عن سؤال مقـــدر تقديره أن يقال يلزم على هـــذا ما إذا نهى من القبض ، فإن التسليط موجود ولم يجوز له القبض . وتقرير الجواب أنه إذا نهاه يعنى صريحاً ( عن القبض في المجلس ) بأن قـــال له لا تقبض فانه لا يصح قبضه في المجلس وبعده (لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح ) اراد بالدلالة الاذن الحاصل من إيجاب الواهب للقبض ، والصريح هو قوله لا تقبض ، فإن الإذن الذي حصل من الايجاب دلالة بطل بوجود صريح النهي ، لان الدلالة لا تقابل الصريح وفيه مناقشتان ، الأول ان القبض لو كان بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كالبيع

قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول صريح فيه ، والثاني مستعمل فيه ، قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا ، وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد ،

---

الثانية أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ، إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل إيجاب البائع تسليطاً على القبض ، حتى لو قبضه المشتري بدون إذنه جاز له أن يسترده ويحبس الثمن .

الجواب عن الأولى أن الإيجاب من البائع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس ، وفي الهبة وجد عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه . وعن الثانية فإنا لا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري ، بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني فلا يعتبر به .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت ، لأن الأول ) أي قوله وهبت ( صريح فيه ) أي في عقد الهبة ( والثاني ) أي قوله نحلت ( مستعمل فيه ) أي في عقد الهبة ، أراد به مجاز فيه وهو أيضاً صريح ، لأن المجاز المتعارف كالصريح ، إلا أن قوله وهبت لما كان صريحاً حقيقة ونحلت واخوته صريحاً مجازاً فرق بينهما ( قال النبي ﷺ أكل أولادك نحلت مثل هذا ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن النعمان بن بشير قال إن أباه أتى النبي ﷺ فقال إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله ﷺ أكل ولدك نحلت مثل هذا ، قال لا ، فقال رسول الله ﷺ فارجعه أخرجه البخاري ومسلم في الهبة وابو داود رضى الله عنه في البيع مختلفاً والمعنى واحد. والعجب من الكاكي مع إدعائه أن له إطلاعاً في الحديث أنه لما ذكر هذا الحديث قال كذا في المبسوط ، فهذا قول من لم يحم حول كتب الحديث ولا طرق في سمعه اسم البخاري ومسلم ولا غيرهما .

( وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله ) يعني أراد بالثالث قوله أعطيت أي هو أيضاً مستعمل في عقد الهبة مجازاً كما يقال أعطاك الله ووهبك الله ( بمعنى واحد ،

وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء ، وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة. أما الأول فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث يكون عارية ، لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غلتها . وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك .

---

وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك ، وأعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة ) هذه أربعة الفاظ ، ثلاثة تنعقد بها الهبة مطلقاً والرابع وهو حملتك لا ينعقد بالنية على ما يجيء الآن .

( أما الأول ) يعني قوله أطعمتك هذا الطعام ( فلأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه ، يراد به تمليك العين ) بغير عوض ، فيكون هبة (بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض ، حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم ) أي لأن الأرض والتذكير باعتبار المذكور ، وفي بعض النسخ لأن عينها وهو الأصوب ، فيكون المعنى أطعمتك ما يحصل منها ، فكان تمليكاً لمنفعة الأرض دون عينها ( فيكون المراد أكل غلتها ) أي إذ كان كذلك يكون من قوله أكل غلة الأرض وهو ريعها . وقال الاترازي رحمه الله ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لأنه قال ان الاطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين ، فعلم هذا ينبغي أن يكون المراد من الإطعام في الكفارة التمليك إلا الإباحة كما هو مذهب الخصم ، لأن المراد من الأطعام إطعام الطعام ، والطعام يؤكل عينه ، فكان الإطعام في الآية منافياً إلى ما يطعم عينه فافهم ، قلت لا نسلم أنه أضيف إلى ما يؤكل عينه بل هو مضاف إلى عشرة مساكين ، فافهم .

( وأما الثاني ) يعني قوله جعلت هذا الثوب لك ( فلأن حرف اللام للتمليك )فكان معناه ملكت هذا الثوب لك . ألا ترى أن في التمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك ، فكذا في التمليك بغير بدل ، وكسوتك هذا الثوب بمعناه لأنه لتمليك العين

وأمـــا الثالث فلقوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ، وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا.

وأمـــا الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عاريـــة ، لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته . ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة ، لأنه يراد به التمليك . قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾ ،

---

قال الله تعالى ﴿ وكسوتهم ﴾ والكفارة لا تتأدى إلا بتمليك الثوب .

( وأما الثالث ) يعني قوله وأعمرتك هذا الشيء ( فلقوله عليه السلام فمن أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ) هذا الحديث أخرجـــه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة عن جابر رضى الله تعالى عنه قال ، قـــال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع . قوله حقه فيها وهي لمن أعمر ولعقبه .

( وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى ) يقال أعمرته داري أو أرضاً أو إبلا إذا أعطيته إياها وقلت هي لك عمرى او عمرك ، فإذا مت رجعت إلي ، والعمرى اسم ( لما قلناه ) أشار به إلى قوله فلأن حرف اللام للتمليك .

( وأما الرابـع ) يعني قوله وحملتك على هذه الدابة ( فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية ) قيل كيف يستقيم هذا القول وقد قال في العارية إن حملتك والتمليك العين قلت قدر هذا النظر هناك . وتحرير الجواب أن قوله هاهنا حقيقة بالنظر إلى الوضع ، وقوله هناك لتمليك العـــين ، يعني في العرف والاستعمال ، ولكن الحقيقة ما هجرت بالعرف فيصير كأنه مشترك ( لكنه يحتمل الهبة ، يقال حمل الأمير فلاناً على فرس ) أي ملكه إياها ، وهو معنى قوله ( ويراد به التمليك فيحمل عليه ) أي على التمليك ( عند نيته ) فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه فيعتبر نيته .

( ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة ) هذا من مسائل المبسوط ذكره تفريعـاً على مسألة القدوري رحمه الله ( لأنه يراد به التمليك ، قال الله تعالى ﴿ أو كسوتهم ﴾ ) فإن

ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أي ملكه منه . ولو قال منحتك هـــذه الجارية كانت عارية لمـا روينا من قبل . ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم. وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلي السكنى

---

المراد به تمليك العين لا تمليك المنفعة ( ويقال كسى الأمير فلاناً ثوباً ، أى ملكه منه ) أى من فلان ( ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ) أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام المنحة مردودة ، ولكن إذا نوى التمليك يثبت ، لأنه محتمل كلامه .

( ولو قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية ) وهـــذا من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يقول هذا لك هبة سكنى ودفعها اليه قال هذه عارية . وان قال هي لك هبة تسكنها فهي هبة ، وإن قال هي لك سكن هبة فهي سكنى ، انتهى ، ونصب الهبة في الموضعين على الحـال والتعيين لمـــا في قوله دارى لك من الإبهام ( لأن العارية محكمة في تمليك المنفعة والهبة تحتملها ) أى تحتمل المنافع ( وتحتمل تمليك العين ، فيحمل المحتمــل على المحكم ) يعني صار المحكم قابضاً على المحتمل ، فكانه قال سكنى داري لك فيكون عارية ، لأن العارية محكم .

فإن قلت من أين تقول أنها محكم ، قلت لانها لا تحتمل تمليك الرقبة لأنه خرج تفسير الأول الكلام فيعتبر به حكم أول الكلام . قالت الشراح كان حق الكلام ان يقول لأن السكنى محكم في تمليك المنفعة ، وكذا ذكره في المبسوط حيث قال لأن السكنى محكم وأجيب بأن السكنى لا يحتمل إلا العارية فاطلق عليه اسم العارية .

( وكذا إذا قال عمرى سكنى أو نحلى سكنى ) بضم النون وسكون الحـاء وهي

أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قدمناه . ولو قال هبة تسكنها فهي هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير له ، وهو تنبيه على المقصود . بخلاف قوله هبة سكنى ، لأنه تفسير له . قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة

---

العطية ( أو سكنى صدقة ) بأن قال داري لك سكنى صدقة ( أو صدقة عارية ) بان قال داري لك صدقة ( أو عارية هبة لما قدمناه ) المحتمل على المحكم .

( ولو قال هبة تسكنها فهي هبة ) ذكر في المبسوط.ولو قال داري لك هبة تسكنها، أو قال عمرى لتسكنها وسلمها اليه فهي هبة ( لان قوله هبة تسكنها مشورة ) بفتح الميم وضم الشين بمعنى الشورى ، وهي استخراج رأي على غالب الظن ( وليس بتفسير له ) لان الفعل لا يصلح تفسيراً للاسم ( وهو تنبيه على المقصود ) بأن قال ملكه الدار عمره ليسكنها وهو معلوم ، وإن لم يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام تأكله وهذا الثوب تلبسه فان شاء قبل مشورته وفعل ما قال ، وإن شاء لم يقبل .

( بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له) لان قوله سكنى اسم فجاز ان يكون تفسير الاسم آخر ، فيتغير به أول الكلام كما في الاستثناء والشرط فيكون عارية .

( قال ) أى القدوري رحمه الله ( ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة ) أي مفرغة عن املاك الواهب ، حتى لا تصلح هبة الثمر على الشجر والزرع في الارض بدون الشجر والارض ، وكذا العكس عندنا ( مقسومة ) احترز به من المشاع ، قيل في الفرق بين ما يقسم وبين ما لا يقسم كل شيء يضره التبعيض ويوجب نقصاناً في ماليته ، فإنه لا يحتمل القسمة كالدراهم والدنانير فهبة بعضه جائز بلا خلاف . وقيل كل ما يفوت بالقسمة منفعته أصلاً كالعبد أو جنس منفعته كالحمام والرحى فهو لا يحتمل القسمة .

وقيل كل مشترك بين اثنين لو طلب أحدهما قسمة ، وإلى الآخر فالقاضي لا يجبره على القسمة ، وهو مما لا يحتمل القسمة ، ثم الشيوع المقارن للهبة فيما يحتمل القسمة مفسد

لا الطارىء ، حتى لو وهب شيئاً فرجع في بعضه تصح الهبة ، والعـــبرة في الشيوع وقت القبض لا وقت العقد ، حتى لو وهب مشاعاً وسلم مقسوماً يجوز ، وكذا لو وهب نصف الدار ولم يسلم ثم وهب النصف الآخر وسلمه جازت الهبة أو وهب تمراً في نخل أو زرعاً في ارض ، ثم سلم بعد ذلك مفرزاً يجوز ، كذا في الذخيرة وغيره فعلم مما هـذا أن معنى قوله لا يجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة لا تثبت الملك فيه لا يحوزه مقسومة،لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ، ولكن غير مثبتة للملك . قبل تسلمه مفرزاً نظـير نظيره البيـع بشرط الخيار .

وفي الخائط قال علماؤنا رحمهم الله هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا يتم ، ويفيد الملك قبل القسمة . وقال الشافعي « رح » إنها تامة وبعض اصحابنا رحمهم الله قالوا إنها فاسدة والأصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ، ولا يقال إنها فاسدة بل غير تامة ، كذا هـــذا . واجمعوا على أن هبة المشاع لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة ، كذا قال عـــلاء الدين رحمه الله العالم في طريقة الخلاف . وقال في الطريقة البرهـــانية ، قال علماؤنا رحمهم الله وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة يفيد الملك بالتخلية . وقال شيخ الإسلام أبو بكر رحمه الله المعروف بخواهر زاده في مبسوطه قال علماؤنا إذا وهب مشاعـاً يحتمل القسمة لا يجوز سواء كان وهب في الاجنبي أو من شريكه . وقال الشافعي رضي الله عنه يجوز من الأجنبي ومن الشريك ، وقال ابن أبي ليلى رحمه الله إن وهب من الأجنبي لم يجز ، وإن وهب من الشريك جاز واجمعوا على انه إذا وهب ما لا يحتمل القسمة فإنه يجوز .

( وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ) معناه هبة المشاع لا يحتمل القسمة جائزة ، لأن المشاع غير مقسوم ، فيكون المعنى ظاهر أووهبت النصيب الغير مقسوم فيما هو غـــير مقسوم ، وذلك مستنكر ودفعه بما ذكرنا ، فافهم .

( وقال الشافعي رضى الله عنه يجوز في الوجهين ) أي فيما يحتمل القسمة وفيما لايحتمل وبه قال مالك واحمد رحمهما الله . وفي الروضة يجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره سواء وهبة للشريك أو غيره ، ويجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها وعكسه . وفي الجواهر

لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه ، وهـــذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك ، فيكون محلا له ، وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع كالقرض والوصيـة ولنا أنـ القبض منصوص عليه في الهبة

---

للمالكية ولا يمتنع بالشيوع ، وإن كان قبل القسمة وتصح هبة المجهول والآبق والكلب ، وفي فتاوى الحنابلة وتصح هبة المشاع وإن تعذرت قسمته ، ويصح من الشريك وغـــيره سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن،وسواء كان مما ينقسم أو مما لا يأتي قسمته كالشقص في العبد والدابة والجوهرة والسرخي ( لأنه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيـع بانواعه ) من الصحيح والفاسد والصرف والسلم ( وغيره ) فإن الشيوع لا تمنع تمام القبض في هـذه العقود بالإجماع .

( وهذا ) أي جوازه ( لأن المشاع قابل لحكمه ) أي لحكم عقد الهبة (وهو الملك فيكون محلاً له ) كالمبيـع والإرث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح ان يكون محلاً له ، لأن المحلية غير القابلية أو لازم من لوازمها ، فكان العقد صادراً من أهله مضافاً إلى محله ، ولا مانع ثمة فكان جائزاً ( وكونه تبرعاً لا يبطله الشيوع ) جواب عن سؤال مقدر تقديره أنـ يقال البيع لا يفتقر إلى القبض ، بخلاف الهبة فانه عقد تبرع ومحتاج الى القبض ، فلوقلنا بجوازه في المشاع يلزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة وهو لم يتـــبرع به ، فأجاب بقوله وكونه أي وكون الهبة والتذكير باعتبار الوهب أو المذكور تبرعاً لا يبطله الشيوع، يعني لم يعهد ذلك مبطلاً في التبرعات .

( كالقرض ) بأن دفع الف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضاً يعمل في النصف الآخر شركة ، فأنـــه يجوز مع أن القبض شرطاً لوقوع الملك في القرض ، ثم لا يشترط القسمة ( والوصية ) بأن اوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح،فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعاً .

( ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبـة ) أراد به ما ذكره من قوله عليه السلام

فيشترط كماله ، والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه ، وذلك غير موهوب ، ولأن في تجويزه إلزامه شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة ، ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم . بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ، ولأنه لا يلزمه مؤنة

---

لا تجوز الهبة إلا مقبوضة وفيه نظر ، لأنه قد تقدم أن هذا الحديث لا أصل له ولم يثبت عن النبي ﷺ في اشتراط القبض في الهبة شيء ، ولو ثبت اشتراط قبضه فقبض كل شيء بحسبه ( فيشترط كماله ) أي كمال القبض ، لأن التنصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده ، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته لأنه من البيت بالسنة ، وهذا لأن الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتاً مطلقاً ، وبدون الإطلاق لا يثبت ( والمشاع لا يقبلـــه ) أي القبض ( إلا بضم غيره اليه ) الموهوب إلى الموهوب ( وذلك ) أي الغير ( غير موهوب ) وغير ممتاز عن الموهوب ، فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لإفادة الملك .

( ولأن في تجويزه ) عقد الهبة في المشاع ( إلزامه ) أي إلزام الواهب ( شيئاً لم يلتزمه وهو القسمة ) لأنه لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة ، فيصير عقد التبرع موجبـــاً ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضع التبرع .

فإن قيل هذا ضرر مرضي ، لأن إقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والصائر من الضرر ما لم يكن مرضياً ، أجيب بان المرضي منه ليس القسمة ولا مـــا يستلزمها لجواز ان يكون راضياً بالملك المشاع ، وهو ليس بقسمة ولا يستلزمها ، قيل هذه العلة غير مطردة ، لأنهم قالوا لا تجوز الهبة من الشريك وليس ثمة ضرر القسمة ، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله لا تجوز هبة واحد من اثنين وليس فيه ضرر القسمة ، قلت وجود العلة تراخى في جنس الحكم لا في كل صورته .

( ولهذا ) أى ولأن تجويز هذا العقد إلزام ما لم يلـتزم ( امتنع جوازه ) أي جواز ثبوت الملك ( قبل القبض كيلا يلزمه التسليم ) وهو لا يتحقق بدون مؤنة القسمة ( بخلاف ما لا يقسم ، لأن القبض الظاهر هو الممكن فيكتفى به ) ضرورة ( ولأنه لا يلزمه مؤنة

القسمة والمهايأة تلزمه ، فما لم يتبرع فيه وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض ، وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه،

---

القسمة ) وقد قيل ان هذا الذي ذكره كله مرتب على اشتراط كمال القبض ، وفي اشتراط اصله نظر ، فكيف باشتراط كماله ، والصحيح جواز هبة المشاع ورهنه وإجازته ووقفه كما يجوز بيعه وقرضه والوصية به ، ولا زال الناس على ذلك ولم يرد في رده كتاب ولا سنة ولا إجماع ، فإن طلب الموهوب له القسمة والزم بها الواهب فهو كما إذا الزم بها البائع وقد باع حصة مما يملكه ، فكان أن ذلك لا يمنع من صحة البيع وإن كان فيه إلزام بما لا يلتزمه ، فكذلك لا يمنع من صحة الهبة .

( والمهايأة تلزمه ) هذا جواب سؤال يرد علينا ، تقديره أن يقال ينبغي أن لا يجوز فيما لا يحتمل القسمة ، لأنه يلزم المهايأة ، وفي إيجابها إلزام ما لم يلتزم . وتقرير الجواب أن المهايأة تلزمه ( فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين ) فلم يكن ذلك زماناً في عين ما تبرع ، بل هذه من ضرورات الانتفاع بملكه .

ولقائل أن يقول إلزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة إن كان مانعاً عن جوازها وجد وإن حصصتم بعودة إلى ما تبرع به كان تحكماً . والجواب بتحصيصه بذلك وبدفع التحكم بأن في عوده إلى ذلك إلزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة بإخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك ، لأن المهايأة لا تحتاج إليها ولا يلزم ما إذا أتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فإنه يضمن قيمته للموهوب له ، وفي ذلك إلزام زيادة عين على ما تبرع به ، لأن ذلك بالإتلاف لا بعقد التبرع .

( والوصية ليس من شرطها القبض ) هذا جواب عن قوله كالقرض ما لوصيته. تقريره أن الشيوع مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك ( وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها ) يعني وكذا حكم البيع ... إلى آخره ، أراد به وإن كان القبض فيها شرطاً للملك ، ولكنه (غيرمنصوص

ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤونـــة القسمة ، والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه ، فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملاً بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه . ولو وهب من شريكه لا يجوز ، لأن الحكم يدار على نفس الشيوع .

---

عليه ) فلا يصح نفيه . قلنا كلامنا فيما يكون القبض منصوصاً عليه لثبوت الملك ابتداء، وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس فيما نحن فيه ، وكذا الكرام في السلم ، فـان اشتراط قبض رأس المال للاحتراز وهو النسيئة بالنسيئة ، وكذا فسره أبوعبيد القـاسم بن سلام رحمه الله ، وروى الحديث ايضاً وقال حدثني زيد بن الحبـــاب عن موسى بن عبيد عن عبدالله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عنه .

( ولأنها ) أي ولأن الأشياء المذكورة ( عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة ) يعني تناسب تعلق ضمان القسمة بها ، بخلاف الهبة ( والقرض تبرع ) هذا من تتمة الجواب عن قوله كالقرض والوصية أي القرض تبرع ( من وجه ) بدليـــل انه لا يصح من الصبي والعبد (وعقد ضمان من وجه ) فان المستقرض مضمون بالمثل ( فشرطنا القبض القاصر ) أي إذا كان كذلك فلشبهة التبرع شرطنا العقـــد كما في الهبة والشبهة بعقد الضمان لم يشترط القسمة ، وهو معنى قوله ( دون القسمة ) كما في البيع ، فاكتفي فيـــه بالقبض القاصر ( عملاً بالشبهين ) وهما شبه التبرع وشبه المال ، وانتصاب عمـــلاً على التعليل أي لأجل العمل بالشبهين ( على أن القبض غير منصوص عليه فيـــه ) أي في القرض ليراعى وجوده على اكمل الجهات .

( ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على نفس الشيوع ) هـــذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم ، تقريره أن يقال عدم جواز الهبة في المشاع لا يخلو من أحد الأمرين ، أما أن يكون دائراً على نفس الشيوع أو على لازم المطالبة بالقسمة إن قلتم بالأول يبطل بالمشاع الذي لا ينقسم . وإن قلتم بالثاني يبطل بما إذا وهب نصيبه من شريكه فانه لا يجوز عندكم ، مع انه ليس فيه لزوم المطالبة بالقسمة .

قال ومن وهب شقصاً مشاعاً فالهبة فاسدة لما ذكرنا ، فإن قسمه وسلمه جاز ، لأن تمامه بالقبض ، وعنده لا شيوع . قال ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة ، فإن طحن وسلمه لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم ،

---

وتقرير الجواب أن الحكم معلق بنفس الشيوع في محل يتصور فيه المطالبة بالقسمة ، فأقيم الشيوع مقام المطالبة بالقسمة ، لكن في الموضع الذي يتصور فيه القسمة وهيئة نصيبه من شريكه من هذا القبيل ، فأقيم الشيوع فيه مقامها . وقال الكاكي رحمه الله هذا في الحقيقة جواب عن قول ابن أبي ليلى رحمه الله ، فان عنده هبة المشاع فيما يحتمل القسمة يجوز من الشريك لعدم استحقاق ضمان القسمة ، قلت هذا يفيد ، وإن كان له وجه ، لأن هذا الكلام من تتمة الجواب فيما أورد الخصم علينا على ما لا يخفى .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ومن وهب شقصاً ) بكسر الشين المعجمة وسكون القاف ، أي نصيباً ( مشاعاً ، فالهبة فاسدة ) معناه لا يثبت الملك قبل تسليمه مفرزاً لأن الهبة في نفسها جائزة على ما قررناه عن قريب ( لما ذكرنا ) من ان الهبة فيما يقسم لايجوز إلا محرزة مقسومة ( فان قسمه ) أي فإن قسم المشاع وأفرز نصيبه ( وسلمه ) إلى الموهوب له ( جاز ) أي يثبت الملك حينئذ ، ثم في الهبة الفاسدة لو قبضه مشاعاً فهلك عند الموهوب له ، ذكر ابن رستم أنه يضمن ولا يفيد الملك وبه أخذ الطحاوي . وقال عصام يفيد الملك ولا يكون مضمونه في يده ، وبه أخذ بعض المشايخ ، كذا في فتاوى قاضى خان ( لأنه تمامه بالقبض وعنده ) أي عند القبض ( لا شيوع ) فلا فساد .

( قال ) أي القدوري ( ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهناً في سمسم فالهبة فاسدة ) الأصل هنا أن المحل إذا كان معدوماً حالة العقد لم ينعقد إلا بالتحديد ، بخلاف ما إذا كان مشاعاً فانه بعد الإفراز لا يحتاج إلى التحديد على ما يجيء الآن ( فان طحن ) الحنطة ( وسلمه ) الدقيق ( لم يجز ، وكذا السمن في اللبن ، لأن الموهوب معدوم ) يعنى ليس بموجود بالفعل ، وإنما يحدث بالطحن والعصر ولا معتبر بكونه موجوداً بالقوة ، لأن عامة

ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه ، والمعدوم ليس بمحل للملك فوقـــع العقد باطلاً فلا ينعقد إلا بالتجديد ، بخلاف ما تقدم ، لأن المشاع محل للتمليك ، وهبـــة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض ، والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ،

---

الممكنات كذلك ، ولا تسمى موجودة ، وبهذا نخرج الجواب عن ما قيل ينبغي أن يجوز بيـــع الدهن بالسمسم مطلقاً بلا اشتراط أن يكون الدهن الصافي اكثر مما في السمسم.

( ولهذا ) أي ولكون الموهوب معدوماً ( لو استخرجه الغاصب ) بأن غصب سمسما فاستخرج دهنه فانه ( يملكه ) لأنه وقت الغصب لم يكن موجوداً ، فلم يرد عليه الغصب ( والمعدوم ليس بمحل للملك ، فوقع العقد باطلا فلا ينعقد إلا بالتجديد ) أي بتجـــديد العقد ( بخلاف ما تقدم ) وهو المشاع ، فانه لا يحتاج فيه إلى تجـديد العقد ( لأن المشاع محل للتمليك ) لكونه موجوداً وقت العقد ، ويتصور القبض منه ، لكن لا على سبيل الكمال ، وهذا يصح بيعه بالإجماع والمانع فيه لمعنى في غيره وهو العجز عن التسليم، فاذا زال المانع انقلب جائزاً ..

وقال الكرخي رحمه الله في مختصره ولو وهب رجل لرجل ما في بطن جاريته أوما في بطن غنمه أو ما في ضروعها ، أو وهب له سمناً من لبن قبل أن يسلى ، او زبد منه قبل أن يمخض أو دهناً من سمسم قبل أن يعصر أو زيتاً من زيتون أو دقيقا من حنطة وسلطه على قبضه عند الولادة أو عند استخراج ذلـــك ، فان ذلك لا يجوز ولا يشبه هـذا الدين يهبه ويسلطه على قبضه ، لأن الدين الذي في ذمة الغريم لم يجوز بيعه منه وهبته له وغير ذلك مما ذكرنا لا يجوز هذا فيه ، انتهى .

( وهبة اللبن في الضرع ، والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع ) يعني لا يجوز كما في المشاع ، وعند الثلاثة يجوز ، ثم عندنا إذا حلب اللبن وجز الصوف وسلمه وقبضه الموهوب له جاز استحساناً كما في المشاع إذاوهبه

لأن امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع. قال وإذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ،

---

وسلمه ، وكذا لو قطع الثمر والزرع وسلمها ( لأن امتناع الجواز للاتصال ) أي يملك الواهب لا لكون هذه الاشياء معدومة بدليل ان الصوف على أظهر الغنم واللبن في الضرع محل التمليك ؛ حتى يجوز الصلح عليه عند أبي يوسف رحمه الله ، وبالفصل ينعدم الشيوع.

والأصل في حسن هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع تمام القبض ، والقبض الناقص يمنع صحة الهبة ، فعلى هذا إذا وهب داراً فيها متاع الواهب أو جراباً أو جرة القى فيها طعام الواهب فالهبة فاسدة ، ولا معتبر بالشغل وقت العقد إذا وقع التسليم فارغاً صغرت أو يعتبر الإذن بالقبض بعد التفريغ ، ولا يكفي قوله سلمتها إليك مع الشغل ، فلو وهب ما في الدار وما في الجراب أو الجوالق من الطعام فالهبة تامة ، لأن الموهوب هنا شاغل لملك الواهب وليس بمشغول بملكه ، وقيام اليد على التبع لا يوجب قيام اليد على الأصل ، بخلاف المسألة الأولى ، ونظير ما لو وهب جارية وعليها حلى فوهبها دون حليها وسلمها فالهبة تامة ، وكذا الدابة وعليها سرج أو لجام ، أو وهب السرج او اللجام دون الدابة ( وذلك ) أي الاتصال ( يمنع القبض كالشائع ) ففي الشائع يمنع ، فكذا في الاتصال .

( قال ) أي القدوري ( وإذا كانت العين في يد الموهوب له ) بأن كانت وديعة او عارية أو نحوها ( ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيه قبضاً ، لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط ) وهو موجود الاصل في ذلك ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر ، وتغايرهما يجوز نيابة الأعلى عن الأدنى دون العكس ، فإن كان الشيء وديعة في يد شخص او عارية فوهبه إياه لا يحتاج الى تجديد قبض ، لأن كلام القبضين ليس قبض ضمان فكانا مجانسين . ولو كان بيده مغصوبا ببيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينوب عن الضعيف ، لأن في الأعلى ما فى الأدنى وزيادة فوجد القبض

بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة ، أما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه . وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ، لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة .

---

المحتاج اليه وزيادة شيء . ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج إلى قبض ، لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان هذا الذي ذكره في الذخيرة وغيره .

وذكر ابو نصر في شرحه لو كان مضموناً في يده او بالمثل بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن قبض الواهب بالهبة ، ولا بد من تجديد القبض . ولو كان مضموناً في يد بالقيمة أو بالمثل كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فوهب له ثبت الملك ولا يحتاج إلى تجديد القبض لوجود اصل القبض وزيادة فان قلت ما معنى تجديد القبض . قلت هو أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها .

( بخلاف ما إذا باعه منه ، لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة اما قبض الهبة غير مضمون ، فينوب عنه ) أي ينوب قبض الأمانة عن غير المضمون وهو الهبة ، وقد مر مستوفى.

( وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ) أي بمجرد العقد ، وهذا من مسائل القدوري ( لأنه ) أي لأن الذي وهبه (في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ) فلا يحتاج إلى قبض آخر ولا يشترط فيه الإشهاد إلا أن فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته ، أو جحود بعد إدراك الولد . وقال عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد ، أما هل يحتاج إلى القبول لابنه الصغير فقال الشافعي والقاضي الحنبلي لا بد أن يقول بعد قوله وهبته له قبله ، وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج إلى هذا كقولنا . وقال مالك لو وهبه بمال لا يعرف بعينه كالاثمان لم يجز إلا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه ، وعند القاضي لا فرق بين الأثمان وغيرها .

ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً ، لأنه في يد غيره أو في ملك غيره ، والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له ، وكذلك

( ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه ، لأن يده كيده ) أي لأن يد المودع كيد المودع بالكسر حكماً فيمكن أن يجعل قابضاً لولده باليد التي هي قائمة مقام يده .

فإن قلت لو وهب الوديعه من المودع يجوز ، فلو كانت يده كيده لم يكن قابضاً لنفسه قلت يده كيده ما دام عاملاً له وذلك قبل الهبة ، وأما بعدها فهو عامل لنفسه .

( بخلاف ما إذا كان ) أي الموهوب للابن ( مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً لأنه في يد غيره ) أي غير الأب فلا ينوب قبض المرتهن والغاصب عن قبض الهبة للولد ( أو في ملك غيره ) أي الذخيرة أرسلا غلامه في حاجة ثم بعد الإرسال وهبه صحت الهبة لأنه في يده حكماً ، فلو لم يرجع حتى مات الأب فهو للولد ولا يصير ميراثاً ، وكذا لو وهب عبداً إبقاء من ابنه الصغير ، فما دام متردداً في دار الاسلام تجوز الهبة والأب قابض له بنفس الهبة . وفي فتاوى أبي الليث وهب لابنه الصغير داراً مشغولة بمتاع الواهب جاز ، وفي المنتقى عن محمد لو وهب داره لابنه وفيها ساكن بأجر لا يجوز ، ولو كان بغير أجر يجوز ، لأن في الأول يتبع قبض غيره فيمنع تمام الهبة بخلاف الثاني ( والصدقة في هذا مثل الهبة ) أراد أن الصدقة في الحكم المذكور كحكم الهبة فيما إذا تصدق على ابنه الصغير ملكها الابن بعقد الصدقة ، فلو تصدق عليه بما عند مودعه جاز ، بخلاف ما إذا تصدق بما في يد المرتهن والغاصب والمشتري بالشراء الفاسد ، والتعليل هو التعليل .

( وكذ إذا وهبت له أمه وهو ) أي والحال أنه ( في عيالها والأب ميت ولاوصي له ) هاتان الجملتان أيضاً حال ، قيد بقوله في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية ، قيد بموت الأب وعدم الوصي لأن عند وجودهما ليس لها ولايه القبض ( وكذا كل من يعوله ) يعني

كل من يعوله . وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب، لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع . وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الأب أو جد اليتيم

---

كل من يعول الصغير إذا قبض الهبة له يصح كالأخ والعم والأجنبي ، وعند الثلاثة إذا وهب للصبي غير الأب من الأولياء لا بد أن يوكل من يقبل له ويقبضه له فيكون الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره كما في البيع .

وقال ابن قدامة في المغني والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء ، قيل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه ، والجد أبو الأب بعد الأب ووصيه . فأما مع وجود واحد منهم فلا ، سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن ، وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً ، لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله ، فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ، فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية لا حينئذ . ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع ، فقيام هذا القدر يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة .

قلت هذا ليس باطلاق ، وإنما هو اقتصر في التقييد، وذلك لان قوله وكذا كل من يعوله عطف على قوله وكذا إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له، فيكون هذا في المعطوف أيضاً ، لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ، ووصيه كوصي الاب .

( وإن وهب له ) أي للصغير ( أجنبي هبة تمت بقبض الاب ، لانه يملك عليه الامر الدائر بين النافع والضائر ، فأولى أن يملك النافع ) الضائر فاعل من ضار يضير والضير والضرر ، وهو لغة من الضور . وفي بعض النسخ الضار بتشديد الراء ، وكلاهما واحد .

( وإن وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو ) أي وليه ( وصي الاب أو جد اليتيم

أو وصيه جاز ، لأن لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب . وإن كان في حجر أمه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجـــع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه لانه لا يبقى إلا بالمال ، فلا بد من ولاية تحصيل وهو من أهله .

---

أو وصية الجد جاز ، لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وإن كان ) أي اليتيم ( في حجر أمه ) أي كنفها وتربيتهـــا ( فقبضها له ) أي قبض الهبة لليتيم ( جائز لان لها الولاية فيمـــا يرجع إلى حفظه وحفظ ماله ، وهذا من بابه ) أي قبض الهبة له من باب الحفظ ( لانه لا يبقى إلا بالمال ) أي لان حفظ اليتيم لا يبقى بقاؤه إلا بقوت وملبوس ( فلا بد من ولاية التحصيل ) فلا بد أن يكون بسبيل من التحصيل في حقه ، فصـــار ذلك من ضروراته . وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه ، لان له عليه يداً معتبرة . ألا ترى أنه لا يتمكن أجنبي آخر أن ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعاً في حقه ، لانه صـــار كالخلف ، والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل . وإن قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ، معناه إذا كان عاقلاً ، لانه نافع في حقه ( وهو من أهله ) أي الصبي من أهل التصرف يتمحض نفعاً له .

وفي المبسوط هذا جواب الاستحسان وهو قولنا ، أما في القياس لا يجوز قبضه بنفسه وإن كان عاقلاً ، وهو قول الشافعي . وفى رواية عن أحمد إن قبضه بإذن الولي صح ، وعنه كقولنا .

فإن قيل عقل الصبى إما أن يكون معتبراً أولا ، فإن كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه ، وإن كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الخلف مع وجود أهليته . فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع معتبر لتوفير المنفعة عليه ، وفى اعتبار الخلف توفيرها أيضاً لانه ينفتح به باب آخر ، فتحصليها كان جائزاً نظراً له ، وهذا لم يعتبر فى المتردد بين النفع والضر لباب المضرة عليه ، لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يتم به النظر فى عواقب الامور ، فلا بد من حره [ كذا ] برأي الولي .

وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها إليه دلالة . بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب . بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونها إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة متقطعة في الصحيح ، لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ، ومع حضوره لاضرورة.

---

( وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف ) بكسر الزاى مصدر من زفت العروس إلى زوجها ، أي هديتها ( لتفويض الأب أمورها اليه دلالة ) حيث زفها إليه وهي صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ مالها وقبض الهبة من حفظ المال، لكن لا يبطل بذلك ودلالة الاب حتى لو قبضها جاز. وذكر المصنف الزفاف وذكر في الايضاح الدخول . وفي الذخيرة شرط في قبض الزوج على زوجته الصغيرة أن يكون يجامع مثلها حتى لو لم يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج عليها عند بعض أصحابنا، والصحيح انه إذا كان يعولها صح قبضه عليها، يجامع مثلها أو لا لما ذكرنا. ولو أدركت لم يجز قبض الزوج وللأب لأنها صارت ولية نفسها حين بلغت عاقلة كذا في المبسوط .

( بخلاف ما قبل الزفاف ) لأنه قبل الزفاف لا يكون عليها بل مستحقه ( ويملكه ) أي يملك الزوج قبض الهبة ( مع حضرة الأب ) احترز به عما ذكر في الإيضاح أن قبض الزوج لها إنما يجوز إذا لم يكن الأب حياً ( بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها ) أى غير الأم ( حيث لا يملكونها ) أى قبض الهبة لها ( إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح ) قيل الصحيح متعلق بقوله ويملكه مع حضرة الأب . قال صاحب النهاية وإنما قلت هذا لأن في قوله بخلاف الأم وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه إلا بعد الموت، أو غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع عوله في الصحيح احترازاً عنها . قلت كان حق الترتيب في التركيب أن يقول ويملكه مع حضرة الأب في الصحيح، بخلاف الأم وعبارته لا تخلو عن الإبهام ( لأن تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الأب ، ومع حضوره لا ضرورة ) احترز بقوله لا بتفويض الأب عن تصرف الزوج لما ذكرنا أن ولاية الزوج

قال وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة . وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً . وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما . ولهذا لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح . ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف

---

بتفويضه أمورها دلالة إليه ، أما قبض غير الأب عليه إنما يصلح للضرورة ، ولا ضرورة عند حضور من له ولاية .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا وهب اثنان من واحد داراً جاز ، لأنهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع ) لأن المانع هو الشيوع عند القبض وقد انتفى . ونقل صاحب الاجناس عن الأصل إذا وهب رجلان داراً من رجل جاز في قولهم . ولو وهب رجل من رجلين داراً لم يجز في قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد جاز في الرهن من رجلين جاز في قولهم جميعاً ، وكذلك في الإجارة من رجلين جاز .

( وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقالا يصح ، لأن هذه هبة الجملة منهما ، إذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع ، كما إذا رهن من رجلين داراً ) فانه يجوز فالهبة اولى ، لأن تأثير الشيوع في الرهن أكثر منه في الهبة ، حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة ، وبه قالت الثلاثة .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن هذه هبة النصف من كل واحد منهما ) وهذا يثبت الملك في النصف هذا ، وفي النصف هذا بالاجماع ( ولهذا ) أي ولأجل كون هذه هبة النصف من كل منهما ( لو كانت الهبة فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ) فصار كما لو وهب النصف لكل واحد منهما بعقد على حده ( ولأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف ) هذا استدلال ثان ، والفرق بين الاستدلالين أن الأول من جانب التمليك ، وهذا من جانب الملك ، فاذا ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف ( فيكون التمليك كذلك )

فيكون التمليك كذلك، لانه حكمه على هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن، لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع ، ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن . وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز . ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز .

---

أي كالملك يكون لكل واحد منهما النصف ( لأنه حكمه ) أي لأن بالتمليك حكم الملك فاذا ثبت الملك مشاعاً ثبت التمليك كذلك لأنه حكمه الحكم يثبت بقدر دليله ( وعلى هذا الاعتبار ) أي الاعتبار المذكور ، وهو ثبوت الشيوع في التمليك بثبوت الملك مشاعاً ( يتحقق الشيوع ) فتفسد الهبة .

فإن قلت التمليك يحصل بالتسليم ، ولا شيوع فيه دون القبض ، والملك يتعلق بالقبض لبقي الضمان عن المتبرع ، فوجب أن يعتبر جانبه وهو التسليم لا جانب القبض . قلت التسليم إنما يعتبر إذا حصل به التمكن من القبض على سبيل الكمال ، ولانه طريق للقبض ، فإذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال يعتبر التسليم .

( بخلاف الرهن ) جواب استشهاد انه ( لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما ) أي من المرتهنين ( كملا ) نصب على الحال من الضمير الذي في ثبت ، أي كاملاً ، فإذا كان حكمه الحبس ( فلا شيوع فيه ولهذا ) توضيح لما ذكره ( لو قضى ) أي المراهن ( دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن ) لأن حكمه الحبس فيتصور أن يكون ملك الحبس ثابتاً لكل واحد على الكمال إذ لا تضايق في الحبس ، بخلاف ملك العين ، فانه لا يتصور إثباته لكل واحد على الكمال .

( وفي الجامع الصغير ) إنما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية المبسوط ( إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ، ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز ) عند أبي حنيفة . حاصل هذا أن أبا حنيفه

وقالا يجوز للغنيين أيضاً جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابته ، لان كل واحد منهما تمليك بغير بدل. وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم في الجامع وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض . ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان .

---

رضي الله عنه جعل الهبة مجازاً عن الصدقة إذا صادفت الفقير والصدقة مجاز عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود المجوز إذ كل منهما تمليك بغير بدل .

(وقالا يجوز للغنيين أيضاً يعني كما يجوز للفقيرين مطلقاً فكذلك يجوز للغنيين مطلقاً ( جعل )أي أبو حنيفة رحمه الله( كل واحد منهما مجازاً عن الآخر ، والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما ) أي من الهبة والصدقة ( تمليك بغير بدل ) فاذا كان كل منهما تمليكاً بلا بدل يجوز استعارة احدهما عن الآخر لوجود العلاقة ( وفرق ) أى أبو حنيفة رحمه الله(بين الصدقة والهبة في الحكم ) حيث جواز الصدقة والهبة في الحكم ( في الجامع ) حيث جوز الصدقة على الفقيرين ولم يجوز الهبة على الغنيين .

( وفي الأصل ) أى المبسوط ( سوى) أى الحكم ( فقال وكذلك الصدقة ) أي لايجوز الصدقة على رجلين عنده لا يجوز الهبة ، وهذا كما ترى لم يفرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز ، وعلل بقوله ( لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما) أي لتوقف الهبة والصدقة ( على القبض ) والشيوع يمنع القبض على الكمال .

( ووجه الفرق ) أي بين الهبة من اثنين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبين الصدقة على اثنين حيث يجوز ( على هذه الرواية ) أي رواية الجامع الصغير ( ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد ) لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلوص ،فلا شيوع فيها ، وإنما يصير الفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق المودع ، فصار كالهبة إذا وقعت الواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له ( والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان )

وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين .

ولو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يجوز . ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف « رح » فيه روايتان .

فأبو حنيفة « رح » مر على أصله ، وكذا محمد « رح » .

---

لأن فرض المسألة فيه ( وقيل هذا هو الصحيح ) أي المذكور في الجامع الصغير من جواز الصدقة على فقيرين هو الصحيح ، فاذا كان هذا هو الصحيح يحتاج ما ذكر في الأصل إلى التأويل ، أشار اليه بقوله ( والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ) فيكون مجاز الهبة والمجنون ما ذكرناه فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين ، فلا يحتاج إلى الفرق .

( ولو وهب لرجلين داراً لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله . وقال محمد يجوز ) وبه قالت الثلاثة التفصيل في الهبة إذا كان ابتداء لم يجز بلا خلاف ، سواء كان التفصيل بالصاد المهملة بالتفصيل كقوله وهبت ثلثيه الآخر أو بالتساوي كقوله للشخص وهبت لك نصفه ولآخر كذلك هذا لم يذكره في الكتاب وإن كان بعد الإجمال لم يجز عند أبي حنيفة سواء متفاضلا أو متساوياً بناء على اصله ، وجاز عند محمد مطلقاً بناء على اصله . وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضله ، ففي المفاضلة لم يجوز . وفي المساواة جوز في رواية ، أشار إليها بقوله ( ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان ) هذا ظاهر كلام المصنف . وجعل السفناقي هذا أعني قوله ولو قال إلى آخره تفضيلا ابتدائياً . ونقل عن عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما انه لم يجوز بلا خلاف وليس بظاهر ، لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الإجمال فالظاهر أنه ليس ابتدائياً .

( فأبو حنيفة « رح » مر على أصله وكذا محمد ) أى وكذا محمد مر على أصله ، لان هذه هبة واحد من رجلين نص على التفاضل أو التساوى أولاً ، ألا ترى أن في البيع من

والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ، ولهذا لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الابعاض .

---

رجلين يجعل بيعاً واحداً منهما نص على التفاضل أولاً فكذا هنا ( والفرق لابي يوسف أن بالتنصيص على الابعاض يظهر أن قصد به ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ) هـذا دليل على صورة التفصيل بالمهملة بالتفصيل . وعلى صورة بالتساوى على رواية عدم الجواز . وأما رواية الجواز فلكونها غير معدولة عن أصله وهو اصل محمد « رح » فليست محتاجة إلى الدليل ، وبهذا التوجيه يظهر خلل مـا قاله السفناقي أن في قوله إن بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصد ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم بمـا ذكر موضع خلافه من الابعاض وما ليس فيه خلافاً من الابعاض فانه لو نص على الابعاض بالتنصيص بعد الاجمال كما في قوله وهبت لكما هذه الدار نصفها ، ولهذا نصفها جاز ، وإنما لا يجوز عند التنصيص على الابعاض بالتنصيف إذا لم يتقدمه الاجمال ، ووجهه ظهور خلله انه إنما يستدل على ما عدل فيه عن أصله ، والمذكور في الكتاب يدل عليه ، وأما صورة الجواز فليست بمحتاجة إلى الدليل لجريانها على أصله .

( ولهذا ) توضيح لدلالة التنصيص على الابعاض على تحقيق الشيوع في الهبة بالتنصيص على الابعاض في الرهن ، فقال وهذا ( لا يجوز إذا رهن من رجلين ونص على الابعاض )بان قال رهنتكما هذا الشيء على أن يكون النصف رهناً عند هذا ، والنصف الآخر عند هذا كان فاسداً لأن بالتفصيل يتفرق العقد ، فكذا هاهنا ، أمـــا إذا نص على التناصف فقد أمكن تصحيح العقد يجعل هذا مجازاً عن موجب العقد ، لأن مطلق العقد يقتضيه ، فلا يكون حاله التفصيل مخالفاً لحالة الإجمال فيصير التفصيل لغواً فلا يختلف العقد ، فـلم يعتبر شيوعاً في العقد ، بخلاف ما إذا نص على التفاوت في العقد حيث يفسد العقد ، لأن التفصيل يخالف الإجمال فيجب اعتباره فيفرق العقد .

وفي الإسرار وكلام محمد وصح لأن افتراق الملك في الهبة ثابت بنفس العقد هاهنـــا ولا يثبت بالتفصيل كما لو قال نصفين وإنما يثبت بالتفصيل التفاضل في النصيب والمبطل الهبة نفس الشيوع لا شيوع متفاوتة .

قال الكاكي وتأخير دليل محمد رحمه الله في المبسوط دليل على اختياره قول محمد رحمه الله وفي نوادر ابن رستم عن محمد « رح » لو دفع درهمين فقال أحدهما لك هبة والآخر يكون عندك وديعة فضاعا جميعاً يضمن درهما ، وهو في الآخر أمين ، وإنما ضمن الدراهم الهبة لأنه أخذ على فساده ، لأنه الهبة كانت غير مقسومة ، وهكذا نقل في الاجناس من النوادر وهذا يشعر بأن الهبة الفاسدة مضمونة لا يملكها الموهوب له . ألا ترى إلى ما ذكر في المضاربة الكبيرة ، ولو دفع ألف درهم إلى رجل وقال نصفه هبة ونصفه مضاربة لم يجز الهبة لأنه مشاع ، ولو هلك عند القابض ضمن النصف وهو خمسمائة درهم .

وقال الولوالجي في فتاواه رجل معه درهمان قال لرجل آخر لك درهم منهما فالمسألة على وجهين إن كانا مستويين لا تجوز الهبه ، وإن كانا مختلفين تجوز والفرق في الآل تناولت الهبة أحدهما وهو مجهول . وفي الثاني تناولت قدر درهم منهما مشاع لا يحتمل القسمة . وقال فيها أيضاً رجلا وهب لرجلين درهماً صحيحاً تكلموا فيه ، قال بعضهم لا يجوز لأن تنصيف الدراهم لا يضر ، فكان مشاعاً يحتمل القسمة ، والصحيح أنه يجوز لأن الدرهم الصحيح لا يكسر عادة ، فكان مشاعاً لا يحتمل القسمة .

وفي التقريب للقدوري قد روى ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال لرجلين وهبت منكما هذا الدار لهذا نصفهما صحت الهبة ولو قال وهبتك منك نصف هذه الدار ومن الآخر نصفها لم تصح الهبة لأن في الأول أوقع العقد صفقة ، ثم فسر مقتضى الصفقة في القسمة . وفي الثاني فرق أحد الايجابين عن الآخر ، وفي النتف هبة رجل من رجلين على اربعة أوجه ، أحدها : أن يكون العقد مختلفاً ، والقبض مختلفاً . ثانياً أن يكون العقد معاً والقبض مختلفاً وكلاهما لا يجوز . وثالثها : أن يكون العقد مختلفاً والقبض مغاير . ورابعاً : أن يكون كلاهما معاً فإن يقولا قبلناها وقبضناها فهما لا يجوز عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وهبة العين الواحدة لاثنين من اثنين لا يجوز عنده خلافاً لهما . ولو كان من واحد لثلاثة جاز عنده خلافاً لهما . قال صاحب المجتبى وفيه نظر . ولو وهب لا بنيه صغير وكبير لا يجوز بالاتفاق لتفرق القبض .

# باب ما يصح رجوعه وما لا يصح

قال وإذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها . وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في الهبة إلا الوالد فيما يهب لولده ،

---

## ( باب ما يصح رجوعه وما لا يصح )

لما كانت الهبة غير لازمة حتى صح الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بعقد باب علىها .

( وقال وإذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها ) أي في الهبة ، والمراد الموهوب لأن الرجوع إنما يكون في حق الأعيان دون الأقوال لصحة الرجوع ، فيؤدي الأول أن يكون لأجنبي وهو هاهنا من لم يكن ذا رحم محرم فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الأعمام والأخوال ومن كان محرماً ليس بذي رحم كالأخ الرضاعي ، الثاني : أن يكون قد سلمها اليه لأنه قبل التسليم يجوز مطلقاً ، الثالث : أن لا يقترن بشيء من موانع الرجوع ولعله لم ينبه على القيدين الأخيرين اعتماداً على أنه يفهم ذلك في اثناء كلامه .

( وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله ﷺ لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ) وبقوله قال مالك وأحمد في ظاهر مذهبه ، وفي هبة الوالد لولده عن أحمد في رواية لا يرجع . وعن مالك إذا رغب راغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب بأن زوج لأجله أو جهز لابنته لا رجوع فيه . وكذا إذ انتفع الولد به ، وفي غير ذلك له الرجوع . وللشافعي في غير الأب من الأصول قولان ، أحدهما لا رجوع لأن الخبر ورد في الأب ، واصحهما انهم كالأب . وعن مالك لا رجوع لهم سوى الأم . وقال أحمد لا رجوع لها أيضاً فأما غير الأصول من الاقارب كالاخ والعم وسائر الاقارب كالاجنبي .

ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده ، بخلاف هبـــة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له .

---

وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع وكل من وهب هبة فليس فيها رجعـة إلا للوالدين خاصة ، فان لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يتداين أويتزوج ، فإن تداين أو تزوج لم يكن للوالدين فى الهبة رجعة ، فان تغيرت الهبة عند الولد فليس للوالد فيها رجعة ، وإن باعها الولد وأخذ ثمنها لم يكن للوالد إلى الثمن فيها سبيل ، انتهى . وفي وجيز الشافعية ولا رجوع فيها إلا للوالد فيما يهب لولده ، وفي معناه الولد والجـد وكل أصل . وقيل إنه يختص بالأب وإن تصدق الاب عليه لفقره ففي الرجوع خلاف ، وتلف الموهوب أو زال ملك المتهب فات الرجوع ولا يثبت طلب القيمة ، وقال الحزني لا يحل لواهب ان يرجع في هبته وله أن يرجع في هديته ، وإن لم يثبت عليها إلا الاب .

وأما الحديث أخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم عن النبي ﷺ قال لا يحل لرجـل أن أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده ، ومثل الذي يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فاذا شبع فأتم عاد في قيئه . قال الــترمذي رحمه الله حديث حسن صحيح ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح الإسناد ، ورواه أحمد في مسنده والطــبراني في معجمه والدارقطني في سننه .

( ولان الرجوع يضاد التمليك ، والعقد لا يقتضى ما يضاده ) فوجب ان يلزم كالبيع ( بخلاف هبة الوالد لولده على أصله ) أي على أصـل الشافعي ، فإن من أصله أن للاب حق الملك في مال ابنه ، لانه جزؤه فالتمليك منه كالتمليك من نفسه من وجه . وقوله بخلاف ... إلى آخره جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد للولد ، وتقريره إياك نسلم ذلك ( لانه لم يتم التمليك لكونه جزء له ) لان الولد كسبه أو بعضه فـلم يتم التمليك كما في الزكاة .

( ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها ) قال الأترازي فيه نظر، لأنه من كلام علي رضى الله عنه لا من كلام النبي عليه السلام وقد مر ذكره ، وأشار به إلى ماذكره قبل هذا . وحديث الطحاوي عن سليمان عن عبد الرحمن بن زياد عن شعبة عن جابر الجعفي قال سمعت القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن أبزي عن علي قال الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها .

وحديث الكرخي في مختصره قال حدثنا الحضري قال حدثنا يحيى قال حدثنا شريك عن جابر عن القاسم عن ابن أبزي عن علي رضي الله عنه قال الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها ، قلت كيف يقول الأترازي فيه نظر ، فكأنه لم يطلع على كتب القوم . وهذا الحديث قد رواه أبو هريرة وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ، أما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن ماجة في الأحكام عن ابراهيم بن اسماعيل بن مجمع بن حارثة عن عروة بن دينار عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها. وأخرجه الدارقطني في سننه وابن أبي شيبة في مصنفه .

وأما حديث ابن عباس رضي الله عنه فله طريقان ، أحدهما عند الطبراني في معجمه حدثنا محمد بن أبي شيبة حدثني أبي قال وجدت في كتاب أبي عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها ، فإن رجع في هبته فهو كالذي يقيء ثم يأكل فيه. الطريق الثاني عند الدارقطني في سننه عن ابراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن محمد بن عبيد الله عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فارتجع فيها فهو أحق بها ما لم يثب منها ، ولكنه كالكلب يعود في قيئه .

واما حديث ابن عمر رضي الله عنه فرواه الحاكم في المستدرك حدثنا أبو أحمد بن خادم ابن أبي عروة حدثنا عبيدالله بن موسى حدثنا حنظلة بن أبي سفيان قال سمعت سالم بن عبدالله يحدث عن ابن عمر رضى الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من وهب هبة فهو أحق بها ما لم يثب منها ، وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه إلا أن يكون الحمل

أي لم يعوض ، ولان المقصود بالعقد[1] هو التعويض للعـــادة ، فثبت ولاية الفسخ عند فواته ، إذ العقد يقبله .

---

فيه على شيخنا ، ورواه الدارقطني في سننه .

فإن قيل قد قال البيهقي غلط فيه عبيدالله بن موسى والصحيح رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضي الله عنه في قوله وإسناد حديث أبي هريرة أليق ، إلا أن فيه إبراهيم بن إسماعيل وهو ضعيف عند أهل الحديث فلا يبعد منه الغلط والصحيح رواية سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر فرجع الحديث إلى عمر رضي الله عنه من قوله وقال ابن القطان في طريق الطبراني هو لم يصل إلى العزرمي إلا على لسان كذاب وهو ابراهيم بن أبي يحيى الأسلمي ، فلعل الخيانة منه . قلت حديث ابن عمر صحيح مرفوعاً ، وفي روايته تفاوت ، كذا قال عبد الحق في الأحكام وصححه ابن حزم ، و كذا قال الحاكم كما ذكرنا ، وقد توبع رواية كما أخرجه الدارقطني عن اسماعيل الصفار عن علي بن سهل عن عبيدالله فلا حمل على شيخ الحاكم ، ولا نسلم للبيهقي أنه وهم ، بل يحمل على أنه لعبيدالله في اسنادين لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فــلا يكون حجه ، لأن ذلك لا يصح ، لأن قوله أحق يدل على أن لغيره حقاً فيها ولا حق لغيره قبل التسليم . ولأنه لو كان كذلك بخلاف قوله ما لم يثب منها عن الفائدة إذ هو أحق قبله وإن شرط العوض .

( أي ما لم يعوض ) هذا ليس من الحديث ، بل هو تفسير لقوله ما لم يثب وهو على صيغة المجهول من الإثابة وهو التعويض ، وأصله من الثوب وهــو الرجوع . يقال ثاب الرجل يثوب ثوباً وثوباناً .

( ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فثبت ولاية الفسخ عند فواته ) أي فوات المقصود ( إذ العقد يقبله ) أي الفسخ ، قيل فيه نظر ، لأن المقاصد بالهبات مختلفة ، فقد يكون المقصود مكافأة الموهوب عن إحسانه ، وقد يكون الحاصل على الهبــة مجرد المحبة ، وقد يكون المقصود نسج المودة أو النفع بالبدن أو بالجــاه ، وتسمى رشوة أو

---

(١) بالهبة — هامش.

والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد فإنه يتملكه للحاجة ، وذلك يسمى رجوعاً ،

---

العوض المالي وليس القصد منحصراً في التعويض بالمال ، حتى يقال انه إذا لم يثب من الهبة بالمال ، والتعويض غير مشروط انه يجوز الرجوع فيها، ويمكن ان يجاب عنه بأن المقصود غالباً هو العوض المالي ، أشار إليه بقوله العادة يعني عادة الناس غالباً من هباتهم التعويض بالمال . ولهذا يقال – الايادي قروض [1] – وقد تأيدت بالشرع ، قال عليه السلام تهادوا تحابوا ، والمعروف كالمشروط ، والتفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين .

فإن قيل يشكل على هذا ما إذا وهب لعبد ذي رحم محرم ، فإن له أن يرجع على قول أبي حنيفة ومع انه ليس من أهل التعويض . وكذا في هبة الفقير . قلت هو من أهل أن يعوض بمنافعه التي توجد منه ومن أهل أن يعوض بكسبه عند إذن المولى . وأما الهبة للفقير فعبارة عن الصدقة ، وقال صاحب العناية لأن العادة الظاهرة أن الانسان يهدى إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه قلت فعلى هذا ليس له الرجوع إلا في الثلث ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض .

( والمراد بما روى ) أراد به الحديث الذي احتج به الشافعي وهو على صيغة المجهول ويجوز صيغة المعلوم بأن يكون الشافعي فاعله ، وأشار بهذا الكلام إلى الجواب عن هذا الحديث ، تقريره أن المراد به ( نفى استبداد الرجوع ) أي عدم استقلال الواهب بالرجوع من غير قضاء ولا رضاء إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك ، فانه ينفرد بالأخذ لحاجته بلا قضاء ولا رضى ، وهو معنى قوله ( واثباته ) أي اثبات الرجوع ( للوالد فانه يتملكه للحاجة ) أي يتملك الرجوع عند حاجته من غير مانع لما ذكرنا ( وذلك يسمى رجوعاً ) أراد أن رجوع الوالد عند الحاجة إنما يسمى رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم ، قيل فيه نظر لأن النبي عليه السلام استثنى الوالد ولم يقيد جواز رجوعه فيما وهب لولدها لحاجة فيجب إجزاؤه على إطلاقه ، وليحصل الفرق بين اخذ من مال ولد ورجوعه فيما وهبه إياه .

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل ، اه مصححه .

وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم ، أمـــا الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه ، وهذا لاستقباحه

---

وتأويل آخر أن المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروءة ، وهذا جاء في أكثر الروايات بلفظ لا يحل ، فكان بمنزلة قوله ﷺ لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره جنبه طاوي ، أي لا يليق ذلك ديانة ومروءة . وإن كان جائزاً في الحكم إذا لم يكن عليـــه حق واجب ، وهكذا يقول لا يليق الرجوع ديانة ومروءة ، فيكون مكروهاً.

( وقوله في الكتاب ) أي قول القدوري في كتابه ( فله الرجوع لبيان الحكم ، أما الكراهة ) أي في الرجوع ( فلازمة لقوله ﷺ العائد في هبته كالعائد في قيئه ) هـذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن قتادة عن سعيد بن المسيب عن ابن عباس عـــن النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالعائد في قيئه ، زاد أبو داود قال قتادة ولا نعـلم القيء الأخر . وأما في بعض نسخ الهداية العائد في هبـته كالكلب يعود في قيئه ، وهو كذلك في غالب كتب اصحابنا . وهكذا أخرجه البخـــاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه .

( وهذا ) أي تشبيه النبي عليه السلام ( لاستقباحه ) واستقذاره لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي ، ألا ترى انه قال في رواية اخرى كالكلب يعود في قيئه ، وفعـــل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة وبه نقول إنه يستقبح . قيل قـــد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ، ثم يشترطون في جوازه الرضى والقضاء ، ولذا كان الرجوع بالرضى فلا كلام فيه ، ولا إشكال ، وأمـــا إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية ، وكيف يكون إعانة على المعصية التي هي معصية أخرى نتيجة للجواز . وإذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعد كذلك ، لأن قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال . وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه ، فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً ، والقاضي غير مشرع .

## ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو يزيد زيادة متصلة

وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن في الأصل الرجوع في الهبة فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر ضعيف مكروه ، ولا يقال أن اشتراط القضاء ليرتفع الخلاف ، لأن القضاء في مسائل الخلاف إنما يشترطه المخالف في ثبوت الحكم .

( ثم للرجوع موانع ذكر بعضها ) أى ذكر القدوري بعض الموانع قبل الموانع سبقه جمعها القابل في قوله موانع المرجوع في فضل الهبة بسبعة حروف ، دمع خزقه ، فالدال الزيادة ، والميم موت الواهب ، والعين العوض ، والخاء الخروج عن ملك الموهوب ، والزاي الزوجية ، والقاف القرابة والهاء هلاك الموهب . وذكر شيخ الإسلام المعروف بخواهر زادة في مبسوطه أن الموانع تسعة ، وذلك لأن الموت على قسمين ، موت الواهب وموت الموهوب له ، والتاسع التغير من جنس إلى جنس .

( فقال ) أي القدورى ( إلا أن يعوضه عنها ) أى إلا أن يعوض الموهوب له الواهب عن الهبة ( لحصول المقصود ) لأن مقصوده كان التعويض وقد حصل ، قال أصحابنا إن العوض الذي يسقط به الرجوع ما شرط في العقد ، وأما إذا عوضه بعد العقد لا يسقط الرجوع لأنه غير مستحق على الموهوب له ، وإنما تبرع به ليسقط عن نفسه الرجوع فيكون هبة مبتدأة وليس كذلك إذا شرطت في العقد ، لأنه يوجب أن يصير حكم العقد حكم البيع وتتعلق به الشفعة ويرد بالعيب ، فدل ذلك أنه قد صار عوضاً عنها . وذكر في التحفة فأما العوض المتأخر عن العقد فهو لإسقاط الرجوع ، ولا يصير في معنى المعاوضة لا ابتداء ولا انتهاء ( أو يزيد ) أى العين الموهوبة ( زيادة متصلة ) كالفرس والبناء والسمن ، وبه قال أحمد . وفي رواية أخرى لا يمنع الرجوع في هبة الوالد لولده .

قال الشافعي لا تمنع هذه من الرجوع في موضع الرجوع. وفي الروضة إن كانت الزيادة متصلة كالولد والكسب رجع في الأصل وبقيت الزيادة للتهيب ، ولو كان الموهوب ثوباً فضيعه الإبن رجع في الثوب والابن شريك في الصبغ ولو قصره أو كان حنطة فطحنها أو غزلاً فنسجه فإن لم ترد قيمته رجع ولا شيء للابن وإن زادت .

فإن قلنا القصارة عين فالأبن شريك ، وإن قلنا أثر فلا شيء له ولو كان أرضاً تبنى فيها أو غرس رجع الأب في الأرض وليس له قطع البناء والغراس مجاناً لكنه يحرس إلا لبقاء بأجرة أو التمليك بالقيمة أو القلع وغرامة النقض كالعارية ، انتهى . ومذهب مالك في هذا الفصل انه يمنع الرجوع كمذهبنا . وقال في الجواهر ولو زادت أي العين الموهوبة في عينها أو نقصت منع ذلك في الرجوع فيها . وقال مطرف وابن الماجشون لا يمنع ذلك من اعتبارها ، وفيه ايضاً وبغير الهبة في قيمتها تتغير الأسواق لا يمنع من الرجوع فيها، انتهى وإنما قيد بقوله متصلة لأن المنفصلة لا تمنع الرجوع بلا خلاف ، فإن الجارية الموهوبة إذا ولدت كان للواهب الرجوع .

وفي الذخيرة لو ولدت الجارية بعد الهبة يرجع فيها دون الولد . قال أبو يوسف إنما يرجع فيها إذا استغنى الولد عنها ، والمراد بالزيادة في نفس الموهوب له شيء يوجب زيادة في قيمته ما لو زاد في نفسه ولم يوجب ذلك زيادة في قيمته ، كما لو طال الغلاء لا يمنع أيضاً تلك الزيادة يوجب نقصاً فيه فلا يمنع الرجوع والزيادة من حيث السعر لا يمنع أيضاً، وكذا الحكم في جميع الحيوانات والثمار وغير ذلك ذكره في المحيط .

فإن قيل ما الفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس ، أجيب بأن الرد في المنفصلة ، إما أن يرد على الأصل والزيادة جميعاً أو على الأصل، ووجد لا سبيل إلى الأول ، لأن الزيادة إما أن تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والأول أصح ، لأن العقد لم يرد عليها ، والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني ، لأن الولد بعد الانفصال لا يتبع الأم لا محالة ، ولا إلى الثاني لأنه يبقى الزيادة في يد المشترى مجاناً وهو ربا ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجاناً لم تفض إلى الربا ، وأما في المتصلة فلأن الرد بالعيب إنما هو ممن حصلت على ملكه فيه إسقاط حقه برضاه ، فلا تكون الزيادة مانعة عنه ، بخلاف الرجوع في الهبة ، فان الرجوع ليس برضى ذلك وباختياره فكانت مانعة.

( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا وجه إلى الرجوع فيها ) أى في العين الموهوبة ( دون

دون الزيادة لعدم الإمكان ، ولا مع الزيادة لعـــدم دخولها تحت العقد . قال أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذا انتقل في حال حياته ،

---

الزيادة لعدم الإمكان ) الفصل ( ولا مع الزيادة ) أى لا وجه الرجوع ايضاً مـع الزيادة ( لعدم دخولها تحت العقد ) أي لعدم دخول الزيادة في العقد وليست بموهوبة فـلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع في الأصل دون الزيادة ، فامتنع الرجوع أصلا .

فإن قلت حق الرجوع ثابت في حق الأصل فيسري إلى أوصافه . قلت ثبوت الحكم في التبع ثبوته في الأصل ، لأنه عرض قائم بالواهب وليس بوصف للحمل، ولا يقال الملك لا يوصف للزوم من أوصافه . وفي الذخيرة الزيادة من حيث الشعر لا تمنع ، لأنهـا ليست بزيادة في العين بل هي زيادة رغبات الناس ، والعين بحالها ، ولو علمه القرآن أو الحرفـة أو أسلم أو قضى دينه فهذا لا يمنع عند أبي حنيفة وزفر « رح » لأنهـا ليست بزيادة في العين كالسمر . وعند أبي يوسف ومحمد وأحمد « رح » يمنع لأنها زيادة معنوية . ولواختلفا في الزيادة فالقول للواهب لأنه ينكر لزوم العقد . وعند زفر القول للموهوب له لأنـــه ينكر حق الواهب في الرجوع .

( قال أو يموت أحد المتعاقدين ، لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى الورثة ، فصار كما إذاانتقل في حالحياته ) لانالثابت للوارثوإن كان له حكم البقاء فيما يرجع إلىالمحل حتى يرد بالعيب ويرد عليه ،ولكن في حق المالك هو ملك جديد لانه صار له بعد أن لم يكن . وهنا يجب الاستبراء أو يحل له لو كان صدقة ، فصار كأنه انتقل إليه فيحـــال حياته ، فيمنع الرجوع وبهذا أخرج الجواب عما يقال لم يجعل موت المورث في حق خيار العيب بمنزلة انتقال الملك إلى الورثة وجعل هاهنا بمنزلة انتقاله إليهم . وتحقيق الجواب أن التوريث إنما يجرى في الاعيان لا في الاوصاف ، وفي خيـار العيب يستحق المورث سليماً والذي اشتراه معيباً وهو الذي انتقل إلى وارثه ، فيكون له الخيار في العين.وأما هاهنا فليس له ذلك لانه يؤدى إلى توريث الخيار وهو وصف محض فلا يصح .

وإن امات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد ، إذ هو ما أوجبه أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ، لأنه حصل بتسليط فلا ينقضه ، ولأنه يتجدد الملك بتجدد سببه . قال وإن وهب لآخر أرضاً بيضاء فنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتاً أو دكاناً أو أريا وكان ذلك

---

( وإذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه ) أي ما أوجب الملك للموهوب له ، فـــلا يكون له حق الرجوع بالنص ، لانه أوجب الرجوع للواهب وهو ليس بواهب .

( قال ) أي القدوري ( أو يخرج الهبة ) أي العين الموهوبة وفى بعض النسخ أويخرج الموهوب ( عن ملك الموهوب له ، لانه حصل بتسليط ) أي لان خروج ملك الواهب عن ملك الموهوب له حصل بتسليط الواهب ( فلا ينقضه ) لان سعي الانسان في نقص ما تم من جهتـــه مردود ( ولانه يتجدد الملك بتجدد سببـــه ) **لان سعي الانسان في نقص** ما تم من جهته مردود ، ولانه يتجدد الملك بتجدد سببه وهـــو التمليك ، وتبدل الملك كتبدل العين لم يكن له الرجوع ، فكذا في تبديل السبب .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فان وهب لآخر أرضاً بيضاء ) أراد به أرضاً خالية مكشوفة عن الشواغل ( فأنبت ) أي الموهوب له ( في ناحية منها نخــلا أو بنى بيتاً أو دكانا ) وهي مصطبة مرتفعة وعرف الناس الدكان هو الذي يسكنه السوقي وهو معروف ( أو أريا ) بفتح الهمزة وكسر الراء وتشديد الياء آخر الحروف ، وهو العلف عند العامة وهو مراد الفقهاء ، والارى في اللغة مجلس الدابة ، وقد يسمى الآخر وايا وهو حبــل يشد الدابه في مجلسها ، وهو في التقدير فاعل والجمع الاواري يخفف ويشدد بقول منه أرأيت للدابة تاوية وتاوى . وبالمكان إذا قام به ( وكان ذلك ) الواو للحال ، والتقدير والحال أنه قد كان ذلك ، والإشارة إلى المذكور من قوله انبت في ناحية منها نخـــلا إلى آخره . وفي الذخيرة وإن كان ذلك لا يعـــد زيادة كالارى أو يعد نقصاناً كالتنور في الكشانية لا يمنع الرجوع ، قيد به لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المـكان

زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها ، لأن هذه زيادة متصلة . وقوله وكان ذلك زيادة فيها إشارة إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً ، وقد تكون الأرض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها

---

بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها ( زيادة فيها ) أى في الارض ، وقد أعاد بعض الشراح الضمير إلى الدار وليس كذلك ، لان المذكور هو الارض ، وإنما حمله على ما ذكره في الجامع الصغير لصدر الإسلام فانه ذكر فيه .

وقوله وكان ذلك ... فيما يريد بهذا أن بنى دكاناً بعد ذلك زيادة في الدار ، وهذا لان الزيادة في جانب الدار توجب زيادة في كل الدار ، فإنه يزداد قيمة بها كل الدار ، كما إذا كان في أجدر عينها بياض فتزال البياض فالزيادة في عينها تكون زيادة في كل الجارية وإن كان في موضع خاص كذهن ( فليس له ان يرجع في شيء منها ، لان هذه زيادة متصلة ) فالاتصال يمنع الرجوع .

( وقوله وكان ذلك زيادة فيها .. إشارة ) بهذا إلى بيان فائدة التقييد في الجامع الصغير بقوله وكان ذلك زيادة فيها ( إلى أن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلا ( وقد تكون الارض عظيمة بعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها ) أي في غير القطعة التي فيها الزيادة . وقال شيخ الإسلام على الدين الاسبيجابي [1] في شرح الكافي ، وهو إذا كانت الارض صغيرة يزيدها الغرس ، فأما إذا كانت كبيرة وغرس في جانب منها ينقطع حق الرجوع في المكان الذي غرس فيه الاشجار فيكون وضع مسألة الكتاب في الارض الصغيرة . قال وإن كانت الهبة داراً فانهدم البناء كان له أن يرجع في الباقي ، لان هذا نقصان في الهبة ، والنقصان لا يمنع الرجوع ، وكذلك

---

(١) ذكره قبلا علاء الدين ، والصحيح علي بن أحمد الاسبيجابي ، والاسبيجابي اثنان ، الثاني منهما أحمد بن منصور وهو من يذكره صاحب معجم المؤلفين بأنه شرح الكافي ، ا هـ مصححه .

قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع ، وإن لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها لأن له أن يرجع في كل ، فكذا في نصفها بالطريق الأولى وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه لم يرجع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها

---

إذا استهلك بعض الهبة ببيع أو غيره ينقطع حقه في المسجد أو وضع فيه بوارى ارباباً أو حصص ليس له الرجوع ، لأنه يترك عادة .

ولو وضع فيه حباً أو علق قنديلاً له الرجوع . والنقل والنقب في اللؤلوة إن كان يزيد في الثمن يسقط الرجوع ، ولو وهبه عبداً صغيراً شاخ ونقصه قيمته سقط الرجوع ، لأنه زاد في يده ولو ازدادت قيمته بالنقل إلى بلد آخر سقط بخلاف ما إذا غلا السعر .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن باع نصفها غير مقسوم ) أي إن باع الموهوب له نصف الأرض الموهوبة حال كونه غير مقسوم ( رجع في الباقي ، لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع منها شيئاً له أن يرجع في نصفها ، لأن له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى ) هذا كله ظاهر أغنى عن زيادة البيان .

( وإن وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها ) وبه قالت الثلاثة ، وفي هبة أحد الزوجين لآخر لا رجوع فيها أيضاً ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية ، وفي أخرى يرجع في هبة المرأة لزوجها دون العكس ( لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ) هذا الحديث أخرجه الحاكم في مستدركه في البيوع والدارقطني والبيهقي في سننهما عن عبدالله بن جعفر عن عبد الله بن المبارك عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال ، قال رسول الله ﷺ إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها .

فإن قلت هذا الحديث ضعفه البيهقي ، وقال ابن الجوهري في التحقيق وعبدالله بن جعفر هذا ضعيف . قلت قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم

ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل. وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة. وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها، ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع.

---

يخرجاه، ولكن الشيخ تقي الدين تعقبه في الإمام، وقال بلى هو على شرط الترمذي، وخطأ صاحب التنقيح ابن الجوزي في تضعيفه عبدالله بن جعفر وقال بل هو ثقة من رجال الصحيحين، ورواة هذا الحديث كلهم ثقات.

فان قلت قال البيهقي حديث الحسن عن سمرة هذا ليس بالقوي. قلت قد ذكر هو في كتاب البيوع في سببه حديث الحسن عن سمرة انه عليه السلام نهى عن بيع الشاة، وصحح اسناده، وقال قد احتج البخاري بالحسن عن سمرة، فالعجب من البيهقي إذا كان الحديث له يصححه بالاسناد الذي يضعفه عند كونه عليه، والعجب أيضاً من بعض من يتصدى في انتقاء الأخطار في هذا الكتاب أنه قال هذا الحديث ضعفه البيهقي وسكت على هذا ومضى ظاناً انه نظر، والعجب ايضاً من الأترازي مع دعواه العريضة في الحديث حيث قال في شرحه قبل هذا قول عمر، وكذلك قال الكاكي روى حديث آخر ضعيفاً وسكت عن الصحيح وانتصر بالضعيف.

( ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل ) لأن كل عقد أفاد المقصود يلزم، فإن وهب لقن أخيه أو لأخيه القن يرجع خلافاً لهما في الأولى ( وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر، لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة ) يعني أن ما بينهما من الزوجية للآخر نظير القرابة بدليل التوارث من الجانبين من غير حجب وعدم قبول الشهادة ( وإنما ينظر إلى هذا المقصود وقت العقد، حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع فيها ) لوقوع الهبة لأجنبية، وكان مقصوده الغرض ولم يحصل.

( ولو أبانها بعدما وهب فلا رجوع ) لأنها وقت الهبة زوجته، وفي جامع قاضي خان وهبت لزوجها ضيعة على أن لا يطلقها وقتاً معلوماً فطلقها قبله فالهبة باطلة، وإن لم يوقت

قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود، وهـذه العبارات تؤدي معنى واحـداً ، وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً

---

ثم طلقها بعده فالهبة صحيحة ، لانه وفى بالشرط . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الكافي رجل وهب لأمرأة هبة ثم تزوجها فله ان يرجع فيها ، لأنه لم يقع مجازاة ولا صلة ، وإن وهب لها هبة ثم أبانها لم يكن له ان يرجع فيها لأنه حصل المقصود بهذه الهبة وهو تحقيق الصلة حال وقوعها فبطل حق الرجوع .

( قال ) أي القدوري ( وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هـــذا عوضاً عن هبتك أو بدلاً عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود ) الشرط فيـه أن يعلم أنه عوض هبة ،فاذا لم يعلم أنه عوض هبة فاذا لم يعلم فله الرجوع في هبته والموهوب له في عوضه ، وفي جامع قاضي خان والفتاوى وصورة التعويض انه يذكر لفظاً يعـلم الواهب أنه عوض هبة بأن يقول الموهوب له خـذ هذا عوضاً أو جزاء هبتك أو ثواب هبتك أو بدل هبتك ، أما إذا لم يعلم كان لكل منهما الرجوع .

وفي المبسوط سواء كان العوض شيئاً قليلا أو كثيراً من جنس الهبة أو من غير جنسها لأنها ليست معاوضة محضة ، فلا يتحقق فيه الربا ، ولا بد أن يكون العوض من مـــال هو غير الموهوب حتى لو عوض شيئاً من الموهوب بأن كانت الهبة ألف درهم واحد من تلك الدراهم لا يجوز ، وكذلك لو كانت الهبة داراً والعوض بيت منهـا لا يجوز ، وعند زفر يجوز ويشترط شرائط الهبة في العوض في القبض والإقرار لأنه تبرع ( وهـــذه العبارات تؤدي إلى معنى واحداً) لأن هذه الالفاظ كلها تدل على المكافأة ، فحصل مقصود الواهب وانقطع الرجوع .

( وإن عوضه أجنبي عن الموهوب له متبرعاً ) أي حال كونه متبرعاً ، هذا ليس بقيد فان الحكم في غـــير المتبرع كذلك ، حتى لو عوضه الأجنبي بأمر الموهوب لـه عوضه

فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقـــاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح. وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه . وإن استحق نصف

---

بشرط أن يرجع على الموهوب له بطل الرجوع ، وإنما ذكره ليعلم بطلان الرجوع في غير المتبرع بالطريق الاولى ، ولكن لو عوضه بأمر الموهوب له لا يرجع بالعوض عليه إلا أن يضمنه الموهوب له صريحاً ، بخلاف قضاء الدين ، فانه لو قضى دين آخر بأمره يرجع عليه سواء ضمنه صريحاً أو لا ، والفرق أن الأداء في قضاء الدين مستحق عليه ، فكان في الأمر بلا أداء إسقاط المطالبة لمال مستحق ، فيملك ما في ذمته فيرجع عليه ، **أمـا العوض في** الهبة غير مستحق على الموهوب له فانما أمره بأن يتبرع عنه بمال نفسه ، والتبرع بمال نفسه على غيره لا يثبت حق الرجوع من غير ضمان .

وقال الكرخي في مختصره لو عوض رجل اجنبي عن الموهوب له الواجب عن هبته وقبض العوض لم يكن للواهب أن يرجع في هبته ، سواء عوض بأمر الموهوب له أو بغير أمره ، ولا للمعوض أيضاً أن يرجع في العوض على الواهب ولا على الموهوب له . وقـال شمس الأئمة البيهقي رحمه الله في الكتابة ولا يرجع على الموهوب إلا إذا قال عوض عني على أني ضامن ( فقبض الواهب العوض بطل الرجوع ، لأن العوض لإسقاط الحـق فيصح من الأجنبي ) أي لأسقاط حق الرجوع لا لتمليك العين ( كبدل الخلع والصلح ) أى من الأجنبي فان المرأة تستفيد ببدل الخلع سقوط ملك الزوج عنها ، فجـــاز أن يكون البدل على الأجنبي و كذلك الصلح عن انكار ، لأنه لما يسلم للمصالح سوى سقوط حق الخصوم يجوز أن يجب بدل الصلح على الأجنبي حق ابتداء بدون أن يجب عليه ، و كذلك الصلح عن دم العمد ، لأنه اسقاط أوكان الصلح عن دين سواء كان بإقرار أو إنكار . وفي المبسوط قال كصلح الأجنبي مع صاحب الدين من دينه على مـــال نفسه يجوز ويسقط به الدين عن المديون ، وهذا مثله .

( وإذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه ، وإن استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقى ) أي من العوض ( ثم يرجـع

العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد مـــا بقي ثم يرجع . وقال زفر « رح » يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر . ولنا أنه يصلح عوضاً للكل في الابتداء وبالاستحقـــاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ، إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض فلم يسلم له فله أن يرده . قال وإن وهب داراً فعوضه عن نصفهـــا رجع الواهب في

---

وقال زفر « رح » يرجع بالنصف اعتباراً بالعوض الآخر ) وهو الهبة ، وهو قاس أحد العوضين على الآخر ، لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كما في بيع العوض، فانه إذا استحق بعض احدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابله .

( ولنا انه ) أي أن الباقي ( يصلح عوضاً للكل من الابتداء ) وما يصلح أن يكون عوضاً عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضاً عنه في البقاء ، لان البقاء استهل من الابتـداء ( وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو ) أي الباقي ، وعورض بأن الغرض أنه عوض وأجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، فاذا كان الكل في الابتداء أعواضاً عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضاً عن النصف ابتـــداء وأجيب بأن ذلك في المبادلات تحقيقاً لها ، وما نحن فيه ليس كذلك فليس له ذلك الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض لما ذكرنا من الدليل ، بخلاف ما إذا كان العوض مشروطا لانها تتم مبادلة فيودع البدل على المبدل . والجواب عن قيـاس زفر أن المعوض يملك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعاً فاعتبر المقابلة والانقسام . وأما الواهب فيملك الهبـــة ابتداء من غير أن يقابله بشيء ثم أخذ العوض علة لسقوط حق الرجوع ، والعلة لا تنقسم على أجزاء الحكم .

( إلا انه ) أى إلا أن الواهب ( يتخير ) بين أن يرد ما بقى من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يمسكه ولا يرجع بشيء ( لانه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض، فلم يسلم له فله أن يرده ) أن يرد ما بقى من العوض .

( قال وإن وهب داراً فعوضه عن [1] نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض

---

(١) من – هامش .

النصف الذي لم يعوض ، لان المانع خص النصف . قال ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم

---

لأن المانع خص النصف ) وغاية ما في الباب أنه لزم من ذلك الشيوع لكنه طارىء فلا يضر كما لو رجع في النصف بلا عوض .

فإن قيل قد تقدم أن العوض لإسقاط الحق فوجب أن يعمل الكل لئلا يلزم تجزىء الاسقاط كما في الطلاق ، أجيب بأنه ليس بإسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة ، فيجوز التجزى باعتباره ، بخلاف الطلاق .

( قال ) أي القدوري ( ولا يصح الرجوع ) أي في الهبة (إلا بتراضيهما) أي بتراضى الواهب والموهوب له ( أو بحكم الحاكم ) أراد أن الواهب يرفع أمره إلى الحاكم ليحكم على الموهوب له بالرد إليه ، حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضاء كان غاصباً ، ولو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له . وقال الشافعي وأحمد « رح » يجوز الرجوع في موضع له الرجوع بدون القضاء أو الرضى . وقال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح مختصره الكافي ليس للواهب أن يرجع في هبته عند غير قاض ، لأن العقد انعقد بتراضيهما فلا ينفرد بالفسخ لعدم ولايته ، وإذا فسخ لا ينفسخ إلا بتراضيهما على الفسخ ، فيلزمهما بتراضيهما ، انتهى .

واختلف المشايخ في معنى قولهم لا يصح الرجوع إلابقضاء أو تراضى ، فمنهم من قال لأن الرجوع في الهبة مختلف فيه كما ذكره المصنف ، ومنهم من قال إنما لم يكن للواهب أن يرجع بغير قضاء أو تراض لأن الموهوب له ملك الهبة بالقبض رقبة وتصرفاً ، فلايثبت إلا بهما كما في الرد بالعيب بعد القبض، بخلاف من له خيار الرؤية حيث ينفرد بالفسخ بعد القبض ، لأن ما ثبت لفوات مقصود من مقاصد العقد ، ومنهم من قال بأن الواهب في الرجوع مستوف بدل حقه بعد وقوع الملك للموهوب له رقبة وتصرفاً لايكون إلا بقضاء أو رضاء كما في الرد بالعيب ، وكصاحب الدين إذا أراد أن يأخذ دينه من جنس آخر من مال المديون لا يملك إلا بقضاء أو رضاء ، بخلاف خيار الرؤية وخيار الشرط ، فان من له الخيار ينفرد بالنسخ من غير قضاء ولا رضى لأنه بالفسخ مستوف عين حقه ، لأنه لم

يثبت هذا الخيار لفوات مقصود من مقاصد العقد ، كذا في المبسوط .

( لأنه ) أى لأن الرجوع في الهبة ( مختلف بين العلماء ) قال بعض الشراح منهم تاج الشريعة لأن له الرجوع عندنا خلافاً للشافعي فكان ضعيفاً ، فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما لم ينضم إليه قرينة ليتقوى بها . وقال صاحب العناية فيه نظر ، والمخلص حمله على اختلاف الصحابة إن ثبت ، قلت نظيره وارد ، لأن مذهب أبي حنيفة بالرجوع قد تقرر قبل الشافعي وأمثاله ، وكيف يكون اختلاف من لم يوجد وقت اجتهاد المجتهد سبباً لكونه ضعيفاً ، ولكن قوله إن ثبت منه وكيف يقول ذلك بالشك وهو مذهب جماعة من الصحابة كعمر وعثمان وعلي وأبي الدرداء وغيرهم رضى الله عنهم .

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عمر رضي الله عنهما قال هو أحق بها ما لم يعوض منها الهبة ، يعني الهبة ، وصححه ابن حزم ، وقال لا مخالف لهم من الصحابة . وأخرج البيهقي من حديث حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر رضى الله عنه من وهب هبة لهو أحق بها . ثم كلام ابن حزم يخدش كلام صاحب العناية أيضاً ، لأنه ادعى انه لامخالف من الصحابة فمن ذهب منهم إلى الرجوع فحينئذ يتمين على كلامه مختلف بين العلماء من التابعين .

( وفي أصله ) أى وفي أصل الرجوع ( وهاء ) أى ضعف ، لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ، وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع . قال السغناقي وتبعه الأترازي والكاكي ناقلين عن المغرب ان وهاء بالمد خطأ ، وإنما هي الوهى مصدر وهى الجبل وهي وهياً إذا ضعف . وقال صاحب العناية وهو خطأ ، لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ ويخطئه ما ليس بخطأ خطأ . قلت قال الجوهري وهي السقاء بهى وهياً إذا تخرق وانشق . وفي السقاء وهي بالتسكين ووهية على التصغير ، وهو خرق قليل وهي الحائط إذا ضعف وهم بالسقوط انتهى . فهذا كما ترى من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وكسرها في الغابر نحو رمى يرمي ، ومصدر هذا الباب يأتي على وزن فعل بفتح الفاء وسكون العين نحو رمى يرمي رمياً ووعى يعي وعياً .

وفي حصول المقصود وعدمه خفاء، فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه قبل القضاء نفذ ، ولو منعه فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه ، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء ، لان أول القبض

---

فصاحب المغرب يصيب من وجه في قوله وإنما هي الوهـــي يعني بتسكين العين ، ومخطىء من وجه في قوله وهاء بالمد خطأ ، لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعـــال كما تقول في قلى يقلى قلاء وقلا فقلاء على وزن فعال ، ووهاء كذلك ، وقـد قال الجوهرى القلي البغض ، فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلي وقلاء . وقول صاحب العناية لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ ، لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد ، والمصدر بناء على وزن فعل بالتسكين ، فمن أين يأتي المد .

نعم هذا الذي ذكره انما يكون إذا كان المصدر على وزن فعل بتحريك العين على أن قصر الممدود أو مد المقصور من ضرورات الاشعار فافهم . فحينئذ ينبغي أن يقدر أو في أصله وهى بالتسكين او وهاء بالمد وقد وقع في نسخ الهداية كلاهما وكلاهما صحيح بمـــا ذكرنا ، والخطأ وهي بتحريك العين والقصر ، وهكذا هو التحقيق وافـــتراء الخطأ والتخطئة من **التقليد** .

( وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ) لأن مقصوده منها إن كان الثواب فقد حصل . وكذا إن كان غرضه إظهار **الجود** والسماحة ، وإن كان القرض لم يحصل **فعلى** الوجهين الاولين ليس له الرجوع لحصول المقصود ، وعلى الوجه الاخير له الرجوع ، فلما تردد أمره احتاج إلى القضاء ليترجح جانب الرجوع على عدمه ( فلا بد من الفصل بالرضاء أو بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه ) أى الموهوب له ( قبل القضاء نفذ ) أي انتفذ ( ولو منعه ) أي الموهوب له الموهوب من الواهب ( فهلك لا يضمن لقيام ملكه فيه ) أي ملك الموهوب له في الموهوب .

( وكذا إذا هلك في يده بعـــد القضاء ) أي وكذا لا يضمن الموهوب له إذا هلك الموهوب في يده بعد قضاء القاضي بالرجوع قبل الطلب ( لأن أول القبض غير مضمون

غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن يمنعه بعد طلبه، لانه تعد ، وإذا رجع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخاً من الأصل ، حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع ، لأن العقد وقع جائزاً موجباً حق الفسخ من الأصل ، فكان الفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الإطلاق .

---

وهذا دوام عليه ) أي المتحقق بعد القضاء وأم على القبض الذي ينعقد سببه للضمان عليه ( إلا أن يمنعه بعد طلبه لأنه تعد ) إلا أن يمنع الموهوب عن الواهب بعد طلبه عندالقضاء بالرجوع ، لأن منعه حينئذ تعد ( واذا رجع بالقضاء أو بالتراضى يكون فسخاً من الأصل ) وبه قال الشافعي وأحمد رحمه الله . وقال زفر الرجوع بغير القضاء بمنزلة الهبة المبتدأ لعود الملك اليه بتراضيها فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث فاشبه الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء ( حتى لا يشترط قبض الواهب ) يعني بعد الرجوع ، فلو كان كالهبة المبتدأة مثل ما قال زفر شرط القبض .

( ويصح في الشائع ) يعني يصح الرجوع في الشائع إن رجع عن نصفه ، ولو كان كالهبة المبتدأة لما صح الرجوع في النصف الشيوع ( لأن العقد وقع جائزاً ) هذا دليل على المطلوب ، تقريره أن هذا العقد وقع جائزاً غير لازم ( موجباً حق الفسخ من الأصل ) لثبوت حق الرجوع ( فكان الفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له ، فيظهر على الاطلاق ) يعني سواء كان بالتراضي او بالقضاء ، لأنهما يفعلان بالتراضي ما يفعل القاضى وهو الفسخ ، فيظهر على الإطلاق .

وفسر تاج الشريعة قوله على الاطلاق بقوله أي في الشائع وغيره وفي المقبوض وغير المقبوض ، والذي ذكرنا هو أقرب من الذي ذكره بقية الشراح ، يظهر ذلك بالتأمل ، ولا يلزم على هذا الرد في المرض ، فانه لو رد في مرضه بغير قضاء يعتبر من الثلث . ولو كان الرد بالتراضي فسخاً من الأصل لاعتبر ذلك من جميع ماله كما في الرد بالقضاء ، لأن فيه روايتين ، وذكر ابن سماعة فيه القياس والاستحسان في القياس يعتبر من جميع ماله .

بخلاف الرد بالعيب بعد القبض ، لأن الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا . قال وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء ، لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له ،

---

وفي الاستحسان من الثلث لأنه تمليك مبتدأ ، ولكن الرد في مرضه باختياره تمم بالقصد إلى إبطال حق الورثة عما يعلق حقهم فلرد قصد يعتبر من الثلث ، لا لانه تمليك مبتدأ ، كذا في المبسوط .

( بخلاف الرد ) هذا جواب عن قياس زفر رحمه الله ، وتقريره ان الرد ( بالعيب بعد القبض ) وإنما يكون في صورة القضاء خاصة ( لان الحق هناك في وصف السلامة ) حتى لو زال العيب قبل رد المبيع بطل الرد لسلامة حقه له ( لا في الفسخ ) لان العيب لا يمنع تمام العقد ، فإذا كان ثابتاً لم يقتض الفسخ ، فاذا تراضيا على ما لم يقتضه العقد من رفعه كان ذلك كالابتداء عقد بينهما ، وأما القاضى فانما يقضى اولاً بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن ما ثبت بالتراضى عين ما ثبت بالقضاء ( فافترقا ) أي الرجوع بالتراضي والرد بالعيب بعد القبض بالتراضي ، وإنما قيد بقوله بعد القبض لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل سواء كان بالقضاء أو بالرضاء . وفائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لآخر ثم رجع الثاني في هبته كان للاول أن يرجع ، سواء رجع الثاني بقضاء أو بغيره خلافاً لزفر في غيره . وإذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يرده على بائعه كذلك ، وبعد القبض إن كان بقضاء فكذلك ، وإن كان بغيره فليس له ذلك .

( قال ) أي القدوري ( وإذا تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة ) لأنه لم يلزمها لا صريحاً وهو ظاهر ، ولا دلالة لأنه ما سلم له شيء بخلاف المعاوضة ، لأنه سلم له البدل فيكون ملتزماً سلامة البدل ( وهو غير عامل له ) أي الموهوب له غير عامل للواهب ،

# والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع لا في ضمن غيره .

واحترز به عن المودع ، فإنه يرجع على المودع بما ضمن لأنه عامل للمودع في ذلك القبض بحفظها لأجله . وعن المضارب إذا اشترى شيئاً بمال المضاربة ثم استحق رأس المال فضمنه المستحق فإن المضارب يرجع على رب المال لأنه عامل له .

(والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب للرجوع ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال أنه غره بإيجاب الملك له في المحل ، واختياره بأنه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبائع إذا غر المشتري . وتقرير الجواب أن الغرور لا يكون سبباً للرجوع في غير المعاوضة كالبيع ونحوه ( لا في ضمن غيره ) أي لا يكون الغرور سبباً للرجوع وغير المعاوضة يكن أخبر انساناً بأمن الطريق فسلك فيه فأخذه اللصوص لم يرجع على المخبر بشيء ، فعلم أن حق الرجوع إنما يثبت باعتبار عقد المعاوضة ، حتى لو ضمن الواهب سلامة الموهوب للموهوب له نصاً يرجع على الواهب ، ذكره في الذخيرة . وهذا لو وهب الغاصب ما غصب أو باع أو تصدق أو أجر أو رهن أو أودع أو أعار فهلك ضمنوا ولا يرجع الموهوب على الغاصب والمتصدق عليه على الغاصب ، ويرجع المستأجر والمرتهن ، ويرجع المشتري بالثمن ولا يرجع السارق من الغاصب ولا غاصب الغاصب ، كذا في فصول الاستروشني .

فإن قلت لم قال والغرور في ضمن عقد المعاوضة ولم يقل في عقد المعاوضة ، فهل في زيادة لفظه ضمن فائدة . قلت نعم فإن في ولد المغرور يرجع بالقيمة على البائع وإن لم توجد المعاوضة في الولد ، ولكنه غرور في ضمن عقد المعاوضة فكان أن عقد المعاوضة بسبب الضمان فكذلك ما كان في ضمنه ، لأن المتضمن يكتسي كسوة التضمين .

فإن قلت المودع يرجع على المودع بما ضمن ، مع أن عقد المعاوضة لم يوجد . قلت هذا ليس على الغرور ، بل بناء على أنه عامل له كما تقدم آنفاً . وقال الكاكي وقوله والغرور ... إلى آخره جواب عما قال الشافعي أنه يرجع على الواهب لأنه غره بالهبة كالبائع إذا غر المشتري ، قلت هذا ليس بظاهر على أن أكثر كتب الشافعية ناطقة ، بخلاف ما ذكره . وقال الأترازي في قول المصنف نظر ، لأن المودع بما ضمنه لكونه

قال وإذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في المجلس في العوضين ويبطل بالشيوع ، لأنه هبة ابتداء ، فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء . وقال زفر والشافعي « رح » هو بيع ابتداء وانتهاء لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ، ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً .

---

يرجع مع أن عقد المعاوضة لم يوجد . قلت لقائل أن يقول رجوع المودع بما ضمنه لكونه عاملا للمودع لا للغرور كما ذكرناه .

( قال ) أي القدوري ( وإذا وهب بشرط العوض ) مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد . قال المحبوبي رحمه الله هذا فاذكره بكلمة على ، مثل ما ذكرناه أما لو ذكره بحرف الباء بأن قال وهبتك بهذا الثوب أو بألف درهم وقبله الآخر يكون بيعاً ابتداء أو انتهاء بالإجماع ( اعتبر التقابض في العوضين ) حتى لو لم يوجد لا يثبت الملك لواحد منها ( ويبطل بالشيوع لأنه هبة ابتداء . فإن تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لأنه بيع انتهاء ) وإن كان هبة ابتداء .

( وقال زفر والشافعي رحمها الله هو بيع ابتداء وانتهاء ، لأن فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض ، والعبرة في العقود للمعاني ) وبه قال مالك واحمد ، ألا ترى أن الكفالة له بشرط براءة الأصل حوالة ، والحوالة بشرط عدم براءة الأصل كفالة . ولو وهب ابنته لرجل كان نكاحاً ، ولو وهب عبد لنفسه كان اعتاقاً ، ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء فاللفظ واحد والعقود مختلفة لاختلاف المعنى والمقصود . ( ولهذا )أي ولكون الهبة المذكورة بيعاً ( كان بيع العبد ) أي بيع المولى للعبد بالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ( من نفسه اعتاقاً ) بأن قال لعبده بعتك نفسك منك بألف درهم مثلا يكون اعتاقاً للعبد .

ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشبهين وقد أمكن ، لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض وقد يتراضى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم ، وقد تنقلب الهبة لأزمة بالتعويض فجمعنا بينهما ، بخلاف بيع نفس العبد منه لأنه لا يمكن اعتبار البيع فيه ، إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه

---

( ولنا انه اشتمل على جهتين ) اي جهة الهبة لفظاً وجهة البيع معنى ( فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين ) لأن كل ما يشتمل على جهتين وأمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما، لان إعمال الشبهين لو وجد أولى من إهمال أحدهما كالإقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمع بينهما . أما اشتماله على الجهتين فظاهر ، وأما إمكان الجمع بينهما فلما ذكره بقوله ( وقد أمكن ) أي الجمع بينهما ( لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض ) وقد يوجد ذلك في البيع ، أشار إليه بقوله ( وقد يتراضى ) أي الملك ( عن البيع الفاسد والبيع ) أي والحال أن البيع (من حكمه اللزوم) وبهذا ظهرت المناسبة بين البيع والهبة ( وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض ) يعني إذا قبض العوض ( فجمعنا بينهما ) أي إذا كانت المناسبة بينهما متحققة جمعنا بينهما .

فإن قيل المنافاة هنا ثابتة لأن قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه ، وتنافي الملازمين مستلزم لنا في الملزومين فتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة . أجيب بأن البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على القبض فلم يكن اللزوم ، والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب وبالعوض ، وقد يترتب الملك عليها بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتيب من لوازمه ضرورة على أن المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة ، فأما إذا جعلنا هبة ابتداء وبيعاً انتهاء فلا .

( بخلاف بيع نفس العبد منه ) هذا جواب عما قاله زفر والشافعي من قولهما ، ولهذا

## فصـــل

قـال ومن وهب جـارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفاً على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطاً فاسداً ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وهـــذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ،

---

كان بيع العبد من نفسه اعتاقاً وتقريره أن بيع العبد من نفسه إنما جعل اعتاقاً ( لأنـه لا يمكن اعتبار البيـع فيـــه إذ هو لا يصلح مالكاً لنفسه ) لأنه لا يملك غيره مالاً فكيف يملك نفسه مالاً .

( فصل )

أي هذا فصل لما كانت مسائل هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعليق ذكرهـــا في فصل على حدة .

( قال ) أي القدوري ( ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبـة وبطل الاستثناء ، لأن الاستثناء لا يعمل إلا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل ) بأن وهب حمل الجارية دونها ، فإنه لا يجوز ( لكونه وصفاً ) أي لكون الحمل وصفاً كأطرافها من اليد والرجل فلا يكون من جنسها فلا يصح استثناؤه ، لأن الإستثناء يكون من جنس المستثنى منه ، وأيضاً العقد لا يرد على الأوصاف مقصوداً حتى لو وهب الحمل لا يصح ، فكذا إذا استثنى ( على ما بيناه في البيوع ) أي في الفصل المتصل بأول كتاب البيع ( فانقلب شرطاً فاسداً ) يعني إذا لم يكن الإستثناء عامل انقلب شرطاً فاسداً ، لأن اسم الجارية يتناول الحمل تبعاً لكونه جزاء منهما ، فلما استثنى كل كان الاستثناء مخالفاً لمقتضى العقد ، وهو معنى الشرط الفاسد ( والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ) لأن الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض ، والفعل الحسي لا يبطل بالشرط الفاسد ، وإنما الشرط الفاسد

يؤثر في العقود الشرعيـــة ، لأن الحسيات إذا وجدت لا مرد لها ، فلا يمكن أن يجعل عدماً .

فإن قيل ما الفرق بين الحمل وبين الصوف على الظهر واللبن في الضرع ، فإنه إذا وهب الصوف على ظهر الغنم وامره بجزه او اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له ، فإنـه جائز استحساناً دون الحمل . الجواب أن ما في البطن ليس بمال أصلا ، ولا يعلم وجوده حقيقة ، بخلاف الصوف واللبن . ومن أصحابنا من قال إن أمره في الحمل بقبضه بعـــد الولادة فقبض ينبغي أن يجوز استحساناً ، والأصح أنه لا يجوز خلافاً لأحمد وأبي ثور ، فان عندهما يصح الإستثناء وتصح الهبة في الإماء دون الولد .

( وهذا هو الحكم ) أى صحة العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم ( في النكاح ) بأن قال تزوجتك على هذه الجارية إلا حملها يبطل الاستثناء حتى تصير الجارية مع الحمل مهراً ( والخلع ) بأن جعلت الجارية الحامل بدل الخلع ، واستثنت الحمل تكون الجارية والحمل بدل الخلع ( والصلح عن دم العمد ) بأن قال صالحتك ، وعلى هـــذا الجارية إلا حملها ( لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ) أي لان هـــذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة كالهبة .

( بخلاف البيع والإجارة والرهن لأنها تبطل بها ) أي بالشروط الفاسدة بأن اشترى جارية أو أجرها أو رهنها إلا حملها فانه لا يصح لما قلنا .

فان قلت ينبغي أن لا يفسد الرهن بالشرط فالهبة لتوقف عقــد الرهن على القبض ، وهو فعل حسي ، قلت القبض في باب الرهن حكم للرهن ، لأن حكمه ثبوت يـــد الاستيفاء ، وحكم العقد يضاف إلى العقد ، والشرط الفاسد يؤثر في العقد ، أما في الهبة الحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض ، فكان القبض حكم ركن العلة ، والفساد لا يؤثر في الركن فلغى الشرط ، كذا في الإيضاح ، قال السغناقي كأنه أراد بالركن غير العقد كما في أركان العبادات ، انتهى. فهذا كما قد علمت ذكر المصنف القسمين في الاستثناء ، أحدهما ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء ، والآخر ما يبطلا فيه جميعاً . وبقي قسم ثالث

لم يذكره وهو ما يصحا فيه جميعاً كالوصية ، لأن إفراد الحمل بالوصية جائز ، فكذا استثناؤه . ذكر في شرح الطحاوي أن هـذه ثلاث مراتب ، الاولى : العقد والاستثناء فاسدان نحو البيع والإجارة والكتابة والرهن .

الثانية : العقد جائز والاستثناء فاسد نحو الهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح في دم العمد ، ويدخل في العقد الام والولد جميعاً ، وكذلك العتق إذا أعتق الجاريـــة واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء .

الثالثة : العقد والإستثناء صحيحان نحو الوصية إذا أوصى الرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح وليس هذا كما إذا أوصى بجارية واستثنى خدمتها وغلتها للورثة فالوصية صحيحة والإستثناء باطل ، لأن الخدمـة والغلة لا تجرى فيها الميراث دون الاصل ألا ترى أنه لو أوصى بخدمتها وغلتها لإنسان ثم مات الموصى له بعدما صحت الوصية فانهما يعودان إلى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة موروثة عن الموصى له ولو وقع المعقود على ما في البطن ، أما عقد البيع فلا يجوز ، وكذلك الكتابة عليه لا يجوز وإن قبلت الام عنه ، وكذلك الهبة والصدقة لا يجوز وإن سلم الام إلى الموهوب له ، ولو تزوج عليها فالقسمة باطلة ويجب مهر المثل .

ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية باطلة ، ويكون للمولى على القاتل الدية ، وإنما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي وما في البطن موقوف ، فكذا الوصية بما في البطن يصح إذا علم وجوده وقت الوصية ، لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث تجرى فيه فكذا الوصية . ولو خالع امرأتـه على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد إذا كان موجوداً في البطن وقت الخلع ، وإن لم يكن موجوداً كما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر إن قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم يقل من ولد فلا شيء له عليها ، ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق إليها من المهر لانهـا غرت الزوج حين قالت من ولد وليس في بطنها ولد ، وإذا لم تقل من ولد لم تعذر ، وهذا إذا قالت

ولو أعتق ما في بطنهـــا ثم وهبها جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه فأشبه الاستثناء . ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ، ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع أو هبة شيء

---

اخلعني على ما في يدى أو على ما في صندوقي هذا من شيء أو لم تذكر شيئاً ، فان كان فيه شيء فللزوج ، وإن لم يكن فيه شيء فلا يرجع الزوج عليها بشيء ، لانها لم تغره حيث لم تسم له مالاً . فأما إذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع ، فان كان فيه شيء من متاع فهو له ، وإن لم يكن يرجع عليها بما ساق لها من المهر .

( ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها ) أي الجارية ( جاز لأنه لم يبق الجنين على ملكه ) أي على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق ، فلم تكن هبة مشاع فتكون جائزة ( فأشبه الاستثناء ) أي في تحرير الهبة . تقريره أن إعتاق الحمل قبل هبة الجارية مشابه لمـــا إذا وهب الجارية واستثنى حملها . ووجه المشابهة أن في صورة إعتاق الحمل قبل الهبة لا يبقى الحمل على ملك الواهب ، فكـــذا في استثناء الحمل ، لأن الحمل لا يبقى أيضاً على ملـــك الواهب بعد الاستثناء لعدم صحة استثناء الحمل .

( ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز ، لأن الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيـــه الاستثناء ) في التجويز ، لأن الجواز في الاستثناء كان بإبطاله وجعل الحمل موهوباً ( ولا يمكن تنفيـــذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع ) وهي لا تجوز فيما يقسم ، وروي أن هبة الأم تجوز بعد تدبير ولدها ذكره في المبسوط ، ويمكن أن يكون قول المصنـــف فلم يكن شبيه الاستثناء جواباً لرد هذه الرواية .

فإن قيل هب أنها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة . والجواب أن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلاً في الحال ، مع أن الجنين لم يخرج من ملك الواهب ، فكان في حكم المشاع يحتمل القسمة .

وكان المصنف رحمه الله لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله ( أو هبة شيء ) بنصف

الهبة ، لأن التقدير أو نفي هبة شيء فيكون حالاً عن الضمير الذي في بقي ( هو مشغول بملك المالك ) كما إذا وهب الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع . وفي نوادر هشام قال أبو حنيفة رحمه الله إذا وهب لابنه الصغير أرضاً فيها زرع الأب أووهب منه داراً والأب فيها ساكن لم تجز الهبة فيها . وفي الهاروني المجرد قال أبو حنيفة في رجل تصدق على ابن صغير بدار له وفيها متاع الرجل أو كان الأب فيها ساكناً أو فيهامتاع له وليس ساكن فيها أو قوم سكان بغير أجر جازت فكان قابضاً لابنه . ولو كان فيها مكان بأجر كانت الصدقة باطلة .

فإن قيل قد جعل في الإيضاح مسألة هبة الجارية بعد التدبير شبيه الإستثناء ، وهبتها بعد الإعتاق غير شبيه الإستثناء على عكس ما ذكره المصنف ، فما التوفيق بينهما . قلت مراد صاحب الإيضاح بالاستثناء الحقيقي وهو التكلم بالباقي بعد الإستثناء ولكن لم تصح الهبة بذلك الإستثناء لمكان الشيوع وهذا متحقق في مسألة التدبير لبقاء الملك في المدبر وفي مسألة الإعتاق لم تكن في معنى الإستثناء الذي يورث الشيوع فصح ، والمصنف أراد بالإستثناء إستثناء الحمل ، ومسألة الإعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابهه كما تقدم .

فائدة : صاحب الايضاح هوالامام ركن الدين أبو الفضل عبد الرحمن بن محمد بن ابراهيم الكرماني . قال السمعاني في معجم شيوخه إمام أصحاب أبي حنيفة رحمه الله بخراسان قدم مرو وتفقه على القاضي محمد بن الحسن الارده يتنا في حجر القضاة ظهرت تصانيفه بخراسان والعراق ، ومن تصانيفه الجامع الكبير والتجريد في القيمة في مجلد واحد وشرحه في ثلاث مجلدات وسماه الايضاح . قال السمعاني سمعت منه ولو كانت ولادته بكرمان في شوال سنة سبع وخمسين وأربعمائة ومات بمرو عشية الجمعة لعشرة بقين من ذي القعدة سنة ثلاث وأربعين وخمسمائة رحمه الله .

( فإن وهبها له على أن يردها عليه ) أي فإن وهب جارية له ، أي لفلان على أن يردها عليه ( أو على أن يعتقها أو يتخذها أم ولد أو وهب له داراً أوتصدق عليه بدار على

أو يتخذها أم ولد ، أو وهب له داراً أو تصدق عليه بدار على أن يرد عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل ، لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد

---

أن يرد عليه ) أي على الواهب ( شيئاً منها ) أي من الدار ( أو يعوضه شيئاً منها ) وهذا متصل بقوله وتصدق عليه بدار لأنه لو وصل بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض ، والهبة بشرط العوض صحيح ، والشرط صحيح حتى يكون هبة إبتداء بيعاً انتهاء . وإنما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لأخ الهبة ، اللهم إلا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها هو أن يرد بعض الدار الموهوب له على الواهب بطريق العوض قبل الدار فيصح صرف قوله أو بعضه حينئذ إلى قوله أو وهب داراً إلا أنه يلزمه التكرار لافائدة قاله الكاكي .

قلت لا يلزم ، لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فإن كونه عوضاً إنما هو بألفاظ تقدم ذكرها . وفي الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو بعضها أو يعوضه ثلثها أو ربعها ، قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه منها شيئاً .

وقال الاسبيجابي في شرح الكافي فإن كانت الهبة ألف درهم والعوض درهم منها لم يكن ذلك عوضاً لأن الشيء لا يصلح أن يكون عوضاً عن نفسه ، وكان للواهب أن يرجع في الهبة لانعدام العوض . وكذلك إذا كانت الهبة داراً والعوض بيت منها وإن وهب له حنطة وطحن بعضها فعوضه دقيقاً عن تلك الحنطة كان عوضاً لأنه بالطحن صار شيئاً آخر فالقطع حق الواهب عنه فيصلح عوضاً ، وكذلك لو وهب له ثياباً فصبغ منها ثوباً بعصفر أو قميصاً ثم عوضه إياه لأن الزيادة القائمة بالثوب صلحت عوضاً وقد انقطع حق المالك عنه . وكذلك لو وهب له سويقاً فلت بعضه ثم عوضه بعضه .

( فالهبة جائزة ) هذا جواب أن في قوله فإن وهبها إلى آخره ( والشرط باطل ) وبه قال الشافعي وأحمد في رواية عن أبي ثور وأحمد في صحة الهبة بالشرط الفاسد وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع ( لأن هذه الشروط تخالف مقتضى العقد ) لأن مقتضى

فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ، ألا ترى أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع ، لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ،

---

ثبوت الملك مطلقاً بلا توقيت ، فإذا شرط عليه الرد والاعتاق أو غير ذلك يعتد بها ( فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها ) أي بالشروط الفاسدة .

فإن قلت للواهب حق فيكون اشتراطه الرد عليه عبارة عن ذلك الحق الثابت . قلت قوله على أن يرد إخبار عن لزوم الرد ولزومه غير ذلك الحق إذ ليس من حق الرد لزوم الرد .

( ألا ترى ) إشارة إلى بيان أصل ذلك وهو ( أن النبي عليه السلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر ) يعني في رجوعها اليه بعد الموت المعمر له وجعلها ميراثاً لورثة المعمر له والحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي سلمة عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ كان يقول العمرى لمن وهبت له ، وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ أمسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فانه من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حياً وميتاً ، وأخرجه أبو داود والنسائي عن عروة عن جابر رضى الله عنه قال من أعمر عمرى فهي له ولعقبه . وأخرج البخاري ومسلم أيضاً عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ العمرى جائزة .

فإن قلت يشكل على هذا ما أخرجه مسلم عن الزهري عن أبي سلمة عن سلمة عن جابر رضى الله عنه قال إنما العمرى التي أجازها رسول الله عليه السلام أن يقول هي لك ولعقبك . فأما إذا قال هي لك ما غشيت فانها ترجع إلى صاحبها . قال معمر وكان الزهري به . قلت هذا مقيد بالعقب وغيره من الأحاديث مطلقة ونحن نعمل بالمطلق والمقيد جميعاً ولا نقيد المطلق .

( بخلاف البيع ) فانه يبطل بالشروط الفاسدة (لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط) هذا الحديث أخرجه الحالث [1] في مسند أبي حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن

---

(1) هكذا الاسم في الاصل .

ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا، وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات. قال ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غد فهي لك أو أنت بريء منها. أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل، لأن الإبراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه إبراء،

---

جده أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، وقد طعنوا في هذا الحديث وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب البيوع ( ولأن الشرط الفاسد في معنى الربا ) لأنه لما قوبل المبيع بالثمن خلاف الشرط عن العوض، وفيه منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق. وليس الربا إلا بمال يملك بالعقد من غير عوض، والشرط الذي قلنا له حكم المال لأنه يجوز أخذ المعوض عليه ( وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات ) والهبة ليست من المعاوضات فلا يبطل الشرط.

٣ ( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن كان له على آخر ألف درهم فقال إذا جاء غدفهي لك، أو أنت منها بريء، أو قال إذا أديت إلي النصف فلك النصف أو أنت بريء من النصف الباقي فهو باطل ) فإذا كان باطل يكون الألف عليه على حاله ( لأن الإبراء تمليك من وجه ) لأنه يرتد بالرد ( اسقاط من وجه ) لأنه لا يتوقف على القبول ( وهبة الدين ممن عليه إبراء ) وبه قال الشافعي وهل يقبض الإبراء إلى القبول عنه فيه وجهان، في وجه يفتقر قبل هذا الكلام يستقيم على قول زفر « رح »، فانه قال يتم هبة الدين بلا قبول كالإبراء فسوى بينهما أما عندنا الهبة لا تتم بدون القبول والابراء يتم من غير قبول، هكذا ذكره في المبسوط ولكن ذكره في المغني أن هبة الدين لا تتوقف على القبول في حق المديون. أما هبة الدين للكفيل تمليك فيتوقف على القبول، وفيه أن هبة دين الصرف والسلم فيه، وإبراؤه يتوقف على القبول، وفي سائر الديون لا يتوقف الإبراء باتفاق الروايات.

وفي الهبة روايتان، قيل في الفرق بينهما أن إبراء بدل الصرف والسلم فيه يوجب انفساخ العقد لأنه يوجب فوات القبض المستحق بالعقد فلم ينفرد أحد العاقدين به فيتوقف

وهذا لأن الدين مال من وجه . ومن هذا الوجه كان تمليكاً ووصف من وجه . ومن هذا الوجه كان اسقاطاً ، ولهذا قلنا إنه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها .

---

قبول الآخر بخلاف الإبراء عن سائر الديون لأنه ليس فيه معنى فسخ عقد ثابت وأن فيه معنى التمليك من وجه ، ومعنى الاسقاط من وجه فلا يتوقف على القبول ، كذا في الذخيرة .

( وهذا ) توضيح لكون الإبراء تمليكاً من وجه واسقاطاً من وجه ( لأن الدين مال من وجه ) حتى تجب فيه الزكاة ، ويصح البيع بالدين وفي بعض النسخ لأنه مال ، أي لأن الدين ( ومن هذا الوجه كان تمليكاً ) أي الإبراء ( ووصف من وجه )يعني انه ليس بمال حتى لا يحنث لو حلف أن لا مال له وله ديون على الناس ( ومن هذا الوجه كان اسقاطاً ولهذا )أي ولأجل هذين المعنيين ( قلنا انه يرتد بالرد ) هذا آية التمليك ( ولا يتوقف على القبول ) هذا آية الإسقاط ، والطلاق قوله يرتد بالرد يفيد ان عمل الرد في المجلس وغيره سوى ، وهذه الرواية عن السلف إلا ما روى عن الأعمش والإسكاف من وجوب الرد في مجلس الإبراء والهبة .

( والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق ) لأن التعليق بالشرط يمين فما لا يجوز أن يحلف به لا يحتمل التعليق بالشرط كالعفو عن القصاص والإقرار بالمال والحجر على المأذون وعزل الوكيل. وأما الإبراء وإن كان إسقاطاً من وجه ولكن ليس من جنس ما يحلف بها فلا يصح تعليقه بالشرط بخلاف ما لو قال أنت بريء من النصف على أن تؤدي إلي النصف الآن ، لأن ذلك ليس بتعليق بل هو تقييد . ألا ترى أنه لو قال لعبده أنت حر على أن تؤدى إلى ألف درهم ، فقبل فانه لا يعتق قبل الأداء ، كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي ( فلا يتعداها ) أي فلا يتعدى الاسقاطات المحضة إلى ما فيه تمليك .

قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه ، ومعناه أن يجعل داره له مدة عمره وإذا مات ترد عليه

---

( قال ) أي القدوري ( والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما رويناه) وهو قوله عليه السلام العمرى... وأبطل شرط العمر وقد بيناه عن قريب ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد وهو قول جابر بن عبدالله وعبدالله بن عباس وعبدالله بن عمر وعلي رضي الله عنهم . وروى عن شريح ومجاهد وطاووس والثوري وقال مالك والليث والشافعي في القديم العمرى تمليك المنافع لا تمليك العين ، ويكون للمعمر السكنى ، فإذا مات عادت إلى المعمر ، وإن قال له ولعقبه كان سكناها لهم فاذا انقرضوا عادت إلى المعمر وفي الجواهر أما العمرى فصورتها أن يقول اعمرتك داري أو ضيعتي فانه قد وهب له الانتفاع بذلك مدة حياته حكماً ، فاذا مات رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر.

فان قال أعمرتك وعقبك فانه قد وهب له ولعقبه الانتفاع ما بقى منهم إنسان ، فاذا لم يبق منهم أحد رجعت الرقبة إلى المالك الذي هو المعمر ، لأنه وهب له المنفعة ولم يملك الرقبة ، وكذلك إذا قال اسكنتك هذا الدار عمرك أو وهبتك سكناها عمرك ، أو قال هي لك سكنى أو لك ولعقبك سكنى ، فاذا مات المعمر أو انقرض عقبه بعد وفاة المعمر الواهب رجعت الرقبة إلى وارث المعمر يوم مات ، انتهى .

( ومعناه ) أي معنى العمرى اراد تفسيره ( أن يجعل داره له مدة عمره ) أي مدة عمره ( وإذا مات ) أي المعمر بفتح الميم الثانية ( ترد عليه ) أي على المعمر بكسر الميم الثانية . وقيل صورته أن يقول أعمرتك داري هذه ، أو هي لك عمرى أو ما عشت أو مدة حياتك أو ما حييت ، فاذا مت فهي رد علي أو نحو هذا سميت عمرى لتقييدها بالعمر .

فان قلت روى عن ابن الأعرابي لم يختلف العرف في العمرى والرقبى والمنحة والعرية والعارية والسكنى انها على ملك أربابها ومنافعها من جعلت له ، ونقل إجماع أهل المدينة على ذلك . قلت دعوى اجماع أهل المدينة غير صحيحة لاختلاف كثير من الصحابة رضي الله عنهم . وقوله إنها عند العرب تمليك المنافع لا يضر إذا نقلها الشارع إلى تمليك

فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » جائزة لأن قوله داري لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ، ولهما أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى .

---

الرقبة كما في الصلاة والزكاة .

( فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا ، وقد بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ) وبه قال مالك وهي أن يقول اوهبتك هذه الدار وهي لك حياتك على انك إن مت قبلي عادت إلي ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك فكأنه يقول هي لآخرنا موتاً ، سميت رقبي لأن كل واحد يرقب موت صاحبه. وقال الحسن بن زياد في المجرد ، وان قال قد أرقبتك داري هذا كانت عارية ، وإن قال هى الك رقبى كانت هبة إذا دفعها اليه .

وقال الكرخي في مختصره وقال محمد رحمه الله في املائه قال أبو حنيفة إذا قال الرجل لرجل هذه الدار لك رقبى ودفعها إليه وقال هذه الدار لك حبيس ودفعها إليه فهي عارية في يده إذا شاء أن يأخذها . قال محمد وهذا قولنا ايضاً ، ثم قال وقال أبو يوسف وأنا أرى أنه إذا قال هى لك حبيس فهى له اذا قبض . وقوله حبيس باطل وكذلك إذا قال هى لك رقبى . وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه إذا قال داري لك رقبى أو داري لك هذا حبيس ، قال أبو حنيفة ومحمد « رح » لا تكون هبة . وروى الحسن عن أبى حنيفة ومحمد انه يكون عارية ، وقال أبو يوسف يكون هبة .

( وقال أبو يوسف جائزة ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » ( لأن قوله داري لك تمليك ، وقوله رقبى شرط فاسد ) فكأنه قال رقبة داري لك فصار ( كالعمرى ) في الجواز .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد ( انه ﷺ أجاز العمرى ورد الرقبى ) وقال ابن قدامة

في المغني وحديثهم أنه عليه السلام أجاز العمرى ورد الرقبى ، لا نعرفه . وقال الأترازي هذا لا يوجب الطعن فإن الثقات مثل ذلك وأبي حنيفة تمسكوا به . قلت هذا الكلام لا يرضى به الخصم ولا يقنع به . وكيف ولم يبين فيه من هم رواته وامـا حالهم ومن أي صحابي أخرج ومن خرجه من أهل هـذا الشأن . وفي المبسوط حديثـه مروي عن أبي الزبير عن جابر وحديثهما مروي عن الثقبي عن شريح ، والحديثان صحيحان فلا بد من التوفيق بينهما، فنقول الرقبى قد تكون بمعنى الأرقاب ، وقد تكون بمعنى الترقب فحيث قـال أجاز الرقبى كان بمعنى الأرقاب بأن يقول رقبة داري لك ، وحيث قـال رد الرقبى كان من الترقب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي ، فإن مت فهي لك ، وإن مت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل . ثم لمـا احتمل المعنيان والملك لذي اليد فيها ثابت بيقين ، فلا يزيد له بالشك .

والجواب عن قوله داري لك تمليك وذلك إنما يصح إذا لم يفسر هذا الإضافة بشيء . أما إذا فسره بقوله رقبي أو حبيس تبين به أنه ليس بتمليك كما في قوله داري لك سكنى تكون عارية . وقوله إنه من الارقاب بمعنى الرقبة داري لك الاشتقاق من الرقبـة مما لم يقله أحد وإبداع الشيء في اللغة ليس بمستحسن . والصواب أنه بمعنى المراقبة والترقب. وأما قوله الحديثان صحيحان ، فإن كان كذلك فالتأويل ظـاهر وهو أن يراد بالرد والإبطال شرط الجاهلية وبالاجارة أن يكون ذلك تمليكاً مطلقاً ، ويدل عليه مـا روى جابر أنه عليه السلام قال أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها ، فمن أعمر شيئـاً فهي له . ألا ترى أنه عليه السلام نهى ثم أجاز على اختلاف العرضين ويبقى الاشتقاق على أصل أحدكما هو القياس مع سلامة المعنى ، انتهى .

قلت قول أبي يوسف رحمه الله أقوى وهو مذهب أحمد والثوري وذلك لأن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها ، رواه أبو داود والنسائي وحسنه الترمذي . وأخرج النسائي أيضاً عن ضماح بن أرطأة عن أبي

ولأن معنى الرقبي عندهمـــا ان مت قبلك فهو لك ، واللفظ من المراقبة كأنـه يراقب موته ، وهـــذا تعليق التمليك بالخطر فبطـــل . وإذا لم تصح تكون عاريـة عندهما ، لأنـه يتضمن إطلاق الانتفاع به .

---

الزبير عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً من أعمر عمرى فهي لمن أعمرها جائزة ، ومن أرقب رقبى فهي لمن أرقبها جائزة . وقال ابن المنذر وروينا عن علي رضي الله عنه أنه قال الرقبى والعمرى سواء . وقوله الاشتقاق من الرقبة مما لم يقله أحد فيـــه نظر ، لأنه لا يلزم في صحة الاشتقاق النص عليه من جهة أحد بل كل موضع يوجد فيه حد الاشتقاق وشرائطه تصح أن يقال هذا مشتق من ذلك ، وها هنـــا كذلك على ما لا يخفى .

( ولأن معنى الرقبى عندهما إن مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة ) يعني مشتق منها ( كأنه يراقب موته ، وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل ) أراد بالخطر موت المملك قبله ( وإذا لم تصح ) أي الرقبى ( تكون عارية عندهما ، لأنه يتضمن إطلاق الانتفاع به ) وذلك لأنه أطلق له الانتفاع. وحاصل اختلافهم راجع إلى تفسير الرقبى مع اتفاقهم أنها من المراقبة ، فحمل أبو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال ، والرجوع إلى الواهب منتظر فيكون كالعمرى . وقال المراقبة في نفس التمليك ، لأن معناه لآخرنا موتاً ، فكان هذا تعليقاً للتملك بالخطر ، وذا باطل . وفي الاسرار حمل أبو يوسف حديث بطلان الرقبى على أنه عليه‌السلام سئل عن الرقبة التي بمعنى المراقبة يعني راقب موتي إن مت قبلك فهي لك ، فعلى هذا الوجه لا يصح بالإتفاق ، وعلى الوجه الأول كالعمرة فيصح بالإتفاق .

* * *

## فصل في الصدقة

قال والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ، لأنه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب ، وقد حصل . وكذلك إذا تصدق على غني استحساناً لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل .

---

### ( فصل في الصدقة )

لما شاركت الصدقة الهبة في الشروط وخالفتها في الحكم ذكرها في كتاب الهبة وفصل لها فصلاً .

( قال ) أي القدوري ( والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض ) قال الأترازي لما روى أصحابنا في نسخ المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة ، وهذا الحديث حجة على الشافعي في تجويزه الصدقة بلا قبض . قلت للشافعي إما أن يقول هذا ليس ثابت ، ولئن ثبت فقول الصحابي ليس بحجة عندي ( لأنه ) أي لأن الصدقة والتذكير باعتبار التصدق ( تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ) أراد به قوله لأن تجويزه التزامه أشياء لم يلتزمه وهو القسمة ( ولا رجوع في الصدقة لأن المقصود هو الثواب وقد حصل ) أي المقصود ، فصارت كهبة عوض عنها .

فإن قلت حصول الثواب في الآخرة فضل من الله ليس بواجب ، فمن أين يقطع بحصوله . قلت يمكن أن يكون المراد حصول الوعد بالثواب .

( وكذلك إذا تصدق على غني ) يعني يرجع (استحساناً ، لأنه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وقد حصل ) فان من له نصاب وله عيال كثيرة فالناس يتصدقون عليه على فعل الثواب ، وهذا يتأدى الزكاة بالتصدق عليه حالة الاشتباه ، ولا رجوع فيه بالاتفاق، فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع بالشك . وفي القياس ينبغي أن يرجع لأن الصدقة في حق الغني هبة ، وبه قال بعض أصحابنا لأنه إنما يقصد به العوض منه دون

وكذا إذا وهب لفقير لأن المقصود هو الثواب وقـــد حصل .
قال ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة .
ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع .

---

الثواب ، فصارت الهبة فيه كالصدقة ، والهبـــة في حق الفقير سواء ( وكذا إذا وهب لفقير ) يعني لا يرجـع ( لأن المقصود هو ) من الهبـة الفقير ( الثواب وقـــد حصل ) المقصود .

( قال ) أي القدوري ( ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ) اعتباراً لايجابه بايجاب الله فيتصدق بالنقدين وعروض التجارة والسوائم والغلة والثمرة العشرية ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست بأموال الزكاة . وقال زفر يجب إخراج الجميع لعموم اللفظ ، وبه قال أحمد في رواية . وقـــال الشعبي لا يلزمه شيء . وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية يجب إخراج الثلث كالوصية . وفي الروضة لو قال مالي صدقة أو في سبيل الله ففيه أوجه أحدها : وهو الأصح عند الغزالي وقطع القاضي حسين به أنه لغو لأنه لم يأت بصيغة الالزام. والثاني : أنه كما لو قال أن علي التصدق بمالي فيلزمه التصدق . والثالث : يصير ماله بهذا اللفظ صدقة .

وذكر في التتمة إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه فهو لو قـال علي أن أتصدق بمالي أو أنفقه في سبيل الله وإلا فلغو . وأما إذا قال إن كلمت فلانـاً أو فعلت كذا فمالي صدقة فالذي قطع به الجمهور ونص عليه الشافعي أنه بمنزلة قوله فعلى أن التصدق بمالي أو بجميع مالي أن طريق الوفاء أن يتصدق بجميع ماله . وإذا قال في سبيل الله يتصدق بجميع ماله على الفقراء ، انتهى . وذكر في غيره انه إن علقه بشرط المنع كان يميناً فإذا حنث فعليه كفارة والله أعلم .

( ومن نذر أن يتصدق بملكه لزمه أن يتصدق بالجميع ) أي بجميع ما يملكه ، لأن الملك أعم من المال لأنه قد يملك غير المال مثل القصاص والنكاح والخمر ، فوجب العمل لعمومه ، ولكن يحبس قدر ما ينفق على نفسه وعامليه إلى حين كسبه مـالاً آخر فيخرج مثله ولا يقدر بشيء لأن الناس يتفاوتون في ذلك باختلاف أحوالهم في النفقات ( ويروى

ويروى أنه الأول سواء وقد ذكرنا الفرق ، ووجه الروايتين في مسائل القضاء ، ويقال له أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق وقد ذكرناه من قبل .

---

أنه ) أي الملك ( والأول ) أي المال ( سواء ) لأن الملك عبارة عن الربط والشد والمال ما يصل إليه القلب فيكون في معنى الربط والشد فيتناسبان ، وهذه الرواية ورواية الحاكم الشهيد ( وقد ذكرنا الفرق ) أي بين المال والملك ( ووجه الروايتين في مسائل القضاء ) أي من هذا الكتاب في مسألة مالي صدقة على المساكين .

( ويقال له ) أي الناذر يتصدق بملكه ( أمسك ما تنفقه على نفسك وعيالك إلى أن تكتسب مالاً ، فإذا اكتسب يتصدق بمثل ما أنفق ، وقد ذكرناه من قبل ) أي في كتاب القضاء في باب القضاء بالمواريث . وفي الغاية ثم إنه يمسك قوته في قوله جميع ما أملك صدقة لأنه لا بد له منه ، ولكن لم يبين محمد في المبسوط والجامع الصغير مقدار ما يمسك من القوت ، فقال مشايخنا إن كان دهقاناً يمسك قوت سنة ،لان القوت لدهقان تتجدد ، كل سنة وإن كان تاجراً يمسك قوت شهر ، لأن التجارة للتاجر لا تنفق كل حين ، وإنما ينفق في بعض الأحايين ، فقدرنا بالشهر وإن كان محترماً يمسك قوت يومه لأنه يتجدد له قوت كل يوم ، ثم إذا وجد شيئاً يتصدق بمقدار ما أمسك للقوت ، لأنه استهلك قدر القوت في المال الذي لزمه التصدق به ، فصار ضامناً لمثله .

فروع . وفي الفتاوى الكبرى إذا تصدق عن الميت أو ادعى له يصل ثواب ذلك إلى الميت ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي لا يلحق الميت ما يفعله عنه من صدقة يتصدق بها له ، أو دعاء يدعى اه ، أو قراءة قرآن إذا قال لله علي أن أتصدق بهذا الدرهم ولم يتصدق حتى هلك في يده فلا شيء عليه كذا في الذخيرة .

رجل أخرج الخبز إلى المسكين فلم يجده فهو بالخيار إن شاء أدى إلى مسكين آخر ، وإن شاء لم يؤد لأنه لم يخرج عن ملكه ، كذا في التجنيس . رجل تصدق على ابنه الصغير بدار والأب ساكنها قال أبو حنيفة رحمه الله لا يجوز . وقال أبو يوسف يجوز وعليه الفتوى ، كذا في النوازل . ولو قال داري في المساكين صدقة فعليه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، كذا في الإختيار .

# كتاب الاجارات

## ( كتاب الإجارات )

وجه المناسبة بين الكتابين اشتمالهما على معنى التمليك ، ولكن لما كانت الهبة تمليك العين قدمها على الإجارات التي هي تمليك المنفعة ، والعين مقدم . وهو جمع إجارة على فعالة بالكسر اسم للأجر بمعنى الأجرة من أجره إذا أعطاه أجره من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والضم في الغابر ، ولا يمنع أن يكون مصدراً منه ، كما تقول كتب يكتب كتابة . وهذه المادة تستعمل لمعاني التعويض ، تقول أجره الله يأجره ويأجره وهو يأتي من بابين من باب طلب يطلب ، ومن باب ضرب يضرب . ومنه الأجر وهو الثواب ، لأن الله تعالى يعوض العبد به . ويقال لمهر المرأة أجر لأنه عوض من بضعها ، قال الله تعالى ﴿ آتيت أجورهن ﴾ أي مهورهن . والبرء أجر العظم يأجر ويأجر أجراً وأجوراً أي برأ على عثم . وهو أيضاً من البابين المذكورين والجبر ، تقول أجر الله يداي جبرها على عثم ، وهو انجبار العظم المكسور على استواء . وإعطاء الأجرة تقول أجرة إذا أعطاه أجرته كما ذكرنا . وإذا أردت أن تنقله إلى باب الأفعال تقول آجر بالمد ، لأن أصله أأجر بهمزتين إحداهما فاء الفعل والأخرى همزة الفعل ، والقاعدة أن الهمزتين إذا اجتمعتا وثانيهما ساكنة تليين ، فانقلب للتخفيف ، والمصدر منه إيجار فاسم الفاعل من الأول أجر ، ومن الثاني مؤجر .

قال صاحب العين آجرت مملوكي أوجره إيجاراً فهو مؤجر وفي الأساس أجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر ، ولا يقال مؤاجر فإنه خطأ وقبيح ، أما الخطأ فظاهر وهو انه من مهموز أفعل . وأما قوله معتل فاعل والقبح أنه استعمل في موضع قبيح . قلت تحرير الخطأ فيه انه اسم الفاعل من أفعل لا يأتي إلا على وزن مفعل كاكرم على مكرم ،

# الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض ، لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه ،

وكذلك آجر بالمد على وزن أفعل واسم الفاعل منه مؤجر ، وأصله مأجر بضم الميم وسكون الهمزة ، ولكن ليست الهمزة بجنس . وقوله ما قبلها وهي الواو فقيل مؤجر للتخفيف . وأما مؤاجر فإنه اسم الفاعل من واجر كواعد على مواعد ، وهذا بناء على لغة العامة فإنهم يقولون واجرته الدار موضع آجرته إذا أكريتها ، فعلى هذا الخطأ في إبدالهم الواو من الهمزة التي في أول الكلمة لا في قولهم مؤاجر ، لأنه مبني على القاعدة ، لأن اسم الفاعل من فاعل يأتي على مفاعل .

قال صاحب العنان رحمه الله تقول أجرته الدار أي أكريتها ، والعامة تقول واجرتها والقائل يقول كما يجوز قلب أحد الواوين همزة إذا اجتمعتا في أول الكلمة التحقيق كما في أواقي فإن أصله واقى جمع واقته فكذلك يجوز قلب إحدى الهمزتين واو بإذا اجتمعتا في أول الكلمة للتخفيف على أن الثقالة في اجتماع الهمزتين أكثر من الثقالة في اجتماع الواوين . وأما القبح الذي ذكروا فيه فهو أن العامة استعملوه في مواضع السبب والتعبير ، ولهذا ذكر في باب التعزير من جملة ألفاظ التعزير وفسروه بأنه هو الذي يؤجر أهله للزنا ، ثم هل تجيب هذه اللغة تعزيز ، فإن كان المسبوب شريفاً أو فقيهاً يعزر وإن كان غيرها لا .

( الإجارة عقد يرد على المنافع بعوض ) هذا تفسير الإجارة بالمعنى الشرعي ، وإنما قدمه على المعنى اللغوي لأن اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة ، وهو في بيان شرعيتها . فالشرعي أولى بالتقديم . وقال الاترازي وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم إلى مدة معلومة حتى يخرج النكاح ، لأن التوقيت يعطله ، أو يقال عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم . قلت زيادة لفظة الإستباحة تتعين في تفسير النكاح لا في تفسير الإجارة ( لأن الإجارة في اللغة بيع المنافع ) قيل فيه نظر ، لأن الإجارة اسم للأجرة وهي ما أعطت من كرى الأجير كما صرح به الشراح . قلت قد بينت لك عن قريب أن الإجارة تجوز أن يكون مصدر فيستقيم الكلام ( والقياس يأبى

لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة ، وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح

---

جوازه ) أي جواز عقد الإجارة ( لأن المعقود عليه المنفعة وهي معدومة ) حالة العقد .

( وإضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ) لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع، قيل في كون القياس يأتي جوازه نظر ، ولم يذكر على ذلك دليلاً إلا أن إضافة التمليك إلى ما سيوجد لا يصح ، وهذا الذي جعله دليلاً يحتاج إلى دليل ، وما سيوجد نوعان منافع وأحيان ، وقياس أحدهما على الآخر فاسد لوجود الفارق بينهما ، فإن المعنى الجامع بينهما وهو كون كل منهما يعارضه المعنى الفارق وهو أقوى منه ، وهو أن هذا معدوم يمكن تأخير بيعه إلى زمن وجوده بخلاف المعدوم الآخر . وقد أجرى الله العادة بحدوث هذه المنافع ، فصارت متحققة الوجود ، فالحاق المعدوم المتحقق الوجود بالموجود أظهر من إلحاقه بالمعدوم المظنون الوجود أو ما لوجوده غاية يمكن تأخير العقد إلى أن يوجد ، فانما لوجوده حال وجود وعدم في بيعه حال العدم مخاطرة وقمار ، وبذلك علل النبي عليه السلام المنع حيث قال أرأيت إن منع الله الثمرة فهل يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق . وأما ليس له إلاحالة واحدة، والغالب فيه السلامة فليس العقد عليه مخاطرة ولا إحالة إن كان فيه مخاطرة يسيرة ، فالحاجة داعية إليه .

قلت لا نسلم فساد القياس المذكور ولا معاوضة المعنى الفارق للمعنى في الجامع ، وكيف تكون هذه المنافع متحققة الوجود بجريان العادة بحدوثها وهي إعراض لا يبقى زمانين فتكون معدومة بهذا الإعتبار ، وبيع المعدوم لا يجوز ولصحة القياس المذكور . وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قيام العين المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليترتب القبول على الايجاب كقيام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في جواز السلم ، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء فيستحق بهذه الطريق التمكن من الاستيفاء المعقود عليه .

وقد قيل في وجه إباء القياس جوازه أن موجب العقد التسليم في الحال ، وليس

إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهي قوله عليه السلام أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه ،

---

الاجارة ذلك وفيه نظر ، لأن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد أو ما أوجبه العاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه ، وكلاهما متفق في هذه الدعوى ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فكذلك لأنهما تارة يعقدان على الوجه المذكور ، وتارة يشترطان التأخير . إما في الثمن وإما في السلم ، وقد يكون للبائع غرض صحيح ، ومصلحة في تأخير تسليم المبيع كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى المدينة .

واتفق العلماء على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه ، كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله ساعة واحدة ، بل قالوا هذا يستثنى بالعرف ، وكذلك من اشترى ثمرة بدا صلاحها ليس عليه أن يجمع القطافين في أوان واحد لقطفها جملة واحدة، وإنما يقطفها كما جرت به العادة.

( إلا أنا جوزناه ) أي عقد الاجارة ( لحاجة الناس إليه ) قد يحتاج إلى منافع الأعيان لاقامة المصالح ، ولا يجد الثمن ليشتري العين ، وصاحب الأعيان قد يحتاج إلى الدراهم ولا يتهيأ له البيع ، والفقير يحتاج إلى المال والغني إلى الأعمال . فلو لم تجز الاجارة لضاق الامر على الناس ، ولهذا يترك القياس كما جاز السلم لحاجة المفاليس ( وقد شهدت بصحتها الآثار ) وهو جمع أثر بفتحتين ، وهو اسم للخبر الذي ترويه عن غيرك . ومنه عن قولهم حديث مأثور ، أي نقله الخلف عن السلف وأصله من أثر الحديث آثره أثراً إذا ذكرته عن غيرك . وفي الاصطلاح يطلق على السنة المروية عن النبي ﷺ قولاً وفعلاً ، وعلى الأخبار المروية من الصحابة « رض » ( وهي قوله عليه السلام أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه ) التذكير في الضمير باعتبار ما بعده وهو قوله عليه الصلاة والسلام .

والحديث رواه عبد الله بن عمر وأبو هريرة وجابر وأنس رضي الله عنهم . أما حديث ابن عمر فأخرجه ابن ماجة في سننه في كتاب الاحكام في باب أجر الاجير عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه .

وقوله عليه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا اسحق بن اسرائيل حدثنا عبد الله بن جعفر أخبرني سهل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مرفوعاً نحوه سواه .

وأما حديث جابر فأخرجه الطبراني في معجمه الصغير حدثنا أحمد بن محمد بن الصلت البغدادي بمصر حدثنا محمد بن زياد الكلبي حدثنا شرقي بن القطان عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ فذكره ، وقال تفرد به محمد بن زياد .

وأما حديث أنس فأخرجه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب نوادر الاصول في الاصل الثاني حدثنا موسى بن عبد الله بن سعيد الازدي حدثنا محمد بن زياد الكلبي عن بشر بن حسين الهلالي عن الزبير بن عدي عن أنس بن مالك مرفوعاً نحوه سواه . وأخرجه أبو أحمد بن زنجويه النسائي في كتاب الاموال مرسلاًقال حدثنا مسلم بن ابراهيم حدثنا عثمان بن عثمان الغطفاني عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن النبي ﷺ قال أعطوا الاجير أجره ... إلى آخره .

وقد أعلوا حديث ابن عمر بن عبد الرحمن بن زيد وحديث أبي هريرة بعبد الله بن جعفر وعبد الله ، هذا هو والد علي بن المديني « رح » وليس بشيء في الحديث . وحديث جابر « رض » بشرقي بن القطان وهو منكر الحديث ، ولكن معنى الحديث في الصحيح أخرجه البخاري عن المقبري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره .

( وقوله عليه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره ) هذا الحديث أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع حدثنا معمر والثوري عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما أو أحدهما أن النبي عليه السلام قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته . قال عبد الرزاق فقلت للثوري يوماً سمعت حماداً يحدث عن ابراهيم عن أبي سعيد أن النبي عليه السلام قال من استأجر أجيراً فليسم له أجرته ، قال نعم وحدث به مرة أخرى فلم يبلغ به النبي عليه السلام .

ورواه الكرخي في مختصره حدثنا الحضرمي قال حدثنا محمد بن العلاء قال حدثنا يزيد بن الحباب عن سفيان عن حماد بن ابراهيم عن أبي هريرة عن أبي سعيد الخدري قال ، قال رسول الله ﷺ من استأجر أجيراً فليعلمه أجره . ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة عن النبي عليه السلام قال من استأجر أجيراً فليعلمه أجره .

وعن عبد الرزاق رواه اسحاق بن راهويه في مسنده فقال أخبرنا عبد الرزاق حدثنا معمر عن حماد عن ابراهيم عن الخدري عن رسول الله ﷺ قال من استأجر أجيراً فليبين له أجرته . وقال عبد الحق في أحكامه إبراهيم لم يدرك أبا سعيد . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفاً عن الخدري وأبي هريرة فقال حدثنا وكيع عن سفيان عن حماد عن ابراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد قال من استأجر أجيراً فلم يعلمه أجره قال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبا زرعة عن هذا الحديث فقال الصحيح أنه موقوف .

ثم المصنف لم يذكر إلا هذين الحديثين أحدهما معلول والآخر موقوف، وفيها أحاديث صحيحة منها حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري وقد ذكرناه آنفاً . ومنها آخر أخرجه البخاري عن أبي هريرة عن النبي عليه السلام قال ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم ، فقال أصحابه وأنت يا رسول الله ، قال نعم كنت أرعاها على قراريط لاهل مكة . ومنها آخر أخرجه البخاري عن عائشة رضي الله عنها قالت استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلا من الديل حادياً خريتاً ، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما صبح ثلاث . ومنها آخر أخرجه ابن حبان في صحيحه عن شريك [1] بن قيس قال جلبت أنا ومخرمة العبدي بزاً من هجر ، فأتانا رسول الله ﷺ فساومنا سراويل ، وعنده وزان يزن بالاجر ، فقال له رسول الله ﷺ زن وارجح .

(١) إنما هو سويد بن قيس ، كما جاء في كتاب نصب الراية من الجزء الرابع . اه مصححه .

وينعقـد ساعة فساعه على حسب حدوث المنفعة ، والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة تملكـا واستحقاقاً حال وجود المنفعة

---

( وينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ) أي تنعقد الإجارة ساعة بعد ساعة على حسب حدوث المنافع ، لأن ما هي المعقودة عليها فالملك في البدلين أيضاً يقع ساعـة فساعة على حسب حدوثها فكذا في بدلها وهو الأجرة . وعندنا محل العقد المنافع والعين جعلت جلفاً عنها في حق إضافة العقد ، وبه قال مالك وأحمـد وأكثر أصحاب الشافعي وأكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي محل العقد العين لأنها الموجودة ، والعقد يضاف إليهـا ثم عند الثلاثـة يجعل العين المعدومـة كالموجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد .

ويبتنى على هذا مسائل منها الاجرة تملك بنفس العقد عند الشافعي وأحمد ، وعندنـا لا تملك إلا بأحد معان ثلاث ، أما شرط التعجيل من غير شرط أو استيفاء المعقود عليه . وفي العيون أو بالتمكن من الاستيفاء . وقال مالك تملك الأجرة لا يكون إلا بالإستيفـاء فقط . ومنها إذا مات أحد المتعاقدين لم يبطل العقد عند الثلاثة . ومنهـا يجوز عندهم إجارة سكن دار بسكنى دار أخرى . ومنهـا إذا أجر عبـداً ثم اعتقه بقي العقد عندهم .

( والدار أقيمت مقام المنفعة ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كان انعقاد الإجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة وجب أن يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل أن ينعقد العقد فيها . وإذا استأجر شهراً مثلاً ليس له أن يمتنع بـلا عذر . وتقرير الجواب أن الدار أقيمت مقام المنفعة ( في حق إضافة العقد إليها ليرتبط الإيجاب بالقبول ) إلزاماً للعقد في المقدار المعين ( ثم يظهر عمله ) أي عمل العقد وهو أثره ( في حق المنفعة تملكاً واستحقاقاً حال وجود المنفعة ) أراد أن حـكم اللفظ يتراخى إلى حين وجود المنفعة من حيث الملك والاستحقاق فيثبتان معاً حال وجود المنفعة ، بخلاف

ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما روينا ، ولأن الجهالة في المعقود عليه وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع . وما جاز أن يكون ثمناً في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة .

---

بيع العين فإن الملك في البيع يثبت في الحال ويتأخر الاستحقاق إلى زمان نقد الثمن .

فإن قلت مـــا الفائدة في قوله استحقاقاً ، قلت بينهما مغايرة فلذلك ذكره ، لان الاستحقاق لا يكون الا بعد ثبوت الملك ،ولكن في البيع يتأخر كما ذكرنا، بخلاف الملك وأما في الإجارة فمن ضرورة تأخر الملك يتأخر الاستحقاق ، وهذا بعد الاستيفاءلايمكن القول بتراخي الاستحقاق فافهم ، وإنما ذكر قوله يرتبط الإيجاب بالقبول لأنها عقد وهما من أركان العقود ، ويجب أن يكونا بلفظين يعبران عن المـــاضي نحو أن يقول أحدهما أجرت ، ويقول الآخر قبلت ، ولا ينعقد إذا كان أحدهما ماضياً والآخر مستقبلا كما في البيع ، وينعقد بلفظ الإعارة حتى لو قال أعرتك هـــذه الدار شهراً بكذا وقال كل شهر بكذا صحت ، وحتى لو قال وهبتك منافع هـــذه الدار شهراً بكذا أو ملكت منافعها بكذا وينعقد بالتعاطي أيضاً . وقال شيخ الإسلام ينعقد بلفظ المبيع ويجوز استعارةلفظ البيع لتمليك المنفعة مجازاً ، وبه قال الشافعي وأحمد . وعن أحمد لا ينعقد بلفظ البيـــع كقولنا وينعقد بلفظ الكراء ونحوه .

( ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة ) أي لا يصح عقد الإجارة حتى تكون المنافع معلومة ( والأجرة معلومة ) وهذان لا خلاف فيهما ( لما روينا ) أشار به إلى قوله عليـــه السلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره فالحديث دل بعبارته على اشتراط إعلام الأجرة وبدلالته على اشتراط إعلام المنافع لأن اشتراط إعلامها لقطع المنازعة فالمنفعة تشار كهافي المعنى ( ولأن الجهالة في المعقود عليه ، وفي بدله تفضي إلى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع ) لأن شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة فيهما مفضية اليها .

( وما جاز ان يكون ثمناً في البيـع ) كالنقود والمكيل والموزون ( جـــاز أن يكون أجرة في الإجارة ) إلى هنا لفظ القدوري قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرحه وهذا

لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان ،

---

الذي ذكر ليس على وجه الحد ، وإنه لا يجوز غيره يبين ذلك ان الأعيان لا تكون أثماناً وتكون أجرة ، وإنما ذكر ذلك لأنه هو الغالب ، وقال الاترازي يعني ما ذكره القدوري مطرد وليس ينعكس واراد بالأعيان ما لم يكن مثلياً كالحيوان ، ثم الحيوان إنما يصلح أجرة إذا كان معيناً وإلا فلا .

وقال الكرخي في مختصره في الفرق بين المبيع والثمن ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن ، إلا أن يقع عليه لفظة البيع . قال الفراء الثمن ما كان في الذمة فالدراهم والدنانير أثمان أبداً لا يتعين بالعقد على أصول أصحابنا ، فإنها يثبت في الذمة ، والأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ببيعه أبداً ، والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة بين مبيع وثمن ، فان كانت معينة فهي مبيعة أيضاً ، وإن كانت غير متعينة فان استعملت استعمال الأثمان فهي ثمن نحو أن يقول اشتريت منك هذا العبد بكذا وكذا حنطة ونصف . وإن استعملت استعمال المبيع كان سلماً نحو أن يقول اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح العقد إلا بطريق السلم والفلوس بمنزلة الدراهم والدنانير في أنها لا تتعين بالتعيين كذا ذكره الشيخ أبو الفضل الكرماني في الايضاح .

( لأن الأجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع ) أن الإجارة بيع المنفعة والأجرة ثمنها فيعتبر بالمبيع ( وما لا يصلح ثمناً يصلح أجرة أيضاً كالأعيان ) التي ليست من ذوات الامثال كالحيوانات والعدديات المتفاوتة فإنها لا تصح ثمناً أصلا لما مر في البيوع أن الاصول ثلاثة ثمن محض كالدراهم ، ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ، وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات ثم الأعيان إنما تصح أجرة إذا كانت معينة كما إذا استأجر داراً بثوب معين ، وإن كان لا يصلح ثمناً قيل فيه نظر ، فإن المقايضة بيع وليس فيها أعيان الجانبين ، فلو لم يصح العين ثمناً كانت بيعاً بلا ثمن وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دواب المناظرين ، فاذا كان الأصل صحيحاً جاز أن يمثل بمثال آخر كالتمثيل بالمنفعة فانها تصح أجرة إذا اختلفت جنس المنافع كما إذا

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لأنه عوض مالي ، والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة ، أي مدة كانت

---

استأجر سكنى دار بركوب دابة ولا يصلح ثمناً أصلا .

( فهذا اللفظ ) أشار به إلى قوله ما جاز أن يكون ثمناً في البيع ... إلى آخره ، وهذا لفظ القدوري ( لا ينفي صلاحية غيره ) أي غير الثمن ( لأنه ) أى لأن الأجرة والتذكير على تأويل الأجرة ( عوض مالي ) فيعتمد وجود المال والأعيان والمنافع أموال مجاز أن يقع أجرة ، وبه قال الثلاثة « رح » حتى قالوا يجوز لإجارة سكنى داربسكنى دار ، لأن السكنى يجوز أن يكون ثمناً فيجوز أن يكون أجرة وكره الثوري الإجارة بطعام موصوف في الذمة ، ثم الأجرة إن كانت من النقود يشترط بيان جنسها وصفتها بانها جيدة أو وسط أو رديئة ، وإن كانت مكيلا أو موزوناً أو عددياً متقارباً يشترط فيها بيان القدر والصفة ، ويحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة « رح » خلافاً لهما والثلاثة ، وإن كان عرضاً أو ثوباً يشترط فيه شرائط السلم ، وفي هذا كله إذا كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناًفاعلامه بالإشارة لأنها أبلغ اسباب التعريف ، وان كانت الأجرة حيواناً لا يجوز إلا إذا كان عيناً لعدم ثبوت الحيوان في الذمة بدلاً عما هو مال .

( والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت ) هذا لفظ القدوري ، وبه قال كافة أهل العلم إلا أن الأصحاب اختلفوا في مذهبه ، فمنهم من قال له قولان ، أحدهما كقول سائر أهل العلم وهو الصحيح . والثاني لا يجوز اكثر من سنة لأن جواز الحاجة ولا حاجة في أكثر من السنة ، ومنهم من قال قول ثالث أنها لا تجوز أكثر من ثلاث سنين ، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى اكثر منها وتتغير الاسعار والأجر . قلنا هذا مخالف لقوله تعالى ﴿ على أن تأجرني

لان المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لا تتفـــاوت ، وقوله أي مدة كانت إشارة إلى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونهـــا معلومة ، ولتحقق الحاجة إليها عسى ، إلا أن في الاوقاف لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار ،

---

ثماني حجج ﴾ ٢٧ القصص ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يقم دليل على نسخه .

( لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوماً إذا كانت المنفعة لاتتفاوت ) احترز بهذا عن استئجار الأرض للزراعة إلى مدة معلومة ، حتى لا يصـــح أن يسمى ما يزرع فيها على ما يجيء .

( وقوله ) أي قول القدوري ( أي مدة كانت إشارة إلى انـه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ) وفي الذخيرة ولو وقتا مدة الإجارة وقتاً لا يعيش إليها أحدهما قبل المدة لا يصح ، به أفتى القاضي أبو عاصم العـــامري ، لأن الغالب كالمتيقن في حق الأحكام فكانت الإجارة مؤبدة ، والتأبيد يبطل الإجارة . وقال الخصاف يجوز لأن العبرة للفظ فانه يقتضي التوقيت ولا عبرة بموت أحدهما قبل انتهاء المدة ، لأن ذلك عسى يوجد وعسى لا يوجد كما لو زوج امرأة إلى مائة سنة فانه توقيت لا تأبيد حتى يكون متعة وإن كانت المدة لا يعيش إليها غالباً ، وجعل نكاحاً موقوفاً اعتباراً للفظ .

( ولتحقيق الحاجة اليها عسى ) أي إلى المدة الطويلة وعسى هاهنا وقعت مجرداً عن الاسم والخبر تقديره عسى الاحتياج إلى المدة الطويلة يتحقق الاحتياج ، وأهـل العربية يأتون بذلك ( إلا أن في الاوقاف ) استثناء من قوله أي مدة كانت ( لا يجوز الإجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها ) أي ملك العين المستأجرة ( وهي ) أي الإجـارة الطويلة في الأوقاف ( ما زاد على ثلاث سنين وهو المختار ) أي المختار في المذهب أن لا يزيد على ثلاث سنين وهو اختيار مشايخ بلخ . وقال غيرهم يجوز وبه قال أكثر أهـل العلم ،

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلاً على صبغ ثوبه أو خياطة، أو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوماً أو يركبهـــا مسافة سماها لانـــه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره ، وجنس الخياطـة والقـدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومـة فصح العقد . وربمـا يقال

---

ولكن يرفع الى الحاكم حتى يبطله ، وبه أفتى الفقيه أبو الليث ، كذا في التتمة . هـذا إذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر اكثر من سنة ، وأما إذا شرط فليس لمتولي الوقف أن يزيد على ذلك ، فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع إلى الحاكم حتى يحكم بجوازها وفي شرح حيل الخصاف قال بعض مشايخنا يجوز الإجارة الطويلة على الأوقاف أن يعقدوا عقوداً متفرقة كل عقد على سنة فيكتب في الصك كذلك فيكون العقد الأول لازمـــاً ، والثاني غير لازم لانه مضاف .

( قال ) أي القدوري ( وتارة تصير ) أي المنافع ( معلومة بنفسه ) أي بنفس العقد ( كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطة او استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معلوما أو يركبها مسافة سماها لانه إذا بين الثوب ) بأنه قطن او كتان او صوف او حرير لانه متعارف في الصبغ والخياطة ( ولون الصبغ ) بأنه احمر او اصفر ونحوهما ( وقـدره ) اى قدر الصبغ بأن يلقيه في حب الصبغ مرة او مرتين ( وجنس الخياطة ) بأنها فارسية أو رومية ( والقدر المحمول ) على الدابة بأنه قنطاران ( وجنسه ) أي جنس المحمول بأنه حنطة أو شعير أو علف (والمسافة ) بأنه يوم أو يومان (صارت المنفعة معلومة فصح العقد ) لارتفاع الجهالة المفضية إلى النزاع .

( وربما يقال ) إشارة إلى تخريج بعض المشايخ منهم القاضي أبو زيد فانـه ذكر في الاسرار أن الاجارة نوعان بيع منفعة بجنسه وهو إجارة الدار ونحوهـا وبيع العمل المسمى المعلوم ، وانه يجوز من غير ذكر الوقت ، وانه أنواع ثلاثـة : بيع عمل محض

الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار القصار والخياط ، ولا بـــد أن يكون العمل معلوماً وذلك في الاجير المشترك . وقد يكون عقداً على المنفعـة كما في أجير الواحـد ولا بد من

---

كالخياطة ونحوها . وببيع عمل مع عين المال كالصناعة بصبغ الصباغ والاستصناع وهو طلب صناعة في العين ، وقد أشار إلى بعض ذلك .

وقال صاحب التحفة الاجارة نوعان ، إجارة على المنافع ، وإجارة على الاعمـال ، ولكل نوع شروط وأحكام . أما الاجارة على المنـافع فكإجارة الدور والمنـازل والحوانيت والصناع وعبيد الخدمة ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلي البسر ، والاواني للإستعمال والعقد في ذلك كله جائز . وشرط جوازه أن تكون العين المستأجرة معلومـــة ، والاجرة معلومة ، والمدة معلومة بيوم أو شهر أو سنـــة لانـه عقد معاوضة كالبيـــع وإعلام المبيع ، والثمن شرط في البيع ، فكذلك هاهنا . إلا أن المعقود عليه ها هنا هو المنافع فلا بد من إعلامهـا بالمدة والعين الذي عقد عليه الاجارة على منافعه .

وأما الإجارة على الأعمال فكإستئجار الإسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط عليه العمل في سائر الإحمال من حمل الأشياء من موضع ونحوه ، وأحكام هـذا مذكورة في الكتاب أشار إليه بقوله ( الإجارة قد يكون عقداً على العمل كاستئجار الخيـــاط والقصار ، ولا بد أن يكون العمل معلوماً وذلك ) كالخياطة الفارسية والرومية والقصارة مع النشاء أو بدونه ( في الأجير المشترك ) أي كون العقد عمل العمل في الأجير المشترك ( وقد يكون عقداً على المنفعة ) كاستئجار الرجل يوماً أو شهراً للعمل ( كما في أجير الواحد ) بالإضافة . وفي بعض النسخ بالأجير الواحد والأول أصح ، لأنه ذكر في المغرب أجير الواحد على الإضافة أي أجير المستأجر الواحد بخلاف أجير المشترك ، وفي معنـاه الأجير الخاص ولو حرك الخاص لأنه يقال رجل وحد أي واحد ( ولا بد من بيان الوقت ) أي المدة .

بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والإشارة كمن استأجر رجلاً بأن ينقل لـه هذا الطعام إلى موضع معلوم ، لانه إذا أراه ما ينقله والموضع الذى يحمـل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقـد .

---

( قال ) أي القدوري ( وتارة تصير المنفعة ) أي المنافع ( معلومة بالتعيين ،والإشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه ) أي لأن الرجل المستأجر ( إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد )بدون ذكر المدة ، والله أعلم بالصواب .

★ ★ ★

# باب الأجير متى يستحق

## قال الاجرة لا تجب بالعقد

---

**( باب الأجير متى يستحق )**

لما كانت الإجارة موقوفة على إعلام الأجرة احتاج إلى بيان وقت وجوبها ولو بوب له باباً .

( قال ) أي القدوري « رح » ( والأجرة لا تجب بالعقد ) أي بنفس العقد ، قال تاج الشريعة أراد وجوب الأداء . أما نفس الوجوب فثبت بنفس العقد . وقال السفناقي لا تجب ، معناه لا يجب تسليمها وأداءها بمجرد العقد ، وقال صاحب العناية هذا ليس بواضح لأن نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع ، فإنه يملكه المشتري بمجرد العقد ، ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن . والصواب أن يقال معناه لا يملك لأن محمداً « رح » ذكر في الجامع أن الأجرة لا تملك وما لم يملك لم يجب إيفاؤها .

فإن قلت فإذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التمليك كان أعم منه . وذكر الأعم وإرادة الأخص ليس بمجاز لعدم دلالة الأعم عليه أصلا . قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو أن يكون الاجرة مما ثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التمليك لا محالة ، وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى يملك يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد وإلا لم يكن محل الخلاف متحداً ، انتهى . قلت ذكر في الذخيرة يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب إيفاؤها إلا بعد استيفاء المنفعة إذا لم يشترط تعجيلها سواء كانت عيناً أو ديناً ، هكذا ذكر محمد في الجامع وذكر في الإجارات إن كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وإن كانت ديناً تملك بنفس العقد ويكون بمنزلة الدين المؤجل ، فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع . وقال بعضهم ما ذكره في الإجارات قوله أولا وما ذكره في الجامع أخرى وهو الأصح ، لأن الإجارة عقد

وتستحق بإحدى معاني ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه . وقال الشافعي « رح» تملك بنفس العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد ،

---

معاوضة فيوجب المساواة بين البدلين ما أمكن ما لم يغير بالشرط . فلو قلنا أن إيفاءها يجب قبل استيفاء المنفعة تزول المساواة ، وبه قال مالك .

( وتستحق بإحدى معاني ثلاثة ) وفي بعض النسخ بأحد معان ثلاثة فوجهه أن يكون على تأويل العلل ، لأن المراد من المعاني العلل ، ولكن الفقهاء يكفون عن استعمال العلل لكونها من اصطلاحات الفلاسفة . وقال تاج الشريعة المسموع من السلف بأحد معان إذ المراد من المعاني العلل ( إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه ) وفي العيون أو بالتمكن من الاستيفاء . قيل شرط التعجيل شرطاً فاسداً لانه يخالف مقتضى العقد ولأحد المتعاقدين فيه منفعة فيفسد العقد . أجيب بأن وجوب الاجرة من مقتضيات العقد ، والعقد يقتضي ثبوت العقد عقيبه ، إلا أن التعجيل سقط لمانع وقدزال المانع كالبيع يقتضي ثبوت الحكم عقيبه وبالخيار ، ولا يثبت المانع فإذا ثبت ثبت مضافاً إلى العقد السابق كذا هنا .

فإن قلت كيف يستحق بالتعجيل من غير شرط ، والمساواة بين البدلين شرط . قلت لأنه عجل بعد انعقاد سبب الوجوب لأن سببه هو العقد ،إلا انه ماعمل عمله في إيجاب الملك في الأجرة للحال لتحقق المساواة ، فإذا عجل فقد رضي ببطلان حقه في المساواة فصح كتعجيل الزكاة قبل حولان الحول ، وتعجيل الدين المؤجل كالبائع إذا سلم المبيع قبل استيفاء الثمن ، فانه يصح لانه بعد سبب الوجوب .

( وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ، لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكماً ضرورة تصحيح العقد ) وهذا صحة الاجارة بأجرة مؤجلة ولم يجعل موجودة كان ديناً بدين وحرام لا محالة ، وإذا كانت موجودة وجب ثبوث الحكم بالعقد لوجود المقتضى

فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا ، والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة ، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر ، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجرة لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل من غير شرط ، لان المساواة يثبت حقاً له وقد أبطله .

---

وانتفاء المانع ( فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ) ولهـذا صح الإبراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة بالإجماع وصح الارتهان به بالاجماع ، وبه قال أحمد .

فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد إلى إفادة الملك . فالجواب أن الضروري إذا ثبت يتبع لوازمه وإفادة الملك من لوازم الوجود عند العقد .

( ولنا أن العقد ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنافع على ما بينا ) يعني في أول هذا الكتاب ( والعقد معاوضة ) أي عقد الاجارة معاوضة بلا خلاف ( ومن قضيتها ) أي من قضية المعاوضة ( المساواة ) أي من حكم عقد المعاوضة المساواة بين البدلين (فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر ) وهو الابراء تحقيقاً للمساواة .

( وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجرة لتحقق التسوية ، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل ) أي الاجرة ( من غير شرط ، لان المساواة يثبت حقاً له وقد أبطله ) أي المستأجر المستعجل .

فان قلت ما فائدة هذا الخلاف قد ذكر علي والدين في طريقة الخلاف أن فائدته هي أنه لا يثبت للمؤجر ولاية المطالبة بتسليمها في الحال . ولو كانت الاجرة عبداً وهو قريبه لا يعتق عليه في الحال ، وعنده ولاية المطالبة في الحال ويعتق عليه في الحال . والجواب عن قوله ولو لم يجعل موجوده كان ديناً بدين وهو حرام أن ذلك ليس بدين ، لان الدين

ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن ديناً بدين ، وهذا طريق شائع لكونه إقامة السبب مقام المسبب . وأما جعل المعدوم موجوداً فلم يعهد كذلك .

( وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة ، وإن لم يسكنها ) ذكر هذان البابان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء ، لا يقال فعلى هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة أو باستيفاء المعقود عليه أو بالتمكن منه يقوم مقامه أحياناً ، ويدل أن الاقتسام لا يكون قسماً بذاته ، كذا قاله صاحب العناية وفيـــه نظر . لانا لا نسلم أن التمكن من الاستيفاء بدل بل هو قسم بذاته ، فلذلك عده البعض رابعاً . ثم قول المصنف فعليه الاجرة وإن لم يسكنها ليس على إطلاقه بل مقيد ، وبه قال أكثر أهل العلم .

الثاني : أن تكون الإجارة صحيحة ، ألا ترى إلى ما قال في تتمة الفتاوى لا يجـــب الأجرة في الإجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة ، وإنما تجب بحقيقة الاستيفـــاء ، بخلاف الإجارة الصحيحة ، فإن الأجرة تجب فيها بالتمكن من استيفاء المنفعـــة ، ثم في الاجارة الفاسدة . وإنما تجب الأجرة بحقيقة الاستيفاء إذا وجد التسليم إلى المستأجر من جهة الأجر . أما إذا لم يوجد التسليم إليه من جهة الأجر لا يجـــب الأجر وإن استوفى المنفعة . ونقله عن شروح الجامع الكبير .

والثالث : ما ذكره في الذخيرة وشرح الأقطع إن التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه ،حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر فأمسكها المستأجر ببغداد حتى منعت مدة يمكنه المسير إلى الكوفة فلا أجر . وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركب وجبت الأجرة . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله يجب الأجر في الوجهين ، لأن المنافع بلغت تحت يده باختياره . قلنا العقد وقع على المسافة كان بالتسليم في غيرهـــا لا يستحق البدل ، وينبغي أن يكون التمكن من الاستيفاء من المدة ، فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر ، وإن استأجر دابة إلى مكة فلم يركبها ، بل مشى فإن كان بغير عذر في الدابة فعليـــه

لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه إذ التمكن من الانتفاع يثبت به ، فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الأجر

---

الأجر ، وإن كانت لعلة في الدابة بحيث لم يقدر على الركوب لا أجر عليه . ولو استأجر ثوباً ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه حتى مضى عليه سنون فعليه لكل يوم دانق ما دام في الوقت الذي يعلم أنه لو كان لبسه لا ينخرق لتمكن اللبس ، فإذا مضى وقت يعلم أنه كان يلبسه ينخرق سقط عنه الأجر لتعذر جعله منتفعاً به .

وفي النوازل نظر لهذا بالمرأة إذا أخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها إذا مضى وقت لو لبسه لبساً معتاداً ينخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة أخرى وإلا فلا . وفي خلاصة الفتاوى إذا أجر داراً وسلمها فارغة إلا بيتاً كان مشغولاً بمتاع الأجر أو سلم إليه جميع الدار ثم انتزع بيتاً منها من الدار رفع عن الأجر بحصة البيت ، وسكوت المصنف عن هذه القيود للاختصار اعتماداً على دلالة الحال والعرف ، فإن حال المسلم دالة على أن يباشر العقد الصحيح ، وعلى أن العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع من الإنتفاع به ، والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد والمكان ، فكان معلوماً عادة ، وعلى أن الإكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذلك اعتماداً عليها .

( لأن تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقمنا تسليم المحل مقامه ، إذ التمكن من الإنتفاع يثبت به ) أي بتسليم المحل ( فإن غصبها ) أي العين المستأجرة ( غاصب من يده سقطت الأجرة ، لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع ، فإذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد ) وذكر الفضل قاضي خان في الفتاوى لا تنفسخ الاجارة ولكن ( فيسقط الأجر ) ما دامت في يد الغاصب ، وبه قال الشافعي ولكن له حق الفسخ .

وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها .

ومن استـــأجر داراً فللمؤاجر أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة ، إلا أن يبين وقت الاستحقـــاق في العقد لأنه بمنزلة التأجيل ، وكذلك إجارة الاراضي لما بينا .

---

( وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها ) أى بقدر المدة التي وجب فيه الغصب وليس فيه خلاف .

( ومن استأجر داراً ) ذكـر هذا البيان وقت استحقاق مطالبة الأجـر ، أي من استأجر داراً مدة معلومة ( فللمؤاجر أن يطالبـه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعـة مقصودة ) قال السغناقي « رح » في الصواب أن يقال فللمؤجر لأن قولنا أجر الدار هـو أفعل لا فاعل ، واسم الفاعل منه المؤجر لا المؤاجر . قلت قد بينت فيما مضى أن المؤاجر ليس بفاعل من أجر ، وإنما هو فاعل من واجر وقد بينت أنه لغة العوام فإنهم يقولون واجر موضع أجر ، فبالضرورة إذا أخذوا منه الفاعل يقولون مؤاجر فالخطأ في قولهم واجر لا في قولهم مؤاجر ، فافهم . وقال في شرح الأقطع وقال زفر لا يطالبه إلا بعـد مضي مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، لأن جميع المعقود عليه لم يصر مسلماً فلا يطالبه ببدله ، بخلاف ما إذا بين الاستحقاق مثل أن يقول أجرتك هذا الدار بكذا شيئاً على أن تعطيني الأجر بعد شهرين . ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقاً للمعادلة بين المتعاقدين فكان القياس أن تجب الأجرة حالاً فحالاً ، كما لو قبض بعض المبيع واستهلكه ، إلا أنهم استحسنوا فأوجبوا الأجرة يومـاً فيوماً تيسيراً .

( إلا أن يبين ) أي المستأجر ( وقت الاستحقاق في العقد ، لأنـــه بمنزلة التأجيل ) والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجـل ( وكذلك إجارة الأراضي ) يعني إذا أجر الأرض له أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم لأنه منفعة مقصودة ، إلا إذا بين وقت الاستحقاق فلا يطالبه إلا في ذلك الوقت لأنه بمنزلة التأجيل ( لما بينا ) وهو قولـه لأنه منفعة مقصودة ... إلى آخره .

ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة ، لان سير كل مرحلة مقصود ،

---

( ومن استأجر بعيراً إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود ) قال الكاكي هذا قول الكرخي ذكره في المبسوط والإيضاح . وأما قول أبي حنيفة « رح » المرجوع إليه لم يقدر بتقدير ، بل قال كل ما سار مسيراً له من الأجر شيء معروف ، فله أن يأخذه بذلك ، وهو قول أبي يوسف ومحمد « رح » . وقال الاترازي نسبة ما ذكره القدوري إلى الكرخي عيب جداً ، لأن الكرخي نص في مختصره أنه قول أبي حنيفة « رح » الأخير ، ألا ترى أنه قال فيه . وقال أبو حنيفة فيا له وقت يطالبه بأجرة كل يوم يمضي من مدة الإجارة ، وكذلك في المسافة على قدر ما قطع منها فيما يمكن تحصيل جزء من اجزائه . وقال أبو يوسف « رح » عن أبي حنيفة « رح » في الذي يكتري إلى مكة للجمال أن يطالبه بالأجرة يوماً بيوم ، وهو قول أبي حنيفة الآخر وهو ايضاً قول محمد « رح » .

وقال أبو يوسف في الدور والمنازل إذا استأجر الرجل شيئاً منها شهر بأجر معلوم فليس له أن يأخذ الأجرة إلا إذا مضى شهر وليس له أن يطالب مثل ذلك روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وروى عنه في الذي استأجر إبلا إلى مكة أنه لا يأخذ الأجر منه حتى يسير الثلث أو النصف وقال استحسن ذلك في الشقة البعيدة .

وقال زفر إذا استأجر الرجل داراً كل شهر بعشرة دراهم وكل سنة بمائة درهم فليس له أن يأخذ من الأجر شيئاً حتى يمضي شهر في قوله كل شهر ، وحتى تمضي سنة في قوله سنة. فإن استأجر اثنا عشر سنة بألف درهم لم يكن له أن يطالب بشيء من ذلك حتى تمضي المدة وكذلك قال في المكر إلى مكة ذاهباً وجائياً أنه لا يطالب بالأجر حتى يذهب ويجيء ، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله الأول ، وهو قول أبي يوسف « رح » رواه محمد « رح » في الأصول .

وأما في الاصل فهو عندي قوله الأخير لأنه قال في رمضان سنة احدى وثمانين ومائة ، وهذا قبل موته ليس بمشهور ، انتهى . وفي التقريب للقدوري قال أبو حنيفة « رح » إذا

وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الاجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر « رح » لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل. ووجه القول المرجوع إليه أن القياس استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ، إلا أن المطالبة في كل ساعة يفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره

---

استأجر إبلا إلى مكة لم يلزمه تسليم الأجرة حتى يرجع ، وهو قول زفر ثم رجع أبو حنيفة وقال كلما سار مرحلة طالبه بقدره ، وهو قولهما ، وكذا ذكره في المختلف في باب زفر « رح » .

( وكان أبو حنيفة « رح » يقول أولاً لا يجب الأجرة إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر ، وهو قول زفر رحمه الله ، لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الأجر على اجزائها كما إذا كان المعقود عليه العمل ) كالخياطة ، فان الخياط لا يستحق الأجر قبل الفراغ .

فإن قيل قال فلا يتوزع الأجر على أجزائها يعني المنافع ، وهو خلاف المشهور أن أجر العوض ينقسم على أجزاء المعوض ، وقال المنافع على العمل وهو فاسد ، لأن شرط انقسام المماثلة بين الأصل والفرع وهو منتف ، لأنه في المنافع قد استوفى المستأجر بعضها فيلزمه العوض بقدر ، ولا كذلك العمل ، لأنه لم يتسلم من الخياط شيئاً . فالجواب أن أجزاء العوض ينقسم على أجزاء المعوض وجوباً وليس الكلام فيه وإنما الكلام في استحقاق القبض وفي ذلك لا يتوزع كما في المبيع والتسليم في الخياط ، وهو تقدير ، إلا أن عمل الخياط لما اتصل بالثوب كان ذلك سليماً تقديراً ، على أن المصنف لم يلتزم صحة دليل القول المرجوع عنه ، فانه لو كان صحيحاً البتة لم يكن للرجوع عنه وجه .

( ووجه القول المرجوع اليه أن القياس ) يقتضى ( استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة ) بين البدلين ( إلا أن المطالبة في كل ساعة ) هذا الاستثناء لبيان وجه ترك القياس وهو أن المطالبة كلما سار شيئاً ولو خطوة ( يفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به ) بل المطالبة حينئذ تفضي إلى عدمها ، فإن المستأجر لم يتمكن

فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا . قال وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل ، لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب لأجرتـه ، وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا ، قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم . قال ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستوجب الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان تمام العمل

---

من الانتفاع بامر من جهة المؤجر فيمتنع الانتفاع من جهة المؤجر ، فيمتنع المطالبة . ومـا افضى وجوده إلى عدمه فهو منتف ( فقدرناه بما ذكرنا ) من اليوم في الدار والمرحـلة في البعير استحساناً .

( قال ) أي القدوري ( وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يتفرغ من العمل ) كله ( لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب لاجرته ) وهذا يشير إلى انه إذا كان ثوبين ففرغ أحدهما جاز أن يطلب أجرته لانه منتفع به (وكذا إذا عمل )أي الخياط ( في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ ) قال السغناقي هـذا وقع مخالف لعامـة روايات الكتب عن المبسوط والذخيرة والمغني وشرح الجامـع الصغير لفخر الإسلام وقاضي خان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية لما انه ذكر فيها أن العـامل في بيت المستأجر يستحق الاجر بقدر عمله ، حتى لو سرق الثوب فله الاجر بقدر عمله ، لان كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ منه ،ولعله اتبع صاحب التجريد أبا الفضل الكرماني في هذا الحكم فانه ذكره كما ذكر في الكتاب . وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله يستحق المطالبة بعـد الفراغ من العمل ، ولكن يجب بنفس العقد ( لما بينا ) إشارة إلى قوله لان العمل في البعض غير منتفع به .

( قال إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيـه لازم ) أي في التعجيل ( ومن استأجر خبازاً ليخبز في بيته قفيزاً من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان تمام العمل بالإخراج ) ذكر هذا البيان حكمين أحدهما أن الاجـير المشترك

بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم . فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجرة ، لانه صار مسلماً بالوضع في بيته ولاضمان عليه ، لانه لم يوجد منه الجناية . قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة « رح » لانه أمـــانة في يده ، وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له ، لانه مضمون عليه فلا يبرأ

---

لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله ، والثاني أن فراغ العمل بماذا يكون ففي استئجار الخباز لا يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ، لان كل واحد لا يجنسه على وجـه لا ينقطع ، فان قبل خبزه في بيته يمنع أن يخبز لغيره ، ومن عمل لواحد فهو أجير واحد واستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل . أجيب بأن أجير الواحد من وقـع العقد في حقه على المدة كمن استأجر شهراً الخدمة ، وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيراً مشتركاً يوقف استحقاقه على فراغ العمل .

( فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج فلا أجر له للهلاك قبـل التسليم ) وفي المبسوط وهو ضامن،لان هذا جناية يد ويخير صاحب الخبز إن شاء ضمنه مخبوزاً وأعطاه الاجر ، وإن شاء ضمنه دقيقا ولم يكن له أجر .

( فإن أخرجه ) من التنور ( ثم احترق من غير فعله ) أراد أنه هلك من غير صنعته، لان الاحتراق هلاك ، أو احترق بنار أخرى أو رماه أحد في التنور ( فـــله الاجرة ) المسمى ( لانه صار مسلماً ) بكسر اللام ( بالوضع في بيته ولا ضمان عليه ، لانه لم يوجدمنه الجناية ) فلا ضمان إلا على الجاني . قال العبد الضعيف رحمه الله اراد به نفسه ( قال وهذا) أي قوله لا ضمان عليه أو عدم الضمان في الهلاك بعد الإخراج ( عند أبي حنيفة « رح » لانه أمانة في يده ) .

( وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له ) الحاصل صاحب الدقيق بالخبـاز إن شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له ( لانه مضمون عليه ) لان قبض الاجـير المشترك مضمون عندهما ( فلا يبرأ ) منه بوضعه في منزل ملكه ، كما لا يـبرأ الغاصب من الضمان بذلك

إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الاجر . قال ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة فالغرف عليه اعتباراً للعرف. قال ومن استأجر انساناً ليضوب له لبناً استحق الاجرة إذا أقامهـــا عند أبي حنيفة . وقالا لا يستحقها حتى يشرجها ، لان التشريـج من تمـام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله ، فصار

---

( إلا بعد حقيقة التسليم ، وإن شاء ضمن الخبز وأعطاه الاجـر) ولا ضمان عليـــه في الحطب والملح عندهما ، لان ذلك صار مستهلكاً قبل وجوب الضمان عليه، وحال وجوب الضمان في تنور قيمته له كذا في الذخيرة . وقال السغناقي هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري ، وأما عند غيره فهو يجري على عمومه ، فانه لا ضمان بالاتفاق . أمـا عند أبي حنيفة « رح » لأنه لم يهلك من عمله . وأما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم وبه قالت الثلاثة ، قلت هذا يتم إذا كان الوضع في بيته تسليماً .

( قال ومن استأجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة ) وهو طعام العرس ، والوكيرة طعام البناء ، والنجوس طعام الولادة ، وما يطعمه النفساء نفسها خرسة ، وطعام الختان اعذار ، وطعام القادم من سفره نقيعة ، وكل طعام صنع لدعوة مـــادبة جميعاً ويقال : فلان يدعوا العقر إذا خص وفلان يدعو الجعلى الأجعلي إذا عم كذا قال القتبي وغـيره ( فالغرف) بفتح الغين المعجمة من باب ضرب يضرب وهو جعل الطعام في القصعة (عليه) أى على الطباخ ( اعتباراً للعرف ) بضم العين المهملة وهو العادة ، وإنما قيد بقوله للوليمة لانه لو استأجره ليطبخ قدر خاص بعينه لا يكون الغرف عليه ، ذكره في المغني والمحيط والإيضاح ، والمرجع في الجميع الغرف .

( ومن استأجر انساناً ليضرب له لبناً ) بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وهو الآجر اللبني ( استحق الأجرة إذا أقامها عند أبي حنيفة « رح ) وبه قالت الثـــلاثة ( وقالا لا يستحقها حتى يشرجها ) أى ينضدها بضم بعضها الى بعض ، ومادته بشين معجمة وراء وجيم ( لأن التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخـــبز من

كإخراج الخبز من التنور ، لان الاجير هو الذي يتولاه عرفاً وهو المعتبر فيمـــا لم ينص عليه . ولابي حنيفة « رح » أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لانه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لانه غير منتفع بـه قبل الإخراج.
قال وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس

---

التنور ، ولأن الاجير هو الذي يتولاه) أي الشريج (عرفاً ) أي من حيث العرف والعادة ( وهو ) أي العرف ( المعتبر فيما لم ينص عليه ) .

( ولأبي حنيفة رحمه الله أن العمل قد تم بالاقامـــة ، والتشريج عمل زائد كالنقل . ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل ، بخلاف ما قبل الإقامة ، لأنه طين منتشر ، وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج ) وفائدة الخـلاف انه إذا أفسد المطر قبل التشريج أو تكسر لا أجر له خلافاً لهما . وفي المبسوط هذا كله إذا كان يقيم العمل في ملك المستأجر أما في غير ملكه فما لم يعد عليه ويسلمه اليه لا يستحق الاجر بالاتفاق ، حتى لو فسد قبل العـــد لا أجر له إلا على قول زفر « رح » وفي الرندويسقي لو ضربه في ملك نفسه لا يجب الأجر عنده إلا بالعد عليه بعد إقامته ، وعندهما بالعـد عليه بعد التشريج .

وقال الكرخي في مختصره وإذا استأجره ليضرب له لبناً في ملكه أو في شيء هو في يده فان رب اللبن لا يكون قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة « رح » لا خلاف عنه في ذلك ، وعند أبي يوسف ومحمد « رح » حتى يشرجه فان هلك اللـبن قبل الحد الذي حد كل واحد منهم في قوله فلا أجر له ، وإن كان بعد فله الاجر ، وإن كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوباً عند أبي حنيفة « رح » ومشرجاً عن أبي يوسف ومحمد « رح » .

( قال ) أي القدوري ( وكل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس

العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب، فلـــه حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيـع ، ولو حبسه فضاع في يده لاضمان عليه عنـــد أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس ، فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم . وعند أبي يوسف ومحمد « رح » العين كانت مضمونة قبـــل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الاجر ، وسنبين من بعد إن شاء الله تعالى .

---

العين بعد الفراغ عن عمله حتى يستوفي الأجر ، لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب) هذا في الصباغ ظاهر ، لان أثر عمله في الثوب موجود وهو الصبغ.وأما القصار إذا كان يقصر بالنشاء والبيض فكذلك ، وان كان يقصر بلا شيء قيل ليس له أن يحبس ، لان البياض قد اشترى بالدرن والوسخ ، فاذا زال ذلك بعمله يظهر ذلك البياض ، وقيـــل له الحبس ايضـاً . وفي خلاصة الفتاوى وهذا إذا كان عمله في دكانه ، أما إذا خـــاط الخياط أو صبغ الصباغ في بيت المستأجر فليس له حق الحبس (فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيـع ) حيث يجوز للبائع حبسه عن المشترى حتى يقبض الثمن ، وبه قال الشافعي في وجه . وقال زفر والشافعي في قول وأحمد ليس له أن يحبس .

( ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند أبي حنيفة لانه غير متعد في الحبس ) ولا ضمان إلا على المتعدى ( فبقى أمانة كما كان عنده) أى عند أبي حنيفة ، أي كما كان أمانة قبل الحبس فكذلك بعده ( ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم ) أي قبل تسليمه إلى مالكه فلا يستحق شيئاً .

( وعند أبي يوسف ومحمد رحمها الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ، لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته ) ـ ال كونه ( غير معمول ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر ، وسنبين بعد هذا إن شاء الله تعالى ) يعني في باب ضمان الأجير .

قال وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر كالحمال والملاح ، لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس ، وغسل الثوب نظير الحمل . وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ، ولا أثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد أحياه

---

( قال ) أى القدوري ( وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجير كالحمال ) بالحاء المهملة والميم أيضاً ، وهو مكاري الحمل ( والملاح ) وهو الذي يتولى أمر السفن ، ويقال له النوتي بلغة أهل مصر ( لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس ) لأن العمل الذي هو المعقود عليه حقيقة قد تلاشى واضمحل ، وليس لعمله أثر في العين حتى يقوم مقام العمل ، فلا يكون له ولاية الحبس ضرورة ( وغسل الثوب نظير الحمل ) يعني إذا لم يكن ثمة من النشاء وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء ، وأما إذا كان فهى مسألة القصار ، وهذا اختيار بعض المشايخ ، اختاره المصنف ، وذكر في المبسوط وجامع قاضي خان إن إحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قيل وهو الأصح ، لأن البياض كان مستتراً وقد ظهر بفعله .

( وهذا بخلاف الآبق ) هذا جواب عما يقال الآبق إذا رآه إنسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم ، وتقريره أن يقال الآبق ليس كذلك ( حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر ) أى والحال أنه لا أثر ( لعمله لأنه ) أى الآبق ( كان على شرف الهلاك وقد أحياه ) يرد إلى المولى ، والإحياء الذي يتصور من العباد تخليص من الإشراف على الهلاك ، وبه فسر قوله تعالى ﴿ ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً ﴾ ٣٢ المائدة ، إذ الإحياء الحقيقي لله تعالى .

فإن قلت إذا ذبح شاة أشرفه على الهلاك ، فإنه يضمن وإن كان أحيا ملكه ، أجيب

---

(١) هكذا بالاصل .

فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة . وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين ، لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس . ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن هو راضياً به من حيث أنه تسليم فلا يسقط الحبس كما إذا قبض المشترى بغير رضاء البائع .

---

بأن الذابح إن كان مودعاً كان أجير المالك إذا أخبر المالك فالمسألة ممنوعة ، وإن كان أجنبياً فرضاء المالك غير معلوم ، فأما الرضى برد الآبق فمعلوم ( فكأنه باعه منه ) أى فكأن المراد باع الآبق من المولى ( فله حق الحبس ) كالبائع له حبس المبيع ( وهذا الذي ذكرناه ) يعني حق الحبس للصانع بالأجر إذا كان لعمله أثر ( هو مذهب علمائنا الثلاثة ) وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله .

( وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين ) يعني في الذي يعمله فيه أثر ، وفي الذي لم يكن . وذكر العتابي قول الشافعي كقول زفر ( لأنه وقع التسليم باتصال المبيع ) أى المعقود عليه ( بملكه ) وفي بعض النسخ باتصال المعقود عليه وهو الأظهر ( فيسقط حق الحبس ) كما لو عمل في بيت الصاحب .

( ولنا أن الاتصال بالمحل ) إنما وقع ( ضرورة إقامة العمل ) لأن صبغ ثوب المستأجر بدون الثوب محال ( فلم يكن هو ) أى الصابغ ( راضياً به ) باتصال الملك ( من حيث انه تسليم ) أى تسليم المعقود عليه للمستأجر ، فاذا لم يكن راضياً بذلك ( فلا يسقط حق الحبس ، كما إذا قبض المشترى المبيع بغير رضى البائع ) فإن للبائع أن يحبس وأن يسلمه المشترى لكونه بغير رضاه.

فإن قلت إذا استأجر خياطاً فخاط في بيت المستأجر فبنفس الخياطة يكون مسلماً ، فلو لم يكن الاتصال بالمحل تسليماً لما وقع التسليم هاهنا، قلت رضي الخياط بوقوع الخياطة تسليماً لمباشرته ما لا ضرورة فيه وهو الخياطة في بيت المستأجر ، بخلاف ما نحن فيه فافترقا .

قال وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره ، لان المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمله ، لان المستحق عمــل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين .

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ) نقل عن حميدالدين الضرير هو مثل ان يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا وإليــه أشار المصنف بقوله أن يعمل بنفسه ( فليس له أن يستعمل غيره ، لأن المعقود عليه اتصال العمل في محل بعينه ) أراد بالمحل نفس الصانع ، يعني شرط أن يكون محل هذا العمل هو لا غيره ، فلا يجوز أن يستعمل غيره ( فيستحق عينه ) أي عين ذلك العمل (كالمنفعة في محــل بعينه ) كان استأجر دابة بعينها للحمل ، فإنه ليس للمؤجر ان يسلم غيرها ولمن استأجر غلاماً بعينه ليس للمؤجر أن يدفع غلامــاً آخر مكانه. قال صاحب العناية وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خير بأن استعمل من هو اصنع منه في ذلك القن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز . قلت عرضه تعلق لمعنى علمه عنده فلا ينبغي أن يتعدى إلى غيره وإن كان الغير خيراً منه.

( وإن اطلق له العمل ) مثل أن يقول خط هذا الثوب أو اصنعه ( فله أن يستأجر من يعمله ، لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغــيره ) لأن المقصود هو العمل وقد حصل ( بمنزلة ايفاء الدين ) فان الإيفاء يحصل بالمديون وبالتــبرع من غيره .

* * *

## فصـــل

**ومن استأجر رجـــلاً ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب ووجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره، ومراده إذا كانوا معلومين.**

---

### ( فصل )

لما بين استحقاق تمام الأجر عقبه بالفصل بيان عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه .

( ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فذهب ) أي الرجـــل إلى البصرة ( فوجد بعضهم ) أي بعض عيال المستأجر ( قد مات فجاء بمن بقى فـله الأجر بحسابه ) قال تاج الشريعة أي أجرة الذهاب بكمالها واحدة المجيء بقـدره ، لأن الأجر مقابل بنقل العيال لا بقطع المسافة ، ولهـــذا لو ذهب ولم ينقل أحداً منهم لا يستوجب شيئاً ( لأنه اوفى بعض المعقود عليـــه فيستحق العوض بقدره ) أى بقـــدر ما أوفى ( ومراده ) محمد بن الحسن رحمه الله . وقال صاحب العناية أى مراد القدوري وهـــذا غلط ، لأن القدوري لم يذكر هذه المسألة في مختصره ، وإنما هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في رجل استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله فوجد بعضهم قد مات فحمل من بقى قـــال له من الأجر بحساب ذلك ( إذا كانوا معلومين ) يعني عياله اذا كان عددهم معلوماً ، قيد به لأنهم اذا كانوا غير معلومين يستحق جميع الأجرة ، وهذا اختيار الهندواني . وقال بهذا اذا كانت المؤنة تقل بنقصان العـــدد ، أما اذا كانت مؤنة البعض ومؤنة الكل سواء فانـــه يجب الأجر كاملا .

وعن الفضلي استأجر في المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب ولم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجر تلك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجـــب نصف الاجر بالذهب ، ولو كان قال استأجرتك حتى احمـل من القرية لا يجب شيء ، لان في الاول العقد على شيئين الذهاب الى القرية والحمل منها ، وفي الثانية شرط الحمل ولم يوجد فـــلا

وإن استأجر ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة ، وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته . ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ، لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام

---

يجب شيء ، كذا في الذخيرة وجامع التمرتاشي .

( وان استأجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده ) أى الكتاب قيد به ، لانه لو ترك الكتاب ثمة يستحقه أجر الذهاب بالإجماع ( فلا أجر له ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه ، وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به ) أى يقطع المسافة ( لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ) وعند الثلاثة له الاجر في الذهاب والرد ايضاً لثبوت الإذن بالرد دلالة اذا وجد ميتاً . وذكر ابو الليث « رح » قول ابي يوسف مع محمد وغيره مع ابي حنيفة رحمه الله .

( ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لانه ) اى لان نقل الكتاب ( هو المقصود ) لما فيه من تعظيم المكتوب اليه وصلة الرحم ( أو وسيلة اليه ) أي النقل وسيلة الى المقصود ( وهو العلم بما في الكتاب ) لان اعلام ما فيه لا يتصور الا بنقل الكتاب ( لكن الحكم معلق به ) اى بنقل الكتاب ، واراد بالحكم وجوب الاجرة ( وقد نقضه ) اى وقدنقضه الاجير النقل وهو عمله قبل التسليم ( فيسقط الاجر كما في الطعام ) اى كما يسقط الاجر فيما اذا استأجر ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب به ووجده ميتاً فرده ، فانه لا اجر له بالاتفاق لنفقة تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام والآن تجيء هذه المسأله ،

وهي المسألة التي تلي هذه المسألة . وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع ، لأن الحمل لم ينتقض . وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام .

---

ولهذا قال ( وهي المسألة التي تلي هذه المسألة ) أي مسألة الطعام هذه هي التي تأتي عقيب مسألة نقل الكتب .

( وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالإجماع ، لان الحمل لم ينتقض ) لان ترك الكتاب ثمة مفيد في الاصل ، لانه ربما يصل الى ورثته فينتفعون به ، وهاهنا قيود أبينها لك تكثيراً للفائدة ، الاول : قيد بالذهاب بالكتاب ليشير الى ان هذا فيما ليس له حمل ومؤنة ، حتى لو استأجر بالذهاب والمسألة الحالة فلا أجر له بالاتفاق ، وعند زفر « رح » يجب وهو قياس قول الثلاثة .

الثاني : قيد بالمجيء بالجواب ، لانه لو لم يشترط المجيء بالجواب وترك الكتاب ثمة فيما اذا كان ميتاً وغائباً فانه يجب الاجر كاملاً .

الثالث : قيد بالذهاب بالكتاب ، حتى لو ذهب الى فلان بلا كتاب فلا اجر له .

الرابع : قيد بأنه وجده ميتاً لانه إذا لم يجده ميتاً وأتى بالجواب يستحق الاجر كاملاً .

الخامس : قيد بأنه وجد ميتاً حتى لو وجده غائباً ودفع الكتاب إلى آخر ليدفعه إليه أو دفعه إلى فلان وهو لم يقر ورجع بالجواب فله أجر الذهاب .

السادس : قيد استئجاره بتبليغ الكتاب لأنه لو استأجره لتبليغ الرسالة إلى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد أو وجد ولم يبلغ برسالته ورجع له الأجر بالاجماع .

السابع : قيد بأنه رد لأنه لو ترك يستحق أجر الذهاب وقد ذكرناه فيما مضى .

( وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلاناً ميتاً فرده فلا أجر له في قولهم جميعاً ، لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام ) لأن الأجر ها

بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد « رح » ، لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب .

---

هنا مقابل بصيرورة الطعام محمولاً إلى ذلك الموضع الذي عينه ، لأنه الفرض صحيح عينه وهو الربح وغيره ، فإذا رد فقد أبطل هذا الفرض فصار كالخياط إذا خاط الثوب ثم نقض حيث لا أجر له .

( بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد « رح » ) فإنه يقول نقل الطعام عمل مقابل الأجر لما فيه من الشقة وقد نقصه بالرد ، كما في مسألة الخياط إذا نقص . وأما نقل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته ، وإنما الأجر مقابل بقطع المسافة وقد قطعها في الذهاب وهو معنى قوله ( لأن المعقود عليه هناك ) أي في مسألة نقل الكتاب ( قطع المسافة على ما مر والله أعلم بالصواب ) وهو قوله لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة .

* * *

# باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها ، لأن العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه

---

## ( باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافاً فيها )

أي في الاجارة ( قال ) أي القدوري ( ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى) وقال الأترازي رحمه الله قبل صورة المسألة فيما إذا قال استأجرت هذه الدار هكذا شهراً، ولم يبين شيئاً يعمل فيها السكنى ولا غيرها ، فعلى هذا يكون قوله السكنى متصلاً بالدور والحوانيت إلى استئجار دور السكنى وحوانيت السكنى من غير أن يبين ما يعمل فيها جائز . ويجوز أن يتعلق قوله السكنى بالاستئجار،أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأصل السكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسد وهو الظاهر من كلام القدوري . قلت فعلى قول تاج الشريعة يكون محل للسكنى جواباً لوصفيه على قول الأترازي يحتمل الوجهين الجر على الوصفية ، والنصب على التعليل فافهم .

ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى ، قال تاج الشريعة السكنى هو صلة الدور والحوانيت لا صلة الاستئجار ، يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى ، لا أن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى فإنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت .

( وإن لم يبين ) المستأجر ما يعمل في الدور والحوانيت ، صورته أن يقول استأجرت هذا الدار شهراً بكذا ولم يبين ( ما يعمل فيها ) من السكنى وغيره فذلك جائز ( لأن العمل المتعارف فيها ) أي في الدور والحوانيت ( السكنى فينصرف إليه ) أي

وأنه لا تتفاوت فصح العقد . وله أن يعمل كل شيء للإطلاق إلا أنه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً

---

السكنى ( وانه ) أي وإن السكنى ( لا تتفاوت فصح العقد ) وفي بعض النسخ ولأنه ، وهكذا صححه صاحب العناية ، ولهذا قال قوله ولأنه لا تتفاوت جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف ، لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه .

ووجهه أن السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت ولا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز لأن المقصود بناء الدار والحانوت الانتفاع ، وهو قد يكون بالسكنى وقد يكون بوضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك ، وبه قال أبو ثور .

( وله ) أي وللمستأجر ( أن يعمل كل شيء للإطلاق ) أي لإطلاق العقد ، ويدخل تحت قوله كل شيء الوضوء ووضع المتاع وكسر الحطب للوقود وغسل الثياب وربط الدواب ، لان سكناها لا يتم إلا بذلك . وفي الذخيرة إنما يكون له ربط الدواب إذا كان فيها موضع معد له وإن لم يكن فليس له ذلك ، وكذا قال الاسبيجابي. وفي شرحه ولو استأجرها للسكنى كل شهر هكذا فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته ويسكنها من أحب ، وهذا إذا كان فيها موضع معد لذلك .

( إلا أنه ) أي أن المستأجر ، والاستثناء من قوله وله أن يعمل كل شيء ( لا يسكن حداداً ) قال تاج الشريعة فتح الحاء هو المسموع واستصوبه السغناقي . والاظهر ما قاله الاترازي وغيره أنه يجوز فيه الفتح والضم ، فعلى الفتح يكون حداداً نصباً على الحال ، وعلى الضم يكون مفعولا به ، ففي الأول ينتفي الاسكان دلالة . وفي الثاني ينتفي السكنى دلالة ، وقوله ( ولا قصاراً ولا طحاناً ) عطفاً على حداداً ، ونص في الذخيرة أن المراد رحى الماء أو رحى الثور . أما رحى اليد فلا يمنع منه ، لانه لا يضر بالبناءوهو من توابع السكنى في العادة ، ثم قال ورحى اليد إذا كان يضر بالبناء وهو من توابع السكنى يمنع عنه وإلا لا ، هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى . وقال أيضاً فلو قعد حداداً أو غيره فانهدم شيء من البناء ضمن ذلك ولا أجر عليه فيما ضمن ، وإن لم ينهدم

لأن فيه ضرراً ظاهراً ، لأنه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة . قال ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها . وللمستأجر الشرب والطريق وإن لم يشترط ، لأن الإجارة تعقد

---

شيء لا يجب الاجر ، لان عمل الحدادة والقصارة غير داخل في العقد ويجب استحساناً، وبه قالت الثلاثة .

ولو اختلف المستأجر والآجر في ذلك فقال المستأجر استأجرتها للحدادة والآجر يقول للسكنى دون الحدادة فالقول للآجر ، لأنه أنكر الاجارة أصلاً . ولو أقاما البينة فالبينة بينة المستأجر لأنه يثبت زيادة الشرط . وقال شيخ الاسلام الاسبيجابي في شرح الكافي وإذا استأجر بيتاً على أن يقعد فيه قصاراً فأراد أن يقعد فيه حداداً فله ذلك إذا كان مضرتها واحدة ، أو مضرة الحداد أقل لأنه لا يلحقه في ضرر زائد فكان له ذلك ، وإن كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الوصي والمسلم والذمي والحربي المستأمن والحر والمملوك والمكاتب كلهم سواء في الاجارة ، وقال أيضاً في شرح الطحاوي ومن استأجر حانوتاً ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل ما بدا له ، إلا انه لا يعمل حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ، وكذلك كل ما يوهن البناء ، وكذلك كل شيء استؤجر ولم يبين ذلك فله أن يعمل فيه حبسه ذلك العمل إلا في أشياء معدودة إذا استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها ، أو استأجر ثوباً ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدراً للطبخ ولم يبين ما يطبخ فيها فالاجارة في هذا كله فاسدة .

( لأن فيه ) أي في سكنى الحداد ونحوه أو في إسكانه ( ضرراً ظاهراً لأنه يوهن ) أي يضعف ( البناء فيتقيد العقد بما وراءها ) أي بما وراء صنعة الحداد والقصار والطحان ( دلالة ) أي من حيث دلالة الحال على ذلك .

( قال ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنها منفعة مقصودة معهودة فيها ) أي في الأراضي وفيه قيد سنذكره ( وللمستأجر الشرب ) بكسر الشين وهو النصيب من الماء ( والطريق وإن لم يشترط ، لأن الاجارة تعقد للإنتفاع ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في

للانتفاع ، ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد ، بخلاف البيـــع ، لأن المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع . ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة . أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة

---

مطلق العقد ) يعني وإن لم يذكرهما . قال الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير وكان أبو جعفـر يقول إذا كانـت الاجارات في بلدنا فالشرب لا يدخـل في الاجـارة بغير شرط ، لأن النـاس يتملون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخـل فيها إلا بالشرط .

( بخلاف البيـع ) يعني لا يدخلان فيه إلا بالذكر ( لأن المقصود منه ملك الرقبـة لا الانتفاع في الحال ، حتى يجوز بيع الجحش ) مع أنه لا ينتفع به في الحـال ( والأرض السبخة دون الاجارة ) أي وبيع الأرض السبخة بفتح السين المهملة وكسر الباء الموحـدة وفتح الخاء المعجمة . وعن الكسائي بالاسكان وهي الأرض التي لا تنبت شيئاً والجمع على سباخ ( فلا يدخلان فيه ) أي فلا يدخل الشرب والطريق في البيع ( من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ) في باب الحقوق من كتاب البيوع .

( ولا يصح العقد ) أي عقد استئجار الأراضي للزراعة ( حتى يسمي ما يزرع فيها ) بفتح الياء على بناء الفاعل ( لأنها قد تستأجر للزراعة ولغيرها ) أي ولغير الزراعة نحـو البناء وغرس الأشجار ونصب الفسطاط ونحوها ( وما يزرع فيها متفاوت ) بضم الياء على بناء المفعول ، لأن البعض قريب الادراك والبعض بعيداً ، أو لأن البعض يضـر الأرض كالدرة والبعض لا يضر كالبطيخ ( فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة أو يقول ) بنصب اللام عطفاً على قوله حتى يسمي ( على أن يزرع فيها ما شاء ، لأنه لما فوض الخيرة ) أي

إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة ، ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً لأنها منفعة تقصد بالأراضي ، ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها

---

الاختيار وهو بكسر الخاء وفتح التاء آخر الحروف والراء ( إليه ) أي إلى المستأجر ( ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة ) وفي المغني لابن قدامة استأجرها للزرع مطلقاً ، أو قال ليزرعها ما شئت فإنه يصح ولو زرعها ما شاء وهو مذهب الشافعي ومالك رحمها الله .

وعن شريح لا يصح حتى يبين ما يزرع ، لأن ضرره يختلف فلم يصح بلا بيان ، وهو قولنا فيما أطلق الزرع كما ذكر في الكتاب . ثم لو زرع نوعاً من الأنواع وهذه الصورة ومضت المدة ففي القياس يجب عليه أجر المثل ، وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد جائزاً كما لو استأجر ثوباً للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس فيه ، فإن عين اللابس بعد ذلك جاز استحساناً ، كذا في الذخيرة وجامع قاضي خان .

( قال ويجوز أن يستأجر الساحة ) بالحاء المهملة المخففة ، وهي الأرض الخالية عن البناء والشجر ( ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلاً أو شجراً ) عطف الشجر على النخل من قبيل عطف العام على الخاص ، كما في قوله تعالى ﴿ سبعاً من المثاني والقرآن العظيم ﴾ ٨٧ الحجر ، وفائدته الاشعار بفضل المعطوف عليه .

فإن قلت المراد ها هنا بيان الحكم لا بيان الفضائل ، فما فائدة إفراد النخل ولايعرفون غيره وإن كانوا يسمعون ، فربما كان يتوهم المتوهم أن حكمها مختلف ، فلدفع هذا الوهم أفرده بالذكر ، ولم أر أحداً من الشراح تعرض لهذا ( لأنها منفعة تقصد بالأراضي ) فيصح لها العقد .

( ثم إذا انقضت مدة الاجارة لزمه ) المستأجر ( أن يقلع البناء والغرس ) بكسر الغين بمعنى المغروس ، ولا يجوز الفتح لأنه مصدر فلا يتصور فيه القلع ( ويسلمها فارغة ) أي يسلم الأرض إلى صاحبها حال كونها فارغة من البناء والغروس ، ومعناه يجبر على القلع

فارغة لأنها لا نهاية لهـــا ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض . بخلاف ما إذا انقضت المدة والزرع بقل حيث تترك بأجر المثل إلى زمان الإدراك ، لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعايـــة الجانبين . قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعـــاً

---

ولا يضمن صاحب الأرض قيمة النقص ، وبه قال مالك والمزني . وقال الشافعي وأحمـد رحمهما الله إن كانا قد شرطا القلع عند انقضائها فكذلك . وإن أطلقا العقد لم يجبر على القلع إلا أن يضمن المالك له قيمة نقضه ( لأنه لا نهاية لها ، ففي إبقائها إضرار بصاحب الأرض ) والضرر مدفوع .

( بخلاف ما إذا انقضت المدة ) أي مدة الاجارة ( والزرع بقل حيث يترك بأجـر المثل إلى زمان الادراك ، لأن لها ) أي للزرع والتأنيث باعتبار المدة ، أي لأن لمدة الزرع ( نهاية معلومة ، فأمكن رعاية الجانبين ) أي جانب صاحب الأرض بأجر المثل،وجانب صاحب الزرع بالترك إلى الاشهار به ، قالت الثلاثة إن لم يكن ذلك من تفريط المستأجر مثل أن يزرع زرعاً لم تجز العادة بكماله قبل انقضاء المدة فحكمه حكم زرع الغاصـب يخير المالك بين أخذه بالقيمة أو تركه بأجر المثل . وعند الشافعي « رح » وجه يلزمـــه نقله . وفي المبسوط الجواب متحد في حق اعتبار الغرس في الاجارة والعارية والغصـب حتى يجب عليهم القلع والتسليم فارغاً .

وفي الزرع اختلـف الجواب ، ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لأنـــه متعد ، وفي الاجارات يترك إلى وقت الادراك إستحساناً بأجر المثل . وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع استحسانا .

( قال إلا أن يختار صاحب الأرض أن يغرم له ) أي لصاحب الشجر أو لصاحـب البناء ( قيمة ذلك مقلوعاً ) أي حال كونه مقلوعاً لأنه يستحق القلع فيقوم الأرض بدون البناء أو الشجر ، وتقوم وبها بناء أو شجر لصاحب الأرض أن يأمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما كذا ذكر في الاختيار وغيره ، ولكن الذي يفهم من نفس التركيب أن يغـرم

ويتملكه فله ذلك» وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر ، إلا أن ينقص الأرض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه . قـــال ويرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيه . قال وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع ،

---

قيمة الشجر مقلوعاً يعني مرمياً على الأرض إن كان لا ينفع إلا للحطب يكون قيمـــة الحطب ، وإن كان ينفع لوجه آخر يكون قيمته من ذلك الوجه ، وكذلك قيمة البناء مقلوعاً على الأرض الحجر من ناحية ، والطين من ناحية ( ويتملكه فله ذلك ) أي يتملك مالك الأرض كل واحد من البناء والشجر ( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه إنمـــا يجوز ( برضاء صاحب الغرس والشجر ) لئلا يتضرر بالاجبار ( إلا أن ينقص الأرض بقلعهـــا ) أي بقلع الأشياء المذكورة والبناء والغرس والشجر ، لأن المذكور هذه الثلاثة .

فإن قلت المفهوم من الغرس فيما مضى النخل والشجر حيث قال لزمه أن يقلع البنـــاء والغرس بعد قوله نخلاً أو شجراً ، وهـــا هنا عطف الشجر على الغرس ، والمعطوف غير المعطوف عليـــه ، وترك ذكر البناء ها هنا . قلت أما ذكر البناء فلأن الغالب نقصـــان الأرض بقلع الأشجار دون البناء . وأما عطف الشجر على الغرس فلتبنيه على فائدة ،وهي أن الغرس اعم من الشجر اسم لماله ساق والغرس يتناول لماله ساق وما ليس له ســـاق ، والحكم في النوعين سواء فافهم . فإن هذا أيضاً ما ذكره أحد من الشراح ( فحينئـــذ يتملكها بغير رضاه ) أي حين وجود نقص الأرض بالقلع يتملك صاحب الأرض البنـــاء والغرس والشجر حال كونها مقلوعة بغير رضى المستأجر .

( قال ) أي القدوري ( أو يرضى ) أي صاحب الأرض ( بتركه على حاله فيكون البنـــاء لهذا والارض لهذا ، لأن الحق له فله أن لا يستوفيـــه ) لان من له الحـــق لا يجبر .

( قال وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة فإنها تقلـــع ،

لأن الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر . قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل

---

لان الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر ) إنما أورد هـذا لبيان أن حكم الرطبـة كحكم الشجرة . قال تاج الشريعة الرطبة كالقصب والكراث . قلت الرطبة هي التي يقال لها برسيم والقرط في لغة أهل مصر ، ولكن عندهم هي كالزرع يزرع في كل سنـة ، بخلاف غيرها من البلاد فإنها عندهم كالشجر في طول البقاء وليس له نهاية معلومـة ، فيحكم في كل بلد بحسب عرفها والطرخون عندنا كالرطبة في طول البقـاء ، وليس له نهاية معلومة .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل ) يعني لركوب معين إما نصاً حقيقة أو تقديراً ، أو إنما قلنا هكذا إلا انه إذا استأجر دابة للركوب ولم يعين من يركبه لا تصح الإجـارة ، وكذا إذا استأجر ثوباً ليلبسه ولم يعين من يلبسه تفسده الإجارة نص عليه في المبسوط والذخيره وغيرهما .

فإن قلت قـال القدوري فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، وكذلك إن استأجر ثوباً للبس وأطلق على ما يجيء الآن في الكتاب . قلت قيل في التوفيق بـين الروايات ما ذكر في فتاوى قاضي خان انه لو أركب غيره أو ركبه بنفسه انقلب جائزاً بعدما وقع فاسداً فيكون معنى قوله . فإن أطلق الركوب جاز أن يركبها من شاء ، أي لو أركبه ينقلب إلى الجوار بعدما وقع فاسداً ، أو يكون المراد ما ذكره الأقطع في شرحه قوله فإن أطلق الركوب ، أي استأجرها للركوب على أن يركب عليها من شاء اختاره صاحب الكافي ، والأوجه أن يقال ما ذكره من الفساد جواب القياس ومن الجواز جواب الاستحسان ما ذكر في المبسوط بعد ذكره وجه القياس في القياس . وفي الاستحسان ان الجهالة المفسدة قد زالـت بركوب نفسه وإركاب غيره فجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء .

فإن قلت ما الدليـل على جواز استئجار الدواب . قلت روى الواقدي في كتاب أسباب نزول القرآن باسناده إلى العلاء بين المسيب عن أبي أمامة التيمي ، قال سألت ابن

لأنه منفعة معلومة معهودة ، فإن أطلق الرّكوب جاز له أن يركب من شاء عملاً بالإطلاق ، ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مراداً من الأصل والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص على ركوبه ، وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس .

---

عمر رضى الله عنهما فقلت أنا أقول بكري في هذا الوجه وأن قوماً يزعمون أنه لا حج لنا ، قال ألستم تلبون ، ألستم تطوفون بين الصفا والمروة ، قال بلى ، قال إن رجلاً سأل النبي ﷺ عما سألت عنه فلم يدر ما يرد عليه حتى نزلت ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾ فدعاه فتلاه ، فقال أنتم الحجاج ، فدل الحديث ان استئجار الدواب جائز (لأنه) أي لأن كل واحد من الركوب والحمل ( منفعة معلومة معهودة ) بين الناس .

( فإن أطلق الركوب ) أراد عمم ولم يقيد بركوب شخص بأن قال على أن تركب من شاء أو على أن تركب من شئت ، أما إذا استأجر للركوب مطلقاً لا يجوز كما ذكرناه آنفاً ( جاز له ) للمستأجر ( أن يركب من شاء ) بضم الياء من الإركاب ومن في محل النصب مفعوله ( عملا بالإطلاق ) أي التعميم كما ذكرنا ( ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحداً ليس له أن يركب غيره ، لأنه تعين مراداً من الأصل ) أي لأن ركوبه بنفسه أو إركابه غيره تعيين حال كونه مراداً من الأصل وهو الإطلاق والتعميم ( والناس متفاوتون في الركوب ، فصار كأنه نص ) في الابتداء ( على ركوبه ) شيء معين .

( وكذلك إذا استأجر ثوباً للبس وأطلق ) أي عمم ولم يقيد بلبس شخص ( فيما ذكرناه ) من العمل بالإطلاق وهو أن يلبس من شاء، ولكن إذا لبس بنفسه أو لبس واحداً ليس له ان يلبس غيره ( لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس ) هذان يرجعان إلى الحكمين المذكورين من قبيل اللف والنشر ، فرجع كل واحد منهما إلى ما يليق به من الحكم .

وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه ، وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا . فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره ، لأن التقييد غير مقيد لعدم التفاوت ، والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه .

قال وإن سمى نوعاً وقدراً معلومة يحمله على الدابة مثل أن يقول

---

( وإن قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطب ) أي هلك ، والضمير فيه يرجع إلى كل واحد من الدابة والثوب ( كان ضامناً ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ، فصح التعيين وليس له أن يتعداه ) لأنه تعيين مفيد لا بد من اعتباره فإذا تعدى ضمن ( وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل ) بكسر الميم الثانية وذلك بالفسطاط ونحوه حتى لو استأجر فسطاطاً ودفعه إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه ضمنه عند أبي يوسف رحمه الله لتفاوت الناس في نصبه واختياره مكانه وضرب أوتاده . وعند محمد لا يضمن لأنه كالدار ( لما ذكرنا ) يعني من تفاوت الناس في الاستعمال .

( فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل ) كالاحصاص المبنية من البردي ، والبيوت المبنية من الخشب ونحوها ( إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير مقيد لعدم التفاوت ) في المسكن ( والذي يضر بالبناء خارج ) هذا جواب عن سؤال من يقول قد تفاوت السكان أيضاً ، فإن الحداد ونحوه يضر بالبناء ، فأجاب عنه بأن الذي يضر بالبناء خارج ، أي مستثنى ( على ما ذكرناه ) أشار به إلى قوله إلا انه لا يسكن حداداً ... إلى آخره .

( قال ) أي القدوري ( وإن سمى نوعاً وقدراً معلومة يحمله على الدابة مثل أن يقول

خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم ، لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ، أو لكونه خيراً من الأول . وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء به . وإن استأجرها ليحمل عليه قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره ،

---

خمسة اقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر ) كحنطة أخرى غير الحنطة المعينة ( أو أقل ) ضرراً ( كالشعير والسمسم ) قال السغناقي وتبعه الأترازي هذا لف ونشر ، فالشعير ينصرف إلى المثل ، والسمسم إلى أقل إذا كان التقدير فيها من حيث الكيل لا من حيث الوزن . قلت هذا ليس بلف ونشر ، بل كل واحد منها ينصرف إلى الأقل ومثاله ، وأما مثل الحنطة في الضرر هو الحنطة الاخرى غير الحنطة المعينة في الإجارة كما ذكرنا ، ولا شك أن الشعير أخف من الحنطة سواء كانا وزناً وكيلا ، فكيف يكون مثل الحنطة في الضرر ثم قال هذا جواب الاستحسان ، أما لو سمى قدراً من الحنطة وزناً فحمل مثل الوزن من الشعير يضمن. وفي المبسوط لا يضمن وهو الاصح، وبه أفتى الصدر الشهيد « رح » ( لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت ) فيما إذا كان مثلا ( أو لكونه خيراً من الأول ) فيما إذا كان أقل ضرراً .

( وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضاء فيه ) لأنه يجتمع في موضع واحد فيدق ظهر الدابة . وفي المبسوط وكذا لو حمل وزن الحنطة قطناً يضمن لأنه يأخذه من ظهر الدابة فوق ما يأخذ الحنطة فكان أضر عليها من وجه ، كما لو حمل عليها حطباً أو تبناً .

( وإن استأجرها ليحمل عليها قطناً سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما يكون أضر بالدابة ، فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهره ، والقطن ينبسط على

قال وإن استأجرها ليركبها فأركب معه رجلاً فعطبت ضمن نصف قيمتها ، ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية .

---

ظهره ) إنما ذكر هذا مع كونه معلوماً مما سبق لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون .

( قال ) أي القدوري ( وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ) قيد بالإرداف لأنه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن كل القيمة وإن كانت الدابة تطيق ذلك ، لأن ثقل الراكب مع الذي حمله يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق عليها ، كما لو حملها مثل وزن الحنطة حديداً . وقيد بقوله رجلا لأنه إذا أردف صبياً يضمن قدر الفضل لأن الصبي لا يستمسك بنفسه على الدابة فكان كالمتاع ، وهذا اذا كانت الدابة تطيق ذلك ، فإن لم تطق يضمن جميع قيمتها وبه قال الشافعي وأحمد عن الشافعي يجب على المردوف نصف الضمان ، قوله ( ضمن نصف قيمتها ) يعني مع تمام الأجر إذا كان الهلاك بعد البلوغ إلى المقصد ثم المالك بالخيار إن شاء ضمن المستأجر فلا يرجع المستأجر على الغير سواء كان الغير مستعيراً أو مستأجراً ، وإن ضمن الرد يرجع على المستأجر إن كان الغير مستأجراً ، وإن كان الغير مستعيراً لا يرجع .

وفي تجريد القدوري استأجر دابة ليركبها فأركب غيره مع نفسه يضمن النصف سواء كان أخف أو اثقل ، وفي الفتاوى الصغرى والتتمة استأجر دابة ليركبها إلى مكان معلوم فركب وحمل مع نفسه حملا يضمن قدر الزيادة إن عطبت الدابة ، وهذا إذا لم يركب موضع الحمل بل يكون ركوبه في موضع آخر أما إذا ركب على موضع الحمل ضمن قيمة جميع الدابة ، كذا في إجارات شيخ الاسلام خواهر زادة .

( ولا معتبر بالثقل ، لأن الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ) أراد بالفروسية معرفة كيفية الركوب كيف يقعد على

ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عـــدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات .

---

ظهر الدابة وكيف يضم فخذيه وكيف يحط رجليه في الركب إذا كانت الدابة تركب بالركب وكيف يمسك اللجـــام والخطام ، فإن الدواب لا تطلق ولا تهلك تحت الركاب إلا من هذه الجهات .

( ولأن الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن ) قـــال في الكافي لأن الآدمي لا يوزن بالقبان وفيه نظر ، وقد شاهدنا كثيراً من الناس وزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن ينضبط هذا على ما لا يخفى ( فاعتبر عدد الراكب كعدد الجنـــاة ) بضم الجيم جمع جاني كالقضاة جمع قاض ( في الجنايات ) أراد ان الاعتبار في الجنايات المتعددة عدد الجناة لا عدد الجنايات حتى ان رجلا إذا جرح رجلا جراحة واحـدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما أنصافاً ، لأنه ربما سلم المجروح من عشر جراحـــات ويهلك من جراحة واحدة .

وأورد شبهتان ، الأولى : أن الأجر والضمان لا يجتمعان ، وهنا قد اجتمعا ، لأنـــه وجب عليه نصف الضمان مع وجوب الآخر كما ذكرنا . الثانية : أنه لو استأجرها ليركبها بنفسه فلو أركب غيره يجب عليه كل القيمة وها هنا نصف القيمة مع أنه ركب وأركب غيره ، مع أن الضرر ها هنا أكثر والضمان يدور مع زيادة الضرر .

أجيب عن الأولى بأن انتفاء الأجر عند الضمان إذا ملكه بالضمان بطريـق الغصب ، لأن الأجر في ملكه ، وها هنا لم يملك شيئاً بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميـــع المسمى بمقابلة ذلك ، وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه ، لا يقال حين تقرر عليه ضمان نصف القيمة قد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر ، لأنا نقول إن الضرر ليس من قبل ثقل الراكب وخفته ، وإنما هو باعتبار العدد ، ولهذا يوزع الضمان نصفين . وعن الثانية أنه إذا أركب غيره فهو مخالــف في الكل ، وهنـــا هو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره . ألا ترى أنـــه لو استأجرها لركوبه لم يجب الأجر إذا حمل عليها غيره ووجب الأجر إذا ركبها وحمل مع نفسه غيره .

وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل ، لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه

---

( وإن استأجرها ليحمل عليها مقداراً من الحنطة فحمل عليها أكثر منه ) أي من المقدار الذي عينه ( فعطبت ضمن ما زاد الثقل ) بكسر الثاء وفتح القاف وهو ضد الخفة وهو اسم معنى وبالسكون الحمل وهو اسم غيره ( لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه ) وقوله ما زاد الثقل مقيد بما إذا كان المزيد من جنس المسمى ، بخلاف ما إذا كان من غير جنسه كما لو استأجرها ليحمل عليها كر شعير فحمل عليها حنطة بمثل ذلك الكيل فهلك ضمن جميع قيمتها . والفرق أن في الأول هو مأذون في حق المزيد عليه ، وفي حق الزيادة فلا يضمن لما أذن فيه . وفي الثاني تحققت المخالفة في الجميع فيضمن ، وعند الشافعي وأحمد يضمن قيمتها كلها كما في الغصب ، لأنه متعد إذا لم يكن معها صاحبها ، وإن كان صاحبها معها فإن تلف بعد التسليم إلى صاحبها لم يضمن وإن تلف في حال الحمل ضمن .

وفي قدر الضمان قولان ، أحدهما : نصف القيمة . والثاني : أنه يسقط وما قابل الزيادة يجب وإن لم يهلك يجب المسمى ، وفيا زاد أجر المثل . وعن مالك خير المالك بين تضمين القيمة بالتعدي وبين أجر المثل .

فإن قيل ما ذكرتم ينتقض بما إذا استأجر ثوراً للطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن أحد عشر مختوماً فهلك ضمن الجميع وإن كانت الزيادة من الجنس . أجيب بأن الطحن إنما يكون شيئاً فشيئاً فكما طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو مخالف في استعمال الدابة بغير الإذن فيضمن . فأما الحمل فيكون جملة واحدة فهو مأذون في بعض مخالف في بعض فيوزع الضمان على ذلك.

وفي تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل في الجوالق عشرين مختوماً فأمر المكاري أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكري في الحمل لا ضمان عليه أصلاً إذا هلكت الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري المستكري في

والسبب الثقل فانقسم عليهما . إلا إذا كان حملاً لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة . وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن إذا فعل فعلاً متعارفاً لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد ، فكان حاصلاً بإذنه فلا يضمنه . ولابي حنيفة ان الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما

---

الحمل لا ضمان عليه أصلا إذا هلكت الدابة . ولو حملاه جميعاً يعني المكاري والمستكري ووضعاه على الدابة يضمن المستكري ربع القيمة . وإن كانت الحنطة في الجولقين فحمل كل واحد منهما جولقاً ووضعاهما على الدابة جميعاً لا يضمن المستأجر شيئاً وجعل حمل المستأجر ما كان مستحقاً بالعقد .

( والسبب الثقل فانقسم عليهما إلا إذا كان حملا ) بكسر الحاء ( لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الإذن فيها أصلا لخروجه عن العادة ) وفي بعض النسخ لخروجه عن طاقة الدابة ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، وفي الشرط يضمن القيمة .

( وإذا [1] كبح الدابة بلجامها ) أي جذبها إلى نفسه لتقف ولا تجري ( أو ضربها فعطبت ضمن عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفاً ، لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه ) وبه قالت الثلاثة وإسحاق وأبو ثور . وقال صاحب العناية وفي عبارته تسامح ، لأن المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخلا تحته . والجواب أن اللام في المتعارف للعهد ، أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف ، وحينئذ يكون داخلا لا مراداً ، لأن العقد المطلق يتناوله وغيره .

( ولأبي حنيفة أن الاذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونهما وهما ) أي

---

(١) وإن – هامش .

للمبالغة ، فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق . وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن . وكذلك العارية

---

الكبح والضرب ( للمبالغة فيقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق ) فإنه مقيد بوصف السلامة . وفي الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبي بإذن الأب أو الوصي لم يضمن ، وهما لو ضربا يضمنان . وفي العيون المعلم والاستاذ إذا ضربا الصبي بغير إذن الأب أو الوصي ضمنا . ولو ضرباه بإذنهما لا يضمنان ، والأب والوصي إذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبي حنيفة خلافاً لهما . وفي التتمة الأصح أن أبا حنيفة رجع إلى قولهما. وفي الفتاوى الصغرى أيضاً قال أبو سليمان إذا ضرب ابنه على تعليم القرآن فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه . وقال أبو يوسف لا شيء عليه ويرثه . ولو ضرب امرأته على المضجع فماتت يضمن ولا يرثها في قولهما ، لأنه ضربها لمنفعة نفسه ، بخلاف الأب مع الابن .

( وإن استأجرها إلى الحيرة ) بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء المهملة وهي مدينة على ميل من الكوفة كان يسكنها النعمان بن المنذر ( فجاوز بها إلى القادسية ) وهو موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا ( ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت ) أي هلكت ( فهو ضامن ، وكذلك العارية ) أي في العارية أيضاً يضمن إذا فعل ذلك ، وبه قالت الثلاثة ، وهل يجب أجر المثل في الزيادة فعندنا وعند الثوري لا يجب ، وعند الشافعي وأحمد يجب أجر المثل في الزيادة . وحكي عن مالك إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيداً خير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي وقد طعن عيسى بن إبان وقال إلحاق الاجارة بالعارية كما ذكره في الكتاب غير مستقيم لما أن يد المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما لحقه من الضمان على المالك كما في الوديعة ، وهذا مؤنة الرد على المالك . بخلاف العارية حيث لا يرجع المستعير على المالك بشيء .

أجيب عن هذا بأن يد المستأجر يد نفسه لأنه قبضه لمنفعة نفسه كالمستعير ، ولكن

وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردوداً إلى يد المالك معنى . أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق . وقيل الجواب يجري على الإطلاق ، والفرق أن المودع

---

رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة ، وذلك لا يدل على أن يده ليست كيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان المغرور .

فإن قيل لو استأجرت امرأة ثوباً لتلبسه أياماً فلبست ليلاً كانت ضامنة . ثم إذا جاء النهار برئت عن الضمان فعلم أن المستأجر إذا عاد إلى الوفاق يبرأ المرأة الضمان . قلنا وجوب الضمان عليها لاستعمال دون اليد ، فإن لها أن تمسكه بالليل والنهار وقد انعدم الاستعمال الذي لم يتناوله العقد بمجيء النهار . وها هنا وجوب الضمان صح باعتبار إمساك الدابة بعد المجاوزة بدليله أنه لو لم يركبها فهلكت يضمن ، والامساك وإن أعادها إلى الحيرة يزول بالرد على المالك أو إلى على نحو قائم مقامه ولم يوجد ، كذا ذكره المحبوبي .

( وقيل تأويل هذه المسألة ) أشار بهذا إلى بيان اختلاف المشايخ في معنى وضع المسألة المذكورة فمنهم من قال تأويلها ( إذا استأجرها ذاهباً لا جائياً لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير ) أي الدابة ( بالعود ) من القادسية إلى الحيرة ( مردوداً إلى يد المالك معنى ) فإنه لما كان مودعاً معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى ( أما إذا استأجرها ذاهباً وجائياً يكون بمنزلة المودع ) بفتح الدال ( إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ) حيث يخرج عن الضمان .

( وقيل الجواب يجري على الإطلاق ) يعني سواء استأجرها ذاهباً لا جائياً ، أو ذاهباً وجائياً فإنه لا يبرأ بالعود عن الضمان ، لأن بالمجاوزة صار غاصباً ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على نائبه ولم يوجد ، لأن محمداً لم يفصل في الجامع الصغير في الجواب بل أطلق ، وقال هو ضامن من غير قيد ( والفرق ) يعني بين

مأمور بالحفظ مقصوداً فيبقى الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفـــاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك . وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً ، فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود ، وهـــذا أصح ومن اكترى حماراً بسرج فنزع ذلك السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول يتناوله إذن المالك ، إذ لا فائدة في التقييد بغيره ،

---

الوديعة وبين الإجارة والعارية ( أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يـد نائب المالك ) أراد نائب المالك هو المودع بنفسه ، لأنه نائبه في الحفظ لقيام الأمر مطلقاً ، فإذا عادا إلى الوفاق حصل إلى نائب المالك فبرىء من الضمان .

( وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للإستعمال لا مقصوداً ، فـإذا انقطع الاستعمال ) بالتجارة عن الموضع المسمى ( لم يبق هو نائباً ) أي المستأجر أو المعير ( فلا يبرأ بالعود ) أي فلا يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق .

فإن قيل غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على المالك أو نائبه . أجيب بأنا نزيد في المأخوذ فنقول يبرأ بالرد إلى أحـد هذين أو إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ، كذا في الفوائد الظهيرية .

( وهـــذا ) أي الأجر على الإطلاق ( أصح ) من التفصيل في الجواب . وفي الكافي وقيل الأول أصح .

( ومن اكترى حماراً بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه ، لأنه إذا كان يماثل الأول ) أي البيع ، السرج الثاني إذا كان مثل السرج الأول ( يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره ) أي من حيث المنع ، أي لا فائدة في القول بأن هذا

إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة . وإن كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن ، لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً . وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج ، وهذا أولى . وإن أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة .

---

مقيد بأن لا يسرج بغير هذا السرج الذي عينه صاحبه إذا كان غيره يماثله . وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح . قال الكاكي والأولى في اللفظ هنا أن يقال بعينه . وقال الأترازي قوله في التقييد بغيره ، أي في تقييد الضمان بغير ذلك السرج . ولو قيل بعينه كان أولى في تقييد الإذن بغير ذلك السرج ، لأنه وما يماثله سواء فلم يفد التقييد . قلت فكأنما ما وقفا على كون هذه نسخة ، فلذلك قال هذا القول .

( إلا إذا كان زائداً عليه في الوزن ) استثناء من قوله فلا ضمان عليه ، يعني ضمن إذا كان السرج الثاني زائداً على الأول ثم بين كيفية الضمان بقوله ( فحينئذ يضمن الزيادة ) لانه من جنس المسمى . قال تاج الشريعة هذا إنما يستقيم إذا كان الهلاك من السرج الثاني .

( وإن كان لا يسرج بمثله الحمر ) بأن سرجه بسرج البرذون ( يضمن ) القيمة كلها (لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفاً ) فيضمن ( وإن أوكفه بإكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى ) أي الضمان ها هنا أولى من الضمان فيما إذا أسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر ، لأن السرج من جنس السرج والاكاف ليس من جنس السرج ، ولأنه أثقل بالنسبة إلى السرج .

( وإذا أوكفه بإكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة ) ولم يبين مقدار المضمون اتباعاً لرواية الجامع الصغير ، لأنه لم يذكر فيه أنه ضامن لجميع القيمة ، ولكن قال هو ضامن . وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد فمن مشايخنا من قال ليس في المسألة روايتان ، وإنما المطلق محمول على المفسر ، ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد . وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة . قال شيخ الاسلام وهذا أصح .

وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة ،

---

( وقالا يضمن بحسابه ) وهو رواية عن أبي حنيفة وتكلموا في معنى هذا فقيل المراد المساحة ، حتى لو كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين ، والاكاف قدر أربعه أشبار يضمن نصف قيمتها . وقيل بحسابه في الثقل والخفة ، حتى لو كان وزن السرج منوين ، والاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها . وقال الحاكم في الكافي ولو تكارى حماراً عرياناً فأسرجه وركبه فهو ضامن له . وقال الكرخي في مختصره ولو اكترى حماراً عرياناً فأسرجه ثم ركبه كان ضامناً . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا إذا كان حماراً لا يسرج مثله عادة ، أما إذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه ، لأن المقصود هو الركوب والسرج آلة ، فلا يختلف بوضع السرج عليه .

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد فصل أصحابنا هذا وقالوا استأجره ليركب إلى خارج المصر لم يضمن ، لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف ، فلما أجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى . وقالوا وإن استأجر ليركبه في المصروهو من ذوي الهيئات فله أن يسرجه ، لأن مثله لا يركب بغير سرج ، وإن كان من دون الناس فأسرجه ضمن ، لأن مثله يركب في البلد بغير سرج ، ثم إذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد ، لأنه ذكر الضمان مطلقاً . قال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة . وقال الأترازي ينبغي أن يكون الأصح ضمان قدر الزيادة لأنه استأجر عرياناً فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب .

وقال الكرخي في مختصره إن لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه إذا كان مثله يلجم بذلك اللجام ، وكذلك إن أبدله وذلك لأن الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بإلجامه .

( لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء ، فيكون المالك راضياً به ، إلا إذا كان زائداً على السرج في الوزن فيضمن الزيادة ، لأنه لم يرض بالزيادة ) فكان

فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه . ولأبي حنيفة « رح » ان الإكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فيكون مخالفاً ، كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة . وإن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه . وإن بلغ

---

متعدياً فيها فيضمنها ( فصار كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه ) أي فصار حكم الزيادة في السرج كحكم الزيادة في الحمل المسمى بأن قال خمسون بأن كان المسمى حنطة فإنه يضمن الزيادة .

( ولأبي حنيفة أن الاكاف ليس من جنس السرج لأنه للحمل ) بفتح الحاء ( والسرج للركوب ، وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر ) أراد أن الاكاف ينبسط أكثر مما ينبسط السرج ( فيكون مخالفاً كما إذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة ) أي والحال أنه قد شرط للحمل الحنطة . قال صاحب العناية فيه نظر ، لانه عكس ما نحن فيه من المثال ، إلا إذا جعل ذلك للمخالفة فقط من غير نظر إلى الانبساط وعدمه . قلت ليس فيه عكس ، لأن الحديد قدر وزن الحنطة المشروطة لا تأخذ من ظهر الدابة قدر ما تأخذ الحنطة ، وهذا ظاهر على أن هذا التشقية والتشبيه لا عموم له فلا حاجة إلى النظر .

والجواب عنه ( وإن استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً في طريق كذا فأخذه في طريق غيره يسلكه الناس ) أي غير الطريق الذي عينه المستأجر ، هذه جملة في محل الجر لأنها صفة لقوله في طريق غيره . قيد بها لأنه إذا كان لا يسلك الناس فيه يضمن ( فهلك المتاع فلا ضمان عليه ) لعدم مراده التقييد ( وإن بلغ ) بالتشديد ، كذا السماع من المشايخ ، أي

فله الأجر . وهـــذا إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك التقييد غير مفيد . أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإنه تقييد مفيد ، إلا أن الظاهر عـــدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل . وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفاً . وإن بلغ فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة

---

فان بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي اشترط أن يحمل إليه ويجوز التخفيف والتأويل ( فله الأجر ) لحصول المقصود ( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه من عدم الضمان ووجوب الأجر ( إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت ، لأن عند ذلك ) أي عنـــد عدم التفاوت ( التقييد غير مفيد ، أما إذا كان تفاوت ) أي التفـاوت ، وهو أن يكون الذي سلكه وعراً وأخوف ( يضمن لصحة التقييد فانه تقييد مفيد ) لأنه إنما قيد ليحفظ متاعه ،فاذا خالفه صار متعدياً فيضمن وإن بلغ إليه المكان مع ذلك فله الأجر لحصول المقصود ،كذا في الفوائد الظهيرية .

( إلا أن الظاهر ) هذا جواب إشكال يرد على التفصيل ، تقريره أن يقال أن محمداً أطلق الرواية بأنه لا ضمان عليه فيما إذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد فما هذا التفصيل ، فأجاب بقوله إلا أن الظاهر ( عدم التفاوت إذا كان طريقاً يسلكه الناس فلم يفصل ) يعني بين الطريقين بالتفاوت ( وإن كان طريقاً لا يسلكه الناس فهلك ضمن ، لانه صح التقييد فصار مخالفاً ) صورة ومعنى فيضمن ( وإن بلغ ) بالتشديد يعني وإن بلغ الحمال المتاع ذلك الموضع الذي عينه ، ويجوز بالتخفيف على إسناد الفعل إلى المتاع ، يعني إن بلغ المتاع إلى المكان الذي عينه مع سلوكه في الطريق الذي لا يسلكه النـاس ( فله الاجر لانه ارتفع الخلاف ) أراد به مخالفة المستأجر ( معنى ) أي من حيث المعنى لحصول غرض المستأجر ( وإن بقي ) الخلاف ( صورة ) أي من حيث الصورة ، وذلك لانه سلك غير ما عينه .

وإن حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر ، وإن بلغ فله الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى . ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها ، لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها ، ولا أجر له لأنه غاصب للأرض على ما قررناه . ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ القباء

---

( قال وإن حمله في البحر ) والحال انه أمره بالمسير في البر ( فيما يحمله الناس في البر ) أراد حمله في الطريق في البحر يحمل الناس فيه ( ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر ) حتى أن للمودع ان يسافر بالوديعة من طريق البر دون البحر ( وإن بلغ ) يعني المكان الذي عينه مع حملانه في البحر ( فله الأجر لحصول المقصود ) وهو بلوغ ذلك الشيء إلى الموضع الذي عينه ( وارتفاع الخلاف معنى ) دون صورة وهو ذهابه في غير الطريق الذي عينه ولكن هذا الخلاف غير معتبر بعد حصول المقصود .

( ومن استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها ) بلا خلاف بين أهل العلم ( لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها ، فكان خلافاً إلى شر فيضمن ما نقصها ولا أجر له ) أي للمستأجر على المؤجر ،لأن الأجر والضمان لا يجتمعان ( لأنه غاصب للأرض ) وعند الشافعي وأحمد رب الأرض مخير بين أخذ الأجر وما نقصت الأرض ، وبين أخذ أجر المثل للجميع . وعن أحمد عليه أجر المثل كالغاصب ( على ما قررناه ) إشارة إلى قوله لأن الرطاب أضر بالأرض .

( ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فإن شاء ضمنه قيمة الثوب ) ويكون القباء للخياط ، لأنه ملك الثوب بأداء الضمان ( وإن شاء أخذ القباء

وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز بـه درهماً . قيل معنـــاه القرطق الذي هو ذو طلـق واحـــد لانـه يستعمل استعمال القبـاء . وقيـــل هو مجري على إطلاقه لأنهما يتقاربان في المنفعة ، وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار ، لأن القباء خلاف جنس القميص .

---

وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به درهما ) لان المنافع عندنا لا تتقوم إلا بالعقد ، وليس فيما وراء المسمى عقد كما لو شرط على النساج أن ينسجه صفيقاً فحاكه رقيقـاً أو على العكس حيث يلزمه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى ( قيل معناه ) أي المرادعن القباء هو (القرطق الذي هو ذو طاق واحد ) وهو تعريب – كرتـــه وبك تاهي – والقرطق الذي يلبسه الاتراك مكان القميص ، يقال له بالفارسية – بكتهي – .

وقال الاترازي وكان سماعنا بفتح الطا في القرطق، وهكذا كان تصحيح الإمام حافظ الدين الكبير البخاري ، ولكن حفظناه في كتاب مقدمة الادب سماعاً من الثقـات بضم الطاء ، ولهما وجه ، لانه لما كان معرباً تلاعبت به الالسنة كما شاءت . قلت ينبغي أن يكون بالفتح ، لانه تعريب – كرته – كما ذكرنا وهو مفتوح التاء ، فلما عربوه قلبوا التاء طاء ، ولا يلزم منه تغيير الحركة أيضاً فافهم . وفي المغرب القرطق ذو طـــاق واحد . وقال الإمام ظهير الدين القميص إذا قد من قبل كان قباء طاق ، وإذا خيط جانبـاه كان قميصاً ، وهو المراد من القرطق ، كذا في الحياوتة ( لانه يستعمل استعمال القباء ) أي لان القرطق يستعمل استعمال القباء ، لانه يلبس مثل ما يلبس القباء ويدخل اليدان في الكمين فيه كما في القباء .

( وقيل هو مجري على إطلاقه ) أي القباء مجري على إطلاقـــه من غير أن يأذن أن معناه القرطق ( لانهما ) أي لان القميص والقباء ( يتقاربان في المنفعة ) أي في منفعـــة اللبس من دفع الحر والبرد وستر العورة .

( وعن أبي حنيفة أنه يضمن من غير خيار ) لصاحب الثوب ، وهذه الرواية رواها الحسن عن أبي حنيفة وهي قياس قول الثلاثة ( لان القباء خلاف جنس القميص ) فكان

وجـــه الظاهر أنه قميص من وجه لأنه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل إلى أي الجهتين شاء إلا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ، ولا يجاوز به الدراهم المسمى كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى . .

---

مخالفاً من كل وجه ، فكان غاصباً من كل وجه وحكم الغاصب من كل وجه هذا .

( ووجه الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( أنه ) أي القباء ( قميص من كل وجه ، لانه يشد وسطه وينتفع به انتفـــاع القميص ) من دفع الحر والبرد وستر العورة ( فجاءت الموافقة والمخالفة ) الموافقة من حيث أن القباء يشبه القميص من الوجه المذكور . وأمـا المخالفة فظاهرة لانه أمره قميصاً وخاطه قباء ( فيميل ) أي إذا كان الامر كذلك فيميل صاحب الثوب ( إلى أي الجهتين شاء ) فإن مال إلى الخلاف ضمنه قيمة ثوبه وترك القبـاء عليه . وإن مال إلى الوفاق أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله ، وهو معنى قوله ( إلا انـه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ) لانه ما رضي بهذه الصفة وإنما رضي بتلك الصفـة المخصوصة . ألا ترى أنه لو خاطه قميصاً مخالفاً لمـــا وضعه لم يجب المسمى لفوت وصف يقابله المسمى ، فهنا أحق .

( ولا يجاوز به الدراهم المسمى ، كما هو الحكم في سائر الإجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه إن شاء الله تعالى ) وعند الثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

ثم اعلم أن هـــذا كله إذا تصادق على الامر بخياطة القميص . ولو قـال رب الثوب أمرتك بخياطة القميص . وقال الخياط بل أمرتني بخياطة القباء فالقول لرب الثوب، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى وأبو ثور . وعن أحمد في رواية القول للخياط . واختلف أصحاب الشافعي ، فمنهم من قال في المسألة قولان كالمذهبين ، ومنهم من قال الصحيح أن القول لرب الثوب . ومنهم من قال إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، فإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط. وإن اختلفا في الأجر فالقول للمالك لانه منكر الزيادة والبينة

ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ، والأصح أنه يخير للإتحاد في أصل المنفعة ، وصار كما إذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزاً فإنه يخير ، كذا هذا .

---

بينة الخياط ، لانها تثبت الزيادة .

( ولو خاطه سراويل وقد أمر بالقباء ) أي والحال أنه قد أمر بخياطة القباء ( قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة ) وبه قالت الثلاثة ( والاصح انه يخير ) إن شاء ضمن الخياط قيمة الثوب ولا أجر عليه . وإن شاء أخذ المخيط وأعطاه أجر مثله ولا يجاوز به المسمى ( للاتحاد في أصل المنفعة ) أي منفعة اللبس وستر العورة ( وصار ) أي حكم هذه المسألة ( كما إذا أمر بضرب طست من شبه ) بفتح الشين المعجمة والباء الموحدة وهو ضرب من النحاس . قال أبو عمر والطست والطستة والطس لغات في الطست والجمع طسوس وطساس وطسس وطسات ، قال أبو عبيد عن أبي عبيد الطست معربة ( فضرب منه كوزاً فانه ) أي فان الامر ( يخير ) بين أن يأخذ الكوز وإعطاءه أجر مثله ، وبين أن يضمن المأمور قيمة الشبه ولا أجر عليه ( كذا هـــذا ) أي فيما إذا خاطه سراويل وقد أمر بالقباء .

وقال شمس الائمة البيهقي في الكفاية قالوا لو قطعه سراويل لم يجب له أجره إلا أن الرواية تخالف هذا . وقال في الإيضاح كانوا يقولون لو قطعه سراويل لم يجب له أجر من المنفعة فلم يوجد المعقود عليه . قال والرواية تخالف هذا ، فإنه روي عن محمد أنه لو دفع شبهاً إلى رجل ليضرب له طست إلى آخر ما ذكره المصنف .

* * *

# باب الاجارة الفاسدة

## قال الإجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيـــع ، لأنه بمنزلته، ألا ترى أنه عقد يقال ويفسخ

---

### ( باب الاجارة الفاسدة )

عقبها بالصحيحة لانها تأخذ الحكم منها ، وتأخيرها عن الصحيحة إيقاعها في محلها[1].

( قال ) أي القدوري ( الإجارة تفسدها الشروط ) المخالفـــة لمقتضى العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنـــه إن انقطع ماؤه فالاجر عليه ، وكذا لواشترط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر ، وكذلك اشتراط كرى نهرفي الارض أو ضرب مسنات عليها أو حفر بئر فيها أو ان تصرفها على المستأجر لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجر وانهـــا مجهولة غير معلومة ، وجهالة بعض الاجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة ( كما تفسد البيع لانه ) أي لان الإجارة والتذكير بإعتبار العقد ( بمنزلته ) أي بمنزلة البيع .

( ألا ترى انه عقد يقال ويفسخ ) كما ان البيع كذلك وقوله يقـال من الإقالة لا من القول ، فإذا كانت مثل القول تفسد بالشروط ، لأنهـــا مبنية على المضايقة والمماكسة ، فالإشتراط يكون مفضياً إلى المنازعة كالبيع ، ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشروط لما انه بني على المسامحة وأراد بالشروط شروطاً لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع . ولهذا لو استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الأجرة إذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالأجر إلى أن يرجع ، إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب ، وكذا لو استأجر رجلاً ليعمل له هذا العمل بدر وشرط عليه أن يفرغ منه اليوم جـــاز

---

(١) محكمها – هامش .

والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز بـــه المسمى . وقال زفر والشافعي « رح » يجب بالغاً ما بلغ اعتباراً ببيع الأعيان . ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة النـــاس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها ،

---

بالإتفاق . بخلاف مـــا لو استأجر ليعمل هذا العمل اليوم عند أبي حنيفة ، كذا في الفتاوى الصغرى .

( والواجب في الإجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى ) هـذا إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية ، لأنـه لو كان باعتبار واحد منها يجب الأجر بلغ ما بلغ ، ذكره في المغني والذخيرة وفتاوى قاضي خان . وقال تاج الشريعة قوله لا يجاوز به المسمى ، أي إلا إذا كان المسمى مجهولاً نحو ما إذا استأجره على دابة أو ثوب أو أجر منه داراً ليسكنها بعشرة على أن يعمرها ويؤدي نوابها فإنه ثمة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ .

( وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغاً ما بلغ ) أي يجب أجر المثل حال كونه بالغاً ما بلغ . وقوله ما بلغ مفعول بالغاً ، وبه قال مالك وأحمد ( اعتباراً ببيع الأعيان ) أي معتبرين اعتباراً بيع المنافع ببيع الأعيان ، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت ، وهذا بناء على أن المنافع عندهم كالأعيان .

( ولنا أن المنافع لا تتقوم بنفسها ) لأن التقويم يستدعي الإحراز وما لا يبقى كيف يحرز ( بل بالعقد ) أي بل يتقوم بالعقد ، يعني صارت متقومة شرعاً بالعقد (لحاجة الناس إليها ) أي لأجل حاجة الناس إلى الإجارة التي هي بيع المنـــافع . حاصل الكلام أن المنافع اعراض لابقائها ، فكما توجد تتلاشى ، ولا قيمة لها ، ولكنها تقومت بعقد الاجارة لضرورة دفع الحاجة عن الناس ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ، وهو معنى قوله ( فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها ) يعني إذا كان الأمر كذلك يكتفى بالضرورة في العقد الصحيح من الإجارة ، لأن الضرورة تتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بالإجارة الصحيحة ، فيكتفى بها .

إلا أن الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ، وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ، بخلاف البيع ، لأن العين متقوم في نفسه وهو الموجب الأصلي ، فإن صحت التسمية انتقل عنه

---

( إلا أن الفاسد تبع له ) هذا جواب عما يقال ينبغى أن لا يجب أجر المثل في الفاسد لعدم الضرورة. فأجاب بأن الفاسد تبع للصحيح فيثبت فيه ما يثبت في الصحيح باعتبار أنه تبعه ، والاعتبار للأصل لا للتبع ، فصار كأنه لا وجود للفاسد ( فيعتبر ما يجعل بدلاً في الصحيح عادة ) هذا من تتمة الجواب ، أى يعتبر في الإجارة الفاسدة ما يجعل به لا في العقد الصحيح عادة ، وهو قدر أجر المثل ( لكنهما إذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة ) هذا ايضاً جواب عما يقال ينبغى على ما ذكرتم أن يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، فأجاب بقوله لكنهما ، أى لكن المتعاقدين إذا اتفقا على مقدار معين في العقد الفاسد فقد أسقط الزيادة على المقدار المعين لتراضيهما بالتسمية على ذلك .

( وإذا نقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية ) هذا ايضاً جواب عما يقال لما سقطت الزيادة في الفاسدة باتفاقهما على مقدار كان ينبغى أن يجب الأجر المسمى بالغاً ما بلغ . فأجاب بقوله وإذا نقص أجر المثل عن المسمى لم تجب الزيادة على المسمى لأجل فساد التسمية ، واستقرار الواجب على ما هو الأقل من أجر المثل والمسمى .

( بخلاف البيع ) جواب ايضاً عما يقال ينبغي أن لا يعتبر تراضيهما في سقوط الزيادة كما في البيع الفاسد ، فأجاب بقوله بخلاف البيع ( لأن العين متقوم في نفسه ) يعني بالأصالة بلا ضرورة ( وهو الموجب الأصلي ) أى القيمة هو الموجب الأصلي ، وذكر الضمير لتذكير الخبر ( فإن صحت التسمية ) في البيع ( انتقل عنه ) أى عن الموجب الأصلي الذي هو القيمة إلى المسمى لصحة التسمية ، والضمير في انتقل يرجع إلى الواجب الذي دل عليه قوله هو الموجب الأصلي وهو أقرب من قول الكاكى انتقل إلى التسمية على تأويل

وإلا فلا . ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور ، إلا أن يسمي جملة شهور معلومة ، لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم ، وكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه .

---

ذكر التسمية ، وكذا من قول الأترازي أي انتقل البدل عن الموجب الأصلي الى المسمى ( وإلا فلا ) أي وإن لم تصح التسمية فلا ينتقل الواجب على الموجب الأصلي الذي هو القيمة.

وفي شرح الطحاوي في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينقطع بها عندنا وأحمد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن ومن الاستيفاء كالصحيح . ولو استأجر شيئاً ثم أجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف . وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة . وإن أجره بعد القبض يجوز بلا خلاف . فلو كانت اجرة الثانية اكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي والنخعي وابن المسيب واحمد في رواية . وقال الشافعي واحمد في آخره وابو ثور وعطاء والحسن والزهري يطيب له .

( ومن استأجر داراً كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد ، فاسد في بقية الشهور إلا أن يسمى جملة شهور معلومة ) بأن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم ، وبه قال الشافعي في الأجل . واختاره الاصطخري واحمد . وقال الشافعي في الإصح الإجارة باطلة . وقال مالك الأجارة صحيحة ، وكلما يمضي شهر استحق الأجرة ، لأن الإجارة لا تكون لازمة عنده ، لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر فلا يحتاج إلى ذكر المدة .

( لأن الأصل أن كلمة كل إذا دخلت فيا لا نهاية له تنصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم ) لأن جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور ، وترجيح البعض من الشهور المتوسط بين الأدنى والجمع ترجيح بلا مرجح ، والواحد منها معلوم متيقن يصح العقد فيه ،وهو معنى قوله ( فكان الشهر الواحد معلوماً فصح العقد فيه ) أي في الشهر الواحد.

وإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح . فلو سمى جملة شهور معلومة جاز ، لان المدة صارت معلومة . قال فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ، وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضي ، وكذلك كل شهر يسكن في أوله ، لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني ، إلا أن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ ،

---

فإن قيل إذا كان العقد فاسداً في بقية الشهور لكان الفسخ جائزاً في الحال ، أجيب بان الإجارة من المعقود والمضافة وانعقاد الإجارة في أول الشهر فقبل الانعقاد وكيف يفسخ .

( وإذا تم ) أى الشهر ( كان لكل واحد منهما ان ينقض الإجارة لانتهاء العقد الصحيح ) الذي كان في شهر واحد ثم إذا فسخ أحدهما الإجارة من غير محضر الأخير هل يصح ، قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف يصح ، وعلى قولهما لا يصح . وقال بعضهم لا يصح إلا بحضرة صاحبه بالاتفاق ، كذا في الذخيرة ( فاذا سمى جملة شهور معلومة جاز لأن المدة صارت معلومة ) فارتفعت الجهالة ، ويجوز في معلومه الأولى الوجهان النصب على الحال من الشهور ، والجر على الوصفية .

( قال ) أى القدوري ( فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ) لأن التراضي منها جرى مجرى ابتداء العقد كالبيع بالتعاطي ، وبه قال احمد خلافاً للشافعي ( وليس للمؤاجر أن يخرجه إلى أن ينقضى ) أى الشهر ، والكلام في المؤاجر قد مر مرة ( وكذلك كل شهر يسكن في أوله ، لأنه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني ) أى كذلك يصح العقد في كل شهر يسكن في أوله ويتم اجراً ( إلا ان الذي ذكره في الكتاب ) أى القدوري ( هو القياس وقد مال إليه بعض المشايخ ) من المتأخرين ، لأن رأس كل شهر في الحقيقة هو الساعة التي يهل فيها الهلال فاذا هل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ .

وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها ، لان في اعتبار الاول بعض الحرج
وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الاجرة ،

---

( وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الأولى من الشهر الثاني ويومها ، لأن في اعتبار الأول بعض الحرج ) لأن رأس الشهر في العرف هو الليلة الأولى ويومها ، فيبقى الخيار فيها اعتباراً للعرف . واعلم أن مشايخنا قد اختلفوا في وقت الفسخ بعد تمام الشهر ، قال بعضهم لكل واحد منهما حق الفسخ حين يتم الشهر الأول ، أعني حين يهل الهلال حتى إذا سكن من الشهر الثاني ساعة لا يبقى حق الفسخ بعد ذلك ، واليه ذهب القدوري وبعض مشايخنا . وقال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الإجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر والثاني والثالث ، فإن خيار الفسخ إنما يثبت له في أول شهر واول الشهر هذا . وقال بعض مشايخنا له الفسخ في الليلة الأولى ويومها ، واختاره صاحب الهداية .

وفي الذخيرة قيل لم يرد محمد بقوله لكل منهما أن ينقض الإجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة ، بل مراده رأس الشهر عرفاً وعادة هو الليلة التي يهل فيها مع يومها كما قال محمد في كتاب الأيمان حلف ليقضين حقه رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها لم يحنث استحساناً ، وقيل طريق فسخه ان يقول الفاسخ قبل مجيء الشهر فسخت الإجارة رأس الشهر فتنفسخ الإجارة إذا هل اذا عقد الإجارة مضافاً يصح ، وكذا فسخه ، وذكر الحاكم احمد السمرقندي في شروطه في هذه المسألة لو عجل اجرة شهرين او ثلاثة وقبض الأجر ذلك ليس في احدهما الفسخ في قدر ما عجل به ، إذ التعجيل دلالة العقد فيما عجل. ثم إذا فسخ احدهما الإجارة من غير محضر صاحبه هل يصح ، من مشايخنا من قال انه على الخلاف على قول أبي حنيفة ومحمد لا يصح ، وعلى قول ابي يوسف يصح ، ومنهم من قال لا يصح الفسخ هنا إلا بمحضر من صاحبه بلا خلاف ، كذا في الذخيرة .

( وإن استأجر داراً سنة بعشرة دراهم جاز وإن لم يبين قسط كل شهر من الأجرة لأن

لان المدة معلومة بدون التقسيم ، فصار كإجارة شهر واحـــد فإنه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم . ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى ، وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقـــت الذي استأجره ، لان الاوقات كلها في حق الإجارة على السواء فأشبـــه اليمين ، بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له . ثم إن كان العقد حين يهل الهلال

---

المدة معلومة بدون التقسيم فصار كإجارة شهر واحد ، فانه جائز وإن لم يبين قسط كل يوم ) هاتان مسألتان لا يعلم فيها خلاف ، كذا قال الكاكي . قيـــل قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي . وقال الشافعي على القول الذي يجوز الإجارة أكثر من سنة لا يجوز حتى يبين حصة كل سنة ، قلت هذا الخلاف فيما إذا آجر داره سنين معلومة ، فانه يصح عندنا وإن لم يذكر قسط كل سنة ( ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي ) اى من الوقت الذي سمى بأن يقول من شهر وجب من هذه السنة مثلا .

( وإن لم يسم شيئاً فهو من الوقت الذي استأجره لأن الأوقات كلها في حق الإجارة على السواء ) لذكر الشهر منكور ، وفي مثله بيقين الزمان الذي يتعقب السبب ( فأشبه اليمين ) كما إذا حلف لا يكلم فلاناً شهراً تعين الشهر الذي وجد منه اليمين فيـه ، لأن الظاهر من حال العاقد ان يقصد صحة العقد وصحته بذلك لتعينه لعدم المزاحم ( بخلاف الصوم ) حيث لا يتعين الشهر الذي يعقب نذره فيما إذا نذر ان يصوم شهراً ما لم يعينه ، لأن الأوقات كلها ليست فيه على السواء ( لأن الليالي ليست بمحل له ) يوضحه ان الشروع في الصوم لا يكون إلا بعزيمة منه ، وربما لا يقترن ذلك بالسبب .

( ثم إن كان العقد حين يهل الهلال ) بضم الياء وفتح الهاء على بناء المفعول اى حـين يبصر الهلال ، اراد به اليوم الاول من الشهر ، كذا قاله الكاكي . وقال الاترازي يجوز على صيغة المبنى للفاعل ، وعلى صيغة المبني للمفعول جميعاً ، قال في الجوهرة هـل الهلال واهل ، ودفع الأصمعي هل وقال لا يقال إلا اهل واهللنا نحن إذا رأينا الهلال ، واجاز أبو زيد أهل الهلال . وفسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله أراد به اليوم

فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل. وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة « رح » وهو رواية عن أبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » وهو رواية عن أبي يوسف الأول بالأيام والباقي بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة وهي في الأول منها . وله أنه متى تم الأول بالأيام

---

الأول من الشهر وفيه نظر ، لأنه ليس حين يهل الهلال بل هو اول الليلة الأولى من الشهر وهذا لأنه للمنافاة بين الإجارة والاوقات بل الايام والليالي فيها سواء فلا حاجة إلى اعتبار المدة من اول أيام الشهر ، بل يعتبر من اول الشهر وهو ما قلنا . قلت قال السغناقي أهل الهلال على ما لم يسم فاعله ولم يقل غير هذا وكفى به حجة ، وكذا نص علية تاج الشريعة في شرحه .

( فشهور السنة كلها بالأهلة لأنها ) أي لأن الاهلة ( هي الاصل ) في الشهور العربية ، فمهما كان العمل به ممكناً لا يصار إلى غيره ، قال الله تعالى ﴿ يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس ﴾ ١٨٩ البقرة ، والايام تدل على الاهلة ، وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الاصل ، وها هنا ممكن له أن يسكنها إلى أن يهل الهلال من الشهر الداخل .

( وإن كان ) أي العقد ( في أثناء الشهر ) بأن وقعت الاجارة في نصف الشهر أو بعد مضي أيام ( فالكل بالايام عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) فيكون ثلاثمائة وستين يوماً ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ( وهو ) أي قول أبي حنيفة ( رواية عن أبي يوسف ، وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف الاول ) أي الشهر الاول ( بالايام والباقي بالاهلة ) فيكون أحد عشر شهراً بالهلال وشهر بالايام يكمل ما بقي من الشهر الاول من الشهر الاخير ( لان الايام يصار إليها ضرورة وهي ) أي الضرورة إلى اعتبار الشهر بالايام ( في الاول منها ) أي في الشهر الاول من الشهور دون الباقي فلا يتعدى إلى غيره ، وبه قال الشافعي في قول واحمد « رح » في رواية .

( وله أنه ) أي ولابي حنيفة أن الشأن ( متى تم الاول بالايام ) أي متى تم الشهر

ابتداء الثاني بالأيام ضرورة، فهكذا إلى آخر السنة، ونظيره العدة، وقد مر في الطلاق . قال ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام ، فأما الحمام فلتعارف الناس ولم يعتبر الجهالة لإجماع المسلمين ، قال عليه السلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن

---

الاول بالايام بالشهر الذي يليه ( ابتداء الثاني بالايام ضرورة ) أي ابتداء الشهر الثاني بالايام أيضاً ضرورة تكميله ، لانه سمي شهراً وتمامه لا يكون إلا ببعض الثاني ( وهكذا إلى آخر السنة ) أي هكذا يكون الحكم في الشهر الثالث والرابع إلى آخر السنة ، فحينئذ يجب اعتبار العدد دون الاهلة ضرورة ( ونظيره العدة ) أي نظير هذا الاختلاف مسألة العدة من حيث الاعتبار بالشهور أو بالعدد ( وقد مر في الطلاق ) أي في أول كتاب الطلاق من الكتاب . قال السفناقي هذا حوالة غير رائجة مثل هذا الاختلاف لم يرد في الطلاق وما يتعلق به . قال الإمام المحقق برهان السمرقندي ناقلة المصنف غلط صاحب النهاية ، فإن الحوالة رائجة ، لانه ذكر في أول كتاب الطلاق ، ثم إن كان الطلاق في أول الشهر بقية الشهور بالاهلة إلى قوله وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة إلى آخره .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام ) خصهما بالذكر لان لبعض الناس فيه خلافاً . وفي المبسوط كره بعض العلماء غلة الحجام والحمام ، أخذ بظاهر الحديث وقالوا الحمام بيت الشياطين ، وسماه رسول الله ﷺ شر بيت ، فإنه يكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات . ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء ، فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء . وقال القاضي الحنبلي عن أحمد انه لا يباح أجر الحجام ، وممن كره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعي لقوله عليه السلام كسب الحجام خبيث رواه مسلم .

( فأما الحمام فلتعارف الناس ) يعني لجريان العرف بذلك بين الناس خصوصاً في ديار الترك ( فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين ) هذا إشارة إلى جواب الاستحسان ، لان القياس عدم الجواز للجهالة ، فقال فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين على ذلك ( قال عليه السلام ما راه

وأما الحجام فلما روي أنه عليه السلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة. ولأنه استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً .

---

المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ) ذكر هـذا دليلا على أن المسلمين إذا أجمعوا على أمر يكون هذا مقبولاً ، لان كل ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، ولكن رفع هذا الحديث إلى النبي ﷺ غير صحيح ، وإنما هو موقوف على ابن مسعود رضي الله عنه رواه أحمد في مسنده حدثنا أبو بكر بن عباس حدثنا عاصم عن زيد بن حبيش عن عبد الله بن مسعود رضي عنهما قال إن الله نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد فجعلهم وزراء نبيه يقاتلون على دينه ، فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيء [1] .

ورواه البزار في مسنده والبيهقي في المدخل ، ورواه أيضاً أبو داود الطيالسي في مسنده حدثنا المسعودي عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله فذكره ، إلا انه قال عوض سيء قبيح ، ومن طريق أبي داود رواه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن مسعود والبيهقي في كتاب الاعتقاد ، والطبراني في معجمه . قال ابن عبد الهادي في الكلام على أحاديث المختصر وقد أخطأ بعضهم فرفعه ، ثم قال وقد روي مرفوعاً من حديث أنس لكن إسناده ساقط .

( وأما الحجام فلما روي أنه عليه‌السلام احتجم وأعطى الحجام الاجرة ) أخرج البخاري ومسلم عن طاووس عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره . زاد البخاري في لفظه ولو كان حراماً لم يعطه . وفي لفظ لو علم كراهيته لم يعطه. ولمسلم ولو كان سحتاً لم يعطه . والاحاديث التي وردت في تحريمة منسوخة ( ولانه ) أي ولان الاستحجام ( استئجار على عمل معلوم بأجر معلوم فيقع جائزاً ) كما في سائر الاجارات الصحيحة .

---

(١) الحديث في الاصل ناقص من آخره ، وتكملته من نصب الراية للزيلعي ، اهـ مصححه .

قال ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلاً لينزو على الإناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس ، والمراد أخذ الأجرة عليه . قال ولا الاستئجار على الأذان والحج ،

---

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز أخذ أجرة عسب التيس وهو أن يؤاجر فحلا لينزو على الاناث ) عسب الفحل ضرابه ، يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسباً من باب فعل يفعل بالفتح في الماضي والكسر في الغابر ، وفسره المصنف بقوله وهو ... إلى آخره ، وهذا بلا خلاف بين الائمة الاربعة . وخرج أبو المطالب الحنبلي وبعض أصحاب الشافعي وجهان في جوازه ، لانه انتفاع مباح ، والحاجة تدعو إليه فيجوز كإجارة الظئر للإرضاع ، والبئر للاستقاء .

وحجة الجمهور الحديث ، أشار إليه بقوله ( لقوله ﷺ ان من السحت عسب التيس ) الحديث صحيح ولكن بغير هذا اللفظ ، أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن علي بن الحكم عن نافع عن ابن عمر عن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل ، ووهم الحاكم حيث قال بعد إخراجه أنه على شرط البخاري ولم يخرجاه . واعجب منه زكي الدين المنذري عزاه في مختصره للترمذي والنسائي ولم يعزه للبخاري .

وأخرج البزار في مسنده عن أشعث بن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب وعسب التيس . وعزاه عبد الحق للنسائي وليس في سننه ( والمراد أخذ الأجرة عليه ) أشار به إلى تفسير الحديث ، لأن نفس العسب ليس من السحت ، وإنما المراد اخذ الأجر عليه فالمضاف محذوف تقديره أن من السحت كرى عسب التيس .

( قال ) أي القدوري ( ولا الاستئجار على الأذان والحج ) أي ولا يجوز ، وبه قال احمد وهو قول عطاء والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاووس والنخعي والشعبي . وفي حاوي الحنابلة ولا يصح الاستئجار على الاذان والاقامة والإمامة وتعليم القرآن والفقه والنيابة في الحج ، وعنه يصح ويباح أجره ، كما لو أجره أعطي لذلك شيئاً بلا شرط ، نص عليه كالرزق من بيت المال لمن نفعه منهم متعد ، وكالرقبة وقيل يجوز على

وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الإستئجار عليــــه عندنا ، وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنـا قوله عليـــه السلام أقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ،

---

تعليم الفقه والحديث والفرائض فقط ، ويجوز إجارة كتب العلم المباح للقراءة والنسخ . وفي صحة إجارة المصحف وجهان ، ويباح نسخه باجرة ، انتهى .

( وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه ) أي وكذا لا يجوز . قال الاترازي خلافـــاً للشافعي . وقال الحاكم في الكافي ولا يجوز أن يستأجر رجل رجلاً ان يعلم ولداً القرآن والفقه والفرائض ، أو يؤمهم في رمضان ، أو يؤذن . وفي خلاصة الفتاوى ناقـــلا عن الأصل لا يجوز الاستئجار على الطاعات كتعليم القرآن والفقه والاذان والتذكير والتدريس والحج والقر ويعني الاجر . وعند أهل المدينة يجوز وبه أخذ الشافعي وعصام وأبو نصر والفقيه أبو الليث ، ثم قال وكذا لا يجوز . وفي الخلاصة الحيلة أن يستأجر المعـــلم مدة معلومة ثم يأمره بالتعليم ، قيد بالفقه لأنه يجوز الاستئجار لأجل قراءة العــلوم الادبية كاللغة والنحو والتصريف ونحوها والعلوم الحكمية كالطب والمعقول ونحوهما .

( والأصل ) أي الأصل الذي بنى عليه حرمة الاستئجار على هذه الأشياء ( أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليها عندنا ) لأن هذه الأشياء قربــة يقع على العامل ، قال الله تعالى ﴿ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ﴾ ٣٩ النجم ، فلا يجوز أخــذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة ، قيد بقوله يختص بها المسلم يعني يختص بمــلة الإسلام ، لأنه إذا لم يختص يجوز كما إذا استأجر مسلم ذمياً على تعليم التوراة يجوز ، لأن تعليمهـــا لا يختص بملة الإسلام .

**(وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الأجير ، لأنه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز . ولنا قوله** عليه السلام **اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به )** وبه قال مالك وأحمد

في رواية وأبو ثور وأبو قلابة ، قيد بقوله ما لا يتعين ، فانه أخرج هذا الحديث أحمد في مسنده أخبرنا اسماعيل بن ابراهيم عن هشام الدستوائي حدثني يحيى بن أبي كثير عن أبي راشد الجبراني قال : قال عبدالرحمن بن شبل سمعت رسول الله ﷺ يقول اقرؤوا القرآن ولا تأكلوا به ، ولا تجفوا عنه ، ولا تغلوا فيه ، ولا تستكثروا به . ورواه اسحاق بن راهويه وابن أبي شيبة في مصنفه وعبدالرزاق في مصنفه ومن طريق عبدالرزاق ومعد بن حميد وأبو يعلى الموصلي والطبراني

وروي هذا الحديث عن عبد الرحمن بن عوف وأبي هريرة رضي الله عنهما . أما حديث عبدالرحمن فأخرجه البزار في مسنده عن حماد بن يحيى عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن ابيه عبد الرحمن بن عوف مرفوعاً نحوه سواء .

وأما حديث أبي هريرة فأخرجه ابن عدى في الكامل عن الضحاك بن نبراس البصري عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ نحوه ، واسندعن ابن معين انه قال في الضحاك بني نبراس هذا ليس بشيء . وعن النسائي قال متروك الحديث . قوله ولا تأكلوا به أى بالقرآن مثل أن يستأجر رجلا يقرأ على رأس قبر، قيل هذه القراءة لا يستحق بها الثواب لا للميت ولا للقارىء قاله تاج الشريعة .

( وفي آخر ما عهد رسول الله ﷺ إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنا فلا يأخذ على الاذان اجر ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة بطرق مختلفة وأبو داود والنسائي عن حماد بن سلمة عن سعيد عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عن عثمان بن أبي العاص قال : قلت يا رسول الله إجعلني إمام قومي ، قال أنت إمامهم ، واتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً . وكذلك رواه أحمد في مسنده والحاكم في المستدرك وقال على شرط مسلم .

وأخرجه الترمذي وابن ماجة عن اشعث بن سوار عن الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال إن من آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ ان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجراً . قال

الترمذي حديث حسن . وأخرج البخاري في تاريخه عن شبابة بن سوار حدثني المغيرة ابن مسلم عن سعيد بن طهمان القصامي عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال : قلت يا رسول الله اجعلني إمام قومي ، قال قد فعلت ، ثم قال صل بصلاة أضعف القوم ولا تتخذ مؤذناً يأخذ على الاذان أجراً . قوله عهد معناه اوصى يقال عهدت أي أوصيت ، قال الله تعالى ﴿ ألم أعهد إليكم ﴾ ٦٠ يس ﴿ ولا ينال عهدي الظالمين ﴾ ١٢٤ البقرة .

فإن قلت استدل الشافعي بأنه ﷺ زوج رجلا بما معه من القرآن ، متفق عليه . وبقوله ﷺ أحق ما اخذتم عليه أجراً كتاب الله ، حديث حسن صحيح ، وبما روى من حديث أبي سعيد الخدري قال بعثنا رسول الله ﷺ في غزوة فأتينا على رجل لدغ في جبهته فداووه فلم ينفعه .. فقال بعضهم لو أتيتم هؤلاء الرهط الذي نزلوا بكم لعله يكون عندهم شيء ينفع ، فأتونا فقالوا أيها الرهطان سيدنا لدغ فاسمينا له كل شيء فلم ينفعه ، فهل عندكم من شيء ، فقال بعضهم نعم والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا لا نأتي حتى تجعلوا لنا جعلا ، فصالحوهم على قطيع من الغنم ، فانطلق فجعل يتفل عليه ويقول الحمد لله رب العالمين يقرأ بفاتحة الكتاب حتى بريء فكأنما نشط من عقال فقام يمشي فوفوهم جعلهم ،فقال بعضهم اقسموا ،فقال الذي كره ذلك وقال لاتفعلوا حتى نأتي رسول الله ﷺ فتذكروا له الذي كان فننظر ما يأمرنا به فدخلوا على رسول الله ﷺ فذكروا ذلك فقال أصبتم ، اقتسموا واضربوا لي معكم بسهم .

قلت الجواب عن الاول انه ليس فيه تصريح بان التعليم صداق ، إنما قال زوجتكها بما معك من القرآن فيحتمل انه زوجها إياه بغير صداق إكراماً له وتعظيماً للقرآن كما روى أنس انه ﷺ زوج أم سليم أبا طلحة على إسلامه وسكت عن المهر لانه معلوم أنه لا بد منه ، لان الفروج لا تستباح إلا بالاموال لقوله تعالى ﴿ أن تبتغوا باموالكم ﴾ ولذكره تعالى في النكاح الطول وهو المال ، والقرآن ليس بمال . ويجوز أن تكون الباء مكان اللام ، أي لما معك من القرآن ، لان ذلك سبب للإجتماع بينهما ، ولعل المرأة وهبت مهرها له باعتبار ذلك .

ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، وهنا تعتبر أهليته ، فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة . ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه إلا بمعنى من قبل المتعلم ، فيكون ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح .

---

وعن الثاني المراد منه الجعالة في الرقية ، لأن ذكر ذلك في سياق حديث الرقية وهو الحديث الذي ذكرناه آنفاً عن أبي سعيد الخدري ، والرقية نوع مداواة ، والمأخوذ عليها جعل ، والمداواة يباح أخذ الأجر عليها ، وبهذا أخرج الجواب عن الحديث الثاني . وقال ابن الجوزي قد أجاب أصحابنا عن هذين الحديثين بثلاثة أجوبة ، أحدها : أن القوم كانوا كفاراً فجاز أخذ أموالهم ، والثـــاني : أن حق التضييف واجب ولم يضيفوهم ، والثالث : أن الرقية ليست بقربة محضة فجاز أخذ الأجرة عليها . وقال القرطبي في شرح مسلم ولا نسلم أن جواز الأجر في الرقي يدل على جواز التعليم بالأجر ، والحديث إنمـا هو في الرقية .

( ولأن القربة متى حصلت وقعت عن العامل ، وهنا تعتبر أهليته ) أى أهلية العامل ويشترط نيته لا نية الأمر ، ولو انتقل فعل المأمور إلى الآمر بشرط اهليتــه ونيته كما في الزكاة ، حتى لو كان المأمور كافراً يصح أداء الزكاة ، لأن المؤدى هو الأمري هنا بخـلافه ( فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة ) أي كما لا يجوز الاستئجار وأخذ الأجر في الصوم والصلاة بلا خلاف .

( ولأن التعليم مما لا يقدر المعلم عليه ) بكسر اللام ، عليه أي على التعليم (إلا بمعنى من قبل المتعلم ) لأن المعلم يلقن الصبي وهو يتلقن بفهمه الثاقب ، ويتعلم بذهنه الرائق وهذا يتفاوت بين الصبيان في التعليم وان كان التعليم واحداً . وفي بعض النسخ من قبـل المعلم بفتح اللام المشدودة ( فيكون ) أى المعلم الذي يوجد نفسه لتعليم القرآن ( ملتزماً ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح ) والتسليم شرط في الإجارة فيفسد بعـــدمه . وقوله ما لا يتقدر مفعول لقوله ملتزماً الايفاء فلا يصح في النتيجة .

وبعض مشايخنا «رح» استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم، لأنه ظهر التواني في الأمور الدينية، ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن وعليه الفتوى.

---

( وبعض مشايخنا ) وهم ائمة بلخ رحمهم الله ( استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لظهور التواني ) أى الفتور والكسل ( في الأمور الدينية، ففي الامتناع يضيع حفظ القرآن ) لأن المتقدمين منعوا ذلك لرغبة الناس في التعليم حسبة ومروءة المتعلمين في مجازاة الإحسان بالإحسان بلا شرط وقد زال ذلك في هذا الزمان في الامتناع عنه تضييع حفظ القرآن وقد تغير الجواب باختلاف الزمان فيفتي بذلك إذا ضربوا مدة لذلك، حتى يجبر الأب على دفع الأجر إلى المعلم وإن لم تضرب المدة بحسب أجر المثل، ويجبر على دفعه. وكذا يجبر على الخلوة المرسومة. وقال الإمام الخيزاخزى يجوز في زماننا للإمام والمؤذن والمعلم أخذ الأجر، كذا في الروضة والذخيرة.

فائدة : الخيز اخزى بفتح الخاء المعجمة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الزاي المعجمة والخاء الثانية وكسر الزاي الثانية نسبة إلى قرية خيزا اخز من قرى بخارى واسمه عبدالله بن الفضل كان مفتي بخارى ولم يقع لي تاريخ وفاته.

( وعليه الفتوى ) أي على استحسان مشايخ بلخ رحمهم الله. قال في تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز، كالاستئجار لتعليم القرآن. وفي الاستئجار لتعليم الحرف روايتان في رواية المبسوط يجوز. وفي رواية القدوري لا يجوز. وذكر السرخسي مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة في جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن. فنحن ايضاً نفتي بالجواز، انتهى. ثم قال فيما استأجر انساناً ليعلم غلامه أو ولده شعراً أو ادباً أو حرفة مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء إن بين المدة بان استأجره شهراً ليعلمه هذا العلم يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة، حتى تستحق الأجرة فعلم أو لم يتعلم إذا سلم الاستاذ نفسه لذلك، أما إذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسداً، حتى لو علم استحق اجر المثل وإلا فلا، وكذلك تعلم سائر الأعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا، ولو شرط عليه أن يحذقه في ذلك العمل فهو غير جائز، لأن التحذيق ليس في وسع المعلم.

قال ولا يجوز الإستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي ، لأنه استئجار على المعصية لا تستحق بالعقد. قال ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة إلا من الشريك . وقالا إجارة المشاع جائزة

---

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا يجوز الاستئجار على الغناء ) بكسر الغين وبالمد وبالكسر مع القصر اسم لليسار ، وبالفتح مع القصر الإقامة ، ومع المد الكفاية . أما الأول من غني بالتشديد غناء . وأما الثاني من غنى يغني من باب علم يعلم غنى فهو غني ، وأما الثالث من غني بالمكان أي أقام ، وهو أيضاً من الباب المذكور، وأما الرابع من قولهم ما يغني عنك هذا أي ينفعك ( والنوح ) البكاء ورفع الصوت ( وكذا سائر الملاهي ) كالمزمار والطبل وغيرهما ، وبه قالت الثلاثة وأبو ثور . وقال الشافعي والنخعي نكير ذلك ويجوز ، أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوحاً يجوز عند أبي حنيفة رضى الله عنه خلافاً لهما والثلاثة ، وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الخمر .

( لأنه استئجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد ) إذ لا يستحق على أخذ شيء يكون به عاصياً شرعاً. وقال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح الكافي ولا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والنوح والمزامير والطبل أو شيء من اللهو ، ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر في ذلك ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد لأنه معصية ولهو ولعب .

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز إجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله إلا من الشريك ) وبه قال زفر وأحمد رحمهما الله تعالى فيما يقسم كالأرض ، وفيما لا يقسم كالعبد.

( وقالا إجارة المشاع جائزة ) وبه قال الشافعي ومالك . وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز إجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر ، إلا أن يكون المستأجر شريكاً في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة ، وكذلك قال أبو حنيفة رحمه الله في رجلين أجرا داراً لهما من رجل فهو جائز ، وإن مات أحد المؤاجرين بطلب الإجارة، وفي نصيب الحي صحيحة

وصورته أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك . لهما أن للمشاع منفعة ، ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ،

---

على حالها ولا يجوز ايضا عند أبي حنيفة رحمه الله أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريباً أو جريبين إذا كانت اكثر من ذلك .

وفي شرح الطحاوي إجارة المشاع من شريكه جائزة بالإجماع ، ومن غير شريكه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وعندهما يجوز . وبيع المشاع يجوز من غير شريكه جائز بالإجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل ، ورهن المشاع من شريكه أو من غير شريكه سواء كان يحتمل القسمة او لا يجوز . وعند الشافعي يجوز . وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائز ، وفيما لا يحتمل لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يجوز . وقرض المشاع جائز بالإجماع . وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعاً كان أو غيره ، وعندهما يجوز الوقف ، ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعندهما باطل .

( وصورته ) أي صورة عقد إجارة المشاع ( أن يؤاجر نصيباً من داره أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك ) أو يؤاجر نصف عبد أو نصف دابة من غير الشريك .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن للمشاع منفعة ) يعني فيجوز لأن موجب الإجارة تملك المنفعة ( ولهذا يجب أجر المثل ) أي ولكون المشاع له منفعة يجب أجر المثل عند أبي حنيفة إذا سكن المستأجر فيها ، ولو كان فائت المنفعة لما انعقد أصلا إذا استأجر ارضاً سبخة ( والتسليم ممكن بالتخلية ) جواب عما يقال إنه إجارة ما لا يقدر على تسليمه ، فاجاب بأن التسليم ممكن بالتخلية بأن يرفع الشريك المؤجر متاعه من الدار وخلى بينها وبين المستأجر ( أو بالتهايؤ ) هو تفاعل من التهيئة ، يقال ها يأت زيداً وتهايأ القوم وهو ان يتواضعوا على أمر فيتراضوا به ، وحقيقته ان يرضى كل واحد منهما بحالة واحدة ويختارها .

فصار كما إذا آجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع . ولأبي حنيفة « رح » انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ، وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور ، والتخلية اعتبرت تسليماً لوقوعه تمكيناً وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا تمكن في المشاع

---

( فصار كما إذا آجر من شريكه ) فلو كان الشيوع مانعاً لما جاز من شريكه كالهبة ( أو من رجلين ) أي او كما إذا آجر من رجلين فانه يجوز ، وكل واحد من المستأجرين يملك منفعة النصف شائعاً ، وكذا لو أجر نصف داره شائعـاً يجوز ( وصار كالبيـع ) أي فصار حكم التخلية هنا كحكم التخلية في البيـع من حيث ان التخلية تسليم فيه .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز ) هذا إمـا معاوضة وإما ممانعة ، فتقرير الأول انه أجر ما لا يقدر على تسليمه ، لأن تسليم المشاع وجد سواء كان محتمل القسمة كالدار ولا كالعبد غير متصور وما لا يتصور تسليمه لا يصح إجارته لعدم الإنتفاع به ، والإجارة عقد على المنفعة فيكون هـذا دليلا مبتدأ من غير تعرض لدليل الخصم . وتقرير الثانية أن يقال لا نسلم انتفاء المانع فإنه آجر ما لا يقـدر على تسليمه وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة ( وهذا ) توضيح لكون إجارة المشاع إعارة ما لا يقدر على تسليمه ( لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور ) فلا يتصور استيفاء المنفعة ، لأن الإنتفاع أمر حسي والشائع لا يحتمله .

( والتخلية اعتبرت تسليماً ) جواباً عمـا قالا والتسليم ممكن بالتخلية . ووجهه أن التخلية لم تعتبر تسليما لذاتها ، حيث اعتبرت ، بل لكونهـا تمكيناً ، وهو معنى قوله ( لوقوعه تمكيناً ) أي لوقوع التخلية تمكيناً من القبض وتذكير الضمير على تأويل رفع الموانع ( وهو ) أي التمكين ( الفعل الذي يحصل به التمكين ) من الإنتفاع حسناً ( ولا تمكن في المشاع ) لأنه معدوم فيه ، فالحاصل أن التخلية كأنها اعتبرت علة وهو وسيلة إلى التمكن ، والتمكن في المشـاع غير حاصل ففـات المعلول . وإذا فـات المعلول لا معتبر بالعلة .

بخلاف البيع لحصول التمكن فيه . وأما التهايؤ فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد ، وشرط الشيء يسبقه ، ولا يعتبر المتراخي سابقاً . وأما إذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع.

---

( بخلاف البيع لحصول التمكن فيه ) لأن المقصود به ليس الإنتفاع بل الرقبة ،ولهذا جاز بيع الجحش فكان التمكن بالتخلية فيه حاصلا .

( وأما التهايؤ ) جواب عن قولهما أو بالتهايؤ . وحاصله أن التهايؤ من أحكام العقد بواسطة الملك ، وهو معنى قوله ( فإنما يستحق حكماً للعقد بواسطة الملك ) يعني حكماً لثبوت الملك ( وحكم العقد يعقبه ) أي يعقب العقد ، لأن حكم الشيء هو الأثر الثابت بعد الضرورة يتأخر عنه ( والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ) أي سبق الشيء لتوقف وجود المشروط على وجود الشرط ، فالمتوقف عليه سابق لا محالة ( ولا يعتبر المتراخي سابقاً ) وهو التهايؤ ، لأنه حكم ، فمتى اعتبر سابقاً يلزم قلب الحكم شرطاً ، وذا لا يجوز .

( أما إذا أجر من شريكه ) جواب عن قولهما فصار كما إذا أجر من شريكه . ووجهه أنه إذا أجره من شريكه ( فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع ) يعني أن البعض له بحكم الملك ، والبعض بحكم الإجارة ، وكل المنفعة يحدث على ملكه فلا شيوع حينئذ . قيل لو لم يكن فيه الشيوع لجاز الهبة والرهن من الشريك ، لكنه لم يجز . وأجيب بأن المراد بأن لا شيوع يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه ، فالمنفي شيوع موصوف ، ويجوز أن يكون الشيوع مانعاً فحكم باعتبار دون آخر ، فيمنع عن جواز الهبة من حيث القبض ، فإن القبض التام لا يحصل في الشائع ويمنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو المنفعة ، وإنما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك . والتحقيق في هذا الموضع أن الشيوع إما في العين أو في المنفعة ، فإن كان في العين فقد منع من الهبة والرهن دون التسليم في الإجارة ، وإن كان في المنفعة فقد منع عن التسليم فيها إن كان ابتداء وإن كان طارئاً لم يمنع ، فافهم .

والإختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه .
وبخلاف الشيوع الطارىء لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء .
وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة

---

( والإختلاف في النسبة لا يضره ) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه ، لكن مع اختلاف النسبة ، لأن الشريك ينتفع بنسبة الملك بنصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجوداً . فأجاب بأن الاختلاف في النسبة لا يضره ، أي لا يضر كون حدوث كل الانتفاع على ملكه ، لأنه لا عبرة لاختلاف الاسباب مع اتحاد الحكم ( على انه لا يصح ) أي على أن عقد إجارة المشاع من شريكه أيضاً لا يصح ( في رواية الحسن عنه ) أي عن أبي حنيفة . وذكر القدوري في التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني إجارة المشاع من الشريك وغيره .

( وبخلاف الشيوع الطارىء ) بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فانه يبقي الاجارة في نصيب الحي شائعاً في ظاهر الرواية ، وذكر الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة أنه يفسد في حق الحي . وقال صاحب العناية قوله وبخلاف الشيوع الطارىء ليس له تعلق ظاهر ، أراد أن ذكره ها هنا غير مناسب وليس كذلك ، بل تعلقه ظاهر لأنهما أجازا إجارة المشاع قياساً على ما إذا أجر داره من رجلين ثم مات أحدهما ، فإنه يبقي الاجارة مع أن فيها الشيوع ، كما إذا ذكرنا لا يقال على هذا يكون قوله وبخلاف ما إذا أجر من رجلين تكراراً ، لأن قوله بخلاف الشيوع الطارىء مثل أصل قاعدة . وقوله بخلاف ما إذا أجر من رجلين من الفروع المبنية على هذا الأصل ، فلا تكرار في ذكر الأصل من الفرع . وإنما التكرار يكون إذا كانا رجلين متحدين أو فرعين متحدين ( لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء ) عند الابتداء ، كما أن تكبير الافتتاح شرط لابتداء الصلاة وليس بشرط للبقاء .

( وبخلاف ما إذا أجر من رجلين ، لأن التسليم يقع جملة ) لأن العقد أضيف إلى كل الدار ، ولا شيوع فيه ، لأن كل واحد منهما يستوفي منافعها على ملك المؤجر ويخرج من

ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارىء . قال ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى ﴿ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ ٦ الطلاق ، ولأن التعامل به كان جارياً على عهد رسول الله ﷺ

---

ملكه جملة ( ثم الشيوع ) الحاصل ( بتفرق الملك فيما بينهما طارىء ) يعني بعد ثبوت الملك لهما ، فيتحقق بعد العقد ، فيكون طارئاً .

فان قيل لا نسلم أنه طارىء بل هو مقارن ، لأنها تنعقد ساعة فساعة . أجيب بأن بقاء الإجارة له حكم الابتداء من وجه لأنها عقد لازم ، فلا يكون مقارنا . قيل هذا الجواب فاسد ، لأن العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هنا ابتداء ذو بقاء سقط الاعتراض ، وإنما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها . والصواب أن يقال الطرآن إنما يكون على التسليم لا على العقد ، وذلك مما لا شك فيه .

فان قلت ينبغي أن تجوز الهبة في اثنتين ، لأن الشيوع الطارىء فيها لا يمنع أيضاً . قلت عدم العلة لا يوجب عدم الحكم لجواز ثبوته لعلة أخرى ، وهنا لم يوجد قران الشيوع في الهبة ، ولكن وجد مانع آخر وهو عدم إمكان القبض إلا في ضمن قبض نصيب الآخر ، والضمني كالعدم . والقبض منصوص عليه في الهبة فاعتبر كماله ، والكمال مع كونه ضمنياً لا يتصور .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز استئجار الظئر ) بكسر الظاء المعجمة وسكون الهمزة وهي المرضعة ( بأجرة معلومة ) قيد به لأن الأجرة إذا كانت مجهولة لا تصح (قال الله تعالى ﴿ فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ﴾ ٦ الطلاق ) المراد بعد الطلاق ، أي فان أرضعن أولادكم لاجلكم فأعطوهن أجورهن ، أمر بايتاء أجورهن فيكون دليلا على جواز إجارة الظئر ، يعني إذا لم يتطوعن .

( ولان التعامل به ) أي باستئجار الظئر ( كان جارياً في عهد رسول الله ﷺ ) أي

وقبله وأقرهم عليه . ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به ، واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب . وقيل إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ، ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر ، والأول أقرب إلى الفقه ، لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصوداً ، كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها

---

في زمانه ( وقبله ) أي قبل عهده ( وأقرهم عليه ) أي على التعامل به ، وتقريرهم عليه تشريع لهم بذلك ( ثم قيل ) قائله صاحب الايضاح وصاحب الذخيرة وبعض أصحاب أحمد والشافعي ( إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به ) أي بأموره ( واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب ) فيكون كالاستئجار على الخدمة .

( وقيل )أي قائله شمس الائمة السرخسي ( إن العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ) قال شمس الأئمة في المبسوط والأصح أن العقد يرد على اللبن ، لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ( ولهذا ) توضيح لما ذهب إليه شمس الائمة ( لو أرضعته ) أي لو أرضعت الظئر الصغير (بلبن شاة لا تستحق الأجر) فدل أن اللبن غير تابع بل معقود عليه ( والاول أقرب إلى الفقه ) أشار بهذا إلى انه اختار هذا القول ، أي القول الاول أقرب إلى الأصول ( لان عقد الاجارة لا ينعقد على إتلاف الاعيان مقصوداً كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها ) فانه لا يجوز ، واختار حافظ الدين أيضاً هذا القول حيث قال في الكافي والصحيح هو الاول .

وقال السغناقي قال شمس الائمة في المبسوط وزعم بعض المتأخرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه . وأما اللبن فيمنع فيه ، لان اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام . ثم قال والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ، والمقصود عليه ما هو

المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمه الله ، فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه . وقد ذكر في الكتاب أنها لو ربت الصبي بلبن الانعام لا تستحق الاجر وقد قامت بمصالحه ، فلو كان اللبن تبعاً ولم يكن البدل مقابله لا يستوجب الاجر .

ثم قال السفناقي عجباً لمن تبع بعد هذا الإمام الكبير وبعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه الله رأى من خالفه وليس هذا إلا تقليد صرف. وقال صاحب العناية الدليل ليس بواضح ، لأن مدار قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع ، بل المقصود هو الإرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور وسائط منها اللبن فجعل العين المربية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغني عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا تشيث له بما روى ابن سماعة عن محمد « رح » لأنه ليس بظاهر الرواية .ولئن كان فنحن بمعنى أن يستحق بعقد الإجارة وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصوداً أو تبعاً وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك .

قلت قول شمس الأئمة هو الأقرب إلى الفقه ، لأن الأعيان تحدث شيئاً فشيئاً من يقع أصلها بمنزلة المنافع فتجوز إجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمتاع ثم يرده ، والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها ، والمتخذ لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ، وإجارة الظئر ثابتة بنص القرآن الموافق للقياس الصحيح ، فيجب أن يكون أصلا يقاس عليها إجارة الشجر كثمرها وإجارة البقر للبنها والشاة ونحوها الا أن تجعل إجارة البقر يشرب لبنها باطلة ويقاس عليها إجارة الظئر كما ذكره المصنف .

وقد نص مالك على جواز إجارة الحيوان مدة للبنه ، ثم من أصحابه من جوز ذلك مطلقاً تبعاً لنصه ، ومنهم من منعه ، ومنهم من شرط فيه شروطاً ، وقد ورد عن عمر رضي الله عنه انه ضمن حديقة سيد بن حظير ثلاث سنين ، وهذا يشهد من الصحابة ولم يرد

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى . وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة

---

أن أحداً منهم أنكره عليه . وجوز ذلك بعض اصحاب أحمد ، وجوز مالك ذلك تبعاً للارض قدر الثلث ولا شك ان المقصود من الظئر انما هو اللبن والحمل والخدمة فتبع .

وإذا قيل أن الخدمة هي الأصل كان ذلك قلب الموضع ، ونظير ذلك ما قيل في الحمام وان الأجرة في مقابلة المقعود في الحمام ، وإن استعمال الماء الجارى فيه تبع ، وهذا قلب الموضوع ايضاً ، بل الحق أن استئجار الظئر إنما هو لارضاع الولد بلبنها على جاري العادة في ذلك ، وإن حمله وإلقامه الثدى ونحو ذلك تبع غير مقصود بالقصد الأول . ومن كابر في ذلك كان بمنزلة المكابر في الحسيات ، وكذلك دخول الحمام إنما هو المقصود فيه بالقصد الأول استعمال مائه ، وكيف يقول صاحب العناية بل المقصود هو الإرضاع إلى آخره حيث يجعل اللبن مع كونه أصلا ومقصوداً بالذات فرعاً وجزءاً من جملة الأمور والوسائط التي يتعلق بها انتظام أمر الصبي ، وكيف يقول لما روى ابن سماعة عن محمد غير ظاهر الرواية ، وهو من كبار اصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائة ركعة .

( وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن الشاة إن شاء الله تعالى ) أراد به الجواب عن قول أهل المقالة الثانية حيث قالوا ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر وسيأتي ذلك قريباً من صفحة بقوله لأنها لم تأت بعمل فتستحق عليها ( وإذا ثبت ما ذكرنا ) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين ( يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتباراً بالاستئجار على الخدمة ) يعني أن الإجارة لما جازت باعتبار الخدمة فتعتبر باستئجار العبد للخدمة، فكل ما جاز ثمة يجوز هنا ، وكل ما لا يجوز ثمة لا يجوز هنا ، غير أى جواز استئجار الظئر بالطعام والكسوة باعتبار أنها لا تفضى إلى المنازعة . قيل هذا تكرار لأنه قد علم من أول المسألة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فلم يقع هذا التكرار . أجيب انه أثبت اولاً جوازها بالكتاب والسنة ثم رجع إلى اثباتها بالقياس . ويجوز ان يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها وكسوتها ، يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الإجارات وبطعامها

قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة . وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ . وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ، فصار كبيع قفيز من صبرة . بخلاف الخبز والطبخ ، لان الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة .

---

وكسوتها أيضاً ، والأصوب أن يجاب بما قلنا آنفاً ، يعني غرضه من هذا أن يبين أن استئجار الظئر كاستئجار العبد على الخدمة ، فكل ما جاز هناك يجوز هنا والعكس أيضاً مع اعتبار أمر آخر هنا كما ذكرناه .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز بطعامها وكسوتها استحساناً عند أبي حنيفة ) وبه قال مالك وأحمد في حاوى الحنابلة . ويصح استئجار الظئر بطعامها وكسوتها ولها الوسط ، ومع النزاع كإطعام الكفارة .

( وقالا لا يجوز ، لأن الأجرة مجهولة ) لأن الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة ، وكذا الكسوة ، وبه قال الشافعي . وفي شرح الكافي قال أبو يوسف ومحمد إن سموا لها طول كل ثوب وعرضه ورفعته وضربوا لذلك أجلا فهو جائز ، وكذلك الطعام إن سموا لها كل يوم كيلا من الدقيق فهو جائز ، وإنما وجب لها الوسط من الطعام والكسوة إذا لم يوصف عند أبي حنيفة ، لأن البدل إذا ثبت في الذمة مطلقاً وجب مطلقاً منه كالمهر والدية ( فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ ) يعني كما استأجر امرأة للخبز له كل يوم عشرة امناء وتطبخ له عشرة أرطال من اللحم مثلا ،وتكون الأجرة الطعام والكسوة فإنه لا يجوز ، وهذا يلزم مالكاً وأحمد فانهما يجيزان ذلك .

( وله أن الجهالة ) أي الجهالة المذكورة ( لا تفضى إلى المنازعة ، لأن في العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد ) والجرى على موجب مرادهن ولا يمنع إلا الجهالة المفضية إلى المنازعة ، والأظار على وزن افعال جمع ظئر ( فصار كبيع قفيز من صبرة ) فانه يجوز وللبائع أن يعطي من أى جانب شاء ،لانها جهالة لا تفضى إلى المنازعة ( بخلاف

وفي الجامع الصغير فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذروعها فهو جائز ، يعني بالاجماع . ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها ، وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضاً لما قلنا ، ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان ، ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة خلافاً لهما ، وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل

---

الخبز والطبخ ، لان الجهالة فيه تفضى إلى المنازعة ) فلذلك لا يجوز .

( وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها ) أى أجل الكسوة ، أراد به وقت العطاء ( وذروعها فهو جائز يعنى بالإجماع ) ذكر رواية الجامع الصغير إشارة إلى ما يجعله مجمعاً عليه بمعرفة الجنس والاجل والمقدار ( ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها ) أى مكان المسمى من الدراهم ( وهذا لا جهالة فيه ) أى جعل الاجرة على هذا الوجه لا جهالة فيه . قال السغناقي هذا تفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ، ولكن يحتمل أن يكون معناه سمي الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم أعطي الطعام بأن الدراهم المسماة ، لانه ذكر في الجامع الصغير لفخر الإسلام ، أما إذا سمى الطعام دراهم ، فان معناه أن يجعل الدراهم به فلا شك في جوازه ثم يستبدل به طعاماً فيصح لو زيد في كلام المصنف بعد قوله أن يجعل الاجرة دراهم لفظة بدلاً استفاد المعنى الذي قاله السغناقي ( ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضاً لما قلنا ) أشار به إلى قوله لا جهالة فيه .

( ولا يشترط تأجيله ) أي تأجيل الطعام المسمى أجرة ،( لان أوصافها ) أى اوصاف الطعام والتأنيث بتأويل الحنطة ( اثمان ) أراد أن المكيل والموزون إذا كان موصوفاً غير مشار ثم بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الاجل كما في سائر الاثمان ، وهذا احترازاً عن الطعام إذا كان مسلماً فيه فان الطعام فيه مبيع مع كونه ديناً فاشترط تأجيله ( ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة ) إن كان له حمل ومؤنة ( خلافاً لهما ، وقد

أيضاً مع بيان القدر والجنس ، لانه إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم . قـــال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حـــق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ، ألا ترى أن له أن يفسخ الاجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه ،

---

ذكرناه في البيوع ) أى في باب السلم ( وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضاً ) يعني إذا استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان الاجل (مع بيان القدر والجنس) لان وجوب الثياب ديناً في الذمة عرف شرعاً ، بخلاف القياس ، فيقتصر على مورده ، والشرع ورد بطريق السلم فيشترط جميـع شرائط السلم ( لانه ) أى لان وجوب الكسوة ( إنما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً ، وإنما يصير مبيعاً عند الاجل كما في السلم )وفي بعض النسخ انما صار مبيعاً والمعنى فهم مما ذكرنا آنفا .

( قال وليس للمستأجر أن يمنع زوجها ) أي زوج الظئر ( من وطئهـــا ، لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن ) أي المستأجر ( من إبطال حقه ) وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك ليس له وطئها إلا برضى المستأجر ، لأنه ينقص اللبن وقد يقطعه بالحبل .قلنا الوطء حق مستحق له قبل العقد بعقد النكاح وهو باق ، فلا يسقط بأمر موهم .

( ألا ترى ) توضيح لما سبقه ( أن له ) أي لزوج الظئر ( أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به ) أي بعقد الإجارة ( صيانة لحقه ) أي لحق الزوج ، وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي في وجه لا يصلح العقد بغير رضاه وبه قال أحمد « رح » . ولو زوج بعد عقد الاجارة له الفسخ بالإجماع . وقيل إن كان الزوج ممن يشبه أن تكون امرأة ظئراً فله الفسخ لدفع الضرر عنه وإلا لا . والأصح أنه له ذلك مطلقاً ، وهذا كان زوجها معروفاً وكان مجهولاً لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها فليس له الفسخ ، لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في المستأجر لأنه يمكن منه المواضعة مع هذا الرجل ، وهو نظير المنكوحة إذا كانت مجهولة الحال فأقرت بالرق على نفسها لا يصدق في إبطال النكاح .

إلا أن المستأجر يمنعه عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه . فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الاجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لان لبن الحامل يفسد الصبي ، فلهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً وعليها أن تصلح طعام الصبي ، لان العمل عليها .

---

( إلا أن المستأجر يمنعه ) أي يمنع زوج المرضعة ( عن غشيانها في منزله ، لأن المنزل حقه ) فلا يدخل إلا بإذنه ( فإن حبلت ) أي الظئر ( كان لهم ) أي لأهل الصغير ( أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها ، لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضاً ) وكذا إذا كانت سارقة يخاف منها على المتاع . وكذا إذا تقيأ الصبي لبنها . وكذا إذا كانت فاجرة بيناً فجورها ، بخلاف ما إذا كانت كافرة حيث لا تفسخ ، لأن كفرها في اعتقادها ولا يضر بالصبي . وكذا اذا أرادوا السفر فتأبى الخروج معهم فهو عذر .

وأما عذرها فمرض يصيبها لا تستطيع معه الإرضاع ، وكذا إذا لم تكن معروفة بالظؤرة فلها ان تفسخ . وكذا إذا لم يكفوا عن إيصائها بسنتهم كان لها الفسخ ، كذا في المبسوط . ولو استأجر امرأته لارضاع ولده منها لا يجب الأجر ، وبه قال الشافعي والقاضي الحنبلي . وقال مالك وأحمد يجوز . قلنا هذا يجب عليه ديانة وإن كانت لا تجبر على ذلك ، كما لو استأجرها لكنس البيت أو الطبخ أو الغسل أو غير ذلك .وفي المبسوط ولو استأجرها لارضاع ولدها منه بمال الولد وللولد مال صح في روايتي ابن رستم عن محمد، ويكون لها الأجرة في مال الولد . ولو أستأجرها لإرضاع ولده من غيرها لا يجوز بلا خلاف وكان لها الأجر . ولو استأجر خادمها لترضع ولد منها لا يجب الأجر . ولو استأجر مكاتبتها جاز . ولو أرضعت خادمة الظئر الصبي فلها الأجر لأنه لم يشترط الارضاع بنفسها، كذا في الذخيرة. وقال أحمد وأبو ثور لا أجر لها كما لو اشترى لبن الغنم ، ويجوز استئجار أمته وأخته وابنته لرضاع ولده وكذا سائر أقاربه بلا خلاف .

( وعليها ) أي على الظئر ( أن تصلح طعام الصبي ، لأن العمل عليها ) أي العمل الراجع إلى منفعة الصبي على الظئر .

والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر . أما الطعام فعلى والد الولد . وما ذكر محمد « رح » أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة . وإن

---

( والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب ) أراد أن الأصل في الإجارة إذا وقعت على العمل فيما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الاجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف ( فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظئر ) وبه قالت الثلاثة . وعن الشافعي «رح» في وجه لا يلزمها . قال تاج الشريعة أراد غسل الثياب عن البول والغائط لا عن الدرن والوسخ ( أما الطعام على والد الولد ) أراد طعام الصبي ( وما ذكر محمد أن الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة ) لأن في توابع المقصود يرجع إلى العادة ، ولهذا قالوا فيمن استأجر فيان فالزنبيل واللبن على صاحب اللبن للعرف ، وإن كان العرف في بلد على خلافهم يؤخذ به . وقالوا في الخياط الخيط عليه ، وحط التراب على القبر على الحافر إن كان في بلد يتعاملون به .

وقالوا في الطباخ إذا استؤجر في عرس إخراج المرق عليه ، فإن طبخ قدراً خاصة فليس عليه ، وهذا مبني على العادة . وإدخال الحمل المنزل فيما إذا تكارى الدابة فعلى ما يفعله الناس . فأما الصعود به على السطح أو الغرفة فليس عليه إلا إذا شرط . ولو كان حمالاً على ظهره فيجب عليه الادخال وليس عليه الصعود به للعرف ، وأراد بالدهن الزيت غالباً ، لأن الصغير لا بد من دهنه بالزيت أحياناً وإن كان يتناول غيره من الأدهان . وأراد بالريحان الآس ، وهو الذي يقال له المرسين بلغة أهل مصر ، فإن كان الصغير لا يستغنى عنه البتة ... ، والريحان اسم لكل نبت طيبة الريح .

( وإذا[1] أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها ) وبه قالت الثلاثة (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فإن هذا إيجار وليس بارضاع) هذا هو العذر الموعود قبله بقوله

---

(١) وإن — هامش .

أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع ، فإن هذا إيجار وليس بإرضاع وإنما لم يجب الاجر لهذا فإن المعنى انه اختلف العمل

---

وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة . وقال صاحب العناية وهذا دليل ظاهر على ما قدمنا ، فإنه إنما لم يجب الأجر لاختلاف العمل لا لانتفاء اللبن ، ولهذا لو أوجر الصبي بلبن الظئر في المدة لم يستحق الأجرة ، فعلم بهذا أن المعقود عليه الارضاع والعمل دون العين وهو اللبن . قلت قد مر الجواب عن هذا على أن السفناقي قال يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عند شمس الأئمة رحمه الله . قوله إيجار مصدر أوجرته إذا صببت في وسط فمه دواء . وكذا وجرته . والوجور بفتح الواو اسم لتلك الدواء .

فإن قلت الظئر أجير خاص أو أجير مشترك . قلت دل كلام مصنف المبسوط أنها أجير خاص ، حيث قال لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق الصبي أو من متاعه وثيابه في يدها لم تضمن الظئر ، لأنها بمنزلة الاجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة . ألا ترى أنها ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل ، والاجير الخاص أمين فيما في يده . ودل كلام صاحب الذخيرة أنها تجوز أن تكون خاصاً وأن يكون مشتركاً ، فإنها لو أجرت نفسها لقوم آخرين لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما وفوعت أثمت ، وهذا جناية منها ولها الاجر كاملاً على الفريقين وهذا يدل على أنها تحتملها فاعتبار أنها تستحق الأجر منهما كاملاً كالاجير المشترك ، وباعتبار أنها أثمت لما فعلت كالاجير الخاص ، وفيه نظر لا يخفى .

وقال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي المسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الواحد ، وبعضها يدل على انها في معنى الاجير المشترك ، والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك . وإن حملها إلى منزله فهي أجيرواحد . وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الاجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الاولين (لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع ، فان هذا إيجار وليس بارضاع وإنما لم يجب الأجر لهذا المعنى) وهو المعنى الذي ذكره من قوله لأنها لم تأت بعمل مستحق عليها ... إلى آخره ( انه اختلف العمل ) بفتح همزة أن لانها بدل من المعنى في

بعض النسخ وهو أنه في بعضها لانه والصحيح الذي ضبطه مشايخنا هو الاول . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو استأجر ظئراً ترضع صبياً في بيتها فجعلت تؤجر بلبن الغنم وتغذوه بكل ما تصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لانها لم ترضعه . فإن جحدت ذلك وقالت قد أرضعته فالقول قولها مع يمينها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ بها ، لانها أقوى . وإن أقاما جميعاً البينة أخذت بينتها لانها تثبت استحقاق الاجر عليه ، فإن استأجرت له ظئراً فأرضعته كان مثل هذا في القياس ، ولكن استحسن أن يكون لها الاجر .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن دفع إلى حائك غزلاً لينسجه بالنصف)فالاجارة فاسدة فلذلك قال ( فله أجر مثله ) أي فللحائك أجر مثله ، لان هذا حكم الاجارة الفاسدة . وفي المبسوط حكى الحلواني عن استاذه أبي علي النسفي أنه كان يفتي بجواب دفع الثوب إلى الحائك لينسجه بالنصف في دياره بنصف ، لان فيه عرفاً ظاهراً ، وكذا مشايخ بلخ يفتون بجواز هذه الاجارة من الثياب للتأمل والقياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع . قال والاصح عندي أن ما ذكره في الكتاب أصح ، لان هذا في معنى قفيز الطحان على ما يجيء عن قريب .

وقالوا في شرح الجامع وكذلك إذا استأجر حماراً ورجلا يحمل طعاماً بقفيز منه محمولاً فالاجارة فاسدة ويجب أجر المثل ، وقال الفقيه أبو الليث هذا قول المتقدمين ، ولان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصر بن يحي ومحمد بن سلمة . وفي خلاصة الفتاوى رجل دفع إلى حائك غزلاً وأمره بأن ينسج له ثوباً وبين صفته على أن ربعه أو ثلثه للحائك أجراً لعمله لم يجز ، وكان القاضي الامام أبو على النسفي يفتي بجوازه وينسف بحكم العرف . قال والفتوى على جواب الكتاب . وفي صحيح البخاري قال ابراهيم وابن شيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة رحمه الله لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه .

قال صاحب العناية فإن قيل إذا كان عرف دياره على ذلك فهل يترك به القياس .

قيل لا لأنه في معناه من كل وجـه ، يعني في معنى قفيز الطحان بالعرف . قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه ، انتهى . قلت قال تاج الشريعة كان تجويز هذه يعني بها بالإجارة التي أفتى بها مشايخ بلخ وأبو علي النسفي بطريق تخصيص دلالة النص الذي يحوك الثوب ببعضه ، غير أن الحاكم نظيره فيكون النص أراد فيـه دلالة ، فمتى تركنا العمل بدلالة هذا النص في الحائك علمنا في قفيز الطحان كان تخصيصاً لدلالة النص لا تركاً للنص أصلاً ، انتهى . فهذا صريح أن دلالة النص تخص ، والتخصيص لا يكون إلا في العموم ، على أنا نقول إن هذا الحديث الذي يتمسكون تارة بعمومه وتارة بخصوصه غير صحيح .

قال ابن قدامة في المغني وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته . وقال الشيخ شمس الدين القيم هذا الحديث لا يثبت بوجه ، مع أن لفظ الحديث نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان على ما نبينه عن قريب . وقوله نهى مبني لما لم يسم فاعله ، ولا يلزم أن يكون الناهي هو رسول الله ﷺ ، وأي فرق بين أن يستأجره ليطحن له حنطة بقفيز حنطة أو بقفيز من طحين غيرها ، بل هذا فرق صوري لأنا ننزله ولا يتعلق بذلك مفسدة قط لا جهالة ولا ربا ولا عذر ولا منازعة ولا ضرر . وأي غرر أو مفسدة في أن يدفع إليه غزله لينسجه ثوباً بذراع ، أو زيتوناً لعصرها زيتاً بجزء معلوم منه وأمثال ذلك مما هو مصلحة للمتعاقدين فقد لا يكون معـه أجرة سوى ذلك الغزل أو الحب ، ويكون الأجر محتاجاً إليه وقد تراضيا بذلك فجوزناه .

وقال القياس وحاجة الناس وهو قول عطاء والزهري وأيوب ويعلى بن حكيم وقتادة وأحمد وإسحاق . واحتج أحمد بحديث جابر أن النبي عليه السلام أعطـى خيبر على الشطر . ولم يثبت عن الشارع ما يمنع ولا يترتب عليـه شيء من الفساد ، بل هو مصلحة محضة ، والمصنف أيضاً لم يقم دليلاً على مـا ادعاه من الفساد سوى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوخ أو المحمول ، وحصول بفعل الأجير فلا بعد هو قادر بفعل غيره ،

وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالاجارة فاسدة، لانه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيزالطحان، وقد نهى النبي عليه السلام عنه وهو أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه، وهذا أصل كبير يعرف به فساد

---

وهذا لا يعول ، فإن المزارع يأخذ جزءاً من الخارج والمضارب جزءاً من الربح ، والمعنى المذكور موجود في كل منهما ، بل هذا أولى بالجواز من المضاربة والمزارعة ، فإن الذي يأخذ منه الجزء هنا محقق الوجود وهناك معدوم على خطر الوجود لم يكن هذا المعنى مانعاً من جواز المزارعة والمضاربة ، فهنا أحق وأولى أن لا يمنع .

( وكذا إذا استأجر حماراً يحمل عليه طعاماً بقفيز منه فالإجارة فاسدة ، لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان ) فإذا صار معناه صار حكمه كحكمه ( وقد نهى النبي ﷺ عنه ) أي نهى النبي عليه السلام عن قفيز الطحان . وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن عبد الله بن موسى ثنا سفيان عن هشام كليب عن عبد الرحمن بن أبي نعيم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان . وأخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن ابن المبارك ثنا سفيان به ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة الدارقطني قال فيه ، نهى رسول الله ﷺ هكذا مبنياً للفاعل كما قاله المصنف ، وتعقبه ابن القطان في كتابه وقال إني تتبعته في كتاب الدارقطني من كل الروايات فلم أجده إلا هكذا نهى عن عسب الفحل وقفيز الطحان مبنياً للمفعول.

( وهو ) أي قفيز الطحان ، أي تفسيره ( أن يستأجر ثوراً ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه ) وكذا لو استأجر رجلاً ليطحن له هكذا ، والحنطة في جواز ذلك أن يشترط صاحب الحنطة قفيزاً من الدقيق الجيد ولم يقل من هذا الحنطة ، لأن الدقيق إذا لم يكن مضافاً إلى حنطة بعينها يجب في الذمة . ثم إذا جاز يعطيه من دقيق هذه الحنطة ( وهذا أصل كبير ) أي جعل الأجر بعض ما يخرج من عمل الأجير أصل عظيم ( يعرف به فساد

كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا . والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادراً بقدرة غيره ، وهذا بخلاف ما إذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر ،

---

كثير من الإجارات ) كما إذا استأجر أن يعصر له سمسماً بمن من دهنه ، وكذا إذا دفع أرضه ليغرس شجراً على أن تكون الأرض والشجر بينهما نصفان لم يجز ذلك والشجر لرب الأرض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل . وكذا لو استأجر امرأة لتقول هـــذا القطن وهذا الصوف برطل في الغزل وكذا عجنـــا الطحن بالنصف ، ودياس الدخن بالنصف ، وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك ، وكل ذلك لا يجوز ( لاسيا في ديارنا ) أي خصوصاً في ديارنا وديارة بلاد فرغانة وراء جيحون ومدينة مرغينان ، وهي من بلاد فرغانة .

( والمعنى فيه ) أي في النهي عن قفيز الطحان ( أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر ) لأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد ( وهو بعض المنسوج ) في مسألة الحائك ( أو المحمول ) أي وبعض المحمول في مسألة استئجار الحمال لحمل الطعام وليس لـــه حكم الوجود ، لأنه غير واجب في الذمـــة فكان معدوماً فيعجز عن تسليمه لأن وجوده ( وحصوله بفعل الأجير فلا يعد ) أي المستأجر ( هو قادراً بقدرة غيره ) إذا العبرة بقدرة نفسه . وفي مبسوط صـــدر الإسلام وجامعه معنى النهي في قفيز الطحان ، ونظائره أنه جعل شرط صحة العقد بناء على حكم العقد ، لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بعد العمل ، وشرط العقد لا يجوز أن يكون حكم العقـــد ، لأنه خلاف وضع الشرع إذ الشرط يسبقه والحكم يعقبه .

( وهذا ) أي وهـــذا الذي ذكرنا من فساد الإجارة فيما إذا استأجر حماراً ليحمل طعاما بقفيز منه ( بخلاف ما إذا استأجره ) أي الحمار ( ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الأجر ) هذه من مسائل إجارات الجامع الكبير ، وهنا مسألة أخرى وهي ما إذا استأجر رجلا ليحمل لـــه كر حنطة إلى بغداد مثلا بنصفه كانت

لان المستأجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركاً بينهما . ومن استأجر رجلاً لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر ، لان ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ولا يجاوز بالاجر قفيزاً ،

---

الإجارة فاسدة وله أجر مثله إن بلغ بغداد لا يجاوز قيمته نصف الكر عندنا . والفرق بينهما أن الحنطة هنا صارت محمولة بعمل الأجير فكان في معنى قفيز الطحان فيكون فاسداً فيجب أجر المثل .

وأما في مسألة الكتاب فلما أشار إليه بقوله (لأن المستأجر ) بفتح الجيم وهو الأجير ( ملك الاجر في الحال بالتعجيل ) لأن تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الأجرة ( فصار مشتركا بينهما . ومن استأجر رجلا لحمل طعــام مشترك بينهما لا يجب الأجر ، لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه ) وفيه خلاف الشافعي « رح » . قيل هاهنا نظير أن الأول في قوله حيث لا يجب الأجر كيف يقول لا يجب ، لأنه قد وجب وقبض وهـــو نصف الطعام ، ثم يقول لأن المستأجر ملك الأجر .

والثاني في قوله لأن ما من جزء يحمله إلا وهو عامل لنفسه نظر ، فإن هذا ممنوع ، لأن صورة المسألة ان الطعام مشترك بينهما ، فكيف يقال إن كل جزء منــــه يكون الشريك الحامل له عاملا لنفسه ، وإن كان مراده أن ما من جزء إلا وهو مشترك بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملا لشريكه بعكس عليه . ويقال إنه إذا كان ما من جزء إلا وهومشترك بينهما فيكون بهذا الاعتبار عاملاً لشريكه ، ولكن الحق أن الجزء الذي لشريكه ليس هو عاملاً لنفسه فيه ، بل لشريكه فهو في الحقيقة عامل لنفسه وعامـل لشريكه فأخذه الأجرة في مقابلة عمله لشريكه . ولو قال ما من قفيز أو ما من حبة أو نحو ذلك لـكان أقرب من قوله من جزء ، لأن الجزء ينطلق على الشائع والتعميم غير ممنوع .

( ولا يجاوز بالأجر قفيزاً ) هذا يتصل بقوله وكذا إذا استأجر حماراً ليحمل طعاماً

لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل ، لانه رضي بحط الزيادة ، وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاً ما بلغ عند محمد « رح » ، لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط . قال ومن استأجر رجلاً ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد،وهذا عندأبي حنيفة « رح ».

---

بقفيز منه ، وانتصاب قفيزاً على المفعولية والفاعل هو قوله بالأجر على رأى من يجوز اسناد الفعل الى الجار والمجرور ، وهذا إذا كان لا يجوز على البناء للفاعل يكون الفاعل هو الضمير في لا يجاوز الراجع إلى المستأجر ، وتكون الباء للمصاحبة والتقدير لا يجاوز المستأجر مع الأجر قفيز الذي كان أجرة ( لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب الأقل مما سمى ومن أجر المثل ، لأنه ) أي لأن الحامل (رضي بحط الزيادة ) أي الزيادة على احدهما من المسمى ومن اجر المثل ، أما رضاه بالمسمى فعقده عليه، وأما رضاه بأجر المثل فإقدامه على الإجارة الفاسدة .

( وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الأجر بالغاً ما بلغ عند محمد لأن المسمى هناك ) وهو نصف الحطب ( غير معلوم فلم يصح الحط ) وعند أبي يوسف لا يجاوز بأجرة نصف ثمن ذلك لا قد رضي بنصف المسمى حيث اشتركا كما لو استأجر لحمل الحنطة بقفيز منها .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم ) وهو جمع مختوم وهو الصلح بعينه ويشهد عليه حديث الخدري الوسق ستون مختوماً ، وسمى به لأنه يجعل على أعلاه خاتم مطبوع كيلا يزاد لا ينقص . وفي المبسوط المختوم والقفيز واحد قوله هذه مفعول بقوله ليخبز ، والعشرة صفته ، المخاتيم مجرور بالإضافة كما في قولك الخمسة الاثواب على رأى الكوفيين ، وقوله ( اليوم ) نصب على الظرف أي اليوم ( بدرهم ) يتعلق بقوله استأجر ( فهو فاسد ) أى عقد هذه الإجارة فاسد ( وهذا ) أي فساد هذا العقد ( عند أبي حنيفة ) .

وقال أبو يوسف ومحمد « رح » في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ، ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة . وله أن المعقود عليـــه مجهول ، لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح ، ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي إلى المنازعة

---

( وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الإجارات ) أي من إجـارات المبسوط ( هو جائز ) وبه قالت الثلاثة ، وإنما قيد قولهما بهذا القيد لأنه لم يذكر قولهما في الجامع الصغير وفي المبسوط قولهما استحسان ( لأنه يجعل المعقود عليه عملا ) لأنه المقصود في الإجارات ( ويجعل ذكر الوقت للاستعجال) لا لتعلق العقد به ، فـكان استأجره بعمل على أن يفرغ منه في نصف النهار كان له الأجر كاملا ، ولو لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمله في الغد، لأنه صار أجيراً مشتركاً والحمل على هذا ما لا بد منه ( تصحيحاً للعقد فترتفع الجهالة ) بمـــا ذكرنا من الحمل .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضي الله عنه ( أن المعقود عليه مجهول ) لأنه ذكر سببين مختلفين يصلح كل واحد منهما ان يكون معقوداً عليه (لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقوداً عليها ، وذكر العمل يوجب كونه معقوداً عليه ولا ترجيح ) لاحدهما على الآخر في الأولوية ( ونفع المستأجر في الثاني ) وهو كون العمل معقوداً عليه حتى لا يجب الأجر إلا بتسليم العمل اليه ( ونفع الاجير في الاول ) وهو كون ذكر الوقت موجبـــاً لكون المنفعة معقوداً عليها ، حتى يستحق الأجر بمجرد تسليم النفس في المدة وإن لم يعمل فجاز أن يطلب الاجـــير أجره نظراً إلى الاول ويمنعه المستأجر نظراً إلى الثاني ( فيفضي إلى المنازعة ).

فإن قيل ما الفرق بين هذه وبين ما إذا قال إن خطبته اليوم فلك درهم وإن خطبته غداً فلك نصف درهم ، فان أبا حنيفة رحمه الله أجاز الشرط الاول ، وجعـــل ذكر

وعن أبي حنيفة « رح » أنه تصح الاجارة إذا قال في اليوم وقد سمى عملا . لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق . قال ومن استأجر أرضاً على أن يكربها ويزرعها ويسقيها فهو جائز ، لان الزراعة

---

الوقت للتعجيل وبينها وبين ما إذا استأجر رجلا ليخبز له قفيز دقيق على أن يفرغ عنه اليوم فان الإجارة فيها جائزة بالإجماع ، أجيب في الفرق بينها وبين الاول بأن دليل المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير فيها صرفه عن حقيقته التي هي للتوقيت اتى المجاز الذي هو التعجيل ، وليس في مسألتنا ما يعرفه عنها فلا يصار إلى المجاز ، وكذلك بينها وبين الثانية ، فان كله فيها معنى الشرط على ما عرف في موضعه ، فحيث جعله شرطاً دل على أن مراده التعجيل .

يؤيده ما روى عن أبي حنيفة وهو قوله ( وعن أبي حنيفة رحمه الله انه تصح الإجارة إذا قال في اليوم وقد سمى عملا ) أي سمى المعقود عليه عملا كانه قال إن عملت في بعض اليوم ( لانه للظرف ) أي لان في الظرف لا للمدة والمظروف لا يستغرق الظرف ( فكان المعقود عليه العمل ) لانه كأنه قال إن عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه .

( بخلاف قوله اليوم ) لانه للمدة ، لانه بدون في فيستقر جميع الظروف فيصلح أن يكون معقوداً عليه ، ويلزم الجهالة . وقال تاج الشريعة إذا لم يذكر حرف في مستوعب الظرف فبالنظر الى قوله لتخبز لي هذه العشرة المخاتيم يكون المعقود عليه هو العمل ، وبالنظر إلى قوله اليوم يكون المعقود عليه هي المنفعة فجهل المعقود عليه ففسدت الإجارة ( وقد مر مثله في الطلاق ) أي فصل إضافة الطلاق إلى الزمان في قوله أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن استأجر ارضاً على أن يكربها ) من كرب الارض كرباً قلبها للحرث من باب طلب يطلب ( ويسقيها ويزرعها فهو جائز ، لان الزراعة

مستحقة بالعقود ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقي والكرب فكان كل واحد منهما مستحقاً ، وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد ، فإن شرط أن يثنيها أو يكري انهارها أو يسرقنها فهو فاسد ،لانه يبقى أثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ، وما هذه حاله توجب الفساد ، ولان مؤاجر الأرض يصير مستأجراً منافع الأجير على وجه يبقى بعد المدة ، فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه .

---

مستحقة بالعقد ولا يتأتى الزراعة إلا بالسقى والكراب ، فكان كل واحد منهما مستحقاً وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد ) لان الشرط الملائم لا يفسد العقد .

( فان شرط أن يثنيها ) من التثنية ويجيء الآن ، أما المراد من التثنية ( أو يكرى انهارها) أي يحضر من الكري وهو الحضر ( أو يسرقنها ) من سرقنت الارض إذا جعلت السرقين ويسمى السرجين وهي الزبل ( فهو فاسد) أي فان العقد فاسد ( لانه يبقى أثره) أي أثر كل واحد من المذكورات وهي التثنية والكري والسرقنة ( بعد انقضاء المدة ، وانه ليس من مقتضيات العقد ، وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ) وهو رب الارض ( وما هذه حاله توجب الفساد ، لان مؤاجر الارض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهى عنه ) أي كون الصفقتين في صفقة منهى عنه ، أي نهى عنه رسول الله ﷺ روى أحمد رحمه الله في مسنده حدثنا حسن وأبو النصر واسود بن عامر قالوا ثنا شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبدالله بن مسعود عن أبيه قال نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة . قال شريك قال سماك هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا وقد مر الكلام فيه مستوفى في البيوع .

ثم قيـــل المراد بالتثنية أن يردها مكروبة ولا شبهة في فساده . وقيل أن يكربها مرتين وهـذا في موضع يخرج الأرض الربـع بالكراب مرة والمدة سنة واحـــدة . وإن كانت ثلاث سنين لا يبقى منفعة ، وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح ، لأنه يبقى منفعته في العام القابل . قـــال

---

( ثم قيل المراد بالتثنية أن يردها ) أي الارض ( مكروبة ولا شبهة في فساده ) لانه يقتضيه العقد ، لان الزراعة لا تتوقف عليه ( وقيل أن يكربها مرتين وهـذا في موضع تخرج الأرض الريع بالكراب مرة ، والمدة ) أى مدة الاجارة ( سنة واحدة ) فاذا كان كذلك يفسد العقد ايضاً ، لان فيه منفعة لاحدهما .

( وإن كانت ) أى المدة ( ثلاث سنين لا يبقى منفعة ) فلا يفسد العقد أيضاً ، لانفيه من مقتضيات العقد ، وكذا إذا كان الكراب مرتين والمدة سنة ، ولكن لا تخرج الارض البديع إلا بالكراب مرتين ، لانه ليس فيه منفعة لاحدهما، وقد ذكر الفقيه ابو الليث عن مشايخنا انهم قالوا هذا الجواب في بلادهم ، أما في بلاد الخضرة نحو المزارعة بهذا الشرط لان منفعة التثنية في بلاد الخضرة لا يبقى بعد انقضاء المدة، فان الارض وان كربت مراراً فلما تبقى منفعتها إلى العام الثاني .

( وليس المراد بكري الأنهار الجداول ) وهو جمع جـدول وهو النهر الصغير ( بل المراد منها الأنهار العظام هو الصحيح ) احترز به عن قول من قال المراد بالأنهار الجداول وهو قول خواهر زادة ، وبه كان يفتى ، فإنه كان سوى بين الأنهار وبين الجداول عمل باطلاق لفظ الكتاب ( لأنه يبقى منفعته ) أي منفعة كري الأنهار العظام ( في العام القابل ) ومنفعة الجداول لا تبقى إلى العام القابل ، كذا ذكره المحبوبي ، فكان المستأجر هو المنتفع بالجداول خاصة وهو واجب على المستأجر بدون الشرط ، فكان شرطاً بقبضه العقـد فلا يفسد به . وصاحب المحيط اختار القول الذي نفاه المصنف .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن استأجرها ليزرعها بزراعة أرض اخرى فلا خير

وإن استأجرهـــا ليزرعها بزراعة أرض أخرى فلا خير فيه . وقال الشافعي هو جائز ، وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى ، واللبس باللبس ، والركوب بالركوب . له أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ولا يصير ديناً بدين . ولنـــا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة ، وإلى هـــذا

---

فيه ) أي لا يجوز أصلاً ، هكذا فسره غالب الشراح ولم يبين أحد منهم وجه العدول عن لفظه لا يجوز أو يفسد إلى هذا اللفظ إلا تاج الشريعة ، فإنه قال من دواب محمد رحمه الله انه يذكر الأخير فيما لم يجد نصاً صريحاً في فساده ليكون بيـان الفساد بطريق الإقتضاء لا بالإفصاح .

فإن قلت ما وجه تفسير لاخير هل يجوز أصلاً . قلت لأن النفي الجنس ، فإذا انتفت الخبرية من كل وجه ينتفي الجواز أصلاً .

( وقال الشافعي « رح » هو جائز ) اختلف جنس المنفعة وانفق ، وبـه قال مالك **وأحمد رحمهما الله ، وعلى هذا الخلاف ( وعلى هذا إجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس** والركوب بالركوب ) بأن أجر داره ليسكنها بسكنى داراً أخرى أو ثوبـاً ليلبسه بلبس ثوب آخر ودابة ليركبهـا بركوب دابة أخرى ( له ) أي الشافعي « رح » ( أن المنافع بمنزلة الأعيان حتى جازت الإجارة بأجرة دين ) على المؤجر ولو لم تكن المنافع بمنزلة الأعيان لكان ذلك ديناً بدين ، وهو لا يجوز ، أشار إليه بقوله ( ولا يصير دينـاً بدين ) أي الإجارة بأجرة دين .

( ولنا أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا ) بفتح النون أي التأجيل ( فصار كبيع **القوهي بالقوهي نسيئة ) صار حكم هذه الإجارة كحكم بيع الثوب القوهي بالثوب القوهي إلى أجل .** وهو بضم القاف وسكون الواو وكسر الهاء نسبة إلى قوهستان كورة من كور فـارس . وإنما لم يجز البيع هنا لأن أحد وصفي علة الربا كاف في حرمة النساء وهو الجنس ، فكذا في المنافع إذا وجد فيها الجنس يحرم ( وإلى هذا أشار محمد ) أي مـا ذكر من الحكمين ،

أشار محمد « رح » ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس . بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة

---

أعني حكم استئجار الأرض لزراعتها بزراعة أرض أخرى وما أشبهها وحكم بيع القوهي بقوهي أشار محمد بن الحسن رحمه الله وهو ما روى ابن سماعة كتب من بلخ إلى محمد وقال لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ، فكتب محمد « رح » في جوابه إنك أطلت الفكرة فأصابتك الحياة وجالست الجنائي فكانت منك ذلة ، أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي نساء . الجنائي اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها .

( ولأن الإجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ) هذا طريق آخر في فساد الإجارة المذكورة ، وهي أن الإجارة إنما شرعت على خلاف القياس لحاجة الناس ( ولا حاجة عند اتحاد الجنس ) لأنه كان متمكناً من السكنى قبل ذلك العقد فلا يحصل بالعقد إلا ما كان متمكناً منه باعتبار ملكه ، والكمال من باب الفصول والإجارة ما شرعت لاستيفاء الفصول ( بخلاف ما إذا اختلف جنس المنفعة ) بأن استأجر ركوباً بلبوس لتحقق الحاجة فيجوز .

فإن قيل النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد ، وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك . أجيب إنهما لما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط ، فألحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة ، قيل فيه نظر ، لأن في النساء شبهة الحرمة فبالحاق به يكون شبهة الشبهة وليس بحرمة . أجيب بأن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها .

فإن قيل قبل النساء إنما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك ، وفيما نحن فيه ليس كذلك ، فإن كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئاً فشيئاً . أجيب بأن الذي لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق العقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزوم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقق النساء . ثم لو استوفى المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية ، لأنه استوفى المنفعة بالإجارة

قال وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له . وقـــال الشافعي له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز ، فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام

---

الفاسدة . وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا شيء عليه .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له ) يعني لا المسمى ولا أجر المثل ، وعلى قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يجب أجر المثل كما في إجـارة المشاع ، لكن الفرق أن فساد العقد هناك للعجز عن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي أوجبه العقد لا لانعدام الاستيفاء أصلا ، وهنا البطلان لتعذر الاستيفاء أصلاً وبدون الاستيفاء لا يجب الأجر في العقد الفاسد .

وقال الكرخي في مختصره قـــال ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن الطعام بين رجلين ولأحدهما سفينة فأراد أن يخرجا بالطعام من بلدهما إلى بلد آخر فـاستأجر أحدهما نصف سفينة صاحبه بحصته بعشرة دراهم فهو جائز ، وكذلك لو أراد أن يطبخ الطعام فاستأجر نصف الرحى الذي لشريكه ، قال وكذلك لو استأجر منه نصف جوالقه هـذه ليحمل فيها هذا الطعام إلى مكة فهو جائز . ولو استأجر عبد صاحبه أو دابة صاحبه أو دابـة عبد صاحبه ليحمل ، أو استأجر العبد ليحفظ الطعام وهو استأجر العبد والدابة كله أو نصفه فإن ذلك لا يجوز . فإن حمل على الدابة فلا أجر له . ثم قال الكرخي قـــال محمد رحمه الله وكل شيء استأجر من صاحبه مما يكون عملاً فإنه لا يجوز ، وإن عمله فلا أجر له ، وكل شيء ليس يكون عملاً استأجر أحدهما من صاحبه فهو جائز .

( وقال الشافعي رحمه الله له المسمى ، لأن المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً جائز ) وبه قال أحمد ( فصار كما إذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيهـا الطعام أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب ) حيث يجب الأجر .

أو عبداً مشتركاً ليخيط له الثياب . ولنا أنه استأجره لعمل لا وجود له ، لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ، بخلاف البيع لأنه تصرف حكمي ، وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر . ولأن ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم ،

---

( ولنا أنه استأجره ) أي أن أحد الشريكين استأجر الآخر ( لعمل لا وجود له ) فصار كإجارة ما لا منفعة له ، قيل هذا ممنوع بل لعمله وجود ، وإلا يلزم أن الحصة التي لشريكه لا وجود لها لكونها شائعة ، ولو كان ذلك صحيحاً لكانت حصته أيضاً لا وجود لها لكونها شائعة ، وهذا من نوع السفسطة وإن كان الحقائق ، وفيه نظر ، لأن معنى قوله وجود له لا يتميز وجوده ، ومنكر هذا منكر الحقائق ( لأن الحمل فعل حسي لا يتصور في الشائع ) إذ الحمل يقع على معين ، والشائع ليس بمعين وهذا ضرب النصب الشائع في العبد المشترك لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة لا يتصور . وكذا وطء الجارية المشتركة في النصيب الشائع لعدم تصور الفعل الحسي في الشائع . فان قلنا إذا حمل الكل فقد حمل البعض لا محالة ، فيجب الأجر . قلت حمل الكل حمل المعين ونصيبه ليس بمعين فيما وجد نصيبه .

( بخلاف البيع ) جواب عن قياس الشافعي رضي الله عنه على البيع ، فأجاب بأن البيع ليس كذلك ( لأنه تصرف حكمي ) أي شرعي ، والتصرف في الشائع شرعاً كما إذا باع أحد الشريكين نصيبه ( وإذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الأجر ) لأن الأجر يترتب على ذلك ( ولأن ما من جزء يحمله ) دليل آخر على المطلوب وجهه أن حامل الشيء ما يحمل من جزئه ( إلا وهو شريك فيه ) وكل من حمل شيئاً كان شريكاً فيه ( فيكون عاملاً لنفسه ) ومن كان عاملاً لنفسه ( فلا يتحقق التسليم ) منه فلا يستحق أجراً على غيره .

فان قيل لا يخلو من أنه عامل لنفسه فقط ، وعامل لنفسه ولغيره فالأول ممنوع فانه

بخلاف الدار المشتركة ، لأن المعقود عليه هنالك المنافع ، فيتحقق تسليمها بدون وضع الطعام . وبخلاف العبد لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ، وإنه أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع . ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالإجارة فاسدة ،

---

شريك والثاني حق ، لكن عدم استحقاقه الأجر على ما فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة إلى ما وقع لغيره . أجيب أنه عامل لنفسه فقط ، لأن عمله لنفسه فقط أصل وموافق للقياس ، وعمله لغيره ليس بأصل بل يتأتى على أمر مخالف للقياس للحاجة ، وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ، فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر .

فان قيل المحمول مشترك فينبغي أن يكون الحمل كذلك أجيب بأن وقوع الحمل مشتركاً محال ، لأنه عوض يتجزأ .

( بخلاف الدار المشتركة ) جواب عن قياس الخصم على استئجار الدار المشتركة فقال ( لأن المعقود عليه هنالك المنافع ) أي منافع الدار والبدل بمقابلتها ولا شركة له في ذلك ( فيتحقق تسليمها بدون وضع الطعام ) فانه إذا تسلم البيت ولم يضع فيه الطعام وجب عليه الأجر بخلاف الحمل ، فإن المعقود عليه هو العمل ، وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما مر .

( وبخلاف العبد ) جواب عن قياس على استئجار العبد المشترك ، ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه ، وهو معنى قوله ( لأن المعقود عليه إنما هو ملك نصيب صاحبه ) وفي بعض النسخ ملك صاحبه ( وانه ) أي ملك نصيب صاحبه ( أمر حكمي يمكن إيقاعه في الشائع ) كما في البيع ، بخلاف الحمل ، لأنه فعل حسي .

( ومن استأجر أرضاً ولم يذكر انه يزرعها ) أي استأجرها للزراعة ولم يبين ( أو أي شيء يزرعها ) من أنواع الحبوب ( فالاجارة فاسدة ) بجهالة المعقود عليه وبه قال الشافعي

لأن الأرض تستأجر للزراعة ولغيرها . وكـــذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالأرض وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليـــه معلوماً . فإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر « رح » ، لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً . وجه الإستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزاً ،

---

وأحمد رحمهما الله في الصورتين، وكان له أن يفعل في الأول ما يشبه البناء والغرس والزرع، فان أشبه الجميع وكان بعضه بالأرض من بعض لم يصح العقد . وفي الثاني وهو أن يذكر الزرع صح العقد ولا يزرع إلا ما يشبهه ، ذكره في الجواهر . أما لو استأجرها ليزرع فيها ما شاء أو يغرس ما شاء يجوز بالاجماع . ولو قال لتزرعها ما شئت وتغرسها ما شئت صح أيضاً وهو المنصوص عن الشافعي رحمه الله وخالفه أكثر صحبه . وقالوا لا يجوز لأنه لا يدرك كم يزرع وكم يغرس . وقال بعضهم يصح ويغرس نصفها ويزرع نصفها ( لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها ) نحو البناء والغرس وحفظ الامتعة ونحوها .

( وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ) أي مما يزرع ( ما يضر بالارض وما لا يضر بها غيره ) كالذرة والدرزقان ضررهما بالارض أكثر من ضرر الحنطة والشعير ، ومنه مـــا لا يضر كالقطن والبطيخ ( فلم يكن المعقود عليه معلوماً ) فيفسد العقد للجهالة (فان زرعها) أي الارض نوعاً من أنواع الزراعة في المسألة المذكورة ( ومضى الاجل) المضروب فيها (فله المسمى ) أي فللمولى ما سميا عند العقد ( وهذا ) أي وجوب المسمى لانقلاب العقد صحيحاً ( استحسان . وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله ) والشافعي وأحمد ( لانه ) أي العقد ( وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ) فيجب أجر المثل .

( وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت ) بوقوع ما وقع فيها من الزرع ( قبل تمام العقد) بنقض القاضي ( فينقلب جائزاً ) لان الاجارة عقد يعقد للاستقبال ، فاذا شهد المزروع في بعض المدة وعرف انه ضاراً وليس بضار فقـــد ارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع في

كما إذا ارتفعت في حالة العقد ، وصار كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة . ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة .

---

ذلك الوقت ( كما إذا ارتفعت في حالة العقد ) لان كل جزء منه بمنزلة ابتدائه . ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا هنا ( وصار كما إذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه ) بأن باع إلى الحصاد والدياس فأسقط الاجل قبل أوان الحصاد والدياس ( والخيار الزائد في المدة ) بأن شرط الخيار أربعة أيام مثلاً ثم أسقط اليوم الرابع قبل هذا رد المختلف على المختلف ، فان زفر « رح » لم يقل بالانقلاب إلى الجواز لا هنا ولا هناك .

أجيب بأنه لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق مبادىء فيكون مثل الإيضاح لما وقع الكلام فيه من المقيس فيه ، وإن كان هو مختلفاً في نفسه . وقيل هذا تكرار لأنه ذكر في الأول باب ما يجوز من الإجارة ، ويجوز استئجار الأراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها . أجيب بأن ذلك وضع القدوري وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة ، وهي قوله وإن زرعها ومضى الأجل فله المسمى وفيه نظر ، لأن اختلاف الوضعين لا ينبغي التكرار في حكم واحد ، وكان ينبغي ذكر الفائدة الزائدة هناك .

( ومن استأجر حماراً إلى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمله الناس فنفق ) أي الحمار أي هلك ( في بعض الطريق فلا ضمان عليه ، لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر ) لأنه قبضها بإذن المالك ( وإن كانت الإجارة فاسدة ) حرف إن واصلة بما قبله ، لأن حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح ، ولا يعلم خلاف أن هذه الإجارة فاسدة ، والفاسدة في حكم الصحيحة في أن العين المستأجرة أمانة فلا يضمن بلا تعد ، وإنما قيد بقوله حمل ما يحمله الناس ، وأراد به الحمل المعتاد ، لأنه إذا حمل غير المعتاد فهلك

فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى . وإن اختصما قبل أن يحمل عليه . وفي المسألة الاولى قبل أن يزرع نقضت الإجارة دفعاً إذ الفساد قائم بعد

---

الحمار يجب أن يضمن ، وانما يجب الضمان في الحمل المعتاد لعدم المخالفة ، لان مطلق الإذن ينصرف إلى المعتاد ولم يتعد المعتاد .

( فإن بلغ إلى بغداد فله الأجر المسمى استحساناً على ما ذكرنا في المسألة الأولى )وهو قوله وجه الاستحسان أن الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد ، فإنه لما حمل عليه ما يحمل الناس من الحمل فقد تعين الحمل وارتفعت الجهالة المفضية إلى النزاع ، فانقلب إلى الجواز ووجب المسمى . وفي القياس يجب أجر المثل وهو قول زفر والشافعي وأحمد رحمهم الله .

( وإن اختصما قبل أن يحمل عليه ) أي على الحمار ( وفي المسألة الاولى قبل أن يزرع ) أي واختصما في المسألة الاولى وهي ما إذا استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها.. إلى آخره ( نقضت الاجارة دفعاً للفساد ، إذ الفساد قائم بعد ) أي فساد العقد باق وثابت بعد الاجارة قبل الحمل على الحمار وقبل الزراعة في الارض قال دفعاً للفساد بالدال . ولو قال رفعاً للفساد بالراء كان أولى لان الفساد قائم يحتاج إلى الرفع ، والرفع لا يكون إلا في غير القائم فافهم .

* * *

# باب ضمان الأجير

## قال الأجراء على ضربين ، أجير مشترك وأجير خاص ، فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار ،

---

### ( باب ضمان الأجير )

الأجير على وزن فعيل لكن بمعنى فاعل ، أي آجر . قال الأترازي فعيل بمعنى مفاعيل من باب أجر ، واسم الفاعل منه مؤجر ، قلت هذا غلط ، لأن فعيلاً بمعنى فاعل لا يكون إلا من الثاني ، وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجره يعني به من المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر .

( قال ) أي القدوري ( الأجراء على ضربين ) الأجراء على وزن فعلاء جمع أجير ، قيل هذا انقسام الشيء إلى نفسه وهو باطل . أجيب بأن الكلام إذا دخل على الجمع ولا معهود يبطل معنى الجمعة ، فيكون الجنس فيصح الانقسام ( أجير مشترك ) وسؤال عن وجه تقديمه على الخاص دوري ( وأجير خاص ) أي والثاني أجير خاص ( فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ ) قيل هذا التعريف دوري ، لأنه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الأجير المشترك فيكون معرفة المعروف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور . أجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الأجرة متى تستحق أن بعض الأجراء يستحق الأجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على معرفة معرف . وقال الكاكي في هذا تعريفه بالأجل الأشهر . قلت بل هو تعريف بالمساوي على ما لا يخفى . قيل قوله من لا يستحق الأجرة حتى يعمل مفرد ، والتعريف بالمفرد لا يصح عند أكثر المحققين . أجيب بأن قوله كالقصار والصباغ منضم إليه فصار تعريفاً بالمثال وهو صحيح . قيل فيه نظر ، لأن قوله لأن المعقود عليه ينافي ذلك ، لأن التعليل على التعريف غير صحيح .

لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هـــذا الوجه يسمى أجيراً مشتركاً . قال والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة وهو قول زفر « رح » ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ،

---

قلنا هنا من التعريفات اللفظية فلا يحتاج إلى هذه التكلفات .

( لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل ) هو القصارة ( أو أثره ) أي أو أثره ، أي اثر العمل كالصبغ ( كان له أن يعمل للعامة ، لأن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ، فمن هذا الوجه ) أي من حيث أن منافعه لم تصر مستحقة لواحد ( يسمى أجيراً مشتركـاً ) بين الناس غير مخصوص لواحد بعينه .

( قال والمتاع أمانة في يده ، فإن هلك لم يضمن شيئاً عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول زفر « رح » ) والحسن بن زياد والشافعي في قول وأحمد في رواية وإسحاق والمزني، وروي عن علي رضي الله عنه ( ويضمنه عندهما ) وبه قال الشافعي « رح » في قـــول ، وأحمد « رح » في رواية ، ومالك وابن أبي ليلى وعطاء وطاووس ومجاهـد « رح » ( إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر ) لأن الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير .

( لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ) روى البيهقي من طريق الشافعي أخبرنا ابراهيم بن يحي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي الله عنهم أنه كان يضمن الصباغ والصائغ وقال لا يصلح للناس إلا ذلـــك . وروي عن خلاس عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير . قال البيهقي الأول فيه انقطـــاع يعني أبي جعفر وعلي رضي الله عنه . والثاني يضعفه أهل الحديث ويقولون أحاديث خلاس عن علي من كتاب . واستدل ابن الجوزي في التحقيق على أنه لا ضمان على الأجير المشترك

ولأن الحفظ مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به ، فإذا هلك بسبب يمكن الأحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر ، بخلاف ما لا يمكن الإحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره ، لأنه لا تقصير من جهته، ولأبي حنيفة إن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ، ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه .

ولو كان مضموناً

---

بما رواه الدارقطني حدثنا الحسين بن اسماعيل ثنا عبد الله بن شبيب حدثني اسحاق بن محمد ثنا يزيد بن عبد الملك عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال لا ضمان على مؤتمن . وقال صاحب التنقيح هذا إسناد لا يعتمد عليه ويزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره . وقال النسائي متروك الحديث وعبد الله بن شبيب ضعفوه .

( ولأن الحفظ مستحق عليه ) أي واجب ( إذ لا يمكنه العمل إلا به ) أي بالحفظ ( فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه ) بسبب ممكن الاحتراز عنه ( كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر ) لأنه صار بالتقصير تاركاً ذلك الحفظ المستحق فيضمن ، فصار مثل الدق ، فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التحرق، فإذا انحرق كان ضامناً ( بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف أنفه والحريق الغالب وغيره ) مثل بسيل الغالب والفار على بلد هو فيه ( لأنه لا تقصير من جهته ) فلم يكن متعدياً فلا يضمن .

( ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة في يده ، لأن القبض حصل بإذنه ) لإقامة العمل فيه فلا يكون مضموناً عليه كالمودع وأجير الواحد ( ولهذا ) توضيح لما قبله ( لو هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمنه ، ولو كان مضموناً ) يعني ولو كان المتاع

يضمنه كما في المغصوب ، والحفظ مستحق عليه تبعاً لا مقصوداً ، ولهـــذا لا يقابله الأجر ، بخلاف المودع بالأجر ، لأن الحفظ مستحق عليـه مقصوداً حتى لا يقابله الأجر . قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه

---

مضموناً في يـده ( يضمنه كما في المغصوب ) أي كما يضمـــن في المغصوب في الحالين ( والحفظ مستحق عليه تبعاً ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال الاعتبار غير صحيح، لأن مانحن فيه الحفظ والحفظ مستحق عليه تبعاً (لا مقصوداً) أي غير معقود عليه، لكنه وسيلة إليه وذلك لان العقد وارد على العمل لكونه أجيراً مشتركاً ، والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لاقامة العمل ، فكان تبعاً فلم يكن مقصوداً ( ولهـــذا ) أي ولكون الحفظ مستحقاً عليه تبعاً لا مقصوداً ( لا يقابله الاجر ) أي لا يقابل الحفظ الاجر .

( بخلاف المودع بالاجر ، لان الحفظ مستحق عليه مقصوداً ) لان المقصود بالذات هو الحفظ ( حتى لا يقابله الاجر ) أي حتى يقابـل الحفظ فيها مقصوداً ، بخلاف الأجـــير المشترك ، فإن المقصود فيه العمل ، فلا يكون عقد معاوضة فلا يقتضي السلامة . قيـل هذه المسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم ، فلهذا اختار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف ، لان فيه عملا بأقوال الصحابة وفيه نظر ، لان هـذا قول خارج عن أقوال الصحابة وترك للعمل بأقوالهم أن الصحابة اختلفوا على القولين لا غير أما الضمان أو عدم الضمان . وفي الخلاصة بعض العلماء أفتوا بقولهما ، وأئمة سمرقند أفتوا بالصلح على النصف. وكان الإمام المرغيناني يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله فقيل له من قال بالصلح هل يجبر لو امتنع ، قال لا . وقال كنت أفتي زمان بالصلح فرجعت لهذا ، والقاضي الامام قاضي خان يفتي بقول أبي حنيفة رحمه الله . وقال تاج الشريعة ذكر الفقيه أبو الليث أن الفتوى على قول أبي حنيفة « رح » ثم عندهما إن شاء المالك ضمنه المقصور وأعطـى الاجرة غير مقصور ولا أجر له .

( قال وما أتلف بعمله ) أي بعمل الاجير المشترك ( كتخريـق الثوب من دقـــه

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمـــل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي « رح » لا ضمان عليه ، لأنه أمره

---

وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل ، وغرق السفينة من مدها[1] من مد الملاح السفينة ، فالمصدر مضاف إلى مفعوله ، والفاعل مطوي ذكره ، والغـــرق بفتح الراء مصدر غرق في الماء إذا غار ( مضمون عليه ) أي على الاجير المشترك ، ورفع مضمون على أنه خبر المبتدأ وهو قوله وما به . قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في قول وروي ذلك عن عمر وعبيد الله بن عتبة وشريح والحسن والحكم .

وقال الكرخي في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنـــه مضمون بالعمل الذي يأخذ عليه الاجر فيضمن القصار ما تحرق في دقه أو من عده أو من غمزه أو من بسطه . وكذلك الصباغ في ذلك كله . ويضمن أيضاً في طبـخ الثوب إذا كان مما يطبخ ، وكذلك الملاح يضمن ما كان في مدة أو خدمـة أو ما يعالج به السفينه للمسيرة . وكذلك الحمال إذا أسقط ما حمله من رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معـــه فإنه يضمن ذلك كله ، وكذلك المكاري إذا كان من سوقه أو من قوده وانقطـــع الحبـــل الذي شده على المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما يفسد بـــه المتاع من فساد يلحقه منه عند حمله سفينة أو بسوقه الدابة عليه المتاع أو قوده .

وقال حماد بن أبي سليان وزفر والحسن بن زياد هو مؤتمن في ذلك لم يضمـن إلا إن تعدى . وفي التحفة ولم تخرق بدق أجير القصار لا ضمان عليه ، ولكن يجب الضمان على الاسناد . وفي شرح الكافي ولو وطيء الاجير على ثوب القصار مما لا يوطأ فخرقه كان ضمانه عليه .

( وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه ) قال الربيع هذا مذهب الشافعي « رح » ، وروي ذلك عن عطاء وطاووس ( لانه أمره ) أي لان صاحب المتـــاع من

---

(١) من مده — هامش.

بالفعل مطلقاً فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم ، وصار كأجير الواحد ومعين القصار . ولنا أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح ، لأنه هو الوسيلة إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة . حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه . بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح ، لانه يمتنع عن التبرع ، وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده . وبخلاف الأجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى ، وانقطاع

---

الاجير المشترك ( بالفعل مطلقاً ) بأن استأجره ليدق الثوب ولم يرد على ذلك ما يدل على السلامة ( فينتظمه بنوعيه ) أي فينتظم المطلق بنوعي الفعل ( المعيب والسليم ) بالجر فيها على أنه عطف بيان أو بدل ، ويجوز الرفع فيها على تقدير أحدهما المعيب والآخر السليم ( وصار كأجير الواحد ومعين القصار ) حيث لا ضمان عليهما .

( ولنا أن الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل الصالح ) وفي بعض النسخ الصالح ( لانه هو الوسيلة إلى الاثر ) الحاصل في العين من فعله ( وهو المعقود عليه حقيقة ) لكونه هو المقصود ( حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ) وإذا كان كذلك كان الامر مقيد بالسلامة ( فلم يكن المفسد ) من العمل ( مأذوناً فيه ) كما لو وصف نوعاً من الدق فجاءه بنوع آخر .

( بخلاف المعين ) أي معين القصار ( لأنه متبرع فلا يمكن تقييده ) أي تقييد عمله ( بالمصلح ، لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالأجر فأمكن تقييده ) أي بالمصلح قبل الملتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضرة لغير من تبرع له . ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم ( وبخلاف أجير الواحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى ) أي أجير المستأجر الواحد ، وسيأتي في آخر الباب .

( وانقطاع الحبل ) جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنع الأجير ، فما

الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه . قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة . قال وإذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فأنكسر فإن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه

---

وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله ، فأجاب بقوله ( فإنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه ) أراد أنه إنما انقطع من قلة افتقاده كل ساعة ، لأنه ربما ينحل انبرامه أو يبلى من كثرة الإستعمال ولا يهون عليه تجديده وتبديله بأقوى منه ( إلا انه ) استثناء من قوله مضمون ، أي إلا أن الأجير المشترك ( لا يضمن به ) أي بفعله ( بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده ) قيل إذا كان يستمسك على الدابة ويركب وحده وإلا فهو كالمتاع ، والصحيح أنه لا فرق . وكذا رواه ابن سماعة عن أبي يوسف « رح » في الوضيع ، وكذا ذكره التمرتاشي . وفي الاختيار ولو غرقت في موج أو ريح أو صدم جبل أو زوحم الجمال فلا ضمان عليهم لأنهم لا فعل لهم في ذلك ( لأن الواجب ضمان الآدمي وانه ) أي ضمان الآدمي ( لا يجب بالعقد ، وإنما يجب بالجناية ، ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة ) لأنهم لا يتحملون إلا ضمان الجنايات .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا استأجر من يحمل له دناً من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته ) أي قيمة الدن ( في المكان الذي حمله ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه أجره بحسابه ) قال السغناقي إنما وضع المسألة في الفرات لأن الدنان الجديدة كانت تباع هنالك ، قيد بقوله في بعض الطريق لأنه لو انكسر بعدما انتهى إلى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الأجر . وكذا نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط . وقوله

أما الضمان فلما قلنا ، والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه . وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء من هذا الوجه. وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه

---

فانكسر ليس بقيد ، فانه لو كسره عمداً فالحكم كذلك عندنا . وعند زفر والشافعي رحمها الله إن انكسر لا ضمان عليه لما قلنا . وإن كسره يضمن قيمته في المكان الذي كسره ويعطيه أجر ما حمل . في شرح الطحاوي فلو زحمه الناس حتى انكسر فانه لا يضمن بالاجماع لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب ، ولو انه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فانه يضمن بالاجماع .

( أما الضمان فلما قلنا ) أنه أجير مشترك وقد تلف المتاع بصنعه في شرح الطحاوي والراعي بمنزلة الأجير المشترك إذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه إياها بخلاف العادة فانه يضمن لأنه من جناية يده . وإذا ساق الدواب على السرعة ، فاذا زحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضاً فسقطت إلى الماء وعطبت فانه يضمن ، لأنه من جناية يده . ولو أن رجلا قال استأجرتك لترعى غنمي خاصة مدة معلومة فهذا أجير الواحد . وفي الفتاوى الصغرى الراعي إذا كان مشتركاً لا يجب عليه رعي الأولاد التي تحدث فان شرط عليه في أصل العقد يجب عليه رعى الأولاد ( والسقوط بالعثار ) أي سقوط الحامل يحصل بالعثار ( أو بانقطاع الحبل ، وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد ) أي والحال أن الحمل شيء واحد حكماً إذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يجعله محمولاً إلى موضع بعينه ( تبين أنه وقع تعدياً من الابتداء ) أي من ابتداء العقد ( من هذا الوجه ) يتعلق بقوله وقع تعدياً ، وأراد به الوجه الذي ذكره وهو أن الحمل شيء واحد فيكون انكساره في الطريق كانكساره ابتداء .

( وله وجه آخر ) أي لوجوب الضمان وجه آخر ( وهو أن ابتداء الحمل حصل باذنه

فلم يكن من الابتداء تعدياً ، وإنما صار تعدياً عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء . وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى . وفي الوجه الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلاً . قال وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك

---

فلم يكن من الابتداء تعدياً ) لأن ابتداءه في الحقيقة سليم ( وإنما صار تعدياً عندالكسر ) أراد أنه كان في الابتداء غير متعد ، فلما كسره ظهر انه متعد ، ولكن ما كان ظهوره إلا عند الكسر ، فاذا كان جهة الضمان دائر بين الأمرين ( فيميل إلى أي الوجهين شاء ) .

( وفي الوجه الثاني ) وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي انكسر ( له الاجر بقدر ما استوفي ، وفي الوجه الأول ) وهو ما إذا شاء تضمين قيمته في المكان الذي حمله (لا أجر له ، لأنه ما استوفى عمله أصلا ) فالوجه الاول وجه حكمي ، فلهذا قلنا انه ليس يجمع بين الأجر والضمان ، لأنهما لا يجتمعان عنده إذا كان في حالة واحدة ، وقد اختلفت الحالة هنا لأنه في الوجه الثاني جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى أن كسر والاجر يجب في حالة الامانة ، وإنما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى .

فان قلت كان ينبغي أن لا يخير عند أبي حنيفة رحمه الله لكن يضمن قيمته في المكان الذي انكسر ، لان المال أمانة عند الأجير المشترك عنده ، وإذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه . قلت هذا ليس كذلك على الاطلاق ، ولكن القبض يقع على وصف التوقف عنده ، فان ظهر بصنعه ظهر انه كان مضموناً عليه ، فجاز أن يكون له الخيار .

( قال ) أي القدوري ( وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ) فصد من باب ضرب يستعمل في الآدمي ، وبزغ من باب فتح يستعمل في الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة إذا شقها بالمبزاغ وهو مثل مشرط الحجام ، ومادته باء موحدة وزاي وغين معجمتان ( ولم

وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت ، أو حجام حجم عبداً بأمر مولاه فمات لا ضمان عليه ، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيـــان . ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل . ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ، لأن قوة الثوب

---

يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك ) أي فيما هلك ، ولا يعلم فيـه خلاف . قيد بقوله ولم يتجاوز الموضع المعتاد لأنه إذا تجاوز الموضع المعتاد يضمن . وقال صاحب الاختيار ولا ضمان على الفصاد والبزاغ ، إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد لأنـه إذا فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية ، لانه ينبي على قوة المزاج وضعفـه ، وذلك غير معلوم فلا يتقيد فيـــه ، بخلاف دق الثوب لان رقته وثخانته تعرف لاهل الخبرة فيتقيد بالصلاح . وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا شرط على الحجام والبزاغ العمل على وجه لا يسري لا يصح هذا الشرط ، لانـــه ليس في وسعه ذلك . ولو شرط على القصار العمل على وجه لا ينخرق صح لأنه وسعه ذلك .

( وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت ) أي هلكت ( أو حجام حجم عبـــداً بأمر مولاه فـمات لا ضمان عليه ) إنمـا أعاد المسألة المذكورة بينهما على مزيد فائدة المار اليها بقوله ( وفي كل واحد من العبارتين نوع من بيان) أراد بهما عبارة القدوري رحمه الله وعبارة الجامع الصغير ، وأراد بيبع من القدوري انه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ، ويفيد أنه إن تجاوز ضمن وبنوع بيان من الجامع الصغير أنه بين الأجرة ، وكون الحجامة بأمر المولى والهلاك ، ويفيد انه إذا لم يكن بأمره يضمن .

( ووجهه ) أي وجه عدم الضمان (أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتنى على قوة الطبائع وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ) لئلا يتقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ( ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه ) أشار به إلى قوله لأن الاحتراز عن التحريق بالدق ممكن ليمكن التقييد بالمصلح ( لأن قوة الثوب ورقته تعرف

ورقته تعرف بالاجتهاد ، فأمكن القول بالتقييد. قال والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ،

---

بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد ) بالمصلح . وفي بعض النسخ ودقته بالدال وكلاهما بمعنى واحد ، ثم إذا تجاوز المعتاد يضمن ولم يبين قدر ذلك الضمان على تقدير الحياة أو الموت كم هو ، قيل ذلك بحسب قدر التجاوز حتى أن الختان لو ختن فقطع الحشفة ينظر إن برىء فعليه كمال دية النفس وإن مات فعليه نصف الدية.

وهذا من العجب إذ هو مخالف لجميع مسائل الديات ، فإنه كلما زاد أثر جنايته انتقص ضمانه وينبغي أن يزداد ضمانه ، كما في قطع اليد وقتله خطأ، وقد ذكر السرخسي في مبسوطه فقال محمد في النوادر انه لما برىء كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصودة لا ثاني له في النفس ، فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان . ولو مات حصل تلف النفس بفعلين أحدهما مأذون فيه وهو قطع الجلد والآخر غير مضمون وهو قطع الحشفة فعليه نصف بدل النفس لذلك .

فان قيل التنصيف بالبدل يعتمد التساوي في السبب وقد انتفى ، لأن قطع الحشفة أشد إفضاء إلى التلف من قطع الجلدة لا محالة ، فكان كقطع اليد مع حز الرقبة . أجيب بأن كل واحد يحتمل أن يقع إتلافاً وأن لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هذا بخلاف الحز ، فإنه لا يحتمل ان لا يقع اتلافاً .

( قال ) أي القدوري ( والأجير الخاص الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ) ما كان يرد على الأجير المشترك يرد هنا ، فالجواب هو الجواب ، ثم انه إنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه بدون العمل إذا تمكن من العمل ، حتى لو سلم نفسه ولم يتمكن من العمل لعذر منعه لم يجب الأجر ، فإنه ذكر في الذخيرة لو استأجره لاتخاذ الطين أو غيره في الصحراء فمطر ذلك اليوم بعدما خرج الأجير إلى الصحراء لا أجر له ، وبه كان يفتي المرغيناني .

( كمن استؤجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم ) أي لو استأجر شهراً لرعي الغنم ، هذا

وإنما سمي أجير واحد لانه لا يمكنه أن يعمل لغيره ، لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له ، والأجر مقابل بالمنافع ، ولهذا يبقى الأجر مستحقاً وإن نقض العمل . قال ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله . أما الأول فلأن العين أمانة في

---

هو الأجير الخاص لأنه مخصوص بواحد ( وإنما سمى أجير واحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره ) أى لغير المستأجر . وقوله أجير مضاف إلى لفظة وحد ، والوحد بفتح الواو وسكون الحاء بمعنى الواحد وهو صفة موصوفها محذوف تقديره أجير مستأجر واحد ، ويجوز تحريك الحاء ايضاً ( لأن منافعه في المدة ) أى منافع الأجير الخاص في المدة المضروبة للعمل ( صارت مستحقة له ) أى للمستأجر ( والأجر مقابل المنافع ، ولهذا ) أى ولأجل أن الأجر مقابل بالمنافع ، والمنافع مستحقة له ( يبقى الأجر مستحقاً ، وإن نقض العمل ) على بناء المجهول في نقض ، بخلاف الاجير المشترك ، فانه روى عن محمد لو فتق الخياط أو غيره الثوب بعدما عمل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط ، لأنه لم يسلم العمل لرب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لأنه لو أجبر عليه أجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما ، وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وإن كان الخياط وهو الذي فتق فعليه أن يعيد العمل ، ولو كان أجيراً خاصاً فينقضه استحق الأجر والإسكاف كالخياط .

( قال ) أى القدوري ( ولا ضمان على الأجير الخاص فيا تلف في يده ) بأن سرق منه أو غاب أو غصب ( ولا ما تلف من عمله ) بأن انكسر القدوم في عمله أو تخرق الثوب من دقه أو انفسد الطبخ أو احترق الخبز ونحو ذلك ، وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب الشافعي رحمه الله فيه قولان في قول يضمن كالأجير المشترك وهو المنصوص عليه ، ذكره في الحلية . ومنهم من قال لا يضمن قولاً واحداً هذا كله إذا لم يتعمد الفساد ، فإن تعمد ذلك ضمن كالمودع بلا خلاف .

( أما الأول ) وهو ما إذا تلف في يده ( فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه )

يده لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده ، وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ، وأجير الواحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالباً فيؤخذ فيه بالقياس .

وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فـإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً منابه ، فصار فعله منقولاً إليه كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه والله أعلم.

---

أي بإذن المستأجر ( وهذا ظاهر عنده ) أى عند أبي حنيفة رحمه الله ( وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال الناس ) فإنه يقبل أعياناً كثيرة رغبة في كثرة الأجر ، وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا يأخذ إلا ما يقدر على حفظه ( والاجير الواحد ) بإضافة الاجير إلى الواحد ولا يمتنع في هذه الإضافة دخول اللام في المضاف ، لأن الإضافة لفظية . وفي بعض النسخ وأجير الواحد بدون اللام في الاجير ، وهذا أشهر وأصوب وهو مبتدأ وخبره قوله ( لا يتقبل الاعمال ) بل يسلم نفسه ( فتكون السلامة غالبة [1] فيؤخذ فيه بالقياس ) وهو عدم الضمان .

( وأما الثاني ) وهو ما إذا تلف بعمله ( فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر ) بتسليم النفس ، ولهذا يستحق الاجر بتسليم نفسه بدون العمل ( فاذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير ) أى الأجير (نائبا منابه ، فصار فعله منقولاً اليه كأنه فعل بنفسه، فلهذا لا يضمنه والله أعلم ) كما في الإكراه الملجيء.

* * *

---

(١) غالباً ــ هامش.

# باب الاجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم ، وإن خطته رومياً فبدرهمين جاز ، وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم ،

---

## ( باب الاجارة على أحد الشرطين )

لما بين الإجـــارة على شرط إذا كان مفسداً شرع في بيان الشرطين والاثنان بعد الواحد .

( وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسياً ) أي خياطاً فارسياً بمعنى خياطة فارسية أي منسوبة إلى صنعة فارس وهي التي تكون فيها الخياطة غرزة غرزة. وقوله (فبدرهم) جواب الشرط والتقدير فأجرتك بدرهم ( وإن خطته رومياً ) أي خيطاً روميـــاً يعني خياطة رومية أي منسوبة إلى صنعة الروم وهي التي تكون الخياطة فيهـــا غرزتين ، وكذلك قوله ( فبدرهمين ) جواب الشرط بالتقدير الذي ذكرناه ، وقوله ( جاز )جواب إذا،أي جاز هذا الشرط المتنوع(وأي عمل من هذين العملين)أي الخياطة الفارسية والخياطة الرومية ( عمل ) أي الخياط ( استحق الأجر به ) أي الأجر المسمى بالعمل ، وبه قـــال أحمد « رح » في رواية . وقال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في روايـــة وإسحاق وأبو ثور والثوري لا يصح العقد وهو القياس ، وبه قال زفر « رح » وهو قول أبي حنيفة « رح » أولاً ثم رجع عنه . وجه القياس أنه عقد معاوضة ولم ينعقد فيه العوض والمعوض، فلم يصح وله أجر المثل إذا عمل . وجه الإستحسان أن الأجر يجب بالعمل وعنـــد العمل ما يلزمه عن البدل معلوم فلا يبقى الجهالة في المعقود عليه ولا في بدله .

( وكذا إذا قال لصباغ إن صبغته بعصفر ) وهو زهر القرطم ( فبدرهم )أي فأجرتك

وإن صبغته بزعفران فبدرهمين. وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة، وكذا إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هـــذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ، وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء، وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع ،

---

تكون بدرهم ( وإن صبغته بزعفران فبدرهمين) بفتح الزاي والفاء جميعاً (وكذا إذا خيره) أي وكذا يصح إذا خيره الآجر المستأجر ( بين شيئين بأن قال أجرتك هـذه الدار شهراً بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة ) فأي دار سكنها يلزمـــه ما عينه من الأجرة ( وكذا إذا خيره ) أي وكذا يجوز إذا خـير المستأجر ( بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى واسط بكذا ) يلزمــه عشرة ، وإن سافر إلى واسط يلزمه خمسة .

(وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء) أي في الصور المذكورة بأن قال إن خطته فارسيـاً فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، وإن خطته تركياً أو نحو ذلك فلك ثلاثة دراهم ، فأي الأعمال عمل استحق الأجر المسمى ، وكذلك إذا قـال إن صبغته بعصفر فلك درهم ، وإن صبغته بزعفران فلك درهمان ، وإن صبغته بورس ونحوه فلك ثلاثـة دراهم . وكذا لو قال إن سكنت هـذه الدار كل شهر فعليك خمسة ، وإن سكنت هذه فعليك عشرة ، إن سكنت هذا فخمسة عشر . وكذا قال أجرتك هذه الدابة إلى بغداد بعشرة أو إلى واسط بخمسة عشر أو إلى الكوفة بخمسة عشرة .

( وإن خيره بين أربعـــة لم يجز ) أي وإن خير بين أربعـة أنواع من الفعل لم يجز بأن قال إن خطته فارسياً فلك درهم ، وإن خطته رومياً فلك درهمان ، وإن خطته تركياً فثلاثة ، وإن خطته هندياً فأربعة وقس الباقي على هذا وكذلك الزراعة جاز إلى الثلاثة ، كما إذا قال للمزارع إن زرعتها بغير كراب فلك ربع الخارج ، وإن زرعتهـا بكراب فلك ثلاثة ، وإن زرعتها بكرابين فلك نصفه وإلى ذلك عمل فله شرط .

( والمعتبر في جميع ذلك البيع ) فإذا باع أحد الثوبين أو أحد الأثواب الثلاثة جاز ،

والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة لا يشترط ذلك ، لأن الأجر إنما يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجـــه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار .

ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غـــداً فبنصف ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة « رح » لا يجاوز به نصف درهم .

---

وإذا باع أحد الأثواب الأربعة لم يجز فكذا في الإجارة ( والجامع ) في وجه إلحـــاق الإجارة بالبيع في هذه الصور ( دفع الحاجة ) أي حاجة الناس وضروراتهم . ثم أشارإلى بيان الفرق بينهما من وجه بقوله ( غير انه ) أي ان الشأن ( لا بد من اشتراط الخيار في البيع ) فإنه إذا خيره بين ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء يكون للمشتري الخيـار ، وكذا إذا خيره بين الثلاثة ( وفي الإجارة لا يشترط ذلك ) أي الخيار ( لأن الأجر إنمـا يجب بالعمل ، وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوماً ) فلا يحتاج إلى إثبات الخيار .

( وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة علىوجه لاترتفعالمنازعة إلابإثبات الخيار ) وبهذا التعليل خرج الجواب عما قيل ما الفرق بين هذا وبين البيـع والنكاح حيث يفسدان بالشرط ولا تفسد الإجارة ، فإنه لو قال بعت منك هذا العبد بألف درهم أوهذه الجارية بمائة دينار أو زوجتك أمتي هذه بمائة درهم أو ابنتي فلانه بمائة دينار فقــال قبلت كان باطلاً .

( ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غداً فله أجر مثله عنـد أبي حنيفة رحمه الله ) لأن الشرط الأول جائز ، والثاني فاسد ، ولهذا يجب المسمى في الأول وأجر المثل في الثاني ( لا يجاوز به نصف درهم ) أي لا يجاوز بأجر المثل نصف درهم ، لأنه هو المسمى في اليوم الثاني .

وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » الشرطان جائزان . وقال زفر « رح » الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد ،

---

( وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم ) ذكر هذا تنبيها على اختلاف الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله فيما إذا خاطه في اليوم الثاني فالأول ما ذكره القدوري وهو الصحيح ، والثاني ما ذكره في الجامع الصغير لان التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فان خاطه في اليوم الثاني يأتي بيانه عن قريب . وقال الكرخي رحمه الله في مختصره فان خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعا .

واختلف عن أبي حنيفة « رح » في أجر المثل على ما حكاه في الوجه الاول يزاد على أجر الاول ولا ينقص من الأجر الثاني . وروي عنه إن كان أجر مثله أقل من الاجر الثاني فله الاقل من الاجر الثاني . وقال في الإملاء في هذه المسألة له أجر مثله لا يتجاوزبه درهم انتهى . وقال القدوري في شرحه واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله إذا خاطه في اليوم الثاني ، فقال في إحدى الروايتين له أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ، وهذا رواية الاصل والجامع الصغير . ورواية محمد في الاصل وإحدى الروايتين عن ابن سماعة عن أبي يوسف في نوادره وإحدى روايتي ابن سماعة ايضاً عن محمد في نوادره . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهم الله في نوادره رواية اخرى أن له في اليوم الثاني أجر مثله لا يزاد على نصف درهم وهي الرواية الصحيحة ، انتهى . وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير عن أبي حنيفة « رح » في النوادر أنه يجب في شرط الثاني أجر مثله لا يجاوزبه نصف درهم وينقص عنه وهواختيار الكرخي .

( وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان ) ففي أيهما خاط يستحق المسمى فيه ( وقال زفر الشرطان فاسدان ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله في ظاهر مذهبه والثوري واسحاق وهو القياس ( لان الخياطة شيء واحد ) لانه استأجره على

وقد ذكر بمقابلته بدلان على البـــدل ، فيكون مجهولاً ، وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيـل وذكر الغـد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان . ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان . ولأن التعجيل والتأخير مقصودان

---

مطلق الخياطة فالفعل غير مختلف وإنما يختلف الزمان ( وقد ذكر بمقـــابلته بدلان على البدل ) أى بمقابلة شيء واحد الذي هو الخياطة ، وأراد بالبدلين هو درهم ونصف درهم. وأراد بقوله على البدل على طريق البـدل ( فيكون مجهولاً ) أي فيكون البدل الذي هو الاجر مجهولاً فصار كأنه قال خطته بدراهم ونصف دراهم وهو باطل، فكذا هذا .

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن ذكر اليوم للتعجيل ) لا للتوقيت لانه خـــال إفراد العقد باليوم بقوله خطته اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خـــاطه في الغد استحق الاجر فكذا هنا ( وذكر الغد للترفيه ) لا للإضافة والتعليق ، ولهـــذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال خطته غداً بنصف درهم ثبت هـذا العقد في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم ( فيجتمع في كل يوم تسميتان ) فيبطل العقد للجهـالة . بيان ذلك إما في اليوم الاول فلان ذكر الغد إذا كان للترفيه كان العقد المضاف إلى غـــد ثابت اليوم مع عقد اليوم . وأما في الغد فــلأن العقد المنعقد في اليوم باق ، لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف إلى غد ، فهذا بيان اجتماع التسميتين في كل يوم .

( ولهما ) أي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ( أن ذكر اليوم للتأقيت ) لانه حقيقة ، فكان قوله إن خطته اليوم فبدرهم مقتصراً على اليوم فبانقضاء اليوم لا يبقى إلى الغد ، بل ليقضي بانقضاء الوقت ( وذكر الغد للتعليق ) أى للإضافة ، لان الإجــارة لا تقبل التعليق ، لكن تقبل الإضافة لم يكن العقد ثابتاً في الحال . وقال الكاكي ولهذا ذكر في بعض النسخ وذكر الغد للاضافة ( فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ) فيصح الشرطان (ولان التعجيل والتأخير مقصودان ) دليل آخر لهما ، ومعناه أن المعقود عليه واحد وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض اغراضه في اليوم من التجمل والبيـع

فنزل منزلة اختلاف النوعين . ولأبي حنيفة أن ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل . وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني

---

بزيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصوداً ( فنزل ) باختلاف الغرض ( منزلة اختلاف النوعين ) من العمل كما في الخياطة الفارسية والرومية .

فإن قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسألة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلا كذلك ها هنا ، قلت هنالك حملا على المجاز تصحيحاً للعقد ، وها هنا حملاً على الحقيقة للتصحيح أيضاً ، إذ لو عكس الأمر في الفصلين يلزم إبطال ما قصد العاقدان في صحة العقد ، والأصح تصحيح تصرف العاقل ما أمكن .

( ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذكر الغد للتعليق ) أي للاضافة ، ويجوز أن يقال عبر عن الإضافة بالتعليق إشارة إلى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة ، لأن التسمية الأولى باقية وإنما هو يحط النصف لأمر التأخير فيكون معناه ذكر الغد للتعليق ، أي لتعليق الحط بالتأخير وهو يقبل التأخير ( حقيقة ) أي من حيث الحقيقة ، فإذا كان حقيقة وأمكن العمل بها لا يصار إلى المجاز فلا يجتمع تسميتان في اليوم ( فلا يمكن حمل اليوم على التأقيت ) الذي هو حقيقة اليوم ( لأن فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل ) فإذا نظرنا إلى ذكر العمل كان الأجير مشتركاً ، وإذا نظرنا إلى ذكر اليوم كان أجير واحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما ، فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل . وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة ، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التعجيل .

( وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الأول ) أي الشرط الأول ( ويجب المسمى ويفسد الثاني ) أي الشرط الثاني ( ويجب أجر المثل ) لا مقتضى

ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ،

---

الإجارة الفاسدة . قيل في جعل اليوم للتعجيل صحة الإجارة الأولى وفساد الثانية ، وفي جعله للتوقيت فساد الأولى وصحة الثانية ولا رجحان لأحدهما على الآخر فكان تحكماً . أجيب بأن فساد الإجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الأولى ، والضمان غير معتبرة .

قيل هذا يشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتم ، فإنه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وفساد العقد ، وها هنا التعجيل وصححه . أجيب بأن ذكر اليوم للتأقيت حقيقة فلا يترك ما لم يمنع مانع كما نحن فيه ، فإن الحمل على الحقيقة مفسد للعقد فمنع لذلك وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الأجر للتأخير ، بخلاف حالة الإنفراد فإنه لا دليل ثمة على المجاز فكان التأقيت مراداً ، وفسد العقد ، ورد بأن دليل المجاز قائم وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال . وأجيب أن الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك ، وليس بموجود بخلاف ما نحن فيه ، فإن نقصان الأجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال .

( لا يجاوز به نصف درهم ) أي بأجر المثل . قد قلنا فيما مضى أن هذا إسناد الفعل بالجار والمجرور على رأي الكوفيين ، فيكون الثاني محل الرفع ، ونصف درهم منصوب على المفعولية . وقال زفر والثلاثة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ( لأنه ) أي نصف درهم ( هو المسمى في اليوم الثاني ) فان قلت فالدرهم أيضاً مسمي في اليوم الثاني لأن اليوم جعل للتعجيل فصار وجوده كعدمه ، فيكون ذكر الدرهم موجوداً في الغـد فلا يكون راضياً بحط نصف من الدرهم قلت هذا مسلم ، لكن ذكر النصف في الغد بطريق التصريح ، بخلاف ذكر الدرهم فهو مصرح في اليوم دون الغد .

( وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم ) لما أعاد لفظ الجامع لبيان الدليل على اختلاف الرواية ، ولكن لو ذكره هناك كان أولى وأبعد من التكرار

لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني ، فيعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ، فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة وهو الصحيح ، لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى . ولو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فبدرهم في الشهر ، وإن أسكنته حداداً فبدرهمين جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمي فيه عند أبي حنيفة . وقالا الإجارة فاسدة . وكذا إذا استأجر بيتاً على أنه إن

---

ظاهراً . وقال الأترازي إنما أعاد لفظ الجامع للمخالفة الظاهرة بين رواية الجامع والرواية الأولى . قلت هذا وقوع فيما هرب منه ، لأنه بين هناك تلك المخالفة ، وإنما الإعادة لما ذكرنا ( لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة ، وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان ) منع الزيادة عن الدرهم ومنع النقصان عن نصف درهم .

( فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة « رح » وهو الصحيح ) احترز به عن الرواية الأخرى ، وهو أنه لا يزاد على درهم ولا ينقص عن درهم ، كذا في التقريب ( لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى ) بان لا يرضى . وأما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف الدرهم ولا يزاد عليه ، ذكره في الايضاح .

( ولو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً ) أي حال كونك عطاراً ، وفي بعض النسخ إن أسكنته عطاراً فعلى هذا يكون عطاراً مفعولاً ( فبدرهم ) أي فالأجرة بدرهم ( في الشهر ، وإن أسكنته حداداً ) أي حال كونه حداداً . وفي بعض النسخ وإن أسكنته حداداً فعلى هذا يكون حداداً مفعولاً ( فبدرهمين ) أي فالأجرة بدرهمين ( جاز ، وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة « رح » ) .

( وقالا الاجارة فاسدة ) وبه قالت الثلاثة ( وكذا ) أي على الخلاف ( إن استأجر

سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز . ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف . وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز . وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب

---

بيتاً على أن يسكن فيه فبدرهم ) يعني أن يسكن هو بنفسه فالاجرة بدرهم ( وإن سكن فيه حداداً فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا لا يجوز ) .

( ومن استأجر دابة إلى الحيرة ) بكسر الحاء المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفتح الراء مدينة قديمة عند الكوفة ( بدرهم وإن جاوز بهـا ) أي بالدابة المستأجرة ( إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ، ويحتمل الخلاف ) يعني حكم هذه المسألة يحتمل الخلاف ، لأن محمداً « رح » ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير ولم يحملا فيـه خلافاً فيحتمل أن يكون هـذا قول الكل ، ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة ، وعندهما لا يجوز كما في نظائرها من المسائل . وفي الغاية مال الفقيه أبو الليث إلى الإتفاق يعني أن فيهـا يجوز بالاتفاق . ومال فخر الإسلام إلى الخلاف يعني أن المذكور فيها قول أبي حنيفة « رح » . وعندهما لا يجوز وإليه ذهب العتابي وغيره.

( وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ، وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يجوز ) الكر بضم الكاف وتشديد الراء ( وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول ، وكذا الأجر أحـد الشيئين وهو مجهول ، والجهالة توجب الفسـاد ) أي الجهالة الواحدة توجب الفسـاد ، فكيف الجهالتان .

الفساد ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل، وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجـــر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة ، وهذا الحرف هو الأصل عندهما . ولأبي حنيفـــة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية ، وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد ، ألا ترى أنه لا يدخـــل ذلك في مطلق العقد . وكذا في أ خواتها

والإجارة تعقد للانتفاع ،

---

( بخلاف الخياطة الرومية والفارسية ) جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقـــال مسألة الخياطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه وكانت صحيحـــة . وتقرير الجواب أن يقال بالفرق بينهما ( لأن الأجر ) أي ثمة ( يجب بالعمل ، وعنده ترتفع الجهالة أمـــا في هذه المسائل يجب الأجـر بالتخلية ) في الدار والدكان ( والتسليم ) من الدار والدكان والدابة ( فتبقى الجهالة ) لأن الأجر مجهول عند التسليم فيفضي إلى المنازعـــة ( وهذا الحرف ) أي هذا المعنى وهو قوله يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتنتفي الجهالة ( هو الأصل عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » .

( ولأبي حنيفة أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين ) أن السكنى وعمل الحـــداد مختلفان ( فيصح ) عند الاجتماع كما يصح عند الانفراد ( كما ) يصح ( في مسألة الرومية والفارسية وهذا ) أي كونهما مختلفين ( لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد . ألا ترى أنه ) أي إسكان الحداد ، قاله صاحب العناية ، والصحيح أن الضمير للشأن ، وأشار إلى إسكان الحداد بحرف الإشارة بقوله ( لا يدخل ذلك في مطلق العقد ) أي لا يدخـــل إسكان الحداد في مطلق عقد الإجارة ( وكذا في أخواتها ) يعني إذا استأجر ليركب هو بنفسه ليس له أن يركب غيره ( والإجارة تعقد ) جواب عن قوله تحت الأجر بالتخلية . . .

وعنده ترتفع الجهالة ، ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم .
يجب أقل الاجرين للتيقن به .

---

إلى آخره ، وتقديره أن الإجارة تعقد ( للانتفاع وعنده ) أي عند الانتفاع ( ترتفع الجهالة ) أما ترك الانتفاع من التمكن فنادر ولا معتبر به.

( ولو احتيج إلى الإيجاب ) أي إيجاب الأجر ( بمجرد التسليم ) أي بمجرد التخلية بأن يسلم ولم ينتفع به ( يجب أقل الأجرين ) كما إذا ذكر درهماً ودرهمين فالدرهم أقل للأجرين ، وبعضهم قال يجب في كل واحد منهما نصفه ، لأن السكنى إذا لم توجد يكون التسليم لهما لعدم أولوية أحدهما من الآخر فيجعل النصف لهذا أو النصف للآخر، فيجب نصف كل واحد منهما . وقيل يجب الأول وينتصف الفضل ( للتيقن به ) أي بالأقل إذ الفضل لا يجب بالشك .

* * *

# باب إجارة العبد

ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، لان خدمـــة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق، ولهذا جعل السفر عذراً فلا بد من اشتراطه

---

## ( باب إجارة العبد )

أخره عن الحر لانحطاط درجته في المعاملات .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن استأجر عبداً ليخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) أي السفر كإسكان الحداد والقصار، وحتى لو سافر به يضمن لمولاه، لأنه صار عاصياً. ولو رده إلى مولاه سالماً لا أجر له عندنا خلافاً للثلاثة «رح» (لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) أي إطلاق العقد، واعترض بأن المستأجر في ملك منافعه كالمولى، وللمولى أن يسافر بعبده، فكذا المستأجر. وأجيب بأن المولى إنما يسافر به لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك ونوقض لمن ادعى داراً وصالحه المدعي عليه على خدمة عبد سنة فإن للمدعي أن يخرج بالعبد إلى السفر وإن لم يملك رقبته . وأجيب بأن مؤنـــة الرد في باب الاجارة على الأجر بعد انتهاء العقد فبالاخراج يلزمه ما لا يلزم في الصلح ليست مؤنة الرد على المدعي عليه ، لأنه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء فهو كالموصى له بالخدمة، فمؤنة الرد عليه دون الوارث .

( ولهذا ) أي ولاشتمال السفر على زيادة مشقة ( جعل السفر عذراً ) فـإن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لأنه لا يتمكن من المسافرة به ( فلا بد من اشتراطه ) أي إذا كان كذلك فلا بد من اشتراط السفـــر

كإسكان الحداد والقصار في الدار ، ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب . ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر . وأصله أن الإجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل ، والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر ،

---

( كإسكان الحداد والقصار في الدار ) فإنه ليس له ذلك إلا بالاشتراط ( ولأن التفاوت بين الخدمتين ) أي خدمة الحضر وخدمة السفر ( ظاهر ، فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلاً كما في الركوب ) فإنه استأجر دابة ليركب نفسه فليس له أن يركب غيره للتفاوت بين الركبين فكذلك ها هنا .

( ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الأجر ) أراد أنه أعطاه الأجر بعد العمل ( فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر ) أي ليس له أن يسترد الأجر منه . وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل عنده فأعطاه الأجر قال أجيز ذلك ، وليس للمستأجر أن يأخذ الآجر ، انتهى . قال الحاكم في الكافي وإذا أجر العبد المحجور نفسه من رجل سنة بمائة درهم ليخدمه فخدمه ستة أشهر ثم أعتق فالقياس أنه لا أجر له فيما مضى ، لأن المستأجر صار ضامناً فلا يجتمع الأجر والضمان ، ولكنا نستحس إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد ويدفعه إلى مولاه ، ويجوز الاجارة فيما بقي من السنة للعبد ولا خيار له في نقض الاجارة لأنها جازت بعد عتقه بغير إجازة المولى ، وكذلك الجواب إذا كان قبض الاجارة في حال رقه ويكون للعبد منها حصة ما بقي ، وللمولى حصة ما مضى .

( وأصله ) أي أصل هذا الحكم ( أن الاجارة صحيحة استحساناً إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز ) الاجارة ( لانعدام إذن المولى وقيام الحجر ) في العهد فيصير

فصار كما إذا هلك العبد . وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد ، والنافع مأذون فيه كقبول الهبة. وإذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة « رح » . وقالا هو ضامن لانه أكل مال المالك بغير إذنه ، إذ الإجارة قد صحت على ما مر. وله أن الضمان

---

كالغاصب بالاستعمال ولا أجر على الغاصب ( وصار كما إذا هلك العبد ) فإنه يجب للمولى قيمته دون الأجر لأنه ضامن بالغصب ، والأجر بالضمان لا يجتمعان . وعند الثلاثة يجب أجر المثل بقدر العمل .

( وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً صار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة ، فإذا جاز ذلك ) أي العقد بعدما سلم من العمل صح قبض العبد الاجرة لانه هو العاقد وقبض البدل، ومتى صح قبضه ( لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه الاجر ) يعني لم يكن له أن يرد الاجر منه ، وكذا الحكم في الصبي المحجور إذا أجر نفسه وسلم من العمل ، إلا أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية ، وعليه الاجر فيا عمل قبل الهلاك ، بخلاف العبد المحجور إذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكرنا أنه صار غاصباً .

( ومن غصب عبداً فأجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ) قيد بقوله فأجر العبد نفسه لانه لو أجره الغاصب كان الاجر له لا للمالك وضمان على الغاصب بالاكل باتفاق . وعند الثلاثة يرجع المالك على الغاصب بأجر المثل كما لو أجر العبد نفسه ، وإن أجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة إلا بوكالة المولى ، لانه هو العاقد ( وقالا هو ضامن ، لانه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الاجارة قد صحت على ما مر ) أشار به إلى وجه الاستحسان المذكور آنفاً ، وبه قالت الثلاثة « رح ».

( وله ) أي ولابي حنيفة « رح » ( أن الضمان إنما يجب باتلاف مال محرز ، لان

إنما يجب بإتلاف مال محرز ، لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب ، لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يـــده . وإن وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ، ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر . ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعـــة وشهراً بخمسة فهو جائز ، والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز

---

التقوم بـــه ) أي تقوم المال يثبت بالاحراز ( وهذا ) أي هذا المال ( غير محرز في حق الغاصب ، لان العبد لا يحرز نفسه عنه ) أي عن الغاصب ( فكيف يحرز ما في يده ) وهذا لان الاحراز إنما يكون بيد المالك أو يد نائبه ، ويد الغاصب ليست لهما ، ويد العبـــد كذلك ، لانه في يد الغاصب .

فإن قيل الغاصب إذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه والاحراز فيه . أجيب بأنه تابع للأم لكونـــه جزءاً منها وهي محرزة ، بخلاف الاجر فإنه حصـــل من المنافع وهي غير محرزة .

( وإن وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه ، لانه وجد عين ماله ) ولا يلزم من بطلان التقوم والعصمة بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع ، فإنه يأخذ إذا وجد ولا يضمن بإتلافه عندنا ( ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له فى التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ) أشار به إلى قوله والنافع مأذون فيه ، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فإنه يحصل بالاداء إليه .

( ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة فهـــو جائز والاول منهما ) أي والشهر الاول من الشهرين ( بأربعة ، لان الشهر المذكور أولاً ينصرف إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز ) أي طلباً لصحة العقد ، كما لو سكت عليه فقـــال استأجرت

ونظراً إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة . ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته، وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر . وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل

---

عبدك هذا شهراً هكذا فإنه ينصرف إلى ما يليه تحرياً لصحة العقد، فكذا هذا. تقريره أنه لما قال شهراً بأربعة على سبيل التكبير فلم يتعين الشهر الذي يليه يكون الشهر مجهولاً والاجارة تفسد بالجهالة ، فصرفناه إلى ما يلي العقد تحرياً للجواز ( و نظراً إلى تنجز الحاجة ) فإن الانسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعوه إلى ذلك ، والظاهر وقوعها عند العقد . وإذا انصرف الاول إلى ما يلي العقد والثاني معطوف عليه ( فينصرف الثاني إلى ما يلي الاول ضرورة ) وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهراً بخمسة قالا الأولان بدرهمين ، وبقولنا قال مالك وأحمد.وقال الشافعي وبعض أصحاب أحمد لا يصح هذا العقد حتى يسمي السنة أو الشهر ويذكر أي سنة أو أي شهر فيما إذا قال أجرتك شهراً أو سنة .

فإن قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكراً مجهولاً ، والمذكور في الكتاب ليس كذلك قيل له المذكور في الكتاب قول المستأجر ، واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر،فكأن المؤجر قال أجرت عبدي هذا شهرين شهراً بأربعة وشهراً بخمسة.

( ومن استأجر عبداً شهراً بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض ) أي والحال أنه آبق أو مريض ( فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته ، وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن يأتيني بساعة فالقول قول المستأجر ) أي لا يجب الاجر وبه قال أحمد في رواية ( وإن جاء به ) أي بالعبد ( وهو صحيح فالقول قول المؤاجر ) أي المالك ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في روايه ( لانهما اختلفا في أمر

فيرجع بحكم الحال ، إذ هو دليل على قيامه من قبل، وهو يصلح مرجحاً وإن لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه .

---

محتمل فيرجع بحكم الحال ) وفي بعض النسخ فيترجح ( إذ هو ) أي الحال ( دليل على قيامه ) أي قيام أمر محتمل ( من قبل ) أي من قبل الاختلاف ( وهو يصلح مرجحاً ) أي الحال يصلح مرجحاً ، هذا جواب سؤال وهو أن يقال الحال يصلح للدفع عندنا للاستحقاق كما عرف في الاصول ، فإذا جاء بالعبد وهو صحيح فالقول للمالك ويستحق الاجر ومطالبة المستأجر بالاجر فالحال حينئذ كانت موجبة للاستحقاق . فأجاب بقوله وهو يصلح مرجحاً ( وإن لم يصلح حجة في نفسه ) يعني إن الاستحقاق يثبت هنا بالعقد وتسليم العبد إليه في المدة لكن المستأجر يدعي ما ينافي الوجوب معرضاً بعد ظهور السبب ، والظاهر يكفي شاهداً للمؤجر في إنكاره فيكون مرجحاً لكلام المؤجر لا موجباً للاستحقاق فهي في الحقيقة دافعة لاستحقاق السقوط بعد الثبوت لا موجبة .

( أصله ) أي أصل هذا الحكم . وقال الكاكي أي أصل هذا الاختلاف بين المالك والمستأجر ( الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه ) فإنه بحكم الحال . فإن كان الماء منقطعاً وقت الخصومة فالقول للمستأجر فيما مضى ، وإن كان جارياً فالقول لرب الرحى مع يمينه . ولو اختلفا في قدر الانقطاع فالقول للمستأجر والبينة للمؤجر ، وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقال المولى أعتقتك بعد الولادة والولد ملكي ، وقالت أعتقتني قبل الولادة . وقد عتق بإعتاقي فالقول لمن كان الولد في يده ، واعتبار الولدين لا بحكم الحال . وكذا لو باع شجراً فيه ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار ، والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر إن كان الثمار في يد البائع فالقول له ، وإن كان في يد المشتري فالقول للمشتري ، كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي .

فروع : قال الحاكم في الكافي رجل أجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة

فخدمه ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد بالخيار إن شاء فسخ الاجارة وكان أجر ما مضى عليها وللعبد أجر ما بقي من المدة ، إلا أن المولى هو الذي يقول قبض جميع الاجرة وليس للعبد نقضها بعدما اختار المضي عليها . وإن كان المستأجر عجل الاجر كلها للمولى قبل أن يعمل شيئاً في أول الاجارة ، فالاجرة كلها للمولى إذا اختار العبد المضي على الاجارة ، لان المولى ملك الاجرة قبل عتقه ، فإن كانت الاجرة شيئاً معينة في جميع هذه الوجوه فالجواب فيه كالجواب في الدراهم .

وأما صداق المرأة المعتقة إذا اختارت النكاح فهو للمولى إن كان قبضه أو لم يقبضه ، لانه وجب بالعقد والآخر يجب يوماً فيوماً إذا لم يكن قبضه كذلك . الجواب في العبد إذا أولى إجارة نفسه بإذن المولى ، لان العبد هو الذي يلي القبض وهو الذي يطالب بالرد ما يجب رده من المقبوض عند الفسخ ويرجع به هو على المولى عيناً كان ذلك في يد المولى أو مستهلكاً ، لانه إنما وجب بعد العتق وانفسخ . وكذلك الامة إذا زوجت نفسها بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار ، وكذلك الصبي إذا أجره الوصي في عمل فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار في المضي على الاجارة أو فسخها ، وكذلك الاب إذا أجر ابنه ثم أدرك الابن . ولو كان الاب أو الوصي أجر دار الصبي سنين معلومة فأدرك الغلام لم يكن له أن يبطل الاجارة لانهما في ماله بمنزلة وكيل الكبير .

# باب الاختلاف

قال وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء ، وقال الخياط قميصاً . أو قال صاحب الثوب للصبـــاغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب ، لأن الإذن يستفاد من جهته . ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر

---

## ( باب الاختلاف )

لما ذكر اتفاق المتعاقدين شرع في بيان اختلافهما وهو فرع ، فلذلك أجره .

( قال ) أى القدوري ( وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء . وقال الخياط قميصاً ، أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر ، وقال الصباغ لا بل أمرتني اصفر فالقول لصاحب الثوب ) أى مع يمينه ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور « رح » . وقال أحمد وابن أبي ليـلى والشافعي « رح » في قول القول للخياط والصباغ . وقال بعض أصحاب الشافعي « رح » له قول ثالث ، وهو إنهما يتحالفان كالمتبايعين يختلفان في الثمن ، وإذا تخالفـــا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر ، وبعضهم قال الصحيح أن القول لرب الثوب ( لأن الإذن يستفاد من جهته ) أى من جهة رب الثوب .

( ألا ترى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله ) بأن أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب ( فكذا إذا أنكر صفته ) أي صفه الاذن ، بخلاف المضاربه لأن الأصل في المضاربة العموم في انواع التجارة فالخصوص عارض، فكان القول لمن ينكر

صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه . قال وإذا حلف فالخياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل أنه بالخيار إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله . وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى . وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب .

---

العارض ( لكنه يحلف ) أي صاحب الثوب ( لأنه أنكر شيئاً لو أقر به لزمه ) أي بذلك الشيء لزمه ذلك الشيء بإقراره .

( قال وإذا حلف فالخياط ضامن ، ومعناه ما مر من قبل ) أي قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء (انه بالخيار إن شاء ضمنه ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله ) لا يجاوز به المسمى ( وكذا يخير في مسألة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى ) واعترض بأن هناك اتفق المتعاقدان على المأمور به والأجير خالف ، وهاهنا قد اختلف في ذلك ، وكيف يكون هذا مثل ذلك . وأجيب بأنها مثلها انتهاء لا ابتداء ، إلا انه ذكر هذا الحكم هنا بعد يمين صاحب الثوب ، ولما حلف كان القول قوله فلم يبق الخلاف الآخر اعتباراً ، فكانتا في الحكم سواء .

( وذكر في بعض النسخ ) أي بعض نسخ القدوري ( يضمنه ما زاد الصبغ فيه ) أي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ للصباغ ، فالأول أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية ، والثانية اعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد . وجه الظاهر وهو الأصح أن الصبغ آلة للعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الحرب والصابون من عمل الغسال ، فلا يصير صاحب الثوب مشتريا للصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب .

ووجه رواية ابن سماعة ما أشار إليه بقوله (لأنه بمنزلة الغاصب ) يعني إن الصباغ بمنزلة

وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر، وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب، لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان، والصانع يدعيه والقول قول المنكر. وقال أبو يوسف «رح» إن كان الرجل حريفا له أي خليطاً له فله الأجر وإلا فلا، لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما.

---

الغاصب والحكم في الغصب كذلك وهو أن الغاصب إذا صبغه أحمر أو أصفر فان شاء رد الثوب وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه ما زاد الصبغ فيه فكذلك هنا. وفي خلاصة الفتاوى والصباغ إذا خالف بصبغ الأصفر فكان الأحمر إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الصبغ فيه ولا اجر له، ولو صبغ رديئاً إن لم يكن فاحشاً لا يضمن وإن كان فاحشاً بحيث يقول أهل تلك الصنعة إنه فاحش يضمن قيمته ثوب أبيض. وفي المحيط لو أمره أن يصبغه بزعفران أو بقم فصبغه غير ما سمى إلا أنه لم يشبع صبغه وقد أمر صاحب الثوب أن يشبعه فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض وسلم له الثوب، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يزاد على المسمى في الأصل إلى هنا لفظ الخلاصة.

( وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر فقال الصانع بل بأجر فالقول قول صاحب الثوب ) عند أبي حنيفة « رح »، وبه قال أصحاب الشافعي « رح » ( لأنه ) أي لأن صاحب الثوب ( ينكر تقوم عمله إذ هو ) أي العمل ( يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر . وقال أبو يوسف إن كان الرجل حريفاً له أي خليطاً له ) بأن تكون تلك المعاملة منها بأجر حريف الرجل من يكون بينه وبينه أخذ وإعطاء ومعاملة، وأصله من الحرفة والاحتراف وهو الاكتساب ( فله الأجر وإلا فلا ) أي وان لم يكن حريفاً له فلا أجرة (لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جرياً على معتادهما ) أي سبق ما بين رب الثوب والصباغ مثلاً من التعامل والتقاطع على الاجر يعين جانب الطلب جرياً على عادتهما من التعامل بالأجرة .

وقال محمد إن كان الصانع معروفاً بهـــذه الصنعة بالأجر فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر ، والقياس مـــا قاله أبو حنيفة لأنه منكر . والجواب عن استحسانهما أن الظـاهر للدفـع ، والحاجـة ها هنا إلى الاستحقاق والله أعلم .

---

( وقال محمد إن كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر ) بأن اتخذ دكاناً وانتصب لعمل الصباغة أو القصارة ( فالقول قوله ، لأنه لما فتح باب الحانوت لأجـله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتباراً للظاهر ) وبه قال مالك وأحمـد « رح » . قال شيخ الاسلام وصاحب المحيط الفتوى على قول محمد ( والقياس ما قاله أبو حنيفة لأنه منكر ) للإجارة والمنافع لا تتقوم إلا بالعقد عندنا بخلاف ما لو دفع إلى آخر عيناً ثم اختلفا فقال الدافع قرض . وقال الآخر هبة فالقول لمن يدعي القرض ، لأن العين متقوم بنفسه فالآخر يدعي الإبراء عن قيمته فالقول لمنكر الابراء وهو مدعي القرض .

( والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع ) أي الظاهر يصلح للدفـع عن نفسه ( والحاجة هاهنا إلى الاستحقاق والله أعلم ) لا للدفع ، نظيره دار في يد رجـل فزعم آخر انه ملكه فالقول للذي في يده ، وإن كان غيره يدعيها ولا شرع في يد بلا حجة ، فلو بيعت داراً بجنبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يأخذها بالشفعة لا يأخذها بمجرد اليد حتى يقيم بينة انه ملكه ، لأن ثبوت الملك بظاهر اليد يصلح للدفع لا للإستحقاق والأخذ من يد المشتري استحقاق فلا يملكه بدون البينة ، كذا هنا .

فروع : قـــال الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أسلم ثوب إلى صباغ يصبغه أحمـــر فصبغه ثم اختلفا فقال الصباغ صبغته بدرهم وقال رب الثوب صبغتـــه بدانقين فاني أنظر إلى ما زاد الصبـغ فيه فـإن كان درهما أو أكثر فله درهم لأن الحال يصلح حكماً في الباب ، فكان القول قول من يشهـــد له الظاهر مع

يمينه ، وإن كان أقل من دانقين أعطيته بعد أن يحلف رب الثوب صبغه إلا بدانقين، وإن كان الصبغ سواد فالقول قول رب الثوب مع يمينه لأنه يدعي عليه زيادة أجر وهوينكر ولو قال رب الثوب صبغته لي بغير أجر كان القول قوله لأن السواد ينقض الثوب ، أما إذا كان صبغاً يزيد في الثوب فقال رب الثوب صبغته بغير أجر ، وقال الصباغ صبغته بدرهم فانهما يتحالفان لأن هذا يدعي الهبة والأخر يدعي التجارة فكان كل منهما مدعياً ومدعى عليه ثم يضمن رب الثوب ما زاد الصبغ في مقدار الأجرة ولا يجوز به درهم . ولو اختلف رب الثوب في مقدار الأجر فان كان لم يأخذ في العمل تحالفا وترادا أو ان كان بعده فالقول قول رب الثوب ولا يتحالفان، وكذلك لو قال عملته لي بغير أجر فالقول قول رب الثوب لأن العمل يتقوم بالعقد وهو ينكر العقد .

# باب فسخ الاجارة

## قال ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ، لأن المعقود عليه المنافع

( باب فسخ الاجارة )

تأخير هـــذا الباب ظاهر المناسبة ، لأن الفسخ دفع العقد السابق فبالضرورة هو متأخر .

( قال ) أي القدوري ( ومن استأجر داراً فوجد بها عيباً يضر بالسكنى فله الفسخ ) أي فللمستأجر ولاية الفسخ ، قيد العيب بلا ضرار والسكنى لأنه إذا كان عيبـاً لا يضر بالسكني كحائط سقط لم يكن محتاجاً إليه في السكنى لم يثبت الخيار . وكذا لو كان المستأجر عبداً للخدمة فسقط شعره أو ذهبت إحدى عينيه وذلك لا يصير بالخدمـة لم يثبت الخيار ، كذا في الإيضاح . وفي الفتاوى الصغرى والتتمة إذا سقط حائط أو انهدم بيت من الدار المستأجرة للمستأجر أن يفسخ ولا يملك الفسخ بعينه المالك بالإجماع ، لأن هذا رد بالعيب وذلك لا يصلح إلا بحضرة المالك بالإجماع ، إنما الخلاف في الرد بخيـــار الشرط . وإن انهدمت الدار كلهـــا فله الفسخ من غير حضرة المالك ، لكن الإجارة لا تنفسخ ما لم يفسخ ، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن ، وإليه ذهب خواهر زادة . وفي إجارات شمس الأئمة إذا انهدمت الدار كلها فالصحيح انه لا تنفسخ الإجارة ، لكن سقط الأجر عنه فسخ أو لم يفسخ . وإذا استأجر أرضاً للزراعة فزرع فاصطلمه آفة وجب أجر ما مضى وسقط أجر ما بعد الاصطلام .

( لأن المعقود عليه المنافع ) هذا دليل على المذكور . وقيل هذا دفع شبهـــة ترد على الإجارة من جانب البيع وهي أن يقال إن عقد الإجارة عقد لازم كالبيع والعيب الحادث

وأنها توجد شيئاً فشيئاً فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع . ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع ، وإن فعل المؤاجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه . قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة ، لأن المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة

---

في البيع بعد قبض المشتري لا يثبت الرد ، فكان ينبغي أن لا يرد في الإجارة بعد القبض أيضاً ، فأجاب عنه بقوله لأن المعقود المنافع ( وانها توجد شيئاً فشيئاً ) يعني شيئاً بعد شيء ، وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الإبتداء ( فكان هذا عيباً حادثاً قبل القبض ) وإن كان بعد القبض صورة ( فيوجب الخيار ) أي إذا كان الأمر كذلك فيوجب الخيار ( كما في البيع ) فإنه إذا حدث فيه العيب قبل القبض ينفرد المشتري بالفسخ كذلك هنا ، وعلى هذا لا فرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله ، لأن الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع .

( ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل ) وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد . وقال الشافعي في وجه لا يلزمه جميع الأجر ( كما في البيع ) إذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان كذلك ها هنا إذا رضي بالعيب لا يكون له أن ينقص في أجرة الدار شيئاً في مقابلة العيب ( وإن فعل المؤاجر ما أزال به العيب ) بأن أصلح في الدار المستأجرة ما كان يضر بالسكنى ( فلا خيار للمستأجر لزوال سببه ) أي سبب الخيار وهو العيب المضر بالسكنى قبل فسخ العقد .

( قال وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة ) بكسر الشين ( أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة ) وبه قالت الثلاثة . وعن بعض أصحاب أحمد والشافعي «رح» في الأرض التي انقطع ماؤها لم تنفسخ الاجارة كما قاله بعض أصحابنا على ما يجيء الآن إن شاء الله تعالى ( لأن المعقود عليه قد فات وهو المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت

قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر . ومن أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه الإباق في البيع قبل القبض . وعن محمد « رح » أن الآجر لو بناهـــا ليس للمستأجر أن يمتنع ولا الأجر وهذا تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ .

---

المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ) بفتح الجيم .

( ومن أصحابنا من قال ) أراد بذلك شيخ الاسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما فانهم قالوا ( إن العقد لا ينفسخ ، لأن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودهـــا ) لأن أصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط ، وفي انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنه يحتمل العود ( فأشبه الاباق في البيع قبل القبض ) وذلك لايوجب الانفساخ، واستدل هؤلاء على صحة ما ذهبوا إليه بما روى هشام عن محمد « رح » وأشار إليه المصنف بقوله ( وعن محمد أن الآجر لو بناهـــا ليس للمستأجر أن يمتنع ولا الأجر ) يعني لو استأجر بيتاً فانهدم ثم بناها الأجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا الأجر ( وهذا تنصيص منه ) أي هذا الذي روي تنصيص عن محمد ( على انه ) أي على أن عقد الاجارة ( لم ينفسخ ، لكنه يفسخ ) يستحق الفسخ . وقال في الكافي وهو الأصح، وأما من قال بأنها تنفسخ فانهم أيضاً استدلوا على ذلك بما ذكره محمد في كتاب البيوع . ولو سقطت الدار فله أن يخرج سواء كان صاحب الدار حاضراً أو غائباً فهذا إشارة إلى الانفساخ بمجرد الانهدام حيث ما شرط حضرة صاحبها ، لأنه رد بعيب وهو لا يصلح إلا بحضرة المالك بالاجماع .

وفي الغاية والذي قال ينفسخ بانهدام ثم يعود بالبناء ، ومثله جائز كما في الشاة المبيعة إذا ماتت في يد البائع ينفسخ العقد ، ثم إذا دبغ جلدها يعود القدر بقدرها فكذا هذا ، وهذا بخلاف السفينة إذا انقضت وصارت ألواحاً ثم ركبت وأعيدت سفينته لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر ، لأن السفينة بعد النقض إذا أعيدت صارت سفينـــة أخرى ، ألا ترى أن من غصب ألواحاً وجعلها سفينة ينقطع حق المالك ، فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها .

ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته ، لانه جزء من المعقود عليه . قال وإذا مات أحـــد المتعاقدين وقد عقد الإجارة لنفسه

---

( ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه ) هذا أورده تشبيها بالدابة على انه لا ينفسخ بانقطاع المـاء . وفي الأصل إذا انقطع ماء الرحى ينفسخ ويثبت الخيار للعاقد ، فان لم ينفسخ حتى عاد الماء لزمه الاجارة فيما بقي من الشهر لزوال الموجب للفسخ ويرفع الاجر عنـه بحساب ذلك ، أي بحساب ما انقطع إنما في المدة ، لو لم بفسخها ومضت المدة فلا أجر عليـه في ذلك . ولو نقص ماء الرحى إن كان النقصان فاحشاً فله حق الفسخ وإلا فلا ، لأن مدة الاجارة تاتج عن نقصان غير فاحش غالباً ويخلو عن نقصان فاحش .

قال القدوري في شرحه إذا صار يطحن أقل من نصف طحنـــه فهو فاحش ، وفي الخلاصة قال الناطفي إذا طحن نصف مـا كان يطحن فللمستأجر رده أيضاً . ولو لم يرد حتي طحن نصف ما كان يطحن فللمستأجر رده أيضاً . ولو لم يرده حتى طحن كان هذا رضى منه وليس له أن يرد الرحى بعد ذلك ، ثم في الخلاصة وهذه الرواية تخالف رواية القدوري أن من استأجر رحى ستة أشهر فأمسك الرحى حتى مضت الستة فعليه أجر ستة أشهر ، وإن كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته . ولو استأجر عبدا فمرض فهو كالرحى . وفي الشامل انكسار أحد الحجرين عذر ، فـان أصلح رب الرحى قبل الفسخ لا ينفسخ . وفي شرح الكافي فان انقطع الماء عن الرحى فلم يعمل رفع عنه من الاجر بحساب ذلك ، وله أن ينقض الاجارة ، فان لم ينقضها حتى عاد الماءلزمته الاجارة وانه اختلفا في مقدار الانقطاع فالقول قول المستأجر لأنـــه ينكر تقرر الأجر عليه . ولو قال المؤجر لم ينقطع الماء وقال المستأجر قد انقطع بحكم الحـــال فيكون انقطاعه وجريانه في الحـــال دليلاً على الماضي ، لان الحال يصلح دليلاً على الماضي عنـــد الاشتباه .

( قال وإذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد ) أى والحال أنه قد عقد ( الإجارة لنفسه

انفسخت الإجارة ، لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكه له أو الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد ، لانه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز

---

انفسخت الاجارة ) أي الاجارة ، وبه قال الثوري والليث . وقالت الثلاثة وأبو ثور وإسحاق لا تنفسخ والاجارة بحالها ، ويقوم وارثها مقامها سواء مات أحدهما أو كلاهما ، لان المنافع كالاعيان عندهم ، والعقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد كما لو زوج أمته ثم مات ( لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة له أو الاجرة المملوكة له لغير العاقد مستحقة بالعقد ) أي حال كونها مستحقة بالعقد ، والدليل على صيرورتها لغير العاقد مع كون الاستحقاق بالعقد وهو قوله ( لانه ينتقل بالموت ) التحقيق هنا أن يجعل الضمير في انه الى ما يتركه الميت ، ويراد بالموت موت المورث ، والمعنى لان الذي يتركه الميت ينتقل بالموت ( الى الوارث ) ثم يرتب الحكم على هذا عند موت المؤجر ، أو مات المستأجر ، أما إذا مات المؤجر فقد انتقلت رقبة الدار إلى الوارث والمستحق عن المنافع التي حدثت على ملكه فقد فات بموته فبطلت الاجارة لفوات المعقود عليه ، لان بعد موته تحدث المنفعة على ملك الوارث .

وأما إذا مات المستأجر فلو بقي العقد لبقي على أن يخلفه الوارث وذا لا يتصور ، لان المنفعة الموجودة في حياته تلاشت ، فكيف يورث المعدوم ، والتي تحدث ليست مملوكة له ليخلفه الوارث فيها إذ الملك لا يسبق الوجود ، وإذ ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد .

( وذلك لا يجوز ) أي صيرورة المنفعة المملوكة أو الاجرة المملوكة لغير العاقد حال كونها مستحقة بالعقد لا يجوز ، وذكر اسم الاجارة باعتبار كون ذلك وهو عبارة عن الصيرورة التي دل عليها قوله تصير المنفعة ولا يشكل ما ذكره بما إذا استأجر دابة إلى مكان معين فمات صاحب الدابة في وسط الطريق حيث لا تنفسخ الاجارة ، وللمستأجر أن يركبها إلى المكان المسمى بالاجر فقد مات أحد المتعاقدين ، وقد عقد لنفسه ولم ينفسخ العقد ، لان ذلك للضرورة ، فإنه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجد دابة أخرى

في وسط المفازة ، ولا يكون ثمة قاض يرفع الامر إليه فيستأجر الدابة منه ، حتى قال بعض المشايخ إن وجد ثمة دابة أخرى يحمل عليها متاعه تنتقض الاجارة . وكذا لو مات في موضع فيه قاض تنتقض الاجارة لعدم الضرورة ، وكان عدم الانفساخ بالاستحسان الضروري ، والمستحسن لا يورد الانقضاء على القياس ، كذا في المبسوط والذخيرة .

ونوقض أيضاً بموت الكل فانه ينفسخ بموته مع انه غير العاقد ، وأجيب بأن المراد بالعاقد من وقع لأجله العقد ، حتى لو كان العقد لغيره كالوكيل والأب والوصي والمتولى في الوقف لا ينفسخ العقد بموته لبقاء المستحق عليه ، وقيل في جوابه وهو أحسن وهو انا قد قلنا أن كل ما مات العاقد لنفسه انفسخ ولم تلتزم بأن كلما انفسخ يكون بموت العاقد، لأن العكس غير لازم في مثله .

وفي الخلاصة أحد المتعاقدين لو جن جنوناً مطبقاً لا تنفسخ الإجارة . وفي الأجناس اذا أجر الأب ارض ابنه الصغير أو الوصي ومات لا تبطل الإجارة ، وكذلك لا تبطل إجارة الظئر بموت والد الصبي الذي استأجرها ، ويبطل بموت الصبي والمستأجرة . وقال الكرخي في مختصره وإن مات الظئر قبل المدة أو مات الصبي انتقضت الاجارة وكان لها من الأجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت .

وفي الاجناس لو أجر الواقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الإجارة . وفي الذخيرة القياس أن يبطل وبه أخذ أبو بكر الاسكاف . وفي الاستحسان لا تبطل لأنه أجر لغيره كالوكيل . وفي الاجناس ولو مات رب الإبل في بعض طريق المفازة للمستأجر أن يركبها على حاله وعليه الكرى المسمى الى أن يأتي مكة فيدفع ذلك إلى القاضي ،فإن شاء سلم له الكرى إلى الكوفة ، وإن شاء فسخ الاجارة . وفي كتاب الشروط لمحمد بن الحسن لو مات المكاري في مصر من الامصار وركب المستأجر ضمن إن هلك الابل إلا بإذن القاضي .

( وإن عقدها ) أي الاجارة ( لغيره لم تنفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولى في الوقف

لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى . قال ويصح شرط الخيـــار في الإجارة . وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ، ولو كان للمؤاجر فلا يمكنـــه التسليم أيضاً على الكمال ، وكل ذلك يمنع الخيار . ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجـــاز اشتراط الخيار فيه

---

لانعدام ما أشرنا إليه من المعنى ) وفي بعض النسخ لانعدام ما ذكرنا ، وأراد به قوله لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة ... إلى آخره .

( قال ) أي القدوري ( ويصح شرط الخيار في الاجارة) ويعتبر ابتداء المدة من وقت سقوط الخيار وبه قال أحمد « رح » ( وقال الشافعي « رح » لا يصح ) شرط الخيار، وله في ثبوت خيار المجلس وجهان . ولو كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه ، وفي وجه لا يثبت فيها الخيار إن في وجه يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط ، كذا في الحلية ( لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكمالـه لو كان الخيـار له لفوات بعضه ) أي بعض المعقود عليه ، لأن بعضه فات في مدة الخيار ، فلا يتمكن من رد كل المعقود عليه ، مع أن رد الكل مستحق بالخيار ، فإذا لم يتمكن بطل .

( ولو كان ) الخيار ( للمؤاجر فلا يمكنه التسليم أيضاً على الكمال ) لفوات بعضه في مدة الخيار ، فصار كما لو تلف بعض المبيع في يد البائع إذا باع بشرط الخيار ( وكل ذلك) يعني من عدم إمكان رد المعقود عليه بكماله إذا كان الخيار للمستأجر وعدم إمكان التسليم ايضاً على الكمال إذا كان الخيار للمؤجر ( يمنع الخيار ) أي ثبوته .

( ولنا أنه ) أي أن عقد الإجارة ( عقد معاملة ) احترز به عن النكاح ، فإن مطلق المعاملة تنصرف إلى المعاوضات التي يلحقها الفسخ بالإقالة . وفي بعض النسخ عقد مقابلة أي معاوضة ( لا يستحق القبض فيه في المجلس ) احترز به عن الصرف والسلم ، فإن قبض البدل شرط فيها ، فلهذا لم يجز الخيار فيهما ( فجاز اشتراط الخيار فيه ) أي عقد الإجارة

كالبيع ، والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ، فكذا بخيار الشرط ، بخلاف البيع ، وهذا لان رد الكل ممكن في البيـــع دون الاجارة ، فيشترط فيه دونها ، ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤاجر بعد مضي بعض المدة . قال وتفسخ الاجـــارة بالاعذار عندنا .

---

( كالبيـع ) أي كما يجوز شرط الخيار في البيع ( والجامع بينهما ) أي بين الإجارة والبيـع، وأشار به إلى وجه القياس وهو ( دفع الحاجة ) فإنه لما كان عقد معاملة يحتاج إلى التروي لئلا يقع فيه الغبن ، وأثبت الشارع فيه الخيار دفعاً لهذه الحاجة ، فكذلك الإجارة لأنه يغبن فيها ، فشرع الخيار دفعاً للغرور ومنعاً للزوم .

( وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب ) بالإجماع ( فكذا ) لا يمنع الرد ( بخيار الشرط ، بخلاف البيـع ) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه في البيـع يمنع الرد دون الإجارة ( وهذا ) أي الفرق بـين البيـع والإجارة ( لأن رد الكل ممكن في البيـع دون الإجارة فيشترط ) أي رد الكل ( فيه ) أي في البيـع ( دونها ) أي دون الإجارة. وفي بعض النسخ دونه أي دون عقد الإجارة لما أن التكليف بحسب الوسع والطاقة ( ولهذا ) أي ولكون رد الكل ممكناً في البيـع دون الاجارة ( يجبر المستأجر على القبض إذا أسلم المؤجر بعد مضي بعض المدة ) لأن التسليم بكماله غير ممكن ، وهـــذا عندنا خلافاً للشافعي ، فعنده لا يجـــبر وللمستأجر الفسخ في باقي المدة . صورته أن يستأجر داراً سنة حتى مضى شهراً ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه من ذلك . وقال الشافعي للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على أصله أن المنافع في حكم الأعيان ، فبفوات بعض ما يتناوله العقد يخـــير فيما بقي لاتحاد الصفقة ، وعندنا عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة فلا يمكن تفرق الصفقة مـــع تفرق المعقود .

( قال ) أي القدوري ( وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا ) وعند شريح تفسخ بعـــذر

وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب ، لأن المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع. ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ، إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه ألا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ، وهذا هو معنى العذر عندنا. وهو كمن استأجر حداداً ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع ، أو استأجر طباخاً ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه

---

وبغير عذر ، وبه قال ابن أبي ليلى « رح » ، فإن الاجارة عندهما عقد غير لازم لا عقد على المعدوم فلا يتعلق به اللزوم كالعارية . ( وقال الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب ) وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور ( لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها ) أي على المنافع كما يجوز على الأعيان ( فاشبه البيع ) فكما أن البيع لا يفسخ إلا بالعيب ، فكذا الاجارة .

( ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها ، فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به ) أي بالعذر ( إذ المعنى ) المجوز للفسخ ( يجمعهما ) أي يجمع الاجارة والبيع جميعاً ( وهو ) أي المعنى الجامع ( عجز العاقد عن المضي في موجبه ) أي في موجب العقد ( إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به ) أي بالعقد ( وهذا هو معنى العذر عندنا ) فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين، فإذا آل الأمر إلى الضرر أخذنا فيه بالقياس ( وهو ) أي العذر والشافعي « رح » محجوج بهذه المسائل ( كمن استأجر حداداً ) أراد به قلاع السن وهو الذي يسمى المزين في عرف أهل مصر وإطلاق الحداد عليه باعتبار تلك البلاد ، فإن عندهم لا يقلع السن غالباً إلا الحداد ( ليقلع ضرسه لوجع به ) أي لأجل وجع كائن بالضرس ( فسكن الوجع ) فإن الاجارة تنفسخ فيه ( أو استاجر طباخاً ليطبخ له طعاماً للوليمة ) أي العرس ( فاختلعت

تفسخ الاجارة ، لان في المضي عليه إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا أجر دكاناً أو داراً ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين ، لان في الجرى على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر . ثم قوله فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض ، وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي . ووجه أن هذا

---

منه ) أي فاختلعت المرأة من الرجوع أو ماتت المرأة ، فإن الاجارة تنفسخ فيه ايضاً بالاجماع ( تفسخ الاجارة ، لأن في المضي عليه ) أي على العقد ( إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد ) فيثبت له حق الفسخ دفعاً لذلك الضرر .

( وكذا من استأجر دكاناً في السوق ليتجر فيه فذهب ماله ، وكذا إذا آجر دكاناً ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما أجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين ، لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس ) أي ذلك الضرر الزائد هو الحبس لأنه إذا بقيت الاجارة مع ذلك يحبسه القاضي لقضاء الدين والحبس ضرر زائد ( لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر ) لا سيما إذا كانت له عقار مستأجر .

( ثم قوله ) أي قول القدوري في مختصره ( فسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر ) أي محمد ( في الزيادات في عذر الدين . وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فإن الاجارة فيه تنتقض ، وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ووجهه ) أي وجه ما ذكرنا في الجامع الصغير ( أن هذا

بمنزلة العيب قبل القبض في المبيـــع على ما مر ، فيتفرد العاقد بالفسخ. ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي. ومنهم من وفق فقال إن كان العذر ظاهراً لا يحتاج إلى القضـــاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين محتاج إلى القضاء لظهور العـذر . ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر

---

بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر ) في البيع وغيره ( فيتفرد العاقد بالفسخ ، ووجه الأول ) وهو الذي ذكره القدوري ( أنـه فصل مجتهد فيه ) لأن فيه خلاف الشافعي ومالك وأحمد ( فلا بد من الزام القاضي ) ليرتفع الخلاف.

( ومنهم ) أى ومن المشايـخ ( من وفق ) أي بين روايتي الجامع الصغير والزيادات ( فقال إن كان العذر ظاهراً ) بأن اختلفت المرأة أو ماتت فيما إذا استأجر لطبخ طعام الوليمة أو مات الولد إذا استأجره ليختنه أو برأت يداً إذا استأجر لقطعها من الآكـلة أو سكن وجع سنه إذا استأجر لقلعه ( لا يحتاج إلى القضاء ، وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر ) أى لأن يظهر العذر ، وصحح المحبوبي وقاضي خان هذا وصحح شمس الأئمة ما ذكر في الزيادات ثم اختلفوا في فسخ القاضي ، قيل يبيـع الدار فينفذ البيـع فتنفسخ الاجارة ضمناً ، وإنما لا ينقض قصداً ، لأنه لو نقضها قصداً أو بما لا يتفق المبيع فيكون النقض إبطالاً لحق المستأجر قصداً ، وانه لا يجوز ، وقيل يفسخ الاجارة ثم يبيـع الدار . وفي الذخيرة ولو اظهر المستأجر في الدار الشر كشرب الخمر وأكل الربا والزنا واللواطة يؤمر بالمعروف ، وليس للمؤجر ولا لجيرانه ان يخرجوه من الدار وذلك لا يصير عذراً في فسخ الاجارة، ولا خلاف للأئمة الاربعة في الجواهر إن رأى السلطان أن يخرجه فعل . وقال ابن حبيب لو أظهر الفسق في دار نفسه ولم يمتنع بالأمر بالمعروف ، ويقول داري انا آتي فيها ما يثبت تباع عليه داره .

( ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر ) يقال بدا لي في هذا الأمر بدا أى تغير رأيي عما كان عليه ، وفلان زوبد وأب إذا بدا له الرأي بعد الرأي ، كذا في

فهو عذر ، لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد،لأنه ربما يذهب للحج فذهب وقته، أو لطلب غريمه فحضر،أو للتجارة فافتقر. وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر، لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره . ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل . وذكر الكرخي أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار . ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد ، وإنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد

---

الجمل . وقال ابن دريد بدا لي الشيء وبدا إذا ظهر ، وبدا لي في الأمر إذا ضربت عبد بدو أو بداء ، كذا في الجمهرة ( فهو عذر ، لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد ، لأنه ربما يذهب للحج ) وفي بعض النسخ إلى الحج ( فذهب وقته أو لطلب غريمه) أي أو كان استأجر دابة ليذهب بطلب غريمه ( فحضر ) إلى غريمه ( أو للتجارة ) أو استأجر دابة ليتجر عليها ( فافتقر وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره ، ولو مرض المؤاجر ) اراد به المكاري ( فقعد ) عن المضي ( فكذلك الجواب على رواية الاصل ) يعني كذلك ليس بعذر، لأنه يمكنه ان يرسل من تبع هذه ألعابه .

( وروى الكرخي انه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة ) فهي كالمرض ( دون الاختيار ) نحو ما بدا له عن السفر بتغير رائه ( ومن أجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد ) وهو إبقاؤه ، وما لزمه إلا قدر ما التزمه عند العقد وهو الحجر على نفسه من التصرف في المستأجر إلى انتهاء المدة ( وإنما يفوته الاسترباح ) بأن يتصرف فيه قبل مضي المدة ( وانه ) أي الاسترباح ( أمر زائد ) إذ لو نقضنا الاجارة به لما سلمت إجارة أبداً ولبطلت جرايح الناس ، ثم هل يجوز .

وهذا البيع اختلفت الروايات فيه ، فقال شمس الأئمة والصحيح من الرواية أن البيع موقوف على سقوط حق المستأجر وليس للمستأجر أن يفسخ البيع ، وإليه مال الصدر الشهيد ، حتى لو قال ينبغي أن يكتب المفتي في جوابه لا يجوز في حق المستأجر ولو جاز أيام الفسخ ينفذ البيع وتنفسخ الاجارة . وعند الشافعي « رح » في قول ومالك ويصح البيع من المستأجر دون غيره. وقال في مختصر الطحاوي ومن أجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فيها ونقض البيع عليه فيها فإن بعضه كان منتقضاً ولم يعد بعد ذلك ، وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الاجرة ثم ذلك البيع فيها وهو قول أبي يوسف «رح» القديم . وروى عنه أصحاب الاملاء انه قال لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيهما والاجارة فيها كالعيب فيها ، فان كان المشتري عالماً به فقد برىء البائع منه وللمشتري قبض الدار بعد انقضاء الاجارة فيها ، وإن لم يكن علم بذلك كان بالخيار إن شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجده بها ، وان شاء أمضاه .

وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن أجر داراً ثم باعها قبل انقضاء مدة الإجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري ، حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازماً للمشتري ، وليس له أن يمنع عن الأخذ إلا اذا طالب المشتري البائع بالتسليم قبل انقضاء مدة الإجارة فلم يمكنه ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما ، فانه لا يعود جائزاً بمضي المدة . ولو ان المستأجر أجاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة . ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذه هذا في ظاهر الرواية .

وروى الطحاوي « رح » عن أبي حنيفة ومحمد « رح » أن المستأجر له أن ينقض البيع ، فإذا نقض البيع فإنه لا يعود . وروي عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والإجارة فيها كالعيب ، وقد ذكرنا حكمه الآن . ولو آجر داره من رجل ثم أجرها من آخر فإن عقد الثاني يكون موقوفاً على إجارة المستأجر الأول فإن أبطله بطل ، بخلاف البيع فإن هناك إن أبطله لم يبطل . والفرق أن عقد الإجارة على المنفعة وهي مملوكة للمستأجر الأول ، فان أجاز مالكها جاز وإلا لا . وأما البيع فإنما

قال وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده ، وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه. أما الذي يخيط بأجر فرس ماله الخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه .

---

يقع على العين وهي مملوكة للمؤجر ، إلا أن للغير حقاً فيه ، فإن زال حق الغير نفذ البيع. ولو أجاز المستأجر الأول الإجارة الثانية صحت الإجارة الثانية ، والأجرة للمستأجر الأول ، ولا يكون لصاحب الدار ، بخلاف البيع ، لأن هناك الثمن لصاحب الملك ، والفرق ما ذكرنا ، وبالإجارة لا ينفسخ عقد المستأجر الأول ما لم تمض مدة الثاني ، فاذا مضت فحينئذ مقتضى المدتان جميعاً إن كانت مدتها واحدة ، وإن كانت مدة الثاني أطول من مدة الأول فللأول أن يسكن الدار حتى تتم المدة .

وكذلك لو رهنها المؤجر قبل انقضاء مدة الإجارة والعقد جائز فيما بينه وبين المرتهن، ولكن للمستأجر أن يحبس إلى أن تنقضي مدته . ولو رهن داره من رجل وقبضها المرتهن ثم باعها الراهن من آخر فالعقد جائز بين البائع والمشتري . وفي حق المرتهن لا يجوز ، وله أن يحبسه حتى يستوفي ماله ، فاذا افتكها الراهن يسلم الدار إلى المشتري ، إلا أن ها هنا إذا أجر المرتهن جاز ويسلم الدار إلى المشتري والثمن يكون رهناً مكان الدار لأن له حق حبس العين ، وكذا بدله .

( قال وإذا استأجر الخياط غلاماً فأفلس وترك العمل فهو عذر ، لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله ، وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه ) بأن يشتري الثياب ويخيطها ويبيعها كما هو عرف أهل الكوفة ( أما الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط ) بكسر الميم وهو اسم للآلة التي يخاط بها الثياب ( والمقراض ) بكسر الميم اسم للآلة التي يقطع بها الثياب من القرض وهو القطع ، وسمي المقص أيضاً ( فلا يتحقق الإفلاس فيه ) قيل ، ويتحقق إفلاسه بأن تظهر خيانته عند الناس فيمتنعون عن تسليم الثياب إليه ، أو يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث أن الناس لا يأتمنون على أمتعتهم .

وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية ، وهذا بخلاف ما إذا استأجر دكاناً للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذراً ذكره في الاصل، لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أما ها هنا العامل شخصان فأمكنهما .

ومن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم سافر فهو عـــذر ، لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق ، وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً

---

( وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف فهو ليس بعذر ، لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية . وهذا بخلاف مـا إذا استأجر دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله ) أي جعله محمـد « رح » ( عذراً ذكره في الأصل ) أي في المبسوط ( لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين ، أمـا ها هنـا ) أي في مسألة ترك الخياطة وإرادة عمل الصرف ( العامل شخصان ) أحدهما المستأجر والآخر الغلام المسألة ( فأمكنهما ) العمل لعدم التعذر .

( ومن استأجر غلاماً ليخدمه في المصر ثم سافر فهو ) أي سفره ( عذر ) فتنفسخ بـه الاجارة ( لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد ، لأن خدمة السفر أشق . وفي المنع من السفر ضرر ، وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذراً ) وفي الذخيرة لو قال المؤجر للقاضي انه لا يريد السفر ولكن يريد فسخ الإجارة . وقال المستأجر أريـــد السفر فيقول القاضي للمستأجر تخرج مع فلان قال مع فلان وفلان فالقاضي يسألهم أن فلاناً هل يخرج معكم، وهل استعد للخروج ، فان قالوا نعم يثبت العذر وإلا فلا . وقيل القاضي يحكم بزيه وثيابه ، فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافراً وإلا فلا . وقيل لو أنكر المؤجر السفر فالقول له . وقيل القاضي يحلف المستأجر بالله إنك عزمت على السفر وإليـــه مال القدوري

وكذا إذا أطلق لما مر أنه يتقيد بالحضر ، ثم بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الاجر بدون السكنى وذلك ضرر

## مسائل منثورة

قال ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب ،

---

والكرخي . ولو أراد رب العبد السفر لا يكون ذلك عذراً .

( وكذا إذا أطلق ) أي إجارة العبد للخدمة قبل أن يقول استأجرت هذا العبد للخدمة ولم يقل في الحضر أو في السفر لا يكون له أن يسافر به ( لما مر أنه يتقيد بالحضر ) أي لما مر في فصل إجارة العبد من أنه ليس له أن يسافر به ، إلا أن يشترط ذلك ( بخلاف ما إذا أجر عقاراً ثم سافر لأنه لا ضرر ، إذ المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من المعقود عليه بعد غيبته ، حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر ) للمستأجر ، والضرر مدفوع والله أعلم .

( مسائل منثورة )

مسائل مرفوع على انه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذا مسائل . وقوله منثورة بالرفع صفة المسائل ، وتقدم معنى النثر .

( قال ومن استأجر أرضاً أو استعارها فأحرق الحصائد ) وهو جمع حصيد وهو الزرع المحصود ، وأريد ها هنا ما يبقى من أصول الزرع المحصود في الأرض ، وحصد الزرع جزه من باب طلب وضرب ( فاحترق شيء في أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في هذا التسبيب ) وفي بعض النسخ في هذا السبب فانه مسبب لا مباشر ، والضمان بطريق

التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب ( فأشبه حافر البئر في دار نفسه ) فان من حفر بئراً في ملكه فوقع فيها إنسان فهلك لا يضمن . ولو رمى سهماً في ملكه فأصاب إنساناً أو مالاً فهلك يضمن ، لأنه مباشر فلم يتوقف على التعدي ، ولهذا لأن المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر ، فأما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة ، وإحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف إليه .

ونقل صاحب الأجناس عن زيادات الأصل لو وضع جمراً في الطريق فحركته الريح فذهب به من ذلك الموضع فأحرق شيئاً لم يضمن من قبل لأنه قد تغير عن الحالة التي وضع عنيها . وكذلك إذا وضع حجراً . وفي الواقعات رجل أحرق شوكاً أو بيتاً في أرض فذهبت الريح بالشرارات إلى أرض جاره فأحرق أرضه إن كانت النار تبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة فلا ضمان عليه ، لأن ذلك حصل بفعل النار وانه جار . ولو كان أرضه أو على وجه يصل إليه شرر النار فانه يضمن ، لأن له أن يوقد النار في أرضه ، ولكن على وجه لا يتعدى ضرره إلى أرض جاره ، وهذا كما إذا سقى أرض نفسه فتعدى إلى أرض جاره . وكذلك لو أن رجلاً اتخذ في داره هدفاً يرمي إليه فجاز السهم داره وصار إلى دار جاره وقتل رجلا أو أفسد مالاً فهو ضامن قيمة المال ودية المقتول على عاقلته .

وكذلك الحداد لو أخرج الحديدة من الكوزة وذلك في حانوته ووضعه على العلاة وضربه بمطرقة فخرج شررها إلى طريق العامة فأحرق رجلاً أو فقأ عينه فديته على عاقلته . ولو أحرق ثوب إنسان فقيمته على الحداد في ماله . ولو لم يضربه بالمطرقة حتى وضعه على العلاة فأخرج الريح شرره فأصاب ما أصاب فهو هدر . وفي المسائل سقى أرضه فسال عن مائه في أرض رجل فغرقتها أو نزت لا ضمان عليه لأنه غير متعد في التسبيب . وكذا إذا أحرق كلاء أو حصائد في أرضه فذهب النار فأحرق شيئاً لغيره لم يضمن لا جرم إن كان يوم ريح فعلم أنه يذهب منها فقيل يضمن .

( وقيل هذا ) قائله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله . وقال الأترازي رحمه الله ، أي

إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت . أما إذا كانت مضطربة يضمن ، لان موقد النار يعلم أنها لا تستقر في ارضه . قال وإذا قعد الخياط أو الصباغ في حانوت من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز ، لأن شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا بوجاهته وهذا لحذاقته فينتظم بذلك المصلحة ، فلا تضره الجهالة فيما يحصل .

---

قال المشايخ رحمهم الله هذا الذي قاله محمد « رح » في الجامع الصغير عن عدم الضمان باحراق الحصائد إذا احترق شيء من أرض أخرى ( إذا كانت الرياح هادئة ) حين أوقد النار . قال السفناقي رحمه الله تعالى هادئة بالنون أي ساكنة من هدن إذا سكن ، وفي نسخة هادئة من هدأ بالهمز ، أي سكن ، قال الشاعر :

إن السباع لتهدي في فراسيها والناس ليس بهاد شرهم أبداً

أي لتسكن . وأصله لتهدأ بالهمزة ، حذفه الشاعر وقبله بيت آخر وهو :

ليست السباع لنا كانت مجاورة فاننا لا نرى فيمن ترى أحدا

( ثم تغيرت ) قويت واشتدت ( أما إذا كانت مضطربة ) حين أوقدها ( يضمن ، لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه ) ولكنها تذهب بها إلى أرض الجيران ، فصار كأنه ألقاها في أرضهم .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا قعد الخياط أو الصباغ في حانوت من يطرح عليه العمل بالنصف ) بأن كان صاحب الدكان ذا جاه لاحذاقه له في العمل فأقعد من يعلم ويعمل بالنصف ( فهو جائز ) أي استحساناً ( لأن هذا شركة الوجوه في الحقيقة ، فهذا لوجاهته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ) وفي القياس لا يجوز ، وهو قول الشافعي « رح » لأن رأس مال صاحب الدكان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ، ولأن التقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدكان فيكون العامل أجيره بالنصف وهو مجهول ، وإن تقبل العمل العامل كان مستأجراً لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول .

قال ومن استاجر جملاً يحمل عليه محملاً وراكبين إلى مكة جاز وله المحمل المعتاد . وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي « رح » وقد يفضي ذلك إلى المنازعة . وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ، والمحمل تابـــع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا تفضي إلى المنازعة . وكذا إذا لم ير الوطاء والدثر .

---

والطحاوي « رح » مال إلى وجه القياس ، وقال القياس عندي أولى من الاستحسان، وقد علل الشراح في وجه الاستحسان بأن هذه ليست بإجارة ، وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ، وهذا مخالف لما ذكره المصنف ، فإنه صرح بأن هذه شركة الوجوه في الحقيقـة ، ولكن قوله فهذا لوجاهته يقبل ، وهذا لحذاقته يعمل النسب لشركـة التقبل على ما لا يخفى ، ثم أن هذا إذا كانت شركة لا إجارة لم تضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة .

( ومن استأجر جملاً يحمل عليه محملاً ) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية وهو الزوج من المحارة يعقد في كل واحد شخص. وفي المغرب بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، وعلى العكس الهودج الكبير الحجاجي ( وراكبين إلى مكة جاز ) هذا العقد ( وله ) أي للمستأجـر ( المحمل المعتاد ) أراد أنه يتعين المحمل المعتاد بين الناس ( وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي « رح » للجهالة ) وأحمـد في الطول والعرض والثقل ( وقد يفضي ذلـك إلى المنازعة ) فلا يجوز .

( وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم ) لأن أجسام الناس متقاربة في الغالب ( والمحمل تابع ) للراكب ( وما فيه ) أي في المحمل ( من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف ) أي إلى المحمل المتعارف ( فلا تفضي إلى المنازعة ) فيجوز ( وكذا ) أي يجوز أيضاً ( وإذا لم ير ) اي الجمال ( الوطاء ) بكسر الواو وبالمد وهو الفراش ( والدثر ) بضم الدال والثاء المثلثة جمع . وقال وهو ما يلقى عليك من كساء أو غيره قـال ( وإن شاهد الجمـال المحمل فهـو أجود ، لأنه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء ) لأن بمشاهدة الجمال إياه يرتفع النزاع أصلاً .

قال وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود لانه أنفى للجهالة وأقرب إلى تحقيق الرضاء قال ومن استاجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فاكل منه في الطريق جاز أن يزيد[1] عوض ما أكل، لانه استحق عليه حملاً سمي في جميع الطريق فله أن يستوفيه ٠ وكذا غير الزاد من المكيل والموزون،

---

وفي المحيط استأجر بعيرين إلى مكة ليحمل على أحدهما محملاً فيه رجلان ومالهما من الوطاء والدثر ولم ير الجمال الوطاء والدثر وعلى الآخر زاملته عليه وكذا مختوماً من السويق وما يصلحه من الزيت والخل وما يكفي من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الحبل والمعاليق من قربة والميضأة والمطهرة ولم يبين وزنه ، أو شرط أن يحمل من مكة من هدايا مكة ، أما لحمل الناس فهذا جائز استحساناً للتعارف ، وله أن يحمل ما هو متعارف . وحكي مثله عن مالك « رح » وقال أحمد « رح » لا بد من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وتقدير الزاملة . واختلف أصحاب الشافعي « رح » في المعاليق كالقدر ومثله فقيل لا يجوز حتى يعرف قولاً واحداً ، وقيل فيه قولان .

( ومن استأجر بعيراً ليحمل عليه مقداراً من الزاد فأكل منه في الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل ) وبه قال الشافعي « رح » في قول وأحمد « رح » . وفي قول يعتبر العرف إن جرى بالإستبدال يستبدل وإلا لا ، وبه قال مالك « رح » ، وهذا الخلاف إذا أطلق، أما إذا شرط الاستبدال بلا خلاف ولو شرط عدم الإستبدال لا يستبدل بلا خلاف . ولو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف ( لأنه استحق عليه حملاً مسمى في جميع الطريق فله أن يستوفيه ، وكذا غير الزاد ) أي وكذا له أن يرد غير الزاد فيما إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معيناً ( من المكيل والموزون ) إذا نقص منها ، ويحتمل أن يكون المعنى وله أن يرد المكيل أو الموزون مثل ما يحمل من الزاد قاله تاج الشريعة .

---

(١) أن يرد – هامش.

وورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء ، فلا مانع من العمل بالإطلاق .

---

( ورد الزاد معتاد عند البعض ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال مطلق العقد محمول على العادة ، وفي عادة المسافرين لا يردون شيئاً مكان ما أكلوا . فأجاب بقوله ورد الزاد معتاد عند بعض الناس ( كرد الماء ) فانهم يردون بدله عند الشرب والإستعمال ، فإذا العرف مشترك فلا يصلح مقيداً ( فلا مانع من العمل بالإطلاق ) وهو انهما أطلقا العقد على حمل قدر معلوم في مسافة معلومة ، ولم يقيدا بعدم رد قدر ما نقص من المحمول فوجب جواز رد قدر ما نقص عملاً بالإطلاق وعدم المانع .

فرع : وفي المحيط اشترك اثنان في إجارة دابة على أن يتعاقبا في الركوب ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف ، وبه قالت الثلاثة . وقال المزني لايجوز أكثر العقبة إلا مضمونة في الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان والفرسخ ، والله أعلم .

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب المكاتب

## ( كتاب المكاتب )

المناسبة بين الكتابين [1] كون كل منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الأصالة يخرج النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة قبل ذكره عقب العتاق كان أنسب ،لأن في الكتابة الولاء ،والولاء حكم من أحكام العتق. ورد بأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك ، بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة ، لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات ، وقدم الاجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط ، فكان أنسب بالتقديم.

ثم الكتابة مأخوذ من الكتب وهو الجمع ، يقال كتبت البغلة إذا جمعت بين شفريها بحلقة ، ومنه كتبت الكتاب لأنه جمع الحروف ، وسمي هذا العقد كتابة لما فيه من جمع النجم إلى النجم . وقيل سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وللمولى على العبد .

فان قيل سائر العقود يوجد فيها معنى الكتابة فلم لا يسمى بهذا الاسم . أجيب بأن لا يبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ، ولم يسم الكوز ونحوه قارورة وإن كان يقر المائع فيه لئلا يبطل الاعلام .

وشرعاً هو عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه يوجب التحرير يداً في الحال ، ورقبة في المال ، ولا يلزم عليه تعليق العتق على مال ، لأنه يحتاج فيه إلى لفظ الكتابة ، بل يحصل بقوله أعتقتك على كذا . والفرق بينهما في الحكم أن

(١) يقصد به كتاب الاجارات الذي مر في آخر الجزء السابع ، اه مصححه .

قال وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً . أما الجواز فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور ، وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، إذ هو مباح بدونه .

---

الكتابة عقد يقال ويفسخ، بخلاف العتق، لأنه من جانب المولى يمين والمكاتب بملك كتابة عبد أو المعتق على مال .

( قال ) أي القدوري ( وإذا كاتب عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً ) إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين ، لأن المولى كتب على نفسه العتق والعبد الأداء فاشتركا في أصل الفعل فالمولى مكاتب بكسر التاء ، والعبد مكاتب بفتحها ، ويأتي الآن بيان القيود التي فيها .

( أما الجواز ) أي جواز الكتابة يعني الدليل على جوازها (فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٢٣ النور ) أي كاتبوا الذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم دلالة هذا على مشروعية العقد لا يخفى على عارف بلسان العرب ، سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره . ولما كان مقصود المصنف « رح» بيان أن عقد الكتابة أمر مندوب أو واجب تعرض لذلك بقوله ( وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ) أي قوله ﴿ فكاتبوهم ﴾ ليس أمر إيجاب ، واحترز بقوله الفقهاء عن داود الظاهري ومن تابعه ، وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب عن الشافعي «رح» ورواية عن أحمد «رح» فإنهم قالوا تجب الكتابة إذا سئل العبد ، وكان ذا أمانة وذا كسب ، لأن الأمر للوجوب .

ونفى المصنف ذلك بقوله ( وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ) احترز به عن قول بعض مشايخنا أن الأمر للاباحة ثم بين ما يلزم من المحذور من هذا القول بقوله ( ففي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ) وهو قوله تعالى ﴿ إن علمتم فيهم خيراً ﴾ ٣٣ النور ( إذ هو ) أي عقد الكتابة ( مباح بدونه ) أي بدون الشرط . تقريره أن في الحمل على الإباحة ألف

أما الندبية فمعلقة بـه ، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعـد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضـل أن لا يكاتبـه وإن كان يصح لو فعله . وأما اشتراط قبول العبـد فلأنه مال يلزمه فلا بـد من التزامه . ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام أيمـا عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبـد

---

الشرط ، لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك . وفي الحمل على الندب اعمال له ، لأن الندبية معلقة به ، وهو معنى قوله ( أما الندبية فمعلقة به ) أي بالشرط، وبين ذلك بقوله ( والمراد بالخير المذكور ) يعني في قوله تعالى ﴿ إن علمتم فيهم خـيراً ﴾ ( على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه ) بأن كان غير أمين ولا مشتغل بالكسب ( وإن كان يصح لو فعله ) واصل بمـا قبله ، يعني وإن كان يضر بهم لو فعل المولى عقد الكتابـة صح ، وفسرت الثلاثة الخيرية بمثل قولنا وهي الأمانة والكسب ، وبه قال عمرو بن دينار . وعن ابن عباس « رض » وابن عمر وعطاء ، الخير الكسب خاصة . وعن الثوري والحسن البصري أنه الأمانـة والدين خاصة ، وقيل هو الوفاء والأمانة والصلاح . وإذا فقد الأمانة فالكسب لا يكره عندنا . وبـه قال الشافعي ومالك «رح» . وقال أحمد وإسحاق وأبو الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي « رح » يكره .

( وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه ، فلا بد من التزامه ) وبـه قالت الثلاثة «رح» ( ولا يعتق إلا بأداء كل البدل ) وهذا قول جمهور الفقهاء ( لقوله ﷺ أيمـا عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد ) هذا الحديث أخرجه الأربعـة وأبو داود والنسائي «رح» في العتق والترمذي «رض» في البيوع، وابن ماجة في الأحكام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال أيما عبد كاتب على مائـة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد وإذا عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانـير فهو عبد . هذا لفظ أبي داود .

## وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم .

ولفظ الترمذي سمعت رسول الله ﷺ يقول من كاتب عبداً على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ، أو قال عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق ، وقال غريب .

ولفظ ابن ماجة أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ثم عجز فهو رقيق . وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس الحريري عن عمرو بن شعيب به وكذلك الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه كلاهما بلفظ أبي داود .

( وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ) هذا أخرجه أبو داود في العتاق عن اسماعيل بن عباس عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهم ، وفيه اسماعيل بن عباس لكنه عن شيخ شامي وهو ثقة . وأخرجه ابن عدي في الكامل عن سليمان بن ارقم عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أم سلمة أنها قالت سمعت رسول الله ﷺ يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم أو أوقية ، وسليمان بن ارقم ضعيف . وعن أحمد وأبي داود والنسائي وابن معين أنه متروك . وقال ابن عدي ولعل البلاء فيه من المسيب بن شريك وهو الذي رواه عن سليمان ، فإنه أشر من سليمان .

وروى مالك « رح » في الموطأ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته . وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفاً على عمر وابن عمر وعلي وزيد بن ثابت وعائشة رضي الله عنهم لم يروه مرفوعاً أصلا . والعجب من الأترازي «رح» بقوله وقوله قال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كلام زيد بن ثابت . ثم نقول ولكن روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي « رح » في شرح الآثار وقال حدثنا الخطاب بن عثمان قال حدثنا اسماعيل بن عباس عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم ، فنفى أولاً أن يكون هذا مرفوعاً إلى النبي عليه السلام ، ثم استدرك وقال روي عن الطحاوي .

( وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ) أي وفي وقت عتق المكاتب اختلاف

الصحابة رضي الله عنهم ، فعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه ، يعني يعتق بنفس العقد ، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عكرمة بن عمار عن يحيى بن أبي كثير أن ابن عباس « رض » قال إذا بقي عليه خمس أواق أو خمس أوسق فهو غريم . وعند ابن مسعود يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، روى عبد الرزاق أيضاً عن المغيرة عن ابراهيم عن ابن مسعود قال إذا أدى قدر ثمنه فهو غريم ، وعند زيد بن ثابت لا يعتق ولو بقي عليه درهم ، وهو الذي اختاره أصحابنا ، أشار إليه بقوله ( وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ) أي زيد بن ثابت رضي الله عنه ، وإنما اختاره لأنه مؤيد بالأحاديث التي ذكرناها آنفاً ، وبه قال الثلاثة أيضاً .

وحديث زيد أخرجه الشافعي « رح » في مسنده أخبرنا ابن عيينة عن ابن نجيح عن مجاهد أن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال في المكاتب هو عبد ما بقي عليه درهم ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن ابن نجيح به سواء ومن طريق الشافعي « رح » رواه البيهقي في سننه ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه أخبرنا ربيع عن سفيان به وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً فقال وقال زيد بن ثابت هو عبد ما بقي عليه درهم .

وعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى ، وبه قالت الظاهرية عن عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي أن علياً رضي الله عنه قال في المكاتب يعجز قال يعتق ، وبمثل ما ذهب إليه زيد روي عن عمر وعثمان وابن عمر وعائشة وأم سلمة رضي الله عنهم . روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا خالد الأحمر عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن معمر الجهني عن عمر رضي الله عنه قال المكاتب عبد ما بقي عليه دوهم .

وأخرج أيضاً عن يزيد بن هارون عن عباد بن منصور عن حماد بن ابراهيم عن عثمان رضي الله عنه قال المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عبد الكريم بن

## ويعتق بأدائه ، وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر ، لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به

أبي المحارق أن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة رضي الله عنهم كانوا يقولون المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج أيضاً عن معشر عن سعيد المقبري عن أم سلمة زوج النبي ﷺ قالت المكاتب عبد ما بقي عليه درهم .

( ويعتق بأدائه ) أي يعتق المكاتب بأدائه جميع بدل الكتابة ( وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر ) الضمير في أديتها يرجع إلى الألف مثلا أو نحوها ، ويرجع إلى المال ، ولكن التأنيث باعتبار المكاتبة ، فإن المكاتبة قد تطلق على البدل ، وبه قال مالك وأحمد «رح» . وقال الشافعي «رح» لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر . وفي شرح الوجيز ولو لم يصرح بتعليق العتق بالأداء ولكن نواه عليه في نواه كاتبتك على كذا صحت الكتابة ، وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة .

وعن بعض الصحابة إن كان الرجل فقيهاً صحت كتابته بمجرد لفظ كاتبتك على كذا وإلا فلا بد من تعليق الحرية أو بينه ، وأصلا لاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعاً ، فعند ضم نجم إلى نجم فلو صرح وقال ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إلي في كل شهر كذا لا يعتق . وكذا إذا قال كاتبتك ولم يقل إن أديت إلي فأنت حر لا يعتق ، فكذا هنا . وعندنا هو ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء فلا يحتاج إلى تعليق العتق بالأداء كما في مبسوط شيخ الإسلام .

( لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به ) أي بالشرط ، وهو قوله إن أديت أو إذا أديت ، وقد حققنا أصلا الخلاف الآن . وفي شرح الكافي والحاصل انه إذا قال لعبده كاتبتك على ألف درهم على أن تؤدي إلى كل شهر كذا فأنت حر ، فإنه يكون كتابة ، لأن معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل بنجم بنجوم معلومة ، ولكن إنما يجوز إذا قبل الكتابة ، لأنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول . وكذلك لو قال كاتبتك على ألف درهم ونجمه وسمى النجوم وقبل العبد فإنه يكون كتابة وإن لم يعلق العتق

بالأداء ولم يقل على أنك إن أديت إلي ألفاً فأنت حر ، لأنه عقد معاوضة فيعتق بحـــكم المعاوضة لا بحكم الشرط .

وعلى قول الشافعي لا بد من التعليق بشرط الأداء . ولو قال لعبده إن أديت إلي ألفاً فأنت حر فأداه يعتق ، لأن المعتق معلق بالأداء فقد وجد شرطـــه . قال الكرخي ولا يكون هذا كفاية وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جـاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله ، أي يصير المولى قابضاً له بالتخليه كما في الكتابة وإن لم يقل المولى استحساناً عندنا ، خلافاً لزفر ، فبيان التفرقة بينالتعلق والكتابة في مسألة فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء فترك مالاً فالمال كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق ، بخلاف الكتابة . وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع اكتسابـه ، بخلاف الكتابة . ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها .

ولو قال العبد للمولى حط عني مائة فحطه المولى عنه فأدى تسعمائة فإنـــه لا يعتق ، بخلاف الكتابة . ولو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق . ولو أبرأ الكاتب عن بـــدل الكتابة يعتق . ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف. وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها ، فإن قبلها عتق ، وكذلك لو رد إليـــه بخيار أو عيب .

وأما الإعتاق على مال فهو بخلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنـه إذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون البدلواجباً في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فإنه يعتق من ساعتـــه ويكون البدل واجباً في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك ، وقبـل ذلك فإنه يعتق كذا في التحفة وغيره .

( كما في البيـع ) يعني كما يحتاج ثمة إلى قول البائـع للمشتري إن ملكتني الثمن ملكت المبيـع إن دخول هذا لا لمعنى في مقتضى لفظ البيـع ، يعني عن التصريح به بكذا ، هذا لا يحتاج إلى التصريح بقوله إن أديت كذا فأنت حر .

( ولا يجب حط شيء من البدل ) أي من بدل الكتابة عن العبد ، بل هو مندوب ، وبه قال مالك والثوري . وقال الشافعي وأحمد يجب به . وقال أصحاب الظاهر وفي وقت وجوبه وجهان ، أحدهما بعد العتق ، والثاني بعد أداء أكثر البدل ، وقدره الشافعي بما يقع عليه إسم المال لاختلاف أقوال الصحابة في قدر المحطوط والأقل يتنفر ، وكذا قال صاحب العناية. وقال الشافعي يستحق عليه ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه. قلت نص الشافعي ما ذكرناه وحط ربع البدل هو قول أحمد وأسند الشافعي «رح» بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ ٣٣ النور ، ومطلق الأمر للوجوب .

ولنا ما أشار إليه بقوله ( اعتباراً بالبيع ) أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه ، كما لا يجب في البيع ، والأمر في الآية الندب لأنه معطوف على الأمر بالكتابة ، لأن الأصل أن يكون المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كذا في المبسوط والزيادات هذه جملة تامة فلا يوجب المشاركة كما في قوله تعالى ﴿ وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ﴾ ٤٣ البقرة . وأجيب بأن هذا ليس مثل تلك الجملة ، لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها ، فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف ، وفيه نوع تأمل ، والتحقيق أن دلالة الآية على ما ادعاه حقيقة جداً ، لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكاة ، فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين في صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين ، فحمله على حط شيء من بدل الكتابة عمل بلا دليل .

وقال ابن حزم في المحلى ناقض الشافعي في قوله حيث حمل قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ على الندب ، وقوله ﴿ وآتوهم ﴾ على الوجوب وهذا تحكم انتهى . وقال ابن جرير الطبري في التهذيب وفي حديث بريرة أيضاً الدلالة على صحة قولنا في قوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله ﴾ ٣٣ النور ، يعني من أهل الأموال الذي وجبت في أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض لهم فيها بقوله تعالى ﴿ وفي الرقاب ﴾ ولولا ذلك لم

تكن بريرة تسأل عائشة رضي الله عنها ولا ضرورة لها مع إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلا لا إلى الأداء والرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب نفقتها على مواليها ، ولكنها لما علمت إن شاء الله تعالى ما فرض في أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقاً بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ وبقوله ﴿ وفي الرقاب ﴾ تعرضت لطلب ذلك ، وفي ذلك دلالة بنيته على أن المراد بقوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ أهل الأموال، والدلالة على خطأ زعم أن قوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ يعني به أموال المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم ،وإنهم أمروا أن يضعوا عنهم من كتابتهم ولولا كان كما قالوا لقال منعوا عنهم من كتابتهم ، ولو كان أمر بإعطائهم من مال الله كتابتهم لقال من مال الله الذي آتاكم ، فإذا لم يكن ذلك محصوراً على أموالهم كان معلوماً انه خطاب لذوي الأموال بإتيانهم ما فرض الله لهم في أموالهم ، انتهى .

ولئن سلمنا أن المراد بذلك الموالي فالأمر محمول على الندب كما فعل الشافعي « رح » في قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ وكما مثل هو وغيره في الأمر بالإشهاد على البيع والكتابة ، وقد قالت بريرة أهلي على تسع وأدنى ، وقالت عائشة رضي الله عنها إن أحب أهلك أن أعدها لهم ، فلو كان الحط واجباً لقال ﷺ عليها أقل من ذلك ان عليهم أن يحطوا عنها ولاء عائشة رضي الله عنها بسقوط البعض عنها . وفي الصحيح أن جويرية جاءت النبي ﷺ تستعين في كتابتها ، فقال ﷺ أقضي عنك كتابتك فدل وجوب الجميع عليها يرون حطيطه لها منه وأعان ﷺ سلمان على كتابته ولم يأخذ مولاه يحط شيء منها ، وكل ما ذكره البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم وضعوا شيئاً من الكتابة فليس في شيء منه انهم كانوا يرون ذلك واجباً عليهم ،فحمل على انهم فعلوا ذلك على سبيل الندب والفضل .

( قال ) أي القدوري «رح» ( ويجوز أن يشترط المال حالاً ) أراد بالمال بدل الكتابة ( ويجوز مؤجلا ) بأن يجعله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين ( ومنجماً ) أي مقسطاً مؤقتاً ، واشتقاقه من النجم وهو الطالع ، ثم سمي به الوقت ، ومنه سمي المنجم ، ثم

وقال الشافعي لا يجوز حالاً ولا بد من تنجيم لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق ، بخلاف السلم على أصله ، لانـــه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتاً ، وقد دل الإقدام على العقد عليها ، فتثبت بـــه ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم .

---

سمي ما يؤدى فيه من الوظيفة ، ثم منه فقالوا نجمت المال إذا أديت نجوماً، والكتابة الحالة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم ، وبه صرح الولوالجي في فتاواه ، والكتابـــة المؤجلة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم إلى سنة يؤدي كل شهر من النجم ، كذا وكل ذلك جائز .

( وقال الشافعي «رح» لا يجوز حالاً ) غير مؤجل ( ولا بد من تنجيم ) وبه قال أحمد في ظاهر الرواية ( لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل ) أي لأن المكاتب لا يقدر على أداء البدل في الحال ( لعدم الأهلية قبله ) أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجـل الرق ، لأنه كان مملوكاً لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القـــدرة عادة على الكسب على مال كثير .

( بخلاف السلم على أصله ) أي بخلاف السلم على أصل الشافعي « رح » حيث جـــوزه (لأنه أهل للملك) أي لأن المسلم إليه أهل للملك قبل العقد لا يقال هذا اضمار قبل الذكر، لانا لا نقول السلم يدل عليه لأنه لا تقوم إلا بالمتعاقدين أحدهما المسلم إليه ( فـكان احتمال القدرة ثابتاً ) وهو عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ما التزامه (وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت به ) أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم عليهـــا أي على القدرة فتثبت أي القدرة . ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأموزون بإعانته والطرق متسعة استدانـة وقرض واستيهاب ، واستعانـــة بالزكاة والكفارات والعشور والصدقات ، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت .

( ولنا ظاهر ما تلونا ) وهو قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ ( من غـــير شرط التنجيم ) والتأجيل فـــلا جـزاء على النص بالرأي وبقولنا قال مالك «رح» في الجواهر قال أبو

ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، بخلاف السلم على أصلنا ، لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ، ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً ، بخلاف المسلم ، لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق . قال وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق

---

بكرة ظاهر قول مالك «رح» أن التنجيم والتأجيل شرط فيه ، ثم قال وعلماؤنا النظارة يقولون إن الكتابة الحالة جائزة ويسمونها قطاعة وهو القياس .

( ولأنه ) أي ولأن عقد الكتابة ( عقد معاوضة والبدل معقود به ) أي بالعقد ، تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعقد المعقود عليه ولا بد منه ، لأنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للاجماع على جواز اتباع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة ( فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ) أي على الثمن .

والحاصل أن بدل الكتابة ثمن من وجه ، وهذا لا يجوز الاستدلال به على القبض وبيع من وجه ، وهذا عجز عن الأداء يفسخ العقد فوفرنا على الشبهين حظهما لذلك الفسخ عند العجز ، ولعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد .

( بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ) لما ذكرنا أن العقد يعتمد ولا بد منه ( ولأن مبنى الكتابة على المساهلة ) لأنه عقد كرم ، إذ العبد وما يملكه لمولاه ( فيمهله المولى ظاهراً ، بخلاف السلم ، لأن مبناه ) أي مبنى السلم ( على المضايقة ) والمماكسة ، فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه ( وفي الحال كما امتنع من الأداء ) أي في عقد الكتابة الحال كما امتنع المكاتب (يرد في الرق) بالتراضي أو بقضاء القاضي ، بخلاف السلم .

( قال ) أي القدوري (وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق

الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي « رح » يخالفنا فيه ، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع . قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها

---

الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه ) أراد من قوله يعقل يعلم أن السر إيجاب البيع سالب ، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوساً وأخذ الحلو ثم أخذ يبكي ويقول أعطني فلوسي فهو علامة كونه غير عاقل. وإن أخذ الحلو ولم يسترد فلوسه فهو عاقل ، كذا نقل عن السلف. قال تاج الشريعة وفي شرح الطحاوي وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فانه يجوز ويتوقف على إدراكه، فان أدى هذا القابل عتق . والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر « رح » وفي الاستحسان ليس له ذلك .

( والشافعي « رح » يخالفنا فيه ) أي في الحكم المذكور . وفي بعض النسخ يخالفنا في ذلك ( وهو ) أي هذا الخلاف منه ( بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ) فانه لا يجوز عنده فلا يصح الأول له . وعندنا يجوز لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد ونقصان رأيه يتميز برأي الولي والتصرف نافع فيصح الإذن ( وهذا ) أي هذا الذي ذكرناه ( بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد ) لأن العقد لا ينعقد بدون القبول .

( حتى لو أدى عنه ) أي عن الغير غير المميز ( غيره لا يعتق ) لأن أداء البدل إنما يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل ( ويسترد ما دفع ) من المال ، لأنه أداء بسبب باطل .

( قال ومن قال لعبده جعلت عليك ألفاً تؤديها الي نجوماً أول النجم، كذا وآخره

لي نجوماً أول النجم ، كذا وآخره كذا ، فإذا أديتها فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق ، فإن هذه مكاتبة لانه أتى بتفسير الكتابة .

ولو قال إذا أديت الي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر ، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة .

---

كذا ، فاذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال لعبده الى آخره . وقوله لأنه أي لأن المولى . وفي الكافي صح استحساناً ، والقياس أن لا يصح ، لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا وجود ذكرها كعدمها ، فبقي قوله قد جعلت عليك ألف درهم وهو بظاهره ضريبة . وقوله ان أديت فأنت حر تعليق .

وجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني ، ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرط المضاربة اقراض ، وقد وجد معنى الكتابة هنا ، لأن معنى الكتابة سنة ، وعادة هذا وعند الإطلاق يصح ، فعند التفسير أولى ولا بد من قوله فاذا أديت فأنت حر . بخلاف قوله كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا الى ذكره ، لأن قوله جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يعني يحتمل معنى الضريبة فلا يتعين الا بقوله ، فاذا أديت فأنت حر بخلاف قوله كاتبتك ، فان الاحتمال ينتقدم ها هنا . وأما قوله ان عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج اليه ولا في قوله كاتبتك ، وانما ذكره للتفسير والحث على أداء المال عند النجوم .

( ولو قال اذا أديت الى ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب ) لأنه يستعمل التيسير ، وذا انما يكون عند الوجوب ، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً ( وذلك بالكتابة ) أي وجوب الدين للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة ، وأبو سليمان هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني

وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتباً اعتباراً بالتعليق بالاداء مرة .
قال وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه . أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه

---

صاحب الإمام محمد بن الحسن،وكانت وفاته بعد المائتين من البحرق،ونسبته الى جوزجاني مدينة بخراسان مما يلي بلخ .

( وفي نسخ أبي حفص «رح» لا تكون مكاتبة ) أي وفي رواية لا تكون مكاتبة. قال فخر الإسلام في مبسوطه وهو الأصح ( اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة ) يعني إذا قال إن أديت إلى ألفاً لا تكون كتابة ويكون تعليق الحرية بالشرط ، ولا يلزم قبول العبد والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما في الكتابة الحالة، وصححه التنجيم بدونه كما في الضريبة ولما لم يكن أداء معه وجوداً وعدماً لم يدل التنجيم على الكتابة والتفاوت بين رواية أبي حفص وأبي سليمان إن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص ، لأن الشرط أن يؤدي كل شهر مائة . وعلى الرواية الأخرى يعتق لأنه أدى بدل الكتابة . وأبو حفص هذا هو أبو حفص الكبير الإمام المشهور من أصحاب محمد بن الحسن واسمه أحمد بن حفص وفاته سنة سبع عشر ومائتين .

( قال ) أي القدوري ( وإذا صحت الكتابة ) بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى ( خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه ) احترز عن قول ابن عباس رضي الله عنه فعنده يعتق بمجرد العقد كما ذكرنا .

( أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغـــة وهو الضم ) كما ذكرنا في أول الكتاب أنه مشتق بمعنى الضم ، يقال كتبت البغلة إذا ضمت بين شفريهـــا بحلقة ( فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه ) أي مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء قبل مالكية النفس في الحال ليست بموحدة فكيف يتحقق الضم ، وضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهمـــا . أجيب بأن

أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى. وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا، ولانه عقد معاوضة، ومبناه على المساواة ينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره، لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه،

---

مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه. ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الإرش. ولو وطىء المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك) أي المكاتب (البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى) أي عن السفر، وسواء كان السفر طويلا أو قصيراً وبه قال أحمد والشافعي «رح» في قول. وقال في قول آخر لا يخرج الى السفر بغير اذن السيد، وبه قال مالك. وفصل بعض أصحاب الشافعي فقال ان كان السفر طويلا لا يخرج بغير اذنه، وان كان قصيراً يخرج.

(اما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله ﷺ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم. ولو قال ذكرنا كان أحسن لأنه ذكر الحديث وما رواه اللهم ان كان قد رواه في غير هذا الكتاب فيصدق عليه انه رواه.

(ولأنه عقد معاوضة) أي ولأن عقد الكتابة عقد معاوضة كما مر (ومبناه على المساواة) أي مبنى عقد المعاوضة على التساوي (وينعدم ذلك) أي المساواة على تأويل التساوي (بتنجز العتق ويتحقق بتأخره) أي يتحقق المساواة بتأخر العتق (لأنه يثبت له) أي للعبد الذي كوتب (نوع مالكية) اليد (ويثبت له في الذمة) أي يثبت للمولى في ذمة المكاتب (حق من وجه) وهو أصل البدل، وإنما كان حق من وجه لضعفه، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي، إذ المولى لا يستوجب على العبد ديناً، وهذا لا تصح به الكفالة، فلو ثبت به العتق ناجزاً كما قال ابن عباس على ما فاتت المساواة لا يقال المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضاً، لأن نوع المالكية ثابت عليه من وجه، فأين المساواة، لأن نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً.

فإن أعتقه عتق باعتاقه ، لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق له وقــد حصل دونه . قال وإذا وطيء المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية

---

( فإن اعتقه ) أي فإن أعتق المولى المكاتب بأن نجز عتقه ( عتق بإعتاقه لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه ) أي لأن المكاتب بعدما التزم بدل الكتابة ( إلا مقابلاً ) بفتح الباء ( بحصول العتق له ) أي ببدل الكتابة ( وقد حصل دونه ) أي حصل العتق دون بدل الكتابة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا وطيء المولى مكاتبته لزمه العقر ) وبــه قال الشافعي « رح » . وقال مالك لا عقر عليه . وقال أحمد إن شرط عليها الوطء لا عقر عليه وإلا يجب ويؤدب ، لأنه وطيء حرام وعن الحسن البصري قال يجب الحد لأنه وطيء في غير ملكه ، وعندنا وعند الشافعي « رح » إذا شرط وطأها تفسد الكتابة ، وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد . وعند أحمد يصح كلاهما ( لأنها صارت أخص بأجزائها توصلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه ، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ) أي على الوصول إلى البدل من جانبه ( ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان ) حيث قابلها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى ﴿ أن تبتغوا بأموالكم ﴾ ٢٤ النساء ، والآدمي مفرع منها . ولهذا لو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة ، فعلم أن الوطء في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم .

فإن قلت إذا اشترى جارية فوطئها ثم باعها مرابحة ليس عليه أن يبين أنه وطئها . وإذا لحقت بالاعيان لوجب البيان . قلت لا يجب لانه لا يقابله شيء من الثمن ( وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية ) هذا لفظ القدوري ، أي وإن جنى المــولى على

لما بينا . وإن أتلف مالاً لها غرم ، لأن المولى كالأجنبي في حق اكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

## فصل في الكتابة الفاسدة

قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة ، أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ،

---

المكاتبة أو جنى على ولدها لزمته الجناية كما لزمه إرش الجناية على العبد الموهوب [1] وفي الكفاية لشمس الائمة البيهقي جناية المولى على مكاتبه عمداً لا يوجب المعقود لاجل الشبهة ، ولو قتل المكاتب مولاه يجب القود ( لما بينا ) أشار إلى قوله لانها صارت الغرض بأجزائها .

( وإن أتلف ) أي المولى ( مالاً لها ) أي للمكاتبة ( غرم، لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها ) وفي بعضها النسخ في حق اكسابها ونفسه (إذ لولم يجعل كذلك لاتلفه المولى ) أي على تأويل أنه ملكه ( فيمتنع حصول الغرض المبتغى ) أي المطلوب(بالعقد) هو حصول الحرية لها والمال .

### ( فصل في الكتابة الفاسدة )

وجه تأخير الفاسد عن الصحيح لا يحتاج المنفي إلى دليل .

( قال وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته ) أي على قيمة نفس العبد مثل أن يقول كاتبتك على قيمتك ( فالكتابة فاسدة ) بلا خلاف للثلاثة ، وكذا إذا كان المولى ذمياً والعبد مسلماً لا يجوز كتابته على خمر أو خنزير.

( أما الاول ) وهو ما اذا كانت على خمر أو خنزير (فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه

---

(١) المرهون – هامش .

لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن قيمته مجهولة [1] قدراً وجنساً ووصفاً فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد

---

المسلم ، لانه ليس بمال متقوم في حقه ) يعني ليس بمال متقوم في حقه يعني ليس بمال متقوم في حق المسلم ( فلا يصلح بدلا فيفسد العقد ) لانه صار عقداً بلا بدل .

( وأما الثاني ) وهو ما اذا كاتبه على قيمته ( فلأن القيمة ) أي قيمة العبد ( مجهولة قدراً ) أي من حيث القدر ، يعني مائة أو مائتين ( وجنساً ) يعني ومن حيث الجنس ، يعني ذهباً أو فضة ( ووصفاً ) يعني من حيث الوصف يعني جيداً أو رديئاً ( فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب أو دابة ) ولم يبين جنسها فإنها تفسد وتفحش الجهالة .

الاصل أن ما صلح بدلا في الكتابة لانها مبادلة مال بما ليس بمال ، اذ البدل في الحال مقابل كل الحجر وهو ليس بمال ، فصار كالنكاح .

فإن قلت لو كاتبه على عبد يصح ، وبه قال مالك ، خلافاً للشافعي وأحمد « رح » ، ويجب عليه قيمة عبد وسط ، حتى لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول . وإن كاتب على القيمة يجب بهذا التسمية ، فينبغي أن يجوز إذا صرح بالقيمة . قلت القيمة فيما نحن بصدده يجب قصداً لا حكماً لمكان التصريح بالقيمة ، ويجب ثم حكماً لا قصداً لأنه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكماً وضمناً لغيره وإن كان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية ونحوها .

فإن قلت لما لا تجعل قوله كاتبتك على ثوب كتابة ثمن قوله إن أديت إلى ثوب فأنت حر فإن في هذه الصورة يعتق بأداء أي ثوب كان . قلت لا يمكنه ذلك ، لأن الكتابة متى صحت كان حكمه تعلق العبد بثوب معين ، لأن الثوب مجهول فلا يمكن أن يجعل كتابة عنه .

(ولأنه تنصيص) تعليل آخر ، أي ولأن قوله كاتبتك على قيمتك تنصيص ( على ما هو

---

(١) القيمة ـ هامش .

الفاسد، لأنه موجب للقيمة فإن أدى الخمر عتق ، وقال زفر لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن البدل هو القيمة .

---

موجب العقد الفاسد ) أي القيمة ، أراد أن العقد الفاسد يوجب القيمة ، وهو معنى قوله ( لأنه ) أي لأن العقد الفاسد ( موجب للقيمة ) فالتنصيص على قيمة العبد تنصيص على موجب العقد الفاسد . ولو نص على العقد الفاسد ينعقد بوصف الفساد ، فكذا إذا نص على موجبه .

( قال فإن أدى الخمر عتق ) أي قال القدوري « رح » وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وعليه نص الحاكم في الكافي . وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله في كتاب العيون رجل كاتب عبد على خمر فالكتابة فاسدة ، فان أدى القيمة عتق . وإن أدى الخمر لا يعتق ، وهذا قول زفر . وقال أبو يوسف أيهما أدى عتق . وروى أبويوسف عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بأداء الخمر ، إلا أن يقول إن أديت فأنت حر فانه يعتق وعليه قيمة نفسه . قال الفقيه هذا كله خلاف رواية المبسوط ، فان في رواية المبسوط لا يعتق بأداء القيمة ويعتق بأداء الخمر وأن يقول المولى إذا أديت إلي فأنت حر فعليه قيمته ، انتهى.

وفي المبسوط فان أداه قبل أن يترافعا إلى القاضي وقد كان قال له أنت حر إذا أديته إذ لم يعلمه فانه يعتق ، لأن هذا العقد منعقد مع فساده فتعتق بالأداء وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد فاسد فيلزمه أو رقبة لأهل الفساد وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسداً إذا عتق المبيع قبل القبض.

( وقال زفر « رح » لا يعتق ) يعني وإن أدى الخمر ( إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن البدل هو القيمة ) يعني في الكتابة الفاسدة ، وقد وقع هكذا في بعض النسخ إلا بأداء قيمة الخمر . قال في الكافي هذا مشكل . قلت لأنه مخالف لعامة الروايات، فان عند زفر « رح » لا يعتق إلا بأداء القيمة محلاة بالألف واللام بدون إضافته ، وفيه أيضاً إجمال . وقال الكاكي النسخة الصحيحة لا تعتق إلا بأداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ . قلت هذا دعوى منه ، بل غالب النسخ لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، ولهذا لما قال صاحب الكافي وهذا مشكل سكت ولم يقل النسخة الصحيحة كذا . وكذا ذكر تاج

وعن أبي يوسف « رح » انه يعتق بأداء الخمر ، لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى . وعن أبي حنيفة رحمه الله انه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر ،

---

الشريعة في الكفاية حيث قال قوله لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر . وذكر في المبسوط قيمة نفسه مكان قيمة الخمر. وفي مبسوط خواهر زاده وإذا وكل رجلاً بأن يعتق عبد على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير جاز ، وعلى العبد قيمة نفسه .

( وعن أبي يوسف انه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ) قال السفناقي هذا الحكم الذي ذكر هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة ، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبي يوسف وأن يذكر بكلمة عن . وقال صاحب العناية هذا صحيح إن كان الألف واللام في القيمة أعني في قوله ويعتق بأداء القيمة أيضاً بدلاً عن نفسه . وأما اذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك على ظاهر الرواية عن أبي يوسف .

قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم ، وما قاله السفناقي باق ، والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة الا بدلاً عن نفسه كما صرح بذلك تاج الشريعة وغيره .

والحاصل أن عند أبي يوسف «رح» أيها أدى المشروط أو قيمة نفسه يعتق ، وعندهما انما يعتق بأداء المشروط اذا قال ان أديتها فأنت حر ، لأن العتق يكون بالشرط حينئذ ، وصار كما لو كانت على ميتة أو دم فانه لايعتق الا اذا نص على الشرط. وفي ظاهر الروايه يعتق بأداء الخمر ، صرح بذكر الشرط أو لم يصرح على ما يجيء الآن .

( ويعتق بأداء القيمة أيضاً ) أي قيمة نفسه ، قال تاج الشريعة وغيره كما ذكرنا (لأنه هو البدل معنى ) أي لأن أداء قيمة نفسه هو البدل من حيث المعنى .

( وعن أبي حنيفة أنه انما يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حر ) فحينئذ يعتق وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد الفاسد اذا أتلف فيه المعقود عليه ويجب فيه القيمة

لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط . وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه . وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق ، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع .

---

كالبيع اذا أتلف في المبيع الفاسد في يد المشتري ( لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ) أي بحصول شرط تعلق به العتق كما اذا كاتب على ميتة أو دم حيث لا يعتق بأدائها ، الا اذا قال المولى اذا أديته الميتة أو الدم فأنت حر ، أما اذا لم يقل فلا يعتق بأدائهما لأن العتق لم ينعقد أصلا فيعتبر فيه التعليق ( ولا فصل في ظاهر الرواية ) يعني بأداء الخمر ، سواء كان في العقد ان أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك .

( ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ) أي في ظاهر الرواية بين الخمر والخنزير وبين الميتة ( أن الخمر والخنزير مال في الجملة ) وان لم يكن متقوماً في حكم المسلم ( فأمكن اعتبار معنى العقد فيها ) باعتبار المالية ، ومعنى العقد هو المعاوضة (وموجبه العتق) أي موجب معنى العقد هو العتق ( عند أداء العوض المشروط ، أما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك ) أي اعتبار معنى الشرط ( بالتنصيص عليه ) أي على الشرط ، وهو أداء ميتة .

( واذا اعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد ) لان موجب العقد الفاسد رد المعقود عليه ( وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع ) في يد المشتري بعد القبض .

قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، كما في البيع الفاسد ، وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق أصلا

---

( قال ) أي القدوري ( ولا ينقص ) أي القيمة ( عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ) أي حال كونها بالغة (ما بلغت كما في البيع الفاسد) اذا تلف المبيع تجب قيمة المبيع لتعذره ( وهذا ) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت ( لان المولى ما رضي بالنقصان) أي عن المسمى حيث أوجب العقد فيه وان كانت القيمة أقل.

فان قلت ينبغي أن لا يعتبر رضى المولى في النقصان كما في البيع الفاسد ، حيث ينقص عن المسمى ويرد عليه . قلت حقيقة المبادلة موجودة ثمة ، لان البائع يصل اليه عوض حقه بالتمام ، والواجب هو القيمة ، وانما يصار الى المسمى عند صحة التسمية ، أما هنا فالمولى محسن لانه يبيع ماله بماله ﴿ وما على المحسنين من سبيل ﴾ وهو انما رضي بزوال ملكه بقدر ما سمي فلا يجوز النقصان عنه .

( والعبد رضي بالزيادة ) على المسمى ( كيلا يبطل حقه ) أي حق العبد ( في العتق أصلا ) لانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العتق فيفوت له ادراك شرف الحرية .

فان قلت هذا الإبطال اذا لم يعتق بأداء غير الخمر ، أما اذا عتق فلا يلزم هذا ، قلت يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة «رض» فيما اذا كاتبه على خمر ولم يقل ان أديتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق ، فلو قضى بتلك الرواية يبطل حقه في العتق .

فان قلت اذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية أيضاً فلا يتأتى القول بالزيادة والنقصان . قلت يحتمل أن المصنف « رح » اختار في اتمام التسمية غير ظاهر الرواية . قال السغناقي قوله كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يمكن أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان بطل حقه في العتق ، لان ذلك نفع

فتجب القيمة بالغة ما بلغت . وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه

---

شرب بالضرر لان تحمل الزيادة أضر عليه من العتق وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل .

وفي وقت غرق الطعام فأولى أن لا يرضى عند ايجاب الزيادة على المسمى ، والاولى في التعليل أن يقال لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسدة وأقدم عليه باختياره ورضاه كان قابلا قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، اذ قيمة نفسه قد تزيد على المسمى . قلت هذا الذى ذكره معارض بالمثل ، لانه يمكن ان يكون العبد راضياً بالزيادة على المسمى وان حصل له ضرر في الزيادة لاستشرافه شرف الحرية ، وكم من عبد لا يرضى بالرقبة الا على الاضطرار وكان عرضه حصول الحرية ، ولو كان في وقت غرة الطعام بل هذا هو الغالب في العبد ، لان أصل مقصودهم خلاصهم عن اسراء الرقبة وتولى أمور أنفسهم فالمصنف ذكر هذا بناء على الغالب والمغلوب في مقابلة الغالب كحكم العدم ودعى للأولوية في التعليل الذى ذكره لا برهان له فيها ، لان اقدامه على عقد هذا الكتاب الفاسدة ربما يكون عن جهل معتقداً أنها صحيحة اذ لولا حقيقتها ما أقدم عليها ، لان حال المسلم بناه في ذلك .

( فتجب القيمة بالغة ما بلغت ) أي فتجب قيمة العبد حال كونها بالغة ما بلغت وما بلغت في محل النصب باسم الفاعل .

( وفيما إذا كاتبه على قيمته ) هذا راجع إلى قوله في أول الفصل أو على قيمة نفسه ( يعتق بأداء القيمة لأنه هو البدل ) أي لأن القيمة هو الفرض إنما ذكر الضمير إما باعتبار المذكور ، وإما بتذكر الخبر ولم يذكر بماذا تعرف القيمة . وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام ، وقيمته تعرف بتصادقهما ، لأن الحق فيما بينهما وإما بتقويم القومين ، فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين ، لأن شرط العتق لا يثبت ( وأمكن اعتبار معنى العقد فيه ) أي أمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في أداء القيمة بأن أدى ما لا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين

وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيـــه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

---

والآخر بخمسة وثلاثين، والآخر بأربعين ، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين وقد أدى أربعين يكون مؤدياً قيمتها .

( وأثر الجهالة في الفساد ) هذا جواب عما يقال القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة فقال وأثر الجهالة ، أي جهالة القيمة في فساد العقد لا فساد العقد لا في بطلان كما في البيع فإنها تفسده ولا تبطله.

( بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب) هذا أيضاً جواب عما يقال الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة . فقال بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب ( حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه ) أي في الثوب ( على مراد العاقد ) لأنه لا يزيد ملكه بأي ثوب كان بل ثوب معين ولا يدري أن هذا المؤدى هو ذلك المعنى أم لا ( لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادتـــه ) المولى أراد أن المتعين ينبغي أن يكون مراداً له حتى يثبت العتق والإطلاق على ذلك متعـذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته . بخلاف القيمة لأنها وإن كانت مجهولة يمكني استـدراك مواده بتقويم المقومين .

فإن قلت فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً . قلت ذكر في الذخـيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس فانه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلا لا على المسمى ولا على القيمة .

فان قلت ينبغي أن يؤدي ثوباً اعتباراً بجهـــة التعليق ، إذ الكتابة تتضمن المعاوضة والتعليق ، فاذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب يبقى معنى التعليق فيعتق ، كما لو قال إن أديت إلى ثوب فأي ثوب أدى عتق ، كذلك ها هنا . قلت التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهـــة المعاوضة بطلت تلك الجهـــة الأخرى أيضاً ، لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن .

قال وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شـــيء يتعين بالتعيين حتى لو قـــال كاتبتك على هـذه الألف الدرهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنـــه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، فإن عجـز يرد في الرق ، لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق .

---

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه ) الثوب والعبـد ( لغيره ) أي حال كون الشيء لغير العبد لا يقال قوله شيء نكرة فلا يقع ذو الحال،لأنه تخصص بالصفة ، أعني قوله بعينه فان تقديره على شيء معين ( لم يجز ) أي عقد هـــذه الكتابة ( لأنه لا يقدر على تسليمه ) ذلك الشيء إلى مولاه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك يجوز ويشتريه ويؤديه وإن لم يبعـــه الغير يؤدي قيمته (ومراده شيء يتعين بالتعيين ) اي مراد محمد من قوله على شيء يتعين بالتعيين كالعبـــد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون .

( حتى لو قـــال كاتبتك على هذه الألف الدرهم وهي لغيره ) أي والحال أن هذا الألف لغير العقد ( جاز ) أي عقد الكتابة ( لأنها ) أى لأن الدراهم وكـــذا الدنانير ( لا تتعين في المعاوضات فيتعلق ) العقد ( بدراهم دين في الذمة فيجـوز ) وعند الشافعي وأحمد لا يجوز هذا أيضاً لتعين الدراهم والدنانير عندهما .

( وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ) أى حتى لو ملك ذلك العين وسلمه المولى عتق،وقال أشهب المالكي إذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز ( وإن عجز يرد في الرق ) أى وإن عجز العبد عن تسليم العين المذكـور إلى مولاه يرد في الرق ( لأن المسمى مال ، والقدرة على التسليم موهومة ) أى قدرة العبـــد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك موهومة (فأشبه الصداق) أى أشبه بدل الكتابة من مال الغير صداق المرأة من مال الغير بأن يتزوجها على عبد الغير تصح التسمية فكذا

قلنـا إن العين في المعاوضة معقود عليـــه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيـــع ، بخلاف الصداق في النكاح ، لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد « رح » انه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة

---

هنا تصح التسمية ، فاذا قدر على تسليمه جاز ، وإذا لم يجز المالك في النكاح رجعت المرأة على الزوج بقيمة العبد أو بمهر المثل . ولو كانت التسمية فاسدة لرجعت بمهر المثل.

( قلنا إن العين في المعاوضات ) هذا إشارة إلى بيان وجه الظاهر ، وهو ان العين في المعاوضات ، وأراد بالعين بدل الكتابة ( معقود عليه والقدرة على المعقود عليـــه شرط للصحة ) أى شرط صحة العقد ، ولهذا لم يجز بيع الآبق (وإذا كان العقد يحتمل الفسخ) أى والكتابة يحتمل الفسخ فشرط القدر على المعقود عليه ( كما في البيـع ) فانه يحتمل الفسخ فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه .

فان قلت البدل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالية الثمن معقود به لا معقود عليه ،فلاتكون القدرة عليه شرطاً. قلت هذا إذا كان من النقود وليس الكلام فيه ، وإنما كلامنا في العين فيصير عقد الكتابه بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيـــع فيشترط القدرة عليه .

( بخلاف الصداق في النكاح ) هذا جواب عن قوله فأشبه الصداق وذلك(لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ) وهو منافع البضع أو التوالد والتناسل (ليس بشرط )حتى لوتزوج رضيعة يجوز ( فعلى ما هو فيه تابع أولى) أى فالقدرة على ما هو تابع وهـــو الصداق يصح ، والكتابة بدون ذكر البدل لا يصح فوضح الفرق .

( فلو أجاز صاحب العين ذلك ) أراد في قوله و كذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، أى لو أجاز مالك العين ذلك يعني ما قاله المولى لعبده ( فعن محمد انـــه يجوز لأنه يجوز البيـع عند الإجازة ) بأن اشترى شيئاً بمال الغير فأجازه للغير يجوز مع

فالكتابة أولى. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب، والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً، والمسألة فيه على ما بيناه. وعن أبي يوسف «رح»

---

أنه مبني على المضايقة والمماكسة (فالكتابة أولى) بالجواز، لأن مبناها على المساعة. وقيل لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد، بخلاف البيع، فصار صاحب المال مفوضاً المال من العبد فتصير العين من أكسابه.

(وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز) أى وإن أجاز صاحب العبد، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة «رح» (اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أى الجامع الصغير، أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجزه (والجامع بينهما انه) أى عقد الكتابة (لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود) أى والحال أن ملك المكاسب هو المقصود في الحال.

فان قلت المقصود من عقد الكتابة هو الحرية. قلت موجب الشيء ما يكون عقيب ذلك الشيء، وما يعقب الكتابة هو ملك الحر وملك المكاسب. وأما الحرية فعند انقضاء عقد المكاتبة لا عقيبه، فيكون الموجب هو ملك المكاسب.

(لأنها) أى لأن الكتابة، وفي بعض النسخ لأنه أى لأن العقد (تثبت للحاجة إلى الأداء منها) أى من المكاسب (ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً) لغيره، لان العقد لم ينعقد إذا كان البدل عيناً لغيره فلم يحتج إلى أداء منه، لان الاحتياج إليه عند صحة العقد (والمسألة فيه) أي فرض المسألة فيما إذا كان البدل عيناً معيناً، وقد أشار بقوله معيناً بعد قوله عيناً احترازاً من الدراهم والدنانير المعينة، فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا، فتجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلان هذه جازت، فإن أدى تلك الألف أو ألف أخرى عتق (على ما بيناه) أشار به إلى قوله ومراده شيء يتعين بالتعيين.

(وعن أبي يوسف انه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز) أي روي عن أبي يوسف «رح»

أنـــه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه ، وعند عدمها يجب تسليم قيمتـــه كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً . ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة « رح » رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق ، وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قـــال له إذا أديت إلي فأنت حـــر ، فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف « رح » .

---

أن الحكم المذكور وهو ما إذا كاتبه على شيء بعينه لغيره أجاز مالك الشيء أو لم يجـزه ( غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه ) أي غير أن الشأن عند إجازة مالـــك الشيء يكون العقد على شيء يجب على المكاتب تسليم عين ذلك الشيء إلى المولى ( وعند عدمهـا يجب تسليم قيمته ) أي وعند عدم إجازة مالك الشيء يجب على المكاتب تسليم قيمـــة ذلك الشيء ( كما في النكاح ) فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد ، فإن رضي مالك العبد يدفعه إليها فبها وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد ( والجامع بينهماصحة التسمية لكونه مالاً ) أي المعنى الجامع بين المقيس الذي هو الكتابة المذكـورة والمقيس عليه الذي هو النكاح صحة التسمية في كل منهما لكونه مالاً ، أي لكون التسميةوالتذكير باعتبار المسمى مالاً .

( ولو ملك المكاتب ذلك العين ) أراد أن مالك العين لم يجز ، ولكن ملك المكاتب العين بسبب من أسباب الملك ( فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف انه إذا أداه لا يعتق ) أي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة انه أي المكاتب إذا أدى تلك العين التي ملكهـا لا يعتق ( وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال إذا أديت إلي فأنت حر ، فحينئـذ يعتق بحكم الشرط ) هذه الرواية هي ظاهر الرواية أن عقد الكتابة لا ينعقـــد من الأول إلا بالشرط بأن يقول المولى إذا أديت إلي هذه العين فأنت حر فانه يعتق عند الأداء لوجـود الشرط ولا يعتق بالعقد لعدم انعقاده ( وهكذا عن أبي يوسف ) أي وهكذا روي أيضاً

وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك في الاصل . وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى.

---

عن أبي يوسف « رح » مثلما روي عن أبي حنيفة « رح» انه لا يعتق إلا بالشرط ، وهذا رواية الحسن بن أبي مالك « رح » عنه . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر مثل ذلك .

( وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ) أي وروي عن أبي يوسف « رح » رواه عن أصحاب الإملاء انه يعتق بدفع العين إلى مولاه سواء قال المولى إن أديت إلي فأنت حر أو لم يقل ( لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط ) كما لو كاتبه على خمر فأدى فانه يعتق .

( ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ) بأن كان مأذوناً في التجارة والمراد عين معين سوى الدراهم والدنانير ، فانه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجوز الكتابة باتفاق الروايات ، ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ( ففيه روايتان ) أي ففي حكمه روايتان في رواية كتاب الشرب من الأصل يجوز ، وفي رواية كتاب المكاتب من الأصل لا يجوز ( وهي مسألة الكتابة على الأعيان ) وهي التي ذكرت قبيل هذا بقوله وإن كاتبه على شيء بعينه لم يجز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن يجوز (وقد عرف ذلك في الأصل ) أي قد عرف حكم ما ذكر من الكتابة على شيء بعينه في المبسوط (وقد ذكرنا وجه الروايتين ) يعني الجواز وعدم الجواز ( في كفاية المنتهى ) وهو كتاب صنفه المصنف « رح » كتاب حافل عظيم لم يقع في هذه الديار ، قيل إنه موجود في بلاد الهند وأحاله عليه ولم يذكره هنا لطول الكلام فيه .

وجه روايته أنه كتابة على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ، ولأن البيع يجوز باجازة مالك العين فالكتابة أولى . وجه رواية عدم الجواز أن كسب العبد وقت العقد

قال وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة «رح» ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف «رح» هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي ، لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في إبدال العقود . ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ،

---

وقت ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان مال المولى وإنه لا يجوز ، فكذا هذا .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله)قيد بقوله على عبد بغير عينه ، لأنه لو كان العبد معيناً يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق ، فكذا استثناؤه عند الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لأنه شرط فاسد وصفقة في صفقة .

( وقال أبو يوسف هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي ) حتى إذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب إذاً خمسين ويسقط خمسون في مقابلة العبد ( لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ) وهذا بالاتفاق بكل ما يصلح بدلاً ( فكذا يصلح مستثنى منه ) أي حال كونه مستثنى منه ، فهذا استثناء من حيث المعنى هو الأصل أي كون كل ما صلح بدلا صلحاً مستثنى من البدل (وهو الأصل في ابدال العقود ) بفتح الهمزة جمع بدل .

الحاصل أن الأصل أن كل ما يصلح إيراد العقد عليه بانفراده يصح استثناءه من العقد والعبد المطلق يصح إيراد العقد عليه ابتداء ها هنا ، فكذا استثناؤه من العقد .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ) هذا

وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى . قال وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً ، ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح. أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل أجناساً مختلفة فتتفاحش الجهالة .

---

قول بالموجب ، يعني سلمنا هذا الاصل ، ولئن إنما يكون[1] فيما يصلح الاستثناء ، وهاهنا ليس كذلك ، لانه لا يستثنى العبد من الدينار لاختلاف الجنس ( وإنما يستثنى قيمته ) يعني إنما يصح استثناء العبد من الدينار بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد ( والقيمة لا تصلح بدلا ) لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف ( فكذلك مستثنى ) أي فكذلك لا يصلح حال كونه مستثنى .

( قال ) أي القدوري ( وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحساناً ، ومعناه ) أي معنى قول القدوري جائزة ( أن يبين الجنس) كالعبد والفرس ( ولا يبين النوع ) انه تركي أو هندي ( والصفة ) انه جيد أو رديء ( وينصرف إلى الوسط ) فيجوز العقد ، وبه قال مالك ، وإنما ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية نظراً إلى الجانبين ، ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهماً ، وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ، لان عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب ( ويجبر على قبول القيمة ) أي يجبر المولى لانها أصل من حيث أن المسمى يعرف بها فيجبر على القبول ( وقد مر في النكاح ) أي في باب المهر ، فانه إذا تزوجها على حيوان وبين جنسه ولم يبين نوعه وصفته فانه يجوز وينصرف إلى الوسط .

( أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشتمل ) أي لان قوله دابة يشتمل (أجناساً مختلفة) مما يدب على وجه الارض ( فتتفاحش الجهالة ) فيفضي الى المنازعة فلا

---

(١) هكذا الجملة في الاصل .

## وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه .

يجوز ( واذا بين الجنس كالعبد والوصيف) بفتح الواو وكسر الصاد على وزن فعيل اسم للغلام ، والجمع وصفاء ، والجارية وصيفه وجمعها وصائف، هذا الذى ذكره الفقهاء. وذكر في العباب الوصيف الخادم غلاماً كان أو جارية ، يقال وصف الغلام بالضم اذا بلغ الخدمة، والجمع وصفاء . وقال ثعلب ربما قالوا للجارية وصيفة والجمع وصائف انتهى . فعلى هذا الفرق الذى ذكره الفقهاء بين الوصيف الذكر والوصيفة للأنثى يكون على هذه الرواية .

فان قلت ان العبد اذا كان يطلق على الذكر والانثى فلا يكون في عطف الوصيف عليه زيادة فائدة بل في المعنى يكون عطف الشيء على مثله . قلت العبد في المعرف لا يطلق إلا على الذكر من الارقاء بدليل انهم يستعملون في المقابلة الجارية أو الامة فالوصيف أعم فيكون من عطف العام على الخاص . وان كان اطلاقه عليهما جميعاً كالوصيف يكون العطف أيضاً صحيحاً مفيداً لفائدة ، وهي أن الوصيف اسم لمن يوصف بالخدمة بأن كان قادراً عليها والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولى ، فعلى هذا يكون عطف الخاص على العام .

( فالجهالة يسيرة ) لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات ( ومثلها يتحمل في الكتابة ) لأنها تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ، ألا ترى أنها تقال وتفسخ هو لشبهة النكاح أيضاً من حيث أنها معاوضة مال بما ليس بمال ، فإذا كانت الجهالة في أصلها منع الجواز لشبه البيع ، وإذا كانت في الوصف لا يمنع لشبه النكاح (فيعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه) أي في عقد الكتابة كما لو قال كاتبتك إلى الحصاد والدياس أو العطاء صحت الكتابة ،لأن مبناها على المسامحة .

فإن قلت كيف جعل المصنف ها هنا العبد جنساً واحداً وجعل في الوكالة أجناساً مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشرى العبد مطلقاً. قلت اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالدابة مثلا ، أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما يبتنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما

وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لان مبناه على المماكسة . قال وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز ، معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافر

---

بني على المسامحة كالكتابة والنكاح .

( وقال الشافعي « رح » لا يجوز ، وهو القياس ) وبه قال أحمد « رح » ومذهبيهما هو القياس ( لأنه معاوضة ) أي لأن عقد الكتابة عقد معاوضة مال بمال ( فأشبه البيع) في أن تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول لا يجوز ، فكذا الكتابة.

( ولنا أنه ) أي عقد الكتابة ( معاوضة مال بغير مال ) أي في الابتداء ، لأن البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال ( أو بمال ) أي في معاوضة مال في الانتهاء، لأنه يقابل الرقبة ( لكن على وجه يسقط الملك فيه ) لأن العبد لا يتملك مالية نفسه، بل يسقط ملك المولى ( فأشبه النكاح ) لأن منافع البضع مال عند الدخول،فيكون معاوضة مال بمال ، ألا ترى أن الشرع جعلها كالأعيان لكن على وجه يسقط الملك للزوج ، ولهذا لا يقدر على تمليكها ( والجامع ) أي المعنى الجامع في كون الكتابة كالنكاح ( أنه يبتنى على المسامحة ) أي أن عقد الكتابة يبتنى على المسامحة كالنكاح ، وهذا المقدار كان في إلحاقها بالنكاح ( بخلاف البيع لأن مبناه على المماكسة ) هذا جواب عن قول الشافعي ، فأشبه البيع أشار بأن قياسه الكتابة على البيع باطل الوجود ، قال الفارق وهو ابتناء البيع على المماكسة والمضايقة ، وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز، معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافر ) أي معنى الذي في الجامع الصغير إذا كان الخمر مقداراً معلوماً ، وأن يكون العبد أيضاً نصرانياً . ولو أتى بعبارة محمد كما هي لما كان

لانها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر ، لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها . وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل ، فيجب عليه قيمته[1] وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ،

---

يحتاج إلى هذا التفسير فإنه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل نصراني كاتب عبداً له نصرانياً على أرطال خمر قال المكاتبة جائزه ولما لم يأت بهذه العبارة ، أشار بهذا إلى أنه لا بد من قيدين في جواز هذه الكتابة ، الأول أن يكون الخمر مقداراً معلوماً ، لأن الجهالة مانعة ، والثاني أن يكون العبد كافراً إلا إذا كان مسلماً لا يجوز. ولكن مع هذا إذا أدى الخمر يعتق لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء البدل المذكور ، وصار كما لو كاتب المسلم عبد المسلم على خمر فأدى المكاتب الخمر فانه يعتق ، كذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين والرازي ونجم الدين الافطي الرجي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير . وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو أدى الخمر لا يعتق . ولو أدى القيمة يعتق .

( لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا ، وأيها أسلم ) أي من المولى والعبد (فللمولى قيمة الخمر ) وعند الشافعي ومالك وأحمد « رح » في رواية ومحمد « رح » في رواية عنه تفسد الكتابة ، لأنه لا يمكنه تسليم البدل فصار كأنه عجز نفسه ( لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وفي التسلم ذلك) أي التمليك والتملك باعتبار كل واحد( إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته ) أشار بإذا التعليلية أن الخمر في المسألة المذكورة غير معينة فالملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة .

( وهذا ) أي الذي ذكرناه ( بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ) لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد . قيد بقوله على ما قاله البعض لأنه ذكر بعض المشايخ ينبغي أن يكون

---

(١) قيمتها – هامش .

لان القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة ، أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا . قال وإذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة ، لان المسلم ليس من أهل التزام الخمر ، ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم .

---

الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في المبيع (لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة ) أي لأن قيمة الخمر تصلح بدلاً في عقد الكتابة ، وأظهر ذلك بقوله ( فانه لو كاتب على وصيف ) أي عبد للخدمة (وأتى بالقيمة يجبر على القبول، فجاز أن يبقى العقد على القيمة ) لأن البقاء أسهل من الابتداء (أما البيع لا ينعقد صحيحاً على القيمة فافترقا ) أي البيع والكتابة .

( قال وإذا قبضها عتق ) أي إذا قبض المولى قيمة الخمر، وهذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير ، أما لفظ محمد « رح » وإذا أداها عتق ، وقد ذكر فيما مضى ( لأن في الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ) لكونها غير مال متقوم في حقه فلا يصح ( ولو أداها عتق ) أي ولو أدى الخمر عتق، أراد أن العبد المسلم إذا أدى الخمر عتق أيضاً لوجود معنى التعليق كما ذكرناه مستقصى مع الخلاف ( وقد بيناه من قبل والله أعلم ) أشار به إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله فان أدى الخمر عتق .

وقال زفر « رح » لا يعتق . وفي شرح الكافي ذمي ابتاع عبداً مسلماً فكاتبه قال هو جائز ولا يرد لأن تخليصه بازالة ملكه عن المسلم وبالكتابة يحصل هذا المعنى ، وإن كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز ، فان أدى الخمر عتق وعليه قيمته كما في البيع الفاسد .

# باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ،

---

( باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله )

لما بين أحكام الكتابة بنوعها شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز ، فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح .

( قال ) أي القدوري (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) خلافاً لمالك والشافعي « رح » في قول ( لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً ، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به ) أي حال كونه مستقلا بالتصرف ( تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل ) أي بدل الكتابة ، وانتصاب تصرفاً ( والبيع والشراء من هذا القبيل ) أي من قبيل التصرف الذي يوصل المتعاقدين إلى مقصودهما ، لأن مقصود البائع الوصول إلى الثمن ومقصود المشتري الوصول إلى العين وذا لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وكذلك ها هنا مقصد السيد الوصول إلى بدل الكتابة ، ومقصود العبد منه الحرية وذا يحصل بالبيع والشراء .

( وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر ، فيحتاج إلى المسافرة ) فان قلت فيه غرور وخطر . قلت يبطل بالرهن والوديعة ، فان فيهما ذلك ويصحان من المكاتب ( ويملك البيع بالمحاباة) وهي بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا وهو على وزن

لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى .
قال فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا ، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد ، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد

---

مفاعلة من حابى يحابي وثلاثية حتى يقال حباه حبوه أي اعطاه والحباء العطاء وحاباه في البيع محاباة . وقال الثلاثة لا يملك البيع بالمحاباة لأنه تبرع كالهبة والعتق .

ولنا ما قاله بقوله ( لأنه ) أي لأن البيع بالمحاباة ( من صنيع التجار ، فان التاجر قد يحابي في صفقة واحدة ) استحلالاً [١] بقلوب الناس إليه ( ليربح في أخرى ) أي في صفة أخرى ، وهذا كما ترى لم يذكر فيه الخلاف . وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ، ويجوز في قول أبي حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير . وقالا بما يتغابن في مثله .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فان شرط عليه ) أي فان شرط المولى على المكاتب ( أن لا يخرج من الكوفة ) هذا ليس بقيد ، بل الحكم في غير الكوفة كذلك، وتخصيصها بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها ( فله ان يخرج استحساناً ) وبه قال الشافعي . وفي قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط ، فبالشرط أولى وهو القياس .

وأشار إلى وجه الإستحسان بقوله (لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الإستبداد ) أي الإستقلال ، يقال فلان استبد برأيه أي انفرد ( وثبوت الاختصاص بنفسه ) أي اختصاص العمل في الكوفة ( فبطل الشرط ) أي شرط المولى عدم خروجه من الكوفة ( وصح العقد ) أي عقد الكتابة ، وهذا في نفس الأمر جواب عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع ، فقال وصح العقد ( لأنه شرط) أي لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرطاً ( لم يتمكن في صلب العقد ) لأن الداخل في

---

(١) ربما أراد استجلاباً لقلوب الناس ، اهـ مصححه .

وبمثله لا تفسد الكتابة لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هـــذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة في جانب العبد اعتاق ، لأنه اسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد

---

صلب العقد ما يكون في البدلين وهنا ليس كذلك ، لأنه شرط في بدل الكتابـة ولا فيما يقابله ( وبمثله ) أي بمثل هذا الشرط ( لا تفسد الكتابة ) وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحوما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زماناً ، أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها ما دامت مكاتبة ونحو ذلك .

( وهذا ) أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسداً وبـــين كون الشرط الغير المتمكن غـــير مفسد ( لأن الكتابة تشبه البيع ) من حيث انها تحمل الفسخ في الابتداء ( وتشبه النكاح ) أي وشبه النكاح من حيث أنهـا لا تحتمل الفسخ في الابتدائية هبة والنكاح بعد تمام المعقود بالأداء . قال تاج الشريعة تشبه البيع من حيث أنها معاوضة ولا تصح بدون البدل ، ويحتمل الفسخ قبل الأداء ، ويشبه النكاح من حيث أنها معاوضة مال بغير مال ( فألحقناها بالبيع في شرط تمكنه في صلب العقـــد كما إذا شرط خدمة مجهولة ) بأن قال كاتبتك على أن تخدمني مدة كما ذكرنا عن قريب ( لأنه في البدل ) أي لأن الشرط في البدل فيكون في صلب العقد ( وبالنكاح ) أي ألحقناه بالنكـاح ( في شرط لم يتمكن في صلبه ) أي في صلب العقد فيصح العقد ويبطل الشرط ( وهذا هـــو الأصل ) أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين هو الأصل .

( أو نقول إن الكتابة في جانب العبد اعتاق ) لأن الاعتاق إزالة الملك لا إلى أحـد والكتابة كذلك ، لأنه لا يحصل للمكاتب شيء ، وإنما يسقط عنه ملك مولاه ( لأنــه إسقاط الملك) أي لأن عقد الكتابة إسقاط الملك وفك الحجر وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق.

( وهذا الشرط يخص العبد ) أي شرط عدم الخروج يحتمل العبد ، أي يتعلق بـــه

فاعتبر إعتاقاً في حق هـــذا الشرط ، والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال ولا يتزوج إلا بإذن المولى لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليـــه . ويجوز بإذن المولى ، لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير ، لأن الهبة والصدقـــة تبرع وهو غير مالك ليملكه، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بـداً من ضيافة

---

( فاعتبر ) أي عقد الكتابة ( إعتاقاً في حق هذا الشرط ) أي شرط عـــدم الخروج ( والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة) كما لو أعتق عبداً على أنه نائبه فان الشرط باطل والإعتاق صحيح لقوله عليه‌السلام الولاء لمن أعتق فدل الحديث على أن الشرط الفاسد لا يبطل الإعتاق .

( قال ) أي القدوري ( ولا يتزوج إلا بإذن المولى ) وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي ليلى « رح » إن شرط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه وإن لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير إذنه ليملكه منافع نفسه ( لأن الكتابة فك الحجر مـــع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود) أي لأجل ضرورة التوسل إلى المقصود فمقصود المولى البدل، وذلك بقيام الملك ، ومقصود المكاتب تحصيل الكسب للايفاء(والتزوج ليس وسيلة إليه) أي إلى المقصود ، لأن التزوج ليس من اكتساب المال ، بل فيه التزام المهر والنفقة وأعاد تاج الشريعة « رح » الضمير في اليد إلى الاكتساب وليس بظاهر .

( ويجوز ) أي التزوج ( باذن المولى ، لأن الملك له ) معنى ملك قائم فيه فهو كالقن فلا يجوز له إلا باذن ( ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير ) أي ما دون الدرهم ، لأنه قليل يتوسع فيه الناس قاله تاج الشريعة ( لأن الهبة والصدقة تبرع ، وهـــو غير مالك ليملكه ) بتشديد اللام ( إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بداً ) أي مفارقة ( من ضيافة ) وفي بعض النسخ من إضافة فالأول من ضاف والثاني من أضاف

وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع

---

( وإعارة ) شيء مثل الدار أو الثياب استجلاء لقلوبهم ( ليجتمع عليه المجاهزون ) أي على المكاتب وهو جمع مجاهز وهو عند العامة الغني من التجار ، وكأنه أريد بــه المجهز وهو الذي يبعث التجارة بالجهالة وهو فاخر المتاع ويسافر به ، كذا قال في المغرب أراد إطلاق المجاهز على الغني لغة العامة والعرب لم تتكلم به ، والمستعمل في اللغة المجهز ولكنه أعم من أن يكون في بعث التجارة بالجهاز وغيره ، يقال جهز بعثه وجهز الجيش وجهز الغازي والميت وغير ذلك وتجهز السفرة إذا استعد والجهاز بفتح الجيم وكسرهــا جهاز العريس .

( ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ) فالمكاتب يملك التجارة فيملك ما هو من ضرورات التجارة كالضيافة والإعارة والشيء اليسير من الهبة أو الصدقــة ( ولا يتكفل ) سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره وسواء كان باذن مولاه أو بغير إذنه وحكم كفالته في المال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد العتق لا في الحال ( لأنه تبرع محض ) أي لأن التكفل تبرع خالص ( وليس من ضرورات التجــارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه) أي لا يملك التكفل بنوعيه وهما التكفل بالنفس والتكفل بالمال وفسرهما بقوله ( نفساً ومالا ) وانتصابهما تقديراً عيني (لأن كل ذلك تبرع) أي لان كل التكفيل تبرع ، يعني سواء كان بالنفس أو بالمال أو بأمر المكفول عنه أو بغير أمره. أما بغير الامر فظاهر ، وكذا بالامر لان الكفيل عند الاداء كالقرض للمكفول عنــه والإقراض تبرع ، لانه إعارة ، وكذا الكفالة بالنفس تبرع محض .

فان قلت بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك. قلت ربمايعجز عن ذلك فيحبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر . وفي الكافي للحاكم ولايجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل باذن المولى وبانفراده ، وكـذلك قبول الحوالة ، فان تكفل

ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب، فإن وهب على عوض لم يصح ، لأنه تبرع ابتداء . فان زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر فدخل[1] تحت العقد . قال وكذلك إن كاتب عبده

---

باذن سيده ثم عجز لم يلزمه تلك الكفالة ، لان ضمانه كان باطلا وإن أذن فعتق لزمه الكفالة ، لانه كفل وهو بمنزلة العبد ، ولو أن عبداً محجوراً كفل بكفالته ثم عتق لزمته الكفالة . ولو كان المكاتب صغيراً حين كفل لم يؤخذ بها وإن عتق لزمته الكفالة .

(ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الإكتساب) حتى لو أقرض لا يطلب للمستقرض أكله ، إلا أن يكون مضموناً عليه حتى لو تصرف فيه يجوز ( فان وهب على عوض لم يصح ، لانه تبرع ابتداء ) والتبرع غير داخل في عقد الكتابة ( فان زوج أمته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به المهر ، فدخل تحت العقد ) أي عقد الكتابة ، وكذا له أن يوكل بتزويجها ، بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها حيث لا يجوز .

فان قلت فعلى التعليل المذكورة ينبغي أن يجوز . قلت لان رقبتها باقية على ملك المولى فيمتنع ذلك ثبوت ولاية الإستبداد بها بالتزويج . ولانه عيب ، فربما يعجز ، فينبغي هذا العيب من ملك المولى .

فان قلت فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويجها ابنته ومع هذا لا يجوز . قلت نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته . ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى أسيراً جديداً فيها ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته . ولو زوج المكاتب أمته عن عبد فعن أبي يوسف أنه يجوز ، وفي ظاهر الرواية لا يجوز .

( قال وكذلك إن كاتب عبده ) أي يجوز ، وبه قال مالك والقاضي الحنبلي وأهل

---

(١) فيدخل — هامش .

والقيــــاس أن لا يجوز وهـو قول زفر والشافعي « رح » ، لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مــــال . وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعــد وصول البدل إليـه والبيع يزيله قبله ، ولهـذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتـــاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له .

---

الظاهر ( والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي « رح » ) وقول أحمد « رح » ( لان ماله العتق ) أى مال عقد الكتابة العتق ( والمكاتب ليس من أهله ) أى من أهل العتق ( كالإعتاق على مال ) أى إذا قال المكاتب لعبده أدي إلي ألفاً وأنت حــر لا يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لان الكتابة بالمال كالتعليق .

( وجه الإستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة و كالبيع ) أي كما يملك تزويج أمته والبيع والشراء ، لانه عقد اكتساب للمال ( وقد يكون هو ) أى عقد الكتاب ( أنفع له من البيع ، لانه ) أى لان عقد الكتابة ( لا يزيل الملك ) أى ملك المولى عن العبد المكاتب ( إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ) أى البيع يزيل الملك قبل وصول البدل وهو الثمن إليه ، فلما ملك البيع فالكتابة أولى (ولهـذا يملكه الابوالوصي ) أى ولاجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه بملك الاب الصغير أو وصيته أن يكاتب عبده الصغير .

(ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ) أي ثم المكاتب الأول يثبت للمملوك ،أي للمكاتب أراد أنه يثبت بالكتابة مالكية التصرف للشافعي والأصل أن من ملك شيئاً يملك تمليكه إلى غيره كالمعير يعير ، والمستأجر يستأجر ، بخلاف المودع ، لأن المالك لم يرض بدفعه إلى غيره .

( بخلاف الإعتاق على مال لأنه ) أي لأن الإعتاق على مال ( يوجب فوق ما هــو

قال فان أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ويصح إضافة الإعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى . قال فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق

---

ثابت له ) أي يثبت للمكاتب فوق ما هـــو ثابت له ، تحريره أن الإعتاق على مال فوق الكتابة ، لأنه إزالة الملك في الحال على وجه لا يرد له ، وهذا غير ثابت للمكاتب،ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، وذلك لا يجوز .

( قال فإن أدى الثاني ) أي مكاتب المكاتب ، أي أدى بدل كتابته ( قبل أن يعتق الأول ) أراد قبل أداء الأول بدل الكتابة لأنه لا يعتق إلا بالأداء ( فولاؤه للمولى ) أي ولاء مكاتب المكاتب يكون للمولى يعني يعتق لتحقق الشرط،ويكون ولاؤه للمولى(لأن له فيــه نوع ملك ) أي لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك ، لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأولى فكان كتابه للمولى للأول بمنزلة علة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكاً للمولى كالأول ( ويصح إضافة الإعتاق إليه ) أي إلى المولى ( في الجملة ) يقال مولى زيــد ومعتق معتقه ، ولهذا يدخل في الاستئمان على مولاه . ولو أوصى لمولى فــلان وليس له معتق في الاحياء وله معتق يستحق هــو الوصيــة ( فإذا تعذر إضافته ) أي إضافــة عتق الثاني ( إلى مباشر العقد ) وهو المكاتب الأول الذي هو العلة ( لعدم الأهليــة ) أي لعدم أهلية مباشرة العقد لكونه رقيقاً ( أضيف إليه ) أي أضيف العقد إلى المولى الذي هو العلة ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافــة إلى العلة ( كما في العبد إذا اشترى شيئاً يثبت الملك للمولى ) فانه يثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الأهلية .

( فلو [1] أدى الأول ) أي المكاتب الأول ( بعد ذلك ) أي بعد أداء الثاني بــدل الكتابة وعتقه ، و كون ولايته للمولى ( وعتق ) أي الأول لأداء بدل الكتابة ( لا ينتقل

---

(١) قال فلو أدى ــ هامش .

لا ينتقل الولاء إليه لان المولى جعل معتقاً ، والولاء لا ينتقل من المعتق وإن أدى الثاني بعـــد عتق الاول فولاؤه له ، لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له ، قال وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز ، لان هــــذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه ، أما الاول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمـــة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني

---

الولاء إليه ) أي إلى المكاتب الأول ( لأن المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عــن[1] المعتق ) لأن المولى معتق مباشرة من وجه ، بخلاف جر الولاء ، فان ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة ولكن تسبيباً باعتبـــار اعتاق الأم ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة ، والتعذر عند عدم عتق الأب ، فاذا أعتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب .

( وإن أدى الثاني بعد عتق الأول ) أي إن أدى المكاتب الثاني بدل المكاتبة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة ( فولاؤه له ) أي ولا الثاني للأول ( لأن العاقد من أهـــل ثبوت الولاء وهو الأصل ) لانه مباشر للعتق ( فيثبت له ) أي للعاقد وهو المكاتب الاول .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن أعتق عبده على مـــال ) أي إن أعتق المكاتب عبداً على مال ( أو باعه من نفسه ) أي أو باع المكاتب نفس العبد من العبـــد ( أو زوج عبده لم يجز ، لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه ) أراد من توابع الكسب ضروراته مثل إضافة من يعامل معه ، والإعارة له والإهداء إليه بشيء يسير .

( أما الاول ) أي إعتاق عبده على مال ( فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني ) وهو بيع عبد على مال فلانـــه

---

(١) من – هامش .

لانـــه إعتاق على مال في الحقيقة ، وأمـا الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقـــة ، بخلاف تزويج الأمة لأنـــه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لأنهـــما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية . قال فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك

---

اسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس ، وكذا الثاني وهو بيع عبد من نفسه ( لانه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث ) وهو تزويج عبده ( فلانه تنقيص للعبد وتعييب له ) لان من اشترى عبداً ووجد عيباً يتمكن من الرد بذلك العيب ( وشغـــل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الامة ، لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر) أشار به إلى قوله وإن زوج أمته جاز لانه اكتساب المال .

( قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب ) في جميع ما ذكر ، أي يجوز له تزويج أمته وكتابة عبده ، وبه قال مالك وأحمد . وعن أحمد يجوز اعتاقها على مال أيضاً . وقال الشافعي لا يملكان كالمكاتب شيئاً من ذلك (لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولان في تزويج الامة والكتابة نظراً له ) أما في تزويج الامة فلما مر آنفاً . وأما في الكتابة فلانه بالعجز يرد رقيقاً ، فربما كان العجز بعدأداءنجوم ، وذلك لا شك في كونه نظراً ( ولا نظر فيما سواهما ) أي ما سوى تزويج الامـــة والكتابة ( والولاية نظرية ) هذا الكلام في معرض التعليل ، يعني إنما لا يجوز سواهما ، لان ولايتهما نظرية ولا نظر في غيرهما .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فأما المأذون له)أي العبد المأذون له في التجارة (فلا يجوز له شيء من ذلك ) أي مما ذكر من الاشياء . وفي بعض النسخ فـلا يملك شيئاً من

عند أبي حنيفة ومحمد «رح» وقال أبو يوسف «رح» له أن يزوج أمته، وعلى هـــذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

---

ذلك ( عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته ) أي للمأذون تزويـج أمته ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( المضارب والمفاوض والشريك شركـة عنان ) قال السغناقي الاصل في هذا أن كل من كان تصرفه عاماً في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة كالاب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وأمين القاضي وكل من كان تصرفه خاصاً في التجارة كالمضارب وشريك العنان والمأذون لا يملك تزويج الامـة عند أبي حنيفة ومحمد، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي .

قلت وعن هذا قال الكاكي قيل لفظ المفاوض هاهنا سهو من المكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب . وقال صاحب العناية ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف . واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيـــه ذكر الخلاف . وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الإتفاق وفيه ما فيه . قلت أراد ببعض شروح الشراح الاترازي فانه قال في قوله وعلى هذا الخلاف المضارب ... إلى آخره .

ولنا في هذا النقل نظر، لان المفاوض يجوز له تزويج الامة بالإتفـاق ولا يجوز ذلك من أحد شريكي العنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ألا ترى إلى ما نص الكرخي في مختصره في باب المفاوضة، ويجوز لاحد المفاوضين أن يكاتب عبيد التجارة ويأذن لهم في التجارة، ولا يجوز أن يعتق شيئاً من رقيق التجارة على مال، ولا يجوز أن يزوج العبد أيضاً، ويجوز أن يزوج الامة، ويجوز أن يدفع المال مضاربة، إلى هنا لفـظ الكرخي ذكر تزويج إلا ما للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى، وكذلك أثبته القدوري « رح » في شرحـــه .

وفي شرح الكافي ولاحـد المفاوضين أن يكاتب عبداً من تجارتهما وله أن يأذن له في التجارة وليس له أن يعتق على مال ولا أن يزوج الامة، وليس لشريك العنان أن يزوج الأمة ولا أن يكاتب، وكذلك المضارب . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامـع الصغير فهؤلاء الأربعة الأصناف لا يجوز عتقهم عن مال، ويجوز كتابتهم . وفي الإستحسان وفي

قول بشر لا يجوز كتابتهم ، وإن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالإتفاق ، انتهى . وأراد بالأصناف الأربعة الأب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب ، ثم قال الفقيه ولو كان عبداً مأذوناً أو شريك عنان أو مضارباً زوج أحد هؤلاء الثلاثة لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد «رح» ويجوز في قول أبي يوسف «رح» ، ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالإتفاق. ولو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالإتفاق .

وفي شرح الطحاوي الأب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة ، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة وليس لهم تزويج العبد. وأما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب لا يجوز الكتابة ولا تزويج العبد بالإجماع ، وفي تزويج الأمة اختلاف عند أبي حنيفة ومحمد «رح» لا يجوز ، وعند أبي يوسف يجوز ، انتهى . فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة .

( هو قاسه ) أي أبو يوسف «رح» قاس المأذون في جواز تزويج الأمة (على المكاتب) حينئذ يجوز له تزويج الأمة (واعتبره بالإجارة) أي اعتبر التزويج بالإجارة . فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته ، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته .

فإن قلت لم اختار لفظ القياس في الأول والإعتبار في الثاني . قلت نقل الأترازي عن بعضهم أنه قال استعمل لفظ القياس في المعنيين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الإعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين المعنيين ظاهرة إذ كل منهما قلت الحجر [1] وإطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس كذلك . وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين، بخلاف التزويج، فكان استعمال لفظ الإعتبار أليق .

وقال صاحب العناية فيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرع فذلك لا يكون بين عينين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته. قلت المراد من القياس معناه اللغوي وهو

(١) هكذا سياق الجملة في الأصل وربما أراد – فك الحجر – اه مصححه .

ولهما أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا اكتساب . ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

---

التقدير ، يقال قاس الطبيب الجراحة إذا قدر بالمسمار غورها والمساواة أيضاً يقاس الفعل بالفعل ،أي ساوى أحدهما بالآخر وجعله على مثاله ،وهذا المعنى ظاهر بين المأذون والمكاتب ، لأن بينهما مساواة في فك الحجر وإطلاق التصرف والإعتبار رد الشيء إلى نظيره ، فاستعمال هذا بين التزويج والإجارة ، أو لأن أحدهما نظير للآخر في الفعلية ، لأن كل منهما تصرف مطلقاً ، ودعوى صاحب العناية رحمه الله الترادف بين القياس والإعتبار غير ظاهرة يحتاج إلى برهان .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا ) أي تزويج الأمة ( ليس بتجارة ) لأنه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة كذلك ( فأما المكاتب يملك الإكتساب ، وهذا ) أي تزويج الأمة ( اكتساب ) لانه إسم لما يوصل به إلى المال ، وبالتزويج يصل المولى إلى المهر ، فكان اكتساباً .

( ولانه ) أي ولان تزويج الامة ، وهذا دليل آخر ( مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة ) أراد أن اعتبار التزويج بالكتابة أولى من اعتباره بالإجارة ، لان التزويج مبادلة المال بغير المال ، وكذا الكتابة في الإبتداء مبادلة مال بغير المال ( دون الإجارة ) يعني لا يعتبر بالإجارة ( إذ هي ) أي الإجارة ( مبادلة المال بالمال ) لان المنفعة قائمة مقام العين ، فيكون في حكم المال ، ولهذا يصلح مهراً في النكاح وانتفاء النكاح شرع بالمال ( ولهذا ) أي ولان التزويج ليس من التجاره ( لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد ) أي المكاتب والمأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان ، لان تزويج العبد ليس من التجارة ، لانه ليس مبادلة المال بالمال ولا هو من اكتساب المال. وقال أبو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب تزويج عبد ، ولنا ما ذكرناه .

# فصـــل

## قال وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته

---

### ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان من يدخل في الكتابة ، وبين فيما مضى من يدخـــل أصلا ، وها هنا يبين من يدخل تبعاً ، والتبع إلى الاصل .

( قال ) أي القدوري ( وإذا اشترى المكاتب أباه وإبنه دخل في كتابته ) ها هنـــا أمور ، الاول : أنه قدم أباه على ابنه للتعظيم . وأما في ترتيب قـوة الدخول في كتابته فالإبن مقدم على الاب ، سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشترى ، والمولود مقـــدم على المشترى ، فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فان يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابةعلى نجوم الاب والمشترى يحرم بيعه حال الحياةويقبل منه البدل بعد موت الاب حالاً ، ولا يمكن من السعاية على نجوم الا ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الاب فانه يحرم بيعه حالة حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلا .

الثاني : انهقال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتباً لكان أصلا ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك، بل إذا عجز المكاتب مع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة .

الثالث : أن حكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه أو ابنه ولم يذكرهـــا اكتفاء بالأب ، ولو ذكرها كان أولى ، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعاً له ، حتى يردون إلى الرقبعجزه كما نبهنا عليه . وفي الأجناس لو اشترى المكاتب أباه أو جده أو ولده أو أمـــه ليس له بيعهم في قول أبي حنيفة . وقالا ليس له بيع هؤلاء . وفي المجرد قال أبو حنيفة للمكاتب أن يكاتب أبوه وأولاده المشتراة فدلأنهم لم يكاتبوا عليه،هكذا ذكر صاحبالأجناس.

الرابـع : يحتاج إلى بيان الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد بين مـــا إذا كاتب عبداً على نفسه ولد الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء . وإذا أعتق

لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه، وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة «رح». وقالا يدخل اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما، ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية.

---

الصغير سقط من البدل ما يخصه وهو أن المشتري تبع من كل وجه ولا معتبر به في أمر البدل لتقرره. قيل دخوله في المكاتبة وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده، فلهذا يسقط ما يخصه.

الخامس: أن شراءه ذوي أرحامه يجوز عندنا وعند الثلاثة لا يجوز، لأنه تصرف تبرع كالإعتاق. وقال القاضي الحنبلي يجوز لأنه تصرف لا ضرر فيه من السيد، أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففي صحته للشافعي قولان. وعن أبي إسحاق المروزي من أصحابه القطع بالصحة، وعند أحمد يجوز، ثم على قول الصحة يتكاتب عليه ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال مالك وأحمد «رح».

(لأنه) أي لأن المكاتب (من أهل أن يكاتب) على وزن بناء الفاعل (وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً) بكسر التاء (تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه) أراد أن الحر إذا ملك لذي رحم محرم يعتق عليه تحقيقاً لصلة الرحم، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يتكاتب عليه تحقيقاً لصلة الرحم بقدر الإمكان.

(وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له) كالأخ والأخت والعم والعمة (لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة. وقالا يدخل اعتباراً بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما) أي ينتظم قرابة الولادة وذا الرحم المحرم غير الولادة (ولهذا) أي ولأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبلين (لا يفترقان في الحر في حق الحرية) أي إذا اشترى الحر أباه يعتق عليه فكذا إذا اشترى أخاه.

وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقـــة الوالد والولد ، ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر . ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق ، وبالأول في الكتابة

---

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن للمكاتب كسباً لا ملكاً ) لوجود ما ينافيه وهو الرق ، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها وتحل الصدقـــة له ، وإن أصاب كسباً ولا يملك الهبة كذا في الأسرار ( غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ) أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولادة ( حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ) وإن لم يكن موسراً ( ولا يكفى[1] لغيرها ) أي ولا يكفى الكسب بغير الصلة ( حتى لا يجب نفقة الأخ ) المعسر على الأخ المعسر ، وإن كان يقدر على الكسب والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة ( إلا على الموسر ) أي على الأخ الموسر .

( ولأن هذه قرابة ) أي قرابة الأخوة ( توسطت بين بني الأعمام ) التي هي القرابـــة البعيدة ( وقرابة الولاد ) أي وبين قرابة الولاد التي هي القرابة القريبة . الحـــاصل أن الأخ يشبه بني الأعمام في حق الزكاة وحل الحيلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ،ويشبه الولاء في حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما إنكاحاً ، فالمشابهة للشيئين ذو حظ منهما ، فعملنا بالشبهين ( فألحقناها بالثاني) أي إذا كان كذلك فألحقنا قرابة الأخوة التي هي المتوسطة بالثاني وهو قرابة الولاد ( في العتق ) حتى إذا ملك الحر أخـــاه يعتق عليه ، كما إذا ملك والد ولده ( وبالأول في الكتابة ) أي ألحقناها بالأول وهو القرابـــة البعيدة التي أي بنو الأعمام في حكم الكتابة ، حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخـــل في

---

(١) ولا يكفى في غيرهما — هامش .

وهـذا أولى ، لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة حتى أن أحـد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ، ومعناه إذا كان معها ولدها ، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه . وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم

---

كتابته ، كما إذا ملك ابن عمه عملا بالشبهين وتوفيراً لهما حفظهما .

( وهذا أولى ) أي العمل على هذا الوجـه أولى من العكس ( لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب ) العبد المشترك بينهما ( كان للآخـر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه ) أي فسخ العتق . فلو قلنا يتكاتب عليه أخـوه اذا اشتراه وجب علينا أيضاً أن نقول إذا ملك الحر أخاه يعتق عليـه أيضاً ، فحينئذ تلزم العمل بشبه قرابة بني الأعمام ، فلا يبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطـة بين القرابتين ، لأن المتوسـط ذو حظ من الجانبين ، فما لم يعمل لهما لم يبـق المتوسط متوسطاً .

( قال ) أي القدوري ( وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابه ) أراد اشتراء أم ولده ومعها ولده منها على ما يجيء الآن ، والأصل في هـذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها وله ملك اليد لا يبطل النكاح ( ولم يجز بيعها ) أي بيع أم ولده بعد أن اشتراها ومعها ولده منها ، أما إذا اشترى امرأتـه ولم يكن لها ولد منه فله أن يبيعها ، لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة ، فلا يمتنع البيع بسببه ، وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها لم يبطل نكاحها وله أن يطأها بالنكاح ، لأنها لم تملك رقبته حقيقة .

( ومعناه إذا كان معها ولدها ) أي معنى قول محمد إذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها إذا كان منها ولداً ( أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه ) أراد به ما ذكره بأول الفصل لأنه من أهل أن يكاتب . ( وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم ) أي في حكم الحرية .

فإن قلت إذا ثبت للولد حقيقة الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها ، وها هنا ثبت للولد حق الحرية ، فينبغي أن لا يثبت للام تحقيقاً لانحطاط رقبتها عن الولد . قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط رتبتها .

فإن قلت لم لا تصير مكاتبه تبعاً للولد . قلت العقد انما ورد على المكاتب، والولد جزؤه ، فيكون وارداً عليه بخلاف الأم .

( قال عليه السلام أعتقها ولدها ) أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد المذكور ، لأنها عتقت بعتق ولدها ، لأنه عليه السلام أخبر بهذا، ثم هذا الحديث أخرجه البيهقي من رواية أبي أويس وأبي بكر بن أبي سبرة عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس ولم يذكر أبو أويس ابن عباس قال لما ولدت أم ابراهيم ابن النبي ﷺ قال أعتقها ولدها ، ثم البيهقي رواه من حديث زياد بن أيوب نابقية عن سعيد بن زكريا عن ابن أبي بشارة عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ثم قال ولحديث عكرمة علة عجيبة ، ثم روى عن سعيد بن مسروق عن عكرمة عن عمر قال أعتقها ولدها ، وإن كان سقطا . ثم روى عن حنيف عن عكرمة عن ابن عباس قال عمر رضي الله عنه فذكر نحوه،قال فعاد الحديث إلى عمر رضي الله عنه ثم جعله الصحيح.

قلت هاتان قضيتان مختلفتان لفظاً ، روى عكرمة احداهما مرفوعة والأخرى موقوفة ، فلا تعلل أحدهما بالأخرى . وقد أخرج الحاكم في المستدرك الرواية المرفوعة وقال صحيح الإسناد ثم ذكر لها متابعة . وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عاصم عن أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله ، والنهشلي أخرج له مسلم ووثقه جماعة . وقد جاء للحديث متابعة من وجه آخر بسند جيد .

قال ابن حزم روينا من طريق قاسم بن صبغ حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله ابن عمر هو الوقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال لما ولدت مارية أم ابراهيم عليه قال رسول الله ﷺ أعتقها ولدها ، ثم قال ابن حزم وهذا خبر جيد

وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد «رح» لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة «رح». وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد، لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ، إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه.

---

السند كل رواته ثقات. وقال في كتاب البيوع صحيح السند وقد بسطنا الكلام فيه في باب الإستيلاد.

(فإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب) يعني لم يجز بيعها (في قول أبي يوسف ومحمد، لأنها أم ولد، خلافاً لأبي حنيفة «رح». وله) أي ولأبي حنيفة «رح» (أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد، لأن كسب المكاتب موقوف) أي متردد بين أن يؤدي البدل فيعتق وما فضل من البدل له، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى. ولهذا لا يفسد نكاح امرأته بشراها ولا تصح تبرعاته فعلم أنه لا ملك له (فلا يتعلق به) أي بكسبه (ما لا يحتمل الفسخ) وهو الإستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ، وكلاهما لا يجوز. والتحرير انه كسب موقوف وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالإستيلاد، لان ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والاقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للادنى.

(إلا أنه يثبت هذا الحق) وهو امتناع البيع (فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته) أي لثبوت امتناع البيع (في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت) هذا الحق (يثبت ابتداء) أي في ابتداء الامر (والقياس ينفيه) يعني لا نص فيه يترك به القياس، بخلاف ما إذا كان معها الولد.

فإن قلت القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فخصص

وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان حكمه كحكمه وكسبه له ، لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة ،

---

نفيه بالإبتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم . قلت ليس بتحكم وإنما هـو من باب الإستحسان بالاثر ، وهو قوله ﷺ أعتقها ولدها ، ولا شك أن الولد إنما يعتق الام إذا ملكه الاب .

( وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا ) أشار به إلى قوله لانـه من أهل ان يكاتب وإن لم يكن من أهل العتق ( في المشترى ) أي في الولد المشترى .

فان قلت المكاتب لا يملك التسري ولا وطء أمته وبه قالت الثلاثة ، فمن أين له ولد حتى يدخل في كتابته . قلت نعم ، إلا أن له في ملك مكاتبه يداً كالحر ، وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطئه كما في الجارية المشتركة وجارية الإبن إذا وطئها الاب وادعى الولد ، والدليل على ان المكاتب مثل الحر في ادعاء ما ذكره في المبسوط بقوله جارية بين حر ومكاتب ولد فادعاه المكاتب قال الولد ولده ، والجارية ام ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً ، لان المكاتب بماله في حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر ، فبقيام الملك له في نصفها هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ، ويثبت لها حق امية الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد .

( فكان حكمه كحكمه ) أي حكم الولد كحكم المكاتب ، وبه قالت الثلاثة رحمهم الله . وعند الظاهرية ولده من جاريته حر وهل تصير الامة أم ولد له، للشافعي رحمه الله فيه قولان ، احدهما انها تصير ام ولد له ، وبه قال احمد وابو يوسف ومحمد رحمهم الله ، والثاني لا تصير ام ولد له ، وبه قال ابو حنيفة ومالك ، وهو رواية عن احمـد « رح » ( وكسبه له ) أي كسب الولد لوالده ( لان كسب الولد كسب كسبه ) إذ الولد كسبه ( ويكون كذلك قبل الدعوة ) بكسر الدال ، اي قبل دعوة النسب ، أراد ان الولد

فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتبة ولداً ، لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً ، فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد. قال ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح

---

والكسب كانا له قبل الدعوة ( فلا تنقطع بالدعوة اختصاصه ) اي اختصاص المكاتب بكسب ولده ، أراد اختصاصه الذي كان ثابتاً قبل الدعوة .

( وكذا إذا ولدت المكاتبة ولداً ) أي من زوجها أو من زنا يدخل في كتابتها ، وبه قالت الثلاثة ( لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً ) أي مقرراً، فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والإستيلاد والحرية والرق يسري إلى الأولاد ، فأشار إلى ذلك بقوله مؤكداً ، واحترز به عن ولد الآبقة ، فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز ، لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم ، وكذا بيع المستأجرة والحابية ، فان الأمة إذا اتصفت بها امتنع بيعها إلا مقروناً بشيء ، لكنه ليس بمؤكد .

فقولهم الأوصاف القارة احترازاً عن مثل هذين الوصفين . وقولهم الشريعة احترازاً عن السواد والبياض والطول والقصر ، فانها لا تسري ، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه . وقال الشافعي في قوله أن للولد ملك المولى فيتصرف فيه كيف شاء .

( فيسري إلى الولد ) أي يسري هذا الوصف وهو حق امتناع البيع إلى الولد ( كالتدبير والإستيلاد ) أي كما يسري الوصف الثابت المؤكد في المدبر وأم الولد إلى أولادها .

( قال ) أي القدوري ( ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها ) هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد ، ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الام ( وكان كسبه لها ، لان تبعية الام أرجح) لما ذكرنا

ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ولداً ثم استحقت فأولادها عبيد ، ولا يأخـــذهم بالقيمة ، وكذلك العبد بإذن المولى بالتزويـج ، وهذا عند أبي حنيفة

---

أن الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري إلى الاولاد . ثم استوضح ذلـــك بقوله ( ولهذايتبعها في الرق والحرية ) أي يتبع الولد الام .

وقع في بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لهـــا ، أي في الدخول يتبعهما خاصة والاول هو الاوجه ، لان فائدة الدخول هو الكسب ، فانه قد ذكر في المبسوط لو قتل الإبن قاتل خطأً فقيمته للأبوين جميعاً ، ولا يختص بها لام فينبغي أن تكون في مسألتنا كذا. قلت تلك المسألة متصورة فيما إذا قبل الوالدين الكتابة عليه ، وحالهما في ذلك سواء ،إذ لا ولاية عليهما عليه ، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى ، لان الولد صار مكاتباً بقبولهما ، فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى قيمة رقبته فلابد أن تؤخذ القيمة عنه فيكون للابوين لانهما كانا ينفقان عليه في حياته ، وكان أحق بحضانته .

وأما الولد المولود في الكتابة ، فان ثبوت الكتابة ها هنا بطريق التبعية وجانب الام يترجح في ذلك ، لانه جزء منها ، وهناك ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء . وفي الكافي لو قبل المولود في الكتابة يكون قيمته للام ككسبه ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد ومالك . وفي قول للسيد ، لانه لا يدخل الولد في كتابتـهافي قول فيكون قنا للسيد يجوز بيعه وإعتاقه .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت ) أي أدعت ( انها حرة فولدت منه ولدا ، ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخـــذهم ) أي المكاتب لا يأخذ الاولاد ( بالقيمة ) أي بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما على ما يأتي .

( وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج ) فتزوج قوله من زوجه ثم استحقت ،فان ولده عبد عندهما ولا يأخذ بالقيمة (وهذا ) أي الحكم الذي ذكرنا في الوجهين (عند أبي حنيفة

وأبي يوسف « رح » وقال محمد « رح » أولادها أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهـــذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد .

---

وأبي يوسف « رح » وقال محمد «رح» أولادها أحرار بالقيمة) وبـــه قال زفر والثلاثة «رح» إلا عن الشافعي « رح» في قول كقولهما وأكثرهم ذكروا قول أبي يوسف مـــع أبي حنيفة إلا أن أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد وما ذكره الجمهور أصح ، لانه قوله المرجوع إليه ، وبه صرح القدوري في كتاب التقريب ، فقال قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يثبت للعبد حكم الغرور أولاده عبيد .

وروى زفر عن أبي حنيفة أنه يكون مغروراً وهو قول أبي يوسف الاول ، وذكر رجوعه في الدعوى . وقال محمد أولاده أحرار ثم على قول محمد إن كان التزوج من هؤلاء أعني العبد والمكاتب والمدبر باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال. وإن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق ، هذا إذا غرته المرأة بقولها أنها حرة أو غرها بان زوجها منه حر على أنها حرة، فان الاب يرجع بقيمة الولد على الزوج في الحال، وإن كان الذي غره عبداً أو مدبراً أو مكاتباً فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا ، سواء كان العبد مأذوناً له أو لم يكن .

وأما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل انها حرة ولم يزوجها أباهـــا أو تزوجها رجل على ظن أنها حرة وما قالت زوجني فاني حرة فانه لا يرجع على المخبر ولا على المرأه ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة إذا أعتقت لانها غرته حين زوجت نفسها أنها حرة وضمان الغرور كضمان الكفالة .

( لأنه ) أي لأن المكاتب ( شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق ) وهو كون الأولى حراً بالقيمة ( وهو الغرور ) أي سبب ثبوت هذا الحق هو الغرور وهما مشتركان فيـــه ( وهذا ) أي وجه اشتراكهما في هذا السبب ( لأنه ) أي لأن المكاتب ( مـــا رغب في نكاحها ) أي في نكاح تلك المرأة التي زعمت أنها حرة ( إلا لينال حريـــة أولاده ) وفي بعض النسخ حرية الأولاد .

ولهما أنه مولود بين رقيقين ، فيكون رقيقاً ، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق أو الحرية خالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة ، وهـــذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة

---

( ولهما ) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف ( أنه مولود بين رقيقين ) لأن أباه رقيق ما دام في الكتابة وأمه ظهرت رقبتها بثبوت الإستحقاق ( فيكون رقيقاً ) كما إذا كان عالمـــاً بحالها ( وهذا )توضيح لما قبله ( لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق) يعني لأن القياس اتباع الولد الأم في الرق والحرية لأنه جزؤها ( خالفنا هذا الأصل ) أي تركنا هذا القياس المذكور ( في الحر ) أي فيما إذا كان الرجل حراً ( بإجماع الصحابة ) « رض » فيه نظر لوجود الإختلاف من الصحابة على ما روى ابن أبي شيبـــة في مصنفه في البيوع ، حدثنا أبو بكر بن عباس عن مطوف [1] عن عامر عن علي رضى الله عنه في رجل اشترى جارية فولدت منه أولاداً ثم أقام رجل البينة أنها له قال ترد عليه وتقوم عليه ولدهـــا فيغرم الذي باعها ما غروها .

قال حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن أبي قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قوماً فغرتهم وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولاداً فوجدها أمـــة فقضى عمر رضى الله عنه بقيمة أولادها في كل مغرور غره ، حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن خلاس عن أمته أتت ناساً فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم أن سيدهـــا ظهر عليها يقضي عثمان رضي الله عنه أنهـــا وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه .

( وهذا ) أي ولد المكاتب ( ليس في معناه ) أي ليس في معنى ولد الحر ( لأن حق المولى هناك ) أي في مسألة الحر ( مجبور بقيمة ناجزة ) أي حالة أراد أن الحكم حريـــة الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال (وها هنا بقيمة متأخرة

---

(١) مطرف – هامش .

إلى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل فلا يلحق بــه . قال وإن وطىء المكاتب أمــة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ بــه في الكتابة وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق ، وكذلك المأذون له . ووجه الفرق أن في الفصل الاول

---

إلى ما بعد العتاق ) فكان المانع من الإلحاق به موجوداً وهـو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير ( فيبقى على الأصل ) وهو أن يكون الولد تابعاً لها ( فـلا يلحق بالمكاتب ) في هذا الحكم .

واعلم أن قوله لأن حق المولى هناك تجوز بقيمة ناجزة ... إلى آخره يدل على أن عند محمد «رح» أولاد المكاتب في الصورة المذكورة أحرار بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق ، وهكذا نص عليه في شرح الجامع الصغير وفي المبسوط خلاف هذا وهو أن قيمة الأولاد والمهر يجب في الحال لوجود الإذن من المولى .

( قال ) أي في الجامع الصغير (وإن وطىء المكاتب أمة على وجه الملك) يعني اشترى مكاتب أمة بشراء صحيح ووطئها ( بغير إذن المولى ) والباقيـة تتعلق بقوله وطىء ، وإنما قال بغير إذن المولى ليتبين به فائدة هذا الحكم في إذن المولى ، فلأن يؤاخذ به الإذن بالطريق الأولى. ألا ترى أنه يفارق هذا فيما إذا وجد الوطء في النكاح فإنــه لو كان مأذوناً بالنكاح فنكحها ووطئها يؤاخذ بمهرها في الحال. ولو لم يكن مأذوناً به لا يؤاخذ بالمهر في الحال بل يؤخر إلى ما بعد العتق ( ثم استحقها رجل فعليه العقر ) أي مهر المثل ( يؤخذ به في الكتابة ) في حال الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق ،

( وإن وطئها على وجه النكاح ) أي بغير إذن المولى بالنكاح ( لم يؤخذ بــه ) أي بالعقر ( حتى يعتق ، وكذلك المأذون له ) أي العبد المأذون له في التجارة سواء كان قناً أو مدبراً . حكمه كذلك .

( ووجه الفرق ) أي بين الوطء على وجــه الملك والوطء بالنكاح ( أن في الفصل

ظهر الدين في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها، لانه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر، أما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الإكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة. قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة، وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً والكتابة والإذن

---

الأول ) وهو الوطء على وجه الملك ( ظهر الدين في حق المولى ، لأن التجارة وتوابعها ) توابع التجارة كالإعارة والضيافة والهدية اليسيرة ، ولكن المراد هنا هو العقر فإنه من توابع التجارة لأنه لولا الشراء لما لزم العقر بل لزم الحد فصار وجوب العقر ملحقاً بدين التجارة ، لأنه من التوابع فيكون ( داخلة تحت الكتابة ) لأنه إنما ملك الشراء بسبب الكتابة ، فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء ، والشراء أوجب سقوط الحد ، وسقوط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجبت العقر ، وهو معنى قوله ( وهذا العقر ) أي الذي وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة ( من توابعها ) أي توابع الكتابة (لأنه) أي لأن الشأن ( لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني ) وهو الوطء بالنكاح(لأن النكاح ليس من الإكتساب في شيء فلاينتظمه الكتابة) أي فلا يشمله الكتابة ، فوجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والإكتساب فيتأخر إلى مابعد عتقه( كالكفالة ) يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به الحرمة، لأن الكتابة لا ينتظمها .

( قال وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة ) أي في حال الكتابة ( وكذلك العبد المأذون له لانه ) أي لان الشراء ( من باب التجارة ، فان التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً ، والكتابة والإذن

ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل ، فكان ظاهراً في حق المولى

## فصـــل

قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيـــار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لانهـــا تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بـــدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر ،

---

ينتظمانه ) أي الشراء ( بنوعيه ) وهما الصحيـح والفاسد ( كالتوكيل ) يعني إذا وكل وكيلا يتناول الصحيح والفاسد(فكان)أي العقر (ظاهراً في حق المولى)لوجود الإذن منه.

( فصل )

أي هذا فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب ، وأتى في الفصل لكونها نوعـاً من جنس مسائل الباب .

( قال وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له ) سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته ، لان للمولى في رقبتها حقيقة الملك ، وللمكاتب حق الملك فترجحت الحقيقة على الحق فيثبت من غير تصديق،بخلاف ما لو ادعى ولد أمة المكاتبة فان ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة ، لان للمولى حق الملك في اكتسابها دون حقيقته، فيحتاج إلى التصديق (لانها) أي لان الشأن ، وهذا إشارة إلى دليل التخير ( تلقتها ) أي المكاتبـــة . وفي بعض النسخ تلقاها ( جهتا حرية )أي جهتان الحرية،فبالإضافة سقط النون وارتفاعها بالفاعلية بقوله تلقتها ( عاجلة ببدل ) أي أحد الجهتين عاجل ببدل ، وهو المضي على الكتابـــة ( وآجلة بغير بدل ، ) أي الاخرى آجل بلا بدل ، وهو أن تعجز نفسهـا وتصير أم ولد فتعتق بعد موته ( فتخير بينهما ) أي إذا كان أمرها دائر بين الجهتين فتخير بينهما(ونسب ولدها ثابت من المولى ) سواء جاءت به لستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر ( وهـو حر ) أي الولد لا يعلم فيه خلاف .

لان المولى يملك الإعتاق في ولدها ومــــا له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة . وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ، ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ،

---

( لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها ) لأن الدعوة من المولى كالتحرير ، وإنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً ، فلأن يملك ذلك ضمناً للدعوة بالطريق الأولى ( ومــــاله ) بفتح اللام ، أي والذي له ( من الملك ) في الجارية ( يكفي لصحة الإستيلاد بالدعوة ) هذا في الحقيقة جواب عما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص ، فلا يصح دعوتــه ، فقال الذي له من ملك الرقبة فيها كان لصحـــــة الإستيلاد ، وإن لم يكن له ملك اليد ، وملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز اعتاق المولى مكاتبـــة دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبــه ، فلان يثبت من المولى أولى .

( وإذا مضت على الكتابة ) أراد أنها إذا اختارت الكتابة ومضت عليها ( أخذت العقر من مولاها ) أي مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ( لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ) أشار به إلى قوله في فصل الكتابة الفاسدة أنهـا صارت أخص بأجزائها .

( ثم إن مات المولى) يعني بعد مضيها على المكاتبة (عتقت بالإستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ) ولا خلاف فيه ، لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم تسلم بهـذه الجهة فلم يجب البدل .

فإن قلت كان الواجب أن لا يسقط ، لان الاكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة. قلت الكتابة تشبه المعاوضة ، فبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل ، ويشبه الشرط فبالنظر إليه يسقط ، ألا ترى أنه لو قال لإمرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقهـــا ثلاثاً تبطل ، فلما عتقت بالإستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين. وقلنا بسلامة الإكساب عملا بشبه المعاوضة . وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط .

وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدي منـــه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنهـــا جرياً على موجب الكتابة . فان لم تترك مالا فـلا سعاية على الولد لانه حر . ولو ولدت ولـــداً آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمـة وطئها عليـه ، فلو لم يـدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها . فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها ،

---

( وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدى منه مكاتبتها ) أي بدل كتابتهـا ( وما بقي ميراث لإبنها جرياً على موجب الكتابة ) وقال أحمد ما في يدها للسيد، وبه قال الشافعي في قول لبطلان الكتابة فيكون العتق باستيلاد فلا يكون ما في يدها للسيد ميراثا لإبنها. وقال مالك من كان معها في كتابتها من ورثتها يؤدي ما بقي من الكتابة ويرث من ذكرنا ممن كان في الكتابة على قسمة الميراث ، ولا يرث منها وارث آخر . قال ابن حزم هـذا قول لم يعرف من أحد وخلاف القرآن والسنة والمعقول .

( وإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد ، لانه حر . ولو ولدت ولداً آخـر لم يلزم المولى ) بالسكوت لانه بسبب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء . وهذا محرم وطئها ( إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليه ) وفي مبسوط شيخ الإسلام هذا إذا مضت على المكاتبة، أما لو عجزت بنفسها ولم تمض ثم ولدت فإنه يلزم المولى دون الدعوة لحل وطئها حينئذ .

( فلو لم يدع ) أي المولى نسب الولد الثاني ( وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لانه مكاتب تبعاً لها ) أي لان الولد الثاني دخل في كتابة امها ، وهذا تؤدي كتابتها على نجوم أمها ( فلو مات المولى بعد ذلك ) أي بعد المكاتبة ( عتق ) أي الولد الثاني (وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد) أي لان الولد بمنزلة أم الولد ( إذ هو ولدها تبعاً لها ) أي لانه ولدها ( فيتبعها ) فهي لا تسعى بعد موت السيد ، فكذا ولدها تبعاً لها .

قال وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية ، فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لان الغرض من إيجاب بدل العتق عند الاداء ، فاذا أعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه ، فسقط و بطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ، غير أنه تسلم

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا كاتب المولى أم ولده جاز ) والقياس أن لايجوز عند أبي حنيفة لعدم تقومها ، فكيف يؤخذ بمقالته بدل الكتابة ، لكن لو جوزه باعتبار أن عقد الكتابة ترد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد والمكاسب في المال والحرية في ثاني الحال ( لحاجة أم الولد إلى استعادة الحرية قبل موت المولى ) كحاجة غيرنا ( وذلك بالكتابة ) فكان جائزاً ( ولا تنافي بينهما ) أي بين الكتابة والإستيلاد ، وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال أحد ما يقتضى العتق ببدل والآخر بلا بدل ، والعتق الآخر لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، فقال لا تنافي بينهما ( لانه ) أي لان الشأن ( تلقتها جهتا حرية ) وهما حصول الحرية بالبدل معجلا ، وحصولها بلا بدل مؤجلا . وقال ، أي القاضي من أصحاب الشافعي لا يجوز كتابة أم الولد ، لان الشافعي قال إذا استولد المكاتبة صارت أم ولد بحالها ، وبه قال أحمد .

( فان مات المولى عتقت بالإستيلاد ) يعني إن مات المولى قبل أداءبدل الكتابة ولفظ القدوري « رح » وإذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة ، هكذا اثبته في شرح الاقطع قال الحاكم الشهيد في الكافي فان مات المولى قبل أن تؤدي عتقت ولا شيء عليها (لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لان الغرض من إيجاب بدل العتق عند الاداء ، فاذا أعتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه ) أي على المولى ( فسقط ) أي بدل الكتابة ( وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ) بالنسبة إلى البدل (غير انه تسلم

لها الأكساب والاولاد ، لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرهـــا ، والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبـــل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية .

---

لها الإكساب والاولاد ) أي يعتق الاولاد ويخلص لها الكسب .

قال تاج الشريعة أي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابـــة لا الاولاد التي ولدت من مولاها وهذا في الحقيقة لدفـــع شبهـــة ترد وهي أن استتباع الاولاد في الحرية والرقبة بالام إنما يكون ان لو كانت الاولاد متصلة بالام حالة الحرية والرقبة ، وها هنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها ، فكيف يعتق الأولاد بعتقها عند موته فأجاب عنها بهذا ، وقال عدم العتق للاولاد المنفصلة إنمـــا يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريقة التبعية ، وها هنا دخلت في كتابتها تبعاً لها ، فلذلك عتقوا بعتقهـــا وبطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل وتبقى في حقها في حق الأولاد والإكساب ، وإليه أشار بقوله .

( لأن الكتابة انفسخت في حق البدل ) أي في حق الأم في حق بدل الكتابـــة ( وبقيت ) أي الكتابة ( في حق الإكساب والأولاد لأن الفسخ لنظرها ) أي لأن فسخ الكتابة أي بطلانها لأجل نظرها ( والنظر فيما ذكرنا ) وهو سقوط الكتابة في حق البدل وبقاؤها في حق الأولاد والإكساب لأنه على تقدير انقاصها فيحق الأولاد والإكساب تصير الأولاد أرقاء لورثة المولى ، وكذا تصير الاكساب ملكاً لهم وله نظر لهم في ذلك . قيل في كلامه تعالى لأنه عملك البطلان بانتفاع بقاء الكتابة من غير فائدة ثم علله بالنظر لهـــا والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين . وأجيب بأن الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى .

( ولو أدت المكاتبة ) بنصب المكاتبة ، أي لو أدت أم الولد بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت بدل الكتابة (قبل موت المولى عتقت بالكتابة) لا بالإستيلاد (لأنها باقية)

قال وإن كاتب مدبرته جاز لمـــا ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرهـــا فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف « رح » تسعى في الأقل منها . وقال محمد « رح » تسعى في

---

أي لأن الكتابة باقية ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي لا يعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاضي .

( قال ) أي القدوري ( وإن كاتب مدبرته جاز ) ولا نعلم فيه خلافاً إلا ما روي عن الشافعي أن التدبير وصية ، والكتابة رجوع عنها ، وإنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد ، وإن كانت هذه الاحكام في المدبر أيضاً كذلك . وفي المبسوط وضعها في المدبر ( لما ذكرنا من الحاجـــة ) عند قوله لحاجتها إلى استعادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ( ولا تنافي ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال التدبير يقتضي الحرية بلا بدل ، والكتابة ببدل فبينهما منافاة فقال ولا تنافي بين الكتابة والتدبير ( إذ الحرية غير ثابتة ) في المدبرة ( وإنما الثابت مجرد الإستحقاق ) أي استحقاق الحرية لا حقيقتها فتوجهت إليها جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل ، فانتفى التنافي .

( فإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة ) أراد ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة ، لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة ، قيد بقوله ولا مال له لأنه لو كان له مال غيرها تخرج هي من الثلث يعتق ويسقط عنهـــا بدل الكتابة ، كما لو أعتقها ، ذكره في المبسوط ، وقد علم أن المـــدبر يعتق من الثلث عند أكثر أهل العلم إلا عند النخعي وداود ( وهذا عند أبي حنيفة ) أي هذا المذكور من الخيار بين السعي في ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة هو عند أبي حنيفة رحمه الله .

( وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منها ) أي من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة ولا تخير ( وقال محمد «رح» تسعى في الأقل من ثلثي القيمة وثلثي بدل الكتابة فالخلاف ) بين

الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار، أما الخيار ففرع تجزيء الإعتاق، والإعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقاً وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير، ومؤجلة بالكتابة فتتخير. وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير.

---

أصحابنا الثلاثة في موضعين ( في الخيار والمقدار ، وأبو يوسف «رح» مع أبي حنيفة «رح» في المقدار ، ومع محمد «رح» في نفي الخيار ، أما الخيار ففرع تجزيء الإعتاق والإعتاق عنده ) أي عند أبي حنيفة ( لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً ) لأنه لم يخرج من الثلث . وفي بعض النسخ بقي الثلثان رقيقاً ( وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين ) أحدهما ( معجلة بالتدبير ) والأخرى ( ومؤجلة بالكتابة فتخير ) على صيغة المجهول من المضارع لأن في التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقل المالين أعسر لكونه حالاً وان كان جنس المال متحداً .

( وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين ) وهما بدل الكتابة والقيمة ( فيختار الأقل لا محالة ) بفتح الميم لأن العاقل لا يختار إلا الأقل ( فلا معنى للتخيير ) لأنه لما بقي عليه بدل الكتابة حالاً ووجب عليها ثلث القيمة بالتدبير حالاً لم يكن التخيير مقيداً ، فيلزمه أقل المالين بلا خيار ، كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الاقل بلا خيار عندهم ، فكذا هنا .

فان قلت ينبغي أن يسعى في ثلثي قيمتها عندهما ، لان الإعتاق لما لم يتخير عندهما يعتق كلها بالتدبير يعتق بعضها ، وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها فحسب . قلت صحة كتابة المدبر للنظر لها وهو في أداء بدل الكتابة لاحتمال كونه نجاء الإختيار .

وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فهاهنا يسقط الثلث ، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة

---

( وأما المقدار فلمحمد «رح» انه قابل البدل بالكل ) أي أن المولى قابل كل الكتابة بكل الذات ، لانه أضاف العقد إلى ذاتها ، فقال كاتبتك على هذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيجب أن يسقط بقدر من ثلث البدل ، وبه قال مالك ( فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ) أي بمقابلة التدبير ، لانه سقط من الثلث ، فاذا أوجبنا البدل بمقابلة كله يكون خلفاً وهو باطل .

( ألا ترى ) توضيح لما قبله ( انه ) أي الشأن ( لو سلم لها الكل ) أي كل البدل ( بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهاهنا يسقط الثلث ) يعني فيما إذا لم يخرج من الثلث يسقط ( فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة ) يعني لو كاتب عبده أولاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه يسقط عنه ثلث البدل بالإتفاق ، وهي مسألة التي تلي هذه المسألة ، لانه عتق ثلثه بالتدبير ، ولهذا لو أدى كل البدل في حياته كله ، فلو كان ثلثه يستحق بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالاداء .

( ولهما ) أي لابي حنيفة وأبي يوسف ( أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ، وهذا ) أي بيان ذلك وتوضيحه ( لان البدل وإن قوبل بالكل ) أي لان بدل الكتابة وإن قوبل بكل ذات المدبرة ( صورة ) أي من حيث الصورة ، حيث قال كاتبتك فإنه مقابل بكل صورة ( وصيغة ) أي ومن حيث الصيغة أيضاً ، لان الخطاب عبارة عن كل الذات ( لكنه مقيد بما ذكرنا ) أي كل البدل مقيد بما ذكرنا ، وهو مقابلة بثلثي رقبتها ( معنى وإرادة ) أي من حيث المعنى والإرادة ، لان البدل قوبل بما يصح

لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً . والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته صار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميـع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة ، كذا ها هنا ،

---

مقابلته وما لا يصح فيما يصح ، فصح فيما يصح مقابلته ( لانها استحقت حريـة الثلث ظاهراً ) يعني بالتدبير ، ولكن الإستحقاق غير متقرر لجواز أن تموت قبل المولى، فاذا مات تقرر الاستحقاق فبطلت الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وهو الثلث .

( والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته ) فتمين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء .

فان قلت لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى ، لانه في مقابلة الثلثين لا الكل . قلت أما هذا لا يلزم على أبي يوسف «رح» لانه لا يقول يجزيء الإعتاق ، وأما على قول أبي حنيفة « رح » فالجواب ما مر إن حكمنا بصحة الكتابـة نظراً للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غـير حر ويغرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له .

( وصار هذا ) هذا الحكم ( كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقهـــا ثلاثاً على ألف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة ) أي إرادة المطلق ، لان الظاهر أنـه يدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لوقوع الطلقتين أولاً بلا مال ، ثم تطليقه ثلاثاً على ألف يدل على أن مراده مقابلة الالف بالواحدة الباقية .

فان قلت كيف تكون هذه المسألة المدبرة التي كوتبت ، لان وقوع الطلقتين هناك ظاهر ، فلاجل هذا جعل البدل بازاء ما بقي فللمدبرة حق العتق والملك كامل فيها، ولهذا حل وطؤها فيجوز أن يثبت بإزائه البدل . قلت قد سقطت مالية هذا الثلث ها هنا ، ولهذا لو أتلفها إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين ، فيكون البدل بأي الباقي ( كذا هنا) أي هذا الحكم في مسألة المدبرة التي كوتبت .

بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه ، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا ،قال وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي

---

( بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة ) جواب عما قاسه محمد بقوله وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة (وهي المسألة التي تليه) أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة هي تأتي تلو الحكم الذي فيه تأخير الكتابة عن التدبير ( لان البدل مقابل بالكل ، إذ لا إستحقاق عنده في شيء) أي عند عقد الكتابة ، فيكون البدل في مقابلة الكل ، فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة ( فافترقا ) أي افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير ، وحكم تأخرها ، فلم يصح قياس محمد على تقدمها .

( قال ) القدوري ( وإن دبر مكاتبته صح التدبير ) ولا يعلم فيه خلاف لانه يملك بتخير العتق فيه ، فيطلق التعليق بشرط الموت أيضاً ، وكذا الحكم في مدبر مكاتبة، لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة ( لما بينا ) إشارة إلى قوله تلقتها جهتا حرية ( ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ) وبه قالت الثلاثة ، لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة . وإذا عجزت نفسها كان كل ذلك على المولى ، فله أن يدفع عن نفسه ذلك .

وفي الذخيرة هذا الفصل اختلف المشايخ فيه ، وهو أن المكاتب إذا أراد تعجيز نفسه وقال المولى لا أعجزك هل تفسخ الكتابة ، قال محمد بن سلمة إذا أبى المولى ذلك التعجيز فله ذلك ولا تفسخ الكتابة بتعجيز ، قال أبو بكر البلخي هذا خلاف ما ذكره أصحابنا في كتبهم ، فانهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه .

( فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت

بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا تسعى في الأقل منها فالخلاف في هـــذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا ، أما المقدار فمتفق عليه ، ووجهه ما بينا . قال وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه وقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة ، لأنه مـــا التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد ، والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة

---

في ثلثى مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة « رح » وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف ) بين أصحابنا الثلاثة ( في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا ) أراد بهقوله أما الخيار ففرع يجزىء الإعتاق ... إلى آخره .

( أما المقدار ) وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة « رح »وكذا على قولهما ( فمتفق عليه ، ووجهه مابينا ) أشار به إلى قولهلان البدل مقابل بالكل إلى آخره ، هذا لهما ، أما محمد فانه لما مر على أصله لا يحتاج إلى فرق.

( قال ) أي القدوري (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه،وسقط بدل الكتابة لانه ) أي لان المكاتب ( ما التزمه إلا مقابلا بالعتق، وقد حصل له دونه) أي حصل له العتق بلا بدل الكتابة ( فلا يلزمه ) أي إذا حصل له العتق بلا بدل ، فلا يلزمه البدلبعده ( والكتابة وإن كانت لازمة ) جواب عن سؤال مقـــدر ، تقريره أن يقال الكتابة من جانب المولى فلا يقبل الفسخ ، فقال والكتابـة وإن كانت لازمة ( في جانب المولى ، والكنها تفسخ ) أي لكن عقد الكتابة . وفي بعض النسخ لكنها ، أي الكتابه تفسخ ( برضاء العبد ، والظاهر رضاه ) لان اللزوم كان لتعلق حقه ، فاذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه ، كما لو باعه المولى أو أجره برضاه ، والظاهر رضاه ( توسلا إلى عتقه بغير بدل ) لانه إذا رضي به ببدل فبلا يكون أرضى ( مع سلامة الاكساب له )

الإكساب له ، لأنا نبقي الكتابة في حقـــه . قال وإن كاتبه على الف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجله فهو جائز استحساناً . وفي القياس لا يجوز لأنـــه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ،

---

هذا جواب عن ماعسى أن يقال قد يكون راضياً ببدل نظراً إلى سلامة الاكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة بفضل بعد أداء البدل منها له جملة فقال الأكساب سالمة له .

( لأنا نبقي الكتابة في حقه ) أي في حق الأكساب ذكر الضمير على تأويل المكسوب أو المال . قال تاج الشريعة أي في حق الكسب أو المكاتب وقوله أو المكاتب لا وجـه له على مالا يخفى . وقال الكاكي ذكر هذا دفعاً لشبهة ترد على قوله مع سلامة الأكساب له وهي مايقال ينبغي أن لا تسلم له الأكساب، ويجب أن يكون للمولى كما قالت الأئمة الثلاثة، لأن الأكساب أكساب عبده، كما لو عجز نفسه وعاد إلى الرق، والأكساب في يده بجامع ان في كل منهما انفساخ الكتابة ، فأجاب عنها بقوله لأن تبقى الكتابـة في حق الأكساب نظر للمكاتب ، كما أن انفساخ تمثله للمكاتب بعد الإعتاق وفيه نظر ، لأن الرواية لم توجـد في كتب محمد ومن بعد من المتقدمين كالطحاوي والكرخي وأبي الليث وغيرهم ينبغي أن تكون الأكساب للمولى بعدما أعتقه كما يحزه بعد المكاتب .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً . وفي القياس لا يجوز ) وبه قال الشافعي ومالك . وفي الحلية وبه قال أبو يوسف وزفر ( لأنه اعتياض عن الأجل ) أي لأن هذا الصلح اعتياض عمـــا ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل غير مال ، وهـــو معنى قوله ( وهو ليس بمـــال والدين مال ، فكان ربا ) لأن الكتابة عقد معاوضة ، وهذا لا يجوز في عقـــد المعاوضة ، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك عين الربا . لا يقال هـــلا جعلت اسقاطاً لبعض الحق ليجوز ، لأن الاسقاط إنمـــا يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً .

ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا .

---

( ولهذا ) أي ولكونه ربا ( لا يجوز مثله ) أي مثل هذا الصلح ( في الحر ) بأن كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلاً لا يجوز وقد مر في الصلح ( ومكاتب الغير ) بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز .

( وجه الإستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به ) أي على أداء البدل إلا بالأجل ( فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به ) أي ببدل الكتابة ، فلو كان مالاً من كل وجه لصحت الكفالة به (فاعتدلا ) إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الاجل ومال الكتابة تحرير لأن الأجل مال من وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به ، وبدل الكتابة مال من وجه ، ألا ترى أنه لا يصلح نصاً بالزكاة والمكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئاً فصار كالحقوق التي ليست بمال ، ولهذا لا تصح الكفالة به ، فإذا كان مالاً من وجه والاجل أيضاً مال من وجه فاستويا ( فلا يكون ربا ) لوجود الإعتدال وهو المساواة ، وبه قال أحمد .

قيل فيه نظر من وجهين ، الاول : أن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك في الاجل غير متصور . الثاني : أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظاً ومعنى ، أما لفظاً فلان أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام ، وأما معنى فلانه قال الاجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فات الإعتدال ، إذ الدين مال من وجه ، وإن المراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل .

أجيب عن الاول أن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به ويحرز صحيح إذا كان ملاء من

ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ، والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين لأنـــه عقد من كل وجه فكان ربا ، والاجل فيه شبهة . قال وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال

---

كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به ها هنا انه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم. وعن الثاني بأن أعطى ضمن يعني اعتبر ومعناه اعتبر لاجل حكم المال ، فإن الشيء يجـــوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبراً فبين بأنه اعتبر له تلك الجهـــة تصحيحاً للقصد ونظراً للمكاتب .

( ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ) لأنه اسقاط باعتبار أنه فك الحجر ، ولعقد الكتابة شبه بالتعليق بالشرط ، لانه تعليق العتق بشرط الاداء ، فيكون من هذا الوجه يميناً ( والاجل ربا من وجه ) لأن حقيقة الربا يكون بين المالين والأجـــل ليس بمال (فيكون شبهة الشبهة) أي يكون كون الأجل ربا شبهة وقعت في شبهة العقد ، فشبهـــة الشبهة لا اعتبار لها ، والشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة .

فإن قلت لو كان عقد المكاتبة عقداً من وجه كما ذكرتم كان ينبغي أن يجوز بيـــع المولى من مكاتبـــه درهماً بدرهمين ، وذا لا يجوز ذكره في المبسوط . قلت المكاتب كالأجنبي من وجه فتجري بينهما صريح الربا بدون شبهة لما ذكرنا ، كـذا ذكره المحبوبي ( بخلاف العقد بين الحرين) جواب عن قوله ولهذا لا يجوز مثله في الحر ، تقريره لأن العقد بين الحرين ، أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوز ( لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والاجل فيه شبهة ) فاعتبرت ، فلذلك لم يصح .

( قال ) أي في الجامـــع الصغير ( وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ) أي والحال أن قيمة المكاتب ألف درهم ( ثم مات ) أي المولى ( ولا مال

له غيره ولم تجزىء الورثة فإنه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي إلى أجله ، لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها ،

---

له غيره ) أي والحال انه لا مال للمولى غير المكاتب ( ولم يجزىءالورثة ) أي التأجيل لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه ، إذ بتأجيل المال أخر حقهم ، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون إجازتهم ( فإنه ) أي المكاتب ( يؤدي ثلثي الألفين حالاً ) وهو ألف وثلثمائةوثلاثون درهماً وثلث درهم ( والباقي ) بنصب الياء يؤدي الباقي وهو ستمائة وست وستون وثلثا درهم ( إلى أجله ) أي على الذي عليه ( أو يرد رقيقاً ) أي أو يرد المكاتب إلى الحالة التي كان فيها رقيقاً ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) .

( وعند محمد « رح » يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي ) أي يؤدي الباقي ( إلى أجله ) الذي عينه ( لأن له ) أي للمريض ( أن يترك الزيادة ) أي على القيمة لأنه لم يتعلق بها حق الورثة ، ثم فسر ترك الزيادة على القيمة بقوله ( بأن يكاتبه على قيمته ) أي يكاتبه على قدر قيمته وهو الألف ( فله أن يؤخرها ) أي الزيادة ، لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى ، ألا ترى أنه يجوز له أن يكاتبه على قدر قيمته ، فالزيادة على قدر قيمته فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله ، وإنما يعتبر من ماله الألف ، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف ، ويصح في الزيادة .

قال صاحب العناية ولو قال لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل . قلت لما كان جواز ترك الزيادة على القيمة لعدم تعلق حق الورثة به فكذلك ترك ثلث الألف ، لانه لا حق لهم فيها ، وحقهم في الثلثين ، فمن فهم ذلك يلزم

فصار كما إذا خالع المريض امرأته على الف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل . لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليهـــا أحكام الابـدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكـذا بالبـدل ، والتأجيـل إسقاط معنى فيعتبر

---

فهم هذا فلا حاجة حينئذ إلى ما ادعاه من الأجنبية .

( فصار ) أي حكم هذا ( كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنـة لأن له أن يطلقها بغير بدل ) أراد انه لو خلع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة ولا مال له غيره ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال ، لانه لو تركه صح بأن يطلقها بـــلا بدل فصح تأجيله .

( لهما ) أي لابي حنيفة وأبي يوسف « رح »(أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها) أي على بدل الرقبة ، وفي بعض النسخ عليها . قال الكاكي «رح» أي على الزيادة. وقال الأترازي « رح » والتأنيث بتأويل العين التي كوتب عليها، وإنما قال هذا دفعاً لوهم من يقول إن الكتابة صلة لأنه بدل ما ليس بمال وهو فك الحجر ، فكان كالخلـع ، وكان قياس محمد « رح » صحيحاً فقال إن له حكم العوض ، ولهذا لو كان بدل الكتابـــة داراً يأخذها الشفيع ( أحكام الأبدال) من أخذ الحق بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحـــق الحبس في المطالبة ، فإن لو باع داراً قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين ، وكذا لو باعها المشتري مرابحة يبيعها بألفين ، ولو أدى المشتري ألفـــاً وماطل في الف للبائع أن يحبسه .

( وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ) لأن المبدل لما كان متقوماً كان حكم بدله حكمه ، فجميع المسمى متعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه ( والتأجيل إسقاط معنى ) أي إسقاط حق الورثـــة معنى ( فيعتبر ) أي

من ثلث الجميـــع ، بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هـــذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدّ ثلثي جميع الثمن حالا ، والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع ، وعنـــده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى.

---

التأجيل ( من ثلث الجميع ) أي جميع البدل ( بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابـــل المال ) لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالاً ( فلم يتعلق حق الورثة بالمبـــدل ، فلا يتعلق بالبدل ) أراد أن حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه غير مال ، فكذا لا يتعلق بالبدل . ( ونظير هـــذا ) أي نظير أصـــل المسألة المذكورة ( إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة ، وقيمتها ألف ثم مـــات ولم يجز الورثـــة ) أي التأجيل ( فعندهما ) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف « رح » ( يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حـــالاً ، والثلث إلى أجله ) أى أداء الثلث إلى أجله الذي عينه (وإلا) أى وإن لم ترض بذلك ( فانقض البيع وعنده ) أى عند محمد « رح » ( يعتبر الثلث بقـــدر القيمة لا فيما زاد عليه ) أى على الثلث ، فيقال له عنده عجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجل ( لمـــا بينا من المعنى ) أشار به إلى ما ذكر من الدليل من الطرفين .

والحاصل أن المكافأة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما، لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث أن الوارث يصير ممنوعاً عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعاً بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبـــة لجريان أحكام الابدال كما ذكرنا ، وعند محمد رحمـــه الله الأجل فيما زاد يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث .

قال وإن كاتبه على الف إلى سنة وقيمته الفـــان ولم يجز الورثة ، يقـــال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقاً في قولهم جميعاً لان المحاباة ها هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

---

( قال ) أى في الجامع الصغير رحمه الله ( وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجز الورثة ، يقال له أد ثلثي القيمة حالاً أو ترد رقيقاً في قولهم جميعاً ، لأن المحـاباة ها هنا في القدر ) وهو إسقاط ألف درهم ( والتأخير ) وهـــو تأجيل الألف الأخرى ( فاعتبر الثلث فيهما ) أى يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً،ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير والله أعلم .

* * *

# باب من يكاتب عن العبد

قال وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فـإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على اني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط ، وإذا قبل العبد صار مكاتباً لان الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ،

---

( باب من يكاتب عن العبد )

أى هذا باب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد وتأخيره عن تصرفات الاصيل ظاهر البرهان .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب ) أى يصير مكاتباً وقوله عـن عبد ، أى قبل الحر الاجنبي عقد الكتابة عن العبد فضولياً ، وقيد بالحر احترازاً عن المسألة التي تليها .

( وصورة المسألة ) أى المسألة المذكورة ( أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على انى إن أديت إليك الفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه ) اى بأداء الحر ، وذا يصح من غير قبول العبد ولا نعلم فيه خلاف ( بحكم الشرط ) لانه تعليق العتق بأداء الالف ( وإذا قبل العبد صار مكاتباً ) خلافاً للثلاثة ، فان عندهم يبطل العقد ولا يتوقف ( لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته ) أي على إجازة العبـد ( وقبوله إجازة ) لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة ، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه ، فيصير مكاتبـاً ، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك فقد عقده عليه فكذا إذا جاز بعد العقد .

ولو لم يقل على اني إن أديت إليك ألفـــاً فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لانـــه لا شرط والعقـد موقوف . وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائـــل فيصح في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الالف على العبد ، وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب . ولو أدى الحر البـــدل لا يرجع على العبد لانه متبرع

---

( ولو لم يقل على انى ) أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على (ان أديت إليك ألفاً فهو حر ) بل قال كاتبه على الف فقال فعلت عليه (فأدى) أي فأدى الحر الألف(لا يعتق قياساً ) وبه قالت الثلاثة ( لأنه لا شرط ) حتى يعتق بوجوده ( والعقـــد موقوف ) على إجازة العبد ، فإن أجاز جاز لما قلنا .

( وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبـــد الغائب في تعليق العتق ) أي في توقف العتق ( بأداء القائل فيصح ) أي العقد( في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد ) نظراً للعبد وتصحيحاً للعقد بقدر الإمكان .

فان قلت ما الفرق بينه وبين البيع ، فان بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيزفيما له وفيما عليه ، وهنا لا يتوقف فيما له قلت إن ما له ها هنا إسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه إلزام ، وهو يتوقف عليه .

( وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب ) أراد أن المسألة التي قال فيهـــا كاتب عبدك على الف ولم يقل على انى إن أديت إليك الفاً فهو حر هي صورة مسألة الجامع الصغير ، وأشار بهذا إلى أن شراح الجامع الصغير رحمهم الله اختلفوا في صورة المسألة فصورهـــا بعضهم بما ذكره بقوله وصورة المسألة أن يقول ... إلى آخره ، وصورها آخرون بماذكره في قوله ولو لم يقل على انى ... إلى آخره .

( ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع ) حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر في أدائــه وحل له أن يسترد ما أدى إلى المولى إن أداه بحكم الزمان يسترده ، لأن

قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقـــا ، ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني

---

ضمانه كان باطلا ، وصورته أن يقول كاتب عبدك على الف على إني ضامن يرجع عليه ، لأن ضمانه كان باطلا لأنه ضمن غير الواجب وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع ، فلو أدى البعض له أن يرجع ، سواء أدى بضمان أو غير ضمان ، ولكن لو أدى البعض بعد إجازة العبد لا يرجع ، لأن ثم حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة العبد عن بعض البدل ، هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد ، فلو أراد الرجوع بعد إجازة العبد ، فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا ، وإن أدى بغير الضمان لا يرجع سواء أدى الكل أو البعض ، هذا إذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على الف .

فان قال أعتقه بألف فهو على أربعة أوجه ، إما أن يقول أعتقه بألف ولم يزد عليه ، أو قال أعني بألف أو قال أعتقه بألف ، أو قال أعتقه عن نفسك بألف علي ، ففي الأول لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه . ولو أدى يسترد منه ، ولو استهلكه يضمنه . وفي الثاني يقع العتق عن الأمر ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله استحساناً اقتضاء . وفي الثالث لا يلزمه شيء من المال ، لأن الولاء يثبت للمأمور فهو المنتفع بملكه فلا يستوجب البدل على الأمر لأنه منفعة للزوج في إيقاع الطلاق ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله والصدر الشهيد ، وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» أن المال يلزم الأمـــر بالإعتاق ويقع العتق عنه ، لأن قوله على إيجاب ضمان على نفسه ، ولا حجة له إلا بعد وقوع العتق عنه . وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال وله أن يسترده إذا أداه إليه كما في قوله كل طعامك بعوض علي ، بخلاف قوله طلق امرأتك عن نفسك بألف علي حيث يلزمه الألف لما ذكرنا ، كذا في جامع شيخ الاسلام .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا كاتب العبد ) أي إذا كاتب المولى عبداً ( عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب ) بجر غائب لأنه لا صفة لقوله عبد آخـــر ( فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا ) أي الشاهد والغائب جميعاً ( ومعنى المسألة ) أراد شرح المسألة المذكورة المنقولة من الجامع الصغير ( أن يقول العبـــد كاتبني بألف درهم على

بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحساناً . وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليهـــا ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت دخل أولادهـــا في كتابتها تبعاً ، حتى عتقوا بأدائها . وليس عليهم من البدل شيء .

---

نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابـــة جائزة استحساناً . وفي القياس يصح ) أي الكتابة ( على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه ) كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فباعهما . وعند الثلاثة لا يصح في حق العبد الغائب

( وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيـــه أصلا والغائب تبعاً ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادهـــا في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها ، وليس عليهم من البدل شيء ) فاذا نفذ العقد فلا يتوقف على قبول الغائب شيء من بدل الكتابة ، ولا يعتبر رده الكتابـــة إجازة . ولو اكتسب شيئاً لا يأخذه المولى من يده وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح ، إذ ليس عليه شيء من البدل ، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا جميعاً ، كذا ذكره المحبوبي وغيره .

فان قيل ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها ، لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء ويعتق الأولاد ، إذ لا عتق لمـــولى الأم ، بخلاف العبد الغائب ، فانه مقصود بالكتابة من وجه ، حيث أضيف العقد إليهما مقصوداً ، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ، ولا يعتق العبـــد الغائب سقطت حصته من الكتابة ، ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هـــو تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ مما هو مقصود من وجـــه بلا توقف . فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها القياس ، وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت العقـــد

وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه يتفرد به الحاضر ، فله أن ياخذه بكل البدل ، لان البدل عليه لكونه أصيلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه . قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول ، أما الحاضر فلان البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية ولم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن

---

التبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أولاً تصحيحاً للعقد ونظر المكاتب ولاشتماله على المسامحة .

( وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجة ينفرد به الحاضر فله ) أي فللمولى (أن يأخذه) أي أن يأخذ العبد الحاضر ( بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصيلا فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء ، لأنه تبع فيه ) أي في العقد ، وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وأيهما أدى عتقا ) أي الشاهد والغائب ، قيل هذا تكرار ، لأنه قال في اول المسألة فان ادى الشاهد او الغائب عتقا . وأجيب بأنه إعادة تمهيداً لقوله ( ويجبر المولى على القبول ) وفي القياس لا يجبر في الغائب ، وبه قالت الثلاثة ، لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل ، ولكن الاستحسان ان يجبر عليه حتى يعتقا جميعاً بأداء الغائب ، لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به ، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر . وفي جامع المحبوبي الا انه يقبل منه المال حالاً ولا يمكنه من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب .

وأشار المصنف إلى وجه الاستحسان بقوله ( اما الحاضر فلان البدل عليه ، واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا ادى الدين ) بأن استعار إنسان من آخر شيئاً ليرهن ثم ادى المعير الدين ( يجبر المرتهن

على القبول لحاجة إلى استخلاص عينه و إن لم يكن الدين عليه. قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه، لأن الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه. قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء، والكتابة لازمة للشاهد، لأن الكتابة نافذة عليه

---

على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه) وفي بعض النسخ إلى استخلاص الرهن عنه (وإن لم يكن الدين عليه) اي على معير الرهن، فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه، لأنه محتاج الى استفادة الحرية.

(قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه، لأن الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر فيه[1]) أي من جهة الحاضر، بخلاف معير الرهن، فانه مضطر فيه.

فان قيل الغائب ها هنا معير الرهن مضطر، ولهذا يرجع على المستعير بما أدى، فكيف قال غير مضطر إليه. فالجواب أنه كهو في جواز الأداء من غير دين عليه لا في الاضطرار، فان الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل، وها هنا ليس كذلك، بل إنما هو بعوضية أن يحصل له الحرية، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً.

فان قلت حق الحرية حاصل بالكتابة فانه لو لم يؤده فكان مضطراً. قلت هو متوهم، وهو حق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به.

(قال وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا) أراد قوله لانه تبع فيه (فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء) يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر (والكتابه لازمة للشاهد، لأن الكتابة نافذة عليه) أراد بالشاهد العبد الحاضر، يعني أن الكتابة لزمت الحاضر قبل إجازة الغائب، فبعد إجازته لا يتغير ذلك، والأصل هذا لم يكن للمولى أن

---

(١) إليه – هامش.

من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغـــه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا . قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز ، وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويجبر المولى على القبول

---

يأخذ الغائب وإن قبل ( من غير قبول الغائب ، فلا يتغير بقبوله ) يعني أن الكتابة قبل القبول نافذة على الشاهد من غير وجوب البدل ، فلا يتغير بقبوله ، فليس للولى أن يأخذه بشيء من بدل الكتابة . ( كمن كفل من غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا ) أي حكم الغائب .

( قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن إبنين لها صغيرين فهـو جائز ) يعني إذا قبلت عقد الكتابة عن نفسها وعن ابنيها فالعقد جائز والحكم في العبد كذلك ، وليس في وضع المسألة في أمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض أن رواية الجامع من الفائدة ما ليس في مكاتب المبسوط فان هناك المسألة فمن كاتب عبـــداً عن نفسه وأولاده الصغار ، فلولا رواية الجامـع الصغير لكان لقائل أن يقول للاب على الصغير من الولاية ماليس للام، فرواية الجامع الصغير تبين أن ذلك كله سواء ، وفائدة وضع المسألة في الصغيرين وإن كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من الجواب بقوله وأيهـــم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون ، لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا الموضع إذا أدى أحـــد الإبنين ينبغي أن لا يعتق الإبن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية ، بخلاف الأمة وابنها ، فان أداء الأم كأداء إبنها بطريق أنها تستتبعه ، وكذلك أداءالابن كأداء أمه لدخوله في كتابتها تبعاً . أما أداء رهن الابن ليس كأداء أخيه لما انه لا تبعية بينهما، ولهذا وضـع هذه المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيـ هذهالفائدة، ولكن اختار في الجامع لفظ التثنية لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة.وقال تاج الشريعة إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً واستحساناً .

( وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها

ويعتقون ، لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي .

---

أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الاولى ) وهي كتابة العبد عـــن نفسه وعن العبـــد الغائب ، وذلك أن الام إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك لا رجوع .

فان قلت إذا أدى أحدهماينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . قلت إن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه . ولو أدت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدى أحدهما .

( وهي أولى بذلك من الأجنبي ) أي الأم أولى بذلك من الاجنبي . قال تاج الشريعة أي من العبد الاجنبي ، أي لما جاز هذا العقد في حق الاجنبي على مـــا ذكر في المسألة الاولى فأولى أن يجوز عند الام في حق ولدها ، لان ولدها أقرب إليها من الاجنبي .قال صاحب العناية لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنـــا قياس واستحسان ، لان الولد تابع لها ، بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم . قلت أشار بذلك إلى ما قاله تاج الشريعة بقوله إنما قيد الصغيرين ليجوز مطلقاً قياساً واستحساناً ، وقد ذكرناه آنفاً .

* * *

## باب كتابة العبد المشترك

قـــال وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة ، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة « رح » . وقـــالا هو مكاتب بينهما ، ومـا أدى فهو بينهما . وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده ، خلافاً لهما ، بمنزلة العتق ، لأنها تفيد الحرية من وجـــه فتقصر على نصيبه عنده

---

( باب كتابة العبد المشترك )

أي هذا باب في بيان أحكام العبد المشترك ، ولما كان الواحد قبل الاثنين قدم حكم كتابة الواحد ، ثم أعقبه بحكم كتابة الاثنين وما فوقها .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا كان العبد بين رجلين ) وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى ( أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه ) بأن قال كاتب نصيبك من العبد (بألف درهم ويقبض ) بنصب الضاد ، أي وأن يقبض ( بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله ) .

( وقالا هو مكاتب بينهما ) أي بين الشريكين ( وما أدى ) أي المكاتب من المـال (فهو بينهما) أي بين الشريكين ( وأصله ) أي أصل الاختلاف . وقال الكاكي أصل قوله فالمال للذي قبض ( أن الكتابة تتجزأ عنده ) أي عند أبي حنيفـــة ( خلافاً لهما بمنزلة الاعتاق ) أي بمنزلة تجزؤ الإعتاق عنده خلافاً لهما. ولما كانت لا تجزأ عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه صار كله مكاتباً على ما يجيء الآن ( لأنها ) أي لأن الكتابة ( تفيد الحرية من وجه ) لأنه يكون حراً من حيث اليد ( فتقتصر على نصيبـــه عنده ) أي فتقتصر

للتجزؤ . وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل

---

الكتابة على نصيب المكاتب بكسر التاء عند أبي حنيفة رحمه الله ( للتجزؤ ) أي لأجل تجزؤ الكتابة .

( وفائدة الإذن ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة في إذن أحدهما للاخر بالكتابة ، فقال وفائدة الإذن (أن لا يكون له) أي الشريك الذي لم يكاتب ( حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن، وإذنه له بقبض البدل) أي الشريك الذي لم يكاتب .

قال الكاكي إنما ذكر هذا، يعني قوله وفائدة الإذن لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق جواز كتابة نصيبه ، فإنه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع عند أبي حنيفة « رح » في نصيبه ، وعندهما في الكل ويثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق ، فلو لم يفسخ حق أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة ، وللساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من البدل ، لأنه عبد مشترك . قلت كيف يقول نفذت بالاجماع وفيه خلاف مالك والشافعي « رح » على ما نبين، فنقول أن إذن أحدهما الشريكين للآخر بالكتابة جازت، خلافاً لمالك والشافعي « رح » في قول ، وبغير الاذن أيضاً يجوز عندنا ، ولكن لصاحبه نقضه . وقال الشافعي ومالك لا يجوز . وقال أحمد والحسن وابن أبي ليلى يجوز بغير الاذن أيضاً ولا ينقضه صاحبه ، فإذا أدى العبد البدل ومثله للساكت يعتق .

فإن قيل الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال . ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ ، فمن أين الكتابة . أجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم يختص وهو ولاية الفسخ لمعنى توجيه ، وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة ، ويصرف الانسان في خالص حقه إنما يتنوع إذا لم يقصر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ، ولهذا ينفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضى، وانتفى المانع .

اذن للعبد بالأداء فيكون متبرعاً بنصيبه عليه ، فلهذا كان كل المقبوض له ،

---

وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وإن كان فيهما ضرر ، لكن المحل لا يقبل الفسخ ، أما الاعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين .

ثم اعلم أن هذا الذي ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين ، فأما إذا كاتبه الشريكان معاً كتابة واحدة يجوز ، وبه قالت الثلاثة ، فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه أو وهب له عتق . ثم المكاتب بالخيار بعد اعتاق أحدهما إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة ، والعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله وبين العتق والسعاية إن كان معسراً ، وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن المعتق إن كان موسراً ويسعى العبد من نصف قيمته إن كان معسراً ، وعند محمد « رح » يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من كتابته ، وكذا العبد يسعى في الأقل عند البدل ، أي بدل الكتابة .

( أذن للعبد بالأداء فيكون) أي الشريك الآذن (متبرعاً بنصيبه) من الكسب (عليه) قال صاحب العناية أي على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد ،أي فيكون الآذن متبرعاً بنصيبه على العبد . قلت فيه تعسف والضمير للعبد كما قال غيره من الشراح ( فلهذا ) أي فلاجل كون الشريك الآذن متبرعاً بنصيبه من الكسب ( كان كل المقبوض له ) أي للشريك الكاتب ، ثم إذا تبرع الآذن يقبض الشريك لم يرجع .

فإن قيل المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق كان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وسلامة المبيع للمشتري ، وكمن تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاز الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع ، لأن مقصوده سلامة البضع للزوج ولم يحصل وها هنا أيضاً مقصوده بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز .

وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزيء فهو أصيل في النصف وكيـــل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز . قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما

---

أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجـــه من حيث أن مقصـــود الأول قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبداً له من كل وجه ، والمولى لا يستوجب على عبـــده شيئاً ، بخلاف البائع أو الزوج ، لأن ذمتهما صالحـــة لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده . وفي الكاكي ليس للساكت أن يأخذ منه نصيبـه ، لأن الاذن له بقبض البدل إذن للمكاتب بالأداء والاذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله كرب الوديعه إذا أمر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل ، هكذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه لأنه تبرع ولم يتم .

ولو أذن وهو مريض وأدى من كسب بعض الكتابة صح من كل ماله ، لأن الكسب إذا لم يكن موجوداً حالة الاذن فالآذن لم يتبرع بشيء من مـــاله حتى يعتبر من الثلث ، وإنما يتبرع لمنافع العبد حيث اذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث ، لأن حق الورثة يتعلق بالأعيـــان لا بالمنافع ، وإن كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود الكسب وقت الاذن ، وتعلق حق الورثة .

( وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزيء فهو ) أي الشريك المكاتب ( أصيل في النصف ) الذي له ( وكيل في النصف ) الذي لشريكه ( فهو ) أي البدل ( بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز ) أي كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الاكساب فهي بينهما فكان المصنف مال إلى قولهما ، فلذلك أخره فافهم .

( قال ) أي في الجامع الصغير (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما

فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها ، وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة

---

فجاءت بولد فادعـاه ) أي فادعى الواطىء الولد وصحت دعوته وثبت النسب منه ( ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ) أي فادعى الواطىء الآخر الولد وصحت دعوتـه وثبت النسب منه كما في المدبرة المشتركة فإنه يقتصر امية الولد فيها على نصيبه بالاجماع ( ثم عجزت فهي أم ولد للاول ) أي الجارية كلهـا تصير أم ولد للواطىء الأول بطريق التبيين .

( لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها ) أي في نصيبه وفي بعض النسخ فيها أي في الجارية ( وصار نصيبه أم ولد له ) بنـاء على أن الاستيلاد في المكاتبة يتجزأ عند أبي حنيفة « رح »،لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه ، وهذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله ( لأن المكاتبة لا تقبل النقـل من ملك إلى ملك ) بسائر الأسباب ، فكذا بالاستيلاد ( فتقتصر امومية الولد على نصيبه )أي إذا كان الأمر كذلك يقتصر كون الجاريـة أم ولد على نصيب الواطىء الأول ( كما في المدبرة المشتركة ) بأن استولدها أحدهما فإنه تقتصر أمومية الولد على نصيبه بالاجماع فيتحرى الاستيلاد بالاتفاق والمشتركة الجامع أن كلا من الكتابـة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك .

فإن قلت التدبير لا يقبل الفسخ والكتابة تقبل فجاز أن يكون الاقتصار على النصف في المدبرة لعدم قبول التدبير للانفساخ . قلت الاقتصار لعدم قبول التدبير الانتقال من ملك إلى ملك على أنا نقول الكتابة لازمة في حق المولى أيضاً .

فإن قلت جاز أن تنفسخ الكتابـة بعجزها . قلت جاز أن ينفسخ التدبير الاقتصار أيضاً بقضاء القاضي .

ولو ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها ام ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال ، ووطؤه سابق ، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ، لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ، ويكون ابنه ، لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب

---

( وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ) قيد بقوله ظاهر ، لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فان ملكه باقياً ، وأما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها ( ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول ، لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ) فتصير أم ولد من ذلك الوقت ، لأن السبب هو الوطء فصار كما إذا سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد .

( ويضمن لشريكه نصف قيمتها ) أي نصف قيمة الجارية ( لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها ) أي ويضمن أيضاً نصف عقر الجارية ( لوطئه جارية مشتركة ) أي لأجل وطئه الجارية المشتركة ( ويضمن شريكه ) أي شريك الثاني ( كمال العقر ) أي عقر الجارية ، فيكون النصف بالنصف قصاصاً ، ويبقى للاول على الثاني نصف العقر ( وقيمة الولد ) أي ويضمن أيضاً قيمة الولد ( ويكون ) اى الولد ( ابنه ) بالنظر الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة كما بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه ، أي ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه بالقيمة ( لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً ) لأن وطئها على حسبان ان نصفها ملكه ، وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين ان لا ملك له ، فصار كالمغرور ( وولد المغرور ثابت النسب

منه حر بالقيمة على ما عرف ،لكنه وطىء أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر ، وأيهما دفـــع العقر إلى المكاتبة جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها . وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهـــذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة « رح » . وقال أبو يوسف ومحمد « رح »

---

منه حر بالقيمة على ما عرف ) في موضعه في باب الاستيلاد ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر ،أشار إليه بقوله (لكنه وطىء ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر).

فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمـــة الولد للاول عند أبي حنيفـة ، لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ، ولا قيمة لأم الولد عنده ، فكذا لابنها . أجيب بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد . قيل هذا ليس بشيء، والجواب الصحيح أن عند أبي حنيفة روايتان في تقوم أم الولد،فيكون الولد متقوماً على أحدهما، فكان حراً بالقيمة . وقيل عدم تقومها ليس على الإطلاق ، بل متقوم في الجملة فإنـــه لو كاتب أم ولده جاز بالاتفاق وفيه نظر، لأن جواز كتابتها لا يدل عند تقومها لاحتمال أن تنعقد الكتابة في حقها بمعنى التعليق لا المعاوضة .

وأجيب بأنه لا يسلم انعقادها تعليقاً بدليل ردها إلى الرق عند العجز ويبطل الكتابة، ولا يمكن إبطال التعليق بوجه . قيل إبطاله عند العجز لفوات وصف الشرط وهو أن يؤدي كل شهر كذا ، وعند العجز فات هذا الوصف . وأجيب بأنـــه لو كان كذلك لم يكن إبقاء عند الكتابة إذا لم يطلب المولى ورده إلى الرق . ولـما صح إبطاله يطلب إلى المولى عند العجز وبقاء عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقاً .

(وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة ) يعني قبل العجز (جاز،لأن الكتابةمادامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها ) بفتح الهمزة جمع بدل ( وإذا عجزت ترده )أي العقر ( إلى المولى لظهور اختصاصه) أي اختصاص المولى به ( وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» هي أم ولد للاول ) وهي مكاتبة له تعتق بأداء البدل إلى الأول .

هي أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر ، لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه . بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه ابطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً .

---

( ولا يجوز وطء الآخر ) أي الثاني من الشريكين ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لما ادعى الأول الولد صارت أم ولد للاول ، لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن ) لان الاستيلاد وطلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ ، ولكن كذا مايثبت به ، ولهذا لا يكمل في القنة بالإجماع ( وقد أمكن ) أي تكميل الاستيلاد هاهنا ( بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ ) تكميلا للاستيلاد ( فيما لا تتضرر به المكاتبة ) وهو أمومية الولد لانه لا ضرر لها فيها، بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلا للابتدال بالبيع والهبة، ويعتق مجاناً بعد موت المولى ( وتبقى الكتابة فيما وراءه ) ما لا يتضرر وهو كونها أحق في أكسابها وأكساب ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه .

( بخلاف التدبير ) جواب عن قياس أبي حنيفة المنازع فيه على المدبرة المشتركة . وتقريره أن المدبر خلاف ذلك ( لانه لا يقبل الفسخ ) يعني إلا إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمله ، ويقتصر على نصيب المستولد لانه لا يمكن تكميلها ، إذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعاً للنقل من ملك إلى ملك ( وبخلاف بيع المكاتب ) هذا جواب عن سؤال يرد على المدبرة بأن قيل هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما إذا باع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاد فقال ( لانه في تجويزه ) أي البيع ( إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ) ولو أبطلناها يتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ، وقيل يجوز أن يكون قوله وبخلاف بيع المكاتب بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه ، فإن البيع لا يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت .

وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني واطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسبة الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر، لأن الواطيء لا يعرى عن أحد الغرامتين .

وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر بـــه المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة ، فـــلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه

---

( وإذا صارت كلها أم ولد له ) أي للاول ، هذا كلام متصل بقوله صارت كلها أم ولد للاول يعني لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له ( فالثاني وطيء أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ) وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة . أو انها تبقى مكاتبة فيما يتضرر به بالإجماع ولا حد على واطيء مكاتبته ( ويلزمه جميع العقر ، لأن الواطيء لا يعرى عن إحدى الغرامتين ) وهما الحد والعقر .

( وإذا بقيت الكتابة ) متصلة بقوله وتبقى الكتابة فيما وراء ما لا يتضرر ( وصارت كلها مكاتبة له ) أي للأول ( قيل ) هذا أجزأ إذا بقيت ، وقائله الأتريدي ( يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ) لأن الكتابـــة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ( ولا يتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل ) وهو قول عامة المشايخ ( يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حـــق التملك ضرورة ) أي لضرورة تكميل الاستيلاد ( فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل) لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد الأول كما كان .

( وفي إبقائه ) أي إبقاء عقد الكتابة قيل يجوز أن يكون هـــذا جواباً عما يقال

في حقه نظر للمولى . وإن كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بابدال منافعها . ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا . قال ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف « رح » نصف قيمتها مكاتبة ، لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسراً كان او معسراً لأنه ضمان التملك ، وفي قول محمد « رح » يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البدل على

---

الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ . ووجهه ان في إبقاء عقد الكتابة ( في حقه ) أي في حق نصف البدل ( نظر للمولى ) المستولد (وإن كان لاتتضرر المكاتبة بسقوطه ) أي بسقوط البدل فرجحنا جانب المولى ، لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ ( والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه ) أي اختصاص المولى الأول المستولد ( على ما بينا ) أي في تعليل أبي حنيفة .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ويضمن الأول لشريكه فيقياسقول أبي يوسف ) في اعتاق المكاتب بين اثنين ، فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتباً. فكذلك هنا يضمن ( نصف قيمتها مكاتبة ) أي حال كونها مكاتبة ( لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه ) أي النصف سواء ( موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التمليك) وهو لا يختلف باليسار والإعسار .

( وفي قول محمد « رح » يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ، لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البدل على

اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما . قال وإن كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة « رح ، فلأنه العجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف [1] ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال وهي أم ولد للأول ، فإنـــه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لانـــه تملك

---

اعتبار الأداء فللتردد بينهما ) أي بين الاعتبارين ( يجب أقلها ) لانه متيقن .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ) أي بعدمـا استولدها الأول (ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز ) فانفسخت الكتابـــة قبل التدبير ، فلا يصح تدبيره .

( وأما عند أبي حنيفة فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنـه ) أي التدبير ( مصادف في ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك ) أي غير المدبر في التدبير يعتمد الملك ظاهر الملك ، فلا يصح بدونه ( بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور ) لا الملك يعني يثبت النسب بمجرد الغرور كما لو اشترى قنة فاستولدها فاستحقت لم يبطـــل النسب ، وكان الولد حراً بالقيمة ، فكذا ها هنا ( على ما مر ) أشار به إلى قوله ويكون ابنه ، لانه بمنزلة المغرور .

( قال وهي أم ولد للاول) أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الاول ثم عجزت أم ولد للاول ( فانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على مـا بينا ) يعني في تعليل أبي حنيفة «رح» ، وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للاول ، لانه زال المانع من الانتقال ( ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لانـــه

---

(١) يصادف – هامش .

نصفها بالإستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لانه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعاً ووجهه ما بينا . قال وإن كانا كاتباها ثم أعتقهـــا أحدهما وهو موسراً ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة . وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنهـــا لم تزل قنة . والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها

---

تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للاول لانـــه صحت دعوته لقيام المصحح ) وهو الملك في المكاتبة ( وهذا قولهم جميعاً ) وإن الاختلاف مع بقاء الكتابة ، وها هنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك المدبر فيها فلا يصح تدبيره (ووجهه ما بينا ) أي في تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفاً من قوله وتبين أن الجارية ... إلى آخره. وأما طرفيهما قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولد له ... إلى آخره .

(قال)أي في الجامع الصغير ( وإن كانا كاتباها ) أي الجارية ( ثم أعتقها أحدهما وهو موسراً ) أي والحال أنه موسر غني ، أي الجارية ثم أعتقها ( ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ) أي قيمة الجارية ( ويرجع بذلك ) وفي بعض النسخ يرجع بـــه ( عليها عند أبي حنيفة « رح » . وقالا لا يرجع عليها لانها لمـــا عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه ) أي في اعتاق أحد الشريكين القن ( على الخلاف في الرجوع ) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجـــع على العبد ، وعندهما لا يرجع .

( وفي الخيارات ) فعند أبي حنيفة الساكت مخير بـــين الخيارات الثلاث ، إن شاء أعتق ،وإن شاء استسعى في العبد،وإن شاء ضمن لشريكه قيمة نصيبه. وعندهما ليس إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ( وغيرها ) أي وغير الخيارات وهو الولاءوتريد الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن

كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك ، وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمته نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والإعسار . قال وإن كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم أعتقه

---

ضمن المعتق فالولاء بينهما ، وإن ضمن العتق فالولاء للمعتق،وعندهما للمعتق في الوجهين جميعاً والى ترديد الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت، وإن كان معسراً يسعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة يراه ( كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في العتاق ) في باب العبد يعتق بعضه هذا كله إذا عجز .

( فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة « رح » ، لأن الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه، لأنها مكاتبة قبل ذلك ) إن معتق البعض عنده كالمكاتب ، وهنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة ، فلا يصير مكاتباً بالاعتاق، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه بجعل مكاتباً بعد العجز ، فلهذا تقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز .

( وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتباً ان كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً ، لأنه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والإعسار ) أي يختلف الضمان بيسار المعتق واعساره .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه

الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبراً وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعي العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه ، لانه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً ، لان الاعتاق صادف المدبر .

---

الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً ، وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ) هذا ظاهر ، وإن عكس المسألة أشار إليه بقوله ( وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة . ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده ، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه ، لكن يفسد به ) أي بالتدبير ( نصيب الآخر ) لسد باب النقل عليه ( فيثبت له خيرة الاعتاق ) أي فيثبت له الخيار ( والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ) أي مذهب أبي حنيفة .

( فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به ) أي بالاعتاق (نصيب شريكه) لسد باب الاستخدام عليه ( فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه) أي مذهب أبي حنيفة ( ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً ) أي حال كونه مدبراً ( لأن الاعتاق صادف المدبر ) فيعتبر قيمته مدبراً .

ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والاعتاق وتوابعه . والفائت البيع فيسقط الثلث . وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء ، لان المدبر يعتق ويستسعى .

---

( ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع أنواع ثلاثة البيع ) أي أحدها ( وأشباهه ) أي أشباه البيع في كونه خروجاً عن البيع كالهبة والصدقة والإرث والوصية ، لأن في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع ( والاستخدام ) أي النوع الثاني الاستخدام (وأمثاله) أي أمثال الاستخدام نحو الإجارة والإعارة والوطء ( والإعتاق ) أي النوع الثالث الاعتاق ( وتوابعه ) أي توابع الاعتاق كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال ، لأن كل واحد منها يؤول إلى الحرية كالاعتاق ( والفائت البيع ) أي الفائت من هذه الأنواع في المدبر النوع الذي هو البيع ، يعني جوازه ( فيسقط الثلث ) .

( وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لأنه ) أي لأن المدبر ( لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق ) فإنه يضمنه ولا يتملكه، فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك ( وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث ) أي خيار الاعتاق والتضمين والاستسعاء (عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » (فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين ) لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئاً للعتق عن الضمان ، لأن تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فات ذلك بالتدبير ، بخلاف الأول فهاهنا نصيبه كان مدبراً حين أعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه ، كذا ذكره المحبوبي ( وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى ) .

وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً ، لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً ، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما .

---

( وقال أبو يوسف ومحمد « رح » إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قناً ) أي حال كونه قناً ( لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الاعتاق لا يتجزأ فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده) أي التدبير يعتمد الملك (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً و يسعى العبد في ذلك) أي في النصف ( إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ) .

* * *

# باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قـــال وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحـاكـم في حاله ، فإن كان له دين يقضيه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين .

---

( باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى )

أي هذا باب في بيان أحكام الكتابـــة عند موت المكاتب وعند عجزه عن أداء مال الكتابة وعند موت المولى وتأخير هذه الأحكام ظاهر التناسب ، لأن المـــوت والعجز بعد العتق .

( قال ) أي القدوري ( وإذا عجز المكاتب عن نجم ) النجم هو الطالع ، ثم سمي به الوقت المضروب ، ومنه قول الشافعي أقل التأجيل نجمان ، أي شهران ، ثم سمي به ما يؤدى الوظيفة ومنه حديث عمر رضي الله عنه أنه حط من مكاتب أول نجم حل عليه ، أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ، ومنه قولهم نجم الدية ، أي اداءها نجومـــاً ، والمعنى هنا إذا عجز عن وظيفة من وظائف بدل الكتابه ( نظر الحاكم في حاله ، فان كان له دين يقبضه ) أي يطلبه ويقبضه ( أو مال يقدم عليه ) يعني يأتي من وجـه من المؤجر ( لم يعجل ) أي القاضي ( بتعجيزه ) المصدر مضاف إلى مفعوله . وطرأ ذكر الفاعـــل بتعجيز القاضي إياه ، ويجوز أن يكون مضافاً إلى فاعله وطوى ذكر المفعول ( وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين ) أي جانب المولى وجانب المكاتب .

وقال الشافعي وأحمد فان كان له مال عند غائب مسافة السفر لم يلزم التأخير لطول المدة ، وإن كان ما دونها لزمه التأخير إلى أن يحضره ودينه على إنسان إن كان حـالاً ، ومن عليه يلي وجب التأخير إلى استيفائه ، كما لو كانت له وديعة عند غيره وإن كان

والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه ، فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي « رض » إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

---

مؤجلاً أو على معسر فلا يجب التأخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التأخير إلى بيعه . وفي شرح الوجيز مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام ولا يلزم أكثر من ذلك ، وعند مالك إذا عجز نجم يفسخ الكتابة بعد أن يتلوم الأيام وتجتهد في مدة التلوم فيمن يرجى له دون من لا يرجى ، كذا في الجواهر .

( والثلاث ) أي ثلاثة أيام ( هي المدة التي ضربت لابلاء الأعذار ) أي لاظهارها ( كامهال الخصم للدفع ) أي لأجل دفعه المدعي لأن المراد من الخصم هو المدعى عليه ، والألف واللام فيه بدل من المضاف إليه ، وصورته أن يتوجه عليه الحكم وقال لي بنية حاضرة يؤخر يوماً أو يومين أو ثلاثة ( والمديون للقضاء ) بالجر عطفاً على كإمهال ، أي كإمهال المديون لأجل قضاء الدين ، صورته ادعى عليه رجل مالاً وأثبته فقال أمهلني يوماً أو يومين أو ثلاثة لأدفعه إليك فإنه يمهل إلى ثلاثة ولا يزاد ، وجعلوا التقدير من باب التعجيل دون التأخير . والأصل فيه قصة موسى مع الخضر صلوات الله عليهما وسلامه حيث قال في الكرة الثالثة ﴿ هذا فراق بيني وبينك ﴾ الكهف ، وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام ونظائره كثيرة ( فلا يزاد عليه ) أي على ما ذكر من المدة .

( فإن لم يكن له وجه ) أي جهة يتحصل منها المال ( وطلب المولى تعجيزه عجزه ) أي القاضي ( وفسخ الكتابة ، وهذا ) أي الذي ذكرنا (عند أبي حنيفة ومحمد « ر ح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق ) رواه ابن أبي شيبه في مصنفه في البيوع حدثنا عباد ابن العوام عن حجاج عن حصين الحارثي « ر ح » عن علي رضي الله عنه قال في إذا تتابع

علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهـــال مدة استيسارآ وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان . ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحـــد يكون أعجز عن

---

على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد في الرق ، رواه البيهقي في سننه من حديث الحارث عن علي رضي الله عنه ( علقه بهذا الشرط ) أي علقه علي رضي الله عنه بهـــذا الشرط ، والمعلق بالشرط معدوم قبله ، وهذا لا يعرف قياساً ، فكان كالمروى عنه ﷺ ، وبه قال أحمد وابن أبي ليلى وابن عتبة والحسن رحمه الله . وقيل هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض ، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط. والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين فانت طالق .

( ولأنه ) أى ولأن عقد الكتابة ( عقد ارفاق ) أى رفق مبناه على المسامحة ( حتى كان أحسنه موجلة ) أى أحسن عقد الكتابة مؤجله ، أراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالة ، وإن كانت الحالة جائزة عندنا ، وبه قال مالك «رح». وعند الشافعي وأحمد « رح » لا زمان ( وحالة الوجوب بعد حلول نجم ) أى حالة وجوب الأداء ، يعني إذا تم النجم الأول صار المال حالاً والعجز عن البدل في الحال لا يثبت الفسخ إلا بعـــد تأجيل مدة أخرى ( فلا بد من امهـــال مدة استيساراً ) يعني تمكيناً للعبد من الأداء أذيل العذرة .

( وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ) أى حق الآجال مجتمع عليه العاقدان وهو النجم الثاني فإذا مضى الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان .

( ولهما ) أى لأبي حنيفة ومحمد رحمه الله ( أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا ) أي كون العجز سبباً

أداء نجمين ، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه. بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لا بد منها لامكان الأداء فلم يكن تأخيراً ، والآثار متعارضة ، فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الإحتجاج بها

---

للفسخ ( لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً به دونه ) أى فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضياً لبقاء الكتابة بدون ذلك النجم الذى شرط أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضياً به بدونه على اختلاف الروايتين ، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبدل المولى به ويحتاج إلى قضاء القاضي ، فيه روايتان .

( بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لا بد منها لا مكان الأداء فلم يكن تأخيراً ) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان مقصوداً لمولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغي أن يتمكن عن الفسخ من غير امهال ، فأجاب بخلاف اليومين ... إلى آخره .

( والآثار متعارضة ) جواب عما استدل به أبو يوسف بأثر علي رضي الله عنه ، فبين ذلك بقوله ( فإن المروي عن ابن عمر رضي الله عنه أن مكاتبة عجزت عن نجم فردها ) فهذا يعارض أثر علي رضي الله عنه ( فسقط الاحتجاج بها ) أى بالآثار للتعارض ، فإن الأثرين إذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا ، فيصار إلى ما بعدهما من الحجة ، فبقي ما قالاه من الدليل بقوله إن سبب الفسخ متحقق سالماً عن المعارض . قلت هذا الذى ذكره الشراح كلهم وفيه نظر ، لأن الأثر الذي نسبه المصنف إلى ابن عمر يصح على هذا الوجه ولا أخرجه أحد من أصحاب الآثار ، وإنما المنقولة عنه مارواه ابن أبي شيبة في مصنفه بما رواه وكيع وابن أبي زائدة عن ابان بن عبد الله البلخي عن عطاء أن ابن عمر رضي الله عنهما كاتب غلاماً على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق ، والأثر الذى استدل به أبو يوسف ثابت فكيف يقع التعارض بين ما ثبت وبين ما لم يثبت ، والآفة في مثل هذا الموضع من التقليد .

قال فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر أولى . ولو لم يرضى به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء والرضاء كالرد بالعيب بعد القبض .

قال وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق

---

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فإن أخل بنجم ) المراد بالإخلال بمركزه إذا ترك موضعه الذي عليه الأمير . وقال تاج الشريعة خل الرجل افتقر وذهب ماله ، وكذلك أخل به ( عند غير السلطان ) أي عند غير القاضي والقاضي يطلق عليه السلطان ، وكذا على كل من له حكم حتى أن الرجل سلطان في بيته ، والسلطان في الاصل إسم للحجة ثم اطلق على الحاكم بطريق قولهم للرجل العادل عدل ( فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ، لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر اولى به ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لانه عقد لازم ) من جهة المولى لا يقدر على الانفراد (تام) يعني ليس فيه شرط خيار .

( فلا بد من القضاء والرضاء كالرد بالعيب بعد القبض) يعني إذا وجد المشترى بالبيع عيباً بعد القبض فانه لا ينفرد بالفسخ ، فكذا هذا ، وبه قال مالك والشافعي في قوله وفيه رواية أخرى ذكرها في الذخيرة ان هذا عيب يمكن قبل أداء الكتابة فينفرد بالفسخ بدون القضاء ، كما لو وجد المشترى عيباً قبل القبض وبه قال الشافعي في قول وأحمد .

( قال ) أي القدوري ( وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق ) قال الاترازي وقوله عجز وقع في الفسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي ، وكذلك إن كان وقع أيضاً . وعندي الوجه فيه أن يقال بلفظ المبني للمفعول من مزيد الثلاثي ، لان بمجرد العجز لا تنفسخ الكتابة ولا يعود المكاتب إلى الرق ، بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء أو الرضى ، ألا ترى إلى ما قال في أول الكتاب وإذا عجز المكاتب لم يعجل الحاكم تعجيزه. وقال أيضاً فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه إن طلب المولى من الحاكم

لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه قد زال التوقف. قـــال فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده ، وهـــذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ،

---

تعجيز المكاتب عجزه الحاكم ، ويدل على هذا ما قال الشيخ أبو نصر في شرحه في التعليل بقوله ذلك لأن في تعجيزه فسخ الكتابة .

قلت لا يحتاج تطويل عظيم بل الأوجه عجز على بناء الفاعل من الثلاثي ، لأن هـــذا الكلام مترتب على ثبوت العجز قبل هذا فكان هذا مطاوع لذلك الفعل المتعدي ، أعني التعجيز السابق ، فكان قائلا يقول إذا عجز المكاتب بحكم الحاكم أو برضاه كيف يكون حكمه ، فقال وإذا عجز عاد إلى الرق فافهم .

( لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر انه كسب عبده ، وهذا) أي وجه الظهور ( لأنه ) أي لأن الكسب (كان موقوفاً عليه أوعلى مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه ( وقد زال التوقف ) بالعجز .

( قال ) أي القدوري (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ماعليه) أي من بدل الكتابة (من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي) من ماله بعد أداء بدل الكتابة ( فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده ) أي المولودون في الكتابـة ، وكذا المشترون فيها ( وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ) قول علي رضي الله عنه أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو الاحوص عن سماك عن قابوس بن أبـي المحارق رحمه الله عن ابنه قال بعث علي محمد بن أبي بكر رضي الله عنه على مصر فكتب إليه يسأله عن مكاتب مات وترك مالاً وولداً، فكتب إليه إن كان ترك مكاتبـه يدعى مواليه فيستوفون، وما بقي كان ميراثاً لولده . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري واسرائيل عن سماك مثل ذلك .

وبه أخذ علماؤنا . وقال الشافعي « رح » تبطل الكتابة ويموت عبداً وما ترك لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت « رض » ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده

---

فإن قلت أخرج البيهقي في سننه من طريق الشافعي « رح » انا عبد الله بن الحارث عن ابن جريج قلت لعطاء المكاتب يموت وله ولد أحرار ويدعي أكثر مما بقي عليه من كتابته ، قال يقضى عنه ما بقي وما فضل فلبنيه . قلت ابلغك هذا عن أحد ، قال زعموا أن علياً كان يقضي به وقال الشافعي « رح » لا أدري أثبت عنه أم لا . قلت هذا ثابت عن علي كما ذكرناه والحسن . وقال مالك نحواً من ذلك . وقال ابن حزم وبه يقول معبد والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة والحسن بن حي وإسحاق بن راهوية . وأما قول ابن مسعود فرواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبة ولورثته ما بقي .

( وبه ) أى بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهم (أخذ علماؤنا ، وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت) أى المكاتب ( عبداً وما ترك لمولاه ) وبه قال أحمد وقتادة وأبو سليمان وعمر بن عبد العزيز . وقال الاترازى وبه قال النخعي والشعبي . قلت قد ذكرناه عن ابن حزم آنفاً انه ذكر النخعي والشعبي فيمن قال بقولنا ( وإمامه ) أى إمام الشافعي ( في ذلك ) أى فيما ذهب اليه ( زيد بن ثابت رضي الله عنه ) رواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان زيد يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث .

( ولان المقصود من الكتابة ) هذا استدلال بالمعقول ، تقريره ان المقصود من الكتابة ( عتقه ) أى عتق المكاتب ( وقد تعذر اثباته ) أى اثبات العتق ، لأن الميت المكاتب ليس بمحل للعتق ( فتبطل ) أى الكتابة ( وهذا ) إشارة إلى بيان بطلان العتق ( لانه ) أى لان العتق ( لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً ) أى على ما بعد الموت ( أو

مستنداً لا وجه إلى الأول لعدم المحلية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال ، والشيء يثبت ثم يستند . ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى

---

يثبت قبله ) أى قبل الموت ( أو بعده مستنداً ) أى أو يثبت بعد الموت حال كونه مستندا إلى حال حياته ، فهذا ثلاثة أحوال كلها باطلة ، أشار اليه بقوله ( لا وجه الى الاول ) وهو ان يثبت بعد المات مقصودا ( لعدم المحلية ) لأن الميت ليس بمحل لانشاء العتق ، ولا بد له من محل .

( ولا الى الثاني ) أو الى قضاء الثاني وهو أن يثبت العتق قبل الموت ( لفقد الشرط ، وهو الاداء ) لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وإلا يلزم وجود المشروط . قبل وجود الشرط وهذا بخلاف موت المولى ، فان العقد يبقى ويعتق بالاداء الى ورثته ، لان المولى ليس بمعقود عليه ، بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد .

( ولا الى الثالث ) أى ولا وجه أيضاً الى الثالث ، وهو أن يثبت العتق بعد المات يستند الى حال حياته ، لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ، وهو معنى قوله ( لتعذر الثبوت في الحال ) أى ثبوت العتق ( والشيء يثبت ثم يستند ) هذا لم يثبت فلم يستند .

( ولنا أنه ) أى أن عقد الكتابة ( عقد معاوضة ) احترز به عن النكاح والوكالة ونحوهما ( ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ) فالكتابة لا تبطل بموت المولى ( فكذا بموت الآخر ) وهو المكاتب ( والجامع بينهما ) أى بين موت المولى وموت المكاتب في عدم البطلان ( الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ) يعني اذا جاز ابقاء العقد بعد موت المولى لحاجته اليه ليصل الى مقصوده ، وهو الولاء فكذا يجوز ابقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل الى مقصوده وهو شرف الحرية ( بل أولى ) أى بل ابقاء

لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حياً تقديراً ،

---

العقد في جانب المكاتب أولى ( لأن حقه ) أى حق المكاتب ( آكد من حق المولى، حتى لزم العقد في جانبه ) حتى لو أراد المولى أن يبطله ليس له ذلك ، بخلاف المكاتب، فان الذى استحق المولى من قبله ليس بلازم ، حتى لو عجز نفسه يبطل حقه ، فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وانه ألزم أولى أن لا تبطل . قيل قوله بلا ولا يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس بموت المكاتب كموت العاقد ، لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، وجهه ما بيناه آنفاً.

( والموت انفى ) بالنون والفاء من النفي ، وهو صيغة أفعل للتفضيل (للمالكية منه) أي من الموت (للمملوكية) أراد أن موت المكاتب ، لأن بقاء الكتابة تنتصر من ظرف المكاتب إلى المالكية والمعتقية ، وهي عبارة عن القادرية والفاعلية ومن طرف المكاتب إلى المملوكية ، وهي عبارة عن المقدورية والمفعولية والموت آنفاً للقادرية والفاعلية منه للمقدورية والمفعولية ، إذ القادرية لا تجتمع مع الموت ، والمقدورية تجتمع معه .

ولما أسقط الشرع اعتبار أقوى المناقضين في فصل موت المكاتب لحاجة العبد لا حصول شرف الحرية وحاجة المالك إلى ما يتعلق بالمعتقية من الآثار والأحكام ، فلأن يسقط اعتبار أدنى المناقضين كان ذلك أولى . ونقول المالكية قدرة المملوكية عجز ، والموت عجز أيضاً ، فالمنافاة بين القدرة والعجز والتحقيق ها هنا أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقاً بعد موته بالطريق الأول، لأن الاعتاق فعل ، وكونه معتقاً وصف وليس بفعل ، والموت ينافي الأفعال ولا ينافي الصفات ، فإذا جعل معتقاً بعد الموت كان جعل المكاتب معتقاً بالطريق الأولى .

( فينزل حياً تقديراً ) إذا كان الأمر كذلك ينزل المكاتب حياً تقديراً، وهذا جواب عن الترديد الذي ذكره الخصم ، تحريره أن ثبوت الحرية على كل طريق ممكن ولا يلزم الفساد ، لأنه لو ثبت الحرية بعد الموت ينزل حياً كما ينزل الميت في حق بقاء التركة ، على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق ، وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في

أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ، ويكون أداء خلفه كأدائه ،

---

الثلث لو ثبت قبل الموت تستند الحرية مع اسناد سببها ، وهـــو معنى قوله ( أو يستند الحريـــة ) وفي بعض النسخ أو يسند الحرية الحريـة ز باستناد سبب الأداء ) الذي هو عقد الكتابة ( إلى ما قبل الموت ) .

فإن قيل يلزم تقديم المشروط على الشرط، أجاب المصنف بقوله ( ويكون أداء خلفه كأدائه ) فلا يلزم من ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء ، بـــل يقدر الأداء قبـــل العتق .

فإن قيل الأداء فعل حسي ، والاسناد إنما يكون في التصرفات الشرعية . أجيب نعم فعل النائب مضاف إلى المنوب ، وهذه الإضافة وشريعته من رمى صيداً فمات الرامي قبل أن يصيب ثم أصاب صار مالكاً له ويورث عنه ، والميت ليس بأهل ، ولكن لما صـــح السبب والملك يجب بعد تمام السبب فالملك وتمامـــه بالإضافة إلى آخر من أجزاء حياته فكذا ها هنا لما كان السبب منعقداً وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الأداء ، والأداء جائز بعد الموت ، والحكم هو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حـــين الموت كالملك ، ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته إما بأن يقام الترك الموجود في أجزاء حياته مقام التخلية المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه ، أو يكون أداء خلفه كأدائه

توضيح هذا أنه متى غلب على ظنه الموت وظهرت أماراته وانقطع رجاء الحياة يكون الظاهر أنه يخلي بين المال والمولى ليصل بذلك إلى شرف حرية نفسه وحرية أولاده وسلامة أكسابه ، فعلم من ذلك أن الإشراف على الموت سبب لأداء المال ، فاذا أدى خلفـه عنه استند الأداء إلى ما قبل الموت ، فصار كأنه أداه بنفسه ، ويكون المراد من قوله باسناد سبب الاداء ، أي اسناد هو الاداء لا العقد ، إذ لو أريـــد من سبب الاداء العقد لاستند الأداء إلى زمان العقد وليس كذلك ، بل الاستناد إلى ما قبيل الموت . ولو أريد بالسبب الموت فله وجه أيضاً ، لأنه إنما يثبت الاسناد بالضرورة وهي تندفع بالاستناد إلى ما قبيل الموت ، فلا تستند إلى أول العقد ، هذا ما قرره شيخ تاج الشريعة رحمه الله .

فإن قيل لو قذفه قاذف بعد اذ أبدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ، ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد . قلنا يثبت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها ، والثابت بالضرورة لا يعدى موضعها،فلا تظهر في حق اخصائه،فلا يحد قاذفه ، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحرية ها هنا تثبت مع الشبهة ، وما يثبت الاستناد يثبت من وجه .

( وكل ذلك ممكن ) والإشارة إلى ما ذكره من قوله وينزل حياً ، وقوله أو يستند الحرية ... إلى آخره ، ويكون أداء خلفه كأدائه ( على ما عرف تمامه ) أي تمام أصل هذا الخلاف ( في الخلافيات ) أراد بها نسخ الخلافيات، فان المحققين من أصحابنا المتقدمين صنفوا نسخاً مشتملة على المسائل الفقهيه الخلافية ، وطريقة الخلاف . وذكروا فيها كثيراً من المسائل الخلافية ، غير أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها.

وقد قال صاحب العناية عليك باستحضار القواعد الاصولية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس ، فان تعذر ذلك فارجع إلى الاصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعى الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فان يسر الله عليك ذلك يقبض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين ، فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فاياك ودعوى معرفة الهداية ،فتكون من الجهلة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره فألحق بالآخرين أعمال الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعاً ، انتهى كلامه فنقول وبالله التوفيق المدعى ها هنا أن موت المكاتب لا يوجب الفسخ ، لان موت المولى لا يوجبه ، فكذا موت المكاتب ، لان العدم في الصورة الاتفاقية ثابت بالاجماع ، فكذا في النزاعية بالقياس عليه ، لان العدم في الاتفاقية إنما كان لتحصيل المصالح المتعلقه بالعقد بشهادة المناسبة ،فكذا في النزاعية وهي الإضافة في الدعوى، فان منع حقها في تلك الصورة .

أجيب إنما هي محققة فيها ، فان المسألة المتعلقة بالعقد أمور مطلوبة ،فان منع المطلوبة أجيب بأنه مكابرة ، لانها هي المطلوبة في التحقيق عند العقلاء ، فان كان عاقل لو خير

بين أن يحصل المصالح المتعلقة بالعقد وبين أن لا يحصل فانــه كان يختار الحصول على عدم الحصول ، فان قيل الاصل في الحكم في الاصل أن لا يضاف إلى المشترك لرجحانه.
أجيب بأن الحكم يضاف الى ما هو اللازم فيهما أو في الفرع على تقــدير اللزوم في الاصل ، وانه هو المشترك بينهما .

تحقيقه أن الحكم في الاصل أن يضاف إلى المشترك ، لانه يضاف اليه أو إلى مـا يحقق الإضافة اليه ، يعني تحقق إضافة إلى الإضافة الى المشترك لقيام الدليل على كل واحد منهما وهو المناسبة ، فأما ما كان يكون مضافاً الى المشترك فاذا ثبت هذا نقول العدم في الاتفاقية يدل على أحد الآخرين ، أحدهما المشترك بين الوجوبين ، وهو كــون الوجوب محصلا للمصالح المتعلقة بالعقد لا يكون عنه أصلا ، يعني لا في الاصل وهو الصورة الاتفاقية ، ولا في الفرع وهو الصورة النزاعية .

والثاني المشترك بين العدمين وهو المانع عن الوجوب قطعاً ، فانه إذا لم يتحقق أحدهما يلزم الوجوب في الاتفاقية بالمقتضى السالم عن المعارضين القطعيين ، أحدهما مانعة المشترك بين العدمين ، معارضة للمقتضى للوجوب . وأما بيان الامرين فلانها تقتضي العدم فيهما ، لان المشترك بين العدمين إذا كان مانعاً فيهما كان العدم في الاتفاقية ثابتاً ، وأما كون شمول العدم معارضاً للمقتضى للوجوب فظاهر ، وأما بيان سلامة المقتضى على تقدير عــدم الامرين فلانهما منتفيان على هذا التقدير .

أما انتفاء مانعية المشترك فظاهر ، وأما انتفاء شمول العدم فالانتفاء لازمه وهو عدم علية المشترك من لوازم شمول العدم من لوازم علية المشترك بالضرورة أن المشترك بــين الوجوبين إذا كان علة راجحة للوجوب في إحــدى الصورتين يلزم الوجوب في الاخرى عملا بالعلة الراجحة فيلزم شمول العدم ، فثبت أن العدم في النزاعية من لوازم إحــدى الامرين ، فيكون العدم في الاتفاقية مستلزماً لاحدهما بالضرورة ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية مستلزماً لاحدهما بالضرورة ، ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية ثابتة بالاجماع فيلزم أحد الامرين ، فأيهما لزم يلزم المدعي وهو العــدم في النزاعية ، فافهم .

وقال وإن لم يترك وفـــاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد ، لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه ، فيخلفـــه في الأداء ، وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقاً عند أبي حنيفة «رح» ، وأمـــا عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه مكاتب عليه تبعاً له ، ولهـــذا يملك المولى اعتاقه ، بخلاف سائر اكسابه .

---

( قال ) أي القدوري ( وإن لم يترك وفاء ) أي ما يؤدي به بدل الكتابـة ( وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ) وهذا بالاتفاق لدخوله في كتابته ( فاذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد ) أي حكنا بعلق الولد أيضاً (لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء ، وصار ) أي حكم هـذا ( كما إذا ترك وفاء ) يعني لو ترك وفاء كان يعطي بدل الكتابة منه ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق ولده أيضاً .

( وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابـة حالة أو ترد رقيقاً ) قال أي المصنف رحمة الله ( وهذا ) يعني هـذا الحكم المذكور في الولد المشترى ( عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأما عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد «رح» (يؤديه الى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة ) أى قياساً عليه ( والجامع ) أى المعنى الجامع بين المقيس والمقيس عليه ( أنه مكاتب عليه ) أى أن الولد المشترى مكاتب على أبيـه المكاتب ( تبعاً له ) أى حال كونه تابعاً لابيه ( ولهذا ) أى ولاجل كونه تبعاً له (يملك المولى اعتاقه ) أي إعتاق الولد المشترى في الكتابة ، وهذا الاستدلال على أن المشترى في الكتابة كالمولود فيها ( بخلاف سائر أكسابه ) فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ، ولهذا

ولأبي حنيفة « رح » وهو الفرق بين الفصلين ان الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل ، لأنه لم يضف إليه العقد ولا سرى حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فسرى الحكم إليه ،وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه ، فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حر يرث عن حراً ، وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة

---

لا يقدر على إعتاق عبده ، وبقولهما قال مالك .

( ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ) يعني فصل الولد المشترى في الكتابة وفصل الولد المولود فيها ( أن الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى ) أي الولد المشترى(لم يدخل) أي في العقد ( لأنه لم يضف اليه العقد ولا سرى حكمه اليه ) أي حكم العقد إلى الولد ( لانفصاله ) أي كونه مفصلا وقت العقد لا تبعاً له لكونه منفصلاً وقت العقد .

( بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل ) أي لكونه متصلاً به ( وقت الكتابة ، فسرى الحكم اليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه ) أي حيث دخل الولد المولود في الكتابة في حكم عقد الكتابة سعى في نجوم والده المكاتب .

( فإن اشترى ابنه ثم مات ) ذكر تفريعاً على مسألة القدوري وهو من مسائل الجامع الصغير ( وترك وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حراً يرث عن حر ، وكذلك ) الحكم (إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) قيد به لأنه لو كانا مكاتبين

لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيراً جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر . قال فإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء لمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء إلى موالي الأب

---

كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه ، كذا ذكره المحبوبي ( لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيراً جعلا كشخص واحد، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته) أي بحرية الولد في حال حرية الأب ( في تلك الحالة ) يعني آخر جزء من أجزاء حياته ( على ما مر ) من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك ديناً وفاء لمكاتبته ) أي ترك ديناً على الناس فيه وتأييد الكتابة إنما قال ديناً لانه لو كان عيناً لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالام ، إذ يمكن الوفاء في الحال . قال السغناقي ذكر هذه المسألة والتي بعدها وهي قوله فان اختصم موالى الام إلى آخره لبيان الفرق بينهما ( فجنى الولد فقضى به) أي بإرش الجناية أو بموجب الجناية ( على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة) وكل ما يقرر شيئاً لا يبطله (لأن من قضيتها) أي قضية الكتابة ( إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم ) فلا ينافي القضاء على عاقلها كون الأب مكاتباً .

( لكن على وجه ) يعني استلزام الكتابة إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه ( يحتمل أن يعتق ) المكاتب (فيجر الولاء إلى موالي الأب) لأن الولاء كالنسب، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر اثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من اثباته

والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً . وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز ، لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً ، وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً أو استقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، فلهذا كان تعجيزاً .

---

منه كما إذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب اليه ، فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم ثبوت ملزومه (والقضاء بما يقرر حكمه) أي حكم عقد الكتابة (لا يكون تعجيزاً) لان كل ما يقرر شيئاً لا يبطله لئلا يعود على موضعه بالنقض .

(وإن اختصم موالي الأم وموالي الاب في ولائه) هذه هي المسألة الثانية ، صورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالي الاب وموالي الام ، فقال موالي الام مات رقيقاً والولاء لنا ، وقال موالي الاب مات حراً والولاء لنا (فقضى به) أي بولايته (لموالي الام فهو قضاء بالعجز) فتنفسخ الكتابة اقتضاء (لان هذا الاختلاف في الولاء مقصوداً) لان كلا من الفريقين قصدهم الولاء (وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على موالي الام ، وإذا بقيت) أي الكتابة (واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الاب وهذا) أي بقاء الكتابة وانتقاضها (فصل مجتهد فيه) لما ذكرنا أن في مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه أن الكتابة تنفسخ لموت المكاتب ، فإذا كان كذلك (فينفذ ما يلاقيه من القضاء) لان صيانة القضاء المجمع عليه أولى من امضاء كتابته اختلف الصحابة رضي الله عنهم في بقائها .

(فلهذا) أي فلأجل نفوذ القضاء (كان تعجيزاً) فتنفسخ الكتابة قبل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه ، وذلك لصيانة القضاء عن البطلان ، وفي صيانته بطلان ما يجبر عليه وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح . أجيب بما ذكرنا آنفاً من أن صيانة القاضي ... إلى آخره .

قال وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك ، فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق

---

ثم اعلم أن في مسألة الإرث إذا ظهر للولد ولاء من قبل الاب عند أداء البدل، فهو إلى الام لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالي الاب ، لانه إنما حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة و فكان موالي الام عند حياته مواليه حقيقة ، فلم يرجعوا بما عقلوا ، إنما يرجعون بما عقلوا عن جناية بعد موت الاب قبل أداء البدل ، لان عتق الاب لما استند إلى حال حياته بين أن ولاءه كان لموالي الاب في ذلك الوقت ، وموالي لا يجبرون على الاداء فيرجعون بما أدوا .

وذكر التمرتاشي هذا الذي ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء ، فان مات لا عن وفاء قال الاسكاف رحمه الله تنفسخ الكتابة ، حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة لا يقبل منه . وقال أبو الليث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه ، حتى لو تطوع قبل القضاء يقبل منه .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ) أراد أن المكاتب إذا أخذ شيئاً من الزكاة وأداه إلى مولاه من بدل الكتابة ( ثم عجز ) أي عن الكتابة (فهو طيب للمولى لتبدل الملك) أي لتغير الملك بتغير السبب (فان العبد يتملكه صدقة ) أي حال كونه صدقة ( والمولى عوضاً عن العتق ) أي يتملكه المولى حال كونه عوضاً عن العتق ، وفي بعض النسخ عوضاً عن العين .

فان قلت إن ملك الرقبة للمولى فإنه يتبدل الملك. قلت إن ملك الرقبة للمولى مقلوب في مقابلة ملك السيد ، ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى ، وله أن يمنع المولى من التصرف وبالعجز يصير الأمر على العكس ، فكان تبدلاً وقد نظر صاحب العناية فيه بأن قال لا نسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً . قلت أول كلامه منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان . وقوله ولعل الاولى فيه نظر، لانه لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة ، وليس المراد منه التبدل حقيقة بأن يراد تبدل الذات ، وإنما المراد التبدل الحكمي فافهم .

وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة « رض » هي لها صدقة ولنا هدية . وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك ، فلا تطيبه ، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه بطيب

---

( واليه ) أي والى التبدل ويحل بعد التبدل ( وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية ) يروى عنها قالت جاءتني بريرة فقالت إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، قالت إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها ورسول الله ﷺ جالس فقالت إني قد عرضت ذلك عليهم قالوا إلا أن يكون الولاء لهم ، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فأخبرته عائشة رضي الله عنها فقال خذيها واشترطي لهم الولاء ، فانما الولاء لمن أعتق ، ففعلت عائشة رضي الله عنها ، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله ثم قال أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله حق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق .

وأخرج البخاري ومسلم أيضاً ودخل النبي ﷺ وبرمته على النار فقرب اليه خبزاً وإدام من أدم البيت فقال لم أر البرمة فقيل لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ، قال هو لها صدقة ولنا هدية .

( وهذا ) أي الحكم المذكور ( بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي ) أى بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذه من مال الزكاة لغني أو هاشمي فانه لا يباح لهما ( لان المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا تطيبه ) فلم يتبدل سبب الملك ، ولهذا ليس للضيف أن يعطي شيئاً مما تقدم عليه ، لانه لم يصر ملكاً حتى يتولى الإعطاء الى الغير .

( ونظيره ) أى نظير ما ذكر ( المشترى شراء فاسداً ) بأن اشترى رجل طعاماً مأكولاً بيعاً فاسداً ( إذا أباح لغيره لا يطيب له ) أى لا يطيب للغير تناوله ، لان في الاولى الملك غير مستقر لوجوب الفسخ ، بخلاف الثاني ( ولو ملكه بطيب ) بأن باعه بيعاً صحيحاً أو وهبه حل له التناول .

ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد « رح » ظاهر ،لأن بالعجز يتبدل الملك عنده، وكذا عند أبي يوسف « رح » . وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده ، لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً بـــه فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته ، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذ من الصدقة حيث يطيب لهما ،

---

( ولو عجز قبل الاداء الى المولى ) أي ولو عجز المكاتب عن الكتابة قبل أداء ما أخذه من الزكاة الى المولى (فكذلك الجواب ) يعني انه طيب للمولى على الصحيح (وهذا) أي كون هذا طيباً قبل الأداء أيضاً (عند محمد «رح» ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده ) بقيد الملك ، فان عند المكاتب إذا عجز ملك المولى اكسابه ملكاً مبتدأ ، وهذا وجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظئراً ثم عجز ( وكذا عند أبي يوسف رحمه الله) أي وكذا يطيب له عند أبي يوسف أيضاً .

(وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده ) فان للمولى نوع ملك في اكسابـــه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ، ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ، ولهـــذا إذا أجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة ( لأنه لا خبث في نفس الصدقة ) وإلا لمـــا فارقها أصلا ( وإنما الخبث في فعل الاخذ لكونه إذلالاً به ) أي بالاخذ ( فلا يجوز ذلك) أي الإذلال والهوان ( للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه ،والفقير اذا استغنى وقد بقي) أي والحـــال أنه قد بقي ( في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما ) أي لابن السبيل الواصل وطنه ، والفقير الذى استغنى . ولهذا لو مات ابن السبيل والفقير حل لوارثهـــما الغني ما تركاه من الصدقة .

وعلى هــذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده . قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال عــاد الحكم الأصلي ، وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع ، وإن قضى به عليه في الكتابة

---

( وعلى هذا ) أي على ما ذكرنا ( إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده ) لأن الخبث ليس في نفس الصدقة وقد قال بعض المشايــخ على قول أبي يوسف لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك إكسابه ملكاً مبتدأ وبالعجز يتأكد ذلك، والصحيح ما ذكره المصنف على الإطلاق ، فلذلك بينها عليه بالصحيح .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجنايـــة ثم عجز فإنه ) أي فإن المكاتب الذي عجز ( يدفع ) على صيغة المجهول ، أي يدفع إلى ولي الجناية ( أو يفدى ) على صيغة المجهول أيضاً ، أراد أن المولى لا يكون مختاراً ( لأن هذا موجــب جناية العبد في أصل المسألة ) أي لأن هذا الحكم يعني أحد الأمرين هو مقتضى جناية العبد في أصل المسألة كما علم في بابه ( ولم يكن ) أي المولى ( عالماً بالجنايـــة عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع) لتعذره( فإذا زال المانع ( عاد الحكم الأصلي ) وهو الدفع والفداء .

( وكذلك ) أي كما مر من عود الحكم الأصلي ( إذا جنى المكاتب ولم يقض بــه ) أي بموجب الجناية عليه ( حتى عجز ) عن الكتابة ، يعني يدفع أو يفدى ( لما بينا [1] من زوال المانع ) من الدفع ( وإن قضى به عليه في كتابته ) أي وإن قضى بموجب الجناية

---

(١) لما قلنا – هامش .

ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد « رح » ، وقد رجع أبو يوسف « رح » إليه ، وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول « زفر » ، لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة ، كما في جناية المدبر وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال

---

على المكاتب ( ثم عجز فهو دين ) أي ما قضى به من موجب الجناية دين في ذمته ( يباع فيه ) وعند الثلاثة بالعجز يرد إلى الرق يجبر سيده ، وعند زفر « رح » وهو قول أبي يوسف « رح » أولاً يباع في قيمته في الفصلين ، إلا أن يقضي المولى عنه على ما يأتي الآن ( لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ) أراد انتقال الحق بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع ، فاذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة القضاء ( وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجع أبو يوسف إليه ) أي إلى قولهما .

( وكان يقول أولاً يباع فيه ) أى في موجب الجناية ( وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر ، لان المانع من الدفع ) إلى ولي الجناية ( وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت ) الجناية ( انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ) فان جنايتها موجبة للقيمة بنفس الوقوع ، إلا أن حكم جناية المدبر وجوب القيمة على المولى ، لان كسبه له ، وحكم جناية المكاتب لان كسبه ملكه . وقوله انعقدت موجبة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الاقل منها ومن ارش الجناية ، وهو مخالف لما ذكر من رواية الكرخي والمبسوط أن الواجب هو الاول من القيمة ومن إرش الجناية ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من إرش الجناية .

( ولنا أن المانع ) من الحكم الاصلي ( قابل للزوال ) بقول الكتابة الفسخ والزوال

للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء والرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد ، لانهما لا يقبلان الزوال بحال . قال وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه ، وقيل له أدي المال إلى ورثة المولى على نجومه ، لانه استحق الحرية على

---

( للتردد ) أى لتردد المكاتب بين أن يؤدي فيعتق وبين أن يعجز فيرد إلى الرق ( ولم يثبت الانتقال في الحال ) أى الانتقال عن الموجب الاصلي .

فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال عن الحال متنازع فيه ، لان مذهب زفر « رح » أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضاء والقضاء ، فما وجب أخذه في الدليل . قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي .

( فيتوقف على القضاء والرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا ) أي لحكم العبد المبيع الآبق قبل القبض حكم المكاتب المذكور ( بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال ) فكان الموجب في الابتداء هو القيمة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب ) أي العبد المكاتب (إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه ) لافضائه إلى وصوله . الحاصل أن الحرية حق العبد ، والكتابة سببها ، فتكون الكتابة حقه ، والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على آخر دين ومات الآخر ( وقيل له ) أي للمكاتب ( أد المال إلى ورثة المولى على نجومه ) أي مؤجلاً ( لأنه استحق الحرية على

هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك ، فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء ، فإن أعتقه أحـــد الورثة لم ينفذ عتقه ، لانه لم يملكه ،

---

هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير ) وهذا لأن المولى لما كان صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضاً وكاتب ،فإن المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالاً أو يؤدي رقيقاً ، لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفـــه بتأجيل غير الثلث كاسقاطه .

فان قلت أين علم ها هنا أن المولى كان صحيحاً . قلت وضع المسألة على الاطلاق يدل على ذلك ، لأن ذلك هو المطلق من الأحوال .

( إلا أن الورثة ) استثناء من قوله فلا يتغير قبل ، كأنه جواب عما يقال كيف لايتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل ،فصار للورثة وقد تغير (١) فقال إلا ان الورثه ( يخلفونه في الاستيفاء ) فلا يكون تغيراً في عود الكتابة لانها باقية ، كما كانت ، فكما أن في سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابـــة . وقال الطحاوى في مختصره ومن مات وله مكاتب الكتابة كاتب المكاتبة التي على المكاتب موروثة من مولاه كما يورث عنه سائر أمواله سواهـــا ، وكان للمكاتب إذا أدى لمولاه لا لورثته . وقال الاسبيجابي في شرحه المكاتب لا يورث وإنما يورث ما في ذمته من الكتابة ، فان أدى وعتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى انه يرثـــه المذكور من عصبة الميت دون الاناث .

( فان أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه ) أى لأن المعتق لم يملك المكاتب حتى يصح عتقه . وفي شرح الاقطع وقال الشافعي « رح » ينفذ عتقه ، وهـــذا الخلاف فرع على أصل وهو أن المكاتب لا يصح بيعه ولا يصح أن يملك . وقال الشافعي في أحد

---

(١) هكذا سياق الكلام في الاصل ، وربما هو خطأ من الناسخ ، اه مصححه .

وهـــذا لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثـة ، فـإن أعتقوه جميعـاً عتق وسقط عنـــه بـدل الكتابة ، لانـه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم ، وقـد جرى فيه الإرث ، فإذا برىء المكاتب عن بـــدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا انه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه ،لانا نجعله ابراء اقتضاء تصحيحاً لعتقـــه ، والاعتاق لا يثبت بإبراء البعض

---

قوليه يجوز ( وهذا ) توضيح لما قبله ( لان المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك ، فكذا بسبب الوراثة ) فان لم يملك لم يصح عتقه ، لان لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ( فان أعتقوه جميعاً ) أي مجتمعين ( عتق ) استحساناً ، والقياس أن لا يعتق هـــنا أيضاً، لانه أضيف تصرفهم إلى ما ليس بملكهم ، غير أن الاستحسان جوزه فصح (وسقط عنه بدل الكتابة لانه ) أي لان عتقهم جميعاً ( يصير ابراء عن بدل الكتابة ) هذا وجـــه الاستحسان ( فانه ) أي بدل الكتابة ( حقهم وقد جرى فيه الارث ) أي في بدل الكتابة فلهم أن يتركوا حقهم .

( فاذا برىء المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبرأه المولى ) فانه كان يسقط ويعتق ، فكذلك ها هنا ( إلا انه إذا أعتقه أحد الورثة ) وهذا جواب عما يقال اجعل اعتقاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال ( لا يصير ) أي اعتاق أحد الورثة ، وفي بعض النسخ لا يكون ( إبراء عـــن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء ) أي لانا نجعل اعتاق الكل ابراء ( اقتضاء ) أي بطريق الاقتضاء هو جعل غير المنطوق منطوقاً لتصحيح المنطوق (تصحيحاً لعتقه ) لانه لايتصور من الورثة إلا بهذا الطريق ، لانهم ما ملكوا فجعل اعتاقهـــم ابراء للبدل تصحيحاً لتصرفهم وصوناً لكلامهم عن الالغاء .

(والاعتاق لايثبت بإبراء البعض ) أي الاعتاق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض بدل

أو أدائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ، ولا وجه إلى ابراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

---

الكتابة ( أو أدائه ) أي أو أدى بعض البدل وقوله ( في المكاتب ) يرجع إلى الصورتين ( لا في البعض ) أي لا يثبت في بعض المكاتب ( ولا في كله ) أي في كل المكاتب. وفي بعض النسخ لا في بعضه ولا في كله إن اعتقه معلق بسقوط جميع البدل ، فاذا لم يكن اثبات المقتضى لا يثبت المقتضى .

( ولا وجه إلى إبراء الكل ) يعني في صورة إبراء البعض ، لان الكل حق الكل وهو مضي قوله ( لحق بقية الورثة والله أعلم ) لان الكل مشتركون فيه .

فائدة : شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا خلافاً للثلاثة .

تمّ الجزء التاسع من البناية في شرح الهداية
ويليه الجزء العاشر مبتدئاً بكتاب الولاء

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الولاء

قال الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح ، حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له

---

## ( كتاب الولاء )

أورده عقيب المكاتب،لانه من آثار زوال ملك الرقبة قبل الاعتاق أيضاً زوال ملك الرقبة ، فكان ينبغي أن يذكر عقيبه . أجيب بأن فيه أثرا من آثار المكاتب وهو المرجح لايراده ها هنا دون عقيب الاعتاق ، ثم الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة ، إلا أنه اختص في الشرع مولى العتق والموالاة، واشتقاقه من الولي وهو القرب، وحصل الثاني بعد الاول من غير فصل . وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل.

( قال ) أي المصنف « رح » ( الولاء نوعان ولاء عتاقة ) أي أحدهما ولا عتاقة ، وتنوع الولاء إلى نوعين باختلاف السبب ( ويسمى ) أى ولاء العتاقة (ولاء نعمة ) اقتداء بكتاب الله تعالى ﴿ واذ تقول للذي انعم الله عليه وأنعمت عليه ﴾ ٣٧الاحزاب أي انعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق ، والآية في زيد بن حارثه مولى رسول الله ﷺ.

( وسببه ) أى سبب ولاء العتاقة ( العتق على ملكه في الصحيح ) احترز بالصحيح عن قول أكثر أصحابنا حيث قالوا أن سببه الاعتاق مستدلين بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجه الصحيح ما أشار اليه بقوله ( حتى لو عتق قريبه عليه ) أى على الشخص (بالوراثة) بأن ورث ابنه وأباه ( كان الولاء له ) أى للذي ورثه ولا اعتاق هنا ، فعلم أن السبب هو العتق والحكم يضاف إلى سببه يقال ولاء العتاقة ، ولا يقال ولاء العتاق. وقال الأترازي استدلالهم بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ضعيف ، فان من يملك القريب يعتق عليه ويثبت

وولاء موالاة ، وسببه العقد، ولهذا يقـــال ولاء العتاقة وولاء الموالاة، والحكم يضـــاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر ، وكانت العرب تتناصر بأشياء . وقرر النبي عليـــه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه ، فقـال إن مولى القوم منهـم وحليفهم منهـم

---

الولاء بإجماع أهل العلم وفيه نظر ، لان عندهم اذا ملك قريبه يعتق عليه ولا يثبت الولاء لعدم الاعتاق ، نص عليه تاج الشريعة وغيره ، فكيف يقول ويثبت الولاء بإجماع أهـل العلم . والأوجه أن يقال جعل العتق سبباً أولى لعمومه بخلاف الاعتاق ، ولأن في الاعتاق عتقاً بدون عكس ، والإستدلال بما فيه العموم أولى .

( وولاء موالاة ) أي النوع الثاني ولاء موالاة ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعـــالى ( وسببه ) ولاء الموالاة ( العقد ، ولهذا يقال ولاء العتاقه وولاء الموالاة ) . باضافة الولاء إلى العتاقة والموالاة ( والحكم يضاف إلى سببه ) كما عرف في الأصول ( والمعنى فيهـــما التناصر ) هذا بيان مفهومها الشرعي ، أراد أن الولاء في الشرع عبارة عـــن التناصر ، سواء كان ذلك ولاء عتاقة أو ولاء موالاة ومن آثار التناصر العقد والإرث ، ثم أشار إلى بيان ذلك بقوله ( وقد كانت العرب تتناصر بأشياء ) بالقرابة والصداقة والمؤاخاة والحلف والعصبة وولاء العتاقة ولاء الموالاة .

( وقرر رسول الله ﷺ تناصرهم بالولاء بنوعيه ) وهما ولاء العتاقة وولاء الموالاة ، ثم فسر ذلك بقوله ( فقال عليه السلام ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم ) هـــذا الحديث رواه أربعة من الصحابة رضي الله عنهم الأول رفاعة بن درقي روى حديثة أحمد في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الأدب حدثنا وكيع عن سفيان عن عبد الله بن أبي عثمان بن هيثم عن اسماعيل بن عبد الله بن رفاعة أي رافع الرزقي عن جده قال قال رسول الله ﷺ مولى القوم منهم وابن اختهم منهم وحليفهم منهم ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطبراني في معجمه ورواه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة الأنفال ، وقال حديث صحيـــح الاسناد ولم يخرجاه .

ورواه البخاري في كتابه المفرد في الأدب (١) ثنا عمرو بن خالد الحراني ثنا زهير ثنا عبد الله بن عثمان به ، وذكر فيه قصة ولفظه أن النبي ﷺ قال لعمر أجمع في قومك فجمعهم فلما حضروا باب النبي ﷺ دخل عليه عمر رضي الله عنه فقال قد جمعت لك قومي فسمع ذلك الأنصار فقالوا قد نزل في قريش الوحي فجاء المستمع والناظر ما يقال لهم فخرج النبي ﷺ فقام بين أظهرهم فقال هل فيكم من غيركم ، قالوا نعم فينا حليفنا وإبن أخينا وموالينا فقال النبي ﷺ حليف القوم ... إلى آخره ، ورواه أحمد أيضاً حدثنا عفان حدثنا بشر بن المفضل حدثنا عبد الله بن عثمان بن هشيم به .

الثاني أبو هريرة رضى الله عنه روى حديثه البزار في مسنده حدثنا زريق بن البخت حدثنا محمد بن عمر بن واقل عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال حليف القوم منهم وابن أخيهم منهم .

الثالث عمرو بن عوف روى حديثه الدارمي وابن أبي شيبة واسحاق بن راهوية في مسانيدهم والطبراني في معجمه من حديث كثير بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده عمرو بن عوف أن رسول الله ﷺ كان قاعداً معهم فدخل بينهم ثم قال ادخلوا علي ولا يدخل على إلا قرشي قال فتسللت فدخلت فقال ﷺ يا معشر قريش هل معكم أحد ليس منكم ، قالوا يا رسول الله ﷺ معنا ابن الأخت والمولى والحليف فقال رسول الله ﷺ ابن اخت القوم منهم وحليفهم منهم ومولاهم منهم ومن طريق ابن أبي شيبة رواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث ،

الرابع عتبة بن غزوان روى حديثه الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن علي العمر ثنا عبد الملك بن بشير الشامي ثنا عمر أبو حفص ثنا عتبة غزوان عن أبيه ابن غزوان أن رسول الله ﷺ قال يوماً لقريش هل فيكم من ليس منكم ، قالوا ابن أخينا عتبة بن غزوان قال ابن أخت القوم منهم ، وحليف القوم منهم رواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا محمد بن عمر الواقدي حدثنا ابراهيم بن محمد بن شرحبيل العبدي عن عتبة بن غزوان

(١) أظن أنه قصد الأدب المفرد ، اه مصححه .

والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يوكدون الموالاة بالحلف .
قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولاءه له لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ، ولان التناصر به فيعقله وقد أحياه

---

فذكره ، فهذه الأحاديث ترد على أبي الحسن بن الغر حيث يقول في كتابه البينة على مشكلات الهداية الثابت مولى القوم منهم ، وأما قوله وحليف القوم منهم فلا يعرف في كتب الحديث هذه الزيادة .

( والمراد بالحليف مولى الموالاة ) ولقائل أن يقول ( لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف ) أي المراد بقوله ﷺ وحليفهم هو مولى الموالاة ، ولقائل أن يقول لا نسلم أن يكون المراد بالحليف مولى الموالاة ومن أين علم أنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف ، بل الحلف أنهم كانوا يتحالفون على أن يكونوا يداً واحدة على من عاداهم وخالفهم ولا يفهم من ذلك عقد الموالاة .

( قال )أي القدوري ( وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله ﷺ الولاء لمن أعتق ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة رضي الله عنها لما اشترط لبريرة اشترط أهلها أن ولاءها لهم فسألت عائشة رضي الله عنها النبي ﷺ فقال أعتقيها فانما المولى لمن أعتق ، أخرجه البخاري في المكاتب ، ومسلم وأبو داود في العتق والترمذي في الولاء ، والنسائي وابن ماجة في الأحكام ، وأخرجه أيضاً مسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة قال أرادت عائشةرضي الله عنها أن تشتري جارية تعتقها فأبى أهلها إلا أنيكون لهم الولاء ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال لا يمنعك ذلك، فانما الولاء لمن أعتق .

وقال عبد الحق في الجمع بين الصحيحين وأخرجه البخاري منحديث ابن عمر في المكاتب وفي الفرائض ، وجة الإستدلال بهذا الحديث أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك . فان قلت الإستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتقسبباً ، لأن أعتق مشتق من الإعتاق . قلت الأصل في الإشتقاق مصدر الثلاثي وهو العتق .

( ولأن التناصر به ) أي بسبب الإعتاق ، أي يحصل بسببه ( فيعقله ) أي إذا كان المولى ينتصر بمولاه بسبب العتق فيعقله ، لأنه إذا غنم بنصره بغرم عقله ( وقد أحياه

معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاء ، ولان الغنم بالغرم ، وكذلك المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة « رض » وعن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين

---

معنى ) أي وقد أحيا المولى مولاه من حيث المولى ( بازالة الرق عنه ) الذي هو جزء الكفر الأصلي والكفر موت والرقيق هالك حكماً ، ألا ترى أنه لا يثبت في حقه كثير من الأحكام التي تعلقت بالإحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك ، وبالإعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه ، فكان احياء معنى ، ومن أحيا غيره معنى ( فيرثه ) كالوالد ( ويصير الولاء كالولاء ) فالولاء يوجب الإرث فكذلك الولاء .

فان قلت ينبغي أن يرث المعتق من المعتق أيضاً إذا لم يترك المعتق عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد . قلت المعتق أجنبي منه وقد جاء في المعتق نص بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ، وذكر الامام سراج الدين في شرح الفرائض السراجي أن المعتق لا يرث من المعتق عند العامة . وقال اسحاق بن راهويه والحسن بن زياد وبشر المريسي يرث لما روي أن رجلا مات على عهد رسول الله ﷺ ولم يكن له وارث إلا عبداً كان أعتقه فدفع النبي عليه السلام ميراثه إليه ، والصحيح قول العامة ، لأن ذلك الحديث غير صحيح ، ولئن صح فهو منسوخ بقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ، وكذلك معارض بقول علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما حيث قالا لا ميراث للمعتق .

( ولأن الغنم بالغرم ) أي لأن الغنيمة بأن الغرامة وهذا يخدم الوجهين فلذلك أخره ( وكذا المرأة تعتق ) أي وكذا حكم المرأة التي تعتق، يعني ولا معتقها لها . وقوله تعتق جملة وقعت حالاً وليست بصفة لأنها نكرة فلا تقع صفة لمعرفة ( لما روينا ) وهو قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ، وكلمة من عامة تتناول الذكور والإناث(ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنها ،وعن بنت فجعل النبي ﷺ المال بينهما نصفين ) هذا معطوف على قوله لما روينا معنى ذكره استدلالاً على ثبوت الولاء للمرأة وجميع الشراح سكتوا عن بيان أصل هذا الحديث وعن بيان اسم ابنة حمزة هذا،وعن بيان حكمه في الصحة فنقول

وبالله التوفيق هذا الحديث أخرجه النسائي وابن ماجة في سننهما في الفرائض عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة بن عبد المطلب رضى الله عنه قالت مات موالي وترك ابنه له فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته فجعل إلى النصف ولها النصف .

ثم أخرجه النسائي عن عبد الله بن عون عن الحكم بن عتيبة عن عبد الله بن شداد أن ابنة حمزة أعتقت مملوكاً لها فمات وترك ابنته ومولاته ... الحديث ، قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن أبي ليلى وابن أبي ليلى كثير الخطأ .

وروى الدارقطني في سننه في الفرائض عن سليمان بن داود حدثنا يزيد بن زريع ثنا سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس رضي الله عنه أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف ولإبنة حمزة النصف ، انتهى . ففي هذا الحديث السابق أن المولى لابنته وانها التي أعتقته ، ولكن ضعيف فقد قال صاحب التنقيح وسليمان بن داود هذا هو الشأن كوفي وقد ضعفوه وكذبه ابن معين وغيره ، وقال أبو حاتم متروك الحديث . وقال البخاري هو عندي أضعف من كل ضعيف ، وأما إسم إبنة حمزة هذا فهو امامة صرح به الحكم في المستدرك فرواه في كتاب الفضائل عن ابن أبي ليلى عن الحكم بن عبد الله بن شداد وهو أخو امامة بنت حمزة لأنها عن أخته امامة بنت حمزة بن عبد المطلب فذكره بلفظ النساء وسكت عنه ، هكذا وقع فيه إسمها امامة ، قال ابن الأثير وهو الصحيح .

وقال ابن عساكر في أطرافه لم تكن إبنة حمزة هذه امامة ، فلا أدري من هي ، انتهى . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حسين الجعفي عن زائدة عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم عن عبد الله بن شداد عن فاطمة بن حمزة بن عبد المطلب قالت مات مولى لي وترك إبنة فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته فجعل لي النصف ولها النصف . ومن طريق ابن أبي شيبة رواه الطبراني في معجمه .

ورواه ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا عبد الله بن ادريس حدثنا أبو اسحاق الشيباني عن

ويستوي فيه الإعتاق بمال وبغيره لإطلاق ما ذكرناه . قال فإن شرط أنه سائبـــة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ،لان الشرط مخالف للنص فلا يصح .

---

عبد الله بن أبي الجعد عن عبد الله بن شداد عن فاطمة بنت حمزة رضي الله عنه فـذكره ففي هذين الكتابين إسمها فاطمة ورواه أبو داود في المراسيل عن شعبه عن الحكم عن عبد الله بن شداد وقالوا أتدرون ما إبنة حمزة منى كانت أختي لأمي وانها اعتقت مملوكاً لها فتوفى وترك إبنتيه ومولاته ، فجعل رسول الله ﷺ ميراثه بينهما نصفين .

وروى أبو داود أيضاً في مراسيله ما يخالف هذا عن ابراهيم قال توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب فأعطى النبي عليه السلام بنت حمزة النصف وقبض النصف والله أعلم .

( ويستوي فيه ) أي في ثبوت الولاء ( الاعتاق بمال وبغيره ) أي بغير المال ، وكذا العتق بقرانه أو كتابته عند الأداء وتدبير أو استيلاد بعد الموت ، وسواء أيضاً كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة اليمين وما أشبهها ( لاطلاق ما ذكرناه ) يعني قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول .

( قال ) أي القدوري ( فإن شرط أنه سائبة )أي أن العبد يكون حراً أولاً ولا بينة من ساب الماء يسيب إذا جرى وذهب كل مذهب . قال الصنعاني في العباب السائبة العبد كان الرجل إذا قال لغلامه أنت سائبة فقد عتق ، ولا يكون ولاؤه لمعتقه ويضع مـــاله حيث شاء ولا عقل بينهما ، والسائبة أيضاً الناقة التي كانت تسيب في الجاهلية لنذر ونحوه ( فالشرط باطل والولاء لمن أعتق ، لأن الشرط مخالف للنص ) وهو قوله عليه السلام أعتق ( فلا يصح ) أي إذا كان مخالفاً للنص ، فلا يصح ، وهذا مذهب جمهور العلماء ، وعند أحمد لم يكن له الولاء عليه إن أعتقه سائبة ، فلو أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله . وفي المنصوص عن أحمد لو خلف مالاً ولم يدع وارثاً اشترى بماله رقاباً فأعتقهم ، لأن إبن عمر رضي الله عنهما أعتق عبداً سائبة فمات فاشترى بماله رقاباً فأعتقهم . وقال مالك ومكحول وابو العالية والزهري وعمر بن عبد العزيز يجعل ولاءه لجماعة المسلمين ، كـــذا فعله بعض الصحابة .

قال وإذا أدى المكاتب عتق والولاء للمولى وإن اعتق بعد موت المولى ، لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب ، وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته ، لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاءهم له ، لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد . ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاءه له لوجود السبب

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا أدى المكاتب ) أي بدل الكتابة ( عتق وولاؤه للمولى ، وإن أعتق بعد موت المولى ، لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب ) أي قررنا في باب الكتابة أن ولاءه لمولاه ، وهو قول عامة الفقهاء . وعن عمرو بن دينار لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن عليه ولاؤه كما لو اشتراه أجنبي وقال مكحول المكاتب إذا شرط ولاء مع رقبته جاز . وقال قتادة من لم يشترط ولاء مكاتبه ، فلمكاتبه أن يوالي من شاء للجمهور حديث بريرة وقد مضى مستقصى .

( وكذا العبد الموصى بعتقه ) أي وكذا يكون ولاؤه للميت لأن العتق يقع عنه (أو بشرائه ) أي أو الموصى بشرائه ( وعتقه بعد موته لأن فعل الوصي بعد موته ) أي بعد موت الموصى ( كفعله ) أي كفعل الموصى في حياته ( والتركة على حكم ملكه) أي على حكم ملك الموصي الميت في حق الوصية .

( وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاءهم له، لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد ) فيه لف ونشر ، فقوله بالتدبير يرجع إلى قوله مدبروه ، وقوله والاستيلاد يرجع إلى قوله وأمهات أولاده ( ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق ، وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه ) أي على الذي ملك ، وقد مر في العتاق مستقصى .

وهو العتق عليـــه . وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه أبداً ، لانه عتق على معتق الام مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصوداً فلا ينتقل ولاءه عنه عملا بما روينا ، وكذلك إذا ولدت ولداً لاقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق ، أو ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر لانهما توأمان يتعلقان معاً ، وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى والزوج وإلى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل

---

( وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر ) أي لرجل آخر ، وفي بعض النسخ أمـــة رجل آخر ( فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل ) أي والحال أن الأمة حامل ( من العبد عتقت وعتق حملها ) تبعاً لها ( وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبداً ، لأنـــه عتق على معتق الأم ) بكسر التاء ( مقصوداً إذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصوداً ) أي حال كونـه مقصوداً بالعتق ، لأنه أضاف الإعتاق إلى جميع أجزائها وهو منهـــا ، فيعتق مقصوداً كالأم ، فإذا كان كذلك ( فلا ينتقل ولاءه عنه عملا بـــما روينا ) وهو قوله عليه السلام الولاء لمن أعتق .

( وكذلك إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر ) من حين أعتقت ( للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق ) أي للتيقن بوجوده في البطن حين الإعتاق فيعتق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر ) أي بيوم مثاله وللآخر بعد يوم ( لأنهما توأمان يتعلقان معـــاً ) لأن المرأة المتحلة من الولادتين إذا كانت أقل من ستة أشهر يكون الولد توأماً وحكم التوأم لا يختلف . وإذا ثبت وجود أحدهما وقت الإعتاق ثبت وجود الآخر ، فقد جرى عليهما عتق مقصود ، فلا ينتقل الولاء .

( وهذا ) أي الحكم المذكور ( بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى ) أي والحـــال أنها حبلى ( والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب ، لأن الجنين غير قابل

لهـــذا الولاء مقصوداً ، لان تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له . قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر ولـــداً فولاءه لموالي الام ، لانه عتق تبعاً للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتـاق حتى يعتق مقصوداً ، فـــإن أعتق الأب جر الأب ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب لأن العتق ها هنا في الولد يثبت تبعـــا للأم ، بخلاف الأول ، وهذا

---

لهذا الولاء مقصوداً ، لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو) أي الجنين ( ليس بمحل له ) أي للايجاب والقبول فهذا أظهر الفرق بين الصورتين .

( قال فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولاؤه لموالي الأم ، لأنـــه عتق تبعاً للام لاتصاله بها ) أي لاتصال الولد بالأم ( بعد عتقهـــا فيتبعها في الولاء ) لولاء الأم لمولى الأم ، فكذا ولاؤه تبعاً لها ( ولم يتيقن بقيامه ) أي بقيام الولد أي بوجوده ( وقت الإعتاق ، وحتى يعتق مقصوداً ) كما في الفصل الأول فلا جرم عتق تبعاً لها ( فان أعتق ) وهو ( الأب ) فلذلك فسره بقوله ( جر الأب ولاء إبنه ) إلى مواليه ( وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب ) وهو قول جمهور الفقهاء والتابعين والصحابة رضي الله عنهم ، وقال داود وميمون بن مهران وحميد بن عبد الرحمن أن الولاء لا يجري عن موالي الأم ، وقـــد روي عن عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما مثل هذا ( لأن العتق ها هنا ) أي فيما إذا ولدت لعتقها أكثر من ستة أشهر ( في الولد يثبت تبعاً ) لا مقصوداً ، والأصل إذ العتق متى ثبت مقصوداً لا ينتقل الولاء كما بينا ، ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل ، وهنا ثبت العتق تبعاً ( للام ) لعدم التيقن بقيامه وقت الإعتاق ، فإذا تبعها في العتق تبعها في الولاء أيضاً كما ذكرنا لعدم أهلية الأب ، فإذا صار الأب أهلا بالإعتاق عاد الولاء إليه .

( بخلاف الأول ) أي الفصل الأول ، وهو ما إذا أعتقها وهي حامل أو ولدت لأقل من ستة أشهر ، فإن العتق فيه ثبت مقصوداً فلا ينتقل الولاء فيه البتة ( وهذا ) أي انتقال

## لأن الولاء بمنزلة النسب ، قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث

الولاء من موالي الأم إلى مـــوالي الأب ( لأن الولاء بمنزلة النسب ) والنسب إلى الأداء ، فكذا الولاء ، وإنما جعل الموالي للأم بطريق التبعية ضرورة عــدم مولى للاب ، فإذا ارتفعت هذه الضرورة بحدوث المولى له عاد إليه ، ثم استدل على كون الولاء بمنزلةالنسب بقوله ( قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة .

الأول : عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخرج حديثه إبن حبان في صحيحه في القسم الثاني عن بشر بن الوليد عن يعقوب بن ابراهيم عن عبيد الله بن عمر عن عبـد الله بن دينار عن إبن عمر قال ، قال عليه السلام الولاء لحمـــة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب . ورواه الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن عن أبي يوسف القاضي يعقوب بن ابراهيم عـــن عبد الله بن دينار به . ومن طريق الشافعي رواه الحاكم في المستدرك في كـتاب الفرائض وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه . وبطريق آخر أخرجه الحاكم في كتاب مناقب الشافعي عن علي بن سليمان الاخميمي ثنا محمـــد بن ادريس الشافعي ثنا محمـــد بن الحسن ثنـــا أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عبد الله بن دينار به . قال الحاكم كذا قال فيه عن أبي حنيفة وهو وهم . قال الشافعي رواه عن محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن عبد الله بن دينار نفسه ، وبطريق آخر أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط عن محمد بن زياد حدثنا يحيى بن سليم الطالقي عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ، وقال لم يروه عن اسماعيل بن أمية إلا يحيى بن سليم .

الثاني : ابن أبي أوفى أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن عبيد بن القاسم الاسدي عن اسماعيل بن أبي خالد عن ابن أبي أوفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولاء لحم كلحمة النسب لا تباع ولا توهب . ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بعبيد بن القاسم ، ونقل عن ابن معين أنه قال فيه كان كذاباً .

الثالث : أبو هريرة أخرج حديثه ابن عدي في الكامل عن يحيى بن أبي أنيسة عـــن

الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال،قال رسول الله ﷺ الولاء لحم ... إلى آخره ، سواء وأعله بيحيى بن أبي أنيسة وأسند تضعيفه عن البخاري والنسائي وأحمد وعلي بن المديني وابن معين .

فإن قلت ذكر البيهقي حديث نهى عن بيع الولاء وهبته ، ثم ذكر عن الشافعي أبا محمد بن الحسن عن يعقوب بن ابراهيم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أنه عليه السلام قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب . ثم ذكر عن أبي بكر النيسابوري قال هذا خطأ ، لان الثقات يروونه هكذا ، وإنما رواه الحسن مرسلا ، ثم قال البيهقي روي من أوجه أخر كلها ضعيفة . قلت يرد عليهما ما ذكرناه من حديث عبد الله بن عمر حديث عبد الله بن أبي أوفى من الطريق الذي أخرجه الطبري في تهذيب الآثار ، وهو طريق صحيح ، فقال حدثني موسى بن سهل الرملي ثنا محمد بن عيسى يعني الطباع ثنا عبد بن القاسم عن اسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال ، قال رسول الله ﷺ الولاء لحمة كلحمة النسب لا تباع ولا توهب .

ثم اعلم أنه ليس في الحديث بوجوهه المذكورة ولا يورث،فقال الدارقطني في كتاب العلل ورواه أيوب بن سليمان الاعور عن عبد العزيز بن مسلم القسملي عن عبد الله بن دينار به لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، فزاد فيه ولا يورث، ثم قال ولم أجد في شيء من طريق الحديث ولا يورث قوله لحمة كلحمة النسب ، أي تشابك ووصلة كوصلة النسب ، قالوا يورث عند جمهور العلماء والفقهاء وأصحاب الظاهر ، وقد شدد شريح قال بأنه يورث كالمال عن المعتق ، فمن ملك شيئاً من الولاء حال حياته فهو لورثته وكان بين ابن المعتق وبنته للذكر مثل حظ الانثيين . وعن سليمان بن يسار أنه كان مولى لميمونة فوهبت ولاءها لابن عباس رضي الله عنهما ، والجمهور ما ذكره .

فان قلت ما معنى قولهم الولاء يورث ، قلت معناه مما لا يورث عينه، يعني لا يجري فيه سهام الورثة ولكن يورث به ، وهو قول علي وزيد وأحد الروايتين عن ابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه أخذ علماؤنا.وفي رواية أخري لابن مسعود أن الولاء مما يورث عينه

ثم النسب إلى لآباء فكذلك الولاء ، والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة ، فإذا صار أهلا عاد الولاء إليـــه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة . فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف مـــا إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون

---

كما المال يجرى فيه سهام الورثة ، وهو قول شريح والنخعي ، وقد روي مثله عن أبي يوسف في غير رواية الاصول ، حتى لو ترك المعتق أباً وإبناً كان لابيه السدس والبـــاقي لابنه ، وكذلك إذا ترك إبناً وإبنة فميراث المعتق بينهما للذكر مثل حظ الانثيين .

( ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء ) إلى الآباء ( والنسبة إلى موالي الام كانت لعدم أهلية الاب ضرورة ) لكونه عبداً ( فاذا صار أهلا ) بالحرية ( عاد الولاء إليه ) لارتفاع الضرورة ( كولد [1] الملاعنه ينسب إلى قوم الام ضرورة ) لاجل اللعان الثاني نسبة إلى الاب ( فاذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه ) وهو الاب لارتفاع الضرورة بالإكذاب .

فان قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته ، فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ بعد ثبوته . قلنا لا تنفسخ ولكن حدث ولاء المولى منه فقدم عليه ، كما نقول في الاخ أنه عصبة ، فاذا حدث من هـــو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصيبه ، ولكن يقدم عليه .

(بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق) هذا يبطل بقوله فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه يعني هنا يعود الولاء ، وها هنا لا يعود . قوله إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء أو طلاق ، أي أو أعتقت المعتدة عن طلاق وأطلق الطلاق ليشمل البائن والرجعي جميعاً ، وكذا طلقة طلقت الحاكم الشهيد والطحاوي قيده بالبائن مختصرة واتبعه الإمام الاسبيجابي في شرحه ( فجاءت بولد أقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام . وإن أعتق الاب لتعذر

---

(١) ولد ـــ هامش .

الولد مولى لموالي الأم ، وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء ، وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعاً بالشك فاستند إلى حالة النكاح ، فكان الولد موجوداً عند الاعتاق فعتق مقصوداً ، وفي الجامع الصغير فإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا تبعاً لأمهم ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي

---

إضافة العلوق الى ما بعد الموت ) لإستحالته من الميت ( والطلاق البائن ) أي ولتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الطلاق البائن (لحرمة الوطء) بعد الطلاق البائن (وبعد الطلاق الرجعي ) أي ولتعذر إضافة العلوق أيضاً إلى ما بعد الطلاق الرجعي .

( لما أنه يصير مراجعاً بالشك ) لانه لو حمل وطئه في العدة يصير مراجعاً ، ولو حمل إلى ما قبل الطلاق لا يصير مراجعاً ، والمراجعة لم تكن فلا يثبت بالشك ، فاذا تعذر إضافته إلى ما بعد ذلك ( فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجوداً عند الإعتاق فعتق مقصوداً )ومن أعتق مقصوداً لا ينتقل ولاؤه كما تقدم وتبين من هذا أنها إذاجاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق،وأما إذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق البائن والرجعي، ففي البائن مثل ما كان . وأما الرجعي فولاء الولد لموالي الاب للتيقن بمراجعته . وفي الكافي وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد لأكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لأقل من سنتين كما ذكرت ، وعليه يدل التعليل المذكور فيها ، فالظاهر أنه وقع من الكتاب ، انتهى .

قلت وقع في بعض النسخ لاقل من سنتين ، وفي نسختي أيضاً كذلك ، وكذا ذكر في المبسوط لاقل من سنتين أو لتمام السنتين ، لان النسب تنسب إلي سنتين . ومن ضرورته أن يكون العلوق قبل الطلاق .

( وفي الجامع الصغير فاذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولاداً فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام ، لانهم عتقوا تبعاً لامهم ، ولا عاقلة لابيهم ولا موالي ) لكونه في الرقبة

فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا، فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ، ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم، وإنما يثبت للأب مقصوراً لأن سببه مقصور ، وهو العتق . بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه ، لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون .

---

( فألحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة ) حيث تنسب إلى قوم الام ضرورة ( على ما ذكرنا ) أراد به قوله كولد الملاعنة ينتسب إلى قوم الام ... إلى آخره ، وإنما ذكر لفظ الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل .

( فإن أعتق الأب ) أراد به العبد الذي هو زوج المعتقة المذكورة ( جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ) أراد به عند قوله فان أعتق ... [1] الأب ولاء ابنه إلى آخره ( ولا يرجعون ) أي عاقلة الأم ( على عاقلة الأب بماعقلوا ، لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتاً لهم وإنما يثبت للاب مقصوراً) أي على زمان عتق الأب (لأن سببه) وهوعتق الأب(مقصور) أي غير مستند إلى وقت سابق ( وهو العتق ) أي السبب هو العتق .

( بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون ) أي قوم الأم ( عليه ) أي على الملاعن ، أي على عاقلته ( لأن النسب هناك يثبت مستنداً إلى وقت العلوق ) لا من وقت الإكذاب فانه لا يتصور أن لا يكون عند العلوق ولد الإنسان ثم يصير ولداً له بعد فتبين أن النسب كان ثابتاً من الأب حين جنى ، وأن موجب جنايته على عاقلة الأب وأجبر عاقلة الأم على القضاء فيرجعون عليهم بذلك ، وهو معنى قوله (وقد كانوا مجبورين على ذلك)أي وكان عاقلة الأم مجبورين على القضاء(فيرجعون)

---

(١) هنا كلام غير مقروء من الأصل .

## قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة « رح » .

على عاقلة الاب ، لانهم قضوا ديناً عن غيرهم بحكم القاضي فلهم الرجوع .

( قال ) أي القدوري ( ومن تزوج من العجم ) وهو جمع عجمي ، وهو خلاف العربي وإن كان فصيحاً ( بمعتقة من العرب فولدت له أولاداً فولاء ولدها [1] لمواليها عند أبي حنيفة ) وكذا أموالهم لذوي أرحامه ، حتى لو ترك هذا الولد عمة أو خالة لم يكن لهما شيء في وجود معتق الام وعصبته . وفي الزاد وشرح الاقطع صورة المسألة بالحر العجمي الذي ليس بمعتق لاحد سواء كان له ولاء موالاة أو لم يكن . وفي الفوائد هذه المسألة على وجوه إن زوجت نفسها من عربي فولاء الأولاد لقوم الأب في قولهم ، لأن الشرف بأنساب الاعراب أقوى . وإن زوجت نفسها من العجمي الذي له أباً في الاسلام فولاء الاولاد لقوم الاب عند أبي يوسف « رح » بلا ريب .

وعلى قولها اختلف المشايخ ، حكي عن أبي بكر الاعمش وأبي بكر الصفار أنه لقوم الاب ، وقال غيرهما لقوم الام ، وإن زوجت نفسها من رجل أسلم من أهل الحرب والى أحداً أو لم يوالوهي مسألة الكتاب . وإن زوجت نفسها من عبد أو مكاتب فولاء الولد لموالي الام إجماعاً ، إلا إذا أعتق العبد فيجد الولاء وفي المبسوط إذا كانت الامة معتقة إنسان والاب مسلم نبطي لم يعتقه أحد فالولد مولى لمولى الام ، وكذا إذا كان نبطي كافر ثم أسلم ووالى رجلا فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون الولد مولى لموالي الأم ، وعند أبي يوسف « رح » في الفصلين لا يكون الولد مولى الأم ولكنه منسوب إلى قوم أبيه ، لأنه كالنسب والنسب إلى الآباء .

وفي مغني الحنابلة إذا كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه ولا يكون عليه ولاء ، وهو قول أكثر أهل العلم ، سواء كان الأب عربياً أو عجمياً ، وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو مجهول النسب أو معلومه ، وهو قول أبي يوسف ومالك « رح » وابن شريح من أصحاب

---

(١) أولادها — هامش .

قال رضي الله عنه وهو قول محمد . وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه، لأن النسب إلى الاب كما إذا كان الأب عربياً ، بخلاف ما إذا كان الأب عبداً ،

---

الشافعي . وقال ابن اللبان من أصحاب الشافعي وقيل هذا قول أبي حنيفة ، وبه قال القاضي الحنبلي إن كان مجهول النسب يثبت الولاء على ولده إلى الأم إن كانت موالاة، وهو ظاهر مذهب الشافعي « رح » وبه قال القاضي الحنبلي . وقيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد رحمهم الله ، ولكن ذكر في الحلية فان كان الأب حر الأصل والأم معتقة ثبت الولاء على الولد ، سواء كان الأن عربياً أو عجمياً . وقال أبو حنيفة إن كان عجمياً يثبت الولاء على الولد وبناءه على أصله في جواز استرقاق عبدة الأوثان من العجم دون العرب ، فان كان الأب معتقاً والأم حرة الأصل فهل يثبت الولاء على الولد ، فيه وجهان ، أحدهما أنه لا يثبت ، والثاني أنه يثبت ، أما إذا كان الأب مجهول النسب محكوماً بحريته بالظاهر والأم معتقة قيل يثبت الولاء على الولد لمولى الأم . قال أبو العباس قياس قول الشافعي لا يثبت ، كما لو كان معروف النسب . وقال ابن اللبان يثبت وهو قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد .

( قال العبد الضعيف وهو قول محمد أيضاً [1] ) أي قول أبي حنيفة وهو قول محمد بن الحسن أيضاً ( وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه ) فلا يكون عليه ولاء إعتاقه وإنما يورث ماله حيث ذوي أرحامه ، كما إذا كان الأب عربياً والأم معتقة فلأنه لا يكون ولاؤه لمولى أمه ( لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربياً ) إنما كان النسب إلى الإبن لانه منسوب إليه ، قال عز وجل ﴿ ادعوهم لآبائهم ﴾ فصار ملحقاً بالاب، فأخذ حكمه ، في كل وجه لانه حر .

( بخلاف ما إذا كان الاب عبداً ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان النسب إلى الإماء وجب أن يستوي الاب الحر والعبد ، وليس كذلك . فأجاب بقوله

---

(١) قال رضي الله عنه — هامش .

لانـــه هالك معنى . ولهما أن ولاء العتاقة قوي يعتبر في الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيـــه والنسب في حق العجم ضعيف ، فإنهم ضيعوا أنسابهم ، ولهـــذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف . بخلاف ما إذا كان الاب عربياً لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما

---

بخلاف ما إذا كان الاب عبداً ( لانه ) أي لأن العبد ( هالك معنى ) لانه لا يملك شيئاً ، ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمي ، قال الله تعالى ﴿ أو من كان ميتاً فأحييناه ﴾ ١٢٢ الانعام ، فصار حال هذا الولد في الحكم حال من الاب له فنسب إلى موالي الام ، وهذا المعنى معدوم إذا كان الاب حراً ، لان الحرية حياة باعتبار صفة المالكية والعرب والعجم فيه سواء .

فإن قلت لو كان هالكاً لما جرى القصاص . قلت جريانه لآدميته لا لحريته ورقه ولا نقصان في ذلك .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن ولاء العتاقة قوى معتبر في حـــق الاحكام)لانه ولاء نعمة (حتى اعتبرت الكفاءة فيه ) أي في ولاء العتاقة ، حتى لا يكون معتق العجم كفوءاً لمعتقة العرب ، ولهذا يجوز إبطال حرمة العجم بالإسترقاق ( والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ) أي فان العجم ( ضيعوا أنسابهم ) حيث لم يعتبروا ذلك قبل الإسلام ، وكان تفاخرهم وتقييدهم بعمارة الدنيا ، حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفوءاً لمن له أبوان في ذلك ، وتفاخرهم بعد الإسلام بالإسلام ، وإليـــه أشار سلمان رضي الله عنه حين قيل له سلمان ابن من فقال سلمان رضي الله عنه :

أبي الإسلام لا أب لي سواه إذا افتخروا بقيس أو تميم

( ولهذا ) أي ولاجل كونهم ضيعوا أنسابهـــم ( لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف ، بخلاف ما إذا كان الاب عربيـــاً ، لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل ، لما أن تناصرهم بها ) أي بالانساب ( فأغنت عن الولاء)

أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء ، قال رضي الله عنـــه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً وفي الجامع الصغير

أي أغنت أنسابهم عن التناصر بالولاء .

( قال العبد الضعيف (١) الخلاف ) المذكور بين أبي حنيفة « رح » وصاحبيـــه (في مطلق المعتقة )إنما قال ذلك لان محمداً « رح » ذكر المعتقة مطلقاً ، حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك ( والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً ) أي وضع القدوري هذه المسألة في مختصرة بقوله ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب وقـــع على سبيل الاتفاق له القصد،قيل تعليل قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله في قوله والنسب في حق العجم ضعيف يرجح ولاء العتاقة إذا كانت المعتقة من العرب ، لان الولاء لحمة كلحمة النسب ، والنسب في حق العرب قوي ، فكذلك معتقهم يحكى حكاية النسب،فكان قرباً فرجح حينئذ معتق العرب على المنسوب في العجم لا مطلق المعتق .

وأجيب بأن المصنف قال والقوة فيما إذا كان في جانب الاب ، حتى أن الاب إذا كان عربياً والام معتقة إنسان فولاء الولد لقوم الاب بالإتفاق . وأمـا في جارية الام فألحقوه بمجرد كونها معتقة على نسب العجم ، ألا ترى أنهما تعرضا لمطلق ولاء العتاقة ، فإن من له أب واحد في الحرية لا يكون كفوءاً لمن له أبوان في الحرية ، وأمـــا في النسب فليس كذلك ، فإن من له أب واحد في الخلافة أو الإمارة يكون كفوءاً لمن له أبوان فيهما ، فعلم بهذا أنهما يرجحان بمجرد ولاء العتاقة ، سواء كان معتق العرب أو العجم على نسب العجم، فصح قوله الخلاف في مطلق المعتقة .

( وفي الجامع الصغير نبطي ) النبطي واحد النبط وهم جبل من الناس بسواد الطريق، وفسر الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب . وفي العباب قال ابن دريد النبط جيل معروف وهم النبط والانباط.وقال غيره النبط والنبيط قوم ينزلون بالبطائح بين العراقين والجمع أنباط ، يقال رجل نبطي ونباطي ونباطاً مثل يمني ويماني، وحكى يعقوب نباطي بضم النون فان قلت لم ذكر لفظ الجامع الصغير . قلت لبيان أن محمداً ذكر المعتقة مطلقاً

---

(١) قال رضي الله عنه — هامش .

كافر تزوج بمعتقـــة قوم ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولاداً ، قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهم ، وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم ، لان الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية . ولهمـــا أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله ، والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي . ولو كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الاب لانهما استويا ، والترجيح لجانبه لشبهة بالنسب

---

ولاشتماله ولاء الموالاة بحيث قال نبطي ( كافر تزوج بمعتقة قوم ) أي بمعتقة كافرة نصرانية ، إنما قلت هكذا ليتصور المسألة ، إذ المسلمة لا تتزوج تحت الكافر بعقد النكاح ، وكذلك قال فخر الإسلام معنى هذا أن تكون المعتقة كافرة كتابية إنما قيد بالكتابية ، لان غير الكتابية من الكفار لا يجوز أن يبقى نكاحها بعد إسلام الزوج فافهم . ( ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ) أي عقد عقد الموالاة ( ثم ولدت أولاداً ، قال أبو حنيفة ومحمد مواليهم موالي أمهـــم ) .

( وقال أبو يوسف مواليهم موالي أبيهم ، لان الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الاب ، وصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ) يعني بين العجم الاصلي والعربية الاصلية ، فيكون النسب للأب بالاتفاق ، توضيحه أن واحداً من العجم إذا تزوج بعربية وهما حران غير معتقين فولدت أولاداً فانهم ينسبون إلى قوم أبيهم ، فكـذا إذا كانت معتقة ، وهنا لان النسبة إلى الام ضعيفة ، ولهذا لا يستحق لها العصوبة .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( إن ولاء الموالاة ) أضعف من ولاء العتاقة ( حتى يقبل الفسخ ) بأن أراد أحدهما فسخه ( وولاء العتاقة لا يقبله ) أي الفسخ ( والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ) أراد بالضعيف ولاء الموالاة ، وبالقوي ولاء العتاقة ( ولو كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الاب لانهما استويا ) أي لان الابوين استويا في المعتوقيـة ( والترجيح لجانبه ) أي لجانب الأب ( لشبهة ) أي لشبهـــة الولد ( بالنسب ) بالحديث

أو لان النصرة به أكثر . قال وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له ، ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته

---

المذكور ( أو لأن النصرة به ) أي بقوم الأب ( أكثر ) من النصره بقوم الأم .

( قال ) أي القدوري ( وولاء العتاقة تعصيب ) أي موجب للعصوبة والتعصيب هو جعل الانسان عصبة ، ومنه قولهم الذكر يعصب الأنثى ، أي يجعلها عصبة ( وهو ) أي مولى العتاقة ( أحق بالميراث من العمة والخالة ) وهو قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم . وعن ابن مسعود رضي الله عنهما تقدم ذوي الأرحام على مولى العتاقة ، وروي عن عمر وعلي مثله .

( لقوله عليه السلام للذي اشترى عبداً فأعتقه هو أخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو خير لك وشر له . ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته ) الكلام في هذا الحديث على أنواع، الأول أنه أخرجه الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون عن الأشعث عن الحسن أن رجلا أتى النبي ﷺ برجل فقال اني اشتريت هذا فاعتقته فما ترى فيه ، قال أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك، قال فما ترى في ماله قال إن مات ولم يدع وارثاً فلك ماله.

ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا أبو عيينة عن عمرو بن عبيد عن الحسن رضي الله عنه قال أراد رجل أن يشتري عبداً فلم يقض بينه وبين صاحبه ،فحلف رجل من المسلمين بعتقه فاشتراه فأعتقه فذكره النبي ﷺ فقال إن شكرك فهو خير له وشر لك ، وإن كفرك فهو شر له وخير لك،قال فكيف بميراثه فقال عليه السلام إن لم يكن له عصبة فهو لك.

ورواه أيضاً محمد في كتاب الولاء من الاصل عن أبي يوسف عن اسماعيل بن سلم عن الحسن البصري عن رسول الله ﷺ .

وورث ابنة حمزة « رض » على سبيل العصوبة مع قيـــام وارث ، وإذا كان عصبة يقـــدم على ذوي الارحـام وهو المروي عن علي رضي الله عنه ،

---

النوع الثاني : أن هذا الحديث مرسل من مراسيل الحسن البصري الصحيحـــة وهي مقبولة عندنا يعمل بها .

النوع الثالث : في معناه فقوله هـو أخوك يعني في الدين ، قوله إن شكرك يعني إن شكرك بالمجازاة على ما صنعت إليه فهو خير له ، لانه انتدب لما ندب إليه ، ولانه يثاب بمقابلة شكره ، لان شكر النعمة مندوب. قوله وشر لك لانه أوصل إليك بعض الثواب في الدنيا فينقص بقدره في الآخرة من الثواب . قوله وإن كفرك فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله في الآخرة وشر له ، لانه كفر النعمة وكفران النعمة قبيح ، قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله ، رواه أحمد وغيره . قوله ولم يترك وارثاً أي وارثاً وهو عصبته . قوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد لم يترك عصبة حيث لم يقـــل كنت أنت وارثه .

( وورث ) بالتشديد أي ورث النبي ﷺ (إبنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام وارث )وهو بنت الميت،وذلك لان النبي عليه السلام أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة وقد مر بيان الحديث من قريب مستوفى .

( وإن كان ) أي المعتق بكسر التاء ( عصبة ) أي المعتق بفتح التاء (يقدم على ذوي الارحام ) لان العصبة هو الذي يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض وهو مقـدم على ذوي الارحام ( وهو المروي عن علي رضي الله عنه ) يعني تقديم المولى على ذوي الارحام ، وهو المروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ولم يثبت هدا عن علي رضي الله عنه ، بل الثابت عنه خلاف ذلك ، فان عبد الرزاق أخرج في مصنفه وقال أخـبرنا الثوري أخبرني منصور عن حصين عن ابراهيم قال كان عمر وابن مسعود رضي الله عنهـما يورثان ذوي الارحام دون الموالي فقلت لعلي بن أبي طالب فقال كان أشدهم في ذلك ، انتهى . والذى ذكره هو المروي عن زيد بن ثابت رضي الله عنها فأخرج عبد الرزاق في مصنفـه

فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى من المعتق ، لان المعتق آخر العصبات ، وهـــذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثـــاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الارحام . قال فإن كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا ، وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تأويلـــه إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ،

---

فقال أخبرنا عمر عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يورث الموالى دون ذوى الارحام . ولو قال المصنف وهو المروى عن زيد بن ثابت رضي الله عنهما لكان أصح وأبعد من الخطأ .

( فان كان للمعتق ) بفتح التاء ( عصبة من النسب فهو أولى من المعتق ، لان المعتق ) بكسر التاء ( آخر العصبات ) لانه عصبة سببية فتأخر عن العصبة النسبية ( وهذا ) أى كون العصبة من النسب أولى بالميراث من المولى ( لان قوله ﷺ ولم يترك وارثاً قالوا المراد منه وارث هو عصبة ) برفع قوله عصبة على أنه صفة لقوله وارث (بدليل الحديث الثاني ) الباء تتعلق بقوله قالوا ، أى قالت العلماء ذلك مستدلين بالحديث الثاني وهـو حديث بنت حمزة رضي الله عنها ، وذلك لانه ﷺ جعلها عصبة مع وجود الوارث ، لأن البنت الصلبية وارثة وليست بعصبة ، فعلم بهذا أن قوله ﷺ فان مـات ولم يترك وارثاً وارث هو عصبة لا وارث مطلق (فتأخر) أي الموالي ( عن العصبة) أي عن عصبة المعتق بفتح التاء ( دون ذوي الأرحام ) يعني لا يتأخر عنهم،بل يتقدم عليهم كما ذكرنا.

( قال ) أى القدورى ( فان كان للمعتق ) بفتح التاء (عصبة من النسب فهو أولى منه لما ذكرنا ) أراد به قوله وإذا كان عصبة تقدم على ذوى الارحـام ( وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق ) بكسر التاء ، وهو المولى ( تأويله ) أى تأويل قول القدورى فميراثه للمعتق ( إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال ) ذكروا لهذه الجملة تأويلين ، أحدهما أن معنى قوله صاحب فرض ذو حال الفرض كالاب والجد ، فان لهما حالاً سوى حال الفرض وهي العصوبة ، فالمعتق لا يرث مع وجودهما ، بل الاب أو الجد

أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه ، لانه عصبة على ما روينا ، وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة يأخذ ما بقي ، فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته ،

---

يأخذ الباقي بعد فرضه . والثاني أن معناه ذو حال واحـد كالبنت ، فان كان مثل ذلك فللمعتق الباقي بعـد فرض ذلك الوارث . وقال الاترازى يكون الضمير في فله الباقي على التأويل الاول راجعاً إلى صاحب الفرض ، وعلى الثاني إلى المعتق .

وقال صاحب العناية والثاني أوجه ، لأنه حلل قوله ( أما إذا كان فله الباقي بعـد فرضه ) أي بعد أخذ فرضه بقوله ( لأنه عصبة على ما روينا ) أشار به إلى قوله عليه السلام ولو مات ولم يترك وارثاً كنت أنت عصبته ( وهذا ) أشار إلى قوله ( لأن العصبـة من يكون التناصر به لبيت النسبة ) أي القبيلة ، يقال للقبيلة الواحدة بيت النسبة (وبالموالى التناصر)[1] أي ويكون بالمولى الانتصار ، وهكذا في بعض النسخ (على ما مر ) أشار به إلى ما ذكره في أول كتاب الولاء بقوله وكانت العرب تناصر بأشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه ( والعصوبة يأخذ ما بقي ) هذا من تمام الدليل،وتقريره فله الباقي ، لأنه عصبة والعصبة تأخذ الباقي .

( فإن مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته ) أراد أن الذكور من أولاد المولى يرثون بعتق دون الإناث منهم ، حتى لو مات ولم يترك إلا بنت المعتق فميراثه لبيت المال لا لبنت المعتق في ظاهر الرواية ، ولكن بعض مشايخنا يفتون بدفع المال إليها في هذا الزمان لعدم بيت المال وقصور احتياط القضاة وبيت المال كان في زمن الصحابـة والتابعين رضي الله عنهم ، ولهذا أفتوا بإعطاء المال للإبن والإبنه من الرضاع لا لبيت المال لعدمه ، كما أفتى أصحاب الشافعي بإرث ذوي الأرحام في هذا الزمان لعدم بيت المال ، كذا في الذخيرة وفرائض الأسنجي .

---

(١) الانتصار هامش .

## لانه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ، ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي آخره أو جر ولاء معتقهن

---

ثم استدل على ذلك بقوله ( لأنه ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ، ورد الحديث عن النبي ﷺ وفي آخره أو جر ولاء معتقهن ) الكلام فيه على أنواع الأول أن هذا لم يثبت عن النبي ﷺ ، وإنما أخرج البيهقي عن علي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم كانوا يجعلون الولاء أكبر من العصبة ولا يرثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن .

وأخرج أيضاً عن ابراهيم قال كان عمر وعلي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم لا يرثون النساء من الولاء إلا ما أعتق . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن الحسن أنه قال لا ترث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو كاتبن . وأخرج نحوه عن ابن سيرين وابن المسيب وعطاء والنخعي ، وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الحرار عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال لا تورث النساء من الولاء إلا ما كاتبن أو أعتقن .

النوع الثاني : في معناه فقوله إلا ما أعتقن كلمة ما هنا بمعنى من كما في قوله تعالى ﴿ والسماء وما بناها ﴾ ٥ الشمس ، أي ومن بناها ، وها هنا محذوفات مقدرة منها المستثنى منه فتقدير الكلام ليس للنساء من الولاء شيء إلا ولاء ما أعتقته أو ولاء ما أعتقته من أعتقته أو ولاء ما كتبن أو ولاء ما كاتبه من كاتبنه وذكر في شرح كتب الفرائض بعد قوله أو كاتب أو كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن ، انتهى ، وكذلك التقدير في هذا ولاء ما دبره أو ولاء ما دبره من دبره أو جر ولاء معتق معتقهن ، أو ولاء معتق معتقهن أو ولاء مكاتب مكاتبهن ، أو ولاء مدبرتهن أو ولاء مدبر مدبرهن ، والولاء الذي هو مجرور معتقهن أو الولاء الذي هو مجرور معتق معتقهن .

النوع الثالث . في صورة ما ذكر ، فصورة ولاء معتقهن ظاهرة بأن أعتقت عبدها

ثم مات المعتق وترك معتقته هذا فولاء لها ، فلو أعتق معتقها عبداً آخـر ومـات المعتق الأول ، ثم الثاني فولاء الثاني لها أيضاً ، وهذا صورة معتق المعتق ، وصورة ولاء مكاتبهن بأن قالت امرأة لعبدها كاتبتك على ألف درهم مثلاً فقبل العبد ذلك ، فاذا أدى بـــدل الكتابة يكون ولاؤه للمرأة وصورة ولاء مكاتب مكاتبتهن بأن كاتب هذا المكاتب عبداً فولاء مكاتب المكاتب لها أيضاً إذا لم يكن المكاتب الأول ، وصورة ولاء مدبرهن بأن دبرت امرأة عبدها بأن قالت له أنت حر إن دبرتني أو بعد موتي أو إذا مت ونحوه، ثم ارتدت والعياذ بالله وألحقت بدار الحرب وقضاء القاضي بالحاقها فعتق مدبرها ثم جاءت المرأة إلى دار الإسلام ثم مات المدبر وترك مدبرته هذا فولاؤه لها وصورة ولاء مـــدبر مدبرهن بأن اشترى هذا المدبر بعد الحكم بعتقه عبداً ثم دبرها ثم مات وجاءت المرأة إلى دار الإسلام قبل موت مدبرها أو بعده ثم مات المدبر الثاني فولاؤهلمدبرة مدبره وصورة جر ولاء معتقهن بأن زوجت امرأة عبدها معتقة الغير فولدت منه ، ولهـــذا يثبت نسب الولد منه ويكون جر ابنها لأمه لأن الولد تبع الأم في الرق والحرية وولاء الولد لمولى الأم يعقلون عنه ويرثون منه ، فلو أن المرأة أعتقت العبد حر باعتاقها إياه ولاءولده إلى نفسه ثم من نفسه إلى مولاه، حتى لو مات المعتق ثم مات ولده وترك معتقة أبيه فولاؤه انتقل من موالي أمه إليها وصورة جر ولاء معتق معتقهن بأن اعتقت امرأة عبـــداً ثم اشترى المعتق عبداً وزوج معتقه غيره من عبد فولد بينهما ولد فولاء هذا الولد لمولى أمه ، فلو أن المعتق اعتق عبده جر بالإعتاق ولاء معتقه إلى نفسه ثم يرجع منه إلى مولاه .

( وصورة الجر قدمناها) وفي بعد النسخ قد بيناها، وأشار به إلى قوله فان ولدتبعد عتقها أكثر من ستة أشهر إلى أن قال جر الأب ولاء ابنه ، والجد هل يجر الولاء ، فقـال الحاكم في كافيه قال الشعبي إذا أعتق الجد جر الولاء . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمـد رحمهم الله لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلماً باسلام الجد . وفي الجريـة قال شريـــح وسفيان ومالك وأهل المدينة إن الجـــد يجر ولاء ولد الإبن من موالي نفسه ، وبه قال الأوزاعي وابن أبي ليلى وابن المبارك. وقال زفر إن كان الأب حياً فالجد لا يجر الولاء ،

ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب الولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب ، لان سبب النسبة فيه الفراش ، وصاحب الفراش إنمـــا هو الزوج ، والمرأة مملوكة لا مالكة . وليس حكم ميراث المعتق مقصوراً على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب ،لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة بـــه ، حتى لو ترك

---

وإن كان ميتاً يجر الولاء . وفي الأسرار وشرح الأقطع ثم قال الشافعي يجر الولاء .

ولنا أن الجد يدلي إليه بواسطة فلم يجر الولاء كالأخ والعم ، ولا يكون مسلماً باسلام الجد ، إذ لو جاز اتباعه الجد في الإسلام جاز اتباعه جد الجد إلى ما لا نهاية له فيلزم أن يكون الكفار كلهم مسلمين تبعاً لآدم عليه السلام ، ولا وجه إلى ذلك للزم الجمع بين النقيضين.

( ولأن ثبوت المالكية ) هذا دليل ثان عقلي على أن ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتق فأعتق من أعتقن، تقريره أن ثبوت المالكية يعني كونه مالكاً ( والقوة في المعتق ) بفتح التاء ( من جهتها ) أي من جهة المعتقة وكل من ثبت من جهته شيء ينسب إليه ، لأنـــه علته إذ ذاك ينتسب بالولاء إليها ، أي إلى المعتقة ( فينسب الولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها ) أي مولى المعتقة ،لأن معتق المعتق ينسب إلى معتقه بالولاء ، وفي ذلك لا فرق بين الرجل والمرأة .

( بخلاف النسب ) فانه لا يثبت إلا من الفراش ( لأن سبب النسبـــة فيه الفراش ، وصاحب الفراش إنما هو الزوج ) لأنه المالك ( والمرأة مملوكة لا مالكة ) فلا ينسب إليه الفراش ( وليس حكم ميراث المعتق ) بفتح التاء ( مقصوراً على بني المولى ، بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب ، لأن الولاء لا يورث ) حتى يكون لأصحاب الفروض منه نصيب، فلو كان بالإرث لكان الذكر والأنثى سواء ، ولكن الولاء باعتبار النصرة والنصرة بالذكور لا الاناث للضعف بينهن فيحلف المولى الذي أعتق العبد في الولاء من يتحقق النصرة به، فكان الولاء للذكور دون الإناث ، هو معنى قوله ( ويخلف فيه ) أي يخلف المولى الذي أعتق في الولاء ( من يكون النصرة بـــه ) والنصرة بالذكور دون الإناث (حتى لو ترك

المولى وابناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ، لانه أقربهما عصوبة ، وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة « رح » ، لانه أقرب في العصوبة عنده ، وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا ،

---

المولى أباً وإبناً فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ) صورته امرأة اعتقت عبداً ثم مات العبد فميراثه للابن خاصة عندهما ، وبه قال الشافعي ومالك والثورى والشعبي والزهري وابن المسيب وعطاء والحسن والحكم وقتادة وأكثر الفقهاء ، وهو قول أبي يوسف أولاً ثم رجع وقال لأبيها السدس والباقي للابن ، لأن الأب عصبة كالابن ، والابن والأب في القرب سواء ، فيكون حكمها سواء ، وبه قال أحمد والنخعي والأوزاعي ومشايخ واسحاق .

( لأنه ) أي لأن الإبن ( أقربهما عصوبة ) أي من حيث العصوبة والولاء بالعصوبة ولا يظهر عصوبة الأب مع الإبن ( وكذلك الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة ) يعني لو ترك جد مولاه أبا ابنه وأخاه لأب وام وأخاه لأب وأم أو لأب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة ( لأنه أقرب ) أي لأن الجد أقرب من الأخ ( في العصوبة عنده ) أي عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال أبو ثور وعند أبي يوسف ومحمد كلاهما سواء ، وبه قال أحمد والشافعي في قول لأنهما عصبتان ، فيكون الولاء بينهما نصفين كالأخوين ، وعند مالك أن المال للأخ وهو قول من الشافعي ، وهكذا روى عن زيد رضي الله عنه .

( وكذا الولاء لإبن المعتقة حتى يرثه ) الضمير يرجع الى المعتق صورته امرأة اعتقت عبداً ثم ماتت وتركت ابنها وأخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث لإبنها ( دون أخيها ) وعليه اجماع الصحابة والتابعين والفقهاء ، وما روي عن علي رضي الله عنه أن امرأة ماتت وخلفت ابنها وأخاها وابن أخيها أن ميراث مولاها لأخيها وابن أخيها دون ابنها فقد رجع علي رضي الله عنه إلى قول الجماعة ( لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأنه أقربهما عصوبة .

إلا أن عقل جناية المعتقة على أخيها لانه من قوم أبيها ، وجنايته كجنايتها . ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن ، لان الولاء للكبر

---

( إلا أن عقل جناية المعتقة ) بفتح التاء ( على أخيها ) أي على أخ المعتقة (لأنه من قوم أبيها ) أي لأن الأخ من قوم أبيها ، والأصل في العقل قوم الأب وابنها لا يثبت إلى قوم أبيها ، بل ينسب إلى قوم زوجها ( وجنايته كجنايتها ) أي جناية المعتق كجناية المعتقة.

(ولو ترك المولى ابناً وأولاد ابن آخر ، معناه بني ابن آخر فميراث المعتق ) بفتح التاء ( للابن دون بني الابن ، لأن الولاء للكبر ) بضم الكاف وسكون الباء الموحدة و كبر الشيء في اللغة معظمه ، قال الله تعالى ﴿ والذي تولى كبره ﴾ ١١ النور ، قرأ يعقوب وحميد الأعرج بالضم ، قال ابن السكيت يستوي فيه الواحد والجمع والمؤنث. وفي العباب وقولهم هو كبر قومه بالضم ، أي هو أقعدهم في النسب . وفي الحديث الولاء للكبر وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن ، وقوله الكبر أي للأقرب ، انتهى .

وقال الكاكي أي الأكبر أولاد المعتق ، والمراد أقربهم نسباً لا أكبرهم سناً ، ألا ترى أن المعتق إذا مات وترك ابنين كبيراً وصغيراً ثم مات المعتق والولاء بينهما نصفان لاستوائهما في القرب إلى الميت من حيث النسب ، كذا ذكره شيخ الإسلام . وقال الأسبيجابي في شرح الكافي وأرادوا بالكبر القرب ، لأن الأكبر من الأولاد يكون وجوده أقرب إلى وجود الأب من غيره ، فسكتوا (١) به عنه . وفي شرح الأقطع وقولهم الولاء لكبر خرج على المعتاد وهو أن الابن يكون أكبر من ابن الابن في أكثر الأحوال وإن كان في حالة قد يكون ابن الابن أكبر من عمه . وقال في المغرب المراد أقرب الأولاد نسباً لا أكبرهم سناً . وقال في الفائق في حديث النبي ﷺ مات رجل من خزاعة أو من الأزد ولم يدع وارثاً ، فقال ادفعوه إلى أكبر خزاعة ، أي ادفعوا ماله إلى أكبرهم وهو أقربهم إلى الجد الأول ، ولم يرد كبر السن .

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل .

هو المروي عن عدة من الصحابة « رض » منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وغيرهم أجمعين ، ومعناه القرب على مـــا قالوا والصلبي أقرب

---

وقال الحاكم في كافيه وتفسيره عندهم ، أي تفسير قوله ﷺ الولاء للكبر ، رجـل أعتق عبداً ثم مات وترك ابنين ثم مات أحد الإبنين وترك إبناً ثم مات المعتق فميراثـه لابن المعتق لصلبه دون ابن إبنه ، وكذلك القول في كل عصبة على هـــذا القياس في أن الولاء للكبر منهم ذلك الوقت . وقال في شرح الطحاوي ولو مات وترك خمسة بني إبن وابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداساً ، لأنهم يرثون بالعصبة وعصوبتهم بالسوية .

( هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهـــم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ) روى الدارمي في مسنده أخبرنا يزيد بن هارون انا أشعث عن الشعبي عن عمر وعلي وزيد أنهم قالوا الولاء لكبر ، قالوا يعنون بالكبر ما كان أقرب بأم وأب. ورواه من طريق آخر وزاد فيه إبن مسعود ورواه القاسم بن حزم السرقسطي في كتاب غريب الحديث أخبرنا محمد بن علي حدثنا سعيد بن منصور حدثنا أبو عوانة عن ابراهيم عن علي وزيد وعبد الله « رض » أنهم كانوا يقولون الولاء للكبر ، قال ومعنـــاه لا نفسد الناس بالمعتق يوم يموت المعتق. وقال في موضع آخر قال يعقوب الولاء للكبر بضم الكاف وهو أكبر ولد الرجل .

( وغيرهم أجمعين ) مثل عبد الله بن عمر وأسامة بن زيد وأبو مسعود البدري وزيد بن ثابت ، وقد أخرج البيهقي عن علي وإبن مسعود وزيـد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبر من العصب ، وأخرج عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن منصور عن ابراهيم ابن عمر وعلي وزيد بن ثابت كانوا يجعلون الولاء للكبر ، وبه قال عطاء وطاووس وسالم بن عبد الله والحسن وإبن سيرين والشعبي وإسحاق وأبو ثور وداود وغيرهم ( ومعنـــاه ) أي معنى قوله الولاء للكبر ( القرب على مـــا قالوا والصلبي أقرب ) أي الإبن الصلبي أقرب إلى الميت .

## ( فصل في ولاء الموالاة )

إنما أخره على ولاء العتاقة لأنه أقوى من ولاء الموالاة ، ولأنه غير قابل للنقل في جميع الأحوال ، بخلاف ولاء الموالاة ، فإن للمولى أن ينقل فيه قبل العقل ، ولأن ولاء العتاقة مجمع عليه وقد مر معناها اللغوي . أما معناها الشرعي فما ذكره في شرح الطحاوي وهو أن يقول أنت مولاي جنايتي عليك وجنايتك علي وميراثي لك إن مت ، فإذا مات كان ميراثه للأعلى إن لم يكن له وارث ولا يرث الأسفل من الأعلى إلا إذا شرط ميراث الأعلى لنفسه .

ومن أسلم على يد رجل فبنفس الإسلام لا ينعقد له الولاء ، وله أن يوالي من شاء إن شاء والى مع الذي أسلم على يديه ، وإن شاء والى مع غيره وله أن يتحول بولايته إلى غيره ما لم يعقل عنه ، فبعد ذلك ليس له أن يوالي غيره ،فإذا كان أبوه في دار الحرب فينبغي[1] فأعتقه مولاه يثبت ولاؤه مع معتقه وجر ولاء الولد إلى نفسه واللقيط جر جنايته على بيت المال وميراثه لبيت المال ، فاذا أدركه كان له أن يوالي مع من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فميراثه لبيت المال ، وليس له أن يوالى أحد . أو قال شيخ الإسلام في شرح الكافي الولاء أن يقول له إني رجل غريب ليس لي عشيرة ولا ناصر يضم إليك عشيرتك حتى أعد من جملتك فتنصرني وتحمل على نوائبي ، وإن مت كان ميراثي لك فيقبل منه فينعقد بينهما عقد موالاة بهذا .

وذكر في الذخيرة ان يسلم الرجل على رجل فيقول للذي أسلم على يديه أو لغيره واليتك على أني إن مت فميراثي لك ، وإن حييت فعقلي عليك وعلى عاقلتك ، وقبل الآخر ولا يثبت أحكامه بمجرد الاسلام بدون عقد الموالاة ، ذكره في الذخيرة وجامع التمرتاشي . وفي المبسوط الاسلام على يد ليس بشرط لصحة العقد ، وإنما ذكره على سبيل العادة. وفي العناية لا يثبت الولاء بمجرد الاسلام ما لم يعقد عقد الموالاة، وهذا هو مذهب

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما هنا كلام ناقص ، أو هو خطأ ناسخ ، اه مصححه.

قال وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أنـــه يرثه ويعقل عنه إذا جنى أو اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه ، فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى . وقـــال الشافعي الموالاة ليس بشيء ،

---

أصحابنا والشعبي ومالك والثوري وعند عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب والليث بن سعد يثبت الولاء بمجرد الاسلام على يد رجل ، كـــذا ذكره سراج الدين أبو ظاهر السجاوندي في شرح فرائضه ، انتهى . وكذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم إلاماروي عن الروافض وأحمد في رواية . وروي أيضاً عـــن ابراهيم وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه ﷺ قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه . قلنا هذا حديث ضعيف .

(قال ) أي القدوري (وإذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أنه يرثه ويعقل عنه إذا جنى أو أسلم على يـــد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه ) وله ثلاث شرائط ، أحدها : أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب إلى غيره ، وأمـــا نسبة غيره إليه فغير مانع .

والثانية : أن لا يكون له ولاء عتاقة ولا موالاة مع أحد وقد عقل عنه .

والثالثة : أن لا يكون غريباً .

فان قيل من شرط العقل عقل الأعلى وحريته ، فان موالاة الصبي والعبـــد باطلة ، فكيف جعل الشرائط أثلاثاً . أجيب بأن المذكورة هي الشرائط العامة المحتاج إليها في كل واحد من الصور ، وأما ما ذكرت فانما هو نادر فلم تذكر .

( فان مات ولا وارث له غيره ) أي فان مات الموالي والحال أنه لا وارث له غـــير الذي والاه ( فميراثه للمولى ) أي المولى الذي والاه .

( وقال الشافعي « رح » الموالاة ليس بشيء ) أي عقد الموالاة ليس بشيء في حـــق الاستحقاق والارث والتذكير بهذا الاعتبار ، وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وهو قول

لان فيه إبطال حق بيت المال ، ولهذا لا تصح في حق وارث آخر ، ولهـــذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال ، وإن لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال و إنما يصح في الثلث. ولنا قوله تعالى ﴿ والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم ﴾ النساء ٣٣ ، والآية في الموالاة ،

---

الشعبي ( لأن فيه ) أي في التوريث بعقد الموالاة ( إبطال حق بيت المـــال ) وذلك لأن الارث إما بالقرابة أو بالزوجية بالنص أو بالعتق بالحديث ، ولم يوجد واحد منها ، وعند عدم الوارث يكون لبيت المال ، وفي عقدهما الموالاة ابطال حق بيت المال ، وكان تصرفاً قصد به وضع الشرع فلا يصح ( ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ) أي ولأجل ما ذكرنا لا يصح في حق وارث آخر ،أي ولأجل ما ذكرنا لا يصح عقد الموالاة في حق وارث آخر ، فكذا لا يصح في حق بيت المال ، لأنه بمنزلة الورثة عند عدمهم .

( ولهذا ) توضيح آخر لما ذكرنا ( لا يصح عنده الوصية بجميع المـــال وان لم يكن للموصى وارث لحق بيت المال ) أي لأجل حقه ، لأنه في تجويزه ابطال حقه ( وانمايصح في الثلث ) بالنص المشهور .

( ولنا قوله تعالى ﴿ والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ﴾ ٣٣ النساء) أي عاقدتم، كقوله تعالى ﴿ يوم ينظر المرء ما قدمت يداه ﴾ ٤٠ النبأ ، أي نفسه ، الا أنـــه أضاف العقد الى ايماننا ، لأن أكثر الكسوب تجري على اليد ، وليس المراد به القسم ، بل المراد الصفقة باليمين بأن عادة المتعاقدين جرت بأن يأخذ كل واحد منهما بيمين الآخر اذا عاقد فسمى العقد صفقة لهذا .

قوله ﴿ فآتوهم نصيبهم ﴾ أي من الميراث ، لأن المراد من المعطوف عليه ، وهو قوله ﴿ ألولدان والأقربون ﴾ بيان النصيب على جهة الاستحقاق إرثاً ، فكذا المراد مما يعطف عليه ، أو المعطوف في حكم المعطوف عليه ولم ينسخ هـــذا النصيب بآية المواريث ، لأن المولى لا يرث إلا بعد العصبة والرحم ، فلا يقع بينهما تعارض ولا تناسخ .

( والآية في الموالاة ) أي عقد الموالاة كما ذكرنا ( وسئل رسول الله ﷺ عن رجـــل

## وسئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته

أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به محياه ومماته) هذا الحديث أخرجه الأربعة في الفرائض، فأبو داود رواه عن يحيى بن حمزة عن عبد العزيز بن عمرو بن عبد العزيز قال سمعت عبد الله بن موهب يحدث عن عمر بن عبد العزيز عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري قال يا رسول الله ﷺ ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين. قال هو أولى الناس بمحياه ومماته. والترمذي عن أبي أسامة وابن مثنى ووكيع ثلاثتهم عن عبد العزيز عن عبد بن موهب عن تميم الداري فذكره. والنسائي عن ابن إسحاق عن عبد الله بن موهب عن تميم نحوه. وابن ماجة عن وكيع عن عبد العزيز بن عمرو عن عبد الله بن موهب عن تميم نحوه.

فان قلت قال علي البيهقي هذا الحديث حيث ذكره من طريق يعقوب بن سفيان حدثنا أبو نعيم حدثنا عبد العزيز بن عمرو عن عبد الله بن موهب سمعت تميماً ... إلى آخره. ثم قال قال يعقوب هذا خطأ ابن موهب لم يسمع من تميم ولا لحقه. ثم أخرجه من طريق يعقوب عن عبد الله بن يوسف عن يحيى بن حمزة عن عبد العزيز عن ابن موهب وعن قبيصة بن ذؤيب عن تميم ثم من طريق أبي داود المذكورة. ثم قال فعاد الحديث مع ذكر قبيصة فيه إلى الارسال ثم ذكر أن الشافعي قال ابن موهب ليس بالمعروف عندنا ولا نعلمه لقي تميماً، ومثل هذا لا يثبت عندنا ولا عندك من قبل انه مجهول ولا أعلمه متصلا.

قلت أخرجه الحاكم من طريق ابن موهب [1] عن تميم ثم قال صحيح على شرط مسلم وعبد الله بن موهب بن زمعة مشهور ومشاهد عن تميم حديث قبيصة. وأخرج ابن أبي شيبة الحديث في مصنفه عن وكيع عن عبد العزيز وصرح فيه بسماع ابن موهب من تميم

(١) هكذا في الأصل يذكره مرة موهوب ومرة موهب والصحيح كما ورد في التهذيب ابن موهب من رواة الجماعة، اهـ مصححه.

كرواية أبي نعيم . وأخرجه ابن ماجة في سننه عن ابن أبي شيبة كذلك ، فهذان ثقتان جليلان صرحا في روايتهما بسماع ابن موهب من تميم وأدخل يزيد بن خالد وهشام وأبي يوسف بينهما قبيصة ، فان كان الأمر كما ذكر أبو نعيم ووكيع حمل على أنـــه سمع منه بواسطة وبدونها ، وان ثبت أنـــه لم يسمع منه ولا لحقه فالواسطة هو قبيصة ثقة أدرك زمان تميم بلا شك فمنعنته محمولة على الاتصال ، فلا أدري ما معنى قول البيهقي فســـاد الحديث مع ذكره الى الارسال .

وقال صاحب الكمال ابن موهب ولاه عمر بن عبد العزيز قضاء فلسطين وروى عنه عبد العزيز بن عمر والزهري وابنه يزيد بن عبد الله وعبد الملك بن أبي جميلة وعمر بن مهاجر . وقال يعقوب بن سفيان حدثنا أبو نعيم حدثنا عبد العزيز بن عمرو وهو ثقة عن ابن موهب الهمداني وهو ثقة قال سمعت تميماً وكذا ذكر الصريفني في كتابه بخطه فدل ذلك على أنه ليس بمجهول لا عيناً ولا حالاً ، ثم الظاهر أن الشافعي يخاطب محمد بن الحسن لأنه المخالف في هذه المسألة هو وأصحابه وقد عرف من مذهبهم أن الجهالة وعـدم الاتصال لا يضران الحديث ، فلو سلموا له ذلك لكان الحديث ثابتاً عندهم محتجاً به ، فكيف يقول الشافعي ومثل هذا لا يثبت عندنا ولا عندك .

فإن قلت قال الخطابي فقد ضعف أحمد بن حنبل هذا الحديث وقال إن روايـــة عبد العزيز ليس من الحفظ والإتقان . وقال ابن المنذر لم يروه غير عبد العزيز بن عمر وهـــو شيخ ليس من الحفظ وقد اضطربت روايته فيه . قلت عبدالعزيز هذا من رجال الصحيحين. وقال ابن معين ثقة روى كثيراً . وقال أبو زرعة لا بأس به . وقال نعيم ثقة . وقال ابن عمار ثقة لا خلاف فيه ، وبما ذكرنا سقط اعتراض المعترضين كالبيهقي والخطـــابي وابن القطان أيضاً ، حيث قال في كتابه وعلله هذا الحديث الجهل بحال عبد الله بن موهب ، فإنه لا يعرف حاله وقد بينا لك حاله فظهر لك سقوط اعتراضه . ألا ترى أن البخاري ذكر هذا الحديث في الصحيح تعليقاً حيث قال في كتاب الفرائض باب إذا أسلم على يديه ويذكر عن تميم الداري ، قال هو أولى الناس به محياه ومماته . وقد اختلفوا في صحة هـذا الخبر

وهذا يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين ، ولان مالـــه حقه فيصرفه إلى حيث يشاء والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق . قال وإن كان له وارث فهو أولى منـــه ، وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الارحام ، لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ، ولا بد من شرط الإرث والعقل

---

حيث لم يجزم بضعفه ، فعبارته تدل على أصل الحديث ، وأما صحته فقد بيناها الآن . قوله محياه ومماته مصدران ميميان بمعنى الحياة والموت ، والمعنى هو أحق به في حالة الحياة عقلاً وفي حالة الممات إرثاً .

( وهذا ) أي هذا الحديث ( يشير إلى العقل والإرث في حالتين هاتين ) أي إلى العقل عنه حالة الحياة والإرث بعد الممات (ولأن ماله حقه فيصرفـه إلى حيث يشاء) أي ولأن مال الموالي حقه يصرفه إلى أي جهة شاء ولا حجر عليه( والصرف إلى بيت المال ضرورة عدم المستحق ) هذا جواب عن قول الشافعي أن فيه إبطال حق بيت المال،يعني الصرف إلى بيت المال لضرورة عدم المستحق ( لأنه ) أي بيت المال ( مستحق ) لمـال الناس لا يقال أن النبي عليه السلام قال الولاء لمن أعتق فيفهم من ذلك أن ولاء الموالاة باطل ، لأنــه لا معتق له ، لأنا نقول لا نسلم ذلك لأن تخصيص الشيء بذكر لا يدل على نفي ما عداه .

( قال ) أي القدوري ( وإن كان له ) أي الذي والى غيره ( وارث فهو أولى منه ) أي من الذي والاه ( وإن كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوي الأرحـام ، لأن الموالاة عقدهما ) أي عقد الموالين ( فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ) فيقدم عليه .

فإن قيل ينبغي أن يصح في الثلث لأنه خالص حقه فيصرفه إلى من يشاء ، وصار في معنى الوصية . أجيب بأنه لو كان بطريق الوصية لقـــدم على الأب والإبن ، ولا كذلك بالإجماع .

( ولا بد من شرط الارث والعقـــل ) وذلك بأن يقول واليتك على اني إن حييت عقلت عني ، وإن حييت عقلت عنك ، وإن مت ورثتني وإن مت ورثتك ( كما ذكر في

كما ذكر في الكتاب لانـــه بالالتزام وهو بالشرط ، ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة .

قال وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية

---

الكتاب ) أي القدوري ( لأنه ) أي لأن محل واحد من الارث والعقل ( بالالتزام ) أي يكون بالالزام ، فلا يصح بدونه ( وهـو ) أي الالتزام ( بالشرط ) أي يكون بالشرط ( ومن شرطه ) أي ومن شرط عقد الموالاة ، أي ومن شرط صحته ( أن لا يكون المولى من العرب ) أراد بـه المولى الأسفل ( لأن تناصرهم ) أي تناصر العرب ( بالقبائل ) أي بالاقارب والعشائر ، لانهم يتناصرون بنسبتهم إلى القبائل ( فاغنى عن الموالاة ) لكون التناصر بالقبائل آكد من نصرة الموالاة ، لانه لا يلحقه الفسخ .

فان قلت التناصر حكمه وهو لا يراعى في كل فرد ، وإنمـا يراعى في الجنس كما في الاستبراء ، فان الحكمة فيه فراغ الرحم، وإنما تعتبر في الجملة لا في كل فرد ، حتى وجب الاستبراء فيمن اشترى من امرأة أو المشتري أمة صغيرة . قلت التناصر علة لا حكمة .

فان قلت إن العلة شيء موجود ، والتناصر قد يوجد وقد لا يوجد . قلت إنـه علة . قلت أقمنا السبب الظاهر مقام ذلك ، ومن جملة الشروط العقل ، حق لو أسلم على يـد صبي والاه لا يصح ، لان الصبي ليس من أهل النصرة وليس من أهل الالتزام أيضاً. وكذا لو والى رجل عبداً لم يجز إلا أن يكون باذن المولى ، لانه عقد التزام بالنصرة ، والعبد لا يملكه بنفسه إلا باذن سيده . ولو والى صبياً باذن أبيه أو وصيه يصح ، لان عبارته إذا كان يعقل معتبرة في العقود باذن وليه يصح عقد ولائه كالبيع ، كـذا في المبسوط . وفي المكاتب روايتان في رواية يصح ويكون ولاؤه لمولاه ، وفي رواية لا يصح لانـه عبد ، كذا في المحيط .

( قال ) أي القدوري ( وللمولى أن ينتقل عنه بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه ) أي وللمولى الاسفل الانتقال من الذي والاه إلى غيره ما لم يعقل الذي والاه عنه ، أي عـن المولى الاسفل ( لانه ) أي لان عقد الموالاة ( عقد غير لازم بمنزلة الوصيـة ) فحينئذ له

وكذا للأعلى أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم ، إلا أنه يشترط في هذا أن يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً ، بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول ،

---

الرجوع كما في الوصية ( وكذا للأعلى ) أي وكذا للمولى الاعلى (أن يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم ) لما ذكرنا أنه عقد لازم . وقال الحاكم في كافيه رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه ، وله أن ينقضه بحضرته ، وكذلك للرجل أن يتبرأ من ولائه ما لم يعقل عنه ، فاذا نقض أحدهما الولاء بغير محضر من صاحبه لم ينتقض الا أن يوالي الاسفل آخر ، فيكون ذلك نقضاً وان لم يحضر صاحبه . وفي التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول الى غيره وصار العقد لازماً الا اذا اتفقا على النقض .

( إلا أنه يشترط في هذا ) أي في فسخ عقد الموالاة . وقال تاج الشريعة أي في انتقال الولاء الى غيره وتبرؤ الأعلى عن الولاء الأسفل ( أن يكون بمحضر من الآخر ) المراد بالمحضر العلم حتى اذا وجد العلم بلا حضور كان كافياً ( كما في عزل الوكيل قصداً) حيث لم يصح الا بالعلم لأنه يؤدي الى الغرور ، فانه ينصرف على حساب أنه وكيل فيصير ضامناً ، كذا ها هنا متى فسخ الأسفل عقد الموالاة بغير محضر من الأعلى ليصير الأعلى مغروراً ، لأنه ربما يموت الأسفل فيظن أنه وارثه فيصرف فيضمن ، وكذلك الاعلى اذا فسخ بغير حضرة الاسفل ، لأن الأسفل اذا لم يعلم به يعتق عبيده على حساب أن عقل عبيده على مولاه لم يجب عليه فيشترط علمهما .

فان قلت لم قيد بقوله قصداً . قلت لأن عزل الوكيل بدون علمه يجوز ضمناً ، فكذا عقد الولاء ينفسخ بدون العلم ضمناً لا قصداً ، لا يقال في عزل الوكيل قصداً يتضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان نقد من مال الموكل ، وها هنا لا يتضرر أحد ، لأنا نقول سبب الاشترط ها هنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر ، فان العقد بينهما وفي تفرد أحدهما إلزام الفسخ على الآخر بدون علمه ، وإلزام شيء على الآخر من غير علم به ضرر لا محالة ، لأن فيه جعل عقد الرجل البالغ كلا عقد ، وفي إبطال فعله بدون علمه .

( بخلاف ما إذا عقد الأسفل مع غيره بغير محضر من الأول ) أي من المولى الأعلى

لأنه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة . قال وإذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى بـــه القاضي ، ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة ، وكذا لا يتحول ولده

---

حيث يجوز هذا ( لأنه ) أي لأن عقد الأسفل مـع غيره ( فسخ حكمي ) لأن انتقاض العقد في حق الأول ضرورة صحة العقد مع الثاني ، فصار ( بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة ) حيث يجوز كما ذكرنا .

فإن قيل لمـــاذا يجعل صحة العقد مع الثاني موجبه فسخ العقـــد الأول . أجيب بأن الولاء كالنسب ، والنسب ما دام ثابتاً من إنسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء ، فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول .

( قال ) أي القدوري ( وإذا عقل عنه ) أي المولى الأعلى إذا عقل عن المولى الأسفل ( لم يكن له أن يتحول بولائه إلى غيره لأنه ) أي لأن الشأن ( تعلق به حـق الغير ) أي تعلق بولاية حق الغير وهو المولى الذي والاه أولاً ( ولأنه قضى بـــه القاضي ) أي ولأن الشأن قضى بموجب الجناية على القاضي الولي الذي عقل عنه ، فتأكد بـه الولاء ، ولأن القضاء بموجب الشيء قضاء بتقريره ذلك الشيء وإن كان كذلك صار بمنزلة المجمع عليـه بعد أن كان مجتهداً فيه ، فنفذ عند الكل فلا ينفسخ .

(ولأنه بمنزلة عوض ناله ) أي ولأن عقل المولى عنه صار بمنزلة عوض مال المولى الاسفل (كالعوض في الهبة) فان الموهوب له إذا عوض للواهب عن هبة لم يبق له الرجوع فكذلك هذا ( وكذا لا يتحول ولده ) أي إذا كان للمولى الاسفل ولد لم يكن لولده أن يتحـول إلى غير المولى الاعلى لتعلق حق ثبت له في ولاء ابنه وهو يحمل العقد عن أبيـــه . وفي المبسوط لا يتحول الولد بعد الكبر إلى غيره ، لان ولاء الاب تأكد بعقل الجناية فأكـد التبع بتأكده الاصل ، فكما ليس للاب أن يتحول بعدما عقل ، فكـــذا ليس لولده ذلك إذا كبر .

وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهما في حق الولاء كشخص واحد . قال وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً لأنه لازم ومع بقائه لا يظهر الأدنى .

---

( وكذا إذا عقل عن ولده ) أي كما لا يجوز أن يتحول إذا عقل عن المولى الاعلى عنه ، فكذا لا يجوز له التحول إذا عقل ولده ( لم يكن لكل واحد منهما ) أي من الوالد والولد ( أن يتحول ) أي التحول إلى غيره ( لانهما في حق الولاء ) أي لان المولى الاعلى والمولى الاسفل وولده ( كشخص واحد ) حكماً ، فكما لا يجوز للوالد التحول فكذا لولده .

( قال ) أي القدوري ( وليس لمولى العتاقة أن يوالي أحداً ، لانه لازم ) أي لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض ، لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب ، وإذا لم يبطل فلا يفيد عقد الموالاة ، لان الموالاة أدنى ( ومع بقائه ) أي مع بقاء ولاء العتاقة ( لا يظهر الادنى ) أي عقد الموالاة ، ألا ترى أن ولاء العتاقة والموالاة إذا كانا شخصين تقدم ولاء العتاقة في الإرث ، فدل على أنه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة .

فوائد : ولو والت امرأة رجلا فولدت ولداً لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولائها تبعاً، وكذا إن أقرت أنها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف أبوه يدخل الولد في ولائها تبعاً عند أبي حنيفة في الصورتين خلافاً لهما فيهما . وفي المحيط والى ذمي مسلم أو ذمياً جاز وهو موالاة ولو أسلم على يد مولى ووالاه هل يصح لم يذكره في الكتاب . واختلفوا قيل يصح وقيل لا يصح .

والى رجلا ثم ولد له من امرأة والت آخر فولاء الولد لمولى الاب وكذا إن والت وهي حبلى ، بخلاف ما إذا أعتقت وهي حبلى فولاء الولد لقوم أمه ،والله أعلم بالصواب.

* * *

# كتاب الاكراه

## الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ما يوعد به سلطاناً كان أو لصاً ، لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

---

### ( كتاب الاكراه )

إنما ذكره عقيب كتاب الولاء لاشتمال كل منهما على التغيير ، فان الموالاة تغيير حال المولى الاعلى عن حرمة أكل مال المولى الاسفل بعد موته إلى حله ، والإكراه يغير حال المكره من الحرمة الى الحل وهو مصدر أكرهه إذا حمله على أمر يكرهه ولا يريد. والكره بالفتح والضم إسم ، وفي الشرع هو ما ذكره المصنف بقوله لان الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغير فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته . وفي الإيضاح هو فعل يوجدمن المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعاً الى الفعل الذي طلب منه . وفي الوافي هو عبارة عن تهديد القادر غيره على ما هدده ويكره على أمر بحيث ينتفي به الرضاء .

( الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما يوعد به ) أي خوفه ( سلطاناً كان أو لصاً ) لان تحققه يتوقف على خوف المكره تحقيق ما توعد به لا يخاف الا اذا كان المكره قادراً على ذلك ، ولا فرق بين السلطان وغيره عند تحقيق القدر ( لان الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه )أي فيما يصير آلة كالبيع ( أو يفسد به اختياره ) أي فيما لا يصير آلة له كالاتلاف ، وذلك بأن يكون الاكراه كاملا بأن يكون بالقتل أو القطع ، أو في الرضاء ويفسد الاختيار لتحقق الإيجاء اذ الانسان يحتوي على حب الحياة فيفسد به الاختيار ويظهر المفاوتة في الاحكام ، فان الاكراه بالحبس

مع بقاء أهليته ، وهـــذا إنما يتحقق إذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به ، وذلك إنما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ، والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان ، لمـــا أن المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ، فقد قالوا

---

والقيد على اجراء كلمة الكفر لا يثبت الرخصة والاكراه بالقتـــل أو القطع يلتنتها [(١)]
( مع بقاء أهليته ) هذه اشارة الى أن الإكراه لا يسقط عن المكره الخطاب بالأهليةوهي باقية . واذا كانت الأهلية ما يثبت كان المكره مخاطباً . قال تاج الشريعة مع بقاءأهليته ، أي للثواب والعقاب ، لأن فساد الإختيار لا يمنع الأهلية .

( وهذا ) اشارةالى ما ذكره من قوله لأن الاكراه الى آخره ( انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما يوعد به ) بضم الياء على صيغة المجهول . وفي بعض النسخ ما توعد بـــه ( وذلك ) أي ما ذكرنا من الشرائط ( انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة ) سيان بكسر السين أي مثلان وهو تثنية سي والجمع سواء ( والذي قاله أبو حنيفه الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان، لما أن المنعة له ) بتحريك النون ، يقال فلان في عز ومنعة ، يعني يمنع أهله وعشيرتـه ، يعني يحوطهم وينصرهم . وعـن ابن السكيت وقد تسكت النون. وكذا قيل الملك لا يكون ملكاً إلا بالمنعة، وهي شرط للملك كالوضوء للصلاة . ويجـــوز أن تكون المنعة جمع مانع ، يعني له منعة يمنعون من يخالفه أو من يريده بالسواء .

( والقدرة لا تتحقق بدون المنعة ) لما أن المنعة شرط للقدرة، والمشروط لايتحقق بدون الشرط ، وهذا كما رأيت حقق الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه ، و كذا حققـه خواهر زاده في مبسوطه وذكر الطحاوي في مختصره قول أبي يوسف مع أبي حنيفـــة . وقال الاسبيجابي في شرحه وقول أبي يوسف مع محمد في ظاهر الرواية ( فقد قالوا ) أي المشايخ

---

(١) هكذا سياق الكلام في الاصل .

هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ، ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ، ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به وذلك بأن يغلب على ظنه أنـــه يفعله ليصير به محمولاً على ما دعى إليه من الفعل . قال وإذا أكره الرجل على بيـع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره وأكره على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشترى فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع ، وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ، لأن من شرط

---

( هذا ) أي الذي ذهب إليه أبو حنيفة . وفي بعض النسخ هو ( اختلاف عصر وزمـان لا اختلاف حجة وبرهان) لأن مناط الحكم القدرة(ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان، ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ) لقوله ﷺ لا يأتي زمان إلا والذي بعده شر منه، فإذا كان الزمان شراً يكون أهله أشرار .

( ثم كما يشترط قدرة المكره ) بسكر الراء ( لتحقق الإكراه يشترط خوف المكره) بفتح الراء ( وقوع ما يهدد به ) أي بالذي يهدد ( وذلك ) إشارة إلى قوله خوف المكره وقوع ما يهدد به ( بأن يغلب على ظنه أنه ) أي المكره بكسر الراء ( يفعله ) أي يفعل ما يهدد به ( ليصير به ) أى ليصير المكره بالفتح بما يغلب على ظنه ( محمولاً ) أى مضطرا ( على ما دعى إليه من الفعل ) الذي هدده به .

( قال ) أى القدورى ( وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو يؤجر داره وأكره على ذلك ) أى على مـــا ذكر من البيع والشراء والإقرار والإجارة ( بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس ) أراد به الحبس المديد ، فإن حكم الجنس بيوم سيجيء ( فباع أو اشترى ) أو أقر أو أجر ثم زال الإكراه ( فهــو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ، لأن من شرط صحة

صحة هذه العقود التراضي ، قال الله ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء ، والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء فتفسد ،

---

هـــذه العقود ) أي البيع والشراء والإقرار والإجـــارة ( التراضي ، قال الله تعالى ﴿ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء ) .

فإن قلت الآية وإن أثبت الحرمة بدون الرضاء ولكن مطلق قوله ﴿ وأحل الله البيع ﴾ يوجب الجواز بدون التراضي . قلت البيع لغـــة مبادلة المال بالتراضي ، والأصل ورد الشرع على وفاق الحقيقة ، ولأنه مخصوص محض بدون الرضى .

فإن قلت هذا بمنزلة الشرط وانه يقتضي الوجود عند الوجود اما لا يقتضي العدم عند العدم ، كما في قوله تعالى ﴿ من فتياتكم المؤمنات ﴾ ٢٥ النساء. قلت أول الآية ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ واستثنى منه التجارة بالتراضي ، فيبقى غيره في صدر الكلام يوضحه أن المستثنى لما كان بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهـــو المكره ، وهذا كقوله ﷺ لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا سواء بسواء أي كيلا بكيل ، فلما استثنى البيع الجائز مع الكيل علم أن المستثنى منه بيع المكيل أيضاً ، فصار كأنه قال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالتجارة وباطلة كرهاً ، حتى يكون عن تراض فيكون الرضاء شرطاً ولكن لا ينعدم به أصل البيع .

فان قلت ينبغي أن يكون البيع باطلا بقوله ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ٢٥ النساء ، قلت المراد من قوله بالباطل أي بما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة والخيانة والغصب والقمار وعقود الربا . وقوله عن تراض صفة التجارة ، أي تجارة صادرة عـــن تراض ، وخص التجارة بالذكر لأن أسباب الرزق أكثرهـــا يتعلق بها ، والتراضي رضى المتبايعين بما تعاقدوا عليه في حال البيع وقت الإيجاب والقبول ، وهو مذهب أبي حنيفة رحمه الله . وعند الشافعي تفرقهما عن مجلس العقد متراضيين .

( والإكراه بهذه الأشياء ) يعني بالبيع وأخواته ( يعدم الرضاء فتفسد ) أي هـــذه العقود المذكورة . لأن انتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ، بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط ، هذا يتصل بقوله والإكراه بهذه الأشياء يعدم الرضاء .

بخلاف ما إذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ، لأنه لا يبالي به بالنظر إلى العادة فلا يتحقق به الإكراه ، إلا إذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضر به لفوات الرضاء وكذا الإقرار حجة

---

( بخلاف ما إذا أكره ) على البيع أو الشراء أو الإقرار أو الإجارة ( بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ) حيث لا يكون إكراهاً ( لأنه لا يبالى به ) بفتح اللام ، أى لا يلتفت إلى مثل هذه الأشياء ، ( بالنظر إلى العادة ) فان الرجل قد يقيم في المنزل يوماً أو يومين بالاختيار من غير أن يثقل عليه ، وكذا ضرب سوط ، لأن هذا القدر يعيب به ويؤدب به الصغير ، والإنسان يحمل القيد في رجله ثم يمشي مشبهاً بالقيد والحبس الذي هو إكراه ما يجيء منه الإغتمام البين والضرب الذي هو الإكراه ما يوجد منه الألم الشديد ، وذلك على قدر ما يرى الحاكم إذا رفع إليه ذلك ، لأن ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس ( فلا يتحقق به الإكراه ) أى إذا كان الأمر كذلك فلا يتحقق به الإكراه .

( إلا إذا كان الرجل ) الذي أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم ( صاحب منصب ) بفتح الميم وكسر الصاد ، وهو في اللغة الأصل ، وأراد به ها هنا أن يكون ذا جاه (يعلم أنه يستضر به) أى بضرب سوط واحد ونحوه ، كما يتضرر واحد من أوساط الناس بالضرب الشديد ، فحينئذ يكون ذلك إكراهاً وذلك كالقاضي وعظيم البلد ، فان مطلق القيد والحبس إكراه في حقه ، حتى لو توعد به وهو رجل وجيه كان ذلك إكراهاً ، وبه قال بعض الشافعيين ومالك وأحمد « رح » في رواية . وقال في رواية الوعيد ليس باكراه . وعن شريح القيد والوعيد إكراه والضرب والشتم باختلاف أحوال الناس ، حتى قال بعض المشايخ لو عذب إذن واحد من أشراف الناس في مجلس السلطان يكون مكرهاً ( لفوات الرضاء ) فاذا فات الرضاء ثبت الإكراه لوجود العلة .

( وكذا الإقرار حجة ) هذا عطف على قوله والاكراه بهذه الأشياء بعدم الرضاء فيفسد ، أى والاقرار أيضاً يفسد بالاكراه بهذه الأشياء ، وذلك لأن الاقرار إنما صار

لترجيح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب ، وعند الإكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً يثبت به الملك عندنا ، وعند زفر « رح » لا يثبت لانه بيع موقوف على الإجازة ، ألا ترى أنه لو أجاز جاز والموقوف قبل الإجازة لا يفيد الملك ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله والفساد انفقد شرطه وهو التراضي ، فصار كسائر الشروط المفسدة

---

حجة في غير الاكراه ( لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب ) أراد أن الاقرار في نفسه دائر بين الصدق والكذب ، لأنه اختيار ، ولكن يترجح الصدق حال الطواعية بدلالة الحال ، إذ الظاهر أن الانسان لا يكذب على نفسه ( وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ) والشراء لاظهار ما كان عليه فلا يكون حجة ، بخلاف ما إذا أكره على الاقرار بأن يضرب سوطاً ويحبس يوماً فأقر فهو إقرار كما في المبيع إذا كان المكره صاحب منصب كما ذكرنا .

( ثم إذا باع مكرهاً وسلم ) أى المبيع حال كونه ( مكرهاً يثبت به الملك عندنا )أى يثبت بالاكراه الملك الفاسد عند أصحابنا الثلاثة ( وعند زفر لا يثبت ) أى الملك ( لأنه بيع موقوف على الاجازة ، ألا ترى أنه ) أى المكره بفتح الراء ( لو أجاز ) أى البيع ( جاز الموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ) عند الثلاثة لا يجوز . ولو أجاز كالبيع بشرط الخيار ، وكذا عند الثلاثه إلا أن عندهم لا يكون موقوفاً بل باطل .

( ولنا ان ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله ) لأن الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادف محله وهو المال ( والفساد ) أى فساد البيع ( لفقد شرطه وهو التراضي ) قال الله تعالى ﴿ الا ان تكون تجارة عن تراض ﴾ وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاء المساواة في باب الربا ( فصار ) أى الاكراه ( كسائر الشروط المفسدة ) انما ألحقه بالشروط المفسدة لأن خلو البيع عنها شرط صحة البيع فكذا خلو البيع عن الاكراه .

فيثبت الملك عند القبض، حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفاً لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة، وبإجازة المالك يرتفع المفسد

---

فاعلم ان بيع المكره يشبه البيع الموقوف من حيث انه يتوقف على اجازة المالك فلشبهه به يعود جائزاً إذا أجاز في أي وقت شاء ويشبه البيع البيع الفاسد من حيث صدوره من المالك وانعدم شرط الجواز وهو الرضاء، فيفيد الملك بعد القبض، وإنما عملنا هكذا إذ لو أظهرنا شبه الوقوف في عدم الملك لا يبقى لشبهة الآخر عمل فيعمل العمل بالشبهين لا يقال لو كان بمنزلة البيع الفاسد لما عاد إلى الجواز بالإجازة كما في البيوع الفاسدة، لأن النفاذ لسقوط الفساد وانه لم يتحكم .

فإن قلت ينبغي أن لا يثبت الملك بعد القبض كما في البيع بشرط الخيار مع وجود الرضاء بالعقد . قلت إنما لا يثبت الملك ثمة لاختلاف الشرط عن الفائدة، وهنا ما وجد الشرط فيثبت الملك .

فإن قلت بيع الهازل لا يفيد الملك وانه كالبيع الذي نحن فيه من حيث صدورها من المالك مع عدم الرضاء، فينبغي أن لا يثبت الملك، قلت الهازل لا يكون مختاراً لثبوت الملك للمشتري، أما هنا المكره قد أكره على بيع يثبت الملك، فإقدامه على ذلك يدل على اختياره ثبوت الملك للمشتري إذ لم يكن مختاراً لذلك لما أتى بما أكره هو عليه .

( فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه ) أي المشتري من المكره بالفتح (وأعتقه او تصرف فيه ) أي في المبيع ( تصرفاً لا يمكن نقضه ) كالتدبير والاستيلاد ( جاز ويلزمه القيمة ) أي جاز تصرف المشتري وتلزمه قيمة المبيع، وكذا الحكم في الهبة تلزمه القيمة . وفي الذخيرة المالك بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته يوم سلمه إلى المشتري أو الموهوب له، وإن شاء ضمن المشتري والموهوب له ( كما في سائر البياعات الفاسدة ) حيث يلزم فيها القيمة بعد القبض والتصرف اللازم ( وبإجازة المالك يرتفع المفسد ) هذا جواب عما يقال لو كان كسائر البياعات الفاسدة لما عاد جائزاً بالإجازة لهن . وتقرير

وهو الإكراه وعدم الرضاء فيجوز إلا أنه لا ينقطع بـــه حق استرداد البائـع وإن تداولته الأيدي ولم يرض البائـع بذلـك ، بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته ، أما ها هنا الرد لحق العبد وهمـــا سواء ، فلا يبطل حق الأول لحق الثاني .

قال رضي الله عنه ومن جعل البيـــع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيـع المكره

---

الجواب أن باجازة المالك يرتفع المفسد (وهو الاكراه وعدم الرضاء فيجوز) بخلاف سائر البياعات الفاسدة ، لأن المفسد فيها باق ( إلا انه ) استثناء من قوله كما في سائر البياعات الفاسده ذكره للفرق بين الاكراه والبيع الفاسد . ضمير في انه للشأن ( لا ينقطع بــه ) أي بسبب الاكراه (حق استرداد البائع وإن تداولته الأيدي ) ما لم يتصرف المشتري فيه تصرفاً لازماً لا يمكن نقضه ( ولم يرض البائع بذلك ) أي والحال أن البائع لم يرض بذلك.

( بخلاف سائر البياعات الفاسدة ) حيث ينقطع فيها حق الاسترداد إذا تداولتـــه الأيدي ( لأن الفساد فيها لحق الشرع ) لأنه أقدم على ما نهاه عنه (وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد ، وحقه مقدم لحاجته ) وغنى صاحب الشرع ( أمـــا ها هنا ) أي في مسألة الاكراه ( الرد لحق العبد ) وهو المكره ، وانه باق بعد البيع الثاني والثالث ( وهمـــا سواء ) أي البائع المكره والمشتري منه الذي باعه لآخر شيئان في الحق ( فلا يبطل حق الأول ) وهو البائع المكره ( لحق الثاني ) أي لأجل حق الثاني وهـــو المشتري منه الذي باعه لآخر ، وكذا الحكم في الثالث والرابع وهـــلم جرا . وفي الذخيرة البيع حصل بتسليط البائع الأول . وفي البياعات الفاسدة ، وها هنا مـــا حصل بتسليط المكره وهذا فرق جيد .

( قال رضي الله عنه ) أي صاحب الهداية ( ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعاً فاسداً يجعله كبيع المكره ) وأراد به بيع الوفاء ، وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت هذا

حتى ينقض بيع المشتري من غـــيره ، لأن الفساد لفوات الرضاء .

ومنهم من جعله رهناً لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل . ومشايخ سمرقند « رح » جعلوه بيعاً جائزاً

---

منك بمالك علي من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي . وقال تاج الشريعة صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بكذا على أني لو دفعت إليك الثمن تدفع العين إلي . أو تقول بعت منك هذا بمالك من الدين على أني متى قضيت الدين فهـو لي ، فقوله ومن موصلة تتضمن معنى الشرط ، وقوله جعل البيـع ... إلى آخره صلتها . وقوله بيعاً فاسداً مفعول ثان القول جعل البيـع . وقوله يجعل في محل الرفع على انه خبر لقوله من وهم مشايخ بخارى ،فانهم جعلوا هذا البيـع كبيـع المكره (حتى ينقض بيـع المشتري منغيره، لأن الفسـاد لفوات الرضاء ) كما في بيـع المكره عليه .

( ومنهم ) أي ومن المشايخ كالقاضي الامام السند أبو شجاع السمرقندي والقاضيعلي السعدي والقاضي الامام أبو الحسن الماتريدي وشيخ الاسلام عطاء وحمزة وغيره(من جعله) أي البيـع المذكور ( رهناً لقصد المتعاقدين ) لأنهما قصدا أن يكون البيـع محبوساً بالثمن المؤدى إلى حين رد الثمن إلى المشتري ، فكان رهناً معنى ، لأنهما وإن سميا بيعاً لكن غرضهما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني فلا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفـاع إلا باذن مالكه وهو ضامن كما أكل من ثمرة واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاك في يده إذا كان وفاء بالدين ، ولا ضمان عليه في الزيادة إذا هلك بغير صنعه وللبائـع استرداده إذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن .

( ومنهم ) أي من المشايخ ( من جعله باطلاً اعتباراً بالهازل ) لأنهما تكلما بلفـــظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضى صاحبه . ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه والهازل أيضاً راض بمباشرة السبب لكنه غير راض ولا مختار لحكمه فكان كخيار الشرط مؤبداً فالعقد فاسد غير موجب للملك .

( ومشايخ سمرقند جعلوه بيعاً جائزاً ) قال الامام نجم الدين النسفي اتفق مشايخنا في

مفيداً لبعض الأحكام على ما هو المعتاد للحاجة إليه . قال فإن كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لانه دليل الإجازة كما في البيع الموقوف ، وكذا إذا سلم طائعاً بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع ، لأنه دليل الإجازة .

---

هذا الزمان على صحته بيعاً كان عليه بعض السلف لأنهما تلفظا بلفظ البيع ، والعبرة للملفوظ دون المقصود ، كمن تزوج امرأة بقصد أن يطلقها بعدما جامعها صح العقد ، يعني لم يكن متعة ، كذا في الفصول للاستروشي . وذكر في فتاوى قاضي خان والامام ظهير الدين والصحيح أن العقد الذى جرى بينهما إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ، ثم ينظر إن كانا ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع ، وإن لم يذكرا وتلفظا بالبيع جاز . وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ، فكذلك أى فاسد . وإن ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم الوفاء بالميعاد ، لأن المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازماً لحاجة الناس ( مفيداً لبعض الأحكام ) هو الانتفاع به دون البعض ، وهو المبيع والهبة من آخره . واختار المصنف هذا القول ، وأشار إليه بقوله البيع الجائز معتاد ( على ما هو المعتاد عندهم للحاجة إليه ) أى لحاجة الناس إليهم ، لأنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه فلا يجيزونه إلى أن يرد البائع الثمن الى المشترى ، وبقي المشترى يرد البيع الى البائع أيضاً ولا يمتنع عن الرد ، فلهذا سموه بيع الوفاء لأنه وفى بما عاهد من رد المبيع .

( قال ) أى القدورى ( فان كان قبض ) أى البائع المكره (الثمن طوعاً) أى حال كونه طائعاً ( فقدأجاز البيع، لأنه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف ) اذا قبض المالك الثمن كان اجازة ودلالة تقوم مقام الاجازة ( وكذا اذا سلم طائعاً ) أى وكذا تكون اجازة اذا سلم المشترى المكره المبيع حال كونه طائعاً ( بأن كان الاكراه على البيع ) أى على نفس العقد ( لا على الدفع ) أى دفع المبيع الى البائع يعني اذا أكره على البيع دون دفع المبيع فدفع طائعاً جاز البيع ( لأنه دليل الاجازة ) .

بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلاً لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع، وفي البيع بالعقد على ما هو الأصل فدخل الدفع في الإكراه على الهبة دون البيع . قال وإن قبضه مكرهاً فليس ذلك بإجازة وعليه رده إن كان قائماً في يده لفساد العقد .

---

( بخلاف ما إذا أكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب فدفع ) أي العين الموهوبة إلى الموهوب له ( حيث يكون باطلا ) أي حيث يكون العقد فاسداً يوجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أن أصلنا إفساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض ، فان تصرف فيه بعد تصرفه وعليه ضمان قيمتها ( لأن مقصود المكره ) بكسر الراء ، وفي بعض النسخ مقصود الإكراه ، والأول أصح ، وهذا إشارة إلى الفرق بين مسألتي الإكراه على البيع والاكراه على الهبة ، تقريره أن مقصود المكره ( الاستحقاق ) أي ما يتعلق به الاستحقاق ليتضرر به المكره ( لا مجرد اللفظ ) يعني لا صورة للعقد ( وذلك ) إشارة إلى الاستحقاق ( في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد ) تقريره أن ما يتعلق به الاستحقاق إنما يكون في الهبة بالدفع إلى الموهوب له معنى لا يكون من غير قبض ( على ما هو الأصل ) يعني الأصل في البيع أن يثبت الاستحقاق من غير قبض ( فدخل الدفع ) أي إذا كان الأمر كذلك فوقع الدفع ( في الاكراه على الهبة ) يعني كان الاكراه على الهبة إكراهاً على الدفع نظراً إلى مقصود المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق وإزالة الملك ليتضرر به ( دون البيع ) حيث لا يكون الاكراه على المبيع اكراهاً على الدفع أي الاقباض ، فيكون الدفع على اختيار منه فيدل على الاجازة .

( قال وان قبضه مكرهاً ) أي بأن قبض المشتري الثمن حال كونه مكرهاً ( فليس ذلك بإجازة وعليه ) أي على المكره ( رده ) أي رد الثمن ( ان كان قائماً في يده لفساد العقد ) فيكون الثمن أمانة عند المكره لأنه كذلك ، لأنه كان مكرهاً على قبضه . وان كان هالكاً فلا شيء عليه لأنه هلك أمانة .

قال وإن هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع ، معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد ، وللمكره أن يضمن المكره إن شاء لانه آلة له فيما يرجع إلى الإتلاف فكأنه دفـــع مال البائع إلى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ، فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وإن ضمن المشتري نفـــذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود ،

---

( قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع لأنه قبضه للتملك(معناه) أي معنى قول القدوري وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره» أى والحال أنه غير مكره ( والبائع مكره لأنه مضمون عليه بحكم عقد فاسد ) لعدم الرضى ، وما كذلك فهو مضمون بالقيمة ( وللمكره ) بفتح الراء ( أن يضمن المكره ) بكسر الراء ( ان شاء ، لأنه ) أى المكره ( آلة له )أى للمكره (فيما يرجع الى الاتلاف) وان لم يصلح آلة له من حيث أنه كلام ، لأن التكلم بلسان الغير لا يصح ( فكأنه ) قال أي فكأن المكره ( دفع مال البائع الى المشترى ) أى أراد بـه البائع المكره بفتح الراء ( فيضمن ) أى المكره بالفتح ( أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب ) حيث يتخير المال في تضمين أيهما شاء .

( فلو ضمن المكره )أي فلو ضمن المكره بالفتح المكره بالكسر ( ورجع على المشترى بالقيمة ) أى رجع المكره بالكسر على المشترى بقيمة المقبوض( لقامه مقام البائع)أي القيام المكره مقام البائع بأداء الضمان، لأن المضمون يصير ملكاً للضامن من وقت سبب الضمان.

( وان ضمن المشترى ) يعني وان ضمن المكره بالفتح ، أى مشتر كان بعدم الأول ( نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود ) أى تناولته . وقال الأترازى يعني في صورة الغصب اذا تداولت الأيدى وتناسخت العقود بأن باع هذا من ذلك وذلك من

لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ، ولا ينفذ ما كان قبله ، لان الاستناد إلى وقت قبضـــه ، بخلاف ما إذا أجـــاز المالك المكره عقداً منها حيث يجوز ما قبله وما بعده ، لانـه أسقط حقـه وهو المانع فعاد الكل إلى الجواز ، والله أعلم .

---

آخر ثم ضمن المالك المشترى الثاني مثلا نفذ كل شراء بعد شراء الثاني لأنه ملك بالزمان فتعين أنه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان بالشراء قبل الشراء الثاني ، لأن اسناد الملك الى وقت الضمان لا غير ، بخلاف البائع المكره اذا جاز بعض العقود ينفذ الكل ، لأن العقود موقوفة على الاجازة ، فلما وجدت جاز الكل .

قال تاج الشريعة اذا تداولته الأيدى وضمن البائـــع المشترى نفذ كل شراء كان بعد شرائه ، لأن المشترى حينئذ باع ملك نفسه و كذلك لو ضمنه مشترياً آخـــر من هؤلاء المشترين ينفذ كل شراء كان بعد شرائه دون ما كان قبل شرائه . وفي الكافي فأن ضمن أحد المشترين وقد تناسخته العقود، أي تداولته نفذ كل شرائه بعد شرائه ولا ينفذ ما كان قبله ، أي قبل شراء المشتري أو قبل الضمان .

( لأنه ) أى لان المشترى ( ملكه بالضمان فظهر أنـــه باع ملكه ) أى ملك نفسه ( ولا ينفذ ما كان قبله ) أى قبل شراء المشترى أو قبل الضمان( لأن الاستناد الى وقت قبضه ) أى استناد ثبوت الملك الى وقت قبضه فقط.

( بخلاف ما اذاأجاز المالك المكره عقداً منها ) أى من العقود التي تناسختها الايدى ( حيث يجوز ما قبله وما بعده ) لانه ( أسقط حقه ) جواب عما يقال ما الفرق بـــين القيمتين مشترياً واجازة عقداً منها حيث اقتصر النفاذ ها هنا على ما كان بعده وعم الجمع هنالك ، وتقديره أن المالك أسقط حقه ، يعني في صورة الاجازة ( وهو ) أى بحقه هو ( المانع ، فعاد الكل الى الجواز والله أعلم ) نظيره اشترى داراً ولما شفيـع فباع المشترى حق تناسخته العقود وأجاز الشفيـع واحداً منها فانه يجوز الكل ، وكذا الراهن باع حق تناسخت العقود ثم أجاز المرتهن واحداً من العقود فانه يجوز الكل ، بخـلاف الفضولي

## فصـــل

## وإن أكره على أن يأكل الميتـــة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد لم يحل له

---

اذا باع وتناسخت البيوع وأجاز المالك ، ولهذا يجوز ما أجازه بعينه ، لانه باع كل واحد منهم ملك غيره ، وهنا باع كل واحد ملكه .

فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة المغصوب منه ، فانه اذا أجاز بيعـــاً من البيوع نفذ ما اجازه خاصة . أجيب بأن الغصب لا يزيل ملكه بكل بيع من هذه البيوع توقف على إجابته لمصادفته ملكه فيكون اجازته أحد البيوع تمليكاً للعين مـــن المشترى بحكم ذلك البيع ، فلا ينفذ ما سواه . وأما المشترى من المكره نفذ ملكه بالبيع من كل شراء صادف ملكه ، وانما توقف نفوذه على سقـــوط حكم المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفترق الحال بين اجازته البيع الاول والآخر ، فلهذا أنفذ البيوع كلها باجازتة عقداً منها .

### ( فصـــل )

لما ذكر حكم الإكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقـع في حقوق الله ، وقدم الأول لأن حق العبد مقدم لحاجة .

( وإن أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر فأكره على ذلك بحبس أو بضرب أو قيد ) أراد بالضرب الضرب الخفيف الذي لا يخاف منه تلف نفس أو تلف عضو ( لم يحل له ) أي الاقدام على ذلك . وفي المبسوط كل ضرب لا يخاف منـه تلف نفس أو عضو في أكبر الرأي لا يحل ، لأن غالب الرأي يقام مقام الحقيقة . وقد قال بعض العلماء في ذكر أدنى الحد أربعين ، حتى لو تهدد بأقل من أربعين منها لم يحـــل الاقدام على ذلك ، لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير ، والتعزير يقام على وجه يكون زاجراً لا متلفاً .

ولكنا نقول نصب المقدار بالرأي لا يكون ولا نص في التقدير هنا ، وأحوال الناس مختلفة في أحوال بدنهم ، فلا طريق سوى رجوع المكره إلى غالب رأيه . فإن وقع غالب رأيه

إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه ، وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير ، لان تناول هـــذه المحرمات إنما يباح عنـــد الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو ، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد وغلب على ظنه ذلك يباح ولا يسعه أن يصبر على ما توعد بـــه ، فإن صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ، لأنـه لمـا أبيـح

---

أنه متلف نفساً له أو عضواً يحل له الاقدام ، والأول في الذخيرة . ولو هدد بضرب سوط أو سوطين فهو لا يعتبر إلا أن يقول لأضربنك على عينك أو على مذاكيرك .

( إلا أن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه ، فإذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه ، وكذا على هذا ) أي وكذا الحكم على ما ذكر ( الدم ولحم الخنزير ) يعني إذا أكره على شرب الدم وأكل لحم الخنزير لا يحل الاقـــدام إلا إذا خاف على نفسه أو على عضو من أعضائه (لأن تناول هذه المحرمات إنما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة )فإنه تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله﴿ إلا ما اضطررتم﴾ ١١٩ الأنعام ، وقال ﴿ فمن اضطر في مخمصة ﴾ ٣ المائدة ، يتحقق بالاكراه(لقيام المحرم فيما وراءها ) أي فيما وراء الضرورة ( ولا ضرورة إلا إذا خاف على النفس أو على العضو، حتى لو خيف على ذلك بالضرب الشديد ) أي التلف ( وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على توعد به ، فإن صبر حتى أوقعوا به) أي قتلوه أو أتلفوا عضوه ( ولم يأكل فهو اثم ) أي في ظاهر الرواية ، وكذا هذا فيمن أصابته مخمصة ، وبه قال الشافعي « رح » في قول صحيح وأحمد في رواية ومالك ( لأنه لما أبيح ) من حيث أن حرمة هذه الأشياء كانت باعتبار خلل يعود إلى البدن أو العقل أو الغرض أو حفظ ذلك مع فوات

كان بالامتناع معاوناً لغـــيره على إهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا يأثم لأنـــه رخصة ، إذ الحرمة قائمة فكان آخـذاً بالعزيمة . قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم ، فكان إباحـــة لا رخصة ، إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالإباحة في هذه الحالة ، لأن انكشاف الحرمة خفاء

---

النفس غير ممكن ( كان بالامتناع ) عن الاقدام ( معاوناً لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة ) .

( وعن أبي يوسف أنه لا يأثم ) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ( لأنـــه رخصة ) أي لأن الاقدام على ذلك رخصة ( إذ الحرمة قائمة ) أي إذ الحرمة بصفة أنهـا ميتة أو خمر قائمة . فاذا امتنع عن ذلك ( فيكون آخذاً بالعزيمة) فلا يأثم .

( قلنا حالة الاضطرار مستثنى بالنص ) هذا منع لما قاله أبو يوسف ، تقريره لا نسلم أن الحرمة قائمة ، لان الله تعالى استثنى حالة الاضطرار وقال ﴿ وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه ﴾ ١١٩الانعام ( وهو ) أي الاستثناء دل عليه قوله مستثناة ( تكلم بالحاصل بعد الثنيا ) يعني الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، فكان البيـــان أن المستثنى لم يدخل في صدر الكلام ( فـــلا محرم ) أي إذا كان كذلك فلا يحرم حينئذ ( فكان إباحة لا رخصة ) أي كان إباحة ابتداء ، لانه داخل في الحرمة ثم خرج فامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه أو عضوه فكان آثماً .

( إلا أنه إنما يأثم إذا علم بالاباحة في هذه الحالة ) هذا جواب إشكال كأنه يقول إذا ثبت إباحته ينبغي أن لا يأثم ، إذ الانسان لا يأثم بترك المباح ، فأجاب بأنه يأثم إذا عـلم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف ، لانه يصير ساعياً في إتلاف نفسه ، أما إذا لم يعلم ذلك فـلا يأثم ( لأن في انكشاف الحرمة خفاء ) لانه أمر يستأثر بمعرفة الفقهاء ، فيكون أوساط

فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الإسلام أو في دار الحرب. قال وإن أكره على الكفر بالله تعالى والعياذ بالله أو بسبب رسول الله ﷺ بقيد أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك إكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، لأن الإكراه بهذه الأشياء ليس بإكراه في شرب الخمر لما مر، ففي الكفر وحرمته أشد أولى وأحرى. قال فإذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمروه به ويوري،

---

الناس مغرورين فيه (فيعذر بالجهل فيه) لخفائه عليه (كالجهل بالخطاب في أول الاسلام) حيث كان عذر (أو في دار الحرب) بأن أسلم في دار الحرب لا يجب عليه شيء ما لم يعلم بأوامر الشرع.

فان قيل إضافة الاثم إلى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد. فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم، وها هنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم، فصار الترك حراماً، لان ما أفضى الى الحرام حرام.

(قال) أي القدوري (وان أكره على الكفر بالله والعياذ بالله أو بسبب رسول الله ﷺ بقيد أو بحبس أو ضرب لم يكن ذلك اكراهاً حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه، لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر) في أول الفصل (ففي الكفر وحرمته) أي والحال أن حرمة الكفر (أشد أولى وأحرى) بأن لا يكون اكراهاً. وقوله أشد خبر لقوله وحرمته. وقوله أولى خبر لقوله ففي الكفر تقديره عدم كون الاكراه في الكفر أولى.

(قال فاذا خاف على ذلك) يعني على نفسه أو على عضو من أعضائه (وسعه أن يظهر ما أمروه به) الضمير في أمروه يرجع الى المكره بالفتح وفي يد الى ما في قوله ما أمروه (ويوري) بنصب الياء، أي وأن يورى عطفاً على قوله أن يظهر وهو من التوراة

فإن أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالإيمان فلا إثم عليه لحديث عمار بن ياسر حين ابتلي بـه وقد قال له النبي عليه السلام كيف وجدت قلبك قال مطمئناً بالإيمان ، فقال عليه السلام فإن عادوا فعد ،

---

وهو أن يظهر خلاف ما يضمره وهو الاتيان بلفظ يحتمل معنيين بأن يظهر الكفر باللسان مع اضمار الايمان في قلبه .

( فان اظهر ذلك ) أي التلفظ بالكفر (وقلبه مطمئن بالايمان) أي والحال أن قلبه مطمئن بالايمان ( فلا اثم عليه ) أي فلا اثم عليه حينئذ ( لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حين ابتلى به ، وقد قال له النبي ﷺ كيف وجدت قلبك ، قال مطمئناً بالايمان ، فقال ﷺ إن عادوا فعد ) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة النحل من حديث عبيد الله بن عمر الرقي عن عبد الكريم بن مالك الجزري عن أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر فلم يتركوني حتى سببت النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير ، فلما أتاه رسول الله ﷺ ما وراءك ، قال شر يا رسول الله ﷺ تركت حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير ، قال كيف تجد قلبك ، قال مطمئناً بالايمان ، قال فان عادوا فعد . وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وأخرجه البيهقي في المعرفة وأبو نعيم في الحلية في ترجمة عمار ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن عبد الكريم الجزري ، وعن عبد الرزاق رواه اسحاق بن راهوية في مسنده في مسند عمار بن ياسر قوله فان عادوا قال بعض الشراح ، أي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر ، اذ لا يجوز منه ﷺ الامر باجراء كلمة الكفر . وقال صاحب العناية معناه عد الى طمأنينة القلب لا الى الاجر والطمأنينة جميعاً ، لأن أدنى درجات الأمر الإباحة فيكون اجراء كلمة الكفر مباحاً وليس كذلك ، لأن الكفر مما لا تنكشف حرمته .

وقال تاج الشريعة وبعض العلماء يحملون قوله فإن عادوا فعد على ظاهره ، يعني إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير وهو غلط ،

وفيه نزل قوله تعالى ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ﴾ ... الآية ١٠٦ النحل ، ولأن بهذا الإظهار لا يفوت الايمـــان حقيقة لقيام التصديق ، وفي الامتناع فوت النفس حقيقة

---

فإنه لا يظن برسول الله ﷺ انه يأمر أحداً بالتكلم بكلمـــة الشرك ، ولكن مراده إن عادوا إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان ، وهذا لأن التكلم إن كان مرخصاً بـه فالامتناع منه أفضل . وقال الأترازي يعني إن عاد الكفار إلى الإكراه فعد إلى طمأنينة القلب بالإيمان ، يعني فاثبت على الطمأنينه وهو أمر بالثبات على ما كان لا أمر بما ليس بكائن من الطمأنينة كما في قوله تعالى ﴿اهدنا الصراط المستقيم ﴾ معناه إن عادوا الى الاكراه ثانياً فعد أنت الى مثل ما أنت به أولاً من اجراء كلمة الكفر على اللسان وطمأنينة القلب بالايمان ، انتهى .

قلت هذا صواب من الكل لأن مقتضى التركيب هذا على ما لا يخفى ولا نسلم أنـــه أمر من الرسول عليه‌السلام بالتكلم بكلمة الشرك ، بل هذا التشريع للمبتلى بالاكراه فكيف يفعل ، لأنه عليه‌السلام مبين مشرع فافهم .

( وفيه ) أي وفي عمار بن ياسر رضي الله عنه ( نزل قوله تعالى ﴿ الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ﴾ الآيـــة ١٠٦ النحل ) ذكر أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في عمار بن ياسر رضي الله عنه رخصة أنه خرج مهاجراً الى رسول الله ﷺ مع جماعة فأخذهم كفار مكة ، وقالوا انكم تريدون محمداً وعذبوهم وأكرهوهم على الكفر فصبر بعضهـــم حتى قتل وتكلم عمار رضي الله عنه بما أكرهوه عليه وقلبه مطمئن بالايمان فخلوا عنه ، فلما قدم على رسول الله ﷺ أخبر بذلك فنزلت الآية .

( ولأن بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق ) هـــذا دليل معقول ، وتقريره أن الايمان هو الاقرار باللسان والتصديق بالجنان والتصديق هو الركن الأصلي ، وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديراً ، لأن التكرار ليس بشرط فلا يفوت الايمان بذلك حقيقة ( وفي الامتناع ) عن اتيان ما تهدد به ( فوت النفس حقيقة )

فيسعه الميل إليه . قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً ، لان خبيباً رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء ، وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ،

---

فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقيناً وفوق حق الله توهماً ( فيسعه الميل اليه ) .

( قال فإن صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجوراً ، لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله ﷺ سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ) هذا الحديث بهذا الوجه لم يثبت وقتل خبيب في صحيح البخاري في مواضع وليس فيه أنه صلب ولا انه اكراه، ولا أن النبي عليه‌السلام سماه سيد الشهداء ولا قال فيه وهو رفيقي في الجنة فأخرج البخاري [١] في الجهاد عن عمر بن أبي سفيان السقفي عن أبي هريرة قال بعث النبي عليه‌السلام عشرة عيناً وأمر عليهم عاصم بن ثابت فانطلقوا حتى اذا كانوا بين عسفان ومكة ذكروا الحي من هذيل يقال لهم بنو لحيان فنفروا لهم بقريب من مائة رجل رام فاقتصوا آثارهم حتى أتوا منزلاً نزلوه فوجدوا فيه نوى تمر تزددوه من المدينة فقالوا هذا تمر يثرب ، فتبعوا آثارهم حتى لحقوهم، فلما أحس عاصم وأصحابه لجؤوا الى فدفد وجاء القوم فأحاطوا بهم فقالوا لهم إنزلوا فأعطوا بأيديكم ، ولكم العهد والميثاق أن لا نقتل منكم أحداً ، فقال عاصم بن ثابت أيها القوم أما أنا فلا أنزل في ذمة كافر ، ثم قال اللهم أخبر عنا ﷺ فرموهم بالنبل فقتلوا عاصماً ونزل اليهم ثلاثة نفر على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة ورجل آخر ، فلما استمكنوا منهم اطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها . قال الرجل الثالث هذا أول الغدر ، فأبى أن يصحبهم فجروه وعالجوه على أن يصحبهم فلم يفعل فقتلوه وانطلقوا بخبيب وزيد حتى باعوهما بمكة ، فاشترى خبيباً بنو الحارث بن عامر بن نوفل ، وكان خبيب هو قتل الحارث يوم بدر ، فمكث عندهم أسيراً حتى اذا أجمعوا على قتله استعار موسى من بعض بنات الحارث ليستحد به فأعارته ،

---

(١) ورد الحديث في الأصل ناقصاً، وفيه أخطاء كثيرة تضيع معنى الحديث فاضطررنا للزيادة عليه من صحيح البخاري لتكتمل الفائدة ، اه مصححه .

قالت فغفلت عن صبي لي فدرج اليه حتى أتاه فوضعه على فخذه ، فلما رأيته فزعت فزعة عرف ذلك مني ، فقال أتخشين أن أقتله ، مـــا كنت لأفعل ذلك ان شاء الله ، كانت تقول ما رأيت أسيراً قط خيراً من خبيب ، لقد رأيته يوماً يأكل من قطف عنب وما بمكة يومئذ من ثمرة ، وانه لموثق في الحديد ، وما كان الا رزقاً رزقه الله ، فخرجوا به من الحرم ليقتلوه وقال دعوني أصلي ركعتين ، فصلى ثم رجع إليهم فقال لهم لولا أن ترو أن ما بي جزع من الموت لرجعت،فكان أول من سن الركعتين عند القتل هو ثم قال اللهم احصهم عدداً واقتلهم بدداً ولا تبق منهم أحداً ، ثم قال :

ولست أبالي حين أقتل مسلماً    على أي شق كان لله مصرعي
وذلك في ذات الإله وإن يشأ    يبارك على أوصال شلو ممزع

ثم قام إليه عقبـــة بن الحارث فقتله وبعث ناس من قريش إلى عاصم بن ثابت ليأتوا بشيء من جسده يعرفونه ، وكان عاصم قتل عظيماً من عظمائهم يوم بدر ، فبعث الله عليه مثل الظلة من الدبر فحمته من رسلهم ، فلم يقدروا أن يقطعوا منه شيء ، انتهى.

قال عبد الحق ، وقصة خبيب كانت في غزوة الرجيع ، والرجيع على ثمانية أميال من عسفان ، وعسفان على مرحلة من خليص في الجنوب ومن عسفان إلى بطن مر ثلاثـة وثلاثون ميلاً ومن بطن مر إلى مكة مسيرة يوم ، وخليص بضم الخاء المعجمة. وعسفان بضم العين المهملة . وبطن مر بفتح الميم وتشديد الراء . وغزوة أحد كانت في النصف من شوال سنة ثلاث من الهجرة . قوله إلى فدفد بفائين مفتوحتين ودالين مهملتين ، وهـــي الأرض المستوية ، وقيل الأرض المرتفعة . وقال ابن دريـــد الفدفد هي الأرض الغليظة المرتفعة ذات الحصى ، فلا تزال الشمس تبرق فيها .

قوله من قطف عنب أي عنقود عنب وهو بكسر القاف وسكون الطاء وفي آخره فاء. وقال الليث القطف إسم للثمار المقطوفة ، يقال قطفت العنب أقطفه قطفاً جنيتـه . قوله شلو بكسر الشين المعجمة وسكون اللام وهو العضو من أعضاء اللحـــم وأشلاء الإنسان أعضاؤه . قوله ممزوع من التمزيع وهو التفريق ، ومادته ميم وزاي معجمة وعين مهملة.

قوله لأن خبيباً صبر على ذلك حتى صلب ، وهو بضم الخاء المعجمة وفتح الباء وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره باء موحدة أخرى، وقد ذكرنا أن صلبه لم يثبت في الصحيح ولكن محمدبن اسحاق ذكره في كتاب السيرة وقال ابتاع خبيباً حجير بن ابان التيمي رحمه الله لقتله بأبيه ثم أخرجوه إلى التنعيم وصلبوه على خشبة وقتلوه .

قوله وسماه أي خبيباً رسول الله ﷺ سيد الشهداء ،هذا لم يثبت والمعروف من قوله عليه السلام سيد الشهداء أنه حمزة رضي الله عنه ، رواه الحاكم في الفضائل من حديث عبدالله ابن محمد بن عقيل رحمهم الله سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول قال رسول الله ﷺ سيد الشهداء عند الله يوم القيامة حمزة رضي الله عنه ، وأخرجه الطبراني عن أبي إسحاق الشيباني عن علي بن حذور عن الاصبغ بن نباتة عن علي رضي الله عنه قال إن أفضل الخلق يوم يجمعهم الله الرسل ، وأفضل الناس بعد الرسل الشهداء ، وأفضل الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه ، وقد تكلم به رسول الله ﷺ فقال سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه حديث آخر نحو ذلك ورد في بلال رواه البزار في مسنده من حديث زيد بن أرقم أن النبي عليه السلام قال نعم المرء بلال وهو سيد الشهداء ... الحديث .

قوله وقال في مثله ،أي فيه أي في خبيب ، وكلمة مثل زائده هو رفيقي في الجنة . وقيل لفظ مثل عبارة عن الذات أي قال في ذاته أي ذات خبيب. وقال تاج الشريعة أي في مثل خبيب في الصبر على أذى المشركين وصلبهم وعدم إجراء كلمة الكفر فمن كان كذلك يكون باذلاً نفسه لإعزاز الدين فيكون مثل خبيب رضي الله عنه . قلت المفهوم من كلامه أن قوله عليه السلام هو رفيقي في الجنة ، في حق غير خبيب ولكن يدخل فيه خبيب بمشاركته غيره في الصبر على الأذى وغيره ، والمفهوم مما ذكرنا أولاً ، أي قوله عليه السلام هذا في حق خبيب رضي الله عنه والأحرى ما قاله تاج الشريعة ، لأن قوله عليه السلام هذا لم يثبت في حق خبيب وإن كان هو من رفقاء النبي عليه السلام في الجنة .

( ولأن الحرمة باقية ) لتناهي قبيح الكفر ، فكان بالصبر على الاكراه مجتنباً محرم

الشرع ممتثلاً نهيه (والامتناع لاعزاز الدين عزيمة) أي الامتناع عن إظهار ما توعد بـه لأجل إعزاز الدين عزيمة ، أي أخذ بالعزيمة ، ولا شك أن الأخذ بالعزيمة أفضل من الاخذ بالرخصة ولا سيما في مثل هذا الموضع (بخلاف ما تقدم) من أكل الميتة وشرب الخمر ، فإن الحرمة هناك لم تكن باقية (للاستثناء) أراد به قوله تعالى ﴿إلا ما اضطررتم﴾ ١١٩ الأنعام ، والاستثناء من التحريم إباحة .

فإن قلت الله تعالى كما استثنى في إجراء كلمة الكفر أيضاً في قوله تعالى ﴿من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره﴾ ١٠٦ الأنعام. قلت من كفر بالله شرط مبتدأ وحذف جوابه لأن جواب « من شرح بالكفر صدراً » دال عليه ، كأنه قيل من كفر بالله فعليهم غضب إلا من أكره ، ولكن من شرح بالكفر صدراً فعليهم غضب ، ولا يلزم من انتفاء الغضب الاباحة . وتقريره أن في الآية تقديماً وتأخيراً ، وتقديره من كفر بالله من بعد إيمانه وشرح بالكفر صدراً فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ، فالله تعالى ما أباح إجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه ، وإنما وضع عنه العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة ، لأنـه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض ، فان السبب موجود والحكم متأخر ، فجاز أن يكون النصب منفياً مع قيام العلة الموجبة للنصب وهو الحرمة ، فلم يثبت إباحة إجراء كلمة الكفر .

هذا ما قالوه وفيه نظر ،لأن المراد بالعلة إن كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ، وإن كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل بـه فإنما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور من قوله تعالى ﴿ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ ١٨٥ البقرة ، ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك. وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي رحمه الله إلى أن الأمر في قوله عليه السلام فإن عادوا فعد للاباحة ، وقولهم لأن الكفر فيما لا تنكشف حرمته صحيـح ، ولكن الكلام في إجراء كلمة الكفر مكرهاً لا في المكره .

قال وإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك ، لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ، ولصاحب المال أن يضمن المكره ، لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له ، والإتلاف من هذا القبيل . وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ، فإن قتله كان آثماً ، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما ،

---

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( فإن أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك ) أي إتلاف مال المسلم ( لأن مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة ) أي يعامل به معاملة المباح ، إلا أنه يجعل مباحاً في تلك الحالة ، ولهذا لو لم يتناول حتى قتل يثاب على ذلك. وفي الخمر لو لم يشرب حتى قتل يأثم ،قالوا هذه المسألة تدل على أن تناول مال الغير أشد حرمة من شرب الخمر ( وقد تحققت ) أي الضرورة ( ولصاحب المال أن يضمن المكره ) بكسر الراء ( لأن المكره ) بفتح الراء ( آلة للمكره ) بكسر الراء ( فيما يصلح آلة له ) قد مر أن في كل موضع يصلح كون المكره آلة للمكره يكون الضمان على المكره ، واحترز بقوله فيما يصلح عن الاكل والتكلم والوطء ، فإنه فيها لا يصلح آلة له إذ الاكل بفم الغير والتكلم بلسان الغير لا يتصور ( والاتلاف من هذا القبيل) أي من قبيل أن يصلح آلة بأن يأخذه ويلقيه على مال الغير فيتلفه .

( وإن أكره بقتل على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل ) بأن قال لغيره إن لم تقتل فلاناً لأقتلنك لا يسعه الإقدام على قتله . قوله ويصبر بالرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي وهو يصبر على ذلك ولا يجوز نصبه عطفاً على أن يقدم عليه لفساد المعنى فافهم ( فإن قتله كان آثماً ، لأن قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما ) إذ دليل

فكذا بهذه الضرورة والقصاص على المكره إن كان القتل عمداً قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

---

الرخصة خوف التلف والمكره عليـه في ذلك سواء فسقط حق المكره في حق تناول دم المكره عليه للتعارض ، بخلاف ما إذا صبر على اتلاف مال الغير ، فإن دليل الرخصة قائمة وحرمة النفس فوق حرمة المال ( فكذا بهذه الضرورة) أي فكذا لا يباح بهذه الضرورة وهي الإكراه على قتل النفس فيقول الاكراه يبيح ما تبيحه الضرورة لا يبيحه الاكراه ثم قتل المسلم لا يباح لضرورة ما ، فكذا لا يباح بالاكراه .

( قال ) أي القدوري رحمـه الله ( والقصاص على المكره ) بكسر الراء ( إن كان القتل عمداً ) أي إن كان القتل قتل عمد ، وإن كان القاتل عامـداً ( قال العبد الضعيف رحمه الله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ) أي قال المصنف المذكور وهو وجـوب القصاص على المكره بكسر الراء عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول . وقال السغناقي « رح » سواء كان الآمر عاقلاً بالغاً أو معتوهاً أو غلاماً غير بالغ ، فالقود على الآمر وعزاه إلى المبسوط .

ثم أورد سؤالاً فقال فان قيل لو كان المكره الآمر بمنزلة الآلة للمباشرة في القتل والمكره المأمور آلة لوجب أن لا يجب القصاص على الآمر فيما إذا كان صبياً أو معتوهاً ، لأن انتقال فعل المكره إليه لا يكون أقوى من مباشرتـه بنفسه ، وفيما باشر الصبي القتل العمد لا يجب القصاص عليه ، وقد ذكر في المبسوط أن القصاص يجب على الصبي إذا أمـر غيره بالقتل العمد بالاكراه كما ذكرت ، فما وجهه . قلنا لما انتقل فعل المأمور إلى الآمر انتقل مع وصفه من العقل والبلوغ، فصار ذلك بمنزله جناية الآمر بيد المأمور في الأحكام القتل ، فلهذا لم يعتبر عقد الآمر وبلوغه بخلاف ما لو باشر بنفسه لأنه لا واسطة هناك أحد يوصف بالعقل والبلوغ لينتقل قوله إليه بذلك الوصف ، فكان ذلك قتلاً خاصاً من الصبي لا غير ، ولا اعتبار لعمد الصبي من القتل في إيجاب القصاص .

وقال الشيخ العلامة علاء الدين عبد العزيز رحمها الله ما نقله السغناقي عن المبسوط سهو فانه ذكر في هذا الباب ، إذا عرفنا هذا فنقول سواء كان المكره عاقلاً بالغاً أو معتوهاً أو

وقال زفر « رح » يجب على المكره . وقال أبو يوسف « رح » لا يجب عليهما . وقــال الشافعي « رح » يجب عليهما . لزفر أن الفعل من المكره حقيقـــة وحساً وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم

---

غلاماً غير بالغ فالنقود على المكره ، لأن المكره صار كالآلة له والعقل والبلوغ غير معتبر في حق الآلة ، وإنما المعتبر تحقق الالجاء فعلم أن قوله سواء كان المكره بالغاً أو معتوهـاً بفتح الراء وبكسرها والدليل الذي ذكره ينادي عليه فتوهمه بكسر الراء ، وذلك غير سديد يؤيده ما قال أبو اليسر في المبسوط، ولو كان المكره الآمر صبياً أو مجنوناً لا يجب القصاص على أحد ، لأن القاتل في الحقيقة هـذا الصبي والمجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبـة عليه ، وذكر الحلواني في مبسوطه ولو كان المأمور مختلط العقل أو صبياً يجب القصاص على المكره الآمر ، لأن فعل القاتل ينقل إليه فيكون الصبي والبالغ في حقـــه سواء ، فعلم بهذا أن إيجاب القصاص على الصبي الآمر سهو ، وما ذكره من الفرق بـــين المباشر والآمر غير مسلم ، لأن المنتقل الفعل ووصفه من العمد والخطأ لا وصف القاتل من العقل والبلوغ ، ألا ترى أن المأمور لو كان صبياً أو معتوهاً لا ينتقل وصف الصبا والقسر إليه ، حتى لا يجب القصاص على المكره احتيالاً للدرء في القصاص .

( وقال زفر رحمه الله يجب على المكره ) بفتح الراء ، أراد بـــه يجب القصاص على المكره المأمور وهو رواية عنه وفي رواية أخرى عنه كقول الشافعي رضي الله عنـــه ( وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما ) أي لا يجب القصاص على المكره والمكره جميعاً ( وقال الشافعي رضي الله عنه يجب عليهما ) أي على المكره والمكره جميعاً ، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله .

( لزفر رحمه الله أن الفعل من المكره ) أي أن الفعل وهـو القتل حاصل من المكره بفتح الراء ( حقيقة ) أي من حيث الحقيقة لصدوره منه بغير واسطة ( وحساً ) أي ومن حيث الحس ، فانه معاين مشاهد ( وقرر الشرع حكمه ) أي حكم القتل (عليه) أي على القاتل ( وهو ) أي حكم القتل ( الاثم ) بالاجماع ، فايجاب القصاص على غيره غير معقول

بخلاف الإكراه على إتلاف مال الغير لانـــه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف إلى غيره ، وبهذا يتمسك الشافعي « رح » في جانب المكره ويوجبه على المكره أيضاً لوجود التسبيب في القتل منـــه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص . ولأبي يوسف « رح » أن القتل بقي مقصوراً على المكره من وجه نظراً إلى التأثيم ، وأضيف إلى المكره من وجه نظراً إلى الحمل

---

وغير مشروع ( بخلاف الاكراه على إتلاف مال الغير ، لأنه سقط حكمه وهو الاثم ) فلم يكن مقدراً عليه شرعاً ( وأضيف إلى غيره ) أي إلى غير المكره ( وبهذا ) أي بمـــا ذكره زفر رحمه الله من الدليل ( يتمسك الشافعي رضي الله عنه في جانب المكره ) بفتح الراء ، يعني في وجوب القصاص ( ويوجبه ) أي ويوجب الشافعي القصاص ( على المكره أيضاً ) بكسر الراء ( لوجود التسبيب في القتل منه ) أي من المكره الآمر حيث أحدث فيه معنى كان حاملاً له على القتل .

( وللتسبيب في هذا ) أي في القتل ( حكم المباشرة عنده ) أي عند الشافعي رضي الله عنه ( كما في شهود القصاص ) يعني إذا شهد على رجل بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حياً ، فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب لأنهما قتلاه حكماً قيل في عبارة المصنف تسامح ، لأن دليل زفر رحمه الله يدل على عدم جواز إضافة القتل إلى غير المكره ، فكيف يجعل ذلك دليلاً للشافعي رضي الله عنه وهو يضيفه إلى غـيره أيضاً . أجيب بأن دليله يدل على عدم جواز إضافته إلى غير المكره مباشرة ، والشافعي رضي الله عنه يضيفه إلى الغير تسبيباً فلا تنافي .

( ولأبي يوسف رحمه الله أن القتل مقصوراً على المكره ) بفتح الراء ( من وجه نظراً إلى التأثيم ) للتسارع إياه ، فانه يدل على تقرر الحكم وقصره عليه (وأضيف إلى المكره ) بكسر الراء ( من وجه نظراً إلى الحمل ) بفتح الحاء ، أي حمل المكره عليه تقـديره أن كونه محمولاً على الفعل يدل على أنه كالآلة والفعل ينتقل عنه ، وكل ما كان كذلك كان

فدخلت الشبهة في كل جانب . ولهما أنه محمول على القتل بطبعه إيثاراً لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آلة في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصور عليـــه في حق الاثم كما تقول في الإكراه على الاعتاق وفي إكراه المجوسي على ذبح

---

شبهة ( فدخلت الشبهة في كل جانب ) والقصاص يندفع بها .

( ولهما ) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أنــه ) أي أن المكره بالفتح ( محمول على القتل ) أي ملجأ إليه بواسطة التهديد بالقتل ( بطبعه ) يعني يصير المكره القاتـــل في ذلك قاتلاً بطبعه ، أي باقتضاء طبعـــه ، ذلك كالسيف يقطع بطبعه فان طبعه يقتضي القطع ، وذلك (إيثاراً لحياته ) أي لاجل إيثاره حياته على حياة غيره ، لان الانسان جبل على حب حياة نفسه ، فحينئذ نفذ اختياره (فيصير آلة للمكره) بكسر الراء (فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن يلقيه عليه ) فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة ، لأن الفعل يضاف إلى الفاعل لا إلى الآلة .

( ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه ) هذا جواب عما يقال لو كان آلة لأضيف الاثم إلى المكره كالقتل ، فأجاب بقوله ولا يصلح أي المكره آلة له ، أي للمكره بكسر الراء في الجناية على دينه ، لأن القتل من حيث أنه يوجب المأثم جناية على دين القاتل ، لأنه إنما كرهه ليجني عليه دينه ، فلو أضيف إليه لصار جناية على دين المكره ، وفي بطلان الإكراه ( فبقي الفعل ) من حيث كونه جناية على دينه ( مقصور عليه ) أي على المكره بالفتـح ( في حق الاثم كما تقول في الإكراه على الإعتاق ) ومن حيث الاتــلاف منقولاً إلى المكره من حيث الاتلاف حتى يجب الضمان على المكره ومن الاعتـــاق بقي مقصوراً على المكره حتى يكون الولاء له .

( وفي إكراه المجوسي ) أي وكما تقول في إكراه المجوسي أي إكــراه المسلم المجوسي فالمصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ، لأن المجوسي مكره وقد صرح بـــه في الإيضاح وهو كما لو أكره مجوسياً ( على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره ) بكسر

شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا . قال وإن أكره على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي وقد مر في الطلاق .

---

الراء ( في الاتلاف ) يضمن قيمة الشاة ( دون الذكاة حتى يحرم ) فلا يحل تناوله،لأن حل الذبح يتعلق بأمور الدين ( كذا هذا ) أي كذا حكم القتل .

فان قلت لو كان المأمور محمولاً على القتل بطبعه لإيثار حياته ينبغي أن يسقط القصاص عن إصابة مخمصة فقتل إنساناً وأكل من لحمه حتى بقي حياً فما الفرق . قلت وملجأهناك من جهة الغير فصار آلة ، وأما المضطر فقيم ملجأ إلى القتل من جهة غيره حتى يصير آلة، ولهذا يجب عليه الضمان في المال فعلم أن الحكم مقصوراً عليه .

فإن قلت ينبغى أن لا يصلح المكره آلة له في الاعتاق من حيث الاتلاف ، لأن الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له فى حق التلفظ ، فكذا في حق مايثبت في ضمنه . قلت نفس الاعتاق إتلاف إذ هو إزالة الملك وليس في قدرة العبد إلا ذلك وهو يصلح في إزالة الملك ، أما إثبات القوة فخالص حق الله تعالى لا يقال يشكل بما إذا أكره محرم على صيد حتى قتله وأدى الضمان لا يرجع على المكره وإن صلح آلة له في الاتلاف ، لانا نقول الضمان في قتل الصيد إنما تجب بالجناية على إحرامه وهو لا يصلح آلة له في ذلك .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإن أكره على طلاق إمرأته ) أي إن أكره الرجل على أن يطلق أمرأته ، وفي بعض النسخ وإن أكرهه الرجل على طلاق إمرأته ( أو عتق عبده ففعل ) أي طلق امرأته أو عتق عبده ( وقع ما أكره عليه عندنا خلافاً للشافعي رضي الله عنه ) ويقول الشافعي قال مالك وأحمد رحمهما الله ثم الاكراه لا يعمل في أشياء منها الطلاق والعتاق والنكاح والرجعة والتدبير والعفو عن القصاص واليمين والنذر والظهار والإيلاء والفيء في الايلاء والاسلام ، لأنه إنشاء تصرف ( وقد مر في الطلاق ) أي في فصل طلاق المكره والسكران . وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله إكراه بوعيد

قال ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الإتلاف ، فانضاف إليه فله أن يضمنه موسراً كان أو معسراً ولا سعاية على العبد ، لان السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحريـــة أو لتعلق حق الغير

---

القتل على الطلاق والعتاق فلم يفعل حتى قتل لم يأثم كما لو أكره بالقتل على إتلاف مـــال نفسه فلم يتلف كان شهيداً ، فكذا في الامتناع عن إبطال ملك النكاح .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ويرجع ) أي المكره بفتح الراء ( على الذي أكرهه بقيمة العبد ، لأنه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف ، فانضاف إليـه فله ) أي فللمكره المأمور ( أن يضمنه ) أي المكره الآمر ( موسراً كان أو معسراً ) لأن وجـوب الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون ضمان جيران ، فلا يختلف باليسار والاعسار ، ألا ترى أن شهود الاعتاق يضمنون إذا رجعوا موسرين كانوا أو معسرين .

فإن قلت ينبغي أن لا يجب الضمان على المكره لأنه أتلفه بعوض وهو الولاء، والاتلاف بعوض كلا إتلاف . قلت هذا يكون أن لو كان العوض مالاً أو في حـكم المال والولاء ليس بمال ولا أشبه بالمال لانه بمنزلة النسب وهو ليس بمال .

( ولا سعاية على العبد ، لأن السعاية إنما تجب للتخريج إلى الحرية ) وقد خرج فـلا يمكن تخريجه ثانياً كما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن المستسعى كالمكاتب والذي يحتاج إلى التخريج إلى الحرية كالعبد المشترك إذا أعتقه أحد الشريكين يحتاج إلى تخريجـــه إلى الحرية إما بالاستسعاء أو بالتضمين ، أو بعتق الشريك الآخر كما عرف (أو لتعلق حـــق الغير ) أي أو السعاية إنما يجب لتعلق حـــق الغير بالعبد كما هو مذهبهما كعتق المريض عبده وعتق الراهن عبد المرهون ، فإنـــه يجب السعاية على العبد فيما إن كان معسراً لتعلق حق الغير به .

وفي الذخيرة مسألة الاعتاق والطلاق على ثلاثة أوجه . الأول : أن يقـــول المكره خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذباً وقد أردت ذلك لا الانشاء بعتق العبد قضاء لا

ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانه مؤاخذ بإتلافه . قال ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعــة لان ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقــة من قبلها ، وإنما يتأكد بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه ، فيضاف إلى المكره

---

ديانة ، ولا يضمن المكره شيئاً لأنه عدل عما أكره وعتق العبد بإقراره طائعاً .

الثاني : أن يقول خطر ببالي الاخبار كاذباً وتركت ذلك وأردت عتقاً مستقبلاً كما طلب مني ، ففي هذا عتق العبد قضاء وديانة ويضمن المكره قيمة العبد .

الثالث : أن يقول لم يخطر ببالي شيء وقد أتيت بما طلب مني ، فالجواب فيه كالجواب في الوجه الثاني ، والجواب في الاكراه على الطلاق وقد سمى لها مهراً قبل الدخول كالجواب في الاكراه على عتق العبد في الوقوع ورجوع الزوج على المكره ، إلا أن في الطلاق الرجوع بنصف المهر ، وفي الأعتاق بقيمة العبد .

( ولم يوجد واحد منهما ) أي من التخريج إلى الحرية وتعلق حق الغير ( ولا يرجــع المكره ) بكسر الراء ( على العبد بالضمان لأنه مؤاخذ بإتلافه ) أي لأن المكره نفسه إنما يضمن من حيث أنه جعل متلفاً للعبد حكماً كأنه قتله والمقتول لا يسمى لأحد حكماً .

( قال ) أي القدوري (ويرجع بنصف مهر المرأة إن كان) أي الاكراه (قبل الدخول) بها . فإن قلت المماثلة شرط في ضمان العدوان والمكره لم يضع غير تأكيــد نصف المهر والايجاب أعلى من التأكيد . قلت المماثلة في المضمون لا في الفعل ، والمضمن نصف المهر بالاتفاق فتتحقق المماثلة ( وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره ) بكسر الراء ( بما لزمه من المتعة ، لأن ما عليه ) أي على الزوج ( كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقــة من قبلها ) بتمكين أي الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى ( وإنما يتأكد) أي ما كان عليه إنما يتأكد (بالطلاق فكان إتلافاً للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره)

**من حيث انه إتلاف ، بخلاف ما إذا دخل بها ، لان المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق**

---

بكسر الراء ( من حيث أنه إتلاف ) فإذا أضيف إليه يرجع المكره عليـــه لأن للتأكيد شبها فكان المكره بمنزلة الآلة فيرجع عليه .

( بخلاف ما إذا دخل بها ) حيث لا يضمن المكره الآمر شيئاً وبه قال مالك وأحمد « رح » ، وعند الشافعي «رح» يضمن مهر المثل (لأن المهر قد تقرر بالدخول لا بالطلاق) فبقي مجرد إتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخروج وما ليس بمال لا يضمن بمال ، ألا ترى أن الشاهدين إذا رجعا بعد الشهادة بالطلاق لا يضمنان . ثم أن المصنف لم يضمن الإكراه على النكاح .

قال محمد في الأصل ولو أن رجلاً أكره بوجه قتل أو بحبس أو بقيد أو بضرب حتى تزوج إمرأة على عشرة آلاف ومهر مثلها ألف درهم كان النكاح جائزاً ، ويكون من العشرة آلاف درهم مهر مثلها ألف درهم ويبطل الفضل . وذكر الطحاوي في مختصره أن الزوج يلزمه جميـع ذلك فيرجع بالفضل على من أكرهه وهو ليس بظاهر الرواية ، ولو أن المرأة هي التي أكرهت حتى تزوجها الزوج على ألف درهم مهر مثلها عشرة آلاف أو زوجهـا أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكره .

ثم هل للمرأة والأولياء الاعتراض على هذا النكاح . فالمسألة على وجهين ، إمـــا أن يكون الزوج دخل بها أو لم يدخل بها وكل وجه على وجهين ، إما أن ترضى المرأة بمـا سمى لها من الصداق أو لم ترض ، وكل وجه على وجهين ، إما أن يكون الزوج كفوءاً لها أو غير كفوء ، فإن كان كفوءاً لها وقد رضيت بالمسمى كان للأولياء حق الإعتراض عند أبي حنيفة ، وعندهما لا أصل . ولو زوجت نفسها في الإبتداء من كفوء بأقل من مهر المثل كانت المسألة على الإختلاف ، إن كان الزوج غير كفوء لها فللأولياء الإعتراض على هـــذا النكاح عندهم جميعاً ، هذا إذا رضيت بالمسمى ولم يدخل بها الزوج ، فان لم ترض بالمسمى ينظر ، فان كان الزوج كفوءاً لها فلها حق الإعتراض على هذا النكاح بسبب نقصان المهر عندهم جميعاً ، فاذا رفعت الأمر إلى القاضي يخير زوجها فيقول له أتم لها مهرهـــا وإلا

ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحساناً لان الإكراه مؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة . ويرجع على المكره

---

فرقت بينكما ، فاذا أتم نفذ النكاح ، وإن أبى يفرق بينهما ولا يكون لها مهر ، لأن الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض بالزيادة ، والفرقة الواقعة من قبلها تسقط الصداق كله قبل الدخول كما في ارتدادها ، وإن لم يكن الزوج كفؤاً لها فلها وللأولياء حق الإعتراض على هذا النكاح عند أبي حنيفة لعدم الكفارة ونقصان المهر . وعندهما ليس لها حق الإعتراض كذلك للأولياء لعدم الكفاءة لا غير .

هذا كله فيما إذا لم يدخل بها . فان دخل بها وهي مكرهة فان كان الزوج كفوءاً لها فللأولياء والمرأة حق الإعتراض بسبب عدم الكفاءة ، وأما إذا دخل بها وهي طائعة فقد رضيت بالمهر المسمى دلالة ، فكان كما لو رضيت بالمسمى نصاً ، فعلى قول أبي حنيفة للأولياء حق الإعتراض . وإن كان الزوج غير كفوء فللأولياء حق الإعتراض عند أبي حنيفة لعدم الكفاءة ونقصان المهر ، وعندهما لعدم الكفاءة لا غير ، هذا خلاصة ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله .

( ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل ) أي طلق أوأعتق ( جاز استحساناً ) أي يقع الطلاق والعتاق بفعل الوكيل . وفي القياس لا يقع ، وبه قالت الثلاثة لأن القياس أن لا تصح الوكالة بالإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا فلا ، لانهما ينفيان الرضى ، والوكالة تبطل بالهزل ، فكذا مع الاكراه ( لان الاكراه ) إشارة إلى بيان وجه الاستحسان ، تقديره أن الاكراه ( مؤثر في فساد العقد ) فكان كالشرط الفاسد ( والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ) فالاكراه لا يؤثر في فساد الوكالة أما انه كالشرط الفاسد فلما تقدم أنه بعدم الرضى فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع عن الانعقاد ، وأما أن الوكالة لا تفسد بالشروط فلأنها من الاسقاطات إذ الموكل يسقط حقه بالتعويض إليه ، فاذا لم تبطل الوكالة ينفذ تصرف الوكيل ( ويرجع على المكره ) بكسر الراء بما غرم من نصف الصداق وقيمة

استحساناً لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه، لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها . وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ. وكذا الرجعة

---

العبد ( استحساناً ) والقياس أن لا يرجع عليه ، لأن الاكراه وقع على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها ، فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل ، فلا يضاف التلف إليه كما في الشاهدين شهدا أن فلاناً وكل فلاناً يعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا .

وجه الاستحسان هو قوله ( لأن مقصود المكره ) بالكسر ( زوال ملكه إذا باشر الوكيل ) فكان الزوال مقصوداً فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه إكراه ( والنذر لا يعمل فيه الاكراه ) يشير بهذا إلى بيان ما يعمل فيه الاكراه ، وإما لا يعمل وضابط ذلك أن كل ما يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه الاكراه، فاذا كان كذلك يصح النذر مع الاكراه بأن أكرهه بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوماً أو حجاً أو مثل ذلك لزمه كله خلافاً للثلاثة .

( لانه ) أي لان النذر ( لا يحتمل الفسخ ) لانه يمين لقوله ﷺ النذر يمين واليمين لا يحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه . وروى محمد في أوائل الاكراه عن عمر رضي الله عنه **أنه قال أربع مقفلات مبهمات** ليس فيهن رد بذي الاعتاق ولا الطلاق والنكاح والنذر ، أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضى والطواعية ، والحل إذا صدرت عن المكلف .

( ولا رجوع على المكره) بالكسر ( بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب) أي المكره بالكسر ( به ) أي لما أكرهوه ( فيها ) أي في الدنيا ( وكذا اليمين ) أي وكذا إذا أكره على يمين فحلف انعقدت ( والظهار ) بأن أكره على أن يظاهر امرأته فظاهر صح (لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة) أي لعدم احتمالهما بالفسخ والظهار من أسباب التحريم كالطلاق فيستوي فيه الجد والهزل والاكراه والطوع،

والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الاكراه ، فلو كان هو مكرهاً على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام .

---

خلافاً للثلاثة لا يعمل فيها الاكراه لانه استدامة للنكاح ، فكانت ملحقة به ( والايلاء ) أي وكذ الايلاء لانه يمين في المال والاكراه لا يمنع كل واحد منهما ( والفيء فيه باللسان ) أي في الايلاء بأن أكرهه على فيء إليها باللسان ففعل صح ، لانه كالهبة في استدامته أى الرجعة في الاستدامة ( لانها ) أى الرجعة والايلاء والفيء في بعض النسخ لانه ، أى لان كل واحد من المذكورات ( تصح مع الهزل ) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، فإن أكره على إعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل أجزأه عنها ولم يرجع على المكره بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا إتلاف بغير حق وإن عين عبداً لذلك ففعل عتق ولم يجز الكفارة رجع على المكره بقيمته ، لانه أتلف عليه مالية العبد حيث لم يكن مستحقاً عليه ، وإذا أثبت له الرجوع لم يكن كفارة لانها ليست بمضمونة على أحد ، وإن ترك التي آلى منها أربعة أشهر حتى بانت ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكره ، لانه متمكناً من القرآن على المكره بشيء لانه أتى بضد ما أكرهه عليه .

( والخلع من جانبه يمين ) أى من جانب الزوج يمين لوجود الشرط والجزاء ، واليمين لا يعمل فيه الاكراه ( أو طلاق ) هذا ظاهر ، والاكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل ، فكذا بالجعل ( لا يعمل فيه ) أى في الخلع ( الاكراه ) لما ذكرنا ( فلو كان هو ) أى الزوج ( مكرها على الخلع دونها ) أى دون المرأة ( لزمها البدل لرضاها بالالتزام ) البدل طائعة بازاء ما سلم جاء من البينونة ولا شيء على المكره للزوج ، لانه أتلف عليه ماليس بمال وهو النكاح فلا يضمن به .

فان قيل إن خالعها وهي غيرملموسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكره لتأكيده ما كان على شرف السقوط أولاً . قلنا لا يخلو اما أن يكون ساق الزوج إليها المهر كله أو لا ، فإن ساق رجع على المكره بنصفه بالاتفاق ، أما عندهما

قال وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة « رح »، إلا أن يكرهه السلطان . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يلزمه الحد ، وقد ذكرناه في الحدود .

---

فظاهر ، لان الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحق كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح ، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكرهاً ، والبراءة مع الاكراه لا تصح . وإن لم يسمه رجع عندهما خلافاً له ، لانه غير مكره في هذه الصورة على البراءة .

( قال ) أي القدوري ( وإن كان أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله ) لان الزنا من الرجل لا يتصور إلا بانتشار آلته ، وذلك لا يكون إلا بلذة ، وذلك دليل الطواعيه ، وبه قال زفر رحمه الله ( إلا أن يكرهه السلطان ) يعني لا يجب الحد حينئذ ، لان الحد للزجر ولا حاجة إليه مع الاكراه ، فكان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة ، فيصير ذلك شبهة في الاسقاط والا انتشار الآلة فقد يكون طبعاً بالفحولة التي ركبها الله عز وجل في الرجل ، الا ترى أن النائم تنتشر آلته بلا اختيار له في ذلك ولا قصداً .

( وقالا [1] لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود ) في الصورتين جميعاً ، ودليلهما ما ذكره أبو حنيفة رحمه الله في إكراه السلطان على الزنا قبل تقييد الاكراه بالسلطان من قبيل اختلاف العصر كما تقدم . وقيل من قبيل اختلاف الحكم ، ثم في كل موضع يجب الحد على المكره لا يجب لها المهر ، لان الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد ، وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر ، لان الوطء في غير الملك لا ينتقل عن أحدهما ، فاذا سقط الحد وجب المهر إظهاراً لخطر المحل ، سواء كانت مستكرهة على الفعل أو أذنت له بذلك ، أما الاول فظاهر لانها لم ترض بسقوط حقها . وأما الثاني فلان الاذن له ليس يحل الوطء ، فكان إذنها كفواً لكونها محجورة عن ذلك شرعاً .

---

(١) وقال أبو يوسف ومحمد «رح» — هامش .

وقضاء ، لانه أقر انـــه مبتدىء بالكفر هازل بحيث علم نفسه مخلصاً غيره ، وعلى هـــذا اذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة . ولو صلى للصليب وسب محمداً النبي عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب النبي عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر

---

الكفر بمنزلة إجراء كلمة الكفر طائعا فيحكم بكفره قضاء وديانة فبانت امرأته قضاء وديانة ( لأنه أقر أنه مبتدىء بالكفر ) يعنى منشئاً إياه ( هازل به حيث عــلم لنفسه مخلصاً ) وهو أن ينوي الخبر عن الكفر في الزمان الماضي كاذباً من غير إظهــار ذلك (غيره) أي غير ابتداء الكفر وانشائه . وها هنا وجه ثالث ، وهو أن يقول لم يخطر ببالي شيء ولكن كفرت بالله كفراً مستقبلا وقلبي مطمئن لم تبن منه امرأته استحساناً ذكره في المبسوط والذخيرة .

( وعلى هذا ) أي على التفصيل المذكور ( إذا أكره على الصلاة للصليب ) أي يسجد له ( وسب محمد ﷺ ) أي إذا أكره على سب محمد ﷺ ( ففعل ) أى سجد للصليب أو سب محمد عليه السلام ( وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمداً آخر ) أى ونويت بــه محمداً آخر ( غــير النبي عليه السلام بانت منه قضاء ) أى بانت امرأته منه حيث الحكم لأنه لمــا قال نويت به الصلاة لله فقد أقر أن ما وجد منه لم يكن مكرهاً فيه ، والاكراه واقــع عليه فصار بمنزلة ما إذا صلى بين يدي الصليب بــدون الاكراه من أحد وقال عنيت بــه الصلاة لله يصدق ديانة لا قضاء ، كذا ها هنا ( لا ديانة ) أى لا يقع فيما بينه وبين الله .

( ولو صلى للصليب وسب محمداً عليه السلام وقد خطر ) أى والحال أنه قد خطر ( بباله الصلاة لله وسب محمد عليه السلام بانت منه ديانة وقضاء لما مر) أشار به إلى قوله لأنه مبتدىء بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصاً غيره ، وتحقيق الكلام أنه لما قال خطر ببالي أن أصلي لله وتركته ذلك وصليت للصليب فانه يكفر قضاء وديانة ، لأنه صلى للصليب

ولو أكره على الاسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل . ولو قال الذي أكره على اجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكماً لا ديانة لانه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه .

ولو قال أردت ماطلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة

---

شرط إجراء الأحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه ، فانهم يجعلون الاقرار ركناً.

(ولو أكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة أي شبهة عدم الارتداد لجواز أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين ( وهي ) أي الشبهة ( دارئة للقتل ) وهذا استحسان . وفي القياس يقتل لأنه بدل دينه ، وقال عليه‌السلام من بدل دينه فاقتلوه ، وهذا نظير القياس . والاستحسان في المولود بين المسلمين إذا بلغ مرتداً يجبر على الإسلام ولا يقتل استحساناً للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء.

( ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ) هذا معطوف على قوله وقال هو قد أظهرت ذلك ، يعني لو قال في جواب قولها قد ثبت منك أخبرت عن أمر ماض ، يعني خطر ببالي كفرت بالله أن أخبر عن أمر ماض كذباً ( ولم أكن فعلت ) ذلك فيما مضى ( بانت منه حكماً لا ديانة ) يعني تقع البينونة بينهما قضاء لا ديانة ، يعني لا تبين منه فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه ادعى ما يحتمله لفظه ( لأنه أقر أنه طائع باتيان ما لم يكره عليه ، وحكم هذا ، الطائع ما ذكرناه ) هذا دليل وقوع البينونة حكماً لا ديانة لأن من أقر بالكفر طائعاً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي ، لأنه خلاف الظاهر ، إذ الظاهر هو الصدق حالة الطواعية .

( ولو قال أردت ما طلب مني ) يعني قال خطر ببالي الاخبار عن الكفر بالماضي الكذب ، ولكن لم أرد ذلك ، بل أردت ما طلب مني ، يعني من الكفر.يعني أردت كفراً مستقبلا جواباً لكلامهم ( وقد خطر ببالي ) أي والحال أنه قد خطر ببالي ( الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء ) يعني فيما بينه وبين الله وفي قضاء القاضي ، لأن إنشاء

وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل ، فكان القول قوله . بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين ، لانه يعلو ولا يعلى . وهـــذا بيـان الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقده فليس بمسلم .

---

صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق ( وهي ) أي الفرقة ( بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل ) فلا تقع الفرقـــة ( فكان القول قوله ) يعني فاذا كان كذلك يكون القول قول الزوج .

( بخلاف الاكراه على الاسلام ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال كيف قلتم أن الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبدل وقد حصل تبدل الاعتقـــاد مع الاكراه في صورة الاكراه على الاسلام ، لانه لم يعتبر كافراً كما كان بل اعتبر مسلماً لتبدل اعتقاده من الكفر إلى الاسلام . وتقرير الجواب أن حكم الارتداد بالاكراه (حيث يصير به )أي بالاكراه ( مسلماً لانه ) أن لان الانسان ( لما احتمل) أن يكون لفظه يوافـــق اعتقاده ( واحتمل ) أن لا يكون ( رجحنا الاسلام في الحالين ) أي في حالة إجراء كلمة الكفر بالاكراه بالاسلام . وتحقيقه إن وجدت حقيقة الاسلام مع الاكراه فيكون مسلماً ، لان الاسلام إنما يتحقق بالتصديق بالقلب والاقرار باللسان وقد سمعنا إقراره بلسانـــه ، واللسان يعبر عما في القلب فيحكم باسلامه ، يؤيده قوله عز وجـــل ﴿ وله أسلم من في السموات والارض طوعاً وكرهاً ﴾ ٨٣ آل عمران ، بخلاف الردة فانهـــا تحصل بتبدل الإعتقاد ، والإكراه دليل ظاهر على عدمه .

( لأنه ) أي الإسلام ( يعلو ) على غيره ( ولا يعلى ) أي ولا يعلو غيره عليه ( وهذا ) أي ما ذكرنا من الحكم بإسلامه مع الإكراه ( بيان الحكم ) في الدنيا ( أما فيما بينه وبـين الله تعالى إذا لم يعتقد الإسلام فليس بمسلم ) هذا كأنه إشارة إلى ما قاله الإمام أبو منصور الماتريدي وهذا منقول عن أبي حنيفة رحمه الله أن الايمان هو التصديق والاقرار باللسان

قـــال وإذا أكره على الردة لم تـبن امرأته منه لانـ الردة تتعلق بالاعتقاد ، ألا ترى أنه لو كان قلبـــه مطمئناً بالايمان لا يكفر وفي اعتقـــاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك ، فإن قالت المرأة قدبنت منك وقال هو قـــد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمـــان فالقول قوله استحساناً ، لانـ اللفظ غير موضوع للفرقة

---

( قال ) أى القدورى ( وإذا أكره على الردة لم تبن امرأتـه منه ، لان الردة تتعلق بالاعتقاد ) يعني الردة تكون بتبدل الاعتقاد ( ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالايمـان لا يكفر ، وفي اعتقاده الكفر شك ) لان الايمان ثابت باليقين والردة تعتمد محض الاعتقاد وقد وقع الشك في اعتقاده الكفر بالارتداد كرهاً ( فلا تثبت البينونـة بالشك ) لانهـا تترتب على وجود الردة من غير شك ، والمترتب على ما شك فيه لا يثبت ، ويجوز أنـ يكون قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد دليلاً مستقلاً . وقوله وفي اعتقاد الكفر شك دليلاً آخر. وجه الاول تبدل الاعتقاد ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه . ووجـه الثاني أن الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاد الكفر شك لانه أمر معين لا يطلع عليه إلا بترجمـة اللسان ، وقيام الاكراه يصرف من صحة الترجمـة فلا تثبت البينونة المترتبة على الكفر بالشك .

( فان قالت المرأة قد بنت منك ) أى فان اختلف الزوجان فقالت المرأة اعتقـدت بقلبك الكفر حيث أجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه وبنت منك ( وقال هو ) أى الزوج ( قد أظهرت ذلك ) أى الكفر بلساني خوفـاً من القتل ( وقلبي مطمئن بالايمان ) ولم يتبدل اعتقادى ( فالقول قوله استحساناً ) فيبينه ، لان في القياس القول قولهما حتى يفرق بينهما ، لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ الطـلاق ، فيستوي فيه الطايع والمكره ، وأشار إلى وجـه الاستحسان بقوله ( لان اللفظ ) يعني كلمة الكفر ( غير موضوع للفرقة ) يعني لم يظهر فيها ظهوراً بيناً من حيث الحقيقة يكون

طائعاً ، لأنه لما خطر بباله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه بذلك ، لأن المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب ، لأن الآمر لا إطلاع له على مـا في ضميره ، فاذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائعاً في الصلاة للصليب ، ومن صلى للصليب طائعاً فقد كفر قضاء وديانة ، وكذلك الكلام في قوله خطر ببالي أن أسب فلاناً إسمه محمد غير النبي عليه السلام وتركت ذلك فانه يكفر أيضاً قضاء وديانة ، لأنه شتم النبي عليه السلام في غير موضع الضرورة كفر .

واعلم أن كل واحد من هذين الحكمين يتصور على ثلاثة أوجه كما في مسألة الاكراه على إجراء كلمة الكفر ، ففي وجه يكفر قضاء لا ديانة ، وفي وجه يكفر قضاء وديانة وهما المذكوران في المتن ، وفي وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة ، وهو أن يخطر بباله أن يصلي لله وقد صلى لله لا للصليب ، وقد شرح ذلك في الكافي للحاكم ، وشرحه فقال إن رجلاً لو قال له أهل الحرب وقد أخذوه أسيراً لتكفرن بالله أو لتقتلن ، فكفر بالله في وجه لا يصير كافراً لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى ، حتى وفي وجهه يكفر في القضاء حتى يفرق القاضي بينه وبين امرأته إن كانت له امرأة ولا يكفر فيما بينه وبين الله عز وجل حتى وسعه إمساك امرأته فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي وجه يكفر في القضاء وفيما بينه وبين ربه .

أما الوجه الأول فهو ما أكره على الكفر بوعيد تلف فتكلم ولم يخطر بباله شيء على ما أكره عليه قلبه مطمئن بالايمان ، ففيه لا يكفر أصلا لا قضاء ولا ديانة ، لقوله تعالى ﴿ إلا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ﴾ ١٠٦ النحل .

وأما الوجه الثاني وهو أن يكفر قضاء لا ديانة فيما إذا خطر بباله الخبر بالكفر عما مضى بالكذب ولم أرد به كفراً مستقبلا ، وإنما كفر قضاء لأنه عدل عما أكره عليه لأنه أكره على إنشاء الكفر لا على الاخبار عن الماضي والاخبار عن الانشاء ، فكان طائعاً في الاخبار . ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعاً ثم قال عنيت به الكذب لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ، لان الظاهر هو الصدق حالة الطواعية ، ولكن يصدق ديانة لانه ادعى ما يحتمله لفظه .

وأما الوجه الثالث وهو أنه يكفر قضاء وديانة فيما إذا قال خطر على بالي الاخبار عن الكفر الماضي بالكذب ولم أرد ذلك بل أردت كفراً مستقبلا جواباً لكلامهم ، وذلك لانه إنشاء كفر طائعاً ، ومن أنشأ كفراً طائعاً يكفر قضاء وديانة ، وانما قلنا أنه طائع لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر الماضي كاذباً أمكنه التخلص عما أكره عليه بالأدنى ، لأن الإخبار دون الانشاء ، ألا ترى أنه لو أكره على إقرار بالعتق فأقر لا يعتق العبد ، ولو أكره على العتق فأعتق يعتق .

ولو قيل له لنقتلنك أو لتصلين لهذا الصليب فالمسألة على ثلاثة أوجه ، إما أن يقول خطر على بالي أن أصلي لله وقد صليت له ولم أصل للصليب ، أو يقول خطر ببالي أن أصلي لله فلم أفعل ذلك وصليت للصليب ، أو يقول لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرهاً .

ففي الأول لا يكفر ، لأنه صلى لله لا للصليب . ولا فرق أن يكون مستقبل القبلة أو غير مستقبلها ، وبه صرح الكرخي في مختصره . وأما إذا قال خطر على بالي أن أصلي لله تعالى وتركت ذلك وصليت للصليب فإنه يكفر قضاء وديانة لأنه صلى للصليب طائعاً ، لانه لما خطر على باله أن يصلي لله تعالى فقد أمكنه دفع الاكراه ، لان المكره لا يعرف أنه يصلي لله دون الصليب لانه اطلاع له على ما في ضميره ، فإذا أمكنه دفع الاكراه بهذا القدر كان طائعاً في الصلاة للصليب ، ومن صلى للصليب طائعاً كفر قضاء وديانة . فأما إذا قال لم يخطر ببالي شيء وقد صليت للصليب مكرهاً لا يكفر أصلا قضاء ولا ديانة ، لانه فعل ذلك مكرهاً وقلبه مطمئن بالايمان .

ولو أكره على شتم محمد ﷺ فشتمه فالمسألة على ثلاثة أوجه أيضاً ، إما أن يقول خطر على بالي محمد آخر رجل من النصارى فأردت بالشتم ذلك الرجل النصراني . أو يقول خطر على بالي رجل من النصارى إسمه محمد فلم أشتمه وإنما شتمت محمداً عليه السلام وأنا غير راض بذلك . أو يقول لم يخطر على بالي شيء فشتمت محمداً كما طلب مني وأنا غير راض بذلك .

## وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي والله أعلم

ففي الوجه الأول لا يكفر لانه لم يشتم محمداً . وفي الثاني يكفر قضاء وديانة ، لانه لما خطر بباله محمداً آخر أمكنه التخلص عن الاكراه بشتم ذلك الرجل ، فلما شتم محمداً عليه السلام كان طائعاً في الشتم ، ومن شتمه طائعاً كفر قضاء وديانة . وفي الرجل[1] الثالث لا يكفر لانه مضطر فيما فعل ، فصار كما لو تكلم بكلمة الكفر ولم يخطر على باله شيء وقلبه مطمئن بالايمان .

( وقد قررناه ) أي حكم المسائل المذكورة ( زيادة على هذا ) أي تقريراً زيادة ، أي زائدة على ما قررناه ها هنا ( في كفاية المنتهى والله أعلم ) يتعلق بقوله قررناه ، وهو إسم للكتاب الذي ألفه المصنف ولم يقع في هذه الديار ويذكر عنه أنه كتاب عظيم مشتمل على مسائل كثيرة ودلائل غريبة .

* * *

(١) ربما أراد وفي الوجه الثالث ، اه مصححه .

# كتاب الحجر

قال الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة ، الصغر والرق والجنون ، فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال

---

## ( كتاب الحجر )

وجه المناسبة بين الكتابين قدم عليه أن في كل منهما سلب الاختيار ، إلا أن في الاكراه أقوى لكونه بمنزلة اختيار صحيح ، فلذلك قدم عليه وهو المنع لغة من حجر عليه ، وسمي الحطيم حجراً لانه منع من الكسبة ، والعقل حجراً لمنعه صاحبه عن القبائح قال الله تعالى ﴿ قسم لذي حجر ﴾ ٥ الفجر ، أي لذي عقل ، والحرام حجر إلا أنه ممنوع ، قال الله تعالى ﴿ حجراً محجوراً ﴾ ٢٢ الفرقان ، أي حراماً محرماً ، وشرعا منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص مخصوص ، وهو المستحق للحجر بأى سبب كان .

( قال ) أى القدوري ( الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة ، الصغر والرق والجنون ) وهذا بالاجماع . وعن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخرى وهي المفتي الماجن ، والمطبيب الجاهل ، والمكارى المفلس ( فلا يجوز تصرف الصغير ) أى لا ينفذ تصرف الصغير الذى يعقل ( إلا باذن وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ) فاذا أذن ولي الصبي وهو والده أو وصيه نفذ تصرفه ، و كذلك إذا أذن المولى للعبد ، لان المنع لحقه ، فاذا أذن فقد رضي بذلك .

( ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال ) أى في كل الاحوال ، أى لا ينعقد أصلا قبل الاذن وبعده ، وأراد بالمجنون المغلوب الذى يجن ولا يفيق زمانا وهو المغلوب

أمـــا الصغر فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته ، والرق لرعاية حق المولى كيلا تتعطل منافع عبده ، ولا يملك رقبتـــه بتعلق الدين به ، غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه ، والجنون لا يجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال . أما العبـــد فأهل في نفسه ،

---

على عقله ، واحترز به عن المجنون الذي يجن ويفيق ، وهو المعتوه ، فان حكمه حكم الصبي . قال الكاكي ويحترز به عن المجنون الذي يعقل البيع ويقصده .

واعلم أن أصل العقل يعرف بدلالة العيان وذلك أن يختار المرء ما يصلح له،وكذلك القصور لا يمتحن بالإمتحان ، فأما الإعتدال فأمر يتفاوت فيه البشر فإذا توفي الإنسان عن رتبة القصور أقام الشرع السبب الظاهر الدال وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيراً على مـا هو الأصل ، لأنه متى تعذر الوقوف على المعاني باطنة تقام الأسباب الظاهرة مقامها كما أقيم السفر مقام المشقة في جواز الترخيص .

( أما الصغر ) أي الصغير العاقل ، أما الصغير الذي لا عقل له فهو كالمجنون المغلوب لا ينفذ تصرفه ( فلنقصان عقله ، غير أن إذن الولي آية أهليته ) أي علامة أهليته لأن أهليته مترقبة ، فإذا أذن له الولي دل على أهليته .

( والرق لرعاية حق المولى ) يعني أن العبد له أهلية ، لكنه حجر عليه لرعاية حـق المولى ( كيلا تتعطل منافع عبده) فإنه لو لم يثبت الحجر لنفذ البيع الذي اشتراه ، وشراؤه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها أكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لهـا عنه ( ولا يملك رقبته ) بالنصب عطفـاً على قوله كيلا يتعطل ، أي وكيلا تملك رقبته ( بتعلق الدين به ) إذا لم يكن له كسب ( غـير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه ) فاذا رضي بفوات حقه بالإذن جاز تصرفه لأهليته وارتفاع المانع .

( والمجنون ) الغالب ( لا يجامعه الأهلية ، فلا يجوز تصرفه بحال ) من الأحوال لمـا ذكرنا ( أما العبد فأهل في نفسه ) لكونه عاقلا بالغاً قادراً على التصرفات ، ولكن المنع لحق مولاه كما ذكرنا ( والصبي يرتقب أهليته ) بضم التاء على بناء المفعول ، ورفع أهليته،

والصبي يرتقب أهليته ، فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئـــاً أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه ، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه ، وفي الصبي والمجنون نظراً لهمــــا ، فيتحرى فيه مصلحتها فيه ، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد

---

أي ينتظر أهليته ، والشراء إذا كان عوضية الثبوت يعطى له حكم الثبوت ، فاذا انضم إذن المولى إليه تقرر ذلك الثبوت وهو عبارة عن النفاذ ( فلهذا ) أي فلاجل أن العبد أهـل في نفسه والصبي يرتقب أهليته ( وقع الفرق ) أي بين المجنون والصبي والرقيق .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع من هـؤلاء شيئاً أو اشترى ) أي من الصبي والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق ، وفي بعض النسخ واشترى أيضاً كما ذكر في القدوري ، لكن أكثر نسخ الهداية بدون أو اشترى . وقال الأترازي ولم يذكر في الهداية لفظها واشتراه وهو مثبت في المختصر والبداية أيضاً ، وكأن في الهداية وقع سهواً من الكاتب ( وهـــو يعقل البيع ) أي والحال أنه يعقل ، أي يعـــلم أن الشراء جالة للملك والبيع سالب له ( ويقصده ) أي يقصد البيع ، أي يقصد أحكامه ، واحترز عن الهازل ، فانه وإن كان يعقل البيع ولكن لم يقصده وأراد به العبث أو السخرية ( فالولي ) هو الأب أو الجد أو صيبها أو غيرهما من العصبات أو القاضي ( بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة ، وإن شاء فسخه ) وعن الثلاثة لا ينعقد بيع هؤلاء ولا شراؤهم أصلا ، وكذا الخلاف إذا توكل بالبيع والشراء غيرهم فباع واشترى يجوز عندنا خلافاً لهم .

( لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيــه ، وفي الصبي والمجنون نظراً لهما ) أى لأن التوقف في الصبي والمجنون لأجل النظر في حالهما ( فيتحرى مصلحتها فيـــه ) أى فيطلب الولي مصلحة الصبي والمجنون فيما عقداه ( ولا بـــد أن يعقلا البيع ) أى الصبي والمجنون أراد أن يعلماه ( ليوجد ركن العقد ) أى التمليك ، لأن بهذا العقـــد يزول ملكهما عن المبيع ويدخل في ملكهما الثمن ( فينعقد ) بنصب الدال عطف على قوله ليوجد

موقوفاً على الإجازة ، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة . فإن قيل التوقف عندكم في البيع ، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر . قلنا نعم إذا وجد نفاذاً عليه كما في شراء الفضولي ،

---

( موقوفاً على الإجازة ) أي ينعقد عقداً موقوفاً أي حال كونه موقوفاً على إجازة الولي ( والمجنون قد يعقل البيع) كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لا بد في إجازة الولي لبيع الصغير والمجنون من أن يكونا يعقلا البيع ، والمجنون لا يعقل شيئاً ، فأجاب والمجنون قد يعقل المبيع ( ويقصده ) أي يقصد حكمه ، وذلك أن المراد من المجنون هذا المعتوه ، وهذا الذي يختلط في كلامه فتارة يتكلم بكلام العقلاء وتارة بكلام المجانين، وأشار إلى ذلك بقوله ( وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة ، وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة ) عند قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف إلى آخره .

( فان قيل التوقف عندكم في البيع ، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر) تحرير السؤال أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشرة ، يعني من غير توقف على ما مر في بيع الفضولي ، فكيف ينعقد ها هنا موقوفا على الإجازة ، وأجاب عنه بقوله ( قلنا نعم ) يعني نعم أن الأصل في الشراء النفاذ على المباشر بلا توقف لكن ( إذا وجد نفاذاً عليه ) أي إذا وجد الشراء نفاذاً على المباشر ( كما في شراء الفضولي ) يعني إذا أطلق الشراء ، أما إذا أضاف إلى غيره فيتوقف بالإجماع .

واعلم أن شراء الفضولي على وجوه ، ذكرها في الفتاوى الصغرى وتتمته . الأول : إن أضاف الشراء إليه نصا بأن قال البائع بعت هذا من فلان ، وقال الفضولي اشتريت لفلان أو قبلت لفلان و لم يقل لفلان فانه يتوقف .

والثاني : لو قال بعت منك ، وقال الفضولي قبلت أو قال اشتريت ونوى بقلبه لفلان

وها هنا لم يجد نفاذاً لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه . قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال ، لأنه لا مرد لها لوجودها حساً ومشاهدة .

---

ينفذ بالإتفاق على المشترى ولا يتوقف .

الثالث : إذا قال الفضولي اشتريت هذا لفلان ، وقال البائع بعت منك ذكر فيه شيخ الاسلام خواهر زاده روايتين ، والصحيح أنه لا يتوقف بلا خلاف .

الرابع : إذا قال البائع بعت منك هذا لأجل فلان ، فقال المشتري اشتريت أو قبلت ، أو قال المشتري اشتريت هذا لأجل فلان فقال البائع بعت فانه لا يتوقف .

( وها هنا ) أى فيما نحن فيه من حكم بيع الصبي والمجنون والعبد ( لم يجد نفاذاً ) أى لم يجد الشراء نفاذاً على المباشر ( لعدم الأهلية ) في الصبي والمجنون (أو لضرر المولى) في العبد ( فوقفناه ) أى العقد من هؤلاء . قال السغناقي هذا الذى ذكره إنما يرد على لفظ مختصر القدورى حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء أشياء أو اشترى ، أما ها هنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال . ولكن جعل المذكور في القدورى مذكوراً ها هنا ، فأورد الاشكال ولكن موجود في بعض النسخ كما ذكرنا .

( قال وهذه المعاني الثلاثة ) يعني الصغر والجنون والرق ( توجب الحجر في الأقوال) يعني ماترد منها بين النفع والضرر كالبيع والشراء ، وأما الأقوال التي فيها نفع محض فالصبي فيها كالبائع ، وهذا يصح منه قبل الهبة والاسلام ولا يتوقف على إذن الولي ، كذلك العبد والمعتوه ، وأما ما يتمخض منها ضرراً كالطلاق والعتاق، فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ( دون الافعال ) يعني أن المعاني الثلاثة لا توجب الحجر عن الافعال ( لانه ) أى لان الشأن ( لا مرد لها ) أى للافعال حتى أن ابن يوم لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه الضمان في الحال ، وكذا العبد والمجنون إذا أتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال ( لوجودها ) أى لوجود الافعال ( حساً

بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص ، فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون .

---

ومشاهدة ) أي من حيث الحس والمشاهدة ، فاذا حصل بها الاتلاف من قطع أو قتل أو إراقة شيء لا يمكن أن يجعل كلها إتلاف .

( بخلاف الاقوال ، لأنه اعتبارها موجودة ) أي حال كونها موجودة ( بالشرع ) اى حاصل بالشرع وهو خير ، لان أراد ان اعتبار اقوال هؤلاء بالمشروع والشرع لم يجعل الاقرار لهواً لهم فيما تردد من النفع والضرر معتبرة في حق النفاذ ( والقصد من شرطه ) اى القصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصدا لقصور العقل ، فينتفي المشروط به ، واما في العبد فالقصد وإن وجد منه لكنه غير معتبر للزوم الضرر على المولى بغير اختياره .

فان قيل الاقوال موجودة حساً ومشاهدة [1] شرط اعتبارها موجودة شرعاً بالقصد دون الافعال ، فالجواب من الوجهين ، احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها ، بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل الموجود بمنزلة المعدوم ، بخلاف الافعال ، فان الموجود منها عينها فبعدها وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة . والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع هزلاً ،فلا بد من القصد ، ألا ترى ان القول في الحر العاقل البالغ إذا وجد هازلاً لايعتبر شرعا،فكذا في هذه الثلاثة، بخلاف الافعال ،فانها حيث وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها.

( إلا إن كان [2] فعلا ) استثناء من قوله دون الافعال ، اى هذه المعاني الثلاثة لا توجب الحجر في الافعال إلا إذا كان ذلك الفعل فعلا (يتعلق به حكم يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون ) حتى لا

---

(١) في هذا الموضع كلمة غير مقروءة ورسمها ـ تابالها ـ اه مصححه .

(٢) إلا إذا كان ـ هامش .

## قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه

يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل، اما في حق العبد فللزوم الضرر في حق المولى من غير اختياره ، فلهذا يتوقف على إجازته .

( قال ) أي القدوري ( والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ) أي لا ينفـــذ عندنا ، ولكن ينعقد موقوفاً على إجازة الولي خلافاً للثلاثة ( ولا إقرارهما لما بينا ) أشار بـه إلى قوله والقصد من شرطه . فإن قلت لما أعاد هذه المسألة . قلت أعاد تفريعـاً على الأصل المذكور أن هذه المعاني الثلاثة فوجب الحجر عن الأقوال لتساق القوليات في موضع واحد ( ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما ) أي طلاق الصبي والمجنون واعتاقهـما ( لقوله ﷺ كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ) هذا الحديث بهذا اللفظ لم يثبت ، وإنما أخرج الترمذي في الطلاق عن عطاء بن عجلان عن عكرمة بن خالد المخزومي عـن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ كل طلاق جائز إلا طـــلاق الصبي والمعتوه المغلوب على عقله ، وقال حديث لا نعرفه مرفوعـاً إلا من حديث .. . والعجب العجب من صاحب الرعاية مع ادعائه التعمق في العلوم وكونه في ديار الحديث وكتبه الجمة بقول بعد قوله ﷺ كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ، رواه الترمذي عن أبي هريرة وكيف عزوه إلى الترمذي بهذا المتن وقد بينت لك ما أخرجه الترمذي . فهل هـــذا لا استهتار عظيم بالألفاظ النبوية، اللهم اجعلنا ممن ينتبه لهذا وممن ينتقد الجيد والزيف .

والاستدلال في هذا الموضع بحديث رفع القلم عن ثلاث أولى وأحسن على ما لا يخفى، لأنه روي من طرق صحاح وحسان ، وقد رواه جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، الأول علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، ولحديث طلوق امثلها ما دار ، وأبو داود من طريق ابن وهب عن جرير بن حازم عن سليمان بن مهران وهو الأعمش عن أبي طبيان حصين بن جندب عن ابن عباس ، قال مر علي بن أبي طالب رضى الله عنه بمجنونة بني فلان وقـد

زنت فأمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه برجمها فردها علي رضي الله عنـــه وقال لعمر رضي الله عنه يا أمير المؤمنين أترجم هذه قال نعم، قال أما تذكر أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن المجنون المغلوب على عقله ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعـــن الصبي حتى يحتلم ، قال صدقت فخلى عنها .

ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجـــاه ، وقال الدارقطني في كتاب العلل هذا حديث يرويه أبو طبيان واختلف عنه فرواه سليمان الأعمش عنه ، واختلف عليه فرواه جرير بن حازم عن الأعمش عن أبي طبيان عن ابن عبـــاس فرفعه إلى النبي عليه السلام عن عـــلي وعمر رضي الله عنهما تفرد به ابن وهب عن جرير بن حازم وخالفه ابن فصد وكيع فرواه عن الأعمش عن أبي طبيان [1] عن عـــلي وعمر موقوفا ، ولم يذكر ابن عبـــاس كذلك رواه سعيد بن عبيدة عن أبي ظبيـــان موقوفا ولم يذكر ابن عباس . ورواه أبو حصين عن أبي ظبيان عن ابن عباس عن علي وعمـــر موقوفا ، واختلف عنه فقيل عن أبي ظبيان عن علي موقوفا قاله أبو بكر ابن عبـــاس وشريك عن أبي حسين .

ورواه عطاء بن السائب عن أبي ظبيان عن علي وعمر رضي الله عنهما مرفوعا حديث حماد بن سلمة وأبو الأحوص وجرير بن عبد الحميد وعبد العزيز بن عبد الصمد وغيرهـــم . وقول وكيع وإن فضيل أشبه بالصواب. وروى أبو داود أيضا عن أبي الضحى وهـــو الضحى وهو مسلم بن صبيح بضم الصاد وفتح الباء الموحدة عن علي رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يكلف وهو منقطع ، قال الشيـــخ تقي الدين تابعه الشيـــخ زكى الدين المنذرى أبو الضحى لم يدرك علي بن أبي طالب . وروى أبو داود أيضا عن أبي الأحوص

(١) هكذا يرد في الأصل متغيراً ، وإنما هو أبو ظبيان بإعجام الظاء المفتوحة كما أثبته تهذيب التهذيب ، اه مصححه .

جرير كلاهما عن عطاء بن السائب عن أبي ظبيان قال أتى عمر رضى الله عنه بامرأة قد فجرت فأمر برجمها فأتى علي رضى الله عنه فأخذها فخلى سبيلها فأخبر عمر رضى الله عنه فقال ادعوا إلي علياً ، فجاء فقال يا أمير المؤمنين لقد علمت أن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يبرأ ، وأن هذه معتوهة بنى فلان لعل الذى أتاها وهى في بلائها قال ، فقال عمر رضى الله عنه لا أدري فقال على رضى الله عنه وأنا لا أدري .

وأخرجه النسائى في الرجم عن عبد العزيز بن عبد الصمد عن عطاء بن السائب به ، وأخرجه أحمد في مسنده عن حماد بن سلمة عن عطاء به ، وقال في آخره فلم يرجمها قال الشيخ تقي الدين وهذه الرواية يتوقف اتصالها على أبي ظبيان لعلي وعمر رضي الله عنهما لأنه حكى الواقعة ولم يذكر أنه مشاهدها فهى محتملة لم سماع ، ولكن الدارقطنى أثبت لقاءه لهما فسئل في علله هل لقى أبو ظبيان علياً وعمر رضى الله عنهما فقال نعم قال وعلى تقدير الإتصال فعطاء بن السائب اختلط بآخره ، قال الأمام أحمد وابن معين ومن سمع منه حديثاً فليس بشىء ومن سمع منه قديماً قبل ، وأيضاً فهو معلول بالوقف كما رواه النسائى من حديث أبى حصين بفتح الحاء وكسر الصاد عن أبى ظبيان عن علي رضى الله عنه وقال النسائى وأبو حصين أثبت من عطاء بن السائب .

وأخرجه ابن ماجة عن القاسم بن زيد عن علي رضى الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن الصغير والمجنون والنائم ، قال الشيخ تقى الدين تابعاً لشيخه المنذري القاسم هذا لم يدرك علياً رضى الله عنه وكذلك في أطراف ابن عساكر وأخرجه الترمذي في الحدود والنسائى أيضاً في الرجم عن همام عن قتادة عن الحسن عن علي رضى الله عنه قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يشب وعن المعتوه حتى يعقل وقال الترمذى حديث حسن غريب من هذا الوجه ، وقد روي عن علي رضى الله عنه من غير وجه ولا نعرف للحسن سماعاً من علي رضى الله عنه .

وأخرجه النسائي عن يزيد بن زريع عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله عنه قوله

ثم قال وحديث يونس أشبه بالصواب من حديث همام قال ابن عسكر في أطرافه ، قلت قد رواه سعيد عن قتادة عن الحسن أن عمر رضي الله عنه أراد أن يرجم مجنونة فقال علي رضي الله عنه سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الطفل حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يبرأ أو يعقل فدرأ عنها عمر رضي الله عنه الحد . وعن هشيم عن يونس عن الحسن عن علي رضي الله عنه قال سمعت رسول الله ﷺ يقول رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يبلغ ، وعن المصاب حتى ينكشف عنه .

والثاني أبو قتادة رضي الله عنه أخرج حديثه الحاكم في المستدرك وفي الحدود عن سعيد بن أبي مروية قتادة عن عبد الله بن أبى رباح عن أبي قتادة رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المعتوه حتى يصح وعن الصبي حتى يحتلم ، وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

والثالث أبو هريرة رضي الله عنه أخرج حديثه البزار في مسنده حدثنا حمدان بن عمر حدثنا سعيد بن عبد الحميد حدثنا عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه عن سهيل ابن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ رفع القلم عن ثلاث عن الصغير حتى يكبر ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وسكت عنه .

والرابع ثوبان والخامس شداد أخرج حديثهما الطبراني في مسند الشاميين ثنا عبد الرحمن بن سكم الرازي ثنا عبد المؤمن بن علي الزعفراني ثنا عبد السلام بن حرب عن برد بن سنان عن مكحول عن ابن ادريس الخولاني رضي الله عنه أخبرني غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ منهم ثوبان وشداد بن أوس عن رسول الله ﷺ قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، والصبي حتى يكبر .

والسادس عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها أبو داود وابن ماجة والنسائي عن حماد بن أبي سلمة عن حماد وهو ابن أبي سليمان عن ابراهيم عن الأسود عن عائشة أن رسول الله ﷺ

والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة ، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود وإن أتلف شيئاً

---

قال رفع القلم عن ثلاثة ... إلى آخره لفظ ثوبان وشداد ، وأخرجه الحاكم في مستدركه وقال حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وقال في الامام وهو أقوى اسناداً من حديث علي رضي الله عنه. وقال صاحب التنقيح حماد بن أبي سليمان وثقه النسائي والعجل وابن معين وغيرهم ، وتكلم فيه ابن سعيد والأعمش وروى له مسلم مقرون بغيره . قلت هو ثقة كبير جليل المقدار ، وهو شيخ أبي حنيفة رضي الله عنه .

( والإعتاق يتمحض مضرة ) أراد أن الإعتاق ضرر محض ، وهذا ظاهر ( ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال ) من الأحوال ، أما في الحال ( لعدم الشهوة ) وأما في المآل فلأن علم المصلحة فيه تتوقف على العلم بتباين الاختلاف وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك ( ولا وقوف للولي على عدم التوافق ) يعني بين الصبي وامرأته ( على اعتبار بلوغه حد الشهوة ) أراد بهذا الاعتبار لا وقوف له على ذلك ، وأما في الحال فإنه يمكن أن يقف على مصلحته ، ولكن الاعتبار وقت البلوغ ( فلهذا ) أي فلأجل ذلك ( لا يتوقفان ) أي الطلاق والعتاق ( على إجازته ) أي إجازة الولي ( ولا ينفذان ) أي طلاق الصبي وعتاقه (بمباشرته) أي بمباشرة الولي، وفي هذا التركيب تسامح ، إذ حقه أن يقال لا ينفذان بإجازته ، لأن الطلاق أو العتاق الذي باشره الصبي محال يباشره الولي ولكن يجوز أن يقال معناه لا ينفذ طلاق امرأة الصبي وعتاقه عبد الصبي مباشراً الولي الطلاق والعتاق ( بخلاف سائر العقود ) مثل البيع والشراء قبول الهبة والصدقة والهدية فإن للصبي وقوفاً على ما فيه المصلحة وما فيه المضرة ، وكذلك الولي .

( قال ) أي القدوري ( وإن أتلف شيئاً ) هذا بيان لتفريع الأفعال على الأصل

لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه ، وهذا لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد ، بخلاف القولي على ما بينا . قال فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه ، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه ، وكل ذلك إتلاف ماله . قال فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولا يلزمه في الحال لقيام المانع ،

---

المذكور ، أي إن أتلف الصبي والمجنون شيئاً ( لزمهما ضمانه إحياء ) أي لأجل الإحياء ( لحق المتلف عليه ) بفتح اللام ( وهذا ) أي وجوب الضمان (لأن كون الإتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد ) يعني انه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ، ومع ذلك يجب الضمان ( بخلاف القولي) أي التصرف القولى فإنه يتوقف على القصد ( على ما بيناه ) أشار به إلى قوله بخلاف الأقوال ، لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه .

( قال ) أى القدوري ( فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه ) حتى يؤاخذ به بعد العتق . فان قلت هذا معطوف على ماذا . قلت على قوله والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا إقرارهما ( لقيام أهليته ) أى لوجود أهليته وهو انه غير مكلف ( غير نافذ في حق مولاه رعاية لجنايته ، لأن نفاذه ) أى لأن نفاذ إقراره في الحال ( لا يعرى عن تعلق الدين برقبته ) أى إذا استغرق الدين في رقبته أو ساواها ( أو كسبه ) أى إذا كان الدين أقل من رقبته ( وكل ذلك ) أى تعلق الدين برقبته أو كسبه ( إتلاف ماله ) أى إتلاف مال المولى .

( قال ) أى القدورى ( فان أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ) وهو رعاية حق المولى ( ولم يلزمه في الحال لقيام المانع ) وهو حق المولى ( وإن أقر بحد

وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم ، حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ، ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق ،

---

أو قصاص لزمه في الحال ) وقال في شرح الأقطع وقال زفر لا يصح إقراره إذا كان محجوراً عليه ، لأنه لو صح يلزم منه إتلاف مال المولى ، فلا يصح كما لو أقر بدين ، وأشار إلى دليلنا بقوله ( لأنه مبقى ) أي العبد يبقى بتشديد القاف (على أصل الحرية في حق الدم ) لأن الحدود والقصاص من خواص الآدمية ، لأنها من التكاليف ، والعبد في حق التكاليف مبقى على أصل الآدمية فينفذ إقراره بها ( حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك ) أي بالدم أو بالحد .

فان قلت فيه أيضاً بطلان حق الولي . قلت بطلان حقه ضمني ، والضمني لا يعتبر .

فان قلت قوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق يقتضي أن لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص . قلت لما بقي على أصل الحرية فيهما يكون هذا إقرار الحر لا إقرار العبد ، ولأن قوله تعالى ﴿ بل الإنسان على نفسه بصيرة ﴾ ١٢ الواقعة ، يقتضي أن يصح ، ولا يقال إنه خص عنه الإقرار بالمال لأن النص لم يتناوله إذ إقراره ملاق حق الغير ، والنص يتناول الإقرار على نفسه .

(وينفذ طلاقه) أي طلاق العبد (لما روينا ) أشار به إلى قوله عليه السلام طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه ( ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً إلا الطلاق ) هذا الحديث بهذه العبارة لم يثبت ، ولكن أخرج ابن ماجة في سننه في الطلاق عن ابن لهيعة عن موسى بن أيوب الغافقي عن الرمة عن ابن عباس قال أتى النبي عليه السلام رجل فقال يا رسول الله ﷺ إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي عليه السلام المنبر وقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمته ثم يريد أن يفرق بينهما ، انما الطلاق لمن أخذ بالساق .

فان قلت ابن لهيعة ضعيف . قلت وثقه أحمد والطحاوي و كفى بهما حجة ، أخرجه

ولأنه عارف بوجـــه المصلحة فيه فكان أهلاً ، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله أعلم .

---

ابن عدى في الكامل عن الفضل بن مختار عن عبيد الله بن موهوب عن عصبـــة بن مالك قال جـــاء مملوك إلى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله ﷺ إن سيدى زوجني أمته ... الحديث .

( ولأنه ) أى العبد ( عارف بوجه المصلحة فيه ، فكان أهلاً ) للطلاق ( وليس فيه ) أى في طلاق العبد زوجته ( إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ ) أى طلاقــه ، لأنه مختص بالانسانية فكان كالحر ( والله أعلم بالصواب ) .

* * *

# باب الحجر للفساد

## قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه

---

( باب الحجر للفساد )

أى لأجل الفساد . ولما فرغ عن الحجر المتفق عليه شرع في بيان الحجر المختلف فيه ، والمراد بالفساد السفه ، وهو خفة تعترى الانسان من غضب أو فرح فتحمله على العمل ، بخلاف موجب الشرع والعقد مع قيام العقل ، وقد غلب في عزف الفقهاء على تبذير المال أو اتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع ، يقال سفهت الريح الشجر إذا مالت به ، ومسائل هذا الباب مبنية على قول الأصحاب لا على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى حجر الفساد والسفه .

( قال أبو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه ) أى خفيف العقل ، وهو غير المعتوه ، فان المعتوه ناقص العقل . وفي المبسوط من عادة السفيه التبذير والإسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفاً لا الفوض أو عوض لا يعده العقلاء من أهل الديانة عرضاً مثل دفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمار الطيارة بثمن غال والغبن في التجارات عند غير محمد. قال صاحب المحيط الكبير في طريقة المولى الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ثم انهما اختلفا فيما بينهما في السفيه إذا بلغ محجوراً ومطلقاً . قال محمد يبلغ محجوراً ولا يحتاج إلى حجر القاضي . وقال أبو يوسف يبلغ مطلقاً ويحتاج إلى حجر القاضي، فأجمعوا على أنه يمنع عنه المال إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ، ثم اختلفوا بعد ذلك ، قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يمنع عنه ما دام السفه قائماً .

وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً مفسداً يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » وهو قول الشافعي « رح » يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لأنه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي بل أولى ، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة ، ولهذا منع عنه المال . ثم هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده .

---

( وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذراً ) بتشديد الذال المعجمة ، وقوله (مفسداً) تفسيراً لقوله مبذراً ( يتلف ماله في ما لا غرض له فيه ولا مصلحة ) كالالقاء في البحر أو السواف بالنار ونحو ذلك .

( وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي « رح » ) ومالك واحمد « رح » ( يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله ) كالبيع والشراء والاجارة ونحوهما مما يحتمل الفسخ ، وأما التي لا يحتمله فلا يحجر فيه كالطلاق والعتاق والاقرار بالحدود والقصاص ( لأنه مبذر ) أى لأن السفيه مبذر ( ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل ) وكل من هو كذلك ( فيحجر عليه نظراً له اعتباراً بالصبي ) حيث يحجر عليه ( بل أولى ، لأن الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه ) أى وفي حق السفيه (حقيقة) أى حقيقة التبذير ( ولهذا منع عنه المال ) أى ولأجل وجود حقيقة التبذير فيه منع عنه ، أى عن السفيه المال بالنص بقوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ ه النساء .

(ثم هو) أى منع المال (لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده ) أن يبيع ماله بالغبن الفاحش فيؤدى ذلك إلى إتلاف ماله ، قيل هذا الذى ذكره في الدليل إنما يصح على قولهما ، وأما على قول الشافعي فلا يصح ، لأن حجر السفيه عنه بطريق الزجر والعقوبة عليه والفائدة تظهر فيما إذا كان السفيه مفسداً في دينه مصلحاً في ماله

ولأبي حنيفة «رح» أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد، وهذا لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم وهو أشد ضرراً من التبذير فـــلا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى، حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل

---

كالفاسق، فعنده يحجر عليه زجراً وعقوبة ولا يحجر عليه عندهـــما . قلت لا نسلم أن الشافعي يرى ذلك بطريق الزجر والعقوبة فقط ، بل يراه بهذه الطريقة وبطريقه ما قالا أيضاً فان عنده يجوز الحجر بما جاز أو به ، وفي الفسخ أيضاً وهما لا يريانـــه بالفسق ، فحينئذ ما ذكره من الدليل يصح على قولهما،وعلى قوله أيضاً فيما اتفق معهما فيه فافهم.

( ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى انه ) أى أن السفيه ( مخاطب عاقل) وفي هذا الوصف إشارة إلى أهلية التصرف، لأن التكليف يقتضي التمكن من الاستيفاء جرياً علىموجب التكليف ، والاستيفاء إنما يكون بالوصول الى الأمـــوال وذلك بالتمليك والتملك وبالعقل يثبت أهليـة التميز والشرع جعل الرشيد بسبيل من التصرفات تمليكاً وتملكاً لهذا المعنى ، وانه موجود في حق السفيه لأنه مكلف عاقل كالرشيد ( فـلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد ) .

فان قيل ينتقض هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه . قلت إنما قال إنـــه مخاطب وهو مطلق والمطلق يتصرف إلى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطبـاً لسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والأضحية والكفارات الماليـــة وبعض الخطابات الغير مالية كالحج والجمعة والعيدين والشهادات وشطر الحدود وغيرها. ولو قال لأنه مخاطب عاقل حر سقط الاعتراض .

( وهذا ) أى عدم الحجر ( لأن في سلب ولايته إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائـــم ) باعتبار قوله في التصرفات ( وهو ) أى الحجر عليه ( أشد ضرراً من التبذير فـلا يحتمل الأعلى ) الذى هو الحجر ( لدفع الأدنى ) الذى هو التبذير ( حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل ) وهو الذى يعالج الناس من الكتب من غـــير

والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه ، إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى ،

---

مراجعة على المشايخ ولا وقوف على غوامض الكليات، ، ولا معرفة بطباع الأدوية ولا تشخيص الأمراض العارضة كأبناء هذا الزمان الذين يتولون وظائف الحكمة ورياستها بواسطة المال واعانة الظلمة .

( والمفتي الماجن ) وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان ، لأن ضررهما عام وهو من مجن الشيء مجن مجوناً إذا صلب وغلظ ، وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء ، وليس بعربي محض ، قاله ابن دريد. والمفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل الباطلة ، مثل أن يعلم المرأة حتى ترد فتبين من زوجها ، ويعلم الرجل انه يرتد فتسقط عنه الزكاة ثم يسلم ولا يبالي أن يحرم حلالاً أو يحلل حراماً يفسد على الناس دينهم ، ولقد شاهدت بالديار المصرية طائفة قد تحلوا بحلية الفقهاء واستولوا على مناصب الأجل من العلماء بمخالطتهم الظلمه وأرباب الدولة ومشاركتهم إياهم فيما هم فيه من الفساد ، وأعطوا لهم بما يطابق أعراضهم الفاسدة وبما يوافق أهواءهم الكاسدة فضلوا ، ولقد وقع سمعي على بعض الثقات أن واحداً منهم قد أفتى لملك لهم كبير بإباحة الاتيان في مماليكه مستدلاً بقوله عز وجل ﴿ أو ما ملكت ايمانكم ﴾ ٣ النساء ، وآخر قد أباح شرب الخمر مستدلاً بانها لا تقذف بالزبد وهو شرط في الحرمة .وآخر أفتى بجواز السماع والرقص وسماع الملاهي مستدلاً بلعب الحبشة في مسجد النبي عليه السلام بالحراب والدرق وبالجاريتين المغنيتين ونحو ذلك مما ذكر عنهم من الترهات والأباطيل أعاذنا الله من شر هؤلاء الذين ﴿ ضل سعيهم في الحياة الدنيا ﴾ ١٠٤ الكهف ﴿ وما لهم في الآخرة من خلاق ﴾ ٢٠٠ البقرة .

( والمكاري المفلس ) لأنه يتلف أموال الناس ، فإنه إن مات حمولته في الطريق وليس له أخرى ، والمستكري لا يجد شيئاً إلا بالبيع ولا بالإجارة ، فيؤدي ذلك إلى إتلاف أموال الناس ولا سيما مكارية الحج بفسادهم ظاهرة للناس فلا يحتاج إلى البيان (جاز فيما يروى عنه ) أي جاز الحجر فيما يروى عن أبي حنيفة (إذ هو دفع ضرر الأعلى بالأدنى)

ولا يصح القياس على منع المال، لأن الحجر أبلغ منه في العقوبة ولا على الصبي ، لأنه عاجز عن النظر لنفسه ، وهذا قادر عليه نظراً والشرع مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ، ومنع المال مفيد لأن غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات وذلك

---

أي لأن الحجر على هؤلاء دفع الأعلى ، أي الضرر الأعلى وهو الضرر العام بالضرر الادنى، وهو الضرر الذي يلحق المحجور .

( ولا يصح القياس على منع المال ) هذا جواب عن قولهما ، ولهذا منع منه المال ، أي لا يصح قياس جواز الحجر عليه على جواز منع المال منه (لان الحجر أبلغ منه في العقوبة) أي لان الحجر على السفيه أبلغ من منع المال عنه في العقوبة ، يعني منع المال إنما هو بطريق العقوبة عليه ليكون زجراً له على التبذير ، والحجر أبلغ فيه في العقوبة فلا يقاس عليه . قيل هذا يلزم على الشافعي « رح » لانه يرى الحجر عليه عقوبة ، أما عندهما الحجر عليه نظراً له . وقيل هذا على طريق بعض مشايخنا حيث قال إن بطريق العقوبة، وقيل في وجه منع هذا القياس ان منع المال شرع غير معقول المعنى إذا منع الادنى عن التصرف وهو مالك غير معقول فلا يقاس عليه . وقيل إن اليد للآدمي على المال نعمة زائدة وإطلاق اللسان في التصرفات أصل فلا يقاس إبطال أعلى النعمتين على أدناهما .

( ولا على الصبي ) جواب أيضاً عن قولهما اعتباراً بالصبي أن لايقاس السفيه بالصبي ( لانه ) أي لان الصبي ( عاجز عن النظر لنفسه ) فلذلك احتج ضرورة إلى صيرورة الغير ولياً والمولى عليه لا يلي التصرف ( وهذا ) أي السفيه ( قادر عليه ) أي على النظر لنفسه لكمال عقله ( نظرا والشرع مرة بإعطاء آلة القدرة ) من العقل والحرية والبلوغ وإن كان يعدل عن السنن بالعقل بهواه ( والجري على خلافه ) أى وجري السفيه على خلاف ذلك ( لسوء اختياره ) لا يعجزه ، فكان قياس قادر على عاجر فلا يصح (ومنع المال مفيد ) هذا جواب عن قوله ثم هؤلاء يفيد الحجر ، يعني أن منع المال بدون الحجر مفيد ( لان غالب السفه في الهبات والتبرعات والصدقات ) دون التجارات ( وذلك

يقف على اليد ) أي لا يملك إلا بالقبض ، فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عـن ذلك ، وإن فعل لم ينفذ .

فان قلت قوله تعالى ﴿ فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ﴾ ٢٨٢ البقرة ، يدل على الحجر ، لانه تعالى جعل السفيـه ولياً عليه ، فاذا كان عليه ولي كان مولياً عليه ، وكونه مولياً عليه دليل أنـــه محجور عليه . وروي عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه اشترى داراً بأربعين ألف درهم وطلب علي من عثمان رضي الله عنهما أن يحجر عليه فشارك الزبير بن العوام ، فلمـا بلغ ذلك عثمان رضي الله عنه قال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير بن العوام، وإنما علل بهذا لان الزبير كان مجتهداً في التجارة ، فلو كان هذا عيباً كما شاركه الزبير في طلب علي ، وتعليل عثمان واحتيال عبد الله بهذه الحيلة يدل ذلك على آدميتهم أو الحجر على الحر، ولم ينقل عن غيرهم خلاف مكان إجماعاً .

وحدث أبو عبيد في غريب الحديث باسناده إلى عمر رضي عنه أنه خطب الناس فقال إلا أن الاسينع اسينع جهينه رضي من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج ، أو قال سبق الحاج فأدان معرضاً فأصبح قدرين به فمن له عليه دين فليغد بالغداة فلنقسم مــاله بينهم بالحصص ، فهذا دليل على أن عمر رضي الله عنه حجر عليه بسبب الافلاس وباع ماله من غير رضاه .

قلت الجواب عن الآية أن الله تعالى جوز المداينة مع السفيه كما جوزه مع المصلح ، هذا يدل على أن السفيه لا يوجب الحجر، ويقال إن السفيه ها هنا هو المجنون والصغير وعليه كثير من أهل التأويل وذلك بانعدام العقل أو نقصانه ، وكــــذا يحمل السفيه في قوله تعالى ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ فيسقط به الاحتجاج أيضاً في الحجر ، والمراد نهي الازواج عن دفع المال إلى النساء جعل التصرف إليهن كما كانت العرب تفعله ، ألا ترى أنه قال أموالكم وذلك يتناول المخاطبين بهذا النهي لا أموال السفهاء . وقوله تعــالى ﴿فليملل وليه بالعدل﴾ لا يدل على أن السفيه مولى عليه لا محالة، لان بعض المفسرين قال

قال وإذا حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز ، لأن الحجر منه فتوى وليس بقضاء ،

---

المراد من الولي صاحب الحق على بالعدل بين يدى من عليه الحق لئلا يزيد على ذلك شيئاً فأوتوا أو نقص الكره صاحبه ، كذا في شرح التأويلات .

وأما حديث عبد الله فان كان رأى علي رضي الله عنه هو الحجر على المنذر فقد كان رأى الزبير وعبد الله بن جعفر على خلاف ذلك ، حيث اشتغلا بإبطال الحجر فإن هذه مسألة وقع الخلاف فيها بين أصحاب رسول الله ﷺ فلا يجب النزول على قوله واحد منهم ، ويجب ترجيح قول البعض على البعض بالدليل . وحديث عمر رضي الله عنه فالغالب إن فعل ذلك برضاه فلا يكون ذلك دليل الحجر ، فلا ينفى للخصم حجة . قوله فأدان معرضاً ، يعني استدان معرضاً وهو الذي يعترض الناس ليستدين ممن أمكنه ، يقال دين به أى غلب ، يقال دين بالرجل ديناً إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه .

( قال وإذا حجر القاضي عليه ) تفريع على مسألة الحجر ، أى على السفيه . وقال الأترازي ذكر هذا جواب للسؤال الذي ذكره . وفى النسخ طريقة الخلاف بأن يقال سلمنا أن تصرف المحجور قبل حجر القاضي نافذ ، ولا كلام لنا فيه ، وكلامنا فيما إذا حجر القاضي فلم قلتم أن تصرفه ينفذ بعد الحجر ، لأن قضاء القاضي إذا وقع في فصل مجتهد فيه نفذ قضاؤه بالاتفاق كما في بيع المدبر والقضاء على الغائب وقسمة الغنائم ، فينبغي أن لا يسند تصرف السفيه بعد حجر القاضي ، فأجابوا عنه بجوابين ، أحدهما ما ذكروا في مسألة القضاء على الغائب أن نفس القضاء إذا كان مجتهداً فيه لا ينفذ ، وهنا كذلك ، لأن نفس القضاء بالحجر على السفيه مجتهد فيه . والثاني أن هذا ليس بقضاء بل هو فتوى ، فكان قضاء هذا القاضي وفتوى غيره سواء ( ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره ) أى حجر القاضي الأول ( وأطلق عنه جاز ) أى عن السفيه جاز تصرفه (لأن الحجر منه ) أى من القاضي ( فتوى وليس بقضاء ) لأن القضاء لا بد له من خصومة ، لأنه شرع لفصل الخصومات ، ولا بد للخصومة من الدعوى والإنكار ولم يوجد ذلك فلا

ألا يرى أنـــه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بـــد من الإمضاء ، حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ

---

يكون قضاء بل هو فتوى لعدم المقضي له والمقضى عليه ، وهو معنى قوله ( ألا يرى أنه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ) فلا يكون قضاء ، لأن القضاء يثبت ما ليس بثابت ، بل هذا كان مثبتاً ما كان ثابتاً ، فانه كان محجوراً عليه قبل القضاء متى كان مبذراً لماله وهذا هو حد الفتوى .

( ولو كان قضاء ) يعني ولئن سلمنا أن حجر القاضي كان قضاء على احتمال بعيد ، وهو أن يجعل السفيه مقضياً له من حيث أن الحجر نظر له . وقال تاج الشريعة رحمه الله قلت جاز أن يكون هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال يمكن أن يجعل السفيه مقضيا له من حيث أن الحجر ما ثبت إلا نظراً له ، والقضاء بالحجر يقع عليه ، فيجعل مقضياً له أيضا ، فاذا وجد المقضي له والمقضي عليه باختلاف الجهة فلا يكون قضاء ، فلا ينبغي القاضي الثاني الحكم بخلافه ، فأجاب رحمه الله بأنه لو كان قضاء ( فنفس القضاء مختلف فيه ) لأن عند أبي حنيفة لا يجوز القضاء بالحجر ، وعندهما يجوز فيكون نفس القضاء مختلفاً فيه ، فيكون القاضي الثاني بسبيلين تنفيذه وإبطاله لكونه ثابتاً من وجه دون وجه فلا بد من الامضاء ليرتفع نقصان اختلاف العلماء .

نظيره إذا تزوج رجل بشهادة رجل وامرأتين يجوز النكاح عندنا خلافاً للشافعي «رح» ، فلو رفع هذا النكاح إلى القاضي الشافعي فقضى بصحته لا يصير مجمعاً عليه ، لأنـــه قضى على خلاف رأيه ، فيكون الاختلاف في القضاء فيها فينفذ إجماعـــاً . وقال الختازي قضاء القاضي بالمختلف إنما يرفع الخلاف إذا لم يكن نفس القضاء مختلفـــاً ولا بد من قضاء آخر لنفاذ هذا القضاء .

( فلا بد من الإمضاء ) بقضاء آخر ( حتى لو رفع تصرفه ) أي تصرف السفيه ( بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ

إبطاله لاتصال الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك، ثم عند أبي حنيفة « رح » إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله ، حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفـــذ تصرفه ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالا لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده ، ولا يجوز تصرفه فيـــه ، لأن علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة ، وصار كالصبا . ولأبي حنيفة « رح » أن منع المال عنه بطريق التأديب

---

إبطاله ) أي إبطال القاضي الثاني . قيل روي نفذ بالتشديد معناه استمر على تنفيذ الثاني، لأنه حكم بنفاذه (لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ) أي بعد الامضاء .

( ثم عند أبي حنيفة إذا بلغ الغلام غير رشيد ) أي حال كونه غير رشيد (لم يسلم إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ، فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه) لأنه لا يحجر عليه عنده ( فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة يسلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد . وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( لا يدفع إليه ماله أبداً حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه ) أي في ماله ، وأبداً نصب على الظرف ، والجمع بينه وبين حتى تسامح ظاهر ( لأن علة المنع السفه ، فيبقى ما بقي العلة ) أي يبقى المنع ما دامت العلة باقية ، لأن الله تعالى علق على دفع المال بإيناس الرشد . فقوله ﴿ فإن آنستم منهم رشدا ﴾ ٦ النساء ، فـــلا يجوز الدفع قبله إذ المعلق بالشرط معدوم قبله ، والسفه صفة ، فالعبرة لقيامهـا وزوالها لا للزمان ، وبه قالت الثلاثة ( وصار كالصبا ) أي وصار حكم السفه كحكم الصبا، فالسفه ما دام موجوداً فحكمه موجود فحكمه حكم الصبي ولو صار شيخاً فانياً .

( ولأبي حنيفة أن منع المال عنه بطريق التأديب ) يمكن أن يوجه هـذا الكلام على وجهين ، الأول أن يقول سلمنا أن علة المنع السفه ، لكن المعلول هو المنع عنه بطريـــق التأديب ، يعني من حيث التأديب ، وهذا يقتضي أن يكون محلاً للتأديب وهو ما لم ينقطع

ولا يتأدب بعد هـــذا ظاهراً وغالباً ، ألا ترى أنه قـد يصير جداً في هذا السن فلا فائدة للمنع ، فلزم الدفع ، ولأن المنع باعتبار أثر الصبا

---

رجاء التأديب ( ولا يتأدب بعد هذا ظاهراً وغالباً ) أى ولا يبقى التأديب بعد بلوغـه خمساً وعشرين سنة لانقطاع رجاء التأديب بعد هذه المرة ظاهراً في غالب الأحوال .

( ألا ترى أنه قد يصير جداً في هذا السن ) هذا توضيح لعدم التأديب عند بلوغـه لهذا السن وهو خمسة وعشرون سنة ، لأنه يصير جداً عند ذلك باعتبار أصل مدة البلوغ في الإنزال وهو إثني عشر سنة ، وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وأقل الطبائع من بلغ خمساً وعشرين سنة فقد بلغ رشده ، ألا ترى أنه يصير جداً صحيحـاً في هذا السن ، لأن أدنى ما يحتلم الإنسان في اثني عشر سنة ثم يولد له في ستة أشهـر يبلغ ذلك في اثني عشر سنة ثم يولد له ولد ابن في ستة أشهر فيصير جداً صحيحاً في خمس وعشرين سنـة ، ومن صار فرعه أصلاً فقد تناهى في الأصلية ، فاذا لم يؤنس رشده إلى هــذه الفائتة فالظاهر انقطاع رجاء تأديبه ، فلا معنى لمنع المال عنه بعد ذلك ، وإلى هذا أشار محمد في الكتاب فقال أرأيت انه لو بلغ مبلغاً صار ولده قاضياً وله نافلة أكان يحجر على أبيه ويمنع المـال منه ، هذا قبيح .

فإن قلت قد يصير الإنسان جداً في اثنين وعشرين سنة ، أي بلغ الصبي في اثني عشر فتزوج بامرأة فولدت لستة أشهر بنتاً فبلغت البنت على تسع سنين فزوجها من رجـل وولدت لستة أشهر فصار جداً في اثنين وعشرين سنه ، فلم قدره بخمس وعشرين سنة. قلت الجد المطلق وهو الجد الصحيح ، والفاسد لا اعتبار به .

الوجه الثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وإن دل على ثبوت المـدلول لكن عندنا ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا الملك .

( فلا فائدة للمنع ) أي لمنع المال عنه ( فلزم الدفع ) أي فاذا كان كذلك لزم دفـع المال إليه ( ولأن المنع باعتبار أثر الصبا ) هذا دليل آخر تقريره أن المنع بعد البلوغ إذا لم

وهو في أوائل البلوغ ، وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ، ولهذا قال أبو حنيفة « رح » لو بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه ، لانه ليس بأثر الصبا ، ثم لا يتأتى التفريع على قوله ، وإنما التفريع على قول من يرى الحجر ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه وإن كان فيه مصلحة

---

يؤنس رشده باعتبار أثر الصبي ( وهو ) أثر الصبي ، أي وجدانه ( في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان ) وقدر ذلك بخمسة وعشرين سنة ، لأن مدة البلوغ من حيث السن ثمانية عشر سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ ، وقدر ذلك المبيع سنين واعتباراً بمدة التمييز في الابتداء على ما أشار النبي ﷺ مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعة ( فلا يبقي المنع ) بعد ذلك ( ولهذا ) أي ولأجل أن المنع باعتبار أثر الصبا ( قال أبو حنيفة « رح » لو بلغ رشيداً ) أي لو بلغ الصبي حال كونه رشيداً ( ثم صار سفيهاً لا يمنع المال عنه ، لأنه ليس بأثر الصبا ) بل لحقه عثرته اماالغصب أو فوج[1].

فان قلت الدفع معلق بانياً من الرشيد ، فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه إذ المعلق بالشرط لا يوجد ، قيل وجوده ما بقي مفسداً لماله لم يؤنس منه الرشد . قلت الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه سكر يراد به أدنى ما ينطلق عليه وقد وجد ذلك إذا وصل الإنسان إلى هذه الحالة لصيرورته فرعه أصلاً ، فكان متناهياً في الأصالة (ثم لا يتأتى التفريع على قوله) أي التفريع الذي ذكره القدوري في مختصره يقول فإذا باع لا يتعدى معه ، لا يتأتى على قول أبي حنيفة ( وإنما يتأتى التفريع[2] على قول من يرى الحجر عليه ، فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه إذا باع توفيراً لفائدة الحجر عليه ) أي لأجل توفير فائدة الحجر ، أراد لاظهار فائدة الحجر عليه ، فيكون موقوفاً .

( وإن كان فيه مصلحة ) بأن كان مثل القيمة أو كان البيع رابحاً وكان الثمن باقياً في

---

(١) هكذا الجملة في الأصل .

(٢) وإنما التفريع ، هامش .

أجازه الحاكم ، لان ركن التصرف قد وجد ، والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده .

---

يده (أجازه الحاكم ) أى أجاز الحاكم ذلك البيع الموقوف ، وإن كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسراً أو لم يبق الثمن في يده لم يجز ، لأن فيه ضرر به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون في يده شيء من البدل ، واستدل على الجواز بالتوقف بقوله ( لأن ركن التصرف قد وجد ) وذلك يوجب الجواز . فان قيل إنما يوجب الجواز إذا وجد ركن التصرف من أهله والسفيه ليس من أهله . أجيب بأنه أهل ، لأن الأهلية بالعقل والسفيه لا ينفيه كما تقدم .

( والتوقف للنظر له ) هذا جواب عما يقال فعلام التوقف ، فأجاب بقوله للنظر له ( وقد نصب الحاكم ناظراً له فيتحرى ) أى يقصد باجتهاده ( المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ) أى كما يتحرى الحاكم أو الولي في بيع الصبي وشرائه الذى يعقل البيع بأن يعلم أنه سالب ، والشراء بأنه جالب كما مر ، وقد اشتغل محمد « ر ح » في كتاب الحجر إلى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه وقال هو بمنزلة الصبي الذى لم يبلغ إذا باع أو اشترى ، فإن أجازه الحاكم يجوز وما لا فلا ، لان تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة ، فاذا رأى القاضي وقوعه مصلحة يجيزه ولا يرده ، بمنزلة الصبي الذى يعقل ، إلا انه يفارقه في خصال أربعة :

الاولى : لا يجوز لوصيه ولا لابيه ان يبيع عليه ماله ولا يشتري له إلا بأمر الحاكم ، وفي الذى لم يبلغ ملك ذلك وصيه أو أبوه .

والثانية : أنه إذا أعتق عبداً جاز عتقه ويسعى في قيمته ، وكذا لو دبر يصح تدبيره ، ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا ، واعتاق الذى لم يبلغ لا يصح أصلا .

والثالثة : أن وصايا الغلام الذى قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطل قياساً ، ولكنا نستحسن أن ما وافق الحق وما تقرب به إلى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق

ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف « رح » ، لانه لا بد من حجر القاضي عنده ، لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي ، وعند محمد « رح » لا يجوز لانه يبلغ محجوراً عنده إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا ، وعلى هذا الخلاف إذا بلغ رشيداً ثم صار سفيهاً . وإن أعتق عبداً نفذ عتقه عندهما ،

---

جائز كما يجوز وصيه غيره وما يكون سفيهاً لا يجوز . وأمـــا وصايا الغلام الذى لم يبلغ لا تجوز أصلا .

والرابعة : إذا جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه وكانت الجارية أم ولد له ، فإن ماتت كانت حرة ،بخلاف الغلام الذى لم يبلغ ، كذ ذكر في شرح الكافي .

وذكر خواهر زاده في مبسوطه من جملة الخصال الأربعة النكاح والطلاق ، فقال لا يجوز طلاق الصبي العاقل ، ويجوز طلاق السفيه ، وكذا يجوز نكاح السفيه ولا يجـــوز نكاح الصبي العاقل ، ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي يفترق فيها السفيه والصبي ستة .

( ولو باع ) أي السفيه ( قبل [1] الحجر ) أي قبـــل حجر القـــاضي ، وفي بعض النسخ كذلك ( جاز عند أبي يوسف « رح » ) وبه قال الشافعي وأحمد ( لأنه لا بـــد من حجر القاضي عنده ، لأن الحجر دائر بين الضرر ) وهو إهدار آدمته ( والنظر ) أى في إيقاع البيع على ملكه كما كان ( والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي ) ليترجح أحـــد الجانبين على الآخر .

( وعند محمد لا يجوز ) وبه قال مالك ( لأنه يبلغ محجوراً عنده، إذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا ) وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه الحكم ( وعلى هذا الخلاف إذا بلـــغ رشيداً ثم صار سفيهاً ) وعند أبي يوسف لا يصير محجوراً حتى يقضي القاضي ، وعندمحمد يصير محجوراً لمجرد السفه ( وإن أعتق عبداً ) يعني بعد الحجر ( نفذ عتقه عندهما ) أي

---

(١) قبل حجر القاضي — هامش .

وعند الشافعي « رح » لا ينفذ . والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا ، لان السفيه في معنى الهازل من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لأتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه .

---

عند أبي يوسف ومحمد « رح » وهو قول أبي حنيفة « رح » أيضاً ولم يحضر قولهما بالذكر احترازاً عن قوله لأن عند أبي حنيفة « رح » الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لأنه تأثير للحجر عنده ،بل احترازاً عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيه الحجر كالبيع والشراء والإقرار بالمال .

وعن قول الشافعي حيث قال ( وعند الشافعي لا ينفذ ) وبه قال أحمد رحمه الله ، وهو قياس قول مالك ، لأن تصرفات المحجور عليه غير نافذة ( والأصل عندهما )أي الأصل في هذا الباب عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر ، وما لا فلا ) أي وما لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه الحجر ( لأن السفيه في معنى الهازل ) لا من كل وجه ( من حيث أن الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء) أي لا على الطريق الواضح وهو بفتح النون وسكون الهاء ، وأما النهج بتحريك الهاء فهو البحر ، وهو تتابع النفس ، وهو من باب علم يعلم ( لأتباع الهوى ومكابرة العقل) أي لأجل تتابعه هوى النفس وتعالية العقل ، لأنه يقصد اللعب دون ما وضع له الكلام ( لا لنقصان في عقله ، فكذلك السفيه ) يعني لا يخرج الهازل كلامه على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل .

( والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه ) أي من السفيه ، وفيه بحث من أوجه ، الاول : أن السفيه لو حنث في يمينه وأعتق رقبة لم ينفذه القاضي ، وكذا لو نذر بهدي أو غيره لم ينفذ ، فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل ، لقوله عليه السلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وقد أثر فيه الحجر بالسفه .

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والإعتاق لا يصح من الرقيق فكذلك من السفيه. وإذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته ، لان الحجر لمعنى النظر ، وذلك في رد

---

والثاني : أن الهازل إذا أعتق عبده عتق ولم يجب عليه سعاية ، والمحجور بالسفه إذا أعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر أثر فيه .

والثالث : أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفيه لا في حق الهازل، والصحيح فيه أن يقال ولقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا النقصان في العقل .

والجواب عن الاول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الإتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور ، لان في تنفيذهما إضاعة المقصود عن الحجر لإمكان أن يتصرف في جميع ماله با ليمين والحنث والنذر . وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب . وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما .

( والاصل عنده ) أي عند الشافعي (أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق ) في انه لا يزيل الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً لإلزام العقوبة باللسان با كتساب سببها ، كما أن الرق كذلك ( حتى لا ينفذ بعده ) أي بعد الحجر ( شيء من تصرفاته إلا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق ، فكذلك من السفيه ) قلنا ليس السفه كالرق ، لان حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، حتى أن يصرف فيما لا حق للغير فيه نافذ كالاقرار بالحدود والقصاص ، وهذا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه ، فيكون نافذاً .

( وإذا صح ) أي عتق السفيه ( عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( كان على العبد أن يسعى في قيمته ، لان الحجر لمعنى النظر ، وذلك ) أي النظر ( في رد

العتق إلا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ، وعن محمد « رح » انه لا يجب السعاية لأنها لو وجبت إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحق غير المعتق . ولو دبر عبده جاز لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته ، إلا انـــه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً ، لأنه باق على ملكه .

---

العتق ) أي إبطاله ( إلا انه متعذر) لعدم قبوله الفسخ (فيجب رده برد القيمة ) أي رد العتق برد العبد قيمته إليه بالاستسعاء ( كما في الحجر على المريض ) يعني لو أعتق عبداً في مرضه تجب السعاية في كل قيمته للغرماء أو ثلثي قيمته للورثة ، إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواه لتعذر رد العتق ، فكان رده بوجوب السعاية لحق آخر ما أدى الورثة .

( وعن محمد « رح » أنه لا يجب السعاية ) أي أن الشأن لا يجب السعاية على العبد جعل في المبسوط هذه الرواية عنه اخر قول أبي يوسف ، وأما قوله الاول كقول محمد في وجوب السعاية (لانه لو وجبت ) أي لان السعاية وتذكير الضمير باعتبار السعي ( إنما تجب حقاً لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع إلا لحـــق غير المعتق ) كما في اعتاق أحد الشريكين فإنه يسعى للساكت . ولو ظاهر عن امرأته وصام أجـزأه لانـه بمنزلة الغائب عن ماله . ولو أعتق عبداًعن ظهاره سعى الغلام في جميع قيمته ثم لا يجزئه عن ظهاره ، لانه يكون اعتاقاً بعض ، فإن صام أحد الشهرين ثم صار مصلحاً لم يجزه إلا العتق بمنزلة معسر السير ، كذا في شرح الكافي .

( ولو دبر ) أي السفيه ( عبده جاز ، لانه يوجب حق العتق ) أي لان التدبـير دل عليه قوله دبر ( فيعتبر بحقيقته ) أي بحقيقة العتق ، لانه لما ملكه إنشاء حقيقة العتق ، فلأن يملك إنشاء حقه كان أولى ( إلا انه لا يجب السعاية ما دام المولى حياً لانه باق على ملكه ) فلا يمكن إيجاب السعاية ، لان المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب المال ، بخلاف ما لو كاتبه أو أعتقه على مال حيث يصح ، لانه لم يبق على ملكه حقيقة أو يداً ، أشار إليه في المبسوط .

وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً لأنه عتق بموته وهو مدبر ، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير . ولو جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه منه ، وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقاء نسله ، فألحق بالمصلح في حقه وإن لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها . وإن مات

---

( وإذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبراً ، لانه عتق بموته وهو مدبر، فصار كما إذا أعتقه بعد التدبير ) أي كما إذا أعتقه في حياتهبعد أن دبره تحت السعاية، فكذا هنا . ألا ترى أن مصلحاً لو دبر عبد في صحته ثم مات وعليه دين مستغرق تجب السعاية عليه في قيمته مدبراً لغرمائه ، فكذا هـا هنا ، قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قناً ، لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة قناً فوجب السعاية قناً ، كما لو أعتقه. أجيب بأن الاصل أن المعلق بالشرط ليس بسبب قبله إلا أنه جعل هـا هنا سبباً قبله ضرورة ، فلا تظهر مبينة في إيجاب السعايـة عليه قناً ، وإنما يظهر في حق المنع وتعلق العتق بموته ، لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرهـا . قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته ، لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد كذلك . وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ، ألا ترى، أن الرجوع في الوصيـة صحيح دون التدبير .

( ولو جاءت جاريته ) أي جارية الذي بلغ غير رشيد ( بولد فادعاه يثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لأنه محتاج إلى ذلك لإبقـاء نسله ) لأن لإبقاؤه من الحوائج الأصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد بعد موته ( فألحق بالمصلح في حقه ) أي في حق الاستيلاد نظراً له ، ولا يعلم فيه خلافاً للثلاثة .

( وإن لم يكن معها ) أي مع الجارية ( ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها ) لأن دعوته كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها (وإن مـات ) أي

سعت في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحرية إذ ليس لهـــا شهادة الولد بخلاف الفصل الأول ، لأن الولد شاهد لها ، ونظيره المريض إذا ادعى ولد جاريتـــه فهو على هذا التفصيل . قال وإن تزوج امرأة جاز نكاحها لأنـه لا يؤثر فيـه الهزل ، ولأنه من حوائجه الأصلية وإن سمى لهـــا مهراً جاز منه مقدار مهر مثلها ، لأنـه من ضرورات النكاح وبطل الفضل ، لأنه لا ضرورة فيـــه وهو التزام بالتسمية

---

السفيه بعد هذه الدعوة ( سعت ) أي الجارية ( في جميع قيمتها لأنه كالإقرار بالحريـة ) أي لأن إقراره بأمومية الولد بدون الولد كالإقرار بالحرية ( إذ ليس لها شهـادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته .

( بخلاف الفصل الأول ) وهو ما إذا كان معها ولد ( لأن الولد شاهد لها ) في إبطـال حق الغير ، فكذا في حكم دفع الحجر عن تصرفه ( ونظيره المريض ) أي نظير حكم هذه المسألة بالوجهين نظير ما ( إذا ادعى المريض ولد جاريته فهو على هذا التفصيل ) وهـو الفرق بالذي ذكره بين الدعوة بالولد والدعوة بدون الولد ، فان كان معهـا ولد لا تسعى بعد موته ، وإن لم يكن تسعى لحاجته إلى بقاء نسله فيكون مقدماً على حق الغرماء .

( قال ) أي القدوري ( وإذا تزوج امرأة جاز نكاحها ) ولفظ المبسوطين جـاز نكاحه ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك وأبو الخطاب الحنبلي لا يجوز بغير إذن الولي ، لأنه عقد معاوضة كالشراء ، فلا يجوز بدون وليه ( لأنه لا يؤثر فيه الهزل ) لأن النكاح لا يؤثر فيه الهزل ، لأن الهزل فيه جد ( ولأنه من حوائجه الأصلية ، وإن سمى لها مهراً جاز منه ) أي من المهر (مقدار مهر مثلها لأنه) أي لأن مقدار مهر المثل (من ضرورات النكاح وبطل الفضل لأنه لا ضرورة فيه ) أي في الفضل على مقدار مهر المثل ( وهـو التزام بالتسمية في العقد ) أي ما فضل وزاد على مقدار مهر المثل التزام بالتسمية في العقد

ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة فصار كالمريض مرض الموت. ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله ، لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل ، وكذا إذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم واحدة لما بينا . قال ويخرج الزكاة من مال السفيه لأنها واجبة عليه وينفق على أولاده وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي أرحامه ، لأن إحياء ولده وزوجته

---

( ولا نظر له فيه ) أي ولا نظر للسفيه فيما فصل عليه ( فلم تصح الزيادة ) أي إذا لم يكن فيه نظر فلم تصح تلك الزيادة على مقدار مهر المثل ( فصار ) أي حكم هذا ( كالمريض مرض الموت ) يعني من لزوم كل واحد منهما مقدار مهر المثل وسقوط الزيادة فيما إذا تزوج المريض بأكثر من مهر مثلها ، إلا أن الزيادة في المريض يعتبر من الثلث ، وها هنا غير معتبر أصلاً .

( ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها النصف في ماله ) أي نصف مقدار مهر المثل ( لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل ) وإنما الباطل تسمية ما زاد على مقدار مهر المثل ( وكذا إذا تزوج بأربع نسوة) هذا عطف على قوله وإذا تزوج امرأة جاز نكاحها ، أي إذا تزوج بأربع نسوة في عقد واحد ، كذلك يعتبر مهر المثل وتبطل الزيادة ( أو كل يوم واحدة ) أي أو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها وفعل ذلك مراراً فانه يصح تسميته في مقدار مهر المثل وتبطل الزيادة بهذا يحتج أبو حنيفة على أن لا فائدة في الحجر عليه ، لأنه لا يفسد عليه باب إتلاف المال عليه ، فان يتلف ماله بهذا الطريق إذا عجز عن إتلافه بطريق البيع والهبة ( لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن من ضرورات النكاح ... إلى آخره .

( قال ) أي القدوري ( ويخرج الزكاة من مال السفيه لأنها ) أي لأن إخراج الزكاة ( واجبة عليه ) لأنه كامل العقل مخاطب بحقوق الله تعالى ، فلا تبطل السفه ( وينفق على أولاده وزوجته ، وعلى من تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه ، لأن احياء ولده وزوجته

من حوائجه والانفـــاق على ذي الرحم واجب عليه حقاً لقرابته والسفـه لا يبطـل حقوق النـاس ، إلا أنـ القاضي يدفـــع قدر الزكاة إليـه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنـه لا بـــد من نيته لكونها عبادة ، ولكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهه ، وفي النفقة يدفـع إلى أمينه ليصرفها لأنهـا ليست بعبادة فـــلا يحتاج إلى نيته ،

---

من حوائجه والاتفاق على ذي الرحـم واجب عليه حقاً لقرابته ، والسفه لا يبطل حقوق الناس ) الأصل فيه أن كل ما وجب عليه بإيجاب الله كالزكاة وحجة الإسلام أو كان حقاً للناس فهو والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة وحجـــة الإسلام ، أو كان حقاً للناس فهو والمصلح فيه سواء ، لأنه مخاطب ( إلا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها إلى مصرفها ، لأنه لا بد من نيته لكونهاعبادة ) والعبادة لا تتأدى إلا بالنية ( لكن يبعث أميناً معه كيلا يصرفه في غير وجهــه ) لأنه لا يهتدي الى طرق الرشاد لسفهه ( وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفها ) وفي بعض النسخ يدفعها الى أمينها ، أي أمين المرأة وعلى الأول الى أمين القاضي ليصرفه ، أي ليصرف المال المخروج للنفقة الى مستحقه ( لأنه ) أي لأن صرف النفقة ( ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته ) .

وفي المبسوط فرق بين نفقة الوالدين من نفقة غيرهما فقال ينبغي للقاضي أن لا يأخـذ بقول السفيه في دفع المال الى ذوي الأرحام النفقة حتى يقيم القريب بينة على القرابـــة والعسرة ، لان إقراره بذلك بمنزلة الإقرار بالذي على نفسه فـلا يلزم شيئاً إلا في الولد ، فان الزوجين اذا تصادقا على النصب قبل قولها ، لان كل واحد منهما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب ، والسفه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه ، لكن لا بد من اثبات عسرة المقولة ، وكذا يصح اقراره بالزوجية ويجب مهر مثلها والنفقة .

( وهذا ) أي ما ذكرنا مما أوجبه الله وما كان من حقوق الناس قيل ان هـذا الذي ذكره القدوري ممن اخرج الزكاة من مـــال السفيه والانفاق منه على أولاده وزوجته

وهذا بخلاف ما إذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنه مما يجب بفعله ، فلو فتحنا هـــذا الباب يبذر أمواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله . قال فإن أراد حجة الإسلام لم يمنع منها لأنها واجبة عليـــه بإيجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة إليه ، ويسلمها إلى ثقـــة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه .

---

( بخلاف ما اذا حلف ) بالله ( أو نذر ) نذراً من هدي أو صدقة ( أو ظاهر ) من امرأته ( حيث لا يلزمه المال ) فلا ينفذ للقاضي شيئاً من ذلك ولم يدعه يكفر أيمانه بالمال ( بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم ) بصوم لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات ، وعلى كل ظهـار شهرين متتابعين وان كان مالكاً للمال حال التكفير ( لانه مما يجب بفعله ) أى لان كل واحد منها يجب بفعله إذ السبب التزامه ( فلو فتحنا هذا الباب ) أى لزوم المال في هذه الاشياء ( يبذر أمواله بهذا الطريق ) حيث يحلف كل يوم مراراً ويحنث ، أو ينذر نذوراً أو يظاهر مراراً ، وفيه تضييع فائدة الحجر .

فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فانه يصح مع القدرة عليها. أجيب بأن الاستطاعة منتفية لان دلائل الحجر لا توجب السعاية على من يعتقه السفيه كما تقدم مع السعاية لا يقع العتق من الظهار .

(ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله ) كالزكاة وحجة الإسلام ونحوهما ، لانه مخاطب ، وبسبب الفساد لايستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه .

( قال ) أى القدوري ( فان أراد حجة الإسلام لم يمنع منها ) أى من الحجـة وليس فيه خلاف ( لانه ) وفي بعض النسخ لانها ، أى لان حجـة الاسلام ، وعلى الاول ، أى لان الحج ( واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعـه ولا يسلم القاضي النفقة إليـه ويسلمها الى الثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه .

ولو أراد عمرة واحـدة لم يمنع منها استحساناً لاختلاف العلماء في وجوبها ، بخلاف مـا زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران، لأنه لا يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما، ولا يمنع أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف إذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها

---

ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منهـا استحساناً ) وفي القياس يمنع ، لان التمر[1] عندنا تطوع فصار كما لو أراد الخروج للحج تطوعاً بعد حجة الاسلام ، وأشار إلى وجـه الاستحسان بقوله ( لاختلاف العلماء في وجوبها ) فانها عند الشافعي فرض ، والأخبـار متعارضة فيها ، والظاهر قوله تعالى ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ ١٩٦ البقرة ،فلهذا أخذ بالاحتياط في أمر الدين وهو من جملة النظر ، فان جنى جنايـة فان كانت مما يجزىء فيه الصوم فعليه الصوم ليس إلا ، وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي إذا أصلح .

( بخلاف ما زاد على مره واحدة من الحج ) يعني يمنع من ذلك ( ولا يمنع من القران ، لأنه يمنع من إفراد السفر لكل واحد منهما ) أي من الحج والعمرة ( فلا يمنع من الجمـع بينهما ، ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزاً عن موضع الخلاف ) فالخلاف في غير البدنة ، لا في السوق ( إذ عند عبد الله بن عمر لا يجزئه غيرها ) أي غير البدنـة ، وعندنا يلزم القارن هدي وتجزئه الشاة ، ولكن البدنة أفضل أخذاً بالاحتياط في أمر الدين، ويكون فعله أقرب الى فعل النبي ﷺ فلا يمنع عن سوق البدنة .

قوله اذ عند ابن عمر لا يجزئه غيرها لم يثبت بهذا النص ، وإنما الذي روى عنه أنه لا يرى البدنه الا من الإبل والبقر على ما روى الطبراني في مسند الشاميين ثنا أبو زرعـة ثنا أبو اليان الحكم بن نافع أخبرني شعيب عن الزهري أخبرني ما لم عبد الله أن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما كان يقول لا أعلم الهدي الا من الإبل والبقر ، وكان عبدالله بن عمر

---

(١) هكذا في الاصل — التمر — وربما أراد بهـا العمرة كما هو معروف من مذهب الأحناف ، اه مصححه .

وهي جزور أو بقرة، فإن مرض وأوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلثه[1]، لأن نظره فيه إذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء أو ثواباً،

---

لا ينحر في الحج الا الإبل والبقر ، فان لم يجد لم يذبح لذلك شيئاً . وروى مالك في الموطأ في الحج أخبرنا مالك عن نافع عن ابن عمر كان يقول ما استيسر من الهدي بدنة أو بقرة .

( وهي ) أي البدنة ( جزور ) بفتح الجيم وهي من الإبل يقع على الذكر والانثى والجمع جزور ، وقيل الجزور الناقة التي تنحر والجمع جزائر ، ولا يقال للجمل جزور إذا أفرد ، والجزور اثنو لا غير ، لأنه أكثر ما ينحرون النوق ( أو بقرة ) وهي تقع على الذكر والأنثى ، وإنما دخلته اليها على انه واحد من الجنس والجمع بقرات،والباقر والبقير والبقور ، وأما البقر فهو اسم جنس .

( فان مرض وأوصى بوصايا في القرب ) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة ، وهي ما يتقرب به إلى الله بواسطة كبناء المساجد والسقاية والرباط ونحو ذلك ، وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً ما تكون في المرض ، فان السفيه الصحيح اذا وصى توصية فحكمها كحكم المريض ( وأبواب الخير ) عطف على القرب من قبيل عطف العام على الخاص ،لأن أبواب الخير أعم من القرب لان القربة تكون بواسطة كما ذكرنا ، وأبواب الخير أعم منها ، وهذا كالكفالة مع الضمان ، فان الكفالة خاص والضمان عام ، فافهم ( جاز ذلك في ثلثه ) استحساناً ، والقياس بينهما كما لو تبرع في خيانة ولكن استحسنوا فيما اذا وفق الحق ما يتقرب به الى الله أن يكون من الثلث ( لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تخلف ثناء ) حسناً بعد موته اذا كان للغني ( أو ثواباً ) أى أو تخلف ثواباً اذا كان للفقير .

فان قلت في الغني أيضاً ثواب ، لانه ايصال خير وإحسان الى أخيه المؤمن ولا سيا

---

(١) ثلث ماله – هامش .

وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى . قال ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا، والفسق الأصلي والطارىء سواء . وقال الشافعي « رح » يحجر عليه زجراً وله عقوبة عليه كما في السفيه ، ولهذا لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده . ولنا قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ ... الآية ٦ النساء ،

---

اذا قصد به أن يتوسع في النفقة على عياله ، وفي الفقير أيضاً ثناء حسن فكان ينبغي أن يقول ثناء وثواباً بدون أو . قلت هذا باعتبار الغالب بحسب الظاهر حيث يكون الثناء غالباً من الغني وحصول الثوب فيه ضمني كحصول الثناء في الفقير .

( وقد ذكرنا من التفريعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى ) منها ما ذكره عنه أن الذي بلغ سفيهاً والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع ، أحدها أنه يجوز للأب ولوصي الاب ان يتصرف على الصغير ليشتري له مالاً ويبيع ، ولا يجوز تصرف الاب ولا وصي الاب على البالغ السفيه الا بأمر الحاكم . والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل . والثالث : أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا اعتاقه . والرابع : أن الذي لم يبلغ اذا دبر عبداً لا يصح تدبيره ، وهذا السفيه إذا دبر عبده صح تدبيره ، انتهى . وهكذا ذكره في المبسوط والمغني .

( قال ) أي قال القدوري ( ولا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحاً لماله عندنا والفسق الأصلي والطارىء سواء ) يقال طرأ علينا فلان من بعيد فجاءه ، والطارىء خلاف الأصلي ، والصواب طارىء بالهمزة ( وقال الشافعي « رح » يحجر عليه زجراً له وعقوبة عليه كما في السفيه ، ولهذا ) أي ولوجوب الحجر عليه زجراً وعقوبة ( لم يجعل أهلاً للولاية والشهادة عنده ) أي عند الشافعي .

( ولنا قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ﴾ ) أي تهدياً إلى الطريق المستقيم ( .. الآية ٦ النساء ) بالنصب ، أي اقرأ الآية . ويجوز الرفع ، أي

وقد آنسوا نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة ، ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه ، فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقــدم ، ويحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي « رح » بسبب الغفلة وهو أن يغبن في التجارات ولا يصير عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

---

الآية بتمامها فيكون مرفوعاً بالابتداء والخبر محذوف ، ثم أشار إلى وجه الاستدلال بالآية بقوله ( وقد أونس نوع رشد ) لأنه مصلح في ماله وإن لم يكن مصلحاً في دينه ( فيتناوله النكرة المطلقة ) أي يتناول نوع الرشد النكرة المطلقة ، وهـو قوله تعالى ﴿ فإن آنستم منهم رشداً ﴾ فإنه ذكر الرشد نكرة والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تعم ، فيراد به رشداً واحداً وهو الصلاح في المال ، وهو المراد فلا يكون الرشد في الدين مراداً لأنـــه حينئذ يكون معلقاً برشدين فلا يجوز ذلك لعدم الدليل على العموم . عن ابن عباس المراد بالرشد الصلاح في المال . وعن مجاهد في الفعل . وفي شرح الطحاوي المراد بالرشد الصلاح في المال ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم . ( ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لإسلامه فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ) أي في أول كتاب النكاح .

( ويحجر القاضي عندهما أيضاً ) هذه المسألة مبتدأة ، أي يحجر القاضي أيضاً عند أبي يوسف ومحمد ( وهو قول الشافعي بسبب الغفلة ) وعند مالك وأحمـد لا يحجر بسبب الغفلة لبلوغه وعقله ورشده ( وهو ) أي سبب الغفلة ( أن يغبن في التجـارات ولا يصير عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي ﷺ ، فانه ما حجر على حبان بن منقذ ، وكان يغبن في التجارات ، بل قال له قال لاخلابة ولي الخيار ثلاثة أيام. وأجيب بأن الحجر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ﴿ ولا تؤتـــوا السفهاء أموالكم ﴾ ٥٢ النساء ، لما أنه يتلف الأموال كالسفيه ، فلا يعارضه خبر الواحد ، كذا ذكره تاج الشريعة .

قيل هذا مردود ، لأن ذلك لمنع المال وليس النزاع فيه . قلت فيه نظر ، لأن ابن

# فصل في حد البلوغ

## قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والإنزال إذا وطيء

اسحاق قال فحدثت بهذا الحديث محمد بن يحيى بن حبان ، قال كان جدي حبان بن سعد بن عمرو وكان قد أصيب في رأسه امه فكسرت أسنانه ونقص عقله ، وكان يغبن في البيع... الحديث ، فهذا يدل على انه كان فيه تعقل ، لأنه لا يكون من نقصان العقل ففيه نوع حجر ، لأنه أطلق له البيوع كلها بالخيار ، فصار كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم ·

( فصل في حد البلوغ )

أي هذا فصل في بيان معرفة حد البلوغ . وإنما ذكر أن الصغر من أسباب الحجر لا بد من بيان انتهائه ، وهذا الفصل لبيان ذلك ، وحد البلوغ صيرورة الإنسان بحال لو جامع ينزل ، وذلك مما يعرف في الرجل والمرأة بقولهما نحو أن يقول انزلت أو احتلمت أو حبلت وما يجري مجراه ، لأنه أمر يوقف عليه من جهتهما ، فيقبل فيه قولهما كقول المرأة في الحيض .

( قال ) أي القدوري (بلوغ الغلام بالاحتلام) البلوغ في اللغة الوصول، وفي الاصطلاح انتهاء حد الصغر والاحتلام من الحلم بالضم وهو ما يراه النائم ثم يقال حلم واحتلم فبلوغ الغلام يكون بالاحتلام ( والاحبال والانزال إذا وطيء ) والأصل هو الإنزال ، قال الله تعالى ﴿ وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم ﴾ ٥٩ النور ، وهذا بالاجماع بلا خلاف ، وكذلك بلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل بالاجماع ، وأما الانبات فهو نبت الشعر حول الذكر أو فرج المرأة بحيث يستحق أخذه بموسى،علامة البلوغ عند أحمد العانة ولا اعتبار له في قولنا ، وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار له بالاتفاق إلا في قول من الشافعي .

وفي الغاية وقال أصحابنا أن انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافاً للشافعي . وقال في شرح الطحاوي وروى عن أبي يوسف في غير رواية الأصول انه اعتبر نبات العانة ، وأما نهود الثدي فلا يحكم بالبلوغ فيه في ظاهر الرواية . وقال بعضهم يحكم به . وفي

فإن لم يوجد ذلك فمتى يتم ثماني عشرة سنة عند أبي حنيفة « رح » ، وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل ، فإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وقـــالا إذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول الشافعي . وعنه في الغلام تسع عشرة سنـــة . وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة سنة ويتم له ثماني عشرة سنة

---

الكشاف في تفسير سورة النور وعن علي انه كان يعتبر القامة ويقدر بخمسة أشبار ، وبه أخذ الفرزدق في قوله :

ما زال مذ عقدت يداه إزاره　　　وسمى فادرك خمسة الاشبـــار

( فان لم يوجد ذلك ) أي واحد من الأشياء المذكورة ( فحتى يتم له ثماني عشرة سنـة عند أبي حنيفة ) . بفتح العددين للتركيب وحذف التاء من ثمانية واثباتها في عشرة وتكسر الشين في عشرة وقد تسكن ، وكذلك الغلام في سبع عشرة .

(وبلوغ الجارية بالحيض والإحتلام والحبل وإن لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة) وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إذا تم الغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا ، وهـــو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي ) وأحمد أيضاً وعليه الفتوى. وقال داود لا حد للبلوغ من السن لقوله ﷺ رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر ، وهذا قول مالك . وقال أصحاب مالك سبع عشرة أو ثماني عشرة كقول أبي حنيفة « رح » .

( وعنه ) أي عن أبي حنيفـــة ( في الغلام تسع عشرة ، وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة سنة ) أي أن يدخل ، يقال طعن في السن يطعن بالضم طعناً من باب نصر ينصر ، وكذا طعنه بالرمح من هذا الباب ، وكذا طعن فيه بالقول . وأما طعن في المفازة إذا ذهب، فمستقبله يطعن بالضم ويطعن بالفتح أيضاً قـوله في التاسع عشرة، وكان القياس يقتضي أن يقال في التاسعة عشرة لأن المعنى في السنة التاسعة عشر

فلا اختلاف . وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أمـــا العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون

---

إلا إذا أريد بها العدد من السنين ، فحينئذ يجوز أن يقال في التاسع عشرة ( فلا اختلاف) أي إذا كان هذا رواية عن أبي حنيفة فلا اختلاف بين الروايتين .

( وقيل فيه اختلاف الرواية ، لانه ذكر في بعض النسخ ) أي في بعض نسخ المبسوط (حتى يستكمل تسع عشرة سنة) قلت له أن يستكمل، وهذا يدل على اختلاف الرواية. وقال الحـــاكم في الكافي لا يجوز طلاق الصبي حتى يحتلم أو يبلغ ، أو في ما يكون من وقت الاحتلام وذلك عند تسع عشرة سنة ، فإذا بلغ ذلك الوقت ولم يحتلم فهو بمنزلة الرجـل وقال أبو الفضل ذكر هذه المسألة في كتاب الوكالة من رواية أبي سليمان في موضعين فقال في أحدهما بلوغ الغلام أن يكمل له تسع عشرة سنة وبلوغ الجارية أن يكمل لها سبـع عشرة سنة . وقال في موضع آخر أن يطعن في التاسع عشرة وقطعت الجارية في السابـع عشرة، وهذا هو المشهور في قوله . ووجدت القول على هـــذا متفقاً في كتاب الوكالة في رواية أبي حفص . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » وفيه في الغلام والجارية خمس عشرة سنة فإذا تمت جاز طلاقه وإن لم يحتلم ، انتهى لفظه .

وذكر الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار في كتاب السير وكان محمد بن الحسن يذهب في الغلام إلى قول أبي يوسف رحمه الله وفي الجارية إلى قول أبى حنيفة رضي الله عنـــه. وقال القدوري رحمه الله في باب من أحق بالامانه في شرح مختصر الكرخي . وروي عن محمد رحمه الله أنه قال في الرقة في الغلام خمس عشرة ، وفي الجاريـة سبع عشرة . وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول أبي يوسف ومحمد والشافعي الجاريـــه والغلام يتقدر بخمس عشرة سنة .

(أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة) لأنه هو الأصل كما ذكرنا (والحبل والاحبال لا يكون

إلا مع الإنزال ، وكذا الحيض في أوان الحبل ، فجعل كل ذلك علامة البلوغ . وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين ، وأما السن فلهم العادة الفاشية في أن البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة ،

---

إلا مع الانزال، وكذا الحيض في أوان الحيض،فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك ) أي للبلوغ ( في حق الغلام اثنتي عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين ) وهذا لا يعرف إلا سماعاً أو تتبعاً . وقال تاج الشريعة لما روي عن عائشة رضي الله عنها بلغت على رأس تسع سنين ، وروي أن النبي عليه السلام بنى بها حين صار لها تسع سنين ، ومعلوم أن البناء من رسول الله ﷺ لا يكون إلا للتوالد والتناسل ، ولا يتحققان إلا بعد البلوغ ، فعلم بذلك بلوغها ، انتهى . قلت تزوج النبي عليه السلام عائشة رضي الله عنها وعمرها ست سنين ثابتاً في الصحاح وغيرها .

( وأما السن ) عطف على قوله أما العلامة ( فلهم ) أي فلابي يوسف ومحمد والشافعي « رح » ( العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر فيهما ) أي العادة الظاهرة الغالبة أن البلوغ لا يتأخر في الغلام والجارية ( عن هذه المدة ) أي خمس عشرة سنة ،ولانه روي أن ابن عمر رضي الله عنه قال عرضت على النبي عليه السلام يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عليه السلام يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فقبلني ورآني أني بلغت . وعن أنس رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه ، وأقيمت عليه الحدود .

قلت حديث ابن عمر رضي الله عنه في الصحاح ، ولكن لا يدل على مدعاهم ، لان الاجازة للقتال حكمها منوط بإطاقته والقدرة عليه وان إجازته عليه السلام فى الخمس عشرة لانه رآه مطيقاً للقتال ولم يكن مطيقاً له قبل ذلك لا لانه الحكم على البلوغ وعدمه ، ويدل عليه ماروي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الانصار فيلحق من أدرك منهم ،فعرضت على ما الحق فرآني غلاماً وردني فقلت

وله قوله تعالى ﴿حتى يبلغ أشده﴾ ١٥٢ الأنعام ، وأشد الصبي ثماني عشر سنة ، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه

---

يا رسول الله ﷺ لقد ألحقته ورددتني ، ولو صارعته لصرعته ، قال فصارعته فصرعته فألحقني ، قال الحاكم صحيح الاسناد ، وفي الاستيعاب لابن عبد البر عن الواقدي أنه عليه السلام استصغر عمير بن أبي وقاص وأراد رده وبكى ثم أجازه بعد فقتل عمير وهو ابن ست عشرة سنة . ومعنى قوله ورآني أني بلغت أي في القوة حد القتال . وأما حديث ابن أنس فلم يثبت فسقط الاحتجاج به .

( وله ) أي لابي حنيفة ( قوله تعالى ﴿ حتى يبلغ أشده ﴾ ٣٤ الاسراء ) أي قوته ، وقيل هو جمع شدة كالنعم جمع نعمة ، وقيل لا واحد لها (وأشد الصبي ثماني عشر سنة ، هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه ) هذا غريب ، والذي روي عن ابن عباس رضى الله عنه ﴿ حتى إذا بلغ أشده ﴾ نهاية قوة الشباب واستتبابه وهو ما بين ثمانية عشر سنة إلى أربعين . وروى الطبراني في معجمه الأوسط ثنا محمد بن بشر ثنا صفوان بن سعيد ابن جبير عن ابن عباس رضى الله عنهما في قوله تعالى ﴿ حتى إذا بلغ أشده ﴾ ١٥ الأحقاف قال ثلاثة وثلاثون سنة ، وهو الذي رفع عليه عيسى بن مريم عليه السلام . وروى ابن مردويه في تفسيره عن عبد الله عن عثمان بن خيثم عن مجاهد عن ابن عباس في قوله ﴿ حتى إذا بلغ أشده ﴾ قال بضعاً وثلاثين سنة ( وتابعه القتبي ) أي تابع ابن . .

. . . . . . . . . . . . . . . .

. . . . . [ وجد هذا البياض في نسخة المؤلف [1] ] . . . . .

( وهذا أقل ما قيل فيه ) أي قول ابن عباس أقل ما قيل في تفسير الاشد ، قال بعض السلف قال أقله اثنان وعشرون سنة ، وقيل ثماني عشر سنة ، وقيل عشرون ، وقيل ثلاث وثلاثون . وقيل أربعون ، وقيل أقصاه ثنتان وستون وثماني عشر أقل ما قيل

---

(١) البياض سطرين في النسخة التي بين أيدينا ، اه مصححه .

فبنى الحكم عليه للتيقن بـــه ، غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة . قـــال وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين ، لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتهما ظاهراً ، فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه

---

فيه ( فبنى الحكم عليه للتيقن به ) أي على الأقل للتيقن بالأقل ( غير أن الإناث ) كأنـــه جواب عما يقال إذا كان المتيقن هو ثماني عشرة سنة فلم نقصت سنة في الجارية فهلا كان أمرها كأمر الغلام . فأجاب عنه أن الإناث ( نشوءهـــن ) أي انتشاؤهن وبلوغهن ( وإدراكهن أسرع ) من إدراك الذكور ( فنقصنا سنة في حقهن لاشتمالهـــا على الفصول الأربعة ) وهي الربيع والصيف والخريف الشتاء ( التي يوافق واحد منها ) أي من الفصول الأربعة ( المزاج ) أي الطبيعة ، فيتقوى المزاج بذلك ( لا محالة ) أي لا حيلة ، ويجوز أن يكون في الحولي وهو القوة والحركة ، وهي بفعله منها وأكثر ما يستعمل لا محـــالة بمعنى الحقيقة واليقين ، أو بمعنى لا بد وزائدة وهو مبني على الفتح ، كذا في لا رجل ولا بـــد فافهم .

( قال ) أي القدوري ( وإذا راهق الغلام أو الجارية ) يقال رهقه ، أي دانى منه ، وصبي مراهق أي دان للحلم، واستشكل أمره في البلوغ ولم يعلم ذلك منـــه ( الحلم ) بضم الحاء أي الاحتلام (واشكل أمره في البلوغ ، فقال قد بلغت فالقول قوله ) قيل إنـــما يعتبر قوله بالبلوغ إذا بلغ اثنتي عشرة سنـــة أو أكثر ، ولا يقبل فيما دون ذلك ، لأن الظاهر يكذبه . وفي فتاوى قاضي خان والفتاوى الظهيرية أدنى السن الذي يعتبر قوله بالبلوغ اثنتي عشرة سنة ، وفي حق الجارية تسع سنين .

( وأحكامه أحكام البالغين لأنه ) أى لأن البلوغ ( معنى لا يعرف إلا من جهتهـــما ظاهراً ، فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه ) أى في البلوغ ، قيد بقوله ولم

بكذبها الظاهر إشارة إلى مـا ذكرنا من أن الغلام إذا ادعى البلوغ وعمره أقل من اثنتي عشرة سنة لا يصدق، والجارية إذا ادعته وعمرها أقل من تسع سنين لا تصدق . وذكر في فتاوى قاضي خان صبي يبيع ويشتري فقال أنا بالغ ، ثم قال بعد ذلك لست ببالغ ،فإن كان سنه اثنتي عشرة سنة أو أكثر لا يعتبر جحوده، وإذا كان دون ذلك لا يصح إخباره بالبلوغ ، ويصح جحوده ، وكذا ذكر في الفتاوى الظهيرية .

وفي الفتاوى الصغرى إذا أقر بالبلوغ وقاسم الوصي ان كان مراهقاً صـــح الإقرار والقسمة ولا يقبل قوله إني لم أكن بالغاً ، وإن لم يكن مراهقاً بل كان مثله لا يحتلم عادة لا يصح الإقرار ولا القسمة . وفي الواقعات صبي أقر أنـه بالغ وقاسم الوصي ، فان كان مراهقاً جازت قسمته ولم يقبل قوله إنه غير بالغ ، فإن لم يكن مراهقـاً ويعلم أن مثله لا يحتلم لم تجز قسمته ولم يقبل قوله انه بالغ .

( كما يقبل قول المرأة في الحيض ) لأنه معنى لا يعرف إلا من جهتها فالقول قولها إلا إذا كذبها الظاهر .

# باب الحجر بسبب الدين

قـــال أبو حنيفة « رح » لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص ،

---

## ( باب الحجر بسبب الدين )

أى هذا باب في بيان الحجر بسبب الدين . أخره عن حجر السفيه لأن هـذا الحجر موقوف على طلب الغرماء ، فيكون فيه وصف زائد على المشاركة في أصل الحجر، فصار كالمركب فأخر لذلك .

( قال أبو حنيفة رحمه الله لا أحجر في الدين ) هـــذا كلام مجمل وفصله بقوله ( وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه ) إنما أسنـــد الفعل إلى نفسه في الموضعين تنبيهاً على شدة تأكيده على منع الحجر لا يقال أن فيه تعظيماً للنفس ، لأن المعنى لو استفتيت أو رفع أمره إلى الحاكم لم أحجر عليـــه ، والكلام في موضعين ، أحدهما أن من ركبه الديون وليس في ماله وفاء وخيف أن يلجأ ماله بطريق الاقرار ويبيع التحلية وطلب الغرماء من القاضي الحجر عليه لا يحجر عليـــه عند أبي حنيفة . وقالا يحجر عليه ، وبه قالت الثلاثة ،والآخرانه لا يباع على المديون ماله في قوله خلافاً لهم العروض والعقار فيه سواء عند مبادلة أحـد النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك عنده استحساناً لقضاء دينه (لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) وهو ضرر الدائن .

فإن قلت العبد محجور لدفع ضرر خاص وهو ضرر المولى . قلت العبد إهـدار أهليته وآدميته بالكفر .

فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ، ولأنه تجارة لا عن تراض فيكون باطلاً بالنص ، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه . وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء ، لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظراً له ،

---

( فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ) لأن بيع ماله غير مستحق لقضاء الدين لامكان أدائه بوجه آخر فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عليه عند امتناعه كما في الاجارة والتزويج إذ يمكنه قضاؤه بالاستقراض والاستيهاب ( ولأنه تجارة لا عن تراض ) أي ولأن بيعه ماله بغير رضاه تجارة من غير تراض ( فيكون باطلا بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ٢٩ النساء ( ولكن يحبسه أبداً ) ولكن القاضي يحبس ماله أبداً ، وفي بعض النسخ ولكن يحبسه وأبداً نصب على الظرف ( حتى يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه ) الذي تحقق بالامتناع من قضاء الدين منه والحبس بالدين مشروع بالاجماع .

فإن قلت روى الدارقطني من حديث ابن مالك عن أبيه أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ رضي الله عنه ماله في دين كان عليه . وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ شاباً سخياً وكان لا يمسك شيئاً ، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين ، فأتى غرماؤه النبي عليه السلام كلهم ، فلو ترك أحد لترك معاذ لأجل رسول الله ﷺ ماله حتى قام معاذ بغير شيء . قلت هذا حكاية حال على أنه رسول الله ﷺ بنو الآن ما لم يكن وفاء لدينه فالتمس رسول الله ﷺ أن بينوا لي بيع ماله لبقي بدينه بواسطة بموكب تصرف رسول الله ﷺ على أنا نقول انه مرسل وهو ليس بحجة عند الخصم .

( وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء ، لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظراً له ،

وفي هذا الحجر نظر للغرماء ، لأنه عساه يلجىء ماله فيفوت حقهم .
ومعنى قولهما منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ، أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه . قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما ، لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة .

---

وفي هذا الحجر نظر للغرماء، لأنه عساه يلجىء ماله ) أى لأن المفلس المديون عسى أن يبيع ماله تلجئة من عظيم لا يمكن الانتزاع من يده ، أو بقوله بماله . وقال تاج الشريعة أى يقر لغير الغرماء حتى لا يصل إليهم وهو بتشديد الجيم من لجأ تلجئة ، وثلاثة لجاء ولجأت إليه لجاء بالتحريك وملجأ والموضع لجأ وملجأ أيضاً ( فيفوت حقهم ) أى حق الغرماء .

( ومعنى قولهما ) أى قول أبي يوسف ومحمد « رح » ( منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل ) أى أن يبيع بالغبن يسيراً كان أو فاحشاً ( أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء ، والمنع لحقهم فلا يمنع منه ) أى المنع إنما كان لحق الغرماء ، فاذا كان بثمن المثل لا يمنع .

( قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما ، لأن البيع مستحق عليه ) أى بيع المال لقضاء الدين المستحق عليه ( لايفاء دينه ، حتى يحبس لأجله ) أى لأجل البيع ويحبس بالدفع ، لأن حتى ها هنا للغاية كقولهم مرض فلان حتى لا يرجونه ( فاذا امتنع ) عن البيع ( ناب القاضي منابه كما في الجب ) بفتح الجيم وتشديد الباء وهو القطع لغة ، والمراد ها هنا أن المرأة إذا وجدت زوجها مجبوباً فانه يفرق بينهما ، فان امتنع عن ذلك ناب القاضي منابه ( والعنة ) بضم العين وتشديد النون ، وهو اسم من عن الرجل عن المرأة إذا منع عنها بالسحر . والعنين هو الذي لا تقوم له آلة ، إما لعلة أو لسحر وأراد أن المرأة إذا وجدت زوجها عنيناً فلها الخيار بعد الفصول الأربعة ، فان امتنع زوجها عن التفريق ناب القاضي منابه .

قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء الدين بمـــا يختاره من الطريق ، كيف وإن صح البيع كان الحبس إضراراً بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون ، فلا يكون مشروعاً . قـــال وإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره ، هذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه ، فللقاضي أن يعينـــه . وإن كان

---

( قلنا ) هذا جواب عما قال أبو يوسف ومحمد ومن تبعهما ( التلجئة موهومة ) لأنه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ويرتكب البيع بلا تراض ( والمستحـــق قضاء الدين ، والبيع ليس بطريق متعين ) لأنه يمكنه الاستيفاء بالاستقراض والاستيهـــاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة ( لذلك ) أى لقضاء الدين .

(بخلاف الجب والعنة) فان التفريق هناك متعين ، لأنه لم يمكنه الامساك بالمعروف، يعني عليه التسريح بالاحسان ، فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامساك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق ( والحبس لقضاء الدين ) جواب عن قولهما حتى يحبس لأجله ، وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لأجل البيع بل لقضاء الدين (بـما يختاره من الطريق ) الذى ذكرنا من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه ( كيف ) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع ) من القاضي ( كان الحبس اضراراً بهما ) أى بالمديون والغريم ( بتأخير حق الدائن ) إلى زمان تحقق امتناع المديون عـــن البيع ( وتعذيب المديون ) بالحبس ( فلا يكون ) الحبس ( مشروعـــاً ) لكن الحبس مشروع بالاجماع ، فدل ذلك على أنه ليس للقاضي ولاية البيع ، وهذا لا ينقلب . أمـــا حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا يشمل على الدائن لما خير حقه ، لأن للمديون ولاية البيع في كل لحظة ، بخلاف القاضي .

( قال فان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره ، وهذا بالاجماع، لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه ، وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو

دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » استحسان ، والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً . وجه الإستحسان أنهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الإتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الإختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملاً بالشبهين .

---

على ضد ذلك ) بأن كان دينه دنانير وله دراهم ( باعها القاضي في دينه ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » استحسان ) إنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان ذلك بالاجماع لأن الشبهة ترد على قوله ، لأنه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض ، فكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضاً ، لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف ( والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ، ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبراً ) أى من غير قضاء ، بخلاف ما لو ظفر بجنس حقه .

( وجه الاستحسان أنهما ) أى الدراهم والدنانير ( متحدان في الثمنية والمالية) ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في حكم الزكاة ( مختلفان في الصورة ، فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف ، وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين ) تقريره أن بالنظر إلى انهما متحدان في الثمنية يثبت ولايه التصرف للقاضي والغريم ، وبالنظر إلى أنهما متحدان ومختلفان في الثمنية ومختلفان صورة لا يثبت لهما أصلاً ، فعملنا بالوجهين وقلنا بولاية التصرف للقاضي دون الغريم ، ولم نعكس ، لان ولاية القاضي أقوى من ولاية الغريم ، فلما لم يثبت للقاضي فأولى أن يثبت للغريم ، فيكون فيه إبطال حق الشبهين ، فلهذا امتنع العكس .

وتوضيحه أن من العلماء من يقول أن لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضاه وهو ابن أبي ليلى والقاضي مجتهد ، فجعلنا له ولاية الاجتهاد وفي مبادلة أحد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه ولا يوجد هذا المعنى في سائر الاموال ، وفيه

بخلاف العروض ، لأن العرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أمـــا النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه

---

إضرار بالمديون من حيث إبطال حقه من غير ملكه ، وللناس في الاعيان أغراض وليس للقاضي أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو يستحق عليه ، وهـــذا المعنى لا يوجد في النقود ، لان المقصود هناك المالية دون العين .

( بخلاف العروض ) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين الدراهم والدنانير وبين العروض حيث جاز بيع القاضي في الدين في الدراهم والدنانير ، ولم يجز في العروض فقال بخلاف العروض حيث لا يجوز بيعه فيها ( لان العرض يتعلق بصورها وأعيانها ، أمـــا النقود فوسائـــل ) إلى حصول المقصود ولا يتعلق العرض بصورها وأعيانها ( فافترقا ) أى الحكمان يعني حكم النقدين وحكم العروض ( ويباع في الدين النقود ) هذا تفريع عـــلى قولهما ، يعني أن المديون لما جاز بيع ماله عندهما تبـــاع أولاً النقود ( ثم العروض ثم العقار ) وفي الذخيرة فعلى قولهما يبيع أو قاضى ماله ولكن يبدأ بدنانير إذا كان الدين دراهم قال فضل الدين مع ذلك بيع العروض أولاً لا العقار ، لان العروض معـــدة للتلف والتصرف والاسترباح عليه فلا يلحقه كثير ضرر في بيعه ، فان لم يف فحينئذ بيع العقار وأما دون ذلك فلا يبيعه لان العقار أعد للاقتناء فيلحقه ضرر كثير ، وهذا الذى ذكره رواية عنهما . وفي رواية يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التلف من عروضه ثم يبيع ما لا يخشى عليه التلف ثم يبيع العقار ( يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعـــاة جانب المديون ) حاصله أن القاضي نصب ناظراً فينبغي أن ينظر للمديون كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان أنظر له ( ويترك عليه دست من ثياب بدنه ) الدست بفتح الدال وسكون السين المهملة ، وأراد بـــه البدلة من قماش نحو القميص واللباس والعمامة .

ويباع الباقي، لأن به كفاية، وقيل دستان، لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس . قال فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعـــد قضاء الديون ، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم . بخلاف الإستهلاك لأنه مشاهد لا مرد له .

---

وفي العباب الدست من الثياب ومن الورق ومن صدر البيت ومن اللعب معربات ليست من كلام العرب . وفي الذخيرة إذا كان للمديون ثياباً يلبسها ويمكنه أن يجتزيء بعد من ذلك يبيع ثيابه ويشتري بثمنه ثوباً يلبسه ، ومـا فضل يقضى دينه لأن ذلك للتجميل وقضاء الدين غرض عليه ، وعلى هذا لو كان له مسكن وتمكينه أن يجتزيء بما دون ذلك يبيع المسكن ويشتري بثمنه ما يجتزيء وما فضل قضى دينه ولا يباع داره التي أغنى له عـن سكناها ، وبه قال أحمد. وقال الشافعي ومالك تباع ويستأجر من ثمنه مسكناً لهويقضي بالفضل دينه . وفي الخلاصة والنية ما لا يحتاج إليه في الحال كاللبد في السيف والنطع في الشتـاء لو كان له كانون من حديد يباع ويتخذ من الطين . وعن شريح أنه يباع عمامـة المحبوس وعن أبي يوسف هكـــذا . وفي شرح الطحاوي ولو باع القاضي أو أمينه مال المديون فالعهدة على المطلوب لا على القاضي وأمينه . وقال الشافعي وأحمد على المديون . وقال مالك على الغرماء وإن كان الثمن جنس حقهم وإلا على المديون .

( ويباع الباقي لأن به كفاية ) يعولان بالدست من الثياب كفاية ( وقيل دستان ،لأنه إذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس ) أي من لبس ثياب .

( قال ) أي القدوري ( فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون ) أي قال القدوري في مختصره . وقال في شرح الأقطع وهذا على قولهما ( لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين ، فلا يتمكن من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم ) أي فلا يتمكن المديون من إبطال حق الأولين ، وهذا الظاهر ( بخلاف الاستهلاك ) أي بخلاف مـا إذا استهلك المحجور عليه قبل قضاء الدين مال إنسان حيث يكون المتلف عليه أسوة للغرماء بـــلا خلاف ( لأنه مشاهد لا مرد له ) أي لان فعله أعني الاستهلاك مشاهد محسوس فلا يرد ،

ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدم وقت الحجر . قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه ، لان حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ، ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ، ولهذا لو تزوج امرأة كانت في

---

لان الحجر لا يصح في الفعل الحسي . وفي الذخيرة لو كان سبب الدين ثابتاً عند القاضي بعلمه أو بالشهادة بأن شهدوا على استقراضه أو شرابه بمثل القيمة شارك الغرماء وعند الشافعي لو أقر بدين لزمه قبل الحجر يصح ويلزمه في الاصح . وفي قول لا يلزمه وهو قول مالك وأحمد وأبي يوسف ومحمد «رح» وتصرفات المحجور من بيع أو هبة أو عتق لا تصح عند الشافعي في الاصح ، وبه قال مالك وأحمد في غير العتق ، وفي قول يصح ويكون موقوفاً . فان قضى دينه من غير نقض التصرف نفذ تصرفه ولا يفسخ منها الاضعف فالاضعف يبدأ بالهبة ثم بالبيع ثم بالعتق . وعند أحمد وأبي يوسف « رح » يصح عتقه لانه صدر عن مالك رشيد ولا يقبل الفسخ . وقال أحمد في رواية لا يصح كالبيع والهبة وما فعله قبل الحجر يصح بلا خلاف .

( ولو استفاد مالاً آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه ، لان حقهم لم يتعلق به ) أي بذلك المال ، وهكذا هو في بعض النسخ ( لعدم وقت الحجر ) أي لعدم ذلك المال وقت الحجر ، فلا يتعلق به حق الاولين .

( قال ) أي القدوري ( وينفق على المفلس من ماله ) أي ينفق على هذا المديون المحجور عليه عن التصرف ، وينفق على صيغة بناء المجهول ( وعلى زوجته وولده الصغار ) بضم الواو وسكون اللام جمع ولد ( وذوي أرحامه من يجب نفقته عليه ) أي وينفق أيضاً على ذوي أرحام المحجور عليه ( لان حاجته الاصلية متقدمة على حق الغرماء ، ولانه حق ثابت لغيره ) أي ولان الانفاق حق ثابت لغير المفلس وهو من يجب نفقته عليه ( فلا يبطله الحجر ، ولهذا ) أي ولاجل كون حاجته الاصلية مقدماً ( لو تزوج امرأة كانت في

مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء . قال فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة . ولو مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه .

---

مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء) لان الزيادة تضاف إلى التزامه وفيه إبطال حق الغرماء ولا يلي ذلك ، والاسوة بضم الهمزة وكسرها اسم من ابتنى به إذا اقتدى به واتبعه .ويقال اسليته بمالي أى جعلته أسوة اقتدى به ويقتدي هو بي .

( قال ) أى القدوري ( فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو ) أى المفلس ( يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، وذكرناهذا الفصل بوجوهه أي بطرقه ( في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ) لقوله تعالى ﴿ وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ٢٨٠ البقرة ، أى وإن وجد ذو إعسار ، أى فقر فالواجب نظرة أى انتظار إلى وقت اليسار والبينة على الاعسار بعد الحبس تقبل بالاتفاق فيطالبه القاضي بعد ذلك . وأما إذا قامت قبل الحبس ففيه روايتان في أحدهما تقبل وبه كان يفتي الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل . وفي الاخرى لا تقبل ما لم يحبس ، وعليه عامة المشايخ ، وإليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح أدب القاضي وهو الاصح .

( ولو مرض في الحبس يبقى فيه ) أى في الحبس ويبقى بالتشديد ( إن كان له خادم يقوم بمعالجته ، وإن لم يكن أخرجه تحرزاً عن هلاكه ) لانه لا يجوز الاهلاك لمكان الدين ،

والمحترف فيـــه لا يمكن من الإشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ، بخلاف ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه ، لانه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى .

---

ألا ترى لو توجه اليه الهلاك لمخمصة كان له أن يدفعه بمال الغير فكيف يجوز إهلاكه لأجل مال الغير . وعن أبي يوسف « رح » لا يخرجه في هذه الصورة أيضاً ، لان الهلاك لو كان لكان بسبب المرض وإنه في الحبس وغيره سواء . وفي الواقعات المحبوس في السجن إذا مرض وليس لاحد يماهده أخرج من السجن بكفيل ، لانه لو ترك كذلك يخاف عليه التلف ، والمستحق الحبس لا التلف . وفي الخلاصة هذا إذا كان الغالب عليه الهلاك ، والفتوى على قول محمد « رح » ، وإنما يطلقه بكفيل ، فان لم يجد الكفيل لا يطلقه ، فان كفل رجل وأطلقه فحضرة الخصم ليس بشرط .

( والمحترف ) أي المحبوس الذى يحترف ، يعني يكتسب بالحرفة وهي الصنعة قوله ( فيه ) أي في الحبس ( لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ) احترز به عن قول بعض مشايخنا لا يمنع من الاكتساب فيه ، وبه قال الشافعي في الاصح ، لان فيه نظراً للجانبين ، لان نفقته ونفقة عياله عليه فيمكن من الكسب . وقال الخصاف الاصح أنه يمنع منه ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ( ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه ) فينبعث بالنصب عطفاً على ليضجر ، وذلك لان الحبس للتضييق عليه ، حتى يتسارع إلى الوفاء ، فاذا أمكن من الاحتراف فيه صار بمنزلة القوت فلا يحصل المقصود .

( بخلاف ما إذا كانت له جارية ، وفيه ) أي وفي الحبس ( موضع يمكنه فيه وطأها لا يمنع عنه ، لأنه قضاء أحد الشهوتين ) أي لأن الوطء قضاء أحد الشهوتين وهما شهوة البطن وشهوة الفرج ( فيعتبر بقضاء الأخرى ) أي إذا كان كذلك فيعتبر أحد الشهوتين التي هي شهوة الفرج بالشهوة الأخرى وهي شهوة البطن . وفي الخلاصة لا يضرب المديون ولا يغل ولا يقيد ولا يخوف ولا يقام بين يدي صاحب الحق إهانة ، ولا يؤاجر في المنتقى

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعـــد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي. قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص

---

يقيد المديون إذا خيف الفرار ولا يخرج المديون لجمعة ولا عيد ولا حج ولا صلاة الجنازة ولا عيادة المريض ويحبس في موضع وحش لا يبسط له فرش ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به ذكره الإمام السرخسي .

( قال ) أي القدوري ( ولا يحول بينه وبين غرمائه ) أي لا يحول القاضي بين المديون المفلس وبين غرمائه ( بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ) أي يدورون معه حيث ما دار ولا يفارقونه في موضع معين لأنه حبس . وقال الناصحى في تهذيب أدب القاضي قال ابن كاس في أدب القاضي قال أبو يوسف ومحمد إذا صح أنه معسر فلا سبيل إلى لزومه ، وعلى قول اسماعيل بن حماد ليس للمدعي أن يلازمه ، ولكن يأخذ كفيلاً ، ذكره شمس الأئمة في شرح أدب القاضي للخصاف .

( ولا يمنعونه من البيع والتصرف والسفر ) لأن فيه ضرراً بيناً عاماً ( لقوله ﷺ لصاحب الحق يد ولسان ) هذا دليل لقوله يلازمونه ، والحديث رواه الدارقطني في سننه حدثنا أبو علي الصفار حدثنا عباس بن محمد حدثنا أبو عاصم حدثنا ثور عن يزيد عن مكحول قال ، قال رسول الله ﷺ إن لصاحب الحق اليد واللسان . وأخرج البخاري في الاستقراض ومسلم في البيوع عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال أتى النبي ﷺ رجل يتقاضاه فأغلظ له فهم به أصحابه فقال دعوه ، فإن لصاحب الحق مقالاً ( أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ) وليس المراد باليد أن يتطاول عليه بيد ، ولا باللسان أن يؤذيه بالكلام الفاحش . وجه التمسك به أنه مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله .

( قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص ) أي يأخذ كل واحد منهم

لاستواء حقوقهم في القوة . وقالا إذا أفلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً ، لان القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة . وعند أبي حنيفة « رح » لا يتحقق القضاء بالإفلاس ، لان مال الله تعالى غاد ورائح ، ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً

---

بقدر حصته من الدين، هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذه القاضي وقسمه بينهم بدون اختياره . وأما المديون ففي حال صحته لو آثر أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره له ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه الف درهم لثلاثة نفر لواحد منهم خمسمائة ولآخر منهم ثلاثمائة ولآخر منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء فحبسوه بديونهم في مجلس القاضي كيف يقسم أمواله بينهم ، قال إذا كان المديون حاضراً فإنه يقضي ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ، ويؤثر البعض على البعض لأنه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيتصرف فيه على حسب مشيئته ، وإن كان المديون غائباً والديون ثابتة عند القاضي يقسم المال بين الغرماء بالحصص ، إذ ليس للقاضي ولاية تقديم بعضهم على بعض ( لاستواء حقوقهم في القوة ) أي لاستواء حقوق الغرماء في قوة الثبوت فلا يترجح البعض على البعض .

( وقالا إذا فلسه الحاكم ) بتشديد اللام ، أي قال أبو يوسف ومحمد « رح » إذا حكم القاضي بإفلاس المديون وإعساره ( حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالاً ، لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت العسرة ، ويستحق النظرة إلى الميسرة ) كما لو كان دينه مؤجلاً ، وبه قالت الثلاثة .

( وعند أبي حنيفة لا يتحقق القضاء بالإفلاس ، لأن مال الله غاد ورائح ) أي آت وذاهب ، وكم من غني يمشي في مال جزيل ويصبح فقيراً ، وكم من فقير يمشي ويصبح غنياً ( ولأن وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق إلا ظاهراً ) إذ لا وقوف لهم على الحقيقة

فيصلح للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البينة ، إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار لانها أكثر إثباتاً ، إذ الأصل هو العسرة ، وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس فيه

---

( فيصلح ) أى الظاهر ( للدفع لا لإبطال حق الملازمة . وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن بينة اليسار تترجح على بينة الإعسار ) أى قول القدوري في مختصره ، واليسار بفتح الياء إسم للإيسار من أيسر إذا استغنى ، والإعسار مصدر أعسر ، أى افتقر . وفي بعض النسخ على بينة العسار بفتح العين بمعنى الإعسار . قال في المغرب هو خطأ ، قيل ذكر هذا على طريق الازدواج .

قلت لم يقل أحد في الازدواج باللحن والخطأ في اللفظ على أنه لا يطلب إلا في الخطب والرسائل في كلام الفصاء ويقع في كلام الله تعالى لابتداع أسلوبه ونهايته في منهج البلاغة والفصاحة ، أو كلام الرسول ﷺ لكونه مخصوصاً بجوامع الكلم .

( لأنها ) أى لأن بينة اليسار (أكثر إثباتاً إذ الأصل هو العسرة) واليسار طار فصار كبينة ذي اليد في مقابلة بينة الخارج . وفي خلاصة الفتاوى فإن أقام المديون البينة على الإفلاس فأقام الطالب البينة على اليسار ، فبينة الطالب أولى ولا حاجة الى بيان ما يثبت به اليسار ، وفي بينة الإفلاس لا يشترط حضرة المدعي وينبغي أن يقول الشهود إنه فقير لا نعلم له مالاً ولا عرضاً من العروض يخرج بذلك عن حال الفقير . وعن أبي القاسم الصفار ينبغي أن يقول الشهود نشهد أنه مفلس معدوم لا نعلم له ما سوى كسوته التي عليه وثياب ليلة .

( وقوله ) أى قول القدوري ( في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار ولا يجلسه في موضع ) أى لا يجلس الغريم المديون في موضع معين ( لأنه حبس فيه ) أى إجلاسه في موضع معين حبس وليس له حق الحبس لأنه ليس

ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لان الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة . ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب ، لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره ، فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه . ولو كان الدين للرجل على المرأة

---

بستحق عليه . وعن محمد رحمه الله للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه أو بيته ، لأنه ربما يطوف في الأسواق والسلك من غير حاجة فيتضرر به المدعي . وفي رواية عنه يلازمه حيث أحب في المصر . ولو كان لا معيشة له إلا من كسبه لا يمنعه أن يسعى في مقدار قوته يوماً ، فإذا حصل ذلك القدر في يومه فله منعه من الذهاب في ذلك ويجلسه . وفي الواقعات رجل قضى عليه بحق لانسان فأمر غلامه أن يلازم الغريم ، فقال الغريم لا أجلس معه بل أجلس مع المدعي فله ذلك ، لأنه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبد فيكون عليه في ذلك الوقت زيادة ضرر .

( ولو دخل في داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره إلى أن يخرج ، لأن الانسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ) وعن هذا قيل إذا أعطاه الفداء أو أعداه موضعاً لأجل إيفائه له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب من جانب آخر ، كذا في الذخيرة. وفي الأقضية إذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه لا يمنعه من ذلك إلا إذا كفاه نفقته ونفقة عياله ، وهكذا في الدخول في البيت .

( ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الأضيق عليه ) أى على المطلوب لأن ملازمة من لا يجانسه أشد من كل شديد ( إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه ) أي على المطلوب ( بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يحبسه دفعاً للضرر عنه . ولو كان الدين للرجل على المرأة

لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها . قال ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه. وقال الشافعي «رح» يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ ، لانه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا لانه عقد معاوضة وقضيته[1] المساواة

---

لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالأجنبية ،ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها ) ولم يذكروا إذا كان الدين للمرأة على الرجل فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يبعث رجلاً أميناً من جهتها ملازمة . وفي الخلاصة فإن لم يجد امرأة إن شاء جعلها مع امرأة في بيت وهو على بابها والمرأة في بيت نفسها وهو على بابها ونقله عن النسفي.

( قال ) أي القدوري ( ومن أفلس ) وفي بعض النسخ فإن أفلس يقال أفلس الرجل إذا لم يبق في يده مال كأن دراهمه سارت فلو سارت يوماً كما يقال أخبث الرجل إذا صار أصحابه خبثاً وأقطمن إذا صارت دابته قطوفاً ، ويجوز أن يراد به إن صار إلى حال يذر فيها كما يقال أقهر الرجل إذا صار إلى حالة يقهر عليها وأزال إذا صار إلى حال بذل فيها ( وعنده متاع لرجل بعينه ) أى والحال أن عنده متاع لشخص معين ( ابتاعه منه ) أي قد اشتراه من الرجل كما في قوله تعالى ﴿ أو جاءوكم حصرت صدورهم ﴾ أي قد حصرت ( فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه ) أي في المتاع .

( وقال الشافعي «رح» يحجر القاضي على المشتري بطلبه ) أى بطلب البائع الحجر عليه حتى لا ينفذ تصرفه بالبيع وغيره ( ثم للبائع خيار الفسخ ، لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع ، وهذا ) إشارة إلى وجه القياس والجامع بين عجز المشتري عن إيفاء الثمن وعجز البائع عن تسليم المبيع ( لأنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ) أي لأن المبيع عند معاوضته وقضيته المساواة

---

(١) ومن قضيته — هامش .

فصار كالسلم . ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره ، وإنما المستحق وصف في الذمـــة ، أعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا في موضع التعذر كالسلم ،

---

وهي فيما ذكرنا ( فصار كالسلم ) هذا جواب عما يقال هذا قياس مع وجود الفارق وهـو فاسد ، وذلك لأن الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ ، بخلاف المبيع فإنه غير بدل عليه الفسخ ، فأجاب بقوله فصار كالسلم يعني لا نسلم أن كونه ديناً يمنع عن الفسخ ، فان المسلم فيه دين لا محالة ، فإذا تعذر قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حـــق الفسخ ، كذا هذا . وبقول الشافعي رحمه الله قال مالك وأحمد والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وروي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم .

( ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين ) أي عين الدراهم المنقودة وعين الدنانير المنقودة ( وهو غير مستحق بالعقد ) أي غير الدراهم المنقودة غير مستحق ، بل المستحق به الدين وهو وصف في الذمة يعلم انه عجز عن تسليم شيء غير مستحق بالعقد ( فـــلا يثبت حق الفسخ باعتباره ) أي باعتبار أنه غير مستحق بالعقد ( وإنما المستحق وصف في الذمة أعني الدين ) ولا يلزم من العجز عن تسليم عين الدراهم أو عـــين الدنانير بالإفلاس العجز عن المستحق بالعقد ( وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة ) حكمية ، هـذا جواب عما يقال لما كانت العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب إنسان يتبرأ ذمـــة المديون بدفع المنقود .

وتقرير الجواب أن المستحق بالعقد هو الوصف الثابت في الذمة وقضاء الدين واجب ، وذلك بالوصف غير متصور ، وجعل الشارع العين بدلاً عنه ، فإذا قبض العين بـــدلاً عنه تحقق بينهما مبادلة من حيث أنه ثبت لكل واحـــد منهما في ذمة الآخر وصف فيلتقيان قصاصاً .

( هذا ) أي تحقق المبادلة ( هو الحقيقة ) في قضاء الدين ( فيجب اعتبارهـــا إلا في موضع التعذر كالسلم ) حيث يكون المسلم فيه الذي هو الحنطة أو الشعير حكم الدين الذي

هو الوصف الثابت في الذمة لتعذر القول بالإستبدال ( لأن الإستبدال ممتنع) لقوله ﷺ لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك ( فأعطى للعين حكم الدين) تحرزاً عن الإستبدال فيكون العين مستحقاً بالعقد ، فصار العجز عنه كالعجز عن تسليم المبيع .

فإن قيل ما تقول في حديث أبي هريرة الذي أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما أنه ﷺ قال من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به ، وقد روي هـــذا الحديث بوجوه مختلفة . قلت أبو هريرة رضي الله عنه روى أيضاً عن النبي عليه السلام أيما رجل باع سلعة فأدركها عند رجل قد أفلس فهو ماله بين غرمائه ، أخرجه الدارقطني فاختلفت الرواية ، وذلك يوجب وهناً في الحديث على ما عرف .

فإن قلت في إسناده ابن عياش وهو ضعيف . قلت قد وثقه أحمد رحمه الله وقد احتج بالحديث الخصاف والرازي .

فان قلت قال الدارقطني لا يثبت هذا الحديث عن الزهري رحمه الله مسنداً ، وإنما هو مرسل . قلت المرسل عندنا حجة ، وأسنده الخصاف والرازي . ولئن سلمنا فمعناه إذا باع شيئا على أنه بالخيار فوجد المشتري مفلساً في مدة الخيار فهو أحق بمـــاله ، أي فيتخير الفسخ ويكون معناه إرشاد إلى ما هو الأوثق كما في قوله تعالى ﴿ واشهدوا إذا تبايعتم ﴾ ، وغيره . وقيل هذا محمول على الغصب ، فان المغصوب منه أحـــق بماله إذا وجد عند الغاصب ، وفيه نظر لأن قوله قد أفلس يبقى حقه حينئذ ضائعاً ، لأن أحقيـــة الملك ثابت في الغصب وجد مفلساً أو مليئاً . وقيل هو محمول على الوديعـــة وفيه نظر أيضاً . وقيل محمول على انه قبض المبيع بغير إذن البائع وفي هذا الموضع له حق الاسترداد وما ذهبا إليه وهو قول جماعة من الجلة الأكابر

قال عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال أيما رجل باع من رجل سلعـــة فأفلس المشتري فإن وجد البائع سلعة بعينها فهو أحق بها ، فان كان قبض من ثمنها شيئاً فهـــو والغرماء سواء ، وإن مات المشتري فالبائع أسوة الغرماء ، وكذا روي عن معمر بن عبد العزيز . وروي أيضاً عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح قال أيما غريم اقتضى

منه شيئاً بعد إفلاسه فهو والغرماء سواء يخاصمهم به ، وبه كان يفتي ابن سيرين ، وإليه ذهب ابن جنيد ذكره صاحب التمهيد ، وفي الاستذكار قال النخعي وأبو حنيفة وأهل الكوفة هو أسوة الغرماء على كل حال . وروي ذلك عن خلاص عن علي رضي الله عنه وابن حزم صحيح روايته . وحكى الخطابي هذا القول عن ابن شبرمة أيضاً .

فان قلت روى أحمد في مسنده عن سمرة أنه عليه السلام قال من وجد متاعاً عند مفلس فهو أحق به . قلت في اسناده عمر بن ابراهيم قال أبو حاتم لا يحتج به .

فان قلت روى البيهقي عن الشافعي قال قرأنا على مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر ابن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض البائع من ثمنه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به . قلت هذا مرسل وهو ليس بحجة عندنا .

فان قلت روى البيهقي من حديث معمر عن أيوب عن عمر رضى الله عنه وابن دينار عن هشام بن يحيى عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال إذا أفلس الرجل ووجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء . قلت قد مر الجواب عن حديث أبي هريرة في هذا الباب .

فان قلت روى الطيالسي عن ابن أبي ذئب حدثني أبو المعتمر عن عمر بن خالد ، قال أتينا أبا هريرة في صاحب لنا يعني أفلس فأصاب رجل متاعه بعينه ، قال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ إن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به ، إلا أن يدع الرجل وفاء . وذكر البيهقي عن الشافعي أنه قال الذمي أحدث به أولى ، يعني حديث ابن خلدة من قبل أن ما أحدث به موصول يجمع فيه النبي عليه السلام بين الموت والإفلاس . وحديث ابن شهاب منقطع . قلت قال عبد الحق في أحكامه ، قال أبو داود من يأخذ بهذا أبو المعتمر من هو ، أي لا يعرف . وقال الطحاوي لا تعرف من هو ولا سمعنا له ذكراً إلا في هذا الحديث . وفي الإشراف الحديث مجهول الإسناد والله أعلم بالصواب .

# كتاب المأذون

## الإذن هو الإعلام لغـــة . وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته ،

---

### ( كتاب المأذون )

إيراده عقيب الحجر ظاهر التناسب إذ الإذن بعد الحجر .

( قال الإذن هو الإعلام لغة ) يعني من حيث اللغة . قال الجوهري إذن له في الشيء إذناً وأذن بمعنى علم ، ومنه قوله تعالى ﴿ فأذنوا بحرب من الله ورسوله ﴾ ، وأذنـــه له إذناً بفتحتين استمع ، انتهى . قال تاج الشريعة وفيا نحن فيه إعلام لأن المولى يعلم عبده بعدم حجره ويعلم الناس بذلك أيضاً . وفي المغرب الإذن من الإذن وهو الاستماع يقال استأذنه فلم يأذن له وهو مأذون له وهي مأذون لها وترك الصلة ليس من كلام العرب كما في المحجور عليه .

( وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا ) أي فك الحجر الثابت بالرق حكماً ورفع المانع من التصرف حكماً ، والمولى إذا اذن لعبده في التجارة فقد أسقط عن نفسه الذي كان العبد لأنه محجوراً عن التصرف في مال المولى قبل إذنـــه فيصير عندنا بمنزلة المكاتب . وعند الشافعي وأحمد وهو إنابة وتوكيل . وقال الأترازي وإنما قيد بقوله عندنا احترازاً عـــن قول زفر والشافعي ، فإن الإذن عندهما توكيل وإنابة في التصرف . وفائدة الخلاف أن الاذن بالتجارة لا يتخصص حتى لو أذن له في نوع يكون مأذوناً في أنواع التجارة عندنا خلافاً لهما أو لزفر أيضاً كما يجيء إن شاء الله تعالى .

( والعبد بعد ذلك ) أي بعد إسقاط الحق ( يتصرف لنفسه بأهليته القديمة ) فيكون

لانه بعد الرق بقي أهلاً للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى ، لانه ما عهد تصرفه إلا موجباً لتعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ، ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ، ولهـــذا لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبده

---

تصرفه لنفسه لا لمولاه بالتوكيل والانابة (لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز ) أى لأن العبد بعد الرق صار أهلا للتصرفات إذ ركن التصرف كلام معتبر شرعاً لصدوره عن مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق، وهما لا يفوتان بالرق ، إذ صلاحية الذمة للالتزام من كرامات البشرية وبالرق لا يخرج عن كونـــه بشراً غير أن امتناعه( وانحجاره عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد ) أى بما عرف ( تصرفـــه إلا موجباًلتعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك ) أى ما ذكر من رقبته أو كسبه ( مال المولى فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ) فاذا أذن فقد رضي باسقاطه حقه (ولهذا) أى ولكون صحة تصرفه بأهلية نفسه ( لا يرجع ) أى العبد ( بما لحقه من العهـــدة على المولى ) لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عـــن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ، ولهذا لو أقر بالقصاص على نفسه صح ، وإن كذبـه المولى فكان الشراء حقاً له ، وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الإذن أيضاً ، لكن شرطنا إذنه دفعاً للضرر عنه بغير رضاه .

فان قيل المأذون عدم أهليته لحكم التصرف وهو الملك ، فينبغي ألا يكون أهلاً لنفس التصرفات ، ولأن التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهـل لذلك . أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أصل في ذلك كما أشرنا إليه .

فان قيل لو كان العبد يتصرف بأهليته والإذن فك الحجر لما كان للمولى ولايـة الحجر بعده امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل ، لأن الساقط لا يعود .

( ولهذا ) أي ولكون الإذن إسقاطاً عندنا ( لا يقبل التوقيت حتى لو أذن لعبـده

يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه لأن الإسقاطات لا تتوقف ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي .

---

يوماً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه ) لأن تصرفه بحكم مالكيته الأصلية ، وإنها عامة لا تختص بنوع ومكان ووقت.

فان قيل قوله فك الحجر وإسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه . أجيب عنه بجوابين ، أحدهما أنه ليس باستدلال ، وإنما هو تصحيح النقل بدل يدل على انه عندنا معروف بذلك . والثاني أنه حكمه الشرعي وهو تعريفه ، وكان الإستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً لا يقال لا يصح الإستدلال على عدم التخصيص والتوفيق بإذن الإذن عبارة عن فك الحجر والإطلاق وتمليك اليد ، فان القضاء إطلاق واثبات للولاية مع انه قابل للتخصيص ، وكذا الإعارة والإجارة تمليك للمنفعة واثبات اليد على العين مع انه قابل للتخصيص لأنا نقول القاضي لا يعمل لنفسه بل هو نائب عن المسلمين ، ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة في مال المسلمين، بخلاف العبد فانه لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة . وأما المستأجر والمستعير فانه يتصرف في محل هو ملك الغير بايجاب صاحب الملك له وإيجابه في ملك نفسه يقبل التخصيص فافهم ( لأن الاسقاطات لا تتوقف ) كالطلاق والعتاق وتأجيل الدين وتأخير المطالبة، إذ الساقط يتلاشى ( ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذوناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي) ومالك وأحمد هذا من باب بيان الضرورة وقد عرف في الأصول . قالوا السكوت محتمل الرضاء وفرط الغيظ وقلة الإلتفات إلى تصرفه لعلمه بكونه محجوراً ، والمحتمل يكون حجة .

قلنا جعل سكوته حجة لأنه موضع بيان إذ الناس يعاملون العبد عليهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى إلى لحوق ديون عليه وإذا لم يكن مأذوناً تتأخر المطالبة إلى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق . وفي ذلك إضرار للمسلمين بإيتاء حقهم ولاضرار في

ولا فرق بين أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى والأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها

---

الإسلام ، وليس للمولى فيه ضرر يتحقق ، لأن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ، فكان موضع بيان أنه راض به والسكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان .

فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح ، فكيف يصح غيره ، وكذا إذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن إذناً فما الفرق . أجيب بأن الضرورة في التصرف الذي رآه مستحق بإزالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته ، وليس في ثبوت الإذن في غيره ذلك لما قلنا أن الدين قد يلحقه ، ولا يلزم من كون السكوت إذناً بالنظر إلا ضرر متوهم كونه إذناً بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي ماله وفي الرهن لم يكن سكوته إذناً ، لأن جعله إذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد ، وقد لا يصل إلى يده من محل آخر ، فكان في ذلك ضرر محقق ، لا يقال الراهن أيضاً يتطور ببطلان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكم ، لأن بطلان ملكه عن الثمن موقوف ، لأن بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن البديات فكان أقوى .

وأما الرقيق عبداً كان أو أمة إذا زوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه إذناً . قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الإسلام ، لأن السكوت إنما يصبح إذناً وإجارة دفعاً للضرر على أحد في نكاح العبد والأمة ، لأن النكاح يكون موقوفاً ، لأن نكاح المملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه ومنافع بضع المملوكة كذلك ، وليس لأحد إبطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخه فلا يتضرر به أحد . قيل فيه نظر ، لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته ، وإنما هو في أن سكوته إجازة أولا ، ولعل الصواب أن يقال إن في ذلك ضرراً محققاً بالمولى فلا يكون السكوت إذناً .

( ولا فرق أن يبيع عيناً مملوكاً للمولى والأجنبي ) أي أو مملوكاً للأجنبي ( باذنه أو بغير إذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً ، لأن كل من رآه يظنه مأذوناً له فيها ) أي في التجارة

فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ، ولم يكن راضياً به لمنعه دفعاً للضرر عنهم . قال وإذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً جاز تصرفه في سائر التجارات ، ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيده . ووجهه أن التجارة اسم عـــام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما بدا له من أنواع الأعيان لأنه أصل التجارة . ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه ، وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة

---

( فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذوناً له ولو لم يكن راضياً به لمنعه دفعاً للضررعنهم ) أي كل ما رآه من الناس .

( قال ) أي القدوري ( وإذن المولى لعبده في التجارة إذناً عاماً )يعني لم يقيد بنوع من التجارة ( جاز تصرفه في سائر التجارات ) أي جميعها ، يقال سائر أي جميعهم ( ومعنى هذه المسألة ) أي معنى مسألة الاذن العام ، يعني تصوره ( أن يقول له أذنت لـــك في التجارة ولا يقيده ) بنصب الدال عطفـــاً على قوله أي فلا يقيد الاذن بنوع من أنواع التجارة ، وهذا بلا خلاف ، وإنما الخلاف في الاذن بنوع فكان فائدة ذكـر معنى المسألة لبيان نفي الخلاف .

(ووجهه أن التجارة ) أي وجه جواز تصرفه في سائر التجارات ( إسم عام) لأنــه إسم جنس محلى باللام فكان عاماً ( يتناول الجنس ) أى جنس التجارة للعموم ( فيبيع ويشتري ) أى إذا كان كذلك يبيع ويشتري ( ما بدا له ) أى ما ظهر له ( مـن أنواع الأعيان لأنه ) أى لأن بيـع الأعيان ( أصل التجارة ) والمنافع لكونها قائمـــة بالأعيان فألحقت بها .

( ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه ) أى الغبن اليسير ، وعند الشافعي وأحمد لا يجوز إلا بثمن المثل كما في الوكيل ( وكذا بالفاحش عند أبـــي

خلافاً لهما. هما يقولان أن البيع الفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن كالهبة. وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحر، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون.

---

حنيفة ) أي كذا يجوز بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة سواء كان عليه دين أو لا ( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» وبقولهما قال زفر والشافعي وأحمد.

( هما يقولان أن البيع الفاحش منه بمنزلة التبرع ) وهو خلاف المقصود إذ المقصود الاسترباح دون الإتلاف فلا ينتظم الاذن ( حتى اعتبر ) البيع بالغبن الفاحش ( من المريض من ثلث ماله ) لأنه بمنزلة التبرع، فصار كالهبة ( فلا ينتظمه الاذن كالهبة ) أي أي إذا كان كذلك فلا ينتظم البيع بالغبن الفاحش الاذن.

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( أنه ) أي أن المبيع بالغبن الفاحش ( تجارة ) لا تبرع، لأنه وقع في ضمن عقد التجارة، والواقع في ضمن الشيء له حكم ذلك الشيء ( والعبد متصرف بأهلية نفسه ) لما مر تقديره ( فصار كالحر ) بالاذن فالحر يملك البيع بالغبن الفاحش، فكذا العبد المأذون. وقال تاج الشريعة أي كالحر المريض المديون المستغرق جميع تركته بالدين.

فان قلت يشكل بالمريض حيث لا يتصرف فيما وراء الثلث وإن كان يتصرف بأهليته قلت إنما لا يملك لتعلق حق الغير وهو الغريم أو الوارث بذلك المال، حتى لو رضي ينفذ ولا كذلك المولى لسقوط حقه.

( وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ) أي على الخلاف المذكور الصبي المأذون له من جهة أبيه أو وصيه في التجارة إذا باع بالغبن الفاحش، وكذا المكاتب والمعتوه المأذون. ثم أبو حنيفة فرق بين البيع والشراء في تصرف الوكيل بالغبن وسوى بينهما في تصرف المأذون، لأن الوكيل يرجع على الآمر لما يلحقه من العهدة، فكان الوكيل بالشراء متهما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر الغبن أراد أن يلزمه الأمر وهذا لا يوجد في تصرف

ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين ، وإن كان فمن جميع ما بقي ، لأن الإقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ، وإن كان الدين محيطاً بما في يده يقال للمشتري أو جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر ، وله أن يسلم ويقبل السلم لأنه تجارة ،

---

المأذون لأنه لا يرجع بما لحقه من العهدة على أحد فاستوى البيع والشراء في حقه ، كذا في المبسوط .

( ولو حابى ) أي العبد المأذون وهو من المحاباة ومن الحباء وهو العطاء ، وصورته أن يوصي بأن يبيع عبده من فلان وقيمته ألف مثلاً بخمسمائة ( في مرض موته يعتبر من جميع ماله إذا لم يكن عليه دين ) لأنه يكون محاباة من المولى ، لأن المال للمولى ، والشرط أن يكون المولى صحيحاً حتى إذا كانت المحاباة منه في مرض الولي لمحاباته باليسير ، والفاحش معتبر من الثلث عند أبي حنيفة ، كما لو حابى المولى بنفسه في مرضه . وعندهما محاباته باليسير كذلك وبالفاحش باطل وإن كان يخرج من ثلث مال المولى ، لأنه لا يملك هذه المحاباة بالإذن في التجارة كما لو باشره في صحة المولى ( وإن كان ) عليه دين ( فمن جميع ما بقي ) يعني يؤدي دينه أولاً فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة ( لأن الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ، ولا وارث للعبد ) لا يقال المولى وارث لأنه رضي بسقوط حقه بالإذن ، فصار كالوارث إذا سقط حقه في الثلثين بالإجارة ، فإنه يتصرف المريض للكل فكذا هذا .

( وإن كان [1] الدين محيطاً بما في يده ) بطلت المحاباة (يقال للمشتري أو جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما في الحر ) إذ حابى في مرض موته ( وله أن يسلم ويقبل السلم ) أي للمأذون أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم إليه ( لأنه تجارة ) أي لأن الاسلام تجارة ، و كذا

---

(١) وإذا كان — هامش .

ولـــه أن يوكل بالبيع والشراء لأنه قـد لا يتفرغ بنفسه . قال ويرهن ويرتهن لأنهما من توابع التجارة فإنهما إيفـــاء واستيفاء ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت ، لأن كل ذلك من صنيع التجارة ويأخذ الأرض مزارعة ، لأن فيـــه تحصيل الربح ويشتري طعاماً ويزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح ، قـــال عليه السلام الزارع يتاجر ربه . وله أن يشارك شركة عنان

---

قبول السلم (وله أن يوكل بالبيع والشراء ، لأنه قد لا يتفرغ بنفسه ) فجاز الاستعانة بغيره لأن ذلك من صنيع التجارة .

( قال ) أي القدوري ( ويرهن ويرتهن ، لأنهما من توابع التجارة فإنها إيفـاء ) في الرهن ( واستيفاء ) في الارتهان وهما من التجارة ( ويملك أن يتقبل الأرض) أي يأخذها لقبالة ، أي يستأجرها أو يتقبل الأرض الموت من الإمام للاحيـــاء . وفي المغرب قبالة الأرض أن يتقبلها إنسان فيقبلها الإمام أي يعطيها أيام مزارعـة أو مساقاة ( ويستأجر الأجراء ) وهو جمع أجير ( والبيوت ) أي يستأجر البيوت ( لأن كل ذلك من صنيـــع التجارة ) أي كل ما ذكر من الأشياء التي تقدمت ( ويأخذ الأرض مزارعة ، لأن في ذلك تحصيل الربح ) لأنه إن كان البذر من قبله فهو مستأجر الارض ببعض الخـارج وذلك أنفع من الاستئجار بالدراهم ، لأنه إذا لم يحصل خارج لا يلزمه ، بخلاف الاستئجـــار بالدراهم وإن كان البذر من قبل صاحب الأرض فهو أجـــر نفسه من رب الأرض لعمل المزارعة ببعض الخارج . ولو أجر نفسه بالدراهم صار كما سيجيء فكذا هذا .

( ويشتري طعاماً ويزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح ) وإن كان استهلاكاً حقيقة ( قال ﷺ الزارع يتاجر ربه ) هذا الحديث ليس له أصل ، وهو غريب جداً .

( وله أن يشارك شركة عنان ) قيد به لأنه ليس له شركـة المفاوضة لأن مبناه على الوكالة والكفالة ، والوكالة داخلة تحت الإذن دون الكفالة ثم يصح منه شركـة العنان مطلقاً عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة حتى لو اشترك المأذون شركـــة عنان على أن

ويدفع المال مضاربة ويأخذها ، لأنه من عادة التجار ، وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً للشافعي « رح » وهو يقول لا يملك العقد على نفسه ، فكذا على منافعه لأنها تابعة لها . ولنا أن نفسه رأس مالـــه فيملك التصرف فيها إلا إذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لأنه ينحجر به والرهن لأنه يحبس بهفلا يحصل به مقصود المولى،أما الإجارة لا ينحجر به

---

يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز من ذلك النسيئة وجاز النقد ، لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة . ولو أذن لهما الوليان في الشركة على الشراء بالنقد والنسيئة ولا دين عليهما فاشتركا صار كما لو أذنا لهما بالكفالة . ولو اشتركا معاوضة بالاذن تصير عناناً ، كذا في المبسوط والذخيرة ( ويدفع المال مضاربة ويأخذهـا ) أي يأخذ المضاربة أيضاً ( لانه من عادة التجار ) لان كل واحد من دفع المـــال مضاربة وأخذها من عادة التجار .

( وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافاً الشافعي ) أي والمأذون له أن يؤجر نفسه خلافـاً للشافعي . قال أحمد وعن الجي من أصحابه يجوز كقولنا . وكذا لو وكل إنساناً لا يجوز عند الشافعي ، وكذا لو أجره عبيد التجارة دابة لا يجوز عند الشافعي ، وفي الاصح يجوز ( وهو ) أي الشافعي ( يقول لا يملك العقـــد على نفسه ) بالبيع والرهن ، يعني لا يملك نفسه ولا هامنا بدين عليه ( فكذا على منافعه ) أي فكذا لا يملك على منافع نفسه ( لانها تابعة لها ) أي لان منافع نفسه تابعة لنفسه .

( ولنا أن نفســه رأس ماله ) لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع إليه مالاً وهـــو رأس المال المأذون له يملك التصرف فيـــه ضرورة ، وهو معني قوله ( فيملك التصرف فيها ) أي في رأس ماله ( إذا كان ) أى التصرف ( يتضمن إبطال الاذن كالبيع )أي بيع نفسه (لانه ينحجر به ) لانه يخرج به عن ملك المولى لو صح ( والرهن ) أى وكان الرهن، أى رهن نفسه على دين ( لانه يحبس به ) أى لان المرهون له يحبس عند المرتهن ( فـــلا يحصل به مقصود المولى ) وهو الربح ( أما الاجارة ) أى إجارة نفسه ( لا ينحجر بـــه

ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك. قال فإن أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها . وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر . لهما أن الإذن توكيل وإنابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ، ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب .

---

ويحصل به المقصود وهو الربح فيملك ) إذا كان كذلك فيملك الاجارة . وما ذكره الشافعي ينتقض بالحر ، فانه لا يتملك بيع نفسه ويملك إجارته .

( قال ) أى القدوري ( فإن أذن له في نوع منها دون غيره ) أى فإن أذن المولى لعبده في نوع من التجارات دون نوع ( فهو مأذون في جميعها ) أى في جميع التجارات . قال في الايضاح سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت ، صورته أن يقول لعبده تصرف في الخز وسكت ، أو قال تصرف في الخز ولا تتصرف في البز فإنه يملك التصرف في الخز والبز جميعاً .

( قال زفر والشافعي لا يكون مأذوناً إلا في ذلك النوع ، وعلى هذا الخلاف إذا نهاه عن التصرف في نوع آخر ) فعندنا يملك التصرف في الكل ، وعندهما لا يملك إلا فيما عينه ( لهما أن الاذن توكيل وإنابة من المولى ، لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو ) أى الحكم ( الملك له ) أى للمولى يعني أن المقصود من التصرف حكمه وحكمه الملك وهو للمولى لا للعبد ، لانه بالرق خرج عن أن يكون أهلاً للملك ( دون الملك[1] ) أى لا للعبد ( ولهذا ) أى ولكون الملك للمولى دونه ( يملك حجره ) أى يملك المولى حجره ( فيتخصص بما خصه به ) أى إذا كان كذلك يتخصص الاذن بما خص به المولى ، كما لو أذنه بالتزويج من امرأة بعينها لم له يكن أن يتزوج غيرها ( كالمضارب ) إذا قال له رب المال

---

(١) دون العبد — هامش .

ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ، وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع ، بخلاف الوكيل ،

---

اعمل مضاربة في البر مثلاً ليس له أن يعمل في غيره .

( ولنا أنه ) أى أذن المولى ( إسقاط الحق وفك الحجر على مـا بيناه ) أى في أول كتاب المأذون ( وعند ذلك ) أى عند الاذن ( يظهر مالكية العبد ) فيصير كالمكاتب ( فلا يتخصص بنوع دون نوع ) لكون التخصيص إذ ذاك تصرفـاً في ملك الغير ، فلا يجوز .

فان قلت ينتقض بالاذن . وفي النكاح فانه فك الحجر وإسقاط الحق ، فاذا أذن العبد أن يتزوج فلانة فليس له أن يتزوج بغيرها . قلت الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير ، لان النكاح تصرف مملوك للمولى ، لانه لا يجوز لولي الرق إخراج العبد من أهلية الولاية على نفسه ، فكانت الولاية للمولى ، وهذا أجاز أن يخيره عليه ، فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه ، فيتخصص بما خصه به .

فان قلت الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ماخصه من التصرف لجواز أن يكون العبد عالماً بالتجارة في الخز دون البز . قلت هذا ضرر غـير محقق ، ولئن سلمنـا فله أن يدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك .

فان قلت العبد يتصرف في كسبه وهو مملوك للمولى فيصح التخصيص ، ألا ترى أنه لو استعار من آخر ثوباً ليرهنه فى دينه فان للمعير أن يرهن بالدراهم لا يملك رهنـه بالدنانير . قلت أما فى الشراء فـلا يستقيم لانه يتصرف فى ذمته ، وأما فى البيع . فنقول الكسب حصل بتصرفه فيكون له إلا فيما تعذر إبقاؤه له .

فان قلت إنه أزال الحجر فى حق تصرف خاص لانه نص عليه دون غيره قلت بلى ، ولكن يوجب الرضى بتعطيل منافعه مطلقاً ، ولا فرق بين أن تتعطل منافعه بهذا التصرف أو بتصرف آخر .

( بخلاف الوكيل ) هذا يجوز أن يكون جواباً عن قوله كالمضارب ، لان المضارب

لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه . قـــال وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ، ومعنـــاه أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لاهله ، وهذا لانه لو صار مأذوناً ينسد عليه باب الاستخدام

---

وكيل الوكيل يستفيد الولاية من جهته ( لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولايـة من جهته ) أي من جهة الغير ( وحكم التصرف ) جواب لقوله ويثبت الحكم للمولى وهـو ممانعة بالسنـــد ، أي لا نسلم أن حكم التصرف ( وهو الملك واقع ) للمولى بـــل هو واقـــع ( للعبد حتى كان له أن يصرفه إلى قضـــاء الدين والنفقة ) بغـير إذن المولى ( وما استغنى عنه ) المأذون له ( يخلفه المالك فيه ) أي في الذي استغنى عنه .

( قال ) أي القدوري ( وإن أذن له في شيء بعينه فليس بمأذون ، لأنه استخدام ومعناه ) أي معنى قول القدوري وإن أذن له بشيء بعينـــه ( أن يأمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقاً لأهله ) أي لأجل أن يكون رزقاً أو قوتاً لعياله ، وإنـــما فسر هكذا احترازاً عمـــا إذا علم أن مقصوده الاذن في ذلك ، فحينئذ يكون مأذوناً من التجارة ، كما إذا قال اشتر لي ثوباً وبعه ، فإن قوله بعه يدل على الاذن في التجارة (وهذا) توضيح لما ذكره ( لأنه لو صار مأذوناً ) أي لان العبد لو صار مأذوناً بإذنـــه في شيء بعينة ( ينسد عليه ) أى على المولى ( باب الاستخدام ) أى استخدام العبد في حوائجه لا قضاء به إلى من أمر عبده بشراء بفلسين كان مأذونـاً يصح إقراره بديون يستغرق رقبته ويؤخذ بها في الحال ، فحينئذ لا يستجرى أحد على استخدام عبد فيما أسند إليـه حاجته ، لأن غالب استعمال العبيد في شراء الاشياء الحقيرة .

فان قلت ما الحد الفاصل بين الاستخدام والاذن بالتجـــاره . قلت الاذن بالتصرف المكرر صريحاً مثل أن يقول اشتر لي ثوباً وبعه ، أو قال بع هـذا الثوب واشتر بثمنه أو

بخلاف ما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر كـــذا ، أو قال أد إلي ألفاً وأنت حر ، لانه طلب منه المال ولا يحصله إلا بالكسب أو قال له اقعد صباغاً أو قصاراً لانه أذن بشراء ما لا بد منـــه لهما وهو نوع فيصير مأذوناً في الانواع قـــالوإقرارالمأذون بالديون والمغصوب جائز وكذا بالودائع ،لان الإقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس

---

دلالة ، كما إذا قال أد إلي الغلة كل شهر ، أو أد إلي ألفاً وأنت حر .

أشار إليه المصنف بقوله ( بخلاف ما إذا قال ) أى المولى لعبـده ( أد إلي الغلة كل شهر كذا ) خمسة دراهم مثلا ( وقال أد إلي ألفاً وأنت حر ، لانه طلب منه المـال ولا يحصله ) أى العبد لا يقدر على تحصيل المال ( إلا بالكسب ) فهو دلالة التكرار ( أو قال أقعد صباغا أو قصاراً ، لأنه أذن بشراء ما لا بـد منه لهما وهو نوع ) من الأنواع يتكرر بتكرار العمل المذكور ( فيصير مأذناً في الأنواع ) كلها أما إذا أذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون إذناً .

فان قلت ينتقض بما إذا غصب العبـد متاعاً وأمر هؤلاء ببيعه فان تخصيص بيـع المغصوب إذن في التجارة وليس الأمر بعقد مكرر . قلت إنه أمر بالعقد المكرر دلالة ، وذلك لأن تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والإذن قد صدر منه صريحاً . فاذا بطل التقييد ظهر الإطلاق ، وكلام المصنف يشير إلى أن الفاصل هو التصرف النوعي رد الشخصي والإذن بالأول إذن دون الثاني فتأمل .

( قال ) أي القدوري ( وإقرار المأذون بالديون والمغصوب جائز ) سواء صدقه المولى أو لا ، لأن الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان ، وعند الثلاثة يجوز إقراره بديون المعاملة فقط وإقراره بالغصب والاتلاف يصح إن صدقه المولى ( وكذا بالودائع ) أي وكذا يجوز إقراوه بالودائع والأمانات (لأن الأقرار من توابع التجارة إذ لو لم يصح لاجتنب الناس

مبايعته ومعاملته . ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ، بخلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لأنه كالمحجور في حقه . قال وليس له أن يتزوج لأنـــه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه . وقال أبو يوسف « رح » يزوج الأمة لأنه تحصيل المـــال بمنافعها فأشبه إجارتها .

---

مبايعته ومعاملته ) فلا يحصل المقصود ( ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الاقرار في صحته ) أي لا فرق في الاقرار في الحالتين ( فاذا كان ) أي الاقرار ( في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر ) والجامع تعلق حق الغرماء .

( بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة ) كالكفالة والاستهلاك والارش والاقرار بالمهر . وإن كان بغير إذن المولى فانه لا يصدق فيه ( لأنه كالمحجور في حقه ) أي في حق ما يجب من المال لا بسبب التجارة . وفي المبسوط عبد مأذون غصب جارية بكراً أو قبضهما رجل في يده كان لمولاها أن يأخذ العبد بعقرها ، لأن الغائب بالاقتصاص جزء من ماليتها وهي مضمونة على العبد بجميع أجزائها والعبد مؤاخذ بضمان الغصب في الحال مأذونا أو محجوراً . ولو أقر العبد أنه وطيء جارية بنكاح بغير إذن مولاها فاقتصها فلم يصدق ، لأنه ليس من التجارة ، فان وجوب العقد ها هنا باعتبار النكاح ، والنكاح ليس تجارة . وفي الايضاح لو أقر بجناية على عبد أو حر أو مهر وجب عليه بنكاح جائـــز أو فاسد ولو بشبهة ، فان إقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق . أما لو أقر به يوجب القود حيث يصح ويقر له استيفاؤه ، وبه قال الشافعي ومالك . وقال أحمد ومحمد وزفر والمزني وداود لا يصح ، وقد مر في الإقرار .

( قال ) أي القدوري ( وليس له أن يتزوج ) لأنه ليس له أن يتزوج ( لأنـــه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه ) هذا عند أبي حنيفة والثلاثة (وقال أبو يوسف يزوج الأمة ، لأنه تحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها ) أي إجارة الأمة ، والجامع تحصيل المال بالمنافع

ولهما أن الإذن يتضمن التجارة ، وهــذا ليس بتجارة ، ولهذا لا يملك تزويج العبد ، وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي . قــال ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة إذ هي مبادلة المال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه ،

---

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أن الإذن يتضمن التجارة ، وهذا ليس بتجارة) معناه سلمنا أن الاذن لتحصيل المال ، لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجــارة وإنكاح الأمة ليس من ذلك ( ولهذا ) أي ولكون تزويج الامة ليس بتجارة ( لا يملك تزويج العبد ) لقرابته عن تحصيل المال بالكلية ، بل فيه تعذيب العبــد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة ( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( الصبي المــأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي ) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج العبد بالاتفــاق ويملكون تزويج الامة عند أبي يوسف ، وعندهما لا يملكون تزويجها أيضاً .

قال السغناقي رحمه الله في هذه الرواية نظر ، لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب، وكذا ذكره في المبسوط والتتمة ومختصر الكافي ، وما ذكر في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات . قيل يحتمل أن يكون في هذه المسألة روايتان . وقال الامــام حسام الدين الأخسيكثي «رح» أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هاهنا .

( قال ) أي القدوري ( ولا يكاتب لانه ) أي ولان عقد الكتابة ( ليس بتجارة إذ هي ) أي التجارة ( مبادلة المال بالمال والبدل فيه ) أى في عقد الكتابة ( مقابــل بفك الحجر) وهو ليس بمال وإن كان البدل مالاً (فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه) أى إلا أن يجيز المولى عقد الكتابة والحال أنه لا دين على العبد ، لان المولى بإجازة عقد الكتابة يخرجه من أن يكون كسباً للمأذون وقيام الدين عليه يمنع من ذلك قل الدين أو كثر لتعلق حق الغرماء به ، ولهذا لو أخذه من يد المأذون وعليه دين قل أو كثر يمنع

لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائباً عنه ويرجع الحقوق إلى المولى ، لأن الوكيل في الكتابة سفير . قال ولا يعتق على مال لأنه لا يملك الكتابة فالإعتاق أولى ولا يقرض لأنه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ، وكذا لا يتصدق لأن كل ذلك

---

منه ( لان ) على مذهب أبي حنيفة ( المولى قد ملكه ) أى قد ملك كسب العبد المأذون لانه خالص ملكه يملك فيه مباشرة الكتابة فيملك الإجازة ( ويصير العبد نائباً عنه ) أى عن المأذون في عقد الكتابة عند الاجازة ( ويرجع الحقوق إلى المولى)وهي مطالبة بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق ، إذ حقوق العبد في باب الكتابة لا تتعلق بالوكيل ( لان الوكيل في الكتابة سفير ) لكونها اسقاطا فكان قبض البدل إلى من نفذ العتق من جهة ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أولا إذا عقد العقد لا يحتاج إلى إجازة ، وها هنا ليس كذلك ، ويمكن أن يجاب عنه باثبات الوكالة بطريق الانقلاب .

( قال ولا يعتق على مال ، لانه لا يملك الكتابة ، فالاعتاق أولى ) لانه اعتاق في الحال ، وهذا إذا لم يكن يجيزالمولى ، أما إذا أجازه ولا دين على المأذون جاز لانه يملك انشاء العتق عليه ، فيملك الاجازة . وقبض المال إلى المولى دون المأذون ، وأما إذا كان على المأذون دين فأجاز العتق جاز وضمن القيمة للغرماء عندهما ، كما لو أنشأ العتق ولا سبيل للغرماء على العوض ، بخلاف الكتابة ، لان ما يؤديه كسب الحر وحق الغرماء غير متعلق بكسب الحر ، فأما بدل الكتابة فيؤديه في حال الرق فيتعلق به حق الغرماء ( ولا يقرض لانه ) أى لان الاقراض ( تبرع محض كالهبة ) إذ لو لم يكن كذلك لكان صرفاً بالنسيئة فيكون حراماً ، ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال اليتيم ( ولا يهب بعوض ولا بغير عوض ) أما الاول فلأنه تبرع ابتداء . وأما الثاني فلأنه تبرع ابتداء وانتهاء .

( وكذا لا يتصدق ) لان الصدقة تبرع محض ( لان كل ذلك ) أى كل المذكور

تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة . قال إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف من يطعمه ،

---

من الاقراض والهبة والصدقة (تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء ) أى في كل حالة الابتداء وحالة الانتهاء ، وهذا يرجع إلى الاقراض والهبة بغير العوض والصدقة ( أو ابتداء ) أى أو تبرع بصريحه في حالة الابتداء ، وهذا يرجع إلى الهبة بعوض ( فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة )أى إذا كان الامر كذلك فلا يدخل ما ذكر من الامور تحت الاذن في التجارة، لانها ليست بتجارة .

( قال إلا أن يهدى اليسير من الطعام ) هذ استثناء من قوله لا يهب ، وقيد الطعام، يشير إلى أن هدي غير المأكولات لا يجوز أصلا ، وبه قال أحمد . وقال الشافعي ومالك « رح » لا يملك ذلك أيضاً بغير إذن المولى ، لانه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة دراهمه، وكذا الضيافة اليسيرة عندهما . ولنا أنه ﷺ كان يجيب دعوة المملوك ( أو يضيف من يطعمه ) المراد الضيافة اليسيرة ، ولهذا قالوا إن الاهداء اليسير راجع إلى الضيافة . وفي الذخيرة له أن يتخذ الضيافة اليسيرة دون العظيمة ، لان اليسيرة من وضع التجار دون العظيمة . وقال محمد بن سلمة في الحد الفاصل بينهما ينظر إلى مقدار مال تجارته فان كان عشرة آلاف أو اتخذ ضيافة بمقدار عشرة كان يسيراً . ولو كان مال تجارته عشرة مثلا واتخذ ضيافة بمقدار دانق فذاك يكون كثيراً عرفاً .

وفي المغني الاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملك المأذون من اتخاذ الضيافة اليسيرة والهدية ويملك التصدق بالفلس والرغيف والفضة بما دون الدرهم ، لان ذلك من صنيع التجارة. وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب المأذون الكبير من الاصل ،قالوا أما قيم الدار وهي الزوجة أو الامة فانها تطعم وتتصدق بالمطعوم على الرسم والعادة من غير سرف وإن لم يأذن لها الزوج والمولى بذلك . وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه سئل هل يتصدق العبد قال بالرغيف ونحوه . وفي الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التصدق بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدراهم ويملك اتخاذ الضيافة والامر أو ليس هذا بمقدر بدرهم بل بما يعده

لأنه من ضرورات التجارة استجلاباً لقلوب المجاهزين ، بخلاف المحجور عليه ، لأنـــه لا إذن له أصلاً ، فكيف يثبت ما هو من ضروراته . وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدعى بعض رفقائـــه على ذلك الطعام فلا بأس به . بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر بـــه المولى . قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه

---

الناس سرفاً ويملك الذى لا يعدونه سرفاً في المأكولات ، حتى لا يملك إلا هـــذا في غير المأكولات .

( لانه ) أى لان كلا من الاهداء اليسير والضيافة اليسيرة ( من ضرورات التجارة) أى من ضرورات الاذن في التجارة ، لان التاجر يحتاج إليه (استجلاباً لقلوب المجاهزين) أى لاجل استجلاب قلوب المجاهزين وهو جمع مجاهز بالجيم والزاى المعجمة، والمجاهز عند العامة الغني من التجار ، فكأنه أريد المجهز وهو الذى يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به ( بخلاف المحجور عليه ، لانه لا إذن له أصلا ، فكيف يثبت ما هـــو من ضروراته ) أى من ضرورات الاذن .

( وعن أبي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه إذا أعطاه المولى قوت يومـــه فدعى بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به ، بخلاف ما إذا أعطـــاه قوت شهر ، لانهم لو أكلوه قبل الشهر لتضرر به المولى ) لانه يحتاج إلى دفع قوت آخر ، فان لم يدفع يضيـــع العبد وكل ذلك ضرر له .

( قالوا ) أى المتأخرون من المشايخ ( ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجهـــا بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه ) أى ويجوز الرغيف كالفلس وما دون الدرهم كالخميرة والبصل والملح ، وكذا الامة في بيت مولاها تطعم وتتصدق على الرسيم والعادة بـــدون الاذن صريحاً للعرف والعادة .

لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة . قال وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لأنه من صنعهم ، وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب ابتداء ، بخلاف ما إذا حط من غير عيب ، لأنه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار . ولا كذلك المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه .

---

فان قلت روى أبو أمامة رضي الله عنه أنه ﷺ قال في خطبته عام حجة الوداع ولا تخرج المرأة من بيت زوجها لا قبل أو لا الطعام[1] فقال ﷺ الطعام أفضل أموالكم. قلت هذا محمول على الطعام المدخر الحنطة ودقيقها ، فأما غير المدخر فإنها تتصدق به على رسم العادة وفيه الإذن دلالة .

(لأن ذلك) أي التصدق بالشيء اليسير ( غير ممنوع عنه في العادة ) لأن العادة جرت بذلك من غير إنكار من الزوج والولي .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وله ) أي وللمأذون ( أن يحط من الثمن بالعيب ) يعني إذا ظهر عيب في المتاع الذي باعه ثم وقع الاتفاق على أن يحط من الثمن شيئاً فانه يجوز له ولكن ( مثل ما يحط التجار لأنه ) أي لأن الحط بسبب الغبن( من صنيعهم) أي من صنع التجار . وعند الثلاثة لا يجوز الحط أصلا ( وربما يكون الحط أنظر له ) أي للمأذون أي أكثر نظراً له ( من قبول المعيب ابتداء، بخلاف ما إذا حط من غير عيب لأنه تبرع محض بعد تمام العقد وليس ) أي الحط من غير عيب ( من صنيع التجار ) فلا يجوز .

( ولا كذلك المحاباة في الابتداء ) يمكن أن يكون هذا جواباً عن سؤال مقدر تقديره إما أن يقال كيف جوزتم محاباة المأذون مع أن فيها حطاً من الثمن . فأجاب بقوله ولا كذلك بيع المحاباة في ابتداء الأمر ( لأنه ) أي لأن المأذون ( قد يحتاج إليها ) أي المحاباة ( على ما بيناه ) يعني عند قوله ولو حابى في مرض موته من جميع المال إلى قوله

---

(١) هكذا الحديث في الأصل .

وله أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه من عادة التجار . قال وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن يفديه المولى. وقال زفر والشافعي « رح » لا يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع .

---

ولا وارث للعبد ( وله ) أي وللمأذون ( أن يؤجل في دين قد وجب له لأنه من عادة التجار ) لأن التاجر قد يكون له على غير الجلى دين ، ولو لم يمهله وماليه لا يتمكن من الكسب ، وإن أمهله إيابا يتمكن من الكسب فيكون ذلك طريقاً لخروج دينه عادة .

( قال ) أي القدوري ( وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء ) أي يبيعه القاضي بغير رضى المولى بالاتفاق عند أصحابنا أما عندنا فظاهر ، لأن الحجر على المديون يجوز عندهما. وأما عند أبي حنيفة « رح » لا يجوز الحجر على المديون وجوز هاهنا والعذر له أنه ليس في هذا حجراً على المولى ، لأن المولى محجور عن بيعه قبل ذلك ، فانه لو باع العبد المأذون المديون بغير رضاء الغرماء لا يقدر عليه . فكان هذا بمنزلة التركة المستغرقة بالدين ، فانه يبيع القاضي التركة على الورثة بغير رضاهم كقضاء الدين ، فكان هذا ولا يكون ذلك حجراً عليهم ، كذا في الذخيرة قيل معنى قوله يباع الغرماء ما يجبر القاضي المولى على البيع حتى يستقيم على قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفيه نظر ، لأن رواية الذخيرة تدل على أن القاضي يبيعه بدون رضى المولى فلا حاجة إلى هذا المعنى ، فافهم ( إلا أن يفديه المولى ) فلا يباع حينئذ لحصول المقصود .

( وقال زفر والشافعي « رح » لا يباع ) في الدين ويتعلق الدين الفاضل من كسبه بذمته يؤخذ بعد العتق ، كما لو استقرض بغير إذن سيده وبه قال أحمد يتعلق بذمة المولى لأنه لزمه بمفاوضة السيد فيجب عليه كالنفقة في النكاح ( ويباع كسبه في دينه بالإجماع ) كما في الحر المديون. وقال في الطريقة البرهانية وأجمعوا على أن الرقبة تباع في الدين الإستهلاك. وقال الإمام علاء الدين العالم في طرفي الطريقة . قال علماؤنا رقيمة العبد المأذون يباع بدين التجارة . وقال الشافعي لا يباع ثم قال وعلى هذا الخلاف –ادش– يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف إلى الدين وعنده لا يصرف. وقال الكرخي

لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعليق الدين بكسبه ، حتى إذا فضل شيء منه على الدين يحصل له لا بالرقبة ، بخلاف دين الاستهلاك لأنه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن . ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الإستهلاك . والجامع

---

في مختصره قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ما يلحق المأذون من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية يجحوده شيئاً من ذلك أو دابة عقرها أو ثوب أحرقه أو مهر اشتراها وطئها فاستحقت فذلك كله لازم له يباع فيه ، إلا أن تعدية مولاه فان بيع ذلك اقتسم غرماؤه ثمنه بالحصص على قدر ديونهم بإقرار كان لذلك من العبد أو بينته فأثبته فأثبت ذلك عليه .

( لهما ) أي لزفر والشافعي « رح » ( أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له ) أي ليس غرضه تفويت مال ، لأنه إنما أذن به ليكتب مالاً من الخارج وليس غرضه أن يباح عند الأجل الدين ( وذلك ) أي غرض المولى حاصل ( في تعليق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء منه ) أي من كسبه ( على الدين يحصل له ) أي للمولى ( لا بالرقبة ) معطوف على قوله بكسبه يعني غرضه تعلق الدين بكسبه لا برقبته لما ذكرنا أن فيه تفويت مال قد كان .

( بخلاف دين الاستهلاك ) هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره أن يقال إذا استهلك شيئاً تعلق دينه برقبته تباع فيه ، فهذا كذلك . فأجاب بقوله بخلاف دين الإستهلاك ( لأنه ) أي الاستهلاك ( نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن ) إذ وجوبه بالجناية ، ولهذا لو كان محجوراً عليه بيع بذلك ، وليس الكلام في ذلك ، وإنما الكلام فيما يتعلق بالإذن .

( ولنا أن الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته ) أي برقبة العبد ( استيفاء ) أي لأجل الإستيفاء ( كدين الإستهلاك والجامع ) يعني دين الإستهلاك

دفع الضرر عن الناس ، وهـــذا لأن سببه التجارة وهي داخلة تحت الإذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامـــل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه

---

وبين الدين الذي ركبه الناس في تصرفاته ( دفع الضرر عن الناس ) فكما أنه يباع في دين الإستهلاك دفعاً الضرر ، فكذا يباع في الديون التي ركبه دفعاً الضرر ( وهذا ) اي دفع الضرر ( لأن سببه ) أي لأن سبب هذا الدين ( التجارة ) لأنه المفروض ( وهـــي ) أي التجارة ( داخلة تحت الاذن ) بلا خلاف ، فاذا كان داخلاً تحته كان ملتزماً، فلو لم يتعلق برقبته استيفاء مكان إضرار لأن الكسب قـــد لا يوجد والمعتق كذلك فيؤدي حقوق الناس .

( ويتعلق الدين برقبته ) جواب عن قولهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال إلى آخره ، وبيانه أن تعلق الدين برقبته ( استيفاء حامل على المعاملة ) يعني حامل الغير على أن يعامل معه ، لأن العاملين إذا علموا ذلك يعاملون معه فتتكاثر المعاملة ويكاثر الربح ، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك ،فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك( فمن هذا الوجه صلح غرضاً للمولى ) أراد بهذا الوجه هو الذي ذكره من قوله وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعامله . فان قيل لا يصلح أن يكون غرضاً لأنه يتضرر به ، والضرر لا يكون غرضاً ،

أجاب بقوله ( وينعدم الضرر في حقه ) أي في حق المولى ( بدخول المبيع في ملكه ) أي في ملك المولى ، وفيه إشكال وهو أن المبيع إن كان باقياً وفيـــه وفاء بالديون لا يتحقق بيع العبد ، وإن لم يكن باقياً أو كان وليس فيه وفاء بالديون لم يكن دخوله في ملكه دافعاً الضرر . وأجيب عنه بأن المراد مبيع قبضه المولى حــين لا دين على العبد ثم ركبته ديون ، فانه لا يجب على المولى رده إن كان باقياً ولا ضمانه إن لم يكن ، بل يباع العبد بالدين ان اختار المولى ويكون المبيع جائزاً لما فات من العبد وذكره في المغني. ولو أخذ المولى شيئاً من كسبه بلا دين عليه ، ثم لحقه دين لا يجب على المولى رد ما أخـذ إن

وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ، وعند انعدامه يستوفى من الرقبة . وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع والشراء والإجارة والإستئجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها

---

كان قائماً وضمان إن كان مستهلكاً .

( وتعلقه بالكسب ) جواب عما يقال أجمعنا أنه تعلق بالكسب فكيف يتعلق بعد ذلك بالرقبة ، تقريره أن تعلق الدين بالكسب ( لا ينافي تعلقه بالرقبة ) لأنه لا منافاة بينهما ( فيتعلق بهما ) أي بالكسب والدين ( غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء إيفاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى ) نظراً للجانبين ( وعند انعدامه ) أي وعند انعدام الكسب ( يستوفى من الرقبة ) دفعاً للضرر عن الناس .

( وقوله ) أي قول صاحب القدوري ( في الكتاب ) أي مختصر القدوري ( ديونه المراد منه دين وجب بالنكاح[1] ) بأن تزوج أمرأة ثم وطئها ثم استحقت حيث وجب المهر عليه ولا يظهر ذلك في حق المولى، لأن وجوبه بالنكاح وهو ليس من التجارة . أما التزوج بإذن المولى يظهر في حقه تباع فيه ، كذا في المبسوط ( أو بما هو في معناها ) أي أو دين وجب بسبب ما لسبب معه التجارة ( كالاجارة على ما يأتي البيع والشراء[2] ) نظير دين التجارة ( والاجارة والاستئجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها ) نظير ما هو في معنى التجارة ، وصورة الدين بالاجارة أن يؤاجر شيئاً ويقبض الأجرة ولم يسلم المستأجر حتى انقضت المدة وجب عليه رد الأجرة ،

---

(١) التجارة — هامش .

(٢) كالبيع والشراء — هامش .

وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستنـــاده إلى الشراء فيلحق به . قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة، فصـــار كتعلقها

فان قلت ما معنى ذكر الأمانات بعد الودائع . قلت لأن الأمانة أعم من الوديعة كما في المضاربة والعارية والشركة والبضاعة ، وهذه الأشياء عند الجحود بهـا تنقلب غصبا ، فكان الزمان بهذه الأشياء ضمان غصب ، لأن الأمين يصير غاصباً للأمنة بالجحود .

( وما يجب من العقر ) عطف على قوله كالبيع والشراء والإجارة ... إلى آخره ،أي ورد الذي يجب على المأذون المديون من العقر ( بوطء المشتراة بعـــد الاستحقاق ) أي وكالذي يجب على المأذون من العقر ، ويجوز أن يكون وما يجب مبتدأة ، ويكون قوله فيلحق به خبره ودخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، أي فيلحق بالمذكور في كونه ديناً وجب بما هو في معنى التجارة ، فعلى الوجه الأول يكون محل، وما يجب جراً لأنه عطف على المجرور تكون الفاء في قوله فيلحق بـه جواب شرط محذوف ، أي إذا كان كذلك فيلحق به بأن اشترى جارية فاستحقت ثم وطئها فإنه يجب عليه العقر (لاستناده) أي لاستناد وجوب العقر (إلى الشراء فيلحق) إذ لولا الشراء لوجب الحد فيضاف وجوب العقر إلى الشراء فيكون حكمه كحكمه .

بخلاف ما إذا تزوج امرأة فوطئها ثم استحقت ، لأن وجوب المهر بالنكاح وهو ليس بتجارة. وكذلك يؤاخذ بضمان عقد الدابة واحتراق الثوب في الحال وتباع رقبته فيه . وقيل هذا محمول على ما إذا أخذ الدابة أو الثوب أولاً حتى يصير غاصباً بالأخذ ، ثم عقـــر الدابة وحرق الثوب . وأما إذا عقرها أو حرقه قبل القبض فينبغي على قول أبي يوسف أن لا يؤاخذ به في الحال ، وتباع رقبته فيه ، كذا في الذخيرة .

( قال ) أي القدوري ( ويقسم ثمنه بينهم ) يعني إذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء ( بالحصص لتعلق حقهم ) أي حق الغرماء ( بالرقبة ) أي برقبـــة العبد ( فصار كتعلقها ) الضمير يرجع إلى الحق ، فإنما أنثه باعتبار الحقوق ، لأن لكل غريم حقاً فصار

بالتركة . فإن فضـــل شيء من ديونه طولب بـه بعـد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به . ولا يباع ثانياً كيلا يمتنع البيع أو دفعاً للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصــل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة ،

---

تقديره كتعلق حقوق الغرماء ( بالتركة ) أي بتركة الميت ، فإن لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة إذا ضاقت عن إيفاء حقوق الغرماء .

( فان فضل شيء من ديونه ) يعني إن بقي شيء من ديون العبد (طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ) أي بالفاضل من الدين لا سبيل لهم عليه، لأنه صار ملكاً للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه ( ولا يباع ثانياً ) أي لا يباع العبد ثاني مرة إذا لم يف ثمن المأذون بالديون ( كيلا يمتنع البيع ) الأول إذ لو علم المشتري أنه يباع عليه لا يشتريه فيمتنع البيع الأول فيتضرر الغرمـاء ( أو دفعـــاً للضرر عن المشتري ) لأنه لم يأذن له في التجارة فلم يكن وصياً ببيعه بسبب الدين فله بيع عليه مــع ذلك تضرر به ، ولا يلزم مع لو اشتراه البائع الإذن فإنهلا يباع عليه ثانياً وإن كان راضياً بالبيع ، لأن الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل الذات . بخلاف دين نفقة المرأة ، فانه يباع فيها مرة بعد أخرى ، لأنها تجب شيئاً فشيئاً ، بخلاف المهر فانه إذا بيع في مهر ولم يف الثمن لا يباع ثانياً [1] بيع في جميع المهر ويطالب بالباقي بعد العتق ، كـذا ذكره الإمام التمرتاشي .

( ويتعلق دينه ) أي دين المأذون بسبب التجاره ( بكسبه سواء حصل) أي الكسب ( قبل لحوق الدين أو بعده ) وهذا إشارة إلى بيان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ، فالكسب الذي ينزعه المولى عن يده يتعلق به الدين ،سواء كان حصل قبل لحوق الدين أو بعده ( ويتعلق ) أي دين المأذون ( بما يقبل من الهبة ) أو الصدقة قبل لحوق الدين وبعد،

---

( ١ ) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءه .

لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له ، وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

---

وبه قال الشافعي في الأصح . وقال زفر رحمه الله إلا به وبه قال الشافعي في قول والهبة للمولى لا حق للغرماء فيها ، لأنها ليست من التجارة وجوب الدين عليه بسبب التجارة فكانت كسائر أملاك المولى . ألا ترى أنها لو ولدت ثم لحقها دين لا يتعلق بالولد .

( لأن المولى إنما يخلفه ) أي إنما يخلف عبد المأذون ( في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ) فكان ككسب غير منتزع ، وكالوارث فانه لا يملك شيئاً من التركة إلا بشرط الفراغ من دينه . بخلاف الولد لأنه ليس من كسبها كما أن نفسها ليست من كسبها فكذا الولد ، لأنه حر متولد من عينها فالحق يتعلق بكسبها ، حتى لو لحق الدين ثم ولدت يتعلق ، لأن نفسها تباع في الدين ، فكذا ولدها (ولا يتعلق) أي الدين ( بماانتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له ) أي للمولى وهو خلوص ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك ، فانه إذا لم يكن على العبد دين فما أخذه المولى منه يكون خالص ملكه ويلحق بسائر أموال المولى لاحق لغيره فيه .

فان قلت يشكل بما إذا كان على العبد دين خمسمائة وله ألف واحدةمع المولى ثم لحقه دين خمسمائة أخرى فإنه يسترد الألف من المولى وإن كان أخذ الخمسمائة قبل لحوق الدين. قلت كل واحد من الخمسمائة صالح لأداء الدين فيكون أخذ المولى الألف بغير حق فيؤخذ منه، وعند الأخذ هنا لا دين عليه .

( وله ) أي للمولى ( أن يأخذ غلة مثله ) أي غلة مثل العبد ، يعني يأخذ من مثله من الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر ، والغلة ما يحصل من زرع أرض أو كراها أو اجرة غلام أو نحو ذلك ، يقال أغلت الضيعة فهي مغلة ( بعد الدين )أي بعد لزوم الدين عليه كما كان يأخذها قبل ذلك استحساناً . وفي القياس لا يجوز لأن الدين مقدم على حق المولى في الكسب . وجه الإستحسان أن في ذلك نفع الغرماء إن حقهم يتعلق بما كسبه ولا

لأنه لو لم يمكنه منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب ، والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم . قال فإن حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين أهـــل سوقه ، لأنه لو انحجر لتضرر الناس به لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقـــد بايعوه على رجاء ذلك ، ويشترط علم أكثر أهل سوقة

---

يحصل الكسب لابقاء الإذن في التجارة .

( لأنه ) أي لأن المولى ( لو لم يمكن منه ) أي من أخذ الغلة ( يحجر عليه ) أي على العبد ( فلا يحصل الكسب ) فيتضرر الغرمـــاء ( والزيادة على غلة المثل ) أي مثل العبد الغني إذا أخذ منه مالا يكون غلة مثله ( يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيهـــا ) أي الزيادة ، لأنه لا بعد ذلك من باب تحصيل الغلة ( وتقدم حقهم ) أي ولتقدم حق الغرمـــاء في تلك الزيادة .

( قال ) أي القدوري ( وإن حجر عليه ) أي على عبد المأذون ( لم ينحجر ) أي لا يصير محجوراً ( حتى يظهر حجره فيما بين أهل سوقه ، لأنه لو انحجر ) يعني بمجرد الحجر ( لتضرر الناس به لتأخير حقهم إلى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه ) لأن العبد إن اكتسب شيئاً أخذه المولى ، وإن لحقه دين أقام البينة إنه كان قد حجر عليه فيتاجر حقوقهم إلى ما بعد العتق وهو موهوم ( وقدبايعوه على رجاء ذلك ) أي على رجاء تعلق حقهم برقبته أو كسبه ، فيكون على الإذن إلى أن يعلم حجره .

( ويشترط علم أكثر أهل سوقه ) لأن في تبليغ العزل الجميع حرجاً عظيماً ليس في وسع المولى ، والتكليف بحسب الوسع . وقال الشافعي يصلح الحجر بغير علم العبد وأهل السوق كما في عزل الوكيل ، لأن الإذن عنه نيابة كالوكالة ، وبه قال مالك وأحمد «رح» وفي الذخيرة اشتراط علم أكثر أهل السوق بحجره في الحجر القصدي ، أما لو ثبت الحجر ضمناً لا يشترط علمهم ولا علم واحد منهم ، حتى لو باع المولى العبد المأذون ينحجر ضمناً لصحة البيع لزوال ملكه كالعزل الحكمي في الوكيل .

حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر . ولو بايعوه جاز ، وإن بايعه الذي علم بحجره . ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل ، كما في تبليغ الرسالة من الرسل «عم» ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل ، وهذا لأنه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به ، وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً ،

---

( حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه ) أي والحال أنه ليس في السوق ( إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز ) لأنه غير محجور عليه ( وإن بايعه الذي علم بحجره ) أن هذه للوصل ، لأن صحة الحجر التشهير ولم يوجد ، إذ المشروط لا يثبت بدون شرطه ، لأن الحجر ضد الإذن ، فكما أن الاذن لا يقبل التخصيص فكذا الحجر ، بخلاف خطاب الشرع إذا علم بحجر واحد حيث لا يقدر في تركه لأنه حكمه يثبت في حق من علم به ويقبل التخصيص .

( ولو حجر عليه في بيته بمحضر من أكثر أهل سوقه ينحجر ، والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك ) أو الشيوع والاشتهار ( مقام الظهور ) أي في ظهور الحجر ( عند الكل ) دفعاً للحرج ( كما في تبليغ الرسالة من الرسل صلوات الله وسلامه عليهم ) فان الشيوع والاستشهار فيها ، فيقام مقام الظهور عند جميع الناس ، فلذلك لزم الكل الايمان بهم ، والامتثال بأوامرهم ( ويبقى العبد مأذوناً إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل ) إذا عزل يبقى على وكالته ( إذا لم يعلم بالعزل ) لأن في انعزاله قبل العلم ضرراً فاحشاً ( وهذا ) أي بقاؤه على الاذن إلى العلم بالعزل ( لأنه يتضرر به ) أي لأن العبد يتضرر بالعزل المذكور ( حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به ) أي العبد مارضي بلزوم الدين عليه ( وإنما يشترط الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعاً ) لئلا

أما إذا لم يعلم بـــه إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر ، لأنه لا ضرر فيه . قال ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه ، لأن الاذن غير لازم ، وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ، هـــذا هو الأصل فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء وهـي تنعـــدم بالموت والجنون ، وكذا باللحوق لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته . قال وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي يبقى مأذونـاً ،

---

يتضرر لما قلنا ( أما إذا لم يعلم به ) أي بالإذن ( إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ) أي ثم حجر المولى عليه حجراً متلبساً بعلم من العبد ( ينحجر لأنه لا ضرر فيه ) .

( قال ) أي القدوري ( ولو مات المولى أو جن ) المراد الجنون المطبق ، حتى إذا لم يكن مطلقاً بأن يجن ويفيق لا ينحجر . واختلفوا في المطبق فقال محمد مأذون الشهر غير مطبق ، وشهراً فصاعداً مطبق ، ثم رجع وقال مأذون السنة غير مطبق ، وما فوقهـــا مطبق . وعن أبي يوسف أكثر السنة فصاعداً مطبق ، وما دونه لا ( أو لحق بدارالحرب مرتداً صار المأذون محجوراً عليه ، لأن الإذن غير لازم ) ولهذا يملك المولى إبطاله ( وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء ) وفي الابتداء اشتراط أهليـــة المولى للإذن ، فكذا في البقاء ثم بهذه الأشياء تنعدم الأهليـــة فكان محجوراً ( هذا هو الأصل ) أشار به إلى قوله وما لا يكون لازماً من التصرف يعطى لدوامـــه حكم الابتداء ( فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي ) أي أهليـــة الإذن ( تنعدم بالموت والجنون ، وكذا باللحوق ، لأنه موت حكماً حتى يقسم ماله بين ورثته ) فلا يقسم المال بين الورثة إلا بموت المورث إما حقيقة أو حكماً .

(قال) أي القدوري (وإذا أبق العبد صار محجوراً عليه . وقال الشافعي يبقى مأذوناً)

لأن الاباق لا ينافي إبتداء الاذن ، فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغاصب . ولنا أن الاباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه ، بخلاف ابتداء الاذن ، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها. وبخلاف الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر . قال وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها

---

فلا ينحجر . وقال مالك وأحمد وهو قول زفر « رح » أيضاً ذكره في المبسوط ( لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن ) حتى لو أذن الآبق يجوز لأن الإذن باعتبار ملكه ، ولا يختل ذلك بالإباق ( فكذا لا ينافي البقاء ) يعني يبقى إذنه بعد إباقه (وصار كالغاصب) يعني إن المولى لو أذن العبد المغصوب يصح ، ولو غصب العبد المأذون لا يبطل الاذن ، كذلك هاهنا .

( ولنا أن الإباق حجر دلالة ) لأن الإذن مقيد دلالة بشرط قدرة المولى على قضاء ديونه من كسبه ، وهو معنى قوله ( لأنه ) أي لأن المولى ( إنما يرضى بكونه مأذوناً على وجه يتمكن من تقضية دينه ) أي دين العبد ( بكسبه ) لو لحقه الدين ، ولما أبق لا يتمكن من ذلك لجواز إتلاف العبد الاكتساب عند وجود الصريح .

( بخلاف ابتداء الإذن ، لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها ) أي الحجر يكون هنا دلالة ، ولا اعتبار للدلالة عند التصريح بخلافها ( وبخلاف الغصب ، لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر ) باستدعاء القاضي أو السلطان عليه ، حتى لو لم يمكن الانتزاع من يده بأن جحد الغاصب ولا بينة لا يصح ابتداء الإذن ولا بقاؤه ، ذكره في الذخيرة . وإن عاد من الإباق هل يعود الإذن ، لم يذكره محمد « رح » ، والصحيح أنه لا يعود .

( قال ) أي القدوري ( وإذا ولدت المأذون لها من مولاها فذلك حجر عليها ) أي

خلافاً لزفر « رح » وهو يعتبر البقاء بالابتداء . ولنا أن الظاهر أنــه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة ، بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة ، ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لاتلافه محلاً تعلق بــه حق الغرماء ، إذ به يمتنع البيع وبه يقضى حقهم . قال وإذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ما جرت بتحصين

---

الاستيلاد حجر على الأمة . قال المحبوبي تأويل المسألة إذا استولدها من غير تصريح الإذن ، حتى لو قال بعد الاستيلاد لا أزيد الحجر عليها لا تنحجر ( خلافاً لزفر ، هو يعتبر البقاء بالابتداء ) يعني زفر يعتبر البقاء بالابتداء ، أو يعني إذا أذن لأم الولد ابتداء يجوز ، فكذا إذا صارت الأمة أم ولد وهو القياس ، وهو قول الثلاثة أيضاً .

( ولنا أن الظاهر انه يحصنها ) أي أن المولى يحصن الأمة ( بعد الولادة ) فلا يريد خروجها واختلاطها بالناس ( فيكون دلالة الحجر عادة ) أي فيكون تحصنه إياها دلالة الحجر عليها من حيث العادة ودلالة العادة معتبر عند عدم الصريح ، بخلاف ما ترى أن تقدم المائدة بين يدي إنسان يجعل إذناً في التناول عرفاً وعادة . قال فأما اذا قال بعد التقديم لا تأكل لم يكن ذلك إذناً ، كذا في المبسوط ( بخلاف الابتداء ، لأن الصريح قاض على الدلالة ) يعني بخلاف ما إذا أذن لأم الولد ابتداء حيث يجوز ، لأنه صريح فلا اعتبار للدلالة عندنا .

( ويضمن المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به ) أي بالاستيلاد ( يمتنع البيع ، وبه ) أي وبالبيع ( يقضى حقهم ) أي حق الغرماء .

( قال ) أي القدوري ومحمد في الجامع الصغير ( وإذا استدانت المأذون لها أكثر من قيمتها ) قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمتها دون الزيادة عليهـــا ( فدبرها المولى فهو مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر ، إذ العادة ما جرت بتحصين

المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضاً ، والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في أم الولد . قال فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة « رح » ، ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يجوز إقراره . لهما أن المصحح لإقراره إن كان هو الإذن فقد زال بالحجر ،

---

المدبرة ولا منافاة بين حكميها أيضاً ) أي حكم الاذن والتدبير ، لأن بالتدبير يثبت حق العتق وإن كان حق العتق لا يؤثر في مكان الحجر عليه ( والمولى ضامن لقيمتهالما قررناه في أم الولد ) أشار به إلى قوله لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء .

( قال ) أي القدوري ( فإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة « رح» ) يعني إقراره لغير مولاه بما في يده، لأنه لو أقر باستهلاك رقبته لا يجوز بالاجماع ، حتى إذا لم يف ما في يده لاتباع رقبته بالاجماع ولا فيما انتزعه المولى من يدهقبل الحجر ، وكذا لو كان دينه وقت الاذن مستغرقاً لما في يده فأقر بعد حجره بدين آخر لا يصدق بالاجماع . وكذا لو كان الحجر عليه بسبب بيع المولى ثم أقر فيبدالمشتري بدين عليه لا يصدق بالاجماع . وكذا لو كان في يد كسبه عبد بالاحتطاب والاصطياد ونحوهما مما هو ليس بتجارة لا يصدق بالاجماع ( ومعناه ) أي معنى قول القدوري فإقراره جائز ( أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه فيقضى مما في يده ) إنما فسر بهذا التفسير لأن مطلق الاقرار بما في يده أي أقيم منه المغصوب والديون لا الأمانات ، فلهذا أقدم ذكر الأمانة تبين أن المراد منه التفهم . قوله فيقضى مما في يده ، أي يقضى للمقر له من الذي في يده .

( وقال أبو يوسف ومحمد « رح » لا يجوز إقراره ) وبه قالت الثلاثة ، ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه ( لهما أن المصحح لاقراره إن كان هوالاذنفقدزال بالحجر،

وإن كان اليد فالحجر أبطلها ، لان يد المحجور غير معتبرة . وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره ، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر . وله أن المصحح هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده ، واليد باقية حقيقة ، وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها ،

---

وإن كان اليد فالحجر أبطلها ) أي اليد ( لأن يد المحجور غير معتبرة ) شرعا .

فإن قيل لا نسلم أن يده غير معتبرة فإنها لو استودع وديعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسألة في المبسوط . ولو كانت غير معتبرة كانت الوديعة كثوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيبته سواء . أجيب بأن تأويلها إذا لم يعلم المودع أن الوديعة كسب العبد ، أما إذا علم ذلك فللمولى أخذه ، وكذا إذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد .

( وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره ) أي حكم إقراره بما في يده لغير المولى ، كما إذا أخذ المولى ... إلى آخره حيث لا يسمع إقراره فيه بالاتفاق ( أو ثبت حجره بالبيع من غيره ) أي أو صار كما إذا ثبت حجر العبد ببيعه مولاه من غيره فإنه لا يصح إقراره أيضاً ( ولهذا ) توضيح لما قبله ( لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر ) يعني إذا أقر بعد الحجر بمال لا يصح هذا الاقرار في حق الرقبة ، حتى لا يباع به بالاتفاق .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن المصحح ) لاقراره ( هو اليد ، ولهذا لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده ) لزوال المصحح ( واليد ) أي يد العبد ( باقية حقيقة ) وهو ظاهر ، لأن الكلام في الاقرار بما في يده ( وشرط بطلانها بالحجر حكماً فراغها عن حاجته ) أي شرط بطلان اليد بالحجر من حيث الحكم فراغ اليد عن حاجته ( وإقراره دليل تحققها ) أي تحقق الحاجة .

بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار ، لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً ، فلا تبطل بإقراره ، وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه . وهـــذا بخلاف ما إذا باعه ، لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف ، فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ،

---

ولقائل أن يقول دليل تحقق الحاجة مطلقاً أو عند صحتــه ، والأول ممنوع ، الثاني مسلم ، ولكن صحة هذا الإقرار في خير النزاع فلا يصح أخذ في الدليل . والجواب أن مطلقه دليل تحققها حملا لحال المقر على الصلاح .

فإن قيل لو كان إقراره دليل تحقيقها يصح بما انتزعه المولى من يده قبل الإقرار . أجيب بأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكماً . أما حقيقة فلأن الكلام فيما انتزعه من يـــده ، وأما حكماً فلأن النزع كان قبل ثبوت الدين فلا تبطل يده بإقراره ، لأنه أقر بما ليس في يده أصلا وهو باطل .

( بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار ) هذا وما بعده إشارة إلى جواب عما استشهد أبو يوسف ومحمد « رح » به من المسائل الاتفاقية ( لأن يد المولى ثابتة حقيقة ) وهو ظاهر ، لأنه في يده وهو ملكه ( وحكماً ) وهو أنه قبضه قبل ظهور الدين ( فلا تبطل ) أي يد المولى ( بإقراره ) أي بإقرار العبد ( وكذا ملكه ثابت في رقبته فـــلا يبطل باقراره من غير رضاه ) أي من غير رضى المولى إذ لا يد للعبد في رقبته بعد الحجر ( وهذا ) أي ماذكرنا من الحكم ( بخلاف ما إذا باعه ) أي باع المأذون وفي يده كسب فأقر فانه لا يصح ( لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك ) أي لأنه صار كعبد آخر لتجدد الملك ، فصار بمنزلة شخص آخر يحكم بتبدل الملك ( على ما عرف ) إشارة إلى حديث بريرة رضي الله عنها فهو لها صدقة ولنا هدية ، فان الحكم فيه تبدل بتبدل الملك على ما عرف في موضعــه ( فلا يبقى ) أي إذا كان الأمر كذلك لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ( ما ثبت بحكم الملك ) أي ما ثبت

ولهذا لم يكن خصماً فيما باشره قبل البيع . قال وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ، ولو أعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته . لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك الرقبة ، ولهذا يملك اعتاقه

---

له من حكم الاذن الذي كان ثابتاً عليه للمولى بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح إقراره بما في يده بعد البيع لعدم إبقاء الاذن .

( ولهذا ) توضيح لتبدل العبد بتبدل الملك ( لم يكن ) للعبد (خصماً فيما باشره قبل البيع )أي لم يكن خصماً في حقوق عقد باشره عند الأول قبل بيعه من التسلم والتسليم والرد بالعيب ، وإن كان خصماً فيها بعد الحجر قبل البيع ، وعلى هذا إذا حجر المأذون وفي يده ألف فاقر بعدما أذن له ثابتاً بألف لا يلزمه في الاذن الأول قضى من ذلك الألف عنده ، وعندهما هذا الألف للمولى ويصح هذا الاقرار فيؤمر المولى بقضاء دين أو يباع. وفي الاسرار وعلى هذا الخلاف إذا حجر الصبي المأذون وفي يده كسب فيقر به يصح عنده خلافاً لهما .

( قال ) أي القدوري ( وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى مافي يده ) بأن كان قيمته ألفاً فاشترى عبداً يساوي ألفاً وعليه ألفا درهم ، قيد بقوله تحيط بماله ورقبته ، لأنه إذا لم يحط بشيء من ذلك يملك المولى ما في يده وينفذ عتقه بالاجماع على ما يجيء في الكتاب وإذا أحاط بماله دون رقبته لم يذكره في الكتاب . ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير أن العتق فيه جائز .

( ولوأعتق من كسبه عبداً لم يعتق عند أبي حنيفة . وقالا يملك ما في يده ويعتق ) أي قال أبو يوسف ومحمد « رح » يملك المولى ما في يده وينفذ عتقه ، وبه قالت الثلاثة (وعليه قيمته ) أي على المولى قيمة العبد الغرماء لتعلق حقهم به ( لأنه وجد سبب الملك في كسبه ، وهو ) أي سبب الملك في الكسب ( ملك رقبته ) لأن ملك الأصل علة ملك الفرع ( ولهذا ) أي ولأجل وجود سبب الملك ( يملك ) المولى ( اعتاقها ) أي الرقبة .

ووطء الجارية المأذون لها ، وهذا آية كماله . بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظراً للمورث ، والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته ، أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد . وله أن الملك للمولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على

---

وفي بعض النسخ اعتاقه ، أي العبد المأذون ( ووطء الجارية المأذون لها ) بالغصب ، أي ويملك وطء الجارية التي أذن لها . ألا ترى أن المولى إذا وطيء جارية عبده المأذون فجاءت بولد فادعاه يثبت نسبه ، وإن كان عليه دين يحيط بالإجماع ولا يغرم عقرها ، ولو لم يملك ينبغي أن يغرم عقرها ( وهذا ) أي نفوذ اعتاقه وحل وطئه ( آية كماله ) أي علامة كمال الملك ، لأن الوطء لا يكون إلا في الملك الكامل ، وكذلك العتق .

( بخلاف الوارث ) جواب عما يقال سلمنا ذلك ، لكن المانع متحقق وهو إحاطة الدين ، فانها تمنع عن ذلك كما في التركة إذا استغرقتها الديون فانها تمنع اعتاق الوارث . فأجاب بقوله بخلاف الوارث إذا أعتق عبداً من التركة وهي مشغولة كلها بالدين حيث لا ينفذ ( لأنه يثبت الملك له نظراً للمورث ) بايصال ماله إلى أقرب الناس إليه ، ولهذا يقدم الأقرب فالأقرب ، ولا نظر للمورث في ذلك عند إحاطة الدين بتركته ، بل الرعاية ( والنظر في ضده ) أي في ضد ثبوت الملك للوارث وهو عدم ثبوت الملك له ( عند إحاطة الدين بتركته ) وذلك لأن قضاء الدين فرض عليه وهو حائل بينه وبين ربه ، والميراث بأصله . وإذا كان سبب الملك النظر وقد فات فإن الملك ولا عتق في غير الملك ( أما ملك المولى ما ثبت نظراً للعبد ) حتى يراعى ذلك بعدم العتق ، حتى يقضى دينه .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( لأن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجة العبد ) لأنه متصرف لنفسه وقضيته أن يقع الكسب له وقوعه للمولى على سبيل الخلاف عنه ، فكان من شرطه فراغه عن حاجته ، ولهذا لو امتنع عن الإنفاق على عهده أمر بالاكتساب والإنفاق على نفسه ورد ما فضل من حاجته إلى سيده ( كملك الوارث على

ما قررناه والمحيط بـــه الدين مشغول بها فلا يحلفه فيه . وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته . وإذا نفـــذ عندهما يضمن قيمتـــه للغرماء لتعلق حقهم بـه . قال وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جـــاز عتقـه في قولهم جميعـاً ، أمـا عندهما فظاهر ، وكذا

---

ما قررناه ) يعني في مسألة تعلق الدين بكسبه في قوله ويتعلق الدين بكسبه ( والمحيط به الدين مشغول بها ) يعني الذي المال أحاط به الدين مشغول بالحاجة ( فلا يحلفه فيه ) أي فلا يحلف المولى العبد في المحيط به الدين ، يعني كما أن الدين المحيط بالتركـــة يمنع ملك الوارث في الرقبة فكذلك الدين المحيط بالكسب والرقبة يمنع ملك المولى ، لأن الخلافة في الموضعين لانعدام أهلية الملك في المـــال ، فالميت ليس بأهل للمالكية كالرقيق ، لأن المالكية عبارة عن القدرة والموت والرق ينافيان ذلك ، بـــل منافاة المـــوت أظهر . والميت جعل كالمالك حكماً لقيام حاجته إلى قضاء ديونه فكذلك الرقيق .

( وإذا عرف ثبوت الملك ) عندهما ( وعدمه ) أي عـــدم ثبوت الملك عنده عرف العتق وعدمه لكونه من فرعه ، أشار إليه بقوله ( فالعتق فريعته ) أي فريعـة الملك ، فمن قال بثبوت الملك نفذ العتق ، ومن لم يقل به أبطله وكذا لو قال هذا ابني يثبت نسبه إن كان مجهول النسب عندهما ويعتق ، وعنده لا يثبت ولا يعتق . وكـذا لو قتل عبد المأذون يغرم قيمته في ثلاث فإن عنده لأنه لم يملكه فصار كقتل عبد لأجنبي فكان ضمان جناية وعندهما يغرم قيمته للحال ، لأنه لو قتل بعد أو تعلق به حق الغرماء فيضمن حقهم للحال ، والفريع بضم الفاء تصغير فرعه ، أشار بهذه البينة إلى القلة ، بينها على أن ثبوت الملك له فزرع كثيره وإن العتق فلا يسر منه فافهم . ( وإذا نفذ ) أي العتق ( عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( يضمن قيمته للغرماء ) أي يضمن المولى قيمة العبد للغرماء ( لتعلق حقهم به ) أي بالعبد .

( قال وإن لم يكن الدين محيطاً بماله جاز عتقه ) أي عتق المولى عبد عبده والمأذون ( في قولهم جميعاً ، أما عندهما فظاهر ) لأن المولى عندهما يملك يده على ما مر ( وكذا

عنده لأنه لا يعرى عن قليله، فلو جعل مانعاً لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن، ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه. قال وإن باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين يحيط بكسبه. وإن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقه. بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة «رح»

---

عنده) أي وكذا يعتق عند أبي حنيفة (لأنه لا يعرى عن قليله) أي عن قليل الدين (فلو جعل) أي قليل الدين (مانعاً) هو ملك المولى ما في يد المأذون (لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن) وهو الانتفاع بكسبه (ولهذا) أي ولاجل ذلك (لا يمنع) أي قليل الدين (ملك الوارث) إذا كان على الميت قليل من الدين (والمستغرق يمنعه) أي الدين المستغرق للتركة يمنع ملك الوارث، لان حقهم بعد وفاء الدين وهو حق الميت فيقدم، وبه قال الشافعي وأحمد «رح» في رواية. وقال في قول وأحمد «رح» في رواية لا يمنع استغراق التركة بالدين ملك الوارث، وبه قال مالك. وذكر في المحيط أن هذا قول أبي حنيفة الاول على ما سيجيء إن شاء الله تعالى.

(قال) أي القدوري (وإن باع) أي العبد المأذون الذي لزمته الديون (من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز، لانه كالاجنبي عن كسبه) أي لان المولى كالاجنبي عن كسب العبد المأذون المديون (إذا كان عليه دين يحيط بكسبه) وهذا لو أتلف المولى ماله وأعتقه يضمن، وعليه قيمته، وهذا القيد يقيد انه إذا لم يكن عليه دين لا يجوز بيعه من المولى شيئاً ولا يبيع المولى منه شيئاً حتى لا يثبت فيه الشفعة.

(وإن باعه بنقصان لم يجز) أي عند أبي حنيفة «رح» سواء كان النقصان يسيراً أو فاحشاً وعندهما يجوز ويجبر المولى على ما يجيء (لانه) أي لان العبد (متهم في حقه) أي في حق المولى بميله إليه عادة (بخلاف ما إذا حابى الاجنبي عند أبي حنيفة) حيث

لأنه لا تهمة فيه ، وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده

---

يجوز مطلقاً ( لانه لا تهمة فيه ) أي فيما إذا حابى الاجنبي . فان قلت قد تكون التهمة فيه موجودة . قلت هو موهوم ، لان مجرد الاحتمال لا يعتبر ، وإنما المعتبر هو الاحتمال الناشىء عن الدليل .

( وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ) يروى بالواو وبدونها . قال السغناقي هذا متعلق بأول المسألة وهو قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح، لانه معطوف بلا معطوف عليه ، بل المناسب لذلك عدم الواو . وقال ويجوز أن يكون بدون الواو فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا جاز الاجنبي ، أي أنه يجوز في كل حال ، أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة، أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الاحوال ، وهذاأوجه ، ولكن النسخة بالواو وبإباه قبل ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى ، لان المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً، ولا يرجع المريض من وارثه بمثل القيمة إشكالاً عليه ، حتى يحتاج إلى الجواب . والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسألة . وفي الكلام تعقيد وتقدير كلامه هكذا

وإن باع من المولى شيئاً بمثل القيمة جاز ، لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين ، بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده ... إلى آخره ، ثم يذكر بعد ذلك قوله وإن باع المريض بنقصان لم يجز ... إلى آخره . قلت الأوجه ما ذكره تاج الشريعة أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض نقص على أصل المسألة ، وهو أن بيع المأذون من المولى بمثل القيمة جائز . ولو باع المريض من الوارث بمثل القيمة لا يجوز . قلت ينبغي أن يأتي بالمسألة بلا واو، لأنه أول مسألة تورد نقصاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي ، لأنه لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ، ومع الأجنبي جاز ، وإنما أدخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض على بيع

لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته ، أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا . وقالا إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة ، وإن شاء نقض البيع . وعلى المذهبين اليسير من المحابـــاة والفاحش سواء . ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر من الغرماء ، وبهذا يندفـــع الضرر عنهم ، وهذا

---

المريض من الأجنبي بالمحاباة ، فأدخل الواو فدفع هذا الوهم .

( لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه ) أي بعين مـــال الميت ( حتى كان لأحدهم الاستخلاص من الغرماء بأداء قيمته ) إلى الغرماء ( أما حق الغرماء فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا ) أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث .

( قالا ) أبويوسف ومحمد ( إن باعـــه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة ) بإيصال الثمن الى تمام القيمة ( وان شاء نقض البيع ) وتخصيصهما الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ ، قيل والصحيح أنه قول الكل، لأن المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع ، فـــلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي ( وعلى المذهبين ) أي مذهـــب أبي حنيفة ومذهب صاحبيه وهذا اعتراض بين الحكم والدليل لبيـــان تساوي المحاباة باليسير والكثير ، فإن على مذهب أبي حنيفة ( اليسير من المحاباة والفاحش سواء) حتى اذا باع من مولاه بنقصان يسير أو كثير لا يجوز ، فلا تخيير ، وعلى مذهبهما يجـــوز ، ولكن خير المولى بين تتميم القيمة أو نقض البيع .

( ووجه ذلك ) أو وجه الجواز مع التخيير ( أن الامتناع ) عـــن البيع بالنقصان ( لدفع الضرر من الغرماء ، وبهذا ) أي بالتخيير ( يندفع الضرر عنهم ) أي عن الغرماء

---

(١) هنا كلمة غير واضحة ورسها نضر .

بخلاف البيـــع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة ، حيث يجوز ، ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر بـــه ، لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها. وبخلاف ما إذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلاً عندهما ، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة ، لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي ، وهو إذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء ، وهذا أن الفرقان على أصلهما

---

( وهذا ) أي الذي ذكرنا من الجواز والتخيير ( بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة ، حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به ، لان البيع باليسير منها ) أي من المحاباة ، هكذا هو في كتاب تاج الشريعة . وفي بقيـــة الشروح منهما ، أي من المولى والاجنبي (متردد بين التبرع والبيع ) أما التبرع فلخلو البيع عن الثمن في قدر المحاباة، وأما البيع (لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه) أي اعتبرنا حكم هذا العقد ( تبرعاً في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع) أي حال كونه ( في حق الاجنبي لانعدامها) أي لانعدام التهمة.

( وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا، ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة، لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له لا يجوز على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن بالمحاباة في البيع مع الاجنبي وهـــو اذن ) أي المولى اذن وهو فاعل من الاذن ( بمباشرته بنفسه ، غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء ) وذلك لاجل الضرر ( وهذا أن الفرقان على أصلهما ) أي الفرق بـين المولى والاجنبي في حق المحاباة اليسيره حيث يؤمر الاول بإزالتها دون الاجنبي ، والفرق بينهما في الكثير حيث لا يجوز عندهما مع الاجنبي أصلا، ويجوز مع المولى. ويؤمر بإزالته في بعض النسخ،

قال وإن باعه المولى شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيع ، لان المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ، ولانه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيـــه ويتمكن المولى من أخـــذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة ، فإن سلم إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن ، لان حق

---

وهذا الفرقان بلفظ الإفراد على وزن فعلان بضم كغفران مصدر بمعنى الفرق ، فتكون النون مرفوعة . وعلى الوجه الأول النون مكسورة لأنها نون التثنية فتكسر على ماعرف

قال في النهاية والأول أصح لوجود هذين العرفين على قولهـما ،وكونه مثبتاً في النسخ المصححة ،وانما قال على أصلها لأن أبا حنيفة لم يجوزها، والبيع من المولى إلا بالغبن اليسير ولا بالفاحش لا يحتاج إلى هذا من الفريقين ، وإنما يحتاج في فرق واحـــد بين البيع من الأجنبي بالغش الفاحش حيث جاز عنده ، وبين البيع من المولى حيث لا يجوز ، والفرق ما ذكر في الكتاب .

( قال ) أي القدوري ( وإن باعـه المولى ) أي إن باع المولى من عبد المأذون المديون المستغرق ( شيئاً بمثل القيمة أو أقل جاز البيـع ) بالإجماع ( لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بيناه ) في هذا الكتاب ( ولا تهمة في هذا البيـع ، ولأنه مفيد ، فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ) أي في كسبه ( ويتمكن المولى من أخـــذ الثمن بعـــد أن لم يكن له هذا التمكن وصحـــة التصرف تتبـع الفائدة ) أراد جواز البيـع يعتمد الفائدة وقد وجدت فإنه يخرج من كسب العبد الى ملك المولى ما كان المولى ممنوعاً منه قبل ذلك لحق الغرماء ، ويدخل في كسب العبد ما لم يكن تعلق بـه حق ، وهذا الذي ذكره جميعه يمشي على قول الكل غير قوله ، لأن المولى أجنبي عن كسبه ، فان عندهما غير أجنبي على ما عرف

( فان سلم ) المبيـع ( إليه ) أي الى العبد ( قبل قبض الثمن بطل الثمن ، لأن حـق

المولى في العين من حيث الجنس ، فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ، ولا يستوجبه المولى على عبده ، بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً ، لانه يتعين ، وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين . قال وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز ، لان البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ، وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين .

---

المولى ) ثابت ( في العين من حيث الجنس ) لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع ، والثابت في العين من حيث الجنس سقط بالتسلم فحق المولى سقط به ( فلو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ) لكونه في مقابلة العين ( ولا يستوجبه المولى على عبده ) أي لا يستحق المولى ديناً على عبده ، حتى لو أتلف شيئاً من ماله لم يضمن . وفي المبسوط هذا ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف هذا إذا استهلك العبد المقبوض ، فان كان قائماً في يده للمولى أن يسترده حتى يستوفي الثمن من العبد .

( بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً لأنه يتعين ) أي حينئذ المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء ، لأنه بالعقد ملك العرض بعينه ( وجاز أن يبقى حقه متعلقاً بالعين ) وهو في يد عبده وهو أحق من الغرماء ، كما لو غصب العبد شيئاً من ماله أو أودع ماله عند عبده .

( قال وإن أمسكه في يده ) أي إن حبس المولى البيع ( حتى يستوفي الثمن جاز ، لأن البائع له حق الحبس في المبيع ، ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( كان أخص به من سائر الغرماء ) إذا كان المبيع قائماً في يده ، وفائدة كونه أخص أنه إذا مات المشتري قبل أداء الثمن يكون البائع أولى بالمبيع من غيره ، كالرهن في يد المرتهن إذا مات الراهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء ( وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين ) هذا جواب عما يقال أنتم قلتم أن المولى لا يستوجب على عبده ديناً فقد استوجب ديناً في ذمة العبد حتى حبس المبيع لأجله .

وتقرير الجواب أن يقال يجوز أن يكون للمولى حق في الدين إذا تعلق بالعين

ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع كما بينا في جانب العبد ، لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء . قال وإذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جائز ، لان ملكه فيه باق ، والمولى ضامن بقيمته للغرماء ، لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ، لان الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما

---

كالمكاتب ، فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته ، وهذا لأن المبيع قبل التسليم يزيل العين عند ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن ، فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي ، وبالدين من حيث تعلقه بالعين .

( ولو باعه ) أي ولو باع المولى من عبد المأذون شيئاً ( بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة ) سواء كانت الزيادة قليلة أو كثيرة (أوينقض البيع كما بينا في جانب العبد، لأن الزياده تعلق بها حق الغرماء ) أشار بقوله كما بينا الى قوله ويخير المولى بازالة المحاباة الى آخره ، فالمصنف أطلق لفظ المحاباة بينهما من غير ذكر خلاف هذا دفع في اختيار صاحب المبسوط من الأصح . وأما على رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز أصلا عند أبي حنيفة « رح » فلا يرد التخيير عنده ، وعندهما يجوز البيع مع التخيير . وفي الكافي ولا يحتمل أن يكون المبيع فاسداً عند أبي حنيفة على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أعتق المولى العبد المأذون وعليه ديون فعتقه جائز )أي والحال أن عليه ديون لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو جحود الوديعة أو إتلاف المال فعتقه ، أي اتلافه جائز ، ولا نعلم فيه خلاف ( لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن بقيمته للغرماء ، لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من ثمنه ) أي من جهة بيع العبد ومن جهة استيفاء الديون من ثمن العبد ، فاذا كان كذلك فانه يضمن قيمته بالغة ما بلغت إذا كان الدين مثلها أو أكثر منها علم بالدين ، أو لم يعلم به ( وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق ، لأن الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أتلف ضماناً فبقي الباقي عليه كما

كان ، فإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير ، لان حقهم بقدره . بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما ، وقد ركبتهما ديون ، لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع ، فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً . قال فإن باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه ، فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاءوا ضمنوا المشتري ،

---

كان ) انتصاب ضماناً على التمييز ، أي من حيث الضمان ( فان كان ) أي الدين ( أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره ) أي لان حق الغرماء بقدر الدين .

( بخلاف ما إذا أعتق المدبر وأم الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون ) حيث لا ضمان عليه ( لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع ) أي من حيث استيفاء الدين بواسطة البيع ، لانهما لا يقبلان النقل من ملك إلى ملك ( فلم يكن المولى متلفاً حقهم فلا يضمن شيئاً ) .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( فان باعه المولى ) أى فان باع المولى العبد المأذون له بثمن لا يفي بديون الغرماء بدون إذنهم (وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) أى والحال أن المأذون عليه دين يحيط برقبته وقبضه المشترى وغيبه ) قيد بقوله وغيبه لان الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع ، إلا أن يقضي المولى ديونهم ، فاذا لم يقدروا على العبد ( فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته ، وإن شاؤوا ضمنوا المشتري ) هذا الخيار إن كان الثمن أقل من القيمة ، أما إذا كان كثيراً أو مساوياً فلا خيار لهم ، وهذا الضمان أيضاً إذا كان البيع بغير إذن القاضي وبغير إذن الغرماء والدين حال والثمن لا يفي بديونهم ، حتى لو باعه بإذنهم أو باذن القاضي أو الدين مؤجل أو بقي الثمن بديونهم لا ضمان على المولى في هذه الوجوه .

فان قلت حق الغرماء لحق المرتهن ، وذلك يمنع الراهن من البيع سواء كان الدين

لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب ، فيخيرون في التضمين،وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن ، لان الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق

---

حالاً أو مؤجلا . قلت ليس كذلك إذ للمرتهن في الرهن ملك اليد وذلك قائم مقام التأصل في الدين ، وبه يعجز الراهن عن التسليم وليس للغرماء حق ملك اليد في المأذون ولا في كسبه ، وإنما لهم عن المطالبة بقضاء الدين وذلك متأخر إلى حلول الأجل .

فان قلت لم يجب على المالي الضمان بالبيع ، لأن حقهم في ذلك ، والمولى دفع المؤنة عنهم فصار كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء ما ليس لهم أن يضمنوه . قلت حق الغرماء في بيع التركة لا غير . أما ها هنا ليس لهم أن يبيعوه لجواز أن لا يصل اليهم حقهم بتقدير البيع .

( لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم ) فحينئذ ليس لهم أن يبيعوه لوصولهم إلى حقهم ( والبائع ) وهو المولى ( متلف حقهم بالبيع والتسليم ) أي متلف حق الغرماء ببيع العبد الذي تعلق به حقهم والتسليم إلى المشتري ( والمشتري بالقبض والتغييب ) أى والمشترى متلف أيضاً بقبض العبد وتغييبه إياه ( فيخيرون في التضمين ) أى إذا كان الأمر كذلك تخير الغرماء في تضمين البائع أو المشترى .

( وإن شاؤوا أجازوا البيع ) هذا يدل على أن هذا البيع كان موقوفاً . وقال قاضي خان وهذا البيع قبل اجازة الغرماء فاسد وليس بموقوف فعله على المأذون ( وأخذوا الثمن ، لان الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق ) ولو كان البيع باذنهم لم يكن هناك ضمان ، فكذا اذا أجازوا .

فان قلت يشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ، ثم ان أجازوا المكفول له لا يرجع الكفيل عليه . قلت لانها لا تحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك

كما في المرهون ، فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة فيكون حق الغرماء في العبد ، لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة ، كذا هذا . قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه

---

ها هنا ، فان البيع يتوقف لزومه على اجازة الغرماء ، فاذا وجدت أثر في اللزوم .

( كما في المرهون ) يعني الراهن اذا باع الرهن بلا اذن المرتهن ، ثم أجاز المرتهن البيع يجوز فكذا هاهنا ، لان الاذن في الإنتهاء كالإذن في الابتداء ( فان ضمنوا البائع قيمته ) أى ان ضمن الغرماء المولى البائع قيمة العبد الذى باعه ( ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ) على الغرماء ( ويكون حق الغرماء في العبد ، لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم ) قال الفقيه أبو الليث « رح » يعني اذا قبله بقضاء القاضي ، لان القاضي لما رده فقد فسخ العقد فيما بينهما فعاد الى الحال الاول .

( وصار كالغاصب ) أى صار المولى هنا كالغاصب ( اذا باع ) العين المغصوبة ( وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة ) أى كان للغاصب أن يرد العين التي باعها وردت عليه بالعيب على المالك ويأخذ منه القيمة التي دفعها اليه بسبب الضمان ( كذا هذا ) أى كالغاصب البائع أو حكم البائع كحكم الغاصب.

( قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) أي قال محمد في الجامع الصغير ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في عبد الرجل عليه دين باعه من رجل وأعلمه بالدين وقبض الرجل ثم جاء الغرماء قال لهم أن يردوا البيع ، وإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم ، انتهى . قوله وأعلمه أى المشتري بأن قال هذا عبد مديون ، وفائدة الاعلام سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ، حتى يقع البيع لازماً فيما بينهما وإن لم يكن لازماً في حق الغرماء إذا لم يكن في ثمنه وفاء دينهم ( فللغرماء

بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ، وفي كل واحد منهما فائدة ، فالاول تام مؤخر ، والثاني ناقص معجل ، وبالبيع يفوت هذه الخيرة ، فلهذا لهم أن يردوه ، قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن ، فإن وصل لا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم .

---

أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته ) أي من رقبة العبد بالاستسعاء ، وينبغي أن تقدر كلمة به بعد قوله من رقبته ، أي بالإستسعاء كما ذكرنا .

( وفي كل واحد منهما ) أي من الإستسعاء والإستيفاء ( فائدة ، فالأول ) أي الإستسعاء ( تام مؤخر ) يعني أجل ( والثاني ) أي البيع ( ناقص معجل ، وبالبيع يفوت هذه الخيرة ) أي الخيار ( فلهذا لهم أن يردوه ) هي فلأجل ما ذكرنا للغرماء أن يردوا البيع.

( وقالوا ) أي المشايخ ( تأويله ) أي تأويل قول محمد « رح » لهم أن يردوا البيع ( إذا لم يصل إليهم الثمن ) بأن لا يفي الثمن بديونهم ، لأنه كان لهم حق الاستسعاء إلى أن تصل إليهم ديونهم ، ولهذا البيع لا يمكنهم الاستسعاء ، فكان لهم أن ينقضوا البيع ( فإن وصل ) أي الثمن إليهم ( ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه ) أي البيع ( لوصول حقهم إليهم ) قيل في عبارته تسامح ، لأن وصول الثمن إليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز أن يصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع ، لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ، ولأن الرد للإستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بإسقاط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر ، لأنه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع ، فانهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم ، وكان فيه محاباة .

ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع ، معناه أن الثمن بقي بديونهم بدليل قوله تعالى . والثاني ناقص معجل فانه إنما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون .

قال فإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ، معناه إذا أنكر الدين ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » المشتري خصم ويقضي لهم بدينهم ، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له . وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة

---

فان قيل إذا باع المولى عبد الجاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للرد ، فما بال هذا لا يكون مختاراً لقضاء الديون من ماله . أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى ، فاذا تعذر عليه بالبيع طولب به لبقاء الواجب عليه . وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد بحيث لا يسقط عنه بالبيع ، ولا إعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق . فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة أن يقول أنا أقضي دينه وذلك عدة سنة بالتبرع فلا يلزمه . وفيه نظر ، لأن قوله أنا أقضي دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة . الجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به إلا أن يقوم الدليل على خلافه .

( قال فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ) أي البائع والمولى (معناه) أي معنى قول محمد « رح » وإن كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري ( إذا أنكر ) أي المشتري ( الدين ) قيد به لأنه لو أقر المشترى بدينهم وصدقهم فلهم نقضه بلا خلاف إذا لم يف الثمن بديونهم ، ذكره المحبوبي . وكذا لو كان المشترى غائباً والبائع حاضراً فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف ، ذكره في المبسوط (وهذا) أي عدم كون الخصومة بينهم وبين المشترى ( عند أبي حنيفة ومحمد « رح ») .

( وقال أبو يوسف « رح » المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم ) أي يقضى للغرماء بدينهم ( وعلى هذا الخلاف إذا اشترى داراً ) لها شفيع ( ووهبها ) الرجل ( وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما ) أي عن أبي حنيفة ومحمد « رح » ( خلافاً له ) أي لأبي يوسف ( وعنهما ) أي عن أبي حنيفة ومحمد ( مثل قوله )

لابي يوسف أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب .

---

أى مثل قول أبيَ يوسف ( في مسألة الشفعة ) بأن يكون الموهوب له خصماً . وهذا رواية ابن سماعة « رح » .

( لأبي يوسف أنه ) أى المشترى ( يدعى الملك لنفسه ) لأنه ممسك للعين ، فكل من أمسك الشيء لنفسه يكون مالكاً ( فيكون خصماً لكل من ينازعه ) ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبداً شراء فاسداً فجاء رجل فادعى أن العبد له فالمشترى خصم ، لأنه في يده وهو مالك ، فكذا هذا .

( ولهما ) أى ولأبي حنيفة ومحمد ( أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما )أى البائع والمشترى ( فيكون الفسخ قضاء على الغائب ) فلا يجوز ، لأن الحاضر ليس بخصم عنه .

فان قلت يشكل بما إذا ادعى رجل الملك على ذى اليد وهو يقول اشتريت من فلان الغائب ، فان ذا اليد يكون خصماً ، وان كان القضاء على المشترى قضاء على الغائب . قلت فيما أوردت له يصير فسخاً ، لأنه لما أقام المدعي البينة على الملك ظهران البيع الذي جرى بين الغائب وبين ذي اليد لم يكن بيعاً لكونه ملك المدعي ، ولا كذلك هاهنا ، لأن البيع من المولى بالقضاء بالرد قضاء على الغائب وعلى المولى بالفسخأو كقضاء على الغائب لا يجوز .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير في كتاب الشفعة رجل اشترى داراً فوهبها لآخر وغاب المشتري بعدما قبضها الموهوب له فالموهوب له خصم للشفيع في قول أبي يوسف ويقضى له بها وبالثمن وتبطل الهبة ويستوثق من الثمن ، وكذلك لو باعها المشتري أخذ الشفيع إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الآخر . وقال محمد ليس بين الشفيع وبين الموهوبله والمتصدق عليه خصومة حتى يحضر المشتري وكذلك بالبيع

قال ومن قدم مصراً فقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ، لانه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ، وإن لم يخبر فتصرفه جائز ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره ، والعمل بالظاهر هو الاصل

---

إن أراد الشفيع الأخذ بالبيع الأول ، وإن أرادها بالبيع الثاني فالمشتري الآخر خصم ، وهذا تسليم للشفعة من الشفيع في البيع الأول .

قال الشيخ أبو المعين ولم يذكر محمد « رح » في الجامع قول أبي حنيفة واختلف المشايخ فيه . قال مشايخ بلخ قوله مع أبي يوسف فيجعل قول أبي يوسف ما أمكن وها هنا الإمكان ثابت ، لأنه لم ينص محمد على خلاف ذلك قال مشايخ العراق لا بل قوله مع محمد ، لان ابن سماعة ذكر في نوادره هذه المسألة . وذكر قول أبي حنيفة مع محمد « رح » .

( قال ومن قدم مصراً ) أي قال محمد في الجامع الصغير ، إنما قال ومن قدم ولم يقل وإذا قدم عبد مصراً لانه لا يعلم كونه عبداً إلا بقوله وإنما ذكر مصراً لانه لم يرد به مصراً معيناً ، وإنما أراد مصراً من الامصار ( وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة ) وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لانه أخبر عن شيئين أحدهما أخبر أنه مملوك ، وهذا إقرار منه على نفسه ، والثاني أنه أخبر أنه مأذون في التجارة ، وهذا إقرار من المولى ، وإقراره عليه ليس بحجة .

وجه الاستحسان هو قوله ( لانه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه ) أشار بهذا إلى أن المسألة على وجهين ، أحدهما أنه يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل ، والقياس أن لا يصدق وبه قالت الثلاثة .

والوجه الآخر هو قوله ( وإن لم يخبر ) أي لم يقل أن مولاه أذن له ، بل باع واشترى ( فتصرفه جائز ، إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل ) أى فتصرفه دليل أنه مأذون فيه ، والقياس أن لا يثبت وبه قال الشافعي

في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس ، إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه ، لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى ، بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه ، فإن حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل .

---

« رح » في وجه ، إذ الظاهر أن المحجور يجبر على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل ( في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس ) توضيحه أن الناس بحاجة إلى قبول قوله ، لأن الإنسان يبعث الأحوار والعبد في التجارة ، فلو لم يقبل قول الواحد في المعاملات لاحتاج إلى أن يبعث شاهدين ليشهد عند كل تصرف انه مأذون له في التجارة، وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى . والقياس أن يشترط عدالة المخبر ، لأن خبر العدل حجة . وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى .

( إلا أنه لا يباع ) استثناء من قوله ألزمه كل شيء ، ومعناه لأنه إذا لم يكن في كسبه وقالا يباع في الدين ( حتى يحضر مولاه ، لانه لا يقبل قوله في الرقبة ، لأنه خالص حق المولى ) لان بيعها ليس من لوازم الإذن في التجارة ، ألا ترى أنه إذا أذن للمدبر وأم الولد ولحقها الدين لا يباعان فيه ، فكانت الرقبة خالص حق المولى ، وحينئذ جاز أن يكون مأذوناً ولا يباع .

( بخلاف الكسب ) حيث يقبض الدين منه ، لان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في التجارة ( لانه ) أى الكسب ( حق العبد على ما بيناه ) أشار به إلى قولهفي وسط كتاب المأذون ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال أن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ( فان حضر ) أى المولى ( وقال هو مأذون بيع في الدين ) يعني إذ لم يقض المولى دينه ( لانه ظهر الدين في حق المولى ) أى بقوله أنه مأذون وحكم المأذون أنه يباع في الدين .

( وإن قال هو محجور فالقول قوله ) أى قول المولى مع يمينه ( لانه متمسك

# فصـــل

## وإذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء

بالاصل ) وهو عدم الاذن واذا أقامت الغرماء البينة أنه اذن له فحينئذ يبـاع، لان دعوى العبد الإذن عليه كدعوى العتق والكتابة ، فـلا يقبل قوله عند جحود المولى الا بالبينة . وفي مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده اذا قامت الغرماء البينة أنه مأذون له ولعبد يحجر والمولى غائب لا يقبل بينهم حتى لا يباع رقبة العبد بالدين ، لانها قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر وان أقر العبد بالدين فباع القاضي اكسابـه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن فان القاضى كلف الغرماء البينة على الاذن، فان[1] والا ردوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن اكساب العبد ولا ينقض البيوع التي جرت من القاضى في كسبه ، لان للقاضي ولاية في بيع مـال الغائب ويؤخر حقوق الغرماء الى أن يعتق العبد .

### ( فصل )

لما فرغ عن بيـان أحكام العبد في الاذن شرع في أحكام اذن الصغير وقدم الاول لكثرة وقوعه .

( واذا أذن ولي الصبي للصبي)وهو ابوه أو جده أو وصيهما أو نحوهم ( في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون) في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع دون نوع وصيرورته مأذوناً بالسكون وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد ( اذا كان يعقل البيع والشراء ) أى يعرفان البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعرف الغبن اليسير والفاحش ، وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فإنه ما من صبي لقن البيع والشراء إلا ويتلفها ، كذا قال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » في مبسوطه وبعضهم قال معناه

---

(١) هنا كلام غير مقروء – ولعله « أقاموا البينة » .

حتى ينفذ تصرفه، وقال الشافعي «رح» لا ينفذ، لان حجره لصباه فيبقى ببقائه، ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فـــلا يكون والياً للمنافاة، فصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة، لانه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على أصله

---

أن يعرف البيع ويقف على قيم الأشياء على وجه لو سئل عن قيمة شيء يقرب في تقويمه ولا يجارف فإن كان هكذا فالظاهر أنه لا يغبن فيكون كالبالغ فيصح إذنه في التجارة والا فلا، كذا قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي (حتى ينفـــذ تصرفه) برفع الذال.

(وقال الشافعي «رح» لاينفذ) أي تصرفه بإذنه، وبه قال مالك وأحمد في روايه. وقال أحمد في رواية وبعض أصحاب الشافعي في وجه كقولنا (لأن حجره لصباه) أي لان حجر الصبي لأجل صبي نفسه (فيبقى ببقائه) أي فيبقى الحجر ببقاء الصبي وبقـاء العلة تستلزم المعلول لا محالة، بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه، بل لحق المولى وهو بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذ.

(ولأنه) أي ولأن الصبي (مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه) يعني في ماله بعد الإذن (ويملك حجره) أي الحجر عليه (فلا يكون) أي الصبي (والياً للمنافاة) أي بين كونه والياً وبين كونه مولياً عليه، لأن كونه مولياً عليه سمة العجز وكونه والياً سمة القدرة (وصار) أي صار تصرف الصبي (كالطلاق والعتاق) حيث لا يصحـــان منه، وان أذن له الولي.

(بخلاف الصوم النفل والصلاة النافلة لأنه) أي لان كل واحـد من الصوم والصلاة (لا يقام بالولي) فيصحان منه (وكذا الوصية) أي وكذا تصح الوصيه منه لصحة الصوم والصلاة (على أصله) أراد به على أصل الشافعي رحمه الله، فان من أصله أن كل تصرف يتحقق من المولى لا يصح بمباشرة الصبي، لأن تصرفه بسبب الضرورة ولا ضرورة فيما يتصرف فيه الولي، وكل تصرف لا يتحقق بمباشرة الولي يصح تصرفه فيه بنفسه،

فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه ، أما البيع والشراء يتولاه الولي ، فلا ضرورة ها هنا . ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على مـــا عرف تقريره في

---

فلهذا تعتبر وصية بأعمال البر واحسان الابوين ولا يتحقق الضرورة فيما يمكن تحصيله برأى الولي ، وهذا يصح الشافعي اسلامه بنفسه لتحقق اسلامه باسلام أحد أبويه ، كـــذا في المبسوط ( فتحققت الضرورة ) أى اذا كان كذلك فتحققت للضرورة ( الى تنفيذه منه ) أى الى تنفيذ التصرف الذى لا يتحقق بمباشرة المولى منه ، أى من الصبي ( أما البيع والشراء يتولاه المولي فلا ضرورة هاهنا ) ولا يصح تصرفه فيه .

( ولنا أن التصرف المشروع ) بقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع ﴾ مطلقاً من غير فصل بين البائع والصبي (صدر من أهله) لكونه عاقلاً مميزاً يعلم أن البيع سالب ، وان الشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الفاحش ( في محله ) لكون المبيع مالاً متقوماً ( عن ولايـة شرعية ) لكونه ضرر عن اذن وليه والى له هذا التصرف ، فكذا من أذن له ألا ترى أن الطلاق والعتاق لما لم يملكه الولي لا يملك الاذن بـه فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك .

فان قلت لا نسلم أنه أهل وهذا لان مجرد العقل والتمييز لا يكفي ، بل بالبلوغ شرط يصير أهلا اذ الشخص انما يصير أهلا للتصرف بكمال الحال وحال الانسان لا يكمل قبل البلوغ ، وهذا لا يتوجه عليه خطابات الشرع ، لان العقل والتمييز اللذين يعرف بهما الاشياء أمر باطن ، ولذلك يتفاوت في نفسه فأقيم البلوغ مقامه فلا يعتبر وجود العقل في الصبي . قلت العقل وحده يكفي لثبوت الاهلية لانه به تحصيل معرفة الاشياء الا أن الصبي مظنة المرحمة ، وبالخطاب يتضرر وصحة العبارة نفع محض ، اذ الآدمي شرف على غيره بها . والخلاف في الصحة لان المذهب عندنا أن الصبي اذا باع ماله انعقد ويتوقف على الاجازة كالراهن يبيع المرهون ينعقد ويتوقف على اجازة المرتهن .

( فوجب تنفيذه ) أى إذا كان كذلك فوجب تنفيذ التصرف الذي لا يتحقق بمباشرة الولي بتصرف الصبي كما قال ( على ما عرف تقريره في الخلافيات ) أي تقرير الخلاف الذي

الخلافيات ، والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظراً إلى إذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال . بخلاف الطلاق والعتاق لانه

---

بيننا وبين الشافعي رحمه الله في هذه المسألة .

[ قد وجد في هذا المحل بياض قدر ثلاث أسطر ] [1]

( والصبا سبب الحجر ) هذا جواب عن قول الشافعي « رح » ، لأن حجره لصباه . وتقريره أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير ، أشار إليه بقوله ( لعدم الهداية )أي إلى التصرفات ، فصار كالعبد في كون حجره لغيره ( لا لذاته ) لكونه أهلا ، فإذا انضم إلى رأي الولي صار هو والبائع سواء فيترجح جانب النفع على جانب الضر ، بل هذا أقرب لأنه تصرف حضره رايان، فكان أقرب إلى النظر الذي حضره واحد فلا يبقى الضرر فيرتفع الحجر ( وقد ثبتت ) أي الهداية إلى التصرفات ( نظراً إلى إذن الولي ) لأنه لو لم يعلم أنه هاد في أمور التجارة لما أذن له ( وبقاء ولايته ) يرفع بقاء على الابتداء، وخبره قوله ( لنظر الصبي ) أي بقاء ولاية الولي بعد الإذن نظراً للصبي ، وهذا جواب ما يقال ثبتت له الهداية بالإذن لم يبق الولي ولياً .

وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك للنظر له ، فان الصبا من أسباب المرحمة بالحديث ، وفي الاعتبار كلامه في التصرف نفع محض ( لاستيفاء المصلحة بطريقين ) أي بمباشرة وليه له ومباشرة نفسه ، فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ( واحتمال تبدل الحال ) بالجر عطفاً على قوله لاستيفاء المصلحة ، أي ولاحتمال تبدل حال الصبي من الهداية إلى غيرها ، فأبقينا ولاية الولي لتدارك ذلك .

( بخلاف الطلاق والعتاق ) جواب عن قوله صار كالطلاق والعتاق ( لأنه ) أي لأن

---

( ١ ) هكذا وجد في الأصل ، وثلاث أسطر تساوي حوالي خمسة أسطر تقريباً في هذه الطبعة اهـ مصححه .

صار محض فلا يؤهل له . والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الإذن ، والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل أهلاً له بعد الإذن لا قبله ، لكن قبل الإذن يكون موقوفاً منه على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً . وصحة التصرف في نفسه ، وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه

---

كل واحد من الطلاق والعتاق (صار محض ، فلا يؤهل[1] له) أي فلم يجعل الصبا أهل الضار المحض ، أي التصرف فيه ( والنافع المحض ) بالرفع مبتدأ ( كقبول الهبة والصدقة ) مثال النافع المحض ( يؤهل له ) خبر المبتدأ ، أي يجعل الصبي أهلا له ،أي للنافع المحض، سواء كان ( قبل الاذن ) أو بعده ، فلا يتوقف على الاذن ( والبيع والشراء ) البيع مبتدأ أيضاً ، والشراء عطف عليه . وقوله ( دائر بين النفع والضرر ) فان قلت المبتدأ شيئان والمشتري واحد والتطابق شرط . قلت تقديره وكل واحد من البيع والشراء دائر ، أي متردد بين البيع على اعتبار الربح ، والضرر على اعتبار الخسران .

( فيجعل أهلا له بعد الاذن لا قبله ) أي إذا كان كذلك يجعل الصبا أهلا لهذا النوع من التصرفات بعد إذن الولي لا قبله ، أي إذا كان كذلك يجعل الصبا أهل لهذا النوع من التصرفات ( لكن قبل الاذن يكون موقوفاً منه ) هذا جواب عما يقال أنتم ما علمتم بجهة كونه ضاراً، فكان ينبغي أن لا يجوز. وتقريره أنه إنا وقفناه قبل الاذن( على إجازة الولي لاحتمال وقوعه نظراً ) فإن أحد المحتملين ( وصحة التصرف في نفسه ) يجر صحة ، أي ولصحة التصرف في نفسه ، لأن مشروع صدر من أهله في محله .

فان قيل إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته كان نافعاً محضاً كقبول الهبة ، فيجب نفوذه بلا توقف . أجيب بأن المعتبر في ذلك هو الوضع كالجزئيات الواقعة اتفاقا .

( وذكر الولي في الكتاب ) أي في مختصر القدوري ، أراد به ما ذكره بقوله وإذا أذن ولي الصبي ( ينتظم الأب والجد عند عدمه ) أي عند عدم الأب ، وليس المراد بـه

---

(١) فلم يؤهل — هامش .

والوصي والقاضي والوالي . بخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاة .

---

الترتيب ، لأن وصي الأب مقدم على الجد ( والوصي ) بالنصب ، أى وينتظم الولي، أى وصي الأب ووصي الجد ( والقاضي والوالي ) بالنصب أيضاً ، أى وينتظم الوالي . وفي المبسوط وليه أبوه ثم وصيه ثم جده أبو الأب ثم وصيه ثم القاضي أو وصي القاضي ، فأما الإمام أو وصيهما فلا ولاية لهما عليه ،فلا يصح الاذن منهما ولايقال وصي الأم باع العروض التي ورث الصبي من أمه يجوز ، لأن ذلك من باب الحفظ على الأم الميتة وعلى الصغير ، لا لأنه تجارة . حتى لو اشترى شيئاً آخر لليتيم لا يجوز ، كذا في الذخيرة . وعند الثلاثة وصي الصبي والمجنون والأب ثم الجد وإن عدما فالسلطان . وفي شرح الطحاوى وفي الصغير أبوه ووصي أبيه ثم جده ثم وصي جده ثم وصي جده وصية ثم القاضي ومن نصيبه القاضي سواء كان الصغير في عيال هؤلاء أو لم يكن .

( بخلاف صاحب الشرط ) يريد به أمير البلدة كأمير بخارى ، فكان الوالي أكبر منه ، لأن له ولاية تقليد القضاء دون صاحب الشرط . وقوله الشرط بضم الشين المعجمة وفتح الراء وهو جمع شرطة بضم الشين وسكون الراء والشرطة خيـــار الجند ، وأول كتيبة تحضر الحرب . وفي العباب الشرطي والشرطة واحد الشرط ، قال الأصمعي سموا بذلك لأنهم جعلوا لأنفسهم علامة يعرفون بها . وقال أبو عبيدة سموا شرطاً لأنهم أعدوا والشرطة أول طائفة من الجيش تحضر الوقعة . قلت أصل ذلك من الشرط بفتحتين، وهو العلامة ، منه أشراط الساعة ، أي علاماتها .

( لأنه ) أي لأن الشأن ( ليس إليه ) أي إلى صاحب الشرط (تقليد القضاة ) والوالي إليه تقليد القضاة ، فكان أكبر منه ، فلذلك ينتظمه حكم الولاية ، لأنه يلي التصرفات على البابين ، بخلاف صاحب الشرط فإنه فوض إليه أمر خاص . قلت فعلى هـذا لا تكون الولاية في مصر إلا للسلطان ، لأن له التصرف العام بخلاف غيره من الحـكام ، لأن كل منهم يفوض إليه في أمر خاص إلا القضاة ، فإنه يفوض إليهم سائر الأحكام الشرعيــة ،

والشرط أن يعقل كون البيع سالباً للملك جالباً للربح والتشبيه بالعبد المأذون يقيدان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لأن الإذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ، ويصير مأذوناً بالسكوت

---

فكذلك لا تكون الولاية في البلاد الشامية إلا للقضاة خاصة ، اللهم إلا قلد إلى أحد من نوابها الكبار تقليد القضاة .

( والشرط أن يعقل ) الصبي ( كون البيع سالباً للملك جالباً للربح ) وقد مر بيان هذا الشرط ( والتشبيه بالعبد المأذون ) أراد تشبيه الصبي بالعبد المأذون في قوله وهو في البيع والشراء كالعبد المأذون ( يقيدان ما يثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه )أي في حق الصبي لا يقال يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم ، فإن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المديون بدين محيط بماله دون الولي ، لأنا نقول إن ذلك من الحجار المولى وعدم الحجار [1] المولى ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي ، وبأن دين الصبي لكونه حراً يتعلق بذمته لا بماله ، فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد يتعلق بكسبه والمولى أجنبي منه إذا كان الدين مستغرقاً ، ويصح إقراره بعد الإذن بما كسبه عيناً كان أو ديناً لوليه ولغيره ولانفكاك الحجر عنه ، فكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المتعدية نوع الولاية للقائمة والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي ، فكيف أفادته ذلك بأذنه. والجواب أنه إفادة من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها.

( لأن الإذن فك الحجر، والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبداً كان أو صبياً،فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع) أراد أن المأذون له في التصرف إنما يتصرف بأهلية نفسه فيستوي فيه العبد والصبي ، فإذا استويا في ذلك فلا يتقيد تصرفها في نوع دون نوع لما مر فيا مضى ( ويصير ) أي الصبي ( مأذوناً بالسكوت ) بأن يراه وليه يبيع أو يشتري فيسكت ، فإنه أذن له ، لكن هذا في الأب والجد والوصي لا في القاضي ، ألا ترى إلى

---

(١) هكذا الكلام في الأصل ولعلها انحجار وعدم انحجار .

كما في العبد ويصح إقراره بما في يده من كسبه ، وكذا بمورثه في ظاهر الرواية كما يصح إقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته ، كما في العبد

---

ما ذكر في الفتاوى الصغرى أن القاضي إذا رأى الصغير أو المعتوه أو عبد الصغير يبيع ويشتري فسكت لا يكون إذناً في التجارة ( كما في العبد ) إذا رآه مولاه يبيع فسكت فإنه يكون مأذوناً .

( ويصح إقراره بما في يده من كسبه ) أي يصح إقرار الصبي بعد الإذن بما هو كسبه عيناً كان أو ديناً لوليه ولغير وليه لانفكاك الحجر عنه ، فكان كالبالغين ، وأراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة ، والولي لا يملك الإقرار على مال الصبي فكيف إفادة ذلك بإذنه . والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الإذن بالتجارة وتوابعها ( وكذا بمورثه ) أي كذا يصح إقراره بمورثه بأن أقر بشيء من تركة أبيه لإنسان (في ظاهر الرواية) احترز به عن رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إقراره بذلك ، لأن صحة إقراره في كسبه لحاجته في التجارة إلى ذلك لئلا يمتنع الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث . وجه الظاهر أن الحجر لما انفك عنه بالإذن التحق بالبالغين ، ولهذانفذأبو حنيفة « رح » بعد الإذن تصرفه بالغبن الفاحش كالبالغين ، فكان الموروث والمكتسب في صحة الإقرار سواء لكونه مالية ( كما يصح إقرار العبد ) بعد الاذن لانفكاك الحجر عنه .

( ولا يملك تزويج عبده ) أي ولا يملك تزويج عبده . قيد بالعبد ، لأن عدم جواز تزويجه بالاجماع أما في عدم تجويز أمته خلاف بين أبي حنيفة ومحمد ، وبين أبي يوسف فعنده يملك تزويج أمته ، لأن فيه تحصيل المال ، وعندهما لا يملكه لأن النكاح ليس من عقود التجارة فلا يملك كالعبدالمأذون(ولا كتابته كمافي العبد) أي ولا يملك كتابة عبد أيضاً كما في العبد المأذون .

فان قيل الأب والوصي يملكان الكتابة في عبد الصبي فينبغي أن يملكها الصبي بعد الإذن . قلت الإذن يتناول ما كان من صيغ التجارة ، والكتابة ليست منه .

والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذوناً بإذن الأب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه ، وحكمه حكم الصبي والله أعلم

---

( والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي ) يعني الجواب فيه كالجواب في الصبي المميز والانعام فيه خلاف . وفي الذخيرة المعتوه الذي يعقل البيع والشراء كالصبي إذا بلغ معتوهاً ، أما إذا بلغ عاقلا ثم عتقه فأذن له الولي في التجارة هل يصح إذنه ، فقال أبو بكر البلخي لا يصح إذنه قياساً ، وهو قول أبي يوسف ، ويصح استحساناً هو قول محمد ، وهذا بخلاف ما لو أعتقه الاب أو جن فإنه لا يثبت للابن الكبير ولاية التصرف في ماله إنما يثبت له ولاية التزويج لا غير . وقال شيخ الإسلام ولي الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة بمنزلة الصبي الذي يعقل ، لأنه ناقص العقل وإن كان لا يعقل فهو مجنون ، فيكون بمنزلة الصبي الذي لا يعقل . ولو أذن المعتوه الذي يعقل البيع والشراء في التجارة ابنه كان باطلا مولى عليه فلا يلي على غيره ( يصير مأذوناً بإذن الأب والوصي والجد دون غيرهم ) من الأقارب كالابن والمعتوه ( على ما بيناه ) أشار به إلى قوله وذكر المولى في الكتاب ينتظم الأب والجد إلى أخذه ( وحكمه حكم الصبي والله أعلم ) أي حكم المعتوه كحكم الصبي إذا بلغ معتوها كما ذكرنا .

فوائد : موت الأب أو وصيه حجر على الصبي ، كذا في شرح الكافي ، ولو كان القاضي أذن للصبي أو للمعتوه في التجارة ثم عزل القاضي أو مات فهما على إذنهما . وقال خواهر زاده في مبسوطه إذا كان للصبي أو المعتوه أب أو وصي أو جد لأب فرأى القاضي أن يأذن للصبي أو للمعتوه في التجارة فأذن له وأبى أبوه فإذنه جائز ، وإن كان ولاية للقاضي على الصغير مؤخر من ولاية الأب والوصي لأب الأب لا يصير عاضلا له فتنقل الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح إذا عضل انتقلت الولاية إلى القاضي ، فان حجر عليه أحد من هؤلاء بعد ذلك فحجره باطل ، وإن حجر عليه هذا القاضي بعدما عزل لا يعمل لعدم ولاية القضاء ، وإن حجر القاضي أو الذي قام مقامه عمل حجره والله أعلم بالصواب .

# كتاب الغصب

## الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للإستعمال فيه بين أهل اللغة . وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه

---

### ( كتاب الغصب )

إيراده عقيب كتاب الإذن لكونه من أنواع التجارة في المستقبل ، ألا ترى أن إقرار المأذون لما صح بدون غيرها صح بديون التجارة دون غيرها صح بدون الغصب ولم يصح بدين الغصب ولم يصح بدين الحر لكون الأول من التجارة دون الثاني ، فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسباً . قيل وجه المناسبة التقابل ، لأن المأذون يتصرف بالاذن الشرعي الغاصب بخلافه ، فلذلك قدم كتاب المأذون عليه لانه مشروع دون الغصب .

( الغصب في اللغة عبارة عن أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ) أي أخذ الشيء ظلماً وقهراً ، تقول غصبة منه وغصبة عليه بمعنى ، قيل وغصبه إياه أيضاً ، والشيء أغصب ومغصوب . قلت قولهم شيء غصب تسميته بالمصدر فهذا الذى ذكره يتناول متقوماً وغير متقوم ، يقال غصب زوجة فلان وحر فلان ( للاستعمال فيه بين أهل اللغة) أي استعمال لفظ الغصب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب .

( وفي الشريعة أخذ مال ) أي الغصب في اصطلاح الشريعة أخذ مال ، وهذا بمنزلة الجنس للحد وباقي قيوده كالفصل ، لانه يتناول المحدود وغيره . وقوله (متقوم) احترازاً عن الخمر . وقوله ( محترم ) احترازاً عن مال الحربي فإنه غير محترم . وقوله ( بغير إذن المالك ) احترازاً عما إذا أخذه بإذن مالكه ، فانه لا يسمى غصباً . وقوله ( على وجه

## يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصباً دون الجلوس على البساط

يزيل يده ) أي يد المالك لبيان أن إزالة يد المالك لا بد منها في حد الغصب عندنا ، لان الشرط عندنا إزالة اليد الحقيقية واثبات المبطلة. وعند الثلاثة يبقى فيه اثبات اليد المبطلة، وعلى هذا تخرج المسائل على ما نذكرها إن شاء الله تعالى . غير أن إزالة اليد الحقة بالنقل والتحويل .

وعندهم اثبات اليد في المنقول بالنقل إلا في الدابة ، فيكفي فيها الركوب ، وفي الفراش الجلوس عليه . وفي العقار الغصب يتحقق عندهم بالدخول وإزعاج المالك حتى لو أزعج ولم يدخل لم يضمن . ولو دخل ولم يزعج ولم يقصد الاستيلاء لم يضمن، والضعيف إذا دخل دار القوي وهو فيها وقصد الاستيلاء لم يضمن ، كذا في الذخيرة وشرحه. وقال الناطفي في كتاب الاجناس الغصب عبارة عن إيقاع فعل فيا يمكن نقله بغير إذن مالكه على وجه يتعلق به الضمان بذلك عليه من منع رجلا من دخول داره وثم يمكنه من أخذ ماله لم يكن غاصباً بذلك لعدم المعنى الذي ذكرناه ، وإن كان حال بينه وبين ماله أو إن نقل ماله عن موضعه صار غاصباً .

( حتى كان استخدام العبد ) هذه إشارة إلى بيان مظهر فائدة التعريف الذي عرف الغصب به ، أي حتى يكون على ما ذكرنا استخدام العبد ( وحمل الدابة غصباً ) لان فيه إزالة يد الملك ( دون الجلوس على البساط ) يعني لا يكون غصباً لعدم إزالة يد المالك . وعند الثلاثة يكون هذا غصباً على ما ذكرنا من الأصل ، وكذا تظهر ثمرة الاختلاف بيننا وبينهم في زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان وأنها ليست بمضمونه عندنا لعدم إزالة اليد ، وعندهم مضمونة لاثبات اليد ، وكذا لو غصب حماراً وساقه فتأخر عنها جحشه فأكله الذئب لا يضمن عندنا إن لم يسق الجحش معه ، وكذا لو منع أصحاب المواشي حتى ضاعت لم يضمن عندنا وعند الشافعي أيضاً ، ولكن ذكر في فتاوى قاضي خان مسألة يخالف هذا الاصل ، فإنه لو قال غصب عجولاً فاستهلك حتى يبس لبن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الام وإن لم يفعل في الام شيء .

ثم إن كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم ، لأن الخطأ موضوع .

قال ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله . وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ، وهذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى ﴿ فمن اعتـــدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ،

---

( ثم إن كان ) أي الغصب ( مع العلم ) أي بأنه ملك المغصوب منه ( فحكمه المأثم ) أي الاثم في الآخرة ( والمغرم ) أي الغرامة في الدنيا ، وهذا بالكتاب ، قال الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ ١٨٨ البقرة ، إلى غير ذلك من الآيات . السنة قال ﷺ من أخذ شبراً من الارض ظلماً طوقه الله من سبع أرضين ، رواه البخاري ومسلم وعليه إجماع العلماء .

( وإن كان بدونه ) أي بدون العلم بأن ظن المأخوذ ماله أو اشترى عينـاً ثم ظهر استحقاقه ( فالضمان ) أي فحكمه الضمان ( لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ) وكذا إذا كان الآخذ معذوراً لجهله وعدم قصده ( ولا إثم ، لان الخطأ موضوع ) لقوله ﷺ رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه .

( قال ) أي القدوري ( ومن غصب شيئاً له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يـده فعليه مثله ) أي مثل الذي غصب ، وأراد بالمكيل مثل الحنطة والشعير ونحوهما وبالموزون مثل الدراهم والدنانير ، ولكن يشترط أن لا يكون الموزون مما يضر بالتبعيض ، يعني غير المصوغ منه ، لأن الوزن في الذي في تبعيضه مضرة يلحق بذوات القيم ( وفي بعض النسخ ) أي وفي بعض نسخ القدوري ( فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما ) أي بـين المستحقين والكلامين ( وهـــذا ) أي عدم التفاوت ( لأن الواجب هو المثل ، لقوله تعالى ﴿ فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ ١٩٤ البقرة ) سمي الفعل الثاني إلى ما هو مثل صورة ومعنى .

ولأن المثل أعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية ، فكان أدفع للضرر . قـــال فإن لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » .

---

( ولأن المثل أعدل ) أي ولأن المثل صورة ومعنى أقرب إلى العدل ( لما فيه ) أي لما في المثل ( من مراعاة الجنس ) لأن الحنطة مثلاً مثل الحنطة جنساً (والمالية) لأن مالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبـــة ، لأن الجودة ساقطة العبرة في الربويات ( فكان أدفع الضرر ) أي فكان المثل أشد دفعاً للضرر عن المغصوب منـــه ، لأن الغاصب فوت عليه الصورة والمعنى ، فالجبر التام أن يتداركه بمـــا هو له مثل له صورة ومعنى .

( قال فإن لم يقدر على مثله ) أي قال في الجامع الصغير فإن لم يقدر الغاصب على مثل الذي غصبه بأن انقطع عن أيدي الناس فلم يقدر على مثله الكامل ( فعليه قيمتـــه يوم يختصمون ) أي يوم الخصومة ( وهذا عند أبي حنيفـــة « رح » ) أي وجوب القيمة يوم الخصومة عند أبي حنيفة « رح » ، وبه قال أكثر أصحاب الشافعي ومالك ، ولم يذكـــر في الجامع الصغير خلافاً ، لأن صورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفـــة قال كل شيء غصب مما يكال أو يوزن فلم يقدر على مثله فخوصم فيه فعليه قيمته يوم يختصمون ، وإن كان مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم غصبه ، ولم يذكر الخلاف فيه كما ترى ، فعلـــم بهذا أن المثلي إذا انقطع تجب على الغاصب القيمة يوم الخصومة باتفاق علمائنا الثلاثـــة في ظاهر الرواية ، وبهذا قال الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامـــع الصغير ، وروي عن أبي يوسف أن عليه قيمته يوم الغصب .

وروي عن محمد أن عليه قيمته يوم الانقطاع وهو مذهب زفر « رح » وإن كان الشيء مما لا يكال ولا يوزن فعليه قيمته يوم الغصب في قول علمائنا . وفي قول الشافعي « رح » عليه أكثر القيمتين يوم الغصب ويوم الهلاك ، ولأن في أصله أن زيادة الغصب مضمونـــة ، انتهى . والاختلاف مذكور في النوادر ، كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

وقال أبو يوسف « رح » يوم الغصب . وقال محمد « رح » يوم الانقطاع لأبي يوسف « رح » أنه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته

---

( وقال أبو يوسف يوم الغصب ) أي عليه قيمته يوم الغصب ( وقال محمد يوم الانقطاع ) أي عليه قيمته يوم الانقطاع مثله عن أيدي الناس ، وبه قال أحمد « رح » وبعض أصحاب الشافعي « رح » ، وحد الانقطاع ما ذكر أبو بكر البلخي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه ، وإن كان يوجد في البيوت ، وعلى هذا انقطاع الدراهم . قال الأترازي رحمه الله ولكن أصح أن يكون الشيء بحيث يوجد في زمان خاص فمضى زمانه كالرطب مثلا ، والدليل على هذا ما ذكره الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وغصب ما يوجد في زمان دون زمان ، فإذا غصبه غاصب ثم اختصما في حال انقطاع وعدمه ، فإن أبا حنيفة قال يحكم على الغاصب بقيمته يوم يختصمون . وقال يعقوب يوم غصبه . وقال محمد يحكم بقيمته عند آخر انقطاعه ، ويدل عليه أيضاً ما ذكره في شرح الطحاوي أيضاً ، قال ومن أتلف شيئاً لرجل مما له مثل من جنسه ثم انقطع ذلك عن أيدي الناس وصار مثله غير موجود بثمن غال ولا بثمن رخيص فصاحب المال بالخيار إن شاء انتظر إلى وجود مثله ويأخذ المال ، وإن شاء لم يتربص ويأخذ القيمة .

واختلفوا فيه على ثلاثة أقوال . قال أبو حنيفة يعتبر قيمته يوم الخصومة . وقال أبو يوسف يضمن قيمته يوم الاستهلاك أو وقت الغصب . وقال محمد « رح » يغرم قيمته آخر ما كان موجوداً به أخذ الطحاوي إلى هذا لفظ الاسبيجابي . وفي الجواهر للمالكية ليس له إلا مثله ويصبر حتى يوجد قاله ابن القاسم . وقال أشهب المالك بالخيار إن شاء صبر وإن شاء أخذ القيمة ، وفي قيمته التفريع لهم . ومن غصب أرضاً أو حيواناً فتلف عنده ضمن قيمته يوم غصبه لا يوم تلف ولأكثر القيمتين . ومن غصب شيئاً من المثليات والموزونات فتلف عنده وجب عليه رد مثله ولا تلزمه قيمته يوم غصبه .

( لأبي يوسف « رح » ) إنما قدم قوله في التعليل باعتبار ترتيب الأوقات ، فإن أول الأوقات الثلاثة يوم الغصب ، ثم يوم الانقطاع ، ثم يوم الخصومة . وإيراد الأقوال على هذه الأزمنة لم يتأت إلا بتقديم قول أبي يوسف « رح » ( أنه ) أي أن مما له مثل ( لما

يوم انعقاد السبب ، إذ هو الموجب ولمحمد « رح » أن الواجب المثل في الذمة ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يوم الانقطاع . ولأبي حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ، ولهذا لو صبر إلى أن يوجد جنسه له ذلك ، وإنما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ، بخلاف ما لا مثل له ، لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد ، فيعتبر قيمته عند ذلك .

قال وما لا مثل له فعليه قيمته

---

انقطع التحق بما لا مثل له ، فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب ) وهو يوم الغصب ، أي يوم انعقاد سبب الضمان ( إذ هو الموجب ) أي لأن الغصب هو الموجب للأصل ، والخلف يجب بالسبب الذي يجب به الأصل فيعتبر قيمته يوم الغصب .

( ولمحمد « رح » أن الواجب المثل في الذمة ) بالنص الذي ذكرناه ( وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع ، فيعتبر قيمته يوم الانقطاع ) أي يوم الانقطاع عن أيدي الناس .

( ولأبي حنيفة أن النقل ) من الواجب الأصلي ( لا يثبت بمجرد الانقطاع) إذ الفعل باعتبار العجز عن الأصل ( ولهذا ) أى ولأجل عدم ثبوت النقل بمجرد الانقطاع ( لو صبر ) أي المغصوب منه ( إلى أن يوجد جنسه له ذلك) لأن حقه في مثله من جنسه ، حتى لو أتى الغاصب بالقيمة لا يجبر على القبول . ولو كان انتقل إليها يجبر كما في غير المثلى ، وكما إذا قضى القاضي بالقيمة ( وإنما ينتقل ) أى المثل إلى القيمة ( بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء ) لأنها زمان النقل كما في ولد المغرور انه بمنزلة العبد في حق المستحق فإذا خاصمه المستحق صار المغرور مانعاً له باعتبار حقه في الحرية ،فاعتبر الحق منتقلاً عن العين إلى القيمة يوم الخصومة ، فكذا هذا .

( بخلاف ما لا مثل له ) حيث تجب القيمة يوم الغصب ( لانه ) أى لان الغاصب ( مطالب بالقيمة بأصل السبب ) أى بسبب الضمان وهو الغصب ( كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك ) أى عند وجود أصل السبب .

( قال وما لا مثل له ) أى قال القدورى في مختصره وما لا مثل له ( فعليه قيمته

يوم غصبه ، معناه العدديات المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعاً للضرر بقدر الإمكان ،

---

يوم غصبه ) أى يوم غصب الغاصب، وقد أضيف يوم هاهنا إلى الجملة كما في قوله تعـــالى ﴿يوم ينفع الصادقين صدقهم﴾ ١١٩ المائدة ، ويجوز يوم غصبه بإضافة يوم إلى الفعل المضاف إلى فاعله أو مفعوله ، فافهم ( معناه ) أى معنى قـــول القدورى لا مثل له ( العدديات المتفاوتة ) كالبطيخ والرمان والسفرجل والثياب والدواب . وقال الاترازى هذا تفسير عجيب من صاحب الهدايـــة ، لانه يعتبر الكلى بالجزئي ، لان لا مثل له يشتمل الحيوانات والزرعيات والعددى المتفاوت كالبطيخ والرمــان ، والوزني الذى في تبعيضه مضرة وهو المصوغ منه .

قلت هذا تفسير جيد ، لان معنى قول القدورى وما لا مثل له ، أى الشيء الذى لا يضمن بمثله من جنسه ، لان الذى لا مثل له على الحقيقة هـــو الله تعالى ، وذلك مثل العدديات المتفاوتة والثياب والدواب ، كذا ذكرنا . وأما العددى المتقارب كالجـــوز والبيض والفلوس فهو كالمكيل ، وبه قال مالك. وفي الكافي وقال مالك عدديات المتفاوتة يضمن مثله بصورة من جنس ذلك ، ولكن ذكر في الجواهر للمالكية ، وكذا العددى تستوى أبعاد جملته في الصفة غالباً كالبيض والجوز ونحوه ، وهذا يدل على أن قوله في العدديات المتفاوتة كقولنا .

وقال زفر في العدديات المتقاربة يجب القيمة أيضاً. وفي المبسوط في العدديات المتقاربة كالثياب والدواب يجب القيمة ، وبه قالت الثلاثة وأكثر الفقهاء . وقال أهل المدينة يجب المثل وبه قال أصحاب الظاهر ، لكن قالوا إذا لم يوجد مثله يصبر حتى يوجد أو يأخذ القيمة .

( لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها ) وهي القيمة ( دفعاً للضرر بقدر الإمكان ) وذلك لان قيمة الشيء معنى ذلك الشيء ، والمعنى هو الاصل والصورة تابعة ، وإذا تعذر اعتبار الصورة للتفاوت فيها اعتبر المعنى دفعاً للضرورة تعذر

أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت. وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل لـــه. قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة، معناه ما دام قائماً لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد.

---

المعنى وقـال أهل المدينة الواجب هنا المثل وقد مر بيانه. وقال بعضهم إذا لم يمكن رد عينه يجب نظير ذات وصفه وهو مذهب ابن سيرين، كذا في شرح الكافي.

( أما العددى المتقارب ) وهو ما يتقارب آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك ( فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت ) في المالية، هذا مذهب أصحابنا الثلاثة. وعند زفر تجب القيمة لانها ليست بأمثال متساوية، ولهذا يجرى فيها الربا، وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد مر في البيوع. قيل إنما اقتصر على المكيل ولم يقل والموزون لان في الموزونات ما ليس بمثل، وهو الذى في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت وليس بواضح، لان في المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير، فانه لا مثل له ففيه القيمة. ( وفي البر المخلوط بالشعير القيمة، لانه لا مثل له ) لتعذر اعتبار المماثلة، فيصار إلى القيمة دفعاً للضرر.

( قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة، معناه ما دام قائماً ) أى ما دام المغصوب قائماً، يعني ما دامت عينه موجودة، وهذا لا خلاف فيه ( لقوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى ترد ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الاربعة عن سيد بن ابي هريرة عن قتادة عن الحسن عن سمرة قال، قال رسول الله ﷺ على اليد ما أخذت حتى تؤدى، ثم نسي الحسن فقال هو أمينك لا ضمان عليه. قال الترمذى حديث حسن أخرجه أبو داود والترمذى في البيوع، والثاني في العارية وابن ماجة في الاحكام وليس في حديثه قصة الحسن. ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والحاكم في المستدرك في البيع وقال حديث صحيح على شرط البخارى.

## وقال عليه السلام لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود

وتعقبه الشيخ تقي الدين في الامام فقال وليس كما قال بل هو على شرط الترمذى. وقال الحافظ المنذرى قول الترمذى فيه حسن يدل على أنه يثبت سماع الحسن عن سمرة. ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع وقال فيه حتى تؤديه مالها . قال ابن القطان في كتابه وهو بزيادة الهاء موجب لرد العين ما كانت قائمة . وقال ابن طاهر في كلامه على أحاديث الشبهات إسناده حسن متصل، وإنما لم يخرجاه في الصحيح لما ذكر أن الحسن لم يسمع من سمرة «رض» إلا حديث العقيقة والله أعلم .

( وقال رسول الله ﷺ لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً ، فإن أخذه فليرده عليه ) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضي الله عنهم ، أحدهما أبو السائب أخرج حديثه أبو داود في كتاب الادب في باب المزاح ، والترمذى في أول الفتن عن ابن أبى ذئب عن عبد الله بن السائب بن يزيدعن أبيه عن جده يزيد بن أبي السائب قال ، قال رسول الله ﷺ لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصى أخيه فليردها عليه . قال الترمذى حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب ، والسائب بن يزيد له صحبة سمع من النبي ﷺ وهو غلام ، وقبض عليه السلام والسائب ابن سبع سنين . وأبو يزيد بن السائب وهو من أصحاب النبي عليه السلام وروى عنه أحاديث .

ورواه أحمد وابن أبي شيبة واسحاق بن راهوية وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم والبخارى في كتاب المفرد في الادب والحاكم في المستدرك في الفضائل وسكت عنه . ووقع في رواية لاعباً وجاداً بدون حرف العطف ، ومعنى قوله لاعباً لا يريد سرقة ويريد إدخال الغيظ على أخيه فهو لاغية في مذهب السرقة جار في ادخال الاذى عليه قاصد اللعب ، وهو يريد أن يجد في ذلك ليغيظه . وقال الخطابي في شرح السنن قوله لاعباً جاداً هو أن يأخذه على سبيل الهزل واللعب ثم يحبسه ولا يرده، فيكون ذلك جاداً .

( ولأن اليد حق مقصود ) لأنها تتوصل إلى التصرف والإنقطاع وفي المبسوط والضمان

وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفاً ، لأنه قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية . وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ، ويظهر ذلك في بعض الاحكام .

---

في المدبر ليس إلا التقويب اليد [1] ، فعلم أن اليد حق مقصود .وقيل بدليل جواز إذن العبد في التجارة ، فإنه لا حكم بشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيا إذا كان مديوناً، فانه ليس هناك شائبة النيابة عن المولى في التصرف ، فعلم أن اليد حق مقصود ( وقد فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه ) أي إلى صاحب اليد ( وهو ) أي رد العين (الموجب الأصلي على ما قالوا ) أي المشايخ ( ورد القيمة مخلص ) أى إلى صاحب اليد ، أى موضع للخلاص ، ويجوز أن يكون – مصدراً إسمياً – أى خلاص الغاصب عن يد المغصوب منه ( خلفاً ) أى حال كون القيمة خلفاً عن العين ( لأنه ) أى لأن رد القيمة ( قاصر ، إذ الكمال في رد العين والمالية ) أراد أن الكمال في رد الصورة والمعنى .

( وقيل الموجب الأصلي القيمة ورد العين مخلص ) وهذا القول عكس القول الأول . والأول أصح ، لأن الموجب الاصلي لو كان القيمة ورد العين مخلصاً عنه كان للغاصب أن يقول خذ قيمة هذا المغصوب وهو جعل الدين وجب أصالة ، وهذا خلاف ما يقتضيه الكتاب ، لانه أكل مال الغير بالباطل ، لان المالك لم يرض إلا بعين حقه ، قال الله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء .

( ويظهر ذلك ) أى كون الموجب الاصلي قيمته ورد العين مخلصاً( في بعض الاحكام) منها إذا أبرأها الغاصب ، وعن الضمان حال قيام العين يصح ويبرأ حتى لو هلك بعد ذلك في يد لا ضمان عليه ، ولو لم يكن وجوب القيمة في هذه الحالة لما صح الإبراء لان الإبراء عن العين لا يصح ، ومنها عن الكفالة لا تصح بالعين وتصح الكفالة بالمغصوب،فعلم أن الموجب الاصلي وهو القيمة ، وهاهنا أن الغاصب إذا كان له نصاب في ملكه وقد

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما أراد – التصرف باليد – اه مصححه .

والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن. فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لاظهرها أو تقوم بينة ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله ،

---

غصب شيئاً فلا تجب عليه الزكاة إذا انتقض بالنصاب بمقابلة وجوب المغصوب عليه. والجواب عن مسألة الإبراء هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك ، فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه . وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها ، ألا ترى إلى ما قال شمس الأئمة البيهقي في كفايته رجل قال لآخر غصبني فلان عبداً فقال أنا ضامن العبد الذي تدعى فهو ضامن للعبد. فان مات أو استحقه آخر فهو ضامن بقيمته ، وعن مسألة الزكاة ما ذكرناه في مسألة الإبراء .

(والواجب الرد ) أي رد المثل والقيمة للعين المغصوب إلى مالكها ( في المكان الذي غصبه ) أي في المكان الذي غصب المغصوب فيه ( لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن ) وكذا تفاوت المثل بتفاوت الأماكن ، ولو ذكره المصنف لكان أحسن وأكثر فائدة ( فإن ادعى هلاكها ) أي فإن ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة (حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها أو تقوم بينة) ومقدار ذلك مفوض إلى رأي الحاكم (ثم قضى عليه ببدلها ) البدل يشمل المثل والقيمة ( لأن الواجب رد العين والهلاك بعارض ) أي هلاك العين المغصوبة يكون بأمر عارض ( فهو يدعي أمراً عارضاً ) أي الغاصب يدعي أمراً عارضاً ( خلاف الظاهر ) لأن الظاهر بقاؤها ( فلا يقبل قوله ) .

وفي المبسوط غصب جارية فغيبها فأقام المغصوب منه بينة أنه قد غصبها فإنه يحبس حتى يجيء بها فيردها . وقال أبو بكر الأعمش تأويل المسألة أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، لأن الثابت من إقراره بالبينة كالثابت بالمعاينة . أما الشهادة على فعل الغصب لا يقبل مع جهالة المغصوب إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول فلا بد من

كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ، فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة . قال والغصب فيما ينقل ويحول ، لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره ، لان إزالة اليد بالنقل ،

---

الإشارة في الدعوى والشهادة ، والأصح أن هذه الدعوة صحيحة لأجل الضرورة فيثبت غصبه بالبينة كثبوته بإقراره فيحبس . ولو قال الغاصب ماتت أو بعتها ولا أقدر عليها تلزم القاضي يومين أو ثلاثة ، ومقدار التلوم مفوض إلى رأي القاضي . ولو رضي المالك بالقضاء بالقيمة لا يتلوم .

وفي الذخيرة ذكر محمد في السير أنه يقضى عليه من غير تلوم قيل في المسألة روايتان . وقيل لكن ذكر في السير جواب الجواز بمعناه لو قضى من غير تلوم جاز ، وما ذكر في الأصل أن التلوم أفضل . وقال الشافعي « رح » القول الغاصب مع يمينه ، في لزوم البدل وجهان ، أحدهما لا يلزمه حتى يصدقه المالك ، والثاني يلزم وهو الأصح ، وهذا بعد الحبس ، وبه قال مالك وأحمد .

( كما إذا ادعى ) رجل ( الإفلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه ) من الإفلاس ، وكذا الغاصب إذا ادعى الهلاك يحبس إلى أن يعلم ما يدعيه من الهلاك ( فاذا علم الهلاك سقط عنه رده ) أي سقط عن الغاصب رد المغصوب عينه ( فيلزمه رد بدله وهو القيمة ) أو رد مثله إن كان المغصوب من ذوات الأمثال كما عرف قبل .

( قال والغصب فيما ينقل ويحول ) أي القدوري والغصب يتحقق فيما ينقل ويحول فقوله والغصب مبتدأ ، وقوله فيما ينقل خبره ، وقوله ويحول عطف عليه .

فان قلت النقل والتحويل واحد فما فائدة ذكرهما معاً . قلت التحويل هو النقل من مكان واثبات في مكان آخر كما في تحويل الباذنجان والنقل يستعمل بدون الإثبات في مكان آخر .

( لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه ) أي فيما ينقل ويحول ( دون غيره ، لأن إزالة اليد

وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول ، وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ، ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين

---

بالنقل ) أي لأن إزالة يد المالك لا يتحقق إلا بنقل المغصوب ولا نقل في العقار والغصب بدون الإزالة لا يتحقق ( وإذا غصب عقاراً ) في المغرب العقار الضيعة ، وقيل كل مال له أصل كالدار والأرض . وفي العباب العقار والأرض والضياع والنخل ، ومنه قولهم ماله دار ولا عقار ( فهلك في يده ) بأن غلب السيل على الأرض فيثبت تحت الماء أو غصب داراً فهدمت بآفة سماوية أو جاءسيل فذهب بالبناء ( لم يضمنه )أي العقار ( وهذا ) أي عدم الضمان ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) .

( وقال محمد وهو قول أبي يوسف الأول ، وبه قال الشافعي ) ومالك وأحمد الخلاف في الغصب لا في الإتلاف ، وصورة الخلاف ما ذكرناه وصورة الإتلاف بأن يهدم الحيطان أو عزقها أو كشط تراب الأرض أو ألقى الحجارة فيها أو نقص بفرسه أو بنائه فانه يضمنه بلاف خلاف . وقد اختلف عبارات مشايخنا في غصب الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ، فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ، ولكن لا على وجه يوجب الضمان،إليه مال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لأنه أثبت الغصب ونفى الضمان . وقال بعضهم لا يتحقق أصلاً وإليه مال أكثر المشايخ ( لتحقق اثبات اليد ) بالسكنى ووضع الأمتعة وغير ذلك ، وهذا تعليل لمحمد « رح » وحده لأن عند الشافعي يتحقق الغصب بإثبات اليد بدون إزالة يد المالك .

( ومن ضرورته ) أي ومن ضرورة إثبات اليد المبطلة ( زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين ) أراد به المتانعين يد المالك ويد الغاصب ، لأن إحداهما موجبة للضمان ، والأخرى ليست بموجبة ، بخلاف اجتماع اليدين الموافقتين فانه يجوز كالشريكين في عين

على محل واحد في حالة واحدة فتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه ، فصار كالمنقول وجحود الوديعة . ولهما أن الغصب إثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين ، وهــــذا لا يتصور في العقار ، لان يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي .

---

واحدة من جنس واحد احترز به عما إذا أجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة، وفي يد الآخر حكماً لكنهما يدان مختلفتان ( على محل واحد في حالة واحدة ) احترز به عما إذا كان على محلين أو في حالتين ، فان هذا لا يكون غصبــاً بأن ضرب على يد إنسان فوقعت درة من يده في الحجر أو ضرب على ظهره فطار طير كان على ظهره يجب الضمان وإن انعدم الإثبات ولو تجرد والإثبات عن إزالته لم يصح سبباً للضمان ( فتحقق الوصفان ) وهما إزالة يد المالك وإثبات يد الغاصب ( وهو الغصب ) أي تحقق الوصفين هـو الغصب دل عليه قوله يتحقق كما في قوله تعالى ﴿ أعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ ٨ المائدة ، أي العدل أقرب للتقوى ( على ما بيناه ) يعني عنده على وجه يزيل يده ( فصار كالمنقول ) أي صار غصب العقار كغصب المنقول في تحقيق الوصفين ( وجحود الوديعة ) في العقار ، فانــه إذا كان وديعة في يد شخص فجحده كان ضامناً بالاتفاق .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ، أي بفعل حاصل من الغاصب في العين صح المغصوبـة ، تقريره ( أن الغصب اثبات اليد بسبب إزالة يد المالك بفعل في العين ) ولهذا إذا تجردت الإزالة عن الإثبات يصلح سبباً للضمان كما في الوديعة ، فانها إثبات اليد لكن لما لم يتضمن الإزالة لم يصلح سبباً ( وهذا ) أي هذا المجموع ( لا يتصور في العقار ، لأن يــد المالك لا تزول إلا باخراجه عنها ) أي باخراج المالك عن العقار ، وتأنيث الضمير بتأويل الصيغة والدار ( وهو فعل فيه ) أي الإخراج فعل في المالك ( لا في العقار ) فانتفت إزالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه ( فصار كما إذا بعد المالك عـن المواشي ) حتى تلفت ، فان ذلك لا يكون غصباً لها وبعد بتشديد العين ، وفي بعض النسخ أبعـد من الإبعاد ( وفي

وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ، ومسألة الجحود ممنوعة ، ولو سلمت في الضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك

---

المنقول النقل فعل فيه ) أي في المنقول ( وهو الغصب ) أي النقل من المالك هو الغصب لأن فيه يتحقق معنى الغصب وهو تفويت يد الملك المعنى في المحل .

( ومسألة الجحود ممنوعة ) أي جحود الوديعة العقار ، يعني لا نسلم انه إذا جحد الوديعة يضمن وذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف ، وإذا أودع عند إنسان عقاراً فجحد عند أبي حنيفة لا يضمن. وذكر في المبسوط أنه لا يضمن عندهما في الأصح . وقال الناطفي في كتاب الغصب من الأجناس كان شيخنا أبو عبدالله الجرجاني يقول إنه على وجهين أن نقل الوديعة عن الموضع الذي كان فيه حال جحوده وهلكت ضمن وإن لم ينقلها عن موضعها حتى هلكت لا يضمن .

( ولو سلمت ) وجوب الضمان بجحود الوديعة (في الضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك ) أي للحفظ الملتزم . وفي المبسوط إنما يتضمن بالمنع بعد الطلب لا بالجحود وبالجحود يحصل المنع بعد الطلب . قيل ولو سلم أن الجحود غصب حقيقة كما قال بعض أصحابنا ، ولكنه ليس بغصب موجب للضمان كغصب الخمر والخنزير في حق المسلم ، وهذا الموضع هو الذي وعد المصنف قبل باب السلم بقوله وبينه في الغصب عند قوله ومن باع داراً لرجل فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند أبي حنيفة « رح » وهو قول أبي يوسف آخراً .

فإن قلت قوله ﷺ من غصب شيئاً من الأرض طوقه الله به يوم القيامة عن سبع أرضين صريح في إطلاق إسم الغصب في الدور والعقار فلو لم يكن الغصب مستحقاً فيها لم يطلق ، والكلام لحقيقة ما لم يقم دليل المجاز . قلت الحديث لا يدل على ذلك ، لأنه ﷺ جعل جزاء غصب الأرض التطويق يوم القيامة . ولو كان الضمان واجباً لبينه لأن الضمان في أحكام الدنيا ، والحاجة إليه أمس . والمذكور جميع جزائه . فمن زاد عليه كان نسخاً ، وذا لا يجوز بالقياس وإطلاق لفظ الغصب عليه لايدل على تحقيق الغصب الموجب للضمان ، كما انه ﷺ أطلق لفظ البيع على الحر بقوله من باع حراً ولا يدل ذلك

قال وما نقص منه بفعله أو سكناه ضمنه في قولهم جميعاً ، لانـــه إتلاف والعقـــار يضمن به كما إذا نقل ترابه ، لانه فعل في العين ،

---

على البيع الموجب لحكم على أنه جاء في الصحيحين الحكم بلفظ أخذ فقال من أخذ شبرا من الأرض ظلماً ، فإنه يطوقه الله به يوم القيامة من سبع أرضين فعلم أن المـراد من الغصب الأخذ ظلماً لا غصباً موجباً للضمان .

فان قلت قوله ﷺ على اليد ما أخذت حتى ترد يدل على ذلك بإطلاقه ، والتقييد بالمنقول خلافه . قلت هذا مجاز ، لأن الأخذ حقيقة لا يتصور في العقار ، لأن حد الأخذ أن يصير المأخوذ تبعاً ليده ، لأنه مفعول فيه فكـان منصرفاً إلى المنقول ضرورة ليعمل بالأخذ على حقيقته .

فان قلت إزالة اليد ليست بشرط في الغصب ، كما لو ركب الدابة وهلكت من غـير فعل فانه يضمنها بالإجماع،و كمالووهب داراً لرجل بما فيهامن الأمتعة فهلكت الأمتعة قبل أن ينقلها الموهوب له ، ثم استحقت الدار فللمستحق أن يضمن الموهوب له بلا خلاف ، والمسأله في الزيادات ولم تزل إلا منفعة من يـــد المالك ليست بشرط . قلت قبل ذلك الجواب غير مستقيم على أصل محمد ، لأنه وافقا على أنه يضمنه بدون الفعل ، بل الجواب فيه أن الواهب نقل يده إلى الموهوب له ويد الواهب في الأمتعة كانت مفوتة ليد المالك ، فانتقلت بصفتها والضمان في مسألة الراكب باعتبار الإتلاف لا بالغصب ، ولهذا لو ركب أو تلف تحته يضمن ، والله أعلم .

( وقال وما نقص منه بفعله أوسكناه ضمنه في قولهم جميعاً ) أي قال القدوري وما نقص الغاصب من العقار بفعله بأن هدم شيئاً أو انهدم بسكناه ضمنه في قول أبي حنيفـة وأبي يوسف ومحمد والشافعي « رح » ، أما على قول محمد والشافعي فظاهر ، وأمـا على قول أبي حنيفـة وأبي يوسف فكذلك ( لأنه إتلاف ، والعقار يضمن بـــه كما إذا نقل ترابه لأنـــه فعل في العين ) فيكون إتلافاً فيجوز أن يضمن بالإتلاف ولا يضمن بالغصب .

( ويدخل فيما قاله ) أي الذي قاله القدوري من قوله ومن نقصه منه بفعله إلى آخره

ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ، فلو غصب داراً وباعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار فهو على الإختلاف في الغصب هو الصحيح .

---

( إذا انهدم الدار بسكناه وعمله ) بأن يحمل الحدادة والقصارة ، وقيد بقوله بسكناه وعمله، لأنه لو انهدم بغير سكناه وفعله بآفة سماوية لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

فان قلت كيف يعرف نقصان الأرض . قلت قيل ينظر بكم تستأجر قبل أن تزرع وكم تستأجر بعد . وقيل بكم تباع قبل ذلك وكم تباع بعده فيغرم ما بين ذلك من النقصان .

( فلو غصب داراً وباعها وسلمها ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري فلذلك ذكره بالفاء، وهي من مسائل الأصل ، ومعناه إذا باعها ثم اعترف بالغصب ، وهو معنى قوله ( وأقر بذلك ) أي بالغصب ( والمشتري ينكر غصب البائع ولا بينة لصاحب الدار ) على أنها ملكه قيد به ، لأنه إذا كان له بينة لا ضمان على البائع بالإتفاق ، لأنه يمكنه أخذ دار بالبينة ( فهو على الاختلاف ) المشهور ( في الغصب ) أي في غصب العقار فعند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لا ضمان عليه خلافاً لمحمد وزفر والشافعي ( هو الصحيح ) احترز به عما قال بعضهم أنه يجب على الكل هنا الضمان بالبيع والتسليم بالاتفاق ، ألا ترى إلى ما قال الحكم الشهيد في كافيه رجل غصب دار رجل فباعها وتسلمها ثم أقر بذلك، وليس لرب الدار بينة . قال لا ضمان على الغاصب لأنه لم يغيرها عن حالها . وقال أبو يوسف أنا أراه ضامناً قيمتها استحسن ذلك ، وهو قول محمد ، رجع أبو يوسف عن هذا إلى قول أبي حنيفة أنه لا ضمان عليه .

فان قيل إذا شهد بدار الإنسان وقضى له بها ثم رجعا ضمنا قيمتها للمشهود عليه بالاتفاق وإتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ، ولا ضمان على بائعه عندهما . وأجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد « رح » وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسألتين أن إتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما ، حتى لو أقام البينة على الملك

قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل . قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا يتصدق بالفضل وسنذكر الوجه من الجانبين . قال وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله

---

لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف . وأما في مسألتنا فالإتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه ببينته، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه ملكه قضى له بها ، فلهذا لا يكون البائع ضامناً .

( قال وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان ) أي قال في الجامع الصغير ، وإذا انتقص بالزراعة ، يعني العقار المغصوب والمكان المغصوب بالزراعة ضمن النقصان ولا يعلم فيه خلاف ، وقد مر تفسير النقصان عن قريب . وقال السعدي إن كان عرف أهل تلك القرية أنهم يزرعون أرض الغير بغير إذنه على وجه المزارعة من غير إذن وعقد لرب الأرض أن يطالبه بحصة الأرض . وذكر أبو الليث في هذه الصورة الزرع للزارع وعليه نقصان الأرض ( لأنه أتلف البعض ) أي بعض الأرض والعقار يضمن بالاتلاف بلا خلاف ( فيأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل ) أي يأخذ الغاصب رأس ماله ، وهو البذر وما أنفق وما غرم ، أي قدر ما غرم من نقصان الأرض ويتصدق بما زاد ، لأنه مستفاد كسب خبيث صورة مثلا خرجت أربعة اكرار ونقصتها الزراعة وبذره كر ولحقته مؤنة،وقدر قيمة النقصان كر فالفضل الخارج عن رأس ماله كر فيتصدق .

( قال وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) أي وجوب التصدق بالفضل عندهما ( قال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل ) لأن النهي عنه ربح ما لم يضمن ، وهو قد ضمن ( وسنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى ) أي عند قوله ومن غصب عبداً فاستغله فنقصه .

( وقال وإذا هلك النقلي ) أى الذي ينقل ( في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله

ضمنه . وفي أكثر نسخ المختصر ، وإذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل ، وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب ، وعنـــد العجز عن رده تجب رد القيمة أو يتقرر بذلك السبب ، ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب ، وإن نقص في يده ضمن النقصان ،

---

ضمنه ) لأن الغصب فيما ينقل على ما مر ( وفي أكثر نسخ المختصر ) أي القدوري ( وإذا هلك الغصب ) أي المغصوب ( والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أي يكون فيما ينقل ، لأنه لا يتصور في غير المنقول والمغصوب مضمون عليه لمجرد الغصب على معنى أنه يجب رده وإن كان قائماً ومثله في المثلي إن كان هالكاً ، وقيمته إن لم يكن مثلياً ، فاذا كان الضمان بالغصب تقرر الضمان بالهلاك فلم يتفاوت بين أن يكون هلاكه بفعله أو بغير فعله ، ولهذا وجب عليه قيمته يوم الغصب .

( وهذا ) أي وجوب الضمان ( لأن العين دخل في ضمانـه بالغصب السابق، إذ هو ) أي الغصب ( السبب ) أي سبب الضمان على ما قررناه آنفاً ( وعند العجز عن رده) أي رد المغصوب عينه ( تجب رد القيمة ) هذا على قول من قال إن الموجب الأصلي في الغصب رد العين ( أو يتقرر بذلك السبب ) أي وتقرر القيمة بذلك السبب هذا على قول من قال الموجب الأصلي هو القيمة ، وإنما ذكر كلامه بالترديد تنبيهاً على ما ذكر يقبل هـذا من اختلاف المشايخ في الموجب الأصلي ( ولهذا ) أي ولكون الغصب السابق هـو السبب ( تعتبر قيمته يوم الغصب ) فعلم أن الموجب الأصلي هو القيمة .

( وإن نقص في يده ضمن النقصان ) أي إذا رد المغصوب بعدما نقص في يـده يلزم النقصان ، سواء كان النقصان في يده بأن كانت جارية فاعورت أو شابـة صارت عند الغاصب عجوزة أو ناهدة الثديين وانكسر ثديها ، أو لم يكن في يـده بأن كان عبداً محترفاً نسي ذلك عند الغاصب أو قارئاً نسي القرآن ففي هذا كله يضمن النقصـان ولا يعلم فيـه خلاف ، هذا إذا كان النقصان يسيراً ، أمـا إذا كان كثيراً يتخير المالك بين الأخذ وتضمين النقصان والترك مع تضمين جميع قيمته ، كذا في المبسوط

لانه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ، بخلاف تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب ، لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء ، وبخلاف المبيع ، لأنه ضمان عقد ، أما الغصب فقبض ،

---

وعند الثلاثة للمالك أخذ العين مع قيمة النقصان ، سواء كان فاحشاً أو يسيراً ( لأنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب ) أى لأن الشأن دخل جميع أجزاء المغصوب في ضمان الغاصب بسبب الغصب .

( فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته ) أى فكل جزء من أجزاء المغصوب تعذر رد عينه يجب رد قيمته . وأما إذا تجبر نقصانه مثل أن ولدت المبيعة عند الغاصب فردها وفي قيمة الولد وفاء بنقصان الولادة فلا يضمن الغاصب شيئاً عندنا خلافاً لزفر رحمه الله .

( بخلاف تراجع السعر ) أى لا يضمن الغاصب ما نقص من قيمته بتراجع السعر بلا خلاف بين العلماء ( إذا رد في مكان الغصب ) قيد به لأنه إذا لم يكن فيه يخير المالك بين أخذ القيمة والانتظار إلى الذهاب إلى ذلك المكان ، فيسترده لأن النقصان دخل من قبل الغاصب بنقله إلى هذا المكان ، فكان له أن يلزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله أن ينتظر ( لأنه ) أى لأن تراجع السعر ( عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء ) لأن فتور الرغبات شيء أحدثه الله في قلوب العباد ، فلا يوجب ذلك تغيير الأحكام .

( وبخلاف المبيع ) على قوله بخلاف تراجع السعر ، يعني إذا نقص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بفوات وصف منه قبل أن يقبضه المشتري لا يضمن البائع شيئاً لنقصانه ، حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشترى بسبب نقصان الوصف وإن فحش النقصان ، كما لو اشترى جارية بمائة مثلا فأعورت في يد البائع فصارت تساوى خمسين كان المشترى مخيراً بين امضاء البيع وفسخه ، فلو اختار البيع وجب عليه تسليم تمام المائة كما شرط ( لأنه ضمان عقد ) أى لان ضمان المبيع ضمان عقد ، والأوصاف لا تضمن بالعقد ( أما الغصب

والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف. قال « رض » ومراده غير الربوي ، أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي إلى الربا . قال ومن غصب عبداً فاستغله

---

فقبض ) لأنه فعل على الذات بجميع أجزائها وصفاتها ، فكانت مضمونة ، وهو معنى قوله ( والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد ) أى لا يضمن بالعقد ، لأن العقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف (على ما عرف) عند قوله إن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين .

( قال ومراده غير الربوى ) أى قال المصنف رحمه الله ومراد القدورى بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير المال الربوى ( أما في الربويات ) أى أما في الاموال الربويات والاموال الربويات التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا (لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدى إلى الربا ) لانه إذا كان المغصوب من الاموال الربوية لا يجوز له تضمين النقصان إذا أخذ العين احترازاً عن الربا .

وقد قال الكرخي في مختصره وإن كان مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا مثل أن يغصب حنطة وصب فيه ماء أو غير ذلك من الحبوب أو يغصب إناء فضة أو درهم أو دنانير فيتهشم الإناء من يده أو يكسر الدراهم فتصير علة أو الدنانير فتصير قراضة ، فان صاحب ذلك بالخيار إن شاء أخذا ذلك لا شيء له غيره ، وإن شاء تركه وضمنه مثل قيمته من الذهب ، وكذلك إذا كان الإناء من ذهب فهو بالخيار إن شاء أخذه بعينه ، وإن شاء أخذ قيمته من الفضة ، وكذلك يلزمه الصفر والنحاس والشبه والرصاص . وفي المبسوط استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً . وقال الشافعي « رح » يضمن قيمته . ولأصحابه فيه وجهان أصحهما أنه يضمنه بجنسه وتكون الزيادة بمقابلة الصنعة ، وبه قال الحنبلي ، لأن الربا يجري في العقود لا في الغرامات . وفي وجه يضمن نقصه بغير جنسه ، وبه قال .

( قال ومن غصب عبداً فاستغله ) هذا لفظ الصدر الشهيد حسام الدين في الجامع

فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ، ويتصدق بالغلة . قال « رض » وهذا عندهما أيضاً ، وعنده لا يتصدق بالغلة ، وعلى هذا الخلاف إذا أجر المستعير المستعار لأبي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذلك الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا . ولهما أنه حصل بسبب

---

الصغير ، ومعنى استغله أجره وأخذ الاجرة ( فنقصته الغلة ) أي العمل في الاجارة جعله مهزولاً . وفي المبسوط لم يذكر نقص الغلة ( فعليه النقصان لما بينا ) أي عند قوله لأنه دخل جميع أجزائه في الضمان بالغصب ، ويجوز أن يكون بيان ، ويجوز أن يكون إشارة إلى قوله لأنه أتلف البعض والغلة للغاصب وقال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله لأن الأجر عوض للمنافع المملوكة لرب العبد فلم يملكها الغاصب . قلنا وجوب الاجرة بالعقد لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب فهو الذي جعل منافعه بالعقد مالاً فكان هو أولى ، لكن يتصدق بها إشارة إليه بقوله ( ويتصدق بالغلة ) لأنها حصلت بكسب خبيث .

( قال وهذا ) أي قال المصنف التصدق بالغلة ( عندهما أيضاً ) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله ( وعنده ) أي وعند أبي يوسف ( لا يتصدق بالغلة ) لأنه يطيب له ، وهذا قوله الأول . وقوله الآخر مثل قولهما ، هكذا ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( إذا آجر المستعير المستعار ) وأخذ اجرته لا يطيب له عنده خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وكذا على الخلاف لو أجر المودع الوديعة ( لأبي يوسف « رح » أنه حصل في ضمانه وملكه ، أما الضمان فظاهر ، وكذا الملك في المضمون ، لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب عندنا ) أي حال كون التملك مسنداً إلى وقت الضمان فيكون مالكاً تملك من وقت الضمان ، فيطيب له ككسبه المبيع بعد القبض .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أنه ) أي أن الغلة وتذكير الضمير باعتبار

خبيث وهو التصرف في ملك الغير ، وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث . فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان ، لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه ،

---

الكسب ( حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير ) والحكم يثبت مضافاً إلى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها بحكم ذلك السبب ( وما هذا حاله ) ما بمعنى الذي ،وذا إشارة إلى قوله وهو التصرف في ملك الغير ( فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل ) أصله حديث الشاة المصلية على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ( والملك المستند ناقص فلا ينعدم بـه الخبيث ) فأجاب بقوله الملك المستند إلى الضمان ناقص ، يعني في كونه ثابتاً فيه من وجه دون وجه ، ولهـذا يظهر في حق القائم دون الغائب فـلا ينعدم به الخبث .

( فلو هلك العبد بيد الغاصب ) سواء كان بفعله أو بفعل غيره ( حتى ضمنه ) أي حق ضمن الغاصب العبد ( وله ) أي الغاصب ( أن يستعين بالغلة في أداء الضمان ) لأن ما ملكه والخبث حق الملك ، أشار إليه بقوله ( لأن الخبث لأجل المالك ، ولهذا ) أي ولأجـل كون الخبث حق المالك ولم يقـل لكونها ملكاً له ( لو أدى ) أي الغاصب الغلة ( إليه ) أي إلى المالك مع أداء العبد ( يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه ) أي إلى المالك ، لأن الخبث كان لحق المالك فيزول بالصرف إليه . قيل هذا إذا كان فقيراً ، وإن كان غنياً فيه روايتان . قال شيخ الإسلام رحمـه الله علي الدين الاسبيجابي [1] في شرح الكافي

---

(١) الاسبيجابي اثنان في معجم المؤلفين ، أما صاحب شرح الكافي فهـو أبو نصر أحمد بن منصور ، أما الآخر فهو بهاء الدين علي بن محمد ، ولا يوجد من إسمه على الدين لكن المؤلف يذكر من إسمه علاء الدين ولم أجد له تعريفاً ، اه مصححه .

بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه ، فلو أصاب ما لا يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال ، وإن كان فقيراً فلا شيء عليه لما ذكرنا

---

والصحيح أنه يجوز الصرف إلى المالك وإن كان غنياً عوضا عن الهلاك لما قلنا .

( بخلاف ما إذا باعه ) هذا يتعلق بقوله فان هلك العبد في يد الغاصب ، يعني إذا باع الغاصب العبد المغصوب بعد الاستغلال ( فهلك في يد المشتري ) أي فهلك العبد في يده ( ثم استحق ) أي العبد بأن ظهر له مستحق ( وغرمه ) أي غرم المشتري العبد ، أى قيمته ( ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه ) أي ليس للبائع أن يستعين بغلة العبد في أداء الثمن إلى المشتري ( لأن الخبث ما كان لحق المشتري ) حتى يزول بالصرف إليه ، بخلاف الأول ، لان الخبث فيه لحق المالك فيزول بوصول الغلة إليه .

( إلا إذا كان ) أي الغاصب ( لا يجد غيره ) أي غير الغلة بتأويل الكسب أو الاجر أو المال ( لانه محتاج إليه ) لتفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس ( وله ) أي وللمحتاج ( أن يصرفه إلى حاجة نفسه ) وهو أولى بذلك ، لانها ملكه وإن كان فيه خبث ( فلو أصاب مالاً ) يعني لو أصاب مالاً ، بعد أن صرف الغلة عن الضمان ( يتصدق بمثله إن كان غنياً وقت الاستعمال ) أي وقت استهلاك الثمن .

( وإن كان فقيراً ) يوم استهلك الثمن ( فلا شيء عليه ) يعني ليس عليه أن يتصدق بشيء من ذلك ( لما ذكرنا ) إشارة إلى قوله لانه محتاج إليه ، كذا قال الاترازي . وقال الكاكي هذا إشارة إلى قوله وما هذا حاله فسبيله التصدق . وفي الذخيرة هذا إذا أجر الغاصب العبد أما إذا أجر العبد نفسه صحت الإجارة ، فإنه يأخذ العبد الاجرة يأخذها المالك مع العبد بلا خلاف لاحد ، ولو أخذه الغاصب من العبد وأتلفه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا يجب عليه الضمان ، وبه قالت الثلاثة لانه أتلف مال الغير

قال ومن غصب ألفاً فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما . وأصله أن الغاصب والمودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما ، خلافاً لأبي يوسف « رح » ، وقد مرت الدلائل . وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه . ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة ،

---

وله نعم أنه مال المالك ، ولكنه لا عصمة له في حق الغاصب ، فأشبه نصاب السرقة بعد القطع .

( قال ومن غصب ألفاً ) أي قال في الجامع الصغير ( فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح ، وهذا عندهما ) أي التصدق بجميع الربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ملك خبيث ، وبه قال الشافعي في الجديد وأحمد في رواية ، وبعض أصحاب مالك «رح» وقال الشافعي « رح » في القديم وأحمد « رح » الربح للمالك والمشترى ملكه . ولو دفع الملك من الحر إلى آخر مضاربة فالحكم في الربح على ما ذكرنا من الخلاف ، وليس للمالك من أجر العامل شيء عند أحمد ، لانه لم يأذن له العمل في ماله ولا على الغاصب إن كان المضارب عالماً بالغصب وأن يعلم لزم أجر عمله على الغاصب كالعقد الفاسد .

( وأصله ) أي أصل الخلاف ( أن الغاصب و المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لابي يوسف ، وقد مرت الدلائل ) أي في مسألة ومن غصب عبداً فاستغله ( وجوابهما ) أي جواب أبي حنيفة ومحمد « رح» (في الوديعة أظهر ، لانه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان ، فلم يكن التصرف في ملكه ) فيكون الربح خبيثاً .

( ثم هذا ) أي عدم طيب الربح ( ظاهر فيما يتعين بالاشارة ) كالعروض ، لان العقد

أما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقـــد منها الثمن ، أمـا إذا أشار إليهـا ونقـد من غيرها أو نقد منها ، وأشـار إلى غيرهـا أو أطلق إطلاقاً ونقدمنهـا يطيب له ، وهكذا قال الكرخي « رح » ، لأن الإشـارة إذا كانت لا تفيدالتعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث . وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكـذا بعـد الضمان بكل حال ، وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعـــين

---

يتعلق بها حتى لو هلك قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبـــة واليد في المبيع بملك خبيث فيتصدق به ( أما فيما لا يتعين كالثمنين ) أى الدراهم والدنانـــير ( فقوله في الكتاب ) أى قول محمد في الجامع الصغير ( اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنمـــا يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن ) قال فخر الاسلام لان ظاهر هـذه العبارة تدل على أنه أراد بها .

( أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها، وأشار إلى غيرها أو أطلق اطلاقاً ونقد منها يطيب له ) وهذه أربعة أوجه، ففي واحد منها لايطيب . وفي الباقي يطيب وذكر في المبسوط وجهاً آخر لايطيب فيه أيضاً، وهو أنه دفع إلى البائع تلك الدراهم أولاً ثم اشترى منه بتلك الدراهم ( وهكذا قال الكرخي « رح » ) أراد أن هذا التفصيل في الجواب هو قول الكرخي ( لان الاشارة إذا كانت لا تفيد التعيين ) يستوى وجودها وعدمها فعند ذلك ( لا بد أن يتأكد بالنقد ) منها (لتحقيق الخبث) والفتوى على قول الكرخي، ذكره في التتمة والذخيرة لكثرة الحرام دفعاً للحرج عن الناس .

( وقال مشايخنا « رح » لا يطيب له قبل أن يضمن ، وكذا بعد الضمان بكل حال ) اى في الوجوه كلها ( وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين ) أى في الجامع الكبير

والمبسوط . قال وإن اشترى بالألف جارية تساوي الفين فوهبها . أو طعاماً فأكله لم يتصدق بشيء ، وهذا قولهم جميعاً ، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس

## فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

قال وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب

---

والجامع الصغير ( والمضاربة ) أى وفي المضاربة من كتاب المبسوط حيث قال يتصدق بجميع الربح مطلقاً .

( قال وإن اشترى بالألف جارية ) أي قال في الجامع الصغير وإن اشترى الغاصب بالألف المغصوبة والحرام جارية ( تساوي ألفين فوهبها ، أو طعاماً ) أي أو كان طعاماً ( فأكله لم يتصدق بشيء ) بل يرد عليه مثل ما غصب ( وهذا قولهم جميعاً ، لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس ) بأن يصير الأصل ، وما زاد عليه دراهم ولم يصر فلا يظهر الربح . وفي جامع أبي اليسر هل يباح له الوطء والأكل الصحيح أنه لا يباح ، لأن في السبب نوع خبث ، ولهذا المعنى بعض الظلمة الذي فيهم قليل تقوى يشترون الأشيــاء نسيئة ويصرفونها إلى حوائجهم ، ثم يقضون الأثمان .

وفي جامع المحبوبي ونوادر أبي سماعة غصب ثوباً أو كراً فاشترى به طعاماً لا يسعه أن يأكل حتى يؤدي قيمتبالثوب أو مثل الكر . ولو غصب دراهم فاشترى بهــا طعاماً وسعه أكله ، لأن الثوب إذا استحق ينتقض البيع ، بخلاف ما إذا استحقت الدراهم. ولو اشترى الثوب والكر المغصوبين جارية لا يحل له وطؤها . أمـا لو تزوج بالثوب أو بالكر حل وطؤها ، لأن باستحقاق المهر لا ينتقض النكاح .

## ( فصل فيما يتغير بفعل الغاصب )

لما ذكر حقيقة الغصب وحكمه أعقبه بذكر ما يزول به ملك المالك لأنـــه عارض ، وحقه الفصل .

( قال وإذا تغيرت العين المغصوبة ) أي قال القدوري رحمه الله ( بفعل الغاصب ) قيد

حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة فطحنها

---

به احترازاً عما إذا تغير بدون فعله ، كما إذا صار العنب زبيباً أو خلا بنفسه والحليب لبناً والرطب تمراً فالمالك بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه وضمنه. ولو صار العنب زبيباً يجعله ملكه ، كذا في فتاوى العتابي (حتى زال إسمها) احترز بــه عن غصب شاة وذبحها ، حيث لم يزل ملك مالكها لأنه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة ، شاة حيـة (وأعظم منافعها) وذكر هذا ليتناول الحنطة إذا غصبها وطحنها ، فان المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريســة وكشكاً ونشا وبنراً وغيرها يزول بالطحن ، والظاهر أنه تأكيد ، لأن قوله زال اسمها تناوله ، فإنها إذا طحنت صارت تسمى دقيقاً لا حنطة، ومثل ذلك بقوله كمن غصب شاة ... إلى آخره (زال ملك المغصوب منـه عنها) حتى لو أراد أن يأخذ عين الدقيق مثلا ليس له ذلك (وملكها الغاصب وضمنها فــلا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها) أي بدل العين المغصوبة وهو المثل أو القيمة .

(كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها) هذا مثال لتغير العين المغصوبة، وقيد بالشي والطبخ احترازاً عما إذا ذبحها ولم يشو ولم يطبخ، حيث لا ينقطع حق المالك عنها، ولهذا قال ظهير الدين اسحاق بن أبي بكر الولوالجي في فتاواه ولو غصب شاة فذبحهـــا فالمالك بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له وغيرها ، لأن الذبح تقريب إلى مقصود وهــو اللحم ولا يعد غصباً ، وإن شاء ضمنه قيمتها يوم الغصب لأجل التبديل، وكذا إذا سلخها واربها ولم يشوها ، وقال محمد إن شاء أخذ الشاة وضمنه النقصان وهذا أصح ، لأن بعض المنافع تفوت بالذبح ، انتهى .

(أو حنطة فطحنها) أي أو غصب حنطة فطحنها فصارت دقيقاً . وقال الكرخي وإذا غصب حنطة فطحنها فإن أبا حنيفة ومحمد قالا لا سبيل لرب الحنطـة على الدقيق ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة « رح » ، وعلى الغاصب حنطـــة التي غصب . وقال ابن سماعة عن أبي يوسف « رح » لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة ،

أو حديداً فاتخذه سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية ، وهذا كله عندنا . وقال الشافعي لاينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف

---

لكن أبيع الدقيق واشترى له حنطة مثل حنطته وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب ، لأنه شبه وهو أحق به من غيره ، ولذلك لو غصب دقيقاً فخبزه أو غزلاً فنسجه أو قطناً ففزله ونسجه فهو مثل ذلك يباع له ذلك فيعطى مثل قطنه ومثل طعامه إن أبى الغاصب أن يدفع إليه ذلك .

وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر أن رب الحنطة بالخيار إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق وإبراء الطاحن لأن متاعه بعينه ، قال خالف أبو حنيفة رحمه الله في هذا وجعله بالخيار على ما وضعت ، وكذلك إن وهبه الغاصب أو باعه أو تصدق به ، فان ذلك كله باطل ، ولرب الطعام أن يأخذ شيه بعينه ، وكذلك لو غصبه لحماً فشواه أو طبخه ، وكذلك لو غصبه سمسماً أو زيتوناً فعصره ، وكذلك لو غصبه تراباً فلته أو طبخه آجراً أو اتخذ منه آنية الخزف ، أو جعله جباباً قال فإن لم يكن للتراب ثمن فلا شيء عليه ولا بأس بأن ينتفع به .

فان غصب طعاماً فزرعه فإن عليه مثله في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويتصدق بفضله . وفي قول أبي يوسف لا يتصدق بفضله ، ولا بأس بأن ينتفع بـه قبل أن يرضى صاحبه ، وكذلك نوى غرسه واتخذ منه نخلا فهو ضامن لقيمته . قال وكذلك صنوف الشجر ، انتهى كلام الكرخي . وكذلك لو غصب بيضاً فحضنه فصار دجاجاً أو غصب زيتاً فجعله في بزر له كثير فغلب عليه البزر فصارا بزراً ، أو غصب عصفراً فصبغ به فلا سبيل لصاحب هذه الأشياء على شيء مما ذكرناه ، ولكن يضمن الغاصب حقه الذي غصبه إياه ولا شيء له من ذلك .

( أو حديداً فاتخذه سيفاً ، أو صفراً فعمله آنية ) أي أو غصب حديداً فاتخذه سيفاً ، أو غصب صفراً فعمله آنية ، والصفر بالكسر . قال أبو عبيد الصفر بكسر الصاد وهو الذي يعمل منه الأواني . قلت هو نوع من النحاس وهو الأصفر في لون الذهب (وهذا كله عندنا ) يعني زوال تملك المالك وتملك الغاصب وضمانه عندنا .

( وقال الشافعي « رح » لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف « ر ح » )

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ، لأنه يؤدي إلى الربا ، وعند الشافعي « رح » يضمنه ، وعن أبي يوسف « رح » أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته . للشافعي « رح » أن العين باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة ، كما إذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ، ولا معتبر بفعله ،

---

وهو قول أحمد « رح » أيضاً ( غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ) أي عند أبي يوسف ( لأنه يؤدي إلى الربا ) لأنه يأخذ عين حقه مع شيء آخـــر ، اذ الدقيق هو عين الحنطة ... لأن عمل الطحن وتفريق الآخر لا في احداث مالم يكن موجوداً ، وتفريق الآخر لا يبدل العين كالقطع في الثوب ، ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري الربا الا باعتبار المجانسة .

( وعند الشافعي « رح » يضمنه ) أي النقصان ، لان على أصله تضمين النقصان مـــع أخذ العين في الاموال الربوية جائز ، وهو رواية ( عن أبي يوسف أنـــه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه ، وهو أحق به من الغرماء بعد موته ) فيشتري له بـــه حنطة مثل حنطته ، فلو مات الغاصب فالمالك أحق به من سائر الغرماء ، لانـــه زال ملكه ويده بسبب لم يرض به . وفي الإيضاح عـــن أبي يوسف ثلاث روايات ، أحدهـــا كقولهما وقد ذكرناها .

( للشافعي أن العين باق فيبقى على ملكه ) هذا عطف على قوله لانه يؤدي الى الربا ، وتقريره أن بقاء العين المغصوبة يوجب بقاءها على ملك المالك لا الموجب الاصلي في الغصب رد العين عند قيامه ، ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك ، والعين باق فيبقى على ملكه ( وتتبعه الصنعة ) الحادثة ، لانها تابعة للأصل فالمالك صاحب الاصل وللغاصب الشفعة فيترجح صاحب الاصل على صاحب التبع .

( كما اذا هبت الريح في الحنطة وألقتها في طاحونة الغير فطحنت ) فان الدقيق يكون لمالك الحنطة ، كذلك هذا ( ولا معتبر بفعله ) هذا جواب عما يقال أن مثل هـــذا تمثيل

لأنه محظور فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف ، فصار كما إذا انعدم الفعل أصلاً وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها . ولنا أنه أحدث صنعة متقومة فصير حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه تبدل الإسم وفات معظم المقاصد

---

فاسد ، لانه تحلل في صورة النزاع فعل الغاصب دون المستشهد به ، أجاب بقوله ولا معتبر بفعله ( لأنه محظور ) أي حرام ( فلا يصلح سبباً للملك على ما عرف ) في الأصول أن الفعل المحظور لا يصلح سبباً للنعمة وهو الملك ( فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا) وحينئذ صارت صورة النزاع كالمستشهد به لا محالة ( وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها ) بفتح الراء المشددة من التأريب،أو جعلها عضواً عضواً،فإن فعل الغاصب فيه موجود وليس بسبب للملك لكونه محظوراً .

( ولنا أنه ) أي الغاصب ( أحدث صنعة متقومة ) لأن قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها ، وكذلك قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقاً وأحداثها ( فصير حق المالك هالكاً من وجه ) لأن قيام الشيء إنما يعرف بصورته ومعناه وقد فقدت الصورة .

( ألا ترى أنه تبدل الإسم ) وتبدل الإسم يدل على تبدل العين ، فكأنه لم يبق العين الأولى ( وفات معظم المقاصد ) فان المطلوب من عين الحنطة الزراعة والقلي واتخاذها هريسة ، وبالطحن بطل هذا المقصود .

فإن قلت المقصود الأصلي في الحنطة وسائر المطعومات التغذي بها ، فان الله عزوجل ما خلقها إلا لمصالح الأنفس لتكون عدة لها ، وبالزراعة استدامتها فكانت وسيلة اليه ، وبالطحن لم يفت ما هو المقصود ، ولهذا يجري الربا بين الحنطة والدقيق ، ولا ربا بين الحنطة والدقيق،ولا ربا بين الحنطة والدقيق ولا ربا بدون المجانسة،فإذا بقي ما هو المقصود لايكون معظم المقاصد فائتاً قلت لا شك في فوات الصورة فيفوت المعنى،لان معنى الشيء قائم بصورته ، ولا نسلم أن المقصود هو الاكل ، إذ العقلاء اعتادوا أكل عين الحنطة ، بل بعد القلي ، واتخاذها هريسة أو خبزاً يستدعي وجود الدقيق بوجود الحنطة ، فكانت

وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الأصل الذي هو فائت من وجه ، ولا نجعله سبباً للملك من حيث أنه محظور ، بل من حيث انه إحداث الصنعة ،

---

الوسيلة إلى هذا المقصد الاصلي من غير الحنطة هو الزراعة ، وكذلك المقصود من عين السمسم هو الزراعة ، ومن عين العنب وجريان الربا بشبهة المجانسة من حيث الصورة ، ومبناه على الإحتياط .

( وحقه في الصنعة قائم من كل وجه ) هذا جواب عن قوله العين باق فيبقى على ملكه ، تقريره أن حق الغاصب أولى باعتباره ، لان حقه قائم في الصفة من كل وجه ،أي انها موجودة من كل وجه فلا يضاف حدوثها إلى صاحب العين ، بدليل أن المغصوب منه إذا اختار أخذ الدقيق يجب عليه أجرة الطحان ، وكذلك لا يأخذ الثوب إلا ويعطيه ما زادت الصنعة فيه من الخياطة ، وحق الآخر في المصنوع قائم من وجه هالك من وجه ، لان حقه في الثوب والثوب ثوب بالتركيب ، والتركيب بالقطع زال من وجه وبقي من وجه ، فلو زال كله لذهب ملكه ، وكذلك بعض المنافع القائمة زال بالقطع وحدث بالخياطة ما لم يكن ، وهذا كمن غصب ابريسما فخاط بطن نفسه أو شاته لم يجز نزع الابريسم لانه هالك من وجه ، ( فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ) أي اذا كان كذلك فيترجح حق الغاصب على الأصل وهو حق المالك الذي هو فائت من وجه ، لأن الصناعة قائمة بذاتها من كل وجه ، والعين هالكة فصارت الصنعة راجحة في الوجود ، وترجيحه يرجع إلى الحال ، وترجيحنا إلى الوجود ، فالرجحان في الذات أحق من الحال لأنها تابعة للذات .

( ولا نجعله سبباً للملك ) هذا جواب عن قوله ولا معتبر بفعله ، لأنه محظور ،تقريره أننا لا نجعل فعل الغاصب من الطحن وغيره سبباً ( من حيث أنه محظور ، بل من حيث أنه إحداث الصنعة ) المتقومة إذ إحداث الصنعة مشروع في نفسه ، وإنما حرم ها هنا بأن جعل مال الغير بمنزلة آلة له ، فأشبه الاحتطاب بقدوم الغير والاصطياد بقوس الغير .

( بخلاف الشاة ) هذا جواب عن قوله وصار كما إذا ذبح الشاة المغصوبة ، تقريره أن

بخلاف الشـــاة ، لأن اسمها باق بعد الذبح والسلخ ، وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظه . وقوله ولا يحل له الانتفاع بهـــا حتى يؤدي بدلها استحساناً ، والقياس أن يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر « رح » ، وهكذا عن أبي حنيفة « رح »

---

العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه تبدل الإسم والشاة ليست كذلك ( لأن إسمها باق بعد الذبح والسلخ ) حيث يقال شاة مذبوحة ومسلوخة ، كما يقال شاة حية .

فإن قيل الكلام فيها بعد التأريب ولا يقال شاة مأربة ، بل يقال لحم مأرب ، فقد حصل الفعل وتبدل الإسم ولم ينقطع حق المالك . أجيب بأنه كذلك إلا أنه لما ذبحها فقد أبقى إسم الشاة فيها مع ترجيح جانب اللحمية فيها ، إذ معظم المقصود منهـــا اللحم ثم السلخ ثم التأريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح ، بل يحققه فلا يكون تبديـل العين ، بخلاف الطبخ بعد ، لأنـــه لم يبق ما هو المتعلق باللحم كما كان فلم يكن لصاحبها أن يأخذها .

( وهذا الوجه ) أي وجه الإستدلال ببقاء الإسم على عدم الانقطاع ، وبفوات الإسم على الانقطاع ( يشمل الفصول المذكورة ) أي التي ذكرهـــا القدوري من غصب الشاة وذبحها وغصب الحنطة وطحنها ، وغصب الحديد واتخاذه سيفـاً ، وغصب الصفر وعمله آنية ( ويتفرع عليه غيرها ) أي على الفصول المذكورة غيرهـــا مثل خبز الدقيق ونسج الغزل وغزل القطن وعصر السمسم ، فانه يقطع حق المالك عندنا خلافـاً للشافعي ومن تابعه ( فاحفظه ) أي فاحفظ الذي يتفرع عليها واستخرجه بالقياس .

( وقوله ) أي وقول القدوري ( لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلهـا استحسـاناً ) فيه إشارة إلى أنه لا يحل له الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط أنه يحل بالقضاء ، لأنه بمنزلة الأداء لحصول رضى المالك عنده ، لا يقضي إلا بطلبه .

( والقياس أن يكون له ذلك ) أي الانتفاع قبل أداء البدل ( وهو قول الحسن وزفر « رح » وهكذا عن أبي حنيفة ، رواه الفقيه أبو الليث ) قال الفقيـــه أبو الليث في باب

رواه الفقيه أبو الليث «رح». ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز. وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى

---

الغصب بعلامة النون من الواقعات الحسابية رجل غصب لحماً فطبخه، أو حنطة فطحنها كان عليه الضمان فصار ملكاً له وحل أكله في قول أبي حنيفة «رح»، لأنه ملكه بالبدل. وقال محمد في العيون لا يحل حتى يرضى المالك، وهو قول أبي يوسف، انتهى.

ونقل في آخر كتاب الغصب من خلاصة الفتاوى عن فتاوى أهل سمرقند رجل غصب طعاماً فمضغه حتى صار مستهلكاً، فلما ابتلع ابتلع حلالاً عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وشرط الطيب عنده وجوب البدل، وعندهما أداء البدل، والفتوى على قولهما، انتهى. وقال الكرخي في مختصره قال الحسن قال زفر إذا طبخه أو شواه فقد صار مستهلكاً له، وعليه القيمة، وله أن يأكله ويطعمه من شاء رضي صاحبه بالقيمة أو لم يرض، وبه يأخذ الحسن.

( ووجهه ) أي وجه القياس ( ثبوت الملك المطلق ) بكسر اللام، المجوز ( للتصرف، ألا ترى أنه لو وهبه أو باعه جاز ) لأنه ملكه بوجه محظور، فصار كالمقبوض على وجه بيع فاسد، حيث يصح بيعه.

( وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضاء صاحبها أطعموها الأسارى ) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة رضي الله عنهم، أحدهما رجل من الأنصار أخرج حديثه أبو داود في سننه في أول البيوع ثنا محمد بن العلاء أنا ابن ادريس أنا عاصم بن كليب عن أبيه عن رجل من الأنصار قال خرجنا مع رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصي الحافر أوسع من قبل رجليه أوسع من قبل رأسه، فلما رجع استقبله داعي امرأة فجاء وجيء بالطعام فوضع يده ووضع القوم فأكلوا ورسول الله ﷺ يلوك لقمته في فمه، فقال إني أجد شاة أخذت بغير إذن أهلها، فأرسلت المرأة، قالت يا رسول الله

إني أرسلت إلى البقيع أشتري شاة فلم أجد ، فأرسلت إلى جار لي قد اشترى شاة أن أرسل إلي بها بثمنها فلم يأخذ ، فأرسلت إلى امرأته فأرسلت بها إلي ، فقال ﷺ أطعميه الأسارى (١) .

ورواه أحمد في مسنده حدثنا معاوية بن عمر أبو اسحاق عن زائدة عن عاصم بن كليب عن أبيه أن رجلا من الأنصار قال فذكره ، وهذا مسند الصحيح ، إلا أن كليب ابن شهاب وأبو عاصم لم يخرجا له في الصحيح ، وخرج له البخاري في رفع اليدين . وقال ابن سعد ثقة ، وذكره ابن حبان في الثقات ولا يضره قول أبي داود ، وعاصم بن كليب عن أبيه عن جده ليس بشيء ، فإن هذا ليس من روايته عن أبيه عن جده ، وأخرجه الدارقطني في سننه في الضحايا عن حميد بن الربيع ثنا ادريس به وحميد بن الربيع هو الخزاز بخاء معجمة وزاي مكررة .

وقال ابن الجوزي في التحقيق كذاب وتعقبه صاحب التنقيح فقال وثقه عثمان بن أبي شيبة وقد تابعه محمد بن العلاء كما رواه أبو داود ، والثاني ابن موسى أخرج حديثه الطبراني في معجمه ثنا أحمد بن القاسم الطائي ثنا بشر بن الوليد ثنا أبو يوسف القاضي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب عن أبي بردة عن أبي موسى أن رسول الله ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم فذبحوا له شاة فصنعو له منها طعاماً فأخذ من اللحم شيئاً ليأكله فمضغه ساعة لا يسيغه ، فقال ما شأن هذا اللحم ، قالوا شاة لفلان ذبحها حتى يجيء فترضيه في ثمنها ، فقال عليه السلام أطعموها الأسارى . ورواه في معجمه الأوسط ثنا أحمد بن القاسم الطاوي ثنا بشر بن الوليد به .

( أفاد الأمر بالتصدق ) أي أفاد الحديث الأمر بالتصدق الحاصل فأفاد اموراً ثلاثة ، الأول : الأمر بالتصدق الذي يدل على زوال ملك المالك إذ لو بقي الملك للمالك لأمر بالرد إليه تحرزاً عن إبطال ملك الإنسان ، أو أمر بالبيع وحفظ الثمن عند خوف الفساد ، لأن الإمام ولايته بيع مال الإنسان عند الحاجة .

---

(١) الحديث في الأصل فيه نقص ، وتصحيحه من سنن أبي داود الجزء الثالث أول كتاب البيوع ، اه مصححه .

الثاني : زوال ملك المالك ، أشار إليـه بقوله ( وزوال ملك المالك ) بالنصب ، أي وأفاد أيضاً زوال ملك المالك . ووجهه ما ذكرناه .

الثالث : حرمة الانتفاع قبل أداء البدل ، أشار إليه بقوله (وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء ) بالنصب أيضاً ، أي وأفاد أيضاً حرمة انتفاع الغاصب بالمغصوب قبل إرضاء المالك بالتراضي أو بالقضاء . وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفـة « رح » عن عاصم بن كليب عن أبيه به ، ثم قال ولو كان هذا اللحم باقياً على ملك مالكه الأول لما أمر به النبي ﷺ أن يطعم الأسارى ، ولكن لمـا رآه خرج من ملك الأول صار مضموناً على الذي أخذه أمر بإطعامه ، لأن من ضمن شيئاً فصار له عن وجه غصب فإن الأولى أن يتصدق به ولا يأكله .

وأخرج الدارقطني في سننه عن عبد الواحد بن زياد عن عاصم بن كليب به ، ثم أخرج عن عبد الواحد بن زياد قال قلت لأبي حنيفة من أين أخذت قولك في الرجـل يعمل في مال الرجل بغير إذنه انه يتصدق بالربح ، قال أخذتـه من حديث عاصم بن كليب هذا ، انتهى .

فإن قلت قال البيهقي وهذا لأنه كان يخشى عليها الفساد وصاحبها كان غائباً فرأى من المصلحة أن يطعمها الأسارى ثم يضمن لصاحبها . قلت الإمام إذا خاف التلف على ملك غائب يبيعه ويحبس ثمنه عليه كما ذكرنا . ولا يجوز له أن يتصدق به .

فان قلت هذا الحديث متروك الظاهر ، لأن المذهب أن التصدق بالذبـح لا يعين المغصوب ، فكيف يصح التمسك به . قلت روي عن محمد أنه يتصدق بالاصل قبل أداء الضمان على أنا نقول إن الحديث يقتضي انقطاع حـق المالك والتصدق، إلا أن التصدق ترك للمعارض ، فبقي الحكم الآخر على ظاهره ، ولا يرد علينا اللقطة ، لان الشارع أمر بتصدقها بعد تعريفها وعجزها عن إصابة المالك وعن صيانه المال ، وها هنا المالك معلوم ويمكن الرد عليه فلا يجوز التصدق بدون رضاه ، كما لو علم صاحب اللقطة وأمكن الرد عليه ، كذا ذكره الإمام اليرعـوي قوله المصلية أي الشوية من صليت اللحم وغيره أصليه

ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد ، ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد . وإذا أدى البدل يباح له ، لأن حق المالك صار موفى بالبدل ، فحصلت مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به ، وكذا إذا أدى بالقضاء أو ضمنه الحاكم ، أو ضمنه المالك

---

صلياً ، مثل رميته أرميه رمياً إذا شويته ، وأراد بالاساري المحبوسين ، كذا فسره محمد «رح» . قوله باللوك من اللوك وهو مضغ الشيء الصلب وإدارته في الفم ، يقال لاك اللقمة ولاك الفرس اللجام . قوله لا يسيغه من ساغ الطعام مسوغاً سهل دخوله في الحلق ، وأسغته أنا أي ساغ لي .

( ولأن في إباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الإرضاء حسماً لمادة الفساد ) هذا دليل معقول ، وهو ظاهر . وفي بعض النسخ قيل الإرضاء أي ساغ لي قبل إرضاء المالك ، والحسم القطع بالحاء المهملة ( ونفاذ بيعه ) هذا جواب عن قوله ولهذا لو وهب أو باعه ، أي نفاذ بيع المغصوب ( وهبته ) أي نفاذ هبته ، والمصدر في الموضعين مضاف إلى مفعوله ( مع الحرمة لقيام الملك ) وذلك لا يستلزم الإباحة ( كما في الملك الفاسد ) يعني كالمقبوض في البيع الفاسد .

( وإذا أدى البدل يباح ) هذا راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلها ، أي إذا أدى الغاصب بدل العين المغصوبة يباح الانتفاع ( لأن حق المالك صار موفى بالبدل ، فحصلت مبادلة بالتراضي ، وكذا إذا أبرأه ) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أبرأ المالك الغاصب ( لسقوط حقه به ) أي لسقوط حق المالك بالإبراء .

( وكذا إذا أدى بالقضاء ) أي وكذا يباح الانتفاع إذا أدى البدل بقضاء القاضي ، وفي المبسوط لو قضى القاضي بالضمان يحل له الانتفاع بمجرد القضاء لوجود الرضى من المالك ، إذ المالك لا يضمنه إلا بعد طلبه فكان راضياً به وقد ذكرناه مرة ( أو ضمنه الحاكم ) بأن كان المغصوب مال اليتيم ( أو ضمنه المالك ) أي أو طلب المالك من الغاصب

لوجود الرضى منه، لأنه لا يقضي إلا بطلبه. وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها، غير أن عند أبي يوسف «رح» يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك على كل وجه، بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه، وفي الحنطة زرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافاً لهما وأصله ما تقدم.

قال وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دراهم أو دنانير أو آنية لم يزل ملك مالكها

---

الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان ( لوجود الرضى منه ) أي من المالك ( لأنه لا يقضى إلا بطلبه ) أي بطلب المالك ودعواه، فكان المالك ضمنه فيحل له الانتفاع بذلك.

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور بين أصحابنا وزفر رحمهم الله تعالى ( إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها ) يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافاً لزفر رحمه الله تعالى ( غير أن عند أبي يوسف « رح » يباح الانتفاع فيهما ) أي في الصورتين المذكورتين وهما غصب الحنطة وزرعها، وغصب النواة وغرسها ( قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ) لأن الحنطة صارت قصيلا، والنواة صارت...[1] ( بخلاف ما تقدم ) من غصب الشاة وذبحها وطبخها، وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل إرضاء المالك ( لقيام العين فيه من وجه ) لأن إجراء الشاة والحنطة باقية ( وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده ) أي عند أبي يوسف ( خلافاً لهما ) أي لابي حنيفة ومحمد ( وأصله ما تقدم ) أي أصل وجود التصدق بالفضل عندهما خلافاً لابي يوسف ما تقدم عند قوله ومن غصب عبداً فأشغله، وأراد بالاصل الدليل المذكور هناك.

( قال وإن غصب فضة أو ذهباً فضربها دنانير أو دراهم أو آنية لم يزل ملك مالكها

---

(١) هكذا في الأصل الكلام مقطوع.

عنها عند أبي حنيفة « رح » فيأخذها ولا شيء للغاصب . وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها ، لأنه أحدث صنعة معتبرة صيرت حق المالك هالكاً من وجه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد ، والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات ، والمضروب يصلح لذلك . وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق

---

عنها عند أبي حنيفة « رح » ) إلى هنا لفظ القدوري وتمامه فيه . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» يملكها الغاصب . وقال الحاكم الشهيد في كافيه وإن غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها إناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديث والصفر ، لانه فضة بعينها لا تخرج من الوزن . وقال أبو يوسف ويعطيه مثل فضته ، وكذلك الذهب ، انتهى ( فيأخذها ولا شيء للغاصب ) وبه قالت الثلاثة ، وقيد بضربها دراهم أو دنانير ، لان في كسر الدراهم والدنانير وقلبها يضمن مثله بالاتفاق لانه غير بصنعه ولا يتم دفع الضرر عن صاحبه إلا بإيجاب المثل والمكسور للكاسر بعد الضمان ، وإن شاء صاحبه أخذ المكسور ولم يرجع عليه بشيء ، ويستوي إن نقصت ماليته بالكسر أو لم ينتقص . أما لو استهلك القلب فعليه قيمته مصوغاً من غير جنسه ، وعند الشافعي من جنسه .

( وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها، لأنه أحدث صنعة معتبرة ) وهي الصياغة ( صيرت حق المالك ) أي إحداث الصنعة صير حق المالك (هالكاً من وجه) لان الإسم تبدل بفعل الغاصب ( ألا ترى أنه كسره ) أي أن الغاصب كسره وبالكسر يتبدل الإسم والمقصود . فإن قبل الضرب يسمى ذهباً وفضة وبعده درهماً وديناراً ... (وفات بعض المقاصد ) حيث كان يتعين في المعقود قبل الضرب وبعده لا يتعين، وأشار أيضاً إلى تبدله في بعض المقاصد بقوله (والتبر) وهو القطعة المأخوذة من المعدن (لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك ) أي يكون رأس المال فيها، ففي هذا دليل على تغايرهما معنى وإسماً كما ذكرنا .

( وله ) أي ولابي حنيفة رحمه الله ( أن العين باق من كل وجه ، ألا ترى أن الإسم

ومعناه الأصلي الثمنية ، وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين ، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقاً ، لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها .

قال ومن غصب ساجة

---

باق ) حيث يقال بعد الصنعة ذهب وفضة ( ومعناه الاصلي الثمنية ) أراد أن المعنى الاصلي اللازم للعين وهو الثمنية قائمهما كان بلاخلاف ( وكونه موزوناً ) عطف على قوله الثمنية ( وانه باق ) أي وإن كل واحد من الثمنية وكونه موزوناً باق ، ثم بين بقاء هذين الشيئين بقوله ( حتى يجري فيه الربا باعتباره ) أي باعتبار الوزن . والحاصل أن الاحكام الاربعة المتعلقه بالذهب والفضة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجريان الربا ووجوب الزكاة يدل على أن العين باق من كل وجه .

( وصلاحيته لرأس المال ) جواب عن قوله والتبر لا يصلح رأس المال ، وتقريره أن الصلاحية أمر زائد على مقتضى الطبيعة ( من أحكام الصنعة دون العين ) يعني لا من حكم العين ، ولهذا نقول مالا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم من الدراهم ، فلا اعتبار ولا قيمة للصنعة في هذه الاموال منفردة من الاصل وبه فارق الحديد والصفر ، فإن الصنعة الحادثة تخرجها من الوزن ، حتى إذا باع قمقمة حديد بقمقمتين منه جاز إذا كان يداً بيد .

( وكذا الصنعة فيها ) أي في عين الفضة والذهب ( غير متقومة مطلقاً ) أي في جميع الأحوال ، وهذا جواب عن قوله أحدث صنعة معتبرة ، تقريره أنها غير متقومة في كل حال ( لأنه لا قيمة عند المقابلة بجنسها ) وإنما تتقوم عند المقابلة ، بخلاف جنسها كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا .

( قال ومن غصب ساجة ) أي قال القدوري «رح» ، والساجة بالسين المهملة وتخفيف الجيم خشبة عظيمة . وقيل خشبة منحوته مهيأة للأساس ، والأصح أنها خشبة صلبة قوية تجلب من بلاد الهند لها ، ثم تعمل منها الأبواب ، وأما الساحة بالحاء المهملة فسيأتي بعد

فبنى عليهـــا زال ملك المالك عنها ولزم الغاصب قيمتها . وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه عن الجانبين قدمناه . ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ، وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة ،

---

هذا إن شاء الله تعالى ( فبنى عليها زال ملك مالكهـا عنهـا ولزم الغاصب قيمتها ) ومن الذخيرة هذا إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجة ، أما إذا كانت قيمة الساجـة أكثر من قيمة البناء لم يزل ملك مالكها عنها بالإجماع .

وفي الكافي للحاكم وإن غصب ساجة أو خشبة فأدخلها في بنائه أو آجرة فأدخلها في بنائه أو جصاً فبنى به ، قال عليه في ذلك كله قيمته . وليس للمغصوب منه نقض مابناه وأخذ ساجته وخشبه وآجره على حوالي الساجة لأنه غير متعد في البناء على ملكه فـــلا ينقض . وأما إذا بنى على نفس الساجة ينقض بناؤه لأنه مطلقاً وجهه الأصح ، والدليل عليه أن القدوري بعد أن ذكر في شرحه لمختصر الكرخي ما ذكرناه .

قال في كتاب الصرف ومن غصب درهماً فجعله عروة مزادة سقط حـــق مالكه ، والفضة لا تسقط حق مالكها عنها بالصياغة وإنما أسقط بكونها تابعة للمزادة ، وهـــذا لا يكون الا بعمل يرفعه فيها على وجه التعدي ، فدل على أن المسألة على إطلاقها ، وإنـــه لا حق للمالك في الساجة في الوجهين على ما يأتي عن قريب .

( وقال الشافعي للمالك أخذها ) أي أخذ الساجة ، وبـــه قال زفر وأحمد ومالك رحمهم الله على ما يأتي عن قريب ( والوجـــه عن الجانبين قدمناه ) أي الدليل في مسألة الساجة هو الذي ذكرناه من جانبنا وجانب الشافعي في المسألة المتقدمة في أول الفصل ، يعني أن الغصب عندنا عدوان ويصلح سببـاً للملك . ولنا أنه أحدث صنعـــة متقومة إلى آخره .

( ووجه آخر لنا فيه ) أي وجه آخر لنا في غصب الساجة ، أي في تعليل ( أن فيما ذهب اليه ) أي في الذي ذهب اليه الشافعي ( إضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف ) لأن فيه إبطال حقه ( وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة ) فكان فوات

فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته .

---

حقه كلا فوات ، وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه لا إلى خلف، وكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب .

فإن قلت الغاصب جان ولا يبالى بضرر الجاني إذا كان فيه دفع الضرر عن المجني عليه . قلت نعم ولكن حق الجاني فيما وراء جنايته مرعي ودفع الضرر عنه واجب .

فإن قلت إنه ضرر بنفسه حيث باشر سبب ، وهو ادخال ساجة الغير في بنائه مع علمه بذلك فلا يبقى مستحقاً للنظر بدفع الضرر عنه . قلت لا نسلم أنه أضر بنفسه ، نعم أنه أدخل ساجة الغير في بنائه ، وهذا ليس بسبب للنقض ، بل هو سبب لانقطاع حق المالك وثبوت الملك له .

فإن قلت قوله ﷺ من وجد عين ماله فهو أحق به دليل على أن حقه لا ينقطع بإدخالها في البناء ، لأنه وجد عين ماله . قلت نحن نقول بموجبه وها هنا لم يجد عين ماله، لأن الساجة صارت هالكة من وجه ، فصارت ملكاً للغاصب .

( فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده ) حيث لا يجب رد الخيط على صاحبه بلا خلاف. ولو خاط بالخيط المغصوب جرح حيوان يؤكل ففيه للشافعي وأحمد رحمهما الله قولان في قول يجب رده ، وفي الثاني ينتقل حقه إلى القيمة ، وفي مغني الحنابلة ، فإن خاط به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالآدمي والبغل والحمار الأهلي وخيف التلف بنزعه لم يجب النزع ، لأنه إضرار لصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ، وكان الحيوان للغاصب ، فقال القاضي يجب نزعه ورده . وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما هذا ، والثاني لا . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، انتهى . ولو غصب خيطاً وخاط به ثيابه لا يجب نقضه عندنا ، وقالت الثلاثة يجب نقضه ورد الخيط على صاحبه .

( أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ) يعني ليس لصاحب اللوح نزعه ، ولكن فيه تفصيل وهو أنه إن كان في الساحل لزمه قلعه ورده ، وبه قال الشافعي ومالك ، وإن كان في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا يغرق بقلعه يقلع ، وإن خيف غرقها لم تقلع

ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني إنما لا ينقض إذا بني في حوالي الساحة أما إذا بني على نفس الساحة ينقض لأنه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح . قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء ضمنه نقصانها

---

حتى يخرج إلى الساحل ، ولصاحب اللوح المطالبة بالقيمة ، فإذا أمكنه رد اللوح استرجعه ورد القيمة ، وبه قال أصحاب الشافعي «رح» وفي الأسرار صورة المجيء عليها فيما إذا كانت السفينة مع من عليها في لجة البحر خيف الغرق .

فإن قلت عدم جواز شرع الخيط واللوح عنده من أن فيه تلف الناس ، لأن المالك ملك ذلك بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط . قلت ثبت في كل واحدة ، أي من العلة أعني التلف وتملك الغاصب عنها حق المالك وغيره ، وجعل حق غيره أو لأن بإبطاله زيادة الضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانتا متساويتين .

(ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر الهندواني إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساحة) بفتح اللام ، يقال قعد حوله وحوليه ،ولا يقال حواليه بكسر اللام ، وقعد حياله وبحياله . أي بإزائه ، وذلك بأن يكون بعض البناء على ساحة لنفسه لبعض على الساحة المغصوبة ، لأنه غير متعد به من كل وجه ( أما إذا بني على نفس الساحة ينقض لأنه متعد فيه ) من كل وجه فيقلع ( وجواب الكتاب ) أي القدوري ، وهو قوله بنى عليها ( يرد ذلك ) أي التفصيل لما قلنا أن ضرر المالك مجبور بالقيمة دون ضرر الغاصب ( وهو الأصح ) أي جواب الكتاب هو الأصح ، وقد مر بيان الأصحية عن قريب . وفي الذخيرة لو أراد الغاصب نقض البناء ورد الساحة مع تملكها بالضمان بعد القضاء بقيمتها لا تحل وقبل القضاء بها ، قيل يحل . وقيل لا يحل ، لأنه تضييع المال بلا فائدة .

( قال ومن ذبح شاة غيره بغير أمره ) أي قال القدوري في مختصره ومن ذبح شاة غيره بغير إذنه ( فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه ) أي إلى الذابح ( وإن شاء ضمنه نقصانها ) أي نقصان الشاة ( وكذا الجزور ) أي وكذا الحكم إذا غصب

وكذا الجزور، وكذا إذا قطع يديهما هذا هو ظاهر الرواية.

---

الجزور وذبحها، إما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح، وأما أن يترك العين وضمن جميع القيمة، والجزور بفتح الجيم ما أعد للجزر من الإبل، أي القطع وهو الذبح يذكر ويؤنث، إنما ذكره فما لوم متوهم، وهو أن يقال إذا كان الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها، مطلوباً، فكيف يلزم النقصان، بل الذبح زيادة فيه لأنـــه يؤخذ لأجله العوض. فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معداً للذبح أو لم يكن، لأن الذبح في الحيوان نقض من حيث تفويت الحياة.

( وكذا إذا قطع يديها ) أي وكذا الحكم إذا قطع يد الشاة والجزور يعني أن المالك بالخيار إن شاء أخذ العين مع نقصان القطع، وإن شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميـــع القيمة، وهذه رواية عن أصحابنا، والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار، ألا ترى إلى ما قال الحاكم الشهيد في كافيه، وأما الدابة إذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلايشبــه هذا، أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب. قال لأنه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بمــا بقي، والغاصب بقيمة الدابة وهي له، وكذا لو كانت بقرة أو شاة أو جزور فذبحهــا أو قطع يدها أو رجلها، انتهى. وذلك لأن الدابة بعد فوات يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب، فصارت هالكة، ويصير الغاصب مستهلكاً فيجب عليه القيمة، ويكون الدابــة بخلاف الثوب، فإن الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكاً لأنه يمكن أن ينتفع به الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار، بل يكون الخيار للمالك. وفي شرح الكافي روي في رواية أن له الخيار في مأكول اللحم، لأن اللحم مقصود كما أن عينها مقصود، واللحم لم يتلف فكان حقه قائماً من وجه، فكان له الخيار إن شاء ترك اللحم عليه وضمنه قيمة الدابة، وإن شاء أخذ اللحم وضمنه قيمة النقصان.

( هذا هو ظاهر الرواية ) أي المذكور من ثبوت الخيار، وللمالك هو ظاهر الرواية، واحترز به عما رواه بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن صاحب الشاة بالخيار إن شاء أخذها ولا شيء له غيرها، وإن شاء تركها وضمنها قيمتها يوم غصبها، كـــذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، وكذلك إذا سلمها حين ذبحها أو قطع لحمها أعضاء

ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم، فصار كالخرق الفاحش في الثوب ، ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الأستهلاك من كل وجه ،

---

ولم يطبخه والرأس قائم والجلد والأكارع والبطن كان المغصوب بالخيار إن شاء أخذ ذلك ، ولم يكن له غيره وإن شاء ضمنه قيمتها حية .

( ووجهه ) أي وجه ظاهر الرواية ( أنه ) أي الذبح ( اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر ) بفتح الدال وتشديد الواو وهو اللبن ، ومنه ناقة درور ودار ، أي كثيرة اللبن ( والنسل وبقاء بعضها ) أي بعض الأغراض ( وهو اللحم فصار ) أي الحكم في هذا ( كالخرق الفاحش في الثوب ) على ما يجيء حكمه عن قريب ، وهذا الذي ذكره لا يعم الجزور بظاهره ، ولكنه يعمه من قوله فوت بعض الأغراض إذا لم يجعل البيان منحصراً فيما ذكر بقوله من الحمل والدر والنسل .

( ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه ) قال الكاكي في تقييد هذا الحكم يعتبر مأكول اللحم ليست زيادة فائدة لما أن الحكم في مأكول اللحم كذلك ، لأن بقطع الطرف للمالك اختيار تضمين جميع القيمة في المأكول وغيره ، ذكره في المبسوط. وقال الأترازي هذا إنما هو على اختيار صاحب الهداية ، والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما ، يعني في مأكول اللحم وغير مأكوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر .

وقال صاحب العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم . والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف المأكول اللحم وغير مأكوله ، حيث قال في الأول انه إتلاف من وجه ، وفي الثاني بوجود الاستهلاك من كل وجه، والظاهر من كل أنه نفي اختيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الخشبة وتضمين نقصانها ، ويكون ذلك اختياراً منه . وإن كان نقل الكتب

بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع إرش المقطوع ، لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف .

---

على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع يد حمار أو رجله وكان لما بقي قيمته فله أن يمسك ويأخذ النقصان قلت أراد بذلك صاحب الهداية الإشارة إلى ما ذكره في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة السين رجل غصب دابة فقطع يدها فهذا على وجهين . أما إن كانت لا يؤكل لحمها أو يؤكل ففى الوجه الاول لا يكون لصاحب الدابة خيار لانه استهلك من كل وجه ، وفي الوجه الثاني له الخيار لانه استهلك من وجه ، انتهى .

فان قلت ما أراد صاحب الهداية من قوله فقطع الغاصب طرفها . قلت أراد به أحد قوائمها ، لان في عين الحمار أو البغل أو الفرس ربع القيمة ، وكذلك في عين البقر والجزور ربع القيمة ، وفي عين الشاة ما نقصها على ما سيجيء في كتاب الديات إن شاء الله تعالى . ونقل في الاجناس عن كتاب الجنايات والديات رواية بشر بن غياث . قال أبو حنيفة في إحدى عيني الحمار أو البغل ربع القيمة . ولو فقأ عين شاة أو حمل أو طير أو كلب أو سنور أو دجاجة أو نعامة عليه ما نقصه . وقال أبو يوسف « رح » فى ذلك كله عليه ما نقصه في جميع الربع ثم قالوا في قطع أذن الدابة وذنبها يضمن النقصان وجعل ذلك نقصاناً يسيراً . وعن شريح أنه إن قطع ذنب حمار القاضي يضمن جميع القيمة ، وإن كان لغيره يضمن النقصان . وفي المنتقى إذا ذبح الحمار له الخيار ، وإن قتله ليس له الخيار ، لأن جلده لا قيمة له حينئذ ، أما في الذبح بمنزلة الذبائح .

( بخلاف قطع طرف المملوك ) هذا يتعلق بقوله للمالك أن يضمنه جميع القيمة ، أي بخلاف العبد إذا قطع الغاصب طرفه ( حيث يأخذه مع إرش المقطوع ، لأن الآدمي يبقى منتفعاً به بعد قطع الطرف ) ولا يصير مستهلكاً من كل وجه ، بخلاف الدابة فإنها بعد ذلك لا ينتفع بها ، أي بما هو المقصود بها من الحمل والركوب وغير ذلك ، وهذا إذا لم تكن الجناية مستهلكة ، أما إذا كانت مستهلكة فليس للمالك أن يأخذ الإرش مع إمساك الجناية عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما على ما عرف في موضعه . بيان ذلك كل جناية لو

قال ومن خرق ثوب غيره خرق يسيراً ضمن نقصانه والثوب لمالكه ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه . وإن خرق خرقاً كثيراً تبطل عامة منافعة فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته، لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه .

---

حصلت في الحر أوجبت كال الدية ، فإذا حصلت في العبد فتلك مستهلكة كفقء العينين وقطع اليدين والرجلين والذكر وقطع يد ورجل من جانب واحد .

وأما في قطع الاذنين وحلق الحاجبين إذا لم ينبت ففيه روايتان في رواية جعله مستهلكاً ، وكل جناية في الحر لا يوجب كال الدية كقطع يد أو رجل وقطع يد ورجل من خلاف ، فتلك الجناية غير مستهلكة ، ثم في الجناية المستهلكة على قول أبي حنيفة «رح» المولى بالخيار إن شاء حبس العبد لنفسه ولا يرجع بشيء ، وإن شاء سلمه إلى الجاني ويرجع بقيمته وقال صاحباه إن شاء سلم ورجع بالقيمة ، وإن شاء حبس لنفسه ورجع بالنقصان كذا في شرح الطحاوي .

( قال ومن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً ) أي قال القدوري ، والمراد من الثوب ما يلبس كالكرباس ( ضمن نقصانه ، والثوب لمالكه ، لأن العين قائم من كل وجه ، وإنما دخله عيب فيضمنه ) أي النقصان ( وإن خرق خرقاً كثيراً ) بالثاء المثلثة ، ويجوز بالباء الموحدة أيضاً . وأشار إلى تفسير الخرق الكثير بقوله ( بحيث تبطل عامة منافعه ) بأن لا يبقى شيئاً في منفعة الثياب بأن لا يصلح لثوب ما ( فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته ، لأنه استهلاك من هذا الوجه ، فكأنه أحرقه ) وفي شرح الكافي قال شيخ الإسلام وقال بعض أصحابنا هذا إذا كان الخرق بحال لا يمكن الخياطة ، فأما إذا أمكن خياطته ولم يبق بعد الخياطة نقصان فاحش لا يكون له تضمين جميع القيمة ، ويؤخذ بالخياطة ثم يضمن النقصان إن بقي بعد كمن جرح إنساناً جرحاً هل يؤخذ بأجرة الطبيب ، فإن بقي نقصاً بعد ذلك أخذ إرشه كذلك هاهنا ، هذا إذا غصب ثوباً فخرقه ، أما إذا غصب ثوباً فقطعه قميصاً ولم يخطه فله أن يأخذه ويضمنه ما نقصه القطع ، كذا ذكر الحاكم في الكافي .

قال « رض » معناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان ، لأنه تعييب من وجـــه حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم. ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان

---

قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه وإن شاء ضمنه قيمته ، لأنه تعييب عنده بعيب فاحش ، وإن خاطه قميصاً أو غيره فليس لصاحبه أن يأخذه لأنه صار شيئاً آخر وتعلقت به مصلحة أخرى ، فصار الأول هالكـاً من حيث المعنى ، فكان للمالك ولاية التضمين .

( قال «رض» معناه ) أي قال المصنف رحمه الله ومعنى قول القدوري فلمالكـه أن يضمنه جميع قيمته انه ( يترك الثوب عليـــه ) أي على الغاصب ( وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان ، لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق ، وكذا بعض المنافع قائم ) لأنه يمكن أن يفصل عنه ثوب للصغير ( ثم إشارة الكتاب ) أي إشارة القدوري ( إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع ، والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين ) من حيث الظاهر ، إذ الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت من إجراء شيء لا محالة ( وجنس المنفعـة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ) أراد به أنه لا يبقى جميع منافعه بل يفوت بعض ويبقى بعض ، كما إذا قطع الثوب قميصاً يفوت منفعة الجبة والقباء .

( واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل فيه النقصان ) أي النقصان في مالية الثوب لسبب فوت الجودة . وفي الفتاوى الصغرى قال بعضهم إن أوجب الخوف النقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش وما دونه يسير . وقال بعضهم ما لا يصلح الباقي لثوب فهو فاحش ، واليسير ما يصلح . والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض المنفعـة وبعض العين ، واليسير ما يفوت بعض المنفعة ، انتهى . وهـــو عكس ما قال صاحب

لأن محمداً رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والفائت بـــه بعض المنافع. قال ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له أقلع البناء والغرس وردها

---

الهداية حيث قال ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وكل منهما نص على الأصح بما ذهب إليه كما ترى. وقال تاج الشريعة وقال الإمام رضي الدين النيسابوري مايستنكف أوساط الناس من لبسه مع ذلك الخرق هو الكثير واليسير ضده . وفي غير المخيط وغير المقطوع أن لا يمكن أن يخاط منه ، واليسير ضده .

( لأن محمداً «رح» جعل في الأصل ) أي المبسوط ( قطع الثوب ) بدون الخياطـــة ( نقصاناً فاحشاً ) جعل للمالك ولاية تضمين جميع القيمة ( والفائت بـــه ) أي بالقطع ( بعض المنافع ) لا عامة المنافع كما أشار إليه القدوري . وأما لو خاطه ينقطع حق المالك عندنا ، ذكره في الذخيرة . وعند الثلاثة لا ينقطع ، وقالوا في الشق اليسير يأخذ الثوب ويضمنه النقصان . وفي الفاحش كذلك عند الشافعي وأحمد رحمهما الله . وعند مالك رحمه الله مخير كقولنا . وقال شمس الأئمة هذا الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب فهـو الحكم في كل عين من الأعيان إلا في الأموال الربوية ، فإن التعيير هناك فاحشاً أو يسيراً لصاحبه الخيار بين الإمساك والدفع والتضمين قيمته ، وفي الإمساك لا يضمن النقصان لأنه يؤدي إلى الربا

( قال ومن غصب أرضاً ) أي قال القدوري ، وقال تاج الشريعة سماه غصباً وإن يتحقق الغصب في العقار عندهما لما أنه يتصور بصورة الملاتكة . قلت عبارة أصحابنا في غصب العقار مختلفة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فقيل يتحقق فيه الغصب ولكن لا على وجه يوجب الضمان ، وإليه قال القدوري في قوله وإذا غصب عقاراً فهلك في يده لم يضمنه عندهما ، فعلى هذا لا يرد السؤال فلا يحتاج إلى الجواب . وقيل لا يتحقق فحينئذ يجاب بما ذكره تاج الشريعة ( فغرس فيها أو بنى قيل له إقلـــع البناء والغرس وردها ) يروى الغرس بفتح الغين وكسرها جميعاً ، فالأول مصدر أريد بـه المفعول أي

المغروس من الشجر والنخل ، والثاني إسم ما يغرس من الشجر والنخل ، وهـذا الحكم لا خلاف فيه .

( لقوله ﷺ ليس لعرق ظالم حق ) هذا الحديث رواه ستة من الصحابة رضي الله عنهم ، الأول سعيد بن زيـد أخرج حديثه أبو داود في الجراح والترمذي في الأحكام، والثاني في إحياء الموات عن عبد الوهاب الثقفي ثنا أيوب عن هشام بن عروة عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من أحيا أرضاً ميتة فهو له ، وليس لعرق ظالم حق . قال الترمذي حديث حسن غريب ، وقد رواه جماعة عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلا قلت منهم مالك في الموطأ . قال ابن عبد البر في البعض أرسله جميع الرواية عن مالك لا يختلفون في ذلك ، وأخرجه النسائي عـن يحيى بن سعيد عن هشام ابن عروة مرسلاً .

الثاني : عبادة بن الصامت رضي الله عنه أخرج حديثه الطبراني حدثنا يوسف القاضي ثنا محمد بن أبي بكر المقدمي ثنا فضل بن سليمان عن موسى بن عقبة ثنا اسحاق بن يحيى بن الوليد بن عبادة بن الصامت ثنا عبادة بن الصامت عن قضاء رسول الله ﷺ وانـه ليس لعرق ظالم حق .

الثالث : عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهـما أخرج حديثه الطبراني أيضاً عن مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمر مرفوعـاً باللفظ الأول .

الرابع : عمرو بن عوف رضي الله عنه أخرج حديثه اسحاق بن راهويـة والبزار في مسنديهما والطبراني في معجمه وابن عدي في الكافي عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف مزني حدثني أبي ابان أخبره أنه سمع رسول الله ﷺ يقول من أحيا أرضا مواتاً من غير أن يكون فيها حق مسلم فهي له ، وليس لعرق ظالم حق، وأعله ابن عدي بكثير بن عبد الله.

الخامس : رجل من الصحابة أخرج حديثه أبو داود عن محمد بن اسحاق عن يحيى بن عروة عن أبيه مرفوعاً قال عروة فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث وفي لفظه فقال

رجل من أصحاب رسول الله ﷺ وكبر ظني أنه أبو سعيد أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في أرض غوين ، أحدهما غرس فيها نخلا والأرض للآخر ، فقضى رسول الله ﷺ بالأرض لصاحبها ، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله ، وقال ليس لعرق ظالم حق قال فلقد أخبرني الذي حدثني بهذا الحديث أنه رأى النخل تقطع أصولها بالفوس .

السادس : عائشة رضي الله عنها أخرج حديثها أبو داود رحمه الله تعالى والطيالسي في مسنده ثنا زمعة عن الظهري عن عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت قال رسول الله ﷺ البلاد بلاد الله والعباد عباد الله ، ومن أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له وليس لعرق ظالم حق . ومن طريق الطيالسي رواه الدارقطني في سننه والبزار في مسنده . وقال أبو داود رحمه الله تعالى قال هشام العرق الظالم أن يغرس الرجل في أرض غيره فيستحقها بذلك . وقال مالك رحمه الله تعالى العرق الظالم كل ما أخذ واحتكر وغرس بغير حق .

وذكر في النهاية بتنوين عرق وظالم صفة لا غير ، ورواية الفقهاء على الصفة والإضافة . وفي المغرب أي الذي عرق ظالم حق وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازاً ، كأنه غرسها على وجه الإغتصاب ليستوجبها به . وقال تاج الشريعة وروي بالإضافة ، أي ليس لعرق الغاصب حق ، أي ثبوت ودوام بل يؤمر بقلعه . قلت العرق في الأصل بكسر العين هو عرق الشجر والبدن ، ويجمع على عروق .

فإن قلت هذا حكم غرس الشجر والبناء فكيف حكم الزرع في أرض الغير . قلت روى أبو عبيدة في كتاب الأموال عن شريك عن أبي إسحاق عن عطاء بن أبي رماح عن رافع ابن خديج رضي الله تعالى عنهم عن النبي ﷺ قال من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء ، فقضى على رب الأرض بنفقة الزرع وجعل الزرع لرب الأرض بنفقة الزارع ، قال والفرق بين الزرع والنخل أن الزرع إنما يمكث في الأرض سنة ، إذا انقضت السنة رجعت الأرض إلى ربها فلم يكن لتأخير نزعها وجه .

وذكر في الواقعات الحسامية في باب الغصب بعلامة العين رجل غصب أرضاً فزرعها

ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكه والغصب لا يتحقق فيها ، ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ، كما إذا شغل ظرف غيره بطعـــامه ، فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً ،

---

حنطة ثم اختصما وهي بذر لم ينبت بعد فصاحب الأرض بالخيار إن شاء تركهـــا حتى ينبت ، ثم يقول له اقلع زرعك وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيه . أما الخيار فلأنـــه لا طريق لتفريغ الأرض إلا ذلك ، فإن اختار إعطاء الضمان كيف يضمن ، روى هشام عن محمد أنه يضمن ما زاد البذر فيه فتقوم الأرض غير مبذور ، وتقوم مبذور لكن ببذر ولغيره حق النقض والقلع إذا نبت ففضل ما بينهما قيمة بذر في ارض غيره .

وقال فيه أيضاً بعلامة الباء رجل ألقى بذره إلى أرضه وجاء رجل وألقى بذره وسقى الأرض فنبت البذران جميعاً، أو ألقى فيها بذره وقلب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض فنبت البذار لا جميعاً فما نبت يكون للأرض عند أبي حنيفة رحمه الله تعـالى ، لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك عنده وعليه للأول قيمـــة بذره ، لكن مبذوراً وفي أرض ملكه . وطريق معرفة ذلك ما مر لكن ثمة يضمن قيمة بذره في أرض نفسه ، فان جاء صاحب الأرض وهو الاول فألقى فيهـــا بذر نفسه مرة ثالثة وقلب الأرض قبل ان ينبت فيها البذران أو لم يقلب وسقى ما ثبت من المبذور كلها فهو له وعليه للغاصب مثل بذره مبذوراً في أرض غيره لأنه أتلف ذلك .

( ولأن ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقـــق فيها ) أي في الارض ( ولا بد للمالك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها ) أي فيؤمر شاغل أرض الغير باخلائها عما شغلها ( كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه ) بأن غصب ظرفـــاً فطرح فيه متاعه فانه يؤمر بتفريغه ، فكذا هذا .

( فان كانت الأرض تنقص بقلع ذلك ) أي بقلع الغرس والبنـــاء ( فللمالك أن يضمن له ) أي للغاصب ( قيمة البناء وقيمة الغرس مقلوعاً ) أي حال كون كل واحد من الغرس

ويكونان له لأن فيه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما .

---

والبناء مقلوعاً ، وكان الاصوب أن يكون مقلوعين على مـــا لا يخفى ، وليس المراد أن يقلعا ثم يقوما لدلالة الحال عليه ، وإنما المراد يقومان وهما قائمان بقيمة ما لو كانا مقلوعين على ما يجيء الآن ( ويكونان له ) أي يكون الغرس أو البناء لمالك الارض ( لان فيـــه نظراً لهما ودفع الضرر عنهما ) أي لان في هذا المذكور نظراً للمالك والغاصب جميعاً ،لان في منع الغاصب من البناء والغرس إضراراً له لانه عين ماله فلا يجوز منعه منهـــا ، وفي قلعه وتسليمه ضرر على المالك وقد قال ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. وفيما ذكرنا نظر ورعاية للجانبين .

وفي الذخيرة والمحيط لو غصب ساجة وبنى عليها لا ينقطع حق المالك ، ثم قال وكان الإمام أبو علي النسفي يحكى عن الكرخي أنه ذكر في بعض كتبه مفصلا فقال إن كانت قيمة الساجة أقل من قيمة البناء ليس للمالك أن يأخذها ، وإن كانت قيمة الساجة أكثر فله أن يأخذها . قال مشايخنا هذا قريب من مسائل حفظت عن محمد . قال ومن كان في يده لؤلؤة فسقطت فابتلعتها دجاجة إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة واللؤلؤة ، فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخير صاحب اللؤلؤة بين أخـــذ الدجاجة بقيمتها وبين ترك اللؤلؤة وأخذ قيمتها .

وكذا لو أودع رجلا فصيلا فكبر الفصيل حتى لم يكن إخراجـه من البيت إلا بنقض الجدار ينظر إلى أكثرهما قيمة ويخير صاحب الأكثر بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويتملك مال صاحبه . وكذا لو كان للمستأجر حب في الدار المستأجرة لا يمكن إخراجها إلا بهدم شيء من الحائط ينظر أيهما أكثر قيمة . وكذا لو أدخل رجل أترجـــة في قارورة غيره فكبرت الأترجة فلا خيار لأحد وضمن الفاعل لصاحب الأترجة قيمتها، وتكون الأترجة والقارورة بالضمان ، قيـــل يمكن أن يجاب عنها بأنه لا تعدي فيها بخلاف مسألة الغصب لأنه متعد فلا يراعى حقه. وفي خلاصة الفتاوى رجل بنى حائطاً في كرم رجل بغير أمر صاحب الكرم فإن كان للتراب قيمة فالحائط للباني وعليه قيمـــة التراب ، فان غصب أرضاً وبنى حائطاً فجاء صاحبها وأخذ الأرض فأراد الغاصب النقض إن بنى الحائط من

وقوله قيمته مقلوعاً معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الارض أن يأمره بقلعة فيضمن فضل ما بينهما قـــال ومن غصب ثوباً فصبغة أحمر أو سويقاً فلته يسمى . فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب ، وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما ، وقال الشافعي « رح » في الثوب لصـــاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ

---

تراب هذه الأرض ليس له النقض وتكون لصاحب الأرض ، وإن بنى الحائط من تراب غير هذه الأرض فله النقض .

( وقوله قيمته مقلوعاً ) أي قول القدوري يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعـــاً ( معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه ، لأن حقه فيه ) أي لأن حـق صاحب الغرس في الغرس ( إذ لا قرار له ) أي للغرس أو البناء ، يعني لا نهايـــة لهما بخلاف الذرع ( فيه فيقوم الأرض بدون الشجر والبناء ، ويقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه ) قوله لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه صفـــة لقوله شجر أو بناء ( فيضمن فضل مابينهما ) أي فيضمن صاحب الأرض فضل ما بين القيمتين مثلا إذا كانت قيمـة الأرض بدون الشجر عشرة دنانير ومع الشجر الذي يستحق قلعـــه خمسة عشر ديناراً فيضمن صاحب الأرض خمسة دنانير للغاصب فتسلم الأرض والشجر لصاحب الأرض وكذا في البناء

( قال ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر ، أو سويقـاً ) أي قال القدوري والسويق بالسين يعمل من حنطة مقلية . وقد قيل بالصاد وهي لغة بني العبير ( فلته بسمن ) أي خلطه من باب طلب يطلب ( فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما ) أي أخذ الثوب والسويق ( وغرم ما زاد الصبـــغ والسمن فيهما ) أي الثوب والسويق ، وبه قال مالك في الصبغ .

( وقال الشافعي رضى الله عنه في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ

بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة بني فيها ، لان التمييز ممكن ، بخلاف السمن في السويق ، لان التمييز متعذر .

---

بالقدر الممكن اعتباراً بفصل الساحة ) بالحاء المهملة ، إن فصل الساحة يؤمر بالقلع إذا لم يتضرر الارض به فكذلك هاهنا ، لان في كل منهما شغل ملك الغير بملكه ( بنى فيها ، لان التمييز ممكن ) يعنى بالغسل والعسر ، وكـــذا في المخلط إذا كان التمييز ممكناً يجب التمييز والرد ، وإن كان غير ممكن يجب رد مثله . وفي الوجيز وشرحه لو كان قيمة الصبـــغ بقدر قيمة الثوب فهما شريكان يبيعان ويقسمان الثمن بينهما . وفي الحلية إذا طالبه صاحب الثوب بقلع صبغه وإذا امتنع الغاصب من ذلك ففيه وجهان ، أحدهما لا يجبر وهو قـــول أبي العباس ، والثاني يجبر وهو قول ابن حيران وأبي إسحاق .

ولو طلب الغاصب بيع الثوب وامتنع صاحبه ففيه وجهان ، يجبر ليصل الغاصب إلى حقه ، ولا يجبر . وفي الخلط إن كان بمثله وطلب المالك أن يدفع إليه حقـــه وامتنع الغاصب في المنصوص الخيار للغاصب ، وفي وجه يلزمه دفعه إلى المالك . ولو خلطه بأجود وبـذله الغاصب صاعاً مثله ففيه وجهان في المنصوص الخيار للغاصب والثاني أنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما ، ولو خلطه بمادته أجبر الغاصب على دفع ملك المالك . وعند مالك أخذه بالمثل من غيره . ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قـــدر القيمتين . ولو خلط من غير جنسه لزمه صاع من مثله . ومن أصحابنا من قال يباع الجميع ويقسم الثمن على قدر قيمتها ، وبه قال مالك في الصورتين . وعن أحمد مثله .

وفي مغني الحنابلة لو خلطه بما لا قيمة له كالذائب بالماء فان أمكن تخليصه خلصه ورد نقصه ، وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسد رجع عليه بمثله لأنه صار مستهلكاً وإن لم يفسد رده ورد ما نقصه . وإن احتيج في تخليصه إلى غرامة لزمه الغاصب ، لانه بسببه ، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحواً مما ذكرنا .

( بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر ) لان السمن يدخل في أجزاء السويق ، فلا يمكن إخراجه حتى لو كان يمكن فالحكم حينئذ يكون كما في الثوب .

ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل . بخلاف الساحة بنى فيها ، لان النقض له بعد النقض ، أما الصبغ فيتلاشى . وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح ، لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب ، فيتملك صاحب الاصل الصبغ

---

( ولنا ما بينا ) يعني في مسألة الساحة بالجيم بقوله وجه آخر لنا ( أن فيه ) أي في ثبوت الخيار للمالك ( رعاية الجانبين ) أي جانب المالك وجانب الغاصب ( والخيرة ) أي الخيار ، وهذا جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ إن شاء سلم الثوب إلى مالكه وضمنه قيمة صبغه ، وإن شاء ضمن قيمة الثوب أبيض فقال الخيار ( لصاحب الثوب لكونه صاحب الاصل ) لان الثوب أصل والصبغ صفة ، فيكون كالبائع له والسويق بمنزلة الثوب ، والسمن بمنزلة الصبغ .

( بخلاف الساحة ) بالحاء المهملة أيضاً ( بنى فيها ، لان النقض له بعد النقض ) أي الغاصب فلا يكون ماله صائعاً والنقض الاول بالنون المضمومة بمنزلة المنقوض ، وهو كالخنث والاجر ، والنقض الثاني بالفتح مصدر نقضت الشيء إذا فكيت تركيبه ( أما الصبغ فيتلاشى ) بالغسل ، ولم يحصل للغاصب شيء ، فكذا أثبتنا الخيار له ( وبخلاف ما إذا انصبغ ) الثوب ( بهبوب الريح ) بأن هبت الريح بصوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ ، فإنه لا خيار له ( لانه لا جناية لصاحب الصبغ ليضمن الثوب ) أي يضمن صاحب الصبغ ، وهو على صيغة المجهول بالتشديد ، والثوب منصوب على أنه مفعول ثان ( فيتملك صاحب الاصل الصبغ ) فيتملك صاحب الاصل ، وهو الثوب بالرفع جواب شرط محذوف ، أي إذا لم يكن صاحب الصبغ جانياً فيتملك صاحب الاصل وهو الثوب الصبغ بدفع قيمته إلى صاحب الصبغ ، كذا ذكره في الكافي حيث قال وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح فانه لا يثبت الخيار لرب الثوب ، بل يؤمر به بدفع قيمة الصبغ لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ .

قال أبو عصمة في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه ، لان له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع .

ويتأتى هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه

---

وفي الإيضاح لو انصبغ بغير فعل أحد فهو لرب الثوب ولا شيء عليه من قيمة الصبغ. وفي قول أبي حنيفة وإن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء امتنع فيه فيباع الثوب فيصرف بقيمته ثوباً أبيض وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ في الثوب ، لانه لم يوجد من أحد فعل هو سبب للضمان ، فانتفى الضمان ، وصارا شريكين وبه قالت الثلاثة .

( قال أبو عصمة ) هو سعيد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف ، وهو تلميذ أبي يوسف القاضي رحمه الله ( في أصل المسألة ) أي في قوله ومن غصب ثوباً فصبغه أحمر ، واحترز بهذا القيد من أن يتوهم أن هذا الحكم الذي ذكره أبو عصمة متصل بما يليه من مسألة الانصباغ ، وان كانت مسألة الانصباغ كذلك ، لكن وقع من أبي عصمة في أصل المسألة فلذلك قيد به تصحيحاً للنقل ( وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ ) أي فيضرب صاحب الصبغ ( بما زاد الصبغ فيه ، لأن له ) أي لصاحب الثوب ( أن لا يتملك الصبغ بالقيمة ، وعند امتناعه ) أي عند امتناع صاحب الثوب عن تملك الصبغ بالقيمة ( تعين رعاية الجانبين في البيع ) لأنه طريق اتصال حق كل واحد منهما إلى صاحبه معنى ( ويتأتى هذا ) يعني يتيسر هذا الاختيار للمالك يعني قول أبي عصمة إن شاء رب الثوب ... إلى آخره .

( فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه ) من غير أن يكون لصاحب الصبغ فعل فيه ، لأنه إذا كان كذلك لا يكون له ولاية تضمين صاحب الصبغ بدون جناية منه ، فعند امتناعه عن تملك الثوب وتعذر تضمنه جبراً تعين البيع طريقاً للوصول إلى حقه إذا لم يرض صاحب الثوب بتملك الصبغ بالقيمة ، فأما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ

وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق ، غير أن السويق من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته .

وقال في الاصل يضمن قيمة السويق ، لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً

---

يتعين له تضمين الغاصب بالثوب الأبيض والتحقيق أن ما قاله أبو عصمة لا يتأتى في أصل المسألة ، لأن ثمة لصاحب الثوب أن يتملك الصبغ بالقيمة أو يضمن الغاصب ، وإذا كان له ذلك لا يتعين البيع عند امتناعه عن التملك بالقيمة ، وفيما إذا انصبغ ليس له أن يضمن صاحب الصبغ لما أنه غير جائز فيه فيتعين البيع عند امتناعه من التملك ( وقد ظهر بما ذكرنا ) في مسألة الصبغ والإنصباغ .

( الوجه ) يعني جواب المسألة وتعليلها ( في السويق ) من حيث الخلط والاختلاط بغير فصل والحاصل أن ما قلنا في غصب الثوب وصبغه فهو الوجه في غصب السويق ولته بالسمن ، ويجيء قول أبي عصمة فيه ، إلا أن بين السويق والثوب تفاوتاً ، وهو أن الضمان في غصب الثوب قيمته ، وفي السويق مثله لكونه مثلياً ، أشار إليه بقوله ( غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله ، والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته ) ،

( وقال في الأصل ) أي المبسوط ( يضمن قيمة السويق ، لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثلياً ) وقال الحاكم في كافيه وإذا غصب سويقاً ، فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة سويقه وإن شاء أخذ سويقه وضمن للغاصب ما زاد فيه من السمن . قال الشيخ علاء الدين الاسبيجابي وفيه إشكال ، وهو أنه قال في الكتاب ضمنه قيمة السويق وانه مثلي ولم يقل مثله ، وقد اختلف أصحابنا في ذلك ، والصحيح ما ذكره في الكتاب ، لأن السويق أجزاء حنطة مقلية ، والحنطة بالقلي تخرج من أن تكون من ذوات الأمثال ، لأن القلي يسد طريق المماثلة فلا يكون السويق مثلياً . وذكر صدر الإسلام أبو اليسر في شرح الكافي أن السويق من ذوات القيم وإن كان مكيلا ، وقال كل مكيل لا يكون مثلياً وكذلك كل موزون لا يكون مثلياً ، إنما المثلي من المكيلات والموزونات ما هي متفاوته فليس بمثلي كالعدديات ، فان للمتقاربة أمثال .

وقيل المراد منه المثل سمـــاه به لقيـــامه مقامه ، والصفرة كالحمرة . ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة وعندهما زيادة . وقيل هذا اختلاف عصر وزمـــان، وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان ، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة ،

---

وأما المتفاوتة فلا ، وكأن المكيلات والموزونات والعدديات سواء . وكذا يجب أن تكون الزرعيات على هذا وبين السويق والسويق قد يكون تفاوت فاحش بسبب القلي فلا تكون أمثالاً متساويـة .

( وقيل المراد منه ) أي من القيمة ، ذكر الضمير بتأويل ما يقوم ( المثل سماه به ) أي سمى محمد « رح » المثل القيمة في قول يضمن قيمة السويق ، وتذكير الضمير في بـــه على التأويل الذي ذكرنا ( لقيامه مقامه ) أي لقيام المثل مقام المغصوب ( والصفرة كالحمرة ) يعني فيما إذا صبغ المغصوب بالصفرة فحكمه حكم ما إذا صبغـــه بالحمرة في الوجوه كلها مع الخلاف .

( ولو صبغه أسود ) أي ولو صبغ الثوب المغصوب صبغاً أسود ( فهو نقصان عند أبي حنيفة ) فاذا كان نقصاناً فلرب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئاً عنده ( وعندهما زيادة ) كالحمرة والصفرة فيجزىء فيه ما يجزىء فيهما .

( وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ) فان أبا حنيفـــة كان في زمن بني أمية وكانوا يمتنعون عن لبس السواد ، فأجاب على ما شاهد ، وهما أجابا على مـــا شاهدا من عادة بني العباس بلبس السواد ، وكان أبو يوسف يقول أولاً بقول أبي حنيفة فلما قلد القضاء وأمر بلبس السواد احتاج إلى التزام الزيادة بالصبغ وقال السواد زيادة . وحكي أن هارون الرشيد شاور مع أبي يوسف في لون الثوب للبس فقال أبو يوسف الألوان ما يكتب بـــه كتاب الله تعالى ، فاستحسنه هارون منه ذلك واختار لون السواد وتبعه من بعده .

( وقيل إن كان ثوباً ينقصه السواد فهو نقصان، وإن كان ثوباً يزيد فيه السواد فهو كالحمرة ) الحاصل من هذا لأنه لا خلاف في الحقيقة في هذه المسألة ، وإنما يرجع إلى العـــادة في كل

وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوباً ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد « رح » أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة ، فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان إحدى الخمستين جبرت بالصبغ

---

زمان ، فان كان السواد زيادة غرمه المالك والا لم يغرمه ، كذا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ( وقد عرف في غير هذا الموضع ) أي في شرح مختصر الكرخي وغيره من الكتب المبسوطة .

( ولو كان ثوباً ) أي ولو كان المغصوب المصبوغ ثوباً ( ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهماً فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أنه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة ) ولا تنقص قيمته به ( فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم ) لأن صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ على قيمة الصبغ خمسة ، فالخمسة بالخمسة قصاص ، ويرجع عليه ما بقي من النقصان وهي خمسة ، وهو معنى قوله ( لأن إحدى الخمستين جبرت بالصبغ ) هذه رواية هشام عن محمد ، كذا في العيون .

وقال الولوالجي في فتاواه ولو غصب العصفر صاحب الثوب وصبغ به ضمن مثل ما أخذ ، لأنه استهلكه ، فان لم يقدر عليه فهو على الاختلاف الذي عرف فيما ينقطع عن أيدي الناس وليس لصاحب العصفر أن يحبس الثوب لأن الصبغ فيه كالهالك ، والسواد هنا كالعصفر عند أبي حنيفة « رح » أيضاً ، لأن الضمان يجب بإتلاف الصبغ . ولو وقع الثوب بنفسه في الصبغ فانصبغ ، فان كان أسوداً يأخذ رب الثوب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان عصفراً أو زعفراناً فرب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه بما زاد الصبغ فيه ، وإن شاء فيه باع الثوب ويضرب فيه صاحب الثوب بقيمته وصاحب الصبغ بقيمة الصبغ من الثوب ، لأن المالك لم يرض بالتزام ضمان الصبغ ، ولا يضمن صاحب الصبغ هاهنا ، لأنه لا صبغ له بخلاف ما قبله .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله السواد والعصفر سواء ، وكذلك السمن يختلط بالسويق

## فصـــل

### ومن غصب عيناً فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها ، وهذا عندنا ، وقال الشافعي لا يملكها ،

---

والسويق بمنزلة الثوب لأنه أصل والسمن كالصبغ . وأما العسل والسويق إذا اختلطـــا فكلاهما أصل . ولو غصب ثوباً من رجل وصبغه بعصفر الآخر ثم ذهب الفاعل فلم يعرف فهو كما لو اختلط بغير فعل لأحد ، لأنه تعذر اعتبار فعله للضمان فهو كالعدم . ولو كان صاحب الثوب غصب العصفر ثم باعه فلا سبيل لصاحب العصفر على المشتري ،لأن الغاصب استهلكه . ولو أن صاحب العصفر غصب الثوب وصبغه ثم باعه وغاب وحضر صاحب الثوب قضى له بالثوب ، لأنه ملكه ويستوف منه بكفيل ، لأن للغاصب فيه حقاً وهـو الصبغ . ولو غصب ثوباً وعصفراً لرجل واحد وصبغه كان للمالك أن يأخذه مصبوغـاً وبرىء الغاصب من الضمان ، لأن مال الانسان لا يستهلك بحاله بالخلط انتهى .

وقال في شرح الطحاوي ولو اغتصب من رجل ثوباً ومن الآخر صبغـاً فصبغه ضمن لصاحب الصبغ صبغاً مثل صبغه لأنه أتلف صبغه حين صبغ بـه الثوب فصار بعد ذلك كأنه صبغ بصبغ نفسه ، وقد مر بيان ذلك .ومما يتصل بالمسائل فتح رأس تنور حتى برد فعليه قيمة الحطب مقدار ما يسخن بـه ، وممكن أن يقال ينظر بكم يستأجر التنور المسجور للانتفاع فيضمن ذلك القدر أو ينظر إلى أجرته مسجوراً وغير مسجور فيضمن تفاوت ما بينهما ، والله أعلم بالصواب .

## ( فصـــل )

أي هذا الفصل يحتوي على مسائل متفرقة تتعلق بالغصب ، فلذلك أخره .

( ومن غصب عيناً فغيبها ) بالغين المعجمة ( فضمنه المالك قيمتها ملكها ) أي ملك الغاصب تلك العين ، وبه قال مالك ( وهذا عندنا ) أي تملك الغاصب العين المغصوبـــة بعد الضمان مذهبنا .

( وقال الشافعي لا يملكها ) وبه قال أحمد « رح » حتى لو ظهر من يستردهـــا ويرد

لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سبباً للملك كما في المدبر . ولنا أنه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعـــاً للضرر عنـــه بخلاف المدبر لأنه غير قابـل للنقل لحق المدبر

---

القيمة . وقال البرغوي فائدة الخلاف في ملك اكتسب ونفود البيع وجوب الكفن على الغاصب لأنه ملكه عندنا ( لأن الغصب عدوان محض ) أي حرام خالص مافيه وجـــه إباحة ( فلا يصلح سبباً للملك ) لأن الملك مشروع وغـير المشروع لا يكون مفضياً إلى المشروع إذ أدنى درجات السبب أن يكون إباحة فلا يملكه ( كما في المدبر ) بأن غصبه وغيبه وضمن قيمته ، فانما يملكه بالإتفاق .

( ولنا أنه ) أي المالك ( ملك البدل ) وهو القيمة ( بكماله ) أي يداً ورقبة وكل من ملك بدل شيء خرج المبدل عن ملكه في مقابلته ودخل في ملك صاحب البدل دفعـــاً للضرر عن مالك البدل ، لكن يشترط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك ، أشار اليه بقوله ( والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك ) احترز عن المبدل فانـــه غير قابل للنقل على ما يجيء الآن ( فيملكه ) أي إذا كان كذلك يملك الغاصب المغصوب أداء البدل ( دفعاً للضرر عنه ) أي عن الغاصب وتحقيقاً للعدل كما في سائر المبادلات .

( بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل لحق المدبر ) وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب ، وإلا لم يكن تعليل صح الثلاثه مالك مناسباً وهو مذهب القاضي أبي زيد،فانه قال في الأسرار قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عنـــد القضاء بالضمان أو التراضي . وقال شمس الأئمة في المبسوط وهذا وهم ، فان الملك لا يثبت عند أداء الضمان من وقت الغصب للغاصب حقيقة ، وهذا لا يسلم له الولد . ولو كان الغصب هـــو السبب للملك لكان إذا تم له الملك بذلك السبب يملك الزوائد المتصلة والمنفصلة ومع هذا في هذه العبارة بعض الشبهة ، فالغصب عدوان محض ، والملك حكم مشروع مرغوب فيه فيكون سببه مشروعاً مرغوباً فيه ، ولا يصلح أن يجعل العدوان المحض سبباً له ، فانـــه ترغيب

للناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب لهم به . ولا يجوز إضافة مثله إلى الشروع .

قيل فيه نظر ، لأنه لا يراد بكون الغصب سبباً للملك عند أداء الضمان أنـه يوجبه مطلقاً ، بل بطريق الاستناد ، والثابت به ثابت من وجه دون وجه ، فـلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنقطعة . ولا نسلم أن يقال الغصب موجب لرد العين وللقيمة عند تعذر رد العين ، ثم يثبت الملك للغاصب شرطاً للقضاء بالقيمة لا مقصوداً بالغصب ، ولهذا لا يملك الولد فانه بعد الانفصال لا يبقى تبعاً وما يثبت شرطاً يثبت تبعاً،والكسب ليس كذلك، لأنه بدل المنفعة فيكون تبعاً محضاً فيملكه الغاصب .

وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فاذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب فالمالك بالخيار إن شاء انتظر إلى ظهوره عليه فيأخذه ، وإن شاء لم ينتظر وضمن للغاصب قيمته . فلو ظهر العبد بعد ذلك فانه ينظر إن أخذ صاحبه القيمة التي سماها ورضي بهـا إما بتصادقهما عليها أو بقيام البينة أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له على العبد عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله له أن يأخذ عبداً بعينه . ولو أخـذ القيمة بقول الغاصب ويمينه على ما يدعيه المالك من الزيادة فإن المالك بالخيار إن شاء حبس القيمة ورضي بهـا وسلم العبد إلى الغاصب ، وإن شاء رد القيمة التي أخذها ويسترد العبد وللغاصب أن يحبس العبد حتى يأخذ القيمة . ولو مات العبد عند الغاصب قبل رد القيمة عليه فـلا يرد القيمة ولكن يأخذ من الغاصب فضل القيمة إن كان في قيمة العبد فضل على ما أخـــذ ، وإن لم يكن فيه فضل فلا شيء له سوى القيمة المأخوذة .

وروي عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال إذا ظهر العبد وقيمته مثل ما قال المالك فلا خيار للمالك ولا سبيل له على العبد في ظاهر الرواية له الخيار من غـير تفصيل ، ولو كان المغصوب مدبراً وأبق عند الغاصب فإنه يضمن القيمة ، لأن المدبر يضمن بالغصب ، ولكنه لا يصير ملكاً للغاصب حتى أنه لو ظهر يرده على مولاه ويسترد منه القيمة وليس للغاصب حبسه لأجل القيمة لأنه لا يجوز بيعـه ولا يجوز حبسه بالدين . وإن كان المغصوب أم ولد فلا ضمان على الغاصب عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن في أصله أن أم الولد ليست بـمال ،

نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء ، لكن البيع بعده يصادف القن . قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المـــالك يدعي الزيادة وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه . إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك لأنه أثبتـــه بالحجة الملزمة

---

وعندهما هي كالمدبر. وفرق أبو حنيفة رحمه الله بينهما في الغصب وساوى بينهما في الشراء. ولو قبضهما المشتري بتسليم البائع وهلك عند المشتري فلا ضمان عليه فيهما جميعاً عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يضمن القيمة فيهما جميعاً . ولو جني على كل واحد منهما وجب الإرش فيهما جميعاً على الجاني بالإجماع ، انتهى .

( نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء )هذا جواب عما يقال لا نسلم أن المدبر لا يقبل النقل، فان مولاه لو باعه وحكم القاضي بجواز بيعه جاز البيع وفسخ التدبير . وتقرير الجواب القول بالوجوب يعني هو كذلك لكن في ضمن قضاء القاضي في الفصل المشار إليه ( لكن البيع بعده يصادف القن ) لا المدبر فيجوز بيعه القن بهذا الطريق ، وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه .

( قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ) أي قال القدوري رحمه الله وهذا لا يعلم فيه خلاف ( لأن المالك يدعي الزيادة وهـو ينكر ) أي الغاصب ينكر تلك الزيادة ( والقول قول المنكر مع يمينـــه ) لقوله ﷺ اليمين على من أنكر ( إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) أي من الذي يدعيه الغاصب ( لأنه أثبته ) أي لأن المالـك أثبت ما ادعاه من الزيادة ( بالحجة الملزمة ) وهي البينة ، فان عجز عن إقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعـــواه ، لأن بينته تنفي الزيادة ، والبينة على النفي لا تقبل .

وقال بعض المشايخ ينبغي أن يقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله . ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسألة عدت مشكلة . ومن المشايخ رحمهم الله من فرق بين هذا ، ومسألة الوديعة وهـو الصحيح ، لأن

قال فإن ظهرت العين وقيمتها أكثر مما يضمن وقدضمنها بقول المالك أو بينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث

---

المودع ليس عليه إلا باليمين وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة . وأما الغاصب فعليه هاهنا اليمين والقيمة ، وباقامة البينة لم يسقط اليمين ، فلا يكون في مانع المودع .

وفي المبسوط والذخيرة في دعوى الغصب ذكر الجنس والصيغة ليس بشرط كما في سائر الدعاوى،لأن محمد رحمه الله ذكر في الأصل أقام بينة على رجل أنه غصب جارية له يحبس المدعى عليه حتى يجيء بها ويردها . قال الحلواني رحمه الله هذه المسألة مما يحفظ ، لأنه قال أقام بينة ولم يذكر جنسها وصفتها وقيمتها . قال بعض المشايخ رحمهم الله تأويل المسألة أنه ذكر الجنس والصفة والقيمة .

وقال أبو بكر الأعمش تأويلها أن الشهود شهدوا على إقرار الغاصب بذلك ، فأما الشهادة على فعل الغاصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب ، لكن القضاء بالمجهول غير ممكن ولكن الأصح أن هذه الدعوى والشهادة مقبولة بدون ذكر الجنس والصفة للضرورة ، لأن الغاصب يمتنع عن إحضار المغصوب عادة وحين يغصب إنما يأتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف المغصوب فسقط اعتبار علمهم للتعذر فصار ثبوت ذلك الغصب بالبينة كثبوته باقراره فيحبس .

( قال فان ظهرت العين ) أي قال القدوري فان ظهرت العين المغصوبة ( وقيمتها أكثر مما ضمن ) أي والحال أن قيمتها أكثر مما ضمن الغاصب ( وقد ضمنها بقول المالك ) أي والحال أنه قد ضمن الغاصب العين المغصوبة بقول صاحبها ( أو ببينة أقامها ) أي وضمنها ببينة أقامها المالك ( أو بنكول الغاصب عن اليمين ) بأن عجز المالك عن إقامة البينة على ما ادعاه فطلب يمين الغاصب فنكل عنها وحكم عليه بما ادعاه المالك ( فلا خيار للمالك ) في هذه الصور كلها وبه قال مالك . وعند الشافعي رضي الله عنه وأحمد له الخيار لعدم زوال ملكه عندهما عنه ( وهو ) أي العين المغصوبة ذكر الضمير على تأويل

ادعى هذا المقدار . قال فإن كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضـــاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذه دونها لعدم الحجة ، ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ماضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافاً لما قاله الكرخي انه لا خيـــار له

---

المغصوب ( للغاصب لأنه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك حيث ادعى هـــذا المقدار ) ولم يدع الزيادة .

( قال وإن كان ضمنه ) أي قال القدوري ، أي وإن كان المالك ضمن الغاصب (بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخـذ العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة ) أراد أن رضاه بهذه المبادلة لم يتم ، وإنما أخذه بما زعمه الغاصب ضرورة عدم البينة ، وإن الشيء خير من لا شيء وعدم تمـــام الرضى يمنع لزوم المبادلة ، كما إذا باع مكرهاً وسلم مكرهاً ( وأخذه دونها لعدم الحجة ) هذا جواب عما يقال إن أخذه القيمه . وإن كانت ناقصة يدل على تمـام الرضى فكانت المسألة كالأولى ، فأجاب بقوله وأخذه دونها ، أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضى ، لأنه إنما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة ، فـــلا يدل على رضاه ، بخلاف المسألة المتقدمة ، لأن دعواه ملك القيمة كانت باختياره .

( ولو ظهرت العين وقيمتها ) أي والحال أن قيمتها ( مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الأخير ) يعني فيما ضمنه الغاصب بقوله مع يمينه ( فكذلك الجواب ) يعني فهـــو بالخيار إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين ورد العوض ( في ظاهر الروايـــة وهـــو الأصح ) لأنه هو المذكور في الأصل مطلقـــاً ، وكذلك الطحاوي أطلق الرواية في مختصره .

( خلافاً لما قاله الكرخي أنه لا خيار له ) لأنه توفر عليه بدل ملكه بكماله ( لأنه لم

لأنه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء
قال ومن غصب عبداً فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ،

---

يتم رضاه ) دليل قوله وهو الأصح لا دليل قول الكرخي ( حيث لم يعطه ) أي المالك ، وهو على صيغة المجهول ( ما يدعيه ) من القيمة ( والخيار لفوات الرضاء )أي ثبوت الخيار له لفوات رضاه بما أعطى من القيمة ، وقد ذهب القدوري في شرحه لمختصر الكرخي إلى ما ذهب إليه الكرخي حيث قال فأما إذا قضى عليه بقوله ثم ظهرت العين وقيمتها مثل ما قال الغاصب أو أقل فلا سبيل لصاحبها عليها، لأنه استوفى البدل ولم يظهر فيه زيادة. وأما إذا كانت القيمة أكثر مما قال الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ، وذلك لأنه لم يستوف بدل العين الذي ادعاه ولم يرض بزوال ملكه عنها بما دون ذلك من البدل ، فكان له الخيار .

ثم قال القدوري وكان أبو بكر الرازي يقول إن هذا محمول على أن هذه الزيادة لا تجوز أن تكون مما يحدث مثلها فيما بين التضمين والظهور ، فأما إذا كانت مما يجوز أن يحدث فادعى الغاصب أنها حدثت وادعى المغصوب منه إن كانت فالقول قول الغاصب مع يمينه ، لأن التمليك قد صح ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال الغاصب فلا يفسخ التمليك بالشك .

ثم قال القدوري ومن أصحابنا من قال لا رواية في العين إذا ظهرت وقيمتها مثل ما قال الغاصب هل يثبت للمالك الخيار أم لا ، وهو موضع محتمل، وقد قال محمد في الغصب ما يدل على أنه يثبت له الخيار لأنه قال في تعليل مسألة القيمة إذا كانت ناقصة ، لأن المالك لم يستوف ما ادعى من القيمة ، وهذا يدل على أن القيمة إن كانت تامة فالخيار ثابت له ، لأنه لم يستوف ما قال من القيمة . وذكر أبو يوسف في الإيلاء ما يدل على أنه لا خيار له ، لأنه قال في تعليل مسألة نقصان القيمة ، لأن المالك لم يستوف القيمة بكمالها ، وهذا يدل على أنه إذا استوفاها لا خيار له والله أعلم .

( قال ومن غصب عبداً ) أي قال في الجامع الصغير ومن غصب عبد رجل (فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ) وبه قال أحمد « رح » في رواية . وقال في أخرى

وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه ، لأن الملك الثابت فيه ناقص لثبوته مستند أوضرورة ، ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب . قال وولد

---

لا يجوز بيعه كالاعتاق ، وبه قال الشافعي رحمه الله ومالك كتصرفات الفضولي .

( وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه،لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوت مستند) والثابت بالاسناد ثابت من وجه حكماً لا حقيقة ، فيكون ناقصاً والناقص يكفي البيع دون العتق على مايجيء ( أو ضرورة ) أي يثبت ملك الغاصب ضرورة القضاء بالضمان كيلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت بالضرورة ثابت من وجه دون وجه .

( ولهذا ) أي ولأجل ثبوت الملك له ضرورة ( يظهر في حق الإكساب دون الأولاد) أي يظهر ثبوت ملك الغاصب في حق الإكساب ، ولا يظهر في حق الأولاد بأن غصب جارية فكسبت اكساباً قبل أداء الغاصب الضمان ، فالإكساب للغاصب ، ولو ولدت أولاداً قبل أدائه الضمان ثم أدى الضمان فالأولاد للمغصوب منه فيكون الملك ناقصاً ، إذ لو كان تاماً لكان الأولاد بأداء الضمان كما في البيع ، فإن من اشترى جارية فولدت قبل أداء الثمن ثم أدى المشتري لتمام الملك ( والناقص ) أي الملك الناقص ( يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب ) فانه يملك البيع ولا يملك العتق ، لأن ملكه ناقص، وإنما قال بإعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازاً عن اعتاق المشتري من الغاصب فإن فيه روايتين ، في رواية يصح إعتاقه وهو الأصح ، قياساً على الوقف ، وفي رواية لا يصح .

وفي الكافي للحاكم هذا فيا إذا أعتق الغاصب ، أما إذا أعتق المشتري من الغاصب فأجاز المالك البيع فيه خلافاً فعند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف يصح اعتاقه موقوفاً على إجازة المالك البيع ، فاذا أجاز نفذ على المشتري ، ويكون الولاء له . وقال محمد وزفر «رح» لايصح،وقال أبو سليمان هذه رواية محمد رحمه الله عن أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه . وقال ابن أبي ليلى عتق المشتري من الغاصب قيمته ، وإن كان مات ثم سلم رب العبد لم يجز البيع .

المغصوبة ونماؤها وثمرة البستـــان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلى أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه ، وقـــال الشافعي « رح » زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضموناً عليه . ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرناه ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

---

( قال وولد المغصوبة ونماؤها ) أي قال القدوري ، أي ولد الجارية المغصوبة ونماؤها كالسمن والجمال سواء غصبها حاملا وولدت عنده أو حبلت في يد الغاصب ( وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه ، إلا أن يتعدى فيها أو يطلبهـــا مالكها فيمنعها إياه ) وبـــه قال مالك « رح » وأما الكسب الحاصل باستغلال الغاصب ليس بنماء وغير مضمون على الغاصب لأنـه بدل المنفعة وهي غير مضمونة على الغاصب على ما يجيء .

(وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت) كالسمن والجمال (أو منفصلة ) كالولد والثمر ، وبه قال أحمد رحمه الله ( لوجود الغصب وهو اثبات اليد على مـال الغير بغير رضاه ) فتكون مضونة ( كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يـده يكون مضموناً عليه ) لأن ضمان الأصل باعتبارية مبطلة عليه ، وهذه اليد ثابتة بعينهـــا على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مضمونة ضرورة .

( ولنا أن الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يدالمالك على ما ذكرناه)في أول كتاب الغصب واثبات اليد على ذلك الوجه ليس بموجود على ما نحن فيه ، لأنهـــا ما كانت ثابتة ، وهو معنى قوله ( ويد المالك ما كانت ثابتة على هـــذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ) .

ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ، إذ الظاهر عدم المنع ، حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب ، وذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه وسلمه

---

فان قيل هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حملا ، لأن اليد كانت ثابتة عليه ، وليس كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار . أجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال ، بل يعد عيباً في الأمة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير .

سلمنا ذلك لكن لإزالة ثمة ظاهر ، إذ الظاهر عدم المنع عند الطلب ، أشار إليه بقوله ( ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع ) يعني لو اعتبر يد المالك ثابتة على الولد تقريراً تبعاً لملك الأم ، فانه ما زال اليد التقديري لا يمنعه عند الطلب ، بخلاف الأم ، فان الزائل ثمة اليد الحقيقي فيتحقق الغصب باعتباره ( حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ، وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب ) أي مختصر القدوري ( وذلك بأن أتلفه أو ذبحه فأكله أو باعه فسلمه ) إنما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بعد ، فإن تفويت يده يحصل به ، لأنه كان متمكناً من أخذ من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع .

فإن قيل إن الأم مضمونة البتة والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرقبة والملك في الشراء . أجيب بالضمان ليس بصفة قارة في الأم ، بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب ، فان وصف به المال كان مجازاً .

فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها ، وذلك كغاصب الغاصب ، فانه يضمن وإن لم يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب والمسقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يداً ، والغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يداً في حق الولد ويضمن الأموال بالإتلاف تشبيهاً كحفر البئر في غير الملك ، وليس ثمة إزالة يد أحد ولا إثباتها . فالجواب إنما قلنا أن الغصب على التفسير المذكور

وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبـــل التمكن من الإرسال لعدم المنع ، وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ، ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ، ويجب بالإعانة

---

يوجب الضمان مطرداً لا محالة . وأما ان كل ما يوجب الضمان كل غصب فلم يلتزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكماً نوعياً يثبت كل شخص منه من العلة ما يكون تعدياً .

( وفي الظبية المخرجة من الحرم ) هذا جواب عن قوله كما في الظبية المخرجة من الحرم، تقريره أن القياس غير صحيح ، لأنه إن قاس عليها قبل التمكن من الإرسال فهـو ظاهر الفساد ، لأنه لا ضمان عليه ، وهو معنى قوله ( لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع ) وإن قال عليها بعد التمكن فكذلك ، لأن الضمان فيه باعتبـــار المنع ، وهو معنى قوله ( وإنما يضمنه ) أي الولد ( إذا هلك بعده ) أي بعد التمكن من الإرسال ( لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع ) لا باعتبار أن الأم مضمونة ( على هذا الوجه أكثر مشايخنا ) المتقدمين .

( ولو أطلق الجواب ) أي في ولد صيد الحرم بأن يقال يجب الضمان سواء هلك بعد التمكن من الإرسال أو قبل التمكن ( فهو ضمان جناية ) أي الضمان في صيد الحرم ضمان جناية ، أي إتلاف معنى الصيدية ، وقد حصل الإتلاف والإهـلاك معنى بتفويت الأمن فوجب الضمان ( ولهذا ) أي ولاجل كونه ضمان جناية والإتلاف ( يتكرر ) أي الجـزاء ( بتكررها ) أي بتكرر الجناية ، فانه لو أدى الضمان بسبب إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر . وفي فتاوى الولوالجي لو أخرج صيداً فكفر منه ثم رماه بعد ذلك وقتله فعليه كفارة أخرى . قيل ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الإرسال بتكرر هذه الجناية التي هي الإخراج من الحرم . قلت هذا له معنى ، ولكن الاقرب ما ذكر أولاً .

( ويجب ) أي الضمان ( بالإعانة ) بأن أعان رجل لمن قتل صيد الحرم فانه يجب على

والإشارة ، فلأن يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأخرى. قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به

---

المعين أيضاً جزاء كامل ، كما يجب على القاتل إذا كانا محرمين، وأما إذا كانا إحلالين فعليهما جزاء واحد ، وعلى كل حال يجب على المعين كما يجب على المباشر ( والإشارة ) بأن أشار غيره على صيد الحرم فقتله فانهما مشتركان في الجزاء ، وكذا المحرم إذا أشار محرماً آخر على قتل صيد الحل فانه يجب على كل منهما جزاء ( فلأن يجب بما هو فوقهما ) أي فوق الإعانة والإشارة ( وهو إثبات اليد على مستحق الامن) وهو صيد الحرم لانه مستحق الامن بالنص ( أولى ) خبر لقوله فلأن يجب ، وان مصدرية ، والتقدير فالوجوب بما هو فوقهما أولى ( وأحرى ) عطف على أولى ، وهو أيضاً بمعناه ذكر للتأكيد .

فان قيل تفويت الامن في حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا في حق كل الصيود ، والولد ليس بصيد الحرم ، بدليل أنه يحل بيعه وأكله ، فلو كان صيد الحرم لما حل ، ولان تفويت الامن يتصور بعد ثبوته في حق الولد لانه كما حدث خائفاً فلا يتصور تفويت الامن في حق الخائف . أجيب بأن الولد لم يكن صيد الحرم من كل وجه ، بل من وجه بدليل أنه يجب إرساله وأكله وإن كان يحل ولكنه يكره . وإنه وإن حدث خائفاً ولكنه مستحقاً للأمن فصار كالآمن حكماً ، فافهم .

( قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب ) أي قال القدوري وقوله وما مبتدأ ، أي والذي نقصت الجارية . وقوله في ضمان الغاصب خبره ، العائد على الموصول محذوف ، أي والذي نقصته الجارية ، صورته غصب أمة رجل تساوي ألفاً مثلاً ،فولدت في يده ولداً قيمتها خمسمائة مثلاً ، أو نقصت بالولادة حتى صارت قيمتها خمسمائة فانه يضمن النقصان ولكنه ينجبر بالولد على ما يأتي مفصلا ، وبه قال مالك إذا جيئت بعد الغصب ، أما لو غصب حاملا ضمن بعد الولادة ولا ينجبر بالولد ، وعندنا ينجبر .

( فان كان في قيمة الولد وفاء به ) أي بالذي نقص الجارية وهذا تفسير لقوله وما

جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب، وقال زفر والشافعي «رح» لا يجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصح جابراً لملكه، كما في ولد الظبية، وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء، وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أوقطع قوائم شجرة غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم.

---

نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فلذلك ذكره بالفاء، أي فإن كان قيمة الولد تفي ذلك النقصان ( جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ) أي ضمان ما نقصت، لانا قد قلنا في الصورة المذكورة أن نقصان الجارية خمسمائة فجبر ذلك النقصان برد الولد مع الام ولا يلزم غيره ذلك عندنا.

( وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد ) وبه قال أحمد رحمه الله (لان الولد ملكه ) أي ملك الغاصب ( فلا يصح جابراً لملكه ) لان الضمان جبر ما فات منه ولم يوجد ( كما في ولد الظبية ) إذا أخرجها من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان فانه لا ينجبر بها، يجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى الحرم.

( وكما إذا هلك الولد قبل الرد ) أي قبل رد الام، فانه يجب ضمان النقصان ( أو ماتت الام ) أي بسبب الولادة، هكذا نص بالأسرار والإيضاح ( وبالولد وفاء ) أي والحال أن بقيمة الولد وفاء ( وصار ) أي حكم هذا ( كما إذا جز صوف شاة غيره ) أي شاة لغيره فنبت صوف غيره ( أو قطع قوائم شجرة غيره ) فنبت قوائم أخرى مكانها فان بقيتها لا ينجبر بالنقصان ( أو خصى عبد غيره ) بأن قلع خصيتيه فانه نقصان فيه، ولكن ازدادت قيمته بسبب الخصي فانه يضمنه نقصان الخصية كما لو ترد قيمته ( أو علمه الحرفة ) أي أو علم عبد غيره الحرفة (فأضناه) بسبب (التعليم) فلا ينجبر ما أضناه بالتعليم بما ازدادت قيمته بسبب علم الحرفة.

ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف، وعند ذلك لا يعد نقصاناً فلا يوجب ضماناً ، وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت . أو قطع يد المغصوب في يده وأخذ إرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع ،

---

( ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو ) أي السبب ( الولادة ) عندهما ( أو العلوق ) عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ( على ما عرف ) في طريق الخلاف تقرير هذا أن الولد خلف عن الخبر الفائت بالولادة بطريق اتحاد السبب ، وهو أن الولادة أوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدوث مالية الولد ، لانه وإن كان موجوداً قبل الأنفصال لكنه ما كان مالاً بل كان عيباً في الام وصفاً لها ، وإنما صار مالاً مقصوداً بعد الإنفصال و والسبب الواحد متى أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفاً عن النقصان كالبيع لما زال المبيع عن ملك البائع وادخل الثمن في ملكه كان الثمن خلفاً عن مالية المبيع باتحاد السبب ، حتى لو شهد الشاهدان عليه ببيع شيء بمثل القيمة ثم رجعا لم يضمنا شيئاً .

( وعند ذلك ) أي كون الشيء الواحد سبباً للزيادة والنقصان ( لا يعد نقصاناً ) أي بعد النقصان الحاصل نقصاناً لحصول الزيادة في مقابلته ( فلا يوجب ضماناً ) أي إذا كان كذلك فلا يوجب النقصان ضماناً ، ثم أوضح ذلك بقوله ( وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت ) أي ثنيتها غير الساقطة والثنية واحدة الثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ، سميت بذلك لان كل واحدة منهما مضمونة إلى صاحبها .

( أو قطع يد المغصوب في يده ) أي أو قطع يد المغصوب في يد الغاصب ( وأخذ إرشها ) أي وأخذ الغاصب إرش اليد المقطوعة من الجاني ( وأداه مع العبد ) أي أدى الغاصب الإرش مع العبد إلى المالك ( يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع ) هذا

وكذا إذا ماتت الأم ، وتخريج الثانية أن الولادة ليست سبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً .

---

جواب عن قول زفر والشافعي رحمهما الله ، كما في ظبيته . وتقريره لا نسلم أن نقصان الظبية بالولادة لا ينجبر بقيمة الولد كما قال، بل قيل انه يصلح أن يكون جابراً، وإليه ذهب المصنف فعلى هذا يمنع قياسهما عليه .

( وكذا إذا ماتت الأم ) يعني أن القياس على موت الأم أيضاً ممنوع ، يعني لا نسلم أن الأم إذا ماتت لا تنجبر قيمتها بقيمة الولد إذا كان فيهـــا وفاء ، بل ينجبر كما قيل في غير ظاهر الرواية .

( وتخريج الثانية ) أي الرواية الثانية فإذا ماتت الأم لا تنجبر بالولد وهـــو ظاهر الرواية . الحاصل هاهنا أن في مسألة موت الأم روايتان ، في أحدهما ينجبر النقصان فلا يتأتى علينا . وفي الثانية لا ينجبر ويتأتى علينا ظاهراً . ولكن أشار إلى الجواب عنـه بقوله ( أن الولادة ليست بسبب لموت الأم ، إذ الولادة لا تفضي إليه غالباً ) أي لأنه لا تفضي الولادة إلى الموت في غالب الاحوال ، أراد أن كلامنا فيما إذا كان السبب واحـداً وها هنا ليس كـــذلك ، فان الولادة سبب للزيادة وليس بسبب لموت الام ، إذ لا يفضي إليه غالباً .

فإن قلت إنها أفضت إليه في هذه الصورة فتكون سبباً . قلت هو بالنظر إلى أوضاع أسباب التصرفات لا إلى أفرادها ، ألا ترى أن الصبي لا يؤهل للطلاق والعتاق وإن تحقق النفع في صورة ، لأنها في الاصل سبب للمضار . وروي عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ، ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام ، لان الولادة لا توجب الموت ، فالنقصان بسبب الولادة دون موت الام ورد القيمـــة كرد العين . ولو رد عين الجارية كان النقصان مجبوراً بالولد ، فكذا رد قيمتهـــا ، فصار فيه ثلاث روايات . وذكر في الطريق البرهانية إذا ماتت الأم وبالولد وفاء فقـد روي عن أبي حنيفة « رح » ثلاث روايات ، في رواية يصير الولد خلفاً ، وفي رواية لا يكون خلفاً ، وفي رواية يكون خلفاً عما انتقصت بالولادة . قال فنحن نختار الروايـة التي قال فيها انه يكون خلفاً عن الام .

وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز، وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم.

---

( وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد ) هذا جواب عن قولهما وكما إذا هلك الولد قبل الرد. وجهه أن كلامنا فيما إذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد، وإذا كان الولد هالكاً كيف ينجبر النقصان به، وهي معنى قوله ( لانه لا بد من رد أصله للبراءة، فكذا لا بد من رد خلفه ) يعني أن الواجب عليه رد الاصل بالصفة التي أخذها وما ردها بتلك الصفة، وإنما يكون بتلك الصفة لو ردها مع الولد الذي هو خلف عن النقصان فلا يبرأ.

( والخصاء ) على وزن فعال لانه مصدر خصى يخصى يعني أنه ممدود ( لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ) فلم يكن له اعتبار في الشرع لانه أمر حرام ورد النهي عنه ( ولا اتحاد في السبب ) جواب عن مسألة جز صوف الشاة وقطع قوائم الشجرة وتعليم العبد الحرفة، أراد أن كلامنا فيما إذا اتحد السبب ولا اتحاد في السبب ( فيما وراء ذلك من المسائل ) أي فيما وراء ما ذكرنا من مسألة موت الام وموت الولد والخصاء. وأراد من المسائل مسألة جز صوف الشاة، ومسألة قطع قوائم الشجرة ومسألة تعليم الحرفة لعبد غيره.

( لان سبب النقصان القطع والجز ) أي القطع في قوائم الشجرة والجز في صوف الشاة، وسبب الزيادة كون المحل منبتاً لا القطع، فاذا كان السبب مختلفاً لم تجعل الزيادة خلفاً ( وسبب الزيادة النمو ) وهو كون المحل منبتاً كما ذكرنا، فاختلف السببان وكلامنا في المتحد ( وسبب النقصان التعليم ) في العبد لانه يوجب المشقة فيحصل به الهزال ( والزيادة سببها الفهم ) وهو جودة الذهن والحذاقة، ولهذا يشترك الاثنان في

التعليم ويسبق أحدهما الآخر في التعليم لسرعة فهمه ، فاذا كان كـــذلك فقد اختلف السبب وكلامنا في المتحد .

فان قيل المذكور جواب المستشهد بها، وأصل نكتة الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جابراً لنقصان وقع في ملكه فهو على حـــاله . أجيب بأن المصنف أشار إلى جوابه بقوله لا يعد نقصاناً ، وإذا لم يكن نقصاناً لم يحتج إلى جابر ، فإطـلاق الجابر عليه توسـع في العبارة .

فان قيل لو كان الولد خلفاً وبدلاً عن النقصان لما بقي ملكاً للمولى عند ارتفاعـــه بضمان الغاصب لئلا يجتمع البدلان في ملك واحد . أجيب بأنه ملك المولى لا محـالة ومن حيث الملك ليس ببدل بل بدل من حيث الذات ، فإذا ارتفع النقصان بطل الخليفـــة وبقي في ملك المولى .

فإن قيل الولد عنده أمانة فكيف يكون خلفاً عن المضمون . فالجواب ما أشار إليه المصنف رحمه الله من عدم عده نقصاناً لا تضمينه ، وهذا الجواب صالح للدفع عن السؤال أيضاً ، فلله در المصنف عالماً ما أدق تحريره وما أزكى قريحته وما أمعن نظره .

( قال ومن غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتهـا يوم علقت ) أي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في الرجل يغصب الجارية فزنى بها ثم يردها فتحبل فتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان . وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الأمة أيضاً إذا ماتت في نفاسها بعدما يردها ، انتهى . وقال الصدر الشهيد في شرحه يريد بـــه إذا زنى بها مكرهة أو مطاوعة . قال محمد ذكره مطلقاً ولم يقيده بحالة الطواعية ، وإنما قيد بالحبل من الزنا لأنه إذا كان من الزوج أو المولى فلا ضمان ، ثم أن المصنف لم يتابعه في قوله ثم يردها فتحبل لأنه قدم الحبل حيث قال فحبلت ثم ردها لبيان أن الحبل كان موجوداً وقت الرد ، وهكذا هـــو في عامة النسخ . ووقع في بعض النسخ ثم ردها فتحبل بتقديم

ولا ضمان عليه في الحرة،هذا عند أبي حنيفة . وقالا لا يضمن في الأمة أيضاً ، لهما أن الردقد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب ، كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه ، وكمن اشترى جارية قد حبلت في يد البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن ، وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف

---

الرد متابعة لما قاله في الجامع الصغير . قوله علقت بكسر اللام تعلق علوقاً إذا حبلت ( ولا ضمان عليه في الحرة ) لأنه لا يضمن بالغصب ( هذا ) أي وجوب الضمان ( عند أبي حنيفة «رح» ) .

( وقالا لا يضمن في الأمة أيضاً ) إلا نقصان الحبل ، وبه قالت الثلاثة ( لهما أن الرد قد صح ) لأنه أوصل الحق إلى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان (والهلاك بعده) جواب عما يقال لا نسلم صحة الرد حيث هلكت بسبب كان عنده فقال والهلاك بعده ، أي بعد الرد كان ( بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة ) لا بسبب كان عند الغاصب ( فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت ) أي إذا حصل للجارية حمى ( في يد الغاصب ثم ردها فهلكت ) حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان ( أو زنت في يده ) أي أو بما إذا زنت الجارية في يد الغاصب ( ثم ردهافجلدت فهلكت منه ) أي من الجلد حيث لا يضمن الغاصب قيمتها ولكن يضمن النقصان .

( وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري ) والحال أن المشتري لم يعلم بالحبل ( وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالاتفاق بالثمن) ولكن يرجع بنقصان الحبل . قيد بقوله في نفاسها لأنه إذا ماتت بالولادة تضمن بالإجماع .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ( أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف ) أي أن الغاصب غصب الجارية والحال أنه ما كان انعقد فيها سبب التلف ، يعني

وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا ، بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد . وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم ، وما ذكرناه شرط صحة الرد ،

---

وقت الأخذ كانت فارغة ليس بها ما يفضي إلى التلف ( وردت وفيها ذلك ) أي وردت الجارية والحال أن فيها سبب التلف (فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد ) لأن الصحيح منه أن يكون على الوجه الذي أخذه .

( وصار كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها ) أي بالجناية أي بسببها ( في يد المالك أو دفعت بها ) أي بالجناية ( بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة ، كذا هذا ) أي حكم المسألة المتنازع فيها ( بخلاف الحرة ) إذا زنى بها رجل كرهاً فحبلت فماتت في نفاسها ( لأنها ) أي لأن الحرة ( لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد ) بكونها حبلى ، ولهذا لو هلكت عنده بدون الزنا لا يضمن بالإجماع .

( وفي فصل الشراء ) هذا جواب عن قولهما اشترى جارية قد حبلت عند البائع بطريق الفرق ، وهو أن فصل الشراء ( الواجب ) على البائع ( ابتداء التسليم ) أي تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه العقد وقد تحقق ذلك منه وموتها بالنفاس لا بعد التسليم ( وما ذكرناه شرط صحة الرد ) أي ما ذكرنا من وجوب وجه الذي أخذه عليه شرط لصحة الرد ولم يوجد ، فكان تمثيل ما لم يوجد بشرطه على ما وجد شرطه وهو تمثيل فاسد. وقال تاج الشريعة وتحقيقه أن الشراء لم يتناول إلا العين إذ الأوصاف لا تدخل في الشراء ، وهذا لا يقابلها شيء من الثمن ، فكان الواجب على البائع تسليم العين الذي هو مال متقوم وقد وجد فلا يرجع المشتري عليه بالهلاك في يده .

والزنا سبب الجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب . قال ولا يضمن الغاصب منافـــع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان . وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ، ولا فرق في المذهبين بينهما إذا عطلها أو سكنهـــا . وقال مالك « رح » إن سكنها يجب أجر المثل

---

وأما الغصب فان الأوصاف داخلة فيه ، ولهذا لو غصب جارية سمينة فهزلت في يـد الغاصب وردها كذلك فانه يضمن النقصان ، وإذا دخلت الأوصاف فيه كان الرد بدونها رداً فاسداً . وأما إذا حمت في يد الغاصب فلأن سبب الموت ما بهـــا من الحمى والضعف وقت الموت ، ويحتمل أن يكون سببه عمارة كانت في يـــد الغاصب ، أو حدثت في يد المالك بالشك .

( والزنا سبب الجلد مؤلم ) جواب عن قولهما أو زنت في يده إلى آخره ، وتقريره أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب ، إنما كان واجباً لجلد مؤلم ( لا جارح ولا متلف ) ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن ، وهو معنى قوله ( فلم يوجد السبب ) وهو الجلد المتلف ( في يد الغاصب ) .

( قال ولا يضمن الغاصب منافـع ما غصبه ) أي و قال القدورى وقال في إشارات الأسرار المنافع لا يضمن سواء عرفها إلى نفسه أو عطلها على المالك . وقال في الطريقـــة البرهانية المنافع لا تضمن بالغصب والاستهلاك في قول علمائنا رحمهم الله . وصورة المسألة رجل غصب عبـــداً فأمسكه شهراً حتى صار غاصباً للمنافع ، أو استعمله حتى صار مستهلكاً لها عندنا لا تضمن هذه المنافع . وقال صدر الإسلام البزدوي في شرح الكـــافي ليس على الغاصب في ركوب الدابة وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا ( إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان ) أي إلا أن ينقص عـــين المغصوب باستعماله ، فحينئذ يضمن النقصان .

( وقال الشافعي يضمنها ) أي المنافع ( فيجب أجر المثل ) هذا تفسير الضمان عنده ،

وإن عطلها لا شيء عليه . له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالمغصوب . ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في مكانه، إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها اعراض لا تبقى فيملكها دفعاً لحاجته ، والإنسان لا يضمن ملكه .

---

يعني أن المنافع مضمونة بأجر المثل عنده ، وبه قال أحمد رحمه الله . واختلف أصحاب مالك وذكروا أنها لا تضمن كقولنا في صورة الغصب ، وكذا في صورة الإتلاف . وعن ابن القاسم يضمن غلة الرباع والإبل والغنم ، ولا يغرم غلة العبيد والدواب . وقال بعضهم إن سلمها يجب أجر المثل ، وإن عطلها لا ، ولهذا لا يضمن على الإطلاق كقولنا ( ولا فرق في المذهبين ) أي مذهبنا ومذهب الشافعي ( بين ما إذا عطلها أو سكنها ) الغاصب ، وربما سمى الأول غصباً والثاني إتلافاً في شمول العدم عندنا وشمول الوجود عنده .

( وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه ) لأنه انتفع في الأول دون الثاني .

( له ) أي للشافعي (أن المنافع أموال متقومة ) أما كونها أموالاً فانها تصلح صداقاً، وأما كونها متقومة فلأن التقوم عبارة عن العزة ، والمنافع عزيزة عند الناس . ولهذا يبذلون الأعيان لأجلها ( حتى تضمن بالعقود ) صحيحة كانت أو فاسدة بالإجماع (فكذا بالمغصوب ) أي فكذا يضمن بالمغصوب لأن العقد لا يحمل غير المتقوم متقوماً ، كما لو ورد على الميتة .

( ولنا أنها ) أي المنافع ( حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في مكانه ) أي تصرفه وقدرته وكسبه ( إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها) لأن ما حدث في امكان الرجل فهو ملكه ( دفعاً لحاجته ) لأن الملك لم يثبت للعبد إلا رفعاً لحاجته إلى إقامة التكاليف ، فالمنافع حاصلة في ملك الرجل ( والإنسان لا يضمن ملكه) أي ملك نفسه ، والتحقيق أن من استولى على شيء يملكه إلا إذا تضمن الاستيلاء لإزالة يد مالكه ، فحينئذ لا يملكه ، وها هنا لا يتضمن فيملكه المتولى عليه دفعاً لحاجته .

كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها . ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان ،

---

( كيف ) أى كيف يكون الضمان ( وانه ) أى الشأن ( لا يتحقق غصبها وإتلافها ) أى غصب المنافع وإتلافها ( لأنه لا بقاء لها ) أى للمنافع ، لأنها إعراض تتلاشى ومـــا لا يبقى لا يتصور غصبه وإتلافه ، إذ إتلاف الشيء وغصبه إنما يرد في حال بقائه ( ولأنها ) أى ولأن المنافع أراد ، ولئن سلمنا تحقق غصب المنافع وإتلافها ، ولكن شرط الضمان المماثلة والمنافع ( لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها ) أى فناء المنافع (وبقاء الأعيان) فلم توجد المماثلة فلا يضمن .

فان قيل يرد عليه ما إذا أتلف ما يسرع إليه الفساد فإنـــه يضمن بالدراهم التي هي تبقى ، فدل على المماثلة والبقاء غير معتبرة . أجيب بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق ، لا بين جوهر وعرض ، ألا ترى أن بيع الثياب بالدراهم جائز ، وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر .

فإن قيل يرد أيضاً ما إذا استأجر الوصي اليتيم ما يحتاج إليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة . ولو كان ما ذكرتم صحيحاً لما جاز لان القربان إلى مال اليتيم لا يجـــوز إلا بالوجه الأحسن . أجيب بأنه لما جاز مـــع وجود التفاوت دل على أن القربان الأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيباً في التصرفات .

فإن قلت ما ذكر يفضي إلى اهدار حق المالك وهو مظلوم ، ورعاية جانب الغاصب وهو ظالم . قلت حق المالك يتراخى إلى دار الآخرة وحق الغاصب في الزيادة يفوت أصلا ، والتأخير أهون من الإبطال .

فان قلت كلامنا في أحكام الدنيا . قلت بلى لكن المماثلة شرط على مـــا بينا ، وحق المالك يفوت في الدنيا لا فى الآخرة فيكون ثابتاً من وجه دون وجه ، وحق الغاصب في الزيادة يفوت في الدارين[1] فيكون فائتاً من كل وجه ، فكان تحمل أوفى الضرر أولى .

---

(١) المالين – هامش .

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ، ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ، بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد ، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

---

( وقد عرفت هذه المآخذ ) وهو جمع مأخذ أي التي هي مناط الحكم ، أو أراد ما ذكره تماثل الأعيان إلى آخره ( في المختلف ) أراد به مختلف الفقيه أبي الليث رحمه الله هكذا . قال الأترازي وتبعه على ذلك صاحب العناية ، ولكن لم لا يجوز أن يكون أراد به مختلف الطريقة بيننا وبين الشافعي ، فان هذه المسألة من جملة المسائل المذكورة في علم الخلاف ، بل الظاهر أن مراده هذا وتخصيص مختلف أبي الليث تحكم فافهم .

( ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها ) هذا جواب عن قوله المنافع أموال متقومة ، تقديره أنا لا نسلم أن المنافع أموال متقومة في ذاتها ، لأن التقوم لا يسبق الوجود والإحراز ، وذلك فيما لا يبقى غير متصور ( بل تتقوم ضرورة ) أى الضرورة دفع الحاجة ( عند ورود العقد عليها ولم يوجد العقد ) في المتنازع فيه ( إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه ) هذا استثناء منقطع ، أى لكن ما ينقص بسبب استعماله مضمون عليه ، وقيد باستعماله بحسب الغالب ، لأن النقص غالباً يكون بالاستعمال ، ولكن الحكم ثابت فيما إذا انتقص بدون استعماله ( لاستهلاكه بعض أجزاء العين ) أى لاستهلاك الغاصب بعض أجزاء العين المغصوبة .

قال مشايخنا هذا إذا لم يكن معداً للاستغلال ، فان كان معداً له يضمن المنافع بالغصب والإتلاف . وفي الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معداً للإستغلال أولا نظراً للوقف . وفي المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعي في المسألات والأوقاف وأموال اليتامى ، ويوجبون أجر منافعها على الغصبة . ثم في مسألة فتح رأس التنور المسجور إنما يضمن قيمة الحطب مع أن غصب المنافع وإتلافها غير متصور لما أنه أتلف ما هو المقصود من تسخين التنور ، فصار هذا بمنزلة استهلاك العين ، فلذلك ضمن الحطب .

## فصل في غصب ما لا يتقوم

قال وإذا أتلف المسلم خمراً لذمي أو خنزيره ضمن

فإن أتلفها المسلم لم يضمن . وقال الشافعي « رح » لا يضمنها للذمي أيضاً ، وعلى هذا الخلاف

---

### ( فصل في غصب ما لا يتقوم )

ذكره عقيب غصب ما يتقوم هو المناسبة .

( قال إذا أتلف المسلم خمراً لذمي أو خنزيره ضمن ) أى قال القدورى في مختصره ، وهذا على أربعة أوجه ، الأول : إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره فانه يضمن عندنا ، هكذا ذكره القدورى في مختصره . وفي شرح مختصر الكرخي وذكر صدر الإسلام البزدوى في شرح الكافي ولو أتلف مسلم على ذمي خنزيراً على قول أبي حنيفه لا يضمن شيئاً ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته، وهذا كما ترى ذكر الخلاف وهو قياس قول أبي حنيفة « رح » ، والذى مر في كتاب النكاح فيما إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلهما الخمر والخنزير إذا كانا عينين ، وإن كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة رحمه الله ، ففي الخمر تجب القيمة، وفي الخنزير مهر المثل على ما عرف هناك .

الثاني : إتلاف المسلم خمر المسلم ، أشار إليه بقوله ( وإن أتلفهما ) أى وإن أتلف المسلم الخمر والخنزير الكائنين ( المسلم لم يضمن) بلا خلاف، ووقع في بعض النسخ إن أتلفها بتوحيد الضمير فلذلك تاج الشريعة قوله وإن أتلفها،أى أتلفهما ، نظير قوله تعالى﴿ وإذا رأوا تجارة أو لهواً انفضوا إليها ﴾ ١١ الجمعة ، وقال تعالى ﴿ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾ ٢٤ التوبة .

الثالث : إتلاف الذمى خمر المسلم فانه لا يضمن بلا خلاف ، وهذا لم يذكره المصنف.

( وقال الشافعي أنه ) أى المسلم ( لا يضمنها ) أى الخمر والخنزير الكائنين ( للذمي أيضاً ) أى كما لا يضمن إذا كان لمسلم ، وبه قال احمد (وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا

إذا أتلفها ذمي على ذمي أو باعها الذمي من الذمي . له أنه سقط تقومها في حق المسلم ، فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام ، فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان . ولنا أن التقوم باق في حقهم ، إذ الخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون

---

وبين الشافعي ( إذا أتلفها ذمي على ذمي ) وهذا هو الوجه الرابع ، وبقول الشافعي قال أحمد أيضاً ، وبقولنا قال مالك ( أو باعها الذمي من الذمي ) أو باع الخمر والخنزير الذمي من الذمي فانه يجوز عندنا خلافاً للشافعي وأحمد ( له ) أي الشافعي ( أنه سقط تقومهما ) أي تقوم الخمر والخنزير ( في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام ) أي لأن أهل الذمة أتباع للمسلمين في الأحكام لقوله ﷺ فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ، فبين أن كل حكم يثبت في حق المسلم يثبت في حق الذمي ( فلا يجب باتلافهما مال ) أي إذا كان كذلك فلا يجب باتلاف الخمر والخنزير الذين ليسا بمتقومين مال ( متقوم وهو الضمان ) أي ما يضمن به .

( ولنا أن التقوم باق في حقهم ) دل على أن ذلك ما رواه أبو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه في فصل من تجب عليه الجزية ، وقال حدثنا ابراهيم بن عبد الرحمن « رح » قال سمعت ابن سويد بن عقلة يقول حضر عمر بن الخطاب رضي الله عنه واجتمع إليه عماله فقال يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير ، فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك ، فقال عمر رضي الله عنه فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم . وجه الاستدلال بذلك أن عمر رضي الله عنه أذن لهم في بيعها وثمن العقد عليها بيعاً وبدلها ثمناً ، والثمن لا يجب إلا في عقد صحيح ، فدل على التقوم . وهذا لأن قضايا عمر رضي الله عنه ما كانت تخفى على الصحابة رضي الله عنهم ، ولم يثبت التكير منهم على ذلك ، فحل محل الإجماع .

( إذ الخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ) يعني لا نجادلهم على الترك .

والسيف موضوع فيتعذر الإلزام ، وإذا بقي التقوم فقد وجـــد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه . بخلاف الميتة والدم ، لأن أحداً من

---

فان قلت ما الأمر بتركهم وما يدينون . قلت قوله ﷺ أتركوهم وما يدينون . والخمر كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا ، والمزيل هو قوله تعالى ﴿ رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾ ٩٠ المائدة ، وجد في حقنا بدليل السياق والسباق ، فبقي في حق من لم يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل .

فإن قلت روي في حديث أبي هريرة رضي الله عنـــه أن النبي ﷺ قال إن الله لعن الخمر وحرم ثمنها ، ولعن الخنزير وحرم ثمنه . قلت نحن نقول بموجب ذلك وهما حرام علينا ، ولكنهم أقروا على ذلك فكانا حلالاً لهم .

فان قلت الخمر نجس العين فلا يكون مالاً لقوله ﷺ حرمت الخمر لعينها ، ولا يضمن بالإتلاف . قلت حرام لعينها علينا لا عليهم ، لأن الخطاب في الآية خاص .

فإن قلت قال الله تعالى ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ﴾ ٤٩ المائدة ، أي بين أهـــل الذمة ، ومما أنزل الله حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتها . قلت المراد منه ما أنزل الله مطلقاً لا ما أنزلت على المؤمنين خاصة كنكاح المشركات .

فإن قيل ينتقض هذا بما إذا مات المجوسي عن ابنتين إحداهما امرأته فإنها لا تستحق بالزوجية شيئاً من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح ، وصحة النكاح توجب توريث المرأة من زوجها في جميع الأديان إذا لم يوجد المانع ، ولم يوجد في ديانتهم لم لم نتركهم وما يدينون ؟ أجيب بأنا لا نسلم أنهم يعتقدون التوريث بأنكحة المحارم فلا بـــد له من بيان .

( والسيف موضوع ) يعني إبطال ما يزعمونه من المالية إنما يكون بالسيف ، والسيف موضوع أي متروك في حقهم لعقد الذمة ( فيتعذر الإلزام ) على ترك التدين ، فهذا يقتضي بقاء التقوم ( وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه ) لا لأن الضمان موجب إتلاف المال المتقوم .

( بخلاف الميتة والدم ) هذا جواب المقيس عليه الشافعي رحمه الله ولم يذكره في الكتاب ( لأن أحداً من أهل الأديان لا يدين تمولهما ) أي تمول الميتة والدم ، قيل المراد من الميتـــة

أهل الأديان لا يدين تمولها ، إلا أنه يجب قيمـــة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال ، لأن المسلم ممنوع عن تمليكها لكونه إعزازاً لها ، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ، لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها

---

الذي مات حتف أنفه ، أما الذي خنقوه أو ضربوه حتى مـات كما يفعله المجوس فعند أبي يوسف رحمه الله يضمنها المسلم بالغصب والإتلاف . وقال محمد رحمه الله لا يضمن كالميتـــة ( إلا أنه يجب قيمة الخمر ، وإن كان من ذوات الأمثال ) أي لا أن الشأن وجوب قيمـة الخمر لا مثلها ، وإنما ذكر الضمير في قوله وإن كان بتأويل الشأن أو المذكور ( لأن المسلم ممنوع عن تمليكها)أي تمليك الخمر ( لكونه إعزازاً له)أي لكون التمليك إعزازاً للخمر . وفي بعض النسخ إعزازاً لها بتأنيث الضمير على الأصل ، وأمـــا التذكير فعلى التأويل الذي ذكرناه .

فان قلت ما الفرق بين ما إذا أتلف ذمي خمر ذمي ثم أسلم حيث لا يجب عليــه شيء لا القيمة ولا القيمة ، ولا الخمر عند أبي يوسف رحمه الله ، وهي رواية عن أبي حنيفـــة رضي الله تعالى عنه ، والرواية في المبسوط والإسلام المقارن لا يمنع وجوب القيمة فالطارىء أولى . قلت الفرق أنه حين أتلفه لم يكن إتلافه سبباً لوجوب القيمة ، لأنه لا يوجـد بعد ذلك سبب الوجوب . وعند محمد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » عليــه قيمة الخمر لأنه لا يمكن إيجاب الخمر ، لأنه مسلم ولا يمكن إبراؤه عن الضمان ، لأن المتلف عليه ذمي والخمر في حقه مال متقوم ، وقد أمكن إيجاب القيمة فيجب . أما في الخنزير يبقى الضمان بإسلامه أو إسلام أحدهما بالاتفاق ، لأن الواجب هو القيمة والإسلام لا ينافيها .

( بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين ) هذا متصل بقوله لأن المسلم ممنوع عن تمليكه ، يعني أن المسلم لما كان ممنوعاً عن تمليك الخمر وجب عليه قيمة الخمر إذا أتلفها ، بخلاف ما إذا باعها ذمي من ذمي (لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها) ولذلك إذا أتلف ذمي خمر ذمي يجب عليه مثلها . وقال القدوري في شرحـــه لمختصر الكرخي

بخلاف الربا ، لأنه مستثنى عن عقودهم . وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين . وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه ،

---

فيمن أتلف صليباً لأنا أقررناهم على هذا الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها ، وقد قال أصحابنا إن الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم إلا شرب الخمر وأكل الخنزير ، لأنا استثنيناه بالأمان . ولو عتوا وضربوا بالعبد إن منعناهم من ذلك كله كما يمنع المسلمين ، لأنه لم يستثن ، كذا ذكره القدوري في شرحه .

( وهذا بخلاف الربا ) أي عدم التعرض في مبايعتهم بخلاف الربا ، فإنه يتعرض لهم في إبطال عقد الربا ، حتى لو باعا درهماً بدرهمين يسترد الدرهم الزائد . وقال الأترازي أي هذا الذي ذكرناه من كون الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر ، بخلاف الربا، فإنه ممنوع عنه . وقيل الأولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره ( لأنه مستثنى عن عقودهم ) أي لأن الربا مستثنى عن عقود أهل الذمة ، لأنه لم يرد عليه عقد الأمان . ألا ترى إلى قوله تعالى في سورة النساء ﴿ وأخذهم الربا ﴾ .

( وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي ) عطف على قوله وهذا بخلاف الربا ، يعني الذمي إذا اشترى عبداً مسلماً ثم ارتد العبد فإنه يحبس حتى يتوب أو يقتل ولا تجب قيمته للذمي . الحاصل أنا لا نقره على تموله وتملكه ، بل نأخذه من يده فتقبله وإن كان أمة نحبسها أبداً ونستتيبها درها قبل وهو أيضاً مقيس عليه الشافعي «رح» .

ووجه الجواب فأشار إليه بقوله ( لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له ) أي للعبد المرتد ( لما فيه ) أي في ترك التعرض ( من الاستخفاف بالدين ) بالترك والاعراض عنه .

فإن قلت يشكل على هذا التعليل ما لو أتلف صليب نصراني حيث يضمن قيمته صليباً ، وفي ترك التعرض استخفاف بالدين . قلت ذاك كفوا صلي والنصراني مقر على ذلك ، بخلاف الارتداد .

( وبخلاف متروك التسمية عامداً إذا كان لمن يبيحه ) يتعلق بقوله أمرنا أن نتركهم

لأن ولاية المحاجة ثابتة . قال فإن غصب من مسلم خمراً فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ،

---

وما يدينون يعني كما أمرنا أن نترك أهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا أن نترك أهل الاجتهاد على ما اعتقدوه مع احتمال الصحة فيه بالطريق الأولى ، وحينئذ يجب أن نقول بوجوب الضمان على ما أتلف متروك التسمية عامداً ، لأنه مال متقوم في اعتقاد الشافعي ومن تابعه ووجه الجواب ما قاله بقوله ( لأن ولاية المحاجة ثابتة ) أي ولايـــة الإلزام المحاجة ثابتة وقد ثبت بالنص حرمته ، فلا يعتبر في إيجاب الضمان .

ولقائل أن يقول لا نسلم أن ولاية المحاجة ثابتة ، لأن الدليل الدال على ترك المحاجـة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الأولى على ما قررتم . والجـواب أن الدليل هو قوله ﷺ أتركوهم وما يدينون ، وكان ذلك بعقد الذمة وهو متفق عليــه في حق المجتهدين .

( قال فإن غصب من مسلم خمراً فخللها ) أي قال في الجامع الصغير . ووقع في عامـة النسخ وإن غصب بالواو وهذا أوجه ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في رجل مسلم يغصب المسلم الخمر أو جلد الميتة فيتخلل ويدبغ جلد الميتـــة ، قال لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ، وأما جلد الميتة فله أن يأخذه ويرد على الغاصب ما زاد على الدباغ في الجلد ، فإن كان الغاصب استهلكهما جميعاً ضمن الخل ولم يضمن الجلد المدبوغ . وقال أبو يوسف ومحمد « رح » يضمن قيمة الجلد مدبوغاً أو يعطيه صاحب الجلد ما زاد الدباغ فيه بحساب ذلك ، انتهى .

( أو جلد ميتة فدبغه ) أي أو غصب جلد ميتة فدبغه ( فلصاحب الخمر أن يأخـذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه ) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا إذا أخذ الميتة من منزل صاحبها فدبغ جلدهـــا ، فأما إذا لقي صاحب الميتة الميتة في الطريق فأخذ رجل جلدها فدبغه فقد قالوا أنـــه لا سبيل له على

والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس . وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمـــة كالقرظ والعفص ونحو ذلك .والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس

---

الجلد ، لأن إلقاءها إباحة لأخذها فلا يثبت له الرجوع كإلقاء النوى . وعن أبي يوسف أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضاً .

( والمراد بالفصل الأول ) يعني المراد بجوارها الفصل الأول . وفي الجامع الصغير وهو قوله فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير ثمن ( إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه ) أي ومن الظل ( إلى الشمس ) وعند الشافعي وأحمد رحمهما الله لا يصير الخمـــر ظاهراً بالتخليل فلا يجب ردها بل يجب إراقتها كما قبل التخلل. أما لو تخللت بنفسها يجب ردها بالإجماع ويضمن متلفها بالإجماع . وفي جلد الميتة لو دبغه يلزم رده عند الشافعي « رح » في الأصح وأحمد «رح» وفي قول لا يلزمه رده ، وبه قال أحمد في وجه .

(والمرادبالفصل الثاني) وهو قوله ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيــه ( إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ) بفتح القاف والراء بعدها ظاء معجمة وهو ورق السلم يدبغ ، ومنه أديم مقروظ ، وبالفارسية بزغيـح . وفي دستور اللغة القرظ إسم لشجر كالجوز عظيماً إذا قدم أسود ويدبغ بثمره وورقه .وقال أبوحنيفة «رح»في كتاب السيئات القرظ واحدة القرظة وبها سمي الرجل قرظة وفيه نظر ، والقرظ شجر عظام لهـا شوك غلاظ أمثال شجر الجوز وخشبه صلب يفل الحديد ، وإذا هو قـدم كان أسود كالابنوس وهو قبل ذلك أبيض وورقه أصغر من ورق التفاح وله حبلة مثل قرون اللوبياء،وله حب يوضع في الموازير ويدبغ بورقه وثمره كما يدبغ بالعفص ، ومنابته القيعان وما كان من القرظ بأرض مصر فهو الذي يسمى الضبط ومنه أجـود حطبهم وهو زكي الوقود قليل الرماد وهو باسوان من أرض مصر عياض ( ونحو ذلك ) كالشث والعفص .

( والفرق ) بين المسألتين ( أن هذا التخليل تطهير له ) أي للخمر (بمنزلة غسل الثوب النجس ) يعني انه أزال عنه صفة النجاسة والخمرية من غير أن يقام به شيء من ملكه ،

فيبقى على ملكه ، إذ لا يثبت المالية بـــه ، وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب ، فكان بمنزلته

---

فكان كما إذا غصب ثوباً نجساً فغسله يكون لمالكه ، كذا هذا . وذلك لان الغسل لم يزد في ذات الثوب شيئاً ، وإنما زال به النجاسة فلا يخرج بذلك عن ملك مالكه .

فإن قلت الثوب ليس نجس العين ، والخمر نجس العين لكونها حرامـــاً بعينها ، قال ﷺ حرمت الخمر لعينها . قلت جواهر الخمر هي جواهر التي كانت عصيراً ، فلـــا اعترضت عليها صفة الخمرية صيرتها نجسة ، فإذا زالت تلك الصبغة زالت النجاسة كالثوب ، ولا يلزم بتبدله تبدل العين ، فاعتراض الصفة عليها كما يعترض الصفات على الإنسان من غير تبدل الذات ، وتأويل قوله ﷺ حرمت الخمر لعينها ، أي عينها حرام قليلهـــا وكثيرها حرام ، ولهذا قال بعد ذلك والسكر من كل شراب .

( فيبقى على ملكه ) أي إذا كان كذلك فيبقى الخل على ملك صاحبه ( إذ لا يثبت المالية به ) أي بالتخليل ، قال فخر الإسلام البزدوي وغيره في شرح الجامع الصغير ، قال مشايخنا أما النخيل فعلى ثلاثة أوجه ، إما أن يخللها بالنقل من الظل إلى الشمس ومن الشمس إلى الظل ، أو بإلقاء الملح فيها ، أو بصب الخل فيها ، ففي الوجه الاول الخـــل لصاحبها ولا شيء عليه ، لان الخمر نجس العين كالبول ، إلا أن نجاستها قابلة للزوال بخلاف البول ، فصار التخليل بمنزلة الغسل فلا يضاف الى التقوم والمالية ، بل كان ذلك بمنزلة اظهار التقوم والمالية ، فلأجل ذلك صار صاحب الخمر أحق بالخل ، والقسمان الآخران يأتيان في موضعهما ان شاء الله تعالى .

( وبهذا الدباغ ) المذكور وهو الدباغ بما له قيمة كالقرض ( اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته ) الثوب الذى غصبه الغاصب حيث يأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه كما في الثوب حيث يأخذه مالكه ويعطي ما زاد الصبغ فيه ، فان أراد المالك أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك لأنـه غصبه ولا قيمة له ، بخلاف مسألة الثوب فإن هناك لصاحب الثوب أن يضمنه ويترك الثوب عليه ، لأن الثوب قبل الصبغ كان مالاً متقوماً ، ولا كذلك الجلد ، حتى لو غصبه جلداً

فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه ، وبيانه أن ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ ، وإلى قيمته مدبوغاً فيضمن فضل ما بينهما ، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع . قال وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة « رح » . وقالا يضمن الجلد مدبوغاً ويعطي ما زاد الدباغ فيه . ولو هلك

---

ذكياً غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه . قال فخر الدين قاضي خان من المشايخ من قال هذا قول أبي حنيفة ، لأنه لما تركه فقد عجز عن رده، فصار كعجزه بالإستهلاك. فأما على قولهما له أن يترك الجلد على الغاصب ويضمنه القيمة أيضاً .

( فلهذا ) أي فلأجل أن التخليل لا يثبت المالية وبالدباغ يتصل به مال متقوم (يأخذ الخل ) أي صاحبه ( بغير شيء ويأخذ الجلد ) أي صاحبه ( ويعطي ) على بناء الفاعل ، أي يعطي صاحب الجلد ( ما زاد الدباغ فيه ) أي في الجلد ( وبيانه ) أي بيان إعطاء ما زاد الدباغ فيه ( أن ) أي الشأن ( ينظر إلى قيمته ذكياً غير مدبوغ ) أي حال كونه ذكياً غير مدبوغ لأنه لا يكون قيمة الجلد الميتة فيقوم ذكياً كذلك(وإلى قيمته مدبوغاً ) أي وينظر إلى قيمته حال كونه مدبوغاً (فيضمن فضل ما بينهما) أي فضل ما بين القيمتين مثلاً إذا كانت قيمته ذكياً غير مدبوغ عشرة دراهم ومدبوغاً اثني عشر درهماً يضمن درهمين ، وعلى هذا وقيل يضمنه قيمته جلداً ذكياً غير مدبوغ قال فخر الإسلام وذلك مذكور في بعض نسخ المبسوط أنه ملحق بالذكي.

( وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع) يعني كما أن البائع له حق حبس المبيع لأجل استيفاء الثمن .

( قال وإن استهلكهما ) أي قال في الجامع الصغير وإن استهلك الغاصب الخل والجلد ( ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة . وقالا يضمن الجلد مدبوغاً ويعطى) على صيغه المجهول ، أي يعطى الذي دبغه ثم استهلكه ( وما زاد الدباغ فيه ، ولو هلك

في يده لا يضمنه بالإجماع . أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف ويجب مثله ، لأن الخل من ذوات الأمثال . وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغاً بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه ،

---

في يده لا يضمنه بالإجماع ) أى في يد الغاصب لأنه لم يهلك بفعله ولم يكن منه جناية ، كذا قال الفقيه أبو الليث ، وإنما لم يذكر له دليلا لأنه مجمع عليه ودليله الإجماع . وعند الثلاثة لو تخللت الخمر بنفسه وهلكت في يد الغاصب يضمن ، أمـــا إذا تخلل بفعل الغاصب لا يضمن ، وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن ، وعلى قول يلزمه رده يضمن.

( أما الخل ) دليل صورة الإستهلاك والمراد منه الوجه الاول من وجوه التخلل وهو ما اذ خللها من غير خلط ( فلأنـــه لما بقي على ملك مالكه وهو مـــال متقوم ضمنه بالإتلاف ، ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال) لم يذكر محمد «رح» في الجامع الصغير ما إذا يضمن . قالوا في شروحه فالظاهر أنه يضمن المثل لانه مثلي إلا أن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع ، فيجب قيمتـــه . ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل .

( وأما الجلد فلهما ) أي فلأبي يوسف ومحمد «رح» ( أنه ) أي الجلد ( باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه ، وهو مال متقوم ) أما بقاؤه على ملكه فلأن الغاصب لم يحدث فيه إلا مجرد الصبغة وبذلك لا يزول ملك المغصوب ، كما لو كان ثوبـاً فقصره . وأما كونه متقوماً فظاهر ( فيضمنه مدبوغاً بالإستهلاك ) أى إن كان كذلك فيضمن حال كونه مدبوغاً بالإستهلاك ( ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيـــه ) أى يعطي المالك الغاصب ما زاد الدباغ فيه . قال فخر الإسلام وغيره في شرحـه الجامع الصغير هذا إنما يستقيم إذا كان الجنس مختلفاً ، فأما إذا كان الجنس واحداً فلا فائدة أى يضمن الغاصب وخمسة عشر درهماً ويعطيه خمساً ، وإنما معنى ذلك بيان قيمة مال المغصوب منه ، لانه

كما إذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلك يضمنه ويعطيه المالك مازاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد فإذا فوته عليه يخلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه . وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس ، أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه

---

لم يكن ذكياً متقوماً قبل الدباغ ليعتبر ذلك ، فاذا عرفت قيمته مدبوغاً نظر إلى قيمته لو كان ذكياً غير مدبوغ ، فيطرح ذلك من الغاصب ويعطى الباقي ، ويجيء هـذا عن قريب في الكتاب .

( كما اذا غصب ثوباً فصبغه ثم استهلك يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ) أراد في مسألة غصب الجلد واستهلاكه بعد الدباغة كمسألة غصب الثوب واستهلاكه بعد الصبغ ، حيث يضمن في كل منهما ويعطى ما زاد الدباغ والصبغ .

( ولأنه ) دليل آخر لهما ، أي ولأن الجلد ( واجب الرد ) لو كان قائماً ( فإذا فوته عليه ) أي فإذا فوت الرد على المالك ( يخلفه قيمته ) أي خلف الجلد قيمته ، يعني قامت مقامه ، وهو من قولهم خلف فلان فلاناً يخلفه بالضم إذا كان خليفته ( كما في المستعار ) يعني أن المستعار واجب الرد ، فإذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة ، فإذا فات فلا ، فكذا هنا الجلد واجب الرد . فاذا فوته وجب عليه قيمته . وإذا هلك فلا ( وبهذا فارق الهلاك بنفسه ) أي ربما ذكرنا فارق الهلاك بنفسه ، أي ربما ذكرنا فارق الاستهلاك الهلاك بنفسه حيث لا يضمن في الهلاك ، لأنه لم يفوت شيئاً . وكذا الوديعة بشيء لا قيمة له يضمنه بالإستهلاك دون الهلاك .

( وقولهما يعطى ) أى قول أبي يوسف ومحمد « رح » يعطى ( ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس ) بأن قوم القاضي الجلد بالدراهم والضيعة بالدنانير صار الجنس متخلفاً فيضمن المالك الغاصب القيمة ، ويأخذ ما زاد الدباغ . أما إذا قومهما بالدراهم أو بالدنانير وهو معنى قوله ( أما عند اتحاده ) أى اتحاد الجنس ( يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم الرد عليه ) قال فخر

الباقي لعدم الفائدة في الآخذ منه ، ثم الرد عليه . وله أن التقوم حصل بصنيع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالاً متقوماً فيه ، ولهـــذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه ، فكان حقـــاً له ، والجلد تبع له في حق التقوم . ثم الأصل هو الصنعة غير مضمون عليه ، فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعـــه . بخلاف وجود الرد حال قيامـــه لأنه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً ،

---

الاســلام فلا فائدة ، أي يضمــن الغاصب خمسة عشر درهماً ويعطيه خمسة كما ذكـــرناه عـــن قريب .

( وله ) أي ولأبي حنيفـة ( أن التقوم حصل بصنيع الغاصب ) أراد انا لا نسلم أن الجلد مال متقوم بنفسه ، وإنما حصل بصنيعة الغاصب ( وصنعته متقومة لاستعماله مـالاً متقوماً فيه ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيـه فكان ) أي التقوم ( حقاً له ) أي للغاصب ( والجلد تبع له ) أي بصنعة الغاصب ، وفي بعض النسخ والجلد تبعاً لها ، أي وكان الجلد تبعاً لها ( في حق التقوم ) لانه ما كان متقوماً قبـــل الصنعة فيكون صنعة الغاصب أصلاً ، لان الاصل ما يبتني عليه .

( ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعـه ) فان عدم الضمان هناك باعتبارات الاصل وهو الصنعة غير مضمون ، فكذلك الجلد وإلا فالغصب موجب الضمان في الهلاك والاستهلاك .

( بخلاف وجوب الرد ) جواب عن قولهما ، ولأنه واجب الرد ، وتقريره أن وجوب الرد ( حال قيامه لأنه ) أي الرد ( يتبـع الملك والجلد غير تابـــع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وإن لم يكن متقوماً ) والحاصل أن الضمان يعتمد التقوم ، والاصل فيه الصنعة وهي غير مضمونة فكذا ما يتبعها ، والرد يعتمد الملك ، والجلد فيه الاصل لأنه تابـــع فوجب رده يتبعه الصنعة .

بخلاف الذكي والثوب ، لأن التقوم فيهما كان ثابتاً قبل الدبـــغ والصبغ ، فلم يكن تابعاً للصنعة . ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمتـــه . قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له . بخلاف صبغ الثوب لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة « رح » . وعندهما له ذلك لأنه إذا تركه عليه وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده ، فصار كالاستهلاك ، وهو على هذا الخلاف على ما بيناه .

---

( بخلاف الذكي والثوب ) جواب عـــن قولهما كما إذا غصب ثوبـاً ، وأقحم الذكي استظهاراً ( لأن التقوم فيهما ) أي في الذكي والثوب ( كان ثابتاً قبل الدبغ والصبغ ، فلم يكن تابعاً للصنعـــة ) والتقوم يوجب الضمان ( ولو كان قائماً ) أي الجلد المدبوغ ( فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجـــه ) أي الذي كان الدباغ فيه بشيء متقـوم ، ويضمنه قيمتـــه ، قيل ليس له ذلك ) بلا خلاف ( لأن الجلد لا قيمة له ، بخلاف صبغ الثوب ، لأن له قيمة . وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما له ذلك ) أي الترك على الغاصب وتضمين قيمته ( لأنه ) دليـــل أن في المسألة خلاف إلا دليـــل المتحلفين . وقال الاترازي دليل لقول أبي حنيفة رحمه الله وقولهما جميعاً ، أي لأن المالك ( إذا تركه عليه ) أي إذا ترك الجلد على الغاصب ( وضمنه قيمته عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك )يعني لما أبى المالك أن يأخذه مدبوغاً وقد عجز عـن رده فالتحقت هذا الدباغ بالادمة استهلاك ، والحكم فيه ما ذكرناه (وهو ) أي الاستهلاك (على هـــذا الخلاف ) الذي تقدم ذكره أن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ( على ما بيناه ) أشـار به الى ما ذكر من الدليل لأبي حنيفة « رح » ولصاحبيه في استهلاك الجلد قبيـل هـــذا . قيل فيه نظر ، لأن العجز في الاستهلاك من جهـــة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من

ثم قيـــل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك . وقيل يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ . ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء ، لأنه بمنزلة غسل الثوب . ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغاً ، وقيل طاهراً غير مدبوغ ، لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه .

---

جهه المالك ولا يلزم من جـواز التضمين في صــورة تعدى فيها الغاصب جوازه فيما ليس كــذلك .

( ثم قيل ) هذا اشارة الى بيان الاختلاف في كيفية الضمان على قولهما ، فقيل ( يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك ) أي في صورة الاستهلاك ( وقيل يضمنه قيمة جلد ) أي يضمنه قيمـــة جلد ( ذكي غير مدبوغ ) أي طاهر غير مدبوغ لأن صنعة الدباغ حصلت بفعله فلا يوجب الضمان عليه ، ولكن من ضرورته زوال صفة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل تمييز الجلد من الدسومات النجسة .

( ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء ، لأنه بمنزلة غســل الثوب ) لأنه ليس فيه مـــال متقوم للغاصب ، فكانت الدباغة إظهاراً للمالية والتقوم ، فصار كغسل الثوب النجس .

( ولو استهلكه الغاصب ) أي ولو استهلك الغاصب الجلد الذي دبغه بشيء لا قيمة له ( يضمن قيمته مدبوغاً ) أي بالاجماع ، نص عليه في الذخيرة لأنه صــار مالاً على ملك صاحبه ، ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والتقوم جميعاً حقـــاً للمالك فيضمن بالاستهلاك ( وقيل طاهراً غير مدبوغ ) أي قيل يضمن قيمته حـــال كونه طاهراً غير مدبوغ ( لأن وصف الدباغة هو الذي حصله فلا يضمنه ) لكن من ضرورته زوال صفـة النجاسة ، وذلك غير حاصل بفعله ، بل يتميز الجلد من الدسومات النجسة ، قالوا عنـد أبي حنيفة صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك فيوجب الملك لكن بغير شيء لكون المستهلك غير متقوم .

وجه الأول وعليه الأكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه، وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته. ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة «رح» صار ملكاً للغاصب ولا شيء له عليه، وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد، ومعناه هنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد

---

(وجه الاول) وهو قول من يقول يضمنه قيمته مدبوغاً (وعليه الاكثرون) أي على الوجه الاول (أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرد عنه) أي عن الجلد (وإذا صار الأصل مضموناً عليه فكذا صفته) تكون مضمونة تابعة للأصل. وقال القدوري ولو أن الغاصب جعل هذا الجلد أديماً أو زقاً أو دفتراً أو جواباً أو فرواً لم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل، لأنه تبدل الإسم والمعنى بصنع الغاصب، فكان هو أولى. فإن كان الجلد ذكياً فعليه قيمته يوم الغصب، وإن كان ميتة فلا شيء له كذا في الإيضاح والذخيرة.

(ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة رحمه الله صار ملكاً للغاصب ولا شيء عليه) لأنه استهلاك إلا أن الخمر لم تكن متقومة والملح كان متقوماً فيرجح جانب الغصب فيكون له بغير شيء، وقوله قالوا، أي أكثر المشايخ، وهذا يشير إلى أن ثمة قولاً آخر وهو ما قيل أن هذا والاول سواء. لأن الملح صار مستهلكاً فيه فلا يعتبر، وهذا هو الوجه الثاني من الأوجه الثلاثة التي ذكرناها.

(وعندهما) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله (أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد) وصبغ الثوب (ومعناه هنا) أي معنى قوله وأعطى ما زاد الملح في مسألة تخليل الخمر بإلقاء الملح (أن يعطي) أي صاحب الخل (مثل وزن الملح من الخل وإن أراد المالك تركه عليه) أي على الغاصب (وتضمينه فهو على ما قيل. وقيل في دبغ الجلد) أشار بتكرير قيل إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد، يعني قيل ليس

ولو استهلكها لا يضمنها عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دبغ الجلد .
ولو خللها بإلقاء الخل فيها فعن محمد « رح » أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه ، لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ، وإن لم تصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير ،

---

له ذلك بالاتفاق ، وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله .

الحاصل أنه يعتبر هذه المسألة بمسألة الدبغ إذا أراد المالك تركه على الغاصب وتضمينه وفيه قولان ، في أحدهما قال يضمنه قيمة جلد مدبوغ . وفي الثاني قال يضمنه قيمة جلد مذكى غير مدبوغ ، وهاهنا كذلك إذا تركه عليه في قول يضمنه قيمة الخل ويعطيه ما زاد الملح فيه ، وفي آخر يضمنه قيمة مثله عصيراً ، وهذه التفريعات كلها على قولهما في الصورتين لا قول أبي حنيفة رحمه الله ، ويحتمل أن يكون القولان ما قيل قبل هذين القولين .

( ولو استهلكها لا يضمنها ) وفي النسخ الكثيرة ولو استهلكه لا يضمنه ، أي ولو استهلك الخل الذي جعل خلا بالقاء الملح فيه ( عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما كما في دبغ الجلد ) وقد مر بيانه . ومن المشايخ من جعل الجواب في الملح على التفصيل ، فان كان يسيراً لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شيء كالشمس ، وان ألقى فيها ملحاً كثيراً يأخذها المالك عندهم جميعاً ويعطى الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب ، كذا ذكر قاضي خان في شرحه .

( ولو خللها بإلقاء الخل فيها ) أى ولو خلل الخمر التي غصبها بإلقاء خل فيها ، وهذا هو القسم الثالث من الاوجه الثلاثة التي ذكرناها ( فعن محمد « رح » أنه إن صار خلاً من ساعته يصير ملكاً للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك له ) فيصير ملكاً للمستهلك ( وهو غير متقوم ) أى والحال أنه غير متقوم ( وإن لم تصر خلاً إلا بعد زمان بأن كان الخل الملقي فيه خلاً قليلاً فهو بينهما ) أى بين الغاصب والمالك ( على قدر كيلهما لأنه

وهو على أصله ليس باستهلاك . وعند أبي حنيفة «رح» هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليـــه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الإستهلاك ، لانه أتلف ملك نفسه . وعند محمد لا يضمن

---

خلط الخل بالخل في التقدير ) يعني إنه وإن كان خلط الخل بالخمر وهما جنسان مختلفان ، وخلط الجنسين المختلفين استهلاك لكنه في التقدير كأنه خلط الخل بالخل نظراً إلى المال ، وهذا لأن في الخمر صلاحية أن يصير خلاً وهي في حق المسلمين لا يصلح إلا لهذا ، فإن تخللت بنفسها وطبعها لا ينقطع حق المالك عنها ، لأنه لم يعارضها شـــيء ، وإن تخللت بإلقاء شيء فيها وإن تخللت من ســـاعته يصير ملكاً للخالط لأنه صـــار تبعـــاً لملكه ، فأضيف تخللها إلى ذلك . وإن تخللت بعد زمان يضاف تخللها إلى طبعها عملاً بالدليلين فصار كأنه خلط الخل بالخل في التقدير .

( وهو على أصله ليس باستهلاك ) أي خلط الخل بالخل على أصل محمد « رح » ليس باستهلاك إذ خلط الجنس ليس باستهلاك وهو قول أبي يوسف أيضـــاً ، فيكون الخل مشتركاً بينهما لأنه صـــار خالطاً خل نفسه بخل غيره ، فإذا أتلفه فقد أتلف خل نفسه وخل غيره ، كذا في جامع أبي اليسر .

( وعند أبي حنيفة « رح » هو الغاصب في الوجهين ) يعني فيما إذا صارت خلاً من ساعتها ، وفيما إذا صارت بعد زمان ( ولا شيء عليه ، لأن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك ، لأنه أتلف ملك نفسه ) أراد به الاستهلاك الحكمي بالخلط ، وهذا تقريب لقوله لأن نقص الخلط استهلاك عنـــده ، يعني أن نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في هذا الاستهلاك ، ولما لم تكن هذه المقدمة مسلمة ، استدل بقوله لأنه أتلف ملك نفسه لأنه خلط الخل بالخمر وقد ذكرنا أن الاستهلاك هنا عبارة عن فعـــل لا يصل الإنسان بسببه إلى عين حقه وإتلاف ملك نفسه لا يوجب الضمان ، وإنه وإن أتلف الخمر أيضاً لكنها غير متقومة ، وإتلاف غير المتقوم لا يوجب الضمان أيضاً .

(وعند محمد «رح» لا يضمن بالإستهلاك في الوجه الاول ) أراد به فيما إذا صارت خلا

بالاستهلاك في الوجـــه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه أتلف ملك غيره ، وبعض المشايخ « رح » أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ، لان الملقي يصير مستهلكاً في الخمر ، فلم يبق متقوماً وقد كثرت فيه أقوال المشايخ ،

---

من ساعته . وقال تاج الشريعة أراد به الإستهلاك الحقيقي بعد أن صار خـــلا ، لأنه بالخلط صار مستهلكاً ولا ضمان عليه بهذا الإستهلاك ، لأنه لاقى محلا غير متقوم ، والإستهلاك الحقيقي بعده ورد على ملكه ( لما بينا ) أشار به إلى قوله لأنه استهلاك له وهو غير متقوم ( ويضمن في الوجه الثاني ) وهو ما إذا صارت خلا بعد زمـان ( لأنه أتلف ملك غيره ) فيضمن .

( وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه ) أي جواب الجامع الصغير ( ان للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء ) أي في الوجوه الثلاثة وهي التخليل بغير شيء ، والتخليل بإلقاء الملح والتخليل بصب الخل . وقالوا في شروح الجامع الصغير أن قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شـــيء محمول على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء . ومنهم من جعل الخل اليسير إذا صبه فيها كالشمس ، فأما إذا خللها بخـــل كثير له قيمة وينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رحمه الله ، كما لو خلط خله بخـــل المغصوب منه ولا يضمن شيئاً ، لأنه استهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن بالاتلاف ، وعندهما يشتركان .

وقال كثير من المتأخرين هذا إذا حمضت بعد حين ، أما إذا حمضت من ساعتها فهي للغاصب لأنه غلب عليه خله واستهلك خمر المسلم وخمر المسلم لا يضمن . وذكر في المنتقى رجل صب في خمر انسان خلا فصـــار كلها خلا وهما نصفان قال صاحب الخمر يأخذ نصفها خلا ، كذا قال فخر الدين قاضي خان .

( لأن الملقى فيه يصير مستهلكاً في الخمر فلم يبق متقوماً ) فلا يضمـــن ، لأنه استهلاك غير متقوم ( وقد كثرت فيه ) أي في حكم هذه المسألة ( أقوال المشايخ وقـد

وقد أثبتناها في كفاية المنتهى . قال ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً ، أو أراق له سكراً أو منصفاً

---

أثبتناها في كفاية المنتهى ) منها ما قال بعضهم يصير المخلوط مشتركاً بينهما بالإجماع ، لأن عند أبي حنيفة رحمه الله اما ينقطع حق المالك بالإستهلاك إذا ضمنه بالمخلوط كالمكيل والموزون إذا غصبه وخلطه بمثله من ملك نفسه ، فأما إذا لم يكن مضموناً عليه لا ينقطع ، ووجود الإستهلاك كعدمه فبقي مشتركاً كالمكيل إذا اختلط بنفسه بمكيل آخر لغيره ، كذا ذكره المحبوبي .

( قال ومن كسر لمسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً ) أي قال في الجامع الصغير ، وصورتها فيه في باب الضمان محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في الرجل يكسر للرجل المسلم بربطاً أو طبلاً أو مزماراً أو دفاً قال هو ضامن وقال بيع ذلك كله جائز . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه انتهى . والبربط بفتح الباء الموحدة ، قال الليث وهو معرب لأنه ليس من كلام العرب وهو أعجمي فأعربته العرب حين سمعت به . وقال غيره أصله بربط بكسر الراء وسكون الطاء شبه بصدر البطاء وبر بالفارسية الصدر . قلت البربط هو الذي يسمى شتة وهي مثل العود أيضاً . والطبل وهو الذي يضرب وهو مشهور ويجمع على طبول . والمزمار بكسر الميم وهو القصبة التي ينفخ فيها ، وقد يتخذ من عود ، ويقال لها زمارة أيضاً ومنه يقال زمر الرجل يزمر ويزمر زمراً فهو زمار ولا يكاد يقال زامر ، ويقال للمرأة زامرة ، ولا يقال زمارة ، وفعلها الزمارة بالكسر كالكتابة والدف بفتح الدال وضمها الذي يضرب به ، قاله أبو عبيدة .

( أو أراق له سكراً أو منصفاً ) وهو أيضاً من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل المسلم يهريق المنصف للمسلم ، أو يهريق السكر قال هو ضامن ، وقال بيعه جائز . وقال يعقوب ومحمد « رح » ليس في شيء من ذلك ضمان ولا يجوز بيعه ، انتهى . وأصل اهراق أراق بمعنى صب وسكت والهاء فيه زائدة وهو بسكون الهاء ، وجاء هراق أيضاً ، أصله أراق أبدلت

فهو ضامن ، وبيع هذه الاشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف .

---

من الهمزة هاء، والمزوع فيها يهريق بضم الياء، وجاء هريق يهرق على وزن أفعل والمفعول منه مهرق ، ومن الاولين مهراق ومهراق أيضاً بالتحريك وهو شاذ ، والسكر بفتح السين والكاف هو الذي من ماء الرطب . والمنصف بضم الميم وفتح النون وتشديد الصاد هو الذي ذهب نصفه بالطبخ ، والباذق هو المطبوخ أدنى في طبخه ( فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه ) .

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله لا يضمن ، ولا يجوز بيعها ) وبه قال مالك وأحمد رحمها الله . وقال الشافعي رحمه الله إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح ، وإذا كسر لم يصلح له لزمه ما بين قيمته متصلا ومكسوراً ، لأنه أتلف بالكسر ما له قيمة ، وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه ، ولو أتلف شيئاً من الملاهي التي اقتنيت في البيت لا للهو ضمن قيمتها عنده ، وفيه إشارة إلى أنه إذا اقتنى الملاهي لأجل التلهي لا ضمان بالاتفاق .

( وقيل الإختلاف في الدف والطبل الذي يضرب اللهو ، فأما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس فيضمن بالإتلاف من غير خلاف ) وفي الذخيرة قال أبو الليث ضرب الدف في العرس مختلف بين العلماء ، قيل يكره ، وقيل لا يكره . أما الدف الذي يضرب في زماننا من الصبيحات والجلاجلات ينبغي أن يكون مكروهاً ، وإنما الخلاف في الذي كان يضرب في الزمان المتقدم . وفي الغاية قال الفقيه أبو الليث وهذا الذي حكي أن أبا يوسف ومحمد « رح » قالا لا ضمان عليه في الدف والطبل إذا كان للهو . وأما إذا كان طبل الغزاة أو الصبيات [1] أو الصيادين ينبغي أن يضمن ، و كذلك

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

وقيـــل الفتوى في الضمان على قولهما . والسكر اسم للنيىء من ماء الرطب إذا اشتد . والمنصف ما ذهب نصفه بالطبـــخ . وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن أبي حنيفة « رح » روايتان في التضمين والبيع . لهما أن هذه الاشياء أعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ، ولانه فعل ما فعل آمراً بالمعروف ، وهو بأمر الشرع فلا يضمنه ، كما إذا فعل بإذن الإمام

---

الدف إذا لم يكن للهو فينبغي أن يضمن إذا كان مثل ذلك يجوز ضربه في العرس . وقال الإمام العتابي في شرح الجامع الصغير . ولو كان طبل الحاج أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالإتفاق .

( وقيـــل الفتوى في الضمان على قولهما ) أي على قول أبي يوسف ومحمد « رح » أي يعني بعدم الضمان لكثرة الفساد في الناس ، ذكره في جامع أبي اليسر .

( والسكر اسم للنيىء من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ ، وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق ) وقد مر الكلام في هذه الأشياء عن قريب . قيل الباذق كلمة فارسية عربت ، وهو تعريب باده ، ومما أعرب من هذا التركيب البياذقة للرجالة ، وهو تعريب بياده ، ومنه بيذق الشطرنج ( عن أبي حنيفة « رح » روايتان في التضمين والبيـع ) أراد في التضمين من بهريق الباذق روايتان عن أبي حنيفة وهو كذلك في جواز بيعه روايتان عنه .

( لهما )أى لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أن هـــذه الأشياء أعدت للمعصية ، فبطل تقومها كالخمر ) فصار متلفها مستهلكاً بشيء غير متقوم ، فلا يضمن ولا يجوز بيعها لعدم التقوم ( ولأنه ) دليل ثان لهما ، أى لأن متلف هذه الأشياء ( فعل ما فعل آمراً ) أى حال كونه آمراً ( بالمعروف ، وهو ) أى الكسر والإراقة ( بأمر الشـــرع ) وهو قوله عليه السلام إذا رأى أحدكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، فكان كسرها وإراقتها أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر باليد ( فلا يضمنه ، كما

إذا فعل بإذن الإمام ) أي كما إذا كسر أو أراق . باذن الإمام فانه لا يضمن بالإتفاق .

وقال الولوالجي في آخـــر كتاب السير في الفتاوى رجل له خمر فشـق رجل زقه وأهراق الخمر على سبيل الحسبة لا يضمن الخمر ، ويضمن الزق ، لأن الخمر ليس بمتقوم والزق متقوم ، إلا أن يفعل ذلك أيام يرى ذلك ، فحينئذ لا شــيء عليه لأنه مختلف فيه ، ونظير هذا الذمي إذا أظهر بيع الخمر والخنزير في دار الإسلام يمنع ، فان أراقه رجـل أو قتل خنزيراً يضمن إلا أن يكون إماماً يرى ذلك فلا يضمن ، لأنه مختلف فيه .

وفي الفتاوى الصغرى في آخر كتاب الجنايات كسر دن الخمر إن كان باذن الإمام لا يضمن وإلا ضمن فقال حكاه عن السير الكبير في أدب القاضي في باب العددي من أدب القاضي رواية عن أصحابنا أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفســـاد ، حتى قالوا أيضاً لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين ، وقيل يراق العصير أيضاً قبل أن يشتـد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق ، لأنه روي عن عمر أنه هجم حين بلغه عن نائحة من نساء أهل المدينة هجم عليها وضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل يا أمير المؤمنين قـد سقط خمارها فقال أنه لا حرمة لها ، قالوا معنى قوله حين اشتغلت بما لا يحـــل في الشرع فقد اسقطت حرمتها . وروي أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شــراباً في بيتـه .

وعن أبي يوسف إن كان لا يتيسر إراقتها إلا بشق الذق لا يضمن ككسر المعازف . وعند الشافعي وأحمد في رواية يضمن ، كذا في جامع المحبوبي ، وفي الذخيرة والمغني وبستان أبي الليث الأمر بالمعروف على وجوه إن كان يعلم بأكبر رائه أنه لو أمر بالمعروف يقبلون منه ويمتنعون عن المنكر فالأمر واجب عليه لا يسعه تركه . ولو علم بأكبر رائه أنهم يقذفون بذلك ويشتمونه فتركـه أفضل ، وكذا لو علم أنهم يضربونه ولا يصبر على ذلك ويقع بينهم العداوة ويهيج منه القتال فتركـه أفضل . ولو علم أنه يصبر على ضربهم ولم يشك إلى أحد فلا بأس به وهو مجاهد . ولو علم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضرباً ولا شتماً فهو بالخيار ، والأمر بالمعروف أفضل . وذكـــر المحبوبي مطلقاً فقال

ولأبي حنيفة أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية ، وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ، وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد إلى الامراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم . وتجب قيمتها غير صالحة للهو

---

الأمر بالمعروف واجب أو فرض إذا غلب على ظنه أنهم يتركون الفسق بالأمر ، ولو غلب على ظنه أنهم لا يتركون لا يكون إثماً في تركه .

( ولأبي حنيفة « رح » أنها ) أي الآلات المذكورة ، وهي البربط وأخواته ( أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الإنتفاع ، وإن صلحت لما لا يحل ) أراد أن أعيانها ليست بمحرمة لأنها تصلح للإنتفاع بها لغير اللهو ، ولكنها أعدت للهو مع صلاحيتها لغيره فلم تناف الضمان ( فصار كالأمة المغنية ) والحمامة الطيارة ، فان الضمان يجب على متلفها ( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم ) أراد أن الفساد ليس في المحل ، والمحل مال متقوم فيضمن ( وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم ) ولما وجدت المالية والتقوم في الأشياء المذكورة جاز بيعها ويضمن متلفها .

( والأمر بالمعروف باليد إلى الأمراء لقدرتهم ، وباللسان إلى غيرهم ) هذا يتعلق بقوله كما إذا فعله بإذن الإمام ، يعني لما كان الأمر بالمعروف باليد للأمر لم يلزم الضمان على الكاسر بإذنهم ، فاذا فعل بغير إذنهم يلزم ( وتجب قيمتها غير صالحة للهو ) وفي بعض النسخ فيجب بالفاء ، أي إذا كان الأمر كذلك يجب قيمة هذه الآلات حال كونها غير صالحة للهو ، يعني تجب قيمتها صالحة لغير المعصية ، ففي الدف يضمن قيمته دفاً يوضع القطن فيه . وفي البربط يضمن قيمته قصعة يحل فيها الثريد ونحو ذلك، قاله قاضي خان .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي يضمن قيمته خشباً منحوتاً. وقال في المنتقى عن أبي حنيفة «رح» يضمن قيمته خشباً مخلعا ، إنما الذي يحرم به التأليف . وقال الفقيه

كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الامور ، كــذا هذا . وفي السكر والمنصف تجــب قيمتها ولا يجب المثل ، لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جاز ، وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليباً حيث يضمن قيمته صليباً لانه مقر على ذلك

---

أبو الليث كانوا يقولون إن معنى قول أبي حنيفة «رح» أنه يضمن قيمتـــه ان لو اشترى بشيء آخر سوى اللهو فينظر لو أن إنساناً أراد أن يشتريه ليجله وعاء الملح أو غير ذلك بكم يشتري فيضمن قيمته بذلك المقدار .

( كما في الجاريه المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديــك المقاتل والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور ) إذا أتلفها وأراد بهذه الأمور الغناء في الجارية ، والمناطحة في الكبش ، والطيران السريع في الحمامــة ، والمقاتلة في الديك ، والخصى في العبد ، فإن هذه الأشياء كلها معصية ، ولكن المحل مال متقوم ، فلذلك يجوز بيعهـــا ويضمن متلفها ( كذا هذا ) أي كذا حكم الآلات المذكورة إذا بيعت أو أتلف .

( وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل ، لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه ) أي عن تملك عين كل واحد منهما لأنه حرام ( وإن كان لو فعل جاز ) أي فإن كان أخذ المثل في الضمان جاز لعدم سقوط التقوم والمالية ( وهذا ) أي هــذا الذي ذكرنا في ضمان الآلات المذكورة .

( بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليباً حيث يضمن قيمته صليباً ) أي حال كونــه صليباً لا حال كونه صالحاً لغيره ( لأنه ) أي لأن النصراني ( مقر على ذلك ) أي على هذا الصنع ، فصار كالخمر التي هم مقرون عليها . وقال أحمد لا يضمن ، وعند الشافعي رحمه الله بالتفصيل كما ذكرنا . وقال القدوري في شرحه قال محمد إذا أحرق الرجل باباً منجوراً عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، وذلك لأن نقش التماثيل معصية فــلا يجوز أن يتقوم في الضمان ، كما لا يتقوم الغناء في الجاريــة المغنية . فإذا قطع رؤوس التماثيل

قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولا يضمن قيمـــة أم الولد عند أبي حنيفة . وقالا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، ومالية أم الولد غير متقومة عنده ، وعندهما متقومة ، والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

---

فذلك نقش غير ممنوع منه وقوم على الغاصب، فقال فيمن أحرق بساط منه تصاوير رجال ضمن قيمته مصوراً ، لأن التماثيل في البساط ليس تكرمة ، لأن البساط موطـأ . وإذا لم تكن محرقة ضمنها . وقال فيمن هـــدم بيتاً مصوراً بالأصباغ تماثيل قيمته قيمة البيت وأصباغه غير مصور ، لأن التماثيل في البيت منهي عنها ، كذا ذكره القدوري في شرحه.

( قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة «رح» ، وقالا يضمن قيمتها) أي قال في الجامع الصغير محمد عـــن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» في رجل غصب أم ولد لرجل فماتت في يده قال لا ضمان عليه ، وإن غصب مدبرته فماتت فهو ضامن بقيمتها . وقال أبو يوسف ومحمد «رح» يضمن أي في أم الولد كما يضمن في المدبرة ( لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ، وماليـــة أم الولد غير متقومة عنده ) أي عند أبي حنيفة .

( وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هــذا الكتاب ) وقد بينا فيه خلاف الثلاثة أيضاً .

فوائد : غصب ثوباً فكساه للمالك أو طعاماً فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم بأنــه ثوبه أو طعامه يبرأ الغاصب عندنا عن الضمان، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول ، ومالك في قول لا يبرأ . ولو باعه أو وهبه وسلمه ، أو أودعه وسلمه وأعـاره وسلمه ، أو أجره وسلمه والمالك لا يعلم به يبرأ عن الضمان عندنا ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد. وقال الشافعي في وجه لا يبرأ . ولو رهنه المالك عند الغاصب لم يـــبرأ عن الضمان عند الشافعي ، وعندنا ومالك وأحمد يبرأ ، ولو حل رباط دابة أو فتح قفص طير أو حل قيد

عبد فذهب عقيب ذلك لم يضمن عندنا ، وبه قال الشافعي رحمه الله في قول وفي قـــول يضمن وبه قال مالك وأحمد .

وعن محمد يضمن سواء طار من فوره أو مكث ساعة ثم طار أما لو مكث ساعة ثم طار لا يضمن عندنا ، وعند الشافعي خلافاً لمالك وأحمد . ولو حل رأس الذق فسأل البائع أو قطع – علاكتى – قنديل فانكسر ضمن ، ولو كان الدهن جامـــداً فذاب بالشمس فسال لم يضمن ، وبه قال الشافعي في وجه . وقال في وجه يضمن وبه قال مالك وأحمد والغصب لا يتحقق في الحر بالإجماع فلا يضمن بالغصب . أما لو استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله عند الثلاثة ، لأنه استوفى منافع متقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد، وعنده لا يضمن.

ولو حبسه مدة لا يجب أجر مثله عندنا أيضاً، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه ومالك. وقالا في وجه آخر أنه يضمن كما في العبد ، ولو غصب كلباً له منفعة وحبسه مدة يجب أجره في أحد الوجهين عند الشافعي، وعندنا وأحمد ومالك والشافعي في وجه لا يجب ولا يضمن إذا هلك أو أتلفه عند الثلاثة ، وعندنا يضمنه لأنه مال حتى يجوز بيعه عندنا، والله تعالى أعلم بالصوب وإليه المرجع والمـآب .

* * *

# كتاب الشفعة

## الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ،

( كتاب الشفعة )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الشفعة،وجه المناسبة مع كتاب الغصب من حيث[1] أن كل واحد من الغاصب والشفيع يملك مال الغير بغير رضاه ، إلا أن الغصب عدوان ، والشفعة مشروعة فكان حقها التقديم ، لكن معرفة أحكام الغصب أحوج لكثرة وقوعه ولا سيما[2] في هذا الزمان ، ولكثرة أسباب الغصب، بخلاف الشفعة وهو اتصال ملك العقار عندنا .

(والشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم ) تقول كان وتراً فشفعته شفعاً ، والشفع خلاف

---

(١) قوله : من حيث أن ... الخ ، أقول لأن الغصب هو أخذ مال متقوم بلا إذن مالكه يزيل يده ، والشفعة تملك عقار على مشتراه جبراً بمثل ثمنه ، فالتملك على مال الغير جبراً مأخوذ في كل منهما ، إلا أن الشفعة مشروعة دون الغصب ، فكان حقه التقديم بفضل المشروع عن غير المشروع وشرفه عنه، إلا أن معرفة أحكام الغصب أحوج لكثرة وقوعه ، حتى يحصل الاحتراز عنه لأن الاحتراز بعد المعرفة والكف عن السيئات خير من اتيان الحسنات فضلا عن المباحات قال الله تعالى ﴿ ونهى النفس عن الهوى ، فان الجنة هي المأوى ﴾ ٤٠ النازعات .

(٢) قوله : لا سيا في هذا الزمان ، أقول لأن هذا الزمان زمان رفع الأمان عن الكف عن ما يهوى إليه الشيطان وأوان ضعف الإيمان للبعد عن زمانه عليه صلوات الرحمن بحد لا يحصيه الحد والبيان ، وقد كان كلام الشارح في الزنا الذي كان هو رضي الله عنه موجود فيه ، فكيف حال زماننا .

الوتر وهو الزوج ، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة أيضاً ، والتركيب يدل على مقاربة السببين ، فلذلك قال وهو الضم ( سميت بها ) أي سميت الشفعة المصطلحة في الشرع (لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع) أي لما في الشفعة من ضم العقار المشتراة إلى عقار الشفيع لأنه يضم بسبب داره ملك جاره إلى نفسه ، ومنه سميت الشفاعة لأنها تضم المشفوع له إلى أهل الثواب .

وحدها في الشرع تملك المنفعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار ، فكان فيها معناها اللغوي ، وسببها أحد الأشياء الثلاثة ؛ الشركة في العقار، والشركة في الحقوق، والجوار على سبيل الملاصقة . وعند الشافعي لا يستحق بالجوار على ما يأتي. وقال الخصاف الشفعة تجب [1] بالبيع ثم تجب بالطلب ، فيه إشارة إلى أن سببها كلاهما على التعاقب وانه غير صحيح ، لأن الشفعة لما وجبت بالبيع كيف يتصور [2] وجوبها ثانياً . وقال شيخ الإسلام الاتصال [3] مع البيع علة لها ، لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما ، ولا يجوز أن يقال بأن الشراء شرط ، واتصال التسليم لأنه حصل بعد وجود سبب الوجوب .

( قال الشفعة واجبة الخليط في نفس المبيع ) أي قال القدوري ومعنى واجبة ثابتة

---

(١) قوله : تجب بالبيع أو ما في معناه كالصلح على مال والهبة بعوض ، كذا في شرح المجمع ، والمراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي يلزم من تركه الإثم ، كذا في البيانية .

(٢) قوله : كيف يتصور ... الخ ، أقول ثبوت الشيء واحد لأن المصدر لا يتعدد إلا بتعدد المضاف إليه ، كما ثبت في موضعه .

(٣) قوله : الاتصال ، أقول أي اتصال ملك الشفيع بملك المشتري مع البيع علة لا مجرد الاتصال وإلا بطلت الشفعة لو سلم الشفيع الشفعة قبل البيع وليس كذلك ، ولا البيع بدون الاتصال وهو ظاهر .

عند تحقق سببها لا أن يكون المراد بها لزوم الإثم عند تركها بالإجماع والخليط الشريك في البقعة وهو فعيل من المخالطة وهي المشاركة ، والخلطة وهي الشركة . وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة في شريك لم يقسم ربعه إلا الاسم وأبوه عليه قائماً قالا لا يثبت الشفعة بخلاف القياس ، وأن القياس يأبى جوازها لأنها تملك على المشتري ملكه الصحيح بغير رضاه فإنه من نوع الأكل بالباطل ، وكذا ذهب بعض أصحابنا ، يقال أن القياس يأبى جوازها ، ولكن تركنا القياس بالآثار المشهورة . والأصح أنها أصل في الشرع فلا يجوز لأنها خلاف عن القياس ، بل هي ثابتة على موافقة [1] القياس .

( ثم للخليط في حق المبيع كالشرب ) بكسر الشين ( والطريق ) وهو الشريك الذي قاسم وبقيت له شركة في الطريق والشرب الخاصين ، وإنما قيدنا بذلك لأنهما إذا كانا عامين لم يستحق بهما الشفعة على ما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى .

---

(١) قوله : على موافقة القياس ، فإن قيل القياس لا يوافقه لأنه من نوع الأكل بالباطل لفقدان رضى المالك . قلنا دفع الضرر عن المسلم ليس أمراً خلاف العقل ، بل هو أمر معقول من حيث العقل والشرع ، قال عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، فكذا ما يتضمنه ويلازمه .

فإن قيل قال الله تعالى ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ ٢٩ النساء، فعلة حرمة الأكل على ما نصه تعالى هو عدم وجدان التراضي، فعدم وجدان التراضي علة قطعية في تحريم التصرف في المال المأخوذ عن مالكه بلا رضاه، والعلة القطعية تدل على قطعية الحكم في جميع الفروع ، فكيف يعارضه الآثار الظنية المروية في جواز الشفع . قلنا كثرت أخبار الآحاد المرويات في جوازها حتى صار متواتر المعنى والعقد الإجماع على جوازها أيضاً فوجب الصرف إليه ، لأن جوازها ثبت بدليلين قطعيين الأول التواتر المعنوي في الاخبار المروية ، والثاني الإجماع المنعقد فيه فلا تعارضه العلة المنصوصة .

**ثم للجار . أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحــــد من هؤلاء وأفاد الترتيب**

---

( ثم للجار ) يعني الملاصق ، أي ثم يثبت للجار خلافاً للشافعي على مـا يأتي ( قال أفاد هذا اللفظ ) أي قال المصنف أفاد لفظ القدوري هـــذا وهو قوله للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع ثم للجار ( ثبوت حق الشفعة لكل واحـد من هؤلاء ) أي من الخليطين والجار ( وأفاد الترتيب ) حيث رتب الخليط في حق المبيع على الخليط في نفس المبيع ، ثم رتب الجار عليهما . وفي الذخيرة[1] صورته منزلاً بين اثنين وسكـة غير نافذة باع أحد الشريكين نصيبه فالشريك الملاصق في المنزل أحق بالشفعة ، فإن سلم فأهل السكة أحق ، فان سلموا فالجار وهو الذي على ظهر المنزل وباب داره في سكـة أخرى ، ومسألة الجار على وجهين أما أن تكون الدار المشتركة في سكة نافـذة ، وفي هذا الوجه جميع أهل السكة شفعاء الملازق والمقابل في ذلك على السواء .

وقد قيل الشفعة على أربع مراتب ويظهر ذلك في مسألتين إحـداهما بيت في دار غير نافذة والبيت لاثنين والدار لقوم ، فبـــاع أحدهما نصيبه من البيت فالشفعة أولى للشريك في البيت ، فان سلم فلشريك الدار،فان سلم فلاهل السكة ، فان سلموا فللجار الملاصق وهو الذي على ظهر المنزل وبابه في سكة أخرى . والثانيـة دار بين اثنين في سكة غير نافذة فالشفعة أولى للشريك في الدار ، فان سلم فللشريك في الحائط المشترك

---

(١) قوله : وفي الذخيرة . أقول والأوضح منه على ما في بعض شروح الوقاية أن يكون داراً مشتركة بين رجلين وفي الدار منزل مشترك بين أحدهمـا وبين ثالث ، وباب الدار في سكة غير نافذة وعلى ظهر المنزل داراً لرجل وبابه في سكة آخر فباع الشريـك في المنزل حصتهمن المنزل فالشريك الآخر في المنزل أحق من الشريك في الدار ، والشريك في الدار أحق من الشركاء في السكة ، لأنه شريك في الطريق الأخص ، فإن ساحة الدار ممر أهل المنزل ، فان سلم هو فالشريك في السكة أحق من الجار الملاصق لأنه شريك في الطريق الأعم . فان سلم فالشفعة حينئذ للجار .

بين الدارين ، فان سلم فلاهل السكة ، فان سلموا فللجار الملاصق .

( أما الثبوت فلقوله ﷺ الشفعة لشريك لم يقاسم ) هذا غريب ، ولكن أخرج مسلم عن عبد الله بن ادريس عن ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال قضى رسول الله ﷺ في الشفعة في كل شيء لم يقسم ربعه [1] أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك . فاذا باع ولم يؤذنه به فهو أحق به . وأخرجه الدارقطني في سننه وقال لم يقل في هذا لم يقسم إلا ابن ادريس وهو من الثقاة الحفاظ ، وأخرج مسلم أيضاً عن ابن وهب عن ابن جريج عن أبي الزبير رضي الله عنه قال قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فان أبى فشريكه أحق به حتى يأذنه .

( ولقوله ﷺ جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً ) هذا مركب من حديثين ، فصدر الحديث أخرجه أبو داود في البيوع والترمذي في الأحكام والنسائي في الشرط . وأبو داود والنسائي عن شعبة عن قتادة عن سمرة . والترمذي في الأحكام عن اسماعيل بن عتبة عن سعد عن قتادة أن النبي ﷺ قال جار الدار [2] أحق بدار الجار والأرض . وقال الترمذي حديث حسن صحيح.

---

(١) قوله : ربعه ، أقول الربع المنزل ودار الإقامة ، وربع القوم محلتهم ، والربع جمعه بجمع التجار . قال الإمام النووي في شرحه لمسلم الربعة والربع بفتح الراء وإسكان الباء وبالفتح الدار والمسكن ، والمطلق الأرض وأصله المنزل الذي كان يتربعون فيه . والربعة تأنيث الربع ، وقيل واحدة والجمع الذي هو مسلم الجمع ربعة كثمرة وتمرة .

(٢) قوله : قال جار الدار ، أقول في هذا الحديث صفة العكس وهو من صنائع علم البديع، ونظيره قولهم عادات السادات سادات العادات وكلام الإمام إمام الكلام وكلام الملوك ملوك الكلام .

ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه وابن أبي شيبة في مصنفه ، وفي بعض ألفاظهم جار الدار أحق بشفعة الدار ، وأخرجه النسائي أيضاً عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروة عن قتادة عن الحسن عن سمرة . وأخرجه أيضاً عن عيسى بن يونس عن سعيد بن أبي عروة عن قتادة عن أنس مرفوعاً جار الدار أحق بالدار ، فهذا الإسناد رواه ابن حبان في صحيحه ثم قال وهذا [1] الحديث إنما ورد في الجار الذي يكون شريكاً دون الجار الذي ليس بشريك ، يدل عليه ما أخبرنا واسند عن عمرو بن الشريد قال كنت مع سعد بن أبي وقاص والمسور بن مخرمة فجاء أبو رافع مولى رسول الله ﷺ وقال السعد بن مالك اشتر مني بيتي الذي في دارك فقال لا إلا بأربعة آلاف منجمة ؛ فقال أما والله لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول الجار أحق بسقبه ما بعتكها وقد أعطيتكها بخمسمائة دينار، انتهى .

قلت هذا معارض بما أخرجه النسائي وابن ماجة عن حسين المعلم عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن رجلا قال يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها شريك ولا قسم إلا الجوار ، فقال الجار أحق بسقبه ما كان . وأخرجه الطحاوي ولفظه ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار .

وأخرجه ابن جرير الطبري في التهذيب ولفظه ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار ، فهذا صريح بوجوبها لجوار لا شركة فيه تدل على سقوط تأويلهم الجار بالشريك ، وعلى أن الجار الملازق تجب له الشفعة وإن لم يكن شريكاً ، وبقية الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعه عن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء بن أبي رباح عن

---

(١) قوله : وهذا الحديث ، أقول حاصله أن هذا الحديث يدل على أن المراد بالجار هو الشريك ، لأن السعد بن مالك قال أولاً اشتر مني بيتي الذي في دارك ، وهذا يدل على الشركة ، ثم استدل عن قوله عليه‌السلام الجار أحق بسقبه ، ومن الظاهر أن الإستدلال لا يصح إلا إذا كان المراد بالجار الشريك دون الجار الذي ليس بشريك .

جابر بن عبد الله قال قال رسول الله ﷺ الجار أحق بشفعة جاره ينتظرها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحد . وقال الترمذي حديث حسن غريب ولا يعلم أحداً روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث .

وقال في مختصره قال الشافعي بخلاف انه لا يكون محفوظاً . وسئل الإمام أحمد عن هذا الحديث فقال هو حديث منكر ، وقال يعني لم يحدث إلا عبد الملك وقد أنكره الناس عليه . وقال الترمذي سألت محمداً بن اسماعيل البخاري عن هذا الحديث فقال لا أعلم أحداً رواه عن عطاء غير عبد الملك تفرد به . ويروى عن جابر خلاف هذا .

قلت ذكر صاحب الكمال عن الثوري وابن حنبل قال عبد الملك من الحفاظ ، وكان الثوري يسميه الميزان . وعن أحمد بن عبد الله ثقة ثبت ، وأخرج له مسلم في صحيحه . وقال الترمذي ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث . وذكر ابن حبان في الثقات وقال روى عنه الثوري وشعبة وأهل العراق وكان من خيار أهل الكوفة وحفاظهم ، وليس من الإنصاف ترك شيخ ثبت بأوهام لهم في رواية ، ولو سلكنا ذلك الزمنا ترك حديث الزهري وابن جريج والثوري وشعبة ، لأنهم لم يكونوا معصومين .

وقال صاحب التنقيح واعلم أن حديث عبد الملك بن أبي سليمان حديث صحيح ولا منافاة بينه وبين رواية جابر المشهورة وهي الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، فإن في حديث عبد الملك إذا كان طريقهما واحداً ، وحديث جابر المشهور لم يثبت فيه استحقاق الشفعة إلا بشرط صرف الطرق ، فنقول إذا اشترك الجارات في المنافع كالبئر والسطح أو الطريق فالجار أحق (١) بسقب جاره لحديث عبد الملك ، وإذا

---

(١) قوله : أحق ... الخ ، أقول في مجمع جار الأنوار السقب بفتح السين وهو بالصاد في الأصل القرب سبقت الدار وأسبقت أي قربت ، وما احتج به موجب الشفعة للجار ونافيه باوله على الشريك فانه يسمى جاراً ، أو على أنه أراد أنه أحق بأيسر المعونة بسبب قربه من جاره .

ولقوله عليه السلام الجار أحق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قـــال شفعته ،

---

لم يشتركا في شيء من المنافع فلا شفعة لحديث جابر المشهور ، وطعن شعبة في عبد الملك بنسبة هذا الحديث لا يقدح فيه ، فإنه ثقة . وشعبة لم يكن من الحذاق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، إنما كان حافظاً وغير شعبة إنما طعن فيه تبعاً لشعبة . وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه ، واستشهد به البخاري .

( ولقوله ﷺ الجار أحق بسقبه ، قيل يا رسول الله ﷺ ماسقبه قال شفعته ) أخرج البخاري في صحيحه عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع مولى النبي ﷺ يقول الجار أحق بسقبه انتهى . السقب بفتح السين المهملة وفتح القاف وفي آخره باء موحدة القرب ، يقال سقبه داره بالكسر والمنزل سقب ، والساقب القريب ، ويقـــال للبعيد أيضـاً جعلوه من الاضداد .

وقال ابراهيم الحزمي في كتابـــه غريب الحديث الصقب بالصاد ما قرب من الدار ، ويجوز أن يقال صقب فتكون السين عوض الصاد ، لأنه في أول الكلمة ، وكذا لو كان في أول الكلمة حاء أو عين أو طاء فتقول صحر وسحر ، وصدع وسدع ، وصطروسطر ، فإن تقدمت هذه الحروف الأربعة السين لم تجز ذلك ، فلا يقال خصر وخسر ، ولا قصب وقسب ، ولا ضرص وضرس . وفي المغرب السقب القرب والاتصال ، وأريد بالسقب هنا الساقب على معنى ذو السقب تسميته [1] بالمصدر . وفي الجمهرة يقال سقبته الدار واسقبت لغتان فصيحتان ، والمنزل سقب واسقب وأبيات القوم متساقبة أي متقاربة .

---

(١) قوله : تسميته بالمصدر ، أقول وإلا فحمل المصدر كيف يصح ، فالمعنى أن الجار أحق بساقبه وهو الجار . فان قيل أن الأحق صيغة أفعل التفضيل فهو يـدل على مزيد استحقاق عما عداه فيلزم أن يزيد استحقاقه على الشريك . قلنا إنـه عليه السلام اختار لفظ السقب وهو يدل على علية القربة للاستحقاق . ومن الظاهر أن مزيد القربـــة للشريك دون الجار .

( ويروى أن الجـار أحق بشفعته ) قد ذكرنا عن قريب عن جابر رضي الله عنه عن الترمذي الجار أحق بشفعته ينظر بها ، وإن كان غائباً . وروى إسحاق بن راهوية مسنداً أخبرنا الجارمي وغيره عن سفيان الثوري عن ابراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع أن النبي ﷺ قال الجار أحق بشفعته . وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب أقضيته عليه السلام ثنا جرير عن منصور عن الحاكم عـــن علي وعبد الله قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار . وروى ابن جرير الطبري في التهذيب حديث موسى بن عقبة عـــن إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قضى أن الجار أحق بسقب جاره .

وأخرج ابن جرير أيضاً عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ إذا أراد[1] أحدكم أن يبيع عقاره فليعرضه على جاره . وأخرج ابن حبان في صحيحه حديث الجـار أحق بصقبه من حديث أبي رافع وأنس عن النبي ﷺ فظهر بمجموع هـــذه الأحاديث أن الشفعة ثلاثة أسباب الشركة في نفس المبيع ، ثم في الطريق ، ثم في الجـــوار . وحكى الطبري أن القول بشفعة الجوار هو قول الشعبي وشريح وابن سيرين والحكم وحماد والحسن وطاووس والثوري وأبي حنيفة وأصحابه . قلت وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة أيضاً. وفي شرح الوجيز عن ابن شريح كمذهب أبي حنيفة . قال العاصي الروناني بعض أصحابنا

(١) قوله : إذا أراد ، أقول فان قيل قوله عليه السلام إذا أراد أحدكم أن يبيع عقاره ... الخ على أن الإخبار بمجرد إرادة البيع واجب مع أن الأحق في الأول الإطلاع للشريك في نفس المبيع ، ثم في حق المبيع ثم الجار . قلنا المراد بيع العقار الذي لا يكون محـــل الشركة ، أو المراد بالعرض على الجار بعد عرضه على الشريك . قال الإمـــام النووي واختلف العلماء فيما لو أعلم الشريك بالبيع فأذن فيه فباع ثم أراد الشريك أن يأخـــذ بالشفعة فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وعثمان وابن أبي ليلى وغيرهم له أن يأخـــذ الشفعة . وقال الحاكم والثوري وأبو عبيدة من أهل الحديث ليس له الأخـــذ . وعن محمد روايتان كالمذهبين.

وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، ولان حق

---

يفتي به وهو الاختيار . وفي الإستذكار روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي بكر ابن حفظ بن عمر بن سعد بن أبي وقاص أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح أن إقض بالشفعة للجار ، فكان يقضي بها . وسفيان عن ابراهيم أن ميسرة قال كتب إلينا عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه إذا حدت الحدود فلا شفعة . قال ابراهيم فذكرت لطاووس فقال لا الجار أحق .

( وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة بالجوار ) وكذا بالشركة في الحقوق كالطريق والشرب ، لأن ذلك كالجوار وكذا فيما لا يحتمل القسمة كالنهر والبئر ، وبه قال مالك وأحمد والأوزاعي وأبو ثور وابن ثور وابن المنذر . وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ( لقوله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ) أخرج البخاري عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله أن قال قضى النبي ﷺ بالشفعة في كل ما يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وفي لفظ البخاري إذا جعل النبي ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، وهذا يقتضي أن جنس الشفعة فيما لم يقسم ، إذ الألف واللام للجنس لعدم المعهود [١] والدليل عليه أنه قال في رواية إنما الشفعة فيما لم يقسم ، وإنما كلمة [٢] الحصر ، ويدل عليه أيضاً فاذا صرفت الطرق ، أي جعل لكل قسم طريق على حدة فلا شفعة .

( ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس ) هذا دليل معقول للشافعي ، والسنن

---

(١) قوله : لعدم المعهود أقول كقوله عليه السلام الائمة من قريش فيختص الشفعة فيما لا يقسم . يعني إذا كان قابلا للقسمة ، وإنما إذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده ، وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم للشريك في حق المبيع والجار ، لان حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه .

(٢) قوله : وإنما كلمة ، أقول فهي دالة على أن جنس الشفعة مختصة فيما لم يقسم.

الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه ، وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم ، وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع . ولنا ما رويناه

---

بفتح السين الطريق ، وتقريره أن حق الشفعة خارج عن مقتضى القياس ( لما فيه ) أي في حق الشفعة ( من تملك المال على الغير من غير رضاه ) وذا لا يجوز لقوله ﷺ لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه ، فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفعة أصلا ، لكن ثبت فيما لم يقسم على خلاف القياس ، وهو معنى قوله ( وقد ورد الشرع به ) أي بحق الشفعه ( فيما لم يقسم ) لدفع ضرر مؤنة القسمة ، فلا يلحق به غيره قياساً أصلا ولا دلالة إذا لم يكن في معناه من كل وجه .

( وهذا ) أي الجار ( ليس في معناه ) أي ليس في معنى ما ورد به الشرع ( لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل ) أي فيما لم يقسم ، وهو موضع الإجماع ( دون الفرع ) وهو المقسوم ، وهو موضع الخلاف . أراد أن الشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة لأنه يحتاج إلى أن يدفع من نفسه مطالبة القسمة ولا يمكنه إلا بالتملك عليه ، وهذا المعنى لا يتحقق في الجار .

( ولنا ما رويناه ) من الأحاديث المذكورة عن قريب . فان قيل يطلق لفظ الجار على الشريك كما في قول الأعشى :

أيا جارتي [1] فانك طالق    كذلك أمور الناس عاد وطارق

والمراد [2] زوجتي وهي شريكته في الفراش ، ولانه ﷺ قال إنما الشفعة فيما لم يقسم ،

---

(١) قوله : أيا جارتي ، أقول معناه يا زوجتي كما انك طالق كذلك أمور الناس ليست على طريقة واحدة فلا تحزني .

(٢) قوله : والمراد زوجته ، أقول جواب سؤال مقدر وهو أن الجار في هذا المقام بمعنى الزوج لا بمعنى الشريكة . فأجاب أن الزوجة هي الشريكة . فأجاب أن الزوجة هي الشريكة في الفراش فيصح إطلاقه على الشريك أي شريك كان ، لان المجاز لا يختص بمورد خاص بل يعم حسب عموم الجامع والعلاقة .

نص على النفي عن غيره، لأن كلمة إنما للحصر، ولأن تعليلكم الاستحقاق بالجوار بسبب دفع ضرر الجوار منقوض بالجار المقابل وبالجار الملاصق بطريق الإجارة. قلنا حمل إسم الجار على الشريك ترك (١) الحقيقة فلا دليل، وذا لا يجوز. ولأن آخر الحديث يأبى حمله على الشريك فانه قال في آخره إن كان طريقهما واحداً، وفي حمله على الشريك يلغو هذا لأن بالشركة (٢) يستحق الشفعة سواء كان الطريق واحداً أو لا.

وقال الإمام الحلواني تركوا العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته وصحته والعجب منهم أنهم سموا أنفسهم أصحاب الحديث فالعنوا أنفسهم بترك العمل بالحديث بأصحاب الحديث. وقد روى ابن سعد رضي الله عنه عرض بيتاً له على جاره فدل أن جميع البيت له، وسعد تأوله بالشريك ويبطل أيضاً تأويله بالشريك ما أخرجه ابن أبي شيبة عن أبي أسامة عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن الشريد عن أبيه قلت يا رسول الله أرضي ليس لأحد فيها قسم ولا شريك إلا الجوار، قال الجار أحق بسقبه ما كان، وسمى الزوجة جار إلا أنها تجاوره في الفراش لانها لا تشاركه. وما روي يدل على ثبوت الشفعة في الشركة وتخصيص (٣) الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه.

---

(١) قوله: ترك الحقيقة العدول عنها إلى المجاز بلا قرينة صارفة غير صحيح.

(٢) قوله: لأن بالشركة، أقول لأن المأخذ يكون علة للاتصاف، فإذا كان الشريك مستحقاً بالشفعة كان استحقاقه بعلة الشركة فيعم المعلول وهو الشفعة لعموم العلة فلا وجه للتقييد بأن يكون طريقهما واحداً. فإن قيل يجوز أن يكون هذا التخصيص العلة وهو أن الشركة إنما تعمل في الاستحقاق إذا كان طريقهما واحداً. قلنا فالعلة على هذا هو اتحاد الطريق لا دخل فيه لمفهوم الشركة وتخصيص العلة مع عموم المأخذ تكلف.

(٣) قوله: وتخصيص الشيء، أقول هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن قوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم، يدل على أن جنس الشفعة للشريك لأن اللام للجنس لعدم المعهود فأجاب تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه فتخصيص الشريك في استحقاق جنس الشفعة لا يدل على نفي الاستحقاق عما عداه، لأن الجنس يتحقق ... فبيان تحققه في فرد لا يدل على انحصاره فيه.

وأما رواية إنما الشفعة فليست بثبت ، ولئن سلمنا ثبتها يقتضي [1] نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما روينا ، أو يقتضي تأكيد المذكور بطريق الكمال كما قال سبحانه وتعالى ﴿ إنما أنت منذر ﴾ وكما يقال إنما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ، والشريك في البقعة كامل في سبب استحقاق الشفعة دون نفي غيره ، بدليل [2] سياق الحديث ، فانه قال في آخره فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وعند الشافعي لا شفعة هناك أيضاً ، فكان آخر الحديث حجة لنا أيضا مع انه قيل إن هذا من كلام الراوي لا من الحديث ، فلو صح أنه من الحديث فمعنى قوله لا شفعة [3] بوقوع الحدود وصرف الطرق ، فكان الموضع موضع إشكال ، لان في القسمة بمعنى المبادلة .

ومما يشكل هل يستحق بها الشفعة ، فبين النبي ﷺ أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة ،

---

(١) قوله : يقتضي نفي الشفعة ، أقول حاصله أن قوله ﷺ إنما الشفعة للشريك يدل على انحصار الشفعة الثابتة بالشركة في الشركاء دون انحصار الشفعة المطلقة عملاً بما روينا ، فاللام فيه للمعهود الذهني وهو الشفعة الثابتة للشركاء ، ومن الظاهر أن الشفعة لا تجب للجار بقسمة الشركاء لأنهم أحق منه ، وحقهم متأخر عن حقهم، وبذلك يتحصل التوفيق بين الأحاديث ، على أنا نقول إن النوبة إلى الجار إنما تنقل بعد الشركاء عن أخذ الشفعة ، فجنس الشفعة في أول الأمر للشفعاء فقط .

(٢) قوله : بدليل سياق ، أقول حاصله أن قوله إذا وقعت الحدود يدل على نفي العلة وهي الشركة .

(٣) قوله : لا شفعة ، يدل على عدم المعلول وهي الشفعة الثابتة بسبب الشركة ، فالمراد أن الشفعة الثابتة بسبب الشركة ثابتة حتى لا تقع الحدود ولا تصرف الطرق ، وإنما بعد وقوع الحدود وصرف الطرق فلم يبق استحقاق الشفعة الواجبة بالشركة ، فالربط بين الجملتين شعر بأن المراد نفي الشفعة الثابتة بالشركة فيما إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دون نفي الشفعة المطلقة .

ولان ملكه متصل بملك الدخيل إتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع . وهذا لان الاتصال على هـــذه الصفة انما انتصب سبباً فيه لدفع ضرر الجوار ، إذ هو مادة المضار على ما عرف ، وقطع هـــذه المادة بتملك الاصيل أولى ،

---

ولا يلزم الجار المقابل . ولأن الضرر هناك ليس بسبب اتصال الملك فلا يستحق رفعـــه بحق الملك، فان الشفعة حق الملك فيتحقق به رفع ضرر يلحق بسبب اتصال الملك، ولهذا لم يثبت لجار السكنى كالمستأجر والمستعير ، لأن جواره ليس بمستدام .

( ولأن ملكه ) أي ملك الشفيع (متصل بملك الدخيل ) أي متصل بملك المشتري بالشراء ، وسماه دخيلاً لأنه ليس بأصيل في الجوار ، والأصيل هو الجار ( اتصال التأبيـد والقرار ) في بعض النسخ اتصال التأبيد والقرار وفي بعض النسخ اتصال تأبيـد وقرار . واحترز بالتأبيد عن المنقول والسكنى بالعارية والقرار عن المشتري شراء فاسداً ، لأنـه لا قرار له لوجوب النقض رفعاً للفساد فثبت له (حـق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال ) أي إذا كان كذلك يثبت للشفيع حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال احترز بـه عن الإجارة والمرهونة والمجعولة مهراً ( اعتباراً بمورد الشرع ) أي إلحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم .

( وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة) هذا كأنه جواب عن قوله وهذا ليس في معناه، أي لا معنى لقوله وهذا ليس في معناه إذ الاتصال على هــذه الصفة يعني اتصال التأبيد والقرار ( إنما انتصب سبباً فيه ) أي فيما ورد الشرع ( لدفع ضرر الجوار إذ هـــو ) أي الجوار ( مادة المضار ) من إيقاد النار وإثارة الغبار ومنع ضوء النهـــار وأعلى الجدار للإطلاع على الصغار والكبار ( على ما عرف ) سواء هذا بين الجيران ( وقطع هذه المادة) جواب إشكال وهو أن يقال الشفيع أن يتضرر بالدخيل ، والدخيل أيضاً يتضرر بتملك الشفيع ما له عليه ، فأجاب بأن قطع هذه المادة ( بتملك الأصيل ) يعني الشفيع ( أولى

لان الضرر في حقه بإزعاجه عن خطة آبائه أقوى ، وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره .

---

لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه أقوى ) لأن ملك [1] المشتري لم يتقرر بعد ، والمشتري رافع لتقرير ملكه ، لانه مضطر إلى البيع لو لم يوافقه المشتري والدفـــع [2] أسهل من الرفع .

( وضرر القسمة مشروع ) هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه عند بيع أحد الشريكين ، لانه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة ، فانه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالقسمة فيلحقـــه بسبب مؤنته ، وذلك ضرر به فمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعاً للضرر عنه . وتقرير الجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع (فلا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره) وهو التملك على المشتري من غير رضاه لدفع ضرر القسمة ، لانه ليس [3] بضرر بل العلة هي دفع ضرر الجـــوار

---

(١) قوله : لأن ملك المشتري ... الخ ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن البيع إذا تم فثبت تملك المشتري، فكما أن الشفيع يتضرر عن ضرر الجوار ، يتضرر المشتري أيضاً، لأن في جواره ملك الشفيع . فأجاب أن ملك المشتري لم يتضرر بعد ، لأن تقرره بعد تسليم الشفيع والمشتري رافع لتقرير ملكه على خطة آبائه وهو الازعاج عنها ، لأنه لو لم يوافقه المشتري بل أضر للشفيع بضرر الجوار الذي هو مادة المضار يضطر على بيع خطة آبائه فيلزم الإزعاج عنها فيترجح الأصل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفة إلى نفسه ، اذ لا ضرر للدخيل بأن يعود إلى رأس ماله ، إنما عدم ربحاً .

(٢) قوله : والدفع أسهل ، أقول لأن الدفع وهو دفع الأصل ضرار الجوار عن نفسه بتحويل الصفقة إلى نفسه أسهل من رفع الدخيل تقرير الملك الذي ثبت للاصل على خطة آبائه ، لأن الأول يتضمن ضرراً يسيراً والثاني ضرراً كثيراً .

(٣) قوله : لأنه ليس ... الخ ، يعني أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعاً وما وجب شرعاً ، وصار حقاً عليه لا يصح علة لتحقق ضرر المشتري بملك ماله بغـير رضاه ، وإنما مرفوع ضرر ليس بحق عليه .

باتصال الملكين على الدوام .

فإن قلت ضرر الدخيل موهوم، وربما يكون وربما لا يكون لأنه مسلم مميز عاقل وعقله ودينه يمنعانه عن أضرار الغير وضرر المشتري وهو أخذ الملك منه بلا رضاه متحقق ، فلا يلتزم ضرر المتحقق لدفع ضرر موهوم . ولو كان ضرر الدخيل موجوداً لا موهوماً يمكن رفعه بالمرافعة إلى السلطان أو بالمقابلة . قلت لا نسلم أن ضرر الدخيل موهوم بل هو غالب ، فان الإنسان لا يمكنه الانتفاع بملكه مدة عمره ولا يتأذى من جاره ، فما أجزأ من قال قبل حلوله لانه إذا نزل ربما يمكن دفعه، وبما لا يمكن فلا فائدة إذن في الاشتغال بالدفع والضرر الذي يلحق من جهة الدخيل بعضه ظاهر وبعضه باطن . فلا يمكن رفع جميع ذلك إلى السلطان وفيه حرج . وربما يحصل ضرر في باب السلطان أي في المقابلة فوق[1] ضرر سوء الصحبة ، فلا يتحمل إلا على الدفع الادنى .

فان قلت [2] العلة في استحقاق الشفعة للشريك دفع ضرر المقاسمة ، فلا يتحقق هذا المعنى في الجار فلا يثبت له الشفعة . قلت المقاسمة حق مستحق على الشريك فلا يكون من الضرر .

فان قلت في المملوك بالإرث والهبة والوصية لا يثبت الشفعة فينتقض عليكم . قلت [3]

---

(١) قوله : فوق ضرر ... الخ ، أقول لأن الاشتغال في المرافعة والمقابلة يستلزم التعطل عن الاشتغال بأكثر المهمات الضرورية التي يحتاج إلى اشتغالها الإنسان وفيه حرج.

(٢) قوله : فإن قلت أقول حاصله أن العلة عندكم للشفعة هي دفع ضرار الجوار باتصال الملكين على الدوام فيلزم أن يثبت الشفعة في المملوك بالإرث والهبة والوصية مع أنها لا يثبت الشفعة في الأمور المذكورة وإلا يلزم تخلف العلة المؤثرة عن المعلول وهو الحكم .

(٣) قوله : قلت عدم ... الخ ، أقول يعني إن عدم ثبوت الشفعة ، بل الباعث فيه ندرة وجودها وقلة وقوعها ، وترتب الأحكام الشرعية التي يتعلق الابتداء بها إنما هو على الحوادث التي كثر وقوعها لئلا يلزم التمهل والسدى في المعاملات .

عدم الثبوت في هذه الاشياء لقلة وجودها ، بخلاف البيع ، وأيضاً (١) فإنها لو ثبت فيها إما أن يثبت بعوض فلا يمكن وهو ظاهر أو بغير عوض فليس بمشروع في الشفعة .

( وأما الترتيب فلقوله ﷺ الشريك أحق من الخليط (٢) والخليط أحق من الشفيع) هذا عطف على قوله أما الثبوت قد مر أن لفظ القدوري دل على شيئين ثبوت الشفعـــة والترتيب . أما ثبوتها فبالاحاديث المذكورة ، وأما الترتيب فلقوله ﷺ ولكن لم يثبت الحديث بهذا اللفظ الذي ذكره المصنف . وقال ابن الجوزى في التحقيق هذا حديث لا يعرف . وأما المعروف ما رواه سعيد بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عـــن هشام بن المغيرة النسفي قال قال الشعبي قال رسول الله ﷺ الشفيع أولى من الجار،والجار أولى من الجنب . وقال في القبيح هشام ومعه ابن معين وقال أبو حاتم لا بأس بحديثه ، انتهى .

قلت هذا الحديث رواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن المبارك به . ورواه ابن أبي شيبة في مصنفهفي اثناء البيوع ثنا أبو معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح قال الخليط

---

(١) قوله : وأيضاً فإنها ، أقول يعني إن الشفعة لا تخلو إما أن يثبت فيها بعوض أو بغير عوض وكل من الشقين باطل فالشفعة كـذلك . أما بطلان الشق الأول فلان الإرث والهبة التي تكون بغير عوض والوصية لا تكون بإزاء المال فالشفيع إن استحقهابالعوض لزم الاستحقاق في الأشياء التي يكون استحقاقها بلا عوض بالعوض هذا خلف ، وأمـــا بطلان الشق الثاني فلان الشفيع إن استحقها بغير عوض يلزم ثبوت الشفعة بغير عوض .

(٢) قوله : أحق من الخليط ، أقول أي الشريك راجح في حق الشفعـة بالنسبة إلى الخليط فلذا يتقدم على الخليط ، وإن كان للخليط استحقاق معه ، بخلاف الابن وابن ابن آخر ، لأن شرط استحقاقه عدم الابن، فهاهنا لو أسقط الابن حقه في التركة لا يثبت لابن الابن حق فيها مـع وجود الابن . والحاصل أن الشريك صاحب للخليط في الحكم والابن حاجب لابن ابن أخ في النسب .

أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من الجار، والجار أحق ممن سواه . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن شريح الخليط أحق من الجار، والجار احق من غيره . وأخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن ابرهيم النخعي قال الشريك أحق بالشفعة ، فان لم يكن شريك فالجار والخليط [1] احق من الشفيع ، والجار احق ممن سواه . وروى ابو يوسف عن اشعث بن سوار عن محمد بن سيرين عن شريح انه قال الخليط احق من الشفيع ، والشفيع احق من الجار ، والجار احق من غيره .

( فالشريك فى نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ) وهذا كما قد ترى فسر الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع ، والخليط بمن كان في حقوق المبيع ، وهما في اللغة سواء .

وقال الطحاوي في شرح الآثار فإن قال فقد جعلت هؤلاء الثلاثة شفعاء بالأسباب التي ذكرت فلم جعلت الشريك أولى من الشريك في الطريق ثم الجار . قيل له لأن الشريك له شركة في الطريق وفي الدار بعينه ، وليس لصاحب الطريق حق في الدار ، فلهذا صار هو أولى . وكذلك لصاحب الطريق حق في الطريق وليس في الطريق للجار ذلك ، فلهذا صار هو أولى ثم الجار .

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وقد قالوا في الشريك إذا سلم الشفعة وجبت للشريك في الطريق ، فان سلمها وجبت للجار . وروى عن أبي يوسف أن الشفعاء إذا اجتمعوا فسلم الشريك الشفعة فلا شفعة [2] لغيره ، لأن عقد البيع وقع غير

---

(١) قوله : قال الخليط أحق ... الخ أقول أي الخليط أحق من الجار الملاصق والجار الملاصل أحق من الجار المقابل .

(٢) قوله : فلا شفعة ، أقول حاصله أن العقد لا يخلو إما أن يكون موجبا الشفعة للجار أولاً ، على الأول يلزم تقدمه على الشريك ، وعلى الثاني فلا شفعة له لعدم كون العقد موجبا للشفعة في حقه ، والحل أن العقد وقع موجبا في حقه بشرط تسليم ←

موجب للشفعة للجار ، ألا ترى انه لا يملك المطالبة بها فلا يثبت حقه إلا بتجديد بيع آخر أصله إذا استحدث الجوار .

وقال الكرخي في مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معاني بالشركة، وفيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة في حقوق ذلك ، أو بالجوار الاقرب ، وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هي مفردة لبعضهم وساحة الدار مرفوعة بينهم ينصرفون من منازلهم فيها ، وباب الدار التي فيها المنازل في زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء في المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبي بحقوقه من الطرق في الساحة وغيرها فالشريك في المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الساحة ، ومن الشريك في الزقاق الذى فيه باب الدار ، فان سلم الشريك في منزله الشفعة فالشريك في الساحة أحق بالشفعة ، وإن سلم الشريك في الساحة فالشريك في الزقاق الذى لا منفعة له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعد بالشفعة من الجار الملاصق جميع أهل الزقاق الذى طريقهم فيه شركاء في الشفعة من كان في أدناه وأقصاه في

---

← الشريك ، فالسبب كان في أول الأمر متحققا ، إلا أنه كان غير مؤثر في الحكم لعدم تحقق الشرط .

فان قيل إن العقد لا يخلو إما أن يكون موجبا للشفعة في حق الشريك والخليط والجار على سبيل التبادل أو على سبيل الإجتماع على الأول فلا ينتقل الإستحقاق من الشريك إلى الخليط بعد تسليمه ، لأن الإيجاب على سبيل التبادل لا يقتضي الإستحقاق إلا لأحد وهو الشريك ، وقد أسقط حقه فلا ينتقل وهو الشريك وقد أسقط حقه فلا ينتقل منه إلى الخليط ، لأن الإسقاط يقتضي الإثبات في حقه لا الإنتقال منه إلى حق الغير ، وعلى الثاني يلزم الإستحقاق لكل من الشريك والخليط والجار على السواء . قلنا إن العقد موجب للشفقة على الترتيب بطريق التعاقب الذى يكون بين المعد بالكسر والمعد بالفتح، فتأمل فيه فانه دقيق .

# ولان الاتصال بالشركة في المبيع أقوى لانه في كل جزء وبعـــده الاتصال في الحقوق ، لانـه شركة في مرافق الملك ، والترجيـح يتحقق بقوة السبب ،

ذلك سواء ، فان سـلم الشريك في الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له في الزقاق بعـد هؤلاء احق ، وليس بغير الملاصق من الجيران شفعة مما لا طريق له في الزقاق ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد . قال بشـر ابن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أن أبا يوسف قال بعض أصحابنا لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم نصيبه ، وقال عامتهم للجار الشفعة ، انتهى .

( ولان الإتصال بالشركة في البيع أقوى ) هذا دليـل عقـل على الترتيب ( لأنه ) أى لأن الإتصال ( في كل جزء ) من أجزاء المبيع ( وبعده ) اى بعد الإتصال بالشركة (في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك ) المرافق مواضع الرفق من صب المـاء ورمي الكناسة وكسر الحطب وإيقاد النار والإستراحة في الخـلاء ونحو ذلك وهو جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء . وفي العباب ومرافق الدار مصاب الماء ونحوها .

( والترجيح يتحقق بقوة السبب ) لوجود الإتصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ، وقوة السبب يوجب الترجيح كالضرب و فلما كان ابلـغ كان الألم أكثر . ولان ضرر القسمة إن لم يصلـح علة لاستحقاق الشفعة ، لان القسمة أمر مشـروع يصح مرجحاً ، معنـــاه إنما يصح مرجحا لا لكونه علة ، ولا يلزم أن لايصح للترجيح ، لان الترجيح (١) إنما يكون ابدا بزيادة وصف لا يصلـح للعلية ، فلهذا كان الشريك في نفس المبيع هو الشريك الذى لم يقاسم اولى من غيره كالأخ لأب وأم يترجح على الأخ لأب

---

(١) قوله : لأن الترجيح ... الخ ، أقول هذا جواب سؤال مقدر وهو أن ضـرر القسمة ضـرر مشروع فكيف يصلح مرجحاً لتحقيق ضـرر المشتري بتملك ماله بغير رضـاه ، فأجاب بأن المرجح دون العلة ، والترجيح إنما يكون بزيادة وصف لا يصلح للعلية ، وهو هاهنا موجود .

ولان ضرر القسمة إن لم يصلح علة صلح مرجحاً . قـــال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا أنه مقدم قال فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق ، فإن سلم أخذها الجار لما بينا من الترتيب ، والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكنة أخرى .

---

في الميراث بالعصوبة ، وإن كانت العصوبة لا يستحق بالأم ، وكما إذا تنازع المستأجر مع رب الطاحونة في عدم جريان الماء يرجع بالحال إن كان الماء جار في الحال يكون القول رب الطاحونة وإن كان منقطعاً يكون للمستأجر .

( وقال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعـة مع الخليط في الرقبة لمـا ذكرنا انه مقـــدم ، قال فان سـلم ) أى قال القدوري فان سـلم الخليط في الرقبة وهو الشريك في نفس المبيـــع ( والشفعة للشريك في الطريق ، فان سـلم ) أى الشريك في الطريق ( أخذها الجار لما بينا من الترتيب ، والمراد[1] بهذا الجار الملاصق ) وفي بعض النسخ الملاصق ولا اعتبـار للجار المحاذي ، خلافاً لمـا روي عن شـريح . وفي خلاصة الفتاوى ثبت الشفعة بجوار دار الوقف . وفي الواقعات في باب الشفعة بعلامة الشين رجل له أرض وهي وقف عليه اشترى رجل أرضاً أخرى بجنبها ليس لصاحب الارض الموقوفة عليه شفعـــة ، لأن الشفعة بحق المالك ولا ملك له ( وهو ) أى الجار الملاصق ( الذى على ظهر الدار المشفوعة ، وبابه في سكة اخرى ) أى في زقاق اخرى . وفي

---

(١) قوله : والمراد ... الخ ، لأن الجار الملازق قد تحقق اتصال بقعة أحدهما ببقعة الأخرى فيستحق الشفعة إلى أنه جـار ملازق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران ، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقـــدم على غيره من الجيران ، لأن الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة . ولو كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً بينهما كان هو أولى .

وعن أبي يوسف أن مــع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى لانهم محجوبون به . ووجه الظاهر أن السبب قد تقرر في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم ، فإذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيـع قـــد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منهـا

---

الباب السكة الطريقة المصطفة من النخل ، وإنما سميت الأزقة سككاً لاصطفاف الدور فيها وسكة الدراهم هي المنقوشة .

( وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم أو استوفى ) أى الشريك في الرقبة ســواء أسـلم شفعته أو استوفاها ( لأنهم محجوبون به ) أى لأن الشريك في الطريق وغيره من الشفعاء محجوبون بالشريك في الرقبة والمحجوب لا شــيء له مع وجود الحاجب كما في الميراث ، فان الأقرب ولو امتنع عن أخـذ الميراث لا يكون للأبعد ، وقد ذكرناه عن قريب ناقلاً عن شرح مختصر الكرخي .

( ووجه الظاهر أن السبب ) أى وجه ظاهر الرواية أن السبب وهو الإتصال (تقرر في حق الكل ) ولهذا قلنا يجب للجار أن يطلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع حتى يتمكن من الأخذ إذا سلم الشريك ، حتى لو لم يطلب بعـد علمه بالبيع لا حق له بعـد تسليم الشريك الشفعة ذكره في المبسوط ( إلا أن للشريك حق التقدم ) أى الشريك في الرقبة أحق من الجار لمـا ذكرنا .

( فاذا سلم ) أى الشريك في الرقبة ( كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض ) أى التي غير معروفة الأسباب فى المرض مع ذي الصحة سواء ، وقد مر فى الإقرار ( والشريك فى المبيع قد يكون فى بعض منها كما فى منزل معين من الدار ) بأن كانت الدار كبيرة فكان فيها بيوت وفى بيت واحد شـركة والشفعة بذلك دون الجار ( أو جــدار معين منها ) أى من الدار ، صورته أرض بينهما غير مقسومة فبنيـا حائطاً فى

وهو مقدم على الجار في المنزل ، وكذا على الجار في بقيه الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف ، لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة

---

وسطها ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحتـــه مشتركا بينهما ، فكان هذا الجار شريكا فى بعض المبيع ، فيكون مقدما على الشريك .

أما لو اقتسما الارض قبل بناء الحائط وخط خطاً فى وسطها ثم أعطى كل واحد شيئاً حتى بنيا حائطاً فكل واحد جار فى الارض شريكا فى البناء لا غير ، والشركة فى البناء لا غير لا يوجب الشفعة [1] ، كذا فى الذخيرة .

( وهو مقدم ) أى الشريك في المبيع مقدم ( على الجار في المنزل ) وكذا على الجار في بقيـــة الدار ( في أصح الروايتين عن أبي يوسف ) أى وكذا الشريك في الجدار مع أرضه مقدم على الجار في بقية الدار . وفي المغني ذكر القدوري أن الشريك في الارض التي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع عند محمد وأحد الروايتين عن أبي يوسف فيكون مقدماً على الجار في كل المبيع. وفي رواية عن أبي يوسف يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة ، وفي الباقي بحكم الجوار فيكون ذلك من جار آخر بينهما .

وقال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار أحـــق بالشفعة في ذلك ، فالشفعة لصاحب الطريق . قال وكذلك دار بين اثنين لأحدهما حائط بينه وبين رجل يعني بأرضـــه فباع الذى له منزل فى الحائط نصيبـــه من الدار والحائط ، قال والشريك فى الدار أحـــق بشفعة الدار ولاشفعة للشريك فى الحائط وأرضـــه ، وكذلك دار بين رجلينو لأحدهما بئر فى الدار بينه وبين رجل آخر فبـــاع له الشريك فى البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك فى البئر فى الدار وله شفعة فى البئر ، لأن اتصاله أقوى والبقعة واحدة لأن المنزل من حقوق الدار ومرافقه ، ولهـــذا يدخل فى بيـــع الدار متى ذكر كل حق هو لها .

---

(١) قوله : كذا فى الذخيرة ، وبه تبين أن المراد بالشركة في الجدران يكـــون شركة في أرضه أيضاً ، لأن الشركة في البناء لا توجب الشفعة .

ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن ، وما تجري فيه فهو عام ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وعن أبي يوسف

---

وإذا كان المنزل من توابع الدار كانت الشركة فى المنزل تبعاً للدار وتبع الشيء بمنزلة وصفه وما يصلح صفة لا علة يصلح مرجحاً لها كعدالة الشاهد . وأراد بقوله والبقعة واحدة أن الموضع الذى هو مشترك بين البائع والشفيع لا حق لثالث فيه ، وذلك فى حكم شيء واحد . فإذا صار أحق بالبعض يكون أحق بالجميع .

( ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصاً حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه ، فالطريق الخاص أن لا يكون نافذاً ، والشرب الخاص أن يكون نهراً لا تجري فيه السفن ) قال عبد الواحد أراد السفن الصغيرة مثل الزورق ، حتى لو كان نهراً كبيراً يجري فيه الزورق فالجار أحق ، لأن هؤلاء ليس شركاء فى الشرب ، وذكره في المبسوط . وفى الذخيرة النهر الكبير من يشرب منه لا يحصون . واختلفوا فى حد ما لا يحصى وما يحصى ، قيل ما لا يحصى خمسمائة ، وقيل أربعون ، وقيل مائة ، وقيل أصح ما قيل انه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآه كان كبيراً وإلا كان صغيراً (وما يجري فيه عام ) أي والذي يجري فيه السفن (فهو عام وهذا عند أبيحنيفة ومحمد) .

( وعن أبي يوسف الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان [1] أو ثلاثة ) أي أو

---

(١) قوله : قراحان ... الخ ، القراح من الارض قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا بناء . وفي الذخيرة وعامة المشايخ على أن الشركاء في النهر إذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وإلا فهو صغير ، لكن اختلفوا بعد هذا في حد ما لا يحصى وما يحصى . بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة ، وبعضهم بمائة ، وبعضهم بأربعين ، وبعض مشايخنا قالوا صح ما قيل فيه إنه مفوض إلى رأي كل مجتهد في زمانه إن رآهم كثيراً كانوا كثيراً ، وإن رآهم قليلاً كانوا قليلاً .

أن الخاص أن يكون نهراً يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على
ذلك فهو عام ، فإن كانت سكة غير نافذة

---

يسقى منه ثلاثة أوجه ، والقراح في الارض كل قطعة ليس فيها شجر ولا بنـاء . وقال الأترازي القراح الأرض البارزة التي لم يختلط بها شـيء ، والماء القراح الذي لا يخالطه شيء ، كذا في تهذيب الديوان ، انتهى . قلت قـد فرق بينهما بالضم في الأول والفتح في الثاني . وفي باب العباب القراح المزرعة التي ليس فيها بناء ولا عليها شجر .

وقال الكرخي في مختصره وقال هشـام عن أبي يوسف في الساقيـة الصغيرة تسقي البستانين أو الثلاثة أو تسقي قطعتين أو ثلاثة أو نحو ذلك فصاحب الأرض والبستان له الشرب في الساقية أحق مما بيـع من الجار الذي له شرب في الساقية . فان ترك صاحب أحق مما بيع من الجار الذي له شرب في الساقية ، فان ترك صاحب الساقية شفعة فللجار أن يطلب الشفعة . وقال أبو يوسف ليس في الأرض التي شربها من العظم شفعة إذا لم يجعل أبو يوسف العظم مثل الساقيـة بين القوم . ثم قال الكرخي فيه وقال هشام سألت محمداً عن النهر الذي يجري فيه السفن أيكون للذي لهم النهر الشفعة فيما بيع من ذلك النهر ، قال نعم ، قال محمد ولكن ليس لهم الشفعة بهـذا النهر في الأرضين التي شربها من هذا النهر ، هذا بمنزلة الطريق النافذ قال وأما ما لا يجري فيه السفن فانه بمنزلة الطريق غير النافذ فهم شفعـاء بالأنهار في الأرضين التي شربها في النهر ، وهـذا قول أبي حنيفة ومحمد ، انتهى لفظه .

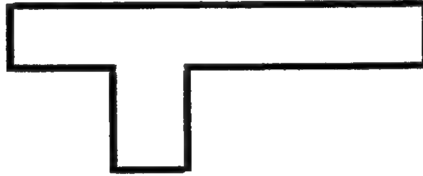
وقال القدوري في شـرحه أجرى محمد الحكم على جريان السفن ، لأن ما تجري فيـه السفن في حـكم العظم فهو كالدجلة والفرات ، وما لا يجري فيه السفن في حـكم الصغير فهو كالزقاق الذي لا ينفذ . وقال الإمام الاسبيجابي وفي شرح الطحاوي لو أن نهـراً يسقى منه أراضي معدودة وكروم معدودة فبيعت أرض من ذلك أو كرم منها فهـم شفعـاء فيها ، لأنهم كلهم خلطاؤه فيها ، وكان النهر عاماً كأن الشفعة للجار الملاصق .

( وما زاد على ذلك ) أي على قراحين أو ثلاثة أقرحة ( فهو عام ) إذا كان عاماً لا يكـون مستحقاً للشفعة فيه بالشركة ( فان كانت سكة ) أي زقاق ( غير نافذة )

ينشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهـــل العليا وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين ، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي . ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق

---

بالرفع لأنها صفة السكة وليست بخبر لكانت ، لأن كانت هنا تامة فلا تحتاج إلى خبر ، لأن المعنى فان وجدت سكة غير نافذة ، وإنما ذكرها بالفاء تفريعاً على مسألة القدوري ( ينشعب منها سكة عليها أخرى غير نافذة وهي مستطيلة ) أي والحال أنهـا مستطيلة هذه صورتها :



( فبيعت دار في السفلى ) أي في المنشعبة ( فلأهلها ) أي لأهل المنشعبة (الشفعة دون أهل الأعلى ) ، وفي أكثر النسخ وقدر أهل العليا وهو الأصح لأنه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور ، ولهذا ليس لهم أن يفتحوا باباً منهـــا سفلي فكانت كالمملوكة لأهلها . بخلاف الواحدة إذا بيعت داراً في أقصاها كانت الشفعة بين أهل السكة وإن لم يكن لأهل الأعلى حق المرور في حق الأقصى ، لأن السكة إذا كانت واحدة والطريق واحد فيها فللكل فيها شركة من الأول إلى الآخـر ، إلا أن الشركة لأهـــل السفلى أكثر ، والترجيح لا يقـــع بالكثرة على ما عرف .

( وإن بيعت في العليا فلأهل السكتين ) أي وإن بيعت دار في السكة العليا فالشفعة لأهل السكتين جميعاً ، لأن لأهل السفلى لهم حق المرور فيها ( والمعنى ما ذكـــر في كتاب أدب القاضي ) وهو أن حق المرور لأهل السفلى خاصة في الصورة الأولى ، وفي الثانية لأهل السكتين جميعاً ، فكانوا سواء في الشفعة .

( ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق ) يعني لو بيع

فيما بيناه . قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيــــع شركة ، ولكنه شفيــــع جوار لأن العلة هي الشركة في العقار ، وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً في الدار لأنـــــه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار

---

أرض متصلة بالنهر الأصغر فالشفعه لأهله لا لأهل الصغير كما ذكرنا الحكم في السكة المنشعبة مع السكة المستطيلة . قال القدوري فى شرح الكرخي إذا نزع منه نهر فبيعت أرض شربها من النهر النازع فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من اهل النهر الكبير ، لأنهم يختصون بشرب النهر النازع ، فأهل النهر النازع أحق بالشفعة من أهـــل النهر الكبير . فان بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع سواء فى الشفعة، لانهم سواء فى استحقاق الشرب بالشركة فى عمود النهر ( فيما بينا ) أى من استحقاق فى الشفعة .

( قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ، ولكن شفيع جوار ) أى قال المصنف قال الكرخي فى مختصره قال هشام سألت محمداً عن حائط بين دارين عليه خشب لصاحب هذه الدار ولصاحب الدار الاخـــرى فبيعت أحد الدارين فجاء صاحب الحائط يدعي الشفعة ، وجـــار الجـــار يدعيها ولا يعلم أن الحائط بينهما لك بالخشب الذي قال محمد إسأل المدعي الشفعة البينة أن الحائط بينهما . وإن أقام بينة فهو أحق من الجـــــار لانه شريك وإن لم يقـــم بينة لم أجعله شريكاً ، انتهى . وذلك لان استحقاق الحائط بالخشب ظاهر فى الملك والشفعة لا تستحق بالظاهر .

( لان العلة هي الشركة فى العقار ) أى لان علة استحقاق الشفعة هي الإشتراك فى العقار ( وبوضع الجذوع لا يصير شريكاً فى الدار لانه جـــار ملازق ) اي موضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً فى الدار وهو ظاهر ، ولكنه يكـــــون جاراً ملاصقاً يستحق الشفعة بعد الشريك فى الرقبة .

( قال والشريك فى الخشبة يكون على حائط الدار جار ) والشريك مبتدأ وجار

لما بينا . قال وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ، ولا يعتبر اختلاف الأملاك . وقال الشافعي « رح » هي على مقادير الأنصباء

---

خبره ، وقوله يكون على حائط الدار صفة للخشبة ، اي قال فى بيوع الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة انه قال الشريك فى الطريق أحق بالشفعة من الجار ، فأما الشريك بالخشب يكون له على حائط الرجل ، فإنما هو جـــاره ، انتهى . وذلك لانه لا يكون بوضع الخشب شريكاً فى شيء من الدار ، وإنما له حق الشغل فكان جـاراً ملازقاً ، فكان مؤخراً عن الشريك . وقال الكاكي وتأويله إذا كان وضع الخشبة على الحائط من غير أن يملك شيئاً من رقبة الحائط لأنه إذا كان هكذا يكون جاراً لا شريكاً ( لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن العلة هي الشركة في العقار .

( وإذا اجتمع الشفعاء فالشفعة [1] بينهم على عدد رؤوسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك ) أي قال القدوري ( وقال الشافعي هي ) أي الشفعة ( على مقادير الانصباء ) وهو قول منه . وفي شرح الوجيز وهو الاصح وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه . وقـــال

---

(١) قوله : أي يجب الشفعة للخليط ويقسم على عدد الرؤوس إذا كانوا أكثر من واحد لا بقدر الملك ، لانهم استووا في سبب الإستحقاق لوجود علته استحقاق الكل في حق كل واحد منهم . ولهذا لو تفرد واحداً أخذ الكل الإستواء في الحكم ولا يرجح بكثرة العلل بل لقوة فيها . وقال الشافعي « رح » يجب بقدر الملك حتى لو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فالشريكان لو أخذاه بالشفعة يقتسمانه أثلاثاً ثلث لصاحب السدس والثلثان لصاحب الثلث . ولو باع صاحب الثلث يقتسمه الشريكان الباقيان أرباعاً ربع لصاحب السدس وثلاثة الأرباع لصاحب النصف . ولو باع صـاحب السدس سدسه اقتسمه الشريكان الباقيان أخماسـاً ، خمسه لصاحب الثلث وثلاثة أخماسه لصاحب النصف عنده ، وعندنا يقتسمان في الكل نصفين ، كذا في الولوالجية أخذاً من البيانية .

لأن الشفعة من مرافق الملك ، ألا يرى أنها لتكميل المنفعة فأشبه الربح والغلة والولد والولد والثمرة .

---

الشافعي في قول وأحمد في رواية الشفعة على عدد الرؤوس كقولنا ، واختاره المزني وابن عقيل من اصحاب أحمد ، وهو قول الشعبي والنخعي والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة ، صورتها دار بين الثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الشريكان الشفعة قضى القاضي بها بينهما نصفين عندنا ، وعند الشافعي قضى بها ثلاثاً ، ثلثاها لصاحب الثلث ، وثلثها لصاحب السدس على مقادير أنصبائهما .

ولو أن داراً بيعت ولها شفيعان جاران جوار أحدهما الثلاثة أرباع الدار وجوار الآخر لربعها وجوار أحدهما في قدر شبر من الدار وطلبا جميعاً الشفعة يقضي بينهما نصفين ، وعند الشافعي لا تجب الشفعة للجار . ولو حضر واحد من الشفعاء أولاً وأثبت شفعته فإن القاضي يقضي له جميع الدار بالشفعة ، ثم إذا حضر شفيع آخر وأثبت شفعته فإنه ينظر إن كان الثاني شفيعاً مثل الاول قضى له بنصف الدار ، فإن كان الثاني أولى من الاول بأن كان الاول جار وهذا خليط فإن القاضي يبطل شفعة الاول ويقضي بجميع الثاني . وإن كان الثاني دون الاول في الشفعة فإن القاضي لا يقضي للثاني بالشفعة ، وكذلك حكم الشراء . ولو أن رجلاً اشترى داراً وهو شفيعها ثم جاء شفيع مثله قضى القاضي له بنصفها ، وإن جاء شفيع آخر أول منه فإن القاضي يقضي له بجميع الدار فإن كان شفيع دونه فلا شفعة له ، الكل لفظ شرح الطحاوي .

( لأن الشفعة من مرافق الملك ) أي فوائده ، لأنه يستفاد به فيكون على قدر الملك ( ألا يرى أنها لتكميل المنفعة ) أي لأن الشفعة لتكميل منفعة الملك ( فأشبه الربح ) يعني أن الشريكين إذا اشتريا شيئاً ولم يشترطا شيئاً ، وقال أحدهما خمسة ، وقال الآخر عشرة فحصل الربح كان الربح بينهما أثلاثاً الثلث لصاحب الخمسة والثلثان لصاحب العشرة لأن الربح فرع المال وماله كذلك ( والغلة ) أي وأشبه غلة العقار المشترك بين اثنين أثلاثاً يكون أثلاثاً ( والولد والثمرة ) أي وأشبه الولد من الجارية المشتركة أو البهيمة المشتركة يكون فيه الملك لكل واحد بقدر الملك في الأم . وكذلك ثمرة النخل المشترك .

ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق، ألا يرى أنه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة، وهذا آية كمال السبب ، وكثرة الاتصال

---

ويشكل على هذا ثلاثة مسائل ، إحداها . كما لو أعتق اثنان نصيبهما في عبد مشترك بين ثلاثة على التفاوت فالمعتقان إذا كانا موسرين يقومان مقام الثالث بالسوية .

والثانية : لو مات مالك الدار عن اثنين ثم مات أحدهما وله اثنان ثم باع أحد الاثنين نصيبه فالأخ والعم في الشفعة سواء مع تفاوت حصصهما .

والثالث : إذا مات الشفيع قبل أن يأخذ ورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذه أبوه على العدد ، وامرأته وابنه في ذلك سواء . وبهذه المسائل رجع المزني القول الثاني وهو قولنا .

فأجابوا عن مسألة العتق بأنه على القولين ، وسلم انه قول أحمد فالفرق أن ذلك ضمان إتلاف لا فائدة ملك ، حتى يتقدر بقدره وفيه ضعف . وعن الثانية أن للشافعي « رح » قولين في القديم وبه قال مالك الأخ مختص بالشفعة لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ ، وفي الجد وهو قول أبي حنيفة وأحمد والمزني أن العم والأخ يشتركان نظراً إلى الملك لا إلى سبب الملك . وعن الثالثة أن فيها قولين وعلى قول الاستواء أن أصل الإستحقاق باعتبار الإرث ، وفي هذا لا يختلف ، كذا في شرح الوجيز ، وفي الكل ضعف كما ترى

( ولنا أنهم استووا في سبب الإستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الإستحقاق ) أراد أن الوجود من يسبب في حق كل واحد منهم مثل الوجود في حق الآخر في اقتضاء الإستحقاق، الاترى أن صاحب الكبير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل كما لصاحب الكبير لو باع صاحب القليل ، وهذه آية كمال السبب ، فعلم أن علة الإستحقاق أصل الملك لا قدره .

( ألا يرى أنه ) توضيح لما قبله أن الشأن ( لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ، وهذا آية كمال السبب ) أي علامة كمال السبب في حق كل واحد منهم ( وكثرة الاتصال

## تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ها هنا لظهور الأخرى بمقابلة

تؤذن بكثرة العلة ) هذا جواب عما يقال الإتصال سبب الإستحقاق ، وصاحب الكثير أكثر اتصالاً فأنى يتساويان . أجاب بقوله وكثرة الإتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الإتصال يؤذن أي يعلم بكثرة العلة ، لأن الإتصال بكل جزء علة لما ذكرنا أن صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع ( والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ) أي بكثرة الدليل كما في الشاهدين وعشرة شهود ، وجراحة واحدة وعشر جراحات ، ولهذا تنتصف الدية بين من جرح جراحة واحدة وبين من جرح أكثر ( ولا قوة هنا لظهور الأخرى بمقابلة ) أي لم تظهر الأخرى بمقابلته ، أي لم يظهر الترجيح في مسألتنا ، إذ لو ظهر لكان المرجوح مدفوعاً بالراجح وهاهنا لا يبطل حق صاحب القليل ، فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه وهو معنى قوله الظهور الأخرى بمقابلة تحريره أن صاحب القليل لو كان مرجوحاً في مقابلة حق صاحب الكثير لكان لا يظهر حق صاحب القليل في مقابلة حق صاحب الكثير ، لأن المرجوح مدفوع بالراجح وبه ظهر علم عدم الرجحان .

فإن قال الشافعي لا يلزمني ذلك الجواز أن تكون العلة الواحدة مبنية لكمال الحكم ، ولكن عند الإنضمام مع الأخرى يثبت استحقاق أحدهما أكثر مما يثبت عند الانفراد كما في الرجالة في الغنيمة إذا انفردوا يستحقون كل الغنيمة ، وكذا الفرسان إذا انفردوا يستحقون الكل أيضاً ، وعند الإجتماع يقسم على التفاوت . وكذا لو مات وترك بنتاً وأختاً فللبنت النصف والباقي للأخت أو للأخ بحق العصوبة ، أما لو ترك بنتاً وأختاً كان النصف بينهما أثلاثاً ، فكذا ها هنا . وكذا لو كان الحائط المائل مشتركاً بين اثنين أثلاثاً وأشهد عليهما ثم سقط وأصاب مالاً أو نفساً فالضمان بينهما أثلاثاً بقدر الملك ، فيجب أن يكون في الشفعة كذلك .

قلنا تفضيل الفارس بينته شرعاً ، بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يصلح علة الإستحقاق فيصلح مرجحاً . أما في مسألتنا ملك كل جزء علة تامة للاستحقاق فلا تصلح مرجحاً .

وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه ، بخلاف الثمـــرة وأشباهها . ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم،

---

وأما مسألة الميراث فليست نظيرها ، لأن نصيبه الأخ وللأخت عند الإنضمام باعتبار أن الشرع جعل عصوبة الأنثى بالذكر علة الاستحقاق نصف ما للذكر ولتفاوتهما في نفس العلة ، لأن العلة مرجحة بعلة أخرى إذ العصوبة بالأخ غير العصوبة بالبنت ، فإذا جاءت العصوبة بالأخ زالت العصوبة بالبنت ، والعصوبة بالأخ متفاوتة شرعاً ، فلم يكن من قبل ترجيح العلة بالعلة .

وأما مسألة الحائط فقلنا إن مات يخرج الحائط فالضمان عليهما نصفان لاستوائهما في العلة ، وإن مات ينقل الحائط . قلنا فالضمان عليهما أثلاثـــاً ، لأن التساوي في العلة لم يوجد إذ نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كثقل نصيب صاحب الكثير ، فكان هذا راجعاً إلى ما يتولد من الملك كالولد والثمرة والشفعة ليست من ثمرات الملك .

( وتملك ملك غيره ) هذا جواب عما قاله الشافعي أن الشفعة من مرافق الملك،تقريره أن يقال أن التمكن من التملك ( لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه ) كالاب ، فإن له التمكن من تملك جارية ابنه ولا بعد ذلك من ثمرات ملكه ( بخلاف الثمرة وأشباهها ) وأنها من ثمرات الملك ، لانها تحصل بلا اختيار ، بخلاف الشفعة فإنها باختياره .

( ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري «رح» هذا عندنا ، وعند الثلاثة على قدر ملكهم . ولو أراد أن يأخذ حصتـــه دون حصة العافي ليس له ذلك بالإجماع ، لان في ذلك تفريق الصفقة والإضرار بالمشتري في تبعيض الملك عليه،وهذا الذي ذكرنا قبل القضاء حتى لو قضى القاضي بالشفعة لاحدهما ثم سلم أحدهما نصيبه لم يجز للآخر أن يأخذ الجميع ، لانه لما قضى بالدار بينهما بالشفعـة صار كل واحدمنهما مقضياً عليه من جهة صاحبه فيما قضى به لصاحبه فيبطل حـق شفعته فيما قضى لصاحبه ضرورة ، وهكذا إذا قضى للخليط ثم سلم الشفعة لم يكن للشريك في المرافق أن يأخذ بالشفعة لبطلان حقه الضعيف بالقضاء . وكـــذا لو قضى للشريك في المرافق ثم سلم لم يكن للجار أن يأخذ لما ذكرنا ، ذكره في المبسوط .

لأن الانتقاض للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت . ولو كان البعض غيباً يقضي بها بين الحضور على عددهم ، لأن الغائب لعله لا يطلب وإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ، ولو حضر ثالث فيثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية ، فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا

---

( لان الانتقاض للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ) أي المزاحمة بالتسليم فبقي حقه في الجميع كالغرماء إذا تحاصوا من التركة فأسقط بعضهم حقه سلمت التركة للباقين ، وهذا كالقاتل لاثنين إذا عفى ولي أحدهما فللآخر القصاص ، لان حقه ثبت في الجميع ، فإذا أبرأ الآخر فكأنه لم يكن وليس هذا كالعبد إذا قتل اثنين خطأ فعفى ولي الآخر يبقى حقه في نصف العبد ، ويقال للمولى إما أن يدفع إليه نصف العبد أو الفدية ، لان جناية الخطأ مال ، فإذا تعلقت الجنايتان بالرقبة تضايقت فيها فثبت لكل واحد منهما النصف ، فإذا سلم الآخر المال بعد حق الباقي وليس كذلك الشفعة لانها حق ليس بمال فهي بدم العبد أشبه .

( ولو كان البعض غيباً ) بفتح الغين والياء جمع غائب . وفي العباب وجمع الغائب غيب وغياب بضم الغين وتشديد الباء ، وغيب بالتحريك . وإنما تثبت فيه البائع للتحريك لانه أشبه بصيد وإن كان جمعاً ، وصيد مصدر قولك بعيراً صيد لانه يجوز أن يسوى به المصدر ( يقضي بها ) أي بالشفعة ( بين الحضور ) أي بين الحاضرين وهو جمع حاضر كالركوع جمع راكع ( على عددهم ، لان الغائب لعله لا يطلب ) يعني قد يطلب وقد لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك .

( فإن قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ) بأن كان للدار شفيعان فحضر أحدهما حكم له بجميعها ، فإن حضر الشفيع الآخر أخذ منه نصف الدار ( وإن جاء ثالث ) أي شفيع ثالث ( فيثلث ما في يد كل واحد من الاثنين تحقيقاً للتسوية ) لأن الدار بينهم أثلاث على عددهم ( فلو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم إلا

النصف ، لأن قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ، و معناه بعده لا أنه هو السبب ، لأن سببها الاتصال

---

النصف ، لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف ) لان الغائب صار مقضياً عليه في النصف ، فلو أخذ الكل يصير مقضياً له في ذلك النصف ( بخلاف ما قبل القضاء ) حيث يأخذ الكل بعدما حضر لانه لم يصر مقضياً عليه .

فإن قلت القاضي لما قضى بالشفعة للحاضر ثبت له الملك من المشتري ، فإذا سلم يكون بمنزلة الإقالة وفيها الشفعة فيأخذ الغائب النصف بالبيع الاول والنصف الآخر بهذا التسليم . قلت البيع الذي جرى بين البائع والمشتري لم ينفسخ أصلاً وإنما الفسخ في حق الإضافة إلى المشتري ، فاذا سلم عاد إلى المشتري القديم ملك الارتفاع المانع ، فكانت القضية واحدة والغائب صار مقضياً عليه في هذه القضية فلا يصير مقضياً له بعد ذلك فيها .

وفي المبسوط والذخيرة شفيعان أحدهما حاضر والآخر غائب وقضى الحاضر بكل الدار فللغائب أن يأخذ نصفه . ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه للآخر لم يصح الجعل وسقط حقه وقسمه على عدد من بقي . وإن قال الذي قضى له بالشفعة للآخرأنا أسلم لك الكل فأما أن يأخذ الكل أو يدع ، فليس له ذلك ، وللثاني أن يأخذ النصف . ولو كان الحاضر لم يأخذها بالشفعة ولكن اشتراها من المشتري فحضر الغائب إن شاء أخذها كلها بالبيع الاول أو بالبيع الثاني ، لان الحاضر أسقط حقه بالإقدام على الشراء وخروج من الدين ، ولو كان المشتري الاول شفيعاً أيضاً فاشتراها شفيع حاضر أيضاً معه فحضر الغائب إن شاء أخذ نصف الدار بالبيع الاول ، وإن شاء أخذ الكل بالبيع الثاني والله سبحانه وتعالى أعلم .

( قال والشفعة تجب بعقد البيع ) أي قال القدوري ( ومعناه بعد،لا أنههو السبب، لان سببها الاتصال ) أى معنى قول القدورى يجب بعقد البيع بعد أى بعد البيع ، لان البيع هو السبب للشفعة ، لان سبب الشفعة إتصال الاملاك . وقال السفناقي هذاالتأويل

على ما بيناه ، والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ، ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه .

---

والتعليل مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وغيرها لما انه صرح بأن سبب وجوبها البيع والشراء وفساد تأويل الكتاب ظاهر ، لما أن سبب ثبوتها لو كان الاتصال ينتفي . أما لو سلم الشفعة وفسد قبل البيع يبطل شفعته ولم يبطل بالإجماع . وأجيب بأن هذا لا يلزم على المصنف ، لانه قال يثبت بعد فيكون البيع شرطاً والشرط يمنع السبب عندنا عن الاتصال بالمحل ، فتسليم الشفعة قبل العقد ككفارة اليمين قبل الحنث فلا يجوز لأن العقد شرط .

ورد بأنه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كأداء الزكاة قبل الحلول وإسقاط الدين المؤجل قبل حلول الأجل . والجواب أن ذلك شرط الوجوب ولا كلام فيه ، وإنما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على أحد ( على ما بيناه ) يعني قولهم ولنا أنهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الإتصال.

( والوجه فيه ) أي في هذا التأويل ( أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ) أي يعرف رغبة البائع عنه . والحاصل أن الإتصال بالملك سبب ، والرغبة عن الملك شرط والبيع دليل على ذلك قائم مقامه ، بدليل أن البيع إذا ثبت في حق الشفيع بإقرار البائع به صح له أن يأخذه وإن كذبه المشتري وهو معنى قوله ( ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقر البائع بالبيع وإن كان المشتري يكذبه ) .

قال القدوري في شرح مختصر الكرخي الشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك ، وجبت الشفعة لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري ، ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة ، انتهى .

فإن قلت ينتقض بما إذا باع بشرط الخيار له أو وهب وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت

قال وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه حق ضعيف يبطل بالإعراض ، فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ،

---

وليس للشفيع شفعة . قلت في ذلك يرد دليل خيار البائع ، بخلاف الإقرار فإنه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية لقبوله به كما زعمه ، والهبة لا تدل على ذلك ، لأن عرض الواهب المكافأة ولهذا كان له الرجوع عنه فلا ينقطع حقه بالكلية .

( قال وتستقر بالإشهاد ) أي قال القدوري أن الشفعة تستقر بالإشهاد ( ولا بد من طلب المواثبة ) وهو طلب الشفعة على السرعة ، وإنما أضاف الطلب إلى المواثبة لتلبسها بها ( لأنه حق ضعيف ) أي لأن الشفعة ، ذكر الضمير بالنظر إلى تذكير الخبر ( يبطل بالإعراض) قال ﷺ الشفعة كحل العقال ، أي قيدها ثبت وهو كناية عن سرعة السقوط، فكل ما هو كذلك لا بد من دليل يدل على الإعراض عنه أو دام عليه، والإشهاد والطلب يدلان على ذلك ، فإذا كان كذلك ( فلا بد من الإشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ) أي الطلب ، قال في شرح الطحاوي الطلب طلبان طلب مواثبة وطلب استحقاق . أما طلب المواثبة فعند سماع البيع من غير سكوت ، ويشهد على طلبه شهوداً ثم لا يمكث حتى يذهب إلى المشتري أو إلى البائع إن كانت الدار في يده أو إلى الدار المبيعة .

وإن كانت الدار في يد المشتري إن شاء أشهد على المشتري بطلب الشفعة ، وإن شاء شهد عند الدار . ولو طلب من البائع بطلت شفعته ويطلب عند واحد من هؤلاء طلباً آخر وهو طلب الإستحقاق ويشهد عليه شهوداً، فإذا ثبت الشفيع شفعة بطلبين وأبى المشتري أن يسلمها إليه فهو على شفعته بعد ذلك بترك الطلب في ظاهر الرواية . وروي عن محمد ابن الحسن أنه قال إذا مضى شهر لم يطلب مرة أخرى بطلت شفعته وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف. وروي عنه في رواية أخرى له أن يطالب في كل مجلس من مجالس القاضي فإن ترك مجلساً من مجالس القاضي بطلت شفعته .

ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد . قال وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم ، لأن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ، وتظهر فائدة هذا فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة

---

( ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه إلا بالإشهاد ) هذا دليل ثان على وجوب الإشهاد وهو ظاهر .

( قال وتملك بالأخذ ) أي قال القدوري أي تملك الشفعة بأخذ الدار المشفوعة ( إذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم ، لأن الملك للمشتري قد تم ) لتحقق سبب الملك وهو الشرط القاطع ( فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو قضاء القاضي ) لأن تملك ملك الغير لا يجوز بدون رضاه ، إلا أن الشرع جعل للشفيع حق التملك والمقاضاة ، ولأنه عامة فاذا قضى بالشفعة وأخذه الشفيع ملكها ولا يملك الشفيع الدار الأبعد قبل تسليم المشترى إليه أو قضاء القاضي ، حتى أن المبيع لو كان كرماً فأكل المشتري ثمان سنين فانه لا يجوز مضموناً عليه ولا يطرح عن الشفيع شيء من الثمن لما أكل من ثماره إذا كانت الثمار حدثت بعدما قبض المشترى الكرم ، وكذا في شرح الطحاوي ( كما في الرجوع في الهبة ) أي كما لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالتراضي وقضاء القاضي ، لأن الموهوب دخل في ملك الموهوب له فلا يخرج إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي لما ذكرنا آنفاً .

( وتظهر فائدة هذا ) أي فائدة قوله ويملك بالأخذ ( فيما إذا مات الشفيع بعد الطلبين ) أي طلب المواثبة وطلب التقرير ، ويسمى طلب التقرير طلب الإشهاد أيضاً ( أو باع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المخاصم ) المشتري ، وهذا يرجع إلى الصور الثلاث ، وهي صورة الموت والتبعين والشفعين ( لا تورث عنه في الصورة الأولى ) وهي ما إذا مات الشفيع بعد الطلبين قبل الأخذ .

الأولى ، وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له . ثم قوله تجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه إن شاء الله تعالى والله سبحانه أعلم بالصواب .

---

( وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة ) أي في الصورة الثانية وهي ما إذا باع داره المستحق بها الشفعة قبل أخذ الدار المشفوعة ، لأن سبب الشفعة إتصال ملك الشفيع بالدار المشفوعة بتسليم المخاصم ، وهو المشتري أو بقضاء القاضي ( لانعدام الملك له ) يعني لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها .

( ثم قوله تجب بعقد البيع ) يعني قول القدوري ( بيان أنه لا يجب إلا عند معاوضة المال بالمال ) قال في شرح الطحاوي والشفعة فيما إذا ملكت بعوض هو عين مال ، فأما إذا ملكت بغير عوض كالهبة والصدقة والوصية والميراث فلا شفعة فيها ، وكذا لو ملك بعوض أي بغير مال ، كما إذا جعله مهراً في النكاح أو بدل في الخلع أو صولح من دم عمد فلا شفعة فيه . ولو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داراً من امرأته بذلك المهر أو تزوجها على غير مهر مسمى ثم باع داره بمهر المثل وجبت فيه الشفعة .

ولو تزوجها على الدار تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهراً فلا شفعة فيها. ولو صالح على الدار من الجناية التي يوجب الإرش بعد القصاص تجب فيها الشفعة بالإرش . ولو نجعلها أجرة في الإجارات لا شفعة فيها ، لأن بدلها ليس بعين مال ( على مانبينه إن شاء الله تعالى ) أي في باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب .

* * *

# باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال وإذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة . إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم ، حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ،

---

( باب طلب الشفعة والخصومة فيها )

أى هذا باب في بيان طلب الشفعة والخصومة في الشفعة ، ولما لم يثبت الشفعة بدون الطلب والخصومة فيها شرع في بيانه وكيفيته .

( قال إذا علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة ) أى قال القدورى وأراد بالمطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه في المجلس ليس بشرط ، والشرط هو نفس الطلب ، وإنما يشهد فيه لأنه لا يصدق على الطلب إلا ببينته ،فان لم يكن يحضره من يشهده قال أنا مطالب بالشفعة ثم ينهض إلى من يشهد ، وإنما يفعل ذلك حتى لا يسقط حق الشفعة فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

( إعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواثبة ) أى أحدها طلب المواثبة ( وهو أن يطلبها كما علم ) أي على الفور ، سواء كان عنده إنسان أو لم يكن في كتاب الأجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغة البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره المشهود أو لم يحضره . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يكلم بالطلب إذا لم يكن بحضرته أحد . وفي شرح الأقطع يطلبها كما علم وإن لم يكن عنده أحد لئلا يسقط حقه ديانة . وفي المبسوط لكي يتمكن من الحلف إذا حلفه المشترى ( حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته بطلت شفعته لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأنه حق ضعيف يبطل بالاعراض .

ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها . ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته ، وعلى هذا عامة المشايخ ،

---

( ولقوله ﷺ الشفعة لمن واثبها ) هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح رضي الله عنه ، وكذا ذكره القاسم بن ثابت السرقسطي في كتاب غريب الحديث في باب كلام البائعين . ولو ذكر عوض هذا ما رواه ابن ماجة عن محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال الشفعة كحل العقال . لكان أحسن وأصوب ورواه البزار في مسنده ومن طريق البزار رواه ابن حزم في المحلى وزاد فيه ومن مثل بعبده فهو حر وهو مولى الله ورسوله والناس على شروطهم ما وافق الحق .

ورواه ابن عدي بلفظ ابن ماجة وضعف محمد بن الحارث عن البخاري والنسائي وابن معين . وقال ابن القطان واعلم أن محمداً بن الحارث هذا ضعيف جداً وهو أسوأ حالاً من ابن البيلماني وأبيه قال فيه الفلاس متروك الحديث . وقال ابن معين ليس بشيء ولم أر فيه أحسن من قول البزار فيه رجل مشهور ليس به بأس ، وإنما أعله بمحمد بن عبد الرحمن ابن البيلماني (١) . قوله لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهو من الوثوب على الاستعارة ، لأن من وثب يسرع في طي الأرض بمشيه .

( ولو أخبر بكتاب ) أى ولو أخبر الشفيع بكتاب أن الدار التي لك فيها شفعة قد بيعت ( والشفعة في أوله أو وسطه ) أى وذكر الشفعة في أول الكتاب أو فى وسطه ( فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته ) لأنه دليل الاعراض ( وعلى هذا عامة المشايخ ) أي على أن طلب الشفعة على الفور عامة المشايخ وقال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضى وهو ترك الشفعة . قال القدوري وهذا يدل

---

(١) إنما تكرر وروده في الأصل باسم السلماني والتلمساني ، وتصحيحه من كتاب نصب الراية – اهـ مصححه .

وهو رواية عن محمد « رح » ، وعنه أن له مجلس العلم ، والروايتان في النوادر ، وبالثانية أخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التمليك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة .

---

على أنه للفور .ثم قال الكرخي وقال هاشم عن محمد في نوادره إذا بلغه فسكت ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته .

قال القدوري وهذا بقيد المجلس . وقال ابن أبي ليلى إن ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته . وقال الشعبي إن تركها يوماً بطلت . وقال شريك لا يبطل أبداً حتى يبطلها بقوله . وفي شرح الأقطع وللشافعي أربعة أقوال أحدها أنها على الفور والآخر ثلاثة أيام والآخر على التأبيد ، إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع بالأخذ والإسقاط . والرابع أنها على التأبيد ، وليس للمشتري مطالبة الشفيع بشيء .

وفي مغني الحنابلة لو علم البيع فسكت لا يبطل شفعته حتى يعلم المشتري ثم يترك هذا الطلب تبطل شفعته عندنا والشافعي في الجديد وأحمد على المنقوص عنه وابن شبرمة والأوزاعي . وعن أحمد في رواية الشفعة على التراضي فلم تسقط ما لم يؤخذ منه دليل على الرضاء بالسقوط من عفو ومطالبة بقسمه ، وهو قول مالك والشافعي في قول ، وابن أبي ليلى والثوري ،إلا أن مالكاً قال ينقطع بمضي سنة وعنه بمضي مدة يعلم أنه تارك لها ،وعنه بمضي أربعة أشهر . ولو أحدث فيه عمارة من غراس وبناء فله قيمته وقدر أى ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي .

( وهو رواية عن محمد ) أي قول عامة المشايخ بأنه على الفور رواية عن محمد « رح »، وفي المحيط وهي رواية مشهورة صحيحة وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد في المنصوص ( وعنه أن له مجلس العلم ) أي وعن محمد «رح» أن للشفيع مجلس العلم إن طلبه في ذلك المجلس فله الشفعة وإن لم يطلب ( والروايتان في النوادر ) أي الروايتان المذكورتان عن محمد مذكورتان في نوادر محمد .

( وبالثانية أخذ الكرخي ) أي بالرواية الثانية أخذ الشيخ أبو الحسن الكرخي (لأنه لما ثبت له خيار التمليك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ) قال الكرخي في مختصره

ولو قال بعدما بلغه البيع الحمــــد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله . وقال سبحان الله لا تبطل شفعته ، لان الاول حمد على الخلاص من جواره ، والثاني تعجب منه لقصد اضراره . والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض ، وكذا إذا قال من ابتاعهـــا وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ، والمراد بقوله في الكتاب

---

بعدما ذكر فيه روايات الأصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافاً في رواية ولا معنى ، لأن هذه العبارات إنما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخياً عن الحال تراخياً يـدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها، وهو عندي على مثال ما قالوا في الخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك بيدك ، وكخيار المشتري إذا أوجب له البائع البيــع قال قد بعتك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الرد والقبول في المجلس ما لم يظهر منه مـا يستدل به على الإعراض عن الجواب والترك له .

( ولو قال بعدما بلغه البيـع الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله لا تبطل شفعته لأن الأول حمد على الخلاص من جواره . والثاني تعجب منه لقصد إضراره . والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الإعراض ) ذكر هذا تفريعـــاً على مسألة القدوري . قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمداً عن رجـل قيل له إن فلاناً باع داره وهو شفيعها وهي صاحبه فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتهـا أو لقي صاحبها الذي يدعي الشفعة قبله قيدا بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين أخبر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد في هذا كله على شفعته . وقال في النوادر سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع إذا سلم على المشتري قال تبطل شفعته .

( وكذا إذا قال ) أي الشفيـع ( من ابتاعها ) أي من اشترى الدار (وبكم بيعت لأنه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض ) فكان التعرف عن هذا تحقيقاً للطلب لا إعراضاً ، لأن كل ذلك من أسباب الشفعة فلا يسقطها ( والمراد بقوله في

أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد . والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي . ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منـــه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو طلبها أو أنا طالبها ، لان الاعتبار للمعنى .

---

الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبـــة ) أي في مختصر القدوري (والاشهادفيه ليس بلازم إنما هو لنفي التجاحد ) أى في طلب المواثبة لأنه ليس لاثبـات الحق ، وإنما هو ليعلم أنه غير معرض عنها حتى يمكنه الحلف حين طلب المشتري حلفـه أنه طلبها كما سمع .

فإن قلت هذا تناقض قوله يجب عليه أن يشهد . قلت لا لأن المراد من الأول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وإنه واجب على تقدير أن يطلب الشفعـة حتى لو لم يطلب لا يجب طلب المواثبة . وفي الذخيرة وإنما ذكر أصحابنا الاشهاد عند الطلب لا لأنه شرط بعد هذا الطلب بل لاعتبار ثمرته على المشتري عند إنكاره الطلب كما قالوا إذا وهب الأب لابنه الصغير وأشهد على ذلك فيما ذكروا الاشهاد لصحة الهبة ، بل لاثباتهـــا عند إنكار الأب ، وكما ذكروا الاشهاد في الحـــائط المائل على طريق الاحتياط لا لأنه شرط صحة التفريع .

( والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ) أى بتقييد القدورى بقوله أشهد في مجلسه ذلك إشارة إلى مـــا اختاره الكرخي من روايتي محمد وهي أن له مجلس العلم ( ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبهـــا أو أنا طالبها ، لأن الاعتبار للمعنى ) أن في العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال لا الخـبر عن أمر ماض أو مستقبل ، حتى قال الفضلى إذا سمع الرستا في بيـع أرض يجنب أرض وقال شفعته كان ذلك منهم طلباً ، كذا في الذخيرة . وفي المغني قيل لو قال طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته ، لأن كلامه وقع كذباً في الابتداء فصار كالسكوت . والصحيح أنه طلب ولا يبطل به الشفعة لأنها كالانشاء عرفاً كما في بعت واشتريت .

## وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة « رح » .

وفي المحيط ولو قال طلبت الشفعة وأطلبها بطلت شفعته ، وكذا لو قال الشفعة لي أطلبها فبطل .ولو قال للمشترى أنا شفيعك وآخذ الدار منك شفعة تبطل شفعته ولو كان المشتري واقفاً مع ابنه فسلم قبل الطلب إن سلم على الأب تبطل ، وإن سلم على الابن لا . ولو قال للمشتري بالفارسية شفعته خواهم بطلت . ولو قال للمشتري بارك الله في صفقتك أو ادعى له بالمفقود بعد السلام عليه قبل الطلب تبطل شفعته . وقال الشافعي لا تبطل .

وفي فتاوى قاضي خان لو أدركت الصغيرة وثبت لها خيار البلوغ والشفعة ، فلو قدمت أحدهما بطل الآخر فالحيلة أن يقول طلبت حقي في الشفعة والخيار في العيون قال هشام سألت محمداً عن رجل حين طلب الشفعة أنا أطلبهاولم يقل قد طلبتها قال هو على شفعته . وقال الناطفي «رح» في الأجناس قال في الهاروني إذا قال الشفيع أشهدكم على شفعتي كان ذلك منه طلباً وله الشفعة . وفي نوادر أبو يوسف قال علي بن الجعد لو قال الشفيع لي فيها شفعة وأنا أطلبها كان طلباً صحيحاً وله الشفعة . ولو قال لي فيما اشتريت شفعة لا يكون طلباً وبطلت شفعته لأنه أخبر بما له من الحق ولم يبطله . وقال محمد في نوادر هشام قول الشفيع قد ادعيت شفعتها طلب صحيح .

وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولفظ الطلب روي عن محمد بن مقاتل الرازي أن الشفيع يقول طلبت الشفعة فحسب . وروي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني انه يقول لا يراعي ألفاظ الطلب فإذا طلبها بأي لفظ كان بعد أن يعرف أنه قد طلبها فقد كفى ، لأن محمداً لم يشترط في كتابه مراعاة اللفظ .

( وإذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبي حنيفة ) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية والمسطور كالعدل عند أبي حنيفة وزفر وأحمد «رح» في رواية ، وهذا تفسير العلم الذي ذكر في أول الباب بقوله وإذا علم الشفيع بالبيع أي إذا علم بأن أخبره رجلان أو رجل وامرأتان .

وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً صبياً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً . وأصل الإختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم ، وهـذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت عنده لانـه ليس فيه إلزام حكم . وبخلاف ما إذا أخبره المشتري لانه خصم فيه ، والعدالة غير معتبرة في الخصوم ، والثاني

---

( وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً ، صبياً كان أو امرأة إذا كان الخبر حقاً ) أو به قال الشافعي «رح» في قول وأحمد «رح» في رواية ، وبهـذا الخلاف فيها إذا لم يصدق الشفيع المخبر ، أمـا لو صدقه فسكت تبطل شفعته مخبر كل مخبر مميز .

( وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله ) أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي ( وأخواته فيما تقدم ) أراد بها المولى إذا أخبر بجناية عبد فأعتقه والبكر إذا سكتت بعدما أخبرت بإنكاح الولي والذى أسلم ولم يهـاجر إلينا فأخبر بالشرائع ففي كل ذلك يشترط في المخبر العـدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

( وهذا بخلاف المخيرة إذا أخبرت ) بأن زوجها خيرها تصير مخيرة ( عنده ) أي عند أبي حنيفة وإن كان المخبر فرداً مميزاً (لأنه ليس فيه إلزام حكم) أي في إخبار المخيرة بل هو آنفاً ما كان على ما كان ، لأن النكاح لازم قبل هـذا ، وفي حق الشفيع يلزمه ضرر سواء بالجوار ، حتى لو اختارت نفسها في مجلس الخيرة باخبار مخبر مميز يقع الطلاق وإلا فلا ، ولا يشترط في المخبر أحد شطري الشهادة لما ذكره .

( وبخلاف ما إذا أخبره المشتري ) يعني أن المخبر بالشفعة إذا كان هو المشتري وقال اشتريت دار فلان لا يشترط فيه العدد أو العدالة ، حتى إذا سكت الشفيع عند الإخبار ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته ( لأنه خصم فيه ) أي لأن المشتري خصم للشفيع في حق الشفعة (والعدالة غير معتبرة في الخصوم) لعدم فائدة اشتراطها ( والثاني

طلب التقرير والإشهاد لانه محتاج إليه لإثباته عند القاضي على ما ذكرنا ، ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة ، لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري أو على المبتاع أو عند العقار ، فإذا فعل ذلك استقرت شفعته

---

طلب التقرير والإشهاد ، لانه محتاج إليه لإثباته عند القاضي كما ذكرنا ) وهو قوله إنما هو نفي لتجاهه ( ولا يمكنه الإشهاد ظاهراً على طلب المواثبة ، لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير ) أي طلب المواثبة لانه ينكر على المشتري طلب الشفيع ، حتى لو سمع الشفيع عند حضرة أحد من البائع والمشتري أو عند الدار ووجد عنده طلب المواثبة وأشهد على ذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ، كذا في الفتاوى الظهيرية .

( وبيانه ) أي بيان هذا الطلب ( ما قال في الكتاب ) أي ما قال القدوري في مختصره بقوله ( ثم ينهض منه يعني من المجلس ) يعني يقوم الشفيع مسرعاً من المجلس ( ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده ، معناه لم يسلم إلى المشتري ) يعني معنى قوله البيع في يده انه لم يسلمه إلى المشتري ، أما إذا لم يكن في يده ذكر القدوري والناطفي لا يصح الطلب منه لانه لم يبق له يد ولا ملك ، فصار كالأجنبي . وذكر الإمام أحمد الطواويسي والشيخ الإمام خواهر زاده يصح استحساناً ، لان الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري ( أو على المبتاع ) أي أو على المشتري سواء كانت الدار في يده أولا ، لان الملك له ويأخذ الشفعة منه ( أو عند العقار ) أي أو يشهد عند العقار لتعلق الحق به ( فاذا فعل ذلك استقرت شفعته ) هذا الطلب مقدر بالتمكن ، حتى لو لم يطلب بعد التمكن بطلت شفعته دفعاً للضرر عن المشتري ، لانه ربما يتصرف فيها على تقدير أنه لا يطلب الشفعة ثم يطلب بعد زمان فينقض تصرفاته في الدار فيتضرر .

وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه ، لان للأول اليـــد والثاني الملك ، وكذا يصح الاشهاد عند المبيع ، لان الحق متعلق به ، فإن

---

ثم إذا تأخر بعد زمان علم في الليل فأخره إلى الصبح وأقيمت الصلاة ويخاف فوت الصلاة فأخره لا يسقط شفعته وبه قال الشافعي وأحمد .

وفي المحيط لو صلى بعد الظهر ركعتين لا تبطل شفعته ، ولو صلى أكثر تبطل . ولو صلى أربعاً بعد الجمعة لا تبطل . ولو صلى أكثر من أربع تبطل . وكذا لو سمع في الأربع قبل الظهر فأتمها أربعاً لا تبطل . وفي مبسوط شيخ الإســـلام الشفيع إنما يحتـــاج إلى طلب الإشهاد بعد طلب المواثبة أن لا يمكنه الإشهاد عند طلب المواثبة بأن سمع الشراء حال غيبة المشتري والبائع والدار ، أما إذا سمع الشراء عند حضرة أحد هؤلاء وطلب المواثبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين ، فلو ترك الأقرب من الثلاثة وقصد الأبعد ، فإن كانوا جملة في مصر واحـــد فالقياس ان تبطل شفعته . وفي الإستحسان لا تبطل ، لأن نواحي المصر كناحية واحدة حكماً ، أما لو كان أحد الثلاثة في مصر والآخر في مصر آخر وفي رستاق فقصد الأبعد وترك الأقرب بطلت شفعته استحساناً وقياساً لأنهما لم يجعلا كمكان واحد حكماً .

وفي شرح الكافي وقالوا هذا إذا كانوا على طريق واحد فأما إذا كانت الطرق مختلفة في الذهاب إليهم لا يبطل حقه بالذهاب إلى الأبعد لأنه ربما يكون به عــذر لا يكون ذلك في طريق آخر . وقال في الأجناس قال في نوادر ابن رستم عن محمد إن كان البائع والمشتري بخراســـان والدار بالعراق أن للشفيع أن يخاصم المشتري إذا كان بخراســـان ولا تبطل شفعته ، وإن كان الشفيع بالعراق عند الدار أشهد عند الدار على طلب الشفعة وليس عليه أن يأتي خراسان فيخاصم هناك . ولو خرج إلى خراســان وطلب هناك ولم يطلب عند الدار بطلت شفعته .

( وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه ) أي الإشهاد على البائع أو المشتري ، لأن كلا منهما خصم للشفيع ( لأن للأول اليد ) أي البـــائع له اليد ( والثـــاني الملك ) أي المشتري له الملك ( وكذا يصح الإشهاد عند المبيع ، لأن الحق متعلق به ، فإن ســـلم

سلم البائع والمبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك. وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده ، لان المطالبة لا تصح إلا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك ، وسنذكر كيفية من بعد إن شـاء الله تعالى. قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو

---

البائع المبيع لم يصح الإشهاد عليه لخروجه من أن يكون خصماً ، إذ لا يد له ولا ملك ، فصار كالأجنبي ) وقد ذكرنا عن قريب ما نقل عن خواهر زاده من صحة الإشهاد على البائع بعد تسليمه المبيع إلى المشتري .

( وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعـــة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك . وعن أبي يوسف أنه يشترط تسميته المبيع وتحديده ، لأن المطالبة لا تصح إلا في المعلوم ) قال الكرخي في مختصره قال بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف قال فإن كان الشفيع غائباً فإذا علم فله من الاجل بقـدر المسافة إما أن يقدم وإما أن يبعث وكيلاً في طلبها وذلك بعد أن يشهد حيث علم أنه على شفعته ويسمي الدار والارض والموضع ويحدد حتى يستوثق لنفسه ( والثالث ) أي النـــوع الثالث من أنواع الطلب ( طلب الخصـومة والتمليك ) وسماه في الكافي طلب الاستحقاق وهو أن يرفع المشتري الأمر إلى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة ( وسنذكر كيفية طلب الخصومة من بعد إن شاء الله تعالى )أى عند قوله وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة إلى آخره .

( قال ولا تسقط الشفعة بتأخير هـــذا الطلب عند أبي حنيفة « رح » ) أى قال القدوري لا تسقط الشفعة بتأخير طلب الخصومة والتمليك عنـــد أبي حنيفة ( وهو

رواية عن أبي يوسف . وقال محمد إن تركها شهراً بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر « رح » ، معناه إذا تركها من غير عذر . وعن أبي يوسف انه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته ، لانه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه

---

رواية عن أبي يوسف « رح » ) هذا قول المصنف « رح » ولم يذكر القدوري أي قول أبي حنيفة رحمه الله رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، وبه قال الشافعي وأحمد وقول محمد رواية عن أبي يوسف أيضاً .

( وقال محمد إن تركها شهراً بعد الإشهاد بطلت ) أي الشفعة ( وهو قول زفر ) أي قول محمد هو قول زفر « رح » أيضاً ( معناه إذا تركها من غير عذر ) أي معنى قول ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب إذا تركها من غير عذر . وفي الذخيرة والمغني لو ترك المرافعة إلى القاضي بعد الطلبين بعذر مرض أو حبس أو عدم قدرته على التوكيل بالطلب لم تبطل شفعته بالإجماع . أما لو ترك المرافعة بغير عذر لا تبطل عند أبي حنيفة ، وبه قالت الثلاثة ، وهو رواية عن أبي يوسف . وعند محمد وأبي يوسف في رواية إذا طالت المدة تبطل وهو قول زفر .

واختلفت الرواية عنهما في طول المدة عنه ففي رواية مقدر بثلاثة أيام . وفي رواية أخرى مقدر بشهر وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وذكر فيها أيضاً لو ترك المرافعة خوفاً ان القاضي يبطل شفعته بأنه لا يرى الشفعة على الجوار فهو على شفعته .وقال الكرخي قال هشام سألت محمداً على قول أبي حنيفة فيمن طلب الشفعة عند غير القاضي ثم سكت قال هو على شفعته أبداً ما لم يقل باللسان قد تركتها ، وكذلك قول أبي يوسف ، وقال محمد فأما في قولي فإن سكت بعد الطلب شهراً بطلت شفعته .

( وعن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لأنه إذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختياراً دل ذلك على اعراضه وتسليمه )

اختياراً دل ذلك على إعراضه وتسليمه . وجه قول محمد « رح » انه لو لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبداً يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر ، لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان . ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائباً ولا فرق في حق المشتري بين الحضر

---

لم يقدر أبو يوسف التأخير بمقدار على هذه الرواية بل جعله على ما يراه القاضي ، لأن ذلك يختلف باختلاف الأحوال .

( وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتأخير الخصومه منه أبداً يتضرر به المشتري ، لأنه لا يمكنه التصرف حذار نقضه ) أي حذار من نقض البناء والغرس ( من جهة الشفيع فقدرناه بشهر ، لأنه آجل وما دونه ) أي ما دون الشهر ( عاجل على ما مر في الأيمان ) أي في مسألة ليقضين حقه عاجلا فقضاه فيما دون الشهرين في يمينه .

( ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ) وهذا مخالف لما قال قاضي خان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة مع أن الفتوى على قول محمد رحمه الله ، ولكن الذي أخذ به المصنف هو الذي أخذ به الطحاوي في مختصره والكرخي أخذ برواية الشهر ، إلا أن يكون القاضي عليلاً أو غائباً ( ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط إلا بإسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق ) فإنه إذا كان له حق ثابت عنده أخذ الجهة من الجهات ، فإنه لا يسقط عنه إلا بالأداء وبإسقاط صاحبه بالتصريح ، فكذا هذا .

( وما ذكر من الضرر ) جواب عن قول محمد ، أي ما ذكر محمد من ضرر المشتري ( يشكل بما إذا كان ) أي الشفيع ( غائباً ولا فرق في حق المشتري بين الحضر

والسفر . ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعتـــه بالتأخير بالاتفاق لانـــه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً . قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشـــراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فإن اعترف بملكه الذي

---

والسفر ) أي لا فرق في لزوم الضـــرر على المشتري بين أن يكون الشفيع حاضراً أو غائباً لم يعتبر ضـــرره في الشفيع الغائب حيث لم تبطل شفعته بتأخير هذا الطلب بالإتفـــاق ، فيجب أن لا تبطل فيما إذا كان الشفيع حاضراً . وفي الذخيرة لو كان الشفيع غائباً ينبغي أن يطلب طلب المواثبة ثم له في الأجل على قدر المسير إلى المشتري أو البـائع والدار المبيعة لطلب الإشهاد ولو قـــدم المصر وتغيب المشتري وطلب الإشهاد على البائع أو عند الدار ثم ترك طلب التملك لا تبطل شفعته وإن كان ذلك بلا خلاف ، لأن ذلك ترك بعذر إذ لا يمكنه اتباع المشتري لأجل الخصومة ، لأنه كلما قدم مصراً فيه المشتري ليأخذه هرب المشتري إلى مصر آخر . ثم الشفعة تثبت للغائب عند جمهور العلماء إلا عند النخعي والعكلي والبيتي حيث قالوا لا شفعة للغائب ، لأن في اثباتها ضرراً بالمشتري ، وللجمهور عموم الأحاديث .

( ولو علم أنه لم يكـــن في البلدة قاض لا تبطل شفعتــه بالتأخير بالإتفاق ، لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذراً ) أراد بالإتفاق أصحابنا . وقال أحمد والشافعي تبطل ، لأن الأخذ بالشفعة لا يفتقر إلى حـكم الحاكم عندهما ، لأنه حق ثبت بالإجماع والنص ، فلا يفتقر إلى الحكم كالرد بالعيب . قلنا هو نقل الملك عن مالكه إلى غيره قهراً ، فيحتاج إلى الحكم كالرد بالعيب .

( قال وإذا تقدم الشفيع إلى القاضي ) أي قال القدوري وهذا هو طلب الخصومة الذي وعـــده بقوله وسنذكر كيفيته من بعد ( فادعى الشراء ) أي ادعى ان فلاناً اشترى الدار ( وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه ) وهو المشتري ( فان اعترف بملكه الذي يشفع به ) أي فان أقر المشتري بملك الشفيع الذي يشفع به صار خصماً

يشفع به وإلا كلفه بإقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال ويسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار

---

فيسلمها ، وهذا هو جواب أن الشرطية ( وإلا ) أي وإن لم يعترف بأن أنكر ملك الشفيع بأن قال الملك الذي في يده ليس له وإنما هو ساكن فيه (كلفه ) أي كلف القاضي الشفيع ( بإقامة البينة ) على أن الدار التي هو فيها ملكه ليثبت كونه خصماً ، لأن الخصومة في الشفعة فرع على ثبوت السبب وهو الجاورة والشركة ، فاذا لم يثبت لم يصح إثبات ما هو فرع عليه . وقال زفر وهو أحد الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه إقامة البينة على الملك ، لأن اليد دليل على الملك ، ألا ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب بشهادة اليد فوجب أن يقضي بالشفعة لأجلها .

ودليلنا ما أشار إليه بقوله (لأن اليد ظاهر محتمل ) فيحتمل أنه يد ملك وغير ذلك ( فلا تكفي لإثبات الإستحقاق ) لان المحتمل لا يصلح أن يكون حجة للإلزام على الغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ذكره في الحلية ومغني الحنابلة وما ذكره في الكافي خلافاً للشافعي ليس بمعتمد مذهبه ، وظاهر اليد لا يثبت للإستحقاق على الغير ، ولهذا قالوا إذا زعم المقذوف أنه حر وقال القاذف هو عبد لم يجب الحد حتى يقيم المقذوف البينة على الحرية وذلك لان الظاهر الحرية إلا أنه لا يستحق بهذا الظاهر حقاً على الغير ، وكذلك المقطوعة يده إذا زعم أنه حر وطلب القصاص من القاطع فقال القاطع هو عبد لم يجب القصاص حتى يثبت الحرية لهذا المعنى . وكذلك قالوا في المشهود عليه إذا زعم أن الشاهد عبد لم يقض عليه بظاهر الحرية ، وكذلك إذا زعمت العاقلة أن القاتل عبد لم يقض عليه لم يتحملوا عنه الدية حتى يثبت أنه حر .

( قال ويسأل القاضي المدعي ) أي قال صاحب الهداية يسأل القاضي مدعي الشفعة ( قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار ) أي الدار المشفوعة بأن يقول الشفيع

وحدودها ، لأنه ادعى حقاً فيها فصار كما إذا ادعى رقبتها وإذا بين ذلك يسأل عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها ، فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف . وذكـــر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً

---

دار فلان في بلدة كذا في محلة كذا ( وحدودها ) الأربع ( لأنه ادعى حقاً فيها ) أي في الدار والدعوى لا يصح إلا في المعلوم ( فصار كما إذا ادعى رقبتها ) أي صار حكم هذا الحكم من يدعي رقبة الدار حيث لا يصح دعواه إلا إذا بينها بحدودها وأوصافها .

( وإذا بين ذلك ) أي في موضع الدار وحدودها ( يسأله عن سبب شفعتـــه ) أي يســـأل القاضي الشفيع بأي سبب يدعي الشفعـــة ( لاختلاف أسبابها ) أي لاختلاف أسباب الشفعة من الشركة والجوار فانها على المراتب كما تقـــدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محجوب بغيره أم لا ، وربما ظن ما ليس بسبب كالجار المقابل سبباً فانه سبب عند شريح إذا كان أقرب باباً فلا بد من البيان . ويقول له أيضـــاً متى أخبرت بالشراء كيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أم لا ،فان عند أبي يوسف ومحمد إذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت إلى دعواه وعليه الفتوى ، وهذا لا يلزم المصنف ، لأنه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم بعـد ذلك يسأله عن طلب الإشهاد ، فاذا قال طلبت حين علمت أو أخبرت من غير لبث يسأله عن طلب الإستقرار . فان قال طلبته من غير تأخير يسأله عن المطلوب بحضرته فقـد كان أقرب إليه من غيره . فان قال نعم فقد صحح دعواه ثم يقبـــل على المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة على ما ذكرنا .

( فان قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف ) ذكر هذا تفريعاً على ما تقـــدم وبياناً للخلاف الذي ذكر الحدود فانه إذا قال أنا شفيع الدار المشتركة بدار تلاصق الدار المشفوعة وبين حـــدود الدار المشفوعة وانها في بلدة كذا في محلة كذا يتم دعواه عند الخصاف ولا يشترط ذكر حدود دار عنده .

( وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها أيضاً ) فالشرط على ما ذكر

وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد . قال فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الذي ذكره مما يشفع به ، معناه بطلب الشفيع لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به لزمه ،

---

في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي بطلت الشفعة بها بأن يقول أنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، وبيان صدور الدار المشتراة المشفوعة ما ذكرنا . وقال الفقيه أبو الليث وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد حدودها كذا ، والثانية كذا ، والثالثة كذا ، والرابع كذا ، وأنا شفيعها بالجوار بالدار التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث كذا ، والرابع كذا ، طلبت أخذها بشفعتي فمدة تسليمها إلي بشفعتي هذه ( وقد [1] بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد ) فكلاهما اسم لكتاب واحد للمصنف في الفتاوى . وذكر فيه وقال ينبغي أن يقول وأنا أطلب الشفعة بدار اشتريتها من فلان التي أحد حدودها كذا ، والثاني كذا ، والثالث والرابع كذا ، لأن الدار إنما تصير معلومة بذكر الحدود وبين حدود الدار المشتراة أيضاً ، لأن الدعوى إنما تصح بعد إعلام المدعى به والإعلام بذكر الحدود .

( قال فان عجز عن البينة ) أي قال القدوري فان عجز الشفيع عن إقامة البينة وهو عطف على قوله كلفه إقامة البينة ( استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به ) هذا تحليف على العلم على ما نذكره . وفي الذخيرة هذا على قول أبي يوسف لأنه استحق الشفعة بمجرد اليه عنده ، أما عند محمد فيحلف على البتات لأنه يدعي عليه استحقاق الشفعة ، وصار كما لو أدعى الملك بسبب الشراء أو غيره ، وهناك يحلف على البتات ، فكذا هاهنا .

( معناه يطلب الشفيع ) أي معنى قول القدوري استحلف المشتري إذا طلب الشفيع ( لأنه ) أي لأن الشفيع ( ادعى عليه ) أي على المشتري ( معنى لو أقر به لزمه )

---

( ١ ) وقد بينا ذكر حكم الحدود والإختلاف في الكتاب المسمى بالتجنيس والمزيد — هامش .

ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم . فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع أم لا ، فإن أنكر الإبتياع قيل للشفيع اتم البينة ، لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة . قال فإن عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي مر ذكره ، فهذا على الحاصل ،

---

أي لو أقر به المشتري لزمه بإقرار ( ثم هو استحلاف على ما في يد غيره ) أي ثم هذا الإستحلاف على ما في يد غيره ( فيحلف على العلم ) والأصل فيه قوله ﷺ اليهود في القسامة فيحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يميناً بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً ، فكان ذلك أصلاً في أن اليمين إذا كانت على فعل المدعى عليه كانت على البتات ، وإذا كانت على فعل الغير كانت على العلم ( فان نكل ) أي المشتري عن اليمين ( أو قامت الشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه ) يعني على الشراء ( هل ابتاع أم لا ) أي هل اشترى الدار المشفوعة أم لم يشتر ( فان أنكر الابتياع قيل الشفيع أتم البينه ) على الشراء ( لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة ) وهي الاقرار أو البينة .

( قال فان عجز عنها ) أي قال القدوري فان عجز الشفيع عن إقامة البينة (استحلف المشترى بالله ما ابتاع ) أي استحلف القاضي المشترى بالله ما اشترى ( أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي مر ذكره) أي أو استحلف بالله ما استحق الشفيع عليه في هذه الدار شفعته . وفي بعض النسخ أو بالله ما استحق على هذه الدار شفعته ( فهذا على الحاصل ) أي فهذا الاستحلاف على الحاصل ، أعني استحلاف على حكم الشيء في الحال .

والأول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى ، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله . وإنما يحلفه على البتات لأنه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات. قال وتجوز المنازعـــة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيـع الثمن إلى مجلس القاضي ، فإذا قضى القاضي بالشفعة لـزمـــه إحضار الثمن ، وهذا ظاهر رواية الاصل .

---

والأصل في الاستحلاف هو الاستحلاف على الحاصل عندهما ، وعند أبي يوسف على السبب إلا إذا وجد التعريض من المدعى عليـــه فحينئذ يحلف على الحاصل . وفي شرح الأقطع فالذي ذكره في الكتاب إنما هو قول محمد . وقال أبو يوسف يحلف بالله ما ابتاع إلا أن يعوض فيقول قد يشتري الانسان بالشيء ثم يفسخ العقد فلا يمكن استحلافه كذلك فيحلفه بالله ما يستحق عليه شفعته .

(والأول على السبب) وهو قوله بالله ما ابتاع (وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى، وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله سبحانه وتعالى )أي في فصل كيفية اليمين والإستحلاف في الدعوى في قوله وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . أمـا على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يحلف في جميـع ذلك على السبب إلى آخره ( وإنما يحلفه على البتات لأنـه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة ، وفي مثله يحلف على البتات ) أي يحلف القاضي المشتري في إنكاره الابتياع فيقول بالله ما ابتعت ، أو يقول بالله ما يستحـــق الشفيـع على هذه الدار شفعة، بخلاف استحلاف المشترى على إنكاره ملك الشفيـع في الدار التي يسكنها الشفيـع فإنه يحلفه على العلم فيقول بالله ما أعلم أنه ما تملك لها .

( قال وتجوز المنازعة فى الشفعة وإنلم يحضر الشفيــع الثمن إلى مجلس القاضي ) أى قال القدورى وذلك لأن الثمن إنما يجب بعد انتقال الملك إلى الشفيـع ففى حالة المنازعـة للانتقال فلا يجب عليه إحضار الثمن ( فإذا قضى القاضى بالشفعة لزمـه إحضار الثمن ) لانتقال الملك إليه ( وهذا ظاهر رواية الأصل ) وبه قالت الثلاثة وابن شبرمـة إلا عند

وعن محمد أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ،

---

الشافعي وابن شبرمة ينظر ثلاثة أيام ، فان أحضر والا فسخ عليه ، وعند مالك وأحمد ينتظر يوماً أو يومين وإلا يفسخ عليه ، وإنما قال هذا ظاهر رواية الأصل ، ولم يقل هذا رواية الأصل لأنه لم يصرح فى الأصل هكذا ، ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضى يقضى بالشفعة من غير إحضار الثمن ، لأنه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته إن مات .

( وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة «رح» لأن الشفيع عساه يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضاره حتى لا يتوى مال المشترى ) أى حتى لا يهلك ، وقال رسول الله ﷺ لا توى على مال امرىء مسلم . قوله عساه أى عسى الشفيع يكون مفلساً . وأصل استعماله بأن نحوه عسى زيد أن يخرج ، وقد يشتبه يكاد فيترك أى نحو قول الشاعر :

على الكرب الذى أمسيت فيه يكون وراؤه فرج قريب

وما ذكره المصنف «رح» من هذا القبيل وإسم على هاهنا الضمير البارز .

( وجه الظاهر أنه لا ثمن له عليه ) أى الشأن لا ثمن للمشترى على الشفيع ( قبل القضاء ) فلا يتمكن المشترى من مطالبته ، فكيف يجب إحضاره . وفى شرح الطحاوى لاينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الثمن أما لو قضى ينفذ قضاؤه ووجب عليه الثمن فيحبس المشترى المبيع حتى يحضر الشفيع الثمن .

ولو قال الشفيع ليس عندى الثمن أحضره اليوم أو غداً أو ما أشبه ذلك فالقاضي لا يلتفت إلى ذلك ، ويبطل حقه فى الشفعة ، ثم قال والفرق بين البائع والمشتري وبين

ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره . وإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد « رح » أيضاً ، لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه، فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه

---

الشفيع والمشترى ، فان المشترى فى البيع لو ماطل لا يبطل الشراء ، وها هنا يبطل . والبائع أزال البيع عن ملكه قبل وصول الثمن إليه فقد ضر بنفسه عن اختياره فلا يزيل ملك نفسه عن اختياره فلا ينظر له بابطال ملك المشترى ، وإنما ينظر له باثبات ولاية حبس المبيع ، فان المشترى هاهنا فلا يزيل ملكه نفسه عن اختياره ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن إليه ،بل الشفيع يتملك عليه كرهاً دفعاً للضرر عن نفسه ،وإنما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة إذا ماطل في دفع الثمن .

( ولهذا ) أي ولعدم كون الثمن عليه قبل القضاء ( لا يشترط تسليمه ، فكذا لا يشترط إحضاره ) لأنه ليس بثابت عليه ( فإذا قضى له بالدار فللمشتري أن يحبسها حتى يستوفي الثمن ) أي فإذا قضى للشفيع بالدار . وفي بعض النسخ فإذا قضى بالدار للشفيع فللمشتري ( وينفذ القضاء عند محمد أيضاً لأنه فصل مجتهد فيه ) يعني أن عند محمد لا يقضي بالشفعة قبل إحضار الثمن ، ومع هذا لو قضى بها قبل الإحضار ويفيد القضاء عنده أيضاً لوقوعه في محل مجتهد فيه ، وإنما قال عند محمد أيضاً ، لأن الإشكال يجيء على مذهبه إذ لا يجوز القضاء عنده حتى يحضر الثمن كما ذكرنا .

( ووجب عليه الثمن ) أي على الشفيع ( فيحبس فيه ) أي في الثمن إذا أخره ( فلو أخر أداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته ) أي فلو أخر الشفيع الثمن بعدما قال القاضي له ادفع الثمن إليه ، أي إلى المشتري لا تبطل شفعته . وفي الكافي عند محمد ( لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي ) أي لأن الشفعة تأكدت بخصومة الشفيع عند القاضي .

لا تبطل شفعته لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضي . قال وإن أحضر الشفيـــع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة ، لأن اليـد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد[1] منـــه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه ، لأن الملك للمشتري واليـد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما

---

( قال وإذا أحضر الشفيع البائع والمبيـع في يده ) أي قال القدوري أي وإن أحضر الشفيـع البائع عند القاضي والحال أن الدار المشفوعة في يده ولم يسلمها إلى المشتري ( فـله أن يخاصمه في الشفعة ) أي فللشفيع أن يخاصم البائع في الشفعة ( لأن اليد له وهي يـد مستحقة ) أي معتبرة كيد الملاك ، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن . ولو هلك في يده هلك من ماله ، وإنما قال ذلك احترازاً عن يد المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه ( ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيـع بمشهد منه ) أي بحضور من المشتري والمشهد بفتح الميم مصدر اسمي بمعنى الشهود وهـو الحضور ( ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه ) أي على البائع وهي ضمان سبب الثمن عند الإستحقاق لأنه هو القابض للثمن ( لأن الملك للمشتري ) لأنه ثبت له بالبيـع فصار ملكه ، ألا ترى أنه يجوز له أن يتصرف فيه تصرف الملاك .

( واليد للبائع ) ألا ترى أن له أن يحبسه لاستيفاء الثمن ( والقاضي يقضي بهما ) أي بالملك واليد ( للشفيع فلا بد من حضورهما ) أي حضور البائع والمشترى ، إذ الشفيـع يريد استحقاق الملك واليد ، ولأن أخـــذه من يد البائع يوجب انفساخ البيع بين البائع والمشترى وذا لا يتم إلا بمحضر من المشترى فيشترط حضوره ، ثم الأخذ من يد البائع يجوز عندنا وعند الشافعي في وجه واحد وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية يجبر الحـاكم المشترى حتى يقبضه من يد البائع فيأخذ الشفيـع من يده والعهدة على المشترى بكل حال

---

(١) بمحضر – هامش .

بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع ، لأنـــه صار أجنبياً إذ لا يبقى له يد ولا ملك . وقوله فينفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي أن البيع في حق المشتري إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفســـخ عليه ، ثم وجه هذا الفسخ المذكور

---

عند الثلاثة . وعند زفر وابن أبي ليلى والبناء على البائع بكل حال ، وعندنا إن أخذ من يد البائع فالعهدة عليه ، وإن أخذه من يدي المشترى فالعهدة عليه .

وروى ابن سماعة وبشر بن الوليد عن أبي يوسف أن المشترى إن كان نقـد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى الشفيع بالشفعة بمحضر من البائع والمشتري ، فإن الشفيع يقبض الدار من البائع وينقد الثمن للمشترى وعهدته عليه ، وإن كان لم ينقد الثمن دفع الثمن إلى البائع وعهدته عليه .

( بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبياً إذا لم يبق (١) له يد ولا ملك ) أي البائع ، أما عدم اليد فظاهر ، لأن المبيع قبض، وأما عدم الملك فلأن المشترى ملكه بالعقد الصحيح مع القبض .

( وقوله ) أي قول القدورى (فينفسخ البيع بمشهد منه إشارة إلى علة أخرى ، وهي أن البيع في حق المشترى إذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليـــه ) يعني اشتراط الحضور معلول بعلتين ، إحداهما أنه يصير مقضياً عليه في حق الملك ، لأنـه قال قبل هذا ، لأن الملك للمشترى واليد للبائع فلا بد من حضوره. وثانيهما أنه يصير مقضياًعليه بحق الفسخ كما ذكر هاهنا ، فلا بد من حضوره ، إذ القضاء على الغائب لا يجوز .

( ثم وجه هذا الفسخ المذكور ) وهو الفسخ المذكور في قوله فيفسخ البيع بمشهد منه، ولما كان الفسخ للبيع يوهم العود على موضعه بالنقض في المسألة ، لأن نقض البيع إنمـا هو لأجل الشفعة ، وبعضه يفضي إلى انتفائها لكونها مبنية على البيع بين وجه النقض بقوله

---

(١) إذ لا يبقى – هامش .

أن ينفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ ، إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه ، لأن الشفعة بناء عليه ، ولكنه تتحول الصفقة إليه ويصير كأنه هو المشتري منه

---

ثم وجه هذا الفسخ المذكور ( أن ينفسخ في حق الإضافة ) يعني يصير البيع مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى الشفيع بعد أن كان مضافاً إلى المشتري (لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة) هذا تعليل لقوله أن يفسخ في حق الإضافة ، وإن قبض المشتري مع ثبوت حق الأخذ للشفيع ممتنع ، وإذا كان ممتنعاً فإن الغرض من الشراء هو الانتفاع بالبيع ، فيحتاج إلى الفسخ ، وهو معنى قوله ( وهو يوجب الفسخ ) أى امتناع قبض المشترى بسبب الأخذ بالشفعة يوجب الفسخ ، لأن الاسباب شرعت لاحكامها لانتفائها .

( إلا أنه يبقى أصل البيع ) هذا استثناء عن قوله ينفسخ في حق الإضافة والا بمعنى لكن ، يعني لكن الشأن يبقى أصل البيع بمعنى الفسخ في حق المشترى لا البائع ، ويبقى أصل البيع ، أعني الصادر من البائع وهو قوله بعت مجرداً من اضافته الى ضمير المشترى لتعذر انفساخه ، فإنه لو انفسخ عاد على موضعه بالنقض كما ذكرنا (لتعذر انفساخه )أى إنفساخ العقد في حقهما من كل وجه ، لانه يصير كأن البيع لم يكن أصلاً، لان الانفساخ من كل وجه عبارة عنه ، فحينئذ يبطل حق الشفعة ( لان الشفعة بناء عليه ) أى على البيع ( ولكنه تتحول الصفقة اليه ) أى ولكن الشأن يتحول العقد الى الشفيع ، وهذا وجه التحويل لبقاء العقد ، وهو بتحويل الصفقة اليه .

( ويصير كأنه هو المشترى منه ) أى يصير الشفيع كأنه المشترى من البائع ، وهذا لان الشفعة ثابتة في الشرع البتة ، وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول المقصود ، فكان فسخه من ضروراتها وهي تندفع بفسخه من جانب المشترى فلا يتعدى إلى غيره ، وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار . وقال بعضهم نقل الدار من المشترى إلى الشفيع بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحول لم يكن للشفيع بعقد جديد ، قالوا

فلهذا يرجع بالعهدة على البائع. بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه، لأنه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى. قال ومن اشترى داراً لغيره فهو الخصم للشفيع، لأنه هو العاقد، والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه. قال إلا أن يسلمها إلى الموكل،

---

لو كان بطريق لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشترى قد رآه لكن له ذلك كما سيأتي، ولما كان له أن يرد الدار إذا اطلع على عيب، والمشترى اشتراها على أن البائع بريء من كل عيب بها، لكن له ذلك.

والجواب أن العقد يقضي إلى سلامة المعقود عليه من العيب، وإنما تغير في حق المشترى بعارض لم يوجد في الشفيع وهو الرواية وقبول المشترى العيب فتحولت الصفقة إلى الشفيع موجبة السلامة نظراً إلى الأصل.

( فلهذا ) أي فلتحول الصفقة إليه ( يرجع بالعهدة على البائع ) لأنه لو باع كما كان، ولو كان بعقد جديد كانت على المشتري ( بخلاف ما إذا قبضه المشتري فأخذه ) أي الشفيع ( من يده حيث تكون العهدة عليه، لأنه تم ملكه بالقبض، وفي الوجه الأول ) وهو فيما إذا كان المبيع في يد البائع وأخذ الشفيع منه ( امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ ) أي فسخ البيع الذي كان بين المشترى وبينه ( وقد طولنا الكلام فيه ) أي في حكم المسألة المذكورة ( في كفاية المنتهى بتوفيق الله سبحانه وتعالى ) وقد بينا شيئاً من ذلك في اثناء الكلام.

( قال ومن اشترى داراً لغيره ) أي قال القدوري يعني اشترى لغيره بطريق الوكالة ( فهو الخصم للشفيع، لأنه هو العاقد ) فيتوجه عليه حقوق العقد ( والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه ) أي فتتوجه الخصومة على الوكيل ( قال إلا أن يسلمها إلى الموكل ) أي قال القدوري إلا أن يسلم الوكيل الدار الى الموكل فحينئذ يكون الموكل هو

لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل ، وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري ، فتصير الخصومة معه ، إلا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل

---

الخصم ( لأنه لم يبق له يد ولا ملك ) أي لان الشأن لم يبق للوكيل يد في الدار ولا ملك، فصار كالبائع إذا سلم إلى المشتري يخرج من الخصومة بالتسليم ، غير أن البائع لا يكون خصماً إذا كانت الدار في يده حتى يحضر المشتري والوكيل إذا قبض خصم وإن لم يحضر الموكل ، لأن المشترى لم يقم البائع مقام نفسه فلم يجز فسخ الملك عليه من غير حضوره ، وأما الموكل فقد أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بـه فجـاز أن يفسخ الملك بمخاصمته وإن لم يحضر الموكل .

( فيكون الخصم هو الموكل) يعني إذا سلم الوكيل الدار الى الموكل يكون هو الخصم. وفي شرح الطحاوى ومن اشترى داراً لرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة، فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل ، فان الشفيع أن يأخذ الدار منه فيكتسب عهدته عليه وينقد الثمن اليه بقول الوكيل الى الموكل ،وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل أخذها منه وينقد الثمن اياه ويكتب العهدة . وروى عن أبي يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لأنه انما اشتراها للموكل وهو ليس بخصم فيها ، ولكن يقال سلم الدار الى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه . وفي ظاهر الرواية ما ذكرنا أنه يأخذ من يد الوكيل اذا كان في يده لأن حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون في حقوق عقد كالمالك والشفعة من حقوق العقد .

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن الوكيل كالبائع من الموكل على مـا عرف ) في باب الوكالة ان بين الوكيل والموكل بيع حكماً ( فتسليمه اليه ) أي بتسليم الوكيل الى الموكل ( كتسليم البائع الى المشترى فتصير الخصومة معه ) أى مع الموكل ، يعني لو كان سلم الى المشترى كان هو الخصم ، فكذا الموكل ( الا أنه مع ذلك قائم مقام الموكل ) هـذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لو كان الوكيل والموكل كالبائع والمشترى كان ينبغي أن

فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم. وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده، لأنه عاقد. وكذا إذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا. قال وإذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية. وإن وجد بها عيباً فله أن يردها وإن كان المشتري شرط البراءة منه، لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء،

---

يشترط حضورهما جميعاً في الخصومة في الشفعة اذا كان الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشترى كما يقدم، وتقرير الجواب أن يقال إن الوكيل قائم مقام الموكل لكونه نائباً عنه (فيكتفي بحضوره في الخصومة قبل التسليم) والبائع هناك ليس بنائب عن المشترى، فلا يكتفي بحضوره.

(وكذلك اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع أن يأخذهامنه اذا كانت في يده، لأنه عاقد، وكذا اذا كان البائع وصياً لميت فيما يجوز بيعه) ويكون الخصم للشفيع هو الوصي اذا كان الورثة صغاراً، وقيد بقوله فيما يجوز بيعه احترازاً عمالا يتغابن الناس بمثله فان بيعه به لا يجوز، وكذا لو كانت الورثة كلهم كباراً لا يجوز بيع الوصي اذا لم يكن على الميت دين، فكان قوله يجوز بيعه احترازاً من هذين البيعين، وعند الثلاثة في المسألة الوكيل يأخذ من يد الموكل، لأن حقوق العقد ترجع اليه عندهم. وفي مسألة وكيل الغائب للشافعي وجهان، أحدهما مثل قولنا وهو قول احمد (لما ذكرنا) في الوكالة.

(قال واذا قضى للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية) أى قال القدورى قوله ولم يكن أى والحال أنه قال لم يكن رآها قبل ذلك (وان وجد بها عيباً فله أن يردها) أى وان وجد الشفيع بالدار عيباً فله أن يردها، لأن الشفيع مع المشترى بمنزلة المشترى أن البائع ثم المشترى له أن يرد بخيار الرؤية والعيب، فكذلك للشفيع أن يرد بالخيارين على الذى أخذ منه.

(وان كان المشترى شرط البراءة منه) أى من العيب (لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة

ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار إن كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه .

---

الشراء . ألا يرى أنه ) أى الأخذ بالشفعة ( مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيـــار ) أى خيار الرؤية وخيار الشرط ( ان كما في الشراء ) أى كما يثبت الخيـار أن في الشراء ( ولا يسقط ) أى خيار العيب ( بشرط البراءة من المشترى ولا برؤيته ) أى ولا تسقـط أيضاً خيار الرؤية من الشفيع برؤية المشترى ( لانــه ليس بنائب عنه ) أى لأن المشترى ليس بنائب عن الشفيع ( فلا يملك اسقاطه ) أى فلا يملك المشترى اسقاط خيار الشفيـــع بالعيب والرؤية .

قال الإمام العتابي في شرح الجامع الكبير الأخذ بالشفعة شراء من وجـه من حيث يملك بثمن معلوم حيث يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوفي فيه القضاء والرضاء وعدم الرضاء ، ولو بطل يبطل لا الى خلف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامناً له سلامة البناء ونحوه ، مثاله اذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب ، سواء كان ذلك للمشترى أو لم يكن ، فلو بنى فيها بناء أو غرس غرساً ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه ، لانه لم يضمن له سلامة البناء لانه أخذه على كـره منه ان أخذه بقضاء . وكذا اذا أخذه بغير قضاء لانه يستوفي غير حقه لانه انما يأخـــذ على حق متقدم على البيع لكونه مقدماً على الدخيل فيستوفي فيه القضاء غـــير القضاء كالرجوع في الهبة لما كان الراجع أخذ بين حقـــه بحق متقدم على الهبة يستوي فيه القضاء والرضاء .

* * *

## فصل في الاختلاف

قال وإن اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لايدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ها هنا فلا يتحالفان .

---

### ( فصل في الاختلاف )

ذكر حكم الاختلاف عقيب اتفاق الشفيع والمشتري هو الوجه ، لان الاصل عدم الاختلاف .

(قال وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) أي قال القدوري بأن قال المشترى اشتريت بألفين ، وقال الشفيع اشتريت بألف فالقول قول المشترى مع يمينه ، وبه قالت الثلاثة ، الا أن أشهب المالكي قال ان أبى المشتري بما يشبهه فالقول له بلا يمين والا مع اليمين ، وقيد في المبسوط والكافي والدار مقبوضة ( لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ) أى المشتري ( ينكر ، والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان ، لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشترى لا يدعي عليه شيئاً لتخيره بين الترك والاخذ ) أى لتخير الشفيع اذ المدعي هو الذى لو ترك ترك ، والمختص بهذه الصفة هو الشفيع لا المشترى ( ولا نص هنا ) يعنى لم يرد نص بالتحالف في اختلاف الشفيع والمشتري ، وإنما النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الإنكار في الطرفين هناك ، فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الإنكار هاهنا في طرف الشفيع ، لأن المشتري لا يدعي عليه شيئا فلم يكن في معني ما ورد به النص ( فلا يتحالفان ) أي إذا كان كذلك فلا يتحالفان .

فإن قلت ينبغي أن يجري التحالف ، لأن المشتري من الشفيع ينزل منزلة البائع من

قال ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد « رح » وقال أبو يوسف « رح » البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتاً فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو . ولهما انـــه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان فللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء

---

المشتري والبيع في يد البائع ، لأن الدار في يد المشتري ، ولو وقع هذا الاختلاف بـــين البائع والمشتري لكان يجري التحالف بين البائع والمشتري. قلت وجد الدعوى والإنكار ثمة ، بخلاف القياس ، وهذا ليس في معناه من كل وجه ، لأن ركن البيع وإن وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضى أن يوجد فلا يلتحق به .

(قال ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله) أي قال القدوري وبه قال الشريف الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد تعرضت البينتان وتساقطـــا ، والقول للمشتري مع يمينه ، ويحتمل أن يفرغ بينهما لأنهما يتنازعان في العقد ولاية لهما عليه ، فصار كالمتنازعين عيناً في يد غيرهما .

( وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري ، لأنها أكثر اثباتا ، فصار كبينة البائـــع ) إذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقام البينة فإنها للبائع ( والوكيل ) أي وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن فإنها كالوكيل ( والمشتري من العـــدو ) أي وكبينة المشتري من العبد مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأمور فإنهـــا للمشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أنه لا تنافي بينهما ) أي أن الشأن لا منافاة بين بينة الشفيع وبينة المشتري في حق الشفيع بجواز تحقق المبين مرة بألف ومرة بألفـــين على ما شهد عليـــه البينتان ( فيجعل كأن الموجود بيعان فللشفيـــع أن يأخذ بأيهما شاء ) أي بأى البيعين شاء . غاية ما في الباب أن الثاني يتضمن فسخ الأول ، إلا أن الأول لم يظهر في حق الشفيـــع ، لأن حقه قد تأكد والحق للمالك لا يسقط إلا بإسقاط من له الحـــق ، فيبقى البيـــع الأول في حق الشفيـــع .

وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول . وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع، والموكل كالمشترى منه ، كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد « رح » وأما المشتري من العدو ، وقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم . قلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني

---

( وهذا بخلاف البائع مع المشتري ، لأنه لا يتوالى ) أى لا يجري ( بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول ) لأن الجمع بينهما غير ممكن فيصار إلى أكثرهما اثباتـا ، لأن المصير إلى الترجيح عند تعذر التوفيق ( وهاهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع ) فيجمع بين البينتين ولا يصار إلى الترجيح كما لو اختلف العبد مع المولى فقال العبد قلت إن أديت إلي ألفا فأنت حر . وقال المولى إن أديت إلي ألفين ومن هنا فيجمع بينهما ، إذ لا منافاة بينهما فيجعلا كأن الكلامين صدرا من المولى فيعتق العبد بأيها شاء (وهو التخريج لبينة الوكيل) أراد أن المذكور هو التخريج لبينة الوكيل ، ومقصوده أن ما ذكره أبو يوسف في بينة البائع مع المشترى هو الجواب بعينه عما ذكره في بينة الوكيل مع الموكل ( لأنه كالبائع والموكل كالمشترى منه ) أى من الوكيل فلا يمكن توالي العقد بينهما إلا بانفساخ الأول فيتعذر التوفيق .

( كيف وانها ممنوعة ) أى كيف تكون البينة الوكيل مع بينة الموكل إذا اختلفا في الثمن والحال انها ممنوعة ( على ما روى عن محمد «رح» . وأما المشترى من العدو وقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم ) قال ابن سماعة روى عنه أن البينة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما كان بينهما من الوجه حيث صنف السير (قلنا أن نمنع) أى فحينئذ لنا أن نمنع ما ذكره أبو يوسف من كون البينة المشترى عند الاختلاف مع المولى في ثمن العبد المأمور ( وبعد التسليم ) يعني وإن سلمنا أن البينة المشترى مثل ما قال ( نقول لا يصح الثاني ) أى البيع الثاني بين المشترى وبين المالك

هنالك إلا بفسخ الأول . أما ها هنا بخلافه . ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غـــير ملزمة ، والبينات للإلزام . قال وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قاله البائع ، وكان ذلك حطاً عن المشتري ، وهذا لأن الامر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة بـــه ، وإن كان

---

القديم ( هنالك ) أى في مسألة العبـــد المأمور ( إلا بفسخ الأول ) أى البيـــع الأول لتعذر التوفيق .

( أما هنا ) أى في مسألة اختلاف الشفيـــع والمشتري ( بخلافه ) أى بخلاف حـــكم مسألة العبد المأمور لأن العقدين قائمان في حـــق الشفيـــع فله أن يأخذ بأيهما شاء ، وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسألة حكاها محمد وأخذ بها ، والطريقة الثانية حكاها أبو يوسف ولم يأخذ بها وهي قوله ( ولأن بينة الشفيـــع ملزمة) لأنها لا تلزمه على المشترى تسليم الدار بما قال شاء أو لا ( وبينة المشترى غير ملزمة) لأنه لا يلزم على الشفيـــع شيئاً لكونه مخيراً ، وبه حصل الفرق بين بينة البائع والمشترى ، لأن كل واحد من البينتين ملزمة ، فرجحنا بالزيادة ، وكذلك بينة الوكيل مع بينة الموكل وفي مسألة الشراء من العدو ، وعلى هـــذه الطريقة البينة بينة المالك القديم انها تلزمه وبينة المشترى لا ( والبينات للالزام ) يعني مشروعية البينات لإلزام الخصم وإثبات الحق عليه .

( قال وإذا ادعى المشترى ثمناً وادعى البائـــع أقل منه ولم يقبض الثمن ) أي قال القدورى رحمه الله أى والحال أن البائـــع لم يقبض الثمن . وقال القدورى في مختصره ولا فرق بين أن تكون الدار فى يد البائع أو في يد المشترى ، ألا ترى ما ذكره الكرخي في مختصره بقوله وإن اختلف البائع والمشترى والشفيـــع في الثمن والدار في يد البائع أو في يد المشترى ولم ينقد الثمن والقول في ذلك قول البائع مع يمينه إن كان أكثر مما قال جميعاً ، انتهى ( أخذها الشفيـــع بما قاله البائع ، وكان ذلك حطاً عن المشترى ) أى من البائع عن ذمة المشترى ( وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به ، وإن كان

على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولان التملك على البائـــع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله. قال ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان

---

على ما قال المشترى فقد حط البائع بعض الثمن ، وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى ) أي في هذا الباب .

(ولان التملك ) وجه آخر ، ولان تملك الشفيع البيع (على البائع بايجابه )أي بإيجاب البائع بقوله بعت ، ألا ترى أنه لو أقر بالبيع والمشتري ينكر فللشفيع أن يأخذ بالشفعة ( فكان القول قوله في مقدار الثمن ) سواء أدى المشترى الاقـــل أو الاكثر ( ما بقيت مطالبته ) أي مطالبة البائع (فيأخذ الشفيع بقوله) أي بقول البائع .

( ولو ادعى البائع الأكثر ) أي مما قاله المشترى أو الشفيع فإنـــه وضع المسألة في المبسوط والذخيرة في اختلاف هؤلاء ، فـــإن قال الشفيع الثمن ألف ، وقال المشترى ألفان ، وقال البائع ثلاثة آلاف وأقاما البينة فالبينة بينة البائع ، لانهـــا تثبت الزيادة ويأخذ الشفيع بما قاله البائع . وقال الشافعي وأحمد يأخذ بما قاله المشترى . ولو اختلفوا في مقداره فان كان ما قاله البائع أكثر مما قالا وليس لهما بينة ( يتحالفان ويترادان) أي البائع والمشترى بالحديث المعروف . قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي إذا اختلف البائع والمشترى والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار مقبوضة أو غير مقبوضة أخذها الشفيع بما قال البائع إن شاء ، وهذا على وجهين إما أن يقـــع الاختلاف بينهم على وجه يدعي البائع أكثر الثمنين أو المشترى .

أما إذا ادعى البائع أكثر الثمنين بأن قال بعتها بألف درهم والمشترى يقول اشتريتها بألف ، والشفيع يقول اشتريتها بخمسمائة فإن المشتري مع البائع يتحالفان لاختلافهما في الثمن فأيهما نكل ظهر أن الثمن بما يقوله الآخر يأخذها الشفيع بذلك . ولو تحالفا يفسخ القاضي العقد بينهما ويعود إلى ملك البائع وأخذ الشفيع الدار من يد البائع بما يقوله البائع ،

وأيهما نكل ظهر ان الثمن ما يقولـــه الآخر فيأخذها الشفيع بذلك . وإن حلفا يفسخ القاضي البيـــع على ما عرف ، ويأخذها الشفيـــع بقول البائع ، لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع. قال وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ، ولم يلتفت إلى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهـــى حكم العقد وخرج هو من البيت، وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع ، وقد بيناه .

---

لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيـــع وهل يحلف البائع ينبغي أن لا يحلف لأنــه حلف مرة وإن كان الإختلاف على وجه يدعي البائع أقل الثمنين يأخذ بقول البائع ، لأن الثمن إن كان كما قال فظاهر ، وإن كان أكثر من ذلك فقد حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري يكون حطاً عن الشفيع .

( وأيهما نكل ) الاثنين وهما البائع والمشتري وأعرض عن اليمين ( ظهر أن الثمن ما يقوله الآخـــر فيأخذها الشفيع بذلك الثمن ، وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على مـــا عرف ) في موضعه في كتـــاب الدعوى ( ويأخذها الشفيع بقول البائع ، لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع ) خصوصاً على قول العامة ، فان من ضرورة الأخذبالشفعة فسخ البيع الذي جرى بين البائـــع والمشتري ، فكان الفسخ مقرراً حق الشفيع لا رافعاً ، وهذا بخلاف ما إذا باع داراً بيعاً فاسداً فقضى القاضي بالرد حيث لا يأخذها الشفيع لعدم تعلق حقه ، أما قبل القبض فظاهر ، وكذا بعده دفعاً للفســاد .

( قال وإن كان قبض الثمن ) أي قال القدوري يعني وإن كان البائع قد قبض الثمن (أخـــذ) أي الشفيع ( بما قال المشتري إن شـــاء ولم يلتفت إلى قول البائع ، لأنه لمـــا استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البيت، وصار كالأجنبي ، وبقي الإختلاف بين المشترى والشفيع وقد بيناه ) أي بينا الحكم فيما مضى وهو أن القول قول المشتري إذا اختلفا في مقدار الثمن .

ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه . ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ، لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن .

---

( ولو كان نقد الثمن غير ظاهر ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ، أي غير معلوم للشفيع ( فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف ، لأنه ) أي البائع ( لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به ) أي بالإقرار بالبيع بذلك المقدار ( فبقوله بعد ذلك ) أي فبقول البائع بعد الإقرار بالبيع ( قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع ) أي حقه الذي تعلق بالمبيع بما قال البائع من مقدار الثمن ، لأنه إن تحقق ذلك بقي أجنبياً من العقد إذ لا ملك له ولا يد ، وحينئذ يجب أن يأخذ بما يدعيه المشتري لما تقدم آنفاً أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذ بما قال المشتري ، وليس له إسقاط حق الشفيع ( فيرد عليه ) أي على البائع .

( ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله ) مائة ألف ويأخذها بما قال المشتري ( لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن ) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن البيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن ، وزعم أنه ألف فالقول قوله ، لأن التملك يقع على البائع فيرجع إلى قوله ، وهذا ظاهر لأنه لم يصر أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن مالكاً والله سبحانه وتعالى أعلم .

## فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع. وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ، لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقي . وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل ، لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال ، وقد بيناه في البيوع .

---

### ( فصل فيما يؤخذ به المشفوع )

لما بين أحكام المشفوع وهو الأصل شرع في بيان ما يؤخذ به وهو الثمن ، لأنه تابع .

( قال وإذا حط البائع عن المشترى بعض الثمن ) أى قال القدورى يعني ترك عنه بعض الثمن إحساناً إليه ( يسقط ذلك ) أى بعض الثمن المحطوط ( عن الشفيع ) وقال الشافعي وأحمد لا يحط عن الشفيع ، لأن ذلك هبة مبتدأة لا يلتحق بأصل العقد كما في حط الكل . واختلف أصحاب مالك فقال ابن القاسم إن كان ما حط مما جرت به العادة يلتحق بأصل العقد ويحط عن الشفيع ، وإن كان كثيراً مما لا يجرى به العادة بحط مثله لم يحط عن الشفيع . وقال أشهب لا يلحق الحط على الاطلاق من غير تفصيل .

( وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع ) أى وإن حط البائع جميع الثمن عن المشترى لا يسقط عن الشفيع ( لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع ، لأن الثمن ما بقي ، وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع ) أى الشفيع ( عليه ) أى على المشترى ( بذلك القدر ، بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال ) من الأحوال فلا يخرج العقد عن موضوعه ، لأنه لو التحق بأصل العقد ، فإما أن يكون العقد هبة فلا شفعة فيها أو بيعاً بلا ثمن ، فيكون فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدى إلى إبطال حق الشفيع ( وقد بيناه

وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع ، لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها، بخلاف الحط ،لأن فيه منفعة له . ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لمـــا بينا ، كذا هذا . قال ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته ، لأنه من

---

في البيوع بتوفيق الله سبحانه وتعالى ) أي في فصل من اشترى شيئاً مما ينقل قبل الربا .

( وإن زاد المشترى للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع ) هذا لفظ القدورى في مختصره ( لأن في اعتبار الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها ) أي بما دون الزيادة ، ومع هذا لو أخذ بالزيادة جاز ، لأن له أن يسقط حقه ( بخلاف الحط ، لأن فيه منفعة له ) أي للشفيع (ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول) أراد أن هذه نظير ما إذا زاد في الثمن بعد تجديد العقـــد ( لم يلزم الشفيع ) أي بالزيادة ( حتى كان له أن يأخذها بالثمن الاول لما بينا ) إلا أن في الزيادة ضرراً بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها ( كذا هذا ) أي كذا حكم ما إذا أراد المشترى بدون تجديد العقـــد .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي وإن زاد البائع في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول ، وكذا لو باعها المشترى من آخـــر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الاول من المشترى الآخر على البائع الثاني بما بقي له ، وتكون العهدة على المشترى الاول . ولو رهنها المشترى وسلمها ، أو رهنها وتزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى ، وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

( قال ومن اشترى داراً بعرض ) أي قال القدورى ، والعرض بفتح العين وسكون الراء ما ليس بنقد ، والمراد منه المتاع القيمي كالعبد مثلاً ( أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم ) أي بقيمة العرض ، لأن العرض من القيميات . وذكـــر في المبسوط

ذوات القيم . وإن اشتراهـا بمكيل أو موزون أخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال . وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التمليك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن

---

العبد مكان العرض ، وبه قال عامة أهل العلم . وحكي عن الحسن البصرى وسؤال القاضي أنهما قالا لا تثبت الشفعة هاهنا ، لأنها تجب بمثل الثمن ، وهذا الأمثل لـه فيقدر الأخذ فلم يثبت كما لو جهل الثمن .

وفي المبسوط قال أهـل المدينة يأخذها بقيمة الدار لا بقيمة العرض ، لأن المبيع مضمون بنفسه عند تعذر إيجاب المسمى كما في البيع الفاسد كما قلنا انه أخذ نوعي الثمن فيثبت به كالمثل . ولأن القيمة مثله في المعنى فلم يتعذر أخذه ولم يعتبر قيمته يوم الشراء ، وبه قال الشافعي وأحمد .

وحكي عن مالك أنه يعتبر قيمته حين استقرار العقـد بانقضاء الخيار إذا كان فيه خيار رؤية . قال أحمد لأنه وقت الاستحقاق . قلنا وقت الاستحقاق وقت الشراء .

وفي المبسوط لو مات العبد قبـل أن يقبضه البائع ينقض الشراء بفوات القبض المستحق بالعقد ، فان العبد معقود عليه من وجه وقد هلك قبل التسليم ، وللشفيـع أن يأخذها بقيمة العبد ، وقال زفر «رح» لا يأخذها بالشفعة لانتقاض العقد من الاصل .

( وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها الشفيـع بمثله ، لأنها من ذوات الامثال ) أى لان المكيل والموزون من ذوات الامثال . وفي بعض النسخ لأنه ، أى لان كل واحـد منهما ( وهذا ) أى أخـذ الشفيـع بمثله ( لان الشرع أثبت للشفيـع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعي بالقدر الممكن ) فان كان له مثل صورة تملكه به وإلا فالأمثل من حيث المالية وهو القيمة . وقوله بالقدر الممكن يشير إلى الجواب عما قيل القيمة تعرف بالحرز ، والظن فيها جهالة وهي تمنـع من استحقاق الشفعة ، ألا ترى أن الشفيـع لو سـلم شفعة الدار على أن يأخذ منها بيتـاً بعينه كان التسليم باطلا وهو على شفعة الجميع لكون قيمة البيت، فان أخذه بثمن معلوم ما يعرف بالحرز والظن ،

كما في الإتلاف والعددي المتقارب من ذوات الأمثال . وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر ، لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته . وإذا باع بثمن مؤجل فالشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل . وقال زفر « رح » له ذلك وهو قول الشافعي « رح » في القديم لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به

---

ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن فلا يكون معتبراً ، بخلاف البيت ما يعرف بالحرز ، فاذا أخذه بثمن معلوم ممكن فكانت الجهالة مانعة ( كما في الإتلاف ) أى كما إذا أتلف متاع آخـــر فانه يجب عليه مثله إن كان من ذوات الامثال وإلا فقيمته ( والعددي المتقارب من ذوات الامثال) كالجوز والبيض ، بخلاف البطيخ والسفرجل .

( وإن باع عقاراً بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنـه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته ) هذا أيضاً من مسائل القدوري والتعليل من المصنف .

( قال وإذا باع بثمن مؤجل فالشفيع الخيار ) أي قال القدوري أراد بأجـل معلوم إذ بالأجل المجهول يصير البيع فاسداً ولا شفعة في البيع الفاسد (إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها ) وبه قال الشافعي في الصحيح . وقال مالك وأحمد يأخذ بالثمن المؤجل ، وبه قال الشافعي في قول وزفر واختاره أبو حـــامد من اصحاب الشافعي ( وليس له ) أي الشفيع ( أن يأخذها في الحال بثمن مؤ جـل . وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم ) وقوله الصحيح كقولنا كما قد ذكرناه في شرح الاقطع . وقال الشافعي في القديم يأخذها بثمن مؤجل ، فإن كان الشفيع غـير مليء طالبه بكفيل .

( لأن كونه مؤجلاً وصف في الثمن كالزيافة بذلك بثمن مؤجل إلى) أي لأن كون الثمن مؤجلاً وصف فيه كالزيافة ، يقال ثمن مؤجل كما يقال ثمن جيد وزيف ( والأخـــذ

فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف . ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع والمبتاع وليس الرضاء به في حق المشتري رضاء به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن ، لأنه حق المشتري ، ولو كان وصفاً لتبعه فيكون حقاً للبائع كالثمن ،

---

بالشفعة به ) أى بالثمن ( فيأخذه بأصله ووصفه ) أى بأصل الثمن ووصفه إذ الأجل صفة للدين يقال دين مؤجل ودين حال ( كما في الزيوف ) أى كما لو اشتراها بألف زيوف فإنه يأخذها بالزيوف .

( ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ) أى بشرط المشتري ورضاء البائع وليس هو من مقتضى العقد ( ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المبتاع ) أي المشتري فلا يثبت في حق الشفيع كالخيار ( وليس الرضاء به ) أى بالأجل هذا دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة إلى الأجل ، لأنه ليس الرضا ( في حق المشترى رضاء به ) أي بالأجل ( في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة ) بفتح الميم ، أى الغنى وهومصدر من ملو الرجل. وفي العباب مليء الرجل.ويقال ملوء مثال كرم ، أي صار ملياً ، أى ثقة فهو غنى . وملي أى ثقة فهو غني ، وملى بين الملا والملاء ممدودين وإلا الملاءة بضم فهو الربطة . ولقائل أن يقول لما كان الرضاء شرطاً وجب أن لا يثبت حق الشفعة لانتفائه من البائع والمشترى جميعاً ، وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الأجل كذلك ، وجوابه أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الأجل .

( وليس الأجل وصف الثمن ) جواب عن قول زفر رحمه الله وجهه أن وصف الشيء يتبعه لا محالة ، وهذا ليس كذلك ( لأنه حق المشترى ) أى لأن الأجل حق المشترى والثمن حق البائع ( ولو كان وصفاً له لتبعه ) أى ولو كان الأجل وصفاً للثمن لتبعه ليكون حقاً لمن كان الثمن حقاً له ( فيكون حقاً للبائع كالثمن ) أي إذا كان كذلك

فصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر ، كذا هذا ثم إن أخذهـــا بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلاً . وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية .

---

يكون الأجل حقاً للبائع كما أن الثمن حقه وليس كذلك بل الثمن حق البائـــع والأجل حق المشترى فعلم ان الأجل ليس بوصف للثمن .

(وصار كما إذا اشترى شيئاً بثمن مؤجل ثم ولاه غيره ) أي باعه تولية ( لا يثبت الأجل إلا بالذكر ) أى لا يثبت الأجل في حق الغير إلا بالاشتراط ( كذا هذا ) أى ما نحن فيه لا يثبت الأجل فيه ( ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل ، وإن أخذها من المشتري ) أى إن أخذ الشفيـــع الدار من المشترى ( رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان ، لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيـــع فبقى موجبه ) وهذا يوهم أن الشفيـــع تملكه ببيـــع جديد وهو مذهب البعض كما ذكرناه ، وليس كذلك ، بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار ، لكن يتحول ما كان بمقتضى العقد والأجل مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه .

( فصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا ) أي فصار حكم هذا كحكم من باع شيئاً بثمن حال ، والحال أنه قد اشتراه مؤجلا ، فإن شرط الأجل الذي بينه وبـــين من نازعه لا يبطل بأحد المشترى منه حالا ( وإن اختار الانتظار له ذلك ) أى وان اختار الشفيـــع الانتظار إلى انقضاء الأجل له ذلك ، أي الانتظار ( لأن له أن لا يلـــتزم زيادة الضرر من حيث النقدية ) أي لأن للشفيـــع ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث وزن الثمن

وقوله في الكتاب وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل، مراده الصبر عن الأخذ أما الطلب عليه في الحال، حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد «رح» خلافاً لقول أبي يوسف «رح» الآخر، لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع.

---

نقداً وفي إلزام الشفيع في النقد زيادة ضرر فلا يجوز.

( وقوله في الكتاب ) أي قول القدوري في مختصره ( وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ، ومراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد « رح » خلافاً لقول أبي يوسف « رح » في قوله الآخر ) واحترز بقوله في قوله الآخر عن قوله الأول . روى ابن أبي مالك أن أبا يوسف كان يقول اولاً كقولهما ثم رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الأجل وإن لم يطلب في الحال» لأنه لا يتمكن من الأخذ في الحال ، وفائدة الطلب التمكن منه فيؤخر الطلب إلى وقت حلول الأجل ( لأن حق الشفعة إنما يثبت بالبيع والأخذ يتراخى عن الطلب )هذا تعليل لهما وفيه انغلاق . وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع ، أي عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، ويجوز ان يكون تقريره هكذا والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ، وحق الشفعة إنما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم بالبيع ، وأما الأخذ فإنه يتراخى عن الطلب فيجوز أن يتأخر إلى انقضاء الاجل .

( وهو متمكن من الاخذ في الحال ) هذا جواب عن قول أبي يوسف الآخر، وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ، ولئن كان فلا نسلم انه ليس متمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه في الحال ( بأن يؤدى الثمن حالاً فيشترط الطلب عند العلم بالبيع ) أى إذا كان كذلك يشترط الطلب عند العلم بالبيع ، حتى لو سكت بطلت شفعته كما ذكرنا .

( قال وإذا اشترى ذمى بخمر أو خنزير وشفيعها ذمي ) أى القدوري . وقيد بقوله اشترى بخمر أو خنزير احترازاً عما اشتراه بالميتة فان البيع فيه باطل ولا شفعة فيه . قوله وشفيعها ذمي احترز به عما إذا كان مرتداً فانه لا شفعة له سوى قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب ولا يورثه ، لان الشفعة لا تورث عندنا واحمد ، خلافاً للشافعي ومالك إذا مات بعد الطلب ، وان كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير .

واعلم أن الشفعة تجب للذمى على الذمي بلا خلاف للعلماء ، وهل يثبت لكافر على مسلم فيه خلاف . قال أحمد والحسن والشعبي لا شفعة له على مسلم لما روى الدارقطني بإسناده عن أنس ان رسول الله ﷺ قال لا شفعة لنصراني ، وعندنا والشافعي ومالك والنووي والنخعي وشريح وعمر بن عبد العزيز له الشفعة لعموم الاحاديث التي مر ذكرها في هذا الباب ، وحديث أنس ليس على عمومه ، فإذا ثبت له إذا كان شريكه نصرانياً بالإجماع مع أنه غير مشهور .

وأما الحربي المستأمن في حق الشفعة له وعليه في دار الإسلام كالذمي ، لأنه من المعاملات ، وبه التزم حكم المعاملات ، ثم إذا جرى البيع بين ذميين بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التناقض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا فعندنا يحكم بالشفعة وبه قال أبو الخطاب الحنبلي . وقال الشافعي وأحمد لا يحكم بها ، لأنه يبيع عقد بخمر أو خنزير ، فصار كبيعهم بالميتة واعتقادهم حل الخمر والخنزير لا يجعلها مالاً .

وفي المغني اشترى الذمي عن ذمي كنيسة وبيعة فللشفيع الشفعة إذا كان من ديانتهم أن الملك لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة ، والحربي والمستأمن في حق الشفعة كالذمي لإلتزامه أحكام المعاملات ، فلو اشترى الحربي في دار الحرب داراً ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى لقيه ، لأن لحاقة كونه ، وموت المشتري لا يبطل الشفعة ، ولو اشترى مسلم في دار الحرب وشفيعها مسلم ثم أسلم أهل الدار لا شفعة للشفيع ، لأن حق الشفعة من أحكام

أخذهـــا بمثل الخمر وقيمة الخنزير ، لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيـــما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير كالشاة فيأخذ في الأول بالمثل والثاني بالقيمة . قال وإن كان شفيعها مسلماً أخذها بقيمة الخمر والخنزير ، أما الخنزير فظاهر ، وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم ، فالتحق بغير المثلي . وإن كان شفيعهـــا مسلماً وذميا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمـة الخمر ، والذمي نصفها

---

الإسلام لا يجري في دار الحرب ، فكل حكم يفتقر إلى القضاء يثبت ذلك في حق المسلم في دار الحرب ، كما لو زنيا ثم خرجا لا يحكم بالحد ، وكل حكم لايفتقر إلى القضاء كصحة البيـع والشراء والإستيلاء ونفـــاذ العتق ووجوب الصلاة والصوم يحكم في حق من أسلم في دار الحرب بينونة .

( أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير ، لأن هذا البيـع مقضي بالصحة ) أي محكوم بالصحة ( فيما بينهم ، وحق الشفعة يعم المسلم والذمي ) لعموم النصوص ( والخمر لهم كالخل لنا ، والخنزير كالشاة ، فيأخذ في الأول ) وهو الخمر ( بالمثل ) لأنه يصح ضمانه له بأقل (والثاني بالقيمة ) أي يأخذ الثاني وهو الخنزير بالقيمة لأنه لا مثل له .

( قال وان كان شفيعها مسلماً ) أي قال القدوري ( أخذها بقيمة الخمـــر والخنزير أما الخنزير فظاهر ) لأنه من ذوات القيم ، ووجوب القيمة من ذوات القيمة أمر ظاهر .

فإن قيل يشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عن الخنزير ، ولهذا لا يعشر العـــاشر . من قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر . وأجيب بأن مراعاة حق الشفيـع واجبة بقدر الإمكان ، ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير ، بخلاف ما إذا مر على العاشر .

( وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم والتحق بغير المثلي ) لأن المسلم لا يجوز أن يضمن تسليم الخمر في ذمته ، ويجوز أن يلزمه قيمتها لحق الذمي كما لو استهلكها عليه ( وان كان شفيعها مسلماً وذمياً أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر ، والذمي نصفها

بنصف مثل الخمر اعتبار البعض بالكل، فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر ، وبالإسلام يتأكد حقه ، لا أن يبطل ، فصار كما إذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد إنقطاعه يأخذها بقيمة الرطب ، كذا هذا .

---

بنصف مثل الخمر اعتباراً للبعض بالكل ) يعني لو كان كل الشفعة للمسلم يأخذها كلها بقيمة الخمر ، فكان اذا كان نصفها له ونصفها للذمي كذلك ( فلو أسلم الذمي أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر ، وبالإسلام يتأكد حقه ) لأن الإسلام سبب لتأكد حقه ( لا أن يبطل ) أى حقه .

( فصار ) أى حكم هذه المسألة ( كما اذا اشتراها ) أى الدار ( بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ) أى انقطاع الرطب عن أيدى الناس فانه (يأخذها) الدار ( بقيمة الرطب ، كذا هذا ) أى ما نحن فيه حيث يأخذ بنصف قيمة الخمر .

فان قلت كيف يعرف قيمة الخمر والخنزير . قلت ذكر في المبسوط طريق معرفة قيمة الخمر والخنزير الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو الى من تاب من فسقة المسلمين، فلو وقع الإختلاف في ذلك فالقول قول المشتري ، كما لو اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وفيه أيضاً . ولو أسلم المتبايعين والخمر غير مقبوض والدار مقبوضة وغير مقبوضة ينقض البيع بينهما لفوات القبض المستحق، ولكن لا تبطل في حق الشفيع . وفي الشامل اشترى بيعته تجب الشفعة فيها ، لأنها لم تصر وقفاً عند أبي حنيفة ، وعندهما أيضاً ، لأنه ليس بمباح . وقال أيضاً باع المرتد داراً ثم قيل لا شفعة فيها عند أبي حنيفة خلافاً لهما . وقال أيضاً اشترى المسلم داراً والمرتد شفيعها فقيل لا شفعة له ولا لورثته .

* * *

## فصـــل

قال وإذا بنى المشتري أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وإن شاء كلف المشتري قلعه . وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، وبه قال الشافعي

---

### ( فصل )

هذا الفصل مشتمل على مسائل بغير المشفوع ، وهي فرع مسائل غـــير المتغير ، فلذلك أجزأها .

( قال وإذا بنى المشتري أو غـــرس ) أي قال القدوري ، أي إذا بنى في الأرض المشفوعة أو غرس فيها شجراً ( ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ) أي الشفيع بالخيار ( إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البنـــاء والغرس ) أي مقلوعين ( وإن شاء كلف المشتري قلعه ) أي قلع كل واحد من البناء والغرس ولا يضمن مـــا نقص بالقلع ، وعند الشافعي ومالك وأحمد وابن أبي ليلى والشعبي والأوزاعي والبتي وسوار وإسحاق والليث يضمن له ما نقص بالقلع لعموم قوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام .

( وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخير بين أن يأخذها بالثمن وقيمـــة البناء والغرس ) أي قائمين على الأرض غير مقلوعين ( وبين أن يترك ، وبـــه قال الشافعي ) أي بقول أبي يوسف قال الشافعي وقال الكرخي في مختصره وإذا اشترى الرجل داراً وهي ساحة فبناها ثم جاء شفيعها فطلبها بالشفعة فحكم له بهـــا فإن المشتري يقال له إقلع بناءك وسلم الساحة إلى الشفيـــع ، وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد ، وهي رواية محمد عـــن أبي يوسف وهي رواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن أبـــي مالك عن أبي يوسف . وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أن المشتري لا يجـــبر بقلع البناء ويقال للشفيـــع خذ الدار بالثمن وقيمة البناء أو اترك ، وهو قول الحسن بن زياد انتهى .

إلا أن عنده له أن يقلع ويعطي قيمة البناء . لأبي يوسف « رح » أنه محق في البناء ، لأنه بنـــاه على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان ، وصار كالموهوب له

---

وقال القدوري في شرحه الخلاف في الغرس كالخلاف في البناء. وقال الإمام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي ومن اشترى داراً وقبضها وهي فيهـــا بناء وغرس في الأرض أشجاراً ثم حضر شفيعها فإن القاضي يقضى له بالشفعة ويأمر المشتري بنقض البناء وقلع الأشجار التي أحدث فيها ، إلا إذا كان في قلعها نقصان بالأرض وأراد الشفيع أن يأخذها مع البناء والاغراس بقيمتها قائمة على الأرض ، غير مقلوعه وإن شاء ترك ، وبه أخـــذ الشافعي رحمه الله .

ولو أن المشتري زرع في الأرض ثم حضر الشفيع فإن المشترى لا يجبر على قلعـــه بالإجماع ، ولكنه ينظر إلى وقت الإدراك ثم يقضى للشفيع، ولو جعلها المشترى مسجداً أو مقبرة يدفن فيها الموتى ، أو رباطـــاً ثم جاء الشافعي كان له أخذها وإبطال كل ما صنع المشترى فيها .

( إلا أن عنده ) أى عند الشافعي ( له أن يقلع ويعطي قيمة البناء ) والحاصل أن عند أبي يوسف إن شـــاء أخذه بقيمة البناء والغرس ، وإن شـــاء ترك . وعند الشافعي له خيارات ثلاث ، اثنان ما قال أبو يوسف ، والآخران يؤمر بقلع البنـــاء ويضمن إرش النقصان والتفاوت بين قول الشافعي وقولهما في الامر بالقلع أن عنـــده يضمن نقصان القلع ، وعندهما لا يضمن .

( لأبي يوسف انه محق ) أى أن المشتري محق ( في البنـــاء لأنه بناه على أن الدار ملكه ) كما لو بنى فيما لا شفعـــة فيه ( والتكليف بالقلع من أحكام العدوان ) أى الظلم ، لأنه غير متعد في الغرس والبناء ، لأنه فعل في ملكه ( وصار كالموهوب له ) أى صار المشتري هنا كالموهوب له إذا بنى في الارض الموهوبة فانه ليس للواهب أن يكلفه القلع ، ويرجع في الارض . وقال تاج الشريعة أى إذا بنى الموهوب له ما لا يعد زيادة

والمشتري شراء فاسداً . وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ، وهذا لان في إيجاب الاخذ بالقيمة دفـــع أعلى الضررين بتحمل الأولى ، فيصار إليه . ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن

---

بأن بنى دكاناً صغيراً فانه لا يمنع عن رجوع الكل ولا يؤمر بقلع ما بنى وغرس لأنه محق فيه ، فكذا المشتري ( والمشتري شراء فاسداً ) أي وصار كالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو غرس فيه انقطع حق البائع ويأخذ من المشتري قيمة الارض وقت القبض ، وليس له أن يقلع الاشجار والبناء ، وعلى قولهما يسترد المبيع ويقلع البناء والاشجار ، فكذا المشتري إذا بنى في المشفوع ليس للشفيع أن يقلـــع ذلك قياساً على قول أبي حنيفة لأنه محق في البناء .

( وكما إذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع ) يعني الشفيع لا يكلف قلع الزراعة بالإتفاق ( وهذا ) أي ما قلنا من عدم إيجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس ( لأن في إيجاب الاخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين ويتحمل الأدنى ، فيصار إليه ) يعني اجتمع بينهـــما ضرران أحدهما على الشفيع وهو ضرر زيادة الثمن عليه في الاخذ مع قيمـــة البناء ، والثاني ضرر على المشتري وهو ضرر قلـــع بنائه من غير شيء كما قاله أبو حنيفة ومحمد « رح » . ثم الضرر الذي يلزم الشفيع أهون من الضرر الذي يلزم المشتري ، لأنه يدخل في ملكه بمقابلة الزيادة عوض ، وهو البناء والغرس وهو القول بالقلع من غير شيء فيبطل ملك المشتري بلا عوض فكان ضرر الشفيع أهون ،فكان القول به أولى وهو معنى قوله فيصار إليه .

( ووجه ظاهر الرواية انه بنى ) أي أن المشتري بنى ( في محل تعلق به ) أي بالمحل ( حق متأكد للغير ) أي حق لا يتمكن أحد من إبطاله بدون رضاه ( من غير تسليط من جهة من له الحق ) احترز به عن بناء الموهوب له وعن بناء المشتري شراء فاســداً حيث لم ينقض ، لأن بناءهما بتسليط من جهـــة من له الحق ، وهاهنا الشفيع ما سلطه على البنـــاء ( فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون ) حيث بنى في محل تعلق به حق

إذا بني في المرهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشترى لأنه يتقدم عليه ، ولهـــذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته . بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة، لأنه حصل بتسليط من جهة من لـــه الحق، ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ، ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى

---

المرتهن من غير تسليط من جهة ، أى إذا كان كذلك فينقض .

( وهذا ) أى نقض البنـــاء بحق الشفيـع ( لأن حقه ) أى حق الشفيـع ( أقوى من حق المشتري ، لأنه يتقدم عليه ) أى لأن الشفيع يتقـــدم على المشتري ( ولهذا ) أى ولتقدمه عليه وكون حقه أقوى منه ( ينقض بيعه ) أى بيـع المشتري ( وهبته وغيره من تصرفاته ) أى ما ذكر من تصرفاته كإجارته وجعله مسجداً أو مقبرة أو نحوها ، فكذا تنتقض تصرفاته بناء وغرساً ( بخلاف الهبة ) جواب عن قياس قول أبي يوسف على الموهوب له إذا بنى في الموهوب حيث لا يكون للواهب حق قلع البنـــاء ، وهو متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق ، يعني أن الواهب إنما لا ينقض بناء الموهوب له لأنه حصل بتسليط فينقطع حق الرجوع بالبناء والشفيـع لم يسلط المشتري على البناء فينقضه فظهر الفرق .

( وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة ) عطف على قوله بخلاف الهبـة ، يعني إن المشتري شراء فاسداً إنما لا ينقض البائع بناءه لوجود التسليط فيه . وإنما قيد بقوله عند أبي حنيفة لأن عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد إذا بنى المشتري في المشترى إنما هو قوله وأما عندهما فله الإسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية ( لأنه ) أى لأن البناء في الموهوب والمشترى شراء فاسداً ( حصل بتسليط من جهـــة من له الحـق ) وهو البـــائع في الشراء ، والواهب في الموهوب ( ولأن حق الاسترداد فيهما ضعيف ) عطف على قوله لأنه حصل ، أى في الهبة والبيع الفاسد ( ولهذا ) ولكون حق الاسترداد ضعيفاً فيهما ( لا يبقى بعد البناء ، وهذا الحق ) أى في حق الشفيـع ( يبقى

فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الاستحقاق . والزرع يقلع قياساً ، وإنمـــا لا يقلع استحساناً لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر .

---

فلا معنى لإيجاب القيمة كما في الإستحقاق ) يعني إذا ثبت التكليف بالقلع فلا معنى لإيجـــاب القيمـــة على الشفيع ، لأنه بمنزلة المستحق ، والمشتري إذا بنى أو غرس ثم استحق يرجع المشتري بالثمن وقيمـــة البنـــاء والغرس على البـــائع دون المستحق ، فكذلك هاهنا .

وقال الكاكي قوله فلا معنى لإيجاب القيمة على الشفيع لتأكد حقـه كما لا يجب على المستحق قيمة بناء المشتري بأن يرجع المشتري بقيمة البناء على البائع . وقال الأترازي عند قوله ولهذا لا يبقى بعد البنـــاء فيه نظر ، لأن الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد إنما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف ، فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهبه ، ولأبي يوسف أن يقول هـذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد . وأجيب بأنه يكون على غير ظاهر الرواية ، أو لانه لما كان ثابتاً بدليل ظاهر لم يعتبر بخلافها .

فإن قيل لو صبغ المشتري المشفوعة بأن أجرى بها بأشياء ثم أخذها الشفيع إن شاء أعطاه ما زاد فيها ، وإن شاء ترك . والمسألة في العيون في الفرق بين البناء والصبغ . قلنا هو أيضاً على الاختلاف ، ولو كان على الاتفاق ففرق محمد فقال البناء إذا نقض لا يلحق المشتري ضرر ، لانه يسلم له النقض ولا كذلك إذا نقض الصبغ ، إليه أشار في الذخيرة .

( والزرع يقلع قياساً ) جواب عن قوله وكما إذا زرع المشتري ، أي القياس يقتضي أن الزرع أيضاً يقلع ، لانه يشغل ملك الغير ( وإنما لا يقلع استحساناً ، لان له نهاية معلومة ويبقى بالأجر ) بتشديد القاف كما في الاجـــارة ، وبه قـال بعض أصحاب الشافعي . وعن أبي يوسف انه يبقى بلا أجر ، لان المشتري مالك الارض ، وإيجاب الاجر على المالك غير مستقيم ، وبه قال أحمد وبعض الشافعية . قلنا في إيجاب أجر

وإن أخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعاً كما بيناه في الغصب

ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن ،

---

المثل رعاية للحقين كما في الإجارة ( وليس فيه ) أي في تأخير الزرع ( كثير ضرر ) على الشفيع ، وذلك لان فى القلع إضرار بالمشتري ، وفى التأخير إلى الادراك بتأخير حق الشفيع وضرر المتأخر دون ضرر الابطال ، فكان بحمله أحق .

فإن قيل فلم لم يجب عن قوله لان في إيجاب الاخذ بالقيمة وقع على الضررين . أجيب بأن قوله وهذا لان حق الشفيع أقوى من حق المشتري تضمن ذلك ، لان الترجيح يدفع أعلى الضررين بالأهون إنما يكون بعد المساواة ، لان حق الشفيع مقدم .

( وإن أخذه بالقيمة ) هذا معطوف على مقدار دل عليه التخيير ، وتقديره الشفيع بالخيار إن شاء كلف القلع ، وإن شاء أخذه بالقيمة ، فإن كلفه فذاك وإن أخذه بالقيمة ( يعتبر قيمته مقلوعاً ) وعند أبي يوسف يعتبر قيمته قائماً على الارض كما ذكرناه ( كما بيناه فى الغصب ) يعني إن الغاصب إذا بنى أو غرس فى المغصوبة يؤمر بقلع البناء والغرس ، فإن كانت الارض تنقص بقلع البناء والغرس للمالك أن يضمن قيمتها مقلوعين للغاصب .

( ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن ) هذا لفظ القدوري ، أي ولو أخذ الشفيع الدار المشفوعة فبنى فيها بناء أو غرس شجراً ثم ظهر لها مستحق فأخذها رجع الشفيع بالثمن لا غير . وقال الكرخي في مختصره وإذا اشترى الرجل داراً فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فإن المستحق يأخذ الدار فيقال للشفيع اهدم بناءك ، ولا يرجع على المشتري بقيمة البناء ، كأن أخذ الدار من يده ولا على البائع إن كان أخذها من يده لانه ليس بمغرور ، هو ادخل نفسه في الاخذ بالشفعة وأجبر من كانت في يده على تسليم ذلك ، وهذه الرواية المشهورة وهي رواية محمد في الاصل ، ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافاً . وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف سئل عن رجل اشترى داراً فأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار في يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء ؟ قال على الذى قبض

لأنه تبين أنه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البـــائع إن أخذها منه ، ولا على المشترى إن أخذها منه . وعن أبي يوسف أنه يرجع لأنه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى ، والفرق على ما هو المشهور إن المشترى مغرور من جهة البـــائع ومسلط عليه . من جهته ، ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيــــع من المشترى ، لأنه مجبور عليه .

---

الثمن ، وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف ان الشفيع يرجـــع على المشتري بقيمة البناء ( لانه تبين أنه ) أى الشفيع ( أخذه بغير حق ، ولا يرجـــع بقيمة البناء والغرس لا على البائع إن أخذها منه ) أى إن أخـــذ الدار منه ( ولا على المشتري ) أى ولا يرجع على المشتري أيضاً ( إن أخذها منه ) .

( وعن أبي يوسف أنه يرجع ) بقيمة البناء والغرس أيضاً ( لانه متملك عليه ) أى على المشتري ( قال نزل منزلة البائع والمشتري ) ثم المشترى في صورة الاستحقاق يرجع على البائع بالثمن وقيمته البناء ، فكذلك الشفيع ( والفرق على ما هو المشهور ) من الرواية ( ان المشتري مغرور من جهـــة البائع وسلطه [1] عليه ) أى سلط البائع على المشتري على البناء أو الغرس ( ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه ) يعني التزم البائع سلامة المبيع عن الاستحقاق ، فصـــار المشتري مغروراً من جهة ولا غرور فى حق الشفيع لانه تملك على صاحب اليد جبراً بغير اختيار منه فلا يرجع ، كجارية اشتراها الكفار أجروها بدرام ثم أخذها المسلمون فوقعت في سهم غاز فأخذها المالك القديم بالقيمة فيستولدها فجاء مستحق وأقـــام بينة أنها أمته دبرها قبل الاسر ردت عليه لانها لا تملك بالإحراز ويضمن المالك القديم ثمن العقر وقيمة الولد ، ويرجع على الغازي بقيمتها التي دفع إليها ولا يرجع بقيمة الولد والعقر ، لان المأخوذ منه مجبور على الدفع فلا يصير غاراً .

---

(١) مسلط — هامش .

قال وإذا إنهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن ، لان البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً

---

وكذا لو قسمت الدار بين اثنين فبنى أحدهما ثم استحقت حقه لا يرجع عليه بقيمة البناء ، لان كلا منهما مخير على القسمة . بخلاف الدارين فإنه لو اقتسما وبين أحدهما في دار نصيبه ثم استحقت فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء ، لانه بمنزلة البيع ، وكذا في الإيضاح والمبسوط .

( قال وإذا انهدمت الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان من غير فعل أحد فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بجميع الثمن ) قال القدوري قيد بقوله من غير فعل أحد لانه إذا هدمها المشتري فإنه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً ، وعلى قيمة الارض ، فما أصاب الارض يأخذها الشفيع بذلك ، وكذلك لو نزع باباً من الدار فباعه هكذا ذكر الكرخي في مختصره . وقال القدوري في شرحه وأما إذا هدمه المشتري أو هدمه أجنبي أو انهدم بنفسه فلم يهلك فإن الشفيع يأخذ الارض بحصتها ، فإن احترق بغير فعل أخذها الشفيع بكل الثمن ، وللشافعي قولان ، أحدها يأخذها بجميع الثمن بالبيع ، والآخر يأخذها بالحصة في الجميع ( لأن البناء والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصوداً ) أي لا يقابل البناء والغرس . وفي بعض النسخ فلا يقابله ، أي كل واحد منهما ، وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وهو رواية المزني وهو الاصح .

وفي رواية البويطي والزعفراني والربيع عنه يأخذه بالحصة ، وبه قال أحمد في رواية والثوري ، وأصله أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف عندنا ، وعنده في قول يقابلها شيء من الثمن ، وعندنا البناء وصف ، ولهذا يدخل في العقد من غير ذكر ، وهذا لأن قيام البناء بالأرض كقيام الوصف بالموصوف ، فكانت بمنزلة العين في الجارية ، وانها

ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة ، بخلاف ما إذا غرمه نصف الأرض حيث يأخذ الباقي بحصته لأن الفائت بعض الأصل

قال وإن شاء ترك لأن له أن يمتنع عن تملك

---

وصف ، وفوات الوصف لا يسقط شيئاً من الثمن إذا كان بآفة سماوية لان الثمن بمقابلة الاصل دون الوصف . والدليل على انه لم يسقط شيء من الثمن انه لو أراد أن يبيعه مرابحة يبيعه على الجميع .

فإن قلت الظرف إنما جعل وصفاً من العبد ونحوه لأنه لا يجوز إيراد العقد عليه مقصوداً ، أما هنا إيراد العقد على البناء مقصوداً جائز فيجب أن يعتبر أصلاً كالعرسة ، ويجب بمقابله شيء من الثمن . قلت إنما يجوز إيراد العقد على البناء بشرط القلع ، وعند ذلك يصير أصلاً ، أما إيراد العقد عليه وهو تبع فلا يجوز ، لانه بمنزلة العين من العبد .

( ولهذا ) أي ولكون البناء والغرس تابعين ، وعدم مقابلتهما شيء من الثمن ما لم يصيرا مقصودين (يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة) أي يبيع الدار المنهدمة مرابحة ، بجميع الثمن في الصورة المذكورة ، لانه لم يقابل ما انهدم من الثمن فيبيعها بجميع الثمن (بخلاف ما إذا غرمه نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته) بلا خلاف ، والتقييد بالنصف لا لاخراج غيره، لان الحكم في الثلث وغيره كذلك ، ذكره في المبسوط ، إلا أن المصنف اتبع وضع المبسوط .

وقال القدوري في شرحه وقد ادعى الشافعي على أبي حنيفة في هذه المسألة مناقضة فقال ، وقال بعض الناس إذا هدم المشتري البناء سقطت حصته ، وإن احترق لم يسقط حصته ثم ناقض فقال إذا غلب الماء بعض الارض أخذ من المشتري الباقي بحصته ، ثم قال القدوري وهذا غلط ، لان الارض ليس بعضها يتبع لبعض ، فإذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال ، والبناء تبع للأرض . فإذا سلم المشتري حصته وإن لم يسلم له يسقط ( لأن الفائت بعض الاصل ) فيقابله شيء من الثمن .

( قال وإن شاء ترك ) أي قال القدوري وإن شاء الشفيع يترك مال الدار ( لان له أن يمتنع عن تملك الدار بماله ) يعني بعوض ، ولكن لايقدر وإذا كان بغير عوض كالإرث

الدار بمالة . قال وإن نقض المشتري البنـــاء قيل الشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها ، وإن شئت فدع ، لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن ، بخلاف الأول ، لأن الهلاك بآفة سماوية . وليس الشفيع أن يأخذ النقض ، لأنه صـــار مفصولاً فلم يبق تبعاً

---

( وإن نقض المشتري البناء ) أي قـــال القدوري ( قيل الشفيع إن شئت فخذ العرصة بحصتها ، وإن شئت فدع ، لانه صـــار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شـيء من الثمن ، بخلاف الاول ) أي الفصل الاول وهو فصل الهلاك من غير فعل احد ( لان الهلاك بآفة سماوية ) يعني غير منسوبة لأحد .

( وليس الشفيع أن يأخذ النقض ) بضم النون وكسرها بمعنى المنقوض ، وقيـــل بكسرها لا غير . وفي شرح الاقطع قال الشافعي في أحـــد قوليه يأخذ الانقاض مع العرصة وهذا لا يصح ( لانه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً ) أي صار مما يحول وينقل ، ومثل ذلك لا يتعلق به الشفعة ، وإنما تتعلق الشفعة حال الاتصال على وجه التبع ، وقد زال ذلك فلا يجوز له أخذه بغير سبب .

فإن قيل الاستحقاق يثبت له فيها حين العقد ، وكان له أخذ كل ما يتناوله عقـــد البيع قيل له الابنية تتعلق بها الشفعة حال اتصالها ، فإذا انهدمت زال المعنى الذي أوجب استحقاقها . وقـــال شيخ الاسلام في شرح الكافي وإذا اشترى داراً فغرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن الشفيع أن يأخذها إلا بمثل الثمن ، وكذلك لو كانت قناة أو بئراً فنضب ماؤها ، ولو هدمها المشتري قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء وأخـــذ الارض بحصتها من الثمن ، وكذلك إن كان البائع قد استهلك البناء ، وكذلك لو استهلكه أجنبي فأخذ المشترى منه القيمة .

ولو اختلفا في قيمـــة البناء فقال المشترى قيمته خمسمائة وقيمة الارض خمسمائة فلك أن تأخذها بنصف الثمن . وقـــال الشفيع بل كان قيمته ألف درهم وقد سقط بهلاكه ثلثا الثمن فالقول قول المشترى ، لان الشفيع مدعى تملك الدار عليه بما يقـــول وهو

قال ومن ابتاع أرضاً وعلى نخلها ثمر أخذها الشفيع بثمرها ، ومعناه إذا ذكر الثمر في البيع لأنـــه لا يدخل من غير ذكر ، وهذا الذي ذكره استحسان . وفي القياس لا يأخذه لأنه ليس بتبع ، ألا ترى أنه

---

ينكر فالقول قوله . ولو أقام البينة فالبينه بينة الشفيع في قول أبي حنيفة على قياس نكتة أبي يوسف رحمه الله تعالى ، أي بينة تلزمه . وعلى قيـــاس محمد يجب أن تكون البينة بينة المشترى لانه لا يمكن تصوير الامرين جميعاً ، بخلاف ما إذا اختلفا في أصل الثمن ، وعلى قول أبي يوسف البينة بينة المشترى لانه للزيادة .

وإن اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر إلى قيمة اليوم وقيمة الثمن عليها ، لانه متى كانت قيمته يوم المنازعة معلومة ، ووقت الشراء قريب منه ، والظاهر أنه هكذا يوم الشراء ، فكان الظاهر شاهداً له فيكون القول قوله .

( ومن ابتاع أرضاً ) أي قال القدوري ومن اشترى أرضاً (وعلى نخلها ثمر) أي والحال أن على نخلها ثمر ( أخذها الشفيع بثمرها ، ومعناه ) أي معنى قول القدوري أخذهـــا الشفيع بثمرها ( إذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر ) جملة القول فيه على ثلاثة أوجه ذكرت في شرح الكافي . أما إذا كانت الثمرة موجودة عند العقد أو حدثت بعد العقد قبل القبض ، أو حدثت بعد القبض . فإن كانت موجودة عند العقد وقدشرط في العقد ثم أكله المشتري وذهب بآفة سماوية سقط بقسطه من الثمن ، لأنه دخل في العقد مقصوداً فأخذ قسطاً من الثمن فيأخذ الأرض والنخل بمـــا بقي من الثمن إن شاء . وإن حدثت بعد العقد قبل القبض اما ذهبت بآفة سماوية لا يسقط بذهابهـــا شيء من الثمن ، وإن أكله هو وغيره أو وجده ولم يأكله سقط بحصته شيء من الثمن ، وكذلك إن بقي إلى وقت القبض ثم ذهب أو تناوله هو أو غيره ، وإن حدثت بعد القبض فأكلها أو ذهب بآفـــة سماوية لأنه لا يسقط بإزائه شيء من الثمن وله أن يأخذ الأرض والنخيل بجميع الثمن .

( هذا الذي ذكره ) أي القدوري ( استحســان ، وفي القياس لا يأخـــذه ) وبه قال أحمد والشافعي فهو للمشترى فيبقى في الجذاذ كالزرع وكذا الثمرة المحدثة في يد المشترى كان له ويبقى إلى الجذاذ عندهما ، وقول مالك كقولنا ( لأنه ليس بتبـــع ) للأرض ( ألا

لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتـــاع في الدار . وجه الاستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعاً للعقار كالبناء في الدار ، وما كان مركباً فيه فيأخذه الشفيع . قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيع تبعاً لأن البيع سرى إليه على ما عرف في ولد المبيع . قـــال فإن جذه المشترى ثم جـــاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً ، لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه ، فلا يأخذه .

---

ترى أنه لا يدخل في البيع من غير ذكر فأشبه المتاع في الدار ) أى فأشبه المتاع الموضوع في الدار المبيعة فإنه لا يدخل في البيع من غير ذكر ، لأنه ليس بتبع ، فكذا هذا .

( وجه الإستحسان أنه باعتبار الاتصال صار تبعـــاً للعقار كالبناء في الدار ) حيث تكون تبعاً للدار باعتبار الاتصال (وما كان مركباً فيه) أى في المشفوع كالأبواب والسوار المزكية ( فيأخذه الشفيـع ) أى إذا كان كذلك فيأخذه الشفيـع .

( قال وكذلك إن ابتاعها وليس في النخيل ثمر ) أى قال المصنف وكذلك الحكم إن اشترى الأرض والحال انه ليس في النخيل ثمر ( فأثمر في يد المشترى ، يعني يأخذه الشفيع لأنه مبيـع تبعاً لأن البيـع سرى إليـه ) أى إلى الثمر ( على ما عرف في ولد المبيـع ) يعني إذا قدرت ولدت قبل قبض المبيعة المشتري يسرى حكم البيـع إليه فيكون المشترى كانه ، فكذلك هنا الثمر الحارث في يـد المشتري قبل قبض الشفيـع يكون للشفيـع ، لأن المشتري كالبائع منه .

( قال فان جذه المشتري ) أي قال المصنف فان قطعه المشتري ، وفي بعض النسخ فان أخذه المشتري ( ثم جاء الشفيـع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعاً ) أي فصل مـــا إذا ابتاع أرضاً وفي نخلها ثمر . وفي فصل مـــا إذا ابتاعها وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري ( لأنه لم يبق تبعاً للعقار وقت الأخذ حيث صار مفصولاً عنه فلا يأخذه ) لأن التبعية كانت فيه وقد زال .

قـــال في الكتاب فإن جذه المشترى سقط عن الشفيع حصته . قال رضي الله عنـــه وهذا جواب الفصل الأول ، لأنه دخل في البيع مقصوداً فيقابله شيىء من الثمن ، أما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميـــع الثمن لأن الثمر لم يكن موجودا عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعـــاً ، فلا يقابله شيىء من الثمن ، والله أعلم

---

( قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط ) أي قال القدوري فان جـــذه المشتري سقط ( عن الشفيـــع حصته ، قال وهذا جواب الفصل الأول ) أي قال المصنف هـــذا الذي ذكره القدوري جواب الفصل الأول ، وهو ما إذا ابتاع أرضاً على نخلها ثمر ( لانه دخل في البيـــع مقصوداً فيقابله شيء من الثمن ، أما في الفصل الثاني ) وهو ما إذا ابتاعها وليس في النخل ثمراً ثم أثمر في يد المشتري فأخذه ( يأخذ ) أي الشفيـــع ( ما سوى الثمر بجميـــع الثمن ، لان الثمر لم يكن موجوداً عند العقد ، فلا يكون مبيعاً إلا تبعاً ، فـــلا يقابله شيء من الثمن ) وهذا جواب ظاهر الرواية وعن أبي يوسف في قوله الأول يأخذها بحصتها من الثمن في الفصل الثاني ، وفي الإيضاح ولو أثمرت في يد البائع بعـــد البيـــع قبل القبض فأتلفه البائع يرفع حصته ، لأن ما حدث قبل القبض له حصة من الثمر على اعتبار صيرورتها مقصودة بالقبض أو بالإتلاف . وعند الشافعي وأحمد يرفع حصتـــه من الثمن في جميع الصور ( والله سبحانه وتعالى أعلم ) .

* * *

# باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

## قال الشفعة واجبة في العقار . وإن كان مما لا يقسم . وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم ،

---

**( باب ماتجب فيه الشفعة وما لا تجب )**

أي هذا باب في بيان ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب . ولما ذكر تعقب الشفعة مجملا شرع في بيانه مفصلا ، والتفصيل يكون بعد الإجمال .

( قال الشفعة واجبة ) أي قال القدوري ، وأراد بالوجوب الثبوت لا الوجوب الذي يكون تاركه آثماً ( في العقار ) وهو كل ما له أصل من دار أو ضيعة . وقال الكرخي في مختصره الشفعة واجبة في جميع ما بيع من العقار دون غيره بسنة رسول الله ﷺ الدور والمنازل والحوانيت والخانات والفنادق والمزارع والبساتين والأقرحة والأرجاء والحمامات وسائر العقار إذا وقع البيع على عرصته إن كانت في مصر أو نحوه أو سواء أو غير ذلك من أرض الإسلام إذا كان ذلك مملوكاً لا يجوز بيع مالكه فيه ، فكان البيع بيعاً قاطعاً ليس فيه خيار شرط ، وإن كان فيه خيار شرط وكان الشرط المشترطة لا لبائعه ففيه الشفعة ، وإن كان لبائعه اولهما فلا شفعة فيه ، انتهى (وإن كان) أي العقار (مما لا يقسم) كالحمام والرحى والنهر والبئر والطريق .

( وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم ) وبه قال مالك وأحمد في رواية وإسحاق وأبو ثور ، وبقولنا قال مالك في رواية وأحمد في أخرى وابن شريح من الشافعية ، وهو قول الثوري أيضاً. ولو كان البئر واسعة يمكن أن يبني فيها ويجعل بئرين والحمام كثير البيوت يمكن جعله حمامين أو يمكن أن يجعل كل بيت بيتين ، أو الطاحونة كبيرة تجعل طاحونتين الكل واحدة حجران يثبت فيها الشفعة عند الشافعي على الأصح ، وبه قال أحمد وإن لم

لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة ، وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم . ولنـــا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء ، عقار أو ربـــع ،

---

يكن كذلك وهو الغالب في هذه العقارات فلا شفعة فيها على الأصح ، كـــذا في شرح الوجيز .

لهم قوله ﷺ لا شفعة في بناء ولا طريق ولا منقبة ، والمنقبـــة الطريق الضيق ، رواه ابن الخطاب . وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال لا شفعة في بئر ولا نخل . ولنـــا حديث جابر عنه ﷺ الشفعة في كل شيء على ما يأتي الآن . وحديث أبي الخطاب غير معروف وحديث عثمان يمكن أن يكون مذهبه إن ثبت ، والشفعة شرعت لدفع ضر سوء الجوار ، وهذا يشمل الكل .

( لأن الشفعة إنما وجبت دفعاً لمؤنة القسمة ) وهو الضرر الذى يلحق الشريك بأجرة القسام ( وهذا ) أى دفع مؤنة القسمة ( لا يتحقق فيما لا يقسم ) فلا تجب الشفعة فيه .

( ولنا قوله ﷺ الشفعة في كل شيء ، عقار أو ربع ) هذا الحديث رواه اسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا الفضل بن موسى ثنا أبو حمزة السكري عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قـــال : الشريك شفيـع ، والشفعة في كل شيء . وروى الطحاوي في شرح الآثار حدثنا محمد بن خزيمة بن راشد حدثنا يوسف ابن عدي حدثنا ابن ادريس وهو عبد الله الأودي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء .

ومن جهة الطحاوى ذكره عبـد الحق في أحكامه وزاد في إسناده هو القراطيسي ، يعني يزيد بن عدي . وقال ابن القطان وهو وهم منه ، ليس في كتاب الطحاوى ولكنه قلد فيه ابن حزم وقد وجدنا لابن حزم في كتابه كثيراً من ذلك ، مثل تفسيره حماد بأنه ابن زيد ويكون ابن سلمة . والراوي عنه موسى بن اسماعيل وتفسيره شيبان بأنه فروخ وإنما هو النحوى وهو قبيح . فإن صفتها ليست واحدة ، وتفسيره داود عن الشعبي بأنه الطائي وإنما هو ابن أبي هند ، ومثل هذا كثير قد بيناه وضمناه باباً مفرداً فيما نظرنا في

إلى غير ذلك من العمومات ، ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك ، والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانـــه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام ، والرحى

---

كتابه المحلى . والقراطيسي إنما هو يوسف يروي عن مالك بن أنس وغيره . وروى عنه الرازيان قاله أبو حاتم ووثقه ، وهو أبو زرعة ، وأما يوسف بن يزيد أبو يزيد القراطيسي فهو أيضاً ثقة جليل مصري ذكره ابن يونس في تاريخه ، توفي سنة سبع وثمانين ومائتين ، وقد رأى الشافعي ، ومولده سنة سبع وثمانين ومائة .

قوله عقار يدل مولد له شيء وقد فسرنا العقار . والربع المنزل الشتـاء والصيف في الربيع . وقيل الدار . ويجمع على ربوع وأرباع وأربع ورباع . وأصله من أربع بالمكان إذا أقام بـــه . وفي الجمهرة الربع المنزل في الشتاء والصيف ، والربع المنزل في الربيع ، ويقال الربع الدار حيث كانت ( إلى غير ذلك من العمومات ) هذا حال من قوله ﷺ ، والتقدير ولنا قوله ﷺ كذا و كذا منتهياً إلى غيره من النصوص العامة المتناولة لما يقسم ولما لا يقسم ، والعمومات جمع عموم جمع عام وهي الأحاديث التي مرت فيما مضى .

( ولأن الشفعة سببهـــا الاتصال في الملك ) أي الاتصال بين الملكين ( والحكمة دفع ضرر سوء الجوار ) أي الحكمة في مشروعيتها دفـع ضرر السوء الحاصل بسبب الجوار ، لأن الاتصال على وجه التأبيد والقرار لا يقرر عن ضرر الدخيل بسبب ، سوء الصحبـة وأذى المجاورة ( على ما مر ) في أوائل كتاب الشفعة ( وانه ) أي دفع ضرر سوء الجوار ( ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم ) قوله ما يقسم ومـــا لا يقسم تفسير للقسمين ، ويجوز أن يكون حظهما من الاعراب النصب على البدلية ، ويجوز أن يكون الرفع على تقدير أحدهما ما يقسم والآخر ما لا يقسم ( وهو ) أي ما لا يقسم ( الحمام ) بتشديـد الميم واحد الحمامات المبنية ، وأصله من الحميم وهو الماء الجاري .

( والرحى ) والمراد به بيت الرحى ، لأن الرحى اسم للحجر ، ومنـــه يقال رحوت الرحى ورحيتها أنا إذا أدرتها . قال الجوهري الرحى معروفة مؤنثة ، والألف منقلبة

والبئر والطريق . قـــال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة إلا في ربـع أو حائط ، وهو حجـة على مالك في إيجابها في السفن .

---

من الياء بقوهما رحيان ، وكل من قد قال رحاء ورحا إن وارحية مثل عطاء وعطا إن واعطيته جعلها منقلبة من الواو ، ولا أدرى ما حجته وما صحته وثلاث ارح ، والكثير ارحاء . وقال الصنعاني في مجمع البحرين يقال في تثنية الرحى رحوان كما يقال رحيان ، وتكتب بالياء والألف .

( والبئر والطريق ) وكذا النهر والدور والصفار ، والحاصل أن المراد بما لا يقسم أي لا ينتفع به بعـــد القسمة الحسية مثل انتفاعه قبل القسمة ويفوت جنس الانتفاع كما في الحمام لأنه لا يحتمل التجزيء والقسمة في ذاته لأنه ما من شيء في الدنيـا إلا ويحتمل التجزيء في نفسه .

( قال ولا شفعة في العروض والسفن ) أي قال القدوري في مختصره والعروض بضم العين جمع عرض ، وهو ما ليس بنقد وقد مر تفسيره من قريب ، والسفن بضمتين جمع سفينة ( لقوله ﷺ لا شفعة إلا في ربع أو حائط ) هذا الحديث رواه البزار في مسنده ثنا عمرو بن علي ثنا أبو عاصم ثنا ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه قال ، قال رسول الله ﷺ لا شفعة إلا في ربع أو حائط ، ولا ينبغي له أن يبيع حتى يستأمر صاحبه ، فان شاء أخذ ، وإن شاء ترك . وقال لا نعلم أحداً يرويه بهذا اللفظ إلا جابر . والعجب من الاترازي مع ادعائه التعمق في الحديث كيف له أن ينسب هذا الحديث إلى مخرجه بل قال ولنا في صحة هذا الحديث نظر وسكت ومضى ، على أن أبا حنيفة أيضاً رواه عن عطاء عن أبي هريرة قـــال قال رسول الله ﷺ لا شفعة إلا في دار أو عقار ، أخرجه البيهقي في سننه الكبرى . والربع قد مر تفسيره ، والمراد بالحائط البستان ويجمع على حيطان .

( وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن ) أي الحديث المذكور حجة على مالك في

ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به . وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الأصل ، لأنه لا قرار له فكان نقلياً

---

إيجابه الشفعة في السفن فإنه قال في رواية أن الشفعة تثبت في جميع المنقولات كالحيوان والثياب والسفن ونحوها . وعن أحمد في رواية وتثبت الشفعة فيما لا يقسم كالحجر والسيف والحيوان وما في معنى . وعنه في رواية أخرى أنها تثبت في البناء والغرس أن يبيع منفرداً ، وهو قول مالك . وقال الاسبيجابي في شرح الكافي ولا شفعة إلا في الأرضين والدور حيث لا يثبت إلا في المنقول . وقال ابن أبي ليلى يثبت في المنقول . وقال القدوري في شرحه وقال مالك يثبت في السفن أيضاً .

( ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار ) أي قدر دوامه وهو بفتح الحاء وسكون السين ، وقيل يجوز بفتح السين أيضاً واختاره الجوهري حتى قال إنما يسكن الضرورة . وفي العباب وحسب بالتحريك وهو فعل بمعنى مفعول مثل نقص بمعنى منقوص . ومنه قولهم ليكن عملك بحسب ذلك ، أي على قدر عدده . قال الكسائي يقال ما أدري ما حسب حديثك ما قدر ، وربما سكن في ضرورة الشعر ( فلا يلحق به ) أي إذا كان كذلك فلا يلحق المنقول بغير المنقول .

( وفي بعض نسخ المختصر ) أي مختصر القدوري ( ولا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة ) بفتح العين وسكون الراء وهو كل بقعة من الدار واسعة ليس فيها بناء ، والجمع العراص والعرصات والأعراص ، كذا في العباب ( وهو صحيح ) أي المذكور في بعض نسخ المختصر وهو الصحيح ( مذكور في الأصل ) أي المبسوط ( لأنه لا قرار له ، فكان نقلياً ) أي البناء أو النخل . والشفعة إنما تجب في الأراضي التي يملك

رقابها ، حتى ان الأراضي التي جازها الإمام لبيت المال ، ويدفع إلى الناس مزارعة ، فصار أيهم فيها بناء وأشجار ، فلو بيعت هذه الأراضي فبيعها باطل . وبيع البناء والشجر يجوز ، ولكن لا شفعة فيها . وكذا لو بيعت دار بجنب دار الوقف فلا شفعة للوقف ولا يأخذها المتولي .

وكذا إذا كانت الدار وقفاً على رجل فلا يكون للموقوف عليه الشفعة بسبب هذه الدار ، كذا في الذخيرة والمغني ، ولا يلزم على هذا استحقاق العبد المأذون والمكاتب الشفعة ولا ملك لهما في رقبة الأرض ، لأن استحقاقها فيها التصرف بالبيع والشراء قام مقام الشفعة ملك الرقبة كما قال أبو حنيفة فالشفعة للمشتري الذي له الخيار إذا بيعت دار بجنب تلك الدار المشتراة ، مع انه لا يقول اما الملك . وعند الثلاثة لا شفعة لشركة الوقف وإن كان الموقوف عليه معيناً . وفي المشتري الذي له الخيار يثبت له الشفعة كما سيجيء إن شاء الله تعالى .

( وهذا بخلاف العلو ) أي عدم وجوب الشفعة في البناء ، بخلاف العلو ( حيث يستحق بالشفعة ) أي صاحب السفل يأخذه بالشفعة . وقال الكرخي في مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وجبت فيها الشفعة بيعاً جميعاً أو كل واحد منهما على انفراده وقال أبو يوسف إن وجوب الشفعة في السفل والعلو استحسان، روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد . وقال القدورى في شرحه أما إذا بيعا جميعاً فلا شبهة فيه ، لأنه باع العرصة بحقوقها لتملق الشفعة بجميع ذلك ، وأما إذا باع السفل دون العلو لقوله ﷺ لا شفعة إلا في ربع ، ولأن المساوي يخاف فيها على وجه الدوام . وأما العلو فلأنه حق متعلق بالمنفعة على التأبيد وهو كنفس البقعة ، والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان إنما هو في العلو .

وكان القياس أن يجب فيه الشفعة لأنه لا يبقى على وجه الدوام ، وإنما استحسنوا لأن حق الوضع متناجد [1] فهو كالعرصة ، وقد قال محمد في الزيادات ان العلو إذا انهدم

(١) هكذا رسم الكلمة في الاصل .

ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه ، لأنه بماله من حق القرار التحق بالعقار . قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء

---

ثم بيع السفل فالشفعة واجبة لصاحب العلو عند أبي يوسف ، ولا شفعة عند محمد ، فأجرى أبو يوسف حق الوضع وإن لم يكن هناك بناء مجرى الملك ، لأنه حق ثابت على التأبيد كنفس الملك . وذكر محمد « رح » في الزيادات أن من باع علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع ، ولم يحك خلافاً . قال ابن شاهر به هذا ينبغي أن يكون قوله خاصة ، وأما على قول أبي يوسف فيجب أن لا يبطل البيع لبقاء حق الوضع ، ألا ترى أنه أجراه مجرى العرصة في إيجاب الشفعة ، الكل من شرح القدوري .

( ويستحق به الشفعة في السفل ) أي بالعلو الشفعة في السفل بالجوار ، وليس بشريك إذا لم يكن بطريق العلو في السفل ، كذا في الإيضاح ( إذا لم يكن طريق العلو فيه ) أي في السفل ، وهذا لبيان ان استحقاق الشفعة فيه بسبب الجوار لا بسبب الشركة ، وليس لبيان أن الشفعة لا تجب إذا كان طريق العلو فيه ، بل تجب الشفعة ثمة أيضاً لكن بسبب الشركة لا بالجوار ، حتى يكون مقدماً على إيجار الملازق .

ألا ترى إلى ما نص الكرخي في مختصره وقال لو ان رجلاً له علو في دار وطريقه في دار أخرى إلى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار التي فيها الطريق أولى بالشفعة ، انتهى ، وذلك لأنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جار ، والشريك في الطريق أولى من الجار . ولو ترك صاحب الطريق الشفعة وللعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل ، لأن كل واحد منهما جار للعلو والتساوي في الجوار ، فوجب التساوي في الشفعة ، كذا ذكره القدوري ( لأنه بما له من حق القرار التحق بالعقار ) أي لأن العلو الذي له حق التعلي التحق بالعقار فتجب فيه الشفعة .

( قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء ) وبه قال مالك والشافعي ، وأكثر أهل العلم. وقال أحمد وابن أبي ليلى والحسن البصري وعمر بن عبد العزيز لا شفعة للكافر على مسلم . ولنا ما أشار إليه بقوله واحتجوا بما رواه الدارقطني عن أنس أنه ﷺ قال لا شفعة لكافر على مسلم ، أشار إليه بقوله ( للعمومات ) أي بعمومات الأحاديث التي مر ذكرها .

للعمومات ، ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ، ولهذا يستوى فيه الذكر والأنثى، والصغير والكبير ،

---

وحديث الدارقطني غريب لم يثبت ، ولا يعارض بعموم قولـــه سبحانه وتعالى ﴿ ولن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ، لأن المراد نفي السبيل حكماً لا حقيقة ، ونفي السبيل بالإسترقاق يراد بالإجماع فلا يراد غيره ، لأن المقتضى لا عموم له .

( ولأنهما ) أي المسلم والذمي ( يستويان في السبب ) وهذا اتصال الملك ( والحكمة ) وهي دفع الضرر ( فيستويان في الاستحقاق ) أي في استحقاق الشفعة ( ولهـــذا ) أي ولأجل ما ذكرنا من الاستواء في السبب والحكمة والاستحقاق ( يستوي فيـــه ) أي في الاستحقاق ( الذكر والأنثى ، والصغير والكبير ) وفي المبسوط قال ابن أبي ليلى لا شفعة في الصغير ، يروى هـــذا عن النخعي والحارث العكلي ، لأن الصبي لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشتري .

وليس للولي الأخذ ، لأن من لا يملك العفو لا يملك الأخذ لعامة العمومات . ولأن سبب الاستحقاق والشركة والجوار فيستوي فيه الصغير والكبير ، والصبي محتاج إلى الأخذ لدفع الضرر في الثاني الحال ، وإن لم يكن في الحال والولي يملك الأخذ كالرد بالعيب نظراً له ، وإنما لم يملك العفو لأن فيه إسقاط حقه وفيه ضرر . وفي المبسوط يثبت حق الشفعة للحمل الذي لم يولد ، لأنه من أهل الملك بالإرث ، حتى لو وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبة شرك الورثة في الشفعة ، وإن كان الوضع بعد البيع لأكثر من ستة أشهر . وكذا لو كان من أهل البدع له الشفعة عند العامة كالفاسق بالأعمال . وعن أحمد لا شفعـــة لغلاة الروافض الذي يحكم بكفرهم ، لأنه لا شفعة لكافر على مسلم .

وقال الكرخي في مختصره فأهل الإسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والأحرار والمكاتبون والمعتق بعضـــه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء . وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك سواء ، والخصماء فيما يجب على الصبيان آباؤهم فإن لم يكونوا فأوصيـــاء الآباء ، فإن لم يكونوا فالأجداد من قبـــل الأب ، فإن لم يكونوا فأوصيـاء الأجداد ، فإن لم

والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً . قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة ، لانه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة أو قيمته على ما مر . قـــال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع المرأة بها أو يستأجر بها داراً

---

يكونوا فالإمام والحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم ، وأهـــل العدل وأهل البغي في الشفعة أيضاً سواء .

( والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذوناً أو مكاتباً ) قيد بقوله إذا كان مأذوناً ، لأنه إذا لم يكن مأذوناً فلا شفعة له ، وإذا كان بائع الدار غير المولى يستحـق المأذون الشفعة بلا خلاف . وإذا كان البائع مولاه يأخذ بالشفعة أيضاً إذا كان عليـــه دين ، كذا في المبسوط ، وقياس قول الثلاثة أن يأخذ كما لو لم يكن عليه دين .

( قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة ) أي قال القدوري ، قيد بقوله بعوض لأنه إذا ملكه بالهبة والصدقة والوصية والإرث لا شفعة له عند عامة أهـل العلم منهم الأئمة الثلاثة . وحكي عن مالك رواية في المنتقل بصدقة أو هبة فيه الشفعة ، وبه قال ابن أبي ليلى ويأخذ الشفيع بقيمته . وقيد بقوله هو مال احترازاً عما إذا لم يكن مالاً كالبينة ، فإن البيع باطل فلا شفعة فيه ( لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل مـا تملك به المشتري صورة ) فيما لا مثـــل له كالمكيل والموزون والمقدور المتفاوت ( أو قيمته ) أي فيما لا مثل له وهو الذي يتفاوت آحاده ( على ما مر ) في فصل ما يؤخذ به المشفوع بقوله ومن اشترى داراً بعرض أخذها الشفيع بقيمته . وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله .

( قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها ) أي قال القدوري ، وذلك بـأن جعل الدار صداقها فلا شفعة فيها ، لأن سببها غير السبب بسبب ويملك به التملـك ( أو يخالع المرأة عليها ) بأن تعطي المرأة الدار لزوجها لتخالع عليها ( أو يستأجر بها داراً )

أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها عبداً ، لأن الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا . وهذه الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع ، وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ، لأن هذه الأعواض متقومة عنده

---

بأن يجعل الدار أجرة للدار المستأجرة ( أو غيرها ) أي أو يستأجر بها غير الدار ، بأن جعلها أجرة عبد أو حانوت أو رحى ( أو يصالح بها عن دم عمد ) بأن يجعل الدار بدل الصلح عن دم العمد ( أو يعتق عليها عبداً ) بأن قال لعبده أعتقتك على هذه الدار ( لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا ) أراد به قوله لأنه أمكن مراعاة شرط الشرع ... إلى آخره . فإن قلت أليست الغنيمة حصلت بذلك حتى ذكر قوله لأن الشفعة ... إلى آخره ، وهذا تكرار . قلت لأن هذا دليل مستقل ذكره استظهاراً وإن كان الاول كافياً .

( وهذه الأعواض ) في تزوج الرجل على الدار وخلع المرأة عليها وجعلها أخذه في الإجارة وعوض الصلح عن دم العمد والعتق عليها ( ليست بأموال ، فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع) وبه قال أحمد في الظاهر والحسن والشعبي وأبو ثور وابن المنذر .

( وعند الشافعي تجب فيها الشفعة ) أي في هذه الأشياء ، وبه قال مالك وأحمد في رواية ابن حامد عنه وابن شبرمة وابن أبي ليلى والحارث العكلي ، ثم اختلفوا بكم يأخذه، فقال مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذه بقيمة النقص ، لأنا لو أوجبنا عليه مهر المثل لتقومنا البضع على الأجانب . وقال الشافعي وأبو حامد والعكلي أخذه بالمهر في التزوج والخلع والمتعة ، بأن صالح على متعتها لأن البدل فيها الأمثل له ، فيأخذ بقيمة البدل وهي المهر ( لأن هذه الاعواض متقومة عنده ) أي عند الشافعي ، إذ التقويم حكم شرعي شرع لجعل هذه الاشياء مضمونة لهذه الاعواض . وضمان الشيء قيمة ذلك الشيء .

فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة ، لأنه لا عوض فيها رأساً ، وقوله يتأتى فيما إذا جعل شقصاً من دار مهراً أو ما يضاهيه ، لأنه لا شفعة عنده إلا فيه . ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة . وكذا الدم والعتق غير متقوم ، لأن القيمة

---

وكذا المنافع عنده متقومة كالاعيان ، فإذا جعل الدار عوضاً عن البضع أو نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ به فيأخذ بقيمته وهو مهر المثل ، كما لو اشترى بعبد وهو معنى قوله ( فأمكن الاخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها ) أي بمثل هذه الاشياء، فيأخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والإجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والإعتاق ( كما في البيع بالعرض ) بأن باع الدار بالعرض فإن الشفيع فيه يأخذ بالقيمة لتعذر المثل .

( بخلاف الهبة ، لانه لا عوض فيها رأساً ) يعني بالكلية والشفعة لا يكون إلا فيما فيه عوض ( وقوله يتأتى ) أي قول الشافعي يتحقق ( فيما إذا جعل شقصاً ) أي نصيباً ( من دار مهراً ) إذ لا شفعة عنده في العقار إلا في الشقص ( أو ما يضاهيه ) أي أو جعل ما يضاهي المهر ، أي يشابهه بأن جعل شقصاً من الدار بدل الخلع أو الاجرة أو بدل الصلح أو بدل العتق ( لانه لا شفعة عنده إلا فيه ) أي لان الشأن لا شفعة عند الشافعي إلا في الشقص من العقار ، لانه لا يرى الشفعة بالجوار .

( ونحن نقول أن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها ) أي غير منافع البضع ( بعقد الاجارة ضروري ) اثابة لخطر المحل وصوناً لهذا العقد عن السببية بالإباحة فظهر تقومه في حق هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة ( فلا يظهر ) أي التقوم ( في حق الشفعة ) لان الضروري يتقدر ولوبقدر الضرورة .

( وكذا الدم والعتق غير متقوم ) إنما أفردهما بالذكر لان تقومهما أبعد ، لانهما ليسا بمالين فضلاً عن التقوم ، واستدل على ذلك بقوله ( لأن القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى

ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ، ولا يتحقق فيهما . وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لهـــا الدار مهراً ، لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضع . بخلاف مـــا إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال .

---

الخاص المطلوب ) وهو المالية ، لأن القيمة إنما سميت بها لقيامها مقام الغير ، وإنمـا تقوم مقام الغير باعتبار المالية لا بغيرهـا من الأوصاف كالجوهرية والجسمية وغير ذلك ، ولا مالية في الدم والعتق .

فإن قلت الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب منها السكنى ، وكذا الثوب المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد ويضمـنان بالقيمة . قلت بل المعنى الخاص منها الماليـــة لكن طريق الإنتفاع يختلف فينتفع بالدار والسكنى . وفي الغلام بالخدمة واختلاف طرق الانتفاع لا ينافي كون المعنى الخاص من المشفع به هو المالية ، والدليل عليه أن من أتلف ثوب إنسان أو قاء بناء دار إنسان يضمن قيمتها ولا ذلك إلا باعتبـار المالية ، وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للبس .

( ولا يتحقق فيهما ) أي لا يتحقق المعنى الخاص المطلوب في الدم والعتق ، لأن العتق اسقاط وإزالة الدم ليس لحق الإستيفاء وليسا من جنس ما يتمول به ويدخر ( وعلى هذا إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهراً ) أي لا يجب فيها الشفعة ، وهذا لبيان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونها مقابلاً بالبضع ( لأنه بمنزلة المفروض في العقد في كونه ) أي في كون المفروض بعد العتق ( مقابلاً بالبضع ) يعني انهما جعلا هذه الدار مهراً فيكون مقابلة البضع فيكون مبادلة مال بما ليس بمال ، فلا يجري فيها الشفعة .

فإن قلت هذا معاوضة بمهر المثل لأنه لما وقع التزوج بغير مهر وجب مهر بمال فيجري فيها الشفعة . قلت إنهما جعلا الدار مهراً لا بدلاً عن مهر المثل ، ولا بد للمبادلة من جعل أحد الشيئين بدلاً والآخر مبدلاً منه ، والعين مبدل فلا يكون بدلاً .

( بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى ) يعني يجب فيه الشفعة ( لأنـه مبادلة

ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة « رح » . وقالا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه ، وهو يقول معنى البيع فيه تابع ، ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل ، فكذا في التبع ، ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة ، حتى أن المضارب إذا باع داراً

---

مال بمال ) لا محالة . وفي شرح الكافي ولو صالحها من مهرها على الدار أو صالحها عليه مما يجب لها المهر فللشفيع فيها الشفعة ، لأنه حينئذ يكون عوضاً عن المهر فيكون تبعاً حقيقة . وقال في الشامل صالحه على دار من جراحة خطأ تجب الشفعة ، لأن الواجب المال .

فإن قلت كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل . قلت جاز أن يكون معلوماً عندهما ، ولأنه جهالة في الساقط فلا يفضي إلى المنازعة فلا يفسد البيع .

( ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة ) هذا في مسائل الأصل ، ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري ، قوله في جميع الدار ، أي شيء منها ( وقالا تجب في حصة الألف ) أي يقسم الدار على مهر مثلها وألف درهم فما أصاب الألف تجب فيه الشفعة ، وبه قال أحمد ( لأنه مبادلة مالية في حقه ) أي فيما يخص الألف ( وهو يقول ) أي أبو حنيفة ( معنى البيع فيه تابع ) النكاح ( ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ) لكون المقصود وهو النكاح ( ولا يفسد بشرط النكاح فيه ) أي لو كان البيع أصلاً يفسد بشرط النكاح ، كما لو قال بعت منك هذه الدار بألف على أن تزوجي نفسك مني ( ولا شفعة في الأصل ) وهو نفس الصداق ( فكذا في التبع ) وهو البيع .

( ولأن الشفعة ) دليل آخر وفيه إشارة إلى دفع ما يقال الشفعة تقتضي المبادلة ، وأما أن تكون هي المقصود فممنوع . ووجهه أن الشفعة ( شرعت في المبادلة المالية المقصودة ) وهنا المقصود هو النكاح دون مبادلة المال بالمال ( حتى أن المضارب إذا باع

وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعاً فيه . قال أو يصالح عليها بإنكار ، فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة . قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح ، أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله عليها ، لأنه إذا صالح عليها

---

داراً وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح ) بأن كان رأس المال ألفاً فاتجر وربح ألفاً ثم اشترى بالألفين داراً في جوار رب المال ثم باعها بالألفين فإن رب المال لا يستحق الشفعة في حق المضارب من الربح ( لكونه تابعاً فيه ) أي لكون الربح تابعاً لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لأن المضارب وكيل رب المال في البيع، وكل من بيع له لا تجب الشفعة له ، فكذا لا تجب في البيع .

وفي الإيضاح والمغني فلو باع المضارب داراً عن المضاربة ورب المال شفيعها لا شفعة، سواء كان في الدار ربح أو ضر ، وهذا بخلاف ما لو اشترى داراً ورب المال شفيعها أخذها رب المال وإن وقع الشراء له ولكن في الحكم كأنه مال ثالث . ألا يرى انه يقدر أن ينزعه من يده . وفي شرح الكافي ولو باع المضارب داراً من غير المضارب كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار له من المضاربة ويكون له خاصة لأنه جار بدار المضاربة . ولو باع رب المال داراً له خاصة والمضاربة شفيعها بدار المضاربة ، فإن كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لأنه جار بقدر نصيبه ، وإن لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه ليس لها بجار .

( قال أو يصالح عليها بإنكار ، فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة ) أي قال القدوري ، اى أو يصالح على الدار . والقدوري عطف هذا على قوله أو يعتق عليها عبداً ، وهذه المسألة مختلفة الألفاظ في النسخ ، والخطأ فيها من الناسخ ، كذا في شرح الأقطع ، ولهذا قال صاحب الهداية ( قال هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر ) أي القدوري ( والصحيح أو يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لأنه إذا صالح عليها

بإنكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه . وكذا إذا صالح عنهـــا بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعـــاً لشغب خصمه . كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي ، وإنما استفاده بالصلح

---

بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه ) يعني أن المدعي عليه ينكر مبادلة المال بالمال ، ويزعم أنه بقي عليه قديم ملكه ، وإنما بذل المال لدفع الخصومة .

بيان ذلك أنه إذا صالح عليهـــا يجب فيها الشفعة ، سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت ، لأن في زعم المدعي أنه يأخذها عوضاً عن حقه . وكذا المدعى عليه يعطيها عوضاً عن المال الذي يدعى عليه فتجب الشفعة ، لانه مبادلة مالية مقصودة، بخلاف ما إذا صالح عنها بانكار حيث لا تجب فيها الشفعة ، لأن في زعم المصالح أن الدار ملكه ، وإنما دفع المـــال افتداء ليمينه فلم يملكها بعوض ، فكذا إذا صالح منها بسكوت فلا تجب الشفعة أيضاً ، لانا لا نعلم أنه يملكها بعوض الجوار انه دفع المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب الخصم ، فلا تجب الشفعة بالشك . وهذا بخلاف ما إذا صالح عنها باقرار حيث يجب فيها الشفعة ، لانه مقر به ملكها بالمال المصالح عليه . ألا ترى انهم قالوا لو استحق المصالح عليه ، والصلح مع سكوت رجع المدعي بالدعوى . ولو كان الصلح مع إقرار بالدار فبان الفرق بينهما .

( وكذا إذا صالح عنها بسكوت ) لانه ، أي وكذا لا شفعة فيما إذا صالح عن الدار بسكوت ( لانه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعاً لشغب خصمه ) قال السغناقي في العباب الشغب بسكون الغين المعجمة يهيـــج الشر ، لا يقال شغب يعني بالتحريك . وافتداء وقطعاً منصوبان على التعليل ( كما إذا أنكر صريحاً ) حيث لا شفعة فيه .

( بخلاف ما إذا صالح عنها بالإقرار لانه معترف بالملك للمدعي ) لانه مقر بأنـــه ملكها بالمال المصالح عليه وقـــد مر التحقيق مستوفى ( وإنما استفاده ) أي الملك ( بالصلح ، فكان مبادلة المالية ) فوجبت فيه الشفعة ( أما إذا صالح عليها ) أى على

فكـــان مبادلة مالية . أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك ، لأنه أخذها عوضاً عن حقه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه . قال ولا شفعة في هبته لما ذكرنا إلا أن تكون بعوض مشروط ، لأنه بيع انتهاء .

---

الدار ( بإقرار أو سكوت أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك ) أى في الاحوال الثلاث ( لانه ) أى المدعي ( أخذها ) أى أخذ الدار ( عوضاً عن حقه في زعمه ) أى في زعم المدعي ( إذا لم يكن ) أى العوض ( من جنسه حقه ) أى من جنس حقه قيد به لانه إذا كان من جنس حقه بأن صالح على بيت من داره فانـــه أخذ عين حقه فلا يكون معاوضة وقـــد مر في الصلح فلا تجب الشفعة ( فيعامل بزعمه ) أي بزعم المدعي بفتح الزاي وضمها ، يقال زعم زعماً وزعما ، أى قال من باب نصر ينصر . وأما زعم بكسر العين معناه طمع فمصدره زعم بالتحريك .

( قال ولا شفعة فى هبته ) أى قال القدوري لا شفعة في هبته ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وابن أبي ليلى فيها الشفعة بقيمة الموهوب ، وكذا عندهما الشفعة في الصدقة بالقيمة ( لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله بخلاف الهبة ، لانه لا عوض فيهـــا رأساً ( إلا أن تكون بعوض مشروط ) في عقد الهبة ( لانه ) أى لان عقد الهبـــة بشرط العوض ( بيع انتهاء ) لانه هبة ابتداء .

واعلم أن الهبة على عوض ، فان كان وجد فيه التقابض وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة فيه . وقال زفر تجب الشفعة بالعقـــد كما ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي بقوله قالت الثلاثة وهذا بناء على أن الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء عند زفر ، وعندنا تبرع ابتداء بيع انتهاء حتى لا يجبر على التسليم . ولا يملك قبل القبض ولا يصح في المشاع ولا تثبت فيه الشفعة ، فاذا تقابضا إلا أن يثبت أحكام البيع ، وصورته أن يقول وهبت هذا الملك على أن تعوض كذا . وأجمعوا على أنه لو قال وهبت هذا لك بكذا إنه بيع ، كذا في المختلف .

ولا بد من القبض وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً ، لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة ، بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد ، لأن كل واحد منهما هبة مطلقة ، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع. قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع ، لأنه يمنع زوال الملك عن البائع . فإن سقط الخيار وجبت الشفعة، لأنه زال المانع عن الزوال

---

( ولا بد من القبض ) أي في العوضين ( وأن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لانه هبة ابتداء) فالشيوع يمنعها (وقد قررناه في كتاب الهبة) بشرط العوض انها تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء في كتاب الهبة ( بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد ) يعني لا تثبت الشفعة حينئذ أصلاً لا في الموهوب ولا في العوض ( لان كل واحد منهما ) أي من الهبة والعوض ( هبة مطلقة ) عن العوض ، لان الاول هبة أثيب عليها ، والثاني أمر في إبطاله حق الرجوع لا أن يكون عوضاً عن الاول حقيقة . ولهذا لو أعطى عشرة دراهم لمن أعطاه درهماً عوضاً عن ذلك جاز . ولو كان عوضاً لم يجز لانه يكون ربا فلا تثبت الشفعة . بخلاف ما إذا كان العوض مشروطاً لانه يصير تبعاً من كل وجه عند القبض ، لانه مشروط أيضاً فيثبت أحكام البيع .

فان قلت انه هبة ابتداء ويصير بيعاً بالقبض ، فلا يكون نظير المقبوض . قلت نعم ولكن الشفعة تتعلق بالبناء ، فمن هذا الوجه يصير مثل المقبوض فتجب الشفعة بطريق الدلالة . ( إلا انه أثيب منها فامتنع الرجوع ) أي الا أن الواهب عوض من الهبة فامتنع رجوعه عنها ، لان امتناع الرجوع لمكان التعويض فلا يصير به تبعاً .

( قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع ) أي قال القدوري ( لأنه ) أي لأن خيار البائع ( يمنع زوال الملك عن البائع ) والشفعة تجب بخروج البيع عن ملك البائع ، فصار كالإيجاب بلا قبول ( فإن سقط الخيار وجبت الشفعة ، لأنه زال المانع ) وهو عدم خروج المبيع عن ملك البائع بواسطة الشرط ( عن الزوال ) أي زوال الشفعة .

ويشترط الطلب عند سقوط الخيار، في الصحيح لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك . وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق

---

وقال تاج الشريعة ، أي زوال ملك البائع أراد أنه زال ملك البائع فوجبت الشفعة لتعلقها به . وقال الأسبيجابي في شرح الطحاوي ، ولو كان الخيار لهما جميعاً فلا شفعة فيها أيضاً لأجل خيار البائع . ولو شرط البائع الخيار الشفيع فلا شفعة له فيها أيضاً ، لأنه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط لنفسه ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته ، لأن البيع من جهة الشفيع تم فصار كأنه باع . وإن فسخ فلا شفعة له أيضاً ، لأن ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع ، أو يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة . وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جار البيع لا شفعة له ، لأن البيع تم بضمانه فلا شفعة له لأنه ترك منزلة البائع . ولو أن المشتري اشترى داراً وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة ، لأن اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة .

( ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح ) احترز به عن قول بعض المشايخ أنه لا يشترط الطلب عند وجود البيع ، لأنه هو السبب ، والأصح أنه يشترط عند سقوط الخيار ( لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عند ذلك ) أي عند سقوط الخيار ، أراد سبباً هو علة ، لأن البيع بشرط الخيار قبل انقضاء المدة سبب يشبه العلة ، وليس بعلة . وإنما يصير علة عند سقوط الخيار فيشترط الطلب عند ذلك كما في البيع البات يشترط الطلب عقبه .

( وإن اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة ) هذا أيضاً من ألفاظ القدوري وجبت الشفعة ( لأنه ) أي لأن خيار المشتري ( لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق ) وبه قال أحمد في وجه والشافعي في قول ، وهو رواية المزني . وفي شرح الوجيز وهذا هو الأصح

والشفعة تبتني عليه على ما مر ، وإذا أخذها في الثلاث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيـــار للشفيع ، لأنه يثبت بالشروط وهو للمشتري دون الشفيع . وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة ، أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي

---

عند عامة الأصحاب . وقال أحمد في ظاهر مذهبه والشافعي في قول لا تسقط الشفعـــة لشفعته إلا بعد سقوط خيار المشتري كما في خيار البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول مالك في الحلية واختاره أبو اسحاق المروزي من أصحابنا ، وهو رواية الربيـــع . قيدنا بالاتفاق لأن الإختلاف هل يدخل في ملك المشتري ، أو لم يدخل فعندهما يدخـــل خلافاً لأبي حنيفة ، وقد عرف في موضعه ( والشفعة تبتنى عليه ) أي على زاول الملـــك ( على ما مر ) في أول باب الشفعة وهو قوله والوجه فيه إنما تجب الشفعة إذا رغب البائع من ملك الدار ... إلى آخره .

( وإذا أخذها في الثلاث ) أي إذا أخذ الشفيع الشفعة في مدةالخيار التي هي الثلاث، وقيد بالثلاث ليكون على الاتفاق ( وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ) وإنما ذكرناهذا لأن المشتري بخيار الشرط لو رد المبيع بحكم الخيار قبل الأخذ بالشفعة لم يثبت البيـــع وينفسخ من الأصل ، فحينئذ لا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة ، لأن هذا ليس باقالة هل انفسخ من الاصل ، فكان السبب منعدماً في حقه من الاصل إليه أشار في المبسوط ( ولا خيار للشفيع ) أي لا يثبت الخيار الذي كان للمشتري للشفيع ، وإن كان انتقـــال إضافة الضعف من المشتري إلى الشفيع ( لانـــه ثبـت بالشرط ) أي لان الخيار ثبت بالشرط ، كإسمه ( وهو ) أي الخيار كان ( للمشتري دون الشفيـــع ) أي لم يكن للشفيع فلا يثبت له.

( وإن بيعت دار إلى جنبها ) أي إلى جنب الدار المشفوعة ( والخيار لاحدهما ) أي والحال أن الخيار لاحد المتعاقدين ( فله الاخذ بالشفعة ) أي الخيار للبائع فالشفعة له،وإن كان للمشتري ( أما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها ) حتى إذ الخيار منع خروج

يشفع بها ، وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال أوضحناه في البيوع فلا نعيده .

---

ملكه ، فإن أخذها بالشفعة كان نقضاً لبيعه ، لانه قدر ملكه وإقدام البائع على ما يقدر ملكه في مدة الخيار نقض للبيع ، لانه لو لم يجعل نقضاً لبيعه ملكاً إذا جاز البيع فيها ملكها المشتري من حين العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فيتبين أنه أخذ الشفعة بغير حق .

( وكذا إذا كان للمشتري ) أي وكذا الحكم إذا كان الخيار للمشتري يعني له الاخذ بالشفعة ( وفيه إشكال ) أي وفي ثبوت الخيار للمشتري إشكال وهو أنه لا يثبت له الملك عند أبي يوسف كيف يأخذها بالشفعة ، وقد كان البلخي يدعي المناقضة على أبي حنيفة رحمه الله حيث قال إذا كان الخيار للمشتري لا يملك البيع ، وها هنا نقول بقولنا خذ الشفعة وهو مستلزم للمالك وحل الاشكال إن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها ، لان ما يثبت إلا بدفع ضرر سوء الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتاً .

فإن قلت الملك الثابت في ضمن طلب الشفعة يكون بطريق الإسناد فيثبت من وجه دون وجه . قلت نعم إذا انعقد الإجماع على الاستناد وها هنا ليس كذلك فإن عنده يثبت الملك بطريق الاقتضاء . وعندهما يكون الملك للمشتري فصار الملك مجتهداً فيه فيثبت قطعاً ، بخلاف ما إذا باع بشرط الخيار ثم بيعت داراً بجنبها ثم أجاز البائع وقت البيع ، وإجازة البيع دليل إعراضه عن الشفعة . فلو أخذ المشتري يكون حق الشفعة بملك الغير . وأما في مسألتنا فيملك نفسه فافترقا .

( أوضحناه في البيوع فلا نعيده ) أوضحنا الاشكال في البيوع . قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الإشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت دار بجنبها ... إلى آخره . وقيل إذا كانت الحوالة في حق جواب الإشكال رائجة كانت في حق السؤال كذلك ، لان الجواب يتضمن السؤال . وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز إن كان أوضحه في بيوع كفاية المنتهي .

وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ، بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيـــع بجنبها بالشفعة ، لأن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الإبطـــال فكيف بدلالته . ثم إذا حضر شفيـــع الدار الأولى له أن يأخذهـا دون الثانية لانعـدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية . قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها .

---

( وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع ) أي وإذا أخذ المشتري المبيعة كان إجازة منه للبيع الذي كان له فيه الخيار ( بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها ) أي بخلاف ما إذا اشترى المشتري الدار الاولى والحال أنه لم يرها ( حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبهـــا بالشفعة ، لان خيار الرؤية لا يبطل ) خياره ( بصريح الإبطال ) قبل وجود الرؤية ، لان بطلانه موقوف على وجودها ( فكيف بدلالته ) أي فكيف يبطل خيـــار الرؤية بدلالة الإبطال ، لان ما لا يبطل بالصريح فبالدلالة الاولى أن لا يبطل .

( ثم إذا حضر شفيع الدار الاولى فله أن يأخذها دون الثانية ) يعني إذا اشترى داراً بشرط الخيار ولها شفيع ثم بيعت داراً أخرى بجنبها ثم حضر الشفيع فله أن يأخـــذ الاولى بالشفعة دون الثانية ، لانه إنما يكون له الشفعة في الثانية بسبـــب الجوار بالدار الاولى ولم يكن له جوار بالدار الاولى حين بيعت الثانية ، لانه ما كان يملكها حينئـــذ ، وإنما حدث له جوار بعد ذلك ، وإنما يأخذ الاولى فحسب ، لانه كان جارها حين بيعت إلا إذا كان له دار أخرى بجنب الدار الثانية ، فحينئذ يأخذ الدارين جميعاً بالشفعـــة ( لانعـــدام ملكه في الاولى ) أي ملك الشفيع الذي حضـــر في الدار الاولى ( حين بيعت الثانية ) لانه إنمـــا يتملك الآن فلا يصير بها جـــاراً للدار أوشريكـــاً من وقت العقد .

( قال ومن ابتاع داراً شراء فاسداً فلا شفعة فيها ) أي قال القدوري ابتاع أي اشترى فيها ، أي في الدار المشتراة شراء فاسداً ولا خلاف فيها للفقهاء . وفي الذخيرة هذا إذا

أما قبـــل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ ، وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ، وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فـلا يجوز ، بخلاف ما إذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح ، لأنه

---

وقع البيع فاسداً في الإبتداء ، أما إذا وقع صريحاً ثم قد فسد بقي حق الشفعـــة كما لو اشترى النصراني داراً بخمر فلم يتقابضا حتى سلما أو أسـلم أحدهما ، أو قبض الدار ولم يقبض الخمر ، فإن البيع يفسد وللشفيع أن يأخذها بالشفعة ( أما قبل القبض لعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد ) أى هو ثابت بأمر الشرع بلا اختيـار من الشفيع فلا تثبت الشفعة مع أن الفسخ ثابت من جهـة الشرع يكون الشارع أمر بتقرير أمر قدأمر برفعه هذا مناقضة ظاهرة ، والشارع يتعالى عن مثل ذلك .

فإن قلت ينبغي أن لا ينعقد البيع الفاسد إذ في انعقاده تقرير من الشارع هذا المقدمع أنه أمر برفعه فيكون تناقضا . قلت تخلل هنا فعل اختياري وهو إقدام البائـــع على البيع وجاز أن يؤخذ فعل حرام ، ويترتب عليه أحكام كما إذا وطىء امرأته في حالـة الحيض يثبت نسب الولد مع حرمة الفعل . وقلنا أن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض ، إذ لو ثبت الملك يلزم للبائع تسليمه وهو مأمور بنقضه فيلزم التناقض فيثبـــت الملك بالقبض لإضافة الملك إلى فصل اختياري وهو القبض . وقلنا أن الملك لا يثبت في البيع الفاسد قبل القبض يوجب القيمة دون الثمن أن وجوب الثمن يثبت ذلك العقـــد فيؤدي إلى تقرير الفساد .

( وفي إثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز ) فإن قلت بيع المشتري بالشـراء الفاسد يصح ، وهو تقرير الفساد أيضاً . قلت التقرير هنا يضاف إلى الشارع لانـــه هو السبب لهذا الحق ، ولا كذلك ثمة ، لانه يضاف إلى العبد ( بخلاف ما إذا كان الخيــار للمشتري في البيع الصحيـح ) حيث تجب الشفعة مع احتمال الفسخ ( لانه ) أى لان

صار أخص به تصرفاً ، وفي البيع الفاسد ممنوع عنه ، قال فإن سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع ، وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه .

---

المشتري ( صار أخص به تصرفاً ) يعني صار المشتري أخص بهذا البيع بالتصرف وإن احتمل البيع الفسخ ، وإنما صار أخص لانه حق الفسخ له دون البائع ، فباعتبار كونه أخص تحقيق الضرر الشفيع فتثبت له الشفعة ، بخلاف البيع الفاسد ، لان المشتري منع عن التصرف فلا يتضرر الشفيع ، فلا يثبت له الشفعة لثبوتها بخلاف القياس لدفع الضرر ، أشار إليه بقوله ( وفي البيع الفاسد ممنوع عنه ) أي وفي البيع الفاسد المشتري ممنوع عن التصرف كما بينا ولا خلاف فيه للفقهاء .

قال الاترازي وفي هذا الفرق نظر عندي ، لان لقائل أن يقول لا نسلم أن المشتري شراء فاسداً ممنوع عن التصرف ، ولهذا إذا باع بيعاً صحيحاً لا يكون لبائعه حق القبض . قلت الفرق صحيح والنظر غير وارد ، لان بيع المشتري شراء فاسداً بعقد صحيح لا يدل على أن له التصرف ، لان تصرفه محظور وقد يترتب على المحظور من الاحكام ، كما لو وطىء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الاول ولا يلزم من صحة عقده وعدم تمكن البائع من نقضه أن لا يكون ممنوعاً من التصرف فافهم .

( قال فإن سقط حق الفسخ ) أي قال المصنف فإن سقط حق الفسخ للبائع في البيع الفاسد بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة رحمه الله ، وبالبيع من آخر بالاتفاق ( وجبت الشفعة ) أى ثبت ( لزوال المانع ) وهو حق الفسخ للبائع ، وإن اتخذها المشتري مسجداً فعلى هذا الخلاف ، وقيل ينقطع حقه إجماعاً ( وإن بيعت دار بجنبها ) ذكر هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري ، أي بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً ( وهي في يد البائع ) أى والحال أن الدار المشتراة في يد البائع ولم يسلمها للمشتري ( بعد فله الشفعة لبقاء ملكه ) أي فللبائع الشفعة لبقاء ملكه ، لانه لم يخرج عن ملكه بالبيع الفاسد .

وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما إذا باع ، بخلاف مـــا إذا سلم بعده،لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفـع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط ،

---

( وإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها ، لان الملك له ) أى وإن سلم البائـــع الدار المشتراة بالشراء الفاسد إلى المشتري فالمشترى شفيعها لان الملك له ، أى للمشترى لا يقال في ذلك تقرير الفاسد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالشراء الفاسد ، لانا نقول المشترى بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسداًمع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة ، بخلاف ما تقدم ، فإنه لو ثبتت الشفعة ثمـــة لا ينقل الشراء الفاسد من المشترى إلى الشفيـــع بوصف الفساد . وفي ذلـــك تقريره فلا يجوز .

فإن قيل الملك وإن كان للمشترى وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة، لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداد ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتراة شراء فاسداً، فإن بقاء ذلك منع للشفيع من أخذ المشتراة بالشراء الفاسد . أجيب بأن ذلك مجرد تعلق حق الغير وهو لا يمنع من الشفعة كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة فإنه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن إذا بيعت دار بجنبها ، وامتناع الشفيع من الاخذ في تلك المسألة لم يكن بمجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقرير ها هنا على ما ذكرنا من تمكن المشترى من فسخ ما اشتراه شراء فاسداً .

( ثم إن سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته ) أى إن سلم البائع الدار المبيعة بالبيع الفاسد إلى المشترى قبل حكم القاضي بالشفعة للبائع بطلت شفعة البائع لزوال ما كان يستحقها به ( كما إذا باع ) أى كما إذا باع البائع الدار ( بخلاف ما إذا سلم بعده ) أى بعد الحكم بالشفعة للبائع ( لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط ) أى لان بقاء ملك البائع وهو ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد

فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ، وإن استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ، وإن استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا . قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ، لأن القسمة فيها معنى الإفراز ، ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة قال وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط

---

الحكم بها ليس بشرط ( فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه ) أى الدار المشفوعة بالشفعة ( وإن استردها البائع ) أى الدار المبيعة بالبيع الفاسد ( من المشترى قبل الحكم بالشفعة له ) أى للمشترى ( بطلت ) أى شفعة المشترى صورته بيعت دار بجنب الدار المشتراة بالشراء الفاسد والدار في يد المشتري وطلب الشفيع الشفعة ثم قبل الحكم استرد البائع الدار منه طلب شفعته ( لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة ) ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جاراً .

( وإن استردها بعد الحكم ) أي وإن استرد البائع المبيعة بيعاً فاسداً بعد حكم القاضي بالشفعة للمشتري ( بقيت الثانية على ملكه ) أى الدار الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة ، والضمير في ملكه راجع إلى المشتري ( على ما بينا ) وفي بعض النسخ لما بينا . أشار به إلى قوله لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط .

( قال وإذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة ) أي قال القدوري وفي بعض النسخ وإذا اقتسم الشركاء ( لأن القسمة فيها معنى الافراز ) وهو تمييز الحقوق ( ولهذا يجري فيها الجبر ) أي جبر القاضي ( والشفعة ما شرعت إلا في المبادلة المطلقة ) وهي المبادلة من كل واجه .

( قال وإذا اشترى داراً فسلم الشفيع الشفعة ) أى قال القدوري إذا اشترى رجل داراً فسلم الشفيع الشفعة ( ثم ردها المشتري ) أى الدار على البائع ( بخيار رؤية أو شرط

أو بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع ، لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه ، والشفعة في إنشاء العقد ، ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة ، لأنه فسخ في حقهما لولايتهما على أنفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض

---

أو بعيب ) أي أو ردها بسبب عيب وجده فيها ( بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فعاد إلى قديم ملكه ) أي ملك البائع ( والشفعة في إنشاء العقد ) أي الشفعة تجب إلى إحداث عقد ( ولا فرق في هذا ) يعني فيما إذا كان الرد بالقضاء ، هكذا عنه أكثر الشراح . وقال تاج الشريعة قوله والفرق في هذا ، أي في الرد بالعيب بالقضاء . قلت الكل معنى واحد ، لأن قوله بقضاء قاض قيد لقوله أو بعيب فقط فافهم ( بين القبض وعدمه ) حيث لا تجب الشفعة في الوجهين ، لأنه فسخ في الأصل .

( وإن ردها بعيب بغير قضاء ) أي وإن رد المشتري الدار على البائع بسبب عيب بغير قضاء القاضي ( أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة ) وبه قال مالك وأحمد في رواية في المقايلة . وقال الشافعي كل فسخ حصل بأي سبب كان لم يكن للشفيع أخذه لأنه عاد إلى المالك لزوال العقد ، وبه قال أحمد في المشهور وزفر رحمه الله ( لأنه فسخ في حقهما ) أي لأن كل واحد من الرد بالعيب بغير قضاء ، والإقالة فسخ في حق البائع والمشتري ( لولايتهما على أنفسهما وقد قصد الفسخ ) فيكون فسخاً في حقهما ( وهو بيع جديد في حق ثالث ) وهو الشفيع ، فصار في حق الشفيع كأن البائع اشترى ثانياً فيتجدد حق الشفعة للشفيع . وقوله وبيع بالرفع عطف على قوله لأنه فسخ ( لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ) بين هذا أن المراد بقوله وبيع جديد في حق ثالث هو الشفيع ( ومراده الرد بالعيب بعد القبض ) أي مراد القدوري من قوله ثم ردها المشتري بعيب بقضاء قاض للرد بعد القبض ، لأن الرد قبل القبض فسخ وإن كان بغير

لان قبله فسخ من الاصل وإن كان بغير قضاء على ما عرف . وفى الجامع الصغير ولا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه . ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة لان الرواية محفوظة فى كتاب القسمة أنه يثبت فى القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لانهما يثبتان لخلل فى الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء ، وهذا المعنى موجود فى القسمة والله سبحانه أعلم .

---

قضاء . وقال صاحب العناية قال الشارحون قوله ومراده ، أي مراد القدوري في قوله أو بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر ، لأن فيه تناقض .

قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه . قلت لا تناقض ، لأن تعليله يدل على ذلك يفهم بالتأمل وهو قوله ( لأنه ) أي لأن الرد بالعيب ( قبله ) أي قبل القبض ( فسخ من الأصل وإن كان بغير قضاء ) القاضي ( على ما عرف ) في البيع .

( وفي الجامع الصغير ) إنما ذكر مسألة الجامع الصغير وإن كان تكراراً لكونها محتاجة إلى التفسير على ما يجيء ، ولأن في لفظه اختلاف الروايتين ففي كل منها فائدة على ما يأتي ( ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية ) يروى قوله ولا خيار رؤية بكسر الراء عطفاً على القسمة ، أشار إليه بقوله ( وهو بكسر الراء ) أراد بكسر راء الخيار ( ومعناه ولا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ) يعني إذا اشترى داراً لم يردها ولها شفيع فأبطل شفعته ثم ردها المشتري بخيار الرؤية لم تتجدد شفعة الشفيع ، لأن هذا فسخ شيئاً البائع وأبى فلا يكون له شبه بالبيع لعدم التراضي ، بخلاف الإقالة. ويروى بفتح الراء وضمها عطفاً على الشفعة على اللفظ وعلى المحل ، وهذه الرواية منعها المصنف حيث قال ( ولا تصح الرواية بالفتح عطفاً على الشفعة ، لأن الرواية محفوظة في كتاب القسمة أنه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط ، لأنها يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق

لزومه بالرضاء وهذا المعنى ) أي الحال في الرضى ( موجود في القسمة ) .

وتبع المصنف في ذلك فخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد حيث أنكر رواية الفتح وأثبتها الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية في القسمة أيضاً ، وإنما لم يجب في القسمة خيار رؤية لأنه لا فائدة في رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون في الرد فائدة . وحمل فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير رواية الفسخ على ما إذا كانت التركة مكيلاً أو موزوناً من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية ، لأنه لو رد القسمة بخيار الرؤية لاحتاج إلى القسمة مرة أخرى فيقع في نصيبه عين ما وقع في المرة الأولى أو مثله فلا يفيد خيار الرؤية . أما لو كانت عقاراً أو شيئاً آخر يفيد خيار الرؤية لأنه لو رد بخيار الرؤية ، فإذا اقتسموا ثانياً ربما يقع في نصيبه الطرف الآخر الذي يوافقه ، فيكون مفيداً ( والله سبحانه وتعالى أعلم ) وفي الكافي وصحح شمس الأئمة السرخسي الرواية بالنصب أيضاً ، وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضاء وبه أخذ بعض المشايخ .

* * *

## باب ما تبطل به الشفعة

قال وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب ، وهذا لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة ،

---

( باب ما تبطل به الشفعة )

أي هذا باب في بيان ما تبطل به الشفعة وأوجهه ، لأن الإبطال بعد الثبوت .

( قال ) أي القدوري ( وإذا ترك الشفيع الإشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك ) أي والحال أنه يقدر على ذلك الإشهاد حين العلم ( بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب ) أما إذا كان هناك مانع والظاهر أنه ترك الإشهاد لا للاعراض فلا يسقط حقه ، كما إذا اشترى داراً والشفيع في بلد آخر وبينهما قوم يحاربون وهو لا يقدر على بعث الوكيل كان على شفعته . وكذا لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة .

فإن قيل قد ذكر قبل هذا أن طلب الإشهاد ليس بلازم وقد ذكر في الذخيرة أن الإشهاد ليس بشرط ، وإنما ذكر أصحابنا الإشهاد عند هذا الطلب في الكتب احتياطاً لتمكن إثباته عند إنكار المشتري ، فما وجه التوفيق بينهما . أجيب بأنه يحتمل أن يراد بالإشهاد نفس طلب المواثبة ، لأن طلب المواثبة لا ينفك عن الإشهاد في حق علم القاضي ، وسمي هذا الطلب إشهاداً بدليل ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ها هنا . قلت إذا فسر الإشهاد بطلب المواثبة كما فسره تاج الشريعة هكذا لإيراد السؤال المذكور ، فلا يحتاج إلى الجواب .

( وهذا ) يعني اشتراطه القدرة ( لأن الإعراض إنما يتحقق حالة الاختيار ، وهي عند القدرة ) فالإعراض يتحقق عند القدرة ، حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك طلب المواثبة

وكذلك إن أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار وقد أوضحناه فيما تقدم قال وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل ، بل هو مجرد حق التمليك فلا يصح الاعتياض عنه ، ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى

---

فهو على شفعته . وكما إذا أخذ ثم الشفيع أخذ حين بلغه الخبر ( وكذلك إذا أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار ) أراد به طلب المواثبة وترك طلب التقرير فإنه يسقط شفعته أيضاً ( وقد أوضحناه فيما تقدم ) أشار به إلى ما ذكره في باب طلب الشفعة .

( وإن صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته )بلا خلاف بين الأئمة الأربعة ( ورد العوض ) وبه قال الشافعي وأحمد « رح » . وقال مالك رحمه الله لا يرد العوض ، لأنه عوض إزالة الملك ، فجاز أخذ العوض له عنه كالصلح عن القصاص ( لأن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل ) يعني أن الشفيع ليس له ملك في المحل بل له حق التعرض بالملك ، فتسليمه الشفعة يكون ترك العوض منه ، وهو معنى قوله ( بل هو مجرد حق التمليك ) وهو حق التعرض للملك بخلاف القصاص ، لأن لوليه ملكاً متقرراً . ألا ترى أن من عليه القصاص كالمملوك له في حق الاستيفاء ، ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون مرافعة الحاكم ( فلا يصح الاعتياض عنه ) يعني إذا كان ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه ، لأن حق الشفعة ثبت بخلاف القصاص لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض .

( ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط ) أي لا يتعلق إسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال ( فبالفاسد أولى ) وهو ما فيه ذكر مال ، تقريره أنه لو قال الشفيع سقطت شفعتي فيما اشتريت حتى أن لا يطلب الثمن مني ، هذا الشرط جائز لأنه يلائم ، ومع هذا لم يتعلق سقوط الشفعة بهذا الشرط ، بل يسقط بمجرد قوله

أسقطت بدون تحقق الشرط ، فلأن لا يتعلق سقوطه بالفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال ، وانه رشوة أولى . وفي جامع قاضي خان الشرط الملائم شرط ليس فيه ذكر المال كما لو قال سلمت شفعتك على أن بعتنيها أو وليتنيها أو أجرتنيها أو دفعتنيها مزارعة أو معاملة . وكذا لو باع شفعته من البائع أو المشتري بمال تسقط الشفعة بالاتفاق ولا يلزمه المال . والفاصل بين الملائم وغيره أن ما كان فيه يوقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالاجارة والعارية والتولية ونحوها فهو ملائم ، لأن الأخذ بالشفعة يستلزمه . وما لم يكن فيه ذلك كأخذ العوض فهو غير ملائم لأنه إعراض غير لازم الأخذ .

والحاصل أن كل عقد تعلق جوازه بالجائز من الشرط فالفاسد فيه يبطله كالبيع ، وما لا يتعلق جوازه بالجائز من الشرط وهو أن يقول اسقطت الشفعة بشرط أن لا يطلب الثمن مني فالفاسد فيه لا يبطله وهو الاعتياض ، فبقي الإسقاط صحيحاً جائزاً وبيان الأولوية أن الشرط الجائز سلم عن المعارض لأنه يقتضي الجواز ، وإسقاط الشفعة كذلك. والشرط الفاسد لا يسلم عن المعارض لأنه يقتضي الفساد ، وإسقاط الشفعة يقتضي الجواز مع سلامته ، حيث لم يتعلق الإسقاط ، فلأن لا يؤثر ما لم يسلم عن المعارض كان أولى ( فيبطل الشرط ، ويصح الإسقاط ) أي إذا كان لا يتعلق اسقاط الشفعة بالجائز من الشرط ، وبالفاسد منه بطريق الأولى يبطل الشرط ويصح الإسقاط ، لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به ، لأنا نقول يثبت بالدليل الأول فصح به الاستدلال .

وقال الأترازي ولنا فيه نظر ، لان إسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط . ألا ترى إلى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذا الدار إن كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره ، أو قال البائع سلمتها لك إن كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم ، وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط ، وصح هذا التعليق ، لان تسليم الشفعة إسقاط محض كالطلاق والعتاق ، ولهذا لا يرتد بالرد ، وما كان إسقاطاً محضاً صح تعليقه بالشرط ، وما صح بتعليقه بالشرط لا ينزل إلا بعد وجود الشرط ، فلا يترك التسليم ، انتهى .

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا ، بخلاف القصاص لأنه حق متقرر ،

---

قلت استخرج هذا النظر الغير وارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فإن قيل إذا لم يجب العوض يجب أن لا يبطل شفعته أيضاً ، لانه لما أبطل حقه في الشفعة بشرط سلامة العوض ، فإذا لم يسلم يجب أن لا يبطل كما في الكفالة بالنفس إذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة . قيل له بأن المال لا يصلح عوضاً عن الشفعة ، فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ، وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص إذا وجد القبول من المرأة والقابل ولم يجب شيء ، كذا هنا .

وأما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص رضي الله عنه ، وعلى ما ذكر في الكفالة والحوالة على رواية أبي سليمان رضي الله عنه لا يبرأ ويحتاج إلى الفرق ، والفرق أن حق الشفيع قد سقط بعوض معنى ، فإن الثمن سلم له ، فإنه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن ، فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بإزاء التسليم ، فلا بد من القول لسقوط حقه في الشفعة ، فان المكفول له لم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض أصلاً فلا يسقط حقه في الكفالة ، انتهى . ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور .

( وكذا لو باع شفعته بمال ) يعني من البائع أو المشتري تسقط شفعته بالإتفاق ولا يلزمه المال ، لأن البيع تمليك مال بمال ، وحق الشفعة لا يحتمل التمليك ، فصار عبارة عن الإسقاط مجازاً ، كبيع الزوج زوجته من نفسها ، وهذا . إذا باع من البائع أو المشتري لأنه إعراض عن الشفعة ، أما إذا باع عن الأجنبي يبطل العوض ولا تبطل الشفعة لأنه تحقيق الشفعة وتقريرها كذا في الجامع ( لما بينا ) أشار به إلى قوله أن حق الشفعة مجرد حق التملك فلا يصح الإعتياض عنه .

( بخلاف القصاص ، لأنه حق متقرر ) هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق القصاص في كونه غير مال ، والإعتياض عنه صحيح ، فأجاب عنه بقوله بخلاف القصاص

وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل . ونظيره إذا قال للمخيرة اختاريني بألف ، أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض ، والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية ،

---

لأنه حق متقرر ، والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يعتبر بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر ، واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص ، فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل بالعصمة في دمه ، فكان حقاً متقرراً . وأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقاً مقصودا .

( وبخلاف الطلاق والعتاق ) هذا جواب عما يقال حق الشفعة كحق الطلاق والعتاق في كونها غير مال ، فأجاب بقوله بخلاف الطلاق والعتاق ( لأنه ) أي لأن كل واحد من الطلاق والعتاق ( اعتياض عن ملك في المحل ) تقريره أن الطلاق والعتاق ليسا بمال لكن للزوج ذلك في المحل فيجوز الإعتياض عنه ، أما الشفيع فلا ملك له في المحل بل له حق التملك ، ولهذا كان لولي الصغير أن يسقط الشفعة ، ولو كان له ملك لما جاز له ذلك ( ونظيره ) أي نظير حق الشفعة ( إذا قال للمخيرة اختاريني بألف ) يعني إذا قال الزوج لامرأته اختاري نفسك ثم ندم فقال اختاريني بألف ، فإن الحق يسقط ولا يجب المال ، فتكون المخيرة نظير حق الشفعة .

( أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض )لأنه مالك لبضعها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد ،فكان أخذ العوض لكل مال بالباطل وهو لا يجوز ( والكفالة بالنفس في هذا ) أي في إسقاطها بعوض ( بمنزلة الشفعة في رواية ) أي في رواية الكفالة والحوالة والشفعة والصلح من رواية أبي حفص ، يعني إذا قال الكفيل بالنفس للمكفول له صالحني على كذا بأن تأخذه مني وتسقط مالك من حق الطلب ، فصالحنا ففيه روايتان في رواية ما ذكرنا من الكتب يبطل ، قيل وعليه

وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال . وقيل هذا رواية في الشفعة ، وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه

---

الفتوى ولا يلزم المكفول له شيء ، لأن حق الكفيل في الفعل وهو الطلب فلا يصح الاعتياض عنه .

( وفي أخرى ) أي وفي الرواية الأخرى وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان ( لا تبطل الكفالة ولا يجب المال ) فيحتاج إلى الفرق بين الكفالة بالنفس وبين الشفعة والفرق أن الكفالة بالنفس حق قوي لا يسقط بعد ثبوتها إلا بالإسقاط التام ولا يسقط إلا بعد تمام الرضاء به ، ولهذا لا يسقط بالسكوت ، وإنما يتم رضاه بسقوطه إذا أوجب له المال ، فاذا لم يجب لم يكن راضياً ، فأما سقوط الشفعة فليس يعتمد الإسقاط ، وتمام الرضاء به . ألا ترى أن السكوت بعد العلم به يسقط .

( وقيل هذه رواية في الشفعة ) أى رواية أبي سليمان في الكفالة يكون رواية في الشفعة أيضاً ، حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال . حاصله أن التنصيص في الكفالة انها لا تسقط ولا تجب المال يكون مضاف الشفعة بعدم سقوطها وانه لا يجب المال .

( وقيل هي في الكفالة خاصة ) أي رواية أبي سليمان ، أراد هذا الحكم ، أعني عدم الوجوب وعدم السقوط يختص بالكفالة . وقال الإمام العتابي في كتاب الشفعة في شرح الجامع الكبير والكفيل إذا صالح المكفول له على دراهم على أن يبرئه عن الكفالة فأبرأه صح الإبراء في رواية أبي حفص في كتاب الكفالة ولا شيء له من الدراهم . وفي رواية أبي سليمان لم يصح الإبراء ( وقد عرف في موضعه ) أي في المبسوط لأنه التزام المال بمقابلة ما ليس بمال وهو سقوط حق الشفعة والبراءة عن المطالبة فكان بمعنى الرشوة . وفي المبسوط صلح الشفيع مع المشتري على ثلاثة أوجه منها صالحه على أخذ نصف الداربنصف الثمن . ومنها ما صالحه على أخذ بيت من الدار بعينه بحصته في الثمن ، وفي هذين الوجهين الصلح باطل والتسليم باطل ، وله أن يأخذ جميع الدار بعد ذلك . وفي الوجه الثالث وهو ما إذا صالحه على مال نفسه فقد وجد الإعراض عن الشفعة فيصح ولم يصح صلحه وفي المحيط لو طلب نصفها بالشفعة يطلب شفعته في الكل عند محمد ، وبه قال

قال وإذا مات الشفيع بطلت شفعته . وقال الشافعي «رح» تورث عنه ، قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته ، وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ، ولأن بالموت يزول ملكه عن داره يثبت الملك للوارث بعد البيع

---

أحمد وبعض أصحاب الشافعي . وقال أبو يوسف لا يكون تسليماً في الكل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وهو الأصح .

( قال وإذا مات الشفيع بطلت شفعته . وقال الشافعي تورث عنه ، قال رضي الله عنه معناه إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته ) قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ، صورته إن دار بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فأثبتها بطلبين ثم مات قبل الأخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ، ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري إليه ثم مات يكون ميراثاً لورثته ، انتهى .

والأصل فيه أن الحقوق اللازمة تنتقل إلى الورثة عنده سواء كانت مما يعوض عنها أو لم يكن ، لأن الوارث يقوم مقام المورث لكونه كحاجته . وقلنا الشفعة بالملك وقد زال بالموت ، والذي يثبت الوارث حادث بعد البيع وهو غير معتبر لانتفاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، ولهذا لو أزاله باختياره بأن باع سقط .

( وهذا ) أي وهذا الخلاف بيننا وبينه ( نظير الخلاف [1] في خيار الشرط ) فعندنا لا يورث خيار الشرط ، وعنده يورث ( وقد مر في البيوع ) في باب خيار الشرط ( ولأنه بالموت يزول ملكه ) أي ولأن الشفعة بموته يزول ملكه ( عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه ) أي قيام الملك ( وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت

---

(١) الاختلاف — هامش .

وقيـــامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع إلى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه . وإن مات المشتري لم تبطل ، لأن المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته . ولو باعه القاضي والوصي أو أوصى المشتري فيها بوصيته فللشفيع أن يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ،

---

القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه ) أى فلا يستحقها بدون الشرط المذكور .

( وإن مات المشتري لم تبطل ) أى شفعة الشفيع ( لأن المستحق باق ) وهو الشفيع ( ولم يتغير سبب حقه ) أي حق المستحق وهو الشركة أو الجوار ( ولا يبـــاع في دين المشتري ووصيته ) أي لا تباع الدار المشفوعة إذا مات المشتري وعليه دين يعني لا يقدم دين المشتري ووصيته على حق الشفيـع ، لأن حقه مقدم على حق المشتري فكان مقدمـاً على حق من يثبت حقه أيضاً من جهته وهو الغريم والموصى له .

فان قلت ينبغي أن يباع بدينه لأن تعلق حق الغريم بالدار بعد موت المديون . قلت حق الشفيـع آكد ، لأنه في المالية لا غير . وإذا تقدم على الغريم تقدم على الموصى لــه المتأخر عن الغريم .

( ولو باعه القاضي أو الوصي ) أى ولو باع القاضي الدار المشفوعة أو وصيته في دين المشتري الميت ، وذكر الضمير باعتبار المشفوع ( أو أوصى المشتري فيها بوصيته ) أي في الدار المشفوعة بأن أوصى بها أو سلمها لأحد ( فللشفيـع أن يبطله ويأخذ الدار لتقـــدم حقه ) أى أن يبطل بيع القاضى أو بيع وصي المشتري ، وكذا يبطل وصيتـه في الدار لتقدم حق الشفيـع على حق المشتري لا يقال بيع القاضى حكم منه ، فكيف ينقض لأنـــه قضاء منه ، بخلاف الإجماع للاجماع على أن الشفيـع حق يقضي تصرف المشتري فلايكون نافذاً ، ولهذا لو جعل المشتري الدار مسجداً أو مقبرة نقض الشفيـع ما صنع لتقدم حقه، وبه قالت الثلاثة . وعن الحسن وأحمد في رواية فيا وقفه المشتري أو جعله مسجداً يبطل الشفيـع ، لأن الشفعة إنما تكون في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً . قلنـا حق

ولهذا ينقض تصرفه في حياته . قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبـــل التملك هو الاتصال بملكه ، ولهـــذا يزول به وإن لم يعلم بشراء المشفوعة ، كما إذا سلم صريحاً أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به ،

---

الغير منع صيرورته مسجداً أو وقفاً ، لأن المسجد مـــا خلص لله ، ومع تعلق الغير لا يخلص في الإيضاح ( ولهذا ) أي ولتقدم حق الشفيع على حق المشتري ( ينقض تصرفه في حياته ) أي تصرف المشتري مثل بيعه وهبته وإجارته ونحوها .

( قال وإذا باع الشفيع ما يشفع به قبل أن يقضي له بالشفعة بطلت شفعته ) أي قال القدوري وإنما يبطل ( لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ) أي سبب الاستحقاق وهو اتصال الملكين وقد زال قبل التملك ( ولهذا ) أي ولكون زوال السبب مبطلاً ( يزول به ) أي بالبيع ( وإن لم يعلم ) أي الشفيع ( بشراء المشفوعة ) أي بشراء الدار المشفوعة ، لأن العلم بالمسقط ليس بشرط لصحة الإسقاط ، وبه قال الشافعي في وجه ومالك وأحمد في رواية . قالوا في رواية أخرى لا يسقط ( كما إذا سلم صريحاً ) أي كما تسقط الشفعة إذا سلم الشفيع الشفعة صريحاً .

فإن قيل يشكل بمـــا إذا ساوم الشفيع المشتري أو سأله أن يوليه إياهـــا أو يستأجرها منه ، فان ذلك تسليم الشفعة دلالة ، والعلم بالشفعة شرط فيهـــا فينبغي أن لا يشترط كما في البيع . أجيب بأن المساومة والإجارة لم يوضعا التسليم ، وإنما يسقط بهـــا لدلالتها على رضى الشفيع ، والرضى بدون العلم غير متحقق ، بخلاف التسليم الصريح والإبراء . ورد بأن بيع ما يشفع به ولم يوضع التسليم وقد ذكرتم انه يبطلها بخلافه وإن لم يعلم . أجيب بأن بقاءها الشفـــع به شرط إلى وقت القضاء بالشفعة وانتفـــاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط ، فكان كالموضوع له في قوة الدلالة .

( أو أبرأ عن الدين وهو لا يعلم به ) أي أو أبرأ رب الدين المديون والحال أنه لـــم يعلم بدينه يصح الإبراء ، لأنه إسقاط ، كما لو سلم الشفعة صريحاً وهو لا يعلم المشفوعة ووجب

وهذا بخلاف ما إذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له ، لأنه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيع فلاشفعة له قال ووكيل المشتري إذا ابتاع فله الشفعة . والأصل أن من باع أو بيع له لا شفعة له . ومن اشترى أو ابتيـع له

---

الشفعة . وقال تاج الشريعة يعني ابرأ لإنسان ولم يعلم بأنه غريمه ثم علم بذلك يسقط الدين. وفي شرح الكافي رجل باع داراً ورضي الشفيـع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم انـــه جدها إلى موضع كذا أو ظن أنها أقرب أو أبعد ويدعي شفعته حين علم قال لا شفعة له ، لأن صحة التسليم لا يقف على كون الدار معلومة لصحة الإبراء في الديون لا يتوقف على العلم بمقداره ، فمتى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع .

( وهذا ) أى الحكم المذكور ( بخلاف ما إذا باع الشفيـع داره بشرط الخيار له لأنه يمنع الزوال ) أى لأن خيار المشتري يمنع زوال الملك ( فبقي الاتصال ) وهو السبب فلا تسقط شفعته . ولو باع بعض داره شائعاً فله الشفعة بما بقي ، وبه قال الشافعي في وجه وأحمد في رواية ، وكذا لو باع بعضه مقسوماً وذلك لا يلي المبيعة ، لأن الجوار قـائم . وإن كان مما يلي المبيعة بطلت شفعته لزوال الجوار .

( قال ووكيل البائع إذا باع وهو الشفيـع فلا شفعة له ) أى قال القدوري ان وكيل البائع إذا باع الدار والحال أنه هو الشفيـع فلا شفعة له ( ووكيل المشتري إذا ابتاع بها ) أى إذا اشترى ( فله الشفعة ) أي فللمشتري وهو الشفيـع الشفعة ( والأصل ) أى الأصل في هذين الفصلين ( أن من باع ) وهو وكيل البائع ( أو بيـع له ) أى أو أن من بيـع لأحد وهو الموكل ( فلا شفعة له ) أى لكل واحد منهما . وقال الشافعي وأحمد له الشفعة سواء كان وكيل البائع أو وكيل المشتري لما أن حقوق العقد يرجع إلى الموكل فبالعمل لغيره لا يسقط حقه الثابت شرعاً . وقال بعض الشافعية والقاضي الحنبلي كمذهبنا . وقال بعض الشافعية إن كان وكيل المشتري سقطت شفعته دون وكيل البائع . وكذا لو باع وشرط الخيار لغير المشتري وهو الشفيـع فأجاز الشفيـع بطلت شفعته عندنا خلافاً للشافعي وأحمد.

( ومن اشترى ) وهو وكيل المشترى ( أو ابتيـع له ) أى واشترى لاجله بأن اشترى

فله الشفعـــة ، لأن الأول بأخـذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراءه بالأخذ بالشفعة ، لأنه مثل الشراء ، وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فـــلا شفعة له

---

المضارب بمال المضاربة ورب المال شفيعها ( فله الشفعة ) أى فلكل واحد فيها الشفعة . قال في شرح الطحاوى بيان ذلك أن صاحب الدار إذا وكل شفيع الدار بالبيع فباعهـا فلا شفعة له ، لانه هو الذى بـــاع . ولو أن مضارباً لرجل باع داراً من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لانه بيع لاجله ، وان كان لا يملك بينة عن البيع وإن كان المشترى وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها فله الشفعة ، ألا ترى أنه لو اشترى داراً لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة ، حتى لو جاء شفيع مثله أخذ منه نصف الدار. ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له و كذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة داراً ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة ، لانه اشترى له . ومن اشترى أو اشترى لــه فلا تبطل شفعته ( لان الاول ) وهو و كيل البائع الذى هو الشفيع ( بأخـذ المشفوعة ) أى يأخذ الدار المشفوعة ، يعني إذا أراد أن يأخذ سبب الشفعة ( يسعى في نقض ما يتم من جهته وهو البيع فلا يجوز ) لان الاخذ بالشفعة ضرب شراء ، وكونه مشترياً يناقض كونه بائعاً فيصير ساعياً في نقض ما يتم به فلا يجوز .

( والمشتري لا ينقض شراؤه ) أى المشتري في الفصل الثاني وهو الذي اشترى بالوكالة والحال أنه هو الشفيع لا ينتقض شراؤه ( بالاخذ بالشفعة ) لانه ليس فيه نقض ما يتم من جهته ( لانه ) أى لان الاخذ بالشفعة ( مثل الشراء ) لما قلنا أنـــه ضرب شراء فلا تناقض فيه ، فافهم ( وكذلـــك ) أى كوكيل البائع ( لو ضمن الدرك ) أى لو ضمن المشتري تبعه الاستحقاق (عن البائع وهو الشفيع ) أي والحال أنه هو الشفيع ( فلاشفعة له ) لان تمام البيع إنما كان من جهته حيث لم يرض المشتري إلا بضمانه فكان الاخذ بالشفعة سعياً في نقض ما يتم من جهته فلا يجوز.

وكذلك إذا بـــاع وشرط الخيار لغيره فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له ، لأن البيع تم بإمضـــائه . بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري .

---

قال في الجامع الكبير رجل اشترى داراً على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو ضمن المشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار الشفيع وأمضى المبيع ، فهذا كله تسليم الشفعة . وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير إذا ضاع فضمن الشفيـــع الثمن من المشتري والشفيع حاضر وقبل في المجلس تقرر البيع بهذا الشرط استحساناً ، والقياس أنه لا يجوز . وذكر محمد القياس والاستحسان في كتـاب البيوع من المبسوط . وأما لا شفعة الشفيع فلأنه صار كالبائع من وجه وكان المشتري من وجه أما كالبائـع من وجه ، لان البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن . وأما كالمشتري من وجـه لان الشراء يتم به ، وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقـــع التردد ، وفي ثبوت حق الشفعة فلا يثبت ، لان حق الشفعة متى دار بين أن يثبـــت وبين أن لا يثبت .

فإن قيل البائع من كل وجه إنما لم يكن له الشفعة ، لان إيجابها يؤدي إلى القضاء، لان البيع لتمليك المبيع والشفعة لتملكه ، وها هنا لا يؤدي إلى القضاء ، لان تمليك المبيـع ها هنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع إذا كان كفيلاً عن المشتري وبالثمن كان بمعنى البائع من وجـه ، وإيجاب الشفعـــة له يؤدي إلى القضاء من وجـــه في التمليك والتملك .

( وكذلك إذا باع وشرط الخيار لغيره ) أي وكذلك لا شفعة إذا باع رجل داراً ، وشرط الخيار لغيره وهو الشفيع ( فأمضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيـــع ) أي والحال أن المشروط له الخيار هو الشفيع ( فلا شفعة له ، لان البيع تم بإمضائه ) فـإذا طلب بالشفعة يكون ساعياً لنقض ما تم من جهته فلا يجوز ( بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري ) يعني لو شرط المشترى الخيار لغيره وهو الشفيـــع فأمضى البيع لا تبطل شفعته ، لكن إذا طلبها قبل الإمضاء لانه لا يكون ساعياً في نقض ما تم

قال وإذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بحنطة أو شعير قيمتها ألفاً أو أكثر ، فتسليمه باطل وله الشفعة ، لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ، أو لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني

---

من جهته بل أخذه بالشفعة مثل الشراء على ما مر .

( قال وإذا بلغ الشفيع انها ) أى قال القدورى رحمه الله إذا بلغ الشفيع أن الدار ( بيعت بألف درهم فسلم ) الشفعة ( ثم علم أنها بيعت بأقل ) أى من الالف قيد به ، لانه لو علم أنها بيعت بأكثر سقطت شفعته كما علم ، لان الرضى بالتسليم بألف رضي بالتسليم بأكثر منه ، ذكره في المبسوط ، وبه قالت الثلاثة . وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له في الوجهين ( أو بحنطة أو شعير قيمتها ألف أو أكثر ) أى ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير قيمة كل منها ألف أو أكثر من ألف .

وقال السغناقي تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فإنه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضاً ، لان إطلاق ما ذكره في المبسوط والإيضاح دليل عليه حيث قال فيهما ، وكذلك لو أخبر أن الثمن عبد أو ثوب ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزوناً فهو على شفعته ولم يتعرض أن قيمة المكيل أو الموزون أقل من قيمة الذى اشتراها به وأكثراً ، وهكذا استدل في الذخيرة وقال فلو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكيلا أو موزوناً فهو على شفعته ، انتهى ، وهذا يكلف كثير ، لان التسليم إذا لم يصح فيما إذا ظهر الثمن أكثر من المسمى ، فلأن لا يصح إذا ظهر أقل كان أولى .

( فتسليمه باطل ، وله الشفعة لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن في الأول ) أى فيما بلغه انها بيعت بألف ثم علم أنها بيعت بأقل ( أو لتعذر الجنس الذى بلغه ) أي أو انه إنما سلم لتعذر الجنس الذى بلغه ( وتيسر ما بيع به ) بأن كان دهقاناً ، لأنه تيسير عليه أداء الحنطة ويتعسر عليه أداء الدراهم والدنانير ( في الثاني ) أى فيما إذا بلغه انها بيعت بألف

إذ الجنس مختلف ، وكذا كـــل مكيل أو موزون أو عددي متقارب ، بخــــلاف ما إذا علم أنهـا بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر ، لأن الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير

---

ثم علم أنها بيعت بحنطة أو شعير ( إذ الجنس مختلف ) لأن الدراهم غير الحنطة والشعير ، وكذا الحنطة غير الشعير .

فإن قلت الشفعة من قبل الإسقاط وانها لا تتوقف ، والفائت هنا هو الرضى . قلت الإسقاط لا يتحقق إلا بعد وجود البيع وما وجد البيع الذي سلم الشفعة فيه ، لأنه سلم البيع بالألفين والبيع بالألف غيره ، ولأن التسليم خرج جواباً للاختيار ، والكلام متى خرج جواباً يكون كالمعاد في الجواب ، فصار تقديره إن كان البيع كما قلت سلمت الشفعة وإلا فلا ، فكان مقيداً به فلا يثبت بدونه .

( وكذا كل مكيل أو موزون أو عددي متقارب ) أى وكذا الحكم في كل مكيل بأن بلغه انها بيعت بألف او بيعت بحنطة ثم علم أنها بيعت بملح مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفعته . وكذا في كل موزون بأن بلغه أنها بيعت بألف درهم أو بيعت بقنطارمن العسل مثلاً ثم علم أنها بيعت بقنطار من الزيت مثلاً قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفعته ، وكذا في كل عددي متقارب بأن بلغه بأنه باعها بألف ثم علم أنها بيعت لا بجوز أو بيض قيمته ألف أو أكثر فإنه على شفعته .

( بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر ) يعني إذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر كان تسليمه صحيحاً ( لأن الواجب فيه ) أى في العرض ( القيمة وهي دراهم أو دنانير ) فصار كما لو قيل بيعت بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك وهو الذي ذكره اختيار شيخ الإسلام . وفي الذخيرة لو أخبره أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه شيء آخر من ذوات القيم بأن أخبر أن الثمن دار وظهر أنه عبد فجواب محمد أنه على شفعتــه من غير فصل . قال شيخ الإسلام هذا الجواب صحيح فيما إذا كان قيه ما ظهر أقل من قيمة ما أخبر وغير

وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر. وقـــال زفر «رح» له الشفعة لاختلاف الجنس. ولنا أن الجنس متحد في حق الثمنية.

---

صحيح فيما إذا كان قيمته مثل قيمة ما أخبر، لأن الثمن إذا كان من ذوات القيم فالشفيع يأخذ بقيمة الثمن دراهم أو دنانير، فكأنه أخبر أنه ألف درهم او الف دينـــار فسلم ثم ظهر مثل ما أخبر أو أكثر، وهناك كان التسليم صحيحاً. ولو ظهر أقل كان على شفعته كذا ها هنا. ولو كان على العكس بأن أخبر أن الثمن عبد قيمته ألف أو ما أشبه ذلك من الأشياء التي هي من ذوات القيم ثم ظهر انه دراهم أو دنانير.

فجواب محمد انه على شفعته من غير فصل. قال بعض المشايخ هذا الجواب محمول على ما إذا كان قيمة ما ظهر أقل ما لو كان مثله أو أكثر فلا شفعة له. وبعضهم قال هـــذا جواب صحيح على الإطلاق، بخلاف المسألة المتقدمة لأنه وإن كان يأخذ بالقيمة قد يصير مغبوناً في ذلك، لأن التقويم بالظن يكون، وإنما سلم حتى لا يصير مغبوناً، وهـــذا المعنى منعدم فيما إذا كان الثمن دراهم.

( وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له، وكذا إذا كانت أكثر) يعني وإن ظهر أن الدار بيعت بدنانير قيمتها الف درهم فيما إذا أخبر أنها بيعت بعوض قيمتـه أكثر من ألف ( وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ) يعني بين الدراهم والدنانير، ولهذا حل التفاضل بينهما، وبه قالت الثلاثة.

( ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية ) بدليل تكميل نصاب أحدهما بالآخر والمكره بالبيع بالدراهم يكون مكرهاً على البيع بالدنانير ورب الدين إذا ظفر بدنانير المديون وحقه الدراهم له أن يأخذ، ومال المضاربة إذا صار دنانير عمل بهن رب المـــال، كما لو صار دراهم. وإنما اعتبرنا جنسين في حق الربا حتى جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً، لأن الربا لا يجري باعتبار الثمنية، بل اعتبار الوزن والجنس وهما مختلفان في هذا الوجه حقيقة. ولهذا لا يجري الربا بين الدراهم والحديد وإن وجد الاتحاد من حيث الوزنية.

قال وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار . ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ نصيب غيره ، لأن التسليم لم يوجد في حقه . ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية ، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

---

وذكر في الأسرار خلاف أبي يوسف فقال تبطل شفعته عند أبي يوسف استحساناً خلافاً لهما . وفي الذخيرة جعل قول أبي حنيفة رحمه الله مثل قول زفر « رح » وقول أبي يوسف « رح » كما ذكر في الكتاب .

( قال وإذا قيل له أن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ) أي قال القدوري ، وبه قال الشافعي في وجه لا شفعة له ، واختار الأول في شرح الوجيز ( ولو علم أن المشتري هو مع غيره ) أي لو علم الشفيع أن المشتري فلان مع غيره بأن علم أن زيد وعمرو قد كان ترك لأجل زيد ( فله أن يأخذ نصيب غيره ) أي غير فلان وهو عمرو ( لأن التسليم لم يوجد في حقه ) أي في حق الغير ، وعند الشافعي رحمه الله وأحمد « رح » لا تبطل شفعته أصلاً في نصيبه ولا في نصيب غيره ( ولو بلغه شراء النصف ) أي ولو بلغ الشفيع أن نصف الدار بيع ( فسلم ثم ظهر شراء الجميع ) أي جميع الدار ( فله الشفعة ، لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة ) أي لأن لتسليم شفعته كان لأجل ضرر الشركة ولا شركة ها هنا ، فكانت له الشفعة في جميع الدار .

( وفي عكسه ) وهو أن يخبر بشراء الكل فظهر شراء النصف ( لا شفعة في ظاهر الرواية ، لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه ) بفتح الهمزة جمع بعض ، أي تسليم الشفعة في كل الدار تسليم في جميع أجزائها فلا تبقى له شفعة . واحترز بقوله في ظاهر الرواية عن رواية الشمر بن حداد فإنه روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال فله الشفعة في هذه الصورة كما في الصورة المذكورة ، وبه قال الشافعي وأحمد لجواز أن يكون تسليم

## فصـــل

قـــال وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . قال وإذا ابتاع منها سهماً بثمن ثم ابتاع بقيتهـا فالشفعة للجار في السهم الأول

---

الكل لعدم قدرته على الثمن ، وقد يتمكن على البعض بخلاف ما إذا سلم في البعض ، لأن العجز عن أداء البعض عجز عن أداء الكل بالطريق الأولى . وفي الذخيرة فلو ظهر انه اشترى النصف لا شفعة له ، كذا قال شيخ الاسلام هذا الجواب محمول على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل بأن أخبر أنه اشترى النصف بألف ، أما لو ظهر انـــه اشترى النصف بخمسمائة يكون على شفعته .

### ( فصل )

هذا بيان الحيل التي تبطل بها الشفعة وهو محتاج إليه ، لأن الشفيع ربما يكون فاسقاً مؤذياً أو ظالماً متعدياً فيحتاج إلى الاجتناب عن جواره .

( قال ) أي القدوري ( وإذا باع داراً إلا بمقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار ، وهذه حيلة ) أي في إسقاط الشفعة ( وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه ) وكذا لا شفعة له إذ وهب منه ، أي من فلان هذا المقدار ، أي قدر ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع وسلمه إليه ، أي إلى الموهوب له مع طريقـه حتى تصح الهبة ، لأن ما وهب مقدار معين ، والطريق وإن كان شائعاً إلا أنه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتملها جائزة فيصير شريكاً في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل ( لما بينا ) أشار به إلى قوله لانقطاع الجوار .

( قال وإن ابتاع منها سهماً بثمن ) أي قال القدوري وإن اشترى من الدار سهمـــاً بثمن معين ( ثم ابتاع بقيتها ) أي ثم اشترى بقية الدار ( فالشفعة للجار في السهم الأول

دون الثاني ، لأن الشفيـع جار فيهمـــا إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه ، فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً ، والباقي بالباقي .

---

دون الثاني ، لأن الشفيع جار فيها ، إلا أن المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه ) لأن المشتري حيث [1] اشترى الثاني كان هو شريكاً ، لأنه كما اشترى الجزء الأول صار شريكاً البائع فكان عند شراء الباقي شريكاً له لا محالة ، وحق الشفعة يثبت عند الشراء ، وهو عند ذلك شريك ، فكان مقدماً على الجار .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال أبو يوسف وإن كان المشتري للنصف الثاني غير المشتري للنصف الأول فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الأول والجار أحق بالنصف الثاني من المشتري الأول ، لأن الملك للمشتري الأول زال عن النصف قبل انتقال الشفعة إليه فسقطت شفعته وبقي حق الجار [2] فاستحق النصف الثاني بالجوار كما استحق الأول .

( وإن أراد الحيلة ) هذه حيلة ترجع إلى تقليد رغبة الشفيع الأول إلى الإبطال، لأن في الأول ليس للجار أن يأخذ ، لأن مقدار ذراع من طول حد الشفيع لم يبع ( ابتـــاع السهم بالثمن إلا درهماً مثلاً ) أي اشترى السهم الواحد من الدار وهو السهـــم الذي يلي الشفيع مثلاً بالألف إلا درهماً ( والباقي بالباقي ) أي وابتاع الباقي من الدار بباقي الثمـــن وهو الدرهم ، تفسيره ما قاله في شرح الطحاوي وهو أن يبيع أولاً من الدار أو من الكرم عشرها مشاعاً بأكثر من الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن ، حتى أن الشفيـــع لا يثبت له حق الشفعة إلا في عشرها بثمنه ولا تثبت له الشفعة في تسعـة الأعشار ، لأن المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكاً فيها بالعشر ، وهذه الحيلة إنمـــا تكون للخيار أو الخليط ، لأن الشريك أولى منهما ولا يحتال بها للشريك ، لأن الشفيـع إذا كان

---

(١) حين – هامش .

(٢) الجوار - هامش .

وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار . قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة

---

شريكاً كان له أن يأخذ نصف قيمة الأعشار أيضاً بقليل الثمن .

وإن كانت الدار للصغير فإن بيع العشر منها بكثير الثمن يجوز، وبيع تسعة الأعشار بقليل الثمن لا يجوز ، لأن بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه لا يجوز ، فيكون في هذه الحيل مضرة المشتري وهو أن يلزمه العسر ، ولا يجوز شراؤه في تسعة الأعشار . وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزءاً من مائة جزء . أو يبيع جزءاً من ألف جزء وبثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل ثمنه ، فإنما تثبت له الشفعة في الجزء الأول خاصة، وهذه الحيلة للجار والخليط ، فإما إذا كان الشفيع شريكاً فإنه يأخذ نصف البقية بنصف .

( وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عوضاً عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب ) هذا لفظ القدوري أيضا . وإن اشترى الدار بثمن ثم دفع إلى البائع ثوباً عوضاً عن الثمن فالشفعة تكون بالثمن دون الثوب ( لأنه عقد آخر ) أي لأن دفع الثمن عن الثمن عقد آخر ( والثمن هو العوض عن الدار ) فتكون الشفعة بالثمن دون الثوب ، لأن الشفعة تثبت بمثل الثمن الذي بيعت الدار به . ألا ترى أن البائع لو وهب للمشتري الثمن أو اشترى به داراً أخذها الشفيع بالمسمى حال العقد ولا يأخذ قيمة الدار الثانية لأنها ملكت العقد الثاني ، كذلك في مسألتنا .

( قال وهذه حيلة أخرى تعم الجوار والشركة ) أي قال صاحب الهداية هذه المسألة وهي المسألة التي ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوباً عن الثمن حيلة أخرى يصلح للجوار والشركة ، يعني يحتال بها في حق الجوار والشريك بخلاف الحيلتين الأولتين ذكرهما القدوري بقوله وإذا باع داراً إلا مقدار ذراع ... إلى آخره . وبقوله وإن ابتاع منها سهماً ثم ابتاع بقيتها ... إلى آخره فإنها محتال بها في حق الجار لا الشريك .

فيباع بأضعـــاف قيمته ويعطي بها ثوب بقدر قيمته . إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيـــام البيع الثاني فيتضرر به . والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار

---

ثم بين المصنف رحمه الله كيفية هذه الحيلة بقوله( فيباع بأضعاف قيمته ) أى يبـــاع المبيع بأضعاف قيمة المبيع ( ويعطى بها ثوب بقدر قيمته ) أى ثم يعطى المشتري بمقابلة ما وجب عليه من اضعاف القيمة ثوباً يكون ذلك الثوب بقدر قيمة المبيع في الواقع بيان، أى يباع المبيع بأضعاف قيمة المبيع ، ذلك ما ذكره في شرح الطحاوي أن يبيع مـــا يساوي ألفاً بألفين وينفذ من الثمن ألف درهم إلا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضاً يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ، ولكن الشفيع لا يأخذها إلا بألفي درهم . والأفضل للبائع أن يجعل مكان العرض ديناراً يساوي عشرة دراهم ، هذا هو الأحوط ، حتى أن الدار لو استحقت عن يد المشتري رجع على البائع بمثل ما أعطاه ، لأنه يبطل الصرف بالاستحقاق ، وهذه الحيلة لجميع الشفعاء لو كان باعا ببقية الثمن عوضاً سوى الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا ، فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألفي درهم ويكون فيه مضرة على البائع .

( إلا أنه ) استثنى عن قوله نعم الجوار والشركة أو من قوله ، وهذه أخرى ، أعني أنها حيلة عامة ، إلا أن فيها وهم وقوع الضرر على البائع على تقدير ظهور المستحق يستحق الدار ، وهو معنى قوله ( لو استحقت المشفوعة ) أى الدار المشفوعة ( يبقى كل الثمن على مشتري الثوب ) وهو بائع الدار ( لقيام البيع الثاني فيتضرر به ) أى يتضرر بائــع الدار برجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار ، وذلك لأن باستحقاق الدار تبطل المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبائعها في الثوب ، فيثبت باستحقـــاق الدار لمشتريها الرجوع على البائـــع بثمن الدار وثمنها ما يكون مذكوراً في العقد الأول ، فيتضرر بذلك البائع .

( والأوجه ) يعني الوجه في هذه المسألة أن لا يتضرر بائــع الدار ( أن يباع بالدراهم الثمن دينار ) يعني تصارف ، وقوله الثمن بالجر صفة الدراهم ، وقوله دينار بالرفع مسنـــد

## حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير
## قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند أبي يوسف «رح»

إلى قوله يباع مفعول ناب عن الفاعل ( حتى إذا استحق المشفوع يبطل الصرف ) وهو بيع الدينار بالدراهم الثمن ( فيجب رد الدينار لا غير ) أي يجب على البائع رد الدينار الذي وقع به الصرف لا غير ، بيان ذلك ما ذكره في قاضي خان أن يبيع الدار بعشرين ألفاً إذا أراد أن يبيعها بعشرة آلاف درهم ثم يقبض الشفعة إلا قدر درهم وخمسمائة ، ويقبض بالباقي عشرة دنانير أو أقل أو أكثر . ولو أراد الشفيع أن يأخذها بعشرين ألفاً فلا يرغب في الشفعة ، ولو استحقت الدار لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً ، بل يرجع بما أعطاه ، لأنه استحقت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف ، كما لو باع العقار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا أنه لم يكن عليه دين فإنه يبطل الصرف .

( قال ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله ) أي قال القدوري اعلم أن الجملة في هذا الكتاب إما أن يكون للرفع بعد الوجوب أو لدفعه ، فالأول مثل أن يقول المشتري للشفيع أما أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالإجماع . والثاني مختلف فيه ، قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف ومكروه عند محمد «رح» ، وهو الذي ذكره في الكتاب ، وقال في شرح الطحاوي قيل إن الإختلاف في الحيلة الإبطال قبل الوجوب ، فأما بعد الوجوب فمكروه بالإجماع .

وقال في الواقعات الحسامية في إبطال الشفعة على وجهين ، أما إن كانت بعدالثبوت أو قبل الثبوت ، ففي الوجه الأول مكروه بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتره مني وما أشبه ذلك ، لأنه إبطال لحق واجب. وفي الوجه الثاني لا بأس به سواء كان الشفيع عدلاً أو فاسقاً هو المختار ، ولأنه ليس بإبطال ، ومن هذا الجنس ثلاث مسائل ، إحداها هذه ، والثانية الحيلة في منع وجوب الزكاة . والثالثة الحيلة لدفع الربا بأن باع مائة درهم وفلساً بمائة وعشرين درهم . وقال الخصاف في أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما

وتكره عند محمد « رح » لأن الشفعة إنما وجبب لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه . ولأبي يوسف « رح » أنه منع عن إثبات الحق فلا يعد ضرراً ، وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة .

---

يحل ويجوز . وأما الحيلة بشيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج إلى الحلال ، مما كان من هذا ونحوه فلا بأس به ، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموته ، أو يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة .

(وتكره عند محمد « رح » ) وبه قال الشافعي . وعند أحمد بالحيلة لا تسقط الشفعة . وفي صورة الموهوب أو جهالة الثمن يأخذ بثمن المثل لقوله ﷺ لا تحل الخديعة . قلنا الحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع بالآية والحديث ، وإن كان الغير يتضرر به في ضمنه فكيف إذا لم يتضرر ( لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ) أي الضرر .

( ولأبي يوسف أنه منع عن إثبات الحق ) أي في التحيل منع عن وجوب الحق عليه ( فلا يعد ضرراً ) فلا يكره كما لا تكره الحيلة في إسقاط الربا ( وعلى هذا الخلاف ) المذكور بين أبي يوسف ومحمد رحمها الله ( الحيلة في إسقاط الزكاة ) فعند أبي يوسف رحمه الله لا يكره ، وعند محمد تكره . وقيل الفتوى على قول أبي يوسف في الشفعة وعلى قول محمد في الزكاة والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

## مسائل متفرقة

قال وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ، وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها ، والفرق أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر .

---

( مسائل متفرقة )

ارتفاع مسائل على أنه خبر مبتدأ محذوف ، أي هذه مسائل ، وإنما منع التنوين لأنه على صيغة منتهى الجموع كمساجد ودراهم . ومتفرقة بالرفع صفته . ويجوز النصب على تقدير خذ مسائل متفرقة أوهاك أو نحوهما ولم يذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير من مسائل الشفعة إلا هذه المسائل .

( قال وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ) أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في خمسة نفر اشتروا من رجل داراً ولها شفيع فأراد أن يأخذ نصيب أحدهم قال له ذلك، فإن اشترى واحد من الخمسة لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض ، انتهى . وذكره محمد في بيوع الجامع الصغير .

( وان اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها ) وبه قال مالك والقاضي الحنبلي والشافعي في وجه . وقال الشافعي في الأصح له أن يأخذ حصة أحدهم ، وبه قال أحمد كما في الفصل الأول ، ولا خلاف في فصل الاول ( والفرق ) بين الفصلين ( أن في الوجه الثاني يأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به ) أي تتفرق الصفقة عليه (زيادة الضرر) وهي زيادة ضرر التشقيص، فإن أخذ الملك منه ضرر وضرر التشقيص

وفي الوجـه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة . ولا فرق في هذا بين مـا إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح ، إلا أن قبل القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لو ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البـــائع . بمنزلة أحد المشتريين

---

زيادة على ذلك ، والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً .

( وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم ) لانه إذا أخذ نصيب أحدهم فقـد ملك عليه بجميع ما اشترى وقام مقامه ( فلا تتفرق الصفقة ) على المشتري هذا إذا كان الثمن منقوداً ، فأما إذا لم ينقدوا الثمن فأراد الشفيـــع أن يأخذ نصيب أحدهم من البائع بحصتها من الثمن ليس له ذلك لما فيه من تفريق الصفقة على البائع .

( ولا فرق في هذا ) أي في أخذ الشفيـع نصيب أحد المشتريين (بين ما إذا كان قبل القبض ) أي قبل قبض مشتري الدار ( أو بعده ) أي وبعد القبض ( هو الصحيـــح ) احترز به عما روى القدوري عن أصحابنا والحسن بن زياد عن أبي حنيفة رحمـه الله أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن للشفيـع أن يأخذ نصيب أحدهم قبل القبض ، لان التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة ، وله أن يأخذ نصيب أحدهم بعـد القبض ، لان التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه ( إلا أن قبل القبض ) استثنى من قوله ولا فرق في هذا يعني أن الشفيـع أخذ نصيب أحد المشتريين قبل القبض وبعده ، إلا أن قبل القبض ( لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم ) أي لا يمكن الشفيـع أخذ نصيب أحد المشتريين ( إذا نقد ) أحد المشتريين ( ما عليه ما لم ينقد الآخر حصتـــه كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع ) يعني إذا قبضه نصيب أحدهم عند عدم نقد أحد المشتريين مـا عليه من الثمن يؤدي إلى تفريق الصفقـة إلى البائع كما ذكرناه عن قريب ( بمنزلة أحـد المشتريين ) إذا نقد مـا عليه الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي كلهم

بخلاف ما بعد القبض ، لأنه سقطت يد البائع ، وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة ، لأن العبرة في هـــذا التفرق الصفقة لا الثمن وها هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي .

---

جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع .

( بخلاف ما بعد القبض ) أي قبض مشتري الدار ( لانه سقطت يد البائع ) فلا يلزم تفريق اليد عليه ( وسواء سمى لكل بعض ثمناً أو كان الثمن جملة ) أي سواء سمى البائع بكل جزء من أجزاء المبيع ثمناً ، أو كان الثمن جملة وحده به أن يكون البيع منفعة ( لان العبرة فى هذا التفريق الصفقة لا الثمن ) أي لا تفريق الثمـــن ، حتى لو تفرقت الصفقة من الابتداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما ، وإن لحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا المبيع حتى اشترى كذلك . وذكر التمرتاشي محالاً إلى الجامع في اتحاد الصفقة أن يتحد العاقد والعقد والثمن أو يتعدد العاقد والعقد والثمن متحد انبأن قال البائع للمشتريين بعت منكما أو قال البائعان للمشتري بعنا منك تتحد الصفقة ، لأن ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن والعقد والعاقد واحد بأن قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا وقال أشتري ذلك ، أما لو تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة ، وإن اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن قيل تفريق الصفقة لرجحان جنبة التفرق . وقيل لا يتفرق فقيل الاول قياس وهو قولها ، والثاني استحسان وهو قول أبي حنيفة رحمه الله .

( وها هنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى ) تلك التفريعات ذكرها الكرخي في مختصره وبوب عليها باباً فقال وكذلك إذا كان الشراء بوكالة فوكل رجـــل رجلين بشراء دار ولها شفيع فالشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين . وإن كان الموكل رجلين والوكيل رجلاً واحداً لم يكن له أن يأخذ نصيب أحد الموكلين . قال ابن سماعة عن محمد في نوادره ذلك ، وقال إنما نظر إلى المشتري ولا نظر إلى المشتري له . قال محمد رحمه الله وكذلك لو اشترى بعشرة فليس له أن يأخذ شيئاً دون شيء ، ولو اشترى عشرة لرجل كان للشفيع أن يأخذ من واحد ويدع الآخرين ، أو يأخذ من اثنين أو ثلاثة ويـــدع

البقية . وكذا روى هشام عن محمد « رح » في النوادر في الوكيل والوكيلين في الشراء وإذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فجاء شفيع لهما جميعاً ، فأراد أن يأخذ أحدهما دون الاخرى فليس له ذلك ، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله . وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار إن شاء أخذهما وإن شاء أحدهما دون الاخرى ، وهذا قول الحسن

وإذا كان الشفيع شفيعاً لأحدهما دون الأخرى وقع البيع عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة رحمه الله ان ليس له إلا أن يأخذ الذي تجاور بالحصة ، وكذلك روى هشام عن محمد في رجل اشترى دارين مثلاً صفين وله جار يلي إحداهما قال فانه يأخذ التي يليه بالشفعة ولا شفعة له في الأخرى . وقال هشام قلت لمحمد ما يقول في عشرة أقرحه مثلاً صفقة لرجل يلي واحد منها أرض إنسان فبيعت العشرة الأقرحة ، فقال للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وليس له في بقيتها شفعة . قلت له ثم قال لأن كل قراح على حد . قلت ليس بينهما طريق ولا نهر ، وإنما هي مروراً ومسناة ، قال لا شفعة له إلا فيما يليه .

وقال هشام قلت لمحمد في قرية خالصة لرجل باعها والقرية عندنا على ما فيها من الدور والأرضين والكروم قال محمد ولكن القرية عندنا على بيوت القرية خالصة . قلت لمحمد باع رجل هذه القرية بدورها وكرومها وأرضها وناحية منها تلي انساناً قال محمد للشفيع أن يأخذ القراح الذي يليه قلت والكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه وأوشك أن يأخذوا حواشي القرية وذلك أردأ أرضها ويبقى وسط القرية للمشتري فلم ينكر محمد ، وروايته به يقول وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وروى الحسن بن زياد في رجل اشترى قرية بأرضها وأرضها أقرحة متفرقة ولا حد للأقرحة جاز ، قال يأخذ القرية كلها بالشفعة وليس له أن يأخذ ذلك القراح ويدع ما سواه . وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله أن أبا حنيفة كان يقول ليس له أن يأخذ إلا القراح الذي هو ملاصقه ، لأن هذه الأقرحة مختلفة . قال والذي يجيء على قياسه أن هذه الأقرحة إذا كانت من صفقة واحدة أو قرية واحدة فهي كقراح واحد

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع ، لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ، ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة ، والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه تعود العهدة على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

---

ودار واحدة ، وهذا يدل على أن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول مثل قول محمد ثم رجع فقال يأخذ الشفيع الجميع ، لأنه ليتضرر بتفريقه كالدار الواحدة .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( ومن اشترى نصف دار غير مقسوم ) أي حال كون النصف غير مقسوم ( فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع ) أي أو يترك يعني ليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للمشتري ادفع إلى البائع حتى أخذ منه ، لانه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره ( لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الإنتفاع ) لان القسمة في غير المكيل والموزون إقرار وقبض بعين الحق من وجه ومبادلة من وجه ، والشفيع يملك بمقتضى المبادلة التي يحدثها المشترى ولا يملك نقض القبض .

( ولهذا ) أي ولكون القسمة من تمام القبض ( يتم القبض بالقسمة في الهبة ) يعني أن هبة المشاع فيما يقسم فاسدة ، ومع هذا لو قسم وسلم جاز ( والشفيع لا ينقض القبض ) ليعيد الدار إلى البائع ( وإن كان له نفع فيه ) أي في النقض ( تعود العهدة ) وهي ضمان الاستحقاق ( على البائع ، فكذا لا ينقض ما هو من تمامه ) أي من تمام القبض وهو القسمة . وفي الذخيرة تصرفات المشتري في الدار المشفوعة صحيحة إلى أن يحكم بالشفعة ، لأن التصرف يعتمد الملك والملك له وللشفيع حق الأخذ ، غير أن الشفيع ينقض كل تصرف إلا القبض ، وما كان من تمام القبض ، والقسمة من تمام القبض .

( بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة ، وقاسم المشترى الذي

حيث يكون الشفيع نقضه ، لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد ، بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ، ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان ، وهو المروي عن أبي يوسف « رح » ، لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة ، وعن أبي حنيفة « رح » أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر .

---

لم يبع ) أي الشريك الذي لم يبع قوله المشتري فاعل لقوله قاسم ، وقوله الذي لم يبع في محل النصب على المفعولية أي قاسم المشتري الدار مع الشريك الذي البائع ولم يبع . ( حيث يكون الشفيع نقضه ، لأن العقد ما وقع على الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد ) لأن القسمة ما جرت بين المتعاقدين فلم يمكن جعلها قبضاً بجهة العقد وتكميلاً للقبض ، فاعتبرت مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة ( بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض هبته وبيعه ) أي بل المشتري تصرف بحكم الملك ، فكان مبادلة ، والشفيع أن ينقض المبادلة كما ينقض البيع والهبة وغيرهما من التصرف .
( ثم إطلاق الجواب في الكتاب ) أي في الجامع الصغير ، وإطلاق الجواب حيث قال ( أخذ الشفيع [1] النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ، لأن المشتري فلا يبطل [2] به حق الشفعة ، وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها ، لأنه لا يبقى جاراً فيما يقع في الجانب الآخر ) أي أن الشفيع إنما يأخذ النصف والباقي ظاهر .

---

(١) يدل على أن الشفيع إنما يأخذ نصف الذي .. — هامش .

(٢) لا يملك إبطال حقه بالقسمة — هامش.

قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة ، وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة ، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل بمنزلة الشراء ، وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء . بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين لأنـــه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن يبـع له ، قال وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة

---

( قال ومن باع داراً وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة ) أى قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد رحمه الله عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار وله عبد عليه دين هو شفيعها قال له الشفعة .

( وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة، لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء ) أي فتنزل الآخر بالشفعة بمنزلة الشراء ، ولو اشترى أحدهما من آخر يجوز، لأنه يفيد ملك اليد ، فكذا الأخذ بالشفعة . وعند الثلاثة لا شفعة له، لأنه بائع أومشترى لمولاه كما لم يكن عليه دين ( وهذا ) أى جواز أخذه بالشفعة ( لأنه مفيد ) أى لأن أخذه بالشفعة مفيد ( لأنه يتصرف للغرماء ) لا للمولى .

( بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له ) أى لأجله ، وقد مر أن من بيع له لا شفعة له . وقال شيخ الإسلام الأسبيجابي في شرح الكافي وإذاباع الرجل داراً وله عبد تاجر وهو شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة ، لأنه لا يأخذ لمولاه بل لنفسه ، فكان مفيداً . ألا ترى أنه لو اشترى شيئاً من مولاه كان جائزاً إذا كان عليه دين ، فكذا الأخذ بالشفعة ، وإن لم يكن عليـــه دين لا يصح ، لأنه يأخذهـــا لمولاه وهو بائع .

وكذا إذا باع العبد والمولى شفيعها فهو على هذا التقسيم ، ثم قال شيخ الإسلام وإذا باع المولى داراً ومكاتبه شفيعها فله الشفعة ، لانه أقرب إلى الاجانب من العبد المأذون ، فإنما يأخذ لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيداً .

( قال وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف )

وأبي يوسف « رح » وقال محمد وزفر رحمهم الله هو على شفعته إذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب الشفعة ،

---

أي قال في الجامع الصغير قال الكرخي في مختصره وإذا بيعت الدار وشفيعها صبي وهو في حجر أبيه أو وصي أبيه أو وصى جده إلى أبيه أو من ولاه عليه إمام أو حاكم فكل واحد منهم في حال ولايته أن يطالب بشفعة الصغير أو يأخذ الدار بالشفعة ويسلم ثمنها من مال الصغير ، فإن سكت أحد من هؤلاء في حال ماله المطالبة عن طلب الشفعة للصغير بطلت شفعة الصغير .

وكذلك إن سلم الشفعة بالقول فهو تسليم جائز ولا شفعة للصغير إذا بلغ في الوجهين جميعاً وليس لاحد مع الاب ولاية على الصغير ثم وصي الاب ، ثم الجد أب الاب ، ثم وصي الجد . فإن لم يكن واحد من هؤلاء فمن ولاه الإمام والحاكم وتسليم الشفعة من هؤلاء جائز في حال ولايتهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال ابن أبي ليلى وزفر ومحمد إن ذلك لا يجوز وللصغير على شفعته إذا بلغ ، انتهى. وفي الدراية الشفعة تثبت للصغير عند أكثر أهل العلم . وقال ابن أبي ليلى لا شفعة للصغير وبه قال النخعي والحارث العكلي ، لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الإضرار بالمشترى ولا يملك وليه الاخذ ، لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ وللجمهور عموم الإخبار وقد مر الكلام فيه فيما مضى مستقصى .

( وقال محمد وزفر « رح » وهو على شفعته إذا بلغ ) وبه قال الشافعي ومالك واحمد «رح» في رواية إذا كان النظر في الأخذ . وعن احمد في ظاهر مذهبه إنه لا يسقط سواء ترك مع النظر وعدمه أو عفى ، لانه حق ثابت له فيملك أخذه ولا يسقط بإسقاط غيره.

( قالوا وعلى هذا الخلاف ) أي قال المشايخ وعلى الخلاف المذكور ( إذا بلغهما ) أي الاب والوصي ( شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلب ) أي الشفعة مع إمكان الطلب يسقط عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد ومن تبعه حتى إذا بلغ الصبي لم يكن له حق الاخذ بالشفعة عندهما خلافاً لمحمد .

وعلى هــــذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح .

---

( وعلى هذا الخلاف ) أي الخلاف المذكور ( تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة ) صورته أن يوكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة فتسليمه صحيح عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد .

وفي المبسوط إذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة وأقر بأن موكله قد سلم فعند أبي حنيفة رحمه الله يصحان في مجلس القــاضي ، وعند أبي يوسف في المجلس وغيره . وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصحان في المجلس وغيره ثم رجع وقال يصحان فيهما ، ومحمد مع أبي حنيفة في إقراره في مجلس القاضي إذا سلم بنفسه . أما الإقرار عليه فلا يصح أصلاً ، ويقول محمد قال زفر والشافعي والبـــاقي ، قوله بطلت الشفعة يتعلق بقوله الوكيل لا بقوله تسليم الوكيل فافهم، واراد بكتاب الوكالة المبسوط (هوالصحيح) احترازاً عما روى عن محمد انه مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل بالشفعة خلافـــاً لابي يوسف .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وإذا وكل وكيلا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة عند القاضي فتسليمه جائز ، وإن سلم عند غــيره لم يكن تسليماً ، وإن أقر عند القاضي أن الذي وكل به سلم الشفعة جائز إقراره عليه ، وإن أقر عند غير القاضي لم يجز استحساناً ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد .

وقال أبو يوسف لا يجوز إقراره عليه . وإن أقر عند غير القاضي ولا تسليمه ثم رجع وقال بجواز إقراره بتسليم الشفعة عند القاضي وعند غيره ، وعلى الذي وكله .

ثم قال شيخ الإسلام وذكر في كتاب الوكالة قال محمد لا يجوز تسليم الوكيل الشفعة عند القاضي ، ويجوز إقراره على موكله بالتسليم سوى في هذه الروايه بين التسليم وبين إقراره بالتسليم بنفسه، والاصح ما ذكر في الوكالة، لان الوكيل بالشفعة وكيل بالخصومة والوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في مجلس القاضي ولا يملك في غير مجلس

لمحمد وزفر « رح » أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده ، ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به . ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه . ألا ترى أن من أوجب بيعاً للصبي صح رده من الأب والوصي ،

---

القاضي عند أبي حنيفة ومحمد . وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول زفر لا يملك إلا عند القاضي ولا عند غيره ، وفي قوله الآخر يملك عندالقاضي وعندغير القاضي.

أما التسليم فمعزل من الجواب في شيء بل هو تصرف مبتدأ ، وإنما لا يصح ذلك عند محمد ، فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف يصح بناء على أصل آخر ، وهو أن من مالك أخذ الدار بالشفعة يملك التسليم ، وعند محمد لا يملك بمنزلة الاب والوصي إنما يملكان تسليم شفعة الصبي عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد وزفر لا يجوز ، وقد نص على الخلاف فيه ، وهذا في معناهما .

( لمحمد وزفر « رح» انه حق ثابت للصغير) أي أن الشفعة حق ثابت متقرر، وتذكير الضمير باعتبار طلب الشفعة ( فلا يملكان ) أي الاب والوصي ( إبطاله ) أي إبطال حق ثابت ( كديته وقوده ) أي قصاصة وقوله ديته في بعض النسخ بالياء آخر الحروف ثم التاء المثناة من فوق بدلالة قود عليه والنسخة الصحيحة المشهورة كدينه بالياء آخر الحروف ثم النون ، لانه أعم وأوفق لرواية المبسوط فإنه قال لا تثبت الولاية لهما في إسقاطه كإبراء الدين والعفو عن القصاص الواجب له واعتاق عبده ( ولانه ) أي ولان طلب الشفعة ( شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضراراً به ) أي فكان إبطال دفع الضرر اضراراً بالصبي .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة وأبى يوسف ( أنه ) أي الاخذ بالشفعة ( فى معنى التجارة) لانه يملك العين بالثمن وهو على الشراء (فيملكان تركه ) أي يملك الاب والوصى ترك الاتجار ، فكذا يملكان ترك الشفعة ( ألا ترى ) توضيح لما قبله ( أن من أوجب بيعاً للصبي ) بأن قال رجل بعت هذا العبد لفلان الصبي بكذا ( صح رده من الاب

ولأنه دائر بين النفع والضرر ، وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه ، وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض . وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظراً . وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي

---

والوصي ) أي رده من الاب والوصي ،أي رد هذا الايجاب سواء كان الراد أباً أو صبياً.

( ولأنه دائر بين النفع والضرر ) دليل آخر يتضمن الجواب عن الدية والقود ، أي ولأن ترك الشفعة أو طلبها دائر بين النفع بأن بقي الثمن على ملكه الضرر بأن يحصل الصبي إذ الدخيل في الترك على ما نبينه الآن ، بخلاف الدية والقود ، فان تركها ترك بلا عوض فيكون إضراراً به .

( وقد يكون النظر في تركه ) أي في ترك طلب الشفعة ( ليبقى الثمن على ملكه ) أي على ملك الصبي ( والولاية نظرية ) أي ولاية الأب والوصي نظرية ، يعني لأجل النظر في حقه ( فيملكانه ) أي إذا كان الأمر كذلك فيملك الأب والوصي ترك طلب الشفعة (وسكوتهما) أي سكوت الأب والوصي عن طلب الشفعة حين العلم ببيع الدار ( كإبطالهما ) صريحاً ( لكونه دليل الإعراض ) أي لكون السكوت عن الطلب دليل الإعراض عنه مع القدرة عليه .

( وهذا ) أي هذا الخلاف ( إذا بيعت ) الدار ( بمثل قيمتها ، فان بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع ) أي بلا خلاف لمحمد وزفر والشافعي ( لأنه تمحض نظراً ) أي صار نظراً محضاً للصبي .

( وقيل لا يصح ) أي التسليم ( بالإتفاق ) بين أصحابنا . وفي الكافي وهو الأصح ، وهكذا ذكره في المبسوط ( لأنه ) أي لان الولي ( لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم

وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة ، فعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن أبي يوسف « رح » والله أعلم .

---

كالأجنبي ) حيث لا يملك الأخذ ولا التسليم ، فيصير الولي كالأجنبي .

( وإن بيعت ) الدار ( بأقل من قيمتها محاباة كثيرة ) أي لأجل المحاباة الكثيرة بأن بيعت ما يساوي ألفاً بأقل من خمسمائة (فعن أبي حنيفة « رح » أنه لا يصح التسليم منهما) أي من الأب والوصي ، لان ولايتهما نظرية ، والنظر في أحدها في مثل هذا لا في تسليمها .

وذكر في المختصر والمختلف في هذه المسألة عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضاً لأنه امتناع عن دخوله في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرعاً ، فهذا بخلاف رواية الهداية وإنما خص قول أبي حنيفة رحمه الله ، مع أن قول محمد وزفر والشافعي كذلك ، لان الشبهة ترد على قوله ، فان تسليم الأب والوصي يجوز عنده إذا بيعت بمثل قيمتها فينبغي أن يجوز بأقل ، لما أن هذا البيع وإن كان بالمحاباة الكثيرة فانه لا يخرج عن معنى التجارة ولهما ولاية الإمتناع عن التجارة في ماله ، لكن قال لا يصح فيما يروى أبى حنيفة « رح » ، لأن تصرفهما في ماله يدور مع الوجه الأحسن ، فلما تعينت جهة الأحسن في هذا المبيع فى الاخذ فكان في التسليم قربان ماله بغير الأحسن .

ولهذا المعنى خص قول أبي يوسف بقوله ( ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله ) وإن كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما إذا بيعت بمثل قيمتها .

وفي الذخيرة والمغني ولو اشترى الأب داراً للصغير وهو شفيعها يأخذها بالشفعة عندنا إذا لم يكن بالأخذ ضرر للصغير ، وبه قال الشافعي وأحمد ينبغي أن يقول اشتريت الصبي وأخذت بالشفعة ، لأن شراءه بماله لنفسه جائز ، فكذا بالشفعة . ولو كان مكان الأب وصي فان كان في الاخذ له منفعة بأن اشتراه بغبن يصير له أن يأخذها على قياس قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف كما في شراء الوصي مال الصغير لنفسه .

وللشافعي فيه وجهان في وجه له الاخذ ، وفي وجه لا ، وبه قال أحمد للتهمة ،

أما إذا لم يكن للصغير فالأخذ منفعة لا يجوز أخذها بالإجماع . ولو كان الصبي شفيع دار اشتراها الوصي لنفسه لا يشهد ولا يطلب الشفعة له للتهمة،فاذا بلغ يأخذها إن شاء.

أما الأب لو اشترى داراً لنفسه والصبي شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير حتى بلغ ليس للصغير أخذها لبطلان شفعته بسكوت الأب ، أما لو باع الأب داراً لنفسه والصبى شفيعها فلم يطلبها الأب للصغير لا تبطل شفعته ، حتى إذا بلغ كان له الاخذ . اما الوصي لو باع داراً لنفسه ثم اشترى لنفسه والصبي شفيعها فسكوته لا يبطل شفعته ، حتى إذا بلغ له الأخذ . وفي الجامع الاصغر لو باع الوصي داراً ليتيم والوصي شفيعها فلا شفعة له ، إلا إذا باعها وكيل القاضي أو القاضي وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

# كتاب القسمة

## قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة ،

---

### ( كتاب القسمة )

أي هذا الكتاب في بيان أحكام القسمة فيكون ارتفاع الكتاب على أنه خبر مبتدأ محذوف ، ويجوز نصبه على إقرأ كتاب القسمة أو خذه أو هاك . وإيراده عقيب الشفعة لأن كلا منها من نتائج النصيب الشائع ، فان أحد الشريكين إذا أراد الإفتراق مع بقاء ملكه بطلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة ، وقدم الشفعة لأن بقاء ما كان على أصل وهي في اللغة اسم للإقتسام كالقدوة اسم للاقتداء أو الاسوة اسم للائتساء . وقال الجوهري القسم مصدر قسمت الشيء فانقسم ، والقسم بالكسر الحظ والنصيب من الجبر ، وقاسمه المال فتقاسماه واقتسماه بينهما ، والإسم القسمة مؤنثة . وقال السغناقي نصيب الإنسان من الشيء ، يقال قسمت الشيء بين الشركاء وأعطيت كل شيء يده بقسمته وقسمه . وفي الشريعة جميع النصيب الشائع في مكان ، وسببها طلب الشريك الإنتفاع بنصيبه على الخصوص ، ولهذا لو طلبها يجب على القاضي إجابته على ذلك ، ذكره في المبسوط .

وركنها ما يحصل بها الإفراز والتمييز بين النصيبين كالمكيل في المكيلات ، والموزون في الموزونات ، والزرع في المزروعات ، والعدد في المعدودات .

وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة ، ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما .

( قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة ) أي قال صاحب الهداية رحمه الله أي مشروعة بالكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر ﴾ ٢٨ القمر ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ١٥٥

لأن النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير . ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة ، لأن ما يجتمع لأحدهما

---

الشعراء ، في قصة ناقة صالح عليه السلام ، وشريعة من قبلنا تلزمنا إذا لم يكن فيه نكير . وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وإذا حضر القسمة أولى القربى ﴾ ... الآية ٨ النساء ، وبالسنة أشار إليه بقوله (لأن النبي ﷺ باشرها في المغانم والمواريث) أي باشر القسمة ، أما قسمته ﷺ في الغنائم فقد ذكرناها في كتاب السير .

وأما قسمة المواريث فمنها ما أخرجه البخاري عن هذيل بن شرحبيل قال سئل أبو موسى الأشعري عن ابنة وابنة ابن واخت ، فقال للبنت النصف ، وللاخت النصف ، وأن ابن مسعود فسيتابعني فسئل ابن مسعود وأخبر بقول أبي موسى فقال « لقد ضللت إذاً وما أنا من المهتدين ، أقضي فيها بما قضى رسول الله ﷺ للإبنة النصف ، ولبنت الإبن السدس تكملة للثلثين ، وما بقي فللأخت فأتينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم .

ومنها ما أخرجه النسائي عن عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة قالت مات مولى لي فترك ابنة فقسم رسول الله ﷺ ماله بيني وبين ابنته ، فجعل لي النصف ولها النصف . وقد تكلمنا فيه مستوفى في الولاء .

ومنها ما أخرجه أبو داوود والترمذي وابن ماجة عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر بن عبد الله أن امرأة سعد بن الربيع قالت ، يا رسول الله إن سعداً هلك وترك ابنتين وأخاه ، فعمد أخوه فقبض ما ترك سعد ، وإنما تنكح النساء على أموالهن ، فقال ﷺ ادع لي أخاه ، فجاء فقال ادفع إلى ابنتيه الثلثين وإلى امرأته الثمن ولك ما بقي . ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه .

( وجرى التوارث بها ) أي القسمة ( من غير نكير ) من أحد من الأئمة ، وأفاد بهذا أن الأمة أيضاً أجمعت على جواز القسمة وفعلها ( ثم هي ) أي القسمة ( لا تعرى عن معنى المبادلة ) أي لا تخلو عن معنى المبادلة ( لأن ما يجتمع لأحدهما ) أي لأحد المتقاسمين

بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه ، فكان مبادلة وإفرازاً ،

---

( وبعضــه ) أي بعض ما يجتمع ، وارتفاعه على أنه بدل من الضمير الذي في يجتمع ( كان له وبعضه كان لصاحبه ) وهو الثاني من المتقاسمين ( فهو ) أي أحد المتقاسمين ( يأخذه ) أي يأخذ ذلك البعض الذي كان لصاحبه (عوضاً عن ما بقي من حقه في نصيب صاحبه) انتصاب عوضاً على الحال من الضمير المنصوب في يأخذه ( فكان مبادلة ) أي إذا كان الأمر كذلك تكون القسمة مبادلة حقيقــة ، وإنما ذكر الفعل باعتبار القسم والتقاسم ( وإفرازاً ) من حيث الحكم ، أي تمييزاً ، يقال أفرزت الشيء إذا عزلته من غيره وميزته مثل فرزته وفارز شريكه أي فاصله .

إعلم أن القسمة قد تقــع في أموال متغايرة ومتجانسة ، أما المغايرة فمثل الدور والأراضي المختلفة والثياب والدواب وصنوف الأموال المتغايرة ، ففي هذه المواضع تقع القسمة معاوضة فيها معنى الإفراز .

وأما المعاوضة فلأنه نقل حقه من محل إلى محل آخر بعوض وأما الإفراز فلأن الملك لم يحدث بالقسم ، لأنه كان ثابتاً قبلها ، لكن على سبيل الاختلاط فهو بالقسمة يتميز عــن ملكه وملك صاحبه يبين حقه في هذا المقسوم ، فلما ظهر معنى المعاوضة هاهنا توقفت الصحة على اختيارهما ، حتى لو أراد أحدهما أن يقسم وامتنع الآخر لا يجبر عليــه ، لأن الجبر على المعاوضة لا يستقيم .

وأما المجانسة فمثل المكيل والموزون و الدراهم والدنانـير ، فإن معنى الإفراز ظاهر هنا ، لأن ما صار له بالقسمة لا يغاير ما كان له قبل ذلك ، فصار كأنه عين حقه لاستوائهما في تعلق المصالح والاعراض بها ، ولهذا يأخذ أحد الشريكين نصيبه حال غيبة الآخر . وكذا يبيــع أحدهما نصيبة في غيبه الآخر . وكذا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعــد القسمة إذا اشتراه ثم اقتسماه .

بخلاف الاشياء المتغايرة حيث لا يأخذ أحدهما نصيبه في عين الآخر ، وكذا لا يبيعه مرابحة . وفي الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع ، قسمة لا يجبر الابي كقسمة الاجناس

والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت، حتى كان لأحدهما أن يأخـــذ نصيبه حال غيبة صاحبه . ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن . ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت ، حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر .

---

المختلفة . وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات . وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم . والخيارات ثلاثة خيار شرط ، وخيار عيب ، وخيار رؤية . ففي قسمة الاجناس المختلفة تثبت الخيارات أجمع ، وقسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات فانه يثبت خيار العيب ، وهل يثبت خيار الرؤيـــة والشرط ، على رواية أبي سليمان يثبت وهـــو الصحيـح وعليه الفتوى ، وعلى رواية أبي حفص لا يثبت

( والإفراز هو الظاهر في المكيلات ) أي معنى الإفراز والتمييز هـــو الظاهر في المكيلات ( والموزونات لعدم التفاوت ) أي في أبعاض المكيلات والموزونات ، لان ما يأخذه مثل حقه صورة ومعنى ، فأمكن أن يحصل عين حقه ، ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء الدين ( حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ) لانه يأخذ عين حقه فلا يتوقف على حضور الآخر .

( ولو اشترياه ) أي لو اشترى الشريكان شيئاً من المكيلات او الموزونات ( فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ) لان نصيبه عين ما كان مملوكاً له قبل القسمة ( ومعنى المبادلة هـــو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت ) في الاصل ( حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه حال غيبة الآخر ) لان ما يصيب كل واحد منهما نصفه مـما كان مملوكاً ونصف عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه .

فان قلت أليس انهما لو اقتسما أرضاً أو داراً أو بنى أحدهما في نصيبه ثم استحق ما بنى فيها ونقض بناه كأنه لا يرجع على صاحبه بقيمـــة البناء . ولو كانت مبادلة لصار

ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ، إلا أنها إذا كانت من جنس واحـــد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصـــد ، والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين ، وهذا لأن أحدهم

---

مفروزاً فيرجع . قلت كل واحد منهما يضطر في هذه المبايعة لإحياء حقـه ، وفي مثل هذا لا يظهر الغرور .

( ولو اشترياه فاقتسماه ) أي لو اشترى الإنسان شيئـــاً من الحيوانات أو العروض ثم اقتسماه ( لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة ) لما ذكرنا أن ما يصيب كل واحد منهما نصفه فيما كان مملوكاً ، ونصفه عوضاً عما أخذه صاحبه من نصيبه . وعند الشافعي وأحمد القسمة إفراز في الكل . وعن الشافعي يبيع في الكل . وعند مالك فيما اتخـذ جنساً وصفة إفرازاً في غير مبادلة.

( إلا أنها إذا كانت من جنس واحد ) هــذا جواب سؤال يرد على قوله معنى المبادلة وهو الظاهر بأن يقال لو كان الرجحان للمبادلة ينبغي للقاضي أن لا يجبر الآبي عـــن القسمة في غير ذوات الامثال كما لا يجبر على بيع ماله فقال إلا أنها ، أي أن الاموال إذا كانت من جنس واحد ( أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء ، لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ) باتحاد الجنس ، فان المقصود من الشاة مثل اللحـم ولا يتفاوت كثيراً ، ومن الفرس الركوب كذلك ، والطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته (والمبادلة مما يجري فيه الجبر ) هذا أيضاً جواب عن إشكال ، يعني لم قلتم أنها تتضمن معنى المبادلة فكيف يجبر فأجاب بأن المبادلة مما يجري فيه الجبر مقصوداً ( كما في قضاء الدين ) فان المديون يجبر على القضاء من أن الديون تقضى بأمثالها ، فصار ما يؤدي بدلاً عما في ذمته ، وهذا جبر في المبادلة وقد جاز فلأن يجوز فيما لا قصد فيها إليه أولى .

( وهذا ) إشارة إلى قوله أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشرء (لأن أحدهم

بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالإنتفاع بنصيبه ، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته ، وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز ،لأن الحق لهم. قال وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال

---

بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفــاع بملكه فيجب على القاضي إجابته ) دفعاً للضرر عنه ، لأنه نصب لدفع الظلم وإيصال الحـق إلى المستحق ( وإن كانت أجناساً مختلفة ) أي وإن كانت الأعيان المشتركة أجناساً مختلفة كالمعز والغنم والبقر والإبل ( لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ) .

والحاصل أن الأعيان المشتركة لا تخلو إما أن تكون من جنس واحـــد أو أجناس مختلفة ،فالأول لا يخلو أما إن كانت مما يجري فيه الربا كالمكيل والموزون أو لا كالحيوانات والقاضي يجبر عند طلب أحدهما في هذين الوجهين بعد أن كانا من جنس واحد ، لأن الآبي متعنت ، هذا إذا كانت المنفعة بعد القسمة تبقى ، أما إذا لم تبق بل تتضرر كل واحد لا يقسمه بغير التراضي كالحمام والبيت الصغير والحائط ونحـــو ذلك مما يحتاج إلى الشق والقطع ، وبه قالت الثلاثة ، وعندالتراضي روايتان ، في رواية لا بأس للقاضي أن يشق بإذنهما . وفي رواية لا يلي ذلك بنفسه بل يفوض إليهما . وإن كانت من أجناس مختلفـة وطلب أحدهما فلا يقسمها بغير التراضي ، كذا في شرح الطحاوي .

( ولو تراضوا عليها ) أي على القسمة عند اختلاف الأجناس ( جاز ، لأن الحق لهم ) لأن القسمة بها مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط في النص .

( قال وينبغى للقاضى أن ينصب قاسماً ) أي قال القدوري والقاسم فاعـل من قسم الدراهم يقسم من باب ضرب يضرب ( يرزقه من بيت المال ) من رزق الأمـــير الجند إذا أعطاهم ما يكفيهم ، والرزق بالكسر ما ينتفع بـــه ، والجمع الأرزاق بالفتح المصدر من

ليقسم بين الناس بغير أجر ، لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم بـــه قطع المنازعة ، فأشبه رزق القاضي ، لان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرمـــاً بالغنم . قال فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالاجر ، معناه بأجر على المتقاسمين ، لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يحكم بالزيادة . والافضل أن يرزقه من بيت المال ، لانـــه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة .

---

رزق يرزق ومن ضرب يضرب ( ليقسم بين الناس بغير أجر ) أي يؤخذ منهم (لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة ) أي بالقسمة ، وتذكير الضمير باعتبار القسم ( فأشبه رزق القاضى ) أى فأشبه رزق القاسم رزق القاضى ، حيث يأخذ كل منهما في مقابلة قطع المنازعة وفصل الخصومة ( لأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم ) أي في مال العامة وهو بيت مال المسلمين ( غرماً بالغنم ) أي لاجل الغرم بمقابلة الغنم ، فانتصابه على التعليل .

( قال فإن لم يفعل ) أي قال القدوري ، أي إن لم ينصب القاضى قاسماً يرزقه من بيت المال ( نصب قاسماً يقسم بالاجر ، معناه بأجر على المتقاسمين) . فإن قلت القسمه لما التحقت بالقضاء وأخذ الاجر عليه لا يجوز ، فكذا عليها . قلت القضاء فرض بعد التحمل ، بخلاف القسمة ، فجاز أخذ الاجر عليها ( لان النفع لهم على الخصوص ) أي لان النفع حاصل للمتقاسمين على الخصوصية ، فكذا الاجر عليهم .

( ويقدر أجر مثله ) أي يقدر القاضى أجـــر مثل القاسم ( كيلا يحكم بالزيادة ) أي بزيادة الاجر على قدر عمله ( والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعـد عن التهمة ) أي تهمة الميل إلى أحد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة . وقال تاج الشريعة لانه متى يصل إليه أجر عمله على كل حال يهل بأخـذ الرشوة إلى البعض ،

ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة ، لانه من جنس عمل القضاء ، ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ، ومن الإعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد ، معنــــاه لا يجبرهم على أن يستأجروه ، لانه لا جبر على العقود ، ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله . ولو اصطلحوا فاقتسموا جـــاز ،

---

فكان هذا أرفق بالناس وأبعد عن التهمة . وفي أدب القاضي للصدر الشهيد لا يجــوز للقاضي أخذ الاجرة على القسمه لانها واجبة عليه ، والقاسم يجوز . وفي الذخيرة يجوز للقاضي أخذ أجرة القسمة ، لان القسمة ليست بقضاء حقيقة ، حتى لا يجب على القاضي مباشرتها ، وإنما عليه جبر الآبي على القسمة إلا إن شابهها بالقضاء من حيث أنها تستفـاد بولاية القاضي حتى ملك جبر الآبي دون غيره ، فمن هذا الوجه لا يستحب له أخذها ، وبه قال الثلاثة إذا لم يكن للقاضي من بيت المال رزق .

( ويجب أن يكون ) أي القاسم ( عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة لانه من جنس عمـــل القضاء ) لان القاضي يحتاج إلى تمييز الحقوق إلى قبول قوله، فيشترط فيه العدالة كالشاهد، وإنما ذكر الامانة فإن كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة ( ولانه لا بد من القدرة ) على القسمة ( وهي ) أي القدرة عليهـــا يكون ( بالعلم ومن الاعتماد على قوله ) أي ولا بد من الاعتماد على قول القاسم في تمييز الحقوق كما ذكرنا ( وهو بالامانة ) أي الاعتماد على قوله يكون بالامنة بأنه مأموناً .

( ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد ) هذا لفظ القدوري في مختصره (معناه) أي معنى كلام القدوري هذا (لا يجبرهم على أن يستأجروه) أي لا يجبر القاضي المتقاسمين على استئجار قاسم معين ( لانه لا جبر على العقود ) لان الحق لهم ، فإذا رضوا بمن يتولى حقهم جاز كما في سائر الحقوق . ( ولانه لو تعين ) أي ولان القاسم الواحـــد لو تعين ( لتحكم بالزيادة على اجر مثله ) وفيه ضرر عليهم ولا ضرر في الإسلام .

(ولو اصطلحوا ) أي الشركاء ( فاقتسموا ) أي بدون رفع الأمر إلى القاضي ( جاز )

إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي ، لانه لا ولاية لهم عليه . قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غاليـــة بتواكلهم ، وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الاجر . قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة « رح» وقال أبو يوسف ومحمد « رح » على قدر الانصباء ،

---

لأن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات ( إلا إذا كان فيهم صغير ) أي في الشركاء ، أو مجنون أو غائب ( فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهـم عليه ) أي على الصغير .

( قال ولا يترك القسام ) أي لا يترك القاضي القسام ، وهو بضم القاف جمـع قاسم كالزراع جمع زارع ، ويجوز رفـع القسام بإسناده إلى الفصل المجهول ، أي لا يتركون ( يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم ) وهو أن يكمل بعضهم الأمر إلى بعض. الحاصل أن القاضي لا يخلي شركتهم ، بحيث لا يتجاوز الأمر القسمة عنهم إلى غـيرهم ، لأنهم في ذلك يكملون الأجر زيادة على أجر المثل فيتضرر به المتقاسمين ، بـل يقول استدانت بالقسمة بلا مشاركة ، فكذا في كل واحد ( وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم ) أي من القسام ( إليه خيفة الفوت ) أي في القسمة ، والتذكير باعتبار القسم ، وانتصاب خيفة على التعليل ، أي لأجل خوف الأجر ( فيرخص الأجر ) على المتقاسمين .

( قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفـة ) أي قال القدوري ، وقال مالك وكذا ذكر أبو القاسم بن الجلاب البصري ، صورتها دار بين ثلاثة لأحدهم النصف، وللآخر الثلث ، وللثالث السدس فاستأجروا قاسماً بأجر معلوم فقسمها بينهـم . قال أبو حنيفة الأجرة عليهم أثلاثاً على كل واحد منهم .

( وقال أبو يوسف ومحمـد « رح » على قدر الأنصباء ) فيكون على صاحب النصف نصف الأجرة ، وعلى صاحب الثلث ثلثها ، وعلى صاحب السدس سدسها ، وبـه قال الشافعي وأحمد واصبع المالكي في مختصر الأسرار . قال أبو حنيفة القسام على عـدد

لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجره الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولابي حنيفة «رح» أن الاجر مقابل بالتمييز ، وانه لايتفاوت ، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الامر فتعذر اعتباره ، فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، بخلاف حفر البئر ، لاين الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت ،

---

الرؤوس دون الأنصباء إلا في المكيل والموزون ، فإنها تكون على قدر الأنصباء وفي الكافي للحاكم الشهيد قال أبو حنيفة الأجر على عدد الرؤوس ، فإن كان نصيبه أقل من نصيب صاحبه وقال لعل النصيب القليل أشد حساباً من النصيب الكثير ( لأنه ) أي لأن الأجر ( مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان ) في المال المشترك بأن استأجروا الكيال ليفعل المكيل ، أو الوزان ليفعل الموزون فيما هو مشترك بينهم ( وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك )فإن المؤنة فيها على قدر الأنصباء .وكذلك إذا استأجروا رجلاً لبناء جدار أو لبطن سطح بينهم فإن الأجر على التفاوت .

( ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز ) لأن المعقود عليه التمييز ( وأنه )أي التمييز (لايتفاوت )تحقيق هنا أن القسم لا يستحق الأجر بالمساحة ومد الأطناب والمشي على الحدود، لأنه لو استعان في ذلك بأرباب الملك استوجب الأجر ، كما إذا قسم بنفسه ، فدل على أن الأجرة في مقابلة القسمة ( وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل ) لأن الحساب يدق بتفاوت الأنصباء ، ويزداد بقلة الأنصباء أو أقل تمييز يصعب صاحب القليل أشق ( وقد ينعكس الأمر ) بأن يكون حساب نصيب صاحب الكثير أشق لكسور وقعت فيه ( فتعذر اعتباره ) أي اعتبار كل واحد من قليل الملك وكثيره ( فيتعلق الحكم بأصل التمييز ) أي إذا كان الأمر كذلك فيتعلق الحكم بأصل التمييز ، ولأنه لا يتفاوت ، لأن القليل والكثير فيه سواء كما كان في السفر كما كان في المشقة حقاً أدير الحكم على نفس السفر .

( بخلاف حفر البئر ، لأن الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت ) أي نقل التراب

والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف ، وإن لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن ، وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل . وعنه أنـــه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع .

---

يتفاوت بتفاوت العمل بالقلة والكثرة ( فاعتـبر قدر المكيل والموزون إن كان للقسمة ، قيل هو على الخلاف ) هذا جواب عما يقال كأجرة الكيال والوزان ، يعني إن كان الكيل أو الوزن لأهل القسمة ، قيل هو على المذكور ، فيكون الكيال والوزان بمنزلة القسام .

(وإن لم يكن للقسمة) بأن اشتريا مكيلا أو موزوناً وأمر إنساناً بكيله يصير المكيل معلوم القدر ( فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت) أي عمل الكيل والوزن يتفاوت ، فيكون الاجر على قدر الانصباء ، لان الاجر استحق بأن فعل المكيل من غير اعتبار افراز ، وفعل المكيل يتقدر بقدر المكيل فيتفاوت البدل أيضاً ، كذا في الاسرار ( وهو العذر لو أطلق ) أي التفاوت هو العذر ، أي الجواب عن قياسها على أجر الكيال والوزان لو كان الاجر يجب ثمنه مطلقاً بلا تفصيل على قدر الانصباء ، فإن كيل الكبير أشق وأصعب لا محالة من القليل ، وكذلك الوزن بخلاف القسام ، فإن القسـمة إفراز ، والشريكان فيه سواء ، فإن إفراز القليل فرز الكثير لا محالة وبالعكس (ولا يفصـــل ) تالله لقوله لو أطلق أي لو أراد أجر المسألة على الإطلاق من غير أن يفصل القسمة أوليس للقسمة والعذر ، أي الفرق أن هناك إنما استوجب للأجر بعمله في الكيل والوزن أن يرمي انه لو استعان في ذلك بالشركاء ، لان كل عاقل يعرف انه كيل مائة قفيز يكون أكثر من كيل عشرة أقفزة ، فلهذا كانت الاجرة عليها بقدر الملك ، بخلاف القسام .

(وعنه) أي وعن أبي حنيفة ( انه ) أي أن الاجر ( على الطالب ) أي على طالب القسمة ( دون الممتنع ) من القسمة ( لنفعه ) أي لنفع الطالب ( ومضرة الممتنع ) لانـه امتنع لضرر يلحقه ، فلا تلزم الاجرة من لا منفعة له . وقال الاقطع روى الحسن عن أبي حنيفة أن الاجر على الطالب للقسمة دون الممتنع . وقال أبو يوسف عليهما . وفي الهداية وقال عليها ، وبه قالت الائمة الثلاثة . وفي النوازل سئل أبو جعفر عن أهل قرية غرمهـا

قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة « رح » حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته ، وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمة في قولهم جميعاً . ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمة بينهم .

---

الملك فأرادوا أن يقسموا فيا بينهم ، قال يقسم على عدد الرؤوس. وقال بعضهم يقسم على قدر الاملاك . قال الفقيه إن كانت الغرامة لتحصين أموالهم قسم ذلك على قدر أملاكهم وإن كانوا غرموا لتحصين الابدان قسم على قدر رؤوسهم التي يتعرض لهم ، ولا شيء على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم لانه مؤنه الناس .

( قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي ) أي قـال القدوري وإذا حضر الشركاء عند القاضي ( وفي أيديهم دار أوضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عندأبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته ) أي موت فلان ، وكمية الورثة ، قيـد بقوله داراً وضيعة ، لان لو كان في أيديهم عروض أو شيء مما ينقل القسم بإقرارهم انـه ميراث بالإتفاق قيد بالإرث لانهم لو ادعو شراء من غائب قسم بينهم بإقرارهم بالإتفاق في رواية الاصل على ما ذكر في الكتاب .

( وقال صاحباه ) أى صاحبا أبا حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد « رح » ( يقسمهـا باعترافهم ) أى بإقرارهم بدون بينة لئلا يكون حكمه متعدياً إلى غيرهم ، وبـه قالت الثلاثة عن الشافعي لا يقسم إلى الجميع بلا بينة للاحتياط (ويذكر) أي القاضي (في كتاب القسمة ) أى في صك القسمة ( انه قسمها بقولهم ) أى بقول الشركاء ( وإن كان المـال المشترك ما سوى العقار ) كالعروض والحيوانات ونحوهما مما ينقل(وادعوا انهميراثقسمة في قولهم جميعاً ) أى في قول أبي حنيفة وصاحبيه ( ولو ادعوا في العقار انهـم اشتروه قسمة بينهم ) هـذا لفظ القدورى . قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب

لهما أن اليد دليل الملك والإقرار إمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى . وهذا لانه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد ، إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم . وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ، حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها . بخلاف ما بعد القسمة ،

---

القسمة . وذكر في الجامع الصغير انه لا يقسم حتى يقيموا البينة على الملك لانهم اعترفوا بالملك طبائع وادعوا انتقاله إليهم فلا يقبل إلا ببينة كما لو ادعوا الميراث .

( لهما ) أي لابي يوسف ومحمد «رح» (أن اليد دليل الملك والإقرار إمارة الصدق ولا منازع لهم ) أي في الظاهر ( فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى، وهذا) أي جواز القسمة بإقرارهم بدون البينة ( لانه لا منكر ) أي لان الشأن لا منكر ها هنا ( ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد ) أي البينة ، يعني فلا يكون طلب البينة بلازم ( إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم ) أي ولا يتعدى حكمه إلى غير الشركاء الحاضرين .

(وله) أي ولابي حنيفة ( أن القسمة قضاء على الميت إذا كانت التركة مبقاة على ملكه ) أي على ملك الميت ( حتى لو حدثت الزيادة قبلها ) أي قبل القسمة بأن كانت الوصية جارية لفلان مثلاً فولدت قبل القسمة ( تنفذ وصاياه فيها ) أي في الزيادة حتى ينفذ الوصية فيها عن الثلث كأنه أوصى بها ( ويقضي ديونه منها ) أي من الزيادة تنفذ الوصية فيها بقدر الثلث كأنه أوصى بها ( بخلاف ما بعد القسمة ) فان الزيادة للموصى له . وفي جامع قاضي خان ومن أوصى بجارية لرجل ومات فولدت ولداً أو اكتسبت كان الولد والكسب لورثة الميت ، وإن حدثت الزيادة بعد القسمة يكون للموصى له ، وإن كانت الزيادة مع الجارية لا يخرج من الثلث .

وإذا كان قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بـــد من البينة وهو مفيد ، لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث ، ولا يمتنـع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه يقبل البينة عليه مع إقراره . بخلاف المنقول ، لان في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ .

---

(وإذا كان قضاء على الميت) أى وإذا كانت القسمة قضاء على الميت ذكر الفعل باعتبار القسم ( فالاقرار ليس بحجة عليه ) يعني إقرارهم ليس بحجة على الميت ، لانه حجـــة قاصرة ( فلا بد من البينة ) ليست به القضاء على الميت (وهو مفيد) أى البينة مفيد عـلى تأويل قيام البينة مفيد ، وهذا جواب عن قولهما لانه منكر ولا بينة إلا على المنكر فـلا يفيد فقال بل يفيد ( لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث ) فيكون مدعى عليه لان أحدهم يجعل مدعياً والآخر مدعى عليه ( ولا يمتنع ذلك باقراره ) أي لا يمتنع كونه خصماً بسبب إقراره ، وهذا جواب عما يقال كل منهـما مقر بدعوى صاحبه ، والمقر لا يصح خصماً للمدعى عليه فقال لا يمتنع ذلك باقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصماً ( كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فان [1] تقبل البينة عليه مع إقراره ) أى على كل واحد من الوارث والوصي مثلا إذا ادعى على الميت ديناً وأقر به وارثه أو وصيه يكلف إقامة البينة وينتصب الوارث أو الوصي خصماً للمدعى عليــه فقال لا يمتنع ذلك باقراره لجواز اجتماع الاقرار مع كونه خصماً له وإن كان مقراً .

( وبخلاف المنقول ) جواب عن قولهما كما في المنقول المورث ، وأجاب عن ذلـــك بوجهين ، الاول : هو قوله ( لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ ) لأن العروض يخشى عليها من التوى والتلف ، وفي القسمة تحصين وحفظ لها وذا لا يوجد في العقـــار ، أشار إليه بقوله أما العقار محصن بنفسه فلا يخشى عليه من التوى . والثاني: هو قوله ولا كذلك العقار عنده ، أي عند أبي حنيفة لأنه مضمون على من ثبت يده ، أشار إليه بقوله ( أمـا

---

(١) فإنه — هامش

أمـــا العقـار محصن بنفسـه ، ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده ، وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع ، وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير . قال وإن ادعوا الملك ولم يذكر كيف انتقل إليهم قسمه بينهم ، لانه ليس في القسمة قضاء على الغير لانهم ما أقروا بالملك لغيرهم . قـــال « رض » هـذا رواية كتاب القسمة . وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما

---

العقار محصن بنفسه ) فلا يخشى عليه من التوى .

والثاني : هو قوله ( ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ) بعـــد القسمة ، يعني يصير مضموناً عليه بالقبض في حق غيرهم ، ففي جعل ذلك مضموناً عليهم بعد القسمـة نظراً للميت ، وذا لا يوجد في العقار ، لأنه مضمون على من أثبت يده عند أبي حنيفـة ، وهذا معنى قوله ( ولا كذلك العقار عنده ) أي عند أبي حنيفة .

( وبخلاف المشتري ) جواب عن قولهما والعقد المشترى ، تقريره أن العقار المشترى لأن القسمة فيه باعتبار ظاهر اليد ، فلا يكون استحقاقاً على الغير (لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع ، فإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير ) وروى عن أبي حنيفة رحمـه الله في رواية الاصول لا يقسمها بلا نية كما في الميراث .

( قال وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقـــل ) أي قال القدوري لم يذكروا سبب الانتقال ( إليهم ) في الشراء والإرشاد غيرهما ( قسمه بينهم ، لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير ، فانهم ما أقروا بالملك لغيرهم ) لأن كل من في يده شيء فالظاهر أنه له فيقبل قولهم في القسمة

( قال رحمه الله وهذه رواية كتاب القسمة ) أي قال صاحب الهداية هذا الذي ذكره القدوري بقوله وإن ادعوا الملك ... الخ كتاب القسمة من المبسوط ، وسياق الجامـــع الصغير على خلاف ذلك ، أشار إليه بقوله(وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان وأقاما

البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما . ثم قيل هو قول أبي حنيفة « رح » خاصة ، وقيل هو قول الكل وهو الأصح ، لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه ،

---

البينة أنها في أيديها وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما ) أي أن الأرض لهما، أي ملكهما ( لاحتمال أن تكون لغيرهما ) لأنهما لم يذكرا السبب ، واحتمل أن يكون ميراثاً فيكون ملكاً للغير ،يحتمل أن يكون مشترى فيكون ملكاً لهما فلا يقسم احتياطاً.

( ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة ) أي المذكور في الجامع الصغير ، وهو قوله لا يقسمها حتى يقيم البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لاقولهما ، لأن عند أبي حنيفة الميراث لا يقسم بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثاً كما ذكرنا . وعندهما يقسم في الميراث بدون البينة ، فهاهنا اولى ( وقيل هو قول الكل ) أي قيل المذكور في الجامع الصغير قول أبي حنيفة وصاحبيه جميعاً ، وإليه مال فخر الإسلام في شرحه . وقال تاج الشريعة قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع ، فموضع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء ، وموضع الجامع الصغير فيما إذا ادعيا لليد ابتداء ، وبيانه انهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره ، إذ الأصل أن الأملاك في يد المالك ، فيعتبر هذا الظاهر ، وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل ، فيقسم بينهما بناء على الظاهر ، أما إذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه لأنهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لاتكون إلا للمالك ، فلما سكتا عنه دل على أن الملك ليس لهما فيتأكد ذلك لاحتمال السابق ، فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا بإقامة البينة ليزول هذا الاحتمال ، وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما .

( وهو الأصح ) أي المذكور انه قول الكل هو الأصح ( لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه ) أراد بهذا أن القسمة نوعان ، قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق

وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملـــك فامتنـع الجواز .

قال وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمهـــا القاضي بطلب الحاضرين ، وينصب وكيلاً يقبض نصيب الغائب ، وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيـــاً يقبض نصيبه ، لأن فيه نظراً للغائب والصغير ، ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضاً ،

---

اليد لأجل الحفظ والصيانة . والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك ( وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك ) أي قيام الملك لا ملك بدون البينة ( فامتنع الجواز ) أي جواز القسمة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا حضر الوارثان ) في اثبات إلى القاضي(وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ) أي والحال أن الدار في ايديهم ، وكان ينبغي أن يقول في أيديهما ، لأن المذكور التثنية ، ولكن فيها معنى الجمع ، وهذا أحسن من أن يقال قوله في أيديهم ومعهم وارث وقع سهواً من النـــاسخ ، والصحيح في أيديهما لأنهما لو كانت في ايديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة ، وقد ذكر بعد هـــذا في الكتاب ، وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم ، وقيـــل الصحيح انه يقال في أيديهما ومعهما على وجه هكذا بخط بعض الثقات ( ومعهم وارث غائب ) أي ومعهما وارث . وقد قلنا أن في التثنية معنى الجمع ( قسمها القاضي بطلب الحاضرين) بفتح الراء تثنية حاضر ( وينصب وكيلا ويقبض نصيب الغائب ) أي ينصب القـــاضي وكيلا لأجل قبض نصيب الغائب نظراً له .

( وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصياً يقبض نصيبه ، لأن فيه ) أي في نصيب كل واحد من الوكيل والوصي ( نظراً الغائب والصغير ) وكذا لو كان مجنون ( ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة ايضاً عنده ) أي لا بد من إقامة البينة على الوفاة وعدد الورثة فيما إذا كان مكان الغائب صبي عند أبي حنيفة كما إذا كان معهم وارث غائب

خلافاً لهما كما ذكرناه من قبل. ولو كانوا مشتريين لم يقسم مع غيبة أحدهم. والفرق أن ملك الوارث ملك خلافـــه حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع، ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب أحدهما خصمـــاً عن الميت فيما في يـــده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ، ولهذا

---

( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( كما ذكرنا من قبل ) وهو قوله لم يقسمها حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقال صاحباه يقسم باعترافهم ( ولو كانوا مشتريين لم يقسم مع غيبة احدهم ) هذا لفظ القدوري، يعني لم يقسم وإن أقاموا بينة.

( والفرق ) في دعوى الإرث إذا أقاموا البينة يقسم مع غيبة أحدهم، وفي دعوى الشراء لا يقسم مع غيبة أحدهم وإن أقام البينة على الوفاة وعلى الورثة ( إن ملك الوارث ملك خلافه حتى يرد ) أي الوارث ( بالعيب فيرد عليه ) أي على بائع المورث ( بالعيب فيما اشتراه المورث ) بكسر الراء وهو الميت ( أو باع ويصير ) أي الوارث ( مغروراً بشراء المورث ) حتى لو اشترى جارية فمات فاستولدها الوارث فاستحقت يصير الوارث مغروراً ويكون الولد حراً بالقيمة يرجع بها الوارث على البائع كالمورث في حيـــاته ( فانتصب احدهما ) أي أحد الحاضرين ( خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين ) أنه لو ادعى رجل على ميت شيئاً وأقام البينة على أحد الورثة يقبل ويظهر الحـــكم في حق الحاضر والغائب، والمعنى فيه مـــا ذكره من قوله إن ملك الوارث بطريق الخلافة فيكون الوارث قائماً مقام المورث فيكون إقامة البينة على الوارث إقامة على المورث. ولو أقيمت البينة على المورث حقيقة يظهر في حق الغـــائب والحاضر جميعا، فكذا إذا اقيمت البينة حكماً.

( أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ) أي ملك جديد، أراد أن الثابت أن كل واحد منهم ملك جديد بسبب باشره في نصيبه ( ولهذا ) أي ولكون الثـــابت بالشراء

لا يرد بالعيب على بائع بائعه ، فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب فوضح الفرق . وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم . وكذا إذا كان في يد مودعه . وكذا إذا كان في يد الصغير. لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقـــاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ، وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه .

---

مبتدأ ( لا يرد ) أى المشترى ( بالعيب على بائع بائعه ) لأن بائع البائع ليس بقـائم مقام البائع ( فلا يصلح الحاضر خصماً عن الغائب ) أى إذا كان كذلك لا يصلح الحـاضر من المشترين خصماً عن الغائب منهم ، فإذا لم يكن خصماً عنه كانت البينة في حق الغـائب قائمة بلا خصم فلا يقبل ( فوضح الفرق ) أى ظهر الفرق بين مسألة الإرث ومسألة الشراء ( وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم ) أي من العقار ، وهـــذا ايضاً من لفظ القدوري إلا قوله أو شيء منه فإنه من لفظ صاحب الهداية ، لأن القسمة فيها استحقاق يد الغائب ولا يجوز ذلك من غير خصم حاضر عنه .

وكذا إذا كان في يد مودعه ) أي وكذا لا يقسم إذا كان العقار في يد مودع الغائب ، لأن المودع أمين فلا يكون خصماً فيما يستحق عليه .

( وكذا إذا كان في يد الصغير) أى وكذا لا يقسم إذا كان العقار في يد الصغير أو شيء منه في يده ( لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما ) أى عن الغائب والصغير ، فاذا لم يكن الخصم حاضراً لا يجوز لما ذكرنا ( وأمين الخصم ليس بخصم ) هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقـــال لم يجوز أن يكون المودع خصماً لكون العين في يده ، فأجـــاب بأنه أمين الخصم ( عنه ) أى عن الخصم ( فيما يستحق عليه ) أى على الخصم ، لأنه جعل أميناً في الحفظ لا غير ، فيكون

والقضاء من غير خصم لا يجوز . ولا فرق في هـذا الفصـل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب . قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنـه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً ، وكذا مقاسماً ومقاسماً ،

---

القول بالقسمة قوله ( والقضاء من غير خصم لايجوز) وهو معنى قوله فالقضاء من غير خصم لا يجوز ، لانه لا بد من كون المدعى عليه خصماً كما عرف في بابه .

(ولا فرق في هــــذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها ) أى فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه ، يعني لا يقسم القاضي وإن أقام الحاضر البينة على الوفـاة وعدد الورثة ( هو الصحيح ) احترز به عما روى الكرخي فى مختصره عن أبى يوسف فقال وقال أبو يوسف إن كانت الدار فى يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منه شيء لم أقسمها حتى يقيم البينة على المواريث ، وكذلك الارض ، وقول محمد أشهر ، فقد قالا بالقسمة عند قيام البينة كما ترى ، وإليه ذهب صاحب التحفة حيث قال وإن كانت الدار فى يد الغائب أو فى يد الصغير أو فى أيديهما منه شيء فانه لا يقسم حتى تقـــوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق، وبه قالت الثلاثة . وفى فتاوى قاضى خـان لم يقسم وإن أقاما البينة ما لم يحضر الغائب وهو رواية ( كما أطلق فى الكتاب ) قــال الاترازى فى مختصر القدورى أراد به قوله لم يقسم لانه لم يفصل بين قوله البينة وعدمها. وقال الكاكى فى الجامع لقوله لم يقسم من غير ذكر إقامة البينة ، والصواب مع الأول.

( قال وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة ) أى قـال القدورى ( لانه لا بد من حضور خصمين ، لأن الواحـــد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً ) بكسر الصاد ، ومخاصماً الثانية بفتح الصاد ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » ( وكذا مقاسماً ) أي وكذا لا يصلح مقاسماً بكسر السين ( ومقاسماً ) بفتح السين ، وهذا عندهما لأنـه لا يحتاج إلى إقامة البينة عندهما ، وإنما ذكر المقاسمة لأنه ليس من ضرورة كـون الشخص خصماً أن

بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على مـــا بينا ، ولو كان الحاضر صغيراً وكبـــيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً ، وقسم إذا أقيمت البينة . وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها فطلبا القسمـــة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه . وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه .

---

يكون مخاصماً كما في الحمام المشترك ، فإن الشركاء خصوم وغير مقاسمين . وعـــن أبي يوسف أن القاضي ينصب عن الغائب خصماً ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ، كما لو ادعى أجنبي ديناً على الميت ولا وارث له ولا وصي فانه ينصب عنه وصياً .

( بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين ) حيث يقسم، لأنه أمكن أن يجعل أحدهما مدعياً والآخر خصماً عن الميت وعن باقي الورثة ( على ما بينا ) أراد بـــه قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البينة إلى آخره ، وذلك لأن أحد الورثـــة ينتصب خصماً عن الميت وعن سائر الورثة .

( ولو كان الحاضر كبيراً أو صغيراً نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسم إذا أقيمت البينة ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري . وفي الذخيرة : القاضي إنمـا ينصب وصياً عن الصغير إذا كان حاضراً ، أما إذا كان غائباً فلا ينصب عنه وصيـــاً ، بخلاف الكبير الغائب على قول أبي يوسف . وبخلاف ما إذا وقعت الدعوى على الميت حيث ينصب وصياً عن الميت ، وذلك لأن الصغير إذا كان حاضراً صحت الدعوي عليه ، إلا أنه عاجز عـــن الجواب فيثبت عنه خصماً ، أما إذا كان غائباً لم تصح الدعوى عليه ولم يتوجـه الجواب عليه ولم تقع الضرورة على نصب الوصي فلا ينصب .

( وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها ) أي في الدار ، وهذا أيضاً ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ( وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصيـــة يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عـــن الميت ، والموصى له عن نفسه ) قوله الكبير بالجر

# فصل فيما يقسم وما لا يقسم

**قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم، لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل . وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم ،**

---

والموصى له عطف عليه ، وكلاهما بدل من قوله الخصمين ، ويجوز رفعهما على أنـــه خبر مبتدأ محذوف ، أي أحدهما الكبير أي الوارث الكبير خصم عن الميت، والآخر الموصى له خصم له عن نفسه ، ويجوز نصبهما بتقدير أعني .

( وكذا الوصي عن الصبي ) أي وكذا الوصي خصم عن الصبي فيما إذا كان الحـاضر كبيراً أو وصي الصبي ( كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ ) إن كان الصبي خصماً بنفسه بعد بلوغه ( لقيامه مقامه ) أي لقيام الوصي مقام الصبي .

## ( فصل فيما يقسم وما لا يقسم )

لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم أفردها بالفصل .

( قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهـــم) أي قال القدوري في مختصره ( لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها ) أي فـيما يحتمل القسمة ، أراد باحتمال القسمة أن ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعـــد القسمة ( عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل ) أشار به إلى قوله إذا كانت من جنس واحـد أجبر القاضي على القسمة ولا خلاف فيه العلماء .

( وإن كان ينتفع أحدهم ويستنصر به الآخر لقلة نصيبه ، فان طلب صاحب الكثير قسم ) أي جبرا ، وبه قال الشافعي وأحمد ومالك «رح» في المشهور عنه ، وفي روايـة عن مالك لا يجبر ، واختاره ابن القاسم ، وبـه قال أبو ثور . وقال ابن أبي ليلى لا يقسم

وإن طلب صاحب القليل لم يقسم ، لأن الأول منتفع به فاعتبر طلبه ، والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر . وذكر الجصاص على قلب هذا ، لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه .

---

ولكن يباع ويقسم ثمنها ، وكذلك إذا كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصبائهم الطالب يقسمها جبرا .

( وإن طلب صاحب القليل لم يقسم ) أى إذا كان صاحب القليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة لا يقسم ، وبه قال الشافعي في الأصح ( لأن الأول ) أى صاحب الكثير ( ينتفع به ) أى بنصيبه ( فاعتبر طلبه ) لأنه طالب بحق ثابت له ( والثاني ) أى صاحب القليل ( متعنت في طلبه فلم يعتبر ) لأنه طلب شيئاً يستنصر به فلا منفعة له في القسمة فيكون متعنتاً في دعواه ، وهو من العنت وهو من الشدة . وفي العباب العنت الوقوع في أمر شاق وقد عنت من باب فعل بالكسر ، وعند تهذيب الديوان يقال عنت متعنتاً إذا جاءك يطلب زلتك . قلت والعنت الإثم أيضاً ، والعنت الزنا والفجور أيضاً .

( وذكر الجصاص ) وهو أبو بكر أحمد بن علي الرازي ( على قلب هذا ) أى على عكس هذا فقال يقسم إذا طلب صاحب القليل ، لأنه رضي بضرور نفسه ولا يقسم إذا طلب صاحب الكثير ، لأنه يوقع الإضرار بغيره ، وهو معنى قوله ( لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر ) وهو صاحب القليل ( يرضى بضرور نفسه ) وهكذا نقل الصدر الشهيد في شرحه لادب القاضي عن الجصاص ، وكذلك نقل عنه في الفتاوى الصغرى وكذلك نقل عن صاحب الهداية .

وقال الأترازي ولنا في هذا النقل منه نظر، لأن الجصاص وهو أبو بكر الرازي ذكر في شرحه ما ذكره الخصاف في أدب القاضي بعينه ولم يذكر خلاف ذلك ، كذلك ذكره الخصاف في شرحه لمختصر الطحاوي كما ذكره أحمد بن عمرو الخصاف ولم يذكر خلاف ذلك . وقال الخصاف في أدب القاضي وإن كان الضرر إنما يدخل على أحدهما ، لأن

نصيبه قليل والآخر نصيبه كثير فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وإن ذلك الآخر، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا يقسم ذلك بينهما إلى هنا لفظ الخصاف ولم يذكر لمحمد قولاً ، ولكن الطحاوي ذكر المسألة في مختصره تخصيص أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » فقال إن كان الذى يصيب الطالب منهما ينتفع به لكثرته وما يطلب الآخر فما ينتفع به لقلته قسماها بينهما إلى هنا لفظ الطحاوي « رح » .

وقال أبو بكر الرازي وهو الجصاص ، لأن للطالب حقاً في هذه القسمة وهو الانتفاع بملكه متميزاً على حق غيره ومنع غيره من الانتفاع بملكه، والذي أباه إنما يريد الانتفاع بملك غيره ويجبر على القسمة إلى هنا لفظه، ولم يذكر غير هذا. وقال في الفتاوى الصغرى دار بين رجلين وطلبا القسمة جميعاً وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما ما ينتفع ، فان القاضي يقسم ذلك بينهما ، لأن الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر ، وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لأن الطلب متعنت مضر بالآخر ، وإن كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلاً بحيث لا يبقى منتفعاً بعد القسمة ، ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعاً بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة فالقاضي يقسم . وإن طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم ، هكذا ذكر الخصاف ، يعني في أدب القاضي .

وذكر الجصاص على عكس هذا ، فذكر في قسمة الواقعات دار بين شريكين لأحدهما وللآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق . وإن طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم ، وإليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا ، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام الأسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره أن يقسم ، وإليه ذهب شيخ الإسلام خواهر زاده وعليه الفتوى ، وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى . وقال الكاكي وفي بعض النسخ ذكر الخصاف مكان الجصاص ، وذكر الجصاص وهو الأصح لأنه موافق لرواية قاضي خان وغيرها ، وفي الذخيرة قول الخصاف ما هو المذكور أولاً .

وذكر الحاكم الشهيد في مختصره إن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي، والوجه اندرج فيما ذكرناه، والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول. وإن كان كل واحد يستنصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما، لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها، ويجوز بتراضيهما، لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر.

---

( وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ) وفي بعض النسخ الصدر الشهيد ( أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي ) أي الشريكين طلب قسمة الدار والأرض يقسم القاضي سواء كان الطالب صاحب الكثير أو القليل ( والوجه اندرج فيما ذكرناه ) أي وجه ما ذكره الحاكم اندرج فيما ذكرناه. قال تاج الشريعة أي وجه ما ذكره الحاكم مندرجاً في وجه رواية الكتاب ورواية الجصاص، لأن وجه رواية الكتاب أن صاحب الكثير طالب لتكميل حقه وتوفير منفعته، ووجه الجصاص أن صاحب القليل رضي بضرر نفسه لنفع الغير فيقسم بطلبه ( والأصح المذكور في الكتاب ) أي في مختصر القدوري ( وهو الأول ) أي المذكور في الكتاب هو المذكور أولاً وهو أنه لا يقسم إذا طلب صاحب القليل لأنه متعنت.

( وإن كان كل واحد منهما يستنصر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما ) هذا لفظ القدوري إلا قوله لصغره ( لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويتها ) أي وفي الجبر على القسمة، وهذا تفويت المنفعة ( ويجوز بتراضيهما، لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما، أما القاضي فيعتمد الظاهر ) والقاضي على الضرر جائز، وعلى الرباء لا يجوز، ولهذا لو تراضيا على قسمة الحمام والثوب جائز، وإن كان لا ينتفع كل واحد منهما بنصيبه بعد القسمة، وإن كان حنطة بين رجلين ثلاثون رديئة وعشرون جيداً فأخذ أحدهما عشرة جيداً والآخر ثلاثون رديئة، وقيمة العشرة مثل قيمة الثلاثة فإنه لا يجوز لانه ربا والرضا بالربا لا يجوز.

قال ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد، لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة . ولا يقسم الجنسين بينهما بعضهما في بعض ، لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً ، بل تقع معاوضة ، وسبيل التراضي دون جبر القاضي . ويقسم كل موزون ومكيل كثير أو قليل، والمعدود المتقارب وتبر النهب

---

( قال يقسم العروض إذا كانت من صنف واحد ) قال القدوري يعني يقسم جبراً إذا كانت من صنف واحد ولا يعلم فيه خلافاً إلا عند أبي جبير من أصحاب الشافعي وأصحاب الظاهر وأبي ثور . وقال في شرح الطحاوي الكيلي والوزني والذى ليس في تبعيضه مضرة إذا طلب أحدهما قسمته فان القاضي يقسم بينهما ، وكذلك العددى المتقارب ، وإن كانت أغناماً أو إبلاً أو بقراً أو جماعة ثياب من جنس واحد فانه يقسمها ، فأما الرقيق فلا يقسم بينهم عند أبي حنيفة لأنها كأجناس مختلفة لاختلاف منافعهم ، وعندهما يقسم كالأغنام والإبل والبقر . وإن كان مع الرقيق مال أخذ قسمه كله في قولهم ( لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ) لإمكان التعديل بالكيل والوزن تمييزاً بلا تفاوت ، وكذلك الذهب والفضة والعددي المتقارب . وأما الثياب والحيوانات فيمكن أن يجعل كل اثنين منها بواحد أو واحد وبعض واحد .

( ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض ) هذا لفظ القدوري في مختصره ، أي لا يقسم القاضي جبراً الاجناس المختلفة قسم الجميع بأن جمع نصيب أحدهما في الإبل والآخر في البقر ، وبه قال مالك والشافعي « ر ح » ( لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً ، بل يقع معاوضة وسبيل التراضي دون جبر القاضي ) لان ولاية الإجبار للقاضي يثبت معنى التمييز .

( ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير أو قليل ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ( والمعدود المتقارب ) بالنصب أيضاً ، أي يقسم المعدود المتقارب (وتبر الذهب

والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها ، والبقر والغنم ، ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ، ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة

---

والفضة ، وتبر الحديد والنحاس ) بالنصب عطف على المنصوب قبله ، والتبر القطعة المأخوذة من المعدن ( والإبل بانفرادها والبقر والغنم ) بالنصب أيضاً ، أى يقسم الإبل والبقر بانفرادها وهو بكسر الهمزة والباء الموحدة . وفي بعض النسخ . والانك بفتح الهمزة وضم النون وفي آخره كاف وهو الاشرب،وهي مناسبة لما قبله ، والنسخة الاولى مناسبة لما بعدها ، فافهم . والبقر والغنم بالنصب أيضاً عطفاً ، أى يقسمها بانفراد كل واحد منهما لقلة التفاوت .

( ولا يقسم شاة وبعيراً وبرذوناً وحماراً ) أى لا يقسم القاضى جبراً في هذه الاشياء قسمة جميعاً بأن يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخرى في البعير خاصة ، بل يقسم الشاة بينهما والبعير بينهما على ما يستحقان . وفي الذخيرة والحاصل أن القاضي رحمه الله لا يقسم الاجناس المختلفة من كل وجه قسمة جمع إذا أتى ذلك بعض الشركاء . وفي الجنس المتحد يقسم عند طلب البعض ، وبه قال الفقهاء . وقال أبو ثور وأصحاب الظاهر يقسم في الاجناس المختلفة ويخرج نصيب كل ما يقرعه في شخص من أشخاص وفي نوع من أنواعه استدلالاً بما روى البخاري عن علي بن الحاكم الانصاري باسناده إلى رافع بن جريج أنه ﷺ قسم الغنيمة بعدد عشرة من الغنم بتغيير واحد . قلنا حديث غريب فلا يترك لاجل عمومات النصوص في أن الجبر لا يجري في المبادلات والقسمة بالسهم فى الاجناس المختلفة مبادلة حقيقة ، مع أن الحديث لا يكون حجة لاحتمال أن ذلك بطريق القسمة بالتراضي بقرينة لفظ تعدل عشرة الحديث مع أن حق الغانمين في المالية لا في المعين ، ولهذا للامام بيعها وقسمة ثمنها .

( ولا يقسم الأواني) من الذهب والفضة والنحاس بعضها في بعض (لأنها باختلاف الصنعة التحقت بالأجناس المختلفة ) كالإجانة والقمقم والطشت ، والمتخذة من الصفر مثلاً .

ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ، ولا يقسم ثوبــاً واحـداً لاشتمـال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطـع ، ولا ثوبـين إذا اختلفت قيمتهما لما بينـا ، بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعـــل ثوب بثوبين

---

وكذلك الأبواب المتخذة من القطن أو الكتان إذا اختلف بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم بعضها في بعض جبراً .

( ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الجنس[1] ) احترز به لأنها أجناس مختلفة ، والقسمة تكون بطريق المعاوضة عن اختلاف الصنعة لأنه ذكره في المبسوط ولا يقسم ثوبــاً لظباً وثوباً هروياً وسادة وبساطاً لأنها أجناس مختلفة ، والقسمة تكون بطريق المعاوضة والجبر لا يجري في المعاوضات فلا بد من التراضي ( ولا يقسم ثوباً واحداً لاشتمال القسمـــة على الضرر ، إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع ) هذا أيضاً تفريع على مسألة القدوري ، أي الثوب الذي يخالف أوله آخره في الجودة ، أو يكون ذا علم بعد قطعه يكون إتلافاً ، حتى لو لم يكن كذلك قسمة . قوله لاحتمال القسمة على الضرر إذا هي لا تتحقق إلا بالقطع ، لأنها إتلاف جزء منها ومنه ، وفي ذلك ضرر على المتقاسمين فلا يجوز للقاضي فعله ، فإن تراضيا لم يفعله القاضي أيضاً لما فيه من إتلاف الملك ، ولكنهما يقتسمانها إن شاء الله تعالى بأنفسهما ، أي ولا يقسم القاضي أيضاً .

( ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما ) لأنه لا يمكن التعديل إلا بزيادة دراهم مع الأوكس ، ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبراً ، لأن القسـ ـة حق في الملك المشترك والشركة بينهما في الثياب ، فلو أدخل في القسمة دراهم يقسم ما ليس بمشترك ، وهذا لا يصح ، فإن تراضيا على ذلك جاز للقاضي بأن يقسم ، لأنـــه إتلاف في ذلك لما لهم ، كذا في شرح الأقطع ( لما بينا ) إشارة إلى قوله بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي .

( بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين ) يعني يصح قسمتها بأن يجعل ثوب بثوبين

---

(١) الصنف ـ هامش .

أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب ، لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز .

---

يعني إذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وإلى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوباً وللآخر ثوبين ( أو ثوب وربع ثوب ) أي ويجعل ثوب وربع ثوب ( بثوب وثلاثة أرباع ثوب ) فإن كانت ثلاثة أثواب قيمة احدهم دينار وربع وقيمة الآخر دينار وثلاثة أرباع دينار فإنه يقسم ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار لواحد ، ويعطي الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة أرباع دينار والثوب الآخر يشترك بينهما أرباعاً ، ربع لمن أخذ الثوب الذي قيمته دينار وربع دينار،وهذا لا يصير قسمة ( لانه قسمة البعض المشترك دون البعض ) لأن كل واحد منهما منفرد بثوب ويبقى الشركة في ثوب ، وفي النهاية الأصح أن يقال وإن استوت القيمة كان نصيب كل واحد ثوباً ونصفاً فيقسم الثوبين بينهما ويدع الثالث مشتركاً،وكذا لو استقام أن يجعل نصيب أحدهما ثوباً وثلثي الآخر كما ذكرنا .

وقال الكرخي في مختصره وكل صنف من الثياب ليستقيم فيه القسمة ، فأما الثياب الواحد فلا يستقيم فيه القسمة ، وكذلك الثوبان إذا اختلفت قيمتها لا تستقيم القسمة، إلا أن يراد دفع الاوكس دراهم قسمناه على الذي نصيبه الأفضل، فإن كان أحد الثوبين يساوي عشرين والآخر يساوى ثلاثين فإنهما يقومان على هذه القيمة ثم يقرع بينهما على أيهما أصابه الأوكس وأخذ ذلك مع سدس الافضل ، فان كرها ذلك وأجمعا على أن يزاد دراهم أسهم بينهما على انه أيهما أصابه الأفضل رد خمسة دراهم على صاحب الأوكس والثوب الواحد لا يستقيم فيه إذا كره أحدهما ، فإن اختارا ذلك ما لم يقسم إلا أن يصطلحا على سعة فيما بينهما ، فأما الحاكم فلا يسعه وثلاثة أثواب يستقيم فيها القسمة على ما فسرت لك من القيم ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب وثلاثة أرباع أو دراهم يردها الذي نصيبه الافضل على صاحب الاوكس ، لأن قيمة ذلك البعض دون البعض ( وذلك جائز ) لأنه يتيسر عليه التمييز في بعض المشترك ، ولو تيسر ذلك في الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك

وقال أبو حنيفة « رح » لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما . وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم . وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة ،

---

في البعض وما فيه معاوضة يحتاج إلى التراضي .

( وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما ) أي بانفرادهما، أما إذا كان مع الرقيق شيء آخر يقسم بالاتفاق ، وهذا ايضاً من مسائل القدوري. وقال السغناقي في الباب الثاني من كتاب المضاربة في الجامع الكبير أن أبا حنيفة لا يرى قسمة الرقيق وإن كان الجنس واحداً للتفاوت بين الرقيقين في الذكاء والرهن ، والحقهما بالجنسين المختلفين،ومعناه أي لا يجمع نصيب كل شريك في رقيق واحد فكذلك عندهما على رواية الجامع الصغير وكتاب المضاربة الكبيرة قبل أن رأى القاضي الصلاح في القسمة ، فأما على رواية كتاب الصوم ورواية كتاب العين يريان القسمة ويجعلان نصيب كل شريك في رقيق واحد ، انتهى .

وقال فخر الدين قاضي خان وفي كتاب الوصايا من الجامع الصغير قال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق ، يريد به قسمة الجمع بأن يجعل نصيب أحدهما في عبد ، ونصيب الآخر في عبد فيدفع عبداً إلى هذا وعبداً إلى ذلك في غير رضى الشركاء إلا أن يكون معهم شيء آخر من غنم أو ثياب أو متاع ، فحينئذ يقسم ويجعل الرقيق بيعاً كغيرهم ، وقالا القاضي بالخيار إن شاء قسم الكل دفعة واحدة ، وإن شاء قسم كل عبد قسمة على حدة.

( وقالا يقسم الرقيق ) أي قسمة جبر ، وبه قالت الثلاثة ( لاتحاد الجنس ) يعني أن الرقيق جنس واحد إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً ، وإنما التفاوت في القيمة وذا لا يمنع الصحة ( كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم ) أي وكما يقسم بالاتفاق في الإبل والبقر ، فكما يقسم رقيق الغنيمة بلا خلاف كسائر الاموال ، ولكون الرقيق كسائر الحيوان في العقود يثبت في الذمة مهراً ولا يثبت سلماً .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة )

فصار كالجنس المختلف ، بخلاف الحيوانات ، لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد ، بخلاف المغانم ، لان حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها وقسمة ثمنها ،

---

كالذهن والكياسة والامانة والفروسية والكتابة ، ألا ترى أن واحداً قد يظهر الفطنة والفضل وهو تلبيته في نفسه أبله ، وقد يظهر البله وله ذهن وافر وعلم غزير ، وهذا ظاهر حيث لا ينكر عاقل مستغن يدل عليه قول بعضهم ولم أر في الدنيا أشد تفاوتاً من الناس حتى عد ألف بواحد ، وقال الآخر الأدب فرد يعدل الالف زائداً وألفاً ترام لا يساوون واحداً ، ولأن المطلوب من العبد منه يختلف اختلافاً فاحشاً ، لانه قد يقصد من أحدهما الزراعة ومن الآخر الخدمة ونحو ذلك ، ويصلح من أحدهما كما لا يصلح الآخر ، وإذا اختلفت الاعراض ( فصار كالجنس المختلف ) فتعذر التعديل بين الامرين إلا إذا كان مع العبد مال آخر ، فحينئذ يقسم قسمة الجمع من غير رضى الشركاء ، فيجعل الرقيق تبعاً ولا يثبت مقصوداً كبيع الشرب والطريق ونحو ذلك .

فإن قلت مثل هذا يجب أن لا يقوم المستهلك من العبد قلت لما لم يكن في التقوم به قوم فالقسمة منها به ، فلم يجز أن يثبت من غير تعديل .

( بخلاف الحيوانات ، لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ) جواب عن قولهما لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ، وقيد بقوله عند اتحاد الجنس احترازاً عما إذا اختلف الجنس وان الجنسين لا يقسم بعضها في بعض على ما مر .

( ألا ترى ) توضيح لبيان الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات ( أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ، ومن الحيوانات جنس واحد ) وليس ذلك إلا باعتبار التفاوت ، حتى لو اشترى شخصاً على أنه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد ، ولو اشترى غنماً أو إبلا على انه ذكر فاذا هو انثى ينعقد العقد ( بخلاف المغانم ) جواب عن قولهما رقيق المغنم وذلك ( لان حق الغانمين في المالية حتى كان للإمام بيعها ) أي بيع الغنائم ( وقسمة ثمنها ) بين

وها هنا يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا . فأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلىء واليواقيت . وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ، ويقسم الصغار لقلة التفاوت ، وقيل يجري الجواب على إطلاقه ، لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ، ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ، ويصح ذلك

---

الغانمين ( وها هنا ) أي في شركة الملك ( يتعلق بالعين والمالية جميعاً فافترقا ) أي فافترق حكم رقيق المغنم وحكم شركة المالك ، فلا يجوز ، وقياسهما من أحدهما على الآخر .

فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح ، فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك ، أجيب بأن القسمة تحتاج إلى الإفراز فلا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم ، فانه لا يحتاج إليه .

( وأما الجواهر ) لما ذكر اولاً شيئين بقوله الرقيق والجواهر ، وبين حكم الرقيق شرع في بيان الجواهر فأما التفصيلية ( فقد قيل إذا اختلف الجنس لا يقسم ) أشار به إلى أن الجواب فيه على التفصيل على قول بعضهم وإن كانت أجناساً ( كاللآلىء واليواقيت ) لا يقسم بعضها في بعض فان إنفرد جنس منها أمكن التعديل فيها منه ، فجازت قسمته ، وإليه ذهب الشيخ أبو منصور في شرحه .

( وقيل لا يقسم الكبار منها ) أى من اللآلىء واليواقيت ( لكثرة التفاوت ، وتقسم الصغار لقلة التفاوت ) وهذا ظاهر ، وكذا الحكم في الزمرد والبلخش والفيروزج ونحو ذلك . ( وقيل يجري الجواب على إطلاقه ) أى جواب القدوري ، اراد بإطلاقه انه لا يقسم الجواهر مطلقاً أصلا ( لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ) والرقيق لا يقسم عند أبي حنيفة فالجواهر اولى .

( ألا ترى انه لو تزوج ) توضيح لما قبله ، يعني لو تزوج امرأة ( على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ) لفحش الجهالة ( ويصح ذلك ) أى التزوج والخلع

على عبد فأولى ان لا يجبر على القسمة . قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن يتراضى الشركاء ، وكـــذا الحائط بين الدارين لأنه يشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي ،

---

(على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة ) وبه قالت الثلاثة .

( قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن يتراضى الشركاء ) أي قال القدوري وبه قالت الثلاثة . إلا أن الشافعي « رح » شرط أن يكون الحمام صغيراً بحيث لا يمكن الانتفاع به بعد القسمة ، فأما إذا كان كبيراً ممكن الانتفاع به بعد القسمة يقسم جبراً ، وبه قال مالك . وقال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي هـــذا في الحمام الصغير الذي إذا قسم لا يبقى منتفعاً به انتفاع الحمام ، فأما إذا بقي نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس كأنه يقسم لانعـــدام الضرر ، إلا أن يتراضوا على القسمة لانهم رضوا بحمل الضرر .

(وكذا الحائط بين الدارين ) أي وكذا لا يقسم الحائط الكائن بين الدارين جبراً . وقال الشافعي إن أراد احدهما قسمة في نصف الطول في كمال العرض فيه وجهـــان ، أحدهما يجبر الآبي ، والاصح انه لا يجبر ، وإن أراد احـــدهما قسمته عرضاً في كمال الطول والحائط عرض في الاصح يجبر ، وقيل لا يجبر كذا في الحلية ( لانه يشتمل على الضرر في الطرفين ، إذ لا يبقى كل نصيب منتفعاً به انتفاعاً مقصوداً فلا يقسم القاضي ) أي إذا كان كذلك فلا يقسمها القاضي .

وفي شرح الكافي للأسبيجابي قال أبو حنيفة إذا كان بين قـــوم إن اقتسموا لم يكن لبعضها طريق ولا ممر فأراد بعضهم قسمته لم يقسمه ، وكذلك إذا كان في قسمته ضرر على بعض دون بعض في ضيق الطريق وانه لا يجد طريقاً لم أقسمه بينهم إلا أن يتراضوا جميعاً ، وإذا كان يكون لكل واحد طريق نافذ قسمته وإذا طلب ذلك أحدهم . وإذا كان طريق بين رجلين إن اقتسما لم يكن لواحد منهما فيه ممر ولكن لكل واحـــد منهما

بخلاف التراضي لما بينا . قـــال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة رحمه الله . وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها ، وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة .

---

بقدر أن يفتح في منزله باباً ويجعله طويلا من وجه آخر فأراد أحدهما قسمته بينهما لأنـه يقـدر على الانتفاع فملكه من طريق آخـــر ، وليس الشرط بقاؤه منتفعاً به من هذه الجهـة ، بل بقاؤه منتفعاً به في الجملة وانه حاصل . وإذا كان مسيل ماء بين رجلين أراد أحدهما قسمته وأبى الآخر وإن كان فيه موضع مسيل الماء سوى هذه أقسمه ، وإن لم يكن له موضع إلا بضرر لم أقسمه .

( بخلاف التراضي ) لالتزامهم الضرر ( لما بينا ) أشـار به إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله وإن كان كل واحد منها يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما .

( قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد ) أي قال القدوري إذا كانت دار مشتركة بين قوم في مصر واحد ، وفائدة التقييد بمصر واحد يأتي عن قريب ( قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة ) أي لا يجمع نصيب أحدهم في دار واحـــدة إلا بالتراضي ، وبه قال الشافعي رحمه الله وأحمد ، وحكي عن مالك أنه قال إن كانت متجاورة جاز قسمة الجميع كما قال ، وإن كانت متفرقة لا يجوز كما قال أبو حنيفة .

( وقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها ) يعني أن القاضي ينظر في ذلك ، وإن كانت أنصباء أحدهم إذا اجتمعت في دار كان أعدل القسمة جميع ذلك ، لأن الدور في حكم جنس واحد لاتحاد المقصود بها وهو السكنى ، وباعتبار الإسم واتحاد البلد والجنس الواحد يقسم كالغنم وغيره على ما يأتي الآن ( وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة ) أي على الخلاف المذكور ، والأقرحة جمع قراح ، وهي أرض خالية عن الشجر والبنـــاء وغيرهما ، فعنده لا يقسم قسمة جمع ، وعندهما يقسم . ولأصحاب الشافعي فيه خلاف ، فقال اسحاق الشيرازي إن كانت متجاورة جـــاز قسمة الجمع ،

لهما أنها جنس واحد إسماً وصورة نظراً إلى أصل السكنى أجناس معنى نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى، فيفوض الترجيح إلى القاضي. وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود، ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب إلى المسجد والماء اختلافاً فاحشاً، فلا يمكن التعديل في القسمة، ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار.

---

وقال غيره من أصحابه يجعل كالقراح الواحد إذا كان شربها واحداً، وأما إذا كان شربها وطريقها مختلفاً فهو كالأقرحة لا يقسم قسمة جبر. وفي الحلية وهذا أشبه.

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أنها ) أي الدور ( جنس واحد اسماً وصورة نظراً إلى أصل السكنى ) لاتحاد المقصود بها ( أجناس معنى ، نظراً إلى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى ) من الطول والعرض والإرتفاع والثبوت والمرافق والجيران والقرب إلى الماء والمسجد والبعد عنها وغير ذلك، فعند تعارض الأدلة ينظر القاضي في ذلك ويعمل بالأصلح أشار إليه بقوله ( فيفوض الترجيح إلى القاضي ) أي الرأي في ذلك له، فإن رأى أن يقسم كل دار قسم، وإن رأى الجمع فعل كذا في الفتاوى الظهيرية.

( وله ) أي ولأبي حنيفة (ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود) أى المعنى هو المقصود ( ويختلف ذلك ) أي المقصود ( باختلاف البلدان ) لأنه قد يكون السكنى في مصر ( والمحال ) جمع محلة، لانه قد يكون محلة آمن من الاخرى وأحسن هو ( والجيران ) جمع جار، لانه قد يكون الجيران في محلة صلحاء دون جيران الآخر ( والقريب إلى المسجد والماء ) بأن يكون أحدهما قريباً من المسجد أو من الماء، والاخرى بعيدة منها، وقد يكون أحدهما أفره من الاخرى وغير ذلك من المقاصد ( اختلافاً فاحشاً ) نصب لقوله مختلف ( فلا يمكن التعديل في القسمة ) أي إذا كان كذلك لا يمكن التعديل فيها، فلا يقسم جبراً، لأنها تصير حينئذ في حكم الاجناس، فيقسم كل دار على حدة ( ولهذا ) أي ولتفاحش الاختلاف ( لا يجوز التوكيل بشراء دار ) كما لا يصح بشراء ثوب للجهالة.

وكـــذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب ، بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتهـــا ، لأن في قسمة كل بيت على حدة ضرراً فقسمت الدار قسمة واحدة . قال « رض » تقييد الوضع في الكتاب إشـــارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما ، وهو رواية هلال عنهما . وعن محمد « رح » أنـــه يقسم أحدهما في الأخرى والبيوت

---

( وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما ) أي في التوكيل والتزويج ( في الثـوب ) يعني كما لو وكل بشـــراء ثوب أو يتزوج على ثوب فإنه لا يصح كما ذكرنا ( بخلاف الدار الواحدة إذا اختلفت بيوتها ، لان في قسمة كل بيت على حدة ضرراً ، فقسمت الدار قسمة واحدة ) الحاصل أن الدار لا تقسم قسمة واحدة عند أبي حنيفة إلا برضاء الشركاء ، سـواء كانت مجتمعة أو متفرقة ، والبيوت تقسم قسمة واحدة مجتمعة كانت أو متفرقة لعلة التفاوت بين البيوت والمنازل إن كانت مجتمعة في دار واحـــدة تقسم كالدار الواحدة تبعاً ، وإن كانت في دور متفرقة أو كانت في دار واحدة ولكنها متباينة بأن كان أحد المنازل في أقصاها والأخرى في أدناها . فالجواب فيها كالدار في قولهم ، لان المنزل شبيهاً بالدار ، والبيت جزء حطه [1] منها .

( قـــال تقييد الوضع بالكتاب ) أي قال المصنف تقييد وضـــع المسألة في مختصر القدوري ، يعني به الذي قال وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحدة ( إشارة إلى أن الدارين إذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما ، وهي رواية هلال عنهما ) أي عن أبي يوسف ومحمد « رح » ، وهلال هو ابن يحيى البصري تلميذ أبي يوسف وزفر «رح» وهو يسمى بهلال الرأي لفقهه .

( وعن محمد « رح » أنه يقسم أحدهما في الاخرى ) أي أحد الدارين في المصرين ، لانه جعلها جنساً واحداً باعتبار اتحاد الاسم كما لو كان في مصر واحـــد ( والبيوت

---

(١) هكذا رسم الكلمة في الأصل ، اهـ — مصححه .

في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة ، لأن التفاوت فيما بينهما يسير ، والمنازل المتلازقة كالبيوت ، والمتباينة كالدور ، لأنه بين الدار والبيت على ما مر من قبل ، فأخذ شبهاً من كل واحد . قال وإن كانت داراً وضيعة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس . قال جعل الدار والحانوت جنسين ، وكذا

---

في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة ، لان التفاوت فيما بينهما يسير ) لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ما ليست اسم لسقف واحد له دهليز ، فلا يتفاوت في المنفعة عادة ألا ترى أنه يؤجر باجرة واحدة في كل محلة ( والمنازل المتلازقه كالبيوت ، والمتباينة كالدور ، لانه ) أي لان المنزل ( بين الدار والبيت ) لان المنزل أصغر من الدار وأكبر من البيت ، لان المنزل اسم لدويرة صغيرة فيها بيتان أو ثلاثة ، والبيت اسم لسقف واحد له دهليز كما ذكرناه ، فالحاصل أن المنزل له منزل بين المنزلتين ، فحاله تشبه الدار والبيت جميعاً بالطريق الذي ذكرناه ( على ما مر من قبل ) أي في باب الحقوق من كتاب البيوع ( فأخذ شبها من كل واحد ) أي فأخذ المنزل شبها من كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس .

( قال ) أي القدوري ( وإن كانت داراً وضيعة أو داراً وحانوتاً قسم كل واحد منها على حدة لاختلاف الجنس ) يعني لا يقسم كل قسمة واحدة ، بل يقسم كل واحدة منها على حدة ، لان الدار مع الضيعة جنسان ، وكذا الدار مع الحانوت ، فيكون قسمة البعض إلى البعض معاوضة فلا يجوز ذلك إلا بالتراضي ، وكانت هاهنا تامة بمعنى وجدت ، ولهذا لا يحتاج إلى الخبر ، وقوله دار بالرفع فاعله وما بعده عطف عليه ، ويجوز نصب الدار على تقدير أن يكون كانت ناقصة محذوف الإسم ، تقديره فإن كانت البينة داراً ... الخ .

( قال جعل الدار والحانوت جنسين ) أي قال المصنف جعل القدوري الدار والحانوت جنسين ( وكذا ذكر الخصاف ) وهو أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاف الشيباني صاحب

ذكر الخصاف «رح». وقال في الإجارات الأصل أن إجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز، وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان، أو تبتنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة.

---

كتاب أدب القاضي، قال في أدب القاضي وإن كانت دار وأرض، أو دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في حد التصفين، وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدة، انتهى. وإنما رضي الخصاف بالذكر لأن هذه المسألة لم تذكر في كتب محمد «رح» ولا ذكرها الطحاوي ولا الكرخي في مختصريها.

(وقال) محمد «رح» (في الإجارات الاصل أن إجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز) أي إجارة منافع الدار شهراً بسكنى حانوت شهراً لا يجوز، قال في الأصل واستئجار السكنى بالسكنى لا يجوز، واستئجار السكنى بالخدمة يجوز، وذلك لأن الجنس بانفراده يحرم النساء، واحتاج صاحب الهداية إلى التوفيق بين ما إذا ذكره الخصاف، وبين ما إذا ذكره في كتاب الإجارات، فقال (وهذا يدل على أنها جنس واحد) أي الحانوت والدار (فيجعل في المسألة روايتان) يعني إما يحمل ذلك على اختلاف الرواية، أو يقال إنها جنسان كما ذكره الخصاف.

(أو تبتنى حرمة الربا هنالك) أي في إجارات الأصل (على شبهة المجانسة) يعني إذا كانت منافع الدور ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة، وتحمل حرمة الربا على شبهة المجانسة من منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منها. وفي الكافي هكذا ذكره في الهداية وهو مشكل، لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة بالشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل منها. وقال تاج الشريعة قيل عليه ينبغي أن لا يصير شبهة المجانسة في حق الحرمة، لأن في حقيقة المجانسة إذا باع الشيء بجنسه يصير شبهة الربا فتبقى شبهة المجانسة يعني تصير شبهة الشبهة وهي لا تعتبر، انتهى. وقد قال شمس الأئمة الحلواني إما أن يكون في المسألة روايتان، أو يكون من مشكلات هذا الكتاب. وقيل في جوابه

## فصل في كيفية القسمة

قــــال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله ، يعني يسويه على سهام القسمة ، ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ، ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة .

---

لا بل اعتبر الشبهة ، لأن السكنى جنس واحد فيكون كاجارة السكنى بالسكنى،وهي شبهة لا شبهة شبهة ، وفيه ضعف كما ترى .

( فصل في كيفية القسمة )

أي هذا فصل في بيان كيفية القسمة بين الشركاء ، والكيفية صفة،فلا جرم أن تذكر بعد الموصوف ، وهو جواز القسمة .

( قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ) أي قال القدوري ، والمـراد من تصوير ما يقسمه أن يكتب صورته على القرطاس ليمكن حفظ مايقسمه ليرفع ذلك القرطاس إلى القاضي حتى يتولى الإقراع بينهم بنفسه إن كان لم يأمره بالإقراع ( ليمكنه حفظه ) أي لتمكن القاسم حفظ ما يقسمه ( ويعـــد له ، يعني التسوية على سهام القسمة ) فيسري التعديل بتسوية ما يقسمه على سهام الشركاء ( ويروى يعزله ) أشار بـه إلى أن في بعض نسخ مختصر القدوري رحمه الله وقع ويعزله مكان قوله ويعدله ، ثم فسره بقوله ويعـدله ( أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره،ويقوم البناء لحاجته إليه فيالآخرة) إنمـــا يقوم البناء ، لأن القسمة لتعديل الأنصباء ، ولا يحصل التعديل إلا بتقويم البناء لأن قيمته أكثر من قيمة الساحة ويقوم البناء أولا ، لأنه لا يحتاج إلى ذلك حالة القسمة ، لأنه يقسم الساحة بالذراع ، وفي البناء بالقيمة . وقوله في الآخرة بالفتحتان ، أراد بـه آخر الأمر ، وإنما يحتاج إليه في آخر الأمر ، إذ البناء يقسم على حدة ، فيقوم حتى إذا قسمت الارض بالمساحة ووقعت إلى نصيب أحدهم يعرف قيمـــة الدار ، فبعض الاجر مثل ذلك .

ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه ، حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام . ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ، ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولاً فله السهم الاول ، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني . والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء ، حتى إذا كان الاقل ثلثاً جعلها أثلاثاً ،

---

( ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه )أي تميز كل نصيب عن الباقي بطريق كل نصيب ، وشربه بكسر الشين حق تنقطع المنازعة على التمام ، فيقول هذا لك وهذا له وهذا لآخر ، وطريقه أن يجعل طريق أحدهما ومسيل ما به إلى داره إن أمكن ، وإن لم يكن بأن كان ظهره إلى دار رجل يجعل الطريق ومسيل الماء في نصيب أحدهما ، لأن القسمة إنما شرعت لتكميل المنفعة على وجه لا يتضرر أحدهما ، وتنقطع المنازعة بينهما ، وانقطاعها إنما يكون بأن لا يبقى لاحدهما حق في نصيب صاحبه إن أمكن ، وإن لم يمكن يجعل ذلك في دار صاحبه ( حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق . فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيباً بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ) أي على هذا الترتيب بأن يلقب الذي يلي الثالث بالرابع والذي يلي الرابع بالخامس وهلم جرا .

( ثم يخرج القرعة ، فمن خرج اسمه أولاً ) وفي بعض النسخ فمن خرج سهمه ( فله السهم الاول ، ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني ) ومن خرج ثالثاً فله السهم الثالث ، ومن خرج رابعاً فله السهم الرابع وهلم جرا .

( والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصباء ، حتى إذا كان الاقل ثلثاً جعلها أثلاثاً ) أي جعل الدار أثلاثاً بأن كانت الورثة إبناً وبنتاً فكتب على القرعة اسمها ، ويسمى الثلث المعين من الارض أولاً وما يليه ثانياً والثلث الآخر آخراً ، ويقرع ، فان خرج اسم الابن أولاً يأخذ الثلث الاول مع ما يليه ، وتعين الثلث الآخر للبنت . ولو خرج سهم

البيت أولاً فأخذ البيت المسمى بالثلث الاول ، وتعين الثلثان الآخران للابن .

( وإن كان سدساً جعلها أسداساً لتمكن القسمة ) أي وإن كان الاقل سدساً مثل أن يكون في المسألة نصف وثلث وسدس من زوج وأم وأخ لام يخرج الارض على ستة ، فمن خرج اسمه أولاً يأخذ السهم الاول فحسب إن كان صاحب سدس ، ويأخذ ما يليه إن كان صاحب ثلث ، ويأخذ من السهمين اللذين يليانه إن كان صاحب نصف ، ثم يقرع ثانياً ويفعل مع الآخرين كما فعل مع الاول . وقال الشيخ حافظ الدين في الكافي وشرح ذلك أرض بين جماعة مشتركة لاحدهم سدس وللاخر خمسة وللآخر سهم ، فأرادوا قسمتها على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحد .

وكيفية ذلك أن يجعل بنادق على عدة سهامهم ويقرع بينهم ، وأول بندقـــة تخرج موضع على طرف من أطراف السهام ، وهو أول السهام ، ثم ينظر إلى البندقـة لمن هي ، فإن كانت لصاحب العشرة فأعطاه ذلك السهم وتسعة أسهم متصلة بذلك السهـــم الذي وضعت البندقة عليه ليكون سهـــام صاحبها على الاتصال ، ثم يقرع بين البقية كذلك ، فأول نيته قد خرج يوضع على طرف من الأطراف الستة الباقية ، ثم ينظر إلى البندقة أين هي ، فإن كانت لصاحب الخمسة أعطاه القاضي ذلك السهم وأربعة متصلة بذلك السهم ، ويبقى السهم الواحد لصاحبه وإن كانت البندقة لصاحب الواحـــد كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة فتكون الخمسة الباقية لصاحب الخمسة ، وتفسيره أن يكتب القاضي أسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي كل بطاقة بينها يجعلها في قطعة طين ، ثم يدلكها بين كفيه ، حتى تصير مستديرة فتكون شبه البندقة ، كذا في الذخيرة البرهانيـــة والفتاوى الظهيرية ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة .

وقال الخصاف في أدب القاضي لا يقسم شيء من الدور والعقـــار حتى يصور ذلك ويعرف ما حولها ما كان ذلك شارعاً إلى الطريق أو إلى دار أو إلى بيوت ثم يعزل ذلـك حتى لا يكون لأحد على أحد طريق ولا مسيل، وليسوا على السهام التي يريدوا أن يقسموا عليها ، فإذا قطعها على ذلك على إنه من أخرج أولاً كان له موضع كذا ، وكذا كل سهـم

وقـــد شرحناه مشبعاً في كفايـة المنتهى بتوفيق الله تعـالى . وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل ، فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شـــاء الله تعالى ، والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل ،

---

يلي الآخر ، فإذا علم أنه ليس يدخل عليهم ضرر في ذلك ،وانه طريقهم ومسيل مياههم ومرافقهم مستوية إلى القاضي بالصورة فوضعها القاضي بين يديه ، وكتب رقاعاً باسم رجل وامرأة منهم ، وجعل كل رقعة منها في طين وبندقة وقال من خرج سهمه أولاً فله موضع كذا إلى موضع كذا ، ثم الثاني يلي كذلك إلى موضع كـذا ، ثم الثالث يليه حتى يقرع السهام وقد يطرح البنادق تحت شيء ثم يدخل يده فيخرج واحدة فينظر لمن هي فهو السهم الأول ، وكذا الثاني حتى يقرع ثم يكتب القاضي كتاب القسمة نسختين ، نسخة تكون معهم ، ونسخة تكون في ديوان القاضي ، ويكتب في السجل أنه قسمها بينهم إن كانت قائمة عنده ببينة أو بإقراره إن كانوا أقروا عنده بذلك ويقسم الأثر على وجـه ، انتهى ( وقد شرحناه مشبعاً في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى ) أي قد شرحنا بالأصل في ذلك مع كيفيته حال كونه مشبعـاً ، أي مستوفى كاملاً من غير ترك شيء فيما يتعلق بهذا الباب .

( وقوله في الكتاب ) أي قول القدوري في مختصره ( ويفرز كل نصيب بطريقـه وشربه بيان الأفضل ، فإن لم يفعل ) أي فإن لم يفرز الطريق وبقي بينهم كما كان ( أو لم يمكن ) أي إفراز الطريق ( جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله ) أراد عند قوله فإن قسم بينهم ولأحدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق إلى آخر ( والقرعة لتطييب القلوب وإزالة [1] تهمة الميل ) أي ولإزالة تهمة الميل إلى أحد الشركاء، وهذا جواب استحسان، والقياس يأباها ، لأنه تعليق الإستحسان بخروج القرعة وذلك قمار ، ولهـذا لم يجـوز علمائنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ، ولكن تركناها هنا بالتعامل

---

(١) إزاحة ــ هامش.

حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير اقتراع جاز لأن القسمة في معنى القضاء ، فيملك الإلزام .

---

الظاهر من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وليس في معنى القمار ، وليس في المبسوط استعمال القرعة حرام في القياس، لأن في الإقراع تعليق الاستحقاق بخروج القارعة ، وهو حرام ، لأنه في معنى القمار والاستقسام بالأزلام التي كان يعتاده أهل الجاهلية ، ولكنا تركناه استحساناً بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله ﷺ ولأن هذا ليس في معنى القمار ، ونفي القمار أصل الإستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه ، وهاهنا أصل الاستحقاق فلا يتعلق بخروجها ، لأن القاسم لو قال أنا عدل فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيماً ، إلا أنه مما يتهم في ذلك ، فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وهي في تهمة الميل من نفسه وذلك جائز كما فعل يونس عليه السلام في مثل هذا مع أصحاب السفينة لما علم أنه هو المقصود ، ولكن أبقى نفسه في الماء بما ينسب إلى ما لا يليق بالأنبياء عليهم الصلاة والسلام ، فاستعملها لذلك .

وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة في ضم مريم عليها السلام ، مع أنه كان أحق بها لمكان خالتها عنده ، وكان رسول الله ﷺ يقرع بين نسائه إذا أراد سفراً تطييباً لقلوبهن، ثم لا يجوز إلا بالبعض بعد خروج بعض السهام ، كما لا يلتفت القاضي إلى آيته قبل خروج القرعة . وإن كان القاسم قسم بالتراضي فرجع بعضهم بعد خروج القرعة كان له ذلك ، وبه قال الشافعي «رح» في قول . وقال في قول لا يعتبر كقسمة الحاكم وبعد خروج كل السهام لا يعتبر رجوعه بالإجماع . وإذا خرج جميع السهام إلا واحداً فقد تمت القسمة لتعيين نصيب ذلك الواحد ، وبعد ذلك لا يعتبر الرجوع .

( حتى لو عين لكل منهم نصيباً من غير اقتراع جاز ) أي حتى لو عين القاسم لكل واحد من الشركاء نصيباً من غير أن يقرع بينهم لجاز ، وفي بعض النسخ من غير إقراع ( لأن القسمة في معنى القضاء فيملك الإلزام ) أي لأن القسمة ، والتذكير باعتبار القسم في معنى قضاء القاضي ، فيملك الإلزام ، أي إلزام الشركاء بما فعل من القسمة ، ولأن القرعة لتطييب القلوب كما ذكرنا .

قـــال ولا يدخـل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهـم لانـــه لا شركة في الدراهم ، والقسمة من حقوق الاشتراك ، ولانه يفوت به التعديل في القسمة ، لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ، ولعلهـــا لا تسلم له . وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة ،

---

( قال ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير إلا بتراضيهم ) أي الدراهم التي يجوز بها التفاوت فيعطي رب الزيادة دراهم لصاحبه لا يجوز إلا بالتراضي . صورته دار بين جماعة ، فأرادوا قسمتها وفي أحد الجانبين فضل بناء فأراد أحد الشركاء أن يكون عـــوض البناء دراهم وأراد الآخر أن يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض لا من الدراهم إلا إذا تعذر ، فحينئذ للقاضي ذلك . وإذا كان ذلك بالقاضي جاز ذلك ، وبـه قال الشافعي وأحمد «رح» وقال مالك «رح» إذا كان الرد فيها قليلاً ، لان جاز وإن كان كثيراً بطلت القسمة ( لانه لا شركة في الدراهم ) أي لان الشأن لا شركـة في الدراهم ، أراد أن الشركة لم يكن فيها دراهم (والقسمة من حقوق الاشتراك) يعني القسمة لا تكون إلا فيما فيه اشتراك .

( ولانه يفوت به التعديل ) أي ولان الشأن يفوت بادخـال الدراهم ( في القسمة ) التعديل أراد به في صورة يمكن التعديل بدون إدخال الدراهم ، والتعديـــل هو المراد بالقسمة يفوت بادخال الدراهم ، وذلك ( لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ) أي لان أحد المتقاسمين يصل إلى عين العقار والحال أن دراهم المتقاسم الآخـر في ذمته وقت القسمة ( ولعلها لا تسلم له ) أي ولعل الدراهم لا تسلم للآخر ، لانه من العلل وليس ما يصل الرجل إليه في الحال وما لا يصل معـادلة ، فلا يصار إليـــه إلا عند الضرورة .

( وإذا كان أرض وبناء) ألفين مثلاً فأرادا القسمة فروى (عن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك ) أي الارض والبناء ( على اعتبار القيمة ، لانه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم )

لانه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقوم . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يقسم الارض بالمساحة ، لانه هو الاصل في الممسوحات، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود دراهم على الاخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة للتزويج . وعن محمد « رح » أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ، ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة

---

ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري « رح » ، لان القسمة لتعديل الانصباء ولا يمكن التعديل بين الارض والبناء إلا بالتقويم ، فيصار إليه .

( وعن أبي حنيفة «رح» أنه يقسم الارض بالمساحة ) أي روي عن أبي حنيفة « رح » أن القاضي يقسم الارض بالذراع ( لانه هو الاصل في الممسوحات ) هي الاصل ، وذكر الضمير باعتبار تأويل الذرع ، وذلك لان قدرها لا يعلم إلا بالذرع ( ثم يرد من وقع البناء في نصيبه ) دراهم من الآخر بقدر فضل البناء ، لانه أكثر قيمته من العرصة غالباً ، قوله ( أو من كان نصيبه أجود) أي أو يرد من كان نصيبه أجود ، سواء كان الذي هو أصابه البناء لو أصاب العرصة ( دراهم على الآخر حتى تحصل المعادلة ، فتدخل الدراهم في القسمة ، لاجل ضرورة المعادلة كالاخ لا ولاية له في المال ) أي كما قلنا في الاخ إنه لا ولاية له في مال أخته الصغيرة ( ثم يملك تسمية الصداق ضرورة للتزويج ) أي لاجل ضرورة صحة النكاح ، لان النكاح ليس بمشروع بلا مهر .

( وعن محمد « رح » أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة ) أي وروي عن محمد « رح » أنه يعطي الشريك الآخر من العرصة بمقابلة فضل البناء حتى يستوي كل واحد من الشريكين في القسمة ( وإذا بقي فضل ) من قيمة البناء (ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد للفضل دراهم ) أي وإذا بقي

بقيمة البناء حينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل إلا بها ، وهذا يوافق رواية الاصل . قــال فإن قسم بينهم ولاحدهم مسيــل في نصيب الاخر أو طريق لم يشترط في القسمة ، فإن أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق ، ويسيــل في نصيب الاخر ،لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر . وإن لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف .

---

فضل من قيمة البناء ، والحال أنه لم يمكن تحقيق التسوية بين البناء والعرصة بالزيادة مــن العرصة لكثرة فضل البناء، فحينئذ يرد من وقع في جهة البناء دلرهم على صاحبه بمقابلة ما بقي من الفضل . وقوله دراهم بالنصب حال من الفضل ، فافهم .

( لان الضرورة في هذا القدر ) يعني لان الضرورة دعت إلى إعطاء الدراهم في هذا القدر ( فلا يترك الاصل ) الذي هو الذرع في المساحات ( إلا بهـــا ) أي لاجل الضرورة ( وهذا يوافق رواية الاصل ) أي الذي روي عن محمد يوافق رواية المبسوط ، لانــه قال فيه يقسم الدار مزارعة ولا يجعل لاحدهما على الآخر فضل من الدراهم وغيره .

( قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر ) أي قال القدوري يعني فان قسم القسام الدار المشتركة بين الشركاء والحال أن لاحدهـــم المسيل . والمسيل بفتح الميم وكسر السين موضع سيل الماء ( أو طريق لم يشترط في القسمة ،فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ) أي عن الآخر (ليس له) أي الذي مسيله في نصيب الآخر (أن يستطرق) أي يتخذ طريقاً في نصيب الآخر ( ويسيل ) من السيل ، أي يجري مــاء ( في نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة ) وهو الإفراز والتميز ( من غــير ضرر وإن لم يمكن ) صرف الطريق والمسيل عنه ( فسخت القسمة ، لان القسمة مختلة لبقاء الإختلاط ) وعدم الإفراز والتميز ( فتستأنف ) أي إذا كان كذلك فيستأنف القسمة . وقال الإمام

بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة ، لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع بعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ، ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب ،

---

الاسبيجابي « رح » في شرح الطحاوي فهذا لا يخلو إما أن يذكر في القسمة الطريق أو لا يذكر ، فان ذكروا فالقسمة جائزة ويمر في الطريق ، وإن لم يذكروا فانه ينظر إن كان له مفتح فيما أصابه فانه يفتح الطريق فيها سواء ذكروا بكل حق هو له أو لم يذكروا وإن لم يكن له مفتح فيما أصابه إن ذكروا بكل حق هو له فانه يمر في نصيب صاحبه ، وإن لم يذكروا بكل حق هو له فالقسمة باطلة وكذلك في حق مسيل الماء .

( بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة ) يعني فيما إذا باع داراً أو أرضاً فانه لا يبطل لعدم دخول الطريق والشرب في البيع لانهما لايدخلان في البيع من غير ذكرهما ، والمراد من الطريق الخاص فى ملك إنسان (لان المقصود منه) أي من البيع (تملك العين) أي اثبات الملك فى العين فحسب ، والدار بدون الطريق والارض بدون الشرب يقبل ، والملك لا يستحق ذلك إلا بالتنصيص ( وأنه يجامع بعذر الإنتفاع في الحال ) أي وإن البيع يجامع تعذر الإنتفاع بالمبيع في الحال ، أراد أن الإنتفاع به في الحال ليس بشرط في صحة البيع ، كما إذا اشترى جحشاً صغيراً بأن المبيع صحيح ، مع أنه لا ينتفع به في الحال ( أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك ) أي تكميل المنفعة ( إلا بالطريق) لأن أحداً منهم لا ينتفع بنصيبه إلا بالطريق والشرب .

( ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول ) وهو إذا أمكن ضرب الميل والطريق ( كذلك الجواب ) يعني ليس له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر إذا أمكن صرف الطريق والمسيل إن ذكر الحقوق في القسمة بأن قال القسام بذلك بحقوقك ، فإن لم يمكن صرفها يستحقها بذكر الحقوق ، وحاصله أنه إن أمكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلو إما ذكر الحقوق أو لا ، فإن لم يذكر لا يدخل الحقوق فتدخل الحقوق ولا تفسخ القسمة وإن لم يذكر

لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر ، وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه، بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل ، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعليق بملك غيره ،

---

الحقوق لايدخل الحقوق ويفسخ القسمة. صورته دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة مسيل مــاء البيت على سطح الصفة فاقتسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعه من الساحة ولم يذكر طريقاً ولا مسيل ماء . وصاحب البيت يقدر أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك ، وإذا أراد أن يمر في الصفة على حاله فيسيل الماء على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد أن له ما أصابه بكل حق له أولا ، بخلاف البيع ، فإنه لو باع البيت وذكر في البيع الحقوق والمرافق دخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق لم يدخل ، والفرق ما ذكرناه ولو لم يكن له مفتح للطريق ولا مسيل مــاء ، فان كان ما ذكرا في القسمة أن لكل واحد منهما ما أصابه بكل حق هــو له جازت القسمة ، وكان طريقة في الصفة ومسيل ماء على سطحه كما كان قبل القسمة وإن لم يــذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة ، بخلاف البيع ، فإنه يكون صحيحاً وإن لم يذكــر الحقوق والمرافق .

( لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز ، وتمام ذلك ) أي تمام الإفراز والتمييز ( بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقــه ) أي تحقيق معنى القسمة ( بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر ، فيصار إليه ) أي من غــير ضرر إلى الغير ، فيصار إلى صرفها إلى غيرهما من غير ضرر له .

( بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل، لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك ) أي اثبات الملك في العين (مع بقاء هــذا التعلق ) وهو تعلق حق الطريق والمسيل ( بملك غيره ) أي غير المشتري ( وفي الوجــه

وفي الوجه الثاني يدخل فيها ، لأن القسمة لتمليك المنفعة وذلك بالطريق والمسيل ، فيدخل عند التنصيص باعتباره ، وفيها معنى الإفراز ، وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا ، فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص ، بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص ، لأن كل المقصود الانتفاع ، وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر . ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة

---

الثاني ) وهو ما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل ( يدخل فيها ) أي يدخل كل واحد من الطريق والمسيل في القسمة ( لأن القسمة لتمليك المنفعة وذلك ) أي تمليك المنفعة ( بالطريق والمسيل ، فيدخل عند التنصيص ) بذكر الحقوق ( باعتباره ) أي باعتبار تمليك المنفعة ( وفيها ) أي في القسمة ( معنى الإفراز وذلك ) أي معنى الإفراز (بانقطاع التعلق من الغير على ما ذكرنا ) في أول الكتاب ( فباعتباره) أي فباعتبار معنى الإفراز (لا يدخل) أي كل واحد من الطريق والمسيل ( من غير تنصيص ) بذكر الحقوق .

والحاصل انه باعتبار معنى تكميل الإنتفاع ينبغي أن يدخل في القسمة وإن لم يذكر الحقوق ، باعتبار معنى الإفراز ينبغي أن لا يدخل ، أو إن ذكرت الحقوق في اعتبار المعنيين جميعاً . فقلنا إذا ذكرت الحقوق دخلا في القسمة وإلا فلا .

( بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص ) هنا يتعلق بقوله بخلاف البيع ، أي حيث يدخل كل واحد من الطريق والمسيل في الإجارة بدون التنصيص بذكر الحقوق وبدون التنصيص عليها أيضاً ( لأن كل المقصود الإنتفاع ) أي ولأن المقصود كله من باب الإجارة الانتفاع بالمحل ( وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق ، فيدخل من غير ذكر ) ألا ترى لو استأجر جحشاً أو أرضاً سبخة للزراعة لا يجوز لفوات ما هو المقصود وهو الانتفاع . بخلاف البيع ، فإن المقصود منه تملك العين كما مر تقريره .

( ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ،

إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه ، وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ، ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله

---

أي ولو اختلف الشركاء أو الورثة ، والمراد من رفع الطريق أن يترك الطريق بين جماعتهم مشتركاً بينهم كما كان ، ويرفع من القسمة ولا يدخل فيها . قال تاج الشريعة يعني كان يقول بعض الشركاء كالإبداع طريقاً يقسم الكل ، وكان يقول بعضهم بل يدعي . قال بعضهم يرفع ، وقال بعضهم لا يرفع فالحكم في ذلك أن ينظره القاضي ( إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم ) أي من غير طريق يترك للجماعة ، وقوله يرفع صفة الطريق ( لتحقق الإفراز بالكلية دونه ) أي دون رفع الطريق .

( وإن كان لا يستقيم ذلك ) أي صح طريق في نصيبه (رفع طريقاً بين جماعتهم) يعني يتركه مشتركاً فيما بينهم ولا يقسم قدر الطريق (لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق) وهذا ظاهر ، ولو لم يرفع الطريق هنا يتعطل على البعض منافعه إلا إذا تراضوا على ذلك لأنهم عطلوا منافع إملاكهم باختيارهم ، ومن ترك النظر لنفسه لا ينظر له ، كذا في شرح الكافي .

( ولو اختلفوا في مقداره ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو كان اختلف الشركاء في مقدار الطريق ، يعني في سعته وضيقه ( جعل على عرض باب الدار وطوله ) على باب الدار الأعظم وطوله ، والمراد بالطول هو الطول من حيث الأعلى ، لا الطول من حيث المشي وهو ضد عرضه ، لأن ذلك الطول إنما يكون إلى حيث منتهى بها إلى الطريق الأعظم ، وفائدته قسمة ما وراء الطول من الأعلى ، حتى لو أراد بعضها أن يشرع جناحاً في نصيبه إن كان فوق طول الباب له ذلك ، لأن الهواء فيما يراد على طول

لأن الحاجة تندفع به ، والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ، لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه . ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز ، وإن كان أصل الدار نصفين ،

---

الباب مقسوم بينهم ، فصار ما ينافي خالص حقه ، وإن كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك ، لأن قدر الطول من الهواء مشترك ، والبناء على قدر الهواء المشترك لا يجوز من غير رضاء الشركاء وإن كان أرضاً يرفع مقداراً يمر فيه ثور ، لأنه لا بد له من الزراعة فلا يجعل الطريق مقدار ما يمر ثوران معاً ، وإن كان يحتاج إلى ذلك لأنه لا يحتاج إلى هذا يحتاج إلى العجلة فيؤدي إلى ما يتناهى ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام «رح» والذخيرة والمحيط.

وقالت الثلاثة يعتبر في قدر الطريق ما تدعو الحاجة إليه في الدخول والخروج بحسب العادة وبما ذكرنا اندفع ما قاله الأترازي في هذا اللفظ إيهام ، لأنه يسبق الوهم إلى أن طول الطريق مقدار طول باب الدار وليس كذلك ، بل طول الطريق من أعلاه على أقل ما يكفيهم .

( لأن الحاجة تندفع به ) أي يجعل الطريق على عرض باب الدار وطوله ( والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة ، لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ) أي الطريق على سهام الشركاء كما كان قبل الانقسام ، قوله لا فيه ، أي لا في الطريق .

( ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وإن كان أصل الدار نصفين ) هذا أيضاً ذكره تفريعاً على مسألة القدوري . قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وإن اشترطوا أن يكون الطريق بينهما لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاه فهو جائز لما ذكر أنه مبادلة بتراضيهما ، فيعتبر اصطلاحهما في ذلك . وإن اشترطا أن يكون الطريق على قدر ساحة ما في ايديهما فهو جائز ، وهذا نص على أن بيع الممر جائز ، لأن القسمة بيع من حيث المعنى . وقد ذكر في كتاب الصلح أنه إذا كان الطريق لأحدهما والممر للآخر فباعا الطريق فإنه يكون الثمن بينهما نصفين ، فدل على أنه دخل في العقد أصلاً ، فعلى هذه الرواية يجوز بيع الشرب ، لأنه من جملة الحقوق كالطريق .

لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي . قــال وإذا كان سفل لا علو عليه ، وعلو لا سفل له ، وسفل له علو ، قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك . قال رضي الله عنـــه هذا عند محمد « رح » .

---

وقال في الزيادات بيع الحقوق لا يجوز ، والمر من جملة الحقوق. فعلى رواية الزيادات لا فرق بين الشرب والمر في عدم جواز البيع ، وكذا حق التعلي . ثم قال في شرح الكافي وإن اشترطا أن يكون الطريق لصاحب الأقل والآخر يمر فيه فهو جائز . وإن لم يشترطا شيئاً من ذلك فهو بينهما على قدر ما ورثا ، لأن القسمة لم تتناول الطريق ، فبقي بينهما على ما كان في الأصل . ( لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي ) لأن من رضي أن يترك حقه لا يعترض عليه .

( قال وإن كان سفل لا علو عليه ) أي قال القدوري « رح » في مختصره . وكان هذه تاماً فلا تحتاج إلى الخبر ، أي وإن وجد سفل بكسر السين . وقوله لا علو عليه صفـــة ، وهو بكسر العين وسكون اللام . قال الجوهري وعلو الدار وعلوها نقيض سفلها ، والعلو بضم العين واللام وتشديد الواو ( وعلو لا سفل له ، وسفل له علو ، قوم كل واحـــد على حدته ، وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك ) أي بغير التقويم والقسمة بالقيمة ، ولم يذكر القدوري فيه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ،لأنه اختار قول محمد وأصحابنا «رح» كلهم مثل قول الطحاوي ، وغيره اختاروا قول محمد «رح» في هذه المسألة .

( قال رضي الله عنه هذا عند محمد « رح » ) أي قال المصنف « رح » هذا المذكور في القدوري عند محمد . في الذخيرة صورته عـلو مشترك بينهما بدون سفل ، وسفل مشترك بينهما بدون علو ، وسفل وعلو مشتركان بينهما وطلب القسمة من القاضي ، فعند محمد«رح» يقسم على قيمـــة السفل والعلو ، فإن كانت قيمتهما على السواء يجب ذراع بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر يحسب من الذي قيمته على النصف ذراع بذراعين من الآخر حتى استويا في القيمة . وعند الثلاثة لا يجبر الآبي من القسمة ، وعندنا يقسم كـما ذكرنا في الكتاب .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله أنـــه يقسم بالذرع . لمحمد « رح » أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سرداباً أو اصطبلاً أو غـــير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة . وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة ، فيصار إليه ما أمكن ، والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق . ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة

---

( وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمها الله إنه يقسم بالذرع ) قال الطحاوي في مختصره وكان أبو حنيفة «رح» يقول في العلو الذي لا سفل له وفي السفل الذي لا عـلو له يجب من القيمة ذراع من السفل بذراعين من العلو . وكان أبو يوسف « رح » يقول يحسب كل ذراع من العلو بذراع من السفل . وقال محمد «رح » يقوم كل ذراع من العلو على أن لا سفل له ، وكل ذراع من السفل على أن لا علو له ، وهذا أجود انتهى .

( لمحمد « رح » أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو لاتخاذه بئر ماء أو سرداباً ) قال الصنعاني في العباب ، السرداب بكسر السين ، والعامة بفتحها ، وهـــو معرب سرداب بفتح السين وبالمد وهو الجب الكبير ، وكذلك سرداب السرادب الذي يبنى تحت الأرض ( أو اصطبلاً أو غير ذلك ) نحو الطبخ وبيت الحطب والتبن والطاحونة ونحوها ، والعلو لا يصلح لهذه الأشياء ولا يصلح إلا للمرقة ( فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمـــة ) أي التعديل في القسمة .

( وهما يقولان ) أي أبو حنيفـــة وأبو يوسف ( أن القسمة بالذرع هي الأصل ، لأن الشركة في المذروع لا في القيمة ، فيصار إليه ما أمكن ) أي فصار إلى ما ذكر من القيمة بالذرع مهما أمكن ( والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ) أي المنافـــع لا تختلف باختلاف الأزمنه والأمكنة ، وأراد بالمراعى الاعتبار وهو بفتح العين ( ثم اختلفا فيما بينهما ) أي أبو حنيفة وأبو يوسف ( في كيفية القسمة بالذرع ، فقال أبو حنيفة « رح » ذراع من

بالذرع ، فقال أبو حنيفة « رح » ذراع من سفل بذراعين من علو .
وقال أبو يوسف « رح » ذراع بذراع . قيل أجاب كل منهم

---

سفل بذراعين من علو . وقال أبو يوسف « رح » ذراع بذراع ) أي يحصل ذراع بمقابلة ذراع منهما جميعاً .

وقال شيخ الإسلام أبو الفضل محمد بن أحمد الاسبيجابي في شرح الطحاوي إذا كان سفل بين رجلين وعلو من بيت آخر بينهما وأراد أن يقسمه القاضي فإنه يقسم البناء على سبيل القيمة بالإتفاق . فأما الساحة فيقسم كل ذراع من السفل بذراعين من العلو ، فيذرع ساحة العلو طولاً وعرضاً فيضرب الطول في العرض فيعلم مبلغه ، وكذلك مساحة السفل يذرع طولاً وعرضاً فيضرب طوله في عرضه فيعلم مبلغه فيدفع كل ذراع من السفل بذراع من العلو . قال وهذا فرع لمسألة أخرى وهو أن لصاحب السفل إن سفل بالإجماع إذا كان لا يضر بالعلو وليس لصاحب العلو أن يتعلى فوقه وإن لم يضر بصاحب العلو عند أبي حنيفة « رح » .

وعند محمد له أن يفعل ذلك فقد استوت منفعة العلو والسفل عندهما فكذلك قال أبو يوسف « رح » كل ذراع من السفل بذراع من العلو . وعند أبي حنيفة « رح » منفعة العلو تنقص من منفعة السفل فكذلك كان كل ذراع من السفل بذراعين من العلو . وإذا كان بيت كامل وعلو وسفل بين رجلين في بيت آخر بينهما فأراد قسمتها بالتعديل فكل ذراع من بيت كامل بثلاثة أذرع من العلو ، لأن ذراعاً من العلو هنا بذراع من العلو فذلك ، وذراع من سفل هنا بذراعين من علو فذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من العلو . وإذا كان بيت كامل فكل ذراع من البيت الكامل بذراع ونصف من السفل عنده . وعند أبي يوسف « رح » كل ذراع من البيت الكامل بذراعين من السفل . وأما عند محمد « رح » ففي الفصول ما يقسم على سبيل القيمة ، وبه أخذ الطحاوي ، انتهى .

( قيل أجاب كل منهم ) أي كل واحد من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله

على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى. ووجه قول أبي حنيفة «رح» أن منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه، لأنها تبقى بعد فوات العلو. ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل. وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى، وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفل، فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل.

---

( على عادة أهل عصره ،أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو ) أشار به إلى قول أبي حنيفة فإنه أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في تفضيل السفل على العلو ( واستوائهما ) أى استواء العلو والسفل ، وأشار به إلى قول أبي يوسف فانه أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد والتسوية بين العلو والسفل ( وتفضيل السفل مرة ) أي تفضيل السفل على العلو مرة كما مر في الكوفة ( والعلو أخرى ) أى وتفضيل العلو على السفل مرة أخرى كما في مكة والبصرة ، وأشار بهذا إلى جواب محمد «رح» ( وقيل هو اختلاف معنى ) أى حجة وبرهان ، قيل ان الاختلاف يعني الفقهاء .

ثم شرع يبين ذلك بقوله ( ووجه قول أبي حنيفة «رح» أن منفعة السفل تربو ) أى تزيد ( على منفعة العلو بضعفه ) قال أبو عبيدة ضعف الشيء مثله. وقال الأزهرى الضعف المسيل إلى ما زاد ، وهو في الأصل زيادة غير محصورة ( لأنها تبقى بعد فوات العلو ) أى ولأن منفعة السفل يبقى بعد فوات العلو ( ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل ) لأن بقاء منفعته ببقاء السفل، فإذا ذهب ذهبت ( وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى ) فلو أراد أن يحفر في سفله سرداباً لم يكن لصاحب العلو منعه من ذلك(وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضاء صاحب السفل فيعتبر ) أى إذا كان كذلك فيعتبر (ذراعان منه) أى من العلو ( بذراع من السفل ) .

ولأبي يوسف « رح » أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه ، والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله . ولمحمد « رح » أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد ، وبالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة ، والفتوى اليوم على قول محمد « رح » وقوله لا يفتقر إلى التفسير . وتفسير قول أبي حنيفة « رح في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ، لأن العلو مثل نصف السفل

---

( ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى ، وهما يتساويان فيه ) أي صاحب العلو وصاحب السفل يتساويان في أصل السكنى ( والمنفعتان متماثلتان ، لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ) أي على أصل أبي يوسف « رح » .

( ولمحمد أن المنفعة ) أي منفعة العلو والسفل ( تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما ) أي إلى العلو والسفل ، يعني في كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو . وفي موضع تكثر المدرة في الأرض يختار العلو ، وربما يختلف ذلك أيضاً باختلاف الأوقات ( فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة ) لأن المراد من القسمة التعديل فيصار إلى القيمة ( والفتوى اليوم على قول محمد «رح» ) كذا في المبسوط والذخيرة والمغني والمحيط ، وبه قالت الثلاثة ( وقوله لا يفتقر إلى التفسير ) أي قول محمد «رح» لا يحتاج إلى التفسير ، لأنه قال بالقيمة وهو ظاهر .

( وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب ) أي القدوري ( أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ) الذي لا سفل له ( ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ) وهو يشتمل على العلو والسفل ( لأن العلو مثل نصف السفل ) فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل ، وموضع هذه المسألة أنها في دار واحدة ، وعنده يقسم إذا كانت

فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو :
ومعـــه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع
تساوي مائة من العلو المجرد ، ويحصل بمقابلة مائة ذراع

---

علو واحـــدة ، وإن كانت في دارين محمولة على رضام يتملك ( فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ســـتة وستون وثلثان من العلو ) وأشار بالفاء التفسيرية إلى تفسير قوله لأن العلو مثل نصف السفل ، وتقريره أي ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من السفل الكامل هو ســـتة وســـتون وثلثا ذراع من العلو الكامل ، يعني يقابل الثلاثة والثلاثون والثلث وســـتة وستين وثلثين .

فقوله ستة وستين خبر لقوله ثلاثة وثلاثون ، فافهم . ان يحصل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ، وثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ، لأن الذراع الواحـــدة من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد ، فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوي الثلاثة والثلاثين وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد ، ويحصل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستين وثلثا ذراع ، لأن كل ذراع من البيت الكامل بمقابلة ذراع ونصف من الســـفل المجرد ، فاذا ضربت الواحد والنصف في ســـتة وستين وثلثي ذراع يكون مائة لا محالة فيشتري الستة والستون والثلثان من البيت الكامل مع مائة ذراع من السفل المجرد فافهم .

( ومعـــه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو ) أي مع الستة والستين والثلثين ثلاثة وثلاثون ذراعاً وثلث ذراع من العلو المجرد ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور أو العدد المذكور ( فبلغت مائة ذراع ، فتساوي مائة من العلو المجرد ) أي فبلغت الستة والستون والثلثان مع الثلاثة والثلاثين والثلث مائة ذراع ، فصح ما قاله إن مائة ذراع من العلو المجرد بمقابلة ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل ، فكان هـــذا التقابل بين البيت الكامل والعلو المجرد .

ثم شـــرع يذكر ما يقابل البيت الكامل والسفل المجرد ، فقال ( ويحصل بمقابلة مائة

من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع ، لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا . وتفسير قول أبي يوسف « رح » أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ، أو مائة ذراع من العلو المجرد ، لأن السفل والعلو عنده سواء ، فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل ، وخمسون منها علو . قال وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما .

---

ذراع من السفل المجرد ) الذي لا علو له ( من البيت الكامل ) فكان هذا التقابل ( ستة وستون وثلثا ذراع ، لان علوه ) أي علو البيت الكامل ( مثل نصف سفله ، فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا ) أي الأذرع التي تقدر من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد يبلغ المائة ، لانه لما أخذ من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع بمقابلة مثلها من السفل المجرد ثم زيد على هذا العدد نصفه وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع ، لان بهذا التعدد من البيت الكامل أعني ستة وستين وثلثي ذراع علو إذ هو مقدر بنصف هذا ، وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ، فكان المجموع مائة ، فكانت هذه المائة من الثلث الكامل بمقابلة مائة من السفل المجرد كما ذكرنا ، والسفل المجرد ستة وستون وثلثا ، أي لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله ، أي السفل الذي لا علو له ستة وستون ذراعاً ، لانه ضعف العلو المجرد .

( وتفسير قول أبي يوسف « رح » أن يجعل بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد ) أي أو يجعل مائة ذراع من العلو المجرد الذي لا سفل له بإزاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل ( لان السفل والعلو عنده سواء ) أي عند أبي يوسف « رح » ( فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل ، وخمسون منها علو ) وهذا ظاهر .

( قال وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتها ) أي قال القدوري

قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد لا يقبل وهو قول أبي يوسف أولاً وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما ، وقاسما القاضي وغيرهما سواء . لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله . ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما

---

صورته دار قسمت بين ورثة أو مشتري وأنكر بعضهم أنه استوفى نصيبه يشهد عليه القاسمان بذلك تقبل شهادتهما ، ولم يذكر القدوري فيه الخلاف ( قال رحمه الله هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ) أي قال المصنف الذي ذكره القدوري هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

(وقال محمد لا تقبل ، وهو قول أبي يوسف أولاً ، وبه قال الشافعي) ومالك وأحمد « رح » ( وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما ) أي ذكر الخصاف في أدب القاضي قول محمد كقولهما ، فقال وإذا قسمت الدار والارض بين الورثة وأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه وشهد عليه قاسما القاضي اللذان توليا القسمة بينهم أنهما تقاصرا في نصيبه فإن شهادتهما جائزة عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله ، انتهى . وكان القدوري ذهب إلى ما ذكره الخصاف ( وقاسما القاضي وغيرهما سواء ) أي سواء كان الشاهدان اللذان شهدا في المسألة المذكورة المتقاسمين اللذين يقسمها القاضي أو غيرهما ممن اختارها المتقاسمون .

( لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل ) لأنهما متهمان في هذه الشهادة ( كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ) بأن علق عتقه بكلام رجلين فشهدا أنه كلامهما .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما ، لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ،

التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه ، أو لأنه لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم ، وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه . وقال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبـــل الشهادة بالإجماع ، وإليـــه مال بعض المشايخ ، لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه ، فكانت شهادة صورة ودعوى معنى ، فلا تقبل ، إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمـل المستأجر عليه ، وهو التمييز وإنمـــا الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة .

---

أو لأنه ) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز ( لا يصلح مشهوداً به لما أنه غير لازم ) أى لا يلزم حكماً فلا يكون مقصوداً ، فلا تكون الشهادة عليه من حيث المعنى ( وإنما يلزمه بالقبض والإستيفاء ) لان القبض هو الملزوم ( وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه ) لعدم التهمة .

( وقال الطحاوي إذا قسما بأجر لا تقبـــل الشهادة بالإجماع ) لأنهما جرا لأنفسهما شيئاً ( وإليه مـــال بعض المشايخ ) أي إلى قول الطحاوي ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي رحمهم الله ( لأنهما يدعيان إيفـــاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل ) لان المدعي لا تقبل شهادته ( إلا أنا نقول ) استيفاء من قوله وإليه مال بعض المشايخ ، وإشاراته اختار قول صاحب القدوري والمعنى لكن نحن نقول ( هما ) أى القاسمان اللذان شـــهدا ( لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنماً ) أى غنيمة ، يعني منفعة ( لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه ) على أنهما قد أوفيا العمل الذى قد استأجروهما لأجله ( وهو التمييز ) أى العمـــل المستأجر عليه هو تميز الحقوق بينهم ( وإنما الاختلاف في الاستيفاء ) أي وإنما وقع اختلاف المتقاسمين في استيفاء بعض الحقوق ، وهو غير فعل التمييز فوقعت شهادتهما على فعل الغير ( فانتفت التهمة ) فتقبل الشهادة .

ولو شهد قاسم واحد لا تقبل ، لأن شهادة الفرد غـــير مقبولة على الغير . ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ، ولا يقبل في إلزام الآخر إذا كان منكراً ، والله أعلم .

---

( ولو شهد قاسم واحد لا تقبل ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو شـهد قاسم واحد على القسمة لا تقبل ( لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ) لان قول الواحد ليس بحجة في الشرع ( ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر ) بأن قال له القاضي ادفع هذا المال إلى فلان فقال قد دفعته ( يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ) يعني إذا أنكر المدفوع إليه فالأمين يصدق في البراءة لنفسه ( ولا يقبل في إلزام الآخـــر إذا كان منكراً ) لان قول الامين حجة واقعة غير ملزمة ، والله أعلم .

* * *

# باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة،لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة ، فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء ، فمن نكل منهم

---

( باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

أي هذا باب في بيان دعوى المتقاسمين الغلط في القسمة وظهور الاستحقاق فيها، وإنما أخره لكونه من العوارض ، والوجه تأخيره .

( قال وإذا ادعى أحدهما الغلط ) أي قال القدوري في مختصره ، أي إذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة ( وزعم أن مما أصابه شيئاً في يد صاحبه ) أي من الذي أصابه من العقار مثلاً شيء وقع في يد صاحبه . وفي بعض النسخ شيئاً بالنصب وهو الوجه ، لأنه اسم أن ، ووجه الرفع على لغة البعض كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ إن هذان الساحران ﴾ ٦٣ طه ( وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء ) أي والحال أنه قد أشهد على نفسه ، وفسره في المبسوط أي أقر بالإستيفاء . وكذا قال تاج الشريعة ، أي أقر أنه استوفى نصيبه ( لم يصدق على ذلك إلا ببينة ) أي لم يصدق على ما ادعاه من الغلط إلا بحجة ( لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة ) كالمشتري إذا ادعى خيار الشرط ، فإن أقامها فقد نوى دعوى ، وإن عجز عنها وهو معنى .

( فإن لم يقم له بينة استحلف الشركاء ) قيد بقوله استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم ، فإذا أنكروا واستحلفوا عليه لرجاء النكول ، وكان حق التركيب أن يقول استحلف شريكه، لأنه قال أولا ، وإذا ادعى أحدهما الغلط (فمن نكل منهم ) أي

جمع بين نصيب الناكل والمدعي، فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما ، لأن النكول حجة في حقه خاصة ، فيعاملان على زعمهما .

قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه وإليه أشار من بعد .

---

من الشركاء ( جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما ، لان النكول حجة في حقه خاصة ) لان الناكل كالمقر ، وإقراره حجة عليه دون غيره ، ولو فسر هذا التركيب من وجهين ، الأول : أن الجملة وقعت خبراً وهي عارية عن الضمير فلا يجوز ، والثاني : في قوله أنصبائهما . قلت أما الأول فلان اللام في قوله الناكل ، أعني عن الضمير ، وأما الثاني فهو من قبيل قوله تعالى ﴿ فقد صغت قلوبكما ﴾ ٤ التحريم ( فيعاملان على زعمهما ) أي فيعامل الناكل والمدعي على حسب زعمهما بفتح الزاي وسكون العين من زعم يزعم ، من باب نصر ينصر ، وهو يستعمل في الامر الذي لا يوثق به ، ويجوز ضم الزاي أيضاً ، وأما زعم مثل علم يعلم فمعناه طمع ، ومصدره زعم بفتحتين .

( قال رحمه الله ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا ) يعني وإن أقام البينة ، والقائل هو المصنف « رح » ( لتناقضه ) أي لتناقض المدعي ، فانه إذا أشهد على نفسه بالإستيفاء فبعد ذلك بقاء حقه في يد آخر يناقض ، فينبغي أن لا يسمع دعواه ، كذا في المبسوط وفتاوى قاضي خان . واعتذر بعضهم في هذا فقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد إقراره أنه رقيق . وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد « رح » في رجل مات وترك داراً وابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهد على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما ما في يد صاحبه لم يصدق على ذلك ، إلا أن يقر صاحبه ، فعلم بهذا أنه لا تقبل بينته بعد الإقرار بالإستيفاء كما قال صاحب الهداية ( وإليه أشار من بعد ) إلى ما ذكرنا أشار القدوري في قوله وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلى ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء .

وإن قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه ، لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر . وإن قال أصابني إلى موضع كـــذا فلم يسلمه إليّ ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة ، لأن الاختلاف في مقـــدار ما حصل له بالقسمة ، فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التخالف فيما تقدم . ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه ،

---

وقال تاج الشريعة ويحتمل أن تكون الإشــارة في المسألة الثالثة وهو إذا لم يشهد على نفسه بالإستيفاء والحكم فيها التحالف ، لأنهما اختلفا في قـــدر المقبوض وقد وجد هذا المعنى في المسألة الاولى ولم يشرع التحالف على ان عدم التحالف في المسألة الاولى للتناقض .

( وإن قال قد استوفيت حقي فأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه ) هـــذا لفظ القدوري ( لانه يدعي عليه الغصب وهو منكـــر ) وقوله استوفيت بضم التاء إذا استوفى ، وقوله وأخذت بفتح ، أى أنت أخذت بعض حقي لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر ، والقول للمنكر مع يمينه .

( وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ) هذا لفظ القدوري ، أى وإن قال أحد المتقاسمين للآخر ( ولم يشهد على نفسه بالإستيفاء ) أى والحال أن المدعي لم يشـــهد على نفسه بأنه استوفى نصيبه ( وكذبه شـــريكه ) أى في قوله أصابني إلى موضع كذا ( تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار مـــا حصل له بالقسمة ) فيكون الاختلاف في نفس القسمة ( فصار نظير الاختلاف في مقـــدار المبيع ) أى صار الحكم المذكور نظير اختلاف المتبايعين في قدر المبيع فوجد التخالف ( على ما ذكرنا من أحكام التخالف فيما تقدم ) في كتاب الدعوى .

( ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه ) ذكر هـــذا تفريعاً على مسألة القدورى ،

وذكر الاسبيجابي في شرح القدوري وإن اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة والآخر خمس وأربعون شـاة ، ثم ادعى صاحب الأوكس غلطاً في التقويم لم يقبل بينة في ذلك ، لأن القسمة منهم إقرار بالتساوي ، فاذا ادعى التفاوت وقد أنكر مـا أقر به فلا يسمع ولم يفصل بينهما إذا كانت القسمة بالقضاء أو بالتراضي وبينهما ما إذا كان الغبن يسيراً أو فاحشاً كما ترى . وكذلك أطلق الكرخي في مختصره . وقال في المسائل في قسم المبسوط اختلفا في التقويم لا يلتفت إلى قولهم ، لأن القسمة إن كانت بالتراضي فالقاضي لا يقضي إلا بتقويم المقومين ، فصار كما لو قضى ثم ادعى أنه ذو رد . وإن كانت بالتراضي فهو مدعي غبناً والنقد لا يخلو عنه . وقال في كتاب أدب القاضي في شرح الطحاوي إذا ادعى الغلط في التقويم وكانت الغبن وأتم قومتموه بألف فهنا لا يلتفت إليه لأنه يدعي الغبن ، والغبن بالتقويم لا يبطل القسمة كالبيع .

ثم قال وقيل هذا إذا كانت قسمة الرضى ، فأما إذا كانت القسمة بالقضاء له حق الفسخ ، لأنه لم يرض بذلك . وقال في الفتاوى الصغرى ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة من حيث القيمة ، يعني إذا ادعى غبناً في القيمة إن كان يسيراً بحيث يدخل تحت تقويم المقومين لا يسمع دعواه ولا تقبل بينته . وإن كان بحيث لا يدخل تقويم المقومين. وإن كانت القسمة بالقضاء لا بالتراضي تسمع بينته بالإتفاق. وإن كان لا بتراضي الخصمين إلا بقضاء القاضي لم يذكر في الكتاب .

وحكي عن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول إن قيل يسمع فله وجه ، بخلاف الغبن في البيع . وإن قيل لا يسمع فله وجه أيضاً كما قال في البيع . وحكي عن الفقيه أنه كان يقول يسمع كما إذا كانت بقضاء القاضي وهو الصحيح كما ذكره في شرح المختصر . وذكر في أدب القاضي من شرح القاضي الإمام الأسبيجابي أن في دعوى الغبن في القسمة إذا كان بالتراضي لا يسمع كما في البيع . قال بعض المشايخ قالوا تسمع كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي . وذكر الأسبيجابي في شرحه دقيقة لطيفة فقال وهـــذا كله إذا لم يقر الخصم بالإستيفاء ، فأما إذا أقر بالإستيفاء فإنه لا يصح دعواه الغلط والغبن، إلا إذا ادعى الغصب

لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع ، فكذا في القسمة لوجود التراضي . إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش ، لأن تصرفه مقيد بالعدل . ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر انه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا . وإن كان أقام البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج ، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد . وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا .

---

فحينئذ يسمع دعواه ، إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى ، والصدر الشهيد أخذ بالقول الأول كذا في الذخيرة . وفي فتاوى قاضي خان جعل القول الأخير أولى ، وبه قال الفضلي . وعند الشافعي لم يقبل دعواه في القسمة بالتراضي كما ذكر الشهيد وبالقضاء تقبل .

( لأنه دعوى الغبن ولا معتبر به ) أي بدعوى الغبن ، وتذكير الضمير على تأويل الادعى ( في البيع ) بأن اشترى شيئاً بثمن معلوم ، ثم ادعى الغبن فيه فإنه لا تسمع ( فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش ، لأن تصرفه مقيد بالعدل ) أي لأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ، فإذا ظهر الغبن الفاحش ظهر أن القضاء كان بغير عدل .

( ولو اقتسما داراً وأصاب كل واحد طائفة ) أي ينتقص ، ونصيب هذه المسألة غير مسألة أول الباب ، إلا أنها أعيدت لبناء مسائل أخرى عليها ، قيل أعادها لزيادة البيان (فادعى أحدهما بيتاً في يد الآخر أنه مما أصابه ) أي أن البيت من الذي أصابه ، يعني من نصيب الذي أصابه ( بالقسمة وأنكر الآخر فعليه إقامة البينة لما قلنا ) أشار به إلى قوله لم يصدق على ذلك إلا ببينة ، لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها ( وإن أقاما البينة ) أي وإن أقام كل واحد منهما البينة على مايدعيه (يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج، وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد ) وفيه خلاف الشافعي ، وقد مر في الدعوى ( وإن كان قبل الإشهاد على القبض ) أي وإن كان ما ادعياه قبل الإقرار بالقبض ( تحالفا وترادا ) أي

وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا . وإن قامت لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع .

## فصل

قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة « ر ح » ، ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه . وقال

---

حلف كل منهما على دعواه ، وتعاد القسمة كما في البيع يتحالفان ويفسخ البيع .

( وكذا إذا اختلفا في الحدود ) ذكره تفريعاً ، صورته دار بين اثنين اقتسما وأصاب أحدهما جانباً منها ، وفي طرف حده بيت في يد صاحبه الآخر بلا بينة . وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما البينة الذي في يد صاحبه أنه دخل في حده ( وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا ) أي بينة الخارج أولى ، لأنه أكثر إثباتاً . وفي شرح الكافي فإن اختلفا في الحد بينهما ، فقال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيب صاحبه . وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه . فإن قامت لهما بينة قضيت به بينهما ، لأنه في أيديهما وإلا استحلف كل منهما على دعوى صاحبه وجعلت كل منهما ما في يده ، لأن كل منهما مدعى ومدعى عليه ، فإن أراد أحدهما رد القسمة بعدما يتحالفان ، لأن الاختلاف وقع في نفس القسمة ( وإن قامت لأحدهما بينة قضى له ، وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع ) يعني يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وبعد التحالف ويرد القسمة .

### ( فصل )

أي هذا فصل في بيان الاستحقاق ( قال وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة « رح » ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه . وقال أبو يوسف « رح » تفسخ القسمة ) أي قال القدوري في مختصره ، يعني إذا كانت دار بين

اثنين إما ورثاها وإما اشترياها فاقتسماها ثم استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لا ينقض القسمة عند أبي حنيفة وعن قريب تذكر صورتها بأوضح من هذا» وبقول أبي حنيفة قال أبو مالك وفي بعض كتبه إن كان الشيء المستحق تافهاً يسيراً رجع بنصف قيمة ذلك دراهم ودنانير ، ولا يكون بذلك شريكاً لصاحبه . وقال أشهب رجع بنصف بصيب صاحبه سواء كان المستحق قليلاً أو كثيراً ، وفيه المضرة ولا مضرة فيه ، ولا ينقض القسمة ، وبقول أبي يوسف قال الشافعي .

( قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ، وهكذا ذكر في الأسرار ) أي كما ذكره القدوري ذكره أبو زيد في إشارات الأسرار . وقال السغناقي صفة الحوالةهذه إلى الأسرار وقعت سهواً ،لأن هذه المسألة مذكورة في الأسرار في الشائع وصفاً وتعليلاً من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة . قلت عبارة الأسرار إذا اقتسم رجلان داراً بينهما ثم استحق من نصيب أحدهما بيت معين لم يبطل القسمة، ولكن يتخير القسمة المستحق عليه إن شاء ضرب في نصيب صاحبه بما يساوي صاحبه ، وإن شاء استأنف عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يستأنف القسمة وقول محمد مضطرب . والصحيح أن الاختلاف في استحقاق بعض شائع في نصيب أحدهما لأن محمداً ذكر الخلاف في استحقاق نصف ما في يد أحدهما في كتاب الأصل . وكذا ذكر الحاكم في الكافي والطحاوي والكرخي في مختصريهما وصاحب الذخيرة كلهم ذكروا على سؤال واحد ، والنصف اسم للشائع لا محالة .

وقال الكرخي في مختصره قال محمد وإذا كانت دار بين رجلين نصفين فاقتسماها فأخذ أحدهما الثلث من مقدمها وقسمته ستمائة وأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها ، وقيمتها ستمائة ثم اصطلحا على ذلك ميراثاً كان بينهما أو شراء، ثم استحق نصف ما في يد صاحب المقدم ، فإن أبا حنيفة قال في هذا يرجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده ، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً ان شاء ، وان شاء نقض القسمة وهو قول محمد .

والصحيح أن الإختلاف في استحقاق بعض شـــائع من نصيب أحدهما ، فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ بالإجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإتفاق ، فهذه ثلاثة أوجه ، ولم يذكر قول محمد . وذكر أبو سليمان مع أبي يوسف ، وأبو حفص مع أبي حنيفة

---

وقال أبو يوسف يرد ما بقي في يـــده ويبطل القسمة ويكون ما بقي فى أيديهما نصفين ، انتهى .

والحاصل أن المسألة على ثلاثة أوجه ، ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصفين أو فيهما جميعاً لا ينقض القسمة بالإتفاق . وفى استحقاق شيء شائـــع فى النصفين تنقض القسمة بالإتفاق . وفى استحقاق بعض شائع فى النصيبين أحـد الطرفين لا تنقض القسمة عند أبى حنيفة خلافاً لأبى يوسف ، وهى مسألة الكتاب فدل على ما ذكرنا كله على صحة ما قاله السغناقي ، وما قيل يمكن أن يحمل على اختلاف النسخ ليس بشيء ، فإن الكتب التي ذكرنا شاهدة على هـــذا ، على أن قول القدوري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قول القدوري بعينه متعلق بنصيب أحدهما لأنه بعض فيكون تقدير كلامه : واذا استحق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينــــه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لا فى المعين ، فافهم .

( والصحيح أن الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما ، فأمـا فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع . ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالإتفاق فهذه ثلاثة أوجه ) وهى ظاهرة ، وقد ذكرناها آنفـــاً . وفى الصورة الثالثة اختلف أصحاب الشافعى . وقال أبو هريرة يبطل القسمة فى المستحق ويكون فى الباقي قولان . وقال أبو اسحاق يبطل فى الكل قولاً واحــداً . وقال مالك لا تبطل القسمة واتبع كل وارث بقدر ما صار اليه ان قدر على قسمة من ذلك وهو الأصح ( ولم يذكـــر قول محمد ) أي لم يذكر القدوري قول محمد «رح» لأنه مضطرب ( وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف ) أي وذكر أبو سليمان قول محمـــد مع أبى يوسف ( وأبو حفص مع أبي

وهو الأصح . لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث . لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما أن استحق بعض شائع في النصيبين . وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً ، بخلاف المعين . ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما . ولهذا جازت القسمة على هذا

---

حنيفة ) أي ذكر أبو حفص قول محمد مع أبي حنيفة ( وهو الأصح ) .

( لأبي يوسف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما ) أي للمتقاسمين ( والقسمة بدون رضاه باطلة ) أي بدون رضاء الشريك الثالث ، لأن موضع المسألة فيما اذا تراضيا على القسمة ، لأنه اعتبر القسمة فيها ، ولا بد من التراضي ( كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين ) أي في نصيب الشريك ( وهذا ) أي بطلان القسمة أيضاً في ظهور الاستحقاق في بعض شائع في النصيبين ( لأنه باستحقاق جزء شائع تنعدم معنى القسمة ) أي في النصيب ( وهو الإفراز ) أي في معنى القسمة ،وهو الإفراز والتمييز ( لأنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعاً ) توضيحه أن استحقاقه وإن كان من نصيب صاحبه المقدم خاصة فذلك يؤدي إلى الشيوع على الكل، لأن صاحب المقدم يرجع بحصة ذلك مما في يد صاحب المؤخر ، فيكون ذلك بمنزلة ما لو كان المستحق جزءاً شائعاً في الكل .

( بخلاف المعين ) لأن في استحقاق بعض معين يقع الإفراز فيما وراءه يمكن أن يبقى له ولاية الرجوع ، يعني المستحق عليه بالخيار أن شاء أبطل القسمة لأنه استحق بعض المعقود عليه ، والتنقيص في الأعيان عيب ، والعيب يوجب الخيار . وإن شاء لم يبطل القسمة ورجع على صاحبه بربع ما في يده اعتباراً بالجزء بالكل .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد ( أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما ) لأنه لا يوجب الشيوع في نصيب الآخر ( ولهذا جازت القسمة على هذا

الوجـــه في الإبتداء بأن كان النصف المقـدم مشتركاً بينهما وبين ثالث ، والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيـه فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربـــع المؤخر يجوز ، فكذا في الإنتهاء ، وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين ، لأنـــه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين ، أما هاهنا لاضرر بالمستحق فافترقا

---

الوجه في الابتداء بأن كان النصف المقدم مشتركاً بينهما وبين ثالث ) أي بأن كان النصف المقدم من الدار مشتركاً بين شريكين وثالث ، صورته أن يكون دار على نصفين فالنصف المقدم منها مشتركاً منها بين ثلاثة نفر ، والنصف المقدم من هذا النصف لواحـد منهم ، والنصف الآخر بين اثنين على السوية ( والنصف المؤخر بينهما ) أي بـين هذين الاثنين على السوية ( لا شركة لغيرهما فيه ) أي في النصف الآخر (فاقتسما ) أي هذان الاثنان ( على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز ) أي على أن يأخذ أحدهـــما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف المؤخر ، ويأخذ الآخر ما بقي من ذلك يجوز ، لأن ما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى ، وهو معنى قوله ( فكذا في الانتهاء ، وصار كاستحقاق شيء معين ) أي في عدم انتفاء معنى الافراز .

( بخلاف الشائع في النصيبين ) جواب عما قال أبو يوسف كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين ( لأنه لو بقيت القسمة ) في هذه الصورة ( لتضرر الثالث بتفريق نصيبـــه في النصيبين ) في موضعين فيؤدي إلى الضرر منتف شرعاً ( وأما هـا هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا ) أي الحكمان في المقيس والمقيس عليه في النصيبين ، لأنه يحتاج إلى قسمة في يد كل واحد منهما ، فتتفرق نصيبه .

فإن قلت إذا لم يكن للمستحق ضرر ولكن المستحق عليه يتضرر بتفريق نصيبه في التعين ، أعني نصيب المستحق ونصيب الشريـك الآخر . قلت ضرر المستحق عليه ليس بمنظور هنا ، لأن ضرورة انشاء من فعلهما حيث اقتسما بدون الشريك الثالث ولم يفصحا

صورة المسألة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر ، وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل . ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي

---

عنه ، على أنا نقول هذا الإشكال يرد على الكل ، لأن في استحقاق الجزء المعين يلزم هذا الضرر على المستحق عليه ، ومع هذا لا ينقض القسمة بالإجماع .

( وصورة المسألة ) أي المسألة المذكورة في الكتاب لا المستشهد بها ( إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ، ثم استحق نصف المقدم ) أي النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ( فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعاً لعيب التشقيص ، وإن شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر ) فإن جميع قيمة الدار ألفاً ومائتا درهم، ولما استحق النصف من الثلث المقدم شيء أن المشترك بينهما تسعاً ، ثم فهو كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين ، والذي بقي في يد صاحب المقدم يساوي ثلاثمائة ، وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته مائة وخمسون حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين ( لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده ، فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتباراً للجزء بالكل ) أي لأن إنسان لو استحق كل المقدم من الدار وهو الثلث والباقي ظاهر .

( ولو باع صاحب المقدم نصفه ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي ولو باع صاحب المقدم النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ( ثم استحق النصف

رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا ، وسقط خياره ببيع البعض. وعند أبي يوسف في يد صاحبه بينهما نصفان ، ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه ، لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده ،

---

الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقد ذكر هنا قول محمد مع أبي يوسف « رح » كما في الاول . وذكر الكرخي قوله مع أبي حنيفة كما في الاول ، وذلك لان من أصـل أبي حنيفة أن القسمة لا تنقض فيحتاج إلى تحقيق معنى المعادلة ، فيقول لو استحق جميع ما في يده رجل بنصف ما في يد صاحبه . وإذا استحق النصف رجـع بالربع اعتبار الجزء بالكل ، وهو معنى قوله ( لما ذكرنا ) يعني من قوله لان لو استحق كل المقدم رجـع بنصف ما في يده إلى قوله اعتباراً الجزء بالكل ( وسقط خياره ببيع البعض ) أي سقط خيار المستحق عليه في فسـخ القسمة ، لانه باع البعض وبقي حق الرجوع بالربع تحقيقاً للمعادلة .

وقال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة ما بين رجلين نصفين ميراثاً أو شراءاً فاقتسماها وأخـذ أحدهما أربعين شاة فساوى خمسمائة ، وأخـذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم ، فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله أيضاً ، فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها بخمسة دراهم ، ويضرب فيها الآخر بخمسمائة درهم إلا خمس دراهم ، انتهى . وهذا لا ينقض القسمة بالإتفاق ، لان الاستحقاق إذا ورد على شـيء يعني لا ينقض القسمة وقد وردت على شاة بعينها فوجب الرجوع بنصف قيمـة الشاة المستحقة لتحققت معنى المبادلة ، وتبنى أن بينهما ألفاً إلا عشره دراهم ، وقد وصـل إلى صاحب الستين وخمسمائة إلى صاحب الاربعين أربعمائة وتسعين ، ويبقى خمسة دراهم إلى تمام حقه فيضرب في الستين شاة بخمسة دراهم وشريكه بأربع مائة وخمسة وتسعين .

( وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان فيضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده ) أي عنـد أبي يوسف ، لانه تبين الاستحقاق والقسمة

والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فتنفذ البيع فيـــه، وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه . قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة

---

كانت فاسدة ( والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك ) هـــذا جواب لمن يقول ينبغي أن ينقض البيع ، لانه بناء على القسمة وهي فاسدة فيفسد ما بنى عليه فليسترد الشريك البائع ما باع ، ويجمع النصيب الذي في يد الآخر ويقسم ثانياً ، فأجاب بأن القسمة في معنى البيع من حيث أنهـــا مبادلة فكانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض في البيع الفاسد ( فتنفذ البيع فيه ) لاتصال القبض ( وهو مضمون بالقيمة فيضمن النصف نصيب صاحبه ) لتعذر الوصول إلى عين حقه لمكان البيـع فيضمن نصف صاحبه .

( قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة ) أي قال المصنف ذكر هذه المسألة تفريعاً على مسألة القدوري وهي من مسائـل الأصل ، ولكن كان ينبغي أن لا يذكر في أول المسألة لفظ قال لأنه لم يذكر هذه المسألة في البدايـة . وقوله دين لا تفاوت فيه بين أن يكون قليلاً أو كثيراً ، وبــه صرح الحاكم في الكافي والكرخي في مختصره ، إلا أن يكون للميت مال ما سوى ذلك بيع بالدين وأبعدت القسمة . وقوله رد القسمة ، أي إذا لم يرد الورثة الدين ، إما لراد وإلا ترد،لأن حق الغرماء في مالية الشركة لا في عينها ، وبه قال مالك . وقال الشافعي إن قلنا أن القسمة تمييزاً لحقين لم تبطـل القسمة ، وإن لم يقبض الدين بطلت القسمة . وإن قلنا بيع الشركة قبل قضاء الدين ففيه قولان ، وفي قسمتها قولان . وفي الذخيرة لو ظهر وارث آخـــر وموصى له بالثلث أو الربع أو ما أشبه ذلك وردت القسمة لأنه ظهر أن في الشركة شريكاً آخر قد اقتسموا دونه . وكذا لو ظهر الموصى له بالألف المرسلة ، أي إذا قالت الورثة بحق ينقص حـــق الغرماء وحق الموصى له بالألف المرسلة .

أما في الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك ، لأن حقهما في عين الشركة فلا ينفك إلى مالك آخر إلا برضاهما ، وحق الغريم والموصى له بالألف المرسلة الى

لأنــــه يمنع وقوع الملك للوارث ، وكذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم

المالية لا في عين الشركة ، وفي ذلك قال الوارث في التركة سواء . ولهذا قالوا لو كان مال آخر لم يدخل في القسمة ليس للغريم والموصى له بالألف المرسلة حق بعض القسمة ، بل يعطى حقهما منه .

واختلف أصحاب مالك في ظهور وارث آخر وموصى له بالثلث قال ابن القاسم وان كانوا عالمين بوارث آخر لا تصح القسمة ، وإن لم يكونوا عالمين والشركة عين أخذ من كل ما يتويه ، وقال عبد الملك وأشهب القسمة جائزة في الوجهين وله الخيار إن شاء أجـاز القسمة وأخذ ما تنويه من كل ، وإن شاء رد القسمة فيجمع سهمه في محل إذا كانت التركة دارين ، وان كانت أكثر استرد القسمـــة . واذا كان في التركة دين وطلبوا من القاضي القسمة والقاضي يعلم بالدين وصاحب الدين غائب ، فان كان الدين مستغرقاً الدين لا يقسم القاضي ، لأنه لا ملك لهم فى الشركة ، فان كان غير مستغرق فالقياس أن لا يقسمهــا أيضاً ، لأن الدين سائل لكل جزء من أجزاء التركة ، حتى لوهلك جميع التركة إلا مقدار الدين كان ذلك لصاحب الدين ، وهذا القياس قول أبي حنيفـة « رح » ولكنه استحسن وقال قلما يخلو تركة عن دين يسير ويستحب أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة ، فالأحسن أن ينظر للفريقين فيقف من التركة قدر الدين ويقسم الباقي مراعاة للحقين وفيه نظر للميت من حيث أن وارثه يقوم بحفظ مانصيبه من ذلك ، فليس يكون مضموناً عليه ما لم يصل إلى صاحب الدين حقه مالا يأخذ كفيلاً بشيء من ذلك مثله هذا قول أبي حنيفة .

أما عندهما يأخذ كفيلاً وان لم يكن الدين معلوماً للقاضي عن الدين ، فاذا قالوا لا دين فالقول لهم ويقسم القاضي تمسكهم بالأصل وهو فراغ الذمة عن الدين ، ولو ظهــــر دين نقض القسمة لأن أوانها قضاء الدين ، كذا في المبسوط والذخيرة .

( لانه يمنع ) أى لان الدين يمنع ( وقوع الملك للوارث ) وقد ذكرنا مستقصى ( و كذا إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة ) شائعاً فلا يجوز التصرف كالمرهون ( إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء ما قسم ) استيفاء من قوله ردت القسمة ، يعني

لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفـــاء حقهم . ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة ، لأن المانع قد زال . ولو ادعى أحد المتقاسمين دينـــاً في التركة صح دعواه ، لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة

---

إذا بقي في التركة بعد القسمة بشيء يوفى به الدين فلا ترد القسمة ( لانه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ) لان المانع عن القسمة قيام حق الغريم ، فإذا وصل إليه حقه زال المانع من نفوذ القسـمة .

( ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة ) أي وكذا لا يرد القسمة لانه لا حاجة إلى نقض القسمة إذا أبرأ الميت غرماءه بعد القسمة ( أو أداه ) أي دين الغرماء حق ( الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط) أي وسواء كان الدين محيطاً بالتركة أو لم يكن (جازت القسمة ، لان المانع قد زال ) وهو قيام الدين .

فإن قلت ما الفرق بين هذا وبين ما إذا ظهر موصى له بالثلث . قلت أنه شريكه في التركة وقد اقتسموا بدونه فلا تصح القسمة ، كما إذا استحق شيء شائع في التركة ، فان القسمة باطلة كذلك هاهنا . والفقه فيه انا نعتبر الانتهاء في المسألتين بالابتداء ، وفي ابتدائها إذا قسموا التركة وأعطوا حق الموصى له بالثلث من مالهم لم يكن لهم ذلك إلا برضاه ، لان حقه في عين التركة ، فاذا أرادوا أن يعطوه من مالهم فقد قصدوا شـــراء نصيبه من التركة فلا يصح إلا برضاه فكذلك في الانتهاء ، وقد مر تحقيقه آنفاً

( ولو ادعى أحـــد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه ) ذكر تفريعاً على مسألة القدوري قيد بقوله ديناً ، لانه لو ادعى عيناً من أعيان التركة بأي سبب كان بالشراء والهبة أو غيرهما فلا يقبل دعواه كما يجيء عن قريب ، إذ الدين لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها وهي المالية ، ولهذا للورثة حق إيفاء الدين من مال آخر ، واستخلاص التركة لا تقسم فلم يكن الاقدام على القسمة إقراراً بعدم الدين ، أشار إليه بقوله ( لانه لا تناقض دعواه ، إذ الدين يتعلق بالمعنى ) أي بمعنى التركة وحق المالية ( والقســمة تصـــادف

تصادف الصورة . ولو ادعى عيناً بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

( فصل في المهايأة )

---

الصورة ) أي صــورة التركة ، وشــرط التناقض اتحاذ المحل ، وهاهنا قد اختلف المحل فلا يتناقض .

( ولو ادعى ) أحد المتقاسمين ( عيناً ) من الأعين في التركة ( بأي سبب كان ) من الشراء والهبة أو نحوهما ( لم يسمع ) دعواه ( للتناقض اذ الإقدام على القسمة اعتراف )أي اقرار منه ( بكون المقسوم مشتركاً ) ودعواه بعد ذلك دعوى بفساد القسمة ، إذ القسمة فيه باطلة متى كانت العين له ، وبين دعوى الفساد والإقرار بالصحة للتناقض فـلا يسمع . وفي الذخيرة أقر رجل أن فلاناً مات وترك هذه الدار ميراثاً ولم يقل لهــم أو لورثته ثم ادعى بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث أو ادعى دينا عليه أن يقبل . ولو قال ترك ميراثــاً لورثته بعد ذلك أنه أوصى له بالثلث أو ديناً عليه أو لهم ، المسألة بحالها لا تقبل ، لأنــه لما قال لهم أو لورثته كان إقرار بأن لا دين عليه ولا حق لغيره، فبعد ذلك دعوى الوصية أو الدين يتناقض .

وفي الشامل اقتسمت الورثة وأراد فيهم امرأة الميت ثم ادعت بعد القسمــة مهراً على زوجها وإقامة البينة تنقض بالقسمة ، وكذلك الوارث لو ادعى ديناً ، لأن المهر لا يتعلق بعين التركة بل بمعناها ، فلم يكن بالإقدام على القسمة مقرة بأن لا حق لها .

## ( فصل في المهايأة )

لما ذكر قسمة الأعيان شرع بقسمة الأعراض وهي لغة مشتقة من الهيئة وهي الحــالة الظاهرة للمتهيء للشيء ، هاهيأها هي مهايأة ، ومنه التها يؤ وهو أن يتواضعوا على أمــر فيتراضوا به وفي الحقيقة أن يتراضوا بهيئة واحدة ، يعني الشريك منتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الآخر ، وقد تبدل الهمزة ألفاً. وفي عرف الفقهاء هي قسم المنافع.

## المهايأة جائزة استحسانا للحاجة إليه إذ يتعذر الإجتماع على الإنتفاع فأشبه القسمة ،

ومسائل هذا الفصل التي من المسائل الأصل لم يذكرها محمد في الجامع الصغير ولا القدوري في مختصره ، ولهذا لم يذكرها صاحب الهداية في البداية إنما ذكر هاهنا تكثيراً للفوائد .

( المهايأة جائزة استحساناً ) وفي القياس لا يجوز لأنها مبادلة المنفعة بجنسها . وقال في شرح الأقطع قال أصحابنا أن المهايأة في المنافع المشتركة عقد جائز واجب إذا طلب أحد الشركاء . وقال الشافعي «رح» لا يجوز . وقال الطحاوي في اختلاف الفقهاء إني طلبت في ذلك قول الشافعي فلم أجد ظاهراً . مذهبه أن الحاكم لا يجوز أن يجبر على المهايأة. وكذا يذكر أصحاب اليوم . وجه استحسان الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ١٥٥ الشعراء ، وهذا هو المهايأة .

والسنة ما روي أن رسول الله ﷺ خرج إلى غزوة بدر مع أصحابه على نواضح المدينة ليس لهم ظهر غيرها فكان يخرج منهم الثلاثة على البعير الواحد التناوب ليس فيهم فارس غير مصعب بن عمير والمقداد بن الأسود . وروي عن عقبة بن عامر الجهني قال كنا نتناوب في إبل الصدقة على عهد رسول الله ﷺ .

والمعقول وهو أن الأعيان خلقت للانتفاع ، فمتى كان الملك مشتركاً فكان حق الانتفاع مشتركاً أيضاً ، والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد، فيحتاج إليها تكميلاً للانتفاع . ثم التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى . وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين كالدار والأرض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة . وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا ينافي القسمة إلا من حيث الزمان .

( للحاجة إليه ) أي إلى فعل المهايأة ( إذ يتعذر الإجتماع على الإنتفاع فأشبه القسمة ) وهذا الوجه المعقول ، وقد بينا. وكلمة إذ للتعليل قوله فأشبه ، أي فعل المهايأة والتهايؤ القسمة فيما تعذر الإنتفاع بالعين جملة فيقسم ينتفع كل منه بنفسه ، فكذلك الإنتفاع بالمنفعة قد يتعذر جملة يستهمون وينتفع كل منهم بنصيبه ، إذ المقصود من الأعيان الإنتفاع بها

ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة . إلا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب ، ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي ، لأنه أبلغ في التكميل .

---

( ولهذا ) أي ولأجل شبه المهايأة القسمة ( يجري فيه ) أي في المهايأة تأويل جملة التهايؤ ( جبر القاضي كما يجري في القسمة ) إذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره يجبره القاضي كما يجرى ، أي في القسمة عند اتحاد الجنس .

ثم اختلف العلماء في كيفية جوازها . قال بعضهم إن حرب المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتاً يسيراً كما في الثياب والأراضي يعتبر إفرازاً من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة . ولو طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الأصل أجبر على المهايأة . وعند الشافعي لم يجبر، وعنه في وجه يجبر وإن حرب في الجنس المختلفة كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه، حتى لا يجوز من غير رضاهما لما أن المهايأة قسمة المنافع فيعتبر بقسمة الأعيان وقسمة العين اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف . وفي الجنس المتحد إفراز من وجه مبادلة من كل وجه كما بينا فلا ينفرد أحدهما بالقسمة ، ولكن أجبر عليه بطلب أحدهما ، لأن التفاوت يسير ، وكذا في قسمة المنافع . وقيل إن المهايأة في الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتاً يسيراً يعتبر إفرازاً من وجه عارية من وجه ، لأن المهايأة جائزة في الجنس الواحد . ولو كانت مبادلة من وجه لما جازت في الجنس الواحد لأنها تكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم النساء والأول أصح.

( إلا أن القسمة أقوى منه ) أي من التهايؤ ( في استكمال المنفعة لأنه ) أي لأن القسمة والتذكير باعتبار القسم ( جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب ) يعني يقع شيء منها عقيب شيء ( ولهذا ) أي لكون القسمة أقوى ( لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل ) أي ولأن القسم أبلغ في تكميل المنفعة لما ذكر أنه جمع المنافع في زمان واحد .

ولو وقعت فيمـــا يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطـل المهايأة لأنـــه أبلـغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهمـا ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستئنافه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الإستئناف . ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هـــذا طائفة ، وهذا طائفة أو هذا علوها ، وهذا سفلها جائز ، لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ،

---

( ولو وقعت ) أي المهايأة ( فيا يحتمل القسمة ثم طلب أحدهـما القسمة يقسم ) أي ثم طلب أحد الشريكين القسمة يقسم القاضي ( وتبطل المهايأة ، لأنــه ) أي لأن القسم ( أبلغ ) في تكميل المنفعة . وقال في كتاب الصلح من المسائل ولكل واحـــد نقض المهايأة بلا عذر إذا لم يرد التعنت ، لأنه بمنزلة العارية وورثتهما بمنزلتهما. وقال في الكفاية طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم وفسخ المهايأة ، لأنه الأصل القسمة .

( ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما ، لأنه لو انتقض لاستئنافه الحاكم ) بجواز طلب الورثة المهايأة ( ولا فائدة في النقض ثم الاستئناف ) أي فحينئذ فلا فائـــدة في نقض المهايأة ثم إعادتها ( ولو تهايئا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة ) أي ناحية من الدار ( وهذا طائفة ) أي ناحية أخرى منها ( أو هذا علوها وهذا سفلها ) أي وهذا يسكن علو الدار وهذا يسكن سفلها ( جاز ، لأن القسمة على هذا الوجـــه جائزة ، فكذا المهايأة ) يجوز يجبر الممتنع بطلب أحدهم وبه قال الشافعي ومالك ، وسواء فـي ذلك ذكرت المدة أو لا . وفي المبسوط لو انهدم العلو فلصاحبه أن يسكن مـع صاحب السفل ، لأنه إنما رضي بسقوط حقه في السفل بشرط سلامة سكن العلو فلم يسلم ، فكان هو على حقه في السفل وورثته في ذلك بمنزلته .

( والتهايؤ في هذا الوجه ) وهو أن يسكن في هـذا جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر في زمان واحد(إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ) يعني جمع القاضي

ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه .

ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً وهـذا يوماً جاز ، وكذا هذا في البيت الصغير ، لأن المهايأة قد تكون فى الزمان وقد تكون من حيث المكان والأول متعين ها هنـا .

---

بها جمع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت سابعة في ثلثين ، وكـذلك في حق الآخر ، وبهذا إيضاح لكونها إفراز لا مبادلة ( ولهذا لا يشترط فيه التوقيت ) يعني لو كانت مبادلة يشترط فيها بيان المدة لأنها تعتبر حينئذ إجارة ، وهذه الإجارة فاسدة لأنها تكون إجارة السكنى ( ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة ) أي ولكل واحد من المتهايئين أن يأخذ بحدوث المنافع على ملكه ، احترز بهذا القيد عن قول أبـي علي الشافعي فإنه قال لو تهايئا بالسكنى ولم يشترط الإجارة لم يملك كل واحد منها إجـارة منزله . وقال شمس الائمة ظاهر المذهب أنه يملك الإجـارة ( شرط ذلك في العقد أو لم يشترط ) كذا في الذخيرة .

فإن قلت المنافع في العارية يحدث على ملك المستعير ، ومع هذا لا يملك الإجـارة . قلت لجواز أن يسترده ( لحدوث المنافع على ملكه ) المعير قبل مضي المدة فلا فائدة .

( ولو تهايئا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوماً ، وهذا يوماً ) أي ويخدم هـذا يوماً ( جاز ) أى التهايؤ . واحترز بالعبد الواحد على التهايؤ على غلة العبد الواحد، فإنه لا يجوز بالإتفاق بيانه فيها،ذكر شيخ الإسلام الاسبيجابي في كتاب الصلح من الكافي ، والتهايؤ في خدمة العبد الواحـد والعبدين جائزة . وفي الكيسانيات في العبدين ينبغي أن لا يجوز أيضاً هاهنا عند أبي حنيفة اعتباراً برقبتهما .

( وكذا هذا في البيت الصغير ، لان المهايأة قد تكون فى الزمان ) بأن يسكن هذا يوماً وهذا يوماً ( وقد تكون من حيث المكان ) بأن يسكن هذا طائفة وطائفة(والاول متعين هاهنا ) معنى التهايؤ فى الزمان متعين فىالبيت الصغير ولم يذكر أن هذا إفراز أو

ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا ، لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل ، فلما اختلفت الجهة لا بد من الإتفاق . فإن اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة ، ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر

---

مبادلة ، لانه عطفه على صورة الإفراز وكان معلوماً (ولو اختلفافي التهايؤ من حيث الزمان والمكان) بأن يطلب أحدهما التهايؤ من حيث الزمان والآخر من حيث المكان أو من حيث الزمان فقط ، فهو أن يطلب أحدهما أن يسكن جميع الدار شهراً وصاحبه بشهر آخر أو من حيث المكان فقط فهو أن يطلب أحدهما أن يسكن فى مقدمها وصاحبه (فى محل يحتملهما) أي يحتمل التهايؤ من حيث الزمان ، والتهايؤ من حيث المكان ، كالدار مثلاً . قيد به إذا كان في محل لا يحتملها كالبيت الصغير مثلا فإنه لا يكون التهايؤ إلا من حيث الزمان فقط .

(يأمرهما القاضي بأن يتفقا ، لان التهايؤ في المكان أعدل) لان كل واحد ينتفع في زمان واحد من غير تقديم لأحدهما على الآخر (وفي الزمان أكمل) لأن كل واحد ينتفع بجميع الدار في نوبته ، وفي المكان ينتفع بالبعض (فلما اختلفت الجهة) وهو الزمان والمكان (لا بد من الإتفاق ، فان اختاره من حيث الزمان يقرع في البداية نفياً للتهمة) أي لتهمة الميل ، وإنه قيد الإختيار من حيث الزمان ولم يطلق ، لان التسوية في المكان كمكان ممكن في الحال بان يسكن هذا بعضها ويسكن الآخر بعضها . ولو كان المتقدم أحسن وأنفع يمكن أن يجعل في نصيب الآخر من المرافق ما يساوي المقدم ، أما التسوية من حيث الزمان فلا يمكن فى الحال إلا أن يمضي مدة أحدهما ثم يسكن الآخر مثل تلك المدة .

(ولو تهايئا في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد) فهذا العبد فاعل لقوله يخدم فيكون مرفوعاً ، وهذا الاول مفعول فيكون محله النصب (والآخر) بنصب الاول

الآخر جاز عندهما ، لان القسمة على هـــذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي ، فكذا المهايأة . وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القـاضي ، وهكذا روي عنـه لانه لا يجري فيـه الجبر عنده والاصح أنـه يقسم القاضي عنده أيضاً ، لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت ، بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت فاحشاً على ما تقـدم . ولو تهايئا فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخـذه جاز

---

ورفع الثاني أي ويخدم الشريك الآخر العبد ( الآخر جاز عندهما ) أي عند أبى يوسف ومحمد وبه قالت الثلاثة ( لان القسمه على هذا الوجـــه جائزة عندهما جبرا من القاضى وبالتراضى ، فكذا المهايأة ) أي فكذا يجوز المهايأة وقد مر أنها تجوز أن قسمة الرقيق جبراً ، والمهايأة من أهل القسمة .

( وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي ) أي قال بعض المشايخ عنه فكذا على قياس قوله ( وهكذا روي عنه ) أي كما قال بعض المشايخ روى عنه الخصاف رحمه الله . وقال الأترازي يعني روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أن التهايؤ على خدمة العبدين لا يجوز وظاهر الرواية على خلاف ذلك ( لأنه لا يجري فيه الجـبر عنده ) لأن الشأن لا يجري في القسم الجبر عند أبي حنيفة ( والأصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) لأن معنى قول أبي حنيفة ، أن الدور لا تقسم أنه لا يفعل القاضي ، فإن فعله جاز،فعلى هذا يجـوز القسمة في الأصول ، فكذا في المهايأة ، وإلى هذا قال الكرخي ( لأن المنافع من حيث الخدمـة قلما تتفاوت ) لأن الإستخدام مما لا يدوم انه مبنى على المسامحـــة والمساهلة ، فيكون منافع العبد متقاربة .

( بخلاف أعيان الرقيق ، لأنها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقـدم ) في القسمة ( ولو تهايئا فيهما ) أي ولو تهايأ الشريكين في العبدين ( على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز

استحساناً للمسامحة في إطعـــام المماليك ، بخلاف شرط الكسوة لأنه لايسامح فيها. ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز ويجبر القاضي عليه . وهذا عندهما ظاهر ، لان الدارين عندهما كدار واحدة . وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر

---

استحساناً للمسامحة في إطعام المماليك، بخلاف شرط الكسوة ، لأنه لا يسامح فيها ) قال في الشامل تهايئا فيعبدين علىأن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جـــاز استحساناً ، لأنه يستفتح أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره . ولو تهايئا على أن يكون لكل واحد كسوة ما في يده لا يجوز ، لأن كسوتها عليهما ، فيكون كل واحـد مشترياً نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذي في يده فانه مجهول فلا يجوز .

(ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد منهما داراً جاز) بالإتفاق (ويجبرالقاضي عليه ) أي على التهايؤ في الدارين إذا امتنع أحدهما ( أمـــا عندهما فظاهر ، لأن الدارين عندهما كدار واحدة ) أى أما عند أبي يوسف ومحمد فظاهر ، لأن قسمة الدارين في هذا المثال تصح ، فكذا التهايؤ . وكذا عند أبي حنيفة ، لأن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازاً كالأعيان المتقاربة .

( وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة ) وهو قول الكرخي ، فإنـه قال لا يجبر عند أبي حنيفة . قال في الفتاوى الصغرى وذكر الكرخي هذا إذا تراضيا عليه ، أمـا عند طلب أحدهما فالقاضي لا يجبر عند أبي حنيفة ، لان عنده قسمة الجبر لا يجري في الدور ، فكذا في القسمة بطريق التهايؤ .

( وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلاً بالجبر ) أي من القسمة والتهايـؤ في أكثر النسخ فيه ، أي في سكنى الدارين قوله أصلاً ، يعني مطلقاً ، يعنى لا بالجـــبر ولا بالتراضى ، وهذه رواية الكيسانيات . بيانه فيها قال شيخ الإسلام الاسبيجابى في شرح الكافي فكذلك التهـايؤ في الدارين على السكنى إذ الغلة جائزة . وذكر في الكيسانيات

لما قلنا، وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى. بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز. وجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي، ويعتبر إفرازاً اما يكثر التفاوت في أعيانهما فاعتبر مبادلة. وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الأعيان. وله أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين حاذق

---

عن أبى حنيفة أنه لا يجوز، لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وقسمة العين في الدارين عنده لا يجوز باعتبار التفاوت، إلا أن ثمة يجوز بالتراضى لانه بملك ينعقد تمليكاً عند ذلك، وتمليك الدار جائز، وهذا ينعقد تمليك السكنى بالسكنى وذلك باطل ( لما قلنا) أشار به إلى قوله اعتباراً بالقسمة ( وبالتراضى ) عطف على قوله بالجبر (لانه بيع السكنى بالسكنى ) أي لان التهايؤ في الدارين بيع السكنى بالسكنى وذلك باطل.

( بخلاف قسمة رقبتهما ) أي حيث يجوز قسمة رقبة الدارين (لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز ) أي بعض أحد الدارين ببعض الدار الآخر ( وجه الظاهر) وهو أن يجبر القاضى عليه عند أبى حنيفة ( أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضى، ويجري فيه جبر القاضى ويعتبر إفرازاً ) أي يعتبر التهايؤ هذا إفرازاً أو تمييزاً، هذا جواب عما روي عن أبى حنيفة أنه لا يجوز ( اما يكثر التفاوت في أعيانهما ) أى في أعيان الدارين، وهذا التركيب غير مرض عند النحاة على ما لا يخفى، ولكن التقدير أما التفاوت فيكثر في الاعيان فافهم ( فاعتبر مبادلة ) فلا يجري فيها الجبر، بخلاف الإفراز ( وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز اعتباراً بقسمة الاعيان ) فكما يجوز قسمة الدواب من جنس واحد رقبة، فكذا يجوز منفعة.

(وله) أى ولابى حنيفة ( أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق )

وأخرق ، والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا . بخلاف العبد لأنه يخدم باختياره فـــلا يتحمل زيادة على طاقتـــه ، والدابة تحملها . وأما التهايؤ في الإستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبـــد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز . وجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الإستيفاء

---

أى فإن الراكبين بين ماهو حاذق بصنعة الركوب ( وأخرق ) أى وبين أخرق، أى جاهل بها وهو أفعل من خرق يخرق من باب علم يعلم ، ويقال هو من باب فعل يفعل بالضم فيهما ومصدره خرق بفتحتين ، والأخرق ضد الرفيق ، والاخرق الاحمق (والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف) أي الخلاف المذكور، فعنده لايجوز خلافاً لهما ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله أن الإستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين .

( بخلاف العبد) أى بخلاف التهايؤ في خدمة العبد حيث يجوز (لانه يخدم باختياره) ويسأله على سمط واحد (فلايتحمل زيادة على طاقته ) أى لان يتكلف زيادة على مايطيقه من العمل والخدمة ، فيتحقق الإعتدال في قسمتها ( والدابة تحملها ) على صيغة المجهول ، أى يحتمل الزيادة على طاقتها ، يعني تكلف ويسأل عليها بغير ما في طاقتهـــا والناس متفاوتون فلا يتحقق الإعتدال ( وأما التهايؤ في الإستغلال ) أى طلب الغلة ( يجـــوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية ) لانه في الحقيقة تهايؤ من حيث المنفعة ، لانه لا فرق بين أن يتهايأ سكنى ، ثم يؤاجرها فيأكل غلتها ، وبين أن يتهايأ في الغلة ابتداء .

وذكر محمد في الرقبانيات أنه لا يجوز التهايؤ في الغلة ، لان الغلة إسم الدراهم وهي معدومة الحال، وقسمة المعدوم قبل الوجود لا يجوز إذا كان مما يحتمل القسمة بعد الوجود، بخلاف القسمة في المنفعة ، ولهذا لاتجوز القسمة في غلة واحدة ، كذا في شرح الكافي.

( وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ) بلا خلاف .

( ووجه الفرق ) يعني بين جواز التهايؤ في الإستغلال في دار واحدة وعدمـــه في العبد الواحد والدابة الواحدة ( أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء) أى نصيبي الشريكين

والاعتدال ثابت في الحال ، والظاهر بقاؤه في العقـــار وتغيره في الحيوانات لتوالي أسباب التغير عليهـا فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبـة أحدهما عليها في نوبـة الآخر فيشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل ،

---

يتعاقبان ، يعني أحدهما يكون عقيب الآخر في استيفاء المنفعة ( والإعتدال ثابت فـي الحال ) أى في الحال التي عليها الدار أو العبد ( والظاهر بقاؤه في العقار ) أى بقـــاء الاعتدال في العقار ( وتغيره في الحيوانات ) أى والظاهر تغير الإعتدال في الحيوانات ( لتوالي أسباب التغير عليها )أى على الحيوانات من عروض الآفة والمرض والعجز خصوصاً عند لحوق التعب (فتفوت المعادلة) أى إذا كان كذلك تفوت المعادلة ، لان الإستغلال إنما يكون بالاستعمال ، والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول ، لأن القوى الجسمانية متناهية .

( ولو زادت الغلة) يعني في الدار الواحدة ( في نوبة أحدهما عليها) أى على الغلة التي يكون ( في نوبة الآخر ويشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل ) في المهايأة ، لان مبناها على المعادله كما فى القسمة . وفى الذخيرة أغلت إحدى الدارين دون الاخرى ، وليس للذى لم تغل داره أن يشارك الآخر فى الغلة ، لان الذى أغلت إنمـــا أغلت لنفسه دون شريكه ، فلو أجرها بغير إذن شريكه كانت الغلة كذلك منادية له ، ويكون الغلة كائناً له ، لان الإجارة حصلت بإذن الشريك ، وفي الدار الواحدة إذا تهايئـا في الغلة فأغلت في نوبة أحدهما أكثر فالفصل بينهما لأن معنى الإفراز في القسمة في الدارين أرجح على معنى أن كل واحد يصل إلى المنفعة ، والغلةفي الوقت الذى يصل إليه صاحبه مما يستوفيه كل منهما عوض عن قديم ملكه استوجبه بعقده فيسلم له . وفي الدار الواحدة إذا تهايئا في الاستغلال زماناً فأحدهما يصل إلى الغلة قبل وصول الآخر إليها ، وذلك لا يكون قضية للقسمة فيجعل كل منهما وكيلا عن صاحبه فى إجارة نصيب صاحبه وما يقبضه كل واحد منهما يجعل عوضاً عما يقبضه صاحبه عن قـــديم ملكه استوجبه من عوض

بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاشتغل أحدهما في نوبته زيادة ، لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل ، وهو المنافع فلا تضره زيادة الإستغلال من بعد ، والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية لما بينا ، ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه ، بخلاف الدار الواحدة . والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الإستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول

---

نصيبه ، والمعاوضة تقتضي المساواة ، فعند التوصل يثبت التراجع فيما بينهما ليستويا ، وبه قال الشافعي في قول .

( بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاشتغل أحدهما في نوبته زيادة ) حيث لا يشتركان في الزيادة ( لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل ، وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد ) أي من بعد حصول التعديل في التهايؤ في المنافع ( والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضاً في ظاهر الرواية ) احترز به عن رواية الكيسانيات عن أبي حنيفة أنه لا يجوز كما ذكرنا (لما بينا) أشار به إلى قوله والإعتدال ثابت في الحال . . إلى آخره .

(ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه) أي في الفاضل في المسألة المذكورة (بخلاف الدار الواحدة) حيث يشتركان في الفاضل في غلة الدار الواحدة ( والفرق ) يعني من اشتراكهما في فضل الغلة في الدار الواحدة وبين عدم اشتراكهما في فضل الغلة في الدارين ( أن في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء ) يعني أن كل واحد منهما يصل إلى المنافع والغلة في الوقت الذي يصل إليه صاحبه ، فصار كأن على كل واحد إفراز جميع نصيبه من المنافع في الدار التي هي في يده ، والغلة التي يأخذها بدل المنافع التي ينشأ من نصيبه فيكون له خاصة ، وإن كثرت فلا يجب رد الزيادة.

(وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول ) يعني يصل أحدهما إلى الغلة قبل صاحبه ،

فاعتبر قرضاً ، وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ، فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ، وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتباراً بالتهايؤ في المنافـــع ، ولا يجوز عنده ، لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد ، فأولى أن يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة

---

وذلك لا يكون إلا من قضية القسمة ، فان كان كذلك ( فاعتبر قرضاً ) أي اعتبر نصيب صاحبه من الغلة قرضاً ويكون هو مستقرضاً ( وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ) يقبض نصيبه من الغلة بطريق القرض لنفسه ( فلهذا يرد عليه حصته من الفضل ) أي فلأجل كونه كالوكيل يرد على صاحبه حصة من فضل الغلة .

( وكذا يجوز في العبدين عندهما ) أي وكذا يجوز التهايؤ في استغلال العبدين عند أبي يوسف ومحمد ، وبه قالت الثلاثة ( اعتباراً بالتهايؤ في المنافع ) أي قياساً على التهايـــؤ في المنافع في العبدين ( ولا يجوز عنده ) أي عند أبي حنيفة ( لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه ) أي من التفاوت ( من حيث الزمان في العبد الواحد ) لأنه قد يكون في عبد واحد كياسة وحداقة يحصل في شهر واحد من الغلة ما لا يحصل الآخر في سنته ( فأولى أن يمتنع الجواز ) أي جواز استغلال العبدين . تقريره أن التهايؤ في استغلال العبد الواحـــد لايجوز بالإتفاق ، ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز .

فإن قلت معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين ، لأن كل واحد فيهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها في صاحبه ، فكان كالمهايأة في الخدمـــة . قلت التفاوت يمنع رجحان معنى الإفراز ، بخلاف معنى الخدمة لمـــا بينا أن المنافع من حيث الخدمة ، قلما تتفاوت .

( والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ) جواب عن قياس قولهما على المنافع ، تقريره أن المهايأة في الخدمة جوزت ضرورة ، لأن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها على ما يفسرهـــا المصنف عن قريب ( ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينـاً ) فيستغلان على

لإمكان قسمتها لكونها عيناً . ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والإستقصاء في الإستغلال فلا يتقاسان . ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما . والوجه ما بيناه في الركوب . ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها

---

طريق الشركة ثم يقتسمان ماحصل من الغلة . ولقائل أن يقول علل التهايؤ في المنافع بقوله من قبل ، لأن المنافع من حيث الخدمة فلا تتفاوت ، وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة ، وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص ، وهو باطل . ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل ثمة هذا التعليل كان علة جواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً ، لأن كل واحد منهما علة مستقلة .

وقال الكاكي قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة جوامع اشكال يرد عليه قوله ، لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر إلى آخره . فإن قيل لو كان كذلك لما جاز في الاستخدام وحيث يجوز التهايؤ في الاستخدام العبد الواحد بالاتفاق في جميع التفاوت في العبدين على الأصح على ما مر فقال في جوابه ، والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورته إلى آخره . وما ذكرناه أصوب على ما لا يخفى كما ذكره ، كذا المحقق تاج الشريعة ، وتبعه صاحب العناية .

( ولأن الظاهر ) وجه آخر لإبطال القياس بيانه أن الظاهر ( هو التسامح في الخدمة والاستقصاء ) يعني المتضايقة (في الاستغلال فلا يتقاسان ) يعني ولا يقاس أحدهما على الآخر ( ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما ) أي لا يجوز التهايؤ على الاستغلال في الدابتين عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ومحمد ( والوجه ما بيناه في الركوب ) أي الوجه في هذه المسألة ما بيناه في الركوب ، وهو قوله اعتباراً لقسمة الأعيان .

( ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايئا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها ) أي يأخذ ثمرها نماء في النخل والشجر (أو يرعاها ويشرب ألبانها) في الغنم ونحوها

لا يجوز ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنهـــا لا تبقى ، فيتعذر قسمتها ، وهـــذه أعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها .

والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز ، والله أعلم بالصواب

---

كالإبل والبقر ( لا يجوز ، لأن المهايأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتهـــا ، وهذه أعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها ) فلا يتحقق الفرز ، فلا يجوز .

وإن قيل يشكل بما إذا تهايئا في ألبان جاريتين مشتركتين بينهما على أن ترضع هـــذه ابن هذا ، والأخرى ابن الآخر سنتين حيث لا يجوز ذكره في الذخيرة ، مع أن اللبن عين . وأجيب بأن ألبان بني آدم بمنزلة المنافع ، لأنها لا قيمة لها إلا عند العقد بطريق التبعيـة فتحقق الضرورة كما في الخدمة . أما ألبان الحيوانات أعيان ولها قيمة بلا عقد ، فلا تجوز المهايأة فيها . وفي الذخيرة أمة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال أحدهما عندك يوماً وعندي يوم . وقال الآخر بل نضعها على يد عدل يجعل عند كل واحد منهما يوماً ولا توضع عند يد عدل ، قال مشايخنا يحتاط في باب الفروج في جميع المواضع إلا في هذا ، فإنه لا يحتاج لحشمة ملكه .

( والحيلة ) هذا قول المصنف أي الحيلة في جواز التهايؤ في الصورة المذكورة ( أنـــه يبيع حصته من الآخر ) أي يبيع حصته من الشجر أو الغنم من الشريك الآخر ( ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته ) أي ثم أن يشتري كل الشجر أو الغنم فيجعل لكل واحد منهما ما تناوله لأنه حصل الثمر أو اللبن على ملك المشتري ( أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضاً لنصيب صاحبه ) من الحليب كل يوم إلى مدة معلومة إذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفعه في هذه المدة وبعضه مما اقترضه في المـــدة الماضية ، ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكياله في المدة حتى يتحقق المساواة في الاستيفاء ولا يكون الربا لأن اللبن يزيد وينقص في المدة و كذا المهايأة .

( إذ قرض المشاع جائز ) تعليل الوجه الثاني . وقال في قسم المســـائل في المبسوط

تهايئا في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هـــذا ، والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها لا يجوز ، لأن اللبن بينهما ، والعلف عليهما فيكون كل واحد مشترياً نصف لبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه ، واللبن يزيد وينقص والعلف مثله فلا يجوز . وفي الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن يكون عند كل واحـــد منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنا ،فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن لأحدهما وإن جعـــلا في حل أن يسلك صاحب الفضل فضله ثم جعله صاحبه في حل فحينئذ يحل ، لأن الأول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز ، والثاني هبة الدين وإنه يجوز ، وان كان مشاعاً ونقله عـــن قسمة الواقعات ( والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب).

★ ★ ★

# كتاب المزارعة

## قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة .

---

### ( كتاب المزارعة )

قال الشراح لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع مايقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها . قلت لما ذكر في القسمة كيفيتها في الأراضي ذكر عقبها ما هو المقصود الأعظم من الأرض وهي المزارعة .

( قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه المزارعة بالثلث والربع باطل ) هـذا لفظ القدوري ، وبه قال الشافعي ومالك . وفي الحلية لايجوز المزارعة على بياض أرض الشجر فيها والمزارعة والمخابرة ، وبه قال أبو حنيفة وهو قول مجاهد والنخعي وعكرمـة وابن عباس في رواية . ومن أصحابنا من قال المزارعة غير المخابرة ، فالمخابرة أن يكون من رب الأرض ومن الآخر البذر والعمل . والمزارعة أن يكون الأرض والبذر من واحد والعمل من آخر . وفى السنن يجوز المزارعة على الأرض التي بين النخيل المساقاة على النخيل ومزارعة على الأرض . فيكون البذر من صاحب الأرض تبعاً للمساقاة .

وقيل إن كان النخيل قليلاً والبياض كثيراً لم يجز . وفى النهاية وكـذا المعاملة لا يجوز عند أبى حنيفة ببعض الخارج ، وعند مالك لا يجوز دفع الأرض مزارعة إلا تبعاً للكروم والاستئجار . وشرط التبعية عنده أن يكون الأصل ضعف التبع لأنـه تحقق التبعية ، كذا فى المختلف . وقال الشافعى يجوز المزارعة تبعاً للمساقاة على الأرض التي بين النخيل ، ولا يجوز مفردة ، ولا يجوز حتى يكون من رب الأرض البذر والعـذر ، ومن المعاملة العمل ، كذا فى شرح الأقطع . وقال الحربى من أصحاب أحمد فى مختصره ويجوز المساقاة فى النخل والكرم والشجر بشىء معلوم يجعل للعامـل من الثمرة . ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم .

ويجوز المزارعة ببعض الخارج من الأرض إن كان البذر من رب الأرض ، انتهى . وإنما قيد بالثلث والربع مع أنها لا تجوز عند أبي حنيفة في جميع الصور تبركاً بلفظ الحديث ، وإنه جاء في الحديث نهى عن المخابرة . قيل وما المخابرة قال بالثلث والربع ، وخص بالحديث ذلك المكان في ذلك الوقت إذ قال ذلك لبيان التقدير إذ تغير بيان التقدير المزارعة فاسدة بالإجماع . وذكر الخصاف في كتاب الحيل الحيلة في جواز المزارعة على مذهب أبي حنيفة فقال الحيلة في جواز المزارعة أن يأخذها مزارعة ثم يتنازعا إلى قاض يرى المزارعة جائزة فيحكم بجوازها عليها فيجوز ذلك إذا قضى قاض عليها بأبعاد هذه المزارعة فيجوز إقرارهما بالمزارعة عليهما ، انتهى .

وقال الإمام الأسبيجابي في شرح الطحاوي ثم الحيلة لأبي حنيفة في جواز المعاملة والمزارعة أن يستأجر العامل بأجرة معلومة إلى مدة ، فإذا انقضت تلك المدة استوجب الأجرة سواء حصل هناك خارج أو لم يحصل ، ثم يتراضيا على بعض الخارج مكان الأجرة فيجوز ذلك ، فكذلك هنا في المزارعة .

( اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع ) قد علم أن باب المفاعلة للمشاركة بين اثنين كالمنازعة والمخاصمة . وقال ابن الحاجب وفاعل يشبه أصله إلى أحد أمرين متعلقاً بالآخر للمشاركة صريحاً فيجيء العكس ضمناً نحو ضاربه وشاركه ، فإن ذلك يدل صريحاً على نسبة الضرب إلى نفسك متعلقاً بالآخر ، وضمناً على نسبته إلى الآخر متعلقاً بك ، ولأجل ذلك جاء غير المتعدي إذا نقل ذلك إلى هذا الباب متعدياً نحو لازمة فإن أصله لازم ، وقد تعدى هاهنا .

وقوله من الزرع يسير به إلى ثلاثية زرع يزرع زرعاً ، يقال زرع أهله الحب إن أنبته ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿ أفرأيتم ما تحرثون ، ءأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون ﴾ ٦٣ الواقعة ، وقولهم زرع الزراع الأرض بمعنى حرثها ، وذلك أن يسندها للزراعة من إسناد الفعل إلى السبب فجاز ، والزرع بما يستنبط بالبذر . والمزارعة مفاعلة منه وهي معاقدة بين اثنين ، وذلك أن يدفع الارض إلى من يزرعها على أن الخارج منها بينهما على

وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة « رح » . وقالا جائزة لمـــا روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ،

---

ما شرطا ، وكذا معناها الشرعي ، أشار إليه بقوله :

( وفي الشريعة هى عقد على الزرع ببعض الخارج ) يعني هي عقد على الزراعة ببعض ما يخرج من الارض نحو الثلث والربع ( وهي فاسدة عند أبي حنيفـــة ) أي الزراعة فاسدة عنده وقد ذكرناه .

( وقالا جائزة ) أي قال أبو يوسف ومحمد جائزة ، وبــه قال أحمد إذا كان البذر من صاحب الارض وكثير من أهل العلم ، وهو قول علي وسعد بن مسعود . وقـــال أبو بكر وعلي وعمر بن عبد العزيز وإبن سيرين وإبن المسيب وطاووس وعبد الرحمن بن الاســـود وموسى بن طلحـــة والزهري وعبد الرحمن بن أبى ليلى وابنه محمد ومعاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد رضي الله تعالى عنهم ( لما روي أن رسول الله ﷺ عامل أهـل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا النسائي عن نافع عـــن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع . وفي لفظ لما فتحت خيبر سأل اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهـــم على أن يعملوا على نصف ما يخرج منها من الثمر والزرع ، فقال رسول الله ﷺ نقركم فيها على ذلك ما شئنا ، ذكره البخاري في مواضع مـــن كتابه ومسلم وأبو داود في البيوع والترمذي وإبن ماجة في الاحكام .

وقال البخاري في الصحيح قال قيس بن مسلم على أبي جعفر قال ما بالمدينة أهـــل بيت هجرة إلا ويزرعون على الثلث والربع ، وبالزرع قال علي وسعيد بن مالك وعبـد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين . وقال عبد الرحمن بن الاسود كنت أشارك عبد الرحمن بن يزيد في الزرع . وعامل عمـــر الناس على أن من جاء بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم هكذا ، وقال الحسن لا بأس أن تكون الارض لاحدهما فيقعان جميعاً في خراج فهو بينهما ، وروي ذلك

ولأنه عقد شركة بين المـــال والعمل فيجوز اعتباراً بالمضاربة ، والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوى عليه لا يجد المال ، فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما ، بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد

---

عن الزهري ، وقال الحسن لا بأس أن يعطى القطن على النصف .

وقال ابراهيم وابن سيرين وعطاء والحاكم والزهري وقتادة لا بأس بأن يعطى بالثلث والربع ونحوه حدثني ابراهيم بن المنذر وقال حدثنا أنس بن عياض عن عبيد الله بن نافع أن عبد الله بن عمر أخبره أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج فيهـا من زرع أو تمر ، وكان يعطي أزواجه مائـــة وسق ثمانون وسق وعشرون وسق شعير ، إلى هنا لفظ البخاري .

وقال أيضاً فيه حدثنا علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال عمرو قلت لطاووس لو تركت المخابرة فانهم يرون أن النبي ﷺ نهى عنه ، قال أبو عمر وفاه في أعظمهم وأعينهـم فان أعلمهم أخبرني ، يعني إبن عباس ، أن النبي ﷺ لم ينـه عن ذلك ، ولكن قال أن يمسح أحدكم أخاه خيراً له من أن يأخذ خرجاً معلوماً .

( ولانه ) أي ولان عقد المزارعة ( عقد شركة بين المال والعمل فيجـــوز اعتباراً بالمضاربة ) فإنها أيضاً عقد شركة بين المال والعمل من المضارب ( والجامع ) أي وجـــه القياس على المضارب ( دفع الحاجة ، فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل ) أي إلى عمـل المزارعة فعدم يدريه بذلك ( والقوى عليه ) بالنصب ، أي وأن القوي على العمل ، أي عمل المزارعة ( لا يجد المال ) لفقره وعدم إعطاء الناس له ( فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما) أي إذا كان الأمر كذلك فقد دعت الضرورة إلى جواز انعقاد عقد المزارعة بين صاحب المال العاجز عن العمل والفقير القادر على العمل .

( بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد ) من حيث لا يجـوز ، وانتصاب معاملة على الحال من الرفع ، وأراد بالزوائـــد الأولاد في الغنم ، والأفراخ في

لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روي أنه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ،

---

الدجاج ، والإبريسم في دود القز . وفي العباب القز من الإبريسم معرب، لأنه قال الكاكي الزوائد على تأويل الزائد . قلت لا حاجة إلى هذا النفي ، بل الضمير فيه للشأن ( لأنه ) أي لأن الشأن ( لا أثر هناك للعمل في تحصيلها ) أي في تحصيل الزوائد، أي لا أثر لعمل الراعي والحافظ في حضور تلك الزوائد ، وإنما هي تحصل بالسقي والرعي ، والحيوان يباشرها باختياره فيضاف ، لأنه فعل فاعل مختار ، ولا يضاف إلى غيره ( فلم يتحقق شركة ) أي إذا كان كذلك فلا تتحقق الشركة بين الرافع والمرفوع ، فلا يجوز . بخلاف المضاربة ، لأن للعمل أثر في الربح فلا يحصل بالضرب في الأرض .

( وله ) أي لأبي حنيفة ( ما روي أنه ﷺ نهى عن المخابرة وهي المزارعة ) هذا الحديث رواه جابر ورافع بن خديج وزيد بن ثابت رضي الله تعالى عنهم . أما حديث جابر فأخرجه مسلم عن عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة والمحاقلة والمزابنة . قال عطاء فسرها لنا جابر قال ما المخابرة قال الأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل فينفق فيها، ثم يأخذ من الثمر والمحاقلة بيع الزرع القائم بالحب كيلاً ، والمزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلاً . واخرجه الطحاوي أيضاً وقال حدثنا فهذا قال حدثنا ابن أبي مريم حدثنا محمد بن مسلم الطائفي أخبرني ابراهيم بن ميسرة أخبرني عمرو بن دينار عن جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة والمزابنة والمحاقلة ، والمخابرة على الثلث والربع والنصف. والمزابنة بيع الرطب في رؤوس النخل بالثمر وبيع العنب في الشجر بالزبيب. والمحاقلة بيع الزرع قائماً على أصوله بالطعام، كذا فسره الطحاوي .

وفي الفائق المخابرة هي المزارعة على الحرة وهي النصف ، وقال أبو عبيد في غريب الحديث المخابرة هي المضاربة بالنصف والثلث والربع وأقل من ذلك وأكثر وهو الخير أيضاً . ثم قال وكان أبو عبيد يقول إنما سمي الأكار الخبير لأنه جابر الأرض ، والمؤاكدة وهي المخابرة ، وقال ولهذا سمي الأكار ، لأنه لو أكر . وقال في مختصر الأسرار قال ابن

ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله ، فيكون في معنى قفيز الطحان . ولأن الأجر مجهول أو معدوم ، وكل ذلك مفسد ، ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح ، وهو جائز

---

الأعرابي المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله ﷺ أهل خيبر ثم صارت لغة مستعملة .

وأما حديث رافع بن خديج فأخرجه مسلم أيضاً عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً ، حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عنه فتركناه .

وأما حديث زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه فأخرجه أبو بكر بن أبي شيبة قال حدثنا عمر بن أيوب عن جعفر بن برقان عن ثابت بن حجاج عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن المخابرة ، قلت وأما المخابرة فهي أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع ، رواه أبو داود في سننه .

( ولأنه ) أي ولأن عقد المزارعة ( استئجار ببعض ما يخرج من عمله ) بدليل أنه لا يصح بدون ذكر المدة ، وذلك من خصائص الإجارة ( فيكون في معنى قفيز الطحان ) وقد نهى ﷺ عن قفيز الطحان ، وقد مر تحقيقه في كتاب الإجارة.وصورته أن يستأجر رجلاً ليطحن له كراً من حنطة بقفيز من دقيقها .

( ولأن الاجر مجهول ) على تقدير وجود الخارج لعدم العلم بأن الثلث أو الربع يتقدر من الاقفزة عشرة أو أقل أو أكثر ( أو معدوم ) على تقدير أن لا يخرج من الارض شيء أو أصابته آفة ( وكل مفسد ) أي كل واحد من العلتين مفسد للإجارة ( ومعاملة النبي ﷺ أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز )هذا جواب عما استدلا به من حديث خيبر ، وتقريره أنها لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة ، بل كانت بطريق الخراج على وجه المن عليهم والصلح ، لان النبي ﷺ ملكها غنيمة ، فلو كان أخذها كلها جاز وتركها في أيديهم بشرط ما يخرج منها فضلاً ، وكان ذلك خراج مقاسمة، وهو

جائز كخراج التوظيف ولا نزاع فيه ، وإنما النزاع في جواز المزارعة والمعاملة وخراج المقاسمة أن يوطن الإمام في الخارج شيئاً مقدار عشراً أو ثلثاً أو ربعاً ويشترك الاراضي على ملكهم مناً عليهم ، فان لم تخرج الارض شيئاً فلا شيء عليهم ، وهذا تأويل صحيح لم ينقل عن أحد من الرواة أنه يضرب في رقابهم أو رقاب أولادهم .

وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ، ومما يدل على أن ما شرط من نصف التمر والزرع،وكان على وجه الجزية أنه لم يرد في شيء من الاخبار أن النبي ﷺ أخذ منهم الجزية إلى أن مات ولا أبو بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما إلا بأن أخذاهم ولو لم يكن ذلك الاخذ حين نزلت آية الجزية والخراج الموظف أن يجعل الإمام في ذمتهم بمقابلة الاراضي شيئاً من كل جريب يصلح للزراعة صاعاً ودرهماً على ما عرف في كتاب السير .

فإن قلت روي أن رسول الله ﷺ قسم أراضي خيبر على ستة وثلاثين سهماً ، وهذا يدل على إنها ما كانت خراج مقاسمة . قلت إنه يجوز أنه ﷺ قسم خراج الارض بأن جعل خراج هذه الارض لفلان، وخراج هذه لفلان . قلت روي أن عمر رضي الله تعالى عنه أجلى أهل خيبر ولم يعطهم قسمة الارض ، فيدل ذلك على عدم الملك . قلت أجاز أنه ما أعطاهم زمان الإجلاء ، وأعطاهم بعد ذلك .

فإن قلت قال ابن قدامة في المغني أحاديث رافع مضطربة تارة يحدث عن بعض عمومته ، ومرة عن سماعة ، وتارة يقول بقوله أخبرني عماد ، فإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب طرحها ، ويعمل بالحديث الوارد في شأن خيبر ، ولان حديثه فسر بما لا يختلف في فساده ، فأنه قال كنا نكري الارض على أن لنا هذه ولهم هذه،فربما خرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم ينهنا ، متفق عليه ، وفي لفظه فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل ولا تعارض. ولان خبره ورد في الكرى بالثلث أو بالربع والنزاع في المزارعة وحديثه الذي فيه المزارعة يحيل على الكرى أيضاً ، لأن قضية واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسيره بما يوافق الآخر .

وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض كربها ولم يخرج شيء فله أجر مثله ، لأنه في معنى إجارة فاسدة ،

---

ولانه لو صح خبره وامتنع تأويله وتعذر الجمع لوجب حمله على أنه منسوخ . وحديث خيبر منسوخ القول نسخه لانه عمل به الخلفاء الراشدون رضى الله تعالى عنهم بعد النبي ﷺ ولا نسخ بعده .

وأما حديث جابر في النهي عن المخابرة يجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع ، فإنه روى حديث خيبر عنه فيجب الجمع بين حديثيه ، ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة بخيبر . وكذا القول في حديث زيد بن ثابت . ولو قال أصحاب الشافعي يحمل أحاديثكم على الارض التي بين النخل ، وأحاديث النبي على الارض البيضاء جمعاً بينهما . قلنا هذا بعيد ، لان خراج خيبر أربعون ألف وسق فينبغي أن يكون بلدة كبيرة ، والرواة رووا القصة على العموم من غير تفصيل ، ولان ما ذكره يفضي إلى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما .

قلت ما ذكره غير مسلم لما ذكرنا أن حديث خيبر لا يدل على جواز عقد المزارعة ، وذلك بطريق الجزية أو خراج المقاسمة . وقوله أن حديث رافع مضطرب غير قوي ، لان الحديث بالإضطراب في ألفاظه يقول مرة كذا ومرة كذا لا يرد . وما قال من النسخ غير صحيح ، لان النسخ نقيض المعارضة . وحديث خيبر لا يدل على المزارعة ، فكيف التعارض . وقوله خارج عن محل الخلاف غير صحيح ، لان الخلاف في النهي لا في الكرى ... شيء معلوم . وفي الجملة جواب كلامه أن حديث خيبر لا يدل على جواز المزارعة لما ذكرنا ، وإنما أوله أصحاب الشافعي على تقدير التسليم لما أن النهي جاء في المزارعة بلفظها صريحاً .

( وإذا فسدت عنده) أي إذا فسد عقد المزارعة عند أبي حنيفة ( فإن سقى الارض كربها ) هذا بيان حكم الفساد فكذلك ذكره بالفاء ، يقال كرب الارض إذا قلبها للحرث والمصدر كرب بالكسر ( ولم يخرج شيء فله أجر مثله ، لانه في معنى إجارة فاسدة) أي لان عقد المزارعة ، وفي شرح الطحاوي فلما لم يخرج عنده كان الخراج كله لصاحب البذر ، فإن كان

وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وإن كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الأرض ، والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، وللآخر الأجر كما فصلنا ، إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها . والقياس يترك بالتعامل كما في الإستصناع

---

البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ، ويطيب له ويتصدق به ، لان ذلك كله إنما ملك ويجب عليه أجر مثل المزارع ، أشار إليه بقوله ( وهذا ) أي الحكم المذكور ( إذا كان البذر من قبل صاحب الارض ) .

( وإن كان البذر من قبله ) أي من قبل المزارع ( فعليه ) أي على المزارع ( أجر مثل الأرض ، والخارج في الوجهين ) يعني في الوجه الذي كان البذر من قبل صاحب الأرض ، وفي الوجه الثاني كانت من قبل الزراع ( لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ) أي ملك صاحب البذر ( وللآخر الأجر ) أي أجر المثل ، والآخر هو رب الأرض أو المزارع ( كما فصلنا ) أشار به إلى قوله إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض ... الخ ، وأما قولهما فإن حصل شيء من الخارج يكون بينهما على الشرط ، وإن لم يحصل فلا شيء على رب الأرض وعلى المزارع ، ولا يلزم ما لو غصب البذر يكون بينهما على الشرط ، وزرع الخارج للزراع لا لصاحب البذر ، لأنه نماء ملكه ، لأن الغاصب هنا عامل لنفسه باحتكاره وكسبه ، فإضافة الحارث وهو الخارج إلى عمله أولى . أما هاهنا فالعامل عامل لغيره بأمره ، فيجعل العمل مضافاً إلى الآمر ، فبقي البذر أصلا . وكما لو وقع البذر بنفسه ونبت كذا في الإيضاح .

( إلا أن الفتوى على قولهما ) أي لكن الفتوى على قولهما أي أبو يوسف ومحمد (لحاجة الناس إليهما ) أي إلى المزارعة (ولظهور تعامل الامة بها ) أي بالمزارعة من لدن زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير ( والقياس يترك بالتعامل ) أي بتعامل الناس ( كما في الاستصناع ) أي كما ترك القياس في الاستصناع لتعامل الناس به .

ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزهـا شروط ، أحدها : كون الأرض صالحة للزراعة ، لأن المقصود لا يحصل دونه. والثاني : أن يكون رب الأرض والمزارع من أهل العقـد ، وهو لا يختص لأن عقداً ما لا يصح إلا من الأهل . والثالث : بيان المدة ، لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل ، والمدة هي المعيار لها لتعلم بها .

---

فإن قلت إنما يترك القياس بالتعامل إذا لم يكن في المسألة اختلاف في الصدر الاول ، وها هنا قد اختلف الصحابة رضي الله تعالى عنهم . قلت الاصح إنعقاد الإجماع مع سبق الإختلاف ، فكان جريان التعامل بعد ذلك إجماعاً على جوازه . وأيضاً إن الإختلاف ما كان لاجل فساد المزارعة . وقدروي عن الطحاوي عن زيد بن ثابت أنه قال يغفر الله لرافع ابن خديج أنا والله أعلم بالحديث منه . وإنما جاء رجلان من الانصار إلى النبي ﷺ قد اختلفا ، فقال ﷺ إن كان هذا شأنكم فلا تكروا الارض ، فعلم أن الكراهية لنفي الشر بينهم ، وكان الطحاوي يرجح قولهما ، وكذا أكثر أصحاب الحديث .

( ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط ، أحدها : كون الارض صالحـة للزراعة ، لان المقصود ) وهو الإنتفاع ( لا يحصل بدونه ) أي دون كون الارض صالحة.

( والثاني : ) أي والشرط الثاني ( أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد ) بأن يكون بالغاً عاقلاً قادراً على التصرفات ( وهو ) أي هذا الشرط ( لا يختص بـه ) أي بعقد المزارعة وحدها ( لان عقداً ما لا يصح إلا من الاهل ) أي لان أي عقـد كان لا يصح إلا ممن يكون أهلا .

( والثالث : ) أي والشرط الثالث ( بيان المدة ، لأنه عقـد على منافع الارض ) إن كان ، ثم إنه ذكر بيان البذر من جانب العامل ( أو منافع العامل ) إن كان البذر مـن جانب الارض ( والمدة هي المعيار لها ) أي للمنافع ( لتعلم بها ) المدة مطلقـاً ، ولم يبين مقداره . ولا شك أن المدة القليلة التي لا تصلح للزراعة لا تصلح لعدم الفائدة ولا مـدة طويلة يقسمان إليها كانت بمنزلة التأبيد ، فلا يصح أيضاً ، ولا بد من ذكر مقدار المـدة .

والرابع : بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة وإعلاماً للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع العامل .

---

وفي الذخيرة ومن الشرائط بيان المدة ، يقول إلى سنة أو سنتين وما أشبه . ولو بين مدة لا يدرك الزرع فيها تفسد المزارعة . وكذا لو بين مدة لا يعيش أحدهما إليها غالباً تفسد أيضاً .

وذكر أبو علي النسفي أن مشايخنا قالوا في الإجارة الرسمية التي تعقد إلى ثلاثين سنة إن كان يتوهم حياة العاقدين إليها غالباً بأن كانا كبيرين أو أحدهما لم تجز ، لأن الغالب كالمتيقن كما في المفقود يحكم بموت أقرانه بحسب الغالب وإن كان في قدرة الله سبحانه وتعالى أن يعيش إلى آخر الدهر . وقال الخصاف وبعض المشايخ أجاز ذلك كما في النكاح إذا بنى مدة سنة ، ولا يصح ذلك في ظاهر الرواية ، ويجعل ذلك بمنزلة نكاح مؤقت . وعن محمد ابن سلمة أن المزارعة تصح بلا بيان المدة ، ويقع على زرع واحد ، واختاره أبو الليث ، وبه قال أبو ثور . وعن أحمد لا يجوز بلا بيان المدة ، لأنها عقد جائز غير لازم . وعند أكثر الفقهاء لازم .

وفي النوازل سئل أبو نصر محمد بن سلام عن رجل دفع أرضاً مزارعة ولم يعين لها وقتاً ، قال على مذهب علمائنا الكوفيين المزارعة فاسدة . وفي قول محمد بن سلمة الإجارة جائزة ، وهو على أول السنه . قال الفقيه وبه نأخذ ، وإنما قال على مذهب علمائنا الكوفيين لأن وقت المزارعة عندهم متفاوت ، فابتداؤه وانتهاؤه مجهول وقت العامل وأجاز المعاملة على أول سنة ، ولم تجز المزارعة . فأما في بلادنا فوقت المزارعة معلوم ، فيجوز وإن لم يوقت كما يجوز المعاملة ، إلى هنا لفظ النوازل .

(والرابع) أي والشرط الرابع ( بيان من عليه البذر قطعاً للمنازعة )لأن المعقود عليه يختلف باختلافه ( وإعلاماً للمعقود عليه ) لأن جهالته تفضي إلى المنازعة ( وهو ) أي المعقود عليه ( منافع الأرض أو منافع العامل) أي إن كان البذر من قبل صاحب الأرض، ففي الأول العامل مستأجر للأرض ، وفي الثاني رب الأرض مستأجر للعامل ، فلا بد من بيان ذلك بالإعلام . وهذا إذا لم يذكر لفظاً يدل على أن البذر من قبل من هو . أما إذا

والخامس : بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لانه يستحقه عوضاً بالشرط ، فلا بد أن يكون معلوماً ، ومـــا لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد . والسادس : أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية .

---

ذكر لفظاً يدل عليه فذلك يكفي ذكر إبن رستم عـن محمد من قال لغيره أجرتك أرضي هذه السنة بالنصف ، أو قال بالثلث جـــاز والبذر على المزارع ، لأن الأجرة تكون على المزارع المستأجر ، فهذا بيان أن البذر على المزارع .

ولو قال أجرتك لتزرع أرضي هذه بالثلث جاز والبذر على رب الأرض . وأمـا إذا قال دفعت أرضي إليك مزارعة بالثلث لا يجوز ، إذ ليس فيـه بيان من عليه البذر عن بعض مشايخ بلخ ، بيان من عليه البذر . وإنما يشترط في موضع ليس فيه عرف ظاهر لا يشترط . بيانه أن البذر على من ، أما إذا كان المعرف مشتركاً أو في موضع فيـــه عرف ظاهر لا يشترط بيانه ، لأن المعروف كالمشروط ، كذا في الذخيرة.وعند أحمد والشافعي إذا كان البذر من رب الأرض تصح المزارعة ، وإن كان من جهـة العامل تفسد ولا يحتاج لصحته إلى بيان من عليه البذر . وعن أحمد يجوز أن يكون البذر منهما، وبه قال أبو يوسف ومحمد وطائفة من أهل الحديث رحمهم الله . وفي المغني لإبن قدامة هو الصحيح،لأنه ﷺ عامل أهل خيبر على أن يعملوها من أقواتهم ، فظاهره أن البذر من أهـــل خيبر ، والأصل المعول عليه في صحة المزارعة هذا الحديث .

( والخامس : ) أي والشرط الخامس ( بيان نصيب من لا بذر من قبله ، لأنه يستحقه عوضاً بالشرط، فلا بد أن يكون معلوماً ، وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد) أي والذي لا شيء لا يستحق حال كونه شرطاً بالعقد .

( والسادس : ) أي والشرط السادس ( أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل ، حتى إذاشرط عمله مع العامل[1] الارض يفسد العقد لفوات التخلية ) وهذا ظاهر، وكذا يشترط

---

(١) حتى لو شرط عمل رب الأرض ــ هامش .

والسابع : الشركة في الخارج بعـــد حصوله ، لأنه ينعقد شركة في الإنتهاء ، فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد . والثامن : بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوماً . قال وهي عندهما

---

أن يخلي رب النخيل بينه وبين العامل ، حتى إذا شرط عمله مع العامل لا يجوز .

( والسابع : ) أي والشرط السابع ( الشركة في الخارج بعد حصوله لأنـــه ينعقد شركة في الانتهاء ) المراد منه أن يشترط العاقدان زمان العقد أن يكون جميع الخـارج بينهما إذا حصل ، وليس المراد منه حصول حقيقة الشركة في الخارج حين العقـــد ، لان ذلك لا يكون إلا بعد الخروج ، فلا يكون شرطاً ، لان شرط الشيء لا بـد أن يكون سابقاً عليه لتوقفه عليه لا متأخراً ( فما يقطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد ) لانــه إذا شرط بها ما يقطع الشركة في الخارج يبقى إجارة محضة ، والقياس بأن الجواب الإجارة المحضة بأجر معلوم . وعن هذا قلنا إذا شرط صاحب البذر أن يرفع بذره من الخارج ، والباقي بينهما تفسد المزارعة بلا خلاف . وشرط صاحب البذر قدر العشر من الخـــارج والباقي بينهما تصـــح المزارعة ، لان هـــذا الشرط لا يقطـــع الشركة في الخارج ، وإن قد يكون له عشر وهو الحيلة لصاحب البذر إذا أراد أن يصل إليه أن يشترط قدر البذر باسم العشر أو الثلث أو ما أشبه ذلك ، والباقي بينهما .

( والثامن : ) أي والشرط الثامن ( بيان جنس البذر ليصير الأجر معلومـــاً ) قال شيخ الإسلام هذا قياس . وفي الإستحسان ليس بشرط ، وفوض الامر إلى المزارع ، وقال في موضع آخر بيان جنس البذر شرط من غير ذكر قياس واستحسان ، وهذا أقرب إلى الصواب ، إلا إذا أعم بأن قال ما بذلك مكان البذر من جهة العادل . أو قال ما بدا لي وكان البذر من رب الارض وإن لم يكن شيء من ذلك فسدت المزارعة . ولو زرعها مع الفساد ينقلب العقد جائزاً ، لان جنس البذر صار معلوماً ، كذا في الذخـــيرة . وقوله ليصير الاجر معلوماً لان الاجر بعض الخارج ، واعلام جنس البذر شرط .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( وهي عندهما ) أي المزارعة عند أبي يوسف ومحمد

على أربعة أوجه، إن كانت الأرض والبذر لواحد، والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة، لأن البقر آلة العمل، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط، وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت، لأنه استئجار الأرض ببعض معلوم من الخارج، فيجوز، كما إذا استأجرها بدراهم معلومة.

---

« رح » ( على أربعة أوجه إن كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة ) هذا الإنحصار على رواية القدوري وهو بالإستقراء، لان قيام المزارعة على أربعة أشياء وهي الارض والبذر والبقر والعمل وهو أمر محسوس، ويعلم منه وجه الإنحصار. وأما إذا كانت الارض مشتركة أو البذر أو البقر مشتركاً بينهما، فوجوههما كثيرة على ما بينها إن شاء الله تعالى الاول من الاربعة أن تكون الارض والبذر الواحد والبقر والعمل الآخر جازت ( لان البقر آلة العمل ) وصاحب الارض مستأجر للعامل والبقر آلة له، فيكون تبعاً فلا يكون الآخر بمقابلة البقر.

فإن قلت أما قوله وهي عندهما على أربعة أوجه إن كان بيان الزراعة الصحيحة فلا يقسم، لانها على ثلاثة أوجه، وإن كان بيان المزارعة الفاسدة فلا يستقيم أيضاً. قلت المراد المزارعة المستعملة بين الناس وهي أربعة أوجه.

( فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط بإبرة الخياط ) أي صار حكم هذا الوجه كحكم من استأجر رجلاً خياطاً ليخيط ثوبه بإبرة الخياط، لان الإبرة آلة للعمل، وكذا إذا استأجر صباغاً لصبغ الثوب بصبغ نفسه

( وإن كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت ) أي المزارعة، هذا هو الوجه الثاني ( لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز ) أي لان هذا الوجه استئجار الارض ببعض معلوم، لان رب البذر استأجر الارض بجزء معلوم من الخارج ( كما إذا استأجرها بدراهم معلومة ) أو دنانير معلومة صحت، فكذا إذا استأجرها بجزء مسمى من الخارج.

وإن كانت الأرض والبذر والبقر لواحد ، والعمل من الآخر جازت ، لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر ، فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته ، أو طياناً ليطين بمرة وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة ، وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجوز أيضاً ، لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز . فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض ، لأن منفعة الأرض قوة في طبعها

---

( وإن كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من الآخر جازت ) أي المزارعة ، وهذا هو الوجه الثالث ( لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر ) أي لان صاحب البذر والبقر والارض استأجر الآخر بآلة نفسه ( فصار كما إذا استأجر خياطاً ليخيط ثوبه بإبرته ) أي بإبرة صاحب الثوب ( أو طياناً ليطين بمرة) أي إذا استأجر طياناً المستأجر وهو بفتح الميم وتشديد الراء المهملة وهو المسحاةويسمىبالفارسية بيل بكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف في آخره لام .

( وإن كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة ) أي المزارعة باطلة ، وهذا هو الوجه الرابع ( وهذا الذي ذكره ) أى القدوري ( ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضاً لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز ) أي على صاحب الارض ( فكذا إذا شرط وحده ) أى فكذا يجوز إذا شرط أن يكون البقر بدون البذر عليه (فصار كجانب العامل) إذا شرط البقرعلى العامل،أراد أن البقر تبع الارض في هذه الصورة كما هي تبع العامل إذا كانت من جانبه .

( وجه الظاهر ) أى ظاهر الرواية ( أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض، لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل

يحصل بها النماء ، ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا ، فتعذر أن تجعل تابعة لهـــا . بخلاف جانب العامل ، لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل .

---

ذلك بخلق الله سبحانه وتعالى ) رد على المعتزلة وتنبيه على أنه من أهل السنة ، فإن عند المعتزلة الافعال الاختيارية من الحيوان منه لا من الله سبحانه وتعالى وإلا هذا الكلام في هذا المقام مستغن عنه .

فإن قلت هل كان فيه توهم حتى ينبه أنه من أهل السنة . قلت لانه لما أضاف منفعة الارض إلى قوة طبعها توهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة فدفع ذلك ( فلم يتجانسا ) أى منفعة الأرض ومنفعة البقر لانها مختلفان ( فتعذر أن تجعل تابعة لها ) أى إذا كان كذلك تعذر جعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض ، فلما لم يجعل تابعة كان استحقاق منفعة البقر مقصوداً في الزراعة ، وهذا لا يجوز كما لو كان من أحدهما البقر وحده ، والبـــاقي من الآخر حيث لا يجوز بالإتفاق .

( بخلاف جانب العمل ) جواب عن قوله كجانب العمل ، يعني القياس فاسد ( لانـــه تجانست المنفعتان ) أى منفعة البقر ومنفعة العامل ( فجعلت تابعة ) أى فجعلت منفعة البقر تابعة ( لمنفعة العامل ) لان البقر آلة العمل وهي من جنس عمل العامـــل ، وتحقيق هذا البذر إذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهـــا ، فكان الاستئجار للعامل . وأما إذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه . وكذا في جانب الآخر. فكان في كل من الجانبين معاوضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغـــيره ، فكان باطلا . ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل متعرض عليه دون الاخرى ، فكان أرجح ويلزم الجواز .

واعلم أن مبتنى جواز هذه المسائل فسادها على أن المزارعـــة تنعقد إجارة وتتم مشتركـــة ، وانعقادها إجارة إذ هـــو على منفعة الارض أو منفعـــة البقر والبذر ، لانـــه استئجار ببعض الخـــارج والقياس يقتضي أن لا يجـــوز في الأرض والعامـــل أيضاً ، ولكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس ، إنمـــا ورد

النص فيها دون البذر والبقر . أما في الأرض فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما مضى ذكره وتعامل الناس، فإنهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجراً للارض ببعض الخارج . وأما في العامل ففعل رسول الله ﷺ مع أهل خيبر التعامل ، فإنهم كانوا يشترون البذر على رب الأرض، فكان حينئذ مستأجراً العامل لذلك، فاقتصرنا على الجواز بالقبض فيها وهي غير ما على أصل القياس ، وكلما كان في صور الجواز فهو من قبيل استئجار الأرض ، والعامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، ولكن المنظور فيه وهو استئجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مورد الأثر ، وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين ، أو كانت الشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين، ولكن المنظور إلى ذلك والضابط في معرفة التجانس فانهم من كلامه وهو أن ما يبذر فعله عن القوة الحيوانية فهو جنس ، وما صدر عن غيرهما فهو جنس آخر ، وقد بينا لك هذا في أثناء حل الكتاب ، ونعيده لزيادة التوضيح .

أما الوجه الأول : فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ، فإن الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس ، والمنظور إليه استئجار يجعل كأن العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل .

والوجه الثاني والثالث : مما فيه استئجار الارض والعامل أدى الوجه أمر رابع على ظاهر الرواية باطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تبعا للآخر بخلاف المتجانسين فالاشرف أو الاصل يجوز أن تسع الأخ والفرع . وأما الانواع المتفرقة من الانواع الاربعة فمثل أن يكون البذر من أحدهما والباقي من الآخر فهذه المزارعة فاسدة لانه يصير مستأجراً للارض والبقر والعامل جميعاً بالبذر ولم يرد الشرع به .

قال فخر الدين قاضي خان في الجامع الصغير وعن أبي يوسف أنه لا يجوز ، لانه استئجار للعامل والارض ببعض الخارج ، وكل واحد منها جائز عند الإنفراد ، فكذا

وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما ، أحدهما : أن يكون البـــذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر ، وإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل

---

عند الإجتماع. وكذلك إذا كان البقر وحده من أحدهما والباقي من الآخر فالمزارعة فاسدة في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أنه جوز ذلك ، كذا في تجريد المحيط ، وكذلك إذا كان البقر والبذر من أحدهما والارض والعمل من الآخر فالمزارعة فاسدة ، لان الشرع لم يرد به . وفي الخارج اختلاف الرواية في الوجهين في رواية لصاحب البقر والبذر كسائر المزروعات الفاسدة . وفي رواية يكون لصاحب الارض ويكون ذلك قرضاً ، وكذلك لو اشترك أربعة من أحدهم البذر ، ومن الآخر العمل ، ومن الآخر البقر ، ومن الآخر الارض فالمزارعة فاسدة .

وقال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد قال اشترك أربعة نفر على عهد رسول الله ﷺ فقال واحد ، من عندي البذر ، وقال الآخر من عندي العمل ، قال فألقى رسول الله ﷺ صاحب الارض وجعل لصاحب العمل درهماً لكل يوم ، والحق الزرع كله لصاحب الارض انتهى . والفدان بالتشديد والتخفيف إسم الثورين اللذين يحرث بهما . قوله ألقى صاحب الارض ، يعني لم يجعل له شيئاً من الخارج ، لانه لا يستوجب مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً،لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوماً من أجر العامل.

(وها هنا وجهان آخران لم يذكرهما) أي وجهان آخران باطلان لم يذكرهما القدوري ( أحدهما ) أي أحد الوجهين ( أن يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر ، وإنه ) أي وإن هذا الوجه ( لا يجوز ، لانه يتم الشركة بين البذر والعمل ) لان صاحب البذر مستأجر ، والمستأجر للأرض ، والتخلية بين المستأجر والمستأجر شرط، فانعدمت التخلية هاهنا ، لان الارض تكون في يد العامل . وبقي اشكال في أنه أوجب لصاحب

ولم يرد به الشرع . والثاني : أن يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضاً ، لأنه لا يجوز عند الإنفراد، فكذا عند الإجتماع ، والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزروعات الفاسدة ، وفي رواية لصاحب الأرض يصير مستقرضاً للبذر قابضاً له باتصاله بأرضه. قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا ، وأن يكون الخارج شائعاً بينهما

---

الارض أجر مثل أرضه ولم يسلم الارض ، فكيف يستوجب أجر المثل . والجواب أن منفعة الارض صارت مسلمة إلى صاحب البذر ولسلامة الخارج له حكماً ، وكذلك إن لم يخرج الارض شيئاً ، لان عمل العامل بأمر في القابلان كعمله بنفسه . فيستوجب أجر المثل عليه في الوجهين ( ولم يرد بـه الشرع ) فلا يجوز ، أي لم يرد الشرع بهذا الوجه فلا يجوز .

( والثاني ) أي الوجه الثاني ( أن يجمع بـين البذر والبقر ) بأن يكون البذر والبقر من أحدهما والعمل من الآخر ( وأنه ) أي وإن هذا الوجه ( لا يجوز أيضاً لأنـه لا يجوز عند الإنفراد ) يعني إذا كان البذر وحده من جانب وإذا كان البقر وحدهـما من جانب ( فكذا عند الإجتماع ) أي فكذا لا يجوز إذا كان البذر والبقر جميعاً من جانب (والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزروعات الفاسدة ) ذكرها الصدر الشهيد في المزارعة مقدار بذره ومقدار ماغرم من أجر العامل والأرض ويتصدق بالفضل.

( وفي رواية ) ذكرها الصدر الشهيد أيضاً فيها ( لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً البذر ، قابضاً له باتصاله بأرضه ) أي يصير صاحب الأرض مستقرضاً للبذر ، وهذا في الحقيقة جواب إشكال ، وهو أن القرض يشترط فيه القبض ولا قبض هاهنا ، فأجاب بأن إتصال البذر بأرضه كالقبض .

( قال ) أي القدوري ( ولا تصح المزارعة إلا على مـدة معلومة لما بينا ) أشار بقوله إلى قوله في شرط المزارعة ، والثالث بيان المدة ( وأن يكون الخارج بينهما شائعاً ) أي

تحقيقـــاً لمعنى الشراكة ، فإن شرطاً لأحدهما قفزاناً مسماة فهي باطلة ، لأن به تنقطع الشركة ، لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر ، وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة ، وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر . وصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما ،

---

ولا تصح أيضاً ، إلا أن تكون الخارج بينهما شائعاً ( تحقيقاً لمعنى الشركة ) ولا خـلاف فيه ، الثالثة ( فإن شرطا لأحدهما قفزاناً مسماة فهي باطلة لأن به ) أي بهـــذا الشرط ( تنقطع الشركة ، لأن الأرض عساها لا تخرج إلا بهذا القدر ) أي القدر الذي استثنيناه أحدهما، وعسى ها هنا بمعنى لعل كما في قول تحرين الموذ فقلت عساها فاركاس ولعلها [1] أي لعلها وإسمها ضمير فافهم .

( وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة )أي صار حكم هذا كحكم ما إذا اشترط أحد المتعاقدين في المضاربةدراهم معينة له فإنه يفسد به المضاربة ، لأن شرطذلك يقطع الشركة كما مر في المضاربة ( وكذا ) أي ولا يجوز ( إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره يكون الباقي بينهما نصفين ، لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين ) وهو قدر البذر ( أو في جميعه ) أي أو يؤدي إلى قطع الشركة في جميع الخارج (بأن لم يخرج إلا قدر البذر ) فيأخذه صاحب البذر فيقطع به الشركة فلا يجوز .

( وصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية ) أي والحـــال أن الأرض خراجية ( وأن يكون الباقي بينهما ) أي وشرطا أن يكون الباقي بعد رفع الخراج بينهما، لأنه يحتمل أن لا يخرج إلا مقدار الخراج ، فيكون قطعاً للشركة . وفي الذخيرة هذا

---

(١) هكذا الكلام في الأصل ، وربما هو فارسي ، اه مصححه .

بخلاف ما إذا شرط صاحب البـــذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما ، لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة ، كما إذا شرطا دفع العشر وقسمة الباقي بينهما والأرض عشرية . قال وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي ، معناه لأحدهما ،

---

إذا كان خراجها خراج وظيفة بأن يكون دراهم أو دنانير أو قفزاناً معيناً . أما لو كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعاً يجوز الثلث أو الربع لا يفسد المزارعـــة بهـــذا الشرط .

( بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والبـــاقي بينهما ) حيث يجوز ( لانه معين مشاع ، فلا يؤدي إلى قطع الشركة ) لأنه توهم قطع الشركـة ، فإن ما من خارج إلا وله عشر ، فبقي الشركة في الباقي ( كما إذا شرطا دفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية ) أي والحال أن الارض عشرية ، يعني يجوز هـذا أيضاً . وفي شرح الكافي لو كانت الارض عشرية فشرط دفع العشر إن كانت تسقى سَيحاً، ونصف العشر إن كانت تسقى بدلو ، والباقي بينهما نصفان كان جائزاً لما مر هذا الشرط لتوهم قطع الشركة .

( قال ) أي القدوري في مختصره ( وكذلك إن شرطا ما على الماذيانات والسواقي ) يعني كما أنهما إذا شرطا لاحدهما قفزاناً مساة تكون المزارعة باطلة ،فكذلك إذاشرطاما على الماذيانات والسواقي لاحدهما ، لانه يحتمل أن لا يحصل الريع إلا منهـا ، فيؤدي إلى قطع الشركة. والماذيانات جمع ماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول فارسي معرب . وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى منه الارض . والسواقي جمع ساقية وهي فوق الجدول دون النهر ، كذا في المغرب ، فيكون كلاهما واحداً . ويحتمل أن يكون بينهما فرق فكذلك أوردهما بعطف أحدهما على الآخر . وقيل هي أوسع من السواقي ولا خلاف فيه للثلاثة ، لان الخبر الصحيح والنهي عنه غـــير معارض ولا منسوخ ( معناه لاحدهما ) أي معنى قول القدوري وكذلك إن شرطا مـــا على الماذيانات إن شرط لاحدهما .

لأنه إذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لانه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع ، وعلى هـــذا إذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى . وكذا إذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب ، لانـــه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن . وكذا إذا شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنـــه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب . ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا

---

( لانه لو شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة ، لانه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع ) أي لان الشأن لعل الزرع لا يخرج إلا من ذلك الموضع المعين ( وعلى هذ ) أي على ما ذكرنا من عدم الجواز ( إذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى ) أي وشرط الآخر مـــا يخرج من الزرع من ناحية أخرى .

( وكذا إذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب ) أي وكذا لا يصح ذكره تفريعاً على مسألة القدوري وهو على خمسة أوجه ، وهذا أولها ( لانه ) أي لان الشأن عساه يصيبه آفة ، أي لان الزرع ( عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن ) فيؤدي إلى قطع الشركة ، فلا يجوز .

( وكذا إذا شرط التبن نصفين ) هذا هو الوجه الثاني ، أي وكذا لا يجوز إذا شرطا أن يكون التبن بينهما نصفين والحب بالنصف عطفا على التبن ، أى وشرطـــا ( والحب لاحدهما بعينه لانه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ) وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة يفسد المزارعة .

( ولو شرطا الحب نصفين )هذاهوالوجه الثالث ، وهو أن يشترطـا أن يكون الحب بينهما نصفين ( ولم يتعرضا للتبن ) بأن سكتا عنه ( صحت ) أي المزارعة ( لاشتراطهما

للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود . ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء ملكه ، وفي حقــه لا يحتاج إلى الشرط ، والمفسد هو الشرط ، وهذا مسكوت عنه . وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضاً اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب ، والتبع يقوم بشرط الأصل . ولو شرطـا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت ،

---

الشركة فيما هو المقصود ) وهو الحب ( ثم التبن يكون لصاحب البذر ، لانه نماء ملكه ) وفي بعض النسخ إنما بذره وهو الاصوب ( وفي حقــه ) أي وفي حق صاحب البذر ( لا يحتاج إلى الشرط ، لان الكل قوله ) عن ملكه واستحقاق العامل بالشرط ولم يوجد ( والمفسد هو الشرط ) أي المفسد للمزارعة هذا الشرط الفاسد ( وهذا مسكوت عنه ) أي الشرط الفاسد سكت عنه هاهنا ، لانهما سكتا عنه ، والسكوت عنه لا يفسد، وإنما المفسد ذكره ، وهذا دفع في النسخ مسكوت عنه الصواب على ما لا يخفى .

( وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضاً ) أي يكون التبن بين المتعاقدين كما يكون الحب ( اعتباراً للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ) وإن العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين ، وتحكيم العرف عند الإشتباه واجب . وقال الطحاوي في مختصره روى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن المزارعة فاسدة. وجعل محمد التبن لصاحب البذر إلا أن يقع الشرط بينهما ، بخلاف ذلك . ثم وجدنا لمحمد بعد ذلك ما يدل على رجوعه عن قوله إلى ما قال أبو يوسف في الإملاء قال هو الصحيح ، وبه نأخذ .

( ولأنه تبع للحب ) أى ولان التبن تبع للحب ( والتبع يقوم بشرط الاصل ) يعني أن التبن لما كان تبعاً كان ذكر الشرط في الحب ذكــراً في التبن حيث يكون التبن بينهما أيضاً ، فكأنهما شرطا في التبن أن يكون بينهما كالجندي يصير مقيما بنيه الإمــام ، وكالعبد يصير مقيماً بنية المولى .

( ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت ) أى المزارعة وهذا هــو

لأنه حكم العقد . وإن شرطا التبن للآخر فسدت ، لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن ، واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط . قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الإلتزام ، وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء للعامل ، لانه يستحقه شركة ، ولا شركة في غير الخارج . وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ،

---

الوجه الرابع ( لانه حكم العقد ) يعني إنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر ، لانه موجب العقد ، فإذا نصا عليه فإنما صرحا بما هو موجب العقد ،فلا يتغير به وصف العقد ، وكان وجود الشرط وعدمه سواء .

( وإن شرطا التبن للآخر فسدت ) أى المزارعة . وفي بعض النسخ وهذا هو الوجه الخامس ( لانه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن ) وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة تفسد المزارعة كما قلنا ( واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط ) يعني غير صاحب البذر لا يستحق إلا بالشرط ، وهذا الشرط يؤدي إلى قطع الشركة فتفسد .

( قال ) أى القدوري ( وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الإلتزام وإن لم تخرج الأرض شيئاً فلا شيء العامل ، لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج ) أي لأن العامل يستحق ما شرطاه شركة ، والحكم في الشركة في الربح إذا لم يوجد الربح لا شيء للعامل ، فكذا هنا ( وإن كانت إجارة ) هذا جواب عما يقال كانت الأرض إجارة ابتداء فلا بد من الأجرة ، وتقرير الجواب أن الأرض إن كانت إجارة في الابتداء ( فالأجر مسمى ) أي معين ( فلا يستحق غيره ) أي غير المسمى ، ولا يشكل بما إذا كانت الأجرة عيناً في الإجارة وهلكت الأجرة قبل التسليم يجب على المستأجر أجر المثل، فينبغي أن يكون كذلك فيما نحن فيه ، لأن الأجر المعين هناك قبل التسليم وها هنا بعد التسليم إن العامل قبل البذر الذي يتفرع عليه الخارج وقبض الأصل قبض لفروعه والاجرة العين إذا هلكت بعد التسلم لايجب شيء،فكذاهاهنا ، كذا في الجامع المحبوبي .

بخلاف ما إذا فسدت ، لان أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج . قال وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ، لانه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت ، فبقي النماء كله لصاحب البذر . قال ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له ، لانه رضي بسقوط الزيادة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » له أجر مثله بالغاً ما بلغ ،

---

( بخلاف ما إذا فسدت ) أي المزارعة ( لأن أجر المثل في الذمة ) أي لأن وجوب أجر المثل في الذمة ( ولا تفوت الذمة بعدم الخارج ) لأن عدم الخارج لا يمنع وجوب ما في الذمة .

( قال ) أى القدوري ( وإذا فسدت ) أى المزارعة ( فالخارج لصاحب البذر ، لأنه نماء ملكه ) أى ملك صاحب البذر ( واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت ) أى القسمة ، لأن المشروط في المزارعة بمنزلة البذر المسمى في عقد الإجارة والتسمية لا تصح مع فساد العقد، فإذا بطلت التسمية بالفساد (فبقي النماء كله لصاحب البذر) لانه نماء ملكه .

( قال ) أى القدوري ( ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله ) يعني في صورة فساد المزارعة ( لا يزاد على مقدار ما شرط له ) أى لا يزاد أجر المثل على القدر الذي شرط للعامل . وفي شرح الكافي ويطيب لصاحب الأرض جميع ما أخرجته الأرض لانه تولد من بذره بقوة الارض . ولو كان البذر من قبل العامل يطيب له من الخارج مقدار بذره وما غرمه ، ويتصدق بالفضل لانه تولد بقوة أرض الغير وقد فسد ذلك العقد الذي استحق به ملك المنفعة فيمكن فيه شبهة الخنث ( لانه رضي بسقوط الزيادة ) أى لان العامل رضي بسقوط الزيادة على أجر المثل لانه دخلا في مباشرة ما يوجب فساد العقد ( وهذا ) أى عدم الزيادة على أجر المثل ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) .

( وقال محمد له ) أى للعامل ( له أجر مثله بالغاً ما بلغ ) وبه قالت الثلاثة ، وبالغاً

لانه استو فى منافعه بعقد فاسد ، فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها ، وقد مر في الإجارات

---

ينصب على الحال من الاجرة . وما بلغ في محل نصب على أنه مفعول بالغاً ومفعوله مفعول بلغ محذوف وهو الضمير العائد إلى كلمة فافهم ( لانه ) أى لان صاحب الارض ( استوفى منافعه ) أى منافع العامل ( بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها ) أى قيمة منافعه ( إذ لا مثل لها ) أى للمنافع فيجب قيمتها بالغة ما بلغت ( وقد مر في الإجارات ) أى قد مر هذا الخلاف . وفي بعض النسخ وقد مرت أى المسألة .

وقال السغناقي وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع يعتبر ، لانه ذكر في باب الإجارة الفاسدة من كتاب الإجارة في مسألة ما إذا استأجر حمالاً ليحمل له طعاماً بقفيز منه ، فالاجارة فاسدة . ثم قال ولا تجاوز بالاجر معنى ، لانه لما فسدت الاجارة فالواجب أقل مما سمى . ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاً ما بلغ عند محمد ، لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط ، بمجموع هذا الذي ذكره في الاجارات يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغاً ما بلغ في الاجارات الفاسدة كما هو قولهما إلا في الشركة والاحتطاب، ثم ذكرها هنا وقال محمد له أجر المثل بالغاً ما بلغ إلى أن قال وقد مرت في الاجارات ، وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة أن يبلغ الاجر ما بلغ وليس كذلك .

وقال الاترازي أيضاً هذا كلام موهم ، لان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ذكر في الشركة الفاسدة في كتاب الشركة لا في كتاب الاجارات ، لان الاجارة الفاسدة لا خلاف فيها بين علمائنا الثلاثة ، لان فساد الاجارات إذا كان لعدم التسمية أو لجهالة المسمى بأن جعل الاجرة ثوباً أو دابة يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ . وإن كان المسمى معلوماً ولكن فسدت بسبب بشرط فاسد ونحوه يجب الاقل من أجر المثل والمسمى لا يجاوز بالاجر المسمى . وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ ، انتهى . والجواب بأن هذه الاجارة من قبل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج ، وهذه حوالة بلا تغيير ولا إيهام ، فافهم .

وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه، لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد، فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها، وهل يزاد على ما شرط له من الخارج، فهو على الخلاف الذي ذكرناه. ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر

---

( وإن كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه ) هذا من مسائل القدوري . وفي بعض النسخ وإن كان قبل العامل ، أى البذر ( لانه استوفى ) أى لان العامل استوفى ( منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها ) أى رد المنافع ، لان هذا مقتضى القياس ، ولكن هذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله ( وقد تعذر ) أى رد المنافع لانها ثلاثة واضمحلت ( ولا مثل لها ) أى منافع الارض حتى يرد مثلها (فيجب رد قيمتها) أى إذا كان كذلك فتجب رد قيمة منافع الارض الذي استوفاها ( وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ) آنفاً ، وهو أن لا يزاد عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد .

( ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر ) لان البقر مدخلا في الإجارة يجوز إيراد عقد الإجارة عليه والمزارعة إجارة ، يعني فتنعقد الاجارة عليه فاسداً ويجب أجر المثل . وقال الكرخي في مختصره ولو أن صاحب الأرض دفع الأرض إلى صاحب العمل على أن البذر والعمل من عند العامل والأرض والبقر من عند صاحب الارض على أن الخارج بينهما قال هذا فاسد في قول أبي يوسف ومحمد « رح » فإن أخرجت الارض زرعاً كثيراً فجميع البذر لصاحب البذر والعمل ، ولصاحب الارض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على الزارع صاحب البذر والعمل فله أن يستوفي من ذلك ما بذر وما غرم ، ويتصدق بالفضل . ولو لم تخرج الأرض شيئاً غرم صاحب البذر أجر مثل الأرض وأجر مثل البقر ، لأن الزراعة فاسدة ولا يبالى أخرجت الأرض شيئاً أو لم تخرج .

هو الصحيح ، لانه له مدخلاً في الإجارة وهي إجارة معنى . وإذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طـــاب له جميعه ، لان النماء حصل في أرض مملوكة له . وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض ، وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض ، وفساد الملك في منافع الارض أوجب خبثاً فيه ، فما سلم له بعوض طاب له ، وما لا عوض له تصدق به .

---

( هو الصحيح ) احترز بـــه عن تأويل بعض أصحابنا لقول محمد « ر ح » في الأصل لصاحب الأرض والبقر أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر أن المراد به يجب أجر مثل الأرض مكروبة . أما البقر فلا يجوز أن يستحق العقد بعقد المزارعة بحال ، فــلا ينعقد العقد عليه صحيحاً ولا فاسداً . ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقــد ، لان المنافع لا تتقوم بدونه ، ولكن الأصح أن عقد المزارعة من جنس الإجارة ومنافــع العقد مما يجوز استحقاقها بعقد الإجارة ، فينعقد عليها بعقد المزارعة بالفساد ، فيجب أجــر مثلها كما تجب أجر مثل الأرض ، كذا في المبسوط ( لأن له مدخلاً في الإجارة ) أي لأن البقر داخلاً في الاجارة بأن استأجرها ليحمل عليها ( وهي إجارة معنى ) أي المزارعــة المذكورة إجارة من حيث المعنى ، ولكنها بصفة الفساد ، فيجب أجر المثل .

( وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره ) أى لأجل البذر له ( في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه ) أي جميع الخارج . فإذا طاب له جميعه لا يجب عليه أن يتصدق بشيء من ذلك ( لأن النماء حصل في أرض مملوكة له ) أي لرب الارض ، وقــد ذكرناه ( وإن استحقه العامل ) أى وإن استحق الخارج العامل لكون البذر له ( أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل ) أي بالزائد على قدر البذر وأجر الارض ( لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض أوجب خبثاً فيــه ) أي في الفضل ، لان فضل زرع خرج له من أرض غيره ( فما سلم له بعوض طاب له ، ومــا لا عوض له تصدق به ) لتمكن الخبث فيه

قال وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه ، فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره . وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل، لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الإجارة ،

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه ) أي على العمل هذا قبل إلقاء البذر ، أما بعد إلقاء البذر فيجبر ولا يمكنه الفسخ إلا بعذر لصيرورة العقد لازماً من الجانبين ، وقد بينا أن العقد لازم عند الفقهاء ( لانه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه ) وهذا استهلاك البذر في الحال ( فصار كما إذا استأجر أجيراً ليهدم داره ) ثم ندم لا يجبر ، فصار هذا الحكم ما إذا استأجره رجلاً ليهدم داره ثم ندم لا يجبر عليه والعقد لازم بمنزلة الاجارة فيلزمه الوفاء .

( وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل ، لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر ، والعقد لازم بمنزلة الاجارة ) فيلزمه الوفاء ، وهذا قول العامة إلا في رواية عن أحمد أن العقد غير لازم عنده . وقال الكرخي في مختصره إذا تعاقد رجلان على زراعة أرض ثم بدا لاحدهما أن لا يزرع فقال لا أريد أن أزرع هذه الارض ولا غيره ، أو قال لا أريد أن أزرع هذه الارض وأريد أن أزرع غيرها فإنك تنظر في هذا ، فإذا كان الممتنع من قبل البذر فله ذلك ، وإن كان ليس من قبله البذر فليس له أن يمتنع إلا من عذر . ولو كانت الاجارة للمزارعة وقعت بأجر غير ما يخرج منها ، ثم أراد المستأجر أن يدع المزارعة ولا يزرع هذه الأرض ولا غيرها فله ذلك ، وإن قال لاأزرع هذه الأرض وأزرع غيرها لم يكن له ذلك ، وقيل له أقبض الأرض فيكون في يديك ، فإن شئت زرعت ، وإن شئت لم تزرع ، فإذا تمت السنة كان عليك ما سميت من الأجر . وان امتنع صاحب الأرض قال قد بدا لي أن لا أؤجر أرضاً للزراعة لم يكن له ذلك وأن يجبر على تسليم الأرض إلا أن يكون له عذر في ذلك .

إلا إذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة . قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب .

---

( إلا إذا كان عذر ) استثناء من قوله والعقد لازم ، وكان تامة فلا يحتاج إلى الخبر ، والمعنى إلا إذا وجد عذر . وفي بعض النسخ عذراً بالنصب ، فعلى هذا يكون عذراً خبر كان ، ويكون إسمه ضميراً مستقراً فيه عائداً إلى مقدر تقديره إلا إذا كان الامتناع عذراً أي الموجب الامتناع عذراً ( يفسخ به الإجارة ) هذه الجملة صفة لقوله عذر ، وفي بعض النسخ يفسخ به الإجارة ، والباء في به للسببية ( فيفسخ به المزارعة ) لأنها إجارة معنى كما ذكرنا . قال الكرخي في مختصره العذر أن يكون على رب الأرض دين فادح لا يقدر على أدائه إلا من ثمن هذه الأرض فله أن يبيعها فيه .

وفي فتاوى العتابي لو كان المزارع سارقاً يخاف منه لرب الأرض أن يفسخه . وقال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة : المرض الذي يقعد العامل عن العمل ، وخيانة العامل ، والدين الذي لا وفاء عنده سوى بيع الأرض . ثم قال ولو وقع إليه نخلاً معاملة بالنصف ثم بدا للعامل أن يترك العمل أو يسافر ، فإنه يجبر على العمل ، لأن هذا ليس بعذر في حقه ، لأنه أمكنه الاستعانة بغيره . وكذا إن بدا لصاحب النخل أن يعمل بنفسه ويمنع العامل لم يكن له ذلك ، لأنه لا ضرر في حقه ، لأنه يفسد عليه شيئاً فلم يتحقق العذر ، فامتنع الفسخ .

( قال ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب ) الواو في قوله والبذر للحال ، وكذا الواو في قوله وقد كرب ، أي قلب الأرض للزراعة ، والكرب بالكسر مصدره . وقوله فلا شيء له ، أي للعامل يعني إذا امتنع رب البذر من العقد والبذر منه قبل إلقاء البذر لا شيء للعامل في عمل الكراب لأن عمله إنما يقوم بالعقد ، والعمل قوم بخروج من الخارج ولا خارج بعده فلا يستوجب شيئاً .

قيل هذا في الحكم ، أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل ، لانه غره في ذلك . قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة وقد مر الوجه في الإجارات . فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد

---

( قيل هذا في الحكم ) أي قيل هذا الجواب في الحكم يعني في القضاء ظاهر ، وقال الأترازي أي الذي قلنا أن المزارع لا شيء له من أجل الكراب ونحوه هو القضاء ظاهراً ( أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك ) أي في هذا الفعل ، يعني فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى بأن يعطي العامل أجر مثله ، لأن الغرور مرفوع فيبقى بأن يطلب رضاه .

( قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة ) يعني أن هذا عقد ورد على المنافع فيبطل بموت أحد المتعاقدين كالإجارة . وفي المبسوط والذخيرة هذا جواب القياس ، وفي الاستحسان يبقى عقداً للزراعة إلى أن يستحصد الزرع ، معناه يبقى بلا إجارة مبتدأة حتى لا يجب الأجر على المزارع ، لأنا أبقينا العقد نظراً للزارع ، لأنه لو لم يبق لقلع ورثة رب الأرض فيتضرر به المزارع ولا يجوز إلحاق الضرر على غير المتعاقدين وإليه أشار المصنف رحمه الله تعالى بقوله ، فلو كان دفعها إلى آخره ، وعلم أن المراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين ما بعد الزرع ، لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الزرع أو لم ينبت ، ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان ، ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ، ولعله ترك ذلك إعتماداً على دخوله في إطلاق أول المسألة . وعند الثلاثة يبقى العقد مطلقاً ( وقد مر الوجه في الإجارات ) وهو قوله لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد ، لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث ، وذلك لا يجوز .

( فلو كان دفعها في ثلاث سنين ) ذكره بالفاء ، لأنه متضرع على ما قبله ، أي فلو دفع الأرض إلى آخر مدة ثلاث سنين ( فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد )

حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ، ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في إبقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين ، بخلاف السنة الثانية والثالثة ، لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس.

ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه إبطال مـــال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل

---

أي لم يجيء أوان الحصـــاد ( حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط ) إستحســـاناً ، والقيـاس أن لا يثبت للورثة حق الأخذ ، لأنه يفسخ العقد بموت العاقد . قال في شرح الكافي إلا أنا أبقيناه إستحساناً لأجل العذر وعقد الإجارة جوز للعذر ، فلأن يبقى ببقاء العذر كان أولى . ولهذا قلنا أنه لو استأجر سفينة فلما توسط لجة البحر انتهت مدة الإجارة قدرنا عقد الإجارة مبتدأة بأجر لمكان العذر ، فإذا قدر عقداً مبتدأ لأجل العذر فلأن يبقى لأجل العقد كان أولى فـــإذا أدرك الزرع إقتسم الزرع والورثة على الشرط ( تنتقض المزارعة فيـما بقي من السنتين ، لأن في إبقـــاء العقد في السنة الأولى مراعـــاة للحقين ) أي حق المزارع وحق الورثة .

( بخلاف السنة الثانية والثالثة ،لأنه ليس فيهضرر بالعامل) لأنه لم يثبت له شيء بعد شيء ( فيحافظ فيهما على القياس ) أي إذا كان الأمر كذلك فيحافظ من السنة الثانية والثالثة على وجه القياس حيث تبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين .

( ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة ، لانـــه ليس فيه إبطال مـــال على المزارع ) بخلاف ما إذا مـــات رب الارض والزرع بقل حيث يبقى العقد ، لان فيه إبطال مال على المزارع ولو كلف القلع . وفي بعض النسخ إبطال مال المزارع ( ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل ) لان المنافع تتقوم

كما نبينه إن شاء الله تعـــالى . وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج إلى بيعهـــا ، فباع جاز كما في الإجارة ، وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء ، لان المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء .

---

الخارج ولا خارج فلا يجب شيء ( كما نبينه إن شاء الله تعالى ) أشار به إلى قوله بعد هذا لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد .

( وإذا فسخت المزارعة بدين فادح ) أي ثقيل من فدحه الامر ، أي أثقله ، وكل مثقل فـادح . وقال ابن دريد فوادح الدهر خطوبه ومـادته فاء ودال وحـاء مهملتين ( لحق صاحب الارض ) هذه الجملة صفة أخرى لقوله دين شيء ( فاحتاج إلى بيعها فباع جـاز ) أي ببيع الارض جـاز الفسخ ، يعني الدين الفـادح يصير عذراً في فسخ عقد المزارعة ، لان في المضي على العقد يلحقه ضرر وهو الحبس فجاز الفسخ ( كما في الإجارة ) حيث يفسخ بعذر الدين ونحوه . وفي الذخيرة لا بد لفسخ المزارعة من القضاء او الرضى على روايات الزيادات لانها بمعنى الإجارة ، وعلى رواية المبسوط والجامع الصغير لا يحتاج إلى الرضا أو القضـاء فبعض المتأخرين أخذ برواية الزيادات ، وبعضهم برواية الاصل والجامع . وقوله فسخت والتشبيه بالإجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فافهم .

( وليس للعامل أن يطالبه ) أي صاحب الارض ، وهذا هو الموعود بقوله على ما بيناه ان شاء الله تعالى ( بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء ، لان المنافع إنما تتقوم بالعقد ، وهو إنما قوم بالخارج ) أي العقـــد فيما نحن فيـــه قوم بالخـــارج ( فإذا انعـــدم الخارج لم يجب شيء ) وهـــذا الجواب بهذا التعليل إنما يستقيم أن لو كان البذر من قبل العـامل ، أما لو كان من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله ، لان البذر إذا كان من قبل العامل يكون مستأجراً للأرض ، فيكون العقد وارداً على منفعة الارض لا على عمل العامل ، فيبقى عمله من غير عقد ولا يتقوم على رب الارض . أما إذا

**ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال .**

---

كان البذر من رب الارض فيكون هو مستأجراً للعامل ، فكان العقد وارداً على منافع العمل فيتقوم منافعه وعمله على رب الارض فيرجع عليه بأجر مثل عمله ، كذا في الذخيرة . قيل فيه نظر ، فإن منافع الأجير وعمله إنما يتقوم على رب الارض بالعقد ، والعقد إنما قوم بالخارج ، فإذا انعدم الخارج لم يجب شيء .

( ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع ) ذكره تفريعاً ولم يذكر في الكتاب إذا زرع العامل ولم ينبت ثم لحق لرب الارض دين فادح ما حكمه . وفي الذخيرة اختلف المشايخ فيه قال أبو بكر العتابي له ذلك ، لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم ، لان التبذير استهلاك ، ولهذا قالوا لصاحب البذر فسخ المزارعة . وقال الشيخ أبو اسحاق الحافظ ليس له ذلك ، لان التبذير استنماء لا استهلاك . ألا ترى أن الأب أو الوصي يملكان زراعة أرض الصبي مع أنهما لا يملكان استهلاك ماله ، فاذا كان كذلك كان للمزارع عين مال قائم .

وفي فتاوى العتابي لو أجاز العامل البيع والبذر منه فله حصة البذر مبذوراً ، فتقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فله حصة الفضل من الثمن . وإن كان البذر من رب الارض فباعه قبل النبات لا يدخل البذر بدون ذكره . وقيل إن حضر في الارض يدخل . وإن سقاه المشتري حتى ينبت وأدرك فهو للبائع والمشتري متطوع . ولو باع رب الارض لم ينفذ بدون إجازة المزارع أو المستأجر أو المرتهن وليس لهم نقض بيعه ، لان ضررهم يندفع بالتوقف . وكذا للبيع والشفيع أن يأخذ أو يقوم مقام المشتري في التوقف . وكذا لو أجرها رب الارض بعد الزرع أو قبله والبذر من المزارع يتوقف على إجازته كالبيع .

( لأن في البيع إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال ) يعني أن في التأخير إضراراً بالغرماء ، لكن ضرر التأخير بدون ضرر الإبطال ، فان لم يكن بد من إلحاق الضرر به يترجح أهون الضررين ، ولأن فيه نظراً للكل لاستعماله على عدم إبطال

ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه بالدين ، لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالماً، والحبس جزاء الظلم . قال وإذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض إلى أن يستحصد ، والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما ، معناه حتى يستحصد ، لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين ، فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما لان

---

حق المزارع ويقع رب الارض فإن نصيبه يباع في دينهم أيضاً ، وما فيه نظر للكل يترجح على ما فيه ضرر بالبعض ( ويخرجه القاضي من الحبس ) أي يخرج رب الارض القاضي من الحبس ( إن كان حبسه في الدين لأنه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم ) ولكن لا يحول بينه وبين الغريم لأنه ربما يخفي نفسه عند إمكان البيع ، فاذا أدرك الزرع كان له أن يحبسه إلى أن يبيع نصيبه من الزرع والارض ، ويوفي الغريم حقه لأنه زال المانع ، فظهرت القدرة .

( قال وإذا انقضت مدة المزارعة ) أي قال القدوري وقيد بالانقضاء احترازاً عن مسألة الموت كما يأتي ( والزرع لم يدرك ) أي والحال أن الزرع لم يدرك ( كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض إلى أن يستحصد ) وفي بعض نسخ المختصر أجر مثل نصيبه من الزرع وذلك أصح ، فعلى الثاني يتعلق من نصيبه ، وعلى الاول يتعلق بأجر المثل ( والنفقة على الزرع عليهما ) أي على العامل ورب الارض ، وأراد بالنفقة مؤنة الحفظ والسقي وكرب الانهار ( على مقدار حقوقهما ) أي حقوق العامل ورب الارض ( معناه حتى يستحصد ) أي معنى قوله والنفقة على الزرع عليهما أحصد الزرع واستحصد إذا حان له ان يحصد ( لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه ) هذا دليل وجوب الاجر ، ووجهه قالوا إن أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر وبه إن أبقيناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقيناه بلا أجر تعديلاً للنظر من الجانبين ( وإنما كان العمل عليهما ، لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل في المال

العقد قد انتهى بانتهاء المدة ، وهذا عمل في المال المشترك .

وهذا بخلاف ما إذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل ، لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل ، أما هاهنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا بقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه .

---

المشترك ) فيكون العمل عليهما .

( وهذا ) أي الحكم المذكور ( بخلاف ما إذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل ) يعني إذا مات صاحب الارض والحال أن الزرع بقل فإنه لا يجب أجر المثل ولا العمل عليهما ، بل يكون على العامل ، بخلاف الإجارة والعارية إذا انقضت المدة والزرع بقل ، فانه يجب أجر المثل ويترك الزرع حتى يستحصد نظراً لهما ( لان هناك ) أي فيما إذا مات رب الارض والزرع بقل ( أبقينا العقد في مدته ) أي في مدة العقد حكماً للعقد ( والعقد يستدعي العمل على العامل ) أي يقتضي قيام العمل على العامل ( أما هاهنا ) أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك ( العقد قد انتهى ) بانتهاء المدة ( فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه ) لان استحقاق العمل على العامل إنما كان في المدة بالعقد فلم يبق العقد فلا يكون عليه ، بل يكون عليهما ، لانه عمل على المال المشترك .

وقال تاج الشريعة في قوله بخلاف ما إذا مات رب الارض ، بيان الفرق أن رب الارض متى مات بقي عقد المزارعة فتعذر إيجاب الاجر ، لانه لا يجب إجارة ما إذا منفعة الارض في مدة واحدة وهو بعض الخارج وأجر المثل دراهم أو دنانير ، وإيجاب زمانين بإزاء عين واحدة لا يجوز ، فإيجاب البدلين بإزاء منفعة واحدة ، لان لا يجوز أولى وأحرى . إما إذا انقضت مدة المزارعة فيحتاج إلى إثبات الاجارة فلا يكون جمعاً بين أجرين بإزاء منفعة الارض في مدة واحدة ، بل يكون إيجاب الاجرين في مدة مختلفة وهذا جائز .

فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية له ، لأنه لا ولاية له عليه. ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلاً لم يكن له ، لأن فيه إضراراً بالمزارعة .

---

( فإن أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، أي فيما إذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل ، وإنما كان متطوعاً ( لأنه لا ولاية له ) لأحدهما على الآخر ، بخلاف ما إذا أنفق بأمر القاضي حتى يرجع على صاحبه بمقدار حصته ، لان القاضي ولاية فصح أمره .

فان قيل هو مضطر في الإنفاق لانه يحيىء حق نفسه فلا يوصف بالتبرع ، قلنا هو غير مضطر ، لانه يمكنه الإنفاق بأمر القاضي ولانه غير مجبر على الإنفاق ، لأن له ولاية أخذ الزرع بقلاً كما يجيء ، كذا في الذخيرة .

فإن قلت لم لا يجعل هذا كما لو أوصى برقبة نخله لإنسان وثمرها لآخر فأنفق الموصى له بالرقبة في غيبة صاحب الثمر بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحب الثمر فانه لا يكون متبرعاً ، كذا هذا . قلت قياسك على هذا غير صحيح ، والصحيح أن يقاس على ما إذا كان النخيل بين اثنين وغاب أحدهما فأنفق الآخر عليه بغير أمر القاضي فانه يكون متبرعاً ، كذا في مسألة الزرع .

( لأنه لا ولاية له عليه ) أي لان الذي أنفق لا ولاية له على صاحبه فيكون متبرعاً ( ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلاً لم يكن له ذلك ) ذكره تفريعاً أيضاً ، وهو من مسائل الأصل ، أي لم يكن لرب الارض ذلك ، أي بعد انقضاء المدة ( لان فيه إضراراً بالمزارع ) لان المزارع ليس بمتعد في زرع الارض ، وله نهاية فيبقى الآن يستحصد بأجر المثل ، لأن التأخير أهون من الإبطال .

فإن قيل كما أن في هذا إضرار بالمزارع فكذا في قلع المزارع إضرار برب الارض ، ومع ذلك جاز للمزارع قلعه ، ذكره في المبسوط . قلنا رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفائه بنصيبه وبأجر المثل ، فرد عليه ، بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل ، فربما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يبقى بذلك .

ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً قيل لصاحب الأرض أقلــع الزرع ، فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بمــا تنفقه في حصته ، لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه ، لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له ، وقــد ترك النظر لنفسه ، ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات ، لأن بكل ذلك يستدفع الضرر . ولو مات المزارع بعــد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع

---

( ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً ) بعد انقضاء المدة ( قيل لصاحب الارض إقلــع الزرع فيكون بينكما ) أشار بهذا إلى أن رب الأرض له الخيارات الثلاثة ، الأول : أن يقال له إقلـع الزرع فيكون بينكما ، والثاني : ما أشار إليه بقوله ( أو أعطه قيمــة نصيبه ) أي أو قيل له أعطه حصة ثانياً . والثالث : ما أشار إليه أيضاً بقوله ( أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته ) أي أو قيل له أنفق أنت على الزرع كله ثم ارجع بما أنفقت على حصته في نصيبه ( لان المزارع لما امتنـع من العمل لا يجبر عليه ) أي على العمل لانقضاء مدة العقد ( لان إبقاء العقد ) لم يرد به عقـد المزارعة لانه انتهى بانتهاء مدته ، ولكن بإبقاء الارض مشغولة بالزرع بشبهة العقد ، وبهذا يجب أجر المثل ومبناه على العقد ( بعد وجود المنهي نظراً له ) أي للمزارع ، وأراد بالمنهي مضي المدة وهو بضم الميم وسكون النون وكسر الهاء ( وقد ترك النظر لنفسه ) بإرادة القلع ، وله ولاية ذلك ورب الارض مخير بين هذه الخيارات الثلاثة التي ذكرت آنفاً .

وقوله ( ورب الارض مخير بين هذه الخيارات ) أو أمره وأمر بينهما أو نحو ذلــك ( لأن بكل ذلك يستدفع الضرر ) أي بكل الخيارات وتذكير اسـم الاشارات باعتبار أراد أنه يدفع الضرر عن نفسه بذلك فيتخير .

( ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى أن يستحصد الزرع

وأبى رب الأرض فلهم ذلك ، لأنـــه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم بما عملوا ، لأنا أبقينا العقد نظراً لهم . فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لمـــا بينا ، والمالك على الخيارات الثلاثة لما بينـا . قـال وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص ،

---

وأبـى رب الارض فلهم ذلك ) أي فالورثة أن يعملوا إلى أن يستحصد الزرع ( لانه لا ضـرر على رب الارض ولا أجر لهم بما عملوا ) ســواء كان بقضاء قاض أو بغيره ( لأنا أبقينا العقد نظراً لهم ) فلا يستحقون الاجر ، لان استحقاق الاجر إنما يكون إذا كان الإبقاء نظراً لغيرهم ( فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا ) أشـار به إلى قوله لأنا أبقينا العقـد نظـراً لهم ، فلو أجبروا انقلب ضـرراً عليهم ( والمالك على الخيارات الثلاثة ) وهي القلع أو إعطاء قيمة نصيب المزارع أو الانفاق على الزرع ( لما بينا ) أشار به إلى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل لا يجبر عليه .

( قال ) أي القدوري ( وكذلك أجـرة الحصاد ) أي كما أن النفقة عليهما فيما إذا انقضت مـدة المزارعة والزرع لم يدرك كذلك عليهما أجـرة الحصاد وهو بفتـح الحاء وكسرها لغتان وقرئ بهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وآتوا حقه يوم حصاده ﴾ الآية ١٤١ الانعام ( والدياس ) وهو أن يوطـأ الطعام بإطلاق البقر ، وتكون عليها ، يعني يخرجوا حتى يصير تبناً وهو مصـــدر داس الكرس يدوسه دوساً ودياسة ودياساً ودياسة . وقال الازهري دياس الكرس ودواســه واحـــد . وقال الكاكي والدياس ســفل السيف ، واستعمال الفقهاء إياه في موضع الدياسة جائز . قلت هذا يشير إلى ان الدياس ليس مصدراً وإنما المصـدر الدياسة ، وليس كذلك ، بل كلاهما مصدران كما ذكرنا . وقال السفناقي ( والرفاع ) بكسـر الراء وفتحها وهو أن يرفع الزرع إلى البيـــدر وهو موضع الدياس وتسمية أهل مصر الجران ، وبالفارسية خرمن ( والتذرية ) من ذرا بالتشديد وهو تمييز الحب من التبن بالرياح (عليهما بالحصص ) أي على رب الارض والمزارع .

فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة ، والزرع لم يدرك ، بل هو عام في جميع المزارعات . ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد ، فيجب مؤنته عليهما .

---

( فان شرطاه ) أي فان شرط المتعاقدان في العقد أخص الاشياء المذكورة ( في المزارعة على العامل فسدت ) أي المزارعة . وعند الشافعي وأحمد لا تفسد لانه بدون الشرط على العامل . وكذا لو شرطاه على رب الارض . وكذا لو شرطا في العقد عملاً ليس من أعمال المزارعة على العامل أو رب الارض فسدت . ولو شرطا ما كان من أعمالها لا تفسد ، لانه شرطاً لا يقتضيه العقد . وفي النوازل عن أبي يوسف إذا اشترط على المزارع أن يحصده ويجمعه جاز ، وفيه كان محمدبن سلمة ونصير بن يحيى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد ولا أعرف أحد في زمانهما خالفهما في ذلك . وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ . وفي الخلاصة والسقية والحمل إلى بيت رب المال كشرط الحصاد ، وجوزه مشايخ بلخ .

( وهذا الحكم ) أي اشتراط الحصاد ونحوه مفسد ( ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك ، بل هو عام في جميع المزارعات ) ولما كان القدوري ذكر هذه المسألة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما كان موهم اختصاصها بذلك وقال الشيخ هذا الوهم بقوله وهذا الحكم ... الخ

( ووجه ذلك ) أي وجه فساد العقد باشتراط أجرة أحد الأشياء المذكورة على العامل ووجوب الاجرة عليهما ( أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود ) وهو تناهي الزرع بحصول المقصود ( فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد ) أي ولا عقد موجود لانتهائه بانتهاء المدة ( فيجب مؤنته عليهما ) لان قضية العقد كون المؤنة عليهما إذ النماء عليهما ، فإذا انتهى العقد لم يبق على العامل فيجب عليهما .

وإذا شرطا في العقد ذلك ولا يقتضيه ، وفيه منفعة لأحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف « رح » أنـــه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتباراً بالإستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ « رح » . قـــال شمس الأئمة السرخسي هـــذا هو الأصح في ديارنا . فالحاصل أن ما كان من عمـل قبـل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العامل ، وما كان منه بعد الإدراك قبـــل القسمة فهو عليهما في ظـاهر الروايـة كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه .

---

( وإذا شرطا في العقد ذلك ) أي شرط ( ولا يقتضيه ) أي والحال أنه لا يقتضيـه العقد ( وفيه منفعة لاحدهما ) أي والحال أن في الشرط منفعة لاحد المتعاقـدين ( يفسد العقد كشرط الحمل ) أي حمل الحنطة ونحوهـا إلى منزل رب الارض ( أو الطحن ) أى أو شرط الطحن ( على العامل ) وكذا شرط التبقية .

( وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامـل ) أي لتعامل الناس بذلك ( اعتباراً بالاستصناع ) حيث جوز لتعامل الناس ( وهو ) أى ما روي عـن أبي يوسف ( اختيار مشايخ بلخ «رح» ) كمحمد بن سلمة وأبي بكر البلخي وغيرهما ( قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا ) ذكره شمس الائمة في المبسوط (فالحاصل) أشار بهذا الكلام إلى أن الاعمال ثلاثة أقسام ، أشار إلى الاول بقوله ( أن مـا كان من عمل قبل الإدراك ) أى قبل إدراك الزرع ( كالسقي والحفظ فهو على العامـــل ) أى كسقي الزرع وحفظه .

وأشار إلى الثاني بقوله ( وما كان منه ) أى من العمل ( بعـد الإدراك ) أى إدراك الزرع ( قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباهها على مابيناه ) أشار به إلى قوله وجه إلى آخره ، وقيد بقوله في ظاهر الرواية احترز عن ما روي عـن

وما كان بعد القسمة فهو عليهما ، والمعاملة على قياس هـذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ ، فهو على العامل . وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهمـا . ولو شرط والجداد على العامل لا يجوز بالإتفاق لأنه لا عرف فيه ، ومـــا كان

---

أبي يوسف أنه قال اشتراط هذا على العامل غير مفسد .

وأشار إلى الثالث بقوله ( وما كان بعد القسمة فهو عليهما ) أي وما كان من العمل بعد قسمة الخارج فهو على المتعاقدين كالحمل إلى البيت والطحن وأشباههما ، لكن على كل واحد منهما في نصيبه خاصة لتمييز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر ، فكان التدبـــير في ملكه إليه خاصة ( والمعاملة على قياس هذا ) أي المساقاة على قياس ما ذكـر من التفصيل في المزارعة ( ما كان قبل إدراك الثمر من السقي )أي الذي كان قبل إدراك الثمر نحو سقي الأشجار ( والتلقيح ) من لقحت النخلة إذا أطعمتها من ذكرها ، ومنـه لقح الفحل الناقة ، والريح السحاب إذا أودق منه المطر ( والحفظ ) أي حفظ الأشجار ( فهذا على العامل ) هذه الجملة في محل الرفع على أنها خبر لقوله ما كان ، ودخلت الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط ، ومن هذا القبيل ضرب الجليد وإصلاح الأجاجين وتنقية السواقي وقطـع الحشائش المضرة ، ولا خلاف فيه الثلاثة ، والأجاجين هي الحفر التي يجمع فيهـا المـاء على أصول النخل .

( وما كان بعد الإدارك كالجداد والحفظ ) والجداد بكسر الجيم وبالدال المهملة وهـو القطع ، والمراد قطع ثمرة النخـــل . وفي بعض النسخ كالجزاز بالراءين المعجمتين . وفي المغرب الجزاز كالجداد بالفتح والكسر إلا أن الجزاز خاص في قطع الثمر ، والأول عام . وعند الشافعي واحدة الجداد والحصاد والقيط على العامل لأنه من العمل . وعند الشافعي وأحمد عليهما ( فهو عليهما ) خبر من قوله وما ذكرنا .

( ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه ) وعـن أحمد لا يجوز . وكذا لو شرط الحمل إلى منزل رب الأرض ، وبه قال بعض الشافعية ( ومـا كان

بعد القسمة فهو عليهما ، لأنه مال مشترك ولا عقد . ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه . ولو أراد قصل القصيل أو جرد التمر بسراً أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما على القصل ، والجداد بسراً فصار كما بعد الإدراك والله أعلم .

---

بعد القسمة فهو عليهما ) أي على المتعاقدين ( لأنه مال مشترك ولا عقد ) أي ولا عقد موجود ، وسماه مشتركاً بعد القسمة باعتبار ما كان. وقيل باعتبار أن المجموع بعدالقسمة بينهما . ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معيناً في قرية يقال لهم شركاء في القرية ( ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ) أي في هذا الشرط ، ولا خلاف للثلاثة فيه .

( ولو أراد قصل القصيل ) أي قطع القصيل ، والقصل قطع الشيء ومنه القصيل ، وهو الشعير يخبز أخضر لعلف الدواب والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلا مجازاً ( أوجرد التمر بسراً ) أي أو أراد قطع التمر حال كونه بسراً ، والبسر ما يكون من التمر ولم ينضج ( أو التقاط الرطب ) أي أو أراد التقاط الرطب (فذلك عليهما ) أي على ما ذكر من القصيل والجداد والإلتقاط على المتعاقدين ( لأنها أنهيا العقد ) أي أتماه وأمضياه ( لما عزما على القصل والجداد بسراً فصار كما بعد الإدراك ) أي صار حكم هذا الحكم ما بعد الإدراك الزرع والثمر حيث يكون العمل فيه عليهما فكذلك إذا انتهياه قبل الإدراك ( والله أعلم بالصواب ) .

* * *

# كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة . وقالا جائزة

---

## ( كتاب المساقاة )

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة ما يقول بجوازها.ولو ردد الأحاديث في معاملة النبي ﷺ بأهل خيبر ، إلا أن اعتراض موجبين ضرب إيراد المزارعة قبل المساقاة ، أحدهما : شدة الإحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها . والثاني : كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة وهي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الأشجار والكروم إلى من يقوم بإصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها ، ولاهل المدينة لغتان يختصون بها كما قالوا للمعاملة مساقاة وللمزارعة مخابرة والاجارة بيع ، وللمضاربة مقارضة ، وللصلاة مسجد .

فإن قلت المفاعلة تكون بين اثنين ، وهنا ليس كذلك . قلت هذا ليس بلازم . ألا ترى إلى قولهم قاتله الله ومسافر فلان [1] أو لان العقد على السقى صدر من اثنين كما في المزارعة أو من باب التغليب .

( قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمرة باطلة ) وبه قال زفر لانها استئجار ببعض ما يخرج وذلك مجهول أو معدوم فلا يجوز وقد تقدم بيان ذلك في المزارعة ، لان المساقاة كالزراعة عنده ( وقالا جائزة ) أي قال أبو يوسف ومحمد جائزة ، وبه قال أحمد وأكثر العلماء . وعند الشافعي ومالك تجوز المساقاة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمساقاة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الاصل ضعف التبع لانه به يتحقق التبعية ، والمساقاة إنما تجوز عنده إذا شرط التفاوت والمؤن فيما تحتاج إليه الثمرة على العامل كلها ، ثم المساقاة

---

(١) هكذا تتابع الكلام في الاصل .

إذا ذكر مدة معلومة ، وسمي جزء من الثمر مشاعاً ، والمساقاة هي المعاملة في الأشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة . وقال الشافعي « رح » المعاملة جائزة ، ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة

---

تجوز عند الشافعي في النخل والكرم فقط ، هذا في قوله الجديد . وفي قوله القديم يجوز في كل شجرة لها ثمرة ( إذا ذكر مدة معلومة ، وسمي جزء من الثمرة مشاعاً ) أما المدة فلأنها كالمزارعة وكالإجارة فلا بد من بيان مدة معلومة . فلو دفع إلى رجل نخلاً ولم يذكر مدة معلومة كان على أول ثمر يخرج من أول سنة استحساناً ، لأن العقد يقع على العمل في المدة ، ولكل مدة وقت معلوم يبتدىء فيه وينتهي ، فالثمرة الاولى متيقن دخولها في العقد فجاز فيها العقد ، وما بعد ذلك غير متيقن فلم يصح العقد فيه . وأما تسمية جزء مشاع من الثمرة فلأنها عقد شركة ، فاذا لم يكن المسمى جزءاً مشاعاً ربما يفضي إلى قطع الشركة فلا يجوز كما في المزارعة .

( والمساقاة هي المعاملة في الأشجار ) قال في شرح الطحاوي والمساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة ، وقد ذكرناه ( والكلام فيها كالكلام في المزارعة ) أي الكلام في عقد المساقاة . وفي بعض النسخ فيها وهو الاظهر أراد أن شرائط المساقاة وهي الشرائط المذكورة التي ذكرت في المزارعة .

( وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة ) بأن يكون بين النخيل والكرم أرض بيضاء يسقى بماء النخيل وقد أخذ النخيل مع الارض معاملة جاز ، حتى لو كانت الارض تسقى بماء على حدة لا يجوز . وفي الروضة في المعاملة ما بان الاول في أركانها وهي خمسة ، الاول : العاقدان . والثاني : متعلق العمل وهو الشجر وله ثلاث شرائط ، الاول أن يكون نخلاً أو عنباً ، أما غيرهما من النبات يقسمان ما له ساق وما لا ساق له . والاول ضربان ما له ثمرة كالتين والجوز والمشمش والتفاح ونحوها ، وفيه قولان القديم جواز المساقاة عليها ، والجديد المنع . وعلى الجديد في شجرة القول وجهان ، جوزها ابن شريح ، ومنعها غيره . والأصح المنع . والضرب الثاني ما لا ثمرة له كالدلب

والخلاف وغيره فلا تجوز المساقاة عليه . وقيل في الخلاف وجهان لا عناية . والقسم الثاني ما لا ساق له كالبطيخ والقرع وقصب السكر والباذنجان والبقول لا تنبت في الارض ولا تجنى إلا مرة واحدة فلا يجوز عليها كما لا يجوز على الزرع . وإن كانت تنبت في الارض وتجنى مرة بعد مرة فالمذهب المنع . وقيل قولان أصحها المنع . الشرط الثاني : أن تكون الاشجار مروية وإلا فباطل على المذهب . وقيل قولان كبيع الغائب .

الركن الثالث : الثمار فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشتركة بينهما معلومة . فلو شرطا قبض الثمار لثالث أو كلها لأحدهما فسدت .

الركن الرابع : العمل .

الركن الخامس : الصيغة ولا يصح بدونها على الصحيح ، وفيها الوجه السابق في العقود بالتراضي والمعاطاة ، ثم أشهر الصيغ ساقيتك على هذا النخيل بكذا وعقدت معك عقد المساقاة .

الباب الثاني في أحكام المساقاة : ويجمعها حكمان ، أحدهما يلزم العامل والمالك ، والثاني في لزومها . أما الاول فكل عمل يحتاج إليه الثمار لزيادتها ، أو صلاح ثمرها ويتكرر كل سنة فهو على العامل ، ومما يجب عليه السقي وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والاجاجين التي يقف فيها الماء وتنقية الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية وشدها عند السقي على ما يقتضيه الحال . وفي سقيا النهر وقول ضعيف أنها على المالك وتقليب الأرض بالمساعي، وكذا تقويتها بالزبل ، ومنه التلقيح . ثم الطلع الذي يلقح به على المالك . وفي حفظ الثمار وجهان ، أصحهما على العامل واحداً ، والثمرة على العامل على الصحيح وحفر الأنهار والآبار الجديدة والتي أنهاره وبناء الحيطان ونصب الأبواب والدولاب ونحوها على المالك ، وكذا عليه آلات العمل والأكياس والمعول والمنحل والمسحاة والشران والفدان في الزراعة والثور الذي يدير الدولاب . وقيل على من شرطت له . الحكم الثاني أن المساقاة عقد لازم كالإجارة ، وتملك

لأن الأصل في هذه المضاربة والمعاملة أشبه بها ، لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل . وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لأنها إجارة معنى كما في

---

العامل حصة من الثمرة بالظهور على المذهب ، وقيل قولان .

(لأن الأصل في هذه المضاربة) لأنها جائزة إجماعاً ( والمعاملة أشبه بها ) أي بالمضاربة من المزارعة ( لأن فيه شركة ) أي لأن في عقد المعاملة شركة ( في الزيادة ) وهو الثمر ( دون الأصل ) هو في الشجر كما في المضاربة الشركة في الربح دون رأس المال .

( وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج يفسده ) أي يفسد عقد المزارعة ( فجعلنا المعاملة أصلاً ، وجوزنا المزارعة تبعاً لها ) أي للمعاملة ،وفي بعض النسخ له ، أي عقد المزارعة ( كالشرب في بيع الأرض ) بكسر الشين وهو النصيب من الماء ، فإنه يرد عليه العقد تبعاً لبيع الأرض ويجوز بيعه بانفراده ( والمنقول في وقف العقار ) فإنه يصير وقفاً تبعاً للعقار ولا يجوز وقفه بانفراده إلى هنا من كلام الشافعي .

( وشرط المدة ) أي شرط بيان المدة ( قياس فيه ) أي في عقد المساقاة ( لأنها إجارة معنى ) أي لأن المساقاة إجارة في المعنى لأنه استئجار للعامل ، وفي هذا لا يصير المعقود عليه معلوماً إلا ببيان المدة ، فإذا لم يبينا لم يجز ، وبه قال الشافعي وأحمد . إلا أنه ينبغي أن يكون أقل المدة ما يمكن إدراك الثمر فيه، وبه قال أحمد . واختلف أقوال الشافعي في أكثر مدة الإجارة والمساقاة . وقال في موضع إلى ثلاثين سنة . وقال ابن قدامة في المغني ، وهذا الحكم قال في موضع إلى ما أشار [1] وبه قال أحمد ومالك وأكثر العلماء ( كما في المزارعة ) كما يشترط بيان المدة في المزارعة، حتى إذا لم يبينا تفسد.

---

(١) في الجملة خلل ، وربما سقط كلام صاحب المغني من الناسخ ، اهـ مصححه .

المزارعة . وفي الإستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج ، لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ماهو المتيقن . وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة .

---

( وفي الإستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ، ويقع على أول ثمر يخرج ) يعني إن سكتا عن الوقت جاز استحساناً ، ويقع العقد على أول ثمرة تخرج في تلك السنة ، وبه قال أبو ثور وبعض أصحاب الحديث ( لأن الثمرة لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت) أي الوقت والثابت عادة كالثابت شرطاً ، فصارت المدة معلومة . فإن تقدم أو تأخر بذلك يسير لا يقع بسببه منازعة عادة ( ويدخل فيه ما هو المتيقن ) وهو أول الثمر الذي يخرج في تلك السنة ، فيثبت المتيقن لا ما وراءه ، فلو انتقضت تلك السنة ولم يخرج الثمر فيها انتقضت المعاملة ( وإدراك البذر) وهو بذر البقل ونحوه .

وقال الليث البذر كل حب يبذر للنبات ، ويقال بذرته وبذرته. قال والبذر والحبوب التي فيها صغير مثل بذر البقول وأشباهها . وقال ابن دريد فأما قول العامة بزر البقل خطأ إنما هي بزور . وقال الخليل البزر بزر الكتان ودهن البزر والكسر أفصح. والبذر بالذال المعجمة ما عزل للزراعة من الحبوب كلها ، وبزر البذر زرعه . وقال ابن عباد في المحيط البذر أول ما يخرج من البقل والعشب . وقال الأترازي وقد وقع سماعنا في هذا الموضع بالدال ، وارتفاع إدراك البذر بالإبتداء .

وقوله ( في أصول الرطبة ) جملة وقعت صفة للبذر ( في هذا ) أي في عقد المساقاة بدون بيان المدة ( بمنزلة إدراك الثمار ) خبر المبتدأ ( لأن له ) أي لإدراك البذر ( نهاية معلومة ) عند المزارعين ( فلا يشترط بيان المدة ) فيه صورة المسألة دفع رطبة قرب جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بزرها على أن ما أخرج الله سبحانه وتعالى من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتاً معلوماً جاز استحساناً كالثمر . وفي شرح الكافي ولو دفع إليه رطبة في الأرض قد صارت قراحاً ، يعني قد خرج ساقها من عروق ولم

بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً ، والإنتهاء بنـــاء عليه فتدخله الجهالة . وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة

---

بينه إلى أن تجز فدفعها إليه معاملة على أن يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتاً معلوماً ، فهذا فاسد ، لأنه ليس لنهايتها وقت معلوم ، لأنها تجري مرة بعد أخرى ، حتى لو كان للرطبة[1] لو دفعها إليه رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيهـا حتى يخرج بذرها على أن ما رزق الله من شيء فهو بينهما نصفان ولم يسميـا وقتاً فهو جائز على ما اشترط إلا البذر من الرطب ينزل منزلة الثمر من الشجرة ، فصار كما لو دفع الأشجار معاملة ، على أن الثمر بينهما نصفان فهو جائز كذلك هنا ، والرطبة لصاحبها لأنهـا لم تحدث بعمله ولم تزدد .

( بخلاف الزرع ) يتعلق بقوله وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ، يعني ذاك بخلاف المزارعة ، فلأنها تجوز بلا بيان المدة قياساً واستحساناً (لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً ) أي لأن ابتداء الزرع قد يكون في الخريف والصيف أو الربيع، وما يزرع في الربيــع يدرك في آخر الصيف ، وما يزرع في الخريف يــدرك في آخر الربيع وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف فوقعت الجملة في الابتداء ( والإنتهاء بناء عليه ) أي على الإبتداء ( فتدخله الجهالة ) أي إذا كان كذلك فيدخـل هذا العقد جهالة مفضيه إلى المنازعة ، فلا يجوز إلا ببيان المدة . إعلم أن كثيراً منصوب على أنه صفة لمصدر محذوف ، أي اختلافاً فاحشاً . وقوله خريفاً منصوب على الظرفية ، أي في خريف وصيف وربيع عطف عليه .

( وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ) أي نبت وهو بكسر الــلام ، والغرس بكسر الغين وفتحها في معنى المغروس ( ولم يبلغ الثمر ) أي لم يبلغ حد الأثمار (معاملة) أي مساقاة ، وانتصابها على المصدرية من قوله من غير لفظه ، ولكن التقدير وإذا عامـل رجلاً في غرس معاملة ، ويجوز أن ينصب على التعليل ، أي دفع لأجـل المعاملة على أن

---

(١) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءه ، اهـ مصححه .

حيث لا يجوز إلا ببيان المدة ، لأنـــه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً . وبخلاف ما إذا وقـــع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها ، أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة ، لأنها تنمو مـــا تركت في الأرض فجهلت المدة ، ويشترط تسمية الجزء مشاعاً لما بينا في المزارعة ،

---

يقوم عليها ويسقيها فما خرج فهو بينهما نصفان ( حيث لا يجوز إلا ببيان المدة ) وبـــه قالت الثلاثة ( لأنه ) أي لأن الغرس ( متفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتـــاً فاحشاً ) لأن الأراضي إذا كانت أبزار خالصة قوية تحمل أشجارها بإسراع . وإذا كانت ضعيفة غير خالصة تبطىء أشجارها في الحمل ، فلا بد من بيان المدة .

( وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليهـــا ) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع بناها ( أو أطلق في الرطبة ) يعني لم يقل حتى تذهب أصولهـــا ( تفسد المعاملة ، لأنه ليس لذلك نهاية معلومة ، لأنها ) أي الرطبة ( تنمو ) أي تزيد من النمو وهو الزيادة ( ما تركت في الأرض ) أي ما دامت تترك في الأرض ( فجهلت المدة ) فلا يجوز . وفي شرح الكافي ولو دفع إليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيهـــا حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها ، فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهذا فاسد . وكذلك النخل والشجر ، لأنه ليس لزمان انقطاعه وذهاب أصوله وقتاً معلوماً ، فكانت المـدة مجهولة . وأما إذا دفع النخيل أو أصول الرطبة معاملة على أن يقوم عليها مطلقاً ولم يقل إلى أن يذهب أصولها وينقطع بناها ، وذلك جائز ، وإن لم يبين المدة استحسانـــاً إذا كانت الرطبة جزءه معلومة فيقع على أول جزؤه ، وفي النخيل يقع على أول ثمرة تخرج ، وإذا لم تكن للرطبة جزءة معلومة فلا يجوز بلا بيان .

واعلم أن المصنف قد ترك في كلامه قيدين لا غنى عنهما ، فكان إيجازاً وقد بيناهما الآن ( ويشترط تسمية الجزء مشاعاً ) يتعلق بقوله وسمي جزءاً من الثمرة مشاعاً ( لما بينا في المزارعة ) أشار به إلى قوله ولا تصح المزارعه إلى قوله إلا أن يكون الخارج بينهـــما مشاعاً تحقيقاً لمعنى الشركة .

إذ شرط جزء معين يقطع الشركة . وإن سميا في المعاملة وقتاً يعلم إنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج . ولو سميا مدة قـــد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت ، لأنا لا نتيقن بفوات المقصود . ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد ، لأنه تبين الخطأ في المـــدة المسماة ، فصار كما إذا علم

---

( وإن شرط جزء معين فيقطع الشركة ) أي لأن اشتراط جزء معين من الخـــارج لأحدهما أو لغيرهما يقطع الشركـــة فتفسد المعاملة ( فإن سميا في المعاملة وقتاً يعلم أنـــه لا يخرج الثمر فيها ) أي في الوقت [1] بتأويل المدة ( فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ) وبه قالت الثلاثة ، وهذا من مسائل الأصل ، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ( ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها ) أي عن المـــدة المذكورة ( جازت ) أي المعاملة ، وبـــه قال الشافعي رحمه الله في وجه وأحمد في رواية ( لأنا لا نتيقن بفوات المقصود ) ولا يعتبر توهم عدم الخروج ، لأن ذلـــك التوهم متحقق في كل معاملة ومزارعة بأن يسطلم الزرع آفة. وقال الشافعي في وجه وأحمد في رواية لا يصح ، لأنها عقد على معدوم .

( ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد ، وإن تأخر فللعامل أجر المثل ) وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد في الأصح أيضاً . وقال الشافعي في وجـــه وأحمد في رواية لا يجب شيء ، لانه رضي بالعمل بغير عوض ، فصار كالمتبرع وهـــو اختيار المزني ( لفساد العقد لانه يبين الخطأ في المدة المسماة ، فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء ) يعني لو كان ذلك معلوماً عند ابتداء العقد لما كان العقد فاسداً ، فكـــذا إذا تبين في الانتهاء .

---

(١) هنا كلمة مكشوطة غير مقروءة ، اه مصححه .

ذلك في الإبتداء . بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً ، لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة ، فبقي العقد صحيحاً ، ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه . قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان . وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في الكرم والنخل ،

---

( بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا ، لان الذهاب بآفة ) يعني ما حدث من الآفة ( فلا يتبين فساد المدة ) لعدم تبين خروج الثمار في المدة المذكورة ( فبقي العقد صحيحاً ) وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج ( ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه ) لعدم الخارج .

( قال ) أي القدوري (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان .وقال الشافعي في الجديد لا تجوز إلا في النخل والكرم) قال في القديم وتجوز في جميع الاشجار والثمر ، وبه قال مالك وأحمد والثورى وأبو ثور والاوزاعي وهو قولهما أيضاً ، ولا يجوز الشافعي في الرطاب قولاً واحداً . وقال داود لا يجوز إلا في النخيل خاصة ، لان الخبر إنما ورد في النخيل خاصة . وعن مالك أنه تجوز المساقاة في المعاني والبطيخ والباذنجان كمذهبنا . وفي الجواهر أركان المساقاة أربعة ، الاول متعلق العقد وهي الاشجار وسائر الاصول المشتملة على شروط ، وهي أن تكون مما يجيء ثمرته ولا تخلف ، واحترزنا به عن الموز والقصب والقرط والبقل ، لانه بطن بعد بطن ، وجزء بعد جزء ، وأن يكون مما لا يحل بيعها ، فكل ما حل بيعه فلا تجوز المساقاة فيه ، فإذا حل بيع الثمار أو غيرها أو المعاني لم تجز المساقاة عليها ، وإن عجز عنها . وقال سحنون يجوز مساقاة ما جاز بيعه وهي إجارة بنصفه وأن يكون ظاهراً ، فلا يجوز المساقاة عليه قبل ظهوره في الأرض .

الركن الثاني : أن يكون المشروط على الاستفهام معلوماً بالحرية لا بالتقدير .

والركن الثالث : العمل ، وشرطه أن يقتصر على عمل المساقاة ولا يشترط عليه عمل آخر ليس منها .

لأن جوازها بالأثر وقد خصهما ، وهو حديث خيبر . ولنا أن الجواز للحاجة وقـــد عمت . وأثر خيبر لا يخصهما ، لان أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً . ولو كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله ،

---

والركن الرابع: الصيغه كقوله ساقيتك على هذا النخيل بالنصف، أو غيره. واختلف إذا عقد بلفظ الإجارة وأبطله ابن قاسم وصححه سحنون .

( لأن جوازها ) أي جواز المساقاة ( بالأثر وقد خصهما ) أي وقد خص الأثر النخل والكرم ( وهو حديث خيبر ) وقد مر بيانه في المنازعة .

( ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت ) أي الحاجة في الجميع ( وأثر خيبر لا يخصهما ) جواب على ما قال الشافعي خصهـــما ، أي حديث خيبر لا يخص النخيل والكرم ( لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً ) لأنه روي أنه ﷺ عامل أهـل خيبر بشرط ما يخرج منها زرع أو ثمر ، ولفظ الثمر عام في كل ثمر ، ولأنه جاز في لفظ بعد الأخبار أنه ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من النخل والشجر ولفظ الشجر عـام . وقال ابن حزم خالف الشافعي « رح » الحديث قد كان بخيبر بلا شك بقل ، وكلما نبت في أرض الشرب من الرمان والمـــوز والقصب والبقول فعاملهم النبي ﷺ على نصف ما يخرج منها .

( ولو كان كما زعم ) أى ولو كان الأثر يخص النخيل والكرم كما زعم الشافعي (فالأصل في النصوص أن تكون معلولة ) فكان ينبغي الشافعي أن يعلله بعلة الحاجة مع وجودهـا ( سيما على أصله ) أى خصوصاً على أصل الشافعي ، فإن بابه عنده أوسع ، لأنـــه يرىء التعليل بالعلة القاصرة كالثمنية في باب الربا ونحن لا نرى التعليل إلا بعلة متعدية فيكون التعليل على مذهبه أعم عندنا ، وإن كان الأصل في النصوص التعليل ولكن لا بـــد من إقامة الدليل على أن النصوص معلول في الحال ، وموضعه أصول الفقه . واعلم أن لفظـة سيما كلمة تخصيص ، والمعنى أخص المذكور بالذكر نحو يقول أكرمني الناس ولا سيما زيد

وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد، وكذا ليس للعامل أن يترك العمل لغير عذر، بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه، قال فإن دفع نخلاً فيه تمر مساقاة، والتمر يزيد بالعمل جاز، وإن كانت

---

وزيد وهي مركبة من سي وما ، وسي بكسر السين بمعنى المثل ، والتقدير في المثال المذكور ، ولا سي ، أي ولا مثله فما موصوفة على تقدير الجر وموصوفة على تقدير الرفع ، أي لا سي الذي هو زيد ، ويجوز منه النصب أيضاً على أن يكون لاسيا بمعنى إلا ، وقد يزاد على أوله كلمة لا فيقول لا سيا فقد تحقق الباء ، والتشديد أكثر فافهم .

( وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ( لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد ) لان العقد لازم لا يصح فسخه إلا بعذر ، والعذر لصاحب الكرم أن يكون عليه دين لا وفاء عنده إلا بيع الكرم أو سرقة العامل ( وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر ) لما ذكرنا إلا أن يكون له عذر بأن عرض مرض يقعده عن العمل لا يقال ينبغي أن يأمر بأن يستأجر رجلا ليقيم على عمله ، لان في ذلك ضرراً به لم يلتزمه بالمعاملة .

( بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر) يعني يجوز في المزارعة أن يمتنع صاحب البذر من العمل ولا يجبر عليه ، لانه يلحقه الضرر في الحال بإلقاء بذره في الارض فلم يكن لازمة من جهته لما قدمنا ، وفي بعض النسخ ( على ما قدمناه ) وفي بعضها على ما بينا وأشار به إلى ما ذكره في المزارعة بقوله وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه ... الخ . وأما هاهنا فرب الكرم في المضي على العقد لا يحتاج إلى إتلاف شيء من ماله فيلزمه العقد من الجانبين .

( قال ) أي القدوري ( فإن دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة ، والتمر يزيد بالعمل جاز ) أي والحال أن الثمرة تزيد بالعمل جاز دفعه ، وبه قال مالك والشافعي في قول وأحمد في رواية وأبو ثور . وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية لا يجوز ( وإن كانت قد انتهت

قد انتهت لم يجز ، وكذا على هذا إذا دفع الزرع ، وهو بقل جاز . ولو استحصد وأدرك لم يجز ، لان العامل إنما يستحق بالعمل ، ولا أثر العمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ، ولم يرد به الشرع . بخلاف مـــا قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل . قال وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لانـــه في معنى

---

لا يجوز ) أى وإن كانت الثمرة قد انتهت لا يجوز الدفع .

( وكذا على هذا التفصيل إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ) أى والحال أن الزرع بقل جاز الدفع ( وإن استحصد وأدرك لم يجز ) أى وإن قرب حصاده لاجل إدراكـــه لم يجز . ولو قال وإن أدرك واستحصد يعني استحق الحصاد كان أصوب على مـــا لا يخفى ( لان العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك ، فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع ) لانها جوزت بالاثر فيما يكون أجر العامـــل بعض الخارج ولم يوجد عمله . ( بخلاف مـــا قبل ذلك ) أى ما قبل التناهي ( لتحقق الحاجة إلى العمل ) .

فإن قلت ينبغى أن لا يجوز ، لانه جعله أجر عمله بعضاً موجـوداً وبعضاً يخرج من عمله ، وهذا يمنع الجواز كما لو دفع نخلا قد طلعت على أن يقوم عليها بالنصف ، فيكون النخل مع الثمر بينهما نصفين ، وكما لو دفع أرضاً مزارعة على أن الخارج من الارض بينهما نصفان. وكما لو شرطا مع بعض الخارج للعامل ثوب أو دراهم . قلت هذا هكذا إذا كان ماشرط من الموجود يصير أجرة عمله مقصوداً لا تبعاً لما يخرج من عمله ، أما إذا كان هكذا إذا كان ما يستحقه تبعاً لما يزداد من عمله ، فإن كان لا يتميز الموجود عما يزداد من عمله فإنه يجـوز المعاملة ، لانه يجوز أن ينسأ لشيء تبعاً وإن لم يثبت مقصوداً ، بخلاف تلك المسائـل ، لان هناك إنما يستحق الموجود مع ما يخرج من عمله مقصوداً لا تبعاً ، لان كل واحد منهما يمتاز عن الآخر .

( قال ) أى القدوري ( وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله ، لانه في معنى الإجارة

الاجارة الفاسدة ، وصارت كالمزارعة إذا فسدت . قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها ، فإن مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك التمر ، وإن كره ذلك ورثة رب الارض استحساناً ، فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط ، وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر ، وبين أن ينفقوا

---

الفاسدة ، وصار كالمزارعة إذا فسدت ) المساقاة حيث يجب أجر المثل العامل .

( قال ) أي القدوري ( وتبطل المساقاة بالموت لانها ) أي لان عقد المساقاة ( في معنى الإجارة وقد بيناه فيها ) أي في الإجارة ( فإن مات رب الارض والخارج بسر ) ذكره تفريعا على مسألة القدوري وهو من مسائل الحال ، أي والاصل أن الخارج بسر ، وهو الذي يكون ولم ينضج ( فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمرة ، وإن كره ذلك ورثة رب الارض استحساناً ) وفي القياس تنتقض المعاملة بينهما ، وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين إن شرطا أنصافاً ، لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ، والإجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين .

وأشار إلى وجه الإستحسان بقوله ( فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ) أي عن العامل ( ولا ضرر فيه على الآخر ) وهو وارث الميت ، وكان حق التركيب أن يقول على الاخرين وهم الورثة ( ولو التزم العامل الضرر ) بأن قال إذا أخذ نصف البسر فله ذلك ، لان بقاء العقد لدفع الضرر عنه ، فإذا رضى انتقض العقد بموت رب الارض ، إلا أنه لا يملك إلحاق الضرر بالورثة ، فحينئذ ( يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط ) الذي كانت بين الميت والعامل ( وبين أن يعطوه ) أي العامل ( قيمة نصيب من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من التمر ،

على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر ، لانه ليس له إلحاق الضرر بهم ، وقد بينا نظيره في المزارعة . ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الارض ، لان فيه النظر من الجانبين . فإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها . وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل ، لقيامهم مقامه ، وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الادراك ، لا أن يكون وارثه في الخيار . فإن أبى ورثة العامل أن يقيموا عليه كان الخيار

---

لانه ليس له ) أى لان الشأن ليس للعامل ( إلحاق الضرر بهم ) أى بالورثة ( وقد بينا نظيره فى المزارعة ) أى نظير الحكم فى باب المزارعة عند قوله وإن أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض إقلع الزرع أصح .

( ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه ) أى عمل المساقاة كما كان ( وإن كره رب الارض ) هذا واصل بما قبله ، وليست إن للشرط ( لان فيه النظر من الجانبين ) لان فى القيام على العمل النظر من جانب الارض وجانب ورثة العامل ، لان فيه تحصيل مقصودهم وتوفر حقوقهم ( فإن أرادوا أن يصرموه بسراً ) أى أن يفعلوا الخارج حال كونه بسراً ( كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها ) يعنى آنفاً ( وإن ماتا جميعاً ) يعنى صاحب الارض والعامل ( فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه ) أى مقام العامل ( وهذا خلافة فى حق مالي ) هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم ، لانه عرض لا يقبل النقل ، فكيف يثبت هذا الخيار لهم ؟ فقال هذا ليس من باب توريث الخيار ، بل هذا خلافة فى حق مالي مستحق عليه ( وهو ترك الثمار على الاشجار إلى وقت الإدارك ، لا أن يكون وارثه فى الخيار ) اى الحق المالي وهو ترك الثمار ... إلى آخره . ( فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك

في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا . قال وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهـــذا والاول سواء ، والعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك ، لكن بغير أجر ، لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة في هذا ، لان الارض يجوز استئجارها . وكذلك العمل كله على العامـــل ها هنا . وفي المزارعة في هذا عليهما ، لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل ، وها هنا لا أجر

---

إلى ورثة رب الأرض على ما وصفنا ) أي آنفاً .

( وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهـــذا والأول سواء ) أي انقضاء المدة وموت العاقدين سواء في الحكم المذكور ( والعامـــل أن يقوم عليها ) أي على المعاملة ( إلى أن يدرك ) أي البسر ( لكن بغير أجر ) أي أجر الشجر على العامل ( لأن الشجر لا يجوز استئجاره) حتى لو اشترى ثماراً على رؤوس الأشجار ثم استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك لا يجوز وقد مر في البيوع .

( بخلاف المزارعة في هذا ) أي فيا إذا انقضت المـــدة والزرع بقل ( لأن الأرض يجوز استئجارها ، وكذلك العمل كله على العامل هاهنا ) أي في المعاملة ( وفي المزارعـــة في هذا عليهما ) أي في انقضاء المدة والزرع بقل على رب الأرض والعامل جميعاً( لأنه لمـــا وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق العمل عليه ) تقديره أن العمل في الزرع كان عليهما بقدر ملكيهما ، لأن رب الأرض لما استوجب أجر مثل الأرض على العامل لم يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انقضاء المدة .

( وهنا ) يعني في صورة المعاملة ( لا أجر ) يعني لا يستوجب صاحب النخل بعـــد انقضاء المدة أجر مثل النخل على العامل كما كان لا يستوجب قبل انقضاء المدة لا يجـــوز إجارة النخيل إلى أن يدرك الثمر ، فكان كل العمل على العامل إلى حين الإدراك ، أشار

فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها . قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات ، وقد بينا وجوه العذر فيها ، ومن جملتهـــا أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمـــه فيفسخ به ، ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لان في إلزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليـــه ولم يلتزمه ، فيجعل

---

إليه بقوله ( فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها ) أي قبل انتهاء المـــدة ويستحق على صيغة المجهول في الموضعين . والحاصل أن في هذه الصورة لم تتغير على العامل الأجر ، وهو الانتفاع بالأشجار مجاناً ، فيكون العمل كله عليه ، بخـلاف فصل المزارع لتغير الامر عليه بوجوب أجر المثل ، فافهم .

( قال ) أي القدوري ( وتفسخ بالاعذار ) وهي ثلاثة ذكرت في المزارعة ( لمـا بينا في الإجارات ) أراد قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليهـــا ، فصار جملة الاعذار في الإجارة كالعيب قبل القبض ... الخ ( وقد بينا وجوه العذر فيهـــا ) أي في الإجارات ( ومن جملتها ) أي ومن جملة الاعذار ( أن يكون العامل سارقاً يخاف عليــه سرقة السعف ) بفتح السين والعين المهملتين وفي آخره فاء وهو جريد النخل يتخذ منــــه الزنبيل والمراوح ، قاله الكاكي . وقال الليث أكثر ما يقال له السعف إذا يبس ، وإذا كانت السعف رطبـــة فهي رطبة ، فيقال سعفه وسعف وسعفات . وقـال الازهري يقال للجريد يقسمه سعف أيضاً ، والصحيح أن الجريد الاغصان ، والورق السعف (والثمر قبل الإدراك ) قيد به لانه بعد الإدراك يقسم ، فلا يخاف من السرقة ( لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فيفسخ به ) أي بالضرر ، أي بسببه .

( ومنها ) أي ومن الاعذار ( مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل ، لان في إلزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل ذلك عذراً ) لان في إلزام العامل أن يستأجر الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه ، فيجعل عـذراً . الحاصل أن هـــذا

ذلك عذراً . ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً ، فيه روايتان ، وتأويل أحدهما أن يشترط العمل بيـــده فيكون عذراً من جهته . ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن تكون الارض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله .

---

كالجواب عن سؤال مقدر تقديره ان يقال لم لا يؤمر بالاستئجار للعمل كالمكاري إذامرض قيل له ابعث الدواب على يد غلامك أو تلميذك . فأجاب بأن في إلزامه ... إلى آخــره . وأشار بقوله ولم يلتزمه أن استئجار الاجر ليس متعارف فلا يكون مستلزمــاً ، بخلاف بعث الدواب على يد العبد أو التلميذ متعارف .

( ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً ، فيه روايتان ) ذكره تفريعــاً على مسألة القدوري ، أي في كون ترك العمل عذراً روايتان في إحداهما لا يكون عذراً ويجبر على ذلك ، لان العقد لازم لا يفسخ إلا من عذر ، وهو ما يلحقه بــه من ضرر ، وهاهنا ليس كذلك ، وفي الاخرى عذر .

( وتأويل إحداهما ) أي أحد الروايتين ( أن يشترط العمل بيده فيكون عــذراً من جهته ) يعني إذا اشترط عليه العمل بنفسه وتركه كان ذلك عذراً في فسخ المعاملة ، أمــا إذا دفع إليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وأجرته فعليه أن يستخلف غيره فلايكون تركه العمل عذراً في فسخ المعاملة .

( ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيهــا شجراً على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك ) أي هذا العقد ، وبــه قالت الثلاثة ، وهذا من مسائل الاصل ، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ( لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة ) وهو الارض ( لا بعمله ) أي لا بعمل العامــل ، فصار كما لو دفع النخل والشجر ليكون النخل والثمر بينهما ، وكما إذا دفع الارض ليزرع

وجميع الثمر والغرس لرب الارض ، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل ، لانه في معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله ، لانـــه لا يدخل في قيمـــة الغراس لتقومها بنفسها . وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى ، وهذا أصحهما ، والله أعلم .

---

ليكون الزرع والارض بينهما ( وجميع الثمر والغرس لرب الارض ، وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيا عمل ، لانه في معنى قفيز الطحان ، إذ هو استئجار ببعض مـا يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد ) كما لو استأجر صباغاً لصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ وهو فاسد ، لانه في معنى قفيز الطحان الذي نهى رسول الله ﷺ عنه (وقد تعذر رد الغراس) بكسر الغين المعجمة وهو فسلان النخل(لاتصالها) أي لاتصال الغراس ( بالارض فيجب قيمتها ) أي قيمـــة الغراس . وقال الاترازي أن الضمير المؤنث راجع إليه على تأويل الاغراس . قلت لا حاجة إلى هذا التأويل ، لان الغراس جمع غرس . قال في العباب والغرس الشجر الذي يغرس والجمع أغراس وغراس، فحينئذ تأنيث الضمير في مستحقه ، فكأنه توهم أنه مفرد ، فكذلك تكلف ما ذكره .

( وأجر مثله ) أي يجب أجر المثل الغارس ( لانه ) أي لان الاجـر ( لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها ) أي بدون العمل ، والتحقيق فيه إنما يلزم صاحب الارض قيمة الغرس ، لان الغراس آلة ليجعل فيها الارض بستاناً ، فإذا فسد العقـد بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الأرض وهي متقومة ، فيلزمه قيمتها لما تعذر ردها للاتصال بأرضه وهو عين تقومه بنفسه ، فلا يدخل أجر العمل في قيمته ، فيلزمه مع قيمة الأشجار أجر مثل عمله ، لأنه أسمي عرضاً فلا يسلم له ذلك ، فيستوجب أجر المثل .

( وفي تخريجها ) أي وفي تخريج هذه المسألة ( طريق آخر بيناه في كفايـة المنتهى ) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه، أو شراء به جميع الغراس

بنصف أرضه ونصف الخارج ، فكان عدم جواز هذا العقد بجهالة الغراس نصفهـــا أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونها في معنى قفيز الطحان ( وهذا أصحهما ) أي المذكور في الهداية أصح الطريقين ، لأنه نظير من استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه من أن يكون نصف المصبوغ كما ذكرنا ، فيكون في معنى قفيز الطحان ، والله أعلم .

# كتاب الذبائح

## ( كتاب الذبائح )

قال الشراح كلهم : المناسبة بين المزارعة والذبائح لكونها إتلافاً في الحال للانتفاع في المال ، فإن الزراعة إنما تكون بإتلاف الحب في الأرض بما يثبت فيها ، والذبائح إتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك . قلت كان ينبغي ان يذكر المناسبة بين الذبائح والمساقاة لأنها مذكورة عقب المساقاة دون المزارعة ، وكل من المزارعة والمساقاة مستندة بأداتها مخصوصة بأحكامها ، ولهذا صرح كل منها بالكتاب ، ولو كانت المساقاة تابعة للمزارعة من كل وجه .

يقال بأن المساقاة على ما لا يخفى ، ولكن يمكن أن يقال ان وجه المناسبة بين المساقاة والذبائح من حيث التضاد ، فان المساقاة إحياء النخل والشجر ، وفي الذبائح الإماتة . ولو قلنا إن المساقاة تابعة للمزارعة فالمناسبة بينهما ما ذكرنا ايضاً لأن في المزارعة احياء الأرض وهذا مما نسج به خاطري ، فعلى المراد أن يأتي بوجه أحسن منه وإلا فليرعوا عن القلب في عوض الغير ظناً منه انه على شيء .

ثم الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم لما ذبح وكذلك الذبح بكسر الذال وسكون الباء . قال الله سبحانه وتعالى ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ فعل بمعنى مفعول ، والذبيح المذبوح ، والانثى ذبيحة ، وإنما جاءت بالهاء لغلبة الاسم عليها ، وأصل الذبح الشق . قال كان بين فكها والفك فارة مسك ذبحت في سك ، أي فتقت ولكنه يستعمل في قطع الاوداج . والذكاة الذبح ايضاً سمي به لأنه يجوز أن يكون في اللغة مأخوذاً من أحد الأمرين ،

إما من الحداة يقال سراج ذكي إذا كان ـ نيرا غاية ـ لأنه حينئذ في غاية الحدة، ويقال فلان زكي إذا كان سريع الفهم لحدة خاطره، ويقال مسك ذكي إذا كان يقدح غاية وامامن الطهارة، قال ﷺ دباغ الأديم ذكاته ويجوز إطلاقه على الذبح لكلا المعنيين لما فيه من سرعة الموت وطهارة المذبوح عن الدم المسفوح الذي هو نجس .

ثم الذبح مباح شرعاً وغير محظور عقلا ، وقالت الأولوية والهيضانية الضلال من المجوس محظور عقلا ، فلا يرون إباحة ذبح الحيوان ، قالوا فيه إذهاب الربح الذي هو من اجزاء الفور ، وذهب العراقيون إلى أن الذبح محظور عقلا ، ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراراً بالحيوان ، وقال الشيخ ابو الحسن القدوري «رح» في شرحه الذبائح محظورة بالعقل لأن الأشياء في الاصل عندنا على الإباحة إلا ما كان فيه ادخال ضرر في الحيوان .

وقال شمس الائمة السرخسي : هذا عندي باطل ، لان رسول الله ﷺ كان يتناول اللحم قبل مبعثه ، ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام ، فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلا كالكذب والظلم والسفه .

**وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل كانوا يذبحون ذبائح أهل الكتاب، وليس** الذبح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان : ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة ، وما فيه نوع تجويز من حيث مقدار منفعته فيجوز أن يراد الشرع بإباحته وتقدم عليه قبله نظراً الى نفعه كحجامة الاطفال وتداويه بما فيه ألم ، قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر . أما الاول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه ويصطاد بنفسه قبل البعثه ، وأما الثاني فلذلك يحتاج إلى دليل فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه يأكل من ذبائح اهل الكتاب قبل البعثة ، فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيئاً من الذبيحة إلا بعد البعثة ؟ .

( قال الذكاة شرط حل الذبيحة ) . قال الاترازي وهذا وقع خلاف وضع الكتاب لانه إذا ذكر لفظا قال في اول المسألة كان يشير به إلى ما ذكره في الجامع الصغير أومختصر

لقوله تعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبىء عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها

---

القدوري ، وهنا لم تقع الإشارة إلى أحدهما ولهذا لم يذكره في البداية ، وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال ، أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه ، قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظه قال بإضمار الفاعل وأراد به نفسه ، فهذا أيضاً مثله ولا يلزم تعيين الفاعل .

ألا ترى انه عند إسناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله ، فكذلك عند اسناده إلى نفسه ، ولا يخفى هذا إلا على من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ، ومن لم يميز بينهما لا يستحق الخوض في الهداية ( لقوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ ) بعد قوله ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم ﴾ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالاً .

والمترتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها ، لكن لما كان الحل ثابتاً بالشرع جعلت شرطاً ( ولان بها ) أي بالذكاة ، وذكر الضمير باعتبار الذبح ( يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ) ولا يلزم الجراد والسمك لان حلها بلا ذبح ثبت بالنص ، وفي السنة المشهورة فخرجا من عموم الآية ( وكما يثبت به ) أي بالذكاة على تأويل الذبح ( الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره ) أي غير المأكول إلا الآدمي والخنزير ، فإن الذكاة لا تلحقهما .

قال الفقيه أبو الليث وذكر عن الكرخي أنه قال : إذا صلى ومعه شيء من لحم السباع وقد ذبح جازت صلاته ، ولو وقع في الماء لم ينجسه . وكان الفقيه أبو جعفر يقول هو نجس لا يجوز الصلاة معه ولو وقع في الماء أفسده ، وهو موافق لقول نصير وبه نأخذ هكذا ذكره في النوازل في كتاب الصلاة .

( فإنها تنبىء عنها ) أي فإن الذكاة تنبي عن الطهارة ( ومنه قوله ﷺ ذكاة الأرض يبسها ) أي ومن كون الذكاة عبارة عن الطهارة لقوله ﷺ : ذكاة الأرض يبسها ، أي

وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين ، واضطرارية وهي الجرح في أي موضع كان من البدن . والثاني كالبدل عن الاول ، لانه لا يصار إليه إلا عند العجز عن الاول ،

---

طهارة الأرض عن رطوبة النجاسة بيبسها بالشمس أو الهواء ، وهذا ليس بحديث . قال في الفائق : هو من كلام محمد بن علي وهو محمد بن الحنفية لا من كلام النبي ﷺ .

قلت أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي جعفر محمد بن علي قال: ذكاة الأرض يبسها ، واخرج عنه وعن أبي قلابة قال : إذا جفت الأرض فقد ذكيت .

وروي عن عبد الرزاق في مصنفه وقال : أخبرنا معمر عن أيوب عن أبي قلابة قال : جفوف الأرض طهورها. والعجب من صاحب النهاية وشيخه الكاكي قبله كيف لم يتعرضا لهذا وسكتا عليه جزماً منهما انه حديث الرسول ﷺ ، وآفة هذه الاشياء التقليد .

وقال في القاموس [١] معناه : إذا يبست الأرض من رطوبة النجاسة فذاك يطهرها كما أن الذكاة يحل [٢] الذبيحة ، وثم قال الذكاة الحياة، من ذكت النار إذا حيت واشتعلت وكان الأرض إذا نجست ماتت وإذا طهرت حيت ( وهي ) أي الذكاة على نوعين، أحدهما ذكاة ( اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين ) . أراد أن ذكاة الاختيار وخرج مقدور وهو قطع الاوداج في محل معلوم وهو ما بين اللبة واللحيين . واللبة بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة ، وفسرها الشراح بالصدر وليس كذلك ، إنما هو طرف المصدر من ناحية الصدر .

قال في العباب : اللبة النحر ، والصدر ليس بموضع النحر ، واللحى بفتح اللام ، وسكون الحاء وهو منبت اللحية من الانسان وغيره ، والثاني ذكاة ( واضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان من البدن ) وعند بعضهم جرح مدى ، في أي محل كان، والأصل في باب الذكاة هو الأول .

( والثاني كالبدل من الأول لأنه لا يصار اليه ) أي إلى الثاني ( إلا عند العجز عن

---

(١) الفائق — هامش . (٢) تحل — هامش .

وهذا آية البدلية، وهذا لان الاول اعمل في إخراج الدم، والثاني أقصر فيه. فاكتفى به عند العجز عن الاول، إذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد، إما اعتقاداً كالمسلم، أو دعوى كالكتابي، وأن يكون حلالاً خارج الحرم .

---

الأول ) أي عن الذكاة الاختيارية وانما قال : كالبدل ولم يقل بدل لأن الابدال عرفت بالنص ولم يرد فيه نص وقد وجدت فيه امارة البدلية، وقال : كالبدل ( وهذا آية البدلية ) أي المصير إلى الثاني عند العجز عن الاول علامة البدلية .

( وهذا ) أي كون الاول مبدلا عنه، والثاني كالبدل ( لأن الأول أعمل في إخراج الدم ) أي لأن الجرح فيما بين اللبة واللحيين اكثر عمـــلا في اخراج دم المسفوح النجس . ( والثاني أقصر فيه ) أي الخروج في أي موضع كان اكثر من البدن اقتصر في اخراج الدم. ( فاكتفى به ) أي إذا كان كذلك اكتفى بالثاني ( عند العجز عن الأول ) أي عن الجرح فيما بين اللبة واللحيين .

( إذ التكليف بحسب الوسع ) كلمة « إذ » التعليل، أي لأن التكليف بحسب وسع المكلف ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾ . ( ومن شرطه ) أي شرط الذبح ( أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد، إما اعتقاداً كالمسلم ) أي إمـــا من حيث الاعتقاد ( أو دعوى كالكتابي ) أي أو من حيـــث الدعوى كالكتابي، فإنـــه يدعى التوحيد بخلاف المجوسي فإنه ليس له ملة التوحيد ولا دعوى ولا اعتقاد إلا انه يقول لصانعـــين احدهما خالق الخير والآخر خالق الشر، فلا تحل ذبيحته . ولو قال صاحب ملة التوحيد إما الاعتقاد أو الدعوى كالمسلم وإما دعوى كالكتابي لكان أحسن .

( وان يكون حلالا خارج الحرم ) أي ومن شرطه ان يكون الذابح حلالاً غير محرم هذا الشرط في الصيد . وأن لا يكون في الحرم، وان المحرم لا تحل ذبيحته سواء كان في الحرم أو خارج الحرم. والحلال لا تحل ذبيحته في الحرم وله شروط غير ما ذكر، فكذلك قال : ومن شرطه ثمن البعضية . وفي الغاية فاما شرط وقوع الذكاة ذكاة أربعة أشياء :

على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، قال: وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ، ولقوله تعالى: ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ .

---

آلة جارحة بالاجماع ، وأن يكون الذابح ممن له ملة التوحيد على مـا بيناه . والثالث ان يكون المحـل من المحلات ، إما من كل وجـه كمأكول اللحم أو من وجـه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده ، إن كان مما لا يحل اكله ، والرابـع التسمية وهي شرط عندنا خلافاً للشافعي « رح » .

وفي الاجناس يعتبر في حصول الذكاة أربع شرائط : أحدها صفة في الفاعل بان يكون معتقداً بكتاب نزل في دين مقر فيه . والثاني صفة في الفعل وهو وجود ذكر الله سبحانه وتعالى في حق المذكى . والثالث صفة في الآله بان يكون ما يقطع له حدة . والرابـع صفة في الموضع فيه وهو قطع الأوداج . والاوداج أربعة : الحلقوم والمرىء والودجـان ( على ما بيناه ان شاء الله تعالى ) أي في الكتاب .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ) أراد به قوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ لأن الخطاب عام . ( ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لـكم ﴾ ) قال البخاري «رح» في صحيحه قال ابن عباس «رض»: طعامهم ذبائحهم .

وقال الأزهري : لا بأس بذبيحة نصارى العرب ، فإن سمعته يسمى بغير الله فـلا تأكل ، وان لم تسمعه فقـد أحله سبحانه وتعالى وعـلم بكفرهم . ويذكر عن علي رضى الله تعالى عنه بوجه انتهى . ولا يجوز ان يحل طعامهم على غير الذبائح لأنه لو كان كذلك لم يخص بأهل الكتاب . فان قلت هذا ألم يكتف بالآية الواحدة. قلت لما استقر[1] ان يقال إلا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والمرتد والمجوسي ، فلا يكون قاطعا في الإفادة ضم اليه الآية الأخرى .

ثم ذبيحة الكتابي حلال مطلقاً سواء كان قائلاً بثالث ثلاثة أو بغير ، وقال الشافعي

---

(١) استقسم ـ هامش .

« رح » في وجه : اذا اعتقد ان المسيح والعزيز ابن الله لا يحـــل . ولا يتفاوت في كون الكتابي حربياً أو ذمياً بإجماع أهل العلم، فلو ترك الكتابي التسمية عمداً أو ذبح وسمى باسم المسيح لم تحل ذبيحته بإجماع الفقهاء وأكثر أهل العلم .

وعن عطاء «رح » ومجاهد « رح » ومكحول « رح» : إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل لأنه أحل لنا ذبيحته . وقد علم انه سيقوله ، ولنا قوله سبحانه وتعالى ﴿ وما أهـــل لغير الله ﴾ أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم. فقال علي رضي الله تعالى عنه : إذاسمعتموه ويسمي بغير الله فلا تأكلوه . وهو قول عائشة « رض » وابن عمر « رض» وابن ابي الدرداء « رض » والحسن عن جماعة رضى الله تعالى عنهم . وفي المستصفى ، هذا إذا لم يعتقد أن المسيح إله ، أما إذا اعتقد فهو والمجوسى سواء فلا تحل ذبيحته ، وهذا مخالف لعامة الروايات ولظاهر الكتاب ، وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ يا أهـــل الكتاب لا تغلوا في دينكم ﴾ . مع انهم قالوا المسيح ابن الله ، وسئل ابن عباس عن ذبائحهم فقال : فقد احل الله لـكم ، فقيل انهم يهلون لغير الله ، فقال إن الذي أحل ذلك منهم هو أعلم بما يقولون .

ولو ذبح الكتابي ما حرم الله سبحانه وتعالى عليه مثل كل ذي ظفر قال قتادة«رض» هي الإبل والنعام والبط وما ليس مشقوق الاصابع ، أو ذبح دابة لها شحم يخـير عليه يحل عند الاكثر . وحكى عن اليهودي في المالك يذبح الشاة لا يأكل من شحمها . قال احمد « رح » : هذا مذهب دقيق ، فظاهر هذا انه لم ير صحيحاً لأنه سبحانه وتعالى قال: ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب ﴾ وهذا ليس من طعامهم ، فقال الضحاك « رح » ومجاهد وسوار ومالك والقاضي الحنبلي ، وقلنا المراد من طعامهم ذبائحهم عما ذكرنا ولأن المراد من طعامهم لا يجوز ان يكون عاماً بالاتفاق لأن الخنزير والميتـة والدم من طعامهم وهو حرام بالاجماع .

وقولنا قول عمر وعلي « رض » وابن مسعود « رض » وعائشة « رض » وأبي الدرداء وابن عباس وابن عمر وأبي أمامة الباهلي وعبادة بن الصامت والعرباض بن سارية وأكثر الصحابة والتابعين رضى الله عنهم ، ثم عند الشافعي « رح » : كل من دخل في دين كتابي

بعد بعث النبي ﷺ واولاده لا يحل ذبيحته ولا ذبيحة من يخرج من دين كتابي الى كتابي كالمرتد عن الإسلام، والمتولد من كتابي وغير كتابي يحل صيده وذبيحته وبه قال الشافعي «رح» في قول ومالك وأحمد: إذا كان الأب كتابياً وإلا لا تحل في رواية عن أحمد وفي قول لا يحل تغليباً للحرمة، وعندنا هو تبع خير الأبوين ديناً.

وقال الكرخي في مختصره ويجوز ذبح الصابئين عند أبي حنيفة «رض» وهم أهل كتاب وهم فرقة من النصارى عنده. وليس يريد الضرب الآخر من الصابئين الذين لا يؤمنون بعيسى عليه السلام ولا يقرون بنبوته ولهم شرع آخر ليس النصارى عليه، فهؤلاء لا تؤكل ذبائحهم.

وقال القدوري «رح» في شرحه وإنما أجاب أبو حنيفة «رح» على من يؤمن بنبي وكتاب ويعظم الكواكب لتعظيم المسلم القبلة وهما حملا الأمر على من يعظم الكواكب، أو يعظم عباده، فهو عابد وثن، فلا يجوز اكل ذبيحته. ثم قال القدوري: وحال هذه الفرقة مشكلة لأنهم يدينون بكتمان اعتقادهم فلا يعرف حالهم.

فأما حمل ابي الحسن لقول أبي حنيفة «رح» على صابىء يؤمن بعيسى عليه السلام فهو من لا يعرفه منهم، وإنما يؤمنون بإدريس عليه السلام ويعظمونه دون غيره من الأنبياء. وقال أبو بكر الرازي «رح» في شرحه لمختصر الطحاوي. لا خلاف بينهم في المعنى في هذه المسألة. وذلك ان الصابئين طائفتان: طائفة منهم ينحلون دين المسيح عليه السلام ويقرون بالإنجيل، وهم في ناحية البطيحة من عمل واسط، فهؤلاء في قولهم جميعاً تؤكل ذبائحهم. وفرقة أخرى من الصابئين في ناحية حران وديار ربيعة، لا ينتحلون كتابا لنبي ويعبدون الكواكب والأصنام فهؤلاء أهل الأوثان لا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم في قول أصحابنا جميعاً.

( ويحل إذا كان ) لذابح ( يعقل التسمية ) وقيل يعقل لفظ التسمية، وقيل يعلم ان حل الذبيحة بالتسمية. وقال شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» في شرح المبسوط ويعقل التسمية والذبيحة بأن كان يعقل انه يباح بالتسمية، ولا يباح بغير التسمية، وذلك لأنه

والذبحة ويضبط وإن كان صبياً أو مجنوناً أو امرأة. أمــا إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبحة لا تحل، لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد بمــا ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا.

---

متى لم يعقل التسمية لا يصح منه التسمية كالايصح منه الإسلام متى لم يعقل الشهادة ولا البيع ولا النكاح إذا لم يعقل المعاملات. والتسمية شرط الإباحة وقال في الأصل أرأيت الصبي يذبح ويسمي هل تؤكل ذبيحته. قال إن كان يضبط ويعقل التسمية والذبيحة فلا بأس به، وإن كان لا يعقل ذلـك فلا ( والذبحة ) أي ويعقل الذبيحة. وفي النسخ الصحيحة والذبحة بكسر الذال وسكون الباء، والمعنى ويعقل كيف الذبح. ( ويضبط ) شرائط الذبح من قطع الأوداج وغيره وضبط الشيء حفظه بالحزم.

( وإن كان صبياً ) أي وإن كان الذابح صبياً بعد أن كان يعقل ويضبط، (أو مجنونا) قال السغناقي « رح » أي معتوها، فالمجنون لا قصد له ولا بد منــه كما ذكر في الحجر هكذا، وبه قــال الشافعي « رح » في الأظهر ومالك « رح » وأحمد « رح » : وإذا كانا لا يعقلان لا يصح، وبـه قــال مالك « رح » وأحمد « رح » والشافعي « رح » في وجه وفي وجه يصح.

وفي كتاب التفريع للمالكية ولا يجوز ذبيحة السكران ولا المجنون ( أو امرأة ) أي أو كان الذابح امرأة ولا خلاف فيه ( أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية، والذبحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا ) أي بما إذا كان يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة العقد بما ذكرنا أي بما إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ( والأقلف والمختون سواء لما ذكرنا ) أشار به إلى الآيتين وهمــا قوله سبحانه وتعالى ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾ لأن الخطاب عام وإنما قيد بالأقلف احترازاً بما روي عن ابن عبـاس رضي الله تعالى عنهما أنه كان يكره ذبيحته. وفي الدراية ولا خلاف فيه لعامة العلماء إلا ما

واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر . قال : ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا

---

ما روي عن ابن عباس « رض » انه قال : شهادة الأقلف وذبيحته لا يجوز ، وهو رواية عن أحمد وذبيح الأخرس يجوز بإجماع العلماء ولا خلاف فيـــه ، والأقلف الذي لم يتختن وهو الأقلف ، وهو من القلفة ، وهي الجليلة التي يقطعها الختان من رأس الذكر ، وكذلك القلفة أشار به إلى الآيتين . وهما قوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ وقوله سبحانـه وتعالى . ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب ﴾ لأن الخطاب عام .

( واطلاق الكتابي ) يعني في القدوري وطعامه وذبيحة المسلم والكتـابي حلال . ( ينتظم الكتـابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي ) عطف التغلبي على العربي من عطف الخاص على العـــام لأن تغلب قوم فلاحون يسكنون بعرب الروم وهو بفتح التاء المثناة وسكون الغين المعجمة وكسر اللام وفي آخره باء موحدة ، والتسمية اليه تغلبي بفتح اللام استيحاشا لتوالي الكسرتين مع ياء النسب . وربما قالوه بكسرها ، لأن فيه حرفين غير مكسورين وفارق النسبة إلى نمر .

وقال الكرخي في مختصره : ولا بأس بـــذبح نصارى بني تغلب الفلاحين وغيرهم ، وذلك لأنهم على دين النصارى وان لم يتمسكوا بكل شرائعهم فصاروا كالنصارى الأصليين إذا لم يتمسكوا ببعض الشرائع .

وفي شرح الأقطع : وقد قـــال الشافعي « رح » ان ذبائح بني تغلب وذبائح نصارى العرب لا تؤكل ، وهذا لا يصح ( لأن الشرط قيام الملة على ما مر ) . أشار به إلى قوله : ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إمـــا اعتقاداً كالمسلم ، أو دعوى كالكتابي ، قيل فيه نظر لأن وجود الشرط لا يستلزم المشروط ، وأجيب بأنه شرط في معنى العلة فافهم .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ولا تحل [1] ذبيحة المجوسى لقوله ﷺ « سنوا بهم

---

(١) ولا تؤكل

آكلي ذبائحهم ولانه لايدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى.

سنه أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » ) . وفي بعض النسخ ولا تؤكل ذبيحة المجوسي ، وهذا الحديث بهذا اللفظ غريب وانما المروي هو الذي أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة رحمهما الله في مصنفيهما عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي رضي الله تعالى عنه ان النبي ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ، فإن قلت هذا مرسل ومع ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع .

وقد اختلف فيه قال ابن القطان : وهو ممن ساء حفظه بالقضاء كشريك وابن أبي ليلى « رح » . ولأجل هذا ذهب بعض أهل الظاهر ان حكم المجوسي كحكم الكتابي وروى ذلك ايضاً عن ابن المسيب « رض » نسب هذه الرواية وإن كانت مرسلة فقد رواه الواقدي « رح » مسنداً ، قال ابن سعد في الطبقات اخبرنا محمد بن عمر الواقدي « رح » حدثني عبد الحكيم بن عبد الله بن أبي فروة عن أبي عبد الله بن عمرو بن سعيد ابن أبي سعيد بن العاص « رض » أن رسول الله ﷺ كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فان أبوا عرض عليهم الجزية بأن لا تنكح نساءهم ولا تؤكل ذبائحهم ولئن سلمنا انه مرسل فالمرسل حجة عندنا خصوصاً إذا عمل به أكثر الصحابة وأكثر التابعين « رح » والفقهاء .

وروى أحمد بن حنبل باسناده انه ﷺ قال : « إذا نزلتم بناس نبطياً فاذا اشتريتم لحما فان كانت من يهودي أو نصراني فكلوا ، وإن كان من مجوسي فلا تأكلوا » . قال ابراهيم الحرني خرق أبو ثور الإجماع . روى عن ابن المسيب « رض » خلافه وقال البيهقي وقد تأكد هذا المرسل بالإجماع ، ولا خلاف ان صيدهم السمك والجراد يباح اكله . وما روي عن ابن عباس « رض » في تحريم صيدهم باسناده كيف ما روى عن حذيفة في جواز نكاحهم فغير صحيح .

( ولأنه ) أي المجوسي ( لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقاداً ودعوى ) أي من حيث الاعتقاد ومن حيث الدعوى . وقد مر أن الشرط أن يكون الذابح من أهل ملة التوحيد إما اعتقاداً كالمسلم أو دعوى كالكتابي ، ولم يوجد واحد منهما في المجوسي .

قال والمرتد لانه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه، بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينـــه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله . قال والوثني لا يعتقد الملة .

---

( قال ) أي القدوري « رح » ( والمرتد ) بالجر عطفاً على قوله المجوسي يعني لا يؤكل ذبيحة المجوسي وذبيحة المرتد . ولا خلاف في المرتد أنه لا تؤكل ذبيحته ( لأنه لا ملة له فانه لا يقر على مـــا انتقل إليه ) من الدين الباطل فصار كالوثني الذي لا دين له فلا تؤكل ذبيحته .

( بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير دينه ) يعني النصراني إذا تهود ، واليهودي إذا تنصر ، فانما تنصر على ما انتقل إليه بخلاف ما لو تمجس ، فانه لا تؤكل ذبيحته بلاخلاف. وعند الشافعي « رح » وداود لا تؤكل ذبيحته إذا تحول إلى غير دينـــه مطلقاً ، لأن لخروجه إلى غير دينه نقض الذمة فيباح قتله ، فصار كالكفر الأصلي . قلنا إذا تحول دين كتابي يكون من أهل الملة دعوى حال الذبح وقبله ، والكفر كله ملة واحـدة . وإن ارتد غير الكتابي إلى دين أهل الكتاب اكلت ذبيحته نظراً إلى حاله ودينه في حـــال ذبحه دونها سواه . كـــذا في مختصر الكرخي « رح » ( لأنه ) أي لأن الكتابي ( يقر عليه ) أي على الذي انتقل إليه ( عندنا ) خلافاً للشافعي « رح » كما ذكرنا ( فيعتبر ما هو عليه ) أى يعتبر الذي كان هو — أى المرتد — عليه ( عند الذبح لا مـــا قبله ) أي لا يعتبر ما كان قبل الذبح وهو الاسلام لأنه كان مسلماً قبله فلا يعتبر ذلك الـــذبح لوجوده مرتداً عنده ، ويجوز أن يتعلق قوله فيعتبراه بمسألة الكتابي ، أى يعتبر مـــا كان هو عليه من اليهودية أو النصرانية وقت الذبح . فان كان حينئـــذ يهوديا أو نصرانيا جاز وان لم ينقل بأن انتقل إلى دين المجوسي لا يجوز ولا يعتبر ما قبله ، وان كان مجوسياً قبل الذبح ثم تنصر أو تهود ، يوجد يهوديا أو نصرانياً عند الذبح يجوز . فافهم .

( قـــال ) أي القدورى « رح » ( والوثني ) بالجر أيضاً أى ولا تحل ذبيحة الوثني وهو الذى يعبد الوثن ، وهو الصنم لأنه ليس له ملة التوحيد ( لا يعتقـــد الملـــة ) لا

قال والمحرم يعني من الصيد ، وكذا لا يؤكل مـــا ذبح في الحرم من الصيد والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم ، وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم . فلم تكن ذكاة

---

دعوى ولا اعتقاداً ( قال والمحرم ) أي قال القدوري « رح » ولا تحل ذبيحة المحرم وقال المصنف « رح » ( يعني من الصيد ) وهـــذا القيد لا بد منه لأنه تحل ذبيحته من الأهـــالي ( وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد ) سواء كان الذابح محرما أو حلالاً ، وينبغي أن يقرأ ما ذبح على صيغة بناء المفعول على ما لا يخفى على الفطن .

( والاطلاق في المحرم ) أى الإطلاق بقوله والمحرم ( ينتظم الحل والحرم ) يعني يشتمل ما ذبح في الحل ومـــا ذبح في الحرم ، لأن الذكاة فعل مشروع وذبح المحرم الصيد ليس بمشروع ، وكذا ذبح الصيد في الحرم ليس بمشروع سواء كان حل حلال أو محرم ، اشار اليه بقوله ( والذبح في الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم ) لأنه لحق الله سبحانه وتعالى .

( وهذا ) أى استواء الحلال والمحرم في ذبح صيد الحرم ( لأن الذكاة فعل مشروع ) بالنص ( وهذا الصنيع محرم ) أى المحرم قتل الصيد محرم بالنص وهو قوله تعالى ﴿ ولا تقتلوا الصيـــد وأنتم حرم ﴾ . ونهى عن الفعل الحسي وموجبه انعدام المشروعية . والذكاة فعل مشروع فلا يكون فعله ذكاة قيل الأول أن يكون معنى قوله ولهذا الصنيع أى الذبح في الحرم محرم وسياق الكلام يدل على هذا . فان قلت قتل الشاة المغصوبة محرم وتؤكل بقوله ﷺ : أطعموها الأسارى قلت شاة غير المحرم صـــالحة للذبح، والذابح أهل وإنما حرم لتعلق حق الغير به . ولهذا لو كانت المصلحة في ذبحها بأن أشرفت على الهلاك يجوز ذبحها فكانت حراماً لغيره فتحل .

أما صيد الحرم فالذابح وإن كان أهلها ، لكن الصيد لم يبق محلا لثبوت صفة الأمان فيه فكان حراماً لعينه فافترقا ( فلم تكن ذكاة ) أى إذا كان كذلك فلم يكن ذبح المحرم

بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع إذ الحرم لا يؤمن الشاة وكـــذا لا يحرم ذبحه على المحرم. قال وإن ترك الذابح التسمية عمداً فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسياً أكل. وقال الشافعي أكل في الوجهين، وقال مالك لا تؤكل في الوجهين.

---

ذكاة، ( بخلاف ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع ) أي لأن ذبح المحرم غير الصيد مشروع، ( إذ الحرم لا يؤمن الشاة ) ونحوهامن النعم، والأمن انما يثبت بالنص للصيد. ( وكـــذا ذبيحته لا تحرم على المحرم ) لان الاصل حل الذبح والحرمة تثبت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه.

( قال ) أي القدوري ( وإن ترك الـذابح التسمية عمداً ) أي ترك عمداً ويجوز أن يكون حالاً أي حال كونه عامداً ( فالذبيحة ميتة لا تؤكل ) وكذا الكتابي إذا ترك التسمية عامداً لم تؤكل ذبيحته، وإن كان ناسياً تؤكل وهو في منزلة المسلم كذا قالـــه الكرخي « رض » في مختصره. ( وان تركها ناسياً اكل ) أي وان ترك الذابح التسميـــة حال كونه ناسياً أكل ما ذبحه.

(وقال الشافعي « رح » أكل في الوجهين وقال مالك « رح » لا تؤكل في الوجهين ) أي فيما تركها عامداً أو ناسياً وبه قال أحمد « رح » في رواية وهكذا ذكر عنه في المنظومة وليس كذلك بل هذا هو ما ذكره ابن قدامة في المغني ان عند مالك تحل اذا تركها ناسياً ولا تحل إذا تركها عامداً. وذكر ابن الجلاب في كتاب التفريع والتسمية شرط في صحة الذبيحة فمن تركها عامداً لم تؤكل ذبيحته. واذا تركها ناسياً أكلت ذبيحته انتهى.

المشهور عن أحمد « رح » مثل قولنا وقال الحربي ومن ترك التسمية على صيد عامـــداً أو ساهياً لم يؤكل، وإن تركت التسمية على ذبيحته عامداً لم تؤكل. وإن تركها ساهيـــاً أكلت ذبيحته، انتهى. وهذا هنا مروي عن ابن عباس « رض » وطاووس وابن المسيب « رض » والحسن والثوري واسحاق وعبد الرحمن بن أبي ليلى « رح » وجعفر « رح »،

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي « رح » مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً . وإنما الخلاف بينهم في متروك التسميـــة ناسياً . فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما أنه يحرم .

---

وفي التيسير في سورة الأنعام وداود بن علي « رح » يحرم متروك التسمية ناسياً . وقال في النوازل في قول بشير لا يؤكل إذا ترك التسمية عامداً أو ناسياً .

وقال القدوري « رح » في شرحه لمختصر الكرخي وقد اختلف الصحابة في النسيان، فقال علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم إذا ترك التسمية ناسياً أكل ، وقال ابن عمـــر « رض » لا يؤكل . والخلاف في النسيان يدل على اجماعهم في العمد فإن قلت كيف صورة الناس متروك التسمية عمداً ؟ قلت أن يعلم أن التسمية شرط وتركها مع ذكرها ، أما لو تركها من لم يعلم باشتراطها فهو في حكم الناسي . ذكره في الحقائق .

( والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء ) حتى أن الكتابي إذا تركها عامداً لا تؤكل ، وإذا تركها ناسياً تؤكل ، وقد ذكرناه ( وعلى هذا الخلاف ) المذكور ( إذا ترك التسمية عند إرسال البازي والكلب وعند الرمي ) أي رمي السهم إلى الصيد فعند الشافعي « رح » يؤكل في الوجهين وعند مالك لا يؤكل في الوجهين ، وعندنا بالتفصيل المذكور ( وهـــذا القول من الشافعي « رح » مخالف للإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً وإنما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسياً ) أي القول بجواز أكل متروك التسمية عامداً مخالف للإجماع لأن الإجماع انعقد على عدم جوازه قبـل الشافعي « ره » فالمخالف الاجماع المنعقد قبله خارق للاجماع فلا تسمع ( فمن مذهب ابن عمر « رض » انه يحرم ) أشار بهذا إلى بيان الخلاف في متروك التسمية ناسياً فلذلك ذكره بالفاء أي يحرم متروك التسمية ناسياً .

وذكر أبو بكر الرازي « رح » في الأحكام أن قصاباً ذبح شاة ونسي أن يذكر اسم

ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامداً ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامداً لا يسع فيـــه الاجتهاد . ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع . له ، قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أم لم يسم

---

الله سبحانه وتعالى عليها فأمر ابن عمر « رض » غلاماً له أن يقوم عنده فإذا جـاء إنسان يشتري يقول له أن ابن عمر « رض » يقول لك ان هذه شـــاة لم تذك فلم يشتر منها شيئاً .

( ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أنه يحل ) أي متروك التسميـة ناسياً يحل . وفي موطأ مالك « رح » عن يحيى بن سعيد أن عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما سئل عن الذي ينسى أن يسمي الله سبحانه وتعالى على ذبيحته فقال يسمي الله ويأكل ولا بأس . وقال الرازي في الأحكام وذكر عن علي وابن عباس « رض » ومجاهـد وعطاء وابن المسيب والزهري وطاوس قالوا لا بأس بأكل ما نسي أن يسمى الله عليـــه عند الذبح . وقالوا إنما هو على الملة ( بخلاف متروك التسمية عامداً ) حيث لم يختلف أحد من الصحابة والتابعين « رح » في حرمته ( ولهذا ) أي ولأجل انعقاد الاجماع على تحريم متروك التسمية عامداً .

( قال أبو يوسف « رح » والمشايخ « رح » أن متروك التسمية عامداً لا يســـع فيه الإجهاد ولو قضىْ القاضي بجواز بيعه ) أي بيع متروك التسمية عامداً ( لا ينفذ لكونه مخالفاً للاجماع ) والقاضي إذا قضى بما يخالف الكتاب والسنة والاجمـــاع يرده كما إذا قضى بما يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع من أقوى الحجج ، فلا يجوز مخالفته بلا خلاف .

( له ) أي للشافعي « رح » ( قوله ﷺ « المسلم يذبح على اسم الله سبحانه وتعالى سمى أو لم يسم ) والحديث بهذا اللفظ غريب ولكن جاءت أحاديث في معناه منها ما أخرجه

الدارقطني ثم البيهقي عن محمد بن يزيد بن سنان عن عبيد الله الحريري عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قال « المسلم يكفيه اسمه فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم وليذكر اسم الله ثم ليأكل » .

ومنها ما أخرجه الدارقطني « رح » أيضاً عن مروان بن سالم عن الأوزاعي عن عيسى ابن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة « رض » قال سأل رجل النبي ﷺ « الرجل منا يذبح وينسى أن يسمي الله سبحانه وتعالى » ، قال « اسم الله على كل مسلم وفي لفظ على فم كل مسلم » .

ومنها ما رواه أبو داود « رح » في المراسيل فقال حدثنا شداد [1] قال حدثنا عبد الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت عن النبي ﷺ قال « ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله تعالى أو لم يذكر » . والجواب أما الحديث الأول فقال ابن القطان في كتابه ليس في هذا الاسناد من يتكلم فيه غير محمد بن يزيد بن سنان وكان صدوقاً صالحاً لكنه كان شديداً . وقال غيره معقل عن عبيد الله وإن كان من رجال مسلم لكنه أخطأ في رفع هذا الحديث وقد رواه سعيد بن منصور وعبد الله بن الزبير الحميدي عن سفيان عن عيينة عن عمر عن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس قوله ذكر البيهقي وغيره فزاد في إسناده أبي الشعثاء ووقفاه وقال ابن الجوزي « رح » في التحقيق معقل هذا مجهول ويعقبه صاحب التنقيح فقال بل هو مشهور وهو ابن عبيد الله الجريري أخرج له مسلم في صحيحه .

واختلف قول ابن معين فيه فمرة وثقه ومرة ضعفه . وقد ذكره ابن الجوزي في الضعفاء فقال معقل بن عبيد الله الجريري . يروي عن عمرو بن دينار وقال يحيى ضعيف لم يزد على هذا ومحمد بن يزيد بن سنان الحريري هو ابن أبي فروة الرهاوي. قال أبو داود ليس بشي . وقال النسائي ليس بالقوي وقال الدارقطني ضعيف وذكره ابن حبان في الثقات والصحيح أن هذا الحديث موقوف على ابن عباس « رض » هكذا رواه ابن سفيان عن عمرو بن

(١) معداد .

ولان التسميـــة لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بعـذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة . ولو كانت شرطاً فالملة أقيمت مقامها كما في النـاس

---

دينار عن جابر بن يزيد عن عكرمة عن ابن عباس انتهى كلامه قلت أخرجه كذلك عبد الرزاق في مصنفه في الحج حدثنا ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن أبي الشعثاء عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال « ان في المسلم اسم الله فان ذبح ونسي أن يذكر اسم الله فليأكل وإن ذبح المجوسي وذكر اسم الله فلا يأكل » .

وأما الحديث الثاني فقال الدارقطني مروان بن سالم ضعيف وأعله ابن القطان أيضاً به ، وقال هو مروان بن سالم الغفاري وهو ضعيف . وليس مروان بن سالم المكـي . ورواه ابن عدي في الكامل وأسند تضعيفه عن أحمد والنسائي وتابعهما . وقال عامة ما يرويه لا يتابعه الثقات عليه .

وأما الحديث الثالث فإنه مرسل وهو ليس بحجة عنده . وقال ابن القطان وفيه مع الارسال أن الصلب السدوسي لا يعرف له حال ولا يعرف تغير هذا ولا روى عنـه غير ثور وابن يزيد والله سبحانه وتعالى أعلم .

( ولأن التسمية لو كانت شرطاً للحل لما سقطت بالنسيان[1] كالطهارة في باب الصلاة) لأن شرط الشيء مـا يتوقف على وجوده ولا يفترق الحال بين النسيان والعمـــد كما في الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة فإن من نسي الطهارة لا تجوز صلاته كما لو تركها عمـــداً وإنما يفرق بينهما في الموجودات كالأكل والشرب في الصوم ( ولو كانت ) بين التسمية ( شرطا فالملة أقيمت مقامها ) يعني ولئن سلمنا أن التسمية شرط ، لكن الملـــة أقيمت مقامها،( كما في الناسي ) كما أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي وإليه أشار النبي ﷺ عن من ذبح فترك التسمية ناسياً قال : كلوا فإن تسمية الله تعالى في قلب كل من أرى مسلم .

---

(١) لما سقطت بعذر النسيان .

ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ . الآية نهى وهو للتحريم .

---

( ولنا الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ الآية نهي وهو للتحريم ) وجه الاستدلال ان الله سبحانه وتعالى نص على تحريم متروك التسمية عمداً لأنه نهي . والنهي لمطلق التحريم ويدل عليه قوله سبحانه وتعالى ﴿ وانه لفسق ﴾ وأكد النهي بحرف من لأنه في موضع النهي للمبالغة فيقتضي حرمة كل جزء منه ، والهاء في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وانه لفسق ﴾ ان كانت كناية عن الأكل في الفسق أكل الحرام وإن كانت كناية عن المذبوح . فالمذبوح الذي يسمى فسقاً يكون حراماً كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أو فسقاً أهل لغير الله به ﴾ . وفي الآية بيان أن الحرمة لعدم ذكر اسم الله سبحانه وتعالى ، لأن التحريم يوصف بذلك الوصف وهو الموجب للحرمة كالميتة والموقوذة . وبهذا يتبين فساد حمل الآية على الميتة وذبائح المشركين ، فإن الحرمة هناك ليست لعدم ذكر الله سبحانه وتعالى على أنه وإن ذكر اسم الله سبحانه وتعالى لا يحل فإن قلت ما سوى حالة الذبح فليس بمراد بالاجماع . وأجمع السلف على أن المراد حالة الذبح فلا يكون مجملا .

فإن قلت لا نسلم أن المراد منه الذكر باللسان بل المراد منه الذكر عليه مطلقاً . والذكر بالقلب ذكر . قال الله سبحانه وتعالى ﴿ رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله ﴾ . والمراد منه الذكر بالقلب وقول القائل :

الله يعلم أني لست أذكره ... وكيف أذكره إذ لست أنساه

قائل الذكر والنسيان عمل القلب . فكذا الذكر قلت المراد بالنص الذكر باللسان وذلك لأن الله سبحانه وتعالى ذكر الذكر عليه . والذكر عليه لا يكون إلا باللسان ،لأن الذكر عليه أن يقصد إيقاع الذكر عليه ، وإنما يقصد إلى الذكر بعد العلم به ، لأن القصد إلى ما لا يعلم محال وهذا لا يتصور بالقلب ، لأنه لما خطر بالبال صار معلوماً موجوداً . فكيف يتصور القصد إلى إيقاعه .

فإن قلت الذكر بالقلب مراد بالاجماع ، فلا يكون الذكر باللسان مراداً وإلا لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز . لأن الذكر من حيث القلب حقيقة لأن مدة النسيان تكون

بالقلب أو العموم للمشترك . قلت لا نسلم بذلك لأن الذكر للأمرين حقيقة لوجود الاستعمال فيهما عرفاً وشرعاً ، وضد الذكر والسكوت أيضاً . وهو يكون باللسان فكان حقيقة فيهما ولا يلزم عموم المشترك لأنه مشترك معنوي وهو المطلق لا المشترك اللفظي.

فإن قلت الناسي مخصوص بالاجماع ولو أريد به ظاهره لجرت الحاجة في السلف والانعقاد وارتفع الخلاف فيخص العامل بالقياس . وخبر الواحد . قلت الناسي غير مخصوص لأنه ذاكر تقدير الكلام القياس المسلمة مقام الذكر في حق الناسي بالحديث . وهو معذور مستحق للنظر والتخفيف . والعامد غير معذور .

وقال تاج الشريعة « رح » فإن قلت حالة النسيان مخصوصة ، قلت لو خصت حالة العمد يؤدي إلى إلغاء النص ، انتهى . قلت الناسي لا يخلو إما أن يكون مراداً منها أولا فان كان مراداً لا يكون مخصوصاً وحينئذ يلزم إرادة العامد بالطريق الأولى . وإن لم يكن مراداً يلزم إرادة العامد عيونا للنص عن التعطيل.

فإن قلت المراد بالآية الميتة لأن سبب نزول الآية مجادلة المشركين فى الميتة ، حيث قالوا يأكلون ما يقتلونه ولا يأكلون ما قتله الله سبحانه وتعالى ، قلت سلمنا السبب ولكن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لأن اللفظ هو الذي يدل على الحكم لا السبب . فلو كان مختصاً بالسبب لم يتجاوز حكم الشرع مكة والمدينة لأن سائر الاسباب ثمة واللفظ عام لأن قوله سبحانه وتعالى ﴿ ما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ يتناول الميتة وغيرها مما لم يذكر اسم الله تعالى .

فان قلت النصوص معارضته لهذا النص منها قوله سبحانه وتعالى ﴿ كلوا مما في الأرض حلالاً طيباً ﴾ ومنها قوله سبحانه وتعالى : ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ استثنى الذكاة من المحرمات وهذه مذكاة ، لأن الذكاة هي الجرح بين اللبة واللحيين . ومنها قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً على طاعم يطعمه ﴾ بيانه ان الله سبحانه وتعالى أمر نبيه ﷺ أن يخبر انه لا يحرم سوى المذكورات في هذه الآية . ومتروك

والإجماع هو ما بينا ، والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فإنه عليه السلام قال في آخره فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ، علل الحرمة بترك التسمية ،

---

التسمية غير مذكور في هذه الآية ، فكان حلالاً .

قلت أما الجواب عن الآية الأول فيقول نحن بموجب ذلك لأن سبحانه وتعالى أمر بأكل الحلال لا الحرام ، ومتروك التسمية عامداً حرام ، بما تلونا فلا يرد علينا . والجواب عن الآية الثانية فيقول ليس المراد نفي الحرمة عما سوى المذكور من هذه الآية مطلقاً ، لأن لحم الكلب ولحم الحمار والبغل حرام ولم يذكر في هذه الآية ، بل المراد منه انه لم يجد محرماً مما كانوا يعتقدونه حراماً في هذه الآية ، والدليل عليه ما ذكر قبل هذه الآية وهو قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قل آلذكرين حرم أم الأنثيين ﴾ إلى أن قال ﴿ قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً ﴾ .

فإن قلت ذبيحة أهل الكتاب حلالاً ، وإن كان متروك التسمية ، لأن ما يعتقدونه انها ليست بآلة حقيقة ، فعلم أن التسمية ليست بشرط .

قلت إنما حل ذبيحة الكتابي لأنه وجد ذكر اسم الله تعالى من حيث الضرورة لأنهم يدعون ملة التوحيد فاكتفى بذلك القدر في حق الحل، ألا ترى أنا إذا سمعنا انهم يذكرون اسم الله عزيزاً واسم المسيح عند الذبح يقول بحرمة ذبائحهم ، ولهذا يقول بحرمة ذبيحة المجوسي لأنه لا يدعي ملة التوحيد .

( والإجماع وهو ما بينا ) ، أشار به إلى قوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامداً إلى آخره . ( والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله تعالى عنه فإنه ﷺ قال في آخره : فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ، علل الحرمة بترك التسمية ) حديث عدي . هذا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم . عن عدي بن حاتم قلت : « يا رسول الله ﷺ ، إني أرسل كلبي واسمي ، فقال « إذا أرسلت كلبك وسميت ، فأخذ فقتل فكل ، وإن أكل منه فلا تأكل . فانما أمسك

على نفسه » قلت : إني أرسل كلبي أخذ معه كلباً آخر ولا أدري أخذه ، فقال : « لا تأكل » فقلت : إنما سميت على كلبي ولم اسم على كلب آخر . رواه البخاري عن آدم عن شعبة عن عبد الله بن أبي السفر عن عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه قال : قلت يا رسول الله ﷺ ، إلى آخره .

وروى البخاري أيضاً وقال حدثنا موسى بن اسماعيل عن ثابت بن يزيد عن عاصم عن النبي ﷺ : إذا أرسلت كلبك وسميت فأمسك فقتل فكل وإن أكل فلا تأكل ، فإنما أمسك على نفسه وإذا خالط كلاباً لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل ، فإنك لا تدري أيها قتل » انتهى .

وهذا كله يدل على حرمة متروك التسمية عامداً ، لأنه ﷺ علل الحرمة بترك التسمية عامداً . فإن قلت ما الدليل على ان المراد هو العمد ، قلت : روى سعيد بن منصور بإسناده عن راشد بن سعيد قال ، قال رسول الله ﷺ : « ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم إذا لم يتعمد » .

( ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه ) أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لأن قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ، يشمل العمد والنسيان جميعاً ، لعدم القيد بأحدهما . وقال صاحب العناية واستدل مالك « رح » بظاهر قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ﴾ ، فإن فيه النهي بالمنع وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن كل متروك التسمية ، وهو بإطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعي « رح » لأنه مذهب ابن عمر رضي الله تعالى عنهما .

قلت قدمنا ان مذهب مالك « رح » ليس كذلك وإنما مذهبه كمذهبنا كما صرح به اصحابنا [1] في كتبهم والعجب من صاحب العناية لم يبينه على هذا مع قدرته على كتب المالكية حتى قدر مذهبه بما قرره ، ثم قال وهو أقرب . فكأنه رأى هذا صواباً ،

---

(١) أصحابه

ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج مالا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع . والسمع غير مجرى على ظاهره إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول والإقامة في حق النـــاسي وهو معذور . لا يدل عليها في العامــد ولا عذر . وما رواه

---

وعجب منه صاحب الهداية مع جلالة قدره نسبته إلى مالك ما ليس بمذهبه . ثم قرره ثم أجاب عنه ( ولكننا نقول في اعتبار ذلك ) أي النسيان ( من الحرج مـا لا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع ) بالنص وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ ومـا جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ . فيحمل على حالة العمد دفعـــاً للتعارض ( والسمع ) أي المسموع في هذا الباب من الآية والحديث ( غير مجري على ظاهره ) من حيث لم يرد منـه العموم ظاهراً ، ( إذ لو أريد به ) أي لأنه لو أريد النسيان بالنص ( لجرت المحاجة ) أي التحاجج بين الصحابة بالآية ( وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الأول) وهم الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

تقرير هذا الكلام أن الصحابة اختلفوا في متروك التسمية ناسيا ولم يحتج من قـــال حرمت بالآية . فلو جرت المحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم . فيه نظر انقياد من قال يحل متروك التسمية ناسياً ورجع عن قوله حيث لم تجر المحاجة ولم يرجع الخلاف علم أن الآيـة متروك الظاهر وليس المراد به النسيان بل المراد منه العمد. (والإقامة) مرفوع بالابتداء ، وجواب عن قول الشافعي « رح » أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي . ينبغي أن يقام أيضاً مقامه في حق العامد وتقريره أن إقامة الملة مقام التسمية ( في حق الناسي وهو معذور ) أي والحال انه معذور ( لا يدل عليها ) خبر المبتدأ أعني قوله والإقامة . أي لا يدل على الإقامة . ( في حق العامد ولا عذر ) أي والحال انـــه لا عذر موجود في العمد وذلك لأن النسيان من قبل من له حق أقام الملة مقام التسمية فجعله عذراً . والعامد ليس بمعذور ، فلا يقاس على الناسي لأنه ليس في معناه .

( وما رواه ) أي ما رواه الشافعي « رح » من قوله ﷺ « المسلم يذبـح على اسم الله

**محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهو على الآلة لأن المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الاصابة وتشترط عند فعل يقدر عليه**

---

سمى أم لم يسم ( محمول على حالة النسيان ) بدليل ما روي في حديث راشد بن سعيد «رض» إذا لم يتعمد .

فإن قلت روى البخاري « رح » باسناده إلى عائشة « رض » أنها سألت النبي ﷺ وكانت الاعراب قريبوا عهد بالاسلام يأتونها باللحم فلا ندري أسموا عليه أم لم يسموا، فقال ﷺ « سموا أنتم وكلوا » . فلو كانت التسمية شرطاً للحل لما أمرها بالأكل عند الشك فيها . قلت هذا دليل لنا لأنها سألت عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية . فذلك دليل على أنه كان معروفاً عندها أن التسمية من شرائط الحل ، وإنما أمرها بالأكل بناء على الظاهر أن المسلم لا يدع التسمية عمداً ، كمن اشترى لحماً في السوق يباح التناول بناء على الظاهر وإن كان يتوهم أنه ذبيحة مجوسي .

( ثم التسمية في ذكاة الإختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح ) أراد أن التسمية في الذكاة الإختيارية تقع على الذبح فيشترط عند الذبح . وفي التحفة ينبغي أن يريد بالتسمية التسمية على الذبيحة أما لو أراد التسمية عند افتتاح العمل لا يحل . ( وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي ) أي إرسال الكلب ونحوه ورمي السهم . ( وهو على الآلة ) أي التسمية هنا على الآلة وهي السهم والكلب . وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد ( لأن المقدور له في الأول الذبح ) أي المقدوري للذابح في ذكاة الإختيار الذبح .

( وفي الثاني الرمي والإرسال ) أي المقدور له في ذكاة الإضطرار رمي السهم وإرسال الكلب ( دون الإصابة ) ، يعني الإصابة ليست في قدرته عند الرمي والإرسال . ( فيشترط عند فعل يقدر [1] عليه ) أي إذا كان كذلك فيشترط التسمية عند الفعل

---

(١) يقتدر .

حتى إذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز . وان رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل . وكذا في الارسال . ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بأخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمي بغيره صيداً لايؤكل قال ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئاً غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان

---

الذي يقدر عليه في الأول يتعذر على الذبح وفي الثاني على الرمي والإرسال دون الإصابة .

( حتى إذا أضجع شاة ) هذا يظهر ما ذكره من اشتراط التسمية على الذبيح في الذبح وعلى الرمي والإرسال في غير صورته أضجع شاة ليذبحها . ( وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية ) أي ذبح شاة غير الشاة التي أضجعها بتلك التسمية الأولى ، ( لا يجوز ) أي لا يحل أكلها لأن التسمية كانت على الأولى . ( ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب غيره حل ) أي أصاب سهمه غير الصيد الذي رمى إليه ، حل ، لأن التسمية هنا على الآلة وهي لم تتبدل ( وكذا في الإرسال ) أي وكذا الحكم في إرسال الكلب ، بأن أرسل كلباً إلى صيد وسمى فمسك غير الصيد الذي أرسله إليه فإنه يحل إلما ذكرنا . وكذا لو أرسل فهداً أو بازياً .

( ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة ) أي السكين ( وذبح بأخرى أكل ) أي ذبح الشاة التي اضجعها بشفرة أخرى أكل ، لأن التسمية وقف على الشاة ولم تتبدل وتذكر الفعل باعتبار الذبيح . ( ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيداً لا يؤكل ) لوقوع التسمية على السهم الأول . ولا خلاف فيه للثلاثة .

( قال ويكره أن يذكر مع اسم الله سبحانه وتعالى شيئاً غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان ) لم يثبت في النسخة الصحيحة لفظه . قال هنا وصورة المسألة في الجامع الصغير ، محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » أنه قال يكره أن يذكر مع اسم الله شيئاً غيره ، ويكره أن يقول اللهم تقبل من فلان هذا الذبح . وقال لا بأس به إذا كان قبل التسمية وقبل أن يضجع للذبح . انتهى .

وهذه ثلاث مسائل احداها أن يذكر موصولا لامعطوفاً فيكره ، ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال. ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله

---

وفي كفاية تاج الشريعة « رح » ينبغي أن ما يكون من الدعاء يذكر قبل الذبح كما روى أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يذبح أضحيته قال « اللهم هذا منك ولك ، صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله والله أكبر » ثم ذبح ، وهكذا عن علي « رض » .

( وهذه ثلاث مسائل ) أي المسألة المذكورة متنوعة ومتفرعه على ثلاث مسائل : ( احداها ) أي إحدى المسائل الثلاث ( أن يذكر موصولاً لا معطوفاً ) أي أن يذكر الشيء مع اسم الله تعالى ، كون ذلك الشيء موصولاً باسم الله سبحانه وتعالى ، ولكن بغير عطف بحرف من حروف العطف ( فيكره ولا تحرم الذبيحة ) أي إذا كان كذلك يكره فعله هذا ولا تحرم الذبيحة ، لما يقوله الآن ( وهو المراد بما قال ) أي ما ذكره من كونه موصولاً لا معطوفاً هو المراد بما قال في الجامع الصغير « رح » .

( ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله ) برفع الدال في محمد ولو خفضها لا تحل . ذكره في النوازل ، وقيل هذا إذا كان يعرف النحو ، وقيل لا تحرم على قياس ما روى عن محمد « رح » أنه لا يرى بتخفيضها انخفاضاً في النحو ، معتبراً في باب الصلاة ونحوها . كذا في الذخيرة . وفي الفتاوى لو قال بسم الله محمد رسول الله بالخفض لا يحل وبالرفع يحل ، ولم يذكر النصب .

وفي رواية الزيد ونسي النصب . كالخفض لا يحل . ولو قال بسم الله على الله على محمد يحل . والأولى أن لا يفعل . ولو قال بسم الله وصلى الله على محمد ، مع الواو يحل أكله . ولو قال باسم الله وباسم فلان لا يحل ، هو المختار . ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم الله إن قصد ذكر الله يحل وإن لم يقصد أو قصد ترك الهاء لا يحل كذا في الخلاصة وفي النوازل. سئل أبو

لأن الشركة لم توجد فلم يكن الذابح واقعـــاً له إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم . والثانية أن يذكره موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله ومحمــــد رسول لله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو

---

نصر عن ذبح ، وقال بسم الله وباسم فلان . قال سمعت محمد بن سلمة قال سمعت إبراهيم ابن يوسف « رح » يقول تصير ميتة وقال محمد بن سلمة لا تصير ميتة لأنه لو صارت ميتـة صار الرجل كافراً . وفي مبسوط شيخ الإسلام « رح » ولو قال بسم الله والله أكبر وصلى الله على محمـــد . إن أراد بذكر محمداً الإشتراك في التسمية لا يحـل . وإن أراد التبرك دون الاشتراك يحل .

( لأن الشركة لم توجد ) لعدم العطف ( فلم يكن الذابح واقعاًله إلا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم ) أي لوجود المتعارضة بين الكلامين بحسب الظاهر فيكره ذلك .

( والثانية ) أي والمسألة الثانية ( أن يذكره موصولاً على وجه العطف والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان ) نحو اسم فلان ( أو يقول باسم الله وفلان ) بين نحو اسم فلان ( أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال ) أي أو يقول باسم الله ومحمـد رسول الله نحو محمـــد والكسر وإن كان من ألقاب البناء . ولكن قـــد يستعمل في الإعراب .

( فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله ) أي إذا كان كذلك فيحرم الذبيحة لأنه سمـى بغير اسم الله سبحانه وتعالى ، فصارت ميتة .

( والثالثة ) أي والمسألة الثالثة ( أن يقول مفصولاً عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الشاة[1] او بعده ) أي أو بعد أن يضجع الشاة وفي بعض النسخ

---

(١) الذبيحة — هامش .

بعده . وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه من أمة محمـــد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية عنها حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال . لو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل ،

---

وقبـــل أن يضجع الذبيحة ( وهذا لا بأس به لما روي عن النبي ﷺ أنه قـال بعـــد الذبح « اللهم تقبل هذه من أمة محمد ﷺ ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ ) .

والحديث رواه مسلم في الضحايا عن يزيد بن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشـــة رضي الله تعالى عنها ان رسول الله ﷺ أمر بكبش أقرن يطأ في سواد فأتى به ليضحي به فقال يا عائشة هلمي المدية ثم قال اشحذيها بحجر ففعلت فأخذها وأخذ الكبش فأضجعه ثم ذبحه ثم قال « بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد » ، ثم ضحى به . وهو عنـــد أبي داوود « رح » بالواو قال فأضجعه وذبحه وقال « بسم الله » وليس فيه مقصود المصنف « رح » .

وفي المبسوط وينبغي أن لا يذكر مع اسم الله غيره إذا أراد أن يدعو ويقول تقبل من فلان ، وينبغـــي أن يقدم ذلك على الذبح أو يؤخره عنه ولا يذكر مع الحرف هـو تأويل الحديث .

( والشرط هو الذكر الخالص المجرد ) أي وشرط حل الذكاة هو للذكـر الخالص لله سبحانه وتعالى المجرد عن غيره . ( على ما قال ابن مسعود رضي الله تعـالى عنـه جردوا التسمية عنها ) هذا غريب لم يثبت عن ابن مسعود «رض» وإنما ذكر عن أصحابنا في كتبهم ( حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ) فلم يكن ذكراً خالصـاً وأشار به إلى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به ( ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريـــد التسمية حل ) بلا خلاف .

وقال محمد « رح » في الأمالي أرأيت ان ذبح فقال الحمد على ذبيحته ولم يزد على ذلك

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لأنه يريد به الحمد لله على نعمة دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس « رضي » في قوله تعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾

---

أو قال الله أكبر أو سبحان الله قال إن كان يريد بذلك التسمية فإنه يؤكل وإن كان لا يريد بذلك التسمية فإنه لا يؤكل . قال شيخ الإسلام « رح » خواهر زادة في شرحه وهذا لأن هذه الألفاظ ليست بصريحة في باب التسمية . والصريح في باب التسمية اسم الله، وإذا لم تكن هذه الألفاظ صريحة في الباب كانت كناية وإنما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق إن نوى الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا فكذا .

( ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين ، لأنه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية ) لأنه قال في الأصل إذا قال الحمد لله يريد به التسمية أكل، وإن لم يرد التسمية فلا والعاطس لم يرد التسمية على الذبح بل أراد الحمد على نعم الله سبحانه وتعالى فعلى رواية الكرخي «رح» ينبغي أن يحل لأنه قال التحميد بمنزلة التسمية مطلقاً. أما لو قال الخطيب الحمد لله عند العاطس يجوز أن يصلي بـه الجمعة بذلك القدر عند أبي حنيفة « رح » ذكره في المبسوط لأن هناك المأمور بـه ذكر الله مطلقاً وهنا الذكر على الذبح ولم يوجد .

( وما تداولته الألسن عند الذبح وهو قوله ) أي قول الذابح : بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ هذا أخرجه الحاكم في المستدرك في الذبائح من حديث شعبة عن سليمان عن أبي طمسان عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ قال قياماً معقول باسم الله والله أكبر اللهم منك وإليك ، قال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

وعنه فيه رواية أخرى أخرجه في التفسير عن جرير عن الأعمش عن ابن طيبان عن

قـــال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله ، وسطه ، واعلاه واسفله .

---

ابن عباس رضي الله عنهما في قوله سبحانه وتعالى ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ قال إذا أردت أن تنحر البدنة فأنمها ثم قل الله أكبر مثل ذلك ثم سم ثم انحرها . وقـــال صحيح على شرط الشيخين .

والعجب من المصنف كيف ترك الحديث المرفوع فيه وحجر على نفسه . وهو مـــا أخرجه الأئمة الستة في كتبهم في الضحايا عن قتادة عن أنس « رض » أن النبي ﷺ كان يضحي بكبشين أملحين أقرنين يذبحها بيده اليمنى ويسمي ويكبر ويضع رجله على أكتافها . وفي لفظ لمسلم يقول « بسم الله والله أكبر » ولعل المصنـــف « رح » أراد الاستدلال بالقرآن مفسراً به قول صحابي « رض » فإن كان ذلك فهو حسن . وفي الذخيرة قـــال البقالي والمستحب أن يقول باسم الله ، الله أكبر يعني بدون الواو .

ثم قال وذكر شمس الأئمة الحلوائي ويستحب أن يقول بسم الله الله أكبر يعني بدون الواو . لأن الواو تقطـع فور التسمية . قال الاترازي « رح » وفيه نظر قلت نظـــره صحيح لأن الذي ثبت في الحديث الصحيح على ما ذكرنا بالواو . فلا ينبغي أن يترك اتباعاً للحديث .

(قال والذبح بين الحلق واللبة ) أي قال القدوري « رح » في مختصره المراد بذلـــك بيـــان محل الذبح . ( وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطـه وأعلاه وأسفله ) . وفي المبسوط ما بين اللبة واللحيين . واللبة رأس الصدر ، واللحيان الذقن .

وقـــال صاحب العناية وأتى بلفظ الجامع الصغير لأن فيه بياناً ليس فيه روايـــة القدوري « رح » . وذلك لأن في رواية القدوري « رح » الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما يدل عليه لفظ الجامع الصغير « رح » وقـــال الكاكي « رح » وإنما عاد لفظ الجامع لما بين أن رواية المبسوط والجامع الصغير « رح » اختلافاً من حيث الظاهر . فإن رواية المبسوط تقتضي الحل فيما إذا وقع الذبح فوق الحلق قبـــل العقدة لأنه بين اللبة واللحيين فيحل .

وفي رواية الجامع الصغير « رح » أنه لا يحل لأن على رواية محل الذبح الحلق ، فلما دفع قبل العقدة لم يكن الحلق على الذبح فلا يجوز ، فتكون رواية الجامع مفيدة لإطلاق رواية المبسوط .

وقد صرح في الذخيرة أن الذبح إذا وقع أعلى من الحلقوم قبل العقدة لا يحل ، كذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند وبه قالت الثلاثة ولكن ذكر الامام الرسعي في فوائده يحل لأن المعتبر قطع أكثر الاوداج ، وقد وجد سواء كان فوق العقدة أو تحته .

وفي الخلاصة هذا خلاف قول عامة المشايخ « رح » وقال صاحب النهاية [1] كان شيخي يفتي به وكان يقول الإمام الرسعي معتمد في القول والعمل . فلو أخذنا يوم القيمة بسبب العمل بقوله نحن نأخذه أيضاً . وقال الاترازي وذكر في فوائد الرسعي أنه سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء كانت بقيت العقدة مما تلي الرأس أو مما يلي الصدر . وأما المعتبر عندنا قطع أكثر الأوداج ، وهذا صحيح لأنه لا اعتبار بكون العقدة من فوق أو من تحت . ألا ترى إلى قول محمد بن الحسن « رح » في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله ، أسفل الحلق أو وسطه أو اعلاه . فإذا ذبح في الأعلى لا بد أن يبقي العقدة من تحت ، ولم يلتفت إلى العقدة لا في كلام الله سبحانه وتعالى ولا في كلام رسوله ﷺ ، بل بالذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث ، وقد حصلت كيفما بقيت العقدة ، لا سيا على مذهب أبي حنيفة فإنه يكتفي بالثلاث من الأربع أي ثلاث كانت . ويجوز ترك الحلقوم أصلاً فالطريق الأولى أن يحل الذبح إذا قطع الحلقوم من أعلاه وبقيت العقدة إلى أسفل الحلقوم .

وقال تاج الشريعة في شرحه قوله والذبح بين الحلق واللبة . أراد بذلك بيان محل الذبح فيجوز في أعلى الحلق وأسفله ووسطه . وفي رواية الجامع الصغير تقتضي أن الذبح

---

(١) نسخة صاحب الهداية .

والأصل فيه قوله عليه السلام الذكاة مـــا بين اللبة واللحيين ولأنه مجمع المجرى والعروق.

---

فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لأنه جعل الحلق محلا وإن كان فوق العقدة وهكذا ذكر في الفتاوى ووضع الأصل يقتضي أن يحل لأنه بين اللبة واللحيين وإن كان فوق العقدة، لأن شمس الأئمة فسره وقال فيه دليل على أن أعلى الحلق ووسطه وأسفله سواء . فيكون المراد على هذا التفسير ما يكون في الأصل مقيداً كما ذكر في الجامـــع الصغير « رح » فيكون المراد من كلمة بين ما يستفاد من كلمة في .وكان معناه الذكاة في الحلق تؤيـــده رواية الجامع الصغير .

قلت لفظة بين في اللغة بمعنى وسط ، يقول جلست بين القوم أي وسطهم ، ولفظـــه للظرفيـــة . ولكنها تجيء بمعنى بين ايضا كما في قوله سبحانـــه وتعالى ﴿ فادخلي في عبادي﴾ أي بين عبادي فحينئذ يستفاد من أحدهما مايستفاد من الآخر. فعلى هذا يحمل معنى ما ذكره القدوري « رح » على ما ذكره في الجامع الصغير فافهم .

( والأصل فيه قوله ﷺ « الذكاة ما بين اللبـــة واللحيين » ) . اي الأصل في الذبـــح قوله ﷺ ولم يثبت هذا الحديث بهذه العبارة . وإنما أخرج الدارقطني « رح » في سننـــه عن سعيد بن سلام العطار « رح » حدثنا عبد الله بن هديل الخزاعي عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة « رض » قال بعث رسول الله ﷺ هديل بن الورقاء الخزاعـــي على جمل أورق يصح في محتاج صبي إلا أن الذكاة في الحلق واللبة فقال في التنقيح هـــذا إســـناد ضعيف بمرة وسعيد بن سلام أجمع الأئمة على ترك الاحتجاج به ، وكذبه ابن نمير ، وقـــال البخاري « رح » يذكر موضع الحديث . وقال الدارقطني « رح » يحدث بالبواطيل متروك .

وأخرجه عبد الرزاق « رح في مصنفه موقوفاً على ابن عباس وعلي وعمر رضـــي الله تعالى عنهم الذكاة في الحلق واللبة . وقد فسرنا اللبة واللحيين عن قرد . وهـــذا من باب تسمية الحال باسم المحل . كقولهم جرى النهر وسال الميزاب .

( ولأنه مجمع المجرى والعروق ) أي ولأن مـــا بين الحلق واللبة مجرى الطعام والمـــاء

فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه ، فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة أربعـــة الحلقوم ، والمريء والودجان لقوله عليه السلام أفر الأوداج بما شئت

---

وبجمع العروق السارية في البدن ، ( فيحصل بالفعل فيه ) أي فيما بين الحلق واللبة وأراد الفعل فعل الذبح ( انهار الدم على أبلغ الوجوه ) أي اسالة الدم . يقـــال انهرت الدم إذا أسلته . وقال ابن دريد انهر العرق ، إذا لم ينهر دمه .

زعموا وقال ابن عباد انهر بطنـــه ، أي انطلق . وكذلك أنهر ، ومنـــه أسقط . والنهر واحـــد الأنهار . ( فكان حكم الكل سواء ) أراد به كل الحلق وسطه وأعلاه وأسفله .

( قال والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة ) أي قال القدوري العروق التي هي محل القطع في التذكية أربعة عروق . ( الحلقوم والمريء والودجان ) . الحلقوم بضم الحاء هو الحلق والميم فيه زائدة . والمريء بالهمزة وذكره في العباب في باب مرأ بالهمزة في آخره . وقال بقوله مريء الجزور والشاة للمتصل بالحلقوم الذي يجري فيه الطعام والشراب والجمع مرى . مثال سرير وسرر . والودجان تثنية ودج . قال الصنعاني الودج والوداج عرق في العنق ، وهما ودجان . وقال الليث الودج عرق متصل من الرأس إلى النحر ، والجمع الاوداج وهي عروق تكشف الحلق ، ( لقوله ﷺ « افر الاوداج بما شئت ) هذا الحديث أخرجه أبو داوود والنسائي « رح » وابن ماجة « رح » ولكن بغير هذه العبارة «فرووا» عن سماك بن حرب عن مري بن قطري عن عدي بن حاتم « رح » قال قلت يا رسول الله ﷺ أرأيت أحدنا أصاب صيداً وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا فقال « أفر الدم بما شئت واذكر اسم الله » . وفي لفظ النسائي « رح » أنهـــر الدم وكذلك رواه أحمـــد « رح » في مسنده قال الخطابي ويروى أمر ، قال والصواب أمر بسكون الميم وتخفيف الراء .

قلت وبهذا اللفظ رواه ابن حبان « رض » في صحيحه والحاكم « رض » في المستدرك ،

## وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين وهو حجة على الشافعي « رح » في الاكتفاء بالحلقوم والمريء

---

وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .وقال السهيلي في الروض الأنف أمـر الدم ، بكسر الميم أي أرسله . يقال الدمما يرى سائل ، قال هكذا رواه نعاس وفسره. ورواه أبو عبد بسكون الميم وجعله من ريت الصوع والأول أشبه المغير . وجمـع الطبراني في معجمه بين الروايات الثلاثة ، وفيه رواية رابعه عند النسائي في سننـه الكبرى أعرف ، قلت يكون الجميع برواية أبي عبد خمس روايات توضيحها إن الاولى أمـر من الأمرار ، والثانية أمر من المراء حرف ثاني ، والثالثة أنهر من الأنهار ، والرابعة أعرق من الاعراق وأصله أرق من الأراقة والهاء زائدة . والخامسة من المريء ناقص يائي . قوله أفر الأوداج أي اقطعها قالوا هو بفتح الهمزة .

قلت هنا مادتان الفري والإفراء ، فالأولى ثلاثي مجرد ، والثاني مزيد فيه ، والفرق بينهما في المعنى أن الفري هو القطع للأصلاح . والافراء هو القطع للإفساد . فعلى هـذا يكون كسر الهمزة هنا أليق ، فافهم .

( وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المريء والودجين ) أي الأوداج اسم جمـع وأقل الجمع ثلاثة ، وأقل الودج ودجان . فكان المراد الودجين والمريء بطريق التغليب . فإن قلت الأوداج جمع وليس باسم جمع وبينهما فرق كما عرف في موضعه . قلـت المراد بالاسم مفهومه اللغوي أي لفظ جمع ، ولا يريد بـه نحو القوم والرهط أو يكون لفظه اسم معجمه ، فإن قلت الألف واللام إذا دخلا على الجمع يصير للجنس ويقع على الأدنى قلت هذا إذا لم يكن ثمة معهود . وقـد وجدنا هذا وهو الودجان فيـه خلاف في الإرادة والمريء أيضاً لما ذكرنا . وإنما قلنا ان النص يتناول المريء من حيث اللفظ . والحلقوم بطريق الاقتضاء لأن قطع مجرى النفس ابلغ إلى حصول المقصود من قطع مجرى العلف . وقد فسر المصنف « رح » المريء بمجرى النفس على ما سيجيء إن شاء الله تعالى .

( وهو حجة على الشافعي « رح » في الإكتفاء بالحلقوم والمريء ) أي قوله ﷺ : « افر الأوداج وأنهر الدم بما شئت » . حجة على الشافعي « رح » . وفي وجيز الشافعية :

إلا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك « رح » ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعهـا وعندنا ان قطعها حل الأكل وان قطع

---

يصير قطع الحلقوم والمريء – وهذا دون الوريدين ، وبه قال أحمد « رح » وعن الاصطخري : يكفي قطع الحلقوم والمريء . وفي الحلية وهذا خلاف نص الشافعي «رح» وخلاف الإجماع . ( إلا انه لا يمكن قطع هـذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه ) . هذا كأنه جواب عما يقال ان الاوداج في قوله ﷺ : « افر الاوداج » ، جمع وأقله ثلاثة ، فأنتم شرطتم قطع الأربعة حيث قلتم : والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة ، وتقرير الجواب ان الحديث وان كان دل على وجوب قطع الثلاثة ، ولكن ان لا يمكن قطعها إلا بقطع الحلقوم لأنه لا ينتهي قطع الاوداج من غير حرج بدون قطع الحلقوم فثبت قطعه اقتضاء والثابت قضاء كالثابت نصاً .

وصار كأن النبي ﷺ نص على قطع الحلقوم ونوع من المعقول يدل على هذا ، وهو أن المقصود من إزالة الروح الذبح لتسييل الدم المسفوح الذي هو النجس على وجه التعجيل . لأن في الإبطاء زيادة تعذيب الحيوان وهذا المقصود على التمام إنما يحصل بقطع هـذه الأشياء الأربعة .

( وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعهـا ) أي بظاهر ما ذكرنا من قطع ، اشتراط الأربعة . يحتج مالك حتى لا يجوز قطع الثلاثـة بل يشترط قطع جميعها ، هـذا الذي نسبه المصنف « رح » إلى مالك هو الذي ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ، حيث اشترط فيه على مذهب مالك قطع الاربع جميعاً حتى إذا نقص واحد منها لا يحل . ولكن ذكر في كتـاب التفريع للمالكية ان المعتبر عند مالك « رح » قطع ثلاثـة أعضاء وهي الودجان والحلقوم وليس يراعى قطع الحلقوم ، وليس يراعى قطع المريء فعل هذا الذي ذكره المصنف « رح » إما رواية عنه أو عن أحمد ( وعندنا ان قطعها ) أي الأربعة المذكورة ( حل الأكل وإن قطع أكثرها

أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة « رح » وقـــالا لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، قـــال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف « رح » وحده ، وقال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل ، وأن قطـــع الأكثر من الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافاً ،

---

فكذلك عند أبي حنيفة « رح » ) أي وإن قطع أكثر الأربعة ، يعني ان عنده يكتفى الحل بقطع الثلاثة من الأربعة ، أي ثلاثة كانت .

( وقالا ) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » ( لا بـــد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين ) حتى لو قطع بعض الحلقوم أو المريء لم يحل . ( قـــال ) اي المصنف رحمـه الله ( هكذا ذكر القدوري « رح » الاختلاف في مختصره . والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول أبي يوسف وحده ) أي ان قوله لا بـــد من قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين قول أبي يوسف « رح » وحـــده . وذكر الكرخي « رح » في مختصره فإن قطع من هذه الأربعة ثلاثة .

قال بشير بن الوليد روى عن أبي يوسف « رح » ان أبا حنيفة « رح » قال : إذا قطع أكثر الأوداج أكل ، إذا قطع ثلاثة منها أكل ، من أي جانب كان ، وعلى أي وجه كان . وكذلك قال أبو يوسف « رح » ثم قال بعد ذلك : لا يأكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين . وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة . قـــال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعاً في قول أبي حنيفة : إذا قطع أكثر الأوداج . وفي قول أبي يوسف « رح » لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين ، انتهى . ولم يذكر قول محمد « رح » .

( وقـــال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل ، وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا ) يعني انه لو قطع

واختلفت الرواية فيه ، فالحاصل عند أبي حنيفة « رح » إذا قطع الثلاث أى ثلاث كان يحل وبـــه كان يقول أبو يوسف « رح » أولا ثم رجع إلى ما ذكرنا وعن محمد « رح » أنه يعتبر أكثر كل فرد ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » لأن كل فرد منهـــا أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولوزود الأمر بفرية فيعتبر أكثر كل فرد منها ، ولابي يوسف « رح » أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم فينوب أحدهما عن الاخر ، إذ كل واحد منهما مجرى الدم ، أما الحلقوم

---

النصف من كل واحد من الأربعة لا يحل ترجيحاً لجانب الحرمة على جانب الحل عنـــد الاستواء ، بخلاف ما إذا قطع الأكثر من كل فرد لرجحان الموجب للحل قوله ولم يحك خلافاً أي في الجامع الصغير « رح » لم يحك خلافا في هذه المسألة ( واختلفت الرواية فيه ) أي في حكم هذه المسألة .

( والحاصل ان عند أبي حنيفة « رح » إذا قطع الثلاثة من الأربعة أي ثلاثة كان يحل وبه ) أي وبهذا القول ( كان يقول أبو يوسف « رح » أولاً ، ثم رجع إلى ما ذكرنا ) وهو قوله لا بد من قطع الحلقوم والمريء واحد الودجين . وفي الغاية وعن أبي يوسف « رح » ثلاث روايات إحداها بهذه يعني قطع الثلاث أى ثلاث كانت ، والثانية اشتراط قطـــع الحلقوم مع الأخرى ، والثالثة اشتراط قطع الحلقوم والمريء واحد الوجهين .

( وعن محمـــد « رح » انه يعتبر اكثر كل فرد ) يعني لا بد من قطع اكثر كل واحد من الاربعة . ( وهو رواية عن أبي حنيفة «رح») أي ما روى عن محمد « رح » هو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، ( لأن كل فرد منها ) أي من الأربعـــة ( أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه ) أي قطعه وأراد بالأمر هو قوله ﷺ : « أفر الأوداج وانهر ما شئت » ( فيعتبر اكثر كل واحد منها ) أي من الأربعة وللأكثر حكم الكل .

( ولأبي يوسف « رح » : ان المقصود من قطع الودجين إنهـــار الدم ) أي إسالته . ( فينوب احدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما ) أي من الودجين ( مجر الدم ، أمـــا

يخالف المريء فإنه مجرى العلف والماء والمريء مجرى النفس . فلا بد من قطعها ، ولابي حنيفة « رح » أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأى ثلاثة قطعها فقد قطع الأكثر منها . وما هو المقصود يحصل بهـــا ، وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم

---

الحلقوم يخالف المريء فإنه ) أي فإن الحلقوم ( مجرى العلف والمـاء ، والمريء ، مجرى النفس فلا بد من قطعها ) أي من قطع الحلقوم والمريء .

وهكذا فسر شيخ الإسلام « رح » خواهر زاده في مبسوطه وقال: المريء عرق يحمل مجرى النفس . وقال الكشاف «رح» في تفسير سورة الأعراف : الحلقوم مدخـل الطعام والشراب ، وفسره القدوري بخلاف ذلك في شرح مختصر الكرخي فقال : الحلقوم مجرى النفس ، والمريء مجرى الطعام والودجان مجرى الدم . وهكذا ذكره في الايضاح وهو الصحيح يؤيده قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلولا إذا بلغت الحلقوم ﴾ .

وقال في ديوان الادب : المريء الذي يدخــل فيه الطعام والشراب . وفي المغرب : المريء مجرى الطعام والشراب . وفي الجمهرة : مريء الانسان وغـيره مجرى الطعام أي جوفه . وقيل المذكور في المتن غير صحيح من النسخ ، والصحيح منها عكسه .

( ولأبي حنيفة « رح » إن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام ) نحو مسح الرأس وانكشاف العورة في الصلاة وتغطية الرأس في الاحرام ونحو ذلك ( وأي ثلاثـة قطعها فقطع الاكثر منها ) أي من الأربعة.

( وما هو المقصود يحصل بها ) أي والذي هو المقصود من الذبح يحصل بالثلاثة ، أي بقطعها ( وهو ) أي المقصود ( إنهار الدم المسفوح ) أي اسالته . ( والتوحية في اخراج الروح ) أى الاسراع والتعجيل في إزهاق الروح وهو بالحاء المهملة من وحـاه توحية إذا عجله ومنه موت وحى أي سريع والوحا بالمد والقصر السرعة ( لأنه ) أي لان الحيوان ( لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ، ويخرج الدم بقطع أحد الودجين ) فـــلا

بقطع أحـــد الودجين فيكتفي بـه تحرزا من زيادة التعذيب بخلاف ما إذا قطع النصف لان الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئاً احتياطاً لجانب الحرمة قـــال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعا

---

يحتاج إلى قطع الآخر لحصول المقصود بأحدهما .

( فيكتفى فيه تحرزاً عن زيادة التعذيب ) أي اكتفى بقطع اكثر الاربعة للاحتراز عن زيادة تعذيب الحيوان ، لأن المقصود إذا حصل بالثلاثة يكون قطع الزائد زيادة في تعذيب الحيوان بلا فائدة ، لأن ما هو المقصود من قطع الودجين يحصل بقطع أحدهما وهو التوجيه لأن مجرى النفس إذا انقطـــع انقطع مجرى الطعام والشراب يموت الحيوان من ساعته مقام الثلاثة من الأربعة في تحصيل ما هو المقصود من قطع الاربعة مقام الكل.

( بخلاف ما إذا قطع النصف ) هذا يتعلق بقوله فيكتفى به ، يعني إذا قطـع نصف الاربعة لا يكتفى به ولا يحل ( لأن الاكثر ) أي اكثر المرخص وهو الثلاثة ( باق فكأنه لم يقطع شيئاً ) لأن الاثنين لما كانا باقيين كان اكثر المرخص وهو الثلاثة باقياً فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحاً كان للنصف الباقي حكم الاكثر فكأنه لم يقطع شيئاً ، وربما لوح لهذا بقوله ( احتياطاً لجانب الحرمة ) أي لأجل الاحتياط لجانب الحرمة .

فإن قلت كيف قال ؟ لأن الأكثر باق والشيء إنما يكون اكثر إذا كان ما يقابله قليلاً وهذا القائل النصف فلا يكون قليلا فلا يكون الباقي كثيراً . قلت الشرط قطع الثلاثة إذ المقصود من قطع العروق انها لازم والتوحية . ويحصل ذلك بقطع الثلاثة فاكتفى به ، فتركت الواحدة من الأربعة ، وإذا ترك الإثنين غير مقطوعين يكون البـــاقي أكثر من المشروط فافهم .

( قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن إذا كان منزوعاً ) أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد « رح » عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم وسن منزوعة فينهر الدم ويفرى الاوداج . قال اكره هذا الذبح

حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح . وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فإنهمامدى الحبشه ، ولأنه فعل غير مشروع ، فلا

---

وان فعل فلا بأس ( حتى لا يكون بأكله بأس إلا انه يكره هذا الذبح ) . به قال مالك « رح » في رواية .

( وقال الشافعي المذبوح ميتة ) أى المذبوح بهذه الاشياء ميتة به . وقال احمد «رح» ( لقوله ﷺ « كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ماخلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة » ) هذا الحديث ملفق من حديثين : الأول ما رواه الأئمة الستة من حديث رافع بن خديج وقال : كنا مع النبي ﷺ في سفر فقلت : يا رسول الله ﷺ انا نكون من الغارة فلا يكون معنا مدى فقال : « ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو ظفراً وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة . أخرجوا هذا الحديث مختصراً و مطولاً .

الثاني رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا أبو خالد الاحمر عن ابن جريج عمن حدثه عن رافع بن خديج قال : سألت رسول الله ﷺ عن الذبح باللبطة فقال : ما افرى الاوداج إلا سنا أو ظفراً » .

والعجب من الاترازي « رح » حيث ذكر حديث رافع هذا في الاحتجاج للشافعي « رح » ولم يبينه لتلفيق الحديث الذي ذكره المصنف ثم قال بيانه ان النبي ﷺ استثنى الظفر والسن من الآلات التي يقطع بها الجرح ولم يفصل بين القائم والمنزوع فلم يجز الذبح بهما مطلقاً « كل ما انهر الدم » على حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه ومعناه : كل ما انهر دمه اطلاقا لاسم الحال على المحل في قوله سبحانه وتعالى : « خذوا زينتكم عند » معناه كل ما تحقق فيه انهار الدم قوله مدى الحبشة بضم الميم جمع مدية بالضم ايضاً وهي سكين القصاب .

( ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ) أي ولان

تكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الأوداج بمـــا شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فـــإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك

---

الذبح بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فإذا لم يكن ذكاة تكون ميتة ( ولنا قوله ﷺ « انهر الدم بما شئت » ويروى افر الاوداج بما شئت ) . قد مر الكلام في هذا الحديث عن قريب ، والاحسن ان يستدل لاصحابنا بما رواه البخاري في صحيحه .

وقال حدثنا محمد بن أبي بكر ، قال حدثنا معمر عن عبيدالله عن نافع قال سمعت ابن كعب بن مالك عن ابن عمر أن أباه اخبره ان جارية لهم ترعى بسلع فابصرت بشاة من غنمها موتها فكسرت حجراً فذبحتها فقال لأهله لا تأكلوا حتى آتي رسول الله ﷺ أو حتى أرسل إليه من يسأله فأتى النبي ﷺ أو بعث إليه ، فأمر النبي ﷺ بأكلها .

وجه الاستدلال ان الاصل في النصوص التعليل والحجر يصلح آلة للذبح لمعنى الجرح فكذا الظفر المنزوع والسن المنزوعة بخلاف غير المنزوع ، فإنه لا يصلح آلة لكونه مدى الحبشة وهو محمل الحديث الاول .

( وما رواه ) أي الشافعي « رح » ( محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون كذلك ) اظهاراً للجلادة . فانهم لا يقتلون ظفراً ويحدون الاسنان بالمبرد ، ويقاتلون بالخدش والعض . هكذا ذكره النسفي «رح». وفي الاسرار لو لم يكن تعليله ﷺ : «فانها مدى الحبشه » غير المنزوع لأن السن والظفر مطلقاً يذكره ويراد بـــه غير المنزوع، أما المنزوع بذكر مقيد ، يقال سن منزوع ، والظفر المنزوع ولم يذكر مطلقاً .

اما القرن ينبغي ان لا يكره ، بالنظر إلى تعليله ﷺ وقـد قال ابن القطان « رح » بعد أن ذكر حديث الشافعي « رح » المذكور الذي اخرجه مسلم « رح » من حـــديث سفيان الثوري عن ابيه سعيد بن مسروق عن عباية بن رفاعة بن رافع بن جريج «رض» قال : كنا مع النبي ﷺ ، الحديث فيه شك في موضعين في اتصاله وفي قوله أمـــا السن فعظم ، هل هو من كلام النبي ﷺ أم لا . فقد روى أبو داوود « رح » عن أبي الاحوص

ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم ، وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل ، فيكون في معنى المنخنقة ، وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه إعساراً على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان

---

عن سعيد بن مسروق وسفيان الثورى « رح » عن عبانة بن رفاعة بن رافع عن ابيه عن جده رافع بن جريج « رح » قال : أتيت النبي ﷺ فقلت له يا رسول الله : انا ملاقوالعدو غداً وليس عندنا مدي أفنذبح بالمدى وشقة العصا ؟ فقال ﷺ : « ما انهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً » .

قال رافع سأحدثكم عن ذلك : اما السن فعظم وأما الظفر مدى الحبشة ، قال فهذا كما ترى فيه زيادة رفاعة بن عبانة وجده رافع وفيه بيان قوله أما السن فمن كلام رافع. وليس في حديث مسلم « رح » من رواية الثورى وأحسبه عن ابيهما ذكر بسماع عيانة من جده رافع إنما جابه مصنفا سمين . ان بينهما واحداً ولم يكن نصاً في حديث مسلم «رح» ان قوله أما السن من كلام النبي ﷺ نصا ، نسبه ابو الاحوص انه من كلام رافع «رح».

( ولانه آلة جارحة ) أي ولان كل واحـــد من الظفر والقرن والسن المنزوع آلة تجرح وتخرج الدم ( فيحصل به ما هو المقصود ) أي بكل واحدة من هذه الأشياء (وهو) أي المقصود ( إخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع ) من الظفر والسن ( لأنه يقتل بالثقل ) لأنه يوجب الموت بالفراة مع الحدة .

( فيكون في معنى المنخنقة ) فيكون حراما ( وإنما يكره ) يعني الذبـــح بالظفر المنزوع والسن المنزوعة ( لأن فيه استعمال جزء الآدمي ) كالوصل بشعر الآدمي والانتفاع بالغدوة وهذا لا يتأدى في القرن .

(ولأن فيه اعساراً على الحيوان ) هذا وجه آخر للكراهة أي ولأن في الذبح بهـــذه الاشياء إعساراً على الحيوان وإضراراً به لضعف الآلة فيؤدي إلى زيادة تعذيب الحيوان ( وقد أمرنا فيه بالاحسان ) أي والحال انا قد أمرنا في ذبح الحيوان بالاحسان على مايجيء وهذا التعليل يشمل الكل .

قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم . فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول الحل لا بأس به . وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة

---

( قال ) أي القدوري ( ويجوز الذبح بالليطة ) بكسر اللام وسكون الباء آخر الحروف وهو قشر القصب ( والمروة ) وهو حجر أبيض رقيق يذبح بها كالسكين (وبكل شيء انهر الدم ) أي اساله ( إلا السن القائم والظفر القائم فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا ) أشار به إلى قوله لأنه يقتل بالقتل .

( ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لأنه وجد فيه نصاً ) على أن الذبيحة بالسن القائم ميتة ، لأنه أي لأن محمد «رح» ( ومالم يجد فيه ) أي في تحريمها نصاً عن النبي ﷺ ، فلذلك اطلق جوابها وهذه طريقة محمد « رح » في المنصوص عليه بالتحريم أو بالتحليل انه يثبت القول وما لم يجزء فيه( نصاً يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس )أي لا بأس بفعله على الفاعل .

ثم قيل كل موضع يقال فيه لا بأس فتركه أولى ، والأصح أن هذا ليس بكلي بل ينبغي أن ينظر فيه ، فإن كان ثمة شيء يدل على الجواز يتخير الفاعل وإلا فتركه كان أولى ( به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل ) أي وفي الحرام يقول محمد « رح » يكره يعني فعله ، أو يقول لا يؤكل .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويستحب أن يحد الذابح شفرته ) والشفرة بفتح الشين المعجمة وسكون الفاء ، وهي السكين العظيم ، وشفرة السيف حده ( لقوله ﷺ : ان الله كتب الاحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته . ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها

---

وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ) هذا الحديث اخرجه الجماعة إلا البخاري عن شراحبيل بن أدى عن شداد بن أوس عن النبي ﷺ قال : « إن الله كتب الاحسان » . الحديث أخرجوه في الذبائح إلا الترمذي « رح » فإنه اخرجه في القصاص ، قوله القتلة بكسر القاف وهي الهيئة والحالة وكذلك الذبحة بكسر الذال الهيئة والحالة . قوله وليرح من الإراحة أي ليعطيها الراحة بالاسراع .

( ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة ) ذكره تفريعاً في مسألة القدوري « رح ». ويضجعها بضم الياء من الاضجاع ، والضمير يرجع إلى الذبحة . وقال الكرخي «رح» في مختصره إذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجرها برجلها إلى المذبح ، وأن يضجعها ثم يحد الشفرة .

( لما روي عن رسول الله ﷺ أنه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال : «لقد اردت ان تميتها موتات ، هلا حددتها قبل ان تضجعها ) . هذا الحديث اخرجه الحاكم في المستدرك في الضحايا عن حماد بن زيد ، عن عاصم عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أن رجلا اضجع شاة يريد أن يذبحها وهو يحد شفرته فقال له النبي ﷺ : أتريد أن تميتها موتات ، هل حددت شفرتك قبل ان تضجعها . وقال حديث صحيح على شرط البخاري « رح » ولم يخرجاه واعاده في الذبائح وقال على شرط الشيخين .

ورواه الطبراني « رح » في معجمه عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول به ورواه عبد الرزاق « رح » في مصنفه في الحج . حدثنا معمر عن عاصم عن عكرمة أن النبي ﷺ رأى رجلا أضجع شاة ، الحديث مرسل وروى ماجد في سننه عن أبي لهيعة عن قرة بن جبريل عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، قال أمر

قال ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحة . وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ . والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبـــة ،

---

رسول الله ﷺ ان تحد الشفرة وان توارى عن البهائم ، وقال : إذا ذبح احدكم فليجهز ورواه أحمد في مسنده عن أبي لهيعة عن عقيـل عن الزهري « رح » به ، وكذلك رواه الدارقطني في سننه ، والطبراني في معجمه . وابن عدى « رح » في الكامل ، وأعله بابن لهيعة . ومن جهة الدارقطني ذكره عبدالحق في أحكامه وقال الصحيح في هـذا عن الزهري « ر ح » مرسل . والذي أسنده لا يحتج به . وفي موطأ مالك «رح» عن هشام عن عاصم بن عبدالله بن عاصم بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهم: أن رجلاً أخذ شفرة وأخذ شاة ليذبحها ، فضربه عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه بالدرة وقال : انعدت الروح ، هل فعلت هذا قبل أن تأخذها ؟.

قوله إن تميتها موتات ، أي مرات عديدة يعني موته ، فإن قلت كيف يكون ذلك ولا يعلم الحيوان بذبحه لأنه لا عقل له . قلت هـذا سؤال ساقط ، وفيه سوء أدب ، لأن الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه ، والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات . وما نحن فيه ليس منها ، وأجاب في المبسوط بأن الحيوان يعرف ما يراد منه كما جاء في الخـبر ألهمت البهائم ، إلا عن أربعـة خالقهـا ورازقها ، وضعفها وشقاؤها ، فإذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة عندها كان فيه زيادة ألم غير محتاج اليه ، ولهذا قيل يكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر اليها .

( قال ومن بلغ بالسكين النخاع ) قال أى القدوري « رح » في مختصره ( أو قطـع الرأس ) أي رأس المذبوح ( كره له ذلك وتؤكل ذبيحته ) أي كره فللذابح بلوغ السكين النخاع وقطع رأس المذبوح (وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ) أي بعض نسخ القدوري «رح».

( والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة ) أى عرق أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب وهو بضم النون والفتح لغة . وقال تاج الشريعة « رح » قال هو عرق وقـــد

سهى ، إنما ذلك النخاع ثالثاً وهو يكون في القفا من نخع الشاة ، إذا بلـغ بالذبح ذلك الموضع . والنخغ ابلغ من النخع بالنون . وقال السفنافي ايضاً هو مشهور وانمـا النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب .

وقال مقدم صاحب العناية ورد بأن بدن الحيوان مركب وسيدهما في ذلك مما قال في المغرب : النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب من الطعام والاعصاب والعروق هي شرايين واوتار واضحة حتى يسمى بالخيط أصلا . قالت قـال الصنعاني

في العباب قال الكسائي النخاع. والنخاع بالحركات الثلاث: الخيط الأبيض الذي في جوف القفاء ، وقال في باب الهاء الموحدة : النخاع بالكسر العرق الذى يكون في الصلب،وهو غير النخاع بالنون ، فإنه الخيط الأبيض الذى يجرى في الرقبة .

ونخع الشاة إذا بالغ في ذبحها وهو أن يقطع عظم رقبتها ويبلغ بالذبح النخاع ، ثم كثر حتى استعمل في كل مبالغة انتهى . وكذلك قال الكرخي في مختصره ويكره إذا ذبحهـا ان يبلغ النخاع وهو العرق الابيض الذى يكون في الرقبة ويكره له ايضاً أن ينخعها . قيل أن يتردد إن سلع أو نخع فلا بأس بذلك .

( أما الكراهية فلما روى عن النبي ﷺ انه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت ) هذا رواه محمد بن الحسن « رح » في كتاب الصيد من الاصل عن سعيد بن المسيب قـال نهى رسول الله ﷺ أن تنخع الشاة إذا ذبحت ، وهو مرسل وبمعناه مرفوعاً .

وقال الطبراني « رح » في معجمه حدثنا ابو خليفة الفضل بن الحارث حدثنا أبو الوليد الطيالسي حدثنا عبد الحميد بن بهرام عن شهر بن حوشب عن ابن عباس رضى الله تعـالى عنهما أن النبي ﷺ نهى عن الذبيحة ان يعرض .

ورواه ابن عدى في الكامل واعله بشهر بن حوشب انه ممن لا يحتج بحديثه ولا يبدين به وقال ابراهيم بن الحربي في غريب القوس أن يذبـح الشاة ينخع وروى البيهقى عن

وتفسيره ما ذكرناه ، وقيل معناه ، أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحة وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب ، وكل ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ، وهو منهي عنه . والحاصل أن ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره أن تجر ما تريد ذبحه برجله إلى المذبح

---

هشام الرسوي وغيره عن يحيى بن أبي كثير عن مغرور الكلبي عن عمر رضى الله تعالى عنه انه نهى عن الفرس في الذبيحة .

وقال ابو عبيدة : الفرس النخع ، يقال فرست الشاة ونخعتها وذلك أن ينتهي الذبح إلى النخاع وهو عظم في الرقبة . وقال: بل هو الذي يكون في فقار الصلب شبيه بالملح فنهى ان ينتهى الذبح إلى ذلك . وقال أبو عبيد : الفرس قيل هو الكسر ، نهى أن تكسر رقبة الذبيحة قبل أن تبرد (وتفسيره ماذكرناه ) أى تفسير النخع ما ذكرناه. اراد به قوله ومن بلغ بالسكين النخاع ( وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه ، وقيل أن يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب ) .

قال البيهقي قال الشافعي «رح» نهى عمر رضى الله تعالى عنه عن النخع وان تعجل الاالسن أن ترهق ، فالنخع أن تذبح الشاة ثم تكسر قفاها من موضع الذبح ، أو تضرب لتعجل قطع حركتها ، وكره هذا ، ولم يحرم لأنها ذكية .

( وكل ذلك مكروه ) أشار به إلى التفاسير الثلاث . ( وهذا ) حصول الكراهة .

( لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه ) أي تعذيب الحيوان بلا فائدة منهى عنه على ما مر في الآثار المذكورة ( والحاصل ان ما فيه زيادة إيلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ) أشار به إلى اصل جامع في افادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه اه .

( ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح ) لما روى البيهقي عن عبد الرحمن بن

وأن تنخع الشاة مثل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم . فلا يكره النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم ، فلهذا قال تؤكل ذبيحته .

---

حماد حدثنا ابن عون عن ابن سيرين ان رجلاً رآه عمر رضى الله تعالى عنه يجر شاة ليذبحها فضربه بالدرة وقال سفهه لا أم لك إلى الموت سوقاً جميلا ( وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب ) أي ويكره أيضاً أن ينخع الشاة ، وتفسير النخع مستوفى مع الآثار الواردة فيه .

( وبعده ) أى وبعد أن تبرد ( لا ألم فلا يكره النخع والسلخ ) أي سلخ جلدها ( إلا إن الكراهة ) أي غير أن الكراهة في ما ذكرنا ( لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح وبعده فلا يوجب التحريم ) لوجود الذكاة الشرعية ( فلهذا قال تؤكل ذبيحته ) أي فلأجل عدم موجب التحريم .

قال القدوري « رح » في مختصره : وتؤكل ذبيحته بعد أن قال كره له ذلك هي ويكره الذبح لغير القبلة قال في الأصل أرأيت الرجل يذبح ويسمى ويوجه ذبيحته لغير القبلة متعمداً أو غير متعمد ، قال لا بأس بأكلها .

قال خواهر زاده في شرح المبسوط أما الحل فلأن الإباحة شرعاً متعلق قطع الأوداج والتسمية ، وقد وجد ، وتوجه القبلة سنة مؤكدة لأنه توارثته الناس ، وترك السنة لاتوجب الحرمة ، ولأنه يكره تركه من غير عذر .

وقال محمد بن الحسن « رح » في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن بن عمر الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد قال : كره رسول الله ﷺ من الشاة سبعا المرارة والمثانة والغدة والحياء والذكر والانثيين والدم قال في تحفته ثم أبو حنيفة فسرها فقال : الدم حرام بالنص القاطع وباقي السبعة مكروه لما انه تستخبثه الأنفس ، واراد به الدم المسفوح ، وأما دم الكبد والطحال ودم اللحم فليس بحرام ، ذكره في الغاية هنا ، فلذلك ذكرناه اتباعاً له .

قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة ، فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح ،

---

( قال وإن ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل ) أي قال القدوري وقال الكرخي « رح » في مختصره ، قال أبو حنيفة «رح» إن ضرب عنق جزور بسيف فأبانها وسمى فإن كان ضربها من قبيل الحلقوم فانه يؤكل وقد أساء وإن كان ضربها من قبل الظهر فإن كان قطع الحلقوم والأوداج قبل ان تموت أكل ، وقد اساء كذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة . وقال أبو حنيفة ان قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وان تعمد ذلك . وقد اساء في التعمد . وكذلك قال أبو يوسف «رح» ( لتحقق الموت بما هو ذكاة ) وهو قطع العروق وبه قال احمد ومالك «رح» وحكي عن علي وابن المسيب «رح» انها لا تؤكل . قلنا عموم الاحاديث وتحقيق الذكاة .

( ويكره ) هذا لفظ القدوري ( لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة ، فصار كما إذا جرحها ثم قطع الاوداج ) حيث يحل ويكره (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها ) أي الشاة .

وفي شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الأعمش: وإنما لو كانت تعيش قبل قطع العروق اكثر ما يعيش المذبوح حتى يحل قطع العروق ليكون الموت مضاف إليه ، أما إذا كانت لا تعيش إلا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل ، لأنه يحصل الموت مضافاً إلى الفعل السابق فلا يحل .

( قال ) أي القدوري ( وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح ) وهو أي الذي استأنس أي الحيوان الذي صار انساً لبني آدم في البيوت ثم اريد ذبحه فذكاته الذبح وهو ما بين اللبة واللحيين ، لأنه صار كالشاة .

وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح ، لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر . والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول وكذا ما تردى من النعم في بئر ، ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا . وقال مالك « رح » لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر . ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقـــد تحققت فيصار إلى البدل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بـل هو غالب

---

( وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح ) أي والحيوان الذي صار وحشياً بأن اختلط بالموحش بالبوادى من النعم وهي الإبل والبقر والغنم . وكلمة من في الموضعين للبيان لأنه صار كالوحشي . وذكاة الوحشي بالعقر والجرح كيفما اتفق ، ( لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر ) . أشار به إلى قوله : والثـــاني كالبدل من الأول اهـ . ( والعجز متحقق في الوجه الثاني ) وهو توحش النعم (دون الأول) وهو ايناس الصيد .

( وكذا ما تردى من النعم في بئر ) أى سقط بأن وقع الجمل أو البقر أو الشاة في بئر ( ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا ) إشار به إلى قوله لأن ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز وبقولنا قال الشافعي وأحمد والثوري «رح» ( وقال مالك لا يحـل بذكاة الاضطرار في الوجهين ) يعني في الاستئناس الصيد وتوحش النعم . وبقوله قـــال الليث وربيعة ( لأن ذلك نادر ) فلا يتغير عن حكمه الأصلي .

( ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البـدل ، كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب ) يدل عليه قوله ﷺ : أن لها أوابد كأوابد الوحش ، يعني أن لها توحش كتوحش الوحش ، فقد اعتبر التوحش .

فإن قلت روى أن ناضحا وقع في بئر فسئل سعيدبن المسيب «رض» أوننحر من مؤخره

وكان رأسه في السفل ، فقال لا إلا في نحر ابراهيم عليه السلام ، قلت وروى مسلم عن زائدة اخبرنا سعيد بن مسروق عن عبانة عن جده قال : كنا مع رسول الله ﷺ وقد نصبت القدور ، فأمر رسول الله ﷺ بالقدور فأكفيت ، ثم قسم بينهم فعدل عشراً من الغنم ببعير فند بعير من ابل القوم وليس في القوم إلا خيل يسيرة، فرماه رجل بسهم فحبسه فقال رسول الله ﷺ : لأن هـذه اوابد كأوابد الوحش فما ند عليكم منها ، فاصنعوا به هكذا .

واخرجه البخاري « رح » ايضاً باسناده إلى عبانة بن رفاعة بن رافع بن خديج عن رسول الله ﷺ . وروى محمد «رح» في كتاب الاصل وفي كتاب الاثار ايضاً ، أخبرنا أبو حنيفة عن سعيد بن مسروق عن عبانة أبو رفاعة عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ، أن بعيراً تردى في بئر بالمدينة فلم يقدر على نحره فوخز بسكين من قبل خاصرته حتى مات ، فأخذ منه ابن عمر رضى الله تعالى عنهما عشيراً بدرهمين .

وقال محمد ايضاً أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم في متردد في بئر على إذا لم يقدر على منحره فحيث ما جاءت فهو منحره . وقال محمد « رح » وبه اخذه وهو قول أبي حنيفة « رح » .

وقال البخاري « رح» في صحيحه : ما ند من البهائم فهو بمنزلة الوحش ، وأجازه ابن مسعود«رض»وقال ابن عباس: ماأعجزك من البهائم مما في يديك فهو كالصيد وفي بعير تردى في بئر من حيث قدرت ، ورأى ذلك علي وعمر وعائشة رضى الله عنهم . إلى هنا لفظ البخاري في صحيحه ، فإذا كان كذلك فالتمسك بقول ابن المسيب بعيد جداً قوله : فاكفيت أى افرغت ، قوله : فند بعير أى شرد وهرب . قوله عشيراً بفتح العين المهملة وكسر الشين المعجمة .

وقال خواهر زاده في شرحه : فقد اختلفوا في تفسير العشر ، قال بعضهم هوالعشر لأن العشر أو العشير سواء كالنصف والنصيف ، وقال بعضهم العشير الامعاء . قال الاترازى : هذا تفسير ما صح عندى وما وجدته في كتب اللغة ، قلت لعل هذا عشارة

وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم . وعن محمد « رح » أن الشاة إذا نـــدت في الصحراء فذكاتها العقر . وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها . فيمكن أخذها في المصر فلا عجز ، والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهمـــا فلا يقدر على أخذهما ، وأن ندا في المصر فيتحقق العجز

---

بضم العين وهي القطعة من كل شيء وهو المناسب هنا على ما لا يخفى ويكون وقـع فيه التصحيف من النساخ .

( وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم ) أى في مختصر القدورى « رح » اطلق الحكم ولم يفصل بين الند في الصحراء وفي المصر ( وعن محمد « رح » ان الشاة إذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر ، وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لأنها لا تدفـــع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز . والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما ، وان ندا في المصر فيتحقق العجز ) لأن البقر يدفـــع بقرنه والبعير بشفره ونابه ، ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما .

وفي العيون قال محمد «رح» في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا يؤكل لأنه ما روى إلى المنزل إلا لأن تكون حمامة لا تهتدى إلى منزلها .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف «رح» في البعير أو الثور يند فلا يقدر على أخـذه قال : ان علم انه لا يقدر على أخذه إلا أن يجتمع لها جماعة كثيرة فله أن يرميه ، وأمـا الشاة فلا يجوز إذا كانت في المصر لأن البعير يند ويصول ويمتنع . والثور نطيح فيمتنع ، وفي الأصل أرأيت أن أصاب قرن البعير أو الظلف سهماً هل يؤكل ؟ قال إن دمي حـل وأن لم يدم لا يحل . وفي النوادر دجاجة تعلقت بشجرة لا يصل إليها صاحبها فرماهـا ، فقال إن كان يخاف فوتها يؤكل وإلا لا . وفي النوازل بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله ، وإن خرج في غير موضع الذبح أن كان لا يقـدر على مذبحه يحل ايضاً ، وإن كان يقدر لا يحل .

والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله . قال والمستحب في الابل النحر ، فـــإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره إنما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة

---

( والصيال كالند ) . وفي بعض النسخ كالند والصيال الجملة . ( إذا كان لا يقـدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله ) . قـال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وحكى في المنتقى وفي البعير إذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله إذا كان لا يقدر على اخذه وضمن قيمته فجعل الصول بمنزلة الند .

( قال والمستحب في الإبل النحر ، فإن ذبحهـــا جاز ويكره ، والمستحب في البقر والغنم الذبح ) أي قال القدوري «رح» والذبح هو قطع العروق التي في أعلى العنق حتى اللحيين ولا خلاف بين اهل العلم أن النحر في الإبل مستحب والذبح فيما سواها .

قال الله سبحانه وتعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ أي الجزور . وقال سبحانه وتعـالى ﴿ وفديناه بذبح عظيم ﴾ وهو الكبش ، ولأنه ﷺ ضحى بكبشين فذبحهما بيده ونحر بدنة أي جزوراً متفق عليه .

( فإن نحرهما جاز ويكره ) أي فإن نحر البقر والغنم جاز ويكره فعله إلا المذبوح . ( إنما الاستحباب فيه لموافقة السنة المتوارثة ) وهي ما رواه البخاري في صحيحه باسناده عن أنس «رض» قال نحر رسول الله ﷺ سبع بدنات بيده قياماً وذبح بالمدية كبشين أملحين أقرنين.

وروى مسلم باسناده عن جابر قال كنا نتمتع مع رسول الله ﷺ فيذبح البقرة عن سبعة ( ولاجتماع العروق فيهـــا ) أي في البقر والغنم ( في المنحر وفيهما في المذبح ) وهـــو موضع المذبح .

( والكراهة ) بالرفع عطفاً على قوله الاستحباب أي الكراهـة الحاصلة في نحر البقر

لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل ، خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل . قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر ، وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله ، وقال أبو يوسف ومحمد إذا تم خلقته أكل . وهو قول الشافعي « رح »

---

والغنم وذبح الإبل ( لمخالفة السنة ) وهي التي ذكرناها ولأنه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة كما لو جرحها في موضع آخر ( وهى ) أي الكراهة ( لمعنى في غيره ) أي في غير الذبح والنحر لمخالفته السنة لا لذات ذبح ما ينحر .

( فلا تمنع الجواز والحل ) أي إذا كان كذلك فلا يمنع النحر في موضع الذبح أو الذبح في موضع النحر جواز الفعل وحل المذبوح . ( خلافا لما يقوله مالك انه لا يحل ). قال في شرح الاقطع وعن مالك إذا ذبح البدن لم يؤكل وهذا بخلاف ما قاله ابو القاسم بن الجلاب في كتاب التفريع والاختيار ذبح البقر والغنم ونحر الإبل فإن ذبح بعيراً من ضرورة فلا بأس بأكله ، وإن كان من غير ضرور أكلها ، ومن نحر شاة ضرورة أكلت ، وإن كانت من غير ضرورة كره أكلها، ومن نحر من غير ضرورة، أو من ضرورة فلا بأس بأكلها انتهى.

( قال ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتاً لم يؤكل أشعر أم لم يشعر ) أي القدوري أشعر الجنين : إذا نبت شعره ، مثلا أعشب المكان إذا نبت عشبه. ( وهذا عند أبي حنيفة « رح » وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقته أكل وهو قول الشافعي « رح » ) وأحمد ومالك . وفي المبسوط إلا انه روى عن محمد « رح » انما يؤكل الجنين إذا أشعر وتمت خلقته ، فأما ما قبل ذلك فهو بمنزلة المضغة فلا يؤكل ، وبه قال مالك والليث وأبو ثور «رح» .

وقال ابن الجلاب في التفريع، وقال وإذا ذبحت الذبيحة فإذا وجد في جوفها جنين ميت فلا بأس بأكله إذا تمت خلقته ونبت شعره ، فإذا لم تتم خلقته ولم ينبت شعره لم يجز

اكله ، فإن انفصل منها حياً أو استهل خارجاً انفرد بحكم نفسه ، ولم يجز أكله بذكاة امه فإن ذكي جاز أكله وإن مات قبل ذكاته لم يجز أكله . وقال الحرقي الحنبلي وذكاتها ذكاة جنينها أشعر أو لم يشعر ( لقوله ﷺ « ذكاة الجنين ذكاة امه ) هذا الحديث رواه أحد عشر نفسا من الصحابة رضى الله تعالى عنهم .

الأول أبو سعيد الخدري أخرج حديثه أبو داوود والترمذى وابن ماجة عن ابن مالك عن أبي الوداك عن الخدري « رض » ان النبي ﷺ قال « ذكاة الجنين ذكاة امه » قال الترمذى هذا حديث حسن وهذا لفظه ، ورواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده عن موسى بن أبي اسحق عن ابي الوداك به . ورواه الدارقطني في سننه وزاد أشعر أو لم يشعر فقـــال الصحيح انه موقوف . قال الحافظ وقال المنذرى اسناده حسن ويونس وان تكلم فقـد احتج به مسلم في صحيحه .

الثاني : جابر بن عبدالله رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثـــه أبو داوود « رح » عن عبدالله بن أبي زياد القداح عن أبي الزبير عن جابر « رض » عن رسول الله ﷺ قال ذكاة الجنين ذكاة امه . وعبيد بن أبي زياد فيه فقال ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا عبد الاعلى ، حدثنا حماد بن شعيب عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً نحوه .

الثالث : أبو هريرة رضي الله عنه ، أخرج حديثه الحاكم في المستدرك عن عبدالله بن سعيد المقبري عن جده عن أبي هريرة « رح » مرفوعاً ، وقال اسناده صحيح وليس كما قال فان عبدالله بن سعيد المقبري متفق على صحته وأخرجه الدارقطني عن عمرو بن قيس عن عمرو بن دينار عن طاووس عن أبي هريرة . وقال عبد الحق لا يحتـج باسناده . قال ابن القطان وعلته عمرو بن قيس وهو المعروف بدلي ، فانه متروك .

الرابع : ابن عمر رضى الله تعالى عنهما اخرج حديثه الحـــاكم عن محمد بن الحسن الواسطي عن محمد بن اسحق وهو يدلس ولم يصرح بالسماع فلا يحتج به ، ومحمد بن الحسن الواسطي ذكره ابن حبان في الضعفاء . وروى له هذا الحديث وله طريق آخر عنـــه الدارقطني عن عاصم بن يوسف عن مبارك بن مجاهد عن عبيد الله بن عمر عن نافـع به .

وقال ابن القطان ، وعاصم رجل لا يعرف له حال ، وقال في التنقيح ، مبارك بن مجاهد ضعفه غير واحد .

الخامس : أبو ايوب رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الحاكم عن شعبة عن ابن أبى ليلى عن اخيه عبد الرحمن بن ابى ليلى عن ايوب مرفوعاً .

السادس : عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثه الدارقطني عن علقمة قال، أراه رفعه ورجاله رجال الصحيح . الاسنح سنحه احمد بن الحجاج ابن الصلت .

السابع : عبدالله بن عباس وموسى بن عثمان الكندي عن ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس وموسى هذا قال ابن القطان مجهول .

الثامن : كعب بن مالك رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الطـــبراني في معجمه عن اسماعيل بن مسلم عن الزهري عن عبدالرحمن بن كعب بن مالك مرفوعاً نحوه . قال ابن حبان في كتاب الضعفاء اسماعيل بن مسلم المكي ابو ربيعة ضعيف ضعفه ابن المبـارك وتركه يحيى وليس هذا اسماعيل بن مسلم البصرى العبدي صاحب المتوكل ذاك ثقة .

التاسع : ابو أمامه .

العاشر : أبو الدرداء رضى الله تعالى عنهما أخرج حديثهما البزار في مسنده عن بشير بن عمارة عن الاحوص بن حكيم عن خالد بن سعدان ، عن أبي الدرداء وابي أمامة «رح» قالا قال رسول الله ﷺ ذكاة الجنين ذكاة أمه . وقال البزار وقد روى هــذا الحديث من وجوه عن أبي سعيد الخدري وأبي أيوب وغيرهما . أو على من رواه أبو الدرداء «رض» ورواه الطبراني في معجمه ، إلا انه قال عن راشد بن سعد عوض خالد بن سعدان. وكذلك فعل ابن عدى في الكامل وليس بشير بن عمارة ثم قال وهو عندي حديثه إلى الاستقامة أقرب ولا اعرف له حديثاً منكراً .

الحادي عشر : علي رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الدارقطني ، وعن الحارث عنده . والحارث معروف وفيه موسى بن اسماعيل الكندي ، قال ابن القطان مجهول . قـــال عبد الحق في احكامه هذا حديث لا يحتج باسانيده كلها ، وأقره ابن القطان عليه .

ولأنه جزء من الام حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض. ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها . وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها . وإذا كان جزءاً منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز من ذكاته كما في الصيدوله أنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب الغرة

---

( ولأنه ) أي ولأن الجنين ( جزء من الأم حقيقة لأنه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض) أى حتى يفصل الجنين عن أمه بقطع سرته بالمقراض ( ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها) أى بغذاء أمه وهذا كله دليل على كونه جزءاً من الأم .

( وكذا حكما ) أي وكذا جزء من الأم حكما من حيث الحكم ( حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها) أي يعتق الجنين باعتاق أمه في بني آدم ، وقال في الاسرار لو قال اعتقت الامة إلا ما في البطن عتق ما في البطن كما لو قال اعتقتها إلا يدها.

( وإذا كان جزءاً منها ) أي وإذا كان الجنين جزءاً من الأم حقيقة وحكما . ( فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز من ذكاته )أي عند عدم القدرة على ذكاة الاختيار في الجنين( كما فى الصيد ) إذا لم يوجد القدرة على ذكاة الاختيار ، اكتفى بذكاة الاضطراب وهي الجرح في أي موضع كان . وكما في البعير الناد . فكذ اكتفى بذكاة الأم .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ( أنه ) أي الجنين ( أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها ) أي بعد موت الأم ولا يتوهم بقاء الجزء حياً بعد الانفصال وبعد موت الأصل .

( وعند ذلك ) أي عند كونه أصلا في الحياة ( يفرد بالذكاة ) يعني يذكر على حدة ولا يذكى بذكاة أمه ( ولهذا ) أي ولكونه أصلا في الحياة ( يفرد بإيجاب الغرة ) يعني إذا أتلف الأم ومات الجنين من ذلك يضمن التالف ودية الأم وغرة الجنين . ولو كان جزء الأم لكان بمنزلة اليد والرجل . ولا يجب في هذه الأعضاء شيء بعد إيجاب الدية .

ويعتق باعتاق مضاف اليه ، وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي ، وما هو المقصود من الذكاة ، وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم إذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه . فلا يجعل تبعاً في حقه بخلاف الجرح في الصيد . لأنه سبب لخروجه ناقصاً ، فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر . وإنما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ، ويعتق باعتاقها

---

( ويعتق ) أي الجنين ( باعتاق مضاف إليه ) أي إلى الجنين دون الأم .

(وتصح الوصية له وبه) أي للجنين وبالجنين فلهذه الأشياء كلها أحكام النفوس لا الاجزاء ( وهو ) أي الجنين (حيوان دموي) ، مثل أمه فلا يكون ذكاة أمه سبباً بخروج الدم منه (وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز ) أي التمييز وهكذا هو في بعض النسخ أي الفصل من الرطوبات السائلة النجسة . واللحم طاهر أشار إليه بقوله ( بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم ) قوله لا يحصل خبر لقوله وما هو المقصود ( إذ هو ) الجنين ( ليس بسبب لخروج الدم عنه ) أي عن الجنين ( فلا يجعل تبعاً في حقه ) أي فلا يجعل الجنين تبعاً لأمه في حق خروج الدم .

( بخلاف الجرح في الصيد ) هذا جواب عن قولهما كما في الصيد تقريره أن يقال إن القياس على الصيد غير صحيح لأن أصل الجرح وجد في الصيد ( لأنه ) أى الخروج في الصيد ( سبب لخروجه ناقصاً ) أى لخروج الدم عنه حال كونه ناقصاً لكونه من غير الذبح ( فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر ) أى عند عدم القدرة على الأصل وهو الذبح في الحلق . فأقيم السبب الذي هو الجرح وإسالة الدم مقام المسبب . بخلاف الجنين فانه لم يوجد فيه الجرح أصلا .

(وإنما يدخل في البيع) جواب عن قولهما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم تقريره إنما يدخل الجنين في بيع أمه ( تحريا ) أى طلباً ( لجوازه ) البيع ( كيلا يفسد ) أى البيع ( باستثنائه ) أى باستثناء الجنين لأن استثناءه يفسد البيع . ( ويعتق باعتاقها )

جواب عن قولهما ويعتق باعتاقها ، أي يعتق الجنين باعتاق الأم ( كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ) والولد يتبع الأم في الحرية والرقية .

ولم يجب على قولهما وتغذى بغذائها ، فجوابه أن يقال لا نسلم ذلك ولكن هل يبقيه الله تعالى في بطن أمه من غير غذاء ؟ ويوصل الله سبحانه وتعالى الغذاء إليه كيفما شاء فإن قدرته الباهرة لا تعجز عن ذلك .

فان قلت هل لأبي حنيفة أثر في ذلك ؟ قلت روى محمد « رح » في كتاب الآثار وقال أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم قال لا تكون ذكاة نفس ذكاة نفسين ، يعني الجنين ، وإذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تذكر ذكاته .

فان قلت كيف جاز له ترك الحديث المرفوع الصحيح والعمل بأثر التابعي قال قلت في الاسرار لعل هذا الحديث لم يبلغ أبا حنيفة «رح» فانه لا تأويل في المبسوط ، لا يكاد يصح هذا . قلت فيه نظر لأننا قد بينا أن الحديث صحيح وما نقله في الاسرار حسن . واستدل بعضهم لأبي حنيفة بقوله ﷺ إلا أن الذكاة في الحلق واللبة بين أن جنس الذكاة في الحلق واللبة لأنه ذكرهما بلام التعريف . ولا معهود ان كان لتعريف الجنس . فلو حل الجنين بدون ذكاة في اللبة والحلق لا يكون الجنس منحصراً فيه وقال ابن حزم لا يترك نفس القرآن وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة والدم ﴾ وقوله ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ بالخبر المذكور واختار في ذلك قول أبي حنيفة«رح»واختاره أيضاً زفر والحسن ابن زياد كما ذكرنا .

وبهذا الحد من ما قاله ابن المنذر ولم يرو عن أحد من الصحابة والتابعين وسائر العلماء أن الجنين لا يؤكل إلا بانشاء الذكاة فيه إلا ما روى عن أبي حنيفة «رح » ولا أحسب أن أصحابه وافقوه عليه وكيف يقول هذا وقد وافقه من أصحابه زفر والحسن بن زياد وقال به ابراهيم النخعي كما بينا .

فان قلت ، لم لا يجيب المصنف «رح» عن الحديث . قلت قال صاحب العناية لأنه لا يصح الاستدلال ، لأنه يروى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوباً فلا اشكال أنه

شبيه ، وإن كان مرفوعاً فكذلك ، لانه أقوى في التشبـــه من الاول . وقال الكاكي «رح» والمراد من الحديث التشبيه لا الانشاء أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقول الشاعر :

فعيناك عيناهـا وجيدك جيدها ولكن عظيم الساق منك دقيق

أى عيناك شبيهة بعيني الجنية ، ولولا المراد بـــه بما قالوا لقال : « ذكاة الام ذكاة الجنين » ، كما يقال لسان الوزير لسان الامير ، وإن كان يحتمل ما قاله أو يحتمل مـا قلنا أيضاً فكان من المشترك ، فلا يبقى حجة قلت قول صاحب العناية روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فيه نظر لان الحافظ المنذرى قال فان قلت ما يقول في روايـــة أبي داوود في حديث أبي سعيد الخدرى «رح» أى الذى ذكرناه قال قلنا يا رسول الله صلى الله عليـــه وعلى آله وأصحابه وسلم ينحر الناقة ويذبـح البقرة أو الشاة في بطنها الجنين أنلقيـه أم نأكله ؟ فقال « كلوه إن شئتم فان ذكاته ذكاة أمه » .

قلت هو يعارض كتاب الله وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ وقوله سبحانه وتعالى ﴿ والمنخنقـة ﴾ والجنين الذى خرج ميتاً ميتة ومتحقق وشرط المعارضة المساواة ، ولا مساواة بين الكتاب وخبر الواحد فيحمل ذلك على النسخ ويؤول في بطنها الجنين قريب من الموت .

## ( فصل فيا يحل اكله وما لا يحل )

أى هذا فصل في بيان ( فيا يحل أكله ) من الحيوانات (وما لا يحل) ولما ذكر أحكام الذبح شرع في تفصيل المأكولات منها وغيره ، إذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الاكل وقدم الذبح لانه شرط المأكول . والشرط مقدم وقال الاترازي «رح» والانسب ان يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد لان كل مـــا ذكره من الصيد إلا الفرس والبغل والحمار . قلت لا يلزم أن يكون كل ما ذكره من الصيد وقـد يكون من جهة غير الصيد . والمقصود بيان ما يؤكل وما لا يؤكل فيها لضرورة أن كلا منهـا يحتاج

## قال ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع

إلى الذبح . فالاول للحل والثاني لطيب لحمه وجلده فيكون موضعها كتاب الذبائح .

( قال ولا يجوز أكل كل ذي ناب من السباع ) أي قال القدوري «رح» في مختصره لا يجوز أكل صاحب الناب من السباع وهو قول الشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأكثر أهل العلم وعن بعض أصحاب مالك «رح» هو مباح ، وبه قال الشعبي وسعيد بن جبير «رح» لعموم قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد فيما أوحى إلي محرماً ﴾ ولقوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ . والمراد من ذي ناب السبع الذى يفرس بنابه ومن ذى مخلب هو الذى يصطاد بمخلبه ، وهو المراد بالإجماع لان كل صيد لا يخلو عن مخلب .

وقال الكرخي في مختصره فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والضبع والثعلب والسنور البري والاهلي . ( ولا ذي مخلب من الطيور ) أي ولا يجوز أيضاً أكل ذي مخلب من الطير ، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور «رح» وأكثر أهل العلم .

وقال مالك والليث والاوزاعي ويحيى بن أبي سعيد «رح» لا يحرم من الطير شيء . وهو قول أبي الدرداء «رض» وهو قول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما لعموم الآيات المحلة وذي مخلب من الطير الصقر والعقاب والباز والشاهين والنسر والغراب الابقع والاسود إن كان يأكل الجيف على ما يجيى والمخلب للطائر كالظفر للانسان والمراد به مخلب وهو سلاح .

( لان النبي ﷺ نهى عن أكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع ) هذا الحديث رواه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الاول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أخرج حديثه مسلم في الصيد عن ميمون بن مهران عن إبن عباس رضي الله تعالى عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن كل ذى ناب من السبع وعن كل ذى مخلب من الطير . وقال ابن

## وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم

القطان «رح» في كتابه وهذا الحديث لم يسمعه ميمون بن مهران من ابن عباس «رض» بل بينهما سعيد بن جبير «رح» .

وهكذا رواه أبو داود في سننه من حديث علي بن الحكم عن ميمون بن مهران عن سعيد بن جبير عن ابن عباس «رض» فكذلك رواه البزار في مسنده وقال لا يعلم أحداً رواه غير ميمون عن سعيد بن جبير عن ابن عباس «رض» ولم يذكروا سعيداً بينهما .

الثاني : خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه أبو داود مرفوعاً عنه وحرام عليكم الحمر الاهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير .

الثالث : علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه أحمد « رح » في مسنده عن عاصم بن حمزة عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير .

الرابع : أبو ثعلبة الحسيني ولكن روى شطر الحديث أخرج الأئمة الستة عن حديثه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السبع .

الخامس : أبو هريرة رضي الله عنه كذلك روى شطره أخرجه مسلم «رح» من حديثه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السباع فأكله حرام .

السادس : جابر بن عبد الله أخرج حديثه الكرخي في مختصره باسناده إليه نهى رسول الله ﷺ عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير . وهذه الأحاديث نص صريح يخص عموم الآيات .

( وقوله من السباع ) أي قوله ﷺ من السباع في آخر الحديث الذي ( ذكر عقيب النوعين ) أي عقيب ذي مخلب وذي ناب ( فينصرف إليهما ) أى إلى النوعين ( فيتناول سباع الطيور والبهائم ) فكأنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وعن أكل كل ذي مخلب من الطير إنما الصرف قوله من السباع إليهما لا إلى الجملة الأخيرة لكون الخبر واحداً وهي نهي ، فيكون بمنزلة الجملتين المعقبتين بالشرط ، فالشرط يتصرف إليهما لا إلى الأخيرة . كما

لا أكل ماله مخلب أو ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى . ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالأكل

---

إذا قال امرأته طالق ، وعبده حر إن كلم فلاناً (لأكل ماله مخلب أو ناب) أي لا يتناول كل حيوان له مخلب كالحمامة أو ناب كالبعير ، ويميل هذا التقرير وشيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط من هذا الموضع ولكن فيه نظر قوى لأنه لم يذكر قط في الحديث في روايات الثقات لفظه من السباع إلا مقدمة عن أكل ذي مخلب من الطير ، فان سبب صدق ذلك تقارد الاحاديث التي مرت آنفاً .

وما حديث أبي ثعلبة الخشني الذي هو أقواها وأصحها لم يذكر فيه ذو مخلب،فاذا تقرير المصنف وشيخ الإسلام خواهر زاده بناء على غير أصل .

فان قلت لما لا يجوز أن تكون الرواية التي ذكرها صحيحة قلت لو كان كذلك لنقلها الثقات في كتبهم ، وإنما الافقه من التقليد . وقال الأترازي«رح» ولو صحت تلك الرواية فيمتنع انصراف قوله إلى النوعين جميعـــاً لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف إليه لكونه أقرب .

(والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) إنما ذكر أوصاف السبع بشيء من ذلك قوله كيلا يعدو شيء إلى آخره . ومختطف من الخطفة ، ومنتهب من النهب ، والفرق بينها أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل البهائم والسباع ، فلما كان السبع مقابلا وصف السبع بهذين الوصفين .

قال في المبسوط المراد بذي الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالباز والعقاب . ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب . قوله عادة من عدا عليه عـــدواً أصله عادى فاعل اعلال قاض وقوله عادة نصب على الظرف .

( ومعنى التحريم والله سبحانه وتعالى أعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل ) أي المعنى الذي ورد التحريم لأجله في ذي مخلب من الطير وذي ناب من السباع هو كرامة بني آدم بيانـــه أن الاختطاف والانتهاب والقتل

# ويدخـل فيه الضبـع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهمـا

عادة أوصاف ذميمة فحرم الشرع سباع البهائم كيلا يعدوشيء من هذه الأوصاف الذميمة إلى الآكل لان العـدو أثر في ذلك كما في قوله ﷺ لا يوضع لكم الحمقى فان اللبن يعدى وكانت الحرمة كرامة لبني آدم كما كانت الإباحة كذلك أو كان معنى التحريم الايذاء والخبث تارة يكون بالناب وتارة بالمخلب والخبث يكون خلقة كما في الهـوام والحشرات أو بعارض كما في الجلالة .

( ويدخل فيه الضبع والثعلب ) أي في التحريم لأنها ذو ناب من السباع ( فيكون الحديث حجة على الشافعي « رح » في إباحتها ) أي الحديث المذكور وإباحتهمـا مصدر مضاف إلى مفعوله وطوى ذكر الفاعل ، والتقرير في إباحتها ، وبقوله قال مالك وأحمد « رح » في الضبع وأحمد أيضاً في الثعلب في رواية ، وفي أكثر الروايات عنه أنه حرام ، وبه قال مالك «رح» وهو قولنا. واحتجوا في ذلك بما أخرجه الترمذي في الحج والاطعمة. والنسائي في الصيد والذبائح . وابن ماجة في الاطعمة ، كلهم عن عبد الرحمن بن أبي عمار «رض» قال سألت جابر بن عبد الله «رض» عن الضبع : أصيد هي ؟ قال نعم، قلت أنت سألت رسول الله ﷺ قال نعم .

قال الترمذي حديث حسن صحيح. وقال في علله ، قال البخاري حديث صحيح ورواه ابن حبان في صحيحه بهذا السند. ورواه الحاكم في المستدرك عن ابراهيم الصانع عن عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه قال قال رسول الله ﷺ الضبع صيد فإذا أصابه المحرم ففيـه كبش صيد يؤكل . وقال حديث صحيح ولم يخرجاه .

وأخرجه أبو داود بسند السنن ، ولم يذكر فيه الأكل ولفظـه قال سألت رسول الله ﷺ عن الضبع فقال هو صيد ويجعل فيه كبش إذا اصطاده المحرم واتخذوا من هـذا اللفظ إباحه أكله زاعمين أن الصيد إسم للمأكول ومنشأ الخلاف في قوله سبحانـه وتعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ﴾ . فعند الشافعي « رح » لو قتل السبع ونحوه مما لا يؤكل لا يجب عليه شيء . وعندنا يجب عليه لأن الصيد إسم للممتنع المتوحش

في أصل الخلقة قالوا لو كان هذا مراد الحلاء عن القاعدة إذ كل أحد يعرف أن الضبع ممتنعة متوحشة . فإنما سأل جابر رضي الله تعالى عنه عن أكله سيما وقد ورد التصريح بأكلها ، قلنا هذا ينعكس عليهم لأنه لما سأله أصيد هي ؟ قال له نعم . ثم قال سألته أكلها قال نعم فلو كان الصيد هو المأكول لم يفد السؤال .

واستدل الإمام فخر الدين في تفسيره على أن الصيد إسم للمأكول بقوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ﴾ قال فهذا يقتضي أكل صيد البحر دائماً وحل صيد البر في غير وقت الاحرام . وفي البحر ما لا يؤكل كالتمساح . وفي البر ما لا يؤكل كالسباع .

قال قلت إن الصيد إسم للمأكول ، قلت الصيد في الآية مصدر بمعنى الاصطياد ، ويكون الإضافة بمعنى في أي أحل لكم الاصطياد في البحر وحرم عليم الاصطياد في البر . بدليل أن المحرم يجوز له أكل لحم اصطياده حلالاً عندنا وعندهم . فعلم أن المراد بالصيد في الآية الاصطياد لا الحيوان.

وقد أشار إليه المصنف فيما بعد في مسألة أكل السمك وقال إن المراد بالصيد في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ الاصطياد لا الحيوان .

والجواب عن حديث جابر رضي الله تعالى عنه أنه قال في الابتداء ثم نسخ بقوله سبحانه وتعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . ولأن حديثنا مشهور لا شك في صحته ولا يعارضه حديث جابر إن كان مشهوراً صحيحاً على ما قالوا . لأن حديثنا مروي من عدة طرق ، فلا يعارض به حديث جابر «رض» لأنه أفرد به عبد الرحمن بن أبي عمار « رح » وليس هو بمشهور بنقل أهل العلم ولا ممن يحتج به إذا خالفه ممن هو أثبت منه . كذا قال صاحب التمهيد .

فإن قلت رواه البيهقي أيضاً من طريق عطاء عن جابر رضي الله تعالى عنه قلنا في ذلك الطريق شخصان فيهما كلام وهما حسان بن ابراهيم عن ابراهيم بن ميمون الصانع . أما حسان فقد ذكره النسائي في الضعفاء وقال ليس بقوي .

وأما الصانع فقد ذكره الذهبي في كتاب الضعفاء ، وقال قال أبو حاتم لا يحتج بـه .
على أن لنـا أحاديث أخرى تدل على تحريم الضبع . منها ، أخرجه الترمذي في كتاب الأطعمة عن اسماعيل بن مسلم المكي عن عبد الكريم بن أبي المخارق « رح » عن حبـان ابن جـزء «رح» عن أخيه خزيمة بن جـزء قال سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع قال أو يأكل الضبع أحد فيه خير .

وأخرج ابن إسحاق عن عبد الكريم بن أبي المخارق به ، فقال أو من يأكل الضبع .
وكذلك أخرجه ابن أبي شيبة «رح» في مصنفه ومنده وكذا في تاريخ البخاري «رح» ومعرفة الصحابة لابن منذر فإن قلت هذا حديث ضعيف لأن الترمذي « رح » قال هـذا حديث ليس إسناده بالقوي ولا نعرفه من حديث اسماعيل عن ابن أبي المخارق وقد تكلم بعضهم فيها . وضعفه ابن حزم بأن اسماعيل بن مسلم ضعيف . وابن أبي المخارق ساقط . وحبان بن جزء مجهول .

قلت قال ابن معين اسماعيل بن المخزومي المكي ثقـة . وقال مرة اسماعيل بن مسلم المخزومي أصله بصري وكان بمكة وهو ضعيف . وقال ابن عدي « رح » أحاديثه غـير محفوظة إلا أنه ممن يكتب حديثه وقال عمر بن علي«رح» كان صدوقاً يكثر الغلط.وعبد الكريم بن أبي المخارق وثقه بعضهم وإن كان الجمهور على تضعيفه وحبان بن جرى معروف وابن حزم ذكره في باب الجرح والتعديل وهـو أخو خزيمة بن جرى وقال ابن موكول لا حبان بن حربي يروي عن حبان عن أبيه جرى وعن أخيه خزيمة ولهما صحبـة ورواية عن النبي ﷺ .

روى عبد الكريم بن أمية : فإن كان الأمر كذلك لا يسقط الاحتجاج بالكلية ولا سيما إذا اعتمدناخبر أصح منه . وحبان بكسر الحاء وتشديد الباء الموحدة . وجري بالجيم والراء المعجمة . وأصحاب الحديث يكسرون الجيم .

قال الدارقطنى « رح » : قـال الخطيب بسكون الراء ولم يذكـر حركة الجيم .
وقال عبد الغني : جري بفتح الجيم وكسـر الراء وخزيمة بضم الخاء وفتح الزاء المعجمتين

ومنه مـا رواه أحمد واسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، حدثنا جرير « رح » عن سهيل بن أبي صالح عن عبد الله بن يزيد السعدي « رح » رجل من بني سعد ابن بكر ، قال سألت سعيد بن المسيب (رض) ان ناساً من قوم يأكلون الضبع فقال : ان أكلها لا يحل . وكان عنده شيخ أبيض الرأس واللحية فقال الشيخ حدثنا عبد الله : ألا أخبرك بما سمعت أبي الدرداء يقول فيـه ، فقلت نعم ، قال سمعت أبا الدرداء (رض) يقول : « نهى رسـول الله ﷺ عن أكل كل ذي خطفة ونهبة ومجثمة وكل ذي ناب من السباع فقال سعيد صدق .

ومنها ما رواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري عن سـهل بن أبي صالح . قـال سـأل رجل ابن المسيب (رض) عن أكل الضبع فنهاه فقال إن قومك يأكلونها . فقال إن قومي لا يعلمون . قال سفيان «رح» وهذا القول أحب إلي ، قلت لسفيان فأين ما جـاء عن عمر وعلي (رض) وغيرهما فقال : أليس قـد نهى النبي ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع ، فتركها أحب إلي ، وبه أخذ عبد الرزاق «رح» .

( والفيل ذو ناب فيكره ) . فإن قلت إن لم يكـــن من السباع فلا يكره ، قلت الناس لا يعدونه من السباع ولكـــن فيه معنى السبعية وإلحاقه بالسباع يكون بنوع من الإجتهاد فهذا استعمل لفظ الكراهة . كذا قـال تاج الشريعة «رح» . قلت المراد من الكراهة التحريم ، فأكله حرام . وبه قال أكثر أهل العلم إلا الشعبي «رح» فانه أرخص في أكله لعموم قوله سبحانه وتعالى : « قل لا أجد فيما أوحي إلي محرماً » الآية . وبـه قال أصحاب الظاهر والعامة أنه ذو ناب فيدخل في عموم الحديث لأنه مستخبث فيدخل في الخبائث .

( واليربوع وابن عرس من السباع الهوام ) اليربوع بفتح الياء ، دويبة تحفـــر الارض ويجعل لها موضعـــاً تحت الارض ، ويجعل لها بابين احدهما يسمى القاطما وهي التي تنقطع فيها أو تدخل والأخرى يسمى الناقصا يجتمها ولا يخبها بل يرفقها فإذا أتى صياد من قبل القاطما هربت وأنت في الناقصا فدفعتها برأسها وخرجت منها ، ويسمى بالفارسية موشى

وشق ، يعني فارة الصحراء أو ابن عرس ، بالإضافة ، دويبة . قال الليث : دويبة دون السنور اشتر أصلم أسك ، وربما ألف البيت فيوكر فيه ، والجمع بنات عرس ، هكذا يجمع ذكراً كان أو أنثى وأهـل مصر يسمونه عرسه ، يكثر في بيوتها حـد أفراخ الدجاج والأوز والحمـام ونحوها ولا تأكلها ويسمى بالفارسية راسواو أهوام بتشديد الميم ، جمع الهامة وهي الدابة من دواب الأرض ، وجمع الهوام ، نحو اليربوع وابن عرس . والقنفذ : ما يكون سكناه بالأرض والحذر مكروه أكله .

أما اليربوع فعند الشافعي وأحمد «رح» في ظاهر الرواية، وأبي ثور مبـاح لأن عمر رضي الله تعالى عنه حـكم فيه بجفرة ولأن الأصل فيه الإباحة ولم يرو فيه تحريم . وأما ابن عرس فعند الشافعي مبـاح لأنه لا ناب له كالضب . قلنا أنها من سباع الهوام فيدخل في عموم النهي ، وانها من الخبائث والخبائث حرام بلا خلاف ، لانه ينهش بنابه . وكذا ابن آوى وبه قال أحمد والشافعي فيه قولان لأن ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة ، فيدخل في عموم قوله سبحانه وتعالى : « ويحرم عليهم الخبائث » . والكلب حرام عندنا وعند أكثر أهل العلم .

وعن مالك أنه يكره ولا يحرم كما في السباع . والقرد حرام بلا خلاف . قـال ابن عبد البر : ولا أعلم بين المسلمين خلافاً أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه .

وروى الشعبي «رح» أنه ﷺ نهى عن لحم القرد لأنه سـبع وهو ممسوخ أيضـاً فيكون من الخبائث المحرمة .

وأما الدواب من السباع المحرمـة وعن أحمد : إن كان ذا ناب يفرس به فهو محرم . فإن لم يكن له ناب أيضاً فلا بأس به .

والوابر دويبة من ابن عرس أكحل العين وهو حرام عندنا . وعنـد الشافعي وأحمد وأبو يوسف «رح» في رواية مباح لأنه مثـل الأرنب يعتلف النبـات والبقول فكان مباحاً . قلنا له ناب يفترس به ، فيدخل في عموم الحديث .

( وكرهوا أكل الرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف ) أي كـره العلماء أكل الرخم

بفتح الراء والخاء المعجمة . وهو جمع رخمة . قال أبو حاتم السجستاني في كتاب أسماء الطير وصفاتها : الرخمة طـائر يأكل الجيف ولا يصطـــاد ، ولونه البياض ، ويقال له الأنوق . والجمع الرخم .

ويقال في أمثال العرب : أبعد من بيض الانوق، وربما خالط لونها الاسماس يعني النقط الصغار ألا ترى . والرخمة تعظم العقاب ويقال لها أم جعدات ، وأم رسالة ، وأم قيس ، وحفصـــة ، وأم عجيبة . والذكر منها العديل والفراغ والمعانق ولا يلبـــث إلا في أرفع موضع يقدر عليه . وفي الصحاح الرخمة طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة ، قيل هي تأكل عظام الميتات .

وأما البغاث فهو طائر بعث اللون إلى الغبرة دون الرخمـــة ، لا يصيد شيئاً . وقال أبو حاتم ، قال أبو الخطاب ، مما لا يصيد من الطيور الارخام والبغاث . وقال أبو عبيدة البغاث من الطير صفاتها وإذا بعثها الوانها . البغاث اولاد الرخم .

وقال الاصمعي البغاث لئام الطير مثل للعرب أن البغاث بأرضنا يستنسر أى تشبه بالنسور . يضرب مثلاً للئام الناس إذا تكبروا . وقال الاصمعي أن البغاث بكسر البـاء وتستنسر بالتاء . فقال ، وقال أبو عبيدة «رض» من جعل البغاث واحداً قال في الجمـع بغثان ، ومن اجراه مجرى النعائم وقال بغثانة وبغاث . قال النجاشي فهو رخم طـــار بغثانها» فليست بمسح مد لأن صفوراً وفي العباب وفي المثل أن البغاث بأرضنا تستنسر» أي من جاوزا عذبنا . وأسند أبو تمام للعباس بن مرداس السلمي رضي الله تعالى عنه وهو لمعاوية بن مالك يمد الحكماء بغاث الطير أكثرها فراخاً ، وأم الصقر ، ثم قال والثانيـة ثلاث حركات ، قلت مادتـــه باء موحدة وغين معجمة ، ومـــا مثليه ، والا بغث قريب من الاغبر .

( قال ولا بأس بغراب الزرع ) أى قال القدوري ولا خلاف فيـــه ويقال الزراع . قال في العباب الزاع غراب صغير يضرب إلى البياض ( لأنه يأكل الحب ) والجمـع زيعات مثل طاق وطبقات. وقال الأزهري الزاع هذا الطاعم،وجمعه زيعات لا أدري أعربي هو

ولا يأكل الجيف ، وليس من سباع الطير . قال ولا يؤكل الأبقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف . قال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق لأنه يخلط . فأشبه الدجاجة وعن أبي يوسف « رح» أنــــه يكره لأن غالب أكله الجيف

---

أم ... ( ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير ) فلم يكن من الخبائث ولا يدخل تحت النهي في قوله أي في الحديث المذكور .

( ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف ) أي الغراب الابقع الذى يأكل الجيف والميتات . وقال الوالوالجي في فتاواه وأما الغراب الابقع والاسود فعلى ثلاثــة أوجـــه : إن كان يأكل الجيف يكره ، وإن كان لا يأكل الجيف ويأكل الحب والزرع لا يكره ، وإن كان يأكل الجيف ويأكل الحب يؤكل عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف لا يؤكل ، أي وكذا الغداف وهو غراب القيظ يعني يجيء في زمان القيظ ويكون ضخما في الجناحين ، والجمع غذفان . قال في العباب فربما سموا النسر بالكسر المرسل . غـذافا قلت يعني غراب القيظ ، يعني يجيء في زمن القيظ ، وهو شدة الحر .

(وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق لأنه يخلط فأشبه الدجاجة ) . العقعق طائر معروف ابلق بسواد وبياض اديب يعقعق بصوته . يشبه صوت الغين والقاف إذا صات.

قال القدوري في شرحة لمختصر الكرخي قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة «رح» عن العقعق فقال لا بأس به ، فقلت انه يأكل الجيف ، فقال انه يخلط بشيء آخر ، فحصل في قول أبي حنيفة «رح» ان ما يختلط لا يكره اكله بدلالة الدجاج .

( وعن أبي يوسف أنه يكره لأن غالب اكله الجيف ) أي غالب أ كل العقيق الجيف. وبه قال احمد «رح» إن أكل الجيف . وقـــال شيخ الإسلام «رح » الاسبيجابي في شرح الكافي لا خير في أكل النسور والعقاب واشباهه لأنه ذو مخلب من الطير ولأنه يأكل الجيف فيفسد لحمه ، وكذلك البازي والصقر لأنه ذو مخلب من الطير ولأنه يأكل الحيف فيفسد لحمه و كذلك العقعق – يريد به اللقلق – لأنه يأكل الجيف ، وأما العقعق والسودانة ومـــا

قال ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها . أما الضبع فلما ذكرنا . وأما الضب فلأن النبي عليه السلام نهى عائشة «رح» حين سألته عن أكله .

---

اشبه ذلك مما لا مخلب له فلا بأس به ، وكذلك غراب الزرع لأنه يتوقى الجيف ولا يأكل الحب . وقد قيل إن العقعق يأكل الجيف وإن صح كره أكله .

وقال الكرخي «رح» في مختصره ، قال أبو يوسف في السنجاب والفنك والسمور والدلق كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه .

وفي فتاوى الولوالجي : أكل الخطاف والفاختة والعقعق لا بأس به لأنه ليس بذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور ، وأكل الهدهد لا بأس به لأنه ليس بذي مخلب من الطيور .

وقال فخر الدين قاضي خان في فتاواه ، ولا يؤكل الخفاش لأنه ذو ناب ، وفيه نظر لأن والدمس بضم الدال وكذلك الخطاف ولا خلاف فيه لأكثر العلماء . وأما الخفاش فقد ذكر في موضع أنه يؤكل ، وفي موضع أنه لا يؤكل وبه قال أحمد . وعن أحمد الخطاف محرم والبرصة لا يؤكل بلا خلاف . وعن أبي يوسف يؤكل البوم لأنه يمتلف البقول .

( قال ويكره اكل الضب والضبع والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها ) أي قال القدوري إلا الزنبور والسلحفاة وليسا في القدوري وفي العباب الضب دويبة والجمع ضبات وأضبة ومضبة على مفعلة كما قالوا الشيوخ مشيخة . وفي المثل أغر من ضب ، لأنه ربما أكل حسولة . والانثى ضبة ، والضب لا يشرب .

والزنبور بضم الراء ، والسلحفاة بضم السين وفتح اللام وسكون الحاء . قال تاج الشريعة هي من حيوان الماء ، قلت لا يكون في البحر فكذلك يكون في البر ، والحشرات جمع حشرة وهي صغار دواب الأرض .

( أما الضبع فلما ذكرنا ) أشار بقوله إلا انه ذو ناب يدخل فيه الضبع ، يعني أنه ذو ناب وقد استوفينا الكلام فيه هناك .

( وأما الضب فلأن النبي ﷺ نهى عائشة رضى الله تعالى عنها حين سألته عن أكله ) هذا رواه محمد «رح» بن الحسن عن الأسود عن عائشة رضى الله تعالى عنها انه ﷺ

أهدى له ضب ، فلم يأكله فسألته عن أكله ، فنهاها عن أكله ، فجاء سائل على البـــاب فأرادت عائشة أن تعطيه فقال ﷺ « تعطيه ما لا تأكليه » . والنهي يدل على التحريم .
وروى عن عبد الرحمن بن شبل رضى الله تعالى عنه أخرجـه أبو داوود في الاطعمة عن اسماعيل بن عباس وعن صمصم بن زرعة عن شريح بن عبيد عن أبي راشد الحرماني عن عبدالرحمن بن شبل أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحم الضب .

فإن قلت قال البيهقي يفرد به ابن عباس وليس بحجة ، وقال المنـــذري اسماعيل بن عباس وصمصم فيهما ، فقال ، وقال الخطابي ليس اسناده بذاك قلت صمصم جمعي وابن عباس إذا روى عن الشامي كان حديثه صحيحاً ، كذا قاله البخاري ويحيى بن معـــين وغيرهما . كذا قال البيهقي في باب ترك الوضوء من الدم في سننه ، وكيف يقول هناوليس بحجة ، ولهذا لما أخرج أبو داوود هذا الحديث سكت عنه وهو حسن عنده على ما عرف وقد صحح الترمذي لأبن عباس عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة وشرحبيل الشامى .
وروى الطحاوى في شرح معاني الآثار مسنداً إلى عبد الرحمن بن حسنة قال : نزلنا ارضاً كثيرة الضباب ، فأصابتنا مجاعة فطبخنا منها وان القدر لتغلي بها إذ جاء رسول الله ﷺ فقال ما هذا ؟ فقلنا ضباب أصبناها فقال إن امـة من بنى اسرائيل مسخت دواب في الأرض اني أخشي أن تكون هذه فاكفئوها .

( وهو حجة على الشافعي في إباحته ) أكل الضب أى حديث عائشة رضى الله تعالى عنها حجة على الشافعى في إباحته أكل الضب .

فالمصدر مضاف إلى فاعله والفاعل محذوف أو يكون مضافاً إلى مفعوله ويكون ذكر الفاعل مطويا .

وبقوله قال مالك وأحمد والطحاوى في شرح الآثار رجح إباحة أكل الضب ثم قال لا بأس بأكل الضب ، فقال وهو القول عندنا . واستدلوا بمـا روى البخارى ومسلم عن خالد بن الوليد « رض » أنه دخل مع رسول الله ﷺ على ميمونة وهي خالته فوجـــد عندهـــا ضبا محنوذاً فاهوى رسول الله ﷺ بيده إلى الضب فقالت امرأة في النسوة

الحضور واخبرت رسول الله ﷺ بما قدمن له فقلن هو الضب يا رسول الله فرفع رسول الله ﷺ يده ، فقال خالد «رض» أحرام الضب يا رسول الله ﷺ قال « لا ولكن لم يكن بأرض قومى فأجدني أعافه فاحرز منه » ، فأكلته ورسول الله ﷺ ينظر إلي فلم ينه .

ومما أخرجاه ايضاً عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما . أهدت خالة أم جميد إلى رسول الله ﷺ أقطا وسمنا وضبا فأكل من الأقط والسمن وترك الضب تعذراً ، قال ابن عباس «رض» فأكل على مائدته ولو كان حراماً لما أكل على مائدة رسول الله ﷺ وبما اخرجاه عن الشعبي عن ابن عمر «رض» قال كان ناس من اصحاب النبي ﷺ فيهم سعد فذهبوا يأكلون من لحم ، فنادتهم امرأة من بعض اصحاب النبي ﷺ أنه لحم ضب فامسكوا ، فقال رسول الله ﷺ « كلوا وأطعموا فانه حلال» وقال لابأس به ولكنه ليس من طعامى .

وبما رواه يعلى في مسنده حدثنا جابر ، حدثنا جرير عن يزيد بن أبى زياد ، عن يزيد بن الأصم عن خالته ميمونة قالت أهدى إلي ضب وعندي رجلان من قومى فصنعته وقربته اليهما فأكلا منه ، ثم دخل رسول الله ﷺ وهما يأكلان فوضع يده فيه فقال : ما هذا ؟ فقلنا له ضب ، فوضعه من يده وأراد الرجلان أن يضعا ما في أفواههما، فقال لهما عليه السلام « لا تفعلوا فانكما أهل نجد تأكلونها ، وإنا أهل تهامة نعافها».

والجواب عن هذا أنه يدل على الإباحة . وما استدللنا بـه يدل على الحرمة والتاريخ مجهول فيجعل المحرم مؤخراً عن المبيح فيكون ناسخاً له تمليلا للنسخ .

( والزنبور من المؤذيات ) لأن من ذوات السم ( والسلحفاة من خبائث الحشرات ) . قال داود السلحفاة حلال. وقال ابن الجلاب في التفريع ولا بأس بأكل السرطان والسلحفاة والضفدع ، وقال به أيضاً ولا بأس بأكل الطير كلها ما كان منها ذا ناب مخلب وغير ذي مخلب كالبزاة والعقاب والرخم والحداة والغربان وسائر سباع الطيور وهي في ذلك بخلاف سباع الوحوش . وفي الحلية والخنافس والعناكب والقطاع واللحكاء من الخبائث . واللحكاء دويبة كالسمك تسكن بالرمل ثقلة الجلد يعرض مقدمها ويدق مؤخرها إذا

ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها . قال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال

---

أحست بإنسان غارت بالرمل. وكذا الخنفسة أو سام أبرص وحارفسان والزنابير والزباب وما أشبه ذلك . وما كان في بلاد العجم وليس له شبيه فيما يحل ولا يحرم فيـــه وجهان وقال مالك وابن أبي ليلي والأوزاعى في ذلك كله بالإباحة . وقال مالك الخنثة مباح إذا ذكيت واحتجوا بالعمومات المبيحة من قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجـــد فيما أوحى إلي محرما ﴾ الآية .

ولنا قوله سبحانه وتعالى ﴿ ويحرم عليهم الخبائث ﴾ . ( ولهـــذا ) أي ولكون الزنبور من المؤذيات والسلحفـــاة من الحشرات ( لا يجب على المحرم بقتله شيء ) أي يقتل كل واحد منهما .

( وإنما تكره الحشرات كلها استدلالاً بالضب لأنه منها) أي لأن الضب من الحشرات. فإذا رتب الحكم على الجنس صحت على جميع أفراده كما إذا قال طبيب للمريض لا تأكل لحم البعير ، يتناول الكلام عن أكل الأفراد .

( قـال ولا يجوز أكل الحمر الأهلية والبغال ) أي قال القدوري رضى الله عنه قيد بالأهلية لأن في الحمر الوحشيه لا خلاف لا حد في إباحتهـــا . قال الكاكى «رح» أو في الكافي وغيره من كتب أصحابنا كان بشر المريسي ومالك يبيحان أكل الحمر ولم اعتمد على ذلك في كتبهم وكتب أصحاب الشافعى وأحمد «رح» .

وقال فى المغنى لابن قدامة قال عبد البر لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم فى تحريمه ، وإنما حكى عن ابن عباس وعائشة رضى الله تعالى عنهما إباحته بظاهر قوله سبحانه وتعالى ﴿ قل لا أجد ﴾ الآية .

قلت ذكر فى التفريع للمالكية ولا بأس بأكل لحوم الحمر الأهلية ولا البغـــل ، ويكره أكل الخيل .

قال شيخ الإسلام فى شرح الكافى وتكره لحوم الحمر والبغال . وقال مالك « رح » بعض فقهاء الشام لا بأس به . وأراد ببعض فقهاء الشام الاوزاعى وبه صرح فخر الإسلام

لما روى خالد بن الولد رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمر .

---

فى شرح الجامع الصغير وهم احتجو بما أخرجه أبو داود .

وفى الإطعمة عن منصور بن عبيد أبى الحسن ، عن عبد الله بن خفل ، عن غالب بن الجرقال قال اصابتنا سنة فلم يكن فى مالي شىء أطعم أهلي إلا أشياء من حمر . وكان رسول الله ﷺ حرم لحوم الحمر الأهلية فأتيته فقلت يا رسول الله ﷺ أصابتنا السنة ولم يكن عندي ما أطعم أهلي إلا سمان حمر ، وأنت حرمت الحمر الأهلية ، فقال أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل جوال القرية .

ورواه الطحاوي فى لفظ أطعم أهلك من سمين مالك ، قوله جوالي القرية بالجيم وتشديد اللام ، جمع جالة بمعنى جلالة ، وهى أكلة العذرة .

وللجمهور الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾ الآية ٨ النحل خرجت مخرج الامتنان وقد من الله سبحانه وتعالى بمنفعة الركوب والزينة ولو كان الأكل من هذه الأشياء حلالاً لمن بذلك أيضاً، لأن منفعة الأكل أكثر من منفعة الركوب والزينة لأن الإنسان يحيى بلا ركوب وزينة ولا يحيى بلا أكل . أى ترى أنه سبحانه وتعالى بدأ بذكر الأنعام قبل ذكر الزينة وحمل الاثقال . فقال ﴿ والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ﴾ إلى ﴿ رؤوف رحيم ﴾ فلم يذكر هنا منفعة الاكل مع انه فوق منفعة الركوب والزينة دال أنه إنما لم يذكره لان هذه الاشياء غير مأكولة اللحم والسنة وهى ما رواه جماعة من الصحابة « رض » منهم خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أشار إليه بقوله . ( لما روى خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمر ) أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجة عن بقية ، حدثنى ثور بن يزيد عن صالح بن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده عن خالد بن الوليد رضى الله تعالى عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمير .

هذا لفظ ابن ماجة ولفظ أبي داود قال غزوت مع رسول الله ﷺ خيبر فأتت اليهود

## وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر

تشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم فقال رسول الله ﷺ ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها ، وحرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير ، وعنده بقية عن ثور لم يقل فيه حدثني. وكذلك رواه الواقدي في المغازي حدثني ثور بن يزيد عن صالح بلفظ أبي داود ، ثم قال الواقدي الثابت عندنا أن خالد لم يشهد خيبر وأسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان بن أبي طلحة أول يوم من صفر سنة ثمان انتهى كلامه. ورواه أحمد في مسنده والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه . وقال أبو داود هذا منسوخ . وقال النسائي لا أعلم رواه غير بقية وتشبه ان كان صحيحاً أن يكون منسوخاً لأن قوله في حديث جابر «رض» وأذن في لحوم الخيل دل على ذلك وأخرجه عن صالح به ، وأخرجه الدارقطني عن الواقدي ، حدثنا ثور بن يزيد ، ونقل عن موسى بن هارون أنه قال لا يعرف صالح بن يحيى ولا أبوه ولا جده وهذا حديث ضعيف . وزعم الواقدي «رح» أن خالد بن الوليد «رض» أسلم بعد فتح خيبر ، ثم أخرجه عمر بن هارون البلخي حدثنا ثور بن يزيد عن يحيى بن المقدام بن معد يكرب عن أبيه عن جده خالد بن الوليد «رض» فذكره قال لم يذكر في اسناده مضطرب ، وقال البخاري في تاريخه صالح بن يحيى بن مقدام فيه نظر ، وقال البيهقي في المعرفة وإسناده مضطرب وهو مخالف لحديث الثقات انتهى . ومنهم علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أشار إليه بقوله ( وعن علي «رض» أن النبي ﷺ أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ) . أخرجه البخاري ومسلم عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن أبيهما عن علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن أكل الحمر الأنسية .

ذكره البخاري «رح» في غزوة خيبر ومسلم في الذبائح ، وأخرجاه في النكاح أيضاً كذلك وفي لفظ البخاري عام خيبر . وفي لفظ له زمن خيبر .

ومنهم عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما أخرج حديث البخاري «رح» مسنداً إلى

سالم ونافع عن ابن عمر «رض» نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر ، ومنهم البراء وابن أبى أوفى رضى الله تعالى عنهما . أخرج حديثهما البخاري أيضاً بإسناده إليهما قالا نهى النبي ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية ومنهم أبو ثعلبة أخرج البخاري أيضاً حديثه قال حرم رسول الله ﷺ لحوم الحمر الأهلية .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما . أخرج حديثه أبو داوود عن طاوس عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن الجلالة وعن ركوبها وأكل لحمها .

ومنهم عبد الله بن العباس رضي الله تعالى عنهما . أخرج حديثه الطحاوي باسناده إلى مجاهد عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الحمر الأهلية . ومنهم أبو سليط ،وكان بدريا رضي الله تعالى عنه . أخرج حديثه الطحاوي أيضاً باسناده الى عبد الله بن أبي سليط عن أبيه وكان بدرياً قال لقد أتانا نهي رسول الله ﷺ عن أكل لحوم الحمر ونحن يجروان القدور تفور بها فاكفيناها على وجوهها ومنهم أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه . أخرج حديثه الطحاوي أيضاً بإسناده إلى ابن سيرين عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه قال : لما افتتح النبي ﷺ خيبر أصابوا حمراً فطبخوا منها ، فنادى منادي رسول الله ﷺ : ألا إن الله ورسول الله ﷺ ينهاكم عنها فإنها نجس فاكفوا القدور .

وأخرجه البيهقي أيضاً في سننه ومنهم أبو هريرة رضي الله عنه . أخرج حديثه الترمذي عن محمد بن عمرو بن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه : ان رسول الله ﷺ حرم يوم خيبر كل ذي ناب من السباع والمجيحة والحمارى الانسية . وقال حديث حسن صحيح .

ومنهم المقداد رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه البيهقي أيضاً من حديث معاوية ابن صالح ، حدثني ابن جابر سمع المقداد صاحب النبي ﷺ يقول : حرم رسول الله ﷺ أشياء يوم خيبر ومنهم الحمار الأهلي . وقال الذهبي اسناده قوي .

ومنهم سلمة ( رض ) ، أخرج حديثه البخاري ومسلم « رح » عنه قال : لما قدمنا خيبر رأى رسول الله ﷺ نيرانا توقد قال : علام توقد هذه النيران ؟ قالوا له: لحوم الحمر

الأهلية ، قال : إكسروا القدور وأهرقوا ما فيها ، فقيل : يا رسول الله ﷺ أنريق ما فيها ونغسلها ؟ قال : إذ ذاك .

ومنهم جابر «رض» على ما يأتي عن قريب فهؤلاء الاربعة عشر صحابياً رووا تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، والجواب عن حديث غالب بن الحرانه حديث في اسناده اختلاف كثير ، منهم من يقول عن عبيـــد بن الحسن ، منهم من يقول عن عبد الرحمن بن معقل ، ومنهم من يقول عن ابن معقل وغالب بن الحر ويقـال الحر بن غالب ، ومنهم من يقول غالب بن ذريح بن غالب ، ومنهم من بقول عن اناس بن مذنبة أن رجلاً أتى النبي ﷺ . ومنهم من يقول أن رجلين سألا النبي ﷺ .

وهـــذه الإختلافات بعضها في معجم الطبراني « رح » ، وبعضها في مصنف ابن أبي شيبة ، وبعضها في مصنف عبد الرزاق ، وبعضها في مصنف البزار . وقال البزار «رح» : لا يعلم لغالب بن الحر غير هذا الحديث .

وقد اختلف فيه فبعض أصحاب عبيد بن الحسن يقول عن غالب بن الحر ، ومنهم من يقول عن الحر بن غالب ، ومنهم من يقول عن غالب بن ذريح ، انتهى .

وكذلك اختلف في الميتة . فمنهم من يقول كل من سمين مالك ، وقال البيهقي «رح » في المعرفة وحديث غالب بن الحر اسناده مضطرب وإن صح فإنما رخص له عند الضرورة حيث يباح الميتـــة . وقال في سننه الكبرى ومثل هذا لا يعارض الصحاح المصرحـة بالتحريم انتهى .

قلت الدليل على أنه أباح ذلك عند الضرورة مـــا حدث الطحاوي « رح » في شرح الآثار مسنداً إلى غالب بن ذريح فإن قيل النبي ﷺ : انه أصابتنا سنة وان سمين مالنـا في الحمر يقال كلوا من سمين مالكم فأخبر أن ما كان اباح لهم ذلك في عام سنــه ضرورة ولا يدل ذلك على الاباحة ونقول ما روى غالب بن الحريدل على الاباحة وما روى غيره يدل على التحريم ، والتاريـخ مجهول فيجعل دليل الحرمة مؤخراً تغليبا للنسخ أو يقول معنى قوله كل من سمين مالك أي كل ثمنه كما يقال أكل فلان عقاره أي ثمنه قال الشاعر :

قـــال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة « رح » وهو قول مالك « رح » وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » والشافعي « رح » لا بأس بأكله بحديث جـــابر رضي الله عنه أنه قال : نهى رسول الله ﷺ الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر .

---

إن لنـا حمـراً عجـافاً    يأكل كل ليلة أكافا

والمراد ثمن الاكان لا يقال حرمها لقلة الحمير يوم خيبر بل لأنها نهب لم تخمس لأن ابن عوفي يعني ابن خيبر فذكر له ذلك فقال له حرمها البتة فتبين انه ما حرمها لقلة الحمر ولأنه ﷺ أمر باكفاء القدور بعدما صار لحماً ما بقي فيه منفعة الحمر وصار هو مأكولاً وفيه منفعة القائمين بالطعام فلا بأس بالاكفاء والله سبحانه وتعالى أعلم .

وأما البغال فكذلك حرام أكلها لقوله سبحانه وتعالى : « والخيل والبغال » كما قـد ذكرنا ولأن الولد قد يتبع الام في الحـــل والحرمة . وأما البغل أو الفرس أو الحمار ، وايا ما كان فالبغل مكروه لأن الام مكروهة الأكل عندأبي حنيفة «رح» وقـــال ظهير الدين الولوالجي «رح» في فتاواه أما البغال ان كان الفرس نزا على الحمار يكره لأن لما للإناث غيره بالجماع ، وأما الحمار إذا نزا على الرمكة فكذلك قيـــل هذا قول أبي حنيفة . وأما على قولهما فلا بأس به لأنه ليس لماء الفحل غيره فبقي ماء الام وعندهما لا بأس بأكل الام وينكر أن يسمى بغلاً والظاهر أن الاول قول الكل .

( قـــال ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله ) أي قال القدوري في مختصره ( وهو قول مالك رحمه الله ) أي قول أبي حنيفة هو قول مالك وبه قال الأوزاعي وأبو عبيد ( وقال أبو يوسف ومحمـــد والشافعي لا بأس بأكله ) . وبـــه قال أحمد وأبو ثور وابن المبـــارك وابن سيرين وابن الزبير والحسن وعطـــاء والأســـود ابن يزيد وسعيد بن جبير «رح» ( لحديث جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ) هـــذا الحديث أخرجه

ولأبي حنيفة « رح » قوله تعالى : ﴿ والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة ﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها . والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها .

---

البخاري في غزوة خيبر وفي الذبائح . وأخرجه مسلم في الذبائح عن عمرو وابن دينار «رح» عن محمد بن علي عن جابر بن عبد الله «رح» قال : نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في لحوم الخيل . ولفظ البخاري ورخص في لحوم الخيل .

( ولأبي حنيفة «رح» قوله سبحانه وتعالى : ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينه﴾ خرج مخرج الامتنان والأكل من أعلى منافعها ) أى من أعلى منافع الخيل ( والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم ويمتن بأدناها ) .

قد قررنا معنى هذا الكلام عن قريب . فإن قلت إنما لم يذكر لأنه يفهم الأعلى بذكر الأدنى بالطريق الأول كما في قوله سبحانه وتعالى : « ولا تقل لهما أف » ، يفهم منه حرمة الضرب والشتم بالطريق الأولى دون العكس ، قلت إنما يصح ذلك إذا كان البيان بطريق الكفاية وما نحن مصدره من قبيل بيان النهاية . ألا ترى إلى قوله تعالى فيما سبق : ﴿ والأنعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ﴾ . ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء آخر من المنافع فلما قال : « لتركبوها » علم أن حكم المعطوف عليه حكم المعطوف .

فإن قلت إنما يستقيم هذا إذ لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة المخصوصة ، فلا يستقيم هذا ، ولئن سلمنا . لكن لم قلتم ان منفعة الأكل في الخيل يتعلق بها البقاء في الجملة ، ولكن غيره يسد مسده في تعليق إبقائه هو البقر والغنم وغيرهما . ومنفعة الركوب والزينة في الخيل تحصل على وجه لا يحصل بغيره من الحيوانات . فكانت منفعة الركوب والزينة في الجملة بترك الامتنان في منفعة الاكل في الخيل لا يدل على حرمة الاكل. كترك الامتنان بنعمة الدار والنسل والبيع .

قلت وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء إنما يتعلق برجوع

ولأنه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولأن في إباحته تقليل آلة الجهاد ،

---

هـذه المنافع إلى العباد لان وجه النعمة في ذلك لا في اختصاصها ومنفعة الاكل في الخيل بالإضافة إليها فوق منفعة الركوب والزينة في كونها نعمة .

على انا نقول أن منفعة الركوب والزينة لا تختص بهذه الحيوانات بل يوجد في غيرها ، وهو البقر والإبل وغير ذلك فلا يكون القصد منه ذكر المنافع بها .

أما قوله لم قلتم ان منفعة الأكل في الحيوانات يتعلق بهـا البقاء على ما ذكرنا . ومنفعة الركوب والزينة لا يتعلق بها البقاء .

وأما قوله غيره يسد مسده في تعليق البقاء ، قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الأكل من أن يكون فوق منفعة الركوب والزينة .

وأما منفعة البيع والحمل فقـد ذكرها دلالة ، وإن لم يذكرها صريحاً لانه متى تبين كونه منتفعاًبه في ذاته ثبت انه مال متقوم ويحل للبيع . فإن قلت الآية نزلت بمكة قبل الهجرة ، وبعـد الهجرة أكل جماعة من الصحابة «رض» الحمار والفرس إلى يوم خيبر ، فلو كانت الآية دالة على الحرمة لما جـاز أكلهم ولما صح سكوت رسول الله ﷺ عن البيان في مثل هذه الصورة .

قلت انما لم يبين عليه السلام قبل فتح خيبر لأنه يمكـن انه لم يطلع على فعلهم ، فلما اطلع يوم خيبر نهى وإنما أكلوا لعـدم وقوفهم على هـذه الدلالة لعمومها ، فإن قلت ترك ذلك الحمل عليه وينبغي أن لا يحمل الحمل عليه وهو فاسـد . قلت الكلام في أن ترك أعلام النعم والذهاب إلى ما دونه دليل حرمة الأعلى والحمل وليس كذلك .

(ولأنه) أي الفرس (آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراماً له ) أي احتراماً له لان ما كان بسبب لإخافة العدو يستحق الإكرام ، وفي ذبحه اهانة له .

( ولهذا ) أي ولكونه آلة لإرهاب العدو ( يضرب لـه بسهم في الغنيمة ) لان الفارس إنما يستحق السهمين بواسطة فرسه . ( ولأن في اباحته تقليل آلة الجهاد ) أي لان

في أكله تقليل مادة الجهاد وهو حرام، ولا شك ان منفعة حياته تربوا على منفعة لحمه بوجوه ( وحديث جابر «رض» معارض بحديث خالد «رض» والترجيح للمحرم ) . أراد بحديث جابر المذكور في معرض استدلال أبي يوسف «رح» ومحمد . وبحديث خالد المذكور في تعرض الاستدلال في تحريم الحمر الأهلية قيل فيه نظر، لان حديث جابر صحيح وحديث خالد بن الوليد «رض» متكلم فيه إسناداً أومتناً .

منهم من ادعى نسخه بحديث جابر «رض» لانه قال فيه: فأذن وفي لفظ: ورخص . قال الحازمي في كتابه والاذن والرخصة يستدعي سابقة المنع ولو لم يرو هذا اللفظ لتعذر القطع بالنسخ لعدم التاريخ، فوجب المصير إليه .

وقيل ليس فيه نسخ ولكن الاعتماد على أحاديث الاباحة بصحتها ولكثرة رواتها .

وحديث خالد ذا ورد في قضية معينة وهو ان سبب التحريم في الخيل متحد وفي البغال والحمير مختلف . وذلك لانه نهى عن البغال والحمير لذاتها، وعن الحمير لانهم سارعوا إلى طبخها يوم خيبر قبل أن تخمس . فأمر ﷺ بإكفائها تغليظاً عليهم . فلما رأوا نهيه ﷺ عن تناول لحوم الخيل والبغال والحمير، اعتقدوا أن سبب التحريم واحد. وحتى نادى منادي رسول الله ﷺ : أن الله تعالى ينهاكم عن لحوم الحمر الأهلية فإنها رجس . فحينئذ فهو أن سبب التحريم مختلف وان الحكم بتحريم الحمار الأهلي على التأبيد . وأن الخيل إذا كان عن تناول ما لم ينجس فيكون قوله إذن : أو رخص دفعاً لهذه الشبهة .

قلت مسند حديث خالد «رض» جيد ولهذا أخرجه أبو داوود وسكت عنه فهو حسن عنده . وقال النسائي : وأخبرنا اسحاق بن ابراهيم «رح» أخبرني بقية : أخبرني ثور بن يزيد عن صالح فذكره بسنده قد صرح فيه بقية بالحديث عن ثور وثور حمصي أخرج له البخاري وغيره وبقية : إذا صرح بالحديث كان سنة حجة . هكذا قال ابن معين وأبو حاتم وأبو زرعة والنسائي وغيرهم خصوصاً إذا كان الذي حدث عن بقية عاما. قال ابن عدي:

إذا روى بقية عن أهـل الشام فهو ثبت وصالـح وذكره ابن حبان « رح » في الثقات وأبو يحي ذكره الذهبي في الكاشف وقال : وثق وأبوه المقدام بن معد يكرب صحابى فهذا سند جيد كما ترى . فكيفما إذا كان كذلك صحت المعارضة . فاذا تعارضا ترجح المحرم كما ذكرنا ولا يصح الاستدلال على نسخ حديث خالد بقوله أذن : أو رخص لانه يحتمل ان يكون اذنه في حالة المخمصة إذ هي أغلب أحـوال الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

وفي الصحيح أنهم ما وصلوا إلى خيبر إلا وهم جيـاع ، فلا يدل على الإطلاق . فإن قلت : لو كانت الإباحة للمخمصة لما اختصت بالخيل ، قلت : يمكن أن يكون في زمـن الاباحة بالفرس ما أصابوا البغال والحمير . فإن قلت قال ابن حزم في حديث خالد دليل الوضع لأن فيه عن خالد «رض» : غزوت مع النبي ﷺ خيبر . وهذا باطل لان خالداً لم يسلم الا بعد خيبر بلا خلاف قلت ليس كما قال بل فيه خلاف فقيل هاجر بعد الحديبية ، وقيل بل كان إسلامه بين الحديبية وخيبر ، وقيل بل كان إسلامه سـنة خمس بعد فراغ رسول الله ﷺ من بني قريظة . وكانت الحديبية في ذي القعدة سنة ست ، وخيبر بعدها سنة سبع ، ولو سلم انه أسلم بعدها بغاية ما فيه انه أرسل الحديث ومراسيل الصحابة رضي الله تعالى عنهم في حكم الموصول المسند ، لان روايتهم عن الصحابة كما ذكـره ابن الصلاح وغيره .

فإن قلت يشكل عن قوله سـؤره فإنه طاهر ، قلت ذكـر خواهر زاده «رح» في شرحه ان الحسن روى عن أبي حنيفة «رح» : ان سـؤره مشكل مثـل سـؤر الحمار .

فإذا أخذنا بهذا فالسؤال ساقط ولئن سلمنا فالجواب عنه ان حرمة أكل لحمه إنما كانت للإحترام لا النجاسة فصار كسؤر الآدمي . فإن قلت يشكل على قوله بقوله لانه كبول ما يؤكل لحمه عنـده ، قلت إنما جعله كذلك للتحقيق لعموم البلوى وقد علم أن لها أثراً في التحقيق فافهم .

( ثم قيل الكراهية عنده كراهية تحريم ) أي كراهية لحم الفرس عند أبي حنيفـة كراهية تحريم .

وقيل كراهة تنزيه والأول أصح ، وأما لبنه فقد قيل لا بأس به ، لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد

---

ثم قال صاحب المنظومة وأكل لحم الخيل وقال ويكره والحرمة المراد لا التنزيه واختلف المشايخ في معنى الكراهية لاختلاف اللفظ المروي عنه لأنه ذكر في المبسوط في كتاب الصيد قال أبو حنيفة رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله . وما قال في الجامع يكره لحم الخيل عنده ، يدل على أن المراد كراهية التحريم لأن أبا يوسف « رح » قال لأبي حنيفة «رح» إذا قلت في شيء أكرهه فما رأيك فيه ؟ قال أبو حنيفة التحريم .

وحكي عن عبد الرحيم الكرمني أنه قال كنت متردداً في هذه المسألة فرأيت أبا حنيفة في المنام يقول لي كراهية تحريم يا عبد الرحيم .

( وقيل كراهية تنزيه ) ذكره فخر الإسلام وأبو المعين «رح» في جامعيها الصحيح انه كراهية تنزيه لأن كراهية تعني كرامة لئلا يحصل تقليل آلة الجهاد بإباحته ، ولهذا كان سؤره طاهراً في ظاهر الرواية ، وفي الفتاوى الصغرى قال قاضي خان انه كراهية تنزيه لأنه ذكر في كتاب الصلاة وسوى بين بوله وبول ما يؤكل لحمه .

( والأول أصح ) أي القول بكراهية التحريم أصح وأشار به إلى اختياره . هكذا قال صاحب الحصر ، وكذا قال التتمة الأصح أنه كراهية تحريم . ( أما لبنه فقد قيل لا بأس به لأنه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ) ولبن الفرس هو الذي يسمى قمز في لغة الترك بكسر القاف والميم وفي آخره زاء معجمة . وسماه المصنف « رح » في كتاب الحدود مباحاً . وقال السكر المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك .

وقال فخر الدين قاضي خان فاما الألبان فلبن المأكول حلال ولبن الرماك كذلك في قول أبي يوسف ومحمد «رح» يكره في قول أبي حنيفة واختلفوا في كراهيته فقال بعضهم مكروه كراهية التنزيه لا كراهية التحريم . وذكر شمس الأئمة السرخسي في أثناء الكلام أنه مباح كالبنج . وعامة المشايخ «رح» قالوا مكروه كراهية التحريم إلا أنه لا يحد وان زال عقله كما لو تناول البنج وارتفع إلى رأسه حتى زال عقله يحرم ذلك ولا يحد

## قال ولا بأس بأكل الأرنب لأن النبي عليه السلام أكل منه حين أهدى إليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه

فيه لأنه ليس في شربه أي شرب اللبن تقليل آلة الجهاد وفي الخلاصة وهو الأصح قال الكاكي وعن هذا قيل أكله حلال في هذا الزمان في ديار البر لأن البر لم يبق ( قال ولا بأس بأكل الأرنب ) أي قال القدوري « رح » ولا خلاف فيه لأحد من العلماء . قال الكرخي في مختصره ولم يروا جميعاً بأساً بأكل الأرنب قال أبو يوسف « رح » وأما الوهر فلا احفظ فيه عن أبي حنيفة « رح » شيئاً وهو عندي مثل الأرنب وهو يعتلف البقول والنبت انتهى .

وفي الجميرة والوهر دويبة أصغر من السنور طحلا اللون لا ذنب لها توجد في البيوت ويجمع على وهار . ( لأن النبي ﷺ أكل منه حين أهدي إليه مشوياً وأمر أصحابه «رض» بالأكل منه ) هذا الذي ذكره مركب من حديثين الأول رواه البخاري في صحيحه في كتاب الهبة عن هشام بن يزيد عن أنس بن مالك « رض » قال اهيجنا أرنباً بمر الظهران فعنى القوم فلغبوا وقد ادركتها فأخذتها فذهبت بها إلى أبي طلحة فذبحها وبعث منها إلى رسول الله ﷺ بوركها وفخذها قال فخذها لا أشك فيه فقبله، قال قد أكل منه قال أكل منه ثم قال فيما بعد قبله وأخرجه أحمد «رح» في مسنده حدثنا محمد بن جعفر وحجاج قال حدثنا شعبة عن هشام بن زيد عن أنس «رض» بلفظ سواء وفي آخره قال حجاج قال شعبة قلت له أكل قال نعم أكله ثم قال في ما بعد قبله . ورواه البخاري في الذبائح فلم يذكر فيه الأكل .

والحديث الثاني رواه النسائي في سننه في الصوم عن عبد المالك بن عمير عن موسى بن طلحة عن أبي هريرة «رض» قال جاء أعرابي إلى النبي ﷺ بأرنب قد شواها ، فوضعها بين يديه فأمسك رسول الله ﷺ فلم يأكل ، وأمر القوم أن يأكلوا وزاد في اللفظ « فإني لو اشتهيتها أكلتها » . رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، والبزار في مسنده . ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده . حدثنا يحيى بن صالح حدثنا محمد بن اسحاق بن عبد الملك بن أبي بكر عن حفص بن عمر بن سعد بن أبي وقاص عن محمد بن عبد الرحمن مولى طلحة عن موسى بن طلحة عن أبي بكر الحويكة عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه

أن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ بأرنب يهديها إليه ، فقال ما هذه ؟ قال هدية . فقال رسول الله ﷺ لا يأكل من الهدية حتى يأمر صاحبها فيأكل منها من أجل الشاة التي أهديت إليه بخيبر ، فقال له النبي ﷺ كل فقال اني صائم ، قال تصوم ماذا ؟ قال ثلاثة من كل شهر. قال فاجعلها البيض الغر ثلاثة عشر وأربعة عشر وخمسة عشر. قال فأومى رسول الله ﷺ بيده إلى الأرنب ليأخذ منها . فقال الأعرابي ، أما اني رأيتها تدمى يعني تحيض فقال للقوم ، كلوا ، ولم يأكل .

وروى ابن حبان أيضاً في صحيحه عن عاصم الأحول عن الشعبي عن محمد بن صفيان الانصاري «رح» أنه صاد أرنبين ، فمر على النبي ﷺ وهو معلقها فقال يا رسول الله ﷺ اني أتيت غنم أهلي فاصطدت هاتين فلم أجد حديده أذكيها بهـا فذكيتها بمروة أفأطعمهما ؟ قال نعم .

ورواه الترمذي في علله الكبرى ، حدثنا محمد بن يحيى القطـع البصري حدثنا عبد الأعلى عن سعيد بن قتادة عن الشعبي «رح» عن جابر بن عبد الله «رض» أن رجـلا من قومه صاد أرنبين ، الحديث .

ورواه الدارقطني «رح» في سننه عن يزيد بن عياض عن عبد الحميد بن سهـل بن عبد الرحمن بن عوف عن عكرمة عن ابن عباس «رض» عن عائشة رضي الله عنها قالت أهدي إلى رسول الله ﷺ أرنباً وأنا نائمة فخبأ لي منه العجز فلما قمت أطعمني . ويزيـد ابن عباس «رض» حسن ضعيف. وروى البيهقي في سننه عن حديث محمد بن خالد بن الحويرث حدثنا إلى مال .

أخبرنا عبد الله بن عمير وكان بالصفاح — مكان في مكة — وأن رجلا جاء بأرنب وأنا جالس فلم يأكلها ولم ينه عن أكلها ، وزعم أنها تحيض .

ورواه أيضاً أبو داوود «رح» قوله أهيجنا أي أثرنا واعديناه ومادته هـاء وياء وجيم قوله بمر الظهران بفتح الميم وتشديد الراء وهو موضع قريب من عرفة .

( ولأنه ) أي الأرنب ( ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي) فلا يحرم والأكل جميع أكل الجيفة جمع جيفة .

فإن قلت إذا كان كذلك فلم قال لا بأس بأكل الأرنب ولم يقل ويحل نحره قلت لأن له شبهان شبهاً بالحمار، فإن أذنه تشبه أذن الحمار، والحمار حرام وتشبه بالآدمى فى كونها تحيض فيحرم أكله كما يحرم أبو حنيفة الفرس لأن له شبهاً بالآدمى من حيث أنه يستحق سهماً مقداراً من الغنيمة كالرجل . ولكن لما نطقت الأحاديث المذكورة بإباحة أكله لم يحرم قطعاً ، ولكن لما ذكرنا استعمل فيه لفظ لا بأس .

قال تاج الشريعه وإنما استعمل كلمة لا بأس لأنه روى أن الأرنب كانت امرأة لا تغتسل من الحيض فمسخت ، انتهى .

قلت لم يصح مسخ هذا ولئن مسخ فلم يبق من نسل الممسوخ شيء . وكان جنسه موجوداً قبل المسخ والله سبحانه وتعالى أعلم .

فوائد : القنفذ عندنا حرام ومالك وأحمد ورخص فيه الشافعي «رح» فكأنه ما جعله من الخبائث ولا من السباع . قلنا أن أبا هريرة رضى الله تعالى عنه ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وآله وأصحابه وسلم فقال صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم وهو حسبة من الخبائث .

ورواه أبو داوود رحمه الله تعالى في من أكل الجلاله من الشاة والبقر والبعير . وبه قال الشافعى وأحمد «رح» فى رواية ، حرام ويزول الكراهة بحبسها بلا خلاف .

وعندنا وأحمد ويكره ركوبها مدة الحبس فى الدجاجة ثلاثه أيام، وفى البقرة والبعير أربعون يوماً، وقيل سبعة أيام فى الشاة وعن أحمد ثلاثة أيام فى الكل . وقال الاسبيجابى فى شرح الكافى ويكره لحوم الجلالة والعمل عليها وذلك حالها إلى أن تحبس أياماً وتعلف لما روى أنه ﷺ نهى عن أكل لحوم الجلالة ، ولأن تناول النجاسات توجب فساد لحمها فتقرر سنته فى فساد أكله . وليس الدجاج كذلك لأن الأثر جاء فى الجلالة وليس لها علف غير ذلك . والدجاج يخلط بالعذرة غيره، حتى إذا علم أنها لا تتناول غير النجاسات فقلنا بحرمة أكلها إلى أن تحبس .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » فى مبسوطه ولم يقدر فى ذلك مقداراً فى

قال : وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الآدمي والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما . أما الآدمي فلحرمته وكرامته . والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي « رح » الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لأنه يؤثر في إباحة اللحم أصلاً

---

الكتاب . وروى فى غير رواية الاصول انه قدر فى الإبل شهراً وفى البقر عشرين وفى الشاة عشرة أيام وفى الدجاجة ثلاثة أيام .

وقال الولوالجى «رح» فى فتاواه ، ذكر فى النوادر لو أن جدياً غذى بلبن الخنزير فلا بأس بأكله لانه لم يتغير لحمه وما غذى صار مستهلكاً لم يبق أثره . وعلى هذا يقول لا بأس بالدجاج التي تختلط بالعذرة لأنه لا يغير لحمه . والرأي يروى بحبس الدجاج ثلاثة أيام فذلك على سبيل التنزيه .

وفى الدراية والزرع والثمار السفه بالنجاسات لا يكره ولا يحرم عند أكثر الفقهاء .

( قال وان [1] ذبح ما لا يؤكل لحمه ، طهر لحمه وجلده ) أي قال القدوري إذا ذبح حيوان مما لا يؤكل لحمه من ذي الناب يطهر لحمه وجلده . وقال الحاكم فى الكافى ، ولا يكره الصلاه على جلد ما يكره أكله من ذي الناب إذا ذبح أو دبغ . وهذا الذي قاله هو الذي اعتمد عليه عامة أصحابنا على قول نصير بن يحيى وابن جعفر الهندواني « رح » انه لا يجوز بيعه . وقد مر بيانه فى أول الكتاب .

(إلا الآدمى والخنزير فإن الذكاة لا تعمل فيهما ،أما الآدمى فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما فى الدباغ ) أي كما فى حكم الدباغ . فإن الدباغ يطهر جلد كـــل حيوان إلا الآدمى لكرامته لا يستعمل . والخنزير لنجاسته عينه ،أو لعدم قبوله الدباغ كما ذكرنا فى أول الكتاب مستوفى .

( وقال الشافعى رحمه الله الذكاة لا تؤثر فيجميع ذلك ) أي فى اللحم والجلد وسائر الاجزاء . ( لانه يؤثر فى إباحة اللحم أصلا ) أي لان الذكاة والتذكيةبتأويل الذبح يؤثر

---

(١) وإذا — هامش .

وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً . ولا تبعية بدون الاصل وصار كذبح المجوس . ولنا أن الذكاة مؤثره في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم، فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود بالجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي إماتة في الشرع

---

فى إباحتها اللحم من حيث الاصالة .

( وفى طهارته وطهارة جلده تبعاً ) أي ويؤثر فى اباحتها طهارة اللحم وطهارة الجلد من حيث التبعية .(ولا تبعية بدون الاصل ) إذ قيام بالاصل وهنا لم تفد الذكاة الاصل الذي هو إباحة اللحم فكذا لا يفيد البيع ( وصار كذبح المجوسى ) حيث لا يفيد إباحة الاكل ولا غيره وكذا ذبح الوثنى ( ولنا أن الذكاة تؤثر [1] فى إزالة الرطوبات) احترز بها عن دم اللحم فإنه طاهر وهى النجسة أي الرطوبات ( والدماءالسيالةوهىالنجسةدون ذات الجلد واللحم فإذا زالت ) أي تلك الرطوبات والدماء السيالة النجسة ( طهر ) أي المذبوح أي جلده ولحمه ( كما فى الدباغ) أي يطهر فى الدباغ بزوال تلك الرطوباتالنجسة ( وهذا حكم مقصود بالجلد ) .

هذا جواب عن قول الشافعي «رح» أن تأثر الذكاة في إباحة اللحم أصل. وفي الطهارة اللحم والجلد تبع . فقال هذا أي الطهارة حكم مقصود في الجلد ( كالتناول في اللحم ) يعني كما أن التناول حكم مقصود بالذات في اللحم ، وكذلك الطهارة وحكم مقصود في الجلد والحاصل أن طهارة الجلد واللحم غير تابعة لطهارة اللحم بل كل منهما حكم مقصود بالذات ، فإذا حصلت الذكاة فإن كان المذكى من الحيوان الذي يؤكل ، تحصل الطهارة في جميع أجزائه بالاصالة . وإن كان مما لا يؤكل يحصل في لحمه وجلده . ثم لا يلزم في حصول الطهارة إباحة الأكل كما أعرف .

( وفعل المجوسي إماتة في الشرع ) هذا جواب عن قياس الشافعي تقريره أن ذبح المجوسي ليس بمشروع فيكون إماتة ، وهذا لأن الفعل إنما يقع متطهراً إذا انفق بالحسن

---

(١) مؤثرة — هامش .

فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل ، قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل ، وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة ، والزيت غالب لا يؤكل

---

لإفادة الأثر الحسن ، والحسنات محل للثواب فلا يصير المجوسي أهلا لها . فان قيل كما أن المجوسي ليس من أهل الذكاة فكذا الكلب ليس من جنس مايذكى ولا فرق بين أن يكون الذبح من غير أهل الذكاة وبين أن يكون المذبوح من جنس المذكى ألا ترى أن المسلم لو ذبح خنزيراً لا يحل أكله كما أن المجوسي لو ذبح شاة لا يحل أكلها . قلنا قد اتفقنا في أن المجوسي أيضاً على أنه ليس من أهل الذكاة . فلم يتفق على أن الكلب والفهد ليسا من جنس المذكى بل هو من جنس الذكاة لأنه مختلف في إباحة أكله كذا في مختصر الاسرار.

(فلا بد من الدباغ) يعني إذا كان ذبح المجوسي إماتة في الشرع فلا بد من الدباغ في جلد ما ذكاه لعدم حصول الطهارة بذبحه . ثم أعلم أنهم اختلفوا في أن الموجب لطهارة ما لا يؤكل لحمه مجرد الذبح والذبح مع التسمية قيل مجرد الذبح لأنه يؤثر في إزالة الدم المسفوح. وقيل الذبح مع التسمية لأن المطهر هو الذكاة ، ولا ذكاة بدون التسمية كما في غريب العرار للغريري .

( وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده ) قيد بالقليل لأن الكثير لا يفسد بلا خلاف خصوصاً على مذهب الشافعي « رح » فان عنده إذا بلغ الماء قلتين لا ينجس إلا باليقين والقلتان عنده كثير . ( خلافاً له ) للشافعي أن شحمه أيضاً لا يطهر كما لا يطهر لحمه وجلده . (وهل يجوز الانتفاع به في غير الأكل ) أي نحو الاستصباح ودهن الجلود ونحوهما .

( قيل لا يجوز اعتباراً بالأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودك الميتة ) الودك بفتح الواو والدال وهو الدسم ( والزيت غالب ) أي والحال أن الزيت غالب ( لا يؤكل ) أي الزيت مما إذا لم يجز أكله فيما إذا كان الزيت غالباً ، ففيما إذا كان مغلوباً بالطريق الأولى

وينتفع به في غير الأكل. قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك ، وقال مالك « رح » وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي « رح » أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم . قوله تعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ من غير فصل . وقوله عليه السلام

---

( وينتفع به ) أي بالزيت المذكور ( في غير الأكل ) كالاستصباح ونحوه كما ذكرنا .

( قال ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك ) أي قال القدوري «رح» في مختصره وقال الكرخي « رح » كره أصحابنا كل ما في البحر إلا السمك خاصة فإنه حلال أكله إلا ما طفى منه فإنهم كرهوه . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده ويكره أكل ما سوى السمك من دواب البحر عندنا كالسرطان والسلحفاة والضفدع وخنزير الماء .

(وقال مالك وجماعة من أهل العلم ) ابن أبي ليلى والشافعي « رح » في قوله وأصحاب الظواهر ( بإطلاق جميع ما في البحر ) أي إباحة جميع ما في البحر من الحيوان . ( واستثنى بعضهم ) أي بعض الجماعة المذكورة وأراد به الشافعي فإنه قال جميع ما في البحر يؤكل .

( الخنزير والكلب والإنسان ) أي خنزير البحر وكلبه وإنسانه وهو قول الليث « رح » أيضاً .

( وعن الشافعي « رح » أنه أطلق ذلك كله ) أي جميع ما في البحر وبه قال أحمد في رواية عن الشافعي يؤكل جميع ما في البحر إلا الضفدع ، وبه قال أحمد في رواية .وقال ابن الجلاب والبصري في التفريع وصيد البحر حلال أكله ويكره أكل كلب الماء وخنزيره من غير تحريم له . ( والخلاف في الأكل والبيع واحد ) أي الخلاف المذكور بيننا وبين مالك وجماعة والشافعي سواء في جواز الأكل وجواز البيع ( لهم ) أي للشافعي ( قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ من غير فصل ) أي من غير فرق بين السمك وغيره ، فإطلاق الآية يتناول الكل (وقوله ﷺ في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته )

في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الاشياء إذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك ، ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث » وما سوى السمك خبيث ، ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع

---

هذا الحديث أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي » رح » من حديث مالك عن صفوان عن سعيد بن سلمة من آل الأزرق ان المغيرة وابن بردة وهو من بني عبد الدار أخبره أنه سمع أبا هريرة «رض» يقول سأل رجل رسول الله ﷺ وقال يا رسول الله ﷺ إنا نركب البحر ونحمل معنا القليل من الماء فإن توضأنا به عطشنا أفيتوضأ بماء البحر؟ فقال «هو الطهور ماؤه والحل ميتته » وقال الترمذي «رض» حديث حسن صحيح .

( ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذ الدموى لا يسكن الماء ) لأن طبع الدم يضاد طبع الماء لأن الدم حار والماء بارد ( والمحرم هو الدم فأشبه السمك ) أي فأشبه ما في البحر من الحيوانات كلها كالسمك في عدم الدم الذي هو المحرم إلا الضفدع استثناه الشافعي « رح » في قول لنهيه ﷺ عن قتله رواه النسائي . ( ولنا قوله سبحانه وتعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ) لأن الخبيث ما يستخبثه الطبع السليم، وما سوى السمك يستخبثه الطبع السليم فيحرم .

( ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يتخذ فيه الضفدع ) هذا الحديث أخرجه أبو داود في الطب وفي الأدب . والنسائي في الصيد عن ابن أبي ذيب عن سعيد بن خالد عن سعيد ابن المسيب عن عبد الرحمن بن عثمان القرشي «رض» أن طبيباً سأل رسول الله ﷺ عن الضفدع يجعلها في دواء فنهى عن قتلها . ورواه أحمد وإسحاق بن راهوية وأبو داوود والطيالسي « رح » في مسانيدهم والحاكم في المستدرك في الطب ، قال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وقال البيهقي هو أقوى ما ورد في الضفدع .

وقال الحافظ المنذري فيه دليل على تحريم أكل الضفدع لأن النبي ﷺ نهى عن قتله والنهي عن قتل الحيوان بالحرمة كالآدمي ، وأما تحريم أكله كالصرد والهدهد والضفدع

ليس بمحرم فكان النهي منصرفاً إلى الوجه الآخر .

( ونهى عن بيع السرطان ) أي نهى النبي ﷺ عن بيع السرطان، وهو ليس بموجود في الكتب المشهورة في الحديث وليس له أصل . فإن قلت روى أبوداوود « ر ح » وغيره مسند إلى جابر رضي الله تعالى عنه قال بعثنا رسول الله ﷺ وأمر علينا أبو عبيدة بن الجراح تبغي غير القريشي وزودنا جراباً من تمر لم يجد له غيره ، وكان يعطينا أبو عبيدة «رض» تمرة كنا نمصها كما يمص الصبي ثم نشرب عليها الماء فتكفينا يومنا إلى الليل وكان يضرب بعضنا الخيطة ثم يبله في الماء فيأكله قال : فانطلقنا على ساحل البحر فرفع لنا كهيئة الكثب الضخم فأتيناه فإذا هو دابة على العنبر فقال أبو عبيدة ميتة لا تحل لنا ثم قال بل نحن رسل رسول الله ﷺ وفي سبيل الله عز وجل وقد اضطررتم فكلوا وأقمنا عليه شهراً ونحن ثلاث مائة حتى سمنا فلما قدمنا إلى رسول الله ﷺ ذكرنا ذلك له فقال : « هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء فتطعمونا » فأرسلنا إلى رسول الله ﷺ فأكل وهذا يدل على إباحة ما في البحر سوى السمك .

قلت المراد منها السمك والدليل عليه ما رواه البخاري « رح » عن جابر « ر ض » قال غزونا جيش الخيط [1] وأميرنا أبو عبيدة ، فجعنا جوعاً شديداً فألقى البحر حوتاً ميتاً لم ير مثله يقال له العنبر ، فأكلنا منها نصف شهر وأخذ أبو عبيدة عظماً من عظامه فمر الراكب تحته والخبط بفتحتين الورق .

( والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد ) جواب عن استدلالهم فيما ذهبوا إليه في قوله سبحانه وتعالى ﴿ أحل لكم صيد البحر ﴾ تقريره أن المراد من لفظ الصيد هو المصدر وهو الإصطياد فيتناول ما يحل وما يحرم وليس المراد منه الإسم ، وقد قررناه فيما مضى فإن قلت لو كان يستقيم حمله عليه لكانت الكناية من قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وطعامه ﴾ لا يستقيم حمله على الاصطياد فإنها راجعة إلى الصيد . قلت الطعام المذكور محمول على السمك لأنه المتعارف أنه طعام البحر والكناية ينصرف إلى البحر قوله فيما لا يلي

(١) الخبط — هامش

وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال

---

الصواب فيما يلي على صيغة المجهول وهكذا هو في النسخ الصحيحة .

( فهو ) أي الاصطياد (مباح فيما لا يحل ) لمنافع أخرى غير الأكل (والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك ) هذا أيضاً جواب على استدلالهم بقوله ﷺ في : « البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته » أي الميتـــة المذكورة في الحديث محمولة على السمك، وقوله روى على صيغة المجهول أيضاً على ما لا يخفى على الفطن، فان قلت هذا خبر واحد فكيف يجوز تخصيص الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾قلت هذا خبر مشهور قد تأيد بالإجماع فيجوز تخصيص الكتاب بـه . على أن حكم السمك ثبت بقوله سبحانه وتعالى ﴿ تأكلون لحماً طرياً ﴾ . مع أنه لا تعارض بين الكتاب والخبر لأن الميتة المحلاة باللام جنس إذا لم يكن معهوداً ، والميتة من الدمويات المعهودة بدليل قوله سبحانه وتعالى ﴿ أو دماً مسفوحاً ﴾ فعلم أن الميتة تكون ميتة باعتبـــار الدم المسفوح ، ولا دم للسمك فيصرف إلى العهد فلا يبقى التعارض .

( وهو حلال مستثنى من ذلك ) أي السمك حلال مستثنى عما لا يحل ( لقوله ﷺ أحلت لناميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد،وأما الدمان فالكبد والطحال ) هذ الحديث أخرجه ابن ماجة في كتاب الأطعمة عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله ﷺ « أحلت لنا » إلى آخـــره. ورواه أحمد والشافعي وعبد[١] بن حميد «رح» في مسانيدهم . ورواه ابن حبان «رح»في كتاب الضعفاء وأعله بعبدالرحمن وقال انه كان يقلب الأخبار وهو لا يعلم حتى كثر ذلك في روايته عن رفع الموقوفات واسناد المراسيل ، فاستحق الترك .

وأخرجه الدارقطني «رح » في سننه عن عبد الله وعبد الرحمن بن زيـد بن أسلم عن أبيهما «رح» . وأخرجه ابن عدي في الكامل عن عبد الله فقط .

---

(١) عبد — هامش .

وعبد الله وعبد الرحمن « رح » ضعيفان إلا أن أحمد وعبد الله وأسند ابن عـدي إلى أحمد أنه قال : عبد الله ثقه وأخوه عبد الرحمن وأسامة ضعيفان .

وقال ابن عدي وهذا الحديث يدور على هؤلاء الأخوة الثلاثة وأسند عن ابن معين قال في التنقيح هو موقوف في حكم المرفوع .

وقال الدارقطني في علله وقد رواه المسور بن الصلت عـن زيد بن أسلم «رح» قال ثلاثة ضعفاء ليس حديثهم بشيء .

وقال ابن عدي وابن وهب يرويه عن سليمان بن بلال «رض» موقوفاً فرواه عن أبيه عن ابـن عمر « رض » مرفوعاً ، وعن ابن زيد بن أسلم عن ابن عمـر « رض » موقوفاً وهو الصواب .

وقال في التنقيح وهذه الطريقة رواهـا الخطيب باسناده إلى المسور بن الصلت . والمسور ضعفه أحمد والبخاري وأبو زرعـة وأبو حاتم « رح » وقال النسائي « رح » متروك الحديث ، انتهى .

قلت وله طريق أحق قال ابن مردويه في تفسيره في سورة الانعام حدثنا عبد الباقي بن مانع حدثنا محمد بشر بن مطر حدثنا داوود بن سند حدثنا سويد بن عبـد العزيز حدثنا أبو هاشم الاملي قال سمعت زيد بن أسلم يحدث عن ابن عمـر «رض» قال : قال رسول الله ﷺ يحل من الميتة اثنان ومن الدم اثنان ، فأما الميته فالسمك والجراد ، وأما الدم فالكبد والطحال .

( قال ويكـره أكل الطافي منه ) أي قال القدوري «رح» منه أى من السمك . والطافي هو الذى يموت فيعلوا على وجـه الماء ويظهر ، من طفى الشيء يطفوا طفوا إذا عـلا .

هكذا قالوا معنى الطافي اسم فاعل كالقاضي من تضاء . وهو الذي يموت في المـاء حتف أنفه من غير سبب معلوم ويعلو على وجه الماء .

( وقال الشافعي ومالك لا بأس ) أى الطافي وبه قال أحمد « رح » وأصحـاب الظاهر « رح » وبعض التابعين .

لإطلاق ما روينـــا لان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث .

ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا ، وما لفظه الماء فكلوا ، وما طفى فلا تأكلوا

---

( لإطلاق ما روينا ) وهو قوله ﷺ : « البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته » فانه مطلق يفصل بين ما إذا مات بآفة أو بغير آفة . ( ولان ميتة البحر موصوفه بالحـــل بالحديث ) أراد به قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتان » الحديث .

( ولنا ما روى جابر رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال : ما نضب عنـــه الماء فكلوا ، وما لفظه الماء فكلوا ، وما طفى فلا تأكلوا ) هـــذا الحديث بهذا اللفظ غريب .

ولكن أبا داوود «رح» وابن ماجة أخرجا عن يحيى بن سليم عن اسماعيل بن اميـة عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه وطفى فلا تأكلوه » .

فان قلت : ضعف البيهقي هذا الحديث وقال يحيى بن سليم كثير الوهم وقـد رواه غيره موقوفاً . قلت لا نسلم ذلك فان يحيى بن سليم أخرج له الشيخان فهو ثقة وزاد فيه الرفع . ونقل ابن القطان « رح » في كتابه عن ابن معين قال : هو ثقة ولكن في حفظه شيء ومن أجـــل ذلك تكلم الناس فيه . فان قلت : قال ابن الجوزي اسماعيل بن أمية متروك . قلت ليس كذلك لأنه ظن أنه اسماعيل بن امية أبو الصلت الذارع وهو متروك الحديث وأما هذا فهو اسماعيل بن امية القرشي الأموي والذي في ظنه ليس في طبيعته.

فان قلت : قال أبو داوود رواه الترمذي وأيوب عن أبي الزبير « رح » موقوفاً على جابر «رض» وقد أسند من وجه ضعيف عن أبي ذئب عن ابي الزبير عن جابر «رض» عن النبي ﷺ قال : « ما أمتموه وهو حي فكلوه ، وما وجدتم ميتاً طافياً فلا تأكلوه » .

وقال الترمذي «رح» سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال : ليس بمحفوظ روى عن جابر «رض» خلاف هذا ولا أعرف لابن أبي ذئب عن أبي الزبير شيئاً .

قلت قول البخاري «رح» لا أعرف لابن أبي ذئب عن ابن زبير شيئاً هو على مذهبه

في أنه يشترط لاتصال الاسناد الصفر ثبوت السماع . وقد أنكر مسلم«رح» ذلك إنكاراً شـديداً وزعم أنه قول مخترع وأن المتفق عليه انه يكفي الاتصال امكان اللقاء والسماع وابن أبي ذئب أدرك زمان ابن الزبير بلا خلاف وسماعه منه ممكن . فان قلت قـال البيهقي «رح» ورواه عبد العزيز بن عبد الله عن وهب بن كيســان عن جابر «رض» مرفوعاً وعبد العزيز ضعيف لا يحتج به .

قلت أخرج الحاكم في المستدرك في أبواب الأحكام حديثاً عنه وصحح سنده . وأخرج حديثه هذا الطحاوي في أحكام القرآن فقال : حدثنا الربيع بن سليمان المرادي بن أشد ابن موسى ، حدثنا اسماعيل بن عيــاش حدثني عبد العزيز بن عبد الله عـن وهب بن كيسان ونعيم بن عبد الله المجمري عن جابر بن عبد الله «رض» عن رسول الله ﷺ قال : « ماجزر البحر ومـــا أبقى فكل وما وجدته طافياً فوق الماء فلا تأكل » . وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ عام خص عنه غير الطافي من السمك بالإتفاق وبالحديث المشهور .والطافي مختلف فيه فبقي داخلا في عموم الآية .

قوله : « ومـا نضب » بالنون والضـاد المعجمة والبـاء الموحـــدة من النضوب وهو ذهاب الماء .

قوله : « ولفظه » أي رمـاه لأن اللفظ في اللغة الرمي ، يقال لفظت الرحى الدقيق أي رمته ومنه قوله وما طفى أى على وجه المـاء .

( وعن جماعة من الصحابة « رض » مثل مذهبنا ) أي وروى عن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا ان الطافي لايحل وقد روى ابن ابي شيبة في مصنفه كراهية الطافي عن جابر بن عبد الله «رض» وعلي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه وابن عباس «رض» . و كذا عن ابن المسيب وأبي الشعثاء والنخعي وطاووس والزهري «رح» . وكذا نقل عبد الرزاق في مصنفه وقال محمد «رح» في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : كل ما جزر عنه الماء وما قذف به ، ولا تأكل ما طفى . يقال جزر الماء يجزر إذا قل ماؤه والجزر ضـــد الماء ومادته جيم ثم زاء معجمة فان قلت روى البيهقي من حديث

وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفـــة .

---

الثوري عن عبد الملك بن أبي بشير عن عكرمة عن ابن عباس قال أشهد على أبي بكر رضي الله تعالى عنه أنه قال : السمك الطافي حلال لمن أراد أكلها . وزاد فيه وكيع عن سفيان : الطافية على الماء . وروي أيضاً من حديث هشام حدثنا قتادة عن جابر بن زيد أن عمر رضي الله تعالى عنه قال الجراد والنون ذكى كله .

وروى غيره أيضاً عن الثوري عن جعفر بن محمد عن أبيه « رح » عن علي رضي الله تعالى عنه قال : الحيتان والجراد ذكى كله .

وروى غيره عن أبان عن ابن عباس عن أنس « رض » أنه ﷺ قال : « كل ما طفى البحر » قلت قد روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن علي بن سهر عن الاخلح عن ابن أبي الهذيل سأل رجل ابن عباس « رض » قال إني آتي البحر فاجده قد جعل سمكاً كثيراً فقال : كل ما لم ير سمكاً طافياً . وروى عبد الرزاق « رح » في مصنفه عن الثوري عن الاصلح عن أبي الهذيل سـأل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن أشياء وفي آخره أنه قال لابن عباس : إني قد أجد البحر قد جعل سمكاً قال فلا تأكل طافياً منه .

وحديث عمر وعلي رضي الله تعالى عنهما لا ينـــافي حديث جابر . وأما حديث ابان فانه منكر جـداً قال سمعته لأن أبي سبعين زينه أحب إلي أن أروي حديث ابان ابن أبي عياش .

ذكره الرازي « رح » في أحكام القرآن .

( وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافاً إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ) هـــذا جواب عما تمسكوا من قولهم أن ميتة البحر موصوفة بالحل . يعني ميتة البحر مـــا لفظه أي رماه البحر حتى يكون موته مضاف إلى البحر لأنه إذا رماه البحر ومات ، يكون موته بسبب رمي البحر من غير آفة . فان مات حتف أنفه فان موته لا يضاف إلى البحر .

## قــال ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع من السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ

( قال ولا بأس بأكل الجريث والمـارماهي وأنواع السمك والجراد من غير[1] ذكاة ) أي قال القدوري « رح » والجريث بكسر الجيم وتشديد الراء بعـده آخـر الحروف ساكنة وفي آخره ثاء مثلثة .

قال في كتاب اللغة : هو نوع من السمك . وفي الغاية الجريث الجرى . وقال الكاكي الجريث بالفارسية ماهي باي جوشق .

قلت الجريث السمك السـود والمار ماهي السمكة التي تكون في صـورة الحية ، وماهي هو السـمك وإنما أحـل أنواع السـمك لعمـوم قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان » الحديث .

وروى محمد في الاصل عن عمر وابن وهب عن عمرة بيان الطبيخ قالت : خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جـانب وذنبها من جانب آخر ، فمر بنا علي رضي الله تعالى عنه فقال : « بكم أخذت » قالت فأخبرته . فقال : « إطعمه ما أرخصه وأوسعه للعيال » ، فيه دليل على أن الجريث يؤكل لأنه نوع من السـمك فيجعل كسائر الأنواع . وهذا الحديث حجة لنا على بعض الرافضين وأهـل الكتاب فإنهم يكرهون أكل الجريث ويقولون أنه كان ديوثا يدعـو الناس إلى حليلته فمسخ به .

وهو متروك بقول علي رضي الله تعالى عنه كذا . قال خواهر زاده «رح» في شرحه وروى محمد « رح » أيضاً عن ابن عباس انه سئل عن الجريث فقال : أما نحن فلا نرى به بأساً وأما أهل الكتاب فيكرهون . فإذا صح عن علي «رض» وابن عباس «رض» اباحة الجريث ولم يرد غيرهما خلاف حل ذلك محل الإجماع .

وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ بأن قطع رأسه .

( وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه لأنه صيد البر ولهذا

---

(١) بلا ــ هامش .

رأسه ويشويه لأنــــه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به . فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره والحجة عليه مــــا رويناه .

وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقـــال كله كله .

---

يجب على المحرم ) أي ولأجل كونه صيدا يجب على المحرم ( بقتله جـــزاء يليق به ) أما كونه صيدا فلا خلاف فيه لأنه متوحش وأما جزاؤه فهو أن يتصدق بما شـــاء كما في قتل القمل وقد مر في باب الحج .

( فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره ) أي إذا كان كذلك فلا يحل إلا بالقتل كما في سائر الصيد حتى قالوا أنه إذا غفل عنه حتى مات حتف أنفه أو جعل الكل في غراره وماتوا فانه لا يحل . كذا ذكره الشيخ الإمام خواهر زاده « رح » .

وفي شـــرح كتاب الصيد ( والحجة عليه ما رويناه ) أي على مالك أراد بقوله مـا رويناه قوله ﷺ : « أحلت لنا ميتتان » الحديث . ولا يرد علينا كراهـــة الطافي لأنه مخصوص بالحديث الآخر .

وقال محمد «رح» في الاصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه قال : « ذكاة السمك والجراد واحدة » . ( وسئل علي رضي الله تعالى عنه عن الجراد يأخـــذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال : كله كله ) .

هذا وذكره محمد في الأصل وقد بلغنا عن علي رضي الله تعالى عنه أنه سئل عن الجراد إلى آخره فدل على حل الجراد مطلقاً سواء مات حتف أنفه أو مات بعلة بأن اصابه المطر في الطريق فمات . وفي الكافي ولأن موته لا بد أن يكون بسبب فانه يجري الأصل يرى المعاش كما قيل أن بيض السمك إذا انحشر عليه الماء يصير جراداً ، فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع أصله ، وإذا مات في الماء فقد مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته . وروي ان مريم سـألت لحماً هيناً فرزقت الجراد ، وعمر رضي الله تعالى عنه كان معها يأكل الجراد .

وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته ، وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك ، إذا مات من غير آفة لأننا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى . وعند التأمل يقف المبرز

---

( وهذا ) أي قول علي رضي الله تعالى عنه كله ، كله ، ( عدّ من فصاحته ) حيث أجاب بلفظتين متجانستين في اللفظ مختلفتين في المعنى . فان قوله كله ، أمر من اكل، يأكل ، والضمير فيه يرجع إلى الجراد . وقوله كله ، تأكيد لما بعده ، وهو من ألفاظ التوكيد المعنوي . ( ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه ) أي على إباحة أكل الجراد وإن مات من غير آفة (بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ) وهو حديث جابر رضي الله تعالى عنه ثم : أولاً حديث جابر لم يكن فرق بين السمك والجراد فافهم .

(ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة ) كالصدمة وإلقائه الماء على طرف ونحو ذلك ( يحل كالمأخوذ ) هذا أصل في اشتراط الآفة في موت السمك لتصير حلالاً، وهو أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ ، أي كالسمك المأخوذ من الماء ، فان أخذه سبب لموته .

فإن قلت : يتوهم فيما ينبذه الماء ما كان طافياً قبل النبذ ، قلت لم يعتبر هذا الوهم منا وإنما يعتبر في غير السمك من الحيوانات فانه إذا توارى عنه الصيد ، ولم يتبع لا يحل لاحتمال انه مات من هوام الأرض . والقياس أن لا يعتبر التوهم في موضع ، وإنما اعتبرناه بالنص في ماء السمك ، ولم يعتبر هنا لأنه قال ما لفظ البحر كله .

( وإن مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل ) لعدم الشرط وهو الآفة ، ولهذا قال ( كالطافي ) لأنه ميت حتف أنفه بغير آفة (وتنسحب عليه) أي يمتد على الأصل المذكور ( فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التأمل يقف عليها ) أي على الفروع (المبرز)

منها إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة ،
وما أبين من الحي وان كان ميتاً فميته حلال ،

بالتشديد ، من برز الرجل ، فإن أصحابه فضلا أو شجاعة ، وثلاثية من برز الرجل يبرز بروزاً ، أي ظهر قوله سبحانه وتعالى ﴿ وبرزوا لله جميعاً ﴾ أي ظهروا .

( منها ) أي من الفروع ( إذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقي ، لأن موته بآفة ، وما أبين من الحي وإن كان ميتاً ) يعني في سائر الحيوانات (فميته حلال) أي ميتة السمك حلال بخلاف غيره من الحيوانات .

ومنها : وجد في بطنها سمكة أخرى أو قتلها طير الماء ، فلا بأس بأكلها لأن الموت يحال إلى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمك أو قتل الطير .

ومنها : إذا ألقى سمك في جب ماء فماتت فيه ، فلا بأس بأكلها ، لأنها ماتت بسبب ضيق المكان عليها ، فكان موتها بآفة ظاهرة فيحل دمها إذا جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها ، وهو يقدر على أخذها بغير صيد ، لأن الجمع في مكان ضيق سبب لموتها ، وإن كانت تؤخذ بغير صيد ، فلا خير في أكلها لانعدام سبب ظاهر يحال الموت إليه ، فكان موتها حتف أنفها ، فلا يحل .

قال القدوري « رح » في شرحه : روى هشام عن محمد «رح» في السمك إذا كانت بعضها في الماء ، وبعضها على الأرض إن كان رأسها في الأرض ، أكلت لأنه موضع نفسها. وإذا كان خارجاً من الماء ، فإن الظاهر أنها ماتت بسبب . وإن كان رأسها وأكثرها في الماء لم تؤكل ، لأنه موضع حياتها ، فكان الظاهر أنها ماتت بغير سبب . وإن كان رأسها في الماء وأكثرها في الأرض ، أكلت لأنه ليس بموضع حياتها ، فعلم أن موتها بسبب .

وقد شنع ابن حزم على محمد « رح » في هذا فقال هذا قول مخالف للقرآن والسنة ، ولأقوال العلماء ، والقياس والمعقول . قيل في جوابه هذا من غاية تعصبه وتننيه لأن محمداً قال ذلك بالإستدلال من حديث جابر ووجهه ما مر .

وقال الولوالجى « رح » في فتاواه : إذا ماتت السمكة في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص منها أو أكلت شيئاً ألقاه في الماء لتأكله فماتت منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها لأنها ماتت بآفة . وفي الفتاوى الصغرى ناقلاً عن الجامع الصغير : إذا وجد السمك ميتاً على الماء وبطنه من فوق ، لم يؤكل لأنه طافي . وإن كان ظهره من فوق أكل لأنه ليس بطاف .

وفي الموت بالحر والبرد روايتان ، والله أعلم بالصواب .

---

وفي الذخيرة لو وجد سمكة في بطن طائفة يؤكل ، وإن كانت الطافية لا تؤكل . ولو وجد في حوصلة طائر يؤكل عند الشافعي «رح» لا يؤكل لأنه كالرجيع ، والرجيع طائر عنده نجس . قلنا إنما يصير رجيعاً إذا تغير . وفي السمك الصغار التي تقلى من غير أن يشق جوفها ، قال أصحابنا[1] لا يحل أكله لأن رجيعته نجس . وعندنا [2] سائر أجزائه تحل .

( وفي الموت بالحر والبرد روايتان ) أي في موت السمك بحرارة الماء أو برودته روايتين : إحداهما انه لا يؤكل لأنه مات بسبب حادث ، فهو كما لو ألقاه الماء على اليبس ، والرواية الأخرى لا يؤكل لأن الحر والبرد صفة من صفات الزمان ، فليست من الموت غالباً . وأطلق القدوري « رح » في شرح مختصر الكرخي الروايتين ولم ينسبهما إلى أحد وقال شيخ الإسلام خواهر زاده « رح » في كتاب الصيد ، وقد ذكره في غير رواية الأصول خلافاً ، وقال على قول أبي حنيفة «رح» لا يحل ، وعلى قول محمد يحل . فكذلك قال في العيون حيث قال : وقال أبو حنيفة إذا قتلها برد الماء أو حره لم يؤكل ، فهو في منزلة الطافي . وقال محمد يؤكل لأنه مات بآفة . فوائد وفي الكافي للحاكم ولا يحل صيد المجوسي ولا ذبيحته إلا فيما يحتاج اليه إلى التذكية من سمكة أو جرادة وبيضة يأخذها ، وما أشبه ذلك ، وكذلك المرتد ، ولا بأس بصيد المسلم بكلب المجوسي المعلم وقاره كما يذبح بسكينه ، ولو ذبح شاة أو بقرة فتحركت بعد الذبح أو خرج منها دم تحل ، وإن لم تتحرك ولم يخرج منها الدم ، لم تحل ، وهنا إذا لم يدرك حياته وقت الذبح ، فإن علم حل . ولو ذبح الموقوذة أو المسفوفة البطن أو المريضة وفيها حياة ، حل في ظاهر المذهب ، بقوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ فيما ذبح ولا يفصل في ظاهر الرواية . وفي المحيط : وعليه الفتوى . وعن أبي حنيفة «رح» إن كان بحال يعيش يوماً لولا الذكاة يحل وإلا لا .

وعن أبي يوسف : إذا كان بحال يعيش أكثر اليوم لولا الذكاة ، يحل وإلا لا .

وفي المحيط : ذبح شاة وقيل إن كان أكثر رأيه أنها حية أكل وإلا لا .

وقيل : إن تحركت أكل خرج الدم أو لا وإن خرج الدم ولم يتحرك لم يؤكل .

---

(١) أي الأئمة الثلاثة « رح » . (٢) أي عند أبي حنيفة «رح» .

# كتاب الاضحية

## ( كتاب الأضحية )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الأضحية وجه المناسبة بين الكتابين من حيث اشتمال كل منهما على الذبح ، إلا أن الذبح أعم من الأضحية . وجه المناسبة بين الناس من حيث اشتمال كل منهما على الذبح ، إلا أن الذبح أعم من الأضحية ، والخصوص يكون بعد العموم .

وفي اللغـــة اسم ما يذبح في يوم الأضحى على وزن أفعولة وكان أصلهـــا أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وادغمت الياء في اليـــاء وكسر الحاء لتناسب الياء ، ويجمع على أضاحي بتشديد الياء كالواو في جمـــع أروية هي انثى من الوعل .

قال الاصمعي فيها اربع لغات : أضحية بضم الهمزة وكسر ياء ، وضحية بفتح الضاد على وزن فعليه كهديه وهداياه ، وأضحاة وجمعها اضحى كارطاة وارطى . قـــال الفراء الاضحية تذكر وتؤنث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهذا يوم الأضحى وشرائطها تذكر في أثناء الكتاب ، وسببها الوقت وهو أيام النحر لأن السبب إنما يعرف بنسبة الحكم إليه .

وتعلقت به إذ الاصل في اضافة الشيء إلى الشيء أن يكون سبباً، وكذا الأزمنة فيتكرر بتكرره كما عرف في الأصول، ثم الأضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد اضيف المسبب إلى حكمه فقال يوم الاضحى ، فكان لقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببه ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة عليها .

فإن قلت لو كان الوقت سبباً لوجبت على الفقير لتحقق ، قلت : الغنى شرط الوجوب وهي واجبة بالقدرة الممكنه بدليل أن الموسر إذا اشترى شاة للأضحية في أول يوم النحر

ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الأضحية ، ولو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرط كما في الزكاة والعشر والخراج حيث يسكت بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة .

فإن قلت ادنى ما يتمكن به المؤمن إقامتها تملك قيمة ما يصلح الأضحيه ولا تجب إلا بملك النصاب ، فدل على أن وجوبها بالقدرة الميسرة .

قلت اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر ، وهذا لأنها وظيفة مالية نظراً إلى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر .

فإن قلت لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لأن القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق، وللمضحى أن يتصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والإتلاف بإراقة الدم وإن لم يتصدق حصل الأخير ، وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول إلى الثواب في العقبى بفضل الله سبحانه وتعالى ورحمته ، وشرعه في الكتاب وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ فصل لربك وانحر ﴾ قيل المراد منه صلاة العيد والتضحية كذا في الكشاف ، روى ذلك عن ابن عباس في تفسيره أي أصل الصلاة العيد والنحر الجزور كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه .

وهو ما روى البخاري عن أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه قال كان النبي ﷺ يضحى بكبشين وانا اضحي بكبشين وعلى ذلك انعقد الاجماع ( قال الاضحية واجبة ) أي قال القدوري في مختصره ذكر الأضحية وأراد بها التضحية لأن الوجوب في صفات الفعل وإنما قال هذا تسمية للحال باسم المحل .

( على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى ) إنما شرط الحرية لأنها قربة مالية لا يصح اداؤها بلا ملك ولا ملك للرقيق ، وشرط الإسلام لأنها قربة ولا يتصور في الكافر وشرط الإقامة لان المسافر يلحقه المشقة في أدائها ، وشرط اليسار لقوله عليه السلام : من وجد سعة ولم يضح على الوجوب بالسعة ولا سعة للفقير على ما يجيء كل ذلك مفصلا .

( عن نفسه وعن ولده الصغار ) يتعلق بقوله واجبة وولده بضم الواو وسكون اللام

عن نفسه وعن ولده الصغار . أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله ، وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع ، وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة . وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره

---

والولد جمع ولد تتناول الذكر والانثى .

( أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمدوزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبي يوسف ) وبه قال مالك والليث وربيعة والثوري والاوزاعي وروي الوجوب عن أبي يوسف ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وهشام بن عبد الله الرازي .

( وعنه انها سنة ) أي وعن أبي يوسف أن الأضحية سنة ( ذكره في الجوامع ) وهو اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف ( وهو قول الشافعي ) قول احمد وبه قال اكثر أهل العلم . (وذكر الطحاوي) وهو الشيخ الأمام الحافظ أبو جعفر أحمد بن مسلم بن سلمة الاردي الطحاوي الجنزي القرمي ابن اخت المزني صاحب الشافعي .

( أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف ) أي الاختلاف في وجوب الأضحية وسنتها حيث قالوا إنها واجبة على قول أبي حنيفة سنة على قولهما .

( وجه السنة قوله ﷺ من أراد منكم ان يضحى فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا البخاري ، عن سعيد بن المسيب عن أم سلمة رضي الله تعالى عنها عن النبي ﷺ انه قال : « من رأى هلال ذي الحجة وأراد أن يضحي فليمسك عن شعره واظفاره » انتهى . أراد لا يحلق شعره ولا ينتف أبطه ولا يقلم أظافره إلى يوم النحر تشبيهاً للمحرمين وإليه ذهب بعض العلماء .

شيئاً ، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف الماليـــة كالزكاة وصار كالعتيرة .

---

( والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ) إرادة التعليق بالارادة وهو قوله ﷺ من أراد فإن من شرطية وأراد فعلها .

وكذا قول الشافعي،وفي هذا الحديث دليل على عدم وجوب الأضحية لأنه علقـــه بالإرادة وهو ينافي الوجوب وبذلك أيضاً أسند ابن الجوزي في التحقيق لمذهب أحمد .

ومما يدل على عدم الوجوب قوله ﷺ : « ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم الضحى والضحى والوتر . قلت روى احمد في مسنده والحـــاكم في مستدركه وسكت عنه عن حديث ابن حبان الكلبي عن يحيى بن حبـــة عن عكرمة عن ابن عباس قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : ثلاث هن علي فرائض وهي لكم تطوع الوتر والنحر وصلاة الاضحى

وقال الذهبي في مختصره سكت الحاكم وفيه ابو حبان الكلبي وقد ضعفه النسائي والدارقطني ، وأخرجه الدارقطني عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً : كتب علي النحر ولم يكتب عليكم ، وجابر الجعفي يضعف قال صاحب التنقيح وروي من طريق آخر وهو ضعيف على كل حال .

( ولأنها ولو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة ) احترز به عن الوظائف البدنية كالصوم والصلاة فانهما مختلفان فيهما لأن المسافر لحقه المشقة في أدائها .

( وصار كالعتيرة ) أي صار حكم الاضحية كحكم العتيرة يعني انهـــا لما لم تجب على المسافر لاتجب على المقيم ، فكذا الاضحية لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم والجامع في كل واحدة منها قربة يتقرب بها إلى الله سبحانه وتعالى فصار كقوله كالزكاة وكالعتيرة ، لبيان العكس والعكس مرجح ومؤكد للعلة .

وهذا كما قلنا ما يلزم بالشروع بالنذر كالحج والصلاة وما لا يلزم بالشروع لايلزم بالنذر

كالوضوء وصلاة الجنازة ، وهي شاة تذبح في الجاهلية في رجب يتقرب بها أهـــل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ وفي الايضاح العتيرة اول ولد الناقة ،فالشاة تذبح وتؤكل وتطعم ، وقالت ثلاثة وما كانت في الجاهليـــة الرخسة والعتيرة والعقيقة نسختها الاضحية .

( ووجه الوجوب قوله ﷺ : من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ) هـــذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه عن زيد بن الحبان عن عبدالله بن عباس عن عبدالرحمن الأعرج عن ابي هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ « من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » رواه أحمد وابن أبي شيبة واسحاق بن راهوية وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، والدارقطني في سننه والحاكم في المستدرك في سورة الحج ،وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

وأخرجه في الضحايا عبدالله بن يزيد المقري حدثنا عن عبدالله بن عباس به مرفوعاً وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه في الضحايا ، ثم رواه من حديث ابن وهب اخـــبرني عبدالله بن عباس به فذكره موقوفاً ، قال هكذا وقفه ابن وهب والزيادة عن الثقة مقبولة وعبدالله بن يزيد المقري فوق الثقة .

وقال في التنقيح حديث ابن ماجة كلهم رجال الصحيحين إلا عبدالله بن عباس النسائى فانه من إفراد مسلم ، قال وكذلك رواه حنوق بن شريح وغـــيره عن عبدالله بن عباس مرفوعاً ، ورواه ابن وهب عن عبد الله بن عباس به موقوفاً.

وكذلك رواه جعفر بن ربيعة وعبدالله بن ابى جعفر بن ربيعة وعبيد الله بن ابى جعفر عن الأعرج عن أبى هريرة موقوفاً وهو أشبهه بالصواب .

وقال ابن الجوزي في التحقيق : وهذا الحديث يدل على الوجوب كما في حديث « من أكل الثوم فلا يقربن مصلانا ». قوله سعة بفتحتين أي غنى ويســـار ، وقيل مما يدل على الوجوب حديث أخرجه البخاري ومسلم عن البراء بن عازب عن أبى بردة بن يســـار ،

## ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولأنها قربة يضاف إليهـــا وقتها . يقال يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود

---

قال يا رسول الله ﷺ ان عندي جذعة قال اذبحها ولن تجزي عن أحد بعدك . ومثل هذا لا يستعمل إلا في الواجب .

وقال الجوزي معناه يجري في إقامة الشدة بدليل أنه ورد في الحديث «فمن فعل ذلك فقد أصاب سناً قيل حديث آخر أخرجه الدارقطني عن ابن المسيب بن شريك حدثنا عبدالملك عن شعبة عن مسروق عن علي عن النبي ﷺ : « يمنح الأضحى كل ذبح ورمضان كل صوم » وقال البيهقي اسناده ضعيف بمرة والمسيب بن شريك متروك .

وقال في التنقيح قال الفلاس اجمعوا على ترك حديث المسيب بن شريك . قيل أخرجه الدارقطني أيضـــاً عن أبي هريرة بن عبد الرحمن بن رافع بن خديج عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : يا رسول الله ﷺ : استدين واضحي قال نعم وانه دين مقتضى . قال وهو ضعيف ولم يدرك عائشة رضى الله تعالى عنها .

( ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب )لأن نهيه ﷺ من لم يضح عن سعة عن قربان مصلاه يدل على أنه فعل أمراً عظيماً وهو ترك التضحية ، فدل على أنها واجبة وفيه نظر على ما ذكرنا فإن قلت أليس أن النبي ﷺ قال «من ترك سنتي لم ينل شفاعتي » قلت ذلك محمول على الترك اعتقاداً ، والترك أصلاً حرام ، لهذا تجب المقابلة مع جماعة تركوا الأذان وإن كان الأذان سنة لان إحياء السنة واجب .

( ولأنها ) ولان الأضحية ( قربة يضاف إليها وقتها يقال يوم الأضحى ) كما يقال يوم الجمعة ( وذلك يؤذن بالوجوب ) أي الاضافة يعلم بالوجوب وتذكير الإشارة باعتبار المذكور ( لأن الاضافة للإختصاص ) أي الاختصاص المضاف إليه ( وهو بالوجود ) أي الاختصاص المضاف بالمضاف إليه إنما يثبت بوجود المضاف إليه لانه إذا لم يوجد فيـه لا يكون متعلقاً به فضلاً عن الاختصاص .

والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظـــاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسبـــاب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهو

---

( والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظـر إلى الجنس ) أي جنس المكلفين لجواز ان يجتمع النـــاس على ترك ما ليس هو واجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بأن السنة تفضي إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك سنة ، فأجيب بأن الوجوب انتفى إلى الوجود لاستحقاق العقاب لتركه .

( غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ) هـــذا جواب عن قولهم ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر تقريره أن الأضحيـــة تختص بأسباب أي بشرائط وهي تحصيل شاة خالية من العيوب المانعة ورعاية فراغ الإمـام عن الصلاة في حق أهل المصر على وجه لم يبق عليه من واجباتها .

ورعاية طلوع الفجر الثاني من يوم النحر في حق أهل السواد فهذا يشق على المسافر استحضارها أي تحصيلها والضمير يرجع إلى الاسباب فإذا كان كذلك سقطت عن المسافر تخفيفاً كما سقط عنه الوضوء وجاز التيمم عند الزيادة على ثمن المثل ، فهذا أولى بالسقوط لانه أقوى حرجاً من زيادة ثمن الماء ولان المسافر لو فرضنا أنه وجد شاة تصلح للأضحية فإنها يحتاج إلى حفظها إلى أن يجيء وقتها ويتعسر عليه ذلك فسقطت عنه دفعا للحرج ولم يوجد حالة السفر هذا المعنى في المقيم فلم يسقط عنه قياساً على المسافر لعدم الجامع .

( ويفوت ) أي الاضحية ( بمضي الوقت ) أي أيام النحر وهي ثلاثة أيام ( فلا تجب عليه ) أي إذا كان الامـــر كذلك على ما ذكرنا فلا تجب الاضحية على المسافر ( بمنزلة الجمعة ) حيث سقطت عن المسافر لأمور يشق عليه استحضارها بخلاف المقيم كما ذكرنا .

( والمراد بالإرادة فيما روى والله أعلم ) هذا جواب عما استدلوا به من قوله ﷺ من أراد أن يضحي منـــكم تقريره أن المراد بقوله عليه السلام من أراد ( ما هو ضد السهو ) وهو

القصد ( لا التخيير ) أى ليس المراد التخيير بين الترك والاباحة فصار كأنه قال من قصد أن يضحي منكم وهـذا لا يدل على نفي الوجوب كما في قوله من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله من أراد منكم الجمعة فليغتسل أي من قصد ولم يرد التخيير فكذا هذا.

( والعتيرة منسوخة ) هـذا جواب عن قولهم وصار كالعتيرة يعني انها لما كانت منسوخة لا يلزم من عدم وجوبها عدم وجوب ما ليس منسوخ وروى الأئمـة الستة في كتبهم من حديث الزهري عن ابن المسيب عن أبي هريرة قال رسول الله ﷺ لا قزع ولا عتيرةوزاد أحمد في مسنده في الإسلام وفي لفظ النسائي أن النبى ﷺ نهى عن القزع والعتيرة ، وفي الصحيحين القزع أول النتاج كان ينتج لهم فيذبحونه لطواغيتهم والعتيرة في رجب .

وأسند أبو داوود عن سعيد بن المسيب قال القزع أول النتاج كان ينتج لهم فيذبحونه ، وقال الترمذي والعتيرة ذبيحة كانوا يذبحونها في رجب يعظمونها لأنها أول الاشهر الحرام والقزع أول النتاج كان ينتج لهم فيذبحونه .

وأخرج الدار قطني ثم البيهقي في سننيهما في الاضحية عن المسيب بن شريك عن عقبة ابن اليقظان عن الشعبي عن مسروق عن علي رضي الله تعالى عنه قال : قال رسـول الله ﷺ نسخت الزكاة كل صدقة ونسخ صوم رمضان كل صوم ونسخ غسل الجنابة كل غسل ونسخت الاضحى كل ذبح ، وضعفاه قال الدارقطني المسيب بن شريك وعقبة بن اليقظان متروكان ورواه عبد الرزاق في مصنفه في أواخـر النكاح موقوفاً على علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه .

( وهي ) أي العتيرة ( شـاة تقام في رجب ) أى كانوا يذبحونها في رجب تعظيماً له على ما مر ، وفي الصحاح العتيرة شاة كانوا يذبحونها لأصنامهم، وفي العباب العتيرة الصنم الذي كان تعتر عنده العتاير . كان الرجل إذا أعتر عتيرة رمى رأسه من بدنه ونصبه إلى حيث الصنم فوق شرف من الارض ليعلم أنه انما ذبح لذلك .

والعقر أيضاً العقيرة مثال ذبح وذبيحة ( على ما قيل ) أشـار به إلى أن في تفسير

العترة اختلافاً وقد ذكرناه فإن قلت قوله ﷺ ثلاث كتب علي الحديث يدل على الوجوب قلت قد مر أن هذا حديث ضعيف لا يصح الاحتجاج به ، ولئن صح فالمكتوبة الفرض ونحن نقول أنها غير فرض وإنما هي واجبة .

فإن قلت قوله عليه السلام ضحوا فإنها سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام ، وقد أطلق عليها السنة ، قلت هذا الحديث أخرجه البيهقي عن محمد بن سلمة الواسطي حدثنا يزيد بن هارون أخبرنا سلام بن مسكين عن عابد الله بن عبد الله المحاسبي عن أبي داود الشعبي عن زيد ابن أرقم قلنا يا رسول الله ﷺ ما هذه الأضاحي قال سنة أبيكم ابرهيم عليه السلام قلنا فما لنا فيها قال بكل شعره حسنة قلنا فالصوف قال بكل شعره من الصوف حسنة .

وقال الذهبي وقال البخاري لا يصح هذا واسم أبي داوود دسع وأخرج ابن ماجة عن سلام ابن مسكين عن عابدالله بن عبد الله المحاسبى عن أبي داود السعمي عن زيد بن أرقم قلنا يا رسول الله ﷺ ما هذه الاضاحي قال سنة أبيكم ابراهيم عليه السلام قالوا ما لنا فيها قال بكل قطرة حسنة . انتهى .

ولأن صح مع قوله ضحوا فإنها سنة أبيكم ابراهيم فيقول إنه مشترك الالزام . فان قوله ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم أي طريقته ، فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين . قلت روى أن أبا بكر وعمر كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة .

فإن قلت روى البيهقي عن الثوري عن أبيه ومطرف واسماعيل عن الشعبي عن أبي شريحة الغفارى قال أدركت أو رأيت أبا بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما لا يضحيان في بعض حديثهم كراهة أن يقتدى بهما . وأبو شريحة صحابي .

وروى أيضاً عن معمر عن اسماعيل بن أبى خالد عن مطرف عن عامر عن حذيفة بن أسد قال رأيت أبا بكر وعمر رضى الله تعالى عنهما وما يضحيان عن أهلهما خشية أن يستن بهما . قال الفلاس قلت ليحيى بن سعيد أن معتمراً حدثنا قال حدثنا مطرف عن الشعي عن أبي شريحة فقال هذا مثل حديثه عن الشعي عن عمر الحلي يريد به يحيى أنه أخطأ في هذا كما أخطأ في ذاك . انتهى .

وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر . وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا ، واليسار لمـــا روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر

---

ولئن صح فجوابه أنهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبه على المعسرين .

( وإنما اختص الوجوب بالحرية ) هذا بالشروط المذكورة في أول الكتاب ( لأنهـا ) أي لأن الأضحية ( وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر ) لأن العبد لا يملك شيئاً ( وبالإسلام ) أى اختص الوجوب بالإسلام ( لكونها قربة ) والكافر ليس من أهلها، (وبالإقامة) أي اختص الوجوب بالإقامة أيضاً ، ( لما بينا ) أشار به إلى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب إلى آخره ( واليسار ) بالجزء أي واختص الوجوب أيضاً باليسار ( لمـــا روينا من اشتراط السعة ) أشار به إلى قوله ﷺ من وجد سعة ... الحديث .

( ومقداره ) أي مقدار اليسار في هذا الباب ( ما يجب به صدقة الفطر ) وهو أن يملك مقدار مائتي درهم فاضلاً عن منزله وأثاثه وكسوته وخادمه وسلاحه ، وفي الأجناس نقل عن الهاروني أنه جاء يوم الأضحى وله مائتا درهم وأكثر لا مال له غيره صرف ذلك أو أداه لم يجب عليه الأضحية وإن جاء يوم الأضحى ولا مال له ثم استفـاد مائتي درهم ولا دين له قبل مضي الوقت وجبت عليه الأضحية .

وذكر أبو علي الدقاق الرازي صاحب كتاب الحيض ، ان في العقارات والمبيعات إذا كان ملكا للرجل لا ينظر إلى قيمته وإنما ينظر إلى دخله . وفي اضاحي علي الرازي وابي القاسم الحرسى وأبي عبد الله الزعفراني انه يعتبر قيمتها لادخلها كما في سائر الأمتعة .

قال أبو علي الدقاق ولو كان خبازاً عنده حطب قيمته مائتادرهم فجاءيوم الأضحى وذلك عنده عليه الأضحية ،ولو كان له مصحف قرآن قيمته مائتا درهم وهو ممن يقرأ فيه ولا مال اه غيره فلا أضحية عليه وإن كان لا يقرأ فيه عليه الأضحية فإن كان ممن يحسن أن يقرأ الا انه يتهاون فلا يقرأ ولا يستعمله ، فلا أضحية عليه وإن كان عنده كتب فقـــه وحديث قيمتهامائتا درهم ، وهو من أهل العلم ممن ينفعه ويستعمله فلا أضحية عليه . وإن كان

وقد مر في الصوم، والوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شـــاء الله تعالى. وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهمـــا الله. وروى عنـــه أنه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه.

---

عنده ولا يحسن ذلك فعليه الأضحية إلى هنا من الأجناس وصاحب كتب الطب والنجوم والأدب، غني بها ان كان قيمتها مائتي درهم.

( وقد مر في الصوم ) أي وقـــد مر بيان حكم اليسار في باب صدقـة الفطر. ( والوقت ) بالجر أي واختص الوجوب بالوقت أيضاً. ( وهو يوم الأضحى لأنهـــا مختصة به) أي لأن الأضحية مختصة بيوم الأضحى ( وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى) أي مقدار الوقت.

( وتجب عن نفسه ) أي يجب الأضحية عن نفس المكلف، ( لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه ) أشار به إلى قوله ويجب على كل حر مسلم.

( وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه) أي لان وليه الصغير في معنى نفسه لانه جزؤه والشيء ملحق بكله ( فيلحق به كما في صدقة الفطر ) لان كل واحد منهما قربة ماليـة تعلقت بيوم العيد فكانا نظيرين في هذا الوجه.

( وهـــذه رواية الحسن عن أبى حنيفـة ) أي الوجوب على الاب عن ولده الصغير رواية رواها الحسن في المجرد عن أبي حنيفة، وما ثبت الاشارة باعتبار الرواية (وروى عنه ) أي عن أبي حنيفة في الأصل، ( أنه لا يجب عن ولده ) أي أن ذبـــح الأضحية لا تجب على الأب.

( وهو ظاهر الرواية ) أي هـــذا هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة قال قاضيخان وعليه الفتوى، ( بخلاف صدقة الفطر ) حيث تجب عليه عن ولده، ( لأن السبب هناك) أي لأن سبب الوجوب في باب صدقة الفطر ( رأس يمؤنته ويلى عليـــه ) أي رأس يمؤنة

وهما موجودان في الصغير وهـــذه قربة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير . ولهذا لا تجب عن عبـــده وإن كان يجب عنه صدقة الفطر . وإن كان للصغير مال يضحي عنـــه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير

---

الرجل ، أي تجب عليه مؤنته ويلي عليه أن يتولى أمره .

( وهما موجودان في الصغير ) أي المونة والولاية موجودان في الصغير ، ( وهــذه ) أي الأضحية ( قربة محضة ) أي خالصة لأن الاراقة من العبد للرب من غــير شائبة ومشاركة ، ولا كذلك التصدق بالمال لأن المال كما يتقرب به إلى الله تعالى ، يتقرب به إلى العباد ، فلا يكون في صدقة الفطر قربة محضة ، فجاز أن يجب على الغير بسبب الغـير إذ اقام الدليل وقد قام صدقة الفطر .

( والأصل في القرب ) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة ( أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا ) أي ولكون عدم الوجوب عليه بسبب الغير (لا يجب عن عبده ) أي لا يجب الأضحية على المولى عن عبده .

( وإن كان يجب عنه ) أي عن العبد ( صدقة الفطر ) لما قلنا انها ليست بقربة محضة فيجوز أن يجب عليه بسبب الغير ( أو إن كان الصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف ) وبه قال مالك ولكن لا يتصدق باللحم لأن الواجب هو اراقة الدم واما التصدق باللحم فإنه تطوع .

وقال الصغير لا يحتمل التطوع فينبغي أن يطعم الصغير ويستبدل لحمـــه بالاشياء التي ينتفع بها الصغير مع بقاء اعيانها ، كما في جلد الأضحية كذا في التحفة .

( وقال محمد وزفر والشافعي وأحمد يضحى من مال نفسه لا من مال الصغير ) لانها في نفس الأمر إتلاف ومال الصغير يحفظ عن هذا .

فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم ، لأن القربة تتأدى بالاراقة ، والصدقة بعدها تطوع ، فلا يجوز ذلك من مال الصغير . ولا يمكنه أن يأكله كله والأصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه .

---

( فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر ) وفي بعض النسخ بالواو ، أي الخلاف في وجوب الأضحية على الأب عن ولده الصغير كالخلاف في صدقة الفطر .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي : تكلم اصحابنا المتأخرون في هذه المسألة فمنهم من قال انها محمولة على صدقة الفطر فيجب في مال الصغير عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، ولا يجب عند محمد وزفر . ومنهم من قال لا تجب في قولهم جميعاً ، لأن الواجب في الأضحية اراقة الدم ، فالصدقة بها تطوع وذلك لا يجوز في مال الصغير ، ولا يقدر الصغير في العادة أن يأكل جميعها ، ولا يجوز أن تباع فكذلك لم تجب .

والصحيح ان يقال انها تجب ولا يتصدق بها لأن ذلك تطوع ، ولكن يأكل منها الصغير ويدخوله قدر حاجته ، ويبتاع له بالباقي ما ينتفع به ، كما يجوز أن يبيع البائع جلد الأضحية .

( وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم ) جميعاً أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله ( لأن القربه تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع ) أي بعد الاراقة وتذكير الضمير باعتبار بعد الذبح ( فلا يجوز ذلك من مال الصغير ) أي التصدق من مال الصغير لانه تبرع .

( ولا يمكنه أن يأكله كله ) أي ولا يمكن للصغير أن يأكل كل ما ذبح له فيصير ضائعاً وماله محفوظ عن ذلك (والاصح أن يضحي من ماله ) أي من مال الصغير ( ويأكل منه ) بالنصب ، أي ويأكل من الذي يضحى له ( ما امكنه ) أكله ، أي الذي امكنه أكله كله .

( ويبتاع ) بالنصب أيضاً ويشتري ( بما بقى ما ينتفع بعينه ) كالمنخل والغربال

قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة والقياس أن لا تجوز إلا عن واحـــد لأن الأراقة واحدة وهي القربة الا أناتركناه بالأثر وهو ما روى عن جابر « رض » أنه قـال

---

ونحو ذلك ، ولا يتصدق باللحم ايضاً اصلا لأن مال الصغير لا يحتمل ذلك .

( قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة ) أي قال القدوري من كل واحـــد عن نفسه واولاده شاة ( أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة ) أي سبعة انفس،واعلم ان الشاةلاتجزىء إلا عن واحد وانها قل،ما تجب وذكر الاترازي ان هذا اجماع وقال الكاكي وقال مالك وأحمد والليث والاوزاعي ، يجوز الشاة عن أهل بيت واحد ، وكذا بقرة أو بدنة لأنه ﷺ لما ضحى كبشين وقرب احدهما ، قال اللهم هذا عن محمد واهل بيته وقرب الآخر وقال إن هذا منك ولك عمن وجد من امتي .

وعن أبي هريرة لما ضحى بالشاة جاءت ابنته وتقول عني فقال وعنك . قلت هـــذا لا يدل على وقوعه من اثنين بل هذا هبته ثوابه وقد روى عن ابن عمر رضى الله تعـالى عنهما انه قال : الشاة عن واحد ، انتهى.

والبدنة تجزىء عن سبعة إذا كانوا يريدون بها وجـه الله سبحانه وتعالى ، وكذلك البقرة وإن كان احدهم يريد اللحم لم يجز عن الكل ، وكذا لو كانت نصيب احـدهم أقل من السبع لم تجز ، وإما إذا كانوا أقل من سبعة ونصيب أحدهم الثلث والآخر الربع جاز بعد ان لا يكون نصيب احدهم أقـــل من السبع ، هذا إذا اشتروا بالشركة أو اشترى احدهم بنية الاشتراك ثم اشترك بعد ذلك ، يجوز الاضحية ولكن يضمن قيمة مـــا باع ويستوى الجواب إذا كان الكل من جنس واحد ومن اجنـاس مختلفة احدهم يريد جزاء الصيد والآخر هدى المتعة والآخر الاضحية ، بعـد أن يكون الكل لوجه الله تعـالى ويجوز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر ، كذا في شرح الطحاوي .

( والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد لأن الأراقة واحدة وهي القربة إلا أنا تركنـاه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مـع رسول الله ﷺ البقرة عن

نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعـــة والبدنة عن سبعة ، ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمـــد في الأصل . لأنه لما جاز عن سبعة فعمن

---

سبعة والبدنـــة عن سبعة ) هذا الحديث اخرجه الجماعة إلا البخاري عن مالك عن أبي الزبير عن جابر وقال نحرنا مع رسول الله ﷺ بالحديبية البدنـة عن سبعة والبقر عن سبعة وأخرج أبو داود في الأضحية والنسائي في الحج عن قيس عن عطاء عن جابر أن النبي ﷺ قال البقر عن سبعة والجزور عن سبعة .

وإن قلت أخرج الترمذي في جامعه والنسائي في سننه وأحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه عن علي بن أحمد عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال كنا مع رسول الله ﷺ في سفر فحضر الاضحى فاشتركنا في البقرة سبعة ، وفي الجزور عشرة ، وقال الترمذي حديث حسن غريب .

قلت قال البيهقي حديث أبي الزبير عن جابر رضى الله تعالى عنه في اشتراكهم وهم مع النبي ﷺ في الجزور سبعة اصح ، أخرجه مسلم ، على أن اشتراكهم في العشرة محمول على انه في القسمة لا في التضحية .

( ولا نص في الشاة فبقى على أصل القياس ) أي لم يرد نص على ان يكون الشاة عن اكثر من واحد ، فاقتصر على أصل القياس وهو ان الاراقة واحدة فلا يجوز إلا عن واحد .

فإن قلت كيف يقول ولا نص في الشاة ، وقد روى الحاكم عن ابن عقيل زهرة بن سعيد عن جده عبد الله بن هشام ، وكان قد أدرك النبي ﷺ وذهبت به أمه زينب بنت حميد إلى رسول الله ﷺ وهو صغير فمسح رأسه ودعا له قال كان رسول الله ﷺ يضحي بالشاة الواحدة عن جميع أهله ، وقال صحيح الإسناد قلت هذا لا يدل على وقوعـــه في الجماعة ، بل معناه انه كان يضحي ويجعل ثوابها هبة لأهل بيته كما ذكرناه آنفاً .

( وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ) أى تجوز البقرة والبدنة ، ذكره تفريعـــاً على مسألة القدوري ( ذكره محمد في الاصل ) حيث قال إذا ذبحت البقرة عن خمسة أو ستة أو ثلاثة هل تجزيهم قال نعم ( لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ) أي لان ذبح

دونهم أولى . ولا تجوز عن ثمانية ، أخذاً بالقياس فيما لا نص فيه . وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه إن شاء الله تعالى . وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه السلام . على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيره .

---

الاضحية إذا جاز عن سبعة انفس فما دونها بالطريق الاولى ، وكان فائدة التقييد بالسبعة يمنع الزيادة والنقصان .

( ولا تجوز عن ثمانية ) يعني لا تجزىء البقرة أو البدنة اكثر من سبعة عن عامة العلماء. قال القدوري قال مالك يجزى عن أهل البيت وإن زادوا عن سبعة ، ولا يجزى عن البيتين وان كانوا أقل من سبعة ويجيء بيانه الآن . ( أخذاً بالقياس فيما لا نص فيه ) أخذاً بالقياس ، أخذاً بمعنى مأخوذاً نصب على الحال أي حال كون عدم الجواز مأخوذاً في الذي لم يرد فيه نص ويجوز أن يكون التقدير آخذين بالقياس والعامل محذوف تقديره قلنا ،هذا حال كون آخذين بالقياس ، ويجوز أن يكون نصبا على التعليل ، أي لأجل الأخذ بالقياس ( وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ) بضم السين .

( لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض ) يعني لا يجوز من صاحب الكثير كما لا يجوز من صاحب القليل ، كما إذا مات الرجل وخلف امرأة وابنا ، وترك بقرة يضحياها ، فلم يجز لان نصيب المرأة أقل من السبع لأن نصيبها الثمن ، وإذا لم يجز في نصيبها لم يجز في نصيب الابن . (وسنبينه إن شاء الله تعالى) أي سنبين الاصل في هذا الباب ان شاء الله تعالى

( وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين ، وان كانوا أقل منها لقوله ﷺ على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة ) هذا الحديث أخرجه اصحاب السنن الاربعة عن ابن عون عن ابي رملة حدثنا نحيف بن سليم

## قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت ، لأن اليسار له يؤيده مـــا يروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيره ،

قال كنا وقوفاً مع رسول الله ﷺ بعرفات فقال يا أيها الناس على كل أهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة اتدرون ما العتيرة هي التي يقول الناس لها الرجبية وقال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه من حديث ابن عون .

ورواه أحمـــد وابن أبي شيبة وأبو يعلى الموصلي والبزاز في مسانيدهم والبيهقي في سننه والطبراني في معجمه وقال عبد الحق اسناده ضعيف ، وقال ابن القطان وعلته الجهل بحال أبي رملة واسمه عامر ، فانه لا يعرف إلا بهـــذا يرويه عنه ابن عون ، وقد رواه عنه ايضاً حسن بن مخنف وهو مجهول ايضاً .

قلت ورواه من هذا الطريق عبد الرزاق في مصنفه ، اخبرنا ابن جريج اخـــبرني عبد الكريم عن حسن بن مخنف بن سليم عن ابيه قال : انتهيت إلى النبي ﷺ يوم عرفة وهو يقول هل تعرفونها فلا أدري مارجعوا اليه فقال النبي ﷺ على كل أهل بيت أن يذبحوا شاة في رجب وفي كل اضحى شاة ومن طريق عبد الرزاق رواه الطـــبراني في معجمه بسنده ومتنه .

( قلنا المراد منه والله سبحانه وتعالى اعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له ) هـــذا جواب بطريق التسليم وهـــذا إنما يكون إذا فتش عن حال حديث الخصم ، وعرف حقيقته ، فإن ظهر صحيحاً ، فحينئذ يشتغل بالجواب عنه ، والحديث المذكور غـــير صحيح ولئن صح فجوابه ما ذكره ، وقال البيهقي في المعرفة إن صح هـــذا فالمراد به على طريق الاستحباب بدليل انه فرق بين الاضحاة والعتيرة ، والعتيرة غير واجبة بالاجماع .

( يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ) أي يؤيد التأويل المذكور هذه الرواية وفيه نظر ، لأن هذه الرواية لم تثبت ، والعجب العجاب من الشراح ، حيث قالوا وهذا محكم وما رواه محتمل فحملناه على المحكم كيف يكون هذا محكما ولم يثبت بهذه الرواية ، فهي غير صحيحة .

وقيل في جوابه أن المراد من الاضحاة البدنة والبقرة لأن الأجماع دل على أن الشاة لا تجوز إلا عن واحد .

ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح ، لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعـــاً له . وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ، ولو اقتسموا جزافاً لا يجوز

---

قلت هـــذا ساقط فكره لأنا ذكرنا احاديث تدل على أن الشاة تجوز عن اكثر من واحد ، وذكرنا انه مذهب جماعة من العلماء ، فكيف يقال ان الإجماع دل على أن الشاة لا تجوز إلا عن واحد .

( فلو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، وقد اختلف المشائخ فيه قال في النوازل سئل احمد بن محمد القاضي عن جزور بين اثنين ضحيا به قال لا يجوز إذا كان الجزور بينهما نصفين لأنه صار لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ، وصار السبع نصفين ونصف السبع لا يجوز عن الأضحية واذا بطل السبع بطل الكل ، ألا ترى لو اراد احدهما بنصيبه لحماً لا يجوز الكل .

قال أبو الليث لا نأخذ بهذا بل تجوز الأضحية إذا كان بينهما نصفان ، أو على التفاوت لأنه اراد بزيادة نصف السبع التقرب وليس كالذي اراد اللحم لأن هناك لم يرد به التقرب ، أشار إليه بقوله ( في الأصح ) وبه أخذ الصدر الشهيد ايضاً .

( لأنه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعاً له ) لأن ذلك النصف وإن لم يصر اضحية ، لكنه صار قربة تبعا للأضحية ، وكم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت قصداً وله نظائر كثيرة منها إذا ضحى شاة فخرج من بطنها جنين حى ، فانه يجب عليه ان يضحيها وإن لم تجز اضحيته ابتداء .

( وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن ) وإذا جاز ذبح الاضحية على الشركة فقسمة لحمها لا يكون إلا بالوزن . ( لأنه موزون ) أي لأن اللحم موزون ( ولو اقتسموا جزافا لا يجوز ) لان في القسمة معنى التمليك فلم يجزيه إلا مجازفة عند وجود الجنس والوزن لاحتمال الربا .

فإن قلت بالتمليك يجوز هذا ، قلت لا يجوز التمليك أيضاً لأنــه في معنى الهبة وهبة المشاع فيما يقسم لا يجوز . إليه اشار في الايضاح ، فإن قلت جزافاً منصوب بمـــاذا ؟

إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتباراً بالبيع . ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأنه أعدها للقربة ، فيمنع عن بيعها تمولاً والاشتراك ، هذه صفته

---

قلت يجوز ان يكون صفة مصدر محذوف ، أي ولو اقتسموا اقتساماً جزافا . ويجوز أن يكون حالاً بمعنى مجازفين فافهم .

( إلا إذا كان معه ) أي مع أحد الشركاء ( شيء من الاكارع والجلد ) فحينئذ يجوز لكون بعض اللحم مع الاكارع ومع الاخر البعض مع الجلد حتى يصرف الجنس إلى الجنس (اعتباراً بالبيع ) أي قياساً على البيع يعنى الجنس بالجنس مجازفة لا يجوز إلا إذا كان مع كل واحد من العوضين شيء خلاف ذلك الجنس حتى يصرف الجنس إلى خلافه كما لو باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم، والاكارع جمع أكرع، واكرع جمع كراع والكراع في الغنم والبقر بمنزلة الانطلاق في الفرس والبعير ، وهو الساق يذكر ويؤنث . وفي المثل اعطى العبد كراعاً فطلب ذراعاً لأن الذراع في اليد وهو اتصل من الكراع في الرجل .

( ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحساناً ) هذا من مسائل الأصل ذكره تفريعاً على مسألة القدوري .

( وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر لأنه اعدها للقربة ) أي لأن المشترى لما اشترى البقرة اعدها للتقرب لأنه نوى بها التقرب .

( فيمنع عن بيعها تمولاً ) أي إذا كان كذلك فيمنع عن بيع البقرة لأجل التمول ( والاشتراك هذه صفته ) وفي بعض النسخ والاشتراك ، قوله هذه إشارة إلى المبادلة التي ذكر عليها سياقاً والضمير في صفته يرجع إلى الاشتراك، وحاصل المعنى إذا وقع الاشتراك صار مبادلة لانه أعطى بدلاً مالاً وأخذ مالاً ، فقوله والاشتراك مبتدأ وهذه مبتدأ ثاني وصفته خبر المبتدأ الثاني ، والجملة خبر المبتدأ الاول ، فهذا هو تحقيق هذا التركيب والنظر إلى الشروح ترى انها بمعزل عن هذا .

وجـــه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة ويشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وإنما يطلبهم بعده ، فكانت الحاجة إليـــه ماسه فجوزناه دفعاً للحرج . وقد أمكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ، ليكون أبعـــد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة . وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشراك بعد الشراء لما بينا .

---

( وجه الاستحسان انه ) أي في المضحى ( قد يجد بقرة سمينة يشتريهـــا ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وإنما يطلبهم بعده ) أى بعد الشراء ( فكانت الحاجة إليه ) أي إلى الاشتراك ( ماسة ـ شديدة ـ فجوزناه ) أي الاشتراك بعد الشراء ( دفعـاً للحرج ) لأن الحرج مرفوع شرعاً .

( وقد أمكن ) أي دفع حاجة في هذه الصورة (لان بالشراء التضحية لا يمتنع البيع) ذكره في المبسوط بنفس الشراء لا يمنع البيـع ولا يتعين في الاضحية وبه قالت الثلاثة ولهذا لو اشترى اضحية ثم باعها فاشترى مثلها لم يكن به بأس .

( والاحسن ان يفعل ذلك ) أي الاشتراك مع غيره ( قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف ) ويقع اضحية على وجه التعيين ( وعن صورة الرجوع في القربة ) وليكون ايضاً أبعد عن صورة الرجوع عن نية التقرب في شراء البقرة للتضحية .

( وعن أبى حنيفة انه يكره الاشراك بعد الشراء لما بينا ) أشار به إلى قوله لأنـــه اعدها للتقرب فيمتنع بيعها تمولاً ، ثم إذا جاز عنه وعن شركائه ، فهل يجب عليه الذبح بسبب الاسباع التي باعها ، ما بقى الوقت والتصدق بها بعد فوات الوقت أم لا ؟ لم يذكره محمد في الاصل وقد قال شيخ الإسلام المؤذن بخواهر زاده في شرح الاصل حكى عن بعض مشائخ بلخ انهم قالوا عليه الذبح ، ستة اسباع بقرة مثل الاولى في القيمة يشترى مع عتيرة فيذبح أو يشترى في ستة شاة وفي الستة مثل قيمة ستة اسباع البقرة أو اكثر ويذبحهـــا وإن مضى الوقت فإنه يتصدق بقيمة ستة اسباع البقرة غنياً كان أو فقيراً .

قال وليس على الفقير والمسافر أضحية لما بينا . وأبو بكر وعمر « رض » كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين ، وعن علي « رض » ليس على المسافر جمعة ولا أضحية . قال ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر ،

---

وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا الذي ذكره محمد من جواز الاشتراك بعد الشراء للأضحية ، محمول على الغني ، إذا اشترى بقرة الاضحية لان ملكه لا يزول بالشراء ، وانما يقيمها عند الذبح مقام ما وجب عليه فاذا بقى منها سبع وكأنه اشترى ذلك في الاصل ، إلا انه يكره لانه حين اشتراها ليضحى بها فقد وعد وعداً فلا ينبغي أن يرجع فيه .

وأما الفقير الذي اوجبها بالشراء فانه لا يجوز ان يشترك فيها لانها تعينت بالوجوب فلم يسقط عنه ما اوجب على نفسه، ثم قال القدوري وقد قالوا في مسألة الغنى إذا اشترك بعدما اشتراها ينبغي أن يتصدق بالثمن وإن لم يذكره محمد .

( قال وليس على الفقير والمسافر اضحية ) أي قال القدوري ( لما بينا ) أشار به إلى قوله واليسار ولما روينا والإقامة لما بينا ( وابو بكر وعمر «رض» كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين ) هذا لم يثبت عنهما بهذه العبارة ، ولا ذكره اهل الحديث ، وانما الذي ذكره عن أبي شريحة الغفاري انه قال : أدركت أو رأيت أبا بكر « رض » وعمر «رض» لا يضحيان .

وقد ذكرناه فيما مضى وهذا أعم من الاقامة والسفر ( وعن علي رضى الله تعالى عنه ليس على المسافر جمعة ولا اضحية ) هذا أيضاً لم يثبت عن علي «رض» عنه فإن قيل هذا مقدم في الجمعة ، قلت هذا ليس بصحيح ، وإنما الذي يقدم في الجمعة انما هو حديث علي «رض» تعالى عنه مرفوعاً : « لا جمعة ولا تشريق ولا اضحى ولا فطر إلا في مصر جامع» ولم يتقدم غيره .

( قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر ) أي قال القدوري ، وقال

إلا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد ، فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر ، والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام أن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية . غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة ، وهو المصري

---

اسحاق وأحمد وابن المنذر : إذا مضى من نهار يوم العيد قدر ما تحل الصلاة فيه والخطبات جازت الأضحية سواء صلى الإمام أو لم يصل وسواء كان في المصر أو في القرى .

( إلا انه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلى الإمام العيد، فاما أهل السواد) أي أهل القرى ( فيذبحون بعد الفجر) ولا يسقط فيهم صلاة الإمام ( والأصل فيه قوله ﷺ من ذبح قبل الصلاه فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقدتم نسكه واصاب سنة المسلمين) أي الأصل فيه ترتيب الأضحية على الصلاة . الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن براء بن عازب «رض» قال ضحى خالي أبو بردة قبل الصلاة وقال رسول الله ﷺ تلك شاة لحم فقال يا رسول الله ﷺ إن عندي جذعة من المعز فقال ضح بها ولا يصلح لغيرك ثم قال من ضحى قبل الصلاة لا يجوز ومن ضحى بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين.

وأخرجه البخاري عن أنس أن النبي ﷺ قال « من ذبح قبل الصلاة فليعد ، ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وقد اصاب سنة المسلمين .

( وقال ﷺ ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية ) هذا الحديث اخرجه البخاري ومسلم ، بمعناه عن البراء بن عازب قال : قال رسول الله ﷺ « ان أول ما يبتدأ به في يومنا هذا أن نصلي ثم نرجع فننحر فمن فعل ذلك فقد أصاب سنتنا ومن ذبح قبل ذلك فإنما هو لحم قدمه لاهله ليس من النسك في شيء » .

( غير أن هذا الشرط ) وهو كون ذبح الاضاحي بعد صلاة الإمام ( في حق من عليه الصلاة ) اى صلاة العيد وهو المصرى أى الذى عليه الصلاة ( وهو ) الرجل ( المصري

دون أهل السواد ، ولان التأخير لاحتمال التشاغل عن الصلاة ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه . وما روينا حجة على مالك والشافعي في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام

---

دون أهل السواد ) لانه لا صلاة عليهم .

( ولان التأخير ) أي تأخير ذبح الاضاحي عن صلاة الإمام ( لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ) أى بالذبح عن صلاة العيد مع الإمام .

( ولا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلاة عليه ) أى والحال أنه لا صلاة عليه فلا يحصل التشاغل بالمذكور . ( وما رويناه ) وهو قوله عليه‌السلام من ذبح قبل الصلاة ... الحديث . ( حجة على مالك والشافعي في نفي الجواز بعد الصلاة قبل نحر الإمام )مذهب الشافعي ليس كذلك لانه ما يشترط نحر الإمام ولكنه اشترط فراغ الإمام عن الخطبة فمن هذا الوجه يكون حجة عليه ، لا من الوجه الذي ذكره ولذلك قال في المحلى لا معنى لمنع الشافعي التضحية قبل تمام الخطبة لانه صلى‌الله‌عليه‌وسلم لم يحدد وقتاً لتضحيته بذلك فإنما مالك رحمه الله هو الذي شرط نحر الإمام .

واختلف أصحاب مالك في الإمام الذي لا يجوز أن يضحى قبل تضحيته . قال بعضهم هو أمير المؤمنين ، وقال بعضهم أمير البلد وقال بعضهم هو الذي يصلي بالناس صلاة العيد .

وقال ابن حزم وقول مالك فلا حجة به وخلاف الخبر أيضاً ، إذ لم يأمر النبي صلى‌الله‌عليه‌وسلم . فقدر المراعاة لصحة الغير وما يعرف في مراعاة تضحية الإمام عن أحد قبله . قيل في جوابه فقد أخبر أبو الزبير « رض » انه قال سمعت جابر بن عبد الله يقول أمر رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وسلم من كان نحر قبله أن يعيد بنحر آخر ولا ينحروا حتى نحر النبي صلى‌الله‌عليه‌وسلم .

والجواب عن هذا ان قوله صلى‌الله‌عليه‌وسلم ان أول نسكنا في هذا اليوم ... الحديث ، يدل على ان الوقت نحر الامام وقبل الصلاة ، لاضافة النسك إلى اليوم وهو من أول طلوع الفجر إلا ان في المصر شرط الصلاة بجوازها لحديث البراء بن عازب « رض » الذي ذكره عن قريب .

## ثم المعتبر في ذلـــك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد . والمضحى في المصر يجـوز كما انشق الفجـر ولو كان على العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة

فإن قلت المعارضة لا تندفع بما ذكرت ، قلت تندفع بحديث جابر « رض » هذا لا يساوي حديث البراء ، لصحة حديث البراء ولعدم تبين صحة ذلك .

وفي الدراية ، ولو كانت بلده لا يصلى فيها لوقوع الفتنة ولغلبة أهل الفتنة ، أولعدم السلطان أو نائبه يضحون بعد الزوال لا قبله ، لان قبل ذلك الصلاة مرجوح .

وفي الفتاوى الولوالجي بلدة وقع فيها فتنة ولم يبق فيها وال ليصلي بهم صلاة العيد ، فضحى بعـد طلوع الفجر جـاز . وهو المختار لانـه صارت البلدة في حق هـــذا الحكم كالسواد .

وفي فتاوى الكبرى ولو كانت الصلاة اما سهوا أو عمداً جاز لهم التضحية في هذا اليوم ولو خرج الإمام إلى الصلاة من الغد فضحى الناس قبل أن يصلي الإمام ، جاز لان الوقت المسنون فات من زوال الشمس من اليوم الاول فبعده الصلاة على وجه القضاء فلا تظهر في حق التضحية .

ولو صلى الامام صلاة العيد بغير وضوء ولم يعلم به حتى ذبح الناس جازت أضحيتهم سواء أعلموا قبل أن يتفرق الناس أو بعده ومتى علم الامام ونادى للصلاة ليعيدهـا فمن ذبح قبل العلم بالنداء جاز وبعده لا . ولو خرج بعد الزوال جاز لانه مضى مدة وقت الاعادة . كذا في الذخيرة وفتاوى قاضي خان .

( ثم المعتبر في ذلك ) أي في الذبـح ( مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحى في المصر ) أي وكان الذي يضحى في المصر ( يجوز كما انشق الفجر ) لدخول الوقت ( وفي العكس[1] ) وهوما إذا كانت الاضحية في المصر والمضحي في السواد ( لا يجوز إلا بعد الصلاة ) لعدم دخول الوقت قبل الصلاة قال الكرخي في مختصره إن كان

(١) ولو كان على العكس .

وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بهـــا إلى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال ، قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصـــاب فيعتبر فى الصرف مكان المحل ، لا مكان الفاعل اعتباراً بها بخلاف صدقة

---

رجل من أهل السواد ، وسكنه فيه دخل المصر لصلاة الاضحى وأمر أهله أن يضحوا عنه فإنه يجوز أن يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر .

وإن سافر رجل فأمر أهله وهم في المصر ان يضحوا عنه فإنـــه لا يجوز أن يذبحوا عنه إلا بعد صلاة الامام وطلوع الفجر .

قال محمد انظر إلى موضع الذابح ولا أنظر إلى موضع المذبوح عنه وروي ذلك عن ابن سماعة في نوادره وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف انه قال : يعتبر المكان الذي يكون فيه الذبح ولا يعتبر الموضع الذي يكون فيه المذبوح عنه .

وقال الحسن إن كان الرجل في المصر وأهله في آخر لم يذبحوا حتى يصلي في المصرين جميعاً ، فإن ذبحوا قبل ذلك لم يجزه .

وقال محمد يؤخر الذبح حتى يصلى في المصر الذي فيـــه الذبيحة ولا ينتظر بذلك صلاة المصر الآخر فإن صلى الامام العيد ولم يخطب أجزى من ذبح وقال محمد ان أخر الامام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح الاضحية حتى ينتصف النهار .

( وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها ) أى بالاضحية ( إلى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر ) لان الاعتبار لمكان الاضحية كما مر ( وهذا ) أشار إلى كون مكان الاضحية معتبراً . ( لانها ) أي الاضحية ( تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المـــال قبل مضي أيام النحر كالزكاة ) تسقط ( بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف ) أي صرف الواجب ( مكان المحل ) أى محل الذبح ( لا مكان الفاعل اعتباراً بها ) أى بالزكاة حيث يؤدى في موضع المال دون موضع صاحبه .

( بخلاف صدقة الفطر ) حيث يعتبر فيها مكان الفاعل وهو المؤدي ( لأنهـا لا تسقط

الفطر ، لانها لا تسقط بهلاك المال بعدما طلع الفجر من يوم الفطر . ولو ضحى بعدما صلى أهل المسجد ولم يصل اهـــل الجبانة أجزأه استحساناً ، لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم . وكذا على هذا عكسه . وقيل: هو جائز قياساً واستحساناً .

---

بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ) فحينئذ يعتـــبر مكان صاحب الذمة وهو المؤدى .

( ولو ضحى بعـــدما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة ) بفتح الجيم وتشديد الباء وبعد الالف نون وهو المصلى الذي يتخذ في قفار المصر ليصلى فيها العيد ونحوه وهذا من مسائل الأصل ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، وصورته مـــا ذكره الكرخي في مختصره ، وإذا كان الإمام قد خلف من يصلى بضعفة الناس في المسجد وفي المصر ويخرج بالآخرين إلى المصلى فصلى أحد المسجدين ايهما كان جاز ذبح الأضحى ، انتهى .

وهو معنى قوله ( اجزأه استحساناً لأنها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها ) أي بالصلاة في المسجد في المصر (اجزأتهم) حتى لا يجب عليهم الذهاب إلى الجبانة ولو لم تكن معتبرة يجب عليهم الذهاب إلى الجبانة في القياس لا يجوز لأنها عبارة دارت بين الجواز وعدمه فيبقى أن لا تجوز احتياطاً وهذا لانه من حيث كونها بعد الصلاة يجوز من حيث كونها قبل الصلاة التي تؤدى في الجبانة لا تجوز .

( وكذا على هذا عكسه) أى وكذا يجوز استحساناً لا قياساً عكس الحكم المذكور وهو ان يصلى اهل الجبانة دون أهل المسجد . ( وقيل هو ) أى العكس ( جـــائز قياساً واستحســاناً ) لأن اداء الصلاة في المسجد اخص منها بالجبانة .

قال الحلواني هذا اذا ضحى رجل ممن صلى . إما إذا ذبح رجـــل من الذين لم يصلوا لم يجز قياساً واستحساناً .

قال الزعفراني يجري القياس والاستحسان في الذبح بعد أحد الصلوات مطلقاً بعدما تصلي احدى الطائفتين .

فإن قلت اهل هذه المسألة فإذا قلت صورها محمد على هذا الوجه لأن علي بن أبي طالب «رض» عنه كان يستخلف بالكوفة من يصلي صلاة العيد بالصفة في المسجد الجامع وكان يخرج مع الاقرباء إلى الجبانة . كذا ذكر شيخ خواهر زاده في شرح الاصل .

وقالوا في شرح الجامع الصغير في كتاب الحج دونت المسأله على ان صلاة العيد في مصر واحد في موضعين تجوز بخلاف صلاة الجمعة فإنها لا تجوز في موضعين في مصر واحد لأنها سميت جمعة لاجتماع الناس وفي ذلك تفرقهم .

(قال وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده ) أي قال القدوري الأضحية جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر اولها يوم والثاني والثالث وهما يومان بعد يوم النحر .

وبه قال مالك وأحمد والثوري وهو قول ستة من الصحابه «رض» الله تعالى عنهم وهم عمر وعلي وابن عباس وابن عمر وأبو هريرة وأنس « رض » وقال ابن سيرين لا يجوز إلا في يوم النحر خاصة لأنها وظيفة عيد فلا يجوز إلا في يوم واحد كأداء الفطرة يوم الفطر .

وبقوله قال سعيد بن جابر وجابر بن زيد « رض» في أهل الامصار وبقولنا في أهل منى وقال أهل الظاهر يجوز التضحية إلى هلال محرم وبه قال سلمة بن عبد الرحمن وعطاء بن يسار .

وروى محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف « رض » وسليمان ابن يسار انهما قالا ابلغنا انه ﷺ قال : الاضحى إلى هلال المحرم ، قلت روى ذلك أبو داوود في المراسيل .

فإن قلت المراسيل عندكم حجة وكذا عند المالكية فكان ينبغي أن يقول به . قلت قول الصحابة الذين لم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافه اولى بان يقال به . وعن قريب يتبين اقوالهم .

وقال صاحب الاستذكار روى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر «رض» ولم يختلف فيه عن ابى هريرة وأنس «رض» وهو الاصح عن ابن عمر «رض» وهو مذهب ابي حنيفة والثوري ومالك «رض» .

## وقـــال الشافعي ثلاثة أيام بعده . لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح .

---

وفي نوادر الفقهاء لأبن بنت نعيم ، أجمع الفقهاء أن التضحية في اليوم الثالث عشر غير جائز إلا الشافعي فانه أجازها فيه.

وفي التفريع قال مالك وقتها يوم النحر ويومان بعـــده ولا يضحى في اليوم الرابع ولا يضحى بليل ، وقال الحرني وإذا مضى نهار من يوم الاضحى مقدار صلاة الإمـــام العيد وخطبته فقد حل الذبح إلى آخر يومين من ايام التشريق نهاراً ولا يجوز ليلا .

( وقال الشافعي ثلاثة ايام بعده ) أي بعد يوم النحر ، فالجملة اربعة ايام عنده ، وبه قال عطاء والحسن .

وقال اصحاب الشافعي : أول الوقت بانقضاء وقت الكراهة بعد طلوع الشمس يوم العيد وبعد مقدار خطبتين وركعتين خفيفتين، وقيل بل طويلتين على العــادة ، وآخره غروب الشمس ثالث ايام التشريق ، ويجزى بالليل وفي اليوم الثالث من ايام التشريق .

( لقوله ﷺ ايام التشريق كلها ايام ذبح ) هذا الحديث أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه من حديث عبد الرحمن بن أبي جبير عن جبير بن مطعم عن النبي ﷺ قال : كل أيام التشريق ذبح وعرفة كلها موقف ... الحديث . وقد مر في الحج ورواه البيهقي ايضاً .

والجواب عن هـــذا أن فيه اضطراباً كثيراً بين صاحب الشعر وبـــين البيهقي ايضاً بمضه .

قال ورواه سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف عند بعض أهل النقل . قلت هو ضعيف عند كلهم أو اكثرهم ، وقد ذكره في كتابه في باب المعتكف يصوم فقال ضعيف بمرة . لا يقبل منه ما ينفرد به ، ورواه البزار في مسنده وقال ابن أبي حسين لم يلق جبـير بن مطعم فيكون منقطعاً ، لأنه يرجحه .

فان قلنا أخرجه احمد أيضاً والبيهقي عن سليمان بن موسى عن جبـير بن مطعم عن النبي ﷺ ، قلت قال البيهقي سليمان بن موسى لم يدرك جبير بن مطعم فيكون منقطعاً .

ولنا ما روى عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها .

---

فإن قلت أخرج ابن عدى في الكامل عن معاوية بن يحيى المنـدفي عن الزهري عن ابن المسيب « رض » عن ابي سعيد الخدري « رض » عـن النبي ﷺ قال : أيام التشريق كلها ذبح .

قلت معاوية بن يحيى ضعفه النسائي وابن معين وعلي ابن المديني، وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل : فان هذا حديث موضوع بهذا الاسناد .

فإن قلت اخرج البيهقي من حديث طلحة بن عمر وعن عطاء وعن ابن عباس «رض» قال : الاضحى ثلاثة ايام بعد أيام النحر ، قلت أخرج الطحاوي بسند جيد عن ابن عباس « رض » قال : الاضحى ثلاثة ايام ويومان بعد يوم النحر .

( ولنا ما روى عن عمر وعلي وابن عباس « رض » تعالى عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها ) قال الزيلعي في تخريج احاديث الهداية ، هذا غريب جـداً ، يعني عن هؤلاء الاصحاب الثلاثة وليس كذلك .

قال الكرخي ، قال في مختصره حدثنا أبو بكر محمد بن الجنيد قال حدثنا أبوخيثمة قال حدثنا هشيم قال اخبرنا ابن أبي ليلى عن المنهال ابن عمرو عن زر بن حبيش وعبـاد ابن عبد الله الاسدي عن علي رضي الله تعالى عنه : انه كان يقول ، أيام النحر ثلاثة أيام أولهن أفضلهن .

وعن ابن عباس وعن ابن عمر مثله قـال : « النحر ثلاثة أيام أولهـا أفضلها » .
وروي : « النحر ثلاثة أيام » عن عمر « رض » وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وسعيد ابن جبير ، وعن الحسن وعن ابراهيم النخعي .

وقال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة قـال : الأضحى ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده .

وحديث مالك « رض » في الموطأ عن نافع عن ابن عمر « رض » انـه كان يقول : الأضحى يومان بعد يوم الأضحى .

وقد قالوه سماعاً لان الرأي لا يهدي إلى المقادير . وفى الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا . ولان فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الاصل إلا لعارض ويجوز الذبح فى لياليها .

---

وفي سنن البيهقي عن قتادة عن أنس « رض » قال : الذبح بعد يوم النحر يومان .

( وقد قالوه سماعا لأن الرأي لا يهتدي إلى المقادير ) لأن تخصيص العبادات بوقت لايعرف إلا سماعاً وتوقيتاً . فالمروى عنهم كالمروي عن رسول الله ﷺ .

( وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن ) أراد بالأخبار ما رواه الشافعي « رض » من حديث جبير بن مطعم « رض » . وما رواه الكرخي « رض » عن الصحابة المذكورين . وجه التعارض ان الحديث يقتضي جواز الأضحية في اليوم الرابع من النحر ، واخبار تقتضي الاقتصار على ثلاثة أيام .

( وهو الأقل ) أي المتيقن هو الأقل . فإن قلت إذا كان الأخذ بالمتيقن أولى كان ينبغي أن يؤخذ بقول ابن سيرين ، حيث لم يجوز إلا يوم النحر خاصة كما ذكرناه . قلت ترك هذه المخالفة قول الصحابة الكبار فلا يعتبر على ما ورد عن هؤلاء الذين ذكرناه

( وأفضلها أولها كما قالوا ) أى أفضل الأيام أولها وهو يوم النحر كما قال عمر وعلي وابن عباس رضي الله تعالى عنهم .

( ولأن فيه ) أي في أول الأيام ( مسارعة إلى أداء القربة ) فيكون أفضل لقوله سبحانه وتعالى : وسارعوا إلى مغفرة من ربكم وجنه .

( وهو الأصل ) أي المسارعة إلى أداء القربة هو الأصل . وذكر الضمير باعتبار التنازع ( الا لعارض ) أى الا لأجل عارض يؤخذ كما في الاسفار بالفجر والابراد بالظهر . وهو قوله ﷺ « اسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر وأبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم » .

( ويجوز الذبح في لياليها ) أراد الليلتين المتوسطتين لا ليلة الرابعة عندنا لخروج وقت

إلا أنه يكره لاحتمال الغلط فى ظلمة الليل . وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة ، والكل يمضى بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير .

---

التضحية بغروب الشمس ، من اليوم الثاني عشر . وعند الشافعي «رح» يبقى . أما ليلة العاشر وهي ليلة العيد لا يجوز باجماع العلماء « رض » فبقولنا قال الشافعي « رض » وأحمد وأصحاب الظواهر .

وقال مالك وأحمد « رض » في رواية ، لا يجوز في الليل لانه سبحانه وتعالى قال : ﴿ ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام ﴾ الآية ٢٨ الحج .

ولنا ان الليل تبيع (١) اليوم فصار وقتاً للذبح . ولهذا يجوز الرمي فيه بالإجماع فيكون وقتاً للذبح . ( إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل ) أى في الذبح أو في الشاة من أنها له أو لغيره . أو الغلط مع شاة فإن فيها بعض الشروط .

فإن قلت روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن الذبح بالليل ، قلت في سنده ميسر بن عبيد وهو مذكور بوضع الحديث عمداً .

فإن قلت روى البيهقي من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسن أنه قال لقيم له خديجة بالليل : ألم تعلم أن رسول الله ﷺ نهى عن حداد الليل وحرام النحل أو قال حصار النحل . قال الثورى يكون بالنهار ويحصره المساكين . فسألوا جعفراً عن الاضحى بالليل فقال لا .

وروى البيهقي من حديث أشعب بن عبد الملك عن الحسن قال : نهى عن حداد الليل وحصاد الليل والاضحى بالليل . قلت قال البيهقي انما كان ذلك من شدة حال الناس ، كان الرجل يفعله ليلا فنهى ثم رخص في ذلك .

( وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضي بأربعة أولها نحر لا غير ) يعني غير تشريق ( وآخرها تشريق لا غير ) يعني وآخر أيام الاربعة تشريق من غير نحر

---

(١) تبع — هامش .

والمتوسطان نحر وتشريق . والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية . لأنها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها . والصدقة تؤتى بها في الاوقات كلها ، فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه ،

---

( والمتوسطان ) وهما الحادي عشر والثاني عشر من الشهر ( نحر وتشريق ) فيساويان في يومين ويشابهان في يومين .

وقال القدوري في شرحه: هذه الايام الثلاثة عندنا تدخل فيها المعلومات والمعدودات . لأن أبا يوسف قال إن المعلومات أيام التشريق وأيام النحر من المعدودات وليس من المعلومات وآخر أيام التشريق من المعلومات وليس من المعدودات ، واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات .

( والتضحية فيها ) أي في أيام النحر ( أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها ) أي التضحية ( تقع واجبة ) على ظاهر الرواية الذي هو قول أبي حنيفة ( أو سنه ) أي أو تقع سنه على رواية أخرى ، وهي قولهما والشافعي وأحمد ، لان إراقة الدم في هذه الايام أفضل ، لان النبي ﷺ والخلفاء رضي الله تعالى عنهم بعده ضحوا فيها . ولو كان التصدق أفضل لاشتغلوا به .

( والتصدق تطوع محض ) واتيان السنة المؤكدة أفضل من إتيان التطوع ( فتفضل عليهم ) أي يفضل الأضحية على الصدقة ،ولو قال عليه أي على التصدق لكان أولى لأنه هو المذكور ( ولأنها ) أي التضحية ( تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة ، في حق الآفاقي) فإن طواف التطوع في حقه أفضل من صلاة التطوع بمكة ، بخلاف المكي ، لما ذكرنا من المعنى ولا يعلم فيه خلاف .

( ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه ) بأن قال لله تعالى علي أن أضحي بها أو أذبحها أو نحو ذلك سواء كان الموجب غنياً أو فقيراً .

وقال الكاكي قيد الإيجاب غير مفيد ، لأنه لو كان واجباً بدون الإيجاب على نفسه

أو كان فقيراً وقد اشترى شاة للتضحية تصدق بها حية، وان كان غنياً تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر ، لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا ، فإذا فات الوقت يجب عليه التصدق إخراجاً له عن العهدة ،

---

والحكم كذلك . قلت هو مفيد لأنه إذا كان فقيراً واشترى من غير نية الاضحية ، ومضت أيام النحر لم يجب عليه التصدق .

( أو كان فقيراً ) أي أو كان الرجل فقيراً ( وقد اشترى شاة للتضحية [1] تصدق بها حية ) يعني الفقير .

( وإن كان غنياً تصدق بقيمة الشاة اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا ) خلافاً للشافعي وأحمد، واعلم ان الشاة تتعين للأضحية بأن نذر ان يضحي بها أو نوى عند الشراء وأن يضحي بها ، وكان المشتري فقيراً . هذا ظاهر الرواية .

وروى الزعفراني عن أصحابنا ان التضحية بعينها لا تجب إلا بالنذر ولا تجب التضحية بعينها بنية الشرى للاضحية ، وإن كان المشترى فقيراً وهو القياس ، وهو قول الشافعي . لأن القرب يلزم بأحد الأمرين اما بالشروع أو بالنية ، لم يوجد بالشراء مع نية الأضحية لاهذا ولاذاك فلا يلزمه كما لو اشترى مالا بنية التصدق ، أو عبداً بنية العتق .

وجه الإستحسان إلى النبي ﷺ دفع لي حكيم بن حزام دينار يشتري له بها أضحية فاشترى بها ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار فجاء بالشاة والدينار إلى رسول الله ﷺ وأخبره بذلك فقال رسول ﷺ بارك الله في صفقة بيعك وأمره أن يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار . فلولا أن الأضحية لزمته بمجرد النية لما أمر بالتصدق وفيه دليل على جواز بيع الأضحية .

( فإذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاً له عن العهدة ) فيتصدق بالشاة ان

---

(١) وقد اشترى الأضحية — هامش .

كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهراً ، والصوم بعد العجز فدية .

كان حية وكان فقيراً ، وإن كان غنياً يتصدق بقيمة شاة اشترى أو لا ، كما ذكرنا حتى لو ذبح الغني أو الفقير ولم يتصدق بعينها لا يحل له تناولها ويضمن فضل ما قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة . كذا في الأوضح .

( كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهراً ) إذ الجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الأداء غير جنس الأداء بطريق الإحتياط ، وهذا لان التضحية وإن ثبتت قربة في أيامها بالنص ، إلا انه احتمل أن يكون التصدق بعين الشاة أو بقيمتها أصلا لأنه هو المشروع في باب المال . كما في سائر الصدقات . وإنما نقل إلى التضحية تطيباً لطعام الضيافة .

فإن قلت لو كان التصدق أصلا لكان أحب من التضحية في أيامها قلت هذا موهوم ، فلم يعتبر مقابلة المنصوص المتيقن ، فإذا فات المتيقن عملنا بالموهوم احتياطاً ، كما في الفدية ، إذا عجز عن الصوم ، أشار اليه بقوله ( والصوم بعد العجز فدية ) أى كالصوم يقضى بعد العجز فدية .

فإن قلت فدية منصوب بماذا ؟ قلت على التمييز يعني من حيث الفدية وكذا انتصاب ظهراً فافهم . وفي الذخيرة من كان موسراً في آخر الوقت فلم يضح ومضى الوقت وجب عليه التصدق بقيمة شاة حتى يلزمه الايصاء بها وفيها .

ومن نذر ان يضحي شاة بأن قال : لله علي ان أضحي شاة . فإن كان موسراً فعليه أن يضحي بشاتين الا أن يعين ما يجب عليه . ولو كان فقيراً فعليه شاة ، فإن أيسر كان عليه شاتان ، فأوجب بالنذر وما وجب باليسر .

وفي الإيضاح لا يأكل مما وجب بالنذر شاة بعينها يصدق بينها بعد مضي الوقت .

وفي الأصل لخواهر زادة ولو باع ما اشترى للاضحية واشترى غيرها وضحى بها في أيام النحر فإن كانت الثانية مثل الأولى أو خيراً منه جاز ولا شيء عليه لانه أدى الواجب بالمثل وزيادة فإن كانت الثانية أقل قيمة من الاولى وقد اشترى الاولى بنية التضحية .

وإن كان المشترى غنياً فإنه يجزيه ولا يلزمه التصدق بشيء ، وإن كان فقيراً ضحى بالثانية يجزيه ويتصدق إلى تمام قيمة الاولى لان الثانية بنية الاضحية يجعل كالنذر من

قال ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء ، لقوله عليه السلام لا تجزيء في الضحايا أربعة العوراء البين عورهـــا ، والعرجاء البين عرجها ، والمريضة البين مرضها ، والعجفاء التي لا تنقى .

---

الفقير ولو نذر أن يضحي بالاولى ثم باعها واشترى الاخرى وضحى بها ، فإنـــه يجوز التضحية بالاخرى ، كان عليه ان يتصدق إلى تمام قيمة الاولى فكذا هذا .

( قال ولا يضحي بالعمياء ) أى قال القدوري ، وقال داود الاصفهاني ، يجوز العمياء لأن الشرع ورد في العوراء ولم يرد في العمياء والقياس عندي ليس بحجة ، وقالت العامة الشرع لم يجوز العوراء والعمياء عور وزيادة فيكون النص الوارد في العوراء ، وأراد في العمياء بدلالة النص كما في قوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولا تقل لهما اف ﴾ :

( والعوراء ) وهي الذاهبة إحدى العينين . ( والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك ) بفتح الميم وسكون دون كسر السين وهو الموضع الذي يذبح فيه ، والقياس فيه فتح من نسك الله نسكاً منسكاً إذا ذبح لوجهه .

وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي : ان العرج إذا لم يمنعها من المشي بنفسهـا جازت ، وإن كان لا تمشي فإنه لا يجوز .

( ولا العجفاء ) أى المهزولة ، من عجف يعجف من بـــاب علم يعلم ( لقوله ﷺ : لا يجزى في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التيلاتنقى) هذا الحديث أخرجه الأربعة عن شعبة أخبرني سليمان بن عبد الرحمن سمعت عبيد بن فيروز قال سألت البراء بن عازب « رض » عما نهى النبي ﷺ من أضاحي فقال قام فينا رسول الله ﷺ وأصابعي أقصر من أصابعه وأناملي أقصر من أنامله فقال : أربع لا يجوز في الضحايا العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين ظلعها والكسير التي لا تنقى .

وقال الترمذي العجفاء عوض الكسير . وقال حديث حسن صحيح لا نعرفه إلا من

## وقال ولا تجزيء مقطوعة الأذن والذنب ، أما الأذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والأذن ،

---

حديث عبيد بن فيروز عن البراء « رض » ورواه أحمد في مسنده ، ومن طريق أحمد رواه الحاكم في المستدرك في الحج .

ورواه مالك في الحج ورواه مالك فى الموطأ عن عمرو بن الحارث عن عبيد بن فيروز عن البراء وقال العجفاء .

وأخرجه الحاكم أيضاً عن أيوب بن سويد حدثنا الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير عن ابى سلمة بن عبد الرحمن عن البراء بمثله وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، إنما أخرج مسلم حديث سليمان بن عبد الله عن عبيد بن فيروز عن البراء وهو مما أخذ على مسلم اختلاف الناقلين فيه وأصحه حديث يحيى بن كثير عن أبى سلمة بن أبى سالم بن أيوب بن سويد . انتهى كلامه . قال الذهبي فى مختصره وأيوب بن سويد ضعفه أحمد . انتهى .

قلت وعلى الحاكم هنا اعتراضان أحدهما ان حديث عبيد بن فيروز عن البراء لم يروه مسلم وإنما رواه أصحاب السنن ، والآخر انه صح حديث أيوب بن سويد ثم أخرجه قوله العور البين عورها أى التي قد انتخست وذهبت لأنها قد ذهبت عينها ، والعضو عضو مستطاب ولو كان على عينها بيان ولم يذهب جازت التضحية لان عورها ليس ببين ، ولا ينقص ذلك لحمها .

قوله والمريضة البينة مرضها أى التي يبين أثر المرض عليها ، لان ذلك ينقص لحمها . وبه قال أحمد فى الاصح .

وقال الشافعى والقاضى الحنبلي المراد بالمريضة الجرباء لان الجرب يفسد اللحم ويهزل إذا كثر ، وهذا تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل قوله التي لا تنقى أى التي ليس بها نقى أى مخ من شدة الهزال وهو بكسر النون وسكون القاف .

( قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب ) أي قال القدوري ( أما الاذن لقوله ﷺ استشرفوا العين والأذن ) هذا الحديث رواه اثنان من الصحابة أحدهما علي رضي الله تعالى عنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ ان نستشرف العين والأذن . قال الترمذي حديث

وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً ، ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً ، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر ففي الجامع الصغير عنه ، وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الإلية الثلث أو أقل أجزأه ، وإن كان أكثر لم يجز لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلاً

---

( وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهاباً ) أي من حيث البقاء ومن حيث الذهاب ، فإن كان الباقي كثيراً والذاهب قليلاً يجوز ، وإن كان الباقي قليلا والذاهب كثيراً لا يجوز .

( ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً ) لأن في اعتباره حرجاً وهو مرفوع بالنص ( واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر ففي الجامع الصغير عنه ) أي عن أبي حنيفة.

( وإن قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالية الثلث أو أقل ) أي من الثلث ( أجزأه وإن كان أكثر ) أي من الثلث ( لم يجز ) وفي بعض النسخ لا يجوز ( لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا ) وهو رواية هشام عن محمد قال الصدر الشهيد وهو الأصح ، لأنه ظاهر الرواية .

قال محمد في الأصل أرأيت إن كان ذهب من العين والاذن والطرف أقل من الثلث ، هل يجزى ؟ قال نعم وهذا لأن على ظاهر الرواية الثلث وما دونه من حد القلة عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يمتنع الجواز .

وقال في الأصل ايضاً رأيت إن كان ذهب أكثر من الثلث هل يجزى ؟ قال لا . قال شيخ الإسلام في شرح الاصل ، وهذا عند أبي حنيفة لأن ما زاد على الثلث كثير عند أبي حنيفة ، باتفاق الروايات .

وقال في الأصل أيضاً أرأيت إن كان ذهب الثلث سواء ، هل يجزىء ؟ قال نعم

أي أطلبوا سلامتها ، وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن . قال ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها

---

حسن صحيح ، ورواه الحاكم في المستدرك قال إسناده صحيح .

ورواه أيضاً أبو داود عن سلمة بن كهل عن صحب بن عدي عن علي رضي الله تعالى عنه بنحوه . وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

ورواه ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في المستدرك وصحح اسناده أيضاً ، فإن يحتج الشيخان بحجة ابن عدى وهو من كبار أصحاب علي « رض » ، والآخر حذيفة « رض ». اخرج حذيفة البزار في مسنده والطبراني في معجمه الاوسط عن محمد بن كثير الملاحي حدثنا أبو سنان عن سعيد بن سنان عن أبي إسحاق الشيباني عن خالد بن زفر عن حذيفة قال أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرف العين والأذن . انتهى بلفظ البزار .

وقال الطبراني : قال . قال رسول الله ﷺ استشرف العين . وقال لا يروى عن حذيفة إلا بهذا الإسناد و كذلك قال البزار رواه قال وقد روي عن علي من غير وجه (أي اطلبوا سلامتها ) من افة تخرج أو عور والمعنى اطلبوهما شريفتين بالتمام والسلامة .(وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن ) حيث لا يجوز إذا كانت مقطوعة .

( قال ولا التي ذهب أكثر اذنها وذنبها ) أي قال القدوري ولا تجزى الشاة التي ذهب أكثر أذنيها أو ذهب أكثر اذنها وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك إذا ذهب كل الأذن لا يجوز ولو ذهب دونه يجوز وبه قال عطاء .

ولنا ما رواه أبو داود مسنداً إلى علي « رض » ان النبي ﷺ نهى أن يضحى بعصباء الاذن والقرن . قال قتادة قلت لسعيد بن المسيب ما العصب قال العصب فيما فوقه وهذا يدل على أن العيب الكبير في العين والأذن يمنع من الأضحية ، فأما اليسير من العين فلا يمنع ، لأن الغنم لا تخلو من ذلك . ألا ترى انه يفعل فيها على طريق المسمنة والعلافة ، فلو منع الأضحية لشق على الناس . وإذا كان الكثير مانعاً والقليل غير مانع اختلفت الروايات في الحد الفاصل بينهما ، عن أبي حنيفة على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى .

وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم ، فاعتبر كثيراً. ويروى عنه الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة . ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ، وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتباراً للحقيقة على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث .

---

وهذا لأن عند أبي حنيفة الثلث في ظاهر الرواية في حد القلة (وفيما زاد) أي على الثلث (لا تنفذ) أي الوصية ( إلا برضاهم ) أي برضاء الورثة ( فاعتبر ) أي ما زاد على الثلث ( كثيراً ) نصب على الحال على ما لا يخفى .

( ويروى عنه ) أي عن أبي حنيفة ( الربع لأنه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ) من انكشاف ربع العورة ، وتقدير النجاسة بربع الثوب ، وهذه الرواية رواية شجاع عن أبي حنيفة ، وقد ذكر ابن شجاع في كتاب المناسك أن الربع إذا ذهب لم يجز .

( ويروى الثلث لقوله ﷺ في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ) هذا الحديث رواه [1] الجماعة عن سعيد بن أبي وقاص قال : « قلت يا رسول الله إن لي مالاً كثيراً وإنما ترثني ابنتين أنا أوصي بمالي كله قال لا قال بالثلثين قال لا قال فالبنصف قال لا قال فبالثلث قال الثلث والثلث كثير » . وسيجيء من بعد الكلام في كتاب الوصية .

( وقال أبو يوسف ومحمد إذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتباراً للحقيقة ) لأن القليل والكثير في الأسماء المتقابلة فما دون النصف يكون قليلا ( على ما تقدم في الصلاة ) يعني إذا كان أكثر من نصف الساق يمنع وعن أبي يوسف في ذلك ثلاث روايات : في رواية يجزئه ما دون النصف ويمنع بما زاد عليه ، وفي رواية يمنع النصف ، وفي رواية كقولهما يمنع الربع لا ما دونه ويمنع ما فوقه مطلقاً .

( وهو اختيار الفقيه أبي الليث ) أي قول أبي يوسف ومحمد هو الذى اختاره

---

(١) أخرجه —هامش

وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك، قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف . وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ، ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر

---

ابو الليث في شرح الجامع الصغير وإليه رجع أبو حنيفة .

( وقال أبو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو كقولك )[1] يعني اخبرت بقولي في النصف فقال أبو حنيفة قولي هو قولك ، قيل معناه احدث بقولك ، وقيل معناه أن تقديري بالثلث اجتهاد كتقديرك بالنصف ، كذا في المختلف .

( قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف) أي قول أبي حنيفة رحمه الله لأبي يوسف قولي هو كقولك ، رجوع من قوله إلى قول أبي يوسف ، لأنه كان يقول اولاً بالثلث قليلاً والكثير ما زاد على الثلث ، ثم رجع وقال الكثير النصف وما زاد عليه كقولهما .

( وقيل معناه قولي قريب من قولك ) لأن أبا يوسف رحمه الله اعتبر الاكثر من النصف وأبا حنيفة اعتبر الاكثر من الثلث والثلث أقرب إلى النصف من الربع وغيره . وقال الكاكي : أي قولي الأول وهو أن الاكثر من النصف ، الثلث مانع لا ما دونه ، أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا نفى أجزاء بالتشبه إلى قول من يقول أن الربع أو الثلث مانع .

( وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما ) أي عن أبي يوسف ومحمد في رواية مانع لأن القليل عفو ، والنصف ليس بقليل لأن ما يقابله ليس بكثير . وفي رواية غير مانع لأن المانع هو الكثير والنصف غير كثير لأن ما يقابله ليس بقليل . وفي المبسوط النصف مانع مطلقاً ، فقال لما استوى المانع والمجوز يرجح المانع احتياطاً .

( كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف ) أي كما جاءت روايتان عن أبي يوسف في انكشاف نصف العضو وقد ذكرناه الآن ( ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر ) لأنه محسوس ظاهر .

---

(١) قولك — هامش

وفي العين ، قالوا تشد العين المعيبة بعد أن تعتلف الشاة يوماً أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً ، فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثاً فالذاهب الثلث، وإن كان نصفاً فالنصف . قال ويجوز أن يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها ، لأن القرن لا يتعلق به مقصود، وكذا مكسورة القرن ، لما قلنا

---

( وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوماً أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلاً قليلا فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ) أي جعل عليه علامة ( ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلا قليلا حتى إذا رأته من مكان أعلم عليه ، ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثا ) أي إن كان التفاوت ، اراد به المسافة ما بين الرؤية الأولى والثانية ثلثاه .

( فالذاهب الثلث ) أي فالذي ذهب من عينها الثلث ( وإن كان نصفاً ) أي وإن كان التفاوت بين الرؤيتين نصفا ، ( فالنصف ) أي فالذاهب من عينها النصف، فهذا هو الحيلة في معرفة انه كم ذهب من العين وكم بقي.

( وقال ويجوز أن يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها ) أي قال القدوري ولا خلاف فيه لأحد ( لأن القرن لا يتعلق به مقصود ) لأنه ينتفع به في الاضحية وليس منصوص عليه فلا يؤثر ، ( وكذا ، مكسورة القرن ) أي يجوز .

( لما قلنا ) أن القرن لا يتعلق به مقصود ، وبه قال الشافعي ، وقال احمد ان انكسر اكثر من نصف القرن لا يجوز ، وما دونه يجوز ، لما روينا عن علي «رض» تعالى عنه أنه قال : «نهى النبي ﷺ أن يضحى بما عصب الاذن والقرن والعصب الكثير من النصف فكرهت ذلك » رواه أبو داود . وقال مالك إن كان قرنها يدمى كثيراً لم يجزه والاجاز لان ما لا دماء تعتبر كالمريضة .

والخصى لأن لحمها أطيب وقد صح أن النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوئين .

---

وفي اللباب حديث علي «رض» الله تعالى عنه لا يخلو من أن يكون مقدماً على حديث البراء ، وهو ما روى أنه ﷺ قال اربع لا تجزى في الاضاحي العور البين عورها ، الحديث . فيكون منسوخاً بحديث البراء ، متأخراً فيكون حديث علي زائداً عليه ،وما علمنا ثبوته لم يجعله منسوخاً بالشك فيكون واجب العمل ، وهذا فيه توضيح قول أحمد ولكن اصحابنا قالوا إن العيب اليسير لا يمنع بالاجماع وبهذا جازت الوجوه ، لانه لا يسر في المقصود وهو اللحم ، فكسر القرن كذلك .

وعن عبيد بن فيروز قال قلت للبراء : فاني اكره النقص من القرن،فقال إكرهلنفسك ما شئت وإياك أن تضيق على الناس ، فيحمل على الاستحباب ، كما حمل حديث الشركاء على الاستحباب ويدل عليه انكار البراء على ابن فيروز .

وقال الكرخي في مختصره قال هشام : سألت أبا يوسف عن السعى التي لا قرن لها فقال السكاء إن كان بها أذن فهي تجزىء وإن كانت صغيرة الاذن أو إن لم يكن لها أذن فانها لا تجزى ، وهو قول أبي يوسف ، وتجزىء الشاة وإن لم يكن لها قرن عندهم جميعاً .

وقال محمد في الاصل : لو كسر بعض قرنها أو جميعه اجزأت واما السكاء وهي التي لا أذن لها خلقة فإن كانت الاذن صغيرة والعضو موجود وصغير الاعضاء لا يمنع وإن لم يكن لها أذن بينة فإن الاذن مقصودة في الخلقة بدلالة النص عليها فعدمها اكثر من نقصانها .

( والخصى ) بالجر أي ويجوز أن يضحى بالخصي وهو منزوع الخصيتين ( لان لحمها أطيب ) وأن لحمه أوجه على ما لا يخفى .

( وقد صح ان النبي ﷺ ضحى بكبشين أملحين موجوئين ) هذا الحديث رواه خمسة من الصحابة «رض» تعالى عنهم .

الاول جابر بن عبدالله أخرج حديثه أبو داود وابن ماجة عن اسحاق عن زيد بن أبي حبيب عن أبي العباس المعاوري عن جابر بن عبدالله قال : « ذبح رسول الله ﷺ يوم

النحر كبشين أقرنين أملحين موجوئين » .

الثاني أبو هريرة أخرج حديثه أبو نعيم في الحلية في ترجمة ابن التارك عنه عن يحيى ابن عبيد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة يقول : « ضحى رسول الله ﷺ بكبشين املحين موجوئين » وقال مشهور من وجه غريب من حديث يحيى .

الثالث أبو رافع أخرج حديثه أحمد وإسحاق بن راهوية في مسنديهما والطبراني في معجمه عن شريك بن عبد الله بن محمد بن عقيل عن علي بن حسين عن أبي رافع قال : « ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين موجوئين خصيين » الحديث .

الرابع أبو داود أخرج حديثه أحمد في مسنده عنه قال : « ضحى رسول الله ﷺ بكبشين جذعين موجوئين » .

الخامس عائشة رضي الله تعالى عنها ، أخرج حديثها ابن ماجة في سننه من طريق عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن أبي سلمة عن عائشة أو أبي هريرة « ان النبي ﷺ كان إذا أراد أن يضحي اشترى كبشين عظيمين سمينين موجوئين ... – الحديث –

ورواه أحمد في مسنده . ورواه أيضاً حدثنا اسحاق بن يوسف أخبرنا سفيان عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ فذكره ... حدثنا وكيع عن سفيان عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن أبي سلمة عن أبي هريرة ... فذكره .

وبهذا الاسناد الأخير رواه الحاكم في المستدرك من طريق أحمد وسكت عند قوله أملحين . وهو الكبشين الذي فيه سواد وبياض ، وقيل يقال كبش املح أى فيه لمحة ، وهى بياض مشوبة شعرات سود وهى من لون الملح .

وفي العباب الملحة من الألوان وهي بياض يخالطه سواد . قلت هو بضم الميم وسكون اللام . قوله موجوئين الموجوء على وزن مفعول من الوجاء ، بكسر الواو وبالمد ، وهو عارض البيضتين حتى يتفضح فيكون بتها بالخصي .

والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لا يخل بالمقصود أمـا إذا كانت لا تعتلف لا تجزيه ، والجرباء إن كانت سمينة جـاز لأن الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم ، وإن كانت مهزولة لا تجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة ،

---

وفي المغرب هو ان يضرب العروق بحديدة ويطعن فيها من غير إخراج البيضتين . وقال الحافظ المنذري في حواسه المحفوظ موجوئين أي منزوعي الاسين . قاله أبو موسى الاصبهاني ، وقال في النهاية ومنهم من يرويه وجيين بغير همز على التخفيف ويكون من وجيته وجياً فهو موجي .

قال تاج الشريعة فإن قلت كيف يجمع الكبوشية مع الوجاء قلت جـاز أن يكون الكبوشية باعتبار ما كانت ، والوجاء باعتبار الحال – انتهى – قلت الكبوشية لا تزول عنه أصلاً فلا حاجة إلى هذا السؤال والجواب .

( قال والثولاء ) أي قال القدوري ويجوز أن يضحي بالثولاء ( وهي المجنونة ) لان العقل غير مقصود في البهائم . وقال الكرخي في مختصره قال هشام وسألته عن الجرباء والثولاء قال إذا كانا سمينتين أجزاتا ، وإن كانا عجفاوين لم يجزيا وهو قول أبي يوسف .

( وقيل هذا إذا كانت تعتلف ) أى ما ذكر من الجواز إنما يكون إذا كانت المجنونة تأكل العلف ( لأنه لا يخل بالمقصود ) أى لان المجنون لا يخل بالمقصود وهو الإنتفاع باللحم ( وأما إذا كانت لا تعتلف لا تجزيه ) لانه ينقص به اللحم .

( والجرباء إن كانت سمينة جـاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص ) والاصل عند العلماء كل عيب يؤثر في اللحم يمنع وإلا فلا .

( وأما الهتماء وهي التي لا أسـنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة ) وهو من اللحم وهو كسر الثنيا من أصلها يقـال ضربه هشم ، فأمـا إذا ألقى

وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف بـــه أجزأه لحصول المقصود
والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز إن كان هـذا
لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعـــديم الاذن أولى
وهذا الذي ذكرناه إذا كانت هذه العيوب

---

مقـــدم أسنانه ، وإنما اعتبر أبو يوسف الكثرة والقلة في هذه الرواية لأن الاسنان عضو كالأذن فيعتبر فيه بقاء الاكثر .

(وعنه) أي وعن أبي يوسف ( إن بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود ) لأن المقصود من الاسنان الأكل بها فاعتبر بقاء المقصود دون غيره . قـال القدوري في شرحه من أصحابنا لأن الهتماء التي يكسر أطراف أسنانها .

واعتبر أبو يوسف فيها أن تعتلف لان الاسنان باقية وإنما نقصت ، فإذا لم يؤثر في الأكل لم يمنع وإذا كانت متعلقة الاسنان فاعتبر بقاء الأكثر .

( والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز)لأنها فائتة العضوين المقصودين ( إن كان هذا ) يعني إن وجد هذا الذي ذكره والمعنى أنه لا يكون هكذا فإن وقع هذا نادراً فلا يجوز لانه فائت الأذنين من الاصل وإنما قال هذا لان السكاء لا يكون إلا في الطير. يقال سليم السلا ولعامة سكاء وجميع الطير يسك ويستعمل أيضاً في صغير الاذنين وقال جدي أسك وجدية سكاء إذا كانت صغيرة الاذنين .

فإن كان المراد من السكاء المعنى الاول وهو المعنى الاصلي فإنها لا يجوز لما ذكرنا . وإن كان المعنى الثاني تجوز كما ذكرنا في ما مضى عن أبي يوسف أنه قال : السكاء إن كانت صغيرة الاذن فإنها تجزىء وإن كان ليس لها أذن فإنها لا تجزىء فافهم ، فإنه موضع غض الشراح فيه أعينهم .

( لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى ) بأن لا يجوز ( وهذا الذي ذكرناه ) أشـــار به إلى ما ذكره من الاحكام التي بعضها يجوز وبعضها لا يجوز ( إذا كانت هذه العيوب ) من العماء والعور والعرج والعجف وانقطاع الاذن أو الالية أو

قائمة وقت الشراء ، ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ، إن كان غنياً عليه غيرها ، وإن كان فقيراً تجزيه هذه ، لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين ، وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت،

---

انقطاع أكثرهما ( قائمة وقت الشراء ) فإنها تمنع الاضحية ، وإنما إذا حدث بعده فالجواب على التفضيل أشار إليه بقوله ( ولو اشتراها سليمة ) أي ولو اشترى الشاة أو نحوها حال كونها سليمة عن العيب .

( ثم تعيبت بعيب مانع ) من جواز التضحية ( إن كان غنياً عليه غيرها ) وعند الثلاثة ، أجزته هذه المعيبة ولا يلزم عليه أخرى بناء على أن الاضحية غير واجبة ، وكذلك لو أوجبها بالنذر فكذلك عندهم وبقولهم قال الزبيري والثوري والنخعي والحسن وعطاء .

( وإن كان فقيراً تجزيه هذه ) أي المعيبة ( لان الوجوب على الغني بالشرع ) يعني قبل الشرع حاصله ، ان الغنى لا يتعين عليه بالشراء بل الواجب عليه قبل الشراء ( لا بالشراء فلم تتعين بـه ) أي لا الوجوب عليه بسبب الشراء إذا كان كذلك فلم يتعين عليه بالشراء .

( وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ) أي والوجوب على الفقير بسبب شرائه بنية الاضحية ، فتعينت الاضحية بسبب ذلك ، بخلاف ما يقوله الزعفراني أنه لا يتعين بالشراء أصلاً . فإذا تعينت بشرائه تجزيه أن يضحي بها ، بخلاف الغني لان الواجب عليه أضحية كاملة ابتداء فلا يخرج عن العهدة بالناقص وكذلك الحكم في الفقير إذا أوجب على نفسه أضحية بغير عينها ، فاشترى صحيحة ثم تعيبت قبل الذبح عيباً مانعاً فضحى لا يسقط عنه الواجب ، كذا في التحفة وفي الذخيرة قال بعض مشائخنا : تصير واجبة بنية الاضحية موسراً كان المشتري أو معسراً .

وذكر شيخ الإسلام إذا كان المشتري موسراً لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية

ولا يجب عليه ضمان نقصان كما في نصاب الزكاة ، وعن هذا الأصل قالوا إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير . ولو ضلت

---

باتفاق الروايات . وإن كان معسراً ففي ظاهر الروايات تجب وبه قال مالك .

وروى الزعفراني أنها لا تجب ، وإليه أشار شمس الأئمة واتفقوا على أنها لا تجب بمجرد النية للأضحية حتى كانت له شاة فنوى أن يضحي بها ولم يذكر بلسانه شيئاً لا تصير واجبة للأضحية ، ثم إذا أوجبت عليه بإيجابه أو بشرائه بنية الاضحية ، وهو معسر فعلى قول قال : من قال بوجوبها أن يصدقه بعينها في أيام النحر ولم يضحها فعليه مثلها . لان الواجب عليه الاراقة وإنما ينتقل إلى التصدق عند العجز ، وذلك بعد أيام النحر فاذا تصدق بها وجب عليه لزمه مثلها في أيام النحر ، وبعدها تصدق بقيمتها ولا تجزيه الصدقة الاولى التي في أيام النحر لأنها وقعت قبل وجوب التصدق ، فتجب بعينها حية بعد أيام النحر احتياطاً كما ذكر في الاصول . فلو لم يتصدق بعينها في أيام النحر تصدق بعينها حية بعد أيام النحر كما ذكرنا .

( ولا يجب عليه ضمان نقصانه ) في بعض النسخ ولا يجب عليه الضمان لنقصانه أى لا يجب على الفقير ضمان نقصان العيب ( كما فى نصاب الزكاة ) أى كما لا يجب النقصان في نصاب الزكاة إذا انتقص بعد الوجوب فان الزكاة تسقط عنه بقدره ولا يجب ضمان ذلك القدر والجامع بقيمتها أن محل الوجوب فيهما جميعاً المال لا الذمة . فإذا هلك المال سقط الوجوب (وعلى[1] هذا الأصل ) أى الأصل المذكور وهو أن الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء ، فلم يتعين الشاة ، فلما لم يتعين كان عليه أخرى ، والوجوب على الفقير بالشراء . فتعينت فلم يجب عليه أخرى .

( قالوا إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ) أى قال المشائخ رحمهم الله ، إذا ماتت الشاة المشتراة لان التضحية على الغني مكان هذه شاة أخرى . ( ولا شيء على الفقير ) يعني إذا ماتت المشتراة لانها كانت متعينة وماتت كما ذكرنا (ولو ضلت)

---

(١) عن — هامش .

أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح أحدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا ، خلافاً لزفر والشافعي « ر ح »

---

أي ذهبت المشتراة للتضحية ( أو سرقت فاشترى أخرى ) أي شاة أخرى .

( ثم ظهرت الأولى ) وهي التي ضلت أو سرقت ( في أيام النحر على الموسر ذبح أحدهما ) أي أحد الشاتين ، لعدم التعيين لشرائه ( وعلى الفقير ذبحهما ) أي ذبح الشاتين التي ضلت والتي عوضت عنها لتعيينها بشرائه ، وتعويضه بالشراء أيضاً هذا على ظاهر الرواية ، لا على رواية الزعفراني ، واختيار شمس الأئمة ، واختار في فتاوى الظهيرية ظاهر الرواية .

(ولو أضجعها) أي ولو أضجع رجل شاته التي عينها للتضحية. ( فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها أجزأه استحساناً عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله وزفر ) وبقولهما قال أحمد وأصحاب الظاهر لأنها صارت معيبه قبل الذبح فلم يجز تضحيته .

وقال الكاكي لا فائدة في تخصيص انكسار الرجل ، لأنها لو تعيبت بكل عيب مانع من الأضحية فالحكم كذلك وبه صرح في المبسوط .

وقال صاحب العناية : وقوله فانكسرت رجلها من باب ذكر الخاص وإرادة العام ، فانه إذا أصابها عيب مانع غير الإنكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك . قلت هذا خارج مخرج الغالب ، فإن الحيوان عند الاضطجاع للذبح يخبط برجله الارض غالباً فربما ينكسر رجل أو يد فلذلك ذكره ، وإلا فالحكم عام فافهم .

وفي شرح الأصل كذا إذا انقلبت منه السكين فأصابت عينها فذهبت ، وفيه أيضاً هذا إذا ذبح في مكانه ذلك ، فأما إذا انقلبت الشاة ثم أخذت بعد ذلك وذبحت هل يجوز ؟ لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وقد ذكرُ في غير رواية الاصول خلافاً بين أبي يوسف ومحمد . يقال على قول أبي يوسف إن أخذ من فوره ذلك جاز وإن لم يؤخذ من فوره لا يجوز . وعند محمد يجوز في الحالين بعد أن يكون التضحية في وقت الاضحية .

لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح، فكأنه حصل به اعتباراً وحكماً ، وكذا لو تعيبت في هذه الحالة ، فانفلتت ثم أخذت من فوره ، وكذا بعد فوره عند محمد خلافاً لأبي يوسف لأنه حصل بمقدمات الذبح قال والأضحية من الإبل والبقر والغنم

---

(لأن حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح) وهذا اشارة على وجه الاستحسان، ووجهه أن الشاة تضطرب في حالة الذبح فيلحقه العيوب من اضطرابها فصار ذلك مما لم يكن الاحتراز عنه . لانه في حالة الذبح ومقدماته ، وذلك ملحق بالذبح ولو لحقها عيب حالة الذبح كان عفواً فكذلك حالة الاضطجاع ، أشار اليه بقوله (فكأنه حصل به) أي فكان حصل بالذبح ( اعتباراً ) أي قياساً فإن الذبح متلف جميع الأعضاء ( وحكماً ) أي ومن حيث الحكم كأنه حصل تلف الرجل بالذبح .

نظيره إذا أعتق نصف عبده عن كفارة ظهاره ثم أعتق النصف الثاني يجوز، وإن انتقص النصف بالاعتاق لان الانتقاص يثبت في ملكه لأجل الكفارة فلا يمنع كذلك . هنا يثبت الانكسار في حالة الذبح فلا يمنع .

(وكذلك لو تعيبت في هذه الحالة ) أي وكذا يجوز لو تعيبت الشاة في حالة الاضطجاع ( فانفلتت ) أي نسيت وهربت ( ثم أخذت من فوره ) أي من ساعته من غير تأخير ، والضمير في فوره يرجع إلى الوقت الذي دل عليه القرينة .

( وكذا بعد فوره ) أي وكذا يجوز لو أخذت بعد ساعة ، ( عند محمد خلافاً لأبي يوسف ) لم يذكر دليل أبي يوسف ، ودليله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعيبت به من أن يكون سبباً من أسباب الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر وأشار إلى دليل محمد بقوله ( لأنه حصل بمقدمات الذبح ) أي لأن الذي حصل بمقدمات الذبح فيلحق بالذبح .

( قال والأضحية من الإبل والبقر والغنم ) أي قال القدوري الاضحية من هؤلاء الثلاثة لا غير وبه قالت الثلاثة وقالت الظهرية يجوز بكل حيوان وبكل وحشي وأنسي

لأنها عرفت شرعاً ولم تنقل التضحية بغيرها عن النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم . قـــال ويجزي من ذلك كله الثنى فصاعداً ، الا الضأن فإن الجذع منه يجزى لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن .

---

وكذا بكل طائر يؤكل لحمه وحشي وأنسي ، لحديث أبي هريرة رضي الله تعالى عنه أنه ﷺ قال مثل المهاجر إلى الجمعة كمثل من يهدي بدنه ثم كمن يهدي بقرة ثم كمن يهدي شاة ثم كمن يهدي دجاجة ثم كمن يهدي بيضة والعصفور قريب إلى البيضة .

وحكي عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحشى تجزيء عن سبعة ، والظبي عن واحد . واشارا إلى دليلنا بقوله ( لأنها ) اي لأن الابل والبقر والغنم ( عرفت شرعاً ) أي عرفت جواز الاضحية منها من حيث الشرع .

(ولم تنقل التضحية بغيرها) أى بغير هذه الثلاثة ( عن النبي ﷺ ولا من الصحابة «رض» ) لانه لم يرو حديث ولا أثر بجوازها من غير هـــذه الثلاثة ، واستدلال الظاهرية بالحديث المذكور فاسد لان المراد منه بيان قدر الثواب لأنه تجوز التضحية . ولهـذا لم يجوز النبي ﷺ غير الجذع من الضأن . فعلى قياس قولهم ينبغى أن يجوز .

( قال ويجزي من ذلك كله الثنى فصاعداً ) أى قـــال القدوري ، أي يجوز من المذكور من هذه الثلاثة كلها الثنى : فإن قلت فصاعداً نصب بماذا ؟ قلت على الحـــال . والتقدير فذهب الحكم فصاعداً أى حاله كونه ثمانياً على ذلك ، لأنه لا زائد عليه متجاوزاً عنه ، والفاء للعطف .

( الا الضأن فإن الجذع منه يجزيء ) قيد بالضأن لانه لا يجوز مـن غيره وابن عمر الزهري لا يجزيء الجذع من الضأن كما لا يجزى من غيره . وبقولنا قـال مالك وأحمد وقال الشافعي ولا يجزي من الضأن إلا التي في السنة الثانية ، ومن المعز إلا التي في السنة الثانية . كذا في وجيزهم .

( لقوله ﷺ ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن ) هـذا

وقال عليه السلام نعمت الأضحية الجذع من الضأن . قالوا وهذا إذا كانت عظيمة ، بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعيد .
والجذع من الضان ما تمت له ستة أشهر

---

الحديث أخرجه مسلم عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ لا تذبحوا إلا مسنة أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن .

( ولقوله [1] ﷺ نعمت الاضحية الجذع من الضأن ) هذا الحديث أخرجه الترمذي عن عثمان بن واقد عن كرام بن عبد الرحمن عن أبي كباشة قال : « جلبت غنما جذعانا إلى المدينة فكسرت علي فلقيت أبا هريرة فسألته فقال سمعت رسول الله ﷺ يقول نعم أو نعمت الاضحية الجذع من الضأن قال فانتهبه الناس » وقال حديث غريب .

وقد روى عن أبي هريرة موقوفاً . وقال في علله الكبرى سألت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث ، فقال رواه عثمان بن واقد فرفعه إلى النبي ﷺ ورواه غيره فوقفه عن ابي هريرة ، وسألته عن أبي كباش فلم يعرفه . والعجب من الاترازي انه نسب الحديث الأول إلى صاحب السنن ، وهو لصاحب الصحيح كما ذكرنا ، وإن كان اصحاب السنن اخرجوه ايضاً .

وقال في الحديث الثاني قال اصحابنا في كتبهم عن أبي هريرة ، وأظهر العجز عن نسبته إلى الترمذي .

( قالوا وهذا إذا كانت عظيمة ) أي قال المشائخ جواز الأضحية بالجذع من الضأن إذا كانت الجذعة عظيمة ( بحيث لو خلط بالثنيان ) بضم الثاء المثلثة ، جمع ثنى ، وكان يقول ينبغي أن يقول لو خلطت ( يشتبه على الناظر من بعيد ) انه ثني أو جذع .

( والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر ) وقال القدوري في شرحه : قال الفقهاء الجذع من الغنم ابن ستة أشهر ، والثنى من الغنم ابن سنة ، والجذع من البقر ابن سنة والثنى ابن سنتين ، والجذع من الإبل ابن أربع سنين والثنى ابن خمس .

---

(١) قال — هامش .

في مذهب الفقهاء . وذكر الزعفراني انه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة

---

وقال الناطفي في كتاب الأجناس ، قال في كتاب الضحايا لأن القاسم الحرمي الرازي قال سمعت أبا علي الدقاق قال : الجذع من الضأن هو ما تمت له ثمانية أشهر وطعن في الشهر التاسع ، وفي اضاحي أبي عبدالله الزعفراني ما تمت له سبعة أشهر وطعن في الشهر الثامن .

ويجوز في الاضحية إذا كانت الشاة عظيمة الجثة وهي جذع وإذا كانت صغيرة الجثة لا يجوز أن يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانيه . واما المعز لا يجوز إلا ما تمت له سنة وطعنت في الثانية . وأما البقر لا يجوز إلا ما تمت له سنتان وطعنت في السنة الثالثة سواء كانت عظيمة الجثة أو لا .

والإبل فلا يجوز في الأضحية ، إلا ما قد تمت له خمس سنين وطعنت في السنة السادسه ذكره الخصاف عن اصحابنا في ضحاياه ( وفي مذهب الفقهاء ) قيد به لأن عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة وطعنت في الثانية .

وفي الثني الجذع من البهائم قبل الثني ، إلا أنه في الإبل ، قبل السنة الخامسه ، وفي البقر والشاة في السنة الثانية ، وفي الخيل في الرابعة .

وعن الأزهري : من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر ثم الثني من الإبل الذي سنه هو ما استكمل الخامسة ودخل في السادسة . ومن الحافر ما استكملت الثالثه ودخل في الرابعة وهو في كلها بعد الجذع . قال الشاعر :

الثنايا ابن حول وابن ضعف　　　وابن خمس من ذوي ظلف وخف

( وذكر الزعفراني انـه ) أي الجذع من الضأن ( ابن سبعة اشهر ) وقد ذكرناه من الاجناس والزعفراني والجذع قبل الثني ، والانثى جذعة ويجمع على جـذاع وجذعان واجذاع ، وزاد يونس جذاع بالضم .

( والثني منها ) أي من الضأن ( ومن المعز ابن سنة ) قال الجوهري الثني الذي يلقى ، سنة ويكون ذلك في الظلف والحـافر في السنه الثالثة ، وفي الخف في السنة السادسة

ومن البقر ابن سنتين ، ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه ، والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية، حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد

---

والجمع سنان ، ورواه الانثى سنة والجمع المعزى بكسر الميم اسم جنس وكذلك المعز والمعز والالعور وفي العباب المعز والمعز مثال يهز ويهز في الغنم خلاف الضأن. وقيل الماعز الذكر ، والانثى ماعزة وهي العين والجمع مواعز وقيل واحد المعز ماعز .

( ومن البقر ) أي والثني من البقر ( ابن سنتين ومن الإبل ) أي الثني من الإبل ( ابن خمس سنين ) وطعن في السادسة ( ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه ) كما في الزكاة فإنه يؤخذ من نصاب الجاموس ما يؤخذ من نصاب البقر . وقال في خلاصة الفتاوى : والجاموس يجوز في الهدايا والضحايا استحساناً .

( والمولود بين الأهلي والوحشي يتبع الأم ) أي الذي ولد بين الحيوانات الأهلي ، كالشاة مثلا وبين الحيوان الوحشي كالظبي مثلا يتبع أمه ( لأنها هي الأصل في التبعية ) لأنها جزء الأم فإن بالفحل صار مستهلكاً بحضانتها ، والمتفصل من الفحل هو الماء ومن الأم هو الحيوان فلذلك اعتبرت .

( حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد ) اعتباراً بالأم وفي بعض النسخ حتى إذا نزا الذئب على الشاة ، ولو نزا الكبش على الظبية لا يضحى بولدها اعتباراً بها وعند الثلاثة لا يجوز كل منهما لأنه ليس من بهيمة الأنعام .

ولنا ما ذكرنا في جوامع الفقه وفتاوى الوالوالجي الاعتبار بالمتولد للأم في الأضحية والحبل . وقيل يعتبر بنفسه فيهما حتى ولدت الشاة ظبياً لم تجز الاضحية ولو ولدت الرمكة حماراً لم يجز ولم يؤكل .

وفي الذخيرة ولو نزا الحمار على الرمكة فالمتولد منها مكروه بالاتفاق ، فقيل لايكره عندهما اعتباراً للام . وفي خلاصة الفتاوى لو نزا الكلب على الشاة فولدت قال عامة الفقهاء لا يجوز . قال الإمام الجنزاري إن كان يشبه الأم تجوز ولو نزا شاة على ظبي قال

قال وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثه اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وإن كان شريك الستة نصرانياً أو رجلاً يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم. ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة ، لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة ، عندنا الإتحاد المقصود وهو القربة ، وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول

---

الامام الجنزاري إن كان يشبه الأب يجوز ، ولو نزا ظبي على شاة قال عامة العلماء يجوز وقال الإمام الحراحري العبرة للمشابهة .

( قال وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم ) أي قالت ورثة الميت اذبحوا البقرة عن الميت وعنكم اجزأهم ذلك .

( وإن كان شريك الستة نصرانياً أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ) اراد أن سابع السبعه كان نصرانياً أو كان يريد اللحم ، غير مريد الأضحية فإنه لا يجوز عن الجميع . والشركة في البقرة والبدنة جائزة عندنا وقال مالك لا يجوز الاشتراك في الهداية ، لو اراد واحد منهم اللحم لا يجوز عن الكل عندنا . وقال الشافعي وأحمد يجوز وعند زفر لا يجوز إذا اختلفت جهات القربة على ما نذكره إن شاء الله تعالى .

( وجه الفرق ) أي بين المسألتين وفي بعض النسخ ووجهه أي وجه الفرق ( أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت جهاتها كالأضحية والقران والمتعة ) بان أراد احدهم المتعة الأضحية واراد الاخرون القران واراد الاخرون المتعة فإن ذلك لا يضر .

( عندنا ) خلافاً لزفر فعنده اتحاد القربة شرط ( لاتحاد المقصود وهو القربه ) وإن كانت هي مختلفة في نفسها ( وقد وجد هذا الشرط ) وهو وجود القربه ( في الوجه الأول ) وهو ما إذا مات احد السبعة وقالت ورثته اذبحوها عنه وعنكم .

لأن الأضحية عن الغير عرفت قربة . ألا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن أمته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لأن النصراني ليس من أهلها وكـــذا قصد اللحم ينافيها . وإذا لم يقع البعض قربـــه والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل أيضاً فامتنع الجواز .

---

( لأن الأضحية عن الغير عرفت قربة ) كان هذا جواب عما يقال كيف يكون الأضحية عن الغير قربة لأنها تقوم بالفاعل ، فقال عرفت قربة بالنص .

( ألا ترى أن النبي ﷺ ضحى عن امته ) على مـا روى مسلم في الضحايا عن يزيد ابن قسيط عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله تعالى عنها « أن رسول الله ﷺ أمر بكبش اقرن يطأفي سواد ليضحي به فقال لها يا عائشة المدية ، ثم قـــال استحديها بحجر ففعلت فاخذها وأخذ الكبش فاضجعه ثم ذبحه وقال بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمد ومن أمة محمد ﷺ ثم ضحى وقد ذكرنا احاديث كثيرة ، مثل هذا في الذبائح .

وإليها إشار بقوله : ( على ما رويناه من قبل ) وهو الذي ذكره في الذبائح بقوله لما روى عن النبي ﷺ أنه قال بعد الذبح : « اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ﷺ ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ » .

( ولم يوجد في الوجه الثاني ) أي لم يوجد الشرط وهـو القربة فيما إذا كان شريك الستة نصرانياً ، أو مريد اللحم ( لأن النصراني ليس من اهلها ) أي من أهل القربة .

( وكذا قصد اللحم ينافيها ) أي ينافي القربة ( وإذا لم يقع البعض قربة والاراقـة لا تتجزى في حق القربه لم يقع الكل ايضاً ) أي لم يقع الكل قربة ايضاً لعدم التجزى .

( فامتنع الجواز ) أي إذا كان كذلك امتنع جواز الأضحية فإن قلت ينبغي أن يجوز لأن البدنة لما قامت مقام سبع شياه ، فلو اشترى سبعة انفس سبع شياه وذبح احـــدهم للحم يجوز الستة عن الأضحية كذا هذا . قلت البدنة اقيمت مقـــام سبع شياه بخلاف القياس بالنص ، والنص إنما اقامها مقام السبع إذا وجدت الإراقة بنية القربة عن الكل ففي غير مورد النص نفى على أصل القياس .

وهذا الذي ذكره استحسان والقيـــاس أن لا يجوز ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأنه تبرع بالإتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت، لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الإعتاق لأن فيه الزام الولاء على الميت . ولو ذبحوها عن صغير في الورثة ، أو أم ولد جاز لما بينا أنه قربة

---

( وهذا الذي ذكره استحسان ) أي هذا الذي ذكره محمد استحسان . ( والقياس أن لا يجوز وهو رواية ) أي القياس رواية ( عن أبي يوسف لأنه ) أي لأن إذن الورثة بالاراقة ( تبرع بالاتلاف ) لأن نصيب الميت صار ميراثا فالتضحية عنه تبرع بالاتلاف ولهذا لو فعله الغاصب يضمن .

( فلا يجوز عن غيره ) أي فلا يجوز من الوارث عن الميت ( كالاعتاق عن الميت ) حيث لا يجوز لأنه تبرع بالاتلاف ( لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت ) هـــذا وجه الاستحسان وتقريره أن الورثة لما أذنوا صار ذلك أيضاً قربة فوقع الكل قربة ، فالقربة قد تقع عن الميت .

( كالتصدق ) عن الميت والحج عنه ، فان الورثة يملكون أن يتقربوا بنحر ذلك عن الميت ، فحينئذ صار نصيب الميت للقربه كأنصاب الباقين .

( بخلاف الاعتاق ) هذا جواب عن قوله كالاعتاق عن الميت ، وتقريره ان الاعتاق عن الميت إنما لم يجـــز ( لأن فيه إلزام الولاء للميت [1] ) لان الولاء لمن أعتق ، وليس للوارث الالزام على الميت ، بخلاف الاضحية عنه فإنها جازت لعدم الالزام .

( ولو ذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد جـاز ) وفي بعض النسخ : ولو ذبحها . أي ولو كان أحد الشركاء صغيراً أو أم ولد فضحى عنه أبوه أو مولاها جاز ( لما بينا أنه قربة ) أشار إلى وجه الإستحسان وفي القياس لا يجوز لأن الاراقة لا تتجزأ ، وبعض الاراقة وقع نفلاً أو لحماً فصار الكل كذلك .

---

(١) على الميت — هامش .

ولو مات واحـــد منهم فذبحها الباقون بغير إذن الورثة لا يجزيهم لأنـه لم يقع بعضها قربة وفيها تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة . قـــال ويأكل من لحم الاضحية ، ويطعم الأغنياء والفقراء يدخر ، لقوله عليه السلام « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخروا » .

---

(ولو مات واحد منهم) أي من الشركاء (فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم) وقال الشافعي وأحمد يجزيهم ، لما ذكر من عدم اشتراط نية الكل قربة عندهما ، وعندنا يشترط فلا يجوز ( لأنه لم يقع بعضها قربة وفيها تقدم ) وهو المسألة الأولى ( وجد الاذن من الورثة فكان قربة ) فإذا كان قربة فقد جازت .

( قـــال ويأكل من لحم الأضحية ) أي قال القدوري هـذا في غير المنذورة . أما في المنذورة فلا يأكل الناذر ســـواء كان معسراً أو موسراً وبه قالت الثلاثة ، وعن أحمد في رواية يجوز الاكل من المنذورة أيضاً . وفي الذخيرة ولا يجوز أن يأكل الغني في المنذورة لأن سـببها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صـــدقته ، حتى لو أكل يجب عليه قيمة ما أكل .

وقال في شرح الطحاوي لا يجوز الأكل من الدماء إلا من أربعة من الأضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع ، إذا بلغ محله يعني لا يجوز الاكل من دماء الكفارات والنذور وهدي التطوع إذا لم يبلغ محله ، انتهى .

ثم الأكل من أضحيته مستحب عند أكثر العلماء ، وعند الظاهرية واجب وحكى ذلك عن أبي حفص الوكيل من أصحاب الشافعي .

(ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر لقوله ﷺ « كنت نهيتكم عن أكل لحوم الأضاحي فكلوا منها وادخروا » ) هذا الحديث رواه ستة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

الأول جابر بن عبد الله أخرج حديثه مسـلم عن ابن زهير عنه عن النبي ﷺ أنه نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاث ثم قال بعد كلوا وزودوا وادخروا .

الثاني أبو سعيد الخدري « رض » . أخرج حديثه مسلم أيضاً ، عن أبي بقرة عن أبي سعيد الخدري « رض » قال : « قال رسول الله ﷺ يا أهل المدينة لا تأكلوا لحم الاضاحي فوق ثلاث فشكوا إلى رسول الله ﷺ أن لهم عيالاً وحشماً وخدماً فقال كلوا وأطعموا واحبسوا وادخروا » رواه الحاكم في المستدرك ، فرواه وقال على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

الثالث عائشة الصديقة رضي الله تعالى عنها أخرج حديثها مسلم أيضاً ، عنها : قالوا يا رسول الله ﷺ إن الناس يدخرون الاسقية من ضحاياهم ، ويجملون فيها الودك قال وما ذاك قالوا نهيت أن تؤكل لحوم الاضاحي بعد ثلاثة قال إنما نهيتكم من أجل الرأفة التي دنت فكلوا وادخروا وتصدقوا » .

الرابع سلمة بن الاكوع « رض» أخرج حديثه البخاري ، عنه قال : « قال رسول الله ﷺ من ضحى منكم فلا يضحين بعد ثالثه وفي بيته شيء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله ﷺ نفعل كما فعلنا العام الماضي قال كلوا واطعموا وادخروا ، فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها شبيه المذل » . أخرج حديثه أبو داوود عنه قال : « قال رسول الله ﷺ اني كنت نهيتكم عن لحومها ان تأكلوها فوق ثلاثه لكن ليسعكم الله بسعة فكلوا وادخروا وانحروا ألا وإن هذه الايام أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل » .

السادس بريدة أخرج حديثه مسلم ، عن الثوري عن علقمة بن يزيد عن سليمان بن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ قال : « كنت نهيتكم أن تأكلوا لحوم الاضاحي فوق ثلاثة أيام وإنما أردت بذلك ليوسع أهل السعة على من لا سعة له فكلوا إنما هذا لكم وادخروا » .

( ومتى جاز أكله وهو غنى ) أى ومتى جاز أكل لحم الاضحية ، والحال أنه غني ( جاز أن يؤكله [1] غنياً ) أى أن يطعم غنياً مثله بدلالة النص .

( ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث ) هذا لفظ القدوري في مختصره أي من

---

(١) يؤكل – هامش .

لا ينقص الصدقة عن الثلث . لان الجهات ثلاث ، الاكل والادخار لما روينا ، والاطعام لقوله تعالى ﴿ واطعموا القانع والمعتر ﴾ فانقسم عليها أثلاثاً. قال ويتصدق بجلدها

---

ثلث الأضحية ( لأن الجهات ثلاث الأكل والادخار لما روينا ) أراد به قوله ﷺ « فكلوا منها وادخروا » .

( والاطعام ) بالرفع عطفاً على قوله والادخار ( لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ وأطعموا القانع والمعتر ﴾ ) القانع السائل ، من قنعت إليه إذا خضعت له وسألته قنوعاً والمعتر المتعرض للسؤال والقانع الراضي بما عنده وبما يعطى من غير سؤال ، من قنعت قنعاً وقناعة ، والمعتر المتعرض للسؤال كذا في الكشاف .

قلت الاول من باب فعل يفعل بالفتح فيهما ، والثاني من باب فعل يفعل بكسر العين في الماضي وفتحها في الغابر ، وفي المغرب القانع السائل من القنوع لا من القناعة يقال يقنع قنوعاً إذا سأل ، وقنع قناعة إذا رضي .

والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل . وتفسير الزمخشري ( فانقسم عليها اثلاثاً ) أي إذا كان كذلك فانقسم لحم الأضحية على هذه الاشياء الثلاثة وهي الأكل والادخار والاطعام أثلاثاً. كل واحد ثلث فإن قلت الاشياء الثلاثة مذكورة في الأحاديث التي مضت ، فلم استدل على كون الطعام ثلثاً للآية المذكورة ، قلت اعتمد في ذلك على ما نقله في الحديث ، فانه لم يذكر فيه الاطعام ولم يذكر فيه إلا الأكل والادخار فكذلك استدل على الاطعام بالآية ، ولكن الأحاديث الصحاح والحسان كلها مشتملة على الاقسام الثلاثة ، ولم أدر من أخرج مثل ما ذكره من أصحاب هذا الشأن .

وقال الشافعي في القديم يجعلها نصفين يأكل نصفاً ويتصدق بنصف لقوله سبحانه وتعالى ﴿ وأطعموا البائس الفقير ﴾ وقال في الجديد يستحب أكل الثلث كما قال أكثر أهل العلم .

(قال ويتصدق بجلدها ) أي قال القدوري وفي غالب النسخ ليس فيه لفظه قال . وكذلك قال الأترازي . هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يقل قال القدوري كما هو

لانه جزء منها، أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الإنتفاع به غير محرم ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع في البيت بعينه مـــع بقائه استحساناً وذلك مثل ما ذكرنا

---

عادته. أي ويتصدق بجلد الاضحية . (لانه جزؤ منها) أى لأن الجلد جزؤ من الاضحية .

( أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت ) أى ويعمل المضحي من الجلد آلة يستعمل في البيت ( كالنطع والجراب والغربال ونحوها ) كالمنخل والدلو والسـفرة والمطهرة والقربة ( لأن الإنتفاع بها غير محـــرم ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحساناً ) أى لا بأس بأن يشتري بجلد الأضحية الذي ينتفع بعينه مع بقاء عينه كالجراب والغربال ، وقال الأوزاعي يجوز بكل ما يصادر في البيت مثل الفأس ، والقدر والمنخل والميزان ، وقال الشافعي وأحمد لا يجوز بأي شيء كان ، لأنه ﷺ نهى أن يعطي أجر الجزار منها ، والنهي عنها نهي عن البيع لأنه في معنى البيع ، وعندنا لا بأس من بيعه بما ذكرنا ، وبه قال مالك .

وقال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح الكافي : ولا بأس بأن يشتري بجلد الأضحية متاعاً للبيت ، لأنه أطلق له الإنتفاع دون البيع فكل ما كان في معنى الإنتفاع يجوز، وما لا فلا . قال محمد في نوادر هشام ولا يشتري به الخل والبذر وله أن يشتري مـــا لا يؤكل مثل الغربال والثوب لأنا أطلقنا الانتفاع يجوز ذلك في استبدال الشيء بما ينتفع به من جنسه ، كالغربال فإنه ينتفع به مع بقاء عينه فيجوز استبداله بالجلد ولو اشترى باللحم خبزاً جاز لأنه ينتفع به كما ينتفع باللحم ، إذ اللحم لا يؤكل مفرداً وإنما يؤكل مع الخبز ، ولو اشترى باللحم متاع البيت لا يجوز .

وقـــال محمد والقياس في الكل سواء معناه أنه لا يجوز بيع الكل لأنه خرج من جهة التمول .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه : وإما اللحم فالجواب فيـه كالجواب في الجلد ، إن باعه بالدراهم تصدق بثمنه ، وإن باعه بشيء آخر ينتفع به كما في الجلد .

( وذلك مثل ما ذكرنا ) أي الذي ينتفع بعينه مع بقائه مثل النطع والجراب ونحوهما ( لأن للبدل حكم المبدل ) المبدل هو الجلد ، والبدل هو الذي يشتري به . لما كان البدل من الحكم فهو للمبدل كذلك .

لان للبدل حكم المبدل ، ولا يشترى بـــه ما لا ينتفع به إلا بعـد استهلاكه كالخل ، والابازير ، اعتباراً بالبيـع بالدراهم والمعنى فيـه انـــه تصرف على قصـد التمول . واللحم بمنزلـة الجلد في الصحيح ، ولو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه ، لان القربة انتقلت إلى بدله

---

( ولا يشترى به ) أى بالجلد ( ما لا ينتفع به إلا بعداستهلاكه كالخل )والخل بالخاء المعجمة والمهملة أيضاً ، فالأول معروف ، والثاني هو دهن السمسم ( والابازير ) وهي التوابل ، جمع إبزار بالفتح وهو جمع بزر ، يقال بذرت القـدر إذا القيت فيها التوابل . ( اعتباراً بالبيـع بالدراهم ) أي قياساً على بيع الجلد بالدراهم حيث لا يجور .

( والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول ) أي المعنى في اشتراء ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه ، أنه تصرف على قصد التمول ، وهو قـــد خرج عن جبهة التمول ، فإذا تمولته بالبيـع وجب التصدق لأن هـــذا الثمن حصل بفعل مكروه ، فيكون خبيثاً فيجب التصدق .

( واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح ) يعني إذا باعه بالدراهم يتصدق به ، وإن باعه بشيء آخر ينتفع به ، كما في الجلد ولو اشترى ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه لا يجوز ، احترز بقوله في الصحيح . عما روى في الاجناس قال وإنما في اللحم أن يأكل ويطعم وليس له غيره فيه ، وفي الجلد له أن يشترى الغربال والمنخل ويتخذ منه مسكاً .

وفي فتاوى قاضيخان ، ولو اشترى بجلدهـــا جراباً يجوز ولو اشترى بلحمها جراباً لا يجوز ، ولو اشترى بجلدها لحماً للأكل لا يجوز إلا في رواية عن محمد . وروى ابن سماعه عن محمد ولو اشترى بلحمه ثوباً فلا بأس بلبسه .

( ولو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لأن القربة قد انتقلت إلى بدله ) لأن التملك بالبدل من حيث التمول ساقط ، فلم يبق إلا جهة القربة ، وسبيلها التصدق .

وقوله عليه السلام . « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » . يفيد كراهة البيع . أمـــا البيع جائز لقيام الملك ، والقدرة على التسليم . ولا يعطى اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه . « تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئاً » .

---

وقال الكرخي في مختصره : وإن باع الجلد بورق أو ذهب أو فلوس تصدق به .روى هذا أحمد البازي عن محمد ( وقوله ﷺ من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع ، أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم) هذا الحديث رواه الحـــاكم في المستدرك في تفسير سورة الحج ، من حديث زيد بن الحباب عن عبد الله بن العباس المصري عن الأعرج عن ابي هريرة مرفوعاً بلفظ سواء ، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجـاه .

ورواه البيهقي في سننه الكبرى قوله فـــلا أضحية له محمول على نفي الكمال ، كما في قوله ﷺ : « لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد » ولذلك قلنا يفيد الحديث الكراهة في البيع ، وأما الجواز فلقيام الملك والقدرة على تسليمه .

( ولا يعطى اجر الجزار منها[1] ) أي من الإضحية هذا عند عامة أهل العلم،ورخص الحسن وعبدالله بن عبدالله بن عمر في اعطائه الجلد .

ولنا ما رواه علي رضى الله تعالى عنه أشار إليه بقوله ( لقوله ﷺ لعـــلي رضى الله تعالى عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئاً ) هذا الحديث أخرجه الجماعة إلا الترمذي عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضى الله تعالى عنه قال « أمرني رسول الله ﷺ أن أقوم على بدنة وأقسم جلودها وجـــلالها ، وأمرني أن لا أعطى الجزار منها شيئاً وقال نحن نعطيه من عندنا » انتهى . والجلال بكسر الجيم جمع جل الحيوان والخطم بضمتين جمع خطام وهو الزمام ، أي المقود ، وقيل هو حبـــل يجعل في عنق البعير ومشافر خطمه أي أنفه .

---

(١) من الاضحية هامش.

والنهي عنه نهي عن البيع أيضاً لانه في معنى البيع ، ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها لانه التزم إقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القربة بها ، كما في الهدي . ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف .

---

( والنهى عنه ) أي عن إعطاء الجزار منها ( نهى عن البيع أيضاً لأنه ) أي لأن الاعطاء منها للجزار ( في معنى البيع ) ، حيث أصل العين للمنفعة وهو عقد معاوضة وقد احتج ابن الجوزي بظاهر هذا على التحريم في البيع . قيل احتجاج المصنف به على كراهته بيع جلد الاضحية خلاف ظاهر اللفظ قلت هذا مبني على أصل وقيل عنه هنا المعترض وهو أن النهى إذا كان لمعنى في غيره لا ينافي مشروعية الأصل ، وقد علم هذا في موضعه .

( ويكره أن يجز صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها ) هذا من مسائل الأصل ذكره تفريعاً على مسألة القدوري . وعن أحمد إن كان الجز انفع لها بأن كان في الربيع لا يكره .

( لأنه التزم إقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لأنه أقيمت القربة بها ) أي بالأضحية ( كما في الهدى )أي كما[1]لا ينبغي، أن يجز الصوف في الهدى لكونه قربة مع اجزائه .

( ويكره أن يحلب لبنها ) أي لبن الأضحية (فينتفع به ) بالنصب أي لأن ينتفع به أي باللبن . وقال الشافعي وأحمد إن كان الحلب يضر بها أو ينقص لحمها ، لم يكن له حلبه وإلا فله حلبه ، والانتفاع باللبن . وعندنا إذا كان يضر بها لا يحلبها ولكن يرش على الضرع بالماء ، وقالوا هذا إذا كان يقرب من ايام النحر ، أما إذا كان بالبعد منها لا يفيد الرش بل يحلبها ويتصدق باللبن ، ثم هذه الكراهة في الحلب وجز الصوف في التي عينها المرق ، أما في غيرها لا .

وقال القدوري في شرحه : من أصحابنا من قال هذا في التي اوجبها وليست واجبة

---

(١) كما في الصوف . هامش .

قال والافضل أن يذبح أضحيته بيـــده ان كان يحسن الذبح . وإن كان لا يحسنه فالافضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها : « قومي فاشهدي أضحيتك فإنه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب »

---

مثل المعسر إذا اشترى أوالموسر إذا اشترى ثانية لأن الايجاب يتعين فيها ، فـلم يجز الرجوع في جزء منها ، أما الموسر إذا عين اضحيته فلا بأس أن يحلبهـا أو يجزهـا لأن الوجوب لم يتعين فيها وإنما هو في ذمته ويسقط بالذبح ما يثبت في الذمة .

فإذا كان عند الذبح بصفة الجواز فكأنه ابتدأ شراءها على هـــذه الصفة ، فاما إذا ذبحها في وقتها جاز له أن يحلب لبنها فيأكله ويجز صوفها فينتفع بها في الوجهين لأن القربه تعينت فيها بالذبح ، فجاز الانتفاع بلبنها وصوفها كما يجوز بلحمها .

وقال الكرخي في مختصره : ولا ينبغي أن يحلبها قبل الذبح وإن فعل تصدق باللبن . ( قال والافضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح ) أي قال القدوري وليس في النسخ الصحيحة لفظه قال ( وإن كان لا يحسنه ) أي الذبح ( فالافضل أن يستعين بغيره ) لئلا يتلف اضحيته .

( وإذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه ) أي أن يحضر اضحيته بنفسه ( لقوله ﷺ لفاطمة رضي الله عنها : قومي فاشهدي أصحيتك فإنه يغفر لك عند أول قطرة من دمها كل ذنب ) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم .

الاول عمران بن الحصين رضى الله عنه أخرج حديثه الحاكم في المستدرك من حديث أبي حمزة اليماني عن سعيد بن جبير عن عمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال لفـاطمة رضى الله تعالى عنها : « قومي إلى اضحيتك فاشهدي فإنه يغفر لك عند أول قطرة من دمهـا كل ذنب عملت وقولي إن صلاتي ونسكي ومحياي ... إلى قوله من المسلمين. قال عمران قلت : يا رسول الله ﷺ هذا لك ولأهل بيتك خاصة أم للمسلمين عامة ؟ قال بل للمسلمين عامة » رواه البيهقي في سننه والطبراني في معجمه .

## قال ويكره أن يذبحها الكتابي ، لانه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها .

وقال البيهقي في اسناده فقال : وقال الذهبي في مختصر المستدرك أبو حمزة السماني ضعيف جداً .

ورواه اسحاق بن راهويه في مسنده أخبرنا يحيى بن آدم وأبو بكر بن عباس عن ثابت عن أبي اسحاق عن عمران بن الحصين فذكره ،وأخرجه الكرخي ايضاً في مختصره باسناده إلى عمران نحوه .

الثاني أبو سعيد الخدري رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الحاكم ، من حديث عمرو بن قيس عن عطية عن أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ يا فاطمة قومي فاشهدي اضحيتك ، فان لك بأول قطره تقطر من دمها أن يغفر لك ما سلف من ذنبك فقالت فاطمة يا رسول الله ﷺ هذا لنا أهل البيت خاصة أو لنا وللمسلمين عامة؟ وسكت عنه رواه البزار في مسنده .

وقال الذهبي عطية واه وقال البزار لا يعلم له طريقاً عن أبي سعيد أحسن من هذه الطريق ، وعمرو بن قيس كان من افاضل الكوفة وسليم ممكن يكتب حديثه .

الثالث علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثه أبو القاسم الاصفهاني في كتاب الترغيب والترهيب ، وأبو الفتح بن أيوب ، الفقيه الشافعي عن سليم بن إبراهيم حدثنا سعيد بن زيد حدثنا عمرو بن خالد مولى بني هاشم عن محمد بن علي بن الحسين ابن أبي طالب عن أبيه عن جده علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رضى الله عنه أن النبي ﷺ قال : « يا فاطمة ... » الحديث .

وقال ابو الفتح سعيد بن يزيد وهو أبو حامد بن زيد ، واخرجه الكرخي في مختصره بإسناده إلى علي رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال : « يا فاطمة بنت محمد ، قومي واشهدي اضحيتك فإنه يغفر لك باول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما أنه يؤتى بها بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفاً .

( قال ويكره أن يذبحها الكتابي ) أي قال القدوري . وليس في النسخ الصحيحة لفظة قال ( لأنه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ) أي الكتابي ليس من أهل القربة ،وفي

ولو أمره فذبح جاز لانه من أهـــل الذكاة والقربة أقيمت بإنابته ونيته ، بخلاف مـا إذا أمر المجوسي ، لانه ليس من أهـل الذكاة فكان إفساداً . قال وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزى عنهما ولا ضمان عليهما ، وهذا استحسان . وأصل هـــذا أن من ذبح ضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك ، وهو ضامن لقيمتها

---

بعض النسخ لأنه عمل قربة ، باضافة العمل إلى القربة . قال القدوري في شرحه إذا أمر مسلم نصرانياً أو يهودياً أن يذبح اضحيته ففعل ، أجزأه لأنه من أهل الذبح فصار ذبحه وذبح المسلم سواء ، إلا انه يكره لأن الذبح للاضحية من أمور الدين ولا ينبغي أن يستعان بالكافر فيما هو من أمور الدين ، انتهى .

وبه قال الشافعي واحمد وأبو ثور وابن المنذر وقال مالك لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم. وهكذا روى مسلم عن أحمد لما روى عنه ﷺ أنه قال : « لا يذبح ضحاياكم إلا طاهر» وقال جابر لا يذبح النسك إلا مسلم ، ولنا ما قلنا .

( ولو أمره فذبح جاز لأنه) أي ولو أمر الكتابي فذبح اضحيته جاز لأن الكتابي (من أهل الذكاة ، والقربة أقيمت بانابته ونيته ) أي بانابة المسلم الكتابي ونيـــة المسلم ايضاً بالاضحية ، ( بخلاف ما إذا أمر المجوسي ) حيث لا يجوز بلا خلاف .

( لأنه ليس من أهل الذكاة ، فكان إفساداً) حيث أمر بذبحها من ليس له ملة التوحيد إلا انه لا يضمن ، لأن من فعل ذلك بالأمر بخلاف ما لو أمر مسلماً فذبـح وترك التسمية عمداً فإنه يضمن ، لأنه خالف أمر الآمر حيث ترك التسمية عمداً .

( قال وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزا عنهما ولا ضمان عليهما ) أي قال القدوري ، وليس في النسخ الصحيحة لفظة قال . وإذا كانت المسألة من مسائل القدوري ( وهذا استحسان ) أي الجواز استحسان العلماء ( وأصل هـــذا ) أي أصل ما ذكر من الحكم ( أن من ذبح ضحية غيره بغير امره[1] ، لا يحل له ذلك ، وهو

---

(١) اذنه ــ هامش .

ولا يجزيه من الأضحية في القياس ، وهو قول زفر ، وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح ، وهو قولنا . وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير أمره ، فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الإستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية ، حتى وجب عليه ان يضحى بها بعينها في أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها

---

ضامن لقيمتها . ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر ) وقول الثلاثة .

( وفي الاستحسان يجوز ) أي عن الأضحية ( ولا ضمان على الذابح وهو ) أي الاستحسان ( قولنا ) أي قول أئمتنا أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ( وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير أمره ) وفي بعض النسخ بغير إذنه ( فيضمن ) لأنه متعد ( كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب ) فانه يضمن وإن كان القصاب اشتراها للذبح لأنه متعد حيث فعل بغير أمره وقياساً على ما لو ذبح في غير أيام الأضحية . وقياساً على ما لو قال له لا يذبح .

( وجه الاستحسان انها ) أي الشاة المشتراة للأضحية (تعينت للذبح لتعينهاللاضحية) إما بنفس الشراء بنية الاضحية بل إذا كان فقيراً أو بالنذر بعينها ، فلا يضمن قياساً على القصاب إذا شد رجل شاة وقد اضجعها ، ثم جاء رجل وذبح فانه لا يضمن لأنه ذبح شاة عينها المالك للذبح ، فكذا هذا ، فلما تعينت للذبح شرعاً صار الذبح مأذونا فيه عرفاً .

والاذن الثابت عرفاً كالأذن الثابت بالنطق ، بدلالة أن من دعى قوماً إلى وليمة فقدم لهم طعاماً فإنه يكون آذناً بتناوله ذلك في العرف أما شاة القصاب فإنما وجب ضمانها لانها لم تتعين للذبح لأنه ربما يبيعها حية وربما يبيعها مسلوخة ، والاضحية تعينت للذبح إما بنفس الشراء بنيته للاضحية إذا كان فقيراً كما ذكرنا ، أو بالنذر بعينها .

(حتىوجبعليه أن يضحى بها بعينها في أيام النحر) لتعينها بعينها (ويكره أن يبدل بها غيرها ) يعني إذا كان غنياً ، وأما في الفقير فلا يجوز الاستبدال ولكن يجوز استبدالها بخير منها عند أبي حنيفة ومحمد واحمد ، وعند مالك في المنذورة وغيرها وعند الشافعي «رح» وأبي يوسف ، وأبى الخطاب الحنبلي «رح » لا يجوز لأنه قدجعلها

فصار المالك مستعيناً بكل من يكون أهلا للذبح آذناً له دلالة لأنها تفوت بمعنى بهذه الأيام وعساه يعجز عن إقامتهـــا لعوارض فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فإن قيل يفوته هو أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به

---

الله سبحانه وتعالى فلم يملك ان يتصرف فيها بالاستبدال كالوقف .

ولنا ما روى أنه ﷺ ساق مائة بدنة في حجته وقدم علي رضى الله تعالى عنه من اليمن فأشركه فيه ، رواه مسلم ، وهذا نوع من الهبة .

( فصار المالك مستعيناً بكل ما يكون أهلاً للذبح ) أي إذا كان الأمر كذلك فصار مالك الاضحية مستعيناً أي طالباً للعتاق [1] من كل من كان أهلاً للذبح احترز بـــه عن المجوسي ونحوه .

( آذناً له دلالة ) أي حال كونه دلالة بكل من كان أهلاً للذبح من حيث الدلالة ، كما في القصاب إذا أضجعها وشد رجلها كما ذكرنا. وقوله آذناً يجوز أن يقرأ على وزن الفاعل وإن قرىء على وزن المصدر فالتقرير أن يكون باسم الفاعل أيضاً فافهم ، وعلى الوجهين حال كما ذكرنا .

( لانها تفوت بمعنى هذه الأيام وعساه ) أي عسى المالك . وعسى هنا بمعنى لعـل أي لعله ( يعجز عن اقامتها لعوارض ) أي لأجل عوارض تعرض له ( فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ) أي صار حـــكم المسألة في أن الذابح فيها مأذون دلالة لحكم الرجل الذي ذبح شاة قصاب كان قد اضجعها وشد رجلها للذبح وقد ذكرناه .

( فإن قيل يفوته هو أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به ) حاصل السؤال أن المستحب هو أن يذبح أضحيته بيده ان كان يحسن الذبح أو يشهد إن لم يحسن ذبحها و كلاهما فوات هاهنا ، أما الاول فظاهر ، والثاني أنه لو علم به فربمـــا كان لا يرضى به .

---

(١) للعون — هامش

قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحياً لما عينه ، وكونه معجلا بهفيرتضيه. ولعلمائنا رحمهم الله من هــذا الجنس مسائل استحسانية ، وهي ان من طبخ لحم غيره ، أو طحن حنطته ، أو رفع جرته فانكسرت ، أو حمل على دابته فعطبت . كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامناً ، ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته . أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليــه

---

( قلنا ) وفي بعض النسخ قلت ( يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لماعينه ) يعنى وإن كان لفوته أمران احدهما مستحب فقد حصل له أمران مستحبان : أحــدهما كونه مضحيا لمــا عينه والتضحية حتى يكره الابدال لما ذكرنا ( وكونه معجــلا به فيرتضيه ) والآخر كون المالك معجلا التضحية فيرتضيه بسبب ذلك .

( ولعلمائنا مـن هذا الجنس مسائل استحسانية ) يعني استحسنها المشائخ « رح » على خلاف القياس ( وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت ) أي هلكت ( كل ذلك ) يعني من طبخ اللحم وطحن الحنطة ورفع الجرة والحمل على الدابة ( بغير أمر المالك يكون ضامناً ) للتعدى على ما يأتي .

( ولو وضع المالـك اللحم في القدر، والقدر على الكانون) أي وضع القدر علىالكانون ( والحطب ثمة ) أي وضع الحطب تحت القدر .

( أو جعل الحنطة في الدورق ) بفتح الدال وسكون الواو وفتح الراء في آخره قاف والمراد به هناشيءفيصفته صندوق مطاول يعلق فوق الرحى يوضع فيه الحنطة ينزل منه الى قطب الرحى ليطحن . وفي الاصل هو مكيل التراب قاله في ديوان الادب . وقــال ابن دريد : وإنما الدورق الذي يستعمل فاعجمي معرب ( وربط الدابة عليه ) يعني حول الرحى حتى تدور بها .

أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه ، أو حمل على دابته فسقط في الطريق. فأوقد هو النار فيه فطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانـــه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما ، أو حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامناً في هـــذه الصورة استحساناً لوجود الاذن دلالة إذ أثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب : من ذبح كل واحد منهما

---

( أو رفع الجرة وأمالها إلى نفسه ، أو حمل على دابته فسقط ) أي حملها (في الطريق) من ظهر الدابة ( فأوقد هو النار فيه فطبخه ) هذا الحديث لف ونشر مرتب .

فإن قوله فأوقد يرجع إلى المسألة الاولى ، وهو قوله ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته ، يعني فأوقد رجل غيرهالنار في الكانون يطبخاللحم.

( أو ساق الدابة فطحنها ) يرجع إلى المسألة الثانية وهي قوله أو جعـــل الحنطة في الدورق ، وربط الدابة عليه يعني وساق الدابة غيره فطحنها .

( أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما ) يرجع إلى المسألة الثالثة وهي قوله أي رفع الجرة وأمالها إلى نفسه معنى أو أعانه رجل غيره على رفع الجرة فانكسرتبينهما أي بين المالك والمعنى ( أو حمل على دابته ماسقط فعطبت ) يرجع إلى المسألة الرابعة وهي قوله حمل على دابته فسقط يعني حمل رجل غيره على دابته ما سقط منها من الحمـــل الذي حمله اياها مالكه فعطبت الدابة أي هلكت ( لا يكون ضامناً في هذه الصورة ) جواب المسائل المذكورة . والضمير فيها لا يكون يرجع إلى موقد النار ، وسائق الدابة،والحامل باعتبار كل واحد فافهم .

( استحساناً ) يعني من حيث الاستحسان ( لوجود الاذن دلالة ) والثـــابت دلالة كالثابت نصاً .

( إذ أثبت هذا ) أي المذكور من الحكم والمذكور من الأصل والمذكور من الاستحسان في المسائل المذكورة .

( فنقول في مسألة الكتاب : من ذبح كل واحد منهما أضحية غيره لغير اذنه صريحـاً

أضحية غيره لغير اذنـــه صريحاً فهي خلافية زفر « رح » بعينها وسيأتي (١) فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة عن صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا قد أكلا ثم علما فيحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو أطعمه في الابتداء يجوز فإن كان غنياً فكذا له أن يتحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة

---

فهي خلافية زفر « رح » بعينها ) أي فيها خـــلاف بين اصحابنا « رح » وزفر « رح » فإنه خالفهم .

( وسيأتي (١) فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا) فإنه ذكر وجه كل منهما عن قريب ( فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة عن صاحبه ) أي إذ كان الأمر كذلك فيأخـذ كل من الرجلين المذكورين مسلوخة نفسه عن صاحبه ( ولا يضمنه ) أي ولا يضمن أحـــدهما الآخر ( لأنه وكيله فيما فعل دلالة ) أي من حيث الدلالة فصار كوكيله نصاً .

( فإن كانا قد أكلا ثم علما) فانهما قد ذبح كل واحـــد منهما أضحية صاحبه ( فيحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما ) أي يجزى كل واحد منهما من أضحيته وهذا من مسائل النوادر ذكره تفريعاً على مسألة القدوري .

( لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز فإن كان غنياً فكذا له أن يتحلله في الانتهاء ) أي لأن كل واحد منهما لو أطعم صاحبه في ابتداء الأمر من أضحيته في غير صورة الغلط كان يجوز ذلك وإن كان صاحبه غنيا فكذا له ذلك في الانتهاء بان يحلله لأن حـــكم الابتداء حكم الانتهاء .

( وإن تشاحا ) بالحاء المهملة ، أي تنازعا وتخاصما ولم يحلل كل منهما صاحبه ( فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها ) أي لأن القيمـــة

---

(١) تتأتي - هامش .

لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبها كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لأنه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح .

---

( بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته ) يعني لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرهما فإن كان غيرها انقص من الاولى يتصدق بما فضل عن الثانية ، ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر يتصدق بثمنها ( وهذا لأن التضحية لما وقعت عن صاحبها كان اللحم له ) يعني أن تضحية كل واحد منهما وقعت عن صاحبه لا عن نفسه فكان اللحم لصاحبه أيضاً ، فلما أكل المضحي ذلك كان متلفاً لحم أضحية غيره فيضمن .

( ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ) وهو تضمين قيمة اللحم والتصدق بها .

( ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته ) وقال زفر وأبو يوسف « رح » في رواية والثلاثة لا يجوز عن أضحيته لأنها وقعت في غير ملكه فصار كعتاق الغاصب ثم ملكه باداء الضمان حيث لا ينفد عتقه وأشار إلى دليلنا بقوله ( لأنه ملكها بسابق الغصب ) أي لأن الغاصب ملك الشاة التي ضحى بها مسنداً إلى الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه ، وكذا يكفي للتضحية ولكن قبل هذا إذا أدى الضمان في أيام النحر بخلاف الاعتاق فلأنه يستدعى كمال الملك لأن الملك فيه مفوض ولا كذلك الأضحية ولا يقال الاستناد يظهر في القائم لا في الهالك لأن ذلك بمعزل منافاة الاراقة ليست من المملوك بشيء لأنها ليست بصفة الشاة ليظهر أثره فيه ، فإن الملك يثبت في المذبوحة ، ثم يسند إلى الوقت الغاصب فيظهر أن الاربعة حاصلة في ملكه كذا في الفوائد الشاهية .

( بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها ) حيث لا تجزيه ( لأنه يضمنه بالذبح فلم يثبت

الملك له إلا بعد الذبح ) فيكون غير مالك عند التضحية بوجه ونقـل الناطفي في كتاب الاجناس عن اختلاف زفر «رح» : ولو غصب شاة فذبحها عن المتعة أو ضحى بهـا ضمن قيمتها أنه يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» .

وفي نوادر ابن رستم عن محمد «رح» لم يجز عن أضحيته وان عزم القيمة . وفي أضاحي الايلاء رواية بشر بن الوليد : لو غصب شاة وذبحها عن الأضحية ثم أدى قيمتها لايجزيه لان لصاحب الاضحية أن يأخذها مذبوحة ولا يضمنها قيمتها فهـذه الرواية توافق قول محمد «رح» إلى هنا لفظ الاجناس والله أعلم

* * *

# كتاب الكراهية

## ( كتاب الكراهية )

قالت الشراح أورد الكراهية بعد الاضحية لأن عامة مسائل كل واحد لم يجز من أصل أو فرع يرد فيه الكراهية كما قلنا من كراهية جز الصوف وذبح الكتابي وغيرها.

قلت : قل في كتاب من الكتب السابقة تخلو من هذا فلم يتحقق بذلك وجه المناسبة. والاولى أن يقال عامة مسائل الذبائح بالآثار والاخبار وكذلك عامة مسائل الكراهية بالسنة والآثار . فلذلك ذكرهما متباينين .

ثم عبارات الكتب اختلفت في ترجمة هذا الباب فخصه بلفظ الكراهية في الجامع الصغير وشرح الطحاوي ، وتبعهما المصنف، وبلفظ الحظر والاباحة في القدوري والايضاح والتتمة والتحفة في فتاوى قاضيخان «رح» والكرخي «رح» في مختصره .

وبلفظ الاستحسان في الشرط والمحيط والذخيرة والمغنى والكافي للحاكم الشهيد وإنما خصوه بالاستحسان وإن كان القياس ثابتاً في مقابلته أن المعمول بهجهة الاستحسان.

ثم الكراهية على وزن فعالية مصدر ، وقولهم كره الشيء يكره كرهاً وكراهية إذا لم يرده .

قال في الميزان هي ضد المحبة والرضى .

قال الله سبحانه وتعالى : ﴿عسى أن تكرهوا شيئاً وهو خير لكم، وعسى أن تحبوا شيئاً وهو شر لكم﴾ .

فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة ، والكراهية ليست بضد الإرادة عندنا ، فإن الله سبحانه وتعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا يوجب لهما ، فإن الكفر والمعاصي بارادة الله سبحانه وتعالى بمشيئته ، وعند المعتزلة ضد الكراهية الارادة ايضاً كما عرف في أصول الكلام .

قال رضي الله عنـــه : تكلموا في معنى المكروه . والمروي عن محمد «رح» نصاً أن كل مكروه حرام إلا انه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » انه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها : فصل في الاكل والشرب ، قال أبو حنيفة تكره لحوم الاتن وألبانها

---

( قال رحمة الله عليه ) أي قـــال المصنف « رح» ( تكلموا في معنى الكراهية ) أي تكلمت العلماء في معنى الكراهية فقيل ما يكون تركه أولى من تحصيله وقيل ما يكون الاولى أن لا يفعله .

( والمروى عن محمد « رح » نصاً : أن كل مكروه حرام إلا أنه لما لم يوجد[1] فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام ) الحاصل انهم اختلفوا في مراد محمد «رح» من المكروه. فقالوا كل مكروه حرام ، كذلك روى عن محمد «رح» نصاً إلا أن إذا وجـد نصاً ثبت القول في المنصوص بالتحريم والتحليل وفي غير المنصوص بقوله في الحـــل لا بأس وفي الحرمة مكروه .

( وعن أبي حنيفة «رح» وأبي يوسف «رح» أنه إلى الحرام أقرب ) قال تاج الشريعة «رح» هذه رواية شاذة لأنه ذكر في المبسوط إن أبا يوسف « رح» قـال لابي حنيفة : إذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه ؟ قال التحريم .

وفي المحيط لفظ الكراهية عند الاطلاق يراد بها : التحريم .

قال أبو يوسف «رح» قلت لابي حنيفة «رح» : إذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ، وفي الحقائق قال أبو يوسف «رح» الشبهة إلى الحرام أقرب .

( وهو يشتمل على فصول ) أي كتاب الكراهية يجتمع على فصول ( منها ) أي من الفصول ( فصل في الاكل والشرب ) أي فى بيان أحوال الاكل والشرب ( قال أبوحنيفة رضى الله تعالى عنه تكره لحوم الاتن وألبانها ) الاتن بضمتين ، جمـــع إتان هي الحمارة

---

(١) لم يجد – هامش .

وأبوال الابل . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » : لا بأس بأبوال الابل . وتأويل قول أبو يوسف انه لا بأس بها للتداوي . وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه .

---

وإنما خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمير يستقيم، عطف الالبان عليه إذا اللبن لا يكون الا من الاتان.

فقال الاوزاعي «رح» وبشر المريسي «رح» لحوم الحمر الاهلية حرام وقد ذكرناه مستقصى في كتاب الذبائح فاذا ثبت حرمة اللحم عندنا ثبت له حكم اللبن لانه متولد منه.

وقال فخر الإسلام «رح» في شرح الجامع الصغير : اتفق أصحابنا على أن الحمار إذا ذبح يطهر لحمه وأنه لا يؤكل ، وأما شحمه فلا يؤكل وهل ينتفع به في غير وجه الاكل اختلفت فيه مشايخنا « رح » فقال بعضهم لا يحل كما لا يحل الاكل ، وقال بعضهم بل ذلك جائز .

( وأبوال الإبل ) أي يكره أبوال الإبل ايضاً عند أبي حنيفة «رح» ( وقال أبو يوسف ومحمد «رح» لا بأس بأبوال الإبل ، وتأويل قول أبي يوسف «رح» ) لانه ذكر مطلقاً في الجامع الصغير حيث قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال : اكره شرب أبوال الإبل وأكل لحم الفرس ، وقال أبو يوسف ومحمد «رح» لا بأس بذلك كله .

قال المصنف : تأويل أبي يوسف «رح» ( انه لا بأس بها إذا كانت التداوي) لا مطلقاً كما هو منهب محمد «رح» ( وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة ) في كتاب الطهارات في فصل البئر ( والذبائح ) أي في كتاب الذبائح ، وأراد به حكم لحوم الاتن ( فلا نعيدها ) أي من التكرار .

( واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه ) أي فيا لم يختلف ما هو المقصود من كل واحد منها ، ولا بد من ذلك القيد وإلا يلزم نقضاً على هذا الأصل لبن الفرس على قول أبي حنيفة «رح» في رواية هذا الكتاب : جعل شرب لبنه حلالاً لما إن المقصود من تحريم لحمه تعليل آلة الغزو ولا يوجد ذلك في اللبن .

قال : ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة : « إنما يجرجر في بطنه نار جهنم » .

---

( قال ولا يجوز الأكل والشرب والأدهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء ) أي قال القدوري «رح» في مختصره : قبل صورة الادهان المحرم أن يأخذ الاناء ويصب على رأسه ، أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صب على رأسه من اليدلايكره ذلك في الجامع والذخيرة والمحيط .

وكذا لو دفع الطعام ووضعه على الخبز وأكله لأنه يحل لانقطاعه عن آنية الفضة ( لقوله ﷺ في الذي يشرب في إناء الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم «رح» عن عبدالله بن عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضى الله تعالى عنها عن أم سلمة رضى الله تعالى عنها أن النبي ﷺ قال « الذي يشرب في آنية الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم » .

وفي لفظ لمسلم «رح» : « من يشرب في إناء ذهب أو فضة » وفي لفظ له « بالذي يأكل ويشرب في آنية الذهب والفضة » .

ولم يذكر البخاري «رح» الأكل ولا ذكر الذهب ، أخرجه البخاري « رح » في الأشربة ومسلم «رح» في أول اللباس .

وأخرجه الدارقطني «رح» ثم البيهقي «رح» عن يحيى بن محمد البخاري « رح » ثنا زكريا بن ابراهيم بن عبدالله بن مطيع عن أبيه ابن عمر نحوه ، وزاد فيه آنية الذهب والفضة إذ فيه شيء من ذلك ، ويحيى الحاوي فيه فقال : أخرجاه في الطهارة وروى البخاري ايضاً عن الحكم عن أبي ليلى قال : كان حذيفة بالمدائن فاستقى الماء وأتى دهقان بقدح فضة فرمى به فقال : اني لم أرمه إلا اني نهيته فلم ينته ، وأن النبي ﷺ نهانا عن الحرير والديباج والشرب في آنيــة الذهب والفضة وقال : « هي لهم في الدنيا وهي لكم في الآخرة » .

وقال الخطابي أصل الجرجرة هدير الفحل إذا اهتاج ويقال : جرجر الفحل إذا هدر

وأتي أبو هريرة « رض » بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال : نهانا عنه رسول الله ﷺ .

---

في شقشقته ، ومثله جرجرة الرحى . وقال الجوهري «رح » الجرجرة صوت يردده البعير في حنجرته ومعناه يرددها في بطنه . وقال صاحب العناية و « نار » منصوب على ما هو محفوظ من الثقات قلت روى الزمخشري أيضاً بالنصب في تابعة واقتصر عليه وقال أي يرددها فيه من حرز الفحل إذا ردد الصوت في حنجرته انتهى ذلك يجوز فيه الوجهان .

قال الخطابي «رح» وفي اعرابه وجهان: أحدهما إن رفع النار، أي كأنه يصوت في جهة بطنه نار جهنم ، والوجه الآخر أن ينصب النار أي كأنه يجرع في شربه نار جهنم : كقوله تعالى ﴿ إنما يأكلون في بطونهم ناراً ﴾ انتهى .

قلت التحقيق في إعراب هذا الحديث الذي قوله : الذي : مبتدأ موصول ، وقوله يشرب من إناء الذهب : صلة ، قوله إنما يجرجر في بطنه نار جهنم : خبر المبتدأ ، وهي جملة وفيها العائد إلى الأسم للاول ، ثم قوله يجرجر سواء رفعت النار أو نصبت على بناء الفاعل ، ولكن معناه في النصب متعدد في الرفع لازم ، ونار جهنم في النصب تردد وفي الرفع متردد ، والاصل هذا الفعل لازم ، ولكن يتعدى في النصب لأنه يكون بمعنى يتجرع وهو من باب التضمين وفيه يصير اللازم متعدياً ، فافهم . وهكذا فسره الزمخشري « رح» في النصب بقوله : أي يرددها لأنها حينئذ تتضمن جرجر معنى ردد وردد متعد وإلا فأصله لازم لأنك تقول جرجر الرحى إذا سمع منه صوت فتردد .

( وأتى أبو هريرة رضى الله تعالى عنه بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله ﷺ ) هذا عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه غير صحيح وهو في الكتب الستة عن حذيفة رضى الله تعالى عنه من رواية عبدالرحمن بن أبي ليلى قال : استسقى حذيفة فسقاه مجوسي في إناء من فضة فقال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الأخرة » أخرجه البخاري «رح» في الأشربة والأطعمة واللباس ، ومسلم في الأطعمة ، وأبو داوود والترمذي في الأشربة وابن ماجة في الأشربة واللباس

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين . وقال في الجامع الصغير يكره ، ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي .

---

والنسائي «رح» في الزينة والوليمة .

( وإذا ثبت هذا ) أي عدم الجواز ( في الأكل والشرب فكذا في الإدهان ونحوه ) أي فكذا ثبت عدم الجواز في الإدهان ونحوه مثل التداوى يداوى فيه والاسقاط والانحار والاختتان ( لأنه في معناه ) أي لأن الادهان في معنى الشرب منه لأن كل واحد استعمال للمحرم والمحرم الاستعمال بأي وجه كان ( ولأنه تشبه بزي المشركين ) أي ولأن كل من الأكل والشرب والإدهان والتطيب في آنية الذهب والفضة ، تشبيه بأفعال المشركين لأنهم لا يستعملون من الاشياء إلا في أواني الذهب والفضة ولا سيا ملوك الروم والفجر .

( وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين ) المترف بضم الميم وسكون التاء المثناة من فوق وفتح الراء وفي آخره فاء ، وهو المنعم . يقال أترفه أى نعمه وأترفته النعمة أي اطغته كذا في الديوان .

ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿ أمرنا مترفيها ففسقوا فيها ﴾ .

وقال الكاكي « رح » تنعم المترفين أي الطاغين .

قال سبحانه وتعالى ﴿ أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا ﴾ والاسراف المجاوزة عن الحد في استعمال الاشياء .

( وقال في الجامع الصغير يكره ) حيث قال محمد « رح» عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» أنه كان يكره الأكل والشرب والإدهان في آنية الذهب وكان لا يرى بأساً بالاناء المفضض ( ومراده التحريم ) هذا كلام المصنف « رح » أي مراد محمد «رح» من قوله يكره كراهة التحريم لانه ثبت بالنص القاطع ، ( ويستوى فيه ) هذا كلام المصنف أي في الحكم المذكور ( الرجال والنساء لعموم النهى ) حيث لم يخص طائفة منهم .

وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا . قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق. وقال الشافعي « رح » ويكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به . قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة « رح » والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه

---

( وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة ) أى لا يجوز ( والاكتحال )بالرفع أي وكذا لا يجوز الإكتحال ( بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلةوالمرآةوغيرهما) نحو المجمرة والملقط والمسقط وكذا الركاب واللجام والثفر والكرسي والسرير ونحوهم.

( لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله ولانه تشبه بزي المشركين ( قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي « رح » يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به ) أى بكل واحد من هذه الاشياء .

وقال الاقطع في شرحه : وقال الشافعي «رح» لانه في معنى الذهب والفضة من ذلك كان نافس عيناً بجنسه كالبلور .

( قلنا ليس كذلك ) أى ليس كما قال الشافعي « رح » ( لانه ) أى الشأن ( ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة ) أى من عادة المشركين أوالمترفين والاصل في الاشياء الإباحة . قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً﴾ وقال سبحانه وتعالى : ﴿ قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده ﴾ .

( قال ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند أبي حنيفة ) أى قال القدوري والمفضض المرصع وبالفارسية سيم كوفته ( والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة ) أي يجتنب موضع الفضة (ومعناه)

يتقى موضع الفم وقيل محلـــه وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف « رح » يكره ذلك . وقول محمد « رح » يروى مع أبي حنيفة ويروي مع أبو يوسف « رح » وعلى هـــذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا إذا جعل ذلك

---

أي معنى قول القدوري «رح» يتقى موضع الفضة ( يتقى موضع الفم ) عن الشرب من الإناء المفضض ( وقيل محله [1] وموضع اليد في الاخذ ) أي قبله يتقى موضع الفم وموضع اليد عند الاخذ ، فعرفت أن هـــذا في موضع النصب على المفعوليه . وقوله وموضع اليد بالنصب عطف عليه .

( وفي السرير والسرج موضع الجلوس) أي ويتقى في السرج والسرير موضع الجلوس.

( وقال أبو يوسف «رح» يكره ذلك[2] ) وبـــه قالت الثلاثة «رح » ( وقول محمد يروى مع أبي حنيفة «رح» ويروى مع أبي يوسف «رح» ) يعني قوله مضطرب .

روى الإمام الاسبيجابي «رح» انه مع أبي حنيفة ، وروى أبو عامر العامري أنه مع أبي يوسف «رح» ( وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما ) أي بالذهب والفضة ، يقال بأن يضبب أى مشدد، وبالضبان جمع ضبة وهي حديد به الفريضة التي يضبب بها ومنه يضبب استناصه بالفضة إذا شدها .

كذا في المغرب والذخيرة الضبة الذهب العريضة أو الفضة العريضة يجعل على وجـه الباب وما أشبه ذلك .

ثم عند أبي حنيفة «رح » لا بأس بالجلوس على الكرسي المضبب والسرير المضبب إذا لم يقعد على موضع الذهب .

( وكذا إذا جعل ذلك ) وكذا الخلاف بين أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح »

---

(١) محه — هامش .

(٢) كله — هامش

في السيف والمشحذ وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهباً أو مفضضاً وكذا الاختلاف في اللجـــام والركاب والثفر إذا كان مفضضا . وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا ، وهذا الاختلاف فيما يخلص ، فأما التمويه الذي لا يخلص فـــلا بأس به بالاجماع ولهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره . كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة.

---

إذا جعل التضبيب ( في السيف والمشحذ ) أي في المسن. وفي بعض النسخ والمسجد والمراد به سقف المسجد (وحلقة المرآة) والمراد من الحلقة التي تكون على خوال المرآة ما تأخذه المرأة بيدها ، فإن ذلك مكروه بالاتفاق ( وجعل المصحف مذهبـاً أو مفضضاً ) يجوز عند أبي حنيفة «رح» خـــلافاً لابي يوسف «رح» وبقول أبي يوسف «رح» قال الشافعي وأحمد في تحلية المسجد والمصحف بالذهب والفضة له وجهان فذكر بعض أصحابه أنـــه يجوز اعظاماً ونصه انه إحرام .

( وكذا الاختلاف ) يعني بين أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ( في اللجام والركاب والثفر ) بفتح الثاء المثلثة والفاء وفي آخره راء ، وهو الذي يجعل تحت ذنب الدابة ( إذا كان مفضضاً ) أي كل واحد منها .

( وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أو فضة على هذا ) أي على الخـلاف المذكور وكذا الخلاف إذا كان في نصل السكين فضه أو قبضة السيف قال أبو حنيفة « رح » إن أخذ من السكين موضع الفضه يكره وإلا فلا خلاف لأبي يوسف والثلاثة «رح» ( وهذا الاختلاف فيما يخلص ) أي يتميز من الآنية ( فاما التمويه الذي لا يخلص ) بالاذابة فلا يتميز ( فـلا بأس به بالاجماع ) أراد بالإجماع اتفاق أصحابنا «رح » لأن فيه خـــلاف الشافعي «رح» والتمويه هوالتطلية بماء الذهب أو الفضة وهو مصدر موهت السكين إذا طليته .

( ولهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة) حيث يكره بالاجماع ولعموم النهى

ولأبي حنيفة «رح» ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص . قال ومن أرسل أجيراً له مجوسيا أو خادماً فاشترى لحماً فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد

---

ايضاً ( ولأبي حنيفة إن ذلك تابع ) أي استعمال ذلك الجزء هو تابع إلى الاستعمال، قصد الجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع في الاستعمال ( ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص ) فصار كمن شرب من كفه وفي إصبعه خاتم فضة .

وحكى أن هذه المسألة وقعت في دار أبي جعفر الدرانقي بحضرة أبي حنيفة « رح» وأئمة عصره فقالت الأئمة «رح» يكره ، فقيل لأبي حنيفة : ما تقول ؟ فقال : إن وضع فمه على الفضه يكره وإلا فلا ، فقيل له : ما الحجة فيه ؟ فقال : رأيت لو كان في الاصبع خاتماً من فضه فشرب من كفه لا يكره ، فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر ، كذا في الجامع المحبوبي .

وفي المجتبى قيل : الجلوس على سرير من ذهب أو فضة يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ويكره عند محمد «رح» لاختلافهم في الجلوس على الحرير ، والصحيح انه يكره بالاتفاق . وفي العيون قال محمد «رح» ولا بأس بأن يكون في بيته شيء من الديباج لا يقعد عليه ولا ينام وأواني الذهب للتجمل لا يشرب فيها .

( قال ومن أرسل اجيراً له مجوسياً أو خادماً فاشترى لحماً فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله ) أي قال محمد «رح» في الجامع الصغير وفي بعض النسخ وسعه أكله. (لأن قول الكافر مقبول في المعاملات ) لأجل الضرورة فإن المعاملات يكثر وقوعها بين الناس ولا يوجد في كل خبر عدل يرجع إليه .

( لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة

في حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه ، معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة .

قال ويجوز أن يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي .

---

إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات بين الناس ، وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه ) أي غير ما قال : اشتريته من يهودي أو نصراني بأن قال : اشتريته من مجوسي فلم يسعه الأكل حينئذ أشار إلى هذا المعنى بقوله ( معناه ) أي معنى قول محمد « رح » وإن كان غير ذلك ( إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لأنه لما قبل قوله ) أي قول الاجير المجوسي ( في الحل أولى أن يقبل في الحرمة ) لوجوب الإحتياط في باب الحرمة .

( قال رحمه الله : ويجوز إن يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي ) أي قال القدوري «رح» يعني إذا قال العبد أو الصبي أن هذا الشيء هدية أهداها مولاي أو أبي إليك ، أو قال أنا مأذون في التجارة يعتمد على قوله في الجامع الصغير — أي روى محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» قال : إذا جاءت أمة رجل إلى رجل وقالت بعثني مولاي اليك بهدية ، قال يسعه أن يأخذها انتهى .

وأصله إن خبر الواحد حجة في المعاملات لإجماع المسلمين على ذلك بالكتاب والسنة . فإن الله تعالى جعل خبر الواحد حجة في كتابه قال الله تعالى : ﴿ وجاء من أقصى المدينة رجل يسعى ﴾ وقال الله تعالى : ﴿ فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة ﴾ .

وقد توارثنا السنة عن الصحابة والتابعين بذلك ، وقال أبو نصر «رح» في شرح القدوري : وهو الذي ذكره استحساناً والقياس أن لا يقبل لما لم يكن لهما قول صحيح وإنما تركوا القياس للعادة الجارية انهم ليقلبون قولهما في الهداية والإذن في سائر الاعصار من غير نكير فإنهم لو اعتبروا في ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس فجوزوا ذلك وقد قالوا يجب أن يعمل على ذلك بغلبة الظن في جواز من السامع في صفات المخبر فإذا رأى العبد يبيع شيئاً حتى يسأل عنه ، فإذا ذكر أن مولاه أذن له في ذلك ، وكان ثقة فلا

لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الأرض والمبائعة في السوق فلو لم

---

بأس بشرائه منه ، وكذا إن قال : هذا أهداه إلي مولاى فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب أو لم يكن له رأي لم يتعرض لشيء منه لأن الأصل أنه محجور عليه وهو الاذن صار فلا يجوز اثباته بالشك .

وإنما قلنا قول العبد إذا كان ثقة في الأذن لأنه من أخبار المعاملات وهو أضعف من أخبار الديانات .

فإذا قيل قوله في أخبار الدين ففي اخبار المعاملات أولى . وقد قالوا في رجل في يده شيء أخبر انه لغيره وانه وكله ببيعه أو وهبه له أو اشتراه منه فإن كان مسلماً ثقة صدق فيما قال إن كان أكبر رأيه أنه صادق ، وإن كان أكبر رأيه انه كاذب لم يصدق ، وهذا إذا لم يعلم الملك لغير البائع إلا من جهة لأن الناس في سائر الاعصار يقبلون قول الوكلاء والدلالين من غير نكير .

وعلى هذا إذا علم أن الشيء لغير البائع له من جهة اعتبر في جوازه غلبة الظن .

وقد قالوا فيمن باع شيئاً ولم يخبر أن ذلك لغيره فلا بأس بأن يشترى منه ويقبل قوله انه له وإن كان غير ثقة إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك الشيء وأوجب إلى أن يستردهمنه ولا يتعرض بشراء أو لا غيره وإنما جاز الشراء لأن اليد والتصرف دليل الملك إلا أن يعلم غيره ، ولأن الناس يشترون في سائر الاعصار من الثقات وغير الثقات من غير نكير فدل على جوازه .

وأما إذا كان مثل ذلك الرجل لا يملك ذلك كالفقير يبيع جواهر قيمة وما أشبه ذلك فإن الظاهر ينفي أن يكون مثل ذلك له ولم يدع وقاله من جهة الغير فيرجع إلى قوله فكان الأولى التمرة فى ذلك .

( لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء وكذا لا يمكنهم ) أى العبد والجارية والصبي ( استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب فى الارض ) أراد به السفر ( والمبائعة فى السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج ) وهو مدفوع شرعاً ( وفى الجامع الصغير إذا

يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج . وفي الجامع الصغير : إذا قــالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ماذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا قال : ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل .

---

قالت جارية لرجل بعثنى مولاى اليك هدية وسعه أن يأخذها لأنه لا فرق بـين ما إذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها ) أي وباهداء المولى نفسها ( لما قلنـــا ) أشار به إلى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدى إلى الحرج ، وقيل أشار به إلى قوله لأن الهدايا تبعث عادة على أيدى هؤلاء ، وأتى برواية الجامع الصغير لأن الهدية فيها نفس الجارية .

( قال ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات إلا قول العدل ) أى قال القدوري «رح» ، وعند الثلاثة « رح » لا يقبل إلا القول العدل فى المعـاملات مثل البيع والشراء والشهادات ونحوها . والديانات : جمع ديانة وهى التي يتدين بها العبد من العبادات ونحوها ، ومن صورها أن يخبر رجل مسلم ثقة بنجاسة الماء فإنه لا يجوز له أن يتوضأ به ، وإن كان غير ثقة وغلب على ظنه صدقه فالاولى أن يتنزه وان توضأ به جاز .

ومنها رجل تزوج امرأة فاخبرها ثقة أن بينهما رضاعة فالأولى أن يفارقهـــا لأن شهادة الواحد لا تثبت بها الرضاعة ولكن يلزمه التنزه . كذا فى شرح الاقطع والحاصل إنما يحصل الخبر فيه حجة أربعة أقسام : أحدها أحكام الشرع التي هى فروع الدين وهى نوعان : عبادات فخبر الواحد العدل فيها صحة مع اشتراط الضبط والعقل والعقوبات . فقد روى فى الامـــالي عن أبى يوسف ان خـــبر الواحد فيها حجة ايضاً وهو اختيار الجصاص «رح» وقال الكرخى «رح» لا يكون حجة .

والقسم الثاني حقوق العباد الذي فيها إلزام محض ويشترك فيها أهـل المال فلا يثبت بخبر الواحد بل يشترط فيها العدد والعدالة والأهلية وتعيين لفظة الشهادة .

فمن القسم الأول الشهادة على رؤية الهلال كرمضان إذا كان بالسماء علة.

ومن القسم الثاني في الشهادة على هلال الفطر لأن فيه حق العباد ولأن فيه منفعة لهم

ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطاً زائداً يـــؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ،كافراً كان أو مسلماً ، عبداً كان أو حراً ، ذكراً كان أو أنثى ، دفعاً للحرج

---

ومن ذلك الإخبار بحرمة الرضاع في ذلك النكاح أو ملك اليمين لأنه يبتنى على زوال الملك أي ملك المنفعة بخلاف طهارة الماء ونجاسته ، وحل الطعام والشراب وحرمته فإنه من القسم الأول فإن الحل لا يبتنى ثمة على زوال الملك ضرورة .

والقسم الثالث حقوق العباد الذي ليس فيه إلزام كالوكالة للمضاربات والأذن للعبد والشراء من الوكلاء والملاك ، فخبر الواحد فيها حجة إذا كان مميزاً عدلاً كان أو غير عدل صبياً كان أو بالغاً ، كافراً كان أو مسلماً .

والقسم الرابع من حقوق العباد ما فيه إلزام من وجه دون وجه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون ، وفيه إلزام لأنه يلزم العهدة على الوكيل بعد العزل ، ويلزم فساد العقد بعد الحجر ، وفيه عدم الإلزام أيضاً لأن الموكل أو المولى فيصرف في حقه فصار كالإذن .

ثم عند أبي حنيفة « رح » يشترط في هذا القسم أحد شطري الشهادة ، إمـــا العدد أو العدالة خلافاً لهما حتى إذا أخبر واحد فضولي فاسق أن مولاه حجر عليه ، أو موكله عزله ، ثبت الحجر والعزل عندهما خلافاً لأبي حنيفة .

( ووجه الفرق ) بين الفصلين أحدهما بقوله : قول الفاسق في المعاملات . والآخر : اشتراط العدالة في الديانات . ( أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس ) في المسلم الصالح والمسلم الفاسق والذمي والمستأمن والذكر والانثى والحر والعبد ( فلو شرطنا شرطاً زائـــداً يؤدى إلى الحرج) والحرج مدفوع والشرط الزائد إشتراط العدالة فقبل فحينئذ ( يقبل قول الواحد فيها) أي في المعاملات ( عدلاً كان أو فاسقاً كافراً كان أو مسلماً عبداً كان أو حراً ذكراً كان أو انثى دفعاً للحرج ) أي قبل ذلك لأجل الدفع للحرج ، فباعتبار العدالة فيه حرج عظيم ، ألا ترى أن في سائر الاعصار يقبلون اقوال الدلالين

أما الديانات لا يكثر وقوعهـــا حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق منهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا إلا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيهـــا ، فكان فيه ضرورة فيقبل ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة « رح » أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به

---

والمنادين والسماسرة ، ويرجعون إلى أقوالهم وإن كانت السلعة لغيرهم ( أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات ) أي قدر وقوع المعامـــلات ، أراد أن الديانات بالنسبة إلى المعاملات قليلة ( فجاز أن يشترط فيها ) أي في الديانات ( زيادة شرط )وهي العدالة ( فلا يقبل فيها إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق منهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم ) لأن في قبول قوله إلزام المسلم فلا يجوز . ( بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا ) أي لا يمكنه الإقامة في دار الإسلام سواء كان ذميــا أو حربياً ( إلا بالمعاملة ) لأن المعاش لا يكون إلا بها.

( ولا يتهيأ له المعاملة ) أي ولا يتيسر للكافر المعاملة ( إلا بعـــد قبول قوله فيها ) أي في المعاملة ( فكان فيه ضرورة فيقبل ) أي فوجد في قبول قوله ضرورة . وضرورة مرفوع لأنه اسم كان ، وهي تامة فلا يحتاج إلى خبر ( ولا يقبل قول المستور فيها ) أى في الديانات وهي الذي لا يعلم ما حاله ولم يظهر عدالته ولا فسقه .

( في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة « رح» أنه يقبل قوله فيها ) أي قول المستور في الديانات ( جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به ) أي لأجل الجرى على مذهب أبي حنيفة « رح » انه يجوز القضاء بقول المستور .

وقال شمس الأئمة «رح» السرخسي في أصوله ، وروى الحسن «رح» عن أبي حنيفة أنه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة له ظاهر بالحديث المروى عن رسول الله

وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي. قال ويقبل فيها قول الحر والعبد والأمة إذا كانوا عدولا لأن عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل. ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضيّ لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر

---

صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله عنه: «المسلمون عدول بعضهم على بعض».

ولهذا جوز أبو حنيفة «رح» القضاء بشهادة المستور فيما ثبت بالشبهات إذا لم يطعن الخصم. قال: ولكن ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا فإن الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا تعتمد رواية المستور ما لم يبين عدالته، كما لا تعتمد شهادته في القضاء قبل أن يظهر عدالته.

(وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما) أي في المستور والفاسق (أكبر الرأى). فإن كان غالب الرأى صدقهما يقبل قولهما وإلا فلا، مثلاً إذا أخبر بنجاسة الماء يحكم فيه باكبر الرأى.

(قال ويقبل فيها قول الحر والعبد والأمة إذا كانوا عدولاً) أي قال القدوري «رح» وليس في النسخ الصحيحة لفظة قال أى يقبل في الديانات قول العبد إلى آخره (لأن عند العدالة الصدق راجح) الصدق منصوب لأنه اسم إن فافهم.

(والقبول لرجحانه) أي قبول قول واحد من المذكورين لكونه مرجحاً بالعدالة.

(فمن المعاملات ما ذكرناه) أراد به الهداية والإذن (ومنها) أي ومن المعاملات (التوكيل) بأن قال وكلني فلان فإنه يقبل قوله وإذا كان مميزاً سواء كان عدلاً أو غير عدل صبياً كان أو بالغاً، كافراً كان أو مسلماً كما ذكرناه.

(ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى إذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم) أي لم يتوضأ بذلك الماء بل يتيمم لوجود العمل باخباره في باب الدين (وإن كان [1] المخبر)

---

(١) ولو كان — هامش.

فاسقا أو مستوراً تحرى، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق يتيمم ولا يتوضأ به . وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط . ومع العدالة يسقط احتمال الكذب ، فلا معنى للإحتياط بالإراقة أما التحري فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فأما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا

---

بنجاسة الماء ( فاسقاً أو مستوراً تحرى فإن كان أكبر رأيه انه صادق يتيمم ولم[1] يتوضأ به ) لأن غلبة الظن دليل شرعي ( وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ) أى أفضل وأشد للإحتياط لأنه إذا تيمم في الصورة المذكورة وكان الخبر في نفس الأمر كاذباً يكون متيمما مع وجود الماء ، فإذا أراقه كان عادماً للماء فيكون تيممه على الوجه المشروع .

( ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للإحتياط بالإراقة ) لان الأمر الذي ذكرناه ينعدم عند العدالة فلاجل هذا لا تبقى فائدة في الاحتياط بإراقة الماء .

( أما التحري فمجرد ظن فلو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري) لأن للخبر جانبان جانب الصدق وجانب الكذب وقد يترجح جانب الكذب بتحرى المخبر له فإن قلت : ينبغي أن يتيمم أيضاً للاحتياط وللتعارض بين خبر الفاسق والتحرى كما في سؤر الحمار يجمع بينهما لتعارض الأدلة . قلت : النص حكم بالتوقف في خبر الفاسق والأمر بالتيمم هنا عمل بخبره من وجه فكان خلاف النص ، ولما بقى التوقف في خبره بقى أصل الطهاره فلا حاجة إلى ضم التيمم .

( وهذا جواب الحكم ) أى المذكور من قولنا يتوضأ به ولا يتيمم جواب الحكم .

( فأما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ) أشار به إلى قوله أما التحري فمجرد ظن .

فإن قلت : لم يرجح أحد الوجهين . قلت : قيل الأصل الطهارة .

---

(١) من – هامش .

ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك وفيهـــا تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى .

---

( ومنها ) أي ومن الديانات ( الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال الملك ) يعني يقبل في الحل والحرمة خبر الواحد إذا لم يكن فيه زوال الملك كما إذا قال هذا الطعام أو هذا الشراب حلال أو حرام ، فاذا تضمن زوال الملك لا يقبل إلا بشهاده رجلين أو رجـل وامرأتين ، كما إذا أخبر امرأة أو رجل عدل أن الزوجين ارتضعا من امرأةواحدةلاتثبت الحرمة لأن ثبوتها زوال ملك المتعة ، فيشترط العدد والعدالة جميعاً ، فإذا كان كذلك فلا يجب التفريق ولا يقبل خبرها إلا على قول أحمد « ر ح » والحسن البصري « ر ح » : أن يقبل خبر المرضعة فقط .

وفي فتاوى قاضيخان والكافي : والأفضل أن يتنزه لأن شهادة الواحـد حجة في التنزيه ، فشهادة رجل عدل بالطلاق البائن أو الثلاث فالحاكم يحول بينهما .

وإن كان لا يقتضي زوال الملك كذلك هنا فإن قلت قد تقدم من قوله لأنه لما قيل له إن قول المجوسي في الحل والحرمة يقبل وهو يدل على أن العدالة في الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضاً قلت ذاك كان ضامناً وكم من شيء ثبت ضمناً لا يثبت قصداً ، فلا يتناقض لأن المراد هنا ما كان قصديا .

( وفيها ) أي وفي اخبار الديانات وغيرها ( تفاصيل ) يعني في كل مسألة منهاتفصيلاً في البيان (وتفريعات) للمسائل مثل مسألة أن الماء نجس،ومثل مسألةأن هذا اللحم ذبيحة مجوسي ومثل مسألة رؤية الهلال في رمضان أو الفطر ومثل مسألة أن الزوجين ارتضعا من واحـــدة ونحو ذلك . ( ذكرناهـــا في كفاية المنتهى ) أي ذكرنا تلك التفاصيل والتفريعات في الكتاب الموسوم بكفاية المنتهى . ومن جملة التفريعات ما لو اشترى مسلم لحماً فأخبره مسلم ثقة انه ذبيحة مجوسي يكره له بيعه وأكله لأنه اخبره بحرمة العـــين وهو خبر ديني فتمت الحجة بخبر الواحد ، وتبقى العين مملوكة متقومة لأن نقض الملك لا يجوز بخبر الواحد وحرمة الاكل تنفصل عن زوال الملك كالدهن النجس . وكالمباح له الطعام إذ نهى من أكله يحرم عليه الأكل بدون زوال الملك فهذا الاعتبار يوجب الحرمة

لكن الحل في هذا العين ثبت بسببه الملك لا بسبب الإباحة كما في النكاح . فإذا اجتمع ما يوجب الحل وما يوجب الحرمة أثبتنا أمراً بين أمرين وهو الكراهة ، بخلاف النكاح فإنا اثبتنا فيه التنزه لا غير لما قلنا إن الحرمة لا تنفصل عن زوال الملك .

وفي المحيط رجل دخل على قوم من المسلمين يأكلون ويشربون فدعوه إليهم فقال مسلم قد عرفه ثقة : هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب خالطه خمر ، فقال الذي دعاه ليس الأمر كما قال بل هو حلال ، فإنه ينظر في حالهم فإن كانوا عدولاً لا يلتفت إلى قول المخبر بالحرمة لأن خبر الواحد لا يعارض خبر الجماعة ، فإن خبر الواحد حجة في الديانات والاحكام وخبر الواحد ليس بحجة في الأحكام ، ولأن الظاهر من حال المسلمين التحرز عن ذبيحة المجوسي وعن مخالطة خمر ، فيكون خبر الواحد في معارضة خبرهم خبراً مستنكراً فلا يقبل وإن كانوا متهمين فإنه يؤخذ بقول المخبر ولا يسعه التناول لأن خبر الواحد باعتبار حاله مستقيم صالح ، ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل به لفسقهم .

وإن كان في القوم رجلان ثقتان أخذ بقولهم لأن خبر الواحد لا يعارض خبرهم، فإن كان فيهم واحد ثقة يعمل فيه بأكثر رأيه ، فإن لم يكن له رأي واستوت الحالات عنه فلا بأس بأن يأكل ويشرب ويتوضأ .

فإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان أخذ بقولهما لاستواء الحر والعبد في الخبر الديني .

ولو أخبره بأحد الأمرين عبد ثقة وبالآخر حر ثقة عمل فيه بأكثر الرأى للمعارضة بين الحر والعبد فيصار إلى الترجيح بأكبر الرأى .

وإن أخبره بأحد الأمرين مملوكان ثقتان وبالأمر الآخر حران ثقتان يأخذ بقول الحرين لأن الحجة تتم بقولهما دون المملوكين فعند التعارض يترجح قول الحرين . وإن أخبره بأحد الأمرين ثلاثة عبيد ثقات وبالأمر الآخر مملوكان ثقتان يأخذ بقول العبيد .

وكذلك ان أخبره بأحد الأمرين رجل وامرأتان وبالآخر رجلان يأخذ بقول رجل وامرأتان .

والحاصل في جنس هذه المسائل أن خبر المملوك والحر في الأمر الديني على السواء بعد

الإستواء في العدالة ، فيطلب الترجيح أولى من حيث العدد ، وإن استوى العدد أن يطلب الترجيح لكونه حجة في الأحكام في الجملة ، فإذا استويا، طلب الترجيح من حيث التحري فعلى هذا إذا كان المخبر بأحد الأمرين من أربعة من الأحرار ، وبالأمر الآخر حرين يؤخذ بقول الأربعة انتهى .

ومن التفاصيل ما ذكره الحاكم الشهيد «رح» في الكافي : إذا حضر المسافر الصلاة ولم يجد ماء إلا في إناء واخبره رجل أنه قذر وهو عنده مسلم مرضي لم يتوضأ به ، و كذلك إذا كان المخبر عبداً أو امرأة حرة أو أمة .

فإن كان المخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة نظر فيه فإن كان أكبر رأيه أنه صادق تيمم ولم يتوضأ به وإن كان عنده غير صادق توضأ ولم يلتفت إلى قوله وأجزاه ذلك ولا يتيمم . ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه حين ورد حياض ماء المدينة فقال عمرو بن العاص «رض» لرجل من أهل الماء أخبرنا عن السباع أوردكم هذا ؟ فقال عمر رضى الله تعالى عنه لا يخبرنا عن شيء نكره أن يخبر ولولا أنه عد خبره خبراً ما نهى فإن كان الذي أخبره بنجاسته رجل من أهل الذمة لم يقبل قوله وإذا وقع في قلبه أنه صادق فأحب إلي أن تهريق الماء ثم يتيمم ويصلي فإن توضأ به وصلى أجزاه لأن هذا شيء من الدين ولا يلزم به الحجة فيه إلا بمسلم .

وكذلك الصبي والمعتوه إذا عقلا ما يقولان .

ومنها رجل تزوج امرأة فجاء مسلم ثقة فأخبرهما أنهما ارتضعا من امرأة واحدة فاحب إلى إن تنزه منها فطلقها ويعطيها نصف الصداق إن لم يكن دخل بها ، وأحب إلي أن لها أن لا يأخذ منه صداقاً وإن تنزه منه إن كان لم يدخل بها وإن أقاما على نكاحها لم يحرم ذلك عليهما .

ومنها رجل اشتري جارية فأخبره عدل ثقة انها حرة لأبوين أو انها اخته من الرضاعة فإن تنزه عن وطئها فهذا أفضل وإن لم يفعل ذلك واسع له .

وإنما فارق هذا ما قاله في الوضوء والطعام لأن جميع ذلك يحل بغير ملك . ألا ترى أن رجلا لو قال لرجل كل طعامي هذا أو توضأ بمائي هذا أو اشربه وسعه أن يفعل ذلك .

ولو قال جاريتي هذه فقد أذنت الك فيها ، أو قال له تلك حرة في نفسها لم يحل له الوطىء حتى يتزوج الحرة أو يملك الامة .

ومنها : اشترى رجل طعاماً أو جارية أو ملك ذلك بهبة أو ميراث أو وصية فجاء مسلم ثقة فشهد أن هذا الفلان الفلاني غصبه من البائع أو الواهب أو الميت فأوجب الينا أن يتنزه عن أكله وشربه ووطىء الجاريه وإن لم يتنزه كان في سعة.

وكذلك طعام أو شراب في يد رجل أذن له في أكله وشربه ، وقال له مسلم ثقة هذا غصب في يديه من فلان والذي في يديه يكذبه ويزعم انه له وهو متهم غير ثقة ، فأحب الينا أن يتنزه عنه فإن أكله أو شربه أو توضأ به كان في سعة وإن لم يجد وضوء غيره وهو في سفر توضأ ولم يتيمم .

ومنها أن رجلاً مسلماً شهد عند رجل أن هذه الجارية التي في يد فلان المقر له بالرق أمة لفلان غصبها ، والذي في يده يجحد ذلك وهو غير مأمون فأحب إلي أن يشتريها ، وإن اشتراها ووطيها فهو في سعة من ذلك لأن هذا أخبر في موضع المنازعة فوجب الإحشان منه ديانة لا قضاء ، ولو أخبره أنها حرة الأصل وإنها كانت أمة لهذا الذي في يديه فأعتقها والذي اخبره بذلك مسلم ثقة فأحب إلي أن لا يفعل .

وإذا كانت الجارية لرجل فأخذها رجل آخر فأراد بيعها لم ينبغ لمن عرفها الاولى ان يشتريها من هذا حتى يعلم أنها قد خرجت من ملكه إلى ملك وهذا الذي في يده بشراء أو هبة أو صدقة أو يعلم انه قد وكله بيعها وإن قال الذي هو في يديه : إني قد اشتريتها منه أو وهبها أو تصدق بها علي أو وكلني ببيعها ، فإن كان القائل لذلك عدلا فلا بأس أن يصدقه على ذلك ويشتريها منه .

وكذلك إن وهبها له أو تصدق بها عليه حل له قبولها أو وطيها وإن كان غير ثقة إلا أن اكبر رأيه فيه انه صادق ، فكذلك ايضاً ، وإن كان اكبر رأيه أنه كاذب لم يقع له أن يتعرض لشيء من ذلك .

وكذلك الطعام والشراب في جميع ذلك وكذلك لو لم يعلم أن ذلك الشيء لغير الذي

هو في يده حتى أخبره الذي هو في يديه انه لغيره وان وكله ببيعه أو تصدق به عليه أو وهبه أو اشتراه . فإن كان مسلماً ثقة صدقه فيما قاله وإن كان غير ثقة وأكبر رأيه انه صادق فيه صدقه أيضاً ، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب فيه لم يقبل ذلك ولم يشتره . وإن كان لم يخبره إن ذلك الشيء لفلان فلا بأس بشرائه وقبوله منه . وان كان غير ثقة إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فأوجب له ان يشتريه منه ولا يتعرض له بشراء ولا غيره وان اشترى وهو لا يعلم انه لغيره أو أخبره انه له وجوز أن يكون في سعة من شرائه وقبوله التنزه عنه افضل .

فإن كان الذي أتى به عبداً أو امرأة لم يسع له أن يشتريه ولا يقبله حتى يسأله عن ذلك ، فإن ذكر له أن مولاه قد أذن له فيه وهو ثقة مأذون فلا بأس بشرائه منه وقبوله وإن كان أكبر رأيه انه صادق فيما قاله صدقه بقوله ، وإن كان أكبر رأيه انه كاذب لم يتعرض لشيء من ذلك ، وإن كان لا رأى له فيه لم يتعرض لشيء من ذلك .

وكذا الغلام الذي لم يبلغ حراً كان أو مملوكاً فيه يخبر انه أذن له ببيعه أو أن فلاناً أرسل اليه معه هدية أو صدقة فإن أكبر رأيه انه صادق وسعه أن يصدقه عن مولاه ، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ ان يقبل منه شيئاً .

وكذلك الفقير إذا أتاه عبد أو أمه يصدقه من مولاه .

ولو أن رجلا علم انها جارية لرجل يدعيها ثم رآها في يدي آخر يبيعها ويزعم انها كانت في يدي فلان وذلك كان يدعيها انها له وكانت مقرة له بالرق غير انها كانت لي وإنما أمرتها بذلك لأمر خصته وصدقته الجارية بذلك والرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها منه . وإن كان عنده كاذب فيما قال لم يبلغ أن تشتريها منه ولا يقبلها ولو لم يقل هذا ولكنه قال ظلمني وغصبني فأخذها لم تسع له أن يتعرض له بشراء ولا قبول لانه خبره متى وقع في موضع المنازعة كان دعوى والعدالة غير مرعية في باب الدعوى والخصومات .

وإن قال انه كان غصبني وظلمني ثم رجع عن ظلمه فأقر لي بها ودفعها إلي فان كان عنده انه ثقة مأمون فلا بأس بتصديقه لانه أخبر عن انقطاع المنازعة ، وإن قال: خاصمته

إلى القاضي فقضى لي بها ببينة أقمتها عليه أو ينكر له عن اليمـــين ، فكذلك ان كان غير ثقة وأكبر رأيه انه صادق وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يشترها منه .

وكذلك في جميع هذه الوجوه ان قال : قضى لي القاضي عليه فأخذها منه ودفعها إلي ، أو قال : قضى لي بها فأخذها من منزله أو بغير إذنه، لأنه أخبر عن انقطاع المنازعة وإن كان قضى لي بها فجحد في قضاء فأخذها منه لم يسع له أن يشتريها منه لأنه أخبر عن قيام المنازعة وإنما هذا بمنزلة قوله اشتريتها منه ونقدته ثمنها ثم أخذتها بغير أمره من منزله فهذا لا بأس بشرائها منه إذا كان عنده انه صادق في قوله .

وإن قال : اشتريتها منه ونقدته الثمن فجحد في الشراء وأخذتها من منزله بغير اذنه لم يسع له أن يشتريها منه . ولو قال اشتريتها من فلان وقبضتها بأمره ونقدته الثمن وكان ثقة عنده بأمرها جاز الشراء منه .

ولو قال له رجل آخر إن فلاناً جحد هذا الشراء وزعم انه لم يبع بهذا شيئاً والذي قال هذا أيضاً ثقة مأمون لم يبلغ له أن يتعرض لشيء من ذلك بشراء ولا بغيره .

وكذلك إن كان الذي أخبره الخبر الثاني غير ثقة إلا أن اكبر رأيه انه صادق ، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب ، وإن كان غير ثقة فلا بأس بشرائها منه وقبولها .

وإن كان جميعاً غـــير ثقة وأكبر رأيه أن الثاني صادق لم يتعرض لشيء من ذلك لأن هذا من أمر الدين وعليه أمور الناس ولو لم يعلم في هـــذا إلا بشاهدين لضاق الأمر على الناس .

ألا ترى أن تاجراً لو قدم بلداً بجواز أو طعام أو ثياب فقال : انا مضارب فـلان أو قال : أنا شريكه ، وسع للناس أن يشتروا منه ذلك وكذلك العبد يقدم على بلد للتجارة ويدعى أن مولاه أذن له في التجارة .

قال محمد «رح» : وكذلك سمعت أبا حنيفة يقول في المأذون ، وهـــذه الجملة كلها من الكافي للحاكم الشهيد «رح» .

( قال ومن دعي إلى وليمة ) أي قال في الجامـــع الصغير : والوليمة طعام الزفاف

أو طعام فوجد ثمة لعباً أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل . قال أبو حنيفة ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لأن إجابة الدعوة سنة .

---

( أو طعام ) هذا أمر في عطف العام على الخاص لأن الطعام أعم من أن يكون وليمة أو غيرها . والوليمة خاص وهو طعام العرس كما ذكرنا .

ولو كرة طعام البناء ، والخرس طعام الولاده ومـــا يطعمه النفساء بعينها خرسه . والاعزاز طعام الختان والبعيصة طعام القادم من سفره وعلى كل طعام صنع له دعواه حاربة ومارية جميعاً ، والدعوة الخاصة البقرى والعامة الجعلى والأجيلي .

( فوجد ثمة ) أي هناك (لعباً أو غناء ) بكسر الغين المعجمة وبالمـد يثبت بالألف ، والغنى بالكسر ، والفضل ضد الفقر يثبت بالياء ، ومنه قول ابن زيد في المقصور والممدود ورأى الغنى يدعو المغنى للملاهي والغناء ( فلا بأس بأن يقعد ويأكل وقال أبو حنيفة «رح» ابتليت بهذا مرة فصبرت ) .

وروى في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رح » في الرجل يدعى إلى الوليمة والطعام فيجد ثمة اللعب والغناء قال : لا بأس بأن يقعد فيأكل منها . وقـــال أبو حنيفة «رح» : ابتليت بهذا مرة إلى آخره وهذه من الخواص وذلك لأن الطعام حلال واجابة الدعوة سنة والحرام غير ذلك فلا تترك السنة لأجل حرام اقترن بهـــا وهو في غيرها على مايجيء الآن .

( وهذا ) أي جواز القعود هناك والاكل فيه ( لان إجابة الدعوة سنة ) سواء كانت وليمة أو غيرها وبه قال أحمد ومالك «رح» في رواية وقال الشافعي «رح» : إجابة وليمة العرس واجبة وغيرها مستحبة ، وبه قال مالك «رح» في رواية : ثم غـــير الوليمة من الدعوات فالإجابة اليها مستحبة عندنا والشافعي . وعند أحمد ومالك جائز غير مستحب وأما دعوة يقصد بها قصداً مذموماً من التطاول وابتغاء المحمدة والشكر وما أشبه ذلك فليس ينبغي اجابتها لا سيما أهل العلم لان في الاجابة إذلال أنفسهم قبل وما وضع أحـــد يده في قصعة غيره إلا ذل له .

قــال عليه السلام : « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » .
فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره

( قال ﷺ : « من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم » ) هذا الحديث أخرجه مسلم بأتم منه ولكن لفظه من لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله. أخرجه في كتاب النكاح عن ثابت بن عياض عن الاعرج «رح» عن أبي هريرة «رح» أن النبي ﷺ قال: شر الطعام الوليمة تمنعها من يأتيها ويدع إليها من يأباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله» هكذا رواه مسلم «رح» مرفوعاً، ورواه البخاري وأبو داوود والنسائي وابن ماجة «رح» موقوفاً من حـــديث ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة «رض» انه كان يقول: « شر الطعام الوليمة يدعى اليه الاغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله»

وأخرجه البخاري وابن ماجـــة «رح» في كتاب النكاح وأبو داوود في الاطعمة والنسائي «رح» في الوليمة ولكنه موقوف في حكم المرفوع .

حديث آخر رواه أبو داوود «رح» في الاطعمة : حدثنا مسدد بن مسرهد عن درست ابن زياد عن إبان بن طارق عن نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله ﷺ ومن دعى فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ، ومن دخل على غير دعوى دخل سارقاً وخرج مغير. وإبان بن طارق قال أبو ذرعة هو شيخ مجهول ، وقال ابن عدى لا يعرف إلا بهذا الحديث ولا الحديث إلا به .

ودرست بن زياد أيضاً لا يحتج بحديثه وقيل هو درست بن همزة وقيل بل هما اثنان ضعيفان . قاله المنذري « رح » لكن رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده : حدثنا زهـــير حدثنا يونس بن محمد ، حدثنا عبد الله بن عمر عن نافع « رح » عن ابن عمر « رض » عن النبي ﷺ قال: إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليجبها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله.

( فلا يتركها ) أي إجابة الدعوة ( لما اقترنت به من البدعة من غـــيره ) كان حق الترتيب أن يقول لما اقترن بها من البدعة من غيرها ، المعنى انه لا يترك السنة لاجل حرام اقترن بها وهو في غيرها. والضمير في اقترنت يرجع إلى الدعوة والذى في به وغيرها يرجع إلى ما في قوله وكله من بيانته .

كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وان حضرتها نياحة فإن قدر على المنع منعهم ، وإن لم يقدر يصبر ، وهذا إذا لم يكن مقتدى ، فإن كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين . والمحكي عن أبي حنيفة « رح » في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ،

---

( كصلاة الجنازة واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة ) فلا يترك لاجل النياحة التي في غيرها لا يقال قياس السنة على الواجب وهو غير مستقيم فإنه لا يلزم من يحمل المحظور لإقامة الواجب يحمل المحظور لإقامة السنة ، لاننا نقول هذه سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها كما ذكرنا في الاحاديث المذكورة ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر على صفة تلك العبادة .

( فإن قدر على المنع منعهم ) بان كان صاحب شوكة أو ذا جاه أو عالماً مقتد مسموع الكلمة فإنه يجب عليه منعهم لان إزالة المنكر واجبة ( وإن لم يقدر يصبر ) أي وإن لم يقدر على منعهم فإن كان ضعيف الحال غير مسموع الكلمة يصبر ولا يخرج لما قلنا ( وهذا ) أي الصبر ( إذا لم يكن مقتدى ) لانه لابويه له ( فإن كان ) أي فإن كان مقتدى ( ولم يقدر على منعهم ) بسبب استيلاء المظلمة على المجلس ( يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين ) أى قبحاً للدين ( وفتح باب المعصية على المسلمين ) لان الناس ينعقدون به ويجلسون مجالس اللعب والغناء والفسق فاذا منعوا يحتجون بحضور المقتدى ففيه مفسدة عظيمة ( والمحكى عن أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى ) هذا جواب عما يقال انكم قلتم انه إذا كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج .

وقد ذكر في الكتاب أي في الجامع الصغير أن أبا حنيفة «رح» ابتلى به مرة وصبر ولم يخرج ذلك الجواب أن ذلك كان قبل ان يصير أبو حنيفة «رح» مقتدى فانه في ذلك الوقت ما كان يقتدى به فلا يصير حجة .

ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي له أن يقعد وإن لم يكن مقتدى لقوله تعالى : ﴿ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ﴾ . وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لأنه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب[١] .

---

( ولو كان ذلك ) أي اللعب والغناء ( على المائدة لا ينبغي له أن يقعد وإن لم يقتدى لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين ﴾ ) لانه إذا كان على المائدة وقعد يكون قاعداً مع الظالمين ، وكذا إذا كان على المائدة قوم يغتابون لا يقعد لان الغيبة أشد من اللهو . قال ﷺ « الغيبة أشد من الزنا » .

( وهذا كله بعد الحضور ) أي هذا الذي ذكرناه كله إذا كان بعد الحضور والدخول في المنزل (ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لا يلزمه حق الدعوة ) لان إجابتها انما تلزم إذا كانت على وجه السنة وسواء كان مقتدى أو لا ، وبه قالت الثلاثة . وعن أبي حفص الكبير : إن كان مما لا يحترم ولا يترك المعصية لاجله فترك الإجابة اولى لقوله ﷺ : من كثر سواد قوم فمنهم. وان كان محترماً ويتركون المعصية لاجله يحضر (بخلاف ما إذا هجم عليه ) أي بغتة غير عالم بذلك حين دعي إلى الوليمة ( لانه قد لزمه ) بحضوره فتعذر فيه لعدم علمه ( ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام ) لان محمد رحمة الله عليه أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء واللعب وهو اللهو حرام بالنص لقوله ﷺ « لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث : تأديبه فرسه ، وفي رواية ملاعبته فرسه ، ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله » . وهذا الذي ذكرناه ليس من هذه الثلاثة فيكون باطلاً .

(حتى التغني بضرب القصب) قال تاج الشريعة : عنى به قصب الحارس، أراد أن التحريم

---

(١) قصب ـ هامش .

لا يختص بالمزامير وإن الضرب بالقصب والتغني مع ذلك حرام أيضاً .

قلت أهل الحجاز ومصر يضربون بالقصب كثيراً وأما أهل الحجاز فانهم يأخذون قصبتين طويلتين طول كل واحدة قدر باع في غلظ ابهام فحين يضربون بعضها ببعض ويغنون به ولا يحسن كل واحد منهم ان يفعل ذلك لأنه يحتاج في ذلك إلى معرفة مواقع الضرب بعضها ببعض مع علمه بالاصول .

وعند أهل الروم نوع من ذلك ولكن بغير هذه الصفة وهو انهم يأخذون أربع قطع خشب بطول قدر شبر في غلظ اصبعين وهي منحوتة مصقولة فيأخذ المغني منهم من الرجال والنساء كل قضيب في يد ويحركها ويضرب بعضها ببعض باصول ، ويسمى بالفارسية جهارباره ، والكل حرام بالنص .

ثم قال بعض المشائخ «رح» : دلت المسألة على أن مجرد الغناء والاستماع اليه معصية، لما روى صدر الشهيد في الكراهية في كتاب الواقعات عن رسول الله ﷺ أنه قال : استماع الملاهي معصية ، والجلوس عليها فسق ، والتلذذ بها من الكفر . وإنما قال ذلك على وجه التشديد.

وقال ابن مسعود «رض» إن صوت اللهو والغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء .

وروي في فردوس الأخبار عن جابر رضى الله تعالى عنه أنه قال : احذروا الغناء فإنه من قبل ابليس وهو شرك عند الله ولا يغني إلا الشيطان . فلهذا قال مشائخنا: استماع القرآن بالالحان معصية والتالي والسامع آثمان .

وقال بعضهم : إذا كان يغني بشد نظم القوافي أو يدفع الوحشة عن نفسه فلا بأس به. وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي «رح» : والمكروه إذا كان على سبيل اللهو ، بحديث عن أنس رضى الله تعالى عنه انه كان من صغار الصحابة رضى الله تعالى عنهم وكان يغني في مرضه وكان لا يفعل ذلك تلهياً ولكن يدفع الوسواس عن نفسه .

قال شيخ الإسلام «رح» : جميع ذلك مكروه عند علمائنا لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ومن الناس من يشترى لهو الحديث ﴾ جاء في التفسير أن المراد به الغناء .

وأما حديث انس رضى الله تعالى عنه : انه كان ينشد الإشعار المباحة وهي التي فيها الموعظة والحكمة ولا بأس بإنشاد هذه الاشعار ، ولو كان في الشعر صفة امرأة إن كانت بعينها وهي حية يكره ، وإن كانت ميتة لا يكره ، وإن كانت غير معينة لايكره .

كذا في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان وجامع المحبوبي . وعند الأئمة الثلاثة « رح » قراءة القرآن بالالحان حرام ، وفضل الشافعي رضى الله تعالى عنه في ذلك فقال : إن كان الالحان لا يغير الحروف عن موضعها ونظمها جاز ، وإن كانت تغير لا يجوز . وكذا قال مشائخنا «رح» وانه يباح السماع ولكن ترد شهادة القوال والرقاص .

وفي التتمة : ومن السحت ما يأخذ الشاعر على الشعر والضحك للنـــاس أو السخرية منهم ويحدث بمغازي رسول الله ﷺ وأصحابه لا سيا بأحاديث العجم مثـــل الرستم واسفنديار ، وما تأخذه المغنية والنائحة والكاهنة ، والواسمة ، والواسرة ، والمقامر ، والمتوسط لعقد النكاح ، والقواد ، والمصلح بين المتشاحنين ، وثمن الخمر والمسكر ،وعسب التيس ، وثمن جلود الميتات قبل الذبائح ، ومهر البغي ، وأجر الحجام بشرط . والشافعي «رح» جواز أجر الحجام ولكن قال الآبي : وإن ينزه وأصحاب جميــع المحـــارف ولا يعلم فيه خلاف .

وفي الأجناس قال في كتاب الكراهية : لما سألت أبا يوسف «رح» عن الدف أنكره في غير العرس مثل المرأة في منزلها والصبي. قال : فلا اكرهه وأما الذي يحسب منه اللعب الفاحش والغناء فإني أكرهه ، ولو بنى الرجل بامرأته ينبغى أن يولم ، والوليمة حسنة ، ويدعو الجيران والاصدقاء ويصنع لهم طعاماً ويذبح لهم ، ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به يشتهر ذلك ويعلن به النكاح، وينبغى للرجل أن يجيب وإن لم يفعل فهو آثم ، وإن كان صائماً أجاب ودعى وان كان غير صائـــم أكل ، ولا بأس يدعوا يومئـذ ومن الغد وبعد الغد ثم انقطع العرس.

وفيه ايضاً نقل عن كتاب الكراهية املاء : كره للرجل أن يدع دعوة جـــاره وقريبه إذا كانت عندهم الميدان والمزامير ، وقال أبو يوسف «رح» أحبه إلى أن لايجيبهم

وكذا قول أبي حنيفة « رح » : ابتليت لأن الإبتلاء بالمحرم يكون .

## ( فصل في اللبس )

قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لأن النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج ، وقال : « إنما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة » .

---

وليس لهؤلاء حرمة الدعوة ، قلت وإن كان ذلك في جانب المنزل وأنت في جانب ؟ قال : أجب إلى أن لا يجيبهم .

( وكذلك قول أبي حنيفة «رح» ابتليت ) هذا معطوف على قوله : ودلت المسألة . وهذا قول أبي حنيفة «رح» ابتليت على أن الملاهي كلها حرام ( لأن الابتلاء بالمحرم يكون ) يعني في المباح لا يقول ابتليته والله أعلم .

## ( فصل في اللبس )

هذا فصل في بيان أحكام اللبس .

( قال لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء ) قال القدوري « رح » في مختصره : الحرير هو الابريسم المصنوع يسمى الثوب المتخذ منه حريراً . وفي جمع التفاريق : الحرير ما كان مضمناً .

( لأن النبي ﷺ نهى عن لبس الحرير والديباج ، وقال : « انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة » ) .

هنا حديثان : فالأول أخرجه الجماعة عن حذيفة وعن البراء بن عازب . فحديث حذيفة «رض» قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ، ولا تشربوا في آنية الذهب ولا الفضة ، ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة » . وقد تقدم قريباً .

وحديث البراء بن عازب « رض » : أمرنا رسول الله ﷺ بسبع ونهانا عن سبع وفيه وعن الديباج والحرير .

والثاني أخرجه البخاري ومسلم « رح » عن نافع عن عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه رأى حلة سيراء على باب المسجد فقال : يا رسول الله ﷺ لو اشتريت هذه فلبستها يوم الجمعة وللوفد إذا قدموا عليك » فقال رسول الله ﷺ « إنما يلبس الحرير في الدنيا من لاخلاق له في الآخرة » .

ثم جاء رسول الله ﷺ منها حلل فأعطى منها حلة لعمر رضى الله تعالى عنه فقال عمر « يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت ما قلت » فقال رسول الله ﷺ : إني لم أكسها لتلبسها » فكساها عمر رضى الله تعالى عنه أخاً له مشركاً ، انتهى . وهذا الأخ كان أخاً لعمر «رض» من أمه ، صرح بذلك في كتاب النسائي قال : فكساها عمر ( رض ) أخاله من أمه مشركاً قيل إن اسمه عثمان بن حنيفة ، فأما أخوه زيد بن الخطاب فإنه اسلم قبل عمر رضى الله تعالى عنه .

ورواه في الجمعة واللباس قوله : « ولا الديباج » أي ولا تلبسوا الديباج وهو اسم الثوب سداه ولحمته إبريسم ، وقيل حرير غليظ .

قوله : « من لاخلاق له » أي من لا نصيب له .

قوله : « في صحافها » جمع صحفة وهي القصعة .

قوله : « حلة سيراء » بكسر السين المهملة وفتح الياء آخر الحروف والراء المخففة وبالمد وهي التي تكون فيها خطوط .

فهذه الاحاديث بعمومها تدل على حرمة لبس الحرير للرجال والنساء جميعاً ولكن رخص للنساء باحاديث أخر على ما يأتي .

وقال بعض الناس : يحل للرجال القباء لأن ﷺ صلى وعليه غباء من حرير ، وفي حديث مخرمة : أنه ﷺ خرج ليلة وعليه قباء ديباج مزور بذهب فقال يا مخرمة هذا جناية لك » فأعطاه إياه .

وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ، قلنا هذا منسوخ بما ذكرنا .

( وانما حل للنساء بحديث آخر ) أي وإنما حل لبس الحرير للنساء (وهذا[1] ما رواه

(١) وهو — هامش .

عدة من الصحابة رضي الله عنهم ،منهم علي رضي الله عنـــه أن النبي ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال : « هذان محرمان على ذكور أمتي حلال لإناثهم » ،ويروى حل لإناثهم .

---

عدة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم ) أي الحديث الآخر ما رواه جماعـــة من الصحابه رضى الله تعالى عنهم ، يدل على أن لبسه حـــلال للنساء فتكون الاحـــاديث المذكورة مخصوصة على ما يأتي . وقال بعضهم : حرام للنساء ايضاً لعموم النهى . وللعامة أحاديث عدة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم .

( منهم [1] علي رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ خرج بإحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال : « هذان محرمان على ذكور امتي ، حلال لإناثهم » ويروى حل لإناثهم ).

الحديث أخرجه أبو داوود وابن ماجة في اللباس ، والنسائي في الزينة ، وأحمـد في مسنده ، وابن حبان «رح» في صحيحه عن عبدالله بن زيد الساعفي عن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه أن النبي ﷺ أخذ حريراً فجعله في يمينه وأخذ ذهباً فجعله في شماله فقال : « إن هذين حرام على ذكور أمتي » .

زاد ابن ماجة « رح » : حل لإناثهم .

واعلم أن حديث علي «رض» هذا له وجهان : أحدهما من جهة الليث ، فاختلف عليه فيه ، فرواه مسنة عنه عن يزيد بن حبيب ، عن أبي أفلح الهمداني ، عن عبدالله بن رزيد انه سمع علي بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه هكذا أخرجه أبو داوود والنسائى « رح » ورواه ابن المبارك عن الليث عن يزيد ابن أبي حبيب عن ابن أبى الصعبة ، عن رجل من همدان يقال له أبو أفلح عن أبي يزيد ، هكذا أخرجه النسائي وقال : حديث ابن المبارك أولى بالصواب إلا قوله عن أفلح فان أبا أفلح أولى بالصواب .

الوجه الثاني من جهة أبى اسحاق عن يزيد بن أبي حبيب ، عن عبد العزيز بن أبي الصعبة عن أبي أفلح الهمداني ، ورواه محمد ابن اسحاق عن يزيد بن هارون ومن جهـــة

---

(١) متم — هامش .

أخرجه النسائي وعبد الرحمن بن سليمان ، ومن جهة أخرجه ابن ماجة «رح» وقال عن أبي فليح بالتعريف . وذكر عبد الحق «رح» في أحكامه : هذا الحديث من جهة النسائي ونقل عن ابن المديني أنه قال فيه حديث حسن ورجاله معروفون ، وقال ابن القطان في كتابه : أبو فليح مجهول ، وعبدالله بن رزيد مجهول الحال . وقال الشيخ في الإمام : وعبدالله بن رزيد ذكره ابن سعد في الطبقات ووثقه وقال توفى سنة إحدى وثمانين في خلافة عبد الملك بن مروان .

ومن الصحابة الذين رووا حل الحرير للنساء عمر بن الخطاب ، وأبو موسى الاشعري وعبدالله بن عمرو ، وعبدالله بن عباس ، وزيد بن أرقم ، وواثلة بن الاسقع وعقبة بن عامر الجهني رضي الله عنهم .

أما حديث عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه فأخرجه البزار في مسنده وقال : حدثنا داوود بن سليمان أبو سليمان المؤدب قال : حدثنا عمرو بن جرير ، عن اسماعيل بن أبي خالد ، عن قيس بن أبي حازم، عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ خرج عليهم وفي إحدى يديه حرير وفي الأخرى ذهب فقال : « هذان حرام على ذكور أمتي حل لإناثهم » . وهذا الحديث لانعلم رواه غير اسماعيل عن قيس عن عمر الأعمش «رح» ، إلا أن عمر بن جرير لين الحديث وقد احتمل حديثه . وقد روى هذا الكلام عن غير عمر ولا يعلم فيما روى عن ذلك حديثاً ثابتاً عند أهل النقل .

وأما حديث أبو موسى الاشعري رضى الله تعالى عنه فأخرجه الترمذي والنسائي عن عبدالله بن عمر ، عن نافع ، عن سعيد بن أبي هند «رح» عن أبي موسى الاشعري : أن رسول الله ﷺ قال : « حرم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتي وأحل لإناثهم » .

قال الترمذي «رح» حديث حسن صحيح ، ورواه أحمد في مسنده ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، وقال ابن حبان في صحيحه : خبر سعيد بن ابي هند عن أبي هند ، عن أبي موسى في هذا الباب معلول لا يصح .

وقال الدارقطني في كتاب العلل : وقد رواه أسامة عن زيد عن سعيد بن أبي هندعن

أبي مرة مولى عقيل عن أبي موسى «رح» . ورواه عبيدالله بن عمر العمري عن نافع عن سعيد بن أبي هند عن رجل عن أبي موسى قال : وهذا أشبه بالصواب لأن سعيد بن أبي هند لم يسمع من أبي موسى المقبري عن أبي موسى «رض» ، وهم في موضعين في قوله سعيد المقبري وإنما هو سعيد ، ورواه سويد بن أبي العزيز عن عبيد الله عن سعيد بن أبي هند «رح» وفي تركه نافعاً من الاسناد .

وأما حديث عبدالله بن عمر «رض» وأخرجه اسحاق بن راهوية والبزار وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، وابن أبي شيبة في مصنفه ، والطبراني «رح» في معجمه من حديث عبدالرحمن بن زياد بن أنعم الافريقي ، عن عبد الرحمن بن رافع عن عبدالله بن عمرو«رض» قال : خرج النبي ﷺ وفي احدى يديه ثوب من حرير وفي الأخرى ذهب فقال: «ان هذين محرم على ذكور امتي حل لاناثهم » .

وأما حديث عبدالله بن عباس «رض» فأخرجه البزار «رح» في مسنده حدثنا ابراهيم الزياد الصانع ، حدثنا محمد بن عبدالله الانصاري ، حدثنا اسماعيل بن مسلم عن عمر بن دينار ، عن طاوس ، عن ابن عباس « رض » بنحوه سواء . ورواه الطبراني « رح » في معجمه عن اسماعيل بن مسلم به .

وأما حديث زيد بن أرقم «رض» فاخرجه ابن أبي شيبة في مسنده ، ثنا سعيد بن سليمان ، حدثنا عباد ، حدثنا سعيد بن أبي عروبة ، أخبرنا ابن أرقم: أخبرتني اشبة بنت زيد عن ابيها قال : قال رسول الله ﷺ : الذهب والفضة والحرير حل لإناث أمتي ، حرام على ذكورها .

وأما حديث واثلة بن الأسقع فأخرجه الطبراني «رح» في معجمه ، حدثنا اسماعيل بن قيراط ، حدثنا سليمان بن عبد الرحمن ، حدثنا محمد بن عبد الرحمن ، حدثتني أشبة بنت واعلة عن ابيها بنحو حديث زيد بن أرقم سواء .

وأما حديث عقبة بن عامر الجهني «رض» فأخرجه أبو سعيد بن يونس في تاريخ مصر حدثنا أحمد بن حماد وعنه حدثنا سعيد بن أبي مريم ، أخبرنا يحيى بن أيوب ، حدثني

الحسن بن ثوبان وعمر بن الحارث عن هشام بن أبي رقبة ، سمعت مسلمة بن مخلة « رح » سمعت عقبة بن عامر الجهني «رض» يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول بلفظ حديث زيد بن أرقم انتهى .

ولما روى الترمذي «رح» من حديث أبي موسى الاشعري «رض» وقال في الباب عن عمر وعلي « رض» وعقبة بن عامر ، وأم هاني ، وأنس ، وحذيفة ، وعبدالله بن عمر ، وعمران بن الحصين ، وعبدالله بن الزبير ، وجابر ، وابن ريحانة ، وابن عمر ، والبراء رضى الله عنهم انتهى .

فالجميع يكون سبعة عشر صحابياً وقد ذكرنا أحاديث ثمانية وهم : علي بن أبي طالب ، وعمر بن الخطاب ، وأبي موسى الاشعري رضى الله تعالى عنهم وعبدالله بن عمر ، وعبدالله بن عباس ، وزيد بن أرقم ، وواثلة بن الأسقع ، وعقبة بن عامر رضى الله تعالى عنهم . وبقى منهم تسعة أنفس وهم : أنس بن مالك ، وحذيفة بن اليمان ، وعمران ابن الحصين ، وعبدالله بن الزبير ، وجابر بن عبدالله ، وأبو ريحانة ، وعبدالله بن عمر ، والبراء بن عازب ، وأم هاني رضى الله تعالى عنهم .

وبعض الناس كره للنساء أيضاً لما حدث الطحاوي «رح» عن أبي بكرة ، عن أبي داوود عن شعبة «رح» قال : اخبرنى أبو ديسان قال : سمعت ابن الزبير رضى الله تعالى عنهما يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول « من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة » ، قال ابن الزبير «رض» من لا يلبسه في الآخرة لا يدخل الجنة ، ومراده[1] أن الجواب منه الرجال دون النساء ، وليس المراد منه العموم بدليل قوله ﷺ : « حل لإناثهم » .

فإن قلت المحرم مع النسخ إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخراً كيلا يلزم النسخ مرتين، وهنا لو تأخر قوله « هذان حرامان » الحديث يلزمه النسخ مرتين في حق الإناث ، فجعل قوله « حل لإناثهم » مقدماً .

(١) والمراد — هامش .

## إلا أن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع كالاعلام والمكفوف بالحرير

قلت في قوله « إنما يلبسه » يحتمل أن يكون بياناً لقوله « حرامان على ذكور أمتي » لأن هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلاً للنسخ .

ولأن قوله « هذان » الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث.

وقوله « إنما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة » لبيان الوعيد في حق من لبس الحرير ، فكانا كالظاهر ، والنصح راجح على المظاهر ، أو نقول الدليل على أن يقتضي الحل للإناث متأخر ، وهو استعمال الإناث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره وتكرار النسخ إذا كان بدليل غير ممتنع .

فان قلت وقع التعارض بين قوله ﷺ « هذان حرامان » الحديث وبين نهيه عن لبس الحرير والديباج فلم تركتم العام بالخاص .

قلت لما تعارضا وجعل التاريخ جعل كأنهما وردا معاً . وإذا جعلا تعارضان يجعله الخاص بياناً للعام ولا يثبت العام في قدر ما يتناوله العام كما في قوله سبحانه وتعالى : ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ . فان قلت قوله ﷺ : « هذان حرامان » إشارة إلى حرمتين فمن أين العموم ؟ قلت المراد الجنس ولئن كان شخصاً فغيره ملحق به بالدلالة .

(إلا أن القليل عفو) هذا استثناء من قوله « لا يحل للرجال لبس الحرير » ( ومقداره ثلاثة أصابع أو أربع ) أي مقدار العفو ثلاثة أصابع أو أربعة أصابع وفي الغنية عمامة طرفها قدر أربع أصابع ابريسم من أصابع عمر « رض » فاللبس لسريد مرخص وقال تاج الشريعة والدين أخو حسام الدين الشهيد المعتبر قدر أربع أصابع على هينا كما هي لا أصابع السلف وقال الكرماني أربع أصابع منشورة .

وقال الكرابيسي هذا اولى . وقال الحلواني وأبو حامد «رح» لا يجمع .

وقال تاج الشريعة ، مضمومة لا منشورة ، وقال الأسبيجابي في الغابرة كذلك، وقال محمد لا يمنع في القلنسوة لأن أباحنيفة «رح» رخص في العلم في عرض الثوب، وقال صاحب المجتبى وهذا يدل على أن القليل في طوله يكره، وقال محمد في السير الكبير العلم عفو أي مقدار كان.

( كالاعلام والمكفوف بالحرير) والاعلام جمع علم الثوب، ويقال ثوب مكفوف كف جيبه

لما روي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع اصبعين أو ثلاث أو أربع أراد الاعلام ، وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير .

---

وأطراف كمه توشى من الديباج ، ( لما روى أنه ﷺ نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاث أو أربع ) .

هذا الحديث أخرجه مسلم عن قتادة عن الشعبي ، عن سويد بن غفلة أن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه خطب بالجابية فقال نهى رسول الله ﷺ نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاث أو أربع .

وقال الدارقطني «رح» لم يرفعه عن الشعبي غير قتادة ، وهو مدلس فأصله بلغه عنه . وقد رواه بيان ، وداوود بن أبي هند ، وابن أبي السفر عن الشعبي عن سويد بن غفلة عن عمر « رض » قوله ورواه النسائي موقوفاً .

( أراد الاعلام ) أراد النبي ﷺ من قوله إلا موضعين إصبعين أو ثلاث أو أربع الاعلام . والدليل عليه ما أخرجه الجماعة إلا الترمذي «رح» قال عن ابن عثمان النهدي قال أتانا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه ونحن مع عتبة بن فرقد اذربيجان أن رسول الله ﷺ نهى عن الحرير إلا هكذا وأشار بإصبعه التي تليان الابهام . قال أبو عثمان فيما علمنا يعني الأعلام ، وزاد أبو داوود وابن ماجة فيه إلا هكذا وهكذا اصبعين وثلاثة وأربعة .

( وعنه ﷺ أنه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن عبدالله بن عمر عن مولى بنت أبي بكر قال ، قالت : رأيت ابن عمر رضى الله تعالى عنهما في السوق وقد اشترى ثوباً شامياً فرأى فيه خيطاً أحمر فرده فأتيت أسماء فذكرت ذلك لها فقالت ياجارية ناوليني جبة رسول الله ﷺ فأخرجت لي جبة طيالسة كسروانية بها لبنة ديباج وفرجاها مكفوفان بالديباج فقالت كانت هذه عند عائشة رضى الله تعالى عنها حتى قبضت ، فلما قبضت أخذتها ، وكان النبي ﷺ يلبسها فنحن نغسلها للمرضى فيستشفى بها .

ورواه أبو داوود « رح » ولفظه فأخرجت لي جبة مكفوفة الجيب والكمين والفرجين بالديباج .

قال : ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يكره . وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد « رح » وحده ولم يذكر قول أبي يوسف « رح » . وإنمـــا ذكره القـدوري وغيره من المشايخ « رح » .

---

ورواه البخاري في كتابه المفرد وفي الادب ولفظه : أخرجت لي أسماء رضى الله تعالى عنها جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج وان فرجها مكفوفان به ، فقالت هـذه جبة رسول الله ﷺ كان يلبسها للوفد والجمعة .

قوله جبة طيالسة والدليل عليه الرواية الأخرى، وقوله كسروانية نسبة إلى كسرى وزيدت فيه النون على غير القياس .

قوله لها لبسه بضم اللام ومن الصحيح اللبسة حرمان القميص ، وفي العباب جريان القميص بالضم والتشديد ، وهو فارسى معرب ، وهو بالفارسية كسربون .

( قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة رضى الله تعـالى عنه ) أي قال القدوري ولا بأس بتوسد الحرير وهو أن يتخذه وسادة أي مخدة ، يقال توسدت الشيء إذا جعلته تحت رأسك ، والنوم عليه إذا جعله فراشاً ينام عليه أو يقعد .

( وقـالا يكره ) أي وقال أبو يوسف ومحمد «رح» يكره ذلك ويستوى فيه الرجل والمرأة بخلاف اللبس ذكره في الخلاصة .

وقالت الثلاثة «رح» وأكثر أهل العلم : حرام للرجال دون النسـاء .

( وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكرقول أبي يوسف«رح» ) وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة أنه لا يكره ذلك كله ، ولم يذكر فيه قول أبي يوسف كما ترى وهو من الخواص .

( وإنما ذكره القدوري وغيره من المشائخ) ذكره الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مع محمد «رح» ، وتبعه القدوري على ذلك ، وكذا ذكره أبو عاصم القاضي «رح» .

وذكر الفقيه ابو الليث قول أبي يوسف مع أبي حنيفة « رح» في شرح الجامع الصغير .

وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما العمومات ولأنه من زي الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام . وقال عمر رضي الله عنه : إياكم وزي الأعاجم

---

(وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب) يعني لا بأس به عند أبي حنيفة «رح» خلافاً ( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد .

( العمومات ) أي عمومات الاحاديث التي مر ذكرها في تحريم الحرير لأنها تشمل اللبس والتوسد والافتراش جميعاً ( ولأنه من زي الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام ) أي ولأن كل واحد من التوسد والنوم عليه زينة الأكاسرة ، وهو جمع كسرى بفتح الكاف وكسرها ، وهو اسم كل من ملك فارس من العجم والجبابرة جمع جبار وهو المتكبر . والتشبه بهم حرام لقوله ﷺ « من تشبه بقوم فهو منهم » .

( وقال عمر رضى الله تعالى عنه : إياكم وزي الأعاجم ) .

هذا الأثر رواه ابن حبان في صحيحه من حديث شعبة عن قتادة قال سمعت أبا عثمان «رض» يقول أخبرنا كتاب عمر رضى الله تعالى عنه ونحن باذربيجان مع عتبة بن فرقد : « أما بعد فتدثروا وارتدوا فتعلو وارموا بالخفاف واقطعوا السراويلات وعليكم بلبس أبيكم وإياكم والتنعم وزي العجم وعليكم بالشمس فانها حمام العرب وتعددوا واحسوا شنوا وأحلوا لفوا وارموا الاغراض وامشوا ما بينهما وانزوا الخيل على الخيل وان النبي ﷺ نهانا عن الحرير إلا هكذا » وضم اصبعه السبابة والوسطى .

وأخرجه البيهقي «رح» في شعب الايمان عن الحاكم بسنده عن الحارث بن أبي أسامة حدثنا أبو النصري ، حدثنا شعبة بن سواد ، وأخرجه مسلم في صحيحه بلفظ: «وإياكم والتنعم وزي أهل الشرك ولبوس الحرير » انتهى.

ولو استدل المصنف «رح» منها بحديث حذيفة لكان أولى ، وهو ما أخرجه البخاري عن ابن أبي ليلى عن ابي حذيفة قال نهانا النبي ﷺ ان نشرب في آنية الذهب والفضة وأن نأكل ، وعن لبس الحرير والديباج وأن يجلس عليه ، وهو من آداب البخاري «رح» ، ولم اجد الحميدي ذكره ، وذكره عبد الحق في الجمع بين الصحيحين . وهذا صريح في تحريم

وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير . وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير . ولأن القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجاً على ما عرف.

---

الجلوس عليه ، فإذا كان الجلوس عليه حرام فالتوسد مثله .

قوله معددا أي تشهد بعد في الفسق والخصومة .

قوله أحسوا شنوا ، أحسوا من الشيء إذا اسدن حسوسه وهو صيغة المبالغة .

وقوله وأحلوا لعوا من احلولة الرسم إذا استوى بالارض .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ( ما روى أنه ﷺ جلس على مرفقة حرير ) هذا لم يثبت عن النبي ﷺ أصلا ولا ذكره أحد من ارباب النقل لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف .

والمرافقة ، بكسر الميم ، وسادة الاتكاء .

حديث حذيفة الذي ذكرناه حديث صحيح يروى هذا .

( وقد كان على بساط عبد الله بن عباس «رض» مرفقة[1] من حرير ) هذا أخرجه ابن سعد في الطبقات في ترجمة ابن عباس «رض» قال : حدثنا أبو نعيم الفضل بين وكيف ، حدثنا سعد عن راشد مولى بني عامر قال رأيت على فراش ابن عباس مرفقة من حرير .

أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء ، حدثنا نسر بن أبي المقدام عن موزث بني[2] زاودعة قال دخل على عبد الله بن عباس وهو متكىء على مرفقة حرير وسعيد بن جبير رضى الله تعالى عنه عند رجليه وهو يقول له انظر كيف يحدث عني فانك حفظت عني كثيراً .

( ولأن القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال ) وهو التوسيد والافتراش لأنه ليس باستعمال كامل ( والجامع كونه نموذجاً على ما عرف ) أي

---

(١) مرنقة ـ هامش .

(٢) ابن ـ هامش .

قال : ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما ، لما روى الشعبي رحمه الله انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب .

---

الجامع بين القليل من اللبس والقليل من الملبوس كونه نموذجاً يريد به ان المستعمل يعلم بهذا المقدار وما وعد له في الآخرة منه ليرغب في تحصيل سبب توصله اليه والنموذج بفتح النون معرب نموده ، وكذا الأنموذج بفتح الهمزة وفي العباب النموذج مثال الشيء الذي يعلم عليه وبغير الهمزة وهو الصواب .

فإن قيل الجلوس على كرسي الفضة لا يحل ولا يحل افتراشه أيضاً في الأصح وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم ، قلنا ما أطلقنا القليل إلا ليكون انموذجاً ، فإذا انقلب مقصوداً يكون حراماً كالخمر ، وهذا لأن الحرير لباس أهل الجنة قال الله تعالى : ﴿ ولباسهم فيها حرير ﴾ ، فوجب اطـــلاق القليل منه ، وهو العلم ، والقليل من لبسه وهو الافتراش ، ليكون انموذجاً إلى ذلك الكثير الكامل .

فأما الفضة فلا يكون لباساً في الدار الآخرة ، وانما يكون منها الكراسي ونحوها . فلو أطلقها لصار عينها مطلقاً ، وعين الشيء لا يصلح انموذجاً .

وفي الحقائق وأكثر مشائخنا «رح» أخذوا بقولهما لان مآ له للتخير . ونقل فخر الإسلام عن نوادر هشام عن محمد «رح» أنه قال اكره مايكره الديباج والابريسم .

وفي الفتاوى الصغرى : ولا بأس سكة الحرير عند أبي حنيفة .

( قال رحمه الله ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما ) أي قال القدوري وقد مر تفسير الحرير والديباج قوله عندهما أي عند أبي يوسف ومحمد ( لما روى الشعبي «رح» انه ﷺ رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ) هـــذا لم يثبت عن الشعبي واسمه عامر بن شراحبيل ، وهو من التابعين الكبار ، ونسبه إلى شعب جبل باليمن ذو شعبي وكان مولده بست سنين مضت من خـــلافة عثمان ومات سنة خمس ومماية وهو ابن سبع وسبعين سنة .

ولكن روى أبن عدى في الكامل من حديث نصه عن عيسى بن ابراهيم بن طهمان

ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منـــه أرفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة « رح » لأنه لا فصل فيما روينا . والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك . والمحظور لا يستباح إلا بالضرورة .

---

الهاشمي ، عن موسى بن حبيب ، عن الحكم بن عمير وكان من أصحاب النبي ﷺ قال : رخص رسول الله ﷺ في لباس الحرير عند القتال .

وأعله عبد الحق في احكامه بعيسى هذا وقال انه ضعيف عندهم متروك .

وقال ابن القطان في كتابه ولقنه لا يحتج به وعيسى ضعيف وموسى بن حبيب ضعيف ايضاً ، وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عبد الرحمن بن عوف ، أخـــبرنا القاسم بن مالك المزني عن اسماعيل بن مسلم عن الحسن قال كان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب.

( ولأن فيه ضرورة ) أي في لبس الحرير في الحرب ( فإن الخالص منه أدفـع لمعرة السلاح ) أي شدته وقيـل المعرة المار الادي مفعله من العرر وهو الحرب أو من عره إذا ألطخه بالمعرة وهو السرقين وهو بضم العين المهملة وتشديد الواو .

وفي العباب المعرة والعرا البعر والسرحين وسلخ الطير . ( وأهيب في عـــين العدو لبريقه ) ولمعـــانه ، وبقولهما قال ابن الماجشون المالكي . ورخص ابن القاسم المالكي الأعلام منه في أرض العدو .

( فيكره عند أبي حنيفة «رح» لأنه لأنه لا فصل فيما روينا ) أراد به قوله: هذان حرامان على ذكور امتي يعني أنه عام ولم يفصل بين الحرب وغيره .

( والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك ) فلا حاجة إلى المصير إلى الحرير الخالص والمخلوط ، وإن كان حريراً في الحكم فيه شبه العزل فكان دون الحرير الخالص والضرورة اندفعت بالادنى فلا يصار إلى الاعلى .

والبريق يكون بظاهره واللحمة يكون على الظاهر وبه تندفـــع معرة السلاح ( والمحظور لا يستباح إلا لضرورة ) أي الحرام لا يباح إلا عند الضرورة ولا ضرورة هنا لأنها تندفع بالمخلوط كما ذكرنا .

وما رواه محمول على المخلوط . قال : ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي عنهم كانوا يلبسون الخز ، والخز مسدى بالحرير .

---

( وما رواه محمول على المخلوط ) هذا جواب عما رواه من حديث الشعبي «رح». وانما حمل على المخلوط توفيقاً بين الدليلين هذا الذي ما فيه الشراح ولكن الجواب عنه انه غير صحيح ولا ثابت أصلاً نعم يجاب بما ذكروا من حديث الحكم بن عمير وأثر الحسن عن تقدير صحتهما ، وبقول أبي حنيفة «رح» قال أكثر أهل العلم .

( قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره ) أي قال في الجامع الصغير : والخز بفتح الخاء وتشديد الزاي المعجمتين وهو صوف حيوان من الماء .

وقال تاج الشريعة الخز ثوب سداه حرير ولحمته شعر حيوان يكون في الماء .

وقيل الخز مسديا بالحرير كما قاله المصنف «رح» .

وهذا الحكم لا خلاف فيه لأحد من الأئمة ( لأن الصحابة رضى الله تعالى عنهم كانوا يلبسون الخز ، والخز مسدى بالحرير ) فيه آثار منها مارواه البخاري في كتابه الأدب المفرد في القضاء خلف الإمام ، حدثنا مسدد ، حدثنا ابن عوانة عن قتادة ، عن ردانة قال : رأيت عمران بن الحصين يلبس الخز ، ومنها ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه . حدثنا اسماعيل «رح» بن علية عن يحيى عن ابن أبي إسحاق «رض» قال رأيت على أنس بن مالك مطرف خز . ورواه عبد الرازق ، اخبرنا معمر عن عبد الكريم الجزري قال رأيت على أنس بن مالك «رض» جبة خز وأنا أطوف بالبيت مع سعيد بن جبير .

ومن طريق عبد الرزاق رواه البيهقي في شعب الإيمان ، ومنها ما رواه ابن أبي شيبة أيضاً ، حدثنا أبو الأحوص عن ابن اسحاق عن العرار بن حريس «رح» قال رأيت حسين ابن علي رضى الله عنهما وعليه كساء خز .

ورواه البزاز في معجمه حدثنا محمد بن عبدالله الحضرمي ، حدثنا يحيى بن عبد الحميد الحمامي ، حدثنا المطلب بن زياد عن النسائي قال رأيت الحسين بن علي رضى الله تعالى

عنهما ، وعليه عمامة خز وقد أخرج شعره من تحت العمامة .

ومنها ما أخرجه الحاكم في مستدركه عن سفيان عن عمرو بن دينار ، سمع صفوان بن عبدالله بن صفوان «رح» يقول إستأذن سعد على ابن عامر وتحته مرافق من حرير فأمر بها فرفعت ، فدخل سعد وعليه مطرف خز فقال له ابن عامر استأذن علي وتحتي مرافق من حرير فأمرت بها فرفعت فقال له نعم الرجل أنت يا ابن عامر . وقال حديث صحيح على شرط الشيخين «رض» ولم يخرجاه .

ومنها ما أخرجه عبد الرزاق «رح» عن عبدالله بن عمر العمري ، أخبرني وهب بن كيسان قال رأيت ستة من اصحاب رسول الله ﷺ يلبسون الخز : سعد بن أبي وقاص وابن عمر ، وجابر بن عبدالله ، وأبو سعيد ، وأبو هريرة ، وأنس بن مالك رضي الله تعالى عنهم .

ومنها ما أخرجه البيهقي «رح» في الشعب عن عبد السلام بن حرب ، عن مالك بن دينار ، عن عكرمة ، عن ابن عباس أنه كان يلبس الخز وقال انما يكره المصمت من الحرير .

ومنها ما أخرجه ابن أبي شيبة ، حدثنا أبو داوود الطيالسي عن عمران العلمان ، أخبرني عمار قال رأيت على ابن أبي قتادة مطرف خز ، ورأيت على أبي هريرة مطرف خز ، ورأيت على ابن عباس « رض » ما لا أحصى .

ومنها ما أخرجة ابن أبي شعيب ايضاً حدثنا علي بن شهب «رح» عن شيبان ، ورأيت على عبيد بن أبي أوفى مطرف خز ، ورواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا عبد الحميد بن عبدالرحمن الحامي عن أبي سعيد الثقال قال رأيت عبدالله بن أبى أوفى وعليه برنس خز .

ومنها ما أخرجه ابن أبي شيبة ايضاً ، حدثنا وكيع عن غنية بن عبد الرحمن «رح» عن أبيه قال كان لأبي بكرة مطرف خز سداه حرير فكان يلبسه ، ورواه ابن سعد في الطبقات ، اخبرنا ابن يزيد بن هارون ، أخبرنا عتبة بن عبد الرحمن «رح» عن أبيه .

ومنها ما أخرجه الطبراني في معجمه ، حدثنا زكريا بن يحيى الساجي ، حدثنا يزيد ابن أحرم ، حدثنا معاذ بن هشام ، حدثني ابي عن يونس عن عمار بن أبي عمار قال رأيت

زيد بن ثابت وابن عباس «رض» وأبا هريرة ، وأبا قتادة رضى الله تعالى عنهم يلبسون مطرف الخز ، ذكره في ترجمة أبى قتادة واسمه الحارث بن ربعي .

ومنها ما أخرجه البيهقي في الشعب عن عبد الله بن محمد بن اسماء قال حدثنى حورية ابن اسماء عن نافع عن ابن عمر «رض» كان ربما يلبس المطرف الخز ثمنه خمساية درهم .

ومنها ما أخرجه اسحاق بن راهوية في مسنده أخبرنا الفضل ابن موسى ، حدثنا الجعيد بن عبد الرحمن ، قال رأيت ثابت بن يزيد وهو ابن اربع وتسعين سنة وكان جلداً معتدلاً ، وكان عليه كساء خز وجبة خز ومطبقة خز ملتحفاً بها ،

ومنها ما أخرجه اسحاق ايضاً، اخبرنا العقل بن ذكين الملابي ، حدثنا مطر بن خليفه مولى عمر بن حريث قال رأيت على عمر بن حريث «رح» مطرف خز .

ومنها ما أخرجه النسائي في كتاب المكنى ، اخبرنا احمد بن علي بن سعيد ، حدثنا يحيى بن معبد ، حدثنا محمد بن يزيد ، اخبرنا أبو افلح حارثة «رح» قال رأيت انا رجلاً من اصحاب رسول الله ﷺ وعليه مطرف خز .

ومنها ما اخرجه ابن سعد في الطبقات ، اخبرنا عفان بن مسلم ، حدثنا حماد بن سلمة اخبرنا ثابت الشامي ان عابد بن عمرو كان يلبس الحرير .

ومنها ما أخرجه الطبراني في كتاب مسند الشافعى ، حدثنا يحيي بن عبد الباقى ، حدثنا ادريس بن أبي المهنا «رح» ، حدثنا ذريح بن عطية ، حدثنا ابراهيم بن أبي علقمة قال : رأيت ابن أم حزام أخبرني انه صلى إلى القبلتين مع رسول الله ﷺ وعليه كساء خز ، وابن حزام اسمه عبدالله وهو ابن امرأة عبادة بن الصامت رضى الله تعالى عنه .

أخبرنا الواقدي ومنها أخبر رواه فيه ايضاً، حدثنا(1) موسى بن عيسى بن المنذر «رح» حدثنا أبي، حدثنا به عن ابراهيم بن ابى عبيد قال أدركت رجلاً من اصحاب النبي ﷺ يقال له أقتس فرأيت عليه ثوب خز .

ومنها ما أخرجه ابن سعد في الطبقات في ترجمة عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه .

---

(1) حدثني — هامش .

أخبرنا الواقدي ، حدثنا ابن ابي سبرة عن مروان بن ابى سعيد بن المعلى حدثنى الاعرج عن محمد بن ربيعة بن الحارث «رح» قال رأيت على عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه مطرف خز ثمنه مايتي درهم

ومنها ما أخرجه أبو داوود وفي سننه من حديث عبد الله بن سعد الدستكي عن ابيه قال رأيت رجلا ببخاري على بغلة بيضاء عليه عمامة خز سوداء وقال كسانيها رسول الله ﷺ ، وذكر عبد الحق «رح» في احكامه من جهة ابن داوود وسكت عنه . ومعقبة بن القطان فقال وعبد الله بن سعد وأبوه والرجل الذي ادعى الصحبة كلهم لا يعرفون أما سعد ولد عبد الله لا يعرف ، وروي عنه غير ابنه عبدالله هذا الحديث الواحد .

وأما ابنه عبدالله فقد روى عنه جماعة وله ابن يقال له عبدالرحمن بن عبدالله ابن سعد الدستكي مروزي صديق ، وله ابن أسمه أحمد بن عبد الرحمن بن عبدالله بن سعد «رح» وهو شيخ لأبى داوود عنه يروى هذا الحديث . وجماعة حديث مرفوع ، أخرجه أبو داوود في سننه عن خصيف ، عن عكرمة ، عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال إنما نهى رسول الله ﷺ عن الثوب المصمت من الحرير ، فاما العلم من الحرير وسدى الثوب فلا بأس . وخصيف بن عبد الرحمن « رح » ضعفه غير واحد .

فإن قلت أخرج أبو داوود أيضا في سننه عن عطية بن قيس ، عن عبد الرحمن بن غنم حدثنى ابو عامر وأبو مالك الاشعري «رح» عن النبي ﷺ انه قال : ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الخز والحرير . وذكر كلاماً قال يمسخ منهم قردة وخنازير الى يوم القيامة .

وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً فقال في كتاب الاشربة ، وقال هشام بن عمار «رح» حدثنا صدقة بن خالد عن عبد الرحمن بن يزيد بن قيس عن عبد الرحمن بن غنم به فسئل . ورواه البرقاني والاسماعيلي في صحيحهما المخرجين على الصحيح بهذا الاسناد .

قلت قال عبد الحق في أحكامه وقد روى هذا بوجهين يستحلون الحر بحاء مهملة وراء مهملة ، وقال وهو الزنا ، وروى بخاء وزاي قال والأول هو الصواب .

وقال الاصمعى الحر بكسر الحاء وتخفيف الراء المهملتين ، وأصله الفرج فيقتصر في الواحد ويستوى في الجمع .

ولان الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى. وقال أبو يوسف «رح» أكره ثوب القز يكون القز بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأساً لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس. قال وما كان لحمته حريراً و سداه غير حرير لا بأس في الحرب للضرورة، ويكره في غيره

---

وقالوا إخراج فإن كانت رواية المهملتين صحيحة فلا كلام، وإن كانت غيرها فالجواب أنه محمول على ما كان سداه خزاً ولحمته حرير فهذا حرام، لأن الاعتبار للحمة. والذي ذكر في الآثار ما كان سداه حريراً ولحمته خز على ما قال المصنف «رح» والخز سدى بالحرير وهو الذي يباح لبسه فافهم.

( ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى ) لأن الشيء إذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً. وقال في تعليل هذه المسألة أن السدى يصير مستوراً باللحمة، فكان بمنزلة الحشو بخلاف ما لو كانت لحمته من الحرير لأن اللحمة تكون على ظاهر الثوب ترى وتشاهد ويلاقي الحشوة فكان تديناً باللبس، هذا نقل عن الإمام أبي منصور الماتريدي «رح». وهذه النكتة تقتضى أن السداء إذا كان ظاهراً كالعتابي يكره لبسه وهذه النكتة الأولى تقتضي إباحة العتابي ونحوه.

( قال أبو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون القز بين الفرو والظهارة ) بكسر الظاء، وهو ضد البطانة بكسر الباء، والقز اسم للحرير التي تصنعها دود القز. وفي العباب القز من الابريسم يعرب، وقال ابن دريد عربي ( لا أرى بحشو القز بأساً لأن الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس ) أراد بالحشو الذي يحشى بين الظهارة والبطانة.

( قال وما كان لحمته حريراً وسداه غير حرير ) أي قال في الجامع الصغير: قوله غير حرير مثل القطن ونحوه.

( لا باس به في الحرب ) أي فلا بأس بلبسه في الحرب ( للضرورة ويكره في غيره

لانعدامها والإعتبار للحمة على ما بينا .

---

لانعدامها ) أي في غير الحروب لانعدام الضرورة ( والاعتبار للحمة على ما بيناه ) أراد به قوله لأن الثوب انما يصير ثوباً بالنسج والنسج بالحمة . وفي الذخـيرة ذكر هشام « رح » أنه لم يرد بالباس المرتفع حدا ، وقال خرج رسول الله ﷺ ذات يوم وعليـه رداء قيمته أربعة الآف درهم ، ودخل عليه رجل من أصحابه وعليه رداء آخر فقال رسول الله ﷺ ان الله إذا أنعم على عبد أحب أن يرى آثار نعمته عليه .

وأبو حنيفة « رح » كان يرتدي برداء قيمته أربعة مائة دينار ، وأباح الله سبحانه وتعالى الزينة بقوله سبحانه وتعالى ﴿ قل من حرم زينة الله ﴾ .

قيل لأبي حنيفة «رح » أليس ان عمر رضى الله تعالى عنه كان يلبس قميصاً كان عليه كذا وكذا رقعة ؟ قال ذلك كالحكمة وهو اميـر المؤمنين «رض» فلو لبس ثياباً نفيسة أو اتخذ لنفسه ألواناً من الطعام لعماله وحشمه يقتدوا به في ذلك ، وربمـا لا يكون لهم فيأخذوه ظلماً ، فاختار ذلك لهذه المصلحة .

وكان أبو حنيفة « رح » يكره للرجـال لبس الثوب المصفر والمزعفر ، وقيل لا بأس به .

وذكر محمد «رح» في السير الكبير لا بأس أن ينقش بيته ويتجمل بالثياب الفاخرة والأواني ثم لا يجعله كأستار الكعبة ولكن يؤزر بإزار ، وعند الثلاثة بالإبريسم: لا يجوز إلا في أستار الكعبة ، والستر الذي فيه صور الحيوان .

وعن بعض اصحاب الشافعي «رح » إن كان الحاجة لا بأس به كستر على الباب و كذا لو كانت الصورة صغيرة لا تبدو الناظر ، يجوز التجمل بالأواني من الذهب والفضة بشرط أن لا يريد التفاخر والتكابر لأن فيه اظهار نعم الله تعالى ولا يكره النكتة من الحرير .

وعن أبي يوسف «رح» يكره ، وبه قال مالك واختلف في عصب الخراج بالحرير . وقيل لا يحل استعمال منطقة وفي وسطها ديباج ، وقيل يحل إذا لم يبلغها عرضها قـدر أصابـع ، كذا في المجتبى .

وفي القنية قال القاضي عبد الجبار : أما العمامة الطويلة ولبس الثياب الواسعة يباح في

حتى الفقهاء الذين هم أعلام الهدى دون النساء .

( قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ) أي قال القدوري في مختصره ( لما روينا ) أشار به إلى قوله ﷺ : هذان حرامان على ذكور امتي .

ومن الناس من أباح التختم بالذهب لمـــا روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده إلى محمد بن مالك «رح» قال رأيت في يد البراء «رح» خاتماً من ذهب فقيل له : يقال قسم رسول الله ﷺ بالسنة ، وقال إلبس ما كساك الله عز وجل ورسوله .

وحديث الطحاوي ايضاً باسناده إلى مصعب بن سعد « رح » قـــال : رأيت في يد طلحة بن عبد الله خاتمـاً من ذهب ، وحدث الطحاوي باسناده ، ورأيت في يد صهيب «رض» خاتماً من ذهب ، ورأيت في يد سعد خاتماً من ذهب . وحديث الطحاوي ايضاً باسناده إلى يحيى بن سعيد بن العاص «رض» قيل وفي يده خاتم من ذهب ولأن النهى عن استعمال الذهب والفضة والشرب في آنيه الذهب والفضة سواء ، ثم لإجازة التختم بالفضة دل على جواز التختم بالذهب لعلة وجه قول العامة .

فحدث البخاري «رح» في الصحيح مسنداً إلى نافع عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما ان رسول الله ﷺ اتخذ خاتماً من ذهب جعل فصه مما يلي باطن كفه ونقش فيـــه محمد رسول الله ﷺ فاتخذ الناس مثله ، فلما رآهم اتخذوها رمى به وقال : لا ألبسه أبداً . ثم اتخذ خاتماً من فضة ، فاتخذ الناس خواتم الفضة . قال ابن عمر « رض » فلبس الخاتم بعد النبي ﷺ أبو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى وقع من عثمان «رض» فى بئر أريس .

وروى الطحاوي ايضاً باسناده إلى البراء قال : نهانا رسول الله ﷺ عن خاتم الذهب ورواه ايضاً بإسناده إلى عمران بن الحصين وإلى أبى هريرة قالا : نهانا رسول الله ﷺ عن خاتم الذهب ، والترجيح للمحرم وما رووا كان قبـل النهي ولباس التختم بخاتم الذهب والترجيح للمحرم بالذهب على التختم بالفضة فاسد ، فـــان جواز التختم بالفضة عرف بالنص أو يكون نموذجاً وهى تندفع بالفضة فبقى الذهب على الحرمة .

(ولا بالفضة) أي ولا يجوز الرجال التحلي بالفضة (لأنها في معناه) أي لأن التحلي بالفضة

في معنى التحلي بالذهب ( إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة ) هذا استثناء من قوله : « ولا يجوز للرجال الخ» أي إلا التختم بالخاتم ، والمنطق بالمنطقة بكسر الميم وهي التي تسمى بالحياصة . واتخاذ حلية السيف قوله من الفضة بيان فالثلاثة المذكورة . أما الخاتم من الفضة فلما رواه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن شهاب الزهري عن أنس بن مالك «رض» أن رسول الله ﷺ اتخذ خاتماً من فضة له فص حبشي ونقش فيه محمد رسول الله ورواه الأئمة الثلاثة أيضاً إلا ابن ماجة ، عن قتادة ، عن أنس أن رسول الله ﷺ أراد أن يكتب إلى بعض الأعاجم فقيل انهم لا يقرؤون كتاباً إلا بخاتم ، فاتخذ خاتماً من فضة ونقش فيه محمد رسول الله ﷺ فكان في يده حتى قبض وفي يد أبي بكر حتى قبض وفي يد عمر حتى قبض وفي يد عثمان حتى سقط منه في بئر اريس . ثم أمر بها فنزحت فلم يقدر عليه وقد ذكر الآن حديث ابن عمر فيه .

وأما المنطقة من الفضه فلما روى الواقدي في كتاب المغازي : حدثني ابن أبي سبرة ، عن اسحاق بن عبد الله عن عمر بن الحكم « رح » قال : ما علمنا أحداً من أصحاب رسول الله ﷺ الذين غاروا على النهب يوم أحد فأخذوا ما أخذوا من الذهب بقي معه من ذلك شيء رجع حيث غشينا المشركون إلا رجلين أحدهما عاصم بن ثابت بن أبي الاقلح جاء بمنطقة وجدها في العسكر فيها خمسون ديناراً شدها على حقوته تحت ثيابه .

وعباد بن بشر « رح » جاء بصرة فيها ثلاثة عشر مثقالاً فنفلهما رسول الله ﷺ ذلك ولم يخمسه ، فإن هذا لا يدل على اباحة المنطقة لأنه لا يجوز أن يكون هذا نظير ما اعطى رسول الله ﷺ عمر«رض»من الديباج الذي أهدى له ونظير ما أعطى علياً رضى الله تعالى عنه حريراً وأمره أن يقطعه خمراً للفواطم الأربع . والخمر جمع خمار وهي ما تغطى المرأة بها رأسها . والفواطم جمع فاطمة ،وهي أم علي رضى الله تعالى عنه واسمها فاطمة وفاطمة الزهراء ، وفاطمة بنت حمزة ، وفاطمة بنت عتبة بن ربيعة «رح» .

قلت هذا احتمال ، والأصل أن يكون قد اعطاه للاستعمال ولئن سلمنا بقول الراوى شدها على حقويه يدل على اباحة استعمالها،وذلك لأنه ﷺ رآه هكذا ولم ينكر عليه إذ لو كان حراماً لأنكره عليه ، على أن الشيخ أبا الفتح ابن سيد الناس المعمري ذكر في كتاب عيون الأثر وقال كان للنبي ﷺ منطقة من أديم مبشور حلقها وإبزيمها وطرفيها فضة .

وأما حلية السيف فلما روى أبو داوود والترمذي في الجهـــاد والنسائي « رح» في الزينة ، عن جرير بن حازم ، عن قتادة ، عن أنس «رض » قال كانت قبيعة سيف رسول الله ﷺ فضة .

وفي لفظ النسائي : كان سيف رسول الله ﷺ وقبيعة سيفه فضة ومـــا بين ذلك حلق وفضة .

وقال الترمذي « رح » حديث حسن غريب ، وهكذا رواه همـام عن قتادة ، عن أنس «رض» ، وبعضهم رواه عن قتادة عن أنس ، وبعضهم رواه عن قتادة عن سعيد بن أبي الحسن « رض » قال كانت قبيعة سيف رسول الله ﷺ من فضة .

وحديث همام الذي أشار اليه هو عند النسائي ، أخرجه عن عمرو بن عاصم، عن همام وجرير ، عن قتادة «رض» . وقال النسائي هــذا حديث منكر والصواب قتادة مرسلا وما رواه عن همام غير عاصم بن عمرو انتهى .

وهذا المرسل الذي أشار اليه أخرجه أبو داوود والنسائي عن هشام الدستوائي، عن قتادة عن سعيد بن أبي الحسن «رح» قال كانت تذكرة .

وقال عبد الحق في أحكامه : الذي أسنده ثقة ، وهو جرير بن حازم انتهى .

وقال الدارقطني «رح» في علله هذا حديث قد اختلف فيه على قتادة ، فرواه جريربن حازم عن قتادة عن أنس «رض» قال كان حلية سيف رسول الله ﷺ من فضة ، فكذلك عمرو بن عاصم عن همام عن قتادة عـــن أنس ، ورواه هشام الدستوائي،ورواه نصر بن طريف عن قتادة عن سعيد بن أبي الحسن أخي الحسن «رض» مرسلا انتهى .

وأخرج الترمذي أيضاً عن طالب بن حجير ، عن هود بن عبدالله بن سعد عن جـده مريدة القصري «رض» قال : دخل رسول الله ﷺ يوم الفتح وعلى سيفه ذهب وفضة .
وقال حديث حسن غريب .

قال ابن القطان في كتابه : وإنما حسنة الترمذي «رح » لأنه يقبل المسانيد على مادته في ذلك ، وهو عند ابن القطان ضعيف لا حسن ، فان هود بن عبدالله بن بصرى لا يزيد

فيه على ما في الاسناد من رواية عن جده ، ورواية طالب بن حجر عنه فهو مجهول الحال .

وطالب بن حجر أبو حجير عنه كذلك وان كان روى عنه أكثر من واحد، وسئل عنه الداريان فقالا شيخ ليس من أهل العلم وإنما هو صاحب رواية وقال الذهبي في ميزانه صدق ابن القطان في تصنيفه بهذا الحديث فإنه منكر فيه طالب بن حجر عنه ، فهو مجهول الحال ، وطالب من قال حلية سيف النبي ﷺ ذهباً .

وأخرج الطبراني في معجمه « رح» عن محمد بن حماد، حدثنا أبو الحكم ، حدثني مرزوق الصيقلي انه صقل سيف رسول الله ﷺ ذا الفقار وكانت له قبيعة من فضة وحلقة من فضة .

وأخرجه البيهقي «رح» في سننه الكبرى وقال الذهبي في مختصره إسناده ضعيف .

وأخرج عبد الرزاق «رح» في مصنفه من الجهاد عن جعفر بن محمد «رض» قال: رأيت سيف رسول الله ﷺ قائمته من فضة ونعله من فضة وبين ذلك حلق من فضة وهو عند هؤلاء ــ يعني ابن العباس .

وأخرج البخاري في صحيحه عن هشام بن عروة عن ابيه قال : كان سيف ابن الزبير «رض» محلاً بفضة ، وكان سيف عروة محلى بفضة . وأخرج البيهقي «رح» عن المسعودي قال رأيت في بيت القاسم بن عبد الرحمن سيفاً صنيعة فضة ، فقلت سيف من هذا ؟ قال سيف عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه .

وأخرج البيهقي ايضاً عن عثمان بن موسى ، عن نافع عن ابن عمر انه نقله سيف عمر «رض» يوم قتل عثمان رضى الله تعالى عنه وكان محلى ، قلت كم كانت حليته ؟ قال : أربعمائة .

قوله : بئر أريس بفتح الهمزة وكسر الراء بعدها ياء آخر الحروف وسين مهملة ، وهي بئر مشهورة في المدينة .

قوله : مبشورة من بشرت الاديم أبشره وأبشره إذا أبشرت بشرته . وقال ابن السكيت بشر الاديم وهو أن يوجه باطنه بمنوة .

قوله كان نعل رسول الله ﷺ بفتح النون وسكون العين المهملة ، وفي آخره لام وهو

تحقيقاً لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب إذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار . وفي الجامع الصغير ولا يتختم إلا بالفضة . وهذا نص عن أن التختم بالحجر والحديد والصفر

---

ما يكون في أسفل حفنة من حديد أو فضة .

قوله قبيعة بفتح القاف وكسر الباء الموحدة ، وهو ما على مقبض السيف من فضة أو حديد ( تحقيقاً لمعنى النموذج ) أي لأجل التحقيق بمعنى النموذج ، وقد فسرنا معناه عن قريب .

( والفضة أغنت عن الذهب ) لأن الضرورة إذا اندفعت بالأدنى لا يصار إلى الأعلى كما قدمناه .

( إذهما ) أي الذهب والفضة ( من جنس واحد ) جعل كونهما من جنس واحد علة للاستغناء بالفضة عن الذهب ، والجنسية بينهما في التحية [ كذا ] لا في الذات ( كيف وقد جاء في إباحة ذلك آثار ) يعني كيف لا يستغنى بالفضة عن الذهب والحال انه قد جاء في إباحة التختم بالفضة ، أخبار عن النبي ﷺ وعن الصحابة رضي الله عنهم ، وقد ذكرناها الآن مفصلة .

فإن قلت : كما جاء بالفضة جاء ايضاً بالذهب على ما رواه الترمذي الذي ذكرناه آنفاً.

قلت : قد ذكرنا أنه منكر لا يعمل به ، فإن قلت قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قل من حرم زينة الله ﴾ الآية عام تقتضى جواز ذلك وأخبار الآحاد كيف تعارضها ؟ قلت : أخبار التحريم بالذهب والفضة للرجال مشهورة صحيحة تلقتها الأمة بالقبول ، فجاز التقييد بها.

( وفي الجامع الصغير: ولا يتختم إلا بالفضة ) إنما أتى بلفظ أداة الحصر فيه.وصورته محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة «رح» قال لا يتختم إلا بالفضة ، وكان لا يرى بأساً بالفص يكون فيه الحجر فيه مسمار ذهب انتهى . وهي من الخواص .

(وهذا ) أي المذكور في الجامع الصغير (نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ) لأنه ذكر فيه بكلمة الحصر فينحصر الجواز في الفضة . والصفر بضم الصاد وقال أبو عبيد بكسرها ، وهو الذي يتخذ منه الاواني .

حرام ، ورأى رسول الله ﷺ على رجل خاتم صفر فقال : « مـــا لي أجد منك رائحة الأصنام » . أو رأى على آخر خاتم حديد فقال : « ما لي أرى عليك حلية أهل النـــار » . ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب .

---

( ورأى رسول الله ﷺ على رجل خاتم صفر فقال: ما لي أجد منك رائحة الاصنام) أخرجه أبوداوود في كتاب الخـــاتم والترمذي في اللباس والنسائي في الزينة عن زيد بن الحباب عن عبدالله بن مسلم السلمي عن عبدالله بن دريد عن أبيه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ وعليه خاتم من حديد فقال : ما لي أرى عليك حلية أهل النار » ، ثم جاءوا عليه خاتم من شبه فقال : ما لي أرى منك ريح الاصنام، قال يا رسول الله من أي شيء اتخذه من ورق ؟ قال اتخذه من ورق لا تتمنه مثقالاً .

زاد الترمذي «رح» ثم جاؤوا عليه خاتم من ذهب فقال مالي ارى عليك حلية أهل الجنة ، وقال صفر موضع شبه ، وقال حديث غريب .

وعن عبد الله بن مسلم يكنى أبا طيبة رواه أحمد والبزار وأبو يعلى الموصلي « رح » في مسانيدهم ، وابن حبان في صحيحه ، وذكر فيه أحمـــد « رح » زيادة الـــترمذي دون الباقين .

( ورأى على آخر خاتم حديد فقال : مالي أري عليك حلية أهل النار ) هـــذا ليس كذلك بل هو رجل واحد كما هو في الحديث .

( ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقـــال له يشب ) أي ومن العلماء منهم شمس الأئمة السرخسي «رح» من جواز استعمال الخاتم من الحجر الذي يقال له يشب بفتح اليـــاء آخر الحروف وسكون الشين المعجمة وفي آخره باء موحدة ، ويقـــال له يشم ايضاً بالميم عوض الباء .

قال شمس الأئمة في شرح الجامع الصغير : ثم الظاهر لفظ الكتاب كره بعض مشائخنا التختم باليشب ، والأصح أنه لا بأس به وإن مراده كراهة التختم بالذهب والحديد على ما

لأنـــه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر . واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه . والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينـا . وعن علي رضي الله عنـه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ،

---

ورد به الأثر أنه زي أهل النار ، قلنا يشب ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق . وقـد ورد الأثر أن النبي ﷺ كان يتختم بالعقيق وقال : تختموا به فإنه مبارك .

( لأنه ) أي لأن اليشب ( ليس بحجر إذ ليس فيه ثقل الحجر ) وفيه نظر لأنه لايلزم من خفته أن لا يكون حجراً ، فإن العقيق أيضاً خفيف مع انه من انواع الحجر .

( واطلاق الجواب في الكتاب ) أي في الجامع الصغير ( يدل على تحريمه ) أي تحريم اليشب لأنه قد يتخذ منه الصنم فيؤخذ منه ريح الأصنام وهو المعول عليـــه في النهى على تحريم الصفر على ما وقعت الإشارة النبوية إليه .

وفي الإجناس لا بأس للرجل أن يتخذ خاتماً من فضة فصه منه ، وإن جعل فصه من جزع أو عقيق أو فيروزج أو ياقوت أو زمرد ، فلا بأس إن نقش عليه اسمه واسم أبيه أو ما بدا له كقوله ربي الله أو نعم القادر الله فلا بأس .

وقال بعضهم نقش الخاتم بالعربية يكره وبغير العربية لا بأس به وقـــد صح أنه ﷺ نقش على خاتمه ثلاثة أسطر : محمد سطر ، ورسول سطر ، والله سطر .

وفي السمة : ولا ينبغي أن ينقش فيه مثال المناف أو طير .

( والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا ) أشار به إلى قوله ﷺ : « هـذان حرامان » الحديث .

( وعن علي رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ نهى عن التختم بالذهب ) هذا الحديث رواه الجماعة إلا البخاري ، من حديث عبد الله بن حسين « رض » عن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن التختم بالذهب وعن لباس القسي والمعصفر وعن القراءة في الركوع والسجود .

ولأن الأصل فيه التحريم ، والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالأدنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ، ويجعل الفص إلى باطن كفه

---

وأخرجه الأربعة أيضاً عن هو بن رسم عن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن التختم بالذهب وعن القسي وعن المسرة الحمراء ، وقال الترمذي حديث حسن صحيح .

ورواه ابن حبان في صحيحه وأخرج مسلم أيضاً عن سيرين المنك عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أنه ﷺ نهى عن خاتم الذهب.

وأخرج البخاري ومسلم «رح» أيضاً عن البراء بن عازب «رض» أمرنا رسول الله ﷺ بسبع ونهانا عن سبع وفيه نهانا عن خواتيم وعن التختم بالذهب .

قوله القسي : بفتح القاف وكسر السين وتشديد الياء،وهو ثوب رقيق النسج منسوب إلى قرية بأرض مصر تسمى قسا . والمسرة مسرة السرج ، وفي الصباب وهو غير مهجورة لأنها من الوبائرة والجمع مبائر ومواثر .

( ولأن الأصل فيه التحريم ) أي في استعمال الذهب والاولى أن يقال في كل واحد من الذهب والفضة ، لأن كليهما حرام الرجال إلا ما استثنى منه الخاتم من الفضة لأجل الضرورة أشار اليه بقوله ( والإباحة ضرورة التختم ) أي إباحة استعمال الفضة في الخاتم لضرورة التختم . ( أو النموذج ) أي لأجل النموذج ( وقد اندفعت ) أي الضرورة (بالأدنى وهو الفضة ) فلا يصار إلى الأعلى فيبقى الذهب على حكم التحريم . وذكر المحبوبي انهم قالوا : إن قصد بـه التزين يكره وإلا فلا .

( والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ) أي بالحلقة ( ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ) أي حجر كان على ما ذكرنا من الأجناس .

وفي الدراية : وحلقة العظم والحديد والنحاس وفي المتطلقة لا يكره .

( ويجعل الفص إلى باطن كفه ) لا إلى ظاهره لما روى مسلم من حديث الزهري عن

أنس «رض» قال : « اتخذ النبي ﷺ خاتماً من فضة في يمينه فيه فص حبشي كان يجعل فصه مما يلي كفه » .

( بخلاف النسوان فإنهـــا تزين في حقهن ) لأنه ذكر أنه لضرورة التختم ، وذلك لا يكون إلا في الرجال . وفي النساء ليس للضرورة بل هو زينـــة لهن فيجعل فصه إلى ظاهر الكف ولم يذكر هل تتختم في اليمين أو في اليسار .

فقال في الاجناس وينبغي أن يلبس خاتمه في خنصره اليسرى ولا يلبس في اليمين ولا في غير خنصره اليسرى من أصابعه . وسوى الفقيه ابو الليث«رح» في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار .

وقال الاترازي «رح » وهو الحق لأنه اختلفت الروايات عن رسول الله ﷺ في ذلك.

وروى في السنن باسناده إلى علي رضى الله تعـــالى عنه أن النبي ﷺ كان يتختم في يمينه .

وروى أيضاً بإسناده إلى ابن عمر أن النبي ﷺ كان يتختم في يساره وكان فصـــه في باطن كفه .

وروى أصحاب السنن بإسناده الى محمد بن اسحاق قال : رأيت على الصلت بن عبدالله ابن نوفل بن عبد المطلب خاتماً في خنصره اليمنى فقلت ما هـــذا ؟ قال رأيت ابن عباس رضى الله تعالى عنهما لبس خاتمه هكذا وجعل فصه على ظهرها ولا يخال ابن عباس إلا قد كان يذكر ان رسول الله ﷺ كان يلبس خاتمه كذلك .

وما قال بعضهم ان التختم في اليمين من علامات أهـل البغى ليس بشيء لأن النقل الصحيح عن رسول الله ﷺ ينفى ذلك انتهى كلامه . قلت الحق ان اليسار أفضل لما روى مسلم في صحيحه من حديث ثابت عن أنس «رض» قال كأني انظر إلى وميض خـــاتم رسول الله ﷺ ، وأومى بيساره وفي لفظ وأشار إلى الخنصر من يده اليسرى ، نعم وقد ثبت أيضاً في الصحيح انه ﷺ تختم في اليمين ، ولكن استقر الأمر على اليسار .

وروى البيهقي «رح» في سننه من حديث سليمان بن بلال عن جعفر بن محمد عن أبيــه

وإنما يتختم القاضي أو السلطان لحاجته إلى الختم فأمـــا غيرهما فالافضل أن يترك لعدم الحاجة اليه . قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص أي فى ثقبه لانه تابع كالعلم فى الثوب فلا يعد

---

أن رسول الله ﷺ تختم خاتماً من ذهب في يده اليمنى على خنصره ثم رجع إلى البيت فرماه فما لبسه، ثم تختم خاتماً من ورق فجعله في يساره، وأن أبا بكر وعمر وعلياً والحسن والحسين رضي الله عنهم كانوا يتختمون في يسارهم .

وذكر في جامع قاضيخان « رح» وما قال للنعمان بن بشير «رض» اتخـذه في اليمين ولا تزده على مثقال كان في ابتداء الإسلام ثم صار من علامات أهل البغى لقسمة الحكمين.

( وإنما يتختم القاضي أو السلطان لحاجته الى الختم فأما غيرهما فالأفضل أن يترك لعدم الحاجة اليه ) .

قال الصدر الشهيد «رح» في شرح الجامع الصغير ثم التختم انما يكون سنة إذا كان له حاجة إلى التختم بأن يكون سلطاناً أو قاض ، أما إذا لم يكن محتاجـــاً إلى التختم فالترك افضل انتهى .

وقال قوم كره لبس الخاتم لغير السلطان أو القاضي لما روى عن أبي ريحانة أنه قال نهى رسول الله ﷺ عن لبوس الخاتم إلا لذي سلطان ، قلنا المراد من النهى التنزيه على تقدير صحة الحديث ، وروى ان كثيراً من الصحابة تختموا .

( قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص أي في ثقبه ) قال في الجامـــع الصغير والحجر بضم الجيم وسكون الحاء المهملة وقد فسرناه بالثقب وهو بالفارسية سوراخ والمراد الفض الذي يجعل فيه الفص ، قال تاج الشريعة «رح» أي لا بأس بأن يسمر الفص بمسمار الذهب ليحفظ به ، والمسمار في الأصل كالوتد من الحديد ، يقال سمر البـاب أي أوثقـــه بالمسمار ( لأنه تابع ) أي لأن مسمار الذهب تابع فصار كالمستهلك، أو كالاسنان المتخذة من الذهب على حواشي خاتم الفضة ، فإن الناس يجوزونه من غير نكير ويلبسون ذلك الخواتيم .

( كالعلم في الثوب فلا يعد لابساً له ) فان العلم في الثوب تابع للثوب ، قوله لا يعد

لابسأ له . قال ولا تشد الأسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند أبي حنيفة «رح» وقال محمد «رح» لا بأس بالذهب أيضاً وعند أبي يوسف مثل قول كل منهما .

---

لابسأ لا يجوز ان يرجع إلى مسمار الذهب ويجوز ان يرجع إلى العلم ويجوز أن يرجع إلى الجميع فافهم .

( قال رحمة الله عليه ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة ) أي قال في الجامع الصغير أراد بالاسنان المتعلقة ( وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ) أي المذكور هو قول أبي حنيفة «رح» ( وقال محمد «رح» لا بأس بالذهب ايضاً وعن أبي يوسف «رح» مثل قول كل منهما ) أي مثل قول كل واحد من أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال فخر الإسلام«رح» البزدوي : قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة «رح» كما أشار اليه في الجامع . وروى عنه في الاملاء مثل قول محمد «رح» وهو قوله الآخر الذي رجع اليه .

وذكر في الأمالي عن أبي حنيفة أنه لم ير بالذهب بأساً ايضاً ، وقال الكرخي «رح» في مختصره : قال بشر عن أبي يوسف «رح» في كتاب الأشربة من الاملاء ولو أن رجلا تحركت ثنيته ولم تسقط فخاف سقوطها فشدها بذهب أو فضة لم يكن به بأس في قول أبي حنيفة «رح» في رواية .

وفي قول أبي يوسف : وليس هذا يشبه المسمار في الفص ، ثم قال الكرخي فيه فإن سقطت ثنية رجل فإن أباحنيفة«رح» كان يكره أن يعيدها ويشد بفضة أو ذهب،ويقول هي كسن ميتة أخذها فشدها مكانها ولكن يأخذ من شاة زكية يشدها مكانها .

وخالفه أبو يوسف «رح» فقال لا بأس ان يشد ثنيته في موضعها ولا يشد منه بسن ميت استحسن ذلك ، وبينهما فصل وإن لم يحضر ذلك، ثم قال الكرخي وقال بشر«رح» عن أبي يوسف في نوادر أبي يوسف . قال أبو حنيفة «رح» لا بأس بشدها بالفضة ما لم تقع فإن وقعت فلا خير أن يشدها بذهب ولا فضة ، فإذا لم يقع فانه يكره الذهب وهو قول أبي يوسف «رح» ثم رجع أبو يوسف وقال لا بأس أن يشدها بالذهب . وقال سوغه في موضع آخر من نوادره ، قال أبو يوسف «رح» أنه لا بأس به لأنه ليس بحلية ، فلا

## لهما أن عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن فأمره النبي ﷺ بأن يتخذ أنفاً من ذهب

بأس أن يشدها إذا وقعت ، ولا بأس ان يعيد اذنه انتهى .

ونقل في الأجناس في كتاب الكراهية ما لو قطع قطعة من الاذن محيطة والتأمت تترك بحالها ولا تقلع .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( ان عرفجة بن اسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن فأمره النبي ﷺ بأن يتخذ أنفاً من ذهب ) هذا الحديث أخرجه أبو داوود في الخاتم ، والترمذي في اللباس والنسائي في الزينة ، عن أبي الأشهب عن عبد الله بن طرفة «رض» أن جده عرفجة بن أسعد أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاً من ورق فأنتن عليه فأمره النبي ﷺ فاتخذ أنفا من ذهب .

هكذا رواه أبو داوود عن موسى بن اسماعيل عن أبي الاشهب به ، ورواه ايضاً عن اسماعيل بن علية عن أبي الأشهب به ، ورواه ايضاً عن اسماعيل بن علية عن عبد الرحمن ابن طرفة جده عرفجة قال : نعم .

وأخرج الترمذي «رح» عن علي بن هاشم بن المريد عن أبي الأشهب عن عبد الرحمن بن طرفة عن عرفجة قال : أصيب أنفي ، فذكره ، وعن محمد بن يزيد الواسطي عن أبي الأشهب ، عن عبد الرحمن بن طرفة ، عن عرفجة رضى الله تعالى عنه نحوه . وقال حديث حسن وإنما تعرفه من حديث عبد الرحمن بن طرفة ، ورواه عنه أبو الأشهب رضى الله تعالى عنه ، ورواه أحمد في مسنده ، وابن حبان في صحيحه ،عن أبي الوليد الطيالسي حدثنا أبو الأشهب ، عن عبد الرحمن بن طرفة جده عرفجة .

ورواه أبو داوود الطيالسي في مسنده ، حدثنا أبو الأشهب جعفر بن حبان «رح» فيه فقال ابن القطان في كتابه : وهذا حديث لا يصح ، فإن من رواية أبي الأشهب «رح» واختلف قال اكثره يقول عنه ، عن عبد الرحمن بن طرفة بن عرفجة ، عن جده ، وابن علية يقول عنه ، عن عبد الرحمن بن نافع عن أبيه عن عرفجة «رح» ، قال يعلى طريقة

المحدثين وينبغي ان يكون رواية الأكثرين منقطعة فانها منفعة . وقد زاد فيها ابن علية واحداً .

قلت حسن الترمذي رواية الحديث وصححه ابن حبان وكفى بها حجة على انه قد روى في هذا الباب أحاديث وأخبار غير ذلك ، منها ما أخرجه الطبراني في معجمه الاوسط ، حدثنا موسى بن زكريا ، حدثنا سنان بن فروخ «رح» ، حدثنا أبو الربيع السمان ، عن هشام بن عروة عن أبيه ، عن عبدالله بن عمر أن أباه سقطت سنته فأمره النبي ﷺ ان يشدها بذهب ، وقال لم يروه عن هشام رضى الله تعالى عنه ابن عروة إلا أبو الربيع السمان .

ومنها ما أخرجه ابن قانع في معجم الصحابة حدثنا محمد بن الفضل بن جابر «رض» حدثنا اسماعيل بن علية ورواه ، حدثنا عاصم بن عمارة ، عن هشام بن عروة عن ابيه عن عبدالله بن عبدالله بن أبي سلول قال : أنقدت سني يوم أحد فأمرني رسول الله ﷺ أن اتخذ سنة من ذهب .

وفي الأخبار ما رواه الطبراني في معجمه ، حدثنا يزيد بن هارون الفرار ، حدثنا إبراهيم بن المنذر الحزامي ، حدثنا محمد بن سعدان عن أبيه قال رأيت أنس بن مالك «رض» يطوف به بنوه حول الكعبة على سواء عدم فسدوا أسنانه بذهب .

ومنها ما رواه في مسنده أحمد عن واقد بن عبدالله التميمي عن من رأى عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه أنه قال خبست اسنانه بذهب وليس من رواية أحمد .

ومنها ما رواه النسائي في كتاب الكنى ، حدثنا المعلى ، حدثنا هشيم ، حدثنا ابراهيم بن عبد الرحمن أبو سهل مولى موسى بن طلحة قال رأيت موسى بن طلحة بن عبد الله قد شد أسنانه بذهب ، ومنها ما رواه ابن سعد « رض » في الطبقات في ترجمة عبد الملك بن مروان : أخبرنا حجاج أن ابن شهاب الزهري سئل عن سد الاسنان ؟ فقال لا بأس به قد سد عبد الملك بن مروان أسنانه بالذهب.

قوله يوم الكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام : وهو اسم واد بين الكوفة والبصرة ، كانت فيه وقعة عظيمة للعرب .

وقال الجوهري الكلاب اسم ما كانت عنده وقعة ، وللعرب فيها أشعار كثيرة منها قول امرىء القيس بن حجر الكندي :

وقد طوفت في الآفاق حتى رضيت من الغنيمة بالأياب
وأعـلم أنني عما قليل سأنشب في شبا طرف وناب
كما لاقى أبي حجر وجـدي ولا أنسى قتيـلا بالكلاب

الإياب الرجوع ، قوله سأنشب : أي سأتعلق ، وشبا بفتح الشين المعجمة والباء الموحدة وهو حد كل شيء .

وقال شيوخ منهم عدس بن سعد وسفيان الذي ورد الكلابا وقال الفرزدق : همـا ان كلاب ابن عمي اللذان مالك للملوك وفك الاغلال وقال الاخطل :

واخوهمـا السفاح كما خيـلة حتى وردن حتى الكلاب نهالا

[ وفي هذا المحل سقط من نسخة المؤلف روح الله روحة ] .

يخرجن من ثغر الكلاب عليهم حب السباع تبادر الأشبـالا

وقال في ديوانه أحد عميه أبو حسن قاتل شرحبيل بن الحارث بن عمر آكل المرار يوم الكلاب الأول والآخر وكس ابن الغدوكس والسفاح وهو سلمة بن خالد بن كعب بن زهير سمى به لأنه لما دنى من الكلاب عمد إلى جرار اصحابه وسعفها وسفح ماءها وقال : مالكم إلا القوم فقاتلوا أو دعوا قوله جبى الكلاب بكسر الجيم وفتح الباء الموحدة وهو مـادة من جبه إذا جمعته والنهال العطاش ، والاوشال جمع وشل بفتح الواو والشين المعجمة هو الماء في الجبل ينحدر انحداراً ضعيفاً .

( ولأبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ان الاصل فيـه التحريم ) لعموم قوله ﷺ « حراماان على ذكور امتي » وهذا عام متفق على قبوله راجح على الخاص المختلف في قبوله ولعله ﷺ خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوام رضى الله تعالى عنه بلبس الحرير لحكة كانت به .

( والإباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى ) فلا يصار إلى الاعلى ( فبقى

وقد اندفعت بالفضة وهي الأدنى ، فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تندفع في الأنف دونه حيث أنتن . قال ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها . قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق

---

الذهب على التحريم ) لاندفاع الضرورة بدونه .

( والضرورة فيما روى لم تندفع في الانف دونه حيث أنتن ) يعني لما كانت الإباحة للضرورة ، والضرورة لم تندفع في حديث عرفجة «رض» دونه أي دون الذهب لأنه أنتن ، فلذلك أمره بالذهب .

ومسألة الانف على الاتفاق إذا أنتن أو خيف ذلك . وأما تضبيب الاسنان فتحال عن هذا القدر .

وقال تاج الشريعة يعني أن الضرورة لم تندفع بالفضة لما روى من النتن ولو كان كذلك فأبو حنيفة يجوز ذلك ايضاً ، هكذا أشار اليه محمد «رح» فى السير الكبير .

( قال رحمه الله ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير ) أي قال القدوري فى مختصره ، وعن الشافعي «رح» يجوز تحلية الصبيان ، وعن بعض الصحابة لا يجوز كما قلنا . وكذا عندنا يكره أن يخضب يده أو رجله بالحناء من غير حاجة ، كما يكره للرجل .

وفي فتاوى العتابي «رح» في الدراية وعن الثلاثة : لا بأس بتحلية الصبي ( لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس ، حرم الإلباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها ) وهذا ظاهر .

وفي شرح الأقطع : لأن الصبي يجوز أن يعرف ما يجوز في الشريعة دون ما لا يجوز ليألف ذلك ، أما ترى إنما يمنعهم من شرب الخمر ويأخذهم بالصوم والصلاة ليألفوا ذلك . وكذلك يمنعهم لبس الحرير والذهب ليألفوا ذلك .

( قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق ) أى قال في الجامع الصغير :

لأنه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يتمخط بها وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره .

---

وصورته محمد عن يعقوب : عن أبي حنيفه رحمه الله انه كان يكره هذه الخرقة التي يمسح بها العرق وهذه من الخواص .

قال فخر الإسلام البزدوي «رح» في شرح الجامع الصغير ، وكذلك الخرقة التي يمسح بها الوضوء محدثة بدعة يجب أن تكره لأنها لم تكن في عهد رسول الله ﷺ ولا أحد من الصحابة والتابعين قبل ذلك وإنما كانوا يتمسحون بأطراف أرديتهم .

وقد قال محمد «رح» في كتاب الآثار وأخبرنا أبو حنيفة «رح» عن حماد عن ابراهيم رحمهم الله في الرجل يتوضأ ويمسح وجهه بالثوب ، قال : لا بأس ثم قال أرأيت لو اغتسل بالماء البارد في ليلة باردة أيقوم حتى يجف قال محمد «رح» وبه نأخذ ولا نرى بذلك بأساً، وهو قول أبي حنيفة «رح» .

( لأنه نوع تجبر وتكبر ) لأنه يشبه زي العجم فيكره ، وقال الفقيه أبو الليث «رح» في شرح الجامع الصغير ، وكان الفقيه أبو جعفر «رح» يقول إنما يكره ذلك إذا كان شيئاً نفيساً لأن في ذلك فخر أو تكبر ، وأما إذا لم تكن الخرقة نفيسة فلا بأس لأنه لا يكون فيه كبر .

( وكذا التي يمسح بها الوضوء ) أي وكذا تكره الخرقة التي يمسح بها الوضوء بفتح الواو وهو الماء الذي يتوضأ به (أو يتمخط بها ) أي بالخرقة (وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره ) أي حمل الخرقة واستعمال المنديل عقيب الوضوء إذا كان عن ضرورة التنشيف لا يكره ( وهو الصحيح ) أي هذا القول هو الصحيح .

وكذا قال في جامع قاضيخان والمحبوبي ، وذلك لأن المسلمين قد استعملوا فى عامة البلدان مناديل الوضوء ، كيف وقد روى الترمذي رحمه الله في جامعه حديث سفيان ابن وكيع ، قال حدثنا عبدالله بن وهب «رض» ، عن زيد بن حبان «رح» عن أبي معاد عن الزهري ، عن عروة «رض » عن عائشة رضى الله عنها قالت : « كان لرسول الله ﷺ خرقة يتنشف بها بعد الوضوء »، ثم قال وحديث عائشة «رض» ليس بالقائم ولا يصح عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء .

وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس . ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة ،

---

ثم قال أبو عيسى : وقد رخص قوم من أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم في التمندل بعد الوضوء ومن كرهه فانما كرهه من قبل الوضوء يوزن . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والزهري « رح » وقال الزهري انما اكره المنديل بعد الوضوء فإن الوضوء يوزن .

( وإنما يكره إذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس ) فإن كان يفعله تجبراً أو تكبراً فيكره ، وأن يفعله للضوورة والحاجة فلا يكره .

وقد روى أبو داوود « رح » مسنداً إلى جابر بن سمرة رضى الله تعالى عنه قال : « كان النبى ﷺ إذا صلى الفجر تربع في مجلسه حتى تطلع الشمس » . وكذلك الإتكاء أن كان تكبراً يكره ، وإن كان لضرورة فلا .

( ولا بأس بأن يربط الرجل في إصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ) هذه من خواص الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب ، عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان لا يرى بأساً بربط الرجل في أصبعه الخيط أو في خاتمه للحاجة انتهى .

وذلك لأنه لو كره إنما يكره لكونه عبثا وهذا ليس بعبث لأنه تعلق به ضرب فائدة وهو التأكيد في رعاية حق المسلمين ليكون ذلك أقرب للذكر وأبعد عن النسيان والتقصير ، فلما كان كذلك لم يكن به بأس .

( ويسمى ذلك الرتم والرتيمة ) أي ويسمى ذلك الخيط الذي يعقد على الإصبع للتذكرة الرتم بفتح الراء وفتح التاء المثناة من فوق وفي آخره ميم وهو جمع رتمة بالفتحات أيضاً وكذلك سمى رتيمة بالياء آخر الحروف بعد الميم ويجمع على رتائم ، يقال أرتمت الرجل إرتاماً ، إذا عقدت في أصبعه خيطاً يستذكره حاجة ، كذا قال أبو عبيد في غريب المسند .

وقال ابن دريد في الجمهرة : والرتمة شيء كان يفعله أهل الجاهلية ، كان الرجل اذا أراد سفراً عمد إلى شجرتين متقاربتين فعقد غصنين منهما ، فإذا رجع من سفره فإذا

وكان ذلك من عادة العرب ، قال قائلهم شعر :

لا ينفعك اليوم ان هممت بهم ... كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

---

كان الغصنان بحالهما علم انه لم يخن في أهله ، وان كانا منحلين ظن بأهـله ظن السوء يقال ارتمت ورتمت إذا فعلت ذلك .

( وكان ذلك من عادة العرب ) أي ربط الخيط على الأصبع للتذكرة كان من عـادة العرب ، ( قال قائلهم ) أي قائل العرب ، قـال الكاكي قائل ( شعر ) الكتاب بن السكيت وليس كذلك بل قائله من العرب ، وإنما استشهد به ابن السكيت :

( لا ينفعنك اليوم ان هممت بهم ... كثرة ما توصى وتعقاد الرتم )

استدل أبو عبيد بهذا البيت على أن الرتم والرتيمة هو الخيط الذي يعقد على الاصبع للتذكرة كما قد ذكره الآن .

وقال ابن السكيت : الرتم شجرة ثم أنشد هذا البيت ثم قال : كان الرجل إذا أراد سفراً عمد إلى هذه الشجرة فعقد بعض أغصانها ببعض فاذا رجع من سفره وأصابهـا على تلك الحالة قال : لم تخن امرأتي ، وان أصابه قد انحل قال: خانتني امرأتي .

ومعنى البيت هل منعتك أن همت امرأتك ان تخونك وصيتك لها واقامتك من يحفظها وبعقادك الشجرة . قوله إن همت بهم أي بشيء تريده ، يعني انها إن كانت عفيفة حفظت نفسها وإن لم يكن كذلك لا حيلة فيها . كذا قال أبو محمـــد يوسف بن الحسن بن عبيدالله رحمه الله السرا في كتاب الربيع شرح الاصطلاح .

وقوله بعقاد الرتم ،التعقاد بفتح التاء مصدر بمعنى العقد على وزن التفعال كالمتعلقات والتشهاد ، وهو مضاف إلى الرتم ، والرتم مجرور بالاضافـــة ، ثم البيت المذكور مروي عن الثقات .

هل ينفعنك بلفظ هـــل الاستفهامية وهو القياس لأن الأصل في نون التأكيد أن لا يدخل النفى . والفقهاء يردونه بحرف النفى كما في رواية المصنف « رح» كذلك وقال بعضهم : بالغ الانكار فيه ، قلت لا مجال للانكار في ذلك لأن حرف التوكيد قديدخل النفي ايضاً في الشعر كما في قول العمر بن مولت :

فلا ايجاره الدنيا بها بلحيتها

فهذه نون التوكيد بعد لا النافية .

ثم اعلم أن قوله ان هممت بتاء التأنيث في رواية الثقاة، وقد رواه بعضهم همت بتاء الخطاب المذكر وحذف أحد الميمين وهمت على لغة من يقول ظلت من ظللت ، ومست من مسست وأحست من أحسست . قال الشاعر احسنت اليه سوس : أي احسن به .

( وقد روى ان النبي ﷺ أمر بعض أصحابه بذلك ) أي بالرتم يعني عقد الخيط في الاصبع التذكرة ، ولم يثبت ان النبي ﷺ أمر بذلك ولكنه قد روى فيه أحاديث كلها ضعيفة .

منها ما رواه أبو يعلى الموصلي «رح» في مسنده من حديث سالم بن عبد الأعلى عن نافع « رح » عن ابن عمر أن النبي ﷺ كان إذا أشفق من الحاجة أن ينساها ربط في اصبعه خيطاً ليذكرها ، ورواه ابن عدى «رح» في الكامل ، والعقيلي في الضعفاء، وابن حبان أيضاً في الضعفاء ، واسند ابن عدى عن ابن معين البخاري والنسائي : من سالم هذا انه متروك وأسنده العقيلي عن البخارى فقط وقال ابن حبان «رح» كان سالم هذا يضع الحديث ، لا يحل كتب حديثه ولا الرواية عنه .

وقال الترمذي في علله الكبرى سألت البخاري «رح» عن هذا الحديث : يقال سالم ابن عبدالاعلى ، ويقال سالم بن غيلان «رح» منكر الحديث .

وهذا ابن أبي حاتم «رح» في علله : سألت أبي عن هذا الحديث قال : حديث باطل وسالم هذا ضعيف وهذا منه .

ومنها ما رواه الطبراني «رح» في معجمه الوسط عن غياث بن ابراهيم الانصاري : حدثنا الاوزاعى «رح» ، عن مكحول ، عن واثلة بن الأسقع ان النبي ﷺ كان إذا أراد الحاجة أوثق في خاتمه خيطاً .

ورواه ابن عدى في الكامل ، وأعله هذا وقال انه عندي ممن يضع الحديث .

ومنها ما رواه الطبراني «رح» في معجمه عن غياث بن ابرهيم الكرخي ، حدثنا عبدالرحمن ابن الحارث بن عياش بن أبي ربيعة ، عن سعيد المعري ، عن رافع بن خديج رحمهم الله قال رأيت رسول الله ﷺ ربط في أصبعه خيطاً ، فقلت يا رسول الله ما هذا ؟ فقال : « شيء أستذكر به » .

ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل : في الوطي و النظر واللمس .

قال « رح » : ولا يجوز ان ينظر الرجل إلى الأجنبية

---

وذكر ابن الجوزي في الموضوعات الأحاديث الثلاثة ، ونقل في الأول كلام ابن حبان في سالم ، ونقل في الثاني كلام ابن عدى «رح» في لبس ، ونقل في الثالث عن السعدي وابن حبان في غياث هذا أنه كان يضع الحديث،وعن احمد البخاري انه متروك الحديث.

فإن قلت أخرج أبن عدى « رح » في الكامل عن بشر بن حسين الاصبهاني ، عن الزبير بن عدى عن أنس «رض» قال : قال رسول الله ﷺ : « من حول خاتمه أوعمامته أو علق خيطاً لتذكره ، فقد أشرك بالله ، ان الله هو يذكر الحاجات » قلت هذا ايضاً حديث ضعيف لأن ابن عدي أعله ببشر بن الحسين فإذن ليس الدليل إلا ما ذكره بقوله ( ولأنه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان ) والفعل إذا تعلق بغرض صحيح لا يكره ولا يمنع وقد جرت بذلك عادة الناس من غير نكير والله اعلم .

## ( فصل في الوطىء والنظر والمس )

هذا فصل في بيان أحكام الوطىء وأحكام النظر والمس والقبلة . وقدم فصل الأكل لكثرته ثم فصل اللبس قدم على هذا الفصل لكثرة شدة الاحتياج اليه بالنسبة إلى هذا الفصل .

( قال رحمه الله : ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية ) أي قال القدورى في مختصره أي إلى المرأة الأجنبية . وبه قال مالك والشافعي رحمها الله والأصل فيه قوله سبحانه وتعالى : ﴿ قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم إن الله خبير بما تصنعون وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ﴾ .

إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى : ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ قـــال علي وابن عباس رضي الله عنهما : ما ظهر منها الكحل والخاتم .

---

وموضع الزينة الرأس لأنه موضع الإكليل والشعر لأنه موضع الفصاص والدريهمات ، والأذن لأنها موضع القرط ، والعنق لأنه موضع القلادة ، والصدر لأنه موضع الوشاح ، والعضد لأنه موضع الدملج ، والذراع لأنه موضع السوار ، والساق لأنه موضع الخلخال.

وذكر الزينة وأراد موضعها من قبيل ذكر الحال وإرادة المحل للمبالغة في الستر .

( إلا إلى وجهها و كفيها ) استثناء من قوله لا يجوز ، والمعنى يجوز النظر إلى وجـــه الاجنبية وكفيها .

( لقوله تعالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن ﴾ ) أي لا يظهرن أي النساء أي مواضع زينتهن وقد بينتها الآن .

( ﴿ إلا ما ظهر منها ﴾ ) استثنى من قوله ولا يبدين إلا ماظهر من الزينة ، ثم اختلفوا فيها: يعني فيما ظهر ما هو ؟ فقال بعضهم المراد الملاءة والبرقع والخفاف لا يحل النظر للأجانب إلا إلى ملاءتها وبرقعها وخفيها الظاهرة ، وهو قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما .

وقد روى الطحاوي «رح» بإسناده إلى أبي الأحوص عن عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنهما قال : «وما ظهر منها الثياب والجلباب » وقال بعضهم : هو ما فوق الدرع . روى الطحاوي باسناده إلى أبي منصور «رح» عن ابراهيم قال : هو مـــا فوق الدرع . وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها : « المراد منه احدى عينيها لأنها مضطرة إلى كشف عين واحدة للمشي ، ولا ضرورة في غير ذلك » فلا يباح بها إلا بدا ولا بغـــيرها النظر إلا في عين واحدة للمشي .

واختار العلماء قول علي وابن عباس رضى الله تعالى عنهم . فكذلك اختاره المصنف وقال ( قال علي وابن عباس «رض» ما ظهر منها الكحل والخاتم ) .

أخرج الطبراني في رواية ابن عباس «رح» في تفسيره وقال : حدثنا أبو كريب حدثنا مروان بن معاوية حدثنا مسلم الملائي ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس « رض » في

والمراد موضعها وهو الوجـــه والكف . كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولأن في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاء غير ذلك . وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها .

---

قوله تعالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ﴾ ، قال هي الكحل والخاتم .

وأخرجه البيهقي «رح» أيضاً عن جفر بن عون: أخبرنا مسلم الملائي به، ثم أخرجه عن ضعيف ، عن عكرمة ، عن ابن عباس «رض» : نحوه سواه . وأخرجـه ابن أبي شيبة في مصنفه في النكاح ، عن عكرمة وأبي صالح وسعيد بن جبير رحمهم الله من قولهم : وأما الرواية عن علي «رض» فغريب.

( والمراد موضعها ) أي موضع الكحل والخاتم كما قلنا من قبيل ذكر الحـال وارادة المحل ( وهو الوجه والكف ) أي موضع الكحل هو الوجه ، وموضع الخاتم الكف .

( كما أن المراد بالزينة المذكورة مواضعها ) اراد بالمذكورة في قوله تعالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن ﴾ كما ذكرناه . ( ولأن في ابداء الكف ) أي في اظهارهما وهذا دليـــل معقول ( والوجه ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذاً وإعطاء ) أي من حيث الأخـذ ومن حيث الإعطاء ( وغير ذلك ) مثل كشف وجهها عندالشهادة ، وعند المعرض لمن يريد نكاحها ، وعند المحاكمة . ومثل كشف الكفين عند الخبز ونحوه .

ولو استدل في ذلك بالحديث المرفوع لكان أولى وأحسن وهو ما رواه أبو داوود في سننه بأسناده إلى عائشة رضى الله تعالى عنها أن أسماء بنت أبي بكر رضى الله تعـــالى عنهما دخلت على النبي ﷺ وعليها ثياب رقاق ، فأعرض عنهـا رسول الله ﷺ وقال : « يا أسماء المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا» وأشار إلى وجهه و كفه . وأخرجه البيهقي أيضاً فى سننه .

( وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمهـــا ) أراد به أن ما روى عن علي وابن عباس «رض» تنصيص على عدم إباحة النظر إلى قدمي الاجنبية .

وعن أبي حنيفة «رح» أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة . وعن أبي يوسف انه يباح النظر إلى ذراعيها أيضاً لأنه قد يبدو منها عادة . قال فإن كان لا يأمن الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا لحاجة لقوله

---

( وعن أبي حنيفة «رح» أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة ) هذه رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة لأن القدم موضع الزينة الظاهرة .

( وعن أبي يوسف «رح» انه يباح النظر إلى ذراعيها أيضاً لأنه قد يبدو منها عادة ) خصوصاً إذا جردت نفسها للخبز والطبخ ، ذكره شمس الأئمة البيهقي في كفايته .

( قال رحمه الله فإن كان لا يأمن من الشهوة لا ينظر إلى وجهها ) أي قال القدوري والحاصل أن الذي ذكره من جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها إذا أمن الشهوة لقوله تعالى: ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ﴾ ، وأما إذا لم يأمن الشهوة لم يجز النظر إلى وجهها ايضاً ولا إلى كفيها . والدليل على ما رواه البخاري ومسلم رحمهما الله عن ابن عباس «رض» قال رأيت اسه باللمم.

قال أبو هريرة رضى الله تعالى عنه : قال رسول الله ﷺ : « ان الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة فزنى العينين النظر وزنى اللسان النطق والنفس تتمنى وتشتهى ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه » .

وأخرج مسلم وأبو داوود «رح» من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « كتب على ابن آدم نصيبه من الزنا يدرك ذلك لا محالة فالعينان زناهما النظر والاذنان زناهما الاستماع واللسان زناه الكلام واليدان زناهما البطش والرجل زناها الخطى والقلب يقوى ويتمنى ويصدق ذلك الفرج أو يكذب » .

( إلا لحاجة ) كالشهادة وحكم الحاكم والتزويج ، فعند هذه الاشياء يباح النظر إلى وجهها ، وإن يخاف الشهوة للضرورة .

وقال الحاكم «رح» فيه وينظر إلى الوجه والكف منها ما أمن الشهوه فاذا أشقها لم ينظر إلا أن يكون دعى إلى شهادة عليها وأراد تزويجاً وكان حاكماً فينظر ليخبر اقرارها وتشهد الشهود على معرفتها ، فلا بأس بالنظر اليهما وهذه المواضع (لقوله ﷺ : «من نظر

عليـــه السلام «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينه الآنك يوم القيامة » . فإن خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن المحرم وقوله فإن لا يأمن يدل على انـــه لا يباح إذا شك في الإشتهاء كما إذا علم وكان أكبر رأيه ذلك ، ولا يحل أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة لقيـــام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى

---

إلى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينه الآنك يوم القيامة ) هذا الحديث أخرجه شمس الأئمة الحلواني فى شرح الكافي ولكنه غـــير صحيح والمعروف : « من استمع إلى حديث قوم له كارهون صب فى اذنيه الآنك يوم القيامة » أخرجه البخاري فى صحيحه فى كتاب التعبير ، عن أيوب السجستاني ، عن عكرمة ، عن ابن عباس مرفوعاً : « من تحكم بحكم لم يره كلف ان يقعد بين شعر بير ولن يفعـــل ومن استمع إلى قوم وهم له كارهون أو يفرون منه صب فى أذنيه الآنك يوم القيامة ومن صور صورة عذب و كلف ان ينفخ فيها وليس بنافخ » .

قوله محاسن : جمع حسن ضد القبح على خلاف القياس و كأنـــه جمع محسن والآنك بفتح الهمزة وضم النون وفي آخره كاف وهو : الاشرب. قال الجوهري وأفعل من ألسنة الجمع ولم يجيء عليه الواحد الآنك وفيه نظر .

( فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزاً عن الحرم ) أي لأجل الإحتراز عن الوقوع في الحرم ( وهو قوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شك في الإشتهاء ) أي قال القدوري : فإن كان لا يأمن الشهوة يدل على أن النظر إلى وجههـــا لا يباح إذا شك في الشهوة ( كما إذا علم ) أي كما إذا تيقن وجود الشهوة ، ( أو كان أكبر رأيـــه ذلك ) أي وجود الشهوة .

( ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة لقيام الحرم ) وهو النص على ما يأتي ( وانعدام الضرورة والبلوى ) في مس وجهها و كفيها لانه أبيح النظر إلى

بخلاف النظر لأن فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهي فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة .

---

الوجه والكف لدفع الحرج ، ولا حرج في ترك مسها فبقي على أصل القياس ( بخلاف النظر لان فيه بلوى ) وهي الحاجة إليه كما ذكرنا .

( والمحرم ) بكسر الراء ، أراد به المحرم الذي قال في قوله لقيام المحرم ( لقوله ﷺ من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة ) وهذا لم يثبت عن النبي ﷺ ولم يذكره أحد من أرباب الصحاح والحسان .

( وهذا إذا كانت شابة تشتهى ) أى هذا الذي ذكرنا من حرمة وجه الاجنبية وكفيها إذا كانت شابة تشتهى منها الرجال ، ( أما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة ) . قال تاج الشريعة «رح» فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكرناه في الكتاب من مس كف امرأة الحديث ، قلت : المرأة أمرة تدعو النفس إلى مسها أما إذا هربت العين من رؤيتها والرادى يجد الحائر من لعابها [1] فلا إثم .

ثم قال أباح للرجال المس هنا إذا كانت عجوزاً ولم يشترط كون الماس لا يجامع مثله ولا يشتهى مثله .

وقد ذكر مثل هذا ووضع المسألة فيها إذا كانت المرأة هي الماسة لما فوق الإزار فقال : إن كانت المرأة عجوزاً لا تجامع مثلها والرجل شيخ كبير لا يجامع مثله لا بأس فالمصافحة حينئذ .

فصار في المسألة روايتان : في رواية أباح المصافحة إذا لم يشته أحدهما ، وفي رواية يشترط أن يكون كل واحد منهما لا يشتهي .

---

(١) هكذا وردت العبارة في الاصل ، اه مصححه .

وقد روي عن أبي بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز. وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزاً لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه.

---

وجه الأولى : أن العجوز ألحقت بالصغيرة ويجوز مصافحتها وإن اشتهى الماس .

وجه الأخرى : وهو الفرق بينهما ان أحـــد المصافحين إذا كان صغيراً لا تؤدي المصافحة ، إلى الإشتهاء من الجانبين ، أما في حق البالغ فلأنه غير بالغ مسته وأمـا في حق الصغيرة فلانها لا تعلم الإشتهاء . أما إذا كانا بالغين فالشاب ان لم يشته بمس العجوز فهي تشتهى بمس الشاب ، لأنها قد علمت بذلك فتؤدي إلى الإشتهاء وهـــو حرام مما يؤدي إليه كذلك .

ثم قال تاج الشريعة «رح» وقد كنت سمعت من بعض اساتذتنا طيب الله ثراه أبياتاً يليق استشهادها في هذا الموضع فأوردتها تذكرة طيب الله مرقد الماضين آمين (شعر )

وهي عجوز ترجى أن تكون فتية ... وقد يبس الجنبان واحتدب الظهر
تروح إلى العطار تبغي شبابهـــا ... وهل يصلح العطار ما أفسد الدهر
ومـــا غرني الأخضاب بكفها ... وكحل بعينيها وأثوابها الصفر
بنيت بهـــا قبل المحاق بليلة ... فصار محـــاق كله ذلك الشهر

قلت هذا الذي ذكره تاج الشريعة كله من المبسوط والذخيرة .

( وقد روى أن أبا بكر رضي الله تعالى عنه كان يدخل بعض القبائـــل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز ) هذا غريب لم يثبت وإنما الذى روى عن أبي بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما : أنهما كانا يزوران أم أبنى «رض» بعد رسول الله ﷺ وكانت حاضنة النبي ﷺ رواه البيهقي وغيره .

( وعبد الله بن الزبير « رض » استأجر عجوزاً لتمرضـــه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه ) هذا أيضاً غريب لم يثبت قوله تمرضه من التمريض يقال مرضه أى قام عليه في مرضه . قوله تفلي من فلى رأسه تفلي إذا أخذ القمل منه وفلى يفلوا أيضاً وفليت الشمر

وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وإن كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة ، والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة .

---

إذا تدبرته واستخرجت معانيه والمناسب هنا ان يكون قوله تقلي رأسه من المعنى الثاني على معنى أنها كانت تدبر شعر ابن الزبير « رض » وتصلحه وتدهنه وتسرحه لأن هذا هو المناسب بحاله لأنه كان ملكاً ادعى الخلافة بأرض الحجاز فمن كانت هذه صفته لا تقمل رأسه فافهم .

( وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها ) أي وكذا لا بأس بمصافحتها إذا كان الرجل شيخاً كبيراً يأمن على نفسه وعلى نفس المرأة لأن الشيخ الكبير لم يبق له إربة كالصغير . قال سبحانه وتعالى: ﴿ أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء ﴾ . وروى البيهقي في سننه عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس «رض» قال : هو الرجل يتبع القوم وهو مغفل في غفلة لا يكترث النساء ولا يشتهين . وروى عن التيمي أنه قال : هو الذى ليس له إرب أى حاجة فى النساء ولا شك أن الشيخ الكبير ليس له إرب فى النساء .

(لما قلنا) أراد به قوله لانعدام خوف الفتنة (وإن كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة ) لأنه ليس لبدنها حكم العورة ولأن العادة ترك التكليف بستر عورتها إن لم تبلغ حد الشهوة كذا في المبسوط . فإن قلت ما حكم الأمر وقلت روى البيهقي عن بقية من الوصيين عن بعض المشيخة قال : يكره أن يحد النظر إلى الغلام الأمرد الجميل الوجه. وقد روى هذا عن بقية الوازع وهو ضعيف عن أبي سلمة، عن أبي هريرة «رض» مرفوعاً. والمشهور بقية عن الوصيين .

وقد روى أبو حفص الطحان في معناه حديثاً موضوعاً عن الثورى عن الأعمش ، عن أبي صالح ، عن أبي هريرة «رض» مرفوعاً .

قال ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهي للحاجة إلى احياء حقوق النـــاس بواسطة القضاء وأداء الشهادة، ولكن ينبغي أن يقصد به اداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح، وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيـل يباح والأصح انه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهي فلاضرورة بخلاف

---

قال البيهقي «رح» وفتنة الأمرد ظاهرة لا يحتاج إلى خبر، وقد أفتى الشيخ محى الدين النووى بمنع النظر إليه سواء كان بشهوة أو بغير شهوة. وبعضهم فصلوا فقالوا : إن كان بشهوة لا يباح وإن كان بغير شهوه فلا بأس . قلت الأولى فى هذا الزمان أن يفتى بقول الشيخ محى الدين لظهور الفسق والشناعة بين الناس .

وذكر فى فتاوى الإمام ناصر الحسامي «رح» الغلام اذا بلغ مبلغ الرجال ولم يكن صبيحاً فحكمه حكم الرجال وان كان صبيحاً فحكمه حكم النساء وهو عورة من قرنه الى قدمه . قال العبد الضعيف: لا يحل النظر إليه عن شهوة فأما الخلوة به والنظر إليه لا عن شهوة لا بأس به ولهذا لم يأمر بالنقاب .

( قال ) أى القدورى «رح» ( ويجوز للقاضى إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر إلى وجهها وإن خاف أن يشتهى للحاجة إلى إحياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغى أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزاً عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح ) هذا كالظاهر، وهكذا كما يجوز للشهود النظر إلى الصورة عند الزنا ليقيموا الشهادة وكما يجـــوز للمسلمين أن يرموا صبيان المسلمين واسرابهم إذا اندس بهم الكفار ولكن يقصدون المشركين وان علموا انه يصيب المسلمين .

( وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح ) ولكن يقصد حمل الشهـــادة لا قضاء الشهوة كشهود الزنا (والأصح انه لا يباح لأنه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف

حالة الأداء . ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وإن علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه : « أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » .

---

حالة الأداء ) لأنه التزم هذه الأمانة بالتحمل وهو متعين لأدائها .

( ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بالنظر اليها [1] وان علم أنه يشتهيها لقوله ﷺ فيه : « أبصرها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » . هذا الحديث أخرجه الترمذي في النكاح عن عاصم بن سليمان ، عن أبي بكر بن عبد الله المزني ، عن المغيرة بن شعبة « رض » أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ : « انظر إليها فإنه أحرى ان يؤدم بينكما » وقال الترمذي : حديث حسن .

قوله أبصرها : الخطاب للمغيرة بن شعبة «رض» وهو أمر من أبصر يبصر إبصاراً أي أنظرها ، وهكذا هو في رواية الترمذي «رح» ، وفي رواية الزمخشري «رح» في الفائق : « لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » . والضمير فإنه يرجع إلى الابصار الذي دل عليه قوله أبصرها، كما في قوله تعالى: ﴿ اعدلوا هو أقرب للتقوى ﴾ أي العدل أقرب.

قوله أن يؤدم : أصله بأن يؤدم ، فحذفت الباء وحذفها مع أن كثير ، والمعنى فإن الابصار أحرى أي أولى بالمؤادمة منكما ، أي بالموافقة ، من أدم الطعام إذا أصلحه بالادام وجعله موافقاً للطاعم . وأن مصدرية فكذلك أولت الوادم بالمؤادمة ويجوز أن يكون الضمير فانه للشأن ، وعلى التقديرين : الضمير إسم أن ، وقوله أحرى أن يؤدم خبرها فتكون هذه الجملة محلها الرفع . وعلى رواية الفائق : أو بمعنى ليت فلذلك دخلت الفاء في جوابها كأنه قيل ليت ليتك نظرت إليها ، والغرض الحث على النظر ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

ولما أخرج الترمذي « رح » هذا الحديث قال وفي الباب عن أبي هريرة وجابر وأنس «رض» ومحمد بن سلمة وأبي جند . قلت أما حديث أبي هريرة فأخرجه مسلم عن أبي

---

(١) نسخه : بأن ينظر اليها .

هريرة قال : خطب رجل امرأة من الأنصار فقال له رسول الله ﷺ « اذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً » .

وأما حديث جابر «رض» فأخرجه أبو داود من طريق ابن إسحـــاق، عن داود بن الحصين ، عن واقد بن عبد الرحمن ، عن جابر بن عبد الله « رض » قال . قال رسول الله ﷺ : « إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» فخطبت جارية فكنت اتخفى لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها .

قال ابن القطان هذا حديث لا يصح فإن واقداً هذا لا يعرف حاله ، وواقد المعروف إنما هو واقد بن عمرو بن سعد بن معاذ أبو عبد الله الأنصاري الأسهلي « رح » الذي يروي عنه يحيى بن سعيد وداود بن الحصين ومحمد بن زياد «رح» وغيرهم من المدنيين .

وروى مالك «رح» عن يحيى بن سعيد «رح » عنه وهدمه في ثقة قاله أبو ذرعة« رح» وأما واقد بن عبد الرحمن فلا أعرفه .

وأما حديث أنس «رض» فأخرجه ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في مستدركه ، وقال على شرط الشيخين واحمد والبزار وأبو يعلى الموصلي وعبد بن حميد والدارمي « رح » في مسانيدهم ، والطبراني في معجمه والدارقطني في سننه ، كلهم من طريق عبد الرزاق ، أخبرنا معمر بن ثابت عن انس أن المغيرة بن شعبة خطب امرأة فقال له النبي ﷺ «اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » .

وأما حديث محمد بن سلمة « رض » فأخرجه ابن حبان في صحيحه ، أخبرنا أبو يعلى ، حدثنا محمد بن حازم عن محمد بن سليمان ، عن أبي خثمة عن عمه محمد بن سلمة «رض» قال: خطبت امرأة فجعلت أتخفى إليها حتى نظرت إليها في نخل فقيل له : أتفعل هذا وأنت صاحب رسول الله ﷺ ؟ فقال : سمعت رسول الله ﷺ يقول إذا ألقى الله في قلب امرء منكم خطبة امرأة فلا بأس ان ينظر إليها .

وأخرج الحاكم من حديث ابراهيم بن صرمة «رح» عن يحيى بن سعيد الأنصاري ، عن محمد بن سليمان بن أبي خثمة قال : « كنت جالساً مع محمد بن سلمة فمرت ابنة الضحاك

ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة . ويجوز للطبيب ان ينظر إلى موضع المرض منهـــا للضرورة ، وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لأن نظر الجنس إلى الجنس اسهل فإن لم يقدروا ستر كل

---

فجعل يطاردها ببصره » . الحديث . وقال : هذا حديث غريب وابراهيم بن صرمـــة ضعفه الدارقطني.

وأخرجه البيهقي من حديث ابن شهاب عبد ربه عن حجاج بن أبي مليكة ، عن محمد ابن سليمان بن أبي خيشمة قال : رأيت محمد بن سلمة «رح» يطارد امرأة ببصره على اجارة يقال لها بهاسة بنت الضحاك اخت ابي حرة » الحديث .

وقال الذهبي في مختصره : حجاج لين ، واسناده مختلف فيه ، واخرجه ابن ماجة عن الحجاج بن ارطأة عن محمد بن سليمان ، الحديث .

ورواه احمد وإسحاق بن راهويه وابو داود الطيالسي في مسانيدهم وابن ابي شيبة ، وعبد الرزاق ومصنفيها في اسم المرأة ، في مسند احمد سميه بنت الضحاك وسماها عند ابن ابي شيبة ، كما سماها في مسند البيهقي ، وفي نسخة اخرى نسيبة .

واما حديث ابي حميد فأخرجه الطبراني في معجمه ، حدثنا احمد بن يحيى الحلواني، حدثنا سويد بن سليمان ، حدثنا زهير بن معاوية ، حدثنا عبد الله بن عيسى ، عن موسى ابن عبد الله بن بريد ، عن حميد الساعدي «رض» قال: قال رسول الله ﷺ : « إذا خطب احدكم امرأة فلا جناح عليه ان ينظر إليها إذا كان إنما ينظر إليها للخطبـــة » . ورواه إسحاق بن راهوية في مسنده من حديث عبد الله بن عيسى الأنصاري «رض» .

( ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة ) فيعتبر المقصود وهو إقامـــة النكاح المسنون لا قضاء الشهوة المنهي المحرم .

( ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها ) أي من المرأة ( للضرورة ) لأن للضرورة تأثير في إباحة المحرمات بدليل إباحة الميتة والخمر عند الضرورة وخشية التلف ( وينبغي ان يعلم المرأة مداواتها لأن نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا ستر كل

**عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأنه ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها**

---

عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لأن ما ثبت بالضرورة يتمقدر (١) بها ) اي يتمقدر بالضرورة اراد بأن يكون بقدر الضرورة ولا يتجاوز عنها لاندفاع الحاجة بقدرها .

وفي فتاوى الولوالجي : لا يحل النظر الى ما تحت السرة الى الركبة من الرجل والمرأة لأحد من غير عذر ، فاذا جاء العذر حل النظر . والاعذار : ١ — منها حالة الولادة فلا بأس القابلة ان تنظر الى فرجها .

٢ — ومنهـا حالة الاختتان : للرجل ان ينظر من الرجـل موضع الاختتان منه عند الحاجة .

٣ — ومنها : اذا اصابه قولنج واحتيج الى حقنه .

٤ — ومنها : اذا اصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجال ان ينظر اليها وعلمت المرأة ذلك لتداويها وان لم تعلم او لم يجدوا امرأة وخافوا عليها ان تهلك او يصيبها بلاء ، او دخل من ذلك وجع لا تتحمله ، ولم يكن للعلاج بد من الرجل ، يباح للرجل ان ينظر لكن يستر منها كل شيء الا موضع القرحـة لأن الضرورة تندفع بها وسواء فيها ذات المحرم وغيرها .

٥ — ومنها : امرأة العنين اذا قالت بعد سنة لم يصل إلي وانا بكر ، فالقاضي يريهـا النساء .

٦ — ومنها : رجل اشترى جارية على انها بكر فقبضها فقال وجدتها ثيبـة فأراد ردها على البائع بيمينه على انه باعها وسلمها وهي بكر ، نظر إليها النساء ، فان قلن انها بكر فلا يمين على البائع ، وان قلن هي ثيب استحلف البائع على انـه باعها وسلمها وهي بكر فان حلف لم ترد عليه . وقال شيخ الإسلام الاسبيجابي في شرح الكافي قال بعض مشائخنا هذا الجواب انما يستقيم فيما اذا اختلفا قبل القبض ، اما بعده فلا لأنه يحمل زوال

---

(١) يتقدر بقدرها .

وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر إلى موضع الاحتقان من الرجل لأنه مداواة ويجوز للمرض . وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف « رح »

---

البكارة عند المشتري فلا فائدة في ان ترى النساء ان وقع الاختلاف بعد القبض لأنه يحتاج الى توجيه الخصومة ، ولا يمكن من ذلك الا بعد ظهور الحال فكان في اراءة فائدة .

( وصار كنظر الخافضة والختان ) اليه يعني صار نظر الطبيب الى موضع لا يحل النظر اليه كنظر الخافضة والختان اليه ، اي الى ما لا يجوز النظر اليه كالعورة الغليظة فان النظر اليها لا يجوز الا في حالة العذر والختان عذر لأنه سنة مؤكدة من شعائر الإسلام لا يجوز تركها في حق الرجل والمرأة جميعاً ، فكذا نظر الطبيب لأجل العذر .

والخافضة فاعلة من الخفض وهو قطع بظر المرأة كالختان في حق الرجل، وهو قطع جلدة الحشفة ، يقال امرأة مخفوضة ورجل مختون .

( وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لأنه مداواة ) اي لأن الاحتقان مداواة يحصل بها اسهال الفضلات والإخلاطة الروية واذا جاز الاحتقان يجوز للحاقن النظر الى موضع الاحتقان .

( ويجوز للمرض ) اي يجوز الاحتقان لأجل المرض ( وكذا للهزال الفاحش ) اي وكذا يجوز الاحتقان للهزال الفاحش لأن آخره الدق ( على ما روى عن ابي يوسف ) احترز به عما روى عن شمس الأئمة الحلواني «رح» ان الحقنة انما تجوز اذا كان يخشى من الهزال المتلو وإلا فلا .

وفي الكافي والصحيح ما روى عن أبي يوسف « رح » أنه نوع مرض يكون آخره الدق والسل .

وقال الحلواني فلو كان في الحقنة منفعة ولا ضرورة فيها بأن يتقوى على الإجماع لا يحل عندنا .

وذكر أبو الليث «رح» عن محمد بن مقاتل : أنه لا بأس ان يتولى صاحب الحمام عورة إنسان بيده عندالتنوير إذا كان يغض بصره. كما أنه لا بأس به إذا كان جرحاً أو قرحاً.

لأنه إمارة المرض . قال وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا إلى ما بين سرته إلى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته. ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته

---

قال أبو الليث : هذا في حالة الضرورة وينبغي لكل أحد أن يتولى عانته إذا تنور، كذا في الذخيرة .

( لأنه إمارة المرض ) أي لأن الهزال علامة المرض وهو السل كما ذكرنا .

( قال وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا إلى ما بين سرته إلى ركبتيه ) أي قال القدوري وقال الكرخي «رح» في مختصره لا ينبغي أن ينظر الرجل من الرجل إلى ما بين سرته وركبته ولا بأس أن ينظر إلى سرته ، ويكره النظر منه إلى الركبة . وكذلك المرأة من المرأة .

وبلغنا عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه كان إذا ائتزر أبدى عن سرته انتهى.

وقال أبو القاسم بن الجلاب المالكي «رح» في كتاب التفريع : وعورة الرجل فرجاه وفخذاه ويستحب [1] له أن يستر من سرته وركبتيه .

وقال في وجيز الشافعية : وعورة الرجل ما بين السرة والركبة ( لقوله ﷺ : عورة الرجل ما بين سرته إلى ركبته ) .

وروى الدارقطني في سننه عن يوسف بن يعقوب بن نهاول : حدثنا جدي عن أبيه ، عن سعيد بن راشد ، عن عبادة بن كثير ، عن زيد بن أسلم ، عن عطاء بن يسار ، عن أبي يسار ، عن أبي أيوب «رض» عن النبي ﷺ أنه قال : « من السرة إلى الركبة عورة » . وسعيد بن راشد ضعيف .

( ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته ) وهذه الرواية إن صحت تدل على أن كلمة «إلى» في الرواية السابقة بمعنى مع عملا بالحديثين ( ولهذا ) أي بالحديث المذكور ( ثبت أن السرة ليست من العورة [2] ) لأن في كل واحدة من الروايتين يكون ابتداء

---

(١) ينبغي – هامش . (٢) بعورة ـ هامش .

وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافاً لمـــا يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله ، والركبة عورة خلافاً لما قاله الشافعي ، والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر . وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري

---

العورة من تحت السرة ، فتكون السرة خارجة من العورة ( خلافاً لما يقوله أبو عصمة) وهو سعيد بن معاذ القراذاي «رح» من كبار أصحابنا . وقد قال أبو عصمة : السرة عورة لأنها حد إحدى العورة فيكون من العورة كالركبة .

( والشافعي ) بالرفع عطفاً على أبي عصمة ، أي وخلافاً لما يقوله الشافعي «رح» أيضاً كما يقول أبو عصمة . قيل عطف الشافعي على أبي عصمة «رح» غير مستقيم لأن هذا التعليل إنما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به . وهذا ساقط لأن المصنف «رح» لم يطالل بهذا التعليل في هذا الكتاب ، وإنما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحداً والمأخذ متعدداً فالمذكور يكون تعليلا لأبي عصمة « رح » ، وتعليل الشافعي غير ذلك وهي أن السرة محل الإشتهاء .

( والركبة عورة خلافاً لما يقوله[1] الشافعي) فانه يقول الركبة ليست بعورة واستدل بما روى عن أنس بن مالك «رض» : ما ابدى ركبة بين جليس قط إنما قصد بهذا ذكر الشمائل ، فلو كانت الركبة عورة لم يكن هذا من الشمائل لأن ستر العورة فرض على كل أحد .

( والفخذ عورة خلافاً لأصحاب الظواهر ) فإنهم قالوا الفخذ ليس بعورة واستدلوا بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فلما ذاقا الشجرة بدت لهـــما سوآتهما ﴾ ، والمراد منها العورة الغليظة .

(وما دون السرة إلى منبت الشعر عورة خلافاً لما يقوله الإمام أبو بكر محمـــد بن الفضل الكماري «رح» ) فإنه يقول : ما دون السرة الى منبت شعر العانة ليس بعورة ، إنما قال ذلك حال كونه ( معتمداً[2] على العادة ) لأن الإزار قد ينحط في العمل إلى ذلك الموضع

---

(١) يقول — هامش . (٢) فيعتمد — هامش .

« رح » معتمداً فيه العادة لأنه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال : « الركبة من عورة » وأبدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة رضي الله عنه

---

إن كان فيه ضرورة فأبيح النظر إلى ذلك للتعامل . وكماري : بضم الكاف وتخفيف الميم بعدها ألف ساكنة ، وهو إسم قرية ببخارى نسب إليها الإمام المذكور أبو بكر . لأنه لا يعتبر بها مع النص بخلافه ، هذا جواب عما يقوله الإمام أبو بكر المذكور ويتعلق بقوله ودون السرة إلى منبت الشعر عورة ( لأنه ) أي لأن الشأن لا اعتبار بالعادة مع وجود النص بخلافها ، وفي بعض النسخ لأنها أي لأن العادة ( لا معتبر بها مع النص بخلافه ) والمعتبر بضم الميم ، مصدر ميمي بمعنى الاعتبار .

( وقد روى أبو هريرة «رض» عن النبي ﷺ أنه قال : « الركبة من عورة ) هذا جواب على قول الشافعي «رح» ودليل على كون الركبة عورة ولكن الحديث غريب لم يثبت عن أبي هريرة «رض» فإنما روى من حديث علي رضي الله تعالى عنه عند الدارقطني وفيه ضعيف أيضاً وقد تقدم في شروط الصلاة .

(وأبدى الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما سرته فقبلها أبو هريرة رضي الله تعالى عنه ) هذا بقوله جواب عما يقوله أبو عصمة والشافعي والحديث أخرجه أحمد في مسنده ، وابن حبان في صحيحه ، والبيهقي في سننه عن ابن عون ، عن عمير بن إسحاق قال : كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا أبا هريرة فقال للحسن : أكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبله . قال : وكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة ما كشفها انتهى. وكذا رواه ابن أبي شيبة في مسنده وفي معجم الطبراني خلاف هذا ، حدثنا أبو مسلم المكي ، حدثنا أبو عاصم عن أبي عون عن عمير بن اسحاق أن أبا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما فقال له : إرفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله ﷺ يقبل . فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته .

وقال عليه السلام لجرهد : « دار فخذك أما علمت ان الفخذ عورة » .

---

( وقال النبي ﷺ لجرهد دار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ) هـذا جواب عن قول أهل الظاهر. والحديث أخرجه أبو داود «رح» في الحمام عن طريق مالك «رح» عن أبي النظر عن زرعة عن عبد الرحمن بن جرهد عن أبيه قال : كان جرهد من أصحاب الصفـة إنه قال : جلس رسول الله ﷺ عندنا وفخذي منكشفة فقال : « أما علمت ان الفخذ عورة . وأخرجه الترمذي «رح» في الاستبدان . عن سفيان ، عن أبي النظر ، عن زرعة ابن مسلم بن جرهد عن جده جرهد قال: مر النبي ﷺ بجرهد في المسجد وقد انكشف فخذه فقال : « ان الفخذ عورة » وقال حديث حسن وما أرى اسناده بمتصل .

ثم أخرجه عبد الرزاق : أخـــبرنا معمر عن أبي الزناد قال : أخبرنا ابن جرهد عن أبيه أن النبي ﷺ مر به وهو كاشف عن فخذه فقال له النبي ﷺ : « غط فخذك فإنها من العورة » . وقال أيضاً حديث حسن ، ثم أخرجه عن عبد الله بن محمد بن عقيل عن عبد بن جرهد الأسلمي عن أبيه أن النبي ﷺ قال : « الفخذ عورة » وقال حديث حسن غريب من هذ الوجه .

وبسند أبي داود روى احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، وزرعة بن عبدالرحمن ابن جرهد الأسلمي وثقه النسائي وذكره ابن حبان في الثقات وقال من زعم أنـه زرعة بن مسلم بن جرهد فقـد وهم ، ورواه الدارقطني في سننه في آخر الطهارة من حديث سفيان بن عيينة عن الزناد وحدثني الجرهـد عن مجاهد . ورواه الحـاكم في المستدرك في كتاب اللباس عن سفيان عن سالم بن الضر عن زرعة بن مسلم بن جرهد عن جده جرهد فذكره وقال : صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

وقال ابن القطان في كتابه : وحديث جرهد له علتان أحدهمـا الاضطراب المؤدي لسقوطه وذلك أنهم يختلفون فيه ، منهم من يقول زرعة بن عبد الرحمن ، ومنهم من يقول زرعة بن سالم ، ومنهم من يقول زرعة بن مسلم ، ثم من هؤلاء من يقول عن أبيـه ، عن جرهد «رض» ، عن النبي ﷺ ، قال : وان كنت لا أرى الاضطراب في الاسناد علة فإنما ذلك إذا كان من يدور عليه الحديث ثقة ، فحينئذ لا يضر اختلاف الثقة فيه إلى مرسل ، أو مسند ، أو رافع واثق ، أو واصل وقاطع. وأما إذا كان الذي اضطرب عليه الحديث غير ثقة وغير معروف فالإضطراب يوهيه أو يزيده وهذا وهذه قال هذا الخبر .

والعلة الثانية أن زرعة وأباه غير معتبر في الحال ولا مشهوري الرواية انتهى .

قلت : قال البيهقي «رض» هذه أسانيد صحيحة . وقال الذهبي في مختصره : لا تصل إلى الصحة بل هي صالحة الحجر بانضمام بعضها إلى بعض . فان قلت قد قال القاضي علاء الدين في الجواهر : النفي في حديث جرهد ثلاث علل ، أحدهـا أن في سنده اضطراب وقد بينه ابن القطان ، والثانية أن زرعة مجهول الحال ، والثالثة أن الترمذي أخرجه ثم قال ما أرى اسناده متصل .

قلت : الجواب ما قاله الذهبي الذي ذكرناه الآن على أن في هذا الباب أحاديث أخرى منها ما أخرجه أبو داود عن حجاج عن ابن جريج قال : أخبرت عن حبيب عن أبي ثابت عن عاصم بن ضمرة عن علي رضي الله تعالى عنـــه قال : قال رسول الله ﷺ « لا تكشف فخذك ولا تنظر إلى فخذ حتى ولا ميت » .

وقال أبو داود «رح» حديث فيه نكارة . وأخرجه ابن ماجة في الجنائز عن زوج بن عبادة ، عن ابن جريج ، عن حبيب به .

وقال الشيخ في الإمام ورواية أبي داود تقتضي ابن جريج لم يسمع تصريح حبيب وان بينهما رجلاً مجهولاً ، انتهى .

ورواه الحاكم في مستدركه في اللباس وسكت عنه ، ورواه الدارقطني في سننه في آخر الصلاة وفيه : أخبرني حبيب بن ثابت . وقال ابن القطان في كتابه : وقد ضعف أبو حاتم هذا الحديث في علله .

وقال ابن جريج لم يسمع من حبيب ولا حبيب من عاصم ، وعاصم وثقة العجيلي وابن المديني وابن معين . وقال النسائي ليس به بأس وتكلم فيه ابن عدي وابن حبان «رح» .

ومنها ما أخرجه الترمذي «رح» عن اسرائيل ، عن أبي يحيى العباب «رح» عن مجاهد عن ابن عباس «رض» أن النبي ﷺ قال : « الفخذ عورة » . وقال حديث حسن غريب .

وأخرجه الحاكم في المستدرك ولفظه قال : مر النبي ﷺ على رجل فرأى فخـــذه مكشوفة فقال : غط فخذك فإن فخذ الرجل من عورته وسكت عنه .

وقال ابن القطان في كتابه وأبو يحيى العباب «رح» اختلف في إسمه فقيل رادان ، وقيل دينار ، وقيل عبد الرحمن ، وقيل غير ذلك ، ضعفه شريك . ويحيى في رواية ، ووثقه في رواية أخرى وقال : أسد روى عن اسرائيل أحاديث كثيرة مناكير جداً. وقال النسائي : ليس بالقوي ، وقال ابن حبان : فحش خطأه وكثر وهمه حتى سلك غير مسلك العدول في روايات . ورواه أحمد « رح » في مسنده ، والبيهقي في سننه والطبراني في معجمه .

ومنها ما أخرجه أحمد في مسنده : حدثنا هشيم،حدثنا حفص بن مسيرة ، عن العلاء ابن عبد الرحمن بن كثيرمولى ابن عبد الرحمن بن جحش قال : كنت مع رسول الله ﷺ فمر على معمر «رض» وهو جالس على باب داره وفخذه مكشوفة فقال : « يا معمر فاخذ وان الفخذ عورة » وهذا سند صالح ، ورواه الطبراني في معجمه في ست طرق دائرةعلى العلاء ورواه الطحاوي ، وصححه ورواه الحاكم في المستدرك في الفضائل وسكت عنه . ورواه البخاري في تاريخه الكبير .

فإن قلت يخالف هذه كلها ما رواه البخاري في صحيحه، عن عبد العزيز بن صهيب، عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ غزا خيبر فصلينا عندها صلاة الغداة بغلس ، فركب النبي ﷺ ، وركب أبو طلحة وأنا رديف أبي طلحة «رض» فجرى نبي الله ﷺ في زقاق خيبر ثم حسر الأزار عن فخذه حتى أكاد انظر إلى بياض فخذ النبي ﷺ ، فلما دخل القرية قال الله أكبر خربت خيبر إنا إذا نزلنا بساحة قوم فساء صباح المنذرين .

قلت المراد من الحسر الانحسار بغير اختياره لضرورة الجري ، والدليل على صحة ذلك ما رواه مسلم «رح» بلفظ فانحسر الإزار . وقال النووي في الخلاصة وهذه الرواية تبين رواية البخاري،ان المراد بالحسر الإنحسار بغير اختياره كضرورة الجري مثل ماقلنا والله سبحانه وتعالى أعلم.

( ولأن الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح ) هذا دليل على أن الركبة عورة ، وأراد بالمحرم عظم الفخذ ، وبالمبيح عظم الساق . ( وفي مثله ) أي في

وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الفخذ أخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق ، و كاشف الفخذ يعنف عليه ، وكاشف السوءة يؤدب إن لج . وما يباح النظر اليه للرجل يباح المس لأنهما فيما ليس بعورة سواء . قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل اليه منه إذا أمنت الشهوة

---

مثل اجتماع المحرم والمبيح ( يغلب المحرم ) احتياطاً في أمور الدين . ( وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوءة ) أراد بها العورة الغليظة وهي الفرجان .

( حتى أن كاشف الركبة ينكر عليه برفق ) ، وبين لوجود المعنيين وهما دليل الإباحة ودليل الحظر ، ( وكاشف الفخذ يعنف عليه ) أي أن كاشف الفخذ يغلظ عليه في الإنكار ولا يضرب إن ألج لوجود الاختلاف ، ( وكاشف السوءة [1] يؤدب إن ألج ) أي وإن كاشف العورة الغليظة يؤدب بضرب إن علمه ولم يسمع لأن حرمتها يجمع عليه .

( وما يباح [2] للرجل إلى الرجل يباح المس ) يعني إذا كان المس بغير شهوة . وبه صرح في التحفة ( لأنهما فيما ليس بعورة سواء ) أي لأن النظر والمس فيه سواء فلما يجوز النظر إليه يجوز مسه بغير شهوة . وفي المجتبى اختلف في غمز الرجل فخذ الرجل فوق الإزار قيل يجوز إذا كان الإزار كثيفا ، وبه أخذ الحلواني والاحتياط تركه . ومس ما تحت الإزار على ما اعتاد الجهلة في الحمام حرام ولو نظر إلى عورة غيره وهي غير بادية لم يأثم .

( قال ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل منه إذا أمنت الشهوة ) أي قال القدوري في مختصره يعني يجوز للمرأة الحرة الأجنبية أن تنظر إلى ما ينظر الرجل إليه منه أي من الرجل ، والضمير في إليه يرجع إلى ما في قوله ما ينظر الرجل ،

---

(١) السوأة — هامش .

(٢) يباح النظر إليه للرجل من الرجل .

لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمة لأن النظر إلى خلاف الجنس اغلظ فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها انها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها. ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا إشارة إلى التحريم،

---

وقيد بقوله إذا أمنت الشهوة لأنها إذا لم تأمن لم يجز لها النظر إليه .

وفي فتاوى الولوالجي : إما إذا نظرت إلى الرجل فوقعت في قلبها شهوة أو كان ذلك أكبر رأيها أو شكت في ذلك فالمستحب ان تغض بصرها منه . وفي الرجل إذا نظر إلى المرأة فوقع في قلبه شهوة أو كان ذلك أكبر رأيه أو شك يحرم عليه النظر ، ويجيء الفرق بينهما عن قريب إن شاء الله سبحانه وتعالى .

( لاستواء الرجل والمرأة في النظر إلى ما ليس بعورة ) وهذا التعليل خلاف ما ذكر الولوالجي ويجيء الآن وجه ما ذكره ( كالثياب والدواب ) أي كنظرها إلى الثياب والدواب ونحو ما ليس بعورة ، فإن الرجل والمرأة في ذلك متساويان .

( وفي كتاب الخنثى من الأصل ) أى المبسوط ( أن نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه ) يعني لا ينظر إلى ظهره وبطنه (لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ ) ألا ترى أنه لا يحل للمرأة غسل الرجل الأجنبي بعد موته ويحل للرجل ذلك .

( فإن كان في قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك ) أي في الاشتهاء والشك استواء الطرفين (يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل إليها وهو بهذه الصفة ) أي كان في قلبه شهوة أو كان في أكبر رأيه أنه يشتهي أو شك في الإشتهاء ( لم ينظر ) يعني لا يجوز له النظر إليها .

( وهذا ) وفي بعض النسخ ، وهذه أشار به إلى قوله لم ينظر ( إشارة الى التحريم ) أى تحريم نظره إليها في هذه الصورة بخلاف المرأة .

ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتباراً. فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة من الجانبين موجودة ولا كذلك إذا اشتهت المرأة لأن الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتباراً فكانت من جانب واحد، والمتحقق من الجانبين في الافضاء إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد. قال وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل

---

( ووجه الفرق ) أي بين الرجل والمرأة حيث كان النظر الى الرجل حراماً وغض بصرها مستحب هو ( أن الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتباراً ) أي الغالب المتحقق من حيث الاعتبار .

( فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين ) أي من جانب الرجل وجانب المرأة ، أما من جانب الرجل فحقيقة لوجودها، وأما من جانب المرأة فكالمتحقق باعتبار الغلبة فيقتضي ذلك الى زيادة القبح .

( ولا كذلك اذا اشتهت المرأة ) يعني ليس الأمر كما ذكر اذا وجدت الشهوة من المرأة حقيقة ، ( لأن الشهوة ليس[1] موجودة في جانبه حقيقة واعتباراً ) أما حقيقة فظاهر وأما اعتباراً فلعدم غلبة الشهوة فيه ( فكانت ) أي الشهوة ( من جانب واحد ) فلا يؤدي الى زيادة قبح . ( والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد ) فكذلك قالوا لها الإستحسان في جانب المرأة وبالحرمة في جانب الرجل .

( قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل ) أي قال القدوري «رح» : لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً ، والغالب كالمتحقق في شرح الكافي ، وكرهه بعض الناس وقال أنه لا ضرورة إليه ، قلنا : المراد تحتاج الى دخول الحمام وان تعمل في نفسها والنساء يدخلن عليها فلو لم يجز ذلك لأدى الى تضييق

---

(١) غير – هامش .

لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً ، كمـــا في نظر الرجـل إلى الرجل وكذا الضرورة وقد تحققت إلى الإنكشاف فيما بينهن .

وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه بخلاف نظرهـــا إلى الرجل ، لأن الرجال يحتاجون إلى زيادة الانكشاف للاشتغال بالأعمال والأول أصح . قال وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته إلى فرجها وهذا اطلاق في النظر إلى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة .

---

الأمر على الناس فقلنا بالجواز كما في نظر الرجل الى الرجل .

( لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة وقد تحققت الى الإنكشاف فيما بينهن ) قال الكاكي «رح» أي في الحمام فصار كغسلها بها بعد موتها ، وعن بعض الناس يمنعن عن الدخول في الحمام لأنه ﷺ نهى النساء عن الدخول في الحمامات بمئزر وغير مئزر قلنا العرف ظاهر في جميع البلدان بناء الحمامات للنساء، وحاجتهن للدخول فوق حاجة الرجال على الخصوص في أيام البرد ، فإن الرجل متمكن من الاغتسال في الحياض والأنهار ، والمرأة لا . ولأن المقصود من الدخول تحصل الزينة والمرأة إليها أحوج كذا في المبسوط .

( وعن أبي حنيفة «رح» ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه ) يعني لا تنظر المرأة الى المرأة الى ظهرها وبطنها أيضاً بخلاف نظرها الى الرجـل أى بخلاف نظر المرأة الى المرأة إلى ظهرها وبطنها أيضاً ( بخلاف نظرها إلى الرجل ) أي بخلاف نظر المرأة إلى الرجل حيث جاز نظرها الى ظهر الرجل وبطنه ( لأن الرجال يحتاجون الى زيادة الإنكشاف والاشتغال بالأعمال والأول أصح ) وهو جواز نظر المرأة الى ظهر المرأة وبطنها لئلا يضيق الأمر على الناس .

( قال وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجهـا ) أى قال القدوري ( وهذا اطلاق في النظر ) أى قول القدوري « رح » اطلاق في نظر الرجل ( الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة ) . واستدل الأترازي في ذلك بما رواه البخاري في صحيحه

والأصل فيه قوله ﷺ : « غض بصرك إلا عن أمتك وامرأتك »
ولأن ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح النظر أولى

---

بإسناده الى عروة عن عائشة رضي الله تعالى عنها قال : كنت اغتسل أنا والنبي ﷺ من اناء واحد من قدح يقال له الفرق ، والفرق مكيال يسع ستة عشر رطـلاً ، فلو لم يجز النظر لم يتجردا في مكان واحد . قلت لا يتم الإستدلال بهـذا لأنه لا يلزم أن يكون اغتسالهما مقابل بجواز ان يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ، ولئن سلمنا ، فلا يدل ذلك على ان كل منهما كان ينظر الى فرج الآخر ، وكيف وقد روى عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها قالت : قبض رسول الله ﷺ ولم ير مني ولم أر منه .

وقيد بقوله : من أمته التي تحل له ، احترازاً عن الأمة المجوسية والأمة التي هـي أخته من الرضاعة لأن حكمها فى النظر كأمة الغير .

وقال الشافعى «رح» فى وجه ستر العورة حال الخلوة واجب كما يجب على أعـين الناس ( والأصل فيه ) اى فى جواز نظر الرجـل من امتـه التي تحل له وزوجته الى فرجها .

(قوله ﷺ ، غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ) هذا الحديث اخرجه الأربعة : ابو داود فى الحمام ، والترمذى فى الاستئذان والنسائى فى عشرة النساء ، وابن ماجة فى النكاح ، عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ومعاوية بن جندة قلت : يا رسول الله ﷺ عوراتنا ماناتي منها وما نذر احفظ عورتك إلا من زوجتك أو مـا ملكت يمينك . قال : قلت يا رسول الله ﷺ أرأيت لو كان القوم بعضهم في بعض ؟ قال: « إن استطعت أن لا تريها أحداً فلا تريها » ، قال : قلت يا رسول الله ﷺ إذا كنت خالياً ؟ قال : «الله أحق أن يستحي منه . قال الترمذي : حديث حسن . ورواه الحـاكم في المستدرك في اللباس وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

( ولأن ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح النظر أولى ) هـذا دليل معقول ، أي ولأن ما فوق النظر من الجماع والغشيان مباح ، فالنظر الذي هو أدنى منـه أولى ان يكون مباحاً .

إلا أن الأولى ان لا ينظر كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه السلام : « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » .

---

( إلا أن الأولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله ﷺ : « اذا أتى أحدكم أهلهفليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » ) هذا الحديث رواه خمسة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

الأول : عقبة بن عبد الله السلمي «رض» ، أخرج حديثه ابن ماجـــة في النكاح ، حدثنا اسحاق بن وهب الواسطي عن الوليد بن قاسم الهمداني ، عـــن أبي الأحوص بن حكيم ، عن أبيه وراشد بن سعد وعبد الأعلى بن عدى ، عن عتبة بن عبد السلمي قال : قال رسول الله ﷺ : « اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجرد تجرد العير » .

رواه الطبراني في معجمه ، حدثنا ابن عمران بن أبي ليلى ، حدثنا بشر بن عبادة،عن الأحوص بنحكيم عن عبد الله بن عامر عن عتبة بن عبد .

الثاني : عبد الله بن عامر عن عقبة بن عبد الله بن جرجس«رح»اخرج حديثهالنسائي في عشرة النساء ، عن صدقة بن عبد الله السمين « ر ض » عن زهير بن محمد عن عاصـــم الأحول عن عبد الله بن جرجس أن النبي ﷺ قال : « اذا أتى أحدكم أهله فليلق على عجزه وعجزها شيئاً ولا يتجردان تجرد العيرين » . وقال حديث منكر وصدقة ضعيف. ورواه ابن عدى في الكامل عن زهير بن محمد ، عن ابن جريج ، عن عاصم الأحـــول ، وأعله عبد الحق في أحكامه بصدقة وقال : إنه ليس بالقوى، وأعله ابن القطان بعـــده بزهير وقال انه ضعيف . ورواه الطبراني في معجمه ، حدثنا الحسين بن اسحاق التسترى حدثنا زيد بن حزام ، حدثنا محمد بنعبدالهنائي،حدثنا عباد بن كثير عن عاصم .

الثالث : عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، اخرج حديثه ابن أبيشيبةوالبزار في مسنديهما ، وابن عدى والعقيلي في كتابيهما ، والطبراني في معجمه عن منذل بن علي،عن الأعمش «رح» ، عن ابن وائل ، عن عبد الله مرفوعاً بلفظ النسائي، وقال البزار : لا نعلم

رواه عـــن الأعمش هكذا إلا منذل بن علي فأخطأ فيـــه ، وذكر شريك انـــه كان عند الأعمش وعنده عاصم ومنذل فحدث بـــه عاصم عن أبي قلابة « ر ض » عن النبي ﷺ مرسلاً . ورواه عبد الرزاق في مصنفه في النكاح ، حدثنا الثوري عن عاصم به كذلك ، وأعله ابن عدي بمنذل ، واسند تضعيفـــه عن ابن معين والسعدى والنسائى «رح» وقال ابن حاتم في علله : قال : ابو زرعة أخطأ فيه منذل ونقل العقيلي عن الأعمش انه كذب فيه منذل بن علي ، وقال : انا اخبرت به عن عاصم عن أبي قلابة ، انتهى .

قلت رواه الطبرانى « رح » في معجمه ، حدثنا علي بن عبد العزيز ، حدثنا ابو عاب ، حدثنا اسرائيل عـــن الأعمش ، عن ابى وائل ، عن ابن مسعود « ر ض » موقوف اللفظ المذكور هو .

الرابع : ابو هريرة «رض» اخرج الطبرانى في معجمه الوسط ، حدثنا احمد بن حماد رغبة ، حدثنا سعيد بن ابى مريم ، حدثنا ابن ايوب ، حدثنى عبد الله بن زحر عن ابن المسيب ، عن يحيى بن ابى كثير ، عن ابى سلمة ، عـــن ابى هريرة « رض » قال : قال رسول الله ﷺ : « اذا أتى أحدكـــم اهله فليستتر استحيت الملائكة فخرجت وبقى الشيطان، فاذا كان بينهما ولد كان للشيطان فيـــه نصيب » . ورواه البزار فى مسنده، حدثنا عمر بن الخطاب «رض» ، حدثنا سعيد بن ابى مريم وقال : اسناده ليس بالقوى ولا نعلم يروى عن ابى هريرة «رض» الا بهذا الاسناد .

الخـــامس : ابو امامة رضى الله تعالى عنه اخرج حديثه الطبرانى فى معجمه، حدثنا احمد بن عبد الوهاب بن محمد الحوطى ، حدثنا ابو المغيرة ، حدثنا مغير بن معدان ، عن مسلم بن عامر عن أبي أمامة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا أتى أحد أهله فليستتر ولا يتجردان تجرد العيرين » .

قوله العير بفتـــح العين المهملة وسكون الياء آخر الحروف وفى آخره راء مهملة وهو الحمار الوحشى ، وخص بذكره لأن فى الأهلي نوع ســـتر من الألعاب والشعر ، وقيل هو الأهلي أيضاً ، وهذا كما ترى وقع فى رواية بعضهم بلفظ الواحد . وفى روايـــة البعض بلفظ التثنية .

ولأن ذلك يورث النسيان لورود الأثر ، وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: « الأولى ان ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة »

---

( ولأن ذلك يورث النسيان ) اى ولأن النظر الى الفرج يورث النسيان (لورود الأثر) وهو ما روى عن علي رضى الله تعالى عنه انه قال : « من اكثر النظر الى عورته عوقب بالنسيان » هكذا ذكر فى كتبنا ، ولم أر من ذكره من أرباب النقل . وقد ورد حديثان ضعيفان : بأنه يورث العمى هكذا أخرجه أحدهما ابن عدي في الكامل ، وابن حبان في كتاب الضعفاء عن بقية ، عن ابن جريج ، عن عطـاء ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا جامع أحدكم زوجته فلا ينظر إلى فرجهـا فإن ذلك يورث العمى » وجعلاه من منكرات بقية . ومن طريق عـدي رواه ابن الجوزي في الموضوعات ، وقال قال ابن حبان كان بقية يروي عن كذابين وثقات ويدلس ، وكان له أصحـاب يسقطون الضعفاء من حديثه ويسود به فيما ان يكون سمع هذا من بعض الضعفاء عن ابن جريج ، ثم ليس عنه فالتزق به وهذا موضوع .

وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل سألت أبي عن هذا الحديث فقال : هـــذا حديث موضوع وبقية كان يدلس .

والحديث الآخر رواه ابن الجوزي في الموضوعات من طريق أبي الفتح المردي ، أخبرنا زكريا بن يحيى المعري ، حدثنا ابراهيم بن محمد العريان « رح » ، حدثنا محمد بن عبـــد الرحمن العسري ، عن جعفر بن كرام ، عن سعيـــد المقبري ، عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا جامع أحدكم فلا ينظر إلى الفرج فإنه يورث العمى ، ولا يكثر الكلام فإنــــه يورث الخرس » . ثم قال : قال الأزدي ابراهيم بن محمد بن يوسف العريان ساقط .

( وكان ابن عمر رضي الله تعالى عنهما يقول: « الأولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة ) هذا لم يثبت عن ابن عمر أصلا لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف .

وعن أبي يوسف « رح » : سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأتــــه وهي تمس فرجه ليتحرك عليها فما ترى بذلك بأساً . قال : « اني لأرجو أن يعظم الأجر » . كذا

## قال وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين .

---

في الذخيرة وفي جميع التفاريق قال أبو بكر الرازي : لا بأس بوطىء المنكوحة بمعاينة الأمة دون العكس ، ولا بأس بالوطىء ومعه قوم نيام إذا ظن أنهم لا يعلمون . وفي القيمة كره محمد الجمع بين المرأتين والأمتين في فراش واحد ويطىء إحداهما بمرأى الأخرى. وقال أبو يوسف : لا بأس به .

(قال وينظر الرجل من ذوات محارمه إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين) أي قال القدوري «رح» وقال الكرخي في مختصره : قال محمد بن الحسن : لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه وأخته البالغة ومن كل ذات رحم محرم منه ، ومن كل محرم من رضاع أو نكاح أو وطيء ، وكذلك ما حرم بوطيء إبنه وأبيه أو نكاح إبنه وان لم يكن بينهما رحم إلى شعرها ، وإلى صدرها ، وإلى ثديها ، وعضدها ، وساقها ، وقدمها ، ولا ينبغي أن ينظر إلى بطنها ، ولا إلى ظهرها ، ولا إلى ما بين سرتها حتى يجاوز الركبة ، وإن كان ينظر إلى شيء من ذلك بشهوة فليس له أن ينظر إلى ذلك، وكذلك إن كان أكبر رأيه انه ان نظر اشتهى ، فينبغي له ان يغض بصره ، وان أمن على نفسه فلا بأس ، ولا بأس ان يسافر بها ويكون محرماً لها ، أو تسافر معه لا محرم غيره ، فإن خاف على نفسه لا يسافر معها ولا يخلو بها ، ولا ينبغي لها إن خافت ذلك منه ان تخلو معه في بيت ،ولا تسافر معه فإذا أمنا ذلك ، أو كان غلبة أكبر رأيها فلا باس بالخلوة معها والسفر بها ، وكل شيء من هذا الذي وصفت لك مما لا بأس بالنظر إليه من أمته أو من ذات محرم ، فلا بأس من مسه منها ، ولا بأس أن يمس شعر رأسها ويقبله ويدهنه ، ويمس ساقها ورجلها ، أو يغمز ذلك منها ، ويمس صدرها وثديها وعضدها ووجهها وذراعها وكفها .

ويكره ان يمس ما كرهنا النظر إليه إذا كان مجرداً وإن كانت غير مجردة . واحتاج إلى حملها والنزول بها ، فلا بأس ان يحملها وينزلها ، ويأخذ بطنها وظهرها ، وان كان يخاف ان يشتهي ان يمس شيئاً من ذلك أو كان غلب أكبر رأيه يتجنب ذلك ويجهده ، انتهى .

ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ﴾ الآيـــة والمراد والله أعلم مواضع الزينة . وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست مواضع الزينة ،

---

( ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها ) وكذا لا يجوز مسها . وقال الشافعي «رح» في القديم : يجوز مسها . وبقولنا قال القاضي حسين من أصحابه حيث قال ولا يجوز ان يمس ذات الرحم وان لم يكن عورة في حقه . ( والأصل فيه ) أي في جواز ما جـــاز وعدم جواز ما لم يجز . ( قوله تعالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ﴾ الآية والمراد والله سبحانه وتعالى أعلم مواضع الزينة ) ذكر الحال وأراد المحل مبالغة في النهي عـــن الابداء لأن الابداء كان منفصلا إذا كان منهياً عنه فإبداء المتصل أولى ( وهي ما ذكرنا في الكتاب ) أي مواضع الزينة هي التي ذكره القدوري من الوجـــه والرأس والصدر والساقين والعضدين .

( ويدخل في ذلك ) أي في مواضع الزينة ( الساعد والعنق والأذن والقدم لأن كل ذلك مواضع الزينة ) ، أما الرأس فلأنه موضع التاج والاكليل ، والشعر موضع العقاص، والعنق موضع القلادة ، والصدر كذلك، ولأذن موضع القرط ، والعضد موضع الدملج ، والساعد موضع السوار ، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب .

فإن قلت ينبغي أن ينظر إلى ظهرها لأنه موضع القراميل كما في هـــذه المواضع قلت القراميل فوق اللباس عادة ، ولا يجوز النظر إلى ثوبها الواقع على بطنها وظهرها للأجنبي فضلاً عن المحارم ( بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست مواضع الزينة ) الظاهرة ولا الباطنة ، ولأنه لا ضرورة في النظر إلى ذلك .

ثم اعلم ان معنى قوله سبحانه وتعـــالى : ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن ﴾ أي لا

ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة ، فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج . وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه .

---

يظهر مواضع زينتهن الظاهرة والباطنة إلا لأزواجهن . والبعولة جمع بعل وهو الزوج أو آباؤهن ويدخل فيه الأجداد وآباء بعولتهن وقد صاروا محارم ، أو أبنائهن ، ويدخل فيهم النوازل أو أبناء بعولتهن فقد صاروا محارم أيضاً . أو اخوانهن أو بني اخواتهن ، ويدخل فيهن نوازل الاخوة والأخوات أيضاً وإذا ثبت في هؤلاء المحارم ثبت في سائر المحارم من الاعمام والاخوان ، وفي المحارم بالرضاع لأن ذكر بعضهم تنبيه على سائرهم كذا في التيسير .

( ولأن البعض يدخل على البعض ) أي ولأن بعض المحارم يدخل بعضهم على بعض ( من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها ) أي والحال ان المرأة قاعدة في بيتها ( في ثياب مهنتها عادة ) أي في ثياب خدمتها وخلقانها ، والمهنة بكسر الميم وفتحها ، وعن الأصمعي لا يجوز إلا الفتح . ( فلو حرم النظر إلى هذه المواضع أدى إلى الحرج ) لأن ثياب المهنة لا تستر لجميع بدنها لأنها في أعمال بيتها فيها ، ففي تحريم النظر اليها حرج ومشقة عظيمة .

( وكذا الرغبة تقل) ما تشتهى بل ينعدم أصلاً بالكلية عند أرباب الدين والطبع السليم ( للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهي ) فلا يحرم ( بخلاف ما وراءها ) أي ما وراء المواضع المذكورة ( لأنها لا تنكشف عادة ) فلا يكون في منع النظر اليها حرجاً (والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها ) أي بين الرجل والمرأة ( على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه ) أي في المحرم ، وأراد بالمعنيين الحرج وقلة

وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الاصح لما بينا . قال ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر إليه منها لتحقق الحاجة إلى ذلك

---

الرغبة ، فإن قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع من إذا سرق من بيت أمه من الرضاع بجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في الحرز . قلت لا يقطع عند البعض ، وأما جواز الدخول من غير احتشام واستئذان فممنوع . ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير استئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض .

( وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح ) أي زنا ( في الأصح ) احترز به عن قول بعض المشائخ فإنهم قالوا : إذا كانت حرمة المصاهرة بالزنا لا يحل النظر والمس ، لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة والأصح ، أنه لا بأس بذلك لأنه حرمة على التأبيد ( لما بينا ) ، أشار به إلى قوله لوجود المعنيين ، لأن بالمصاهرة ثبت الحرمية كيف ما كانت وبالحرمية تقل الرغبة ، فلو حرم النظر لأدى إلى الحرج .

(وقال ولا بأس بان يمس ما جاز له ان ينظر اليه منها ) أي قال القدوري ، أي لابأس للرجل أن يمس الموضع الذي يجوز له النظر إلى ذلك الموضع من ذوات المحارم ، وبه قالت الثلاثة . وقال القاضي حسين من أصحاب الشافعي : لا يجوز مسها وإن لم تكن عورة في حقه لما فيه من خوف الفتنة .

ولنا ما روى أنه ﷺ كان يقبل رأس فاطمة رضي الله تعالى عنها ويقول : « أجد منها ريح الجنة » ، وكان إذا قدم من سفر بدأ بها فعانقها وقبل رأسها . وعن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما : انه كان يقبل رأس أمه . وعن محمد بن الحنفية : انه كان يمشط شعر امه . وفي شرح الكافي ، وعن محمد بن المنكدر أنه قال : بت أغمز رجل أمي ، وبات أخي يصلي وما أحب أن تكون ليلتي بليلته .

( لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة ) أي المس في المسافرة ، لأنه يحتاج إلى إركابها وإنزالها وخدمتها . وتخصيص المسافرة باعتبار الغلبة ، وإلا في الحضر أيضاً وربما تتحقق الحاجة .

في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس، وإن أبيح النظر لأن الشهوة متكاملة، إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة ، فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام : « العينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش » .

---

( وقلة الشهوة للمحرمية ) أي ولتحقق قلة الشهوة لاجل تحقق المحرمية ، ( بخلاف وجه الاجنبية وكفيها ، حيث لا يباح المس وإن أبيح النظر ، لأن الشهوة متكاملة ) فلو جوز المس أدى إلى الفساد ( إلا إذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس ) هذا استثنى من قوله : وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ .

وقال صاحب العناية : هذا استثناء من قوله ولا بأس وفيه نظر ، لأنه إذا كان استثناء من هذا يلزم ان لايجوز المس عند الخوف ، ولكن يجوز النظر ، وليس كذلك ، بل عند الخوف لا يجوز كلاهما ، كما صرح المصنف بقوله : فحينئذ لا ينظر ولا يمس إذا كان الإستثناء على ما ذكرنا ، يجوز نظر الرجل من ذوات محارمه إلى كذا وكذا إلا إذا خاف لا ينظر ، فإذا انتفى النظر عند الخوف فالمس بطريق الاولى وذلك حذراً عن الوقوع في الفساد .

( كقوله عليه الصلاة والسلام : « العينان تزنيان وزناهما النظر ، واليدان تزنيان وزناهما البطش » ) هذا الحديث أخرجه مسلم في كتاب القدوري عن سهيل بن أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه ، عن النبي ﷺ قال : « إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا أدرك ذلك لا محالة فالعينان زناهما النظر ، والاذنان زناهما الاستماع ، واللسان زناه الكلام ، واليدان تزنيان وزناهما البطش ، والرجلان تزنيان وزناهما المشي ، والقلب يهوى ويتمنى ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه » .

وأخرج البخاري ومسلم فيه ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال : « ما رأيت شيئاً اشبه باللمم مما قال أبو هريرة « رح » ان النبي ﷺ قال ان الله كتب على ابن آدم

وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب ، ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام : « لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها » .

---

حظه من الزنا أدرك ذلك لامحالة فزنا العينين النظر ، وزنا اللسان النطق والنفس تتمنى والفرج يصدق ذلك أو يكذبه » .

( وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب ) أي النظر والمس عند الخوف لانه ربما يوقعه في الزنا ، والزنا بالمحرم أغلظ من الزنا بالأجنبية .

( ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن ) أي بذوات محارمه ( لقوله ﷺ : « لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ) ، هذا الحديث أخرجه مسلم عن قزعة عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا ومعها زوجها أو ذو رحم منها » . وفي لفظ له ثلاثاً . ورواه البخاري بلفظ : يومين . وأخرجا عن نافع عن ابن عمر « رض » مرفوعاً : لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام » . وفي لفظ للبخاري : ثلاثة أيام وأخرجا عن سعد بن سعيد عن أبي هريرة « رض » مرفوعاً : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر مسيرة يوم وليلة إلا بذي محرم عليها » . وفي لفظ لمسلم : مسيرة ليلة ، وفي لفظ : يوم ، وفي لفظ لابي داود « رح » بريد هو عند ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في المستدرك وقال : صحيح على شرط مسلم . وقال المنذري « رح » في مختصره : في هذه الروايات تباين . وقد أخرج الطحاوي هذه الروايات كلها في شرح معاني الآثار ثم قال : وفي توقيت رسول الله ﷺ بالثلاث دليل على حل ما دون الثلاث بخلافها ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله .

وقد اتفقت الآثار على حرمة مسافرتها بلا محرم مسيرة مدة ثلاثة أيام ولياليها . واختلفت فيما دونها ، والاخذ بالمتفق عليه أولى من الاخذ بالمختلف فيه انتهى .

قلت أشار بذلك إلى اختلاف العلماء في هذا الباب حيث قال بعضهم : لا يجوز لها السفر قريباً أو بعيداً إلا بذي رحم ، واحتجوا في ذلك بما رواه الطحاوي « رح »

## وقوله عليه السلام : « إلا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان » .

بإسناده إلى أبي سعيد مولى ابن عباس رضي الله تعالى عنهما يقول : قال ابن عباس « رض » خطب رسول الله في الناس فقال : « لا تسافر المرأة إلا ومعها ذو رحم ، ولا يدخل عليها إلا ومعها ذو رحم محرم » . وقال بعضهم : كل سفر دون البريد، واحتجوا بلفظ أبي داود الذي ذكرناه . وقال بعضهم : كل سفر دون اليوم فلها أن تسافر بلا محرم ، وكل سفر يوماً فصاعداً ليس لها ان تسافر إلا بمحرم واحتجوا بلفظ لمسلم مسيرة يوم كما ذكرناه .

وقال بعضهم : كل سفر يكون دون ليلتين فلها ان تسافر بغير محرم . واحتجوا بلفظ البخاري « رح » يومين الذى ذكرناه ، واحتج أصحابنا بلفظ الثلاث كما ذكرناه .

وكلمة : فوق في قوله : فوق ثلاث ، صلة إذ حرمة المسافرة ثابتة في الثلاث أيضاً فصار كقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ﴾ .

( وقوله ﷺ : ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان ) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة « رض » ، وليس في حديث واحد منهم : ليس منها بسبيل : منهم عمر بن الخطاب « رض » ، أخرج حديثه الترمذي في أوائل السنن ، والنسائي « رح » في عشرة النساء ، عن عبد الله بن عمر : أن عمر رضي الله تعالى عنه خطب بالجابية وقال : « يا أيها الناس قمت فيكم كما قام فينا رسول الله ﷺ فقال : « أوصيكم بأصحابي ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب حتى يحلف الرجل ولا يستحلف ، يستشهد الشاهد ولا يشهد ، ألا لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان ، عليكم بالجماعة وإياكم والفرقة ،فإن الشيطان مع الواحد وهو من الإثنين أبعد » . وقال حديث حسن صحيح غريب .

وأخرجه ابن حبان في صحيحه ، والحاكم في مستدركه في كتاب العلم وسكت عنه . وأعاده على سعد بن أبي وقاص « رض » عن عمر « رض » تذكره وقال صحيح الإسناد .

ومنهم جابر بن سمرة « رض » أخرج حديثه ابن حبان « رض » في صحيحه عن عبد الملك ابن عمير عن جابر بن سمرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ : « لا يخلون رجل

والمراد إذا لم يكن محرما فإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ بطنها وظهرها دون ما تحتها. وإذا أمنا الشهوة ، فإن خافها على نفسه أو عليها تيقناً أو ظناً أو

---

بامرأة فإن الشيطان ثالثهما . » مختصر .

ومنهم عامر بن ربيعة رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه أحمد « رح » في مسنده عن عاصم بن عبيد الله ، عن عبد الله بن عامر بن ربيعة ، عن أبيه مرفوعاً نحوه .

ومنهم عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما ، أخرج حديثه الطبراني في معجمه الواسط ، عن حجاج بن محمد ، عن ابن جريج ، عن ابن أبي نجيح ، عن مجاهد ، عن ابن عمر مرفوعاً بنحوه .

ولا قال يفرد به حجاج بن محمد .

ومنهم جابر رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه مسلم وهو معنى حديث الكتاب قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يبيت رجل عند امرأة إلا أن يكون ناكحها أو ذا رحم محرم » .

( والمراد إذا لم يكن محرماً ) أي المراد من قوله ﷺ : لا يخلون رجل بامرأة ، إذا لم يكن الرجل محرماً .

( فإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس أن يمسها من وراء ثيابها ) أي فإن احتاجت المرأة في السفر إلى من يركبها على الدابة وينزلها عنها فلا بأس لمحرمها بأن يمس من خارج ثوبها .

( ويأخذ بطنها وظهرها دون ما تحتها ) إلى الركبة حيث لا يجوز مسه فوق الثياب ، لأن الإباحة للضرورة ، وهي ترتفع بمس الظهر والبطن لأن ما تحت السرة عورة في حق جميع الناس ، بخلاف الظهر والبطن فإنها ليسا بعورة في حق النساء والضرورة ترتفع بالأدنى ، فلا يثبت الإباحة في الإعلاء الحرمتين ، كذا في الذخيرة وقيد بقوله ( إذا أمنا الشهوة ) لأنها إذا لم يأمنا لا يأخذ ظهرها وبطنها . ( فإن خافها على نفسه أو عليها ) أي فإن خاف المحرم الشهوة على نفسه أو على نفس المرأة ( تيقناً أو ظناً أو شكاً ) أي من

شكاً فليتجنب ذلك بجهده . ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا ، وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها . وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان . قال وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز له أن ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها و تخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال

---

حيث اليقين ، أو من حيث الظن ، أو من حيث الشك ، وأشار بهذا إلى أن الكل سواء عند الخوف واليقين هو الأمر الجازم ، والظن الطرف الراجح والشك هو استواء الطرفين ، والطرف المرجوح هو الوهم .

( فليتجنب ذلك بجهده ) أي فحينئذ فليمتنع من المس بقدر جهده وطاقته تحرزاً عن الوقوع في الفتنة .

( ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا ) أي إن أمكن المرأة الركوب على الدابة بنفسها يمنع الرجل المحرم عن مسها بالكلية .

( وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها ) أي ان لم يكن في مقدور المرأة الركوب بنفسها ، يتكلف المحرم في مسها بالثياب حتى لا يصيبه شيء من حرارة جسمها ( وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان ) أي وإن لم يجد المحرم الثياب ليمتنع بها وصول شيء من حرارة عضوها ، يركبها ويتدبر أمرها ولكن بدفع الشهوة عن قلبه مها أمكن الضرورة .

( قال وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز له أن ينظر إليه من ذوات محارمه ) أي قال القدوري « رح » في مختصره : وما يجوز ان ينظر منه إلى محارمه وهو الوجه والرأس والصدر والساقان والعضدان كما مر . ( لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها ) أي خدمتها وهي الثياب الخلقة التي تلبس لأجل الخدمة . ( فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله ) أي فصار حال الأمة خارج

المرأة داخلة في حق محارم الاقارب . وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية مقنعة علاها بالدرة وقال ألق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر .

---

البيت في حق الأجانب كحال المرأة الحرة داخل البيت (في حق محارم والأقارب) حيث يجوز لمحارم والأقارب ان ينظروا إلى المواضع المذكورة من المرأة .

( وكان عمر رضي الله تعالى عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال : ألق الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ) وروى أبو عبيد القاسم بن سلام « رح » بمعناه : أن عمر رضي الله تعالى عنه رأى جارية مكمكمة ، فسأل عنها ، فقالوا أمة آل فلان ، فضربها بالدرة وقال يا لكع أتتشبهين بالحرائر .

وأخرج البيهقي عن نافع عن صفية بنت أبي عبيد « رض » حدثته قال : خرجت امرأة مختمرة متجلبة فقال عمر رضي الله تعالى عنه : « من هذه المرأة ؟ » فقيل جارية بني فلان لرجل من بنيه فأرسل إلى حفصة رضي الله تعالى عنها ، فقال لها : « ما حملك على أن تخمري هذه الأمة وتجلببيها حتى هممت ان أقع بها إلا من المحصنات لا تشبهوا الاماء بالمحصنات » .

وقال الذهبي في مختصره : سنده قوي .

قوله متقنعة : أي متلففة في مقنعة .

قوله علاها بالدرة : أي ضرب على رأسها بالدرة .

والخمار : بكسر الخاء المعجمة : ما تخمر بـه المرأة رأسها أي تعصبها . قوله يا دفار بفتح الدال المهملة ، يعني يا منبتـه من الدفر وهو النتن وهو على وزن فعال مبني على الكسر .

قوله مختمرة : أي لابسة الخمار

متجلببة أي لابسة الجلباب .

قولـه مكمكمة : أي متقنعة متلففة في ثيابها لا يبدو منها شيء وذلك من شأن الحرائر .

ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل « رح » انه يباح الا ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم . بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء ، ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة

---

قوله لكنا بمعنى لكاع بمعنى تسمية .

وقال أبو عبيد « رح » : وفي هذا الحديث من الفقه أنه رأى ان تخرج الأمة بلاقناع، فإذا برزت للناس كذلك فينبغي ان تكون في الصلاة بلا قناع . ولهذا قال ابراهيم «رح» في صلاة الأمة : تصلي كما تخرج إلى الأسواق ، ويدل عليه أيضاً ما روي أن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما مر بجارية تباع فضرب في صدرها ذراعها وقال : اشتروا .

وكذا في المس ضرورة لأن في أمة امرأة الرجل يحتاج إلى ان تخـــدم زوج مولاتها وتغمز رجله ، وكذا أمة الابن يحتاج إلى ان تخدم المولى فمست الضرورة إلى الإباحة .

( ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها ) أي إلى ظهر الأمة الأجنبية وبطنها ( خلافاً لما يقوله محمد بن مقاتل « رح » : انه يباح إلا إلى ما دون السرة إلى الركبة ) أراد أن حكمها في النظر كحكم الرجل عند محمد بن مقاتل الرازي « رح » . وبه قال الشافعي في ظاهر مذهبه : لما روينا عن ابن عباس « رض » انه قال في حديث طويل : ومن أراد ان يشتري جارية فلينظر اليها إلا موضع الإزار ولتعامل أهل الحرمين . ولنا ما ذكره بقوله ( لأنه لا ضرورة كما في المحارم ) أي لا ضرورة في النظر إلى الظهر والبطن من الأمة كما لا ضرورة في المحارم ( بل أولى ) أي في الأمة ( لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الامـاء ) أي لقلة الشهوة في المحارم ، وكمال الشهوة في الاماء .

( ولفظة المملوكة ) أي في عبارة القدوري « رح » بقوله وينظر الرجل من مملوكة غيره ( تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة ) فيهن كما في القنة . ولا خلاف لأحد في المدبرة . وعن ابن سيرين « رح » ان أم الولد مثل الحرة حتى تصلي متقنعة . وبه قال مالك « رح » ويحكى عن أحمد مثله .

والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف . وأما الخلوة بهـــا والمسافرة معها فقد قيـل يباح كما في المحارم ، وقد قيل لايباح لعدم الضرورة . وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمـــد « رح » في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة . قال ولا بأس بأن مس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهي كذا ذكر في المختصر . وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل .

---

( والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة « رح » ) لأن عنده الاعتاق يتجزى وعندهما حرة وعليها دين . وبه قال الشافعي « ره » ( على ما عرف ) في كتـاب الإعتاق .

( وأما الخلوة بها ) أى بأمة الغير ( والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم ) أى كما يباح في المحارم ولكن إذا أمن عليه وعليها . ( وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة ) أى للأجنبي في السفر معها . ( وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمـد « رح » في الأصل الضرورة فيهن ) يعني إذا لم تقدر الأمة الأجنبية على الركوب إلا بمشقـــة وضرر يلحقهافحينئذ يركبها الاجنبي وينزل بها ، وهو معنى قوله : اعتبر محمـــد « ره » في الاصل أى في المبسوط ، الضرورة فيهن أي في الإماء .

قال الكاكي « رح » : أراد الضرورة التي لا مدفع بها .

( وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة ) أي اعتبر محمداً في ذوات المحارم مجرد الحاجة ، يعني بمجرد حاجتهـــا إلى الركوب والنزول سواء كان في ركوب نفسها ونزولهـا ضرورة أو لا .

( قال ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خـــاف أن يشتهي ) أي قال القدوري « ره » . ولا بأس للأجنبي أن يمس المواضع التي يجوز النظر إليهـــا إذا أراد شراءها، وان خاف على نفسه الشهوة . ( كذا ذكر في المختصر) أي كذا ذكر القدوري « ره » في مختصره ( وأطلق أيضاً في الجـــامع الصغير ولم يفصل ) يعني بين الإشتهاء وعدمه ، لأنه قال في أصل الجامع : عن محمدعن يعقوب ، عن أبي حنيفـــة « ره » في

قال مشائخنا رحمهم الله : يباح النظر في هذه الحالة ، وان اشتهى للضرورة ، ولا يباح المس اذا اشتهى ، أو كان أكبر رأيه ذلك ، لانه نوع استمتاع ، وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة. قال: واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ، ومعنـــاه بلغت

---

الرجل يريد شراء جـــارية فلا بأس بأن يمس ساقها ، وصدرها ، وذراعها ، وينظر الى ذلك كله مكشوفاً انتهى . فدل على جواز من يريـد الشراء بالإشتهاء لأن إطلاق اللفظ يشمل ذلك .

( قال مشائخنا يباح النظر في هذه الحالة ) أي حالة الشراء ( وإن اشتهى للضرورة، ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك ) أي الإشتهاء ، ( لأنه نوع استمتـاع ) أي لأن المس نوع استمتاع لأن المس بشهوة جماع معنى ، والجماع حقيقة حرام ، وان أراد الشراء فكذا الجماع معنى .

( وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة ) فإذا كانت بشهوة لا يباح شيء من ذلك . وقال فخر الإسلام « ره » في شرح الجـامع الصغير : وذكر القدوري « ره » عن محمد انه يكره للشاب مس شيء من ذلك لأن النظر كفاية . ولم ير أبو حنيفة بأساً لضرورة العلم ينسر بها .

( قال : وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد ) أي قال محمـــد «ره » في الجامع الصغير . ( ومعناه بلغت ) أي معنى قول محمد « ره » ، وإذا حاضت : بلغت ، وذلك لأن الحيض رديف البلوغ ، فأراد به المردوف كناية .

وقال تاج الشريعة « ره » : هذا من باب إطلاق السبب على المسبب لأن غالب بلوغهن بالحيض .

وقوله : لم تعرض في إزار واحد ، يعني تؤمر بلبس القميص لأن ظهرها وبطنهـــا عورة . والمراد بالإزار ما يستر به من السرة إلى الركبة .

وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة ، وعن محمد « رح » انها اذا كانت تشتهي وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتباه . قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل ، لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة

---

( وهذا ) أي عدم جواز عرضها في إزار واحد ( لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة ) أي من الامة .

( وعن محمد « ره » : أنها إذا كانت تشتهى وتجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الإشتباه ) فيه بهذا على انها إذا كانت لا تشتهى ولا يجامع مثلها ، فلا بأس بعرضها في إزار واحد لعدم الإشتباه .

( قال والخصي في النظر إلى الاجنبية كالفحل ) أي قال القدوري « ره » والخصي ، منزوع الخصيتين، من خصاه إذا نزع خصيته . قال خصيت الفحل خصاء ممدوداً : إذا سللت خصيتيه .

( لقول عائشة رضي الله تعالى عنها : الخصاء مثلة ) ههنا إيرادان على المصنف : الاول ، إن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنها فقال : حدثنا أسباط بن محمد بن فضيل « ره » عن مطرف ، عن رجل ، عن عباس « رض » قال : خصاء البهائم مثلة ثم تلا : ﴿ولامرنهم فليغيرن خلق الله﴾ . وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، عن مجاهد وعن شهر ابن حرب : الخصاء مثلة . ذكره في كتاب الحج .

الثاني : ان هذا لا يدل على مدعاكم ، فإن كون الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصي إلى الاجنبية كالفحل ، لأنه فحل وشهوته موجودة ، فصار كغير الخصي في الحالتين .

قول الخصاء : على وزن فعال يكسر الخاء من خصاه وأخصى بزيادة الهمزة خصاء قوله بضم الميم .

فلا يبيح ما كان حراماً قبله لانه فحل يجامع ، وكذا المجبوب لانه يساحق وينزل ، وكذا المخنث في الرديء من الافعال لانه فحل فاسق ، والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله

---

( فلا يبيح ما كان حراماً قبله ) أى فلا يبيح الخصاء ما كان حراماً قبله ، يعني أن الحرام موجود في الحالتين .

( ولأنه فحل يجامع ) أىَ ولأن الخصي فحل يجامع حتى قيل أشد الجماع جماع الخصي ، لأن آلته لا تفتر .

( وكذا المجبوب ) وهو مقطوع الذكر والخصيتين ، من جبه إذا قطعه . أى كذا المجبوب في النظر إلى الاجنبية كالفحل ( لأنه يساحق وينزل ) أى المني ، من الإنزال ، وبهذا لو جاءت امرأته بولد ثبت نسبه منه ، فصار هو والفحل بمنزلة واحدة .

وإن كان مجبوباً قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشائخنا الإختلاط بالنساء لوقوع الامن من الفتنة . وقد قال سبحانه وتعالى : ﴿والتابعين غير أولي الاربة من الرجال﴾ قيل هو المجبوب الذى جف ماؤه ، والاصح أنه لا يحل لعموم النصوص .

( وكذا المخنث في الرديء من الافعال لأنه فحل فاسق ) أراد به المخنث الذى يمكن غيره من نفسه ، وقيد به ، لأن المخنث الذى في اعضائه لين ، وفي لسانه تكسر ، ولا يشتهي النساء أصلاً وبه عنانة. فإنه قد رخص بعض مشائخنا في ترك مثله مع الفساد وهو أحد تأويل قوله سبحانه وتعالى :﴿والتابعين غير أولي الاربة﴾، وقيل المراد : الابله الذى لا يدري ما يصنع بالنساء ، إنما همه بطنه . والاصح أنه في المثابة .

( والحاصل أنه يؤخذ فيه بحكم كتاب الله سبحانه وتعالى ) وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾وهذا محكم ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿والتابعين غير أولي الاربة﴾ متشابه فيؤخذ بالحكم دون المتشابه. ويدل على صحة هذا ما روي في صحيح البخاري وغيره مسند إلى هشام بن عروة « ر ه » ، عن أبيه عن زينب بنت أبي سلمة عن أمها أم سلمة رضي الله تعالى عنها قالت : دخل علي النبي ﷺ وعندي مخنث ، فسمعه يقول لعبد الله بن أمية : « ياعبد الله ، أرأيت إن فتح الله عليكم الطائف غدا فعليك بابنة غيلان فإنها تقبل بأربع وتدبر بثمان » .

المنزل فيه ، والطفل الصغير مستثنى بالنص . وقال : لا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للأجنبي النظر اليه منها . وقال مالك « رح » : هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي « رح» لقوله تعالى : ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ .

---

وقال النبي ﷺ : « لا يدخلن هؤلاء عليكم » .

قال أبو عبيدة في غريب الحديث : قوله تقبل بأربع وتدبر بثمان ، يعني أربع عكن في بطنها ، فهي تقبل بهن . وقوله تدبر بثمان يعني أطراف هذه العكن الاربع ، وذلك لأنها محيط بالجانبين حتى لحقت بالردفين من مؤخرها ، من هذا الجانب أربع أطراف ، ومن الجانب الآخر مثلها ، فهذه ثمان .

والعكن : بضم العين وفتح الكاف ، جمع عكنه وهي الطي الذى يكون في البطن من السمن .

وفي صحيح البخاري عن ابن جريج « ره » ، أن اسم المخنث بهيت وقيل اسمه نافع فإن قلت ما كان وجه دخوله على أزواج النبي ﷺ ، قلت كان عند النبي ﷺ من غير أولي الاربة من الرجال ، لقوله سبحانه وتعالى :﴿والتابعين غير أولي الاربة من الرجال﴾ وبهذا كان تركه ﷺ ان يدخل على نسائه . فلما وصف الذى وصف من المرأة ، علم أنه ليس من أولئك وأمر بإخراجه ونهى عن دخوله .

( المنزل فيه ، والطفل الصغير مستثنى بالنص ) وهو قوله سبحانه وتعالى :﴿ أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ .

( قال : ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته إلا إلى ما يجوز للأجنبي النظر إليه منها ) أى قال القدوري والضمير في إليه يرجع إلى ما في قوله مايجوز .والذى في « منها » إلي السيدة . وفي بعض النسخ « النظر منه إليها » أى من الاجنبي إلى المرأة .

( وقال مالك « ره » : هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي ) أى العبد كالمحرم من سيدته ، وفي بعض النسخ كالمحارم ( لقوله سبحانه وتعالى :﴿ أو ما ملكت أيمانهن﴾ )

ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ، ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة ، والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الإماء قال سعيد «رح» والحسن «رح» وغيرهما : «لا تغرنكم سورة النور فإنها في الاناث دون الذكور»

---

لأن كلمة ما عامة ،تتناول الذكور والإناث فيحل لهن إبداء مواضع زينتهن إلى مماليكهن.

( ولأن الحاجة متحققه لدخوله عليهـا من غير استئذان ) أى لدخول العبـد على سيدته ، وهي كاشفة شعرها ، وقدمها ، ونحو ذلك . فلو لم يجز النظر أدى إلى الحرج .

( ولنا أنه فحـل غير محرم ولا زوج ،والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة ) يعني حرمة نكاحها عليه ليست للتأبيد ، والذى يؤثر في التحريم في محـل النظر ما كان على التأبيد . ولم يوجد ، فحرم الخلوة معها والنظر إلى مواضع زينتها ، أنهما داعيـان إلى الفسـاد ولتحقق الشهوة في العبد ومولاته .

( والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت ) هذا جواب عن قوله : ولأن الحاجـة تتحقق ، وتقديره أن العبد يخدم ظاهر البيت لا داخل البيت عادة وعرفاً،فلم تمس الحاجة إليـه .

( والمراد بالنص الإمـاء ) هذا جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله : أنه أى المراد من قوله تعالى :﴿ أو ما ملكت أيمانهن﴾ إلا ما دون الغلمان .

( قال سعيد « ره » والحسن « ره » وغيرهما : لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور ) أما قول سعيد « ره » فأخرجه ابن أبي شيبة « ره » في مصنفه في كتاب النكاح وقال : حدثنا أبو أسامة ، حدثنا يونس بن أبي اسحاق « ره » ، عن طارق ، عن سعيد بن المسيب قال : لا يغرنكم الآية﴿ إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ إنما عنى به الإماء ولم يعن به العبيد .

وأما قول الحسن البصري « ره» فأخرجـه أيضاً بمعناه وقال حدثنا عبد الاعلى عن

هشام ، عن الحسن « ره » : انه كره أن يدخل المملوك على مولاته بغير إذنها .

قوله : وغيرهما ، أي غير أبي سعيد والحسن مثل الشعبي « ره » وهو عـــامر بن شرحبيل ، فقد أخرج الطحاوي في شرح الآثار : حدثنا صالح بن عبد الرحمـــن قال : حدثنا سعيد بن منصور قال : حدثنا هشيم قال أخبرنا مغيرة عن الشعبي « ره » ، ويونس عن الحسن أنهما كرها أن ينظر العبد إلى شعر مولاته .

ونقل نجم الدين النسفي في تفسيره ، عن سمرة بن جندب مثل قول سعيد . وقـــال الاترازي « ره » : ولنا فيه نظر لأنه لو كان صحيحاً وسمرة من أصحاب النبي ﷺ لنقل عنه الطحاوي«ره»بشده سفر في الاخبار والآثار . قلت : هذا نظر عليه غشاوة لأن عدم نقل الطحاوي لا يدل على عدم صحة ما روي عن سمرة ، ولا شدة سفرة يستلزم وقوفـه على جميع الاخبار وقال السفناقي : أطلق السعيد ولم يقيده بالنسبة يتناول السعيد بن أبي سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير ومعه على ذلـــك الكاكي وصاحب العناية . وقال الاترازي « ره » وفيه نظر لأنه يلزم حينئذ أن يكون للمشترك عموم في موضع الإثبـات وهو فاسد .

قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم ، أما وروده فلأنه لم يستعمل أحـــد من السلف لفظ سعيد من غير تشبه ، وإرادتـه سعيد بن المسيب ، وسعيد بن جبير . وأما تعليله غير مستقيم . فإنه ادعى فيـــه لزوم عموم المشترك ، ولا نسلم الإشتراك هہنا لأن الإشتراك ما وقع لمعنى ، وهنـــا شيء آخر نزل كلام السفناقي ، وهو ان قول سعيد بن المسيب أخرجه ابن أبي شيبة « ره » كما ذكرنا .

وأما قول سعيد بن جبير مثل قول سعيد بن المسيب لم ينقله أحد لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف ، فكيف يذكر المصنف سعيداً دون نسبة ؟ ويريد به السعيد . والحق هنا أن يقال : أما أن النساخ أسقطوا ابن المسيب ، واستمرت النسخ على سعيد بغير نسبة أو مصطلح على ذلك ، حيث ذكر سعيداً على الإطلاق ، وأراد به سعيد بن المسيب . كما قال المحدثون وغيرهم : قال : عبد الله من غير نسبة ، ويريدون به عبد الله بن مسعود « رض»

قال : ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا بإذنها ، لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا بإذنها .

---

وان كان يتناول غيره بحسب الظاهر . وكذلك يقولون : قال : ابن عمر ونحو ذلك ، ويريدون به عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما ، مع أن عمراً « رض » له أولاد غير عبد الله ، فافهم ذلك .

فإن قلت نظر الإماء إلى نسائهن استفيد من قوله سبحانه وتعالى في تلك الآية أو نسائهن ، فلو حملت هذه الآية على الإماء ، لزم التكرار وقلت دعوى التكرار غير مسلم، فإن المراد من قوله : أو نسائهن الحرائر المسلمات التي في صحبتهن ، لأنه ليس لمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابية ، كذا عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما . فإن قلت لو لم يكن مراده من قوله : أو نسائهن وجب أن لا يكون مراده من قوله « أو ما ملكت أيمانهن » أيضاً ، لأن البيان بالحكم إنما يكون في موضع الإشكال ولا يشكل لاحد ان للأمة أن تنظر إلى سيدتها كالاجنبيات، والمالك إن لم يرد توسعة فلا أقل أن لا يزيد تضييقاً .

قلت الموضع موضع الإشكال لأن حالة الأمة يقرب من حالة الرجال حتى تسافر من غير محرم ، فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدي أمتها ، ولم يزل هذا الاشكال بقوله : « أو نسائهن » لأ مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء .

( قال ويعزل عن أمته بغير إذنها ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها ) أي قال القدوري ( لأنه ﷺ نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها ) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه في النكاح ، عن اسحاق بن عيسى بن أبي ربيعة « ره » ، عن جعفر بن ربيعة عن الزهري عن محرز بن أبي هريرة « ره » عن أبيه ، عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه « أن النبي ﷺ نهى ان يعزل عن الحرة إلا بإذنها » .

ورواه أحمد في مسنده ، والدارقطني ثم البيهقي في سننيهما ، قال الدارقطني : تفرد به اسحاق الطباع عن أبي لهيعة ، عن جعفر بن ربيعة ، عن الزهري ، عن محرز بن أبي هريرة ، عن أبيه ، عن ابن عمر « رض » قال : ووهم فيه . خالفه عبد الله بن عبد الله بن عمر عن أبيه : ووهم فيه أيضاً .

وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت . ولان الوطىء حق الحرة قضاء الشهوة وتحصيلا للولد ، ولهذا تخير في الجب والعنة ، ولا حق للامة في الوطيء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ، ويستبد به المولى ، ولو كانت تحته أمة غيره فقد ذكرناها في النكاح.

---

والصواب عن محرز عن عمير ليس فيـــه عن أبيه ، وقال الذهبي «ره» في مختصره: الحديث ضعيف .

( وقال لمولى أمـــة : « اعزل عنها إن شئت» ) أي وقال النبي ﷺ . هذا الحديث أخرجه مسلم في النكاح ، عن أبي الزبير « ره » عن جابر . قال : جاء رجل من الانصار إلى النبي ﷺ فقال : إن لي جارية أطوف عليها وأنا أكره أن تحمـــل ، فقال : « اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها » . فقبله الرجل . ثم أتاه فقال : « إن الجارية قد حملت ، قال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها » .

وأخرجه أبو داود « رح » أيضاً . فالحديث دل على أن له أن يعزل بلا إذن الامـــة لأنه فوض المشيئة إلى المولى .

( ولأن الوطىء حق الحرة قضاء الشهوة وتحصيلا للولد) يعني في المرأة الاولى بطريق الوجوب ، وفي الثانية بطريق الاستحباب والديانة ، والعزل يخـــل بلذة الجماع إليهما ( ولهذا ) أى كون الوطىء حقها لاجل قضاء الشهوة وتحصيـــل الولد ( تخير ) أى المرأة ( في الجب والعنة ) يعني فيما إذا وجدت زوجها مجبوباً أو عنيناً ( ولا حق للأمـــة في الوطيء فلهذا ) أي فلأجل الوطىء حق الحرة ولا حق للأمة ( لا ينقص ) أى الزوج ( حق الحرة ) يعني في الوطىء بأن يعزل عنهـــا ( بغير إذنها ) أى بغير إذن الحرة . ( ويستبد به المولى ) أى يستقل بالعزل المولى .

(ولو كانت تحته أمة غيره فقدذكرناها في النكاح) هل يعزل بإذن مولاها ام لا ؟ وقد ذكرناه هناك مستوفى فلا فائدة في إعادته والله سبحانه وتعالى اعلم .

## فصل في الاستبراء وغيره .

قال : ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها . والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا أوطاس : « ألا لا توطأوا الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة » .

---

### ( فصل في الاستبراء وغيره )

أي هذا فصل في بيان أحكام الإستبراء : وهو طلب براءة الرحم عن الحمل ، وأراد بغيره مسألة المعانقة ، والمصافحة ، والقبلة . وأخر فصل الاستبراء لأنه احترز عن وطيء مقيد فالمقيد بمنزلة المركب ، والمركب مؤخر عن المفرد .

وفي فتاوى قاضيخان اختلف فيمن انكر وجوب الاستبراء هل يكفر ، قيل لأنه أنكر إجماع المسلمين . وقال عامة المشائخ لا يكفر لأن ظاهر قوله سبحانه وتعالى : « أو ما ملكت ايمانكم » يقتضي إباحة الوطيء مطلقاً . وعرف وجوب الاستبراء بالخبر فلا يكفر جاحده .

( قال ومن اشترى جارية فإنه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها ) أي قال في الجامع الصغير .

قوله : لا يقربها أي لا يطأها . ولا يمسها من اللمس باليد من باب نصر وضرب وقوله : بشهوة يرجع إلى أصل المجموع .

( والاصل فيه ) أي في وجوب الاستبراء ( قوله ﷺ في سبايا أوطاس : « ألا لا تطأوا الحبالى حتى يضعن حملهن ، ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة » ) هذا الحديث أخرجه أبو داود في النكاح ، عن شريك ، عن قيس بن وهب « ره » ، عن أبي الودك ، عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه ورفعه أنه قال في سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة » .

رواه الحاكم في المستدرك وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه وأعله ابن القطان « ره » بشريك وقال : إنه مدلس وهو ممن ساحفظه بالقضاء وعن الحاكم رواه البيهقي « ره » في السنن وفي المعرفة .

وروى أبو داود « ره » أيضاً ، حدثنا النفيل ، حدثنا محمد بن سلمة ، عن محمد بن اسحاق ، حدثني يزيد بن أبي حبيب ، عن ابن مرزوق ، عن حسن الصنعاني: أن روسع ابن ثابت الانصاري قام فينا خطيباً فقال : أما أني ما أقول لكم إلا ما سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءزرع غيره» يعني إتيان الحبالى، « ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها ، ولا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنماً حتى يقسم » .

حدثنا سعيد بن منصور ، حدثنا أبو [1] معاوية بن اسحاق بهذا الحديث وقال : حتى يستبرئها بحيضة . وقال أبو داود « ره » ليست بمحفوظة . ورواه ابن حبان «ره» في صحيحه . وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا حفص عن حجاج ، عن عبد الله ابن يزيد عن علي رضي الله تعالى عنه قال : « نهى رسول الله ﷺ ان توطأ الحامل حتى تضع أو حايل حتى تبرىء بحيضة » .

وأخرج الدارقطني « ره » في سننه ، عن عيينة ، عن عمر بن مسلم الجنهدر، عن عكرمة ، عن ابن عباس « رض » قال : « نهى رسول الله ﷺ أن توطأ حامل حتى تضع أو حايل حتى تحيض » .

قوله في سبايا أوطاس ، السبايا جمع سبية وهي الجارية التي تسبى . وأوطاس : اسم موضع على ثلاث مراحل من مكه ، ولرسول الله ﷺ غزوة مشهورة وهي غزوة حنين ، وكلمة إلا للسبية .

والحبالى جمع حبلى ، والاصل في الجمع كسر اللام لأن كل جمع ثالثه ألف يتكرر الحرف الذي بعدها ، نحو مساجد وجوامع ، ومن ثم أبدلوا من الياء المنقلبة من ألف

(١) ابن معاوية — هامش .

أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في مورد النص ، وهذا لأن الحكمة فيـــه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الإشتباه ،

---

التأنيث ألفاً . وقالوا حبالى بالفتح ليفرقوا بين الالفين ، كما قلنا في الصحارى .

قوله ولا الحيالي بالياء آخر الحروف بعد الحامل جمع حايل وهي التي لا حمل بها جاء على خلاف القياس للأزواج الحبالى ، والقياس حوايل كما فعلوا ذلك في الغدايا والعشايا ، والقياس الغدوات .

قوله حتى يستبرأ ، أن الهمز لا غير من استبراء الجارية ، وهو طلب براءة رحمها .

( أفاد وجوب الإستبراء على المولى ) لأن النهي عن الوطيء مع الملـــك المطلق يدل على وجوب الاستبراء ، أو لأنه لو لم يجب لما منع المالك عن استيفاء حقه والنفي أبلغ من النهي ، أو لأن حل الوطيء بقي إلى غاية وجود الإستبراء فكان الحل موقوفاً على وجوده ( ودل على السبب في المسبية ) أي ودل الحديث أيضاً على سبب وجوب الاستبراء في الجارية السبية .

( وهو استحداث الملك واليـــد ) أي المسبب هو استحداث الملك واليد ( لأنه هو الموجود في مورد النص ) وهو قوله : لا توطأ الحبالى ، ليس إلا استحداث الملك واليـد فيكون هو السبب .

( وهذا ) أي وجوب الإستبراء كون استحداث الملك سبباً ( لأن الحكمة فيه ) أي في وجوب الإستبراء (التعرف عن براءة الرحم صيانة المياه المحترمة عن الاختلاط) بغيرها ( والانساب ) أي وصيـــانة الانساب ، ( عن الإشتباه ) أي عن استيهانها ولا يجوز أن يكون الحكمة موجبة لأنها متعقبة ، والعلة سابقة فحينئذ تعلق الحكم شرعـاً بالسبب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فيدار الحكم عليه فتستبرأ .

وذكر البزدوي في مبسوطه إن علة وجوب الإستبراء إرادة الوطيء فإنه متى أراد الوطيء لا يحل إلا في محل فارغ يجب أن يعرف براءة الرحم حتى لا يصير ساقياً ماءه زرع غيره ، وفيه حكمة صيانة الولد عن إرادة الوطيء لا يوقف عليها حقيقـــة ، فيضاف

## وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب

الحكم إلى التمكن من الوطيء ، فأقيم التمكن منه مقام إراده الوطيء ، وذلك إنما يتحقق بالملك والقبض ، ولهذا لا يجبر بالحقيقة قبل القبض من الاستبراء لما إنه لم يوجد علة .

( وذلك ) إشارة إلى شرط وجوب الاستبراء ( عند حقيقة الشغل ) بفتح الشين بأن يكون حاملاً ( أو توهم الشغل بماء محترم وهو ) أي توهم الشغل بماء محترم ( أن يكون الولد ثابت النسب) احترز به عن الزنا، ولمعنى أن يمكن إثبات نسبه من الغير لتقدم ملك الغير في المحل ، فمن استحدث ملك الوطيء بملك اليمين من قبل الغير بأي سبب استحداث ، وتمكن منه حقيقة بالقبض وجب عند ذلك وجوب الاستبراء وشرطه فيجب عليه الاستبراء ، لا يقال الموجب كونها مبيتة إضافة ، والإضافات لا مدخل لها في العلة لأنه لو اعتبر ذلك السند باب القياس ، وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق هنا إلا كونها مملوكة رقبة ويداً وهو المؤثر كما ذكر في الكتاب ، وإنما قيده بماء محترم وإن كان الحكم في غير المحارم كذلك. فإن الجارية إذا كانت حاملاً من الزنا لا يحل وطئها، لأنه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع ، لأنه وضع لا يكون إلا في الحلال . وهذا كما قلنا في قوله ﷺ : « من نام عن صلاة أو نسيها » الحديث والحكم في الترك عامداً كذلك. إلا ان الظاهر لما كان من حال المسلم أن لا تفوت منه الصلاة إلا بالنسيان فذكره هكذا كذلك ههنا .

وعلم من كلامه وجوب الإستبراء وسببه وعلته وحكمته أما الوجوب ففيها الحديث المذكور . وأما سببه فاستحداث الملك واليد ، وأما علته فإرادة الوطيء، وأما حكمته فالتعريف عن براءة الرحم ، ولكن لما كانت الإرادة خفية أقيم دليلها الظاهر وهو التمكن عن [1] الوطيء بالملك واليد قائماً مقامها تيسراً فجعل استحداث الملك واليد علة كما في السفر مع المشقة ، ثم تعدى الحكم إلى سائر باب ملك اليمين ملك حتى وجب عليه

---

(١) من — هامش .

ويجب على المشتري لا على البائع لأن العلة الحقيقـــة إرادة الوطىء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطيء والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سبباً

---

الإستبراء بأي سبب ملك سواء كان شراء أو هبـة أو وصية ، أو ميراثاً ، أو خلعاً ، أو كتابة ، وإذا ثبت وجوب الإستبراء وحرم الوطيء حرم دواعيه أيضاً من اللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة .

وقال الفقيه أبو الليث « ره » في شرح الجـــامع الصغير روى عن أبي مطيع أنه كان لايرى بالقبلة والملامسة بأساً وذلك لأن القربان إنما لا يجوز لأنه يؤدي إلى اختلاط الانساب وليس في القبلة والملامسة ، هذا المعنى قلنا قياساً على الطهارة وكما في غير الملـــك لأنها تفضي إليه وسبب الحرام حرام . وقال فخر الاسلام روى عن محمـد « ره » أنه قال : يحل الدواعي لأنها لاتحتمل الوقوع في غير الملك لأن المالك الاول لا يملك الدعوى وإنمـــا حرم الوطيء بمعنى السقي زرع غيره وهذا لا يوجد في الدواعي .

( ويجب على المشتري لا على البائع ) أي يجب الاستبراء على المشترى دون البائع ، وبه قالت الثلاثـة ، وقال النخعي والثوري والحسن البصري وابن سيرين « ره » : يجب على البائع دون المشتري لأنه الصيانة كما تجب على المشتري تجب على البائع .

وقال الليثي : هذا صيانة عن ماء البائع فيجب عليه . ولنا ما أشار إليه بقوله ( لأن العلة الحقيقة ارادة الوطىء ) لأن الشارع نهى عن الوطىء ، والنهي إنما يستقيم عنـــد تمكن الوطىء ، وتمكن المشتري لأنه هو المتملك لا البائع ، وهو معنى قوله ( والمشتري هو الذي يريده ) الوطيء لتمكنه منه ( دون البائع فيجب عليه ) أي على المشتري ( غير أن الإرادة أمر مبطن ) أي خفي على ما ذكرنا لأن بعض الناس يريد الوطىء ، وبعضهم لا يريده ( فيدار الحكم على دليلها ) أي على دليـــل الإرادة ( وهو التمكن من الوطىء والتمكن إنما يثبت بالملك واليـد فانتصب سبباً ) أي انتصب التمكن سبب في الوطىء لوجوب الاستبراء .

وأدير الحكم عليه تيسيراً فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك

---

( وأدير الحكم عليه ) أى على التمكن من الوطىء ( تيسيراً ) أى لاجـــل التيسير فإن قلت الإرادة ليست بأمر مبطن ، ولهذا جعلت إرادة الصلاة سبباً لوجوب الطهارة قلت لأن إرادة الصلاة متحققة كفرضية الصلاة ولا كذلك إرادة الوطىء ( فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكدة باليد) أى إذا كان ذلك سبب وجوب الاستبراء استحدث سبب ملك يمين الرقبة الذى تأكده باليد (وتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء) بأن اشترى أمة ( والهبة ) بأن وهب له رجل امة ( والوصية ) بأن أوصى له رجل بأمة فقبضها بعد موته ( والميراث ) بأن مات مورثه فورث منه أمـــة ( والخلع ) بأن خالع امرأة على أمة فقبضها (والكتابة ) بأن كاتب عبده على جارية فإنه لا يحل للزوج والمولى وطىء الجارية قبل الاستبراء ( وغير ذلك ) بأن تصدق عليه بجارية فإنه لا يطأها حتى يستبرئها أو أجر داره إلى سنته وجعل الاجرة جارية وقبضها ، فإنه لا يحـل له الوطيء إلا بعد الاستبراء أو دفع إليه الجاني جارية عوض أرش الجنـــاية . فكذلك لا يحل له الوطىء إلا بعد الاستبراء .

( وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ) يعني إذا باع أب الصبي أو وصيه جارية الصبي فإنه يجب على المشتري الاستبراء ، ( ومن المرأة ) أي وكذا يجب على المشتري من المرأة ( ومن المملوك ) أي وكـــذا يجب على المشتري من المملوك بأن يشتري من عبده المأذون ، وعليه دين مستغرق .

وفي المبسوط لو اشترى من عبده المأذون الاستبراء عليه ، إن كانت قد حاضت بعدما اشتراها . ولا دين عليه ، لأن المالك ملك رقبتها من وقت الشراء فتكفي تلك الحيضة كما في يد الوكيل . وإن كان على العبـــد دين محيط برقبته وكسبه فكذلك الجواب عند أبي حنيفة « ره » يستبرئها استحساناً .

ومن لا يحل له وطئها . وكـــذا إذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ لتحقق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لبطونها ، فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ،

---

وفي القيــاس : لا ، لأن المولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من مواضع أخرى يجبر بتلك الحيضة . والعبد لا يثبت له الحـــل ولا للغرماء وفي الإستحسان يجب استبراءها لأن المولى قبل الشراء لايملك رقبتها عنده حتى لو أعتقه لا ينفذ عتقه. وإنما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة وفي شرح الطحاوي . ولو اشترى من إبنه الصغير وجب عليه الاستبراء ( وممن لا يحل له وطئها ) أي وكذا لا يجب الإستبراء على المشتري ممن لا يحل له وطئها ، كما لو اشتراها أخوها من الرضاع أو ورثها من أبيــه ، وأبوه استمتع بها ، أو كان البائع مكاتباً أو جاريته وطيء البـــائع أمها أو باع الإبن موطوءة أبيه ، والاب موطوءة إبنــه ، أو كانت مجوسية .فإن قلت: الموجب ورد في السببية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهل لا اقتصر عليها ؟ قلت : غيرها في معنـاها حكماً وعلة وسبباً فألحق بها دلالة .

( وكذا إذا كانت المشتراة بكراً لم توطأ ) أي وكذا يجب الإستبراء إذا كانت الامـة المشتراة بكراً لم توطأ . وبه قال الشافعي وأحمـــد . وقال مالك رحمهم الله : إن كانت ممن يوطأ مثلها لزمه الإستبراء ، وان كانت ممن لا توطأ مثلها لا يجب الإستبراء . وقال داود « ره » : ان كانت بكراً لا يجب لعدم توهم الشغــل ، وعن أبي يوسف « ره » : فيما إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع، لا يجب الاستبراء . وقال في شرح الطحاوي «ره» وروى عن أبي يوسف « ره » انه قــال : الاستبراء في البكر ، ( لتحقق السبب ) وهو استحداث الملك (وإدارة الاحكام على الاسباب دون الحكم) بكسر الحاء وفتح الكاف، جمع حكمه ،يعني أن العلة في وجوب الاستبراء إستحداث ملك اليمين واليد .والحكمة تعرف ببراءة الرحم والحكمة تدور على السبب لا على الحكمة ( لبطونها ) أي لبطون الحكم ، أراد به حقيقته كما ذكرنا (فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل) كماء محترم كما ذكرنا فإن قلت

وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها، ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض، ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافاً لأبي يوسف «رح»،

---

كيف يتوهم الشغل في الصور الثلاث؟ قلت: يحتمل أن يكون جارية الصبي أو المرأة موطوءة بشبهة فيثبت النسب من الوطىء، فيثبت توهم الشغل أيضاً لهذا الطريق.

(وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها) وكذا لا يكتفى بالحيضة التي كانت في حالة البيع، يعني اشتراها وهي حائض فطهرت من تلك الحيضة فلا تجزئها. (ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء) أي وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي رأتها بعد الشراء قبل القبض لأن الحكم لا يسبق السبب.

وروي عن أبي يوسف: أنه كان يقول تجزأ بتلك الحيضة. كذا في شرح الطحاوي.

(أو غيره من أسباب الملك) مثل الهبة والصدقة، والوصية، والارث ونحو ذلك.

(قبل القبض) قيد للمسألتين جميعاً (ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض) أي ولا يجزء أيضاً بالولادة الحاصلة بعد أسباب الملك مثل البيع والهبة ونحوهما قبل القبض، بأن اشترى أمة، أو وهبت له، أو تصدق بها عليه، أو ورثها فولدت قبل قبضها، فإنه لا بد من الإستبراء.

(خلافاً لأبي يوسف) فإن عنده تجزأ بتلك الحيضة. وبه قال الشافعي«رح»في وجه، لأن تباين فراغ رحمها يحصل بتلك الحيضة. ثم الشراح كلهم صرفوا قوله خلافاً لأبي يوسف «رح» إلى قوله: وكذا لا تجزأ تماماً الحيضة التي استبرأها في أثنائها مع أن المذكور ثلاث مسائل: الأولى، قوله وكذا لا تجزأ بالحيضة التي اشتراها. والثانية قوله ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء، والثالثة قوله ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض. ولكن تعليل تاج الشريعة لأبي يوسف «رح» يدل على أن خلافه في الكل، حيث قال: يعني أن عنده لا يجب الاستبراء إذا كان يتيقن فراغ رحمها من ماء البائع لحصول المقصود وهو فراغ الرحم، كما في المطلقة قبل الدخول لا يلزمها العدة، كذا هذا فافهم.

لأن السبب استحداث الملك واليـــد والحكم لا يسبق السبب . وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الإجازة في البيع الفضولي ، وإن كانت في يد المشتري ، ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد ، قبل أن يشتريها شراء صحيحاً لما قلنا . ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي . لأن السبب قد تم الآن ، والحكم يضاف إلى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية

---

( لأن السبب استحداث الملك واليد ) وقد وجد هذا جواب لوجود الاستبراء ، وفي المسائل الثلاث أي لأن سبب وجوب الاستبراء إستحداث الملك واليد وقد وجد ( والحكم لا يسبق السبب ) أراد بالحـــكم الاستبراء ، وبالسبب هو استحداث الملك لأن المعلول لا يسبق العلة على ما عرف ( وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيـــع الفضولي ، وان كانت في يد المشتري ) أي وكذا لا يكتفي بالاستبراء الحاصل قبل إجازة البائع في عقد الفضولي ، وإن كانت الجارية في يد المشتري وصورته فضولي باع جارية فقبضها المشتري ، وحاضت عنده حيضة ، ثم أجاز البائـــع البيع لا يكتفي بتلك الحيضة لأن العلة هي استحداث الملك واليد ولم يوجد قبل الاجازة ( ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحاً ) لعدم وجود العلة ، وحكم الشيء لا يسبق عليه فكان الاستبراء قبل السبب كان لم يكن ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله : ولأن السبب استحداث الملك واليد أو الحكم لا يسبق السبب ( ويجب في جارية للمشترى فيها شقص ) أي يجب الاستبراء في جارية للمشتري فيها نصيب ( فاشتري الباقي ) صورته جارية مشتركة بين إثنين أو أكثر فاشترى احـــد الشريكين أو الشركاء بقية الجارية يجب عليـــه الاستبراء ( لأن السبب قد تم الآن ) لأن حدوث الملك الحل مسبب ملك الرقبة وإذا يملك جميع الرقبة لأن تملك بعض الرقبة سبب له بعض العلة .

( والحكم يضاف إلى تمام العلة ) فإذا ملك جميع الجارية تمت العلة وترتب عليها الحكم وهو وجوب الاستبراء ( ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية ) أي

أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ، ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعـــد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ، ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليـــد ، وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً أو عدماً ،

---

تكتفي بالحيضة التي رأتها الأمة بعدقبض المشتري والحال أنها مجوسية (أومكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة ) صورته اشترى رجل أمـــة مجوسية فحاضت عنده في مجوسيتها حيضة ثم أسلمت أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء أو اشترى أمة مسلمة فكاتبها قبل أن تستبرأ ثم حاضت في حال كتابتها ثم عجزت عن الكتابة وردت إلى الرق أجزأت تلك الحيضة من الاستبراء .

( لوجودها بعد السبب ) أي لوجود الحيضة بعد السبب ( وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع ) أي الحرمة كانت لمانع وهو التمجس أو الكتابة ، وذا لا يمنع الاعتداد بالاستبراء كما لو اشترى أمة محرمة فحاضت من حـــال إحرامها ( كما في حالة الحيض ) أي كما كانت الحرمة في حالة الحيض لمانع وهو الحيض ( ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة ) أي الجارية الآبقة . وفي فتاوى قاضي خان هـــذا إذا أبقت ، ولم تخرج من دار الاسلام فلو دخلت بدار الحرب ثم خرجت بغنيمة أو اشترى ثم أخذهـــا المولى لا يجب الاستبراء عند أبي حنيفة وعندهما ، وبه قالت الثلاثة .

( أو ردت المغصوبة ) أي الجارية المغصوبة إلى مولاها ( أو المؤاجرة ) أي الجاريـــة المستأجرة بفتح الجيم إلى مولاها المؤجر . ( أو فكت المرهونة ) أي الجارية المرهونة ( لانعدام السبب ، وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً ) أي من حيث الوجود ومن حيث العدم والمعنى كلما وجد السبب . واستحداث الملك يدار

## ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى .

---

عليه الحكم وهو الاستبراء كلما عدم لما ترتب عليه شيء لأن هذا بيان السبب والمسبب .

( ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى ) أي لهذه المسائل نظائر وأخوات كتبناها في كتابنا الموسوم بكفاية المنتهى منها : أن فرج الأمة إذا حرم عليه ولكن لم يخرج من ملكه كما في الحيض والنفاس والردة والكتابة ثم زالت هذه العوارض ، حلت له بغير استبراء . وعند الثلاثة : يجب في الكتابة إذا عجزت وردت إلى الرق ، ومنها : إذا باع جارية من رجل ثم تقايلا البيع قبل التسليم فعادت إلى القياس انه يجب على البائع الاستبراء لوجود العلة . وفي الاستحسان لا يجب لأن ملك المشتري لم يكن ثم عليها . وروي عن أبي حنيفة انه أخذها بالقياس ، ولو تقايلا بعد القبض وجب على البائع الاستبراء قياساً واستحساناً . وكذا في شرح الطحاوي ، ومنها : أن الجارية إذا ردت على البائع بخيار رؤية أو عيب ، وجب عليه الاستبراء ، لأن خيار العيب ، وخيار الرؤية ، لا يمنعان وقوع الملك للمشتري . وأما إذا ردت إلى البائع بخيار الشرط ، فإن كان الخيار للبائع ، فلا يجب عليه الاستبراء لأنها لم تخرج عن ملكه ، ويجب على المشتري بعد إجارة البائع المبيع بعد القبض ، وإذا حاضت قبل ذلك تجزأ بتلك الحيضة . وإن كان خيار الشرط للمشتري فسخ ، وعادت الجارية إلى ملك البائع ، فإن كان الفسخ قبل القبض ، لم يجب على البائع بالاجماع ، وان كان بعده . فكذلك عند أبي حنيفة « رح » . وقالا : لا يجب على البائع .

ومنها ان البيع إذا كان فاسداً أو فسخ البيع وردت على البائع ، فان كان قبل القبض فلا استبراء على البائع في قولهم ، وإذا كان بعده فعلى البائع الاستبراء في قولهم . كذا في شرح الطحاوي .

ومنها : إذا أسرها لعدد ثم عادت اليه بعد الاحراز بدار الحرب فعليه الاستبراء ، ولو أخذت من العبد وقبل الاحراز بدراهم ، فردت إلى صاحبها فلا استبراء عليه .

ومنها : إذا اشترى جارية وهي في عدة من زوج ، أو عدة وفاة ، أو عدة طلاق ، وقد بقي من عدتها يوم أو بعض يوم ، او انقضت عدتها بعد قبض المشتري ، فلا استبراء

عليها . وإن انقضت قبل القبض فلا تحل إلا بالاستبراء .

ومنها : إذا نفل الإمام الجند وقال : من أصاب منكم جارية فهي له ، فأصاب واحد من الجند جارية فاستبرأها بحيضة ، فأراد ان يطأها في دار الحرب . أو قسم الامام الغنائم في دار الحرب ، فأصاب واحد منهم جارية ، فاستبرأ بحيضة وأراد أن يطأها ، أو باع الامام الجارية من الغنيمة من رجل فاستبرأها المشتري بحيضة ، وأراد أن يطأها في دار الحرب ، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهم الله : يكره ان يطأها قبل الاحراز بالدار ، فاذا أحرزها بالدار ، فعليه أن يستبرئها ثم يطأها .

وقال محمد « رح » : لا بأس أن يطأها .

وإذا دخل واحد غازيا فغنم جارية واستبرأها بدار الحرب ، فليس له وطئها بالاجماع .

ومنها : إذا تزوج أمة فطلقها قبل الدخول يستبرئها المولى ، لأن ملك المتعة زائل ، وفي رواية لا يستبرئها وهو الصحيح ، لأن ملك اليمين لم يحدث .

ومنها : انه لو باع مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها لا يستبرئها البائع لأن الملك لم يثبت للمشتري ، ولهذا لو أعتقها لا ينفذ إعتاقه ، المسألتان في الشامل .

ومنها : ذمي اشترى أمة لا يستبرىء لأنه واجب حقاً لله سبحانه وتعالى ، وإنه غير مخاطب ، فان أسلم قبل أن يطأها إستبرأها ان لم تكن حائضة استحساناً لأنه صار من أهله وقت الاستبراء فيخاطب به حتى لو وطئها . لم يجب ، لأن الوقت فات .

ومنها إذا زنت أمته فلا استبراء عليه خلافاً لزفر « رح » لعدم سببه ، وهو استحداث الملك واليد .

ومنها إذا باع جارية أو أعادها لا يجب الاستبراء لعدم سببه .

( وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطىء ، حرم الدواعي ) وحرم القبلة واللمس والنظر بشهوة ، وبه قال الشافعي « رح » في وجه ( لافضائها اليه ) أي لافضاء الدواعي

أو لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحمـــل ودعوة البائع ، بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأنه لا تحتمل الوقوع في غير الملك ، ولأنه زمان نفرة ، فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطء ، والرغبة في المشتراة قبـــل الدخول أصدق الرغبات فتفضي إليه . ولم يذكر الدواعي في المسبية . وعن محمد « رح » أنها لا تحرم لأنها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لأنـــه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي ،

---

إلى الوطيء ، وقال الشافعي « رح » : لا يحرم ، وبه قـــال أكثر الفقهاء ( أو لاحتمال وقوعها ) أي وقوع الدواعي ( في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع ) بأن تكون قـــد حبلت من البائع فتصير أم ولده بدعواه والبيع باطل ، فتصير الدواعي في غير ملكه .

( بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها ) أي في الحائض ( لأنه لا تحتمل الوقوع في غير الملك ) لا يحتمل الدواعي في غير الملك في الحائض ، لأنها في ملكه ، يعني في ملك المتعة ، ( ولأنـــه زمان نفرة ) الطبيعة لأجل الدم ( فالإطلاق في الدواعي لا يفضي إلى الوطيء ) لوجود النفرة ( والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات ) وأقواها لأنها جديدة كما ملكها وفي قلبها منه حركات ، فلو أبيح له الدواعي ربما يوقعه في الجماع وهو معنى قوله ( فتفضي اليه ) أي فتفضي الرغبات إلى الوطيء ( ولم يذكر الدواعي في المسبية ) يعني لم يذكر الدواعي في ظاهر الرواية في المسبية .

( وعن محمد « رح » انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل لاتصح دعوة الحربي) فلا تقع الدواعي في غير الملك متخل واستشكل حيث تعـــدى الحكم من الأصل وهي المسبية إلى الفرع وهو غيرها بغير خبث حرمة الدواعي في غير المسبية ، ودونها ولجبها بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر

بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا. وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة، وإذا حاضت في أثنائه بطل الإستبراء بالأيام للقدرة على الأصل

---

من وجهين : أحدهما أن التعدي إن كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لأن عدم التغير شرط القياس كما عرف في موضعه ، وانتفاء الشرط ان يلزم انتفاء المشروط .

والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية الأمر ان الاقتضاء والوقوع في غير الملك ، وإن لم يحرم بالثاني فلتحرم بالأول إذ الحرمة توجد بالإحتياط ، ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ، ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل لم يكن ليلحق به لعدم الدليل ههنا ، لأن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقبل بها الشافعي « رح » وأكثر الفقهاء ، فلما كان علتها في المسبية أمراً واحداً لم يعتبر في لما كان في غيرها أمر أن تفاضلا اعتبرت .

( بخلاف المشتراة على ما بينا ) أشار به إلى قوله : والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات .

( والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا ) وهو قوله ﷺ : « ولا الحبالى حتى يضعن » . وعند الشافعي « رح » : إن كانت حاملا تحيض استبراؤها بقرء وفي القرء قولان عنده في قوله ثلاث حيض ، وهو الأصح ، وفي قول ثلاثة أطهار ، والأصل عنده ان الحامل تحيض ، والعجب منه إن خالف النص الصريح .

( وفي ذوات الأشهر بالشهر ) أي والاستبراء في ذوات الأشهر بشهر واحد ، وبه قال الشافعي « رح » في قول ، وقال في آخر ثلاثة أشهر ( لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض ) لأن الشهر أقيم في حق ذوات الأشهر مقام الحيض ( كما في المعتدة ) أي كما أن الشهر يقوم مقام الحيض في حق المعتدة إذا كانت من ذوات الأشهر .

( وإذا حاضت في أثنائه ) أي في أثناء الشهر ( بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ) يبطل حكم الخلف ( كما في العدة ) أي كما في

قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها ، وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية . وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة ، وعن محمد : أربعة أشهر وعشر ، وعنه : شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة . وعن زفر « رح » سنتان ، وهو رواية عن أبي حنيفة .

---

المرأة إذا كانت عدتها بالأشهر فرأت الدم في خلالها ، يجب عليها الاعتداد بالحيض ، فكذا هذا يجب الإستبراء بالحيضة . ( فإن ارتفع حيضها ) فإن صارت ممتدة الطهر ( تركها حتى إذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها ) أي واقعها ، أي جامعها .

( وليس فيه ) أي مقدار الترك ( تقدير في ظاهر الرواية ) لأن محمد « رح » روى عن أبي يوسف « رح » ، عن أبي حنيفة أنه قال : لا يطأها حتى يعلم أنها غير حامل ولم يقدر ذلك بشيء ، وفي المبسوط وهو الأصح لأن ينصب المقادير بالرأي لا تجوز ، وفيه نص .

( وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد : أربعة أشهر وعشر ) لأنه أقضى ما يقع به الإستبراء بالشهور أربعة ، فاذا مضت ولم يظهر الحمل حل الوطيء .

( وعنه ) أي وعن محمد رحمه الله ( شهران وخمسة ايام اعتباراً بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة ) قوله اعتباراً بعدة الحرة يرجع إلى قوله : اربعة أشهر وعشر . وقوله : أو الأمة يرجع إلى قوله : شهران وخمسة أيام بطريق اللف والنشر ، وقوله : في الوفاة ، يرجع إلى الحرة والأمة جميعاً .

وفي الاسبيجابي وفي فتاوى قاضيخان : وخمسة أيام بطريق اللف وعليه الفتوى .

( وعن زفر رحمه الله تعالى سنتان ) لأن الاستبراء يجوز أن يكون خوفاً من أن تكون حاملا ولأثر زوال الحمل إلا بأكثر مضى مدته وجب اعتبار ذلك ( وهو روايةعن أبي حنيفة ) أى قول زفر «رح» رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ، وبه قال الثوري.وعند أبي مطيع البلخي انه قدر بتسعة أشهر ، وعن أبي يوسف «رح» أنه قدر بثلاثة أشهر .

قال ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الإستبراء عند أبي يوسف « رح » خلافاً لمحمد « رح » وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة ، والمأخوذ قول أبي يوسف « رح » فيما إذا علم البائع لم يقربها في طهرها ذلك ، وقول محمد « رح » فيما إذا قربها والحيلة إذا لم تكن تحت المشترى حرة ان يتزوجها قبل الشراء ، ثم يشتريهـــا ولو كانت

---

( قال : ولا بأس بالإحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف « رح » خلافاً لمحمد ) أي قال المصنف رحمه الله ( وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة ) أي وجهين قول أبي يوسف وقول محمد رحمها الله ، يعني سبيل الإشارة مما قالا في الشفعة وهو أن هـــذا منع عن وجوب الاستبراء ودفع لثبوته ، فلا يكره الاحتيال في الإسقاط عند أبي يوسف وجـه قول محمد «رح» أنه إنما يجب صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والاشتباه فيكره (والمأخوذ قول أبي يوسف «رح» ) أي المفتى به قول أبي يوسف « رح » .

( فيما إذا علم البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما إذا قربهـــا ) أي المأخوذ قول محمد «رح» فيما إذا علم أن البائع قربها في طهرها ( والحيلة ) في صورة الحيلة في إسقاط الإستبراء (إذا لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها ) أي الأمة التي يريد شراؤهـــا ( قبل الشراء ثم يشتريها ) قبل الشراء ثم يشتريها فيبطل النكاح ويحل له وطيها من ساعته ويسقط الاستبراء . وفي الفتاوى الصغرى ناقلاً عن بيوع واقعات الناطفي الحيلة في اسقاط الإستبراء ان يزوج البائع الجارية اولاً من الذي يريد شراءها إن لم يكن له امرأة حرة ثم يبيعها منه فيبطل النكاح ويحل له وطئها من ساعته ويسقط الاستبراء . ثم قال فيها قال ظهير الدين : رأيت في كتاب الإستبراء لبعض المشائخ أنه إنما يحل للمشترى وطئها في هذه الصورة ان لو تزوجها ووطئها ثم اشتراها لأنه حينئذ يملكها وهي في عدتها ، أمـــا إذا اشتراها قبل ان يطأها ، فكما اشتراها بطل النكاح ولا نكاح حال ثبوت الملك فيجب الاستبراء لتحقيق سببه وهو استحداث حل الوطء بملك اليمين .

قال : وهـــذا لم يذكر في الكتاب وهو دقيق حسن (ولو كانت ) أي حرة تحت المشترى

فالحيلة أن يزوجها البــائع قبل الشراء والمشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عنـــد وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب الاستبراء وإن حل بعـــد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت معتدة الغير .

---

( فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء والمشترى قبل القبض ) أي أو تزوجهـا المشترى قبل القبض ( ممن يوثق به ) أي يعتمد عليه ولا يخاف عليه ان لا يطلقها لأنه إذا لم يوثق به ربما لا يطلقها .

وفي فتاوى قاضيخان : ولو وقع ان لا يطلقها الزوج بعد قبض المشتري إذ الشرط أن يكون طلاق زوجها بعد قبض المشترى فإن في طلاقهـــا قبل قبضه لا فائدة لوجوب الاستبراء بعد القبض في الأصح أن يزوجها على ان يكون أمرها بيدها يطلقها متى شاء .

( ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ) هذا لف ونشر يعني يشتريها ويقبضها اذا زوجهـــا البائع أو يقبضها إذا تزوجها المشترى قبل القبض .

( ثم يطلق الزوج ) يعني بعد القبض وقيد به لأنه إن طلقها قبـــله كان على المشترى الإستبراء إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد « ر ح » لأنه إذا طلقها قبل القبض ، فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فصار كأنه اشتراها في هذه الحالة ، وليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الإستبراء .

( لأن عند وجـود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجهـا حلالاً له لايجب الإستبراء وإن حل بعد ذلك ) لأن القبض إذ ذاك ليس ممكناً من الوطيء والممكن منه جزء العلة ، ألا ترى ان تزويج المشترى وإن كان قبضاً حكما لم يعتـــبر لكونه مزيلاً للتمكن .

( لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت ) أي الأمة ( معتدة الغير ) يعني : إذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت مدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن استحداث

قال: ولا يقرب المظاهر، ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر لأنه لما حرم الوطيء إلى أن يكفر حرم الدواعي للإفضاء اليه لأن الأصل ان سبب الحرام حرام كما في الإعتكاف والإحرام ، وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

---

الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالاً للمشترى فلما لم يجب وقت الاحداث لم يجب بعده لعدم تجرد السبب . ثم اعلم انه إذا تزوجها قبل الشراء ، ثم اشتراها يسقط عنه جميع المهر ، وفيها إذا تزوجها غير المشترى قبل قبضه يجب نصف المهر على الزوج إذا طلقها قبل دخول المولى الجارية وله أن يبريه من ذلك .

( قال ولا يقرب المظاهر ) أي قال في الجامع الصغير المراد من عدم القربان ترك الجماع فإن قلت هذه المسألة ليست من مسائل الاستبراء فلم يذكرها هنا بدون المناسبة قلت ذكرها في الجامع الصغير استطراداً : فإن الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي ، وفي هذه المسألة ايضاً حرمة الدواعي، وذكرها المصنف «رح» كذلك إتباعاً له وقد قيل : يجوز أن يقال صدر هذا الفصل بالإستبراء وغيره ، وهذه من غيره وفيه نظر لأن مراده من غير أن يكون من جنسه وقد بينا منه .

( ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر لأنه لما حرم الوطيء إلى أن يكفر ) لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ وقد أوجب كفارة قبل المسيس : وهو الوطىء ، فإذا وطئها قبل الكفارة يلزم ترك المأمور به قطعاً ، فكان حراماً ، فلما حرم الوطىء إلى ان يكفر ، ( حرم الدواعي للإفضاء اليه ) أي إلى الوطىء ( لأن الاصل أن سبب الحرام حرام ) لا محالة لأنه لو كان السبب حلالاً كان السبب أيضاً حلالاً ، لأن المقصود من شرعية السبب هو المسبب ( كما في الاعتكاف) لما حرم الوطىء ودواعيه (والاحرام) أي كما في حالة الإحرام لما حرم الوطىء حرم الدواعي أيضاً .

( وفي المنكوحة ) أي وكما في المنكوحة ( إذا وطئت بشبهة ) حرم وطئها قبل انقضاء العدة ، وكذلك حرم الدواعي ( بخلاف حالة الحيض والصوم ) حيث يحرم

لأن الحيض يمتد شطر عمرها ، والصوم يمتد شهراً فرضاً وأكثر العمر نفلا ، ففي المنع عنها بعض الحرج ، ولا كذلك مـــا عددناها ، المقصور مدوها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض .

---

الوطيء فيها ولا يحرم الدواعي ، ولكن في الصوم إذا أمن الصائم على نفسه وعليهـــا ، ( لأن الحيض يمتد شطر عمرها ) أي يمتد قريب شطر عمرهـــا ، وهو الثلث ، والمراد من الشطر البعض ، أي لبعض عمرها فتحريم الدواعي يفضى إلى الحرج .

وقال السفناقي أى يقرب من شطر عمرها ، وهو عشرة أيام في كل شهر ، فكان قريباً بخمسة عشر يوماً ، وهي نصف الشهر .

وقال صاحب العناية وفيه نظر ، لأنه يشير إلى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي « رح » علينا بالحديث على أن اكثر الحيض خمسة عشر يومـــاً ، قلت لم يشر السفناقي إلى أن الشطر من النصف ، بل المصنف « رح » هو الذي أشار إلى ذلك ، والنظر وارد عليه لأن شطر الشيء في اللغة كنصفه ، وقد قال : يمتد شطر عمرها فأوقع الشطر مفعول يمتد ، ولكن كلامه أول بما ذكرنا لأنهم كثيراً ما يطلقون الشطر على أقل من النصف .

( والصوم يمتد شهراً فرضاً واكثر العمر نفلا ) أي يمتد أكثر العمر حـــال كونه نفلا ( ففي المنع عنها ) أي عن الدواعي حالة كونها في حالة الحيض والصوم ( بعض الحرج ) والحرج مدفوع شرعاً ( ولا كذلك ما عددناها ) وهي الطهارة والاعتكاف والإحرام والموطوءه بشبهة ( المقصور مدوها ) أي مدد هذه الاشياء لانها تقع في اوقات مخصوصة .

( وقد صح انه ﷺ كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض ) هذا حديثان الاول رواه الجماعة في كتبهم : عن الاسود وعلقمة «رح» عن عائشة رضى الله عنها إلا إبن ماجه فإنه خرج عن القاسم بن محمد «رح» عنها ، قالت كان رسول الله يقبل وهوصائم . وأخرج البخاري ومسلم «رح» عن أم سلمة رضى الله تعـــالى عنها : ويباشر وهو صائم ولكنه أملككم لاربه .

وأخرجوه إلا البخاري «رح» عن عمر بن ميمونة «رح» عن عائشة رضى الله تعالى عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يقبل في شهر رمضان .

وفي لفظ لهما بهذا الإسناد وقال : كان رسول الله ﷺ يقبل في رمضان وهو صائم .

وأخرجه مسلم «رح» عن حفصة قالت : كان رسول الله ﷺ يقبل وهو صائم .

وأخرجه البخاري ومسلم عن أم سلمة رضى الله تعالى عنها أن النبي ﷺ كان يقبلها وهو صائم ، وأخرج أبو داوود «رح» عن محمد بن دينار «رح» ، وعن سعد بن أبي أوس عن مصدع بن أبى يحيى «رح» ، عن عائشة رضى الله تعالى عنها : ان النبي ﷺ كان يقبلها وهو صائم ويمص لسانها ، وبوب عليه باب الصيام ويبتلع الريق ، فهو منازع في ذلك وإذ لا يلزم من المص الإبتلاع ، فقد يمكن أن يمصه ويمجه ، هكذا قيل وفيه نظر لان الذي يمص لسان شخص إنما يمصه من غاية المحبة ، وكيف يمص لسانه ثم يبصق فإن هذا بعيد جداً ، فإن الشخص إنما يبصق شيئاً يكرهه غاية الكراهية ، ولو كره لما مصه . رواه احمد «رح» في مسنده وهو حديث ضعيف ، قال ابن عدى «رح» ويمص لسانه لا يقوله إلا أن محمد بن دينار «رح» وقد ضعف يحيى بن معين وسعد بن أوس «رح» ، قال ابن معين فيه أيضاً مصرى ضعيف قال عبد الحق «رح» في أحكامه : هذا حديث لا يصح فإن ابن دينار «رح» وابن أوس لا يحتج بهما ، وقال ابن الأعرابي بلغني عن أبي داوود «رح» أنه قال : هذا حديث غير صحيح ، انتهى كلام عبد الحق . وأعله ابن القطان في كتابه بمصدع فقط . وقد قال السعدي : كان مصدع زايفاً عن الطريق ، يعني في التبع .

وقال ابن الجوزي « رح » في العلل المشاهية محمد بن دينار ، وسعد بن أوس ومصدع ضعيف الحديث .

الثاني أخرجه الجماعة أيضاً عن الأسود «رح» عن عائشة « رض » قالت : كان رسول الله ﷺ يأمر إحدانا إذا كانت حائضا أن تتزر ثم يضاجعها ، وفي لفظ ثم يباشرها .

وأخرج البخاري ومسلم عن زينب أم سلمة عن أمها أم سلمة «رض» قالت : فبنا أنا مع

قال : ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسهـــا بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها وأصل هذا ان الجمع بين الأختين المملوكتين ، لا يجوز وطئاً لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وإن تجمعوا بين الأختين ﴾ ولا يعارض بقوله تعـــالى : ﴿ أو ماملكت أيمانكم ﴾ لأن الترجيح للمحرم ،

---

رسول الله ﷺ مضطجعة في الجميلة ، حضت وانسللت فاخذت ثياب حيضتي ، فقال : أنفست ؟ قلت : نعم ، فدعاني فاضطجعت معه في الجميلة .

( قال : ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلهـــا ولا يمسها بشهوة ، ولا ينظر إلى فرجها بشهوة ، حتى يملك فرج الأخرى غـــيره بملك أو نكاح أو يعتقها ) أي قال القدوري «رح» في الجامع الصغير : أيضاً هذه ثلاثة أوجــه : إما قبلها أو لم يقبلها ، أو قبل إحداهما ، فان لم يقبلها أصلا كان له أن يقبل ويطأ ايهما شاء سواء ان كان اشتراهما معاً أو على التعاقب وإن كان قبل احداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الأخرى ، وأما إذا قبلها بشهوة وقيد بذلك لأنه إذا لم يكن بشهوة لايكون معتبراً.

( وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطئاً ) أي من حيث الوطىء لا يجوز ( لإطلاق قوله سبحانه وتعالى : ﴿ حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ وقوله : ﴿ وأن تجمعوا بين الاختين ﴾ ) والمراد تحريم العقد والوطىء بالإجماع ، والمعطوف يشارك المعطوف عليه في الحكم تحقيقاً لقضية العطف ، وهو المروى عن علي رضى الله تعالى عنه وعليـــه أكثر الصحابة .

( ولا يعارض بقوله تعالى: ﴿ أو ماملكت أيمانكم ﴾ لأن الترجيح للمحرم ) أراد بذلك ان قوله : ﴿ أوما ملكت أيمانكم ﴾ ) يدل على الحـــــل ، وقوله : ﴿ وأن تجمعوا ﴾ على الحرمة والمحرم مع المباح إذا اجتمعا ، فالمحرم أولى لأن الحرام يجب تركه ، والمباح لايجب فعله ، ومذهب عثمان رضى الله تعالى عنه : انه يجوز لأنه أحلتهما آية وحرمتهما آية .

وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لإطلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطيء بمنزلـــة الوطيء في التحريم على ما مهدناه من قبل فإذا قبلهما فكأنه وطأهما ولو وطأهما ليس له أن يجامع احداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما ، فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجيهما بشهوة لما بينا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لأنـــه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعاً .

وقوله : بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه

---

والأصل في الإبضاع الحل بعد وجود سبب الحل ، وقد وجد وهو سبب ملك اليمين. فإن قلت الأصل في الدلائل الجمع ، وأمكن هنا بأن يحمل قوله : ﴿ وان تجمعوا ﴾ على النكاح . وقوله : ﴿ أو ما ملكت أيمانكم ﴾ على ملك اليمين، قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحاً وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم ، هذا أيضاً لأن قوله سبحانه وتعالى : ﴿ أو ما ملكت أيمانكم ﴾ مخصوص اجماعاً ، فإن أمه ، وأختــه من الرضاع ، والأمة المجوسية حرام ، فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع .

( وكذا لا يجوز الجمـــع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطيء بمنزلة الوطيء في التحريم على ما مهدناه من قبل ) أشار به إلى قوله : لأن الأصل أن سبب الحرام حرام ( فإذا قبلهما فكأنه وطأهما ، ولو وطأهما، ليس له أن يجامع إحداهما، ولا أن يأتي بالدواعي فيهما ، فكذا إذا قبلهما وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجيهما بشهوة لما بينا ) أشار به إلى قوله : لأن الدواعي الى الوطيء بمنزلة الوطيء ( إلا أن يمـلك فرج الأخرى غيره بملك ) بأن يبيعها أو يهديها أو يتصدق بها ( أو بنكاح ) بأن يزوجها غيره ( أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعاً ) بين الاختين .

( وقوله بملك أراد به ملك يمين) أي قول القدوري في مختصره حتى يملك فرج الأخرى بملك أراد بملك يمين ( فينتظم التمليك بسائر أسبابه ) أي ينتظم التمليك بسائر اسباب

بيعاً أو غيره. وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل، لأن الوطيء يحرم به، وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها. وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطيء بذلك كله، وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لأنها لا تخرج عن ملكه.

وقول: أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج احداهما

---

التمليك ( بيعاً أو غيره ) أي من حيث البيع أو غيره نحو الهبة والصدقة.

( وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل ) أي تمليك بعض الاخرى في هذا الباب كتمليك كلها ( لأن الوطيء يحرم به ) أي بتمليك الشقص. ( وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها ) أي وكذا إعتاق بعض من إحداهما كإعتاق كلها لحرمة الوطيء به.

( وكذا الكتابة كالإعتاق ) أي وكذا لو كاتب إحداهما فإن الكتابة كالإعتاق لثبوت حرمة الوطيء بها حتى لو وطئها يعزم العقد لها. وقال صاحب العناية: وكلمة كذا زائدة. قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة ( في هذا ) أي في أنه تحل الأخرى فإن قلت بالكتابة لم يخرج من ملك المولى حتى يستلزمه استبراء جديد بعد العجز، ولم يجعل فرجها للغير، فكان ينبغي ان لا يحل له وطيء الأخرى، قلت الحل يزول بالكتابة كما ذكرنا، فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج، فيحل له أن يطأ الأخرى ( لثبوت حرمة الوطيء بذلك كله ) أي كما ذكرنا في الصور وهو تمليك الشقص واعتاق البعض والكتابة

( وبرهن إحداهما ) أي إحدى الامتين الأختين ( وإجارتها ) أي إجارة إحداهما ( وتدبيرها ) أي تدبير احداهما ( لا تحل الأخرى لأنها ) أي لأن التي رهنها أو أجرها أو دبرها ( لا تخرج بها ) أي بالأشياء المذكورة ( عن ملكه ) فيكون جامعاً.

( وقوله: أو نكاح ) أي وقول القدوري: أو نكاح، ( أراد به النكاح الصحيح، أما إذا زوج إحداهما نكاحاً فاسداً لا يباح له وطيء الأخرى إلا أن يدخل بها الزوج

نكاحاً فاسداً ، لا يباح له وطيء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه لأنه تجب العدة عليها ، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم . ولو وطيء إحداهما حل له وطيء الموطوءة دون الأخرى لأنـــه يصير جامعـــاً بوطيء الأخرى لا بوطيء الموطوءة . وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فيما ذكرناه بمنزلة الأختين . قال : ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه ، أو يعانقه . وذكر الطحاوي

---

فيه ) أي في النكاح الفاسد ( لأنه ) أي لأن الشأن ( تجب العدة عليها ، والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ) على المولى فيجعل له حينئذ ان يطـأ أختها ( ولو وطيء إحداهما) أي لو وطأ إحدى الأمتين الاختين ( حل له وطيء الموطوءة دون الاخرى ) أي غير الموطوءة ( لانه يصير جامعاً بوطيء الاخرى لا بوطيء الموطوءة ) أي لان بالوطيء إنما يصير جامعاً بين الاختين إذا جمعت الاخرى ، أما إذا اقتصر على وطيء الموطوءة لا يصير جامعاً ، وهذا ظاهر .

( وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا) أي من حيث النكاح كما إذا كانت إحداهما عمة الاخرى أو خالتها ( فيما ذكرناه بمنزلة الاختين ) يعني تكونان بمنزلة الاختين في قضاء الشهوة ، فإذا قبلهما أو لمسهما ، أو نظر إلى فرجهما بشهوة ، لا يجوز له وطيء واحدة منهما حتى يحرم فرج الاخرى عليه بوجه من الوجوه ، وكذا الحكم فيما إذا كانت احداهما أم الاخرى أو بينهما لا يجوز الجمع بينهما في قضاء الشهوة .

( قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه ) قـــال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب «رح» ، عن أبي حنيفة « رح » ، أن قال : أكره ان يقبل الرجل من الرجل فمه ، أو يده ، أو شيئاً منه ، وأكره المعانقة ولا أرى بالمصافحة ، ولم يذكر الخلاف كما ترى ، ولهذا قال المصنف « رح» ( وذكر الطحاوي )

ان هذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح»، وقال أبو يوسف: لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى ان النبي ﷺ عانق جعفراً «رض» حين قدم من الحبشة، وقبل بين عينيه.

---

أى في شرح الآثار (ان هذا قول أبي حنيفة ومحمد«رح» وقال أبو يوسف «رح» لا بأس بالتقبيل والمعانقة) ذكره الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: أينحى بعضنا بعض إذا التقينا قال: لا، قالوا فيعانق بعضنابعضاً قال لا، قالوا: فيصافح بعضنا بعضاً قال تصافحوا. قال الطحاوي: قال فذهب قوم إلى هذا فكرهوا المعانقة، منهم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله، وخالفهم آخرون ولم يروا به بأساً، منهم أبو يوسف، وأخذ الطحاوى: ويقول أبو يوسف في شرح معاني الآثار: فمن أراد ذلك فليعاود اليه»في شرح الآثار وقد أمعنا الكلام في هذا الباب في شرحمباني الاخبار في شرح معاني الاثار: فمن أراد ذلك فليعاود اليه.

(لما روى أن النبي ﷺ عانق جعفراً حين قدم من الحبشة، وقبل بين عينيه) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم، منهم: عبد الله بن عمر رضى الله تعالى عنهما، أخرج حديثه الحاكم في مستدركه، عن عنوة بن شريح، عن يزيد بن أبي حبيب عن نافع، عن ابن عمر «رض» قال: وجه رسول الله ﷺ جعفراً بن أبي طالب «رض» إلى بلاد الحبشة، فلما قدم منها عانقه النبي ﷺ وقبل بين عينيه. وقال الحاكم اسناده صحيح.

ومنهم جابر أخرج حديثه رضى الله تعالى عنه الحاكم ايضاً عن الاصلح، عن الشعبي عن جابر قال: لما قدم رسول الله ﷺ من خيبر،وقدم جعفر من الحبشة، تلقاه رسول الله ﷺ وقبل جبهته، وقال: «والله ما أدرى بأيهما أفرح؟ بفتح خيبر أم بقدوم جعفر «رض» وسكت عنه.

ثم أخرجه عن سفيان، حدثنا اسماعيل بن أبى خالد «رح»، وزكريا بن ابى زائده عن الشعبي قال: لما قدم رسول الله ﷺ، الحديث، وقال هذا مرسل صحيح، واخرجه

الطحاوى ايضاً مرسلا ، ورواه البيهقى في دلائل النبوة ، في باب غزوة خيبر ، اخبرنا ابو عبدالله الحافظ «رح» ، حدثنا الحسن بن اسماعيل العلوى ، حدثنا احمد بن محمد السروى «رح» ، حدثنا محمد بن احمد بن ابي طيبة «رح» حدثني علي بن إبراهيم الراسي حدثنا سفيان الثوري ، عن أبي الزبير ، عن جابر « رض » ، فذكره وقال في إسناده إلى الثوري : من لا يعرف .

ومنهم أبو جحيفة رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الطبراني « ره » في معجمه الأوسط والصغير ، حدثنا أحمد بن خالد بن مسرح الحراني ، حدثنا عمي الوليد بن عبد الملك بن مسرح « رح » ، حدثنا مخلد بن يزيد « ره » ، حدثنا مسعر بن كرام ، عن عون ابن جحيفة عن أبيه قال : قدم جعفر بن أبي طالب من أرض الحبشة فخرج إليه رسول الله ﷺ فعانقه .

وأخرجه ابن عدي « ره » في الكامل محمد بن عبد الله بن عبيد بن عمير « ره » عن يحيى بن سعيد ، عن القاسم بن محمد « ره » عن عائشه رضي الله تعالى عنها ، قالت لما قدم جعفر « رض » وأصحابه قبل رسول الله ﷺ ما بين عينيه وقال : « ما أدري » أبقدوم جعفر أسر أو بفتح خيبر » . وقال تفرد به الوليد بن عبد الملك .

ومنهم عائشة رضي الله تعالى عنها أخرج حديثها الدارقطني في سننه عنها قالت : لما قدم جعفر بن أبي طالب « رض » وأصحابه استقبله رسول الله ﷺ وقبله بين عينيه .

ومن طريق ابن عدي « ره » رواه البيهقي في شعب الايمان ، وروى البزار « ره » في مسنده ، حدثنا أحمد « ره » ، حدثنا عبد الله بن مسيب « ره » ، حدثنا اسماعيل بن أبي أوس « ره » ، أخبرنا محمد بن اسماعيل بن أبى فريك « ره » ، حدثنا عبد الرحمن بن أبى مليكة « ره » ، عن اسماعيل بن عبد الله بن جعفر ، عن أبيه قال لما قدم جعفر من الحبشة ، أتاه النبى ﷺ فقبل بين عينه ، وقال : « ما أنا بفتح خيبر أشد فرحاً بقدوم جعفر « رض » .

وقال لا يعلمه يروي عن عبد الله بن جعفر « رض » عن النبى ﷺ إلا من هذا

## ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة أو عن المكاعمة وهي التقبيل ،

الوجه ، وقد رواه الشعبي « ره » عن عبد الله بن جعفر ، عن أبيه « رض » .

ورواه البيهقي في شعب الايمان ، أخبرنا أبو الحسين بن عبد الله « ره » ، أخبرنا أحمد ابن عبيد « ره » ، أخبرنا اسماعيل بن الفضل ، حدثنا جلسة بن خياط « ره » ، حدثنا زياد بن عبد الله المدني ، حدثنا مجاهد بن سعيد ، عن الشعبي « ره » ، عن عبد الله بن جعفر « رض » قال : لما قدم جعفر من الحبشة استقبله النبي ﷺ فقبل شفتيه.

قال البيهقي « ره » هكذا وجدته ، والمعروف بين عينيه .

وحديث آخر رواه الترمذي ، وفي الاستئذان حدثنا محمد بن اسماعيل « ره » ، حدثنا ابراهيم بن يحيى بن محمد « ره » عبادة المدني ، حدثني أبى ، عن محمد بن اسحاق عن الزهري ، عن عروة «رض» ، عن عائشة « رض » قال : قدم زيد بن حارثة المدينة ورسول الله ﷺ في بيتي ، فأتاه فقرع الباب ، فقام إليه رسول الله ﷺ عرياناً يجر ثوبه ، والله ما رأيته عريان قبله ولا بعده ، فاعتنقه وقبله . قال : حديث حسن غريب .

ورواه أبو نعيم في دلائل النبوة بالاسناد المذكور ، قال : بلغ رسول الله ﷺ أن امرأة من بني فزارة يقال لها قرفة جهزت ثلاثين راكباً من ولدها وولد ولدها وقالت : إذهبوا إلى المدينة فاقتلوا محمداً ، فقال النبي ﷺ : « اللهم أثكلها بولدها » . وبعث إليهم بزيد بن حارثة « ره » .

فالتقوا ، فقتل زيد بن فزارة وقتل أم قرفة وولدها . وأقبل زيد بن حارثة « ره » حتى قدم المدينة . الحديث .

الآخر رواه ابن سعد « ره » في الطبقات ، أخبرنا الواقدي « ره » حدثني يعقوب بن عمر « ره » ، عن نافع بن العدي « رح » عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي جهم العدوي « ره » ، قال : اسلم نعيم بن عبد الله الحام بعد عشر ، وكان يكتم اسلامه ثم هاجر إلى المدينة في أربعين نفراً من أهله ، فأتى رسول الله ﷺ فاعتنقه وقبله .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة « ره » ومحمد « ره » ( ما روي أنه ﷺ نهى عن

المكامعة وهي المعانقة ، وعن المكاعمة وهي التقبيل ) هذا الحديث رواه إبن أبي شيبة في مصنفه ومسنده جميعاً ، حدثنا زيد بن الحباب ، حدثني يحيى بن أيوب المصري ، اخبرني عباس بن عياش الحميري ، عن أبي الحصين الهيثم ، عن عامر الحجري ، قال : سمعت ابا نحامة « رض » صاحب النبي ﷺ قال: كان رسول الله ﷺ ينهى عن المكامعة

والمكامعة المرأتين ليس بينهما شيء . والمكامعة الرجلين ليس بينهما شيء .

ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في غريبه ، حدثني أبو النصر عن الليث بن سعد عن ابن عياش بن عباس رفعه إلى النبي ﷺ أن ينهى عن المكامعة . وقال أبو عبيد : المكامعة أن يلم الرجل كعام صاحبه ، مأخوذ من كعام البعير،وهو أن يسد فاه إذا هاج والمكامعة أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد .

و كذلك قيل لزوج المرأة كمع . قال الأترازي « ره » أى تفسير المكامعة بالموافقة فيه نظر ، لأن المضاجع هو المعانق غالباً ، ولا يضاجع أحداً غيره إلا والغالب أنه يعانقه .

قوله عياش بن عباس ، الابن بالياء آخر الحروف المشددة ، وبالشين المعجمة ، والاب بالباء الموحدة والسين المهملة .

وأبو الحصين بضم الحاء ، وفتح الصاد المهملتين ، واسمه الهيثم بن شفى .

قوله عن عامر الحجري ، ويقال أبو عامر الحجري ، وهو الصواب ، واسمه عبد الله ابن جابر الحجري ، وقيل ، المعافري . والحجري : بفتح الحاء المهملة ، وسكون الجيم نسبة حجر عين من اليمن ، ثم اعلم أن أبا داود والنسائي «ر ه» أخرجا حديث المكامعة فقط فأبو داود « ره » أخرجه في اللباس والنسائى في الزينة عن الفضل بن فضالة ، عن عياش بن عباس عن أبى الحصين الهيثم بن شفى عن أبى عامر المعافري ، عن أبى ريحانه ، قال نهى رسول الله ﷺ عن عشرة عن الوبرد الوشم والسب ، ومكامعة الرجل بغير شعار ، ومكامعة المرأة المرأة بغير شعار ، وأن يجعل الرجل في أسفل ثيابه

وما رواه محمول على ما قبل التحريم . ثم قالوا الخلاف في المعانقة في إزار واحد ، أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالإجماع وهو الصحيح . قال : ولا بأس بالمصافحة لأنه هو المتوارث ، وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه .

---

حريراً مثل الاعاجم ، وأن يجعل على منكبيه حريراً ، وعن النهي وركوب النمور ، ولبس الخاتم إلا لذي سلطان،ورواه أحمد في مسنده ، ورواه ابن ماجة « ره » عن ابن أبي شيبه بسنده المتقدم سواه : أن النبي ﷺ ، كان ينهى عن ركوب النمور ، وأخطأ الحافظ عبد العظيم المنذري في عدوة الحديث بتمامه لابن ماجه ، ولكن قلد أصحاب الأطراف .

( وما رواه ) أي أبو يوسف ( محمول على ما قبل التحريم ) أي كان قبل تحريم التقبيل والمعانقة ، والشيخ أبو منصور وفق بين الأحاديث فقال : المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة ، أشار إليه المصنف بقوله .

( ثم قالوا الخلاف في المعانقة في إزار واحد ) أي قال المشايخ منهم : أبو منصور الخلاف المذكور فيما إذا عانق رجل رجلاً في إزار واحد ، لأنه يفضي إلى الشهوة ( أما إذا كان عليه ) أي على المعانق ( قميص أو جبة فلا بأس به [1] ) أي بالمعانقة ، ذكر الضمير باعتبار العناق . ( بالاجماع ) بين أصحابنا « ره » ( وهو الصحيح ) أي للذي قاله المشائخ : هو الصحيح لأنه « رح » يكون على وجه البر والكرامة ، وهو أمر ممدوح بين الناس .

( قال ولا بأس بالمصافحة ) أي قال في الجامع الصغير ( لأنه هو المتوارث ) أي لأن المصافحة هو التوارث ( بين الناس ) أراد به سنة قديمة بين الناس في البيعة وغيرها . وذكر الضمير باعتبار التصافح .

( وقال عليه الصلاة والسلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه ) رواه

---

(١) بها ــ هامش .

الطبراني في معجمه الأوسط ، عن أحمد بن أبي الوليد ، عن يعقوب الحرمي « ره » عن حذيفة بن اليمان « رض » ، عن النبي ﷺ قال : إن المؤمن إذا لقي المؤمن فسلم عليه وأخذ بيده فصافحه ، تناثرت خطاياهما كما تتناثر أوراق الشجرة .

وأخرجه البيهقي في شعب الايمان عن مفران بن سليم ، عن ابراهيم بن عبيد بن رفاعة ، حدثنا ابن أبي ليلى ، عن حذيفة « رض » ، مرفوعاً نحوه سواء . وأخرج أيضاً عن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه قال : دخلت على النبي ﷺ ، فرحب بي وأخذ بيدي ثم قال : « يا براء « رض » أتدري لم أخذت بيدك ؟ » ، قال : قلت خيراً يا رسول الله ﷺ ، قال: لا يلقى مسلم مسلماً فيرحب به ويأخذ بيده ، إلا تناثرت الذنوب بينهما ، كما يتناثر ورق الشجر » .

وأخرج أبو داود « ره » والترمذي ، وابن ماجة ، عن الاحلج ، عن أبي إسحاق ، عن البراء « رض » قال : قال رسول الله ﷺ : « ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا . وقال الترمذي : حسن غريب . ورواه أحمد في مسنده . والاحلج : اسمه يحيى ابن عبد الله أبو جحفة . فيه فقال .

وأخرج أبو داود « ره » أيضاً عن رجل من عنزة أنه قال لابي ذر « رض » أريد أن أسألك عن حديث ، هل كان رسول الله ﷺ يصافحكم إذا لقيتموه ؟ قال : ما لقيته قط إلا صافحني . وفيه مجهول .

وأخرج الترمذي عن خيثمة ، عن رجل ، عن ابن مسعود ، عن النبي ﷺ ، قال : « من تمام التحية الأخذ باليد » . وقال غريب .

وسألت محمد بن إسماعيل عنه فلم يعده محفوظاً . قلت فيه مجهول أيضاً . وأخرج الترمذي « ره » أيضاً عن علي بن يزيد ، عن القاسم ، عن أبي أمامة « رض » أن رسول الله ﷺ قال : « من تمام عيادة المريض أن يضع أحدكم يده على جبهته ، ومن تمام التحية المصافحة » . وقال : إسناده ليس بقوي ، وعلي بن يزيد ضعيف .

وفي الصحيحين في حديث كعب بن مالك : فقام إلى طلحة بن عبد الله يهرول حتى

صافحني وهنأني ولا أنساها لطلحة . وعند البخـاري عن قتادة « ره » قال : قلت لأنس « رض » أكانت المصافحة في أصحاب رسول الله ﷺ قال : نعم .

ثم اعلم أن الكلام في هذا الباب على فصول :

الاول : في أنواع القبل .

قال الفقيه ابو الليث « ره » في شرح الجامع الصغير : يقال القبلة على خمسة اوجـه ، قبلة تحية ، وقبلة شفقة ، وقبلة رحمة ، وقبلة مودة ، وقبلة شهوة .

فأما قبلة التحية : فكان المؤمنون يقبل بعضهم بعضاً على اليد . وقبلة الرحمـة الوالد لولده، والوالدة لولدها على الخد . وقبلة الشفقة: قبلة الولد لوالده أو لوالدته يقبله على الرأس.

وأما قبلة المودة : يقبل اخاه واخته على الخد . واما قبلـة الشهوة : قبلة الزوج لزوجته على الفم .

وفي كفاية تاج الشريعة « رح » : وزاد بعضهم قبلة ديانة ، وهي القبلـة على الحجر الأسود انتهى .

قلت روى أحاديث كثيرة منها ما أخرجه أبو داود في الجهاد والأدب والترمـذي في الجهاد ، وابن ماجة في الادب ، عن يزيد بن ابي زياد ، عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ، عن عمر رضي الله عنه : أنه كان في سريـة من سرايا رسول الله ، فذكر قصته ، قال : فدنونا من النبي ﷺ فقبلنا يده .

قال الترمذي « ره » : حديث حسن لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن ابي زياد . ولم يذكر ابن ماجة القصة . ومنها ما اخرجه ابو داود « رح » والترمـذي « رح » والنسـائي « رح » عن عائشـة بنت طلحة ، عن عائشـة أم المؤمنين رضي الله تعالى عنها قـال : ما رأيت احـداً اشبه سمتـا وهديا برسول الله ﷺ من فاطمة إبنتـه رضي الله تعالى عنها قالت : وكانت إذا دخلت عليه قام إليها يقبلها واجلسها في مجلسه ، وكان النبي ﷺ إذا دخل عليها قامت له فتقبله وتجلسه في مجسلهـا . وقال

الترمذي « رح » : حديث حسن ، وفي بعض النسخ : حسن صحيح .

ومنها ما اخرجه الترمذي في الاستئذان ، والنسائي في السير ، وابن ماجة عن عبد الله بن سلمة بكسر اللام ، عن صفوان بن عسال : أن قوماً من اليهود قبلوا يد النبي ﷺ ورجليه .

وقال الترمذي « رح » : حديث حسن صحيح .

قال النسائي : حديث منكر . وقال المنذري « رح » : وكان إنكاره له من جهة عبد الله بن سلمة فإن فيه مقالاً .

ومنها ما اخرجه ابو داود «رح » ، حدثنا محمد بن عيسى بن الطباع عن مطر بن عبد الرحمن الاعنق ، حدثتني اليمان بنت الزارع بن زارع ، عن جدها الزارع بن عامر قال : فجعلنا نتبادر من رواحلنا بقبل يد النبى ﷺ ورجليه .

ورواه البخاري « رح » في كتابه الأدب المفرد ، حدثنا موسى بن اسماعيل ، حدثنا مطرية .

ومنها ما اخرجه الترمذي وابن ماجة في الجناية عن عاصم بن عبد الله ، عن القاسم ابن محمد، عن عائشة رضي الله تعالى عنها ، أن النبى ﷺ : دخل على عثمان بن مظعون وهو ميت فأكب عليه وقبله ثم بكى حتى رأيت دموعه تسيل على وجنتيه .

وقال الترمذي « ره » حديث حسن صحيح . ورواه الحاكم في المستدرك وقال : إن الشيخين لم يحتجا بعاصم بن عبد الله . وشاهده حديث ابن عباس ، وجابر ، وعائشة رضي الله تعالى عنهم : أن الصديق رضي الله تعالى عنه قبل رسول الله وهو ميت . ثم اعاده في الفضائل بالنسب المذكور ، وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه . ويعقبه الذهبي في مختصره وقال : سنده واه .

ومنها ما أخرجه أبو داود « رح » عن أسيد بن حضير قال : بينا هو يحدث القوم يضحكهم أو كان فيهم مزاح إذ طعنه النبي ﷺ في خاصرته بعود فقال اصطبرني يا رسول الله ﷺ قال : اصطبر . قال : إن عليك قميصاً وليس علي قميص فرفع النبي ﷺ عن

قميصه فاحتضنه وجعل يقبل كشحه ، وقال : إنما أردت هذا يا رسول الله ﷺ .

قوله : اصطبرني أى أقدني وقوله اصطبر استقد ، ومنها ما اخرجه الحاكم في مستدركه في البر والصلة عن عاصم بن حبان عن عبد الله بن بريدة عن أبيه ان رجلاً اتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ارني شيئاً أزداد به يقيناً فقال : اذهب إلى تلك الشجرة فادعها فذهب إليها فقال لها : ان رسول الله ﷺ يدعوك فجاءت حتى سلمت على النبي ﷺ ، فقال لها : ارجعي . فرجعت .

قال : ثم اذن له فقبل رأسه ورجليه ، وقال : « لو كنت آمر أحداً ان يسجد لأحد لأمرت المرأة ان تسجد لزوجها »، وقال صحيح الاسناد . تعقبه الذهبي فقال : عاصم بن حبان متروك،ورواه البزار في مسنده وقال فيه فقبل رأسه ويديه ورجليه وقال لا يروى في تقبيل الرأس غير هذا الحديث . قلت هذا عجيب منه كيف غفل عن حديث الإفك .

قال أبو بكر رضي الله تعالى عنه لعائشة « رض » : قومي فقبلي رأس رسول الله ﷺ الحديث .

وقال الحافظ المنذري في مختصره : وقد صنف الحافظ أبو بكر الأصبهاني المعروف بابن المنقري خبراً في الرخصة في تقبيل اليد ذكر فيه احاديث عن النبي ﷺ ،وآثار عن الصحابة والتابعين رضي الله تعالى عنهم اجمعين .

فعلم من مجموع ماذكرنا إباحة قبلة اليد والرجل والرأس والكشح، كما علم من الأحاديث المتقدمة إباحتها من الجبهه المتقدمة وبين العينين وعلى الشفتين ، كما علم من حديث عبد الله ابن جعفر الذى أخرجه البيهقي في شعب الايمان .

وقد ذكرنا عن قريب في جملة احاديث التقبيل ولكن كل ذلك إذا كان على وجه المبرة والإكرام . وأما إذا كان على وجه الشهوة لا يجوز إلا في حق الزوجين .

وذكر في الواقعات تقبيل يد الإمام أو السلطان العادل جائز لما روى سفيان أنه قال: تقبيل يد العالم السلطان العادل سنة . فقام عبد الله بن المبارك وقبل رأسه وقال : من يحسن هذا غيرك .

وأما تقبيل يد غيرهم فتكلموا فيه ، فمنهم من قال : إن كان الرجل يأمن على نفسه وينوي حسنة وهو تعظيم المسلم وإكرامه ، لا بأس به .

ثم قال في الواقعات والمختار أنه لا رخصة فيه عن المتقدمين ، قلت : هذا خلاف في الأحاديث وفي الغاية .

وأما تقبيل الأرض بين يدي العلماء وغيرهم، قالوا : إنه حرام لا إشكال فيه والفاعل والراضي به كذلك أثم لأنه يشبه عبادة الوثن .

وفي شرح الطحاوي : وأما ما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه .

وفي الكافي : ورخص بعض المتأخرين « ره » تقبيل يد العالم والمتورع .

قلت كذلك تقبيل يد الوالدين والأستاذ وكل من يستحق التعظيم والإكرام .

الفصل الثاني : في قيام الرجل اختلفوا فيه ، فمنهم من منع ذلك لما روى أبو داود باسناده إلى أبي أمامة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ متكئاً على عصا فقمنا له ، فقال: « لا تقوموا كما تقوم الأعاجم تعظم بعضهم بعض » .

ومنهم من أباحه استدلالاً بقيام النبي ﷺ لابنته فاطمة رضي الله تعالى عنها وهو الذي ذكرناه عن قريب . ومنهم من فصل على من قال في قاضيخان قوم يقرؤون القرآن أو واحد ، فدخل عليهم واحداً من الأشراف ، فقالوا إن دخل عليه عالم أو أبوه أو أستاذه جاز أن يقوم لأجله ، وفيما سوى ذلك لا يجوز انتهى .

ومنهم من قال : إن كان الداخل على قوم أو على أحد ممن يتوقع القيام له ينبغي أن يقوم حتى لا يتضرر بتركه ، وإن كان يتوقع ذلك يتركه . كما حكي عن الشيخ أبي القاسم السمرقندي الحكيم « رح » أنه كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم ، فقيل له في ذلك ، فقال : لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم انزعجوا ، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون في ذلك وإنما يطمعون جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام .

# فصل في البيع

## قال : ولا بأس ببيـع السرقين ،

---

الفصل الثالث : في السجود لغير الله .

ذكر المحبوبي « رح » في شرح الجامع الصغير : أما السجود لغير الله سبحانه وتعـالى فهو كفر إذا كان من غير إكراه وما يفعله الجهال من الصوفية بين يـدي شيخهم فحرام محض أقبح البدع فينهون عن ذلك لا محالة ، لقوله ﷺ : « لا تفعلوا ، لو كنت آمـر أحداً ان يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعـل الله لهم عليهن من الحق » . أخرجه أبو داود وغيره أي لا تسجدوا ، وذلك حين قالوا له : أنت أحق أن نسجد لك .

وفي الواقعات إذا قيل للمسلم اسجد للملك وإلا قتلناك فالأفضل أن لا يسجد لأنـه كفر ، والأفضل أن لا يأتي بما هو كفر صورة . وإذا كان في حالة الإكراه ، وإن كان السجود سجود التحية ، فالأفضل أن يسجد لأنه ليس بكفر ، وهذا دليل على أن السجود إذا كانت سنة التحية ، إذا كان خائفاً لا يكون كفراً ، فعلى هذا القيـاس لا يصير من سجد عند السلطان على وجه التحية كافراً ، انتهى ألفاظ الواقعات .

قلت في هذا الزمان لا يسجدون لسلطان إلا تعظيماً وإجلالاً فلا يشك في كفرهم .

وفي فتاوى الحسيني التواضع لغير الله حرام.وفي الكافي قال شمس الأئمة السرخسي: السجود لغير الله في وجه التعظيم كفر .

### ( فصل في البيـع )

أخر هذا الفصل عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطيء لأن أمر تلك الأفعـال متصل ببدن الإنسان ، وهذا لأن ما كان أكثر إتصالاً كان أحق بالتقديم .

( قال : ولا بأس ببيع السرقين ) أي قال في الجامع الصغير والسرقين بكسر السين هو السرجين ، ويقال له : العوة بضم العين المهملة وتشديد الواو والهاء .

وفي حديث سعيد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه أنه كان بدليل أرضه بالعوة ،

ويكره ببيع العذرة. وقال الشافعي «رح» لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ. ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي لاستكثار الريع فكان مالاً، والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بهـــا مخلوطاً، ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد «رح» وهو الصحيح. وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح، والمخلوط بمنزلة زيت خالطته

---

أى يصلح أرضه ويحسن معالجتها، ومنه سمى الدمال لأن الأرض تصلح به.

وفسر العوة في الفائق: بالسرجين، وفسرها الأصمعى بعذرة النـــاس. وقال في الجمهرة: العوة البعر وما أشبه مما تشابه الأرض.

( ويكره بيع العذرة ) وهو رجيـــع الآدمى ( وقال الشافعى « رح » لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فشابه العذرة، وجلد الميتة قبل الدباغ ). وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله.

( ولنا : أنه ) أى السرقين (منتفع به لأنه يلقى في الأراضى لاستكثار الريع فكان مالاً والمال محل للبيع بخلاف العذرة لأنه ينتفع به مخلوطاً ) لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها إلا مخلوطاً بالتراب أو الرماد ( ويجوز بيع المخلوط ) لأنه مال ونجاسة العين يمنع الأكل ولا يمنع الانتفاع ( هو المروي عن محمد رحمه الله وهو صحيح ) واحترز به عن ماروي عن أبى حنيفة أنه قال: لا بأس ببيع غير المخلوط أيضاً.

( وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح ) احترز بـه عمـا روى عن أبى حنيفة « رح » إنه قال لا بأس بالانتفاع بالعذرة الخالصة.

والروايتان نقلهما الفقيه أبو الليث « رح » في شرح الجامع الصغير.

( والمخلوط بمنزلة زيت خالطتـه النجاسة ) أى المخلوط من العـذرة بالتراب بمنزلة زيت خالطته النجاسة حيث يجوز بيعه والانتفاع بـــه كالاستصباح ونحوه اتفاقا فذلك العذرة المخلوطة بالتراب الغالب يجوز بيعه قياساً عليه، والجامع كونهما منتفعاً بها لأن الناس ينتفعون بها مخلوطة.

النجاسة . قال : ومن علم بجارية انهــا لرجل فرأى آخر يبيعها ، وقال : وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعها أن يبتاعها ويطأها لانه أخبر بخــبر صحيح لا منازع له . وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل. وكذا إذا قال اشتريتها أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا ، وهذا إذا كان ثقةوكذا إذا كان غير ثقةوأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة

---

( قال : ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعهــا ، وقال : وكلنى صاحبها ببيعها ، فإنه يسعه أن يبتاعها ويطأها ) أى قال في الجــامع الصغير ( لأنه أخبر بخبر صحيح ) لأنه صدر عن عقل ودين مع اعتقاد حرمة الكذب ( لا منازع له ) .

( وقول الواحد في المعاملات مقبول على أى وصف كان ) يعني حراً كان أو عبداً ، مسلماً كان أو كافراً ، رجلاً كان أو امرأة ، عدلاً كان أو غير عدل ، صبياً كان أو بالغاً ، بعد إن كان عاقلاً مميزاً ( لما مر من قبل ) أى في فصل الأكل والشرب أن قول الواحــد يقبل في المعاملات دفعاً للحرج . ( وكذا إذا قال اشتريتها منــه ) أى وكذا الحكم إذا قال الذى في يده الجارية : اشتريتها من فلان وهو الذى كان يعلم الرجــل أنها له ، ( أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنــا ) أشار بها إلى قوله لأنه اخبر بخبر صحيح لا منازع له .

( وهذا ) أى قبول قوله وصحة العمل به ( إذا كان ثقة ) فإن قلت : هــذا مناقض قوله على أى وصف كان .

قلت : معنى قوله ثقة ، أن يكون من يعتمد كلامه ، وإن كان فاسقاً يجوز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولوجاهته .

( وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق ) أى وكــذا الحكم إذا كان المخبر غير ثقة ، والحال أن أكبر رأيه أن المخبر صادق . ( لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة لما مر ) أى في فصل الأكل والشرب .

للحاجة على ما مر . وإن كان أكبر رأيه أنـــه كاذب لم يسع له أن يتعرض بشيء من ذلك لان أكبر الرأي يقام مقام اليقين ، وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ، ولكن أخبره صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها ، أو اشتراها منه والمخبر ثقـــة قبل قوله ، وإن لم يكن

---

( وإن كان اكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له ان يتعرض بشيء من ذلك ) وفي ضبط تاج الشريعة «رح» : لا يسع له أن يعرض،ثم فسره بقوله : أن يتعرض . وفي شرح الأترازي « رح » : لم يسع له أن يعزم بشيء موضع قوله : لا يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك . ثم فسره بقوله : أي يقصد بشيء من الانتفاع ، والوطيء يعني لايشتريها ولا يطأها .

قال في الكافي : وكذلك الطعام والشراب في جميع ذلك ( لأن اكبر الرأي يقام مقام اليقين ) فيما هو اعظم من هذا كالفروج .

ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان ، واخبره أنها امرأته فله ان يعتمد على خبره ويطأها إذا كان ثقة عنده ، أو كان اكبر رأيه أنه صادق .

وكذا إذا دخل رجل على غيره ليلاً شاهراً سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله ، وإن كان اكبر رأيه أنه لص قصد قتله واخذ ماله ، وإن كان اكبر رأيه انه هـــارب من لص لم يعجل بذلك ، مؤيده ما ذكرنا من قوله سبحانه وتعالى ﴿ فإن علمتوهن مؤمنـــات ﴾ جعل اكبر الرأي بمنزلة اليقين إذ العلم بإيمان الغير يقيناً لا يكون إلا باكبر الرأي فاسقـاً أو عدلاً ، لقوله ﷺ لوابصة « رض » : « ضع يدك على صدرك واستفت قلبك،فما حاك في صدرك فدعه وإن أفتاك الناس به » .

( وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد أنها لفلان ) . أي وكذا الحكم إذا لم يعلم الرجل أن الجارية لفلان ، ولكن الذي في يده أخبره أنها لفـــلان . ( وأنه ) أي وأن فلاناً ( وكله ببيعها أو اشتراهـــا منه ) أي واخبره أنه اشترى الجارية من فلان ( والمخبر ثقة ) أي والحال ان المخبر ثقة ( قبـل قوله ، وإن لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لأن اخباره حجه في حقه ) أي في حق نفسه فيما يرجع إليه وهو قوله : ليس

ثقة يعتبر أكبر الرأي لان إخباره حجة في حقه وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء ، فإن كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها ، وإن كان ذو اليد فاسقاً لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق ، والعدل لم يعارضه معارض ، ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك وحينئذ يستحب له أن يتنزه

---

لي » بل لفلان » ولكن غير حجة فيما لا يرجع إليه وهو قوله : وكلني أو اشتريت منه » فلا بد من حجة وهو اكبر الرأي .

( وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان عرفها للأول ) هذا ايضاً في الصورة المذكورة وهو أن يعلم بجارية أنها لفلان مثلاً ثم رآها في غير يده ولم يخبره،فإنه لا يشتريها حتى يعلم انتقالها إليه » وهو معنى قوله : فإن كان عرفها للأول » ( لم يشترها حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني ) بشيء من أسباب الملك . ( لأن يد الأول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك ) أي كونها للأول .

( له أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقاً لأن يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ) يعني هذا التركيب أن يد المتصرف دليل شرعي للملك وفي حق هذا الدليل الفاسق والعدل سواء حتى إذا تنازعه اثنان فالقول له » وكان حق التركيب أن يقول لأن اليد دليل الملك في حق الفاسق والعدل. أو نقول لأن يد الفاسق دليل الملك والفاسق والعدل فيه سواء .

( ولم يعارضه معارض ) فيعتمد على كلامه يشتريها ويطأها ( ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر ) لأن الدليل الظاهر أقوى من اكبر الرأي ( إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك ) كدرة في يد الفقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جاهل لم يكن في ابابه وهو اهل لذلك ( فحينئذ يستحب له أن يتنزه ) ويترك الشراء لأنه وقع التردد في

ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعـــة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي ، وان كان الذي أتاه بها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيهـــا لغيره ، فإن أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأي . وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل .

---

حالة يوجب التنزه والاحتياط ( ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك) أي من الشراء ( لاعتماده الدليل الشرعي ) وهو اليد ظاهر لأن صاحب اليد يزعم أنـــه مالك . فالقول قوله شرعياً فيما زعم فالذي يريد الشراء يعتمد دليـلاً إلا أن حاله يخالف هذا الدليل فلم يثبت الجواز وعلة لذلك .

( وإن كان الذي أتاه بها عبداً أو امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل ) وإن كان الذي أتى الرجل بالجارية عبداً أو أمة وقال وههنا شك لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل عن ذلك لأنه عالم أنها لغيره واليد من حق الملـــك ليس بمطلق التصرف ( لأن المملوك لا ملك له ) فلا يصلح يده دليلاً للملك لأن الرق منان للملك ، ( فيعلم أن الملك فيه لغيره) أي فهو يعلم أن الملك في الذي أتاه به ، وهو الجارية لغيره لكونه مملوكاً .

وكان الواجب أن يقول : فيعلم أن الملك . فيها لغيره ، ولكن تأويله ما ذكرناه .

(فإن اخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل) قوله لأن الاسم الواحد مقبول في المعاملات، وهذا إخبار في غير موضع المنازعة فيقبل ( وإن لم يكن ثقـــة يعتبر اكبر الرأي ) فإن كان اكبر رأيه أنه صادق صدقه. وإن كان اكبر رأيه أنه كاذب لم يتعرض لشيء من ذلك ( وإن لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ) بالراء المهملة ، لأن الرق حاجر عن التصرف أي مانع عنه ، فما لم يوجد نوع دليل لا يعمل مجرد اليد .

وفي الكافي للحاكم : وكذا الصبي الذي لم يبلغ حراً كان أو مملوكاً فيما يخبر انه اذن له سعه ، وأن فلاناً بعث إليه معه هدية أو صدقة ، فإن كان اكبر رأيه أنه صادق وسعـه

قال : ولو أن امرأة اخبرها ثقـــة ان زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً ، أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنـه حق ، يعني بعد التحري ، فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج لان القاطع طارىء ولا منازع

---

أن يصدقه ، وإن كان اكبر رأيه أنه كاذب لم يسع أن يقبـل منه شيئاً وذلك لأن اكبر الرأي فيا لا يوقف على حقيقته كاليقين .

وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي : كان شيخنا الإمـــام يقول يعني شمس الأئمة الحلواني : الصبي إذا أتى بقالاً بفلوس يشتري منه ، واخبره أن امـه امرته بذلك فإن طلب الصابون ونحوه ، فلا بأس ببيعه منه ،وإن طلب الزبيب وما يأكله الصبيـــان عادة لا ينبغي أن يبيعه منه ، لأن الظاهر أنه كاذب فيا يقوله ، وقد عثر على فلوس امه ، فأراد أن يشتري بها حاجة نفسه .

وفي العيون ولو أن صبياً جاء إلى القاضي بفلوس أو بخبز وغير ذلك فإن طلب منه شيء ينتفع به في البيت مثل الملح والفلفل ونحو ذلك فلا بأس أن يبيع منه ، ولو أراد أن يشتري منه جوزاً أو فستقاً مثل ما يشتري به الصبيان فالأفضل أن لا يبيع منه حتى يسأل هل أذن له ابوه في ذلك أم لا .

(ولو أن امرأة اخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها ، أو طلقها ثلاثـاً ، أو كان غير ثقة فأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا ، إلا أن اكبر رأيها أنه حق يعني بعد التحري ) يعني بعد أن تحرت علمت أنـه كتابه حق ( فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج لأن القاطع طارىء ) لأن القاطع للزوجية طارىء أي عارض ، وهو الموت أو الطلاق والزوجية السابقة لا تنازعه ، لأنها لا تدل على البقـاء وهو معنى قوله ( ولا منازع ) يعني ولا منازع موجود هنا .

وفي بعض النسخ فلا منازع بالفاء ، فيكون شرط محذوف أى إذا كان كذلك القاطع طارئاً فلا منازع حينئذ . وقيد بقوله طارىء لأن القاطع إذا كان مقارناً فلا بد من شهادة

رجلين أو رجل وامرأتين . والأصل أن الأصل إذا لم يكن له منازع ولا يلزم عن الغير مفسد سواء كان المخبر رجلا أو امرأة ، عبداً كان أو امة ، عدلاً أو فاسقاً .

أما في المنكوحة فالإلزام يكون ضمنا لا قصداً .

فإن قلت : إن خبر جعل الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجـــه ، فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول ، وهو أن الملك للزوج ثابت ، والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد .

قلت : إن ذلك كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلـــك بل باستصحاب الحال ، وخبر الواحد اقوى منه ثم هذا الذي ذكره في الاخبار ، أما في الشهادة فلا يصح ، وإن كان الشاهد اثنين حتى لا يقضي القاضي بالفرقة لأنه قضاء على الغــائب ذكره في الفصول الاستروشني ، وفي التتمه : إذا شهد اثنين أن فلاناً طلق امرأته والزوج غائب لا يقبل ، وإن شهد عند المرأة حل لها أن تعتد وتتزوج بآخر ، وكذا إذا شهد عندها رجل عدل ووقع في قلبها أنه صادق .

وفي شرح الكافي رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فأخبر مخبر انها قد ارتدت عن الإسلام ، فإن كان المخبر عدلاً ثقة حـــل له أن يتزوج بأختها أو بأربع نسوة سواها لعدم المنازع في امر يتصور وقوعه وإن غلب على ظنه أنه كاذب لا يعمـــل بخبره . وكذا إذا كانت صغيرة فأخبر أنها ارتضعت من امه أو اختـــه ، لأن هذا من باب الديانة فقبل فيه خبر الواحد ، ولو قال تزوجتها يوم تزوجتها وهي مرتدة أو معتدة أو بعدما ارتضعت من اهلك لم يسعه أن يتزوج بأختها أو اربع سواهـــا . وإن كان المخبر عدلاً لأن هذا الخبر في موضع المنازعة لأن الظاهر من حال العـاقل أنه يدعي صحة عقده وهذا يدعي فساده فلا يقبل إلا إذا شهد عنده شاهدان عدلان على ذلك .

ولو قالت المرأة لرجـــل قد طلقني زوجي وانقضت عدتي يحل له أن يتزوجها إذا غلب على ظنه صدقها . وكذلك المطلقة ثلاثاً إذا اخبرت أنها استحلت بزوج ثان وطلقها وانقضت عدتها حل للزوج أن يتزوجها لأنها اخبرت عن امر لا منازع لها فيه . ولو اتاها

وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عـــدتي ، فلا بأس أن يتزوجها . وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث ، انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي ، فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الأول . وكذا لو قالت جارية : كنت أمـــة

---

رجل فأخبر أن اصل نكاحها فاسد ، وإن زوجها كان اخاها من الرضاعة ، أو مرتداً ، لم يسعها أن تتزوج بزوج آخر ، وإن غلب على ظنها ، لأنه في موضع المنـازعة إذ الزوج يدعي صحة العقد ، فلا يكون مقبولاً .

وكذلك جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يدى رجل يدعي أنها له فلمـا كبرت ، لقيها رجل فقالت : إن سيدي اعتقني ، حل له ان يزوجها . ولو قالت : أنا حرة الأصل لم تحل له أن يتزوجها لأن الخبر الاول في غير موضع المنازعة ، والثـــاني في موضع المنازعة .

وكذلك الحرة نفسها لو تزوجت رجلاً ثم أتت غيره فأخبرته أن نكاحها كان فاسداً لم يحل له أن يتزوجها،ولو ادعت أنه طلقها،حل لمن سمع مقالتها أن يتزوجها لهذا المعنى .

وكذلك لو قالت ارتد عن الإسلام بعدماتزوجني أو اقر بعدالنكاح أنه كان مرتداً حين تزوجني لأنها ادعت امراً عارضاً في غير محل التنازع فيقبل .

وقد اشار المصنف « رح » إلى هذه المسائل على ما يأتيك مفصلة ، وهـذه المسائل من قوله : ولو أن امرأه اخبرها ثقة إلى قوله وإذا باع المسلم خمراً ، من مسائل كتـــاب الاستحسان ، ذكرها تفريعاً على مسائل الجامع الصغير .

( وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس أن يتزوجها ) المخبر إذا غلب على ظنه صدقها .

( وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث : انقضت عدتي ، وتزوجت بزوج آخر ، ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي ؛ فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول ) لأنها اخبرت عن امر لا منازع فيه .

( وكذا لو قالت الجارية كنت امة لفلان فأعتقني ) يحـــل للمخبر له أن يتزوجها

لفلان فأعتقني لأن القاطع طارىء ، ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسداً ، أو كان الزوج حين تزوجها مرتداً أو أخاهـــا من الرضاعة ، لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبر مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها وأربع سواها ، حتى يشهد بذلك عدلان ، لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده ، فيثبت المنازع بالظاهر . بخلاف مـــا إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارىء ، والإقدام الأول لا يـــدل على انعدامه فلم يثبت المنازع .

---

( لأن القاطع طارىء ) أي القاطع للرقبة ، عارض وهو العتق ولا منازع .

( ولو اخبرها مخبر أن اصل النكاح كان فاسداً ، أو كان الزوج حين تزوجها مرتداً أو اخاها من الرضاعة ، لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان ) لأن هذا خبر في موضع المنازعة .

( وكذا إذا اخبره مخبر : أنك تزوجتها وهي مرتدة ، أو اختك من الرضاعة ، لم يتزوج بأختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه اخبر بفساد مقارن ) للعقد . ( والإقدام على العقد يدل على صحته وإنكار فساده ) أي العقد . ( فيثبت المنـــازع بالظاهر ) فلا يقبل قوله . ( بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنهـــا ارتضعت من امه أو اخته حيث يقبل قول الواحـــد فيه ) . أي في الإخبار بالارتضاع ( لأن القاطع طارىء ) أي القاطع للزوجة عارض وهو الرضاع . ( والاقـــدام الاول ) وهو ما تقدم من صحة عقد النكاح بدليـــل موجب له وهو العقد الذى ( لا يدل على انعدامه ) أي على انعدام الإرتضاع دل عليه قوله ارتضعت (فلم يثبت المنازع) فلم يقبل قوله .

فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ، ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له ، فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت : أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم .

---

فإن قلت ينبغي أن لا يقبل لما أن الملك الثابت فيها الغير لا يبطل بخبر الواحد ، كما لو اشترى لحماً ثم اخبر واحد أنه ذبيحة مجوسي حيث لا يبطل بهذا الخبر ملك المشتري ولا يرجع بالثمن على البائع ، لأن ملك الغير لا يبطل بخبر الواحد .

قلت : قد اجيب لك في السؤال الماضي : أن ملك الغير في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال ، وخبر الواحد اقوى منه . أما الخبر بكونه ذبيحة المجوسي بخبر بالمقصد الطارىء ، بل هو خبر بفساد البيع من الاول والاقدام على الشراء منازعة منه بصحة البيع فلا يقبل خبر الواحد بدون شهادة شاهدين .

( فافترقا ) أى حكم هذه المسألة . وحكم الشيء قبلها لوجود المنازعة في الاولى دون هذه فافهم .

( وعلى هذا الحرف يدور الفرق ) أى على هذه الثلاثة يدور الفرق بين هذه المسائل التي فيها قبول قول الواحد ، والتي ليس فيها ذلك ، يعني إذا كان الاخبار في غير موضع المنازعة ، ويقبل قول الواحد ، وإذا كان في المنازعة لا يقبل .

( ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت ) بكسر الباء ، يقال كبر بالكسر في السن ، وكبر بالضم في الجثة والشرف .

( لقيها رجل في بلد آخر فقالت : أنا حرة الاصل ، لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم ) اراد به قوله أنها لو قالت : كنت امة لفلان فأعتقني ، حيث يقبل قولها لأن الخبر الاول في غير موضع المنازعة .

وفي النوازل اشترى امة فقالت : أنا حرة لا يرد بها على البائع ، ولكن يتزوجها وحل له وطئها لأنها أمة أو امرأة .

قـــال : وإذا باع بالمسلم خمراً أو أخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه ، وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به ، والفرق أن البيع في الوجه الأول قد بطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشترى ، فلا يحل أخذه من البائع . وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الأخذ منه .

---

وكان شداد إذا اشترى أمة يتزوجها ويقول : لا ادري لعلها حرة أو لعل جري كلام الحرية على لسان أنسبائها هذا بطريق الاحتياط ، ولكن لا يعتق بذلك .

( قال : وإذا باع المسلم خمراً أو اخذ ثمنها وعليه دين فإنه يكره لصـــاحب الدين أن يأخذ منه ، وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به ) أى قال في الجـــامع الصغير .

( والفرق ) بين الوجهين ( أن البيع في الوجه الاول قد بطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشترى فلا يحل اخذه من البائع ) يعني أن العقد على الخمر غير منعقد في حق المسلمين فيكون الثمن المقبوض مستحق الرد على البـــائع شرعاً ، فصار كالمغصوب في يده ، ومن قضى بالدراهم المغصوبة لا يحـــل للقابض أن يقبضه إذا علم به فهذا مثله .

( وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الذمي ، فملكه البائع فيحل الاخذ منه ) لأن الخمر لهم كالعصير لنا لأنه رخص لهم في البيـع .

قال عمر رضي الله تعالى عنه : ولو هم ببيعها وأخذوا العشر من اثمانها .

وعن محمد رحمه الله : هذا إذا كان القضاء والإقتضاء بالتراضي ، فأما إن كان بالقضاء بأن قضى القاضي عليه بهذا الثمن ، ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلـــك بقضائه ، وإنما حرم عند الإقتضاء بالتراضي .

وفي فتاوى الوالوالجي : رجل مات وكسبه من بيع البازق إن تورع الورثة عن اخذ ذلك كان اولى ، ويردون على اربابها لأنها ممكن فيـــه نوع حيث وإن لم يعرفوا اربابها

## قال : ويكره الاحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الإحتكار بأهله . وكذلك التلقي .

تصدقوا بها ، وكذلك الجواب فيما اخذ رشوة وظلماً إن تورع الورثة وكان اولى . وأما المغني والنائحة والقول والامر فيه ايسر لأن فيه اعطى بالرضا من غير شرط وعقد ، وأما الإهداء والضيافة فينظر إن كان غالباً المهدي والضيف لا يقبله ما لم يجزان ذلك المال حلال ، وإن كان غالب ماله حلالاً فلا بأس بأن يقبل حتى يتبين عنده أنه حرام .

رجل مات وابنه يعتمد أنه كان يكتسب من حيث لا يحل لكن لا يعلم ذلك بعينه ليرد عليه ، فالميراث له حلال في الحكم لوجود المطلق انعدام المانع بعينه فينصرف فيه حيث شاء ولا يؤمر بالتصدق ، فإن تورع وتصدق كان اولى لكن يصدق بينه خصى ابيه .

رجل جمع المال وهو مطرب مغن هل يباح له ذلك إن كان اخذ المال من غير شرط يباح له لأنه اعطى المال عن طوع ، كذا في فتاوى الوالوالجي .

وفي الدراية ولو قضى دينه بدراهم أو دنانير مغصوبة لا يحل للقابض قبضه إذا علم .

( قال : ويكره الإحتكار في أقوات الآدميين والبهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الإحتكار بأهله ) أي قال القدوري «رح» ، والاحتكار الجمع والحبس ، يقال : احتكر الطعام وغيره إذا جمعه يتربص به الغلاء ، كذا في ديوان الأدب . وفي المجمل : الحكر حبس الطعام إرادة غلائية وهو الحكر ، والحكر أيضاً .

وفي الكافي : الاحتكار حبس الطعام للغلاء ، افتعال من حكر ، إذا ظلم . وقيل حبس وحكر الشيء إذا استبد به وحبسه عن غيره .

وفي اصطلاح أهل الشرع : حبس أقوات الناس والبهائم عن البيع يتربص الغلاء شهراً فما زاد فيهما اشتراه في المصروفية اضرار بالناس .

( وكذلك التلقي ) أي وكذا يكره التلقي : الجلب ، إذا كان في بلد يضر أهله ، وإلا فلا ، والمراد منه أن يخرج من البلدة إلى القافلة التي جلبت الطعام ، فاشتراها خارج البلد ،

فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به ، والأصل فيه قوله عليه السلام: « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» .

---

يكره وإلا فلا ، إذا كان لا يضر فلا بأس به .

( فأما إذا كان الاحتكار لا يضر بأهله فلا بأس به ) وكذا التلقى كما ذكرنا (والأصل فيه ) أي في كون الاحتكار مكروهاً ، وفي التلقى أيضاً ، والأحسن أن يقال: والأصل في كون كل واحد من الاحتكار والتلقى مكروهاً إذا كانا يضران بالبلد .

فإن قلت : كيف يقول الأحسن هـــذا ؟ والحديث لا يدل على كراهته الإحتكار وحديث التلقي باي .

قلت : علة كراهة الاحتكار ، التضييق على الناس وهي موجودة في التلقى ، فصح أن يكون حديث الاحتكار أصلاً في البابين ، وحديث التلقى الذي يأتي فيا بعد يكون زيادة بيان وتوضيح لأنه صريح في بابه فافهم .

( قوله ﷺ : « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في التجـــارات ، عن علي بن سالم بن ثوبان ، عن علي بن زيد بن جدعان ، عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب «رض» عنه قال : قال رسول الله ﷺ « الجـــالب مرزوق والمحتكر ملعون » .

رواه اسحاق بن راهوية والدارمي ، وعبدالله بن حميد وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم والبيهقي في شعب الايمان .

ورواه العقيلي في كتاب الضعفاء ، وأعله بعلي بن سالم وقال لا متابعة عليه أحد بهذا اللفظ . وقد روى بغير هذا السند،والمتن عن معمر بن عبد الله العدوى عن النبي ﷺ قال «لا يحتكر إلاخاطيء» . وحديث معمر هذا أخرجه مسلم «رح» في صحيحه باللفظ المذكور في كتاب البيوع .

روى حديث عمر رضى الله تعالى عنه الحاكم في المستدرك في البيوع ولم يذكر فيه الجالب .

ورواه ابراهيم الحرى في كتاب غريب الحديث عن عثمان بن عفان«رض» حدثنا أبوخيثمة حدثنا يحيى بن أبي بكر عن اسرائيل ، عن علي بن سالم ، عن علي بن زيد ، عن سعيد ابن

ولأنه تعلق بـــه حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضر بهم ذلـــك بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيراً لأنه حابس ملكه من غير أضرار بغيره وكذا التلقي على هـــذا التفصيل لأن النبي ﷺ نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان

---

المسيب «رض» ، عن عثمان بن عفان مثله سواء .

وقال الفقيه أبو الليث « رح » في كتاب تنبيه الغافلين ، وروى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب «رض» ، عن رسول الله ﷺ قال «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»

قال الفقيه أبو الليث «رض» وأراد بالجـــالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه إلى بلده ، فيبيعه فهو مرزوق لأن الناس ينتفعون به فيناله بركة دعـــاء المسلمين ، والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضر بالناس لأن في ذلك تعنيفاً على المسلمين .

فإن قلت ما معنى اللعن هنا ؟

قلت : اللعن هنا على نوعين ، أحدهما الطرد عن رحمـــة الله سبحانه وتعالى وذلك لا يكون إلا للكافر ، والثاني الإبعاد عن درجة الأبرار ، ومقام الصالحين وهو المراد هنا لأن عند أهل السنة والجماعة : المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب الكبيرة .

( ولأنه تعلق به حق العامة ) أي ولأن الشيء الذي احتكره المحتكر تعلق به حق الناس جميعهم .

( وفي الإمتناع عن البيع إبطال حقهم وتضييق الأمر عليهم ، فيكره إذا كان يضر بهم ذلك ) أي الإحتكار أو الحبس (بأن كانت البلدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيراً لأنه حابس ملكه من غير اضرار بغيره ) لأن العـــلة هي الإضرار ، فإذا انتهى الإضرار ينبغي الكراهة .

( وكذا التلقى على هذا التفصيل ) يعني إن أضر بأهل البلدة يكره ، وإلا فلا ( لأن النبي ﷺ نهى عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان ) . هذان حديثان ، فالأول أخرجه

قالوا : هذا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة ، فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنـــه غادر بهم وتخصيص الاحتكار

---

مسلم « رح » عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن تلقى الجلب . وفي لفظه « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشتراه ، فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار . الثاني أخرجه البخاري «رح» ومسلم عن طاوس عن ابن عباس «رض» عنهما قال . قال رسول الله ﷺ لا تتلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لبادي انتهى .

والجلب ، بفتح الجيم بمعنى المجلوب ، ومن جلب الشيء جلبه من بلد إلى بلد للتجارة جلبا وجلبا والركبان الجماعة من أصحاب الإبل في السفر ، وكذلك الركبان أصحاب الإبل دون الدواب ، وهم العشرة فما فوقها والجمع أراكب، والركبة أقل من الركب والاركوب أكثر من الركب .

وقال تاج الشريعة «رح» فلو كانت الرواية على طريق الجمع يكون ذكر الاول على سبيل العموم ، وذكر الثاني على الخصوص كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ وملائكته وكتبه ورسله وجبريل وميكال ﴾ ولو لم يكن كذلك يكون حديثين ، ويكون التقدير نهى عن تلقي الركبان قيل في معنى تلقى الركبان ، يستقبل الركب فيشتري الطعام منهم بما دون السعر في المصر ، وهم لا يشعرون بذلك ثم يبيع بما هو سعر المصر فيكون للضرر بالناس انتهى كلامه .

قلت قد بينا أن هـــذين حديثان لا اختلاط لأحدهما بالآخر الاول رواه أبو هريرة والثاني ابن عباس «رض» كما بينا ، فلا يحتاج إلى التكلف الذي ذكره .

( قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقى على التجار سعر البـــلدة ، فإن لبس فهو مكروه في الوجهين ) أي قال المشائخ « رح » هذا الذي ذكرناه من الكراهة فيما إذا أضر بأهـــل البلدة ، وعدم الكراهة فيما إذا لم يضر بهم ، فيما إذا اشترى الملتقى بلا تلبيس السعر على التجار ، وأما إذا لبس عليهم فإنه يكره سواء أضر بأهل البلدة أو لم يضر ، وهو معنى قوله في الوجهين أي في صورة الاضرار وعدم الإضرار .

( لأنه غادر بهم ) أي لأن المتلقى حينئذ غادر بهم بالتجارة والغدر حرام (وتخصيص

بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبي حنيفة « رح » .
وقال أبو يوسف « رح » : كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً . وعن محمد « رح » أنه قال : لا احتكار في الثياب فأبو يوسف « رح » اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة وأبو حنيفة « رح » اعتبر الضرر المعهود المتعارف .

---

الاحتكار بالأقوات ) أي تخصيص القدوري « رح » بالاحتكار بالأقوات وهو جمع قوت .

( كالحنطة والشعير والتبن والقت ) بفتح القاف وتشديد التاء .

قال في العباب : هو الفصفصة إذا جفت وهو جمع قتة كتمر وتمرة .

ثم قال في باب الفصفصة الرطبة وأصلها بالفارسية أمست .

قلت : المراد منه الفرط اليابس وهو الذي يسميه أهل مصر الدريس ، ويسمون الرطب الفرط والبرسيم .

( قول أبي حنيفة « رض » عنه ) خبر لقوله وتخصيص الاحتكار ( وقال ابو يوسف «رح» كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ثوباً أو ذهباً أو فضة ، وعن محمد « رح » انه قال لا احتكار في الثياب ) قال الكرخي في مختصره وقال ابن سماعة ، عن أبي يوسف «رح» الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكاره .

قال والاحتكار أن يحبسه عنده اكثر من سنة فإن حبسه عنده شهراً أو نحو ذلك فإثمه على قدر ما يحبسه . وقال هشام الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم ، وليس في الثياب حكرة ، ولا في العسل ، ولا في السمن ، ولا في الزيت حكرة .

وقال أبو يوسف في الزيت حكرة ( فأبو يوسف «رح» اعتبر حقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة ) أي وحقيقة الضرر موجودة في كل شيء ولعموم النهى ايضاً .

( وأبو حنيفة « رح » اعتبر الضرر المعهود المتعارف ) غالباً بين الناس ، وذكر في

ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر ، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقق الضرر . ثم قيل : هي مقدرة بأربعين يوماً لقول النبي عليه السلام : «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه» .

---

الكافي محمد مع أبي حنيفة «رح» قال وعليه الفتوى والحاصل أنهما اعتبر الأمر الغالب العام وذلك لا يكون إلا فيما هو ضرر مطلق .

وقال القدوري في شرح الكرخي وأما قول محمد «رح» إن حبس الارز ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به ، وأما الموضع الذى هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار ، وأما الثياب فلأن قوام الأبدان وبقاء الحياة لا يقف عليها . وقوت الحياة ما كان قيامه به من المأكول .

( ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكاراً لعدم الضرر ، وإذا طالت يكون احتكاراً مكروهاً لتحقق الضرر ، ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله ﷺ « من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه ) . هذا الحديث أخرجه أحمد وابن أبي شيبة والبزار وأبو يعلى الموصلي «رح» في مسانيدهم ، والحاكم «رح» في المستدرك ، والدارقطني في غرائب مالك ، والطبراني في معجمه الوسط ، وأبو نعيم في الحلية كلهم من حديث اصبغ بن زيد «رض» ، حدثنا ابو بشر عن أبي الزناد عن كثير بن مرة الحضرمي عن أبي عمر «رض» عن النبي ﷺ قال « من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد بريء من الله وبريء الله منه وأيما اهل عرصة هلك منهم أمرءاً ضياعاً فقد برئت منهم ذمة الله » . وكلهم رووه عن يزيد بن هارون ، عن إصبغ بن زيد إلا الحاكم فإنه أخرجه عن عمرو بن الحصين ، عن اصبغ بن زيد به . وإصبغ بن زيد مختلف فيه فوثقه أحمد والنسائي وابن معين ، وضعفه ابن سعد وذكره ابن عدى « رح » في الكامل وساق له ثلاثة أحاديث منها هذا الحديث ، وقال ليس بمحفوظ قال ولا أعلم روى عنه يزيد بن هارون وقال الذهبي في الميزان قلت روى عنه عشرة أنفس وقال في مختصر المستدرك عمرو بن الحصين تركوه ، وإصبغ بن يزيد فيه لين .

وقال ابن حاتم في كتاب العلل : سألت أبي عن حديث رواه يزيد بن هارون ، عن

وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل ، والشهر وما فوقه كثير آجل ، وقد مر في غـــير موضع . ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العسرة ، وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله . وقيل : المـــدة للمعاقبة في الدنيا إما يأثم وإن قلت المدة والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة . قال : ومن احتكر غلة ضيعته ، أو مـــا جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر :

---

إصبع بن زيد به سنداً أو متنا ، فقال أبي : هذا حديث منكر وأبو بشر لا أعرفه .

( وقيل بالشهر ) أي قيل هي مقدرة بالشهر ( لأن ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل ) لهذا سقط الصوم بالجنون شهراً بخلاف ما دونه ، وكذا إذا جن الوكيل والموكل جنوناً مطبقاً بطلت الوكالة ، وحده شهراً عند أبي يوسف «رح» ولو قال: لاقصير دينه عن قريب ، فهو ما دون الشهر لأن الأشهر ، وما زاد عليه بعيد ، ولهذا كان الشهر أدنى الأجل في الحكم وما دونه في حكم الحال .

( وقد مر في غير موضع ) أي قد مر بيان أن الشهر كثير وما دونه قليل في غـــير موضع من الكتاب في الصلاة ، والسلم والوكالة واليمين وغيرها .

( ويقع التفاوت في المأثم ) أي الإثم وهو مصدر أثم ( بين أن يتربص العسرة ) أي بين أن يترقب ثمرة الطعام ( وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله سبحانه وتعالى ) أراد أن إثم من يتربص القحط أعظم من أثم من يتربص عسرة الطعام وهي الغلاء .

( وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا ) يعني ضرب المدة في الاحتكار لأجـــل المعاقبة في الدنيا يعني يقدر الإمام المحتكر ويهدده ( إما يأثم ، وإن قلت المدة ) تقديره أمـــا الاثم فإنه يأثم ، وإن قلت المدة وهذا تركيب تأباه قواعد العربية إلا بالتأويل .

( والحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة ) يعني بطريق الاحتكار ،أما الاسترباح فيه بلا احتكار فلا بأس به كذا في الفوائد الشاهية .

( قال : ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر ) أي قـــال

أما الاول فلأنه خالص حقه لم يتعلق بـــه حق العامة. ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيـع . وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة رح : لأن حق العـــامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها . وقال أبو يوسف رح : يكره لإطلاق ما روينا . وقال محمد رح كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الإحتكـــار فيه لتعلق العامة به بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً لم تجر العـادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة

---

القدوري « رح » ( أما الأول ) وهو ما إذا احتكر غلة ضيعته ( فـلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة . ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع ) فإذا كان كذلك لا يكون مبطلاً حق العامة .

( وأما الثاني ) وهو ما جلبه من بلد آخر ( فالمذكور قول أبي حنيفة «رح» لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمـــع في المصر وجلبه إلى فنائها ) بكسر الفـــاء ، وفي غير ذلك لا يتعلق حقهم .

( وقال أبو يوسف « رح » : يكره لإطلاق مـــا روينا ) أشار به إلى قوله ﷺ والمحتكر ملعون » .

( وقال محمـــد : كل ما يجلب منه إلى المصر في الغالب فهو بمنزلة فنـاء المصر ، يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة ، بخلاف ما إذا كان البلد بعيداً ، لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق به حق العامة )

وذكر الفقيه أبو الليث «رح» في شرح الجامع الصغير إن هذا على ثلاثة اوجـه : في وجه لا بأس به ، وفي وجه مكروه ، وفي وجه اختلفوا فيه . فأما الذي هو مكروه هو أن يشتري طعاماً في مصر ويمتنع عن مبيعه ، وفي ذلك ضرر بالناس فانه مكروه .

وروى عن محمد بن الحسن « رح» انه قال أجبره على البيـع فإن امتنع عن ذلـــك أعزره ولأشعره ويقول: بعه كما يبيعه الناس . وأما الذي لا بأس به ، فهو مـــا إذا كان له طعام

قـــال ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس ، لقوله عليه السلام «لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق»

---

دخل من ضيعته أو حمله من مصر آخر ، أو اشترى من مصر ، ولا يضر ذلك بالناس .

يعلم من هذا أن ما ذكره صاحب الهداية بقوله : والمذكور قول أبي حنيفة «رح» .

وقال أبو يوسف رحمه الله : يكره ، يعني فيما جلبه من بلد آخر فيـه نظر لأن الفقيه أورده في القسم المتفق عليه .

وقال القدوري «رح» أيضاً في كتاب التقريب : روى هشام عن أبي يوسف «رح» عن أبي حنيفة رحمه الله فيمن جلب طعاماً ثم احتكره لم يكره وكره وإنما الحكرة أن يشتري في المصر وقال أبو يوسف «رح» إن جلبه من نصف ميـــل فليس بحكرة ، فإذا لم يكن في هذا حكرة ؟ فكيف يكون فيما إذا جلبه من مصر آخر ؟ نص عليه الكرخي «رح» في مختصره .

وقال أبو يوسف « رح » : إذا جلبه من نصف ميل فليس بحكرة . وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو أنه إذا اشتراه من الرساتيق وحبسه في المصر ، قال الفقيه « رح » روى عن أبي حنيفة «رح» أنه : قال لا بأس به .

وفي قول محمد «رح» : هو محتكر لأن أهل المصر يتوسعون بالرساتيق فصار حكمها حكم المصر .

قال الفقيه أبو الليث «رح» : وبه نأخذ .

( قال : ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس ) أي قال القدوري رحمه الله، وعند مالك «رح» يجب التسعير على الوالي دفعـــاً للضرر عن العامة ، هكذا نقـــل خلافه الاترازي «رح» .

وقال الكاكي «رح» : التسعير لا يحل بلا خـــلاف العلماء فيه إلا في صورة تعدي أرباب الطعام فإنه لا يكره عندنا ، والصواب ما ذكره الكاكى «رح» .

( لقوله ﷺ « لا تسعروا ، فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق » ) هـــذا الحديث رواه أربعة من الصحابة : الأول ، أنس بن مالك «رض» ، أخرج حديثه أبو داود

ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره ، فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه ، إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين .

---

والترمذي في البيوع ، وابن ماجـــة في التجارات ، عن حماد بن سلمة ، عن قتادة وثابت وحميد ، ثلاثتهم عن أنس «رح» قال : قال الناس يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا ، فقال رسول الله ﷺ : « إن الله هو المسعر ، القابض ، الباسط الرازق ، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس احد منكم يطالبني بظلمة من دم ولا مال » .

قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

ورواه الدارمي ، والبزار ، وأبو يعـــلى الموصلي في مسانيدهم ، ورواه ابن حبان في صحيحه ، ولم يذكر فيه السعر هكذا وجدته في نسختين .

الثاني : أبو جحيفة ، أخرج حديثه الطبراني في معجمه،حدثنا محمد بن عبدالله بن غرير الموصلي ، حدثنا منان بن الربيع ، حدثنا أبو اسرائيل عن الحكم عن أبي جحيفة قـــال : قالوا يا رسول الله ﷺ سعر لنا فقال المسعر هو الله وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بعرض ولا مال .

الثالث ، عبدالله بن عباس « رض » عنهما ، أخرج حديثه الطبراني في معجمه ، عن الحكم الصغير ، حدثنا محمد بن يزيد بن عبد الوارث ، حدثنا يحيى بن صالح الرها،حدثنا عيسى بن يونس عن الأعمش ، عن أبي سالم بن أبي الجعد، عن أبي كريب، عن ابن عباش بلفظ حديث أبي جحيفة .

الرابع : أبو سعيد الخدري «رض» أخرج حديثه الطبراني في معجمه الاوسط،حدثنا محمد بن محمد العماد ، حدثنا أبو معين الراقاش ، حدثنا عبدالله الأعلى ، حـــدثنا سعيد الجزري ، عن أبي بصرة عن أبي سعيد الخدري قال : غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله ﷺ سعر لنـــا . فقال : « إن الله هو المسعر ، إني لأرجو الله أن ألقاه وليس أحد منكم يطالبني بظلمة في دين ولا دنيا » .

( ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره ، فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقـــه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة ) بأن يتعدى المعتاد تعدياً فاحشاً يبيع ما يساوى خمسين بمائة فحينئذ يمنع منه دفعاً للضرر عن المسلمين ، وأما المتعارف فليس به بأس ( على مـــا نبين )

وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك، وينهاه عن الاحتكار فإن رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس ، فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشاً وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير ، فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصيرة فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة « رح»

---

يعني عن قريب بعد سطرين ( وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر ) يعني الأمر الذي وقع بين الناس من الاحتكار ( يأمر المحتكر ببيع ما فضل من قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك ) ، يعني في قوله وقوت أهله . ( وينهاه عن الاحتكار فإن رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجراً له دفعاً للضرر عن الناس ) وذلك حتى يمتنع عن سوء عمله لأنه ارتكب أمراً محرماً .

وقوله زجراً ودفعاً كلاهما منصوبان على التعليل، وإنما ذكر العاطف لأن زجراً تعليل للتعزير ودفعاً تعليل الزجر وليس فيه حد مقدر فيعذر بحسب ما يراه الحاكم .

( فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعدياً فاحشا ) بأن يبيعوا قفيزاً بمائة مشتراه خمسون. ( وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به ) أي بالتسعير ( بمشورة من أهل الرأي والبصيرة ) أي البصيرة والمشورة بفتح الميم وبضم الشين وهو استخراج ما في البطن بالرأى ، ومحل الباء فيها النصب على الحال من الضمير المجرور في به .

( فإذا فعل ذلك ) أى القاضي ( وتعدى رجل عن ذلك) أي عن التسعير الذي سعره ( وباع بأكثر منه ) أى من الذي سعره ( اجازه القاضي ) ، يعني لا ينقضه ( وهذا ظاهر

لأنه لا يرى الحجر على الحر ، وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم . ومن باع منهم بما قدره الامام صح لأنه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه ، قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون

---

عند أبي حنيفة ) ، أي الذي ذكرناه من اجازة القاضي ببيعه ، ظاهر عند أبي حنيفة ( لأنه لا يرى الحجر على الحر ) .

وفي ابطال بيعه رأى حجر عليه (وكذا عندهما ) أى وكذا هو ظاهر عندهما، لأنهما وإن رأيا الحجر ، ولكن على حر معين أو قوم بأعيانهم ، أما على قوم مجهولين، فلا. وههنا كذلك فلا يصح ، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» .

وفي المحيط سعر السلطان ، وقال لا تنقصوا فاشترى أحد شيئاً والخباز يخاف إن نقص ذلك يضربه السلطان لا يحل أكله وحيله يعنى أن يقول المشترى بعني بما تحب .

( إلا ان يكون حجراً على قوم بأعيانهم ) وهذا استثناء من محذوف تقديره، وكذاعندهما لا يكون الحجر إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ، وقد ذكرنا ان الحجر على قوم مجهولين لا يصح .

( ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع ) . وقال الكرخي : قال محمد «رح» أجبر المحتكر على بيع ما احتكره واعزره ولا أسعر عليه . وقوله بع له كما يبيع الناس وبزيادة فيما يتغابن الناس بينهم ، ولا أتركه يبيع القفيز بمائة وهو يباع بأربعين .

وقال القدوري في شرحه وينبغي أن يكون قوله أجبره على قولهما على أصلهما في جواز الحجر على الحر .

وأما على قول أبي حنيفة «رح» يجب أن لا يجبر على البيع لأن الحجر على الحر لا يجوز .

( وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه ، قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون ) أشار به إلى اختلاف المشائخ فيه قال بعضهم : لا يبيع على

وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك . قال ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة ، معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة ، لأنه تسبيب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف أنــــه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك . قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره

---

مذهب أبي حنيفة ويبيع على قولهما في بيــع مال المديون المفلس إذا امتنع عن البيــع .

( وقيل يبيــع بالاتفاق ) واليه ذهب القدوري في شرحه ( لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام ) كالحجر على الطبيب الجاهل والمكاري المفلس والمفتي الماجن لأن ضررهم يرجع إلى العامة .

( وهذا كذلك ) أي وهذا الحكم وهو بيــع القاضي طعام المحتكر بغير رضاه كالحجر لدفع ضرر عام لأن ضرره يرجع على العامة .

( قال : ويكره بيــع السلاح في أيام الفتنة ) أي قال القدوري ( معناه ) أي معنى كلام القدوري يكره بيــع السلاح في أيام الفتنة ( ممن يعرف أنه من أهل الفتنة ، لأنه تسبيب إلى المعصية ) ، وهو الإعانة على العدوان وقد نهينا عنه ، قال الله سبحانه وتعــالى : ﴿ ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ .

( وقد بيناه في السير ) أي في آخر كتاب السير ( وإن كان لا يعرف أنه من أهـــل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فــــلا يكره بالشك ) لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة ، فصار كبيــع الحرير والديباج إلى الرجــل ، وإن جاز أن يلبسه لاحتمال أن يرفعه إلى امرأته وأولاده الإناث .

( قال : ولا بأس ببيــع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً ) أي قال القدوري « رح » ( لأن المعصية لا تقام بعينه ) أي بعين العصير ( بل بعد تغييره ) واستحالتــه إلى الخمر ( بخلاف بيــع السلاج في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه ) أي بعين السلاح .

بخلاف بيـــع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينـه . قال ومن أجر بيتاً ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة ، أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس ، هذا عند أبي حنيفة رح وقال لا ينبغي أن يكريـــه لشيء من ذلك ، لأنه إعانة على المعصية . وله أن الإجـــارة ترد على منفعة البيت ، ولهذا تجب الأجرة بمجرد

---

وفي فتاوى الولوالجي رجل له عبد أمرد أراد أن يبيعه من فاسق يعلم أنه يعصى الله فيه ، يكره هذا البيع لأنه إعانة على المعصية .

( قال ) أي في الجامع الصغير : ( ومن أجر بيتاً ليتخذ فيه بيت نار ) للمجوس ( أو كنيسة ) للنصارى ( أو بيعة ) لليهود ( أو يباع فيه الخمر ) لأهـــل الذمة أو الفسقة من المسلمين ( بالسواد ) يتعلق بالجميع تقديره : من أجر بيتـاً في السواد ليتخذ فيه بيت نار وكذلك البواقي ، وإنما قيد بالسواد لأن أهل الذمة يمنعون عن إحداث البيع ،والكنائس وبيع الخمر في الامصار ولا يمنعون عن ذلك في السواد لأن عامة شعائر الإسلام من الجمع والجماعات والاعياد ، وإقامة الحدود وغير ذلك يختص بالامصار ، ففي هـــذه الاشياء استحقاق بالمسلمين بخلاف السواد .

وقالوا ايضاً في سواد الكوفة ، لان الغالب فيها أهل الذمة والروافض، أما في سوادنا فيمتنعون عن احداث ذلك لان الغلبة في سوادنا لاهـــل الاسلام فيمنعون عن ذلك في السواد والامصار جميعاً .

( فلا بأس به ) أي بما ذكر من الاشياء ( وهذا عند أبي حنيفة ) أى هـــذا الذي ذكرناه من الجواز عند أبي حنيفة .

( وقالا : لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك ) أى يؤجره ، يقـــال ، اكراني داره أو دابته ، أى أجرنيها ، والمعنى انه لا يجوز أن يكري بيتـه بشيء من الذى ذكرناه . وبـــه قالت الثلاثة « رح » ( لانه إعانة على المعصية ) ومعنى المعصية عاصي .

( وله ) أى ولابي حنيفة «رح» ( أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهـــذا تجب

التسليم ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه، فقطع نسبته عنه وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار، لظهور شعائر الإسلام فيها بخلاف السواد

---

الاجرة بمجرد التسليم ، ولا معصية فيه ) أى في اجارة البيت ( وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه ) أي المستأجر مختار في فعل المعصية يعني أن ذلك باختياره ، ( فقطع نسبته عنه ) أى قطع نسبة المعصية عن العقد . وفي بعض النسخ فيقطع نسبه عنه ، وهذا كما إذا أخذ من هرب ممن قصده بالقتل حتى قتله لا شيء على الآخر لتخلل فعل فاعل مختار ، كذلك هذا الإثم على الآخر بهذا المعنى .

وقال شمس الائمة السرخسي «رح» في باب الإجارة الفاسدة من الاصل : وهو كمن باع جارية ممن لا يستبرئها أو يأتيها من غير المأتى لم يأثم من فعل المشتري .

وكذا قوله فيمن باع غلاماً قصد الفاحشة .

فإن قلت ، ألا ترى أن قوله سبحانه وتعالى ﴿ ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله﴾ الآية ، حرم المسبب وأن تخلل فعل فاعل مختار .

وقلت : الكلام في المسبب المحض أمـا إذا كان سبباً بعمل العلة فلا وسب الكافر والصنم كذلك لانه يبعث لهم ذلك على الفعل القبيح ، بخلاف اجارة البيت لانه لا يحمل المستأجر على اتخاذه بيت نار ، ولهذا لو أجر داره ليضع فيها متاعـا ، أو ليكن تحت الأجرة ، لانه لم يتعلق الإجارة بما قال ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لان البائع يعمل العـلة لانهم لا يتمكنون من إثارة الفتنة إلا بالسلاح ليكون البيـع منهم بمنزلة علة العلة .

( وإنما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار، لظهور شعائر الإسلام فيها) أي في الامصار وهي الجمع والجماعات والاعياد ، وإقامة الحدود على ما ذكرنا عن قريب . ( بخلاف السواد ) أى أهل القرى لانه ليست فيه شعائر الإسلام كالامصار .

قالوا هذا كان في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فأعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضاً وهو الأصح .
قال ومن حمل للذمي خمراً فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة «رح» ، وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك لأنه إعانة على المعصية ، وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشراً ، حاملها والمحمول إليه .

---

( قالوا ) أي المشائخ ( هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل ذمة ، فأما في سواد فأعلام الإسلام فيه ظاهرة فـلا يمكنون فيها ايضاً وهو الاصح ) وهو اختيار شمس الائمة السرخسي ، وفخر الإسلام البزدوي ، وعند الفضلي لا يمنعون من ذلك في السواد ، واحترز بقوله في الاصح عن قوله .

( قال : ومن حمـل للذمي خمراً فإنه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة ) أي قال في الجامع الصغير .

( وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله : يكره له ذلك ) .

وبه قالت الثلاثة «رح» لا يجوز العقد عندهم أصلا ، وعلى هذا الخلاف ، إذا استأجر من مسلم دابة أو سفينة لينقل عليها خمراً أو أستأجره ليرعى خنازيره ، ذكره شيخ الإسلام ( لانه إعانة على المعصية فقد صح أن النبي ﷺ لعن في الخمر عشراً : حاملهـا والمحمول اليه ) . هذا الحديث رواه أربعه من الصحابة رضى الله عنهم :

الاول : عبدالله بن عمر ، أخرج أبو داوود «رح» في سننه حديثه عن عبد الرحمن بن عبدالله الشافعي «رح» وأبي مولاهم أنهما سمعا عمر « رض » يقول : قال رسول الله ﷺ : « لعن الله الخمر ، وشاربها ، وساقيها ، وبائعها ، ومبتاعها ، وعـاصرها ، وآكل ثمنها ، ومعتصرها ، وحاملها والمحمول له إليه » .

ورواه أحمد وابن أبي شيبة ، واسحاق بن راهويه ، والبزار في مسانيدهم .

قال المنذري في مختصره : وسئل ابن معين عن عبدالرحمن اليافعي قال لا أعرفه . وذكره ابن يونس في تاريخهم وقال : إنه يروى عن ابن عمر ، وروى عنه عبدالعزيز بن عمر بن عبد العزيز

ولـه أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار ، وليس الشرب من ضرورات الحمل ،

---

وعبدالله بن عياش ، وأنه كان أميراً لا يدلس قتله الروم بالأندلس سنة خمسة عشر ومايه وأبو علقمة مولى ابن عباس ذكر ابن يونس أنه يروى عن ابن عمر وروى عنه عبد العزيز ابن عمر بن عبد العزيز وغيره من الصحابة وانه كان على قضاء أو لقيه وكان أحد فقهاء الموالي انتهى . وأخرجه الحاكم في المستدرك في الأشربة من طريق ابن وهب ، أخبرني عبد الرحمن بن شريح الخولاني عن ابن عمر عن النبي ﷺ وفيه قصة وقال صحيح الاسناد .

ورواه اسحاق بن راهوية في مسنده ، أخبرنا أبو عامر العندي ، حدثنا محمد بن أبي حميد ، عن أبي ذوبة المصري ، سمعت ابن عمر «رض» يقول : قال رسول الله ﷺ : « إن الله لعن الخمر وغارسها لا يغرسها إلا للخمر ، ولعن حاملها إلى المعصرة وعاصرها ، وشاربها وبائعها وآكل ثمنها ومدبرها .

الثاني : أنس بن مالك رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الترمذي وابن ماجة عن أبي عاصم عن مسيب بن يسير عن أنس بن مالك أن النبي ﷺ لعن في الخمر عشرة فذكره الا أن فيه عوض والمشتراة له. قال الترمذي«رح» حديث غريب من حديث أنس.

الثالث : عبدالله بن عباس «رض» ، أخرج حديثه ابن حبان في صحيحه عن مالك بن سعيد النخعي أنه سمع ابن عباس «رض» يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « أتاني جبرائيل فقال لى : يا محمد ﷺ إن الله لعن الخمر » فذكره باللفظ الأول ، إلا أن فيه عوض آكل ثمنها والمسقاة له .

ورواه الحاكم في المستدرك ، وقال حديث صحيح الاسناد ولم يخرجاه ، وشاهد حديث عمر «رض» ، ثم أخرج حديثه ورواه أحمد في مسنده .

الرابع : عبدالله بن مسعود رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه أحمد والبزار «رح» في مسنديهما ، أخبرنا محمد بن اسماعيل بن أبي فديك ، حدثنا عيسي بن أبي عيسى ، عن الشعبي ، عن علقمة عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه مرفوعاً بلفظ أبي داود « رح » سواء .

( وله ) أي ولأبي حنيفة «رح» ( أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار ، وليس

ولا يقصد به . والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها ، وهذا عند أبي حنيفة « رح » وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضاً ، هذا رواية عن أبي حنيفة

---

الشرب من ضرورات الحمل ) لأن الشرب قد يوجد بدون الحمل والحمل قد يوجد بلا شرب بل يكون الحمل للاراقة أو للصب في النخل ليتخلـــل فلم تكن المعصية من لوازمه ، بل المعصية توجد باختيار الفاعل ، فلا يوجب كراهية الحمـــل ، فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو لقطعه .

( ولا يقصد به ) أي لا يقصد الحامل بالحمل شرب الذمى ، بل تحصيل الاجرة .

( والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية ) هـــذا جواب عن استدلالهما بالحديث ، والمقرون بقصد المعصية هو شرب الخمر .

ولنا كلام فيه ، فإن ذلك مكروه ، قلت محمد هذا التأويل رواية اسحاق بن راهوية فليتأمل فإنه موضع نظر .

( قال : ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها ) أي قال في الجامـــع الصغير ، ( وهذا عند أبي حنيفة «رح» ) أي كراهية بيع أرض مكة عند أبي حنيفة وبه قال مالك وأحمد «رح» في رواية .

( وقالا : لا بأس ببيع أرضها أيضاً ) وبه قال الشافعي واحمد رحمها الله في رواية .

( هذا رواية عن أبى حنيفة «رح» ) أي قولهما رواية عن أبي حنيفة .

وروى الحسن عن أبي حنيفة «رح» : أن بيع دور مكة جـــائز فيها الشفعة ، كذا ذكره الكرخي في مختصره .

وقال في كتاب التقريب : روى هشام عن أبي يوسف ،عن أبي حنيفة رحمها الله ،انه كره إجارة بيوت مكة في الموسم ورخص في غير الموسم .

وكذلك قال أبو يوسف «رح» وقال هشام ، أخبرني محمد عن أبي حنيفة «رح» أنه

يكره كراء بيوت مكة في الموسم ، ويقول لهم أن ينزلوا عليهم في دورهم إذا كان فيها فضل ، وإن لم يكن فيها فلا ، وهو قول محمد ، انتهى .

وقال الطحاوي في مختصره : وكره أبو حنيفة «رح» بيع أرض مكة ، وهو قول مالك ، ورواه محمد «رح» عن أبي يوسف رحمه الله ، وقد روى غيره عن أبي يوسف أن ذلك لا بأس به .

وقال أبو جعفر هذا أجود ، والطحاوي أخذ بقول أبي يوسف «رح» في جواز بيع الأرض في شرح الآثار ، كما أخذ بقوله في مختصره . ومحمد «رح» أخذ في كتاب الآثار بقول أبي حنيفة : انه لا يجوز بيعها .

( لأنها ) أي لأن أرض مكة ( مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها ، فصار كالبناء ) أراد بالاختصاص الشرعي التوارث ، وقسمتها في المواريث من الصدر الأول إلى يومنا .

يريد بما رواه الطحاوي «رح» في شرح الآثار بإسناده أسامة بن زيد أنه قال : يا رسول الله ﷺ إنزل في دارك بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور أخرجه البخاري ومسلم ولفظهما : هل ترك لنا عقيل منزلاً ، وكان عقيل ورث أبا طالب ولم يرثه جعفر ولا علي لأنهما كانا مسلمين ، وكان عقيل وطالب كافرين ، فكان عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول من أجل ذلك : « لا يرث المؤمن الكافر » ، ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة يملك ، ويورث ، لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب لما تركه أبو طالب فيها من رباع ودور .

الرباع ، جمع ربع وهو دار الإقامة .

وذكر البيهقي في المعرفة فيه : أخبرنا الحاكم بسنده عن اسحاق بن راهوية قال : كنا بمكة ومعنا أحمد بن حنبل «رح» فقال لي أحمد يوماً : تعال أريك رجلاً لم تر عيناك مثله ، يعني الشافعي «رح» فذهبت معه فرأيت من اعظام احمد، الشافعي رحمه الله فقلت له : إني أريد أن أسأله مسألة ، فقال : هات . فقلت للشافعي يا أبا عبدالله ما تقول في

أجر بيوت مكة ؟ فقال لا بأس به . قلت : كيف وقد قال عمر رضى الله تعالى عنه : « يا أهل مكة لا تجعلوا على دوركم أبواباً ، ينزل البادي حيث شاء ، وكان سعيد بن جبير ومجاهد ينزلان ويخرجان ولا يعطيان أجراً .

فقال: السنة في هذا أولى ما فعلت. قال : أوفي هذا سنة ؟ قال نعم . قال رسول الله ﷺ : « وهل ترك لنا عقيل منزلاً » لأن عقيلا ورث أبا طالب ولم يرثه علي رضى الله عنه ولا جعفر «رض» لانهما كانا مسلمين ، فلو كانت المنازل في مكة لا تملك كيف كان يقول : وهل ترك لنا عقيل ، وهي غير مملوكة .

قال : فاستحسن ذلك أحمد وقال لم يقع هذا بقلبي .

فقال اسحاق والشافعي «رح» : أوليس قد قال الله سبحانه وتعالى ﴿ سواء العاكف فيه والباد ﴾ ؟ فقال له الشافعي «رح» اقرأ اولاً ﴿ والمسجد الحرام الذي جعلناه للناس سواء ﴾ ولو كان كما تزعم لما جاز لاحد أن ينشد فيها ضالة ، ولا ينحر فيها بدنة ، ولا يدفع فيها الارواث ، ولكن هذا في المسجد خاصة ، قال : وسكت اسحاق .

وروى الواقدي في كتاب المغازي : حدثني معاوية بن عبدالله عن أبيه ، عن أبي رافع رضى الله عنه قال : قيل للنبي ﷺ حين دخل مكة يوم الفتح : ألا تنزل منزلك من الشعب ؟ قال « فهل ترك لنا عقيل منزلاً؟ » وكان عقيل قد باع منزل رسول الله ﷺ ومنزل إخوته من الرجال والنساء بمكة فقيل له فانزل في بعض بيوت مكة فقال : « لا أدخل البيوت » فلم يزل مضطره بالحجون لم يدخل بيتاً ، وكان يأتي المسجد من الحجون .

قال السهيلي في الروض الانف: وقد اشترى عمر بن الخطاب الدور من الناس الذين بظهر الكعبة وألصقوا دورهم بها ، ثم هدمها وبنى المسجد الحرام حول الكعبة ، ثم كان عثمان رضى الله تعالى عنه اشترى دوراً بأغلى ثمن وزاد في سعة المسجد ، وهذا دليل على أن رباع مكة مملوكة لأهلها بيعاً وشراء .

وقال أبو الفتح اليعمري في سيرته عيون الاثر : هذا الخلاف بنى على خلاف آخر وهو

أن مكة هل فتحت عنوة أم أخذت بالأمان ؟

فذهب الشافعي إلى أنها مؤمنة ، يعني فتحت بالامان ، وهو كالصلح يملكها اهلها فيجوز لهم بيعها وشراؤها لان المؤمن يحرم دمه وماله وعياله .

وكان النبي ﷺ عهد إلى المسلمين : « أن لا تقاتلوا إلا من قاتلكم » وقال « من أغلق بابه فهو آمن ، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن » إلا الذين استثناهم النبي ﷺ فكان هذا أمان منه لكل من لم يقاتل من أهل مكة .

وأكثر أهل العلم إلى أنها فتحت عنوة ، لأنها أخذت بالخيل والركاب .

وجاء في حديث عن عائشة «رض» ، من طريق ابراهيم بن مهاجر في مكة : انها مباح من سبق ، ولا خلاف انها لم تجر فيها قسم ولا غنيمة ولا سبي من اهلها أحد لما عظم الله من حرمتها .

قال أبو عمر « رض » : الأصح ، والله سبحانه وتعالى ، أعلم إلى انها بلدة مؤمنة أمن أهلها على أنفسهم وكانت أموالهم تبعاً لها ، انتهى .

وكذلك قال ابن الجوزي في التحقيق : بيع رباع مكة مبني على أنها إن فتحت عنوة فيكون وقفاً على المسلمين فلا يجوز بيعها ، وإن فتحت صلحاً فهي باقية على أهلها فيجوز ، انتهى .

قلت : حديث مكة مباح من سبق ، رواه أبو عبيد القاسم بن سلام، حدثنا عبدالرحمن عن اسرائيل ، عن ابراهيم بن مهاجر ، عن يوسف بن ماهك ، عن عائشة «رض» ، قلت يا رسول الله ﷺ ألا نبني لك بيتاً يعني بمكة ، قال : لا إنما هي مباح لمن سبق.

وقال الحاكم في مستدركه عقيب حديث عبدالله بن عمر «رض» ، عن النبي ﷺ : « من أكل كراء بيوت مكة فإنما يأكل ناراً » .

وقد صحت الروايات أن رسول الله ﷺ دخل مكة صلحاً ، فمنها ما حدث وأسند عن أبي هريرة «رض» : أن النبي ﷺ حين سار إلى مكة ليفتحها قال لابي هريرة «رض» اهتفا بالأنصار قال : يا معشر الأنصار أجيبوا رسول الله ﷺ ، فجاؤا ، فكأنما كانوا على ميعاد .

## ولأبي حنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لاتباع رباعها ولا تورث

ثم قال اسلكوا هذا الطريق فسار وفتح الله عليهم ، وطاف رسول الله ﷺ بالبيت وصلى ركعتين ثم خرج من الباب الذي يلي الصفا فصعد الصفا فخطب الناس والانصار أسفل منه ، فقالت الأنصار بعضهم لبعض : أما الرجل فقد أخذ به رأفة بقومه ورغبته في قريتــه قال « فمن أنا إذاً ؟ كلا والله إني عبد الله ورسوله حقا فالمحيا محياكم والممات مماتكم .

قالوا والله يا رسول الله ما قلنا ذلك إلا مخافة يعاودونا . قال : أنتم صادقون عندالله ورسوله » فقال « والله ما منهم إلا من الحرة بالدموع .

قلت : قال الشيخ محيى الدين النووي «رح» وقال مالك وأحمد وأبو حنيفة وجماهير العلماء وأهل السير ، ففتحت عنوة واحتجوا بقوله ﷺ « احصروهم حصراً » وبقوله عليه السلام : « انتحت حصراً قريش » وبتسمية هذه الغزوة غزوة الفتح، يدل على ذلك ايضاً ، وكذا قوله سبحانه وتعالى : ﴿ إنا فتحنا لك فتحاً مبيناً ﴾ وقوله سبحانه وتعالى ﴿ إذا جاء نصر الله والفتح ﴾ والمراد بها عند الجمهور فتح مكة ، وهذا اللفظ لا يستعمل في الصلح إنما يستعمل في الغلبة والقهر وأيضاً فإن أهل السير عدوا الفتح من جملة الغزوات التي قاتل فيها النبي ﷺ ، وعدها ابن سعد تسعاً منها الفتح، وادعى الماوردي ان الشافعي « رح » انفرد بقوله فتحت صلحاً .

( ولأبي حنيفة « رض » قوله عليه السلام ألا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولاتورث) هذا الحديث أخرجه الحاكم في مستدركه في البيوع ، والدارقطني في سننه، عن اسماعيل ابن مهاجر عن أبيه ، عن عبدالله بن عمر «رض» قال : قال رسول الله ﷺ « مكة مباح لا تباح رباعها ولا تؤجر بيوتها » . وقال الحاكم : حديث صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه .

وقال الدارقطني اسماعيل بن مهاجر : ضعيف ولم يروه غــيره ، وذكره ابن القطان « رح » في كتابه من جهة الدارقطني ، وأعله باسماعيل بن مهاجر قال : قــال البخاري « رح » منكر الحديث .

ورواه ابن عـــدي والعقيلي في كتابيهما وأعـــلاه باسماعيل ، واسهالا في اسماعيل لا يشايع عليه .

وقال صاحب التنقيح : اسماعيل بن مهـــاجر هذا ، هو السلمي الكوفي ، وهو من رجال مسلم .

وقال النووي : لا بأس به ، وضعفه ابن عدي وكذلك أبوه ضعفوه .

وقال أحمد «رح» : أبوه أقوى منه .

وأخرجه الحاكم والدارقطني أيضاً عن أبي حنيفة «رح» عنه عبدالله بن أبي نجيح عن عبدالله بن عمر « رض » ، عن النبي ﷺ قـــال : « إن الله حرم مكة فحرم بيع رباعها وأكل ثمنها ».

وقال : « من أكل من أجر بيوت مكة فانما يأكل ناراً » . وفي لفظ الدارقطني قال: « مكة حرام ، وحرام بيع رباعها ، حرام أجر بيوتها » . سكت عن الحـــاكم وجعله شاهداً لحديث مهاجر .

وقال الدارقطني هكذا رواه أبو حنيفة «رح» ووهم في موضعين أحـــدهما ، قول عبيد الله وابن أبي يزيد ، وإنما هو ابن ابي زياد القداح . والثاني ، في رفعه ، والصحيح أنه موقوف .

ثم أخرجه عن عبيد الله بن يونس ، حدثنا عبيد الله بن أبي زياد « رح » وحـــدثنا ابن أبي نجيح عن عبيد الله بن عمر « رض » وقال : « الذي يأكل كراء بيوت مكة إنما يأكل في بطنه ناراً » .

وذكر ابن القطان حديث أبي حنيفة «رح» في رواية محمد ابن الحسن عنه ، وقال علته ضعف أبي حنيفة ، ووهم في قوله عبيد الله بن أبي يزيد وإنما هو ابن أبي زياد ، فلعل الوهم من صاحبه محمد بن الحسن انتهى .

قلت : أخرجه الدارقطني في آخر الحج عن أيمن بن نايل . عن عبيد الله بن أبي زياد عن ابن ابي نجيح ، عن عبيد الله بن عمر ، ورفع الحديث ، قال : « من أكل كراء بيوت مكة أكل الربا »

ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها ،

---

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن مجاهد «رض» قال : قال رسول الله ﷺ « مكة حرام حرمها الله ، لا يحل بيع رباعها ولا إجارة بيوتها».

حدثنا معتمر بن سليمان عن ليث عن مجاهد وعطاء وطاوس كانوا يكرهون أن يباع شيء من رباع مكة ، واما قول الدارقطني هكذا رواه أبو حنيفة ، ووهم في موضعين غير صحيح ولا مسلم لأن محمداً «رح» رواه في الآثار عن أبي حنيفة « رح » عن عبيدالله بن أبي زياد عن ابن نجيح عن عبدالله بن عمرو ، به وليس فيه وهم ، وبهذا ايضاً سقط كلام ابن القطان حيث نسب الوهم إلى محمد بن الحسن .

وأما قوله والثاني في رفعه والصحيح موقوف فمردود أيضاً لأن رفع الثقات صحيح ولا سيما مثل هذا الإمام .

وأما قول ابن القطان : وعلته ضعف أبي حنيفة « رح » فإساءة أدب وقلة حياء منه فإن مثل الإمام الثوري وابن المبارك واضرابهما وثقوه واثنوا عليه خيراً فما مقدار من يضعفه عند هؤلاء الاعلام الاثنان وقد اشبعنا الكلام فيه وفي مناقبه التي جمعناها في تاريخنا الكبير .

( ولانها ) أي ولان مكة ( حرة ) أي خالصة لله تعالى ووقف الخليل عليه السلام موضع الحرم ( محترمة ) أي لها حرمة عظيمة ، وقد حرمها ابراهيم الخليل صلوات الله عليه وسلامه .

وقال ﷺ : « ألا إن مكة حرام منذ خلق الله السموات والارضين » الحديث.

( لانها فناء الكعبة ) أي لان مكة فناء الكعبة ( وقد ظهر أثر التعظيم فيها ) أي قد ظهر أثر تعظيم الكعبة في مكة ( حتى لا ينفر صيدها ) أي لا يزعج من موضعه ولا يخوف ( ولا يختلى خلاها ) الخلاء مقصور الرطبة من الحشيش الواحدة خلاة .

ومعنى قوله : لا يختلى خلاها ، أي لا يقطع خلاها ( ولا يعضد شوكها ) أي لا يقطع من العضد ، وهو القلع فيما إذا ظهر في هذا فلأن يظهر في حرمة البيع ، كان أولى لان

فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضاً لقوله عليه السلام من أجر أرض مكة فكأنما أكل الربا. ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام ، من احتاج اليها سكنها ، ومن استغنى عنها اسكن غيره

---

جعلها عرضة التمليك والتملك ابلغ في الإنابة من عضد الشوك وأصل الخلاء وشغر الصيد أشار اليه بقوله ( فكذا في حق البيع ) أي فكذا يظهر في أثر تعظيمها في حق البيع ( بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ) فيجوز بيعه ، وكمن غرس شجراً في أرض الحرم او في ارض الوقف ، او في طريق العامة يجوز بيعه .

( ويكره إجارتها ايضاً ) أي إجارة بيوت مكة ( لقوله ﷺ : « من أجر أرض بيوت مكة فكأنما أكل الربا ) هـذا الحديث بهـذا اللفظ غريب ، وإنما روى محمد بن الحسن في الآثار عن أبي حنيفة «رح» عن عبدالله بن أبي زيادة عن ابن أبى نجيح ، عن عبيد الله بن عمرو «رض» عن النبي ﷺ قال : من أكل من أجور مكة شيئاً فإنما يأكل ناراً أو تقدم حديث الدارقطني عن ايمن بن نابل .

وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا ابن جريج قال : كان عطاء انتهى أن تؤجر بيوت مكة ، وقال أخبرنا معمر عن منصور ، عن مجاهـد عن عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه قال: يا أهل مكة لا تتخذوا لدوركم أبواباً لينزل البادي حيث شاء . قال معمر واخبرني بعض أهل مكة ، قال لقد استخلف معاوية وما لدور مكة باب قال واخبرني من سمع عطاء يقول سواء العاكف فيه والبادي ، قال : ينزلون حيث شاؤوا .

( ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله ﷺ من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره) السوائب جمع سائبة، وهي التي لا مالك لها ينتفع من شاء .

وروى الطحاوي باسناده إلى علقمة قال: توفى رسول الله ﷺ ، وأبو بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم ورباع مكة تدعى السوائب، من احتاج سكن ومن استغنى أسكن .

وروى أيضاً باسناده إلى علقمة بن فضلة قال : كانت الدور على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان رضى الله تعـالى عنهم وهي لا تباع ولا تكرى ، ولا يدعى إلا السوائب .

ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لأنه ملكه قرضاً وجربه نفعا وهو إن يأخذ منه ما شاء حالاً فحالاً

---

فأخرجه ابن ماجة « رح » ايضاً ، حـــدثنا أبو بكر بن أبي شيبة عن عيسي بن أبي يونس عن عمر بن سعد بن أبي حسين ، عن عقاب بن أبي سليان عن علقمة بن فضالة قال : كانت الدور والمساكن حين توفى رسول الله ﷺ وأبو بكر وعمر وعثمان ومـــا يدعى رباع مكة إلا السوائب ، من احتاج سكن ، ومن استغنى اسكن .

وكذلك رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده، ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه ، ورواه أبو الوليد محمد بن عبدالله الازرقي في كتابه تاريخ مكة . حدثنا جدي أحمد بن محمد بن الوليد الأزرقي ، حدثنا يحيى بن سليم ، عن عمر بن سعدبن أبي حسين ، عن عثمان بن أبي سليان عن علقمة بن فضالة قال كانت الدور والمساكن على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان « رض » لا تكرى ولا تباع ولا ترعى الا السوائب من احتاج سكن ومن استغنى أسكن . قـــال يحيى « رح » فقلت لعمر إنك تكرى قال قد احل الميتة للمضطر إليها وأخرج الدارقطني أيضاً عن معاوية بن هشام حدثنا سفيان عن عمر بن سعيد عن عثمان بن أبى سليان عن نافع بن جبير بن مطعم عن علقمة بن فضة الكتابى قال : كانت بيوت مكة تدعى على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضى الله عنهما السوائب ، لا تباع ، من احتاج سكن ، ومن استغنى اسكن .

فإن قلت : قال البيهقي هذا الحديث فيه انقطاع ورفعه وهم والصحيح وقفه .

قلت : فهذا ابن ماجة بسند صحيح على شرط مسلم وأخرجه الطحاوي والدارقطني وغيرهما ، وعلقمة هذا صحابي ، كذا ذكره على هذا الشأن ، وإذا قال الصحابي مثـل هذا الكلام كان مرفوعاً على ما عرف وفيه تصريح عثمان بالسماع من علقمة فأين الإنقطاع.

( ومن وضع درهماً عند بقال يأخذ منه ما يشاء يكره له ذلك ) البقـــال هو الذي يبيع قوابل الطعام وغيرها ، وهذا في اصطلاح تلك البلاد ، وأهل الشام يسمونه القاضي وأهل مصر الزيات .

( لأنه ملكه قرضاً وجربه نفعاً وهو أن يأخذ منه ماشاء حالاً فحالاً) أي لأن وضع

الدرهم ملك البقال ذلك الدرهم من حيث القرض .

فإن قلت : قوله عند بقال يدل على انه وديعة لأنه عنه للوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ، مع انه فرق بينهما .

قلت : يجوز أن يكون قوله يأخذ منه ما شاء خارجاً مخرج الشرط ، يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ما شاء ، وأما إذا وضعه ولم يشترط شيئاً فهو وديعة إن هلك لا يضمن البقال شيئاً .

( ونهى رسول الله ﷺ عن قرض جر نفعـاً ) روى سعيد بن منصور في سننه ، ثم البيهقي من حديث اسماعيل بن عياش عن عتبة ، عن حميد الضبي ، عن يزيدبن أبي يحيى سألت أنس بن مالك فقلت يا أبا حمزة الرجل منا يقرض اخاه المال فيهدى اليه ، فقال قال رسول الله ﷺ « إذا أقرض أحدكم أخاه قرضاً فأهدى اليه طبقا فلا يقبله ، أو حمله على دابة فلا يركبها إلا أن يكون بينه وبينه قبل ذلك » .

أخرج البيهقي هذا من رواية الحسن بن علي العمري ، عن هشام بن عمار عن اسماعيل بن عياش ، ثم قال العمري : قال هشام يحيى بن أبي اسحاق والهنامي وما أراه إلا وهم . وهذا حديث يحيى بن يزيد الهنامي عن أنس « رض » .

قلت ذكر الذمي في اخراجه هذا الحديث من رواية يحيى بن اسحاق البهتاني وعزاه إلى ابن ماجة ثم ذكر يحيى بن يزيد الهنامي ، وأخرج له حديثاً عن أنس وعزاه إلى مسلم وأبي داود ، وهو غير هذا الحديث .

وذكرهما الذهبي في الكاشف في ترجمتين ، وعلم الابن أبي اسحاق الهنامي علامة ابن ماجة ، ولابن يزيد الهنامي علامة مسلم وأبي داود . وذكر عبد الحق في أحكام هذا الحديث من طريق يعنى ابن مخلد عن هشام بن عمار وفيه يحيى بن اسحاق الهنامي ، وبهذا ظهر أن الحديث لإبن أبي اسحاق ، ولإبن يزيد .

وأخرج البيهقي أيضاً من حديث إدريس بن يحيى عن عبدالله بن عباس حدثنا يزيد بن حبيب ، عن أبي مرزوق النخعي عن فضالة بن عبيد أنه قال : كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا .

وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شـــاء جزءاً فجزءاً لأنه وديعه وليس بقرض حتى لوهلك لا شيء على الآخذ والله أعلم .

## ( مسائل متفرقة )

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنـــه جردوا القرآن .

---

( وينبغى أن يستودعه ، ثم يأخذ منه ما شاء جزءاً فجزءاً لأنه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك ، لا شيء على الآخذ ) والله أعلم لأنه أمانة لم يوجد فيه التعدي .

ومعنى قوله : هلك ، ضاع حتى لو استهلك هو يضمن لأنـه يتعدى . وفي النوازل : عجل للبقال درهما فيأخذ منه شيئاً فشيئاً لا بأس به ، ما لم يشترط عليه لأنه إنما يدفعه ليأخذ منه متفرقاً ، ولو أقرضه بلا شرط لا بأس بـــه ، وهو قول أبى حنيفة «رح» واصحابه رحمهم الله .

### ( مسائل متفرقة )

أي هذه مسائل متفرقة وارتفاع مسائل على انه خبر مبتدأ محذوف ومتفرقة صفتها.

وأراد بالمتفرقة : من أنواع شتى .

( قال : ويكره التعشير والنقط في المصحف ) أي قال في الجامع الصغير ، والتعشير جمع العواشر في المصحف ، وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر أيات .

والنقط ، بفتح النون وسكون القاف مصدر من نقط المكتوب ينقط وبعضهم ضبطه بضم النون وفتح القاف ، وقال جمع نقطة ، وهو تصحيف على ما لا يخفى .

( لقول ابن مسعود «رض» جردوا القرآن ) رواه ابن أبى شيبة في مصنفه في فضائل القرآن ، حدثنا وكيع عن سفيان ، عن الأعمش عن ابراهيم . قـــال : قال عبدالله : جردوا القرآن .

حدثنا سهيل بن يوسف عن حميد الطويل ، عن معاوية ابن قرة ، عن أبى المغيرة، عن ابن مسعود «رض» ، فذكره .

حدثنا وكيع ، حدثنا سفيان عن سلمة بن كهيل عن أبي الزعراء، عن عبد الله بن مسعود «رض» قال جردوا القرآن، ولا تلحقوا به ما ليس منه.

وبهذا السند رواه عبد الرزاق « ره » في مصنفه في اواخر الصوم ، اخبرنا الثوري عن سلمة بن كهيل « رح » .

ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني في معجمه .

ومن طريق ابن أبي شيبة رواه ابراهيم الحزمي في كتابه غريب الحديث وقال « قوله جردوا القرآن » يحتمل فيه امران احدهما:

اي جردوه في التلاوة لا تخلطوا به غيره .

والثاني : أي جردوا في الخط من النقط والتعشير .

قلت التأويل الثاني أولى لأن الطبراني أخرج في معجمه عن ابن مسروق عن أبي مسعود أنه كان يكره التعشير في المصحف .

وأخرج البيهقي في كتابه المدخل ، عن سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل به جردوا القرآن . قال أبو عبيد كان ابراهيم يذهب به إلى نقط المصحف ويروى عن عبدالله أنه كره التعشير في المصاحف . وروى أبو عبيد باسناده إلى عبد الله بن مسعود قال : جردوا القرآن ، أرى فيه صغيركم ولا يباعد عند كبيركم ، فإن الشيطان يخرج من البيت الذي تقرأ فيه سورة البقرة .

وقال أبو عبيد : اختلف الناس في تفسير قوله: جردوا القرآن ، فكان ابراهيم يذهب به إلى نقط المصاحف ، ويقول : جردوا القرآن ولا تخلطوا به غيره وإنما يرى كره ذلك مخافة أن ينشأ نشيء يدركون المصاحف منقوطة ، فيرون أن النقط من القرآن . ولهذا كره من كره الفواتح والعواشر .

وقال أبو عبيد ، حدثنا أبو بكر بن عياش ، عن أبي حصين عن يحيى بن وثاب ، عن مسروق ، عن عبد الله « رض » : أنه كره التعشير في المصاحف ، وقيل إن رجلا قرأ عنده ، فقال : استعذ بالله من الشيطان الرجيم . فقال عبد الله : جردوا القرآن » .

ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد، ولان التعشير يخل بحفظ الآي ،

---

وقد ذهب كثير من الناس إلى أن يتعلم القرآن وحده ويترك الاحاديث .

قال أبو عبيد « ره » : وهذا باطل وليس له عندي وجـــه ، وكيف يكون عبد الله « ره » اراد به هذا ؟ وهو يحدث عن رسول الله ﷺ بأحـــاديث كثيرة، لكنه عندي ما ذهب إليه ابراهيم « ره » ، وما ذهب إليه عبد الله نفسه .وفيه وجه آخر وهو عندي من أحسن هذه الوجوه ، وانه حثهم على أن لا يتعلم شيء من كتب غيره لأن ما خلا القرآن من كتب الله إنما يؤخذ عن اليهود والنصارى ، وليسوا بها معرفين عليها ، وذلـك بين في أحاديث :

حدثنا محمد بن عبيد ، عن هارون بن عبيدة ، عن عبد الرحمن بن الاسود عن أبيـــه قال : أصبت أنا وعلقمة صحيفة ، فانطلقنا إلى عبد الله « رض » فقلنا : هذه صحيفـــة فيها حديث حسن . قال ، فجعل عبد الله يمحوها بيده ويقول : نحن نقص عليك أحسن القصص . ثم قال : هذه القلوب أوعية ، فاشغلوها بالقرآن ولا تشغلوها بغيره .

وكذا حديثه الآخر : لا تسألوا أهل الكتاب عن شيء إيحدثوكم بحق فتكذبوا أو باطل فتصدقوا أنه كيف يهدونكم وقد اضلوا أنفسهم .

ومنهم حديث النبي ﷺ حين اتاه عمر رضي الله تعالى عنه بصحيفة اخذها من بعض أهل الكتاب فغضب فقال : أمتهوكون فيها يا ابن الخطاب . انتهى كلامه .

وفي الفائق ومعناه : خصوا القرآن بأن ينشأ على تعلمه صغاركم وبأن لا يتبـــاعد عن تلاوته وتدبره كباركم ، فإن الشيطان لا يفر في مكان يقرأ فيه القرآن .

وإنما كره أبو حنيفة التعشير والنقط لأحد الوجوه التي ذهب إليها ابراهيم في حديث ابن مسعود «رض»، ولان التعشير امر غير مقيد إلا التقصير في حفظ الآيات ومعرفتـــه اعتماداً على الخط .

(ويروى : جردوا المصاحف) هذه رواية غريبة ليس لها وجود في الكتب المشهورة. ( وفي التعشير والنقط ترك التجريد ، ولأن التعشير يخـل بحفظ الآي ) حيث يعتمد

والنقط يحفظ الاعراب اتكالاً عليه فيكره . قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك إخـــلال بالحفظ وهجران القرآن ، فيكون حسناً .

---

عليه . (والنقط يحفظ الإعراب اتكالاً عليه). أي لأجل الاتكال على النقط (فيكره)، أي إذا كان كذلك يكره كل واحد من التعشير والنقط .

( قالوا ) أي المشائخ « ره » : ( في زماننا لا بد للعجم من دلالة ) يدل على الإعراب لأنه ليس في وسع العجم معرفة الإعراب من غير دلالة على ذلك .

( فترك ذلك ) أي ترك ما يدل على الاعراب ( اخلال بالحفظ وهجران القرآن ) لأنه تعشير عليه فيتركه ( فيكون حسناً ) أي كل واحد من النقط والاعراب يكون حسنـاً لما ذكرنا . وكذلـــك التعشير ، لأن بالتعشير يحفظ الآي ، وبالنقط والاعراب يحفظ الكلام من التغيير فكانا حسنين ، وعلى هـــذا اكتب أسماء السور وعدد الآي فهي وإن كان احداثاً فهو بدعة حسنة ، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمـــان . كذا ذكره التمرتاشي .

وفي شرح الطحـــاوي لأبي بكر الرازي « رح » : وكان الشيخ أبو الحسن « رح » يقول : لا يكره ما تليت من تراحم التواسم حسب ما جرت به العادة ، لأن في ذلـــك أمان عن معنى السورة ، وهو بمنزلة كتابة التسمية في اوائلها الفصل .

وفي المحيط : قراءة القرآن أشرف الاذكار ، ولهذا قالوا إنه عليه السلام كره رفـــع الصوت عن قراءة القرآن عند الجنائز .

ومن عادة أصحاب النبي ﷺ كراهة رفع الصوت عند الجنـــائز وقراءة القرآن والذكر . ومن المشائخ من قال : قراءة القرآن بالجماعة بالأجزاء الثلاثين مكروهة لما فيه من الغلط .

وفي المجتبى : والعامة جوزوه بدعة حسنة ضرورة احراز فضل الختم في ساعة ، وقراءة القرآن للدنيا مكروهة ، والافضل أن لا يعطى القارىء شيئاً .

وفي الواقعات : يمنع القارىء والآخذ والمعطي آثمان ، وكتابته على الجدران والمحاريب ليس بمستحسن .

والذكر من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس أفضل من قراءة القرآن .

وقيل تستحب القراءة عند طلوع الشمس وعند غروبها ، ولو تغنى بالقرآن ولم يخرج بإلحاقه عن قدر صحيح في العربية مستحسن .

وقال فخر الاسلام قراءة الماشيء والمحترف يجوز إذا لم يشغله ذلك، ولابأس بقراءة الامام عقيب الصلاة آية الكرسي وخواتيم سورة البقرة جهراً، والاخفاء أفضل . ومد الرجل إلى مصحف ليس بحذائه أو معلق فوقه لا يكره .

وقراءة الفاتحة لغير الصلاة للمهمات بدعة ، لكنها مستحسنة للعادة ، ولا يجوز المنع منها ، ويجوز كتابة الآية والآيتين بالفارسية ، والاكثر منها لا يجوز .

وقال الرازي « ره » : أخاف أن يكون زنديقاً أو مجنوناً فالمجنون يشد والزنديق يقتل . ويكره كتابة التعشير بالفارسية في المصحف كما يعتاده البعض ، ورخص فيه الهندواني « ره » ، وما كتب سلمان رضي الله تعالى عنه الفاتحة بالفارسية كان للضرورة لأهل فارس .

وعن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه : القصص مكروه أو يحدث الناس بما ليس له أصل معروف في أحاديث الاولين أو يزيد أو ينقص أو يعظ الناس بما لا يتعظ به وقلبه ساه ، فأما ما سواه فغير مكروه .

قال نجم الدين الحفصي « ره » يريد به الزيادة في أصله والنقصان منه أما التزيين بالعبارات اللطيفة المرفقة ، والشرح للفوائد التي يتضمنها الكلام فذلك حسن ، ولا بأس بسبك الدراهم التي كتب فيها اسم الله ولا بأس بوضع القرطاس الذي كتب فيه اسم الله تعالى تحت الطفسة .

وفي جامع شمس الأئمة الرسائل والآثار، والكتب التي لا منفعة فيها يمحى عنها اسم الله وملائكته ورسله ، ويحرق بالنار فلو ألقاها في الماء الجاري أو دفنها لا بأس به . والدفن أحسن كما في الانبياء والاولياء إذا ماتوا، وكذا جميع الكتب إذا بليت وخرجت عن الانتفاع .

قال ولا بأس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه ، وصار كنقش المسجد وتزيينه بمـــاء الذهب ، وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي « رح » يكره ذلك وقال مالك « رح » يكره في كل مسجد . للشافعي « رح » قوله تعالى ﴿ إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ﴾ ولأن الكـــافر لا يخلوا عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها ، والجنب يجنب المسجد ،

---

(ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل ) أي في كتاب الصلاة قبل باب صلاة الوتر .

( قال : ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام ) أي قال في الجامع الصغير .

( وقال الشافعي « رح » : يكره ذلك ) وبه قال أحمد « رح » .

( وقال مالك يكره في كل مسجد ) يعني سواء كان في المسجد الحـــرام أو غيره .

( للشافعي « رح » قوله سبحانه وتعالى ﴿ إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ) والنجس مصدره ومعناه ، فهم انجاس ولا يحجوا ولا يعتمروا كما كانوا يفعلون في الجاهلية ، بعد حج عامهم هذا : وهو عام تسع من الهجرة .

وكذا في الكشاف ومذهب الشافعي « رح » ظاهر ، لأن ظاهر الآية يدل على النهي لهم أن يقربوا المسجد الحرام لا غير .

والشافعي « رح » أخذ بقول الزهري ، هكذا قال الفقيه أبو الليث .

( ولأن الكافر لا يخلوا من [1] جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالاً يخرجه عنها ) أي عن الجناية لأنه لا يراعي الكيفية المسنونة ، ولا يزال جنباً ( والجنب يجنب المسجد ) ، أي يبتعد عنه تطهيراً له عن القذر .

---

(١) عن ــ هامش .

ويهذا يحتج مالك « رح » والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها . ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار

---

( ويهذا ) أي بقوله : ولأن الكافر لا يخلوا عن الجنابة إلى آخره ، ( احتج مالك « رح » ) ، وفي بعض النسخ يحتج مالك . ( والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها) لأن اجتناب كل مسجد عن النجاسة واجب فتعليل مالك يعم سائر المساجد ، فلا يجوز قبوله في سائر المساجد .

( ولنا ما روى أن النبي ﷺ : أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ) . هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الخراج في باب خبر الطائف عن حماد بن سلمة، عن حميد بن عثمان بن أبي العاص : أن وفد ثقيف لما قدموا على النبي ﷺ ، أنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم ، فاشترطوا أن لا يحشروا ولا يعشروا ولا يجبوا ولا خير في دين ليس فيه ركوع. ورواه أحمد في مسنده حدثنا عفان ، حدثنا حماد بن سلمة به . وكذلك الطبراني في معجمه .

وقال القدوري في مختصره: قيل إن الحسن البصري قد سمعه من عثمان بن أبي العاص.

ورواه أبو داود في مراسليه عن الحسن أن وفد ثقيف جاءوا رسول الله ﷺ فضرب لهم قبة في المسجد لينظروا إلى صلاة المسلمين، فقيل يا رسول الله ﷺ أتنزلهم في المسجد وهم مشركون . فقال : إن الأرض لا تنجس ، إنما ينجس ابن آدم .

وأخرجه الطبراني في معجمه عن محمد ، عن عيسى بن عبد الله بن مالك ، عن عطية ابن أبي سفيان بن عبد الله الثقفي قال : قدم وفد ثقيف في رمضان على رسول الله ﷺ فضرب لهم قبة في المسجد فلما اسلموا صاموا معه قوله لا تحشروا أي إلى الجهاد والنفر له . وقيل أي إلى المصدق ولكن تؤخذ منهم الصدقة في مواطنهم قولهم ولا تعشروا أي ولا يأخذ عشر اموالهم .

قولهم ولا تجبوا قال الخطابي : أي ولا يصلون واصل التجبية أن يكبت الإنسان على مقدمه ويرقع .

ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان

---

وفي الصحاح التجبئة أن يقوم قيام الراكع .

( ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد ) ولا تلويث ههنا لأن المنهي عنه تلويث المسجد ( فالآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء ) هذا جواب عما استدل به الشافعي من الآية المذكورة فأجاب عنه نحواً بين الأول : أن الآية محمولة على منعهم أن يدخلوها مستولين عليها ومستعلين على أهل الاسلام من حيث التدبير والقيام بعبادة المسجد .

فإن قيل قبل الفتح كانت الولاية والإستعلاء لهم ، ولم يبق ذلك بعد الفتح .

وقوله استيلاء واستعلاء منصوبان على التمييز ، ويجوز أن يكونا حالين . والتقدير كما قلنا مستولين ومستعلين .

فإن قلت المساق والحال ؟

قلت : هو فاعل المصدر المحذوف لأن تقديره قولـــه على الحضور ، على حضورهم ، فافهم الجواب الثاني في قوله .

( أو طائفين عراة ) أو الآية محمولة على كونهم طائفين بالكعبة حال كونهم عراة .

( كما كانت عادتهم في الجاهلية ) فإنهم كانوا يطوفون بها عراة فأراد الله سبحانه وتعـــالى تنزيه المسجد الحرام عن ذلك لا على أن نفس الدخول ممنوع ، والدليل عليه ما رواه البخاري في صحيحه باسناده إلى حميد بن عبد الرحمن بن عوف : أن أبا هريرة اخبره أن أبا بكر رضى الله تعالى عنه بعثه في حجته التي امره النبي ﷺ قبل حجة الوداع في رهاط يؤذن الناس ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان .

( قال : ويكره استخدام الخصيان ) ، أي قال القدوري ، أي استعمالهم في الخدمة المعهودة منهم وهو الدخول فى الحرم لأن ذلك لا يخلوا عن اطلاعهم على ما وراء الوجه والكف والقدمين من النساء ، وذلك حرام . فكان هذا الإستخدام سبباً للحرام ، وما كان سبباً للحرام فهو حرام .

لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة
قال ولا بأس بإخصاء البهائم

---

والخصيان ، بضم الخاء ، جمع خصي كالصبيان جمع صبي .

( لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع ) أي على الإختصاء .

وقال أبو حنيفة « رح » : لولا استخدام الناس اياهم لما اخصاهم الذين يخصونهم .

وقال الشافعي في الأجناس عن كتاب الحج لمحمد [1] بن الحسن على أهل المدينة ، قال محمد : لا بأس باقتناء الخصيان وأن يدخلوهم على النساء ما لم يبلغوا الخبث واقتناء الواحد والكثير سواء .

وفسره الناطقي في واقعاته بخمسة عشر سنة .

( وهو مثلة محرمة ) أي وهذا الصنيع مثلة وهي حرام بالإجماع ولقوله ﷺ : « لا خصاء في الاسلام » . وإليه ذهب بعض المفسرين في قوله سبحانه وتعالى ﴿ فليغيرن خلق الله ﴾ ، كذا في الكشاف وغيره ، وهو قول عكرمة .

وقال الحافظ في كتاب الخصيان بعد ندمتهم فأي ذي مروءة وغيرة على أهل وحشم وأي ذي دين ينزع نفسه إلى اتخاذ هؤلاء الأرض برحلبان العقل وماشمر ثوب الغفلة فلا يكن منهم واثق ،هذه الأمة الملعونة التي أول أمرها معصية الله حين يخرجون من حد الرجال إلى حد لا هم رجال ولا هم نساء ، انتهى .

ورأيت في بعض المجاميع أن الخصيان مخصوصون بأمور : منها أنهم لا يخرجون من صلب مسلم ولا يخرج من صلبهم مسلم ومنها أنهم أقوياء على تأديبهم غيرهم وهم أقل الناس أدباً ومنهم أنهم لا يكونون قط في مجلس من مجالس النساء إلا يتمنون لو كانوا نساء .

منها أنهم أشد الناس حرصاً على جمع المال ، وأكثرهم بخلاً مع علمهم بعدد الأولاد .

( قال : ولا بأس باخصاء البهائم ) أي قال القدوري « ره » وليس في النسخ الكثيرة لفظه .

قال : واعلم أن خصاء البهائم إذا كان لارادة صلاحها فهو مباح في قول عامة العلماء ،

---

(١) الشافعي ـ هامش .

وقال قوم لا يحل خصاء البهائم من الفحول .

روى الطحاوي فى شرح الآثار مسنداً إلى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : أنه نهى أن تخصى الإبل والبقر والغنم . وكان يقول : منها نشأت الخلق ، فلا تصلح الإناث إلا بالذكور .

ووجه الإباحة ما روي أنه ﷺ ضحى بكبشين حرين وهو المنصوص خصاهما ، والمفعول به ذلك منقطع النسل لا محالة ، فلو كان ذلك مكروهاً لما ضحى بهما رسول الله ﷺ لينتهي الناس عن ذلك ولا يفعلوه ، والجواب عن حديث ابن عمر رضى الله تعالى عنهما : أنه موقوف عليه ، ولئن صح فالمراد منه الخصاء بحيث لا يبقى شيء من ذكور البهائم . فذلك مكروه لانقطاع النسل .

وروى الطحاوي باسناده إلى عروة عن أبيه : أنه أخصى بغلا له .

وروى ايضاً بإسناده إلى طاوس أن أباه اخصى جملا له .

وروى ايضاً باسناده إلى هشام بن عطاف قال : لا بأس باخصاء الفحل إذا خشى عضه.

وفي الجواهر المالكية : أن مالكاً لا يبيح ذلك في الخيل ، وقال لأنه يضعفها في الغزو وهو المقصود الأعظم ويقطع نسلها .

وفي الفتاوى : لا بأس بكي البهائم العلامة لأن فيه منفعة ، ولا بأس بنصب آذان الاطفال من البنات لأنهم كانوا يفعلون ذلك من زمن النبي ﷺ من غير انكار وكذا لا بأس بكي الصبيان إذا كان لداء اصابهم لأن ذلك مداواة .

( وإنزاء الحمير على الخيل ) أى ولا بأس بانزاء الحمير على الخيل ، والإنزاء ارتكاب الحمر على الخيل وثلاثيته : نزاء ، ينزا . نزاء ، يقال نزء الذكر على الانثى إذا وثب وركب عليها وانزاه غيره .

( لأن في الاول منفعة البهيمة والناس ) اراد بالاول خصاء البهائم ومنفعة البهائم تسمينها ومنفعة الناس ازالة جماحها وشماسها .

( وقد صح أن النبي ﷺ ركب البغلة ) . أخرج الطحاوي ومسلم في الجهاد ، وعن أبي اسحاق قال : سمعت البراء بن عازب رضي الله تعالى عنه وسأله رجل من قيس : افررتم عن رسول الله ﷺ يوم حنين . فقال البراء « رض » : والله إن رسول الله ﷺ لم يفر وكانت له يومئذ رماه ، وإنا لما حملنا عليهم انكشفوا فاكببنا على الغنائم فاستقبلونا بالسهام ، فلقد رأيت رسول الله ﷺ على بغلته البيضاء ، وأن أبا سفيان بن الحارث اخذ بلجامها وهو يقوده وهو يقول : « أنا النبي ( صلعم ) . لا كذب ، أنا ابن عبد المطلب ».

واخرج مسلم ايضاً في الجهاد ، عن كثير بن العباس بن عبد المطلب « رض » قال : شهدت مع رسول الله ﷺ يوم حنين ، فلزمت أنا وأبا سفيان رسول الله ﷺ ، فلم يفارق رسول الله ﷺ على بغلة له بيضاء اهداها له فروة الجذامي . فلما التقى المسلمون والكفار، ولى المسلمون مدبرون ، فطفق رسول الله ﷺ يركض بغلته قبل الكفار .

قال ابن عباس « رض » وأنا آخذ بلجام بغلته عليه السلام والعباس آخذ بركابه إلى أن قال : فقال رسول الله ﷺ : « هذا حر حمى الوطيس » . ثم اخذ عليه السلام بيده حصيات فرمى بهن في وجوه الكفار ، ثم قال : « انهزموا ورب الكعبة » .

قال : فما هو إلا أن رماهم بحصياته حتى هزمهم الله ، فإني انظر إلى النبي ﷺ وهو يركض خلفهم على بغلته ، مختصر .

واخرج في الفضائل عن سلمة بن الاكوع قال: لقد قدت نبي الله ﷺ والحسن والحسين رضي الله تعالى عنهما على بغلته الشهباء حتى ادخلتهم حجر النبي ﷺ هذا قدامه وهذا خلفه .

واخرج في آخر التوبة قبل الفتن عن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال : بينا النبي ﷺ في حائط لبني النجار على بغلة له فذكره ، وفيه قال : نعوذ بالله من الفتن ما ظهر منها وما بطن مختصر .

واخرج البخاري عن عمر بن الحارث ختن رسول الله ﷺ أخو خويرمة بنت الحارث قال : ما ترك رسول الله ﷺ عند موته ديناراً ولا درهماً ، ولا عبداً ، ولا أمة ، ولا شيئاً ، إلا بغلته البيضاء التي كان يركبها وسلاحه ، وايضاً جعلها لابن السبيل صدقة . ولم يخرج لعمر بن الحارث شيئاً غيره .

فلو كان هذا الفعل حراماً لما ركبها لما فيه من فتح بابه ، قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني

---

وفي سيرة ابن اسحاق أن النبي ﷺ كان يركب بغلة الدلدل في اسفاره وعاشت بعده حتى كبرت وزاكت اسنانها فكان يحسن اليها العبد ومـــاتت في ينبع في زمن معاوية رضي الله تعالى عنه .

قول الوطيس بفتح الواو وكسر الطاء المهملة بعدها ياء آخر الحروف ساكنة وفي آخره سين مهملة واراد به الحرب ، وفي الاصل هو اسم للتنور المحمى بالنار .

( فلو كان هذا الفعل ) أي إنزاء الحمير على الخيل ( حراماً لما ركبها ) ، أي لما ركب النبي ﷺ البغلة والتذكير باعتبار المذكور وباعتبار البغـل ( لما فيه من فتح بابه ) أي لما في ركوب البغلة من فتح باب انزاء الحمير على الخيل .

فإن قيل رواه أبو داود في الجهاد مسنداً إلى علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنـــه قال : اهديت إلى رسول الله ﷺ بغلة فركبها .

قال علي : لو حملت الحمير على الخيل لكانت لنا مثـل هذه . فقال رسول الله ﷺ : إنما يفعل ذلك الذين لا يعلمون .

قلت : قد صح ركوب رسول الله ﷺ البغلة بما ذكرنا من الاحاديث ، فلو كان الإنزاء مكروهاً لم يركب رسول الله ﷺ حتى يمنع الناس عن انزاء الحمير .

ومعنى قوله : يفعل ذلك الذين لا يعلمون أن الخيل قد جـــاء في ارتباطها الاجر ولم يرد مثل ذلك في البغال وكانت الخيل في بني هاشم قليـــل ، فأحب النبي ﷺ أن يكثر فيهم . كذا ذكر الطحاوي في شرح الآثار .

( قال : ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني ) أي قال في الجامع الصغير : وهـــذه من الخواص قيد باليهودي والنصراني لأن في عيـــادة المجوسي اختلافاً : قيل لا بأس به لأنهم من أهل الذمة كاليهود والنصارى .

ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعيادته .

وقيل : لا يجوز لأن المجوسي ابعد عن الإسلام من اليهود والنصارى .

# لأنه نوع بر في حقهم ، ومـــا نهينا عن ذلك ، وصح أن النبي عليه السلام عاد يهودياً مرض بجواره

---

ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوسي ولا نكاحهم بخلاف اليهود والنصارى .

وعن بعض اصحاب الشافعي « رح » : الإسلام شرط لجواز عيادة المريض .

قال صاحب الحلية : والصواب عندي أن يقال عيادة الكافر جائزة والقربة فيهـــا موقوفة على انواع حرمة يقترن بها من جواز أو قرابة انتهى .

واختلفوا في عيادة الفاسق ايضاً ، والاصح أنه لا بأس به لأنه مسلم ، والعيـــادة من حقوق المسلمين .

وفي النوادر لو مات يهودي أو مجوسي جاز لجاره أو قريبه أن يعزيه ويقول اخلف الله عليك خيراً منه واصلحك ، يعني اصلحك بالاسلام ورزقك ولداً مسلماً .

فإن قلت : لم قال محمد « رح » : ولا بأس بعيادة اليهودي .

قلت إشارة إلى أن تركها أفضل .

( لأنه نوع بر في حقهم ) أي لأن عيادتهم نوع احسانهم في حقهم ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور ، وإن العيادة مصدر فيستوى فيه التذكير والتأنيث .

( وما نهينا عن ذلك ) اعني البر في حقهم لقوله تعـــالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم إن الله يحب المقسطين﴾ بيانه أن الله تعالى قال: أن تبروهم بالآية ، فكان البر مشروعاً، والعيادة والتواصل فتكون مشروعة . بخلاف الحربي فإنا نهينا عن بره بالآية التي بعدها .

( وقد صح أن النبي ﷺ عاد يهودياً مرض بجواره ) هذا اخرجه البخاري في صحيحه في الجنائز ، عن حماد بن يزيد ، عن ثابت عن انس قال : كان غلام يخدم النبي ﷺ فمرض ، فأتاه النبي ﷺ يعوده فقعد عند رأسه فقال له : « اسلم » فنظر إلى أبيه وهو عنده فقال له : « أطع أبا القاسم » فأسلم فخرج وقد اعتقه النبي ﷺ ، وهو يقول : « الحمد لله الذي أعتقه من النار » .

ورواه الحاكم في المستدرك في الجنائز ايضاً وزاد : فلما مات قال له النبي ﷺ :

« صلوا على صاحبكم » . وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووهم في ذلك . فقد رواه البخاري في الموضعين في الجنائز وفي الطب .

ورواه أحمد في مسنده ولفظه : كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ يضع له وضوءه ويناوله بغلته وليس في الفاظه انه كان جاره ولكن رواه ابن حبان في صحيحه بالإسناد المذكور ان النبي ﷺ عاد جاراً له يهودياً انتهى .

ورواه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب أهل الكتاب : اخبرنا ابن جريج ، اخبرنا ابن عبد الله بن عمر بن علقمة عن ابن أبي الحسين : أن النبي ﷺ كان له جار يهودي ، فمرض فعاده رسول الله بأصحابه ، فعرض عليه الشهادتين ثلاث مرات فقال له أبوه في الثالث : افعل ما قال لك ففعل ثم مات . فأرادت اليهود أن تليه فقام له رسول الله ﷺ وكفنه وحنطه وصلى عليه .

وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار : اخبرنا أبو حنيفة « رح » عن علقمة بن يزيد عن أبيه قال : كنا جلوساً عند النبي ﷺ فقال لنا : « قوموا نعود جارنا اليهودي » ، قال : فأتيناه . فقال له ﷺ : « كيف أنت يا فلان » وعرض عليه الشهادتين ثلاث مرات فقال أبوه في الثالثة : يا بني اشهد ، فشهد . فقال له ﷺ : « الحمد لله الذي اعتق بي نسمة من النار » .

ومن طريقه رواه ابن السني في كتاب عمل يوم وليلة .

وأخرج البيهقي في شعب الإيمان : اخبرنا أبو الحسين بن الفضل القطان ، حدثنا أبو علي محمد بن محمد بن أحمد بن الحسين الصوان ، حدثنا بشر بن محمد، حدثنا محمد بن سعيد الاصبهاني ، حدثنا يونس بن بكير ، حدثني سعيد بن بسره القيسي «رح » ، سمعت انس ابن مالك رضي الله تعالى عنه يقول: كان رسول الله ﷺ إذا عاد رجلاً على غير الاسلام لم يجلس عنده ، وقال : « كيف انت يا يهودي »، « كيف أنت يا نصراني » بدينه الذي هو عليه .

( قال : ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك ) ، أي قال في الجامع الصغير . قوله معقد العز : أي موضع عقده .

وللمسألة عبارتان هذه ، ومقعد العز . ولا ريب في كراهية الثانية لأنـه من القعود وكـــذا الأولى لأنه يوهـم تعلق عزه بالعرش وهو محدث ، والله تعالى بجميع صفاته قديم . وعن أبي يوسف « رح » أنه لا بأس بـه ، وبـه أخـــذ الفقيه أبو الليث « رح » ، لأنه مأثور عن النبي عليه السلام، روي أنه كان من دعائه « اللهم

---

( وللمسألة عبارتان ) أي للمسألة المذكورة لفظان : ( هذه ) أي احدى العبـــارتين هذه ، وهي قوله : أسألك بمعقد العز من عرشك ، بتقديم العين .

( ومقعد العز ) العبـارة الثانية ، وهي قوله : أسألك بمقعد العز من عرشك ، بتقديم القاف على العين ، من القعود .

( لا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود ): أي لا شك في كراهية العبارة الثانية، وهي قوله : أسألك بمقعد العز من عرشك لأنـــه من القعود ، وهو التمكن على العرش ، وذلك قول المجسمة وهو باطل .

( وكذا الأولى ) أي : وكذا تكره العبـــارة الأولى وهي : أسألك بمعقد العز من عرشك بتقديم العين على القـاف . ( لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث ) أي العرش محدث ، ( والله سبحانه وتعالى بجميـع صفاته قديم ) .

فإذا علق عزه القديم بالعرش الحادث بتوهم أن عزه حادث لتعلقه بالحادث .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه لا بأس به ) أي بالقول الاول وهو أسألك بمعقد العز ، بتقديم العين على القاف .

( وبه اخذ الفقيه أبو الليث ) أي : وبما روي عن أبي يوسف « رح » اخذ الفقيـه أبو الليث « رح » . نص عليه في شرح الجامع الصغير .

( لأنه مأثور روى عن النبي ﷺ ) أي : لأن القول الاول اجـابه الاثر عن النبي ﷺ ، أشار اليه بقوله : ( روي أنه كان في [1] دعائه : « اللهم إني أسألك بمعقد العز من

---

(١) من — هامش .

أني أسألـــك بمعقد العز من عرشك ، ومنتهى الرحمة من كتابك
وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامـــة .

---

عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التــامة ) .

وفي بعض النسخ من دعائه موضع في دعاء كل المتقدمين اسم كان هو قوله اللهم ، وقوله في دعائه أو من دعائه هو الخير ثم الاثر المذكور .

ورواه البيهقي في كتاب الدعوات الكبير ، واخبرنا أبو طـاهر الزيادي ، اخبرنا أبو عثمان البصري ، حدثنا أبو أحمد محمد بن عبد الوهاب ، اخبرنا عامر بن حواش « رح » ، حدثنا عمر بن هـــارون البلخي ، عن ابن جريج عن داود ، عن ابن أبي عاصم ، عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ، عن النبي ﷺ قال : اثنتي عشرة ركعـة تصلين من ليل أو نهار وتتشهدين بين كل ركعتين ، فإن تشهدت في آخر صلاتك فأثن على الله عز وجـــل ، وصل على النبي ﷺ واقرأ وأنت ساجد فاتحـــة الكتاب سبع مرات ، وآية الكرسي سبع مرات ، وقل : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، وهو على كل شيء قدير ، عشر مرات ثم قال : اللهم إني أسألك بمعاقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك ، واسمك الاعظم وكلماتك التامة ، ثم اسأله حاجتك ، ثم ارفع رأسك ، ثم سلم يميناً وشمالاً ، ولا تعلموا السفهاء فإنهم يدعون بها فيستجاب .

ورواه ابن الجوزي « رح » في كتـــاب الموضوعات من طريق أبي عبد الله الحاكم ، حدثنا محمد بن القاسم بن عبد الرحمن العبـــاس « رح » ، حدثنـــا محمد بن اشرش ، حدثنا عامر بن حداش به سنداً ومتناً .

وقال ابن الجوزي هذا حديث موضوع بلا شك ، وإسناده مخبط كما ترى .

وفي إسناده عمر بن هارون قال إبن معين فيه كذاب .

وقال ابن حبان يروى عن الثقات المعضلات ، ويدعي شيوخاً لم يرهم ، وقد صح عن النبي ﷺ القراءة في السجود انتهى .

ورواه السروجى للحلية وليس فيها ، والعجب العجائب من شراح الهداية ، وهـــم أئمة اجلاء كيف يغضون ابصارهم ويمرون في مثـــل هذه المواضع والبعدى لشرح كلام الناس لا يكون كذلك .

أما الاترازي الذي له دعوى عريضة في الباب فلم يتعرض قط لهذا ولا ذكر اسم الصحابي الذي رواه ، بل قال : لأنه عن رسول الله ﷺ ، أنه كان يدعو بذلك ، وهذا لم يثبت عن النبي ﷺ أنه كان يدعو بذلك لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف .

وأما الكاكي وتاج الشريعة « رح » والسغناقي « رح » فإنهم قالوا : روى عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : اثنتي عشرة ركعة من صلاها في ليل أو نهار قصر في كل ركعة فاتحة الكتاب وسورة وتشهد في كل ركعتين وسلم ثم سجد بعد التشهد من الركعتين الأخيرتين قبل السلام يقرأ فاتحة الكتاب سبع مرات وآية الكرسي سبع مرات ويقول : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك ، وله الحمد يحيي ويميت ، وهو على كل شيء قدير ، عشر مرات ثم يقول : اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الاعظم وجدك الاعلى ، وكلماتك التامة أن تقضي حاجتي ، فإن الله يقضي حاجته ثم قال ﷺ لا تعلموها السفهاء ، لأنها دعوة مستجابة ولكن الذي ذكره تاج الشريعة « رح » ، غير ما ذكره حيث قال : روى عن ابن مسعود انه قال : اثنتا عشر ركعة من صلاها في ليل أو نهار وقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب سبع مرات وآية الكرسي سبع مرات ، ويقول : لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، له الملك وله الحمد ، يحيي ويميت ، وهو على كل شيء قدير ، عشر مرات ثم يقول إني أسألك بمعقد العز من عرشك ، ومنتهى الرحمة من كتابك واسمك الاعظم ، وجدك الاعلى وكلماتك التامة أن تقضي حاجتي ، فإن الله عز وجل يقضي حاجته .

قال ﷺ لا تعلموها السفهاء فإنها دعوة مستجابة .

وأما صاحب العناية فلم يذكر المسألة رأساً فضلاً عن بيان حال الحديث .

( ولكنا نقول : هذا الخبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ) أراد أن الاحتياط واجب في هذا لما فيه من الإيهام ، فتعلق عزه بالعرش بما ذكرنا ، ولا يلزم الحكم في مثل هذا بالخبر الواحد ، وكذ نص عليه في جامع قاضيخان والمحبوبي والتمرتاشي .

ويكره أن يقول في دعـــائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق . قـال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو لأنه قامر بها ، فالميسر حرام بالنص ، وهو اسم لكل قمار ، وإن لم يقامر بها ، فهو عبث ولهو

---

( ويكره أن يقول في دعائه : بحق فلان أو بحق انبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق ) وكذا الحق والمشعر الحرام هذا مما توهم أن على الله حقاً للمخلوقين ، وإن كانت عادة الناس جرت بذلك .

وفي الكافي : ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب على ذلك الغير أن يفعل ذلك شرعاً ، وإن كان الأولى أن يأتي به .

( قال : ويكره اللعب بالشطرنج والنرد ) أى قال في الجـــامع الصغير والشطرنج بكسر الشين . وقد يقال بكسر السين المهملة .

وفي العباب : ولا يقال بالفتح وهو من الشطار أو من الشطر لأنه يعبأ ويشطر .

والنرد قال ابن دريد هو فارسي معرب ، ويقال له النردشير ، كما جاء في الحديث على ما نبين إن شاء الله سبحانه وتعالى .

( والأربعة عشر ) قيل هو شيء يستعمله اليهود ، ويجوز أن يراد بـــه اللعب الذي يلعبه عوام الناس ، وهو قطعة لوح يخط عليه اربعة عشر خطاً في العرض وثلاثة خطوط في الطول ، فيصير جملة العيون سبعين عيناً ، ويرد في كل طوفة خمسة عشر حصاة بالجملة ثلاثون حصاة ، والقوم الذين يلعبون به فرقتان : كل فرقة من ناحيــة متقابلين ، ويسمون هذا طاباً ، وربما يسمى طاب ودك .

( وكل لهو ) أي ويكره كل اللعب بكل اللهو ، وهذا يعم سائر أنواع اللعب والملاهي ما خلا الأشياء الثلاثة التي استثناها في الحديث على ما يأتي .

( لأنه ) أى لأن اللعب ( إن قامر بها ) أى بهذه الاشيــاء المذكورة ( فالميسر حرام بالنص )وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ﴾والذي فيه الاثم يكون حراماً(وهو اسم لكل قمار) الميسر اسم لكل قمار (وإن لم يقامر بها فهو عبث ولهو) أى وإن لم يقامر بهذه الأشياء فهو عبث واشتغال بما لا يفيد وهو لهو ، واللهو باطل بالحديث ،

## وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا الثلاث تأديبه فرسه، ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله

أشار إليه بقوله: (قال عليه الصلاة والسلام: «لهو المؤمن باطل إلا الثلاث: تأديبه لفرسه، ومناضلته عن قوسه، وملاعبته مع أهله») هذا الحديث رواه أربعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم:

الأول: عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، أخرج حديثه الطبراني في معجمه الوسط، من حديث المنذر بن زياد الطائي، عن يزيد بن اسلم، عن أبيه، عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كل لهو يكره، إلا ملاعبة الرجل زوجته، ومشيته بين الهدفين، وتعليم فرسه».

رواه ابن حبان في كتاب الضعفاء، وأعله بالمنذر وقال إنه يقبل الاسانيد وينفرد بالمناكير عن المشاهير لا يحتج به إذا انفرد.

الثاني: عقبة بن عامر الجهني رضي الله تعالى عنه، أخرج حديثه الاربعة، أبو داود والنسائي عن عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، حدثني أبو سلام عن خالد بن زيد عن عقبة ابن عامر، والترمذي وابن ماجة عن يحيى بن كثير، عن ابن سلام عن عبد الله بن الازرق، عن عقبة قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله يدخل بالسهم الواحد الثلاثة الجنة: صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبله، وارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا، ليس من اللهو إلا ثلاث: تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن يترك الرمي بعد ما علمه فإنها نعمة تركها» أو قال «كفرها».

ورواه أحمد في مسنده بالسندين المذكورين، وكذلك للطبراني في معجمه.

الثالث: جابر بن عبد الله أخرج حديثه النسائي في عشرة النساء من ثلاث طرق دائرة على عطاء بن أبي رباح قال: رأيت جابر بن عبد الله، وجابر بن عمير الأنصاري يؤمنان قبل أحدهما فقال الآخر: السكت قال: نعم. فقال أحدهما للآخر: أما سمعت رسول الله ﷺ يقول: «كل شيء ليس من ذكر الله فهو لهو ولعب» وفي لفظ: «فهو

سهو ولهو إلا أربعة : ملاعبة الرجل أهله ، وتأديب الرجل فرسه ومشي الرجـــل بين العرضين ، وتعلم الرجل السباحة » .

ورواه اسحاق بن راهوية في مسنده: حدثنا محمد بن سلمة الجزري عن أبي عبدالرحيم خالد بن أبي يزيد ، عن عبد الرحمن بن المكي ، عن عطاء بن أبي رباح به .

ومن طريق اسحاق رواه الطبراني « رح » في معجمه ، وكذلـــك رواه البزار في مسنده ، وجعل مسنده جابر بن عميرة و كذلك ابن عساكر .

الرابع : أبو هريرة ، أخرج حديثه الحاكم في مستدركه في الجهاد عن هويد بن عبـد العزيز « رح » ، عن محمـد بن عجلان ، عن سعيـــد المقبري « رح » ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه قال : « كل شيء من لهو الدنيـــا باطل إلا ثلاثة امضائك بقوسك ، وتأديبك فرسك وملاعبتك أهلك ، فإنهن من الحق » .

وقال : حديث صحيح على شرط مسلم . وتعقبه الذهبي في مختصره .

وقال : سويد بن عبد العزيز متروك .

وقال ابن أبي حاتم في كتاب العلل : سألت أبي وأبا زرعة من حديث رواه سويد بن عبد العزيز ، عن أبى عجلان عن سعيد المقبري ، عن أبى هريرة « رض » عن النبى ﷺ أنه قال ، فذكره .

فقال هذا خطأ ووهم فيه سويد ، وإنما هو عن ابن عجلان ، عن عبد الله بن عبـــد الرحمن ، عن أبى حسين قال : بلغني أن رسول الله ﷺ قال ، فذكره هكذا .

رواه الليث وحاتم بن اسماعيل وجماعة وهو الصحيح المرسل .

قال أبى ورواه ابن عيينة، عن أبى حسين ، عن رجل ، عن أبى الشعثاء « رض »، عن النبى ﷺ وهو أيضاً مرسل . قال: والمناضلة وهى المراماة بالنبل .

( وقال بعض النـــاس : يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام ) .

وهو محكي عن الشافعي «رح» ولنا قوله عليه السلام «من لعب بالشطرنج والنرد والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير»

---

أي لما في اللعب بالشطرنج من تشحيذ الخواطر وهو من شحذت السكين، شحذه شحذاً، أي حده. والشحيذ: المسن ومادته: الشين معجمه وحاء مهملة وذال معجمة، من فعل يفعل بالفتح فيهما.

(وهو محكي عن الشافعي «رح») أي القول المذكور محكي عن الشافعي «رح»، وقال سهل بن محمد الصعلوكي «رح» من اصحاب الشافعي «رح»: يباح إذا اسلمت اليد من الخسران، والصلاة من النسيان، واللسان من الهذيان، فهو إذن بين الحلال.

وفي الحلية: ويكره اللعب بالشطرنج ولا يحرم إذا لم يكن على عوض: ولم يترك به فرض صلاة ويتكلم سحق.

وهو معنى قول الصعلوكي، ولو أكثر به ردت شهادته. وبه قال مالك «رح» وأحمد «رح»: وكذا لو لعب به على الطريق ومع الأوباش يحرم، أما لو لعب به مع الأمناء ففيه تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام من غير ادمان لا يحرم.

وفى المجتبى قول الشافعي رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

(ولنا قوله ﷺ: «من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم الخنزير») هذا الحديث فى مسلم، ولكن ليس فيه ذكر الشطرنج، أخرجه عن سليمان بن بريدة، عن أبيه بريدة «رض» قال: قال رسول الله ﷺ: «من لعب بالنردشير فكأنما أصبغ يده فى لحم الخنزير».

وأخرج العقيلي فى الضعفاء عن مظهر بن الهشيم، حدثنا شبل المصري عن عبد الرحمن بن معمر عن أبى هريرة «رض» قال: مر رسول الله ﷺ بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: «ما هذه الكربة ألم أنه عنها، لعن الله من يلعب بها».

وأعله بمظهر بن الهشيم وقال: لا يصح حديثه.

قال: وشبل وعبد الرحمن مجهولان.

ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراماً لقوله عليه السلام « ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر »

---

وذكره ابن حبان في كتاب الضعفاء وأعله بمظهر وقال : إنه شك الحديث يروى عن الثقات ما ليس بحديث الإثبات .

وروى ابن حبان « رح » في كتاب الضعفاء : عن محمد بن الحجاج ، حدثنا حزام بن يحيى ، عن مكحول ، عن واثلة بن الأسقع ، عن النبي ﷺ قال : « لله في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة لا ينظر فيها إلى صاحب الشاه » يعني الشطرنج .

ثم قال : ومحمد بن الحجاج أبو عبد الله المصفر منكر الحديث جداً ، لا يحل الرواية عنه .

ورواه ابن الجوزي في العلل المتناهية من طريق الدارقطني ، عن ابن حبان بسنده المذكور ، ثم قال : ومحمد بن الحجاج يقال له أبو عبد الله المصفر .

قال الامام أحمد تركت حديثه .

وقال يحيى : ليس يرويه .

وقال مسلم والنسائي والدارقطني : متروك .

وروى ابن موسى محمد بن أبي بكر المدني في كتاب الأمالي في أسامي الرجال بإسناده إلى حية بن مسلم رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « ملعون من لعب بالشطرنج والناظر إليها كالآكل لحم الخنزير » .

قلت أحسن ما يستدل به على تحريمه أنه لهو وأنه خارج عن الثلاث التي ذكرها رسول الله ﷺ .

( ولأنه ) أي ولأن اللعب بالشطرنج ( نوع لعب يصد ) أي يمنع ، ( عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراماً ، لقوله ﷺ : « ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر » ) هذا الحديث غير مرفوع على ما رواه أحمد في كتاب الزهد ، من قول القاسم بن محمد « رض » ، فقال : حدثنا ابن نمير ، حدثنا حفص عن عبيدالله عن القاسم بن محمد قال: كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو ميسر .

ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد « رح » التسليم عليهم تحذيراً لهم ولم ير أبو حنيفة « رح » به بأساً ليشغلهم عما هم فيه .

---

رواه البيهقي في شعب الايمان : اخبرنا أبو الحسين شيران ، اخبرنا ابن صفوان ، حدثنا عبد الله بن أبي الدنيا ، حدثنا علي بن الجعد ، اخبرنا أبو معاوية عن عبد الله ابن عمر أنه قال القاسم بن محمد : هذه النرد تكرهونها فما بال الشطرنج .

قال : كل ما ألهى عن ذكر الله وعن الصلاة فهو ميسر ، انتهى ، أي قمار ، والقمار حرام .

( ثم إن قامر به تسقط عدالته ) ولا تقبل شهادته ( وإن لم يقامر لا تسقط ) أي عدالته وتقبل شهادته .

( لأنه متأول فيه . وكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم ) أي على اللاعبين بالشطرنج ( تحذيراً لهم ) أي لأجل تحذيرهم عما هم فيه .

( ولم ير أبو حنيفة به بأساً ليشغلهم عما هم فيه ) : أي لم ير أبو حنيفة بأساً بالسلام عليهم حتى يشغلهم عما هم فيه .

وقيل : كره أبو يوسف ذلك إهانة لهم .

وأورد الفقيه أبو الليث في شرح الصغير سؤالاً وجواباً : فإن قيل : إذا لعب بالشطرنج ، يريد بذلك تعلم الحرب . قيل له : يكون وزره أشد لأنه اتخذ آيات الله هزواً يرتكب المعصية ، ويظهر في نفسه أنه يريد الطاعة .

ثم اعلم أن المسابقة في الخيل والابل والرمي جائز بالسنة واجماع الأمة . فإن شرط المال من جانب واحد بأن يقول أحدهما لصاحبه إن سبقتني فلك كذا ، وإن سبقتك فلا شيء لي . وحكي عن مالك : لا يجوز لأنه قمار ، وإن كان اشتراط العرض من الامام يجوز بالاجماع لأن هذا مما يحتاج اليه ، لأنه حث على الجهاد . وحرم لو شرط المال من الجانبين بالاجماع ، إلا إذا أدخلا ثالثاً بينهما ، وقال الثالث إن سبقتنا فمالك ، وإن سبقناك فلا شيء لك ؛ هو فيا بينهما أيهما سبق اخذ الجعل عن صاحبه .

وسأل اشهب مالـك عن المحلل فقال لا أحبه .

ولنا ما رواه أبو هريرة أنه ﷺ قال : « من ادخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق ، فليس قمار . وإن أمن أن يسبق فهو قمار » .

رواه ابو داود ، فلهذا يشترط أن يكون فرس المحلل أو بغيره مكافئـــا لفرسهما أو بغيرهما ، وإن لم يكن مكافئاً بأن كان أحدهما أبطـأ : فهو قمار .

قال محمد « رح » : ادخل الثالث إن يكون حيلة، إذا توهم سبقه ، كذا في التتمة : ويشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة ، وكـــذا في المناضلة بالرمي . والمسابقة بالاقدام تجور إذا كان المال مشروطاً من جانب واحد .

وبه قال الشافعي « رح » في قول وقال فى المنصوص : لا يجوز .

وبهقال مالكوأحمد رحمهما الله إذا كان يجعل لما روى أبو هريرة «رح» أنه قال : لا سبق إلا فى خف أونصل أو حافر .

رواه أبو داود : فبقي السبق فى الاقدام من غير الثلاثة .

ولنا أنه ﷺ سابق عائشة رضي الله تعالى عنها ، وصارع ركانة

وراوي الحديث أبو هريرة : أنه لا حاجة فى المسابقـــة فى الجهاد إلا فى هذه الثلاثة .

وقال مالك وأحمد رحمهما الله ممكن أن يكون المراد نفي الجعل ، ولا يجوز المسابقة فى البغال والحمير .

وبه قال الشافعي فى قول وأحمد ومالك رحمهما الله : إذا كان يجعل .

وقال الشافعي فى قول : يجوز .

وفى الذخيره التفقهة : إذا قال واحـد منهم لآخر إن كان الجواب كما قلت اعطيتك كذا ، وإن كان الجواب كما قلت فلا آخذ منك شيئاً يجوز . والقياس : كله باطل ويجوز استحساناً لما فيه حيث معنى يرجع إلى الجهاد ، و كذا فى التفقهة حث على الجهـــد فى التعلم .

قـــال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر، وإجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانـــير، وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع، والعبد ليس من أهله وجـــه الاستحسان أنه ﷺ قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبداً

---

( قال : ولا بأس بقبول هديـة العبد التاجر ) ، أي قال في الجامع الصغير ، واراد به الهدية اليسيرة. ( وإجابة دعوته ) أي ضيافته ، فأراد به البشيرة .

ولم يقدر محمد مقدار ما يتخذ من الضيافة . وروى عن محمد بن سلمـة انه قال : على قدر مال تجارته ، فإن كان مال تجارته مثل عشرة آلاف درهم فاتخذ مقدار ضيافة عشرة دراهم كان يسيراً . وإن كان مـــال تجارته عشرة دراهم كان دانق كثيراً. وقد مر الكلام فيه في كتاب المأذون .

( واستعارة دابته ) أي دابة العبد التاجر للعرف والعادة .

( وتكره كسوته الثوب ) أي تمليكه ( وهديته الدراهم والدنانير ) لعدم الضرورة في ذلك ( وهذا استحسان . وفي القياس : كل ذلك باطل ) وبه قالت الثلاثـة ، إلا أن أحمد يجوز دعوته فقط . ( لأنه تبرع ) أي لأن المذكور في هذه الاشيـــاء تبرع ، ( والعبد ليس من أهله ) لعدم ملكه .

( وجه الاستحسان : أنه ﷺ قبل هدية سلمان رضى الله تعالى عنه حين كان عبداً).

حديث سلمان رضى لله تعالى عنه . رواه الثلاثة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم :

الاول : من نفس سلمان رضى الله تعالى عنه وله طرق :

منها ما أخرجه ابن حبان في صحيحه ، عن عبد الله بن رحا ، اخبرنا اسرائيل عن أبى اسحاق ، عن أبى كرة الكندي عن سلمان رضى الله تعـالى عنه قال : كان أبى من الاساورة وكنت اختلف إلى الكتاب ، وكان معى غلامان إذا رجعا مـــن الكتاب دخلا على صبي فأدخل معهما ، فلم أزل اختلف إليـه معهما حتى صرت أحب إليه منهما وكان

يقول لي : يا سلمان إذا سألك أهلك : من جنسك ؟ فقل : معلمى . وإذا سألك معلمك: من جنسك ؟ فقل أهلي .

فلم يلبث أن حضرته الوفاة ، فلما مات واجتمع الرهبان والقسيسون فسألت فقلت : يا معشر القسيسين ، دلوني على عالم أكون معه .

قالوا : ما نعلم في الأرض أعلم من رجـــل كان يأتي بيت المقدس وإن انطلقت الآن وجدت حماره على باب بيت .

قال : فانطلقت فإذا أنا بحمار ، فجلست عنده حتى خرج فقصصت عليـــه القصة . فقال اجلس حتى أرجـع إليك .

قال : فلم أره إلى الحول وكان لا يأتي بيت المقدس في السنة إلا مرة في ذلك الشهر .

فلما جاء قلت له : ما صنعت في امري .

قال : إلى الآن بعد . قلت : نعم .

قال : والله لا اعلم اليوم احداً اعلم من مقيم خرج من أرض تهامة وإن انطلقت الآن توافيـــه ، وفيه ثلاثة اشياء : يأكل الهدية، ولا يأكل الصدقة ، وعند عروة كتفه اليمنى خاتم النبوة مثل البيضة ، لونه لون جلده .

قال : فانطلقت ترفعني أرضاً وتخفضني أخرى حتى أصابني قوم من الأعداء فأخذوني فباعوني حتى وقعت بالمدينـــة فسمعتهم يذكرون النبي ﷺ وكان الطعام عزيزاً. فسألت قومي أن يهبوني يوماً ، ففعلوا فانطلقت فاحتطبت فبعته بشيء يسير ثم صنعته طعامـــاً واحتملته حتى جئت به فوضعته بين يديه . فقال ﷺ : « ما هـذا » فقلت : صدقة . فقال لأصحابه: « كلوا » وأبى هو أن يأكله . فقلت في نفسي : هذه واحدة .

ثم مكثت ما شاء الله ثم استوهبت قومي يوماً آخر ففعلوا .

فانطلقت ، فاحتطبت ، فبعته بأفضل من ذلك ، فصنعت طعاماً واتيته به . فقال : « ما هذا » .

فقلت : هدية . فقال بيده : « باسم الله كلوا » . فأكل وأكلوا معه .

وقمت إلى خلفه ، فوضع رداءه على كتفه ، فإذا خـــاتم النبوة كأنه بيضة قلت : أشهد أنك رسول الله ﷺ .

قال : « وما ذاك » فحدثته حديثي ثم قلت : يا رسول الله ﷺ أليس الذى اخبرني أنك نبي يدخل الجنة . قال : « لن يدخل الجنة إلا نفس مسلمة » . فقلت : انه زعـــم أنك نبي . قال : « لا يدخل الجنة إلا نفس مسلمة » .

ومنها طريق آخر: أخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل عن علي بن عاصم، حدثنا حاتم بن أبي صفره بن سماك بن حرب عن زيد بن مرجان أنه سأل سلمان رضي الله تعالى عنه كيف كان بدء إسلامك ؟ فقال سلمان رضي الله تعـالى عنه كنت يتيمـــاً من ولن نذكره مطولاً إلى أن قـــال فقال لي يعني الراهب الذى لازمـه سلمان : يا سلمان إن الله عز وجل باعث رسولاً اسمه أحمد يخرج بتهامة ، علامته : يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، بين كتفيه خاتم ، وهذا زمانه فقد تقارب .

قال : فخرجت في طلبه فكلما سألت عنه قالوا إلى امامـــك حتى لقيتني ركب من كلب فأخذوني فأتوا بي بلادهم فباعوني لامرأة من الأنصار جعلتني في حائط لها وقـــدم النبي ﷺ فأخذت شيئاً من تمر حائطي فجعلته على شيء وأتيته به ، فوضعته بين يديه ، وحوله اصحابه واقربهم إليه أبو بكر رضي الله تعـالى عنه فقال : « ما هذا » . قلت : صدقة . قال للقوم : « كلوا » ولم يأكل .

ثم لبثت ما شاء الله وذهبت وصنعت مثل ذلك فلما وضعته بين يديه فقال : « مـــا هذا » . قلت : هدية قال : « باسم الله » فأكل وأكل القوم .

ودرت خلفه فنظرني فألقى ثوبه فرأيت الخاتم في ناحيـــة كتفه الأيسر ثم درت فجلست بين يديه وقلت : أشهد ان لا إله إلا الله وأنك رسول الله .

قال : « فمن أين » قلت مملوك . قال : « لمن » قلت : لامرأة من الأنصار جعلتني في حائط لها ، فسألني فحدثته بجميع حديثي .

فقال ﷺ لأبي بكر : « يا أبا بكر اشتره » . واشتراني أبو بكر رضي الله تعـالى عنه فاعتقني مختصر .

وقال : حديث صحيح ولم يخرجاه .

قال الذهبي في مختصره : بل يجمع على ضعفه ثم أخرجه الحاكم عن عبد الله بن عبد القدوس عن عبيد المكتبي . حدثني أبو الطفيل، حدثني سلمان فذكره بزيادات ونقص. وقال : صحيح الاسناد . وقال الذهبي : وابن عبد القدوس ساقط .

ومنها طريق أخرجه أبو نعيم في دلائل النبوة، حدثنا عبد الله بن محمد، حدثنا القاسم بن فورك ، حدثنا عبد الله بن أخي زياد ، حدثنا يسار بن أبي حاتم ، حدثنا موسى بن سعيد الدامي أبو معاوية ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن سلمان الفارسي رضى الله تعالى عنه، قال : ولدت برامهر ونشأت بها وكان أبي من أهل اصبهان ، وكان لأبي عز قال : فأسلمني إلى الكتاب فكنت انطلق إليه كل يوم مع سلمان فارس وكان في طريقنا جبل فيه كهف فمررت يوماً وحدي . فإذا أنا فيه برجل ثيابه شعر ، فأشار إلي فدنوت منه فقال لي : اتعرف المسيح عيسى بن مريم عليهما السلام . فقلت : له لا ولا سمعت به. فقال روح الله من آمن به أخرجه الله من غم الدنيا إلى نعيم الآخرة وقرأ علي شيئاً من الإنجيل . قال : فعلقه قلبي ، ودخلت حلاوة الإنجيل في صدري ، وفارقت اصحابي ، وجعلت كلما ذهبت ورجعت قصدت نحوه . إلى أن قال : فخرجت إلى القدس، فلما دخلت بيت المقدس ، إذا أنا برجل في زاوية من زواياه عليه مسوح . قال : فجلست له : فقال أتعرف فلاناً الذي كان بمدينة فارس ، فقال لي : نعم أعرفه ، وأنا أنتظر نبي الرحمة الذي وصفه لي .

قلت : كيف وصفه لك . فقال : وصفه لي فقال : إن نبي الرحمة يقال له محمد بن عبد الله ، يخرج من جبال تهامة ، يركب الحمار والبغلة ، الرحمة في قلبه وجوارحه ، يكون الحر والعبد عنده سواء ، ليس للدنيا عنده مكان ، بين كتفيه خاتم النبوة كبيضة الحمامة ، مكتوب في باطنه : الله وحده لا شريك له ، وفي ظاهره : توجه حيث شئت فانك منصور ، يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، ليس بحقود ولا حسود ، ولا يظلم مؤمناً ولا كافراً ، فمن صدقه ونصره كان يوم القيامة معه من الأمر الذي يعطاه .

قال سلمان : فقمت من عنده ، وقلت : لعلي اقدر على هذا الرجل .

فخرجت من بيت المقدس غير بعيد ، فمر بي اعرابي من كلب فاحتملوني إلى يثرب وسموني ميسرة . فباعوني لامرأة يقال لها جلسة بنت فلان حليف بني النجار ، بثلاثمائة درهم وقالت لي : يا هذا اسق هذا الحوض واسع علينا فيه .

قال فمكثت على ذلك ستة عشر شهراً حتى قدم رسول الله ﷺ المدينة فسمعت به وأنا في أقصى المدينة ألتقط الجلال .

فجئت إليه اسعى حتى دخلت إليه في بيت أبي ايوب الأنصاري فوضعت بين يديه شيئاً من المال فقال لي : « ما هذا ». قلت : صدقة قال : « إنا لا نأكل الصدقة» فرفعته من بين يديه .

ثم تناولت من إزاري شيئاً آخر ، فوضعته بين يديه ، فقال : « ما هذا » . قلت : هدية ، فأكل منها وأطعم من حوله .

ثم نظر إلي فقال لي : « أحر أنت أم مملوك ». فقلت : مملوك . فقال : « لم وصلتني بهذه الهدية » .

قلت : كان لي صاحب من أمره كيت وكيت ، وذكرت له قصتي كلها .

فقال لي : « إن صاحبك كان من الذين قال الله في حقهم ﴿ الذين آتيناهم الكتاب من قبله هم به يؤمنون وإذا يتلى عليهم قالوا آمنا ﴾ الآية .

قال لي ﷺ : « هل رأيت فيما قال لك » .

قلت نعم ، إلا شيئاً بين كتفيك . قال : فألقى ﷺ رداءه عن كتفيه ، فرأيت الخاتم مثلما قاله فقبلته ثم قلت : أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أنك رسول الله ﷺ . ثم قال لعلي بن أبي طالب : « يا علي « رض » إذهب مع سلمان إلى حبيبسه فقل لها : إن رسول الله ﷺ يقول لك إما أن تبيعي هذا وإما أن تعتقيه فقد حرمت عليك خدمته».

فقلت : يارسول الله إنها لم تسلم. فقال: ياسلمان « إنك لم تدر ماحدث بعدك عليها ، دخل عليها ابن عم لها يعرض عليها الإسلام ، فأسلمت » قال : سلمنا .

فانطلقنا إليها أنا وعلي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه فوافقاها تذكر محمداً ﷺ ، وأخبرها علي رضى الله تعالى عنه بما قال رسول الله ﷺ فقالت له : إذهب فقل له يارسول ﷺ ، إن شئت فأعتقته وإن شئت فهو لك .

قال : فأعتقنى رسول الله ﷺ ، وصرت أغدوا إليه وأروح . مختصر .

ثم رواه من طريق آخر مرسله فقال : حدثنا ابراهيم بن عبد الله ، وحدثنا محمد بن اسحاق الشعبي ، حدثنا قتيبة بن سعد ، حدثنا الليث بن سعد ، عن يحيى بن سعد عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب : أن سلمان رضي الله تعالى عنه كان قد خالط أناساً من أصحاب دانيال عليه السلام بأرض فارس قبل الاسلام فسمع بذكر رسوله ﷺ وصفته منهم فإذا في حديثهم : يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، وبين كتفيه خاتم النبوة . فأراد أن يلحق به فسجنه أبوه ما شاء الله ، ثم هلك أبوه ثم خرج إلى الشام ، فكان هناك في كنيسة . ثم خرج يتلمس رسول الله ﷺ فأخذه أهل سماوه فاسترقوه ثم خرج ، ثم قدموا به إلى المدينة ، فباعوه ورسول الله ﷺ بمكة لم يهاجر إلى المدينة .

فلما قدم المدينة ثم أتاه سلمان بشيء فقال « ما هذا يا سلمان » .

قال : صدقة فلم يأكل منه ﷺ . ثم جاء من الغد بشيء آخر فقال : « ما هذا يا سلمان » . قال : هدية فأكل عليه السلام منه ونظر إلى خاتم النبوة على كتفى النبى ﷺ فأكب وقبله ثم أسلم .

ثم اخبر النبى ﷺ أنه عبد مملوك فقال له كاتبهم حق أوفاهم وهذا مرسل .

الثاني بريدة رضى الله تعالى عنه .

أخرج حديثه الحاكم في المستدرك في كتاب البيوع ، عن زيد بن الحبان « رح » ، أخبرنا حسين بن واقد ، عن عبد الله بن بريدة ، عن أبيه : أن سلمان الفارسى رضى الله تعالى عنه لما قدم المدينة أتى رسول الله ﷺ بمائدة عليها رطب فقال له : « ما هذا يا سلمان » قال : صدقة أتصدق بها عليك وعلى أصحابك .

قال : « انا لا نأكل الصدقة » .

حتى إذا كان من الغد جاءبمثلها فوضعها بين يديه وقال : « يا سلمان ما هذا » . فقال: هدية . قال : « كلوا » وأكل ، ونظر إلى خـــاتم النبوة في ظهره ثم قال له : أنه ملك لقوم قال فاطلب إليهم أن يكاتبوك على كذا و كـذا نخلة أغرسها لهم وتقوم عليها أنت حتى تطعم . قال ففعلوا .

فجاء النبي ﷺ فغرس النخل كلها بيده وغرس عمر رضى الله تعالى عنه منها نخلة فأطعمت كلها في السنة إلا تلك النخلة .

فقال رسول الله ﷺ : « من غرس هـذه . » فقالوا : عمر « رض » . فغرسها رسول الله ﷺ بيده فحملت من سنتها . انتهى .

ورواه اسحاق بن راهوية وأبو يعلى الموصلى والبزار في مسانيدهم . قال الحاكم حديث صحيح على شرط مسلم « رح » .

قال البزار : لا نعلم يروى عن بريدة عن النبي ﷺ . ورواه الطبراني في معجمه .

الثالث : إبن عباس رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثـــه الحاكم أيضاً من طريق ابن اسحاق : حدثني عاصم بن عمر بن قتادة ، عن محمود بن أسد ، عن إبن عباس قال : حدثني سلمان الفارسي « رض » قال : كنت رجلا فارسياً من أهل أصبهان ، وكان أبي دهقان قريته وكنت أحب الخلق إليه ، وكنت أجتهد في المجوسية وأقد النار لا أتركها تخمـــد أبداً اجتهاداً في ديني .

فأرسلني أبي يوماً إلى ضيعة له في بعض عمله ، فمررت بكنيسة من كنائس النصارى ، فسمعت أصواتهم وهم يصلون ، فدخلت عليهم أنظر ماذا يصنعون ، فأعجبني ما رأيت من دينهم ، ورغبت عن ديني .

فلما رجعت إلى أبي أخبرته الخبر فأخافني وجعل في رجلي قيـــداً وحبسني في بيتي أياماً ثم أخبرت بقوم من النصارى خرجوا تجـــاراً إلى الشام ،قال فألقيت القيد من رجلي وخرجت معهم حتى قدمت الشام فسألت عن الأسقف من النصارى ، فدلوني عليــــه في كنيسة فجئت إليه وخدمته ولازمته وكنت أصلي معه . فلم يلبث أن مات وكان رجـل

سوء يأمرهم بالصدقة ، فإذا جمعوا له شيئـــاً أخذه لنفسه ولم يعط المساكين شيئاً . فلما جـاءوا ليدفنوه أخبرتهم بخبره ودللتهم على موضع كنزه ، فاستخرجوا منه سبع قلال مملوءة ذهباً وفضة ، فصلبوه ورجموه بالحجارة .

ثم جاءوا بآخر فوضعوه مكانه ، فما رأيت أزهد في الدنيــــا وأرغب في الآخرة ولا أدوم في العبادة ليلاً ونهاراً منه . فلم يلبث أن حضرته الوفـــاة ، فسألته وأوصى بي إلى رجل بنصيبين فلحقت به فلزمته ، فوجدته على أمر صاحبه فلم يلبث أن حضرته الوفاة ، فسألته فأوصى إلى رجل في عموريه مــــن أرض الروم . فلحقت به فوجدته على هدى أصحابه ،فلم يلبث إلى أن حضرته الوفاة،فسألته فقال : والله يابني ما أعلم أصبح اليوم على أمرنا أحد من الناس ولكنه قد أظلك زمان نبي بأرض العرب يبعث بدين ابراهيم عليه السلام ، به علامات لا تخفى : يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة ، بين كتفيه خاتم النبوة ، فإن استطعت أن تلحق بتلك البلاد فافعل . ثم مات ودفن ، فمكثت بعموريه ما شاء الله ثم مر قوم في تجـار ، فقلت لهم : تحملوني إلى أرض العرب وأعطيكم بقري وغنمي ، فقد اكتسبت بقراً وغنماً .

فقالوا : نعم .

فاعطيتهم وحملوني حتى إذا قدموا بي على وادي القرى ظلموني فباعوني من رجـــل يهودي ، فمكثت عنده ما شاء الله ، إذ قدم عليه ابن عم له من المدينــة من بني قريظة ، فابتاعني منه ، وحملني إلى المدينــة فأقمت بها وبعث الله رسوله ﷺ بمكة ، فأقمت بها ما أقام لا اسمع لهبذكر مع ما انا فيه من شغل الرق ، حتى قدم رسول الله ﷺ المدينة فذهبت إليه ، فدخلت عليه فقلت له بلغني أنك رجل صالح وأصحابك غرمـاء وذو حاجة ومعي شيء عندي للصدقة رأيتك أحق به ثم قربته اليه فقال ﷺ لأصحابـــه : « كلوا » ، وأمسك يده ولم يأكل . فقلت في نفسي هذه واحدة ومضيت . ثم جئته من الغد ومعي شيء آخر ، فقلت له : إني رأيتك لا تأكل الصدقة ، وهذه هدية أكرمك بها فأكل ﷺ وأمر أصحابه ، فأكلوا . قال : قلت في نفسي هذان اثنتان .

قال ثم جئت يوماً وهو جالس في أصحابه فسلمت عليه ثم استدرت انظره هل أرى الخاتم الذي وصفه لي صاحبي . فعرف الذي أريد فألقى رداءه على ظهره فنظرت الخاتم بين كتفيه فقبلته ثم تحولت بين يديه فقصصت عليه حديثي ، فأعجبني أن يسمعه أصحابه ، ثم قال لي : « يا سلمان كاتب عن نفسك » ، فقال: فكاتب هؤلاء عن نفسي بثلاثمائة نخل وأربعين أوقية ورجعت اليه فأخبرته فقال رسول الله ﷺ لأصحابه : « أعينوا أخاكم » فجعل الرجل يعينني بثلاثين ودية ، والرجل بخمسة عشر ، والرجل بعشر ، والرجل بقدر ما عنده حتى جمعوا إلي ثلاثماية ودية .

فخرج رسول الله ﷺ معي فجعلت أقرب له الودي وهو يغرفه بيده .

قال : وبقي علي المال . قال : فأتى رسول الله ﷺ بمثل بيضة الدجاجة من الذهب. وقال لي ياسلمان خذ هذه فأدها بما عليك ، فقلت يا رسول الله ﷺ وأنى يقع هذه مما علي. قال خذها فإنها ستؤدى عنك قال : سلمان فوالذي نفس سلمان بيده لقد وزنت لهم منها بيدي أربعين أوقيه وأوفيتهم حقهم .

وعتق سلمان وشهدت الخندق حرا ثم بعثني شهد مختصر من كلام طويل .

ورواه أبو نعيم في دلائل النبوة وابن سعد في الطبقات في ترجمة سلمان . ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال ، مختصر بالاسناد المذكور عن سلمان قال : أتيت رسول الله ﷺ بطعام وأنا مملوك ، فقلت له هذا صدقة فأمر أصحابه أن يأكلوا ولم يأكل . ثم اتيته بطعام آخر فقلت هذا هدية اهديه لك أكرمك به ، فأني لا أراك تأكل الصدقة فأمر أصحابه أن يأكلوا وأكل معهم ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

( وقبل هدية بريرة رضي الله تعالى عنها وكانت مكاتبة ) هذا الحديث في الكتب الستة : عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت : كانت لي بريرة ثلاث سنين ، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا ولاءها فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : « اشتريها ثم اعتقيها فإن الولاء لمن أعتق » وعتقت فخيرها النبي ﷺ من زوجها ، فاختارت نفسها ، وكان الناس يتصدقون عليها وتهدي لنا ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال : هو عليها صدقة ، ولنا هدية .

# وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عليهم دعوة مولى أبي أسيد، وكان عبداً

أخرجه البخاري في النكاح والطلاق. ومسلم في العتق. وأبو داود في الطلاق، والنسائي فيه وفي العتق، أربعتهم عن القاسم عن عائشة. والترمذي في الرضاع، وابن ماجة في الطلاق. عن الأسود، عن عائشة وألفاظها متقاربة.

وأخرجا نحوه عن قتادة، عن أنس «رض» أخرجه مسلم في الزكاة وليس في شيء من طرق الحديث أن الهدية وقعت حين كانت مكاتبة. ولكن روى عبد الرزاق في مصنفه في الطلاق: أخبرنا ابن جريج، أخبرني ابن الزبير أنه سمع عروة بن الزبير «رض» يقول: جاءت وليدة لبني هلال يقال لها بريرة فسألت عائشة في كتابتها، فسألت عائشة بها أهلها فقالوا: لا نبيعها إلا ولنا ولاؤها فتركتها.

فقالت لرسول الله ﷺ لا يقبلون بيعها لها إلا ولهم الولاء.

قال: لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن اعتق، فابتاعتها عائشة واعتقتها، وخيرت بريره فاختارت نفسها، وقسم النبي ﷺ شاة فاهدت لعائشة منها. فقال النبي ﷺ: «هل عندكم من طعام». قالت: لا، إلا من الشاة التي اعطيت بريرة. ثم نظر ساعة ثم قال: «قد وقعت موقعها هي عليها صدقة ولنا هدية» فأكل منها.

قال: وزعم عروة انها ابتاعتها مكاتبة على ثمانية أواق لم تمط من كتابتها شيئاً.

ورواه البزار في مسنده كذلك. وروى عبد الرزاق في المكاتب: أخبرنا ابن جريج عن أبي الزبير، عن عروة: أن عائشة رضى الله تعالى عنها ابتاعت بريرة مكاتبة على ثمان أواق لم تمط من كتابتها شيئاً.

(وأجاب رهط من الصحابة رضى الله تعالى عنهم دعوة مولى أبى أسيد «رح» وكان عبداً) أبو أسيد اسمه اسيد بن ربيعة الساعدي «رح» الصحابى، ذكره ابن اكول بضم الهمزة وفتح السين.

ثم قال: ذكر أحمد بن حنبل عن أبى مهدي، عن سفيان عن أبى الزناد عن أبى سلمة، عن أبي أسيد الساعدي «رح»، يعني بفتح الهمزة و كسر السين.

ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدأ منها ، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقى على اصل القياس

---

وقال أبو عبد الله : قال عبد الرزاق « رح » ووكيع « رح » : وأبو أسيد ، يعني بضم الهمزة وكسر السين ، وهو الصواب . ومولاه اسمه أسد بن علي بن عبيدة « رح » . وقيل : هو أبوه ، والأكثر أنه مولاه وهو بفتح الهمزة وكسر السين وقيد فيه بالضم .

وذكر شرح الجامع الصغير عنه أنه قال : أعرست وانا عبد ، فدعوت رهطـاً من أصحاب رسول الله ﷺ وفيهم أبو ذر رضي الله تعالى عنه ، فأجابوني .

ولو استدل المصنف رحمه الله في ذلك بالحديث المرفوع لكان أولى وأجدر . وهو ما أخرجه الترمذي في الجنائز ، وابن ماجة في الزهد : عن مسلم الأعور عن أنس بن مالك « رض » قال : كان رسول الله ﷺ يعود المريض ، ويتبع الجنائز ، ويجيب دعـوة المملوك ، ويركب الحمار . ولقد كان يوم خيبر ويوم قريظة على حمـار خطامه حبل من ليف ، وتحته أكان من ليف .

وقال الترمذي « رح » : لا نعرفه به إلا من حديث مسلم بن كيسان « رح » : لا يجوز وهو ضعيف . وأخرجه الحاكم في المستدرك في الأطعمة وقال : حديث صحيح الإسنـاد ولم يخرجاه .

( ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التـاجر بدأ منها ) أي لا يجد عنها معازفة وانقطاعاً .

( ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته ) لأن التاجر يجتمع عنده في دكانه جمع من الناس ، فلا يخلو من أن يطلب واحد منهم شربة ماء أو نحوه،فلو امتنع من ذلك ينسبونه إلى البخل ولا يختلفون اليه وينسد باب التجـارة ، فتكون هذه الأشياء من ضروريات التجارة .

( ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على أصل القياس ) وهو أن العبـد ليس من أهل التبرع .

قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له وأصل هذا التصرف أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالإنكـــاح والشراء والبيع لاموال القنية ، لان الولي هو الذي قام بمقامه بإنابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه و بيعه

واجارة الاظار

---

وقال الفقيه أبو الليث « رح » : لو تصدق المأذون بقدر حبـة أو نصف دانق وجب أن يحرز .

( قال ومن كان في يده لقيط لا أب له فإنه يجوز قبضه الهبة أو الصدقـــة له ) ، أي قال في الجامع الصغير . وقوله : لا أب له ، قيد اتفـاقي غير لازم ، فإن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فالزوج يقبض الهبة لها ، يجوز لأنها تقع محض ، فلا يشترط الولاية ، كذا ذكر فخر الإسلام « رح » .

( وأصل هذا ) أي هذا الحكم وهو : صحة قبض الملتقط اللقيط الهبة أو الصدقـــة ( أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة : نوع هو من باب الولايـة ) ، أي الأول : نوع هو من باب الولاية على الصغار ( لا يملكه إلا من هو ولي كالإنكاح والشراء والبيع لامـــوال القنية ) بكسر القاف ، وسكون النون ، وفتح اليـــاء آخـر الحروف ، وفي آخره تاء وهي : أصل ابل النسل لا التجارة ، وأصلها من قنى : إذا حفظ .

( لأن الولي هو الذي قام مقامها ) أي مقام الصغير ( بإنابة الشرع ) مثابه .

( ونوع آخر ) وهو النوع الثاني ( ما كان من ضرورةحال الصغار وهو شراء ما لا بد الصغير منه وبيعه ) أي بيع ما لا بد منه .

( وإجارة الاظار ) . قال الأترازي : وفي بعض النسخ : وإجارة الصغار ، والنسخة الأولى هي الصحيحة ، لأن إجارة الصغار ليس من ضرورات حال الصغار لا محالة ، ولهذا لم يذكرها الصدر الشهيد وفخر الدين قاضيخان في شرحيها .

وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم ، وإذا ملك هؤلاء هـــذا النوع فالولي أولى به ، إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره .

---

فأما إجارة الاظار فمن ضرورات حال الصغار كسراً ، ما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة ، وأيضاً يلزمه التناقض على رواية الجامع الصغير ، لأنه صرح فيه أن الملتقط لا يجوز له أن يؤاجر الملتقط ، نعم على رواية القدوري « رح » يجوز ذلك لتثقيف الصبي وحفظه عن الضياع .

وقال تاج الشريعة « رح » قوله : وإجارة الصغار تناقض ذكره بعد النظر ، ولا يجوز للملتقط ، ولا يجوز للعم .

قلت فيه روايتان : الأصح الولاية .

وقال السغناقي : لا يقال هذه المسألة مناقضة كرواية تذكر بعدهـا بقوله ، ولا يجوز للمتقط أن يؤاجره لأن كل واحدة محمولة على حالة ، فجواز إجـــارته محمولة على حالة الضرورة ، بدليل عدها من الضرورة ، وعدم جوازهـــا في غير حالة الضرورة ، أو في المسألة روايتان . أو يقول المراد بقوله وإجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من حبس ما لا بد للصغار منه .

وبعضهم لم يقدروا على رفع المناقضة غير ، ولفظ الكتاب بقوله وإجارة الإظـــار . والأول أصح .

قلت هذا يناقض كلام الأترازي ، ولكن كلامه أوجه بالتعليل الذي ذكره .

قال الأترازي وفي بعض النسخ إجارة الاظارة للصغار ، وهو أوضح .

( وذلك جائز ) أي هذا النوع جائز ( ممن يعوله وينفق عليـــه ) أي على الصغير ( كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم ، وإذا ملك هؤلاء هـــذا النوع فالولي أولى به ، إلا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الصبي في حجره ) بخلاف الأخ والعم والأم والملتقط فإنه يشترط أن يكو الصغير في حجرهم كما ذكره .

ونوع ثالث ما هو نفـــع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي بنفسه، إذا كان يعقل لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر، وصار بمنزلة الانفاق. قال: ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للأم أن تؤاجر ابنهـــا إذا كان في حجرها، ولا يجوز للعم لأن الأم تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم. ولو أجر الصبي نفسه لا يجوز لأنه مشوب بالضرر

---

(ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا) النوع (يملكه الملتقط والأخ والعم والصبي بنفسه إذا كان يعقل لأن اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظراً للصبي فيملك بالعقل في الصبى والولاية). في الولي (والحجر) في العم ونحوه. (فصار بمنزلة الإنفاق) أي صار هذا النوع بمنزلة الإنفاق على الصغير لكونه نفعاً محضاً فيملك بهذه الأشياء.

(قال رحمه الله ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) أي قال في الجامع الصغير (ويجوز للأم أن تؤاجر ابنها إذا كان في حجرها، ولا يجوز للعم ذلك) أي اجارة أباه، والحاصل أن اجارة الملتقط والعم لا تجوز مطلقاً واجارة الأم تجوز إذا كان في حجرها.

(لأن الأم تملك إتلاف منافعه باستخدامه) يعني أن الأم تملك اتلاف منافعه من غير عوض ولأن يملك بعوض كان أولى.

ولا يقال الصبي يملك اتلاف منفعة نفسه بغير عوض، فينبغي أن يملك الإجارة كالأم لأنا نقول لزوم العقد لا يكون بدون الولاية، والأم من اهلها في الجملة من حيث الشهادة وغيره ولا كذلك الصبي.

(ولا كذلك الملتقط والعم) أي لا يملكان اتلاف منافع الصغير من غير عوض، فلا يملكان إجارته.

(ولو أجر الصبي نفسه لا يجوز لأنه مشوب) أي مختلط (بالضرر إلا إذا فرغ من

إلا إذا فرغ من العمل لأن عنـــد ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبـــد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال : ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعـــه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لأنه عقوبة أهل النار فيكره كالإحراق بالنار ،

---

العمل) يعني : ومع هذا لو أجر نفسه وأدى العمل المستحق عليه وجب المسمى استحساناً ( لأن عند ذلك تمحض نفعاً ) أي لأن عند فراغه من العمل صار ما عمله نفعاً محضاً في حقه ( فيجب المسمى ) أي إذا كان كذلك يجب الذى سمى له في العقد ( وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه ) أي الصبي الذي يؤجر نفسه حيث لا يجوز لإنعدام الاذن وقيام الحجر ، ومع هذا لو أجر نفسه ولا فرغ من العمل صح استحساناً لأنه انقلب نفعاً محضاً، ( وقد ذكرناه ) في باب إجارة العبد .

( قال رحمه الله : ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده الراية ) أي قال في الجامع الصغير : بالراء المهملة وهو ما يجعل في عنق العبد من الحديد علامة على أنه آبق ( ويروى الداية ) بالدال المهملة .

قال الشراح هذا غلط من الكتاب . قلت يتاتي غلط الكاتب في نفس حرف الداية، بأن تصحيف الراء دالاً .

وأما قوله : ويروى كيف يزيله من عنده ، وبعضهم قد صحح هذه اللفظة .

( وهو الطوق من الحديد الذي يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة ، لأنه عقوبة اهل النار ، فيكره كالإحراق بالنار ) لأنه أمر محدث وشر الأمور محدثاتها .

وقال ﷺ : « وكل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلالة ، وكل ضلالة في النار » .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : وكان هذا في الزمن الأول ، أمـــا في زماننا هذا فقد جرت العادة في الراية إذا خيف منه ، وقد يحتـــاج اليه وخاصة في العبد الهندي .

ولا يكره أن يقيده لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة . فلا يكره في العبد تحرزاً عن إباقه وصيانة لماله . قال : ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لأن التداوي مباح بالإجماع ، وقد ورد بإباحته الحديث .

---

( ولا يكره أن يقيده ) أى العبد ( لأنه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة ) بالدال المهملة المفتوحة ، وهو الفساد والخبث ، ومنه الداعر الخبيث المفسد من دعر ، يدعر ، دعارة .

( فلا يكره في العبد تحرزاً عن اباقه وصيانة لماله ) أى لأجل الاحتراز عن هربه، ولأجل الصيانة أى لحفظ ماله ،

( قال ولا بأس بالحقنة ) أى قال في الجامع الصغير ( يريد به التداوي ) أى يريد المحتقن بالحقنة التداوي قيد به لأنه إذا أراد بها التسمين لا يباح .

وعن أبي يوسف « رح » : لا بأس به لأن الازال إذا تناهى يورث السل ، وانما ذكر الضمير في : به على تأويل الاحتقان ،

( لأن التداوي مباح بالاجماع وقد ورد بإباحته الحديث ) يشير بذلك إلى قوله ﷺ : « تداووا وإن الله عز وجل جعل لكل داء دواء » .

وقد رواه ستة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم :

الاول : عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما ، أخرج حديثه اسحق بن راهويه « رح » وعبد بن حميد في مسنديهما قال الاول :

حدثنا الفضل بن موسى . وقال الثاني : حدثنا محمد بن عبيد ، قالا : حدثنا طلحة ابن عمر « رح » ، عن عطاء « رح » ، عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « يا أيها الناس تداووا فإن الله عز وجل لم يخلق داء إلا وقد خلق الله له شفاء إلا السام » ، والسام : الموت .

ورواه الطبراني في معجمه عن طلحة بن عمر . وبه روى أبو نعيم في تاريخ أصبهان من طريق عبد الله بن وهب ، عن طلحة .

الثاني : عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، أخرج حديثه البيهقي في شعب الإيمان ، حدثنا علي بن أحمد بن عبدان ، أخبرنا أحمد بن عبيد ، حدثنا الحسن بن علي ابن المتوكل، حدثنا أبو الربيع ، حدثنا أبو وكيع الجراح بن مليح ، عن قيس بن مسلم، عن طارق بن شهاب ، عن عبد الله بن مسعود « رض » قال :

قال رجل : يا رسول الله ﷺ أنتداوى .

قال : « نعم تداووا فإن الله عز وجل لم ينزل داء إلا وأنزل له شفاء » .

وقال البيهقي : وقد تابعه أبو حنيفة « رح » وأيوب بن عابد عن قيس في دفعه .

قلت كذلك أخرجه أبو نعيم في كتابه المفرد في الطب عن أبي حنيفة «رح» النعمان بن ثابت الكوفي رضي الله تعالى عنه ، وأيوب بن عابد الطائي عن قيس « رح » منه مرفوعاً والله سبحانه وتعالى أعلم .

الثالث : أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أخرج القضاعي حديثه في مسند الشهاب ، أخبرنا عبد الرحمن بن عمر الصفار، أخبرنا أحمد بن محمد بن زياد ، حدثنا سعيد ابن غياث بن أبي ستة ، حدثنا ابن بكار ، حدثنا شعبة عن الاعمش ، عن أبي صالح ، عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « تداووا فإن الله عز وجل أنزل الداء » .

رواه أبو نعيم في كتاب الطب من حديث معمر بن سليمان، عن طلحة بن عمر «رح»، عن عطاء ، عن أبي هريرة مرفوعاً نحو هذا سواء .

الرابع : أسامة بن شريك رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الاربعة، عن زياد بن علامة ، عن اسامة بن شريك ، قال : أتيت النبي ﷺ وأصحابه كأنما على رؤوسهم الطير فسلمت ثم قعدت فجاء الاعراب من هنا وهنا فقالوا : يا رسول الله ﷺ أنتداوى. فقال : « تداووا فإن الله عز وجل لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء الهرم » .

قال الترمذي « رح » : حديث حسن صحيح. ورواه أحمد وابن أبي شيبة ، واسحق

ابن راهويه وأبو يعلى الموصلي في مسانيدهم ، ولفظ ابن راهويه فيه : « فان الله لم ينزل داء إلا أنزل الله له دواء إلا الموت » . قالوا يا رسول الله ﷺ فما افضل عمل العبد . قال : « خلق حسن » . قال : فلما قاموا من عنـده جعلوا يقبلون يده . قال شريك : فضممت يده إلي فاذا هى أطيب من المسك ، ويلفظ السين .

ورواه البخاري في كتاب المفرد من الأدب ، والطبراني في معجمه وابن حبان « رح » في صحيحه . والحاكم في المستدرك في كتاب العلم وقال : حديث صحيح ، ولم يخرجـاه وعلتـه عندهما أن اسامـة بن شريك « رح » ، لا يروى عنه غير زياد بن علامة قال : وله طرق أخرى نذكرها في كتاب الطب عن مشعر بن كرام ، عن زياد عن علامة به ، وقال صحيح الاسناد . وقد رواه عشرة من أئمة المسلمين وثقاتهم عن زياد بن علاقة ، مالك بن معول ، وعمر بن قيس الهلالي وشعبة ومحمد بن حجامة ، وأبو حمزة محمد بن ميمون السكري ، وأبو عوانة ، وسفيان بن عيينه ، وعثمان بن حكيم الأوري ، وسفيان بن عبد الرحمن نجوى دور وابن عمر والشكري وزهير بن معاوية ، واسرائيل بن يونس ، الشعبي احاديثهم الجميع .

ثم قال : فانظر هل يترك مثل هذا الحديث إشهاراً ، وكثر رواية بأن لا يوجد له عن الصحابى إلا تابعى واحد .

قال : وسألنى الإمام أبو الحسن عن ابن محمد بن عمير الدارقطنى: لم أسقط الشيخان حديث أسامة بن شريك من الكتابين .

فقلت له : لأنهما لم يجدا لأسامة بن شريك رواة غير زياد ابن علاقة .

فقال لي أبو الحسن أو كتبه لي بخطه : قد أخرجا جميعاً حديث قيس بن أبى حازم عن عدي بن عمير عن النبي ﷺ : « من استعملناه على عمـل الحديث » . وليس لعدي ابن عميرة راو غير قيس .

وأخرجا أيضاً حديث حسن بن عمر بن ثعلب ، وليس له راو غير الحسن .

وأخرجا ايضاً حديث مجبراً بن زهير الأسلمى ، عن أبيه ، عن النبى ﷺ في النهى

عن لحوم الحمر الاهلية . وليس لزهير غير مجبراً .

وقد أخرج البخاري حديث قيس بن أبى حازم عن مرداس الاسلمى عن النبى ﷺ يذهب الصالحون اسلافاً ، وليس لمرداس راو غير قيس .

وقد أخرج البخارى أيضاً حديثين عن زهرة بن معبد عن جده عبدالله بن هشام بن زهره عن النبى ﷺ وليس لعبد الله راو غير زهير « رح » .

وحديث أسامة بن شريك أصح وأشهر وأكثر رواة من هذه الاحاديث ، مع أن أسامة بن شريك قد روى عنه ، عن علي بن الأقمر ومجاهد «رح».

وقال الحاكم في المستدرك في كتاب الايمان ، في حديث أبى الأحوص عن أبيه مرفوعاً « أن الله تعالى إذا أنعم نعمة على عبد أحب أن ترى عليه » .

لم يخرج الشيخان هذا الحديث إلا أن مالك بن فضلة ليس له راو غير ابنه الأحوص وقد أخرج عن أبى المليح بن أسامة عن ابيه ، وليس له راو غير أبيه ، و كذلك ابن مالك الاشجعى عن أبيه ، وليس له راو غير أبيه .

الخامس : أبو الدرداء ، أخرج حديثه أبو داود «رح» في سننه عن اسماعيل بن عياش « رح » ، عن ثعلبة بن مسلم ، عن ابن عمر ، عن الانصاري عن أم الدرداء « رح » ، عن ابى الدرداء « رح » قال ، قال رسول الله ﷺ « إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بالحرام » .

السادس : أنس رضى الله تعالى عنه ، أخرج حديثه أحمد في مسنده ، وابن ابى شيبة « رح » في مصنفه ، قالا حدثنا يونس بن محمد « رح» ، حدثنا حرب بن ميمون قال سمعت أنس بن مالك «رض» يقول إن رسول الله ﷺ قال « إن الله عز وجل حيث خلق الداء خلق الدواء ، فتداووا » . وعن ابن أبى شيبة رواه يعلى «رح» في مسنده .

( ولا فرق بين الرجال والنساء ) لعموم الآثار فلذلك لم يفرق بين الرجال والنساء .

وفي الجامع الصغير فيجوز لهما التداوي جميعاً بالحقنة لأنه لا يستعمل المحرم فيها .

( إلا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام) لما مر

وغيرها لأن الاستشفاء بالمحرم حرام . قـــال : ولا بأس برزق القاضي لأنه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له .

---

لأن في حديث أبي الدرداء «رح» « ولا تتداووا بالحرام » .

وبه قال مالك واحمد « رح » وفي التهذيب البغوي : يجوز للعليل شرب البول والدم والميتة للتداوى إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه ، ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه. وإن قال الطبيب يتعجل شفاؤك : فيـــه وجهان ، وهل يجوز شرب القليل من الخمر للتداوى فيه وجهان ، انتهى .

وقال فخر الإسلام البزدوي «رح» فعل الاستشفاء بالحرام إنما لا يجوز إذا لم يعلم أن فيه شفاء ، أما إذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره ، يجوز الاستشفاء به .

وقال في الفتاوى . التداوى بلبن الأتان إذا أشار اليه لا بأس به. وفي خلاصة الفتاوى رجل استضعف بدنه ورمدت عيناه فلم يعالج حتى اضعفه ومات لا إثم عليه بخلاف ما إذا صام ولم يأكل وهو قادر حتى مات فإنه يأثم وذلك لأن الأكل قدر قوته فرض فإذا ترك متلفاً نفسه والصحة بالمعالجة غير معلومة لا يقال التداوي ينافي التوكل ، ونحن أمرنا بالتوكل لأنا نقول الأمر بالتوكل محمول على اكتساب الأسباب . قال الله سبحانه وتعالى ﴿ وهزي اليك بجذع النخلة ﴾ والله سبحانه وتعالى يقدر على أن يرزقها من غير هذا ، وإلى هـــذا المعنى أشار أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه بقوله شعر :

توكل على الرحمن ثم اطلب الغنى ... فإني رأيت الفخر في ترك الطلب
ألم تر أن الله قـــال لمريم ... وهزي إليك الجذع تساقط الرطب
ولو شاء مال الجذع من غير هزها ... اليها ولكن الأمور لها سبب
توكل على الرحمن في كل حاجـة ... ولا تتركن الجهد في كثرة التعب

فإن قلت في الحقيقة كشف العورة ، قلت لا نسلم ذلك فإنهـــا قد تيسر بدون ذلك ولئن سلمنا بكشف العورة فهو يباح للضرورة .

( قال رحمه الله : ولا بأس برزق القاضي ) أي قال في الجامع الصغير ( لأن النبي ﷺ بعث عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له ) .

قلت صح بعث النبي ﷺ به إلى مكة ، وأما فرضه له فقد قال الزيلعي من التخريج: هذا غريب ، ثم قال روى الحـــاكم في مستدركه في كتاب الفضائل من طريق ابراهيم الحربي « رح » ، حـــدثني مصعب بن عبد الله الزبيري قال : استعمل رسول الله ﷺ عتاب بن أسيد رضى الله تعالى عنه على مكة ، وتوفى رسول الله ﷺ وهو عامله عليها، ومات عتاب « رض » بمكة في جمادى الأخرى سنة ثلاثة عشر .

ثم أسند إلى عمرو بن أبي عمرة قال : سمعت عتاب بن أبي أسيد وهو مسند ظهره إلى الكعبة يقول والله ما أصبت في عملي هـــذا الذي ولاني رسول الله ﷺ إلا ثوبين معقدين فكسوتهما مولاي .

وروى ابن مسعود في الطبقات في ترجمة عتاب : أخبرنا محمد بن عمر الواقدي،حدثنا ابراهيم بن جعفر عن أبيه قال سمعت عمر بن عبد العزيز في خلافته يقول قبض رسول الله ﷺ وعتاب بن أسيد عامله على مكة كان ولاه يوم الفتح فلم يزل عامله عليها حتى توفى رسول الله ﷺ انتهى .

وأصحابنا هم الذين ذكروا أنه ﷺ فرض له أربعين أوقية والأوقيه أربعون درهماً .

قلت كيف يقول هذا غريب وقـــد أخرج البيهقي في سننه ، من حديث أبي بكر بن أبي سبرة ، حدثنا اسماعيل بن امية عن الزهري قال رزق رسول الله ﷺ عتاب بن أسد حين استعمله على مكة أربعين اوقية في كل سنة .

فان قلت قال الذهبي في مختصره لم يصح هذا قلت روى البيهقي رحمـــه الله ايضاً في سننه، من حديث اسحاق به ابي حسين الرقي « رح » حدثنا سعيد بن مسلم عن اسماعيل ابن أمية ، عن أبي الزبير ، عن جابر «رض» أن رسول الله ﷺ استعمل عتاب بن أسيد «رض» على مكة ، وفرض له عمالته اربعين أوقية من فضة ، وينبغي أن لا يشك في صحة هذا فإن الذي يعمل عملاً يحتاج إلى كفايته وكفاية عياله، فإن لم يرزق من جهة عمله وإلا يضيع ماله ولا يرضى أحد بعمل على جهة فتفرغ أحـــوال المسلمين والدليل على صحة ما ذكره البخاري في رزق الحكام والعاملين عليها .

وكان شريح يأخذ على القضاء أجراً فقالت عائشة رضى الله عنها يأكل الوصي بقـــدر

عمالته ، وأكل أبو بكر وعمر رضى الله عنهما .

وفي مصنف عبد الرزاق : أخبرنا حسين بن عمـــارة ، عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه رزق شريحاً ، وسلمان بن ربيعة الباهلي على القضاء،ويروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة شريح أخبرنا الفضل بن دكين ، حدثنا الحسن بن صالح عن ابن ابى ليلى قال بلغني أن علياً رضى الله تعالى عنه رزق شريحاً خمسماية .

وروى في ترجمة زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه ، أخبرنا عفان بن مسلم ، حـــدثنا عبد الواحد بن زياد ، عن الحجاج بن أرطأة ، عن نافـــع قال : استعمل عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقاً .

وقال أيضاً أخبرنا محمد بن عمر الواقدي ، أخبرنا عبد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله ابن عمر رضى الله تعالى عنهما بويع أبو بكر الصديق رضى الله تعالى عنه يوم قبض رسول الله ﷺ يوم الاثنين ستة عشرة ليلة خلت من ربيع الأول سنة أحـد عشر من الهجرة ، وكان رجلاً تاجراً يعاود كل يوم إلى السوق فيبيع ويبتاع فلما بويع للخلافة قال والله ما يصلح للناس الا التفرغ لهم والنظر في شأنهم ولا بد لعيالي ما يصلحهم فترك التجارة وفرض من مال المسلمين ما يصلحه ويصلح عياله يوماً بيوم ، وكان الذي فرضه له في كل يوم درهم ، فلما حضرته الوفاة قال لهم : ردوا ما عندنا إلى مال المسلمين ، وأن ارضي التي هي بمكان كذا وكذا للمسلمين ما أصبت من أموالهم فرفع ذلك إلى عمر رضى الله تعالى عنه فقال : لقد والله أتعبت من بعدك .

فإن قلت من أي مال فرض رسول الله ﷺ ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال وانما كانت الدواوين في زمان عمر رضى الله تعالى عنه .

قلت هي له ذلك من الفيء ، وقيل مما أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذت من مجوس هجر .

قال أبو يوسف في كتاب الخراج بإسناده إلى ابن عباس رضي الله تعـالى عنهما قال : أن رسول الله ﷺ أخذ الجزية من مجوس أهل هجر ، انتهى .

وبعث علياً « رض » إلى اليمن وفرض له ولأنه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المـــال ، وهذا لأن الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة ،

---

وعتاب : بفتح العين المهملة وتشديد التـاء المثناة من فوق ، وفي آخره باء موحدة . وأسيد بفتح الهمزة وكسر السين المهملة وهو ابن أبي العيص بن أمية بن عبد شمس وأخوه خالد بن أبي أسيد وهما صحابيان رضي الله تعالى عنهما.

( وبعث علياً رضي الله تعالى عنه إلى اليمن وفرض له ) بعثه ﷺ عليـــاً إلى اليمن صحيح وأما فرضه له فلم يثبت عند أهـــل النقل ، ولكن الكلام فيه كالكلام في قصة عتاب بن أسيد . أما بعثه فقد رواه أبو داود عن شريك عن سماك ، عن حسن ، عن علي رضي الله تعالى عنهما قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً فقلت يا رسول الله ﷺ ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء .

فقال : « إن الله يستهدي قلبك ويثبت لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلاتقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يبين لك القضاء » فما زلت قاضياً أو ما شككت في القضاء بعد .

ورواه أحمد واسحاق بن راهوية وأبو داود الطيالسي في مسانيدهم . ورواه الحاكم في المستدرك ، وقال حديث صحيح الاسناد ، ولم يخرجاه وقد مر الكلام فيه من ذلك في أدب القاضي .

( ولأنه ) أي القاضي ( محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مـال بيت المال ) ، قالوا هذا إذا كان بيت المال حلالاً ، فاما إذا كان حراماً جمع بباطل لم يحـــل أخذه بحال لأن سبيل الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين .

( وهذا ) أي كون نفقته منه بحبسه لمصالح المسلمين ( لأن الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة ) لانهما يحبسان أنفسهما بمال اليتيم ومال رب المال ، وكذلك نفقة المرأة سواء كانت في العصمة أو في العدة لأنها محبوسة بحق الزوج .

وهذا فيما يكون كفاية فإن كان شرطاً فهو حرام ، لأنــه استئجار على الطاعة إذ القضاء طاعة بل هو أفضلها . ثم القاضي إذا كان فقيراً فالأفضل بل الواجب الأخذ ، لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا بــه إذ الإشتغال بالكسب يقعده عن إقامته وإن كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال . وقيل الأخذ

---

( وهذا فيما يكون كفاية ) أي هذا الذي ذكره محمد في الجامع الصغير من قوله : ولا باس برزق القاضي فيما إذا كان كفاية ومؤنة للنفقة .

( فإن كان شرطاً ) ومعاقدة في ابتداء الأمر بأن قال لا أقبل القضاء إلا إذا رزقني الوالي في كل سنة كذا وكذا بمقابلة قضائي ، ( فهو حرام لأنه استئجار على الطاعة إذ القضاء طاعة ، بل هو أفضلها ) والقضاء طاعة بل أفضلها ، أي أفضل الطاعات لقوله ﷺ « القضاء أشرف العبادات » فإذا بطل الاستئجار على سائر الطاعات فعلى هذا اولى .

ألا ترى أن حكم القاضي بالرشوة لا ينفذ ، وان كان القاضي لا ينعزل عنها بالجور والفسق والإرتشاء ، ولكن يستحق العزل فيعزله ، خلافاً للمعتزلة فإن عندهم يعزل بالفسق ، وهو رواية للأصحاب .

( ثم القاضي إذا كان فقيراً فالافضل بل الواجب الأخذ ) أي أخذ رزقه وكفايته ( لأنه لا يمكنه إقامة فرض القضاء إلا به ، إذ الإشتغال بكسبه [1] يقعده عن إقامته ) أي يؤخره عن إقامة فرض القضاء ولاشتغاله بالكسب كما ذكرنا في قصة أبي بكر رضي الله تعالى عنه عن قريب .

( وإن كان غنياً فالأفضل الامتناع ) عن أخذ الرزق في بيت المال ( على ما قيل رفقاً ببيت المال ) أي لأجل الرفق ببيت مال المسلمين .

( وقيل الأخذوهو الأصح صيانة للقضاء من [2] الهوان ) أي لأجل صيانة القضاء عن

---

(١) بالكسب — هامش . (٢) عن — هامش .

وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظراً لمن يولي بعده من المحتاجين لانه إذا انقطع زماناً يتعذر اعادته ثم تسميته رزقاً تدل على أنه بقدر الكفاية. وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لأن الخراج يؤخذ من أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح. ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت في السنة بعد استعجال

---

الهوان ، أي لأجل صيانة القضاء عن الذلة لأنه إذا لم يأخذ لا يلتفت إلى امور القضاء كما ينبغي لاعتماده على غنائه ، فإذا أخذ يلزمه حينئذ إقامة أمور القضاء .

( ونظراً لمن يولى بعده من المحتاجين ) أي ولأجل النظر في حق من يأتي بعده من القضاة الفقراء (لأنه إذا انقطع) أي لأن رزق القاضي وهو معلومة إذا انقطع من بيت المال بترك القاضي الغني وامتناعه عنه ( زماناً يتعذر اعادته ) لأن متولى أمور بيت المال يحتج عليه بعدم جرى العادة فيه منذ زمان فيتضرر القاضي الفقير .

( ثم تسميته رزقاً ) أي ثم تسميته ، قال محمد في الجامع الصغير : معلوم القاضي رزقاً ( تدل على أنه بقدر الكفاية ) له ولعياله ولا يعطى أكثر من الكفاية لقوله سبحانه وتعالى ﴿ ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف ﴾ الآية ، وإن كان نزولها في وصى اليتيم لكون الوصي عليها ليتيم حابساً نفسه ، لذلك الحكم لكل من يعمل لغيره بطريق الحسبة .

( وقد جرى الرسم باعطائه ) أي وقد جرت العادة باعطاء رزق القاضي ( في أول السنة لأن الخراج يؤخذ من أول السنة وهو يعطى منه ) أي القاضي يعطى من الخراج هذا كان في اول الزمان . ( وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية ) أي أن الذي يأخذه الإمام من الخراج في اول السنة هو خراج السنة الماضية وعليه الفتوى ، أشار إليه بقوله (هو الصحيح) قال الكاكي أيضاً عليه الفتوى .

(ولو استوفى) أى القاضي ( رزق سنة وعزل قبل استكمالها ) أى قبل تمام السنة (قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة إذا ماتت) أى الزوج ( في السنة بعد استعجال

نفقة السنة والأصح أنه يجب الرد . قال ولا بأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم ، لان الاجانب في حق الإماء فيما يرجع إلى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها ، وإن امتنع بيعها والله أعلم بالصواب

---

نفقة السنة ) حيث يجب رد ما بقي من السنة عند محمد خلافاً لابي يوسف ، وإليه أشار الخصاف في نفقاته ، فكذلك يجب على القاضي رد ما بقي عند محمد خلافاً لابي يوسف . وكذا الكلام في موت القاضي في أثناء السنة ( والاصح أنه يجب الرد ) كذا ذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان .

( قال ولا بأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم ) أو قال في الجامع الصغير (لان الاجانب في حق الإماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم ) أى لان الاجانب في حق الاماء كالمحارم في حق الجوار في حق النظر والمس ، فجاز السفر بهما مع الاجانب كما جاز للحرائر مع المحارم . وقيل هذا في زمانهم . وأما في زماننا لا يحل لغلبة أهل الفسق ، كذا في المحيط والتتمة ، وأجمعوا على أن العجوز الحرة لا تسافر مع غير محرم ، ولا تحلوا برجل ( على ما ذكرنا من قبل) أشار به إلى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم .

( وأم الولد أمة لقيام الملك فيها) هذا جواب عما يقال إنكم قلتم أن الاجانب في حق الاماء كالمحارم وأم الولد ليست بأمة ، لان ولدها ابنتها . فأجاب بأن أم الولد أمة لقيام الملك فيها ، ولهذا أجاز استخدامها وحل وطؤها بلا نكاح ، ولا يحل الوطء بأحد الملكين ( وان امتنع بيعها ) واصل بما قبله ، يعني امتناع بيعها لا يخرجها عن قيام الملك فيها ، لان امتناع البيع لاستحقاقها الحرية .

* * *

# كتاب احياء الموات

## قـــال الموات مـا لا ينتفع بـه من الاراضي لانقطاع المـاء عنه أو لغلبة الماء عليه ،

---

### ( كتاب احياء الموات )

أي هذا كتاب في بيان احكام إحياءالموات قال الشراح: مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهة . يجـــوز أن يكون من حيث أن في مســائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره . وهذا ليس بشـــيء . لانه قـل كتاب من الكتب أن يخلو عما يكره وما لا يكره ، وأبعد من هذا ما قاله الكاكي . أو لان احياء الارض احياء صورة فكان فيه التسبب للحياة النامية فكان قريباً إلى حقيقـة الاحياء . كما أن الكراهة حرمة صورة وقريب الى الحرمة القطعية والأوجه أن يقال أن هذا الكتاب فيه بيان الموات وهو أن من الاراضي ما لا ينتفع به ، و كذلك الذهب والفضة والحرير ما لا ينتفع به شرعاً حيث يحرم الاكل والشرب ونحوهما في الذهب والفضة في حق الرجال والنساء جيمـاً ، ويحرم لبس الحرير وافتراشه وتوسده في حق الرجال فحكم هذه الاشياء كالموات في عدم الانتفاع به عادة في الموات ، وشرعا في الاشياء المذكورة ، وكذلك كل مكروه فيه كالموات حيث لا ينتفع به شرعا .

( قال رحمه الله الموات ما لا ينتفع به من الاراضى ) أي قال القدوري في مختصره . وقوله الموات ما لا ينتفع به ، وهو المعنى اللغوي ، وقوله من الاراضي إنما زيد إشارة إلى معناه الشرعي وأشار إلى علة عدم الإنتفاع به لقوله : ( لانقطاع الماء عنه ) الضمير في عنه يرجع إلى ما لا ينتفع به ، ومن الاراضي بيان له و كذلك الضمير في به ، كذلك في عليه في قوله : ( أو لغلبة المـــاء عليه ) بأن غطاه حتى لم يبق محلا للزراعة . ( وما

أو مـــا أشبه ذلك مما يمنع الزراعة ، سمي بذلك لبطلان الانتفاع به.
قـال فما كان منها عاديا لا مالـــك له ، أو كان مملوكاً في دار الإسلام ، لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية

---

أشبه ذلك مما يمنع الزراعة ) بأن صارت سبخة أو غلب عليها الرمال فصارت زراعتها متعذرة ( سمى بذلك لبطلان الإنتفاع به ) أى سمى الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لأجل بطلان الانتفاع به ، تشبيها بالحيوان إذا مات بطل الانتفاع به ، واحياؤه عبارة عن جعله منتفعا به . ( قال فما كان منها عاديا ) أى قال القدوري . وقال الشراح المراد من العادي ما كان خرابة قديما ولا يعرف له مالك إلا أن يكون منسوبا لعاد . لان جميع الاراضي الموات لم تكن لعاد وإنما كني بذلك عن القديم خرابا ، لان عادا كان في قديم الايام ، وكذا ذكره المصنف على ما يأتي ، قلت لا شك أن العادي بتشديد الياء ، هو نسبة إلى عاد. وانما لم يكن جميع الاراضي الموات منسوبة لعاد فأكثره منسوب اليه. وقد ذكر أهل التاريخ أن عادا ، استولى على كثير من بلاد الشام والعراق والهند ، وهو عـاد بن أوص بن ارم بن ســام بن نوح عليه السلام . أو يكون هذه النسبة أن كل أثر قديم ينسب الى عاد وقومه لتقدمهم فتكون النسبة صحيحه على كل حال ( لا مالك له أو كان مملوكاً في دار الإسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية ) .

أى والحال أنه بعيد من القرية ، وهذا الذي شـرطه القدوري هو اختيار الطحاوى وهو غير ظاهر الرواية لا يشترط البعد من القرية . وقال الامــام الاسبيجابي في شـرح الطحاوى : الاصل أن من ملك شيئاً من مسلم أو ذمي بأي سبب ملك ، فانه لا يزول ملكه عنه بالترك كما إذا ملك داراً أو أرضاً ثم خربها فمضت عليه السنون والقرون فهو على ملك مالكه الاول لا تكون تلك الأرض موات . وأرض الموات التي لم تملك ملكاً لأحد ولم تكن من مرافق البلدة وكانت خارج البلدة ، قربت من البلدة أو بعدت . حتى ان بحراً خارج البلدة قريباً منها لو حرز ماؤه ، أو أكمة عظيمة لم يكن ملكاً لأحد كانت تلك الأرض أرض موات في ظاهر الرواية. وقال الطحاوي : وما قرب من العامر فليس بموات.

بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات . قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري . ومعنى العادي ما قدم خرابه ، والمروى عن محمد « رح » انـــه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها

---

وفي خلاصة الفتاوى وأمـــا في بخارى ليست بموات لأنها دخلت في القسمـــة ويصرف لأقصى مالك أو منتفع في الإسلام او إلى ورثته ، فان لم يعلم فالتصرف إلى القاضي . وفي الذخيرة الاراضي المملوكة فى دار الاسلام إذا انقرض أهلهـا فهي كاللقطة فلا يجـــوز احياؤها ، وبه قال الشافعي فى قول ، واحمد فى روايـة ، لان لها مالكا فلم يجـــز إحياءها كما لو كان مالكها معيناً . وقيل كالموات فيملك بالاحياء وبه قال الشافعي فى قول وأحمد فى رواية ومالك لعموم قوله ﷺ : « من أحيا أرضا ميتة فهي له » .

( بحيث إذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه ) هذا تفسير لقوله ،هو بعيد من القرية . هكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله . فالحـــد الفاصل بين القريب والبعيد على ما روي عنه ، أن يقوم رجل جهري الصوت اقصى العمرانات ، على مكان عال فينادي بأعلى صوته . فالموضع الذي يسمع منه صوته يكون قريبا منه ، وإذا كان لا يسمع صوته منه يكون بعيداً من العمرانات ، ( فهو موات ) جملة فى محـــل الرفع على أنها خبر عن قوله فما كان عاديا ودخلت الفاء لتضمين المبتدأ معنى الشرط . ( قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ) أى قال المصنف هكذا ذكر القدورى فى مختصره . ( ومعنى العادي ما قدم خرابه ) معنى قول القدورى ، فما كان عاديا ما كان خرابه قديما وقد مر الكلام فيه آنفا ( والمروى عن محمد «رح» أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ) أى مع انقطاع الانتفاع بها . قال خواهر زاده فى شرح كتاب الشرب : قال محمد كل أرض لا يملكها أحد وقد انقطع عنها المـاء وارتفاق أهل المصر والقرية بها كان مواتا وان كانت قريبا من العمرانات . وأراد بقوله أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمي ، انه إذا كان مملوكا لها فصار خرابا وانقطع عنها الماء

لتكون ميتة مطلقاً فأما التي هي مملوكة لمسلم أو ذمي لا تكون مواتاً وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها . والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه

---

وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب فانه لا يكون مواتا حتى لا يملك باذن الامام عندهما جميعا . لأن ما كان مملوكا لمسلم أو ذمي لا يزول الملك عنها بالخراب وانقطاع الماء والمرافق . على ما بينا عن قريب . ( لتكون ميتة مطلقا ) يعني بشرط مدة الشروط لتكون الارض الميتة على الاطلاق لأن النبي ﷺ ذكر الميتة على الاطلاق ومطلق الاسم يتصرف إلى الكامل والكامل فى المسمى أن لا يكون الارض مملوكة لأحد ( فأما التي هي مملوكة ) – هذا من تتمة قول محمد – أى فأما الارض التي هي مملوكة ( لمسلم أو ذمي لا تكون مواتا إذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ) كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لواحد أن يتملك على التخصيص فكذا هذا ( ولو ظهر له مالك ترك [1] عليه ) أى ظهر للموات مالك بعد أن احياه رجل يرد على مالكه لانه أحق به من غيره . ( ويضمن الزارع نقصانها ) أى النقصان الذي حصل بالزراعة بعد الاحياء . لا يقال المنافع حصلت بفعل فلا يضمن باتلافها لأنا نقول انه تبرع فى ذلك فيصير لصاحب الارض ، لانها صارت صفة لأرضه ولهذا لو ظهر لها مالك قبل الزراعة فعلى المحيي أن يسلمها إلى مالكها . ولا يقال أنه فعل بإذن الشرع فلا يضمن لان إذن الشرع لا ينافي الضمان ، فان الجمل الصائل يباح قتله باذن الشرع ثم يضمن والملتقط يجب عليه التصدق ويضمن إذا ظهر صاحبها ( والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر إنما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه ) البعد مرفوع بالابتداء وخبره قوله شرطه أبو يوسف رحمه الله وقد بسطنا الكلام فيه عن قريب ( فيدار الحكم عليه ) أى على القرب الذي هو دليل الارتفاق أراد ان عدم الارتفاق

---

(١) ترد – هامش .

ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية ، كـــذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد على ما اختاره أبو يوسف . ثم من احياه بإذن الإمام ملكه وإن أحياه بغير اذن لم يملكه عنـــد أبي حنيفة وقالا يملكه لقوله عليه السلام «من احيى ارضا ميته فهي له »

---

وانقطاعه أمر خفي لا يطلع عليه بعض الناس فجعلنا الدليل الظاهر وهو بعض الارض من العامر قائماً مقامه فادير الحكم عليه فلم يعتبر انقطاع الارتفاق حقيقة كما اعتبر محمد والحـــاصل أن عند أبي يوسف يـدار الحكم على القريب والبعيد وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمها وبه قالت الثلاثة وهو معنى قوله :

( ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريباً من القرية كذا ذكره شيخ (١) الإسلام خواهر زاده ) واسمه محمد بن الحسين بن محمد بن الحسن البخاري المعروف بخواهر زادة صاحب المبسوط ، مات في الخامس والعشرين من جمادى الآخرة سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة ( وشمس الأئمة السرخسي اعتمد على ما اختاره أبو يوسف ) يعني أخذ بقوله وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتـاً وعليه اعتمـــد القدوري أيضاً وشمس الأئمة اسمه محمد بن أحمد بن أبي ســـهل أبو بكر السرخسي الامـام الكبير صاحب المبسوط المشهور في خمســة عشر مجلداً . توفي في حـــدود الاربعة مائة رحمه الله ( ثم من أحياه ) أي الموات ( باذن الامام ملكه وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة ) فهذه أيضاً من مسائل القدوري ( وقالا يملكه ) يعني مطلقاً وبه قال الشافعي وأحمد وأصبغ وسحنون المالكي وقال مالك ان كان قريباً من العامر في موضع يتسامح الناس فيه افتقر إلى الاذن من الامام وإلا فلا ( لقوله ﷺ « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » ) هذا الحديث رواه تسعة من الصحابة رضي الله عنهم الاول عبد الله بن عباس رضى

---

(١) الإمام المعروف بخواهرزاده .

الله عنهما ، أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن عمرو بن رباح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له وليس لعرف ظالم حق » . رواه ابن عدي في الكامل وقال عمرو بن رباح مولى بن طاوس يحدث عنه بالبواطيل لا يتابع عليه . ثم أسند عن البخاري أنه قال عمرو بن رباح هو ابن ابي عمر العبدي دجال ، وكذلك نقل عن الفلاس ووافقهما . الثاني عائشة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها أخرج حديثها البخارى في صحيحه في المزارعة عن محمد ابن عبد الرحمن عن عروة عن عائشة « رض » أن النبى ﷺ قال : « من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » . وقال عروة قضى عمر «رض» في خلافته به ورواه أبو يعلى الموصلي بلفظ المصنف وقال حدثنا زهير حدثنا اسماعيل عن أبي أويس حدثني عن أبى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة « رض » قالت قال رسول الله ﷺ : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له وليس لعرف ظالم حق » وكذلك رواه أبو داوود الطيالسي فى مسنده حدثنا رفعة بن صالح عن الزهري عن عائشة مرفوعا بلفظ أبو يعلي ومن طريق الطيالسى رواه الدارقطني فى سننه . ورواه ابن عدي وابن زمعة وقال أرجو أنه لا بأس به . والثالث سعيد بن زيد أخرج حديثه أبو داوود فى الخراج والترمذى فى الاحكام والنسائي فى الموات عن عبد الوهاب بن السقفى عن أيوب عن هشام بن عروة عن سعيد بن زيد عن النبى ﷺ قال : « من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرف ظالم حق » وقال الترمذى حديث حسن غريب ، وقد رواه بعضهم عن هشام عن عروة مرسلا ، ورواه البزارفى مسنده وقال لا نعلم أحداً روى عن هشام بن عروة عن أبيه عن سعيد بن زيد الا عبد الوهاب عن أيوب عن هشام والمرسل الذي أشار إليه الترمذى أخرجه أبو داود. قال عروة فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس احدهما نخلا فى ارض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وامر صاحب النخل ان يخرج نخله منها ، فلقد رأيتها وانها لتضرب اصولها بالفوس وفى لفظ آخر فقال رجل من اصحاب النبى ﷺ - واكبر ظنى ابو سعيد - فأنا رايت الرجل يضرب

في اصول النخل واخرجه النسائي ايضا عن الليث عن يحيى بن سعيد عن هشام بن عروة عن أبيه أن النبي ﷺ قال الحديث مرسلا كذلك ورواه مالك « رح » في الموطأ في كتاب الأقضية اخبرنا هشام بن عروة عن رسول الله ﷺ .

الرابع جابر اخرج حديثه الترمذي والنسائي ايضا عن عبد الوهاب الثقفي عن ايوب عن هشام عن وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله ان النبي ﷺ قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » وقال الترمذي حديث حسن صحيح وفي لفظ النسائي بهذا الاسناد « من أحيا أرضاً ميتة فهي له فيها أجر وما أكلت العاقبة منها فهو له صدقة » . ورواه ابن حبان في صحيحه بهذا اللفظ عن حماد بن سلمة عن أبي الزبير عن جابر «رض» ثم قال وفي هذا الخبر دليل على أن الذمي إذا أحيا أرضاً ميتة لم تكن له لأن الصدقة لا تكون إلا لمسلم وأعاده في النوع الثالث قال أربعين من القسم الثالث وقال إن هذا الخطاب للمسلمين لان الصدقة إنما تكون منهم — والعاقبة : طلاب الرزق — ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا هشام بن عروة عن ابن أبي رافع عن جابر بن عبد الله مرفوعاً . الخامس عبد الله بن عمرو بن العاص «رض» ، أخرج حديثه الطبراني في معجمه الوسط حدثنا أحمد بن القاسم بن مسادر حدثنا محمد بن عبد الوهاب الحارثي حدثنا مسلم ابن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن عمرو مرفوعاً بحديث سعيد ابن زيد وقال تفرد به مسلم بن خالد عن هشام عن أبيه عن عبد الله بن عمرو . السادس فضالة بن عبيد « رض » أخرج حديثه الطبراني في معجمه حدثنا أحمد بن عبد الوهاب بن نجدة الحوطي حدثنا يحيى بن صالح الوحاظي حدثنا سعيد بن عبد العزيز عن مكحول عن فضالة بن عبيد قال قال رسول الله ﷺ : « الارض لله والعباد عباد الله من أحيا أرضاً مواتا فهي له » . السابع مروان بن الحكم أخرج حديثه الطبراني في معجمه الوسط حدثنا موسى بن هارون حدثنا حجاج بن الشاعر حدثنا موسى بن داوود حدثنا نافع بن عمر الجمحي عن ابن أبي مليكه عن عروة بن الزبير عن عبد الملك بن مروان عن عمران بن الحكم عن النبي ﷺ بلفظ حديث فضالة وقال تفرد به حجاج بن الشاعر . الثامن عمرو ابن عوف « رض » أخرج حديثه ابن أبي شيبة والبزار في مسنديهما والطبراني في معجمه عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده مرفوعاً بحديث سعيد بن زيد ،

ولأنه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه ، كما في الحطب والصيد .

ولأبي حنيفة قوله ﷺ « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس امامه » .

---

ورواه ابن عدي في الكامل واعله بكثير وضعفه عن أحمد وعن النسائي وابن معين جدا . التاسع سمرة « رض » أخرج حديثه الطحاوي بإسناده إليه قال قال رسول الله ﷺ : « من أحاط على شيء فهو له » .

( ولأنه مال مباح سبقت يده إليه فيملكه ) فلا يفتقر إلى إذن الإمام ( كما في الحطب والصيد ) يعني لو اخذ حطبا أو صيداً أو حشيشا يملكه بدون اذن الإمام وكذا لو وجد معدنا أو ركازاً في موضع لاحق لأحد فيه يكون له بدون اذنه ( ولأبي حنيفة « رح » قوله ﷺ : « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس امامه ) هذا الحديث أخرجه الطبراني في حديث معاذ «رض» وفيه ضعف وقد تقدم في السيرة الاولى أن يستدل لأبي حنيفة « رح » بما أخرجه أبو يوسف « رح » في كتابه المسمى بالخراج عن ليث عن طاوس قال : قال رسول الله ﷺ « عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعدي فمن أحيا أرضاً ميتة فهى له وليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين ورواه أيضاً سعيد بن منصور في سننه وأبو عبيد والبيهقى في سننه من حديث فضيل عن ليث عن طاوس قال قال رسول الله ﷺ عادى الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعدي فمن أحيى شيئا من موتات الارض فله رقبتها » وروى ايضا من حديث معاوية بن هشام حدثنا سفيان عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ «موتات الارض لله ولرسوله فمن أحيا شيئا فهي له » تفرد معاوية بوصله وقال الذهبي هذا مما أنكر عليه وجه الإستدلال به أنه إضافة إلى الله وإلى الرسول وكل ما أضيف إلى الله ورسوله لا يجوز أن يختص أحد بشيء منه إلا بإذن الإمام كالخمس في باب القيمة إنما أضيف إلى الله ورسوله لم يخص أحد بشيء منه إلا باذن الإمام فعلم أن المراد من قوله من أحيا أرضا ميتة فهي له ما إذا كان باذن الامام لانه ليس فيه ما ينفي هذا الشرط فيكون المراد من قوله ﷺ « من أحيا أرضا » الحديث لبيان السبب وبه نقول وقد دل الدليل على اشتراط الاذن وهو قوله ﷺ ليس لعرف ظالم حق لان السبق على رأي الامام والأخذ بطريق التغالب في معنى عرف ظالم فينبغي ان يشترط . وقال الطحاوي إن رجلا بالبصرة قال لأبي موسى اقطعني أرضا لاتضر بأحد من المسلمين ولا أرض خراج أن أتخذها قضبا وزيتونا فكتب أبو موسى إلى عمر «رض» فكتب عمر «رض» إليه اقطعه إياها فان رقاب الارض لنا ، فدل أن رقاب الارض لأئمة

وما رو‌ياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله إلى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب فليس لاحـــد أن يختص بدون إذن الإمام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر

---

المسلمين وقال ﷺ « لا حكم إلا لله ورسوله » متفق عليه فدل أن حكم الأراضي للإمام .

( وما روياه ) جواب عما استدلا به أي ما رواه أبو يوسف ومحمد ( يحتمل أنه أذن لقوم ) يعني يحتمل أنـــه ﷺ أذن لقوم مخصوص ( لا نصب لشرع ) أي لأنه نصب لشرع ابتداء وهـــو قوله ﷺ : « من قتل قتيلاً فله سلبه فإنـــه ليس نصب لشرع بل لتحريض بعض المقاتلة على القتال حتى لو قتل الغازي في زماننـــا لا يكون السلب له إلا أن يفعله الإمام كذا هذا فان قلت العبرة لعموم اللفظ قلت إذا سلم عن المعارض وهذا وجد المعارض وهو ما رواه أبو حنيفة ولئن سلمنا أن مـــا رويناه يحتمل نصب الشرع ولكنه يحتمل فلم يصح معارضاً لما رواه لأنه لا يحتمل إلا وجهاً واحداً فيحمل ذلك على الإذن عملاً بالدليلين .

فإن قلت ما روياه عام خاص منه الحطب والحشيش وما روياه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت الحطب والحشيش لا يحتاج فيه إلى إذن الإمام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصاً والأرض مما يحتاج فيها إلى رأي الإمام لأنها صارت من الغنائم بإيجاف الخد والضياع الركاب كسائر الأموال أشار إليه المصنف بقوله (ولانه مغنوم) أى ولان الموات مغنوم لانه كان في أيدى المشركين ثم صار الركاب في أيدي المسلمين بإيجاف الخيل والركاب وهو معنى قوله ( لوصوله الى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب ) بأن الايجاف مصدر وجف قال الله سبحانه تبارك وتعالى ﴿ فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ﴾ أي مـــا علتم وثلاثيه وجف ووجيف هو ضرب من سير الخيل والإبل .

( فليس لاحد أن يختص به بدون إذن الإمام ) أى بالموات ( كما في سائر الغنائم ) يعني قبل القسمة وفي بعض النسخ كما في سائر المغانم ( ويجب فيه العشر ) ذكره تفريعاً على مسألة القدورى أى يجب في الموات الذى أحياه وزرعه العشر .

لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها

---

( لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز إلا إذا سقاه بماء الخراج لانـــه حينئذ يكون إبقاء الخراج على اعتبار الماء ) قال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوى وإذا ملك أرض الموات باذن الإمام أو بغير اذنه على الاختلاف فزرعها وإنه ينظر ان زرعها بماء السماء فهي أرض العشر وإن زرعها بماء هو من أنهار المسلمين فعلى قول أبي يوسف حكمها حكم تلك الارض التي فيها ذلك إن كانت من أرض الخراج فهي من أرض الخراج وإن كانت من أرض العشر فهي من أرض العشر وعند محمد إن كان الماء الذى ساقه إليها من الانهار العظام كالنيل والفرات وما أشبههما فهى أرض العشر وإن كان ذلك الماء من نهر حفرها الامام من ماء الخراج فهى أرض خراج وبه أخذ الطحاوى ، انتهى .

وفي كتاب الخراج قال أبو يوسف ومن أحيا أرضاً مواتاً مما كان المسلمون افتتحوها فيما كان في أيدى أهل الشرك عنوة وقد كان الامام قسمها بين الجند الذى افتتحوها وخمسها فهي أرض عشر فيؤدي عنها الذى احياها العشر كما يؤدي هؤلاء الذين قسمها الامام بينهم .

وان كان الامام حين افتتح تركها في ايدى اهلها ولم يكن قسمها بين من افتتحها كما كان عمر بن الخطاب «رض» ترك السواد في ايدى اهله ففى ارض الخراج الذى أحيا منها شيئاً يؤدي عنها الخراج كما يؤدي الذى كان الإمام أخرها في أيديهم .

وأيما رجل أحيا ارضاً من اراضى الموات من ارض الحجاز او اراضى العرب الـــتي اسلم اهلها عليها فهى ارض عشر وهى له وان كانت من الارضين التي افتتحها المسلمون مما كان في ايدى اهل الشرك فان أحياها وساق الماء من المياه التي كانت في ايدى أهـــل الشرك فهى ارض خراج وإن أحياها بغير ذلك الماء ببئر حفرها فيها او عين استخرجها منها فهى ارض عشر وان كان يستطيع ان يسوق الماء إليها من الأنهار التي كانت في أيدى الامام فهى ارض خراج ساقه او لم يسقه الى هنا لفظ ابو يوسف في كتاب الخراج .

لأن الاول ملك استغلالها لا رقبتها فإذا تركها كان الثاني أحق بها والاصح ان الاول ينزعهـا من الثاني لانـه ملكها بالإحياء على ما نطق بـه الحديث إذ الإضافة فيه بلام التمليك وملكـه لا يزول بالترك ومن احيى أرضا ميتـة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد أن طريق

---

( فلو أحياها ) اى ارض الموات ( ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بهـا ) وهو قول الفقيه ابو القاسم احمد بن محمد البلخي ( لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها ) اى استغلال الارض لا رقبة الارض .

( فاذا تركها كان الثاني احق بها ) اى بالارض التي أحياها الاول وتركها واصل هذا ان من أحيا ارضاً ميتة هل يملك رقبتها قال بعضهم منهم ابو القاسم المذكور لايملك وإنما يملك استغلالها وبه قال الشافعي في قول لانه قال ﷺ في حديث فهو احق به فدل اى قوله ﷺ فهى اضافة التخصيص اى هو المنتفع بدون ملك .

وعند عامة المشائخ يملك رقبته وبه قال الشافعى في قول ومالك واحمد وأشار إليـه بقوله ( والاصح ان الاول ينزعها من الثاني ) أى يأخذها من الثاني نزعاً .

( لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث ) وهي قوله فهي له .

( اذ الاضافة فيه بلام التمليك ) اذا قرىء الاختصاص به ( وملكه لا يزول بالترك ) كمن اخرب داره أو عطل بستانه وتركه حتى مرت عليه سنين فانه لا يخرج من ملكـه ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح اما على مذهب ابي حنيفـة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذناً لا شرعاً فكيف يصح الاستدلال .

والجواب أنه وإن كان إذناً لكنه إذا اذن له الإمام كان شرعاً ألا ترى أن من قال له الإمام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله .

( ومن أحيا أرضاً ميتة ثم أحاط الإحياء بجوانبها الأربعة من أربعـة نفر على التعاقب فعن محمد « رح » أن طريق الأول في الأرض الرابعة لتعينها ) ولتعين الأرض الرابعـة

الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه. وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملكه الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم لان الإحياء سبب الملك إلا أن عند أبي حنيفة اذن الإمام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر

---

( لتطرقه ) أي لتطرق الأول لأنـــه حين سكت عن الأول والثاني والثالث صار الباقي طريقاً له وإذا أحياه الرابع فقد أحيى طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريـــق نظيره من ترك شيئاً عند جماعة مقام واحد بعد واحد ووهب حق بقي واحـــد فإنه يتعين للحفظ .

( وقصد الرابع إبطال حقه ) أي إبطال حق الأول بعدما تعين تطرقه فيهـا فإن من أحياها أرضاً يملك مرافق الحياة تبعاً له ففي الأرض يملك طريقها ويقبض ماؤها ويبذر زرعها وما لا يستغنى عنه من مرافقها بالإجماع فعند أبي حنيفة « ر ح» مرافقها إلى ما لم يبلغه ماؤها وبعد عنها وعن أبي يوسف « ر ح » حرمتهـــا ما ينتهي إليه صوت المنادي من حدودها .

( قال «ر ح» ويملكه الذمي بالإحياء كما يملكه المسلم ) أى قال القدوري وبـه قال مالك وأحمد وقال الشافعي وأحمد في رواية لا يملك الذمي بالاحياء في دار الإسلام لقوله ﷺ موات الارض لله ولرسوله ثم هي لكم فيجعل الموات بعده للمسلمين ولأن موات الدار من حقوقها والدار للمسلمين فكان مواتها لهم للمرافق المملوكة وقوله ﷺ « عادي الارض لله ورسوله ثم لكم بعدي » رواه سعيد بن منصور وهو مرسل كما قدمنا .

قال الكاكي والعجب من الشافعي «رح» انه لم يعمل بالمرسل وقد عمل به قلت له أن يستدل بحديث جابر الذى أخرجه الترمذي وغيره من أحيا أرضاً ميتة فهي له فيها أجر وما أكلت العاقبة منها فله صدقه والصدقة لا تكون إلا لمسلم وقد ذكرنا هذا فيما مضى عن قريب ولنا ان النصوص لم تفصل والذمي إنما يعقد الذمة ليصير من أهل دارنا وله مرافق دار الاسلام فيملك بالاحياء كما يملك لمباحاتها وإنمـا قضى في الدار إلى المسلمين لكون الغلبة لهم .

( لان الاحياء سبب الملك إلا أن عند أبي حنيفة إذن الامام من شرطه فيستويان فيه )

اسباب الملك حتى الإستيلاء على أصلنا قال ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها إلى غيره لان الدفع إلى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر و الخراج فإذا لم يحصل يدفعه إلى غيره تحصيلا للمقصود لان التحجير ليس بإحياء ليملكه به لان الاحياء إنما هو العمارة والتحجير للإعلام لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حولـــه أو يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح

---

أى يستوي المسلم والذمى في الاحياء ( كما في سائر أسباب الملك ) مثل الشفعة ونحوهـا ( حتى الاستيلاء على أصلنا ) أى حتى أن الكافر إذا استولى على مـال المسلم يملكه على أصلنا كما يملكه المسلم خلافاً للشافعي .

( قال ومن حجر أرضاً فلم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها إلى غيره) أى قال القدورى قوله حجر بتشديد الجيم يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم ويجوز أن يكون من الحجر بسكون فعلى الاول معناه أعم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك وعلى الثاني معناه يمنع الغير من احيائها لأن الحجر في اللغة المنع فكان التحجير ما هو إلا علام على ما يشير إليه المصنف الآن .

( لان الدفع إلى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث الخراج والعشر فإذا لم يحصل يدفعه إلى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به )أى بالتحجير ( لان الاحياء إنما هو العمارة والتحجير للاعـلام سمي به) أى بالتحجير .

( لانهم كانوا يعلمونه بوضع الحجر حوله) أشار بهذا إلى أن معنى التحجير من الحجر بفتح الجيم ( أو يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه) وأشار بهذا إلى أن معنى التحجير من الحجر بسكون الجيم الذى معناه المنع أى يعلمونه لمنـــع غـــيرهم عن احياء الموات الذى احتاط عليه .

( فبقي غير مملوك كما كان ) أى اذا كان الامر كذلك بقي الموات حال كونه غـير

# وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق

مملوك كما كان أولاً اذا لم يفد بحجره (هو الصحيح) احترز عما روي عن بعض مشائخنا أنه يصير مملوكاً للحجر ذكره في المحيط وذكر خواهر زاده أن التحجير ملكاً موقتاً الى ثلاث سنين .

وبه قال الشافعي « رح » في الأصح وأحمد ويصير هو أحق بـــه لما روى عن النبي ﷺ من سبق الى مالم يسبق إليه مسلم فهو أحق به رواه أبو داود .

وقال الأترازي ثم الإحتجار هل يفيد الملك أم لا فيه اختلاف المشائخ قيل يفيد ملكاً مؤقتاً الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وثمرة الخلاف تظهر في اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين فأحياه من قال أن الإحجار لا يفيد ملكاً قال ملكه الثاني ومن قـال يفيد لا يملكه الثاني ويزرعه الأول في يده احتج من قال بإفادة الملك بما روى عن عمر «رض» أشار إليه المصنف بقوله :

( وإنما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر «رض» ليس لمحتجـر بعد ثلاث سنين حق )

فيكون له الحق من ثلاث سنين والحق اذا أطلق يراد به الملك لا مجرد الحق من غير ملك بدليل ما قال في كتاب الإقرار اذا قال لفلان حق في هذه الدار وبين شيئاً من حقوقهـا لأن حق الرقبة لا يصدق المقر في ذلك وجه من قال لا يفيد ملك إن الإحتجار ليس بإحياء وإنما هو بمنزلة الاستيام على الاحياء فلا يفيد ملكاً كاستيام في باب البيع إلا أنه يكره احياء الثاني قبل مضي ثلاث سنين مراعاة لحق الحجر ونفيـــاً للوحشة عنه ثم اثر عمر رضي الله عنـــه رواه أبو يوسف في كتاب الخراج حدثني الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : قال عمر من أحيى أرضاً ميتة فهي له وليس لمحتجـر حق بعد ثلاث سنين . والحسن بن عمارة ضعيف وسعيد عن عمر فيه كلام .

ورواه أيضاً في سننه أن عمر «رض» قال من تحجر أرضاً فعطلها ثلاث سنين فجـاء قوم فعمروها فهم أحق بها . ورواه البيهقي في سننه الكبرى من حديث معمر بن أبي نجيح عن عمرو بن شعب أن عمر « رض » جعل التحجر ثلاث سنين فان تركها حتى مضى ثلاث سنين فأحياها غيره فهو أحق بها .

ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيـــه الى وطنـه وزمان يهيء أموره فيـــه ثم زمان يرجع الى ما حجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونهـا من الساعـات والايام والشهور لا يفي بذلـك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هـــذه المدة ملكها لتحقق الاحياء

---

والاحتجار من احتجرت الأرض إذا ضربت عليها منارا أو علمت علمـــاً في حدودها للخيار .

( ولأنه إذا أعلمه ) أي ولأن المحيي إذا أعلم المـوات ( لا بد من زمان يرجع فيه إلى وطنه وزمان يهيء أموره فيه ثم زمان يرجع إلى ما يحجره ، فقدرناه بثلاث سنين لأن ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك ) أي بـــما ذكرنا من الرجوع إلى وطنه لتهيؤ أمره إلى الزراعة ورجوعه الى مـــا يحجره لأن دار الاسلام من أدناها الى أقصاها يقطع في سنة للعلة إنما حجر في أقصى طرق دار الاسلام وبلده في الطرف الآخـر من دار الاسلام .

ولاصطلاح أموره في بلده سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة فلا ينبغي أن يشتغل باحياء ذلك الموضع غيره الى ثلاث سنين وينظره وبعد هذا المعنى الظاهر أنه قد بدا له ولا يريد الرجوع إليها فجاز إحياؤه غيره .

( واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها ) وقد ذكرناه ( قالوا هـــذا كله ديانة ) قالت المشائخ هذا الذى ذكرناه من اشتراط الترك ثلاث سنين لاحياء غيره ديانـــة يعني فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى .

وأما في الحكم اذا أحياها إنسان قبل مضى هذه المدة فهى أشار إليه بقوله (فأما اذا أحياها غيره ) أى غير المحتجـر ( قبل مضى هذه المدة )أى ثلاث سنين ( ملكها لتحقق الاحياء منه دون الأول ) وهو الحجر ( فصار كالاستيام ) في باب البيع ( فانـــه يكره ) لورود النهي .

منه دون الاول فصار كالإستيام فإنه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقى الأرض وأحرق ما فيها من شوك أو خضد ما فيهـــا من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم السناة ليمتنع النـــاس من الدخول أو حفر من بير ذراعاً أو ذراعين وفي الأخير ورد الخبر

---

( ولو فعل ) أى الاستيام ( يجوز العقـــد ) فكذا هنا وان كان يكره ولكنه اذا أحياها يملكها .

( ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانـــاً يابسة ) أى بأن نصب حول الارض الموات اغصانـــاً يابسة ( او نقى الارض ) مـــن الحصى والشوك لأنهما يمنعان الزراعة .

وأشار الى معنى قوله نقى الأرض بقوله ( وأحرق ما فيها من الشوك ) حيث عطف أحرق على نقى للتفسير ( او خضد ) أى قطع بالخاء والضاد المعجمتين ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿ في سدر مخضود ﴾ (مافيها) أي في أرض الموات (من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب فوقها من غير ان يتم السناة ) وهى ما يبنى للسائل ليرد الماء(ليمتنع الناس من الدخول او حفر من بئر ذراعاً او ذراعين ) فكل ذلك بحجر .

( وفي الأخير ) اراد بالاخير ما اذا حفر من بئر ذراعاً او ذراعين ( ورد الخبر ) قالت الشراح اراد به قوله ﷺ :« من حفر من بئر ذراعاً فهـــو متحجر » قال الزيلعي في تخريجه هذا الحديث ما رأيته ولا اعرفه ولم ار من ذكره قلت لا يلزم من عدم معرفـــة الزيلعي ان لا يكون هذا حديثاً ولا يلزم ايضاً ان يكون ما ذكـــره الشراح هو مراد المصنف من قوله وفي الاخير ورد الخبر بل يجوز ان يكون مراده ماروواه الشافعي عـــن عبد الرحمن بن حسن بن القاسم الأزرقي عن ابيه عن علقمة بن صلة ان ابا سفيـــان بن حرب قام بفناء داره فضرب برجله وقال سيام الارض ان لها سياماً ما زعم ابن فرقد الاسلمى انى

ولو كربها وسقاها فعن محمد « رح » أنه احياء ، ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً ، ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيراً وإن كان سقاهـــا مع حفر الأنهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها أو سنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء ، وكذا إذا بذرها . قال : ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ،

---

لا اعرف حقي من حقه لي بياض المردة وله سوادها ولي مابين كذا إلى كذا فبلغ ذلك عمر رضى الله تعالى عنه فقال ليس لاحد الا ما احاطت عليه جدرانه ان احيـــاء الموات مايكون زرعاً او حفراً او يحلط بالجدارات ورواه البيهقي في سننه من طريق الشافعي .

فهذا عمر رضى الله تعالى عنه جعل الحفر من جملة التحجير والحفر في الموات غالباً لا يكون الا في البئر ، وانما قيد المصنف بذراع او ذراعين شبهاً على ان خروج الماء من البئر ليس بشرط التحجير فإنه بالحفر يصير محجراً سواء خرج ماء او لا . وعند احمد « ر ح » : ما لم يخرج الماء فهو متحجر ، وان خرج لا يكون . فهذا هـــو التحقيق في هذا الموضع الذي عنـد الشراح كلهم أبصارهم .

( ولو كربها ) من كرب الارض اذا قلبها للحراثة ( وسقاها ، فعن محمد انه احيـاء ولو فعل احدهما ) بأن كربها ولم يسقها ( يكون تحجيراً ، ولو حفر انهارهـا ولم يسقها يكون تحجيراً ، و ان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجـود الفعلين ) اى السقى والحفر ( ولو حوطها ) اى جعل لها حائطاً ( او سنمها ) او جعل لها السنام مأخوذ من سنام البعير ( بحيث يعصم الماء يكون احياء ) ، اى يحفظه من السيلان الى غيرها .

وفي بعض النسخ بحيث يعصم الماء اى الذى يمنع من الدخول فيها ( لانـــه من جملة البناء ) اى لان لكل واحد من التحويط والسنم من جملة البناء .

( و كذا اذا بذرها ) اى الارض الموات ، ألقى البذار فيهـا . وفي ' المحيط ، عن ابى حنيفة ، : ان حفر فيها بئراً او ساق إليها ماء ، فقد احياها : زرعها ومرعاها .

( قال : ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ) اى قال القدورى ، ولا نعلم فيه خلافاً

ويترك مرعى لأهل القرية ومطرحاً لحصائدهم لتحقق حاجتهم إليها ، حقيقتها أو دليلها على ما بيناه فلا يكون مواتاً لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر . وعلى هذا قالوا لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا .

---

لاهل العلم ( ويترك مرعى لاهل القرية ) اى مرعى لمواشيهم ، ( ومطرحاً لحصائدهم ) وهو جمع حصيد ، وحصيدة ، وهما الزرع المحصود ومطرح الحصائد هو الموضع الذي يلقى فيه الزرع المحصود للدرس ( لتحقق حاجتهم إليها ) ، أي إلى ما قرب من العامر ، والتأنيث بإعتبار الأرض .

( حقيقتها ) بالجر على أنه بدل من حاجتهم أي لتحقق حقيقة الحاجة عند محمد «رح» .

( أو دليلها ) عطف عليه أى أو لتحقق دليل الحاجة عند أبي يوسف «رح» ( على ما بيناه ) أراد به قوله : ومحمد اعتبر الارتفاق إلى آخره .

( فلا يكون مواتاً لتعلق حقهم بها ) أي إذا كان كذلك فيكون ماقرب من العامر مواتاً لتعلق حق أهل القرية ، فيكون ( بمنزلة الطريق والنهر ) تعلق بها حق أهل القرية ، فلا يجوز احتجارها .

( وعلى هذا قالوا ) أي على ما ذكرنا من تعلق حق الناس ، قالت المشائخ ( لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها ) أي ما لا بدلهم منه يقال : اقطع السلطان رجلا أيضاً ، إذا أعطاه إياها وخصصه بها .

( لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله فتعلق حقهم بها ، ولا نعلم فيه خلافاً ، وروى الترمذي وأبو داود «رح» من حديث ثمامة بن سراحيل سمى بن قيس ، عن عمير بن عبد المازني عن ابيض بن جمال أنه وفد إلى النبي ﷺ فاستقطع الملح الذي بمأرب فقطعه له .

فلما أن ولى قال رجل من المسلمين : أتدرى ما قطعت له ، إنما قطعت له الماء العد . قال فانتزع منه .

وأخرجه البيهقي وغيرهما من حديث ابن المبارك ، عن معمر عن يحيى بن قيس المازنى ، عن رجل ابيض انه استقطع النبي ﷺ الملح الذي بمأرب فأراد ان يقطعه اياه ، فقال رجل انه كالماء العد فأبى ان يقطعه .

قال : ومن حفر بئراً في برية فله حريمها ومعناه إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه وبغير اذنـــه عندهما ، لأن حفر البئر إحياء . قال فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعاً ،

---

وقال الأصمعي «رح» ، الماء العد الدائم الذي لا انقطاع له هو كماء العين وماء البئر ، وعن هذا قال مشائخنا من السحت ، ما يأخذه المرعاة ، فالولاة على الماء والكلأ والجبـــال والمردح والمعادن والملح وجميع ذلك ذكره في السمة والقنية والمجتبى وغيرها .

واما الحمى وهو ان يحمي السلطان أرضاً من الموات يمنع الناس رعي ما فيهـا يخص بها نفسه رؤوسهم كالعرب في الجاهلية يفعلون ذلك ، فعندنا لا يجوز . واما لو حمى مرعى خيل المجاهدين ونعم الجزية وأهل الصدقة وحيوان الناس التي يقوم الإمام بحفظهـا وماشية الضعيف من الناس فيجوز به . وقال الشافعي في قول وفي آخـر ليس لغير النبي ﷺ ان يحمى لقوله ﷺ لا حمى إلا لله ورسوله . قلنا ان عمر وعثمان «رض» حميا واشتهر ذلك في الصحابة ولم ينكر عليهما احد فكان اجماعاً .

وقال مالك بلغني أن عمر «رض» كان يحمى في كل عام أربعين ألفاً من الظهر ، ولأن ما كان من مصالح المسلمين فالأئمة قائمة مقام النبي ﷺ ، وقد روي أنه عليه السلام قال مـا اطعم الله لنبي طعمة إلا جعلها طعمة لمن بعده . واما الخبر فمعناه انه ﷺ يختص بفعل الحمى لا لكل احد والأئمة بعده تقوم مقامه ، إذ الحمى لنفسه مخصوص به .

( قال « رح » ومن حفر بئراً في برية فله حريمها ) اى قال القدورى « ر ح » وحريم البئر نواحيها ( ومعناه ) اى معنى كلام القدورى ( إذا حفر في ارض موات بإذن الامام عنده ) اى عند ابى حنيفة (أو بإذنه وبغير إذنه عندهما) اى عند ابى يوسف ومحمد «رح» ( لأن حفر البئر إحياء ) لأنه يصير منتفعاً به ، فإذا كان إحياء فقد ملكها ، ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته والحريم من ضرورات الانتفاع بالبئر فيملكه .

(قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعـــاً ) اى قال القدورى والعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء ، والمراد من بئر العطن الذى يستلقي منها باليد من بئر الناضح الذى تسقى منها البعير ، كذا قالوا . وقال ابو يوسف « رح » في مصنفـه المسمى

بكتاب الخراج وتفسير الناضح الذى تسقى منها البعير للزرع ، وبئر العطن وهي بئر الماشية التي يستقي الرجل منها لماشيته ولا تسقى منها الزرع ، وكل بئر يستقي منها الزرع والابل فهى بئر الناضح (لقوله ﷺ من حفر بئراً فله مما حولها اربعون ذراعاً عطناً لماشيته) هذا الحديث أخرجه ابن ماجة في سننه عن عبد الوهاب بن عطاء حدثنا اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عبد الله بن معقل ان النبي ﷺ قال من حفر بئراً فله حولها اربعون ذراعاً عطناً لماشيته. وأخرجه ايضاً عن محمد بن عبد الله بن المثنى عن اسماعيل بن مسلم به. فإن قلت قال ابن الجوزي في التحقيق هذا ضعيف ، لأن عبد الوهاب بن عطاء قال الرازي فيه كان يكذب . وقال النسائي متروك الحديث . قلت قال في التنقيح هذا الذي فعله ابن الجوزي في هذا الحديث من أقبح الأشياء ، لأن ابن ماجة أخرجه من رواية اثنين عن اسماعيل بن مسلم نذكره وهو من رواية أحدهما ، ثم انه وهم فيه ، فان عبد الوهاب هذا وهو الخفاف مع أن الخفاف لم ينفرد به عن اسماعيل فقد أخرجه ابن ماجة أيضاً عن محمد بن عبد الله بن المثنى عن اسماعيل ، انتهى . قلت وقد صرح بنسبة الخفاف إسحاق بن راهوية في مسنده فقال حدثنا عبد الوهاب بن عطاء الخفاف عن اسماعيل بن مسلم به ، ومن طريق إسحاق بن راهوية في مسنده فقال حدثنا عبد الوهاب بن عطاء الخفاف عن اسماعيل بن مسلم به ، ومن طريق إسحاق رواه الطبراني في معجمه .

فان قلت قال صاحب التنقيح ويكفي في ضعف الحديث اسماعيل بن مسلم المكي . قلت قد تابعه أشعث ، كما أخرجه الطبراني في معجمه عن أشعث عن الحسن عن عبد الله ابن معقل عن النبي ﷺ نحوه .

وروى أحمد في مسنده حدثنا هشيم عن عوف عن رجل عن أبي هريرة « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ حريم البئر أربعون ذراعاً من جوانبها كلها لاعطان الإبل والغنم وابن السبيل أول شارب ولا يمتنع فضل ما يمنع الكلأ . وأخرجه البيهقي أيضاً في سننه ومذهب الشافعي ومالك حريم البئر ما لا بد لها منه ، وبه قال القاضي وأبو الخطاب

ثم قيل أربعون من كل الجوانب . والصحيح انه من كل جانب ، لأن في الاراضي رخوة ويتحول الماء إلى ما حفر دونهـا . وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً وهذا عندهما

---

الجيلبان . وعن أحمد خمسة وعشرون ذراعاً ، واستدل له ابن الجوزي بما رواه الدارقطني عن محمد بن يوسف المقري حدثنا إسحاق بن أبي حمزة حدثنا يحيى بن أبي الخطاب حدثنا هارون بن عبد الرحمن عن ابراهيم بن أبي علية عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ حريم البئر العدي خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً .

قلت قال الدارقطني الصحيح مرسل عن ابن المسيب ومن أسند فقد وهم. وقال صاحب التنقيح قال الدارقطني عن محمد بن يوسف المقري وضع نحو أمر ستين نسخة ، ووضع من الأحاديث المسندة والنسخ ما لا يضبط ، وقد رواه أبو داود «رح» في المراسيل عن محمد بن كثير عن سفيان الثوري عن اسماعيل بن أمية عن الزهري عن سعيد مرسلا ، وهو الصواب المراد من البـد الذي أحدث في الإسلام ، ولم يكن عادياً ، والعادي بتشديد الياء ما كان قديماً .

( ثم قيل أربعون من كل الجوانب ) يعني من كل جانب عشرة أذرع فظاهر قوله ﷺ من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً عطفاً لماشيته ، فإنه بظاهره يجمع الجوانب الأربع ( والصحيح أنه من كل جانب ) أي أربعون من كل جانب لما روى أبو يوسف من كتاب الخراج ، وقال حدثنا أشعث بن قيس عن الشعبي أنه قال حريم البئر أربعين ذراعاً ، وهاهنا لا يدخل أحد في حريمه ولا في مائه .

( لأن في الأراضي رخـوة ، ويتحول الماء إلى ما حفر دونها ) فيصير حينئذ حريم كل واحد أقـل من الأربعين ، فيضيق العطن وتدخل الحفر ( وإن كانت للناضح ) أي وإن كانت البئر للناضح وهو البئر الذي يسقى عليه ( فحريمها ستون ذراعاً ) هكذا هو في بعض النسخ ( وهذا عندهما ) أي كون حريم بئر الناضح ستون ذراعاً عند أبي يوسف ومحمد « رح » .

وعند أبي حنيفة «رح» أربعون ذراعاً . لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً وحريم بئر الناضح ستون ذراعـــاً .

---

( وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً ) لم يذكر القدوري ولا الطحاوي في مختصرهما الخلاف ... وبين الناضح ، بل ذكرا مطلقاً أنه ستون ذراعاً . وذكر القدوري في كتاب التقريب وشيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه والإمام الاسبيجـابي في شرح الطحاوي أنه أربعون ذراعاً .

( لهما قوله ﷺ حريم العين خمسمائة ذراع،وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً،وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً ) هذا الحديث متصلا لم يصح ، وإنما رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهري قال ، قال رسول الله ﷺ حريم العين خمسمائة ذراع ، وحريم البئر العطن أربعون ذراعاً ، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً .

وأخرج أبو داود من مراسيله عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال ، قال رسول الله ﷺ حريم البئر العادية خمسون ذراعاً،وحريم البئر العـــدي خمسة وعشرون ذراعاً . قال سعيد من قبل نفسه وحريم قليب الزرع ثلاثمائة ذراع . وزاد الزهري وحريـم العين خمسمائة ذراع من كل ناحية ، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن سفيان عن اسماعيل بن أمية عن الشعبي عن سعيد بن المسيب قال ، قال رسول الله ﷺ فذكره بدون زيادة الزهري ، رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا محمد بن مسلم حـدثنا يحيى بن سعيد عن ابن المسيب ، قال جعل رسول الله ﷺ حريم البئر المحدثـــة خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم البئر العادية خمسون ذراعـــاً ، قال ابن المسيب وأرى أن حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع .

فإن قلت أخرج الدارقطني في سننه عن الحسن بن جعفر عن معمر عن الزهري عـــن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضوان الله تعـالى عنه عن النبي ﷺ قال ، قال رسول الله ﷺ حريم البئر العدي خمسة وعشرون ذراعاً ، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً ، وحريم العين السائحة ثلاثمائة ذراع ، وحريم عين الزرع ثلاثمائة ذراع. قلت هذا معلول بابن أبي جعفر ، لأنه ضعيف .

ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الرشاء ، وبئر العطر للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت .

وله ما رويناه من غير فصل ، والعام المتفق على قبوله

---

فإن قلت روى الدارقطني أيضاً عن محمد بن يوسف المقري حدثنا إسحاق بن أبي حمزة حدثنا يحيى بن أبي الخطيب حدثنا هارون بن عبد الرحمن عن ابراهيم بن أبي عتبة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة مرفوعاً نحوه قلت قال الدارقطني الصحيح عن ابن المسيب مرسل ، ومن أسنده فقد وهم .

( ولأنه قد يحتاج فيه ) أي في الناضح ( إلى أن يسير دابته للاستقاء ، وقد يطول الرشاء ) وهو الحبل ( وبئر العطن للاستقاء منه باليد ، فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت ) بين بئر العطن وبئر الناضح . وعن محمد في النوادر إن كان الحبل سبعون ذراعا ، يكون الحريم سبعون ذراعا ، لأن في بعض البلاد الناضح لا يدور حول البئر كما في الطاحونة ، بل يسد أحد طرفيه على البعير ، والآخر على الدولاب فوق الماء ، ثم يساق البعير فكل ما سار مقدار الحبل ارتفع الدلو إلى رأس البئر ، فلو قدرناه بالسبعين لا يمكنه الإنتفاع بها .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( ما رويناه ) أشار إلى قوله ﷺ من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعا عطفا لماشية العطن (من غير فصل) أي بين العطن والناضح ، احترز بأنه مقيد بقوله عطناً لما يشبه ، فيكون قد فصل بين العطن والناضح . وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد ، فإن الغالب في انتفاع الآبار في الفلوات هذا الطريق ليكون ذكر العطن ذكراً لجميع الانتفاعات ، كما في قوله تعالى ﴿ وذروا البيع ﴾ ٩ الجمعة ، قيد بالبيع لما أن الغالب في ذلك اليوم البيع ، وكذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ﴾ ١٠ النساء ، والوعيد ليس مخصوصاً بالأكل ، ولكن الغالب أمره الأكل فأخرجه على ما عليه الغالب .

( والعام المتفق على قبوله) وهو قوله من حفر بئراً فله مما حوله أربعون ذراعاً ، وعمومه مستفاد من كلمة من ، لأنها تفيد العموم ، وكونه متفقاً على قبوله ، لأن له موجبين ،

والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله ، والعمل به . ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ، ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه ، وفيما تعارضا فيـــه حفظناه ،

---

أحدهما أن يكون الحريم أربعون ذراعاً ، والثاني أن لا يكون زائداً عليه ، لأنـه ذكر بكلمة من وهي للتبعيض ، والتبيين ممتنع عليه الزيادة ،وهي قد عملا بأحد الموجبين . وإن لم يعملا بالموجب الآخر وهو ممتنع الزيادة ، وفي الستين يكون أربعون وزيادة وهـذا كما اعتبر في باب العشر قوله ﷺ ما سقته السماء ففيه العشر للاتفـاق على قبوله وترك العمل بقوله ﷺ ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة للاختلاف في قبوله ( والعمل به ) أي بالعام المتفق على قبوله ( أولى عنده ) أي عند أبي حنيفـــة « رح » ( من الخاص المختلف في قبوله ، والعمل بـــه ) أراد بالخاص حديث الزهري ، وهو قوله ﷺ حريم العين ... إلى آخره .

فان قلت لا نسلم عموم الأول ، لأن معناه من حفر بئر العطن فله مما حولها أربعون ذراعاً وهو خاص بالعطن كما ترى . قلت ليس عطناً صفة لبئر حتى يكون مخصصاً ، وإنما هو بيان الحاجة إلى الأربعين ، فيكون دافعاً لمقتضى القياس ،فانه ينافي استحقاق الحريم ، لأن عمل الحافر في موضع الحفر استحقاقه بالعمل ، ففي موضع الحفر استحقاقـــه كما تركناه به .

فان قيل ما تركه في الناضح أيضاً حديث الزهري لئلا يلزم التحكم . قلنا حديثه فيه معارض بالعموم ، فيجب المعين إلى ما بعده وهو القياس فحفظناه ، وهـــذا كله حاصل معنى قوله ( ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم ، لأن عمله في موضع الحفر والإستحقاق به ) أي بالحفر ( ففيما اتفق عليه الحديثان ) وهو أربعون ذراعاً ( تركناه ) أي القيـاس ( وفيما تعارضا ) أي الحديثان ( فيه ) أي فيما زاد على الأربعين إلى الستين ( حفظناه ) أي القياس تحقيقه أن الحديثين اتفقا على الأربعين . فترك القيـــاس في هذا القدر وفيما وراء

ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ، ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ، ويمكنه أن يدير البعير حول البئر ، فلا يحتاج إلى زيادة مسافة . قال وإن كانت عيناً فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ،

---

الأربعين تعارضا ، لان العام ينفيه ، والخاص يثبته فتساقطا ، فعملنا بالقياس .

فان قلت كيف يتعارضان ، وقد ذكر القبول في أحدهما ، والإختلاف في الآخر .
قلت يعني بهصورة المعارضة كما يقال إذا تعارضا المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم .

( ولأنه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ) أي في العطن والناضح ، وهذا في الحقيقة جواب عما قالا فلا بد من التفاوت لا يقال أن بئر الناضح الغالب فيها البعير لا اليد للحرج ، لأنا نقول بئر الناضح عندهم لا على حسب ما يكون في بلادنا أن البعير يدور حول البئر كما في الطاحونة ، ولكن عندهم بئر الناضح أن يشد الحبل في وسط البعير ، ويشد الدلو في الطرف الآخر من الحبل ، ثم يساق فإذا ساق مقدار الحبل يقع الدلو في رأس البئر فيؤخذ الماء ، فاذا كان بئر الناضح عندهم على هذا التفسير يمكنه نزح الماء باليد ، ويمكن في العطن بالناضح أيضاً فاستويا ، كذا في المبسوط والذخيرة .

( ويمكنه أن يدير البعير ) أي يمكن أن يستقي بادارة البعير ( حول البئر ، فلا يحتاج إلى زيادة مسافة ) لعدم الإمتداد ، وهذا ظاهر ( قال وإن كانت عيناً فحريمها خمسمائة ذراع ) أي قال القدوري وعند الأئمة الثلاثة بقدر ما لا بد منه في الإرتفاق بحسب العلاة ( لما روينا ) أشار به إلى قوله ﷺ حريم العين خمسمائة ذراع . ولفظ القدوري مختلف في بعض النسخ خمسمائة ذراع ، وفي بعضها ثلاثمائة ذراع ، وعلى الثاني اعتمد في شرح الأقطع فلأجل اختلاف النسخ قال صاحب النافع وإن كان عيناً فحريمها خمسمائة في رواية ، وفي رواية ثلاثمائة ، وشيخ الإسلام خواهر زاده لم يذكر في مبسوطه سوى

ولان الحاجة فيه إلى زيادة مسافة ، لأن العين تستخرج للزراعة ، فلا بد من موضع يجري فيه الماء ، ومن حوض يجمع فيه الماء ، ومن موضع يجري فيه إلى الزراعة ، فلهذا يقدر بالزيادة ، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف . والاصح انه خمسمائة ذراع

---

خمسمائة . قال الأترازي «رح» والأصح عندي خمسمائة ،لأنه يوافق لحديث الزهري «رض» عن النبي ﷺ قال حريم العين خمسمائة ذراع ، وهذا التوفيق نص عليه الطحاوي «رح» في مختصره فقال ومن حفر عيناً في أرض موات وملكها بما يملك مما ذكرنا فله حريمها وهو خمسمائة ذراع من كل جانب من جوانبها ، انتهى .

والتقدير بثلاثمائة بالاجتهاد حتى يأمن من الضرر باثبات هذا القدر من الحريم إذا حفر إنسان بعينه بئراً أو عيناً كيلا يذهب ماءها ولا ينقص ، انتهى كلام الأترازي . قلت قد روى البيهقي « رح » من حديث يحيى بن آدم حدثنا ابراهيم بن أبي يحيى عن داود بن حصين عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال حريم البئر خمسون ذراعاً ، وحريم العين مائة ذراع ، فكان ينبغي أن يكون هذا هو الأصح ، لأنه قول حبر الأمة عبد الله بن عباس «رض» .

(ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة ،لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ، ومن حوض يجمع فيه الماء ) كالغدير ( ومن موضع) أي ولا بد من موضع (يجري فيه إلى المزارع [1] ) أي يجري الماء من ذلك الموضع إلى المزارع ، وفي بعض النسخ إلى المزارعة ( فلهذا ) أي فلأجل ما ذكرنا من المعاني ( يقدر بالزيادة ، والتقدير بخمسمائة بالتوقيف ) على حريم البئر ، هذا كأنه جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال لما كان حريم العين محتاجاً إلى زيادة لما ذكر من المعاني ، فلم قدرت بخمسمائة وعينت بها. فأجاب أن التقدير بها بالتوقيف أي بالأثر الوارد بها ، وقد ذكرناه .

( والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب ) أشار بهذا إلى الاختلاف فيه أنها من كل

---

(١) الزراعة ـــ هامش .

من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة ، وقد بيناه من قبل . وقيـــل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها ، وفي أراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول المــاء إلى الثاني

---

الجوانب ومن كل جانب كما اختلفوا في حريم البئر ، ونص على أن الصحيح أنهـا من كل جانب ( كما ذكرنا في العطن ) أى كما ذكرنا الأصح من العطن أن الأربعين من كل جانب ( والذراع هو المكسرة ) وهي ذراع العامـــة ، وهي ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التي هي ذراع الملك ، لأن المساحة بيع قبضات بدون ارتفاع الابهام ، وهذا هو اختيار خواهر زاده .

وبعضهم اختار ذراع المساحة ، لأنها أليق بالممسوحات ، هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة ، ولكن فيه نظر،لأن أصحاب المساحة ذكروا في كتبهم أن الذراع هي الهاشمية وهي ثمان قبضات ، والقبضة أربع أصابع ، والأصبع شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض الشعير يثبت شعرات من شعر البرذون .

فإن قلت ما معنى قول المكسرة وتوصيف الذراع بها لأنها نقضت عن ذراع الملك وهو بعض الأكاسرة بقبضته ، وكان ذراعه سبع قبضات ( وقد بيناه من قبل ) أشار به إلى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس وتوسعه للأمر على الناس فإنهـا هي المكسرة . قال السغناقي «رح» قد بينا الوجه في أن الخمسمائة يعتبر من كل جانب ، لأنه لم يذكر بيان الذراع المكسرة فيما تقدم ، وتبعه الكاكي « رح » على ذلك وهي أو كلاهما في ذلك وهماً فاحشاً .

( وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم ) أي في أراضي العرب ،وقوله في أراضيهم هو خبران ، وما ذكره في العين هو خمسمائـــة ، وفي البئر أربعون أو ستون ( لصلابة بها ) أى لأجل الصلابة الكائنة بأراضيهم ( وفي أراضينا رخاوة فيزداد ) على الأربعين والخمسمائة ( كيلا يتحول الماء إلى الثاني ) أى إلى البئر الثاني أو العين الثاني على

فيتعطل الاول. قال فمن أراد أن يحفر بئراً في حريمها منع منه كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال بــــه ، وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع بــــه ، فليس لغيره أن يتصرف في ملكه ، فإن احتفر آخر بئراً في حد حريم الاول للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعـــاً . ولو أراد أخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه ، لان إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره ، فإنه يؤخذ برفعها ،

---

اعتبار حفر الآخر (فيتعطل الأول) وهو البئر الأول أو العين الأولى، والتوصيف بالتذكير في الموضعين على تأويل المكان أو الموضع .

( قال فمن أراد أن يحفر بئراً في حريمها منع منه ) أي قال القدوري « رح » أي في الحريم البئر الأول أو العين الأولى . قوله منع منه ، أي منع ذلك الحافر من الحفر ( كيلا يؤدى إلى تفويت حقه والإخلال به ) أي وكيلا يؤدى إلى الإخلال بحقــه باعتبار نقص بئره أو عينه (وهذا) أي عدم جواز حفر الثاني في حريم الأولى (لانه بالحفر ملك الحريم) وبه قال أحمد «رح» وقال الشافعي «رض» والقاضي الحنبلي لا تملك، بل هو أحق (ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه ، فإن احتفر آخر بئراً في حــد حريم الاولى ) أي البئر الاول ( فللأول أن يصلحــه ويكبســه ) أي يصلحه بالكبس ، وقوله ويكبسه عطف تفسير كما في قولنا أعجبني زيد وكرمه . والتقدير أعجبني كرم زيد ( تبرعاً ) أي حال كونه متبرعاً أراد به إصلاح ما أفسده من الارض من عنده ولا يأخذه الثاني شيئاً لاجل ذلك .

( ولو أراد أخذ الثاني فيه ) أي ولو أراد الأول من أخذه الثاني فــيا فعل له ذلك ، ولكن اختلف المشايخ فيه ( قيل له أن يأخذه بكبسه ) يعني بأمر الثاني بكبس البئر التي حفرها وإزالة الجناية حفره ( لأن إزالة جناية حفره ) أي بالكبس ( كما في الكناسة ) بضم الكاف وهي الزيادة ( يلقيها في دار غيره ، فإنه يؤخذ برفعها ) أي فان الملقى يؤاخذ

وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه ، كما إذا هدم جدار غيره . وهـــذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف ، وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيــه لانه غير متعد إن كان بإذن الامام فظاهر ، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما ، والعذر لابي حنيفة « رح » انه يجعل الحفر تحجيراً ، وهو بسبيل منـــه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه .

---

برفع الكناسة لإزالة الضرر .

( وقيل يضمنه النقصان ) أي يضمن الأول الثاني نقصان حريمه (ثم يكبسه بنفسه) أي ثم يكبس الأول بنفسه ما حفر الثاني ( كما إذا هدم جدار غيره ) حيث يلزم نقصان الهدم ثم سببه بنفسه ( وهذا هو الصحيح ) أي القول الثاني هو الصحيـــح ( ذكره في أدب القاضي للخصاف ) أراد أن الخصاف ذكره في كتابه أدب القاضي «رح»(وذكر طريق معرفة النقصان ) أي وذكر الخصاف كيفية معنى فيه النقصان ، وهو أن يقوم ما قبل الحفر ويقوم ما بعد الحفر فيضمن نقصان ما بينهما (وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه) أي والذي هلك في البئر الأولى لا ضمان فيه (لأنه غير متعد إن كان باذن الإمام فظاهر ، وكذا إن كان بغير إذنه عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد «رح» ، لأن له أن يحفر بغير إذن الإمام عندهما ، ولهذا ملك البئر في الحالتين،فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعدياً فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر في داره .

( والعذر لأبي حنيفة «رح» )أراد بذلك جواب الإشكال الذي يرد على قول أبي حنيفة «رح» إذا كان الأول حفرها بلا إذن الإمام ، والإشكال لا يرد إلا على هذا الوجه ، لأنه إذا كان باذن الإمام لا يرد شيء (أنـه يجعل الحفر تحجيراً ) أي أن أبا حنيفة « رح » يجعل الحفر تحجيراً ( وهو بسبيل منه ) أي من التحجير ( بغير إذن الإمام ، وإن كان لا يملكه بدونه ) أي بدون الإذن . الحاصل أن له ولاية التحجير بغير إذن الإمـام وإن لم يكن له الإحياء بغير إذنه ، فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيراً لا إحياء ، فإذا كان

وما عطب في الثانية ففيه الضمان ، لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره . وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه ، لانـــه غير متعد في حفرها ، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثـة دون الجـــانب الاول لسبق ملـك الحافر الاول فيه والقناة

---

كذلك فقد فعل ماله فعله فلا يكون متعدياًفلا يضمن ما تولد فيه .

( وما عطب في الثانية ) أي والذي هلك في البئر الثانية ( ففيه الضمان ، لأنه متعـد فيه حيث حفر في ملك غيره ) فصار كما إذا حفر على قارعة الطريق ( وإن حفر الثاني بئراً وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه ، لانه غير متعد في حفرها ) لان له أن يحفر بئراً خارج حريم الاولى والحافر مسبب ، فاذا لم يكن متعديـــاً في السبب لا ضمان عليه .

والاصل فيه أن الماء تحت الارض غير مملوك لأحد فليس له أن يخاصمه في تحويل ماء بئره إلى بئر الثاني كالتاجر إذا كان له حانوت وآخر أخذ بجنبه حانوت آخر مثل تلك الحانوت فكسد من تجارة الاول لم يكن له أن يخاصمه . وكـــذا لو حفر بئراً في ملكه أعمق من البئر التي في دار جاره فجرى إليها الماء . أما لو بنى في داره حماماً فضر الجار بدخانه ، أو حفر بئراً مزبلة في جنب دار جاره يتضرر برائحته ،أو جعل داره مخبزاً في وسط العطاوس ونحوه مما يؤذي جاره منه خلافاً للشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية . وعنه في رواية كقولنا الشافعي «رح» أنه تصرف في ملكه فأشبه بنائه ونقضه .

ولنا قوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وهو إضرار بجاره فيمنع كمنع الدق الذي يهز الحيطان ويخربها ، وكالقاء السماد والرماد والتراب ونحوه في أصل حائطـــه على وجه يضر به .

( وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملكالحافر الاول فيه) لان ذلك القدر ملكه لسبق يده وحيازته باذن الإمام ( والقناة ) وهي مجرى المـاء تحت

لهـــا حريم بقدر ما يصلحها . وعن محمد « رح » انـه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم . وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لهـــا ما لم يظهر الماء على الأرض ، لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر فالوا عند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقـــدر حريمه بخمسمائة ذراع

---

الارض وارتفاعها بالابتداء وخبرها الجملة ، أعني قوله ( لها حريم ) والضمير العائد ، أي القناة باعتبار المجري ( بقدر ما يصلحها ) أي يقدر ما يصلح القناة هذا من مسائل الاصل ذكره تفريعا ، ذكر فيه إذا خرج قناة في أرض فرات فهي بمنزلة البئر فلها من الحريم ماء للبئر ولم يزد على هذا . وقال في الشامل القناة لها حريم مفوض إلى رأى الإمام ، لانـه لا نص في الشرع .

( وعن محمد «رح» أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم ) وبه قال الشافعي «رح» في وجه . وفي شرح الوجيز حريمه المقدار الذي لو حفر نقض مـــاءه أو جفت أنهـــاره والكناسة ، ويختلف ذلك باختلاف صلابة الارض ورخاوتها .

( وقيل هو عندهما ) أي الذي ذكره في الاصل هو قول أبي يوسف ومحمد « ر ح » ( وعنده ) أي وعند أبي حنيفة «رح» ( لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض ، لانـه نهر في التحقيق ) أي لان القناة نهر في الحقيقة ولا حريم للنهر عنده ، أشار إليه بقوله ( فيعتبر بالنهر الظاهر ) حيث لا حريم له .

( قالوا ) أي المشايخ ( وعند ظهور الماء على الارض فهو بمنزلة عـــين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع )وقال أبو يوسف «رح» في كتاب الخراج واجعل للقناة من الحريم ما لم يمسح على وجه الارض مثل ما أجعل للآبار ، فاذا ظهر الماء على وجه الارض جعلت حريمـه كحريم النهر ، وقال أيضا في كتاب الخراج . ولو أن رجـــلا له قناة فاحتفر رجل يجنبها قناة فأجراها من تحتها أو من فوقها كان لصاحب القناة أن يمنعـه من ذلك ويأخذه لطمها ، فاذا كان أذن له في احتفارها فحفرها فله أن يمنعه بعد ذلك إن شاء ،

والشجرة تغرس في أرض موات لهم حريم أيضاً ، حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجراً في حريمها ، لأنـــه يحتاج إلى حريم له يجد فيـه ثمره ويضعه فيـه ، وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب ، بـه ورد الحديث .

---

ولا غرم عليه في الاذن ما خلا خصلة أن يكون أذن له ووقت وقتا ثم منعـه من ذلك قبل أن يجيء الوقت ، فاذا كان على هذا ضمن له قيمة البناء ولم يضمن قيمة الحفر .

( والشجرة تغرس في أرض موات لهـا حريم أيضا ، حتى لم يكن لغيره ) أى لغير الغارس ( أن يغرس شجراً في حريمها ، لانه يحتاج إلى حريم له يجد فيـه ثمره ويضعه فيه ) أي لان الغارس يحتاج إلى حريم يقطع فيه ثمرة الشجرة ويضعه فيه ( وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب ) أى حريم الشجرة مقدربخمسةأذرع (به ورد الحديث) أى بهذا المقدار ورد الحديث عن النبي ﷺ ،وهو ما رواه أبو داود «رض» في سننه فيآخر الاقضية عن عبد العزيز بن محمد عن أبي طوالة وعمرو بن يحيى بن عمارة عن أبيه عن أبي سعيد الخدرى رضي الله تعالى عنهم قال اختصم إلى النبي ﷺ رجلان في حريم نخلة في حديث أحدهما مر بها فزرعت فوجدت سبعـة اذرع ، وفي حديث آخر فوجدت خمسة أذرع يقضى بذلك ، فقال عبد العزيز فأمر بجريد فزرعت ، انتهى . سكت عليه أبوداود «رح» ثم المنذرى بعده .

ورواه الطحاوي«رح» فيشرح الآثار ولفظه قال اختصم رجلان إلى النبي ﷺ في نخلة فقطع منها جريدة ثمر فزرع بها النخلة فاذا فيها خمسة أذرع فجعلها حريمها . ومن جهة الطحاوي «رح» ذكره عبد الحق «رض» في أحكامه قال ، وقال أبو داود «رض» خمسة أذرع أو سبعة . وروى الحاكم «رح» في مستدركه في كتاب الأحكام عن موسى بن عقبة عن إسحاق بن يحيى عن عبادة بن الصامت «رض» أن النبي ﷺ قضى في النخلة أن حريمها تسع جريدها ، وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه .

وأخرجه الطبراني في معجمه عن محمد بن ثابت العبدي عن عمرو بن دينار عن إبن عمر

قال وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهراً . وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر ، لأنه ليس في ملك أحد ، لأن قهر الماء يدفع قهر غيره ، وهو اليوم في يد الإمام

---

«رض» أن النبي ﷺ جعل حريم النخلة جريدها . وأخرجه أبو داود «رض» في المراسيل عن عروة بن الزبير قال ، قضى رسول الله ﷺ في حريم النخلة طول جريدها .

( قال وما ترك الفرات أو الدجلة ) أى قال القدورى «رح» الفرات نهر أصله من شمالي أرض الروم من جهة الشرق يسير منها إلى أن يجاوز قلعة الروم من جهة شمال حصنها وشرقيها ثم يسير إلى البئر قبلها ، ثم يشرق إلى بالس وقلعة حصن، ثم الرقة ، ثم الرحبة ، ثم إلى عانة ، ثم هيت ، ثم إلى الكوفة ، ثم يخرج إلى فضاء العراق ويصب في بطائح كبار . وأما دجله فهي بكسر الدال مخرجه من بلاد الروم، ثم يمر في آمن وحصن كيفا وجزيرة ابن عمر والموصل وتكريت وبغداد وواسط والبصرة ، ثم يصيب في بحر خراسان ( وعدل عنه الماء ) أى ما ترك الفرات أو دجلة ، ومعنى عدل عنه انكشف عنه وأخذ موضعا غيره .

( ويجوز عوده إليه ) أى والحال أنه يجوز عوده إليه ، أي إلى ما ترك عنه ، ومعنى يجوز يمكن ( لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهراً ، وإن كان لا يجوز ) أى لا يمكن ( أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريماً لعامر ، لأنه ليس في ملك أحد ، لان قهر الماء يدفع قهر غيره ) لان شرط الأحياء أن تكون الارض في قهر آدمي ( وهو اليوم في يدى الامام ) أى متروك الفرات ودجلة اليوم فى يد الامام فيقف إحياؤه على إذن الامام .

وقال أبو يوسف فى كتاب الخراج إذا نضب الماء عن جزيرة فى دجلة فليس لاحد أن يحدث فيها شيئاً لا ولان رمال يسع مثل هذه الجزيرة إذا خصصت وزرعت كان ذلك ضرراً على أهل المنازل ، فلا يسع الامام أن يفعل شيئا من هذه ولا يحدث فيه

قال ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عنـــد أبي حنيفة «رح» إلا أن يقيم بينة على ذلك . وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه . قيل هذه المسألة بنـــاء على أن من حفر نهراً في أرض موات بإذن الإمام لا يستحق الحريم عنده . وعندهما يستحقه ،

---

حدث . فأما إن كان خارجا عن المدينة فهى بمنزلة الموات يجنبها الرجل ويؤدى عنهـا حق السلطان .

ولو أن رجلا أتى طائفة من البطيحة مما ليس فيه ملك لاحد قـد غلب عليـه الماء فضرب عليه المنيات واستخرجه وأحياه وقطع ما فيه من القصب فانها بمنزلة الارض الميتة وكذا كل ما عالج في أجمة أو بحر أو بر بعـد ان لا يكون فيه ملك لانسان فاستخرجه رجل وعمره فهو له وهو بمنزلة الموات .

ولو ان رجلا أحيا من ذلك ما كان له مالك قبله رددت ذلك إلى الأول ولم أجعـل الثاني فيه حقا ، فان كان الثاني قد زرع فيه قبله نزعه وهو ضامن لما نقص من الارض، وليس عليه أجر وهو ضامن لما قطع من قصبها ، فكذلك ولو كانت هذه الأرض في البرية فيها نبات ، لأنها بمنزلة القصب ، إلى هنا لفظ كتاب الخراج .

( قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفه «رح» ) أي قال القدوري «رح» فمن كشف الغوامض الخلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كريه في كل وقت . أما إذا كان صغيرا بحيث يحتاج إلى كريها في كل وقت فله حريم بالاتفاق اعتبارا بالبراء ( إلا ان يقيم بينة على ذلك ) اي على ان له حريما .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد «رح» (له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه ) قال في الصحاح المسناة العرم وهو ما يبنى على حافة المسيل لرد الماء ( قيل هذه المسألةبناء على أن من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده، وعندهما يستحقه ) قال فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير من اصحابنا من قال اصل هذه المسألة ان من أحيا نهرا في ارض موات هل يستحق له حريمها ، قال ابو حنيفة «رح» لا يستحقه .

لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء ، ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى إلقـــاء الطين ، ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر .

وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه ، وفي البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر ، لان الإنتفاع بالماء في النهر ممكن

---

وقالا يستحقه . وقال عـامتهم الصواب انه يستحق للنهر حريما بالاجمـاع استدلالاً بنص صاحب الشرع في حريم البئر ، لان النهر لا يستغني عـن الحريم ، كـما لا يستغني البئر عنه .

وإنما اختلف ابو حنيفة وصاحباه في موضع الاشتباه وهو ان يكون الحريم موازنـا للأرض لا فاصل بينهما ، وان لا يكون الحريـم مشغولا بحق أحدهما كالطين والغرس . وأما إذ كان مشغولا بحق احدهما فهو أحق به بالإجماع ، لانه ظهرت يده عليه بالشغل . وقال فخر الدين قاضي خان وكـذلك إذا كانت المسناة ترتفع من الأرض فهي لصاحب النهر ، لأن الظاهر ان ارتفاعه لالقاء طينه .

( لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء ، ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر ) أي ولا يمكنه المشي في باطن النهر عادة ، وهذا ظاهر ( وإلى إلقـاء الطين ) أي وحاجته إلى إلقاء طين النهر ( ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج ، فيكون له الحريم اعتباراً بالبئر ) أي قياساً على حريم البئر .

( وله ) أي ولأبي حنيفة رحمه الله ( أن القياس يأباه لما ذكرناه ) أي يأتي ، وهو قوله ﷺ من حفر بئراً فله مما حولها أربعون ذراعاً ( وفي البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه ) أي في البئر ، والتذكير باعتبار القليب او الجب ( فوقها إليه في النهر ) أى فوق الحاجة الى الحريم في النهر ، وهذا جواب عمن قاس النهر على البئر ، تقريره ان الحاجة في النهر متحققة في الحال ، وفي النهر موهومة باعتبار الكراء ، وقـد لا يحتاج إليه ، والانتفاع في البئر لا يأتي بدون الحريم ، وفي النهر يتأتى ( لأن الانتفاع بالماء في النهر ممكن

بدون الحريم ، ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق . ووجه البناء أن باستحقـــاق الحريم تثبت اليـد عليـــه اعتباراً تبعاً للنهر ، والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد . والظـاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره إن شاء الله تعالى ،

---

بدون الحريم ) غير أنه يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسطه .

( ولا يمكن في البئر إلا بالإستقاء ) أي لا يمكن الإنتفاع في البئر الا بنزح الماء ( ولا استقاء الا بالحريم) لأنه يحتاج إلى مد الحبل ودوران الحيوان ونحوهما ( فتعذر الإلحاق ) إذا كان ذلك يتعذر إلحاق النهر بالبئر ، لأن البئر منصوصة والنهر غير منصوص ، فأخذنا فيه بالقياس . ألا ترى أن من بنى قصراً في مفازة لا يستحق بذلك حريمـاً وإن كان يحتاج الى ذلك لإلقاء الكناسة فيه لعدم ورود النص ، إذ الحريم عندهما اعتبار ، أي من حيث اعتبار الاستحقاق لا حقيقة ، لأن حقيقة أن يكون طينة ملقا فيـــه يحتاج الى التقدير ، فينصب المقادير لا يكون بالرأي ، كذا في المبسوط .

( ووجه البناء ) أي وجه بناء مسألة المختصر على مسألة من أحيا نهراً على المذهبين بالرأي ، كذا في المبسوط (أن باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتباراً تبعاً للنهر ) أي لأجل التبعية للنهر الذي عليه اليد حقيقة ( والقول لصاحب اليد ) في المنازعـة ، وقوله ووجه البناء الى هاهنا من جهة أبي يوسف ومحمد وقوله ( وبعدم استحقاقه تنعدم اليد ، والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما نذكره ان شاء الله تعالى من جهة أبي حنيفة رحمه الله ، أي وبعدم استحقاق صاحب النهر الحريم تنعدم اليد ) أي يد صاحب النهر على الحريم ، والظاهر يشهد لصاحب الأرض ، يعني الحريم . وإن اتصل بالنهر أيضاً فالظاهر أنه لصاحب الأرض فالقول لمن يشهد له الظاهر .

والتحقيق في هذا الموضع ان عند أبي حنيفة اذا لم يكن له حريم فيما اذا أحيا نهراً في أرض موات بإذن الإمام ولم يكن مدعي الحريم صاحب اليد في الحريم ، فلا يكون

وإن كانت مسألة مبتدأة فلهما أن الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به . ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه ، وله أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى إما صورة لاستوائها ، ومعنى حيث صلاحيته للغرس والزراعة . والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما ، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه

---

الحريم له ، بل يكون لصاحب الأرض ، لأنه أشبه بالأرض ، فيكون الظاهر يشهد له. وعندهما كان له حريم تبعاً للنهر ، فإذا ثبتت يده يكون القول لصاحب اليد .

( وإن كانت مسألة مبتدأة ) يعني وإن كان مسألة من له نهر في حريم غيره مسألة ابتدائية غير مبنية على مسألة من أحيا نهراً في أرض موات ( فلهما ) أي فلأبي يوسف ومحمد « رح » ( ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ) أي بالحريم ، فيكون مستعملاً لحريم النهر والاستعمال يد ، فباعتبار أنه في يده جعل القول قوله كما لو تنازعا في ثوب واحدهما لابسه ( ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه ) أي ولأجل ذلك لا يملك صاحب الأرض نقض الحريم .

(وله) أي ولأبي حنيفة (أنه) أي ان الحريم ( أنه أشبه بالأرض صورة ومعنى ) أي من حيث الصورة ومن حيث المعنى ( اما صورة لاستوائها ) أي اما الصورة فلاستواء الأرض ، وأشار بهذا إلى ان الخلاف فيما إذا لم يكن المسناة مرتفعة على الأرض ، فأما إذا كانت المسناة أرفع من الأرض فهي لصاحب النهر اذ الظاهر ان ارتفاعها لإلقاء طينه ( ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة ) أي واما معنى من حيث صلاحية الحريم لغرس الأشجار وزراعة الزارع .

( والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به ) أي بالحريم ( كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما ، والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضي للذي في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه ) وهو المصراع الذي ليس في يد أحدهما ، فإنه أشبه بالمصراع الذي

والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء إنما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان مستمسكاً به ماء نهره، فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق به حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ، ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه

---

في باب أحدهما ، فيقضى له ، لأن الظاهر يشهد له ، وهـــذا هو الذي وعده بقوله على ما نذكره إن شاء الله تعالى ( والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ) أي قضاء في مسألة من كان له نهر في أرض غيره قضاء ترك لا قضاء ملك استحقاق . فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على المسناة ملكه يقبل بينته . ولو كان قضاء ملك لـمـا قبلت بينته ، لأن المقضي عليه في حادثة قضاء ملك لا يصير مقضياً له فيها .

وقال تاج الشريعة ويعني بقضاء الترك ان يترك في يد صاحب الأرض . وعندهما في يد صاحب النهر ، والفرق بين قضاء الترك وقضاء الإلزام ان في قضاء الإلزام من صار مقضياً عليه في حادثة لا يصير مقضياً له بعد ذلك في تلك الحادثة أبداً . وفي قضاء الترك يجوز أن يكون مقضياً له وفرق آخر أنـــه لو ادعى ثالث لا يقبل بينته في قضاء الإلزام إلا بالتلقي من جهة صاحب اليد ، وفي قضاء الترك تقبل .

( ولا نزاع فيما به استمساك الماء ) هـــذا جواب عن قولهما إن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته ، كذا قال الاترازي . والصواب أنه جواب عن قولهما أن الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ، كما ذهب إليه الكاكي وغيره ( إنما النزاع فيما وراءه مما يصلـــح للغرس ) الشجر هـــل له ذلك أم لا (على أنه إن كان مستمسكاً به )

أى على أن صاحب النهر إن كان مستمسكاً بالحريم ( مـــاء نهره فالآخر ) وهو صاحب الأرض ( دافع به الماء عن أرضه ) فقد استويا في استعمال الحريم وترجح صاحب الأرض من الوجه الذي قدرنا ، ولكن ليس له ان يهدمه ، لأن لصاحب النهر حق استمساك الماء في نهره ، فلا يكون لصاحب الأرض أن يبطله ( والمانـــع من نقضه ) جواب عن قولهما ولهذا لا يملك صاحب الأرض نقضه ، يعني المانع من عدم تمكن صاحب الارض من نقض الحريم وهو المسناة ( تعلق به حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جزوع لا يتمكن من نقضه ) أي ولا يتمكن صاحب الحائط من نقض الحائط

وإن كان ملكه . وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسنـــاة أرض تلزقها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة « رح » وقالا هي لصاحب النهر حريمـــاً لملقى طينه وغير ذلك . وقوله وليست المسناة في يد أحدهما معنـــاه ليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى ، فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف . أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى ، لأنه صاحب يد ، ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضاً ، وثمرة الاختلاف أن ولاية

---

لأجل تعلق صاحب الجذوع مع أن الحائط ملك لصاحبه أشار إليـــه بقوله ( وإن كان ملكه ) أي وإن كان الحائط ملك صاحب الحائط وان هذه واصلة .

( وفي الجامع الصغير نهر لرجـل إلى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة في يد أحدهما فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة . وقالا هي لصاحب النهر حريماً لملقى طينه وغير ذلك ) إنما ذكر عبارة الجامع الصغير ليبين موضع الخلاف . وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في نهر لرجـــل الى جنبــه مسناة في يد أحدهما .

( وقوله ) أي وقول محمد في الجامع ( وليست المسناة في يـــد أحدهما معناه وليس لأحدهما عليه غرس ولا طين ملقى ) أي على المسناة ، والتذكير باعتبـــار الحريم وملقى بضم الميم وسكون اللام وفتح القاف وهو مفعول من الإلقاء ( فينكشف بهـــذا اللفظ ) أي بقوله وليست المسناة في يد أحدهما ( موضع الخلاف ) بين أبي حنيفة وصاحبيه .

( أما إذا كان لأحدهما عليه ذلك ) أي على المسناة بتأويل الحريم كما ذكرنا ذلك ، أي الغرس او الطين الملقى ( فصاحب الشغل أولى . لانه صاحب يد فهو أولى بلا خلاف . ولو كان عليه غرس ) أي على المسناة بتأويل الحريم ( لا يـــدري من غرسه فهو من

الغرس لصاحب الأرض عنده ، وعندهما لصاحب النهر ، وأما إلقاء الطين فقد قيل إنه على الخلاف . وقيل إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش . وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده ، وقيل لا يمنع للضرورة . قال الفقيه أبو جعفر أخذ بقوله في الغرس ، وبقولهما في إلقاء الطين . ثم عن أبي يوسف « رح » أن حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب . وعن محمد « رح » مقدار بطن النهر من كل جانب ، وهذا أرفق بالناس .

---

مواضع الخلاف أيضاً ) يعني عند أبي حنيفة الغرس لصاحب الارض . وعندهما لصاحب النهر .

( وثمرة الاختلاف المذكور ان ولاية الغرس ) والزرع على المسناة ( لصاحب الارض عنده ) أي عند أبي حنيفة ( وعندهما لصاحب النهر وأما إلقاء الطين وقد قيل إنه على الخلاف ) المذكور ( وقيل إن لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش ) وفي الكافي هو الصحيح ( وأما المرور وقد قيل يمنع صاحب النهر عنده ) أي عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

( وقيل لا يمنع للضرورة ) لانه لا يجد بدأ من إلقاء الطين ونقله الى موضع بعيد حرج عظيم ( وقال الفقيه ابو جعفر ) وهو محمد بن عبد الله بن محمد الهندواني تلميذ أبي بكر الأعمش تلميذ أبي بكر الإسكاف تلميذ محمد بن سلمة تلميذ ابن سليمان الجرجاني تلميذ محمد بن الحسن توفي سنة اثنين وستين وثلاثمائة ( أخذ بقوله ) أي بقول أبي حنيفة ( في الغرس وبقولهما في إلقاء الطين ) أراد ان لصاحب الأرض أن يغرس ، ولصاحب النهر أن يلقي الطين على حافته ، وكل منهما يفعل ما لا يمنع الآخر عن حقه .

( ثم عن أبي يوسف أن حريمه ) أي حريم النهر ( مقدار نصف بطن النهر من كل جانب ) يعني يمسح بطن النهر فيجعل مقدار ذلك نصفه من هذا الجانب ( وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب ) يعني يجعل مقدار بطن النهر من هذا الجانب ( وهذا أرفق بالناس ) أي ما روى عن محمد أرفق بالناس الذي هم اهل النهر ، ولم يذكر قدر

# (فصول في مسائل الشرب)

## (فصل في المياه)

وإذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئاً من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم .

---

الحريم على قولهما في الاصل ، بل قال له من الحريم قدر ما يستغني عنه النهر ، وكذلك لم يقدر في الجامع الصغير فقال خواهر زاده في مبسوطه قالوا قد ذكر في النوادر في تقدير الحريم خلافاً بينهما، فعلى قول محمد يمسح بطن النهر لم يجعل له من كل جانب نصف بطن أرض النهر . وقال ابو يوسف من كل جانب مقـــدار بطن النهر ، وذكر ابو الليث خلاف هذا وهذا الذى ذكره المصنف وعليه اعتمـــد في شرح الطحاوى والمختلف . وقال بعض المشايخ ينظر إلى مقدار ما يحتاج إليه بغير تقدير ، كـذا قال ابو الليث في شرحه .

( فصول في مسائل الشرب )

أى هذه فصول في بيان أحكام مسائل الشرب هذه الفصول كلها ليست بمذكورة في البداية ، لانهـــا ليست في الجامع الصغير ومختصر القدورى ، وإنما ذكرها شيخ الإسلام المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب، وإنمـــا ذكر إحيـاء المـــوات عقيب مسائل الشرب الاحتياج الى الماء ، وقدم فصل المياه عن الكري ، لان الماء هو المقصود ، والشرب بكسر الشين وهو الصب من الماء .

( فصل في المياه )

أى هذا فصل في بيان احكام المياه وهو جمع ماء ، ويجمع على امواه ايضاً ، وهو جوهر سيال مروى للعطش منبت للزرع .

( وإذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئاً من الشفة ،والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ) أصل الشفة شفهة ولهذا يقال في تصغيرها شفيهة ، وفي جمعها شفاه،

اعلم أن المياه أنواع ، منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الأرض ، حتى أن من أراد أن يكري نهراً منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك ، والإنتفاع بماء البحر كالإنتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الإنتفاع به على أي وجه شاء . والثاني ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق

---

وحذفت الهاء تخفيفاً ، والمراد هنا الشرب بالشفاه ، ويقال هم اهل الشفة أى لهم حق الشرب سقاهم ، وأن يسقوا دوابهم .

( إعلم ان المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي ، حتى أن من أراد ان يكرى نهراً ) أى يحفر ( منها إلى أرضه لم يمنع من ذلك ، والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، فلا يمنع من الانتفاع به على أى وجه شاء ) ينبغي أن يكون المراد من البحار هاهنا الانهار العظيمة جداً كالنيل الذى بمصر ، ونهر الايل الذى ببلاد دمشق ، ونهر تان بالتاء المثناة من فوق التي عرى الابل . ونهر طناء بضم الطاء المهملة وبالنون الذى بالبلاد الشمالية . نهر اشغله الذى بالاندلس ، وأمثال ذلك بأن كل نهر منها يطلق عليه بحر ، وليس المراد بها البحار الملح فإنها لا ينتفع بها أصلاً لا في الشفة ولا في سقي الاراضي .

( والثاني ) أي النوع الثاني ، ( ماء الأودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات ) قال تاج الشريعة جيحون نهر خوارزم ، وسيحون نهر الترك ، ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد ، والفرات نهر الكوفة، وتبعه الشراح على هذا وقال الكسائي في الملكوت سيحون نهر المصمصة ، وجيحون نهر بلخ . قلت الحق في هذا الذي ذكره المحدثون في تفسير قوله ﷺ فجرت أربعة أنهار من الجنة النيل والفرات وسيحان وجيحان،رواه أحمد وغيره،أن جيحون يقال له جيحان ، وتسميها العامة جاحان أصله من بلاد الروم ويسير من بلاد السين من الشمال إلى الجنوب ، ثم يجمع هو وسيحون عند أربونصان في بحر الروم بين اياس وطرسوس . وأما دجلة والفرات وقد ذكرناهما نحن قريباً عند قوله وما ترك الفرات او دجلة .

الشفة على الإطلاق وحق سقي الأراضي فإن أحيا واحد أرضاً ميتة وكرى منه نهراً ليسقيها إن كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك ، لأنها مباحة في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك في أن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والأراضي ، وعلى هذا نصب الرحى عليه ، لأن شق النهر للرحى كشقه للسقي به . والثالث إذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة

---

( للناس فيه حق الشفة على الإطلاق ) يعني في جميع الأحوال ( وحق سقي الأراضي بأن أحيا واحد أرضاً ميتة وكرى منه نهراً ليسقيها ) أي حفر منه نهراً لسقي الأرض التي أحياها ، وإنما يجوز ذلك ( إن كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد لأنها مباحة ) أي لأن ماء الأودية العظام مباحة ( في الأصل إذ قهر الماء يدفع قهر غيره ) أشار بذلك إلى أن أحداً ليس له قهر في هذا الموضع بقوة المياه فيها .

( وإن كان ) أي كون النهر منها ( يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن دفع الضرر عنهم واجب وذلك ) أشار إلى بيان الضرر ( بأن يميل الماء إلى هذا الجانب إذا انكسرت ضفته ) أي حافته ، وهي بكسر الضاد وفتحها ، كذا في المغرب . وذكر في الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس . قلت هذا انتهى ( فيغرق القرى والاراضي ، وعلى هذا نصب الرحى عليه ) أي وعلى التفصيل المذكور نصب الطاحون على النهر الذي يسيل من ماء الاودية العظام إن كان لا يضر بالعامة جاز وإلا فلا ( لان شق النهر للرحى كشقه للسقى به ) أي ليسقي الاراضي .

( والثالث ) أي النوع الثالث ( إذا دخل الماء في المقاسم ) أي إذا دخل في قسمة قوم فقسمه الإمام بينهم ( فحق الشفة ثابت ) في هذا القسم فالناس شركاء فيه في حق الشفة والسقي أنفسهم ودوابهم ، وإن أتى في ذلك على المأكلة وليس لاهله ان يمنعوا أحداً من الشفة والسقى .

ثابت ، والاصل فيه قوله عليه السلام النـــاس شركاء في ثلاث ، الماء والكلأ والنـــار .

---

( والاصل فيه ) أي فيما ذكر من الانواع (قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث المـــاء والكلأ والنار) هذا الحديث رواه ثلاثة من الصحابة الاول عبد الله بن عباس «رض» أخرج حديثه ابن ماجة في سننه عن عبدالله بن حراش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس قال ، قال رسول ﷺ المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والكـلأ والنار . قال عبـد الحق في الاحكام قال البخاري عبـد الله بن حراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث وضعفه أيضاً ابو زرعة وفيه ابو حاتم ذاهب الحديث .

الثاني عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أخرج حديثه الطبراني في معجمه حدثنا الحسن بن اسحاق التستري (١) حدثنا يحي الحمامي حدثنا قيس بن الربيع عن زيد بن جبير عن ابن عمر قال ، قال رسول الله ﷺ المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار .

الثالث رجل من الصحابة أخرج حديثه ابو داود في سننه في البيوع عن عـــلي بن الجعد عن جرير بن عثمان عن أبي خداش بن حبان بن يزيد عن رجـل من الصحابة قال غزوت مع رسول الله ﷺ ثلاثاً أسمعه يقول المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار. ورواه أحمد في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه في الاقضية ، وأسند ابن عـــدي في الكامل عن أحمد بن معين أنهما قالا في جرير ثقة ، وذكره عبد الحق في أحكامه من جهة أبي داود وقال لا أعلم روى عن أبي خداش إلا عن حريز بن عثمان ، وقـد قيل فيه مجهول . وقال البيهقي في المعرفة وأصحاب النبي ﷺ كلهم ثقات ، وترك أسمائهم في الإسناد لا يضر إن لم يعارضه ما هو أصح منه .

قلت حريز بن عثمان بفتح الحـــاء وكسر الراء المهملة وفي آخره زاء معجمة . وأبو خداش بكسر الخاء المعجمة وبالدال المهملة وفي آخره شين معجمة واسمه حبان بن زيـد

---

(١) في الاصل الدسري ، وتصحيحه من نصب الراية للزيلعي ، ا هـ مصححه .

السرعني الحمصي . وحبان بكسر الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة .

وروى ابو يوسف فى كتاب الخراج حدثنا المعلى بن كثير عن مكحول قال ، قال رسول الله ﷺ لا تمنعوا ماء ولا كلأ ولا نار ، فإنه متاعاً للمقوين وقوة المستضعفين . قوله ثلاث قال الشراح القياس ان يقول فى ثلاثة تغليباً للمذكر ، ولكن إذا لم يذكر المعدود يجوز ان يؤنث ، ونظيره قوله ﷺ من صام رمضان وأتبعه ست من شوال . وستة إنما يستعمل فى الليلة ، ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنث ، قلت فيه نظر ، لان هاهنا معدود وهو قوله عليه السلام فى الماء والكلأ والنار .

وأما حديث صوم رمضان وأتبعه بستة من شوال فلم يذكر المعدود فيه فلا يصح التنظير . قوله والكلأ بفتح الكاف واللام، وفي آخره همزة على وزن فعل كشجر وشجرٍ. وقال الإمام خواهر زاده الكلأ كل ما ينجم على وجه الأرض ، أي يبسط وينشر ، ولا يكون له ساق كالأذخر ونحوه ، ومـا كان له ساق يكون شجر الأكل ، والدليل على صحة ذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿والنجم والشجر يسجدان﴾ ٦ الرحمن ، قالوا ما قام الساق والنجم ما انبسط وانتشر على وجه الأرض ، فعلى هذا قالوا الشوك الأحمر من الشجر لا من الكلأ ، وكذلك الشوك الأبيض الذي يقال له العرقد من الشجر ، لأنه يقوم بساق حتى لو نشأ في أرض مملوكة فجاء إنسان وأخذ ذلك كان لصاحب الأرض أن يسترد منه .

وأما الشوك الأخضر الذي يأكله الإبل ويقال له الخارج ففيه اختلاف المشايخ، حكي عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل كان يقول من جملة الكلأ والحشيش . والفقيه أبو جعفر الهندواني يقول من جملة الشجر قالوا روي عن محمد فيه في النوادر روايتان في رواية جعله من الكلأ ، وفي رواية جعله من جملة الشجر .

واختلف الجواب لاختلاف الموضوع، لأنه أراد برواية الكلأ ما ينبسط منه على وجه الارض ، ولا يكون له ساق ، وأراد بالرواية الأخرى ما قام على الساق ولا ينجم على وجه الارض ، والسوين من الشجر لأنه يقوم على ساق ، انتهى كلام خواهر زاده .

وقال الجوهري الكلأ والعشب وقد أكلت الأرض كلئت الأرض وأكلات فهي أرض مكلئة وواسية وكلئية ، أي ذات كلأ ، سواء كانت رطبة او يابسة .

وقال في المغرب والظاهر أنه يقع على ذي ساق وغيره ، وفسر في العزيز الكلأ بالنبات ، ثم ان قوله ﷺ الناس شركاء في ثلاث شركة إباحة لا شركة ملك ممن سبق إلى أخذ شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به ، وهو ملك له دون من سواه ، ويجوز له تمليكه بجميع وحدة التمليك ، وهو موروث عنه ، ويجوز فيه وصاياه كما يجوز في املاكه ، فإن اخذه منه اخذ بغير إذنه ضمنه كما يضمن سائر املاكه ، وما لم يسبق إليه أحد فهو لجماعة المسلمين فهو مباح على ما كان إليه او لا ، هكذا ذكره الكرخي في مختصره .

ثم إنك قد عرفت الماء على اربعة انواع كما ذكره المصنف مستقصى . وأما الشركة في الكلأ على أوجه بعضها أعم من بعض ، والأعم ان يكون الحشيش في أرض لا تكون مملوكة لأحد يكون الناس شركاء في ذلك من الرعي والاحتشاش فليس لأحد ان يمنع انساناً من ذلك وهي كالشركة في ماء البحار وشركة اخرى أخص من هذه ، وهو ان يكون الكلأ في أرض مملوكة بنفسه لا بإنبات صاحب الارض يكون للناس فيه شركة ، حتى لو أخذه إنسان كان ما أخذه ملكاً له ، إلا ان لصاحب الارض ان يمنعه من الدخول في أرضه لاجل الكلأ ، ذكر محمد هذا القدر في الكتاب ، ولم يزد عليه ، إلا ان مشايخنا زادوا على ذلك، قال إذا وقع المنازعة بين صاحب الارض والذي يريد الكلأ لا بد من اعتبار منازعتها ، لان صاحب الارض يمنعه من الدخول في ملكه ، وهذا الطلب حقه ، لان له شركة في الكلأ .

وإذا وجب اعتبار المنازعة يقول إن كان يجد المريد الكلأ في موضع آخر غير مملوك لاحد قريب من تلك الارض ، يقال له خذ من ذلك . وإن لم يجد يقال لصاحب الارض إما ان تعطيه بيدك او ائذن له حتى يدخل فيأخذ حقه ، كمن أتى كرم انسان وفي

وإنه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول، وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للإحراز، ولا يملك المباح بدونه كالظبي إذا تكنس في أرضه،

---

حوضه ماء وأراد الدخول في كرمه ليأخذ الماء فمنعه صاحب الكرم إن كان يجدها في موضع آخر غير مملوك لاحد قريب منه يقال له ائت ذلك المكان خذ منه، وإن كان لا يجد يقال لصاحب الارض إما أن تعطيه بيدك او ائذن له حتى يدخل ويأخذ منه، وشركة اخرى أخص من ذلك كله وهو ان يحشر الكلأ او ينبت الكلأ في ارضه، فإنه لايكون مملوكاً له وينقطع حق غيره ولا يكون لأحد أخذ ذلك بوجه، إلا انه تبقى شبهة الشركة لقوله ﷺ الناس شركاء في ثلاثة، حتى لو سرقه لا تقطع يده.

وأما الشركة في النار فعامة قال شيخ الإسلام خواهر زاده في كتاب الشرب وهو ان الرجل إذا أوقد ناراً في مفازة، فان هذه النار مشتركة بينه وبين الناس أجمع حتى لو جاء إنسان وأراد ان يستضيء بضوء هذه النار، او أراد ان يخيط ثوباً له حول النار او يصطلي بها في زمن البرد، او يتخذ منه سراجاً لا يكون لصاحب النار العرض منعه، إلا ان يكون أوقد النار في موضع مملوك له فان لـه ان يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار، فأما إذا أراد ان يأخذ من قبيله سراجه او شيئاً من الجمرة فان لصاحب النار ان يمنعه من ذلك لانه ملكه، ولو اطلقناه للناس لم يبق له نار يصطلى بها ويخبز بها، وهذا وجه له.

( وأنه ) اي قوله شركاء ( ينتظم الشرب والشرب ) اي يشمل الشرب بكسر الشين وهو النصيب من الماء، والشرب بضم الشين وهو فعل الشارب ( خص منـه الأول ) بالإجماع وهو النصيب من الماء ( ويبقى الثاني ) وهو الشرب بضم الشين ( وهو الشفة ) اي والثاني هو الشفة وهو الشرب لبني آدم والبهائم

( ولان البئر ونحوها ) كالحوض ( ما وضع للإحراز ) اى لإحراز الماء ( ولا يملك المباح بدونه ) اي بدون الإحراز ( كالظبي إذا تكنس في ارضه ) اي دخل في الكناس

ولان في إبقاء الشفة ضرورة ، لان الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان ، وهو محتاج إليه لنفسه وظهره ، فلو منع عنه أفضى إلى حرج عظيم ، فإن أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحياها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لانه حق خاص بهم ، ولا ضرورة . ولانا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب . والرابع الماء المحرز في الاواني ، وأنه صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ ، إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظراً إلى الدليل ، وهو ما روينا حتى لو سرقه

---

بكسر الكاف ، وهو الموضع الذي تأوي إليه ، يقال كنس الظبي إذا تغيب واستمر في كناسه .

( ولان في إبقاء الشفة ضرورة ، لان الإنسان لا يمكنه استصحاب الماء إلى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره ) اى مركبه ( فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم ) والحرج مدفوع شرعاً .

( وإن أراد رجل ان يسقي بذلك ارضاً احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر ، لانه حق خاص بهم ولا ضرورة ) في ذلك ( ولانا لو أبحنا ذلك ) اى سقى أرضه ( لانقطعت منفعة الشرب ) بضم الشين وهو الشفة .

( والرابع ) اى النوع الرابع من الانواع المذكورة ( الماء المحرز في الاواني ) كالحباب والدنان والجوار ونحوها ( وانه ) اى هذا النوع من الماء ( صار مملوكاً له بالإحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ ) لانه بأخذه دخل في ملكه وانقطع حق الغير عنه كما في الصيد المأخوذ لأنه بأخذه دخل في ملكه وانقطع حق عنه حتى لو أتلفه رجل يضمن قيمته .

( إلا أنه بقيت فيه شبهة الشركة ) اى لكن بقيت في هذا الماء شبهة الشركة ( نظراً الى الدليل ، وهو ما رويناه ) أراد قوله ﷺ الناس شركاء ... الحديث ( حتى لو سرقه

إنسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده .

ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد ، وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر إما أن

---

إنسان في موضع يعز وجوده وهو ما يساوى نصاباً ) اى نصاب السرقة ، وهو عشرة دراهم ( لم تقطع يده ) للشبهة .

فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع في شيء ماء ، لانه سبحانه وتعالى قال ﴿خلق لكم ما في الارض جميعاً﴾ فيورث شبهة بهذا الطريق . قلت ليس لها نظير ذلك ، لان فيما نحن فيه شركة في الاشياء المخصوصة بعد ثبوت الشركة العامة ، ولهـذا لم تورث الشركة العامة لشبهة في سقوط حد الزنا ، لانه لو زنى بأمة الغير يجب الحد ، ولو زنى بأمة مشتركة بينه وبين غيره لم يجب الحد إذ لو عملنا بعموم قوله سبحانه وتعالى ﴿خلق لكم ما في الارض جميعاً﴾ ٢٩ البقرة ، يلزم انسداد باب الحـدود كلها وبطـل العموم بالآيات الدالة عليها من نحو قوله سبحانه وتعالى ﴿الزانيـة والزاني﴾ ٢ النور ، ﴿والسارق والسارقة﴾ ٣٨ المائدة ، وهذا لا يصح ، لان العمل بخبر الواحـد وهو قوله ﷺ ادرأوا الحدود ما استطعتم ، إنما يصح ان لو بقي الكتاب معمولاً عند العمل بخبر الواحد ، فعلم ان المراد بالشبهة الخاصة لا العامة .

وقال تاج الشريعة في جواب هذا الاعتراض مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الأخـذ في قوله سبحانه وتعالى ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ ٢٣ النساء ، وقولـه سبحانه وتعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ ٢٤ النساء ، ولا يجوز الزائد على الأربع ، فكان معنى الشركة للناس عامة .

( ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريـد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحـد . وإن كان لا يجد يقال لصاحب النهر إما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى يأخذ بنفسه ، بشرط

تعطيه الشفة أو تتركه يأخذه بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته ، وهذا مروي عن الطحاوي . وقيل ما قاله صحيح فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له . أما إذا احتفرها في أرض موات ليس له أن يمنعه لان الموات كان مشتركاً ، والحفر لإحياء حق مشترك ، فلا يقطع الشركة في الشفة ، ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح ، لانه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك ، بخلاف الماء المحرز في الإناء ،

---

ان لا يكسر ضفته ) اي جانبه ( وهذا مروي عن الطحاوي ) اي هذا الذي ذكرناه منقول عن الإمام الحافظ الفقيه ابو جعفر أحمد بن حميد بن سلامة الطحاوي المصري .

( وقيل ما قاله صحيح ) اي قيل ما قال ابو جعفر الطحاوي صحيح ( فيما إذا احتفر في أرض مملوكة له ، اما إذا احتفرها في أرض موات ليس له ان يمنعه ، لأن الموات كان مشتركاً ، والحفر لإحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ) أي لأجل إحياء حق مشترك ، فإن العلة الحاصلة من هذا الشرب تكون مشتركة بين المالك ومصرف العشر الخراج ان كان الماء خراجياً .

( ولو منعه من ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ) اى ومنعه صاحب البئر او العين او الحوض او النهر في ملكه عن الدخول فيه ، والحال أنه يخاف على نفسه او مركبه العطش له ( أن يقاتله بالسلاح . لأنه قصد إتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك ) لأنه لم يوجد منه آخر ، او كان مشتركاً بين الناس ، فإذا منعه منع حقه ، ومنع حقاً مستحقاً لغيره كان لصاحب الحق إن يقاتل المانع بالسلاح ليصل الى حقه ، كما لو صنع طعاماً مشتركاً بينه وبين المانع كان له ان يقاتل المانع بالسلاح .

( بخلاف الماء المحرز في الإناء ، حيث يقاتله بغير السلاح ، لأنه قد ملكه ) لأنه إذا

حيث يقـــاتله بغير السلاح ، لانه قد ملكه ، وكذا الطعام عند إصابة المخمصة ، وقيل في البئر ونحوها الاولى أن يقاتلة بغير سلاح بعصاً ، لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له ، والشفة إذا كان يأتي على الماء بأن كان جدولاً صغيراً فيما يرد من الإبل والمواشي كثيرة ينقطع الماء بشربهـــا ، قيل لا يمنع منه ، لان الإبل لا يردها في كل وقت ، فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب ، وقيل له أن

---

أحرزه في قربة أوجب ، او كان شركة الغير وكان المريد للماء مضطراً الى ذلك ، فإنـــه يقاتله بلا سلاح نحو العصا ( وكذا الطعام عند إصابة المخمصة ) اي وكذا حكم الطعام إذا منعه عن المريد عند المخمصة ، فإنه يقاتله بدون سلاح .

( وقيل في البئر ونحوها الأولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا ، لأنـــه ارتكب معصية ) حيث ترك إحياء نفس قـــدر على إحيائها ( فقام ذلك ) اى القتال معه بنحو العصا ( مقام التعزير له ) لان مرتكب المعصية يستحق التعزير تأديباً وزجراً عنه ( والشفة إذا كان يأتي على الماء كله ) اى شرب الناس والدواب إذا كان نفي الماء ويستأصله ( بأن كان جدولاً صغيراً ) اى بأن كان النهر جدولاً صغيراً .

( وفيا يرد من الإبل والمواشي كثيرة ينقطع الماء عنـــه بشربها ) اي وكان في ورود الإبل والمواشي على هذا النهر كثيرة بحيث ينقطع الماء عنه بشرب هؤلاء ، خص بذكر الإبل وإن كانت داخله في المواشي لاختصاصها بكثرة شرب الماء عند الورود لأنها غالباً لا ترد الماء إلا بعد عطش شديد ، فتحمل ماء كثيراً .

( قيل لا يمنع منه ، لان الإبل لا ترد الماء في كل وقت ، فصار كالمياومة ) اى فصار الجدول بينه وبينهم كالمياومة والمسابعة والمشاهرة ( وهو سبيل في قسمة الشرب ) اى كونه كالمياومة طريق في قسمة الشرب بكسر الشين ، قال سبحانه وتعالى ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ ١٥٥ الشعراء .

( وقيل له ان يمنع اعتبارأبسقي المزارع والمشاجر ) جمع المشجر وهو موضع الشجرة

يمنع اعتباراً بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ، ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثيـــاب في الصحيح ، لان الامر بالوضوء والغسل فيـــه ، كما قيل يؤدي إلى الحرج ، وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره حملاً بجراره له ذلك في الاصح ،

---

في المبسوط ، وعليه أكثر المشايخ ( والجامع تفويت حقه ) اى الجامع بين منع الشفة من الجدول عند الاستئصال وبين منع سقي المزارع والمشاجر تفويت الحق في كـل منها ، وذلك لان النهر والقناة إنما يشق لسقي الارض والشجر والزرع ، فليس لغيره ان يسوي نفسه بالمستحق ، ويضره فيما هو المقصود ، فكما له ان يمنع غيره من سقي أرضه وكسر ضفته باعتبار ذلك ، فكذلك يمنع فيما نحن فيه ، لانه يتضرر بـه صاحب الحق . وعن أحمد له سقي أرضه على وجه لا يكسر الضفة ، وبقولنا قال اصحابنا والشافعي ومالك والقـاضي الحنبلي .

( ولهم ) اى ولاهل الشفة ( ان يأخذوا الماء منه ) اى عـن النهر المملوك ، او عن البئر المملوك ( للوضوء وغسل الثياب في الصحيح ) احترز بـــه عن ماء ... [1] . قال بعض المشايخ يتوضأ في النهر وبغسل الثياب فيـــه من الحرج ما لا يخفى ( لان الامر بالوضوء او بالغسل فيه ) أى في النهر والبئر ( كما قيل يؤدى الى الحرج ، وهو مدفوع ) اى الحرج مدفوع شرعاً . واختلفوا في التوضؤ بماء السقاية فقال بعضهم يجوز ، وقال بعضهم ان كان الماء كثيراً يجوز وإلا فلا وكذا كل ما أعد للشرب حتى قالوا في الحياض التي أعدت للشرب لا يجوز منه التوضؤ ، ويمنع فيه وهو الصحيح . ويجوز ان يحمل من ماء السقاية الى بيته للشرب ، كذا في الفتاوى .

( وان أراد ان يسقي شجراً او خضراً في داره حملاً بجراره ) اى حال كونه حاملاً الماء بجراره وهو جمع جرة ( له ذلك فى الاصح ) احترز به عن قول بعض المتأخـــرين

---

(١) هنا كلمة ساقطة في الاصل ، وربما هي .. الحياض – اه مصححة .

لان الناس يتوسعون فيـــه ويعدون المنع من الدناءة ، وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره من نهرهذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصاً . وله أن يمنعه من ذلك ، لان الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة ، لان في إبقــائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صـــاحب النهر والضفة تعلق بها حقه ، فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة ، فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس بـــه ، لانه حقه فتجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه

---

من أئمة بلخ ، فإنهم قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر ، لانـــه ليس من الشفة ( لان الناس يتوسعون فيه ) اى فى حمل الماء بالجرار ( ويعدون المنع من الدناءة ) اى الخساسة ( وليس له ان يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصاً ) اى صريحاً بأن يقول له خذوا ونحو ذلك .

( وله ان يمنع من ذلك ) اى لصاحب النهر والبئر او القناة ان يمنع غيره من سقى أرضه ونخيله ( لان الماء متى دخل فى المقاسم ) اى فى قسمة رجـــل بعينه ( انقطعت شركة الشرب بواحدة، لان فى إبقائه قطع شرب صاحبه ) اى فى إبقاء شركة الشرب، والتذكير باعتبار الاشتراك .

( ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه ) اي حق صاحب النهر ( فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة ) اى فلا يمكن صاحب النهر غـــيره من تسيل ماءه في مسيله ، اى ولا يمكنه أيضاً من شق ضفة نهره ( فإن أذن له صاحبه في ذلك ) اي فإن أذن للغير صاحب النهر في مسيل الماء او في شق ضفة نهره (أو أعاره فلا بأس به ، لأنه حقه) اي المنع كان لحقه ، فإذا أذن او أعار زال المانع ( فتجري فيه الإباحة ) اي يجري من ماء النهر او البئر او القناة للاباحة ( كالماء المحرز في إنائه ) اي كما يجري الإباحة في الماء الذي أحرزه في قربة او كوز ونحوها .

# فصل في كري الانهار

## قال رضي الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ، ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمـــــة ،

---

فروع : وفي الذخيرة والمنية عبد او أمة او صبي إذا ملأ الكوز من مـــاء الحوض وأراق بعض ذلك في الحوض لا يحل ان يشرب الماء من ذلك الحوض ، لأن الماء الذي في الكوز يصير ملكاً للآخذ ، فاذا اختلط بالمباح ولا يمكن التمييز لا يحل شربه . ولو أمر صبياً أبوه او أمه باتيان الماء من الوادي او الحوض في الكوز فجاء به لا يحـل لأبويه ان يشربا من ذلك الماء إن لم يكونا فقيرين ، لأن الماء صار مملوكاً له ، ولا يحل لهما الأكل من ماله بغير حاجة ، فكذا الشرب . وعن محمد يحل لأبويه شربه وإن كانا غنيين اعتباراً للعرف والعادة. بيع الجمد اختلف فيه المشايخ ، قال بعضهم لا يجوز ، لأنـــه باع شيئاً لا يقدر على تسليم جميعه إلى المشتري ، لأنه يذوب بعضه .

وقال ابو نصر محمد بن سلام بأن البيع جـائز . وقال ابو بكر الاسكاف إذا سلم الجمدة إلى المشتري ، أولاً ثم باعه منه فانه يجوز . وإن باع سلمه إليه في يومه ذلك فانه يجوز أيضاً . وإذا لم يسلمه إلى المشتري حتى مضى عليه أيام فسد البيع ، لأن في القليل لا ينتقض نقصان تبين له حصته من الثمن ، وبه أخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله ، كذا في شرح الطحاوي رحمه الله.

### ( فصل في كري الأنهار )

أي هذا فصل في بيان أحكام كري الأنهار وهو حفرها .

( الأنهار ثلاثة ) اي ثلاثة أقسام ( نهر غير مملوك لأحد ) اي أحدها نهر غير مملوك لأحد ( ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد ) يعني بعدما قسموا ما بعـد ( كالفرات ونحوه ) مثل جيحون وسيحون والنيل والفرات ( ونهر ) اي الثاني ( مملوك يدخل ماؤه تحت

إلا أنـــه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص ، والفاصل بينهمـا استحقاق الشفعة بـــه وعدمه . فالاول كريه على السلطان من بيت مـــال المسلمين ، لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم ، ويصرف إليه من مؤنة الخراج والجزية

---

القسمة ، إلا أنه عام ) بين الناس ( ونهر ) اى الثالث (ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص ) اى والحال أنه خاص بين جماعة متعينين .

( والفاصل بينهما ) اى بين النهر العام والنهر الخاص ( استحقاق الشفعة بـــه ) اى بالنهر ( وعدمه ) اى عدم استحقاق الشفعة به ، وقد ذكرنا ذلك في الشفعة إن كل بحر يجري فيه السفن لا يستحق به الشفعة ، وما لا يجري يستحق عندهما . وعن أبي يوسف الخاص ما يسقى فيه قراحان او ثلاثة ، وما زاد عام . وفي فتاوى قاضي خان تكلموا في الخاص قبل العشرة فما دونها ، او عليه قرية واحدة ، يعني ماؤه فهو نهر خاص يستحق به الشفعة ولما فوق العشرة عام . وقيل لما دون الأربعين فهو خاص . وإن كان فوق الأربعين فهو عام . وقيل الفاصل المائة وقيل الألف ، والأصح ما قيل فيـه إنه مفوض إلى رأي المجتهد حتى يختار اى الاقاويل شاء .

وقال الإمام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب وأحسن ما قيل فيه من التحديد ان الشركاء في النهر إن كان ما دون المائة فالشركة خاصة يستحق بهـا الشفعة . وإن كان مائة فصاعداً فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل ، وإنما يكون للجار . وفي الاجناس حق الشرب في الارض يجرى مجرى الطريق في الارض ، وفي استحقاق الشفعة لا من حقوق الارض . فان كانت بحيث يجرى في النهر السفن لا شفعــة بحق الشرب ، كما لا شفعة بطريق الاستطراف في الطريق فأخذ . وإذا كان النهر يجرى فيه السماويات دون السفن تعلق بحق الشرب الشفعة كما يتعلق بطريق غير نافذة الشفعة .

( فالاول ) اى القسم الاول هو النهر غير المملوك لاحد ( كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ، لان منفعة الكرى لهم ، فتكون مؤنته عليهم ويصرف عليـــه ) اى على

دون العشور والصدقات ، لان الثاني للفقراء ، والاول للنوائب .
فإن لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة ، إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم ، وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم ، إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على للياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم . وأما الثاني فكريه

---

الكرى ( من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات ، لان الثاني ) اى العشور والصدقات ( للفقراء والاول ) وهو الخراج والجزية ( للنوائب ) وهو جمع نائبه ، وهي التي تنوب المسلمين من الخراج كبناء القناطر وسد الثغور ونحو ذلك .

( فان لم يكن في بيت المال شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها بأنفسهم ) أي إذ الناس لا يقيمون مصلحة العامة بأنفسهم لأن العوام كل ما ينفقون من غير إحياء ، والإمام نصب ناظراً في أحوال الناس فيجبرهم على ذلك ( وفي مثله قال عمر رضي الله تعالى عنه لو تركتم لبعتم أولادكم ) وقوله أي وفي مثل هذه الأخبار قال عمر رضي الله تعالى عنه فإنه أخبرني مثل هـذا فكلموه في ذلك فقال لو تركتم لبعتم أولادكم ، وقوله لو تركتم على صيغة المجهول ، يعني لو تركتم في مثل هـذه النائبة التي تلحق المسلمين ولم يجبروا على إقامـة المصلحة العامة في مثل هذه الصورة لفسدت مياه المسلمين ولم يحصل شيء من زارع الأرض ووقع الغلاء إلى أن يؤول الأمر إلى بيع أولادكم .

فان قلت ما حال هذا الاثر . قلت لم أقف عليـه في الكتب المشهورة في كتب الحديث ، وإنما ذكره أصحابنا في كتبهم ولم أدر من أين أخذوه .

( إلا انه يخرج له من كان يطيقه ) اى إلا أن الإمام يخرج للكرى اى لاجله من كان يطيق الكرى ، اي عمله بنفسه ( ويجعل مؤنته على المياسير ) اى على الاغنياء ( الذين لا يطيقونه ) اى الكرى ( بأنفسهم ) كما جعل في تجهيز الجيش ، فان الإمام يخرج من أطاق القتال ويجعل مؤنتهم على الاغنياء .

( وأما الثاني ) أى النوع الثاني وهو النهر المملوك الذى دخـل ماؤه تحت القسمة ،

على أهله لا على بيت المال ، لان الحق لهم ، والمنفعة تعود إليهم على الخصوص والخلوص . ومن أبي منهم يجبر على كريه دفعاً للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ، وضرر الآبي خـــاص ويقابله عوض فلا يعارض بـه . ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيـه ضرر عـــام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فـلا ، لانـه موهوم ،

---

إلا أنه عام ( فكريه على أهله لا على بيت المال ، لان الحق لهم ، والمنفعة تعود إليهم على الخصوص ) دون الاشتراك بالعامة ( والخلوص ) دون ان يكون للامام شيء فيه ( ومن أبى منهم ) أي امتنع من أهل هذا النهر عن الانفاق عن الكرى ( يجبر على كريه دفعاً للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ) لانهم يتضررون ، ولو لم يجبر الآبي لانهم يحتاجون إلى كرى نصيبه ( وضرر الآبي خاص ، ويقابله عوض ) هذا هو جواب عمـا يقال إن الآبي إذا أجبر عليه يتضرر أيضاً ، حيث يحتاج إلى إنفاق مـال فقال ضرر الآبى خاص ويقابله عوض ، أي يقابل الآبى عوض وهو حصته من الشرب ( فـلا يعارض به ) الآبى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص ، لان ضرر العامة أعـلى الضرر فيحتمل أدنى الضررين لدفع الضرر الاعلى إن ضرر العامة لا عوض له فلا يستوى الضرران فلا تعارض ، بل جانب الضرر العام غالب فيجب السعى فى إعدامه .

( ولو أرادوا ) أي اهل هذا النهر ( أن يحصنوه ) أي النهر ( خيفة الإنبثاق ) أي لأجل الخوف من الإنبثاق وهو انتقاص مسك الماء وهو انتقاله من المنبثق ، يقال بثق الماء والسيل موضع كذا أي جريه وبثقه ، ومادته الأصول ، والبثق بباء موحده وثاء مثلثة وقاف وفسرها الكاكي بالفارسية — دائران نهذاب — ( وفيه ضرر عام ) أي والحال أن في الإنبثاق ضرر عام ( كغرق الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي ) لأنه موهوم ، أي الممتنع منهم ( وإلا فلا ) أي وإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الآبي ( لأنـــه موهوم ) أي لأن الإنبثاق موهوم غير معلوم الوقوع ، فإذا لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الآبي .

بخلاف الكري لانه معلوم ، وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ، ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني ، وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم، ولا يجبر بحق الشفعة ،

---

( بخلاف الكري ، لأنه معلوم ) لأن حاجة النهر إلى الكري في كل وقت معلوم عادة ، وقد التزموه عادة فيجبر الآبي هنا لا محالة ، لأنه بإباه يريد قطع منفعة الماء عن نفسه وشركائه فليس له ذلك ، فكذلك يجبر عليه .

( وأما الثالث ) أي النوع الثالث ( وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن الحق لهم والمنفعة تعود إليهم على الخلوص ( ثم قيل يجبر الآبي ) وهو قول أبي بكر الاسكاف ( كما في الثاني ) أي في النهر الثاني كما بينا (وقيل لا يجبر ) وهو قول أبي بكر بن سعيد البلخي . وقال الفقيه أبو جعفر وبقول استاذي ابو بكر البلخي آخذ ( لأن كل واحد من الضررين خاص ) لانهما مستويان فيترك ما كان على ما كان كما تعذر دفع أحدهما بالاخرى لا يجبر كما في الحائط بين اثنين إذا انهدم أو انهدم علو وسفل ، فأراد أحدهما ان يبني فأبى الآخر لا يجبر الآبي ، بل يقال للاخر إبن أنت إن شئت ، وأشار إلى استواء الضررين هذا بقوله ( ويمكن دفعه عنهم ) أي يمكن لدفع الضرر عن رقبة الآبي ( بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه إذا كان بأمر القاضي )بأن يستوفوا من نصيب الآبي من الشرب قدر ما يبلغ قيمته ما أنفقوا في نصيبه في الكري ( فاستوت الجهتان ) أي إذا كان الامر كذلك استوى جنسه الآبي وجنسه رفقته ، أراد به استواء الضرران لكل واحد منهما بعوض فامتنع التعارض .

( بخلاف ما تقدم ) وهو الإجبار في النهر الثاني ، فإن من أبى من أهله يجبر عليه لما ذكرنا أن هناك أحد الجهتين عام فيجبر الآبي دفعاً الضرر العام ( ولا يجبر بحق الشفعة) هذا هو جواب اشكال ، وهو ان يقال إن كان لا يجبر الآبي على كرائه بحق

كما اذا امتنعوا جميعاً، ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه، فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة «رح» وقالا هي عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بحصص الشرب والارضين، لان لصاحب الاعلى حقاً في الاسفل لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه. وله أن المقصد

---

الشركاء، فلم يجبر بحق الشفعة كما قيل انه يجبر بحق الشفعة ، وهو قول بعض المتأخرين من أصحابنا ، فقال لا يجبر بحق الشفعة ، لان الجبر بحق الشفعة لا يستقيم .

( كما إذا امتنعوا جميعاً ) عن الكرى فإنهم لا يجبرون على الكرى بحق أصحاب الشفعة ( ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم ) اى على الشركاء ( من أعلاه ) اى من أعلى النهر ( فاذا جاوز ) اى الكري ( أرض رجل رفع عنه ) أى رفع الكرى عن الرجل وصورته ما ذكره في الكافي والتحفة ان النهر إذا كان بين عشرة لكل واحد منهم عليه أرض كان الكرى من أول النهر إلى أن يجاوز شرب أولهم بينهم على عشرة أسهم على كل واحد منهم العشر ، فإذا تجاوز شرب الثاني خرج هو من الكرى ، ويكون الكرى على الباقين تسعة أسهم ، فاذا تجاوز شرب الثاني سقط عنه الشفعة ، ويكون الكرى على الباقين على ثمانية أسهم ، وعلى هذا الترتيب قالا إن المؤنة بينهم على عشرة أسهم من أول النهر إلى آخره ( وهذا عند أبي حنيفة ) أى دفع مؤنة الكرى عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وفي فتاوى قاضي خان وبقوله ، أخذوا في الفتوى .

( وقالا هي عليهم جميعاً من أوله إلى آخره بحصص الشرب والارضين ) اي قال ابو يوسف ومحمد مؤنة الكرى علـى الشركاء جميعاً من أول النهر إلى آخره ( لان لصاحب الاعلى حقاً في الاسفل ) اى في أسفل النهر ( لاحتياجه إلى تسييل ما فضل من الماء فيه ) لانه إذا أبسد ذلك فانجر الماء على أرضه فأفسد زرعه فعلم ان كل واحد ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره . ولهذا تستحق الشفعة مثل هذا النهر وحق أهل الاعلى والاسفل في ذلك سواء ، فاذا استووا في القسم يستوون في الغرم وهو مؤنة الكرى .

( وله ) أى لابي حنيفة « رح » ( أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقي ، وقـد

من الكري الانتفــــاع بالباقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفــــاع غيره ، وليس على صاحب المسيل عمارته ، كما إذا كان له مسيل على سطح غيره ، كيف وانه يمكنه رفع الماء عن أرضه فيسده من أعلاه

---

حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره ) قال السغناقي الصواب نفع غيره ، لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع ، وتبعه على ذلك الكاكي. وقال صاحب العناية ولم يرد أشياء عليه فقال الاترازي استعمال الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ، ولم يسمع ذلك من قوانين اللغة ، وجاء ارجعته بمعنى رجعته في لغة هذيل ، ويجوز على قياسه انفقه بمعنى نفقته . ولكن اللغة لا تصح بالقياس . ويجوز أن يكون ذلك سهواً من الكاتب من ان يكون الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال .

قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعدياً بـــدون الهمزة ، بل يجوز ان يكون للتعريض من باب ابعته فإن باع متعد . ولما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضاً لاصل الفعل ، فإن معنى ابعتــه عرضته للبيع وجعلته منتسباً إليه . وكذلك هنا يكون المصر فلا يلزمه ان يجعل غيره معرضاً للنفع ولا منتسباً إليه ، وقد جاء أنفع الرجل قاله ابو زيد ولكن بمعنى الجر في النفقات ، وهو الوصي وهو نفع جمعته بالفتح وهو الوصي .

( وليس على صاحب المسيل عمارته ) هذا جواب عن قولهما لان لصاحب الإخفاء إلى آخره ، يعني لا يلزمه شيء باعتبار مسيل ما فضل ( كما إذا كان له مسيل على سطح غيره ) حيث لا يلزمه عمارة سطح جاره ( كيف وانه يمكنه رفع المــاء من أرضه فيسده من أعلاه ) أي كيف يلزم صاحب المسيل عمارته والحال أنه يمكنه رفع الماء عن أرضه بأن يسدفوقه النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء ( ثم إنما يرفع عنه ) أي ثم إنما يرفع مؤنة الكري عن الرجل الذي يقدم ذكره ( إذا جاوز أرضه كما ذكرناه ) أشار به إلى قوله فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه .

ثم إنما يرفع عنه إذا جاوز أرضه كما ذكرناه ، وقيل إذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح ، لان له رأياً في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله ، فإذا جاوز الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته ، قيل له أن يفتح الماء يسقي أرضه لانتهاء الكري في حقه . وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفياً لاختصاصه ، وليس على أهل الشفة من الكري شيء ، لانهم لا يحصون ، لانهم أتبـــاع .

---

( وقيل إذا جاوز فوهة نهره ) أي يرفع إذا جاوز فوهة نهره وهو بضم الفاء وتشديد الواو ، وهو أول النهر ، وكذلك فوهة الطريق وفوهة الزقاق ( وهو مروي عن محمد ) أي هذا القول مروي عن محمد ذكره في النوادر ( والاول أصح ) كما أشار إليه في الأصل وإليه ذهب الكرخي ( لأن له رأياً في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله ) أي من أعلى النهر وأسفله ( فاذا جاوز الكري أرضه حتى سقطت عنه مؤنته ) اي مؤنة الكري ( قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكري في حقه ) هذه المسألة لم يذكرها محمد في الأصل. وقال المشايخ إذا جاوز الكري أرضه وأراد أن يفتح رأس النهر حتى يسقي أرضه فله ذلك على قول أبي حنيفة ، لأنه سقط عنه مؤنـة الكري ، وعلى قولهما لا يكون له ذلك لأنه لم يسقط عنه مؤنة الكري ، كذا ذكره خواهر زاده في شرحه .

( وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفياً لاختصاصه ) أي بالانتفـــاع بالمأذون شركاءه والتحرز عن هذا الخلاف اختار المتأخرون بالبداية بالكري من أسفـل النهر أو ترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله .

( وليس على أهل الشفة من الكري شيء ، لأنهم ) أي لأن أهل الشفة ( لا يحصون ) لان جميع أهل الدنيا اهل فـــلاة يمكنهم جمعهم للكري ، وليس البعض اولى من البعض ، ولهذا لا يستحقون الشفعة حتى يلزم الغرم بإزاء الغنم ( ولأنهم أتبـاع ) لأنهم لا ملك لهم في رقبة الأرض والمؤنة تجب على الأصول لا على الأتباع ، ولهذا كانت مؤنـــة قتل المحلة على عاقلة اصحاب الخطة دون المشترين والسكان ، كـــذا في المبسوط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

## ( فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيـــه )

قال وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحساناً ، لانه قد يملك بدون الارض إرثاً ، وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيـــه الدعوى

---

### ( فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه )

أى هذا فصل في بيان أحكام الدعوى والاختلاف والتصرف في الشرب .

( وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحساناً ) وفي القياس لا يصح ، لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام ( لأنه قد يملك بدون الأرض إرثاً ) هذا وجه الاستحسان ، أى أن الشرب قد يملك بدون الأرض من جهة الأرض والوصية ( وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له ، وهو مرغوب فيه ) أي الشرب مرغوب فيه ينتفع به ، فاذا استولى عليه غيره له دفع الظلم عن نفسه باثبات حقه ( فيصح فيه الدعوى ) أي إذا كان كذلك فيصح فيه الدعوى . وفي باب الشهادات في الشرب في الأصل وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه الشرب في يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين فانه تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحساناً، لأنهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوماً ، وهو معلوم .

وكذا مسيل الماء ولو ادعى يومين في الشهر فجاء بشاهدين فشهد أحدهما بيوم في رقبة النهر يريد بقوله في رقبة النهر لأن له شرب يوم من هذا النهر في شهر ، وشهد الآخر على يومين ذكر أن في قياس قول أبي حنيفة لا يقضى به ، وفي قياس قولهما يقضى بالأقل وهو شربه يوماً ، فان شهد أحدهما أن المدعى قبله أقر بشرب يومين وشهد الآخر أنه أقر بشرب يوم فالمسألة على الإختلاف .

وإن لم يشهدا على الإقرار بل أشهد أحدهما أن له شرب يوم من الشهر من هذا الشهر وشهد الآخر يومين يجب أن يقبل على الأقل وإن شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد

وإذا كان نهر لرجل يجري في أرض غيره فأراد صاحب الارض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله ، لانه مستعمل له بإجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله . فإن لم يكن في يده جارياً فعليـــه البينة أن هذا النهر له ، أو انه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيهـــا فيقضي له لإثباته بالحجة ملكاً له أو حقاً مستحقاً فيـــه ،

---

الايام ولم يشهدوا أن له في رقبـــة النهر شيء ولا يقبل ، لانهم شهدوا بشرب مجهول ، لانه لا يدري أن له شرب يوم من الشهر أو من الأسبوع أو من السنة . ولو شهدوا له بعشر النهر تقبل الشهادة كما لو شهدوا بعشر هذه الارض .

قال ولو ادعى رجـــل عشر عين أو قناة فشهد له شاهدان أحدهما بالعشر وشهد الاخر بأقل من ذلك بجزء من أحد عشر جزءاً ، فان شهدوا على الاقرار لا يقبل في قياس قول أبي حنيفة « رح » . وعندهما يقبل استحساناً على الاقل . وإن لم يشهدوا على الإقرار يقبل بالاتفاق على الاقل ، لأنهم شهدوا بالعين .

( وإذا كان نهر لرجـــل يجري في ارض غيره فأراد صاحب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه ترك على حاله ) أي لم يكن له ذلك ، بل يترك على حـــاله ( لأنه مستعمل له باجراء مائه ) أي لأن صاحب النهر مستعمل النهر باجراء مائه ، وهو في يده ( فعنـــد الاختلاف يكون القول قوله) أنه ملكه ( فإن لم يكن في يده جارياً فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له ) بأن لم يكن لـــه أشجار على طرف النهر ولم يعرف جريان مائه فيه من قبل ، وهو معنى قوله مجراه ، أي موضع الإجراء ( في هـــذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها ) هذه الجملة حال من مجراه ، واللام في ليسقيها للتعليـــل ( فيقضى له لاثباته بالحجة الكاملة ملكاً له ) أي حال كونه ملكاً للمدعي فيما إذا أقام البينة أن النهر له ( أو حقاً مستحقاً ) أي أو حال كونه جميعـــا مستحقاً ( فيه ) أي في النهر فيما إذا أقام البينة أن له مجراه في هذا النهر .

وعلى هـــذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيهـــا نظيره في الشرب . وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم، لأن المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره .

---

( وعلى هـــذا ) أي وعلى هـــذا الحكم المذكور ( المصب في نهر ) هو موضع صب الماء ، أى جريه . ومراده ما اجتمع من فضلات المـاء في سقائه وغيره ( أو على سطح ) أى او انصب على سطح وهو مجرى الميزاب على سطح ( أو الميزاب أو الممشى ) بالرفـع عطفاً على المرفوع بأن ادعى أن ممشـــاه ( في دار قوم فحكم الاختلاف فيها ) أي فحكم اختلاف المدعين أو المتخاصمين من هذه الاشياء المذكورة . وفي بعض النسخ فيه ، أى في كل واحد من هذه الاشياء فى المصب والميزاب والممشى ( نظيره فى الشرب ) أى نظير الاختلاف فى الشرب . والحاصل فى هذا الباب أن هذه الاشياء إذا كانت موجودة وقت الدعوى فالقول قول المدعي وإلا فعليه البيان .

( وإذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم ، لأن المقصود الانتفاع بسقيها ، فيتقدر بقدره ) أى بقدر الانتفاع ، لأن الحاجة في ذلك تختلف بقلة الاراضي وبكثرتها ، فالظاهر أن حق كل واحد من الشرب بقدر أرضـــه وقدر حاجته ، فالبناء على الظاهر واجب حتى تبين خلافه .

فإن قلت إنهم قد استووا في اثبات اليد على الماء الذى في النهر والمساواة في اليـــد توجب المساواة في الاستحقاق . قلت اثبات اليد على الماء إنما هو بالانتفاع بالماء ، وانتفاع من له عشرة قطع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة ، فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد . وفي الاجناس وحكي عن عليّ بن الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم ، وفائدته أنه إذا كان لأحدهم عشرة أجر به ، وللآخر عشرة إلا أن أرضه لا تكتفى في الزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قال محمد في الاصل الماء بينهما نصفان ، وعلى ما قال الدقاق له أخذ الماء زيادة .

بخلاف الطريق ، لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد ، فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقين ، ولكنه يشرب بحصته ، فإن تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته

---

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده ومن الناس من قال يقسم بينهم على عدد الخراج ، والصحيح ما قاله علماؤنا وهذا إذا لم يعلم كيف كان الشرب بينهم ، فأما إذا علم على ما كان يقسم كما في الطريق يقسم على عدد الرؤوس إذا لم يعلم حقهم ، أما إذا علم يقسم على ما كان في الاصل .

( بخلاف الطريق ) يعني إذا اختصم فيه الشركاء فإنهم يستوون في ملك رقبة الارض ، ولا يعتبر سعة باب الدار وضيقها ( لأن المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد) أى على نهج واحد . وفي بعض النسخ على صفة واحدة ( فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر ) يعني لا يمكنه حتى يسقى أرضه بتمامها إلا بالسكر ، وهو من سكرت النهر سكراً إذا سددته من باب نصر ينصر ، والسكر بالكسر القوم وهو المسناة ( لم يكن له ذلك ) أى لم يكن للأعلى أن يسكر النهر على الاسفل ( لما فيه ) أى في سكره ( من إبطال حق الباقين ، ولكنه يشرب بحصته ) أى من غير سكر .

وفي الاجناس قال عمر والطبراني وهو تلميذ محمد بن شجاع زاد محمد « رح » بهذا إذا كان نصيب صاحب اعلى النهر لا يكفيه لجميع أرضه ، حتى يسكر النهر فساق كل الماء اليه ليس له ذلك إلا أن يكون ارض صاحب الاعلى من بقعة لا يصل الماء اليه ، إلا أن يتخذ في الماء سكر وارباب الارضين مقرون أن شربها من هذا النهر ، فلهذا لا بد أن يتخذ في النهر سكر حتى يرتفع الماء اليها . وإن رضوا على أن يجعلوا ذلك مقاومة على أن يسكر كل واحد منهم يوماً يسوق الماء كله إلى أرضه جاز .

(فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على ان

أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز ، لأن الحق له ، إلا أنه إذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه إضراراً بهم ، وليس لأحدهم أن يكري منه نهراً أو ينصب عليه رحى ماء إلا برضاء أصحابه ، لأن فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء ، إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا

---

يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز ، لأن الحق لهم إلا انه ) أى الاعلى ( إذا تمكن من ذلك ) أى من السكر ( بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر ) نحو الطين او التراب، لأنه ينكبس النهر به عادة، وفيه اضرار ( من غير تراض ) من الشركاء (لكونه اضراراً بهم) أى بالشركاء .

وفي فتاوى قاضي خان ولو كان الماء فى النهر بحيث لا يجري إلى ارض كل واحد إلا بالسكر فانه قيد بأهل الأسفل ثم بعد ذلك لأهـــل الاعلى أن يسكر ويرجع الماء إلى عراضهم . وفى المبسوط عن ابن مسعود اهل الأسفل امراء على أهل الأعلى حتى يردوا وفيه دليل على أن ليس لأهل الأعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء على اهل الاسفل . وفى المغني لابن قدامة ولو كان نهراً صغيراً أو سيلاً ، فيشاء اهل الارضين الشاربة فيه ، فانه يبدأ بأهل الاعلى ويسقى حتى يبلغ الكعب ثم يرسل للذى يليه ، كذلك الى انتهاء الاراضي ، فان لم يفضل عن الاول شيء أو الثاني أو الثالث لا شيء للباقين ، لانه ليس لهم الا ما فضل ، فنهم كالعصبة فى الميراث ، وهو قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً . والاصل فيه ما روي ابن الزبير رضي الله تعــالى عنه أن رجلاً من الانصار خاصم الزبير في شراح الحرة التي يسقونه بها الى النبي ﷺ ، فقال ﷺ اسق يا زبير ثم يسيل الماء ، متفق عليه .

( وليس لاحدهم ان يكري منه ) اى من النهر ( نهراً أو ينصب عليه رحى ماء الا برضاء اصحابه ، لان فيه كسر ضفة النهر ، وشغل موضع مشترك بالبناء ، الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ، ويكون موضعها فى ارض صاحبها ) بأن يكون بطن

بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها ، لأنه تصرف في ملك نفسه ولاضرر في حق غيره ، ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر صفته ، وبالماء أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والساقية نظير الرحى ، ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم ، بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له

---

النهر وحصاه مملوكاً له وللآخر حق السيل ، كذا في المحيط والمبسوط ( لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر فى حق غيره ، ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته ) لانه شيء على حافة النهر فكسر به ( وبالماء) أي ومعنى الضرر بالماء ( أن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه ) لان فيه تفريغ الماء عن موضعه حتى يصل الى الرحى ( والدالية والساقية نظير الرحى ) فى الحكم والجواب ، الدالية جذع طويل مركب تركيب مدق الارز ، وفى رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها ، والساقية البعير الذي يسقى عليه ، أى كسقى . وفى المثل سير السواقي بيض ولا ينقطع .

( ولا يتخذ عليه جسراً ولا قنطرة ) أي على النهر ، والجسر ما يوضع ويرفع عن الألواح والأخشاب . والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر لا يرفع . وفي المغرب القنطرة ما يبنى على الماء المحصور والجسر العام ، فإن الجسر ما يعبر به النهر مبنياً كان أو غير مبني ، والفتح لغة . وكذلك عين بين قوم لهم عليها ارضون فهو مثل هذا النهر ، وكذلك بئر بين قوم يسقون منها اراضيهم ، وكذلك البركة بين قوم ليس لأحدهم أن يكري منهم نهراً وأن يحدث حدثاً إلا بإذن اضر بهم أو لا مال ، لان أهل اللغة قالوا البركة الحوض ( بمنزلة طريق خاص بين قوم ) أى لا يجوز أن يتصرف أحد فيه .

( بخلاف ما إذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم ) وهو الذي يكون بحال تجري فيه الشفعة ( فأراد أن يقنطر عليه ) أى يتخذ عليه قنطرة ( ويستوثق منه ) أي يشد جانبي القنطرة من النهر ( له ذلك ، أو كان مقنطراً مستوثقاً ) أى أو

ذلك ، أو كان مقنطراً مستوثقاً فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ المـــاء حيث يكون له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعاً ورفعـــاً ، ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ، ويمنع من أن يوسع فم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء . وكذا إذا كانت القسمة بالكوى ، وكذا إذا أراد أن يؤخرها

---

كان النهر عليه قنطرة وهو مستوثق ( فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء ) أى أو كان النهر عليه قنطرة ، أى لا يزيد نقض القنطرة في دخول الماء في نهره ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء هذا اللفظ يحتمـل وجهين ، احدهما أنه لا ضرر بالشركاء بأخذ القنطرة زيادة إلا لعدم زيادة الماء كقوله ، ولا يرى الصب بها متحجراً ، أى يتخذ لنفسه حجراً ، وهذا عبارة عن عدم الصب ثمة إلا إذا كان صباً لا يتحجر ، كذا ها هنا لا ضرر بأخذ زيادة الماء . والثاني لا ضرر بالشركاء بأخذهم زيادة المـاء ، لأنه إذا رفعت القنطرة يتصور حصول زيادة الماء لهم ( حيث يكون له ذلك ) يتعلق بقوله بخلاف ما إذا كان ( لأنه يتصرف في خالص ملكه وضعاً ورفعاً ) أى من حيث الوضع في صورة البنـــاء ومن حيث الرفع في صورة النقض .

( ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ) والواو للحال ، لأن الكلام فيه حتى إذا أضر بهم يمنع ، وإن كان تصرف في خالص ملكه ، لأنه أضر بغيره ( ويمنع من أن يوسع فـــم النهر لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ المـــاء ) لأنه حينئذ يكون غاصباً شيئاً من مال اصحابه فيمتنع .

( وكذا إذا كانت القسمة بالكوى ) كــذا ليس له أن يوسع الكوة إذا كانت القسمة بالكوى ، والكوى بفتح الكاف وتشديد الواو وهو ثقب البيت ، والجمع كوى بكسر الكاف كبدرة وبدر ، وقد يضم الكاف في المفرد ، ثم استعير الكوى لمفاتيـــح الماء إلى المزارع والجداول ، فيقال كوى النهر بالكسر والضم .

( وكذا إذا أراد أن يؤخرها ) أى كذا ليس له ذلك ، أي أن يؤخر الكوى (عن

عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح ، لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع ، وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة . ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك ،

---

فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه ) أي من فم النهر إلى أسفل . وقال تاج الشريعة هذا التقدير وقع اتفاقاً كما إذا كان اللوح الذى منه الكوى على فم النهر ، فأراد أن يجعله في وسطه ويزيح فوهة النهر بغير اللوح (لاحتباس الماء فيه ، فيزداد دخول الماء فيه ) أي لاحتباس الماء في رأس النهر واعتاقه ، فيجتمع الماء ويزداد دخوله في الكوى أكثر مما كان يدخل .

( بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه ) أي نصفها اعمق كان ( او يرفعها ) ما كان إلى فوق ( حيث يكون له ذلك في الصحيح ، لأن قسمة الماء في الأصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة ، فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ) وفسر الكوى في الأجناس بقوله يعني السواقي .

فإن قيل وإنه وإن تصرف في خالص ملكه مضر بأصحابه وليس له ذلك ، لأنه يأخذ الماء اكثر من حقه ، والمتصرف في ملكه إذا اضر بغيره يمنع كعبد بين شريكين كاتب احدهما نصيبه ، فالجواب عنه أن يقال لا يخلو إما أن يكون مقدار عمق نهره وقت القسمة معلوماً أو لا ، فإن كان معلوماً فله أن يسفل حتى يعود إلى الحالة الأولى ، ولا يمكن من الزيادة على ما كان في القديم كيلا يضر بغيره بأخذ الماء اكثر من حقه . وإن لم يعلم مقدار عمقه في القديم قالوا سفل مقدار ما يكري مثل هذا النهر في العرف والعادة وإن اراد الزيادة منه منع منه ، هكذا قال الفقيه أبو جعفر .

( ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد احدهم أن يقسم بالأيام ليس له ذلك )

لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه . ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة ، وإن كان لا يضر بأهله ، لأن الشركة خاصة . بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم ، لأن لكل منهم أن يشق نهراً منه ابتداء ، فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الأولى . وليس لأحد الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب ،

---

يعني إذا لم يرض الشركاء بذلك ، فإذا رضوا كان له ذلك ( لأن القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ) أي في القديم ، والحدث لا يثبت إلا بحجة . وفي كفاية البيهقي نهر بين قوم يأخذ من النهر العظيم لكل واحد منهم كوى على التفاوت ، فقال أصحاب السفل تأخذون أكثر من نصيبكم ، لأن كثرة الماء في أول النهر فينقصكم بقدر ذلك ، فيجعل لنا ولكم اياماً معلومة ويسد كواكم في ايامنا ليس لهم ذلك ، لأنه حق ثبت وضعاً لذلك ، فلا يعتبر .

( ولو كان لكل منهم كوى مسماة ) أي معدودة ( في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة ، وان كان لا يضر بأهله ، لأن الشركة خاصة ) لأن احداث التصرف فيما هو مشترك الا بإذن الشركاء .

( بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الأعظم ) كالفرات ودجلة والنيل ، حيث لا يمنع أن يزيد في الكوى اذا لم يضر بغيره ( لأن لكل منهم أن يشق نهراً منه ) اي من النهر الأعظم ( ابتداء ) أى في ابتداء الأمر ( فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الاولى ) واستشهد محمد رحمه الله هذا بطريق خاص بين قوم ليس لاحد منهم أن يبني ولا يفتح فيه باباً من دار أخرى ، ولا يسيل فيه ماء ولا يشرع فيه ميزاباً ولا كنيفاً اضربهم أو لم يضر ، فكذا في النهر الخاص .

( وليس لاحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه الى ارض له أخرى ليس لها في

لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه . وكذا إذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هـــذه الأرض الأخرى ، لأنه يستوفي زيادة على حقه ، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقي الارض الاخرى ، وهو نظير طريق مشترك إذا أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق .

---

ذلك شرب ، لانه اذا تقادم العهد ) أي الزمان ( يستدل به على أنه حقه ) اي يسوق الماء اليه ، لأنه حقه ، وبه قال الشافعي ومالك والقاضي الحنبلي . وعن أحمد في رواية جاز له ذلك اذا كان على وجه لا يتصرف في حافة النهر ، وكذا يجوز أن يهديه أو يهبه .

( وكذا اذا اراد ان يسوق شربه الى ارضه الأولى ) اي التي لها شرب ( حتى ينتهي الى هذه الأرض ، لأنه يستوفي زيادة على حقــه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء ) أي تشربه ( قبل ان يسقي الاخرى ) هــذا الذي ذكره فيما اذا ملأ صاحب الارضين ارضه التي لها حق الشرب وسقاها بالماء الذي ملأ ارضه الاولى. أما اذا اجرى الماء من الارض الاولى حتى بلغ الى الاخرى يمنع ايضاً لا باعتبار كثرة الماء وقلته ، بل باعتبار أن حقه ليسقي أرضه ، وبهذا يصير حقه يسقي أرضين إليه أشار في المبسوط .

( وهو نظير طريق مشترك ) أى المذكور من الحكم نظير طريــق مشترك بين قوم من حيث أنه يزيد في الشرب ما ليس له في حق المرور ( إذا أراد احدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هــذا الطريق ) يعني إذا كان له داران وهو ساكن في أحدهما وفي الأخرى ساكن آخر ومرور الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك فأراد أن يفتح باباً للدار الأخرى فمن هذا الطريق ليس له ذلك ، وقيد بقوله ساكنها غير ساكن هذه الدار ، لأنه إذا كان ساكن الداران واحد كان له أن يفتح باباً إلى دار أخرى ، لأن الماء لا يزداد متى كان ساكن الدارين واحداً ويفتح بابــاً من جداره لأنه يتصرف في خالص ملكه .

ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعاً لفيض الماء عن أرضه كي لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر . وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ، لأن القسمة بالكوى تقدمت ، إلا أن يتراضيا ، لان الحق لهما ، وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك .

---

( ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى ) أي وفي النهر كوى ( بينهما أن يسد بعضها ) أي بعض الكوى ( دفعاً لفيض الماء عن ارضه ) أي لأجل دفع فيض الماء عن ارضه ( كيلا تنز ) النز بالنون وتشديد الزاي المعجمة ما يحلب الأرض من الماء ، وقد نزت الأرض إذا جاءت ذات نزو تحلبت بها الماء ( ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالأخرى ) صورته ما ذكر في الأصل ، وهو أن نهراً بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الأعظم ولأحد الرجلين ارضه في اعلى النهر ، وللآخر ارضه في اسفل النهر فقال صاحب الأعلى اريد أن اسد من هذه الكوة واحدة أو اثنين ، لأن ماء النهر يكثر في ارض فيفيض وينز منه ، قال ليس له ذلك ، إلا إن سد الكوى أو احدث تصرفاً في مكان مشترك فلا يكون له إلا برضاء صاحبه ، كما لو اراد أن يوسع الكوى .

( وكذا إذا اراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما ) أي ليس ذلك قوله مناصفة ،أي بالأيام أو بالشهور ، وصورته أن يقول صاحب الأعلى لصاحب الأسفل اجعل لي نصف النهر ولك نصفه ، فإذا كان في حصتي سددت منها ما بدا لي. وإذا كان في حصتك فتحبسها كلها ليس له ذلك إلا برضى صاحبه ( لأن القسمة بالكوى تقدمت ، إلا أن يتراضيا ، لأن الحق لهما ) كالمهايأة في الدار إذ أن صاحبه لا يجبر ما إذا تراضيا جاز ( وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك ) أي ما قسماه ،لأن المهايأة غير لازمة، لأنها عادية ، لأن تجويزها بطريق الإجازة متعذر ، لأنه تكون مبادلة منفعة بمنفعة

وكذا لورثته من بعده ، لأنه إعارة الشرب ، فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة ، والشرب مما يورث ويوصي بالانتفاع بعينه . بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك،

---

من جنسها وهو باطل ، فيجوز بطريق الإعارة ، وللمعير أن يرجع في عاريته متى بدا له ذلك .

( وكذا لورثته من بعده ) اي وكذا لهم ان ينقضوا ذلك ، لأنهم خلفاؤه في ذلك ( لأنه اعارة الشرب ) اي لأن هذا الفعل اعارة ، يعني كل واحد منهما يصير لصاحبه نصيبه من الشرب (فإن مبادلة الشرب بالشرب باطله) الهاء فيه للتقليل ، لأنه بيع الجنس بالجنس وقد ذكرناه ( والشرب مما يورث) هذا يحتمل وجهين ، احدهما ان يكون تعليلاً لقوله وكذا لورثته من بعده ، وإليه مال تاج الشريعة في شرحه حيث قال لان الورثة يقومون مقام الوارث في املاكه وحقوقه ، وقد ملك بالإرث ما لا يملك بغيره من اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر ، فإنها تملك بالإرث وإن لم يملك بالبيع والآخر ان تكون مسألة مبتدأة برأسها ، واليه مال الاترازي في شرحه حيث نقل عن الاصل . قال محمد سألت ابا يوسف عن رجل مات ممن له هذا الشرب فقال يصير شربه ميراثاً ، وإن كان بغير ارض وذلك لان الملك بالارض يقع حكماً لا قصداً ، ويجوز ان يثبت الشيء حكماً وإن كان لايثبت قصداً كالخمر ملك بالميراث حكماً ، وإن كان لا يملك قصداً كسائر اسباب الملك .

( ويوصي بالإنتفاع بعينه ) اي بعين الشرب ، يعني إذا اوصى ان يسقي ارض فلان يوماً او شهراً او سنة اخذت من الثلث ، لان الوصية بالشرب كالوصية بالغلة المجهولة ، وذلك ينفذ من الثلث . وإن مات بطلت الوصية في الشرب بمنزلة ما إذا اوصى بخدمة عبده لإنسان فمات الموصى له بطلت الوصية . وإنما قيد بالوصية بعين الشرب احترازاً عن الوصية ببيع الشرب وهبته ، فإن ذلك وصية بالباطل والوصية بالباطل باطل .

( بخلاف البيع والصدقة والهبة ) اي لا يجوز ، وقال محمد سألت ابا يوسف عن

حيث لا تجوز العقود إمـــا الجهالة أو الغرر ، أو لأنه ليس بمال متقوم ، حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره ، وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة . وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع

---

الهبة والصدقة والعمرى والرقبى قال لا ، اي لا يجوز ، لان الشرب لا يملك بالبيع بدون الارض ، فكذا لا يملك ارض الصدقة والهبة والوصية بذلك ، اي وبخلاف الوصية ببيع الشرب وصدقته وهبته ( حيث لا تجوز العقود ) اي البيع والصدقة والهبة ونحوها ( إما الجهالة) اي كان الماء مجهولاً ولا يصير معلوماً إلا بالإشارة او الكيل او الوزن ولم يوجد شيء منها فكان مجهولاً جهالة يفضي إلى المنازعة ( او الغرر) فانه على خطر الوجود ، لان الماء يجيء وينقطع .

( او لانه ليس بمال متقوم ) لان الشرب عبارة عن النصيب من المـاء والماء لا يملك قبل الاحتراز ( حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره ) يعني من لا شرب له من هـذا النهر إذا سقى ارضه بشرب غيره لا يضمن. ولو كان مملوكاً ضمن ، وإذا لم يكن مملوكاً قبل الإحراز لا يجوز بيعه .

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله عليه من مشايخ بلـخ كأبي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة وغيرهما يجوز . وفي بيع الشرب يوم أو يومين ، لأن اهـل بلخ تعاملوا ذلك والقياس ترك التعامل كما في الإستقناء . وكان الفقيـه أبو جعفر واستاذه أبو بكر البلخي لا يجوزان ذلك ، وقالا هذا تعامل أهل بلدة واحدة ، والقيـاس يترك بتعامل البلاد كلها كما في الاستصناع ، ولا يترك بتعامل اهل بلدة واحدة .

( وإذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة ) أي الوصية بهذه العقود بأن يوصي أن يبيع شربه من هذا الرجل أو يوهب له أو يتصدق عليه باطل . وفي بعض النسخ باطل باعتبار الإيصاء ( وكـذا لا يصلح ) اي الشرب . ( مسمى في النكاح ) اي تزوج امرأة على شرب بغير الرض ( حتى يجب مهر المثل ) لعدم صحة التسمية ( ولا في الخلع ) أي

حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ، ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى ، لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض ، كما في حال حياته ، وكيف يصنع الإمام ،

---

وكذا لا يصح مسمى في الخلع بأن خالع امرأته على شرب لها بغير ارض كانت التسمية باطلة ، حتى لا يكون له من الشرب شيء . واما الطلاق فواقع ( حتى يجب رد ما قبضت من الصداق ) لأنها اطمعت الزوج بهذه التسمية فتصير غارة له . وفي الغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت . كما لو اختلعت على ما في يدها من المال او على ما في بيتها من المتاع وليس في يدها وبيتها شيء . بخلاف ما لو خالعها على خمر أو خنزير فانه يقع الخلع مجاناً ، لأن المسمى ليس بمال متقوم ( لتفاحش الجهالة ) يعني في الشرب ، وهذا يرجع إلى الكل .

( ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى ) بأن ادعى شيئاً ثم صالح على شرب بدون ارض فالصلح باطل وصاحب الدعوى على دعواه . وإن كان الصلح عن دم العمد على شرب بدون ارض فان القصاص يسقط إذا قتل القاتل ، لان سقوط القصاص يعتمد وجود القبول لا وجود المقبول . ألا ترى أنه لو صالح عن دم العمد على خمر أو خنزير يسقط القصاص لوجود القبول وإن لم يجب القبول فكذا هذا ، ولا يكون له الشرب من الشرب شيء لعدم صحة التسمية ، إلا انه لا يقع الصلح مجاناً ، بل يجب على القاتل رد الدية ( لانه لا يملك بشيء من العقود ) أي لان الشرب لا يملك بشيء من العقود ، أي لأن الشرب لا يملك بشيء من الصلح متى وقع على خلاف الجنس كان فيه معنى البيع ، وبيع الشرب بلا ارض لا يجوز . وكذا الصلح عليه بدون ارض ، فإن كان المدعي قد شرب من ذلك الشرب سنة أوسنتين فلا ضمان عليه .

( ولا يباع الشرب في دين صاحبه ) أي صاحب الشرب ( بعد موته بدون ارض كما في حال حياته ) أي كما لا يجوز بيعه بدون ارض في حياة صاحبه (وكيف يصنع الإمام ،

الاصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها ، فيبيعها بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الارض مع الشرب وبدونه ، فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين ، وإن لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضاً بغير شرب ثم ضم الشرب إليهـــا وباعهما فيصرف من الثمن إلى ثمن الارض ، ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين . وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء ، أي ملأها ،

---

الأصح أن يضمه إلى ارض لا شرب لها فيبيعها بإذن صاحبهـا ، ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه ) أي وبدون الشرب ( فيصرف التفاوت إلى قضاء الدين ) هذا قـول أكثر المشايخ في معرفة قيمة الشرب ، كـذا قال خواهر زاده في شرحه ، وهو ان يضم هذا الشرب إلى جريب من الأرض اقرب ما يكون من هذا الشرب فيباع بإذن صاحبها ، ثم ينظر بكم يشترى مع الشرب وبدون الشرب بكم يشترى فيكون فرق ما بينهما قيمـة الشرب ، فان كان يشتري مع الشرب بمائة وخمسين وبدون الشرب يشتري بمائة يعرف أن قيمة الشرب خمسون درهماً فيصرف الخمسون إلى الدين ، وإنما قال الاصح لان فيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم ان الإمام يتخذ حوضاً ويجمع ذلك الماء في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض ويقضي به الدين .

وقال آخرون يقال للمقومين ان العلمـاء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بلا ارض بكم كان يشتري هذا الشرب وهو نظير ما قاله بعض أئمـة بلخ انه إذا وطىء امرأة بشبهة فعليه عقرها فينظر بكم كانت تستأجر على الزنا لو كان الإستئجار على الزنا جائزاً فيجعل ذلك عقرها ( وإن لم يجد ذلك ) أي وإن لم يجد الإمام ببيع تلك الأرض بأن لم يرض صاحبها ( اشترى على تركة الميت أرضاً بغير شرب ، ثم ضم الشرب اليهـا وباعهما ) أي الأرض والشرب جميعاً ( فيصرف الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين ) أي يصرف الفاضل من ثمن الأرض إلى ارباب الديون .

( وإذا سقى الرجل ارضه أو مخرها ، أي ملأها ماء ) وفي الصحاح مخرت الأرض إذا ارسلت فيها الماء وفي ديوان الأدب مخرت السفينة الماء ، أي سفينـة يجريها ( فسال من

فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها ، لانه غير متعد فيه والله أعلم .

---

مائها في ارض رجل فغرقها أو نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه غير متعد فيه ) أي في السقي والمخر. قال الفقيه أبو جعفر تأويل ما قال محمد إذا سقى ارضه سقياً بمثله في العرف والعادة . وأما إذا سقى سقياً غير مثله في العرف والعادة، فانه يضمن وهكذا كما قالوا فيمن أوقد ناراً في داره يوقد مثلها في التنور في العرف والعادة لا يضمن إذا احترق دار جاره ، لأنه سبب غير متعد ، وإن اوقد ناراً لا يوقد مثلها في العرف والعادة ، فانه يضمن ، لأنه متعد في السبب .

واما إذا كانت في ارضه جحر فار فتعدى إلى ارض جاره فغرقت ارض جاره فان كان لا يعلم بجحر الفار لا يضمن . وإن علم يضمن ، وعلى هذا قالوا إذا فتح رأس نهره فسال من النهر شيء إلى ارض جاره فغرقت قالوا إن فتح من الماء مقدار مايفتح من الماء في مثل ذلك النهر في العرف والعادة لا يضمن . وإن كان فتح مقدار ما لا يفتح مثل ذلك المقدار في مثل ذلك النهر فانه يضمن .

وحكي عن الشيخ الإمام اسماعيل الزاهد بأنه كان يقول إذا سقى مثله إنما لا يضمن إذا كان محقاً في السقي بأن سقاه في نوبته مقدار حقه ، فأما إذا سقى من غير نوبته اكثر من حقه يضمن ، لأنه مسبب ومتعد ، وفي الأصل ولو أن رجلاً اوقد ناراً أو احرق كلاء في ارضه فذهبت النار يميناً وشمالاً لغيره لم يضمن رب الأرض وقال خواهر زاده تأويله إذا اوقد ناراً توقد مثلهافي العرف والعادة ، فأما إذا اوقد ناراً لا يوقد مثلهافانه يضمن .

وفي فتاوى البقالي ولو تعدى الماء إلى ارض جاره وهو يرى ولم يخبر يضمن . وفي المحيط لو انبثق نهر فجرى في ارض قوم وخرب أراضيهم فليس لهم أن يأخذوا أصحاب النهر بعمارة الأرضين ولهم أن يأخذوهم بعمارة النهر . ولو كان له مجرى ماء على سطح غيره فخرب السطح فاصلاح المجرى على صاحب المجرى . وذكر الهندواني لو ألقى رجل شاة في أرض طاحونة فسار الماء بها إلى الطاحونة إن كان النهر لا يحتاج إلى الكري فلا ضمان عليه، وإن كان يحتاج ضمن إن علم أنها خربت من ذلك،والله سبحانه وتعالى أعلم .

# كتاب الاشربة

## سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها .

---

**( كتاب الاشربة )**

أي هذا كتاب في بيان أحكام الاشربة . وجه المناسبة بين الكتابين أن إحياء الموات فيه الشرب بالكسر ، وهذا الكتاب فيه الشرب بالضم ، وكلاهما سقيا عرق واحد لفظاً ومعنى ، غير انه قدم الأول لكونه فيه حلالاً ، وهذا فيه حرام ، كذا أورد في عامة الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني والتحفة والقدوري ، وهي جمع شراب كالأطعمة جمع طعام وهو اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم ، أي يؤكل ثم محاسن حرمة الأشربة المحرمة ظاهرة ، لأنها مزيلة للعقل الذي هو أشرف الأشياء وأغربها بتعلق خطابات الشرع به ، إلا أن الخمر أبيحت للأمم الماضية لطول أعمارهم وجسامة أبدانهم فيتحملون آفة الشراب ، ولا يتسارع إليهم السكر ، ففي إباحتها صلاح لهم لكثرة نفعها ، أما هذه الأمة فقصيرة الأعمار ضعيفة الأبدان ، فيسارع اليهم السكر بشرب قليل منها ، فصلاحهم في حرمة قليلها وكثيرها . وإنما أبيحت في ابتداء الإسلام ليعاينوا الفساد في الخمر ، حتى إذا حرمت عليكم عرفوا منه الحق لدينهم ، وليس الخبر كالعيان . وقيل لتدريج النصارى لئلا ينفروا عن الإسلام. وفي شرح الأقطع والأشربة كلها مباحة بالعقل إلا ما ورد الشرع بتحريمه ، لان الاشياء كلها على الإباحة في الاصل عندنا .

( سمي بها ) أي سمي الكتاب بالاشربة ( وهي ) أي الاشربة ( جمع شراب لما فيه ) أي لما في هذا الكتاب ( من بيان حكمها ) أي حكم الاشربة من الحرام والمباح كما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان أحكامها وكتاب الحدود لما فيه من بيان أحكام الحدود ونحو ذلك من الكتب المذكورة .

قال الاشربة المحرمة أربعة ، الخمر وهي عصير العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد .

---

( قال الاشربة المحرمة أربعة ) أي قال القدوري في مختصره وفي المحيط الاعيان التي يتخذ منها الاشربة العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة والدخن والفواكه كالإجاص والبرصاء ، وكالشهد والفانيد والالبان . أما العنب فالمتخذ منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والملحح والمتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ . والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والنضج والنبيذ . والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرهما شيء واحد . وإن اختلف أسماء النقيع كنبيذ العسل ، والحقة كنبيذ الشعير ، والمبذر كنبيذ الذرة ، كذا ذكره قاضي خان والتمرتاشي ، فينتهي إلى أحد عشر إسماً أو أكثر كما يجيء في الكتابة .

ثم العنب إذا عصر سمي ماؤه عصيراً ما دام حلواً ، فإذا اشتد صار مراً وسمي خمراً ، وإذا مال إلى الحموضة سمي خلاً ، فإذا طبخ أدنى طبخة وصار شديداً سمي باذقاً ، وإذا طبخ على النصف يسمى منصفاً ، وإذا طبخ حتى ذهب ثلثاه يسمى مثلثاً ، وإذا رفق بالماء ثم طبخ يسمى يعقوبياً أو يوسفياً ، لأنه رحمة الله قد رتبه للرشيد فيما يقال . وقد سمى جمهورياً ، لأن جمهور الناس وجماعتهم يشربونه . ويسمى حميدياً ، لأنه محمود عندهم ، أو لأن حميداً رجل داوم على شربه أو علمهم ذلك ، والذي يتخذ من الزبيب زبيباً .

والرطب إذا عصر فذلك العصير يسمى دبساً ، فإذا تغير عن حاله أو اشتد يسمى سكراً ، والتمر إذا نبذ في الماء ، أي ألقي فيه يسمى نبيذاً ، وإذا أخذ من رأسه واستخرجت حلاوته بعد ذلك يسمى فضيخاً . وما يتخذ من العسل يسمي بقعا . وما يتخذ من القمح يسمى مزراً . وما يتخذ من الشعير يسمى حقة . وما يتخذ من الذرة يسمى سكر بضم الكاف وسكون الراء .

( الخمر ) أى أحدها الخمر ( وهي عصير العنب إذا غلى واشتد ) أى صار قوياً وكثر غليانه وحصل فيه قوة الإسكار . وقيل صار بحال يمنع حواس شاربه من الفهم والدرك . وقيل صلاحيته للاسكار ( وقذف بالزبد ) أى رمى به ، وهذا قيد للمعنى الشرعي ، لأن

والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه ،وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع ، أحدها في بيان مائيتها وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكراً ، وهذا عندنا ، وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم . وقال بعض الناس : هو اسم لكل مسكر ،

---

معنى الخمر وحده في اللغة شراب مسكر معصور من العنب . وفي الشرع شيء من الماء والعنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد .

( والعصير ) أي الثاني من الاشربة المحرمة العصير ، عصير العنب ( إذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه ، وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ) الطلاء كل ما يطلى به من قطران أو نحوه ، ويقال لكل ما أخذ من الاشربة طلاء على التشبيه حتى يسمى به المثلث كذا في المغرب وفي تاج الاسامي الطلا شراب ذهب بالطبخ ثلثاه ، وفي ديوان الادب : الطلاء ممدود ، وفي الصحاح ما يطبخ من عصير العنب حتى يذهب ثلثاه ، وتسميه العجم المسجد وفسره الفقيه أبو الليث الطلاء في شرح الجامع الصغير بالمصنف .

( ونقيع التمر ) اى الثالث من الاشربة المحرمة نقيع التمر ( وهو السكر ) السكر بفتح السين والكاف . ( ونقيع الزبيب إذا اشتد وغلا ) أى الرابع من الاشربة المحرمة نقيع الزبيب بشرط الشدة والغليان . ( أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان مائيتها ) أي ماهيتها في اصطلاح الفقهاء : المائية مكان الماهية ، وهو مائية الشيء كماهية الإنسان وهو حيوان ناطق ( وهي التي من ماء العنب ) خاصة ( إذا صار مسكراً) أي ماهية الخمر هذا ، وأشار بقوله « خاصة » إلى أن هذه الماهية مخصوصة بالخمر وأن غير الخمر يسمى باسم آخر ( وهذا عندنا ) أي هذا الاطلاق عند علمائنا الحنفية ( وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم ) أراد بأهل العلم الفقهاء وبأهل اللغة أهل اللسان ( وقال بعض الناس ) أي من علماء الفقه وأراد بهم الأئمة الثلاثة وأصحاب الظاهر ( هو اسم لكل مسكر ) . أي الخمر اسم لكل مسكر في أي شيء كان ( لقوله ﷺ كل

لقوله عليه السلام : « كل مسكر خمر » وقوله عليه السلام : « الخمر من هاتين الشجرتين » وأشار الى الكرمة والنخلة ، ولانـــه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ، ولنا أنه اسم خاص

---

مسكر خمر ) . هذا الحديث أخرجه مسلم عن أيوب السختياني عن رافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : كل مسكر خمر وكل مسكر حرام . وعند أحمـد في مسنده وكل خمر حرام وكذلك عند ابن حبان في صحيحه . وكذلـــك رواه عبد الرزاق في مصنفه ،أخبرنا ابن جريج عن أيوب السختياني ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وهو عند مسلم أيضاً لكن على الظن . ولفظه عن نافع عن ابن عمر قال : ولا أعلمـــه إلا عن النبي ﷺ ، قال : كل مسكر خمر ، وكل خمـــر حرام ( وقوله ﷺ : الخمر من هاتين الشجرتين . وأشار إلى النخلة والكرمة ) . هذا الحديث أخرجه الجماعه الا البخاري عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ: الخمر من هاتين الشجرتين، النخلة والعنبة .وفي لفظ لمسلم الكرمة والنخلة ولهم أحاديث أخر في هذا الباب منها ما أخرجه البخاري ومسلم عن ثابت عن أنس بن مالك قال : كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر في بيت أبي طلحة وما أشربهم إلا فضيح البسرة التمر فاذا مناد ينادي فقال أخرج فانظر فخرجت فنظرت فاذا منـــاد ينادي ألا إن الخمر قد حرمت . قال نحرت في سكك المدينة فقال أبو طلحة : اخرج فأهرقها . فخرجت فاهرقتها .

ومنها ما رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله تعالى عنهما مرفوعاً نزل تحريم الخمر وهي خمسة : من العنب ، والتمر ، والعسل ، والحنطة ، والشعير .

ومنها قول عمر رضي الله تعالى عنه : الخمر ما خامر العقل . رواه البخاري رحمـــه الله ( لأنه مشتق من مخامرة العقل ) أي ولأن الخمر مشتق من مخـامرة العقل . يقال : خامره إذا خالطه. والكلام في اشتقاق الخمر الذى هو ثلاثي من المخـــامرة الذى هو مزيد فيه كالكلام في اشتقاق الوجه من المواجهة ، وقد مر الكلام فيه في أول الكتـاب مستقصى ( وهو موجود في كل مسكر ) أى هذا المعنى موجـود في كل ما كان مسكر ( ولنا أنه ) أى لفظ الخمر (اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ) أى اسم مخصوص

بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه وبهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره، ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية، وانما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الإسم خاصاً فيـــه. فإن النجم مشتق من النجوم وهو الظهور.

---

للتي من ماء العنب إذا صار مسكراً حقيقة باتفاق أهل اللغـة قوله فيما ذكرناه في التي من ماء العنب ( ولهذا ) أى، ولأجل استعمال الخمر في التي من ماء العنب إذا صار مسكراً ( اشتهر استعماله فيه ) . أى في استعمال لفظ الخمر في التي من ماء العنب المسكر ( وفي غـــيره ) أى واشتهر في غـــير التي من ماء العنب غير اسم الخمر حيث يسمى مثلثـاً وباذناً ونحوهما فكان استعمال هذا الاسم لغيره مجازاً لأن الترادف خلاف الاصل ، وقد أريدت الحقيقة ، فبطل المجاز . وقال أبو عبيد وأبو زيد وابن السكيت ما اتخذ من غير العنب ليس بخمر ( ولأن حرمة الخمر قطعية ) يعني لا يصح أن يصرف في تحريمها إلا إلى حين تثبت الحرمة في تلك العين قطعاً وغير التي ليس بهذه المثابة لمكان الاجتهاد فيـــه أشار إليه بقوله ( وهي في غيرها ظنية ) أى وفي غير التي من مـــاء العنب إذا أسكر الحرمة ظنية لما قلنا ( وإنما سمي خمراً لتخمره) هذا جواب عن قولهم لأنـــه مشتق من مخامرة العقل يعني لا نسلم أنه مشتق من المخامرة بل هو مشتق من التخمر، وهو الشدة والقوة فان بها شدة قوة ليست بغيرها حتى سميت أم الخبائث ما تسميته بهذا المعنى( لا لمخامرته العقل) يعني ليست تسميته التي من ماء العنب إذا أسكر لمخالطته العقل، وهذا هو تحقيق كلام المصنف . وقال صاحب العناية قوله وإنما سمي يعني غـــير التي خمراً لتخمره أي لصيرورته ماء كالخمر لا لمخامرته وهذا كلام فيه ما فيه تأمل وتدبر. وأما التوابع فاتما غضا بصرهما في هذا الموضع (على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه). هذا جواب بطريق التسليم يعني ولئن سلمنا أن يكون من مخامرة العقل ولكن قد يكون موضع الاشتقاق عاماً والمشتق منه خاصاً وهو معنى قوله لا ينافي كون الاسم أى اسم الخمر خاصاً فيه أى في التي من ماء العنب إذا أسكر ( فان النجم مشتق من النجوم ، وهو

ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر . وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين ، والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة .

---

الظهور ) يعني مشتق من نجم إذا ظهر ( ثم هو اسم خاص للنجم المعروف ) وهو الثريا ( لا لكل ما ظهر ) أى ليس هو باسم لكل ما ظهر ( وهذا كثير النظير ) نحو القارورة فانها مشتقة من القرار وليست باسما لكل ما يقر فيه شيء والجرجو فانه مشتق من الجرجرة وهو التحرك ولا يسمى كل مايتحرك جرجراً وهو الفرس الذى أحد شقيه أبيض والآخر أسود ويسمى أبلق . ولا يسمى الثوب الذى فيه سواد وبياض بهذا الاسم فعلم أن القياس لامدخل له في اللغة ( والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين ) أراد به قوله ﷺ : كل مسكر خمر وذكر علاء الدين العالم طريقة الخلاف . وروي عن يحيى بن معين أنه قال : الاحاديث الثلاثة ليس بثابتة عن رسول الله ﷺ أحدها قوله ﷺ : لا نكاح إلا بولي وشاهدى عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث : كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام. ويحيى بن معين هو الحافظ المستقر الذي قال فيه أحمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فهو ليس بحديث ولد سنة ثمان وخمسين ومائة وتوفي سنة ثلاث وثلاثين ومائتين في ذي القعدة بالمدينة قلت الاحسن أن يقال منها هذا الحديث . رواه سائر أصحاب مالك عنه موقوفاً غير روح فانه رفعه وذكر أبو عمر في التمهيد هذا موقوفاً في الموطأ لم يختلف فيه الرواية عن مالك الا الماجشون فانه رواه عن مالك ، عن نافع ، عن ابن عمر ، عنه ﷺ فرفعه . ولهذا رواه مسلم بالظن فقال لا أعلمه إلا مرفوعاً ولئن سلمنا أنه مرفوع ، وأنه ثابت والمراد منه بيان حكم لا اللغة لأنه ﷺ يعلم الاحكام لا اللغة فكأنه قال : كل ما يسكر كثيره فحكمه كحكم الخمر في الحرمة ( والثاني ) أي والحديث الثاني وهو قوله ﷺ : الخمر من هاتين الشجرتين ( أريد به بيان الحكم ) والحرمة لا بيان الحقيقة وفيه نزاع ( إذ هو اللائق بمنصب الرسالة) أي لأن بيان الحكم هو اللائق بحال النبي ﷺ لأنه بعث لبيان الأحكام ، لا لبيان الحقائق وقال الطحاوي رحمه الله : يجوز

والثاني في حد ثبوت لهذا الإسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة وعندهما اذا اشتد صار خمراً ولا يشترط القذف بالزبد ، لان الاسم يثبت بـه . وكذا المعنى المحرم بالاشتداد ، وهو المؤثر في الفساد ،

---

أن يراد بقوله الخمر من هاتين الشجرتين أحدهما فعمهما الخطاب، وأراد أحدهما كما في قوله سبحانه وتعالى : يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وإنما يخرج من أحدهما وقد اخترق ابن حزم وشفع على الطحاوي منهاوقال صدق الله عز وجل و كذب الطحاوي قال: كليهما يخرجان من البحرين وهذا سفاهة منه وقلة فهم فإن الطحاوي قال هكذا قالت أئمةالتفسير ويجوز ذلك بطريق التغليب فكان الحديث محتملاً والمحتمل لا يصلح حجةوكذا الجواب عن قوله نزل تحريم الخمر وهي من خمسة وأشباه ذلك انها محمولة على الحالة التي يتولد منها السكر لأنهاتعمل عمل الخمر فيتوليد السكر واستحقاق الحد وعليه أيضاً يحمل قول عمر رضي الله تعالى عنه ما خامر العقل لأن المخامرة التغطية والقليل من الانبذه لا يخـامر العقل وقد نفى أبو الأسود الديلمي اسم الخمر على الطـلا بقوله : دع الخمر يشوبها الغواة فإنني رأيت أخاهامغنياً لمكانها فإن لا يكنها أو تكنه فإنه أخوها غذته أمه بلبانها جعل الطلا أخـاً للخمر وأخوه التي غيره أراد أنهما معاً من الكرم (والثاني) . أي موضع الثاني من العشرة ( في حد ثبوت هذا الاسم ) أى ثبوت اسم الخمر ، ( وهذا الذى ذكره في الكتـاب ) أى في مختصر القدوري ، وهو قوله : وهو عصير العنب إذا غـلا ، وإذا اشتد وقذف بالزبد .

( قول أبي حنيفة رحمه الله ) أى هذا المذكور ، وهو قول أبي حنيفة رحمـه الله في حد الخمر . ( وعندهما إذا اشتد ) أى وعند أبي يوسف ومحمد الخمر هي التي من العنب .

( صار خمراً ، ولا يشترط القذف بالزبد ، لأن الاسم يثبت به )، أى لأن اسم الخمر يثبت بالاشتداد والغليان ، لأنه حينئذ يكون مسكراً خمراً .

( وكـذا المعنى المحرم بالاشتداد ) وهو الإسكار . ( وهو المؤثر في الفساد ) أى

ولأبي حنيفة «رض» أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه ، اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية ، فتناط بالنهاية ، كالحد ، واكفـــار المستحل ، وحرمة البيع. وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً . والثالث أن عينها حرام غير معلول

---

المعنى المحرم المؤثر في الفساد ، وهو يكون بالاشتداد ويتعلق التحريم .

( ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الغليـان بداية الشدة وكمالها ) أي كمال الشدة ، وفي بعض النسخ : وكماله . ( بقذف الزبد وسكونه ) أي وسكون الغليان . والتحقيق فيـه أن مطلق اسم الغليان ينصرف إلى الكامل ، والغليـان لا يتكامل ما لم يقذف بالزبد ، فيكون الغليان موجوداً من وجه دون وجه ، فلا بد من قذف الزبد .

( إذ به يتميز الصافي من الكدر ) لأن أسفله يصير أعلاه فيتميز رائقه من كدره .

( وأحكام الشرع قطعية ) أي أمهات أحكام الشرع قطعية لا مجال للظن والاحتمال فيها . ( فتناط بالنهاية ) أي يتعلق بالنهاية .

وحكم الإباحة كان ثابتاً للعصير بيقين ، فلا يزل ذلك إلا بيقين آخر مثله لم يثبت بسبب الحرمة ، فبكماله لا ترتفع الإباحة ، ولأن بعض السبب لا عبرة . ( كالحد ) أي كحـــد الخمر ، حيث يتعلق بالنهاية والغاية ، وكذا حد الزنا والسرقة لا تجب إلا بكمال الفعـل اسماً وصورة ومعنى من كل وجه ، لأن في النقصــــان شبهة العدم ، والحدود تندريء بالشبهات . ( واكفار المستحل ) أي مستحل الخمر . ( وحرمة البيـع ) أي وحرمـة بيع الخمر .

وبهذا إن احكام الخمر مقطوع بها كالحد وتكفير المستحل وحرمة البيـع والنجاسة فتناط بالنهاية ، لما في النقصان من شبهة العمل ، فلا يصح اثباتها بالشبهة .

( وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الإشتداد احتياطاً ) أي لأجل الاحتياط ، ويعني بالحد لقذف الزنا احتياطاً لا للدرء .

( والثالث ) أي الموضع الثالث ، ( ان عينها ) أي عين الخمر (حرام غير معلول

بالسكر ولا موقوف عليه . ومن الناس من أنكر حرمة عينها ، وقال إن السكر منها حرام لأن بـــه يحصل الفساد ، وهو الصد عن ذكر الله تعالى ، وهذا كفر لأنه جحود الكتاب . فإنه سماه رجساً . والرجس ما هو محرم العين ، وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر .

---

بالسكر ولا موقوف عليه ) أي على السكر ( ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال إن السكر منه حرام ) قيل هو مروي عن بعض أهل الشام وقدامه بن مطعون ( لأن به ) أي بالسكر ( يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله ) سبحانه وتعالى الصد المنع .

يقال صد عنه إذا منعه (وهذا كفر ) أي هذا القول كفر ( لأنه جحود الكتاب فإنه سماه رجساً ) وهو قوله سبحانه وتعالى: ﴿ إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس﴾ ( والرجس ما هو محرم العين ) يعني الرجس اسم للحرام النجس عيناً بلا شبهة ودليله قوله سبحانه وتعالى أو لحم خنزير فإنه رجس ، ولحمه حرام نجس عيناً بلا شبهه فكذا الخمر وفي الآية دليل على حرمتها من اثني عشر وجهاً على ما ذكر في التيسير والكشاف وهي التأكيد بانها والجملة الاسمية، والمقارنة بعبادة الأوثان، وهي الأصنام ، لأن الانصاب جمع نصب ، وهي ما نصب . فأعبد من دون الله ، وجعلها رجساً وهو اسم للحرام النجس عيناً كالميتة ، والدم وجعلها من عمل الشيطان .

ولا يأتي منه إلا الشر البحت والأمر بالاجتناب نص على التحريم ، وجعل الاجتناب من الفلاح . فاذا كان الإجتناب فلاحاً ، كان الارتكاب خيبة وذكر ما ينتج منها من وقوع التعادي والتباغض بين أصحاب الخمر فما يؤدي القول للصد عن ذكر الله وعن مراعاة اوقات الصلاة والأمر بالانتهاء لأن معنى قوله :﴿ فهل أنتم منتهون﴾ انتهوا وهذه الصيغة من أبلغ ما ينهى عنه .

(وقد جاءت السنة متواترة) أي متكاثرة ومتتابعة.وليس معناه التواتر الاصطلاحي أو يقول معناه جاء عن النبي ﷺ أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر . وكل واحد منها

إذا لم يبلغ حد التواتر ، فالقدر المشترك منها متواترة بشجاعة علي رضي الله عنه ، وجود حاتم .

وسمي هذا التواتر بالمعنى . ( إن النبي ﷺ حرم الخمر ) منها ما أخرجه البخاري ومسلم عن ثابت عن أنس قال :

كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر . وقد ذكرناه .

ومنها ما أخرجه أحمد في مسنده عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله تعالى عنهما، سمعت رسول الله ﷺ يقول :

إن الله تعالى حرم الخمر والميسر والكرمة والعنب .

ومنها ما أخرجه أبو بكر بن أبي الدنيا في كتاب : دم المسكر ، عن محمد بن عبد الله ابن مربع ، عن المفصل بن سليمان التمري ، عن عمرو بن سعيد ، عن الزهري : حدثني أبو بكر بن عبد الرحمن بن حارث بن هشام ان أبان قال : سمعت عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه يقول :

سمعت رسول الله ﷺ يقول : اجتنبوا الخمر فإنها أم الخبائث إنه كان رجل ممن خلا قبلكم يتعبد ويعتزل الناس ، فطمعت به امرأة غوية فأرسلت إليه جاريتها فقالت : إنما أدعوك لشهادة . فدخل معها يطفق كلما دخل باباً أغلقته دونه ، حتى أفضى إلى امرأة وضيئة عندها غلام وباطية خمر فقالت : والله إني ما دعوتك إلا لتقع علي ، أو لتقتل هذا الغلام ، أو تشرب الخمر .

فسقته كأساً فقال : زيديني .

فلم يبرح حتى وقع عليها وقتل النفس ، فاجتنبوا الخمر ، فإنها لا تجتمع هي والإيمان أبداً إلا أوشك احدهما أن يخرج صاحبته .

ورواه البيهقي في سننه موقوفاً على عثمان ، وهو أصلح .

ومنها ما أخرجه أبو يعلى الموصلي في مسنده : حدثنا جعفر بن حميد الكوفي ، حدثنا يعقوب العمي عن عيسى بن حارثة بن عبد الله قال : جاء رجل يحمل الخمر من خيبر إلى المدينة

فيبيعها من المسلمين فقال : يا فلان الخمر قد حرمت فوضعها حيث انتهى على كل وسجاها باكبسة ثم أتى النبي ﷺ فقال يا رسول الله بلغني أن الخمر قد حرمت فقال أجل : قال : هل لي أن أردها على من ابتعتها منه... قال : لا ... قال : فاؤديها إلى من يكافئني منها ... قال : لا . قال : فإن فيها ليتامى في حجري ، قال إذا أتاني مال البحرين ، فاني أعوض ايتامك عن مالهم .

ثم نادى بالمدينة فقال رجل : يا رسول الله : الأوعية ينتفع بها ، قال فحلوا أوكيتها ، فانصبت حتى استقرت في بطن الوادي .

ومنها ما أخرجه ابن ماجة في سننه عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ : « مدمن خمر كعابد وثن » .

وفي صحيح ابن حبان عن ابن عباس نحوه .

وأخرج البزار في مسنده عن عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً : « شارب الخمر كعابد وثن » .

ومنها ما أخرجه ابن ماجة ايضاً عن أبي الدرة : « أوصاني خليلي ﷺ لا تشرب الخمر فإنها مفتاح كل شر » .

وأخرج أيضاً عن خباب بن الأرت قال : قال رسول الله ﷺ :

« إياك والخمر فان خطيئتها أرفع الخطايا كما أن شجرتها أسرع الشجرة » .

ومنها ما أخرجه الترمذي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال :

قال رسول الله ﷺ :

« من شرب الخمر ، لم تقبل له صلاة أربعين صباحاً ، فان تاب ، تاب الله عليه ، فان عاد ، لم تقبل له صلاة أربعين صباحاً فان تاب ، تاب الله عليه فان عاد لم تقبل له صلاة أربعين صباحاً فان تاب ، تاب الله عليه فان عاد الرابعة لم تقبل له صلاة أربعين صباحاً فان تاب لم يتب الله عليه وسقى من نهر الخبال..

قيل : يا أبا عبد الرحمن ، وما نهر الخبال ...

وعليه انعقد الاجماع ، ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهـــذا من خواص الخمر . ولهـذا تزداد لشاربه اللذة بالإستكثار منه بخلاف سائر المطعومات .

---

قال : نهر من صديد اهل النار .

وقال حديث حسن . وعند أبي داود ونحوه عن ابن عباس وعن ابن ماجة نحوه عن عبد الله بن عمرو بن العاص، وعند أحمد نحوه عن اسماء بنت زيـــد ، ومنها ما رواه البخاري عن مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال :

« من شرب الخمر في الدنيا ، ثم لم يتب منها ، حرمها في الآخرة »

ومنها ما أخرجه النسائي من حديث وهب ، اخبرنا عمرو بن محمد ، عن عبد الله بن يسار ، سمع سالم بن عبد الله يقول : قال ابن عمر ، قال رسول الله ﷺ :

« ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ، العاق والديه ، والمدمن الخمر والمنـــان بما أعطى » .

والأحاديث من الصحاح والحسنة كثيرة جداً (وعليه انعقد الاجماع) أي على تحريم الخمر انعقد اجماع الأمة، فكل مسلم يعتقد حرمتها قطعاً، إلا من خلع ربقة الإسلام من الدهرية والفلاسفة خذلهم الله عز وجل .

( ولأن قليله يدعو إلى كثيره ) أي قليل الخمر يدعو إلى كثيره، ولهذا قيل مامن شراب وطعام إلا ولذته في الابتداء تزيد على لذته في الانتهاء، إلا الخمر ، فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثار. ولهذا يزداد حرمته إذا أصاب منها شيئاً فكان القليل داعياً إلى الكثير فيكون محرماً ألا ترى إن الزنا لما حرم ، حرم دواعيه ، وان المشي على قصد المعصية معصية (وهذا من خواص الخمر ) .

أي دعاء قليله إلى كثيره . ( ولهذا ) : أي ولأجل ذلك ، ( تزداد لشاربه اللـــذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ) . حيث تشمئز النفس منها عند الاستكثار . وهذا كله ظاهر بالمشاهدة .

وقال الاترازي : ولو قال بخلاف سائر المسكرات ، أو قال بخلاف سائر المشروبات

ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي يعديه إليها. وهــذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة، وتعليل لتعدية الاسم.

---

كان أولى، لأنه يريد الفرق بين الخمر وسائر المسكرات، لا إلى سائر المطعومات.

قلت الذي قاله المصنف هو الأولى: لأن مراده بيـــان الفرق بين الخمر وغيره مما له طعم، سواء كان مطعوماً أو مشروباً في كون دعـــاء قليله إلى كثيره حيث وجد هذا المعني في الخمر دون غيره مطلقاً. على ان الطعم يذكر، ويراد به الشرب كما في قولـــه سبحانه وتعالى.

ومن لم يطعمه فانه مني.

وامـــا الذي يتعلق بالنزاع مع الشافعي، فانه ذكر فيه لفظ المسكرات حيث قال لا يتعدى حكمه إلى المسكرات. ( ثم هو غير معلول عنـــدنا ) . أي القليل غير معلول عندنا.

ويقال إن هذا اللفظ، أعني الخمر، غير معلول ( حتى لا يتعدى حكمــه ) وهو الحرمة ( إلى سائر المسكرات ) أي إلى قليله سائر المسكرات حتى لا يجب الحد بشراب قطرة من غير الخمر من المسكرات ( قال الشافعي يعديه إليها ) أي تعدى هذا اللفظ إلى المسكرات، لأن الخمر اسم لما يخامر العقل ولهذا لا يسمى العصير خمراً قبل التخمر ولا بعد التخلل. وكل مسكر مخامر فيكون خمراً ( وهذا بعيد ) أي قول الشافعي بعيد ( لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم ) أى لأن تعليـــل الشافعي بخامره العقل أوبالسنة المضطربة خلاف السنـة المشهورة وهي ما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً حرمة الخمر لعينها والسكر من كل شراب.

ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها إلى غيرها.

ثم إن هذا الحديث أخرجه النسائي في سننه موقوفاً على ابن عباس من طرق فأخرجه عن ابن شبرمة عن عبد الله بن شداد، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال:

حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب.

وفي لفظ قال النسائي وابن شبرمة لم يسمعه عن شداد ثم أخرجه عن هشيم عن ابن شبرمة . حدثني الثقة عن ابن شداد ، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال :

حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها . والمسكر كل شراب. وفي لفظ وما اسكر من كل شراب وقال: هذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة . ورواه البزار في مسنده :

حدثنا محمد بن حرب ، حدثنا أبو سفيان الحميري ، حدثنا هشام عن ابن شبرمة عن عمار الذهبي ، عن عبد الله بن شا اد ورواه عن ابن عون مشعر والثوري وشريك ، ولا يعلم رواه عن ابن شبرمة ، عن عمار الذهبي ، عن ابن شداد عن ابن عباس الا هشيم ولا عن هشيم الا أبو سفيان . ولم يكن هذا الحديث إلا عند محمد بن حرب ، وكان واسطياً ثقة ، حدثنا زيد بن اجرم أبو طالب الطائي ، حدثنا أبو داود ، حدثنا شعبة عن مشعر عن أبي عون ، عن عبد الله بن شداد فذكره . حدثنا أحمد بن منصور ، حدثنا يزيد ابن أبي حكيم ، حدثنا سفيان عن أبي سلمة عن أبي عون ، عن ابن شداد عن ابن عباس قال وشعبة يقول : والمسكر . وقد رواه جماعة عن أبي عون فاقتصرنا على رواية مشعر ولا نعلم روى الثوري عن مشعر ، حديثاً مسنداً إلا هذا الحديث ، وأخرجه الطبراني في معجمه عن أبي عون ، عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس موقوفاً حرمت الخمر لعينها القليل منها والكثير والمسكر من كل شراب . وأخرجه عن سعيد بن المسيب ، عن ابن عباس مرفوعاً نحوه واخرجه أبو نعيم في الحلية في ترجمة مشعر عن قلاد بن يحيى عن مشعر ، عن أبي عون به ، وقد رواه عن مشعر سفيان الثوري وشعبة بن الحجاج ، وسفيان ، وابراهيم :

أخبرنا عيينه ، ورفعه سفيان بن عيينة ، عن مشعر فقال عن النبي ﷺ ، وتفرد شعبة عن مشعر فقال :

والسكر من كل شراب .

وأخرجه الدارقطني في سننه من طريق احمد بن حنبل ، حدثنا محمد بن جعفر ، حدثنا شعبة عن مشعر ، عن أبي عون عن ابن شداد . عن ابن عباس موقوفاً :

إنما حرمت الخمر لعينها ، والسكر من كل شراب . قال : وهذا هو الصواب عن ابن عباس لأنه قد روى عن النبي ﷺ : كل مسكر حرام .

ورواه طاوس وعطاء ومجاهد ، عن ابن عباس :

قليل ما اسكر وكثيره حرام .

وأخرج قاسم بن اصبع ، حدثنا أحمد بن زهير ، حدثنا أبو نعيم الفضل ابن دكين عن مشعر ، عن ابن عون ، عن عبد الله بن شداد ، عن ابن عباس قال :

حرمت الخمر لعينها ، القليل منها و الكثير ، والمسكر من كل شراب .

قال ابن حزم صحيح وتابع أبا نعيم جعفر بن عون ، فرواه عن مشعر كذلك ونافع مشعر الثوري رحمه الله فرواه عن ابن عون كذلك . وأخرجه الطبراني رحمه الله في التهذيب

حدثنا محمد بن سمن الجرسي ، حدثنا عبد الله بن عيسى ، حدثنا داود بن هند عن عكرمة ، عن ابن عباس قال :

حرم الله الخمر لعينها ، والسكر من كل شراب .

وروى هذا عن علي رضي الله تعالى عنه أيضاً ، أخرجه العقيلي في كتاب الضعفاء في ترجمة محمد بن الفرات ، حدثنا عمرو بن أحمد بن عمر بن شرح ، حدثنا يوسف بن عدي ، حدثنا محمد بن الفرات الكوفي ، عن أبي اسحق السمعي ، عن الحارث ، عن علي رضي الله تعالى عنه قال :

طاف النبي ﷺ بين الصفا والمروة اسبوعاً ثم استند إلى حائط من حيطان مكه قال : هل شربة ، فأتي بقعبة من نبيذ فذاقه ، فقطب ، ورده . فقام إليه رجل من آل خطب فقال :

– يا رسول الله ﷺ ... هذا شراب أهل مكة ...

قال ... فصب عليه الماء ثم شرب ، ثم قال :

حرمت الخمر بعينها ، والسكر من كل شراب .

والتعليل في الأحكام لا في الاسماء . والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على مـــا بيناه . والخامس انه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي . والسادس بسقوط تقومها في حق

---

وأعله محمد بن الفرات ، ونقل عن يحيى بن معين انه قال فيه ليس بشيء.

ونقل عن البخاري أنه قال منكر الحديث . وقال العقيلي لا يتابع عليه .

وأخرجه العقيلي أيضاً عن عبد الرحمن بن بشر العطفاني عن أبي اسحق عن الحارث ، عن علي رضي الله تعالى عنه قال :

سألت رسول الله ﷺ عن الأشربة عام حجة الوداع فقـــال : حرم الله الخمر بعينها والسكر من كل شراب .

وقال عبد الرحمن : هذا مجهول في الرواية والسبب ... وحديثـــه غير محفوظ إنما يروى هذا عن ابن عباس في قوله أى ولأنه تعليل للتعديـــة الاسم يعني ما ذهب إليه الشافعي رحمه الله تعليل لتعدية الاسم ، فلا يصح ، لأن التعليل لا يكون إلا في الاحكام. أشار إليه بقوله :

( والتعليل في الأحكام لا في الاسماء ) .

أي يكون التعليل للتعدية في الأحكام ، لا يكون في الاسماء ، لأن الاسماء الموضوعة للأعيان والأشخاص يكون المقصود منها تعريف المسمى واحضاره بذلـــك الاسم ، لا تحقيق ذلك الوصف من الشيء ، فلا يمكن التعدية .

وهب أن الخمر سمي به لمخامرته العقـــل ، ولكن لا يدل على ان كل مخامرة مسمى خمراً كما مر من قبل . ولأنه تعدية مع التفاوت في المعنى ( والرابع ) أي الموضع الرابع ( أنها ) أى الخمر (نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعيـــة على ما بيناه ) . أشار به إلىقوله سماهرجساً فكان كالبول والدم المسفوح (والخامس) أى الموضع الخامس ( أنه يكفر مستحلها ) أي مستحل الخمر ( لانكاره الدليل القطعي ) وهو الكتـــاب ، وكذلك الأحاديث المشهورة وكذلـــك الاجماع ( والسادس ) أي الموضوع السادس (بسقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها ) بالإجماع . قالوا عـــدم الضمان في

المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها . ولا يجوز بيعها ، لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها . وقال عليه السلام : إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها

---

اتلافها لا يدل على اباحة اتلافها، فكذلك اختلفوا : هل يباح اتلافها ... قال مجد الأئمة السرخسي رضي الله تعالى عنه ، وقيل يباح ، والاصح أنه لا يبـاح الاتلاف إلا لفرض صحيح بأن كانت الشرب يشربها غالباً لو تركت عنده حتى لو كانت عند صالح لا يبـاح فإنها مملوكة وفي بقائها فائدة وهو التخليل .

كـذا ذكره المحبوبي ( وغاصبها ) أي ولا يضمن غاصبها أيضاً من مسلم ( ولا يجوز بيعها لأن الله سبحانه وتعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعربعزتها ) لأن معنى قولنـا أن الشيء متقوم أي إنه مما يجب ابقاؤه بعينه أوبمادته( وقال ﷺ إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها ) هذا الحديث أخرجه مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال : سألت ابن عباس عما يعمل من العنب فقال ابن عباس رضي الله عنهما : إن رجـلا أهدى إلى النبي ﷺ راوية خمر فقال رسول الله ﷺ :

هل علمت أن الله حرم شربها ...

قال : لا ... قال فساره انسان .

فقال له رسول الله ﷺ : بم ساررته . فقال : أمرته ببيعها ... فقال : إن الله حرم شربها وحرم بيعها ... قال : ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها .

وأخرج البخاري ومسلم عن عطاء ، عن جـابر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ : عام الفتح وهو يقول بمكـة إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام فقيل :

يا رسول الله ﷺ .. أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ، ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس . فقال :

لا . هو حرام ...

ثم قال : قاتل الله اليهود ، وحرمت عليهم الشحوم فحملوها فباعوها وأكلوا ثمنها .

واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها وتضن بها . ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل . وهو غصب في يده وأمانة

---

وأخرج أحمد في مسنده عن نافع بن كيسان ان أباه أخبره أنه كان ينحل في الخمر في زمن رسول الله ﷺ ، وانه أقبل في الشام ومعه زقاق خمر يريد بها التجارة ، فأتى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله ﷺ ، إني أتيتك بشراب جيد فقال رسول الله ﷺ : يا كيسان إنها حرمت بعدك

قال : أفبيعها يا رسول الله ...

قال : إنها حرمت وحرم ثمنها ...

فانطلق كيسان إلى الزقاق فأخذ بأرجلها فأهرقها . وأخرج أيضاً عن عبد الحميد بن جعفر عن بشر بن حوشب عن تميم الداري أنه كان يهدى كل عام راوية خمر ، فلما أنزل الله تحريم الخمر ، جاء بها ... فلما رآه رسول الله ﷺ ضحك .

قال : اشعرت أنها قد حرمت ...

قال : يا رسول ﷺ ... أفلا أبيعها وأنتفع بثمنها ...

قال : إن الله حرم الخمر وثمنها .

( واختلفوا في سقوط ماليتها )

أي اختلف العلماء في سقوط مالية الخمر ( والأصح أنه مال) غير متقوم ( لأن الطباع تميل إليها وتضن بها ) . أي تبخل بها وهذا هو حقيقة المال ( ومن كان له على مسلم دين فأوفاه من ثمن خمر ) .

وفي بعض النسخ : فأوفاه من ثمن خمر ( لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل ) . عنده انها كان باطلاً ، ولأن الخمر مبيع ، فكان باطلا . ( وهو غصب في يده وأمانة ) أي هذا الثمن غصب في يده وعلى قول أبي سعيد البردعي لأنه

على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتـــة . ولو كان الدين على ذمي ، فإنـــه يؤديه من ثمن الخمر . والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها ، لأن الانتفاع بالنجس حرام .

---

أخذه بغير إذن الشرع وأمنتهم على مذهب أبي نصر أحمـــد الطواويسي لأنه أخذه برضى صاحبه ( على حسب ما اختلفوا فيه ) أي في ثمن البيع البـــاطل على ما ذكرناه ( كما في بيع الميتة ) يرجع إلى قوله لأنه ثمن بيع باطل ( ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديـــه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز ) لأنها مـــال متقوم في حق الكافر وبيعها جائز عنده ( والسابع ) أي الموضع السابع ( حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ) .

قال صاحب العناية : يريد بحرمة الانتفاع ، التداوي بالاحتقان ، وسقي الدواب ، والإقطار في الاحليل . قلت : أخذ هذا من كلام الكاكي . والكاكي من تاج الشريعـــة . ولكن قوله : حرمة الانتفاع أعم من هذه الثلاثـــة ، والتخصيص بها تحكم ، بل لا يجوز استعمالها في دهن أو طيب ونحوهمـــا ، ولا يجوز الاسقاط بها ، وكذا التداوي بحقيقة وغيرها ، ولا يجوز سقيها للدواب ، فإن سقى شاه فذبحت من ساعته أكل لحمها لأنه لم يؤثر في لحمها ، فإن اعتادت شرب الخمر وصارت بحال يوجد ريح الخمر من حلقها ، فإن كان إبلا ، يحبس شهراً ثم يؤكل ... وإن كان بقراً ، يحبس عشرين يومـــاً ... وإن كان شاة يحبس عشرة أيام ... والدجاجة تحبس ثلاثة أيام . فان صب في حنطة ، لم يؤكل ... كما لو صب فيها بول ، فان غسلت فطبخت حل أكلهـــا إذا لم يوجد ريح الخمر وطعمها لزوال النجاسة .

قالوا هذا إذا لم تنتفخ ، فان انتفخت هل تطهر بالغسل .

على قول أبي يوسف تطهر إذا غسلت ثلاث مرات وجففت في كل مرة ..

وعلى قول محمد لم تطهر أبداً ...

ولأنه واجب الاجتناب وفي الإنتفاع بـــه اقتراب . والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلام : من شرب الخمر فاجلدوه . فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاجلدوه ، فإن عاد فاقتلوه .

---

وعلى قول أبي يوسف : تغلى ثلاث مرات بماء طاهر وتبرد في كل مرة .

كذا ذكره قاضيخان في شرح الجامع الصغير ( ولأنه واجب الاجتناب ) .

أي ولأن الخمر واجب الاجتناب بالنص لكونه حراماً ( وفي الانتفاع به اقتراب ) . وهو خلاف النص . ( والثامن ) أي الموضع الثامن ( أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها ) أي من الخمر ، لأن حرمتها لعينها ، فلا يشترط فيـــه السكر ( لقوله ﷺ : من شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه ، فان عاد فاقتلوه ) .

هذا الحديث رواه أبو داود عن عاصم ، عن أبي صالح ، عن معاويـــة : قال رسول الله ﷺ : إذا شربوا الخمر فاجلدوهم ، ثم ان شربوا فاجلدوهم ثم إن شربوا فاقتلوهم .

حدثنا موسى ، حدثنا حماد عن حميد بن يزيد ، عن نافع ، عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال بهذا المعنى قال واحبسه قال في الخامسة : إن شربها فاقتلوه .

وروى أبو داود والنسائي أيضاً ، عن ابن أبي ذيب ، عن الحـارث بن عبد الرحمن ، عن أبي سلمة رضي الله عنه ، عن أبي هريرة رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قال :

إن سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر فاجلدوه ، ثم إن سكر فاجلدوه ، فان عـــاد الرابعة ، فاضربوا عنقه .

وقال أبو داود : وكذا حديث عمر بن أبي سلمة عن أبيه : وقال : فان عاد الرابعة فاضربوا عنقه .

وكذا حديث سهل عن أبي صالح ، عن أبي هريرة ، عن النبي ﷺ : إن شربـــوا الرابعة فاقتلوهم .

وكذا حديث ابن أبي نعيم عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ . وكذا حديث عبد الله بن عمر والمريد عن النبي ﷺ .

وفي حديث الجدي عن معاوية مرفوعاً : وإن عاد في الثالثة والرابعة فاقتلوه ( إلا أن حكم القتل قد انتسخ ) بقوله ﷺ :

لا يحل دم امرىء مسلم إلا باحدى معان ثلاث . الحديث .

ورواه البيهقي من حديث ابن عيينة عن الزهري ، عن قبيصة بن ذويب قال : قال رسول الله ﷺ :

من شرب الخمر فاجلدوه ثم إذا شرب فاجلدوه ، ثم إذا شرب في الرابعة فاقتلوه .

فأتى برجل قد شرب الخمر فجلده ، ثم أتى به فجلده ثم أتى بـــه في الرابعة فجلده فرفع القتل عن الناس ، وكانت رخصة .

ورواه الشافعي عن سفيان وفيه : فان شرب فاقتلوه لا يدرى الزهري بعد الثالثـة أو الرابعة . .

وقال في آخره ... ووضع القتل وصارت رخصة وروى أيضـاً من حديث محمد بن اسحاق عن الزهري عن قبيصة قال : قال رسول الله ﷺ : إذا شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه وإن عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه .

فأتى رسول الله ﷺ برجل من الأنصار يقال له نعيان فضربه أربع مرات فرأى المسلمون أن القتل قد أخر أن الضرب قد وجب .

وروى الحاكم وقال :

أخبرنا ابن أبي دارم الحافظ بالكوفة ، حدثنا المنذر بن محمد القابوسي ، حدثنا أبي حدثنا الحسن بن صالح عن محمد بن إسحاق رضي الله عنه ،عن عبد الله بن أبي بكر ،عن ابن المنكدر ، عن جابر رضي الله تعالى عنه ، قال :

جلد رسول الله ﷺ نعيان أربع مرات في الخمر فرأى المسلمون حرجاً عظيماً ان الحد قد وقع وأن القتل أخر ( فبقي الجلد مشروعاً ) بالأحاديث المذكورة وقد مر بيانه مستوفى في كتاب الحدود فان شربها إنسان لخوف العطش لا بأس به كما لو شرب البول .

وقال الشافعي : يكره . فان شرب بهذه الضرورة لم يحد ، لأن الضرورة كما أثرت في

الشرب أثرت في سقوط الحد . فان زاد على قدر الحاجة فسكر حـــد لانعدام الضرورة وكذا إذا أكره على شرب الخمر فسكر لم يحد فأما إذا خلط الماء بالخمر ، فان كان المـاء أقل ، أو كان الماء سواء يحد شاربه إذا دخل إلى جوفـه . وإن كان الغلبة للماء فلا يحد شاربه إلا إذا سكر .

كذا في شرح الطحاوي (وعليه انعقد الاجماع من الصحابه رضي الله تعالى عنهم ) أي على أنها حرام ، ويحد بشرب قليلها .

كذا قال الكاكي ...

والصواب أن يقال أي وعلى الجلد انعقد الاجماع من الصحابة، لأن بين انعقاد الاجماع على تحريمها فيما قضي من قريب وهو قوله :

وقد جاءت السنه المتواترة أن النبي ﷺ ثم حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع قال الكاكي وما حكي عن قدامة بن مطعون وعمر بن معد يكرب وابن حدل بن سهم بانهم قالوا بحلها فقد روى الجوزجاني باسناده إلى ابن عبـاس أن قدامة بن مطعون وعمرو بن مطعون شرب الخمر وقال له عمر : ما حملك على ذلك ... فقال : إن الله سبحانه وتعالى يقول :

﴿ ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ﴾

وأتى بالمهاجرين الأولين من أهل بدر فقال عمر : اجيبوا الرجل .

فسكتوا ... فقال لابن عباس : اجبه ... فقال :

إنما أنزل الله عذراً للماضين لمن شربها قبل ان تحرم .

ثم سأل عمر رضي الله تعالى عنه : عن الجلد فيها . فقال علي رضي الله تعالى عنه إذا شرب هذى وإذا هذى افترى فعليـه حد المفترين ثمانين جلدة . فجلده عمر رضي الله تعالى عنه ثمانين . فقال : أخطأت التأويل ...

وروي أن أناساً شربوا الخمر بالشام فقال لهم يزيـد بن أبي سفيان : شربتم الخمر ... قالوا : نعم .. بقوله سبحانه وتعالى : ليس على الذين آمنوا ... الآيه ...

فكتب فيهم إلى عمر رضي الله تعالى عنه ، فكتب عمر : أن ابعثهم إلي سريعاً لئـلا يفتنوا عباد الله ...

فبعث بهم إلى عمر رضي الله تعالى عنه فقال لعلي رضي الله تعالى عنه : ما ترى ...

فقال : أرى إن زعموا أنها حلال ، شرعوا في دين الله فاقتلهم ، وإن زعموا أنها حرام فاجلدوهم ثمانين . فجلدهم عمر رضي الله تعالى عنه ثمانين . ورجعوا إلى تحريمها فانعقد الاجماع . انتهى .. قلت : انعقد الاجماع على تحريم الخمر كان قبل ذلك بالكتاب والسنن المشهورة. وهؤلاء الذين ذكرهم إنما يشربون الخمر متأولين بالآية المذكورة مع كونهم مخطئين في هذا التأويل ...

فلهذا قال عمر رضي الله تعالى عنه لقدامه : أخطأت التأويل ..

ولم يكونوا مخالفين للصحابة رضي الله تعالى عنهم حتى يكون الاجماع وقت اقامة الحد عليهم .

على أن هذا الخبر لم ينته إلى الصحة . وقد رواه البيهقي في سننه من طريق سعيد بن عفير حدثنا يحيى بن فليح . أخذ محمد عن ثور بن زيد ، عن عكرمة ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما : أن الشراب كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ .

يعني بالأيدي والنعال والعصي .

وكانوا في خلافة أبي بكر رضي الله تعالى عنه ، أكثر منهم في عهد رسول الله ﷺ فقال :

لو فرضنا لهم حد افتراضي نحو ما كان يضربون على عهد رسول الله ﷺ فكان أبو بكر رضي الله تعالى عنه يجلدهم أربعين حتى توفي ...

ثم كان عمر رضي الله تعالى عنه من بعدهم يجلدهم أربعين حتى أتى برجل من المهاجرين الأولين قد شرب ، فأمر به ان يجلد فقال لم تجلدوني بيني وبينك كتاب الله قال :

وفي أي كتاب الله تجد أني لا اجلدك . . فقال ﴿ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ...﴾ الآية شهدت مع رسول الله ﷺ بدراً وأحد والخندق والمشاهد ...

وتقديره ما ذكرناه في الحد والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيهـــا لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا انه لا يحد فيه ما لم

---

فقال عمر رضي الله تعالى عنه :

ألا تردون عليه ما يقول ...؟

فقال ابن عباس رضي الله تعالى عنهما :

إن هؤلاء الآيات أنزلت عذراً للماضين ، وحجة على الباقين لأنه يقول :

﴿ يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والازلام رجس﴾ فإن كان من الذين آمنوا وعملوا الصالحات ثم اتقوا وأحسنوا ، فإن الله قد نهى أن يشرب الخمر .

فقال عمر رضي الله تعالى عنه :

فماذا ترون ...

فقال علي رضي الله تعالى عنه :

نرى أنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هـــذى وإذا هذى افترى ، وعلى المفتري ثمانون جلدة .

فأمر عمر رضي الله تعالى عنه ، فجلد ثمانون .

وقال الذهبي في مختصره : لا أعرف ابن فليح

( وتقديره ما ذكرناه في الحدود ) .

أي وتقدير الجلد ذكرناه في كتاب الحدود .

( والتاسع ) أي الموضع التاسع .

( إن الطبـــخ لا يؤثر فيها ) أي في الخمر بعد أن صار خمراً . يعني أن الخمر إذا طبخت حتى ذهب ثلثاه لا يحل . ( لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها ) . أي لرفع الحرمـــة بعد ثبوتها لأن أثر الطبخ في إزالة صفة الإسكار والخمر حرام وموجب الحد بعينها لا لإسكارها .

وفي القنية قيل لو زالت حرارتها بالطبخ ، يحل شربها لأنها مابقيت خمراً . ( إلا أنه لا يحد فيها ما لم يسكر منه ) أي إلا أن الشان لا يحد في المطبوخ من الخمر ما لم يسكر .

يسكر منه على ما قالوا . لأن الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه . وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها . وفيـــه خلافاً الشافعي رحمه وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى . هذا هو الكلام في الخمر . وأما العصير إذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخه ويسمى البازق

---

(على ما قالوا ) أي المشائخ . وإنما قال هكذا لأن محمداً رحمه الله لم يذكر انه إذا شرب بعد الطبخ ولم يسكر .

ثم قالوا : قيل يجب الحد . ثم قالوا : لا يجب ، لأنه ليس بخمر لغـــة ، فان الخمر لغة النيء من ماء العنب وهذا مطبوخ وليس بنيء أشـــار إليـه بقوله ( لأن الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ ) .

أي صار مطبوخاً .

وقال شمس الأئمة السرخسي يحد من شرب منه قليـــلا كان أو كثيراً بالنص لأنه يوجب الحد في قليل الخمر .

( والعاشر في جواز تخليلها ) أي الموضع العاشر في جواز تخليل الخمر (وفيه) أي وفي هذا الموضع ( خلافاً للشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد إن شاء الله تعالى ) .

يعني في آخر هذا الباب .

( هذا هو الكلام في الخمر ) يعني الذي ذكرناه إلى هـــذا الموضع هو الكلام في أحكام الخمر . ( وأما العصير ) هذا عطف على قوله أما الخمر . وقد فصل بها قولـــه الأشربة المحرمة أربعة ، لأن التفصيل يكون بعد الاجمال .

( إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخه ويسمى البازق ) . قيل إنها كلمة معربة تعريب باده بالفارسي .

وكما سئل ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن البازق فقال :

سبق محمد البازق . وما أسكر فهو حرام . كذا في الفائق إن لم يكن البازق في عهد رسول الله ﷺ .

## والمنصف . وهو ما ذهب نصفه بالطبخ . فكل ذلك حرام عندنا إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف .

---

ويجوز أن يكون معناه سبق قوله في البازق وغيره في المغرب . هذا ضعيف .

بل البازق ، عصير عنب طبخ أدنى طبخه فصار شديداً .

(والمنصف ) يجوز بالنصب عطفاً على قوله البازق أي يسمى الذاهب أقل من الثلثين. البازق والمنصف وأيضاً أنه قد حصر الأشربة المحرمة على أربعة وهي :

الخمر ، والعصير الذاهب أقل من الثلثين ، ونقيع التمر ، ونقيع الزبيب .

ولو كان المنصف غير البازق ، يلزم أن تكون الأشربة المحرمة خمسة ويجوز المنصف بالرفع لأنه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لأنه أعم أن يكون منصفاً أو غيره .

ولهذا جعل شيخ الإسلام خواهر زادة، البازق قسماً والمنصف قسماً حيث قال :

أما الذي يتخذ من العنب والرطب ...

قالوا : ستة : الخمر ، والبازق ، والمنصف ، والمثلث والتجيج والجمهوري والحميدي وسمي أبا يوسفي .

فان قلت أيهما أوجه ...

قلت : الأول أوجه معنى . وهذا أوجه لفظاً لأنه لو كان منصوباً يقال أيضاً ( وهو ما ذهب نصفه بالطبخ ) .

أي المنصف هو الذي ذهب نصفه بالطبخ .

( وكل ذلك حرام عندنا ) : يعني القليل والكثير .

ولكن ( إذا غلا واشتد وقذف بالزبد ) على مذهب أبي حنيفة ( أو إذا اشتد ) يعني من غير قذف بالزبد على مذهبهما أشار إلى ذلك بقوله (على الاختلاف) المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه في اشتراط القذف بالزبد .

ثم تبين ما ذكره خواهر زاده من أنواع ما يعمل من العنب الأول الخمر وقد مر بيانه .

والثاني : البازق

فحكمه انه حلال شربه ما دام حلواً ، فاذا غلا واشتد وقذف بالزبـد ، فانه يحرم قليله و كثيره في قول علمائنا وعامة العلماء. وعند بشر واصحاب الظواهر كذا والاصفهاني وغيرهم يحل شربه ، ولا يفسق شاربه ، ولا يكفر مستحله ، ولا يحد شاربه .

وعندنا ما لم يسكر منه .

وعند الشافعي : يحد إذا شرب قطرة ونجاسته غليظة .

وقال شيخ الاسلام :

ينبغي أن تكون خفيفة على مذهبيهما لتعارض الاخبار في إباحته وحرمته .

والثالث : المنصف

وهو الذي طبخ من نيء العنب حتى بقي نصفه . فما دام حلواً يحل شربه ، وإذا غلا واشتد ، وقذف بالزبد ، لا يحل شربه .

عندنا خلافاً لبشر وأهل الظاهر .

والرابع : المثلث

وسيجيء حكمه .

والخامس : المتبجح :

واختلفوا في تفسيره ... فقال الامام أبو حنيفة الكمي :

هو العصير الذى صب فيه الماء ، وطبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين . وانه لما دام حلواً يحل شربه ، وإذا غلا واشتد لا يحل شربـه قليله و كثيره

عند علمائنا جميعاً .

وهو الذى سمي جمهورياً أيضاً .

وقال بعضهم :

التبجيج الحميدي وهو أن يصب الماء على المثلث ويترك حتى يشتد فانه يحل شربه .

قال شيخ الإسلام خواهر زادة :

وهو الأصح . ويسمى أبا يوسف رحمه الله كان كثيراً يستعمله وهل يشترط لاباحتـه

## وقال الأوزاعي إنه مباح. وهو قول بعض المعتزلة لأنـــه مشروب طيب ليس بخمر

عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف بعدما صب المـــاء فيه أو في طبخه اختلف المشائخ فيه .

قال شيخ الإسلام :

كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول :

يشترط أدنى طبخه لاباحته عندهما .

وكان الشيخ الإمام الجواهري والإمام الحاكم أبو محمد الكفقي يقولان :

لا يشترط .

ومن حكمه انه يحل شربه ما دام حلواً . وكذا إذا غلا واشتد ما دون السكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله .

ولا يحل السكر منه ويحد على ذلك ولا يحد إذا شرب قطرة خلافاً للشافعي رحمه الله . ( وقال الأوزاعي ) .

وهو عبد الرحمن بن عمرو ، إمام أهـــل الشام الأوزاعي نسبة إلى أوزاع : وهي من قبائل شتى . وقال ابن أبي حيثمة الأوزاعي بطن من همدان .

وقيل : بطن من ذي الكلاع .

وقيل : اسمه مريد بن زيد بطن من حمير ... وقيل غير ذلك ...

( أنه مباح ) : أي العصير الذى طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه يباح شربه .

( وهو قول بعض المعتزلة ) . وهو بشر المريسي ، وهو قول أصحاب الظاهر أيضاً كداود الأصفهاني وغيره .

( لأنه مشروب طيب ) : إذ الطيب ما يستطيبه الطبع . ( وليس بخمـــر ) صورة لأنهنيء ولا معنى لأن الخمر مشتق من المخامرة . ولهذا قال عمر رضي الله تعالى عنه .

الخمر ما يخامر العقل بخلاف القدح المسكر ، فانه يخـــامر العقل فيكون خمراً من حيث المعنى .

ولنا انه رقيق ملذ ومطرب . ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعاً للفساد المتعلق به . وأما نقيع التمر ، وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب

---

( ولنا أنه رقيق ) أي أن العصير المذكور رقيق واحترز به عن المثلث والدبس ، فانهما غليظان ( ملذ ) من الالتذاذ أراد به أنه جانب اللذة . ( ومطرب ) من الاطراب فيدعو قليله إلى كثيره .

( ولهذا ) أي ولكونه ملذاً مطرباً ( يجتمع عليه الفساق فيحرم عليه شربه دفعاً للفساد المتعلق به ) .

وقد اجتمع الفساق عليه ودعا قليله إلى كثيره بخلاف المثلث لأنه ليس بخمر حقيقة ولا معنى لأنه لا يؤدي إلى المخامرة غالباً ، فان شرب القليل منه لا يدعو إلى الكثير لغلاظته و كثافته ولا يفسق شاربه للاختلاف فيه .

ولم يثبت الحرمة فيه بدليل قاطع بخلاف ما لو أكل متروك التسمية عمداً حيث يفسق مع الاختلاف في الحرمة لثبوتها بدليل قطعي . والحرمة متى يثبت ولم يثبت متى لم يثبت بدليل قطعي لا يعتبر الاختلاف بعد ذلك .

( وأما نقيع التمر ) عطف على قوله : وأما العصير ( وهو السكر ) بفتح السين والكاف جميعاً ، وما يتخذ من التمر أنواعه ثلاثة :

السكر والنبيذ والفضيخ : وهو المراد بالنقيع ، وإنه حرام كالبازق .

والنقيع من أنقع التمر والزبيب في الخابية إذا ابقاه فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة في الماء وأهمه الشراب النقيع .

( وهو النيء من ماء التمر ) أى النقيع الذى هو السكر وهو النيء من ماء العنب ( أى الرطب ) .

قال الأترازي « رح » تفسير صاحب الهداية :

التمر بالرطب فيه نظر لأن التمر إذا نقع في الماء يسمى نقيعاً ، ولا حاجة إلى أن ينقع الرطب لا محاله يعني يسمى نقيعاً .

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله إنه مباح لقوله تعالى
تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً

---

وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أى نقيع العنب وليس بقوي .

قلت : هذا التفسير لا بد منه ، لأن الشراب المتخذ من التمر أسمـــه نبيذ التمر ، لا السكر ، وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمها الله على مـــا يجيء إن شاء الله تعالى .

وقال تاج الشريعة :

وفائدة تفسير التمر بالرطب أن في نقيع اليـابس ينبغي أن يكون خلاف الاوزاعي كما في المطبوخ قليلاً من عصير العنب ، والجامع أن في الأول ذهب البعض بالنار وفي الثاني بالشمس والحاصل أنه ذكر خلاف الأوزاعي في الزبيب لأنه ذهب بعضه بالشمس .

وهذا المعنى ثابت في التمر . ولم يذكر الخلاف فيه علم أن المراد مـن التمر الرطب لأنه لا يخالفون في الرطب ، وإنما يخالفنا في اليـــابس من التمر ( فهو حرام مكروه ) أردف الحرام بالمكروه ليعلم أن درجة حرمته أدنى من الخمر ، لأن حرمـــة السكر اجتهادية ، وحرمة الخمر بالإجماع قطعية . ولهـــذا لا يكفر مستحل السكر ويكفر مستحل الخمر .

( وقال شريك بن عبد الله ) ابن أبي شريـــك ساب بن عبد الله النخعي الكوفي من أصحاب أبي حنيفة « رح » وممن أخذ منه ببخارى ومات بالكوفة يوم السبت في ذي العقدة سنة سبع وسبعين ومائة .

وروى له مسلم متابعة تولى القضاء بواسطة ستة وخمسين ومائة ثم تولى الكوفة بعد ذلك .

( إنه مباح )

أى السكر مباح ( لقوله سبحانه وتعالى تتخذون منه سكراً ورزقاً حسنـاً ) أول الآية ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكراً ورزقـــاً حسناً أى يسقيكم من ثمرات النخيل والاعناب أى من عصيرها . وحذف الدلاله يسقيكم قليلة عليه .

وقوله : تتخذون منه سكراً بيان وكشف عن كيفية الاسقاء . والسكر : النبيذ :

امتن علينا بـــه وهو بالمحرم لا يتحقق . ولنـا اجماع الصحابة رضي الله عنهم

---

وهو خمر التمر والرزق الحسن الدبس والخل والتمر والزبيب وغير ذلك .

والرزق الحسن شرعاً ما هو حلال . وحكم المعطوف والمعطوف عليه واحد ، لأن الآية لبيان الامتناع . ويجوز أن يجعل السكر رزقاً حسناً كأنه قيل :

تتخذون ما هو سكر ورزق حسن .

( امتن علينا به ) أى بالسكر ( وهو بالمحرم لا يتحقق ) أى الامتنـــان بالحرام لا يتحقق من الحكم .

( ولنـــا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم ) يعني على تحريم السكر .

وروى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا الثوري عن منصور ، عن أبي وائل قال :

اشتكى رجل منا بطنه فوصف له السكر . فقال عبد الله بن مسعود : إن الله لم يكن ليجعل شفاءكم فيما حرم عليكم .

أخبرنا معمر عن منصور به وزاد قال معمر :

والسكر يكون من التمر والطريق عبد الرزاق .

روى الطبراني في معجمه بالسند الأولى. .ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، حدثنا جرير ابن عبد الحميد عن منصور به حدثنا جرير عن مغيرة ، عن ابراهيم قال : قال عبد الله : السكر خمر .

حدثنا حفص بن غيـاث ، عن ليث ، عن حرب ، عن سعيد بن جبير ، قال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه سئل عن السكر فقال : الخمر .

وفي السنن للدارقطني ، عن عبد الله بن أبى الهـذيل قال : كان عبد الله يحلف بالله أن التي أمر بها النبي ﷺ أن يكسر دنانه حين حرمت الخمر سكر التمر ، والزبيب .

وروى البيهقي من حديث سفيان عن الأسود بن قيس ، عن عمر بن سفيان ، عن ابن عباس أنه سئل عن قول الله سبحانه وتعالى .

تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً .

ويدل عليه ما رويناه من قبل . والآية محمولة على الابتداء . وكانت الاشربة مباحة كلها .

---

قال :السكر ما حرم من ثمرتها .. والرزق الحسن من ثمرتها .

وروي عن علي بن أبى طلحة ،عن ابن عباس في قوله سبحانه وتعالى .

﴿ تتخذون منه سكراً ﴾ .

فحرم الله السكر بعد ذلك السكر مع تحريم الخمر لأنها منها .

قال رزقاً حسناً فهو حلال من الخل والرب والنبيذ ، وأشباه ذلك ...

فأقره الله ، وجعله حلالاً لنا .

( ويدل عليه ما رويناه من قبل ) : أي يدل على إجماع الصحابة «رض» ما رويناه من قبل، وهو قوله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين . وأشار إلى الكرمة والنخلة ولم يروا بـه بيان الأثم فإنه ما بعث لذلك فيكون المراد بيان حكم الحرمـــة أن ما يكون من هاتين الشجرتين سواء في الحرمـــة . ثم التي من ماء العنب إذا غلا واشتد خمراً . فكذا التي من ماء التمر .

إلا أنه لا يحد بنفس الشرب ، لأن اختلاف العلماء أورثت فيها شبهة . ( والآيـــة الشريفة محمولة على الإبتداء وكانت الأشربة مباحة كلها ) .

أشار بهذا إلى أن الآية منسوخة . قال مقاتل :

نزلت الآية قبل تحريم الخمر لأن السورة مكية ، وتحريم الخمر بالمدينة وروى البيهقي من حديث شعبة ، عن المغيرة ، عن ابراهيم الشعبي وأبي رزين :

﴿ تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً ﴾ هي منسوخة . فإذا كانت منسوخة فلا يجوز الاحتجاج به .

وفي الكشاف وقيل : السكر،النبيذ،وهو عصير العنب والزبيب والتمر إذا طبـــخ حتى ذهب ثلثاه ثم يترك حتى يشتد ، وهو حلال عند أبي حنيفة إلى حد السكر .. ويحتج بهذه الآية .

وقيل : أراد به التوبيخ .. معناه : والله أعلم تتخذون منه سكراً وتدعون رزقاً حسناً .

---

( وقيل أراد به التوبيخ ) أي أراد بالآية الشريفة التوبيخ ، أي أراد بالآية المذكورة التوبيخ لا الإمتنان ( معناه : والله سبحانه وتعالى أعلم ، تتخذون منه سكراً وتدعـون رزقـاً حسناً )

يعني بسفاهتكم تتخذون منـه سكراً حراماً وتدعون رزقا حسنا: أي تتركون والله سبحانه وتعالى أعلم [1] .

وفي الذخيرة ، ما يتخذون من الشراب ، من الخمر ثلاثة للسكر والعصير وهو الذي يسمى فضيحا ، والنبيذ .

أما السكر فهو التي من باب الرطب ، فإنه حلال ما دام حلواً . وإذا اشتد وقذف بالزبد فهو حرام عندنا وهو الصحيح خلافاً للبعض وأما الفضيح ، فهو التي من ماء البسر المذنب ، والإسم مشتق من الفضح وهو الكسر .

فالبسر المذنب بكسر ويجعل في جب ، ويصب عليه الماء فيخرج حلاوتـه . وسيجيء فضيحا ولكونه مستخرجا من البسر المفضوح فإنه حلال ما دام حلواً ، فإذا اشتد وقذف بالزبد فهو حرام عندنا وأكثر أهل العلم .

ولكن حرمته عندنا دون حرمة الخمر ، فإن عند أبي حنيفة «رح» يجوز بيع السكر ، ولا يجب الحد بشرب قليله ، ولا يمنع جواز الصلاة بإصابة الثوب أكثر من قدر الدرهم .

وأما نبيذ التمر وهو نقيعه ، إذا طبخ أدنى طبخة وغلا واشتد وقذف بالزبد فإنـه حلال عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لاستمرار الطعام والتداوي ، والسكر منه حرام . وهو قول محمد أولاً ، ثم رجع وقال : لا يحل شربه . وهو قول الشافعي «رح» .

---

(١) إذا قرأنا الآية التي قبلها « وإن لكم في الأنعام لعبرة نسقيكم مما في بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين . ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكراً ورزقاً حسناً» فانظر إلى المقابلة بين فرث ودم – سكراً وبين لبنا خالصاً – ورزقاً حسنا . فقد يكون هذا هو المراد والله تعالى أعلم . اهـ مصححه .

واما نقيع الزبيب، وهو النيء من ماء الزبيب ، فهو حرام إذا اشتد وغلا . ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي . وقد بينا المعنى من قبل ، إلا أن حرمة هذه الاشربة ، دون حرمة الخمر ، حتى لا يكفر مستحلها . ويكفر مستحل الخمر ، لأن حرمتها اجتهادية ، وحرمة الخمر قطعية . ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر . ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية ،

---

( وأما نقيع الزبيب ) عطف على قوله . وأما نقيع التمر ، وهو النوع الرابع من الأشربة المحرمة ، وقيد نقيع الزبيب لأنه نبيذ الزبيب ، وهو الذي طبخ أدنى طبخة يحل شربه إلى السكر عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ، كالمثلث العيني عندهما . ( وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام إذا اشتد وغلا ) .

أي غلا بنفسه ، لا بالنار .

( ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي ) أي يجيء خلافه على تقليله انه مشروب طيب وليس بخمر ، وهو قول شريك والظاهرية أيضا ، ( وقد بينا المعنى من قبل ) أشار به إلى قوله :

إنه رقيق ملذ ، مطرب .. إلى آخره .

( إلا أن حرمة هذه الاشربة ) يعني البازق والمنصف ونقيع التمر ونقيع الزبيب ( دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها ) أى حرمة هذه الاشربة ( اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ) لعدم الاختلاف فيها .

( ولا يجب الحد بشربها ) أي بشرب هذه الاشربة ( حتى يسكر ) بخلاف الخمر ، فإن بشرب قطرة منها يجب الحد وهو معنى قوله :

( ويجب بشرب قطرة من الخمر ) .

لان الحرمة لعينها كما بينا . (ونجاستها) أي نجاسة هذه الاشربة ( خفيفة في رواية) لقصور دليل الحرمة عن القطع ، واختلاف العلماء .

وغليظة في أخرى . ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة . ويجوز بيعها ، ويضمن متلفها عند أبي حنيفة ، خلافاً لهما فيهما لأنه مال متقوم . وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها .

---

قال الفضلي : وهو قياس قول أبي حنيفة « رح » وأبي يوسف « رح » ( وغليظة في أخرى ) أي في رواية أخرى رواها هشام عن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » لانه لما ألحق بالخمر في حق الحرمـــة ، ألحق في حق النجاسة .

( ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ) : لقطع حرمتها . ومنه بقوله رواية واحدة على أن تغليظ نجاسة الخمر ليس فيه إلا قول واحد يتغلظ بنجاستها .

فإن قلت نصب رواية بماذا قلت على المصدرية تقديره . روى ذلك رواية واحدة .

( ويجوز بيعها) أي بيع الاشربة المذكورة سوى الخمر ( ويضمن متلفها ) أي متلف هذه الاشربة ( عند أبي حنيفة «رح» ) يرجع الى المسألتين .

( خلافا لهما فيهما ) أى خلافا لابي يوسف ومحمد «رح » في البيع والاتلاف وبقولهما : قالت الثلاثة لانه غير محرم التناول فلا يجوز بيعه كالخمر . وهذا لان جواز البيع باعتبار صفة المالية والتقوم ، وهنا باعتبار كون العين منتفعا به شرعا .

ولا منفعة بهذا المشروب سوى الشرب ، فإذاحرم شربه شرعا كان بيعـــه فاسداً قياسا على الخمر ( لانه مال متقوم )

هذا دليل أبى حنيفة «رح» :

أي لأن هذه الأشربة مال متقوم . وتذكير الضمير باعتبار الحال أو باعتبار المذكور أو باعتبار كل واحد أما كونه مالاً فلجريان الصيغة فيه ،وأما كونه متقوماً، فلعدم القطع في حرمته أشار إليه بقوله:

( وما شهدت دلالته قطعية بسقوط تقومها ) .

لأن الناس اختلفوا في إباحة شربه ، فيجوز بيعه كالمثلث .

بخلاف الخمر ، غير أن عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة وعن أبي يوسف انـــه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين

---

وهذا لأنه ليس من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع ، فإن الدهن النجس لا يحل تناوله ويجوز بيعه ، وكذا بيع السرقين يجوز .

وان حرم تناوله .·. ( بخلاف الخمر ) حيث لا يجوز بيعها ولا يضمن متلفهـا إذا كانت لمسلم ، لقيام الدليل لسقوط تقومها ( غير أن عنده ) أي عند أبي حنيفـــة « ر ح » ( تجب قيمتها )

أي قيمة هذه الأشربة عند الإتلاف (لا مثلها ) أي لا يجب مثلها كما إذا أتلف المسلم خمر الذمي حيث يجب القيمـــة لا المثل وإن كانت الخمر من ذوات الامثال لأن المسلم ممنوع من تملكها .

( كما عرف ) أي كما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فـــلا يكون مأموراً بإعطاء المثل .

حتى لو أعطى ، يخرج عن العهدة إلا أنه مكروه ( ولا ينتفع بها ) أي بالاشربـــة المذكورة ( بوجه من الوجوه لانها محرمة ) ، فلا يجوز الإنتفاع بالحرام .

ألا ترى أن شيخ الإسلام ذكر في شرح كتاب الاشربـــة أن رجلاً أتى عبد الله ابن مسعود فقال : في بطني صفرة ...

فوصف إلي السكر ...

فقال عبد الله : إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم .

وقد ذكرنا نحو هذا عن قريب في روايـــة البيهقي وفي ديوان الادب الصفرة حية تكون في البطن .

( وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين)

قال الكرخي في مختصره مارواه الحسن عن أبي يوسف جواز البيع ، خلاف المشهور عنه .

والمشهور عنه أن بيعه لا يجوز .

وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة ، ولا بأس به. قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وإن سكر منه ... ولا يقع طلاق السكران منه ، بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج .

---

( وقال في الجامع الصغير : وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به ) .

إنما أورد هذا لبيان ان العموم المذكور فيه لا يوجد في غيره أي :

فيما سوى الاشربة المحرمة وهي :

الخمر ، والسكر ، ونقيع الزبيب ، والعصير الذي ذهب بالطبخ أقــل من ثلثيه فلا بأس بشربه.

( قالوا ) أي قال شراح الجامع الصغير مثل فخر الإسلام وغيره ( هــذا الجواب على هذا العموم ) يعني في جميع الأشربة غير المستثناة .

( والبيان ) والتصريح . ( لا يوجد في غيره ) أي في غير الجامع الصغير ( وهو نص ) أي الذي ذكره في الجامع الصغير نص ( على أن ما يتخذ من الحنطــة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة «رح» ولا يحـد شاربه عنده وإن سكر منه . ولا يقــع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ) أي النائم إذا طلق امرأته لا يقع فكذا اطلاق السكر أن من المتخذ من هذه الأشياء .

( ومن ذهب عقله بالبنج ) أي وبمنزلة من ذهب عقله بالبنج فإنه لا يقع طلاقــه ولا يصح بيعه ولا اقراره . وقال تاج الشريعة «رح» : إنما لا يقع الطلاق البنجي إذا لم يعلم أنه بنج . أما إذا علم وأقدم على أكله يقع طلاقه .

ذكر صاحب المحيط أن هذا التفصيل منقول عن أبي حنيفة « رح » . وذكر أيضاً أن السكر من البنج حرام ، وان طلاق البَنجي واقع . وقيل :

أكل البنج حرام وإن لم يسكر لما روي أنه ﷺ نهى عن الميسر ، والخمر ، والكوبة،

ولبن الرماك . وعن محمد «رح» أنـــه حرام . ويحـد شاربه إذا

---

والعنبر . قيل هو البنج ، والكوية : الطيل . وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه أكل قليل السقمونيا والبنج مباح للتداوي . ومـا زاد على ذلك إذا كان يقتل أو يذهب العقل حرام . فإن قلت : ما البنج ؟.. قلت : قال في البيان : البنج بالفتح نبت له حب يسب ويخلط العقل ، وهو فارسي معرب . وهو بالفارسية بنك .

وذكر القاضي في كتاب النبات :

أن البنج حشيش له قضبان غلاظ ، وورق عراض ، صافحة الطول، مشققة الأطراف عليها زغب ، وعلى القضبان ثمر يشبه الجلبان في شكله متفرق في طول القضبان بواحـد بعد واحد . كل واحد منها مطبق بشيء يشبه بالمطرس وهـــذا التمر فلأنه من بزر يشبه بزر الخشخاش . وهو ثلاثة أصناف :

منها ما له بزر أسود : فهو يحدث جنوناً وصرعاً .

ومنها بزر أحمر حمرة معتدلة ، وهو قريب من هذا في القوة ، ولذلك ينبغي أن يتوقاهما الإنسان جيماً لأنها يقتلان .

ومنها ما له بزر أبيض وزهر أبيض وهو من أنفع علاج في الطب تنبت بالقرب من الشجر والخرابات . انتهى فعلم من هذا : أن الذي يدعي أن البنج هو النبات الذي يستعمله القبلة التي يسمى بـــين الناس بالحشيش بلغة العرب خطأ ، وان البنج غير هذا لأن الحشيش غير قتال لكن مخدر ومفتر ومكسل . وفيه أوصاف ذميمة فكذلك وقـع إجماع المتأخرين « رح » على تحريم أكله وهو نبات أخضر يشبه القرط ، وبه بزر يشبه السدانق منه بري ومنه ما يزرع .وأكثره بزرع وله رائحة ذكية جداً .

ومنهم من يقول إنه صنف من القنب . قال العانقي :

القنب الشهد إلى آخره ... بالفارسية ، وهو نبات يعمل منه حبال قوية ، وله ورق منتن الرائحة ، وقضبان طوال ، وبزر مستدير يؤكل. فعلى كل تقدير البنج غير الحشيشة .

( ولبن الرماك ) .

أي وبمنزلة من ذهب عقله بلـــبن الرماك ، وهو جـــع رمكة ، وهي الأنثى من الخيل . وفي الإختيار قيل : يجب الا يحل لبن الرماك عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمهـا إذ

سكر منه ، ويقع طلاقه إذا سكر منه ، كما في سائر الاشربة المحرمة .
وقال فيه أيضاً . وكان أبو يوسف يقول : ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه . ثم رجع إلى قول أبي حنيفة وقوله الاول مثل قول محمد إن كل مسكر حرام . إلا إنــه تفرد بهـذا الشرط . ومعنى قوله يبلـغ : يغلي ويشتد .
ومعنى قوله : ولا يفسد : لا يحمض ووجهه ان بقاء هـــذه المدة من غير أن يحمض ، دلالة قوتـــه وشدته . فكان اية حرمته .
ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ، وأبو حنيفـــة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه ، وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى . وأبو يوسف رجع الى قول أبي حنيفـــة « رح » فلم يحرم كل مسكر . ورجع عن هذا الشرط أيضا . وقال في المختصر : ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحـــد منهما أدنى طبخة ، حلال . وإن اشتد ، إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنـــه لا يسكر من غير لهو ولا طرب .
وهذا عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف وعند محمد « رح » والشافعي حرام . والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره إن شاء الله تعالى .

---

هو متولد منه . وجوابه ان كراهته اللحم لاحترامه ، أو لمـــا في إباحته من تعليل آلة الجهاد ، فلا يتعدى إلى لبنه . وسيجيء في متن الكتاب هو منقولاً عن أبي حنيفة المتخـذ من لبن الرماك لا يحل اعتباراً للجهاد ، إذ هو متولد منه . والأصح أنه يحل عنده .

وذكر في بعض شروح الكنز لبن الرمكة حلال بالإجماع. قلت: الذي يفعله ترك مصر من لبن الرماك ينبغي أن يكون حراماً ، لأنهم يأخذون اللبن الخالص من الرمكة ، ويتركونه أياماً حتى يشتد جداً ، ويخلطون به السكر ، ويشربونه للهو والطرب ، ويسكرون منه كما يسكر أحدنا من غيره من المسكرات . وربما يضيفون إليه أشياء أخرى ويسمونه قمزا ويسكرون منه كالخمر . وهذا لا شك حرام .

وقد روى أبو داود «رح» .

وفي هذا المحل سقط من نسخة المؤلف « ر ح » ورقة كاملة فقدت سنة من دخول سلطان الاعظم سليمان خان بن عثمان سقى الله ثراه جنوب الرحمة . هكذا أخبرني بذلك الشمس العلامة محمد بن الإمام الجليل الشيخ شهاب الدين الشهير بابن سلمى رحمه الله تعالى [1] .

وأما الذي فيه اختلاف العلماء . أي علمائنا فهو نبيذ التمر إذا طبخ أدنى طبخة ثم اشتد . فإن اشتد قبل الطبخ ، فهو نبيذ التمر ، وهو السكر . أما إذا طبخ أدنى طبخة ، ثم اشتد ، فإن في قول أبي حنيفة وأبي يوسف « ر ح » الآخر لا بأس بالقليل لاستمراء الطعام

وفي قول أبي يوسف الأول ، ومحمد الآخر فيه ، وبه يأخذ . واتفقوا أنه لو شرب للهو ، لا يجوز .

وهكذا روي عن أبي يوسف «رح» في الأمالي . وقال :

ولو أراد أن يشرب السكر ، فقليله وكثيره حرام . والقعود إليه حرام ، ومشيه إليه حرام . وإنما يجوز إذا قصد به استمراء الطعام .

(١) هكذا ورد في النص في طبعة لكنهو ـ الهند ١٢٩٣ هـ والمأخوذ عن مخطوطة مولانا فريد الدين الوكيل التي أخذنا عنها هذه الطبعة إلا أن متن الهداية كامل وصحيح ونرجو الله أن يهيء لنا نسخة خطية أخرى لاستدراك هذه الورقة ( الناشر ) .

قال : ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ، ما كدت اهتدي إلى أهلي فغدوت اليه من الغد ، فأخبرته بذلك فقال : ما زدناك على عجوة وزبيب .

---

( قال ولا بأس بالخليطين ) .

أي قال القدوري في مختصره :

والخليطان عبارة عن نقيع التمر ، ونقيع الزبيب ، يخلطان فيطبخ بعد ذلك أدنى طبخة ويترك إلى أن يغلي ويشتد . ( لما روي عن ابن زياد أنه قال : سقاني ابن عمر «رض» شربة ما كدت اهتدي إلى أهلي ، فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال :

ما زدناك على عجوة وزبيب ) .

وهذا ما رواه محمد بن أياس في كتابه الآثار :

أخبرنا أبو حنيفة «رح» عن أبي اسحاق سليمان الشيباني . عن ابن زياد أنه أفطر عند عبد الله بن عمر « رض » ، فسقاه شراباً ، فكأنه أخذ منه ، فلما أصبح غدا إليه فقال له :

ما هذا الشراب ؟ . ما كدت أهتدي الى منزلي .

فقال ابن عمر : ما زدناك على عجوة وزبيب ، انتهى .

وابن زياد وهو عبد الله بن زياد ، والعجوة : التمر الذي يصب فيه الفرس لجودته .

وروى أبو داود عن عبد الله الحزمي ، عن مسعر ،عن موسى بن عبد الله ، عن امرأة من بني أسد ، عن عائشة «رض» : أن رسول الله ﷺ كان ينبذ له نبيذ فتلقى فيه تمراً وتمر فتلقى فيه زبيب .

وروي أيضاً عن زياد الحسناني: حدثنا أبو بكر ، أخبرنا عتاب بن عبد العزيزعن صفية يعني صفية بنت عطية قالت :

دخلت مع نسوة من عبد القيس على عائشة فسألنا عن التمر والزبيب فقالت :

كنت آخذ قبضة من تمر ، وقبضة من زبيب فالقيه في اناء ، فأمرسه ثم أسقيه النبي ﷺ . وفي هذا كله دليل على أن شرب الخليطين لا بأس به يدل على ذلك قول ابن عمر

«رض» : ما زدناك على عجوة وزبيب . وقول عائشة « ر ض » فتلقي فيـــه تمراً وتمر ليلقي فيه زبيب .

وكذلك قوله أخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب . الحديث .

وقال تاج الشريعة والمتقشفة يقولون :

لا يحل شربه وان كان حلواً لما روي أن النبي ﷺ نهى عن شراب الخليطين وعـــن القران بين التمر ، وعن الجمع بين اللقمتين وروي أنـــه نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر. وتأويل ذلك أنه كان في زمن الجدب . وكره الأغنياء الجمع بين اللقمتين. والدليل على أنه لا بأس به في غير زمن القحط ما روي عن عائشة «رض» :

كنت أنبذ لرسول الله ﷺ تمر البسرة فأمرني فألقيت فيه زبيباً . يريد ماذكرنا بماروي من حديث ابن زياد المذكور وابن عمر «رض» كان معروفاً بالزهد والعفة بين الصحابـة «رض» فلا نظن به أنه كان يسقي غيره ما لا يشربه . ولا انه يشرب ما كان يتناوله نص التحريم وقد ذكرناه. انما سقاه كان مشتداً حتى أثر فيه على وجه ما كان يهتدي إلى أهله وانما كان هذا على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقه السكر فإن ذلك لا يحل .

وفي قوله ما زدناك على عجوة وزبيب دليل على أنه لا بأس بشرب القليل من المطبوخ بماء الزبيب والتمر ان كان مشتداً ولأنه لما جاز اتخاذ الشراب من كل واحد بانفراده جاز الجمع بمنزلة السكر والعانيد انتهى كلامه . وفيه روى أيضاً لقول أصحاب الظواهر وبعض الروافض. وأحمد في رواية أنهم لا يحلون شرب الخليطين وان كان حلواً وان كانوا لا يحلون الجمع بين اللقمتين بخلاف المرقة والادام. والجمع بين التمرتين بعد الطعام والمستقيم على التعاقب فإنه لا يكره بالإجماع .

ولنا حديث عائشة «رض» ، وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ كلوا مـما في الأرض حلالاً طيباً ﴾ . بلا تفصيل بين حالة وحالة . والحديث محمول على الشدة والقحط . وكذا روي عن ابراهيم النخعي « رح » وكان في ابتداء الإسلام .

( وهذا من الخليطين وكان مطبوخاً ) أي وهذا الذي سقاه ابن عمر ابن زياد كان من

الزبيب وهو النيء منه . وما روي أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب . والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الإبتداء

---

الخليطين والحال أنه كان مطبوخاً لانيئاً (لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه)

أي لأن المروي عن ابن عمر «رض» حرمة نقيع الزبيب والمراد منه هو النيء منه وأشار بذلك الى ما روي أنه في نقيع الزبيب خمر احسبها فكذلك يحمل ما روي عن ابن زياد على المطبوخ حتى لايناقض قول ابن عمر فعله . وهذا تأويل صاحب الهداية غير مستقيم لأن حديث عائشة «رض» الذي ذكرناه الآن صريح على انما كان من الخليطين كان نيئاً وما روي عن ابن عمر من حرمة نقيع الزبيب لم يثبت ولم يذكره أهل النقل فكيف يجعل هذا دليلاً على أن المراد ما ذكر من حديث ابن زياد كان مطبوخاً لا نيئا (وما روي أنه ﷺ نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الإبتداء) .

هذا جواب عما استدرك به المحرمون الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر من نهيه ﷺ عن الجمع بين هذه الأشياء وهو ما روي عن البخاري ومسلم وبقية الستة ، عن عطاء ابن أبي رباح ، عن جابر «رض» عن النبي ﷺ أنه نهى أن ينبذ الزبيب والتمر جميعا ونهى أن يخلط بين البسر والرطب جميعا .

واخرج الجماعة الا الترمذي عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه أن النبي ﷺ نهى عن خليط الزبيب والتمر وعن خليط البسر والتمر وعن خليط الزبيب والتمر وقال : انتبذوا كل واحدة على حدة .

وفي لفظ فيه لمسلم أن النبي ﷺ قال لا تنتبذوا الزهر والرطب والزبيب جميعا ولكن انتبذوا كل واحد على حدته .

ولم يذكر البخاري فيه الرطب والبسر .

وأخرج مسلم عن يزيد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال :

نهى رسول الله ﷺ أن يخلط التمر والزبيب جميعاً وأن يخلط التمر والرطب جميعاً.

قـــال : ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وإن لم يطبـخ هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين ، وأشار إلى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما . والمراد بيان الحكم .

---

وأخرج أيضاً عن نافع عن ابن عمر قال :
نهى أن ينبذ البر والرطب جميعاً والتمر والزبيب جميعاً .

وأخرج أيضاً عن أبي المتوكل عن أبي سعيد الخدري قال : نهـانا رسول الله ﷺ أن نخلط بسراً بتمر وزبيباً ببسر .

وقال : من شرب منكم النبيذ فليشرب زبيباً فرداً أو تمراً فرداً أو بسراً فرداً .

قوله محمول على حال الشدة أي القحط وإن كان ذلك في الإبتداء أي في ابتداء الإسلام ويؤيده ما رواه أحمد بن الحسن في كتاب الآثار الحسان عن أبي حنيفة .

أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي « رح » قال : لا بـأس بنبيذ خليط التمر والزبيب وإنما كرهها لشدة العيش في زمن الأول كما كره السمن واللحم وما كره الاقران . فأما إذا وسع الله سبحانه وتعالى من المسلمين فلا بأس به .

وأخرج ابن عدى في الكامل عن عمر بن دريد حدثنا عطاء بن أبي ميمونـــة عن أم سليم وأبي طلحة أنهما كانا يشربان نبيذ الزبيب ، والبسر يخلطانه ، فقيل له يا أبا طلحة إن رسول الله ﷺ نهى عن هذا . قال نهانا عن العوز في ذلك الزمان ، كما نهى عـــن الأقران ، وأعله بعمر بن ذريح .

( قال «رح» ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ ) اي قال القدوري في مختصره ( وهذا ) اي قوله حلال ( عند ابي حنيفة وابي يوسف «رح» اذا كان من غير لهو وطرب ) قيد بهذا القيد لأنه إذا شرب لأجل اللهو والطرب يحـــرم بالاتفاق ( لقوله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين ، واشار إلى الكرمة والنخلة ، خص التحريم بهما ، والمراد بيان الحكم ) قد تقدم في اول الباب ان هذا الحديث اخرجه الجماعـــة إلا

البخاري عن يزيد بن عبد الرحمن عن ابي هريرة «رض» قال ، قال رسول الله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي لفظ لمسلم الكرمة والنخلة .

قوله خص التحريم ، اي بالكرمة والنخلة فبقي ما وراءهما على اصل الاباحة وفي شرح الأقطع ولأن هذه الأطعمة مقتات فلا يعتبر بما يحدث فيها من الشدة والسكر ، كما لا يعتبر السكر الذي يوجد في الخبز في بعض البلاد ، والسكر الذى يوجد في اللبن .

وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الأشربة الذى يتخذ من العسل والشهد والفرصاد والفانيذ والسكر والاجاص ومن الحبوب كالحنطة والشعير والذرة ، فانه يحل شربه قبل ان يشتد بلا خلاف ، فأما إذا غلى واشتد وقذف بالزبد وطبخ ادنى طبخة يحل عند ابي حنيفة وابي يوسف «رح» ، وقالوا لا رواية لهذا على قول محمد . وقد اختلف المشايخ المتأخرون على قوله ، منهم من قال يحل شربه على قوله ما دون السكر ومنهم من قال لا يحل .

وحكي عن القاضى الامام ابي جعفر انه كان يقول وجدت رواية عن محمد انه قال اكره هذا إذا طبخ ادنى طبخة . واما إذا لم يطبخ وقد غلى واشتد هل يحل شربه على قول ابي حنيفة وابي يوسف ؟ قالوا فيه روايتان في رواية يشترط ادنى طبخة للاباحة ، لأن الأشربة المتخذة من هذه الأشياء بمنزلة نقيع التمر والزبيب والطبخ يشترط فيها للاباحة ، فكذا هذا وفي رواية لا يشترط ، لان حال هذه الاشربة دون نقيع الزبيب والتمر ، لان نقيع التمر اتخذ مما هو اصل للخمر شرعاً ،فان اصل الخمر شرعاً التمر والعنب على ما قال النبي ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين ، وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة ثم ظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع الزبيب والتمر ، هذا إذا لم يسكر من هذه الاشربة . اما السكر منه فحرام بالاجماع .

( ثم قيل يشترط الطبخ فيه ) اى في نبيذ كل واحد من الاشياء المذكورة ( لاباحته ) اى لاجل إباحته ، يعني يكون مباحاً ( وقيل لا يشترط ) اي الطبخ ( وهو المذكور في

في الكتاب ، لأن قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان . وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منـــه . قيل لا يحد ، وقد ذكرنا الوجه من قبل . قالوا والأصح أنه يحد ، فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنـــه يحد من غير تفصيل ، وهذا لأن الفساق يجتمعون عليه في زماننا إجتماعهم على ســـائر الأشربة ، بل فوق ذلك ،

---

الكتاب ) اى في مختصر القدورى (لان قليله لا يدعو إلى كثيره كيفما كان) يعني مطبوخاً كان او غير مطبوخ ، اما إذا طبخ ادنى طبخة فلأن المتخذ من ماء الزبيب إذا طبخ ادنى طبخة يحل ما دون السكر مع انه متخذ من اصل الخمر ، فهذا اولى . واما اذا لم يطبخ ادنى طبخة فكذلك الجواب إظهار التفاوت بين المتخذ من اصل الخمر وغيره .

( وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه ، قيل لا يحد ) وهـو قول الفقيه أبي جعفر ، لأنه متخذ مما ليس بأصل الخمر ، فكان بمنزلة البنج ولبن الرماك والسكر منهما حرام ، فلا يحد ، فكذا هنا ( وقد ذكرنا الوجه من قبل ) أشار به إلى قـــوله لأن قليله يدعو إلى كثيره . وقيل يجوز أن يكون هذا إشارة إلى قوله بمنزلة النائم وهـو من ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك . وقيل يجـوز أن يكون إشارة إلى المعنى المستفاد من قوله ﷺ الخمر من هاتين الشجرتين ، يعني أن هذه الأنبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر .

( وقالوا والأصح أنه يحد ) أي قال المشايخ الأصح أنه يحد ، وهو قول الحسن بن زياد ( فإنه روي عن محمد فيمن سكر من الأشربة أنه يحـــد من غير تفصيل ) بين شراب وشراب ، كذا في مبسوط شيخ الإسلام ( وهذا ) يعني كون وجوب الحد صحيحاً ( لأن الفساق ) بضم القاف جمع فاسق ( يجتمعون عليه في زماننا إجتماعهم ) بنصب العين على نزع الخافض ، أي كاجتماعهم ( على سائر الأشربة ، بل فوق ذلك ) أي بـــل يجتمعون على المتخذ من هذه الأشياء فوق اجتماعهم على غيره من الأشربة ، وهذا بالمشاهدة ظاهر في كل البلاد ، وذلك إما لسهولة حصوله ، وإما لكثرته ، وإما لاعتقادهم إباحته .

وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هـــذا . وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة اعتباراً بلحمه ، إذ هو متولد منه . قالوا والأصح أنه يحل ، لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فـــلا يتعدى إلى لبنه .

قال وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وإن اشتد ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد ومالك والشافعي حرام ، وهذا الخلاف فيما إذا قصد بـــه التقوي ،

---

( وكذلك المتخذ من الألبان إذا اشتد فهو على هذا ) أي على اختلاف الروايتين، قيل يحد ، وقيل لا يحد . يعني إذا سكر قولـه من الألبان عام يتناول سائر الألبان الـتي شرب ( وقيل إن المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبي حنيفة « رح » اعتباراً بلحمه ) لأنه لا يؤكل عنده ، واللبن هو اللحم ، أشار إليه بقوله ( إذ هـــو متولد منه ) أي لأن اللبن متولد من اللحم .

( قالوا ) أي المشايخ ( والأصح أنه يحل ، لأن كراهة لحمه لما في إباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه ، فلا يتعدى إلى لبنه ) أي لا يتعدى هذا التعليل إلى لبنه ، لأن كلا من الوجهين لا يوجد في اللبن . وفي فتاوى قاضي خان وعامة المشايخ قالوا هــو مكروه كراهة التحريم ، إلا أنه لا يحد شاربه .

( قال «رح» وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه ، وبقي ثلثه حلال وإن اشتد ) أي قال القدوري وهذا هو المدعو بالمثلث العنبي ( وهذا ) أي كونه حالاً ( عند أبـــي حنيفة وأبي يوسف «رح» . وقال محمد ومالك والشافعي «رح» أنه حرام ) وبـــه قال احمد وأبو عبيد وأبو ثور وإسحاق وعمر بن عبد العزيز وعطاء ومجاهد وقتادة وطاووس وأصحاب الظواهر . وفي النوازل وبقول محمد نأخذ .

( وهذا الخلاف فيما إذا قصد بـــه ) أي بشرب المثلث ( التقوي ) في البدن واستمر

أما إذا قصد بـه التلهي لا يحل بالإتفاق . وعن محمد مثل قولهما . وعنه أنه كره ذلك . وعنه أنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر ، وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام .

---

الطعام ( أما إذا قصد به اللهو لا يحل بالإتفاق ) لأنه يكون للمعصية . وسئل أبو حفص الكبير عنه فقال لا يحل شربه فقيل له لما خالفت أبا حنيفة وأبا يوسف فقال لانهما يحلان للاستمرار ، والناس في زماننا يشربون للفجور والتلهي ، فعلم أن الخلاف فيما إذا قصد التقوي ، وإذا قصد التلهي لا يحل بالاتفاق. وعن أبي يوسف في أماليه لو أراد أن يشرب بها السكر فقليله وكثيره حرام ، وقعوده لذلك حرام ومشيه إليه حرام .

( وعن محمد مثل قولهما ) أي روي عن محمد مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» وفي نوادر هشام وعصير العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال شربه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، كذا في الاجناس ، وبهذا القول أخذ محمد في الآثار والمشهور من مذهبه أنه كرهه ، أشار إليه بقوله ( وعنه أنه كره ذلك ) أي روي عن محمد أنه كره المثلث العنبي ( وعنه أنه توقف فيه ) أي روي عن محمد أنه يوقف في حكم المثلث العنبي وقال لا أحرمه ولا أبيحه لتعارض الآثار .

( لهم ) اي لمحمد ومالك والشافعي ( في اثبات الحرمة قوله ﷺ كل مسكر خمر ) فقدم في أول الباب ان هذا الحديث اخرجه مسلم عن ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال ، قال رسول الله ﷺ لما بعث ابا موسى ومعاذ الى اليمن قال لابي موسى ان شراباً يصنع بأرضنا من العسل يقال له التقيع ومن الشعير يقال له المزر ، فقال رسول الله ﷺ كل مسكر خمر .

( وقوله ﷺ ما اسكر كثيره فقليله حرام ) هذا الحديث رواه ثمانية من الصحابة رضي الله تعالى عنهم الاول : عبد الله بن عمرو بن العاص اخرج حديثه النسائي وابن ماجة عن عبيد الله بن عمر بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال ما اسكر كثيره فقليله

حرام ، ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا عبد الله بن عمرو به .

والثاني : جابر بن عبد الله « رض » اخرج حديثه ابو داود والترمذي وابن ماجه عن داود بن بكير عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعاً نحوه سواء . وقال الترمذي حديث حسن غريب من حديث جابر . واخرجه ابن حبان في صحيحه عن موسى بن عقبة عن محمد بن المنكدر به ، وداود بن بكير بن ابي الفرات الاشجعي قال ابن معين ثقة . وقال ابو حاتم لا بأس به ، ليس باللين ، وقد تابعه موسى بن عقبة كما اخرجه ابن حبان .

الثالث : سعد بن ابي وقاص « رض » اخرج حديثه النسائي عن محمد بن عبدالله بن عمار الموصلي عن الوليد بن كثير عن الضحاك بن عثمان عن بكير بن عبد الله بن الاصح عن عامر بن سعد بن ابي وقاص عن سعد أن النبي ﷺ نهى عن قليل ما اسكر كثيره. ورواه ابن حبان في صحيحه ، وقال المنذري أجود احاديث هذا الباب حديث سعد ، فإنه من رواية محمد بن عبد الله الموصلي وهو احد الثقاة عن الوليد بن كثير ، وقد احتج به الشيخان عن الضحاك ، وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاصح عن عامر بن سعد ، وقد احتج بهما الشيخان .

الرابع : علي بن ابي طالب رضي الله تعالى عنه أخرج حديثه الدارقطني في سننه عن عيسى بن عبد الله بن محمد بن عمر بن علي حدثنى ابي عن ابيه عن جده عن علي بن ابى طالب «رض» قال ، قال رسول الله ﷺ كل مسكر حرام ، وما اسكر كثيره فقليله حرام . وعيسى بن عبيد الله عن آبائه متروك .

الخامس : عائشة رضى الله تعالى عنها اخرج حديثها ابو داود والترمذي عن ابى عثمان عن عمر بن سالم الانصاري عن القاسم عن محمد عن عائشة رضى الله تعالى عنها انها سمعت النبى ﷺ يقول كل مسكر حرام ، وما اسكر الفرق فملأ الكف منه حرام . وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه قال الترمذي حديث حسن ، رواه ابن حبان في صحيحه وأحمد في مسنده . وقال المنذري وحال كلهم يحتج بهم في الصحيحين إلا عمر وابن سالم الأنصاري ، وهو مشهور لم أجد لأحد فيه كلاماً . قلت قال ابن القطان في كتابه وأبو

ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولأن المسكر يفسد العقل ، فيكون حراماً قليله وكثيره كالخمر .

---

عتاب هذا لا يعرف حاله ، وتعقبه صاحب التنقيح فقال وثقه أبو داود وذكره ابن حبان، في الثقات وانتهى . وأخرجه الدارقطني في سننه من طرق أخرى عديدة كلها ضعيفة .

السادس : عبد الله بن عمر « رض » أخرج حديثه إسحاق بن راهوية في مسنده أخبرنا أبو عامر العقدي حدثنا أبو معمر عن موسى بن عقبة عن سالم بن عبد الله بن محمد عن أبيه مرفوعاً ما أسكر كثيره وقليله حرام ، ورواه الطبراني في معجمه حدثنا علي بن سعيد الرازي حدثنا مصعب حدثنا مغيرة بن عبد الرحمن عن موسى بن عتبة بـه ، ورواه في الوسيط من طريق مالك عن نافع عن ابن عمر من طريق . [1] عن نافع به .

السابع : خوات بن جبير أخرج حديثه الحاكم في المستدرك في كتاب الفضائل عن عبد الله ابن إسحاق بن صالح بن خوات بن جبير حدثني أبي عن أبيه عن جـده خوات بن جبير مرفوعاً نحوه سواء وسكت عنه . ورواه الطبراني في معجمه والدارقطني في سننه والعقيلي في ضعفائه وأعله بعبد الله بن إسحاق هذا وقال لا تتابع عليه بهذا الإسناد ، والحديث معروف بغير هذا الإسناد .

الثامن : زيد بن ثابت «رض» أخرج حديثه الطبراني في معجمه حدثنا محمد بن عبد الله ابن عوس المروي ، حدثنا يحيى بن سليمان المدني حدثنا اسماعيل بن قيس عن أبيه عـن خارجة بن زيد عن ثابت عن أبيه زيد بن ثابت مرفوعاً نحوه سواء . قلت خـوت بفتح الخاء المعجمة وتشديد الواو في آخره تاء مثناة من فوق . وجبير بضم الجيم وفتح البـاء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف وفي آخره راء مهملة .

( ويروى عنه ﷺ ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ) هذه رواية غريبة بهذه اللفظة ، ولكن معناها في حديث عائشة «رض» الذي تقدم آنفاً .

( ولأن المسكر يفسد العقل ، فيكون حراماً قليله وكثيره كالخمر ) بيانه أن مايؤدي

---

(١) ربما هذا كلام ناقص من الأصل .

ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ، ويروى بعينها قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر ، إذ العطف للمغايرة ، ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

---

إلى الحرام يكون حراماً ، ألا ترى أن القليل وإن لم يكن مسكراً فهو مؤد إليه ومايؤدي إلى الحرام يكون حراماً . ألا ترى أن القليل من الباذق المشتد والمنصف المشتد حرام . وإن كان القليل منه لا يسكر لأنه يؤدي إلى السكر ، فكذا هذا .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ولأبي يوسف «رح » ، وفي بعض النسخ ولنا ( قوله ﷺ حرمت الخمر لعينها ، ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ) تقدم الكلام عليه في هذا الباب أنه روي عن ابن عباس مرفوعاً وموقوفاً، والوقف أصح (خص السكر بالتحريم في غير الخمر ، إذ العطف للمغايرة ) تقريره أنه ﷺ أطلق الحرمة في الخمر حيث قال حرمت الخمر لعينها فاقتضى أن يكون قليلها وكثيرها حراماً ، بخلاف غيرها من الأشربة ، فإنه خص بالتحريم فيها حيث قال والسكر من كل شراب بواو العطف ، ولا شك أن المعطوف غير المعطوف عليه ، فيكون ما نحن فيه من الشراب غير الخمر لا يكون حراماً إلا بالسكر .

( ولأن المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا ) أي المفسد للعقل هو القدح ، وهو حرام عندنا فيما سوى الأشربة المحرمة لا ما قبله .

فإن قلت القدح الأخير ليس بمسكر على انفراد ، بل مما تقدم ينبغي أن يحرم ماتقدم أيضاً . قلت أجيب بأن الحكم يضاف إلى العلة معنى وحكماً ، وفيه نظر ، لأن الإضافة إلى العلة إسماً ومعنى حكماً أولى، والمجموع بهذه الصفة ، والأولى أن يقال الحرام هو المسكر ، وإطلاقه على ما تقدم مجاز ، وعلى القدح الأخير حقيقة وهو مراد ، فلا يكون المجاز مراداً . وقد قال تاج الشريعة السكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام ، وهو ما يتصل به من التخمة ، فإن تناول الطعام بقدر ما يغذيه ، وهو به حلال ، وهو

وإنما يحرم القليل منه لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير ، فأعطى حكمه ، والمثلث لغلظه لا يدعو ، وهو في نفسه غـــذاء فبقي على الإباحة . والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه

---

ما يتخم ، وهو الأكل فوق الشبع حرام ، ثم المحرم منها وهو المتخم وإن كان لا يكون ذلك متخماً إلا باعتبار ما تقدمه من الأكلات . وكذلك في الشراب .

وقد قال أبو يوسف مثل ذلك كمثل دم في ثوب ما دام قليلاً فلا بأس بالصلاة فيه ، فإذا كثر لم يحل ، ومثل رجل ينفق على نفسه وأهله من كسبه فلا بأس بذلك ، فإذا أسرف في النفقة لم يصلح له ذلك ولا ينبغي . وكذلك النبيذ لا بأس أن يشربه على طعامـــه ولا خير في السكر منه ، لأنـــه إسراف ، وأظهر من ذلك أن الضمان يضاف إلى واضع المن الأخير في السفينة وإن لم يحصل الفرق بدون ما تقدم من الأمناء ، وهذا لأنه لم يوجد التلف حكماً بما تقدم من كلامنا ، وإنما وجد ذلك ، بفعل فاعل مختـار ، فأضيف الفرق لولي المن الأخير ، فكذا هنا أضيف السكر إلى القدح الأخير الذي يحصل به السكر حقيقـة لا ما تقدم من الأقداح .

( وإنما يحرم القليل منه ) أي من الخمر ، هذا جواب سؤال مقدر يمكن تقـديره على هذا الوجه ، وهو أن يقال لما كان المفسد هو الأخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ، ويجوز أن يكون جواباً عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقـل ، فيكون حراماً قليله وكثيره . ووجه الجواب عن الأول أن القياس ذلك ، ولكن تركناه ( لأنه يدعو لرقته ولطافته إلى الكثير ) أي لأن الخمر لرقتها ولطافتها تدعو إلى الكثير (فأعطى حكمه ) أي فأعطى القليل حكم الكثير ، والمثلث ليس كذلك لغلظه ، وهو معنى قوله ( والمثلث لغلظه لا يدعو ) أي قليله لكثيره ( وهـــو في نفسه غذاء ) أي والمثلث في نفسه غذاء ( فبقي على الإباحة ) لأن الحاصل الإباحة وجه الجواب عن الثاني بطريـق الفرق وهو واضح .

( والحديث الأول ) يعني قوله كل مسكر خمر ( غير ثابت على ما بيناه ) أي في أول الكتاب من طعن يحيى بن معين ، وقد تقدم الكلام فيه مستوفى ، فما المراد تشبيه المسكر

بالخمر في حق الحكم وهو الحد، لأنه ﷺ يبعث مبيناً للأحكام لا واضعاً للأسامي والمسكر وهو المسكر ، وهو القدح الأخير كالخمر في أنه يجب الحد بشربه . وعن ابراهيم النخعي قالوا ما يرويه الناس عنه ﷺ كل مسكر حرام خطأ ، وزادوا فيه الميم، والصحيح من الرواية كل سكر حرام ، وكذا ما يرويه الناس عنه ﷺ ما أسكر كثيره فقليله حرام لم يثبت عن النبي ﷺ .

ولأن الخلاف في ذلك مشهور بين الصحابة ولم يحتج بها أحد، ولأن الأخبار لما تعارضت يتمسك بالقياس ، وهو شاهد ، لأن في قوله سبحانه وتعالى ﴿ إنما الخمر والميسر ﴾ ... الآية ، بين الحكمة في تحريم الخمر وهو الصد عن ذكر الله تعالى وإيراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل . ولو خلينا ظاهر الآية لقلنا بأن القليل من الخمر لا يحرم أيضاً ، لكن تركناه في قليل الخمر بالإجماع فيما عداه ، فبقي على ظاهر الآية ، لأنه قلما لا يورث العداوة والبغضاء ولا الصد عن ذكر الله سبحانه وتعالى وعن الصلاة .

وقال محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا أبو إسحاق الشعي عن عمر بن ميمون الأودي عن عمر بن الخطاب «رض» قال إن للمسلمين جزوراً لطعامهم ، وإن العتق منها ، لان عمر قال وإنه لا يقطع لحوم هذه الإبل في بطونها إلا النبيذ الشديد . وروى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى عمر «رض» فيه أنه كان في سفر فأتى بنبيذ الطائف له عزام ، فذكر شده لا أحفظها ، ثم دعى بماء فصب عليه ثم شرب .

وروى الطحاوي أيضاً حدثنا أبو أمية قال حدثنا عبد السلام عن ليث عن عبد الملك ابن أخي القعقاع بن ثور عن ابن عمر قال شهدت رسول الله ﷺ أتى بشراب فأوما إلي فيه فقطب فرده ، فقال يا رسول الله ﷺ هو فرد الشراب ، ثم دعى بماء فصبه عليه مرتين أو ثلاثاً ، ثم قال إذا علت منه الاشربة عليكم فأكثروا متونها بالماء .

وأخرجه النسائي أيضاً عن عبد الملك بن نافع ثم قال وعبد الملك بن نافع غير مشهور لايحتج بحديثه ، والمشهور عن ابن عمر خلاف هذا . ثم أخرج عن ابن عمر حديث المسكر من غير وجه . وقال البخاري لا يتابع عليه . وقال أبو حاتم هذا حديث منكر ، وعبد الملك بن

نافع وهو مجهول ، وقال البيهقي هـــذا حديث يعرف لعبد الملك بن نافع وهو مجهول .
واختلفوا في إسمه وإسم أبيــه فقيل هكذا ، وقيل عبد الملك بن القعقاع وقيل ابن أبي القعقاع ، وقيل مالك بن أبي القعقاع .

قلت عبد الملك بن نافع هذا ما ذكره ابن حبان في الثقات من التابعين وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو الاحوص عن إسحاق عن عمر بن ميمون قال، قال عمر «رض» إنا نشرب هذا الشراب الشديد لنقطع به لحوم الإبل في بطوننا ان يؤذينا فمن رأى من شرابه شيء فليمزجه بالماء . وقال أيضاً حدثنا وكيع حدثنا اسماعيل بن أبي خالد عــن قيس بن أبي حازم حدثني عتبة بن فرقد قال قدمت على عمر فدعى بشراب نبيذ قد كاد يصير خلا ، فقال اشرب فأخذته فشربته ، فما كنت أن أسيغه ثم أخذه فشربه ، ثم قال يا عتبة إنا نشرب هذا النبيذ الشديد لنقطع به لحوم الإبل في بطوننا أن يؤذينا .

وقال عبدالرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال كتب لنوح من كل شيء زوجان ، وفيه إن الملك قال له ويطبخه حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث ، قال سيرين فوافق ذلك كتاب عمر «رض» .

وروي عن معمر عن عاصم عن الشعبي قال كتاب عمر « رض » إلى عمار أما بعد ، فإنا جاءنا أشربة من الشام كأنها طلاء الإبل قد طبخ حتى ذهب ثلثاه الذي فيــه خبث الشيطان وريح جنوبه ، وبقي ثلثه فأومر من قبلك أن يصطنعوه ما خرج أيضاً عن ابن التيمي عن منصور عن ابراهيم عن سويد بن غفلة قال ، كتب عمر «رض» إلى عمــاله أن يرزقوا الناس الطلاء ما ذهب ثلثاه ، وبقى ثلثه .

وفي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عــن داود بن أبي هند سألت سعيد بن المسيب عن الشراب الذي كان عمر «رض» أجازه للناس،قال هو الطلاء الذيقد طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثاً ، حدثنا علي بن مسهر عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أنس أن أبا عبيدة ومعاذ بن جبل وأبا طلحة كانوا يشربون من الطلاء ماء ذهب ثلثاه وبقي ثلثه .

حدثنا أبو فضيل عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن ، قال كان علي « ر ض »

يرزقنا الطلاء ، فقلنا له ما هيئته ، قال أسود ، ويأخذه أحدنا باصبعه .

حدثنا وكيع عن سعيد بن أوس عن أنس بن سيرين قال كان أنس بن مالك عقيم البطن فأمرني أن أطبخ له طلاء حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه ، فكان يشرب منه الشربة على أثر الطعام .

حدثنا ابن نمير حدثنا اسماعيل عن مغيرة عن شريح بن خالد بن الوليد «رض» كان يشرب الطلاء بالشام ، فهذا كله يقتضي جواز شرب المطبوخ، وقد قال صاحب الاستذكار لا أعلم خلافاً بين الفقهاء في جواز شرب العصير إذا طبخ فذهب ثلثاه وبقي ثلثه ، فعلمنا بدلالة هذه الآثار أن المراد من الحديث الذي رووه القدر المسكر لا للقليل منه توفيقاً بين الآثار حتى لا يقع التضاد فيها ، فهذا كما رأيت أن الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ وأهل بدر كعمر وعلي وغيرهما ممن ذكر فيما ذكرنا كانوا يحللون شرب النبيذ ، وكذا من بعدهم جماعة من التابعين الكبار كالشعبي وأمثاله . وكذا ابراهيم النخعي وأمثاله، وكذا علقمة والأسود وابن ابى ليلى وعبيد بن عبد الله بن مسعود وسفيان الثوري مع ورعه وتقواه كان يشرب من النبيذ الصلب حتى تحمر وجنتاه .

وعن وكيع أنه كان يشرب في ليالي رمضان تقوياً على العبادة . وقال في شرح الأقطع وقد سلك بعض الجهال في هذه المسألة طريقة قصد بها التشنيع والفروق عند العوام لما ضاقت عليه الحجة ، فقال رسول الله ﷺ إنه قال لبشر ناس من أمتي يسمونها بأسماء طريق ، قال هذا القائل وهم أصحاب أبي حنيفة ، وهذا كلام جاهل الأحكام والنقل والآثار أو متعصب قليل الورع لا يبالي بما قال .

ثم يقال لهذا القائل ما رميت بهذا القول أصحاب أبى حنيفة « رح» ، وإنما رميت السلف الصالح ، أردت بذلك ولم يمكنك التصريح بذلك ، لأن أصحاب أبى حنيفة لم يبدعوا في ذلك قولاً ، بل قالوا ما قال أئمة أصحاب رسول الله ﷺ ووجوه التابعين وزهادهم . وكيف يظن بابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وعمار بن ياسر « رض » وعلقمة والأسود وابراهيم أنهم شربوا خمراً غليظاً في إسمها حتى استدرك عليهم هذا

ثم هو محمول على القدح الأخير إذا هو المسكر حقيقـــة والذي يصب عليه الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة

القائل حقيقة الإسم والظن بنفسه ، ونسى الظن بسلفه ان هذا الجرأة في الدين .

وذكر الإمام الزاهد نجم الدين عمر النسفى أن إباحة نبيذ التمر والزبيب يجب اعتقادها كيلا يؤدي إلى تفسيق الصحابة والتابعين . وروي عن أبى حنيفة أنه قال من إحـــدى شرائط مذهب أهل السنة والجماعة أنه لا يحرم نبيذ التمر. وروي عنه أنه قال لا أحرمها ديانة ولا أشربها مروءة .

( ثم هو محمول على القدح الأخير إذ هو المسكر حقيقة ) هذا جواب بطريق التسليم ، يعني سلمنا أن هذا الحديث صحيح ، ولكنه محمول على القدح الأخير ، لأن المسكر هـو القدح الاخير حقيقة وارادة ما قبله من الاقداح مجاز ، وإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إلى المجاز ، وقد مضى تحقيق الكلام فيه . ومما يدل على أن المراد وهو القدح المسكر لا القليل ما ذكره ابن قتيبة في كتابه في الاشربة عن زيد بن علي بن الحسين بن علي « رض » أنه شرب هو وأصحابه نبيذاً شديـــداً في وليمة فقيل له يا ابن رسول الله ﷺ حدثنا بحديث سمعه من أبا بكر عن رسول الله ﷺ في النبيذ قال حدثني أبي عن جدي علي بن أبى طالب «رض» عن رسول الله ﷺ أنه قال ينزل أمتي على منازل بنى اسرائيل حذو القذة بالقذة ، والنعل بالنعل ، إن الله سبحانه وتعالى ابتلى بنى اسرائيل بنهـر طالوت أحل لهم منه الغرفة وحرم منه الشرب وإن الله سبحانه وتعالى ابتلاكم بهذا النبيذ وأحل منه القليل وحرم منه السكر .

ومن ذلك ماذكره في المحيط أنه روي عن ابن عباس «رض» أنه ﷺ قال كل مسكر حرام ، فقيل يارسول الله إن هذا الشراب إذا أكثرنا منه سكرنا ، قال ﷺ ليس كـــذلك إذا شرب تسعة فلم يسكر فلا بأس به ، وإذا شرب العاشر فسكر فذلك حرام ، ولهذا قال أبو يوسف لو شرب تسعة أقداح من النبيذ فلم يسكر فأوجر العاشر وسكر فلا حد عليه ، ولو أوجر التاسعة وشرب القدح العاشر بالإختيار وسكر يحد .

( والذي يصب عليه الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم طبخ طبخة فحكمه

حكمه حكم المثلث، لأن صب المـــاء لا يزيده إلا ضعفاً. بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل، لأن المـــاء يذهب أولاً للطافته، أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة «رح»،

---

حكم المثلث) إنما لم يذكر اسم هذا النوع من الأشربة لاختلاف وقع فيـــه، قال منهم من سماه يا يوسفي ويعقوبي، لأن أبا يوسف كان كثيراً ما يستعمله. ومنهم من سماه نجيحاً وحميديا، لأنه منسوب إلى رجـــل اسمه حميد بن هانىء. ومنهم من يقول جمهوري منسوب إلى جمهور الناس فصارت له خمسة اسامي.

وهل يشترط لإباحته عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعدما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ فيه، كان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يشترط، وعند البعض لا يشترط، واختار المصنف الأول.

(لأن صب الماء لا يزيده إلا ضعفاً) لأنه يرقق بالماء فتضعف قوته (بخلاف مـــا إذا صب المـــاء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل) حيث لا يحل (لأن المـــاء يذهب أولاً للطافته او يذهب منهما) أي من الماء والعصير معاً، وفاعل يذهب محذوف ليس هو الماء لفساد المعنى، وإنما التقدير او يذهب شيء، او ذاهب ويجوز ذلك، وفيه ضعف لا يخفى (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) يعني إذا كان كذلك فلا يكون الذي يذهب ثلثي ماء العنب فلا يحل.

فان قلت إذا ذهبا معاً كان ينبغي ان يحل شربه كما يحـــل شرب المثلث. قلت نعم، لأنهما لما ذهبا معاً كان الذاهب من العصير ثلثين كالماء، لكن لما يتيقن بذهابهما معاً واحتمل ذهاب الماء أولاً للطافته، قلنا بحرمة شربه احتياطاً لأنه إذا ذهب الماء أولاً كان الذاهب أقل من ثلثي العصير، وهو حرام عندنا، وهو الباذق.

(ولو طبخ العنب كما هـــو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) رواها الحسن عنه. وقد روي عنه إذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه إذا غلا

وفي رواية عنه أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح ، لأن العصير قائم فيه من غير تغير ، فصار كما بعد العصر . ولو جمع في الطبـخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحـــل حتى يذهب ثلثاه يكتفي فيه بأدنى طبخة ، فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه ، فيعتبر جانب العنب احتياطاً ،

---

واشتد كما في نقيع الزبيب والتمر

( وفي رواية عنه ) أي وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة ، رواها الحسن بن مالك عن أبي حنيفة ( أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ ، وهو الأصح ، لان العصير قائم فيه من غير تغير ، فصار كما بعد العصر ) يعني إذا طبخ ماء العنب بعد عصر العنب لا يحل ما لم يذهب ثلثاه ، فكذا إذا طبخ العنب أولاً ثم عصر ماؤه لا يحل بالطبخ بعد ذلك إلا إذا ذهب ثلثاه .

( ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر ، وبين التمر والزبيب لا يحـل حتى يذهب ثلثاه ، لان التمر إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لابد ان يذهب ثلثاه ، فيعتبر جانب العنب احتياطاً ) قال الاترازي ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر ، لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بأدنى طبخة . وقد صرح القدوري بذلك قبـل هذا ، وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حـــلال وإن اشتد .

قلت إن هذا على ما رواه هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ . وقال الفقيـــه أبو جعفر يحتمل أن يكون في المسألة روايتان ، ويحتمل أن يكون في المسألة رواية واحـــدة . واختلف الجواب لاختلاف الموضوع ، فيكون موضوع ما ذكر في ظاهر الرواية ما إذا كان ماء الزبيب قبل الطبخ غلظ فيه المصنف ، فيلحقه أدنى طبخة بالمثلث موضوع ما ذكر في النوادر ما إذا كان ماء الرطب قبل النضج في رقه العصير فلا يلحق بالمثلث بأدنى طبخة .

وإن كان في المسألة روايتان فوجه ما ذكر في ظاهر الرواية أن التي من ماء الزبيب دون التي من ماء العنب ، لأن ماء العنب لا يخالط ماء آخر ، وإنما يخرج ماؤه بالأقدام . وماء الزبيب إنما يستخرج بماء آخر فيختلط به . ولهذا قال عمر رضي الله تعالى عنه كل شراب استخرج ماؤه بمائه فهو حرام لا تشربوه . وكل شراب استخرج ماؤه بغير مائه فهو حلال فاشربوه . ولهذا لا يفسق شارب النقيع من ماء الزبيب . وإذا كان دون التي من ماء العنب لا يشترط لحله ما يشترط لحل ماء العنب من الطبخ .

( وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ) أشار بـه إلى قوله فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه . قال في الأصل رأيت التمر المطبوخ يمزج العنب فيه فيغلبان جميعاً والعنب غير مطبوخ ، قال أكره ذلك وأنهى عنه . قال شيخ الإسلام في شرحـه وذلك لأنه اختلط الحرام بالحلال والتمييز غير ممكن ، فيحرم الكل . وإنما قلنا ذلك لأن نبيذ التمر بعدما طبخ بأن كان حلالاً وإن غلا واشتد ، والتي من مـاء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد لا يحل ، وقد اختلط أحدهما بالآخر وتعذر تمييز الحلال من الحرام، فيحرم الكل ، قال أيحد من يشرب منه ، قال لا ، إلا أن يسكر منـه . قال شيخ الإسلام وهذا إذا كان التمر المطبوخ غالباً والعنب مغلوباً به ، فأما إذا كان العنب غالباً على التمر فإنه يجب الحد ، كما لو خلط الخمر بالمـاء اعتبر الغالب والمغلوب ، فكـذا هذا ، قال أرأيت الرجـل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعاً ولا يسكر أيجب الحد .

والجواب فيما لو خلط بالماء إن كان الخمر غالباً وجب الحد ، وإن كان النبيذ غالباً لم يجب ما لم يسكر . قال أرأيت التمر والعنب يخلطان جميعاً في قدر ثم يطبخان جميعاً حتى يذهب ثلثا العنب فيمرسـان وينبذان ، قالا لا بأس بذلك إذا كان قد ذهب من ماء العنب يحل إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه .

( ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب أدنى طبخة ثم انقع فيه تمراً وزبيباً إن كان

التمر والزبيب أدنى طبخة ثم انقع فيه تمراً وزبيباً إن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقيع، والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه، لأن التحريم للإحتياط، وهو في الحد في درئه. ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الإشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل، لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ، قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير،

---

ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به ) هذه المسائل كلها ذكرت تفريعاً على مسألة المختصر من قوله كما هو ( وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل ) لأنه في معنى نقيع ومطبوخ.

( كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقيع ) لأنه أفسده كله ( والمعنى تغليب جهة الحرمة ) يعني الوجه في تحريمه تغليب جهة الحرمة على جهة الحل احتياطاً ( ولا حد في شربه، لأن التحريم للاحتياط، وهو في الحد في درئه ) أي رفعه، لأن مبناه على الدرء والسقوط (ولو طبخ الخمر أو غيره) أي غير الخمر من الأشربة المحرمة ( بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل، لأن الحرمة قد تقررت، فلا يرتفع بالطبخ ) لأن النار أثرها في دفع الحرمة لا في رفعها، ولكن مع هذا لا يجب الحد في شربه قبل السكر، لأن الخمر هي التي من ماء العنب، وهذا مطبوخ لا نيء، فلا يكون شاربه شارب خمر.

( قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت ) أي قال القدوري في مختصره، والدباء القرع جمع دباه، والحنتم بفتح الحاء المهملة وسكون النون وفتح التاء المثناة من فوق وهو جرار حمر. وقال أبو عبيد خضر. وقد يجوز أن يكونا جميعاً، وهو جمع حنتمة والمزفت المطلي بالزفت، وهذا الذي ذكره القدوري، وهو قول أكثر أهل العلم.

لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعـــد ذكر هذه الأوعية فاشربوا في كل ظرف ، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر .

---

وعن أحمد في رواية كره الانتباذ فيها لنهيه ﷺ . وقال مالك أكره أن ينتبذ في الدباء والمزفت ، وأباح الجر كله غير المزفت والحنتم والنقير .

( لقوله ﷺ في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية فاشربوا في كل ظرف ،فان الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر) أراد بهذا الحديث الذي فيه طول وفيه النهي ، عن الانتباذ في الظرف المذكور ، ثم الأشربة فيها هو ماروواه محمدبن اسلس في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة رحمه الله قال حدثنـــا علقمة بن مزيد عن أبي بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها ، وهؤلاء يقولوا هجراً وقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ، وعن لحوم الأضاحي أن يمسكوها فوق ثلاثة أيام فأمسكوها ما بدا لكم ، وتزودوا فإنما نهيتكم ليوسع موسعكم على فقيركم ، وعـــن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف ، فإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر . وفي بعض الروايات جاء النقير بعد المزفت .

وأخرج الجماعة إلا البخاري عن بريدة قال ، قال رسول الله ﷺ كنت نهيتكم عن الأشربة إلا في ظروف الأدم ، فاشربوا في كل وعـــاء ، غير أن لا تشربوا مسكراً . وفي لفظ لمسلم نهيتكم عن الظروف ، وإن الظرف لا يحل شيئاً ولا يحرمه ، وكل مسكر حرام .

وأخرج ابن حبـــان في صحيحه عـــن مسروق عن ابن مسعود قـــال ، قال رسول الله ﷺ إني نهيتكم عن نبيذ الأوعية ألا وإن الوعاء لا يحرم شيئاً وكـــل مسكر حرام .

وأخرج البخاري ومسلم عن ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد عن ابن عياض عن عبد الله بن عمر فقال لما نهى رسول الله ﷺ عن الأوعية قالوا ليس كل الناس يجـــد سقاناً فارخص في الجر غير المزفت في لفظ فاذن بدل فارخص .

## وقال ذلك بعدما أخبر عن النهي عنه ، فكان ناسخاً له .

وأخرج أبو داود عن شريك عن زياد بن فياض عن أبي عياض عن عبد الله ابن عمرو قال ذكر النبي ﷺ الدباء والحنتم والمزفت والنقير فقال أعرابي أنه لا مظروف ، قال اشربوا ما حط ، وفي لفظ ليحيى بن آدم عن شريك فقال اجتنبوا ما أسكر .

وأخرج البخاري من حديث جابر قال ، نهى رسول الله ﷺ عن الظروف فقالت الأنصار إنه لابد لنا منها . وقال فلا. وأخرج البيهقي من حديث يحيى بن محمد بن حبان ابن واسع بن حسان حدثه أن أبا سعيد الخدري حدثه أن رسول الله ﷺ قال نهيتكم عن النبيذ ألا فانتبذوا ، ولا أحل مسكراً . قوله ولا تقولوا هجراً بضم الهاء وسكون الجيم وهو الإفحاش في النطق والخناء .

( وقال ذلك بعدما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخاً له ) أي قال النبي ﷺ انتبذوا واشربوا في كل ظرف ، بعدما أخبر عن الانتباذ في الظروف ، فكان أمره بذلك ناسخاً لنهيه المتقدم ، ففيه دليل على جواز نسخ السنة بالسنة ، والمراد من النهي هو ما رواه البخاري ومسلم عن الأعمش عن ابراهيم التيمي عن الحارث بن سويد عن علي « ر ض » عنه قال نهى رسول الله ﷺ عن الدباء والمزفت .

وروى مسلم من حديث سعيد بن جبير عن ابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهم أنهما شهدا أن النبي ﷺ نهى عن الدباء والحنتم والنقير والمزفت . وروى أيضاً من حديث الزهري أخبرني أنس « ر ض » أن رسول الله ﷺ قال لا تنتبذوا في الدباء والمزفت . وروى أيضاً عن حديث الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال لا تنتبذوا في الدباء ولا المزفت . وروى أيضاً ثم يقول أبو هريرة اجتنبوا الحناتم والنقير. وروى أيضاً من حديث شعبة أخبرني عمرو بن مرة سمعت زادان يقول ، قلت لابن عمر أخبرنا بما نهى عنه رسول الله ﷺ من الأوعية أخبرنا بلغتكم ، وفسره لنا بلغتنا ، قال نهى عن الحنتم وهي الجرة ، ونهى عن المزفت وهو النقير ، ونهى عن الدباء وهو القرع ، ونهى عن النقير وهي أصل النخلة ينقر نقراً ويمسح مسحاً ، وأمر أن ينتبذ في الأسقية

وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره ، فإن كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثـــاً فيطهر ، وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه ، بخلاف العتيق . وعند أبي يوسف يغسل ثلاثـــاً ويجفف في كل مرة ، وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر .

---

قالوا إنما نهى عن هذه الأوعية على الخصوص لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر ما تشتد في غيرها ، وفيه دليل واضح لأبي حنيفة وأبي يوسف على إباحة شرب النبيذ الشديد دون المسكر ، وعلى حرمة ما يقع به السكر .

فإن قلت ما كان المعنى في النهي في زيارة القبور . قلت كانوا في ابتـــداء الإسلام إذا زاروا المقابر يقربون عنه ويقولون هجرا على رسمهم في الجاهلية ، ويصفون موتاهم بالبطالة وسفك الدماء وشرب الخمر ، فنهاهم النبي ﷺ عن زيارة القبور فطاماً لهم عن الهجر ، فلما انتهوا على ذلك أباح لهم زيارة القبور بعد ذلك .

( وإنما ينتبذ فيه بعد تطهيره ) إن كان فيه خمر ( فإن كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر ) لأنها تشرب كما لو ينجس الظرف بالدم أو البول ، فإنه يطهر بالغسل ثلاثاً ( وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه ، بخلاف العتيق ) .

( وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة ، وهي مسألة مـــا لا ينعصر بالعصر ) والخلاف فيه مشهور ، فان عنـــد محمد إذا تنجس ما لا ينعصر بالعصر لا يطهر أبداً . وعند أبي يوسف « رح » يطهر بالغسل ثلاث مرات مع تجفيفه في كل مرة ، وقد مر مستوفى في كتاب الطهارة .

وقال شيخ الإسلام هذا مثل ظرف الخمر بعدما صب منه الخمر ، أما إذا لم يصب منه الخمر حتى صار الخمر خلاً ما حال الظرف لم يذكر محمد هذا في الاصل . وقد حكي عن الحاكم أبي نصر محمد بن مهرويه انه كان يقول ما يوارى الإناء من الخل لاشك أنه يطهر ، لان ما يوارى الإناء من الخل فيه أجزاء الخل ، وإنه طاهر . فاما على الجب الذي انتقض من الخمر . وقيل صيرورته خلاً فانه يكره ، لان ما تداخل أجزاء الجب من الخمر لم

وقيل عند أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى ، حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته . قـــال وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلاً بنفسها أو بشيء يطرح فيها ، ولا يكره تخليلها . وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل . الحاصل به ان كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً ، وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به

---

يصر خلاً ، بل يلبث فيه كذلك جزءاً ، فيكون نجساً ، فيجب أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل ، لان غسل النجاسة الحقيقية بمـــا سوى الخمر من المائعات التي تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا غسل الجب بالخل صار ما حل فيه من أجزاء الخمر خلاً من ساعته ، فيطهر الجب بهذا الطريق . فاذا لم يفعل كذا حتى ملأ به من العصر بعد ذلك فانه يتنجس العصير ولا يحل شربه ، لانه عصير خالطه الخمر ، إلا أن يصير خلاً ، فكذا قاله خواهر زاده رحمة الله عليه .

( وقيل عند أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى ، حتى إذا خرج المـــاء صافياً غير متغير يحكم بطهارته ) أشار بهذا القول أنه إذا لم يجفف في كل مرة من الغسل ، ولكن ملأ ماء مرة بعد أخرى إلى آخره ما ذكره ، فانه يطهر ولا يحتاج إلى التجفيف في كل مرة من الغسل .

( وقال إذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلاً بنفسها أو بشيء يطرح فيها ، ولا يكره تخليلها ) أي قال القدوري في مختصره أراد أن التخليل يجـــوز مطلقاً ، سواء صارت خلاً بنفسها أو بعلاج ، كإلقاء الملح أو بغير الملح كالنقل من الظل إلى الشمس أو بالعكس أو بإيقاد النار بالقرب منه . ولا يكره هذا الفعل عندنا . وقال الشافعي يكره التخليل ( ولا يحل الخل الحاصل به إن كان التخليل بإلقاء شيء فيه قولاً واحداً ) وبه قال مالك وأحمد « ر ح » .

( وإن كان بغير إلقاء شيء فيه فله ) أي فللشافعي « ر ح » ( في الخل الحاصل به )

قولان . له أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول ، والامر بالاجتناب ينافيه . ولنا قوله عليه السلام نعم الإدام الخل ،

---

أي بإلقاء شيء ( قولان ) في قول يحل كقولنا ، وفي قول لا يحل ، وبه قال مالك وأحمد أما إذا صار خلا بطول المدة بدون علاج يحل بلا خلاف لهم .

( له ) أي للشافعي « رح » ( أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول والأمر بالاجتناب ينافيه ) بيانه أن سبحانه وتعالى أمر بالاجتناب على الخمر بقوله سبحانه وتعالى « فاجتنبوه » والامر للوجوب ، وفي التخليل اقتراب منه ، وبينهما منافاة فلا يجوز .

( ولنا قوله ﷺ نعم الإدام الخل ) هذا الحديث رواه الجماعة من الصحابة الاول جابر « رض » أخرج حديثه الجماعة إلا البخاري ومسلم والنسائي عن طلحة بن نافع والباقون عن محارب بن دثار [1] « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ نعم الإدام الخل ، أخرجه النسائي في الوليمة والباقون في الاطعمة .

الثاني : عائشة « رض » قال ، قال رسول الله ﷺ نعم الإدام الخل ،قال حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه لا يعرف من حديث هشام بن عروة إلا عن سليمان ابن بلال .

الثالث : أم هانيء « رض » أخرج حديثها الحاكم في المستدرك في الفضائل عن عطاء عن ابن عباس عن أم هانيء بنت أبى طالب« رض » قالت ، قال لي رسول الله ﷺ هل عندك طعام آكله وكان جائعاً ، فقلت إن عندى لكسرة يابسة ، وإني أستحى أن أقربها إليك ، فقال هلميها فكسرتها ونثرت عليها الملح ، فقال هل من إدام ، فقلت يا رسول الله ﷺ ما عندى إلا شيء من خل ، فقال هلميه ، فلما جئته به صبه على طعامه فأكل منه ثم حمد الله ثم قال نعم الإدام الخل يا أم هانيء ، لا يفتقر بيت فيه خل .

---

(١) هكذا بالدال في نصب الراية , وثار بالواو في الاصل ، اهـ مصححة .

## ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفـــة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به

الرابع : أيمن « ر ض » أخرج حديثه البيهقي في شعب الإيمان عن عبد الواحد بن أيمن عن أبيه قال نزل بجابر ضيوف فجاءهم بخبز وخل ، فقال كلوا فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول نعم الإدام الخل ، هلك القوم أن يحتقروا ما قدم إليهم ، وهلاك بالرجل أن يحتقر ما في بيته أن يقدمه لأصحابه .

الخامس : أم سلمة « ر ض » أخرج حديثها الدار قطني في سننه عن فرج بن فضالةعن يحيى بن سعيد عن عمرة عن أم سلمة « رض » أخرج حديثها الدار قطني أنها كانت لهاشاة تحتلبها ففقدها النبي ﷺ فقال ما فعلت الشاة ، قالوا ماتت ، قال أفلا انتفعتم بإهابها ، فقلنا إنها ميته ، فقال ﷺ إن دباغها يحل كما يحـــل خل الخمر . وقال الدار قطني تفرد بـــه فرح بن فضالة وهو ضعيف روى عن يحيى بن سعيد الأنصاري أحاديث لا يتابع عليها .

حديث آخر : خير خلكم خل خمركم ، قال البيهقي في المعرفة رواه المغيرة بن زياد عن أبي الزبير عن النبي ﷺ أنه قال خير خلكم خل خمركم ، تفرد به المغيرة بن زياد وليس بالقوي • وجه الاستدلال بهذا الحديث انه عام يتناول جميع ما ينطلق عليه اسم الخل لأنه لم يفصل بين خل وخل .

( ولأن بالتخليل يزول الوصف المفسد ) وهو الخمريـــة ، لأن التخليل إصلاح لجوهر فاسد ، فيجوز ، لأن الجوهر خمر فاسد ، فإصلاحه بإزالة صفة الخمرية عنه ، والتخليل إزالة لتلك الصفة ، فيكون إصلاحاً ( وتثبت صفـــة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به ) ذكر في ثبوت صفة الصلاح ثلاثة أشياء ، الأول تسكين الصفراء ، لان الجوهر البارد فيه أكثر من الجوهر الحار ، لأنـــه مركب من جوهرين مختلفين ، أعني من جوهر حار وجوهر بارد ، وكلاهما لطيف ، ولهذا فيه تخفيف بليغ ، حتى أنه من التخفيف في الدرجة الثالثة عند منتهاها إذا كان خلا ثقفاً .

الثاني : فيه كسر الشهوة لما قلنا أن فيه تخفيفاً بليغاً ، ذكر أصحاب الطبائع أنـــه يفيق الشهوة .

والإصلاح مباح ، وكذا الصالح للمصالح اعتباراً بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والإقتراب ، لإعدام الفساد فأشبه الإراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالاً في الثاني ، فيختاره من ابتلى به

---

الثالث : فيه التغذي ، لأنــه صالح للمعدة ، والجوع يصلح من هيجان الحرارة في المعدة ، وهو أسرع إلى إطفاء الحرارة وحدته ، قالوا إنـــه يضعف البصر ( والإصلاح مباح ) أي إصلاح المفسد يباح كالدباغ ، وهذا بالإجماع .

(وهكذا الصالح للمصالح) وكذا مباح الصالح للمصالح وهو جمع مصلحة والمصالح هي الأشياء المذكورة ونحوها ( اعتباراً بالمتخلل بنفسه ) أي قياساً على التخلل بنفسه ، فانه يباح بالإجماع لأجل المصالح المذكورة وغيرها . وكــذا الذي تحل بالعلاج ونحوه ( وبالدباغ ) أي واعتباراً بالدباغ أيضاً ، فان عين الجلد نجس ، ولهــذا لا يجوز بيعه كالثوب النجس ، والدبغ إصلاح له من حيث انه يعصمه من النتن والفساد ، وقد جاز الدباغ فيجوز التخليل قياساً عليه ( والإقتراب لإعدام الفساد ) وهــذا جواب عن قول الشافعي أن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول . ووجهه لا نسلم أنه على جهة التمول ، بل المنظور إليه إعدام الفساد (فأشبه الإراقة) فان فيها اقتراباً أيضاً (والتخليل أولى ) أي من الإراقة مع وجود الاقتراب في كل منهما ( لما فيه ) أي في التخليل ( من احراز مال يصير حلالاً في الثاني ) أي في الزمن الثاني ( فيختاره من ابتلي بـــه ) أى فيختار التخليل على الإراقة من ابتلي بالخمر ، كما إذا درت خمراً مثلاً .

فان قلت هي لنجس العين فيحرم التصرف فيها قياساً على الميتة والبول والدم قلت، ليس كذلك فذاتها ذات العصير وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي عينها بل وصفها وهو يقبل الزوال كالصبي في الصبي ، ولهذا لو تخللت بنفسها يحل .

فإن قلت ما تقول فيما رواه مسلم عـن أنس « رض » قال سئل النبي ﷺ عن الخمر أيتخذ خلا ، قال لا . وروى أيضاً عن أنس أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتـام ورثوا خمراً ، قال أهرقها ، قال أفلا نجعلها خلا ، قال لا .

وروى المزني أيضاً في كتاب العلل أن أبا طلحة كان في حجره يتامى فاشترى لهم خمراً فنزل تحريم الخمر فسأل رسول الله ﷺ عن ذلك وقال افتحلها ، قال لا ، ولكن أهرقها ، قال المزني فلو كان التخليل جائزاً لما أمره النبي ﷺ بالإراقة ، لأن فيها يضع

مال اليتيم ، بل كان يأمره بالتخليل خصوصاً كان الخمر ليتامى . قالوا أو لأن الصحابة أراقوها حين نزلت آية التحريم كما ورد في الصحيح ، فلو جاز التخليل لبينه ﷺ كما بين لأهل الشاة الميتة على دباغها .

قلت أما الجواب عن الحديث الأول أن المعنى لا يستعملوها استعمال الخل بأن تؤدم ويوضع على المائدة كما يوضع الخل ، وهو نظير ما روي عنه ﷺ أنه نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال ، وأن يتخذ الدواب كراس ، المراد الاستعمال . ولما نزل قوله سبحانه وتعالى ﴿ اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون الله ﴾ ٣١ التوبة . قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط ، فقال ﷺ أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم ، قال نعم ، فقال هو ذاك فقد فسر الإتخاذ بالاستعمال .

وأما عن الثاني فقد أجاب الطحاوي « رح » بأنه محمول على التغليظ والتشديد ، لأنه كان في ابتداء الإسلام كما ورد ذلك في سؤر الكلب ، بدليل أنه ورد في بعض طرقه الأمر بكسر الدنان وتقطيع الزقاق . ورواه الطبراني في معجمه حدثنا معاذ بن المثنى حدثنا مشدد حدثنا معتمر حدثنا ليث عن يحيى بن عباد عن أنس « رض » عن أبي طلحة قال ، قلت يا رسول الله ﷺ إني اشتريت خمراً لأيتام في حجري ، فقال أهرق الخمر واكسر الدنان .

وروى أحمد في مسنده حدثنا الحاكم بن نافع حدثنا أبو بكر بن أبي مريم عن حمزة بن حبيب عن ابن عمر أن النبي ﷺ شق زقاق الخمر بيده في أسواق المدينة ، وهذا صريح في تغليظ الأمر ، لأن فيه إتلاف مال الغير ، وقد كان يمكنه الإراقة بدون كسر الدنان وشق الزقاق وتطهيرها، ولكن قصد بإتلافها التشديد ليكون أبلغ في الردع ، وقد ورد عن عمر « رض» أنه أحرق بيت خمار ، كما رواه ابن سعد في الطبقات أخبرنا يزيد بن هارون أخبرنا ابن أبي دريب عن سعد بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن أبيه أن عمر « رض » حرق بيت رويشد الثقفي وكان حاوياً للشراب ، قال فلقد رأيته ملتهباً ناراً .

واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الإناء ، فأما أعلاه وهو الذي نقص منـــه الخمر قيل يطهر تبعاً ، وقيل لا يطهر ، لأنه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته ، فيطهر . وكذا اذا صبت منه الخمر ثم ملىء خلاً يطهر في الحال على ما قالوا . قـــال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به ، لان فيه أجزاء الخمر

---

وقد ورد في حديث عن جابر أن النبي ﷺ عوض الأيتام عن خمرهم مالاً كما رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده حدثنا جعفر بن حميد الكوفي حدثنا يعقوب القمي عن عيسى بن حارثة عن جابر ، فذكر . وفيه قال إذا أتانا مال البحرين فإنا نعوض أيتاماً في مالهم ، وقد تقدم فيما مضى من هذا الباب .

( وإذا صار الخمر خلاً يطهر ما يوازيها من الإناء ) يجوز فيما يواريها بالراء المهملة من المواراة ، وهي الستر ، ويجوز بالزاء المعجمة من الموازاة ، وهي المساواة أي يطهر مـــا يستر الخمر من الاناء أو ما يساويها من الإناء بمعنى قدر ارتفاعها في الإناء ( فأما أعلاه ) أي أعلى الإناء ( وهو الذي نقص منـــه الخمر ) مثلاً إذا كانت الخمر في نصف الإناء لا يكون المشغول منه بالخمر إلا النصف التحتاني ، فإذا صارت خلاً يطهر النصف التحتاني لصيرورة الخمرة خلا . وأما النصف الفوقاني هل بالخل يطهر ( قيل يطهر تبعاً ) أي من إرادة الخل ، وبه أخذ الهندواني وأبو عبيد والصدر الشهيد .

( وقيل لا يطهر لأنه خمر يابس ) فيكون نجساً ( إلا إذا غسل بالخـــل فيتخلل من ساعته فيطهر ) يعني يدار فيه الخل حتى يصيب جميع الظرف ، فاذا فعل ذلك فقد طهر وإن لم يشرب فيه الخمر كذا في الذخيرة ، وقد مر الكلام فيه عن قريب . ( وكذا إذا صب منه الخمر ثم ملىء خلا يطهر في الحال على ما قالوا ) أي المشايخ ، لأن آثار الخمر التي فيه تستحيل خلاً في ساعته فيطهر .

( قال ويكره شرب دردي الخمر ) أي قال في الجامع الصغير ودردي الخمر مـــا يرسب في أسفله ، وكذا دردي الزبيب ونحوه ( والامتشاط به ) أي بدردي الخمر إنما خص

والانتفاع بالمحرم حرام ، ولهذا لا يجوز أن يداوى بـــه جرحاً أو دبرة دابة ، ولا أن يسقى ذمياً ولا أن يسقى صبياً للتداوي ، والوبال على من سقاه . وكذا لا يسقيها الدواب . وقيل لا تحمل الخمر إليها . أما إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به ، كما في الكلب والميتة . ولو ألقى الدردي في الخل لا بأس به ، لأنـــه يصير خلاً ، لكن يباح حمل الخل اليه

---

الامتشاط لأن له تأثير في تحسين الشعر ، وقد صح عن عائشة انها كانت تنهى النساء عن ذلك أشد النهي ( لأن فيـــه ) أي في الدردى ( أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ، ولهذا لا يجوز أن يداوى به ) أي بالخمر ( جرحاً ) لحديث ابن مسعود « رض » أن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ( أو دبرة دابة ) أي أو يداوى دبر دابـــة ، والدبر بفتحتين جرح الدابة أو عقرها من دبرت الدابة تدبر دبراً من باب علم يعلم ، والدبر بفتح الدال وكسر الباء هو الحيوان الذى فيه دبر بفتحتين .

( ولا أن يسقي ذمياً ) أي ولا يجوز ، لأن فيه اقتراباً للخمر ، وهو مأمور بالاجتناب عنه وإعانة على المعصية ( ولا أن يسقي صبياً للتداوي ) أي ولا يجـــوز أن يسقي صبياً لأجل التداوي لـمـا ذكرنا من حديث ابن مسعود ( والوبال ) أى الإثم والخطيئة ( على من سقاه ) لأن الصبي غير مخاطب ، فالإثم يبنى على الخطاب .

( وكذا لا يسقيها الدواب ) لأنه نوع انتفاع بالخمر وأقرب منـــه ( وقيل لا تحمل الخمر إليها ) أي إلى الدواب ( أما إذا قيدت ) أي الدواب (إلى الخمر فلا بأس به) لعدم المعنى الذي ذكرناه ( كما في الكلب والميتة ) أى لا تحمـــل الميتة إلى الكلب . ولو قيد الكلب إليها لا بأس بـــه ، وكذا الفارة لا تحمل إلى الهرة ، ولكن الهرة تحمـــل إلى الفارة كيلا يصير حامـــلاً للنجاسة بلا ضرورة . وفي الذخيرة ويكره أن يبل الطين بالخمر .

( ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به ، لأنه يصير خلاً ، لكن يباح حمل الخل إليه)

لا عكسه لما قلنا . قال ولا يحد شاربه ، أي شارب الدردي إن لم يسكر . وقال الشافعي يحد ، لأنه شرب جزءاً من الخمر . ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه ، فكان ناقصاً ، فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حد فيها إلا بالسكر ، ولأن الغالب عليه الثفل ، فصار كما إذا غلب عليه الماء بالإمتزاج . ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل ، لأنه انتفاع بالمحرم ، ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب .

---

أى إلى الدردى ( دون [1] عكسه ) وهو حمل الدردى إلى الخل ( لما قلنا ) أشار به إلى التعليل المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة .

( قال ولا يحد شاربه ، أى شارب الدردى إن لم يسكر . وقال الشافعي يحد ) وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ( لأنه شرب جزءاً من الخمر ) أى الدردى لا يخلو منه ، وفي الخمر يجب الحد في القليل والكثير .

( ولنا أن قليله لا يدعو إلى كثيره لما في الطباع من النفرة [2] عنه ) أى من النفرة ، لأن الطباع لا تميل إلى شرب الدردى ، بل من يعتاد شرب الخمر يعاف الدردى ( فكان ناقصاً ، فأشبه غير الخمر من الأشربة ، ولا حد فيها إلا بالسكر ، لأن الغالب عليه الثفل ، فصار كما إذا غلب عليه الماء بالامتزاج ) حيث لا يحد إذا كان الماء هو الغالب كما ذكرنا .

( ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل ) وهو ثقب الذكر ( لأنه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد ) وفي بعض النسخ ولا يحد ( لعدم الشرب وهو السبب ) أى الشرب ، وهو السبب في وجوب الحد ولم يوجد ، وبه قال الشافعي ومالك . وعن أحمد

---

(١) لا عكسه – هامش . (٢) النبوة – هامش .

ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ، ولا حد ما لم يسكر منه لأنه أصابه الطبخ . ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه .

## ( فصل في طبخ العصير )

الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ،

---

يجب الحد بالإحتقان ، لأنه أدخله إلى جوفه ، قال ابن قدامة والأصح أنه لا يجب لعدم الشرب .

( ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ) أي لتنجس المرقة بالخمر ( ولا حد ما لم يسكر منه ، لأنه أصابه الطبخ ) لأنه مطبوخ ، والخمر هو الذي من ماء العنب . وعند أحمد يحد ، لأن عين الخمر موجود فيها . ولو لم يطبخ يعتبر الغالب والمغلوب ، كما لو مزج الخمر بالماء . وقال شيخ الإسلام في شرحه ، وهذه المسألة تدل على أن الخمر إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه أنه لا يجب الحد بشربه ما لم يسكر ، لأنه بعد الطبخ لم يبق بناء .

( ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه ) أي في العجين ، وأما اللحم إذا طبخ بالخمر ، فعند محمد لا يطهر أبداً ، وعند أبي يوسف يغلى بالماء الطاهر ثلاث مرات ويبرد في كل مرة .

### ( فصل في طبخ العصير )

أي هذا فصل في بيان أحكام العصير وكيفيته . ولما ذكر فيها معنى أن العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه ، شرع يبين كيفية طبخ العصير إلى أن يذهب ثلثاه ، وما في هذا الفصل ليس بمذكور في الجامع الصغير ، ولا في القدوري ، وإنما هو مذكور في المباسيط ، ذكره تفريعاً على ما ذكر قبل هذا .

( الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ) يعني ما ذهب

ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي، في بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ، ويبقى الثلاث فيحل ، لان الذي يذهب زبداً هو العصير أو ما يمازجه ، وأياً ما كان جعل كأن العصير تسعة دوارق ، فيكون ثلثها ثلاثة . وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعدما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه ، لأن الذاهب

---

من القدر من غاية الغليان وقذفه بالزبد لا يعتبر ( ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي ) لأن نصيب الشيطان في الثلثين فما لم يذهب الثلثان لا يحل (في بيانه )أى بيان ما ذكر ( عشرة دوارق ) وهو جمع دورق بفتح الدال المهملة وسكون الواو وفتح الراء وفي آخره قاف ، وهو مكيال الشراب أعجمي معرب . قيل تسعة عشر أمناء . وقال تاج الشريعة تسعة أربعة أمناء ( من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي) وهو تسعة دوارق ( حتى يذهب تسعة [1] دوارق ويبقى الثلث ) وهو ثلاثة دوارق ( فيحل ، لأن الذي يذهب زبداً ) أى حال كونه زائداً ( هو العصير ) يعني من نفس العصير ( أو ما يمازجه ) اى والذى ذهب زائداً هو ما يما زج العصير من الثفل والشراب والدردى .

( وأياً ما كان ) أى النوعين كان ( جعل كأن العصير تسعة دوارق ، فيكون ثلثها ثلاثة ) أى فيكون ثلث التسعة ثلاثة دوارق ، فيكون الذاهب ستة والباقي ثلاثة فيحل .

( واصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان الماء أسرع ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعدما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى

---

(١) ستة – هامش .

الاول هو الماء والثاني العصير ، فلا بـــد من ذهاب ثلثي العصير .
وإن كانا يذهبان معاً تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل ، لانه ذهب الثلثان ماء وعصيراً والثلث الباقي ماء وعصير ، فصار كما إذا صب الماء فيـــه بعدما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه ،

---

يذهب ثلثاه ، لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير ، فلا بد من ذهاب ثلثي العصير) بيان ذلك ما قاله شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه ، وهو أن يجعل كل عشرة مـن الماء والعصير على ثلاثة أسهم بحاجتك إلى الثلث والثلثين ، فيكون الماء ستة من تسعة وما ذهب يجعل كأن لم يكن ، لان ما بقي العصير لا غير ، وهو ثلاثـة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه ،فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان ، فذهب ثمانية وبقي واحد وهو تسع الكل ، وهو الحاصل ثلاثة دوارق وهو ثلث .

( وإن كانا يذهبان معاً ) أي وإن كان الماء والعصير يذهبان معاً ( تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ، ويبقى ثلثها فيحل ) قال شيخ الإسلام كأن محمداً « ر ح » علم أن العصير على نوعين منه ما لو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولاً منه ما إذا صب فيه الماء يذهبان معاً ، وكذلك فصل الجواب فيه مفصلاً ( لأنه ذهب الثلثان مـــاء وعصيراً ) أي حال كون الثلثين ماء وعصيراً ، وهذا مثل قولك جاء القوم ركباناً ومشاة ، يعني حال كونهم بعضهم راكبين وبعضهم ماشين ( والثلث الباقي ماء وعصير ) وقد ذهب الحرام من العصير وهو الثلثان ، وبيانه فيما قـــال شيخ الإسلام ، وهو أن يطبخ حتى يذهب ثلثاه وهو عشرون ويبقى ثلاثة وهو عشرة ، لأنه متى بقي عشرة كان يليه ماء ويليه عصير إذا كانا يذهبان معاً ، فيكون ثلث العصير ثلاثة ، وقد كان العصير عشرة وقـــد رد العصير إلى الثلث فيحل .

( فصار كما إذا صب الماء فيه بعدما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه ) يعني صار حكم هذا كحكم ماء لو صب في العصير بعدمـــا صار مثلثاً بحيث يحل فكذا هذا .

( بيانه ) أي بيان ما ذكر ( عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقـــاً من ماء ففي

بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء . ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة ، لانه ثلث العصير ، وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا . والغلي بدفعة ودفعات سواء إذا حصل قبل أن يصير محرما . ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل ، لانه أثر النار .

---

الوجه الأول ) أي فيما إذا ذهب الماء أولاً ( يطبخ حتى يبقى تسع الجملة ، لأنه ثلث العصير ) تسع الجملة وهي ثلاثة ، وذلك بعد ذهاب الدورق بالزبد والثلاثة ثلث العصير ، لأن العصير عشرة ، ولكن ذهب منها دورق بالزبد فبقي تسعة ثلثها ثلاثة .

( وفي الوجه الثاني ) أي فيما إذا كان الماء والعصير يذهبان معاً ( حتى يذهب ثلثا الجملة ) أي يطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة وهو عشرون وبقي عشرة ثلاثة ، فمتى بقي عشرة كان ثلثاه ماء وثلثه عصير ، أو كان الباقي ثلث العصير وثلث الماء ( لما قلنا ) أشار به إلى قوله لأن الباقي ثلث الماء وثلث العصير .

( والغلي بدفعة ودفعات سواء إذا حصل ) أي الغلي ( قبل أن يصير محرماً ) قال في الأصل إذا طبخ الرجل عصيراً حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثاه ثم ترك حين يبرد، ثم أعاد عليه الطبخ حتى يذهب نصف ما بقي فإن كان أعاد عليه قبل أن يغلي ويتغير عن حال العصير فلا بأس به ، لأن الطبخ وجد في حالة الحلاوة وإن كان يغير عن حالة العصير وإلا فلا خير فيه لأن الطبخ وجد بعد ثبوت الحرمة .

( ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل ، لأنه أثر النار ) صورته إذا طبخ العصير حتى ثلاثة أخماسه مثلاً وبقي خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى نقص عليه تمام الثلاثين وبقي الثلث حل ، لأن ما ذهب بعد قطع النار ذهب بحرارة النار فصار كما إذا شمس العصير وذهب ثلثاه بحرارة الشمس ، فيصير مثلثا، لأن المقصود ذهاب الثلثين، وصار كما لو صار مثلثا والنار تحته . بخلاف ما لو برد مشتداً محرما ثم طبخ حتى ذهب ثلثاه حيث لا يحل ، كذا في الذخيرة والمبسوط .

وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه ثم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ماذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاث وثلث تضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة، فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعدما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان

---

( وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه ثم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان ) ذكر أولاً الأصل الذى فيه أن ما ذهب بالزبد لا يعتبر . ثم ثانيا الأصل الذي فيما إذا صب فيه الماء بالوجهين المذكورين .

ثم ثالثاً يذكر معرفة قدر طبخ للبقية بعد إراقة البعض فقال ( فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ) أى المسكوب ( ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء . فما يخرج بالقسمة فهو حلال . بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حق ذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث ) لأن كل العصير عشرة ، وثلثها ثلاثة وثلث .

( وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة ، فيكون عشرين ) لأن الستة ثلاث مرات ثمانية عشر ، والثلاث مرات اثنان ، فالجملة عشرون ( ثم تقسم العشرين على ما بقي بعدما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء ، وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان ) وهذا لأن الرطل الذاهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي ، وكان الباقي إن لم ينصب منه شيء تسعة أرطال، فعرفنا أن كل رطل من ذلك فسر معنى رطل وتسع رطل ، لأن الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقي أتساعاً ، فإذا انصب فيه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة اتساع رطل ، فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يذهب الثلثان ، ويبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا

فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان . وعلى هذا تخرج المسائل . ولها طريق آخر ،

---

رطل ، وهو معنى قوله :

( فعرفت أن الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان ) بضم التاء ، أي تسعا رطل كما ذكرنا )وعلى هذا تخرج المسائل ) أي وعلى المسائل المذكورة تخرج مسائل كثيرة ، منها إذا كان الذاهب بالغليان رطلين وبقي ثمانية أرطال ثم أهريق منه رطلان ثم يطبخ حتى يزول الثلثان ينبغي أن يطبخ حتى تزول الثلاثة أرطال ونصف رطل ، لكن تأخذ ثلث الجميع ، وذلك ثلاثة وثلث ، فتضربه في الباقي بعد الغليان والإراقة وهو ذلك ستة ، فيصير عشرون ، ثم يقسم العشرون على الباقي بعد الغليان قبل الإراقة ، وذلك ثمانية يخرج رطلان ونصف رطل ، وهذا المقدار هو الذي يجب أن ينتهي الطبخ إليه بعد الغليان والإراقة ، وهو الثلث .

ومنها إذا كان الذاهب بالغليان خمسة أرطال وبقي خمسة ، ثم جاء رجل وأخذ منه رطل وبقي أربعة لم يطبخ حتى يذهب الثلثان ويبقى الثلث ينبغي أن يطبخه حتى يبقى رطلان وثلثا رطل ، لأنك تضرب ثلثا الجملة وهي ثلاثة وثلث في الباقي بعد الإراقة وهي أربعة ، فيكون ثلاثة عشر وثلثا،لأن الثلاثة في الأربعة أثني عشر وثلث في الأربعة منهم وثلث سهم ، فيقسم ثلاثة عشر وثلث على الباقي بعد الغليان قبل الإراقة ، وذلك خمسة يخرج من القسمة رطلان وثلاثة أخماس رطل وثلث خمس رطل ، وقال إن العشرة إذا قسمت على الخمسة فيخرج سهمان ، والثلاثة إذا قسمت على الخمسة يخرج ثلاثة أخماس ، والثلث إذا قسم على الخمسة يخرج ثلث خمس رطل ، لأنك تضرب الصحيح وهي الخمسة في مخرج الكسر وهي ثلاثة تصير خمسة عشر ، ثم يقسم عليه الكسر وهو الثلث يخرج ثلث الخمس ، ثم ثلاثة أخماس الشيء وثلث خمسه مساو مع ثلث الشيء . ألا ترى أن عشرة من خمسة عشر ثلثاه وهي ثلاثة أخماسه وثلث خمسة ، لأن ثلاثة اخماسه تسعة وثلث خمسه واحد

( ولها طريق آخر ) أي للمسألة المذكورة طريق آخر في استخراجها . قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام ، لأنه إنما يطبخ ليذهب الحرا ويبقى الحلال فثلثاه

وفيما اكتفينا بـــه كفاية وهداية إلى تخريج غيرها من المسائل ، والله أعلم بالصواب .

---

عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل ، وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل ، والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام ، والباقي تسعة أرطال الحلال منها ثلاثـــة أرطال وثلث رطل ، والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل،فإذا أهريق ثلاثة فهو من الحلال والحرام جميعاً ، وكان الذاهب منهما على السواء ، فذهب من الحلال ثلاثة وهو رطل وتسع رطل ، فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل . ولو رمت زيادة الانكشاف فأجعل كل رطـــل تسعة لاحتياجه إلى حساب له ثلثاً ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهماً ، وقد أريق ثلاثة وهو عشرة ، فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعا رطل ، وهـــذا معنى قول الشيخ ، ولهذا طريق آخر .

( وفيما اكتفينا به كفاية ) للذكي الفطن ( وهداية ) أي طريق موصل ( إلى تخريـــج غيرها ) أي غير المسائل التي ذكرناها ( من المسائل ) لمن يستهدي بذلـــك ويحفظه ، وهو ما ذكرنا من الأصول .

واعلم أن القدر الذي يطبخ فيها العصير ينبغي أن يكون قدراً قاعدتها مسطحة غير مقعرة ، وجدارها المحيط مستدبراً في ارتفاعه على الاستقامة ، وارتفاعه مقسوم بثلاثـــة أقسام متساوية ، فتملأ ويطبخ إلى أن يذهب ثلثاه ويرجع الباقي في المقدار إلى العلامة السفلى على قدر الثلث ، كذا قال بعد الحساب في كتابه ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

* * *

# كتاب الصيد

## الصيد الاصطياد ، ويطلق على ما يصاد ، والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم ،

( كتاب الصيد )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الصيد . وجه المناسبة بين الكتابين . هو اشتمالهما على نوع من السرور والنشاط ، إلا أن الأول أقوى ، لأنه باطني ، فكذلك قدمه . وقيل لأن منهما قد يصير من أسباب التلهي ، إلا أن التلهي بالأشربة حرام ، وبالصيد مكروه فقد حرم الحرام لقوته على المكروه ومحاسن الصيد محاسن المكاسب. وسببه مختلف باختلاف حال الصائد ، فقد تكون الحاجـــة إليه ، وقد لا يكون لإظهاره حلاوة . وقد يكون للتفرج والتنزه .

( الصيد لغة [1] هو الاصطياد ) أراد أن الصيد في اللغة مصدر بمعنى الاصطياد، وقد سمى الصيد صيد التسمية بالمصدر ، ويقال صاد يصيد صيداً فهو صائد ، وذاك مصيد ، وأصله مصيود ، كما أن مبيعاً أصله مبيوع فاعل بالنقل والقلب والصيد اسم لحيوان ممتنع متوحش لا يؤخذ إلا بالحيلة ، قال الشاعر :

وإذا ركبت فصيدي الأبطال

أطلق اسم الصيد على البطل وهو الشجاع ، وإن كان آدمياً لكونه ممتنعاً لا يمكن أخذه إلا بالحيلة . وشرعيته بالكتاب والسنة والإجماع .

( ويطلق ) أي لفظ الصيد الذي هو بالمصدر ( على ما يصاد ) من الحيوان مجـــازاً إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول ( والفعل مباح ) أراد بالفعل الاصطياد وهو مباح ( لغير المحرم في غير الحرم ) المحرم محرم عليه الصيد بالآية ، وكذلك صيد الحرم حرام بالنص،

---

( ١ ) الصيد الاصطياد — هامش .

لقوله تعالى ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ ٢ المائدة ، وقوله عز وجل ﴿ وحرم عليكم صيد البر مـــا دمتم حرما ﴾ ٩٦ المائدة . ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وان أكل منه فلا تأكل ، لانه انمـــا أمسك على نفسه ، وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل ، فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك . وعلى إباحته انعقد الإجماع .

---

وهو قوله ﷺ لا ينفر صيدها ، فإذا كان بيعه حرام فصيده بالطريق الاولى ، لأن فيه تفويت الأمن المستحق .

( لقوله سبحانه وتعالى ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ المائدة ) هذا دليـــل لمشروعية الصيد ، ويفهم منه أيضاً عدم مشروعيته لغير الحلال ، وهو المحرم ، والأمر هاهنا للاباحة ( وقوله سبحانه وتعالى ﴿ وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ﴾ ٩٦ المائدة ) هذا التحريم إلى غاية ، فاقتضى الإباحة فيما وراء ذلك .

( وقوله ﷺ لعدي بن حاتم الطائي رضي الله تعـــالى عنه إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإن أكل منـــه فلا تأكل ، لأنه إنما أمسكه على نفسه ، فإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل ، فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عدي بن حاتم قلت يا رسول الله ﷺ إني أرسل كلبي واسمي ، فقال إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ ، وقيل فكل ، فإن أكل منه فلا تأكل ، فانما أمسك على نفسه . قلت إني أرسل كلبي فأجد معه كلب آخر ولا أدري أيهما أخذه ، فقال لا تأكل ، فانما سميت على كلبك ولم تسم على كلب آخر .

( وعلى إباحته ) أي إباحة الصيد ( انعقد الاجماع ) أي إجماع الأمـــة ، وهو من أقوى الحجج ، لقوله ﷺ لا تجتمع أمتي على الضلالة .

ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك ، وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف ، فكان مباحاً بمنزلة الإحتطاب . ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان ، أحدهما في الصيد بالجوارح ، والثاني في الاصطياد بالرمي .

## ( فصل في الجوارح )

قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح

---

( ولأنه ) أي الصيد ( نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك ) أى لأجل الانتفاع، لان ما سوى الآدمي خلق لمصالح الآدمي (وفيه) أى في الانتفاع بالشيء المخلوق الانتفاع (استبقاء المكلف وتمكينه من إقامة التكاليف) لانه لو لم ينتفع بما فيه نفعه يهلك ولايتمكن من إقامة التكاليف ( فكان مباحاً ) اى إذا كان الامر كذلك كان الاصطياد مباحاً ( بمنزلة الاحتطاب ) والاحتشاش في كونه مباحاً .

فان قلت كان ينبغي ان يكون واجباً لما فيه من التمكن من إقامة التكاليف . قلت هو غير متعين لإقامتها فكان مباحاً ، ولهذا قالوا يباح إذا كان مقصوده إقامة التكاليف وإن كان مقصوده التلهي يكره .

( ثم جملة ما يحويه الكتاب ) اى ما يجمعه كتاب الصيد ( فصلان، احدهما في الصيد بالجوارح ) وهو جمع جارحة ، وأراد بها هاهنا الجوارح من الحيوان كالكلب والفهد والبازي والصقر ونحوها ( والثاني ) أى الفصل الثاني ( في الاصطياد بالرمي ) بالسهام والمعراض ونحوهما من الآلة التي تجرح نحو السيف والرمح .

### (فصل في الجوارح )

اى هذا فصل في بيان الجوارح ، وقدم فصلها على الرمي لان آلة الصيد هنا حيوان ، وفي الرمي جماد ، للحيوان فضل على الجماد مع أن الحيوان هاهنا متصف بالعلم ، فكان افضل من الرمي الذى لا صلاحية له في العلم .

( قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة ) اى

المعلمة . وفي الجامـــع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك ، إلا أن تدرك ذكاته . والأصل فيـــه قوله تعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين ﴾ ٣ المائدة ،

---

قال القدوري في مختصره واراد سائر الجوارح المعلمة من الحيوان الذي له ناب نحو النمر والثعلب والضبع على ما يجيء ، ومن الحيوان الذى له مخلب كالصقر والعقـــاب والباشق ونحوها .

( وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السبـــاع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ) وإنما أورد رواية الجامع الصغير لأن رواية القدوري تدل على الاثبـات لا غير ، ورواية الجامع تدل على الاثبات والنفي جميعـــاً ، واراد بذي ناب الذى يصيد بنابه ، وبذي مخلب الذى يصيد بمخلبه ، لا ما له ناب ومخلب .

فإن قلت لم ذكر كلمة لا بأس مع ثبوت الاباحة بالكتاب . قلت لأن قوله سبحانـــه وتعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح ﴾ مخصوص في الخنزير والذئب ، فصار شبهة في تناول الآية كـــل معنى ، لأن العام إذا خص منه البعض يصير ظنيـــاً ، وعند البعض لا يبقى حجة ، فلهذا قال لا بأس .

( ولا خير ) أي لا يجوز ( فيما سوى ذلك ) أي فيما سوى المعلم من ذي ناب ، والمعلم من ذي مخلب يعني إذا أخذ كلب غير معلم صيداً فلا خير فيـــه ( إلا أن تدرك ذكاته ) وكذا البازي وغيره . وقيل اراد ما لا ناب له ولا مخلب لأنه لا يجرح ، وإنما يقتل غمـــاً وخنقاً ، والله سبحانه وتعالى شرط الجرح إلا أن يدرك ذكاته ،أي ذبحه ، فحينئذ يكون مضافاً إلى ذبحه .

( والاصل فيه ) أي في اشتراط كون الجارح من ذوات الناب والمخلب التي يصيد بها ( قوله سبحانه وتعالى ) لا إله إلا هو ( ﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين ﴾ المائدة ) كلمة ما بمعنى الذى ، وهو عطف على الطيبات ، أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم ، فحذف

والجوارح الكواسب في تأويـــل المكلبين المسلطين ، فيتناول الكل بعمومه ،

---

المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه ، ويجوز أن تكون ما شرطيه وجزاءها فكلوا .

( والجوارح الكواسب في تأويل ) أي الكواسب من سباع البهائم ، والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازي والشاهين ، سميت بذلك لأنها كواسب بنفسها ، يقال جرح واجرح إذا كسب ، ومنه قوله سبحانه وتعالى ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ ٦٠ الانعام ، أي كسبتم في الايام. وقال سبحانه وتعالى ﴿ أم حسب الذين اجترحوا السيئات ﴾ ٢١ الجاثية ، اى اكتسبوها . وقيد بقوله في تأويل بعض العلماء ، لأنه في تأويل آخرين من الجوارح .

( والمكلبين المسلطين ) اى المسلطين الجوارح على الصيد . وفي الكشاف الكلب المؤدب الجوارح ومضريهـا بالصيد فصائدها ورابصها كذلـــك بما علم من الحبل ، وطرق التأديب والتنضيف واشتقاقه من الكلب ، لان التـأديب أكثر ما يكون في الكلاب ، فاشتق من لفظه لكثرته في جنسه . ولان السبع يسمى كلباً ، ومنه قوله ﷺ اللهـم سلط عليه كلباً من كلابك ، فافترسه الاسد . ومن الكلب الذى هو بمعنى الفرارة يقال هو كلب بكذا إذا كان ضارياً به .

فان قلت مكلبين منصوب بماذا . قلت على الحال من علمتم .

فان قلت ما فائدة الحال وقد استغنى عنها بعلمتم . قلت فائدتها ان يكون من يعلـم الجوارح تحريراً في علمه قدرنا فيه موصوفاً بالتكليب ، ويعلمونهن حال ثانية ، أو استئناف ، وفيه فائدة جليلة وهي كل من أخذ علماً لا يأخذه إلا من أقبـل اهله علـــاً ، وأوسعهم دراية ، وأغوصهم على ألطافه وحقائقـــه ، فكم أخذ من غير متقن قد ضيع زمانه ، وغفل عن التقاط التجاريم بنابه بما علمكم الله من علم التكليب ، إنه إلهام من الله أو مما عرفكم أن تعلموه من اتباع الصيد بارسال صاحبـه ، وانزجاره بزجره ، وانصرافه بدعائه ، وامساكه الصيد عليه ، وأن لا تأكل منه .

( فيتناول الكل بعمومه ) اى إذا كان المعنى ما ذكرنا يتناول قوله سبحانه وتعـالى

دل عليه مـــا روينا من حديث عدي رضي الله عنه ، واسم الكلب في اللغة على كل سبع حتى الأسد . وعن أبي يوسف انه استثنى من ذلـــك الأسد والدب ، لأنهما لايعملان لغيرهما ، الأسد لعلو همته ، والدب لخساسته ، وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته ،

---

﴿ وما علمتم من الجوارح مكلبين ﴾ كل ذي ناب جارح ، وكل ذي مخلب جـارح بعموم اللفظ ، وفيه إشارة إلى نفي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد انه لا يجوز الاصطيـاد إلا بالكلب ، مستدلين بلفظ مكلبين .

( دل عليه ) أى العموم ( ما روينا من حديث عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه ) فانه قال فيه إذا أرسلت كلبك ( واسم الكلب في اللغـة يقع على كل سبع حتى الاسد ) ألا ترى ان النبي ﷺ قال في عتبة بن ابي لهب اللهم سلط عليه كلباً من كلابك ، فسلط الله عليه الاسد فقتله ، ومعنى حقيقة هذا الاسم موجود في الكل فكان عاماً بطريق الحقيقة .

( وعن أبي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب، لانهما لا يعلمان لغيرهما، الاسد لعلو همته ، والدب لخساسته) هذا يتعلق بقوله فيتناول العموم بعمومه . وفي الإيضاح ولا يجوز الإصطياد بالاسد والدب والخنزير وإن كان عموم الآية يتناولها ، لأن التعليم منها لا يتصور ، فإنا نستدل على التحريم للتعليم بترك الا كل، ومن عادة الاسد والدب أن يمسكا صيدهما فلا يأكلانه في الحال ، حتى لو تصور التعلم منهما جاز . وأما الخنزير فانه نجس العين ، وكان الانتفاع به محرماً . وعن أحمد والحسن البصري والنخعي وقتادة وإسحـاق وأصحاب الظاهر لا يؤكل ما صيد بالكلب الاسود إذا كان بهيماً ، والبهيم الذى لا يخالطه لون سواه ، لأنه ﷺ قال هو شيطان وأمر بقتله ، وما وجب قتله حرام افساده وتعليمه ، فلم يبح صيده كغير المعلم . ولنـــا عموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب .

( وألحق بهما ) أى بالاسد والدب ( بعضهم الحدأة لخساسته ) بكسر الحاء وفتح الدال

والخنزير مستثنى لأنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به . ثم لا بد من التعليم ، لأن ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالإرسال ولأنه إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملاً له ، فيسترسل بإرساله ويمسكه عليه . قال وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات ، وتعليم البازي أن يرجع ويجيب إذا دعوته ، وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ،

---

والهمزة ، وجمعها حدأ على وزن فعل بكسر الفاء وفتح العين ( والخنزير مستثنى ) أي من عموم الآية ( لأنه نجس العين ولا يجوز الإنتفاع به ) لقوله سبحانه وتعالى ﴿ فانه رجس ﴾ ١٤٥ الانعام ، والرجس النجس ، والإنتفاع بالنجس حرام .

( ثم لا بد من التعليم ، لأن ما تلونا من النص ينطلق باشتراط التعلم ) وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح ﴾ ٤ المائدة ( والحديث به ) بالجر عطفاً على قوله النص باشتراط التعليم ، أي وما ذكرنا من الاحاديث وهو حديث عدي بن حاتم رضي الله تعالى عنه ، أي بالتعليم ، أي من اشتراط الحديث بالتعليم ( وبالإرسال ) أي وباشتراط الحديث أيضاً بالإرسال ، وهو قوله ﷺ لعدي إذا أرسلت كلبك المعلم ، لأنه ﷺ ذكر الإرسال والتعليم جميعاً .

( ولانه ) أي ولان الحيوان ( إنما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له ) أي آلة الاصطياد بتعليمه إياه ليكون عاملاً للصيد ، أو عاملاً للصائد بما يريد من الصيد ( فيسترسل بارساله ) بالنصب عطفاً على ليكون ( ويمسكه عليه ) أي ويمسك الصيد على صاحبه لا لنفسه .

( قال وتعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات ، وتعليم البازي أن يرجع ويجيب إذا دعوته ) أي قال القدوري ( وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ) أي لفظ الرواية مأثور عنه ، وما رواه محمد في كتاب الآثار وقال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال ما امسك عليك كلبك فان

ولأن بدن البازي لا يحتمـــل الضرب ، وبـدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه . ولأن آية التعليم ما هو مألوف عادة ، والبازي متوحش متنفر ، فكانت الإجابة آية تعليمه . أما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الأكل والاستلاب .

---

كان عالماً فكل ، فان أكل فلا تأكل منه ، فانه أمسك على نفسه . وأما الصقر والبـازي فكل وإن أكل ، فان تعليمه إذا دعوته أن يجيبك فلا يستطيع ضربه حتى تفرغ الاكل ، قال محمد وبه نأخذ ، وهو قول أبي حنيفة ، انتهى .

وفي صحيح البخـاري وقال ابن عباس إن أكل الكلب فقد أفسده ، إنما امسك على نفسه ، والله سبحانه وتعالى يقول ﴿ تعلمونهن مما علمكم الله ﴾ آية ٤ المـائدة ، فيضرب ويعلم حتى يترك الاكل . وروى ابن جرير الطبري في تفسيره في سورة المائدة حدثنا أبو كرب اسباط بن محمد حدثنا أبو اسحاق الشامي عن حماد عن ابراهيـم عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أنه قال في الطير إذا ارسلته فقتل فكل فان الكلب إذا ضربته لم يعد[1] ، وإن يعلمهم الطير ان يرجع إلى صاحبه وليس يضرب ، فان أكـــل من الصيد ونتف الريش فكل .

( ولان بدن البازي لا يحتمـل الضرب ، وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ) أى يترك الاكل وتعذر ترك الاكل في البازي ، لانه لا يحتمل الضرب حتى يترك ، فأقيـــم مقامه ما يدل عليه ، وهو الإجابة عند الدعى .

( ولان آية التعليم ترك ما هو مألوف عـادة ، والبازي متوحش متنفر ، فكانت الاجابة ) عند الدعي ( آية ) لانه آية التعليم ( تعليمه ، أما الكلب فهو ألوف يعتـاد الانتهاب ، فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ) لان حقيقـة التعليم والجهل في الحيوان أمر مستبطن ، فأقيم تبدل العادة المألوفة مقـام العلم ، والجرى على العادة الاصلية مقام الجهل ، وذلك في الكلب يترك الاكل والمسك على صاحبه لا بالالف

---

(١) ربما في هذا الموضع كلام ساقط من النسخة التي بين أيدينا ، اهـ مصححه .

ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً ، وهذا عندهما ، وهو رواية عن أبي حنيفه رحمه الله ، لأن فيما دونه مزيد الإحتمال ، فلعله تركه مرة أو مرتين شبعاً ، فإذا تركه ثلاثاً دل على انه صار عادة له ، وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختيار وابلاء الإعذار كما في مدة الخيار .

وفي بعض قصص الأخيار

---

والاجابة لصاحبه داعياً ومرسلا ، لان الكلب في الاصل ألوف بحيث إذا دعي أجاب . والبازى متنفر بطبعه ، فالاجابة علامة علمه لانه خلاف طبعه .

وقيل وفيه نظر ، لان هذا العرف لا يتأتى في الفهد والنمر ، فانه متوحش كالبازى ، ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء ، فالمعتمد هو الاول . أجيب بأنه غير وارد ، لانه إنما ذكره فرق بين الكلب والبازى لا غير ، وذلك صحيح ، وإذا أريد الفرق عموماً فالعمدة هو الاول ، ثم ترك الاكل ليس بشرط في الطير عند العامة ، وبه قال ابن عباس ، ونص الشافعي أنه يشترط كالكلب في تحريم ما أكل من صيده ، لان مجالداً روى عن السيفي عن عدى عن رسول الله ﷺ أنه قال إن أكل الكلب والبازى فلا تأكل . ولنا إجماع الصحابة على ما ذكرنا . وقال أحمد روايات مجالد غير صحيحة .

( ثم شرط ترك الاكل ثلاثاً ) أى ثم شرط القدورى ترك أكل الكلب ثلاث مرات ( وهذا ) أى هذا الشرط ( عندهما ) أى عند أبي يوسف ومحمد ( وهو رواية عن أبي حنيفة ) أى قولنا رواية عن أبي حنيفة ( لان فيما دونه ) أى فيما دون ثلاث مرات ( مزيد الاحتمال ) أى زيادة الاحتمال ، وبين ذلك بقوله ( فلعله تركه مرة أو مرتين شبعاً ) أى فلعل الكلب ترك الاكل مرة أو مرتين لأجل الشبع فلا يدل على ترك علمه ( وإذا تركه ثلاثاً دل ذلك على أنه صار عادة له ) لعلة الاحتمال في الثلاث جداً .

( وهذا ) بمعنى دلالة الثلاث على كونه عادة له ( لان الثلاث مدة ضربت للاختيار ) أى الامتحان ( وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار ) لانها ثلاثة أيام ( وفي بعض قصص الاخيار ) اراد به موسى والخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال موسى للخضر في المرة

ولأن الكثير هو الذي يقع أمـــارة على العلم دون القليل ، والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها . وعند أبي حنيفة « رح » على ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث ، لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعا ولا سمع ، فيفوض إلى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها .

---

الثالثة ﴿ إن سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني ﴾ وامثال ذلك كثيرة ، قال سبحانه وتعالى ﴿ تمتعوا في داركم ثلاثة أيام ﴾ وقال سبحانه وتعالى في قصة زكريا عليه السلام ﴿ ألا تكلم الناس ثلاثة أيام ﴾ . وروى أبو داود باسناده إلى النبي ﷺ قال إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع .

وروى القدوري في شرحه عن عمر رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ إنه قال من اتجر في شيء ثلاث مرات فلم يربح فليشتغل إلى غيره ، وتقدير مدة المسافر وإمهال المرتد ومدة أقل الحيض ونحو ذلك .

( ولان الكثير هو الذى يقع أمارة على التعليم ) وفي بعض النسخ على العلم ( دون القليل ) أى لا يقع القليل عالة على ذلك ( والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها ) يعني أدنى الجمع هو الثلاث ، لان ما فوقه من افراد الجمع ليس بعضه أولى من بعض ، فقدرنا الادنى لأنه متيقن .

( وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الأصل ) اى المبسوط ( لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ، ولا يقدر بالثلاث ، لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعاً ) أى بل يعرف من حيث النص من الشارع ومن حيث السماع منه ( ولا سماع ) أى ولا سماع موجود هاهنا ، وفي بعض النسخ ولا سمع ( فيفوض إلى رأي المبتلى به ) أى إذا كان ذلك فيفوض أمر التعليم إلى رأي الصياد ، لأنه هو الذى ابتلى به ( كما هو أصله في جنسها ) أى كما هو أصل أبي حنيفة في جنس المقادير نحو حبس الغريم وحد التقـــادم وتقدير ما غلب في نزح البئر المعين ولم يقدر أصحاب الشافعي « رح » عدد المرات ، لأن

وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل ، لأنه إنما يصير معلما بعد تمام الثلاث . وقيل التعليم غير معلم فكان الثلاث صيد كلب جاهل ، وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى . وله أنه آية تعليمه عنده ، فكان هذا صيد جارحة معلمة

التقدير بالتوقيف ولا توقيف ، بل قدروه بما يصير به معلماً في العرف ، وبه قال أحمد ، إلا انه قال أقل ذلك ثلاث ، وحكي عن مالك وربيعة لا يعتبر الأكل . وقال بعض أصحاب أحمد لا يشترط التكرار في المعلم ، لأنه خنقه فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع . ولنا أن ترك الأكل ثلاث مرات دليل علمه .

( وعلى الرواية الأولى ) وهي التي قدر بالثلاث وهي رواية القدوري ( عنده ) أي عند أبي حنيفة ( يحل ما اصطاده ثالثاً ) يعني إذا أخذ صيداً فلم يأكل ثم أخذ ثانياً فلم يأكل ثم أخذ ثالثاً فلم يأكل يحل أكل الثالث عند أبي حنيفة (وعندهما لا يحل) أكل الثالث ويحل أكل مابعده. وقال في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله لا يأكل أول مايصيد ولا الثاني، ثم يحل الثالث وما بعده ، وهو رواية محمد بن شجاع عن الحسن عن أبي حنيفة (لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث) أي لأن الكلب إنما يصير معلماً بعد تمام ثلاث مرات عن ترك الاكل .

( وقيل التعليم غير معلم ، فكان الثلاث صيد كلب جاهل ) لانه إنما حكم بتعليمه عين ترك الاكل من الثلاث وما صاده قبل الثلاث ليس بصيد كلب معلم (وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى ) يعني إذا رأى المولى العبد يتصرف فسكت يكون اذنا له فيما بعد ، والتصرف الذي يباشره غير صحيح بالاتفاق .

( وله ) أي ولابي حنيفة ( أنه آية تعليمه عنده ) أي ترك الاكل علامة تعليمه عند الثلاث ، لانه إنما يحكم بكونه معلماً بطريق تعيين إمساكه . الثالث على صاحبه ، وإذا حكمنا أنه أمسكه على صاحبه وقد اخذه بعد إرسال صاحبه فيحل ( فكان هذا صيد جارحة معلمة ) فيحل اكله .

بخلاف تلك المسألة ، لأن الإذن إعلام فلا يتحقق دون العلم العبد وذلك بعد المباشرة. قال وإذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه ومات حل أكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه . ولأن الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالإستعمال، وذلك فيهما بالإستعمال وذلك فيهما بالإرسال، فنزل منزلة الرمي وامرار السكين

---

( بخلاف تلك المسألة) اراد بها مسألة ما إذا رآه المولى يتصرف فسكت ( لان الإذن إعلام ) بفك الحجر ( فلا يتحقق دون علم العبد ، وذلك بعد المباشرة ) اى علم العبد لا يكون إلا بعد المباشرة ، وما باشره قبل العلم يكون تصرف محجور فلا ينفذ .

( قال رحمة الله عليه وإذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله سبحانه وتعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجرحه ومات حل أكله) أى قال القدوري في مختصره ( لما روينا من حديث عدي رضي الله تعالى عنه ) حيث قال فيه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل ، وقد ذكر شرط الإرسال والتسمية جميعاً .

( ولان الكلب او البازي آلة ، والذبح لا يحصل بمجرد الآلةوالذبح الا بالاستعمال) اى باستعمالها للذبح ، ولهذا قال لو انقلب الصيد او الشاة على سكين وأصاب مذبحها لا يحل ، لان الاستعمال لم يوجد ( وذلك فيهما بالإرسال منهما) اي الاستعمال يكون بارسال في الكلب والبازى فلا بد من الإرسال ، وبه قالت الثلاثة واكثر اهل العلم . وعن عطاء والاوزاعي يؤكل اذا اخرجه للصيد ، لان الإخراج له كالإرسال .

وقال اسحاق رحمه الله اذا سمى عند انتقاله يباح صيده، ولو استرسل وسمى صاحبه وزاجره وزاد في عدوه أبيح، وبه قال أحمد . وقال الشافعي لا يباح لعدم الإنزجار. وعن مالك كالمذهبين. قلنا لما زجره صار كأنه ارسله ، وكذا لو ارسله ثم سمى وزجره. فزاد في عدوه ابيح صيده

( فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين ) أى ترك الإرسال منزلة رمي الطير بالسهم

فلا بد من التسمية عنده ، ولو تركه ناسيا حل أيضا على مـــا بيناه ، وحرمة متروك التسمية عامداً في الذبائح . ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الإضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالإستعمال ،

---

وإمرار السكين على حلق الشاة ، فكذلك يشترط التسمية عند الإرسال وهو معنى قوله ( فلا بد من التسمية عنده ) أى عند الإرسال (ولو تركه ناسياً حـل ايضاً ) أى ولو ترك ذكر التسمية حال كونه ناسياً حل كما في وجود التسمية ، وهو معنى قوله أيضاً ( على مـا بيناه ) أى على ما بينا أن ترك التسمية ناسياً لا يضر ( وحرمـة متروك التسمية عامداً ) بنصب حرمة عطف عـلى الضمير المنصوب في بيناه ، أى وعلى ما بينـــا حرمة متروك التسمية حال كونه عامداً ( في الذبائح ) يرجع إلى الاثنين .

( ولا بد من الجرح ) أى جرح الكلب الصيد أو البـــازي ، حتى لو قتله الكلب او البازي بلا جرح لا يحل ، وكذا اذكره من غير جرح لا يحل ( في ظاهر الرواية ) أشار به إلى رواية الزيادات حيث اشترط الجرح ، واشار في الأصل إلى انه يحل بذلك الجرح كما روي عن أبي يوسف وهو قول عن الشافعي « رح » وفي قول آخر لا يحـــل كما في ظاهر الرواية ، وبه قال مالك وأحمد. وفي الذخيرة الفتوى على ظاهر الروايـة قال شيخ الإسلام قـــال الشافعي في القـــديم يؤكل وإن قتـــل صيداً بلا جرح . والجرح ليس بشرط للاباحة ، وقد روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وابي يوسف في رواية الأصول مثل قول الشافعي في القديم (ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اى موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال) تقريره أن الذكاة لا بد منه إما حقيقة أو حكماً ، وهاهنا يتعذر الذكاة الحقيقية فتقوم مكانها الذكاة الاضطراريـــة ، فالذكاة الاضطرارية هي أن يوجد الجرح في أى موضع كان من بدن الصيد بانتساب ما وجـد من الآلة إليه ، أى إلى الصيد باستعماله ، يعني يكون استعمله مضافاً إلى الصائد باعتبـــار

وفي ظاهر قوله تعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ٤ المائدة ، ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ، ولا تنافي ، وفيه أخذ باليقين .

---

الإرسال ، وصار الإرسال كالذكاة ، فلهذا اشترط التسمية واهلية المرسل عند ذلك فلا بد من الجرح ليكون ذكاة .

( وفي ظاهر قوله سبحانه وتعالى ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ ٤ المائدة ، ما يشير إلى اشتراط الجرح ، إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل قولـــه ) ما يشير مبتدأ . وخبره قوله في ظاهر الرواية قوله إذ هو ، أي قوله في الجوارح مشتق من الجرح الذي بمعنى الجراحة لا بمعنى الجرح الذي بمعنى الكسب على أحد التأويلين ، وقدذكر أحدهما وهو الجرح بمعنى الكسب فيما مضى ، والآخر هذا ( فيحمل على الجارح الكاسب ) أي إذا كان كذلــك فيحمل الجارح الذي دل عليه قوله سبحانه وتعــالى « من الجوارح » على انه موصوف بصفتين ، الجارح من الجرح بمعنى الجراحة ، والكاسب ( بنابه ومخلبه ) يتعلق باللفظين ، اعني الجارح والكاسب ، أي الجارح بنابه في السباع ، ومخلبــه في الطيور ، والكاسب ايضاً بنابه ومخلبه ( ولا تنافي ) أي ولا منافاة بين الجرح والكسب ، فيحمــل عليهما ، يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين لعدم التنافي بينهما ، وذلك لأن النص أورد فيــه اختلاف المعاني ، فإن كان بينهما تناف يحمل على احدهما بدليل يوجب الترجيح .

وإن لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذاً بالمتيقن ، وهو معنى قوله ( وفيه أخــذ باليقين ) أي في الجمع بين المعنيين غير المتنافيين أخذاً باليقين ، كما في قوله سبحانه وتعالى ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في ارحامهن﴾ ٢٢٨ البقرة ، قيل اريد به الحبل ، وقيل الحيض ، والصحيح انهما مرادان ، لأنهما لا تنــافي هاهنا ، وفيه نظر ، لأن الجرح اما أن يكون مشتركاً بين الكسب والجرح ، يعني الجراحة ، أو يكون حقيقـــة في احدهما مجازاً في الآخر ، والمشترك لا عموم له ، والجمع بين الحقيقـــة والمجاز عندنا لا

وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول ، وجوابه ما قلنا . قال فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ، وإن أكل منه البازي أكل ، والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه ، وهو حجة على مالك « رح » وعلى الشافعي « رح » في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه ،

---

يجوز . بخلاف قوله سبحانه وتعالى ﴿ما خلق الله في أرحامهن﴾ فإنه لفظ عام يتناول الجمع بالتعاطي . وقال الكاكي لا يلزم ذلك ، بل الجوارح أخص من الكواسب ، فليتأمل ذلك .

( وعن أبي يوسف انه لا يشترط ) أي الجرح ( رجوعاً الى التأويل الأول ) وهو أن المراد من الجوارح الكواسب ، فيحصل صيده بأي وجه كان لعموم النص . ( وجوابه ما قلنا ) أي جواب قول أبي يوسف ما قلناه ، أشار به الى قوله فيحمل على الجارح الكاسب . الى آخره .

( وان كان أكل منه الكلب ) أي من الصيد ( أو الفهد ) أي أكل الفهد ( لم يؤكل فإن أكل منه البازي أكل والفرق ) بين المسألتين ( ما بيناه في دلالة التعليم ) يعني أن التعليم شرط فيما يصاد به من الجوارح وهو في الكلب بترك الأكل ، وفي البازي بالإجابة وقد مر بيانه مستوفى (وهو ) أي الفرق ( مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله تعالى عنه ) لأنه ﷺ قال فيه وان أكل منه فلا تأكل (وهو حجة ) أي حديث عدي رضي الله تعالى عنه حجة ( على مالك رحمه الله تعالى وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه ) وهو قول ربيعة رضي الله عنه ايضاً .

واحتجوا بما روى أبو ثعلبة « رض » أنه ﷺ قال اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكله ، ورواه أبو داود . وقلنا حديث عدي متفق عليه ، فكان أولى بالتقديم ، ولأنه متضمن الزيادة وهو ذكر الحكم معللاً .

ولو انه صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد ، لأنه علامة الجهل ، ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الإبتداء . وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية ، وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالإتفاق، وهو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما ، هما يقولان إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم ،لان الحرفة قد تنسى ، ولان فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد

---

( ولو انه صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد ) ذكره تفريعاً على مسألة القدوري ، وهي من مسائل الأصل ، أى ولو ان الكلب صاد صيوداً ولم يأكل منها شيئاً ثم اكل من صيد لا يؤكل من هذا الصيد ، أى الذى يأكل منه ( لأنه علامة الجهل ) أى اكله علامة الجهل ، وصيد الكلب الجاهل لا يؤكل ( ولا ما يصيده بعده ) أى ولا يؤكل ايضاً ما صاده بعد ذلك ( حتى يصير معلماً على اختلاف الروايات ) فعنده باجتهاد الكلاب ، وعنده يترك الأكل ثلاثاً ( كما بيناها في الابتداء ) أراد به ماذكر انه يحله عندهما ما اصطادوا بالنابح .

(وأما الصيود التي أخذها من قبل ، مما أكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية) لأن الحكم بالحرمة لا يتصور الا في محل قائم ، وقد فات المحل بالأكل ( وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر بعد ) لم يأخذه الصياد ( تثبت الحرمة فيه بالإتفاق ما هو محرز في بيته يحرم عنده ) اى عند أبي حنيفة ( خلافاً لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد « رح » .

( هما يقولان أن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم ، لأن الحرفة قد تنسى ) كما في بني آدم ، فلم يجز تحريم ما تقدم بالشك ( ولأن فيما احرزه قد امضى الحكم فيه

فلا ينقض باجتهاد مثله ، لان المقصود قد حصل بالاول . بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود كل وجه لبقائه صيداً من وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاحراز ، فحرمناه احتياطا . وله أنـــه آية جهلة من الإبتداء ، لان الحرفة لا ينسى أصلها ، فإذا أكل تبين انه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم

---

بالاجتهاد ) فلأن علم الكلب يثبت بالاجتهاد ( فلا ينقض باجتهاد مثله ) كالقاضي اذا قضى في حادثة بالاجتهاد ثم احدث له اجتهاداً آخر في المستقبل فإنه يعمل في المستقبل بالحادث ولا ينقض الماضي ( لأن المقصود قد حصل بالأول ) أى بالاجتهاد الأول .

( بخلاف غير المحرز ، لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقـــائه صيداً من وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الإحراز ) تقريره ان الإباحـــة غير محكومة فيها بعد من كل وجه . قالا انما يحكم بها إذا خرج الصيد من الصيدية من كل وجه وشيء من معناها باق ، وهو أنه في المفازة بعد (فحرمناه احتياطاً) أي إذا كان كذلك، فحرمناه بطريق الاحتياط.

فإن قلت الصيد اسم للمتوحش المنفر ولم يبق من هذا المعنى شيء . قلت بقي مـــا يلازمه وهو عدم الإحراز على أنا نقول التنفر والتوحش ليس بلازم للصيدية ، فإن البيض صيد باعتبار ما له مع انعدام هذا المعنى فيه ، فلا يكون هذا صيداً باعتبار مـــا كان بالطريق الأولى .

( وله ) أي لأبي حنيفة ( أنه آية جهله ) أى لأن أكله علامـــة جهله ( من الابتداء ) أشار بهذا إلى أنه يحكم بجهله عنده مستنداً ، وعندهما مقتصراً ، وبه قالت الثلاثـــة ( لأن الحرفة لا تنسى أصلها ) هذا جواب عن نكتة غير مذكورة في الكتـــاب يحتجان بها ، وهي أن الأكل في الحال لا يدل على كونه جاهلاً في الماضي لجواز أنه كان عاملاً ، إلا انـــه جهل والحرفة قد تنسى ، فأجاب بأنه لو كان عالماً لما جهـــل إذ أصل الحرفة لا تنسى ، وإنما تنسى وقائعها بالترك كالخياطة ونحوها في الآدمي ، وبه يتبين أن تركه الأكل كان للشبع لا للعلم ، وهو معنى قوله ( فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل كان للشبع لا للعلم)

وتبدل قبل حصول المقصود لانه بالاكل، فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء. ولو أن صقراً فر من صاحبه فمكث حينـــا ثم صاد لا يؤكل صيده ،

أي كان لأجل الشبع لا لكونه عالماً .

ومن أصحابنا من حمل هذا الخلاف على أن الأكل كان مقارناً لزمان التعليم ، لأنه إذا كان كذلك دل على فقد التعليم ، لأن المدة القصيرة تنسى فيها ، وإنما ترك الأكل فيما تقدم للشبع ولم يأكل . وأما إذا طالت المدة فيجوز أن يكون أكل النيسيان فلا يستدل بذلك على فقد التعليم في الاصل ، فكذلك أكل . وقال القدوري في مختصره وظاهر الروايـة يقتضي انه لا يؤكل بكل حال ، وذلك لأن الاصطياد ليس بعلم مكتسب ، وإنما هو من الضرورات ، ومثل ذلك لا ينسى ، وإنما يضعف بالترك كالخيـاطة والرمي ، فإذا أكل الكلب علم أنه لم يكن معلماً في الأصل .

( وتبدل قبل حصول المقصود ) هذا جواب عما قالا أو لأن فيما احرزه وقد امضى الحكم فيه بالإجتهاد ، ولا حقيقة أن حكم الاباحـــة في المحرز إنما ثبت عند ترك الاكل ، لأنها مبنية على كون الطلب معلماً ، وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قال ، فكان وهمـــاً واحتمالاً ، والموهوم يعتبر عند الضرورة ، وذلك عند الاكل ، فلم تكن الاباحة ثابتـــه قبله ، فلو اعتبر هكذا بالاجتهاد لادى إلى نقض حكم أي باجتهاد مثله ، بـل يؤدي إلى المنع ، فصار كظهور اجتهاد طرأ القاضي قبـل القضاء ( لانه بالاكل ) اى لان المقصود بالاكل ولم يوجد .

( فصار كتبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء ) أي قبل الحكم بالاجتهاد الاول ، وما قال أبو حنيفة أقرب إلى الاحتياط ، وعليه مبنى الحـل والحرمة ، ولم يذكر ما اذا باع شيئاً من صيوده المقدرة ، والحكم فيه كالتي فيه الخلاف اذا تصادق البـائع والمشتري على جهالة الكلب..

( ولو أن صقراً فر من صاحبه فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده ) ذكره تفريعاً وهو من مسائل الاصل ، ثم معنى المسألة أنه رجع الى صاحبه ثم عاد لا يؤكل ، أما ما

لانه ترك ما صاد بـــه عالما ، فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد . ولو شرب الكلب من دم الصيـــد ولم يأكل منه أكل ، لانه ممسك للصيد عليه ، وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له . ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل مـــا بقي ، لانه لم يبق صيداً ، فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره ،

---

صاد قبل الرجوع الى صاحبه فلا شك أنه لا يؤكل لعدم الارسال . وقال تاج الشريعـــة دعاه فلم يجبه فمكث حيناً ، أي زماناً ، وسميت الغيبة فيه فراراً . وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله قال لا بأس بأكله . وقال في شرح الكافي لان هذا من غاية علمـــه أن ينهز الفرصة حتى يمكنه الاصطياد فيصاد فلا يعد ذلك فاصلاً ، أي قاطعاً للارسال .

فصل الولوالجي في فتاواه في الجواب فقال وان مكث طويلاً للاستراحة حتا انقطـــع فور الارسال لا يؤكل ، وان مكث قليلاً مثـــل ساعة للكمين يؤكل ، لان بهذا القدر لا ينقطع فور الارسال كما في الكلب اذا امسك طويلاً ينقطع فور الارسال .

( لانه ترك ماصاد به عالماً ) وهو اجـــابته الى صاحبه ( فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد ) يحكم بجهله ( ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل ، لانه ممسك للصيد عليه ) أي على صاحبه ، وفيه خلاف لبعض الناس ، كذا قال الاترازي .

قلت هو قول الشعبي والثوري انه يكره أكله ، لانه في معنى الاكل منه ( وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ) فلا يجوز أن يجعـــل هذا علامة جهله ولو اخذ الصيد من المعلم .

( ولو اخذ صاحب الكلب الصيد من الكلب المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها اليـــه فأكلها ) أى فأكل الكلب تلك القطعة ( يؤكل ما بقي ، لانه لم يبق صيداً ) لانه جرح على الصيدية ( فصار كما ألقى اليه طعامـــاً غيره ) أي غير الصيد ، أي أكل من غير الصيد .

وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه ، لانه ما أكل من الصيد، والشرط ترك الاكل من الصيد ، فصار كما إذا افترس شاته ، بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية .

ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد .

ولو ألقى ما نهسه وأتبع الصيد فقتل ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد ، لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره ، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه

---

( وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه ) أي وكذا يؤكل اذا نط الكلب فأخذه أى من يد صاحبه وأكل منه ( لانه ما اكل من الصيد ) لان الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل ، وزال عدم احرازه بالإحراز والتحق بسائر الأطعمة وتناوله من سائر الأطعمة لا يدل على جهله ، وهاهنا كذلك ( والشرط ترك الأكل من الصيد ) وقد وجد ( فصار كما اذا افترس شاته ) أى فصار حكم هذا كما اذا خطف شاة من شياته حيث لا يحكم بجهله، فكذا هذا .

( بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ) لأنه لما اكل قبل الإحراز صار كأنه اكل حالة الاصطياد فلا يؤكل .

( ولو نهس الصيد ) أى عضه بأن قبض على لحمه ومده بالفم وهو بالسين المهملة، وأما نهشه الحية فبالشين المعجمة ( فقطع منه بضعة ) أى قطعة ، وهي بفتح البـاء الموحدة ( فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه ) لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ، لأنه لما نهش منه قطعة وأكلها بجهله وترك الأكل للباقي لشبعه ( لم يؤكل ، لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد . ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتل ولم يأكل منه فأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد ) لان هذا من غاية علمه حيث لم يأكل وقت العمل لصاحبه وقد أكل بعد الفراغ منه ( لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة ) وهي بعد إحراز صاحبه وأخذ ( لم يضره ،فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل

أولى ، بخلاف الوجه الاول ، لانه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه . ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الإصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه ، فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول وبعده على الوجه الثاني ، فلا يدل على جهله . قال وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه ، وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل ، وكذا البازي

---

لصاحبه ) أي فإذا أكل ما فضل من الصيد والحال أنه لا يحل لصاحبه ، لان ما ابين من الحي فهو ميت ( أولى ) بأن لا يضره .

( بخلاف الوجه الأول ) وهو ما إذا أكل البضعة حيث قطعها ( لأنه أكل في حالة الإصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه ) وصيد الجاهل لا يؤكل ( ولأن نهس البضعة قد يكون ليأكلها ) هذه إشارة إلى فرق آخر بين المسألتين ، أي يجوز أن يكون نهشه البضعة لأجل الأكل ( وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف ) أي الصيد ( بقطع القطعة منه ) عن الهرب والنجاة ( فيدركه ) عطف على قوله ليضعف ، أي بأن يدركه بسبب الاتخاذ ( فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول ) أي قبل أخذ المالك الصيد يدل على الوجه الأول ، وهو أنه نهشه فيأكلها ، فدل على جهل الكلب ( وبعده على الوجه الثاني ) أي الأكل بعد أخذ المالك للصيد يدل على الوجه الثاني . وهو أنه نهش الصيد وقطع بضعة حيلة في الاصطياد لتضعيف الصيد ، فكان ذلك من غاية حداقته ( فلا يدل على جهله ) فيؤكل .

(قال وإن أدرك المرسل الصيد حياً فيا وجب عليه أن يذكيه ، فإن ترك تركيته حتى مات لم يؤكل ) أي قال القدوري أي لو أدرك مرسل الكلب للصيد حال كونه حياً وجب عليه ذبحه لقدرته على الذكاة الاختيارية ، حتى لو لم يذبح ومات الصيد لم يحل .

( وكذا البازي والسهم ) أي وكذا الحكم في التفصيل لو أدرك مرسل البازي الصيد حياً فذبحه حل ، وإن لم يذبح حتى مات لا يحل ، وكذا لو رماه بسهم فأدركه حياً

والسهم ، لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، إذ المقصود هو الإباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل . وهذا إذا تمكن من ذبحه ، أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » أنه يحل ، وهو قول الشافعي « رح » ، لأنه لم يقدر على الاصل ، فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال . ووجه الظاهر أنه قدر اعتباراً ، لأنه ثبت يده على

---

( لأنه قدر على الأصل ) وهو الذكاة الاختيارية ( قبل حصول المقصود بالبدل ) وهو الذكاة الاضطرارية ( إذ المقصود هو الإباحة ) أي إباحة الأكل ( ولم تثبت قبل موته فيبطل حكم البدل) كالمتيمم إذا رأى الماء قبل الشروع في الصلاة .

( وهذا ) أي هذا الذي قلنا فوق ما يكون من الحياة في المذبوح لم يؤكل من عدم الأكل ( إذا تمكن من ذبحه ) ولم يدركه ( أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل ) أي والحال أنه لم يتمكن من ذبحه بأن لم يتمكن من آلة الذبح ، والحال أن في الصيد من الحياة فوق ما يكون في الحيوان المذبوح لم يؤكل ( في ظاهر الرواية ) .

( وعن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» أنه يحل ) وفي غير رواية الأصول ( وهو قول الشافعي ) وقول مالك وأحمد أيضاً ( لأنه لم يقدر على الأصل ) وهو الذكاة الاختيارية ( فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ) أي صار هذا نظير المتيمم إذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله كحيال سبع ونحوه ، فإنه لا يبطل بتيممه ، لأنه لم يقدر على الأصل .

( ووجه الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( أنه قدر اعتباراً ) يعني أنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل من حيث الاعتبار والحكم ( لأنه ثبت يده على المذبوح ) يعني وقع

المذبح ، وهو قائم مقام التمكن من الذبح ، إذ لا يمكن اعتباره ، لأنه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير الحكم على ما ذكرناه . بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح، لأنه ميت حكماً. ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم ، كما إذا وقع وهو ميت ، والميت ليس بمذبح. وفصل بعضهم فيه تفصيلاً وهو أنه لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل ، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا ، خلافاً للشافعي ،

---

الصيد في يده حياً فثبت يده على الذبح ( وهو قائم مقام التمكن من الذبح ) أي ثبوت يده على الذبح قائم مقام التمكن عن الذبح ( إذ لا يمكن اعتباره ) يعني لا يمكن اعتبار التمكن يعني حقيقة التمكن من الذبح غير تمكن ، لأنه لا بد للتمكن من الذبح من تقدير مدة ، وهو معنى قوله ( لأنه لا بد له من مدة ) أي لأن الذابح لا بد له من تقدير مدة يتمكن فيها ( والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح ) فمنهم من يتمكن في ساعة لطيفة ، ومنهم من لا يتمكن إلا بأكثر من ساعة ، وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه مدة انضباطه ( فأدير الحكم على ما ذكرناه ) يعني من ثبوت اليد على المذبوح كما أقيم السفر مقام المشقة ، فدار الحكم وجدت المشقة أولاً .

( بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح ، لأنه ميت حكماً ) فلم يبق محلاً للذبح ( ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة ) يعني في حياته مثل ما بقي في المذبوح ( لم يحرم ، كما إذا وقع وهو ميت ) أي والحال أنه ميت حقيقة ( والميت ليس بمذبح ) أي ليس بمحل الذبح .

( وفصل بعضهم ) أي بعض المشايخ ( فيه ) أي في الحكم المذكور ( تفصيلا ، وهو انه إذا لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل ، وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي ) وقال أحمد في رواية الحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل، فإن عندهم يؤكل استحساناً

لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيداً ، فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه ، أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيـــه ثم وقع في يد صاحبه حل ، لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر ، كما إذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت . وقيل هذا قولها ، أما عند أبي حنيفة فلا يوكل ايضاً ، لأنه وقع في يده حياً فلا يحل إلا بذكاة الاختيار رداً إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى ،

---

وبه أخذ قاضي خان ( لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيداً فبطل حكم ذكاة الاضطرار ) هذا وجه القياس ، ووجه الإستحسان الذي ذهب إليه هؤلاء المذكورون انه لم يقدر على الأصل وهو ذكاة الاختيار لضيق الوقت ، وما جاء منه بتفريط وهـــو اختيار ابن شجاع أيضاً .

فان قيل وضع المسألة فيما يكون الحياة فيه فوق ما يكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبـــح . وأجيب بأن المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد في حكم الميت ، والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فيه ، فكان عـــدم التمكن متصوراً .

( وهذا ) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيها ( إذا كان يتوهم بقاؤه ، وأما إذا شق بطنه ) أي أمـا إذا شق الكلب بطن الصيد ( وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل ) لأنه لا يتوهم بقاؤه بعد ذلك ( لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر ) ذلك ( كما إذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت ) فانهـا لا تحرم ، فكذا هذا .

( وقيل هذا أيضاً قولهما ، أما عند أبي حنيفة لا يؤكل أيضاً ، لأنه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار رداً الى المتردية على ما نذكره إن شاء الله تعالى ) أي اعتبارا بالمتردية ، وانتصابه على أنه مصدر بفعل محذوف ، أي يرده رداً ، أو يكون على الحال على تأويل دارين الى المتردية ، أي معتبرين لها ، فافهم .

هذا الذي ذكرناه إذا ترك التذكية، فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة، وعليه الفتوى. لقوله تعالى ﴿إلا ما ذكيتم﴾ استثناه مطلقاً من غير فصل. وعند أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله

---

( هذا الذي ذكرناه ) أي هذا الذي ذكرنا أنه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه واخرج ما فيه ( اذا ترك التذكيه ، فلو أنه ذكاه يحل أكله عند أبي حنيفة ) لأنه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع ، وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة ذكاة الذبح ، وقد وجد عندهما بلا ذبح .

( وكذا المتردية ) وهي التي تردت من جبل أو سقطت في بئر فماتت، يعني لو ذبحت المتردية وليس فيها من الحياة قدر ما يكون في المذبوح يحل عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما . ولو كان بحال يعيش مثله وذبحه يحل بالإجماع فأبو حنيفة يعتبر نفس الحياة وقد وجد هنا ، وهما اعتبرا الجناية الموصوفة ، لأن عند أبي يوسف اذا كان بحال يعيش مثله، وعند محمد فوق ما في المذكي ، وهذا المعنى معدوم في المتردية ولا تحل بالذبح ، لأنه ذبح ميتة ( والنطيحة ) أي التي نطحتها أخرى فماتت بالنطح ( والموقوذة ) التي ألحقوها ضرباً بعصى أو حجر حتى ماتت ، وهو بالذال المعجمة ( والذي بقر الذئب ) أي شق الذئب ( بطنه ، وفيه حياة خفية ) وهو القدر الذي يعلم به أنه حي ( أو بينة ) أي أو ظاهرة، وهو القدر الذي فوق الخفية، ولا تفاوت في الحكم بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما إن كانت خفية لا يؤكل ، وإن كانت بينة يؤكل . وتفسير البينة عند أبي يوسف أن يكون بحال يعيش منه فيه ، وعند محمد إن كان له من الحياة فوق ما في المذكى .

( وعليه الفتوى ) أي على حل الأكل إذا ذكي الصيد وفيه حياة في جميع الأحوال وهو قول أبي حنيفة «رض» ( لقوله سبحانه وتعالى ﴿ إلا ما ذكيتم ﴾ استثناه مطلقاً من غير فصل ) أي باستثناء ما ذكيتم عن المحرمات مطلقاً .

( وعند أبي يوسف «رح» إن كان بحال لا يعيش مثله لا يحل ، لأنه لم يكن موته

لا يحل ، لأنه لم يكن موته بالذبح .وقال محمد بأن كان يعيش مثله فوق مايعيش المذبوح يحل والا فلا،لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل ،

---

بالذبح . وقال محمد ان كان يعيش مثله فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا ، لأنه لا يعتبر بهذه الحياة على ما قررناه ) أشار به الى قوله لأنه ميت حكماً . وقيل قوله لأن مـا بقي هي اضطراب المذبوح ، فلا يعتبر . وفي الذخيرة الكلام في مثله أربعة مواضع أحدهـا الشاة وغيرها اذامرض وبقي فيه من الحياة ما بقي في المذبوح .

والثاني : اذا قطع الذئب بطن الشاة وسعى فيهـا من الحياة ما يبقى في المذبوح وأخذه المالك .

الثالث : الكلب المعلم والبازي المعلم اذا أخـذ المالك صيده وبقي فيه من الحياة بقدر حياة المذبوح .

والرابع : الصيد بعد رميه واصابة السهم وبقي فيه من الحياة بقدر حيـاة المذبوح ورماه آخر فقتله .

ففي الأول والثاني عندهما لا يفيد الذكاة حتى لو ذكاها لا تحل. واختلف المشايخ على قول أبي حنيفه . قال الأسبيجابي يفيد حتى اذا ذكاها تحل ، وبه كان يفتي شمس الأئمة السرخسي والصدر الشهيد . وقال شيخ الإسلام لا يفيد حتى لو ذبحها لا تحل على قوله . فالحاصل أن الحياة عبرة عنده .

وان قلت وعندهما لا يعتبر القليل وقدر القليل بما بقي في المذبوح ، واتفق أبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر منه ، ومحمد فرق بين القليل والكثير بيوم .

وفي الثالث والرابع اذا بقي من الحياة بقدر حياة المذبوح لا يفيد الذكاة بالإجماع ، حتى لو لم يذكه يحل ، وبه قالت الثلاثة وأكثر أهل العلم .

( ولو أدركه ولم يأخذه ) أي ولو أدرك الصيد ولم يأخذه ( فإن كان في وقت ) أي فإن وجد في وقت ، وكان هنا تامة فلا تحتاج الى خبر (لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل، لأنه

لأنه صار في حكم المقدور عليه . وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل لأن اليد لم تثبت به ، والتمكن من الذبح لم يوجد . وإن أدركه فذكاه حل له ، لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع ، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة « ر ح » ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح .

وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل .

---

صار في حكم المقدور عليه ) المقدور عليه اذا لم يذبح لا يؤكل ، فكذا هذا ( وان كان لا يمكنه ذبحه أكل ، لأن اليد لم تثبت به ، والتمكن من الذبح لم يوجد ) وهذا بلا خلاف بين العلماء (وان أدركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع ، ان لم تكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح على ما ذكرنا ) أشار به الى قوله لانه وقع في يده حياً فلا يحل الا بذكاة الإختيار رداً الى المتردية ( وقد وجد ) أي الذبح فحل . ( وعندهما لا يحتاج الى الذبح ) يعني حل بدونه على ما مر .

( وان أرسل كلبه الى صيد وأخذ غيره حل) وفي بعض النسخ واذا أرسل ،وفي بعضها أيضاً كلبه المعلم . قوله الى صيد ، أي صيد معين وأخذ غيره حل ، أي ما دام في سير ارساله ، ذكره في المبسوط . وفي المحيط أرسل الى الصيد فأخذ واحداً أو عددا من الصيد وأخذوا بعد واحد في ذلك الفور فكله حلال . ولو قتل صيداً فجثم عليه طويلا ثم أخذ آخر لم يحل ، وكذا لو عدل عن ذلك الصيد يمنة ويسرة وتشاغل في غير طلبه ثم اتبع صيدا وأخذه لم يؤكل الا اذا زجره صاحبه فانزجر ثم أخذ حل ، وبه قال الشافعي وأحمد في قول . وقال في قول وان كان عدوله لصيد حل ، وان كان لغير صيد لم يحل لخروجه عن كونه معلماً .

وقال الماوردي والاصح عندي أنه ان خرج وعاد لا عن جهة ارساله الى غيره لم يؤكل صيده ، وان خرج في جهة ارساله خلف صيد فعدل الى غيره فأخذ صيدا حل ، وفي

وقال مالك لا يحل، لأنه أخذه بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار إليه . ولنا أنه شرط غير مفيد ، لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به ، إذ لا يمكنه تعليمه على وجـــه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره . ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل بهـــذه التسمية الواحدة ، لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه ، ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد ، فيكفيه تسمية واحدة ، بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة،لأن

---

وجيز الشافعية ولو قصد سرباً من ظبي فأصاب واحداً حل . ولو قصد واحدا منه فأصاب آخر فوجهان .

( وقال مالك لا يحل ، لانه أخذ بغير ارسال ، اذ الإرسال مختص بالمشار إليه ) يعني بالذي وقعت عليه الإشارة . وقال ابن أبي ليلى التعيين ليس بشرط ، لكن إذا عين اعتبر تعيينه ، حتى إذا ترك ذلك وأخذه لا يحل .

( ولنا أنه شرط غير مفيد ) أي شرط التعيين غير مفيد ( لأن مقصوده حصول الصيد إذ لا يقدر على الوفاء به ) أي ولا يقدر الكلب على الوفاء بأخـــذ العين ( إذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه ) من الصيود ( فسقط اعتباره ) التعيين كما قلنا في البازي أنه يسقط اعتبار ترك الأكل لاستحالة تعليمه .

( ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحـــل بهذه التسمية الواحدة ) هذه من مسائل الأصل ، ذكرها تفريعا والتي قلبها أيضاً ( لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه ) أي في أوائل كتاب الذبائح ، أراد مـــا تقدم في الصيد يشترط عند الإرسال والرمي ( ولهذا تشترط التسمية عنده ) أي عند الإرسال ( والفعل واحد ) أراد بالفعل الإرسال ( فتكفية تسمية واحدة ) لاتحاد الفعل .

( بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة ) حيث لا تحل شاته بتسمية أخرى (لأن الثانية

الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول ، فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة . ومن أرسل فهداً فكمن حتى يستكمن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل ، لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الإرسال . وكذا الكلب إذا اعتاد عادته .

---

تصير مذبوحة بفعل غير الأول ، فلا بد من تسمية أخرى) للباقي (حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى ، وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ) لأنه حصل ذبحهما بفعل واحد ، وكان بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد وأصاب صيدين يحلان ، لأن ذبحهما حصل بفعل واحد عليه التسمية ، فكذا هذا .

( ومن أرسل فهداً فكمن ) هذه أيضاً من مسائل الأصل بقوله كمن مر ، أي استتر واستخفى ، ومنه كمين الجيش ( حتى يستكمن ) أي يطلب المكنة . وفي بعض النسخ يتمكن ( ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل ، لأن مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة ، فلا يقطع الإرسال ، وكذا الكلب إذا اعتاد عادته ) أي وكذا حكم الكلب إذا اعتاد عادة العجل . قال الكرخي في مختصره وكذا الكلب إذا أرسله الرجل وصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد وذلك لأن المكث منه ساعة حيلة للاصطياد لا للاستراحة فيعد ذلك من غاية حذاقة الإنسان ، فلا يكون قاطعاً للارسال ، بل يكون من أسباب الإصطياد ، كما لو دب بالعدو .

قال السرخسي ناقلاً عن شيخه شمس الأئمة الحلواني أنه قال للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه أنه يتمكن للصيد حتى يستمكن ، وهذا حيلة منه للصيد ، فينبغي للعاقل أن لا يجاهر الخلاف مع عدوه ، ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه . ومنها أن لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه وهو يقول محتاج إلي فلا أذل له وكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل بغير مؤنتها أنه لا يتعلم بالضرب ، ولكن يضرب الكلب بين يديه ، إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك ، وهكذا ينبغي للعاقل

ولو أخذ الكلب صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعاً ، لأن الإرسال قائم لم ينقطع ، وهو بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه وأصاب آخر . ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ، ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني ، لانقطاع الإرسال بمكثه ، إذا لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ ، وإنما كان استراحة بخلاف ما تقدم . ولو أرسل بازيه المعلم على صيد

---

ان يتعظ بغيره كما قيل السعيد من وعظ بغيره ، ومنها أنه لا يتناول الخبيث ، وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب . وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب . ومنها أنه يثبت ثلاثاً أو خمساً ، فإن تمكن من الصيد أخذه وإلا تركه ، ويقول لا أمثل لنفسي فيما أعمل لغيرى ، وهكذ ينبغي للعاقل ، كذا في المبسوط .

وهكذا ذكر شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه ومن جملة ما قال منها أنه يثق بما ضمن له صاحبه ، ويحمل في الطلب ، والذي روى من وثوب الفهد ثلاثاً على الصيد ثم يتركه، فيشبه ما روي في المثل حديثين امرأة ، فإن أبت فأربع .

( ولو أخذ الكلب صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعاً ) هذه أيضاً من مسائل الأصل ، أي والحال أن صاحبه قد أرسله كلباً ، إلى صيدين جميعاً ( لأن الإرسال قائم لم ينقطع ،وهو بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه وأصاب آخر ) أي صيداً آخر ، حيث يحلان جميعاً .

( ولو قتل الأول فجثم عليه طويلا من النهار ) من الجثومة وهو البروك عليه ( ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال بمكثه إذا لم يكن ذلك ) أي جثومه عليه ( حيلة منه للأخذ ) أي لأخذ الثاني ( وإنما كان ) أي جثومه عليه ( استراحة بخلاف ما تقدم ) وهو ما إذا مكث للكمين ، لأن المكث حينئذ حيلة للأخذ لا استراحة ، فيكون هذا المكث منه والذهاب سواء .

( ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه

فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فإنه يؤكل ، وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلاً للإستراحة ، وإنما مكث ساعة الكمين لما بيناه في الكلب . ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أم لا لا يؤكل ،لوقوع الشك في الإرسال ، ولا تثبت الإباحة بدونه . قال وإن خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل ، لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه ، وهذا يدلك على أنه

---

يؤكل ) هذه أيضاً من مسائل الأصل ( وهذا إذا لم يمكث زماناً طويلا ) أي حل أكله انما يكون إذا لم يمكث زماناً طويلاً ( للإستراحة ، وإنما مكث ساعة الكمين ) حق اللفظ أن يقال للكمون ، ولكن ذكر الكمين ، وأراد به الكمون وهو التواري والاخفاء كما ذكرنا ( كما بينا في الكلب ) عن قريب .

( ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أو لا لا يؤكل لوقوع الشك في الإرسال ولا يثبت الإباحة بدونه ) هذه أيضاً من مسائل الأصل ، أي لا يثبت الإباحه بدون الإرسال ، ولا يعلم فيه خلافاً ، والبازي بتخفيف الياء وجمعه بزاة ، والباز لغة فيه وجمعه أبواز وبزال .

( قال وإن خنقه الكلب ولم يجرحه ما لم يؤكل ) أي قال القدوري في بعض النسخ لا يؤكل ( لأن الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه ) ظاهر الرواية هو رواية الزيادات ، وفي رواية الأصل يؤكل . وقال القدوري في شرح مختصر الكرخي وأما إذا خنق الصيد فمات ، والمشهور عنهم أنه لا يؤكل . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يؤكل، وقوله على ما ذكرناه إشارة إلى قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ( وهذا يدلك أنه لا يحل بالكسر ) أي ظاهر الرواية يدل على أن الكلب كسر عضو من الصيد فمات لا يحل . قال القدورى أما إذا لم يجرحه ولم يخنقه لكنه كسر عضواً منه فمات فإن أبا الحسن الكرخي ذكر أنه لم يحل عند أبي حنيفة شيئاً مصرحاً . فقد حكي عن محمد المسألة في الزيادات ، وأجاب فيها جواباً مطلقاً أنه إذا لم يجرح لا يؤكل ، وهذا يقتضي أنه لا يحل بالكسر .

لا يحل بالكسر . وعن أبي حنيفة أنه إذا كسر عضواً فقتله لا بأس بأكله ، لأنه جراحة باطنة ، فهي كالجراحة الظاهرة . وجه الأول أن المعتبر جرح ينتهض سبباً لانهار الدم ، ولا يحصل ذلك بالكسر ، فأشبه التخنيق قال وإن شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر إسم الله عليه ، يريد به عمداً ، لم يؤكل لما روينا في حديث عدي «رض» ، لأنـــه اجتمع المبيح والمحرم ، فيغلب جهة الحرمة نصاً

---

(وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله ، لأنه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة ) قال الكرخي في مختصره وذكر أبو يوسف في أثره حكاية عن أبي حنيفة وان قتله من غير أن يجرحه بناب ولا مخلب فانه لا يؤكل ، ولذلك لو صدمه فقتله ولم يكسره ولم يجرح ، فان جرح بناب أو مخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله . قال القدورى في شرحه وظاهر هذا الكلام يقتضي أن الكسر كالجرح ، ووجهــه على ما ذكره المصنف .

( وجه الأول ) وهو أنه لا يحل بالكسر ( ان المعتبر جرح ينتهض سبباً لإنهار الدم، ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق ) الإنهار بكسر الهمزة الإسالة من أنهرت الدم إذا أسلته قوله ذلك الى الإنهار .

( قال «رح» وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل ) أى قال القدورى في مختصره وقوله يريد به عمد من كلام المصنف، قيد به لأنه لو تركه ناسياً يؤكل ( لما روينا في حديث عدي «رض» ) في أول الباب، حيث قال فيه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تؤكل .

( ولأنه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصاً ) أي من جهة النص ، قال الشراح أراد به قوله ﷺ ما اجتمع الحلال والحرام الا قد غلب الحرام الحلال . قلت هذا

أو احتياطاً . ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله ، لوجود المشاركة في الأخذ ، وفقدها في الجرح ، وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره، لأن فعل المجوسي

---

موقوف على ابن مسعود « رض » أخرج حديثه عبد الرزاق في مصنفه في الطلاق حدثنا سفيان الثورى عن جابر عن الشعبي قال ، قال عبد الله ما اجتمع حرام وحلال إلا غلب الحرام الحلال. قال سفيان وذلك في الرجل يفجر بامرأة وعنده ابنتها أو أمها فانه يفارقها. وقال البيهقي في سننه رواه جابر الجعفي عن الشعبي عن ابن مسعود وجابر ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع (أو احتياطاً ) أى من جهة الإحتياط، لأنه لما دار بين كونه حراما وحلالاً فالإحتياط في تركه لئلا يستعمل الحرام من وجه ، والاحتياط افتعال من الحوط وهو الحفظ ، ومنه الحائط لأنه يمنع الغير من الدخول فيه .

( ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الأول يكره أكله ) هذه من مسائل الأصل ، ذكره تفريعاً ، أى ولو رد الصيد على الكلب الأول الكلب الثانى ، والحال أنه لم يجرح الصيد معه ومات الصيد بجرح الكلب الأول يكره أكله ( لوجود المشاركة في الأخذ وفقدها ) أي وفقد المشاركة ( في الجرح ) لأن المعلم تعود الجوح، فتثبت الكراهة لا غير. ثم قيل كراهة تنزيه، وقيل كراهة تحريم، وهو اختيار السرخسي والحلواني . وعند الثلاثة يحل لانفراد الكلب المسلم بجرحه ، ولهذا لو صاد مسلم بكلب مجوسي يحل عند أكثر أهل العلم . وعن أحمد في رواية لا يباح ، وكرهه جابر والحسن والنخعي والثوري ومجاهد لقوله سبحانه وتعالى ﴿ وما علمتم من الجوارح ﴾ ٤ المائدة ، وهذا لم يعلمه ، قلنا يحل كما لو صاد بقوسه أو سهمه أو ذبح بشفرته، وهاهنا ثلاثة فصول، أحدها ما اشترك فيه الكلبان في الأخذ والجرح ففيه الكراهة . والثالث ما لم يشتركا في شيء ، لكن الثاني حمل على الأول حتى استدعى الصيد ، وفيه الاباحة على ما يجيء .

( وهذا بخلاف ما إذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره ، لأن فعل المجوسي

ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة ، وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة. ولو لم يرده الكلب الثاني على الأول لكنه أشد على الأول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله ، لأن فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد، حيث ازداد به طلباً فكان تبعاً لفعله ، لأنه بناء عليه فلا يضاف الأخذ إلى التبع. بخلاف ما إذا كان رده عليه ، لأنه لم يصر تبعاً فيضاف إليهما . قال وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي

---

ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة ) هذا أيضاً من مسائل الأصل ،أي هذا الحكم المذكور بخلاف ما إذا رد الصيد المجوسي على الكلب ، والباقي واضح ( وتتحقق حينئذ المشاركة ( بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ) أراد الكلب المعلم والكلب الجاهل أو كلب المسلم وكلب المجوسي .

( ولو لم يرده الكلب الثاني على الأول لكنه اشتد على الأول ) أي كلب الثاني وهو كلب المجوسي أو الكلب الجاهل اشتد ، أي صال على الكلب الأول حتى ازداد طلبه . وفي ديوان الأدب اشتد عليه ، أي عدا ( حتى اشتد على الصيد ) أي حتى اشتد الكلب الاول على الصيد ( فأخذه وقتله لا بأس بأكله ، لان فعل الثاني أثر في الكلب المرسل دون الصيد ، حيث ازداد به طلباً ) أي حيث ازداد الكلب المرسل باشتداد الكلب الثاني طلباً الصيد ( فكان تبعاً لفعله) أي لفعل الاول ( لانه بناء عليه ) أي لان فعل الثاني بناء على الاول ، أي مؤكداً له ( فلا يضاف الاخذ إلى التبع ) أي أخذ الصيد إلى التبع، وهو فعل الثاني .

( بخلاف ما إذا كان رده عليه ) أي بخلاف ما إذا كان الكلب الثاني رد الصيد على الاول حيث يكره كما مر ( لانه لم يصر تبعاً ) لانه غير مؤكد للأول ( فيضاف إليهما ) أي ويضاف القتل إلى الكلبين .

( قال «رح» وإذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده)

فانزجر بزجره فلا بأس بصيده ، والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه وبالانزجار إظهار زيادة الطلب . ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه .

ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل ، لأن الزجر دون الارسال، ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل ، وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسي

---

أي قال في الجامع الصغير يقال زجر الكلب فانزجر ، أي هيجه فهاج ( والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه ، وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ) أي طلبا الكلب للصيد ، هذا تفسير لاصل الفعل ومطاوعة ولا شك أن الانزجار مطوع الزجر كالانكسار .

( ووجهه ) أي وجه جواب المسألة المذكورة وهو كونه لا بأس به ( أن الفعل يرفع بماهو فوقه ) أي بالاقوى نسخ الحكم المفسر ( أو مثله ) أو بالمساوي لنسخ المفسر المفسر ( كما في نسخ الآي ) أي القرآن وهي جمع آية ، فان النسخ فيه اما بالاقوى أو بالمساوي كما عرف في أصول الفقه ( والزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه ) أي لكون الزجر مبنياً على الإرسال ، فكانت العبرة لارسال المسلم دون صياح المجوسي لبنائه عليه ، ونوقض بالمحرم إذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء . وأجيب بأن الجزاء في المحرم بدلالة النص ، فإنه أوجب عليه الجزاء بما دونه ، وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الأولى .

(ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل ، لأن الزجر دون الإرسال، ولهذا) أي ولأن الزجر دون الإرسال ( لم تثبت به ) أي بالزجر ( شبهة الحرمة ) يعني في الصورة الأولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتاً لغلبة الحرمة على الحل دائماً ( فأولى أن لا يثبت به الحل ) أي بزجر المسلم ( وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامداً في هذا الحكم بمنزلة المجوسي ) في الفصول كلها .

وإذا لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله لأن الزجر مثل الانفلات ، لأنه إن كان دونه من حيث أنــــه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخاً . ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقــــذه

---

( وإن لم يرسله أحد ) أي وإن لم يرسل الكلب أحد ( فزجره مسلم فانزجر فأخــذ الصيد فلا بأس بأكله ) والقياس أن لا يحل ، قال خواهر زاده وبالقياس أخـذ مالك في رواية . وقال الشافعي إن وقف بعده وزجره ثم امتلاه واشتلى وأخذ الصيد حل وإن لم يقف ، لكن زاد في عدوه بزجره لم يحل ، وبه قال مالك في رواية .

فإن قلت لما لا يجعل المحرم غالباً على المبيح . قلت هـــذا إذا لم يعلم زاجر المبيح ، أما إذا علم أن المبيح هـــو زاجر ناسخ يجعل ناسخـــاً للأول لا محالة ، وهاهنا الزجر متأخراً فجعل ناسخاً .

( لأن الزجر مثل الإنفلات ) الإنفلات خروج الشيء فلته أي بعضه ، والمــــراد هنا خروج الكلب من يـــد صاحبه بغتة ( لأنه إن كان دونه ) أي لأن الزجر إن كان دون الإنفلات ( من حيث أنه بناء عليه) أي من حيث أن الزجر بناء على الإنفلات ( فهوفوقه من حيث أنه فعل المكلف ) أي الزجر فوق الإنفلات من وجه آخر ، وهو أنـــه فعل المكلـــف ، أي الزجر فعل المكلف، بخلاف الإنفلات (فاستويا) أي الزجر والإنفلات ( فصلح ناسخاً ) أي فصلح الزجر ناسخاً الانفلات ، لأنه متأخر ، لأن الزجر أحـــد المستويين ، والنسخ يثبت بما يساويه كما في نسخ الآي ، وبقولنا قال مالك وأحمد في رواية. وقال الشافعي إن وقف بعده وزجره ثم شده فاشتد وأخذ الصيد دخـل ، وإن لم يقف لكن زاد في عدوه بزجره لم يحل ، وبه قال مالك في رواية .

فإن قلت لم يجعل المحرم غالبا على المبيح . قلت هذا إذا لم يعلم زاجر المبيح ، أمـــا إذا علم أن المبيح يجعل ناسخا للأول لا محالة . وهاهنا الزجر متأخر ، فجعل ناسخاً .

( ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدركه فضربه ووقذه ) أي أثخنه وأضعفه

ثم ضربه فقتله أكل ، وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم ، فجعل عفواً . ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبـاً فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل لما بينا ، والملك للأول ، لأن الاول أخرجه عن حد الصيدية، إلاأن الارسال من الثاني حصل على الصيد ، والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال ، فلم يحرم، بخلاف ما إذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول .

---

ووهنه لجراحه ، ومنه الموقوذة ( ثم ضربه فقتله أكل ، وكذا إذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل ، لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم ، فجعل عفواً ) لأنه ليس في وسعه تعليمه على وجه يمتنع عن الجرح بعد الجرح، فجعل ذلك عفواً وقوله لأن الامتناع جواب شبهة ترد في المسألتين ، وهي أن الضربة الثانية التي قتل الكلب بها إنما حصل بعد الاثخان الذي أخرجه من الصيد ، فينبغي أن لا يحل . فأجاب عنه فقال لأن الامتناع ... الخ .

( ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفواً ( والملك للأول ، لأن الأول أخرجه عن حد الصيدية ) لأن جراحته أخرجت من الصيد من حيز الامتناع ، ثم بعد ذلك لا يزيل جراحة الثاني ملك صاحب الأول ( إلا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد ، والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال ) هـذا جواب إشكال ، وهو أن الثاني إنما قتله بعد الخروج من الصيد، ينبغي أن يحرم فأجاب بأنه صيد بدلالة الارسال ( فلم يحرم ) .

( بخلاف ما إذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الأول )

## ( فصل في الرمي )

ومن سمع حساً ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلباً أو بازياً عليه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب ، أي صيد كان

---

حيث يحرم ، وهذا الذي ذكره بخلاف ما إذا رمى صيداً بسهم فاثخنه بحيث أخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه ثانيا فقتله لا يؤكل لانه لما أثخنه فصار ذكاتـه ذكاة الاهلي ، ويمكنه الاحتراز عن الرمية الثانية ، فلا يكون عفواً وفي الكلب ليس كذلك ، لانـــه لا يمكن تعليمه على وجـــه لا يجرح ثانيا بعد أن جرح مرة ، وما تعذر رفعه تعذر رفعه والله سبحانه وتعالى أعلم .

### ( فصل في الرمي )

أي هذا فصل في بيان أحكام الرمي قد مر أنه ذكر أن هـذا الكتاب مشتمل على فصلين، الاول الجوارح وقد بينه،وهذا هو الثاني في الرمي ونوع عن حكم الآلة الحيوانية، ثم شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والمزيد الحيوان على الجماد قدم ذاك على هـذا ، والآلة ما يستعان به على تحصيل أمر .

( ومن سمع حسا ) قد وقع في بعض النسخ هاهنا لفظه . قال وليس ينتفى ذكرها ، لان هذه المسائل من أول الفصل إلى قوله وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ليست بمذكورة في البداية ، لانها لم تذكر في الجامع الصغير ومختصر القدوري «رح»،وأما ماذكره القدوري في شرح مختصر الشيخ أبو الحسن الكرخي، وذكره المصنف « رح » تكثيراً للفائـــدة ، فعرفت أن لفظة قال ليس له محل هاهنا،لانه لم يذكره إلا إذا كان عن القدوري أو الجامع الصغير ، أو كان كناية عن نفسه والحس الصوت الخفي وكذلك الحسيس( ظنه )أي ظن ذلك الحس ( حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه ، فأصاب صيدا ) أي غـير الذي سمع صوته ، لان النكرة إذا أعيدت نكرة كان الثاني غير الاول .

( ثم تبين أنه حس صيد ) أي ثم ظهر أن الحس الذي سمعه حس صيد ( حل المصاب) أي الصيد المصاب بالرمي أو بالكلب أو بالبازي ( أي صيد كان ) يعني سواء كان مأكول

لأنه قصد الاصطياد . وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ، ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه. بخلاف السباع، لأنه يؤثر في جلدها ، وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه، لأن الارسال فيه ليس للاباحة .

---

اللحم أو غيره ، كذا في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط ، وبه قالت الثلاثة وكلمة أي منصوب على انه خبر كان مقدما. وقال السغناقي لا بد هاهنا من قيد وإلا يلزم على إطلاقه ما لو كان المسموع حس سمكة فظنه طير الماء أو حس جراد فظنه صيدا ثم أصاب الرمي الصيد لم يحل المصاب ذكره في المغني، وذلك القيد هو أن يقال بين انه حس صيد يحتاج في حل أكله إلى الذبح أو الجرح ، ثم قال المصنف ترك ذلك القيد لتسارع أفهام الناس في الاصطياد إلى ما يشترط ذبحه أو جرحه من الصيود ( لأنه قصد الإصطياد) أي لأن الرمي أو المرسل قصد برميه أو إرساله الإصطياد .

( وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير ) يعني لو كان الحس حس خنزير لا يحل المصاب ، بخلاف سائر السباع . وقال تاج الشريعة يعني ظن أن المسموع حس الخنزير ، فرمى فإذا هو ظبي فرمى لا يحل الصيد المصاب ، لأنه بناء عليه ( لتغليظ التحريم) يعني حرمة الخنزير تغليظه لايجوز الإنتفاع به بوجه .

( ألا ترى أنه لا يثبت الاباحة في شيء منه ) هذا توضيح لتغليظ التحريم منه ، أي من الخنزير ( بخلاف السباع ) يعني بخلاف ما لو كان من السباع حيث يؤكل الصيد ( لأنه يؤثر في جلدها ) أي لأن الاصطياد يؤثر في طهارة جلده ، وكان ينبغي ان يقول في جلدها على ما لا يخفى، فإذا أثر الاصطياد في طهارة جلدها جاز أن يؤثر في إباحة لحم ما أصابه كذا في الذخيرة والمحيط .

( وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه ) أي خص من جملة المسموع حس ما لا يؤكل لحمه . يعني إذا كان الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع وما أشبهها لا يؤكل المصاب ( لأن الإرسال فيه ليس للاباحة) أي لأن الإرسال فيما لا يؤكل لحمه لا يتعلق له حكم الإباحة فكان هو والآدمي سواء .

ووجـــه الظـاهر أن إسم الاصطياد لا يختص المأكول فوقـع الفعل اصطياداً ، وهو فعـل مباح في نفسه ، وإباحـــة التناول ترجع إلى المحـــل فتثبت بقدر ما يقبله لحماً وجلداً ، وقد لا تثبت إذا لم يقبله . وإذا وقع اصطياداً صار كأنه رمى إلى صيد فأصاب غيره . وإن تبين أنــــه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب ، لأن الفعل ليس باصطياد .

---

( ووجه الظاهر أن إسم الاصطياد لا يختص بالمأكول ) قال الشاعر :

صيـــد الملوك أرانب وثعالب ... وإذا ركبت فصيدي الأبطال

( فوقع الفعل اصطياداً ) فعل الرمي أو المرسل ( وهو فعل مبـــاح في نفسه ) أي الاصطياد فعل مباح في نفسه لقوله سبحانه وتعالى﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ والاصطياد أخذ الصيد والصيد أسلم الممتنع متوحش في الأصل فكانت الآية دليلا بعمومها على إباحة عموم الاصطياد إلا أن الاصطياد إذا كان فيما حل أكله كان الغرض منه الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو دفع أذنيه ، وهذا معنى قوله ( وإباحة التناول يرجع إلى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحماً وجلداً ) أي يثبت التناول بقدر ما يقبل المحل المتناول من حيث اللحم ومن حيث الجلد ، يعني إذا كان يقبل المحل تناول اللحم يثبت تناول من اللحم ، وإذا كان يقبل تناول الجلد ، لأن اللحم يثبت ذلك ينتفع بجلده . وإن لم يقبل تناولهما جميعـاً كما في الخنزير ، فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذنيه ، فإذا كان الاصطياد مباحاً حـل المصاب إذا كان مأكول اللحم وإن كان المسموع حسه لا يحل أكله ( وقد لا يثبت إذا لم يقبله ) أي وقد لا يثبت التناول إذا لم يقبله المحل وقد بيناه .

( وإذا وقع اصطيادا ) أي إذا وقع قبله قوله اصطيادا ( صار كأنـــه رمى إلى صيد فأصاب غيره ) أي غير الصيد الذي رمى إليه ( وإن تبين أنه حس آدمي ) أي وإن ظهر أن الحس حس آدمي ( أو حيوان أهلي لا يحل المصاب ، لأن الفعل ليس باصطياد ) لأنه رمى أو شل إلى غير صيد فلم يتعلق به حكم الإباحة ، فصار كأنه رمى إلى صيد فأصاب

والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا. ولو رمى إلى طائر فأصاب صيداً ومر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد، لأن الظاهر فيه التوحش. ولو رمى إلى بعير فأصاب صيداً ولا يدري نادهو أم لا لا يحل الصيد، لأن الأصل فيه الاستئناس. ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف، لأنه صيد، وفي أخرى عنه لا يحل،

---

غيره، أي غير الصيد الذي رمى إليه إلى آدمي يعلم به فأصاب صيد البر يؤكل.

فإن قلت أليس قصد الأصطياد. قلت فعله ليس باصطياد وإن كان قصده الاصطياد بناء على ظنه، لأن الرمي إليه صيد، لأن المحل لا يقبل الأصطياد لنفي ظنه.

( والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي ) الداجن من دجن قوله يأوي البيوت،أي يسكنها وينزل فيها، وقوله أهلي أي حكمه حكم الأهلي في أنه لا يحل المصاب، لأن ما آواه البيوت وقد ثبت اليد عليه ( والظبي الموثق ) أي المشدود يقال وثقه، أي شده بالوثاق ( بمنزلته ) أي بمنزلة الآدمي. وقيل بمنزلة الطير الداجن ( لما بينا ) أشار بـه إلى قوله لأن الفعل ليس باصطياد وحل الصيد لوجود فعل الأصطياد.

( ولو رمى إلى طائر فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد، لأن الظاهر فيه التوحش ) أي لأن الظاهر في الطائر التوحش حتى يعلم الإستئناس فتعلق برميه الاباحة.

( ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا ) أي البعير ناد أم لا من ند البعير ندا، وندودا إذا ذهب على وجهه شاردا، كـذا في الجمهور ( لا يحل الصيد، لأن الأصل فيه الاستئناس ) وهو لا يحل في الصحر في العقر،إلا إذا علم أنه ناد، فحينئذ يحل المصاب، لأنه حينئذ يحل بالعقر.

( ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف « رح » لأنه صيد ) أي لأن كل واحد من السمك والجراد صيد، وإن كان لا ذكاة لهما، وهـذه

لانه لا ذكاة فيهما . ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميـــاً فإذا هو صيد يحل ، لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه .

---

رواية ابن مالك ، وهي الصحيحة نص عليها قاضي خان .

( وفي رواية أخرى عنه ) أي عن أبي يوسف « ر ح » رواها عنه ابن رستم انه (لايحل أكله ، لأنه لا ذكاة فيها ) فالرمي وعدمه سواء ، وبه قالت الثلاثة . ولو رمى إلى بعير أو بقر أو معز أهلي أو آدمي فأصاب صيداً لا رواية في الأصل لهـــذا . ولأبي يوسف قولان في قول يحل ، وفي قول لا يحل ، وبه قالت الثلاثـة لعدم قصده إلى الإرسال إلى الصيد .

( ولو أصاب المسموع وقد ظنه آدميـــا فإذا هو صيد يحل ) أي ولو أصاب السهم المسموع حسه والحال أنه قد كان ظنه آدميا ، فإذا ظهر صيداً يحل . وقال مالك وأحمد ومحمد في رواية لا يحل . وقال الشافعي « ر ح » في الرمي يحل ، وفي الكلب وجهان ، وكذا لو ظنه خنزيراً أو كلباً لا يحل المصاب عندهم ( لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه ) اصطياداً حقيقة ، والحقيقة لا تعين بالظن .

فإن قلت ما الفرق بين هذه المسألة وبـين التي تقدمت ، وهي أن من سمع حساً ظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا تحل المصاب ، مع انه لم يقصد إلا رمي الآدمي ، وفي هـذه المسألة قصد رمي الآدمي ، ورمي الآدمي ليس بالاصطياد وقد حل المصاب ، والقياس إما شمول الحل أو شمول عدمه وانعكاس الجواب في المسألتين ، وذلك لأنه لما حصل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ، فمنها إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى ، او لأنه لم يقع فعله اصطياداً نظراً إلى قصده فلا يحل المصاب ها هنا ، كما لا يحل ها هنا نظراً إلى قصده وحل هناك كذلك .

قلت أشار المصنف إلى الفرق بقوله لانه لا يعتبر بظنه مع تعيينه ، أي تعيين كونـــه صيدا ، بيانه أن المسألة الأولى أصاب السهم غير المسموع حسه ، وكان قصده إلى المسموع حسه ، والمسموع حسه ليس بصيد ، فكان فعله متوجها إلى غير الصيد نظرا إلى فعله الذي توجه إلى المسموع حسه وهو ليس بصيد ، فلم يكن بفعله اصطيادا ، وحل الصيد إنمـــا

فإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا جرح السهم فمات ، لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له ، فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ، ولا بـــد من الجرح ليتحقق معنـى الذكاة على مـا بينـاه . قـــال وإذا أدركه حياً ذكاه وقـــد بيناهـا بوجوهها ، والاختلاف فيهـا في الفصـل الأول فلا نعيـــده .

---

يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فصل الاصطياد . وأما ها هنا فسهم أصاب غير المسموع حسه وعينه صيدا فكان الفعل واقعـا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقة كلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بعد ذلك ظنه المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته ، والظن إذا وقع مخالفا بحقيقة فعله كان الظن لغوا، فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد .

( وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل مـا أصاب إذا جرح السهم فمات ) هـذا لفظ القدوري في مختصره ( لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له ، فيشترط التسمية عنده ) أي عند الرمي ( وجميع البدن محل بهذا النوع من الذكاة، ولا بد من الجرح لتحقيق معنى الذكاة على ما بيناه ) أي في فصل الجوارح عند قوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية، وهو قول أكثر أهل العلم .

( قال فإن أدركه حياً ذكاه ) أي قال القدوري وإن أدرك الصيد وهو بالحياة ذكاه، لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل،فبطل حكم البدل ( وقد بيناه بوجوهها، والاختلاف فيها في الفصل الأول ) وهو فصل الجوارح ، قوله والاختلاف بالنصب عطف على الضمير المنصوب في بيناه ، قاله الأترازي، ثم قال وهو السماع . قلت الأولى أن تكون نصباً على أنه مفعول معه ، أي وقد بينا الحكم بوجوه المسألة مع الاختلاف فيها ، أي مع بيان اختلاف فيها . ويجوز الجر عطفاً على قوله بوجوهها ( فــلا نعيده ) أي الاختلاف خوفاً من التكرار .

## قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل

( قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ) أي قال القدوري فتحامل ، أي تكلف الطيران من الحمل ، يعني حمل الصيد نفسه على تكلف المشي والطيران . وأصل التحامل في المشي أن يكلفه على مشقته واعياء . وفائدة ذكره أنه لو غاب وتوارى بدونه فوجده ميتاً لا يحل ما لم يعلم جرحه يقيناً ( ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل) استحساناً والقياس أن لا يحل ، وهو قول الشافعي وأحمد في رواية وعطاء والثوري . ومن أصحاب الشافعي من قال فيه قولان في قول يؤكل وفي قول لا يؤكل ، ولم يعتبر الوقود والطلب في القولين جميعاً ، كذا ذكره في مختصر الأسرار .

وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع ولا بأس بأكل الصيد وإن غاب عن الصائد بمصر ما لم يبت عنه ، فان بات عنه لم يجز أكله وقال الحرمي من اصحاب أحمد إذا رماه فغاب عن عينه وأصابه ميتاً وسهمه فيه ، ولا أثر به غيره جاز أكله . وجه قول أحمد ظاهر ، وهو ما رواه الترمذي والنسائي عن أبي بشر عن سعيد بن جبير عن عدي ابن حاتم قال ، قلت يا رسول الله ﷺ انا أهل صيد ، وإن أحدنا يرمي الصيد فيغيب عنه الليلة والليلتين فيتبع الأثر فيجده ميتاً . قال وإذا وجدت السهم فيه ولم تجد فيه أثراً غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله ، قال الترمذي حديث حسن صحيح .

وأخرجه الدارقطني في سننه عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عدي بن حاتم أنه سأل رسول الله ﷺ فقال أرمي بسهم فأصيب فلا أقدر عليه إلا بعد يوم أو يومين ، فقال إذا قدرت عليه وليس فيه أثر ولا وجدت شيء إلا رميتك فكل ، وإن وجدت فيه أثراً غير رميتك فلا تأكل فانك لا تدري أنت قتلته أم غيرك . قال في التنقيح اسناد صحيح ، وبه قال أحمد يباح أكله مطلقاً .

وأخرج البخاري ومسلم عن عدى بن حاتم وفيه إن رميت بسهمك فاذكر اسم الله ، وإن غاب عنك يوماً فلا تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت . وقال البخاري وإن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين وعن البخاري عن عدى أيضاً أنه قال النبي ﷺ

يرمي الصيد فيقتفي أثره اليومين أو الليلة ثم يجده ميتاً وفيه سهمه قال يأكل إن شاء ولم يصل سنده .

وأخرج مسلم عن عبد الرحمن بن جبير عن أبيه عن أبي ثعلبة الخشني عن النبي ﷺ في الذى يدرك صيده بعد ثلاثة قال كله ما لم ينتن ، وزاد في لفظ آخر وقال في الكلب أيضاً كله بعد ثلاثة إلا أن ينتن فدعه . واحتج مالك بأنه سمع أهل العلم قالوا كذلك والشافعي احتج بقول ابن عباس « رض » كل ما أصبت ودع ما انميت قال في الفائق الأصـــل أن يقتله فكأنه والانما [ كذا ] أن يصيبه إصابة غير موقعة ، ولأنه يحتمل إذا توارى أن يموت بعارض آخر كالتردي .

وقال الأترازى ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم كالقدورى وغيره أن النبي ﷺ مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي يارسول الله ﷺ وأنا في طلبها ، وقد جعلتها لك فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر « رض » بقسمها بين الرفاق .

قلت هذا الحديث أخرجه البيهقي في سننه من حديث حماد بن زيـد حدثنا يحيى بن سعيد عن محمد بن ابراهيم عن عيسى بن طلحة عن عمر بن سلمة الضميرى ان النبي ﷺ خرج حتى أتى الروحاء وبها حمار عقيراً فقيل يا رسول الله ﷺ هذا حمار عقير ، قال دعوه ، فإن الذى أصابه سيجيء ، فجاء رجل من نهر فقال يا رسول الله ﷺ إني أصبت هـــذا فشأنكم به ، فأمر أبا بكر « رض » فقسمه بين الرفاق ، ثم سار حتى إذا كان بالأثاية بين العرج والروبية إذا ظبي واقف في ظل فيه سهم فأمر رسول الله ﷺ رجلاً أن يقيم عنده حتى يجيء آخر الناس لا يعترض له .

وقال الذهبي في مختصره خرجه النسائي من حديث علي بن محضر عن ابن الهاد وعن محمد به . وأخرج النسائي أيضاً ثم البيهقي من حديث عبد الوهاب الثقفي « رح » سمعت يحيى بن سعيد أخبرني محمد بن ابراهيم عن عيسى بن عمير بن سلمة أخبره عن البهرى أن النبي

وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل لما روي عن النبي ﷺ أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي ، وقال لعل هوام الأرض قتلته ،

---

ﷺ خرج وهو محرم ، حتى إذا كان ببعض أفناء الروحاء إذا حمار وحش عقير ، فذكره القوم لرسول الله ﷺ ... الحديث .

قوله الاثاية بضم الهمزة بعدها ثاء المثلثة المخففة وبعد الألف ياء آخر الحروف .وقال البكري هي محددة في رسم الروثية ، ثم ذكر الحديث المذكور والروثية بضم الراء وفتح الواو وسكون الياء آخر الحروف وفتح الثاء المثلثة . قال البكرى هى قرية جامعة من كورة العقيق بينها وبين المدينة سبعة عشر فرسخاً ، وبينها وبين العرج ثلاثة أميال ، والعرج بالعين المهملة وسكون الراء وهي قرية جامعة بينها وبين الروثية أربعة عشر ميلا .

( وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لا يؤكل[1])وقال الشافعي في قول وأحمد «رح » في رواية يؤكل إذا غاب نهاراً . وعن مالك إن وجده في يومه يحل وبعده لا . وعن أحمد في رواية أنه يحل بعده أيضاً وبه قال بعض أصحاب الظاهر .

( لما روى عن النبي ﷺ أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي ، وقال لعل هوام الأرض قتلته ) هذا الحديث روي مرسلا ومسنداً ، فالمسند رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا ابن أبي نمير ويحيى بن آدم عن سفيان عن موسى بن أبي شيبة « رض» عن عبد الله بن أبي رزين عن أبيه عن النبي ﷺ في الصيد يتوارى عن صاحبه قال لعل هو ام الأرض قتلته ، و كذلك رواه الطبراني في معجمه .

ورواه ابن أبي شيبة أيضاً حدثنا جرير بن عبد الحميد عن موسى بن أبي عائشة عن أبي رزين فذكره ورواه كذلك أبو داود في مراسيله ومن جهة أبي داود ذكره عبد الحق في أحكامه وأعله بالإرسال . وروي عن عائشة « رض » أيضاً مسنداً أخرجه عبد الرزاق في

---

(١) لم يؤكل – هامش .

## ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله ، لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا ، إلا أن أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه

مصنفه حدثنا سفيان بن عيينة عن عبد الكريم بن أبي المخارق عن قيس بن مسلم عن الحسن ابن محمد بن علي عن عائشة « رض » أن رجلاً أتى النبي ﷺ بظبي قد اصطاده بالأمس وهو ميت فقال يا رسول الله ﷺ عرفت فيه سهمي وقد رميته بالأمس ، فقال لو أعلم أن سهمك قتله لأكلته ، ولكن لا أدري ، وهوام الأرض كثيرة ، وابن أبي المخارق رواه عمر (رض).

وأما المرسل فرواه أبو داود في مراسيله عن عطاء بن الثابت عن الشعبي أن أعرابياً أهدى إلى النبي ﷺ ظبياً فقال من أين أصبت هذا ، قال رميته فطلبته فأعجزني حتى أدركني المساء ، فرجعت فلما أصبحت اتبعت أثره فوجدته في غار ، وهذا سهمي فيه أعرفه ، قال بات عنك ليلة ، فلا آمن أن تكون هامة أعانتك عليه لا حاجة فيه .

وروى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا عبد الكريم الجزري عن زياد بن أبي مريم قال أتى رجل إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ﷺ رميت صيداً فتغيب عني ليلة ، قال النبي ﷺ إن هوام الأرض كثيرة .

( ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله ، لأن الموهوم في هذا ) أي في باب الصيد ( كالمتحقق ) في حق الحل والحرمة ( لما روينا ) أشار به إلى قوله ﷺ لعل هوام الأرض قتلته .

وقال الكاكي في قوله لأن الموهوم في هذا جواب عن قول الشافعي أن الموهوم لا يعارض المتحقق . قلت لم يذكر المصنف خلاف الشافعي في الكتاب ، وإنما ذكره الشراح فكيف يكون هذا جواباً عن قول من لم يذكره إلا أنا أسقطنا اعتباره ، هذا جواب عما يقال هذا الاحتمال باق إذا كان في طلبه أيضاً .

فأجاب بقوله ( إلا أنا أسقطنا اعتباره ) أي اعتبار الموهوم ( ما دام في طلبه ) أي

ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنـــه . ولا ضرورة فيما إذا قعـــد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله، والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل، فإذا بات ليلة لم يحل. ولو وجد بـــه جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل، لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه، فاعتبر محرماً بخلاف وهم الهوام.

---

ما دام الصياد في طلب الصيد (ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه) أي لأجل الضرورة، لأن الاصطياد لا يخلو عن التغيب عن بصره خصوصاً في الغياض والمستأجر والطير بعدما أصابه السهم يتحامل ويطير حتى يغيب عن بصره، فيسقط اعتباره ضرورة إذا كان في طلبه، لأن الطلب كالواحد. ولو اعتبرنا هذا لزم افساد هـذا الباب (ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار) أي تغيب واختفاء (يكون بسبب عمله) أي بسبب عمل الصياد وإمكان التحرز هو أن يتبع أثره ولا يشتغل بعمل آخر.

(والذي رويناه) وهو أنه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد إذا غاب (حجة على مالك «رح» في قوله إنما توارى عنه إذا لم يبت يحل، فإذا بات ليلة لا يحل) كونه حجة عليه لأن فيه أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي.

فإن قلت إن كان هذا حجة عليه فقوله عليه السلام لعل هوام الأرض قتلته حجة له لأنه ﷺ قال لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل. قلت الأصل أن خصوص الطلب السبب غير معتبر، واحتمال قتل الهوام عند العتمة موجود فيكون حراماً.

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل، لأنه موهوم) فقوله عليه السلام لعل هوام الأرض قتلته حجة له (يمكن الاحتراز عنه) إذ يتصور خلو الاصطياد عنه، فاجتمع فيه موجوده موجب الحل وموجب الحرمة، فيغلب المحرم احتياطاً، مع ان الموهوم كالمتحقق فيهذا الباب (فاعتبر محرماً) أي فاعتبر الموهوم محرماً للصيد كالمتحقق كما ذكرنا (بخلاف وهم الهوام) لأن الاحترازعنهغير ممكن، لان الصيد لا بد ان يقع على

والجواب في إرسال الكلب في هـــذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه . قال وإذا رمى صيداً فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل، لأنه المتردية وهي حرام بالنص . ولأنه احتمل الموت بغير الرمي ، إذ الماء مهلك ، وكذا السقوط من عال ، يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي « رض »

---

الارض والارض لا تخلو عن الهوام ، فسقط اعتبار هذا الوهم ، فلا يجعل محرمـاً إذا لم يغفل عن الطلب .

( والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا ) يعني إذا أرسل الكلب والبازي المعلم على الصيد فجرحه فغاب ثم وجد ميتا فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى ، فان قعد عن طلبه او كان به جراحـــة أخرى لا يحل .

( قال وإذا رمى صيداً فوقع في الماء او وقع على سطح او جبل ثم تردى منـــه إلى الارض لم يؤكل ) أي قال القدوري في مختصره تردى أي تدحرج ، وقيد بقوله ثم تردى إلى الارض لانه لو وقع على جبل او السطح ابتداء واستقر عليه ولم يترد يحل بلا خلاف ، وهذا أيضاً إذا تردى ولم يقع الجرح مهلكاً في الحال ، اما لو وقع الجرح مهلكاً وبقي فيه من الحياة قدر ما في المذبوح ثم تردى يحل أيضاً كما يجيء ( لانـــه المترديه وهو حرام بالنص ) وهو قوله سبحانه وتعالى ﴿ والموقوذة والمتردية والنطيحة ﴾ . . . الآيـــة ٤ المائـــدة .

( ولانه يحتمل الموت بغير الرمي إذا الماء مهلك ) لانـــه اجتمع فيه سبب الحرمة والإباحة ، فيغلب جانب الحرمة احتياطاً ( وكذا السقوط من عل ) أي وكذا لا يؤكل إذا سقط من مكان عال فيه ثمان لغات ذكرها الجوهري وغيره ، يقال أتيته من على الدار ، ومن علا ، ومن عل ، ومن عال ، ومن متعال بضم الميم ، ومن علو وهي علو ( يؤيد ذلك ) أي قولنا لا يؤكل ، يعني يريد الحرمة ( قوله ﷺ لعدي « رض » وإن وقعت رميتك في

وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك. وإن وقع على الأرض ابتداء أكل، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه. وفي اعتباره سد باب الاصطياد، بخلاف ما تقدم، لأنه يمكن التحرز عنه، فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً، وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه، لأن التكليف بحسب الوسع، مما يمكن التحرز عنه.

---

الماء فلا تأكل، فانك لاتدري أن الماء قتله او سهمك) الحديث أخرجه البخاري ومسلم عنه أن النبي ﷺ قال له إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه، فان وجدته قد قتل فكل، إلا أن تجده قد وقع في الماء، فانك لا تدري ان الماء قد قتلته او سهمك، انتهى. والرمية بفتح الراء وكسر الميم وتشديد الياء آخر الحروف ما ترميه من الحيوان ذكراً كان او أنثى.

(وإن وقع على الارض ابتداء أكل) يعني رمى صيداً على رأس الجبل، او على شجر او في الهواء فوقع على الارض ومات حل، وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور. وقال مالك لا يحل إلا أن تكون الجراحة مهلكة، او يموت قبل سقوطه لقوله سبحانه وتعالى ﴿والمتردية﴾ ولانه اجتمع المحرم والمبيح فيغلب المحرم كما في غرقه بالماء. قلت إنه صيد مات بالإصابة (لانه لا يمكن الاحتراز عنه) أى عن سقوطه ووقوعه على الارض (وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم (وهو ما إذا وقع على جبل ونحوه ثم تردى إلى الارض (لانه يمكن التحرز عنه) أى عن وقوعه على سطح او جبل او نحوهما (فصار الاصل) في هذا الباب (أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً. وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده) اى وجود سبب الحرمة (مجرى عدمه، لان التكليف بحسب الوسع) والطاقة وتكليف ما لا يسعه لا يحسن من حكيم.

إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ، ومما لا يمكن الإحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرنا ، أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها ، لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء ، وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة

---

( مما يمكن التحرز عنه ) هذا فرع على الأصل المذكور ، فلذلك ذكر بالفاء ، أي فمن القبيل الذي يجتمع فيه سبب الحرمة والحل ( ويمكن التحرز عن سبب الحرمة إذا وقع ) أي الصيد ( على شجر او حائط او آجرة ) منصوب على الأرض وهي الطوب المحروق بالنار (ثم وقع على الأرض ) أي ثم وقع في هذه المسائل المواضع على الأرض ( او رماه وهو على جبل ) أي إذا رمى الصيد والحال أنه على جبل ( فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او على حرف آجرة ) ففي هذه الأشياء كلها لا يؤكل ( لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ) فهذا سبب الحرمة ، ورميه سبب الإباحة فاجتمع السببان والتحرز ممكن ، فيغلب سبب الحرمة على سبب الإباحة فحرم .

( ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه ) أشار به إلى قوله وإن وقع على الأرض ابتداء أكل ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ( او على ما هو في معناه ) أي إن وقع على ما هو في معنى الأرض ( كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها ، لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء ) أي وقوع الصيد على أحد الأشياء المذكورة ووقوعه على الارض سواء إذا استقر ، وقيد به لأنه إذا لم يستقر ، بل وقع من الجبل على الارض ونحو ذلك ، فإنه لا يحل كما مر .

فانشق بطنه لم يؤكل ، لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد ، وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الإنشقاق ، وحمله شمس الأئمة السرخسي « رح » على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك ، وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو ، وهذا أصح ،

---

( وذكر في المنتقى ) أي ذكروا ، وأراد بذلك الإشارة إلى وقوع الاختلاف بين رواية الاصل ، وهي قوله أي صخرة. فاستقر عليها وبين رواية المنتقى ( ولو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر ) وهذا يخالف ما في الأصل ، لأنه في الأصل لم يفصل بين إنشقت بطنه او لم تشق ( وصححه الحاكم الشهيد ) أي الحاكم ما ذكره في المنتقى لذلك ( وحمل مطلق المروي في الأصل ) من قوله له فاستقر عليها ( على غير حالة الانشقاق، وحمله شمس الأئمة السرخسي ) ما روى في المنتقى ( على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك ، وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الارض ) .

( ولو وقع عليها ) أي على ما يصيبه من الارض(وذلك عفو) ، كما إذا وقع على الارض وانشق بطنه والمقصود في المسألة روايتان ( وهذا أصح ) أي ما فعل شمس الائمة أصح ، لان المذكور في الاصل مطلق ، فيجرى على إطلاقه وحمله على غير حالة الإنشقاق يخرج إلى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق ، فإنه لو انشق لوقوعه على الارض أكل ،وقد ذكر انه في معناه .

وقال الكرخي في مختصره لو وقع على حرف آجرة في الارض او حرف حجر ثم وقع على الارض لم يؤكل ، لانه قد شرك السقوط غيره. ولو كانت الآجرة مبطوحة على الارض واللبنة فوقع عليها ثم مات أكل ، وذلك لان الآجرة المطبوخة كالارض مرفوعة عليها كوقوعه على الارض ولو وقع على جبل فاستقر عليه أكل ، وذلك لان استقراره على

وإن كان الطير مائياً فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل ، وإن انغمست لا يؤكل ، كما إذا وقع في الماء . قال وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل ، وإن جرحه يؤكل ،

---

الجبل كاستقراره على الارض . ولو سقط من الرمية في ماء فمات لا يؤكل، ولا أعلم في هذا خلافاً ، لانه قد يجوز أن يكون خنق بالماء .

وقال بشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف إذا رمى رجل صيداً وهو في السماء بنشابة وسمى فأصابه فوقع على الارض فمات أكل ، وليس هذا بمتردى ، ولذلك لو كان على جدار او حائط او رأسه او جبل فوقع منها على الارض ، ولكن المتردى الذى لا يؤكل ان يقع فوقع الشيء من السماء او من موضع فوقه ثم يقع من ذلك الموضع إلى موضع آخر ، فهذا لا يؤكل ، فهذا متردي إلى هنا لفظ الكرخي .

وقال القدوري وهذا صحيح ، لأن المتردي هو المتردد ، ولكن لما اجتمع الحرفان قلبوا إحداهما كما في قولهم لمقفي البازى، وإنما هو بمصمص والمتردى وهو أن يقع على شيء ثم منه على شيء قال القدورى ذكر في المنتقى عن أبي يوسف قال ولو رمى صيداً على قمة جبل وأثخنه حتى لا يتحرك ولم يستطع أن يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله ، وذلك لانه خرج من حيز الامتناع بالرمي من الاول، فصار الرمي الثاني إلى غير ممتنع فلا يؤكل .

( وإن كان الطير مائياً فان كانت الجراحه لم تنغمس في الماء يؤكل وإن انغمست ) في المـاء ( لم يؤكل ) يعني إذا رمى طيراً في الماء ( كما إذا وقع في الماء ) وهو مجروح فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء يؤكل ، وإن انغمست الجراحة في الماء لا يؤكل لاحتمال الموت بالماء ، وبه قالت الثلاثة وإن كانت الجراحة غير مهلكة يحل عند الشافعي ومالك « رح » كما إذا وقع من الماء ، أي كما اذا وقع طيرغير الماء في الماء لا يحل لا حتمال الموت بسبب آخر .

( قال وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل ، وان جرحه يؤكل ) أى قال القدورى ، والمعراض سهم بلا ريش ولا نصل يمضي عرضاً فيصيب بعرض السهم لا بحده . وفي مجمل

لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل ، ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بهـا لأنها تدق وتكسر ولا تجرح ، فصار كالمعراض إذا لم يخزق ،

---

اللغة المعراض سهم طويل له أربع قدد اذا رمى رمى به عرض (لقوله ﷺ فيما أصاب بحده فكله ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل ) هذا الحديث رواه الجماعـة فى كتبهم عن عدى بن حاتم قال ، قلت يا رسول الله ﷺ إني أرسل الكلاب المعلمة فيمسك علي وأذكر اسم الله ، قال اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل ما أمسك عليك ، قلت وإن قتل ، قال وإن قتل مـا لم يشركه كلب ليس معه ، قلت فاذا رمى بالمعراض الصيد فاصيب ، قال ان أصاب بحده ، فكـل ، وان أصاب بعرض نصل فـلا تأكل منه .

وقيد (ولأنه لا بد من الجرح لتحقق معنى الذكاة على ماقدمناه) أشار به إلى ماذكره في الفصل الاول ، ولا بد من الجرح لتحقق معنى الذكاة في ظاهر الرواية ، لانـه اذا لم يجرح يتمزق بإصابة عرض المعراض ، ويكون ذلك رماه وكسر إلا جرحـا وبضعاً وذكاة الاضطرار هي الجرح او البضع .

( قال ولا يؤكل ما أصابه البندقة فمات بها ) أي قال القدوري ، والبندقة بضم البـاء الموحدة وسكون النون طينة مدورة يرمى بها ، ويقال لها الجلامق ( لأنها تدق وتكسر ولا تجرح ، فصار كالمعراض إذا لم يخزق ) بالخاء والزاي المعجمتين يقال خزق المعراض إذا نفـذ وبالراء المهملة تصحيف وفي الميسوط بالزاي يستعمل في الحيوان وبالراء المهملة في الثوب والأصل فيه مـا روى عن عدي « رض » عنه قـال سأل رسول الله ﷺ عن صيد المعراض فقال ما خزق بالزاي فكل ، وما قتل بعرضه فلا نهر ، وفيـه لا يؤكل متفق عليه ، وهو قول أكثر أهل العلم . وقال الاوزاعي وأهل الشام يباح ما قتله بعرضه وحده . وقال ابن عمر كلاهما موقوذة ، وبـه قال الحسن ، ولا خلاف في سائر آلات الجراحة انها إن قتلته بعرضها ولم تجرح لا تحل ، وإن جرحت تحل و لانهـا إذا لم

وكذلك إن رماه بحجر . وكذا إن جرحه قالوا تأويله إذا كان ثقيلاً وبه حدة لاحتمال أنـــه قتله بثقله ، وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعيين الموت بالجرح ، ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبـــه حدة ، فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه .

---

تجرح فإنها تقتل بثقلها فأشبه ما أصاب بعرض المعراض .

وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولا يحـــل صيد البندقة والحجر والمعراض والعصي وما أشبه ذلك ، وإن جرح لانه لا يخزق إلا أن يكون شيء من ذلك قد حددوه وطوله كالسهم ، انتهى . وذكر فخر الإسلام في شرح الزيادات في باب الصيد ويحـــل أكله إذا رمى فأصاب غيره ، لان الحجر والبندقة إذا جرح حل ، وكذا المعراض .

( وكذلك إن رماه بحجر ، وكذلك إن جرحه ) أي إن جرحه الحجر ، وهذا من مسائل الاصل ، ذكره تفريعاً ، لان الحجر يمزق ولايقطع إذا لم يكن له حد فيكون كالمعراض إذا أصاب بعرضه .

( قالوا ) أي المشايخ ( تأويله ) أي تأويل ماذكره محمد في الاصل ( إذا كان ثقيلاً وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله ) أي الحجر لايحل له (وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعيين الموت بالجرح ، ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة فانـــه يحل ، لانه يقتله بجرحه ) وفي الاصل وإن مات بالجرح فان كان الجرح مدمياً فانه يحل بلا خلاف ، وإن جرح ولم يدم اختلف المشايخ فيـــه قال بعضهم لا يحل لقوله ﷺ ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الإنهار وهـــذا ضعيف عندي ، لانه كما شرط الإنهار شرط فري الاوداج ، وفي ذكاة الإضطرار لم يشترط فري الاوداج فكـــذلك لا يشترط الإنهار .

قال بعضهم يحل اذا كانت الجراحة صغيرة يشترط الإدماء ، وإن كانت كبيرة تحل بلا إدماء لانها إذا كانت صغيرة فعدم خروج الدم يـــدل على ضيق المنفذ لا على عدم الدم في الحيوان وخروج الدم عند وجود الدم شرط للاباحة . وإن كانت كبيرة لا يكون عدم

ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعاً لا يحل ، لأنه قتله دقاً ، وكـــذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه ، لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ، أو لعله مـــات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل ، لانه يقتله ثقلاً لا جرحاً اللهم

---

الخروج لضيق المنفذ بل لعدم الدم فيه أصلاً كما اذا كان علفه ورق العناب فاحتبس دمه ، وخروج الدم حال عدم فيه فليس بشرط للاباحة .

( ولو رماه بمروة حديدة ) أي ولو رمى الصيد بمروة وهو حجر رقيق أبيض كالسكين يذبح به ( ولم يبضع بضعاً ) أى ولم يقطع قطعاً من البضع وهو القطع ( لا يحل لانه قتله دقاً ) فصار كالوقيذ ( وكذا اذا رماه بها ) أي وكـــذا لا يحل اذا رمى الصيد بمروة ( فأبان رأسه أو قطع أوداجه ، لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك ، أو لعله مات قبل قطع الاوداج ) وقد مر أن جانب الحرمـة يغلب على جانب الإباحة عند الشك احتياطاً .

( ولو رماه بعصا ) أي ولو رمى صيداً بعصا ( أو بعود ) وهـو غصن شجرة ( حتى قتله لا يحل ، لأنه قتله ثقلا لا جرحاً ) والجرح شرط ( اللهم ) أصله يا الله ، فلما حذف حرف النداء عوض عنه الميم ، ولهذا لا يقال يا اللهم ، حتى لا يجتمع العوض والمعوض عنه ، واستعماله في الكلام على ثلاثة أنحاء ، الأول : إذا كـان . . . . . .
. . . . . . . . . . . . . . . (١)

والثالث : انه يؤتى به قبل المستثنى اذا كان المستثنى عزيزاً نادراً إستظهاراً لمشيئة الله سبحانه وتعالى .

---

(١) في الاصل هكذا بياض حوالي سطر ونصف ، أي سطرين ونصف في هـــذه النسخة ، ا هـ مصححة .

إلا إذا كان له حدة يبضع بضعا ، فحينئذ لا بأس به ، لانـــه بمنزلة السيف والرمح . والاصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالاً ، وإن كان مضافـــاً إلى الثقل بيقين كان حراماً ، وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً . وإن رمـــاه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل ، وإن أصابـــه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل ، لانه قتله دقاً ، والحديد وغيره فيه سواء . ولو رماه فجرحه ومات بالجرح إن كان الجرح مدمياً يحل بالإتفاق ، وإن لم

---

( الا اذا كان له حدة يبضع بضعا ) أى يقطع قطعاً ( فحينئذ لا بأس به ، لانه بمنزلة السيف والرمح ) لانه لا يكون بالجرح مباحاً ( والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافاً الى الجرح بيقين كان الصيد حلالاً ، واذا كان مضافاً الى الثقل بيقين كـان حراماً ، وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً ) أى لاجل الاحتياط ، وهذا كله واضح .

( وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل ) لوجود القتل بحدة الآلة ووجود الجرح ( وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف ) أو بالحديد ونحو ذلك ان كان جرحه ومات بسبب الجرح ، فان كان الجرح مدمياً أى بفتح الميم وسكون القاف وكسر الباء الموحدة حيث يقبض عليه بجميع الكف ( لا يحل لانه قتله دقاً ) لا جرحاً ( والحديد وغيره فيه سواء ) أى في القتل بالثقل ، حتى لو ضربه بقطعة حديد فقطعه بثقلها لا يحل . وفي الشامل أخذ عوداً وحدده ان أصاب بحده يحل والا فلا ، فعلم أن العبرة للحد .

( ولو رماه فجرحه ومات بالجرح) أي ولو رمى الصيد بقفاء السكين أو بمقبض السيف أو بالحديد ونحو ذلك إن كان جرحه ومات بسبب الجرح ( إن كان الجرح مدمياً يحـــل

يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين ، سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة ، لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم ، وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل ، شرط الإنهار . وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء وإن كانت صغيرة لا بد من الادماء. ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل ،وقيل تحل . ووجه القولين دخل فيما ذكرناه .

---

بالاتفاق ، وإن لم يكن مدمياً فكذلك) يحل ( عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة ، لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم . وعند بعضهم يشترط الإدماء لقوله ﷺ ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل ) قد مر الكلام في هذا الحديث مستوفى في الذباح ، قوله أنهر من الانهار ، وهو الإسالة ، وأفرى بالفاء ، أى قطع ، والأوداج جمع ودج ، والمراد به الودجين ، والمروى بطريق التغليب ( شرط الإنهار ) أى شرط عليه السلام إنهار الدم ، وهو إسالته ، فما لم يسل لم يحل ( وعند بعضهم إن كانت ) أى الجراحة ( كبيرة حل بدون الإدماء ) لأنها ان كانت صغيرة فعدم الجرح لضيق المنفذ لا لعدم الدم . بخلاف ما إذا كانت كبيرة ، وهذا ظاهر .

( وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء .ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل) وهو قول أبي القاسم الصفار ( وقيل تحل ) وهو قول أبي بكر الإسكاف ( ووجه القولين دخل فيما ذكرناه ) أراد بالقولين قول أبي القاسم الصفار وقول أبي بكر الإسكاف ، وأراد بقوله فيما ذكرناه الإنهار والاحتياط ، فإن الصفار يشترط الانهار ، لأن الذكاة لا تحل بدون نزول الدم النجس ، وأبو بكر الاسكاف لايشترطه لوجود فعل الذكاة وهو قطع الأوداج ، وقد يمتنع خروج الدم بحابس حبسه ، كما إذا أكل ورق العناب .

وفي الذخيرة ذبح شاة فتحركت وخرج منها دم مسفوح حلت لوجود علامة الحياة فيها ، فإن خرج دم مسفوح ولم يتحرك ، أو تحركت ولم يخرج منها دم فكذلك ، لأن علامة الحياة أحد الأمرين ، وهذا إذا لم يعلم لحياتها وقت الذبح ، اما إذا علم حلت ، وإن

وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا ، وهـذا يؤيـد بعض ما ذكرناه . قال وإذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد لما بيناه ، ولا يؤكل العضو . وقـال الشافعي أكلا إن مات الصيد منه لانـه مبان بذكاة الإضطرار ، فيحل المبان والمبان منه . كما إذا بين الرأس بذكاة الإختيار بخلاف ما إذا لم يمت ، لانه ما أبين بالذكاة . ولنا قوله عليه السلام ما أبين من الحي فهو ميت ،

---

لم يتحرك ولم يخرج منها الدم أصلا .

( وإذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل وإلا فلا ) يعني وإن لم يدمه لم تحل ( وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه ) أي هذا الذى ذكرناه يؤيـد قول أبي القاسم الصفار ، فإنه يشترط سيلان الدم للحل .

( قال وإذا رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد ) أي قال القدوري لوجود الجرح وهو المبيح في ذكاة الاضطرار (لما بيناه ) أى لما بينا أن الجرح مع الرمي مبيح وقد وجد ( ولا يؤكل العضو ) المبان عندنا إذا كان الصيد يمكنه أن يعيش بعـد الإبانة ، وإن كان لا يعيش يؤكل المبان والمبان منه ، وبه قال مالك وأحمد في رواية .

( وقال الشافعي أكلا إن مات الصيد ) أي أكل المبان (منه) أي مالك وأحمد «رض» فيمات الصيد من القطع، وبه قال أحمد في رواية وابن أبي ليلى ( لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما إذا بين الرأس بذكاة الاختيار ، بخلاف ما إذا لم يمت ) يعني من القطع ( لانه ما أبين بالذكاة ) وبما أبين من الحى لا سبب الذكاة فهو حرام، فصار يعتبر قوله ﷺ ما أبين من الحي فهو ميت ، أي ما أبين منه لا سبب الذكاة لإجماعنا أن المبان بسبب الذكاة يحل .

( ولنا قوله ﷺ ما أبين من الحي فهو ميت ) هذا الحديث أخرجه جماعة من الصحابة

منهم أبو واقد الليثي أخرج حديثه أبو داود والترمذي عن عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار حدثنا زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي واقد الليثي عن النبي ﷺ قال ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة ، ولفظ الترمذي أتم ، قال قدم النبي ﷺ المدينة وهم يجبون اسنمة الإبل ويقطعون إليات الغنم ، فقال ﷺ ما قطع من البهيمة وهي حيـة فهو ميتة [1] ، وقال حديث حسن غريب لا نعرفه هو من حديث زيد بن أسلم .

ورواه أحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والدارمي وأبو يعلي الموصـلي في مسانيدهم ، والطبراني في معجمه ، والدارقطني في سننه في آخر الضحايا ، والحاكم في المستدرك في الذبائح وقال حديث حسن صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه . وعبد الرحمن بن عبد الله بن دينار قال ابن معين ضعيف ، وقال أبو حاتم لا يحتج به ومنهم عبد الله بن عمر « رض » . وأخرج حديثه ابن ماجة في سننه حدثنا يعقوب بن حميد بن كاسب عن معين بن عيسى به ، وكذلك رواه الدارقطني في سننه والحاكم في مستدركه وسكت عنه . وقال البزار لا نعلمه يروى عن ابن عمر «رض» إلا من هذا الوجه .

قلت رواه الطبراني في معجمه الوسط حدثنـا محمود بن علي المروزى حدثنا يحيى بن المغيرة حدثنا ابن نافع عن عاصم بن عمر عن عبـد الله بن دينار عن ابن عمر « رض » مرفوعاً نحوه . ومنهم أبو سعيد الخدرى « رض » أخرج حديثه الحاكم في المستدرك عن سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدرى « رض » أن رسول الله ﷺ نهى عن قطع إليات الغنم وجب اسنمة الإبل ، فقال ما قطع من حي فهو ميت وقال حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه .

أخرجه أيضاً عن المسور بن الصلت عن زيد بن أسلم به وسكت عنه ، وبهذا الاسناد رواه البزار في مسنده وقال هكذا رواه المسور بن الصلت مسنداً وخالفه سليمان بن بلال

---

(١) في الحديث أغلاط كثيرة ، وقد صححناه حسب ما جاء في كتاب نصب الراية ، اهـ مصححه .

ذكر الحي مطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً . والعضو المبان بهذه الصفة ، لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه ، وكذا حكماً ، لانه تتوهم سلامته بعدهذه الجراحة ، ولهذا

---

فأرسله عن عطاء بن يسار عن النبي ﷺ لم يذكر أبا سعيد ولم يعلم أحداً قال فيه عن أبي سعيد ، والأسود بن الصلت ليس بالحافظ ، انتهى وفيه نظر من وجهين ، أحدهما أن سليمان بن بلال أسنده عن أبي سعيد كما تقدم عند الحاكم ولم أجده مرسلا إلا في مصنف عبد الرزاق أخرجه في كتاب الحج حدثنا معمر عن زيد بن أسلم قال كان أهل الجاهلية يقطعون إليات الغنم وأسنمة الابل فذكره الثاني .

قوله لا يعلم أحداً قال فيه عن أبي سعيد إلا المسور ، وقد تابع المسور عليه سليمان ابن بلال كما تقدم ، وتابعه أيضاً خارجة بن مصعب كما أخرجه الحافظ أبو نعيم في الحلية في ترجمة يوسف بن اسباط عن خارجة بن مصعب عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدرى عن النبي ﷺ قال كل شيء قطع من الحي فهو ميت ، وقال تفرد به خارجة فيما أعلم ، ورواه كذلك ابن عدى في الكامل ، وضعف خارجة عن البخاري والنسائي وأحمد وابن معين ومشاه هو فكان يكتب حديثه فإنه يغلط ولا يعتمد ، ومنهم تميم الرازى أخرج حديثه الطبراني في معجمه عن سفيان عن أبي بكر المزني عن شهر بن حوشب عن تميم الدارى قال يا رسول الله إن أناساً يجبون اليات الغنم وهي أحياء ، قال ما أخذ من البهيمة وهي حية فهو ميتة . ورواه ابن عدى في الكامل وابن الهدى واسمه سلمى بن عبد الله ولم يضعفه عن أحد .

( ذكر الحي مطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً ) هذا بيان وجه الاستدلال وهو أنه ذكر الحي مطلقاً ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، والكامل هو الحي حقيقة ، وهو أن تكون الحياة فيه قائمة وحكماً ، وهو أن يتوهم سلامته إذا أصابته آفة .

( والعضو المبان بهذه الصفة ) يعني أبين حق الحي حقيقة وحكماً (لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه ، وكذا حكماً لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ، ولهذا )

اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم . وقوله أبين بالذكاة . قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقـــاء الروح في الباقي ، وعندزواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال ، فصار هذا الحرف هو الاصل، أن المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل ، والمبـــان من الحي صورة لا حكما يحل ، وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح

---

ولكونه حياً حكماً ( اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم ) لجواز موته أن يكون سبب وقوعه في الماء ( وقوله أبين بالذكاة ) أى قول الشافعي في تعليله أبين بالذكاة حيث قال لأنه مبان بذكاة الاضطرار ذكر هذا المجيب عنـــه بقوله ( قلنا حال وقوعه لم تقع ذكاة ) تقريره سلمنا أن ما أبين بالذكاة يؤكل ، ولكن لا ذكاة هاهنا ، لأن هذا الفعل وهو إبانة العضو حال وقوعه لم يقع ذكاة ( لبقاء الروح فيالباقي) على وجه يمكن الحياة بعده إذا الفرض ذلك بجرح يعتبر ذكاة إذا كان فيـــه ، ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما في المذبوح لا بد من ذبحه .

( وعند زواله ) أى زوال الروح ( لا تظهر في المبان لعدم الحياة فيه ) أى في المبان منه ( ولا تبعية لزوالها بالانفصال ) هذا جواب عمـــا يقال ليكن إذكاة للمبان بتبعيته الاكثر إذا مات من ذلك القطع ، تقريره أن يقال ولا تبعية يعني الاقل يتبع الاكثر إذا لم ينفصل عنه ، وهاهنا قد انفصل فزالت التبعية . وقال الكاكي هذا جواب عن قول الشافعي وما ذكره أوجه .

( فصار هذا الحرف ) أى النكتة ( هو الأصل ) ها هنا ( أن المبان من الحي حقيقة وحكماً لا يحل ، والمبان من الحي صورة لا حكماً يحل ) أىمن حيث الصورة وهيقيام الحياة فيه لا من حيث الحكم ، وهو أن لا يتوهم سلامته بعد القطع، ثم أشار إلى بيانذلك بقوله ( وذلك بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكماً ) أما صورة فلقيام الحياة فيه،واما أنه لا حكماً فلأنه لم يتوهمسلامته بعد هذا

فإنه حياة صورة لا حكماً ، ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة ، أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ، ويحل المبان منه ، لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي . ولو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلي العجز ، أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما إذ لايتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح ،

---

القطع ، فحينئذ يحل المبان والمبان منه جميعاً .

( ولهذا ) أي ولاجل الحياة فيه صورة لا حكماً (لو وقع في الماء ، وبه هذا القدر من الحياة ) أي والحال أن به حياة قدر ما يكون في المذبوح ( او تردى من سطح او جبل لايحرم)في هذه الحالةلأن الشرط في الحرمةوجود الحياة حقيقة أو حكماً ولم يوجد هاهناإلا حقيقة فقط ( فيخرج عليه المسائل ) أي على الأصل المذكور ( فنقول إذا قطع يداً او رجلا او فخذاً او ثلثه مما يلي القوائم او أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه ، لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي) بعد هذا القطع ولا سيا في قطع اليد او الرجل،فإنه ربما لا يموت ويصح منه .

( ولو قده بنصفين ) أي ولو شق الصيد نصفين ( او قطعه أثلاثاً والأكثر مما يلي العجز ) أي والحال ان أكثر الصيد مما يلي مؤخراً ( او قطع نصف رأسه او أكثر منه ) أي من الرأس ( يحل المبان والمبان منه ، لأن المبان منه حي صورة لا حكماً ، إذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح ) لأن من المحال أن يعيش بعد شقه قطعتين او قطعه أثلاثاً ، والأكثر مما يلي المؤخر ، وقيد به لانه إذا قطعه أثلاثاً والاكثر مما يلي الرأس يتوهم فيه الحياة .

والحديث وإن تناول السمك وما أبين منـــه فهو ميت إلا أن ميتته حـــلال بالحديث الذي رويناه . ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج ، ويكره هذا الصنيع لابلاغـــه النخاع ، وإن ضربه من قبل القفا إن مات قبل قطع الاوداج لا يحل ، وإن لم يمت حتى قطع الاوداج حل . ولو ضرب صيدا فقطع يـدا أو رجـــلاً ولم يبنه إن كان يتوهم الالتئام والاندمال.

فإذا مات حل أكله ، لانه بمنزلة سائر أجزائه وإن كـان لا يتوهم

---

( والحديث وإن تناول السمك وما أبين منه فهو ميت إلا أن ميتة حلال بالحديث الذي رويناه ) أراد أن الحديث وهو قوله ﷺ ما أبين من الحي فهو ميت يتناول بعمومه السمك أيضاً إذا قطع منـه عضواً او هو ميتة ، ولكن ميتة السمك حـــلال بالحديث الذي ذكره في كتاب الذبائح ، وهو قوله ﷺ أحلت لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان السمك والجراد .

(ولو ضرب عنق شاة) بسيف ونحوه وسمى ( فأبان رأسها ) أي أفصلها من جسدها ( يحل لقطع الاوداج ، ويكره هذا الصنيع لإبلاغه النخاع ) لما روى أنه ﷺ نهى ان ينخع الشاة إذا ذبحت ، وقد مر الكلام فيه مستوفى في كتاب الذبائح .

( وإن ضربه من قبل القفا إن مات قبل قطع الاوداج لا يحل ) لأن الذكاة إنما تحصل إذا قطع الاوداج وهي حية ، وقطع الاوداج حصلت وهي ميتة ( وإن لم تمت حتى قطع الاوداج حل ) لوجود الذكاة الشرعية .

( ولو ضرب صيداً فقطع يداً او رجلاً ولم يبنه ) أى لم يفصل منه ( إن كان يتوهم الالتئام ) أى الانضمام ( والاندمال ) من اندمل على الجرح . . . . [(١)]

( فإذا مات حل أكله ) أي مقطوع اليد او الرجل ( لانه بمنزلة سائر أجزائه ) لانـه لم

---

(١) في هذا المكان نقص من الاصل – ا هـ مصححة .

بأن بقي متعلقاً بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني . قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني ، لانهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في إباحة الصيد . بخلاف النصراني واليهودي ، لانهما من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطرارا . قال ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع ، فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل ، لانه هو الآخذ ، وقدقال عليه السلام الصيد لمن أخذه .

---

يوجد الابانة لا حقيقة ولا اعتباراً فتحل كما تحل سائر الاجزاء .

( وإن كان لا يتوهم ) الالتئام والاندمال ( بأن بقي متعلقاً بجلده حل ما سواه ) أى ما سوى المبان ( لوجود الابانة معنى ) حيث لا يمكن انضمامه والاندمال وإن لم يوجده من حيث الصورة ( والعبرة للمعاني ) .

( قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني ) قال القدورى ولم يقطع لفظه ، قال في بعض النسخ وفي بعض النسخ والمحرم (لانهم ليسوا من أهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ، ولا بد منها ) أى من أهلية الذكاة ( في إباحة الصيد ) لان الجرح في الصيد بمنزلة الذكاة .

( بخلاف النصراني واليهودى ، لانهما من اهل الذكاة اختياراً ،فكذا اضطراراً ) أى لان النصراني واليهودى من اهل الذكاة في حالة الاختيار حتى يجوز أكل ذبيحته ، فكذا في حالة الاضطرار .

( قال ومن رمى صيداً فأصابه ولم يثخنه ) اى قال القدورى ، أثخن الصيد اذا ضعفه وأخرجه من حيز الامتناع ( ولم يخرجه من حيز الامتناع ) هذا تفسير لقوله ولم يثخنه ( فرماه آخر فقتله فهو للثاني ) أى الصيد الثاني لانه صاده ( ويؤكل لانه هو الآخذ) الذكاة، لان الثاني قتله قبل ان يخرج الصيد عن حيز الامتناع باصابة الاول ( وقد قال ﷺ الصيد لمن أخذه) هذا غريب لم أجده في كتب الحديث ،وانما ذكر أبو عبدالله محمد بن حمدون

وإن كـان الاول أثخنه فرمـــاه الثانـي فقتله فهو للأول ولـم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجـــه الاول ، وهذا إذا كان الرمي الاول بحـال ينجو منـه الصيد ، لانـــه حينئذ يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني . وأما اذا كان الاول بحـال لا يسلم منـــه الصيـد بأن لا يبقى فيـــه من الحيـاة إلا بقـدر مـا يبقى في

---

في كتاب التذكرة فقال ، قال اسحاق الموصلي كنت يوماً عند الرشيد أغنيه وهو يشرب ، فدخل الفضل بن الربيع فقال له ما وراءك ، قال لي ثلاث جوار احداهن مكية ، والاخرى مدنية والثالثه عراقية ، فقبضت المدنية على آلتي ، فلما انحط قبضت المكية عليه ، فقالت المدنية ما هذا التعدى ، ألم تعلمي أن مالكاً حدثنا عن الزهرى عن عبد الله بن ظالم عن سعيد بن زيد قال ، قال رسول الله ﷺ من أحيا أرضاً ميتة فهي له ، فقالت المكية ألم تعلمي ان سفيان حدثنا عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة عن النبي ﷺ انـه قال الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره ، فدفعتها الثالثة عنه ثم أخذته وقالت ، هذا لي وفي يـدى حتى تصطلحا .

( وان كان الاول قد أثخنه ) اى أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ( فرماه الثاني فقتله فهو للأول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني ) لان الاول لما أثخنه قـــد صار أهلياً فذكاته بالذبح لا بالرمي ، بـــل الرمي في مثله يوجب الحرمة ، أشار الى هذا بقوله ( وهو ليس بذكاة ) قتـل الثاني ليس بذكاة ( القدرة على ذكـاة الاختيار بخلاف الوجـــه الاول ) حيث كان قتل الثاني فيــه ذكاة لان رمي الاول لم يخرج عن حكم الصيدية .

( وهذا ) أي هذا الذي ذكرنا من أنه لا يؤكل ( إذا كانت الرمية الأولى بحـال ينجو منه الصيد ، لأنه حينئذ يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني ، أمـا إذا كان الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح ، كما إذا أبان

المذبوح ، كما إذا أبان رأسه يحل ، لان الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني ، لان وجوده وعدمه بمنزلة . وإن كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد إلا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح ، بأن كان يعيش يوماً أو دونه فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني ، لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده . وعند محمد يحرم ، لأن هذا القدر من الحياة معتبرة عنده على ما عرف من مذهبه ، فصار الجواب فيه والجواب فيما إذا كان الأول بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل . قال والثاني ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته ،

---

رأسه يحل ، لأن الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني ، لأن وجوده وعدمه بمنزلة ) أراد أن وجوده وعدمه سواء .

( وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد إلا انه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح ، بأن كان يعيش يوماً أو دونه ، فعلى قول أبي يوسف « رح » لايحرم بالرمية الثانية ، لأن هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده ) أي عند أبي يوسف . وفي بعض النسخ لا معتبر بها كما لا عبرة فيه إذا كان فيه من الحياة ما بقي في المذبوح بعد الذبح .

( وعند محمد يحرم ، لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه ) فإذا كان معتبراً على مذهبه ( فصار الجواب فيه ) أي في الفصل الثاني ( والجواب فيما إذا كان الأول بحال يسلم منه الصيد سواء ) أي فيما إذا كان الرمي الأول أثخنه و كان بحال يتوهم أن يسلم الصيد منها ، فمتى رماه الثاني لا يحل ، فكذا ، وهو معنى قوله ( ولا يحل ) أي أكل الصيد المذكور .

( قال والثاني ضامن لقيمته للأول غير ما نقصته جراحته ) أي قال القدوري ، أي

لأنه بالرمي أتلف صيداً مملوكاً له ، لأنه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف .

قال « رض » تأويله إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً مملوكاً للاول منقوصاً بالجراحة ، فلا يضمنه كملا . كما إذا قتل عبداً مريضاً ، وإن علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري ، قال في الزيادات يضمن الثاني مانقصته جراحته ، ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً

---

جراحة الأول ( لأنه ) أي لأن الثاني ( بالرمي أتلف صيداً مملوكاً له لأنه ملكه بالرمي المثخن وهو ) الذي أخرجه عن حيز الامتناع ( منقوص بجراحته الأول ) فلم يزل الثاني في نقصانها ( وقيمة المتلف تعتبر يوم الإتلاف ) لأن ضمان الإتلاف يعتبر فيه القيمة يوم الإتلاف ، وكان في ذلك الوقت منقوصاً بجراحة الأول ، فيلزم الثاني قيمته غير ماجرحته الرمية الأولى. توضيح ذلك أن الرامي الأول إذا رمى صيداً يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم مات يضمن بالثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان ، لان ذلك تلف بالجرح الأول .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( تأويله ) أي تأويل قول القدوري ( إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه ، والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً مملوكاً للأول منقوصاً بالجراحة فلا يضمنه كملا ، كما إذا قتل عبداً مريضاً ) فإنه لا يضمن قيمته صحيحاً .

( وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين ) أي جراحة الأول وجراحة الثاني ( أو لايدري . قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن نصف قيمته لحماً ) توضيح ذلك أن الرامي الأول إذا رمى صيداً

بجراحتين، ثم يضمن نصف قيمة لحمه . أما الأول فلانه جرح حيواناً مملوكاً للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً . وأمــــا الثاني فلأن الموت قد حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهـو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمتـه مجروحــــاً بالجراحتين ، لأن الأولى ما كانت بصنعه ، والثانية ضمنها مرة فـــلا يضمنها ثانيـاً . وأما الثالث فلان بالرمي الأول صار بحال يحل بـــذكاة الإختيار لولا رمي الثاني ،

---

يساوي عشرة مثالاً فنقصه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين يضمن الثاني للاول مـا نقصته جراحته وهو درهمان ، وبقي من قيمته ستة دراهم فيضمن الثـــاني أيضاً نصفها ، وهو ثلاثة دراهم وهي نصف قيمته مجروحاً بجراحتين . ثم إذا مات يضمن النصف للآخر وهو ثلاثة أيضاً ، لأنه فوت عليه اللحم ولا يضمن النصف الآخر من اللحـم بعد الموت . وإن كان تفويت اللحم فيه موجود بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيــاً ، فلو ضمنه بعد الموت تكرر الضمان بأن يضمن قيمته حياً ثم يضمن قيمته لحماً بعد الموت ، وهذا لا يجوز فافهم . ولم أر أحداً من الشراح اوضح ذلك فذكرته زيادة للفائدة والإيضاح .

( أما الاول ) وهو نقصان ضمان الجراحة ( فلأنه ) أي الثاني ( جرح حيواناً مملوكاً للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً ، وأما الثاني ) وهو ضمان نصف القيمة مجروحـــاً بجراحتين ( فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو ) أي الثـــاني ( متلفاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً ) أي حال كونه مجروحـــاً ( بالجراحتين ، لان الاول ما كانت بصنعه ) أي يضع الثاني ، وإنما كانت بصنع الاول ( والثانية ضمنها مرة) أي والجراحة الثانية ضمنها الثاني مرة ( فلا يضمنها ثانيــاً ) أي بأي مرة لئلا يتكرر الضمان ، وقد ذكرناه آنفاً .

( وأما الثالث ) وهو ضمان نصف قيمة اللحم ( فلأن بالرمية الاولى صار بحال يحـل بذكاته الاختيار لولا رمي الثاني ) لان الاول قد كان أخرجـه من حيز الإمتناع ، فصار

فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم ، فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر ، لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه . وإن كان رماه الاول ثانياً فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره ، ويصير كما إذا رمى صيداً على قمة جبل فأثخنه ، ثم رماه ثانياً فأنزله لا يحل لان الثاني محرم ، كذا هذا .

---

كالاهلي ( فهذا ) اي الثاني ( بالرمي الثاني أفسد عليه ) أى على الاول ( نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر ، لانه ضمنه مرة ) حيث ضمنه حيا ( فدخل ضمان اللحم فيه ) أى في الضمان الاول لا يقال لا ينبغي أن يضمن نصف اللحم ونصف الصيد مجروحا بجراحة واحدة ، ويدخل ضمان الجراحة في ضمان الصيد ، كما إذا قتل صيداً مجروحا لغيره ، لانا نقول انه ضمن الجراحة الثانية . ولو حصل كما قلت يضمن نصفها لانه يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحة واحدة ، فدخل ضمان جراحة الثانية في ضمان الصيد .

فإن قلت ينبغي أن يدخل قيمة نصف اللحم في نصف قيمة الصيد . قلت لما ضمن نصف قيمة الصيد ملك نصف الذي ضمنه ، ومع ذلك افسد جميع اللحم حتى حرم جميعه ، والنصف مملوك للاول ، فيضمن نصف اللحم الذي لصاحبه ولا يضمن ما هو مملوك بالضمان .

( وإن كان رماه الاول ثانيا ) يعني أن ما تقدم كان فيما إذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول ، وهذا فيما إذا كان رماه الاول ثانيا ( فالجواب في حكم الإباحة ) يعني في حكم الضمان ، لان الإنسان لا يضمن ملك نفسه لفعله لنفسه ( كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره ، ويصير كما إذا رمى صيداً على قمة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل ، لان الثاني محرم ، كذا هنا ) يكون الرامي الثاني فيه محرم .

ثم اعلم أن الرجلين إذا رميا صيداً فذاك ينقسم إلى قسمين ، أما إن رميا معا أو متعاقبا ، والاول على اوجه فإنه إذا رمياه معا فاما أن يصيباه معا أو يصيب احدهما

أو لا ، فان أصابه فاما أن يثخنه قبل إصابة الثاني أو لا ، والثاني كذلك ، فانه امـا أن يرميه الثانى قبل اصابة السهم الاول أو بعدها ، فان كان الثاني فاما ان يثخنه الأول أو لا يثخنه الاول بوجوهه ، فالوجه الاول من الثاني غير مذكور في الكتاب ، فنذكرها بكلمة للفائدة فيقول بأن رميا معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ، ويؤكل ، لان كلا منهما رمى صيدا مباحا ، فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي ، كما انه كان صيدا حـال رميهما يقع فعل كل منهما ذكاة .

وان أصابت الرميتان معا فاستويا في السببية وذلك يوجب المساواة في الملك . وان رمياه معا فأصابه سهم ، احدهما أولاً فأثخنه ، ثم أصابه سهم الآخر فقتله فهو للاول ، وحل أكله عندنا خلافا لزفر رحمه الله ، وهو يعتبر حالة الاتصال بالمحل والسهم الثـاني أصابه وهو غير ممتنع ، فصار كما لو رمى شاة . ونحن نعتبر الحل حالة الإرسال ، لأن الإصابة بالمحل ، وهذا معتبر التسمية حالة الإرسال ، والارسال قد حصل منهما ، والمحل صيد ممتنع ، فلم يتعلق بالثاني نظرا للملك حال الاتصال ، لأن الملك يتصل بالمحل .

ومنهم الأول اخرجه عن حيز الامتناع قبل أن يتصل به الثاني ، وان لم يذبحه فهو للثاني . وان رماه الثاني بعدما رماه الاول قبل أن يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثاني فحكمه حكم ما لو رمياه معا هو لهما وحل اكله .

وقال الشافعي وأحمد إن تمكن من ذبحه بعد الجرح ولم يذبحه حتى مات لم يحـل ، وإن لم يتمكن من ذبحه وجرحه الثاني فأماته ضمن قيمته مجروحاً واختلف أصحابه فيما يجب من ضمانه ، قال الاصطخري يجب على الثاني كال قيمته للاول بعد جراحته . وفي الحليـة والمذهب أنه يجب عليه ما يخص جنايته من قيمته وتقسط القيمـة على الجنايتين ، وفرض اصحابنا المسألة في الجملتين المتصورتين لتعرف ما يجب على كل واحـد منهما ويسقط من الأول ، فقال صيد مملوك يساوي عشرة جرحه رجل فنقص درهم ومات الصيد من جراء الجنايتين فاختلف أصحابنا على ستة طرائق ، اصحها أن إرش جناية كل واحد يدخل في جنايته فيضمن قيمة الصيد عن جناية الأول إلى قيمته عند جناية الثاني ، فيكون

قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل، لاطلاق ما تلونا، والصيد لا يختص بمأكول اللحم. قال قائلهم:

صيدالملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال

ولان صيده سبب للإنتفاع بجلده أو شعره أو ريشه، أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع.

---

تسعة ثم يقسم قيمة الصيد وهو عشرة على تسعة عشر فيما يقابل عشرة يجب على الأول وما يقابل تسعة على الثاني، هذا طريق ابن حران.

الثاني: وهو قول المزني انه يثبت على كل واحد منهما إرش جنـايته ثم يجب عليهما قيمته بعد الجنايتين، فيجب على الأول خمسة ونصف.

والثالث: على كل واحد نصف إرش ونصف قيمته يوم جنى عليه فيجب على الأول خمسة ونصف، وعلى الثاني خمسة، ثم يرجع الأول على الثاني بنصف درهم.

والرابع: أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته حال جنـايته، ونصف إرش جنايته، ولا يثبت الرجوع للاول على الثاني

والخامس: أنه يجب على الأول إرش جنايته، ثم يجب بعد ذلـــك قيمته بينهما نصفين، ولا يجب على الثاني إرش جنايته.

والسادس: وهو قول ابن أبي هريرة أن الإرش يدخل في قيمـــة الصيد فيجب على الأول نصف قيمته حال جنايته، وعلى الثاني نصف قيمته حال حياته، فيذهب نصف درهم من قيمة الصيد.

( قال « رح » ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل ) أي قـــال القدوري ( لإطلاق ما تلونا ) وهو قوله سبحـــانه وتعالى ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ المائدة ( والصيد لا يختص بمأكول اللحم، قال قائلهم ) أي قائل العرب :

(صيد الملوك أرانب وثعـــالب وإذا ركبت فصيدي الابطال

ولان صيده ) أي صيد ما لا يؤكل لحمه ( سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه ) في

الطيور التي لا تؤكل ( أو لاستدفاع شره ، وكل ذلك مشروع ) أي كل ما ذكره من هذه الانواع مشروع ، أي ثابت شرعاً ( والله سبحانه وتعالى اعلم ) .

فروع : نصب أحبوله فوقع فيها صيد ومات ، إن مات بالشبكة والحبل لا يحل باتفاق أكثر أهل العلم إلا عند الحسن البصري « رح » ، فانه قال لو سمى على الحبل ودخل فيه وجرحه يحل ، وهذا قول شاذ مخالف لعامة أهل العلم . أما لو كان فيها آلة جارحة مثل المنجل وسمى عليها وجرحه يحل، وهذا قول شاذ مخالف لعامة أهل العلم. أما لو كان فيها آلة جارحة وهذا عندنا وعند أحمد ، وبه قال الحسن وقتادة . وقال الشافعي لا يحل .

ولو تعلق صيد بشرك الثاني أو بشبكته ملكه لثبوت يده على الصيد، وكل من أخذه بعده رده . ولو كان شيء من الشبكة او طاف معها على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها . ولو قدر على الامتناع لا يملكه صاحب الشبكة ، وكذا لو رمى صيداً فاثخنه فدخل في دار إنسان فأخذه صاحب الدار لم يملكه ، لأن الرامي ملكه بالإثخان . ولو أرسل صيده لم يزل عنه ملكه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، كما لو أرسل بعيره أو فرسه . وقال الشافعي في وجه يزول ملكه ، وبه قال أحمد في رواية .

ولو اصطاد طيوراً أو جعلها في برج وطار منه إلى برج غيره لم يزل ملكه عنه . وقال مالك إن لم يكن أنس ببرجه بطول مكثه صار ملكاً لمن انتقل إلى برجه . وإن عاد إلى برج الأول عاد إلى ملكه . ولو ارسل بازيه فأخذ صيداً أو أمسكه بحيلة ولم يثخنه فقتل بازي الثاني فالصيد لصاحب البازي .

# كتاب الرهن

**الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان. وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون.**

---

**( كتاب الرهن )**

أي هذا كتاب في بيان أحكام الرهن . وجه المناسبة بين كتاب الرهن وكتاب الصيد من حيث كونهما سبباً لتحصيل المال . وله معنى لغة وشرعاً وسبب وركن وحكم وحكمة .

وأما معناه لغة ، فما ذكره المصنف بقوله ( الرهن لغة ) اي من حيث اللغة ( حبس الشيء بأي سبب كان ) من الأسباب ، كما في قوله تعالى﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ ٣٨ المدثر ، أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي . ويقال فلان رهن كذا ، أو رهين ، فرهينة أي مأخوذ به ، والرهن يجيء بمعنى المرهون تسميته بالمصدر ، والجمع رهون ورهان ، وترى بهما في الآية والتركيب يدل على الثبات والدوام . وقيل هو معناه لغة ، يقال ماء راهن أي راكد ، ونعمة راهنة أي ثابتة .

وأما معناه شريعة فما ذكره بقوله ( وفي الشريعة جعل الشيء ) أي رهن ، جعل الشيء ( محبوساً بحق ) إنما قيده بقوله بحق لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب أيضاً ، والحق يشملها ( يمكن استيفاؤه ) أي استيفاء الحق ( من الرهن ) أي من المرهون ( كالديون ) احترز به عن ارتهان الحر وعن الرهن عن الحدود والقصاص .

وقال القدوري في شرحه الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة وبذلك يفصل من الكفالة والحوالة ، لأنها عقد وثيقة بذمة ، ويفصل من المبيع في يد البائع ، لأنه وثيقة وليس بعقد .

وهو مشروع بقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ٢٨٣ البقرة ،
ولما روي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه.

---

وأما سببه فهو مطالبة رب الدين الرهن.

واما ركنه الإيجاب فقط عندنا ، وعند البعض الإيجاب والقبول كما يجيء إن شاء الله تعالى.

وأما حكمه فهو ملك حبس المرهون وحق المطالبة بالبيع.

وأما حكمته فحصول النظر من الجانبين.

( وهو ) أي الرهن ( مشروع لقوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ٢٨٣ البقرة ) أوله قوله تعالى ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة ﴾ وهو جمع رهن كعباد جمع عبد ، وقد تعلق مجاهد وداود الظاهري بظاهر الآية أن الرهن لا يجوز إلا في السفر ، لأن التعلق بالشرط ينفي الوجود عند عدمة . قلنا ليس المراد به الشرط حقيقة ، بل ذكر ما يعتاد بأنهم في الغالب يميلون إلى الرهن عند تعذر إمكان التوثق بالكتاب والشهود ، والغالب ان ذلك يكون في السفر وتوارث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا جوازه في الحضر والسفر ، فعلم أن ذلك على سبيل العادة . وفيه دليل على جواز الشراء بالنسيئة إن كان يمكنه الشراء بالنقد خلافاً لما يقوله المتمشقة ، فإنهم قالوا يكره عند القدرة على النقد . قلنا إنه ﷺ كان قادراً على أن يشتري بالنقد بأن يبيع درعه ثم يشتري طعاماً ، مع انه رهن درعه على ما يجيء الآن وبما روي ، أي ومشروع أيضاً .

( ولما روي أنه ﷺ ) أي النبي ﷺ ( اشترى من يهودي طعاماً ورهن بها درعه ) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن الأسود عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعاً له من حديد . وفي رواية للبخاري ثلاثين صاعاً من شعير . قوله ورهنه به أي بالطعام .

قال الكاكي وفي بعض النسخ أي بالقيمة . وقال تاج الشريعة أي بالدراهم أو الدنانير التي هي ثمن الطعام وفيه فوائد ، أحدها : انه لا بأس بالبيع والشراء نسيئة ، ولا كراهة فيه وقد مر الكلام فيه الآن .

اجوابه امر

وقد انعقد على ذلك الاجماع ، ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء ، فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب ، وهي الكفالــــة . قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

---

الثانية جواز الاستدانة ، ولا يجوز الشراء نسيئه .

الثالثة : جواز المعاملة مع أهل الذمة .

الرابعة : جواز رهن السلاح منهم ، هذا إذ لم يكن لهـم قوة ، أما إذا كان لهم قوة يكره ذلك كما يكره البيع منهم . كذا ذكر شيخ الإسلام عــلاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي .

( وقد انعقد على ذلك ) أي على كون الرهن مشروعاً ( الإجماع ) أي الأمة اجتمعت على جواز الرهن من غير نكير إلى يومنـا هذا ( ولأنه ) أي ولأن الرهن ، أشار به إلى جوازه بالدليل العقلي ( عقد وثيقة ) أي عقد وثيقة ، والوثيقة ما توثق به الشيء ويؤكد به ( لجانب الاستيفاء ) أما انه عقد وثيقة لأن حق الرهن يتأكـــد به ويأمن من القوي بالجحود المماطلة ومن أخذ سائر الغرماء بعد موت الراهن . وأما لجانب الإستيفاء فلأنه يرد على المال ، وطرف الإستيفاء وهو المختص بالأموال فوجب أن يكون مشروعاً، وإذا كان كذلك ( فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب ) الذي يختص بالذمم. وتقريره أن الدين طرفين ، طرف الوجوب وطرف الإستيفاء ، لأنه يجب أولاً في الذمة ثم تستوفي المـــال بعد ذلك . ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذي يختص بالذمة ( وهي الكفالة ) جائزة ، فكذا الوثيقة التي تختص بالمال ، بـــل بطريق الأولى ، لأن الاستيفاء هو المقصود من الوجوب وسيلة إليه .

( قال ) أي القدوري ( الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ) وبه قال مالك وأحمد في رواية . واختلف المشايخ في القبول قال بعضهم إنه شرط، وظاهر ما ذكره في المحيــط يشير إلى انه ركن . وقال في الايمان في الاجارة بدون القبول ليست بإجارة ، وكـــذا الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يؤاجر ولا يرهن بدون القبول . وقال بعضهم الايجاب

ويتم بالقبض . قالوا الركن الايجاب بمجرده ، لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة ، والقبض شرط اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى . وقال مالك يلزم بنفس العقد

---

ركن ، والقبول شرط ، أما القبض شرط اللزوم . وقال محمد في الكتاب لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً فقد أشار إلى القبض شرط الجواز . وقال شيخ الاسلام شرط اللزوم كما في الهبة ، وبه قال أكثر العلماء .

( ويتم بالقبض ) أى يتم عقد الرهن بقبض المرهون . وقال مالك يصح بالايجاب والقبول بدون القبض . ونحن نقول قال الله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ وصف الرهن بكونها مقبوضة ، والنكرة إذا وصفت عمت .

( قالوا ) أى قال المشايخ يعني بعض المشايخ ، وأشار به إلى ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده ، لأنه قال إن الرهن قبل القبض جائز ، إلا انه غير لازم ، وإنما يصير لازماً في حق الراهن بالقبض ، فكان القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة ( الركن الايجاب بمجرده ) يعني ركن الرهن مجرد الايجاب بدون القبول ، الايجاب هو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك علي وما أشبه . والقبول هو قول المرتهن قبلت . وقال المصنف عن خواهر زاده ما ذكرناه ، ثم علله بقوله (لانه) أى لأن الرهن ( عقد تبرع ) لأن الراهن لم يستوجب بمقابلة ما أثبت للمرتهن من اليد على الرهن شيئاً ، فكان تبرعاً ( فيتم بالمتبرع ) أى فيتم الرهن بالمتبرع ، فإذا كان كذلك يكون ( كالهبة والصدقة ) لأنهما عقد تبرع ، فالقبض فيهما شرط اللزوم لا شرط الجواز ( والقبض شرط اللزوم ) كأنه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض ، فيكون الرهن قبل القبض جائزاً ، ولا يلزم إلا بالقبض .

وهذا الذي ذكره المصنف مخالف لرواية عامة الكتب . قال محمد لا يجوز الرهن إلا مقبوضاً . وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض . وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن إلا مقبوضاً مفرغاً محرزاً .

( على ما نبينه إن شاء الله تعالى . وقال مالك رحمه الله يلزم ) أى الرهن ( بنفس

لانه يختص بالمال من الجانبين ، فصار كالبيـع . ولانـــه عقد وثيقة فأشبه الكفالة . ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء . في محل الجزاء ، يراد به الأمر . ولأنه عقد تبرع لمـــا أن الراهن

---

العقد ) يعني بدون شرط القبض ( لأنه ) أي لأن الرهن ( يختص بالمال من الجانبين ) أي من جانب الراهن والمرتهن ( فصار كالبيـع ) بأنه يلزم بنفس العقد . ( ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة ) في عدم اشتراط القبض .

( ولنا ما تلوناه ) اراد به قوله تعالى فرهان مقبوضة (والمصدر المقرون بحرف الفاء ) أراد به لفظ رهان ، فانه جعلهمصدرا (في محل الجزاء يراد به الأمر ) كما في قوله تعالى ﴿ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ ٩٢ النساء ، أي فتحرير . فيكون تقديره والله أعلم ﴿ وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان ﴾ أي ارهنوا ، لكن ترك كونه معمولاً به في حق ذلك ، حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع ، فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله ﷺ الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب ، أي يقفوا ، فلم يعمل الأمر في نفس البيـع ، لأن البيع مباح بطريق إلى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا ، فكذا هذا ،وفيه نظر من وجوه ، الأول : في تسمية الرهان مصدرا ، لان في كتب اللغات الرهان جمع رهن كالنعل والنعال ، ويدله على ذلك قوله مقبوضة بالتأنيث .

الثاني : انه يجوز أن يكون الأمر الإباحة بقرينة الاجماع ، فيصرف إلى الرهن لا إلى القبض .

والثالث : أن الآية متروكة الظاهر ، لأن ظاهرها يدل على أن الرهن إنما يكون في السفر كما قال به داود ومجاهد والضحاك ، وقد ترك ذلك ، ومتروك الظاهر لا يصلح حجة .

فأجاب عن الأول في الفوائد الشراهية بأن الرهان يجوز أن يكون مصدرا كالضراب والقتال ،وتأنيث المقبوضة بتأويل السلعة كما يؤنث الصوب بتأويل الصحة . وأجيب عن الثاني بأن الأمر في الوجوب حقيقة ، والاجماع قرينة للمجاز ، لأن المجاز هو اللفظ

لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً ، ولهذا لا يجبر عليه ، فلا بد من إمضائه كما في الوصية ، وذلك بالقبض ثم يكتفي فيه بالتخليـــة في ظاهر الرواية ، لأنه قبض بحكم عقد مشروع ، فأشبه قبض المبيع . وعـن أبي يوسف « رح » أنـــه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل ،

---

المستعمل في غير ما وضع له بقرينة . والاجماع لم يكن حال استعمال هذا اللفظ . وعن الثالث بأنا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة ، لأن النصوص المأولة متروك الظاهر وهي عامة الدلائل .

( ولأنه ) أي ولأن الرهن وهذا دليل معقول على اشتراط القبض ( عقد تبرع ، لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ، ولهذا ) أي ولأجل كون الرهن عقد تبرع ( لا يجبر ) أي الراهن ( عليه ) أي على الرهن ( فلا بد من امضائه ) أي انفاذ الرهن ، فإمضاؤه بالقبض ، يعني لا بد لثبوت الاستحقاق من الامضاء ( كما في الوصية ) لانها عقد تبرع لا يستحق الا بالامضاء ، ولكن امضاؤه بأن لا يرجع عنها صريحا أو دلالة ( وذلك بالقبض ) أي بالامضاء في الرهن بالقبض ( ثم يكتفي فيـــه ) أي في القبض ( بالتخلية ) وعلى رفع الموانع عن القبض ، يعني أن الراهن اذا خلى بين المرتهن والمرهون يصير قابضا ، كما اذا فعل البائع مثل ذلك في البيع والمشترى وبه قال الشافعي ومالك ( في ظاهر الرواية ) قيد به ، لانه روى عن أبي يوسف اشتراط شيء آخر على ما يجيء الآن .

( لانه ) أي لان القبض الرهن ( قبض بحكم عقد مشروع ) أي حكم عقد مشروع . وقال تاج الشريعة قولـه مشروع احترازا عن المقبوض في البيع الفاسد ، فانه لا يكتفي فيه بالتخلية ، لأن الفاسد واجب الإعدام ، فيكون السعي في نقضه هو اللائق ( فأشبه قبض المبيع ) حيث يكتفى فيه بالتخلية .

( وعن ابي يوسف إنه ) أي أن القبض ( لا يثبت في المنقول إلا بالنقل ) إلى داوده ، وبه قال أحمد ( لانه ) أي لان هذا القبض ( قبض موجب الضمان ابتداء ) أراد بابتداء

لأنه قبض موجب الضمان ابتداء ، بمنزلة الغصب . بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري ، وليس بموجب ابتداء ، والأول أصح . قال فإذا قبضه المرتهن محوزاً مفرقاً متميزاً . ثم العقد فيه لوجود القبض بكماله ، فلزم العقد . وما لم يقبضه ، فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا

---

الضمان أن لا يكون مضموناً قبل العقد ، فكان قبض الرهن (بمنزلة الغصب) وفي الغصب يشترط النقل للضمان ، ولا يثبت بالتخلية ، فكذا هذا .

( بخلاف الشراء ) جواب عن قياس وجه الظاهر بأن القبض في الشراء ناقل للضمان ، وهو معنى قوله ( لانه ) اي لان القبض في الشراء ( ناقل للضمان من البائع إلى المشتري ) يكون المبيع بعد العقد قبل التسليم إلى المشتري مضموناً على البائع بالثمن ، وبالتسليم إليه ينتقل الضمان منه إليه .

( وليس بموجب ابتداء ) أي وليس العقد بموجب للضمان في ابتداء الامر . وقال تاج الشريعة قوله ليس بموجب ابتداء ، يعني لا يقوم التمكن من القبض مقامه ، فان التمكن من القبض لم يتعمد سبباً للضمان ابتداء ، فلا يجعل المرهون مضمونا عليه ما لم يوجد القبض حقيقة ( والاول أصح ) اى ظاهر الرواية ، وهو ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل أصح ، لان حقيقة الإستيفاء يثبت بالتخلية فالقبض الموجب ليد الإستيفاء يثبت بالتخلية .

(قال) اى قال القدوري (فاذا قبضه المرتهن محوزا ) احترز به عن رهن الثمر على النخل وعن رهن الزرع في الارض ، لان المرتهن لم يحرز (مفرقا) احترز عن رهن النخل دون الثمر ، ورهن الارض دون الزرع ، لان المرهون لم ينزع عما لم يقع عليه عقد الرهن ، بل هو مشغول بغيره ( متميزا ) احترز به عن رهن المشاع كرهن نصف الدار أو العبد أو الثوب ( ثم العقد فيه ) أى ثم عقد الرهن في المرهون ( لوجود القبض بكماله ، فلزم العقد ، وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه ) أى الراهن إلى المرتهن

أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله . قال وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه . وقال الشافعي « رح » هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه ، لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثاً لصاحبه غنمه وعليه غرمه . قال ومعناه لا يصير مضموناً بالدين .

---

( وإن شاء رجع عن الرهن ) لأن الرهن لا يلزم قبل القبض ( لما ذكرنا أن اللزوم ) أي لزوم الرهن (بالقبض إذ المقصود) من الرهن ملك اليد والحبس بجهة الإستيفاء ، وهذا المعنى ( لا يحصل قبله ) أي قبل القبض .

( قال ) أي القدوري ( وإذا سلمه اليه ) أي فاذا سلم الراهن الرهن الى المرتهن ( فقبضه ) أي المرتهن ( دخل في ضمانه ) وكيفية الضمان تأتي ( وقال الشافعي « رح » هو امانة في يده، ولا يسقط من الدين شيء بهلاكه )وبه قال احمد واصحاب الظاهر . وقال مالك إن كان تلفه بأمر ظاهر كالموت والحريق فضمانه على الراهن حتى يرجع المرتهن بحقه ، وإن ادعى تلفه بأمر خفي كما في الثياب ونحوها لم يقبل ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي صلى الله عليه وسلم ( لا يغلق الرهن قالها ثلاثاً ، لصاحبه غنمه وعليه غرمه ) هذا الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه والحاكم في مستدركه عن سفيان بن عيينه عن زياد بن سعيد عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من رهنه ، له غنمه وعليه غرمه . وقوله في الكتاب قالها ثلاثاً لم اجده في شيء من طرق الحديث ، وقوله له غنمه وعليه غرمه ، قال أبو داود هذا من كلام سعيد نقله عن الزهري ، قال وهذا هو الصحيح

( قال ) أي الشافعي ( ومعناه ) أي معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن ( لا يصير مضموناً بالدين ) أي لا يصير مضموناً .بسبب الدين بدليل قوله لصاحبه غنمه ، والزوائد للراهن وعليه غرمه . وقال ثبت بذلك أن الرهن لا يقع بالدين ، وإن لصاحبه غنمه وهو سلامته وعليه غرمه ، وهو غرم الدين بعد ضياع الرهن . وقال الطحاوي رحمه الله

ولأن الرهن وثيقـــة بالدين ، فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبـاراً بهلاك الصك ، وهذا لأن بعد الوثيقـــة يزداد معنى الصيانـة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذا لحق بـــه يصير بعرض الهلاك ، وهو ضد الصيانة . ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق

---

وهذا تأويل انكره أهل العلم جميعاً ، وإن زعموا أنه لا وجه له عندهم . وقال الطحاوي ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب ، يعني إن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمداً له غنمـــه وعليه غرمه ، إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص ، وهو غرمه المذكور في الحديث . وإن بيـــع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل وهو غنمه المذكور في الحديث .

وقال بعض اصحابنا في طريقة الخلاف له تأويلان، أحدهما أن له زوائده من الصوف اللبن ، وعليه نقصه . والثاني أن له زيادة ثمنه وعليه نقصانه عند البيع ، وهذا إذا أريد بالصاحب الراهن فإن اريد المرتهن فغنمه له ، يعني إن زوائده يكون رهناً عنده غرمـه عليه ، يعني إذا هلك الرهن سقط دينه .

( ولأن الرهن وثيقة بالدين ) أي ولأن الرهن شرع وثيقة بالدين لصيانته ( فبهلاكه ) أي فبهلاك الرهن (لا يسقط الدين) لأنه يضاد الصيان، فلو هلك الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض على ما يجيء ( اعتباراً بهلاك الصك ) يعني إذا هلك الصك ، وهو كتاب الإقرار بالمال وغيره ، فإذا هلك لا يسقط الدين ، فكذا إذا هلك الرهن قياساً عليه .

( وهذا ) إيضاح لما قبله (لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك ) أي سقط الدين بهلاك الرهن ( يضاد ما اقتضاه العقد ) أي عقـد الرهن ( إذا لحق به ) أي لأن الحق ، أي الدين يسبب الرهن ( يصير بعرض الهلاك وهو ) أي كونه بعرض الهلاك ( ضد الصيانة ) ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد ، فلا يجوز أن يثبت حكم الضمان بهذا القبض في البعض دون البعض .

( ولنا قوله ﷺ ) أي قول النبي ﷺ ( للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنـــده

فرس الرهن عنده ذهب حقك . وقوله عليه السلام إذا عمى الرهن فهو بما فيه

---

ذهب حقك ) هذا الحديث أخرجه أبو داود في مراسيله عن ابن المبارك عن مصعب بن ثابت قال سمعت عطاء يحدث أن رجلاً رهن لرجل فرساً فنفق في يده ، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن ذهب حقك ، وقال عبد الحق في احكامه هو مرسل ضعيف . وقال ابن القطان في كتابه ومصعب بن ثابت بن عبد الله بن الزبير ضعيف كثير الغلط . وإن كان صدوقاً .

ورواه الطحاوي أيضاً بهذا الإسناد ، ولفظه أن رجلاً ارتهن فرساً فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول الله ﷺ ذهب حقك ، ثم قال الطحاوي فدل هذا من قول رسول الله ﷺ على بطلان الدين بضياع الرهن .

وقال فإن قيل هذا منقطع ،قيل له والذي تاولته أيضاً منقطع والخطاب للشافعي رحمه الله فإن كان المنقطع حجة لك علينا والمنقطع أيضاً حجة لنا عليك . وقال الطحاوي أيضاً فإن قال إنما قبلته وإن كان منقطعاً ، لأنه عن سعيد بن المسيب ، ومنقطع سعيد يقوم مقامه . قيل له ومن جعل لك أن تخص سعيداً بهذا وتمنع مثله من اهل المدينة مثل أبي سلمة والقاسم وسالم وعروة وسليمان بن يسار وأمثالهم من أهل المدينة ، والشعبي وابراهيم النخعي وامثالهما من أهل الكوفة والحسن وابن سيرين وامثالهم من أهل البصرة، وكذلك من كان في عصر من ذكرنا من سائر فقهاء الامصار ومن كان فوقهم من الطبقة الأولى من التابعين مثل علقمة والأسود وعمرو بن شرحبيل وعبيدة وشريح ليس كان هذا لك مطلقاً في سعيد بن المسيب ، فانه يطلق لغيرك فيمن ذكرنا ، وإن كان غيرك ممنوعاً من ذلك فانك ممنوع من مثله ، لأن هذا حكم وليس لأحد أن يحكم في دين الله بالتحكيم .

( وقوله عليه السلام ) أي وقول النبي ﷺ ( إذا عمى الرهن فهو بما فيه ) هذا رواه الطحاوي ، ولكن لفظه ليس كذلك ، فانه قال عن سعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله موقوفاً ومرفوعاً قالوا الرهن بما فيه إذا هلك وعميت قيمته

## معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك ، وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم من أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته

وقال مخرج الاحاديث هذا روي مسنداً ومرسلا ، أما مسنداً فقد رواه الدارقطني في سننه حدثنا محمد بن مخلد حدثنا احمد بن محمد بن غالب حدثنا عبد الكريم بن روح عن هشام بن زياد عن حميد عن أنس عن النبي ﷺ قال الرهن بما فيه .

وأما مرسلا فرواه أبو داود في مراسيله حدثنا علي بن سهل الرمل حدثنا الوليد حدثنا الأوزاعي عن عطاء عن النبي ﷺ قال الرهن بما فيه . ثم قال المخرج قال الدارقطني حديث حميد عن أنس لا يثبت ، وفيهم ضعفاء . وقال ابن الجوزي أحمد بن محمد بن غالب غلام جليل ، كان كذا يصنع الحديث . وعبد الكريم بن فرح ضعفه الدارقطني . وقال أبو حاتم الداودي مجهول . وقال يحيى بن معين هشام بن زياد ليس بشيء . وقال النسائي متروك الحديث . قلت مرسل أبي داود صحيح ، كذا قال ابن القطان .

( معناه ) أي معنى قوله فهو بما فيه ( على ما قالوا ) أي العلماء بشرح الاحاديث ( إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك ) يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كانت قيمته ، والمرتهن كذلك يكون الرهن بما فيه ، حكي هذا التأويل عن أبي حنيفة « رض » . وقال تاج الشريعة قوله إذا عمي الرهن فهو بما فيه عمي عليه الخبر ، أي خبر مجاز عن عمي البصر ، فكأنه أريد به الهلاك ، لأن اشتباه القيمة يكون فيه . وقوله وهو بما فيه ، أي هلاك مضمون بما فيه ، وهو الدين أو القيمة بالنقل من أئمة الفقه . والحديث والباء للمقابلة والمعاوضة .

( وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون ) لأنه لم يرد عن أحد منهم أن الرهن في مقدار الدين غير مضمون، بل هم اتفقوا على انه مضمون في مقدار الدين ( مع اختلافهم في كيفيته ) أي في كيفية الضمان يعني ليس اختلافهم إلا في كيفية الضمان ، فقال أبو بكر وعلي رضى الله تعالى عنهما مضمون بالقيمة . وقال ابن عمر وابن مسعود

فالقول بالأمانة خرق له ، والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتبـــاس الكلي بأن يصير مملوكـــاً له ، كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الإستيفاء

---

وعمر رضى الله تعالى عنهم هو مضمون بأقل من قيمته ومن الدين . وقال ابن عباس رضى الله تعالى عنهما هو مضمون بالدين ، وهو قول شريح ، قلت قيمتـــه أو كثرت. وهكذا اختلف التابعون ، واختلافهم على ذلك إجمـــاع منهم على انه ليس قول رابع ، إلا أن الشافعي أحدث قولاً رابعاً انه امانة ، فيكون خرقاً للإجماع ، كذا في المبسوط .

وأشار إليه المصنف بقوله ( فالقول بالامانة خرق له ) أى فقول الشافعي بأن الرهن امانة خرق للاجماع ( والمراد بقوله ﷺ ) هذا جواب عن الحديث الذي احتج بـــه الشافعي رحمه الله ، أى المراد بقول النبي ﷺ ( لا يغلق الرهن على ما قالوا ) أى شرح الاحاديث والآثار ( الاحتباس الكلي . بأن يصير مملوكاً له ) أى للمرتهن ، والاحتباس الكلي ان لا يمكن لافتكاكه بعد صيرورته ملكاً له ( كذا ذكر ) أى كذا ذكر ، يعني الحديث المذكور ( الكرخي عن السلف ) مثل طاووس وابراهيم وغيرهما انهم قالوا إن المراد بـــه لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباساً لا يمكن فكاكه بأن يصير ملكا للمرتهن ، فيكون ذلك نفيا لما في الجاهلية .

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي قوله لا يغلق الرهن قد جـــاء تفسيره عن غير واحد من الفقهاء قال ، حدثنا جرير عن مغيرة عن ابراهيم في رجل دفع إلى رجل رهنـــا وأخذ منه دراهم فقال إن جئتك بحقك إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك بحقك ، فقال ابراهيم لا يغلق الرهن ؛ فقال أبو عبيد فجعله جوابا للمسألة . وقد روي عن طاووس نحو هـــذا المعنى ، ذلك عن ابن عيينة عن عمرو عن طاووس ، وفي الفـــائق يقال غلق الرهن غلوقا إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه ، وكان من افاعيـــل الجاهلية أن الراهن إذا لم يؤد ما عليه في الوقت المؤقت ملك المرتهن الرهن .

(ولان الثابت للمرتهن) دليل عقلي على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن(يد الاستيفاء)

وهو ملك اليد والحبس ، لأن الرهن ينبىء عن الحبس الدائم ، قال الله تعالى ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾ ٣٨ المدثر ، وقال قائلهم:

وفارقتك برهـــن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء . ولأن

---

أي استيفاء حقه من الرهن ( وهو ) أي يد الإستيفاء ( ملك اليـد والحبس ، لأن الرهن ينبىء عن الحبس الدائم ، قال الله تعالى ﴿ كل نفس بما كسبت رهينـة ﴾ ٣٨ المدثر ) أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي .

( وقال قائلهم ) القائل هو رهين . . . . . . . . .

. . هنا أيضاً وجد البياض في اكثر النسخ ، والله أعلم [١] . . . . .

تذكر امرأة :

( وفارقتـــك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا )

أي ارتهنت المحبوسة قلبه يوم الوداع ، واحبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكاكه وليس فيه ضمان ولا هلاك ، وهو كما ترى يدل على الحابس الدائم .

فإن قيل الدوام إنما لزم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن . وأجيب بأنه ما دام وتأبد فبقي الإفكاك دل على انه ينبيء عن الدوام ، إذ لو لم يكن موجباً لذلك لما دام ينفي ما يعترضه ، بل كان الدوام يثبت بإثبات ما يوجبه ، فثبت أن اللغة تدل على اثبـــات الرهن عن الحبس الدائم .

( والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الانباء ) أي الأحكام الشرعيـــة تنسحب على الألفاظ اللغوية ، أي الأصل ورود الشرع على مطابقة حقيقتـــه اللغوية ، تدل على أن الرهن يوجب الحبس بالدين دائمـــاً ، وذا إنما يكون بملك الحبس واليد ، وذا لا يكون إلا بالضمان .

( ولأن الرهن وثيقـــة لجانب الإستيفاء ) أي استيفاء الدين ( وهو ) أي كون الرهن

---

(١) هكذا دون في هذا المكان من النسخة التي بين ايدينا ، اهـ مصححه .

الرهن وثيقة لجانب الإستيفاء ، وهـــو أن تكون موصلة إليه ، وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافـــة جحود المرتهن الرهن ، ليكون عاجزاً عن الإنتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره . وإذا كان كذلك يثبت الإستيفـاء من وجه وقـــد تقرر بالهلاك ، فلو استوفاه ثانياً يؤدي إلى الربا ، بخلاف حالة القيام ، لأنه ينقض هذا الإستيفاء بالرد على الراهن ، فلا يتكرر ، ولا وجه إلى استيفاء الباقي

---

وثيقة لجانب الإستيفاء ( أن تكون ) أي الوثيقة ( موصلة إليـــه ) أي إلى الإستيفاء ( وذلك ) أي كونه موصلة إليه ( ثابت بملك اليد، والحبس ليقـع الأمن من الجحود ) أي ليقع الأمن عن جحود الدائن ( مخافة جحود المرتهن الرهن ) معناه أن الحبس يفضي إلى اداء الحق ، لأن الراهن يخشى إن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن ، لأن قيمـــة الرهن قد تكون اكثر من الدين ، فيحتاج إلى إيفاء الأقل ليخلص الاكثر

( وليكون ) أي الراهن ( عاجزاً عن الانتفاع به ) باعتبار الحبس الدائم ( فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته ) إلى العين ( أو لضجره ) عن المطالبة ( وإذا كان كذلـك ) أي وإذا ثبت ، أي الرهن يدل على اليد والحبس ( يثبت الإستيفاء من وجه ) لأن الإستيفاء إنما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه ( وقد تقرر بالهلاك ) أي وقد تقرر الإستيفاء بهلاك الرهن ( فلو استوفاه ثانيـــاً ) أي فلو استوفى المرتهن دينـــه ثانياً ( يؤدي إلى الربا ) فلا يجوز ، لأنه يكون أخذ حقه مرتين .

( بخلاف حالة القيام ) أي حالة قيام الرهن ، حيث لا يؤدي إلى التكرار المؤدي إلى الربا ( لانه ينقض هذا الإستيفاء بالرد ) أى برد العين ( على الراهن فلا يتكرر ) أى الإستيفاء ( ولا وجه إلى استيفاء الباقي ) هذا جواب إشكال تقديري ، وهو أن يقـــال يستوفي المرتهن اليد على وجه لا يؤدي إلى الربا ، وهو أن يستوفي رقبة لا يـداً . فأجاب

بدونه ، لأنه لا يتصور والإستيفاء يقع بالمالية . أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته ، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن ، لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان ، وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء ، وهذا يحقق الصيانة .

---

بقوله ولا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة ( بدونه ) أي بدون ملك اليد ( لأنه لا يتصور ) أي لأن استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور ، لأنه محال . فإذا لم يمكن الإستيفاء وطولب الراهن بأداء الدين لا يلزم الربا ، لانه لم يتكرر الإستيفاء (والإستيفاء يقع بالمالية ) هذا جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء بالدين لكان بعين الدين أو البدل لا وجه للأول، لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه . ولا وجه الثاني أيضاً ، لان الرهن ببدل الصرف والسلم جائز للاستدلال بها غير جائز .

وتقرير الجواب أنا نختار الاول ، وقوله ليس من جنس الدين . قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية ، والاول مسلم .

وليس الإستيفاء من حيث الصورة ، بل هو من حيث الصورة أمانة ، وهو معنى قوله ( أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته ) إيضاح هذا أن المجانسة ثابتة باعتبار صيغة المالية ، فكانت العين كالكيس ، فلو كان أوفى حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمون دون الكيس ، فكذا ههنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين ، فإنها امانة ، لانها ملك الراهن حتى نفقتها عليه .

( وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه ) أي الرهن ( المرتهن ، لان العين أمانة ، فلا ينوب عن قبض ضمان ) بخلاف العكس ، والثاني ممنوع ، فانه من جنس الدين مالية والإستيفاء يقع بها ( وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء ) هذا جواب

وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة . فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه ، وعنده تعلق الدين بالعين استيفـــاء منه عيناً بالبيع ، فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في

---

عما قال الشافعي الرهن وثيقة بالدين شرع صيانة للدين والشرط بالهلاك أيضاً، والصيانة. وتقدير الجواب أن موجب العقد، أي عقد الرهن والسقوط ثبوت يد الاستيفاء كما مـــر ( وهذا ) أي ثبوت يد الاستيفاء ( يحقق الصيانة ) لانه ليس فيه اتواء . ( وإن كان فراغ الذمة من ضروراته ) هذا واصلة بما قبله ، أي وإن كان فراغ ذمة الراهن عند الهلاك من ضرورات الاستيفاء ، لانه اذا حصل الاستيفـــاء حصل الفراغ ضرورة وإلا لم يكن الاستيفاء استيفاء .

( كما في الحوالة ) إنها شرعت وثيقة لصيانة حق الطالب ، ثم بالحوالة يفرغ ذمـــة المحيل عن الدين ، ولا يضاد فراغها يعني الوثيقة والصيانة ، فكذا هنا ، وبه فارق هلاك الشهود والصك ، لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء عند الهلاك ، وذا لا يوجد في الصك والشهود .

( فالحاصل أن حكم الرهن عندنا ) أي حاصل الخلاف الذي بيننا وبين الشافعي أن حكم عقد الرهن عند أصحابنا ( صيرورة الرهن محتبساً بدينه ) أي بدين المرتهن (باثبات يد الاستيفاء عليه ) أي على الرهن .

( وعنده ) أي وعنـــد الشافعي ( تعلق الدين بالعين ) أراد بالعين عين الرهن ، وبالدين المال الذي أخذه الراهن ( استيفاء ) نصب على التعليل ( منه ) أي من الرهن ( عيناً ) أي حـــال كونه متعيناً ( بالبيع ) يتعلق بالإستيفاء . حاصل المعنى أن تعلق الدين بالرهن كتعلق العين بالدين لأجل استيفاء حقه من عين الرهن بواسطة البيـع .

( ويخرج على هذين الأصلين ) أي اصلنا واصل الشافعي ( عـدة من المـسائل المختلف فيها بيننا وبينه ) أي بين الشافعي رحمه الله ( عددناها في كفاية المنتهى جملة ) كفـــاية

كفاية المنتهى جملة ، منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع ، لأنه يفوت موجبه ، وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه ، لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع ، وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى . قال ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون .

---

المنتهى لم يقع في هذه الديار ( منها ) أي من المسائل المتفرعة على الأصلين المذكورين ( أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع ) أي عن استرداد الرهن من المرتهن لأجل الإنتفاع ( لأنه ) أي لأن الاسترداد ( يفوت موجبه ) أي موجب الرهن ( وهو الإحتباس على الدوام ) أي يوجب الرهن هو احتباس الرهن عند المرتهن على الدوام إلى أن يوفى الراهن دينه .

( وعنده ) أي وعند الشافعي ( لا يمنع منه ) أي لا يمنع الراهن من استرداد رهنه لأجل الانتفاع ( لأنه ) أي لأن الإسترداد ( لا ينافي موجبه ) أي موجب الرهن ( وهو تعينه ) أي موجب تعينه البيع لقضاء الدين في ثمنه ( البيع وسيأتيك البواقي ) أي المسائل البقية المتفرعة على الأصلين المذكورين . ( في اثناء المسائل إن شاء الله عز وجل ) يعني في هذا "باب .

ومنها أن الرهن امانة عنده ، فإذا هلك لا يسقط الدين كما مر . ومنها أن حكم الرهن لا يسري إلى الولد عنده ، وعندنا يسري . ومنها أن للراهن أن يشرب لبن المرهونة عنده ، لأنه باق على ملكه ، وعندنا لا يملك . ومنها أن الراهن إذا اعتق عبده المرهون يبطل اعتاقه ، وعندنا ينفذ وتضمن قيمته إن كان موسراً ، ويكون رهناً مكانه ، وإن كان معسراً بقي العبد في قيمته .

( قال ) أي قال القدوري ( ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون ) وفي شرح الأقطع قوله مضمون التأكيد ، وإلا فجميع الديون مضمون . وقيل أريد بالدين المضمون ما كان واجباً للحال ، أي لا يصح إلا بدين واجب الحال لا بدين مستحب ، واحترز به عن

لأن حكمه ثبوت يد الاستيفاء ، والاستيفاء يتلو الوجوب قال « رض » ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها ، فإنه يصح الرهن بها ، ولا دين . ويمكن أن يقال إن الموجب

---

الرهن بالدرك فإنه لا يصح ، وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع . وقيل احتراز عن بدل الكتابة ، فإن الرهن به لا يصح .

وفي الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة . وعند الثلاثة لا يجوز أخذ الرهن ببدل الكتابة بعد لزومه . وقال الكاكي وما نقل احترازاً عن بدل الكتابة غير صحيح ، لأنه ذكر في فتاوى قاضي خان وغيره أن المولى لو أخذ رهناً ببدل الكتابة جاز ، ولا يجوز أخذ الكفيل ببدل الكتابة .

( لأن حكمه ) أي حكم الرهن ( ثبوت يد الإستيفاء ، والإستيفاء يتلو الوجوب ) أي الضمان ، فلا بد من وجوب سابق ، ليكون الإستيفاء مبيناً عليه .

( قال ) أي المصنف رحمه الله ( ويدخل على هذا اللفظ ) وهو قوله إلا بدين مضمون ( الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها ) أي بالقيمة كالمغصوب بنفسه ما يجب المثل عند إهلاكه إذا كان له مثل أوالقيمة إن لم يكن مثلياً ، وهو كالمغصوب ، فإن الغاصب إذا رهن به يصح ، مع انه ليس بدين ، والمقبوض على سوم الشراء أو المقبوض في البيع الفاسد . قال تاج الشريعة المضمون بنفسه ما يجب المثل عند إهلاكه إن كان له مثل ، أو القيمة إن لم يكن مثلياً ، وهو كالمغصوب ، فإن الغاصب إذا رهن به يصح مع انه ليس بدين ، والمقبوض على سوم الشراء والمقبوض بحكم البيع الفاسد والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والمضمون بغيره كالبيع في يد البائع ،فانه مضمون بالثمن لا بقيمته والمستأجر ومال المضاربة والشركة .

( فانه ) أي فان الشأن ( يصح الرهن بها ولا دين ) أي والحال أن لا دين فيها ، وصحة الرهن بها عندنا خلافاً للشافعي وأحمد . وعن مالك أن الرهن بالأعيان المضمونة يجوز ، وهو وجه لأصحاب الشافعي .

( ويمكن أن يقال) جواب عما يقال إن قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل

الأصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين ، ولهذا تصح الكفاله بها ، ولئن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض ، فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه ، فيصح كما في الكفالة، ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه، بخلاف الوديعة،

---

عليه الأعيان المضمونة بنفسها ، فان الرهن بها صحيح ولا دين . وتقرير الجواب أن يقال فيه ( ان الموجب الأصلي فيها هو القيمة ) أي في الاعيان المضمونة بنفسها ( ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ) اى والحال أن الموجب الاصلي دين ( ولهذا ) أي ولكون الموجب الاصلي هو القيمة ( تصح الكفالة بها ) أي بالعين المضمون بنفسه ( ولئن كان لا يجب القيمة إلا بعد الهلاك ) أي بعد هلاك العين ( ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ، ولهذا ) أي ولكون وجوب القيمة بالقبض السابق ( تعتبر قيمته يوم القبض ) أي يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك .

( فيكون رهناً بعد وجود سبب ) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ، وتقريره أن سبب وجوبه قد انعقد فكأنه كالموجود فصح ، وهو معنى قوله بعد وجود سبب وجوبه فيصح ) أي الرهن ( كما في الكفالة ) أي كما صح في الكفالة .

واعترض بأن صحة الكفالة لا تستلزم صحة الرهن ، فانها صحيحة بدين، سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى دون الرهن . وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة كفالة ، ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به ديناً ما انعقد سبب وجوبه أو ديناً انعقد ذلك ، فان كان الاول فليس ينافيه ، وإن كان الثاني فهو ممنوع ، فانه عين ما نحن فيه .

( ولهذا ) ويجوز أن يكون توضيحاً على كل شيء من الخبرين ، أما على الاول فتقديره ولكون الموجب الاصلي فيها القيمة ( لا تبطل الحوالة المقيدة بها ) أي بالعين المضمون بنفسه ( بهلاكه ) فلو احال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة ، لان الموجب

قال وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة في يده ، لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء ، وذاك بقدر الدين . فإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل ، لان الإستيفاء بقدر المالية . وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة ، حتى لو هلك

---

الاصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كهلاكه لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصاً ، ولم يحصل . وأما على الثاني فتقديره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجودة ، فهلاك العين لا يبطل الحوالة .

( بخلاف الوديعة ) فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها ، لانه لا وجوب هنا للقيمة ، ولا سبب الوجوب ( وهو مضمون بالاقل من قيمته ) أي ما هو الاقل من قيمة الرهن يوم القبض ( ومن الدين ) ووقع في بعض نسخ القدوري بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح ، لان معنى المعروف واحد منهما، ومعنى المنكر ثالث. واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو ويكون الاعلم غيرهما ولو قال الأعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحد منهما ، فافهم .

وهذا الذي ذكره القدوري في كيفية الضمان أشار إليه بقوله (فاذا هلك ) أي الرهن ( في يد المرتهن وقيمته ) أي والحال أن قيمة الرهن ( والدين سواء، صار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً ) أي من حيث الحكم ( وإن كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل ) أي الفضل من الرهن ( امانة ، لان المضمون بقدر ما يقع به الإستيفاء ، وذلك بقدر الدين ) .

( فان كانت أقل ) أي وإن كانت قيمة الرهن اقل من الدين ( سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل ) من الدين على الراهن ( لان الإستيفاء بقدر المالية ) لان المضمون بقدر ما يقع به الإستيفاء ان الضمان بقدر الإستيفاء ، و الإستيفاء بقدر الدين .

( وقال زفر « رح » الرهن مضمون بالقيمة ) أي بجميع القيمة ( حتى لو هلك الرهن

الرهن وقيمته يوم رهن ألف وخمسمائة ، والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي « رض » قال يترادان الفضل في الرهن ، ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة بـــه ، فتكون مضمونة اعتباراً بقدر الدين. ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود « رض » . ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب

---

وقيمته يوم رهن ألف وخمسمائة ، والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له) أي زفر رحمه الله (حديث علي رضي الله تعالى عنه قال يترادان الفضل في الرهن ) رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن منصور عن الحكم عن علي رضي الله تعالى عنه أنه قال يترادان بينهما الفضل ، انتهى ، والتراد ما يكون بين اثنين فلا جرم يرد المرتهن فضل الرهن كما يرد الراهن فضل الدين .

( ولان الزيادة على قدر الدين مرهونة لكونها ) أي لكون الزيادة ( محبوسة به ، فتكون مضمونة اعتباراً بقدر الدين ، ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهم ) روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده إلى عبيد بن عمير عن عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال في الرجل يرتهن الرهن [1] فيضع ، قال إن كان أقل مما فيه رد عليه تمام حقه ، وإن كان اكثر فهو أمين بالفضل .

فان قلت قال البيهقي بعد أن أخرجه هذا ليس بمشهور . وقال ابن حزم لم يصح هذا عن عمر رضي الله تعالى عنه ، لانه من رواية عبيد بن عمير ، وعبيد لم يولد إلا بعد موت عمر ، أو أدركه صغيراً ولم يسمع منه. قلت قول البيهقي هذا ليس بمشهور لتسليم منه ، وهذا ليس يخرج . وقول ابن حزم يرده قول مسلم ولد عبيد بن عمير في زمن النبي ﷺ . وذكر البخاري أنه رأى النبي ﷺ ، والرواية عن ابن مسعود غريب .

( ولان يد المرتهن يد الإستيفاء ، فلا يوجب الضمان إلا بالقدر المستوفى ) ولما كان

---

( ١ ) قوله في الاصل – قال في الراهن ترهن الرهن – خطأ ، وتصحيحه من نصب الراية للزيلعي ، اهـ مصححه .

الضمان إلا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ، ولا ضرورة في حق الضمان ، والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع ، فإنه روي عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل . قال للمرتهن أن يطالب الراهن

---

الضمان بقدر المستوفى تقرر مضمونه بالاقل من قيمة العين ومن الدين ، لانه بهذا القدر يستوفى ( كما في حقيقة الإستيفاء ) مثل ما إذا اعطاه ألفي درهم في كيس وقال استوف حقك في هذا وحقه ألف ، فإنه يصير ضامناً قدر الدين ، والزيادة على قدر الدين امانة هكذا .

( والزيادة مرهونة ) هذا جواب عن قول زفر ، يعني لو لم يجعلها مرهونة يؤدي إلى الشيوع ، أو لأنه لا يمكنه حبس قدر الدين إلا حبس الباقي ، وهو معنى قوله ( ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ) أي بدون الزيادة ، لأن رهن المشاع لا يجوز ، والزيادة إذا لم تتميز لا يمكن حبس قدر الدين إلا بحبس الباقي ، كما إذا رهن عبداً قيمته أزيد من الدين حيث لا يتميز الزيادة من الأصل ، فيثبت له حبس الكل ، حتى لو تميزت الزيادة من قدر الدين لا يثبت له حبس الزيادة بأن رهن عبداً قيمته ألفا درهم يوم الرهن بألف ، ثم قتل خطأ وقيمته يوم القتل ألفا درهم فأخذ المرتهن الفين من القاتل وأراد حبس الكل ليس له ذلك ، لأنه امكن حبس قدر الدين بدون الزيادة بخلاف ما نحن فيه .

( ولا ضرورة في حق الضمان ) لصحة الرهن بدون الضمان ، كما إذا استعاد الراهن من المرتهن فالرهن باق ، والضمان من المرتهن منتف على ما يجيء إن شاء الله تعالى ( والمراد بالتراد فيا روي حالة البيع ) يعني إذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين ولو كان الدين زائداً على الثمن يرد الراهن زيادة الدين ، وحملناه على البيع ( فانه روي عنه ) أي عن علي رضي الله تعالى عنه ( أنه قال المرتهن أمين في الفضل ) رواه محمد ابن الحنفية عن علي رضي الله تعالى عنه ، فيجب حمل الأولى على البيع توفيقاً بينهما .

( قال ) أي القدوري ( وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به ) أي بسبب

بدينه ويحبسه بـــه ، لان حقه باق بعد الرهن ، والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبـــة والحبس جزاء الظلم ، فإذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقـــدم .

وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن لان قبض الرهن قبض أستيفاء ، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يـــد الاستيفاء ، لأنه يتكرر الإستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل.

---

الدين . وقال الكرخي في مختصره وللمرتهن مطالبة الراهن بدينـــه إذا كان حالاً ، ولا يمنعه الإرتهان به من ذلك ، ولا يكون الرهن في يديه . و كذلك إذا كان آجلاً وحـــل ، فان خاصمه إلى الحاكم أوجب عليه دفع الدين ، فان امتنع حبس به ( لأن حقه ) أي حق المرتهن ( باق بعد الرهن ، والرهن لزيادة الصيانة ، فلا تمتنع به المطالبة والحبس ) يعني عند الإمتناع ( جزاء الظلم ، فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم ) أي في فصل الحبس من كتاب أدب القاضي .

وتفصيله أنه لا يعجل بحبسه ، وإذا ثبت الدين بالإقرار هل يحبسه إذا ظهر برهـــان اعيد إلى مجلسه ثانياً ، بخلاف ما إذا ثبت بالبينة حيث تعجل بحبسه ، لأن البينة يحتاج إليها عند الجحود فيه يكون ظالماً ، وجزاء الظلم الحبس ، وعلى قول الخصاف في البينة أيضاً لا يحبسه في أول الرهان، ثم إذا امتنع إنما يحبسه في كل دين لزمه بدلاً عن مال أصل في يده كثمن المبيع ، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، ولا يحبسه فيما سوى ذلك نحو بدل الغصب وإرش الجناية ونفقة الزوجـــات إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالاً .

( وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن ) هذه المسألة وما بعدها من مسائل الزيادات إلى قوله قال وإن كان الرهن في يده،ذكرها تفريعاً على مسألة مختصر القدوري ( لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الإستيفاء ، لأنه يتكرر الإستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن ، وهو محتمل ) أي الهلاك محتمل .

وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين إليه أولاً، ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً . وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب، لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة، ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه في باب السلم بالإجماع. وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن، لأن هذا انتقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان، لأنه لا يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه .

---

( وإذا احضره ) أي وإذا احضر المرتهن الرهن ( امر الراهن بتسليم الدين اولاً ليتعين حقه ) أي حق المرتهن ( كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية ) بين الراهن والمرتهن، والرهن والدين ( كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً، وإن طالبه بالدين ) أي وإن طالب المرتهن الراهن بالدين ( في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب ) أي يؤمر المرتهن باحضار الرهن أولاً ( لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ) لأجل كون الأماكن هي حق التسليم كمكان واحد .

( ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء فيه ) أي فيما لا حمل له ( في باب السلم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن، لأن هذا نقل، والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان، لأنه ) أي لأن المرتهن ( يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ) لأن الرهن امانة في يده، لكن للراهن أن يحلفه بالله ما هلك .

ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز ، لإطلاق الأمر . فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن ، لأنه لا قدرة له على الإحضار . وكـــذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن ، لأنه صار ديناً بالبيـع بأمر الراهن ، فصار كأن الراهن رهنه وهـــو دين . ولو قبضه يكلف إحضاره لقيـام البـــدل مقام المبدل ، لأن الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن ،

---

( ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لإطلاق الأمر ) أي أمر الراهن ، ويشير به الى أنه لو قيده بالنقد لا يصح بيعـــه نسيئة ( فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن ، لأنه لا قدرة له على الإحضار ) لأن الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره .

( وكـــذا إذا أمر المرتهن ببيعه ) أي وكذا لا يكلف المرتهن احضار الرهن ، لأن الرهن بيع بأمر الراهن ، فلم يبق له قدرة على إحضاره إذا أمر الراهن المرتهن ببيـــع الرهن ( فباعه ولم يقبض الثمن ، لأنه ) أي لأن الرهن بالبيـع ( صار ديناً بالبيع بأمـــر الراهن ، فصار كأن الراهن رهنه وهو دين ) لأنه لما باعه بإذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهناً بتراضيهما ابتداء لا بطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن ، ألا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء ، فصار كأنه رهنه ولم يسلمـــه إليه ، بل وضعه على يد عدل .

( ولو قبضه يكلف إحضاره ) أي ولو قبض المرتهن الثمـــن يكلف إحضاره ( لقيام البدل ) أي الذي هو الثمن ( مقام المبدل ) الذي هو الرهن ( لأن الذي تولى قبض الثمن هو المرتهن ) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنـــه وهو دين ، جواباً عما يقال لو كان الأمر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشتري ، كما لو كان الرهن في يد عدل ، لكن له ذلك .

لانه هو العاقد فترجع الحقوق إليه ، وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك .
ثم إذا قبض الثمن يؤمر بإحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين ، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ ، حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين ، حتى يحضر كل القيمة ، لان القيمة خلف عن الرهن

---

وتقرير الجواب ما ذكره بقوله ( لأنه هو العاقد ، فترجع الحقوق اليه ، وكما يكلف إحضار الرهن لإستيفاء كل الدين يكلف ) أي مكلف ( لاستيفاء نجم ) قسط من الدين ( قد حل ) بأن كان الدين مقسطاً فادعى قسطاً واحداً يكلف إحضار الرهن ( لاحتمال الهلاك ) أي هلاك الرهن ، فيؤمر بإحضاره ، لأن فيه فراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك ، لكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين بإجماع العلماء . وفي الزيادات والمحيط لا يجبر باحضاره لعدم فائدة الإحضار في القياس . وفي الإستحسان يجبر بإحضاره إذا كان في المصر الذي لفراغ قلب الراهن عن توهم الهلاك ، وهذا إذا ادعى الراهن هلاك الرهن . أما إذا لم يدع فلا فائدة في الإحضار .

( ثم اذا قبض ) أي المرتهن ( الثمن يؤمر باحضاره ) أي باحضار الثمن ( لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين ) أي لقيام الثمن مقام الرهن ( وهذا ) اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم فدخل ، بخلاف مسألة القتل ، كذا قاله الكاكي ناقلاً عن النهاية . وقال الأكمل وهو كما ترى متعسف . ثم قال وهذا اشارة الى قوله وكذا أمر المرتهن ببيعه الى آخره ، فانه لا يجبر المرتهن على الإحضار ، بل يجبر الراهن على الأداء بدون احضار شيء .

( بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر ) أي المرتهن ( كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن ،

فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن ، وما صارت قيمته بفعله وفيما تقدم صار ديناً بفعل الراهن ، فلهذا افترقا .

ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعـــه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن ، لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره ، فلم يمكن تسليمه في قدرتـــه .

ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري لمن هـــو يجبر الراهن على قضاء الدين ، لان إحضار الرهن ليس على المرتهن ، لانـه لم يقبض شيئاً . وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هـــو ، لما قلنا . ولو أن الذي أودعـــه العدل جحد الرهن ، وقال هو مالي لم

---

فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن،وما صارت ) أي وما صارت قيمة العبد المقتول ( قيمته بفعله ) أي بفعل الراهن ، بل بفعل الأجنبي ( وفيما تقدم ) أي في بيع العدل المرتهن ( صار ديناً بفعل الراهن ) لأنه تسليط من جهة ( فلهذا ) أي فلأجل ذلك ( افترقا ) اي الحكمان في الصورتين المذكورتين .

( ولو وضع الرهن على يد العدل وأمره أن يودعـــه غيره ففعل ) أي أودعه . وفي الإيضاح وكذا اذا لم يودعه وكان في يد العدل ( ثم جاء المرتهن يطلب دينـــه لا يكلف احضار الرهن ، لأنـــه لم يؤتمن عليـــه حيث وضع على يد غيره ، فلم يكن تسليمه في قدرته . ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلان ولا أدري لمـــن هو يجبر الراهن على قضاء الدين ، لأن احضار الرهن ليس على المرتهن ، لأنه لم يقبض شيئاً ، وكذلك اذا غـاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو لما قلنا ) اشارة الى قوله لم يقبض شيئاً ، أي شيئاً من الرهن .

( ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن

يرجع على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهناً ، لانه لما جحد الرهن فقد توى المال ، والتوى على المرتهن فيتحقق استيفــــاء الدين ولا يملك المطالبة به . قال وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين ، لان حكمه الحبس الدائـــم إلى أن يقضي الدين على ما بيناه . ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتي يستو في البقية اعتبـــاراً بحبس المبيع ، فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه ، لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه . فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه ، لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب

---

بشيء حتى يثبت كونه رهناً، لأنه لما جحد الرهن فقد توى المال)أي هلك ( والتوى على المرتهن. فيتحقق استيفاء الدين ، فلا يملك المطالبة به ) أي بالدين .

( قال ) أي القدوري ( وان كان الرهــن في يده ) أي في يد المرتهن ( ليس عليه أن يمكنه ) أي الراهن ( من البيع حتى يقضيه الدين ، لأن حكمه الحبس الدائم الى أن يقضي الدين لما بيناه ) فيما تقدم أن حكم الدين الحبس الدائم .

( ولو قضاه البعض ) أي بعض الدين ( فله ) أي والمرتهن ( أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتباراً بحبس المبيـع ) يعني في المبيـع ، فاقتضى بعض الثمن يقبض شيئـاً من المبيـع ، فكذا هنا ( فاذا قضاه الدين قيل له ) أي المرتهن ( سلم الرهن اليــه ) أي الى الراهن ( لأنه زال المانع من التسلم لوصول الحق الى مستحقه ، فلو هلك قبل التسلم) أي فلو هلك الرهن قبل تسليم المرتهن الرهن الى الراهن ( استرد الراهن مــا قضاه ) أي ما أداه الى المرتهن ( لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق ، فكان الثاني ) أي بالقبض الثاني ( استيفاء بعد استيفاء فيجب رده ) أي مـــا أداه الى المرتهن احترازاً عن الربا .

رده . وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه مـا لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ ، لأنه يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين . ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقـاء الرهن . وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس إلا أن يأذن له المالك . لأن له حق الحبس دون الإنتفاع ،

---

( وكذلك ) الحكم ( لو تفاسخا الرهن له ) أي للمرتهن ( حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ) أي أو يبرىء الراهن من الدين ، لان الرهـن لا ينفسخ مقصوداً بالمناقضة بالقول حتى يكون للراهن حق الاخذ بغير رضى المرتهن بعد أن قبضه ، وصار وجود هـذه المناقضة وعدمها بمنزلته .

( ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ ) احترازاً عمـا اذا رده على وجه العارية ، فانه لا يبطل الرهن ( لانه ) أي لان الرهن ( يبقى مضموناً ما بقي القبض والدين ) أي بقي القبض والدين معاً ،حتى لو بقي أحدهما وانتفى الآخر لا يبقى مضموناً ، لان كون الرهن مضموناً ثبت بعلة ذات وصفين ، وهمـا القبض والدين ، فلا يبقى مضموناً بأحدهما .

( ولو هلك ) أي الرهن بعدما تفاسخا ( في يده ) أي في يد المرتهن ( سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن ) قيد بقوله اذا كان به وفاء . . . . . . . . . . . . . . . . . هذا البياض أيضاً وجد في أكثر النسخ المعتبرة الصحيحة ، والله أعلم بحقيقة الحال [1] . . . . . . . . . . .

( وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهـن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا أن يأذن له المالك ، لان له حق الحبس دون الانتفاع ) فاذا استعمله بوجه من الوجوه المذكورة كان

---

( ١ ) هكذا وجد البياض في الاصل ، وهو ما يساوي ثلاثة أسطر ونصف تقريبـاً من نسختنا هذه ، اهـ مصححه .

وليس له أن يبيع إلا بتسليط من الراهن، وليس له أن يؤاجر ويعير ، لأنه ليس له ولاية الإنتفاع بنفسه ، فلا يملك تسليط غيره عليه ، فإن فعل كان متعدياً ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي . قال وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله . قال « رض » معنـــاه أن يكون الولد في عياله أيضاً ،

---

غاصباً وضمن قيمته بالغة ما بلغت . وان كان باذن الراهن فلا ضمـان عليه ، لان الحجر لحقه وقد رضي به ، ثم كما لا يجوز استخدام الجارية المرهونة من المرتهن ، فكذلـك لا يجوز وطؤها ، ومع هذا لو وطئها لا يجب عليه الحد على رواية كتاب الرهن ، ويجب مهرها لمولاها ، لانها محبوسة للاستيفاء فأشبه الجارية المبيعة في يد البائع ، وعلى روايـــة كتاب الحدود يجب الحد اذا قال علمت أنها علي حرام .

(وليس له ) أي المرتهن ( أن يبيـــع ) أي الرهن ( الا بتسليط من الراهن ) لان الرهن لا يقتضي البيع فلا يثبت له بدون الوكالة ( وليس له أن يؤاجر ويعير ، لأنه ليس له ولاية الإنتفاع بنفسه ، فلا يملك تسليط غيره عليه ، فإن فعـل كان متعدياً ، ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي ) من المرتهن، فإن فعل شيئاً من ذلك فسخ ورد الرهن في يد المرتهن. وفي شرح الأقطع وقال الشافعي للراهن أن يسكن الدار ويؤجرها ويركب الدابة ويعيرها ويزرع الأرض ويحلب اللبن ويجز الصوف ولا يطأ الجارية ولا يلبس الثوب .

( قال ) أي القدوري ( وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمــه الذي في عياله . قال ) أى المصنف ( معناه ) أي معنى قول القدوري ( أن يكون الولد في عياله أيضاً )قال الأترازي المراد بمن في عياله ان ساكن معه سواء كان في نفقته أو لا، فلو ان امرأة أودعت وديعة فدفعت إلى زوجها لا يضمن وإن لم يكن الزوج في عيالها ، لأن العبرة في هذا الباب المساكنة دون النفقة . ألا ترى إذا كان معها ساكناً وليس في عيالها فخرج من المنزل وتركا المنزل على الإبن لا يضمنان ، والمـراد من الأجير أجير المشاهرة او المسانهة دون المياومة .

وهذا لأن عينه أمانة في يده ، فصار كالوديعة . وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن ، وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف ، وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة . وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته ، لأن الزيادة على مقدار الدية أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدي . ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن ، لأنه متعد بالإستعمال ، لأنه غير مأذون فيه ، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء ، لأن العادة فيه مختلفة . ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه ، لأنه لا يلبس كذلك عادة ، فكان من باب الحفظ ، وكذا الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن ، وإن وضعه على عاتقه لم يضمن . ولو رهنه

---

( وهذا ) إشارة إلى اشتراط كون الخادم والولد في عياله ( لأن عينه ) أي عين الرهن ( أمانة في يده فصار كالوديعة ) فيشترط فيه كما يشترط في الوديعة .

( وإن حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن ) لتعديه ( وهل يضمن الثاني ) أي المودع الثاني ( فهو على الخلاف ) فعند أبي حنيفة لا ضمان عليه ، وعندهما عليه الضمان كالأول . وعند ابن أبي ليلى لا ضمان على واحد منهما ( وقد بينا جميع ذلك . بدلائله في الوديعة ) فليرجع اليها .

( وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته ، لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة ، والأمانة تضمن بالتعدي . ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن ، لأنه متعد بالاستعمال ، لأنه غير مأذون فيه ، وإنما الإذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء ، لأن العادة فيه مختلفة . ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه ) أي بما في الرهن من الدين ( لأنه لا يلبس كذلك عادة ، فكان من باب الحفظ . وكذلك الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن ، وإن وضعه على عاتقه لم يضمن ) .

سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين ، لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة . وإن لبس خاتماً فوق خاتم إن كان هـو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن ، وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن . قال وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن ، وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن . والأصل أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن

---

( ولو رهنه سيفين ) أي ولو رهن رجل سيفين ( أو ثلاثة ) أي أو رهن ثلاثة سيوف (فتقلدها لم يضمن في الثلاثة ) أي في تقليد الثلاثة سيوف ( وضمن في السيفين)أي في تقليد السيفين ( لان العادة جرت بين الشجعان بتقليد السيفين في الحرب ولم يجر بتقلد الثلاثة ) فكان ذلك حفظاً .

( وإن لبس خاتماً فوق خاتم إن كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن ، وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن) وفي الفتاوى الصغرى ولو كان المرتهن امرأة فتختمت به ، أي اصبع كان ضمنت ، لان النساء يتختمن بجميع اصابعهن ، ثم ينبغي أن يعرف أن المراد بعدم الضمان فيما بعد حفظاً لا استعمالاً أن يضمن ضمان الغصب لا انه لا يضمن أصلاً ، لانه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم إذا جعله في اصبع لا يتختم به في العرف والعادة . وكالثوب إذا القاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوي .

( قال ) أي القدوري ( وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن ، وكذلك أجرة الحافظ ) أي حافظ الرهن على المرتهن مـا كان مضموناً منه وما لم يكن ( وأجرة الراعي ) كذلك على المرتهن ، وكذلك المساوي البقر والغنم لا على الراهن ( ونفقة الرهن على الراهن . والاصل ) في هذا الباب ( أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيتـه فهو على

لأن العين باق على ملكه . وكـــذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة ، وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه ، لأنـــه علف الحيوان . ومن هـذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه .

---

الراهن ، سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن ، لان العين ) أي عين الرهـــن ( باق على ملكه ) أي على ملك الراهن .

( وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنـة ملكه كما في الوديعة ) انه على المودع ( وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه ) وليس هذا كالعبـــد الموصى بخدمته ، فإن نفقته على الموصى له لا على الوارث، لان الموصى به له أحق بمنافعه ( وأجرة الراعي في معناه ) أي معنى الإنفاق للأكل والمشرب ( لانه علف الحيوان ) أي لان الاجر على الحيوان لانه سببه .

وقال تاج الشريعة فان قلت كما أن الراعي ليسوق الدابة العلف يحفظها أيضاً ، والحفظ على المرتهن والعلف على الراهن ، فيجب أن يكون الاجر عليهما . قلت الراعي للأعلاف لا للحفظ ، ألا ترى أن السارق من المرعى لا يقطع ، ولان الحفظ تبع ، والاجر بالاصل فالبر سائل دون الأطراف . وعند البعض أجرة الراعي على المرتهن ، لانه محبوس لاجله فيكون نفقته عليه كنفقة المبيع على البائع لا على المالـك وهو المشتري ، لانه محبوس على البائع ، لكن نقول إن معظم المنافع في إمساك الرهن حاصل للراهن ، فتكون نفقته عليه ونفقة المستأجر على الآجر لهذا المعنى .

( ومن هذا الجنس ) أي من جنس ما يحتاج اليـــه لمصلحة الرهن وبتبقيته ( كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر ) أي حفره من كريت كريـــاً ( وسقي البستان وتلقيح نخيله ) وهو وضع طلع الذكر في طلع الانثى أو مـــا ينشق ( وجذاذه ) بالجيم المكسورة وبالذالين المعجمتين ما قطع من الشيء ( والقيام بمصالحـــه وكل ما كان

وكل ما كان لحفظه أو لرده إلى يـــد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ ، لأن الإمساك حـــق له ، والحفظ واجب عليه ، فيكون بدله عليه . وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه ، وهـــذا في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته. ومن هذا القسم جعل الآبق ، فإنه على المرتهن ، لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء

---

لحفظه ) أي لحفظ الرهن ( أو لرده إلى يد المرتهن ) مثل جعل الآبـــق ( أو لرد جزء منه ) كمداومة الجراح ( فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ ، لان الإمساك حق له ، والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه . . . . . . . .

هذا بياض وجد من قلم الناسخين(١) . . . . . . . . . . .

وجعل الآبق لازم للمرتهن إذا كان في الرهن والدين سواء وإن كان قيمـــة الرهن اكثر كان على المرتهن بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الامانة . وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن الجعل في رقبة العبد إن أداه الراهن حسب ما قضاه من المرتهن فانما أصلح رهنه ودينه على حال ثابت ( وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن ، وهذا في ظاهر الرواية ) .

( وعن أبي يوسف أن كراء المأوي) اي المكان الذي تأوى اليه الدواب (على الراهن بمنزلة المنفعة ، لأنه سعى في تبقيته ) وقال الأترازي وروى ابن سمـاعة عن أبي يوسف في الراهن والمرتهن اختلفا في مأوى البقر والغنم والدواب الذي تأوي اليه فإن كان عنـــد المرتهن سعة فهو في منزله وإن أبى ذلك يكترى لها ويكون الكراء على الراهن (ومن هذا القسم ) أي من القسم الذي تجعلونه على المرتهن ( جعـل الآبق ، فإنه على المرتهن ، لأنه محتاج إلى إعادة يد الإستيفـاء التي كانت له ليرده ، فكانت من مؤنة الرد فيلزمه ) وعند

---

(١) هكذا في النسخة التي بين أيدينا ، وهو ما يعادل السطرين من نسختنـــا هذه ، اهـ مصححه .

التي كانت له ليرده ، فكانت من مؤنة الرد فيلزمه ، وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء . وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون ، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه، لأنه أمانة في يـــده، والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها ، فلهذا يكون على المالك . وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه ، فإن كلها تجب على المرتهن . وإن كان في قيمة الرهن فضل ، لأن وجوب ذلـــك بسبب الحبس ، وحق الحبس في الكل ثابت له . فأما الجعل إنما يلزمـــه لأجل الضمان ، فيتقدر بقدر المضمون . ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجنايـة

---

الأئمة الثلاثة الكل على الراهن ، لأن الملك له .

( وهذا ) أي جعل الآبق الذي على المرتهن ( إذا كانت قيمـة الرهن والدين سواء ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه ) أي على المرتهن ( بقدر المضمون ، وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه ، لأنه أمانة في يده والرد لإعادة اليد ) أي يد المرتهن ( ويده في الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها ) أي المرتهن كالمودع في الزيادة ( فلهذا يكون على المالـــك ، وهذا ) أي المذكور ( بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه ) يعني فيما تقدم من قوله وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن (فإن كلها ) أي كل الأجرة ( تجب على المرتهن، وإن كان في قيمة الرهن فضل ) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأن وجوب ذلك بسبب الحبس) عند المرتهن ( وحق الحبس في الكل ثابت له ) أي للمرتهن ( فأما الجعل إنما يلزمه ) أي المرتهن ( لأجل الضمان ) على المرتهن ، وإذا كان كذلـــك ( فيتقدر بقدر المضمون ) من الدين .

( ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والأمانة ) هذا إذا حدثت هذه الأشياء عند المرتهن ، أما إذا حدثت عنـــد

تنقسم على المضمون والأمانة والخراج على الراهن خاصة ، لأنه من مؤن الملك ، والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ، ولا يبطل الرهن في الباقي ، لأن وجوبه لا ينافي ملكه ، بخلاف الاستحقاق . وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه

---

الراهن كان عليه ، قاله تاج الشريعة ناقلاً عن المشايخ . وقال الأترازي والفداء من الجناية والدين الذي يلحق الرهن بالأموال الذي يضمنها بالاستهلاك إذا وجب ذلك في الرهن ، وإن ذلك في حقها في حق كل واحد من الراهن والمرتهن؛لأن جناية المضمون في يد الضامن يجري مجرى جناية الضامن ، فيكون من ماله . وأما جناية الأمانة فإنها كجناية الوديعة ، فتكون على الراهن .

( والخراج على الراهن خاصة ، لأنه من مؤن الملك ، والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ) أي لتعلق العشر بالعين ، فيكون مقدماً على حق المرتهن ، لأن حق المرتهن يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين ، والعين مقدم على المالية . صورة المسألة أن في الرهن أرضاً فيها نخل وشجر وزرع ارتهن ذلك معها وهي من أرض العشر فأخذ السلطان العشر من الزرع ، فإن ذلك لا يسقط شيئاً من الدين إذ لو سقط أدى إلى أن يصير قابضاً بمال واحد حقين الدين والعشر ، وهذا لا يجوز .

( ولا يبطل الرهن في الباقي ) هذا النفي شبهة ترد على قوله لتعلق العشر بالعين ، يعني لما كان متعلقاً بالعين يصير كما لو استحق بعض العين، فأجاب عن هذا بقوله ولا يبطل الرهن في الباقي بعد أخذه من العشر ( لأن وجوبه ) أي وجوب العشر ( لا ينافي ملكه ) في جميع ما رهنه ، ألا ترى أنه لو باعه جاز ، ولو أدى العشر من موضع آخر جاز ، فصح الرهن في الكل ثم خرج فعين لم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارناً ولاطارئاً(بخلاف الاستحقاق ) يعني إذا ظهر مستحق بقدر المستحق لم يصح الرهن فيه ، لأنه ملك الغير فلم يصح الرهن فيه ، وكذا فيما وراءه لأنه مشاع .

( وما أداه أحدهما ) أي من الراهن والمرتهن ( مما وجب على صاحبه ) من أجرة

فهو متطوع ، وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه ، كأن صاحبه أمره به ، لأن ولاية القاضي عامة . وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً وإن كان بأمر القاضي . وقال أبو يوسف أنه يرجع في الوجهين ، وهي فرع مسألة الحجر ، والله أعلم .

---

وغيرها ( فهو متطوع ) لأنه قضى دين غيره بغير أمره ( وما انفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه ) وفي الذخيرة لا يكتفي بمجرد الامر بالاتفاق ، ولا بد أن يجعله ديناً على الراهن ، وعليه أكثر المشايخ ( كان صاحبه أمره به ، لأن ولاية القاضي عامة . وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع إذا كان صاحبه حاضراً ، وإن كان بأمر القاضي ) رواه الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة « رح » .

( وقال أبو يوسف يرجع في الوجهين ) يعني في حضرة صاحبه وغيبته ( وهي فرع مسألة الحجر ، والله أعلم ) فمذهب أبو حنيفة رحمه الله أن القاضي لا يلي على الحاضر ، وعندهما يلي عليه ، وفي مبسوط شيخ الإسلام ، فأبو حنيفة لا يرى حجر القاضي على الحر ، فلا يكون نافذاً حال غيبته وحضوره وعندهما للقاضي ولاية حجره حال غيبته وحضوره فينفذ عليه أمر القاضي حال غيبته وحضوره .

* * *

## باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز رهن المشاع ، وقال الشافعي « رح » يجوز. ولنا فيه وجهان ، أحدهما

---

( باب في بيان ما يجوز رهنه وما لا يجوز رهنه )[١]

أي هذا باب في بيان ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز الإرتهان به ، وفي بيان ما لا يجوز ارتهانه . ولما ذكر الرهن مطلقاً شرح هنا في بيانه مفصلاً ، لأن التفصيل بعد الإجمال.

( قال ) أي القدوري ( ولا يجوز رهن المشاع ) سواء كان شائعاً فيما ينقسم أو لا ينقسم فلا يجوز رهن نصف دار ولا نصف أرض ولا نصف عبد ولا سهم من سهام ذلك وسواءرهن المشاع من شريكه في ذلك أو من غيره ، ذكر الكرخي كل ذلك في مختصره . وذكر القدوري عدم جواز رهن المشاع ولم يتعرض أنه باطل أو فاسد. وفي المغني والذخيرة إشارة إلى أنه فاسد لا باطل ، حيث قال فالمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون في الصحيح وفي الرهن باطل ، لأن الباطل لا ينعقد أصلا ، فكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد ، فكان كالبيع الفاسد .

وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالاً والمقابل به مالاً مضموناً ، فإذا وجد شرائط الجواز ينعقد صحيحاً ، وإذا فقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسداً وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً ، أو لم يكن المقابلة به مضمونة لا ينعقد الرهن اصلا .

( وقال الشافعي يجوز ) . وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعي وابن أبي ليلى والبستي .

( ولنا فيه ) أي في أمر الرهن (وجهان) أي طريقان ( أحدهما ) أي أحد الوجهين

---

(١) باب ما يجوز ارتهانه والإرتهان به وما لا يجوز – هامش .

يبتنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع ، وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده، وهو تعينه للبيع . والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم ، لانه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه ، وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس . ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام ، لانه لا بد من المهايأة ، فيصير كما إذا قال رهنتك يوماً ويوماً لا ،

---

( يبتنى على حكم الرهن ، فإنه ) أي في بيانه حكم الرهن ( عندنا ثبوت يد الإستيفاء ، وهذا ) أى ثبوت يد الإستيفاء ( لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع ) لأن حكم الرهن هو الحبس الدائم ، وحبس المشاع لا يتصور فلا يصح رهن المشاع .

( وعنده ) أى وعند الشافعي «رح» . أدرج المصنف دليل الشافعي بين الوجهين ، وهو أن عنده ( المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع ) والمشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه .

(والثاني) أى الوجه الثاني (أن موجب الرهن هو الحبس الدائم) يعني موجب حكمه ، يعني لازمه الحبس الدائم ، لأن معناه الحبس لغة من أى سبب كان ( لأنه ) أي لأن الرهن ( لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص ) وهو قوله تعالى ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ ٢٨٣ البقرة ( أو بالنظر ) ولم يشرع إلا بالنظر ( إلى المقصود منه وهو الإستيثاق من الوجه الذي بيناه ) وهو قوله فيما تقدم ليكون عاجزاً عن الإنتفاع به ، فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره ( وكل ذلك ) أي من يد الإستيفاء والحبس الدائم والإستيثاق ( يتعلق بالدوام ) أى دوام اليد ( ولا يفضي إليه ) أى إلى دوام الحبس ( إلا استحقاق الحبس الدائم . ولو جوزناه ) أى الرهن ( في المشاع يفوت الدوام ) أى استحقاق دوام اليد ( لأنه لا بد من المهايأة ) مع المالك في الإمساك ( فيصير كما إن قال رهنتك يوماً ويوماً لا ) وانه لا يجوز .

ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة ، لان المانع في الهبة غرامة القسمة ، وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله ، وهاهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة ، ولا يجوز من شريكه ، لأنه لا يقبل حكمه على الوجه الاول . وعلى الوجه الثاني يسكن يوماً بحكم الملك ، ويوماً بحكم الرهن ، فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا ، والشيوع الطارىء يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل .

---

( ولهذا ) أي ولأجل ان الدوام ثبوت في المشاع ( لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها ) في الرهن ( بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة ، لأن المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم ) لا فيما لا يقسم ( أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله ) أي يقبل الملك ( وهاهنا ) أي في الرهن ( الحكم ثبوت يد الإستيفاء والمشاع لا يقبله . وإن كان لا يحتمل القسمة ) لأن اليد لا تثبت حقيقة إلا على جزء معين .

( ولا يجوز ) أي الرهن (من شريكه ، لأنه لا يقبل حكمه ) وهو ثبوت يد الملك ( على الوجه الأول ) وهو ثبوت يد الإستيفاء (وعلى الوجه الثاني وهو ) أي موجب الرهن هو الحبس الدائم ( يسكن يوماً بحكم الملك ويوماً بحكم الرهن ، فيصير كأنه رهن يوماً ويوماً لا ) فلو صرح بذلك بأن قال رهنتك يوماً ويوماً لا يجوز ، فكذا هنا .

( والشيوع الطارىء يمنع بقاء الرهن في رواية الأصل ) صورته أن يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف رأى مجتمعاً ومتفرقاً فيبيع بعض العين أو يرهن فلبائعه عشرون درهماً فضة بعشرة دراهم ، فيكسر فيضمن المرتهن نصف القلب وهي حصة المضمون ، وتبقى حصة الأمانة رهنا فيقطع حتى لا يكون مشاعا ، والشيوع الطارىء كالمقارن ، فلا يصح ، وهو الصحيح .

وعن أبي يوسف أنه لا يمنع ، لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء ، فأشبه الهبة . وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية ، وما يرجع إليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمة في باب النكاح . بخلاف الهبة ، لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه . ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء ، ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة

---

( وعن أبي يوسف ) رواه ابن سماعة عنه ( أنه ) أى أن الشيوع الطارى (لا يمنع صحة الرهن ، لأن حكم البقاء أسهل من حكم الإبتداء ) بدليل أن العدل يبيع الرهن فيصير الثمن في ذمة المشتري رهنا . ولو رهنه في الإبتداء دينا لم يجز ، فكذلك لا يمنع ان يصح الرهن في المشاع في حال البقاء ، وإن لم يصح في حال الإبتداء أو لأنه عقد من شرط صحة القبض والإشاعة الطارئة لا تؤثر فيه ( فأشبه الهبة ) حيث لا يمنع الإشاعة الطارئة من بقاء الهبة .

( وجه الأول ) وهو رواية الأصل ( أن الإمتناع لعدم المحلية ) أى محلية الإستيفاء ( وما يرجع إليه ) أى المحل ( فالإبتداء والبقاء سواء ) فيه ( كالمحرمية في باب النكاح ) فإنه لا يفرق فيه بين الإبتداء والبقاء ( بخلاف الهبة ، لأن المشاع يقبل حكمها ) أي حكم الهبة ( وهو الملك ، واعتبار القبض في الإبتداء لنفي الغرامة ) اي غرامة القسمة. بيانه أنا لو ثبتنا الملك قبل القبض يطلب الراهن بالتسليم فيلزم مؤنة القسمة ، وهو لم يلتزم بذلك (على مابيناه) إشارة إلى قوله غرامة القيمة وهي فيما يقسم (ولا حاجة إلى اعتباره) أى اعتبار القبض ( في حالة البقاء ) لما مر أنه شرط تمام العقد .

( ولهذا ) أى ولأجل أن الملك حكم الهبة والمشاع لا ينافيه ( يصح الرجوع في بعض الهبة ) بخلاف الرهن ، فإن حكمه ملك الحبس الدائم والإشاعة تنافيه فلم يصح التفاسخ

ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن . قال ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ، ولا زرع الأرض دون الأرض، ولا رهن النخيل في الأرض دونها، لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة، فكان في معنى الشائع . وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر ، لأن الإتصال يقوم بالطرفين ، فصار الأصل أن المرهون إن كان متصلاً بما ليس بمرهون لم يجز ، لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده . وعن أبي حنيفة

---

في بعض الرهن، وهو معنى قوله ( ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن ) لأن دوام القبض حكمه والشيوع ينافي ذلك ، فإذا كان كذلك لا يجوز فسخه في البعض .

( قال ) أي القدوري ( ولا رهن ثمرة ) هذا عطف على قوله ولا يجوز رهن المشاع ، أي ولا يجوز رهن ثمرة ( على رؤوس النخل دون النخل ) اى دون رهن النخل ( ولا زرع الأرض ) أي ولا يجوز رهن زرع في الأرض ( دون الأرض ) أي دون رهن الأرض ( ولا رهن النخيل ) أي ولا يجوز رهن النخيل ( في الأرض دونها ) أي دون الأرض ( لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة ) أي من حيث الخلقة ( فكان في معنى الشائع ) وذلك غير جائز ، لأنه لا يتأتى القبض فيه وحده .

( وكذا ) أي وكذا لا يجوز ( إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل ) أي أو رهن ( دون الثمر ، لأن الإتصال يقوم بالطرفين ) أي الإتصال بين الأرض والنخيل أو الزرع يقوم بطرف كل واحد منهما ، فيكون المرهون متصلا بغيره لا يمكن حبسه دونه ، فكان في معنى رهن المشاع فلا يجوز ( فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس برهن[1] لم يجز ، لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده ) للاتصال بين المرهون وغيره.

( وعن أبي حنيفة «رض» أن رهن الأرض بدون الشجر جائز ) رواه الحسن عنه

---

(١) بمرهون – هامش .

أن رهن الأرض بـــدون الشجر جائز ، لأن الشجر إسم للنابت ، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها . بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء ، لأن البناء إسم للمبنى ، فيصير راهناً جميـــع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن. ولو رهن النخيل بمواضعها جاز ، لأن هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة . ولو كان فيـــه ثمر يدخل في الرهن ، لأنه تابع لاتصاله به فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد. بخلاف البيـــع ، لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة إلى إدخاله من غير

---

( لأن الشجر إسم للنابت ) على الأرض، ولهذا يسمى بعد القطع جذعاً لا شجراً (فيكون استثناء الأشجار بمواضعها) من الأرض ، فكان عقد الرهن متناولاً مـــا سوى ذلك من الموضع من الأرض معين معلوم غير مشاع . وقال القدوري في شرحه والمشهور أن الرهن باطل. ووجهه أن الرهن مشغول بما ليس برهن ، فصار كرهن الأرض الـتي فيهـا متاع للراهن ( بخلاف ما إذا رهن الدار دون البنـــاء ، لأن البناء إسم للمبنى ، فيصير راهناً جميع الأرض وهي مشغولة بملك الراهن ) فلا يجوز .

( ولو رهن النخيل بمواضعها جاز ، لأن هذه ) أي مواضعها (مجاورة ) لمكان النخل، لأن مواضع النخل بقعة معينة مجاورة لغيرها ( وهي لا تمنع الصحـة ) لأنها لا تكون في معنى المشاع ( ولو كان فيه ) أي في النخل الذى رهنه بمواضعه ( ثمر يدخل في الرهن ، لأنه تابع لاتصاله به ) أي لاتصال الثمر بالنخل ( فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد ) إذ لو لم يدخل الثمر في الرهن كان في معنى رهن المشاع .

(بخلاف البيـع) حيث لا يدخل الثمار إلا بالذكر،لأن تصحيح البيـع في النخل ممكن، لأن الشيوع لا يمنع صحة البيـع ، بخلاف الرهن ( لأن بيـع النخيل بدون التمر جـائز ، فلا ضرورة لإدخاله من غير ذكره . بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر ) هذا عطف على قوله بخلاف البيـع ، يعني كما أن الثمن لا يدخـل من غير

ذكره . وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر ، لأنه ليس بتابع بوجه مـــا . وكذا يدخل الزرع والرطبـة في رهن الأرض ، ولا يدخل في البيـــع لما ذكرنا في الثمرة . ويدخـــل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية ، لما ذكرنا . ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحـــده بقي رهناً

---

ذكر في بيع النخل ، فكذلك لا يدخل المتاع في الدار في رهن الدار بلا ذكر (لانه ليس بتابع بوجه ما ) أي بوجه من الوجوه .

( وكذا يدخل الزرع والرطبة ) وهي البرسيم في لغة أهل مصر ( في رهن الارض ، ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة) إشارة إلى قوله لانه تابع (ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية ) بأن قال رهنتك هـــذه الدار أو هذه الارض أو هذه القرية . وأطلق القول ولم يخص شيئاً يدخل البناء والغرس ( لما ذكرنا ) أنه تبـــع ، ويدخلان في الرهن ولا يشبه الرهن البيع ، لان الرهن لم يخرج من ملـــك الراهن بعقد الرهن ، وخرج ملك البائع بالبيع .

( ولو رهن الدار بما فيها جاز ، ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهناً بحصته ) يعني إذا كان الباقي معزز أ بقي الرهن فيه بحصته ، أي مضموناً بحصته من الدين ، للرهن حكمان ، وصيرورة الرهن محبوساً بالدين ومضموناً بالاقل من قيمته ومن الدين . فاذا استحق بعض بعينه بقي الباقي مضموناً بالاقل مما بحصته من الدين . ومن قيمته ، ويبقى محبوساً بجميع الدين ، ولكنه يكون محبوساً مضموناً بحصته من الدين بأن يقسم الدين على قيمة الباقي وقيمة المستحق ، فما أصاب الباقي فهلك بحصته . وما أصاب المستحق بقي ديناً في ذمته . وإن كان في قيمة الباقي وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين(وإلا بطل كله ) يعني وإن لم يكن الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بأن كان شائعاً بطل

بحصته، وإلا بطل كله ، لأن الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي ، ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة ، وكذا متاعه في اوعاء المرهون ، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل ، لأنه شاغل لها . بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهناً تاماً إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به ، فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء . بخلاف

---

جميعه ( لان الرهن جعل كأنه ما ورد إلا على الباقي ) أي من المستحق ، فصار راهناً لما بقي وهو مقدر .

( ويمنع التسليم ) أي تسليم الرهن إلى المرتهن ( كون الراهن أو متاعه ) أي أو كون متاعه ( في الدار المرهونة ) قال القدوري في شرحه قال الحسن عن أبي حنيفة « رح » إذا رهنه داراً والرهن والمرتهن جميعاً في جوفها فقال قد سلمتها إليك ودفعتها اليك رهناً ، فقال المرتهن قد قبلت لم يكن رهناً حتى يخرج الراهن من الدار ، فان خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن ، إلا أن يقول الراهن قد سلمتها بعدما خرج ، وذلك أنهما إذا كانا في الدار ، فيد صاحب الدار ثابتة فيها فلم يصح تسليمه إلى المرتهن . وإذا لم يصح ذلك التسليم حتى يخرج يحتاج إلى تجديد تسليم آخر .

(وكذا) أي وكذا يمنع التسليم كون (متاعه في الوعاء المرهون ) وفي شرح الطحاوى الحيلة لصحة التسليم أن يودع أولاً ما فيه عند المرتهن لم يسلم اليه ما رهن ( ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم ) أي الرهن ( حتى يلقى الحمل ، لأنه شاغل لها ) أي للدابة كشغل الدار بالمتاع . وقال الشافعي وأحمد رحمهما الله يصح تسليمه في جميع ما ذكر من المسائل إلى قوله ولا يصح الرهن بالآمانات .

( وبخلاف ما إذا رهن الحمل دونها ) أي دون الدابة ( حيث يكون رهناً تاماً إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به ) أي بالحمل والرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابع له (فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو وعاء دون الدار والوعاء ) فيه لف ونشر ( بخلاف

ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ودفع الدابـــة مع السرج واللجام ، حيث لا يكون رهناً حتى ينزعـــه منها ثم يسلمه إليه ، لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل ، حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر . قال ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة، لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً ، ويتحقق استيفـــاء الدين منه . وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونه بغيرها كالمبيع في يد البائع ،لأن الضمان ليس بواجب، فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع

---

ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ) أي رهن لجاماً كائناً في رأس الدابة ( ودفع الدابة مع السرج واللجام ، حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه ، لأنه ) أي لأن كل واحد من السرج واللجام ( من توابع الدابة ) فلا يصح إفراده عنهـــا بالرهن ( بمنزلة الثمرة للنخيل ) حيث لا يدخل في البيع إلا بذكرها .

( حتى قالوا ) أي المشايخ ( يدخل فيــه ) أى في الرهن ( من غير ذكر ) يعني لو رهن دابة عليها سرج أو لجام دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً .

(قال ) أى القدوري ( ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة ) ولا خلاف فيه ، والفرق بين الوديعة والأمانة أن في الوديعة اثبات اليد قصداً . بخلاف الأمانة ، لأن فيها إثبات اليد ضمناً، كما إذا ذهب ريح وألقى ثوباً في حجر غيره . وأيضاً ان في الوديعة اذا خالف ثم عاد الى الوفـــاق وعن الضمان بخلاف الأمانة ( لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون ، فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضموناً ، ويتحقق استيفاء الدين منه) واذا كان كذلك فلا يصح بهذه الأشياء .

( وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع ، لأن الضمان ليس بواجب ، فإنه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئاً ، لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع ،

شيئاً ، لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن ، فأما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها ، لان الضمان متقرر ، فإنه إذا كان قائماً وجب تسليمه ، وإن كان هالكا تجب قيمته ، فكان رهنا بما هو مضمون فيصح . قال والرهن بالدرك باطل ، والكفالة بالدرك جائزة .

---

فلا يصح الرهن . وأما الأعيان المضمونة بعينها وهي أن يكون مضموناً بالمثل ) في المثليات ( وبالقيمة ) في ذوات القيم ( عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها ، لان الضمان متقرر ، فإنه اذا كان قائماً وجب تسليمه . وان كان هالكاً تجب قيمته ، فكان رهناً بما هو مضمون فيصح ) أى الرهن .

وفي شرح الطحاوي ولو هلك الرهن في يده قبيل استرداد العين والعين المضمون قائم في يد الراهن، يقال له سلم العين الذى في يدك وخذ من المرتهن الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة ما رهن ، لان الرهن مضمون عندنا كذلك . ولو هلك العين المضمون قبل هلاك الرهن فيصير الرهن رهناً بقيمة العين المضمون ، فاذا هلك الرهن بعد ذلك هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن الذى كان رهناً .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير (والرهن بالدرك باطل ) وبه قالت الائمة الثلاثة « رح » ، وصورته أن يأخذ المشتري من البائع رهنا بالثمن لو أدركه درك فانه باطل ، حق اذا حبس الرهن فهلك عنده هلك أمانة حل إدراك أو لم يحل ، والدرك في اللغة عبارة عن التبعية من كل شيء ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ( والكفالة بالدرك جائزة ) بلا خلاف إلا في قول من الشافعي لا يصح وأحمد في رواية .

والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب ، وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا تجوز . أما الكفالة فلإلتزام المطالبة وإلتزام الافعال يصح مضافا إلى المال كما في الصوم والصلاة . ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ، ولا يصح الرهن . فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلاً . بخلاف الرهن بالدين الموعود ، وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك

---

( والفرق ) بين الدركين ( أن الرهن للإستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب ) أى قبل وجوب الحق ( وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا تجوز ) بيانه أن الرهن فيه معنى التمليك ، لأن الارتهان استيفاء ، والرهن إيفاء ، فكان فيه معنى المبادلة ، والتمليك لا يصح تعليقها بالأخطار ( أما الكفالة فلالتزام المطالبة ) يعني عقد التزام ( والتزام الافعال يصح مضافاً إلى المال ) أى إلى زمان الاستقبال ( كما في الصوم والصلاة ) يعني لو نذر بالصوم والصلاة يصح . وكذا لو نذر بالصدقة فإنها يحتمل تعليق بالخطر ، ويحتمل الإضافة إلى زمان الاستقبال .

( ولهذا ) أى ولأجل كون الكفالة التزام المطالبة وصحة التزام الافعال مضاف إلى المال ( تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ) أى بما وجب له أو ظهر له ولم يجز الرهن بما تذوب له عليه ، وهو معنى قوله ( ولا يصح الرهن ، فلو قبضه قبل الوجوب ) أى فلو قبض المشتري الرهن في الدرك قبل حلول الدرك ( فهلك عنده يهلك أمانة ) وكذا لو هلك بعد حلول الدرك ( لأنه لا عقد حيث وقع باطلا ) أى لأن الشأن لا عقد للرهن ، لكونه باطلاً فلا ضمان .

( بخلاف الرهن بالدين الموعود ) متصل بقوله يهلك أمانة عسى أنه لا يهلك أمانة ، بل يهلك مضموناً . وبين المصنف صورة الدين الموعود بقوله ( وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم ،وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته ) أى بمقابلة

بما سمى من المال بمقابلته ، لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة. لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده ، فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه .

قال ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه . وقال زفر لا يجوز ، لان حكمه الاستيفاء ، وهذا استبدال العدم

---

الرهن . قال الاترازي وفيه تسامح ، لأنه يهلك بالاقل من قيمته ، وبما سمى له من القيمة. ثم نقل عن الإمام الاسبيجابي أنه قال هكذا في شرح الطحاوي ( لأن الموعود جعل كالموجود ) في حالة عقد الرهن ( باعتبار الحاجة ) فان الرجل يحتاج إلى استقراض شيء، وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن ، فيجعل الدين الموعود موجوداً احتياطاً للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض .

( ولأنه مقبوض ) أى ولأن المأخوذ من القرض ( بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده ) لأنه جعل كالموجود ( فيعطى له حكمه ) أى حكم الدين المقبوض ( كالمقبوض على سوم الشراء ) حيث أعطى له حكم الشراء، إلا أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سمى لا بالقيمة ( فيضمنه ) أى إذا كان المقبوض بجهة الرهن الذي أعطى له حكم الدين المقبوض فيضمنه المرتهن القابض على سوم الرهن عن الدين الموعود .

فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح ، لأن الواجب فيه القيمة ، وفيما نحن فيه الموعود . فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم ، واعتباره به من حيث أنه يهلك مضموناً لا أمانة . وأما الفرق بينهما فقد ذكرناه الآن .

( قال ) أى القدوري ( ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه ) ولا يعلم فيه خلافاً للأئمة الثلاثة ( وقال زفر « رح » لا يجوز ، لأن حكمه ) أى حكم كل واحد من الثلاثة ( الإستيفاء ) يعني إذا هلك الرهن كان المرتهن مستوفياً لدينه من الرهن

المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود. ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية، فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر.

قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه. فإن هلك ذهب بغير شيء، لانه لا اعتبار للباطل، فبقي قبضا بإذنه. وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد ثم الصرف

---

واستيفاء غير رأس المال وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز (وهذا) أى الرهن (استبدال لعدم المجانسة) يعني استبدال هذه الاشياء من غير جنسه لا يجوز، اشار إليه بقوله (وباب الاستبدال فيها) أى في هذه الاشياء (مسدود) يعني لا يجوز أصلاً.

(ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية) يعني من جنس حقه معنى، وهو المالية والمضمون في الرهن معناه لا صورة لأنه صورة أمانة (فيتحقق الإستيفاء من حيث المال وهو المضمون) أى المال وهو المضمون في الرهن، فاذا هلك الرهن في المجلس ثم العقد، وصار مستوفياً لحقه (على ما مر) إشارة إلى ما ذكر في اوائل كتاب الرهن والإستيفاء يقع بالمالية لا بالعين أمانة.

(قال والرهن بالمبيع باطل لما بينا أنه غير مضمون بنفسه) لأنه ليس في مقابلته حق مضمون بنفسه، ألا ترى أن المبيع إذا هلك سقط ضمانه، ولا يجوز أن يكون رهناً بالثمن، لأن الثمن حق للبائع على المشتري، فلا يجوز أن يعطى به رهناً (فاذا هلك) أى الرهن في يد المشترى (ذهب بغير شيء) يعني سقط ضمانه (لأنه لا اعتبار للباطل) وهو الرهن بالمبيع.

وقال تاج الشريعة رحمه الله وفي مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله المشتري إذا أخذ رهناً من البائع من المبيع، فان الرهن باطل، فلو هلك الرهن في يد المرتهن من غير فعله يهلك مضموناً بالاقل من قيمته ومن المبيع لان المرهون مال.

فاذا كان باطلاً (فبقي قبضاً باذنه، فان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد، ثم الصرف والسلم صار المرتهن مستوفياً لدينه لتحقيق القبض حكما)

والسلم ، وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما لتحقيق القبض حكما وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما . وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ، ومعناه أنه يصير مستوفياً للمسلم فيه فلم يبق السلم . ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال حتى يحبسه ، لأنه بدله ، فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن

---

أي من حيث الحكم ولاتحاد الجنس من حيث المالية . وعند الثلاثة لا .

( وإن افترقا ) أي وإن افترق العاقدان في الصرف والسلم ( قبل هلاك الرهن بطل ) أي بطل الصرف والسلم ( لفوات القبض حقيقة ) وهو ظاهر ( وحكما ) لأن المرتهن إنما يصير قابضا بالهلاك ، وكان بالتفريق فلا يثبت قبله ، بخلاف ما إذا افترقا بعد هلاك الرهن ، لأنه وجد القبض حكما فاستحكم العقد بالإستيفاء بالقبض السابق .

( وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ) أي بهلاك الرهن . قال المصنف رحمه الله ( ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ) وقال الاترازي هذا ليس على إطلاقه ، لانه إنما يصير مستوفيا للمسلم فيه إذا كان في الرهن وفاء به ، أما إذا كان الرهن اقل منه فلا . ألا ترى إلى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي ، فان هلك الرهن في يده صار مستوفيا . وفي الزيادة يكون استيفاء . وان كان قيمته اقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ، ويرجع عليه بالباقي .

( ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن ) أي والحال أن بالمسلم فيه رهن ( يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه ) يرجع بحبسه ، لان حتى بمعنى الغاية ، هذا جواب الإستحسان . وفي القياس لا يكون رهنا به حتى لا يحبسه ، وهو مذهب الائمة الثلاثة ( لانه بدله ) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه ، وبدل الشيء يقوم مقامه ( فصار كالمغصوب ) أي يصير هذا كحكم المغصوب ( إذا هلك وبه رهن ) أي والحال أن

يكون رهناً بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهنه به ، وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا المبيع له أن يحبسه لأخذ المبيع، لأن الثمن بدله . ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا . وكذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن، ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته ، فكذا هـــذا . قال ولا يجوز رهن

---

بالمغصوب رهنا ( يكون رهنا بقيمته ) لان الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه ، والقيمة عند هلاكه .

( ولو هلك الرهن ) أي في يد رب السلم ( بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه ) حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام ( لأنه رهنه به ) أي لأن المسلم إليـه رهنه بالطعام ( وإن كان محبوساً بغيره ) أي بغير المسلم فيـــه وهو رأس المال ، يعني أن الرهن محبوس برأس المال ، وليس بمضمون به ، بل هو مضمون بالطعام المسلم فيه، وعليه أن يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم إليه ويأخذ رأس المـــال ( كمن باع عبداً ) استشهد به على أن كون الشيء محبوساً بشيء لا ينـــافي كونه مضموناً لغيره ولم يرد بالإستشهاد تحقيق كونه مضموناً حالة الهلاك بعدما كان محبوساً حالة العقد ، ولهذا بعدما استشهد به افرد بالذكر قوله ولو هلك المرهون إلى آخره ( وسلم المبيـع وأخـذ بالثمن رهناً ) ثم قيد به ، لأن الرهن بالبيـع لا يجوز ( ثم تقايلا المبيـع له أن يحبسـه ) أي البيـع الذي أخذ رهناً أن يحبس الرهن ( لأخذ المبيـع ، لأن الثمن بدله ) أي بدل العبد .

( ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا ) إشارة الى قوله كان الثمن بدله ( وكـذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدى ثمنه له أن يحبسـه ليستوفي الثمن) يعني أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن ( ثم لو هلك المشتري ) بفتـح الراء ( في يد المشترى يهلك بقيمته ) لان العبد هناك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنـــه من البائع ، فـان هلك المشتري بعـد الحبس في يـده يهلك بقيمته ، أي بقيمة المشترى

الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد ، لأن حكم الرهن ثبوت يـــد الإستيفاء ، ولا يتحقق الإستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين . ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس ، وكـــذا بالقصاص في النفس وما دونهـــا لتعذر الإستيفاء ، بخلاف ما إذا كانت الجناية خطـــأ ، لأن استيفاء الإرش من الرهن ممكن .

ولا يجوز الرهن بالشفعة ،

---

شراء فاسداً أو في بعض النسخ ( فكذا هـــذا ) قال الكاكي « رح » وهو بعيد يعرف بالتأمل .

( قال ) أي المصنف وليس في كثير من النسخ لفظ قال ( ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد ، لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ) وهم المدبر والمكاتب وأم الولد والمانع هو حق الحرية . وقال مالك وأحمد يجوز رهن المدبر .

واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يجوز قولاً واحداً، وقال بعضهم يجوز قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه الوجهان ، أحدهما أنه يحكم بفساد الرهن ، والثاني هو الاصح أنه يباع في الدين ورهن المكاتب يجوز عند مالك وأحمد في رواية ويجوز بيعه . وعندنا والشافعي في الاصح لا يجوز بيعه .

( ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس ، وكذا بالقصاص في النفس ومـــا دونها لتعذر الاستيفاء ) أي لتعذر المكفول به من الرهن ، لانه غير ممكن . وامـــا لو رهن عن بدل الصلح فيها ، فإنه صحيح ، لان البدل مضمون بنفسه .

( بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ ، لان استيفاء الإرش مـــن الرهن ممكن ) ولو صالح عنها على عين ثم رهن به رهناً لا يصح ، لانه غير مضمون ، فإنـــه إذا هلك ينفسخ الصلح ، فكان كالبيع .

( ولا يجوز الرهن بالشفعة ) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك

لأن المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون ، لأنه غير مضمون على المولى ، فإنه لو هلك لا يجب عليه شيء . ولا بأجرة النائحة والمغنية ، حتى لو ضاع لم يكن مضموناً ، لأنه لا يقابله شيء مضمون . ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً أو يرتهنه من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء والإستيفاء في حق المسلم ، ثم الراهن إذا كان ذمياً فالخمر مضمون عليه للذمي ، كما إذا غصبه . وإن كان المرتهن ذمياً لم يضمنها

---

فيقول للمشتري أعطني رهناً بالدار المشفوعة (لان المبيع غير مضمون على المشتري)الشفيع ألا ترى أن المبيع إذا هلك لا يلزم المشترى ضمان (ولا بالعبد الجاني ) لانه إذا مات بطل حق المجني عليه . ولا يلزم المولى من ذلك شيء ( والعبد المديون المأذون ) بأن يطلب الغريم من المولى رهناً برقبته ، لان الرقبة ليست مضمونة على احد . ألا ترى أن العبد المديون إذا مات لم يجب بموته شيء على أحد ( لانه ) أي لان العبد ( غير مضمون على المولى ، فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ) أي على المولى .

( ولا بأجرةالنائحة والمغنية ، حتى لو ضاع ) أي الرهن ( لم يكن مضموناً ، لأنه لا يقابله شيء مضمون ) ولهذا لو تخاصما الى القاضي قبل الرهن ، فان القاضي لا يأمر للمستأجر بتسليم الأجر . وقال الكرخي في مختصره رجل استأجر نائحة أو مغنية بأجر معلوم وأعطاها بالأجر رهناً فضاع في يدها لم يكن عليها في ذلك الرهن ضمان أخذ بدين غير واجب ، انتهى . وذلك لأن الإجارة على ذلك باطلة، والأجرة غير مضمونة،والرهن إذا لم يكن في مقابلته شيء مضمون كان باطلا .

( ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمراً او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الإيفاء ) إذا كان هو الراهن ( والاستيفاء ) إذا كان هو المرتهن ( في حق المسلم ) بيان لما قبله ( ثم الراهن إن كان ذمياً والمرتهن مسلماً فالخمر مضمون عليه ) أي على المسلم ( للذمي ، كما إذا غصبه ) اى كما اذا غصب المسلم الخمر من الذمي ( وإن كان المرتهن ذمياً لم يضمنها

للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منـــه . بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم ، لأنها مال في حقهم . أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجـوز رهنها وارتهانها فيما بينهم ، كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحـــال . ولو اشترى عبداً ورهن بثمنه عبداً أو خلاً أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حراً أو الخل خمراً أو الشاة ميتة فالرهن مضمون ، لأنـه رهنه بدين واجب ظاهراً . وكذا إذا قتل عبداً ورهن بقيمتـــه رهناً ثم ظهر أنه حر ،

---

للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه ) أي من المسلم .

( بخلاف ما اذا جرى ذلك ) أي عقد الرهن ( فيما بينهم ) أي بين أهل الذمة (لأنها) أي لأن الخمر ( مال في حقهم ) أي عند اهل الذمة ، وكذلك الحكم في الخنزير ، لأن الخمر لهم كالعصير لنا ، والخنزير لهم كالشاة لنا ( امـــا الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها ) أي بالميتة ( فيما بينهم ، كما لا يجوز فيمابين المسلمين ) وفي الاجناس عن نوادر هشام عن محمد قال نصراني رهن عند نصراني خمراً قيمته عشرة دراهم بعشرة له عليه فأسلم الراهن فأفسد الرهن ولو هلك الخمر لاشئ على صاحب الدين ولو كان المسلم المرتهن ذهب بالعشرة .

(قال) أي المصنف ، وليس في أكثر النسخ لفظ قال ( ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه ) أي رهن بثمن العبد فظهر أن العبد المبيع ( عبدا واشترى خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد) أي العبد المشتري ( حراً والخل خمراً ) أي ظهر الخل خمراً ( والشاة ) أي وظهر أن الشاة ( ميتة فالرهن مضمون ) أي بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن ( لأنـــه رهنه بدين واجب ظاهراً ) ولهذا لو اختصما قبل ظهور الحرية وظهور الخل خمراً أو الشاة ميتة فالقاضي يقضي بالثمن .

( وكذا إذا قتل عبداً ورهن بقيمته رهنـــاً ثم ظهر أنه حر ) أي ثم ظهر أن العبد

وهــــذا كله على ظاهر الرواية . وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهناً ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون . وعن أبي يوسف خلافه . وكذا قياسه فيما تقــــدم من جنسه . قــــال ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبداً لإبنه الصغير

---

المنقول حر وقد هلك الرهن فإنه هلك بالأقل من قيمته وقيمة الرهن ( وهذا كله ) أي وهذا المذكور كله من وجوب الضمان ( على ظاهر الرواية ) في الأصول ، وكـــذا قاله القدوري ، ثم قال ولا يجب على قول أبي يوسف ، أى لا يضمن ، لأنـــه قبضه وليس هناك ضمان .

( وكذا ) أي وكذا الحكم ( إذا صالح على انكار ) من وجوب الضمان ، صورتـه ادعى رجل على آخر ألف درهم قرضاً فجحدها المدعي عليه ، ثم أنـــه صالح المدعي ( ورهن بما صالح عليه رهناً ) من ذلك على خمسمائة درهم فضاع عنده ( ثم تصادقا أن لا دين ) أى ثم تصادقا جميعاً بعد ذلك على أن ذلك باطلا ولم يكن للمدعى عليــه شيء ( فالرهن مضمون ) في ظاهر الرواية ، لأنه قبض على جهة الضمان ، والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقته .

( وعن أبي يوسف خلافه ) أى خلاف هذا الحكم ، يعني ليس عليــه أن يرد شيئاً ، رواه بشر عنه ، لأنهما لما تصادقا ان لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان ( وكذا قياسه ) أى وكذا قياس أبي يوسف في عدم الضمان ( فيما تقدم من جنسه ) أى فيما تقدم من المسائل من جنس هذا المذكور من حيث أن الرهن لم يكن بدين مضمون في الحقيقة ، وأراد بما تقدم ما إذا ظهر العبد حراً والخل خمراً والمذبوح ميتة ففي كل ذلك لا يجب الضمان في قياس قول أبي يوسف وإن لم تكن الرواية محفوظة عنه .

( قال ) أى قال محمد في الجامع الصغير ( ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه ) أى على الأب ( عبداً لابنه الصغير ) قيد بالصغير ، لأنه لو رهن عبد ابنه الكبير لا يجوز بدون إذنه ، ثم جواز الرهن المذكور استحسان ، والقياس عدم الجواز . وعن أبي يوسف أنه

لأنه يملك الإيداع ، وهذا أنظر في حق الصبي منه ، لأن قيـــام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامـــة . ولو هلك يهلك مضموناً ، والوديعة تهلك أمانة ، والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب لما بينا . وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما ، وهو القياس اعتباراً بحقيقة الإيفاء . ووجه الفرق على الظاهر وهـــو الإستحسان أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال ،

---

أخذ بالقياس ، وهو قول الشافعي أيضاً . وجه القياس انه قضى دينه من مال ابنه وليس له ذلك . ووجه الاستحسان ما قاله المصنف بقوله ( لأنه ) أى لأن الأب ( يملك الإيداع ) أى إيداع مال ابنه الصغير ( وهذا ) أى رهنه (أنظر في حق الصبي منه) أى من الإيداع ( لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ ) من حفظه المودع الوديعة ( خيفة الغرامة ) أى لأجل الخوف عن الغرامة .

وبين ذلك بقوله ( ولو هلك ) أي الرهن ( يهلك مضموناً ، والوديعة تهلك أمانة ) وفيه ضياع المال الصغير ، بخلاف الرهن ، فإنه اذا هلك في يد المرتهن ، وفيه وفاء بالدين صار المرتهن مستوفياً دينه،ويضمن الأب قيمته لولده(والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب ) يعني إذا رهن الوصي متاع اليتيم بدينه جاز ، لأن الرهن لا يزيد الملك في حـــال الكتابة ، وهو ضامن له ، كذا في المسائل والفقيه أبو الليث ذكر القياس والاستحسان في الوصي كالأب ( لما بينا ) إشارة إلى قوله وهذا انظر في حق الصبي.

( وعن أبي يوسف وزفر « رح » انه لا يجوز ذلك منهما ) أى من الأب والوصي ، وهو قول الثلاثة أيضاً ( وهو ) أى عـدم الجواز ( القياس اعتباراً بحقيقة الإيفاء ) أى قياساً على ما إذا أوفيا دينهما من مال الصغير فإنه لا يجوز ، فكذا رهنهما ، لأنه صرف الى الصغير الى منفعته تسهماً فلا يجوز .

( ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ) أي وجه الفرق بين الرهن وبين حقيقة الايفاء على ظاهر الرواية ( أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله

وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزاً مـــع بقاء ملكه فوضح الفرق .

وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه لو هلك في يده ، ويصير الأب أو الوصي موفياً له ويضمنه للصبي ، لأنـــه قضى دينه بماله ، وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه ، لأنه توكل بالبيع وهما يملكانـــه .

قالوا أصل هـــذه المسألة البيع ، فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ، وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما .

وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة ،

---

في الحال ، وهذا ) أى وفي الرهن ( نصب حافظ لماله ) أى لمال الصغير حال كون الحفظ ( ناجزا ) يعنى في الحـال ظاهرا ( مـع بقاء ملكه ) أى ملك الصغير ، لأن بالرهن لا يخرج المـال عن الملك ، فإذا كان كذلك ( فوضح الفرق ) أى فظهر الفرق بـين الإيفاء والرهن .

( وإذا جاز الرهن ) أى رهن متاع الصغير ( يصير المرتهن مستوفياً دينـه لو هلك في يده ) أى لو هلك الرهن في يد المرتهن ( ويصير الأب او الوصي موفياً له ) أى موفياً دينه بالرهن ( ويضمنه للصبي ، لأنه ) أى لأن كل واحد من الأب والوصي ( قضى دينه بماله ) أى بمال الصغير .

( و كذلك لو سلطا المرتهن على بيعه ) أى كما ان الأب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك متاعه الذى رهناه عند المرتهن ، فكذلك يضمنان اذا سلط المرتهن على بيع الرهن فباعه ( لأنه توكيل بالبيع ، وهما ) أى الاب والوصي ( يملكانه ) التوكيل بالبيع .

( قالوا ) أى المشايخ ( أصل هـذه المسألة البيع ) أى أصل مسألة الرهن من الاب او الوصي بدين نفسه متاع الصغير البيع ( فان الاب او الوصي اذا بـاع مال الصبي من غريم نفسه جاز ، وتقع المقاصة ) أى بين الدين والثمن ( ويضمنه للصبي عندهمـا ) أى عند أبي حنيفة ومحمد يضمنان للغير .

( وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة ) بل يبقى دين الغريم على الأب والوصي كما كان ،

وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظراً إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان . وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغيراً أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز ، لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد ، كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد .

---

ويكون الثمن للصغير على المشترى ، فاذا ثبت هذا الخلاف في البيع ثبت في الرهن أيضاً، لان الرهن معاقبة بالنظر الى كونه مضموناً نظير البيع .

( وكذا وكيل البائع بالبيع ) يعني اذا باع الوكيل ممن له عليه دين تقع المقاصة عندهما خلافاً لابى يوسف ( والرهن نظير البيع نظراً الى عاقبته من حيث وجوب الضمان ) وفي بعض النسخ والبيع نظير الرهن ، يعني أنه يصير عند الهلاك قاضياً دينه من مال الصغير ضامناً له مثله ، وفي البيع كذلك ، فانه يصير قاضيا دينه من دين الصغير ضامناً له مثله .

( وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه ) أي رهن متاع الصبي بدين له من نفسه ( أو من ابن له صغير ) أي أو رهن من ابن آخر صغير متاع الصغير ( أو عبد ) أى أو رهن من عبد ( له تاجر لا دين عليه جاز ) أي لا دين على العبد التاجر ، قيد به ليكون هذا التصرف من الجانبين ، لأن العبد المديون يكون الولي منه كالأجنبي ، فيكون الرهن جائزاً بلا شبهة ( لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين ) يعني انزل بمنزلة الصغير في جانب الصغير في تولي القبول منه ، وفي حق الإيجاب هو عاقل لنفسه ، بخلاف الوصي فإنه لقصور شفقته لم يعدله عن الحقيقة في عدم إنزال الشخص الواحد منزلة شخصين ( وأقيمت عبارته ) أى عبارة الأب ( مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه ، فتولى طرفي العقد ) وهما الإيجاب والقبول .

الأصل في هذا أن الواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب ، فإنه يتولى طرفي بيع مال

ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين ، أو رهن عيناً له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز ، لأنـــه وكيل محض ، الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن ، كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة ، فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقاً له بالأب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه ، بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليـــه

---

اليتيم من نفسه ، وبيع مال نفسه من اليتيم استحساناً . والقياس أنــه باطل ، وهو قول زفروعند الشافعي يجوز أن يبيع من ولده ولا يجوز أن يشتري منـه ، وإذا باع الوصي ماله من يتيم في حجره او اشترى مال اليتيم لنفسه لم يصح عندهما على كل حال ، لأنـه أجنبي . وقال أبو حنيفة لا يصح إلا بنفع ظاهر ، وهـو أن يبيع مـا يساوي درهمين بدرهم او يشترى ما يساوى درهماً بدرهمين او بدرهم ونصف ، وكذا ما يعد غبناً فاحشاً فإنه يعد نفعاً ظاهراً هنا ، كذا ذكر فخر الإسلام في شرح الزيادات .

( ولو ارتهنه الوصي بدين نفسه ) أى لو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين للوصي على الصغير ( او من هذين ) أي لو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير عـلى الصغير اليتيم وعبد تاجر له ( او رهن عيناً له ) أى لليتيم ( من اليتيم بحق لليتيم عليه ) أي على الوصي ( لم يجز ، لأنه وكيل محض ) أي لأن الوصي وكيل محض فلا يباشر شيئاً فيه ضرر للصغير ( والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن ، كما لا يتولاهما في البيع وهو ) أى الوصي ( قاصر الشفقة فلا يعدل من الحقيقة ) وهي جعل الواحد واحداً ( في حقـه إلحاقاً له بالأب ) أى لأجل إلحاق الوصي بالأب ، وهذا في حيز النفي والمعنى أن الوصي لا يلحق الأب في جواز تولي طرفي العقد ، لأنه قاصر الشفقة ( والرهن من ابنه الصغير ) أى من ابن الوصي ( وعبده ) أى ومن عبد الوصي ( التاجر الذى ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه ) فلا يجوز ، كما لو رهن من نفسه .

( بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذى عليه دين ) الضمائر كلها راجعـــة إلى

دين ، لانه لا ولاية له عليهم ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء ، لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن ، لان له حكماً واحداً . وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن بـــه متاعاً لليتيم جاز ، لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز . وكذلك لو اتجـــر لليتيم فارتهن أو رهن ، لان الاولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم فـــلا يجد بدأ من الإرتهان والرهن ، لانه إيفاء واستيفـاء . وإذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن

---

الوصي حيث يجوز ( لانـــه لا ولاية له عليهم ) أى لا ولايـة للوصى عـلى الابن الكبير وإبنــه وعبده الذي عليـه دين ، لانه في كسبهم بمنزلة الاجنبي وهـم أحق بالكسب منه .

( بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء ) المذكورين حيث لا يجوز ( لانه ) أي لان الوكيل ( متهم فيه ) أى في البيع من هؤلاء (ولا تهمة في الرهن ، لان له حكماً واحداً) أى لان الرهن حكماً واحداً ، وهو أنه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين سواء رهنـه عند هؤلاء او عند الأجنبى كذا في المبسوط .

( وإن استدان الوصي ) من يعنى وإن استقرض الوصي ( لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز ، لان الاستدانة جائزة للحاجة ، والرهن يقع إيفـــاء للحق فيجوز ) أى لاجله الإيفاء للحق فيجوز للوصي أن يوفي الحق الذى على الصغير مـــن مال الصغير .

( وكذلك ) يجوز ( لو اتجر ) الوصي ( لليتيم فارتهن او رهن ، لان الاولى لـــه التجارة تثميراً ) أى لاجل التثمير ( لمال اليتيم فلا يجد بدأ ) فـلا يستغنى ( من الارتهان والرهن ، لانــه إيفاء واستيفاء ) أى لان الرهن إيفاء للدين عنـــد الرهن ، واستيفاء عند الإرتهان .

( وإذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الإبن او مات الأب ) قيــد الموت اتفاقي ، إذ

ومـــات الاب ليس لـلإبن أنـ يرده حـتى يقضي الديـن . لوقوعه لازماً من جانبه ، إذ تصرف الاب بمنزلة تصرفـــه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه . ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب ، لانه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكـه فأشبه معير الرهن . وكذا إذا هلك قبل أن يفتكه، لان الاب يصير قاضياً دينه بماله فله أن يرجع عليه . ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين ، فإن هلك ضمن الاب

---

لا تأثير للموت ، لأنه اذا عقد الأب ثم بلغ الصبي ليس له نقض رهنـه ، ذكر في مبسوط شيخ الإسلام وشرح الطحاوي ، وكذا ذكر الأب إتفاقي ، لأن حكم رهن الوصي كذلك ( ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين ) وإنمـا أطلق رهن الاب ولم يذكر ان رهنه بدين نفسه او بدين الصغير ، لان الحكم واحد في الوجهين ( لوقوعه لازمـاً من جانب الصغير إذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامـه ) أى لقيام الاب مقام الصغير .

( ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب ، لأنـه مضطر فيـه لحاجته الى احياء ملكه ، فأشبه معير الرهن ) أى فأشبه الابن معير الرهن ( وكذلك ) أى وكذلك يرجع ( إذا هلك ) أي الرهن ( قبل ان يفتكه ) اى قبل فكاك الرهن (لأن الأب يصير قاضياً دينه بماله ) أي يصير قاضياً دين نفسه من مالية مال الابن ( فله أن يرجع عليه ) اى على الأب .

( ولو رهنه ) أى ولو رهن الاب متاع ولده ( بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين ) أراد بهما رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين عـلى الصغير ، كذا قاله الاترازى. وقال الاكمل يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لهذين على

حصته من ذلك للولد ، لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار ، وكذلك الوصي ، وكذلك الجد أب الاب إذا لم يكن الأب أو وصي الاب.

ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم ، فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم ، لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ ، لانه استعاره لحاجة الصبي ، والحكم فيه هذا على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والمال دين على الوصي ، معناه هو المطالب به ،

---

نفسه ورهنها متاعه للدين على اليتيم ، وكذا قاله الكاكى ( فإن هلك ) أى الرهن ( ضمن الاب حصته ) أى حصة نفسه ( من ذلك للولد لإيفائه دينه من ماله ) أى من مال الولد ( بهذا المقدار ) اى مقدار حصته ( وكذلك الوصى ) أى وكذلك حكم الوصى إذا رهن متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير ( وكذلك الجد ) واحترز به عن أب الأم فإنه لا ولاية له أصلا ، أى حكم الجد فيما ذكرنا لوجود أمرين ،أحدهماهوقوله (أب الأب إذا لم يكن الاب ) والثانى عدم الوصى أشار اليه بقوله ( او وصى الاب ) أى واذا لم يكن وصي الاب .

( ولو رهن الوصى متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصى فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم ، لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ ) أى كفعل اليتيم بنفسه لأن رهن الوصي كرهن اليتيم واستعارته كاستعارته . ولو فعل ذلك اليتيم بنفسه بعد البلوغ ثم هلك الرهن لم يهلك على المرتهن ، فكذا هذا .

(لانه ) أى لان الوصى ( استعاره ) أى الرهن (لحاجة الصبى والحكم فيه هذا ) يعنى ولو كان اليتيم بالغا فرهن بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين ( على ما نبينه ان شاء الله تعالى ) أشار به الى ما ذكره بعد عدة أوراق في باب التصرف في الرهن عند قوله وإذا ادعى المرتهن الرهن للراهن ( والمال دين على الوصى ) اى مال المرتهن دين عليه ( معناه ) اى معنى والمال دين على الوصى ( وهو المطالب به ) اى بالدين

ثم يرجع بذلك على الصبي ، لانه غير متعد في هذه الاستعارة ، إذ هي لحاجة الصبي . ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي ، لانه متعد ، إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه . ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته ، لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال ، وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين إن كان قد حل . فإن كان قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم ، لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب لـــه على اليتيم فالتقيا قصاصاً ،

---

( ثم يرجع ) الوصى ( بذلك على الصبى ، لانـه غير متعد في هـذه الاستعارة ، اذ هى لحاجـة الصبى ) اى لان الاستعارة كانت لمصلحة الصبى وإنـــه قضى دين الصبى فيرجع عليه .

( ولو استعاره ) أي ولو استعار الوصي الرهن ( لحاجة نفسه ضمنه ) يعني إذا هلك في يده ضمنه ( للصبي ، لأنه متعد ، إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ) أي لأنه لم يكن له ولاية استعمال في مال الصغير في حاجة نفسه ، فكان متعدياً فيضمن .

( ولو غصبه الوصي بعدما رهنه واستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنـــده فالوصي ضامن لقيمته ، لأنـــه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال ، وفي حق الصبي ) أي ولأنه متعد في حقه ( بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين إن كان قـد حل ) أي الدين ( فإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم ، لأنـه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصاً ) يعني أن الوصي وجب عليـــه باستعمال مال اليتيم في حاجة نفسه لليتيم كما وجب على اليتيم للوصي بقضاء الوصي دين اليتيم ، فصار آخر الدينين قصاصاً عن الأول .

وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن ، وأدى الزيادة من مال اليتيم ، لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير . وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن والفضل لليتيم ، وإذا كان لم يحل الدين فالقيمة رهن ، لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم ، فتكون رهناً عنده ، ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه . ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ، ولايضمنه لحق الصغير ، لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد ، وكذا الأخذ ، لأن له ولاية أخذ مال

---

( وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن ) قال الكاكي قوله أدى قدر الدين إلى المرتهن . وفي بعض النسخ أدى قدر القيمة ، وهذا سهو وقع من الكاتب ، وهذا ظاهر لا خفاء لأحد أن حق المرتهن بقدر الدين لا قيمة الرهن ، فكان الصحيح ما أثبته في المتن ، وكذلك قاله الأترازي ، وفي نسخة شيخي العلاء « ر ح » أن مثل ما قالا أدى قدر الدين . وفي نسخة العرف وقع السهو والعمدة على ما قالوا ( وأدى الزيادة من مال اليتيم ، لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير . وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن والفضل ) أي أدى الفضل ( لليتيم وإن كان لا يحل عليه دين فالقيمة رهن ) لأنها تقوم مقام الرهن ( لأنه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم ، فتكون رهناً عنده ) أي عند المرتهن ( ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ) أراد به قوله فإن كانت قيمته مثل الدين ، إلى آخره .

( ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير ، لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد ، وكذا الأخذ ) أي وكذا حكم أخذ الوصي الرهن من المرتهن مثل ما ذكر ( لأن له ) أي للوصي ( ولايه أخذ مال

اليتيم ، ولهـــذا قال في كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء ، لأنـــه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ ، فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير ، لأنه ليس بمعتد ، بل هو عامل له ، وإن لم يحل يكون رهناً عند المرتهن ، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا . قال ويجـــوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون ، لأنه يتحقق الإستيفاء منه ، فكان محلاً للرهن . فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلهـــا من الدين وإن اختلفا في الجودة ، لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة

---

اليتيم ، ولهذا ) أي ولأجل كونه ولاية الأخذ ( قال في كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء ، لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ ، وإذا هلك في يده يضمن للمرتهن يأخذه بدينه ) أي يأخذه المرتهن ما تضمنه الوصي بمقابلة دينه ( إن كان قد حل ) أي الدين ( ويرجع الوصي على الصغير ، لأنه ليس بمتعد ، بل هو عامل له ) .

( وإن كان ) أي الدين ( لم يحل يكون رهنـــاً ) أي تكون القيمة رهنـــاً ( عند المرتهن ، ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منـــه ) أي من القيمة ( ويرجع الوصي على الصبي بذلك ) أي بمـــا أخذ المرتهن ( لمـــا ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأنه ليس بتعد بل هو عامل لـــه .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لأنه يتحقق الاستيفاء منه ) أي من رهن هذه الأشياء ( فكان ) أي حل كل واحد من هذه الأشياء ( محلا للرهن ، فإن رهنت ) أي هذه الأشياء ( بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين ، وإن اختلفا في الجودة . لأنه لا يعتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها ) لأن الجودة لا قيمة لها

بجنسها ، وهذا عند أبي حنيفة ، لأن عنده يصير مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة ، وعندهما يضمن القيمـــة من خلاف جنسه ، ويكون رهناً مكانه . وفي الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه ، قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنـــه أو أكثر ، هذا الجواب في الوجهين بالإتفاق ، لأن الإستيفاء عنده باعتبار الوزن ، وعندهما باعتبار القيمـــة ، وهي مثل الدين في الفصل الأول وزيادة عليه في الثاني، فيصير بقدر الدين مستوفياً . فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور .

---

إذا لاقت جنسها فيما يجري فيه الربا ( وهذا ) أي المذكور ( عند أبي حنيفة « رح » ، لأن عنده ) أي عند أبي حنيفة ( يصير ) أي المرتهن ( مستوفياً باعتبار الوزن دون القيمة ، وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ، وتكون رهناً مكانه ) .

( وفي الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيـه ) صورته في الجامع قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل عليه عشرة دراهـم لرجل فرهنه بها ابريق فضة قيمته عشرة دراهم فضاع ، قال هو بما فيه .

( قال ) أي المصنف « رح » ( معناه ) أي معنى قوله هو بما فيه (أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر ) فإن كان مثله فلا يشكل ، لأنه لا ربا فيه ولا ضرر ، وإن كان أكثر فكذلك عندهم جميعاً ، أشار إليه بقوله ( هذا الجواب ) أي قوله هو بما فيه ( في الفصلين بالاتفاق ) وأراد بالفصلين ما كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب ، وفي بعض النسخ في الوجهين ؛ ( لأن الاستيفاء عنده) أي عند أبي حنيفة « رح » ( باعتبار الوزن ، وعندهما باعتبار القيمة ، وهي مثل الدين في الفصل الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير ) أي على الدين ( بقدر الدين مستوفياً ) وتسقط الزيادة لكونه أمانة (فان كانت قيمته أقل من الدين فهو عـــلى الخلاف المذكور ) يعني عند أبي حنيفة يهلك بالدين ،

لهما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة ، لأنه يؤدي إلى الربا فصرنا إلى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه . وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالرديء جائز ، كما إذا تجوز به

---

وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( لأنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ) وهو إسقاط حقه في الجودة ( ولا ) أي ولا وجه أيضاً ( إلى اعتبار القيمة ، لأنه يؤدى إلى الربا ، فصرنا إلى التضمين ، بخلاف الجنس لينقض القبض ) أي قبض المرتهن في قيمة الهالك ( ويجعل مكانه ) أي ويجعل قيمة الإبريق مكان الإبريق رهناً ، وقال تاج الشريعة أي يجعل الضمان مكان الهالك ( ثم يتملكه ) أي يتملك الراهن الرهن الذى جعل مكان الرهن الأول ، كذا فسره الأكمل .

وقال الأترازى ثم يتملك الراهن تلك القيمة ، ويرجع المرتهن عليه بدينه ، أو يتملك المرتهن الابريق الذى ضاع فضمنه ، لأنه أدى بدله ، وهذا وجه عندي. وقال الكاكي وما ذكر في بعض الحواشي ثم يتملكه ، أي المرتهن غير صحيح ، لأن تملك المرتهن لا يخلو ، اما أن يجعل ذلك المضمون مكان الرهن الأول ثم يتملكه المرتهن أو يتملكه قبل أن يجعل رهناً مكان الأول ، فإن جعله رهناً ثم يتملكه لا يصح ، لأن ذلك حكم جاهلي ، وإن تملكه قبل جعله رهناً كان مخالفاً لجميع الروايات من مبسوط شيخ الإسلام وشروح الجامع .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالرديء جائز ، كما إذا تجوز به ) قال الكاكي هذا وقع في النسخ ، ولكن الأصح أن يقال استيفاء الرديء بالجيد جائز ، لأن الاستدلال بقوله كما إذا يجوز به يعني في بدل الصرف والسلم ، أن الأصح ما قلنا ، لأن التجوز يستعمل فيما

وقد حصل الاستيفاء بالاجماع، ولهذا يحتاج إلى نقضه، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان، لأنه لا بد له من مطالب ومطالب، وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض. وقيل هذه

---

إذا أخذ الرديء مكان الجيد، ولأن في جواز استيفاء الجيد بالرديء لا شبهة لأحد فيه فلا يحتاج إلى الاستدلال بشيء آخر، ولأن وضع المسألة فيما إذا استوفى المرتهن بعشره قيمة ابريق هي أقل من العشرة لروايته، فكان المرتهن مستوفياً الرديء بمقابلة جيده.

وقال الأترازي وصوابه أن يقال واستيفاء الرديء بالجيد جائز بدلالة السياق، والسياق أما الأول فان المسألة في استيفاء الإبريق الذي قيمته أقل من عشرة له ذاته بالعشرة الجيدة. وأما الثاني فلأن قوله يجوز به دليل على ذلك، لأن التجوز يستعمل في المسامحة في الاستيفاء، وإنما المسامحة في استيفاء الرديء بالجيد، ولا حاجة إلى المسامحة في عكسه، انتهى. قلت الذي سبق بهذا صاحب النهاية، ونقل عن الأكمل مثل ما ذكرنا، ثم قال وأولى أن ما في النسخ حق ولم أدر ما وجه ذلك.

( وقد حصل الاستيفاء بالإجماع ) لأن المرتهن متى يصير مستوفياً بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفاء، فكأنه رضي بدون حقه، وصار كما لو استوفى الرديء مكان الجيد، وهو عالم كذا في المبسوط ( ولهذا يحتاج إلى نقضة ) أي ولأجل حصول الإستيفاء بالهلاك يحتاج إلى نقضه والغرض عدمه، وأشار إليه بقوله ( ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان ) بيانه أن الاستيفاء لا يرتفع إلا بنقض الاستيفاء برد الرهن إلى الراهن، فلم يوجد النقض بالرد، ولا يمكن نقضه بالضمان، لأنه تعذر، وهو معنى قوله ( لأنه لا بد له ) أي للضمان ( من مطالب ) بكسر اللام ( ومطالب ) بفتح اللام، ولا يمكنه تحقيق هذا المعنى في الشخص الواحد للتنافي توضيحه المطالب بكسر اللام لا يخلو إما أن يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعيناً في طلبه ما يضره، ولا المرتهن لأنه يطالب بفتح اللام، فلا يكون مطالباً بكسر اللام.

( وكذا الإنسان ) دليل آخر ( لا يضمن ملك نفسه ) لأن الإنسان إنما يضمن لأجل

فريعة مـــا إذا استوفى الزيوف مكان الجيد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء ، وهو معروف ، غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور ، لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة ، وفي هذا مع أبي يوسف ، والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفى من عينها ، والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك

---

غيره وضمان المرتهن ، هذا لأجل نفسه ، ولا نظير له في الشرع فلم يستقم القول بـــه ( وبتعذر التضمين يتعذر النقص ) فيتقرر الاستيفاء .

( وقيل هذه ) أي هذه المسألة ( فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت، ثم علم بالزيافة ) وجه كونه فرعاً أن المرتهن يصمد مستوفياً حكماً بهلاك الرهن ، فيعتبر بما لو استوفى حقيقة كما في هذه المسألة حقيقة ، ولا يكون نقض استيفائه حقيقة، فكذا فيما نحن فيه ( وهو معروف ) أي حكم استيفاء الديون عن الجياد معروف ( غير أن البناء) أي بناء هذه المسألة، على مسألة قبض الدين زيفاً مكان الجيد ( لا يصح على ما هو المشهور ) من الرواية ( لأن محمداً فيها مع أبي حنيفة « ر ح » ) على ما قيل أن عيسى بن ابان روى أن محمداً مع أبي يوسف في تلك فلا يصح البناء .

والحاصل أنه لو كانت هذه المسألة بناء على تلك المكان قول محمد هنا مثل مـا كان ثمة ، وليس كذلك ، لأن محمداً ثمة مع أبي حنيفة ، وهنا مـع أبي يوسف ، وهو معنى قوله لأن محمداً هنا مع أبي حنيفة ( وفي هذا مع أبي يوسف ) فاذا كان كذلك لم يصح البناء بأن تكون هذه المسألة ابتدائية .

( والفرق لمحمد ) يعني على تقدير أن تكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة ( أنـه ) أي أن رب الدين ( قبض الزيوف ليستوفى ) أي دينه ( من عينها ) أي يكون عينها قدام ماله من الدين عليه ( والزيافة لا تمنع الاستيفاء ) فكان الدين من جنس حقه ( وقد تم ) أي الاستيفاء ( بالهلاك ) أي الرهن ، وفي مســألة الرهن مـا قبض الرهن ليستوفى حقه من عين الرهن ، بل قبضه وثيقة حتى يستوفي حقه من غير الرهن ، وهو معنى قوله

وقبض الرهن ليستوفى من محل آخر فلا بد من نقض القبض ، وقد أمكن عنده بالتضمين . ولو انكسر الابريق ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك ، لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين ، لأنه يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد ، ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه إن شاء أفتكه بما فيه ، وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه ، وتكون رهناً عند المرتهن

---

( وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر ) يعني من غير الرهن ، فاذا كان كذلك ( فلا بد من نقض القبض وقد أمكن ) أي نقض القبض ( عنده ) أي عند محمد «ر ح» (بالتضمين) أي بتضمين المرتهن .

( ولو انكسر الابريق ) يعني هذا الذي ذكرنا فيما إذا هلك الرهن ، أما إذا انكسر ( ففي الوجه الأول ، وهو ما إذا كانت قيمته ) أى قيمة الإبريق الرهن ( مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك ) أي لا يجبر الراهن على فك الرهن ( لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين ، لأنه ) أي لأن المرتهن ( يصير قاضياً دينه بالجودة على الانفراد ) فإنه لم ينقض عن الدين إلا في مقابلة ما فات من جودة الإبريق بالكسر ، وذلك ربا ( ولا إلى أن يفتكه مع النقصان ) أي ولا أيضاً إلى أن يمسك الراهن الرهن مع النقصان ( لما فيه من الضرر ) بالراهن ، لأن المرتهن قبض الرهن سليماً من العيب ، وبالانكسار صار معيباً ، فيصل إليه حقه ناقصاً إذا لم يسقط شيء من دينه ، وذلك ضرر به لا محالة ، فإذا كان كذلك ( فخيرناه ) أي الراهن ( إن شاء افتكه بما فيه ) أي بالدين الذي في المكسور ، يعني افتك الراهن الإبريق المنكسر ناقصاً لما هو بالدين الذي هو مرهون فيه يعني بجميع الدين .

( وإن شاء ضمنه قيمته ) أي المرتهن ( من جنسه أو خلاف جنسه ) أى خلاف جنسه مصنوعاً ( وتكون رهناً عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان ) وهذا عند أبي حنيفة

والمكسور للمرتهن بالضمان ، وعند محمد إن شاء أفتكه ناقصاً ، وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً صار بمنزلة الهلاك ، وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع ، فكذا فيما هو في معناه . قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية ، وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة، ثم تقع المقاصة . وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم جاهلي ، فكان التضمين بالقيمة أولى .

---

وأبي يوسف ( وعند محمد « رح » إن شاء أفتكه ناقصاً ، وإن شاء جعله بالدين اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك ) فثمة مضمون بالدين لا بالقيمة بالاجماع ، فكذا هنا .

( وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجاناً ) يعني لما تقدم أنه لا وجه إلا أن يذهب يعني من الدين ولا أن يفتكه من النقصان بقي أن يفتكه مجاناً ، وهو متعذر ، فاذا كان كذلك ( صار بمنزلة الهلاك ) في فعذر الهلاك وهو متعذر ، فاذا كان كذلك ( وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالإجماع ، فكذا فيا هو في معناه ) أى في معنى الانفكاك الحقيقي .

( قلنا الاستيفاء عند الهلاك ) أى عند هلاك الرهن ( بالمالية ) وكل ما استوفى عند الهلاك بالمالية له طريقه ( وطريقه أن يكون مضموناً بالقيمة ) لفوات عينه ( ثم تقع المقاصة ) بين الدينين يعني ما له وما عليه ، وهو مشروع ( وفي جعله بالدين ) أى وفي جعل الرهن مضموناً بالدين حال قيامه ( اغلاق الرهن ) وهو الاجناس الكلي بأن يصير الرهن مملوكاً للمرتهن ( وهو حكم جاهلي ) مردود في الشرع ، لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ، ولو جعلناه مضموناً بالقيمة لا يؤدي إلى غلوق الرهن لانتقال حكم الرهن إلى مثله ، فإذا كان كذلك ( فكان التضمين بالقيمة أولى ) وفي هذه العبارة تسامح ، والحق أن يقال فكان التضمين بالقيمة واجباً أو صواباً أو الصحيح أو ما شاء كل ذلك .

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقـــل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيـــداً من خلاف جنسه ، أو رديئاً من جنسه ، وتكون رهناً عنده ، وهذا بالاتفاق ، أما عندهما فظاهر ، وكذلك عند محمد ، لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ، والهلاك عنده بالقيمة . وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته ، وتكون رهناً عنده لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة ، فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً يجعل كله مضموناً ، وإن بعضه فبعضه ،

---

( وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية ) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثانية ، وإنما قدم الوجه الثالث على الوجه الثاني لانـــه له مناسبة بالوجه الاول من جهة أنهما قالا هو مـــا يصلح أن يكون مضموناً بالقيمة فيما إذا كان وزنه وقيمته سواء ، كما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ( يضمن قيمته جيـــداً من خلاف جنسه ، أو رديئاً أو يضمن رديئاً من جنسه وتكون رهناً عنده ) أي عند المرتهن (وهذا) أى المذكور ( بالاتفاق ) بين أصحابنا الثلاثة .

( أما عندهما ) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف ( فظاهر ) كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حال الانكسار ( وكذلك عند محمد ، لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ، والهلاك عنده بالقيمة ) يعني في هذا الفصل ،وهو ما إذا كانت قيمة الإبريق أقل من وزنه لا بالدين ، فكذا الانكسار .

( وفي الوجه الثاني ،وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر ) لجودة صناعته فيه (عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته ، وتكون رهناً عنده لان العبرة ) في الاموال الربوية ( للوزن عنده ) أي عند أبي حنيفة ( لا للجودة والرداءة ، فان كان ) اي الرهن ( باعتبار الوزن كله مضموناً يجعل كله مضموناً ) كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضموناً من حيث القيمة ( وإن كان بعضه فبعضه ) أى وإن كان بعضه

وهذا لأن الجودة تابعة للذات ، ومتى صار الأصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة . وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ،ويكون خمسة أسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعاً ، ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا ،فعنده تعتبر الجودة والرداءه ، وتجعل زيادة القيمـــة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر ، وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض ، وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فأمكن اعتبارها .

---

مضموناً كما إذا كان وزن الرهن أكـــثر من وزن الدين فبعضه مضمون ، وهو مقدار الدين لا الزائد عليه ، وتنقسم الجودة على المضمون ، ولان حصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة .

( وهذا لان الجودة تابعة للذات ، ومتى صار الاصل مضموناً استحال أن يكون التابع أمانة ) لا يخالف الاصل ( وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ، وتكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان وسدسه ) أى سدس المنكسر ( ويفرز حتى لا يبقى الرهن شائعاً ) بطرءان الشيوع ، فان الطارىء ... لانه فيه كالمقارن ( ويكون مع قيمته خمسة اسداس المكسور رهناً ، فعنده ) أى فعند أبي يوسف ( تعتبر الجودة والرداءة متفرقة ، وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنى عشر ، وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة ، بخلاف جنسها وفي تصرف المريض ) مرض الموت ، فانه إذا باع قلباً وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر خروجه من الثلث ، كما لو تبرع من العين .

( وإن كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها ) كلمة إن واصلاً إليه بقوله ( سمعاً ) أى من حيث السماع من الشارع ، وهو قوله جيدها ورديئها سواء ( فأمكن اعتبارهـــا )

يعني اعتبار الجودة ، لان زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن ، فأمكن اعتبارها ، وسدسه أمانة ، فالمعتبر بالإنكسار فيما هو مضمونة تعتبر ، وحالة الإنكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضاً ، فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه ، وطريق معرفته خمسة أسداس الوزن أن ينقص من الوزن الذي هو عشرة سدسه وهو درهم وثلثا درهم يبقى خمسة أسداسه وهي ثمانية دراهم وثلث درهم ، وذلك لان العشرة ستة أسداس ، فيكون خمسة أسداس الإبريق عشرة .

وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها وشعبها ستة وعشرون فصلاً ، ونذكر أولاً اصولاً في هذا الباب .

منها انه إذا رهن فضة من فضة ، أو ذهب بذهب ، أو حنطة بحنطة ، أو شعيراً بشعير فهلك الرهن وقيمته بمثل الدين وقدره كقدره هلك بالدين في قولهم جميعاً ، وإذا كانت قيمته أكثر من قيمة الدين وقدره مثل وزن الدين هلك بالدين في قولهم ، وإن كانت قيمته أقل من قيمة الدين فهلك ذهب بالدين عند أبي حنيفة . وقالا يقوم المرتهن بمثله إن كان له مثل قيمته إن لم يكن له مثله من غير جنسه ، ويرجع بالدين . وإذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن فقد ذكر في الاصل عند أبي حنيفة أنه يضمن قيمته ، فيكون رهناً ، وإن كان وزنه أكثر من الدين ضمن بقدر الدين .

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في الإملاء وفي نوادره أنه لا ضمان على المرتهن ، ويقال للراهن هات الدين كله وخذ الرهن . وكذلك روي عن ابن الزبير عن أبي يوسف عن أبي حنيفة والحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وقال محمد في الزيادات هو قياس قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد إذا كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن .

وإن كانت قيمته أكثر من الدين ووزنه كوزن الدين فقد اختلفت الروايات عن أبي يوسف ، فروى محمد عنه أنه يضمن منه مقدار المضمون من القيمة . وروى بشر عنه أنه يضمن قيمته . وقال محمد « رح » في الرهن إذا دخله عيب

وجودته مثل الدين أو أكثر ان للراهن أن يتركه على المرتهن بدينه ومنع أبو حنيفة وأبو يوسف ذلك .

وإذا ثبتت هذه الاصول قلنا لا يخلو إما أن يكون وزن الرهن مثل الدين أو أقل أو أكثر ، فان كان مثل الدين فلا يخلو إما أن يكون مثله في الجودة أو دون أو أجود ، وإن كان وزنه أكثر من الدين فلا يخلو اما أن يكون قيمته أكثر من وزنه أو مثل وزنه أو أقل من وزنه ومثل الدين ، أو أقل من وزنه وأقل من الدين أو أقل من وزنه من الدين أو أكثر من الدين فهذه ثلاثة عشر فصلاً ، كل واحد منها لا يخلو الرهن فيه من هلاك أو نقص ، فذلك ستة وعشرون فصلاً ، وبيان هذه الفصول انه إذا كان وزن الرهن مثل الدين وقيمته كذلك هو أن يكون الدين عشرة ووزن الرهن عشرة ، وقيمته عشرة فلا يخلو اما أن يهلك أو ينكسر ، فإن هلك هلك بالدين في قولهم جميعاً ، وإن انكسر ضمن قيمته بالإنكسار في إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف .

وقال محمد للراهن أن يملكه بدينه ، وإن كان وزنه مثل الدين وقيمته أقل ، وهو أن يكون ثمانية ، فإن هلك هلك بالدين . وعند أبي حنيفة وعندهما يضمن قيمته من الذهب ويرجع بدينه ، وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي حنيفة في رواية ، وهو قول أبي يوسف .

ولا يمكن التمليك عند محمد ، لأنه أدون من حق المرتهن إلا أن يرضى المرتهن بذلك ، وإذا كانت قيمته أكثر من الوزن مثل أن يكون اثني عشر ، فإن هلك هلك بالدين عند أبي حنيفة ، لأن الجودة لا قيمة لها عنده . وعند محمد ان الجودة لا اعتبار بها ها هنا ، لأنها فاضلة عن الدين فهو أمانة ، وأما على قول أبي يوسف فالجودة مضمونة كالوزن فقد قيل على قوله يهلك خمسة أسداسه بالدن وسدسه بالأمانة وقيل على قوله يضمن المرتهن خمسة أسداس انقلب من الذهب ، ويرجع بدينه حتى لا يؤدي ذلك إلى الربا ، وأما إذا انكسر فله ثلاثة أحوال إما أن يذهب بالإنكسار بعض الجودة فبقى قيمته أحد عشر ، وكل الجودة فتبقى قيمته عشرة أو أكثر من الجودة فتبقى قيمته ثمانية ، ففي جميع الأحوال عند أبي حنيفة يضمن جميعه .

وعند أبي يوسف « رح » في رواية يضمن خمسة اسداسه وفي رواية يضمن جميعـــه .

وعند أبي يوسف في رواية يضمن جميعه . وعند محمد « ر ح » إن نقص من القيمة درهم أو درهمان ولا ضمان على المرتهن ويفكه الراهن بجميع دينه . وقد قيل على قوله له أن يضمنه ، وإن كان الدين عشرة والوزن ثمانية فإن كانت قيمته أقل من وزنه مثل أن يكون ستة ، فان هلك هلك بثمانية عند أبي حنيفة . وعندهما يقوم قيمته من الذهب ويرجع بدينه ، وإن انكسر ضمن قيمته عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما يقوم قيمته من الذهب وعند محمد لا يجزه في التمليك فلا بد من التضمين على قوله ، وإن كانت قيمته مثل وزنه فهلك هلك بمثل وزنه في قولهم . وإن انكسر ضمن عندهما . وعند محمد له أن يملكه بثمانية من الدين لأنه مثلها في الوزن والجودة .

وان كانت قيمته أكثر من وزنه واقل من الدين مثل أن يكون تسعة هلك بثمانيـــة عند أبي حنيفة ، وعندهما يضمن قيمته . وان انكسر ضمن قيمته في قولهم . وان كانت قيمته مثل الدين وهو أن يكون عشرة فالكلام في الهلاك والإنكسار كالكلام فيه اذا كانت قيمته تسعة ، وان كانت قيمته اكثر من الديـــن وهو أن يكون اثني عشر ، فان هلك هلك بثمانية عند أبي حنيفة ، وعنـــد أبي يوسف « رح » يضمن خمسة أسداسه . وقد قيل يهلك خمسة أسداسه بالدين .

وان كان اقل من الدين وزناً . وقد قيل عنه انه يضمن قيمتـــه خمسة اسداسه من الذهب ويرجع بدينه على الراهن حتى لا يؤدي الى الربا . وان انكسر فجميعه مضمون عند أبي حنيفة وأبي يوسف يضمن خمسة اسداسه . وعند محمـــد ان نقص بالإنكسار درهم أو درهمان لم يضمن . وان نقص اكثر من ذلك ضمن ، الا أن يختار تمليكه بدينه واسقاط الجودة . واذا كان وزنه اكثر من الدين ، وهو أن يكون اثني عشر ، فاذا كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب خمسة اسداسه بالدين وسدسه بالامانة في قولهم ، فان انكسر ضمن خمسة اسداسه في قولها . وعند محمد له أن يملكه خمسة اسداسه بالدين ، وان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين مثل أن يكون وزنه اثني عشر وقيمته أحد عشر ، فاذا هلك هلك بالدين خمسة اسداسه عند أبي حنيفة ، ولا رواية عنهما في هذا الفصل .

قال ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلاً معينا حاضراً في المجلس فقبل . وجـــه القياس

---

وان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند أبي حنيفة ، لانه لا يعتد بالجودة . وكذا يجب أن يكون على قول أبي يوسف « رح » ، لانـه لا جودة في الرهن ، فيعتبر الوزن . وعلى قول محمد لا يجوز التمليك بأن الوزن أوزن من الدين . وان كانت قيمته مثل من الدين عشرة فهلك هلك خمسة اسداسه بالدين عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما يقوم جميع قيمته . وان كانت قيمته أقل من الدين مثل أن يكون قيمته ثمانية ، فان هلك ذهب خمسة اسداسه بالدين عند أبي حنيفة رحمـــه الله . وان انكسر ضمن خمسة اسداسه . وعندهما يضمن قيمته في الحـــالين ، وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك بخمسة اسداسه بالدين عند أبي حنيفة « رح » .

وقيل على قول أبي يوسف انه يضمن مقدار الدين من القيمة . وعلى قول محمد «رح» له أن يملكه ان اختار ، وان انكسر ضمن عند أبي حنيفة « رح » خمسة اسداسه . وعند أبي يوسف يضمن ثلثيه . وعند محمد « رح » إن نقص مقدار الجودة لم يعتد به ، وإن نقصه من الوزن فان شاء من الوزن فان شاء ملكه خمسة اسداسه بالدين ، وإن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء غرمه قيمة خمسة أسداسه حتى لا يسقط حقه من الجودة ، وبقي الكلام هنا في فصل واحد ، وهو أن كل موضع ضمن بالمرتهن بعض القلب بالإنكسار ملـــك ما ضمن بالضمان ، وصار شريكاً في بقية الرهن .

( قال ) أي القدوري ( ومن باع عبداً على أن يرهنه المشتري شيئاً بعينـــه جاز استحساناً) هذه المسألة مرت في البيوع فالبيع بشرط الرهن المعين والكفيل المعين جائز ، ولا نعلم فيه خلافاً . وإذا لم يكن الرهن معيناً ، وكذا الكفيل لا يجوزه وكذا إذا كان الكفيل غائباً عندنا والشافعي وأحمد . وحكي عن مالـــك وأبي ثور يصح شرط الرهن المجهول ، ويلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين .

( والقياس أن لا يجوز ، وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع شيئا على أن يعطه

أنه صفقة في صفقة ، وهو منهي منه ، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحدهما ، ومثله يفسد البيع ، وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد ، لأن الكفالة والرهن للإستيثاق ، وأنه يلائم الوجوب ، فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى ، وهو ملائم ، فصح العقد . وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة ، فبقي الاعتبار لعينه فيفسد . ولو كان غائبا فحضر

---

كفيلاً معينا حاضراً في المجلس فقبل ) أي قبل الكفيل الكفالة ( وجه القياس انه صفقة في صفقة ، وهو منهي عنه ، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد ) قيد به لأنه لو كان شرطا يقتضيه العقد وهو الذي يجب بالعقد من غير شرطه كما لو شرط تسليم المبيع على البائع أو على المشتري تسليم الثمن لا يفسد ( وفيه منفعة لأحدهما ) أي في الشرط المذكور ، وهو شرط رهن شيء بعينه منفعة لاحد المتعاقدين ، لأنه شرط مؤكد موجب العقد ، لأن المقصود بالرهن والكفالة التوثق بالثمن ، فصار كاشتراط الجودة ( ومثله ) أي مثل هذا الشرط ( يفسد العقد ) .

(وجه الإستحسان انه شرط) أي ان هذا الشرط ( ملائم العقد ، لان الكفالة والرهن للاستيثاق ، وانه يلائم الوجوب ) أي وإن الاستيثاق ملائم وجوب الثمن، إذ هو شرط استيفاء الثمن ، فيلائم العقد .

( فان كان الكفيل حاضراً في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى ) وهو عقد وثيقة ( وهو ملائم،فصح العقد . واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا، أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا ) أي المتعاقدان ( لم يبق معنى الكفالة والرهن ) وهو التوثق ( للجهالة فبقي الاعتبار لعينه) أي لعين الشرط (فيفسد العقد. ولو كان) أي الكفيل (غائباً فحضر

في المجلس وقبل صح . ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه . وقال زفر يجبر ، لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن ، فيلزمه بلزومه . ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ، ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن ، وإن شاء فسخ البيع ، لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته، إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا، لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة.

قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع

---

في المجلس وقبل ) أي الكفالة ( صح ) أي العقد ( فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه ) أي على التسليم،وبه قال الشافعي وأحمد ( وقال زفر يجبر ) وبه قال مالك وأبو ثور وابن أبي ليلى والقاضي الحنبلي فيما عدا الكفيل ( لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه ) أي من حقوق البيع ( كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ) أي فيلزم المشتري بلزوم البيع .

(ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ) في أوائل كتاب الرهن ( ولا جبر في التبرعات ، ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن ، وإن شاء فسخ البيع ، لأنه وصف مرغوب فيه ، وما رضي إلا به فيتخير بفواته ) أي بفوات الوصف المرغوب فيه ( إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً لحصول المقصود ) وهو حضور الثمرة(أو يدفع قيمة الرهن رهناً ، لأن يد الإستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة )قال تاج الشريعة قوله أو يدفع قيمة الرهن رهناً لا يراد بالقيمة الدراهم والدنانير ، لأن قيمة الشيء قائمة مقامه، فكأنها هو ، أما إن أراد أن يرهن مكانه عيناً آخر فحينئذ يحتاج إلى رهن المرتهن .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن ) أي يكون الثوب رهناً عند البائع.

أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن ، لأنه أتى بما ينبىء عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الاعطاء . والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة ، والحوالة في ضد ذلك كفالة . وقال زفر لا يكون رهنا ، ومثله عن أبي يوسف ، لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ، ويحتمل الايداع. والثاني أقلهما فيقضى بثبوته . بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك ، لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن . قلنا لما مده إلى الاعطاء علم أن مراده الرهن .

---

قيل يريد به ثوباً غير الثوب المشترى ، والصواب انه وغيره سواء . قلت القائل الكاكي ، فإنه قال أى ثوباً آخر غير المبيع ، والصواب القائل هو الاكمل ، فان التمرتاشي ذكر في جامعه اشترى ثوباً وقبضه ثم اعطى البائع وقال امسك اعطيك الثمن فهو رهن عند أبي حنيفة ووديعة عند أبي يوسف ، فحينئذ لا تفاوت بين المبيع وغيره .

( لأنه ) أى لأن المشتري ( أتى بما ينبىء عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء ) أي إعطاء الثمن ( والعبرة في العقود للمعاني ، حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة ، والحوالة في ضد ذلك كفالة ، وقال زفر لا يكون رهناً ، ومثله ) أي ومثل قول زفر روي ( عن أبي يوسف ، لأن قوله امسك يحتمل الرهن ، ويحتمل الإيداع ، والثاني اقلهما ) أي الإيداع اقل ، لكون الوديعة غير مضمونة ( فيقضي بثبوته ) أي بثبوت الإيداع .

( بخلاف ما إذا قال امسكه بدينك أو بمالك ) أي أو قال امسكه بمالك ( لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن . قلنا ) هذا جواب عن قول زفر ، وهو انه ( لما مده ) أي مد الإمساك ( إلى الإعطاء ) أي إلى وقت الإعطاء ( علم أن مراده الرهن ) لأن التكلم بحكم الرهن كالتكلم بصفته كرجل ، قال ملكتك عبدي هذا بألف درهم ، فانه يكون بيعاً لأن العبرة في المفعول للمعاني كما مر ، وقول محمد في هذا الباب مضطرب . كذا في المختلف .

## فصــــل

ومن رهن عبدين بألف فقبض حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين ، وحصة كل واحد منهما ما يحصه إذا قسم الدين على قيمتهما ، وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين ، وصار كالمبيع في يد البائع ،فإن سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيئاً من المال الذي رهنه به ، فكذا الجواب في رواية الأصل ،

---

### ( فصل )

أي هذا فصل في بيان رهن الواحد ، شرع في بيـان الرهن أو الراهن أو المرتهن إذا كانا اثنين ، لأن الواحد قبل الاثنين .

( ومن رهن عبدين بألف فقبض حصة احدهمـا لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين ) هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف رحمه ( وحصة كل واحـــد منهما ما يحصه ) بالحاء المهملة ، يقال حصني من المـال الثلث أو الربـع بالحـاء المهملة ، أي أصابني ، فصار معي أو في حصتي ( إذا قسم الدين على قيمتهما ) مثلاً إذا كان الدين ألفاً وقيمة احدهما الفان ، وقيمـة الآخر ألف ، فحصة الاول من الدين ستمائة وستة وستون وثلثا درهم ، والفضل امانة ، وحصة الآخر ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ، والباقي امانة .

( وهذا ) إيضاح لما قبله ( لأن الرهن محبوس بكل الدين ، فيكون محبوساً بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين ، وصار كالمبيع في يد البـــائع ) في أن المشتري إذا أدى حصة احدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من اخـــذه حتى يؤدي باقي الثمن .

( فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئاً من المال الذى رهنـــه به ، فكذلك الجواب ) يعني لم يتمكن من اخذه حتى يوفى المال كله ( في رواية الاصل ) يعني المبسوط.

وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمي له، وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في المبيع. وجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد، لأن أحد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر، ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز. قال فإن رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز، وجميعها رهن عند كل واحد منهما، لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة

---

( وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمي له ) إنما يقبضه إذا كان قد سمي له، وهو قياس قول ائمة الثلاثة ( وجه الاول ) أي وجه رواية الاصل ( أن العقد متحد ) يعني انه عقد واحد وليس بعقدين لاتحاد الإيجاب والقبول، حيث قال رهنتك هذين العبدين بألف، والتفصيل لا يجعله في معنى العقدين لاتحاد العقد ( لا يتفرق ) أي العقد المتحد ( بتفرق التسمية كما في البيع ) أي كما لا يتفرق في البيع، فانه إذا قال بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة ليس للمشتري أن يقبل العقد في احدهما دون الآخر، وكذلك ليس له أن يقبض احدهما إذا فقد ثمنه.

( وجه الثاني) أي وجه رواية الزيادات (انه لا حاجة إلى الاتحاد، لأن احد العقدين لا يصير مشروطاً في الآخر ) فيبقى متعدداً، ثم اوضح ذلك بقوله ( ألا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز ) بخلاف البيع، فان العادة جرت بضم الرديء إلى الجيد للترويج، فلو جاز قبول احدهما يتضرر البائع، بخلاف الرهن، فانه لا يزيل ملك الراهن، فقبول المرتهن العقد في احدهما لا يضر الراهن. وقال تاج الشريعة واختلف المشايخ في الاصح منهما. قلت قال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في الاصل.

( قال ) أي القدوري ( فان رهن عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز ) سواء كانا شريكين في الدين أو لا، فان لم يكونا شريكين ولاحدهما دراهم وللاخر دنانير فانه جائز ايضاً، ولا يعلم فيه خلاف ( وجميعها ) أي جميع العين الواحدة ( رهن عند كل واحد منهما، لأن الرهن اضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة، ولا

واحدة ، ولا شيوع فيه . وموجبه صيرورته محتبساً بالدين ، وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزيء ، فصار محبوساً بكل واحد منهما ، وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة ، فإن تهايآ فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر . قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين ،

---

شيوع فيه ) أي في المرهون بسبب عدد المستحقين كقصاص يجب لجماعته على شخص ، فانه لا يتمكن الشيوع في المحل باعتبار عدد المستحقين .

فان قلت بل فيه شيوع ، لان إضافة الرهن إلى اثنين يوجب الانقسام بينهما نصفين ، ألا ترى انه ينقسم حالة الهلاك . الجواب أن الكل محبوس بحق كل واحد منهما على الكمال تحرياً للجواز ، والمقصود من الرهن الحبس والعين الواحد يجوز أن يكون محبوساً على محل دين كل منهما على الكمال .

( وموجبه صيرورته ) اى موجب الرهن انه يصير ( محتبسا بالدين ، وهذا ) أي الإحتباس ( مما لا يقبل الوصف بالتجزيء ، فصار محبوسا بكل واحد منهما ) ولاتنافي ، كما إذا قتل واحد جماعة فحضر احد من اولياء المقتولين واستوفى القصاص يكون ذلك لنفسه وللباقين .

( وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبي حنيفة ) لان المقصود بالهبة الملك ، ويستحيل أن يكون جميع العين مالكا لهذا .

( قال ) أي المصنف وليس في كثير من النسخ لفظ قال هذا ( فان تهايآ ) بأن امسك احدهما يوما والآخر يوما ( فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر ) وفائدة كونه كالعدل في حق الآخر أن يكون الرهن في ضمان كل واحد منهما ، حتى لو هلك عند احدهما يكون المضمون على كل واحد منهما نصيبه .

( قال ) أي القدوري ( والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين ) هذا من تتمة قول القدوري الذي مر معنا وهو قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين ، صورته أن

لأن عند الهلاك يصير كل واحـــد منهما مستوفياً حصته ، إذ الإستيفاءممايتجزأ. قال فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهناً في يد الآخر ، لأن جميع العين رهن في يـــد كل واحد منهما من غير تفرق ، وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحـد المشتريين حصتـه من الثمن . قـــال وإن رهـن رجلان بدين عليهمـا لرجل رهناً واحداً فهو جائز ، والرهن رهن بكل الدين ، والمرتهن

---

يكون لاحدهما عشرة على الراهن للآخر خمسة عليه ، وللراهن ثلاثون درهمـــا فهلك عشرون من الرهن فتبقى العشرة من الرهن في يدهما ثلاثا ، ويسقط من صاحب العشرة ثلثاه ومن صاحب الخمسة ثلاثة فيكون على الرهن لصاحب العشرة ثلث العشره ، وهي ثلاث وثلث ، ولصاحب الخمسة ثلث الخمسة وهو درهم وثلثا درهم ( لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصتـــه ، إذ الإستيفاء مما يتجزأ ) أى الراهن ، لان الإستيفاء مما يتجزأ ، فلذلك يصير كل واحد مستوفيا حصته .

( قال ) أى القدورى ( فان اعطى ) أى الرهن ( احدهما ) أي احد المرتهنين ( دينه كان كله ) أي كل الرهن ( رهنا في يد الآخر ، لان جميع الرهن رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق ) وعند الثلاثة نصف رهن ونصفه وديعة . وفي المبسوط لو هلك العين عند الآخر الذى أدى دينه أن يسترد ما أدى خلافا للأئمة الثلاثة ، لان ارتهان كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر ، فيصير كل واحد منهما عند الهلاك مستوفيا دينه من مالية الرهن مسترداً ما اعطاه كيلا يتكرر الإستيفاء .

( وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى احد المشتريين حصته ) أى وعلى حكم المذكور إذا اشترى الاثنان من الواحد فأدى احدهما حصته ( من الثمن ) كان للبائع ان يحبس المبيع بنصيب الآخر .

( قال ) أى المصنف ان هذه المسألة ليست مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري ، وإنما ذكرها الكرخي في مختصره ( وإذا رهن رجلان بدين عليهما لرجل

أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهـــن يحصل في الكل من غير شيوع ، فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يـــده وقبضه فهو باطل ، لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ، ولا وجه إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل ، لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً ، لهذا وكله رهناً لذلك في حالة واحدة ، ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء لكل واحد منهما

---

رهنا واحداً فهو جائز ، والرهن رهن بكل الدين ، وللمرتهن أن يمسكه حق يستوفي جميع الدين ، لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع ) وعند الائمة الثلاثة بالشيوع لما أن رهن المشاع جائز عندهم .

( فان اقام الرجلان ) قال تاج الشريعة ، أي اللذان سبق ذكرهما عند قوله فان رهن عيناً واحدة عند رجلين ، وفي بعض النسخ فإن أقام رجلان ، وحينئذ لا حـاجة ، إلى هذا التكلف . صورته عبد في يد رجل أقام الرجلان ( كل واحد منهما البينة على رجل ) أي الذي هو العبد في يده ( انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل ) أي قيام كل واحد من البينتين بالرهن باطل ، أي قال الفقيه أبو الليث ، وقال في كتاب الشهادات الرهن في القياس باطل ، وفي الاستحسان جائز ، وبالقياس . فاخذ وجه الإستحسان انـه يجوز أن يكون الشيء رهناً عند رجلين فيكون لكل واحد منهما نصفه بنصف حقه .

وجه القياس ما ذكره المصنف بقوله ( لأن كل واحد منهما ) أي من الرجلين ( اثبت بينته أنه رهنه كل العبد ، ولا وجه إلى القضاء ) أي لا وجه ايضاً إلى الحكم ( لكل واحد منهما بالكل ) أي بكل العبد ( لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنـاً لهذا ، وكله رهناً لذلك في حالة واحدة ) والاستحالة فيه ظاهرة ( ولا إلى القضـــاء ) أي ولا وجه ايضاً إلى الحكم ( بكله ) أي بكل العبد (لواحد) من الاثنين ( بعينه لعدم الاولية) أي لعدم من يكون أولى منهما ، أي من الاثنين (ولا إلى القضاء لكل واحد منهما بالنصف)

بالنصف ، لأنـــه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما . وتعين التهاتر . ولا يقال أنه يكون رهنا لهما ، كأنهما ارتهنـــاه معا إذا جهل التاريخ بينهما ، وجعل في كتاب الشهادات ، هذا وجه الإستحسان ، لأنا نقول هذا عمل على خلاف مـــا اقتضته الحجة ، لأن كلها منهما أثبت ببينتـــه حبسا يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء ، وبهـــذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء ، وليس هنا عملاً على وفق الحجة ، وما ذكرناه وإن

---

أي بنصف العبد ( لأنه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما ) أي لأن القضاء لكل منهما، أي بالبينتين ( وتعين التهاتر ) أي تهاتر البينتين ، أي تساقطها والترك ، فالحكم لعـــدم الترجيح ، ولا ان القضاء ، أي ولا وجه ايضاً الى الحكم لكل واحد منهما .

( ولا يقال انه ) أي أن العبد ( يكون رهناً لهما ) أي للاثنين ( كأنهما ارتهناه معاً اذا جهل التاريخ بينهما ) أي لأن التاريخ لم يعلم بين بينتي الاثنين ، فإذا كان كذلك يصح أن يكون رهناً بينهما ، وهذا وجه الإستحسان ، اشار اليه بقوله ( وجعل في كتـــاب الشهادات ، هذا وجه الإستحسان ) أي جعل محمد في كتاب الشهادات من المبسوط هذا الذي ذكره من قوله لا يقال الى انه وجه الإستحسان في الجواز .

( لأنا نقول هذا عمل بخلاف ما اقتضته الحجة ، لأن كلا منهما اثبت ببينته حبساً ) سماه حبساً ، لأن الرهن حبس ( ويكون وسيلة الى مثله ) أي الى مثـــل حبس يكون وسيلة ( في الإستيفاء ) أى استيفـــاء كل الرهن ( وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره ) أى الى شطر الحبس ( في الإستيفاء وليس هذا ) أى ليس القضاء ثبوت حق يكون وسيلة الى شطر الحبس ( عملاً على وفق الحجة ) التي تقوم بها كل واحـــد منهما ، لان كلا منهما يثبت حبسا يكون وسيلة الى استيفاء تمام حقـــه . ولو جعل هذا يكون وسيلة الى نصف حقه .

كان قياسا لكن محمداً أخـــذ به لقوته ، وإذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة ، لأن الباطل لا حكم له . قال ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد . وفي القياس هذا باطل ، وهو قول أبي يوسف ، لأن الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن ، فيكون القضاء بـــه قضاء بعقد الرهن ، وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة . وجه الاستحسان

---

( وما ذكرناه ) قال تاج الشريعة ، أي ما ذكرنا في الجواب ، وهو انه باطل ( وان كان قياسا لكن محمداً اخذ به ) أي بالقياس وترك الإستحسان ، وهذا عزيز جداً حيث قدم القياس على الإستحسان ( لقوته ) أي لقوة القياس ، وضعف وجه الاستحسان له انه عمل بخلاف ما قامت به البينة فلا يصح ( واذا وقع ) أي الرهن المذكور ( باطلا فلو هلك يهلك امانة ، لان الباطل لا يحكم به [1] ) فلا يلزم لاحد شيء .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( ولو مات الراهن ) اشار بهذا الى ان المسألة المتقدمة فيما اذا كان الراهن حيا ، وهذه المسألة في بيان ما اذا مات الراهن ( والعبد في ايديهما ) أي والحال أن العبد في أيد المرتهنين ( فأقام كل واحد منهما البينـــة على ما وصفنا ) أي على أن كل منهما ارتهنه ( كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه ) أي يبيعه كل واحد نصف حقه ( استحسانا ) أي من حيث وجـه الاستحسان ( وهو ) أي الاستحسان ( قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي القياس هذا باطـل ، وهو قول أبي يوسف لأن الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد الرهن ، فيكون القضاء به ) أي بالحبس للاستيفاء ( قضاء بعقد الرهن وانه باطل ) أي القضاء بعقد الرهن باطل ( للشيوع كما في حالة الحياة ) لأنه لا يتمكن من القضاء لكل واحد منهما إلا في النصف فيلزم الشيوع .

---

(١) لا حكم له – هامش .

أن العقد لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره ، وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره ، وصار كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت اختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات ، لأنه يقبل الانقسام ، والله أعلم .

---

( وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته ، وإنما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره ) لأن الحبس في الشيوع لا يجوز ( وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره ، وصار ) أي حكم هذا كما قالوا جميعاً في كتاب النكاح ( كما إذا أدعى الرجلان نكاح امرأة ) انه تزوجها ( أو ادعت اختان النكاح على رجل ) انه تزوجها ( وأقاما ) أي الرجلان والاختان ( البينة ) على دعواهم ( تهاترت ) أي البينة منهم ( في حالة الحياة ) يعني لا يقضى لهم ، لأن المقصود في حالة الحياة الحل ، وهو لا تحل الشركة وبعد الممات تقبل البينة ( ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات ، لأنه ) أي لأن الميراث ( يقبل الإنقسام ) لأنه قال تحل الشركة والشياع ، ويقضى لكل رجل منهما بالنصف ، وهو ميراث الزوج ، ويقضى للاختين لكل واحدة منهما بالمهر وبنصف الميراث ( والله أعلم ) .

تمّ الجزء الحادي عشر من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء الثاني عشر مبتدئاً بكتاب الرهن

# باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

قال وإذ اتفقا على وضع الرهن على يـــد العدل جاز . وقال مالك لا يجوز ، ذكر قوله في بعض النسخ ، لأن يد العدل يـــد المالك ،

---

## ( باب الرهن الذي يوضع على يد العدل )

أى هذا باب في بيان حكم الرهن الذي يوضع على يد الراهن ، ولما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل،وهو الذي من الراهن والمرتهن يكون الرهن في يده ، لأنه نائب عن المرتهن ، والنائب يقوم مقام المنوب لا محالة .

( قال ) أى القدورى ( وإذا اتفقا ) أى الراهن والمرتهن ( على وضع الرهن على يـد العدل جاز ) وهو قول اكثر اهل العلم خلاف لابن أبي ليلى والحكم والحـــارث العكلي وداود « رح » . قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وقبض العــــدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته وضمانه بالدين إذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبي وعطـــاء والحسن . وقال ابن أبي ليلى إن هلك في يد العدل لم يبطل الدين ، وإن مات الراهن فالمرتهن أسوة الغرماء فيه .

( قال مالك لا يجوز ذكر قوله ) أى ذكر قول مالك ( في بعض النسخ ) أشار به إلى أن في بعضها ليس كذلك ، فإنه ذكر في المبسوط وشرح الأقطع ابن أبي ليلى بدل مالك . قال الأكمل وكأنه شك في هذه الرواية عن مالـــك ، فإن القبض ليس بشرط عنده كما مر في اول هذا الكتاب ، فإنه يثبت ذلك عنده كان عنه روايتان . وقال الكاكي ولمالـــك « رح » فيه رواية . وقال الشيخ أبو الفضل الكرماني في إشارات الأسرار والرهن يـــتم بقبض العدل خلافاً لمالك ، لأن يده يداً لمالك فلا يتم به الرهن ( لأن يد العدل يد المالك ) أى الراهن .

ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض . ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ ، إذ العين أمانة ، وفي حق المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين

---

وفي الكافي هذا الدليل مشعر بأن على قول مالك القبض شرط ، وقد شرط في كتبه شرط فيمكن أن يكون له روايتان حتى يصح ذلك ، ولكن انه لا خلاف لمالك في جواز وضعه على يد العدل . قلت ذكر مالك وفي المدونة ولا يتم رهن إلا بقبضه .

( ولهذا ) أي ولكون يد العدل يد المالك ( يرجع العدل عليه ) أي على الراهن ( عند الاستحقاق ) يعني إذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ، ولو لم يكن يده يد الراهن لما رجع ( فانعدم القبض ) إيضاحه أن رجوع العدل على الراهن عند الاستحقاق لوقوع الفعل له ، يدل على أن الرهن غير مقبوض ، لأن الاصل أن ما عمل عمل الإنسان بأمره ولحقه الغرم يرجع على الذي وقع له العمل ، وهنا يرجع على الراهن بعدم القبض ، فإذا كان كذلك لا يجوز وضعه على يد العدل ، لأن وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً ، لأن العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ، لأن المالك هو الراهن ، لأن المرتهن كيف يكون نائباً عن المرتهن ، والعدل نصب ليحفظ عنه في حال لا يؤتمن عليه ، ولهذا لحقه ضمان بأن هلك في يده ثم جاء مستحق يرجع به على الراهن دون المرتهن .

( ولنا أن يده ) أي يد العدل ( على الصورة ) يعني بالنظر إلى الظاهر ( يد المالك في الحفظ إذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية ) إذ الإستيفاء يكون منها ( فنزل ) أي العدل ( منزلة الشخصين ) لا يجوز أن تجعل اليد الواحدة في الحكم بدين كمن أدى ماله إلى الساعي قبل الحول يده يد المالك من وجه ، حتى لو انتقض النصاب لو هلك قبل الحول له أن يشترط المؤدى إذا بقي في يده ويد الفقير من وجه ، حتى لو هلك المؤدي في يده وبقي النصاب إلى آخر الحول يقع المؤدى

تحقيقاً لما قصداه من الرهن ، وإنما يرجع العدل على المالك في الإستحقاق ، لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع . قال وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته ، وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر . فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة . ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن ، لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما

---

زكاة كما لو دفعه إلى الفقير ( تحقيقاً لما قصداه من الرهن ) يعني لأجل تحقيق ما قصداه ، لأن غرضهما تحقيق عرض عقد الرهن .

( وإنما يرجع العدل على المالك ) هذا بيان لقوله ولهذا يرجع العدل عليه ، توضيحه أن رجوع العدل على المالك ( في الاستحقاق ، لأنه نائب عنه ) أي لأن العدل نائب عن المالك ( في حفظ العين ) في حال لا يؤتمن عليه ( كالمودع ) إذا كانت الوديعة في يده ثم استحقت ضمن المودع ، ثم يرجع على المودع .

( قال ) أي القدوري ( وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه ) أي أن يأخذ الرهن من العدل ( لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده أمانته ) أي أمانة العدل ( وتعلق حق المرتهن به استيفاء ) أي من حيث الاستيفاء ( فلا يملك احدهما ) أي الراهن أو المرتهن ( إبطال حق الآخر ، فلو هلك في يده ) أي فلو هلك الرهن في يد العدل ( هلك في ضمان المرتهن ، لأن يده ) أي يد العدل ( في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ) أي يد المرتهن في حق المالية مضمونة بالاقل من قيمة الرهن ومن الدين .

( ولو دفع العدل إلى الراهن أو إلى المرتهن ضمن ، لأنه ) أي لأن العدل ( مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما ) أي الراهن أو المرتهن

أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي ، وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى أحدهما وقـــد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهناً في يده، لأنه يصير قاضياً ومقتضياً له، وبينهما تناف ، لكن يتفقان على أن يأخذاهـــا منه ، ويجعلاه رهناً عنده أو عند غـيره . ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك . ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن

---

( أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الاجنبي ) وإذا كان العـدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند احدهما كان جائز ، ولا ضمان فيه ، لأنهما أتيا بالحفظ المطلوب ، وإن كان مما لا يقسم فاقتسماه فوضعاه عند احدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول أبي حنيفة . وقالا لا ضمان عليه ، وقد مر في كتاب الوديعة .

( وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع إلى احدهما ) أى إلى الراهن أو المرتهن ( وقد استهلكه المدفوع اليه ) وهو الراهن أو المرتهن ( أو هلك في يديه ) أى في يد المدفوع اليه ( لا يقدر ) أي العدل ( أن يجعل القيمة رهناً في يده ) أي في يـــد نفسه ( لأنه ) أي لأن العدل حينئذ ( يصير قاضياً ) أي ما وجب عليه بالضمان ( ومقتضياً له ، وبينهما تناف ) لكون الواحد مسلماً ومسلماً اليه ( لكن يتفقـــان ) أى الراهن والمرتهن ( على أن يأخذاها ) أى القيمة ( منه ) أى العدل ( ويجعلاها ) أئ القيمـــة ( رهناً عنده ) أي العدل ( أو عند غيره ) .

( وإذا تعذر اجتماعهما ) أى اجتماع الراهن والمرتهن( يرفع ) أي العدل هكذا قاله الكاكي وغيره ( احدهما ) إما الراهن أو المرتهن . قال الاترازي احدهما برفع الدال ، لأنه فاعل وظن بعضهم ان احدهما منصوب ، يعني أن العدل برفع احدهما وذاك ليس بشيء، لأن العدل هو ضامن القيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي. قلت هذا ليس بوجه أنه ليس بعيد من العدل ما نفاه عنه ( إلى القاضي ليفعل كذلك ) يعني يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ، ثم يصير رهناً عنده .

الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون إلى الراهن، ووصول الدين إلى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد، وإن كان ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه، لأن العين لو كانت قائمة في يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل. قال وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة، لأنه توكيل ببيع ماله. وإن شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن

---

( ولو فعل ) أي القاضي ( ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له ) أي للعدل ( لوصول المرهون إلى الراهن، ووصول الدين إلى المرتهن، فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ) لأنه إذا أخذ الراهن القيمة يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد.

( وإن كان ) العدل ( ضمنها بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه ) أي من العدل ( لأن العين لو كانت قائمة ) فيه بين البدل والمبدل، لأن العين لو كان قائماً ( في يده يأخذها إذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع بين البدل والمبدل ) يعني لا يجمع هذا البدل والمبدل في ملك واحد ثم هلك يرجع العدل بذلك على المرتهن. قال في الذخيرة إن كان العدل رفع الرهن إلى المرتهن العارية أو الوديعة وهلك في يده لا يرجع وإن استهلكه المرتهن يرجع عليه.

( قال ) أي القدوري ( وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ) أي وكل غير المرتهن والعدل ( ببيع الرهن عند حلول الدين، فالوكالة جائزة ) ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة ( لأنه توكيل ببيع ماله وإن شرطت ) أي الوكالة ( في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل ) وعند الشافعي رحمه الله ينعزل وبه قال أحمد

عزله لم ينعزل ، لأنها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه ، ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ، لأنه تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل اتواء حقه ، وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي . ولو وكله بالبيع مطلقاً حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه ، لأنه لازم بأصله . فكذا بوصفه لما ذكرنا ، وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ، لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره . وإن مات الراهن لم ينعزل ، لأن الرهن لا يبطل بموته ، ولأنه لو بطل إنما يبطل لحق الورثة

---

وكذا لو مات الراهن انفسخت الوكالة عندهما ( لأنها لما شرطت ) الوكالة ( في ضمن عقد الرهن صار ) أي عقد الوكالة ( وصفاً من أوصافه ) أي من اوصاف الرهن ( وحقاً من حقوقه ) أي من حقوق الرهن فلزم كأصله ، لأن حكم التبع لا يفارق حكم الاصل .

( ألا ترى انه ) أي أن عقد الوكالة ( لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ) أي فيلزم عقد الوكالة بلزوم أصله عقد الرهن ( ولأنه ) أي ولأن عقد الوكالة ( تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل إتواء حقه ) أي إعدام حق المرتهن ( وصار كالوكيل بالخصومة ) أي كوكيل المدعي عليه بالخصومة ( بطلب المدعي ) حيث لم يجز للوكيل عزله ( ولو وكله بالبيع مطلقاً ) أي ولو وكل الراهن العدل ببيع الرهن مطلقاً بغير قيد شيء ( حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ، ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه ) يعني لا ينعزل الوكيل ( لأنه ) أي لأن عقد الوكالة ( لازم بأصله ) وهو الرهن ( فكذا بوصفه ) وهو الإطلاق ( لما ذكرنا ) أنه صار حقاً من حقوقه .

( وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل ، لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره ، وإن مات الراهن لم ينعزل ، لأن الرهن لم يبطل بموته ، ولأنه ) أي ولأن الوكالة ( لو بطل إنما يبطل لحق

وحق المرتهن مقدم . قال وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ، وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته، لأن العقد لا يبطل بموتهما ، ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه. إن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه لا برأي غيره . وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك

---

الورثة ) كما في سائر الوكالات ، ويبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك إلى الورثة ، ولا رضى لهم بالبيع . وأما هاهنا فلا اعتبار لحق الورثة ( وحق المرتهن مقدم ) يقدم على حق الورثة .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة ) أي للوكيل الذي هو عدل أن يبيع الرهن بالوكالة المشروطة في عقد الرهن بغير محضر من ورثة الراهن الذي مات ( كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه ) أي من الراهن (وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته ، لأن العقد لا يبطل بموتهما) أي لأن عقد الرهن لا يبطل بموت الراهن والمرتهن ( ولا بموت احدهما ) أي ولا يبطل أيضاً بموت الراهن والمرتهن ( فيبقى ) أي عقد الرهن ( بحقوقه ) وهي الحبس والإستيفاء والوكالة (واوصافه) وهي اللزوم وجبر الوكيل على البيع إذا أبى والبيع بالنسيئة وصرف الدراهم وحق بيع ولد الرهن .

( وإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ، ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه، لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث ، ولأن الموكل رضي برأيه ) أى برأي الذى وكله ( لا برأى غيره ) وفي الذخيرة الوكيل بالبيع إذا أوصى رجلاً ببيعه لم يجز إلا أن يكون الراهن قال له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه ، ويجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصي إلى غيره .

( وعن أبي يوسف أن وصي الوكيل يملك بيعه ) أى بيع الرهن عند حلول الدين

بيعه ، لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال أعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعدما صار أعياناً . قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه والإرث يجري فيما له ، بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب . وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضى الراهن ، لأنه ملكه وما رضي ببيعه ، وليس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن ، لأن المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع .

---

( لأن الوكالة لازمة فيملكه الوصي ) لأن هذا حق واجب ، ولو أراد الراهن أن يحجر عليه لم يكن له ذلك ، فصار ( كالمضارب إذا مات بعدما صار رأس المال اعياناً يملك وصي المضارب بيعها لما أنه ) أي أن البيع ( لازم بعدما صار ) أي رأس المال (اعياناً) لاجل حق رب المال .

( قلنا التوكيل حق لازم ، لكن عليه ) أن لا يجرى فيه الإرث ( والإرث يجرى في) ماله لا فيما عليه (بخلاف المضاربة،لأنها ) أي لأن المضاربة ( حق المضارب ) وله ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه بها بعد موته كالأب في مال الصغير ، والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته .

( وليس للمرتهن أن يبيعه ) أي الرهن ( إلا برضى الراهن ، لأنه ملكه ) لأن الرهن ملك الراهن ( وما رضي ببيعه ولس للراهن أن يبيعه إلا برضى المرتهن ، لأن المرتهن أحق بالمالية من الراهن ، فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع ) لأن حكم الرهن ملك العين في حق الحبس حتى يكون المرتهن احق بامساكه إلى وقت إيفاء الدين . وفي شرح الطحاوي وليس للمرتهن أن يبيع الرهن بغير إذن الراهن ، وإن باعه بغير إذنه توقف على إجازة صاحبه ، فإن أجازه جاز ، ويكون الثمن رهناً وإن لم يجز . ولا يجوز البيع ، وله أن يبطله ويعيده رهناً ، وإن هلك في يد المشتري قبل الإجازة فلا يجوز ، والإجازة

قال فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومـــه . وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة للوجه الثاني ، وهو أن فيه اتواء الحق ، بخلاف الوكيل بالبيع ، لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه ، أما المدعي لا يقدر على الدعوى

---

بعده ، ولكن الراهن له أن يضمنه أيهما شاء ، فإن ضمن المرتهن جاز البيع والثمن له ، ويكون ضمانه رهناً . وإن ضمن المشتري بطل البيع ، ويكون الضمان رهناً ثم يرجع المشتري على البائع بالثمن .

وفي مختصر الكرخي وليس للمرتهن أن يبيع الرهن في دينه إذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه أو أذن له فيه وليس له أن يؤاجره ولا أن يعيره ، فإن فعل شيئاً من ذلك فسخ البيع ورد إلى يد المرتهن رهناً .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( فان حل الاجل وأبى الوكيل الذي في يـــده الرهن أن يبيعه ، والراهن غائب اجبر على بيعه ) يعني يحبس أياماً حتى يبيعه ، فان أبى بعدما حبسه اياماً ذكر في الزيادات أن القاضي يبيعه عليه ، وهو على قولهما ظاهر . أما على قول أبي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه ، قال بعضهم لا يبيع قياساً على مال المديون. وقال آخرون يبيعه ، لأن جهة البيع تعينت ( لما ذكرنا من الوجهين ) احدهما انه وصف من اوصافه ، والآخران فيه اتواء حقه ( في لزومه ) أى لزوم عقد الوكالة .

( وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة ، وغـــاب الموكل فأبى أن يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني ) وبينه بقوله ( هو أن فيـه إتواء الحق ) أى حق المدعى ( بخلاف الوكيل بالبيع ) حيث لا يجبر بالبيع إذا امتنع ( لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه، اما المدعي لا يقدر على الدعوى ) لأنه إنما خلى سبيل الخصم اعتماداً على أن الوكيـــل يخاصمه ، فاذا امتنع الوكيل بالشيء المذكور يلحق الضرر بالمدعي كان فيه إبطال حقه

والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ، فلو لم يكن التوكيل مشروطـا في عقد الرهن ، وإنما شرط بعـده ، قيل لا يجبر اعتباراً بالوجه الأول . وقيل يجبر رجوعا إلى الوجه الثاني ، وهذا أصح ، وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ، ويؤيده إطلاق الجواب في الجامع الصغير ، وفي الأصل وإذا باع العـدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه ، فكان رهنا وإن لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا . وإذا توى كان مـال المرتهن

---

( والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه ) فاذا امتنع الوكيل عن البيع يلحق الضرر المرتهن ( فلو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن ، وإنما شرط بعده قيل لا يجبر ) أى الوكيل بالبيع ( اعتباراً بالوجه الاول ) وهو أن المرتهن لا يتضرر بامتناعه .

( وقيل يجبر رجوعاً إلى الوجه الثاني ) وهو أن فيه إتواء حقه ( وهـذا اصح ) أى القول الثاني . وقال شيخ الإسلام وفخر الإسلام وقاضي خان ، وهذه الروية أصح ، لأن المشروط بعد العقد يلحق بأصل العقد ، ويصير كالمشروط فيه .

( وعن أبي يوسف أن الجواب في الفصلين واحـد ) أى فيما كان مشروطاً في الرهن وفيما لا يكون أى يجبر فيهما ( ويؤيده ) أى يؤيد قول الثـاني ( إطلاق الجواب فى الجامع الصغير . وفى الاصل ) أى المبسوط أن يؤيد القول الثاني حيث قال فيهما ، وإذا أبى الوكيل عن البيع يجبر من غير فصل أن يكون مشروط فى العقد اولا . وقـال الشافعي واحمد لا يجبر الوكيل على البيع ، وإن كان فى ضمن الرهن لما ذكرنا ان عقدهما غير لازم ( وإذا باع العدل الرهن فقد خرج عن الرهن والثمن قـائم مقامه ، فكان رهناً ، وإن لم يقبض ) أى الثمن ( بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً ، وإذا توى ) أي إذا هلك ( كان من مال المرتهن ) أى كان الثمن التاوى مال المرتهن ، وقوله مـال المرتهن منصوب على انه خبر كان على ما قدرناه ، وبقولنا قال مالـك « رح » . وقال الشافعي

لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون ، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقـــه من حيث المالية . وإن كان بـــدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق ، فبقي عقد الرهن . وكذلك لو قتله عبـــد فدفع به ، لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً . قال وإن باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه ، وليس له أن يضمنه غيره ، وكشف هـــذا أن المرهون المبيع إذا

---

واحمد « رح » من ضمان الراهن والعدل أمين بالاتفاق فلا ضمان عليه . وقال مالـــك لا ضمان على العدل ، ولكن المشتري يرجع إلى المرتهن ويعود دينـه فى ذمة الراهن كما كان ( لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون ) .

( وكذلك إذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته ، لأن المالك يستحقه من حيث المالية ، وإن كان بدل الدم ) كلمة إن واصلة بما قبله ، يعني أن قيمة العبد المقتول يكون رهناً مقامه ، وإن كان ضمان القيمة مقـــابلاً بالدم ، ولهذا لا يزاد على دية الحر ( فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق ) وهو المالك ( فبقى عقد الرهن ) أي قامت القيمة رهناً مقام العبد المقتول .

( وكذلك لو قتله عبد ) أي لو قتل العبد المرهون عبد مثله ( فدفع به ، لأنه ) أى لأن العبد القاتل ( قائم مقام الاول لحماً ودماً ) أي من حيث اللحم والدم ، فتعلق به من الحكم ما تعلق به .

( قال ) أى محمد فى الجامع الصغير ( وإذا باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، وإن شاء ضمـــن المرتهن الثمن الذى اعطاه ، وليس له أن يضمن غيره ) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن

استحق ، أما أن يكون هالكاً أو قائماً ، ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لانه غاصب في حقه . وإن شاء ضمن العدل ، لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء ، لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه . وإن ضمن البائع ينفذ البيع أيضاً ، لانه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه باع ملك نفسه ، وإذا ضمن فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لانه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه ، وإن شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لأنه ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له ، وإنما أداه إليه على حسبان أنه

---

غير الثمن الذي اعطاه ( وكشف هذا ) أي ايضاح هذا الحكم ( أن المرهون المبيع إذا استحق اما ان يكون هالكاً وقائماً ففي الوجه الاول ) اي فيما إذا كان المرهون المبيع هالكا ( المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته ، لأنه غاصب في حقه ) أي في حق المستحق (وإن شاء ضمن العدل، لأنه متعد في حقه بالبيع والتسليم ، فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء ) أي صح قبض المرتهن الثمن مقابلة دينه ( لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين انه امر نبيع ملك نفسه ، وإن ضمن البائع ينفذ البيع ايضا ، لأنه ملكه بأداء الضمان ، فتبين بأنه باع ملك نفسه ، واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه وكيل من جهته عامل له ، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء ، ولا يرجع المرتهن عليه ) أي على الراهن ( بشيء من دينه ، وان شاء رجع على المرتهن بالثمن ، لأنه تبين انه اخذ الثمن بغير حق ، لأنه ) اى لأن العدل ( ملك العبد بأداء الضمان ونفذ بيعه عليه ، فصار الثمن له ) اي العدل .

ملك الراهن ، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به فله أن يرجع به عليه. وإذا رجع بطل الإقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد ، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع ، وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ، ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ، لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له ، وإن شاء رجع

---

( وإنما أداه اليه ) أي وإنما أدى المشترى الثمن إلى العدل ( على حسبان انه ملك الراهن ، فإذا تبين انه ملكه ) أى ملك العدل ( لم يكن راضياً به ) أى لم يكن العدل راضياً بأداء الثمن إلى المرتهن ( فله أن يرجع به عليه ) أى فللعدل أن يرجع بالثمن الذي أداه إلى المرتهن على المرتهن ( فإذا رجع بطل الاقتضاء ) أى بطل قبض المرتهن ( فيرجع المرتهن على الراهن بدينه ) .

( وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده ، لأنه وجد عين ماله ، ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن ، لأنه العاقد فتعلق به ) أى بالعاقد ( حقوق العقد ، وهذا ) أى الرجوع بالثمن ( من حقوقه ) أى من حقوق البيع ، لأن ولاية الرجوع اليه ( حيث وجب بالبيع ، وإنما اداه ليسلم له المبيع ) أى إنما أدى المشتري الثمن إلى العدل .

( ولم يسلم ) أي للمشتري المبيع والحال أنه لم يسلم ( ثم العدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة ) وفي بعض النسخ بالثمن ( لأنه هو الذي أدخله في العهدة فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن ، لأن المقبوض سلم له ) أي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن .

على المرتهن ، لأنه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً ، فيجب نقض قبضه ضرورة . وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به على الراهن . ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل ، لأنه في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل . ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا ، لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن ، فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضى . بخلاف الوكالة المشروطة

---

( وإن شاء) أي العدل ( رجع على المرتهن ) بالثمن الذي أداه اليه ( لانه إذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب نقض قبضه ضرورة ، وإذا رجع عليه ) أي على المرتهن ( وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان ، فيرجع به ) أي فيرجع بحقه الذي هو دينه ( على الراهن . ولو ان المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل ، لانه) أي لان العدل ( في البيع عامل للراهن ، وإنما يرجع عليه ) أي وإنما يرجع المرتهن على العدل ( إذا قبض ولم يقبض ، فبقى الضمان على الموكل ) المراد بالموكل المرتهن ، وسماه موكلا كأن البيع وقع لاجله ، وبالضمان للثمن ، أو المراد بالموكل الراهن وبالضمان الدين قاله الكاكي « رح » .

( ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد ، فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا ، لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع ) أي على المرتهن ( كما في الوكالة المفردة من الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهده لا يرجع به على المقتضي) أي على القابض .

في العقد ، لأنه تعلق به حق المرتهن ، فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي ، وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع . قال وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الرالراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن ، لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض . فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين ، لأنه ملكه بأداء الضمان فصح الإيفاء . وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة

---

( بخلاف الوكالة المشروطة في العقد ، لانه تعلق به حق المرتهن ، فيكون البيع لحقه ) فإذا وقع البيع لحقه لو سلم له وجاز أن يلزمه الضمان .

( قال ) أي المصنف «رح» ( هكذا ذكره الكرخي ) أراد به ما ذكره في مختصره ( وهذا ) أي الذي ذكره الكرخي ( يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع ) أي قول من لا يرى من المشايخ أن الوكيل إذا كانت وكالته غير مشروطة في عقد الرهن لا يجبر على البيع إذا أبى ذلك .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن ، وإن شاء ضمن المرتهن ، لان كل واحد منهما ) أي من الراهن والمرتهن ( متعد في حقه ) أي في حق المستحق ( بالتسليم أو بالقبض ) يعني الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض ، فكان كالغاصب وغاصب الغاصب ، فالراهن كالغاصب ، والمرتهن كغاصب الغاصب فله أن يضمن أيهما شاء .

( وإن ضمن الراهن فقد مات بالدين ) أى سقط بالدين ، يعني سقط الدين أيضا ( لانه ) أي لان الراهن ( ملكه باداء الضمان ) من وقت القبض ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ( فصح الإيفاء ، وإن ضمن المرتهن ) القيمة ( يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة

وبدينه ، أمـــا القيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن . وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه ، فيعود حقه كما كان . فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليـــه ، والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان ، فتبين أنـــه رهن ملك نفسه ، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء ، قلنا هـذا طعن أبي خازم القاضي .

---

وبدينه ) أي ورجع بدينه أيضاً ( أما بالقيمة ) أي اما الرجوع بالقيمة ( فـــلانه ) أى فلان المرتهن ( مغرور من جهة الراهن ) حيث رهن ملك غيره ، وصار كأنه هو الذي أوجب عليه الضمان.

( وأما بالدين ) أى وأما الرجوع بالدين ( فلانه انتقض اقتضاؤه ) أي قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتي يكون بهلاكه مستوفياً ، فإذا كان كذلك ( فيعود حقه كما كان ) لان الدين إنما يسقط بهلاكه الرهن إذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك .

( فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن كان عليه قرار الضمان ، فتبين انه رهن ملك نفسه ، فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء ) فلا ينتقض اقتضاء المرتهن ( قلنا هذا ) يعني هـذا السؤال ( طعن أبي خازم القاضي ) على محمد بن الحسن ، بيان طعنه أنه قال لما كان قرار الضمان على الراهن كان الملك في المضمون له ، فتبين أنه كان راهناً ملك نفسه فكان هذا . وأمـا إذا ضمن المستحق الراهن من الابتداء على السواء . فأبو خازم بالخـــاء المعجمة وبالزاي اسمه عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي ، أصله من البصرة وسكن بغداد ، وكان ولى القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ، ثم استقضاه الخليفة المقتصد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين ، وتوفى في جمادى الأولى سنة اثنـين وتسعين ومائتين ، وكان أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الراوي البصري ، وهلال أخـــذ عن أبي يوسف

والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرنا ، أو بالإنتقال من المرتهن إليه كأنــــه وكيل عنه ، والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن. بخلاف الوجه الأول ، لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك إليه ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى .

---

وزفر ومحمد «رح» ، وكان أبو خازم استاذ أبي طاهر الدباس وقرائه ، وكان ديناً ورعاً ثقة عالماً بمذهب أهل العراق ، قدوة في العلم .

( والجواب انه يرجع عليه ) أى المرتهن رجع على الراهن ( بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه ) يعني بقوله لأن كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم ( أو بالانتقال ) عطف على قوله بسبب الغرور ( من المرتهن اليه ) أى إلى الراهن ( كأنه وكيل منه ) أى كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منـه اليه كإنتقال الملك من الوكيل إلى الموكل ( والملك بكل ذلك ) أى بكل واحد من التسليم والانتقال ( متأخر عن عقد الرهن ) أما بالتسليم فظاهر ، لأن التسليم كان بعد العقد ، فتبين أنه رهن غير ملكه . وأما الانتقال فلان المرتهن غاصب في حق المستحق ، فاذا ضمن الملك المضمون ، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهـة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض ، لأنه صار غاصباً منه ، فيملك الرهن بعد ذلك من جهة ، فيكون ملك الراهن متأخراً عن عقد الرهن ، فكأنه رهن غير ملك .

( بخلاف الوجه الأول ) وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتـداء ( لأن المستحق يضمنه ) أى الراهن ( باعتبار القبض السابق على الرهن ، فيستند الملك اليه ، فتبين أنه رهن ملك نفسـه ) لأنه لما ثبت الملك للراهن سابقاً على عقد الرهن مستنداً إلى زمان القبض فتبين انه رهن ملك نفسـه ( وقد طولنا الكلام ) أى في هذا المقام ( في كفـاية المنتهى ،

## باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف ،

---

والله اعلم بالصواب ) قال صاحب النهاية يحتمل أن يكون في الذي طول الكلام فيه ما لو كان الرهن عبداً فأبق وضمن المستحق الرهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة بحكم الغرور وبالدين ، لأنه قد استحق وبطل الرهن ، وقال الأكمل قيل مراده مسألة المضاربة والفرق بينها وبين مسألة الرهن .

قلت المضاربة ليست بعقد لازم ، فيكون لدوامها ، ويصير كالمتجدد في كل ساعة ، والرهن عقد لازم ، فلا يتمكن لدوامه حكم الإبتداء ، فمتى وقع باطلاً لا ينفذ بعد ذلك كسائر العقود اللازمة .

### ( باب في التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره )

أي هذا باب في بيان أحكام التصرف في الرهن وفي حكم الجناية على الرهن وحكم جناية الرهن على غيره . ولما كانت هذه الأشياء بعد كون الرهن كانت متأخرة طبعاً ، فأخرها وضعاً ، لأن كل ترتيب يجب طبعاً يجب وضعاً للمناسبة .

( قال ) أي القدوري ( وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف ) سواء لم يعلم المرتهن بالبيع أو علم ولم يأذن . وفي المبسوط لم يجز البيع . وقال في موضع آخر البيع فاسد . وقال في موضع جائز ، والصحيح إنه موصوف ، وتأويل قوله انه فاسد أي يفسده القاضي إذا خوصم فيه اليه ، وتأويل قوله إنه جاز ، أي إذا أجازه المرتهن وسلمه اليه ، وإذا فسخه المرتهن ففيه روايتان كما ذكر في الكتاب وعند الأئمة الثلاثة البيع باطل ، وكذا قال محمد في الجامع الصغير البيع باطل ، إلا أن يجيزه المرتهن وقال أبو المعين النسفي في شرح الجامع انه سيبطل إذا لم يجزه المرتهن ، لأنه وقع باطلاً لا يتصور بقاؤه بالإجازة .

قال وروى عن أبي يوسف في الأمالي أن البيع نافذ حتى أن المشتري لو أعتقه قبل

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه ، كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة ، فيما إذا زاد على الثلث لتعلق حقهم به ، فإن أجاز المرتهن جاز ، لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه . وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً ، لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل . وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح ، لأن حقه تعلق بالمالية

---

العقد نفذ عتقه ، وإذا لم يعتقه المشتري بقي رهناً عند المرتهن فيستوفى المرتهن دينه . وفي فتاوى الولوالجي بيع المرهون ، يعني انه غير نافذ في حق المرتهن ، وليس للراهن حق الفسخ بمنزلة بيع المستأجر ، وذكر في بعض المواضع أن بيعها سواء أنه يصح لكن ينفذ وبه يفتى . وذكر في جامع عصام وفرق بينهما وقال بيع المستأجر باطل ، وبيع المرهون موقوف ( لتعلق حق الغير به ) أى بالرهن ( وهو المرتهن ، فيتوقف على إجازته . وإن كان الراهن يتصرف في ملكه ) كلمة إن واصلة بما قبلها ( كمن أوصى بجميع ماله تقف على إجازة الورثة فيا زاد على الثلث لتعلق حقهم به ) أي بما زاد على الثلث .

( فإن أجاز المرتهن ) البيع ( جاز لأن التوقف لحقه ) أى لحق المرتهن ( وقد رضي بسقوطه ) أى بسقوط حقه ( وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضاً ، لأنه زال المانع ) بإسقاط حقه ( من النفوذ ) أي نفوذ البيع ( والمقتضى ) أى للجواز ( موجود وهو ) أي المقتضى ( التصرف الصادر من الأهل ) وهو كونه عاقلاً بالغاً ( في المحل ) وهو كونه ملكاً له .

( وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه ) أي حق المرتهن ( إلى بدله ) وهو الثمن يكون رهناً ، فكان المبيع المرهون ( هو الصحيح ) احترز به عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف انه قال إنما يصير الثمن رهناً إذا شرط المرتهن عند الإجازة أن يكون الثمن رهناً عنده لا عند عدم الشرط ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ( لأن حقه ) أى حق المرتهن

والبدل له حكم المبدل ، فصار كالعبد المديون المأذون إذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً ، فكذا هذا . وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية، حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه ، لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ، لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد ، فبقي موقوفاً ، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن يفسخ

---

( تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل ) البدل هو الثمن ، والمبدل هو العين المرهون(فصار) حكم المذكور ( كالعبد المديون إذا بيع برضى الغرماء ، فينتقل حقهم إلى البدل ، لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً ) يعني بالكلية ( فكذا هذا ) يعني رضي بنفاذالبيع لا يسقط حقه في الرهن .

( وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشترى عليه ، لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك ، فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ . وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه ، لأنه لو ثبت حق الفسخ له ) أي للمرتهن ( إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقى موقوفاً ) وفي المبسوط لا حق للمرتهن ، وبهذا العقد ولا ضرر له في انفاذه فليس له ولاية الفسخ .

( فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال ) أي لأن العجز عن تسليم المبيع على شرف الزوال (وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، وللقاضي أن

لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليـــه ، وصار كما إذا أبق العبـــد المشتري قبل القبض، فإنه يتخير المشتري كما ذكرنا كذلك هذا . ولو باعـــه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته ، لأن الأول لم ينفذ ، والموقوف لايمنـــع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني . ولو باع الراهن ثم أجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيـع

---

يفسخ ) أي البيـع ( لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا اليه ) أي إلى المرتهن ، لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة ، وهو إلى القاضي ( وصار ) هـذا ( كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري ) إما أن يصبر إلى زوال العجز ، وإما أن يرفع الأمر إلى القاضي فيفسخ البيع ( لما ذكرنا ) من قوله لفوات القـــدرة على التسليم ( كذلك هذا ) أي حكم الرهن المذكور .

( ولو باعه الراهن ) أي ولو باع الرهن الراهن ( من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني ) أي البيـع الثاني ( موقوف أيضاً على إجازته ، لأن الأول ) أي البيـع الأول ( لم ينفذ ، والموقوف لا يمنع توقف الثاني ، فـلو أجاز المرتهن البيـع الثاني جاز الثاني ) وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ، وهـذه الرواية إنما تستقيم على رواية الجامع عن أبي يوسف «رح» ان البيـع لا ينفذ بدون إجازة المرتهن كما هو مذهب أبي حنيفة ومحمد « رح » على رواية أصحاب الأمالي عن أبي يوسف أن البيـع ينعقد بدون إجازة المرتهن فلا يتوقف البيـع الثاني على المشتري الأول ، لأنـــه ملكه بالعقد الأول لا على المرتهن .

( ولو باع الراهن ثم أجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هـذه العقود ) وهي الإجازة والرهن والهبة ( جاز البيـع الأول ) قال تاج الشريعة سماه أولاً إن لم يكن

الأول . والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني ، لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ، أما لا حق له في هـــذه العقود ، لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين ، وحقه في مالية العين لا في المنفعة ،فكانت إجارتـــه إسقاطاً لحقه ، فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق . قال ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه . وفي بعض أقوال الشافعي لاينفذ عتقه إذا كان المعتق معسراً،لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن،

---

بيعاً بالنسبة إلى هذه العقود ، لأنها لا تتأخر عن البيع ، ويجوز أن يكون باعه من واحد ثم من آخر ثم باشر هذه العقود وأجـــاز المرتهن هذه صح البيـــع الأول دون الثاني لرجحانه بالسبق .

( والفرق ) أي بين البيع الثاني وبين العقود المذكورة فانه بإجازتها يصح العقد الأول وهو البيـع ، ولم يصح هي وبإجازة البيـع الثاني لا يصح البيـع الأول ، وإن كان سابقـاً ويصح هو أي الفرق ( أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني ) في المسألة الأولى ( لأنه يتعلق حقه ببدله ، فيصح تعيينه لتعلق فائدته به ) وهو زيادة الثمن في البيع الثاني ، ولعـــله يحصله تلك الزيادة له في البيع الثاني دون الأول ، فيجعل لتعيينه فائدة .

( أما لا حق له ) أي للمرتهن ( في هذه العقود ) التي ذكرناها ( لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة ،فكانت إجارته اسقاطاً لحقه ، فزال المانع ) من الثاني ( فنفذ البيع الأول فوضح الفرق ) بالوجه الذي ذكره .

( قال ) أي القدوري ( فلو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه ) وبه قال أحـــد والشافعي في قول الشريك والحسن بن صالح ( وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ عتقه إذا كان المعتق معسراً ) والحاصل أن الشافعي اقوالاً ، ولم يذكر المصنف له إلا قولين، فنقول

فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض أقواله ، لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين . وبخلاف إعتاق المستأجر ، لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها ، أما لا يقبل الرهن فلا يبقى، ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن ، كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض ، أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى . وعارض

---

قال الشافعي في الأصح إن كان الراهن معسراً لا ينفذ ، وبه قال أحمد ، وإن كان موسراً فينفذ . وقال الشافعي في قول لا ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً ، وبه قال أبو ثور وعطاء والبتي ( لأن في تنفيذه ) أى في مسألة العتق في الإعسار ( إبطال حق المرتهن فأشبه البيع ) بل أولى ، لأنه أسرع نفوذاً من العتق ، حيث جاز من المكاتب دون العتق .

( بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض اقواله ، لأنه لا يبطل حقه ) أي حق المرتهن ( معنى بالتضمين ) يعني أي بتضمين الراهن قيمته .

( وبخلاف إعتاق المستأجر ) أي العبد المستأجر حيث يجوز ( لأن الإجارة تبقى مدتها ) بالنصب ، أى تبقى الإجارة في مدة الإجارة ( اذ الحر يقبلها ) أى لأن الحر يقبل الإجارة ، فلا مانع أن يكون العبد المستأجر بعد أن يكون حراً إن بقى في مدة الإجارة إلى ان تنتهى المدة ( اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ) أراد بما لا يقبل الرهن الحر فإنه لا يجوز رهنه قوله فلا يبقى إلى الراهن بالاتفاق .

( ولنا انه ) أي الراهن ( مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق عبد المشترى قبل القبض أو اعتق الآبق ) أي العبد الآبق ( أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى ) وهو التصرف الصادر عن اهله وهو الحر العاقل البالغ المالك في محله وهو الرقيق المملوك ( وعارض الرهن لا ينبىء عن زواله ) تقريره أن موجب عقد الرهن إما ثبوت يد الاستيفاء كما قلنا ، أو حق البيع كما هو مذهب

الرهن لا ينبىء عن زواله . ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه ، كإعتاق العبد المشترك ، بل أولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى . لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى ، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة ، وإذا نفذ

---

الشافعي وشيء من ذلك لا يزيل ملك العين ، فتبقى العين على ملك الراهن كما كان، وإذا كان باقياً على ملكه وقد أزاله بالإعتاق صح .

( ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك ) إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، فإن نفوذ عتقه في نصيبه أوجب نصيب الشريك حكماً ولم تمنع عليه صحة التصرف ( بل اولى ، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد ) الذي للمرتهن ( فلما لم يمنع الأعلى ) وهو حقه للملك للشريك عند صحة العتق ( لا يمنع الأدنى ) وهو يد المرتهن ( بالطريق الأولى ) ولا خفاء فيه ( وامتناع النفاذ ) هذا جواب عما يقال وليس المانع منحصر فيما يزيل الملك ، بل مجرد تعلق الحق مانع ، ولهذا منع النفاذ ( في البيع والهبة ) وتقرير الجواب أن امتناع النفاذ في حق المرتهن إنما صلح ( لانعدام القدرة على التسليم ) المشروط لصحة العقدين ولا قدرة للراهن عليه ، بخلاف العتق ، لأنه شرع لإسقاط الملك والإسقاطات لا تفتقر إلى التسليم .

( وإعتاق الوارث ) هذا جواب عما تمسك به الشافعي في بعض المواضع وادعى أن إعتاقه لغو صورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ، ثم مات فأعتق الوارث العبد ، قال الشافعي لم ينفذ لحق الموصى له ، فكذا يجب أن يكون في الرهن ، فأجاب بقوله واعتاق (العبد الموصى برقبته لا يلغو ، بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة ) واما عندهما فلا إشكال ، لأنه يعتق في الحال .

( وإذا نفذ الإعتاق ) هذا راجع إلى اول الكلام ، يعني فإذا ثبت تحقق المقتضى

الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين ، لأنه لو طولب بأداء القيمـــة تقع المقاصة بقدر الدين فـــلا فائدة فيه . وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه قيمة العبد ، وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين ، لأن سبب الضمان متحقق ، وفي التضمين فائدة ، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل . وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى به الدين ، إلا إذا كان بخلاف جنس حقه ، لأنــــه

---

وانتفاء المانع نفذ الإعتاق ، أى إعتاق الرهن (بطل الرهن لفوات محله ) وهو كون العبد مملوكاً ( ثم بعد ذلك ) أي بعد نفاذ الإعتاق (إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب) أي الراهن ( بأداء الدين ، لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين ، فلا فائدة فيه ) لأنه يجب عليه رد الزيادة إذا كانت القيمة اكثر من الدين .

( وإن كان الدين مؤجلاً أخذت منه ) أى من الرهن ( قيمة العبد وجعلت رهنـــاً مكانه ) أى مكان العبد ( حتى يحل الدين ) بكسر الحاء وضمها جميعاً ( لأن سبب الضمان) وهو العتق ( متحقق وفي التضمين فائدة ) وهو أن يكون الكل رهنـــاً ( فإذا حل الدين اقتضاه بحقه ) يعني يستوفى دينه بقدر حقه ( إذا كان ) أى القيمة ( من جنس حقـــه ورد الفضل ) أي على الدين على الراهن .

( وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته وقضى بها الدين ) وفي شرح الطحاوي وإن كان الراهن معسراً فللمرتهن أن يستسعى في الأقل من ثلاثة اشياء سواء كان دينه حـــالاً أو إلى أجل وينظر الى قيمته وقت العتاق وإلى الدين رهن به فيه يسعى العبد في الأقل من هذه الأشياء الثلاثة ، ثم يرجع على الراهن إذا أيسر ، لأنه قضى دينه مضطراً كالوارث إذا قضى ديناً للميت لا يكون متبرعاً ، ويرجع في التركة كذلك وهاهنا ، ويرجـــع المرتهن أيضاً ببقية دينه إن بقي له شيء من دينه .

لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه ، وهـــو العبد لأن الخراج بالضمان . قال «رض» وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين ، أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ، ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر ، لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنـــه ، بخلاف المستسعى في الإعتاق ، لأنه يؤدي ضماناً عليه ،

---

( إلا اذا كان بخلاف جنس حقه ) يعني إلا إذا كان الحاصل من سعاية العبد ، بخلاف جنس حق المرتهن فإنه لا يقضى به دينه ، بل يدل به جنس حقه ويقضى به دينه (لأنه) هذا دليل وجوب السعاية على العبد ( لما تعذر الوصول إلى عين حقـــه ) أي حق المرتهن ( من جـــهة المعتق يرجـــع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان ) الخراج ما خرج من غلة الإرض أوالغلام دينه الخراج بالضمان ، يعني الغلة سبب ان ضمنه .

( قال ) أي المصنف «رح» ( وتأويله ) أي تأويل قول القدوري سعى العبد في قيمته ( إذا كانت القيمة أقل من الدين ) لأنه إذا كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين، ونبه عليه بقوله ( أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ) يريد به مـــا نذكره عن قريب في استيلاد الأمة المرهونة بقوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة ( ثم يرجع ) أي العبد ( بماسعى على مولاه إذا أيسر ) أي المولى ( لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع ، فيرجع عليه بما تحمل عنه ) وقد مر الكلام فيه عن قريب .

( بخلاف المستسعى في الإعتاق ) يعني بخلاف العبد المشترك بين اثنين إذا اعتق أحدهما نصيبه فاستسعى ، والساكت لا يرجع بما سعى على المعتق ( لأنه يؤدي ضماناً عليه ) هذه إشارة إلى بيان الفرق بين العبد المرهون يسعى في رقبته تخلصت ويقضي ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه ،والمستسعى في الاعتاق يسعى في تخليص رقبته أن الرق وهـــو منفعة خالصة له ، فلهذا لا يرجع ، أشار اليه بقوله لأنه ، اى لأن المستسعى يؤدى ضمان ماعليه

لأنه إنمـــا يسعى لتحصيل العتق عنـده . وعندهما لتكميله ، وهنـا يسعى في ضمان على غيره بعـد تمام إعتاقه ، فصـار كمعير الرهن . ثم أبو حنيفة أوجب السعايــــة في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعســار في العبـــد المرهون شرط الإعسار ، لأن الثابت للمرتهن حق الملك ، وأنه أدنى من حقيقتـه الثابتة للشريك السا كت، فوجب السعاية هنا في حالة واحدة إظهاراً لنقصان رتبته. بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى

---

لانه يؤدى الضمان عن نفسه لأنه أصل فيه (لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده ) أي عند أبي حنيفة ، يعني سعيه لاجل عتقه .

( وعندهما ) أي وعند أبي يوسف ومحمد «رح» ( لتكميله ) أي لتكميل العتق، لانه كان في عتقه نقصان ، لكونه مطالباً بالسعاية ، فإذا أداها كمل العتق نظراً للعبد، ولكنه لما كان أصلاً في الضمان جاز أن لا يرجع على غيره ، وهنا ، أي في حـــكم العبد المرهون ( وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمـــام إعتاقه فصار كمعير الرهن ) يعني أن الرهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير، لانه قضى دينه مضطراً .

( ثم أبو حنيفة «رح» أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار في العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن ) في الرهن ( حق الملك ) لا حقيقة الملك ، وذلك بثبوت يد الاستيفاء ( وانه ) أي وان الثابت للمرتهن ( ادنى من حقيقته ) أي حقيقة الملك ( الثابتة للشريك الساكت ) فاذا كان كذلك ( فوجب السعاية هنا في حالة واحدة ) وهي حالة الإعسار ( إظهاراً لنقصان رتبته ) أي رتبـة حق المرتهن عن رتبة الشريك السا كت .

( بخلاف العبد المشترى قبل القبض ) يعني بخلاف العبد المشترى قبـل قبضه ( إذا

للبائع إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى ، لان حق البائع في الحبس أضعف ، لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفى من عينه ، وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ، ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين ،

---

اعتقه المشتري ) وهو مفلس ( حيث لا يسعى للبائع ) يعني ليس للبائع ، ولانه استسعاء بقدر الثمن وإن كان هو محبوساً عنده قبل التسليم بالثمن ، لان للبائع مجرد الحبس، وإذا فات بخروجه عن كونه محلاً للحبس بالعتق بطل أصلا وبقي حقه مطالبة المشتري بالثمن فحسب ( إلا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى ) انه يسعى إذا كان المشتري معسراً. وقال الناطفي في الاجناس وقال أبو يوسف في نوادر هشام يسعى العبد الراهن ، وهذا الذي ذكره لبيان الفرق بينه وبين المبيع المستوفى قبل القبض ( لان حق البائع في الحبس اضعف ، لان البائع لا يملكه في الآخرة ) وقال تاج الشريعة «رح» قوله لان البائع لا يملكه في الآخرة يعني ألا أن يملك ملكاً يزيل اليد المتقومة وهي اليد الثابتة بالحبس، بخلاف يد المرتهن لانه يملك ملكا يؤيد المتقوم ، أي عند الاستهلاك ، بل ينفسخ البيع بخلاف الرهن .

(ولا يستوفى من عينه) أي ولا يستوفي البائع من عين الرهن لا يتعلق استيفاؤه بهذا المحل وإنما يثبت له حق الحبس ليستوفي من محل آخر ( وكذلك يبطل حقه ) أي حق البائع ( في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ) في حالة الهلاك . بيانه إذا هلك الرهن عند المرتهن يملك بدينة مضموناً بالاقل من قيمته ومن قيمة الدين ، فيكون المرتهن مالكاً لذلك الأقل من مالية الرهن ، فأما حق البائع فلا يصير ملكاً له من جهة المشتري أصلا .

( ولا يبطل حقه ) أي حق المرتهن ( بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد ، فلو أوجبنا السعاية فيهما ) أي في المبيع المعتق قبل القبض وفي المرهون المعتق ( لسوينا بين الحقين ) أي من حق البائع وهو ضعيف ، وبين حق المرتهن وهو قوي ( وذلك لا يجوز )

وذلك لا يجوز . ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا ، خلافاً لزفر هو يعتبره بإقراره بعد العتق ، ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح ، بخلاف ما بعد العتق ، لأنه حال انقطاع الولاية ، قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق ، أما عندنا فظاهر ، وكذا عنده . لان التدبير لا يمنع البيع على أصله . ولو كانت أمة فاستولدها الراهن

---

أي جعل التسوية بينهما لا يجوز مع وجود الفارق ، وفي المبسوط هذا أمر يأباه العقل .

( ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية ) ثم أعتق المولى المقر بالرهن والحال أنه معسر لزم العبد السعاية ( عندنا خلافاً لزفر ) فعنده لا تجب السعاية ( هو ) أي زفر «رح» ( يعتبره ) أي يقيسه ( باقراره ) أي بإقرار المولى بذلك ( بعد العتق ) والجامع وجود الإقرار .

( ونحن نقول أقر بتعلق الحق ) وهو أداء السعاية ( في حال يملك التعلق فيه ) أي يملك تعلق الدين برقبته ( لقيام ملكه ) من رقبته ( فيصح بخلاف ما بعد العتق ، لأنه حال انقطاع الولاية ) لأنه لا ولاية لها بعد العتق فلا يصح .

(قال) أي المصنف، ذكره تفريعاً على مسألة القدوري وقد ذكرها الكرخي في مختصره ( ولو دبره ) العبد المرهون ( الراهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر ) لأنه يملك إعتاقه ويملك تدبيره بالطريق الأولى ( وكذا عنده ) أي عند الشافعي « رح » ( لأن التدبير لا يمنع البيع على أصله ) لأن بيع المدبر يجوز عنده ، وبه قال مالك وأحمد «رح» ونص الشافعي «رح» على أن التدبير موقوف ، فإن حلف تركه قضى الدين وعتق المدبر بالتدبير وقال بعض اصحابه إن التدبير مبني على عتق المرهون .

( ولو كانت أمة ) أي ولو كانت المرهونة أمة ( فاستولدها الراهن ) أي ولدت فادعاه

صح الاستيلاد بالاتفاق ، لانـــه يصح بأدنى الحقين ، وهو ما للأب في جارية الابن فيصح بالاعلى . واذا صحا خرجا من الرهن، لبطلان المحلية . اذ لا يصح استيفاء الدين منها ، فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتـاق . وإن كان معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ، لان كسبهما مال المولى . بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة ، لأن كسبه حقـــه ، والمحتبس عنده ليس

---

المولى ( صح الاستيلاد بالاتفـاق ) وبه قال مالك وأحمد «رح» سواء كان الراهن موسراً أو معسراً ، والشافعي «رح» فيه أقوال مذكورة في الاعتاق ( لأنه ) أي لأن الاستيلاد ( يصح بأدنى الحقين وهو ) أي أدنى الحقين ( ما للاب ) أي الذي يثبت للاب ( في جارية الابن ) إذا استولدها ، لأنه يملكها قبل الرهن ، وهو أدنى الحقين ، لأن أعـــلاهما حق الإبن ، لأنه مالك حقيقة ، فإذا ثبت الاستيلاد الادنى ( فيصح بالأعلى ) بالطريق الاولى ( وإذا صحا ) أي الاستيلاد والتدبـــير ( خرجا من الرهن لبطلان المحلية ، إذ لا يصح استيفاء الدين منها ) وبه قال مالك وأحمد «رح» . وعند الشافعي «رح» مدبراً ، وبه قال مالك «رح» ، وعند الشافعي [1] ( فإن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الإعتاق ) يعني إن كان الدين حالاً طولب بأداء الدين في الحال ، وإن كان مؤجلاً فقيمته يكون رهناً مكانه .

( فإن كان الراهن معسراً استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين ، لان كسبهما مال المولى ، بخلاف المعتق ، حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة ، لان كسبه ) أي كسب المعتق ( حقه والمحتبس عنده ) أي عند المعتق ( ليس إلا قدر القيمة ، فـــلا يزاد عليه ) أي على قدر القيمة ( وحق المرتهن بقدر الدين ، فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان

---

(١) هكذا الكلام في الاصل ، وهنا تكرار ملحوظ ، اهـ مصححة .

إلا قدر القيمة ، فلا يزاد عليه ، وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لأنهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لأنه أدى ملكه عنه ، وهو مضطر على ما مر . وقيل الدين إذا كان مؤجلاً يسعى المدبر في قيمته قناً ، لأنه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض . بخلاف ما إذا كان حالاً لأنه يقضى به الدين . ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ، لأن كسبه بعد العتق ملكه ، وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ، لأنه أداه من مال المولى . قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن ،

---

بما يؤديان على المولى بعد يساره ، لانهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع ، لانه أدى ملكه عنه ) أي عن المولى ( وهو مضطر على ما مر ) فيما مضى في هذا الكتاب .

( وقيل الدين ) فقوله في الإيضاح ( إذا كان مؤجلا ) وفي أكثر النسخ الدين إذا كان مؤجلا ( يسعى المدبر في قيمته ) أي من حيث كونه قناً ( لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه ، فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما إذا كان حالاً ، لانه يقضى به الدين . ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع إلا بقدر القيمة ، لان كسبه بعد العتق ملكه ما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه ، لانه أداه من مال المولى ) .

( قال ) أي القدوري ( وكذلك لو استهلك الراهن الرهن ) وهو عطف على قوله فان كان الدين مالاً طولب بأداء الدين ، وان كان مؤجلا إلى آخره كذا قاله الاترازي . وقال الاكمل قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن معطوف على قوله فإن كان موسراً ضمن قيمتها ، وكذلك قاله الكاكي . وقال تاج الشريعة قوله وكذلك إذا استهلك الراهن

لانه حق محترم ومضمون عليـــه بالإتلاف ، والضمان رهن في يـــد المرتهن لقيامه مقام العين . فـإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده ، لأنـــه أحق بعين الرهن حال قيامه ،فكذا في استرداد ما قام مقامـه .

والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك ، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خسمائة ، وكانت رهنـــاً وسقط من الدين خمسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية ، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك ، لان القبض السابق مضمون عليه ،لانـــه قبض

---

الرهن ، يعني أن حكم الإستهلاك حــكم الإعتاق على التفصيل المذكور (لانه) أي لان الرهن (حق محترم مضمون عليه) أي على الراهن (بالإتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين ، فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه) وقـال الشافعي وأحمد «رح» الراهن هو الخصم في تضمينه ، لانه مالكه . قلنا المرتهن أحق في البدل ، وهو عين الرهن ، فيكون أحق ببدله وبالخصومة وبالاسترداد (فيأخذ القيمة) أي المرتهن يأخذها (فتكون رهناً في يده ، لانه أحق بعين الرهن حال قيامه ، فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هـــذا المستهلك) يعني الاجنبي (قيمته يوم هلك) أي يوم الاستهلاك ، وإنما قيد بقوله على هذا المستهلك احترازاً عن استهلاك المرتهن ، فإن عليـه قيمته يوم قبضه كما يجيىء ، وكذلك أي الهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك .

(فان كانت قيمته يوم استهلكه خسمائة ويوم رهن ألفاً غرم خسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خسمائة ، فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كأنها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك ، لأن القبض السابق مضمون عليه ، لأنه قبض استيفاء ، إلا أنه يتقرر عنـــد الهلاك ، ولو استهلكه المرتهن والدين

استيفاء ، إلا أنــه يتقرر عند الهلاك . ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجـل غرم القيمة ، لانه أتلف ملك الغـــير ، وكانت رهناً في يـــده حتى يحل الدين ، لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه . وإذا حـل الدين وهو على صفـــة القيمة استوفي المرتهن منها قدر حقه ، لانه جنس حقه . ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ، لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن . وإن نقصت عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقـــد كانت قيمته يوم الرهن ألفاً وجب بالإستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمتـــه يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ، ووجب عليه

---

مؤجل ) أي والحال أن الدين مؤجل ( غرم القيمة ، لأنه أتلف ملك الغير وكانت رهناً في يده حتى يحل الدين ، لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه . وإذا حـل الدين وهو على صفة القيمة ) أي في الجنسية والجودة ( استوفى المرتهن منها قـــدر حقه ، لأنه جنس حقه ، ثم إن كان فيه فضل يرده على الراهن ، لأنه بدل ملكه وقـد فرغ عن حق المرتهن ) .

( وإن نقصت قيمة الرهن عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة ، وقد كانت قيمته ) أي والحال أنه كانت قيمته ( يوم الرهن ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة ، لأن ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ، وتعتبر قيمته يوم القبض فهـو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ) وهذا جواب اشكال ، وهو أن يقال لو سقط بقدر ما انتقص كان الرهن مضموناً على الرهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر في اسقاط شيء من الدين . والجواب أنــه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر

الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف . قال وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملاً فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن . فإن هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون ، وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده ، لان عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال ، ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، وهذا لان يد العارية ليست بلازمة ،

---

( ووجب عليه ) أي على الراهن ( الباقي ) وهو الخمسمائة الزائدة ( بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف ) أي الراهن .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أعار المرتهن الرهن للراهن ) فيه تسامح ، لأن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض ، والمرتهن لا يملكها ، فكيف يملكها غيره ، ولكن لما عومل بمعاملة الإعارة من عدم الضمان ، ويمكن استرداد المعير أطلق الإعارة ( ليخدمه أو ليعمل له عملا ) لا يوجد في عامة مختصر القدوري ( فقبضه خرج من ضمان المرتهن ) هذا من لفظ القدوري ، وعلله المصنف بقوله ( لمنافاة بين يد العارية وبين يد المرتهن ) وهو يد المرتهن ، لان يد المرتهن مضمونة ، ويد العارية ليست بمضمونة ، فلما صحت الإعارة انتفى حكم الرهن ، وهو كونه مضموناً .

( فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء ) هذا لفظ القدوري وعلله المصنف بقوله ( لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن يسترجعه إلى يده ) من كلام القدوري ، وعلله ( لان عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال ) أى فى حال كون الرهن فى يد المرتهن ( ألا ترى انه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به ) أى بالرهن ( من سائر الغرماء) وهذا توضيح لما قبله بالإشارة (لان يد العارية ليست بلازمة) والرهن لازم ، والشيء لا ينتقض بما دونه ( والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال)

والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ، ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضموناً بالهلاك . وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذه عاد الضمان ، لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته . وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا . ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان ، لان لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه . وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج من الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ .

---

هذا جواب عما يقال كيف أمكن القول ببقاء الرهن ، وانه لم يبق مضموناً، فأجاب بقوله والضمان إلى آخره .

ثم أوضحه بقوله ( ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد الرهن ) أي في ولد المرهونة ، فان حكم الرهن ثابت فيه ، فاذا هلك ( وإن لم يكن مضموناً بالهلاك ) وقد وجد الرهن ولا ضمان ثمة .

( وإذا بقي عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان ، لانه عاد القبض في عقد الرهن ، فيعود بصفته ) وهي الضمان ( وكذلك لو أعاره ) أي الرهن ( أحدهما ) أي الراهن أو المرتهن ( أجنبياً باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ) إشارة إلى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن ( ولكل واحد منهما أن يرده رهناً كما كان ، لان لكل واحد منهما حقاً محترماً فيه ) أي في الرهن حق للراهن الرقبة وحق المرتهن في اليد ( وهذا ) أي ما ذكرنا من إجازة أحدهما باذن الآخر أجنبياً .

( بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشر أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود إلا بعقد مبتدأ ) أي جديد ، وذلك لان بهذه العقود تعلق حق لازم للغير ، بخلاف الإعارة ، فانه لم يتعلق بها حق لازم ، فاذا استرجعوا المرتهن إلى يده عاد الضمان ، فلم يقع حاجة إلى العقد المبتدأ .

ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة الغرماء ، لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ، أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا . واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية . ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان ، لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان . وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن

---

( ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن ) أي قبل رد عين الرهن إلى المرتهن فيما إذا باشر أحدهما الإجارة أو البيع أو الهبة ( يكون المرتهن أسوة الغرماء ، لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ) فإذا بطل كان المرتهن وسائر الغرماء سواء ( لما بالعارية لم يتعلق به حق لازم ) يعني فيما إذا أعاره أحدهما بإذن الآخر ، فمات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أحق به من سائر الغرماء ، لأن الرهن لم يبطل بالعارية ( فافترقا ) أي الحكمان المذكوران الإجارة والبيع والهبة وحكم العارية .

( وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن ، وكذلك إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ، ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال ، وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان ) وذكر قاضي خان انهما لو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك في غير حالة العمل كان القول قول المرتهن والبينة بينة الراهن .

( وكذا اذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال كما بينا ) يعني في صورة العارية ( ومن

بالاستعمال لما بيناه . ومن استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز ، لانه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع ، والاطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الاعارة ، لان الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة . ولو عين قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه لان التقييد مفيد وهو

---

استعار من غيره ثوباً ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز ) هذه المسألة إلى قوله وجناية الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الاصل ، ذكرها على سبيل التفريع . وقال الكرخي إذا استعار الرجل من الرجل شيئاً ليرهنه ثوباً أو عبداً أو غير ذلك من العروض فأعاره فله أن يرهنه بأي شيء من الدين شاء وبما شاء منه قليلاً كان ذلك أو كثيراً إذا لم يكن سمى له ما يرهنه ، وإن سمى له قدراً من الدين فليس له أن يرهنه بصنف غيره ،فان رهنه بغير ما سمى من القدر وبصنوف الدين فهو ضامن من القيمة الثوب إن هلك في يد المرتهن ( لأنه متبرع باثبات ملك اليد ) وهو إعادة الرهن ( فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد ، وهو قضاء الدين . ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل زوالاً في حق البائع ) أي لا ينفصل ملك اليد عن ملك العين من حيث الزوال في حق البائع ، يعني أي لو باع بشرط الخيار وسلمه للمشتري تزول يده لا ملكه .

( والإطلاق واجب الاعتبار ) هذا جواب عما يقال كيف يجوز في الاعارة أن يرهن المستعير بالقليل والكثير وبأي جنس شاء .وتقرير الجواب أن إطلاق الاذن يجب اعتباره إلا بدليل يخصه ( خصوصاً في الإعارة ، لأن الجهالة فيها لا تفضي إلى المنازعة ) لأن مبناها على المسامحة .

( ولو عين ) أي المعين ( قدراً لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ) أي من ذلك

ينفي الزيادة ، لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي النقصان أيضاً ، لان غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه و كذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن و بالبلد ، لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ، فإذا خالف كان ضامناً ، ثم ان شاء المعير ضمن

---

القدر ( ولا بأقل منه ، لأن التقييد بالقدر مفيد ، وهو ) أي تقييد المعير بقدر معين ( ينفي الزيادة ) على ذلك القدر ( لأن غرضه الاحتباس بما تيسر اداؤه ) للمعير عند الاحتياج إلى فكاكه ( وينفي النقصان أيضاً ) مثلا إذن أن يرهن بمائة فرهنه بخمسين لا يجوز رهنه . وقال أحمد يجوز ، لأن من أذن بمائة فقد أذن بخمسين . وقال في وجه يبطل في الكل ( لأن غرضه ) أي غرض المعير ( أن يصير مستوفياً للأكثر ) أي لأكثر المالين ( بمقابلته ) أي بمقابلة الرهن ( عند الهلاك ليرجع عليه ) أي على المستعير بالكثير بمقابلة الهلاك ، لا بالقليل .

( و كذلك التقييد بالجنس ) بأن قال أرهنه بالدراهم أو بالدنانير ( وبالمرتهن ) بأن قال أرهن عند فلان وعينه ( و بالبلد ) بأن قال أرهن بالبصرة مثلا ( لأن كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة إلى البعض ) أي لتيسر البعض على المعير بالنسبة إلى البعض، وهذا لأنه ربما يكون الانفكاك بالجنس الذي عينه أيسر مما لا يعينه ، فالرضى بجنس لا يكون رضى بآخر ( وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ ) فالرضى بالوضع عند رجل لا يكون رضى بالوضع عند آخر ، والرضى أيضاً بالحفظ في موضع بعينه لا يكون رضى بالحفظ في موضع آخر ، لأن الأماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة .

( وإذا خالف ) أي المستعير ( كان ضامناً ) أي قيمة الشيء الذي استعاره للرهن ، لأنه صار غاصباً حيث تصرف فيه بغير إذن صاحبه في غير ما سمى المعير من الجنس والمرتهن والبلد وللمعير أن يأخذه من المرتهن، لأن الرهن لم يصح ( ثم إن شاء المعير ضمن المستعير ) يعني بعد وجوب الضمان ، بخلاف المستعير ( فيتم عقد الرهن فيما بينه ) أي

المستعير ، ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن ، لانه ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه ، وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن ، وقد بيناه في الاستحقاق .

وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به ، إن كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عـــن الراهن لتمام الإستيفاء بالهلاك ، ووجب مثله لرب الثوب على الراهن ، لأنـه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاتـــه ،

---

بين المستعير الذي هو الراهن ( وبين المرتهن، لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه ) لانه ملكه بالضمان سابقاً على الراهن .

( وإن شاء ضمن المرتهن ، ويرجع المرتهن بما ضمن ) لانه غيره في ذلك ( وبالدين على الراهن ) أي يرجع بـــه أيضاً وهو ظاهر ( وقد بيناه في الاستحقاق ) أي قـد بينا ذلك قبل هذا الباب في استحقاق الرهن في يد المرتهن وتضمنه ، فانه يرجع بالدين وبما ضمن .

( وإن وافق ) أي المستعير ( بأن رهنه بمقدار ما أمره بـــه إن كانت قيمته ) أي قيمة الذي رهنه ( مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المـــال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن ) أي مثل ما تم بـه الاستيفاء ، وهو مقدار الدين لا مثل قيمة الثوب إن كانت أكبر ( لانه صار قاضياً دينه بماله بهـذا القدر ) اى لان المستعير صار قاضياً لدينه بمـــال الغير بهذا القدر ، لانه لمـا استعاره فقد أمره بقضاء دينه من ماله والمأمور بقضاء الدين يرجع عـــلى الآمر بما قضاه وهو الموجب للرجوع ، أى أمره بقضاء دينه .

( وهو الموجب للرجوع ) على الآمر بما قضى . وفي الإيضاح المعير بمنزلة رجل أذن لآخر ان يقضي دينه من وديعته عنده فما مضى صار مضموناً ، وما لم يقبض فهو أمانـة

لأنه برضاه ، وكذلك إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه . وإن كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقيمة دينه للمرتهن ، لأنه لم يقع الإستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً لما بيناه . ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير

---

( دون القبض بذاته ، لانه برضاه ) لان قبض المستعير برضى المالك فلا يتعلق به الضمان .

فان قلت قبض الثوب وتسليمه برضى المعير ، فينبغي ان لا يوجب الضمان قلت ما توجبه بالقبض بل بايفاء الدين من مالية العين ، ومن قضى دين نفسه من مال الغير برضاه يضمن مثل ذلك .

( وكذلك إن أصابه ) أى الثوب ( عيب ذهب من الدين بحسابه ) اي بقدر حصة المعيب ( ووجب مثله ) اى مثل ما ذهب ( لرب الثوب على الراهن على ما بيناه ) وهو انه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر .

( وإن كانت قيمته ) اي قيمة الثوب ( أقل من الدين ذهب بقدر القيمة ) لان القيمة إذا كانت أكثر من الدين يهلك الزائد على قدر الدين أمانة ( وعلى الراهن بقيمة دينه للمرتهن ، لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفياً ) بيانه إذا كان الثوب يساوي خمسة وقد رهن بعشرة فاعسر الراهن ولم يجدما افتكه فهلك الثوب في يد المرتهن ذهب بخمسة ، وعلى الراهن خمسة للمرتهن بقية دينه ، لان الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين ، وخمسة لرب الثوب على الراهن ، لانه صار مقترضاً إياه بهذا القدر ( لما بينا ) وهو انه صار قاضياً دينه بماله بهذا القدر

( ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير ان يفتكه جبراً عن الراهن ) قال الكاكي أي بغير رضاه . قال الأكمل هذا ليس بظاهر وقيل معناه نيابة ولعله من الجبران ، يعني

أن يفتكه جبراً عن الراهن لم يكن للمرتهن إذا قضى دينه أن يمتنع ، لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ، ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فأجبر المرتهن على الدفع بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ، لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته ، فكان للطالب أن لا يقبله . ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعدما افتكه فلا ضمان عليه ، لأنه لا يصير

---

جبراناً لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه . وقال تاج الشريعة في هذا الموضع . ولفظ محمد في المسألة فأراد المعير أن يفتكه حين عسر الراهن.وفي مبسوط السرخسي والبزدوي ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه حين عسر الراهن ( لم يكن للمرتهن ) أن يمتنع من دفعه إليه ( إذا قضى دينه ) انتهى . قلت يفهم من هذا الكلام أن جبراً هنا من الجبران لا من الجبر الذي معناه القهر لم يكن للمرتهن ان قضى دينه ( أن يمتنع ، لأنه غير متبرع حيث يخلص ملكه ) لأن المعير هنا بالإيفاء يقصد تخليص ملكه ، فإن كان بمنزلة المديون حيث يقصد بالإيفاء تفريغ ذمته .

( ولهذا ) أي ويكون غير متبرع ( يرجع على الراهن بما أدى فأجبر المرتهن على الدفع ) قال صاحب النهاية هذا غير مجري على إطلاقه ولا بد هاهنا من قيد معناه يرجع بما أدى إذا كان ما أداه بقدر الدين ، لأنه أكثر منه بياناً قيمة الرهن ألف ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين يرجع على الراهن بقدر الدين وهو ألف ، ولا يرجع بأكثر من الألف ، لأنه لو هلك لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك ، فكذلك إذا افتكه وكان متبرعاً بالزيادة .

( بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ، لأنه متبرع إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته ) بخلاف الأجنبي إذا قضى الدين ( فكان الطالب أن لا يفتكه عنه . ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه ) أي لو هلك بعد الفكاك ( فلا ضمان عليه ، لأنه لا يصير قاضياً دينه بهذا ) أي بهذا الرهن ، لأن الهلاك

قاضياً بهذا ، وهو الموجب على ما بيناه . ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن ، لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ، كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير ، لأن القول قوله في إنكار أصله ، فكذا في إنكار وصفه ، ولو رهنه المستعير بدين موعود ، وهو أن يرهنه به ليقرضه

---

لم يوجد إلا والراهن عارية محضة فلا يوجد فيه معنى قضاء الدين ، فلا يجب الضمان ( وهو الموجب ) أي الموجب هو قضاء الدين أو الهلاك عند المرتهن ( على ما بيناه ) وهو قوله لأنه صار قاضياً دينه .

( ولو اختلفا في ذلك ) اي لو اختلف المعير والمستعير في ذلك فقال المعير هلك في يد المرتهن ، وقال المستعير هو الراهن هلك قبل ان أرهنه أو بعدما افتكه ( فالقول قول الراهن ) وهو المستعير ( لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ) أراد بهما قبل الرهن وما بعد الفكاك ( كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به ) أي ولو اختلف المعير والمستعير في رد ما أمر المستعير المعير بالرهن بالثوب بأن قال رب الثوب أمرتك ان ترهنه بخمسة ، وقال المعير بعشرة ( فالقول للمعير ) وفي بعض النسخ وقع هذا كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به ، وهذا ليس بصحيح ، والصحيح ما ذكر ، وهو ولو اختلفا ، لأن الغرض مختلف ، لأن في الأول القول قول الراهن وهو المستعير ، وفي الثاني القول قول المعير لا المستعير ، فكيف يصح التشبه به ( لأن القول قوله ) اي قول المعير ( في إنكار أصله ) اي في العارية بتأويل عقد العارية ( فكذا ) اي فكذا القول قوله ( في إنكار وصفه ) اي وصف عقد العارية من الزيادة والنقصان .

( ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه ، كذا ) صورته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي استعار عبداً يساوي ألف درهم ليرهنه بألف درهم فلم يقبضها حتى صار العبد في يد المرتهن فعلى المرتهن ألف درهم للراهن ، لأنه صار مستوفياً لمالية الرهن عند الهلاك من قبل الراهن ، وعلى الراهن ألف درهم لصاحبه وهو المعير ، لأنه

كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا أنه كالموجود ، ويرجع المعير على الراهن بمثله ، لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه . ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ، لقيام ملك الرقبة . ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن ، لأنه لم يستوفه ، وإن شاء ضمن المعير قيمته ، لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق ، وتكون رهناً

---

صار مقرضاً إياه هذا القدر ( فهلك ) اي الراهن ( في يد المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء ) اي والحال ان المسمى وهو الرهن وقيمته سواء ( يضمن ) اى المرتهن الراهن ( قدر الموعود المسمى لما بينا أنه ) اي الموعود ( كالموجود ) أشار به إلى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله والرهن بالدرك باطل بقوله لأن الموعود جعل كالموجود .

( ويرجع المعير على الراهن بمثله ) اي بمثل قدر الموعود المسمى الذي أخذه الراهن من المرتهن ( لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه ) اي باستيفاء الراهن ( من المرتهن كسلامته ) اى كسلامة الراهن ( ببراءة ذمته عنه ) اى عن الدين ، يعني لو سلم الرهن للراهن بأن تبرأ ذمته من الدين بأن كانت ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير ، فكذا يرجع عليه بأن يسلم الرهن للراهن باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن .

( ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز ، لقيام ملك الرقبة ، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه ) لأن الدين عليه ( وإن شاء ضمن المعير قيمته ) اى قيمة العبد ( لأن الحق قد تعلق برقبته برضاه ، وقد أتلفه ) اي وقد أتلف المعتق حق المرتهن ( بالاعتاق ، وتكون ) اي قيمة العبد ( رهناً عنده ) اي عند

عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير لأن استرداد القيمـــة كاسترداد العين . ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابــــة قبل أن يرهنها ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن ، لانه قد برىء من الضمان حين رهنهما ، فإنـــه كان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق . وكذا إذا أفتك الرهن ثم ركب الدابة و استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ، لأنـه

---

المرتهن ( إلى أن يقبض دينه فيردها ) أى إلى أن يقبض المرتهن دينه فيرد القيمة المرهونة عنده ( إلى المعير ، لأن استرداد القيمة كاسترداد العين ) لأن المرتهن استرد قيمة الرهن من المعير ، واسترداد القيمة كاسترداد العين .

( ولو استعار عبداً او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما ) اي العبد والدابـــة ( حتى هلكا ) اى واحد من العبد والدابة ( عند المرتهن فـــلا ضمان على الراهن ) وفي المبسوط لا ضمان على الراهن ، والمرتهن ضامن للألف يرده عـلى مولى العبد ، وهو روايـة أبي حفص .

وقال عيسى هذا خطأ ، ولكن الصحيح ان الراهن ضامن للألف المعير صاحب العبد والمرتهن ضامن للألف للراهن ، لأن المالك في يد المرتهن ثم الاستيفاء ، وعلى المرتهن رد ما استوفى ، وإنما استوفاه من الراهن فيرد عليه ، والراهن صار قاضياً دينه بملك الغير فيغرم مثله .

( لأنه قد برىء من الضمان حين رهنهما ، وانه كان أميناً خالف ) اى بالاستخدام والركوب ( ثم عـــاد إلى الوفاق ) بالرهن برىء من الضمان ( وكذلك إذا افتك الرهن ثم ركب الدابة واستخدم العبد فلم يعطب ) يعني بالركوب أو الاستخدام ( ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ، لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء

بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق ، فيبرأ عن الضمان . وهذا بخلاف المستعير ، لأن يده يد نفسه فلا بد من الوصول يد المالك ، أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك ، وتحقق الاستيفاء . قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه .

---

حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان ) .

( وهذا بخلاف المستعير ) غير الراهن حيث لا يبرأ عن الضمان إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ما لم يرد العين إلى مالكها ( لأن يده ) أي يد المستعير ( يد نفسه فلا بد من الوصول إلى يد المالك ، أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء ) أي وعند تحقق الاستيفاء ، وهذا الذي اختاره المصنف هو مختار شمس الأئمة السرخسي وأما اختيار شيخ الإسلام خواهر زاده وهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق واستدلالاً بمسألة مستعير الرهن .

( قال ) أي القدوري ( وجناية الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه تفويت حق لازم ) يعني باللازم ما لا يقدر على إسقاطه بانفراده ( محترم ) يعني بالمحترم أن يكون العين ممنوعاً عن ابطاله ، ولا نعلم فيه خلافاً ( وتعلق مثله ) أي تعلق مثل الحق اللازم ( بالمال يجعل المالك ) أي مالك المال ( كالأجنبي في حق الضمان ) وأوضح ذلك بقوله ( كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه ) أي تبرع المريض ( فيما وراء الثلث ) لأن ما وراء الثلث حق الورثة ( والعبد الموصى بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا

قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ، ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين ، وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه . قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر ، وهذا عند أبي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال ، أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه ،

---

قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه ) لتعلق الحق اللازم به .

( قال ) أي القدوري ( وجناية المرتهن عليه ) أي على الراهن ( تسقط من دينه بقدرها ) أي بقدر الجناية ( ومعناه ) أي معنى قول القدوري ( أن يكون الضمان على صفة الدين ) يعني من جنسه جودة ورداءة ويسقط من الدين بقدرها . ولو كان بخلاف الجنس يكون رهناً مع الأصل ، قاله تاج الشريعة .

( وهذا ) أي السقوط من دين المرتهن بقدرها ( لأن العين ملك المالك ) وهو الراهن ( وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه ) لأن دينه إتلاف ملك الغير .

( قال ) أي القدوري ( وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ما لهما هدر ) أي ساقط لا يعتبر به ( وهذا ) أي كونها هدراً ( عند أبي حنيفة ، وقالا ) أبو يوسف ومحمد « رح » ( جنايته ) أي جناية الرهن ( على المرتهن معتبرة ، والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال ) وهي ما إذا كان خطأ في النفس أو فيما دونها ، أما ما يوجب القصاص فيعتبر بالإجماع ، ولا نعلم فيه خلاف .

( أما الوفاقية ) وهي المسألة الوفاقية وهي الجناية على الراهن ( فلأنها جناية المملوك على المالك ، ألا ترى أنه لو مات ) أي العبد الرهن ( لكان الكفن عليه ) أي على مولاه ، وكل ما كان كذلك فهو هدر ، لأنه لو جنى على غيره وجب

بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه، لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه، فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت. ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه، وفي الاعتبار فائدة، وهو دفع العبد إليه بالجناية فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن.

---

على مولاه من ماله، فإذا جنى عليه فلو وجب عليه شيء لكان واجباً له عليه وذلك باطل.

(بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه) هذا جواب عن نقض يرد بالمغصوب إذا جنى على مالكه المغصوب منه، فإنها توجب الضمان. وتقرير الجواب به ما قاله بقوله (لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً) من وقت الغصب، وأوضح ذلك بقوله (حتى يكون الكفن عليه) أي على الغاصب (فكان جناية على غير المالك فاعتبرت) أي جنايته.

(ولهما) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (في الخلافية) أي في المسألة الخلافية (ان الجناية حصلت على غير مالكه) لأن العبد في الحال ملك المغصوب منه وقد جنى غير المالك فيعتبر (وفي الاعتبار فائدة) جواب عما يقال أن ماليته محتبسه بدينه فلا فائدة في إيجاب الضمان، وتقرير الجواب أن في الاعتبار فائدة (وهو دفع العبد إليه بالجناية) أي المرتهن (فتعتبر) وإن كان يسقط حقه في الدين، فإن أبقاه رهناً وجعله بالدين لم يثبت له ملك العين، وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية، وإن لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقه رهناً كما كان.

(ثم إن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن) بالدفع، وهذا التفريع على قولهما (ودفعاه) فيه تسامح، لأن المرتهن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة، فإنه وإن كان قابلاً ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في ضمنه، او لتعليله سماه دافعاً وبناه (بالجناية إلى المرتهن. وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله).

وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله . وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية ، لأنهـــا حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته ، والدين سواء ، لانه لا فائدة في اعتبارها ، لانـه لا يتملك العبد وهو الفائدة . وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفـــة أنـه يعتبر بقدر الامانة ، لان الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع . وعنه أنها لا تعتبر ، لان حكم الرهن

---

( وله ) أى لأبي حنيفة « رح » ( ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه )أى على المرتهن ( التطهير من الجناية ) يعني هو مخاطب أيضاً بالدفع او الفداء ( لأنها ) أى لأن الجناية ( حصلت في ضمانه ، فلا يفيد وجوب الضمان له مـع وجوب التخليص عليه ) ولا فائدة فيه ( وجنايته ) اى وجناية الرهن ( على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء ، لأنه لا فائدة في اعتبارهـــا ، لأنه لا يتملك العبد ) اى لا منفعة للمرتهن في اعتبار تلك الجناية ، فإنه لا يستحق بهـــا الملك ولكن يستحق بالدين ماليـة العبد يباع فيـه ، وذلك يستحق لـه بدينه ( وهو الفائدة ) اى تملك العبد هو الفائدة .

( وإن كانت القيمة أكثر من الدين ) بأن كانت القيمة ألفين والدين ألفاً ( فعند أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة ) أي ان حكم الجناية يثبت في مقدار الأمانة ( لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبـــد الوديعة على المستودع ) فإن جنايتـه على المودع معتبرة .

( وعنه ) اى وعن أبي حنيفة رواه عنـه أبو يوسف ( أنها لا تعتبر ) اى ان حكم الجناية لا يعتبر ( لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت ، فصار كالمضمون ) لان مقـدار

وهو الحبس فيه ثابت ، فصار كالمضمون ، وهذا بخلاف جناية الراهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن ، لان الاملاك حقيقة متباينة ، فصار كالجناية على الاجنبي . قال ومن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف إلى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل ، فإن ارتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء . وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافاً لزفر ، هو يقول

---

الامانة رهن في يده ، فصار لمقدار المضمون ( وهذا ) اى ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدر .

( بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن ) فانها معتبرة بالاتفاق ( لان الاملاك حقيقة متباينة ) اى بين الاب والابن ( فصار ) حكم الجناية ( كالجناية على الاجنبي ) وروى الحسن عن أبي حنيفة « رح » أنـــه لا يعتبر جنايته على ابن الراهن ولا على ابن المرتهن .

( قال ) اي قال محمد في الجامع الصغير ( ومن رهن عبداً يساوى ألفاً بألف درهم إلى أجل فنقص ) اي العبد ( في السعر فرجعت قيمته إلى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ، ولا يرجع على الراهن بشيء ) اي من تسع مائة .

( وأصله ) اى أصل حكم هذه المسألة ( ان النقصان ) اى ان نقصان الرهن ( من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين ) يعني لا يذهب به شيء من الدين ( عندنا ) وهنـــا ثلاث فصول . الاول : هو المذكور وفيه خلاف زفر ، أشار إليه بقوله ( خلافاً لزفر « رح» ) الفصل الثاني : هو قوله وإن أمره الراهن ان يبيعه . والفصل الثالث هو قوله وهـــو ما إذا قتله عبد قيمته مائة وفيه خلاف على ما يأتي إن شاء الله تعالى خلافـــاً لزفر ( هو )

إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في البيع ، حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب ، حتى لا يجب الضمان . بخلاف نقصان العين ، لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه إذ اليد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ، لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف ، لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن ، لانه بدل المالية في حق المستحق . وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا

---

أي زفر « رح » ( يقول أن المالية قد انتقصت ، فأشبه انتقاص العين ) فإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين اتفاقاً .

( ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس ، وذلك لا يعتبر في المبيع حتى لا يثبت بــه الخيار ، ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان ) ونقصان السعر لا تعلق له بالرهن ، لأن ذلك شيء يحدث في قلوب العباد بقلة الرغبات ، وتحدث زيادة السعر بكثرة الرغبات ، ولهذا لم يعتبر نقصان السعر في المبيع إذا انتقض قبــل قبض المشتري ، حتى لا يكون له خيار الرد . وكذلك لا يعتبر في الغصب أيضاً حتى إذا رده الغاصب إلى المالك لا يضمن نقصان السعر .

( بخلاف نقصان العين ، لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه ، إذ اليــد يد الاستيفاء ، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي ) أي العبد ( مرهوناً بكل الدين ، فإذا قتله حر غرم قيمته مائة ، لأنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف في ضمان الاتلاف ، لأن الجابر بقدر الفائت ، وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية ) أي لأن حقه متعلق بماليــة الرهن ( في حق المستحق ) أي المرتهن ( وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا ) أي وإن كان

حتى لا يزداد على دية الحر ، لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ، ثم لا يرجع على الراهن بشيء ، لأن يد الرهن يد الإستيفاء من الإبتداء وبالهلاك يتقرر ، وقيمته كانت في الإبتداء ألفاً فيصير مستوفياً للكل من الإبتداء . أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفياً الألف بمائة ، لأنه يؤدي إلى الربا ، فيصير مستوفياً المائة وبقي تسعمائة في العين ، فإذا هلك يصير مستوفياً تسعمائة بالهلاك . بخلاف ما إذا مات من غير

---

البدل مقابلا بالدم ، وأوضح ذلك بقوله ( حتى لا يزداد ) أي البدل ( على دية الحر ) لأنه إذا زيد ينتفي المقابلة ( لأن المولى استحقه بسبب المالية ) هذا دليل قوله لأنه بدل المالية في حق المستحق .

( وحق المرتهن متعلق بالمالية ، فكذا فيما قام مقامه ) أي فكذا يتعلق حقه فيما يقوم مقام حقه بالمالية ، حتى لا يرجع على الراهن بشيء من التسعمائة ، وهو معنى قوله ( ثم لا يرجع على الراهن بشيء ) أي بشيء زائد على المالية ( لأن يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء ) أي من أول الأمر ( وبالهلاك يتقرر ) أي وبهلاك الرهن يتقرر أن الاستيفاء من الابتداء ، أي من أول الأمر ( وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير ) أي المرتهن ( مستوفياً الكل من الابتداء ) أي من الرهن فلا يأخذ شيئاً غير المالية .

( او نقول ) هذا دليل آخر ( لا يمكن ان يجعل ) اى المرتهن (مستوفيا الالف بمائة، لأنه يؤدي الى الربا ، فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة فى العين ) أى فى عين الرهن قبل الهلاك ( فاذا هلك ) أى الباقي وهو التسعمائة ( يصير ) أي المرتهن ( مستوفيا تسعمائة بالهلاك ) لان بالهلاك يصير مساويا ويسقط بقية الدين .

( بخلاف ما اذا مات ) اي العبد المرهون ( من غير فعل[1] احد لانه ) اى لان

---

(١) قتل – هامش .

قتل أحد ، لأنه يصير مستوفياً الكل بالعبد ، لأنه يؤدي إلى الربا ، قال وإن أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة ، لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى ، وكذا هذا قال وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه أفتكه بجميع الدين ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد هو بالخيار إن شاء أفتكه بجميع الدين ، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله . وقال زفر يصير رهناً

---

المرتهن (يصير مستوفيا الكل) اى كل الدين (بالعبد) اى الناقص فى السعر (لانه لا[1] يؤدي الى الربا) لانه لا يتحقق الربا من العبد والدين .

(قال) اى قال محمد فى الجامع الصغير (واذا[2] امره الراهن ان يبيعه) اى اذا امر الراهن المرتهن ببيع العبد الرهن المذكور (فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه) اى لاجل القضاء من حقه ، اى الدين (فيرجع بتسعمائة ، لانه لما باعه) اى لان المرتهن لما باع العبد (باذن الراهن صار كأن الراهن استرده) اى العبد (وباعه بنفسه . ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هاهنا) وفى بعض النسخ كذلك هذا .

(قال) اى محمد فى الجامع الصغير (وان قتله عبد) اى فان قتل العبد المرهون الذى كان يساوى الفا بألف فى ابتداء الرهن ثم نقص سعره فرجعت قيمته الى مائة فقتله عبد مثله (قيمته مائة فدفع) السيد (مكانه افتكه) اى الراهن (بجميع الدين) من غير خيار (وهذا) اى هذا الحكم (عند ابي حنيفة وابي يوسف « رح » . وقال محمد « رح » هو بالخيار) اى الراهن مخير (ان شاء افتكه بجميع الدين ، وان شاء سلم العبد

---

(١) في المتن بدون لا .

(٢) وان كان — هامش .

بمائة له أن يد الراهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك ، إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر فبقي الدين بقدره . ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً . ولو كان الأول قائماً وانتقص السعر لا يسقط إلا بشيء من الدين عندنا لما ذكرنا ، فكذلك إذا قام المدفوع مكانه . ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه ، كذا هذا .

---

المدفوع الى المرتهن بماله . وقال زفر يصير رهنا بمائة ) ويفتكه بمائة ويسقط تسعة اعشار الدين .

( له ) اى لزفر ( ان يد الراهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك ) اي قد تقرر الإستيفاء بهلاك الرهن وهو العبد المقتول ( الا انه ) اي ان العبد المقتول ( اخلف بدلاً بقدر العشر ، فبقي الدين بقدره ) اي بقدر عشر الدين .

( ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول ) أى مقام العبد الاول ( لحما ودما ) يعني صورة ومعنى ، اما صورة فظاهر ، واما معنى فلان القاتل كالمقتول فى الآدمية ، والشرع اعتبره حراما من حيث الآدمية دون المالية . ألا ترى الى استوائهما فى حق القصاص ، فكذا في الرفع أيضاً .

( ولو كان الاول قائماً وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا ) أشار إلى قوله ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس إلى آخره ( فكذلك إذا قام المدفوع ) أى العبد المدفوع ( مكانه ) أي مكان العبد الأول .

( ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن ) لأنه غيره في الحقيقة والتغير لا بد من أن يوجب الخيار ، فإذا كان كذلك ( فيخير الراهن كالمبيع ) أي في العبد المبيع ( إذا قتل قبل القبض ) فدفع به العبد القاتل مكانه . ( والمغصوب ) أي وكان المغصوب ( إذا قتل في يد الغاصب ) يعني إذا غصب عبداً قيمته الف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به

ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر ، وعين الرهن أمانـة عندنا ، فلا يجوز تمليكه منـه بغير رضاه . ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ ، بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهـو مشروع . بخلاف الغصب ، لان تملكه بأداء الضمـان مشروع ، ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف . وإذا قتل العبد الرهن قتيلا

---

( يخير المشتري ) في مسألة البيـع ( والمغصوب منه ) في مسألة الغصب والمشتري يتخير بين أن يأخذ المدفوع وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع ، وإن شاء أخذ المدفوع مكانـه ( كذا هذا ) أي أن يخير الراهن في مسألة الرهن إذا تغير في ضمان المرتهن .

( ولهما ) أي لابي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيـام الثاني مقام الاول لحماً ودماً كما ذكرناه مع زفر « رح » ) فلو كان الاول قائمـاً وتراجع سعره لم يكن له خيار كذلك هنا ( وعين الرهن أمانة عندنا ) كما مر في أول كتاب الرهن ( فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ) أي بغير رضى المرتهن .

( ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي ) رواه النبي عليه السلام بقوله لا يغلق الرهن ( وانه منسوخ ) أي الشرع نسخ ذلك ، فلا يجوز المصير إليه ( بخلاف البيع ) هذا جواب عن قياس محمد بالبيع ، بيانه أن القيـاس بالبيع في الخيار لا يصح ( لأن الخيار فيه حكمه الفسخ ، وهو مشروع ، وبخلافه الغصب ، لأن تملكه من الغاصب بأداء الضمان مشروع ) بخلاف ما نحن فيه .

( ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوى مائة ثم قتله عبد يساوي مائـة فدفع به فهو على هذا الخلاف المذكور ) وقال الاترازي هذا تكرار لا محالة ، لأن وضع المسألة في الفصل الثالث ، وهو قوله فان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين

خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع ، لانــــه لا يملك التمليك . ولو فـــدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء ، لان الجناية حصلت في ضمانة ، فكان عليه إصلاحها . ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو أفده بالدية ، لان الملك في الرقبة قائم له ، وإنمــــا أبي المرتهن الفداء لقيام حقـــه . فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ، ومن حكمها

---

فلا حاجة بعد ذلك بعينه فهو على الخلاف . وقال الاكمل رحمه الله قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالــــة . قلت أراد به الاترازي ، ثم ذكرنـــا إلى قولـه فهو على الخلاف ، ثم قال و كذلك قال صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيا إذا تراجع السعر ، لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار ، وهو لازم عليه أيضاً ، وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذى جاز قصبات السبق في التحقيق ، وإنما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا ، وهذه المسألة في صورة التراجع ولا تكرار به .

( وإذا قتل العبد الرهن قتيلاً خطأ فضمان الجنـــاية على المرتهن ) لأن العبد كله في ضمانه ودينه مستغرق لرقبته ، لأن المسألة فيما إذا كانت قيمته والدين سواء لأن قيمته لو كانت اكثر من الدين بعدها ( وليس له أن يدفع ) أى وليس للمرتهن دفع العبد (لانه) أى لان الرهن ( لا يملك التمليك ) لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها .

( ولو فدى ) أى لو فدى المرتهن ( طهر المحل ) بالطـاء المهملة ، أي طهر العبد عن الجناية ( فبقي الدين ) في الرهن ( على حاله ، ولا يرجع على الراهن بشيء من الفـداء ، لان الجناية حصلت في ضمانه ، فكان عليه إصلاحها . ولو أبى المرتهن أن يفدي ، قيـل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية ، لان الملك في الرقبة قائم له ) أى الراهن ( وإنما أبى المرتهن الفداء لقيام حقه ، فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجنـــاية ومن

التخيير بين الدفع والفداء ، فإن اختلو الدفع سقط الدين ، لانه استحق المعنى في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك ، وكذلك إن فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء . بخلاف ولد الرهن اذا قتل انساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء ، لانه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء ، وان فدى فهو رهن مع أمه على حالهما . ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته ، فإذا أدى المرتهن الذي لزم العبد

---

حكمها ) اي من حكم الجناية ( التخيير بين الدفع والفداء ، فان اختار الدفع سقط الدين ، لأنه ) أي لان العبد ( استحق المعنى ) وهو الجناية ( في ضمان المرتهن ، فصار كالهلاك ) أي كهلاك العبد ، والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن .

( وكذلك إن فدى ) أي وكذلك يسقط الدين إن فدى ( لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء ) يعني إذا كان على المرتهن دين وقد أداه الراهن وجب على المرتهن مثل ما أدى إلى ولي الجناية ، وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصاً فيسلم الرهن للراهن ، ولا يكون متبرعاً في أداء الفداء ، لا انه يسعى في تخليص ملكه كمير الرهن .

( بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء ) أي في أول الامر ( لانه غير مضمون على المرتهن ، فان دفع ) أي الراهن إلى المرتهن ( خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ، كما لو هلك في الابتداء ) أي في أول الامر هلك بدون الجناية يخرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين ( وإن فدى ) أي الراهن ( فهو ) أي الابن ( رهن مع أمه على حالهما ) تبعاً لها .

( ولو استهلك العبد المرهون مالاً يستغرق رقبته ، فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد

فديته على حاله كما في الفداء ، وان أبى قيل للراهن بعه في الدين الا أن يختار أن يؤدي عنه ، فان أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء . وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه ، لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية

---

فديته على حاله كما في الفداء ) أي كما ينبغي الدين على حاله إذا فداه ( وإن أبى ) أي المرتهن ( قيل للراهن بعه ) أي العبد ( في الدين ، إلا أن يختار أن يؤدي شيئاً عنه ) الدين ( فان أدى بطل دين المرتهن ) على الراهن ( كما ذكرنا في الفداء ) وهو قوله و كذلك إن فدى .

( وإن لم يؤد ) أي الراهن ( وبيع العبد فيه ) أي في الدين ( يأخذ صاحب دين العبد دينه ، لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية ) وعلى حق ولي الجناية أيضاً ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ولفظه وحق الجناية مجرور ، لانه عطف على دين المرتهن . وحاصل المعنى دين العبد مقدم على حق ولي الجناية أيضاً ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات ، قاله الكاكي . و كذا قاله الاكمل وتاج الشريعة .

وقال الاترازي قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفاً على لفظ الدين ومحله ، معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن ، و كذلك حق ولي الجناية أيضاً مقدم على دين المرتهن ، لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلانه مقدم على حق المرتهن أولى ، لان حق المالك أقوى ، ثم قال وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية بالجر ، أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ، ويقدم أيضا على حق ولي الجناية ، حتى لو جنى وعليه دين يدفع إلى ولي الجناية ، ثم يباع للغرماء فالقول هذا في غاية الضعف ، لان المسألة التي استشهد بها يدفع كلامه ، لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية ، وفي المسألة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء ، فانه مناقضة لا محالة . قلت اراد بقوله وقال بعضهم في شرح الكاكي كما ذكر كلامه في اعراب وحق غير

لتقدمه على حق المولى، فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن، لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك، وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان. ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به، لأنه من جنس حقه. وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل. وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد

---

موجه يعرف بالتأمل، وأما اعتراضه عليه في المسألة المستشهد بها فلا وجه لانه يجيء.

( لتقدمه على حق المولى ) أي لتقدم كل واحد منها من دين العبد ومن حق ولي الجناية على حق الولى، كذا فسره الاترازي. وقال الكاكي أي لتقدم حق العبد على حق الولي يكون مقدماً على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية، لأن المرتهن يقوم مقام الولي في المالية وولي الجناية مقام الولي في ملك العين، وكذا فسره الاكمل « رح »، والفرق بين التفسيرين بحسب تفسيرهم قوله وحق الجناية.

( فإن فضل شيء ) أي من ثمن العبد الذي بيع ( ودين غريم العبد ) الواو فيه للحال ( مثل دين المرتهن أو اكثر فالفضل الراهن وبطل دين المرتهن، لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك ) أي هلاك العبد حيث يبطل دين المرتهن به.

( وإن كان دين العبد أقل ) من دين المرتهن ( سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد) لأن ذلك استحق بسبب كان في يد المرتهن ( وما فضل من دين العبد يبقى رهناً كما كان ) رهناً أو لا.

(ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به) أى بدينه ( لأنه من جنس حقه ) فلا معنى لحبس الدرهم بالدراهم فيستوفيه (وإن كان) أى دينه ( لم يحل امسكه ) أي أمسك الباقي ( حتى يحل ) دينه ( فإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي )

حتى يعتق العبد ، لأن الحق في دين الإستهلاك يتعلق برقبته ، وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق . ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد ، لأنه وجب عليه بفعله . وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد ، يقال لهما أفدياه ، لأن النصف منه مضمون ، والنصف أمانة ، والفداء في المضمون على المرتهن . وفي الأمانة على الراهن ، فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا ، وإنما منه

---

من دينه ( على أحد حتى يعتق العبد ) فإذا اعتق رجع عليه ( لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت ) أي الرقبة قد استحقت بسبب كان في يده ( فيتأخر ) أي الدين الباقي ( إلى ما بعد العتق ، ثم إذا أدى بعده ) أي ثم إذا أدى العبد الباقي بعد العتق ( لا يرجع ) أي العبد ( على أحد ) بما أدى ( لأنه وجب عليه بفعله ) لأن الباقي وجب عليه بفعل نفسه .

( وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو ) أي العبد ( رهن بألف وقد جنى العبد ) جناية على النفس ( يقال لهما ) أي للراهن والمرتهن ( افدياه ، لأن النصف منه مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن ) لأن النصف الجناية في الامانة يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن ، فلذلك قيل لهما افديا افديا .

( فإن اجمعا على الدفع دفعاه ) ولفظ دفعاه يجوز ، لأنه لدفع تمليك لا يملك المرتهن ذلك ، وإنما معنى أن المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء فدفع إلى الراهن واضاف الدفع اليهما ، لأنه تم باختيارهما ، وإن لم يقم بفعله كذا ذكر القدوري في شرحه ( وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه ) إشارة إلى قوله لأنه لا يملك التمليك . وفي بعض النسخ لما ذكرنا ( وإنما منه الرضى به ) أي من المرتهن الرضى بالدفع وقد ذكرنا هذا من شرح القدوري آنفاً .

الرضا به . فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهناً كان أو مرتهناً . أما المرتهن فلأنه ليس في الفـــداء إبطال حق الراهن ، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جنايته ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك . وإن كـــان المالك يختار الدفع ، لأنه إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه ، وله في الفداء عوض صحيح ، ولا ضرر على الراهن ، فكان له أن يفدي . وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا ، فكيف يختاره . ويكون المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة ، حتى لا يرجـــع على

---

( فإن تشاحا ) أي الراهن والمرتهن فقال المرتهن أنا أفدي ، وقال الراهن أنا ادفـــع ( فالقول لمن قال أنا افدي راهنا كان أو مرتهناً . أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن ، وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ، وكذا في جناية ولـــد الرهن ) أي وكذا الحكم في جناية ولد الرهن ( إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلـــك وإن كان المالك يختار الدفع ) كلمة إن واصلة بما قبلها (لأنه) أي لأن الولد ( إن لم يكن مضموناً فهو محبوس بدينه ) أي بدين المرتهن ، أي وللمرتهن ( وله في الفداء عوض صحيح ) وهو أن يكون الولد رهناً كأصله ، وكذا قاله شيخي العلاء . وقال تاج الشريعة عوض صحيح ، أي حبس الرقبة لجانب الإستيفاء .

( ولا ضرر على الراهن ) لأن المرتهن لم يرجع عليه بشيء ( فكان له أن يفـــدي ، واما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا ) يعني به أن الرقبة ليست له ، فكيف يملكها من غيره وهو معنى قوله ( فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفـــداء متطوعاً في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن ) يعني إن كان الذي يختـــار الفداء هو المرتهن كان متطوعاً في حصة الامانة ، لأنه اختار مع تمكينه من الامتنـــــاع لحصول الراهن ، فكان كالاجنبي ( لأنه ) أي لأن المرتهن ( يمكنه أن لا يختاره ) أي الفداء ( فيخاطب الراهن )

الراهن ، لأنه يمكنه أن يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً ، وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنـــه لا يرجع مع الحضور ، وسنبين القولين إن شاء الله تعالى . ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن ، فإنه يجب على المرتهن نصف الفداء من دينه ، لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهناً بما بقي ، لأن الفداء في النصف كان عليه ، فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ، فيصير قصاصاً بدينـــه ،

---

لانه بعدما التزم المرتهن الفداء لا يتمكن الراهن من الدفع ، فتتعين الفداء يخاطب به (فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً ) أي فلما التزم الفـــداء المرتهن مع تمكينه الفداء يكون متبرعاً .

( وهذا ) أي المذكور ( على ما روي عن أبي حنيفة انه ) أي أن المرتهن ( لا يرجع مع الحضور ) أي مع حضور الراهن أو كان غائباً ( وسنبين القولين إن شاء الله تعالى ) والقولان وهما قول أبي حنيفة وقول مخالفيه ، لانه المذكور بعد هذا ، فافهم ، أي بعد هذا بخطوط عند قوله ( ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن ) حـــاضر ، ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن ( فإنه يجب على المرتهن نصف الفـــداء من دينه ، لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع ، فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعاً ، ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو اكثر بطل الدين ) يعني ان موجب الجناية الدفع أو الفداء أو على التقديرين .

( وإن كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء ، وكان العبد رهنا بما بقي ، لان الفداء في النصف كان عليه ، فإذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه ،

كأنه أوفى نصفه، فيبقى العبد رهناً بما بقي. ولو كان المرتهن فدى الراهن حاضر فهو متطوع، وإن كان غائباً لم يكن متطوعاً، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره، فأشبه الأجنبي. وله أنه إذا كان الراهن حاضراً أمكنه مخاطبته، فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي. فأما إذا كان الراهن غائباً تعذر مخاطبته، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة، فلا يكون متبرعاً. قال وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين، لأن الوصي قائم مقامه. ولو تولى الموصى حياً بنفسه كان له ولاية البيع بإذن

---

فيصير قصاصا بدينه، كأنه اوفى نصفه، فبقي العبد رهنا بما بقي، ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع، وإن كان غائبا) أي غيبة منقطعة، ذكره في الاسرار (لم يكن متطوعا، وهذا قول أبي حنيفة «رح». وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر «رح» المرتهن متطوع في الوجهين) أي الحضور والغيبة، وبه قالت الائمة الثلاثة. وروي عن أبي حنيفة عكس هذا، وهو الراهن إذا كان حاضراً لا يكون متطوعاً، وإن كان غائبا يكون متطوعا (لانه فدى ملك غيره بغير امره، فأشبه الاجنبي).

(وله) أي ولابي حنيفة (انه إذا كان الراهن حاضراً امكنه مخاطبته، فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي، فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته، والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون) وهو تطهير الرهن عند الجناية (ولا يمكنه ذلك إلا باصلاح الامانة) لان الفداء للمرتهن لا يتجزىء لكونه غائبا (فلا يكون متبرعا حينئذ).

(قال) أي القدوري (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين، لان الوصي قائم مقامه. ولو تولى الموصى حيا) أي حال كونه حيا (بنفسه كان له ولاية

المرتهن ، فكذا الوصية . وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصياً وأمره ببيعه ، لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم ، والنظر في نصب الوصي ليؤدي ماعليه لغيره ويستوفي ماله من غيره . وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ، وللآخرين أن يردوه ، لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي . فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز ، لزوال المانع بوصول حقهم إليهم . ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز

---

البيع باذن المرتهن ، فكذا الوصية ) أن يبيع باذن المرتهن وبلا إذنه لا يجوز ، لانه ولاء للوصي .

( وإن لم يكن له ) أي للراهن الميت ( وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه ، لان القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لانفسهم في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره . وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ) أى ولبقية الغرماء ( أن يردوه ، لانه ) أي لان الولي ( آثر ) أي اختار ( بعض الغرماء بالايفاء الحكمي ) يعني أن موجب عقد الرهن ثبوت يد الإستيفاء للمرتهن ، وليس للوصي أن يخص بعض الغرماء بذلك ، كذا قاله تاج الشريعة . وقال الحاكم الشهيد في الكافي لان في الرهن معنى ايفاء الدين من وجه على وجه طلب الحقيقة عند الهلاك ، والوصي لا يكون بمحل من ايفاء حق بعض الغرماء دون البعض لتعلق حقهم على السواء في التركة ، الا اذا قضى دينهم قبل أن يردوه كما في الإيفاء الحقيقي ، وهذا الشرح لكلام المصنف قوله ( فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي ) فلا يجوز .

( فان قضى ) أي الوصي ( دينهم ) أى دين الغرماء قبل أن يردوه ( جاز لزوال المانع ) وهو ايثارهم بالإيفاء الحكمي ( بوصول حقهم اليهم ، فلو لم يكن للميت غريم

الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي وبيع في دينه ، لأنـــه يباع فيه قبل الرهن فكـذا بعده . وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجـل جاز ، لأنه استيفاء وهو يملكه ، قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

---

آخر ) غير الغرماء المذكورين ( جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي ، وبيع في دينه ، لانه يباع فيه قبل الرهن ، فكذا بعده ) لانه لا مزاحم له .

( واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز ، لانه استيفاء ) أي لان ارتهان الوصي من باب استيفاء الحقوق ( وهو يملكه ) أي الوصي بملك الإستيفاء ، لانه نصب لإستيفاء الحقوق وإيفائها .

( قال ) أي المصنف ( في رهن الوصي تفصيلات ، نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى ) قال الاترازي هذه حوالة غير رائجة ، لان رهن الوصي لم يذكره في كتاب الوصايا فضلاً عن تفصيلاته ، ثم طول الكلام فيه ، وملخصه أن الورثة اذا كانوا كلهم كباراً حضوراً لا يجوز ، وان كانوا صغاراً و كباراًان كان الكبار حضوراً أملك بدين على الميت في قول أبي حنيفة . وعندهما لا يصح . وإن كان بدين استدانه عليهم وعلى الصغار لم يصح في حق الكل بالإجماع ، سواء كان الكبار حضوراً أوغيبا . وان كان بدين على الميت فلا يكون النظر واقعا للميت ، بل يقع للوارث فلا يستقيم اثبات الولاية على غيره بتقدير النظر في حقه . ولو كان الرهن بدين استدانه في بقية الرقيق فالجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الرهن بدين على الميت .

* * *

## ( فصــــل )

قال ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ، لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن ، اذ المحلية بالمالية فيهما ، والخمر وان لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد ، إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع ، بمنزلة ما اذا تعيب

---

### ( فصل )

أى هذا فصل في بيان المسائل المتفرقة التي نذكرها في اواخر الكتب .

( قال ) أى قال محمد في الجامع الصغير ( ومن رهن عصيراً بعشرة قيمته عشرة فتخمر ) أى صار خمراً ( ثم صار خلاً يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ) لكن هذا إذا لم ينقص من مقداره بالتخمر ، والغالب النقصان ، فإذا انتقص سقط من الدين بقدره ، وإذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شيء من الدين ، ولكن الراهن يتخير ، كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه ناقصاً بجميع الدين ، وإن شاء ضمنه قيمته ، ويكون قيمته رهناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد إن شاء افتكه ناقصاً ، وإن شاء افتكه بالدين ، وإن لم ينقص قيمته لا يخير فيه ، فيبقى رهناً كما كان ، لأنه لا ضرر في الجبر على الفكاك ( لأن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن إذ المحليــة بالمالية فيهما ) أى في البيع والرهن .

( والخمر وإن لم يكن محلاً للبيع ابتداء فهو محــل له بقاء ، حتى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبــل القبض يبقى العقد ) أى لا ينقض ( إلا انه ) أي ان المشتري ( يتخير في البيع لتغير وصف المبيع ، بمنزلة ما إذا تعيب ) المبيع قبل القبض .

والحاصل هنا أن رهن العصير جائز لبيعه بلا خلاف ، فإذا تخمر وهما مسلمان يفسد الرهن بلا خلاف ، فاذا فسد الرهن فللمرتهن أن يخللها وليس للراهن أن يبيعه بالاسترداد

ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ، لأن الرهن يتقرر بالهلاك ، فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره ، بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها ، حيث لا يعود البيع ، لأن المبيع ينتقص بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود . أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه . ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع .

---

فان خللها المرتهن أو صارت خلاً فقد عادت المالية ويعود حكم الرهن عندنا ، وبه قال مالك . وعند الشافعي وأحمد لا يجوز بالتخليل ، ويعود بأن صارت خلاً بنفسه . ولو كانا كافرين يبقى الرهن بتخمره لبقاء ماليته عندهما . ولو كان الراهن مسلماً أو المرتهن كافراً فتخمر يفسد الرهن . ولو كان الراهن كافراً والمرتهن مسلماً فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله ، وليس للمسلم أن يخللها لبقاء المالية في حق الراهن .

( ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ، لأن الرهن يتقرر بالهلاك ) لأن المرتهن يصير مستوفياً بالهلاك وبالإستيفاء تأكد عقد الرهن . وقوله فهو رهن بدرهم معناه إن كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً . وأما إذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ، ويعرف ذلك بأن ينظر إلى قيمة الشاة حية ومسلوخة ، فان كانت قيمتها حية عشرة ، وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الإرتهان درهماً . وإن كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين .

( فاذا حيي بعض المحل ) بأن عادت المالية بالدباغ ( فيعود حكمه بقدره ) يعني يسقطه ( بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع ، لأن المبيع ينقض بالهلاك ) أي بهلاك المبيع ( قبل القبض ، والمنتقض لا يعود ، أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه) أشار به إلى قوله لأن الرهن يتقرر بالهلاك فيما مضى بسطرين.

( ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع ) كالرهن .

قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف ، لأنه متولد من ملكه ، ويكون رهناً مع الأصل لأنه تبـع له والرهن حق لازم فيسري إليه فإن هلك يهلك بغير شيء

---

( قال ) أي القدوري ( ونمـاء الرهن للراهن ) أي الزيادة الحاصلة في الرهن للراهن وقد بين المصنف ذلك بقوله ( وهو مثل الولد ) أي بأن كان الرهن أمـــة فولدت ولداً ( والثمر ) بأن كان الرهن شجراً فظهرت فيه ثمرة ( واللبن ) بأن كان الرهن حيواناً من ذوات الالبان ( والصوف ) بأن كان الرهن غنما فنمى فيه صوف ، أو جملاً فنمى فيه وبر ونحو ذلك، فذلك كله رهن مع الاصل ( لأنه متولد من ملكه ) أي من ملك الراهن ( ويكون رهنا مع الاصل ، لأنه ) أي لأن المتولد ( تبع للأصل ، والرهن حق لازم ) يعني مستنفر في العين ( فيسري اليه ) أي فيسري التبع إلى الاصل .

( فان هلك ) أي النماء ( يهلك بغير شيء ) والرهن على حالــه بجميع الدين . وفي المحيط والمبسوط الاصل عندنا أن كل ما يتولد من عين الرهن كالولد والتمر يسري حكم الرهن اليهم . وكذا كل ما كان بدل جزء منه وما كان بدل المنفعة أو به لا يتولد منه كالغلة ، والكسب لا يسري حكم الرهن اليه ، وبقولنا قال الثوري. وقال أحمد المتولد منه وما حدث منه بسبب حادث كالغلة والكسب يدخـــل الكل ، وهو قول النخعي والشعبي . وقال مالك يدخـــل الولد خاصة دون غيره . وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل شيء في الرهن من النماء المنفصل ولا من الكسب لحق الجناية ، حتى قال الشافعي « رح » لو رهنه ماشية مخاضا فنتجت فالنتاج خارج من الرهن ، وخالف أبو ثور وابن المنذر .

فان قلت احتجوا بقوله ﷺ لا يغلق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه ، والنماء غنم فيكون من الراهن . قلت قد ذكرنا تأويله فيما مضى ، ولئن سلم فنقول به إن النماء ملكه ، لكن حق المرتهن متعلق به وله حبسه ، حتى يستوفي جميع حقه من الدين ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك ، ولهذا قالت الفقهاء الاوصاف القارة في الامهات تسرى إلى الاولاد والرهن من الاوصاف القارة في الامهات ، فتسرى إلى الاولاد .

ولا يلزم على هذا الأصل ولد المغصوبة وولد المستاجرة وولده المنكوحة وولد الموصى بها

لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل ، لانها لم تدخل تحت العقد مقصوداً ، إذ اللفظ لا يتناولها . وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك ، لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقتـــه والتبع يقابله شيء إذا صار

---

بالخدمة وولد الجانية وولد التي تثبت حق الزكاة بعد الحول . وكـــذا ولد التي كفلت حيث لا تسرى هذه الاحكام إلى الولد ، لأن المراد من الاوصاف الاوصاف الزانية فى الام لكونها بقيعة وحرة وقنذومدبرة ومكاتبة ومرهونة لا الاوصاف التي تثبت فى ذمتها كا في كفالة الحر ولا في ذمة مالك الام كا في الزكاة وأن يكون الولد هنا [1] لكان حكم ذلك الوصف كالمبيع والتحرير والكتابة والتدبير والرهن ، أما الولد لا يثبت فيه حكم الغصب عندنا ، وكذا لا يقبل حكم الإجـارة ، لأن حكم المتاجر في المنفعة لا في العين ، وكذا ولد المنكوحة لا يقبل الحل في حق الزوج ، وكذا ولد الموصى بخدمتها لا يكون صالحاً للخدمة حتى ينفصل ، وكذا ولد الجناية والدفع بة غير لازم .

( لأن الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل ، لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً ) أى بلفظ العقد ( إذ اللفظ لا يتناولها ) أى الاتباع ، وذلك كولد المبيع فإنها تصير مبيعـاً تبعاً ، فلا يكون له حصـة في الثمن ، إلا إذا صار مقصوداً بالنص ، فكذا في الرهن إذا صار مقصوداً بالفكاك ، فلا يكون له حصة من الضمان قبله . كذا في الإيضاح وغيره .

( وإن هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمـة الرهن يوم القبض ، وقيمـــة النماء يوم الفكاك ، لأن الرهن يصير مضموناً بالقبض ، والزيادة تصير مقصوداً بالفكاك إذا بقي إلى وقته ) أى وقت الفكاك ( والتبع يقابله شيء إذا صار مقصوداً كولد المبيع ) صورته المبيعة إذا ولدت ولداً في يد البـــائع قبل التسليم إلى المشتري ثم

---

(١) هنا صالحاً فحكم – هامش .

مقصوداً كولد المبيع ، فما أصاب الأصل يسقط من الدين ، لأنـــه يقابله الأصل مقصوداً ، وما أصاب النماء أفتكه الراهن لما ذكرنا ، وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفايـــة المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات .

---

قبضها المشتري يكون الولد مقصوداً بالقبض ، ويقسم الثمن على الام والولد وفائدتـه لو هلكت الام أو الولد قبل التسليم يسقط بحصته من الثمن .

( فما أصاب الاصل يسقط من الدين لأنه يقابله الاصل مقصوداً ، ومـــا أصاب النماء افتكه الراهن) أى بما أصاب النماء ( لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله تصير مقصودة بالفكاك. وقال الكرخي ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع عليـه العقد ، وعلى ما نمى منه يوم يفتكه هذه حقيقة القسمة ،وما وقع من القسمة قبل ذلك فإنما هو على الظاهر إلى أن ينظر ما يؤول إليه قيمة النماء يوم الفكاك . فإن كانت قيمتـه زائدة يوم الفكاك ، فصارت العين سعراً وبدين كان في الولد ثلث الدين وفي الام ثلث ، فلو كانت لما ولدت الولد قيمته مثل قيمتها وإن كانت أعورت بعد الولادة ، أو كانت اعورت قبلها ذهب من الدين بعورهـا ربعه مائتان وخمسون .

فإن مات الولد وقد اعورت الام قبل الولادة أو بعدها ذهب نصف الدين ، فان اعور الولد لم يذهب بعوره شيء ، فان كانت الام اعورت قبل الولادة أو بعدها أو قبـل اعورار الولد أو بعده ذهب بعورها أيضاً ثلث الدين ، لأن قيمتها يوم العقد ألف وقيمـة الولد يوم الفكاك وهو اعور خمسمائة وفيـــه ثلث الدين وفيها ثلث الدين ، فلما اعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين ويفتكها وولدها بثلث الدين .

( وصور المسائل على هذا الاصل ) يعني ما ذكرنا من قسمة الدين على قيمتها يوم القبض والفكاك ( تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي ، وتمامه في الجامع والزيادات ) وفي ذلك كثرة وتطويل ، فأعرض عنها المصنف هاهنا . قال الاكمل وتابعناه في ذلك . قلت نحن أيضاً تابعناه ، لأن المقصود من شرح هذا الكتاب حل ألفاظه وبيان صورة مسائله ،

ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن أحلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر، لأنها إطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر . ولا يسقط بشيء من الدين ، لأنه أتلفه بإذن المالك فإن لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة . فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن ، لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله ، فصار كأن الراهن أخذه وأتلفه فكان مضموناً عليه ،

---

وليس المقصود أن يذكر فيه ما ذكره المتقدمون من المجمل والمفصل .

( ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة ، وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك . أما الإباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر ) أراد بالشرط قوله فما حلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط، ولهذا دخلت الفاء في جرها، كما في قوله تعالى ﴿وما بكم من نعمة فمن الله﴾ ٥٣ النحل (لأنها) أى الإباحة ( إطلاق ، وليس بتمليك فتصح مع الخطر ، ولا يسقط بشيء من الدين ، لأنه اتلفه باذن المالك ) وفيه إشارة إلى انه لو اتلفه بغير إذنه ضمن ، وكانت القيمة رهناً مع الشاة . وكذلك لو فعل الراهن ذلك بدون إجازة المرتهن ، وبه قالت الائمة الثلاثة إلا أحمد في رواية عنه انه لو حلبه بعوض فنقصه فانه لا يحتسب عليه .

( فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط ، وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن، لأن اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن ، والفعل حصل بتسليط من قبله ) أى من قبل الراهن ( فصار كأن الراهن أخذه واتلفه فكان مضموناً عليه ، فيكون رخصة من

فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته ، وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس . قال وتجوز الزيادة في الرهن ، ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد ، ولا يصير الرهن رهناً بها . وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً . وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما . والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء ، وقد

---

الدين ، فبقي بحصته ) فان كانت قيمة اللبن خمسة صار بإضافة ثلث الدين، فيسقط ثلث الدين بهلاك الشاة ، ويؤدي ثلثه .

( وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في أكله ، وكذلك جميع النماء الذى يحدث على هذا القياس ) يعني إن كان باذن الراهن لا يضمن ، وإن كان بغير إذنه يضمن ، ولا يعلم فيه خلاف ، ويكون ضمانه رهناً عندنا .

(وقال) أى القدوري ( وتجوز الزيادة في الرهن ) صورته أن يرهن ثوباً بعشرة قيمته عشرة ، ثم زاد الراهن ثوباً ليكون رهناً مع الاول بعشرة ، وبه قالت الائمة الثلاثة ( ولا تجوز في الدين عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ) وبه قال الشافعي في الجديد ( ولا يصير الرهن رهناً بها ) أى بالدين .

(وقال أبو يوسف « رح » تجوز الزيادة في الدين أيضاً ) بأن رهن عبداً بألف ثم حدث للراهن دين آخر بالشراء والاستقراض ، فيجعلان العبد رهناً بالدين القديم والحادث ، وبه قال مالك والشافعي رحمها الله في القديم ، واختاره المزني . وعن بعض اصحابه أن للشافعي قولين كالقديم .

( وقال زفر والشافعي رحمها الله لا تجوز فيهما ) أى زيادة الرهن في الرهن وزيادة الدين في الدين ( والخلاف معهما ) أي مع زفر والشافعي رحمهما الله ( في الرهن والثمن والمثمن ) أما الخلاف في الرهن ، أى في الزيادة في الدين فيه الخلاف أيضا ( والمهر

ذكرناه في البيوع . ولأبي يوسف في الخلافية الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيـــع ، والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع . والجامع بينهما الإلتحاق بأصل العقـد للحاجـــة والإمكان . ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن ، وهو غـــير مشروع ، والزيادة في الرهن توجب الشيوع

---

والمنكوحة سواء ) قوله سواء خبر،أعنى قوله والخلاف بينهما، أى وفي المهر والمنكوحة الخلاف أيضا ، صورة زيادة المنكوحة رجل زوج أمته من رجل بمهر مقدر ، ثم زوجه أمة أخرى بذلك المهر وقبل الزوج يصح ، ويقسم الالف عليهما عندنا .

وقال الكاكي ولو قال المولى زوجتك أمة أخرى تلك الالف لا يجوز ، كذا وجـــد بخط العلامة حافظ الدين . وفي النهاية وفي الاسرار ما يدل على جوازه . وقال الاكمل عن حميد الدين الضرير أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهـــم لا يجوز الزيادة في المنكوحة أن يقول المولى رددت لك أمة أخرى بذلك المهر . أما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم أن يصح ( وقد ذكرناه في البيوع ) أى في الفصل الذي ذكره في المرابحة والتولية .

( ولابي يوسف « رح » في الخلافيـــه الاخرى ) أي مسألة الزيادة في الدين ( أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ، فتجوز الزيادة فيهما ) أي في الدين والرهن . ( كما في البيع ) أى كما تجوز الزيادة في الثمن والمبيع في البيع ( والجامع بينهما ) أى بين الرهن والبيع في الزياد فيهما ( الإلتحاق بأصل العقد للحاجة ) فيهما إلى مال آخر فيأخذه من المرتهن فيجعلانه رهنا ( والامكان ) أى وللإمكان في الإلحاق بأصل العقد ، لأن العقد بعد الإلحاق مغير إلى اصل مشروع بأن يصير قيمة الرهن مثل الدين أو اقل ، فانه مشروع في الابتداء ، فكذا إذا تغير في الانتهاء .

( ولهما ) أى ولابي حنيفة ومحمد « رح » ( وهو القياس ) أى وقولهما القيـــاس ( أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب

في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز . وإن كان الدين ألفاً وهـــذا شيوع في الدين ، والإلتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين ، لأنـه غير معقود عليه ، ولا معقود به ، بل وجوبه سابق على الرهـــن . وكذا يبقى بعد انفساخه ، والإلتحاق بأصل العقد في بدلي العقد ، بخلاف البيع ، لأن الثمن بدل يجب بالعقد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمـــة الأول

---

الشيوع في الدين ، وهو غير مانع من صحة الرهن . ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين ) الذي هو الف جاز ، ولو رهن ثوباً بعشرين ، نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح ، وهنا شيوع في الدين ( جاز ) .

( وإن كان الدين الفاً وهذا شيوع في الدين والإلتحاق بأصل العقـــد ) هذا افساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف ، بيانه أن الإلتحاق بأصـــل العقد ( غير ممكن في طرف الدين ، لأنه ) أى لأن الدين ( غير معقود عليه ،ولا معقود به ، بل وجوبه ) أى وجوب الدين ( سابق على الرهن . وكذا يبقى بعد انفساخه ) أى الرهن ( والإلتحـــاق بأصل العقد في بدلي العقد ) هذا جواب عن قول أبي يوسف « رح » ، يعني أن الإلتحاق بأصل العقد إنما يكون فيما هو المعقود عليه كالبيع ، أو معقود به كالثمرة ، ولهذا جـــازت الزيادات في الرهن إلحاقاً بأصل العقد ، لأنه معقود عليه ، والدين غير معقود ، وعليـــه عقد الرهن . ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن ، ولهذا لم يجز الزيادات في الدين .

( بخلاف البيع ، لأن الثمن بدل يجب بالعقـــد ، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن ، وتسمى هذه زيادة قصدية ) أى بخلاف نماء الرهن ، فإنه ليس بزيادة قصدية ، بل قيمته ، فلهذا اختلفا حكما ، وقوله ( يقسم الدين ) جواب ، أما قوله وتسمى هذه زيادة قصدية معترضة بينهما ، أى يقسم الدين ( على قيمة الاول ) وفي بعض النسخ على قيمة الاصل

يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً ، والدين ألفاً يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الأصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتهما في وقتي الإعتبار ، وهذا لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض .

وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد ألف ، فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه ، وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم . ولو كانت الزيادة مع الأم يقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد ، وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الأم . قال فإن رهن عبداً يساوي

---

( يوم القبض ، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت ، حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة ، وقيمة الاول يوم القبض الفاً والدين الفاً يقسم الدين اثلاثاً في الزيادة ثلث الدين . وفي الاصل ثلثا الدين اعتباراً بقيمتها في وقتي الاعتبار ) وهما وقت القبض .

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض ، فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض ) ثم ذكر على سبيل التفريع . قوله ( وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم أن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة ، لأنه جعله زيادة مع الولد دون الام . ولو كانت الزيادة مع الام ) أن قال رهنتك هذا العبد مع الام (يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ، فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها ، لأن الزيادة دخلت على الام) قال الكرخي ولم يزد الغلام مع الام وزاده مع ولده هذه زيادة في الولد

ألفاً بألف ثم أعطاه عبداً آخر قيمته ألف رهناً مكان الأول فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول ، لأن الأول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين ، وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقياً ، وإذا بقي الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فإذا رد الأول دخل الثاني في ضمانه. ثم قيل يشترط تجديد القبض ، لان يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له

---

بماء في عتق الولد من الرهن ، ثم زاد الولد حتى صار يساوي الفين كان هو والغلام رهناً بثلثي الالف . فإن مات الولد صار الغلام رهناً بغير شيء ورده على الراهن .

ولو ماتت الام وبقي ولدها وقيمته الف مثل قيمة الام فإن الام تذهب بمائتين وخمسين ، وذلك لأن الدين انقسم فيها ، وفي الزيادة نصفين فاصابها خمسمائة فانقسمت فيها وفي ولدها نصفين . ولو زادت قيمة الام ثم يعتبر ما في الزيادة ولم ينقص ذلك ، ولم يزد .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( فإن رهن عبداً يساوي الفاً بالف ثم اعطاه عبداً آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده إلى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول ، لأن الاول إنما دخل في ضمانه بالقبض والدين ، وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ) وهذا احتراز عن الإبراء على ما يجيء ، فان الإبراء يرتفع بالضمان ، وإن لم ينتقض القبض بالرد إلى الراهن ( ما دام الدين باقيا ، وإذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه ، لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما ، فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ) .

( ثم قيل يشترط تجديد القبض ، لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ، ويد الرهن يد

على آخر جياد فاستوفى زيوفاً ظنها جياداً ثم علم بالزيافـــة وطالبه بالجياد وأخذها ، فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض ، وقيل لا يشترط ، لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة . ولان الرهن عينـــه أمانة ، والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحساناً خلافاً لزفر، لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود ، كما في الدين الموعود .

---

استيفاء وضمان ، فلا ينوب عنه ، كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيـاداً ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجـــدد القبض ، وقيل لا يشترط ) أي تجديد القبض ( لأن الرهن تبرع كالهبـة على ما بيناه من قبل ) أي في صدر الكتاب ( وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة . ولأن الرهن عينــه أمانة والقبض يرد على العين ) أي قصداً ، وعلى المالية ضمنا ( فينوب قبض الامانة عن قبض العين ) .

وقوله أي( ولو أبرأ المرتهن الراهن ) إلى آخر كتـاب الرهن ، ذكرت على سبيل التفريع ( عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر « رح » ) هو القياس لأن الضمان في باب الرهن إنما يجب باعتبار القبض وهو قائم ، فلأن ما بعد الإبراء وقبله سواء ، ولهذا كان مضمونا بعد الإستيفـاء . وإن لم يبق الدين بعد قوله ( لأن الرهن مضمون بالدين ) دليل اصحابنا وبه قالت الائمة الثلاثـــة ، بيانه انه لما كان مضمونا بالدين فات بالإبراء .

( أو بجهته ) دليل آخر ، أي أو الرهن مضمون بحصة الدين ( عنـد توهم الوجود كما في الدين الموعود ) أي عند وجود الدين، كما إذا قبض الرهن ليقرضه فهلك قبل الإقراض

ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ولا جهته لسقوطه ، إلا إذا أحدث منعاً ، لأنه يصير به غاصباً إذا لم تبق له ولاية المنع . وكـــذا إذا ارتهنت المرأة رهناً بالصداق فأبرأته أو وهبتـــه أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول ، أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هـــذا كله ولم تضمن شيئاً لسقوط الدين كما في الإبراء .ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ،ويجب عليـــه رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ،وهو من عليه أو المتطوع ،بخلاف الإبراء.ووجه الفرق

---

هلك مضمونا ( ولم يبق الدين بالإبراء أو الهبة ) أي بسببها ( ولا جهته ) أي في جهـــة الدين ( لسقوطه ) أي لسقوط الدين ، قيـــد به لأن الدين بالإستيفاء ينتهي ولا يسقط كما يجيء .

( إلا إذا أحدث ) جواب عما يقال سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان ، فانه إذا طالبه الراهن ومنع المرتهن بعد الإبراء فانه يضمن وقد سقط الدين ، وبيان الجواب بقوله إلا إذا أحدث ( منعا ، لأنه يصير به غاصبا إذا لم تبق ولاية المنع ، وكـــذا ) أي الحكم (إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول، أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله) أي في هذا المذكور كله ( ولم تضمن ) أي المرأة ( شيئا لسقوط الدين ، كما في الإبراء ) أي كما لا تضمن في الإبراء .

( ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلـك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه ) أي على المرتهن ( رد ما استوفى إلى ما استوفى منه ، وهو من عليه أو المتطوع ) وقال زفر « رح » والائمة الثلاثة لا يجب عليه ذلك ، لأن الرهن بعد الإستيفاء أمانة في يده ( بخلاف الإبراء ) يعني في صورة الإبراء يهلك بغير شيء .

أن بالإبراء يسقط الدين أصلاً كما ذكرنا ، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ، إلا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة ، لأنه يعقب مطالبة مثله فأما هو في نفسه فقائم ، فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني . وكذا إذا اشترى بالدين عيناً أو صالح عنه على عين ، لأنه استيفاء . وكذلك إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ، لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء ، لأنه يزول به عن ملك المحيل

---

( ووجه الفرق ) أي بين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين حيث يهلك بالدين ، وبين هلاكه بعد الإبراء حيث يهلك بغير شيء ( ان بالإبراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا ، وبالإستيفاء لا يسقط لقيام الموجب ) للضمان ، وهو قبض الرهن ( إلا أنه ) أي غير أنه ( يتعذر الإستيفاء ) أي الإستيفاء المرتهن ( لعدم الفائدة ) لأنه لما استوفى ثانيا يطالبه الراهن بمثله، وهو معنى قوله ( لأنه يعقب مطالبة مثله ، فأما هو ) يعني تعدد الإستيفاء ( في نفسه فقائم ، فاذا هلك ) يعني الرهن ( يتقرر الإستيفاء الاول ) وهو الإستيفاء الحكمي ، فأما هو، أي الدين باستيفاء حكم الإستيفاء إلى وقت قبض الرهن ( فانتقض الإستيفاء الثاني ) وهو الإستيفاء الحقيقي لئلا يتكرر الإستيفاء .

( وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين ) هذا معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين ، إلى قوله ويجب عليه رد ما استوفى ، يعني إذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط الدين عن المرتهن بطريق المقاصة ، ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن ، فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته و كذا إذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين يجب عليه رد الرهن إن كان قائما وقيمته إن هلك بعد الصلح ( لأنه ) أي لأن الصلح عن الدين على العين ( استيفاء ) للدين .

( وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين ، لأنه في معنى البراءة ) أي لان الحوالة على تأويل عقد الحوالة ، وإنما قال في

مثل ما كان له على المحتال عليه ، أو ما يرجع عليه به إن لم يكن للمحيل عليه دين ، لأنه بمنزلة الوكيل . وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية ، بخلاف الابراء ، والله أعلم .

---

معنى الإبراء إشارة إلى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه ، فكان ينبغي أن يكون معنى الإبراء فيهلك امانة . ووجه ذلك ما اشار اليه أن الحوالة وإن كانت إبراء لكنها ( بطريق الاداء ) دون الإسقاط ( لانه يزول به ) أي بعقد الحوالة ( عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه ) أي أو يزول ما يرجع ، أي المحتال ( به إن لم يكن المحيل على المحتال عليه دين ) أى على المحيل في المال ( لانه ) أى لان المحتال عليه ( بمنزلة الوكيل ) بقضاء الدين عن المحيل .

( وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه ) يعني بعد التصادق على عدمه بجواز أن يتذاكرا ، ووجوبه بعد التصادق على انتفائه ( فتكون الجهة باقية ) وضمان الرهن يتحقق بتوهم الوجوب ( بخلاف الإبراء ، والله أعلم ) هذا راجع إلى قوله ولو استوفى في ذلك ، لأنه من ثمة إلى هاهنا بعوض على جواب الإستحسان في صورة الإبراء ، والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجهة باقية .

وقال الاترازي قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله يهلك بالدين، يعني أن المرتهن إذا أبرأ الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير شيء .

فروع : اختلفا في قيمة الرهن بعد الهلاك فالقول للمرتهن ، وبه قالت الائمة الثلاثة في صورة ضمان الرهن أن يفدي المرتهن في الرهن . ولو اختلفا في قدر الدين بأن يقول الراهن رهن بألف ، ويقول المرتهن بألفين فالقول للراهن ، وبه قال الشافعي واحمد وأبو ثور والنخعي والثوري والبستي « رح » . وقال مالك رحمه الله القول للراهن ما لم يجاوز الثمن الرهن أو قيمته ، وبه قال الحسن وقتادة . ولو اختلفا في قدر الرهن بأن يقول

المرتهن الرهن بهذان العبدان ، وقال الراهن احدهما بعينـــه فالقول للراهن ، ولا نعلم فيه خلاف .

وكذلك لو اختلفا فى رد الرهن فالقول للمرتهن بلا خلاف ، لأنه ينكر ، والقول له مع اليمين . ولو اعتق الراهن المرهون وادعى أنه اعتقه باذن المرتهن ، والراهن ينكر ، فالقول للمرتهن . ولو قال الراهن رهن بالدين المؤجل وقال المرتهن بل للحال فالقول للراهن ، كما لو أنكر أصل الدين . ولو كان لاحدهما بينة حكم بها بلا خلاف في جميع هذه المسائل .

* * *

بسم الله الرحمن الرحيم

# كتاب الجنايات

## ( كتاب الجنايات )

أي هذا كتاب بيان أحكام الجنايات ، وهي جمع جناية ، وهي لغة إسم لما يجنيه من شر أي يكسبه ، تسمية بالمصدر إذ هي في الأصل مصدر جنى عليه شرا ، واصله من جنى الثمر وهو أخذه من الثمر ، وهو عام ، إلا أنه خص بما يحرم من الفعل شرعاً سواء جنى بنفس ، أو بمال .

ويراد باطلاق الجناية عند الفقهاء ، فعل حل في النفس أو الطرف . وقال شيخ الإسلام : الجناية على النفس يسمى قتلاً ، وفيا دون النفس قطعاً وجرحاً .

والقتل فعل مضاف إلى العباد بحيث يزول به الحياة ، وزوال الحياة بدون قتل العباد يسمى موتاً . وسببها سبب الحدود ، وشرطها كون المحل حيواناً ، ولما كان ملاك الولاية الدينية والدنيوية والرياسة الإحسان أتى إلى العدل والسياسة . فإن بالإحسان يستعبد الإنسان وترفع التباغض والعدوان . وبالسياسية تزجر السفهاء عن الطغيان ، وبالعدل يستقيم الملك وتعمر البلدان .

كان شرع أحكام الجنايات من معظم معاقد الأمور ، فاتبعها المصنف «رح» بالعبادات والمعاملات وأخرجها لأنها ترجع إلى العارض . فأوردها عقيب الرهن إذ كل واحد للوقاية والصيانة ، فإن الرهن وثيقة لصيانة المال عن الهلاك ، فكذا حكم الجناية مشروعة لصيانة المكلف عن الهلاك .

قال القتل على خمسة أوجه عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما أجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب. والمراد بيان قتل تتعلق به الأحكام

قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أوما أجري مجرى السلاح كالمحدود من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار

---

( قال ) أي القدوري ( القتل على خمسة أوجه ، عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجرى مجرى الخطأ ، والقتل بسبب ) إلى هنا لفظ القدوري ، وقال المصنف ( والمراد) أي مراد القدوري ( بيان قتل تتعلق به الأحكام) قيد به لأن أنواع القتل أكثر من خمسة ، وقد ذكر في مبسوط شيخ الإسلام : أنواع القتل أكثر من خمسة ، من رجم ، وقصاص ، وقتل حربي ، وقتل لقطع الطريق ، وقتل المرتد .

فعلم أن المراد به القتل الموجب للضمان وهو خمسة ، وفي الأصل : القتل على ثلاثة أوجه : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ . ونقل الطحاوي والكرخي في مختصريهما هذه العبارة . وقال صاحب النافع : القتل على أربعة أوجه ، عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، والقتل بسبب .

قيل وجه الإنحصار أن القتل لا يخلو إما ان يكون بسلاح أو بغيره. فإن صدر بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أو لا ، فالأول عمد ، والثاني خطأ. وإن صدر بغير سلاح ، فإما إن كان معه قصد التأديب أو الضرب أم لا ، فان كان فهو شبيه العمد وإلافلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أو لا فان كان فهو ، وإن لم يكن فهو القتل بالسبب وقيل وجه الحصر الاستقراء التام ، ونسب هذا إلى أبي بكر الرازي رحمه الله.

( قال ) أي القدوري ( فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح ) يعني في تفريق الأجزاء ( كالمحدود من الخشب وليطة القصب ) الليطة بكسر اللام قشر القصب ( والمروة المحددة ) وهي القطعة من الحجر الصوان ، يكون لها أطراف تقطع ما أصابته .

( والنار ) التي هي أسرع للهلاك ، وفي المغنى : الحدة ليست بشرط إذا كانت الآلة

لأن العمـــد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ، وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك . وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم﴾ الآية

---

من الحديد . فقال : العمد ، أن يتعمد الإنسان في قتل من لا يحل قتله بالحديـد سواء كان سلاحاً نحو السيف ، والسكين ، والرمح أو لم يكن سلاحاً كالإبرة والأشفار ، سواء كان له حد ينصع أو لا ، كالعمود وصنجة الميزان ، وسواء كان الغالب منه الهلاك أو لم يكن ، هذا كله على رواية الأصل .

وذكر الطحاوي عن أبي حنيفة «رح» لو قتله بصنجة عمود أو حديـد لا حد له فهو ليس بعمد محض ، فلا يجب القصاص ، بل هو خطأ وعمد .

وفي فتاوى قاضي خان «رح» في ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس والصفر ، والرصاص ، والذهب والفضة ، والإبريز لا يشترط الجرح لوجوب القصاص .

وفي المبسوط عن أبي حنيفة « رح » قتله بعمود أو صنجة حديد لا حد له فليس بعمد عنده ، بل هو خطأ وعمد عندهما ،إن كان الغالب منه الهلاك ،فعمد محض وإلا فخطأعمد.

( لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله ) أي بدليل العموم ( وهـــو ) أي دليله ( استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه ) أي في عمده باستعمال الآلة القاتلة .

( عند ذلك ) أي عند وجود العمد باستعمال الآلة القاتلة ، لأن القاتلة إرقاق للحياة ، وهو غير محسوس . فيكون القصد إلى إرقاق الحياة بالضرب بالسلاح الذي هـــو خارج عامل في الظاهر والباطن جميعاً .

( وموجب ذلك ) أي مقتضى العمد الموصوف بتلك الأوصاف ( المأثم ) أي حصول الإثم العظيم . وروى عنه ﷺ لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل امرىء مسلم . هذا حديث ذكره غالب الشراح . ولم يذكروا من رواه ، ولا من أخرجه . قلت هذا أخرجه الترمذي والنسائي «رح» من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن النبي ﷺ قال « لزوال الدنيا » الحديث .

( لقوله تعالى:﴿ ومن يقتل مؤمناًمتعمداًفجزاءهجهنم﴾ الآية٩٣ النساء)ويكفي هذه

## وقد نطق به غير واحدٍ من السنة وعليه انعقد اجمـــاع الأمة . قال والقود لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ الآية . إلا إلا أنه تقيد بوصف العمدية

الآية موعظة في قتل النفس بغير حق ( وقد نطق به غير واحد من السنة ) أي السنـة فيه أكثر من أن يحصى ، وأظهر من أن يخفى منها ما رواه الترمذي « رح » عن أبـي الحكم ، عن أبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهما ، يذكران عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم قال : « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا في دم مؤمن لاكبهم الله في النار » .

ومنها ما رواه البخاري «رح» عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : لا يزال المؤمن في فسحـــة من دينه ما لم يصب دماً حراماً .

ومنها ما رواه النسائي عن أبي إدريس الخولاني عابد الله ، عن معاويـــة : سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم يقول : « كل ذنب عسى الله أن يغفره إلا الرجل يموت كافراً، والرجل يقتل مؤمناً متعمداً .

ومنها ما رواه ابن ماجة من حديث سعيد بن المسيب «رح» عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم من أعـــان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقي الله تعالى مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله عز وجـل . والأحاديث في هذا الباب كثيرة جداً .

( وعليه انعقد إجماع الأمة ) أي وعلى التحريم إجماع أمة النبي صلى الله عليـــه وآله وأصحابه وسلم على الوجه المذكور .

( قال والقود ) عطف على قوله المأثم أى وموجبة أيضاً وجوب القود أى القصاص.

( لقوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ الآية ١٧٨ البقرة ) وما كتب على عباده فهو فرض . ( إلا أنه تقيد بوصف العمدية ) يعني أن الآية بظاهرها ما لم تفرق بين العمد

لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبة ، ولأن الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر ، والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك . قال إلا أن يعفو الأولياء

---

والخطأ ، إلا أنه ، أي غير أن القتل تقيد بوصف العمدية . ( لقوله ﷺ ) أي لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم ( «العمد قود» ) هذا الحديث رواه ابن أبي شيبة في مسنده من حديث طاووس ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : « العمد قود إلا أن يغفر ولي المقتول».

ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أيضاً طويلاً ، وفيه من قتل عمداً فهو قود . والحديث مشهور زيد به على الكتاب ، فما بقى الكتاب على اطلاقه فصار كالمجمل، فيجوز عندنا أن يكون الحديث بياناً له وإن كان خبراً واحداً كما فى بيان قدر مسح الرأس .

وفسر المصنف رحمه الله قوله ﷺ : «العمد قود» بقوله ( أى موجبة ) أى موجب العمد أى الذى يقتضيه قود . أى قصاص لأن غير العمد ليس بقصاص .

( ولأن الجناية بها ) أى بالعمدية ( تتكامل ) ليجب القصاص لأن قتل الخطأ ليس بجناية محضة . ( وحكمة الزجر ) مبتدأ ( عليها ) أى على الجناية ، ( تتوفر ) خبر مبتدأ من توفر على الشيء إذا دعى حرماته ووفر عليه حقه توفيراً ، واستوفره إذا استوفاه كاملاً ، وحاصل المعنى : أن العمدية تحصل بالجناية الكاملة ، كل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ، لأن حكمة الزجر المنع عن الإقدام على الجنايات لمراعاة حرمتها لا للمجاراة المحضة إذ الدنيا ليست بدار الجزاء ودار الجزاء هى الآخرة

(والعقوبة المتناهية لا شرع لها) هذه حجة أخرى، وأراد بالعقوبة المتناهية القصاص. قوله ( دون ذلك ) أى دون قيد العمدية ، وقال تاج الشريعة «رح» : العقوبة المتناهية إزالة حياة لا تشرع بدون تكامل الجناية .

( قال ) أى القدورى ( إلا أن يعفو الأولياء ) هذا لفظ القدورى «رح» وقوله

أو يصالحوا لأن الحق لهم ، ثم هو واجب علينا ، وليس للولي أخذ الدية إلا برضاء القاتل ، وهو أخذ قول الشافعي «رح» إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول: الواجب أحدهما لا يعينه ويتعين باختياره لأن حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ،

---

(أو يصالحوا) لفظ المصنف رحمه الله يعني إذا عفا الأوليـــاء عن القصاص او يصالحوا على مال فيسقط القصاص ( لأن الحق لهم ) اى للأولياء . ( ثم هو ) اى القصاص ( واجب علينا ) اى من حيث التعين من الشارع . ونتيجته تظهر من قوله ( وليس للولي اخـــذ الدية إلا برضا القاتل ) لأن حقـــه القصاص بتعين الشارع ، وليس هو المخير بين اخذ الدية والقصاص .

( وهو احد قول الشافعي « رح » ) وبه قال مالك «رح» في رواية . وهـــو قول ابراهيم النخعي ، وسفيان الثوري ، والحسن بن حي ، وابن شبرمة « رح » .

( إلا ان له ) أي للولي ( حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل لأنه ) أي المال ( تعين مدفعاً للهلاك ) وصيانة النفس عن الهلاك فرض بقدر الإمكان .

وقال تاج الشريعة : قوله من غير مرضاة القاتل ( فيجوز بدون رضاه ) أي يجوز بغير رضاه لأنه ملكه ما يجيء به نفسه ، فيلزم هذا التمليك شاء القاتل أو أبى ، كمن أصابته مخمصة ، فبذل له إنسان طعاماً بثمن المثل ، يلزمه هذا التمليك . وهذا لأن إحياء النفس فرض على الإنسان ما أمكن .

( وفي قول) أي للشافعي «رح» : ( الواجب أحدهما ) أي إما القصاص أو أخـــذ المال ( لا يعينه ) يعني من غير تعيين (ويتعين) أي أحدهما (باختياره) أى باختيار القاتل.

( لأن حق العبد شرع جابراً ) يعني النظر للولي تشرعه لا يبقـــى الضمان الأصلي ولم يمكن الجمع بينهما .

( وفي كل واحد ) من القصاص وأخذ المال ( نوع جبر فيتخير ) . وقال مالك « رح »

ولنا ما تلونا من الكتاب ، ورويناه من السنة ولان المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة . والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجراً وجبراً ، فيتعين وفي الخطـــأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ،

---

في رواية ، وأبو ثور وإسحاق ومحمد بن سيرين وسعيد بن المسيب والأوزاعي وأبو سليمان وجمهور أصحاب الحديث « رح » واحتجوا بقوله ﷺ : « من قتل قتيـــلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا ، وإن أحبوا أخذوا العقل أي الدية ، وهذا تنصيص على أن كل واحد منهما يوجب القتل .

قال الكاكي«رح»هذا الحديث رواه شريح والكعبي،قلت:الجواب عنه أنه خبر واحد فلا يعارض الكتاب ، والسنة المشهورة . وأيضاً هو محمول على الرضاء . وللشافعي « رح» قول آخر ذكره تاج الشريعة حيث قال : في المسألة ثلاثة أقاويل ، يعني للشافعي في قول الواجب هو القصاص إلا أن يعفو الولي ، وفي قول : الواجب أحدهما والتعيين إلى الولي، وفي قول بالعكس .

( ولنا ما تلونا من الكتاب ) وهـــو قوله تعالى : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ ﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ .

( ورويناه من السنة ) وهو قوله عليه السلام : « العمد قود » .

( ولأن المال ) دليل عقلي وبيانه أن المال ( لا يصلح موجباً ) في القتل العمـــد . ( لعدم المماثلة ) ، أي لعدم المماثلة بين المال والآدمي ، لأن المال مملوك مبتذل ، والآدمي مالك يتبذل فأنى يتماثلان .

( والقصاص يصلح للتماثل ) لأنه لغة روح بازاء روح مثله . (وفيه) أي وفى القصاص ( مصلحة الأحياء زجراً) للغير عن وقوعه فيه،( وجبراً ) للورثة ،(فيتعين)أي القصاص.

( وفى الخطأ ) هذا جواب عما يقال كيف يصلح موجباً فى الخطأ ، والفائت فيـــه مثل الفائت فى العمد،وتقرير الجواب أن (وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار) .

ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد أخذ المال،فلا يتعين مدفعاً للهلاك . ولا كفارة فيه عندنا، وعند الشافعي «رح» تجب، لان الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطأ، فكان أدعى إلى ايجابها ولنا أنها كبيرة محضة

---

والآدمي مكرم لا يجوز إهدار دمه وأنه لما لم يكن الإقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال ( ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد أخذ المال ) هذا جواب عن قوله ( فلا يتعين مدفعاً للهلاك ) تقريره أنه متعين بعدم قصد الولي القتل بعد أخذ المال ، لأنه يجوز أن يأخذ المال ، ثم تهيجه الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب قتله وإن لم يكن له ذلك شرعاً ، فإذا كان كذلك فلا يتعين مدفعاً للهلاك .

فان قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحاً ، وقد جاز ، أجيب بأن في الصلح المراضاة ، والقتل بعده ظاهر العدم .

( ولا كفارة فيه ) أي في القتل العمد سواء كان عمداً يجب فيه القصاص ، أو لا يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً، ومسلم قتل من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا عمداً.

( عندنا ) وبه قال مالك وأحمد في المشهور عنه ، وبه قال الثوري وأبو ثور وابن المنذر ( وعند الشافعي «رح» تجب ) .

وبه قال أحمد «رح» في رواية . ولا خلاف في وجوب الكفارة في الخطأ . إلا ما حكي عن مالك أنه قال : لا تجب الكفارة في القتل العمد أو الكفارة خطأ .

وللشافعي وجهان في سقوط الكفارة عن القاتل إذا قتل قصاصاً ، والأصح انه لا يسقط ويؤدي من تركته .

( لأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس منها إليه ) أي إلى التكفير ( في الخطأ)لأنها لستر الذنب ، والذنب في العمد أعظم .

( فكان أدعى إلى إيجابها ) أي فكان الذنب أدعى إلى إيجاب الكفارة ( ولنا أنه ) أي القتل أو العمد ( كبيرة محضة ) أي ليس فيه جهة الإباحة .

وفي الكفارة معنى العبادة ، فلا تناط بمثلها ، ولأن الكفارة من المقادير ، وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى .

ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل .

قال وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب

---

( وفي الكفارة معنى العبادة ) يعني دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد أن يكون سببها دائر بين الحظر والإباحة كما في الغموس . ( فلا تناط ) أي الكفارة ( بمثلها ) أي بمثل الكبيرة المحضة .

( ولأن الكفارة ) جواب عن قياس الشافعي «رح» يعني إلحاقه العمد بالخطأ. تقديره أن الكفارة (من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى) وهو القصاص، فلا يمكن إلحاق العمد بالخطأ ، لأنه لا مدخل للرأي في تقدير العقوبات والجناية . فإن قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم ، فانه كبيرة محضة ، ومع هذا يجب فيه الكفارة. قلت هو جناية على المحل ، ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحداً. ولو كان جناية الفعل ، لوجب جزاء . والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ

( ومن حكمه ) أي حكم القتل العمد ( حرمان الميراث لقوله ﷺ ) أي لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ( لا ميراث لقاتل ) . هذا أخرجه ابن ماجة ، من حديث عمر رضي الله تعالى عنه مطولاً ، وفيه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم يقول: « ليس لقاتل ميراث » .

ورواه مالك في الموطأ ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده ، وعبد الرزاق في مصنفه ، وأخرجه الترمذي من حديث أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم قال : « القاتل لا يرث » . وقال الترمذي «رح» هذا حديث لا يصح لا نعرفه إلا من هذا الوجه . وفيه إسحاق عن عبد الله بن أبي فروة تركه بعض أهل العلم ، منهم أحمد ابن حنبل رضي الله عنه .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وشبه العمد عند أبي حنيفة «رح» أن يتعمد الضرب

بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي « رح » إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة ، فهو عمد ، وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا ، لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه ، فكان شبه العمد لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث ، لانه لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمداً موجبا للقود .

---

بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ) سواء كان الدلالة به غالبـاً كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة .

وفي المبسوط سمي به هذا الفعل الذي لا يوجب القودويشبهالعمد أي خطأ يشبه العمد لما فيه من معنى العمد بالنظر إلى قصد الفاعل إلى الضرب . ومعنى الخطأ باعتبار انعـدام قصد القتل وبالنظر إلى الآلة التي استعملها هي آ لة الضرب للتأديبدون القتل والعاقل إنما يقصد إلى كل فعل بآلته ، فكان ذلك خطأ يشبه العمد بلا خلاف ،

وعن مالك «رح » في رواية إن قصد القتل يجب القود ، والخلاف في تفسير شبـه العمد . وفي الأوضح شبـه العمد عند أبي حنيفة « ر ح » ان يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل .

( وقال أبو يوسف « رح » ومحمد وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبـة عظيمة فهو عمد . وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل بـه غالباً لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالباً لمـا أنه يقصد بها غيره ) أي غـير القتل ( كالتأديب ونحوه ) كالتحريق ( فكان شبه العمـد لا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه لا يقصد به إلا القتل كالسيف ، فكان عمداً موجباً للقود ) أي القصاص .

وقال صاحب المجتبى يشترط عند أبي حنيفة «رح» أن يقصد التأديب دون الإتلاف ، وعندهما إن كان متعمداً بما كان الإتلاف غالباً فعمد محض . وعند الشافعي ومالك وأحمد

## وله قوله عليه السلام إلا أن قتيل خطأ العمد ، قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل

بكل آلة لا تصلح للقتل ، فلو ضربه بسوط صغير ، سوطاً أو سوطين فمات فهو شبه العمد عند الكل ، ولو والى في الضربات إلى أن مات . فإن كان جملة ما والى بحيث يقتل مثله غالباً ، فهو عمد محض عندهما . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » وقال بعضهم هو شبه العمد على قولهما ، كقول أبي حنيفة «رح» ولو خيفة فمات ، فهو شبه عمد لا قصاص فيه ، إلا أن يكون معروفاً بذلك .

وعند الأئمة الثلاثة « رح » يجب القود . وقال بعضهم شبه العمد عند أبي حنيفة « رح » ان يتعمده بكل آلة لم توضع للقتل . وعندهما بكل آلة لا تقتل غالباً . وقد ذكرنا هذا .

( وله ) أي ولأبي حنيفة «رح» ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ( إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل ) . هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص «رض» أن النبي ﷺ قال : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها .

وروي أيضاً عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنهما ، أخرجه الثلاثة المذكورون عنه : أن رسول الله ﷺ خطب يوم الفتح بمكة ، الحديث . وفيه : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط أو العصا مائة من الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها .

ورواه أحمد والشافعي وإسحاق في مسانيدهم . ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما والتمسك به أنه ﷺ لم يفصل بين الصغير والكبير ، وعليها عملا بالإطلاق .

وقال تاج الشريعة «رح» في إعراب حديث الباب روى قتله بالنصب على البدل. وخبر أن فيه مائة من الإبل . وروي بالرفع فيكون هو خبر المبتدأ . ويكون قوله : فيه مائة كلاماً مستأنفاً .

ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية، نظراً إلى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة. قال وموجب ذلك على القولين الإثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل

---

( ولأن الآلة ) سـواء كانت كبيرة أو صغيرة ( غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، إذ لا يمكن استعمالها ) أي في القتل لانه لا يمكن استعمال هذه الآلة ( على غرة ) بكسر الغين المعجمة ، وتشديد الراء على غفلة . ( من المقصود قتله وبه ) أي وبالاستعمال على غرة ( يحصل القتل غالباً فقصرت العمدية نظراً إلى الآلة ). يعني القصد إلى القتل أمر باطن لا يوقف الامر عليه ، فأقام الشرع الضرب بآلة وضعت للقتل مقـام القصد إلى القتل ، وأقام الضرب بآلة وضعت التأديب مقام عدم القصد ، فسقط اعتبار حقيقة القصد ، واعتبر السبب القائم مقامه . كذا في مبسوط شيخ الإسلام .

( فكان شبه العمد كالقتل بالسـوط والعصا الصغيرة ) لان تتقاصر الآلة بتقاصر معنى العمدية ، فيكون شبه العمد ( قال وموجب ذلك ) أي موجب شبه العمد ( على القولين ) أي على قول أبي حنيفة « رح » وقولهما . ( الإثم لانه قتـل وهو قاصد في الضرب ) . قتل على صيغة فعل الماضي ، والواو في وهو : حال .

( والكفارة ) بالرفع عطفاً على قوله الإثم . أي وموجبه أيضاً وجوب الكفارة (لشبهه بالخطأ ) أي بالنظر إلى الآلة . وبه قالت الأئمة الثلاثة . وفي الإيضاح : وجدت في كتب أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة « رح » لان الاثم كامل متناه . وتناهيه يمنع شرع الكفارة لان ذلك من باب التخفيف .

وفي الكافي : والصحيح أنها تجب عنده . ذكره الطحاوي والجصاص .

( والدية ) بالرفع أيضاً . أي وموجب ذلك أيضاً ، وجوب الدية حـال كونها ( مغلظة ) أي دية مغلظة وسيجيء تفسيرها إن شاء الله تعالى ( على العاقلة والاصل )

أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتباراً بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى. ويتعلق به حرمـــان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ، ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه .

---

أى في هذا الباب ( أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء ) يعني كل دية يوجبها القتـــل من الابتداء ( لا بمعنى يحدث من بعد ) احترز به بيا يصالحوا فيه على الدية ، وعن قتل الوالد ولده عمداً ،وعن إقرار القاتل بالقتل خطأ ، وقد كان قتله عمداً . فإن في هذه الصور تجب الدية على القاتل في ماله .

وقوله من بعد بضم الدال لانه لما بعد من الكسر بالاضافة بنى على الضم . وقوله ( فهي على العاقلة ) خبر أن . وسيجيء تفسير العاقلة في باب مستقبل (اعتباراً بالخطأ) أى قياساً عليه .

( وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب «رض» وتجب المغلظة ) أى الدية حال كونها مغلظة . ( وسنبين صفة التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى ) في كتاب الديات .

( ويتعلق به ) أى شبه العمد ( حرمان الميراث لأنه ) أى لان حرمان الميراث ( في سقوط القصاص ) كان ينبغي أن يؤثر أيضـــاً في حرمان الميراث ، وتقرير الجواب أن شبه العمد تؤثر في سقوط القصاص للشبهة ( دون حرمان الميراث ) لان الحرمان جزاء القتل بالنص وهو قوله عليه السلام : « لا ميراث للقاتل » .

( ومالك « رح » وإن أنكـــر معرفة شبـه العمد فالحجة عليه ما أسلفناه ) وفي المبسوط : وكان مالك « رح » يقول : لا أدري ما شبه العمد وأن القتل عمد وخطأ . وقال المصنف رحمه الله : فالحجة عليه ، أى على مالك « رح » ، ما أسلفناه .

وقـــال الأكمل « رح » : قيل أراد به قوله عليه السلام إلا أن قتيل العمد ، قتيل

قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً، فإذا هو آدمي، أو يظنه حربيا فإذا هو مسلم. وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً. وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ﴾ الآية وهي على عاقلته في ثلاث سنين لما بيناه. ولا إثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث

---

السوط والعصا، ولكن المعهود من المصنف «رح» في مثله ان يقول ما روينا والحق ان يقال إنما قال أسلفنا نظراً إلى الحديث والمعنى المنقول. قلت كان الاوجه أن يقول لما ذكرنا على ما لا يخفى.

(قال) أي القدوري «رح» (والخطأ على نوعين: خطأ في القصد، وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي، أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم).

قوله يظنه: جملة حالية، والفاء في فإذا في الموضعين للمفاجآت.

(وخطأ في الفعل، وهو أن يرمي غرضاً) بفتح الغين المعجمة والراء، وبالضاد المعجمة وهو الهدف. (فيصيب آدمياً وموجب ذلك) أي ما يقتضيه الخطأ بنوعيه (الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾. الآية ٩٢ النساء. وهي على ما قلته في ثلاث سنين لما بيناه) أراد به قوله: ويجب في ثلاث سنين بقضية عمر رضي الله تعالى عنه.

(ولا إثم فيه) من كلام القدوري «رح». وقال المصنف «رح» (يعني في الوجهين) يعني عدم وجوب الاثم في الوجهين المذكورين لقوله عليه السلام: «رفع عن امتي الخطأ والنسيان».

(قالوا) أي المشايخ (المراد إثم القتل) أي إثم قصد القتل، بحذف المضاف لان إثم القتل غير منفي وهو معنى قوله: (فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث

ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذا شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ، ويحرم من الميراث لانه فيه إثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما إذا تعمد الضرب موضعاً من جسده فأخطأ ، فأصاب موضعاً آخر فمات حيث يجب القصاص . لان القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه ، وجميع البدن كالمحل الواحد . وقال وما أجرى مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ فى الشرع .

---

ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذا شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ) الإثم إنه لم يباشر الرخصة بطريق السلامة والمباح مفيد بهذا كالمرور في الطريق ، وإذا كان فيه نوع إثم يستقيم تعليق حرمان الميراث به ، وهو معنى قوله ( ويحرم من الميراث لانه فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به ) أى بالقتل الخطأ بنوعيه .

( بخلاف ما إذا تعمد الضرب ) هذا متصل بقوله ويوجب ذلك الكفارة والدية ، وصورة ذلك أن يتعمد الرجل أن يضرب ( موضعا ) بان قصد ضرب يده ( من جسده فأخطأ فأصاب موضعاً آخر ) بأن أصاب عنقه ( فمات حيث يجب فيه القصاص ، لأن القتل قد وجد بالقصد إلى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد ) حتى إذا أصاب عنق غيره فهو خطأ .

( قال ) أى القدوري « رح » ( وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله ، فحكمه حكم الخطأ في الشرع ) لكنه دون الخطأ حقيقة ، فإنه ليس من أهل القصد أصلاً ، وإنما وجبت الكفارة لتحرك التحرز عن نومه في موضع يتوهم أن يصير قاتلاً ، والكفارة في قتل الخطأ إنما تجب لترك التحرك أيضاً . وإنما جعل محروماً عن الميراث لجواز أن يكون تقاوم ولم يكن قائماً حقيقة . وهذا معتبر في حق الحرمان .

وفي الأوضح : لو وقع من سطح على إنسان فقتله ، أو كان على دابة فأوطأت

وأما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه ، فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل ، وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه ، لا يأثم

---

إنساناً فمات ، أو كان في يده لبنة أو خشبة فسقط على إنسان فقتله ، فهذا مثل النائم ينقلب لكونه قتلا معصوماً فأجرى مجرى الخطأ .

( وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه ، وموجبه إذا تلف فيه آدمي ، الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعاً ) يعني في البئر (دافعاً) يعني في الحجر ( فوجبت الدية ، ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث . وقال الشافعي « رح » يلحق بالخطأ في أحكامه ) أى في أحكام الخطأ . فيجب الكفارة ويحرم عن الميراث . وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ( لان الشرع أنزله قاتلا ) يعني في الضمان فكان كالمباشرة فصار المسبب كالمباشر .

( ولنا أن القتل معدوم فيه حقيقة ) لانه ليس بمباشر القتل حقيقة لان مباشرة القتل إيصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد ( فألحق به ) أى بالمباشر ( في حق الضمان ) صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل ( فبقي في حق غيره ) وهو حق الكفارة وحرمان الميراث .

( على الاصل ) وهو عدم القتل ، وهو إن كان يأثم ، هذا جواب عما يقال : الحافر في غير ملكه يأثم . وما فيه إثم من الفعل يصح تعليق الحرمان به ، كما ذكرتم في الخطأ ، وتقرير الجواب هو أنه ( وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم

بالموت على مـــا قالوا وهـذه الكفـارة ذنب القتل ، وكذا الحرمان بسببه ، وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ، لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة والله أعلم .

---

بالموت على ما قالوا ) أي الشافعي ( وهـــذه الكفارة ) أي الكفارة التي يتلازمها فيهـا كفـارة ( ذنب القتل ولا قتل ) هنا ولا كفـــارة . ( وكذا الحرمان ) عن الميراث ( بسببه ) أي بسبب القتل ولا قتل هنا فلا حرمان .

( وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيا سواها ) يعني ليس فيا دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ( لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ) فإن إتلاف النفس لا يقصـــد إلا بالسلاح وما يجري مجراه ( وما دونها ) أي ما دون النفس ( لا يختص إتلافه بآلة دون آلة والله أعلم ) ألا ترى أن فقأ العين كما يقصـــد بالسكين ، يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

★ ★ ★

# باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً أمـــا العمدية فلما بيناه ، وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة ويتحقق المساواة

---

( باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه )

أى هذا باب في بيان ما يوجب القصاص ، وفي بيان ما لا يوجب القصاص . ولما فرغ من بيان أقســام القتل وكان من جملتها العمد : وهو قد يوجب القصاص ، وقــد لا يوجبه ، احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة .

( قـــال ) أى القدوري « رح » ( القصاص واجب بقتل كل محقون الدم ) من حقن دمه : إذا منعه أن يسفك من وجـــه دخل على التأبيد احترز به عن المستأمن ، ولا يشكل بقتل الأب إبنه ، فانه قتل مسلم لمسلم محقون الدم ، مع أنه لا يجب القصاص لان ذلك من العوارض فلا يدخل تحت القواعد والكلام في الاصول .

( على التأبيد إذا قتل عمداً ) قيد به لانه إذا قتل خطأ لا يجب القصاص .

( أما العمدية فلما بيناه ) في أوائل كتاب الجنايات من قوله عليه السلام : « العمد قود » وأن الجناية شامل بها .

( وأما حقن الدم على التأبيد ) احترز به عن المستأمن ، لان فيه شبهـــة الإباحة . والعود إلى دار الحرب أشــار إليه بقوله ( فلتنتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة ) بين القاتل والمقتول .

وقال الأكـ[illegible]

الثاني : أن حقن الدم على التأبيد غير متصور لأنه انتهى ما يتصور منه أن يكون المسلم في دار الإسلام ، وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله .

الثالث : أنها منقوضة مسلم قتل إبنه المسلم ،فإنها موجودة فيه ولا قصاص .

الرابع : أن قيد التأبيد لثبوت المساواة ، وإذا قتل المستأمن مسلماً وجب القصاص ولا مساواة بينهما .

والجواب عن الأول : أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء . ولا منافاة بينه وبين العفو .

وعن الثاني : أن المراد بالحقن على التأبيد ، ماهو بحسب الاصل والارتداد عارض لا يعتبر به ، ورجوع الحربي إلى داره أصل لا عارض .

وعن الثالث : بأن القصاص ثابت ، ولكنه انقلب ما لا شبهة الأبوة .

وعن الرابع : بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع من الاستيفاء بخلاف العكس .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ويقتل الحر بالحر ، والحر بالعبد للعمومات ) يريد به قوله : ﴿ كتب عليكم القصاص في القتلى ﴾ ، وقوله : ﴿ ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً ﴾ ، وقوله : ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ﴾ ، وقوله ﷺ : « العمد قود » .

وقال السكاكي « رح » . والحر بالعبد ، وكذا بالأمة . ولكن لا يقتل بعبد نفسه عندنا .

وقال النخعي وداوود : يقتل بعبد نفسه أيضاً . لما روى الحسن « رح » عن سمرة « رض » : أنه عليه السلام ، قال : من قتل عبده قتلناه ، ومن خدعه خدعناه .

قلنا : الحسن ما سمع « من قتل » من سمرة « رض » ، ولئن صح كان محمولاً على الزجر دون إرادة الإيقاع . وقيل هذا منسوخ بدليل سقوط القصاص بين الحر والعبد بالإجماع .

( وقال الشافعي « رح » لا يقتل الحر بالعبد ) وبه قال مالك « رح » ، وأحمد : بل يضمن قيمته .

لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى ﴿الحر بالحر، والعبد بالعبد﴾ ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد، لأنهما يستويان، وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان. ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة، وهي بالدين والدار ويستويان فيهما، وجريان القصاص بين العبدين يؤذن

---

( لقوله تعالى : ﴿ الحر بالحر والعبد بالعبد ﴾ ، ومن ضرورة هذه المقابلة ) وهي مقابلة : الحر بالحر والعبد بالعبد ( أن لا يقتل الحر بالعبد ولأنه بنى القصاص على المساواة ) بين القاتل والمقتول ( وهي ) أي المساواة ( منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه ) أي بطرف العبد ( بخلاف العبد بالعبد لأنهما يستويان ) في المملوكة .

( وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ) أى لان التفاوت بين العبد والحر تفاوت إلى نقصان ، فيجوز أن يستوفى بالكل دون عكسه كما في الطرف .

( ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي ) أى العصمة ( بالدين ) يعني عند الشافعي « رح » ( أو بالدار ) يعني عندنا ، ( ويستويان ) أي الحر والعبد (فيهما) أى في الدين والدار فيجري القصاص بينهما ( وجريان القصاص بين العبدين ) هذا جواب عما يقال الرق أثر الكفر ، وحقيقة الكفر يورث شبهة الإباحة ، ولهذا لا يقتل المسلم بالكافر مطلقاً عند الشافعي « رح » فكذا أثره تورث شبهة الإباحة ، وتقدير الجواب أن يقال : لا يورث شبهة الإباحة ، وهو معنى قوله : وجريان القصاص بين العبدين .

( يؤذن ) أى يعلم بإنتفاء شبهة الإباحة ، والدليل على ذلك : أنه لو كان كما قلتم

بانتفاء شبهة الإباحة . والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي مـــا عداه
قال والمسلم بالذمي خلاف للشافعي

---

لما جاز جريان القصاص بين العبدين ، ولهذا لا يجري بين المستأمنين .

( بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر ) هذا جواب عما استدل من المقابلة في الآية ، وجهه ان النص الذي فيه المقابلة تخصيص بذكرها .

( فلا ينفي ماعداه ) أي ماعدا المنصوص ، كما في قوله : ﴿ والأنثى بالأنثى ﴾ فإنه لا ينفى الذكر بالانثى ولا العكس بالإجماع .

وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتـل غير القاتل بالمقتول ، ذلك أن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما مقتلا على الاخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل : لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالانثى ، والحر منهم بقتل العبد منا . فأنزل الله تعالى هذه الآية رداً عليهم .

ولم يذكـــر الجواب عن الأطراف وقـد أجيب بأن القصاص في الأطراف معتمد المساواة في الجزاء . فإنه لا يقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لأن الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس ، فإن القصاص فيها يقمدها في العصمة ، وقد تساويا فيها .

( قال ) أى القدوري « رح » ( والمسلم بالذمي ) أى بقتل المسلم بالذمي . وبه قال النخعي والشعبي « رح » ( خلافاً للشافعي « رح » ) ومالك « رح » ، وأحمد « رح » ، وأبي ثور ، والثوري ، والأوزاعي ، وزفر ، وأصحـــاب الظواهر « رح » ، وهو قول عطاء والحسن البصري « رح » .

وفي المبسوط : الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلماً ، أما لو قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل يقتص بالإجماع .

وعن مالك « رح » : إذا قتل المسلم الذمي غيلة يقتل به ، لمـا روي أن عثمان رضي الله تعالى عنه أمر به في هذه الصورة . والغيلة : أن يخدع الرجل حتى يدخل بيته أو نحوه ، فيقتله أو يأخذ ماله إن كان معه .

له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ، ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية . وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة . ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلماً بذمي

---

( له ) أي للشافعي « رح » ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ : ( لا يقتل مؤمن بكافر ) هذا الحديث رواه البخاري « رح » ، عن أبي جحيفة « رح » قال : سألت عليا رضي الله تعالى عنه هل عندكم مما ليس في القرآن ؟ فقال : « العقل وفكاك الأسير ، وان لا يقتل مسلم بكافر » .

وأخرجه أبو داوود « رح » والنسائي « رح » مطولا وفيه : ألا لا يقتل مؤمن بكافر . وروى أبو داوود وابن ماجة أيضاً ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ قال : « لا يقتل مؤمن بكافر » .

( ولأنه لا مساواة بينهما ) أي بين المسلم والذمي ( وقت الجناية ) قيد به لأن القاتل إذا كان ذمياً وقت القتل ثم أسلم ، فإنه يقتص منه بالإجماع ، وقد ذكرناه .

( وكذا الكفر مبيح ) لقوله تعالى ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ﴾ أي فتنة الكفر.
( فيورث الشبهة ) أي كون الكفر مبيحاً يورث الشبهة في عدم المساواة .

( ولنا ما روي أن النبي ﷺ قتل مسلماً بذمي ) ، هذا روي مسنداً ومرسلا . أما المسند فاخرجه الدارقطني ، وفي سننه عن عمار بن مطر ، حدثنا ابراهيم بن محمد الأسلمي عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن بن السلماني ، عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وسلم قتل مسلماً بمعاهد ، وقال : أنا أكرم من وفى ذمته .

وأما المرسل : فأخرجه من طريق عبد الرزاق ، وأما الثوري عن ربيعه بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن بن السلماني «رح» أن النبي ﷺ فذكره .

فإن قلت قال الدارقطني : ابن السلماني ضعيف لا تقوم بـه حجة اذا وصل الحديث فكيف عما يرسله . وقال : عمار بن مطر الزهاوي يقلب الأسانيد ، ويسرق الأحاديث حتى كثر ذلك في رواياته فسقط من حد الإحتجاج به .

ولأن المساواة في العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار . والمبيح كفر المحارب دون المسالم ،

---

قلت : ابن السلماني أوثقه ابن حبان وذكره في الثقات . وهـــو رجل معروف من التابعين ، فإذا كان كذلك يكون حديثه صحيحاً ، والمرسل حجة عندنا، ومالك وأحمد وأكثر العلماء حتى قال محمد بن جرير الطبري : أجمع التابعون على قبول المرسل . ولم يزل الأمر كذلك إلى رأس المائتين فحدث رد المرسل حتى قيل رد المرسل بدعة .

وقال ابن عبد البر : من رد المرسل فقد رد أكثر السنـــن. ولنا مـــا رواه الشافعي «رح» في مسنده أيضاً : أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني «رح» أنا قيس بن الربيع الأسدي، عن إبان بن ثعلب ، عن الحسين بن ميمون ، عن عبد الله بن عبد الله مولى بني هاشم ، عن أبي الجنوب الأسدي «رح» قال : أتى علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه برجـل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة قال : فقامت عليه البينة فأمر بقتله فجاء أخوه فقال : قد عفوت ، فقال لعلهم فزعوك أو هددوك ، قال : لا ولكن قتله لا يرد علي أخـــي وعوضوني فقال : أنت أعرف من كان له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا .

فإن ذكره صاحب التنقيح أن حسين بن ميمون هو الخندقي ، قال ابن المديني : ليس بمعروف قل من روى عنه . وقال ابن حـــاتم « رح » : ليس بالقوي في الحديث ، يكتب حديثه .

وذكره البخاري في الضعفاء ، قلت ذكره ابن حبان في الثقات قال وربما يخطئ .

( ولأن المساواة ) أي بين المسلم والذمي ( في العصمه ثابتـــة نظراً إلى التكليف أو الدار ) ، يعني عندنا . فإن كان كذلك يثبت العصمة حاصلة أنه يستحق البقاء لإقامـــة التكاليف ، ولا يمكن من إقامتها إلا بأن تكون محرم القرض مرفوع أسباب الهلاك .

( والمبيح كفر المحارب ) هذا جواب عن قول الشافعي « رح وكذا الكفر مبيـــح ، وتقريره أن لا نسلم أن مطلق الكفر بل المبيح كفر المحاربة. قال الله تعالى ﴿ قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ﴾ إلى قوله : ﴿ حتى يعطوا الجزية ﴾ .

( دون المسالم ) أي دون كفر المسلم لأنه يعقد الكفر الذمة صار من أهل دارنا ، فلم

والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة. والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده ، والعطف للمغايرة

---

يبقى كفره مبيحاً . ولهذا كفر المرأة لا يبيح القتل ، لأن كفرها غير ثابت على الحرب لأنها بنفسها غير صالحة له، والعصمة بالدار تؤثر في النفس والمال جميعاً حتى يجب القطع بسرقة مال الذمي ، وحقن دمه أيضاً لعقد الذمة .

( والقتل بمثله ) هذا دفع لقول الشافعي «رح» فيورث الشبهة ، بيانه أن القتل بمثله، أى قتل الذمى بالذمى ( يؤذن بانتفاء الشبهة ) يعني بأن كفر الذى لا يورث الشبهة إذا ورد لما جرى القصاص بينهما كما لا يجرى بين الحربيين، فإن قيل يورث الشبهة إذا قتله مسلم ، قلنا يكون قبل قتله المسلم معصوماً كالمسلم فيجب القصاص .

( والمراد بما روى ) هذا جواب عما استدل به الشافعي « رح » من حديث علي رضى الله تعالى عنه. أى المراد عما روى الشافعي من قوله : لا يقتل المؤمن بكافر ( الحربي ) أى الكافر الحربى ( لسياقه ) أى لسياق الحديث .

وقوله ( ولا ذو عهد في عهده ) بيانه ما ذكره الطحاوى «رح» في شرح الآثار : ان الذى حكاه أبو جحيفة عن علي رضى الله تعالى عنه لم يكن مفرداً ، ولو كان مفرداً لاحتمل ما قالوا ، ولكن موصلاً بغيره ، وهو قوله: ولا ذو عهد في عهده . ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول . ( والعطف للمغايرة ) لأن المعطوف غير المعطوف عليه .

وفي المبسوط والأسرار : الواو للعطف حقيقة خصوصاً فيما لا يكون مستقلا بنفسه ، ووجه الأول بقى القتل قصاصاً لا بقى مطلق القتل . فيكون الثاني نفي القتل قصاصاً ، وإلا فلا مناسبة بين الجملتين ، فيصير كقوله في حسن الديات محوط وكذا الخليفة في غاية الطول فيكون وكيلا .

وفى مبسوط شيخ الإسلام «رح» : ولا ذو عهد في عهده، جملته ناقصة ، فيكون خبره خبر الجملة الكاملة ، وخبر الكاملة فى القتل قصاصاً ، فيكون معناه : ولا يقتل ذو عهد فى عهده بكافر، فلو كان الكافر فى الكاملة مطلقاً لا يصح هذا ، لأنه يصير معناه: لا يقتل ذو عهد مطلق بالكافر. وليس كذلك بالإجماع، فإن الذمى يقتل بالذمى بالإجماع .

قال ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد، وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع، ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا. ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح، ويقتل الرجل بالمرأة، والكبير بالصغير،

---

فإن قيل: قد روى في بعض الروايات: ولا بذى عهد فى عهده أى ولا يقتل مسلم بكافر ولا ذمى عهد.

قلنا: هى رواية شاذة مجهولة. ولئن صح فنقول أنـــه معطوف على المؤمن لا على الكافر، والجر على الجوار كما فى حجر ضب حرب. والمرد بذى عهد مستأمن وبه نقول، أى المستأمن لا يقتل بالمستأمن.

( ولا يقتل بالمستأمن ) أي لا يقتل المسلم بالمستأمن. ( لأنه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ) إلى داره، فكان الحربي.

( ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ) لأنه غير محقون الدم على التأبيد. قال الأكمل «رح» قتله هو إشارة إلى قوله ﷺ: ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لأن المعهود منه في مثله لما روينا، ولأننا قدرنا ذلك بكافر حربي إلا اذا أريد هناك بالحربي أعـم من أن يكون مستأمناً أو محارباً، وهو الحق، ويغنينا عن السؤال عن كيفيـــة قتل المسلم الحربي، والجواب عنه بقوله: لمـــا بينا لأن التقدير المذكور ليس بمروي، وإنما هو تأويل فلم يقل لما روى (١).

( ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً ) لأنهما حقنا دمهما بالأمان ( للمساواة ) بينهما من حيث حقن دمهما، فصارا متكافئين. وبه قالت الأئمة الثلاثة.

( ولا يقتل استحساناً لقيام المبيـح ) وهو الكفر الباعث على الحراب، لما قلنا انـه على قصد الرجوع.

( ويقتل الرجل بالمرأة، والكبير بالصغير، والصحيح بالاعمى، والزمن، وبناقص

---

(١) لما روينا.

والصحيح بالأعمى والزمن ، وبناقص الأطراف ، وبالمجنون للعمومات ، ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بإبنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على مالك « رح » في قوله يقاد

---

الاطراف ، وبالمجنون للعمومات ) أراد بها قوله ﴿ من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ وغير ذلك من الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص . وهذا الذي ذكرناه من قوله : ويقتل الرجل إلى آخره قول أكثر أهل العلم .

وعن عطاء عن الحسن البصرى «رح» : إذا قتل الرجل امرأة فوليها إن شاء أخذ بديتها ستة آلاف درهم ، وإن شاء دفع إلى ولي القاتل ستة آلاف وقتله . هكذا روي عن علي رضي الله تعالى عنه .

وذكر في الكشاف في تفسير قوله : والانثى بالانثى ، قال مالك والشافعي « رح » : لا يقتل الذكر بالانثى . لكن هذا مخالف لعامة كتب الشافعي ومالك .

( ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني ) وهذا كله يصلح لجميع ما خالفنا فيه الشافعي «رح» .

( قال ) أى القدوري ( ولا يقتل الرجل بإبنه لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم ( لا يقاد الوالد بولده ) . هذا الحديث رواه الترمذى ، وابن ماجة ، من حديث عمر بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يقاد الوالد بولده » .

وروى الترمذى ، وابن ماجة أيضاً من حديث طاووس ، عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن النبي ﷺ قال : لا تقام الحدود في المساجد ، ولا يقتل الوالد بالولد . وفي مسنده اسماعيل بن مسلم وهو ضعيف .

( وهو ) أى هذا الحديث ( باطلاقه حجة على مالك «رح» فى قوله يقاد ) أى الوالد

إذا ذبحه ذبحا ولأنه سبب لإحيائه ، فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ، ولهذا لا يجوز له قتله ، وإن وجده في صف الأعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن . والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ، والجد من قبل الرجال أو النساء ، وإن علا في هذا بمنزلة الأب ، وكذا

---

( إذا ذبحه ) أي الإبن ( ذبحا ) يعني إذا قصد قتله . أما لو رماه بالسيف أو السكين ولم يرد قتله ، فلا قصاص .

وفي الجواهر للمالكية قال أشهب « رح » : لا يقتل الأب بالإبن بكل حال للشبهة ، وهو قوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » .

وقال الليثي وداود وابن المنذر ، وابن الحكم «رح» يقتل بإبنه للعمومات والأم كالأب ، وكذا الأجداد والجدات . وبه قال الشافعي وأحمد « رح » .

( ولأنه ) أي ولأن الأب ( سبب لإحيائه ) أي لإحياء الولد . ( فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا ) أي ولأجل ذلك ،( لا يجوز له ) أي للابن (قتله) أي قتل الأب .

( وإن وجده في صف الأعداء ) حال كونه ( مقاتلاً أو زانياً ) أي ووجده زانياً ( وهو محصن ) أي والحال أنه محصن .

وكذا لو وجده مرتداً ليس له أن يقتله شرعاً . وقال تاج الشريعة «رح» أو رامياً موضع قوله زانياً . ثم قال : يعني لا يجوز للابن أن يرمي بالحجر نحو أبيه .

( والقصاص يستحقه المقتول ) هذا جواب عما يقال : لو استوفى القصاص منه لا يكون استيفاء من الولد ، فان إستيفاء القصاص يمنع من وارث الوالد . وتقدير الجواب أن القصاص يستحقه المقتول أولاً ، ولهذا لو عفى يصح .

( ثم يخلفه وارثه ) أي ثم يخلف المقتول وارثه ، والإبن ليس من يستوجب ذلك على أبيه ، وبدون الأهلية لا يثبت الحكم .

( والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا ) الحكم ( بمنزلة الأب ، وكذا

الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أم بعدت لما بينـــاه ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط . قال ولا يقتل الرجل بعبده ، ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده ، لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ، ولا ولده عليه ، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزأ قال ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف . وقال الشافعي «رح»

---

الوالدة والجدة من قبل الأم والأب قربت أم بعدت لما بينا ) أشار بـه إلى قوله لأنه سبب لإحيائه ( ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط ) أي لعدم مسقط القصاص ، وهو قيام الواجب وهو سبب الإحياء . وحكي عن أحمد «رح» في رواية شاذة أنه لا يقتل .

( ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ، ولا مكاتبه ، ولا بعبد ولده ) ولا يعلم فيـــه خلاف ( لأنـــه لا يستوجب لنفسه على نفسه ) أي لأن الرجل لا يستحق لأجل نفسه ( القصاص ولا ولده عليه ) بالرفع معطوفة على الضمير المستكن في يستوجب . وجـــاز ذلك بلا تأكيد المنفصل لوقوع الفصل يعني : ولا يستوجب ولده على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده ، كذا قال الأكمل «رح» ، قلت العطف على الضمير المستكن فيه خلاف بـين الكوفيين والبصريين على ما لا يخفى على من له يد في علم النحو .

( وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه ) أي إذا كان عبد بين شريكين ، فقتله أحـدهما لا يقتل به ( لأن القصاص لا يتجزأ ) فيضمن لشريكه قيمته وما يخصه من العبد .

( قال ) أي القدوري «رح» ( ومن ورث قصاصاً على أبيه ) مثل أن يقتل الرجل أم إبنه مثلاً ( سقط ) أي القصاص ( لحرمة الأبوة ) . لقوله ﷺ : «أنت ومالك لأبيك» فظاهره يوجب كونه مملوكاً لأبيه . فحقيقة الملك يمنع القصاص كما في المولى إذا قتل عبده . وكذا شبهة الملك باعتبار الظاهر .

( قال : ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف ) الحديث الذي يـــأتي ( وقال الشافعي «رح» : يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً ) . مثل أن يقطع يد رجل فمات منه

يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً ، فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة .

---

فعل به وذلك ويمثل مثل تلك المدة . ( فإن مات وإلا تحز رقبته ) .

وبه قال مالك وأحمد «رح» وأصحاب الظاهر ولو كان ذلك الفعل غير مشروع ، بأن لاط بصبي أو وطيء صغيرة حتى قتلها أو سقاه خمراً حتى مات ، اختلف أصحابه . قيل يحز رقبته ، وقيل في اللواطة يشحذ آلة على مثل هذا الذكر فيقتل به مثل ما فعل. وقيل في الخمر يسقى الماء حتى يموت ، في الحلية . فالمذهب أنه يحز رقبته .

وكـــذا نهشته حية يقتل بمثله . وإذا حبسه في بيت فيه سبع فافترسه ففيما يقتص به وجهان : ولو فعل به ما فعل ولم يمت ففيه قولان : أحدهما انــه يكرر عليه ذلك الفعل حتى يموت ، وبه قال مالك «رح» والثاني أنه يعدل إلى السيف .

( لأن مبنى القصاص على المساواة ) وذلك فيما ذكرنا لأن فيـــه مساواة في الأصل والوصف ، أي الفعل والمقصود به . فان قيل قد احتج الشافعي «رح» ومن معـــه بقوله تعالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم بـــه ﴾ . وقوله تعالى ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

وبما روى عن أنس بن مالك «رض» انه قال أن جارية وجدوا رأسها قد رض بين الحجرين ، فسألوها من فعل بك هذا فلان وفلان ؟ حتى ذكروا يهودياً فأومت برأسهـا . فأخذوا اليهودي ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم أن يرض رأسه بالحجارة. وبحديث العرانيين فانهم سملوا أعين الرعاة فسمل النبي صلى الله عليـه وعلى آله وأصحابه وسلم أعينهم .

قلت أما قوله تعالى : ﴿ فعاقبوا ﴾ الآية . فروى الطحاوي رحمه الله عن مقسم، عن ابن عباس ، وعن أبي هريرة رضي الله تعالى عنهم : أنه عليه السلام قال لمـــا قتل حمزة رضي الله تعالى عنه ومثل به : « لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلا » . وفي روايـــة : « والله لأمثلن بسبعين رجلاً منهم » . فأنزل الله تعالى : ﴿ وإن عاقبتم ﴾ الآيـة . فصبر رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم وكفر عن يمينه ، فعلم أن الآية نزلت في هذا المعنى لا فيما ذكروا .

وأما قوله تعالى : ﴿ فاعتدوا ﴾ الآية ، فانها نزلت على المماثلة لا على الزيادة . وفيما قالوا الزيادة في الاستيفاء ، فلا يجوز .

وأما حديث اليهودى فكان بطريق السياسة لأنه كان مشهور بذلك ، فأمر برضه ﷺ لكونه ساعياً في الأرض بالفساد . لا بطريق القصاص إذ باشارة الجارية برأسها لا يجب القصاص . فان قيل اليهودى أقر بذلك ، قلنا ولئن سلمنا فقد نسخ ، ونسخ المثلة كما في حديث العراقيين .

( ولنا قوله عليه السلام ) أى قول النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم ( لا قود إلا بالسيف ) هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، منهم أبو بكر ، أخرج حديثه ابن ماجة عنه ، عن النبي صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم أنه قال : « لا قود إلا بالسيف » .

ومنهم نعمان بن بشير « رض » أخرج حديثه ابن ماجة «رح» أيضاً عنه ﷺ مثله . وفيه جابر الجعفي «رح» وهو ضعيف . قاله ابن الجوزى وفي موضع آخر قال وقد وثقه الثورى وشعبة .

ومنهم ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ، أخرج حديثه الطبراني «رح» في معجمه عنه مرفوعاً نحوه سواء ، وفيه عبد الكريم ضعفوه .

ومنهم أبو هريرة «رض» أخرج حديثه الدارقطني «رح» أيضاً عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم نحوه . وفيه سلمان بن أرقم « رض » قال الدارقطني : هو متروك .

ومنهم علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه ، أخرج حديثه الدارقطني أيضاً عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم : لا قود في النفس وغيرها إلا بحديدة . وفعل فعل ابن هلال . قال الدارقطني : متروك .

(والمراد به السلاح ) أى المراد بقوله ﷺ : إلا بالسيف ، إلا بالسلاح ، ويؤيده حديث علي رضي الله تعالى عنه المذكور آنفاً .

ولأن فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز ، فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم . قال وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى ، وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح . وقال محمد لا أرى في هذا

---

وقال تاج الشريعة قوله ، والمراد به السلاح هكذا فهمت الصحابة بالمعنى المفهوم دلالة وهو الحز والقطع . كما يقال المراد من نهي الاستيفاء حرمة الإيذاء . وأصحاب عبد الله بن مسعود ، كانوا يقولون : لا قود إلا بالسلاح لفهمهم من اللفظ المظهر النبوى . وذلك لان المراد من السلاح في الاستيفاء الحديد المحدد كالخنجر والسكين . وإنما كنى بالسيف عن السلاح لأن المعد للقتال على الخصوص من بين الاسلحة السيف . فانه لا يراد به لشيء آخر سوى القتال . وقد يراد بسائر الاسلحة منافع سواه . وهو معنى قوله ﷺ : « بعثت بالسيف بين يدى الساعة » يعني السلاح الذى هو آلة القتال .

( ولان فيما ذهب إليه ) أى الشافعي «رح» ( استيفاء الزيادة ) وهو دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله: ولأن مبنى القصاص على المساواة. وجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب إليه لأن فيه الزيادة .

( لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز ) بعد فعل ما فعل به فيجب التحرز عنه لأنه أدى إلى انتفاء القصاص ( فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم ) فان من كسر عظم إنسان سوى السن عمداً ، فانه لا تقبض منه فاذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة ، فلأن يجوز ترك البعض أولى .

(قال) أى القدوري «رح» (وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله ) أى فللمولى ( القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ) وبه قالت الائمة الثلاثة . إذا كان قاتله عبداً ، أما لو كان قاتله حراً لا يجب القصاص على الحر ، بقتل العبد عندهم ، وسواء ترك وفاء عندهم أو لا ، وعندنا إذا لم يترك وفاء لا يجب القصاص كما يجيء .

( وقال محمد «رح» لا أرى في هذا قصاصاً لانه أشبه سبب الإستيفاء فانه ) أى فان سبب

قصاصاً لأنه أشبه سبب الاستيفاء ، فإنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً . وصار كمن قـــال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لإختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الإستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد ، واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ، ولا إلى اختلاف حكم ، فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة ، لأن حكم اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص

---

الإستيفاء ( الولاء إن مات حراً ، والملك إن مات عبـداً وصـــار ) هـذا ( كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجتها منك ، لا يحل له وطئها لاختلاف السبب فكذا هذا ) .

وقال الاكمل كأنه حام حول الدرء بالشبهات ( ولهما ) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف «رح» ( أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين ) أى على تقدير أن يموت حراً وعلى تقدير أن يموت عبداً .

( وهو ) أى المولى ( معلوم والحكم متحد ) وهو استيفاء القصاص ( واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به ) أى باختلاف السبب كما لو قال المقر لك على ألف من ثمن عبـد ، وقال المقر له من قرض يجب الالف على المقـر ولا يبالى اختلاف السبب .

( بخلاف تلك المسألة ) أى مسألة الجارية (لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح) لان ملك اليمين يثبت الحـل تبعاً ، والنكاح مقصوداً فالحل الثابت مقصود غير الحـل الثابت تبعاً ويختلف أحكامهما . ولما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحـل ( ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى ) أى ولو ترك المكاتب المقتول وفاء والحال أن له وارثاً غير مولاه .

( فلا قصاص ) أى عند أصحابنا بلا خلاف خلافاً للأئمة الثلاثة « رح » .

فـــإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبداً والوارث إن مـــات حراً إذ ظهر الإختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لانه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في بعض لا ينفسخ بالعجز ،

---

( وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبـــه من له الحق لأنه ) أي لأن من له الحق ( المولى إن مات عبداً والوارث ) أي من له الحق الوارث ( إن مات حراً إذ ظهر الإختلاف ) أي لأنه ظهر الإختلاف (بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق) أي على وصف الحرية ، فإن مات حراً أو على وصف الرقية ، بأن مات عبداً فعند علي ( رض ) وعبـــد الله بن مسعود « رح » يموت حراً إذا أديت كتابتـــه . فيكون الاستيفاء لورثته .

وعند زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه يموت عبداً . وبه قـــال الشافعي « رح » ، وأحمد ، فيكون الاستيفاء للمولى ، فلهذا الإختلاف لا يجب القصاص ( بخلاف الاولى ) أي المسألة الاولى ( لان الاولى متعين فيها ) فيجب القصاص على الإختلاف .

( وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً بلا ريب لانفساخ الكتابة ) بموته . ولم يذكـــر ما إذا مات ولم يترك وفاء له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب .

( بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفـــاء ) أي لا يجب القصاص للمولى[1] ( لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز ) لأن ملك المولى لا يعود بموته ، ولا ينفسخ

---

(١) للولي .

وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه ، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه

قال وإذا قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لانه ليس له من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها ، وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح

---

بالعجز ما عتق عنه ، وهذا على قول من قال يتجزأ الاعتاق .

( وإذا قتل عبد الرهن في يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن و المرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه ) أى القصاص ( والراهن لو تولاه ) أى القصاص ( لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه ) وفي المغني والجامع الصغير لفخر الإسلام وغيرهما لا يثبت لهما القصاص وإن اجتمعا كما إذا قتل عبد المكاتب ، فاجتمع المولى مع المكاتب ويجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين . وفي الإيضاح إذا اجتمع للراهن أن تقبل عند أبي حنيفة « رح » وعندهما لا .

وقال الشافعي « رح » وأحمد « رح »: استيفاء القصاص للراهن لأنه هو المالك ، فإذا استوفى لم يجب للمرتهن عليه شيء عند الشافعي « رح » وأحمد « رح » في رواية .

وقال أحمد « رح » في رواية يجب عليه قيمته فيكون رهناً مكانه .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا قتل ولي المعتوه ) يعني قريبه وهو ابنه ( فلأبيه ) أى فلأب المعتوه وهو جد المقتول ( أن يقتل ) وبه قال مالك « رح » ، وأحمد « رح » .

وقال الشافعي « رح » : لم يكن لوليه استيفاءه لأن فيه بطلان حق الصغير والمعتوه ، بل ينتظر بلوغ الصغير ، وإفاقة المجنون ويحبس القاتل ( لأنه ) ، أى لأن استيفاء القصاص ( ليس له من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها ) أى إلى النفس ( وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح ) .

ولا يتوهم أن كل من ملك الإنكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ ، فإنه يملك

وله أن يصـــالح لانه نظر في حق المعتوه ، وليس له أن يعفو لان فيه إبطـــال حقه ، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا .

---

الإنكاح دون القصاص لأنه شرع للتشفي . وللأب شفقة كاملة بعد ضرر الولد ضرر نفسه . فجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للأب بخلاف الأخ .

وقال الأترازي « رح » ، قال بعض الشارحين في هذا الموضع : كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص ، فإن الأخ يملك الإنكاح ، ولا يملك استيفـــاء القصاص . فأقول هذا ليس بشيء لأن الأخ يملك استيفـــاء القصاص إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منـه انتهـى .

قلت أراد ببعض الشارحين السكاكي والأكمل « رح » ، فإنهما اللذان ذكر ذلك فيمن ذكرناه مثل ما ذكرا امرأة أمعن نظره فيها أن رده غير موجه .

( وله ) أي وللأب ( أن يصالح ) أي القاتل ( لأنه أنظر في حق المعتوه ) . لكن هذا فيما إذا صالح على قـــدر الدين ، ولو صالح بأقل منه لم يجـر الحطأ وإن قل . ويجب كمال الدية .

وقال الأترازي (رض) : قال بعضهم في شرحه هذا إذا صالح على مثل الدية فذكر ما ذكرناه الآن ناقلاً عن السكاكي « رح » : ثم قال : ولنا فيه نظـر ، لأن لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أب المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه قال : وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية انتهى .

قلت : في نظـره نظـر ، لأنـــه يجـوز أن يكون مراد محمد « رح » : وله أن يصالح ، مقيداً بهذا القيد على ما لا يخفى .

وقال الشافعي « رح » في النصوص ، وأحمد « رح » في رواية : لا يجـوز ، لأنه لا يملك إسقاط قصاصه .

وقال الشافعي في قول ، وأحمد « رح » في رواية : يجوز إذا كان الصغير والمجنون محتاجين إلى النفقة ، ولا مال لهما لحاجته إلى المال للحفظ .

( وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقـــه وكذلك ) أي الحكم ( إن قطعت يـــد

والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك ، إلا أنه لا يقتل لانـــه ليس له ولاية على نفسه ، وهذا من قبيلـــه ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس ، واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لا يستثنى إلا القتل وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف بالنفس بالإعتياض عنه، فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المـــال، وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لأن المقصود

---

المعتوه عمداً لما ذكرنا ) أي من قوله لأنه من باب الولاية على النفس على تأويل المذكور ويندرج تحت هـــذا الإطلاق وهو قوله : ( والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك ) أي فيا ذكـــر من الأحكام ( إلا أنه ) أي إلا أن الوصي ( لا يقتـــل لأنه ليس ) لأن ليس ( له ولاية على نفسه ) أي على نفس المعتوه .

( وهذا ) أي استيفـــاء القصاص ( من قبيله ) أي من قبيـــل الولاية على النفس على تأويل المذكور .

( ويندرج تحت هـــذا الإطلاق ) وهو قوله : والوصي بمنزلة الأب . ( الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف ، فإنه لم يستثن إلا القتل ) .

أي فإن محمداً « رح » لم يستثن إلا القتـــل ، والمسألة مذكورة في الجامع الصغير كما ذكـــرنا .

( وفي كتاب الصلح ) أي ذكـــر في كتاب الصلح من الأصل ( أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالإعتياض عنه ) - ملحقاً به وهو معنى قوله ( فينزل منزلة لاستيفاء ) فلا يجوز حينئذ صلح الوصي .

( ووجه المذكور هاهنا ) أي في الجامع الصغير ( أن المقصود من الصلح : المال وأنه يجب بعقده ) أي بعقد الوصي . ( كما يجب بعقد الأب ) فوجب القول بصحته ( بخلاف القصاص ) حيث لا يملك الوصي استيفـــاءه في النفس ( لأن المقصـــود ) من القصاص

التشفي وهو مختص بالاب ، ولا يملـــك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الإبطال ، فهو أولى ، وقالوا القياس أن لا يملك الوصي الإستيفـــاء في الطرف ، كما لا يملكه في النفس ، لان المقصود متحد ، وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ، فإنهـا خلقت وقاية للأنفس كالمال على ما عرف ، فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال

---

( التشفي وهو ) أى التشفي ( مختص بالأب ) لقربه و كمال شفقته ، وهذا أمر معهـود من الأب ، والوصي لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثأر .

( ولا يملك ) أي الوصي ( العفو لان الأب لا يملكه لما فيـه من الإبطال ) أى لما في العفو من إبطال حقــه فإذا كان كذلك ( فهـو أولى ) أى فالعفو من الوصي أولى الإبطال . حاصل الروايات أن الروايات اتفقت في الأب أنه يستوفى القصاص في النفس وما دونها . وأنه يصالح في البابين جميعاً ، ولا يصح عفوه في البابين . واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس ، وأنه يملك استيفاء ما دونها . وأنه يملك الصلح فيا دونهـا ، ولا يملك العفو في البابين . وإنما اختلفت الروايات في الوصي في فصــل واحد وهو صلحه في النفس على مال . فقال في الجامع الصغير : يصح صلحه .

وقــال في كتاب الصلح لا يصح ( وقالوا ) أى المشائخ « رح » ( القياس أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي . وفي الإستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها ) أي فإن الأطراف (خلقت وقـــاية للنفس[1] كالمال على ما عرف ) في الأصول ( فكان استيفـــاؤه ) أي استيفاء الوصي . ( بمنزلة التصرف في المال ) فيجوز .

وفي المحيط القيـــاس هو قول أبي حنيفة « رح » في رواية وهو الأظهر على قولهما لأنهما يجعلان الطرف كالنفس في حكم القصاص فالنكول .

---

(١) للأنفس .

والصبي بمنزلة المعتوه في هذا ، والقاضى بمنزلة الاب فى الصحيح .
ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضى بمنزلته
فيه وقال من قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند

---

وهو قول الشافعي « رح » لما لا يملكه في النفس ، وفي الإستحسان يملكه . وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » ، وفي جامع أبي الليث « رح » هذا إذا أدرك معتوهاً ، فإن أدرك عاقلا . ثم عته : لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه في قول زفر « رح » ، وعند أبي يوسف « رح » : حكمه حكم الذي أدرك معتوهاً سواء .

وفي المبسوط : لو كان يجن ويفيق فهو كالصحيح ، ولو جن بعد القتل إن كان هذا الجنون الحادث مطبقاً يسقط القود وعن محمد « رح » : ولو جن بعد القتل لا بعد . وكذا لو عته بعد القتل ولو قضى عليه بالقتل لا يقتل قياساً .

قال : في موضع آخر: وعن أبي يوسف « رح » قبل الرفع إلى الوالي لا يقتل قياساً ، وبعد الرفع يقتل استحساناً .

( والصبي بمنزلة المعتوه في هذا ) أى في القتل والصلح وعدم جواز المعتوه . وقال تاج الشريعة « رح » أي في هذا المعنى للأب أن يستوفي القصاص الواجب للصغير في النفس وما دونها . وقال الشافعي ليس له ذلك .

( والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح ) يملك الاستيفاء في النفس ، وفيما دون النفس ، لأن له ولاية في النفس والمال جميعاً .

( ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه ) أي بمنزلة السلطان . وفي المحيط قال أبو يوسف « رح » ليس للسلطان أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كما للقيط ، كما ليس له أن يعفو بغير مال . وقال الأترازي رحمه الله للسلطان أن يقتل قاتل من لا ولي له أن يصالح وكذلك إذا قتل اللقيط في قول أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » .

( قال : ) محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن قتل وله أولياء صغار وكبار ،

أبي حنيفة . وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ، لان القصاص مشترك بينهم ، ولا يمكن استيفـــاء البعض لعدم التجزيء ، وفى استيفائهم الكل إبطال حق الصغار ، فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غـــائب ، أو كان بين المولىين وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير

---

فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة « رح » ) أي قبـل بلوغ الصغار . وبه قال مالك « رح » وأحمد « رح » في رواية ، والليث بن سعد ، وحماد بن سليمان ، والأوزاعي وزاد مالك « رح » وقـال : إن كان للمقتول ولد صغير وأخ كبير أو أخت كبيرة فالأخ اختان يقتصان قبل بلوغ الصغير .

( وقـالا ) أي أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » ( ليس لهم ذلك ) أي ليس للكبار أن يقتصوا ( حتى يدرك الصغار ) وبه قـال الشافعي « رح » وأحمد « رح » في الأظهر ، وإسحاق ، وعمر بن عبد العزيز ، وابن شبرمة ، وابن أبي ليلى « رح » .

( لأن القصاص مشترك بينهم ) أي بين الصغار والكبار .

( ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزيء ) لانه تصرف في الروح ، وذا لا يقبل الوصف بالتجزيء .

( وفي استيفائهم الكل ابطـــال حق الصغار فيؤخر ) أي القصاص ( إلى إدراكهم ) أي إلى بلوغهم ( كما إذا كان ) أى القصاص ( بين الكبيرين وأحدهما غائب ) فإنه لا يقتص حتى يحضر الغائب ( أو كان ) أى القصاص ( بين المولىين ) صورته معتق رجلين قتل وأحد موليه غائب ، فليس للحاضر استيفاء القصاص حتى يحضر الغائب .

وفي المبسوط صورته عبد مشترك بين الصغير والكبير ، فقتل ، ليس للكبير استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاجماع .

( وله ) أى ولأبي حنيفة ( رح ) ، ( أنه ) أى أن القصاص ( حق لا يتجزأ لثبوتـه بسبب لا يتجزأ وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع ) أى والحـــال ولايتـه والشبهة في المال .

منقطع . فيثبت لكل واحد كمالا ، كما في ولاية الإنكاح ، بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولين ممنوعة قال : ومن ضرب رجلاً بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به ،

---

( فيثبت ) أى حق القصاص ( لكل واحد كمالاً ) أى على الكمال . ( كما في ولاية الإنكاح ) حيث يجوز لأحد أولياء الصغير أن يزوجه لأن لكل واحد منهم ذلك ( بخلاف الكبيرين ) إذا كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يقبض ( لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ) بلا شبهة .

( ومسألة المولين ممنوعة ) ، هذا جواب عن قوله : أو كان بين المولين قالوا : أنه لا ولاية في هذا فيمنع . ونقول : لا نسلم أن لا ينفرد أحدهما للاستيفاء ، ولئن سلمنا فنقول: إن أحد المولين إنما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض الملك ، وبعض الولاء ليس بسبب أصلا ، فصارا جميعاً كشخص واحد .فثبت ملك قصاص واحد لشخص واحد ، بخلاف السماية ، فإنها سبب كامل لإستحقاق كل القصاص.

وفي المبسوط احتج أبو حنيفة « رح » أيضاً بما روى أن الحسن بن علي رضي الله تعالى عنهما قتل عبد الرحمن بن ملجم حين قتل علياً « رض » ، وفي أولاد علي « رض » صغار ولم ينتظر بلوغهم .

وفي الأسرار : روى عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال في وصيته : « أما أنت يا حسن فإن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة وإياك والمسألة » .

فلما مات علي رضي الله تعالى عنه قتل به وفي ورثة علي صغار منهم العباس « رض » ابن علي « رض » وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة « رض » من غير نكير .

( قال ) محمد « رح » في الجامع الصغير :(ومن ضرب رجلا بمر)، بفتح الميم وتشديد الراء ، قال صاحب المغرب هو الذي يعمل به في الطين . ( فقتله فإن أصابه بالحديد ) أي بالحديد الذي في أحد طرفي المر ، ( قتل به ) بلا خلاف لوجود القتل على وجه الكمال .

وإن أصابه بالعود فعليه الدية. قال رضي الله عنه، وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح، فكمل السبب . وإن أصابه بظهر الحديد فعندهمـــا ويجب ، وهو رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان . وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم .

---

( وإن أصابه بالعود ) الذي هو أحد طرفي المر ( فعليه الدية . قال رضي الله عنــه ) أي المصنف رحمه الله ( وهذا ) أي وجوب القصاص ( إذا أصابه بحد الحديـــد لوجود الجرح فكمل ) أي الجرح هو ( السبب ) أي سبب القصاص .

( وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ( يجب ) أي القصاص . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

( وهو ) أي قولهما ( رواية عن أبي حنيفة « رح » اعتباراً منه للالة وهو الحديد)لأن الحديد سلاح كله حدة وعرضه في ذلك سواء .

( وعنه ) أي وعن أبي حنيفة رحمه الله ( إنما يجب ) أي القصاص( إذا جرح ) كــذا ذكره الطحاوي رحمه الله ( وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى ) .

قال الأترازي « رح » : في هذه الحوالة نظر . وقال السكاكي رحمـــه الله : هــو قوله بعــد ذلك ، ولا يماثــل بين الجرح والدق ، لقصور الثاني عن تخريب الظاهــر إلى آخـــره .

( وعلى هذا ) أي وعلى هذا الإختلاف ( الضرب بسنجات الميزان ) يعني إذا كانت من حديد ( وأما إذا ضربه بالعود ، فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة ، وامتنــاع القصاص حتى لا يهدر الدم ) يعني لما وجد قتل النفس المعصومة وامتناع وجوب القصاص، وجبت الدية حتى لا يهدر دم المقتول .

ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة ، فيكون قتلا بالمثقل ، وفيه خلاف أبي حنيفة « رح » ، على ما نبين . وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي « رح » ، وهي مسألة الموالاة . له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق للموجب ، ولنا ما رويناه إلا أن قتيل خطأ العمد ويروي شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب

---

( ثم قيل هو ) أي عود المر إذا كان لا يلبث ( بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل ) كمدقة القصابين وحجر الرحى ، لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإليه أشار بقوله ( وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله على ما نبين ) إن شاء الله تعالى ، فتجب الدية في ماله في ثلاث سنين ، لأنه عمد . وعندهما يجب القصاص لأنه قتل عمد . وبه قالت الأئمة الثلاثة « رح » .

( قيل هو بمنزلة السوط ) يعني إذا كان العود مما يثبت . ( وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسألة الموالاة ) ، يعني في الضرب بالعصا الصغيرة أو الحجر الصغير ، إذا والى الضربات ، لا يجب القصاص به . وقال الشافعي رحمه الله : إذا والى الضربات على وجه لا تحمله النفس عادة لأنه دلالة القصد إلى القتل . وبه قال مالك « رح » وأحمد رحمه الله وهو معنى قوله .

( له ) أي للشافعي رحمه الله ( أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ) للقصاص . ( ولنا ما روينا إلا أن قتيل خطأ العمد ) قتيل السوط والعصا ، ولم يفصل بين الموالاة وغيرها .

( ويروى شبه العمد الحديث ) وقد مضى من حديث عبد الله بن عمر رضي الله تعالى عنهما : « إلا أن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا » الحديث .

( ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب ) لأنه قد يشرع حداً وتعزيراً في مواضع لا يكون القتل مشروعاً ، فلو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعاً .

لعله اعتراه القصد في خلال الضربات ، فيعرى ، أول الفعل عنه ، وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود ، فوجبت الدية قال ومن غرق صبياً أو بالغاً في البحر ، فلا قصاص عند أبي حنيفة . وقالا يقتص منه ، وهو قول الشافعي . غير أن عندهما يستوفى حزاً . وعنده يغرق كما بيناه من قبل . لهم

---

( أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات ) أى أو لعل الضارب شبه القصد في أثناء الضربات ( فيعرى أول الفعل عنه ) أى فيخلوا أول الضرب عن القصد ، فيتمكن الخلل في العمدية . ( وعساه أصاب المقتل ) أى لعل أول الفعل ، وهو الضربة ، أصاب المقتل، فالشبهة إلى القتل فلا يدل ذلك على العمد .

( والشبهة دارئة للقود ) فلا يجب القصاص . ( فوجبت الدية ) في ثلاث سنين .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير : ( ومن غرق صبياً أو بالغاً في البحر فلا قصاص عليه عند أبي حنيفة « رح » ، وقالا يقتص منه ، وهو قول الشافعي « رح » غير أن عندهما ) أى عند أبي يوسف « رح » ومحمد « رح » ( يستوفى حزاً ) أى تحز الرقبة بالسيف .

( وعنده ) أى وعند الشافعي « رح » ( يغرق كما بيناه من قبل ) وهو أنه يفعل به بمثل ما فعل .

( لهم ) قال شيخنا العلاء الشافعي « رح » ولهما ، لكن استدلال الشافعي « رح » بالحديث المذكور واستدلالهما بالقول .

وقال تاج الشريعة « رح » : النص يقتضي التفريق ، وهو مذهب الشافعي « رح » ،

قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا . وفيه وفي كل خطأ أرش. ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر إستعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ، ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة .

---

الحديث غير موصول إلى النبي ﷺ ، ولئن صح ، فهو محمول على السياسة ، بإضافة التغريق إلى النبي ﷺ حيث ( قوله عليه السلام : من غرق غرقناه ) ولم يقل من غرق . قلت: الحديث مرفوع ولكنه ضعيف على ما يجيء عن قريب في الجامع الصغير .

ولو أحمى تنوراً فألقاه في النار ولا يستطيع الخروج منها ، فأحرقته ففيه القود . وفيه إشارة إلى أن الإحماء يكفي القود وإن لم تكن فيه النار . وفي جمع التفاريق : هو الصحيح ، ولو ألقاه في نار ثم أخرج وبه رمق فمكث مضنى منه حتى مات ففيه القود ، وإن كان يجيء ويذهب فلا . ولو أوجره سماً كارهاً أو ناوله ، أو أكرهه على شربه فلا قود فيه .

( ولأن الآلة قاتلة ) هذا استدلالهما ، بيانه أن الماء الذي لا ينجي منه عادة قاتل ، قيل هذا الماء أدى القتل ( فاستعمالها إمارة العمدية ) أي باستعمال هذه الآلة علامة العمدية .

( ولا مراء ) أي ولا شك ( في العصمة ) أي عصمة المحل لأن كلامنا فيما إذا كان المقتول محقون على التأبيد وقد وجد فيجب القصاص .

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( قوله عليه السلام : إلا أن قتيل خطأ العمد قتيل السوط

ومنه يقال اقتص أثره ، ومنه المقصة للجلمين . ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر ، وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب ، وبالثقل نادرة ، ومـــا رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة ،

---

بقوله ( ومنه يقال اقتص أثره ) أى تبعه ( ومنه المقصة ) وهو المقراض يقال ( للجلمين ) : الجلم الذي يجز به وهما جلمان يعني سميت المقصة : مقصة لأن كل واحد من الجلمين يماثل الآخر ، وقال شيخي العلاء رحمة الله عليه : قوله للحكمين ، هكـــذا بتصحيح شيخي رحمة الله عليه . ووقـــع في النسخ : للحكمين . ولا وجه له لأن الحكم الذي يجريه كما ذكرناه .

( ولا تماثل بين الجرح والدق ) لأن الدق يعمل في الباطن دون الظاهر ، والجـــرح بالسيف يعمل في الظاهر والباطن والتغريق لا يعمل في الظاهر والباطن جميعاً أشار إليه بقولـــه ( لقصور الثاني ) أى الدق ( عن تخريب الظاهر ، وكـــذا لا يتماثلان ) أى الجرح والدق .

( في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالثقل نادر ) وشرعية الزجر في الغالب لأن في النادر ، ولهذا شرع الحد في شرب الخمر لا في شرب البول .

( وما رواه ) أي ما رواه الشافعي رحمه الله من قوله:من غرق غرقناه( غير مرفوع )أي غير مرفوع إلى النبي ﷺ . وقال السكاكي « رض » أى غير ثابت ، وإنمـا هو من كلام راوية : ولا يلزم التحريق ، وهو منهي . قـال ﷺ : لا يعـذب بالنـــار إلا رب النـــار .

قلت : قد ذكرنا أن البيهقي رواه مرفوعاً ولكنه ضعيف لا تقوم به الحجة ، وأجاب عنه المصنف بجواب آخر وهو قوله ( أو هو محمول على السياسة ) .

هذا ... جواب بطريق التسليم ، يعني ولئن سلمنا أنه مرفوع ، ولكنه محمول على السياسة وقد مر الكلام فيه عن قريب .

وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ، وهي على العاقلة ، وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة . قال ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر ، فأضيف إليه . قال وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين

---

( وقد أومت إليه اضافته إلى نفسه فيه ) أي إشارة إلى الحمل على السياسة أضافة النبي ﷺ فعل التفريق إلى نفسه بإسناد الفعل حيث قال : غرقناه . وقد مر الكلام فيه ، وقيل هو منسوخ بقوله ﷺ : « لا يعذب بالنار إلا رب النار » وقد ذكرنا أن تمام الحديث : « من حرق حرقناه » . ولا يقال أن بعض حديث واحد منسوخ دون البعض .

( وإذا امتنع القصاص ) أي في التفريق ( وجبت الدية وهي على العاقلة ) أي عاقلة الذي غرق في ثلاث سنين ، لأنه شبه العمد ، وقد مر حكم شبه العمد أشار إليه بقوله ( قد ذكرناه ) أي فيما مضى عند ذكر شبه العمد .

( واختلاف الروايتين في الكفارة ) اختلاف الروايتين بالرفع لأنه مبتدأ ، وقوله في الكفارة خبره يعني اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة « رح » لا في شبه العمد في الكفارة في القتل في المثقل . في رواية تجب ، وفي رواية لا تجب لا في الدية فإن الدية تجب بلا تردد ، ورواية وجوب الكفارة هي الصحيح .

( قال ) أي القدوري رحمه ( ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص ) إلى هذا كلام القدوري « رح » . وقال المصنف رحمه الله : ( لوجود السبب ) وهو سفك دم محقون على التأبيد عمداً ( وعدم ما يبطل حكمه ) أي ولعدم ما يبطل حكمه ، أي حكم الدم المحقون على التأبيد من العفو أو الشبهة ( في الظاهر فأضيف اليه ) أي إلى الظاهر ، لأن الظاهر أنه مات بذلك الكسب لعدم تحلل البرء ، فأضيف إليه ، فوجب القصاص .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين

فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك ، فلا قود عليه ، وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ، ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق بـــه نص الكتاب ، ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة رضي الله تعالى عنه

---

فقتل مسلم مسلماً ظن أنه مشرك فلا قود عليه ) أي فلا قصاص عليه ( وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ ) ، وهو الخطأ في القصد ، ( على ما بيناه ) فيما مضى في بيان تقسيم القتل في أول كتاب الجنايات .

( والخطأ بنوعيه ) أي الخطأ في القصد والخطأ في الفعل ، وقد مر فيما مضى . وقوله: والخطأ ، مبتدأ . وقوله : ( لا يوجب القود ) خبره ، أي القصاص . ( ويوجب الكفارة وكذا الدية ) بالنصب عطفاً على قوله الكفارة ، وكذا يوجب الدية . ( على ما نطق به نص الكتاب ) وهو قوله عز وجل ، « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة فديـة مسلمة إلى أهله » .

( ولما [1] اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ) بفتح الياء أو الحروف ، وتخفيف الميم ، وفي آخره نون ، وهو اسم لوالد ( أبي حذيفة « رض » ) ولهذا بينه بقوله أبي حذيفة رضي الله تعالى عنه وهذا بحسب انظاهر على ألسنة الناس . وفي نفس الأمر على ما قال ابن شاهين في المعجم حدثنا عبد الله بن محمد « رح » قـال : حدثني عمر « رض » عن أبي عبيدة « رح » قال : حذيفة بن حنبل « رح » بن جابوس ربيعة بن عمرو بن اليمان «رض» وإنما قيل حذيفة « رض » بن اليمان لأنه من بلد اليمان من خردة ابن الحارث بن قطيعه بن عبس . مات حذيفة بالمدائن سنة ست وثلاثين ..

فاليمان أنه كان اسماً موضوعاً له يجب أن يجري بوجوب الإعراب . وإن كان مستوياً إلى اليمن يجب كسر نونه لأنه حذفت منه ياء النسبة ، وعوض منهـــا الألف ، وبقيت النون على حالها .

وأما قصته فإنه قتل في غزوة الخندق ، قتله المسلمون وهم يظنون انه مشرك .

---

(١) والما اختلفت

قضى رسول عليه السلام بالدية ، قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قـــال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم . قال : ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونـــه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة

---

( قضى رسول الله ﷺ بالدية ) فوهبها حذيفة لهم .

( قالوا ) أي المشايخ ( إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين ) أي المسلمون والكفار ( فإن كان ) أي المسلم ( في صف المشركين لا تجب الدية لسقوط عصمته بتكثير سوادهم ، قـــال عليه الصلاة والسلام ) ، أي قال النبي ﷺ : ( من كثر سواد قوم فهو منهم ) هـــذا الحديث رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده ، حدثنا أبو همام ، حدثنا ابن وهب ، أخبرني بكر بن مضر ، عن عمرو بن الحارث : أن رجلاً دعى عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنهما إلى وليمة ، فلما جاء ليدخل سمع لهواً ، فلم يدخل . فقال له : لم رجعت ؟ قـــال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من كثر سواد قوم فهو منهم ، ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل » .

وفي المجتبى : وهذا حـــال من كثر سوادهم ولم يتزين بزيهم ولم يتخلق بأخلاقهم ، فكيف حال المتزين بزيهم والمتخلق بأخلاقهم في زماننا . وأخرج أبو داود في سننه من حديث ابن عمر « رض » تعالى عنهما قال ، قال رسول الله ﷺ : « من تشبـــه بقوم فهو منهم » .

( قال ) أي محمد رحمـــه الله في الجامع الصغير ( ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله ، فعلى الاجنبي ثلث الدية ، لأن فعل الأسد والحية جنس واحد ، لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيـــا معتبر في الآخرة ) . وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة ( حتى يؤثم عليه ) قـــال

حتى يؤثم عليـــه ، وفي النوادر أن عنـد أبي حنيفـة « رح » ومحمد « رح » يغسل ويصلى عليـــه وعند أبي يوسف « رح » يغسل ولا يصلى عليه ، وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشـــائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد ، فلم يكن هدراً مطلقـــاً وكان جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيـــا والآخرة . فصارت ثلاثة أجناس ، فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعـــال ، فيكون التآلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم .

---

الشافعي « رح » وأحمد « رح » في قول يجب على الاجنبي الدية لأنه عمد محض .

( وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ) يعني هذا الرجل الذي شج نفسه ( يغسل ويصلى عليه ، وعند أبي يوسف « رح » : يغسل ولا يصلى عليه ) لأنـــه باغ على نفســه .

( وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيـــد ) وهما كتابان من جملة مصنفات المصنف ، وفي بعض النسخ : على ما كتبناه .

وفي تجنيس المصنف قال الحلواني : يصلى عليه لأنه لو تاب قبلت توبته . وقـــال السعدي : لا يصلى عليه لأنه لا تقبل توبته لما أنه باغ على نفســه .

( فلم يكن ) أي دم الرجل المذكور ( هدراً مطلقاً ) يعني في أحكام الدنيا ( وكان جنساً آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ) أي الجناية ( ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال ) فعل نفسه ، وفعل الأجنبي وفعل الأسد والحية (فيكون التآلف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم ) .

## فصـــل

قال : ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام: « من شهر على المسلمين سيفاً فقـــد أحل دمه » ، ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه فله قتله . وقوله

---

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان ما هو بمنزلة التبع للقصاص ، وهو القصاص في الأطراف .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ، ( ومن شهر على المسلمين سيفاً فعليهم أن يقتلوه لقوله ﷺ من شهر على المسلمين سيفاً فقد أحل دمه ) هذا الحديث غريب بهـذا اللفظ ، وروى النسائي في سننه من حديث طاووس عن ابن الزبير « رض » قال : قـال رسول الله ﷺ : « من شهر سيفه ثم وضعه فهو هدر » .

ومن طريقه رواه الطبراني في معجمه وزاد يعني وصعد : ضرب به . وروى أحمـد « رح » في مسنده والحاكم في المستدرك من حديث عائشة « رض » قالت : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أشـار بحديـدة إلى أحـد من المسلـمين يريد قتلـه وجب دمه » .

قوله أحل دمه : أي أهدر دمه ، إذا هدره صار دمه مباحاً .

( ولأنه باغ ) أي ولأنه شاهر السيف ، باغ لأنه شهر سيفه عليهم وقصد قتلهم . صار حرباً عليهم فكان باغياً .

( فتسقط عصمته ببغيه ) أي فبطلت عصمة دمه للمحاربة . قال الله تعالى: ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ .

( ولأنه ) أي ولأن القتل ( تعين طريقاً لدفع القتل عن نفسه ) أي عن نفس المشهور عليه فإذا كان كذلك ( فله قتله ) أي قتل الشاهر حتى لو أمكنه بطريق آخر لا يسعه قتله ولا يعلم فيه خلاف .

( وقوله ) ، قال السكاكي : أي قال صاحب المختصر . قلـت : إن أراد بالمختصر

فعليهم ، وقول محمد « رح » في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب ، والمعنى وجوب دفع الضرر . وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في طريق ، في غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً ، فلا شيء عليه لما بينا . وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة . وإن كان يلبث ولكن في الليل ، لا يلحقه الغوث

---

مختصر القدوري ، فالقدوري لم يذكر هذه المسألة ، وإنما ذكرها في الجامع الصغير . والصواب ما ذكره تاج الشريعة « رح » أي قول محمد « رح » في المبسوط . ( فعليهم . وقول محمد « رح » في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه ) والحاصل في هذا أن لمحمد « رح » عبارتان : أحداهما التي ذكرها في المبسوط بقوله : فعليهم . والأخرى التي ذكرها في الجامع الصغير بقوله : فحق على المسلمين . والعبارتان تدلان على معنى واحد وهو وجوب قتل الشاهر الباغي المذكور .

وقول المصنف : وقوله ، أي قول محمد : مبتدأ ، وقول محمد عطف عليه .

وقوله ( إشارة ) خبر المبتدأ . أي يشير القولان بأن قتله واجب ( إلى الوجوب والمعنى ) من كلام المصنف ، أي معنى الوجوب ( وجوب دفع الضرر ) لأن دفع الضرر واجب لا أن يكون غير القتل واجباً . وهذا قتل الحربي لا بعينه ، بل لدفع كلمة الله عز وجل .

( وفي سرقة الجامع الصغير : ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً ، أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر ، أو نهاراً في طريق في غير مصر ، فقتله المشهور عليه عمداً فلا شيء عليه لما بينا ) إشارة إلى الحديث المذكور والى المعنى المعقول .

( وهذا ) أي عدم شيء عليه ( لأن السلاح لا يلبث ) يعني ليس فيه مهلة للرفع بغير قتل ( فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة ، وإن كان يلبث ، ولكن في الليل لا

فيضطر إلى دفعه بالقتل . وكذا في النهار في غير المصر ، في الطريق لا يلحقــــه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدراً . قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما . قال : وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليـــه الدية في ماله . وقال الشافعي « رح » لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة . وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الضمان في الدابـــة ، ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي « رح » أنه قتله دافعاً عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ، ولأنه

---

يلحقه الغوث ) يعني لا يلحقه من يخلصه منه ( فيضطر إلى دفعه بالقتل ، وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث ، فإذا قتله كان دمه هدراً ) يعني لا يلزمـــه شيء . ( قالوا ) أي المشايـــخ ( فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما ) إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد ( قال ) أي قال محمد « ر ح » في الجامع الصغير ( وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً فعليه الدية في ماله ، وقال الشافعي « ر ح » : لا شيء عليه ) .

وكذا الصبي والدابة على ما يجيء الآن . وبه قال مالك وأحمد « رح » وأكثر أهـل العلم ، وعند مالك « رح » في المضطر كذلك . أما لو كان العامل عبداً أو صيـد الحرم لا يضمن بلا خلاف .

( وعلى هذا الخلاف ) المذكور بيننا وبين الشافعي «رح» ( الصبي ) إذا مال على إنسان ( والدابة ) أي للجمل مثلا أو لغيره صال على إنسان فقتله المصول عليه ، لا يضمن عندنا خلافاً للشافعي .

( وعن أبي يوسف « رح » أنه يجب الضمان في الدابة ، ولا يجـــب في الصبي والمجنون ) . وقال الطحاوي في مختصره : وقال أبو يوسف : اني استقبح في هذا ان أضمنه قيمته ، يعني في البعير إذا صال على إنسان .

( للشافعي أنه قتله دافعاً ) أي للشر ( عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه ) أي

يصير محمولاً على قتله بفعله فأشبه المكره . ولأبي يوسف « رح » أن فعـــل الدابة غير معتبر أصلاً حتى لو تحقق لا يوجب الضمان . أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهمـا وعصمة الدابـــة لحق مالكها ، فكان فعلهمـا مسقطاً للعصمة دون فعـــل الدابة . ولنا انه قتل شخصاً معصوماً أو أتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً .

---

ولأن المشهور عليه ( يصير محمولاً على قتله ) أي قتل الشاهر ( بفعله ) أي يفعـل الشاهر ( فأشبه المكره ) يعني مع علمه أن هذا الفعل يسقط عصمة دمه ، صار كأنه اكرهه على قتله ، فيكون المشهور عليه مكرهاً بهذا الطريق . هكذا ذكره الرغوي .

وقـال الأكمل « رح » قوله : فأشبه المكره ، يعني أن المكره لمـا صار مسلوب الاختيار من جهة المكره ، أضيف التلف إلى المكره ، فكذلك المصول عليه . وقيـــل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله .

( ولأبي يوسف « رح » أن فعل الدابة غير معتبر أصلاحتى لو تحقق ) أي فعل الدابة ( لا يوجب الضمان ) لقوله ﷺ : جرح العجماء جبار .

( أما فعلها ) أي فعل الصبي والمجنون ( معتبر في الجملة حتى لو حققاه ) ، أي الفعل وأتلفا مالاً أو نفساً ، ( يجب عليها الضمان وكذا عصمتها ) أي عصمة الصبي والمجنون ( لحقها ) أي لأنفسها لا لحق الغير .

( وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلها مسقطاً للعصمة دون فعل الدابة . ولنـــا أنـــه ) أي أن المشهور عليه ( قتل شخصاً معصوماً ) بالعصمة الأبدية ( أو أتلف مالاً معصوماً حقاً للمالك ) فيجب الضمان . ( وفعل الدابة لا يصلح مسقطاً ) للعصمة الثابتة حقاً للمالك ، والأذى وجد في الدابة لا من المالك ، فلا يجب بطلان العصمة الثابتة للمالك ولا يرد عليه العبد الصائل لأن عصمة دم العمد تثبت حقاً له ، ولهذا ليس للمولى سفك دمه وأما صيد الحرم فلأن عصمته إنما تثبت بالشرع لحرمته أو لحرمـة الحرم مؤقتاً ، أي إلى

وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ، ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً . وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح ، وهو دفع الشر فتجب الدية . قال: ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ثم قتله الآخر ، فعلى القاتل القصاص . معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محارباً بالإنصراف فعادت عصمته . قال : ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة

---

غاية الأذى ، فإذا وجد الأذى من جهته لم يبق معصوماً .

( وكذا فعلهما ) أي وكذا فعل الصبي والمجنون لا يصلح مسقطاً ( وإن كانت عصمتهما حقهما ) يعني لأنفسهما لا لحق الغير ( لعدم اختيار صحيح ولهذا ) أى ولأجل عدم الاختيار الصحيح منهما ( لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما ) أي من الصبي والمجنون .

( بخلاف العاقل البالغ لأن له اختياراً صحيحاً ) فيجب القتل بتحقق الفعل منه ( وإنما لا يجب القصاص ) على المشهور عليه ( لوجود المبيح وهو دفع الشر ) فإذا لم يجب القصاص ( فتجب الدية ) فصار كأكل مال الغير حال المخمصة ، فانه يحل ويجب الضمان فكذا هنا .

( قال ) أي قال محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن شهر على غيره سلاحاً في المصر فضربه ) أي الشاهر ( ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص ) . وقال المصنف رحمه الله ( معناه ) أى معنى هذا ( ضربه فانصرف ) يعني أشهر سيفه وضربه ، ثم انصرف وترك الضرب ثم قتله المشهور عليه ، فعليه القصاص ولا قصاص على الشاهر ( لأنه خرج من أن يكون محارباً بالإنصراف فعادت عصمته ) لأنه لما شهر حل دمه دفعاً لشره فلما لم يقتله وكف عنه ، اندفع شره وعادت عصمته فعلى القاتل القصاص .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن دخل عليه غيره ليلاً وأخرج السرقة ) أي

فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام : قاتل دون مالك . ولأنه يباح له القتل دفعاً في الإبتداء ، فكذا استرداداً في الإنتهاء . وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم .

---

التي سرقها ( فأتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام « قاتل دون مالك » ) هذا جواب من حديث طويل أخرجه البخاري «رح» في تاريخه الوسط ، عن أبي هريرة « رض» قال: أتى رجل إلى النبي ﷺ ، الحديث ، وفيه « قاتل دون مالك » . روى مسلم عن أبي هريرة « رض » قال جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال أرأيت إن جاء رجل يريد أن يأخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك . قال أرأيت إن قاتلني ؟ قال قاتله . قال أرأيت إن قتلني ؟ قال أنت شهيد . قال أرأيت إن قتلته ؟ قال هو في النار .

( ولأنه ) أي ولأن المدخل عليه ليلاً ( يباح له القتل أي قتل الداخل ( دفعاً في الابتداء ) أي دفعاً لشره في ابتداء الأمر ( فكذا استرداداً ) أي فكذا له القتل لأجل استرداد ما أخذه ( في الانتهاء ) لأنه أسهل في الابتداء .

وقال المصنف «رح» (وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الإسترداد إلا بالقتل والله أعلم ) يعني فحينئذ يباح له القتل ، وأما إذا علم أنه لو صاح به يترك ما أخذه ويذهب فلم يفعل هكذا ، ولكن إن قتله كان عليه القصاص لأنه قتله بغير حق ، كالمالك إذا قتل الغاصب لأنه يتمكن من استرداد المال من يده بدون القتل ، كذا ذكره فخر الدين قاضي خان .

والعجب من الأترازي أنه قال الأصل في هذا ما روى الترمذي في جامعه بإسناده إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل ، عن النبي ﷺ قال « من قتل دون ماله فهو شهيد» الحديث قال وذكر مسلم أيضاً بإسناده إلى عبدالله بن عمر «رض» عن رسول الله ﷺ قال من قتل دون ماله فهو شهيد . فمن أين يؤخذ من هذا الحديث جواز قتل من دخل عليه ليلا وأخرج ما أخذه ؟ فالمصنف استدل بالحديث الذي ذكرناه ، وكان ينبغي أن يستدل بالحديث المذكور من المتن ، وبين وجهه فالظاهر انه لم يقف عليه واستدل بالحديث الذي ذكره بالحرف الثقيل ، وهذا ينافي دعواه الطويلة العريضة في هذا الباب والله أعلم .

## باب القصاص فيما دون النفس

قال : ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده ، وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة ، لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ وهو ينبىء عن المماثلة ، فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا .

---

( باب القصاص فيما دون النفس )

أي هذا باب في بيان أحكام القصاص فيما دون النفس وهو الأطراف لأنه لما ذكر أحكام النفس أعقبها ببيان حكم ما دون النفس ، والجزء يتبع الكل .

( قال ) أي القدوري ( ومن قطع يد غيره عمداً من المفصل قطعت يده ) هذا كلام القدوري « رح » وقال المصنف ( وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة ) أي وإن كانت يد القاطع أكبر من يد المقطوع ، وقال الكرخي في مختصره وكل عمد بآلة جارحة من مفصل ففيه القصاص ، وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه . فإذا بان الكف من الزند ومن مفصل الذراع أو القدم من مفصل القدم أو إصبعاً في الكف من المفصل ، أو مفصلا من مفاصل الإصبع ، ففيه القصاص وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح أو غيره وذلك سواء ، وفيه القصاص إذا اعتمد ذلك ( لقوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ ) وفي الإيضاح وغيره فيما دون النفس مشروع بهذه الآية ويحدث ربيع عن أنس بن مالك انها كسرت سن جارية من الانصار فأتوا النبي ﷺ فأمر بالقصاص وهو مشهور وبإجماع الائمة « رض » .

( وهو ) أي القصاص ( ينبىء عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه ) أي في رعاية المماثلة فيه ( يجب فيه القصاص وما لا فلا ) أي وما لم يكن فيه رعاية المماثلة فلا يجب

وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها ، لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ، وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة . قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع

---

القصاص كما إذا كسر عظماً أو ساعداً أو كسر ضلعاً أو ترقوة أو ما أشبه ذلك ففيه حكومة عدل ، وإذا أجرى الأطراف مجرى الأموال ، اعتبرت المماثلة ، ولأنهم اجمعوا أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا بالنشاء قصة الأصابع لعدم المماثلة ، وأجمعوا ايضاً أن اليمنى لا تؤخذ باليسرى ، ولا اليسرى باليمنى ، ولا يؤخذ شيء من الاعضاء إلا بمثله من القاطع : الإبهام بالإبهام ، والسبابة بالسبابة ، والوسطى بالوسطى ، والخنصر بالخنصر والبنصر بالبنصر . وكذلك الاسنان الثنية بالثنية ، والناب بالناب ، والضرس بالضرس . ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ، ولا الأسفل بالأعلى .

وكذلك الشجاج والجراحات لا تقتضى فيما يجب القصاص منه إلا في موضع الشجة والجراحة في المشجوج والمجروح .

( وقد أمكن في القطع ) أي في قطع اليد ( من المفصل فاعتبر ) لإمكان ( ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك ) أي بكونها صغيرة أو كبيرة لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بالصغر والكبر ، ولا يعلم فيه خلاف .

قال القدوري ( وكذلك الرجل ) أي وكذلك يجب القصاص إذا قطع رجل إنسان عمداً من مفصل (ومارن الأنف ) وهو ما لان منه ( والاذن لإمكان رعاية المماثلة ) وإنما قيد بالمارن لأنه إذا قطع قصبة الأنف لا يجب القصاص لانها عظم ، ولا قصاص في العظم سوى السن ، وأما الأذن إذا قطع كلها وجب القصاص لإمكان المماثلة ، وإن قطع بعضها. والقطع حد يعرف أمكنه المماثلة فيجب القصاص ، وإن لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكر القدوري في شرحه .

( قال ) أي القدوري «رح» ( ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع

المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة « رض » . قال وفي السن القصاص لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ ، وإن كانت سن من يقتص منه أكبر

---

المماثلة في القلع ، وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب ) أي القدوري «رح» ( تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها ، وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ) هذا الحكم بهذه الصورة نقلت عن جماعة من الصحابة «رض» . قال القدوري « رح» في شرحه روى أن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه حكم بذلك بحضرة الصحابة من غير خلاف لأن هذا حدث في زمن عثمان رضى الله تعالى عنه ، فسأل عنه الصحابة «رض» فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاز علي رضى الله تعالى عنه ، فقضى بذلك ، وعمل عليه عثمان رضى الله تعالى عنه .

وروى عبد الرزاق في مصنفه ، أخبرنا معمر عن رجل ، عن الحكم بن علية ، قال لهم رجل رجلا فذهب بصره وعينه قائمة ، فأرادوا أن يقيدوا منه ما عليه وعليهم وعلى الناس كيف يقيدونه ، وجعلوا لا يدرون كيف يصنعون ، فأتاهم علي رضي الله تعالى عنه فأمر أن يجعل على عينه كرسف ثم استقبل به الشمس وأدنى من عينه مرآة ، فقطع بصره وعينه قائمة .

وفي المحيط لا قصاص في العين إذا قورت وانخسفت ، ولو كانت قائمة ذهب ضوؤها يجب القصاص .

وعن أبي يوسف رحمه الله لا يجب القصاص . وقالت الأئمة الثلاثة تقلع عينه لقوله تعالى ﴿ العين بالعين ﴾ .

( قال ) أي القدوري «رح» (وفي السن القصاص لقوله تعالى ﴿ والسن بالسن ﴾ وإن

من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر . قال وفي كل شجة تتحقق فيهـــا المماثلة القصاص لما تلوناه . قال ولا قصاص في عظم إلا في السن ، وهذا اللفظ مروي عن عمـــر رضي الله تعالى عنه وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما .

---

كانت ) حكم إن واصلة بما قبله (سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر) ومنفعة السن القطع في الثنايا، والطحن في الاضراس لايختلف.

( قال ) أي القدوري « رح » ( وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلوناه ) إشارة إلى قوله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ .

وفي بعض النسخ لما ذكرنا إشارة إلى قوله وهي تنبىء عن المماثلة . وقال الكرخي « رح » في مختصره : والشجاج كلها لا قصاص فيها إلا الموضحة، والسمحاق إن امكن القصاص في السمحاق ، وهـــذه رواية الحسن عن أبي حنيفة « رح » والسمحاق هي التي بينها وبين العظم وجلده .

وقال محمد « ر ح » في الأصل أن القصاص يجب في الموضحة والسمحاق والراميـــة والباضعة وما فوق الموضحة وهي الهاشمة والمنقلة والأمة ولا قصاص فيها عند أحمد «رح» من أهل العلم .

( قال ) القدوري « رح » ( لا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ ) أي قولهم: ولا قصاص في عظم إلا في السن ( مروي عن عمر «رض» وابن مسعود رضي الله تعـــالى عنهما ) هذا اللفظ غريب .

وقال الأترازي « رح » قال القدوري « رح » في شرحـــه المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنهما أنه قال لا قصاص في عظم إلا في السن ، وعن عمر « رض » أنه قال لا قصاص في عظم .

قلت روى ابن أبي شيبة « رض » في قصة حـــدثنا حفص عن أشعث ، عن الشعبي والحسن قال ليس في العظام قصاص مـــا خلا السن والرأس انتهى ، فان كان السن عظماً فالاستثناء ، ولا بد من فرق بينهما وبين غيرها من العظام ، وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها ، أو إلى أصلها إن قلعها ، ولا يقلع لتعذر المماثلة ، فربمـــا يفسد به لسانه ، كذا في المبسوط .

وقال عليه السلام لا قصاص في عظم ، والمراد غير السن . ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان . قال وليس فيما دون النفس شبه عمد إنما هو عمد أو خطأ ، لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ، والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس ، لأنه لا يختلف إتلافه باختلاف الآلة

---

وان كان غير عظم كما أشار إليه بقوله عليه السلام لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن ، فالإستثناء منقطع .

وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ، ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع ، عند المصنف أنه عظم حتى قال المراد منه غير السن .

( وقال عليه السلام لا قصاص في العظم ) هذا غريب ولم يثبت . وروى ابن أبي شيبة « رح » في مصنفه ، حدثنا حفص بن غياث عن حجاج عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال ليس في العظام قصاص وأخرج نحوه عن الشعبي والحسن «رح».

( والمراد غير السن ) أي المراد من قوله عليه السلام لا قصاص في العظم غير السن ، لقوله تعالى﴿ والسن بالسن﴾. ( ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان ، بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ، ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان ) فيبرد من سن الجاني بقدر ذلك ولا يقلع لما ذكرنا .

( قال ) أي القدوري «رح» ( وليس فيما دون النفس شبه عمد ، إنما هو عمد أو خطأ لأن شبه العمد يعود إلى الآلة ) أي لأن شبه العمد في النفس انما يثبت بالنظر إلى الآلة،لأن الآلة لم توضع للقتل ، فلم يجب القصاص ، بل تجب الدية المغلظة نظراً إلى المتعمد .

( والقتل هو الذي يختلف باختلافها ) أي باختلاف الآلة ( دون ما دون النفس، لأنه لا يختلف اتلافه ) أي اتلاف ما دون النفس ( باختلاف الآلة ) يعني يستوى السلاح وغير

فلم يبق إلا العمد والخطأ . ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد، ولا بين العبدين ، خلافاً للشافعي في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد، ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها تابعة لها . ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال، فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ، وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع ،

---

السلاح في اتلافه ، فإذا تعمد بأي شيء كان سلاحاً أو غير سلاح ، فما بان من المفصل يجب القصاص ، فإذا كانت الإبانة من غير تعمد الأرش ، ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى يبرأ منه أو يموت ، ولا يعجل بل يترقب خلافاً للشافعي « رح » ، ذكره في الأسرار وغيره .

فإذا كان الأمر كذلك ( فلم يبق إلا العمد والخطأ ) ، وكان المصنف رحمه الله قد ذكر هذا فيما مضى ، لكنه ذكر هناك انه عمد ، وهنا انه عمد أو خطأ، فيحمل الأول على أن المراد به إن أمكن القصاص ، وذلك لأنه شبه العمد إذا حصل فيما دون النفس. وإن أمكن القصاص جعله عمداً وإن لم يمكن جعل خطأ ، ووجب الارش .

( ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ، ولا بين الحر والعبد ، ولا بين العبدين ) أي في حق الطرف ، لا في حق النفس . ( خلافاً للشافعي « رح » في جميع ذلك ) وبه قال مالك وأحمد واسحاق «رح» .

( إلا في الحر يقطع طرف العبد ) فانه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضاً هو أي الشافعي « رح » ( ويعتبر الأطراف بالأنفس لكونها ) أي لكون الاطراف ( تابعة لها ) أي للأنفس .

( ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ) لكونها وقاية للأنفس كالأموال ( فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة ) يعني في العبد ، ومبنى القصاص على المساواة ، ولا مساواة في الاطراف بين العبد .

( وهو ) أي التفاوت ( معلوم قطعاً بتقويم الشرع ) فإن الشرع قوم اليد الواحدة

فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش، لأنه لا ضابط له ، فاعتبر أصله وبخلاف الأنفس ،لأن المتلف[1] إزهاق الروح ولا تفاوت فيه . ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الأرش . قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد ، أو جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه ، لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول كسر العظم ،

---

للحر بخمسمائة دينار قطعاً ويقيناً ، لا تبلغ قيمة العبد إلى ذلك ، فإن بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقيناً ، فإذا كان التفاوت معلوماً قطعـاً ( فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش ) لأن التفاوت بين طرفي المرأة وطرف الرجل ظاهر لأن يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا يصلح ليد الرجل ، فصارت كاليمين واليسار .

( لأنه لا ضابط له فاعتبر أصله ) أي أصل البطش،فإن قيل إن استقام في الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لإمكان التساوي في قيمتها بتقويم المقومين ، وأجيب بأن التساوى إنما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها .

( وبخلاف الأنفس ) حيث لا يسلك بها مسلك الأموال ( لأن المتلف ) ، وفي نسخة شيخي العلاء رحمة الله عليه ، لأن المتعلق ، ( إزهـاق الروح ولا تفاوت فيه ) أي في إزهاق الروح .

( ويجب القصاص في الأطراف بـين المسلم والكافر للتساوي بينهما ) أي في المسلم والكافر ( في الأرش ) أي في أرش الطرف فصار كالحرين المسلمين .

( قال ) أي القدوري «رح» ( ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو في جرحـه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه ) بل يجب حكومة عدل ( لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه إذ الأول ) أي لأن الأول وهو القطع من نصف الساعد ( كسر العظم ) لأن الفصـل

---

(١) المتعلق

ولا ضابط فيه . وكـــذا البرء نادر فيفضي الثاني إلى الهلاك ظاهراً . قال وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ، ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرها . وإن شاء أخذ الأرش كاملاً ، لأن استيفاء الحق متعذر ، فله أن يتجوز بدون حقه . وله أن يعدل إلى العوض

---

وقع فيه ليس له حد معلوم وينتهي إليه القطع .

( ولا ضابط فيه ) أي في كسر العظم ، وفي بعض النسخ ، ولا ضابط في الثاني وهو الجرح الجائفة ، لانها تصل الى البطن من الصدر والظهر ( وكذا البرء نادر ) أي في الجائفة والهلاك فيها غالب ، فلا يمكن المماثلة بين الثانيـة والاولى لوجوب البرء في الأول دون الثانية ، فإذا اقتص ( فيفضي الثاني ) وهو الجرح الجائفة ( إلى الهلاك ظاهراً ) فلا يجب القصاص لانتفاء شروط القصاص ، بل يجب ثلث الدية في ماله ، ولا تكون الجائفة إلافيما يصـــل إلى البطن ، ولا يكون في الرقبـــة ، ولا في الحلق ، ولا في اليـــدين ، ولا في الرجلين . فإن كانت الجراحة بين الاثنين والمدية فهي جـائفة ، ذكره القدوري «رح» في شرحه .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ، فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ، ولا شيء له غيرهـا ، وإن شاء أخذ الأرش كاملا ) ولا يعلم فيه خلاف في الشلاء ، وفي ناقصة الأصابع ليس له مع القطع أرش أو كروبة .

قال أبو بكر الحنبلي ، وقال الشافعي ومالك وأحمد « رح » فالمقطوع يجوز له أن يختص ويأخذ أرش المفقود ، وله أن يعفو ويأخذ دية اليد كاملة ، وذكر في المبسوط . وقال الشافعي « رح » له الارش مطلقاً ، ولم يفرق بين الشلل ونقصان الاصابع .

( لأن استيفاء الحق كاملاً متعذر فله أن يتجوز بدون حقه ) ويرضى بقطع المعيبة .

( وله أن يعدل إلى العوض ) وهو الارش ومثله في ذلك ( كالمثلي إذا انصرم ) أي

كالمثلي إذا انصرم عن أيدي الناس بعد الإتلاف. ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد، ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلماً فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة، حيث يجب عليه الأرش، لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت سالمة له معنى.

---

إذا انقطع ( عن أيدي الناس بعد الإتلاف ) صورته رجل أتلف على رجل ما له مثل فانقطع عن ايدي الناس فلم يبق منه إلا هو ناقص الصفة عن المتلف، فصاحب الحق بالخيار إن شاء أخذ الموجود، وإن شاء عدل إلى القيمة، لانه لم يقدر على استيفاء جنس حقه بكماله فكذا هذا.

( ثم إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به ) أي ثم إذا استوفى المقطوع قطع اليد الناقصة فقد رضي بحقه ( فيسقط حقه كما إذا رضي بالرديء مكان الجيد ) في المثلي إذا انقطع.

( ولو سقطت المؤفة ) أي اليد التي اصابتها الإصابة وهي الشلاء ( قبل اختيار المجني عليه ) أخذها ( أو قطعت ظلماً ) أي أو قطعت المعروفة، أي الشلاء، من جهة الظلم ( فلا شيء له عندنا ) احترز به عن قول الشافعي واحمد «رح» لان عندهما تجب الدية.

( لان حقه متعين في القصاص ) فيه لانه متعين باليد بدلالة ليس له العدول إلى الارش مع القدرة ( وانما ينتقل ) أي حقه ( إلى المال باختياره ) لاجل العيب ( فيسقط بفواته ) يعني إذا لم يحترز حتى تلف، فتسقط بفواته، لأن ما تعلق به حقه قد هلك، فيسقط بفواته وصار كالصحيحة إذا تلفت.

( بخلاف ما إذا قطعت ) اليد الشلاء ( بحق عليه ) أي بحق ( من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الأرش، لأنه أوفى به حقاً مستحقاً فصارت ) أي يد القاطع ( سالمة له معنى ) من حيث المعنى، لأن من حيث الصورة إيضاح هذا: إذا ذهبت الجارية

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه، وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أي الجانبين شاء ، وإن شاء أخذ الأرش . لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها .

---

مغيبة قبل أن يختار المجني عليه أخذها ، فالكلام فيه على وجهين :

– فإن قطعت يده بحق عليه مثل أن يقتص منها ، أو يقطع في سرقة فعليه أرش اليد المقطوعة .

– ولئن تلفت يده بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص مثل أن يقطعها رجل ظلماً أو تتلف بآفة سماوية .

وقال الشافعي « رح » يجب الأرش في الوجهين . لا يقال أنه كان مخيراً بين أمرين ، فإذا مات أحدهما تعين على الآخر لأن حقه لم يثبت إلا في اليد ، وكان له أن يعدل عن هذا الحق أي يد له فإذا أتلف لم يجز له المطالبة بالسر له عنه مع تلفه ، كذا في شرح مختصر الكرخي « رح » .

وقال صاحب المجتبى : وعلى هذا السن والأطراف التي يجب فيها القصاص إذا كان طرف الضارب والقاطع معيبة ، يتخير المجني عليه بين أخذ الدية كاملة ، وبين استيفاء المعيبة .

وقال برهان الأئمة والد الصدر الشهيد « رح » : هذا إذا كانت الشلاء لا ينتفع بها ، لا يكون محلاً القصاص ، فله دية كاملة من غير خيار ، وعليه الفتوى .

( قال ) أي القدوري « رح » ( ومن شج رجلاً فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه ) أي ما بين ناحيتيه ( وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج ، فالمشجوج بالخيار إن شاء اقتص بمقدار شجته يبتدىء من أي الجانبين شاء ، وإن ساء أخذ الأرش ) أي هذا لفظ القدوري « رح » . وقال المصنف : ( لأن الشجة موجبة ) القصاص ( لكونها مشينة ) أي مقبحة ، من الشين وهو التقبيح . ( فيزداد الشين بزيادتها ) أي بزيادة الشجة .

وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ،ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة ، وفي عكسه يخير أيضاً ، لأنه يتعذر الإستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه . وكذا إذا كانت الشجـــة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج ، فهو بالخيـار لأن المعنى لا يختلف . قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر .

وعن أبي يوسف « رح » أنه إذا قطع من أصله يجب

---

(وفي استيفائه ) أي وفي استيعاب المشجوج ( ما بين قرني الشاج زيادة على مافعل )، يعني إذا كان رأس الشاج كبيراً ( ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه مـــا يلحق المشجوج فينتقص ) يعني ينتقص حق المشجوج إذا لم تستوعب الشجة ما بين قرني الشاج إذا كان رأسه صغيراً ، فــإذا كان كذلك ( فيخير ) أي المشجوج رأسه بين الاقتصاص بمقدار شجته وبين أخذ الأرش ، ( كما في الشلاء والصحيحة . وفي عكسه ) أي وفيما إذا كان رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج ، ( يخير أيضاً لأنه يتعذر الاستيفاء كملاً للتعدي إلى غير حقه ) لأنه يكون الشين في الثانية أزيد من الأولى .

( وكذا ) أي بالخيار ( إذا كانت الشجة في طول الرأس ، وهي تأخذ من جبهتـه إلى قفاه ، ولا تبلغ إلى قفاء الشاج فهو بالخيار ) أي المشجوج بالخيار ( لأن المعنى لا يختلف ) أي المعنى الموجب للتخيير بين أرش الموضحة وبين الإقتصاص بالشجة لا يختلف .

وقال السكاكي « رح » : قوله لأن المعنى لا يختلف : وهو أن بلوغه إلى قفاه زيادة على ما فعل ، وباستيفائه حقه لا يلحق الشين .

( قال ) أي قال « رح » (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر ) هذا الذي ذكره القدوري « رح » في رواية الأصل .

( وعن أبي يوسف « رح » ) رواه بشرعته ( أنـــه إذا قطع من أصله يجب ) أي

لأنه يمكن اعتبار المساواة . ولنا أنه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة . إلا أن تقطع الحشفة لأن موضـــع القطع معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط ، وله حدّ يعرف فيمكن اعتبار المساواة والحشفة إذا استقصاها بالقطـــع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها .

---

القصاص ( لأنه يمكن اعتبار المساواة ) . وبقول أبي حنيفة ومحمد « رح » .

وقال مالك « رح » في رواية ، وأبو اسحاق من أصحاب الشافعي « رح » في اللسان ، وقال الشافعي ومالك « رح » في رواية ، وأحمد « رح » في رواية : يجب القود في الكل وفي البعض بقدره .

( ولنا أنه ) أي أن اللسان ( ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة ، إلا أن تقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم ) لأن هناك حد يقع فيه القصاص ( كالمفصل ) لأن موضع القطع فيه معلوم ( ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيـــه لأن البعض لا يعلم مقداره ) فتبقى المساواة .

وعند الأئمـــة الثلاثة : يؤخذ بعضه ببعض ، ويعتبر ذلك بالأجزاء دون المساحة ، فيؤخـــذ النصف بالنصف ، والربع بالربع ، وما زاد ونقص في حساب ذلك كمـــا في الأذن والأنف .

( بخلاف الاذن إذا قطع بعضه أو كله لأنه لا ينقبض ولاينبسط، وله حـــد يعرف ، فيمكن اعتبار المساواة ) . عن بعض أصحاب الشافعي « رح » : لا يجب القود في بعض الأذن . وحكي عن مالك « رح » انه لا تؤخذ أذن السمع بأذن الأصم.ولو قطع الختان أو بعض الحشفة في الصبي أو في العبد ، فعليه حكومة عدل . وإن قطع الحشفة كلها فإن

# فصـــل

قال وإذا اصطلح [1] القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المـــال قليلا كان أو كثيراً لقوله تعالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل نزلت الآية في الصلح .

---

برأ قطعه في العبد كال القيمة ، والصبي كال الدية . فإذا مات ففي الصبي نصف الدية . وفي العبد نصف القيمة .

( والحشفة إذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف مـا إذا قطع بعضها لأنه يتعذر اعتبارها ) أي اعتبار المساواة . وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» واختار أبو حامد « رح » من أصحاب الشافعي « رح » : أنـــه لا يجب القود . في شرح الطحاوي : إذا قطع حشفة رجل ، وكان يستطاع أن يقتص منه قطعـه القصاص السفلى بالسفلى ، والعليا بالعليا ، ولا تؤخذ السفلى بالعليا ولا العليا بالسفلى .

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان أحكام الصلح في القصاص ، وفي بيان العفو عنـــه ، وأخر ذكرهما عن بيان القصاص لأنهما لا يتبعانه إلا بعد وجوب القصاص .

( قال : وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ، ووجب المـال قليلاً كان أو كثيراً ) هذا لفظ القدوري « رح » . وقال المصنف « رح » ( لقوله تعـالى ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء ﴾ الآية ، على ما قيل نزلت الآية في الصلح ) يعني الآيـــة نزلت على قول ابن عباس « رض » ، والحسن البصري ، والضحاك « رح » ، ومجاهـــد في الصلح أي فمن أعطى على سهولة ويريد به ولي القتيل يقال : خذ مـــا أتاك عفواً أي سهلاً . وقوله من أخيه شيء : أي من جهة أخيه المقتول . وقوله شيء : أي شيء من المال

---

(١) صالح ــ هامش .

بطريق الصلح وتكره لأنه بحصول القدر فإنه يتعذر بما تراضيا عليه .

وقوله تعالى ﴿ فاتباع بالمعروف ﴾ أى فله اتباع ، أى فلولي القتيل اتبـــاع المصالح بالمعروف ، أي مطالبة بدل الصلح على مماثلة وحسن معاملة .

وقوله تعالى ﴿ وأداء اليه باحسان ﴾ أى على المصالح إذا أدى إلى ولي القتيل باحسان في الأداء ، أو قال جماعة وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم : الآيـة نزلت في عفو بعض الأولياء .

ويدل عليه قوله شيء ، فإنه يراد به البعض ، وتقديره : فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين ، وهو المقتول شيء من القصاص ، بأن كان للقتيل أولياء فعفى بعضهم فقد بقي نصيب الباقين مالاً ، وهو الديـــة على قدر حصصهم في الميراث . وهو قوله ﴿ فاتباع بالمعروف ﴾ أي فليتبع الذين لم يعفوا عن القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أى بقدر حقوقهم من غير زيادة .

وقوله : ﴿ وأداء اليـــه باحسان ﴾ أي القاتـــل إلى غير الموفى حقـه وافياً غير ناقص .

( وقوله عليه السلام ) أى وقول النبي ﷺ : (« من قتل له قتيل » الحديث ) هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة « رح » في كتبهم ، عن يحي بن كثير « رح » ، عن أبي سلمة «رض» ، عن أبي هريرة « رض » قال : لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة ، قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه ، الحديث بطوله ، وفي آخره : « ومن قتل له قتيل» فهو بخير النظرين إما أن يعطى الدية ، وإما أن يقاد أهل القتيل ، هذا لفظ مسلم في كتـــاب الحج . ولفظ البخاري في كتاب العلم إما أن يعقل ، وإما أن يقاد لأهل القتيل ، ولفظه في اللفظ : إما أن يفدى وإما أن يقيد . ولفظه في الديات : إما أن يؤدي ، وإما أن يقاد .

ولفظ الترمذي : وإما أن يعفو ، وإما أن يقتل . ولفظ النسائي في القود : اما أن يقاد وإما أن يفدي . ولفظ ابن ماجة : إما أن يقتل وإما أن يفدي .

( والمراد والله أعلم الأخذ بالرضا ) أي برضا القاتل ( على مـــا بيناه ) أي في أول

بالرضا على ما بيناه ، وهو الصلح بعينه ، ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع

---

الكتاب ، أي عندهما ليس لولي القتيل أخذ الدية إلا برضاء القاتل .

( وهو الصلح بعينه ) أي أخذ الدية هو الصلح بعينه ، لأن الصلح عبارة عن قطع النزاع ، ففي أخذ الدية قطع النزاع ( ولأنه ) أي ولأن القصاص (حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفواً فكذا تعويضاً ) من حيث أخذ العوض وهو الدية ( لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل ) أي الاشتراك بأخذ العوض على شيئين : أولهما الإحسان إلى أولياء المقتول ، والثاني فيه إحياء القاتل لأنه كان قد تعين للقتل وأشرف عليه في الصلح ، استمرت فيه الحياة ، وإلا ضاف في كل من قوله على إحسان الأولياء ، وإحياء القاتل إضافة المصدر إلى المفعول .

( فيجوز بالتراضي ) أي فإذا كان الأمر كذلك ، فيجوز الصلح وأخذ المال بالتراضي من الجانبين ( والقليل والكثير فيه ) أي في أخذ العوض ( سواء ) يعني يجوز أخذ العوض سواء كان قليلا أو كثيراً ، لكن الصلح على مال يجوز على أكثر من الدية في القصاص في النفس وفيما دونها ، وهو حال في حال الجاني ، ولا يكون ذلك على العاقلة . وأما الصلح على أكثر من الدية في القتل الخطأ ، لا يجوز إذا كان الصلح على جنس ما تعرضت فيه الدية ، وإذا كان الصلح خلاف على الجنس يجوز ، وإن جاز زاد على قدر الدية ، نص عليه الكرخي « رح » في كتاب الصلح .

( لأنه ليس فيه ) أي في أخذ المعوض ( نص مقدر ) بكسر الدال من التقدير ، فإذا كان كذلك ( فيفوض ) أي التقدير ( إلى اصطلاحهما ) أي اصطلاح القاتل وولي المقتول ( كالخلع ) على مال فإنه ليس فيه شيء مقدر ، بل يرجع ذلك إلى رضى الزوجين عن القليل والكثير .

وغيره . وإن لم يذكروا حالاً ولا مؤجلاً فهو حال لانه مال واجب بالعقد ، والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد . قال وإن كان القاتل حراً وعبداً فأمر الحر ومولى العبد رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ، ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح أضيف إليهما . وإذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص، وكان لهم نصيبهم من الدية ، وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة.

---

( وغيره ) أي وغير الخلع وهو الاعتاق على مال الكتابة ( وإن لم يذكروا ) أي أولياء المقتول والقاتل ، وإن لم يذكروا مالا ( حالاً ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد ) أي بعقد الصلح ( والأصل في أمثاله ) أي أمثال الصلح ( الحلول نحو المهر والثمن ) فإن الأصل فيهما حلول الحال ، وإن كان التأجيل جائزاً .

( بخلاف الدية ) في قتل الخطأ حيث لا تجب حالة ( لأنها ) أي لأن الدية والتذكير على تأويل المال ( ماوجبت بالعقد) العارض على القتل ، بل وجب القتل ابتداء ، فوجبت مؤجلة إلى ثلاث سنين .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وإن كان القاتل حراً وعبداً ) يعني اشترك حر وعبد في قتل شخص . ( فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما ) أي إلى الحر والعبد فيجب على الحر خمسمائة وعلى مولى العبد خمسمائة .

( وإذا عفى أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص ، وكان لهم نصيبهم من الدية ) هذا لفظ القدوري « رح » في مختصره .

وقال المصنف رحمه الله ( وأصل هذا ) أي أصل هذا الحكم الذي ذكره القدورى في هذه المسألة ( أن القصاص حق جميع الورثة ) من الذكر والأنثى ، والزوج والزوجة ،

وكذا الدية خلافاً لمالك « رح » والشافعي « رح » في الزوجين .

لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت.

ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم .

---

نص عليه الكرخي « رح » في مختصره .

( وكذا الدية ) حق الورثة ( خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين ) هذا اللفظ يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والديـــة ، والمشهور عن مالك « رح » أن القصاص موروث للعصبات خاصة . وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض أصحابه لذوي الانساب دون الزوجين . وقال الليث ، والزهري ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، والحسن وقتادة : ليس للنساء عفو .

وقال بعض أهل المدينة : القصاص لا يسقط بعفو بعض الورثة . وقيل : هو روايـة عن مالك « رح » ، وفي شرح الكافي : القصاص والدية تصير ميراثـاً لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعاً .

وقـــال الشافعي ، وهو قول ابن أبي ليلى : يورث بالنسب ولا يورث بالسبب ، هو الزوجية ، حتى لا يورث الزوج من قصاص زوجته لو قتلت ، وكذا من ديتها . وكذا الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته .

( لهما ) أي لمالك والشافعي « رح » ( أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه ) أي لانقطاع السبب ( بالموت ) لأن الزوجية تقطع بالموت .

( ولنا أنه ﷺ ) أي أن النبي ﷺ ( أمر بتوريث امرأة اشيم الضبـــابي من عقل زوجها أشيم ) هذا الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، عن سفيان بن عيينة ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه كان يقول : الديـــة للعاقلة ، لا ترث المرأة من دية زوجها شيء ، حتى قال الضحاك بن سفيان : كذب فإن رسول الله ﷺ ورث امرأة أشيم الضبابي من ديـة زوجهـــا . فرجع عمر رضي الله تعالى عنه .

ولانه حق يجرى فيه الإرث حتى أن من قتل وله إبنان ، فمات أحدهما عن إبن ، كان القصاص بين الصبي وإبن الإبن، فيثبت كسائر الورثة . والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت بعد الموت مستنداً إلى سببه وهو الجرح .

---

وقال الترمذي : حديث حسن صحيح . وأخرجه الدارقطني في سننه عن محمد بن عبد الله الشعثي ، عن زفر بن وهمة ، عن المغيرة بن شعبة ، أن سعد بن زرارة الأنصاري قال لعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ كتب إلى الضحاك بن شعبان أن يورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها .

وقال الطبراني : وسعد بن زرارة صحابي يكنى أبا أمامة ، توفي على عهد رسول الله ﷺ في السنة الأولى من الهجرة .

قلت قد ذكره الذهبي في تجريد الصحابة رضي الله تعالى عنهم . وقال أشيم الضبابي الذي قتل فورث النبي ﷺ زوجته من ديته . وذكر عليه علامة أحمد بن حنبل : يعني أخرجه في مسنده .

والضبابي بكسر الضاد ، وبالبائين الموحدتين ، نسبة إلى ضباب ، بطن من العرب ذكره ابن دريد .

(ولأنه) أي ولأن القصاص ( حق يجري فيه الإرث إن قتل وله إبنان ، فمات أحدهما عن إبن ، كان القصاص بين الصبي ) وهو ابن الميت وبين ( وإبن الابن فيثبت كسائر الورثة ) . فمن كان وارثاً فله حق في القصاص .

( والزوجية تبقى ) هذا جواب عما قال مالك والشافعي من قولهما . لانقطاعه بالموت ، تقريره أن الزوجية تبقى ( بعد الموت حكماً ) أي من حيث الحكم ( في حق الإرث ) . فإذا كانت الزوجية باقية في حق الإرث كموت أحدهما لكل من الزوجين حق من قصاص الميت . ( أو يثبت بعد الموت ) الإرث دليل آخر ، أي ويثبت الإرث حال كونه ( مستنداً إلى سببه وهو الجرح ) فصار له كال آخر في ثبوته قبل الموت .

وإذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً . ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص، سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ، بخلاف ما إذا قتل رجلين، وعفى أحد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة، لاختلاف القتل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً، لانه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل وليس للعافي شيء من المال، لانه أسقط حقه بفعله ورضاه . ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين . وقال زفر « رح » يجب في سنتين

---

ألا ترى لو أنه أوصى بثلث ماله دخلت ديته في الوصية وقضى من ديونه .

( وإذا ثبت ذلك للجميع ) أي جميع الورثة ( فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفواً وصلحاً ) فقوله عفواً : يرجع إلى الإسقاط . وقوله : صلحاً، يرجع إلى الاستيفاء .

( ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه ) يعني في القصاص ( لأنه ) أي لأن القصاص ( لا يتجزىء ) استيفاء وينقل حق الباقين إلى المال .

( بخلاف ما إذا قتل رجلين وعفى أحد الوليين ) أي ولي القصاص حيث لا يسقط حق الآخر في القصاص .

( لأن الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول، وهنا ) أي في مسألة ما إذا قتل وله إبنان واحد أي القصاص (واحد لاتحادهما) أي لاتحاد القتل والمقتول.

( وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالاً لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل ) وهو العجز عن استيفاء قصاص من نفسه لان من قسمه أن ازهاق الروح لا يتجزأ .

( وليس للعافي ) حقه في القصاص ( شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه، ثم يجب ما يجب من المال من ثلاث سنين، وقال زفر « رح » يجب في سنتين فيما إذا كان

فيما إذا كان بين الشريكين ، وعفى أحدهما لان الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ . ولنا أن هذا بعض بدل الدم ، و كله مؤجل إلى ثلاث سنين ، فكذلك بعضه ، والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد . قال وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه لو تمالأ أهل صنعاء لقتلتهم .

---

بين الشريكين ، وعفى أحدهما ، لان الواجب نصف الدية ، فيعتبر بما إذا قطعت يده خطأ ) لأن الواجب فيها نصف الدية مؤجلاً إلى ثلاث سنين .

( ولنا أن هذا ) أى بعض ما يجب من المال ( بعض بدل الدم و كله ) أى وكل الدم ( مؤجلاً إلى ثلاث سنين فكذلك بعضه ) يؤجل إلى ثلاث سنين . ( والواجب في اليد ) جواب عن اعتبار زفر « رح » بما إذا قطعت يده خطأ ، تقديره أن الواجب في اليد ، أي في قطع اليد خطأ ( كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ، ويجب في ماله ) أى يجب المال في المال القاتل في المسألة المذكورة أولا . ( لانه عمد ) والعاقلة لا يتحمل العمد .

( قال ) أى القدورى « رح » ( وإذا قتل جماعة واحداً عمداً اقتص من جميعهم ) . وبه قال الشافعي « رح » ، ومالك « رح » ، وأحمد « رح » ، وأكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين « رض » . وقال ابن الزبير « رح » ، والزهري ، وابن سيرين ، وابن أبي ليلى ، وعبد الملك ، وربيعة ، وداود ، وابن المنذر ، وأحمد في رواية : لا يقتلون به ويجب عليهم الدية . وهذا الذى ذكره القدوري استحسان .

والقياس أن لا تقتل الجماعة بالواحد لان القصاص يبنى عن المساواة ، ولا مساواة بين الواحد والجماعة ، وجه الإستحسان ما أشار اليه المصنف « رح » بقوله ( لقول عمر رضي الله تعالى عنه فيه : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ) هذا رواه مالك في الموطأ ، أخبر به يحي بن سعيد بن المسيب : أن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه قتل نفراً خمسة أو

ولأن القتـــل بطريق التغالب غالب ، والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء. وإذا قتل واحداً جماعة، فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك . فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين . وقال الشافعي « رح » يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال، وإن اجتمعوا ولم يعرف الأول قتل لهم وقسمت الديات بينهم . وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته .

---

سبعة برجل قتلوه قتل غيلة . وقال : لو تمالى عليه أهل صنعـاء لقتلتهم . ورواه محمد بن الحسن أيضاً عن مالك .

قوله : تمالى أصله المعاونة في ملأ الدلو ثم عم تعاونوا تمـالوا أي تعاونوا وصنعاء قصبة باليمن .

والغيلة بكسر الغين المعجمة ، وسكون الياء آخر الحروف ، فإذا صار معـه قتله ، وقوله قتل غيلة مضاف ومضاف إليه .

( ولان القتل بطريق التغالب غالب ) أراد أن القتل بغير حق لا يكون في العـادة إلا بالتغالب والإجتماع لان الواحد يقاوم الواحد غالباً . ( والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقاً لحكمة الأحياء ) أراد أن الحكمة الموضوعة في القصاص إحيـاء النفس ، فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد أدى إلى سد باب القصاص ، وفيـه إبطال الحكمة المذكورة .

( وإذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك ، فإن حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين ) هذا كله لفظ القدوري . قـال أصحابنا : الواحد يقتل بالجماعة اكتفاء بالقصاص .

( وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المـال ) يعني إذا كان قتلهم على التعاقب ( وإن اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم ، وقيل : يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته ) ويجب للباقين بالمال ، وقد أوضح هـذه في الطريقة

له أن الوجود من الواحد قتلات ، والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل ، وهو القياس في الفصل الأول إلا أنـــه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال ، فجـــاء التماثل أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ، ولأنه وجد من كل واحد منهم خروج صالح للإنزهاق

---

العلانية حيث قال : وقال الشافعي : لا يقتل اكتفاء ، غير أن الواحد إن قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء ، ويجب دية الباقين . وإن قتلهم على المقارنة له فيـــه قولان : في قول يقتل بالواحد عبر عين ويجب دية البـــاقين مشتركة بينهم ، وفي قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته ، ويجب الديات للباقين .

وقال السكاكي : وبقولنا قال مالك ، وقال الشافعي ، واستوفى الباقون بالديات من تركته . وقال أحمد : إن طلبوا القصاص بجماعتهم فلا شيء للواحـــد الذي قتل له ، وإن طلب بعضهم القصاص والبعض الدية ، قتل لمن طلب القود ، وللآخرين الدية . وعن مالك رواية كقول أحمد .

( له ) أى الشافعي ( أن الموجود من الواحد قتلات ) لانـــه قتل جماعة ( والذي تحقق في حقه ) أى في حق الواحد ( قتل واحد فلا تماثل ) أى بين قتل واحد وبين قتلات . ( وهو القياس في الفصل الاول ) وهو أن لا تقتل الجماعة بالواحد إلا أنهم قتلوا بـــه . ( إلا أنـــه ) أى إلا أن الجماعـة تقتل بالواحد اتفاقـاً ( عرف بالشرع ) على خلاف القياس .

( ولنا أن كل واحـــد منهم ) أى من الاولياء ( قاتل بوصف الكمال ) يعني قاتل للقاتل قصاصاً ( فجاء التماثل ) في قتل الواحد بالجماعة فصح القياس . ( أصله الفصل الاول ) وهو أنه تقتل الجماعة بالواحد اتفاقاً ، فلو لم يكن التماثل لما قتلوا به وهو معنى قوله ( إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ) لان التماثل شرط ( ولانه وجـد من كل واحد منهم ) أى من الاولياء ( خروج صالح للإنزهاق ) يعني أن القتل صالح لإنزهـــاق

فيضاف إلى كل منهم إذ هـو لا يتجزأ ولأن القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الإحياء قد حصل بقتله ، فاكتفى به . قال ومن وجب عليه القصاص إذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء ، فأشبه موت العبد الجاني ، ويتأتى فيه خلاف الشافعي إذ الواجب أحدهما عنده . قال وإذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية . وقال الشافعي تقطع يد أحدهما والمفروض

---

الروح ، وقد وجد من كل واحد منهم ( فيضاف إلى كل واحد منهم إذ هو ) أي ازهاق الروح ، ( لا يتجـزأ ) فيضاف إلى كل منهم كملاً لان ما لا يتجـزأ إذا أضيف يضاف كملا ( ولان القصاص شرع مع المنافي ) أي شرع بالكتاب والسنة مع وجود المنـافي ، وهو أن الآدمي بنيان الرب ، فلا يجوز تجزئته . قـال ﷺ : « الآدمي بنيان الرب ملعون من بدله » .

وإنما شرع ( لتحقيق الإحياء ) أي المعنى الإحياء ( وقد حصل ) أي تحقيق الاحياء ( بقتله ) أي بقتل القاتل ( فاكتفى به ) ولا شيء لهم غير ذلك .

( قال ) أي القدوري ( ومن وجب عليه القصاص إذا مـات سقط القصاص لفوات محل الإستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ) إذا مات لا يلزمه شيء على أحد ( ويتأتى فيه ) اي في هذا الحكم ( خلاف الشافعي « رح » ) فعنده تجب الدية في مـاله ( إذ الواجب أحدهما عنده ) أي لان الواجب القصاص أو الدية عنده ، أي عند الشافعي « رح » ، وهذا مردود بقوله تعـالى : ﴿ كتب عليكم القصاص ﴾ وقـد مر بيـانه في أول كتاب الجنايات .

( قال ) أي القدوري « رح » ( وإذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما ، وعليهما نصف الدية ) . وبه قال الثوري « رح » والحسن والزهري « رح » وابن المنذر .

( وقال الشافعي « رح » يقطـع يد أحدهما والمفروض ) أي وموضع فرض المسألة

إذا أخـــذا سكيناً وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس ، والأيدي تابعة لها ، فأخذت حكمها . أو يجمـع بينهما بجامع الزجر . ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصـــل باعتماد بهما والمحل متجزىء فيضاف إلى كل واحد منهما البعض ، فلا مماثلة بخلاف النفس لأن الإزهاق لا يتجزأ ، ولأن القتل بطريق الإجتماع غالب حـــذر الغوث والاجتماع على قطع اليد

---

الخلافية ( إذا أخـــذا ) أي الإنسان المذكور (سكينا وأمراه ) بتشديد الراء ( على يده حتى انقطعت ) يعني إذا وضعا السكين من جانب من المفصل ، والآخر من جانب الحر ، وأمر كل واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد ، لا قصاص عنده أيضاً .

( له ) أي للشافعي ( الاعتبار بالأنفس ) لان طريق جريان القصاص على الأنفس إن جعل كل واحد منهم منفرداً بالقتل لزجر القاتل سد باب العدوان فيجب القصاص عليهم ( والأيدي تابعة لها ) أي للأنفس ( فأخذت حكمها ) أي حكم الأنفس (أو يجمع بينهما) أي بين الطرف والنفس ( بجامع الزجر ) سد لباب العدوان . وبقوله قال مالك « رح » وأحمد وإسحاق وأبو ثور « رح » .

( ولنا : أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الإنقطاع حصـــل باعتماد بهما والمحل متجزىء ) المحل هو اليد ، وهي تتجزأ ، فإذا كان كذلك ( فيضاف إلى كل واحـــد منهما البعض ) أي بعض القطع ( فلا مماثلة ) بين قطع اليدين واليد الواحدة .

( بخلاف النفس لأن الإزهاق لا يتجـزأ ) أي بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة ، لان قتـــل النفس يضاف إلى كل واحـــد منهم ، كما يتحلل كل منهم قاتلاً على الكمال . فحصلت المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة ( ولأن القتل بطريق الإجتماع غالب ) هـــذا جواب عما جمـــع الشافعي « رح» بين النفس والطرف ، بيانه أن القتل بوصف الإجتماع غالب . ( حذر الغوث ) أي لأجل الحذر عن لحق الغوث . ( والإجتماع على قطع اليـــد

من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث .

قال وعليهما نصف الدية ، لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وإن قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين سواء قطعهما معاً أو على التعاقب .

وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع بالأول ، وفي القران يقرع وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة .

---

من المفصل في حيز الندرة لإفتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث ) من أخذ السكين والإمرار على المفصل إلى أن ينقطع ، والثاني فيه من الجانبين فيلحقه الغوث لأنه لا يقدر .

( قـــال ) أي القدوري « رح » ( وعليهما ) أى على الرجلين القاطعين ( نصف الدية لأنه ) أى نصف الدية ( دية اليد الواحدة وهما قطعاها ) ويجب في مالها لأنه عمـــد . وكذلك الحكم في بيان الأطراف كالعين والسن والرجل ونحوها .

( وإن قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانها نصفين ، سواء قطعهما معاً أو على التعاقب ) هذا لفظ القدوري .

( وقال الشافعي رحمـــه الله في التعاقب يقطـــع بالأول ، وفي القران يقرع ) وفي شـــرح الكافي للحاكم الشهيد . وقال الشافعي « رح » عنـــه : إن قطع اليمين على التعاقب يقتص للأول ويغرم الدية للآخـــر ، وإن قطعهما معاً فالقاضي يقرع بينهما أياً خرجت قرعته يقتص له ، والدية للآخر .

وقال الكاكي : قوله يمنى رجلين ، وكذا الحكم لو قطع يسار رجلين وقيد به لأنه لو قطع يمين رجل ويسار آخـــر قطعت يداه في الكل ، والمحل موجودة ، ذكـــره في المبسوط ولا يعلم فيه خلاف لان اليد استحقها الأول ، فلا يثبت الإستحقاق فيها للثاني كالرهن من بعد الرهن ، فإن المرتهن الثاني لا يستحقه .

( وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ) طيبا لكليهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر في تعيين القصاص له ، ولا الدية للآخر ولا يأتي الترجيح إلا بالقرعة

ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه ، كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما إذا قطع العبد يمينهما على التعاقب ،فتستحق رقبته لهما . وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليهم نصف الدية لان

---

( ولنا أنهما استويا في سبب الإستحقاق ) وهو قطع معصوم ( فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة ) ، وهو القصاص لان الإستواء في العلة يوجب الإستواء في الحكم ، كالشريكين في التركة ، وإن كان دين أحدهما أقدم . وفي بعض النسخ كالشفيعين في الشفعة ، فلا يتقدم أحدهما على الآخر .

( والقصاص ملك الفعل ) هذا جواب عن قوله لأن اليد استحقها الأول ، تقريره أن يقال أن القصاص ملك الفعل ، والإطلاق في الفعل لا يقتضي حقاً في المحل ، كما في الإصطياد والإحتشاش ، فان الفعل مملوك والمحل خلو عن الملك ، ولهذا لا يجب القصاص على قاتل من وجب عليه القصاص ( يثبت مع المنافي ) يعني أن من عليه القصاص جن ( فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء ) لانه ثابت بطريق الضرورة ( أما المحل فخلو منه ) أي من ذلك الفعل ( فلا يمنع ثبوت الثاني ) أى حق الثاني وذلك لان ملك الفعل لما ثبت ضرورة الاستيفاء لا يتعدى إلى شغل المحل الخالي بحرمته عنه فان لم يكن المحل مشغولاً لم يمنع عن ثبوت الثاني ( بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل ) لكونه مملوكاً ، فاذا ثبت للأول استحال ثبوته الثاني كما في الاستيفاء الحقيقي .

( وصار ) أي هذا ( كما إذا قطع العبد يمينهما ) أى صار الرجلين ( على التعاقب فتستحق رقبته لهما ) جميعاً ولا يكون الاول بها ( وإن حضر واحد منهما ) أي من الرجلين اللذين قطع واحد يمينهما ( فقطع يده ) أى يد القاطع ( فللآخر ) أى الذي لم يحضر ( عليه ) أي على القاطع ( نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي حقه [1] لثبوت حقه

---

(١) حذفت من الحاشية .

الحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب. وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقاً مستحقاً. قال: وإذ أقر العبد بقتل العمد لزمه القود، وقال زفر «رح»: لا يصح إقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال، فصار كما إذا أقر بالمال. ولنا أنه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل. ولان العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم، عملا بالادمية

---

وتردد حق الغائب ) أي في العقود في الاستيفاء ( وإذا استوفى ) أى الحاضر ( لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقاً مستحقاً ) يعني إن قضى جميع طرفه حقاً مستحقاً عليه فيقضى للآخر بالأرش، بخلاف النفس فان هناك لو استوفى أحدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضي بشيء لأن حقه في الاستيفاء فات لغيبته، فإنهما إذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد مستوفياً على الكمال، فلا يجب مع الدية، وليس في الطرف الواحد وفاء لحقهما، فإذا استوفى الحاضر لم يبق للغائب إلا الأرش.

( قال ) أي القدوري ( فإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود ) أي القصاص، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح»، وقيد بالعمد لأنه إذا أقر بالخطأ، لا يصح إقراره بالإتفاق سواء كان مأذوناً أو محجوزاً لأن إقراره بالخطأ ليس من باب التجارة، فكان إقراره على مولاه، لا يصح، ذكره في المبسوط.

( وقال زفر رحمه الله : لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار ) أى إقراره به ( كما إذا أقر بالمال ) فإنه لا يصح اتفاقاً.

( ولنا أنه ) أي أن العبد ( غير متهم فيه ) أي في إقراره بالقتل العمد ( لأنه مضر به ) أي لأن إقراره ذاك يضر بنفسه، لأنه إقرار بالعقوبة على نفسه فلا يتهم، فإذا كان كذلك ( فيقبل ) أي إقراره (ولأن العبد يبقى على أصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية

حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص ، وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته ، لان الاول عمد والثاني أحـــد نوعي الخطأ ، كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً ، والفعل يتعدد بتعدد الاثر .

---

حق لا يصح اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص ) .

قوله حتى إلى آخره : توضيح لبقائه على الحرية ، وكل ما لا يصح إقرار المولى على العبد فيه فهو بمنزلة الحرية ، ولهذا وقع طلاق زوجته بالإقرار لوقوعه بالايقاع ، وإذا أقر بسبب يوجب الحد يحد به .

( وبطلان حق المولى ) هذا جواب عن قول زفر رحمه الله ، تقريره أن بطلان حق المولى في إقراره بقتل العمد ( بطريق الضمن ) يعني ضمني ( فلا يبالي به ) لأن الضمنيات لا تعتبر ، كما إذا تزوج رجل في مرض الموت على مهر معين ، ومات فهو أسوة للغرمـــاء والتزام المهر يضر بهم ، إلا إن ثبت ضمناً للنكاح فلا يبالى به بخلاف إقراره بالمال ، لأنه يتضرر به المولى لا في ضمن شيء فيهم في إقراره ولا يضرهم . أمـــا ههنا مضر هو به فلا يقبل منه .

( ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا ، فعليه القصاص للأول ، والدية للثاني على عاقلته لأن الأول عمد ) لأنه قصد بالرمي فمات منه ( والثاني أحد نوعي الخطأ ) لأنه لم يقصد بالرمى ، حيث قصد الرامي غيره ، ولكنه أصاب بالنفاذ من الأول فصار قتله خطأ . ( كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً ) فوجب الدية على عاقلتـــه ( والفعل يتعدد بتعدد الأثر ) أي الفعل الواحد يتعدد بتعدد أثره ، فإن الرمى إذا أصاب حيواناً ومزق جلده يسمى جرحاً ، وإذا قتل يسمى قتلا وإن أصاب كوزاً أو خرق أجزاءه سمى كسراً باعتبار اختلاف المحل ، فجاز أن يكون الفعل الواحد عمداً بالعينة لا محلاً ، وخطأ بنسبة محل آخر .

## فصـــل

قـــال : ومن قطع يد رجل خطأً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأً ، أو قطع يـــده خطأً فبرأت يده ثم قتله خطأً أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً ، فإنه يؤخذ بالامرين جميعاً . والاصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب مـــا أمكن تتميماً للأول ، لان القتل في الاعم

---

## ( فصـــل )

أي هذا فصل في بيان حكم الفعلين ، وذكر هذا بعد الفراغ من بيان الفعل الواحد ، والإثنان يذكر بعد الواحد .

(قال) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قطع يد رجل خطأً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأً ، أو قطع يده خطأً ، فبرأت يده ثم قتله خطأً أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله عمداً فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً) القطع والقتل إذا حصل في شخص واحد كانا على وجوه أربعة مثل ما ذكر في الكتاب ، ثم أن كل واحد منهما أما أن يكون قبل البرء له وبعده ، فذلك ثمانية أوجه ، وكل ذلك إما أن يتحقق من شخص واحـــد أو شخصين ، فذلك ستة عشر وجها ، فإن كان من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الأرش مطلقاً ، لأن التداخل إنما يكون عند اتحاد المحل لا غير . وإن كانا من شخص واحـــد فإيجاب يوجب القصاص أو إهدار أحدهما أمـــين على أصل ذكره المصنف بقوله :

( والأصل فيه ) أي في الحكم المذكور ( أن الجمـــع بين الجراحات واجب ) فيعني الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ( ما أمكن ) أي مهما أمكن ، ( تتميماً للأول ) لأن الأصل في العقوبات التداخل ، ويجعل الآخر متمماً للأول ، لأن القتـــل عادة لا يحصل بضربة واحدة ظاهراً ، بل بأكثر من ذلك ، وهو معنى قوله ( لأن القتل في الأعم ) أى

يقع بضربات متعاقبة ، وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح ، إلا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه . وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين ، وفي الآخرين لتخلل البرء ، وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل ، وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع . واكتفى بدية وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال اقتلوه . وهـــذا عند أبي حنيفة « رح » . وقالا : يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس

---

في أعم الأحوال ( يقع بضربات متعاقبة ) فيجعـل الثاني متمماً للأول ويجعـل الكل قتلاً واحداً .

( وفي اعتبار كل ضربه بنفسها بعض الجرح إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول ) المذكورة ( في الأولين ) أي في الفصلين الآخرين وعدم امكان الجمع ( لاختلاف حكم الفعلين ) كما إذا كان القطع خطأ ، والقتل عمداً أو على العكس ( وفي الآخرين ) أي وفي الفصلين الآخرين عدم إمكان الجمع ( لتخلل البرء لهوهو ) أي تخلل البرء ( قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل )لأن بتخلل البرء ينتهي الفعل الأول لانتهاء أثره فلا يمكن جعل الثاني متمما للأول ( وقد تجانسا ) أي الفعلان (بأن كان خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع واكتفى بدية واحدة ، وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده ، فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه ، وإن شاء قال أقتلوه ، وهـــذا عند أبي حنيفة ) «رح » وبه قال الشافعي « رح » ومالك « رح» وأحمـــد « رح » في رواية وأبو ثور .

( وقالا ) أي أبو يوسف «رح» ومحمد «رح» مقتله ( يقتل ولا تقطع يده ) وبه قـال أحمد «رح» في رواية . وبه قال الثوري «رح» وعطاء «رح» ( لأن الجمع ممكن لتجانس

الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما . وله : أن الجمع متعذر إمـــا للإختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتـــل ، والقطع بالقطع ، وهو متعذر ، ولأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين ، يجب القود على الحاز . فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحـــد ، بخلاف ما إذا كانا خطأين . لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ،

---

الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ) لأن الثاني يصبح متمماً للأول لأن القطـع يصلح مزهقاً للروح بالسراية ، والقتل متمماً له قبل تخلل البرء.

( وله ) أي ولأبي حنيفة « رح » ( أن الجمع متعذر ) معنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل ( إما للاختلاف بين الفعلين هذين ) أي القتل والقطع يعني بالنظر إلى صورتهما ، وإن كان عمدين ، وإنما قلنا بالنظر إلى صورتهما لأن القطع إبانة لتجزأته عن الجملة ويسلك مسلك الأموال . والقتل إزهاق الروح ( لأن الموجب ) الفعلين ( القود وهو ) أي القود ( يعتمد المساواة في الفعل ) قال الله تعـــالى ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ وقال ﴿ فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ﴾ .

( وذلك ) أي اعتماد المساواة ( بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطـع وهو ) أي القود الذي يعتمد المساواة ( متعذر ) لأنه يكون استيفاء الفعلين في فعل واحد ، والتعذر فيه ظاهر ( أو لأن الحز ) أي حز الرقبـة ( يقطع إضافة السراية إلى القطـع حتي لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء ) ولا جمـع فيه بالاتفاق ( بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد بخلاف ما إذا كانا ) أي القتل والقطـــع ( خطأين لأن الموجب الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة ) بدليـل أن عشرة

ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل . وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل ، فضمان الجزء في حالة واحدة ، ولا يجتمعان ، أمـــا القطع والقتل قصاصاً يجتمعان . قال : ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ عن تسعين ومات عن عشرة ففيه دية واحدة لأنه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الإرش وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة . وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة .

---

لو قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة .

( ولأن أرش اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل ) يعني القطع بانقطاع توهم السراية ( وذلك ) إنما يكون ( بالحز القاطع للسراية ) وبه يجب ضمان الكل ( فيجتمع ضمـــان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ) وهي حالة الجزء .

( ولا يجتمعان ) أي والحال أنهما لا يجتمعان ( أما القتل والقطع قصاصاً يجتمعان ) لأن مبنى العمد على التغليظ والتشديد ، ولهذا تقتل الجماعة بالواحد ، وليس كذلك الخطأ لأن مبناه على التحقيق ، وهذا لا تتعدد الدية بتعدد القاتلين .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن ضرب رجلا مائة سوط فـــبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة ) ومعنى هـــذا ضربه في موضع تسعين ، وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع العشرة ( لأنه لما برأ منها ) أي من التسعين ( لا تبقى معتبرة في حق الأرش ) لأنه لما لم يبق أثر جعل كأنها لم توجد في حق الضمان . ( وإن بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة ) فـــلا يجب إلا دية واحدة .

( وكذلك ) أي الجواب في ( كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر ) مثل إن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر ، فإنها لا تبقى معتبرة لأن حق الارش ولا في حكومة عدل وإنما تبقى في حق التعزير ، ( على أصل أبي حنيفة ) إنما قيد بقوله ، ولم يبق لها أثر حتى

وعن أبو يوسف « رح » في مثل حكومة عدل . وعن محمد « رح » أنه يجب أجرة الطبيب . وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة العدل

---

لو بقي أثر الجراحة من نقصان أو غيره ، تجب حكومة العدل بلا خلاف لأحد ، إما إذا لم يبق أثر لأنه لا قيمة بمجرد الألم ، وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» .

ألا ترى أنه لو ضربه ، أو لطمه ، أو وكزه فتألم ، ولم يؤثر فيه ، لا يجب شيء ، ذكره المحبوبي وهو ظاهر الجواب وعليه التقرير .

( وعن أبي يوسف « رح » : في مثل حكومة عدل ) وتفسير حكومة العدل يجيء في آخر فصل الشجاج .

( وعن محمد : أنه يجب أجرة الطبيب ) وثمن الأدوية ، وذكر بكر الإختصاص في الضربة واللطمة بالسوط لأنه لا يمكن اعتبار المساواة إلا إذا رضي الضارب به فيستوي ، لأن الإمتناع لحقه كيلا يكون يستوفي منه بأكثر مما جنى عليه ، فإذا رضي فقد أسقط حقه من الزيادة .

وفي النوازل : قال الآخر خبيث جاز له أن يقول بل أنت ، لقوله تعالى ﴿ لا يحب الله الجهر بالسوء من القول إلا من ظلم ﴾ ، وكذا في كل كلمة لا يجب الحد . وقيل معنى الآية : هو الرجل يشتمك فتشتمه ، ولكن إن افترى عليك فلا تفتر عليه . كذا ذكره التمرتاشي .

( وان ضرب رجل مائة سوط وجرحه وبقي له أثر تجب حكومة العدل ) هذه من مسائل الجامع الصغير ، وصورتها فيه : محمد « رح » ، عن يعقوب « رح » ، عن أبي حنيفة رحمه الله : في الرجل يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه ويبرأ منها قال : على الضارب أرش الضرب إنتهى .

وقال الصدر الشهيد « رح » وغيره : وهذا إذا بقي أثر الضرب ، فإن لم يبق ، لا يجب شيء عند أبي حنيفة كما في المسألة المتقدمة ، وهذا إذا جرح ثم برأ ، فأما إذا لم يجرح في الإبتداء لا يجب شيء بالإتفاق .

لبقــاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس . قال : ومن قطع يـد رجـل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مـات من ذلك فعلى القاطع الديـة في ماله ، وإن عفا عن القطـع ومـا يحدث منه ، ثم مات من ذلك ، فهو عفو عن النفس . ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميـع المال . وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : إذا عفـا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً . وعلى هذا الخلاف إذا عفـا عن الشجة ثم سرى النفس ومـات ،

---

وقال أبو الليث رحمه الله يعرف الضرب بأنـه لو كان عبداً لم ينقص من قيمته ، فيجب عليه الدية ذلك المقدار ( لبقاء الأثر والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس ) إذا لم يبرأ وليس بموجود . وهـذا يشير الى أنه إذا لم يخرج في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق ، وإن جرح ، وأن دمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة «رح» لأنه لم يكن إلا بمجرد الألم وهو لا يجب شيئاً ، كما لو ضربه ضرباً مؤلماً .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك ، فعلى القاطع الدية في ماله ، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو ) أي عفو ( عن النفس ) سواء عفى بلفظ العفو أو الوصية .

وبه قـال مالك « رح » وأحمد ، وطاوس « رح » ، والحسن « رح » ، وقتادة « رح » ، والأوزاعي « رح » .

وقال أصحاب الشافعي رحمه الله : إذا قال عفوت عن الجناية وما يحدث منها ، ففيها قولان : أحدهما ، لا يصح فيجب دية النفس إلا دية الجرح . والثاني : أنه يصح فإن جرحت من الثلث سقط وإلا سقط منها ما يخرج من الثلث ، ووجه الباقي والقول الثاني ليس بوصية لأنه إسقاط في حق الجناية ، فلا يصح ، ويلزمه دية النفس إلا دية الجرح .

( ثم إن كان خطأ فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميع المال وهذا ) قوله (عند أبي حنيفة ، وقالا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً ، وعلى هذا الخلاف إذا عفا

لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه ، وموجبه : القطع لو اقتصر ، والقتل إذا سرى . فكان العفو عنه عفواً عن أحد موجبيه أيها كان . ولان اسم القطع يتنـــاول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه ، وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة ، كذا هـــذا . وله : أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة ، والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل . وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه ، وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمـــد إلا أن في الإستحسان تجب

---

عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات )،وكذلك الإختلاف في الضرب والشجة والجراحة وما أشبه ذلك ، وكذلك الإختلاف في الصلح والتزوج .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» ( أن العفو عن القطع عفو عن موجبه ) لأن نفس الفعل لا تحمل العفو ، وموجبه أحد الشيئين : ضمان النفس إن سرى ، وضمـان الطرف عن اقتصر ، وهو معنى قوله ( وموجبـه القطع لو اقتصر والقتل إذا سرى ، فكان العفو عنه ) أي عن القطع ( عفواً عن أحد موجبيه أيها كان ) أي أيهما وجد .

( ولأن إسم القطع يتناول ) والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن أحد نوعيه، أي أحد نوعي القطع وهما : ( الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه، وصار كما إذا عفى عن الجناية السارية والمقتصرة ) بلا خلاف .

( كذا هذا ، وله ) أي ولأبي حنيفـة «رح» : ( أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه ، لأنه عفا عن القطع ، وهو غير القتل. وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ، ونحن نوجب ضمانه ) أي ضمان القتل .

( وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنـــه هو الموجب للعمد إلا أن في

الدية ، لان صورة العفو أورثت شبهة وهو درأته للقود . ولا نسلم أن الساري نوع من القطع ، أن السراية صفة له ، بل الساري قتل من الابتداء ، وكذا لا موجب له من حيث كونـــه قطعاً ، فلا يتناوله العفو . بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس ، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل .

ولو كان القتل خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه

---

الإستحسان تجب الدية ، لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي درأته للقود ) أي الشبهـة مسقطة للقصاص .

( ولا نسلم ) هــــذا جواب عن قولهما : فيكون العفو عفواً عنه ، أي لا نسلم ( أن الساري نوع من القطع ، وأن السراية صفة له ) قيل فيه نظر، فإنه منع كون السراية صفة له ، يقال : سرى القطع وقطع سار ، فكيف يصح ؟

ففي ذلك أجيب عنه بأن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك ، بل هي مخرجة عن حقيقتها ، كما يقال : عصير مسكر .

( بل الساري قتل من الابتداء ) هذا إضراب عـن قوله : نوع من القطع ، وذلك أن القتيل فعل مزهق للروح ، وبه عرفنا أنه كان قتلا .

( وكذا لا موجب له ) أى للقطع الساري ( من حيث كونه قطعاً ) لأنـه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا ، إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع ، مضاف إلى غير محله فلا يصح . وإذا لم يصح العفو عـــن القتل ، لا يكون عفواً عن القطع ، وهو معنى قوله : ( فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه ) أى لأن لفظ الجناية ( إسم جنس ) يتناول الساري وغيره .

(وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السرايـة والقتل ) وهذا ظاهر ( ولو كان القتل خطأ فقد أجراه ) أى فقـــد أجراه محمد رحمه الله ( مجرى العمد في هذه الوجوه ) وهو العفو عن القطع ومطلقاً وما يحدث منه ، والعفو عن الشجة

وفاقاً وخلافاً آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأً فهو من الثلث ، وإن كان عمداً فهو من جميـع المال ، لان موجب العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لمـــا أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه. أما الخطأ فموجبه المال، وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

---

والعفو عن الجناية ( وفاقا ) أى من حيث الوفاق أى الإتفاق وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالإتفاق فيما إذا كان القتل خطأ ، والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضاً ( وخلافـــاً ) أي من حيث الخلاف بين أبي حنيفة «رح» وبين صاحبية ، وهو أيضاً في موضعين أحدهما : أن العفو عن القطع مطلقاً عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ، وعند أبي حنيفة يكون عفواً عن أرش اليد لا غيره والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما .

وعن أبي حنيفة «رح» عن أرش الشجة لا غير ( آذن ) بالمد أي أعلم وهو فعل ماض من الايذان ( بذلك إطلاقه ) أى إطلاق محمد «رح» في الجامع حيث قال : ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده ، لأنه ذكره مطلقاً من غير وصف العمدية والخطأ .

وقال تاج الشريعة «رح» : فإن قلت الوضع في القتل العمدية بدليل قوله: فعلى القاطع الدية في ماله ، فلا يكون مطلقاً .

قلت : الوضع مطلق إلا أن قوله : فعلى القاطع الدية في ماله جواب لأحد نوعيه، أى عليه الدية في ماله إن كان عمداً .

( إلا أنه إن كان خطأً فهو من الثلث ، فإن كان عمداً فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ، ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال ، فصار كما إذا أوصى بإعـــارة أرضه . أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث ) يعني أنـه إذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير ، ذلك من جميـــع المال لأن المنافع ليست بأموال .

قال الأكمل «رح» : وفيه بحث من أوجه :

قال : وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها .

---

الأول : أن القصاص مورث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ؟

الثاني : أن الوصية بإعارة أرضه باطلة ولئن صحت . فحكمه الثاني يسكن الموصى له يوماً والورثة يومين إن لم يقبل القسمة ، وإن قبلها تقرر بالثلث للموصى له .

والثالث : أن المنافع أموال فكيف صارت نظير المالينْ بمال ؟

الجواب عن الاول : أن المصنف«رح» نفى تعلق حق الورثة به لا لكونه موروثاً ولا ينافي بينهما لان حق الورثة إنما يثبت بطريق الخلافة ، وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل ، والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم إلا يتكففون الناس وتركهم أغنياء ، إنما يتحقق تعلق حقهم بما يتعلق التي وهو المال ، فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فتركهم بماله يتكففون الناس . والقصاص ليس بمال ، فلا يتعلق به لكنه مورث لان الارث خلافة ذي نسب الميت الحقيقي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكماً في ماله أو حق قابل له بعد موته .

وعن الثاني : بأن المراد من قوله : أوصى ، تبرع كما عبرنا عنه آنفاً والوصية تبرع خاص ، فيجوز أن يستعار لمطلقه .

وعن الثالث : أن المنافع أموال إذا كانت في عقد فيه معاوضة .

وقوله : فيعتبر من الثلث فيه إشكال وهو أنه إذا اعتبره من الثلث كان وصية . والقابل من العاقلة ، والوصية للقابل باطلة ، فيجب أن لا يصح في حصته .

وأجيب بأن المجروح لم يقل أوصيته بثلث الدية ، وإنما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعاً مبتدأ ولا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيئاً وسلم جاز .

( قال ) أى قال محمد في الجامع الصغير ( فإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها ، وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ ، وإن كان عمداً ففي مالها )

قوله على يده : أى على موجب يده وقيد بقوله ثم مات الزوج في وجوب مهر المثل لانه إذا لم يمت فتزوجها على اليد صحت التسمية ويصير الارش اليد مهراً لها بالاجماع سواء

وهذا عند أبي حنيفة « رح » ، لان العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده ، فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على مـــا يحدث منه . ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف وهو ليس بمـــال فلا يصلح مهراً لا سيا على تقدير السقوط فيجب مهر المثل ، وعليها الدية في مالها لان التزوج ، وإن كان يتضمن العفو على ما تبين إن شاء الله تعالى ، لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة . وإذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو ، فتجب الدية ، وتجب في مالها لانه عمد ، والقياس أن يجب القصاص

---

كان القطع عمداً أو خطأ، فتزوجها على القطع أو على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لان الماء برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص ، لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة عندنا ، والارش يصلح صداقاً كذا ذكره المحبوبي وقاضي خان «رح».

( وهذا عند أبي حنيفة «رح» ) أى هذا الحكم عنده ( لان العفو عن اليد إذا لم يكن عفواً عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجاً على ما يحدث منه ) فيكون ما لها من المهر غير ما عليها مما يحدث منه ( ثم القطع إذا كان عمداً يكون هذا تزوجاً على القصاص في الطرف ، وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً لا سيا على تقدير السقوط ) أي سقوط القصاص ( فيجب مهرا المثل وعليها الدية في مالها ) فإن قبل قبولها التزوج يتضمن العفو ، والعفو لا يتضمن ، فلا يجب عليها الدية فأجاب المصنف «رح» بقوله ( لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ماتبين إن شاء الله تعالى ) إشارة إلى قوله : وقد رضي بسقوط حقه ( لكن عن القصاص ) أي لكن يتضمن العفو عن القصاص ( في الطرف في هذه الصورة ) أي فيا نحن فيه ( وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو ) بمعنى العفو لم يتعرض لذلك ( فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمـد ) والعاقلة لا يتحمل العمد ( والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه ) يريد به قوله لأنه هو الموجب العمد .

على ما بيناه وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة إن كان على السواء وإن كان في الديـــة فضل ترده على الورثة ، وإن كان في المهر ترده الورثة عليها ، وإذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد ، وإذا سرى إلى النفس تبين انه لا أرش لليد ، وإن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليـــد ولا شيء فيها . ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها . قال : ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مـات من ذلك ،

---

( وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية ) أي والحال أن عليها الديـة ( تقع المقاصة إن كان ) أي مهر المثل والدية ( على السواء فإن كان في الدية فضل ترده ) أي ترده المرأة ( على الورثة ) أي على ورثة الميت ( وإن كان ) أي الفضل ( في المهر ترده الورثة عليها ) أي على المرأة ( وإن كان [1] القطع خطأ يكون هذا ) أي التزوج ( تزوجاً على أرش اليد وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ) أي والحال أنه لا شيء في اليد . ( ولا يتقاصان ) أي لا يتقاص ما على الزوج من مهر المثل ، وما على المرأة من الدية لاختلاف الذمم. ( لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ) والقتل هنا خطأ.(والمهر لها) أي ويجب مهر المثل هنا ، ولايتقاصان وإنما تكون المقاصة إذا اتحـدت الذمة في الوجوب لها وعليها كما إذا قطعت عمداً أو سرى إلى النفس لأن الدية تجب عليها لا على العاقلة لأنه عمد ، والمهر لهـــا أيضاً فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة .

( قال ) أي قال محمد «رح» في الجامع الصغير ( ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ) أي أو تزوجها على الجناية أو على الجراحـــة ، ( ثم مات من ذلك ،

---

(١) وإذا كان ـــ هامش .

والقطع عمداً فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهراً فيجب مهر المثل على ما بيناه . وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه لجهة المهر فيسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط أصلاً ، وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها .

ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح

---

والقطع عمداً فلها مهر المثل ) .

وفي بعض النسخ : فلها مهر مثلها ( لأن هذا تزوج على القصاص وهو ) أي القصاص ( لا يصلح مهراً ) فإذا كان كذلك ( فيجب مهر المثل على ما بيناه ) وفي بعض النسخ فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص ، وهو أي القصاص لا يصلح مهراً فإذا كان كذلك فيجب مهر المثل لأنه سمى ما لا يصلح مهراً .

( وصار ) أي هذا ( كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ) حيث يجب مهر المثل في هذا ( ولا شيء عليها ) أي على المرأة ، لا القصاص ولا الدية ، وهذا هو فائدة التعميم بقوله : ولا شيء .

( لأنه لما جعل القصاص مهراً فقد رضي بسقوطه لجهة المهر ) هذا كان جواب لما قال ينبغي أن يجب القصاص لأنه ما رضي بسقوطه مطلقاً بل بسقوطه من جهة المهر ، وحاصل الجواب أنه جعل القصاص مهراً فقد سمى ما لا يصلح مهراً .

( فيسقط أصلاً كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالاً ) أي بشرط أن يصير القصاص مالاً بأن يقول أسقطت القصاص بشرط أن يصير مالاً ( فإنه يسقط ) أن يكون ( أصلاً ) إن مضى كلامه ( بشرط أن يصير الدم مالاً ) والدم ليس بمال في دين سماوي ، فكان شرطاً باطلاً فصار إسقاطاً مطلقاً . ( وإن كان ) أي القطع ( خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ) أي قدر مهر مثلها .

أن يصير الدم مالاً ) والدم ليس بمال في دين سماوي ، فكان شرطاً باطلا فصار إسقاطاً مطلقاً . ( وإن كان ) أي القطع ( خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ) أي قدر مهر مثلها .

( ولهم ) أي وللعاقلة ( ثلث ما ترك ) أي الميت من الدية ( وصية ) أي من حيث الوصية لهم ، ( لأن هذا ) أي التزوج على اليد وما يحدث منها ( تزوج على الدية وهي )

مهراً إلا إنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصليـــة ، ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة ، فتكون وصية . ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها ، فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها ، وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لمـــا أنهم ليسوا بقتلة ، فإن كانت تخرج من الثلث تسقط ، وإن لم تخرج يسقط ثلثه . وقال أبو يوسف « رح » ومحمد « رح » : كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منـــه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين .

---

أي الدية ( تصلح مهراً إلا أنه يعتبر بقـــدر مهر المثل من جميع المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ) والمريض إذا تزوج امرأة بمال كان لهـا مقدار مهر مثلها ( ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لأنه محاباة فتكون وصية ) لها والوصيـــة للقاتل لا تصح ( ويرفع عن العاقلة ) أي قدر مهر مثلها .

( لأنهم ) أي لأن العاقلة ( يتحملون عنها ) ولا يتحملون لها ( فمن المحال أن ترجع ) أي المرأة ( عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم ) أي العاقلة ( لأنهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت ) أي الزيادة ( تخرج من الثلث تسقط )عنهم ( وإن لم تخرج ) من الثلث ( يسقط ثلثه ) أي ثلث ما زاد وعلى مهر المثل إلى تمام الدية ويردون ما بقي إلى الورثة واعلم أن هذا كله من قوله : واذا قطعت المرأة يـــد رجل ، إلى هنا قول أبي حنيفة « رح » .

وأما قول أبي يوسف ومحمد «رح» ، فهو ما أشار إليه بقوله : ( وقال أبو يوسف ومحمد رحمها الله ) فهو ما أشار إليه بقوله ( كذلك الجواب ) أي كجواب أبي حنيفـــة « رح » ( فيما إذا تزوجها على اليد ) أي موجب اليد ( لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما ، فاتفق جوابهما في الفصلين ) أي فيما بزوجها على اليد إذا كان القطع خطأ وفيما إذا تزوجها

قال : ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد ، وحق المقتص له القود . واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى طرف من عليه القصاص . وعن أبي يوسف : أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه . ونحن نقول : إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه ، وبعد السراية تبين أنـــه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون العلم به. قال : ومن قتل وليه عمداً فقطع يد قاتله ثم عفا وقـــد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة « رح » .

---

على اليد وما يحدث منها أو على الجنايـــة وعبر بالفصلين باعتبار المتفق والمختلف وإلا فالفصول ثلاثة .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن قطعت يـده فاقتص له من اليد ثم مات ) أي المقطوعة يده ( فانه يقتل المقتص منه ) وبه قالت الثلاثة ( لانـــه تبين أن الجناية كانت قتل عمـد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود ) أي حق القصاص ( إذا استوفى طرف من عليه القصاص ) فإنه لا يسقط حقه من القصاص .

( وعن أبي يوسف«رح» انه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبراه عما وراءه ونحن نقول ) أي في الجواب عما قاله أبو يوسف ( إنما أقدم على القطع ظناً منه أن حقه فيه ) يعني في حق اليد ( وبعد السراية ) أي بعد سراية القطع إلى الموت (تبين أنه ) أي أن حقه ( في القود فلم يكن مبرئاً عنه ) أي عن القود ( بدون العلم به ) أي بأن حقه في القود .

( وقال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن قتل وليه عمداً فقطع يـــد قاتله ثم عفى وقد قضى له بالقصاص أولم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة «رح») وبه

وقالا : لا شيء عليه لانه استوفى حقه ، فلا يضمنه ، وهـــذا لانه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه . وكذا إذا سرى وما برأ ، أو ما عفا ومـــا سرى، أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده . وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ، ثم عفا ، لا يضمن الاصابع . وله أنه استوفى غير حقه ، لان حقه في القتل وهذا قطع وإبانة ،

---

قال أحمد ولوقتله لا شيء عليه عنده . وعند أحمد عليه الديـــة . وعند مالك « رح » عليه القصاص .

(وقالا) أي قال أبو يوسف ومحمد «رح» (لاشيء عليه ) لا القصاص ولا الدية. وبه قال الشافعي ( لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا ) توضيح لما قبله ( لأنه استحق إتلاف النفس بجميع أجزائه ) لأن اليـد كانت جميعاً للولي تبعاً للنفس فبطل حقـــه بالنفس مما بقي لا بمـــا استوفى .

( ولهذا ) أي ولأجل استحقاقه إتلاف النفس بجميع أجزائه ( لو لم يعف لا يضمنه ) أي لو لم يعف وسرى لا يجب الضمان عليه . هذا إلزام على أبي حنيفة لا على أحمد ومالك لأنهما قالا بضمان اليد بعد الإستيفاء ، ويدل عليه أحكام منها قوله :

( وكذا إذا سرى ) أي بعـــد العفو ( وما برأ ) تأكيد لقوله : إذا سرى ، أي لم يعف . وسرى .

ومنها قوله : ( أو ما عفا ) يعني قطع وما عفـــا ( وما سرى ) يعني ما ظهر حاله بعد القطع .

ومنها قوله : ( أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعـده ) لا يضمن ( وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا ) عن الكف (لا يضمن الأصابـع ) فكذا في الطرف مع النفس . وهذا لأن حقه ثابت في النفس ، وكل حق ظهر في النفس يظهر في حق الأطراف طبعاً لأنها من جملة النفس .

( وله ) أي لأبي حنيفة ( أنه استوفى غير حقه، لأن حقه في القتل وهذا قطع وإبانة)

وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإن له أن يتلفه تبعاً . وإذا سقط وجب المال، وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفياً حقه . وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر إلا عند الإستيفاء أو العفو والاعتياض لما أنه تصرف فيه. فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة

---

القطع هو الإبانة ، والقتل إزهاق بينهما مغايرة .

( وكان القياس أن يجب القصاص ) يعني في اليد ( إلا أنه سقط للشبهة ) أي غير أن القصاص سقط للشبهة ، وعلل الشبهة بقوله : ( فان له أن يتلفه تبعاً ) أي يتلف الطرف تبعاً للنفس .

( وإذا سقط ) أي القصاص ( وجب المال وإنما لا يجب ) أي المال ( في الحال ) هذا جواب عما يقال لما سقط القصاص ووجب المال كان ينبغي أن يثبت المال في الحال ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات .

فأجاب بقوله ( لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفياً حقه ) فلا يبقى له شيء ( وملك القصاص في النفس ضروري ) هذا جواب عن قولهما أنه استوفى حقه فقال : ليس كذلك لأن ثبوت القصاص لما كان ضرورياً لثبوته مع المنافي ، وهو الحرمة لأن الآدمي بنيان الرب ، فلا يحل تخريبه .

فإذا كان كذلك ( لا يظهر ) إلا في أحوال ثلاثة أشار إليها بقوله (إلا عند الاستيفاء) وهو استيفاء النفس بالقصاص . ( أو العفو والاعتياض ) عنه وهو عفو من وجه ( لما أنه تصرف فيه ) أي لما أن كل واحد من هذه الأشياء الثلاثة تصرف في القاتل ، فلا يجوز التصرف بغيرها .

( فأما قبل ذلك ) أي قبل التصرف بهذه الأشياء الثلاثة (لم يظهر) أي ملك القصاص ( لعدم الضرورة ) أي إظهاره . فإذا كان الملك عدماً قبل الإستيفاء في حق المحل ، فلا يظهر في الأطراف قبل الاستيفاء . ماذا القتل به الإستيفاء يحكم إلا أن يظهوره في حق الأطراف فلم يكن هذا الإستيفاء لحقه .

بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء لحقه . وأما إذا لم يعف وما سرى . قلنا : إنما تبين كونه قطعاً بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا ، وبرء الصحيح انـــه على هذا الخلاف . وإذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء ، فهو على هـــذا الخلاف هو الصحيح . والأصابع وإن كانت تابعة قياماً بالكف ، فالكف تابعة لهـا عرضاً

---

( بخلاف ما إذا سرى ) جواب عن قولهما : وكذا إذا سرى أي القطع .

(لأنه استيفاء لحقه وأما إذا لم يعف وما سرى)جواب عن قولهما أو ما عفا وماسرى.

( قلنا إنما تبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حق لو قطع وما عفا وبرء الصحيح أنه على هذا الخلاف ) فلا يكون لشهدا به . وقال الإمام علاء الدين «رح» لو قطع ومـا عفا وبرأ اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أنه على الخلاف .

( وإذا قطع ثم حز رقبته ) جواب عن قولهما : أو قطع ثم حز رقبتـــه إلى آخره ، تقرير الجواب .

إن حز الرقبة إن كان ( قبل البرء فهو استيفاء ) فلا يضمن لأن الطرف صار مستحقاً في حق القتل وهذا الفعل صار قتلا. (ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح) أي كونه على الخلاف هو الصحيح فلا يكون مستشهداً به .

(والأصابع وإن كانت تابعة ) جواب عـــن قولهما : وصار كما إذا كان له قصاص في الطرف ، إلى آخره . تقديره أن الأصابع وإن كانت تابعة ، يعني للكف حال كونهـــا ( قياماً بالكف ) من حيث أنها تقوم بالكف (فالكف تابع لها ) أي للأصابع ( عرضاً ) أي من حيث العرض لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع،والكف كالشرط له . وهو اختيار بعض المشايخ ، فإنهم تبرعوا بالفرق .

ومنعه صاحب الأسرار وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الأصابع ، بل يلزمـــه إذا عفى عن الكف .

بخلاف الطرف لأنهـــا تابعة للنفس من كل وجـه. قال: ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات، يضمن ديـــة النفس عند أبي حنيفة «رح». وقالا: لا يضمن لأنه استوفى حقـــه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الإحتراز عن السراية ليس في وسعه، فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليـد. وله: إنـه قتل بغير حق لأن حقه في القطع، وهذا وقـع قتلا، ولهذا الوقـع ظلماً

---

(بخلاف الطرف) مع النفس (لأنها تابعة للنفس من كل وجه) فلم يكن مستحقاً أصلا فكان قطع اليد قطعاً بغير حق، فوجب الضمان.

قال: أي في الأصل، لان هذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعاً. وليست بمذكورة في البداية، فعلى هذا لم يقع لفظ.

(قال) في أول المسألة مناسباً (ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات يضمن دية النفس، عند أبي حنيفة «رح» وقالا: لا يضمن).

وبه قال الشافعي ومالك «رح» وأحمد (لانه استوفى حقـه وهو القطع، ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص، إذ الإحتراز عن السرايـــة ليس في وسعه فصار كالإمام) أي القاضي، إذا قطع يد السارق ومات من ذلك.

(والبزاغ) من بزغ البيطار الدابة شقها بالمبزغ، وهو مثل شرط الحجام (والحجام) هو الذي يحجم (والمأمور بقطع اليد) إذا مات المقطوع. لان كل واحد من هؤلاء مأذون بما فعله فـلا يوصف بالتعدي، فلا يضمن.

(وله) أي ولابي حنيفة «رح» (أنه) أي أن القاطع (قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الوقع ظلماً) أي ولكونه قطعاً بغير حق لو وقع هذا القطع

كان قتلا . ولأنـــه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة ، وهو مسمى القتل . إلا أن القصاص سقط للشبهـــة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل إما تقلداً كالإمام أو عقداً كما في غيره منهـــا ، والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي . وفي ما نحن فيـــه لا إلتزام ولا وجوب . إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الاطلاق فأشبه الاصطياد.

---

ظلماً من غير قصاص ، وسرى إلى النفس ( كان قتلا ) موجباً للقصاص أو الديـــة في حق النفس .

( ولانه ) أي ولان هذا الفعل ( جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة .

( إلا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه) أي لان الذي باشر فكان فيها أي في المسائل ( مكلف فيها بالفعل إما تقلداً ) أي من حيث التقلد ( كالإمام ) فانه إذا تقلد وجب عليه أن يحكم . ( أو عقداً ) أي من حيث العقـد ( كما في غيره ) أي غير الإمام وهو البزاغ والحجام والختان ( منهـــا ) أي المسائل ( والواجبات) أي الامور التي يجب فعلها (لا تتقيد بوصف السلامة ، كالرمي إلى الحربي) فإنه إذا رمى إلى الحربي فأصاب أسيراً مسلماً لم يضمن .

( وفيما نحن فيه ) بأن الإستيفاء ( لا إلتزام ) من الذى فعل ( ولا وجوب ) من حيث الشرع ( إذ هو مندوب إلى العفو ) قال الله تعالى ﴿ وأن تعفو أقرب للتقوى ﴾ .

( فيكون من باب الاطلاق ) أي الاباحة ( فأشبه الاصطياد ) فانه إذا رمى إلى صيد فأصاب إنساناً ضمن كذا هذا فان قيل ما الفرق بين هذه وبين المستعير والمستأجر ،ويعلم ضرب الصبي باذن الاب ، فمات .

وقاطع يد حربي أو مرتد أسلم بعد القطع ، فانـــه لا يجب على المستعير والمستأجر الركوب إذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهاهنا إذا سرى . وأجيب بأن في الثلاثة الاول حصل سبب الهلاك باذن فنقل إلى الآذن ، ولو أهلك المالك دابته لم يجب عليه شيء ، فكذا إذا أذن بسبب الهلاك .

والاب إذا قتل ابنه يجب عليه الدية ، فكذلك هنا بخلاف القصاص فانـــه يقع بالملك دون الاذن .

ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل ، فكان متصرفاً في غير ملكه وهو يوجب الضمان .

وأما الرابع : فلأن القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ، ولو وقع ابتداء وقـــع القتل قبل الاسلام في مباح الدم ، وذلك لا يوجب الضمان، فكذا إذا صار قتلا فى الانتهاء لأنه مستند إلى ابتداء القطع .

* * *

# باب الشهادة في القتل

قال : ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب ، فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة . وقالا لا يعيد البينة ، وإن كان خطأ لم يعدها بالاجماع ، وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر . لهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوارثة كالدين

---

( باب الشهادة في القتل )

أي هذا باب في بيان حكم الشهادة في القتل ، ولما كانت الشهادة فيه متعلقاً بالقتل ذكرها بعد ذكر حكم القتل لانه لما تعلق به صار كالتابع له .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير (ومن قتل وله إبنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل، ثم قدم الغائب فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة ) يعني إذا أقام الحاضر البينة أنه قتل أباه عمداً ، قبلت البينة وحبس القاتل ، فإذ حضر الغائب كلفا جميعاً إعادة البينة

( وقالا لا يعيد ) وهو قياس الأئمة الثلاثة «رح» ( وإن كان ) أي القتل ( خطأ لم يعدها ) أي البينة ( بالإجماع . وكذلك الدين يكون لأبيهما على آخر ) لا يكلف بإقامة البينة بالاجماع ، ويكون الحاضر خصماً عن نفسه وعن أخيه الغائب .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» ( في الخلافية ) أي في المسألة الخلافية ( أن القصاص طريقه طريق الوراثة ) أي على معنى أنه يثبت للميت أولاً، ثم ينتقل عنه إلى الوارث فصار ( كالدين ) وثمة أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثباته . ولهذا يحبس القاتل بهذه البينة لأن الوارث خصم في إثباته .

( وهذا ) توضيح لما قبله ، أي كونه بطريق الوراثة ( لأنه ) أي لأن القصاص (عوض

وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في العوض كما في الدية . ولهذا لو انقلب مالاً يكون للميت ، ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين . وله أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة . ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت ، والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لأنـــه من أهل الملك في الأموال كما إذا نصب شبكة تعلق بها صيد بعد موته فإنه يملكه .

---

عن نفسه ) أي نفس الميت ، لأن النفس نفس ( فيكون الملك فيه ) أي في العوض ( لمن له الملك في العوض)وهو النفس . (كما في الدية )إذا ادعى الحاضر الدية لم يكلف إعادة البينة بالاتفاق وإذا حضر الغائب .

( ولهذا ) أي ولأجل كون طريق القصاص طريق الوراثة ( لو انقلب ) أي القصاص ( ما لا يكون للميت ) يقضى به دينه وينفذ منه وصاياه . ( ولهذا ) أي ولأجـل ذلك ( يسقط ) أي القصاص ( بعفوه ) أي بعفو المجروح ( بعد الجرح قبل المـوت ) فاذا كان كذلك ( فينتصب أحد الورثة خصماً عن الباقين ) لأنهم كالوكلاء عن الميت فينفرد كل منهم باثبات حقوقه .

( وله ) أي ولأبي حنيفة «رح» ( أن القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة ) وهو أن يثبت الملك ابتداء للوارث دون المورث لقوله تعالى ﴿ من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا ﴾ ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله ) أى من أهل القصاص لأنه شرع للتشفي ودرك الثأر كالعبد إذا نصب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك .

( بخلاف الدين والدية ) هذا جواب عـــن قولهما كالدين ( لأنه ) أى لأن الميت (من أهل الملك في الأموال، كما إذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته ، فانـــه يملكه

وإذا كان طريقه الإثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره . فإن كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا ، فالشاهد خصم . ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه اثباته إلا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب . وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه . قال : فإن كانت الأولياء ثلاثة فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لأنهما يجران

---

وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الباقين فيعيد ) أى الغائب ( البينة بعد حضوره فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفى فالشاهد خصم ) أى الحاضر خصم في ذلك .

( ويسقط القصاص لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه إثباته إلا باثبات العفو من الغائب ، فينتصب الحاضر خصماً عن الغائب . وكذلك عبد بين رجلين قتل عمداً وأحد الرجلين غائب فهو على هذا ) الحكم المذكور ( لما بينا ) وهو أن القود مشترك بينهما ، فالقاتل يدعى بطلان حق الحاضر واتباعاً له ، ولا يمكنه إثبات ذلك إلا باثبات العفو عن الغائب ، فصار الغائب مقضياً عليه ويحتمل أن يكون قوله على ما بيناه من أن ملك القود يثبت عندهما بطريق الوراثة لأن العفو تبقى في حق الدم على أصل الحرية وعنده بطريق الخلافة .

( قال ) أى محمد «رح» في الجامع الصغير ( فان كانت الأولياء ثلاثة ) أى وإن كان أولياء المقتول عمداً ثلثه النفس . ( فشهد إثنان منهم على الآخر أنه قد عفى ) أى عن القصاص (فشهادتهما باطلة وهو عفو ) لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر فيه . ( منهما لأنهما يجران ) هذا تعليل لقوله تعالى ﴿ فشهادتهما باطلة ﴾ ولم يذكر تعليل قوله :

بشهادتهما إلى أنفسهما مغنماً وهو انقلاب القود مالا فإن صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً . معناه إذا صدقهما وحده لأنه لما صدقهما فقد أقر بثلثي الدية لهما فصح إقراره إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو منكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ، معناه إذا كذبهما القاتل أيضاً وهذا لأنهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالاً فلا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما

---

وزعمهما معتبر في حقهما ، ونحن ذكرناه الآن أن الوليين من الاولياء الثلاثة يجران : (بشهادتهما إلى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالاً فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثاً ) هذا لفظ محمد « رح » في الجامع الصغير أن جميع الدية للأولياء الثلاثة أثلاثاً وتتأتى فيه القسمة الفعلية لانه إما أن يصدقهم القاتل ، والمشهود عليه جميعاً أو يكذبهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس ، والمذكور في الكتاب أولاً أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثاً .

وقال المصنف «رح» ( معناه إذا صدقهما وحده) يعني إذا صدق القاتل الشاهدين وحده ولم يصدق المشهود عليه بل كذبهما قيد به لانه إذا صدق المشهود عليه مع القاتل أيضاً سقط حقه في الدية لاقراره بالعفو . ( لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح إقراره ، إلا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه . وإن كذبهما ) أى وإن كذبهما القاتل ( فلا شيء لهما ) أى الشاهدين ( وللآخر ) وهو المشهود عليه ( ثلث الدية ، معناه إذا كذبهما القاتل ) والمشهود عليه ( أيضاً ) .

وفي بعض النسخ معناه : إذا كذبهما القاتل أيضاً ، فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله وإن كذبهما أى المشهود عليه والاول أصح .

( وهذا ) وهذا توضيح لما قبله ( لأنهما أقرا من أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا ولا يقبل إلا بحجة ، وينقلب نصيب المشهود عليه مالاً لأن دعواهما

العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك . قال: وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل

---

العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه ، لأن سقوط القود مضاف إليهما وإن صدقهما المشهود عليه وحده ) يعني وكذبهما القاتل ( غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لإقراره له بذلك ) أي لإقرار القاتل للمشهود عليه بذلك : أي بثلث الدية إذا أنكر عفو المشهود عليه بعد انقلاب القصاص مالاً بشهادة صاحبه ، ولكنه يصرف إلى الشاهد في بعض النسخ : ولكنه يصرف ذلك إلى الشاهدين وهذا استحسان .

والقياس أن لا يلزمه شيء ، لأن ما ادعاه الشاهد أن على القاتل لم يثبت لإنكاره ، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه ، أي بتكذيب المشهود عليه القاتل في إنكاره العفو ، يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين ، صار تصديقه تكذيباً منه للقاتل في إنكاره العفو بعدد بالقياس .

قال زفر «رح» : وجه الإستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية ، لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو على الغائب ، وانقلب نصيبه مالاً . والغائب لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالاً فصار مقراً لهما ، أي صار الغائب وهو المشهود عليه بالعفو مقراً للشاهدين بما أقر به القاتل ،وهو ثلث الدية له ، أي للغائب ، فيجوز إقراره بذلك بمنزلة ما لو أقر رجل لرجل بألف درهم ، فقال المقر له هذه الألف ليست لي ولكنها لفلان . جاز وصار الألف لفلان،وكذا هذا حاصله أن من أقر لإنسان بشيء فأقر المقر له لغيره لا يصير رداً للإقرار ، ولكن يتحول الحق إلى المقر له الثاني .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( وإذا شهد الشهود أنه ضربه فلم يزل ) أي

صاحب فراش حتى مات فعليه القود إذا كان عمداً لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه ، لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات ، وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح . قال : وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام أو في البلد أو في الذي كان فيه القتل فهو باطل لأن القتل لا يعاد

---

المضروب ( صاحب فراش ) يعني لم يحصل له البرء أصلا ( حتى مات فعليه القود ) أي القصاص إلى هنا لفظ محمد في الجامع .

وقال المصنف (إن كان عمداً) احترز به عن الخطأ وتفسير العمد أن يضربه عمداً فيموت بسبب ذلك الضرب ، حتى لو كان يوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا يقبل ، وإن كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات ، فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به .

(لأن الثابت بالشهادة كالثابت معاينة ، وفي ذلك القصاص على ما بيناه ) في القتل العمد ( والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات . وتأويله) أي وتأويل قول محمد «رح» ( إذا شهدوا ) الشهود أنه ضربه إلى آخره ( أنه ضربه بشيء جارح ) يعني مثل السيف وما يجري مجراه في تفريق الأجزاء لأن في غير ذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة . وإنما أول بذلك لتكون المسألة مجمعاً عليها لا يقال الضرب بسلاح قد يكون خطأ ، فكيف يجب القود ؟ لأنا نقول : لما شهدوا أنه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة لأنه كان خطأ لقالوا أنه قصد غيره فأصابه .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام ) بأن قال أحد الشاهدين أنه قتل يوم الخميس ، وقال الآخر يوم الجمعة ( أو في البلد ) بأن قال أحدهما قتله بالبصرة ، وقال الآخر بالكوفة ( أو في الذي كان به القتل ) أي واختلف في شيء الذي كان به القتل أحدهما بالعصا . وقال الآخر بالسيف ( فهو باطل ) أي لا تسمع هذه الشهادة ( لأن القتل لا يعاد ) ولا يكون ، وهذا ظاهر .
القتل لا يعاد ) ولا يكون ، وهذا ظاهر .

ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني عمد والأول شبه العمد وتختلف أحكامها ، فكان على كل قتل شهادة فرد . وكذا إذا قال أحدهما : قتله بعصا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد قال : وإن شهدا أنـــه قتله وقالا : لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحساناً . والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة ، فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل ،

---

( والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر . والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لأن الثاني ) أي القتل بالسلاح ( عمد ، والأول ) أي القتل بالعصا ( شبه عمد ، وتختلف أحكامها فكان على كل قتل شهادة فرد ) ولم يوجد الإتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم تقبل شهادتهما .

( وكذا ) الحكم ( إذا قال أحدهما ) أي أحد الشاهدين ( قتله بعصا ، وقال الآخر : لا أدري بأي شيء قتله ، فهو باطل لأن المطلق يغاير المقيد ) . لأن المقضى به إن كان القتل بعصا فالدية على العاقلة ، وإن كان المقضي به لا يعلم فالدية في ماله . كــــذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده «رح» .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن شهدا أنــه قتله ، وقالا لا ندري بأى شيء قتله ، ففيه الدية ) لأن أحدهما شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص ، والآخر بقتل مجهول فلم يتفقا على قتل واحد ، فإذا كان كذلك فعليه الديه ، ( استحساناً والقيـــاس أن لا تقبل هـــذه الشهادة لأن القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به ) لأنه غفلة من الشاهدين ( وجه الإستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق ، والمطلق ليس بمجمل ) .

ولهذا وجب التحرير في التكثير بقوله فتحرير رقبة ، ولو كان مجملاً لما وجب الكل

فيجب أقل موجبيه وهو الدية . ولأنه يحمل إجمالهم في الشهادة على إجمالهم بالمشهود عليه ستراً عليـــه . وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد بإطلاقه

---

فإذا كان كذلك ( فيجب أقل موجبيه ) أى أقل موجبي القتل وهو القصاص والدية .

قال شيخنا العلاء أدنى موجبيه وفيه صفة التجنيس التام كما في قوله تعـالى ﴿ ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون مالبثوا غير ساعة ﴾ .

الأول : بمعنى الإبهام ، والثاني : بمعنى الإحسان . وصرح في المبسوط بأحد موجبيه ( وهو الدية ، ولأنه يحمل إجمالهم ) أى إجمال المشهود ( في الشهادة على إجمالهـم ) أى إحسانهم ( بالمشهود عليه ستراً عليه ) ، أى لأجل الستر عليه حتى لا يجب عليه القصاص.

وهذا في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الإستحسان ، وهو أن يقول المشهـــود في قولهم : لا ندري بأى شيء قتله . إمـــا صادقون وإما كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب . وعلى كل التقدير يجب أن لاتقبل شهادتهم لأنهم إن صدقوا امتنع العصا به لاختلاف موجب السيف والعصا . وإن كذبوا فكذلك لأنهم صاروا فسقة .

وقال في جوابه : جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري ستروا عليه .

( وأولوا كذبهم ) أى المشائخ أولوا كذب الشهود ( في نفي العلم ) أي في قولهم : لا ندري ( بظاهر ما ورد ) نصب بنزع الخافض أى بظاهر ما ورد ( بإطلاقه ) أى بإطلاق الكذب أى تجويزه على ما ورد في الحديث من قوله ﷺ « ليس بكذاب من أصلح الوصل وأنه البين الوصل » . قاله الجوهري والشراح ، كلهم ذكروا هذا الحديث ، ولم يعترض أحد منهم من أخرجه ولا من رواه عن النبي ﷺ .

قلت الحديث رواه ابن أبي شيبة «رح» ، ولفظه : حدثنا يزيد بن هـــارون حدثنا شعبان بن حسين عن الزهري ، عن عبد الرحمن عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ « لم يكذب من قال خبراً أو أصلح بين اثنين » .

وروى أبو داود والترمذي «رح» من حديث أبو الدرداء «رض» قال : قال رسول الله ﷺ : « ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقه ؟ » قالو : بـــلى . قال: « إصلاح ذات البين » .

في إصلاح ذات البين ، وهـــذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك، وتجب الدية في ماله لأن الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة . قال وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنـــه قتل فلانا ، فقال الولي : قتلتماه جميعاً ، فله أن يقتلهما ، وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقـــال الولي : قتلتماه جميعاً بطـــل ذلك كله . والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص. وقـــد حصل التكذيب في الاول

---

وروى البيهقي في شعب الإيمان من حديث أبي هريرة «رض» عن النبي ﷺ قال: قال « ما عمل إبن آدم شيئاً أفضل من الصلاة » .

( في إصلاح ذات البين وهذا في معناه ) أي ستر الشاهد على المشهود عليه مـا يوجب القتل في معنى إصلاح ذات البين ، لأن العفو مندوب هنا لقوله تعـالى ﴿ وإن تعفوا أقرب للتقوى ﴾ . كما أن الإصلاح مندوب ثمة فكان تجويز الكذب ثمة تجويزاً هنا .

( فلا يثبت الاختلاف بالشك ) يعني إذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا ، واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك ، والاختلاف لا يثبت بالشك .

( وتجب الدية في ماله لأن الأصل في الفعل العمد ، فـلا يلزم العاقلة ) لأن العاقلة لا تتحمل العمد .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً، فقال الولي قتلتماه جميعاً فله أن يقتلهما) أما لو قال صدقتهما في هذه الصورة لا يقتل واحد منهما . ذكره التمرتاشي «رح» .

( وإن شهدوا على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخرون على آخر بقتله ، وقال الولي : قتلتماه جميعاً بطل ذلك كله . والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما) أي من الاقرار والشهادة، (وجود كل القتل،ووجوب القصاص ، وقد حصل التكذيب في الأول)

من المقر له . وفي الثاني من المشهود له غـــير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر بـه لا يبطل إقراره في الباقي ، وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد بـــه يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق ، وفسق الشاهد يمنع القبول إما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار .

---

أى في الوجه الأول (من المقر له ، وفي الثاني من المشهود له غـــير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به) قيد به لأن تكذيب المقر له في كل ما أقر بـــه المقر يبطل لاقراره ( لا يبطل إقراره بالباقي ) ، فإن من أقر بألف فصدق المقر له في النصف و كذبـــه في النصف صح الاقرار فيما صدقه .

( وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق ) للشاهد ( وفسق الشاهد يمنع القبول ، أما فسق المقر لا يمنع صحـــة الاقرار ) فافترقا أى الوجهان المذكوران .

* * *

# باب اعتبار حالة القتل

قال : ومن رمى مسلماً فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع بـــه السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة « رح » . وقالا : لا شيء عليه لأنه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئـــاً للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده ، فيعتبر حالة الرمي ، والمرمي اليـه فيها متقوم .

---

( باب اعتبار حالة القتل )

أي هذا باب في اعتبار حالة القتل والحالة من الصفات لزومها فلذلك ذكرها بعدذكر نفس القتل وما يتعلق .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن رمى مسلماً فارتد المرمى إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم ) هو مرتد ( فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة ) أي لورثة المرتد.

(وقالا) أي أبويوسف ومحمد «رح» ( لاشيء عليه) من الدية والقصاص. وبه قالت الأئمة الثلاثة «رح» ( لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه ) أي عن موجب القتل سقوط عصمة نفسه ( كما إذا أبرأه بعـــد الجرح قبل الموت ) أي كما أبرأ الرامي بعد جرحه إياه حقه أي بعد انعقاد سببه وهو المرمي قبل أن يصيبه السهم كمالو أعتق المالك عبد المغصوب يصير مبرئـــاً الغاصب عن الضمان كـــذا ذكره صدر الاسلام « رح » .

( وله ) أي لأبي حنيفة «رح» ( أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منـــه بعده) وماهو كذلك( فيعتبر حالة الرمي والمرمي إليه فيها ) أي في حالة الرمي(متقوم)

ولهذا يعتبر حالـــة في حق الحل حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي . وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وإن كان عمـــداً ، فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية .

ولو رمي اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع بـه السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا . وكذا إذا رمى حربياً فأسلم لان الرمي مـــا انعقد موجبـاً للضمان لعدم تقوم المحـل فـلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك .

---

ثم استوضح ذلك بقوله ( ولهذا ) أي ولأجل اعتبار حالة الرمي ( يعتبر حـالة الرمي في حق الحل ) أي حل الصيد ( حتى لا يحرم برده الرامي بعد الرمي) إيضاحه لو رمى مسلم إلى صيد قد ارتد والعياذ بالله وأصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات لا يحل أكله لأن المعتبر وقت الرمي وذمة الرامي إن كان مجوسياً وكذلك إرسال الكلب على هذا التفصيل .

( وكذا في حق التكفير ) يعني لو كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمي قبل الاصابة ( حتى جاز ) أي التكفير ( بعد الجرح قبل الموت ) لأن الاعتبـار حالة الفعل ( والفعل وإن كان عمداً ) هذا جواب عما يقال إن كان ما ذكرتم صحيحاً بجميع مقدماته ،والفعل عمد فالواجب القصاص .

وأجاب بقوله : والفعل وإن كان عمداً يقع وإن وقع على جهـــة العمد والقصد ( فالقود سقط للشبهة ) الناشئة عن اعتبار حالة الاصابة ( ووجبت الدية ) أي في ماله .

( ولو رمى إليه وهو مرتد ) أي الحال أنه مرتد وقت الرمي ( فأسلم ثم وقع بـــه السهم فلا شي عليه في قولهم جميعاً ) أي في قول أصحابنا ، وقال الشافعي وأحمد « رح » يجب عليه في المرتد، والحربى إذا أصابها الرمية بعد إسلامها الدية ، لأن الاعتبار لحـالة الاصابة . ( وكذا إذا رمى حربياً فاسلم ) ثم وقع به السهم لا يجب شيء ( لأن الرمـي ما انعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً لصيرورته متقوماً بعد ذلك ) لأن الفعل واحد .

قـــال : وإن رمى عبـداً فاعتقه مولاه ثم وقع السهم بـه فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة. وقال محمد « رح » : عليه فضل مـــا بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي. وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة « رح » : له أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة المرمي اليه بالإضافة إلى مـــا قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو

---

فإن قلت يشكل بما إذا رمى إلى صيد الحل فدخل الحرم ثم أصابـه السهم فقتله يجب الجزاء على الرامي ، قلت جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم وإشارته .

( قال ) أي قال محمد «رح» في الجامع الصغير ( وإن رمى عبداً فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة ) .

فقال الشافعي وأحمد «رح» يجب عليه دية حر لورثته لأن الاعتبـــار الضمان عندهما حالة الاصابة ، وبقولهما قال زفر «رح» .

( وقال محمد «رح» عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى ) .

قالوا في تفسير قول محمد «رح» أنه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرأي ، وبـــكم يشترى في تلك الحالة فيجب فصل ما بينهما بيانه أن قيمته إن كانت قبل الرمي ألف درهم وبعد الرمي ثمانمائة درهم يلزمه مائتا درهم .

( وقول أبي يوسف «رح » مع قول أبي حنيفة ) روى حسن كذا قاله فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير .

( له ) أي محمد «رح» ( أن العتق قاطع للسراية ) لاشتباه من لـه الحق لأن المستحق حال ابتداء الجناية للمولى وحال الاصابـــة للعبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء ( وإذا انقطعت ) أي السراية بالعتق ( بقي مجرد الرمي وهو جناية ينقص بها قيمة المرمي إليه بالاضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك ) أي فصل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمي .

ولأبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ( ولهما أنه يصير قاتلا وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو

مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ، بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل ، وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية . أمـــا الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء لأنه لا أثر له في المحل . وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تتخالف البداية والنهاية ، فتجب قيمته للمولى . وزفر رحمه الله وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ماحققناه . قال ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع

---

مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته ) وقت المرمى للمولى .

ألا ترى أن رجلا لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه إلى غيره ، فالضمان على مولاه الأول ، ولا يجب على الآخر شيء ، فكذلك هاهنا .

( بخلاف القطع والجرح ) جواب عما ذكر لمحمد من صورة القطـــع والجرح استشهاداً على قطع السراية فأجاب بقوله : ( لأنه ) أى لأن كل واحد من القطع والجرح ( إتـــلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى ، وبعد السراية لو وجب شيء يوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية) فيعتبر ذلك كتبدل المحل وعند تبدله لا تتحقق السراية كذا هاهنا.

( أما الرمي قبل الاصابة ليس بإتلاف شيء منه ) أى من المرمى إليه ، ( لأنـــه ) الرمي ( لا أثر له ) أى الرمي ( في المحل ) لعدم إصابته إلى المحل ( وإنمـــا قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف البداية والنهاية فيجب قيمته للمولى) بخلاف الجرح فإن هناك اتصل بالمحل ووجب الجرح للمولى في الحال وعند السرايـــة لو قلت بوجوب ضمان النفس كان ذلك للعبد الميت فخالفت النهاية البداية . فكذلك قطع العتق السرايه .

(وزفر «رح» وإن كان يخالفنا في وجوب القيمة نظر إلى حالة الاصابة ) وهو الجرح في تلك الحالة فتجب الدية عنده لا القيمة . ( فالحجة عليه ) أى على زفر ( ما حققناه ) أراد به قوله من الدلائل لاصحابنا الثلاثة .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجـــع

أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها. وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل ، وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الزكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده ، ولو رمى المحرم صيـــداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميـــه في حالة الإحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي،وفي الثاني حال فلهذا افترقا والله أعلم.

---

أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها ) أي في حالة الرمي هكذا هو عند أبي حنيفة ، ولكن يجب الضمان على الراجع إن رجعوا جميعاً يجب عليهم الدية ، وإن رجع واحـــد ترجع الدية ، وأما عندهما فلأن هذا الفعل لما وقع هدراً لم ينقلب معتبراً لان الاصل عندهما أنه إذا وقع معتبراً ثم طلب عصمته يبطل الضمان ، وإذا وقع هدراً ثم صار متقوماً لا ينقلب معتبراً .

( وإذا رمى المجوسي صيداً ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل ، لأن المعتبر حال الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هـو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها ) أي سقوط الأهلية ( عنده ) أي عند الرمي ( ولو رمى المحرم صيداً ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء ، وإن رمى حال صيداً ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الأول ) وهو رمي المحرم صيداً ( هو محرم وقت الرمي وفي الثاني ) وهو رميه حلالاً هو ( حال فلهذا افترقا ) أي الوجهان بالتعليل المذكور وفي هذا الفعل اعتبر حالة الرمي بالإجماع .

* * *

# كتاب الديات

قال : وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل ، وقد بيناه في أول الجنايات . قال : وكفارته عتق رقبة مؤمنة ، لقوله تعـــالى : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية .

---

( كتاب الديات )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الديات ، وهي جمع دية ، وأصلها ودية ، لأنهـــا من وديت القتيل أديه دية إذا أعطيت ديته . وحذفت الواو تبعـاً ليدي لأن أصله يودي ، فحذفت الواو منه لوقوعها بين الكسرة والياء ، كما في يعدي ونحوه . ولما حذفت الواو من ودية عوضت عنها الهاء كما في عدة ونحوها . وإذا أمرت منه قلت : ديا ، دوا .

وأما الدية إسم لضمان تجب بمقابلة الآدمي أو طرف منه ، سمي بها لأنها يودى عادة لأنه‌قدر مايجري فيه العفو العظيم حرمة الآدمي . ولم يسم قيمته لأن قيمة إسم لـما يقام مقام النائب . وفي قيامه مقام الفائت قصوراً لعدم المماثلة بينهما وضمان المال سمي قيمة ، ولا يسمى دية ، لأن معنى القيام فيه أكمل لوجود المماثلة المطلقة .

وأما وجه المناسبة في ذكر الديات بعد الجنايات ، فطالما أن الدية إحـــدى موجبي الجناية لدفع الشر وعين الصيانة ، لكن القصاص أشد صيانة تقدم .

( قال ) أي القدوري ( وفي شبه العمدية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقـد بيناه في أول الجناية ) وهي الكلام فيه مستوفياً .

( قال ) أي القدوري ( وكفارته ) أي كفارة شبه العمد ( عتق رقبة مؤمنة لقوله عز وجل : ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ الآية . ) وشرط الإيمان في كفارة القتل دون سائر

﴿فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ . بهذا النص ولا يجزىء فيه الإطعام لانه لم يرد بـــه نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف ، ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ، أو لكونه كـــل المذكور على ما عرف ، ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به ،

---

الكفارات لأنه منصوص عليه بالآية المذكورة ، وإن كان ورد في الخطأ ، ولكن لما كان شبه فيه معنى الخطأ ثبت فيه حكم الخطأ( ﴿ فإن لم يجد ﴾ ) أي فإن لم يقدر على إعتاق الرقبة المؤمنة ( ﴿ فصيام شهرين متتابعين ﴾ ) أي فعليه صوم شهرين على التتابع .

( بهذا النص) أي النص المذكور ( ولا يجزىء فيه ) أي في شبه العمد ( الإطعام لأنه لم يرد فيه نص ) قال الشافعي في قول مالك وأحمد في رواية ، وقال الشافعي في قـــول وأحمد في رواية: فإن لم يقدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكيناً عند عدمها(والمقادير) أي المقدرات الشرعية ( تعرف بالتوقيف ) على ورود النص بخلاف كفارة اليمين و كفارة الظهار و كفارة الصوم ، فإن النص ورد فيها بالإطعام ، ولأن استدلاله من الآيـــة بوجهين أحدهما هو قوله :

( ولأنه ) أي ولأن النص ( جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ) بيانه أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء ، إذ لو لم يكن كذلك للقياس ، فلا يعلم أنه هو نحو الجزاء ، وبقي منه شيء ومثله محل. ألا ترى أنه لو قال إن رمت الدار فأنت طالق، وفي نية أن يقول : وزينب طالق وعبده حر .

ولكن لم يقله يجعله قوله: فأنت طالق جزاء كاملاً من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضاً ، وعبدي حر أيضاً .

الوجه الثاني هو قوله ( أو لكونه ) أي لكون الصيام ( كل المذكور ) لا غـير ( على ما عرف ) يعني في أصول الفقه .

( ويجزيه ) أي يجزي الذي عليه عتق رقبة اعتاق(رضيع أحدأبويه مسلم) قيد به لأنه لو كانا كافرين لم يجزه ( لأنه ) أي لأن الرضيـع ( مسلم به ) أي بأحد أبويه لأن شرط هذا

والظاهر سلامة أطرافه ، ولا يجزىء ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته . قال : وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ، وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعاً : خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ،

---

الإعتاق الإسلام وسلامة الأطراف، والأول يحصل بإسلام أحد الأبوين ، والثاني بالظاهر، وأشار إليه بقوله( والظاهر سلامة أطرافه ) أى أطراف الصغير، لان الاصل هو السلامة.

وتأويل المسألة أنه أعتق ، ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى أنه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأد به الكفارة .

كذا قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير .

(ولا يجزي )أى لا يجزىء اعتاق(ما في البطن لانه لم يعرف حياته ولا سلامته )ظاهر.

( قال ) المصنف : ( وهو الكفارة ) أى تحرير رقبة مؤمنة هو الكفارة .

( في الخطأ لما تلوناه ) وهو قوله تعالى ﴿ فتحرير رقبة مؤمنة ﴾ .

( وديته ) أى ودية شبه العمد ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف) كذا في نسخة شيخ العلاء « أبي يوسف » مذكور مع أبي حنيفة. وفي الهداية فقال الاترازي وغيرة لم يذكر أبو يوسف سهو القلم عن صاحب الهداية أو عن الكاتب . وقال الكافي : الإقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط والجوامع والاسرار والايضاح، فان المذكور فيها عن أبي حنيفة وأبي يوسف . وثبت في بعض النسخ عند أبى حنيفة وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات .

( مائة من الابل أرباعاً ) أى من حيث الارباع ، وبين ذلك بقوله : ( خمس وعشرون بنت مخاض ) بنت منصوب لانه مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوباً . وبنت مخاض هي التي طعنت في السنة الثانية . سميت بها لان أمها صارت ذات مخاض باخرى .

( وخمس وعشرون بنت لبون ) وهي التي طعنت في السنة الثالثة، سميت بها لان أمها تلد أخرى ، ولبون : ذات لبن .

وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة . وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها ، لقوله عليه السلام : « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها » وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة. ولأن دية شبه العمد أغلظ، وذلك فيما قلنا، ولما قوله عليه السلام:

---

(وخمس وعشرون حقة) وهي التي طعنت في السنة الرابعة، وحق لها أن تركب وتحمل.

( وخمس وعشرون جذعة ) وهي التي طعنت في السنة الخامسة ، سميت بـه لمعنى في أسنانها يعرفه أرباب الابل ، وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة .

( وقال محمد والشافعي أثلاثاً : ثلاثون جذعة ، وثلاثون حقة ، وأربعون ثنية ) وهي التي طعنت في السادسة ، والذكر ثني . ( كلها ) أي كل الثنايا ( خلفات ) جمع خلفة وهي الحامل من النوق . ( في بطونها أولادها ) صفة كاملة قاله الاكمل .

وقال السكاكي : الخلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها ، وقد يقال خلفات . فعلى هذا التفسير يكون قوله في بطونها أولادها صفة مقدرة، كما في قوله ﷺ « ما ألقته الفرائض فلاول رجل ذكر » وبقول محمد رحمه الله قال أحمد في رواية وبقول أبي حنيفة قال مالك وأحمد في رواية ، وهو قول الزهري وربيعة وسليمان بن يسار ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا فيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها ، وعن عمر وزيد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ) هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة ، وقد تقدم في الجنايات .

(ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ) يعني أغلظ من حرمة الخطأ المحض ، فان الابل يجب فيه أخماساً ، وذلك أي كونه أغلظ من دية الخطأ المحض لاننا نقول أثلاثاً ، وأنتم تقولون أرباعاً .

(ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف ( قوله ﷺ ) أي قول النبي ﷺ ( في نفس

« في نفس المؤمن مائة من الإبل » وما روياه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ، وابن مسعود قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا ،

---

المؤمن مائة من الإبل) تقدم في الزكاة في كتاب عمرو بن حزم قال: وأن في نفس المؤمن مائة من الابل في الزكاة ، ورواه إبن حبان في صحيحه . ووجه الاستدلال به أن الثابت عنه ﷺ هذا وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ( وما روياه ) أي محمد والشافعي ( غير ثابت ) احتج المصنف على عدم ثبوت هذا الحديث بقوله : ( لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ) فإن عمر وزيد والمغيرة بن شعبة وأبا موسى الاشعري قالوا مثل ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف ( وإبن مسعود ) أي وعبد الله بن مسعود ( قال بالتغليظ أرباعاً كما ذكرنا ) يعني أرباعاً . وأخرج حديثه أبو داود عن علقمة والاسود قال : قال عبد الله في شبه العمد خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون بنات لبون وخمس وعشرون بنات مخاض . وسكت عنه أبو داود ثم المنذري بعده .

وروى مرفوعاً أخرجه الاربعة عن حجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن خشف بن مالك الطبائي عن عبد الله بن مسعود قال : قال رسول الله ﷺ في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر.

قال الترمذي لا يعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه . وقد روى عن عبد الله موقوفاً . وقال الدارقطني: هذا حديث ضعيف غير ثابت عن أهل المعرفة بالحديث من وجوه: الاول أنه مخالف لما رواه إبن عبيدة بن عبيد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح أنه قال : دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون بنو لبون ولم يذكر فيه بني مخاض .

الثاني أن خشف بن مالك مجهول لم يروه عنه إلا زيد بن جبير بن جريد الجسي . وأهل العلم بالحديث لا يحتجون بما ينفرد بروايته رجل غير معروف .

والثالث أنه روي عن أحمد أن خبر خشف بن مالك لا يعلم أحد رواه زيد بن جبير إلا الحجاج بن أرطاة ، وهو رجل مشهور بالتدليس . وقال إبن الجوزي في التحقيق :أبو عبيدة لم يسمع من أبيه ، فكيف جاز للدارقطني أن يسقط ذكر هذا . وخشف وثقه

وهو كالمرفوع فيعارض . قال : ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه ، فإن قضى في الدية بغير الإبل لم يتغلظ لما قلنا

قال : وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة ، والكفارة على القاتل

---

النسائي وابن حبان وزيد بن جبير وثقه ابن معين وغيره ، وأخرجا له في الصحيحين .

( وهو ) أي الذى قال ابن مسعود ( كالمرفوع ) لأن الرأى لا مدخل له في المقادير ( فيعارض ) ما رواه (به) أى بقول ابن مسعود ، فإذا تعارضا كان الأخذ بالمتيقن أولى .

ثم على قول محمد والشافعي: لو اختلف في حملها يرجع إلى أهل الخبرة كما يرجع في حمل المرأة إلى قول القوابل . ولو اختلف الولي والجاني بعد أخذ قول أهل الخبرة فقال الولي: لم يكن حوامل ، وقال الجاني : ولدت عندك ، فالقول للجاني ، وإن أخذنا بغير قولهم فالقول للولي .

( قال ) أى القدورى ( ولا يثبت التغليظ إلا في الابل خاصة ) يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم وألف دينار .

وقال الثورى والحسن بن صالح فيغلظ في النوعين الآخرين أى الدراهم والدنانير بأن ينظر إلى قيمة أسنان الابل في دية الخطأ فما زاد على أسنان دية الخطأ زاد على عشرة آلاف درهم إن كان الرجل من أهل الورق ، وإن كان من أهل الذهب .

ونحن قلنا بما ذكر في الكتاب وهو أن التغليظ في الابل ثبت توقيفاً ولا يثبت في غيره قياساً . ( لأن التوقيف فيه ) أى لأن الشرع ورد فيه ، وعليه الاجماع والمقدرات لا نعرف إلا سماعاً فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ قضاؤه .

( فإن قضى بالدية في غير الابل لم يتلغظ لما قلنا ) إشارة إلى قوله لأن التوقيف منه .

( قال ) أى القدورى ( وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل ) وبه قال الشافعي وأحمد في الظاهر ، وهو قول الثورى واسحق والنخعي والحكم وحماد والشعبي. وقال ابن سيرين وابن شبرمة وأبو ثور وقتادة والزهري والحارث النقاشي وأحمد في رواية : على القاتل .

لما بينا من قبل . قال : والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وهذا قول ابن مسعود وإنما أخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال ، ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ، لأن الخاطىء معذور .

---

وهكذا يجب أن يكون قول مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد ( لما بينا من قبل ) يعني في أول كتاب الجنايات .

( قال ) أي قال القدوري ( والدية في الخطأ مائة من الابل أخماساً ) قيل هو منصوب باضمار « كان » وقال الأكمل يجوز أن يكون حالاً من الضمير الذي في قوله « في الخطأ » قالت : يحمل أن يكون تمييزاً على ما لا يخفى .

( عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة . وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رضى الله عنه ) .

أجمعت الصحابة على المائة ولكنهم اختلفوا في سنها : خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون إبن لبون وخمس وعشرون إبنة مخاض .

وقال عثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما في دية الخطأ ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون وعشرون بنو لبون وعشرون بنات مخاض ذكر . ذكر ذلك كله أبو يوسف في كتاب الخراج .

( وإنما أخذنا نحن والشافعي به ) أي بقول إبن مسعود ( لروايته ) أي لرواية ابن مسعود ( ان النبي ﷺ قضى في قتيل قتل خطأ أخماساً على نحو ما قال ) قد ذكرنا هذا عن الاربعة أصحاب السنن عن قريب . ولفظ النسائي وابن ماجة بلفظ المصنف على نحو ما قال ابن مسعود .

( ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ ، لان الخاطىء معذور ) فيعذر في فعله . ولهذا لا تجب الدية الخطأ إلا على العاقلة .

غير ان الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض . والحجة عليه ما رويناه . قال : ومن العين ألف دينـــار ومن الورق عشرة آلاف درهم . وقال الشافعي : من الورق اثنا عشر ألفاً لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك .

---

( غير أن عند الشافعي ) استثناء من قوله أخذنا نحن والشافعي به. ( يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ، والحجة عليه ) أي على الشافعي . ( ما ذكرناه ) من قول ابن مسعود رضي الله عنه وقضاه رسول الله ﷺ .

( قال ) أي القدوري ( ومن العين ) إن دية الخطأ من الذهب ( ألف دينار ومـــن الورق ) أي الفضة ( عشرة آلاف درهم ، وقال الشافعي: من الورق اثنا عشر ألفاً )وبه قال مالك وأحمد وإسحاق ( لمـــا روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قضى بذلك ) أي باثني عشر ألفاً . خرج هذا أصحاب السنن الاربعة عن محمد بن مسلم عـــن عروة بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً من بني عـدى قتل فجعل النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً .

وقال أبو داود رواه ابن عيينة عن عكرمة ، ولم يذكر ابن عباس .

وقال الترمذي : لا نعلم أحداً يذكر في هذا الاسناد إبن عباس رضي الله عنهما غير محمد ابن مسلم أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن عن سفيان عن عمر عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه.

ورواه النسائي أخبرنا محمد بن ميمون المكي عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عكرمة سمعناه مرة يقول عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باثني عشر ألفاً في الدية . قال محمد إبن ميمون ليس بقوى ، وكذا رواه الدارقطني في سننه قال أبو حـــاتم : كان محمد بن ميمون أبو عبد الملكي الخياط أميناً نبيلا . وذكره إبن حبان في الثقات ، قال : وربما وهم . وقال النسائي صالح . ومحمد بن مسلم هذا الطائفي أخرج له البخاري في المتابعـة ومسلم في الاستشهاد وضعفه أحمد . وقال النسائي الصواب أنـــه مرسل ، وقال ابن حبان المرسل أصح .

ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم . وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

---

( ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم ) هذا الحديث غريب . وروى محمد بن الحسن في كتاب الآثار وقال: أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : على أهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل الذهب ألف دينار .

وجه الاستدلال به أن عمر رضي الله عنه قضى بذلك بمحضر من الصحابة « رض » من غير نكير ، فحل بمحل الاجماع .

( وتأويل ما روى ) أي الشافعي ( أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة ) أي أي وزن ستة مثاقيل . فإن في ابتداء عهد رسول الله ﷺ كان وزن الدراهم وزن ستة ، ثم صار وزن سبعة . ( وقد كانت ) أي الدراهم . ( كذلك ) أي وزن ستة إلى عهد عمر رضي الله عنه ، ثم صار وزن سبعة كما ذكرنا .

وقال تاج الشريعة : وتأويل ما روى أنه أوجب اثني عشر محمول على أنه أوجب من دراهم كانت توزن ستة واثني عشر بوزن ستة تبلغ عشرة آلاف بوزن سبعة .

والدليل على صحة ما ذكرنا من التأويل ما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه أوجب في دية القتيل اثني عشر ألفاً . وكانت الدراهم يومئذ وزن خمسة أو ستة .

فإن قيل إثنا عشر بوزن الستة يكون أكثر من عشرة آلاف فكيف يفيد هذا التأويل الجواب ؟

إن شيخ الإسلام قال في مبسوطه: يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الأشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريباً ، فإن قيل : احتج الشافعي ومن معه بما روى يزيد الرقاشي عليه السلام قال: لئن أحبس مع قوم يذكرون الله بعد صلاة العصر إلى أن تغيب الشمس أحب إلي من أن أعتق ثمانية من ولد اسماعيل عليه السلام دية كل واحد منهم إثنا عشر ألفاً .

قال : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة . وقالا : منها من البقر مائتا بقرة ، ومن الغنم ألف شاة ، ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ، لأن عمر رضي الله عنـــه هكذا جعل على أهل كل مال منها ، وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية ،

---

وعن الحسن رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ من قرأ بخمسماية إلى الغايـــة أصبح وله قنطار في الآخرة ، والقنطار دية أحدكم إثنا عشر ألف درهم .

وأجيب بأن حديث الرقاشي ضعيف عند الثقات ، وحديث الحسن مرسل ، والعجب من الشافعي أنه لا يعمل بالمرسل ثم يحتج به .

( قال ) أي القدوري ( ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة ) وهي الإبـــل والذهب والفضة ( عند أبي حنيفة ) وبه قال أحمد والشافعي ، وقال السكاكي : اختلف العلماء في الأصل في الدية ، فقال الشافعي وأحمد في رواية محمد بن المنذر : الإبـــل فقط فتجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( منها ) أي من هـــذه الثلاثه . ( من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألف شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ) وبه قال أحمد في روايـــة وقال الكرخي في مختصره : والحلة ثوبان إزار ورداء والإزار المئزر ، وقيل في زمـــاننا قميص وسراويل . وقال الإمام الأسبيجابي قيمة كل حلة خمسون درهماً وقيمة كل بقرة خمسون درهماً وقيمة كل شاة خمسة دراهم ( لأن عمر رضي الله تعالى عنه هكذا جعل على أهـــل كل مال منها ) أي من المذكورة .

وروى أبو يوسف في كتاب الخراج وقال : حدثنا ابن أبي ليلى عـــن الشعبي رضي الله عنه عن عبيدة السلماني قال وضع قال عمر بن الخطاب رضي الله عنـــه : على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل البقر مائة بقرة وعلى أهل الشاة ألف شاة وعلى أهل الحلل مائتا حلة .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهـــذه الأشياء

وهذه الأشياء مجهولة المالية ، ولهذا لا يقدر بهـــا ضمان ، والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها . وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز ، وهذا آية التقدير بذلك . ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف ، وقيل هو قولهما

---

مجهولة المالية ) وأوضح ذلك بقوله : ( ولهذا لا يقدر بهـــا ضمان ) أي ضمان العدوان . وفائدة هذا الخلاف في اختيار القاتل ، فعند أبي حنيفة فله الخيار من أنواع الثلاثة .

وفي الصلح فإن عنده يجوز الصلح على أكثر من مائتي بقرة في رواية ، وفي روايـــة لا يجوز ، كقولهما : كما لو صالح على أكثر من مائة من الإبل وألف دينار .

( والتقدير بالإبل ) جواب عما يقال : فالإبل كـــذلك . وتقرير الجواب أن التقدير بالإبل ليس كذلك لأنه ( عرف بالآثار المشهورة ) كما ذكرت فيما مضى . ( عدمناها في غيرها ) أي عدمها بالآثار المشهورة في غير الإبل .

( وذكر في المعاقل ) أي ذكر محمد في كتاب معاقل المبسوط ، ورد هـــذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله من قوله : ولا تثبت الدية إلا من هذه الأمور الثلاثـــة وجه وروده أن محمداً ذكر في المعاقل ( أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ) أي وهذا الصلح علامـــة التقدير بذلك . وأجاب بوجهين أحدهما هو قوله ( ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف ) أي قوله لا يجـــوز الصلح على الزيادة قـــول الكل لأنه ذكر في المعاقل أن الولي لو صالح على أكثر من مائة فالفضل باطل بالاجماع .

وقال الأكمل وذكر الجواب على وجهين :

أحدهما تقدير الشبهة ورفع الخلاف . ولا أرى صحته لأنه يناقض رواية كتاب الديات .

الوجه الثاني : هو قوله ( وقيل هو قولهما ) أي ما ذكر في كتاب المعاقل قولهما .

أما عند أبي حنيفة فينبغي أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك وإليه ذهب شيـــخ الاسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي .

قال : ودية المرأة النصف من دية الرجل ، وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على علي رضي الله عنه ، ومرفوعاً إلى النبي ﷺ وقال الشافعي : ما دون الثلث لا يتنصف

---

وقال تاج الشريعة : فكان الخلاف ثابتاً . وقال الأكمل : والوجه الثاني برفع الشبهة بحمله رواية المعاقل على أنه قولهما ، وحمل بعض مشايخنا على أن المسألة عنده روايتان .

( قال ) أي محمد في الأصل ، ولم يذكر في الجامع ولا ذكره القدوري رحمه الله . ( ودية المرأة على النصف من دية الرجل ) وقال ابن عبد البر وابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ديتها نصف دية الرجل .

وحكى غيرهما عن إبن علية والأصم أنهما قالا هما سواء (وقد ورد هذا اللفظ) أي قوله دية المرأة على النصف من دية الرجل ( موقوفاً على علي رضي الله تعالى عنه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ ) أما الموقوف فأخرجه البيهقي عن ابراهيم النخعي عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه قال : عقل المرأة على النصف من عقل الرجل في النفس وفيما دونها .

قلت : هذا منقطع لأن ابراهيم لم يحدث عن أحد من الصحابة مع أنه أدرك جماعة منهم .

وأما المرفوع فأخرجه البيهقي أيضاً عن معاذ بن جبل رضي الله تعالى عنه قال : قال رسول الله ﷺ « دية المرأة على النصف من دية الرجل » .

( وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف ) يعني إذا كان جناية أرشها مادون الثلث لا تنصف وفي غيره تنصف . وقال السكاكي رحمه الله . وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وكذلك الثلث قاله في القديم وبه قال مالك وأحمد وهو قول الفقهاء السبعة وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز وعروة بن الزبير والزهري وقتادة والأعرج وربيعة ، وهكذا روي عن عمر وإبنه وزيد بن ثابت .

وعندنا والشافعي رحمه الله في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر وأبو ثور على التنصيف فيما قل وكثر ، وبه قال الثوري والليث وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن سيرين وفي

وإمامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه ، والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس ، فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها . وبالثلث وما فوقه ، قال : ودية المسلم والذمي سواء ،

---

النهاية . والصواب أن يقال : الثلث وما دونه لا يتنصف عند الشافعي رحمه الله في القديم كما ذكرنا .

( وإمامه فيه ) أي إمام الشافعي في هذا ( زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه ) .

أخرجه البيهقي عن الشعبي عن زيد بن ثابت قال : جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث ، فما زاد فعلى النصف . وهو منقطع .

وذكر السكاكي في حجة الشافعي ما روى عن عمر رضي الله عنه ابن شيبة عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ « عقل المرأة عقل الرجل حتى تبلغ الثلث من ديتها » أخرجه النسائي. قلت :هذا رواه النسائي وفي اسناده اسماعيل بن عياش عن إبن جريج.

قال صاحب التنقيح : ابن جريج حجازي واسماعيل بن عياش ضعيف في رواية الحجازيين .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي ( ما رويناه بعمومه ) أشار به إلى قوله:وقد روي بهذا اللفظ موقوفاً عن علي رضي الله تعالى عنه ومرفوعاً (ولأن حالها أنقص من حال الرجل ) قال الله تعالى ﴿ وللرجال عليهن درجة ﴾ (ومنفعتها أقل) لأنها لا تتمكن من التزوج ما دامت زوجت لرجل .

( وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بها) أي بالنفس ( وبالثلث وماقوقه ) أي اعتباراً بتنصيف الثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة الفرع للأصل .

(قال) أي القدوري (ودية المسلم والذمي سواء) وقال الكرخي في مختصره والمسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستأمن وكل من كانت نفسه محظورة فان قدر دياتهم سواء . وفي

وقال الشافعي ودية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم.وقال مالك: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام : عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفاً . وللشافعي ما روي ان النبي ﷺ جعل دية النصراني واليهودي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم، ولنا قوله عليه السلام : دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار

---

الاناث في جميعهن على النصف مما يجب في المذكور .

( وقال الشافعي : دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ) وبه قال أحمد ، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعكرمة وعمرو بن دينار وإسحاق وأبو ثور ، وروي عن عمر وعثمان أيضاً .

( وقال مالك : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم ) وبه قال عمر بن عبد العزيز وعروة وعمرو بن شعيب ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( عقل الكافر نصف عقل المسلم ) هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: دية المعاهد نصف دية المسلم، هذا لفظ أبي داود، ولفظ الترمذي : دية عقل الكافر نصف عقل المسلم، وقال حديث حسن . ولفظ النسائي عقل أهل الذمة نصف عقل المسلمين ، وهم اليهود والنصارى .

( والكل عنده إثنا عشر ألفاً ) أي كل الدية عند مالك إثنا عشر ألف درهم .فلذلك قال : دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم .

(وللشافعي ما روى أن النبي ﷺ جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ) هذا ذكره عبد الرزاق في مصنفه . أخبرنا ابن جريج أخبرني عمر وسفيان أن رسول الله ﷺ فرض على كل مسلم قتل رجلاً من أهل الكتاب أربعة آلاف . لفظ أحد من أهل التخريج وقع هذا مفصلاً .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار )

وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما ، ومـــا رواه الشافعي لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث ، وما رويناه أشهر مما رواه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم .

---

هذا أخرجه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب قال : قال رسول الله ﷺ « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » ووافقه الشافعي في مسنده على سعيد قال : أخـبرنا محمد بن الحسن الشيباني ، أخبرنا محمد بن زيد ، أخبرنا سفيـــان بن حسين عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : دية كل معاهد في عهده ألف دينار .

( وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله تعالى عنهما ) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار وقال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم . قال محمد : وبهذا قالوا .

( وما رواه الشافعي لم يعرف له راويه ولم يـذكر في كتب الحديث ) وفيه نظر لأنا ذكرنا عن عبد الرزاق أخرجه ورواه الدارقطني في سننه وأراد أن رسول الله ﷺ جعل عقد أهل الكتاب من اليهود والنصارى على النصف من عقل المسلمين ( وما رويناه ) وهو قوله ﷺ « وكل ذي عهد في عهده ألف دينار » ( أشهر مما رواه مالك ) وهو قوله : عقل الكافر نصف عقل المسلم ( فإنه ) أي فإن الذي رويناه ( ظهر به عمل الصحابـة رضي الله عنهم ) وقد ذكرنا عن محمد عن أبي حنيفـة عن الهيثم عن أبي الهيثم أن النبي ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان قالوا : دية المعاهد دية الحر المسلم .

وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد عن ابن مسعود قال : دية المعاهـــد مثل دية المسلم . وقال ذلك علي رضي الله عنه أيضاً .

وروى عبد الرزاق أخبرنا أبو حنيفة عن الحكم بن عقبة عن علي رضي الله عنه قال : دية كل ذمي مثل دية المسلم . قال أبو حنيفة هو قولي .

وروى عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن يعقوب بن عتبـــة واسماعيل بن محمد وصالح قالوا : عقل كل معاهد من أهل الكفر كعقل المسلمين ، جرت بذلك السنـــة في أهل رسول الله ﷺ .

## فصل فيما دون النفس

قال: في النفس الدية وقد ذكرناه. قال: وفي المـــارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكــر الدية. والأصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال: في النفس الدية

---

( فصــل )

أي هذا فصل في بيان الأحكام ( فيما دون النفس ) وأعقب ذكر النفس بذكر ما هو تبع لها وهو ما دون النفس.

( قال ) أي القدوري ( في النفس الدية ) أي تجب الدية في النفس بسبب إتلافهـــا كما يقال في النكاح حل وكلمة في يجيء النظرفيه فيما كان معناه الإحتواء ومعنى على في ما كان معناه الإستعلاء كقوله: في جذوع النخــل . ومعنى السببية كقوله ﷺ في أربعين* شاة وهو قليل نادر ( وقد ذكرناه ) أي في أول الجنايات بقوله: والدية متغلظة على القاتل.

( قال ) أي القدوري ( وفي المارن الدية ) وهو قصبة الأنف ( وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية ) أي وتجب كما ذكرنا.

والأصل أن ما في الإنسان من الأعضاء إن كان واحداً ففيه الديــة كاملة، وإن كان اثنين فيهما الدية وفي إحداهما نصف الدية، وإن كان أربعة ففيها الدية وفي أحدهـــا ربــع الدية، وإن كان عشرة ففيها الديه وفي أحد الدية. ومــا فوت جنس المنفعة ففيه الدية لأن بفواته يفوت الآدمي من وجه ذكره في المبسوط، ولا نعلم فيه خلاف.

وذكر الكرخي في مختصره الأعضاء التي يجب بكل عضو فيها دية هي ثلاثة أعضاء: اللسان والانف والذكر. فإذا استوعب الانف جذعاً أو قطع منه المارن وحده وهـــو مالان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة. وكذلك إذا ستوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله. وكـــذلك الذكر إذا استوعب أو لم يستوعب بالكــلام أي أو قطــع الحشفة وحدهــا ففيــه الديه ( والاصــل فيـــه ) أي في هـــذا البـــاب ( ما روى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية ) هذا غريب.

وفي اللسان الديـــة وفي المارن الدية . وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضي الله عنه . والأصل في الأطراف انه إذا فوت جنس منفعـــة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالإتلاف ، ومن كل وجه تعظيماً للآدمي

---

( وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم ) .

هذا أخرجه النسائي في سننه وأبو داود في مراسيله عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي بكر بن محمد بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ كتب كتابـــاً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وبعث بـه مع عمرو بن حزم المكنى أبا الضحاك استعمله رسول الله ﷺ على نجران اليمن وهو يومئذ ابن سبع عشرة سنة وتوفي رسول الله ﷺ وهو على نجران ، وبقي إلى أن أدرك بيعة معاوية بن أبي سفيان لإبنه يزيـد . ومـات بعد ذلك بالمدينة .

( والأصل في الأطراف أنه إذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال ) قيد بالكمال فيهما احترازاً مما ليس بكامل منهما حيث لا يجب كل الدية . فإن كان بفوت عضواً مقصوداً كقطع لسان أخرس فإنه لا تجب فيه الدية لأنه لم يفت جنس منفعته ولا فوت جمالاً على الكمال . ذكره في الذخيرة .

وكذلك في آلة الخصي والعنين واليد الشلاء والرجل العرجـاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص في العبد ولا في الدية في الخطأ وإنما فيه حكومة عدل . فإن قيل : يشكل على قوله فوت جمالاً على الكمال كما لو سلخ جلد الوجه فإنه لا يجب كال الدية وقد فوت جمالاً على الكمال ، قلنا : ذكر شيخ الإسلام في شرحه لا رواية في هذا ولكن مذهبنا وجوب الدية فإن قيل يشكل بما لو قطع الأظفار حيث لا تجب الدية وقـد فوت الجمال على الكمال قلت لا رواية في هذا ، فقد اختلف المشايخ فيه .

( يجب كل الدية لإتلافه النفس من وجه ، وهو ملحق بالإتلاف من كل وجه تعظيماً للآدمي)

أصله قضاء رسول الله بالدية كلها في اللسان والأنف ، وعلى هذا ينسحب فروع كثيرة ، فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ، وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة لما ذكرنا ، ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد ، وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق ، وكذا في قطع بعضه إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وإن كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ، قيل يقسم على عدد الحروف

---

والشرع ألحق الإتلاف من وجه بالإتلاف من كل وجه ( أصله قضاء رسول الله ﷺ ) أي حكمه عرفنا هذا لقضاء رسول الله ﷺ (بالدية كلها في اللسان والأنف)فقسنا غيره عليه .

( وعلى هذا ) أي على هذا الأصل ( ينسحب فروع كثيرة ) بين منها بقوله ( فنقول في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود ) لأنه يعني مطلوب في الآدمي سواء قطع المارن دون القصبة أو قطع الأرنبة ، ولو قطعهما لا يزاد على دية واحدة لأنها عضو واحد ( وكذا إذا قطع المارن أو الأرنبة ) أي أو قطع الأرنبة ( لما ذكرنا ) وهو قوله : وقد فوت الجمال على الكمال . وقال الشافعي : في المارن الدية وفي القصبة حكومة عدل.( ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لأنه عضو واحد )وقد ذكرناه، لو قطع أنفه فذهب شمه فعليه ديتان لأن الشم في غير الأنف ، فلا يدخل أحدهما إلى الآخر ، كالسمع مع الأذن (وكذا اللسان) يعني فيه الدية بلا خلاف لاحد ( لفوات منفعة مقصوده وهو النطق ) والتكلم ، والآدمي لا يفارق بهيميته إلا بالنطق . ( وكذا في قطع بعضه ) يعني قيمة الدية . ( إذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة ، وإن كانت الآلة قائمة ) ، لأن الدية تجب بتفويت البعض فتجب الدية كاملة ( ولو قدر على التكلم ببعض الحروف ) اختلف المشايخ فيه . ( قيل يقسم ) الدية ( على عدد الحروف ) أي

وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب ، وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الإختلاف وإن عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لأن الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام ، وكذا الذكر لأنه يفوت به منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق المـــاء والإيلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة ، وكذا في الحشفة الدية كاملة لأن الحشفة أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له .

---

الحروف الثمانية والعشرين من حروف المعجم ، وهو قول الائمة الثلاثة . ( وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان ) وهـــي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون .

قيل كون الالف من ذلك فيه نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف . ( فيقدر ما لا يقدر يجب ) أي فيقدر ما لا يمكنه إتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية . روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ألف ب ت ث فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك ، وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه .

( وقيل إن قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مـع الاختلاف وإن عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكـــذا الذكر ) أي تجب فيه الديـــة بلا خلاف . ( لانه يفوت بـــه منفعة الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ) أي رمي البول بالذكر ( ودفق الماء والايلاج الذي هـــو طريق الاعلاق عادة ) قيد بالعادة أو قد يحصل الاعلاق بالسحق أيضاً ، إلا أنـــه خلاف العادة ، فإن البكر لو حملت بالسحق تعسر عليها الولادة فعلم أن بقطعه يفوت الايلاد ( وكذا في الحشفة ) أي وفي قطع الحشفة تجب ( الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له ) أي للحشفة والتذكير باعتبار المذكور . وفي شرح

قال : وفي العقل إذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك إذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده ، وكذا إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لأن كل واحد منهـــا منفعة مقصودة ، وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر .

---

الكافي : وفي الانثيين مع الذكر قالوا إذا قطع الكل بدفعة يجـب ديتان ، ولو قطعهـما بدفعتين ، أي قطع الذكر أولاً ثم الانثيين تجب ديتان أيضاً ، ولو قطع الانثيين أولاً ثم الذكر تجب في الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل فصار كذكر الخصي والضعيف .

( قال ) أي القدوري ( وفي العقل إذا ذهب بالضرب الديــة ) يعني إذا ضرب رأسه فذهب عقله يجب فيه الدية ( لفوات منفعة الادراك ، إذ به ) أي بالعقل ( ينتفع بنفسه في معاشه ) أي في دنياه ، ( ومعاده ) أي وفي آخرته إذ العقل من أعظم ما يختص بـه الآدمي ، يدرك الاشياء وبه يمتاز عن البهائم ، فكان فيه منفعة مقصودة .

( وكذا ) أي وكذا تجب الدية ( إذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضي الله عنه قضى بأربـع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر ) روى ابن أبي شيبــة في مصنفه حدثنا أبو خالد عن عوف الاعرابي «رض» قال : سمعت شيخاً في زمن الجماجــم فنعت فعنة فقيل ذاك أبو مهلب عم أبي قلابة قال رمى رجل رجلاً بحجر في رأسه في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذهب سمعه وعقله ولسانه وذكره فلم يضرب النساء ، فقضى بها عمر رضي الله تعالى عنه بأربع ديات ، وهو حر ، انتهى .

واختلف في طريق التفسير في معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل إذا صدقــــه الجاني أو استحلف على الثبات ونكل ثبت فواتها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة إلى ذلك ، فإن لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار طريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فإن أجاب علم أنه يسمع .

قال : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية لأنه يفوت به منفعة الجمال . قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا، وقال مالك وهو قول الشافعي «رض» تجب فيها حكومة عدل ، لأن ذلك زيادة في الآدمي ولهــذا يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد ،

---

وحكى الناطقي عن أبي حازم القاضي والقدوري عن اسماعيل بن حماد أن رجــلا ضرب على رأس امرأته ، فزعمت أن سمعها ذهب ، فاشتغل اسماعيل بالقضاء ثم التفت إليها وهي غافلة فقال : استري عورتك ، فجعلت تلم ثيابها فعلم أنها سامعة ، وقال أبو يوسف في المنتقى : لا نعرف ذهاب السمع والقول فيه للجاني ، وأما طريق معرفة ذهاب البصر قال محمد بن مقاتل الرازي يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينــه علم أن البصر باق فان لم تدمع علم أن البصر ذاهب ، وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يلقى بــين يدية حية ، فان هرب من الحية علم أنــه لم يذهب بصره ، وقال محمد في الاصل : إن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والقول للجاني مع يمينه على الثبات .

وفي شرح الكافي يدخل أرش الامة في الدية لان هذا جناية واحــدة في موضع واحد فاذا وجب في العقل الدية لم يجب فيهاشيء وطريق معرفة ذهاب الشم أن يوضع بين يديه ما له رائحة كريهة ، فان اتقى من ذلك علم أنه لم يذهب شمــه ، قاله في شرح الطحاوي .

( قال ) أى القدوري ( وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت ) أى عرضها يجب ( الدية لانه يفوت به منفعة الجمال. قال وفى شعر الرأس الدية) سواء كان شعر رجل أو امرأة أو كبير أو صغير ، ويؤجل سنة فان نبت لم تجب الدية ، وإن مات قبل مضي السنة لا شيء فيه ، وبه قال الثورى وأحمد . ( لما قلنا ) وهو أنه يفوت به الجمال . ( وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيها ) أى فى اللحية وشعر الرأس . ( حكومة عــدل ) إذا حلقا ولم ينبتا ( لان ذلك زيادة فى الآدمى ، ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها ) أى يحلق بعض اللحية ( فى بعض البلاد ) لو كان جمالاً لم يحلقوا. وقديكون عدم اللحية جمالاً

وصار كشعر الصدر والساق ، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنـــا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمـال فتجب الدية كما في الأذنين الشاخصين ، وكذا شعر الرأس جمال . ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال . وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة «رح» أنه يجب فيها كمال القيمة

---

في بعض الاحوال ، وأهل الجنة كلهم أمرد . فلو كان ذلك من جملة الجمال الاصلي لكان أهل الجنة أولى به .

( وصار ) أي حكم هذا ( كشعر الصدر والساق ) إذ ليس فيه الجمال .

( ولهذا ) أي ولاجل كون شعر الرأس زيادة في الآدمي ( يجب في شعر العبـــد نقصان القيمة ) يعني إذا حلق شعره يجب فيه ما ينقص من قيمته .

( ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت الجمال على الكمال فتجب الدية ) وروى أن لله تعالى ملائكة يسبحون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب والدليل على ان اللحية جمال ، أن الرجل إذا بلغ حد الكهولة والشيخوخة ولم يثبت له لحية يسمج في الاعين ، وإنما لا يسمج في حالة الطراوة والصغر ، وأما في حالة الضمور والكبر فلا شك أنه يعد شيئاً .

والرأس إذا حلق ولم ينبت يظهر فيه القرع بعد زمن عليه ، فان القرع عيب في الناس ولهذا يتكلف الأقرع في ستر رأسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه .

( كما في الأذنين الشاخصين ) أي المرتفعتين من شخص بالفتح : ارتفع ، فإن فيه تفويت منفعة الجمال مع بقاء السمع ، وتجب الدية كاملة .

( وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى ان من عدمه ) أي من عدم شعر الرأس ( خلقة ) أي من حيث الخلقة ( يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به جمال ) أي وقد ذكرناه الآن ( وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة ) .

والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر . قال : وفي الشارب حكومة عدل وهو الأصح لأنه تابع للحية فصار كبعض أطرافها

وهي رواية الحسن «رح» عن أبي حنيفة رحمه الله اعتباراً بالدية في الحر لفوات الجمال.

( والتخريج على الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( أن المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال ) فيجب نقصان القيمة ( بخلاف الحر ) فإن المقصود فيه الجمال ولو حلق بعض اللحية ولم ينبت قيل يجب فيه حكومة عدل .

وفي شرح الكافي والصحيح أنه يجب فيه كل الدية لأن هذا في الشين فوق ما لا لحية له أصلاً .

وكان أبو جعفر الهندواني يقول في اللحية: إنما يجب بها كمال الدية إذا كانت لحيته كاملة يتجمل بها ، وأما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وإن كانت غير متوفرة ، ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل ، ولو حلق فنبتت ابيض إن كان في أوانه لا يجب شيء ، وإن كان في غير اوانه اختلف مشايخنا فيه .

والصحيح أنه يجب فيه حكومة عدل .

وقال في شرح الطحاوي : ولو حلق رأسه فنبت أبيض والرجل شاب .

قال أبو حنيفة رحمه الله في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان ، وقال يجب حكومة العدل في الحر والعبد وفي الواقعات رجل حلق لحية رجل ، فان كانت لحية متصلة أو خفيفة أو رقيقه أو كثيفة ففيه الدية إن لم تنبت ، وإن كان كوسجاً فعليه فيها حكومة عدل بعدما ينتظر سنه فلم تنبت ، فإن كان عمداً ففي ماله لأن العاقلة لا تعقل العمد ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته كما في قتل الخطأ والعمد .

( قال ) أي المصنف ( وفي الشارب حكومة عدل ) نافله الناطقي «رح» في الأجناس (وهو الأصح)احترزبه عن قول بعض المشايخ أنه يجب فيه كمال الدية لأنه عضو على حدة .

قال المصنف ( لأنه ) أي لأن الشارب ( تابع للحية فصار كبعض اطرافها ) أي كبعض اطراف اللحية فاذا حلق بعض أطراف اللحية يجب حكومة عدل فكذا هذا .

ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، لأن فيه بعض الجمال ، وإن كان متصلا ففيه كال الدية لأنه ليس بكوسج ، وفيه معنى الجمال ، وهذا كله إذا فسد المنبت ، فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء ، لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة انه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالاً وفي العبد تجب حكومة عدل ، لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي العمد والخطأ ، على هذا الجمهور .

---

(ولحية الكوسج إن كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لأن وجوده يشينه ولا يزينه ، وإن كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعاً لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن فيه بعض الجمال ، وان كان متصلاً ففيه كال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوت كما كانت لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب) أي الحالق (على ارتكابه ما لا يحل وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالاً ، وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته ، وعندهما تجب حكومة عدل (في الحر أيضاً) لأنه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ، ويستوي الخطأ والعمد ) يعني في شعر الرأس واللحية ، وكذا في شعر الحاجب .

( على هذا الجمهور ) احترز به عن رواية النوادر ، وقاله الاترازي ، وقال الكاكى

وفي الحاجبين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل ، وقد مر الكلام فيه في اللحية .

قال : وفي العينين الديـــة وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الانثيين الدية ، كـــذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال : وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية ، وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم : وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الديـــة . ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعـــة

---

وقال بعض الناس وهم أصحاب الظاهر : يجب في شعر الحاجب واللحية في العمد القصاص.

قيل : صورة حلق شعر الرأس واللحية خطأ هي أن يظنه مبـاح الدم فحلق ثم ظهر أنه غير مباح .

( وفي الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية ) يعني اذا حلق الحاجبين أو تبعاً فلم ينبتا تجب الدية لأنه أزال الجمال على الكمال . ( وعند الشافعي ومـــالك تجب حكومة عدل ) لأنهما لا يوجبان أنه في الشعر ولايجب القصاص بالاتفاق (وقد مر الكلام من قبل فيه وفي اللحية ) أي عند قوله : وفي اللحية إذا حلقت فلم تنبت الدية.

( قال ) أي القدوري ( وفي العينين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي الشفتين الدية ، وفي الأذنـــين الدية ، وفي الانثيين الدية ، كذا روى عن سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن النبي ﷺ ) هذا غريب .

( قال ) أي القدوري ( وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية فيما كتبـــه النبي ﷺ لعمرو بن حزم : « وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية » ) تقدير هـــذا في الفصل المذكور وفيما كتب لعمرو بن حزم » ، وفي العين الواحدة نصف الدية ، وفي اليد الواحدة نصف الدية ، وفي الرجل الواحدة نصف الدية .

( ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال، فيجب

أو كمال الجمال فيجب كل الدية ، وفي تفويت أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية . قال : وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي أحدهما نصف دية المرأة لمـــا بينا بخلاف ثديي الرجـــل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال ، وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن ، وفي احداهما نصفها لمـــا بيناه .

قال : وفي أشفار العينين الدية ،

---

كل الدية ، وفي تفويت أحدهما تفويت النصف ، فيجب نصف الدية ) .

( قال ) أي القدوري ( وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة ، وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا ) أشار به إلى قوله : لأن في تفويت الاثنين من هـــذه الاشياء إلى قوله : فيجب نصف الدية .

( بخلاف ثديي الرجل ) بضم الثاء المثلثه وكسر الدال وتشديد الياء جمع ثدي حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال ( وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن ) وبه قال الشافعي « رح » وأحمـــد رحمه الله ، وقال الثوري ومالك : ان ذهب اللبن وجبت الدية وإلا تجب حكومة عدل .

( وفي احدهما ) أي في احدى الحلمتين ( نصفها ) أي نصف الدية ( لما بيناه ) أي عند قوله : لأن في تفويت الاثنين إلى آخره .

وقال الكرخي : وإن قطع الحلمة من ثدي المرأة وحدها أو قطع الثدى وفيه الحلمة فيه نصف الديه الحلمة والثدي ، وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل البرء من الأول .

وفي الجمهرة حلمتا الثدى النابتتان وفي طرفه وهما اول الحياة .

( قال ) أي القدوري ( وفي أشفار العينين ) الأشفار جمع الشفر بالضم وهو منبت الأهداب ، وهو جمع هدب ، وهو الشعر الذي على الأجفان ( الدية ) أي تجب الدية .

وفي أحدها ربع الدية. قال رضي الله عنه: يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكر محمد «رح» في الأصل للمجاورة كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير . وهذا لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة، وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب . وإذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها . ويحتمل أن يكون

---

( وفي احدها ) أي في أحد الأشفار ( ربع الدية ) هذا عند اكثر أهل العلم .

( قال ) أي المصنف ( يحتمل أن مراده ) أي مراد القدوري من الأشفار ( الأهداب مجازاً ) أي من حيث المجاز ( كما ذكر محمد في الأصل ) حيث جعل الأشفار اسماً للشعر الذي ينبت على حروف العين، وقد خطأه اهل اللغة في هذا كما لو استعار منابت الشعور والشعور تسمى أهداباً .

وقال ابو حنيفة رضي الله عنه دفعاً لتخطيتهم محمداً بقول يحتمل أن يكون بطريق المجاز ( للمجاورة ) من طريق إطلاق اسم المحل على الحال، والمجاز تتابع في كلام العرب لا ينكره إلا من لا معرفة له من العلوم .

وذكر المصنف رحمه الله نظيراً لهذا المجاز بقوله : ( كالرواية للقربة وهي حقيقة في البعير ) أي الرواية حقيقة في البعير لأن البعير الذي يحمل عليه الماء الرواية وكثر ذلك حتى سموا القربة رواية مجازاً للمجاورة كما سمي المطر سماء .

( وهذا ) أي هذا الذي ذكرنا من وجوب الدية في أشفار العينين وفي احدها ربع الدية ( لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى ) وهو الذى يقع في العين . ( عن العين إذ هو يندفع بالهدب، وإذا كان الواجب فى الكل ) أي في كل الاشفار ( كل الدية وهي أربعة كان في احدها ربع الدية، وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ) أي ثلاثة ارباع الدية .

( ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر ) هـــذا عطف على قوله : يحتمل مراده

مراده منبت الشعر والحكم فيـــه هكذا، ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد، وصار كالمارن مع القصبة.

قال: وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الديـــة لقوله ﷺ: فى كل اصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها.

---

الأهداب مجـــازاً أي ويحتمل أن يكون مراد القدوري من الاشفار الحقيقة وهو منبت الشعر ( والحكم فيه هكذا ) والحاصل كلام القدوري يحتمل الحقيقة والمجـــاز جميعاً ، والحكم في الكل واحد .

قال المصنف رحمه الله عنه ( ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحــدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة ) أي قصبة الأنف ، وفى التحفة إذا قطـــع الاجفان التي لا اشفار لها تجب حكومة العدل .

( قال ) أي القدوري رحمه الله (وفى كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه‌السلام ) أي قول النبي ﷺ ( في كل أصبع عشر من الابل ) هذا روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ، منهم أبو موسى الأشعري رضي الله تعالى عنـــه ، أخرجه أبو داود والنسائي « رح » عن النبي ﷺ قال : « الأصابع سواء في كل أصبع عشر من الابل » ومنهم ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أخرجه عنه الترمذي قال : قال رسول الله ﷺ : « دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الابل في كل اصبع » ، وقال حديث حسن صحيح غريب .

ومنهم عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه ابن ماجة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قال : « الأصابع كلها سواء في كل أصبع واحـــد عشر من الإبل » ( ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها ) اعشاراً أي على الأصابع عشراً في كل أصبع عشر من الإبل .

( قال ) أي القدوري ( والأصابع كلها سواء ) أي أصابع اليدين وأصابع الرجلين

قــــال : والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ، ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيــــه كاليمين مع الشمال ، وكـــذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة الشيء فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليهما أعشاراً . قال : وفي كل اصبع فيهــا ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلات ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع . قــــال : وفي كل سنّ خمس من الإبل لقوله عليه السلام

---

كلها سواء ( لإطلاق الحديث ) المذكور ، وهو مذهب علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم . ولا نعلم فيه خلاف إلا رواية عن عمر رضي الله عنه انـــه قضى في الابهام بثلاثة عشر ابلاً ، وفي التي تليها اثني عشرة . وفي الوسطى بعشرة وفي التي تليها تسع وفي الخنصر ست . وروي عنه كقول العامة « رح » .

( ولأنها ) أي ولأن الأصابع ( سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزياده فيـــه ) أي في البعض ( كاليمين مع الشمال ) يعني هما سواء في إيجاب الحكم حيث تجب الديـة فيهما على السواء ، وإن كانت منفعة اليمين أكثر ( وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلهـــا منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما ) أي في الرجلين (عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً ) أي عشر في كل أصبع .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وفي كل أصبع فيها ثلاثة مفاصل ، ففي أحدها ثلث دية الإصبع ، وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الأصبع ، وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع ) هذا ليس فيه خلاف إلا ما حكي عن مالك انه قــال : للإبهام أيضاً ثلاثة أحدها بباطنه ، وليس بصحيح لأن الإعتبار يقتضي وجوب العشر في الظاهر لا مــا بطن منها ، وأصابع اليدين والرجلين سواء بلا خلاف .

( قال ) أي القدوري ( وفي كل سن خمس من الإبل ، لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي

في حديث أبي موسى الاشعري رضي الله عنه : وفي كل سن خمس من الإبل ، والاسنان والاضراس سواء لإطلاق ما روينا ، ولما روي في بعض الروايات . والاسنان كلها سواء

---

ﷺ ( في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه : « وفي كل سن خمس من الإبل » ) واخرج ابن ماجة من حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى في السن خمس من الإبل .

( والاسنان والاضراس سواء لإطلاق ما روينا ) أشار بـه إلى حديث عمرو بن حزم « رض » قال فيه « وفي السن خمس من الابل . ( ولما روي في بعض الروايات : والأسنان كلها سواء ) هـذا رواه البزار في مسنده من حديث عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال : « الثنية والضرس سواء والأسنان كلها سواء وهـذه سواء » وقال الأترازي : قال القدوري : والأسنان والأضراس كلها سواء وكان من حق الكلام أن يقال : والأسنان كلها سواء بلا ذكر الأضراس ، ويقال : والأنياب والأضراس سواء ، لأن الضرس دخل تحت السن لأن السن يشمله والعطف يوهم المغايرة بين السن والضرس انتهى .

وقال الاكمل : قوله : والاسنان والاضراس كلها سواء . قالوا : فيه نظر ،والصواب أن يقال : وفي الاسنان كلها سواء ، ويقال : والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنـان فوق واثنان أسفل ، ومثلها رباعيات ، وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها أضراس تلي الانياب ، واثنتي عشرة سناً تسمى الطواحين من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدهن اثنـان أخريان ، وهي آخر الاسنان ، وتسمى النواجذ ، وهي في أقصى الاسنان وهي جمع ناجذ ، وتسمى سن الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كال العقل ، فلا يصح أن يقـال : الاسنان والاضراس سواء لعوده إلى معنى الاسنـان وبعضها سواء انتهى .

قلت : يمكن منع النظر من حيث المغايرة بين الاضراس والاسنان حاصلة من جهة

ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص، وقد مر في الجنايات.

قال ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة،

---

التسمية، لان غير الضرس من الاسنان، فمن هذه الحيثية لا تتوهم المغايرة. وفي الخلاصة: لو ضرب سن رجل حتى تحولت وسقطت ان كان خطأ تجب خمسمائة على العاقلة، وإن كان عمداً يقتص وفي التساوي الصغير إذا قلع سن البالغ لا يستأني لان النبات بعد البلوغ نادر، ولو قطع سن الصبي يستأني حولاً لان النبات ليس بنادر. ومع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبت لا شيء عليه، وفي الخلاصة إشارة إلى أنه يؤجل في البالغ. وفي نسخة الإمام السرخسي رحمه الله: يستأني حولاً في الكبير الذي لا يرجى نباته في الكسر والقطع، وهكذا في شرح الشافعي، وهكذا في المنتقى قال: وبالأول يقضى أنه لا يؤجل ولو قطع جميع أسنانه يجب ستة عشر ألفاً، لأن أسنانه تكون ثمانية وعشرين.

حكي عن امرأة قالت لزوجها: يا كوسج، فقال: إن كنت كوسجاً فأنت طالق. سئل أبو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال: تعد أسنانه إن كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج

( ولان كلها ) أي كل الاسنان ( في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع ) أي كما لا يعتبر التفاوت في الايدي والاصابع لان كلها سواء في جنس المنفعة.

( وهذا ) أي الذي ذكره كله ( إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص وقد مر في الجنايات ).

( قال ) أي القدوري ( ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوءها بالضرب لان المتعلق ) أي الموضع الذي يتعلق به وجوب كل الدية ( تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ) لان الصورة قائمة فإن قيل: ذكر في

ومن ضرب صلب غـــيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة . وكـذا لو أحدبه لانه فوت جمالاً على الكمال وهو استواء القامة ، فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه ، لزوالها لا عن أثر .

## فصل في الشجاج

قال : الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ،

---

المبسوط ان في اليد الشلاء وفقاء العين العوراء حكومة عدل ، وذكر هنا ان في اذهـاب منفعة اليدين مع بقاء الصورة كمال الدية فعلم أن الصورة والمعنى كل واحـــد متعين يوجب شيئاً يحق له . فينبغي أن يجب بقطع اليدين الصحيحتين الدية مع الحكومة ، فالدية لإزالة المنفعة والحكومة لإزالة الصورة قلنا نعم ، كذلك ، إلا أنه أدخل الأقل في الأكثر لما لو شج فذهب العقل دخل أرش الموضحة في الدية .

( ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة ) وهو النسل ( وكذا ) أي تجب الدية ( لو أحدبه ) أي ضرب ظهره فحدث من ذلك ( لأنــه فوت الجمال على الكمال ، وهو استواء القامة ولو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر ) ولو بقي أثر الضربة بعد زوال الحدبة ويلزم حكومة عدل لأنه زال به النفع الذي تجب به كل الدية .

### ( فصل في الشجاج )

أي هذا فصل في بيان أحكام الشجاج وهو جمع شجة ، ولما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسألة ذكرها في فصل .

( قال ) أي القدوري ( الشجاج عشرة ) أي عشرة أنواع وجه انحصارها في العشرة يظهر بحسب على تعاقب آثارها الأولى ( الحارصة ) بالحاء والصاد المهملتين ومنـــه قولهم حرص القصار الثوب ، إذا خرقه في الدق ( وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ) من الخدش بالخاء والشين المعجمتين وهو قطع الجلد ( ولا تخرج ) أي الحارصة لا يخرج ( الدم والدامعة )

ولا تخرج الدم ، والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين ، والدامية وهي التي تسيل الـــدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم ، والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقـــة بين اللحم وعظم الرأس ،

---

أي الثانية من الشجاج بين التي تسمي بالدامعة ( وهي التي تظهر الدم ولا تسيله ) بضم التاء من الاسالة فهي لا تسيل الدم ولكن يظهر ( كالدمع في العين ) يظهر ولا يسيل .

( والدامية ) أي الثالثة : الشجة الدامية دمى يدمى دماً ودميا .

وأصله دم : وهو بالتحريك .

وقال سيبويه دمى : بالتسكين . وقال المبرد بالتحريك . وقال الجوهر :

يقال دمى الشيء يدمى دمي ودميا فهو دم مثل فرق يفرق فرقاً فهو فرق . قلت لم يقل فهو دام فدل على أن الفاعل منه لا يجيء إلا على وزن الصفة المشبهة وعلى مـــا ذكره الفقهاء يكون دام وأصله دامى فاعل إعلال ماض .

وللتأنيث يقال : دامية ( وهي التي تسيل الدم ) بضم التاء من الاسالة ( والباضعة ) أي الشجة الرابعة هي التي تسمى بالباضعة ( وهى التي تبضع الجلد أي تقطعه ) من البضع وهو الشق والقطع . وفي المغرب الباضعة هى التي جرحت الجلد وشقت اللحم .

( والمتلاحمة ) أي الشجة الخامسة التي تسمى بالمتلاحمة (وهى التي تأخذ في اللحم )وفي المغرب المتلاحمة من الشجاج التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعـــد شقهـــا أي تتلاحم وتتلاصق .

وقال الأزهري :

الوجه أن يقال : اللاحمة ، أي القاطعة اللحم ، وإنما سميت بذلك على التأول إليه ، أي على التفاؤل . وعن محمد «رح» هي قبل الباضعة ، وهي التي تتلاحم فيها الدم وتسود . الأحمر ولا يبضع اللحم . ( والسمحاق ) أى الشجة السادسة هي التي تسمى بالسمحاق ( وهي التي تصل إلى السمحاق ، وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس ) .

والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه ، والهاشمة به وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله والآمة ، وهي التى تصل إلى أم الرأس ، وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص، إن كانت عمداً ، لما روي أنه عليه السلام

---

وفي المغرب السمحاق، جلدة رقيقة فوق عظم الرأس إذا انتهت إليه الشجة يسمى سمحاق ومنه قيل العظم الرقيق سماحيق ( والموضحة ) أى الشجة السابعة تسمى بالموضحة (وهي التي توضح العظم أى تبينه ) وفي المغرب يقال أوضحت الشجة في رأسه وأوضح فلان في رأس فلان إذا شج هذه الشجة ، وإما قول أبي يوسف « رح » أنه شجه فأوضحه فلم أجده إلا في رسالته ( والهاشمة ) أى الشجة الثامنة هي التي تسمى بالهاشمة ( وهي التي تكسر العظم ) من الهشم ، وهو كسر الشيء الرخو من باب ضرب . ( والمنقلة ) أى الشجة التاسعة ، هي التي تسمى بالمنقلة ( وهي التي تنقل العظم بعد الكسر ، أى تحوله ) من موضع إلى موضع آخر .

( والآمة ) بالمد وتشديد الميم ، وهي الشجة العاشرة ( وهي التي تصل إلى أم الرأس، وهو الذى فيه الدماغ ) وفي المغرب . وإنما قيل للشجة آمة ، ومأمومة ، على معنى ذات أم كعيشة راضية . وجمعها : أوام ومأمومات .

وقال القدورى في شرحه ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد وتصل إلى الدماغ . فهذه إحدى عشرة شجة . ولم يذكر فيها عن الحارصة ولا الدامية ، لأن الحارصة لم يبق لها أثر في الغالب .

والشجة التي لا أثر لها في الغالب لا حكم لها . ولم يذكر الدامغة ، لأن الإنسان لا يعيش معها ، فلا معنى لإثبات حكم الشجاج فيها .

وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف على ما يجيء ، إن شاء الله تعالى .

( قال ) أي القدورى رحمه الله :

( ففي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي إنه ﷺ ) أى أن النبي ﷺ

قضى بالقصاص في الموضحة، ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص . قال : ولا قصاص في بقية الشجاج ، لأنه لايمكن اعتبار المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه ، ولأن فيما فوق الموضحة كسر العظم . ولا قصاص فيه . وهذه رواية عن أبي حنيفة. وقال محمد « رح » في الأصل وهو ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما قبل الموضحة،

---

(قضى بالقصاص في الموضحة ) . هذا حديث غريب .

وأخرج البيهقي ، عن عطاء قال :

قال رسول الله ﷺ : لا طلاق قبل ملك ولا قصاص فيما دون الموضحة من الجراحات . وهو مرسل .

وأخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن وعمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنهم أن النبي ﷺ ، لم يقض فيا دون الموضحة بشيء . (ولأنه يمكن أن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان ، فيتحقق القصاص ) .

لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق القصاص لأن عند المساواة تتحقق المماثلة ، فيتحقق الاستيفاء .

( قال ) أي القدوري :

( ولا قصاص في بقية الشجاج لأنه لايمكن اعتبار المساواة فيها ) أي في بقية الشجاج ( لأنه لا حد ينتهي السكين إليه ) فلا يوجد المساواة ( ولأن فيا فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه ) أي في العظم .

( وهذه ) أي المذكور . ( رواية عن أبي حنيفة) رواها الحسن عنه وبه قال الشافعي وأحمد رحمها الله .

( وقال محمد «رح» في الأصل ) أي المبسوط . ( وهو ظاهر الرواية . أنه يجب القصاص فيا قبل الموضحة ) أي دون الموضحة في الأثر كالسمحاق ونحوه .

لأنه يمكن اعتبار المساواة فيـــه ، إذ ليس كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطـع بهـــا مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص . قال : وفيما دون الموضحة حكومة العدل ، لأنه ليس فيها إرش مقدر ، ولا يمكن اهداره ، فوجب إعتباره بحكم العـــدل . وهو مأثور عن النخعي وعمرو بن عبد العزيز « رح » . قال : وفي الموضحة ، إن كانت خطأ نصف عشر الدية ، وفي الهاشمة عشر الدية ،

---

وفي الكافي : هذا هو الصحيح ، لظاهر قوله تعالى ﴿ والجروح قصاص ﴾ . ويمكن اعتبار المساواة كما ذكره في المتن ، وهو قول مالك ( لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ، ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ) .

يقال : سبرت الجرح أسبره إذا نظرت ما غوره . والمسبار ، بكسر الميم ما يسبر به الجرح . والتسبار مثله. وكل أمر رزوته فقد سبرته واستبرته . كذا في الصحاح قوله :

رزوته بالراء ثم بالزاي قاله الجوهري رزوته أروزه روزا أي خبرته وخبرته ( ثم يتخـذ حديدة بقدر ذلك ، فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص ) .

( قال ) أي القدوري :

( وفيما دون الموضحة حكومة العدل ) أي فيما دون الموضحه من حيث الأثر. وقيل: الموضحة من حيث الذكر ، وهي من الحارصة إلى السمحاق .

( لأنه ليس فيها أرش مقدر ، ولا يمكن إهداره ، فوجب اعتباره بحكم العدل ،وهو مأثور عن ابراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله تعالى عنهما ) .

أما ابراهيم النخعي ، فرواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا سفيان الثوري ، عـن حماد عن ابراهيم ، قال : فيما دون الموضحة حكومة . ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان بـه وأمـا أثر عمر بن عبـــد العزيز فغريب ( قـال ) أي القدوري « رح » ( وفي الموضحة ، إن كانت خطـــأ ، نصف عشر الدية . وفي الهاشمة عشر الديــة .

وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية ، وفي الآمة ثلث الدية. وفي الجائفة ثلث الدية ، فإن نفذت فيها جائفتان ففيها ثلثا الديـــة لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في الموضحة : خمس من الابل ، وفي الهاشمة عشر ، في المنقلة خمسة عشرة ، وفي الآمة . ويروى المأمومة ثلث الدية . وقـــال عليه السلام : وفي الجائفة ثلث الدية. وعن أبي بكر رضي الله عنه أنـــه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الديـة ،

---

وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية . وفي الآمة ثلث الدية . وفي الجائفـــة ثلث الدية ، فإن نفذت فيها جائفتان ، ففيها ثلث الدية لما روى في كتاب عمرو بن حزم أن النبي ﷺ قال :

في الموضحة خمس من الإبل ، وفى الهاشمة عشر ، وفي المنقلة خمسة عشر ، وفى الآمة ، ويروى المأمومة ، ثلث الدية ) .

قد تقدم هذا فى كتاب عمرو بن حزم .

( وقال عليه السلام ) أى قال النبي ﷺ ( فى الجائفة ثلث الدية ) . هذا أيضاً تقدم فى حديث عمرو بن حزم . وروى ابن أبي شيبة فى مصنفه :

حدثنا عبد الرحيم بن سليمان ، عن محمد بن إسحاق عن مكحول عن أشعث عـــن الزهرى ، أن النبي ﷺ قضى فى الجائفة بثلث الدية .

( وعن أبي بكر الصديق رضى الله تعالى عنه أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية ) .

رواه عبد الرزاق فى مصنفه . أخبرنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم قال :

سمعت ابن المسيب قال : قضى أبو بكر رضي الله تعالى عنه فى الجائفة تكون نافذة بثلثى الدية . وقال : إنهما جائفتان . قال سفيان : ولا تكون الجائفة إلا فى الجوف ،

ولأنهـــا إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحداهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية : وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال : هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود ، ومـــا ذكرناه بدأ فروى عن أبي يوسف. وهذا اختلاف عبارة لا يعود إلى معنى وحكم

---

( ولانها ) أي ولان الجائفة ( إذا نفذت نزلت منزلة الجائفتين إحـداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر ، وفى كل جائفة ثلث الدية ، فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية ) وبه قال الشافعى ومالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال إبن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك . وحكى عن بعض أصحاب الشافعى وعن أبي حنيفة فى رواية أنه جائفة واحدة . ( وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة ) أى فى الذكر (وقال) أى محمد ( هى التي يتلاحم فيها الدم ويسود ) وقال تاج الشريعة : وليس معناه أنها قبل الباضعة من حيث أن تحته دونه ، بل من حيث أن المتلاحمة عند محمد ما يظهر اللحم ولا تقطعه من قولهم : إلتحم السنان إذا اتصل أحدهما بالآخر والباضعة بعدها . وفى ظاهر الرواية : المتلاحمة ما يعمل فى قطع أكثر اللحم وهى بقدر الباضعـــة وهى تقطع بعض اللحم .

( وما ذكرنا بدأ ) أى أولاً . قال الجوهرى : البدء والبدء أيضاً الاول، ومنه قولهم أفعله بادى على وزن فعل ، وبادى بدى على وزن فميل ، أى أول شيء . ( فروى عن أبي يوسف ) وهو ظاهر الرواية .

( وهذا ) أى هذا المذكور من رواية أبي يوسف ومحمد ( اختلاف عبارة لا تعود إلى معنى وحكم ) أى الذى روى عن محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة ، والذى روى عـن ابي يوسف الباضعة قبل المتلاحمة ، اختلاف فى الإسم لا فى المعنى والحكم لان محمداً رحمه الله لا يمنع ان تكون الشجه التي ذهبت فيه اللحم ارشها، وكذلك ابو يوسف رحمه الله لايمنع أن تكون الشجه التي قبل الباضعة أقل منها أرشاً ، وإنما الخلاف في الإسم . قال محمد

وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها لأنها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة، ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر، وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف، وهو إنما ورد فيما يختص بهما ولأنه إنما ورد الحكم فيها

---

المتلاحمة مأخوذة من الإجتماع، يقال: التحم الحيان إذا اجتمعا، وقال أبو يوسف: إنها مأخوذة من الذهاب فى اللحم، كذا ذكره القدورى «رح» فى شرحه.

(وبعد هذا) أى بعد ذكر الآمة التي هى عاشرة الشجاج (شجة أخرى تسمى الدامغة) بالغين المعجمة (وهي التي تصل إلى الدماغ، وإنما لم يذكرها) يعني محمد «رح» في الأصل (لانها تقع قتلاً فى الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة) وقد مر بيان هذا عن قريب (ثم هذه الشجاج) لما ذكر قبل هذا حكم الشجاج شرع بذكر مواضع الشجاج (تختص بالوجه والرأس لغة) وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم، وعلى ما ذكر في الإيضاح تختص بالوجنتين والرأس أيضاً، وقال أبو الليث: يثبت حكم هذه الشجاج في كل البدن. (وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة) أي حكم الشجاج يثبت في الوجه والرأس على ما هو حقيقة اللغة (في الصحيح) احترازاً عن قول أبي الليث، ثم أوضح ذلك بقوله: (حتى لو تحققت).

وقال تاج الشريعة: حتى لو تحققت الموضحة والهاشمة والمنقلة (في غيرهما) أي في غير الرأس والوجه (نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وإنما تجب حكومة العدل لأن التقدير بالتوقيف) يعني لأن التقدير منأمرين والأمور لاتكون إلا بالتوقيف على الشرع (وهو) أي التوقيف (إنماوردفيمايختص بهما) أي بالوجه والرأس (ولأنه إنما ورد الحكم فيها

لمعنى الشين الذي يلحقه يبقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها في الغالب ، وهو العضوان هذان لا سواهما ، وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر ، وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً ، وقالوا : الجائفة تختص بالجوف ، جوف الرأس

---

لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة ، والشين يختص بما يظهر منها ) أي من الأعضاء ( في الغالب وهو العضوان هذان ) أي الوجه والرأس . ( لا سواهما ) أي لأن ما سواهما يغطى في العادة فلا يلحقه الشين كما يلحق في الوجه والرأس ( وأما اللحيان ) بفتح اللام تثنية اللحي ، وهو الذي عليه اللحية . ( فقد قيل ليسا من الوجه ، وهو قول مالك ) .

وقال صاحب الذخيرة : والذقن من الوجه بلا خلاف ، والعظم الذي تحت الذقن ، وهو اللحيان من الوجه عنده ، حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة والمنقلة في اللحيين كان لها أرش مقدر عندنا خلافاً لمالك رحمه الله وهو معنى قوله (حتى لو وجد فيهما ) أي في اللحيين ( ما فيه أرش مقدر ) وهو الشجاج الثلاثة المذكورة ( لا يجب المقدر وهذا ) أى عدم الأرش المقدر فيهما ( لأن الوجه مشتق من المواجهة ، ولا مواجهة للناظر فيهما ) أى في اللحيين .

( إلا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به ) أى لاتصال اللحيين بالوجه (من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً ) أى في اللحم يعني المواجهة أيضاً ، فيكون من الوجه حقيقة ، قيل عليه بجران [ كذا ] أن يكون غسلها فرضاً في الطهارة وأجيب بأنه ترك هذه الحقيقة بالإجماع والإجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة .

( وقالوا ) أى المشايخ : ( الجائفة تختص بالجوف : جوف الرأس أو جوف البطن )

أو جوف البطن ، وتفسير حكومة العدل على مـــا قاله الطحاوي ان يقوم مملوكاً بدون هذا الاثر ويقوم به الاثر ثم ينظر إلى تفاوت مـــا بين القيمتين ، فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية ، وإن كان ر بع عشر فربع عشره ، وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة ، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان مالا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه .

---

وفي الأجناس الجائفة وإن نفذت من رواية ففيها ثلث الدية إن كان عمداً ففي ماله ، وإن كان خطأ فعلى عاقلته . والجائفة تكون ما بين اللبة والعانة ولا يكون فوق الذقن ، ولا يكون تحت العانة بين الفخذين والرجلين .

وقال الكرخي في مختصره : ولا تكون الجائفة في الرقبة ولا في الحلـق ، ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن والجبين وكل ما وصل إلى الفم ففيـه حكومة عدل وليس بجائفة ، ولا يكون في اليدين ولا في الرجلين ، ثم في الشجاج كلهـا إذا برأت ولم يبق لها أثر بعد البرء لا يجب شيء في العمد والخطأ ولا رواية عن أبي حنيفة «رح» أنه قال : يجب مقدار أجر الطبيب .

كذا في شرح الطحاوي وأما إذا بقي لها أثر بعد البرء في الخطأ في الموضحة وما فوقها أروش مقدرة وقبلها حكومة عدل ، أما في العمد فلا يجب القصاص إلا في الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الأروش . ( وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى أن يقوم مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم به هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وإن كان ربع عشر فربع عشره ) .

(وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقـدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص عليه) بيان قوله كم مقدار هذه الشجة إن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة ، فإن كان مقدارها ثلث الموضحة يجب ثلث أرش الموضحة وإن كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة ، وإن

## فصـــل

وفي أصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على مـــا روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الأصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فإن قطعهـــا مع الكف ففيه أيضاً نصف الدية لقوله عليه السلام : وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الديـــة، ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بهما ، وإن قطعهما مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف

---

كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة . قال شيخ الإسلام : هذا هـو الأصح وفي فتاوى قاضي خان . وعلى قول الطحاوى الفتوى وبه أخذ الحلواني وبه قالت الأئمة الثلاثة وأهل العلم ، وقال ابن المنذر ، وهو قول كل من يحفظ عنه .

( فصـــل )

أى هذا فصل في بيـــان مسائل الجراح التي فيها دون النفس فيما دون الرأس ( وفي أصابع اليد نصف الدية ) هذا قول القدورى في مختصره لما روينا ، وفي بعض النسخ على ما روينا في فصل في الشجاج في حديث عمرو بن حزم : في كل اصبع عشر من الإبل فإذا وجب ( لان في كل اصبع عشر الدية ) من الإبل وهو عشر الدية ( على ما روينا ) يكون في أصابع اليد الواحدة إذا قطعت خطأ نصف الدية لان فيها خمس أصابع (فكان في الخمس) أى في خمس الاصابع (نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب ) أي الموجب للديـــة تفويت جنس المنفعة ( على ما مر ) أي في فصل ممـــا دون النفس ( فإن قطعهـــا ) أي الأصابع ( مع الكف ففيـــه أيضاً نصف الديـــة لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ . ( وفي اليدين الدية ) تقدم من ذلـــك فيه الكفاية ( وفي احداهما ) أى في إحدى اليدين ( نصف الدية ) هو أيضاً لفظ الحديث ( ولان الكف تبع للأصابع لان البطش بهما ) أي بالاصابع ( وإن قطعها ) أى اليد (مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهـــو

الدية ، وفي الزيادة حكومة عدل ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وعنه ما زاد على أصابع اليـــد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد اسم لهـــذه الجارحة إلى المنكب ، فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ، ولأن لا وجـــه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما عضواً كاملاً ولا إلى أن يكون تبعاً للكف لأنه تابع ، ولا تبع للتابع .

---

رواية عن أبي يوسف ) وبه قال الشافعي ظاهر مذهبه والقاضي الحنبلي . ( وعنـــه ) أي وعن أبي يوسف ( ان ما زاد على أصابع اليد والرجل فهـو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ لان الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية ، واليد إسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى رحمهم الله وأصحاب الشافعي وهو قول النخعي وقتادة وعطاء لان الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الديـــة ، واليد إسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع .

( ولهما ) أي ولابي حنيفة ومحمد (أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع ، فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ) بيان هذا أن اليد آلة باطشة بمعنى أرش اليد يجب باعتبار إزالة البطش ، والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لهـا ، وأما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في التضمين ( ولانه ) أي ولان الذراع ( لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لان بينهما ) أي بـــين الذراع والاصابع ( عضواً كاملا ) وهو الكف (ولا إلى أن يكون ) أي لا وجه إلى أن يكون (تبعاً للكف لانه ) أي لان الكف ( تابع ولا تبـع للتابـع ) بيانـــه أن الذراع لا يجوز أن يتبع الاصابع لانه يفصل بينها عضو فلا يكون تبعاً ، ولا يجوز أن يستتبع الكف لانه تبع في نفسه فلا يثبت له تبع.

قال : وإن قطع الكف من المفصل وفيهـــا اصبع واحدة ففيه عشر الدية وإن كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف ، وهذا عند أبي حنيفة ، فلا ينظر إلى أرش الكف والاصبع فيكون عليــــه الأكثر ، ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين لأن الكل شيء واحد ، ولا إلى إهدار أحدهما لأن كل واحد أصل من وجه فرجحنا بالكثرة ، وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعاً لان البطش يقوم بها . وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشراً من الإبل ،

---

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه ) أي في الاصبع الواحدة ( عشر الدية ) وفي بعض النسخ ففيها ، فالاصبع يذكـــر ويؤنث ( وإن كان اصبعان فالخمس ) أي الواجب خمس الدية (ولا شيء في الكف وهذا) أي وهذا الحكم ( عند أبي حنيفة «رض» فـــلا ينظر إلى أرش الكف وأرش الاصبع ) أي حكومة العدل في الكف والاصبع ( فيكون عليه الأكثر ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الأرشين ) أي أرش الكف وأرش الاصبع يعني الجمع بين هـــذين الأرشين جمع اتفاق ( لأن الكل شيء واحد ) لأن ضمان الأصابع ضمان الكف والأصابع فهذا شيء واحد ، ( ولا إلى إهدار أحدهما ) أي ولا وجه أيضاً إلى إهدار أحدهما (لأن كل واحد ) من الكف والأصابع ( أصل من وجه ) .

أما الاصابع فظاهر وأما الكف فأصل من حيث إن قيام الاصابع بــــه ( فرجحنا بالكثرة ) كما قلنا فيمن شج رأس شخص وتناثر بعض شعره حيث يدخل هناك الاقل في الاكثر ( وله ) أي ولابي حنيفة ( أن الاصابع أصل والكف تبع حقيقة ) أي من حيث الحقيقة ( وشرعاً ) أي من حيث الشرع وبين وجه الحقيقة بقوله: ( لان البطش يقوم بها ) أي بالاصابع ، وبين وجه الشرع بقوله : ( وأوجب الشرع في اصبع واحـدة عشراً من

والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ، ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الاصابع ، ولا شيء في الكف بالاجماع لأن الأصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الاصابع قائمة بأسرها .

قال : وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل

---

الإبل ، والترجيح من حيث الذات والحكم ) أي من حيث الحقيقـــة والشرع ( أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ) كما أن التقدير الشرعي ثابت بالنص ، وما لم يثبت فيه تقدير يكون تقديره بالرأي ، والرأي لا يعارض النص ، وأما قولهـــما ان بالكثرة أولى نقلنا إنما يصار إلى الترجيح عند المساواة في القوة ولا مساواة بين النص والرأي .

واما مسألة الشعر فلا يكون تبعاً للآخر وفيما نحن فيه الكف تبع . كـــذا ذكره قاضي خان ، فلما كان الاعتبار عند ابي حنيفة للنص وتقدير الشرع لا يتفاوت بين ان يكون الباقي اصبعاً اكثر . ولهذا قال ابو حنيفة : إذا لم يبق من الاصبع إلا مفصل واحد ففي ظاهر الرواية عنده ارش ذلك المفصل او يجعل الكف تبعـــاً له لان ارش المفصل مقدر شرعاً ، وما بقي شيء من الاصل ، وإن قل لا حكم للتبع كما إذا بقي واحد من اصحاب الخطر في المحل لا يعتبر المكان ، وروى الحسن عن ابي حنيفة إذا كان الباقي دون اصبع يعتبر فيه الاقل والاكثر كقولهما فيدخل الاقل في الاكثر والاول اصح .

( ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالإجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت الاصابع قائمة بأسرها ) ثم قطعت مع الكف .

ويقال هذا الشيء بأسره اى بجميعه ، كما يقال يومئذ .

( وفي الاصبع الزائدة ) اى وفي قطع الاصبع الزائدة ( يجب حكومة عدل ) وبه قال الشافعي واحمد والثوري ، ولا يعلم لهم مخالف . وعن زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه قال : فيها ثلث دية الاصبع . وفي الذخيرة : فيها الحكومة سواء كان في العمد او

تشريفاً للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة ، وكذلك السن الشاغية لما قلنا ، وفي عين الصبي وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل . وقال الشافعي : تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والاذن ، ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل

---

في الخطأ ، وسواء كان للقاطع اصبع زائد ام لا .

( تشريفاً للآدمي ) اى لاجل تشريفه لانه مكرم ( لانه ) اى لان الاصبع الزائدة ( جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة ) اى ولا جمال فيه قيل عليه انه منقوض بما إذا كان من ذقن رجل شعراته منفرة وازالها رجل ، ولم ينبت مثلها فإنه لم يجب فيه حكومة عدل ، وإن كان الشعر جزءاً من الآدمي بدليل انه لا يحل الانتفاع به ، واجيب بأن إزالة جزء الآدمي إنما يوجب حكومة عدل إذا بقي من اثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وإزالة الشعرات تزينه ولا تشينه ، فلا يوجبها ، كما لو قص ظفر غيره بغير إذنه ( وكذلك السن الشاغية ) بالشين والغين المعجمة ، اى الزائدة . يقال : شغيت اسنانه إذا اختلف بينها وتراكبت . وقيل الشغى ان تقع الاسنان العليا على السفلى ورجل اشغى وامرأة شغياء ومنه سميت العقاب شغياء لان مقدم مسيرها مطبق على الآخر جزءاً منها بكسر الميم لسباع الطير بمنزلة المستعار لغيرها ( لما قلنا ) إشارة الى قوله : لانه جزء من يده ، يعني كما ان الاصبع الزائدة جزء من المجني عليه ، كذلك السن الشاغية جزء فلا تجب الحكومة ، فكذا هنا .

( وفي عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل ) هذا لفظ القدوري «رح» فى مختصرة . وقال المصنف «رح» ( وقال الشافعى يجب دية كاملة ) وبه قال أحمد ، وهو قول الثوري ( لأن الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والأذن ) من الصبي ( ولنا أن المقصود من هذه الأعضاء المنفعة ، فإذا لم يعلم صحتها لا يجب الأرش الكامل بالشك ) لأن السلامة بالدليل وبالظاهر تثبت السلامة . ( والظاهر لا يصلح حجة للالزام ) إنما قيد

بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال، وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام، وفي الذكر بالحركة، وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ.

قال: ومن شج رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش

---

بالإلزام لأن مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الإلزام حتى أنه لو أعتق صغيراً لا يعلم صحة هذه الأعضاء منه يقيناً يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة، وقد تقدم من قبل في قوله ويجزيه رضيع وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل عنده. وبه قال أحمد في رواية قال الشافعي فيها دية كاملة، وبه قال مالك وأحمد في رواية في ذكر الخصي مثل قولنا، وهو قول الثوري وقتادة وإسحاق ( بخلاف المارن والأذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال ) ومعنى الشاخصة المرتفعة عن شخص بالفتح شخوصاً. وقال في الجمهرة: شخص من مكان إلى مكان إذا سار في ارتفاع.

( وكذلك لو استهل الصبى) يعني يكون في لسان الصبى حكومة عدل ما لم يتكلم، وإن استهل ( لانه ) أي لان استهلال الصبى ( ليس بكلام وإنما هو مجرد صوت ) بالبكاء ( معرفة الصحة فيه بالكلام ) أي في الصوت.

( وفي الذكر بالحركة ) أي ومعرفة الصحة في الذكر بالحركة عند البول.

( وفي العين ) أي ومعرفة الصحة في العين ( بما يستدل به على النظر ويكون بعد ذلك ) أي بعد ما ذكر من الاشياء المذكورة ( حكمه ) أى حكم الصبى ( حكم البالغ في العمد والخطأ ) لانه حينئذ يتبين أنه أتلف منفعة العضو كاملة فيترتب للصبى على الجاني مثل ما يترتب للبالغ في حالة العمد وحالة الخطأ.

( قال ) أى القدوري ( ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية ) وبه قال الشافعي في القديم وقال في الجديد لا يدخل. وبه قال مالك

الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ، فصار كما إذا أوضحه فمـــات ، وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية تجب بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطع أصبع رجل فشلت يده . وقال زفر رحمه الله : لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فـــلا يتداخـلان كسائر الجنايات ، وجوابه مـا ذكرنا .

قال : وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية . قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ،

---

وأحمد والحسن وزفر في رواية . قال القدورى : فإن قيل من أين يعرف ذهـاب السمع والشم والبصر قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجانى وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه . (لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ) لانـــه يكون كالميت والملحق بالبهائم ( فصار هذا كما إذا أوضحه فمات . وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط ) أى لو نبت الشعر في موضع الشجـة يسقط الارش ( والدية تجب بفوات كل الشعر ، وقد تعلقا بسبب واحد)أى تعلق أرش الموضحة والدية جميعاً بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الديـة الكل ( فدخل الجزء في الجملة كما إذا قطـــع اصبع رجـل فشلت يده ) فيجب أرش اليد لا أرش الاصبع ، والاصل فيه وما أشبهه أن الجزء يدخل في الكل .

(وقال زفر رحمه الله لا يدخل ) أرش الموضحة في الدية ( لان كل واحد جنايـة فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا ) قيل يعنى بـــه قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء ، وقيل قوله : وقد تعلقا بسبب واحد ، وهـو أشمل من الاول .

( وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية . قالوا ) : أي

وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر . وجـــه الاول أن كلاً منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة إلى جميع الاعضاء على ما بينـــا ، وجه الثاني أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به .

---

المشايخ ( هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ) قال في النهاية : ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهواً لكونه مخالفاً لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغي أن يذكر محمد «رح» مكان أبي يوسف ( وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر ) روى هذه الرواية عن أبي يوسف الحسن بن زياد فإن قيل : من أين يعلم ذهاب البصر والسمع والكلام قيل له : يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه في معرفة ذلك .

( وجه الاول ) هو أن أرش الموضحة لا يدخل في الدية الواجبة بذهاب السمـــع والبصر والكلام ( أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة ) فلا يدخل بعضه في بعض ( بخلاف العقل ) يعني أن العقل ليس كـــذلك . ( لان منفعته عائدة إلى جميع الاعضاء ) فصار كالروح ولزوال الروح في الشجة دخـــل أرشها في دية الروح فكذا إذا ذهب العقل ( على ما بينا ) أراد به قوله : لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء .

( وجه الثاني ) يعني قوله : وعن أبي يوسف ( أن السمع والكلام مبطن ) يعني كل واحد منهما باطن ( فيعتبر بالعقل ) فيدخل أرش الموضحة في ديته ( والبصر ظاهر فـــلا يلحق به ) أي بالعقل فلا يدخل أرش الموضحة كاليد والرجل .

وقال الأكمل «رح» في قوله : والكلام مبطن . قيل : يريد بـــه الكلام النفسي بحيث لا يفهم منها المعاني ولا يقدر على نظم المتكلم وإن كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقـــل عسير جـــداً وإن كان المراد بـــه التكلم بالحروف والأصوات نفى جعله مبطناً وظاهراً .

قال في الجامع الصغير : ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة . قالوا وينبغي أن تجب الدية فيهما . وقالا : في الموضحة القصاص . قالوا : وينبغي أن تجب الدية في العينين قال : وإن قطع أصبع رجل من المفصل الاعلى فشل مـــا بقي من الاصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل ، وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافاً ،

---

( وفي الجامع الصغير من شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة ) قال أبو الليث ولكن يجب عليه أرش الموضحة ودية العينين ( قالوا ) أي المشايخ ( وينبغي أن تجب الدية فيهما ) أي في الموضحة والعينين يعني أنه يجب أرش الموضحـة وديـــة العينين .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد ( في الموضحة القصاص قالوا ) أي المشايخ في شروحهم ( وينبغي أن تجب الدية في العينين ) أي على قولهما ، وإنمــا كرر لفظ قالوا لأن الأول في قول أبي حنيفة والثاني في قولهما .

( قال ) أي قال محمد في الجامع الصغير ( وان قطع اصبع رجـــل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها ) أي أو شلت اليد كلها ، والشلل فساد في اليد من باب علم ( لا قصاص عليه في شيء من ذلك ) أي باتفاق أصحابنا . وقال الأئمة الثلاثـــة رحمهم الله : لا يسقط القود عن الأصبع لأنــه عمد يمكن اعتبار المساواة فيه ، ولا يجب القصاص في الثاني في قول عن الشافعي ، وفي رواية عن أحمد ( وينبغي أن تجب الديـة في المفصل الأعلى ، وفيما بقي حكومة عدل ) وإنما قال ينبغي لأن محمداً لم يذكر هـذا في الجامع ، والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا .

( وكذلك ) أي الحكم وهو عدم القصاص ( لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي ) من السن المكسورة ( ولم يحك ) أي محمد ( خلافاً ) في المسألتين وأحمد في رواية والشافعي

وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال : اقطع المفصل واترك ما يلبس أو اكسر القدر المكسور أو اترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في محلين . فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الاخرى كمن رمى إلى الرجل عمداً فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود

---

في قول إن لم يذهب نفعها وهو المختار عند أصحاب الشافعي ( وينبغي أن تجب الدية فى السن كله ولو قال ) أي المجنى عليه ( اقطع المفصل واترك ما يلبس ) من أرش اليد أو السن أو قال ( أو اكسر القدر المكسور ) من السن ( واترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل فى نفسه ما وقع موجباً للقود فصار ) حكم هذا ( كما إذا شجه ) أى كما إذا شج رجل رجلاً شجه ( منقلة فقال أشجه ) شجة ( موضحة واترك الزيادة ) ليس له ذلك لأن الجناية الأولى كانت سارية وهى ليست فى وسع المجنى عليه والمماثلة شرط وجوب القصاص فلم تنعقد تلك الجناية موجبة للقصاص في الابتداء ، وإنما انعقدت موجبة للمال ولا يكون له على القصاص سبيل ( لهما ) أي لأبى يوسف ومحمد ( فى الخلافية ) أي فى المسألة الخلافية وهى ما إذا شج موضحة فذهبت عيناه ( أن الفعل ) وقع ( فى محلين ) مختلفين حقيقة .

( فيكون جنايتين مبتدأتين ، فالشبهة فى إحداهما ) أى فى أحد الجنايتين ( لا تتعدى إلى الأخرى ) أى إلى الجناية الأخرى ، والأصل فى هذا أن الجناية إذا وقعت فى مجلسين متباينين حقيقة فوجوب المال فى أحدهما لا يمنع وجوب القود فى الآخر وهو قول الائمة الثلاثة أيضاً ، ومتى وقعت فى محل واحد وأتلف شيئين ، أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال ويجب بلا خلاف بين أصحابنا خلافاً للأئمة الثلاثة .

( كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذ ) أى رميه ( منه إلى غيره فقتله يجب القود

في الاول ، وله أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل ، وليس في وسعه الساري فيجب المال ، ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة . وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر ، فأورثت نهايته شبيهة الخطأ في البداية ، بخلاف النفسين ، لان أحدهما ليس من سراية صاحبه . وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلاً مقصوداً .

---

في الاول ) دون الثاني ، وتجب الدية في الثاني . وكذا إذا قطع اصبعاً فاضطرب السكين فأصاب اصبعاً آخر خطأ منه فإنه يقتص في الأولى بالإجماع دون الثانيه .

( وله ) أي ولابي حنيفة «رح» ( أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ) لان الجراحة التي يعمل القصاص قد لا تكون سارية ، إذ ليس في وسعه فعلى ذلك لا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون المماثلة ( ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة ) أي الثابتة حالة الشج (وكذا المحل ) أي محل الجنايتين ( متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية ) والشبهة تعمل على الحقيقة فيما يندرىء بالشبهة أن لا يعمل في المال ، لانه يثبت مع الشبهة فكيف يسقط بها فيجب ديتان .

( بخلاف النفسين ) هذا جواب عن قولهما كمن رمى إلى رجل عمداً فأصابه ونفذت إلى غيره فقتله ، ووجه ذلك هو قوله ( لان أحدهما ليس من سراية صاحبه ) ولا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص ويتصور ذلك في شخص واحد .

( وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع ) هذا جواب عما قال إذا قطع أصبع رجل عمداً فاضطرب السكين فوقع على اصبع آخر فقطعها يقتص للأولى دون الثانية ، فما بال مسألتنا لم تكن كذلك ، ووجهه أن القطع الثاني إنما لم يورث الشبهة في القصاص ، لانه فعل مقصود . وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود ، وهو معنى قوله (لانه ليس فعلاً مقصوداً ) وهو معنى قوله لانه ليس فعلا مقصوداً في مسألتنا ، وفيما إذا وقع

قال وإن قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة « رح » . وقالا وزفر والحسن .

---

سكين على الاصبع قد صار فعلا مقصوداً . وقال الاكمل «رح» الضمير فى لانه عائد إلى ذهاب العين بالسراية ، وبهذا التوجيه يندفع ما قال فى النهاية أن فى قوله لانه ليس فعلا مقصوداً نظر ، وإن الصواب ما ذكره فى الذخيرة انه مقصود ، ولكن ليس من أمره، فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثانى فاختل الكلام ، وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليل الاول بالنسبة إلى الاول ، والثاني إلى الثاني .

وقال السكاكي قوله وبخلاف السكين إذا اتصل بالاخرى لان القطع فى الاصبع الاخرى ليس من أثر الفعل الاول ، بل الفعل وقع عليه مقصوداً ، فيتقرر بحكمه، يعنى أن القطع في الاصبع الأخرى لا يقصد من الأولى ، إذ الخطأ لا تصل من العمد ولا يمكن أن يحمل القطع الثاني تتمة الأول ، فلا يورث شبهة ، وكذا قال فخر الإسلام وصاحب الإيضاح . وذكر في النهاية وبهذا يعلم أن فيما قاله في الكتاب ليس مقصوداً نظر ، وأن الصواب فيما ذكره فخر الإسلام وصاحب الإيضاح. أجيب عن كلامه بما ذكره في الكتاب من حيث المعنى ، والتأويل ما قالاه فيكون صحيحاً لما قلنا أن الضمير في لأنه يرجع إلى القطع فى اصبع أخرى .

وقال الأترازي قوله بخلاف السكين إذا انسل إلى الاصبع الاخرى فقطعها،لان قطع الاخرى حصل ابتداء بالإنسلال لا بالسراية ، فلم يكن ذلك شبهة بالاصبع الاولى لعدم اتحاد الفعل ، وهذا هو الفرق الصحيح . وما قال صاحب الهداية بقوله وبخلاف ما إذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصوداً فيه نظر انتهى . قلت قد أجيب عن النظر فيما ذكرنا يعلم بالإمعان في التأمل .

( قال ) أي القدوري ( وإن قطع اصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى ، فلا قصاص في شيء من ذلك ) وعليه دية الاصبعين ( عند أبي حنيفة «رح» . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن «رح» ) يعني إبن زياد نقله عنه الاكمل وقالا وزفر فكذلك قال ، ولو قال وقالا فيها وزفر كان صواباً وذلك انه لا يجوز أن يعطف على الضمير المرفوع إلا إذا

يقتص من الاولى ، وفي الثانية إرشها ، والوجه من الجانبين قد ذكرناه . وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الاولى ، وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما ، لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص ، بخلاف الخلافية الاخيرة ، لان الشلل لا قصاص فيه ، فصار الاصل عند محمد « رح » على هذه الرواية إن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما تمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص ، كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الاول ظلماً .

---

أي إلا في صورة الشعر ( يقتص من الاولى) في الاصبع الاول( وفي الثانية ) أى وفي الاصبع الثانية يجب ( أرشها والوجه من الجانبين ) أى من جانب أبي حنيفة وجانب هؤلاء ( قد ذكرناه ) يريد به قوله ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه ... إلى آخره .

( وروى ابن سماعة عن محمد في المسألة الأولى وهو ما إذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما ) أي في الموضحة والبصر جميعاً ( لأن الحاصل بالسرايةمباشرة ) يعني بمنزلة المباشرة ثم نظر ذلك بقوله ( كما في النفس ) يعني ألا ترى أنه لوقطع يد إنسان فسرى إلى نفسه يجب القصاص ( والبصر يجري فيه القصاص ) ألا ترى أنه لو شجه موضحة وباشر سبب ذهاب البصر يجب القصاص فيهما كذلك هنا .

( بخلاف الخلافية الأخيرة ) وهي قوله فان قطع إصبعاً فشلت إلى جنبها أخرى ( لأن الشلل لا قصاص فيه ) ويجب الإرش ( فصار الأصل عند محمد « رح » على هذه الرواية ) أي رواية ابن سماعة (أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب الاقتصاص كما لو آلت إلى النفس ) قال شيخنا العلاء رحمه الله أي كما لو آلت الجراحة ووصلت إلى النفس ، فإن قطع أصبع رجل عمداً فسرى ومات يجب القصاص ( وقد وقع الأول ظلماً ) أي محمد « رح » فيكون موجباً للقصاص .

ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب، ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها ولا قود فى التسبيب . بخلاف السراية إلى النفس ، لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة . قال ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ، ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين هاتين . قال ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الإرش في قول أبي حنيفة « رح »

---

( ووجه المشهور ) أي القول المشهور عن محمد ( أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ، ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب ) عندنا وأكثر أهل العلم إلا في رواية عن مالك ، وعن الشافعي في قول ( بخلاف السراية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى ) أي لا تبقى الجناية الأولى معتبرة ، فاذا كان كذلك ( فانقلبت الثانية مباشرة ) أي فانقلبت الجناية الثانية بطريق المباشرة ، فيجب القصاص .

( قال ) أي المصنف ذكر هذه المسألة والتي تليها ايضاً على سبيل التفريع (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ، ولو أوضحة موضحتين ) أي ولو شجه شجتين موضحتين ( فتآكلتا ) أي صارتا واحدة بالأكل ( فهو على الروايتين هاتين ) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة عن محمد يعني لا قصاص على المشهور وفيها القصاص على رواية ابن سماعة . وقال الكرخي «رح» في مختصره وقال محمد «رح» إذا ضربه بعضاً فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جانبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة منها موضحتان يقتص منه . وفي السير وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة « رح » فمن ضرب سن رجل عمداً فكسر بعضها وحركت ما بقي فإنه يؤجل سنة ، فإن سقطت أو اسودت فلا قصاص فيه . وقال أبو يوسف إن سقطت فيه القصاص .

( قال ) أي القدوري «رح» ( ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الإرش) أي هاهنا لفظ القدوري ولم يذكر خلاف اصحابنا عنه . وقال المصنف سقط الإرش (في قول أبي حنيفة ) وإن كان أخذها ردها ، وبه قال أحمد والشافعي رحمهما الله في قول .

وقالا عليه الإرش كاملاً ، لأن الجناية قد تحققت ، والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى . وله أن الجناية انعدمت معنى ، فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الإرش بالإجماع ، لأنه لم يفت عليه منفعة ولا زينة . وعن أبي يوسف « رح » أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل . ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم، فعلى القالع الإرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد ، إذ العروق لا تعود ،

---

( وقالا عليه الإرش كاملا ) ولا يردها لو أخذها ، وبه قال مالك والشافعي «رح» في قول ( لأن الجناية قد تحققت ) والعادة عدم العود ( والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى ) بخلاف سن الصبي ، فإنها معرضة للنبات ، ولهذا قيل يستأني في سن الصبي حولاً دون البالغ .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أن الجناية انعدمت معنى ) لأنه عاد مكانها مثل الذي تلفت فلم يجب شيء ( فصار كما إذا قلع سن صبي ونبتت لا يجب الإرش بالإجماع ) قيد بالإرش لأنه روى في مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه يجب فيه حكومة العدل وفي الأجناس عن المجرد قال أبو حنيفة لو نزع سن رجل فنبت نصف السن كان عليه نصف قيمتها ( لأنه لم يفت عليه ) أي على المنزوع سنة ( منفعة ولا زينة ) .

( وعن أبي يوسف « رح » ) هذا متعلق بقوله وقالا عليه الإرش كاملا ، أي روى عن أبي يوسف ( انه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل ) أي يقوم بالألم وبدون الألم فيجب ما انتقص .

( قال ) أي المصنف ( ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الإرش بكماله ) وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله في رواية القاضي . وقال احمد في رواية تجب الدية ، وعليه الحكومة لنقصانها ( لأن هذا مما لا يعتد به ، إذ

وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت ، لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه ، ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبت سن الأول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين انه استوفى بغير حق ، لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأني حولاً بالإجماع ،

---

العروق لا تعود ) لأن هذا السن يكون في حكم الميت . قال محمد إن كانت اكثر من قدر الدرهم لم يجز الصلاة فيها ولم يكن عوضاً عن الفائت . وقال أبو يوسف إذا أعادها إلى موضعها يجوز الصلاة فيها ، وفي سن غيره لا يجوز ذلك ( وكذا ) أي وكذا يجب الإرش بكماله ( إذا قطع أذنه ) أي أذن غيره ( فالصقها ) بأن خاطها ( فالتحمت ) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية . وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية تجب الحكومة ولا تجب الدية ( لأنها ) أي لان الأذن ( لا تعود إلى ما كانت عليه ) وهذا ظاهر .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول ، فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم ) أي المنزوع منه ( لأنه تبين أنه استوفى بغير حق ) وبه قال الشافعي في قول وأحمد«رح» في قول هو هبةمبتدأة فلا تجب عليه شيء فهو قياس قول مالك في جامع المحبوبى ، هذا إذا نبت السن المنزوعة كالاول ، فإن نبت معوجاً يجب حكومة العدل ( لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ، ولهذا يستأني حولاً ) أي يؤجل سنة لاستيناء الانتظار ، يقال استيناء نبته ، أي انتظرته ، ومنه يستان الجراحات ، أي ينظر ما لها ، وأصله من أنى يأتي ( بالإجماع ) قال السكاكي قوله بالإجماع يخالفه رواية التتمة فإنه ذكر فيها أن سن البالغ إذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يقدر التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الإرش لأنه لا يدري عاقبته .

وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك القصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول ، لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه ، والإستيفاء كان بغير حق ، إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال . قال ولو ضرب إنسان سن إنسان فتحركت يستأني حولاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنة فاختلفا

---

( وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك القصاص ، إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق ، فاكتفينا بالحول ) لأنه مشتمل على الفصول الاربعة التي تشمل على الطباع الاربعة الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ، فلعل فصلاً منها وافق طبع المجني عليه فتبرأ جراحته وتلتئم ( لأنه تنبت فيه ظاهراً ، فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ، وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه ، والاستيفاء كان بغير حق ، الا انه لا يجب القصاص للشبهة ) لأن فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقاً فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص ( فيجب المال ) حينئذ . وقول الناطفي في الاجناس من نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل فانتظر بها حولاً ، أي انتظر بسن الصغير وقضى عليه بإرشها ، وإلى هذه الرواية قال بعض اصحابنا مثل خواهر زاده وغيره .

وقال الناطفي ايضاً قال في المجرد ولو قلع سن رجل ينبغي للقاضي أن يأخذ ضميناً من النازع للمنزوع سنة ويؤجل سنة منذ يوم نزع سنه ، فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له ، وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ وسن الصغير ، بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعاً ، واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما .

( قال ) أي المصنف ذكره على سبيل التفريع وهو من مسائل الاصل إلى قوله ومن شج رجلاً فالتحمت ( ولو ضرب إنسان سن انسان فتحركت يستأني ) أي ينتظر (حولاً ليظهر أثر فعله ، فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقط سنه فاختلفا ) أي

قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيداً ، وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب ، لأن الموضحة لا تورث المنقلة . أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا ، وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب ، لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقتـــه القاضي لظهور الأثر ، فكان القول للمنكر ، ولو لم تسقط

---

الضارب والمضروب ( قبل السنة فيما سقط بضربه ) فقال الضارب سقطت بضربة غيري وقال المجني عليه بضربك ( فالقول للمضروب ) وبه قال الشافعي فى الأصح وأحمـــد ( ليكون التأجيل مفيداً ) يعني لو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء ، إذ التأجيل لظهور عاقبة الامر .

( وهذا ) أي وهذا الذي ذكرناه ( بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت ) أي الموضحة ( منقلة فاختلفا ) أي وقال المشجوج صارت منقـــلة من ضربك ، وانكر الضارب ( حيث يكون القول قول الضارب ، لان الموضحة لا تورث المنقلة ) لان الشجة الموضحة بعدما وقعت موضحة لا يكون سبباً لنقله العظم عـــادة ، بل يكون ذلك أثر بسبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهداً للمضروب ، فلا يكون القول قوله .

( أما التحريك فيؤثر في السقوط ) أي اما تحريك السن فله تأثير في سقوطه فيكون القول قول المضروب ، وبهذا حصل الفرق بين المسألتين ، أشار بقوله ( فافـــترقا ) أي الحكم المذكور في المسألة الاولى والحكم المذكور في الثانية ، وكان القياس ان يكون القول للضارب فيهما ، لانه منكر ، ولكن في الاستحسان فرق بينهما في الوجـــه الذي ذكره المصنف .

( وإن اختلفا في ذلك ) أي وان اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن ( بعد السنة ) فقال المضروب سقطت بضربك ، وقال الضارب بل سقطت بأمر حادث ( فالقول للضارب ، لانه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر ، فكان

لا شيء على الضارب . وعن أبي يوسف « رح » أنه تجب حكومة الألم وسنبين الوجهين بعـــد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ، لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسوذ . منه ، وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لمـــا ذكرنا .

وكذا لو احمر أو اخضر .

---

القول للمنكر ، ولو لم تسقط ) يعني إذا تحركت السن ، ولو لم تسقط ولم يحصل فيهاعيب كالأسود أو نحوه (لاشيء على الضارب وعن أبي يوسف « رح » انه تجب حكومة الالم) وفي بعض النسخ وعن أبي حنيفة «رح» مكان أبي يوسف ، والأول أصح ، لانه ذكر في الذخيرة وغيرها قول أبي يوسف في هذا الموضع ( وسنبين الوجهين بعد هـذا إن شاء الله تعالى ) والوجهان هما قوله ولا شيء على الضارب ، وقوله حكومة الالم والموعود فيما بعد هذا هو قوله سقط الإرش عند أبي حنيفة ... إلى آخره .

( ولو لم تسقط ) أي السن ( ولكنها اسودت يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص ، لانه لا يمكنه أن يضربه ضرباً تسود منه ، وكذا إذا كسر بعضه اسود الباقي لا قصاص عليه لما ذكرنا ) أراد به قاله لأنه لا يمكنه أن يضربه ضرباً يسود منه .

( وكذا ) أي وكذا لا قصاص ( لو احمر ) أي السن ( أو اخضر ) بل يجب الإرش في الخطأ على العاقلة ، وفي العمد في ماله. وقالت الائمة الثلاثة يجب الحكومة فيالاصفرار وفي الإحمرار وفي الإخضرار كذلك عند الشافعي ومالك وأحمد في رواية عن أحمـــد يكون كالاسوداد ، ولو اصفر فيه روايتان روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن فيـــه الحكومة ، وذكر هاشم عن محمد عن أبى حنيفة قال لا يجب شيء ، وفي المملوك يجب الحكومة . وقال محمد ففيها إذا اصفرت حكومة حراً كان المضروب أو عبداً . وقـــال أبو يوسف أيضاً فيها حكومة . وقال أبو يوسف إن كثرت الصفرة حتى يكون عيبـــاً

قـــال ومن شج رجلاً فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الإرش عنـد أبي حنيفة «رح» لزوال الشين الموجب. وقـال أبو يوسف «رح» يجب عليه إرش الألم وهو حكومة عدل، لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه. وقال محمد «رح» عليه أجرة الطبيب وثمن الدواء، لأنه إنمـــا لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله، فصار كأنه أخـــذ ذلك من ماله، إلا أن أبا حنيفة يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني، فلا يغرم شيئاً. قال ومن ضرب رجلاً مائة سوط

---

كصيب الخضرة والحمرة ففيها بمثلها تاماً. وقال زفر إذا اصفرت ففيها إرشها تاماً، الكل ذكره الكرخي رحمه الله.

(قال) أي القدوري (ومن شج رجـــلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الإرش عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب. وقال أبو يوسف يجب عليه إرش الألم وهو حكومة عدل، لأن الشين) أي لأن الشين الموجب (إن زال فالألم الحـــاصل ما زال، فيجب تقويمه)[1]

(وقال محمد عليه أجرة الطبيب) لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب (وثمن الدواء، لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله، فصار كأنه أخذ ذلك من ماله) أي من مال المجني عليه، لأنه ألجأه إلى هذا (إلا أن أبا حنيفة «رح» يقول إن المنافع على اصلنا لا تتقوم إلا بعقد) أي مطلق الشبهة العقد كالإجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة (أو بشبهة) أي بشبهة العقد المطلق كالإجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة (ولم يوجد في حق الجاني) عقد ولا شبهة (فلا يغرم شيئاً) كما لو لطمه والمه.

(قال) أي محمد في الجامع الصغير (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرىء منها

---

(١) وجد هذا البياض في النسخة وسببه لا يفهم، والله أعلم.

فجرحه فبرىء منها فعليه إرش الضرب ، معناه إذا بقي أثر الضرب فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة . قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البراء فعليه الدية وسقط إرش اليد ، لان الجناية من جنس واحد ، والموجب واحد وهو الدية ، وإنها بـــدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتل إبتداء . قال ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ .

---

فعليه إرش الضرب ، معناه إذا بقى أثر الضرب ) قال الاترازي وقـع بيانها مكرراً فى الهداية ، لأنه استوفى بيانها في فصل قبل الشهادة فى القتل. وأراد بالإرش إرش الضرب وهو حكومة العدل . قال الصدر الشهيد هذا إذا بقى أثر الضرب ( فأما إذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجه الملتحمة ) والذي مضى هناك انه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة «رح» ويجب ارش الالم عند أبى يوسف وأجرة الطبيب عند محمد ، وإنما قيد بقوله جرحه لأنه إذا لم يجرحه فى الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق .

( قال ) أي القدوري ( ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البراء ) أى قتله خطأ ايضاً ، لانه إذا كان القتل عمداً يؤخذ بالأمرين جميعاً ، وقيد بما قبل البرء ، لأنه بعد البرء يؤخذ بالأمرين جميعاً ( فعليه الدية وسقط ارش اليد ، لأن الجناية من جنس واحد ) لأن الجنايات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة ، لأن كل واحد منها خطأ ( والموجب واحد وهو الدية ، وانها ) أى وإن الدية ( بدل النفس بجميع أجزائها فدخـــل الطرف فى النفس كأنه قتله ابتداء ) فلو قتله ابتداء لم يكن الواجب إلا دية لا غير ، فكذا هـذا ، ولا شبهة هنا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمداً ، لأنهما جنايتان مختلفتان ، واختلاف الجنايتين كاختلاف الجانيين .

( قال ) أي القدوري ( ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص ) من الجـارح حتى يبرأ ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وقال ابن المنذر كل من يحفظ ( منه حتى يبرأ )

وقـــال الشافعي يقتص منه في الحـال اعتبـاراً بالقصـاص في النفس ، وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل . ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ، ولأن الجراحات يعتبر فيهـــا مالها لا حالها ، لان حكمها في الحال غير معلوم ، فلعها تسري إلى النفس فيظهر انه قتل ، وإنما يستقر الامر بالبرء . قال وكل عمـــد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ،

---

العلم يرى الانتظار ( وقال الشافعي يقتص منه فى الحال اعتباراً بالقصاص فى النفس) أي قياســاً عليه ( وهذا ) أى وجوب القصاص في الحال ( لأن الموجب قد تحقق فـــلا يعطل ) أي بعد التحقق .

( ولنا قوله عليه السلام ) أى قول النبي ﷺ ( يستأنى في الجراحات سنة ) هذا أخرجه الدارقطني في سننه عن يزيد عن ابن عياض عن أبي الزبير عن جابر رضى الله تعـالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ تقاس الجراحات ثم يستأنى بها سنة ، ثم يقضى بها بقـدر ما أبهت . قال الدارقطني يزيد بن عياض ضعيف متروك ، وأخرجه البيهقي عن ابن لهيعه عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً ، وأعله ابن لهيعة ، وقال الاترازي ولنـا ما روى أصحابنا في كتبهم عن جابر ، ثم ذكر الحديث الذي ذكره المصنف ، قلت الخصم لا يرضى بهذا وهو يعلم بذلك ، لكنه كان لم يقف على من أخرجه .

( ولأن الجراحات يعتبر فيها مالها لا حالها ) أى لا يعتبر حالهـــا (لأن حكمها فى الحال غير معلوم ، فلعلها تسرى إلى النفس ، فظهر أنه قتل ، وانما يستقر الامر بالبرء ) أو بالسراية ، فإذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا ما ليس يستقر فلا يجوز ذلك . وقوله إن العلة تحققت فلا نسلم ذلك،لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء أو علة لوجوب القصاص في النفس بعد السراية إلى النفس فلا ينعقد علة لأحد الأمرين قبل أن يظهر الحال انه قيل لم يقطع ، فينبغي أن ينتظر ليعلم الواجب فيه .

( قال ) أى القدوري ( وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل ،

وكل إرش وجب بالصلح فهو في مـــال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً، الحديث، وهذا عمد غير ان الاول يجب فيه ثلاث سنين ، لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبهة العمد ، والثاني يجب حالاً لانه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيـــع . قـــال وإذا قتل الأب ابنه عمداً فالدية في ماله في ثلاث سنين .

---

وكل إرش وجب بالصلح فهو فى مال القاتل لقوله عليه السلام ) أى لقول النبي ﷺ (لا تعقل العواقل عمداً ) هذا الحديث غريب مرفوع . وأخرجـــه البيهقي عن الشعبي عن عمر رضى الله تعالى عنه قال العمد والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة . وأخرجـــه أبو عبيد القاسم بن سلام في آخر كتابه غريب الحديث كذلك من قول الشعبي .

واختلفوا فى تأويل العبد فقال محمد بن الحسن الشيباني معناه أن يقتـــل العبد حراً فليس على عاقلة مولاه شيء من جنايته ، وإنما هي فى رقبته ، وقال ابن أبي ليلى معناه ان يكون العبد يجني عليه فيقتله حر أو جرحه فليس على عاقلة الجاني إنمـا عنه في ماله خاصة ( الحديث ) أى الحديث بتمامه ، وأقر الحديث ... إلى آخره ، وتمامه لا تعقـــل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ( وهذا عمد ) أشار به إلى قوله أو كل عمد سقط فيه القصاص ... إلى آخره .

( غير أن الاول ) أراد به دية العمد الذي سقط القصاص فيه شبهة ( يجب في ثلاث سنين ، لانه قال وجب بالقتل ابتداء ) يعني لا يفعل يحدث بعد القتـــل كالصلح ( فاشبه شبهة العمد ، والثاني ) أى الإرش الواجب بالصلح ( يجب حالا ، لانه مال وجب بالعقد) أى بالصلح فأشبه الثمن فى البيع ، فإن شرط فيه أجل كان مؤجلا ، وان لم يشترط كان حالاً ( فأشبه الثمن فى البيع ) فان شرط فيه أجل كان مؤجلا وإن لم يشترط كان حالاً . والحاصل أن كل ذلك في مال العاقل في الوجهين ، غير ان في الأول مؤجل في ثلاث سنين وفى الثاني حال في مال العاقل ايضاً .

( قال ) أي القدوري ( وإذا قتل الاب ابنه عمداً فالدية في ماله فى ثلاث سنين .

وقال الشافعي تجب حالة ، لان الاصل أن ما يجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف في الخاطىء ، وهذا عامد فلا يستحقه ، ولأن المال وجب جبراً لحقه ، وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل . ولنا أنه مال واجب بالقتل ، فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد ، وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل ، والتقوم ثبت بالشرع ، وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما إلى زيادة ، ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً لا يجوز وصفاً .

---

وقال الشافعي تجب حالة ) وبه قال مالك وأحمد ( لان الاصل أن مايجب بالإتلاف يجب حالاً ، والتأجيل للتخفيف فى الخاطىء ، وهذا عامد فلا يستحقه ) أى فلا يستحق التخفيف ( ولان المال ) دليل آخر للشافعي ، أى ولان المال فيما ذكر ( وجب جبراً لحقه ) أى لحق المقتول الجبر إن لم يسمع ، بل المسموع الجبر. قال الجوهري الجبر أن يغني الرجل من فقر أو يصلح عظمها من كسر وقال جبرت العظم جبراً وجبر العظم بنفسه جبوراً ، أى يجبر ( وحقه ) أى وحق المقتول ( فى نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ) أى فلاينجبر الحال بالمؤجل لعدم المماثلة .

( ولنا أنه ) أى المال الذي وجب بقتل الاب ابنه ( مال واجب بالقتل ) أى بنفسه اختل ابتداء ( فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد ) حيث يجب مؤجلا ( وهذا ) يشير به إلى بيان هذا بقوله ( لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل ) لان الآدمي والمال(والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا ، فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ) حيث سقط القصاص بشبهة الابوة وليس فى الإسلام دم هدر، والمال إن وجب ابتداء وجب من حيث الوصف فى المالية ( ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدراً )أي من حيث القدر ( لا يجوز وصفاً ) أي من حيث الوصف .

وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا . ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة . قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً ، والمعتوه

---

بيانه لم يجز العدول في التغليظ بزيادة القدر بأن يزاد على مائة بعير فكذلك لا يجوز العدول فيه بزيادة الوصف وهو صفة الحلول ، لان وجوب المال بخلاف القياس ، فيقتصر على ما ورد الشرع به وهو التأجيل ، ثم اعلم أنه لا يجب القصاص على الأب لا يجب ايضاً على الأجداد والجدات في قتل الولد وجرحه ، ولكن تجب الدية عليهم في مالهم في ثلاث سنين ، وفي الخطأ الدية على العاقلة وعلى القاتل الكفارة ، كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي.

( وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ) أراد بقوله كل جناية ما يوجب الدية ، لأنه إذا اعترف العمد يقتص به إذا لم يكن ثمة ما يمنع القصاص ( ولا يصدق على عاقلته ) لأنه يصدق على نفسه غيره، معترف على عاقلته ، فإذا لم يصدق عليهم بقيت الدية في ذمته كما كانت ، وتكون مؤجلة يؤدى عنه انقضاء كل سنة ثلثها ، لأنه مال يؤجل بالحول كالدين يؤجل والزكاة ( لما روينا ) أشار به إلى قوله ﷺ لا يعقل العاقلة عمداً ... الحديث . وفيه ولا اعترافاً .

( ولأن الإقرار لا يتعدى المقر ) لأنه حجة قاصرة ( لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة ) لعدم ما يجاوزه عنه .

( قال ) أي القدوري ( وعمد الصبي والمجنون خطأ ، وفيه الدية على العاقلة ، وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعداً ) وهو منصوب على الحال والحال محذوف ، تقديره ولو زاد خمسمائة حال كونه الزائد فصاعداً ( والمعتوه كالمجنون ) أي حكمهما واحد . وفي المغرب المعتوه الناقص العقل ، وقيل المدهوش من غير جنون وقرىء عتاهه وعتاهية وعتها .

كالمجنون . وقـــال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله ، لأنه عمد حقيقة ، إذ العمـــد هو القصد ، غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص ، فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله . ولهـــذا تجب الكفارة ويحرم عن الميراث على أصله ، لأنهما يتعلقان بالقتل ، ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ، ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطىء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ، ولا نسلم

---

( وقال الشافعي «رح» عمده ) أي عمد كل واحد من الصبي والمجنون والمعتوه ( عمد حتى تجب الدية في ماله ، لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد ) أي لأن العمد في اللغـــة القصد ، فمن تحقق منه الخطأ ويتحقق منه القصد وقصده معتبر شرعاً في الجملة ، ولهذا يؤدب ويعذر ( غير أنه تخلف عنه أحد حكميه ) أي أحد حكمي القتل وهما القصاص ووجوب المال ( وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهوالوجوب في ماله، ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( تجب الكفارة به ) أي بالمال ، قيد به لأنه يجب الصوم بالإجمـــاع ، ووجوب الكفارة على الصبي والمجنون على أصل الشافعي «رح» ، وكذلك ( ويحرم عن الميراث على أصله ) أي على أصل الشافعي «رح» ( لانهما ) أي لأن وجوب الكفارة بالمال والحرمان من الميراث ( يتعلقـــان بالقتل ) ومذهب مالك وأحمد كمذهبنا ، وفي قول الشافعي أيضاً كقولنا .

( ولنا ما روى عن علي رضى الله عنه جعل عقل المجنون على عاقلته ، وقـــال عمده وخطأه سواء ) هذا أخرجه البيهقي ، قال روى أن مجنوناً سعى على رجل بسيف وضربه فبلغ ذلك إلى علي رضى الله تعالى عنه فجعل عقـــله على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ( ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطىء لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على

تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم ، والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منها القصد ، وصار كالنائم . وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبـــة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لأنها مرفوعا القلم .

( فصـــل في الجنين )

---

العاقلة فالصبي وهو أعذر ) أي والحال ان الصبي أقوى عذراً ( أولى بهذا التخفيف ولا نسلم ) جواب عن قول الشافعي «رح» لأنه عمداً حقيقة ، أي يمنع ( تحقق العمدية فإنها) أي فالعمدية ( تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل ، فأنى يتحقق منها القصد ) أي من أين يتحقق من المجنون والصبي القصد ( وصار كالنائم) الذي يرفع عنه القلم ما دام نائماً .

( وحرمان الميراث ) جواب عن قوله ويحرم الميراث ، بيانه أن حرمان الميراث من مورثها ( عقوبة ) أي الصبي والمجنون ( وهما ليسا من أهـــل العقوبة ) فلا يحرمان ( والكفارة ) جواب عن قوله والكفارة به بيانه أن الكفارة ( كاسمها ستارة ) لأنهـــا مشتقة من الكفر وهو الستر ( ولا ذنب تستره ) أي ولا ذنب لهما حتى تسترهما الكفارة ( لأنها مرفوعا القلم ) لقوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث ... الحديث .

( فصل في الجنين )

أي هذا فصل في أحكام الجنين هو على وزن فعيل بمعنى مفعول مجنون ، أي مستور من جنه إذا استره من باب طلب ، والجنين اسم الولد في بطن الأم ما دام فيه ، والجمـــع أجنة ، فاذا ولد يسمى ولداً ، ثم رضيعاً إلى غير ذلك على ما عرف في موضعه ، ولما ذكر أحكام القتل المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه دون وجـــه وهو الجنين . وقال السرخسي الجنين ما دام في بطن أمه ليست له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأم ، ولكنه منفرد بالحياة بعد ليكون نفساً له ذمة ، فباعتبار هذا الوجه

قال وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة وهي نصف عشر الدية . قال رضي الله عنه معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر وفي الأنثى عشر ديـــة المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته ، والظاهر لا يصلح حجة

---

يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ولا اعتبار الوجه الأول يكون أصلاً لوجوب الحق عليه ، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة ، ولهــذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه كان ضامناً له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه .

( قال ) أي القدوري ( وإذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيـه غرة وهي نصف عشر الدية ) إلى هنا لفظ القدوري (قال رضي الله عنه معناه دية الرجل ، وهذا في الذكر ) أي في الجنين الذكر (في الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لأن كل واحد من نصف عشر دية الرجـل ومن عشر دية المرأة خمسمائة درهم أو بغرة بضم الغين المعجمة وتشديد الراء وهو خيار المال كالفرس والبعير النجيب والعبد والأمة الفارهة ، كذا في المغرب . وفي مبسوط شيخ الإسلام سمي بدل الجنـــين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة . وقيل لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية ، وغرة الشيء أوله كما سمى اول الشهر غرة ، وسمى وجه الانسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه الوجه

( والقياس أن لا يجب شيء ) أي في الجنين ( لانه لم يتيقن بحياته ) لانه يحتمل أنه مات في بطن أمه بفعله ، ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك ، ولهذا لا يجب شيء في اجنة البهائم ، ألا ترى أنه من ضرب شاة فألقت جنيناً ميتــاً كان عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين ( والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ) هذا جواب عما يقال الظاهر أنه حي أو معد للحياة ، فأجاب بقوله والظاهر لا يصلح أن يكون حجة لاستحقاق شيء كما في جنين البهيمة كما ذكره ، يعني لا يصلح حجة للإلزام على الغير ، وإنما قيد به لان الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغير كما في رضيع أحـد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل ، فأجاب لان الظاهر به سلامة الاعضاء من ذلك في أول كتاب الديات وبالقياس قال زفر ذكره في الذخيرة .

للإستحقاق . وجه الإستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ، ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالأثر ، وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي « رح » . وهو على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة درهم .

---

( وجه الاستحسان ما روى أن النبي ﷺ أنه قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ) هذا غريب ( ويروى أو خمسمائة ) هذا رواه الطبراني في معجمه من حديث أبي المليح عن أبيه مطولاً وفيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة ، والحديث في الصحيحين عن أبي بكر رضى الله عنه أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو امة وليس فيه ذكر الخمسمائة . وروى محمد بن الحسن في موطأه عن مالك عن ابن شهاب عن معبد بن المسيب عن رسول الله ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو وليدة ، فقال الذي قضى عليه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا استهل ومثل ذلك بطل ، فقال رسول الله ﷺ إنما هذا من أخوان الكفار . قوله غرة عبد أو أمة بالرفع ، لانه صفة الغرة وتغيرها ، ويروى بالإضافة والاول أحسن ( فتركنا القياس بالاثر ) أي بالحديث من النبي ﷺ وبالاثر من غيره .

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا اسماعيل بن عباس عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قوم الغرة خمسمائة دينار . وأخرج أبو داوود في سننه عن ابراهيم النخعي رضى الله تعالى عنه قال الغرة خمسمائة ، يعني وأخرجهما ( وهو ) أي الحديث المذكور ( حجة على من قدرهما ) عشر الدية لا اختلاف فيه بيننا وبينهم في ذلك بحسب الاختلاف فى الدية ، فعندهم أن الدية اثنى عشر الفاً ، فالغرة ( بستمائة نحو مالك والشافعي ) عندنا عشرة آلاف بغرة خمسمائة .

(وهي) أي الغرة (على العاقلة) أى على عاقلة الضارب (عندنا إذا كانت خمسمائة درهم) يحترز به عن جنين الامة إذا كان لا يبلغ خمسمائة ، ولكن هذا لا يصلح لانها تجب في جنين الامة في مال الضارب ، ذكره في الايضاح والذخيره وغيرهما .

وقال مالك تجب في ماله لأنه بدل الجزء . ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ، ولأنه بدل النفس ، ولهذا سماه عليه السلام دية ، حيث قال دوه ، وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل . الحديث

---

وقال الاترازي وقوله إذا كان خمسمائة كأنه سهو القلم ، وينبغي أن يكون إذا بسكون الدال بلا الف بعدها ، يعني انها انما تجب على العاقلة ، لانها مقدرة بخمسمائة ، والعاقلة تعقل بخمسمائة ولا تعقل ما دونها ، ثم قال ويكلف بعضهم في توجيه ذلك ، وقال انه احتراز عن جنين الامة إذا لم يبلغ خمسمائة فذاك ليس بشيء ، لان ما يجب في جنين الامة فهو في مال الضارب حالاً ولا تتحمله العاقلة ، وبه صرح الكرخي في مختصره وقال الكرخي ايضاً ولا كفارة على الضارب والغرة ورثة الجنين ولا يرث الضارب منها شيئاً إن كان من ورثة الجنين ، ونقل الاكمل كلام الاثنين في شرحه . ( وقال مالك تجب ) أي الغرة ( في ماله لانه بدل الجزء ) أي الجزء الآدمي ، فصار كقطع اصبع من أصابعه .

( ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ) أي النبي ﷺ حكم بوجوب الغرة على عاقلة الضارب ، رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث الشعبي عن جابر رضى الله عنه أن النبي ﷺ جعل الجنين غرة على عاقلة القاتل ( ولأنه بدل النفس ) أي ولأن الغرة بدل النفس ، وذكر الضمير باعتبار المذكور ( ولهذا ) أي ولكونه بدل النفس ( سماه عليه السلام دية حيث قال دوه ) أي أدوا ديته ، وهو أمر للجماعة ، وأصله اوديوه ، لأنه من راده بدية إذا أدى ديته ، وأصل بدية يوديه ، فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة كما حذف في يعد ، أصله يوعد حذفت منه الواو ، ولذلك حذفت من الأمر تبعا لفعله ، فلما حذفت استغنت عن الهمزة ، فحذفت منها فصار دون على وزن همزة .

( وقالوا أندي ) أي قال الذي أمره النبى ﷺ بالدية أندي ( من لا صاح ولا استهل .. الحديث ) أي اقر الحديث بتمامه ، وتمامه ما رواه الطبراني في معجمه حدثنا محمد بن عبدالله الحضرمى حدثنا محمد بن أبي عبدالله بن أبي ليلى حدثني ابن أبي ليلى عن الحكم

إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة . وقال الشافعي في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ، ولهذا يكون موروثاً بين ورثته .

ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ،

---

عن مجاهد عن حمل بن مالك بن النابغة الهذلي كانت عنده امرأة فتزوج عليها أخرى فتغايرتا ، فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط فطرحت ولداً ميتاً ، فقال لهم رسول الله ﷺ دوه ، فجاء وليها فقال أندي من لا شرب ولا أكل ولا استهل ، فمثل ذلك بطل ، فقال زجر الأعراب نعم دوه ، فيه غرة عبد أو وليدة ، انتهى . وحمل بفتح الحاء المهملة وبفتح الميم واللام اسم إحدى المرأتين مليكة ، والأخرى أم غطيف ، وقال أبو موسى المدنية الحافظ في كتاب الامالي في باب الغين المعجمة أم غطيف القدلية هي التي ضربتها أم مليكة فأسقطت .

( إلا أن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة ) قال الاترازي هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة ، وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لاتعقل العاقلة كما في جنين الأمة ، وقال الأكمل قوله إلا أن العواقل جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة ، وأنتم قيدتم بقولكم إذا كان خمسمائة درهم وقد علمتم ما يرد عليه من النظر ، انتهى . قلت أراد به ما نقلناه عن السكاكي وعن الاترازي أنها ( وتجب في سنته ) أي تجب الغرة على العاقلة في سنته .

( وقال الشافعي «رح» في ثلاث سنين ) أي تجب في ثلاث سنين ، فان قلت ذكر في وجيزهم إن غرة الجنين تجب في سنته كمذهبنا . وأجيب بأنه يحتمل أن يكون عن الشافعي «رح» روايتان فليتأمل ( لانه ) أي لان الغرة ( بدل النفس ) أي نفس الجنين ، وما وجب في قتل النفس مؤجل إلى ثلاث سنين ( ولهذا ) أي ولكونها بدل النفس ( يكون موروثاً بين ورثته ) أي ورثة الجنين سوى الضارب .

(ولنا ما روى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله ﷺ جعل على العاقلة في

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم ، فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث ، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة ، لأنه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة ، بخلاف أجزاء الدية ، لأن كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث

---

سنة ) هذا غريب ( ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الإتصال بالأم ) حاصل الكلام أن الجنين له شبهان بالنفس وبالعضو من حيث أنه حي بحياة ونفسه نفس على حدة ، ومن حيث أنه متصل بالأم فهو كعضو من أعضائها ( فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث، وبالثاني) أي وعملنا بالشبه الثاني ( في حق التأجيل إلى سنة ، لانه بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر يجب في سنة ) أي تجب الغرة في سنة واحدة ، وقوله بدون الواو العاطفة في أوله هو الصحيح من النسخ ، وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح ، لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر ، وإنما يكون إذا كان أكثر صفة لاقل أو بدلاً منه .

وقال الاكمل وهل العطف بالواو ويقيد ذلك ايضاً ، ولكن لم يبين وجهه . وقال الاترازي ولنا التقييد بالاكثر نظر ، لانه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كانت قدر نصف عشر الدية تجب في سنة ، وكان ينبغي أن يقول إذا كان بدل العضو نصف عشر الدية ، أي ثلثها تجب في سنة .

( بخلاف أجزاء الدية ، لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلاً في قتل رجل خطأ ، فإنه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين ( ويستوى فيه ) أى في وجوب قدر الغرة ( الذكر والانثى ) وهو قوله ﷺ في الجنين غرة عبد أو أمة ، وبه قال الشافعي وأحمد وعامة أهل العلم.

سنين . ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ، ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معـــاني الآدمية ، ولا تفاوت في الجنينين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ، فإن ألقت حياً ثم مات ففيه دية كاملة ، لأنه أتلف حياً بالضرب السابق وإن ألقت ميتاً ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أنه عليه

---

( ولان في الحيين ) هذا دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى في الغرة، وقوله الحيين بالحاء المهملة تثنية حي وإرادتها للذكرين المنفصلين الحيين أو احدهما ذكر والاخرى انثى ( إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ) بأن كان دية الذكر ألف دينار ، ودية الانثى خمسمائة دينار ( ولا تفاوت في الجنينين ) تثنية جنين بالجيم ومالكية التصرفات والشهادة وغيرها في الذكر ولا وجود هذا في الجنين حتى يتصور فيــه معنى التفصيل ، فينبغي وصف الآدمية فحسب ، فإذا كان كذلك ( فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة ) لانهما سواء في وصف الآدمية فقط به .

قال أي القدوري ( فإن القت حياً ثم مات ففيه دية كاملة لانه ) أي لان الضارب ( أتلف حياً بالضرب السابق ) ولا خلاف لاهل العلم فيه ، قاله ابن المنــــذر ، ولكنهم اختلفوا في هذه المسألة في ثلاث فصول ، أحدها أنه أثبتت جناية بكل أمـــارة تدل عليها من الاستهلال والإرضاع أو النفس أو العطاس أو غيره ، وهو قولنا وقول الشافعي واحد . وقال مالك وأحمد في رواية والزهري وقتادة واسحاق ولا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال وهو الصياح وهو قول ابن عباس والحسن بن علي وجابر وعمر في رواية عنه الشافعي وقال أحمد والمزني لو كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً تجب الدية الثالثة قال أحمد إنما تجب دية اذا علم موته بسبب الضربة لسقوطه في الحال وبقـــائه سالماً إلى أن يموت أو بقاء امه متألمة إلى أن تسقطه.

( وإن القت ميتاً ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بإلقائها ) هــذا أيضاً من القدوري ( وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة ) لم يذكر أحـــد من

السلام قضى في هذا بالدية والغرة . وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين ، لأنه قاتل شخصين . وإن ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين . وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين ، لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي حية . ولنا أن موت الأم أحد سببي موته ، لأنه يختنق بموتها إذا تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك .

---

الشراح هذا الحديث حتى قال المخرج نظرت في الكتب الستة فلم أجد بهذا المعنى والذي فيها عن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه ان النبي ﷺ قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله ﷺ أن ميراثها لها ولزوجها ، وأن العقل على عصبتها .

( وإن ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياً ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القدوري ( لانه قاتل شخصين ) وذلك لانه لما انفصل عنها حياً اعتبر حكمه بنفسه بدلالة أنه يجب فيه إرش كامل فصار قاتلاً للإثنين ( وان ماتت ثم ألقت ميتاً فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين ) هذا لفظ القدورى وبه قال مالك .

( وقال الشافعي «رح» تجب الغرة في الجنين ) وبه قال أحمد « رح » ( لان الظاهر موته ) أى موت الجنين ( بالضرب فصار كما إذا ألقته ) حال كونه ( ميتاً وهي حية ) أى والحال أن الام بالحياة .

( ولنا أن موت الام أحد سببي موته ) أى موت الجنين ، والسبب الآخر الضرب ( لانه يختنق بموتها ، إذا تنفسه بتنفسها ) فيتمكن الاشتباه ( ولا يجب الضمان بالشك ) في سببه هلاكه حين الانفصال ، وقال تاج الشريعة فان قلت عموم قوله عليه السلام غرة

قال وما يجب في الجنين موروث عنه لأنـه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب ، حتى لو ضرب بطن امرأة فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها ، لأنه قاتل بغـــير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل. قال وفي جنين الأمة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى. وقال الشافعي « رح» فيه عشر قيمة الأم ، لأنه جزء من وجه ، وضمان الأجزاء يؤخذ

---

عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه • قلت لا بد من اضماره فيصير كأنـــه قال فى اتلاف الجنين والشك وقع في ذلك

( قال ) أى القدورى ( وما يجب في الجنين موروث عنـه ) يعني غرة الجنين بـين ورثته . وقال الليث غرة الجنين لام الجنين (لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها ) أى ولا يرث الاب من الغرة ( لانه قاتل بغير حق مباشرة ) أى من حيث المباشرة لا من حيث التسبب ( ولا ميراث للقاتل ) بالنص .

( قال ) أى القدورى ( وفي جنين الامة إذا كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى ) بيانه انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه .وهيأتـه لو كان حياً ينظر كم قيمته بهذا المكان ، فاذا ظهر فيعد هذا إذا كان ذكراً أوجب نصف عشر قيمته ، وإن كان أنثى وجب عشر قيمته ، ولو لم يعـلم ذكورة الجنين ولا أنوثتـه يؤخذ بالمتيقن كالخنثى المشكل كمن قتل عمداً خطأ والمقتول خنثى مشكل فانه يجب المتيقن ، كذا هاهنا ولو ضاع الجنين ولا يمكننا تقويمه باعتبار لونه وهيأته لو كان حيـاً ووقع التنازع في قيمته كان القول للضارب ، لانه منكر للزيادة كما لو قتل عبداً خطأ ووقع في قيمته التنازع وعجز القاضي عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لو كان حياً كان القول للقاتل مع اليمين ، كذا هنا الكل من الذخيرة .

( وقال الشافعي « رح » فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ

مقدارها من الأصل. ولنا أنه بدل نفسه، لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان من الأصل، ولا معتبر به في ضمان الجنين، فكان بدل نفسه فيقدر بها. وقال أبو يوسف «رح» يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم، وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره إن شاء الله تعالى

---

مقدارها من الأصل ) لأنه جنين مات بالجناية في بطن الأم فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة كجنين الحرة لإطلاق النصوص وبه قال مالك وأحمد وابن المنذر وهو قول الحسن والنخعي والزهري وقتادة وإسحاق . وعن بعض أصحاب الشافعي يعتبر قيمته يوم أسقطت .

( ولنا انه بدل نفسه ) أي أن الغرة بدل نفس الجنين ويذكر الضمير على معنى وجوب الغرة ( لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان في الأصل ) حتى لو قطع سناً ثم نبت مكانه أخرى لم يجب شيء ( ولا معتبر به ) أي بظهور النقصان في الأم ( في ضمان الجنين ، فكان ) أي ضمان الجنين ( بدل نفسه فيقدر بها ) أي بقيمة نفس الجنين ولا بقيمة الأم ، لأن وجوبه باعتبار معنى النفسية الخبرية .

( وقال أبو يوسف « رح » يجب ضمان النقصان ) أي ضمان نقصان الأم ( لو انتقصت الأم اعتباراً بجنين البهائم ) أي قياساً على جنين البهائم ، فإن النقصان يجب فيها بلا خلاف لأحد ، هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البدن في وجوب الامة قول أبي حنيفة ومحمد ، وهو ظاهر من قول أبي يوسف . وعن أبي يوسف في رواية أنه لا يجب القصاص ... الام أن تمكن فيها نقص ، وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في البهيمة .

( وهذا ) أي هذا الخلاف ( لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ) أي عند أبي يوسف « رح » ، وعندهما ضمان الجنايات ( على ما نذكره إن شاء الله تعالى ) أشار به إلى ما ذكره في باب جنايات المملوك في اول الفصل الذى بعده في مسألة قتل العبد خطأ بقوله لها إن الضمان بدل المالية .

فصح الإعتبار على أصله . قال فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ولا تجب الدية ، وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حياً ، لأنه صار قاتلاً إياه وهو حي ، فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف . وقيل هذا عندهما وعند محمد « رح » تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب ،

---

وقال السكاكي وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك ، فعند أبي يوسف هو بمنزلة ضمان المال حتى يجب بالغاً ما بلغ ، وعندهما بدل النفس . ولهذا لا يزاد على مقدار المالية ، كذا في المبسوط ( فصح اعتباراً على اصله ) أي صح اعتبار البهائم على أصل أبي يوسف .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( فإن ضربت ) اي فإن ضرب بطن أمه . وفي بعض النسخ فإن ضربت بصيغة المجهول ، أي الأمة . وكذا في نسخة شيخنا العلاء « رحمه الله » ( فأعتق المولى ما في بطنها ، ثم ألقته حياً ثم مات ففيه قيمته حياً ، ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق ، وقد كان في حالة الرق ، فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا ، لأنه صار قاتلا إياه وهو حي . فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف ) يعني اوجبنا القيمة دون الدية إعتباراً لحالة الضرب، وأوجبنا قيمته حياً لامشكوكاً في حياته اعتباراً بحالة التلف ، ولا يقال إن هذا اعتبار بحالة الضرب فحسب ، لأن الواجب في تلك الحال قيمته حياً أيضاً ، لأن نقول جاز أن يكون حياً فلا يجب قيمته حياً هناك ، بل تجب الغرة .

( وقيل هذا عندهما ) يعني قول محمد في الجامع الصغير ضمنه قيمته حياً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ( وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب ) أي

لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد إن شاء الله تعالى .

قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي تجب لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ، ولهذا لم يجب كل البدل ، قالوا إلا أن يشاء ذلك ، لأنه ارتكب محظوراً فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع .

---

تجب تفاوت ما بينهما ، حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروباً ثمان مائة تجب على الضارب مائتا درهم ( لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتيـك من بعد إن شاء الله تعالى ) أي في باب جناية المملوك في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك .

( قال ) أي القدوري ( ولا كفارة في الجنين ) قال الكرخي في مختصره ولا كفارة على الضارب وإن سقط كامل الخلق ميتاً ولا كفارة فيه ، إلا إن شاء ذلك ، فإن فعـل ذلك فهو فصل وليس ذلك عليه عندنا بواجب وليتقرب إلى الله تعالى بما استطاع من خير وليستغفر الله تعالى مما صنع .

( وعند الشافعي « رحمه الله » تجب ) الكفارة ، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهـل العلم ( لأنه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطاً . ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة ، وقد عرفت في النفوس المطلقـة ) أي الكاملة ، والشرع قدر بإيجابها فيها ( فلا تتعداها ) أي فلا يتعدى وجوبها النفوس المطلقـــة ، ولأن الجنين جزء من وجه ، بدليل أنه يعتق بعتق الأم يتغذى بغذائها ، ويتنفس بنفسها ، ولا يكمل إرشه كسائر الأعضاء ، حيث لا يجب فيه دية كاملة . أشار إليـه بقوله ( ولهذا لم يجب كل البدل قالوا ) أي المشايخ ( إلا أن يشاء ذلك ) أي الضارب إذا شاء إعطاء الكفارة (لأنه ) أي لأن الضارب ( ارتكب محظوراً ، فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر الله مما صنع ) وقد ذكرنا هذا عن الكرخي عن قريب .

والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا . ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك ، فكذا في حق هذا الحكم . ولأن بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً والله أعلم .

---

( والجنين الذي قد استبان بعض خلقه ) قيد به لأنه لو لم يستبن شيء من خلقه لا يكون بمنزلة الولد هو إن كان علقه فلا حكم لها في حق هذه الأحكام ولا يعلم فيه خلاف . أما لو ألقت مضغة ولم يبين فيه شيء من خلقه فشهدت ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي ، ولو بقي التصور فلا غرة فيه ، وبه قال الشافعي « رحمه الله » في الأصح وأحمد في رواية ، لأنه كالعلقة والنطفة ، وعندنا فيه حكومة . وقال الشافعي « رحمه الله » في قول وأحمد في رواية فيه الغرة ، وبه قال مالك (بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام) نحو انقضاء العمد ، وكون المرأة نفساء ، وكون الأمة أم ولد إذا ادعاه المولى وانقطاع الرجعة وعدم جواز الوطء في نفاسها ( لإطلاق ما روينا ) وهو أن النبي ﷺ قضى في الغرة في الجنين ولم يفصل حيث قال وفي الجنين غرة .

( ولأنه ) أي ولأن الجنين ( ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك ) مما ذكرنا الآن ( فكذا في حق هذا الحكم ) أي في وجوب العدة .

( ولأن بهذا القدر ) أي باستبانه بعض خلقه ( يتميز عن العلقة والدم ، فكان نفساً والله أعلم ) لأنه ليس بعد العلقة إلا أن يكون نفساً . وفي الفتاوى الصغرى المرأة إذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء يسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة ، ونقله عن الزيادات . وفي الواقعات على عاقلتها الدية في ثلاث سنين ، أما إن كانت لها عاقلة وإن لم تكن فذاك من مالها ولا ترث منها شيئاً وعليها الكفارة . ولو ألقت جنيناً ميتاً تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة . ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها فلا ترث منه شيئاً .

وفي الذخيرة شربت أو حملت حملا ثقيلا أو وضعت في قبلها شيئاً حتى ألقت جنيناً فعلى عاقلتها الغرة خمسمائة في سنة ، أو قبلت متعمدة بغير إذن الزوج ، وإن قبلت بإذنه فلا ضمان ، وعند الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم تجب الغرة على عاقلتها بالإذن وبغير الإذن ، ويجب الكفارة أيضاً كما في غيره . وفي الذخيرة اشترى جارية فحبلت منه ثم ضربت بطن نفسها أو شربت دواء أو عالجت قبلها متعمدة فسقط الجنين ميتاً ثم استحقت وقضى المستحق بالجارية وعقرها على المشتري . ويقال للمستحق لقد قتلت ولدها وانه ولد هذا المشتري لأنه ولد المغرور جرياً بالقيمة فالجنين مضمون بالغرة فادفع امتك أوردها الغرة الجنين الحر ، ولا يعلم فيه خلاف .

# باب ما يحدثه الرجل في الطريق

## قـــال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس

---

### ( باب ما يحدثه الرجل في الطريق )

أي هذا باب في بيان حكم ما يحدثه الرجل في طريق الناس من انواع الأشيـــاء التي ذكرها المصنف .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفـــاً ) وهو المستراح وهو بيت الماء ( أو ميزاباً ) ذكره الجوهري في مـــادة وزب ، وقال الميزاب النقب فارسي معرب ، وقد عرب بالهمزة وربمـــا لم يهمز ، والجمع المآزيب إذا همزت ، وميازيب إذا لم تهمز . وذكر أيضاً في باب أزب وقال الميزاب ، وربمـا لم يهمز . وقال في مادة رزب بالراء ثم الزاي المزراب لغـــة في الميزاب ، وليست بالفصيحة . وقال المنقب بالفتح واحد مناقب الحياض ، والمثعب بالميم مسيل الماء في الوادي وجمعه ثعبان .

( أو جرصنا ) بضم الجيم وسكون الراء وضم الصاد وبالنون الخفيفـــة . وفي المغرب الجرصنا دخيل ، أي ليس بعربي أصلي وهو الجزع يخرجه الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبني عليه ، وفسره الفقيه أبو الليث « رحمه الله » بالبرج الذي يكون في الحائط . وقال فخر الإسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج . وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب في حائط ما في فكيف ما كان فهو بعد حق المسلمين وهو فارسي معرب إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب ، أعني الجيم والراء والصاد ، بل مهمل في كلامهم .

( أو بنى دكاناً ) قال الجوهري الدكان واحـــد الدكاكين وهي الحوانيت فارسي معرب ( فلرجل من عرض الناس ) العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة أي من

أن ينزعه ، لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك . قال ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن له حق المرور ولا ضرر فيه ، فيلحق ما في معناه به ،

---

شقها لا من صميمها . وقيل المراد من العرض هنا أبعد الناس منزلة ، أي أضعفهم وأرذلهم ( أن ينزعه ، لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له ) أي لعرض الناس ( حق النقض ) سواء كان فيه ضرراً ولا إذا وضع بغير إذن الإمام ، لأن اليد فيما يكون للعامة للأم ، وله ولاية المنع قبل الوضع أيضاً . وقال أبو يوسف لكل أحد المنع قبل الوضع . وقال محمد ليس له أن يمنع ابتداء ولا أن يخاصم بالدفع بعد الوضع إذا لم يكن فيه ضرر ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد والنخعي والأوزاعي وإسحاق « رح » ، وفيما يضر لا يجوز بلا خلاف أذن الإمام أو لم يأذن .

واختلف فيما لا يضر ، قيل إن كان شارعاً يمر فيه الجيوش والأحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه . وقال الأكثرون لا يقدر بذلك ، بل يكون لا يضر بالعمارات والمحامل . وفي المبسوط لا يقضي عليه بالهدم بخصومة العبيد والصبيان والمهجورين وينقض لمخاصمته الذمي فإن له حقاً في الطريق ، فإن بنى مشمباً للعامة لا يضر المسلمين لا ينقض ، كذا روي عن محمد . وكذا لو قعد بالبيع والشراء لا يضر بالمسلمين لا يمنع ، وإن كان يضر يمنع . وأما الضمان فالذي أخرجه ضامن لما تلف به ، لكن المتلف إن كان آدمياً فالضمان على عاقلته .

( كما في الملك المشترك ، فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً ، فكذا في الحق المشترك ) لكل واحد منعه ( ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين ، لأن حق المرور ولا ضرر فيه ، فيلحق به ) أي بالمرور ( ما في معناه ) أي فيلحق ما في معنى المرور . قال الأترازي يعني يجوز له الانتفاع بالحرص ونحوه ما لم يضر

إذ المانع متعنت . فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام . قال وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ

---

بغيره كالمرور ( إذ المانع متعنت ) أي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لأحد متعنت وهو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره .

( فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ) هذا الحديث روي عن جماعة من الصحابة رضي الله تعالى عنهم منهم جابر رضي الله تعالى عنه ، وروى حديثه الطبراني قال ، قال رسول الله ﷺ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام ، ومنهم عبادة بن الصامت روى حديثه ابن ماجة عن عبادة أن رسول الله ﷺ قضى أن لا ضرر ولا ضرار . ومنهم ابن عباس روى حديثه ا بن ماجة أيضاً . ومنهم أبو سعيد الخدري روى حديثه الحاكم في المستدرك ولفظه لا ضرر ولا ضرار ، من ضر ضره الله ، ومن شق شق الله عليه .

ومنهم أبو هريرة روى حديثه الدارقطني في سننه ولفظه لا ضرر ولا ضرورة. ومنهم عائشة رضي الله تعالى عنها وروى حديثها الدارقطني نحو لفظ المصنف . وقال ابن الأثير الضر ضد النفع ضره يضره أو أضر به يضره إضراراً . معنى قوله لا ضرر ، أي لا يضر الرجل أخاه فينقص من حقه شيئاً ، والضرار فعال من الضرار أي يجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه . وقيل الضرر ما تضر به صاحبك ، وتنتفع به أنت ، والضرار أن تضره من غير أن تنتفع . وقيل هما بمعنى واحد ، والتكرار للتأكيد . وقيل الضرر يكون من واحد ، والضرار بمعنى المضارة وهو يكون من اثنين ( وليس لأحد من أهل الدرب ) وهو الباب الواسع ، والمراد هنا السكة الواسعة ( الذي ليس بنافذ) قال فخر الإسلام والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك ، وقد تنفذ وهي المملوكة وقد يسيل منفذها ، وهي العامة ، لكن ذلك دليل على الملك غالباً ، فأقيم مقامه ووجب

أن يشرع كنيفاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الإنتفاع ، ولا كذلك غير النافـــذ ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن ، فبقي على الشركة حقيقة وحكماً .

قـــال وإذا أشرع في الطريق روشناً أو ميزاباً أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ، لأنـه مسبب لتلفه متعـد بشغله هواء الطريق ، وهذا

---

العمل به حق يقوم الدليل على خلافه ( أن يشرع كنيفـــاً ولا ميزاباً إلا بإذنهم ، لأنها مملوكة لهم ، ولهـــذا وجبت الشفعة لهم على كل حـــال ) يعني سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا ( فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم ، وفي الطريـــق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل ، فيجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن ، فبقي على الشركة حقيقة وحكماً ) أي من حيث الحقيقـة والحكم ، وهو ظاهر .

( قال ) أي القدوري ( وإذا أشرع ) يقال أشرع باباً في الطريق ، أي فتحه وأشرع رمحه أي رفعه ( في الطريق روشناً ) هو الممر على العلو ، وقيل هو مثل الرف ، وقيـل الروشن هو أن يضع الخشبـة على جداري السطحين ليتمكن من المرور . وقال الجوهري الروشن الكرة ، ذكره في باب روشن فيدل على أن الواو زائدة ( أو ميزاباً أو نحوه ) مثل إن وضع جزعاً أو صخرة شاخصة ، أو وضع جنـــاحاً ( فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته ، لأنه مسبب لتلفـــه متعد بشغله هواء الطريق ، وهذا ) أي التسبب

من أسباب الضمان وهو الأصل . وكذلك إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب ، وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان ، أو عطبت به دابة ، وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما ، لأنه يصير كالدافع إياه عليه . وإن سقط الميزاب نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعدياً

---

بطريق التعدي ( من أسباب الضمان ) ولا خلاف لأحد فيه ( وهو الأصل ) أي التعدي أصل في باب الضمان .

( وكذلك ) أي وكذا تجب الدية على العاقلة ( إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب ) وهي الكنيف والميزاب والجرصين والدكان المبني على الطريق .

( وكذا ) أي وكذا تجب الدية على العاقلة ( إذا تعثر بنقضه ) بضم النون وسكون القاف ، وهو اسم البناء المنقوض ، كذا في ديوان الأدب ، وروي عن بعضهم بكسر النون ( إنسان أو عطبت به دابة ) ففي عطوب الدابة يجب ضمانها في ماله ( وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما ) أي في الرجلين ، يعني ضمان الرجلين على المحدث في الطريق ( لأنه يصير كالدافع إياه عليه ) وإذا نحى رجل شيئاً من ذلك عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذى نحاه وقد خرج الأول من الضمان .

فإن قيل هذا احتسب حيث أماط الأذى عن الطريق . أجيب بلى ولكنه أخطأ الحسنة حيث شغل موضعاً آخر من الطريق .

( وإن سقط الميزاب ) أي ميزاب رجل سقط على رجل فقتله (نظر ، فإن أصاب ما كان منه في الحائط رجلاً فقتله فلا ضمان عليه ، لأنه غير متعد فيه ، لما انه وضعه في ملكه . وإن أصابه ما كان خارجاً من الحائط فالضمان على الذى وضعه لكونه متعدياً

فيه ولا ضرورة ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث ، لأنه ليس بقاتل حقيقة . ولو أصابه الطرفان جميعاً وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف ، كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال ، ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً وقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ، لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب .

---

فيه ولا ضروره ، لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ، ولا كفارة عليه ) أى على محدث الميزاب ويضره في الطريق إذا مات به إنسان ( ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ) وتندفع الضرورة من غير شغل طريق المسلمين ، والكفارة وحرمان الميراث مسببان بالقتل حقيقة ولم يوجد .

( ولو أصابه الطرفان جميعاً ) أى الطرفان الداخل في الحائط والخارج عنه ( وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف ) أي سقط النصف ( كما إذا جرحه سبع وإنسان ) يجب النصف ويهدر النصف ( ولو لم يعلم أى طرف أصابه يضمن النصف اعتباراً للأحوال ) يعني يضمن في حال بالنظر إلى الخارج عن الحائط ولا يضمن في حال بالنظر إلى الداخل فيضمن نصف الضمان .

( ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلاً فقتله ، أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها ) أى برىء البائع بتسليمه للمشتري مما يحدث من الخشبة ( وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع ، لأن فعله ) أى فعل الواضع ( وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ) أى الموجب الضمان هو الوضع .

ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه ، لانـــه متعد فيـــه . ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لفسخ الريح فعله . وقيل إذا كان اليوم ريحاً يضمنه ، لانه فعله مع علمه بعاقبته وقـــد أفضى إليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانـــاً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ، لان التلف بفعلهم ، ومـــا لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير

---

( ولو وضع في الطريق جمراً فأحرق شيئاً يضمنه ، لأنه متعد فيه ، ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئاً لم يضمنه لفسخ الريح فعله ، وقيل إن كان يوم ريحاً يضمنه ) يعني إذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريـق ثم حرك الريح الجمر يضمنه ( لأنه فعله مع علمه بعاقبته ) وهي الحريق بواسطة الريح ( وقد أفضى إليها ) أى إلى العاقبة ( فجعل كمباشرته ) أى كمباشرة ذلك بنفسه ، وهو اختيار الإمام السرخسي، وكان شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان إذا حركه الريح عن مكانه من غير تفصيل ، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة .

(ولو استأجر رب الدار الفعلة)وهو جمع فاعل كالقتل جمع قاتل ( لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنساناً قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم ) أى على الفعلة لا على المستأجر الذى هو رب الدار ( لأن التلف بفعلهم ، وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلماً إلى رب الدار ، وهذا ) أى وجوب الضمان على الفعلة ( لأنه انقلب فعلهم ) أى فعـــل الفعلة ( قتلا ) حقيقة لظهور أثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه ( حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده)أى في عقد المستأجر ( فلم ينتقل فعلهم إليه فاقتصر ) أى الضمان ( عليهم ) أى على الفعلة .

داخل في عقده ، فلم ينتقل فعلهم إليه فاقتصر عليهم . وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ، لانـــه صح الإستئجار حتى استحقوا الاجر وقـع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه ، فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه . وكذا إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ لانه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمـــارة . بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه ، لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كمـــا في الدار المشتركة . قالوا هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق بـــه

---

( وإن سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحساناً ، لأنه صح الاستئجار حتى استحقوا ) أى الفعلة ( الأجر ووقع فعلهم عمارة وإصلاحاً فانتقل فعلهم إليه فكأنه فعل بنفسه ، فلهذا يضمنه ) أى رب الدار استحساناً للأثر الذى جاء في مثله عن شريح أنه قضى بالضمان على رب الدار .

( وكذا ) يضمن الفاعل ( إذا صب الماء في الطريق فعطب به إنسان أو دابة ، وكذا إذا رش الماء أو توضأ لأنه متعد فيه بإلحاق الضرر بالمـاره ، بخلاف ما إذا فعل ذلك ) أى صب الماء أو رشه أو وضوءه ( في سكة غير نافذة ) فإنه لا يضمن ( وهو من أهلها ) أي والحال أنه من أهل السكة ( أو قعد أو وضع متاعه ، لأن لكل واحد أن يفعل ذلـك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة ) فإن لكل واحد من الشركاء أن يفعل ذلك .

( قالوا ) أى المشايخ ( هـــذا ) أى وجوب الضمان ( إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق به عادة ، أما إذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد ، والظاهر أنه لا يزلق به لا يضمن ) لأنه إذا

عادة لا يضمن . ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لأنه صاحب علة . وقيل هذا إذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعاً للمرور ، ولا أثر للماء فيه ، فــإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء . وإن رش جميع الطريق يضمن ، لانه مضطر في المرور . وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذهـــا جميعه أو بعضه ، ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحساناً ،

---

زلق يكون ذلك من خوفه (ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش، لأنه ) أى لأن الذى تعمد المرور ( صاحب علـــة ) لأن السقوط من فعله وهو متعمد ، كالذى رش الماء وإضافة الحكم إلى العلة المحضة أولاً فلا يوجد به صاحب الشرط .

( وقيل هذا ) أى عدم وجوب الضمان على الراش ( إذا رش بعض الطريق لأنه يجد موضعاً للمرور ولا أثر للماء فيه ، فإذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء ، وإن رش جميع الطريق يضمن لأنه ) أى لأن الماء (مضطر في المرور ) وفي الواقعات وإذا رأى سائق الدابة أن المـاء قد رش في الطريق فساق وكذلك فعطب به فلا ضمان على الذى رش ، وإن لم يره بأن كان ذلك في الليل فالراش ضامن .

( وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق ) أى مثل حكم رش الماء في بعض الطريق وحكم رشه فى كل الطريق ( فى أخذهـا ) أى فى أخذ الخشبة ( جميعه ) أى جميع الطريق ( أو بعضه ) أى فى أخذها بعض الطريق ، فإن كانت موضوعة فى جميع الطريق ففيه الضمان ، وإن كانت فى بعض الطريق فلا ضمان فيه ، لأن المار يجد موضعاً للمرور .

( ولو رش فناء حانوت ) الفناء بكسر الفاء أحد حوائج الدار كربط الدابة وكسر الحنطة وهو سعة أمـام الدار ( بإذن صاحبه ، فضمان ما عطب على الآمر استحساناً ) لأن أمره

وإذا استأجر أجيراً ليبني له فى فناء حانوته فتعقل بـــه إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً . ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير بفساد الامر قـــال ومن حفر بئراً فى طريق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة فضمانها فى ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمان البهيمة في مـــاله وإلقاء التراب واتخاذ

---

قد صح لما له من زيادة انتقال الفعل إليه . وفى الفتـــاوى الصغرى ولو أمر الأجير فرش فناء وكان الآمر ضمن الأمر دون الراش ، والخارض يضمن كيفما كان إذا رش الماء . وفى الخلاصة لو أمره بالوضع في الطريق فتوضأ فى الطريق فالضمان على المتوضىء .

( وإذا استأجر أجيراً ليبني لهفيفناء حانوته فتعقل به ) أي تشبك وتعقل ويكن بالبناء ( إنسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحساناً ، ولو كان أمره بالبناء فى وسط الطريق ) وفى الجامع المحبوبي والذي ذكر فى الكتـــاب فيما إذا لم يعلم الأجير أن الفناء للغير ، أما إذا علم فالضمان على الأجير ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وقال شيخ الإسلام إن كان الطريق معروفاً للعامة ( فالضمان على الأجير لفساد الأمر ) لأنـــه لاحق للأمر فى وسط الطريق نفسه أمره فلذلك لم ينقل فعل الأجير إليه ، فكان الأجير هو المتعدي فى البناء فوجب عليه ضمانه .

( قال ) أي القدوري ( ومن حفر بئراً فى طريـــق المسلمين أو وضع حجراً فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته ، وإن تلفت بهيمة فضمانها فى مـــاله ، لأنه متعد فيه فيضمن مايتولد منه ، غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال ، فكان ضمـــان البهيمة فى ماله ) وقال الحاكم فى الكافي الحر والعبد سواء فالضمان على عاقلة الحافر ، ولا كفارة عليه ولا يحرم من الميراث .

الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة لما ذكرنا . بخلاف مـــا إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد ، فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد رفع الاذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل بـــه إنسان كان ضامناً لتعديه بشغله . ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ، لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما يشغله ، وإنما اشتغل بالفعل الثـــاني موضع آخر . وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق ، فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن ، لأنه غير متعـــد حيث فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة ، وإن كان بغير أمره فهو

---

( وإلقاء التراب واتخاذ الطين فى الطريق بمنزلة إلقـــاء الحجر والخشبة ) يعني فى وجوب الضمان ( لما ذكرنا ) أي لأنه متعد فيه ( بخلاف ما إذا كنس الطريـــق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لم يضمن ، لأنه ليس بمتعد فإنه ما أحدث فيه شيئاً ، إنما قصد رفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به إنسان ) أي تعلق به ( كان ضامناً لتعديه بشغله ) لأنه شغل طريق المسلمين .

( ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه ، لأن حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما شغله ، وإنما اشتغل بالفعـل الثاني موضع آخر . وفى الجامع الصغير فى البالوعة ) وهو ما يحفر فى وسط الدار ليجمع ماء الوضوء وماء المطر . وفى الصحاح البالوعة نقب فى وسط الدار ( يحفرها الرجـــل فى الطريق فإن أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه ) أي على حفر البالوعـة ( لم يضمن ، لأنه غير متعد ، حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العـــامة . وإن كان بغير أمره فهو متعد

متعد إما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الإمـــام أو هو مباح مقيد بشرط السلامة . وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامـــة مما ذكرناه وغيره ، لأن المعنى لا يختلف . وكذا إن حفره في ملكه لا يضمن لأنه غير متعد . وكذا إذا حفره في فناء داره ، لأن له ذلك لمصلحة داره والفنـــاء في تصرفه . قيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ، لأنه غير متعد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا

---

فيه إما بالتصرف في حق غيره أو بالإفتئات على رأي الإمام ) وهو الاستعداد بالذي وهو افتعال من الفوت وهو السبق ( أو هو ) أي حفر البالوعة ( مباح مقيد بشرط السلامة ) قال في شرح الأقطع وقالوا لو تعدى في الطريق يستريح أو لمرض أو ضعفه فعثر به إنسان يضمن ، لأن المشي في الطريق مباح بشرط السلامة ، كما ان الله تعـــالى أباح الرمي إلى الصيد ، فلو رمى صيداً أو أصاب إنساناً أو شـــاة ضمن ، واعتبر فيه السلامة ، فكذلك ها هنا.

( وكذا الجواب على هذا التفصيل ) وهو انه لو فعله بأمر من له الولاية في الأمر لا يضمن وبغير أمره ضمن ، ويحل للإمام أن يأمر بذلك إذا لم يضر بالعامة إذا كان الطريق واسعاً ، وإن كان الطريق ضيقاً لا يحل له ذلك ( في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه ) أي من أول الباب إلى هاهنا من شراع الجناح وإحداث الكنيف أو الميزاب والجرص أو حفر البئر في طريق المسلمين ( وغيره ) كبناء الظلـــة وغرس الأشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع ( لأن المعنى لا يختلف ) أي فصار مالك (ولذلك لو حفره في ملكه لم يضمن ، لأنه غير متعد ، وكذا إذا حفر في فناء داره ، لأن له ذلك لمصلحة داره ، والفناء في تصرفه ، وقيل هذا ) أي عدم الضمان ( إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه ، لأنه غير متعد ، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً ) أي

بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه، لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح . ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع . وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات جوعاً فكذلك وإن مات غمـــاً فالحافر ضامن له ، لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع ، أما الجوع فلا يختص بالبئر . وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لأنه إنمـــا حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه لكان الطعام قريباً منه .

---

أو كان البناء مشتركاً ( بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه ، لأنه مسبب متعد ، وهذا صحيح ) أي التفصيل صحيح . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي ، وإذا احتفر الرجل بئراً في طريق مكة أو غير ذلك من الفيافي فلا ضمان عليه في ذلك ، وليس هذا كالأمصار ، لأنه غير متعد فيما فعل ، ألا ترى أنه لو ضرب هناك فسطاطاً أو اتخذ تنوراً يخبز فيه ، أو ربط دابة لم يضمن ما اثباته ذلك ، وقالوا هذا إذا حفر في غير ممر المسلمين،أما إذا حفر في ممرهم ينبغي أن يضمن لأنه متعد فيه .

( ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً ) أي من أجـل الجوع ( أو غماً ) أي اختناقاًمن العفونة . قال الجوهري يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحر ( لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لأنه مات لمعنى في نفسه ، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع ، وقال أبو يوسف إن مات جوعـــاً فكذلك ) أي لأن الضمان على الحافر ( وإن مات غماً فالحافر ضامن له ، لأنه لا سبب للغـم سوى الوقوع ، أما الجوع لا يختص بالبئر . وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلهـا ، لأنه إنما حدث بسبب الوقوع ، إذ لولاه ) أي الوقوع ( لكان الطعام قريباً منه ) وهو قيـاس قول الأئمة الثلاثة ، ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة « رح » على عادة تأخر الراجح ، فإن النفقة معه . ألا ترى أنه

قال وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائـــه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه ، لان الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليـــه لانهم كانوا مغرورين ، فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره ، إلا أن هنـــاك يضمن المأمور ويرجع على الآمر ، لان الذابح مباشر ، والامر مسبب ، والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ، وهنـــا يجب الضمان على المستأجر ابتداء ، لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فيرجح جانبه . وإن علموا ذلك فالضمان على الاجراء ، لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور ، فبقي الفعل مضافاً

---

لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه ، بخلاف ما لو مات فيه من الوقوع ، لأن أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان .

( قال ) أي المصنف وليس لفظه قال في غالب النسخ ( وإن استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء إن لم يعلموا انها في غـير فنائه ، لأن الإجارة صحت ظاهرة إذا لم يعلموا ، فنقل فعلهم إليه ) أي فنقل فعـــل الأجر إلى المستأجر ( لأنهم كانوا مغرورين ، فصار ) حكم هذا ( كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره ) أي لا يغير الأمر .

( إلا أن هناك ) أي في الأمر بذبح الشاة ( يضمن المأمور ويرجـع على الآمر ، لأن الذابح مباشر ، والآمر مسبب ، والترجيح للمباشر فيضمن المأمور ، فيرجع على الآمر للغرور ، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء ) أى من أول الأمر ( لأن كل واحد منهما مسبب ، والاجير غير متعد ، والمستأجر متعد فيرجح جانبه ) في التعدى المستأجر فيه الضمان .

( وإن علموا بذلك فالضمان على الاجراء ، لأنه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ، ولا

إليهم . وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياساً ، لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم . وفي الإستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيـــه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان ، فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى مــــا ذكرنا ، فكفى ذلك لنقل الفعل إليه . قال ومن جعل قنطرة بغير إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليهـــا فعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها ، لأن الاول تعـــد هو تسبيب ، والثاني تعد هو مباشرة ، فكانت

---

غرور فبقي مضافاً إليهم ، وإن قال لهم هذا فنائي وليس لي فيـــه حق الحفر فحفروا ومـــات فيه إنسان فالضمان على الاجراء قياساً ، لانهم علموا بفساد الامر ، فما غرهم . في الاستحسان الضمان على المستأجر ، لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة وركوب فيها وبناء الدكان ، فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا ) أي باعتبار ظاهر اليد من القاء الطين ونحوه (فكفى ذلك لنقل الفعل إليه ) أى إلى المستأجر .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن جعل قنطرة ) القنطرة ما أحـــكم بناؤه ولا يرفع ، والجسر ما يوضع ويرفع ( بغير إذن الإمام ، فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة ، وكذلك إذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجـــل المرور عليها ، لأن الاول ) يعني جعل القنطرة (تعد وهو تسبيب ،والثاني ) يعني وضع الخشبة ( تعد هو مباشرة ، فكانت الإضافة إلى المباشرة أولى ) لان الحكم إنما يضاف إلى صاحب

الإضافة إلى المباشر أولى ، ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما فى الحافر مع الملقى . قال ومن حمل شيئاً فى الطريق فسقط على إنسان فعطب به إنسان فهو ضامن ، وكذا إذا سقط فتعثر بـه إنسان . وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به إنسان لم يضمن ، وهـذا اللفظ يشمل الوجهين ، والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج فى التقييد بوصف السلامة ، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه ، فيخرج بالتقييد بما ذكرنا ، فجعلناه مباحاً مطلقاً .

---

السبب إذا لم يكن صاحب العلة صالحاً لإضافة الحكم إليه ، فان كانت مباحـة فأما إذا استويا في العدوانية فالإضافة الى صاحب العلة ، لانها بالإضافة اولى لكونها أقوى .

( ولأن تخلل فعل فاعل مختار ) بين السبب والحكم ( يقطع النسبة ) أى نسبة الحكم إلى السبب ( كما في الحافر مع الملقى ) أى كما في حافر البئر على قارعة الطريق مـع الذي القاه ، أى دفعه إلى البئر حيث يضاف الضمان إلى الدافع لا إلى الحافر .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على انسان فعطب فهو ضامن ، وكذا إذا سقط ) أى من الحامل شيء ( فتعثر به إنسان . وإن كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به إنسان لم يضمن ، وهذا اللفظ يشتمل الوجهين ) وهما تلف الإنسان بسقوط اللباس عليه أو بعثوره عليه .

( والفرق ) أى بين الشيء المحمول حيث يجب الضمان به فيما إذا هلك إنسان وبين الثوب الملبوس حيث لا يجب الضمان فيه وإن هلك إنسان بوقوعه عليه ( أن حامل الشيء قاصد حفظه ، فلا حرج بالتقييد بوصف السلامة ) فإذا أضيف إليه التلف كان ضامنـاً ( واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بمـا ذكرناه ) يعني وصف السلامة ( فجعلناه مباحاً مطلقاً ) يعني من غير شرط السلامة .

( وعن محمد انه إذا لبس ما لا يلبسه ) عادة كالبدو والجوالق ودرع الحرب في غير موضع

وعن محمد أنه إذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال : وإذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وإن كان فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عن أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين

---

الحروب ، والثوب الذي لا يحتاج إليه من حيث الزينة ، أو من حيث دفع الحر والبرد ( فهو كالحامل ) شيئاً في الطريق حيث يضمن إذا سقط على انسان فعطب به ( لان الحاجة لا تدعو إلى لبسه ) وذكر المحبوبي لو لبس ثوباً زيادة على قدر الحاجة لم يذكره محمد في الكتاب . وروى ابن سماعة انه قال يضمن إذا سقط وعطب به إنسان لانه لا يعلم به البلوى ، وقياس الائمة الثلاثة لا يضمن بعدم التعدي .

( قال ) أى محمد «رح» في الجامع الصغير ( وإذا كان المسجد للعشيرة ) العشيرة : القبيلة ذكره في الصحاح ، والمراد هنا اهل المسجد ( فعلق رجل منهم ) أى من العشيرة ( فيه قنديلاً ) أى في المسجد ( أو جعل فيه بواري ) جمع بوريا قال الاصمعي البوريا بالفارسية وهو بالعربية باري وبوري . وقال الجوهري :

الباريا والبوريا التي من القصب وكذلك السبارية ( أو حصاة ) أى أو جعل فيه حصاة ( فعطب به ) أى بواحد من هذه الاشياء ( رجل لم يضمن ) يعني وإن كان بغير إذن الإمام وبه قال أحمد والشافعي رحمها الله في وجه وقال الشافعي في وجه بغير إذن الإمام يضمن .

وقال الحاكم الشهيد في الكافي : وإذا حفر أهل المسجد فيه بيراً لماء المطر ووضعوا فيه جباً تصب فيه الماء أو طرحوا فيه بوارى أو حصا أو ركبوا باباً أو علقوا فيه قنديلاً أو ظللوه فلا ضمان فيمن عطب بذلك عليهم ( وإن كان الذى فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا ) أى المشايخ ( هذا ) يعني هذا التفصيل ( عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين ) وهما إذن الإمام أو اذن العشيرة أو عدم اذنهما ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي رحمهم الله في وجه .

لأن هذه من القرب كل أحد مـــأذون في إقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله بإذن واحد من أهل المسجد ولأبي حنيفـــة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعـــة إذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة. وفعـــل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة. وقصد القربة

---

وقال الحلواني اكثر مشايخنا اخذوا بقولهما في هذه المسألة وعليـه الفتوى كذا في الذخيرة، وفيها وضع الجب لشرب الماء على هذا الاختلاف ( لان هذه ) أى المذكور من الاشياء ( من القرب ) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة.

(وكل أحد) من اهل المسجد ( مأذون في إقامتها ) أي بإقامة هذه الاشياء ( ولايتقيد بشرط السلامة كما إذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ) بإذن واحد من أهـــل المسجد حيث لا يضمن.

( ولابي حنيفة وهو الفرق ) بين الوجهين ( ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم ) أى غير اهل المسجد ( كنصب الإمام ).

أى غير أهل المسجد يعني لو صلى فيه غير اهل المسجد بجماعة لا يكون لغير أهله أن يصلوا فيه بجماعة.

(واختيار المتولى وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة إذا سبقهم بهـــا ) أى بالصلاة بالجماعة ( غير اهله ) يعني : إذا لم يكن الثاني موجوداً، واما إذا كان موجوداً فنصب الإمام إليه وهو مختار الاسكاف.

قال ابو الليث : وبه نأخذ إلا أن ينصب الإمام شخصاً والقوم يريدون من هو اصلح منه فيجوز ان يكون المصنف اختار قول ابن سلام ان القوم اولى بنصب إمام، والمؤذن والباني اولى بالعمارة ( فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعـــل غيرهم تعدياً أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة، وقصد القربة لا ينافي الغرامة ).

لا ينافي الغرامـــة إذا أخطأ الطريق كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قـــال إن جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن إن كان في الصلاة وإن كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند أبي حنيفة.

---

هذا جواب عن قولهما لأن هذا من القرب بيانه إن قصد القربه لا ينافي الضمان ( إذا اخطأ الطريق ) أي في طريق القربة ( كما ان إذا تفرد بالشهادة على الزنا ) .

يعني إذا شهد وحده بالزنا يحد حد القذف ، وإن كان باداء شهادته حسبة لله تعـــالى متقرباً ولكن لما لم يكن ذهاب الشهادة في الزنا ، وهي شهادة الأربعة اعتبر ذلك قذفـــاً ( والطريق فيما نحن فيه أو استئذان من اهله ) أي من أهـــل المسجد لأنه لا يمتنع ان يكون المسجد لجماعة المسلمين ، ويختص تدبيره بأهله .

ألا ترى أن رسول الله ﷺ أخذمفاتيح الكعبة من بني شيبة فأمره الله تعالى بردهـــا عليهم بقوله تعالى :

﴿ إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات إلى أهلها ﴾ والكعبة حق لجميع المسلمين وان اختصر قوم بتدبيره وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله لأهله أن يمنعوا من ليس من أهل الصلاة فيه .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن جلس فيه رجل منهم) أي من أهل المسجد ( فعطب به ) أي بالجالس ( رجل لم يضمن إن كان في الصلاة ) سواء كانت الصلاة فرضاً أو نفلا . ذكر شيخ الإسلام ( وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ) أي هذا التفصيل الذي ذكرنا ، وكونه في غير الصلاة يضمن عنده مطلقـــاً ليس بصحيح على اطلاقه فإن شمس الأئمة قال في جامعه :لو جلس لانتظار الصلاة لا يضمن لقوله عليه السلام المنتظر الصلاة في الصلاة ، وإنمـــا الخلاف فيمن جلس لعمل ليس له اختصاص بالمسجد كدرس وقراءة القرآن وفي الذخيرة لو جلس للدرس أو لقراءة القرآن أو للذكر والتسبيح أو الاعتكاف لا رواية لهذا في الكتاب . واختلف المتأخرون قال أبو بكر الرازي :

وقالا لا يضمن على كل حـــال ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة ، أو مر فيه مـــار أو قعد فيـــه لحديث فهو على هذا الإختلاف .

---

يضمن عنده وقال أبو بكر البلخي إن جلس لقراءة القرآن أو معتكف في المسجد لا يضمن بالأجماع. وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد لو جلس الحديث يضمن بالاجماع لأنه غير مباح له وفي النهاية هـــذا ما ذكره في المتن ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو التعليم أو الصلاة إلى قوله فهو على الاختلاف مخالف لهــذه الروايات اجيب يمكن أن يكون مختار أبي بكر الرازي ولكن فيه بعد كما ترى .

( وقالا لا يضمن على كل حال ) .

وبه قالت الثلاثة ( ولو كان جـــالساً لقراءة القرآن أو التعليم ) أي تعليم الفقـــه والحديث ( أو الصلاة أو نام فيه في اثناء الصلاة أو نام في غير الصلاة ، أو مر فيه مار) .

قال شيخنا العلاء رحمه الله : الأول خاص ، والثاني خاص : يعني حال كونه مـــار لأجل أمر آخر سوى أمر الصلاة بأن مر لأخذ الماء من غير بئر المسجد .

( أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف ) وهو اختيار بعض أصحابنا، واختاره أبو بكر الرازي .

وقال بعضهم : وهو اختيار أبي عبدالله الجرجـــاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق، ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار ، لأنه قال : وإن كان في غير الصلاة ضمن ، وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله.

والجواب :

أن قوله : وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير . وقوله : ولو كان حالة قراءة القرآن من لفظ المصنف رحمه الله بيان كذلك ، لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك ، بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف ، وقيل لا يضمن بلا خــلاف كما قال في الاعتــكاف .

وأما المعتكف فقد قيل على هذا الإختلاف وقيل لا يضمن بالإتفاق لهما ان المسجد إنمـــا بني للصلاة والذكر ، ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحاً لأنه من ضرورات الصلاة أو لأن المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله أن المسجد بني للصلاة وهـــذه الأشياء ملحقة بها فلا بد من إظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للأصل مباحاً مطلقاً ،

---

( وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل : لا يضمن بالاتفاق ) .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وإن قعد معتكفاً ، قال مشايخنا اختلفوا فيه فقال بعضهم عند أبى حنيفة «رح» يضمن لانه جلس بغير الصلاة ، وقـــال بعضهم : لا يضمن لأنه متقرب به ( لهما ) اي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، ( إن المسجد إنما بنى للصلاة والذكر ) .

قال الله تعالى : ﴿في بيـــوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال﴾ . وقال ﴿ومن اظلم ممن منع مساجـد الله ان يذكر فيها اسمه﴾ ( ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحـــاً لانه من ضرورات الصلاة ، أو لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكماً بالحديث ) وقد مر الحديث عن قريب ( فلا يضمن كما إذا كان في الصلاة وله ) أى ولابي حنيفة ( أن المسجد بنى للصلاة وهذه الاشياء ) أشار به الى ما ذكره من قوله كقراءة القرآن إلى آخر ( ملحقة بها ) أي بالصلاة يعني يؤتى بها في المسجد بطريق التبعية للصلاة ، والصلاة هي المقصودة في بناء المسجد . ( فلا بد من إظهار التفاوت ) بين الملحـق والملحق به ( فجعلنا الجلوس للاصل ) الذي هو الصلاة ( مباحاً مطلقاً ) يعني من غير قيد بشرط السلامة ألا ترى أن المسجد إذا ضاق على المصلى كان له إزعـــاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس ، لانه يطلب موضعه الاصلي .

والجلوس لمـــا يلحق به مباحاً مقيداً شرط السلامة . ولا غرو أنـ يكون الفعـل مباحاً أو مندوباً اليـه . وهو مقيـد بشرط السلامـة كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيدوالمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطيء غيره والنوم فيه إذا انقلب على غيره وإن جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتضمن بــه إنسان ينبغي ألا يضمن لأن المسجد بني للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده .

---

وقال التمرتاشي : لو ضاق المسجد بأهله أن يمنعوا من ليس بأهله عن الصلاة فيــه ( والجلوس لما يلحق به ) أي جعلنا الجلوس لما يلحق به ( مباحاً ، مقيداً بشرط السلامة ولا غرو ) أى ولا عجب. قال القائل:

ولا غرو إن حرق نار الهوى كبدي فالنار حق على من يعبد الوثنا

( أن يكون الفعل مباحاً ، أو مندوباً إليه ، وهو مقيد بشرط السلامة ) أى والحال انه مقيد بشرط السلامة ، ونظر لذلك بقوله ( كالرمي إلى الكافر أو إلى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد إذا وطيء غيره والنوم فيــه إذا انقلب إلى غيره ) فكل ذلك يقيد بشرط السلامة .

وقال تاج الشريعة «رح» قوله كالرمى إلى الكافر ، نظير المندوب، وإلى الصيد نظير المباح ، ومع ذلك ، إذا أصاب مسلماً يضمن ( وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به إنسان ) أى فنشب به وتعلق ( ينبغي ان لا يضمن ، لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاةبالجماعة إن كان مفوضاً إلى أهل المسجد،ولكل واحد من المسلمين أنه يصلي فيه وحده ) .

وقال فخر الإسلام : وإن كان الرجل الجالس رجلاً من غير العشيرة فقوله لهما فيــه لا يشكل ، لانه بمنزلة الرجل من العشيرة قالا فيــه بسط البواري والحصا ، فأما في قول أبي حنيفة فيحتمل ان يضمن بكل حال وقال بعضهم : بل هو عنده في الصلاة بمــنزلة

## فصل في الحائط المائل

قال : وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين ، فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه ، فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس ، أو مال .

---

العشيرة ، لان المساجد أعدت للصلاة العامة من غير خصوص ، وإنما الخصوص فيا يرجع إلى الرأى والتدبير ولذلك لم يكن لغيرهم حق إقامة الجماعة لانه مما يفتقر إلى الرأى والتدبير ، وأما نفس الصلاة بمستغن عن ذلك بخلاف تعليق القناديل وبسط البوارى والبساط والحصا . قال فخر الإسلام «رح» : وهذا القول اشبه .

### ( فصل في الحائط المائل )

أى هذا فصل في بيان احكام الحائط المائل ولما فرغ من بيان الاحكام التي تتعلق بمباشرة الانسان وثنيه شرع في بيان احكام القتل الذى يتعلق بالجماد الذى لا اعتبار له اصلاً وهو الحائط المائل ، وإنما ذكره بالفصل لانه يلحق بالباب الذى قبله .

(قال) أى القدورى ( وإذا مال الحائط الى طريق المسلمين وطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال )هذا كلام القدورى في مختصره . وقال الكرخي في مختصره : وإذا مال حائط من داررجل على طريق نافذ أو دار رجل فلم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله أو على متاع فسده أو على حيوان فعطب به ، فلا ضمان على صاحب الحائط في شيء من ذلك وإن تقدم اليه في هدمه وأشهد عليه ثم سقط في مدة قد امكنه نقضه فيها بعد الاشهاد فهو ضامن ، وان كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه فكان في طلبه ذلك حتى استأجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل انساناً أو عقر دابة أو فسد متاعاً فلا ضمان عليه .

قال محمد « ره » : والاشهاد ، أن يقول الرجل : اشهدوا اني قد تقدمت إلى هذا

والقياس أن لا يضمن لأنه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن أصل البناء كان في ملكه والميلان ، وشغل الهواء ليس من فعله ، فصار كما قبل الإشهاد وجه الإستحسان إن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين

---

الرجل في هدم حائطه هذا فإذا فعل فقد لزمـــه نقضه على حال الامكان فإن اخر ذلك وفرط عما وصفت لك ضمن ما جنى عليه الحائط فإن كانت جنايته على إنسان ، فهو على العاقلة إذا كانت نفساً أو دونها إذا بلغ من دية الرجل نصف عشر دية إذا كان المجني عليه رجلا. وإن كان المجني عليه امرأة فإذا بلغ ارش جنايتها عشر ديتها وما كان أقل من ذلك فهو في ماله . وما كان في غير بني آدم فهو في ماله حال .

( والقياس أن لا يضمن ) وبه قال الشافعي وأحمد رحمها الله في المنصوص منه ، لأنـه بناه في ملكه ولا تعدى منه ( لأنه لا صنع منـه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لأن اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبـل الاشهاد ) أي في صنعته مباشرة أما كونه لا صنع فيه فظاهر وأما كونه لا مباشرة وهو القتل بسبب كحفر البير ونحوه قوله : هو متعد فيه جملة وقعت صفة كمباشرة شرط المسألة مصورة فيما إذا بناه مستوياً . ثم صار مائلا .

وأوضح ذلك تاج الشريعة رحمه الله تعـالى قبله والقياس أن لا يضمن لأن ضمان الجناية بالمباشرة أو التسبب . ولم يوجد شيء منها . أما المباشرة : فلأنه لم يتصل بالمولف فعل من صاحب الحائط . ألا ترى أنه لم يجب عليـــه الكفارة ، ولا يحرم عن الميراث وإن شهد عليه . وأما التسبب : فلأنه أبطل أثر فعـــل ، وهو يعد من المتلف كحفر البير والحائط .

وإن كان أثر فعل إلا أنه مباح . لأنه ، إن فعل حصل في ملكه . وفعل الانسان في ملكه مباح وأثر فعله المباح لا يصلح سبباً للضمان كحفر البير في ملكه غايـــة ما في الباب أنه ترك معروفاً وأنه لا يوجب الضمان ، كما لو أرسل انسان دابته في مراعي فدخل في زرع انسان فأخبر بذلك فلم يخرجه حتى افسد زرعه لم يضمن لهذا المعنى كذا هذا .

( وجـه الاستحسان أن الحائط لما مال إلى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين

بملكه ودفعه في يده ، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه ، يجب عليه . فإذا امتنع ، صار متعدياً بمنزلة ما لو وقــع ثوب انسان في حجره يصير متعدياً بالإمتناع عن التسليم إذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ، ولأنا لو لم توجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذراً على أنفسهم فيتعذرون به . ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هــذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ،

---

بملكه ودفعه في يده فإذا تقدم ) على صيغة المجهول ( إليه وطولب بتفريغه، يجب عليه، فإذا امتنع صار متعدياً )وتوجيه الاستحسان .

قال مالك وابراهيم النخعي وسفيــان الثوري رحمهــم الله وغيرهم من أئمــة التابعين كشريح والشعبي « رح » وروي ذلـك عن علي رضي الله تعالى عنه ( بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعدياً بالامتناع عن التسليم إذا طولب به ) حتى يضمن إذا ملك في يده ( كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد ) فإنه لا يضمن بالاجماع .

وعن بعض اصحاب احمد وجه : أنه يضمن قبل الاشهاد أيضاً به . قال ابن أبي ليلى، وأبو ثور واسحق ( لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولأنا لو لم توجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ ، فينقطع المارة حذراً على انفسهم فيتعذرون به . ودفع الضرر العــام من الواجب وله ) .

أى ولصاحب الحائط ( تعلق بالحائط ) هذا جواب اشكال وهو أن يقال الهواء حق العامة وقد اشتغل بهذا الحائط فينبغي ان يكون تفريغه عليهم ، فأجــاب بقوله : وله تعلق بالحائط يعني نقضاً وابقاء فكأنه هو اولى بذلك ( فيتعين لدفع هذا الضرر ) لتعلق الحائط به على الوجه الذي ذكرناه ( وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ) أى من

ثم فيما تلف بـــه من النفوس تجب الدية . وتتحملها العاقلة لأنه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيــه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدي إلى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لأن العواقل لا تعقل الأموال والشرط التقدم إليه . وطلب النقض منه دون الاشهاد . وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من إثباته عنـــد إنكاره فكان من

---

الضرر . هذا أيضاً جواب عما يقال لو وجب عليه نقض الجدار لدفع الضرر العام يتضرر صاحب الجدار أيضاً . فأجـــاب بقوله : وكم من ضرر إلى آخره ... كالحجر على المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس فإنهم يحجرون لدفع الضرر العام وإن كان أبو حنيفة « رض » لا يرى الحجر على البالغ العاقل الحر . ( ثم فيما تلف به من النفوس ، تجب الدية وتتحملها العاقلة ، لأنه في كونه جناية دون الخطـــأ ، فيستحق فيه التخفيف بالطريق الأولى كيلا يؤدى إلى استئصاله ) أي انقطاعه بالكلية .

( والاجحاف به وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله ، لأن العواقل لا تعقل الأموال ، والشرط التقدم إليــه ) أى بشرط الضمان يقدم الطالب إلى صاحب الحائط وهو أن يقول له :

إن حائطك هذا مخوف . أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئاً ولو قال ينبغي أن تهدمه فذلك مشهود ويشترط أن يكون المتقدم من صاحب حق لواحد من العامة ، مسلماً كان أو ذمياً أو صبياً أو امرأة إن مال إلى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة إن مال إليها وصاحب الدار أو سكانها إن مال إليها وأن يكون إلى من له الولاية التفريغ حتى لو تقدم إلى من يسكن الدار بإجارة أو اعارة ، فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على احد . ( وطلب النقض منـــه ) أى وطلب نقض الحائط من صاحبه ( دون الاشهاد ) أي ليس بشرط ( وإنما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عنـــد انكاره ) أي انكـار المطلوب بالهدم ( وكان ) أي الاشهـاد ( من باب الاحتياط ) ولهـــذا لو اعترف صاحبه أى طولب بنقضه ، وجب عليـــه

باب الإحتياط وصورة الاشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أني قد تقدمت لهذا الرجل في هدم حائطه هذا . ولا يصح الاشهاد قبل أن يميل الحائط لانعدام التعدي قال : ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء ... قالوا : يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح . قال : وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل . وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانياً ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور ، فيصح التقدم اليه

---

الضمان وإن لم يشهد عليه ذكره في التحفة ( وصورة الإشهاد أن يقول الرجل :

اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط ) أي قبل أن يميل الحائط إلى السقوط وهو من وهى يهي اصله يوهي فحذفت الواو فصار يهي وذلك لوقوع الواو بين الياء والكسرة كما في يعد اصله يوعد (لانعدام التعدي).

أي قيل : وهى الحائط إلى السقوط ( قال ولو بني الحائط مائلاً في الابتداء قالوا ) أي المشائخ ( يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد ، لأن البناء تعد ابتداء) أي في ابتداء الأمر ( كما في اشراع الجناح ) أي لا يعد فيه إبتداء ( قال وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن هذه ليست بشهادة على القتل ) يعني لو كانت شهادة على نفس القتل لم يقبل شهادة النساء بشبهة البدلية بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين ( وشرط الترك ) أي بشرط القدوري ترك النقض ( في مدة يقدر على نقضه فيها لأنه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانياً) لأنه ربما لا يتمكن من النقض إما لجهله بذلك أو لعدم الآلة ، فلا بد من زمان يقدر فيه على النقض حتي يكون بتركه بعد ذلك متعدياً ( ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي ، لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليه من كل واحد منهم رجلاً كان أو امرأة حراً كان أو مكاتباً )

من كل واحد منهم ، رجلاً كان أو امرأة ، حراً كان أو مكاتباً .

ويصح التقدم إليه عند السلطان وغيره لأنه مطالبة بالتفريغ فتيفرد كل صاحب حق به وان مال إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها مكان لهم ان يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من اشهد عليه حيث لا يصح

---

وقال الأقطع في شرحه :

وكذلك لو طالبت به امرأة أو صبي أو غريب من بلد آخر لأن جميع هؤلاء لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم .

وفي شرح الطحاوي : والخصومة فيه إلى كل واحد من الناس ، مسلماً كان أو ذمياً بعد أن يكون حراً بالغاً عاقلاً ، أو كان صغيراً أذن له وليه في الخصومة أو كان عبداً أذن له مولاه . ( ويصح التقدم إليه ) أي إلى صاحب الحائط . ( عند السلطان وغيره ) أي وغير السلطان (لأنه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به ) أي بالطلب حق إذا لم يأخذ في نقضه عند ذلك فهو ضامن لما أصاب ( قال ) أي القدوري ( وإن مال ) أي الحائط ( إلى دار رجل فالمطالبة إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له على الخصوص وإن كان فيها ) أي في الدار (مكان لهم) كالمستأجر والمستعير لهم ( أن يطالبوه لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار ) يعني إذا كان الميلان إلى دار رجل فأجله صاحب الدار ( أو ابراه منها ) أي من الجناية ( أو فعل ذلك ) أي التأجيل(ساكنوها فذلك) أي التأجيل أو الابراء ( جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق لهم بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من

لأن الحق لجماعـــة المسلمين وليس إليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشترى برىء من ضمان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجنـــاح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ، ولا ضمان على المشترى لأنه لم يشهد عليه ... ولو اشهد عليه بعـــد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والأصل انـــه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح للتقدم إليـه كالمرتهن والمستأجر والمودع ساكن الدار . ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك

---

اشهد عليه حيث لا يصح لأن الحق لجماعة المسلمين وليس إليهما ابطال حقهم) أى حق جماعة المسلمين .

( ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري بريء) أى البائع ( من ضمان لأن الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لأنه كان جانياً بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا) أشار به إلى قوله في باب ما يحدثه الرجل في الطريق ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجنـــاح رجلاً فالضمان على البائع ( ولا ضمان على المشتري لأنه لم يشهد عليه . ولو اشهد عليـــه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل ) في هذا الباب ( أنه يصح التقدم إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقديم إليه كالمستأجر والمرتهن والمودع وساكن الدار) وفي بعض النسخ وسكان الدار ( ويصح التقدم إلى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك ) . أي فكاك الرهن .

وإلى الوصي وإلى أب اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء كفعله وإلى المكاتب لأن الولاية له .

---

فإن قلت : لو كان الراهن مفلساً لا يقدر على قضاء الدين ؟ ... قلت : يبيع الدار ويقضي الدين من ثمنها حتى ينقضه المشتري ... فإن قلت : من لم يجد من يشتري ؟ ... قلت : سأل الجصاص عن هذه المسألة بعينها قال: يكون التقدم إليه وإلى الأجنبي سواء ويجوز أن يتقدم إليه برفع الأمر إلى القاضي بأمر المرتهن بتمكنه من النقض إن كان المرتهن حاضراً وإن كان غائباً يأذن له بالنقض : وإذا ترك ذلك فامكنه النقض بهذا الطريق يكون متعدياً الكل من تاج الشريعة « ره » (وإلى الوصي) أي ويصح التقدم أيضاً إلى الوصي ( وإلى أب اليتيم ) قال شيخنا العلاء رحمه الله :

المراد من اليتيم الصبي لأن اليتيم لا أب له والمراد من الأب ، الجد ، لأن الجد يسمى الأب عند عدم الأب ( أو أمه ) أى أو أم الصبي ( في حائط الصبي لقيام الولاية ) للوصي والأب والأم ( وذكر الأم في الزيادات ) يعني إذا تقدم إلى أم الصبي في حائط مال لصغير لزم الضمان .

قال الاترازي : وفيه نظر لأنه لم يذكر في الزيادات الام ، بل ذكر الاب . والوصي كما ذكر في الاصل . فقال في الزيادات : حائط الصبي اشهد على أبيه أو على وصيه ، فالضمان على أبيه أو عاقلة الصبي ، فإن لم يسقط حتى كبر أو مات من اشهد عليه لم يكن فيه ضمان حتى يستأنف الاشهاد . وإن اشهد على صحيح في حائط ثم جزأ وارتد ولحق بدار الحرب بطل الإشهاد إلى هنا لفظ زيادات محمد برواية الزعفراني « ره » عنه ( والضمان في مال اليتيم لأن فعل هؤلاء ) أي فعل الوصي والاب والام ( كفعله ) أي كفعل الصبي والتقدم إليهم كالتقدم إلى الصبي ( وإلى المكاتب ) أى يصح التقدم إلى المكاتب في حائط له مائل ( لأن الولاية له ) أى للمكاتب . قال فخر الإسلام رحمه الله في شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الاعظم فاشهد عليه ثم سقط فأتلف انساناً .

والى العبد التاجر سواء أكان عليه دين أو لم يكن لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً فهو في عنق العبد وإن كان نفساً فهو على عاقلة المولى لأن الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد ، وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتل غيره فعطب لا يضمنه

---

فعلى المكاتب الاقل من قيمته . ومن دية المقتول فان ادى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف انساناً ففيه دية القتل على عاقلة مولاه .

وقال : وإذا عجز المكاتب ثم سقط الحائط المائل فأتلف انساناًفدمه هدر ولا شيء على المولى لعدم الإشهاد عليه ( وإلى العبد التاجر ) . أي يصح التقدم إلى العبد التاجر في حائط المائل ( سواء كان عليه دين أو لم يكن ، لأن ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط إن كان مالاً ، فهو في عنق العبد ) حتى يباع فيه كديون التجارة ( وإن كان ) أي التالف ( نفساً فهو على عاقلة المولى ، لأن الإشهاد من وجه على المولى ) لأن الحائط مملوك المولى والعبد متصرف للمولى ( وضمان المال اليق بالعبد ) لأنه ملحق بالاموال ( وضمان النفس ) اليق ( بالمولى ) لأن دية العبد غير قابلة لموجب جناية الدم لأنه يشبه الصلاة والعبد ليس بأهل لذلك .

( ويصح التقدم إلى أحد الورثة في نصيبه وإن كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة إلى القاضي ) بمطالبة شركائه . وحيث لم يفعل ذلك ، صار مفرطاً فوجب الضمان بقسطه ( ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الإشهاد فقتله فتعثر بالقتل غيره فعطب ، لا يضمنه ) أي لا يضمن صاحب الحائط الذي

لأن التفريغ عنه إلى الأولياء ، لا إليه .. وإن عطب بالنقض ضمنه لأن التفريغ اليه ، إذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط المائل إشهاد على النقض ، لأن المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن التفريغ وإن كان ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها .

---

تعثر فهلك ( لأن التفريغ عنه إلى الأولياء لا إليه ) أي التفريغ عن القتيل الاول مفوض إلى الاولياء لأنهم الذين يتولون دفنه لا إلى صاحب الحائط .

( وإن عطب بالنقض ضمنه ) أي صاحب الحائط (لأن التفريغ إليه) أي لأن تفريغ الطريق عن نقض الحائط إلى صاحب الحائط ( إذ النقض ملكه والإشهاد على الحائط المائل ، اشهاد على النقض لأن المقصود امتناع الشغل ) عن الهواء .

وعن أبي يوسف « ره » : أنه لا يضمن صاحب الحائط إلا إذا تقدم إليه بعد سقوط النقض بالتفريغ .

وروي عن محمد أنه يضمن ، وإن لم يتقدم إليه التفريغ ( ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه ) أي بسقوط الحائط ( وهي ) أي الجرة ( ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه وإن كان ) أي الجرة ( ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها ) .

وفي بعض النسخ : وإن كانت الجرة على تأويل المسمى قوله ، لا يضمنه . أي لا يضمن صاحب الحائط لو عثر انسان على الجرة ، ولا يضمن صاحب الجرة لأنه لم يوجد الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لصاحب الحائط يضمن لقدرته على رفعها كالنقض .

وفي المبسوط وضع شيئاً على حائطه فدفع ذلك الشيء فأصاب انساناً ، فلا ضمان عليه لأنه وضعه في ملكه فلا يكون متعدياً فيما يحدثه سواء كان الحائط مائلاً أو لم يكن : لأن في الوضعين لا يكون ممنوعاً من وضع متاعه على ملكه ولكن ذكر في المبسوط سقوط الجرة فقط .

وفي رواية الكتاب ذكر سقوط الحائط مع سقوط الجرة ( قال ) أي محمد « ره » في

قـــال : وإذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلتـــه وإن كانت دار بين ثلاثة نفر ، فحفر أحدهم فيهـــا بيراً والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطاً فعطب بـــه إنسانا فعليه ثلث الدية على عاقلته وهـذا عند أبي حنيفة وقالا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هـــدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الأسد ونهش الحيـــة وجرح الرجـل وله إن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقـل المقدر والعمق المقـدر

---

الجامع الصغير : (وإذا كان الحائط بين خمسة رجـال اشهد على احدهم فقتل انساناً ضمن خمس الدية ويكون ذلك على العاقلة وإن كان دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بيراً والحفر كان بغير رضاه الشريكين الآخرين ، أو بنى حائطاً فعطب به انسـاناً ، فعليـــه ثلث الدية على عاقلته . وهذا عند أبي حنيفة رضى الله تعالى عنه ).

(وقالا : عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) أي في فصل الحائط المشترك بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة نفر وبه قال احمد .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد ( أن التلف بنصيب من اشهد عليـه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هـــدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل ) فإنه يكون نصفين النصف على الخارج والنصف هدر ( وله ) أي ولأبي حنيفـة « ره » (ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر ) أراد بالثقـــل المهلك ( والعمق المقدر ) المهلك لا بجرد الثقل وبجرد العمق لأن اليسير من ذلك لا يصلح علة التلف .

لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم يقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات بأن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف إلا أن عنـــد المزاحمة اضيف إلى الكل لعدم الأولوية

---

( لأن اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علـة فتجتمع العلل وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم يقيم على اربابها بقدر الملـــك بخلاف الجراحات فإن كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت ) أي الجراحة ( أو كبرت على ماعرف . إلا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية ) في الاضافة إلى البعض .

* * *

## باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال: الراكب ضامن لما أوطأت الدابة ما اصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت. ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها. والأصل أن المرور في طريق المسلمين مباح، مقيد بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيداً بما ذكرنا

---

### باب جناية البهيمة والجناية عليها

أي هذا باب في بيان أحكام جناية البهيمة وفي بيان جناية الآدمي على البهيمة وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لتفضيل النطق في المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم الفعل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق.

( قال ) أي محمد « ره » في الجامع الصغير ( الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت) الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار، والخبط الضرب باليد.

( وكذا ) أي وكذا يضمن الراكب ( إذا صدمت ) الصدم : الضرب بالجسد، ومنه : إذا قتل الكلب الصيد صدما لا يؤكل. واصطدم الفارسان يعني : ضرب أحدهما الآخر بنفسه ( ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها ) . نفحت الدابة الشيء إذا ضربته بحافرها.

( والاصل) أي في هذا ( أن المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس، فقلنا بالاباحة مقيداً بما ذكرنا ) من شرط السلامة ( ليعتدل النظر من الجانبين ) أي من بين

لتعدل النظر من ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الإبطاء وما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به، فإن أوقفها في الطريق، ضمن النفحة أيضاً، لأنه يمكن التحرز عن الايقاف، وإن لم يمكنه عن النفحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه

---

صاحب الدابة وجانب الرجل الذي جني عليه من جهة الدابة، ولا يضمن ما كان من الغبار بالمشي أو بسير الدابة لأنه لا يمكن الاحتراز عنه.

وكذا ما اثارت الدابة بسنابلها من الحصى الصغار لأنه لا يمكن أن يحترز عنه في السير. فأما الحصى الكبار فإن الراكب يضمن ما تولد منه لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف على الدابة في السير. وقالوا في شرح الجامع الصغير: وإن لوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً (ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه) أي باب التصرف (وهو مفتوح) أي والحال أنه مفتوح.

(والاحتراز عن الابطاء وما يضاهيه) أي وما يشابهه (ممكن فإنه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة، فلم يتقيد به) أي بشرط السلامة.

(فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النفحة، فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه) ولو كانت سائرة وصاحبها معها قائداً أو سائقاً أو راكباً تضمن جميع ما جنت إلا النفحة بالرجل أو

قال وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة،أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين إنسان أو فسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجراً كبيراً ضمن ،لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لأنه ينفك عن السير عادة . إنما ذلك بتعنيف الراكب المرتدف فيما ذكرنا كالراكب لأن المعنى لا يختلف قال : فـــإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير ، فعطب به انسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز

---

الذنب . وبه قال احمد « ره » في رواية وعند الشافعي واحمد رحمهما الله في روايـــة يضمنها أيضاً وهو قول ابن أبي ليلى « ره » وقال مالك رحمه الله : لا يضمنها .

( قال ) أي محمد « ره » في الجامع الصغير ( وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة ، أو نواة ، أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عين انسان أو افسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجراً كبيراً ضمن لأنه في الوجــه الاول ) وهو ما إذا كان الحجر صغيراً ( لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثـــاني ) وهو ما إذا كان الحجر كبيراً ( ممكن ) أي الاحتراز ( لأنه ينفك عن السير عادة إنما ذلك ) لأن الظاهر أنـــه نشأ ( بتعنيف الراكب ) في أمر السوق فيوصف بالتعدي ، فيؤخذ به .

( والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب ) أراد بالمرتدف ، الرديف . وقوله فيما ذكرنا يعني في موجب الجناية ( لأن المعنى لا يختلف ) لأن الدابــة في ايديهما ويسيرانها ويوجهانها كيف شاؤوا،هذا ويروى عن شريح : وتجب الكفارة عليهما ، لأنهما كذا بخلاف القائد والسائق كذا في المبسوط وبه قال مالك وقال الشافعي واحـــد واسحق « ره » : لا يضمن الرديف .

وعن احمد « ره » أرجو أن لا شيء عليه إذا كان أمــامه من يمسك العنان ( قال ) أي القدوري ( فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير ، فلا يمكن الاحتراز عنه وكـذا ) أي لا يضمن ( إذا اوقفها ) أي

عنه . وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف . وإن أوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثهـا أو بولهـا ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضرراً بالمارة من السير لما انه أدوم منه ، فلا يلحق به . والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها . والمراد النفحة . قال رضي الله عنه : هكذا ذكره القدوري « رح » في مختصره ، وإليه مال بعض المشائخ ووجه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا

---

الدابة ( لذلك ) أي لأجل البول أو الروث .

( لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك ) أي البول والقاء الروث ( إلا بالايقاف وإن أوقفها لغير ذلك ) أي لغير البول ورمي الروث ( فعطب انسان ببولها أو روثها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو ) أي الإيقاف ( أكثر ضرراً بالمارة من السير لما أنه ادوم منه ) أي من السير ( فلا يلحق به ) أي بالسير والائمة الثلاثة « ره » لا يفرقون ويوجبون الضمان بالروث والبول في الطريق مطلقاً .

وقال ابن قدامة « ره » : وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ( والسائق ضامن لما إصابت بيدها أو رجلها ، والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها ) هذا لفظ القدوري « ره » . وقال المصنف رحمه الله : ( والمراد النفحة ) أي المراد من قوله أو رجلها النفحة بالرجل .

( قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره وإليه مال بعض المشائخ ) أى بعض مشائخ الطرق ( ووجهه ) أى وجه ما ذكره القدوري ( أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز منه وقال أكثر

يمكنه التحرز عنه . وقال أكثر المشائخ « رح » إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً ، وإن كان يراها . إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنـــه ، بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح . قال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم لأن فعلهـــا مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه السلام : الرجل جبار ، ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل

---

المشائــخ ) أي مشائخ ديارنا : ذكره في الذخيرة وهم مشائخ ماوراء النهر ( إن السائق لا يضمن النفحة أيضاً وإن كان يراها إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكن التحرز عنـه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها ) يقـال . كبح الدابـــة بلجامها هو أن يجذبها إلى نفسه لتقف .

( وبهذا ) أي بقول أكثر المشائــخ ( ينطق أكثر النسخ ) أي نسخ القدوري ( وهو الاصح . قال الشافعي : يضمنــون النفحـــة كلهم ) أي الراكب والسائق والقائـــد . وبه قال مالك واحمد وابن أبي ليلى « رح » ( لأن فعلها ) أي فعل الدابـــة ( مضاف إليهم ) أي إلى الراكب والسائق والقائد .

( والحجة عليه ) أي على الشافعي « ره » ( ١٠ ذكرناه ) أشار إلى قوله وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه ( وقوله عليه السلام ) عطف على قوله ما ذكرناه أي الحجة عليه قوله عليه السلام أي قول النبي ﷺ ( الرجل جبار ) هذا الحديث اخرجه أبو داود والنسائي « ره » عن سفيـــان بن حسين ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله تعـــالى عنه ، عن النبي ﷺ قال : الرجل جبار .

وقال الخطابي : تكلم النـاس في هذا الحديث . قيل إنه غير محفوظ وسفيان بن حسين معروف بسوء الحفظ قلت استشهد به البخاري « ره » ، واخرج له مسلم « ره » في المقدمة ، ورواه محمد « ره » في كتاب الآثار ... أخبرنا ابو حنيفة ، حدثنا حماد ، عن ابراهيم النخعي رحمهم الله ، عن النبي ﷺ جرح العجماء جبار والمعدن جبـــار والعنب جبار والرجل جبار والمعدن جبار . وفي الركاز الخمس وهو يفصل قوله جبار بيـــاض

بتخويف القتل كما في المكره ، وهـــذا تخويف بالضرب . وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ،ضمنه السائق والقائد ، لأنهما مسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها . ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لأن الراكب مباشر فيـــه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة

---

سكارى : أي هذا يعني النفحة هدر وهو معنى قوله ( معناه النفحة بالرجل ) .

لأن الوطىء مضمون بالاجماع ( وانتقال الفعل ) هذا جواب عن قول الشافعي «رح» لأن فعلها يضاف إليهم بالقياس على الأكراه بيانه أن انتقال الفعل إلى غيره إنما يكون ( بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب ) لأن القتل فـــلا يلحق به . قال الأكمل «رح» وفيه ضعف لأنه لم يقل بذلك قياساً على الاكراه ، وإنمـــا قال بناء على أصل آخر ، وهو أن سير الدابة مضاف إلى راكبها ولا كلام فيه ، وإنما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف .

والجواب القوي ما ذكره بقوله والحجة عليه مـــا ذكرنا . وقوله عليـــه السلام الرجل جبار .

( وفي الجامع الصغير ) إنما أتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلي وبيان الكفارة ( وكل شيء ضمنه الراكب ، ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان لمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة فيما اوطئته الدابة بيدها أو برجلهـــا ولا كفارة عليهما ) أي على القائد والسائق ( ولا على الراكب فيما وراء الايطاء ) كالنفحة بالرجـــل والذنب في ذلك ، وانما الكفارة عليه في الإيطاء ، لأنه مباشر فيـــه ، وهو معنى قوله ( لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقـــل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة مضاف

مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة، لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل: لا يضمن السائق ما أوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا، والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى وقيل: الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان.

---

إليه ) أي إلى الراكب . ألا ترى أنه يقال : سار فرسخاً ، وإن كان هو جالساً في سرجه لا يتحرك ؟

ولهذا ، لو سار في ملكه على دابته فوطئت بيدها أو رجلها وقتلت، فعليه الكفارة والدية ، إذ المباشرة في الملك وغيره سواء ذكره في المبسوط ( وهي آلة له ) أي الدابة آلة الراكب ( وهما ) أي السائق والقائد ( مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ) أي إلى محل الهلاك ( وكذا الراكب في غير الايطاء ) أي لا كفارة عليه في غير الإيطاء ، لأنه سبب في ذلك .

( والكفاره حكم المباشرة ، لا حكم التسبيب ) فيجب عليه الكفارة في الإيطاء ، لأنه مباشر فيه ( وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه ) لأن كل واحد من حرمان الميراث والوصية ( يختص بالمباشرة ولوكان راكب وسائق . قيل : لا يضمن السائق ما اوطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا ) من قوله ، لأن التلف بثقله ( والسائق مسبب والاضافة إلى المباشر اولى ) لأنه لا عبرة التسبب مع المباشرة .

الا ترى إلى الدفع مع الحفر ( وقيل الضمان عليهما ) أي على الراكب والسائق ( لأن كل ذلك سبب الضمان ) أي كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف ، لأن كل واحد لو انفرد أوجب الضمان .

قال وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي «رح» يجب على عاقلة كل واحدمنهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه، ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بيراً فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف . فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف الى فعل صاحبه، لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق

---

وقال الكرخي «رح» في مختصره : ولو أمر بنخسها وهو يسير فوطيت إنساناً فقتلته ، فالدية عليها نصفان ، لان هما الآن راكب وسائق يعني ان الناخس كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب مشتركان في الضمان . وكذا الناخس، يعني ان الناخس كالسائق وقال الإمام الاسبيجابي «رح» فإن كان سائق وراكب، أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما جيماً ، غير أن الكفارة على الراكب وحده .

( قال ) أي القدوري رحمه الله تعالى ( وإذا اصطدم فارسان ) تقييد بالفارسين اتفاقي ، إلا إن الحكم في الماشين كذلك أو قيده بحسب الغالب ( فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر) به قال مالك «رح» ( لما يروى ذلك عن علي رضى الله تعالى عنه ) هذا غريب على ما نبينه ان شاء الله تعالى .

( ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفراً على قارعة الطريق بيراً فانهار ) أي سقط ( عليهما ، يجب على كل واحد منهما النصف ... فكذا هذا ) وهذا الذي ذكره زفر والشافعي «رح» ، هو القياس والاستحسان ما ذكره اصحابنا وبه قال احمد «رح» وهو قوله ( ولنا ان الموت

فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالسبيل ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره . وروي عن علي رضي الله عنه : انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية ، فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان

---

مضاف إلى فعل صاحبه ، لان فعله في نفسه مباح ، وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للاضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالسبيل ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه ) بان يقال : لولا مشيه لم يقع في البير ، فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه ايضاً بأن يقال : لولا تقرب به نفسه من الصدوم لم يهلك .

( وفعل صاحبه وإن كان مباحا ، لكن الفعل المباح في غيره ) أي في غير نفسه ( سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره ) فأهلكه ، يجب عليه الضمان .

(وروى عن علي رضى الله تعالى عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية ) هذا رواه ابن أبي شيبة «رح» في مصنفه . حدثنا عبد الرحمن بن سليمان عن اشعب ، عن حماد عن ابراهيم ، عن علي رضى الله عنه في فارسين إصطدما فمات أحدهما انه ضمن الحي للميت ( فتعارضت روايتاه ) أي رواية علي رضى الله تعالى عنه ( فرجحنا ) أي هذه الرواية ( بما ذكرنا ) من الدليل .

وقال الكاكي «رح» إذ يقول : ما روى عن علي « رض» انه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل منهما في العمد كما ذكر في الكتاب .

قلت هذا كله تكلف ، وقد ذكرنا أن الذي احتج به زفر « رح » والشافعي حديث علي رضى الله تعالى عنه : المذكور غريب يعني لم يثبت ، فمن أين يأتي التعارض أو لم يأول وهذا من قلة الاطلاع في كتب الاحاديث .

( وفيما ذكر ) أي الخصم ( من المسائل) المذكورة ( الفعلان ) وهما : الاصطدام عمداً

محظوران فوضح الفرق هــذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ . ان الجناية تعلقت برقبته دفعـا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد ، لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بـدلاً . ولو كان أحدهما حراً

---

والجرح ( محظوران ) أي غير مشروعين إذا كان كذلك ( فوضح الفرق ) بين المقيس والمقيس عليه .

وفي الاجناس قال أبو يوسف «رح» في نوادر هشام ، في رجلين علوا حبلاً ، فوقعا على وجهيهما جميعاً فماتا ، انه يضمن كل احد منهما دية صاحبه ، ولو وقـع احدهما على قفاه والآخر على وجهه فماتا ، ضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه ولو انقطع الحبـل فوقعا جميعاً على اقفيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما ، وضمن الحبل .

فقيل لمحمد «رح» : إن وقعا على وجهيهما إذا قطع الحبل ؟ ... قال محمد «رح» هذا من قطع الحبل وقال محمد «رح» في نوادر رستم : أو وقعا على أقفيتهما وماتا ، لا ضمان على قاطع الحبل ( هذا الذي ذكرنا ) هو أنه يجب دية كل على عاقـة الآخر ( إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم )أي يسقط ( في الخطأ ) يعني إذا اصطدم العبدان خطأ يعني فماتا هدر الدم .

(لان الجناية تعلقت برقبته )أي برقبة العبد الجاني (دفعاً وفداء) أي من حيث دفع المولى إياه ومن حيث ان يفديه ، ولما مات قبل ذلك فات محل الجناية إن خلف لا يضمن المولى شيئاً وهو معنى قوله ( وقد فات ) أي العبد ( لا إلى خلف ) لفوات محل الجناية ( من غـير فعل المولى ) في العبدين ( فهـدر ) أي فسقط الدم ( ضرورة ) وفي بعض النسخ فهدر ضرورة .

( وكذا الحكم في العمد ) يعني فيما إذا وقع الاصطدام عمداً منهما ( لان كل واحـد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلاً ) لأن العبد لا مال له ( ولو كان احدهما ) أي أحد

والآخر عبداً ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة ، ولأن على أصل أبي حنيفة « رح » ومحمد « رح » تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الاقدر وما اخلف من البدل وهو نصف القيمة .

---

المصطدمين ( حراً ، والآخر عبداً ، ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد ) لأن كل شيء من الحر فيه الدية ، ففيه القيمة من العبد ،وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ، ففيه من العبد نصف القيمة .

( فيأخذها ) أى فيأخذ القيمة ( ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة ) أى على قيمة العبد لانه لم يخلف شيئاً فيما زاد ( لان على أصل أبي حنيفة ومحمد «رح» تجب القيمة على العاقلة ) أراد أن الاصل أن العبد المقتول خطأ ، تجب قيمته على العاقلة عندهما .

وروى عن أبي يوسف أنه قال في مال القاتل : وإنما تجب قيمة العبد على القاتل عندهما ( لانه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلاً بهذا القدر فيأخذه ) أي بدل العبد ( ورثة الحر المقتول ، ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف) أى لعدم الخلف بموت العبد من غير خلف ( وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد ، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول . وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الاقدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة ) فيأخذه الورثة من مولى العبد .

( قال ) أى محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل

قال : ومن ساق دابة فوقع السرج على اجل فقتله ضمن . وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنـــه متعد في هذا التسبيب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على مــا مر من قبل فيقيد بشرط السلامة . قال: ومن قاد قطاراً ، فهو ضامن لما أوطأ فإن وطىء بعير

---

فقتله ضمن ) هنا لفظ الجامع وقال المصنف «رح» ( وكذا على هذا الحكم ) يعني وصــول الضمان على السائق إذا وقعت ( سائر ادواته كاللجام ونحوه ) مثل الركب والمهرة وغــير ذلك لأن ذلك كتقصير منه لأنه لو أحكمها لم تقع .

( وكذا ) الحكم في وقوع ( ما يحمل عليها ) أي على الدابة ( لأنه متعــد ) أي لأن السائق قد تمدى ( في هذاالتسبيب لأن الوقوع ) أي وقوع هذه الأشياء ( بتقصير منه ) أي من السائق ( وهو ) أي التقصير (ترك الشد والإحكام فيه )،أي في الشرح كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على انسان فقتله ( بخلاف الرداء ) الملبوس إذا سقط فأتلف شيئاً حيث لا يجب الضمان ( لأنه ) أي لأن الرداء ( لا يشد في العادة) ولو تعثر اللابس فسقط الرداء ، ثم تعثر به انسان ، لم يضمن فكذا اذا سقط رداءه .

( ولأنه ) أي ولأن السائق ( قاصد لحفظ هذه الأشياء) يعني السرج وسائر الأدوات ( كما في المحمول على عاتقه ) اذا وقع على شيء فأتلفه فإنه يجب الضمان ( دون اللباس ) يعني لا يجب الضمان فيه ، لأنه لا يقصد حفظه ( على ما مر من قبل ) أي في باب مايحدثه الرجل في الطريق ( فيتقيد بشرط السلامة ) يعني في حكم السائق .

( قال ) أي القدوري : ( ومن قاد قطاراً ) القطار : الإبل يقطر على نسق واحد ، والجمع قطر . ( فهو ) أي القائد ( ضامن لما أوطأ ) أي القطار ( فإن وطىء بعير ) أي

إنساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب الضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق ، فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة . وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل . أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن

---

من القطار ( انساناً ضمن به الدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعدياً بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدى سبب الضمان ، إلا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه ) أى مع القائد ( سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه ) أى سائق الواحد ( لا تصال الأزمة ) أى أزمة القطار وهو جمع زمام .

وفي المبسوط : السائق تعرف للابل مما اصاب بالصدمة وغيرها . وكذا القائد مقرب في ذلك فيشتركان في الضمان لا سواهما في التسبب وإن كان بينهما سائق الإبل في وسط القطار فالضمان في جميع ذلك عليهم أثلاثاً ...

وقال الكرخي «رح» : قال محمد «رح» في املاء الكتابي ، لو ان رجلا كان يقود قطاراً وآخر من خلف القطار ليسوقه ويزجر الإبل مزجر يسوقه وعلى الإبل قوم في الحامل نيام أو غير نيام فوطىءبعير انساناً فقتله فالدية على عاقلة القائد والسائق والراكبين على البعير الذى وطي جميعاً الذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعاً عدد الرؤوس والكفارة على الراكبين خاصة .

وقال الكرخي رحمه الله ومن كان من الركبان خلف البعير الذى وطىء لا يزجر الإبل ولا يسوقها راكباً على بعير فيها أو غير راكب فلا ضمان على احد منهم ، لأنهم ليسوا بقادة ولا ساقة .

( وهذا ) اى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعاً فيها ( اذا كان السائق في

ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يده لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه

قـــال : وإن ربط رجل بعيراً إلى القطار والقائد لا يعلم ، فوطىء المربوط إنساناً فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره . فـــإذا ترك الصيانة ، صار متعدياً وفي التسبيب : الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط ، لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة ، وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب

---

جانب من الإبل الأول اما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد من الإبل يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ) اى القائد الأول والثاني ( ما تلف بما بين يديه ) اى بين يدى السائق ( لأن القائد الأول لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام ) اى لانقطاعه .

(والسائق يسوق مايكون قدامه ) حتى لو لم يسق ما كان قدامه يكون الضمان على القائد الأول لا غير كذا ذكر في المغني .

( قال : وان ربط رجل بعيراً الى القطار والقائد لا يعلم ) فوطىء المربوط انساناً ، فقتله ، فعلى عاقلة القائد الدية قيد به اذ لو علم القائد بالربط، حال السير فالدية على عاقلته ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لأن القائد لما علم بالربط، فقد رضي بما يلحقه من الضمان، فلا يرجع الحاصل ان زيل القائد بالربط لا يبقى ابتداء وجوب الضمان عنه لوجـــود الاتلاف منه والجهل يزيل الاثم دون الضمان كالنائم اذا انقلب على انسان .

( فوطىء المربوط انساناً فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعدياً وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذى اوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما ) اى على القائد والرابط (في الابتداء وكل منهما ) أى والحال ان كل منهما (مسبب

من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار تسير ، لأنه أمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم بـــه ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . أما إذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير إذنـــه لا صريحاً ولا دلالة ، فلا يرجع بما لحقه عليه . قال : ومن أرسل بهيمة وكان لها سائق فأصابت في فورها يضمنه ، لأن الفعل انتقل اليه بواسطة السوق .

---

لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة ) ولا شك ان المباشرة أقوى كالحافر مع الرافع .

( لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا ) أي المشائخ (هذا ) اى رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط ( اذا ربط والقطار تسير ) الواو فيه للحال (لأنه) اى لان الرابط (امر بالقود دلالة ) يعني امر للقائد بقود بعيره حين سار دلالة ، يعني من حيث الدلالة وان لم يكن صريحاً . واذا لم يعلم به ( فإذا لم يعلم القائد به ، لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط . اما اذا ربط الإبل قيام ثم قادها،ضمنها القائد) اى بلا رجوع ( لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحاً ، ولا دلالة . فلا يرجع بما ألحقه عليه ) .

قال المحبوبي «رح» . قال الحلواني «رح»: اذا ربط حال قيام الإبل ووقوفها،لا يضمن الرابط ،لأن ربطه قد زال هذا السبب بقود القائد فيبرأ عن موجبها . كمن وضع حجراً وحوله من ذلك إلى موضع آخر . لم يكن على الواضع الأول ضمان ما تلف به ، لأنه لما حوله زالت جناية كذا ههنا .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير :

( ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً ). قال الصدر الشهيد«رح» وغيره: أراد بالبهيمة، الكلب . وأراد بكونـــه سائقاً : أن يكون خلفه ( فأصابت في فورها ) أي في فور الإرسال .

قال : ولو أرسل طيراً وساقه ، فأصاب في فوره لم يضمن . والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق ، فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة . وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله حل ، ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها ، هـــذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد

---

فإن قتل صيداً مملوكاً ( يضمنه ، لأن الفعل انتقل إليه بواسطة السوق . قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير : ( ولو أرسل طيراً وساقــه ، فأصاب في فوره ، لم يضمن. والفرق ) بين المسألتين : ( أن بدن البهيمة يحتمل السوق ) فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق ( فصار وجود السوق وعدمه سواء بمنزلة ) واحد .

ولهذا ، لوأدخل بازياً في الحرم أو صقراً وأرسله فجعل يقتل حمام الحرم ، لا يلزمــه شيء . لان الباز لا يحتمل السوق . ولو أشلى كلباً على رجل حتى عقره أو مزق ثيابه لا يضمن لأن يسوقه . أراد به : إذا كان خلفه لما مر وقيل إذا لم يكن خلفه ،فعقر وتعلق بانسان إن كان غير معلم لا يضمن لأن غير المعلم إنما يذهب بطبع نفسه لابالإرسال،وإن كان معلماً، فإن ذهب يميناً وشمالاً ومال عن الوجه الذي أرسله ثم أتلف انســانــاً لا يضمن . لانه لا يضاف إلى السائق وإن أصابه من الوجه الذي ساقه وأرسله كان ضامناً. لانه ذهب بارسال صاحبه ، فكان مضافاً إلى المرسل .

كذا ذكر فخر الدين قاضي خان ( وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائق لم يضمن ) يعني إذا كان خلفه ( ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق ، فأخذ الصيــد وقتله حــل ووجه الفرق) بين المسألتين ( أن البهيمة ) أي الكلب ( مختارة في فعلها ) .

وفي بعض النسخ مختارة في فعله ( ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلهــا ) أي فلا يضاف فعله ( إلى غيرها هذا هو الحقيقة ) أي فعل أحد لا يضاف إلى غــيره ( إلا أن الحاجة مست في الاصطياد وأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريـــق له

فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان . وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هـذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس قال « رض » وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف اليـــه ما دامت تسير على سننها وإن انعطفت يمنـــة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانـه لتمكنه من الصيد وهـذه تنافي مقصود المرسل وهو السير

---

سواه ، ولا حاجة في حق ضمـــان العدوان ) أي لا ضرورة في وجوب العدوان فلا تسقط عبرتها .

( وعن أبي يوسف «رح» أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً صيانة لأموال الناس) وجعل شيخي العلاء «رح» هذا نسخه يعني يوجد هذا في بعض النسخ ( قال ) أي المصنف ( وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها يضاف إليه مادامت تسير على سننها ) فيضمن. قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وبه قال الشافعي وأحمد . وعند مالك فعل العجماء جبار بأي وجه كان .

( ولو انعطفت ) أي الدابة ( يمنة أو يسرة انقطع حـكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه ) أي سوى طريق اليمنة واليسرة بأن كان على الجادة ما أوصل الطريق لا ينقطع حكم الإرسال .

( وكذا ) أي كذا لا ينقطع حكم الإرسال ( إذا وقفت ثم سارت بخلاف مـــا إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت فأخذ الصيد لأن تلك الوقفـة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد وهذه ) أي وقفة الدابة (تنافي مقصود المرســل وهو السير)

فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي قـــال ولو أرسل بهيمة فافسدت

---

فإن المقصود من الإرسال هو السير لا الوقوف .

فإذا كان كذلك ( فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ) معطوف على قوله بخلاف ما إذا وقفت ( ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره ، لا يضمنه مـن أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه ) يريد بهذا : الفرق بين الارسالين : الارسال إلى الطريـــق ، والارسال إلى الصيد . ففي الأول لا ضمان عليـــه . وفي الثاني يجب الضمان إذا كان على الفور .

( لأن شغل الطريق تعد . فيضمن ما تولد منه . أما الارسال للاصطيـاد ، فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي ) وقالوا في رجل له كلب عقور كلما مر عليه شيء عضـــه ، فلأهل القرية أن يقتلوه . فإن عض ، هل يجب الضمان على صاحبه .

إن لم يتقدموا عليه قبل القبض لا ضمان عليـه وإن كان تقدموا إلى صاحب الكلب فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل وقال الشافعي وأحمـــد « رحمهم الله » يضمن وإن لم يتقـــدم إليه .

وكذا في سنور معروف يأكل الطيور وفي المنتقى لو طرح رجلا قدام أسد أو سبع فقتله ليس على الطارح قود ولا دية ولكن يعزر ويضرب ويعدها يحبس حتى يتوب ويموت وقال أبو يوسف أنا أرى أن يحبس حتى يموت وعند الأئمة الثلاثة إن كان الغالب القتـــل يجب القود وإن كان لا يقتل غالباً فعند الشافعي «رح» قولان في قول يجب القود وفي قول لا يجب ولكن تجب الدية وبه قال أحمد وقياس قول مالك انه يجب القود .

( قال ) أي المصنف «رح» وليس في كثير من النسخ لفظ قال ( ولو أرسل بهيمـــة فأفسدت زرعاً على فوره ) أي فور الإرسال والمراد بفور الإرسال أن لا يميل يميناً ولا

زرعاً على فوره ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت دابة فأصابت مالا أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لاضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار . وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف اليـــه لعدم

---

شمالاً ( ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لمـــا مر ) وفي الفتاوى الصغرى أرسل حماره فدخل زرع إنسان فأفسده فان ساقه إلى الزرع ضمن وإن لم يسقها بان لم يكن خلفها وان لم تنعطف الدابة يميناً ولا شمالاً وذهب إلى الوجـه الذي أرسله صاحبه فأصاب الزرع ضمن أيضاً وان انعطف يميناً وشمالا فأصاب الزرع إن كان له طريق آخر لم يضمن والا يضمن في ديار شيخ الاسلام «رح»(ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلا أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام) أي لقول النبي ﷺ (جرح العجماء جبار ) الحديث رواه أبو داود وابن ماجة عن الليث بن سعد عن الزهري عن سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة «رض» قال : قال رسول الله ﷺ العجماء جرحها جبار الحديث قال أبو داود المنفلتة أي العجماء التي لا يكون معها أحد ويكون بالنهار لا بالليل وقـال ابن ماجة الجبار الهدر الذى لا يغرم وفي الموطأ عن مالك الجبار الدية .

( وقال محمد «رح» هي المنفلتة) التي أهدر النبي ﷺ فعلها هي المنفلتة لا التي أرسلت فان فساد المرسلة إذا كان في فور الارسال ليس بجبار وإنما ذكر التفسير لئلا يجري الحديث على عمومه كما قال مالك «رح » وقال القدوري في شرحه وسواء كان انفلاتهـــا في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره لأنه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه . انتهى .

وقال الشافعي إن كانت ذهبت نهاراً لا يضمن بــــه قال مالك وأحمد وأكثر فقهاء الحجـــاز .

( ولأن الفعل ) أي فعل الدابة المنفلتة ( غير مضاف إليه ) أي إلى صاحب الدابـــة ( لعدم ما يوجب النسبة إليه من الارسال واخواته ) من السوق والقود والركوب ، وفي

ما يوجب النسبة إليه من الإرسال واخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منهـــا هو اللحم فلا يعتبر النقصان . وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ولنا مـــا روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه

---

بعض النسخ قال ( شاة لقصاب ) أى قال محمد في الجامع الصغير شاة لقصاب (فقئت عينها ففيها ما نقصها ) أى ما نقص الشاة من قيمتها ( لأن المقصود منها ) أى من شاة القصاب ( هو اللحم فلا يعتبر النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ) بفتح الجيم وهو ما اتخـذ للنحر يقع على الذكر والأنثى كذا في الطحاوي والجزر القطع وجزر الجزور نحوهـــا والجزار هو الذي يجزر البقرة أى ينحرها (ربع القيمـة) الواجب ربع قيمة بقرة الجزار وجزوره ( كذا ) أى يجب ربع القيمة ( في عين الحمار والبغل والفرس ) وفي جامـع البزدوى إنما وضع المسألة على هذا الوجه عين لم يقل في عين البقرة والجزور مطلقاً لبيان ان البقرة والجزور وإن أعدا للحم كما في شاة لا يختلف الجواب فيهما أعنى يجب ربـع قيمتها سواء كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب كما في الذي لا يؤكل لحمه كالحمار والبغل والفرق ان الشاة لا ينتفع بها للحمل بل ينتفع بها كالامعـة فيضمن النقصان من غير تقدير وأما البهائم فانها عاملة كالآدمي فينتفع بها بغير العمل أيضاً فأشبه الآدمي من وجه والمسألة من وجه فوجب لنصف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما .

( وقال الشافعي «رح» فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ) وهو القياس قـول مالك وأحمد ( ولنا ما روى أنه ﷺ ) أى أن النبي ﷺ ( قضى في عين الدابة بربـع القيمة ) هذا رواه الطبراني في معجمه من حديث زيد بن ثابت «رض» أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها ورواه العقيلي في الضعفاء (وهكذا قضى عمر «رض») رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن جابر الجعفي عن الشعبي عن شريـح ان

ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبيه الآدمي . وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعنيا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها .

---

عمر «رض» كتب إليه في عين الدابة ربع ثمنها ورواه كذلك ابن أبي شيبة ( ولأن فيها ) دليل معقول على ذلك أي فى الدابة (مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه ) أى من وجه الزينة والجمال ( تشبه الآدمى . وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه ) أى من وجه إمساكها للأكل ( تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين فبشبه الآدمى فى إيجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفي النصف ) أى فى نفى نصف الإيجاب وفيه إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقاء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية ( ولأنه ) أى ولأن الشاة هذا دليل آخر أى ولأن الشاة أيما يكن إلى آخره على ما تبين ولكن الاعتماد على الدليل الأول الأقوى أن العينين لا يضمنان نصف القيمة كذا قال فخر الاسلام «رح» وإنما قال ذلك لأن المعمول به فى هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر علية قوله ( إنما يمكن إقامة العمل بها ) أى بالقيمة ( بأربعة أعين عيناها ) أى باعتبار الأربعة أعين وفى بعض النسخ بأربع أعين ثم بين الأربعة الأعين بقوله عيناها ، أى عينا الدابة ( وعينا المستعمل ) أى مستعمل الدابة فاذا كان كذلك ( فكأنها ) أى فكأن الدابة تكون ( ذات أعين )فاذا كانت ذات أعين ( أربعة فيجب الربع ) أى ربع القيمة ( بفوات أحدها ) أى أحد الأعين الأربعة

( قال ) وإنما قلنا قال المصنف لأن هذه المسألة وما بعدها ليست مذكورة في الهداية وإنما هي من مسائل الأصل . ذكرها المصنف تفريعاً .

قال ومن سار على دابة في الطريق فضربهـــا رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ولأن الناخس متعـــد في تسبيبه

---

( ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها ) من النخس وهو الطعن بالعود ونحوه وهو من باب منع يمنع ومنه النخاس دلال الدواب (فنفحت رجلا) يقال نفحه برجله إذا ضربه بالحاء المهملة من طلب منع ( أو ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس ) يعني إذا نخسها بغير إذن الراكب والسائق وبه صرح في المبسوط ولا يعلم فيه خلاف ( دون الراكب ) أي لا يلزم الراكب شيء فان قيل القياس يقتضي هـو أن يكون الزمان على الراكب لكونه مباشراً فان لم يكن متعدياً لأن التعدي ليس من شرط فان لم يختص به فلا أقل من الشركة والجواب أن القياس يترك بالأثر أشار إليه بقوله(هو) أي المذكور هو الذي ( المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله تعالى عنهما ) في رجـــل نخس دابة عليها راكب فصدمت آخر فقتلته أنه على الناخس لا على الراكب هذا غريب .

وقال الأترازي لما ذكر المسألة المذكورة الأصل قال بلغنا ذلـك عن عمر وعبد الله بن مسعود (رض) وروى عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن ابن مسعود وفيه إنمـا يضمن الناخس وروى ابن أبي شيبـــة في مصنفه نحوه عن شريح والشعبي ولأن الراكب دليل معقول .

( ولأن الراكب الدابة والمركب ) الذي هو الدابة ( مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ) أما فعل الراكب فلأنه انتقل إلى الدابة لأن الوثبـــة المهلكة إنما كانت منها فكان مضطراً في حركته وأما فعل الدابة فقد انتقل إلى الناخس لكونه الحامل على ذلك ملجأ فكان الحامل الناخس مميز له . الرابع للدابة والراكب معاً على ما فعلت الدابة والمدفوع إلى الشيء وإن كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الإيضاع الإكراه

والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي . حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لأنه متعد في الإيقاف أيضاً . قـــال وإن نفحت الناخس كان دمه هدر لأنه بمنزلة الجاني على نفسه وإن ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لأنه متعد في تسبيبه وفيـــه الدية على العاقلة . قال ولو وثبت بنخسة على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك

---

الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشر ان فرض مباشراً ولا التسبب أيضاً لأنه معتمدالتعدي وهو منفرد ( ولأن الناخس متعد ) دليل آخر أي الناخس متعد ( في تسبيبه ) لأن الدابة عادتها عند النخس النفحة والوثبة ( والراكب في فعله غير متعد ) لعدم ضرر شيء منه .

( فيترجح جانبه ) أي جانب الناخس ( في التغريم التعدي ) قيل فيه نظر لان الراكب إن كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه في وجوب الضمان كالنائم إذا انقلب على انسان فأهلكه يجب الضمان عليه ، والنائم ليس يوصف بالتعدي وإن لم يكن قتله معتبراً لكونه مرفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذلك الدليل الاول .

وأجيب أن الراكب مباشر فيما إذا أتلف بالوطىء لانـــه يحصل التلف بالفعل وليس الكلام هاهنا في ذلك وإنما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمـــة فكان شيئين ورجح الناخس في التغريم وفي استعمال الترجيح هاهنا تسامح لان الشرط إذا كان منفرداً لا يصلح معارضاً حتى يحتاج إلى الترجيح ، قال الاكمل ولعل معناه فاعتبر موجبـــاً في التغريم لان الترجيح بسبب الإعتبار فكان ذكر التسبب وارادة المسبب .

( حتى لو كان واقفاً ) أي حتى لو كان الراكب واقفاً ( دابته ) ودابة منصوبة بقوله واقفاً لانه من الوقوف لا من الوقف ( على الطريـــق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه ) أي لان لصاحب الدابة ( متعد في الإيقاف أيضاً وان نفحت الناخس كان دمه هدراً لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان ألقت الراكب ) يعني بالنخس ( فقتلتـــه كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال ولو وثبت بنخسة

على الناخس دون الراكب لما بينـــاه . والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لأن التلف حصل بثقل الراكب ووطىء الدابـــة والثاني مضاف إلى الناخس فيجب الضمان عليهما . وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لأنه أمره بما يملكه إذ النخس في معنى السوق فصح امره

---

على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه ) إشارة إلى قوله لانه متعد في تسبيبه كـذا قاله الكاكي وقال الاكمل لما بينا إشارة الى قوله لانـــه متعد في تسبيبه .

ولان الراكب والمركب مرفوعان وقال في النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه قلت وهو مثل ما قاله الكـاكي فكأنه نقله عن صاحب النهاية . وقال الاكمل ليس بشيء وسكت عليه فليتأمل .

(والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء ) أى في ملكه يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإتفاق من غير الملك فانه ينتصف الضمان هناك على ما قبلها ( وعن أبي يوسف «رح» ) رواه ابن سماعة عنه ( أنـــه يجب الضمان على الناخس ) في كل حال وقيد بقوله في ملكه احترازاً عما تقدم من الإتفاق في غير الملك ، فرواية ابن سماعة عنه أنه يجب الضمان على الناخس (والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطىء الدابة والثاني) أى وطىء الدابة (مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما ، وان نخسها بإذن الراكب كان ذلك) أى النخس من النخاس (بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه ) أى على الناخس ( في نفحتها لانـــه ) أى لان الراكب ( أمره ) أى الناخس ( بما يملكه ) وهو النخس ( إذ النخس في معنى السوق فصح أمره به ) أى أمر الراكب بالنخس ( وانتقل ) أى النخس ( اليـــه لمعنى الامر ) أى الى الراكب .

به وانتقل إليه لمعنى الأمر. قال ولو وطئت رجلاً في مسيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعاً إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما. والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث أنه إتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وإن كان علة للوطىء فالنخس ليس بشرط لهـــذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطىء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح إنساناً فوقع في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح

---

( ولو وطئت رجلا في مسيرها وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالديـــة عليهما نصفين جميعاً ) أي على الراكب والناخس ( اذا كانت ) أي النخسة ( في فورهـا الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما ) أي الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما أي الى النفحة ( والاذن يتناول فعله ) أي فعل الناخس هذا جواب عن قوله ينبغي أن لا يضمن الناخس لانه متى أذنه بالنخس وفعله أي الراكب فلم يبق متعدياً بيان الجواب الاذن يتناول فعل الناخس الذي هـــو ( السوق ولا يتناوله ) أي ولا يتناوله فعله ( من حيث أنه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه ) أي على الناخس فكان متعدياً ( والركوب وان كان علة للوطىء ) هذا جواب سؤال آخر وهو أن الراكب صاحب علة اذ الركوب علة للوطىء واضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط وتقرير الجواب أن يقـال أن الركوب وان كان علة لوطىء الراكب ( فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطىء فصار علة العلة ) أي ويكون علة العلة .

( ولهذا لا يترجح صاحب العلة ) على الشرط ونظر المصنف لذلك بقوله ( كمن جرح انساناً فوقع ) أي المجروح ( في بير حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما ) أي على الجارح وحافر البئر ( لما أن الحفر شرط وجـود علة أخرى ) وهي القتل ( دون

كذا هذا . ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعل بأمره وقيل لا يرجع وهو الأصح فيما أراه لانه لم يأمره بالإيطاء والنخس ينفصل عنه وصار إذا أمر صبياً يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه وكذا إذا ناوله سلاحاً فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم

---

علة الجرح كذا هذا ) لان الركوب وان كان علة الوطىء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط للسير والسير علة للوطىء فكان الوطىء ثابتاً بعلتين فيجب الضمان .

( ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه ) أي لان الناخس ( فعل بأمره ) أي بأمر الراكب فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ( وقيل لا يرجع وهو الأصح ) أي عدم الرجوع هو الاصح قاله صاحب الهداية وقال ( فيما أراه ) بضم الهمزة أي فيما أظنه ( لانه ) أي لان الراكب ( لم يأمره بالايطاء ) بل أمره بالنخس ( والنخس منفصل عنه ) أي عن الايطاء ( وصار ) حكم هذا ( كما اذا أمر صبياً يستمسك ) أي يقدر على استمساك نفسه على فعل شيء وهو معنى قوله يستمسك (على الدابة بتسييرها فوطئت الدابة انساناً ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم )أي فان العاقلة ( لا يرجعون على الآمر لأنه ) أي لأن الآمر ( أمره بالتسيير والإيطاء ينفصل عنه ) أي عن التسيير .

وقيد الصبي بصفة الاستمساك لأنه إذا لم يكن مستمسكاً على الدابة وحمله رجل على الدابة والدابة واقفة ثم سارت فأوطأت لا ضمان على عاقلة الصبي ولا على الذي حمله لأن تسيير الدابة لا يكون مضافاً إلى الصبي لأن الصبي عليها بمنزلة المتاع ولا على الحامل لأنه لم يسير الدابة فكانت الدابة كالمنفلتة فيكون فعلها هدراً لقوله ﷺ فعل العجماء جبار والمراد المنفلتة كذا في الذخيرة ولا نعلم فيه خلاف .

( وكذا الحكم إذا ناوله ) أي الصبي ( سلاحاً فقتل بـه آخر ) أي فقتل الصبي بالسلاح شخصاً آخر ( حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الايطاء

الناخس إنمـــا يضمن إذا كان الإيطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافـــاً إلى الراكب على الكمال .

ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها فهو على الناخس وكذا إذا كان لهـــا سائق فنخسها غيره لأنـــه مضاف إليه والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته . وإن كان صبياً ففي ماله لأنهما مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت إنساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف إليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

---

في فور النخس حتى يكون السوق مضافاً إليه ، وإذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقي السوق مضافاً إلى الراكب على الكمال ) .

( ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورهـــا فهو على الناخس ) لا على القائد ( وكذا إذا كان لها سائق فنخسها غيره ) أي غير السائق فالضمان على الناخس لا على السائق ( لأنه ) أي لأن التلف ( مضاف إليـــه ) أي إلى الناخس إذ الإنفلات أثر فعل الناخس وهو بشرط التلف ( والناخس إذا كان عبداً فالضمان في رقبته ) أي في رقبة العبد يدفع بها أو يفدى هذا إذا نخسه بغير إذن الراكب أما إذا نخسه بإذنـــه فإن كان التلف بالنفحة فلا ضمان على الراكب والقيد اذا كان يسير في الطريق ولو كان بالوطئة في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب يضمن نصف الدية وعتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب لأن الولي يرجع على الآمر بالأقل من قيمة العبد ومن نصف الدية .

( وان كان ) أي الناخس ( صبياً ففي ماله ) يحتمل أن يراد به اذا كانت الجناية على المال أو فيما دون إرث الموضحة لان الجناية اذا كانت موجبة الدية فعلى عاقلته ( لأنهما ) أي لأن العبد والصبي ( مؤاخذان بأفعالهما ولو نخسها ) أي الدابة ( شيء منصوب في الطريق فنفحت انساناً فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لأنه متعد بشغل الطريق فأضيف اليه ) أي فأضيف التلف الى الناصب ( كأنه نخسها بفعله ، والله أعلم ) أي فكأن الناصب نخس الدابة بفعله .

# باب جناية المملوك والجناية عليه

## قال وإذا جني العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن تدفعه بها أو تفديه وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

---

### باب جناية المملوك والجناية عليه

أى هذا باب في بيان جناية المملوك على غيره وفي بيان جناية شخص على المملوك ولما فرغ من جناية الحر وهو المالك شرع في بيان العبد الذى هو المملوك ( قال ) أى القدورى « رح » ( واذا جنى العبد ) على حر أو على عبد ( جناية خطأ قيل لمولاه اما أن تدفعه ) أى العبد الى ولي الجاني ( بها ) أى بالجناية ( أو تفديه ) انما قيد بالخطأ لأن في العمد في النفس يجب القصاص عليه وفيما دون النفس تجب الدية خطأ أو عمداً لأن القصاص لا يجرى فيه بين العبد والعبيد ولا بين العبيد والأحرار فيما دون النفس ( وقال الشافعي «رح» جنايته في رقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الإرش ) وذكر شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي «رح» في شرح الكافي مذهب مالك «رح» كذلك وقال مالك يجب ذلك في عتق العبد يباع فيه إلا أن يقضي السيد وقال الحر في مختصره واذا جنى العبد على سيده أن يدفعه أو يفديه فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على سيده أن يطالب بأكثر من قيمته ( وفائدة الاختلاف ) أى الخلاف بيننا وبين الشافعي «رح» تظهر (في اتباع الجاني بعد العتق ) يعني أن المجني عليه عند الشافعي رحمه الله يتبع العبد بعد العتق يعني اذا كانت قيمته غير معادلة للارش تبعه بعد العتق أما لو كان الإرش بقدر القيمة يكون على المولى والمولى يختار الفداء بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لأنه بعد العتق صار مختاراً للفداء في مبسوط بكر والأسرار ، حاصل الخلافان موجب جناية العبد على الآدمي على العبد عند الشافعي .

والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم له ان الأصل في موجب الجناية أن على المتلف لأنه هو الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه

---

وعندنا يجب على المولى الدفع والفداء إلا أن الموجب الاصلي الدفع وله أن يختار الفداء حتى لو هلك العبد قالوا برىء المولى ولو كان الواجب أحد الشيئين والخيار اليه ينبغي أن يتعين الإرش بعد هلاكه وعند الشافعي «رح» موجب جناية عليه كموجب جناية على المال ومن حكم الدين اذا وجب على العبد يخير المولى بين البيع والدفع فى الدين وبه قال أحمد «رح» في رواية فعلى هذا لو كان قيمة قدر الإرش أو دونـــه فالسيد يخير بين الفداء والدفع وهو قول الحسن والثورى والشعبى وعطاء ومجاهد والزهرى وحماد رحمهـــم الله وقال أحمد « ر ح » فى رواية يلزم السيد دفعه وهو قول مالك والشافعى فى قول الا أن يفديه بالارش بالغاً ما بلغ .

( والمسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله تعالى عليهم ) وقال الاكمل «رح» فعن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روى عن على ومعاذ بن جبل وغيرهما وروى عن علي رضى الله تعـالى عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جنايتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال الكاكى والمسألة مختلفة بين الصحابة «رض» روى عن علي «رض» أنـه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنايتهم فى رقاب الناس كمذهبنا هكذا روي عن ابن عباس ومعاذ ابن جبل وأبي عبيدة بن الجراح وروي عن عمر رضى الله تعالى عنهم مثل مذهبه فذكره مثل ما ذكرنا وقال الأترازي :

ولنا ما روى أصحابنا فى كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنايتهم فى قيمتهم وعن علي «رض» مثله قلت مخرج الاحاديث لم يذكر إلا عن علي «رض» فقط فقال روى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا حفص عـــن حجاج بن حصين الحـــارثى عن الشعبى عن الحارث عن علي قال اذا جنى العبد ففى رقبته ويخير مولاه ان شاء فداه وان شاء دفعه (وله) أي الشافعى ( أن الاصل فى موجب الجناية أن على المتلف لانه هو الجانى الا أن العاقلة تتحمل عنه ) أي عن الجانى (ولا عاقلة للعبد لان

ولا عاقلة للعبد لأن العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد وسولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال . ولنـــا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ أن تتباعد عن الجاني تحرزاً عن استئصاله والاجحاف به إذ هو معذور فيه حيث لم يعتمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصرة

---

العقل عنده بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين)وهو ظاهر كما قلنا وفى بعض النسخ كما فى الذمى يعنى اذا قتل الذمى خطأ يجب ديـــة المقتول فى ذمته لا على عاقلته كما فى اتلاف المال .

وقوله بعد هذا بخلاف الذمى الذى يدل على صحة هذه النسخة ( ويتعلق برقبته ) أى برقبة العبد ( يباع فيه كما فى الجناية على المـــال ) أى كما فى الضمان لاستهلاك الاموال ( ولنا أن الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني ) لكونه معذوراً والخطأ موضوع شرعاً وقال الأكمل « رح » في قوله ولنا أن الأصل ثبت وهو أن الحكم في مسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعندهم الوجوب على العبد لمـــا ذكر وهو بناء على الأصل ونحن على أصل فمـــن أين يقوم لأحدنا حجة على الآخر .

ويمكن أن يقال الشافعي « رح » جعل وجوب موجب جنايتـــه في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن إذا بينا الفرق بينهم فبقي أصله بلا أصل فيبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمي إلى آخره ( تحرزاً عن استئصاله ) أي لأجل التحرز عن انقطاعه بالكلية ( والإجحاف به إذ هو ) أي الاضرار به إذ هو أي الجاني في حالة الخطأ (معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية ) ولكن لما وجب دفعاً لوحشته القتل عند الأولياء وصونـــاً للدم عن الهدر فلا يهدر ( وتجب على عاقلة الجاني إذا كان له عاقلة والمولى عاقلته ) أي عاقلة العبد ( لأن العبد يستنصر به ) أي بالمولى ( والأصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على

حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمتـــه صيانة للدم عن الهدر . وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال إلا أنه يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل .

غير ان الواجب الأصلي

---

أهل الديوان ) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان على ما يجيء بيانه في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى ( بخلاف الذمي ) جواب عـــن قياس الشافعي «رح» وجوب موجبه جناية العبد عليه قياساً على الذمي حيث يجب عليه بيانه أن الذمي لا يصح أن يقاس عليه ( لأنهم ) أي لأن أهل الذمة ( لا يتعاقلون فيما بينهـم ) أي لا يتناصرون ( فـــلا عاقلة فتجب في ذمته ) أي في ذمة الذمي ( صيانة للدم عن الهدر ) لأنــه إذا لم يجب عليه ولا عاقلة له فيجب عليها لكون الدم هدراً فـــلا يجوز إهداره .

( وبخلاف الجناية على المال ) هذا جواب عن قياس الشافعي « ر ح » موجب جناية العبد عليه قياساً على الجناية في المال بيانه أن هذا القياس أيضاً غير صحيح ( لأن العواقل لا تعقل المال ) كما مر بيانه ( إلا أنه ) أي أن المولى هذا إستثناء من قوله والمولى عاقلة لأن العبد يستنصر به فإذا كان عاقلة ( يخير بين الدفع والفداء ) يعني إن شاء دفع العبد وإن شاء فداه فان قيل إذا كان المولى عاقلته ينبغي أن لا يخير بـــين الدفع والفدء كما لا يثبت الخيار في سائر العواقل فالجواب عنه ما قاله المصنف «رح» بقوله ( لأنه واحد ) أي لأن المولى واحد هاهنا في كونه عاقلة ( وفي إثبات الخيرة ) للمولى ( نوع تخفيف في حقـه ) بخلاف سائر العواقل لأن فيهم كثرة ويثبت التخفيف بالتوزيع عليهم فلا يثبت الخيار لهم ( كيلا يستأصل ) موجب الجناية ( غير أن الواجب الأصلي ) هذا جواب سؤال مقـدر وهو أن يقال لو كان موجب جناية على ذمة المولى ينبغي أن لا يسقط بموت العبد كـما في الحر الجاني إذا مات لا يسقط العقل عن عاقلته تقرير الجواب أن الواجب الأصلي في جناية

هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبـــد لفوات محل الموجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجـــاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر . قال فـان دفعه ملكه ولى الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء

---

العبد ( هو الدفع) أي دفعـه إلى ولي الجناية وأشار بقوله ( في الصحيح ) أي لخلاف فيه فان البعض قالوا الواجب الأصلي هو الفداء واختاره شيخ الإسلام علاء الدين الأسبيجابي في شرح الكافي لأن الأصل هو ضمان المتلف ولكن الدافع خلص عنه وأشار المصنف «رح» إلى أن الأصل هو الدفع واختاره أيضاً . ( ولهذا ) أي ولكون الواجب الأصلي هـــو الدفع ( يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الموجب وإن كان له ) أي للمولى ( حـق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة ) فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل إلى القيمة ( بخلاف موت الجاني الحر ) هذا جواب عما يذكر هاهنا مستشهداً به كما ذكرناه آنفاً كما في الحر الجاني ، بيانه أن الواجب لا يسقط بموت الجاني الحر ( لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء) أي من حيث الإستيفاء بخلاف العبد الجاني حيث يسقط الموجب بموته لأن الواجب يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجناية ( فصار ) أي الحـر ( كالعبد في صدقة الفطر) أنها تجب عن العبد على المولى ولا يسقط بموت العبد ( قال ) أي القدوري ( فان دفعه ملكه ولى الجناية ) أي فإن دفع المولى العبد في جناية خطأ ملكه أي ملك العبد ولى الجناية وسقطت المطالبة عن المولى ( وإن فداه فداه بإرشهـا ) أي بإرش الجناية ( وكل ذلك ) أي الدفع والفداء ( يلزمه حالاً ) أى يلزم المولى على وجـه الحلول ( اما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان باطل ) .

لأن التأجيل إنما شرع للتحصيل ترفيه وتحصيل الحاصل محال (وعند اختياره) أي اختيار المولى الدفع ( الواجب عين ) أي عين العبد ( وأما الفداء ) عطف على قوله أما الدفـــع

فلأنه جعل بدلاً عن العبد في الشرع وإن كان مقدراً بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالاً كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولى الجناية غيره اما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حقه واما الفداء فلأنه لاحق إلا الارش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له سلم له فإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على مابيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول

---

( فلأنه ) أي فلأن الفداء ( جعل بدلاً عن العبد في الشرع ) فكان قائماً مقامه فإذا كان كذلك يأخذ حكمه فلم يصح التأجيل كما لا يصح في الدفع ( وإن كان مقدراً بالمتلف ) كلمة ان واصلة بما قبلها يعني وإن كان الفداء مقدراً بالإرش قليلاً كان أو كثيراً وهذا لا يمنع أن يكون بدلاً عن العبد قائماً مقامه ( ولهذا ) أي لكونه بدلاً عن العبد ( سمي فداء ويقوم مقامه ) أي مقام العبد ( ويأخذ حكمه ) أي حكم العبد إذا وقع فيكون حالاً مثله (فلهذا ) أي فلكونه قائماً مقامه ويأخذ حكمه (وجب حالاً كالمبدل) في كونه واجباً حالاً ( وأيها ) أى الواحد من الدفع والفداء (اختاره ) أي المولى(وفعله) اما الدفع وإما الفداء ( لا شيء لولي الجناية غيره ) أي غير الذي اختاره المولى ( أما الدفع فلأن حقه يتعلق به ) أي بالدفع ( فإذا خلى ) أي فإذاخلى المولى بين ولي الجناية (بينه وبين الرقبة) أى رقبة العبد ( سقط حقه ) أي حقه لوصوله إليه (وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الإرش فاذا أوفاه حقه سلم العبد ) أي للمولى ( فان لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه ) لأن حقه كان في الرقبة فاذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد وجوب الزكاة فيه ولا الجناية من العبد تسقط بموته كما في العبد ( على ما بيناه ) إشارة إلى قوله الواجب الأصلي الدفع ( وإن مات ) أي العبد ( بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى ) فاذا مات العبد

الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى قال فإن عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى معناه بعد الفداء لأنه لما طهر من الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية قـــال وان جنى جنايتين قيل للمولى إما أن يدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وامـــا أن يفديه بارش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه الأول أولى

---

لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه (قال) أي القدوري (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الأولى) هـذا لفظ القدوري وقال المصنف (معناه بعد الفداء) يعني إذا فدى المولى عبده من جناية فعاد العبد بعد ذلك فجنى جناية أخرى خطأ كان حكمها حكم الأولى يعني يخاطب المولى بالدفع أو الفداء وإنما فسره المصنف بهذا لأنه إذا جنى ثانياً قبل الفداء كانت هي مثل مسألة التي قبلها (لأنه لما طهر) بالطاء المهملة (من الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا) أي الذي وقع ثانياً (ابتداء جنايـــة) فحكمه حكم الجناية التي وقعت أولاً.

(قال) أي القدوري (وإن جنى) أي العبد (جنايتين قيل للمولى إما ان تدفعـه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن يفديه بإرش كل واحد منهما) أي من حقه كاملاً أي بالرقبة (لأن تعلق الأولى) أي الجناية الأولى (برقبتـه) أي برقبة العبد (لا يمنع تعلق الثانية) أي الجناية الثانية (بها) أي بالرقبة والتذكير باعتبار العتق أو باعتبار المذكور (كالديون المتلاحقة) فان الدين الذي يلحق الدين لا يمنع أحدهمـا الآخر وبه قالت الثلاثة والحسن وحماد وربيعة وعن شريح يدفع إلى ولي الجنايـة الأولى إلا أن يفديه مولاه ثم يدفع إلى الثاني والثالث وبه قال الشعبي وقتادة (ألا ترى) توضيح لـما قبله (أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليـه الأول أولى أن لا يمنع) لأن

أن لا يمنع . ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وإن كانوا جماعة يقسمون العبد المدفوع على قـــدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحداً وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثـــاً ، لأن ارش العين على النصف من إرش النفس ، وعلى هذا حكم الشجات . وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقـــه من العبد ، لأن الحقوق مختلفة

---

الملك أقوى من الحق ( ومعنى ) أى معنى ( قوله ) القدوري ( على قدر حقيهما على قدر إرش جنايتيهما ) لأن المستحق يستحقه عوضاً عما فات فلا بد أن يقسم على قـدر العوض كذا في الإيضاح ( وإن كانوا جماعة ) يعني إن كان أولياء القتيل جماعة ( يقسمون العبـد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه)أى وإن فدى المولى عبده لهم (فداه بجميع اروشهم) أى مقابلاً لجميع أروشهم ( لما ذكرنا ) يعني قوله لأن تعلق الأولى برقبتـه لا يمنع تعلق الثاني ( ولو قتل ) أي العبد ( واحداً وفقأ عين آخر ) أى شخص آخر .

( يقتسمانه ) أى ولي القتيل ، والذى فقىء عينه يقتسمان العبد ( أثلاثاً ) بيانه قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر ثم اجتمعا ، واختار الولي الدفع فإنـه يدفع العبد إليهما أثلاثاً (لأن إرش العين)أى العين الواحدة(على النصف من إرش النفس) لأن ولي المقتول ثبت في الدية وهي عشرة آلاف ، وثبت حق المفقوء عينه في نصف الدية وكل واحد منهما يدلي بسبب صحيح ، فيصرف بجميع حقه ، فيقتسمان أثلاثاً .

( وعلى هذا حكم الشجات ) جمع شجة ، وفي بعض النسخ حكم الشجات فالأول جمـع كثرة ، والثاني جمع قلة ، بيانه شج رجلاً موضحة وآخر هاشمه ، وآخر منقلة ، ثم اختار الولي الدفع يدفع إلى صاحب الموضحة سدس العبد ،لأن له خمسمائة ، وإلى صاحب الهاشمة ثلاثة ، لأن له إلفاء والى صاحب المنقلة نصفه ، لأن له ألفاً وخمسمائة فيقتسمون الرقبـــة هكذا ( وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) أشار لهذا إلى أن للمولى أن يخالف في الاختيـــار ، فيفدي من بعضهم إلى آخر ما ذكره

باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر، لأن الحق متحد لاتحاد سببه، وهي الجناية المتحدة، والحق يجب للمقتول، ثم للوارث خلافه عنه فلا يملك التفريق في موجبها.

قال فـــإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته، ومن إرشها وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الإرش،

---

( لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة ) لأن كل واحد منهم لاينعلق حقه بحق صاحبه، فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما يختار في حــق الآخر، كما لو انفرد كل واحد منهم.

(بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له)أي للمولى (أن يفدي من أحـــدهما ويدفع إلى الآخر، لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة ) أي جناية واحدة خير فيها بين الدفع فلم يملكه ببعض موجبها ( والحق يجب للمقتول ) أو قيل هذا جواب إشكال، وهو أن يقال الحق إن كان متحداً بالنظر إلى سببـــه فهو متعدد بالنظر إلى المستحقين فينبغي أن يكون حكم هذه المسألة مثل المسألة الأولى، فأجاب بقوله أن الحق يجب للمقتول أو لا ( ثم للوارث خلافـــة عنه ) أي عن الميت أن الأصل في الاستحقاق الميت، وهو واحد والوارث إن خلف عنه، فكان الإعتبار الاتحاد الأصل،فإذا كان كذلك ( فلا يملك التفريق في موجبها ) أي في موجب الجناية المتحدة.

( قال ) أي القدوري ( فان أعتقه المولى ) أي فان أعتق العبد الجاني مولاه ( وهو لا يعلم بالجناية ) أي والحال أنه ما علم بالجناية ( ضمن الاقل من قيمته ومن إرشهـــا ) أي ضمن المولى الاقل من قيمة العبد الجاني ومن إرش جناية أيهما كان أقل من الآخر يلزمـــه ذلك، وبه قال الشافعي في قول مالك يلزمه تمام الإرش، وبه قال أحمد في روايـــة، وهو قول مالك.

( وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الإرش) قليلاً كان أو كثيراً وقال الكرخي

لأن في الاول فوت حقه فيضمنه ، وحقه في أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء ، لانه لا اختيار بدون العلم ، وفي الثاني صار مختاراً ، لان الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر . وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد ، لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به . بخلاف الإقرار على رواية الاصل ، لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك ، لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر ،

---

وإذا قتل عبد قتيلا خطأ فأخرجه المولى من ملكه ببيع إلى غيره أو عتقه ، أو دبره ، أو كانت أمة فاستولدها أو أقر به لرجل وهو يعلم فعليه إرش الجناية ( لان في الاول ) أي فيما أعتقه الولي وهو لا يعلم بالجناية ( فوت حقه ) أي حق المجني عليه ( فيضمنه وحقه في أقلهما ) أي من الاقل من القيمة ومن الارش ( ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني ) أى فيما إذا أعتقه بعد العلم بالجناية ( صار مختاراً ، لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه ) أى على العتق ( اختيار منه للآخر ) أى الفداء .

( وعلى هذين الوجهين ) وهو العلم بالجناية وعدم العلم بها ( البيع ) بأن باع العبد الجاني ( والهبة ) بأن وهبه لاحد ( والتدبير ) بأن دبره ( والاستيلاد ) بأن كانت أمة فاستولدها ( لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به ) أى بالمذكور من هذه الاشياء ( بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني إذا أقر في يده العبد الجاني بأن العبد لفلان لا يصير مختاراً للفداء،توضيحه إذا جني العبد جناية يقال وليهما هو عبدك فادفعه أو أفده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندى أو جارية أو أجير أو رهن لا يصير مختاراً للفداء ( لانه لا يسقطه حق ولي الجناية ، فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك، لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر) ولم يندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة، فان أقامها آخر الامر إلى قدوم الغائب ، وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختاراً للدية مع تمكينه من الدفع .

ولحقه الكرخي بالبيع واخواته، لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره، فأشبه البيع ، وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها ، وكذا المعنى لا يختلف ، وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري ، لانه يزيل الملك . بخلاف مـــا إذا كان الخيار

---

وقال القدوري في شرحه فان اختار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو مقطوع في الفداء ، لانه قرأ ملك غيره بغير أمره وقد كان يمكنه أن يتخلص من الفداء بالدفع، فاذا اختاره كان متبرعاً ، وان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قليل له إن شئت فافسخ الدفع ، لان التصديق استند الى الاقرار الاول ، فصار ملكاً للعبد من ذلك الوقت وقد دفعه من ليس بمالك ، فان شاء اختار دفعه ، وان شاء فسخ وفدى .

( ولحقه الكرخي ) أى ألحق الاقرار أبو الحسن الكرخي (بالبيع واخواته ) الهبة والتدبير والاستيلاد، يعني في صيرورته مختاراً ( لانه ملكه في الظاهر، فيستحقه المقر له باقراره فأشبه البيع ) وفي الايضاح رواية الكرخي خارجة عن الاصول ، وهو قول زفر «رح» ( وإطلاق الجواب في الكتاب ) وهو قوله ضمن الاقل من قيمته ومن إرشهـــا وأراد بالكتاب القدورى ( ينتظم النفس وما دونها ) لان الجناية أعم من أن يكون على النفس أو على ما دونها فيكون مختاراً للفداء من هذه الاشياء بعد العلم بالجناية على النفس أو على ما دونها ، فان فعل قبل العلم يلزم الاقل من قيمة الجاني والارش ( وكذا المعنى لا يختلف ) أي المعنى الذي يكون به مختاراً للفداء أو لا يكون مختاراً في النفس وما دونه لانه لا يصح الاختيار بدون العلم ، فاذا علم فعل ذلك بعد الاعتاق ونحوه كان مختاراً ، وان فعل ويعلم لم يكن مختاراً ويلزمه الاقل ، لانه لا حق لولي الجناية فيما زاد على الارش إذا كان الارش أقل ، واذا كان قيمة الجاني أقل يلزم المولى ذلك ، لانه لم يفوت بفعله غير ذلك .

( وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى ، لأنه يزيل الملك) البيع بشرط الإختيار للمشترى ملك البائع بالإجمـــاع ، وإن كانوا اختلفوا في ثبوت الملك للمشترى

للبائع ونقضه . وبخلاف العرض على البيع ، لان الملك ما زال . ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه ، لان الزوال بـــه ، بخلاف الكتابة الفاسدة ، لان موجبه يثبت قبل قبض البدل ، فيصير بنفسها مختاراً . ولو باعه مولاه من المجني عليـــه فهو مختار . بخلاف ما إذا وهبه منه ، لان المستحق له أخذه بغير عوض ، وهو متحقق في الهبة دون البيع ، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه ،

---

(بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه ، وبخلاف العرض على البيع ) يعني لا يكون مختاراً به ( لأن الملك ما زال ) فبقي الدفع ممكناً كما كان . وقال القدوري في شرحـه وقال زفر العوض اختيار لأنه يدل على سعة الملك .

( ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً حتى يسلمه ، لأن الزوال به ، بخلاف الكتابة الفاسدة ) يعني إذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بأن كاتبه على خمر أو خنزير حيث يكون مختاراً ( لأن موجبه ) وهو استحقـاق العتق عند أداء العوض المشروط ( يثبت قبل قبض البدل) أي بدل الكتابة ( فيصير بنفسه ) أي بنفس العقـد ( مختاراً ) وفي الإيضاح كاتبه وهو يعلم بالجناية ثم عجز ، فإن كان خوصم قبل أن يعجز وقضى بالديـة ثم عجز لم يرتفع القضاء ، لأن وجوب البـدل استحكم بالقضاء ، وإن لم يحكم فيه حتى عجز كان له أن يدفعه ، لأن الدفع بالعجز . وعن أبي يوسف يصير مختاراً بالعقد لتعذر الدفع باعتبار فوات اليد .

( ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار ، بخلاف ما إذا وهبه منه ) أى من المجني عليه ( لأن المستحق له أخذه بغير عوض، وهو متحقق في الهبة دون البيع ) حيث لا يكون إلا بعوض ، لأنه تمليك بعوض ( وإعتاق المجني عليه ) يعني إذا أعتق المجني عليه العبد الجاني ( بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه ) أى في العلم بالجناية وعدمـه ( لأن

لان فعل المأمور مضاف اليه ، ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ، لأنه حبس جزءاً منه ، وكذا إذا كانت بكراً فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا ، بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم ، وبخلاف وطىء الثيب على ظاهر الرواية ، لانه لا ينقص من غير اعلاق ، وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الاظهر .

---

فعل المأمور مضاف إليه ) أى إلى الآمر ، فكأنه أعتقه بنفسه .

( ولو ضربه ) أى ولو ضرب عبده الجاني ( فنقصه ) بأن أثر الضرب فيه حتى صار مهرولاً ، وقلت قيمته بتغير أثر الضرب ( فهو مختار إذا كان عالماً بالجناية ، لأنه ) أي لأن المولى ( حبس جزءا منه ) أي من العبد ، فصار كما لو حبس الكل ( وكذا ) أي يكون مختاراً ( إذا كانت بكراً فوطئها ، وإن لم يكن معلقاً لما قلنا ) من الاعلاق ، وقيد به لإثبات الفرق بين وطء البكر والثيب ، حيث توطأ بدون الاعلاق لا يصير مختاراً للفداء في ظاهر الرواية ، قاله الكاكي .

( بخلاف التزويج ) أي لا يكون مختاراً للفداء بالتزويج ( لأنه عيب من حيث الحكم ) ولكنه ليس ينقص حقيقة وحكماً ، وهو ظاهر ( وبخلاف وطء الثيب ) أي لا يكون مختاراً للفداء بوطء الثيب ( على ظاهر الرواية ) وروي عن أبي يوسف أن الوطء اختيار كالثيب ، وبه قال زفر ( لأنه ) أي لأن وطء الثيب ( لا ينقص من غير اعلاق ، وبخلاف الاستخدام ) أي لا يكون مختاراً للفداء أيضاً ( لأنه ) أي لأن الاستخدام ( لا يختص بالملك ) فلا يدل على اختيار الملك .

( ولهذا ) أي ولكون الاستخدام لا يختص بالملك ( لا يسقط به خيار الشرط ) فيما إذا كان العبد المشروط فيه الخيار استخدامه المشتري فخياره باق ، حتى لو هلك في الخدمة لا ضمان عليه ، وكذا لو كان عليه دين في استخدامه فهلك لا يضمن للغرماء ( ولا يصير مختاراً بالإجارة والرهن في الأظهر ) لأن الإجارة تنتقض بالأعذار ، فيكون قيام حق ولي الجناية

وكذا بالإذن في التجارة وان ركبـــه دين ، لان الإذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ، لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته . قال ومن قـــال لعبده إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختاراً للفداء إن فعل ذلك . وقال زفر « رح » لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت لكلمة لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعـــد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجـــد الشرط

---

فيه عذراً في نقض الإجارة والرهن يمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء ، فلم يتحقق عجزه دون الدفع ، وقوله في الأظهر احتراز عما ذكر ، ذكر في بعض نسخ الأصل أنه يكون مختاراً في الإجارة والرهن ، لأنه أثبت عليه يداً مستحقـــة ، وصار كالبيع (وكذا بالإذن في التجارة) يعني لا يكون مختاراً لأنه لا يعجزه عن الدفع (وإن ركبه دين) كلمة إن واصلة بما قبلها ( لأن الإذن لا يفوت الدفع ) لقيام ملكه ( ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ، لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته ) لأنه لما أبطل الدفع من حين اختياره فوجبت القيمة .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن قال لعبده إن قتلت فلاناً أو رميتـــه أو شججته فأنت حر فهو مختار الفداء إن فعل ذلك ) تلك الأفعـــال ( وقال زفر لا يصير مختاراً للفداء ، لأنه وقت لكلمة لا جناية ولا علم له بوجوده ، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً ، ألا ترى أنـــه لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجـــد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث )ثم وجد الشرط وثبت

وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك ، كذا هذا . ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجوده كالمنجز ، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ، ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك ، يصير ابتـــداء الإيلاء من وقت الدخول . وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض ، بخلاف مـــا إذا أورد لأن غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه ، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكن الامتناع عنـــه ،

---

العتق والطلاق لا يحنث ( في يمينه تلك ) أي اليمين الموجودة بعد تعليق العتاق والطلاق بالشرط ( كذا هذا ) .

( ولنا أنه علق الإعتاق بالجنايـــة والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز ) عند وجوده ( فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ) أي فصار كأن العبد قتل رجلاً خطأ ، ورواه المعلق المولى فأعتقه بعد ذلك يكون مختاراً للفداء ، فكذا هذا . ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول ) لأن من وقت القول ، فكـــذا هنا يصير كأنه أعتقه بعد الجنايـــة وهو يعلم بذلك .

( وكذا إذا قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فاراً ) فترث المرأة ( لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض ) لأنه لمـــا أضاف الطلاق إلى المرض صار كأنه طلقها بعد مرضه ( بخلاف ما إذا أورد لأن غرضه طـــلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع ) لأنه غرض أراد من يمينه المنع ( فلا يدخـــل تحته ما لا يمكن الامتناع عنه ) لأنه لا يقدر على الامتناع مما علقه قبل الحلف ، فلم يكن

ولأنـــه حرضـه على مباشرة الشرط بتعليق أقـوى الدواعي إليه ، والظاهر أنه يفعله ، فهـذا دلالة الإختيـار . قـــال وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليـــه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية ، وإن كان لم يعتقه رده على المولى ، وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقـــه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلاً ، لأن الصلح كان عن المال ، لأن أطراف العبد لا يجرى القصاص بينهما وبين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المـــال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ، فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل

---

ذلك داخلا تحت يمينه ، ولم يكن ذلك مراداً بيمينهم ، بل كان المراد منهـــا ما يمكن الامتناع عنه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا .

(ولأنه) دليل آخر ، أي ولأن المولى ( حرضه ) أي حرض العبد (على مباشرة الشرط) الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج ( بتعليق أقوى الدواعي إليه ) أي الشرط وهـو الحرية ( والظاهر أنه يفعله ) رغبة منه في الحرية ( فهذا دلالة الاختيار ) .

( قال ) أي محمد في الجامع ( وإذا قطع العبد يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ) أي المجني عليه ( ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن كان لم يعتقـــه رده على المولى ، وقيل للأولياء اقتلوه أو اعفوا عنه . ووجه ذلك ) يريد به بيان الفرق بينهما إذا أعتق ، وبينهما إذا لم يعتق ( وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح ) أي الدفع ( وقع باطلا ) وسماه صلحاً بناء على ما اختاره بعض المشايخ ، أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به ، وإنما وقع باطلا ( لأن الصلح كان عن المال ، لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبـين أطراف الحر ، فإذا سرى تبين أن المال غير واجب ، وإنما الواجب هو القود ) أي القصاص ( فكان الصلح واقعـاً

والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ، ولا صحة له الا وان يجعل صلحاً عن الجناية ، وما يحدث منها . ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به ، لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير ، فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلاً فيرد العبد إلى المولى والأولياء على في العفو والقتل . وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمداً

---

بغير بدل فبطل ) لأن الذي وقع الصلح عنه وهو المال قد زال ، والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل ( والباطل لا يورث الشبهة ، كما إذا وطىء المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه ) فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد ( فوجب القصاص ) .

( بخلاف ما إذا أعتقه ، لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح ، لأن الظاهر ) من حال المعقد له ( أن من أقدم منهم على تصرف يقصد تصحيحه ) لاظهار الصحيح قراراً من الباطل ( ولا صحة له ) لهذا الصلح ( إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ) فيجعل مصالحاً عن ذلك فبقي الاقدام على الاعتاق .

( ولهذا لو نص عليه ) أي على أن يكون العبد صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ( ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي يكون العبد عوضاً عن القليل ) وهو اليد ( يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير ) وهو السراية إلى النفس ( فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء ، وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء ، والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى ، والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل ، وذكر في بعض النسخ ) أى نسخ الجامع

فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال العبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية ، وهذا الوضع يرد اشكالاً فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ، ومات حيث لا يجب القصاص هنالك ، وها هنا قال يجب . قيل ما ذكر ها هنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان ، وقيل بينهما فرق ، ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهراً ، لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح

---

الصغير ، وبه صرح فخر الاسلام في جامعه وصاحب الكافي فيه ( رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد فدفعه اليد فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك ، قال ) أي المصنف ( العبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية ) يعني وإن لم يعتقه رد إلى مولاه ، ويجعل الأولياء على خيرتهم بين القتل والعفو ( وهذا الوضع ) قيل إن الموضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة . وقال الأترازى أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة ، وفي النسخة الأخرى جميعاً ( يرد إشكالاً ) في هذه المسألة وهي قوله ( فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك ) يعني ثمة هل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة .

( وهاهنا ) أي في هذه المسألة ( قال يجب ) أي القصاص ، وهذا وجه الاشكال ، ثم أشار المصنف إلى وجه دفع هذا الاشكال بقوله ( قيل ما ذكر هنا ) من وجوب القصاص ( جواب القياس ) وما ذكر هناك جواب الاستحسان (فيكون الوضعان جميعاً على القياس في الأول ، والاستحسان ) في الثاني فاندفع التدافع ، وحصل التوافق .

( وقيل بينهما فرق ) أي بين الوضعين فرق ظاهر ، يعني بين هذه المسألة ومسألة العفو عن اليد حيث وجب القصاص هنا ولم يجب ثمة ، بل وجبت الدية .

( ووجهه) أي وجه الفرق ( أن العفو عن اليد صح ظاهراً ، لأن الحق كان له في اليد

العفو ظاهراً ، فبعـــد ذلك وان بطل حكما يبقى موجوداً حقيقة فكفى ذلك منع وجوب القصاص ما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها على مال ، فإذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة ، هذا اذا لم يعتقه ، أما اذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل. قال فإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان ، قيمة لصاحب الدين ، وقيمة لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحـــد منهما مضمون بكل القيمة على الإنفراد أن الدفع للأولياء ، والبيع للغرماء ، فكذا عند الإجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفـــاء من الرقبة الواحدة بأن

---

من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهراً ) ويبطل به الجناية ، لان العفو عنها يبطله ( فبعـد ذلك وإن بطل حكماً ) أي حكم العفو بالسراية ( يبقى موجوداً حقيقة ، فيكفي ذلك المنع وجوب القصاص ، أما ها هنا الصلح لا يبطل الجناية ، بل يقررها حيث صالح عنها على مال ) وجب القصاص ، ومعنى قوله ( وإذا لم تبطل الجناية لم يمنع العقوبـــة ) يعني القصاص .

( وهذا ) الذي ذكرناه ( إذا لم يعتقه ، أما إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل ) وهو قوله لان إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا جنى العبد المأذون له جنايـة وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية ) قيد بعدم العلم ليبنى عليه ( فعليه ) أي فعلى المـــولى ( قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية ) وبه قال الشافعي في قول وأحمد في رواية ومالك ( لانه ) أي لان المأذون ( أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد أن الدفع للأولياء والبيع للغرماء ، فكذلك عند الاجتماع ) أي اجتماع الحقين ( ويمكن الجمع بين الحقين ) هذا جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضموناً

يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها بالإتلاف ، بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث يجب قيمـــة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء ، لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر

---

بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع يجوز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف وارد عليهما . وتقرير الجواب الجمع بينهما ممكن ( إيفـاء ) أي من حيث الايفاء ( من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنها ) أي يضمن المولى القيمتين ( بالاتلاف ) والاصل أن العبد إذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفـع والفداء ، فإن دفع في دين الغرماء ، فإن فضل شيء كان لاصحاب الجناية ، وإنما بـدأنا بالدفع لانه به يوفي الحقين ، فإن حق ولي الجناية يصير وفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ، ومتى بدأنا ببيعه في الدين تعذر الدفع بالجناية ، لانـه تجدد للمشترى الملك ولم يوجد في مدة جنايته .

فقيل ما فائدة الدفع إذا كان البيع بالدين بعده واجباً أوجب بانهـا إثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين ، فإن الناس في الاعيان أغراضاً ، وإنمـا لم يبطل الدين لحدوث الجناية ، لان موجبها صيرورته حراً ، فاذا كان مشغولاً وجب دفعـه مشغولاً ، ثم إذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف إلى أولياء الجناية ،لانه بيع على ملكهم ، فان لم يثبت بالدين تأخر إلى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول ، وإنـما قيد المسألة بعدم العلم ليبني عليه كما قلنا ، وهو قول المصنف فعليه قيمتان ، لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية إذا كانت الجناية في النفس لاوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين ، لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة .

( بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي ) أي إذا أتلف العبد المأذون أجنبي لا يضمن للغرماء ( حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعهـا المولى إلى الغرماء ، لان الاجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق ، لانه دونه ) أي لان الحق دون الملك ، يعني

في مقابلته الحق ، لأنه دونه . وها هنا يجب لكل واحـــد منهما بإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما . قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت ، فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها ، والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء ، فيسري إلى الولد كولد المرهون . بخلاف الجناية ، لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها ، وإنمـــا يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية

---

لا يضمن الاجنبي سوى قيمة العبد .

( وهاهنا يجب لكل واحد منهمابإتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران ) أي فلا ترجيح لاحدهما على الآخر ، لان حقهما مرجوع بالنسبة إلى ملك المولى ، فـــلا يظهر حكمها ( فيضمنهما ) أي فيضمن الولي الاعتاق لصاحب الدين وولي الجناية ، لانه أتلف حقهما .

(قال)أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت ) أي من زوجها ( فانه يباع الولد معها في الدين ، وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها ) أي مع الأم الأمة ( والفرق ) بـــين المسألتين ( ان الدين وصف حكمي فيها ) أي في الامة ( واجب فيذمتها متعلق برقبتها استيفاء ) أي من حيث الاستيفاء ، يعني صار المولى ممنوعاً من التصرف في رقبتها ببيع أو غيرهمـــا ، فكانت من الاوصاف الشرعية إلقاء في الام ( فيسري إلى الولد كولد المرهون ) أي كولد الجارية المرهونـة ، فانه يباع مع أمه .

( بخلاف الجناية ) حيث لم يدفع الولد معها ( لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها ) أي في ذمة الأمة ورقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد( وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي ) الحسي (وهوالدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصافالحقيقية) أي سراية الحكم من الأم إلى الولد في الوصف الشرعي لا الحقيقي من وجوب الدفـع أو الفعل

قال وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له ، لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أدى الدية على العاقلة وإبراء العبد والمولى ، إلا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة . قال وإذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد ، لأنه منكر للضمان لما انه أسنده إلى حالة معهودة منافيه للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه ، والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداء ،

---

الحقيقي ، فلذلك لم يسر إلى الولد ، ولهذا لو كانت الأمة سوداء لا يلزم أن يكون ولدها أسود .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( وإذا كان العبد لرجل زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له ) أي الذي زعم أنه أعتقه لا قليل ولا كثير ( لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أدى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى ) أي وادعى أيضاً ابراء العبد وابراء المولى، لأن الإنسان مؤاخذ بزعمه ( إلا أنه ) أي غير أن هذا الزاعم ( لا يصدق على العاقلة من غير حجة ) فلا يكون له شيء أصلا .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( فإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد ، وقال الآخر قتلته وأنت حر ، فالقول قول العبد ) أي مع يمينه بالإجماع . وقال الشافعي وأحمد «رح» فيه وجهان ، أحدهما وهو نص الشافعي «رح» أن القول للمولى مع يمينه، والثاني أن القول للجاني ( لأنه منكر الضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة ) أي معلومة ( منافية للضمان ، إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً وفداء ) أي من حيث الدفع إلى ولي الجناية، ومن حيث الفداء واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخاً سابقاً في إقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي

وصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعت داري وأنا صبي ، أو قـــال طلقت امرأتي وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا . قـال ومن أعتق جارية ثم قال لهـــا قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها ، وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « ر ح » . وقال محمد لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها لأنـــه منكر وجوب الضمان لإسناده ثم

---

أن يكون القول قوله . وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيـح بعد وجود أصل الاقرار ، وها هنا هو منكر لأصله ، فصار كمن يقول لعبده أعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق .

( فصار ) أي حكم هذا ( كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي ، أو بعت داري وأنا صبي ، أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون ، وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافيـــة للضمان ، لأن الصبي والجنون ينافي ذلك . وكذا إذا قال أقررت بهذا المال لفـلان وأنا صبي ، وقال المقر له بل أقررت وأنت بالغ فالقول قول المقر ، لأن الصبي ينافي وجوب الاقرار .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي ، وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها . وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة ) بأن قال جامعتك وأنت أمتي ، أو قال أخذت منك غلة عملك وأنت أمـــتي فقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول للمولى ( استحســاناً ) أي من حيث الاستحسان ( وهذا ) أي كون القول للمولى ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ) .

( وقال محمد «رح» لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه ) أي لا يضمن المولى إلا إذا أقر بأخذ شيء بعينه والمأخوذ قائم في يده ، واختلف فيه على هذا الوجه أجمعوا فيه ( يؤمر برده عليها ) ويقول محمد قال زفر «رح» ( لأنه ) أي لأن المولى (منكر وجوب الضمان لاسناده

الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى ، وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة ، والقول قول المنكر ، فلهذا يؤمر بالرد إليها . ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ، ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له ، وهذا

---

الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى ) أشار بها إلى قوله وإذا أعتق العبد فقال للرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد، وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد .

( وكما في الوطء والغلة ، وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادعى التملك عليها ، وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها، ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ( أنه ) أي أن المولى ( أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله ، كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت ) يريد به براءته عن ضمان العين قصاصاً وإرشاً ( وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة ) يدعي وجوب نصف الدية عليه لما أن العضو التالف إن كان صحيحاً ثم سقط يسقط القصاص ولم يدخل حق التلف إلى الارش ، لأن حقه ابتداء في القصاص من غير تخيير عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة ، لكن ذكر في الايضاح والذخيرة لا قصاص في العين إذا فقئت عمداً أو خطأ ، وإنما يجب القصاص إذا كانت قائمة وذهب ضوؤها .

وفي المستصفى لا قصاص في الحدقة ، إنما القصاص إذا ضربها وذهب ضوؤها، ولكن ذكر في الذخيرة بعد ذكر هذه الروايات إلى الأجناس انه لو ضرب غير إنسان باصبع ضربة حقيقة فذهب ضوؤها وجد بعد ذلك ففيه القصاص يحمل ما ذكر في الكتاب على تلك الرواية ( فان القول قول المقر له ، وهذا ) يشير به إلى قوله أقر بسبب الضمان ثم

لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنـــه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة ، وكذا يضمن مال الحربي إذا أخـذه وهو مستأمن ، بخلاف الوطء والغلة ، لأن وطء المولى أمتـــه المديونة لا يوجب العقر . وكـــذا إذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان . قـال وإذا أمر العبد المحجور عليـــه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ، لانه هو القاتل حقيقة ، وعمده وخطؤه سواء على ما بينـا من قبل ،

---

ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له ( لأنه ) أي لأن المقر ( ما أسنده ) أي ما أسندسبب الضمان وهو الأخذ أو القطع ( إلى حالة منافية للضمان ، لأنه يضمن يدها ) أي يد الأمة ( لو قطعها وهي مديونة ) أي والحال أنها مديونة .

( وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن ) أي والحال أنه مستأمن . وقال الاكمل «رح» هذا ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ، لكنه ذكره بيانـــاً لمسألة أخرى ، صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ مال حربي ثم أخرجا إلينا فقال له المسلم أخذت منك مالاً وأنت حربي فقال لا بل أخذت مني وأنا مسلم فإنها على الخلاف.

( بخلاف الوطء والغلة ) هذا يتصل بقوله كما في الوطء والغلة وهـــو جواب عما قاسه محمد « رح » ( لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر ) وكذا وطء الامـــة المرهونة لا يوجب العقر ( وكذا إذا أخذه من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحمل الاسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان ) أي للضمان .

( قال ) أي محمد «رح» في الجامع الصغير ( وإذا أمر العبد المحجور عليـــه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقله الصبي الدية ، لانه هو القاتل حقيقة ، وعمـده وخطأه سواء على ما بينا من قبل ) وسواء كان أيضاً مأذوناً أو مكاتباً ، وقيد بأن يكون الصبي

ولا شيء على الآمر . وكذا إذا كان الآمر صبياً لأنهما لا يؤخذان بأقوالهما ، لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ، وما اعتبر قولهما ، ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال ، لا لنقصان أهلية العبد ، بخلاف الصبي ، لانه قاصر الاهلية . قال وكذلك إن أمر عبداً ، معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا

---

حراً ، لانه لو كان عبداً فمولاه مخير بين الدفع والفداء، ثم بعد الدفع والفداء يرجع مولاه على المحجور الآمر بعد الاعتاق بقيمة عبده ، إشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين ( ولا شيء على الآمر ، وكذا اذا كان الآمر صبياً ، لانهما لا يؤخذان بأقوالهما ، لان المؤاخذه فيها باعتبار الشرع وما اعتبر ) أى الشرع ( قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبداً ، ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق) وفي النهاية وفي هذه الرواية ضعف، لانه ذكر في الجامع المحبوبي والتمرتاشي ولا رجوع لهم على العبد لا في الحال ، ولا بعد العتق . واذا كان العبد المأذون في التجارة ، لان هذا الضمان ليس بضمان الغصب ، لان الحر لا يغصب ، وانما هو ضمان جناية ، وجناية العبد لا تلزمه بعد العتق ، وكذا ذكر في المغني محالاً إلى الرمال لذا نعلم أن ما ذكر في الكتاب نوع ضعف لمخالفته هذه الروايات .

( لأن عدم الاعتبار لحق المولى ، وقد زال لا لنقصان أهلية ) أي لأن عدم الاعتبار لحق الولي ، وقد زال لا لنقصان الأهلية ( العبد بخلاف الصبي ، لأنه قاصر الأهلية ) وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤخذ لزوال المانع ، وفي الصبي لم يعتبر قوله القصور أهلية .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وكذلك إن أمر عبداً ) أي وكذلك الحكم إن أمر العبد المحجور عليه ، أشار إليه المصنف بقوله (معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور

رجوع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ، وهذا إذا كان القتل خطأً ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً ، لأن عمده خطأ ، أما إذا كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد .

قال وإذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ، لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الإبتداء ، وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب العافيين

---

عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ، ولا رجـــوع له على الأول في الحال ، ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه غير مضطر في دفع الزيادة ) أي لا ضرورة في إعطاء الزيادة لأنه يتخلص عن عهدة الضمان باعتبار الأقل من الفداء وقيمة العبد ، لأنه إنما أتلف بأمره ما هو الأقل منهما ( وهـــذا ) أي الذي ذكرنا (إذا كان القتل خطأً ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل ) أي وكذا الحكم إذا كان القتل عمداً والحال أن العبد هو القاتل ، وإنه ( صغيراً ، لأن عمـــده خطأ ، أما إذ كان كبيراً يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد ) .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا قتل العبد رجلين عمداً ، ولكل واحـــد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما،فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ، لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً، فصار كما لو وجب المال من الابتداء ) ولو وجب المال في بداية الأمر بسبب القتيلين لكان بالنصف فكذا هنا .

( وهذا لأن حقهم ) أي حق الأولياء ( في الرقبة أو في عشرين ألفاً وقد سقط نصيب

وهو النصف وبقي النصف . فــإن كان قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمـــد وعشرة آلاف لوليي الخطأ ، لأنه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفاً ، وإن دفعـــه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند أبي حنيفة . وقالا يدفعه أرباعاً ثلاثة أرباعه لولي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لولي الخطأ بـــلا منازعة ، واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر ، فينتصف ، فلهذا يقسم

---

العافيين ) من الأولياء الاربعة ( وهو النصف ، وبقي النصف ، فإن كان قتل أحدهمـــا عمداً ) أي فإن قتل أحد الرجلين عمداً ( والآخر ) أي وقتل الرجل الآخر ( خطأ فعفا أحد وليي العمد ، فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفـاً ، خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد، وعشرة آلاف لوليي الخطأ ، لانه لما انقلب العمد مالاً كان حق ولي الخطـأ في كل الدية عشرة آلاف ، وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء ) لانه يجب في الذمة ، والذمة صالحة أن يثبت فيها أموال كثيرة ( فتجب خمسة عشر ألفـاً ، وإن دفعه إليهم أثلاثاً ، ثلثاه لولي الخطأ ، وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ) .

( وقالا يدفعه أرباعاً ، ثلاثة أرباعه لولي الخطأ ، وربعه لولي العمد فالقسمة عندهمـا بطريق المنازعة ، فيسلم النصف لولي الخطأ بلا منازعة ) وبقي النصف الآخر ( واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر ) وكل واحد من ولي الخطأ وشريك العافي بدعيتـــه ( فينتصف ) أي فيجعل هذا النصف بينهما نصفين (فلهذا يقسم أرباعاً ) أي فلأجل هذا

أرباعاً ، وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً ، لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون ، فيضرب هذا بالكل ، وذلك بالنصف ، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في الزيادات . قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما ، أي قريباً لهما فعفا أحدهما

---

كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا ، ومعنى المنازعة أن كل جزء وقع من دعوى قد سلم للآخر بلا منازعة . وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر لصاحب الخطأ النصف ، ولصاحب العمد الذي لم يبق الربع ، وبقي الربع للمولى .

( وعنده ) أي وعند أبي حنيفة ( يقسم بطريق العول والمضاربة أثلاثاً ) ومعنى العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فيجمع السهام كلها ويقسم السهام على مبلغ السهام ألفين ( لان الحق تعلق بالرقبة ) لان أصل حقها ليس في غير العبد ، بل في إرش الذي هو بدل المتلف ، والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة ، ولهذا لان حق ولى الخطأ في عشرة آلاف وحق الشريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته .

( أصله ) أي أصل أبي حنيفة ( التركة المستغرقة بالديون ) كما لو كانت ألفاً ولرجلين على الميت ثلاثة آلاف ، لاحدهما ألف وللآخر ألفان ، فإن التركة تقسم بينهما بطريق العول المضاربة أثلاثاً مثلثاً كالتركة لصاحب الالفين ، وثلثها لصاحب الالف ( فيضرب هذان ) أي ولي الخطأ ( بالكل وذلك ) أي ولي العمد ( بالنصف ) أي يضرب بالنصف ( ولهذه المسألة نظائر ) أي أمثال ( وأضداد ) يعني خلافها ( ذكرناها في الزيادات ) أي في كتاب الزيادات تصنيفه وقد مضى في كتاب الدعوى بشيء مما ذكر في الزيادات في باب ما يدعيه رجلان .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما ، أي قريباً لهما ) كأخيهما أو عمهما ( فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة ) أي بطل

بطل الجميع عند أبي حنيفة . وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية ، وذكر في بعض النسخ قتل وليـــاً لهما ، والمراد القريب أيضا . وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة . وذكر في الزيادات عبـــد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ، فإذا عفـــا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ، والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالاً ، ومـــا كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع ، فلهذا يقال إدفع نصف نصيبك أو افتده بربع الدية . ولهما أن ما يجب من

---

الدم كله عنده ( وقالا يدفع الذى عفا نصف نصيبه إلى الآخر ، أو يفديه بربع الدية . وذكر في بعض النسخ) الجامع الصغير (قتل ولياً لهما) والولي القريب والمولى (والمراد القريب أيضاً ) وقال الله تعالى ﴿ وإني خفت الموالي من ورائي ﴾ ٥ مريم ، والمولى إبن العـــم والعصبة ، والجمع موالي ، كذا فى التفسير . وقال الاترازى ويحتمل أنه أراد به المعتق الذى أعتقاه ، فصارا عصبة له بالولاء وقد ذكر فخر الاسلام ( وذكر في بعض النسخ ) الجامع الصغير ( قول [1] محمد مع قول أبي يوسف وهو الاشهر ) ذكر في بعض النسخ ،

---

(١) قول محمد مع قول أبي حنيفة ، هامش .

المال يكون حق المقتول ، لأنه بدل دمه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ، ثم الورثة يخلفونه فيه عنـــد الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه.

## فصل

ومن قتل عبداً خطأً فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الامة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقـــال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت .

---

أى نسخ الجامع قول محمد مع قول أبي حنيفة «رح» . وقال القدورى في كتاب التقريب ويراد الصحيح أنه مع أبي حنيفه (١) .

( فصـــل )

أى هذا فصل في أحكام الجناية على العبد . ولما فرغ من جنايتــه على غيره شرع في حكم الجناية عليه ، وقدم الاول لان الفاعل متقدم على المفعول .

( ومن قتل عبداً خطأً فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم ، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف إلا عشرة ، وفي الامة إذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة ) أى هنا لفظ القدورى . وقال المصنف ( وهــذا عند أبي حنيفة ومحمد ) وبه قال النخعي والشعبي والثورى وأحمد في رواية .

( وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ) وبه قال مالك وأحمـد ،

---

(٢) هكذا في الاصل ، كلام من المتن غير مشروح ، وقد وجد في الاصل كلام في الهامش مبتور ، اه مصححه .

ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية. ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد، وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً، وصار كقليل القيمة وكالغصب. ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ودية مسلمة

---

وهو قول سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والزهري وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن. وقال الكرخي وروى عن علي وابن عمر وابن عباس رضي الله تعالى عنهم فيه القيمة بالغاً ما بلغ (ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع).

(لهما) أي لأبي يوسف والشافعي (أن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد إلا من حيث المالية) لا من حيث الآدمية، فلو كان الضمان بدل الدم لوجوب الضمان للعبد، لأنه في حق الدم مبني على أصل الحرية.

(ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد) ذكر هنا أيضاً على سبيل الإيضاح عطفاً على قوله يجب للمولى، يعني أن بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية، دل على أن الضمان بدل المالية. بيان هذه المسألة كما قاله القدوري في كتاب التقريب. قال أبو يوسف إذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري إجازة البيع كان له القصاص، وكذلك إذا اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص، وهذا حفظ عن أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه لا قصاص للمشتري أيضاً (وبقاؤه) أي بقاء العقد (ببقاء المالية أصلاً) يعني إن بقي العين (أو بدلاً) يعني إن هلكت (فصار) أي العبد (كقليل القيمة) يعني لو كان العبد قليل القيمة يجب ذلك القدر ولا يبلغ إلى الدية (وكالغصب) أي وكان الغصب يعني في الغصب كذلك لا يجب إلا قدر القيمة لا يبلغ إلى الدية. (ولأبي حنيفة ومحمد قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ ٩٢ النساء) وجه الاستدلال به أن الله تعالى (أوجبها) أي

إلى أهله ﴾ ٩٢ النساء ، أوجبها مطلقاً وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها بإهدار الأدنى عند تعـــذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ، وبقاء

---

الدية ( مطلقاً ) من غير فصل بين الحر والعبد من قتل خطأ ( وهي ) أي الدية (إســـم للواجب بمقابلة الآدمية ) تقريره أن الله تعالى رتب في قتل الخطأ حكمين الكفارة والدية والعبد داخل في حقوق وجوب الكفارة بالإجماع فيجب أن يكون في حق الدية كذلك، لأنه قال رمن يقتل مؤمناً والعبد مؤمن فيكون ما وجب بقتله الدية ، ولا يجوز الزيادة على النص بالرأي أن المراد حر مؤمن .

( ولأن فيه ) أي في العبد ( معنى الآدمية حتى كان مكلفاً ) بالإيمـان والشرائع التي تجب عليه من الصلاة والصوم والعقوبات ( وفيه ) أي في العبد ( معنى الماليه ) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف ( والآدمية أعلاهما) لا محالة ( فيجب اعتبارها ) أي اعتبار الآدمية (بإهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما ) أي بين معنى المالية ومعنى الآدمية ، لأنهــم أجمعوا على أن الضمان إما بدل المالية أو بدل الآدميـــة ، والعكس يعني إلى إهدارهما جميعاً ، لأن الآدمية أصل لقيام المالية بها ، وفي إهداره الأصل إهدار التابع وإهـــدار أحدهما أولى من إهدارهما .

فإن قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر ، بل بإيجاب القيمة بالغة ما بلغت لوجد الجمع بينهما . أجيب بأن الجمع إنما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز التقوى لخروجه عن الإجماع .

( وضمان الغصب ) هذا جواب من قولهما وكان كالغصب ، بيانــه أن ضمان الغصب لا يجب إلا ( بمقابلة المالية ، إذ الغصب لا يرد إلا على المال ) وهو ظاهر ( وبقـاء العقد ) هذا جواب عن قولهما لو قتل العبد المبيع،بيانه أن بقاء العقد في قتل العبد المبيع ( يتبع الفائدة ) وهي انقلاب القصاص مالاً بالعقد والصلح ، فبقاءه يدل على أنه يبقى لأجـــل

العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية ، فكذلك أمر الديـــة وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية ، إلا انه لا يسمع فيه فقدرناه بقيمته رأياً ، بخلاف كثير القيمة ، لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ، ونقصنا منها في العبد إظهاراً لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما .

---

الفائده أو هي تمكن المشتري من الصلح والعفو ، وجوب العفو عليه ( حتى يبقى ) العقد إيضاح لبيان بقاء العقد لأجل الفائدة ، أى حتى يبقى العقد ( بعد قتله عمداً وإن لم يكن القصاص بدلاً عن المالية ) أى في حق المشتري ( فكذلك أمر الدية ) أى يبقى لفائـدة المشتري ( وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدميه ) يعني أن الواجب في قليل القيمة بدل الآدمية ( إلا أنه لا يسمع فيه ) أى في قليل القيمة ، لأنه لم يرد فيه شيء .

فإن قيل قوله ﷺ إلا أن قتيل خطأ العمد مطلق يتناول الحر والعبد ، فيكون السماع فيه موجوداً . قلنا خص من ذلك الحديث المرأة ، لأنه لا يجب بقتلها مائـة من الإبل فيخص العبد منه ، لأن المعنى المخصوص موجود فيه وهـــو التفاوت في المالكية بين الرجل والمرأة .

(فقدرناه بقيمته رأياً ) مقدر بالقليل بقيمة العبد من حيث الرأى ، لأنه يمكن معرفة نقصان بدل نفسه من بدل نفس الحر بالرجوع إلى تقويم المالية ، ولا كذلك في كثير القيمة لأنه تعذر ذلك فيه .

ومعنى قوله (بخلاف كثير القيمة ، لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصنا منها في العبد إظهاراً ) أي لأجل الأظهار ( لانحطاط رتبته ) أى رتبة العبد عن رتبـــة الحر ( وتعيين العشرة) كأنه جواب عما يقال لما قدرتم القليل بالقيمة رأياً فيما قدرتم بالعشرة في قيمة الحر ، فأجاب بأن تعيين العشرة في ذلك ( بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ) قال المخرج هذا ضعيف . وقال الأترازى روى القدورى في شرح مختصر الكرخي عـن

قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة

لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هـــذا المقدار

---

عبد الله بن مسعود أنه قال في قيمـــة العبد لا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة . وقال الأكمل وغيره دفع في بعض النسخ ابن عباس وهو ما روى عنه لا يبلغ قيمة العبد ديـــة الحر ، وينقص منه عشرة دراهم والأصح لموافقة لأكثر النسخ .

وقال الأترازى ذكر ابن عباس موضع ابن مسعود غير صحيح ، لأن مذهب ابن عباس مثل قول أبي يوسف رواه الكرخي كذلك . وقال الأكمل « رح » واعترض بما روى أن عمـــرو وعلياً وابن عمر رضي الله تعالى عنهم أوجبوا في العبد قيمته بالغـة ما بلغت . وأجيب بأن المروي عن ابن مسعود راجح ، لأن فيه ذكر المقدار وهو ما لا يهتدي إليه العقل ، وليس فيما روي عن غير ذلك ، بل فيه قياس سائر الأقوال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت ، فكان محمول على أنهم قالوا بالرأى ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع مـــن رسول الله ﷺ ، انتهى . قلت روى ابن أبي شيبة وعبدالرزاق في مصنفيهما عن النخعي والشعبي قال لا يبلغ قيمة العبد دية الحر .

( قال ) أى القدورى ( وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة ) أى لا يزاد نصف الحر قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصاً منـــه خمسة دراهم . وفي النهاية هذا خلاف ظاهر الرواية ، لأنـــه ذكر في المبسوط ففي طرف المملوك يعتبر قيمة المالية فقط ، وبهذا لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة إلا أن محمداً قال في بعض الروايات القول بهذا يروى إلى أنه يجب بقطع طرفه ما يجب بقتله الجاني . قال فلهذا لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب فيه خمسة آلاف إلا خمسة .

وذكر في الأسرار أن جانب المالية أغلب ، وفي فتاوى الظهيرية وجامع المحبوبي ما يوافق رواية المتن حيث قالا موضحة العبد مثل موضحة الحر يقضى بخمسمائة درهم إلا نصف درهم . ولو قطع اصبع عبد عمداً أو خطأ وقيمته عشرة آلاف أو أكثر فعليه عشر الدية إلا درهم ، فكأن الشيخ اختار رواية محمد ، وبه قال الكاكي .

( لأن اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار إظهاراً لانحطاط رتبته

إظهاراً لانحطاط رتبته ، وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ، لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررناه . وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية . قال ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك ، فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وإلا اقتص منه ، وهـــذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع إرش اليد وما نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل ، وإنما لم يجب القصاص

---

وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد ) يعني إذا وجب في الحر كل الديـة يجب في العبد كل القيمة وكل شيء من الحر يجب فيه نصف الدية ففيه من العبد القيمـة ( لأن القيمة في العبد كالدية في الحر ، إذ هو بدل الدم على ما قررناه ) أشار به إلى قوله ولأبي حنيفة ومحمد «رح» قوله تعالى ﴿ ودية مسلمة إلى أهله ﴾ ٩٢ النساء ، أوجبهـا مطلقاً ، وهو إسم للواجب بمقابلة الآدمية إلى آخر ما قال .

( وإن غصب أمة قيمتها عشرون ألفاً فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لمـا بينا ) فيما مضى ( أن ضمان الغصب ضمان المالية ) لأن الغصب يرد عليه من حيث أنه مال لا من حيث أنه آدمي فتعتبر المالية بالغاً قيمتها ما بلغت .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فإن كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه ) على القاطع وإلا أي وإن لم يكن له ورثة غير المولى ( وإلا اقتص منه ) أي من القاتل ( وهذا ) أي المذكور من الحكم ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» ) .

( وقال محمد لا قصاص في ذلك ، وعلى القاطع إرش اليد ومـا نقصه ذلك إلى أن يعتقه ويبطل الفضل ) أي ما في القيمة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة إلا أن عندهم تجب قيمته

في الوجه الأول لاشتباه من له الحق ، لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى ، وفيه الكلام ، واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ، لأن الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ، لأن ما لكل

---

بالغة ما بلغت للسيد ، وعن أحمد في رواية يجب دية الحر اعتباراً بحالة الموت ( وإنما لم يجب القصاص في الوجه الأول ) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى ( لاشتباه من له الحق ) يعني المستوفى ، وجهالته تمنع القصاص ( لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار الحالة الثانية ) وهي حالة الموت ( يكون للورثة ، فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء ، فلا يجب على وجه يستوفي ) الاشتباه من له الحق ( وفيه الكلام ) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى .

وقيل أي في رجوعه يستوفى ، ولا كلام في أصل الوجوب لافادة الاستيفاء وإذا فات مقصوده سقط اعتباره . وقيل أي في تعذر الاستيفاء . وقيل أي في تحقق الاشتباه من له القصاص . وقال شيخي العلاء ووصل شيخي رحمه الله بخطه الضمير في فيه ، أي تعذر الاستيفاء وشجه بهاء الدين الخطابى «رح» .

( واجتماعهما لا يزيل الاشتباه ) هذا جواب عما يقال سلمناه ، أي من له الحق مشتبه ، لكن يزول الاشتباه باجتماعهما. فأجاب اجتماعهما أي اجتماع المولى والورثة لا يزيل الاشتباه المذكور ( لأن الملكين ) أي ملك المولى للقصاص ، فالنظر إلى حالة الجرح وملك الورثة فالنظر إلى حالة الموت ( في الحالين ) أي فى حال الجرح وحال الموت مختلف ، فإن الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس ، وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منها على الدوام فى الحالين فلا يفيد الاجتماع .

( بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر إذا قتل ،لأن ما لكل منهما من

منهما من الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار إحدى الحالتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى ، فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه . كما إذا قـال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا ، فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ، لأن الإعتاق قاطع للسراية ، وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بـلا قطع فيمتنع

---

الحق ثابت من وقت الجرح إلى وقت الموت ، فإذا اجتمعـا زال الاشتباه ) حاصله أن الموصى له بالخدمة لا ملك له فى الرقبة ، والموصى له بالرقبة إذا استوفى القصاص سقـط حق الموصى له بالخدمة ، لأن الرقبة ثابتة لا إلى بدل ، فلا يملك إبطال حق عليـه ، ولكن إذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمـة بفوات حقه ، فيستوفي الآخر لزوال الاشتباه .

( ولمحمد فى الخلافية ) أى فى المسألة المختلف فيها ( وهو ما إذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك ) أى لان سبب الولايـة الملك ( على اعتبار إحدى الحالتين والورثة بالولاء على اعتبار الأخرى ) أراد بها حالة الموت (فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) أى فى الامر الذي لا يثبت الشبهـات ، يعني القصاص ونظر لذلك بقوله( كما إذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا، فقال الولي زوجتها منك بكذا لا يحل له وطؤها ) لأن في التزوج يبالي بها باختلاف السبب ولا يبالي بـه في الأموال ، كما لو أقر بألف من قرض ، وقال المقرض له من ثمن مبيع فإنه يقضي بالألف وإن اختلف السبب ، لأن في الأموال يجري البدل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب .

( ولأن الاعتاق قاطع السراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية ، والسراية بلا قطع فيمنع القصاص ) بين هذا بها دليل آخر ، حاصله أنه كما تلف بآفة سماوية .

القصاص. ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم ، والحكم متحد فوجب القول بالإستيفاء . بخلاف الفصل الأول ، لأن المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ها هنا ، لأن الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة ، لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً ، والإعتاق لا يقطع السراية لذاته

---

فإن قيل ينبغي أن يجب إرش اليد للمولى فكونه جرحاً بلا سراية . أجيب بأنه لا يجب نظراً إلى حقيقة الجناية وهو القتل ، لأنه إذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه ، وهذا لأن المقضي له معلوم ) وهو الولي لأنه لا وارث العبد غيره ( والحكم ) وهو القصاص ( متحد فوجب القول بالاستيفاء ، بخلاف الفصل الأول ) يعني إذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق ( لأن المقضي له مجهول ) لأنا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضي له هو الولي ، ولو اعتبرنا حالة الموت كان للورثة .

( ولا معتبر باختلاف السبب ماهنا ) أي في الفصل الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى ( لأن الحكم ) وهو استيفاء القصاص ( لا يختلف ) لأنه في الحالين لواحد وهو المولى ( بخلاف تلك المسألة ) أراد بها المسألة التي قاس عليها محمد ، وهي ما إذا قال بعني هذه الجارية بكذا ، وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ( لأن ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكماً ) لأن ملك النكاح يثبت الحل مقصوداً ، وملك اليمين لا يثبته ، ولو أثبته لم يكن مقصوداً فاختلف الحكم كما اختلف السبب .

( والاعتاق لا يقطع السراية لذاته ) هذا جواب عن قول محمد الاعتاق قاطع السراية ، معناه الاعتاق قاطع السراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لانه لا يقطع السراية . ومعناه الاعتاق قاطع للسراية في صورة الخطأ دون العمد ، وذلك لانه لا يقطع السراية

بل لاشتباه من له الحق ، وذلك في الخطأ دون العمد لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال ، فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الإشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقي على أصل الحرية فيـــه ، وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب إرش اليد وما نقصه من وقت الجرح إلى وقت الإعتاق كما ذكرنا ، لأنه حصل على ملكه ويبطل الفضل . وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمـــد في الثاني .

---

لذاته ( بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد ، لان العبد لا يصلح مالكـاً للمال ) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق ( فعلى اعتبارحالة الجرح يكون الحق للمولى ، وعلى اعتبار حـالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه ، فجاء الاشتباه . أما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه ) ولهذا لم يكن لمولاه أن يسفك دمه بلا حق .

( وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه ، إذ لا وارث له سواه، فلا اشتباه فيمن له الحق . وإذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد ) في الفصلين ، أي فيما إذا كان له ورثة عند المولى أو لم يكن له ورثة غيره ( يجب إرش اليد ومـــا نقصه من وقت الجرح إلى وقت الاعتاق كما ذكرنا ، لانـــه حصل على ملكه ويبطل الفضل ) من بقية القيمة .

( وعندهما ) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( الجواب في الفصل الاول ) وهو ما إذا كان العبد وارث غـــير المولى ( كالجواب عند محمد في الثاني ) أي في الفصل

قال ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فإرشهما للمولى ، لأن العتق غير نازل في المعين ، والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ، ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد ، والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف ، وبعد الشجة بقي محلاً للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان ، فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة

---

الثاني ، وهو ما إذا لم يكن له وارث .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فإرشهما للمولى ) أي بين العتق إليهم بالتعيين في أحدهما ، وإنما قال فأوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارش ، وإن كان ظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل وغيرهما ، فإنه يتعين العتق في الحي بالموت والعبد لخروج الميت عن محل إيقاع العتق عليه ، والعتق لهم في حق المعتق كالنازل عنه البيان ، فلا بد من بقاء المحل (لان العتق غير نازل في المعين) لانه أوقع في المنكر والعتق في المنكر فلا يكون بالعتق نازلاً في المعين ( والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة ) فيكون إرشها للمملوكين .

( ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد ) لا قيمة عبدين ولا دية حرين ( والفرق ) أي بين قتلها وشجها ( أن البيان إنشاء من وجه ) أي في حق المحل ( وإظهار من وجه على ما عرف ) في أصول الفقه أن البيان إنشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء، فلو فات أحدهما وبين المعتق ففيه لا يصلح ، وإظهار من وجه حتى يجبر عليه . ولو كان إنشاء من كل وجه لما أجبر عليه أن الولي لا يجبر على إنشاء العتق ( وبعد الشجة بقي محلا للبيان ، فاعتبر إنشاء في حقهما ، وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه إظهاراً محضاً ، وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر ، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل

عبد ودية حر ، بخلاف مـــا إذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين ، لانا لم نتيقين بقتل كل واحد منهما حراً ، وكل منهما ينكر ذلك . ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول ، لانه لا يفيد فائدة ، وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف ، وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم ، فيتقدو بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكاً في حقها . قال ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا

---

حيث تجب قيمة المملوكين ، لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حـراً ، وكل منهما ينكر ذلك ) أي من القاتلين ينكر ذلك ، أي ينكر أنه قتل الحر .

( ولأن القياس ) عطف على قوله إن البيان إنشاء من وجه يريد به الفرق ثانياً بـين الشجة والقتل ، يعني أن القياس ( يأبى ثبوت العتق في المجهول ، لأنه لا يفيد فائدة ) أي فائدة العتق وهي أهلية الولاية من القضاء والشهادات ( وإنما صححناه ) أي العتق نازلاً في أحدهما ( ضرورة صحة التصرف ) أي تصرف العتق لئلا يلغو كلامه الذي امتاز عن سائر الحيوانات ( وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم ) بطريق البيان تعينـــاً للواقع بأن يظهر ذلك العتق المبهم في أحدهما في واحد منها بعينه ، فإذا كان ثبوت العتق في المنكر ثابتـاً بالضرورة ( فيتقدر بقدر الضرورة وهي ) أي الضرورة (في النفس) أي في حق النفس ( دون الأطراف ) أي دون حق الأطراف . لأن محل العتق هو النفس لا الأطراف إنما يثبت العتق في الأطراف تبعـــاً للنفس لا مقصوداً ( فبقي ) أي العبد ( مملوكاً في حقها ) أي في حق الأطراف التي وقعت عليها الشجة على أصل القيـــاس ، فكان إرشها للمولى .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن فقأ عيني عبد فإن شاء المولى دفـع عبده وأخذ قيمته ، وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة . وقالا إن شاء

شيء له من النقصان عند أبي حنيفة . وقالا إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته . وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة ، لانه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه .

ونحن نقول أن المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصراً عليه . وإذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف من وجه النفس بتفويت جنس المنفعة ، والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر

---

أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته ) .

( وقال الشافعي « رح » يضمنه كل القيمة ) أي يضمن المالك الفاقىء كل القيمة ( ويمسك الجثة ) وبه قال مالك وأحمد ( لأنه ) أي لأن الشافعي «رح» ( يجعل الضمان مقابلا بالفائت ) وهو العينان ، وقال الشافعي الضمان مثل القيمة ( فبقي الباقي على ملكه ، كما إذا قطع إحدى يديه أو فقأ إحدى عينيه ) فإنه يأخذ كل الدية له .

( ونحن نقول أن المالية قائمة في الذات ، وهي معتبرة في حق الأطراف لسقوط اعتبارها ) أي اعتبار الأطراف ( في حق الذات قصراً عليه ) أي اعتبارها في جميع البدن وحده مقتصراً عليه ساقطاً بالاجماع ، فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت الأطراف . حاصل الكلام لا يقال إن اعتبار المالية مقصوداً على الذات فحسب ، بل المالية في الذات والاطراف جميعاً .

( وإذا كانت معتبرة وقد وجد إتلاف النفس من وجه ) استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين ، أي المعنيين ( بتفويت جنس المنفعة ) وذلك يستدعي الجاني( والضمان يتقدر بقيمة الكل ) أي الذات والاطراف ، فإذا كان كذلك (فوجب أن يتملك ) أى الجاني ( الجثة دفعاً للضرر ) لئلا يلزم اجتماع البدل و المبدل في ملك

ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لانـــه ليس فيه معنى المالية . وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، وفي قطع إحدى اليدين وفقيء إحـدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة . ولهما أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقـــاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان .

---

رجل واحد ، لأنه لا نظير له في الشرع ( ورعاية للمماثلة ) أي ولاجـل رعاية المماثلة في دفع الجثة للجاني .

( بخلاف ما إذا فقأ عيني حر ) هذا جواب عما يقال من جهة الخصم لا يراعون ما قلتم في الملك فقأ عيني حر ، فأجاب بقوله ( لانه ليس فيه معنى المالية ) إذ لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ، وليس فيه إلا ضمان الجناية .

( وبخلاف عيني المدبر ) إذا فقأهما ليس فيه تسلم الجثة ( لانه ) أي لان المــدبر ( لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ) لانـــه ملك نفسه من وجه ( وفي قطع إحدى اليدين ) هذا جواب قياس الشافعي المسألة المتنازع فيها على قطع إحدى يدي العبد (وفقأ إحدى العينين) أي أحد عينيه ، فقال القياس غير صحيح ، لان في قطع إحدى اليدين. أي إحدى يدي العبد وفقأ إحدى العينين ، أي إحدى عينيه ( لم يوجد فيه تفويت جنس المنفعة ) لان الفائت هو النصف ، والباقي هو النصف .

ولما فرغ من الاستدلال على الشافعي شرع في بيان استدلال أصحابنا ، اختلفوا فيها فقال ( ولهما ) أي ولابي يوسف ومحمد «رح» ( أن معنى المالية لما كان معتبراً وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي قلناه ) وهو قوله وقالا إن شاء أمسك العبد إلى آخـــره ، وبين الملازمة فيه بقوله (كما في سائر الاموال ، فإن من خرق ثوب غيره خرقاً فاحشاً إن شاء المالك دفع الثوب إليه وضمنه قيمته ، وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان )

وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضاً . ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا من أحكام الآدمية ، لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة . ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

---

أي نقصان الثوب بحسب التخريق .

( وله ) أي ولابي حنيفة «رح» ( أن المالية وإن كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه ، وفى الاطراف أيضاً ) أى غير مهدرة ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء ، وهذا ) أي الدفع أو الفداء (من أحكام الآدمية ، لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ) أي في الجناية ( ثم من أحكام الاولى ) أي من أحكام الآدمية ( أن لا ينقسم على الاجزاء ) أي لا يوزع الضمان على الفائت وعلى الباقي ، بل يكون المولى بمقابلته ( ولا يتملك الجثة ) حكماً فى عين الحر .

( ومن أحكام الثانية ) أي ومن أحكام المالية ( أن ينقسم ) أى الضمان على الفائت والباقي ( ويتملك ) أى المولى ( الجثة ) كما فى تخريق الثوب . وقال الاترازى فإن قلت كيف أراد صاحب الدراية بالاولى والآدمية مذكورة بعد المالية ، وكيف أراد بالثانية والمالية مذكورة قبل الآدمية . ثم قلت إنما فعل كذلك لانه دليل الشافعى أولاً ، وهو اعتبر معنى الآدمية ، ثم ذكره دليل أبي يوسف ومحمد وهما اعتبر المالية ، فكان دفع الاولى والثانية فى غير موضعها . وقال الكاكى وإنما قال الاولى اعتباراً بالابتداء لا بوضع الكتاب ( فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم ) يعنى بالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك الجثه ، كما أنه ليس له ذلك فى المال . وفيما قالا إلغاء بجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المحروق ، وفيما قاله الشافعى الغاء بجانب المالية

## فصل في جناية المدبر وأم الولد

**قال وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن إرشها ، لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه .**

---

أصلا حيث جعله كحر فقأ عيناه موقوفاً فى الشبهين حظهما . وقلنا إن شاء المولى دفع عبده وأخذ ثمنه نظراً إلى المالية وإن شاء أمسكه ولا شيء نظراً إلى آدميته ، والوسط العدل ما قاله أبو حنيفة ، لان فيه رعاية الجانبين وتوفير الشبهين .

( فصل في جناية المدبر وأم الولد )

أي هذا فصل في بيان أحكام جناية المدبر وأم الولد ، ولما ذكر جناية الكامل في المملوكية شرع يذكر في جناية من هو نقص فيها تقدم الأول لكماله .

( قال ) أي القدوري ( وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن إرشها ) وعند الشافعي المدبر كالمعتق في الجناية ، فكان في رقبته والمولى يتخير بين أن يدفعه فيباع بالجناية وبين أن يفديه ، فلو أراد الفداء ففيه قولان ، أحدهما يفديه بإرش الجناية بالغاً ما بلغ ، وهو قول مالك في القن ورواية عن أحمد والثاني يفديه بأقل من قيمته من إرش الجناية . وقال مالك في المدبر لم يبع في جناية فيستحقه المجني عليه بقدر جنايته إن شاء السيد وإن شاء أفدى خدمته بقدر إرش الجناية. ولو استوفى المجني عليه من خدمته بقدر إرش جنايته رجع إلى سيده مدبراً .

وقال الكرخي في مختصره وجناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة ، ولا يلزم المولى بجناية المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة، وإن كثرت الإرش وجاوزت إلى مائة ألف فيشترك من جنى عليه المدبر أولاً وآخراً فقاوت ما بين الجنايات أو تفاوت سواء كانت على المولى لم يقبض منه ، أو كانت قبضت منه فيضاربون بالقيمة بقدر كل واحد منهم من إرش جناية .

( لما روي عن أبي عبيدة «رض» أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ) هذا رواه ابن أبي

ولانه صار مانعاً عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء ، فصار كما إذا فعل ذلك بعـــد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الاقل من قيمته ومن الإرش ، لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر ، لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره

---

شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن ابن أبي ذئب عن إبن محمد بن ابراهيم التيمي عن أبيه عن السلولي عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح «رض» قال جناية المدبر على مولاه . وأخرج نحوه عن النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والحسن «رض». وذكر محمد في الجنايات أن أبا عبيدة بن الجراح «رض» قضى بجناية المدبر على مولاه ، وذلك بحضرة من الصحابة «رض» من غير خلاف ، وقد كان أبو عبيدة أمير الشام وقضاياه تظهر بين الصحابة فكان إجماعاً . وعند الشافعي ومالك وأحمد في جناية الولد ضمن المولى الأقل من قيمتها ومن الارش كمذهبنا لتعذر دفعها وبيعها بالاجماع .

( ولأنه ) أي ولأن المولى ( صار مانعاً عن تسليمه ) أي تسليم كل واحد من المدبر وأم الولد ( في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفـــداء ) لأن عند التدبير والاستيلاء ما كان علم أنه يجني ( فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم ، وإنما يجب الأقل من قيمته ومن الارش ، لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ) وقال القدوري في التقريب قال أبو يوسف يضمن المولى قيمـــة المدبر بالجناية مـــدبراً . وقال زفر يضمن قيمته عبداً وروى إبن أبي مالك عن أبي يوسف «رح» مثله .

( ولا تخيير بين الأقل والأكثر ) هذا جواب عما يقال ينبغي أن يخير المولى بين الأقل والأكثر كما أنه يخير في الضمن بين الدفع والفداء والقيمة في المدبر بمنزلة الدفع فقال لا يخير بين الاقل والاكثر ( لأنه ) أي لان التخيير ( لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقـــل لا محالة بخلاف القن ) أي العبد القن ، يعني أن المولى يتخير في جناية القن بين الدفع والفداء

الأقل لا محالة . بخلاف القن ، لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفـــداء . وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لامنع منه إلا في رقبـــة واحدة ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، وذلك لا يتكرر ، فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ، وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه ، لأن المنع في هذا الوقت يتحقق

---

وإن كان الارش أكثر ( لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء) لاجل الرغبة في الاعيان ( وجنايات المدبر وإن توالت ) يعني وإن كثرت ( لا توجب إلا قيمة واحدة ) وعند الائمة الثلاثة هو كالقن . وكذا في أم الولد عندنا ، وبه قال الشافعي في قول،وفي قول بعيد كالماخت وهو اختيار المزني ( لانه لا منع منه إلا في رقبة واحدة ) أي ولان المولى لا منع منه إلا في رقبة واحدة فلا يمنع فيها .

(ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك ) أي دفع القيمة ( لا يتكرر ، فهــذا كذلك ) أيضاً ، أي والمدبر كذلك في عدم التكرر ، فكأن الجنايات منــــه اجتمعت ثم دبره ( ويتضاربون ) أي أصحاب الجنايات يتنازعون ( بالحصص فيها ) أي في القيمة ( وتعتبر قيمته ) أي وقيمة المدبر ( لكل واحد ) من أصحاب الجنايات ( في حال الجناية عليه ، لان المنع في هذا الوقت يتحقق ) ومن صورتها ما ذكر في المبسوط .

وقال وإذا قتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألفا درهم ثم ازدادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر ، فعلى مولاه ألفا درهم ، لانه جنى على الثاني وقيمته ألفان . ولو لم يكن منه إلا تلك الجناية لكان المولى ضامناً قيمته ألفان فسلم الالف من هذين ولي القتل الاوسط خاصة ، لان لولي الجناية الاولى حقه في الالف ، لان قيمته يوم جنايته ألف ، خمسمائة من هذا الالف ، أي الالف الاولى ، والباقي لولي الجناية الاول والاوسط خاصاً ،لأن لولي القتل الثالث حقه في خمسمائة ، لان قيمته يوم جنايته خمسمائة ، ثم الاول والاوسط يضربان في الخمسمائة التي بينهما ، فيضرب

قال فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه، لأنه مجبور على الدفع . قال وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى، وإن شاء اتبع ولي الجناية، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا لا شيء على المولى، لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة، فقد دفع كل الحق إلى مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء . ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولى الأولى ضامن

---

الأول بعشرة آلاف، والاوسط بتسعة آلاف، لانه وصل إليه من حقه ألف فيجعل خمسمائة سعراً منهما فيضرب الاول بعشرة، والاوسط بتسعة، والخمس الباقية بينهم جميعاً، يضرب الاول بعشر الآلاف إلا بما أخذ، لانه وصل إليه شيء من حقه فلا يضرب به . وكذا الاوسط لا يضرب بما أخذ في المرتين . وإنما يضرب بما بقي من حقه، والثالث يضرب بعشرة آلاف .

( قال ) أي قال القدوري ( فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه ) أي على المولى ( لانه مجبور على الدفع ) فلم يبق عليه شيء .

( قال ) أي القدوري ( وإن كان المولى دفع القيمة ) الى ولي الجناية الاولى ( بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى، وان شاء اتبع ولي الجناية ) أي ولي الجناية الثانية فتخير ان شاء رجع على المولى بنصف قيمته، ثم المولى يرجع على ولي القتيل الاول بما دفع لولي الثاني ( وهذا ) أي هذا المذكور من الحكم ( عند أبي حنيفة « رح » ) .

(وقالا لا شيء على المولى، لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلي مستحقه، وصار كما إذا دفع بالقضاء ) لأنه فعل عين ما يفعله القاضي فيكون القاضي فيكون القضاء وعدمه سواء كما في الرجوع في الهبة وأخذ الدار بالشفعة بعد وجوبها.

( ولأبي حنيفة أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعاً وولي الأولى ضامن

بقبض حقه ظلماً فيتخير . وهذا لأن الثانية مقارنة حكماً من وجه ، ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملاً بالشبهين . وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد ، وعدمه بمنزلة .

---

بقبض حقه ظلماً ) لأنه انقلب بسبب المزاحم والرجوع على الجاني جائز ( فيتخير ،وهذا) في الرجوع ، وبين ذلك بقوله ( لأن الثانية مقارنة ) أي للجناية الأولى(حكماً من وجه ) بسبب المراجعة ( ولهذا يشارك ) أي ولأجل مقارنة الثاني للأول يشارك ( ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكماً من حيث أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها ) أي في حق الجناية الثانية (فجعلت) أي الثانية ( كالمقارنة الأولى في حق التضمين لإبطاله ) أي إبطال الولي ( ما تعلق به من حق ولي الثانية ) وذلك لأنه تجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق ، وذلك في حق أولياء الجنايتين سواء ، فجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعاً ، وهناك لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فلذلك هنا ( عملا بالشبهين ) يعني كما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبهة المقارنة في حق تضمين الجناية نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في التضمين إذا دفع بغير قضاء ، لأنه يبطل ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء ، لأنه يجوز بالدفع عملاً بشبهي المقارنة والتأخر .

( وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع ، فصار وجود الإعتاق من بعد وعدمه بمنزلة) وعند الأئمة الثلاثة الإعتاق في القن وإعتاق أم الولد كإعتاق المدبر عندنا والشافعي في قول . أشار إليه بقوله ( وأم

وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع مـــا وصفنا ، لأن الاستيلاد مانـــع من الدفـع كالتدبير . وإذا أقر المـدبر بجناية الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه بـــه شيء عتق أو لـم يعتق ، لأن موجب جناية الخطأ على سيـده وإقراره بـه لا ينفذ على السيد،

والله أعـــلم .

---

الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا ، لأن الإستيلاد مانع من الدفع كالتدبير ) لأن المولى منع من تسليمها بالإستيلاد السابق من غير اختيار ( وإذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجـــز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق،لأن موجب جنايـة الخطأ على سيده وإقراره به لا ينفذ على السيد ، والله أعلم ) ولا يعلم فيه خلاف .

* * *

## باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يـــده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه . والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع ، فيصير كأنه هلك بآفـــة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفـــاً فيصير مسترداً كيف وانه

---

( باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك )

أي هذا باب في بيان أحكام غصب المدبر إلى آخره قوله (في ذلك) أي في العبد والمدبر ولما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مـــع غصبهما ، لان الفرد قبل المركب ، ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبي .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع ، وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه ، والفرق ) بين المسألتين ( أن الغصب قاطع للسراية ، لانــه ) أي لان الغصب (سبب الملك ) لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغصب. ولما كان الغصب من أسباب الملك كان تخلل الغصب بين الجنايه والسراية قاطعاً للسرايـــة ( كالبيع ) إذا تخلل ( فيصير ) أي العبد المغصوب ( كأنه هلك بآفـــة سماوية فتجب قيمته أقطع ) أي حال كونه مقطوع اليد ( ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ) أي ولم يوجد قاطع السراية في المسألة الثانية ( فكانت السراية مضافة إلى البداية ) أي إلى أول

استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان . قال وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن ، لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله . قال ومن غصب مدبراً

---

الامر ( فصار المولى متلفاً ، فيصير مسترداً كيف ) أي وكيف لا يكون مسترداً .

( وأنه استولى عليه ) أي والحال أن المولى استولى على العبد بالقطع ( وهو استرداد ) أي الإستيلاء عليه استرداداً ، فإذا كان كذلك ( فيبرأ الغاصب عن الضمان ) واعترض الإمام قاضي خان بأن هذا مخالف مذهبنا ، فإن الغصب لا يقطع السراية لم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضاء ، لان السراية إنما يقطع به باعتبار تبدل الملك إذا ملك البدل على الغاصب ، أما قبله فلا نص عليه في آخر وهذا الجامع ، إلا إنما يضمن الغاصب هنا قيمة عبد أقطع ، لان السراية وإن لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ الغاصب عنه ، إلا إذا ارتفع الغصب ولم يرفع ، لان الشيء إنما يرتفع بما فوقه أو بمثله ، ويد الغاصب ثابتة عليه حقيقة وحكماً ويد المالك الغاصب باعتبار السراية ثبتت عليه حكماً ، والثابت حكماً دون الثابت حقيقة وحكماً ، فلم يرتفع الغصب باتصال السراية إلى فعل المولى فيقرر عليه الضمان .

بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب ، لان الغصب يرتفع بها . وقال الاكمل رحمه الله وفيه نظر ، لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكماً ، فإن يد المولى ثابتة عليه حكماً لا تثبت على الشيء الواحد يدان حكماً بكمالهما ، واليد الحقيقية واجبة الدفع لكونها عدواناً محضاً لا يصلح معارضاً ولا مرجحاً .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يده فهو ضامن ) هذا إذا كان الغصب ظاهراً فيضمن في الحال يباع فيه ، لان أفعال العبد معتبرة . ولو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق ، كذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله ، وذلك لان الرق يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال وإن أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال ، لانه يبقى في ذلك على أصل الحرية ( لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله ) أي في حال رقه ، أما الاقوال فمؤاخذ بها بعد

فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى ، فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء ، فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ، ويكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب . قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب ، لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب . قال ويدفعه إلى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ، وهذا

---

المتق ، فكان ذكر المحجور احترازاً عن المأذون ، فإنه يؤاخذ بالاقوال أيضاً عندنا .

( قال ) أى في الجامع الصغير ( ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما ) أى بين ولي الجنايتين ( نصفان ، لان المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختاراً للفداء ) لعدم علمه وقت التدبير بجنايته يحدث عنده في المستقبل ( فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ) أى في قيمة الرقبة ( وتكون بين ولي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب ) أى في المستحق من الجناية .

( قال ) أى محمد ( ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب ، فصار كما إذا استحق نصف العبد بهذا السبب ) أى بسبب كان في يد الغاصب إذا غصب عبداً فجنى في يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولي الجناية ، لان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته ، كذا هذا .

( قال ) أى محمد ( ويدفعه ) أى النصف المأخوذ من الغاصب ( الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك ) أى بالمدفوع الى ولي الجناية ( على الغاصب ، وهذا ) أى وهذا الدفع

عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقـــال محمد « رح» يرجع بنصف قيمته فيسلم له ، لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحـــد كيلا يتكرر الاستحقاق . ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وانمـــا انتقص باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً يأخذه ليتم حقه ، فإذا أخذه منه يرجع إلى المولى بما أخذه على الغاصب ، لانه استحق من يده بسبب

---

الثاني والرجوع الثاني ( عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له ) أي للمولى ، أي لا يدفعه الى ولي الجناية الاولى وهو قياس قول الائمة الثلاثة ( لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحدو كيلا يتكرر الاستحقاق ) يدفعه الى ولي الجناية عند المولى بأن كانت الجناية الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفع قيمته الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بـــه على الغاصب بنصف القيمة ويدفع الى ولي الجناية الاولى ، ولا يرجع به على الغاصب مرة أخرى ، وهذا بالإجماع .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف ( أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد ، وإنما انتقص ) أي حقه ( باعتبار مزاحمة الثاني ، فإذا وجد )أي إذا وجد ولي الجناية الأولى ( شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً ) أي من غير مزاحمة ولي الجناية الثانية ( يأخذه ) لأنه يتقدم على المولى ( ليتم حقه ) أي لأجل إتمام حقـــه ( فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب ، لأنه استحق من يـده بسبب كان في يد الغاصب ) فلهذا رجع عليه ثانياً .

كان في يد الغاصب . قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينـا في الفصل الاول ، غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع بـه على الغاصب ، وهذا بالإجماع . ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ، ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمـة فيدفعه إلى الأول ويرجع

---

( قال ) أي محمد ( وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لمـا بينا في الفصل الأول) أي فيما إذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى ( غير أن استحقاق النصف) ذكر هذا الاستثناء لبيان الفرق بين المسألة الأولى ، والثانية عندهما حيث لا يرجع عندهما أيضاً . بيانه أن استحقاق النصف إذا استحق النصف الذي أخـذ المولى من الغاصب ( حصل بالجناية الثانية إذا كانت هي في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجنايـة الأولى ولا يرجع به على الغاصب ، وهذا بالإجماع ) أي رجوع المولى على الغاصب في المسألة الثانيـة بالإجماع . بخلاف المسألة الأولى ، فإن ثم كان يرجع المولى عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» مرة ثانية . وذكر القدوري في كتاب التقريب قول أبي حنيفة وحده ، وقول زفر وأبي يوسف مع محمد .

( ثم وضع المسألة في العبد ) أي وضع محمد هذه المسألة في الجامـع الصغير في العبد فقال القن بعدما وضعها في المدبر ( فقال ) أي محمد ( ومن غصب عبداً فجنى في يده ثم رده فجنى جنابة أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع بـه على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف

به على الغاصب ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له . وإن جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يـــده يدفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به . والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد ، وفي الأول يدفع القيمة . قال ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمـــة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ، لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الأول لأنه استحق كل القيمة ، لأن عند

---

«رح» . وقال محمد «رح» يرجع بنصف القيمة فيسلم له وإن جنى عند المـــولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع بـه والجواب في العبد ) أي في العبد القن ( كالجواب في المدبر) أي في العبد المدبر في الاختلاف والاتفاق سواء ( في جميع ما ذكرنا ، إلا أن في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الأول ) أي في المدبر ( يدفع القيمة ) لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ، وفي العبد يرفع نفس العبد لعدم المانع .

( قال ) أي محمد ( ومن غصب مدبراً فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ، لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب ، لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها إلى الاول ) أي نصف القيمة إلى ولي الجناية الاولى ( لانه استحق كل القيمـــة ، لان عند وجود الجناية عليه لا حـــق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد ) أي مزاحمة الثاني .

وجود الجناية عليه لا حق لغيره ، وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد . قال ويرجع به على الغاصب ، لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه. ثم قيل هذه المسألة على الإختلاف كالأولى . وقيل على الإتفاق ، والفرق لمحمد أن في الأولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الأولى ، لأن الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً

---

( قال ) أي محمد «رح» ( ويرجع به ) أي بالنصف ( على الغاصب ، لان الاستحقاق بسبب كان في يده ) أي عند الغاصب ( ويسلم له ) أى يسلم النصف للمولى (ولا يدفعه إلى ولي الجناية الاولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له ) أى لولي الجناية الثانية ( إلا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك إليه ) أى وصل النصف الى ولي الجناية الثانية.

( ثم قيل هذه المسألة على الإختلاف كالأولى ) يعني قال بعض المشايخ يتحقق في هذه المسألة خلاف محمد أيضاً كما في المسألة الاولى ، حيث يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يؤخذ ولي الجناية الاولى باق وحقه ( وقيل على الإتفاق ) يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسألة بل يأخذ ولي الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من الولي إذا رجع على الغاصب ، وهذا هو الصحيح ، لأن محمداً ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف ، وهكذا فرد هذه المسألة فخر الإسلام وغيره في شرح الجامع الصغير .

فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسألتين ، أشار إليه المصنف بقوله ( والفرق لمحمد أن في الاولى ) وهي ما إذا كانت الجناية الاولى عند الغاصب ، والثانية عند المالك (الذي يرجع به ) أي الولي ( عوض عما سلم لولي الجناية الاولى ، لان الجناية الثانية كانت في يد المالك . فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الإستحقاق ) لان هذا بدل ما وقع إليه وبدل الشيء يقوم مقامه ، فلو استحق البدل بعدما استحق المبدل يتكرر الإستحقاق .

يتكرر الإستحقاق. فأمـــا في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه.

قال ومن غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليـــه شيء وإن مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية. وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفر والشافعي، لأن الغصب في الحر لا يتحقق، ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع انه حر يداً، فإذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى. وجه الإستحسان أنـــه لا يضمن بالغصب، ولكن

---

( أما في هذه المسألة فيمكن أن يجعل عوضـــاً عن الجناية الثانية لحصولها في يـــد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرناه ) أي إلى تكرار الاستحقاق. قال الاكمل قوله أما في هذه المسألة فيه نظر، فان الجناية الثانية وإن حصلت في يـــد الغاصب، لكن أخذ الولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق، حتى يجعـــل المأخوذ من الغاصب ثانياً في مقابلة ما أخذه.

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن غصب صبياً حراً )، أى ذهب به بغير إذن وليـــه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة، وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في زمنه ( فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شـــيء. وإن مات من صاعقة أو نهسته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية، وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن في الوجهين، وهو قول زفـر والشافعي ) وبه قال مالك وأحمد ( لأن الغصب في الحر لا يتحقق. ألا يرى أنه لو كان مكاتباً صغيراً لا يضمن مع أنه حر يداً، فاذا كان الصغير حراً رقبة ويداً أولى ).

( وجـــه الإستحسان أنه لا يضمن بالغصب، ولكن يضمن بالاتلاف، وهذا إتلاف تســبيباً ) أى من حيث السببية ( لأنه نقله إلى أرض مسبعة ) أي إلى أرض يأوي إليها

يضمن بالإتلاف . وهذا إتلاف تسبيباً ، لأنه نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق . وهـــذا لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فإذا نقله إليه فهو متعد فيه ، وقد أزال حفظه الولي فيضاف إليه ، لأن شرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بحمى ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتيلاً تسبيباً . قال وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

---

السباع ( أو إلى مكان الصواعق ) أي إلى مكان ينزل فيه الصواعق عادة وهو جمع صاعقة معروف ( وهذا ) أي كونه إتلافاً ( لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان ، فاذا نقله إليه ) أي إلى موضع تكون فيه الأشياء المذكورة ( وهو متعد فيه ) الواو فيه للحال أو في نقله ( وقد أزال حفظه الولي ) الواو فيه أيضاً للحال .

وقوله ( فيضاف إليه ) جواب الشرط ، أي يضاف الاتلاف إلى القاتل ( لأن شـرط العلة ينزل منزلة العلة إذا كان تعدياً كالحفر في الطريق . بخلاف الموت فجأة أو بحمى ، لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن ، حتى لو نقله إلى موضع يغلب فيه الحمى والأمراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتيلاً تسبيباً ) أي من حيث السببية .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلته الدية ) أي على عاقلة الصبي الدية . قيل المراد القيمة وبها صرح فخر الإسلام والصـــدر الشهيد « رح » ، وأثر لفظ الدية لأنها بإزالة الآدمية والقيمة بإزالة المالية وفي العبد بإزالة الآدمية عند أبي حنيفة ومحمد « رح » .

( وإن أودع ) أي الصبي ( طعاماً فأكله لم يضمن ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد «رح» .

وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً ، وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ، ويؤخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة في العبد والصبي . وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل . وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن

---

وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً ) وبه قال مالك وأحمد . وفي شرح الطحاوي أودع عند صبي مالاً فهلك في يده فلا ضمان عليه بالإجماع ، وإذا استهلك الصبي إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة يضمن الصبي بالإجماع ، وإن كان محجوراً قبل الوديعة . بإذن وليه ضمن بالإجماع . وإن قبل بغير إذن وليه فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد لا في الحال ولا بعد الادراك . وقال أبو يوسف والشافعي « رح » يضمن في الحال ، وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير بلا وديعة يضمن في الحال بالإجماع .

( وعلى هذا اختلاف [1] إذا أودع العبد المحجور عليه مالاً فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد « رح » ويؤاخذ به بعد العتق . وعند أبي يوسف والشافعي « رح » يؤاخذ به في الحال ، وعلى هذا الخلاف الإقراض ) يعني إذا أقرض الصبي شيئاً وسلم إليه واستهلكه لا يضمن عندهما . خلافاً لأبي يوسف ( والإعارة ) يعني إذا أعار الصبي شيئاً فاستهلكه لا يضمن ( في العبد والصبي ) يعني حكمهما واحد والمراد من المحجور . وقال فخر الاسلام الاختلاف في الايداع والاعارة والقرض والبيع وكل وجه من الوجوه التسليم واحد .

( وقال محمد « رح » في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل . وفي الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثني عشرة سنة ، وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق )

بالإتفاق ، لأن التسليط غير معتبر ، وفعله معتبر . لهما أنه أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقا لمالكه ، فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً ، وكما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع . ولأبي حنيفة ومحمد انه أتلف مالاً غير معصوم فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا لأن العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ها هنا ، لأنه لا ولاية له على

---

فساعده فيه فخر الاسلام حيث ذكـر في جامعه هكذا . وأما غيره من شروح الجامع الصغير كجامع أبي اليسر وقاضي خان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا ، حيث قال هذا الخلاف فيما إذا كان الصبي عاقلاً ، وإن لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعاً ( لأن التسليط غير معتبر وفعله معتبر ) لأن تسليط الصبي غير العاقل هـدر وفعله معتبر فيؤاخذ بـه .

( لهما ) أي لأبي يوسف والشافعي « رح » ( أنه أتلف مالاً متقوماً معصوما حقاً ) قوله حقاً متعلق بقوله معصوماً ، أي معصوماً لأجل المالك ( لمالكه ) بغير إذنه ( فيجب عليه الضمان كما إذا كانت الوديعة عبداً ) فأتلفه يجب عليه الضمان بالاتفاق ( وكما إذا أتلفه غير الصبي في يـد الصبي المودع ) فيجب الضمان على المتلف فعلم أن المـال معصوم في يـد الصبي .

( ولأبي حنيفة ومحمد أنه أتلف مـالاً غير معصوم ) لأنه سلطه على الإتلاف ( فلا يجب الضمان ، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه ، وهذا ) أي عـدم وجوب الضمان ( لان العصمة تثبت حقاً له ) أى للمالك ( وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة ) أى من الايداع والاعارة ومن فعل ذلك ( فلا يبقى مستحقاً للنظر ) لأنه أوقـع ماله في يد يمنع يد غيره عليه باختياره ( إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا إقامة ها هنا ،

الاستقلال على الصبي ، ولا الصبي على نفسه ، بخلاف البائع والمأذون له ، لأن لهما ولاية على أنفسهما . وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم . وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ، لانه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره .

قال وإن استهلك مالاً ضمن ، يريد به من غير إيداع

---

لأنه لا ولاية له على الصبي ولا الصبي على نفسه ) فكان تعيناً من جهة .

( بخلاف البالغ والمأذون له ، لان لهما ولاية على أنفسها ) فصح الايداع عندهما ، فيضمنان بالاجماع ( وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبداً لأن عصمته لحقه ) أي لان عصمة العبد لحق العبد لا باعتبار أن المالك لعصمته (إذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم) فلا يوجد التسليط في حقه ، فاذا لم يوجد يضمن سواء كان صغيراً أو كبيراً . بخلاف سائر الاموال ، فإن للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط .

( وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي ) يعني إذا أتلف الوديعة والتذكير باعتبار المودع غير الصبي المودع حال كونه في يد الصبي حيث يضمنها العصمة ( لأنه سقطت العصمة ) أي عصمة الوديعة ( بالاضافة إلى الصبي الذي وضع في يده المال ) المودع فحسب ولا يسقط في حق غيره ، وهو معنى قوله ( دون غيره ) حاصله أن المالك بالايداع عند الصبى إنما سقط عصمة ماله عن الصبى لا عن غيره ومالة معصوم في حق غيره كما كان ، فصار مال الوديعة عند الصبى بمنزلة من له القصاص فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص ، ومعصوم في حق غيره ، فكذا هنا .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن استهلك مالاً ضمن ) أى فإن استهلك الصبي مالاً لرجل ضمن ، وهذا في غير الوديعة وهو معنى قوله ( يريد به من غير إيداع ) أى يريد محمد بقوله ضمن في غير الوديعة ، وفيه إتفاق . وفي الوديعة إذا استهلكها خلاف

لان الصبي يؤاخذ بأفعاله ، وصحة القصد لا معتبر بهـا في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب

---

سبق آنفاً ( لأن الصبى يؤاخذ بأفعاله ) فإن قلت رفع القلم عن الصبي بالحديث فكيف وجب عليه الضمان . قلت رفع القلم يـدل على رفع الإثم ولا يلزم من رفـع الاثم ، نفي الضمان كما في النائم إذا انقلب على شيء فأتلفه .

( وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد ، والله أعلم بالصواب ) هذا كأنه جواب عما يقال إن الصبي ليس له قصـد صحيح ، فكان ينبغي أن لا يضمن فقال لا اعتبار لصحة العقد في حق العباد . ألا ترى أن البالغ أيضاً إذا استهلك مالاً لانسان فيضمن سـواء كان له قصد صحيح في ذلك أو لم يكن ، فعلى أى وجه كان يلزمه الضمان .

* * *

# باب القسامة

قال وإذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً .

---

## ( باب القسامة )

أي هذا باب في بيان أحكام القسامة . وقال الكاكى القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام . قلت هو اسم وضع موضع الاقسام . وفي الشرع أيمان يقسم بها على أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر كل منهم ويقول ما فعلت ولا علمت له قاتلا . وقيل القسامة الايمان المتكررة في دعوى القتل على أهل محلة أو دار أو موضع قريب . وقيل أهل اللغة يذهبون إلى أنها القوم الذين يحلفون ، سموا بأسماء المصدر كما يقال رجل عدل ، وأى الأمرين كان هو من القسم الذى هو الحلف وقسمها وجود القتيل في المحلة أو في معناها وركنها قولهم بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلاً .

وشرطها أن يكون المقسم رجلا بالغاً عاقلاً ، والنساء لا يدخلن في القسامة عند أكثر أهل العلم إلا عند مالك ، فانه قال لمن يدخل فى القسامة الخطأ دون العمد . وحكمها القضاء بوجوب الدية بعد الحلف ، سواء كانت الدعوى فى القتل الخطأ أو العمد عند أكثر أهل العلم . وقال مالك والشافعي فى القديم وأحمد إن كانت الدعوى فى القتل العمد إذا حلفوا الأولياء بعد يمين أهل المحلة يستحقون القود ومحاسنها والحكمة فيها تعظيم الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص . ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ما يجيىء إن شاء الله تعالى .

( قال ) أي القدورى ( وإذا وجد القتيل فى محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ) بشرط أن يكون فى القتيل

وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأً

---

أثر للقتل من جراحة أو ضرب أو خنق أو نحوه . أما إذا وجد ميتاً لا أثر فيه فلا قسامة ولا دية وهذا ميت .

وقوله في محلة ليس بقيد . وكذا لو وجد في دار رجل . وقوله لا يعلم من قتله لأنه إذا علم القاتل فلا قسامة ، والحكم يتعلق به . وقوله استحلف خمسون رجلا قال الكرخي ليس فيهم عبد ولا صبي لم يبلغ ولا امرأة . قوله منهم أي من أهل المحلة . وقال الكرخي وإن كان في أهل المحل الفاسق والصالح، فالخيار فيهم إلى الورثة يختارون أهل الصالح حتى يستحلفوهم فإن كان أهل الصالح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا .

وذكر ابن الجلاب المالكي في كتابه التفريع والايمان في القسامة مغلظة بخلافها في سائر الحقوق ويحلف الحالف فيها في المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ، ويجلب إلى مكة والمدينة وبيت المقدس من وجبت عليه قسامة من أهلها ، ولا يجلب إلى غيرها إلا المكان القريب . وقوله بالله ما قتلناه على طريق الحكاية عن الجمع . وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترىء على اليمين بالله ما قتلنا .

( وقال الشافعي إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً ) قبل يمين أهل المحلة ( ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأً ) وقال الكاكي استحلف الأولياء خمسين يميناً قبل يمين أهل المحلة يقضى بالدية على المدعى عليه عمداً كان أو خطأً ، وهو قوله الجديد . وقال مالك وأحمد والشافعي في القديم إذا استحلف الاولياء وحلفوا واستحلفوا القود في دعوى العمد على المدعى عليه جماعة كان أو أحد أوشرطه اللوث عندهم ، وعند عدم اللوث كسائر الدعاوى .

وقال الغزالي في وجيزه وكيفية القسامة أن يحلفوا المدعي خمسين يميناً متوالية في مجلس واحد بقصد التحذير والتغليظ ، ولو كان في مجلسين فوجهان . وقال ابن الجلاب

وقال مالك «رح» يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي. واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه، أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه. وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه مثل مذهبنا، غير انه لا يكرر

---

المالكي ويبدأ في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه، فيحلفون خمسين يميناً ويستحقون القود نفساً منهم. وإذا كان ولاة الدم أكثر من خمسين رجلا ففيها روايتان، أحدهما يقتصر على خمسين منهم فيحلفون خمسين يميناً، والاخرى أنهم يحلفون كلهم وإن زادت عدة الأيمان على خمسين. وإذا نكل المدعون للدم عن القسامة وردت الأيمان على المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا، فإن طال حبسهم تركوا على كل واحد منهم جلد مائة وحبس سنة، انتهى.

وقال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل «رح» في مختصره وإذا وجد قتيل فادعى أولياؤه على قوم لا عداوة بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها، وإن كان بينهم عداوة ولوث وادعى أولياؤه على واحد منهم وأنكر المدعى عليه ولم يكن للأولياء بينة حلف الأولياء خمسين يميناً على قاتله واستحقوا دمه إن كانت الدعوى عمداً. فإن لم يحلف الاولياء حلف المدعى عليه خمسين يميناً، ويرى فإن لم يحلف المدعون ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الإمام من بيت المال، فإن شهدت البينة العادلة أن المجروح قال دمي عند فلان فليس يوجب القسامة ما لم يكن لوث.

(وقال مالك «رح» يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد، وهو أحد قولي الشافعي «رح») وقد ذكرنا أن هذا هو القول القديم للشافعي (واللوث عندهما) أي عند الشافعي ومالك «رح» (أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه. وإن لم يكن الظاهر شاهداً له فمذهبه) أي فمذهب الشافعي (مثل مذهبنا،

اليمين بل يردها على الولي . فإن حلفوا لا دية عليهم الشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر .

---

غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي ، فإن حلفوا لا دية عليهم ) فنتكلم أولاً في اللوث ثم نحرر مذهب الثلاثة .

فاللوث من لوث الماء كدره ، ولوث ثيابه بالطين فتلوث . ومنه قولهم لوث وعداوة ، أي شر أو طلب بحقد ، والمراد به عندهم قرينة ظاهرة توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل في واحد بعينه من أثر الدم على ثيابه وغيره كما ذكر في المتن . وقال الغزالي في وجيزه واللوث قرينة حال تغلب الظن كقتيل في محلة بينهم عداوة ، أو قتيل دخل عليهم ضيفاً ، أو قتيل تفرق عنه جماعة محفرون ، أو قتل في صف الخصم القاتل ، أو قتيل في الصحراء وعلى رأسه رجل معه سكين . وقول المجروح قتلني فلان ليس بلوث ، وقول واحد من أهل القتيل ، روايتهم لوث .والقياس أن قول واحد منهم لوث ، وأما عدة من الصبية والفسقة ففيهم خلاف ، انتهى .

وقال ابن الجلاب المالكي واللوث شيئان الشاهد العدل وقول المجروح دمي عند فلان ، وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى معه سيفه ، وشهادة الواحد لوث توجب القسامة ، وفي شهادة النساء روايتان إحداهما أنه لوث توجب القسامة ، والاخرى أنها لا توجبها . و كذلك شهادة الواحد والجماعة إذا لم يكونوا عدولاً . وفي شهادة العبد روايتان إحداهما أنه لوث ، وقيل لا يكون لوثاً . وإذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف أو في يده شيء من آلة القتل وعليه آثار القتل فهو لوث موجب القسامة والدية لولاته .

( الشافعي في البداية بيمين الولي قوله ﷺ للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ، ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ) أي قول النبي ﷺ هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سهل بن أبي حثمة قال خرج عبد الله بن سهل بن زيد ومحيصة بن مسعود بن زيد حتى إذا كانا بخيبر تفرقا ... الحديث مطولاً ، وفيه فقال

ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول ، غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها ، والمال يجب معها ، فلهذا وجبت الدية . ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وفي رواية على المدعى عليه .

---

لهم أي لأولياء القتيل أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم . وجه الاستدلال به أنه عليه السلام بدأ على من شهد له الظاهر ، يعني كما في سائر الدعاوي ، فإن الظاهر يشهد للمدعي عليه ، لأن الاصل براءة ذمته . فأما في القسامة فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث ، فيكون اليمين حجة له .

( ولهذا تجب على صاحب اليد ، فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ، ورد اليمين على المدعي أصل له ) أي للشافعي ( كما في النكول ) يعني إذا نكل المدعى عليه عن اليمين رد على المدعي ( غير أن هذه ) أشار به إلى الدعوى التي هنا ( دلالة ) أي على الصدق ( فيها نوع شبهة ، والقصاص لا يجامعها ) أي لا يثبت القصاص مع الشبهة ( والمال يجب معها ) أي مع الشبهة ( فلهذا وجبت الدية دون القصاص ) .

( ولنا قوله عليه السلام ) أي قول النبي صلى الله عليه وسلم ( البينة على المدعي واليمين على من أنكر . وفي رواية على المدعى عليه ) هذا الحديث أخرجه الترمذي عن أحمد بن عبيد الله عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ، انتهى .

فإن قلت قال الترمذي رحمه الله هذا حديث في إسناده محمد بن عبد الله العروي مضعف في الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره . وأخرجه الدارقطني في سننه عن حجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب به . وقال صاحب التنقيح وحجاج بن أرطاة ضعيف ، ولم يسمعه من عمرو بن شعيب ، وإنما أخذه من العزرمي عنه ، والعزرمي متروك . قلت شطر الحديث في الكتب الستة من حديث ابن عباس رضى الله تعالى عنه ، ولكنه

وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ،

---

مفرق ، ففي لفظ مسلم ولكن اليمين على المدعى عليه ، وفي لفظ الباقين أن النبي ﷺ قضى أن اليمين على المدعى عليه ، وبهـــذا يعلم أن وظيفة المدعى عليه اليمين ، وليست هي وظيفة المدعي ، وبهذا يقوى حديث الترمذي رحمه الله .

( وروى سـعيد بن المسيب « رح » ) أي سعيد بن المسيب رضى الله تعالى عنه ( أن النبي ﷺ بدأ باليهود بالقسامة ، وجعل الدية عليهم لوجـــود القتل بين أظهرهم ) هذا رواه عبد الرزاق رحمه الله في مصنفه أخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب رحمه الله عنهم قال كانت القسامة فى الجاهلية فأقرها النبى ﷺ فى قتيل من الأنصار وجـد فى جب لليهود ، قال فبدأ رســـول الله ﷺ باليهود ، فكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود لن نحلف ، فقال رسول الله ﷺ للأنصار أفتحلفون ؟ فأبت الانصار أن تحلف ، فأغرم رسول الله ﷺ اليهود ديته ، لأنه قتل بين أظهرهم .

ورواه ابن أبي شيبة رحمه الله فى مصنفه حدثنا عبد الأعلى عن معمر به . وكذلك رواه الواقدي فى المغازي فى غزوة خيبر حدثني معمر به . وقـــال الأترازى سعيد بن المسيب من أعلى طبقات التابعين ، ولكن فى ذكره نظر ، لأنه لم يذكر روايته فى كتب الحديث فى هذا الباب مثل الموطأ والصحيح والسنن وشـــرح الآثار وغير ذلك ، نعم فروي عن الزهرى رحمه الله ذلك فى شرح الآثار ، وأشار به إلى ما رواه الطحاوى رحمه الله حدثنا أبو بشر الدرقي حدثنا أبو معاوية الضرير عن ابن أبي ذئب عن الزهرى رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالقسامة على المدعى عليهم ، فدل ذلك أن القسامة على المدعي لا على المدعين على ما بين الزهرى رحمه الله ، انتهى .

قلت عدم الإطلاع فى كتب الحديث يؤدى إلى هذه المقالة ، فكيف ينكر الأترازى رحمه الله هذا وقد روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والواقدى عن سعيد بن المسيب به ولم يذكر الطحاوى « رح » سعيد ، بل اقتصر على الزهرى ، وفى كل منهما كفاية للحجة ، ومعمر بفتح الميمين بن راشد . وأبو معاوية الضرير محمد بن خازم بالخاء والزاء المعجمتين .

ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق، ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة. وقوله يتخيرهم الولي إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي، لأن اليمين حقه، والظاهر أن يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحي أهل المحلة، لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز، فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكول، فإن كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح.

---

وابن أبي ذئب محمد بن عبد الرحمن بن الحارث بن أبى ذئب، واسم أبى ذئب هشام بن شعبة بن عبد الله بن قيس القرشى العامر المدني. والزهرى هو محمد بن مسلم بن شهاب.

( ولأن اليمين حجة الدفع ) قد مضى فى الدعوى أن اليمين ليست بحجة صالحة لاستحقاق بنفسه فكيف يصلح حجة صالحة لاستحقاق بنفس محترمة خصوصاً فى موضع يتيقن بأن الحالف مجازف يحلف ما لم يعاينه بأمر مجهول وهو اللوث، وإنما شرعت اليمين لانتفاء ما كان، فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقاً، يشير إلى هذا بقوله حجة الدفع ( دون الاستحقاق وحاجة الولي إلى الاستحقاق، ولهذا ) أى ولكون حاجة الولي إلى الاستحقاق (لا يستحق بيمينه المال المبتذل، فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة) قال شيخنا العلاء «رح» هذا معنى قول مالك وأحمد وقول الشافعي «رح» فى إيجاب القصاص، وبقي قوله الآخر يستحق بيمينه النفس، أى القصاص، إلا أنه سقط باعتبار الشبهة، فصار إلى الدية بدلاً عن القصاص.

( وقوله ) أى وقول القدورى ( يتخيرهم الولي، إشارة إلى أن خيار تعيين الخمسين إلى الولي، لان اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل ) مثل الفسقة والشبان، لأن تهمة القتل فيهم أكثر ( أو صالحى أهل المحلة ) أى يختار الصالحين من أهل المحلة ( لما أن تحرزهم) أي أن تحرز الصالحين ( عن اليمين الكاذبه أبلغ التحرز فيظهر القاتل، وفائدة اليمين النكول، فان كانوا لا يباشرون ويعلمون ) أى القاتل ( يفيد يمين الصالح عن

ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ، لأنه يمين وليس بشهادة قال وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها، ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً ، كما في سائر الدعاوى .

---

العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ) بالطاء المهملة وهو نقيض الصالح .

( ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز ، لأنه يمين وليس بشهادة ) احترز به عن اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لما أن اللعان شهادة والأعمى أو المحدود في القذف ليسا من أدائها .

( قال ) أي القدوري ( وإذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ) أي على عاقلتهم في ثلاث سنين ، لان حالهم هنا دون حال من باشر بالقتل خطأ ، والدية هناك على العاقلة في ثلاث سنين ، فهنا أولى . وذكر اختلاف زفر ويعقوب « رح » ، قال زفر القسامة والدية على العاقلة . وقال أبو يوسف « رح » لا قسامة على العاقلة بل الدية عليهم ، لان التحمل يجرى في الدية ولا يجرى في اليمين ( ولا يستحلف الولي ) .

( وقال الشافعي « رح » لا تجب الدية ) إذا حلف المدعى عليه ، وبه قال مالك وأحمد وأبو الليث وأبو ثور « رح » ( لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بأيمانها ) هذا قطعة من حديث عبد الله بن سهل ، وقد مرت قطعة منه عن قريب . وقال أبو داوود « رح » رواه بشر بن الفضل ومالك عن يحيى بن سعيد فقال فيه أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم ، رواه ابن عيينة عن يحيى فبدأ بقوله تبرئكم يهود بخمسين يميناً .

( ولأن اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى ) فكذا هنا ليكون موافقاً للأصول .

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم، وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة. وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس.

---

( ولنا أن النبي ﷺ جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل ) ابن زيد قد مر أنه أخرجه الأئمة الستة، وفيه أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم، وفي آخره فوداه رسول الله ﷺ بمائة من ابل الصدقة. قال سهل فقد كفى منها ناقة حمراء. والمقتول كان عبد الله بن سهل رضي الله عنه.

( وفي حديث زياد بن أبي مريم ) فقال المخرج غريب، يعني لم يثبت ( وكذا جمع عمر رضي الله تعالى عنه بينهما ) أي بين الدية والقسامة ( على وادعة ) وهي بطن من همدان، ذكره في الجمهورة، ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثورى عن مجالد ابن سعيد وسليمان الشيباني عن الشعبي أن قتيلا وجد بين وادعة وشاكر فأمر عمر «رض» أن يقيسوا ما بينهما فوجدوه إلى وادعة أقرب فحلفهم عمر « رض » خمسين يميناً كل رجل ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم غرمهم الدية. وأخرجه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا وكيع حدثنا اسرائيل عن أبى اسحاق عن الحارث بن الأرفع قال وجد قتيل بين وادعة وأرحب، فذكره بنحوه.

( وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود ) هذا جواب عن استدلال الشافعى بحديث عبد الله بن سهل المذكور ) أي قول النبى ﷺ تبرئكم اليهود (محمول على الإبراء عن القصاص والحبس) تقريره أن قول الخصم الحلف مبرىء. قلنا نحن نقول بموجبه ولكن يبرىء عما وجب لأجله الحلف وهو القصاص لا عن غيره، كما إذا كانت الدعوى على شيء فحلف المدعى عليه على ذلك الشيء انقطعت الخصومة عنه، وهنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل، فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل، فلم يجب القصاص، ولكن وجب عليه شيء آخر لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم فى صيانه المحلة عن فساد القتل، لأنه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الأمر، والتسبيب فى القتل بهذا الطريق موجب الدية فى الشرع.

وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين ، والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ . ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف ، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ، ولهذا يجمع بينه وبين الدية ، بخلاف النكول في الأموال ، لأن اليمين بدل عن أصل حقه ،

---

ألا ترى أن العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا في صيانة الدم عن الإهدار ، هذا الذي قاله الأترازي وغيره . وأحسن منه في الجواب عنه ما قال أبو داوود « ر ح » عنه في حديث مسهل المذكور ، رواه بشر بن المفضل ومالك عن يحيى ابن سعيد قالا فيه أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم صاحبكم . ورواه ابن عيينة عن يحيى قيدا بقوله تبرئكم يهود بخمسين يميناً وهو وهم من ابن عيينة .

( وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا ، بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة ، فيقروا بالقتل . فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم ، أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ) هذا جواب آخر عن حديث الخصم ، وقد قدرناه عن قريب .

( ومن أبى منهم اليمين ) أي ومن امتنع عن اليمين من الخمسين الذين اختارهم الولي ( حبس حتى يحلف ، لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيماً لأمر الدم ) فمن نكل عن حق مستحق لذاته فقد ظلم ، وجزاء الظلم الحبس . وإنما قال مستحق لذاته ليسلم ، لأنه بدل عن الدية ( ولهذا يجمع بينه وبين الدية ) ولو كان بدلاً عن الدية لما جاز بينهما .

( بخلاف النكول في الاموال ، لان اليمين ) في الاموال ( بدل عن أصل حقه ) أي

ولهذا يسقط ببذل المدعي، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية ، هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة . وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ ، لأنهم لا يتميزون عن البـــاقي . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمداً أو خطأ . فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب . وهكذا الجواب في المبسوط .

---

حق المدعي ، وأصل حقه في المال ( ولهذا ) أي ولكون أصل حقه في المال ( يسقط ) أي اليمين ( ببذل المدعي ، وفيما نحن فيه لا يسقط ) أي اليمين ( ببذل الدية ) بل تجب اليمين المكررة ( هذا الذي ذكـرنا ) أي من وجـــوب القسامة والدية ( إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة . وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم ، والدعوى في العمد أو في الخطأ لأنهم ) أي لأن البعض لا بأعيانهم ( لا يتميزون عن الباقي ) فصـــار كما إذا ادعى على البعض .

( ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه ) سنذكره من بعد إن شـاء الله ، أي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير أهل المحلة بعـــد ورقتين عند قوله وإن ادعى على واحـــد منهم سقط عنهم ، هذا وقع في بعض النسخ ، وفي بعضها وقع مثل ما ذكر ها هنا . ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنهم قتلوا ... إلى آخـــره ( عمـداً أو خطأ فكذلك الجواب ) يعني تجب القسامة والدية ( يدل على إطلاق الجواب في الكتـــاب ) أي في كتـاب القدوري رحمه الله ، لأنه قال وإذا وجـــد قتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم ... إلى آخره . وأطلق وجوب القسامة والدية على أهـــل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض بأعيانهم أو لا بأعيانهم ( وهكذا الجواب في المبسوط ) يعني أوجب القسامة والدية مطلقاً .

وعن أبي يوسف في غير رواية الاصـــل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً واحدة . ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل في غيرهم ، وإنمـــا عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه بقي على أصل القياس ، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم . وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ، لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بـــين دعوى ودعوى فتوجبه بالنص لا بالقياس. بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع .

---

( وعن أبي يوسف في غير رواية الاصول أن في القياس تسقط القسامة والدية عـــن الباقين من أهـــل المحلة ، ويقال للولي ألك بينة ، فإن قال لا ، يستحلف المدعى عليه على قتله يميناً واحـــدة . ووجهه ) أي وجه ما روي عن أبي يوسف رحمه الله ( أن القياس يأباه ) أي يأبى الحلف ( لاحتمال وجـــود القتل من غيرهم ، وإنمـا عرف ) أي الحلف ( بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم ، وفيما وراءه) وهو ما إذا كان الدعوى على البعض بعينه ( بقي على أصـــل القياس ) فلم تجب القسامة ( وصار كما إذا ادعى القتل علي واحد من غيرهم ) فإن فيه البينة من المدعي أو اليمين من المدعى عليه .

( وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة ، لأنه لا فصـــل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فتوجبه ) أي يوجب كل واحد من القسامة والدية . وفي بعض النسخ فيوجبها ، أي القسامة والدية ( بالنص ) الذي ذكر ( لا بالقياس . بخلاف ما إذا ادعى على واحـــد من غيرهم ، لأنه ليس فيه نص ، فلو أوجبناهما ) أي القسامة

ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينـــة ، وإن لم تكن استحلفه يميناً واحدة ، لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس . ثم إن حلف بريء ، وإن نكل الدعوى في المال تثبت به وإن كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى . قال وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تتم خمسين ، لما روي أن عمر رضي الله عنه لمـــا قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية .

---

( لأوجبناها بالقيـــاس وهو ممتنع ، ثم حكم ذلك ) أي حكم ما إذا ادعى على واحد منهم من غيرهم ( أن يثبت ما ادعاه إذا كان له بينة ، وإن لم يكن استحلفه ) أي المدعى عليه ( يميناً واحدة ، لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتنع القياس ، ثم إن حلف ) أي المدعى عليه ( بريء ، وإن نكل والدعوى في المال تثبت به ) أى بالنكول سواء كانت الدعوى في القتل خطأ أو في القتل عمداً فالمال يثبت .

( وإن كان ) أي الدعوى والتذكير على تأويل الادعاء ( في القصاص فهو ) أي الحكم فيه ( على اختلاف مضى في كتاب الدعوى ) في باب اليمين ، بيانه أنه إذا ادعى قصاص على غيره فجحد استحلف لقوله ﷺ واليمين على من أنكـــره فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمـــه القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لأبي يوسف ومحمد « رح » فعندهما يجب الإرش ، وقد مر هناك مفصلاً .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإن لم تكل أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين ، لما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية ) روى ابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ روى معنى ماذكره المصنف رحمه الله فقال حدثنا وكيع حدثنا

وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ، ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ، ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ، ثم فيه استعظام أمر الدم ، فإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال . قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون

---

سفيان عن عبد الله بن زيد الهذلي عن أبي مليح عن عمر بن الخطاب « رض » رد عليهم حتى وفوا . وروى الكرخي في مختصره بإسناده إلى ابن الأعرج ، قال حدثنا الحارث بن الأزمع أنه كان فيمن حلف فأقسموا بالله ما قلناه ولا علمنا له قاتلا ، وكانوا تسعة وأربعين رجلا ، فأخذ عمر « رض » منهم رجلا حتى أتموا خمسين ، فقالوا أيماننا وأموالنا . قال عمر « رض » فبم يبطل دم هذا . قول المصنف حتى تتم خمسين ، أي حتى تتم القسامة خمسين رجلا . قوله وافى إليه ، هكذا ذكر المصنف رحمه الله وأهل اللغة ، يقولون وافاه بدون الصلة ، أي أتاه .

( وعن شريح والنخعي مثل ذلك ) أما حديث شريح القاضي فرواه ابن أبي شيبة حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن ابن سيرين بلغ عن شريح ، قال جاءت قسامة فلم يوفوا خمسين فردت عليهم القسامة حتى أوفوا . وأما حديث ابراهيم النخعي فرواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن مغيرة عن ابراهيم النخعي ، قال إذا لم تبلغ القسامة كرروا حتى يحلفوا خمسين يميناً .

( ولأن الخمسين واجب بالسنة فتجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيها الوقوف على الفائدة ) يعني لا يقال ما الفائدة في تعيين الخمسين ولا يطلب في الخمسين والوقوف على الفائدة ( لثبوتها بالسنة ) أي لثبوت الخمسين بالأحاديث والآثار ( ثم فيه ) أي في الخمسين ( استعظام أمر الدم ) ولهذا يكرر اليمين في اللعان وأمر الدم أقوى .

( فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم ) أي على أحد الخمسين لظنه فيه بالأمر الذي حصل ( فليس له ذلك ، لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال ) فإذا

لأنهما ليسا من أهل القول والصحيح واليمين قول صحيح . قـــال ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها . قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لانه ليس بقتيل إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهـــذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسامة فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به

---

كان كاملا فلا ضرورة إلى الزيادة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا قسامة على صبي ولا مجنون ، لأنهما ليسا من أهـل القول الصحيح ، واليمين قول صحيح . قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا امرأة ولا عبد ) أي ولا قسامة على امرأة ولا على عبد ( لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها ) أي على أهل النصرة ، ولأن هؤلاء أتباع وليسوا بأصول ، وقد قال أحمد وربيعة والثوري والأوزاعي ، وقال مالك النساء يدخلن في القسامة الخطأ دون العمد . وقال ابن الهاشم لا يقسم إلا اثنان فصاعداً ، لما أنه لا يقبل إلا شاهدين . وقال الشافعي رحمه الله يقسم كل وارث بالغ ، لأنها يمين في دعوى فيشرع في حق النساء .

( قال وإن وجد ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا دية ، لانه ليس بقتيل ، إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي ، وهذا ميت حتف أنفه ) وبه قال أحمد في رواية وحماد والثوري . وقالت الأئمة الثلاثة الأثر ليس بشرطه بعـد ثبوت اللوث ( والغرامة تتبع فعل العبد ) يعني وجوب الغرامة ، أي الدية إنمـا يكون بفعل العبد ، ولا شـــيء هنا يدل على فعله ( والقسامة تتبع احتمال القتل ) وهذا تحمل الموت حتف أنفه ، بل الظاهر هذا عند عدم الأثر .

( ثم يجب عليه القسم ) أي يجب على العبد اليمين ( فلا بـــد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا ، وذلك ) أي الأثر الذي يدل على كونه قتيلا ( بأن يكون به

على كونه قتيلاً وذلك بأن يكون بــه جراحة أو أثر ضرب أو خنق . وكذا إذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه ، لأنه لا يخرج منهما إلا بفعل من جهة الحي عادة . بخلاف ما إذا خرج من فيــه أو دبره أو ذكره ، لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد . ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعــه الرأس في محلة ، فعلى أهلها القسامة والدية وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف

---

جراحة أو أثر ضرب أو خنق ، وكذا إذا كان خرج الدم من عينــه أو أذنه ) قال الأترازي « رح » صاحب الهداية لم يذكر فيها الأنف ، والغالب أنه سهو القلم ، لأنه ذكر في البداية كما ذكره القدوري « رح » في مختصره . قلت لا سهو هناك ، لان الدم يخرج من الأنف غالبــاً من الرعاف ، فلا تصلح دليــلاً مع أن الأترازى « رح » ، قال في شرحه وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل ، كما إذا خــرج من فمه أو أنفه ، لانه قد يكون ذلك من رعاف فلا يصلح أن يكون دليلا على وجــود ضرب في المحل ( لأنه ) أى لان الدم ( لا يخرج منهما ) أى من العين والأذن ( إلا بفعل من جهة الحي عادة ) .

( بخلاف ما إذا خرج من فيه ) أي فمه ( أو دبره أو ذكره ، لأن الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد ، وقد ذكرناه في الشهيد ) يعني في حال الصلاة في باب الشهيد والدم الذى يخرج من الدبر لا يكون دليــلا على القتل ، فإنه قد يكون لعلة في الباطن ، وقد يكون أكل شيء غير موافق وكذلك إذا خرج الدم من الاحليل لا يكون دليلاً على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف في الكلي ، أو لضعف الكبد وقد يقع من شدة الحرق أيضاً .

( ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ) أى أو وجد نصف البدن ( ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية ، وإن وجــد نصفه مشقوقاً

ومعه الرأس أو وجـــد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم ، لأن هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن إلا أن للأكثر حكم الكل تعظيماً للآدمي . بخلاف الأقل ، لأنه ليس ببدن ولا يلحق به فلا تجري فيـــه القسامة . ولأنا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان .

---

بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه ، فلا شيء عليهم ) هذا كله من مسائل الاصول ، ذكرها تفريعاً على مسألة القدورى « رح » ( لأن هذا حكم ) أي لان وجوب القسامة على أهـــل المحلةووجوب الدية على عواقلهم ( عرفناه بالنص ) بخلاف القياس ( وقد ورد به ) أي ورد الحكم ( في البدن ، إلا أن للأكثر حكم الكل ) هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان النص ورد في البدن كان ينبغي أن يقتصر الحكم على البدن فقط . فأجاب بأن لأكثر البدن حكم كله ، لان الاكثر في كثير من المواضع يقوم مقام الكل ، ولا سيا ها هنا ( تعظيما للآدمي ) في أمر دمه وما سواه على أصل القياس في عدم وجوب القسامة والدية .

( بخلاف الاقل ، لانه ليس ببدن ولا يلحق به ، فلا تجري فيه القسامة . ولأنا لو اعتبرناه ) أي الاقل ( تتكرر القسامتان والديتان ) أى على تقدير أن يوجد الباقي في محلة أخرى ( بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان ) أى القسامة والدية ، لانه إذا وجب بالأقل وجب بالاكثر إذا وجد ، وكذلك لو وجد بالنصف الآخر فيتكرر القسامتان والديتان مقابلة نفس واحدة ، وذلك لا يجوز .

فإن قيل ينبغي أن تجب القسامة إذا وجد الرأس ، لانه يعبر به عن جميع البدن . أجيب بأن ذلك بطريق المجـــاز ، والمعتبر هوالحقيقة، ولانه لو وجبت بالبدن بطريق الأولى ، فلزم التكرار . وقال الأكمل وقيل كان ينبغي أن يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لأن غرضه ثبوت القسامة تكرر أو ثبوت الدين تكرر أو عبارة التثنية يستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتـــين ، انتهى . قلت القائل بهـــذا الأترازي في شرحه . وقيل الأكمل كلامـــه ثم قال ويجوز أن يكون مراده القسامتان

والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه، وإن كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة يجب، والمعنى ما أشرنا إليه، وصلاة الجنازة في هـــذا تنسحب على هذا الأصل، لأنها لا تتكرر. ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة، لأنه لا يفوق الكبير حالاً.

---

والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفساً

(والأصل فيه) أي في وجوب القسامة والدية. وقال تاج الشريعة أي الأصل في جريان القسامة (أن الموجود الأول إن كان بحال لو وجد الباقي يجري فيه القسامة لا تجب فيه الموجود، وإن كان بحال لو وجد الباقي) من البدن (لا تجري فيه القسامة) والدية لا يجريان في الموجود أولاً، وإن كان الموجود أولاً بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الباقي يجريان في الموجود أولاً (تجب، والمعنى ما أشرنا إليه) أي المعنى في وجوبها وعدم وجوبها تكرر القسامة، والدية وعدم تكررهما (وصلاة الجنازة في هذا) أي في وجود بعض الميت (تنسحب على هذا الأصل) يعني إذا وجد الاكثر لا يصلى عليـــه، وهذا أشار إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه وإلا فلا، وإنما تنسحب على الأصل المذكور (لأنها) أي لأن صلاة الجنازة (لا تتكرر) كما أن القسامة لا تتكرر.

وفي الفتـــاوى إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس وحده لا يصلي عليه، ولو وجد يصلى عليه، ولو وجد النصف مشقوقاً بنصفين مع كل نصف نصف من الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه. ولو وجد الكل إلا الرأس يصلى عليه، فكذا في القسامة اذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب القسامة، وإذا وجد البدن كله إلا الرأس يجب إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى.

(ولو وجد فيهم) أي في أهل المحلة (جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة، لأنه) أي لأن كل واحد من الجنين والسقط (لا يفوق الكبير حـــالاً)

وإن كان بــه أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ، لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيـاً . وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ، لأنه ينفصل ميتاً لا حياً . قــال وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ، لأنه في يده ، فصار كما إذا كان في داره . وكذا إذا كان قائدها أو راكبها ، فإن اجتمعوا

---

بتخفيف اللام ، أي من حيث الحال ، يعني إذا وجد الكبير ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا .

( وإن كان به ) أي الجنين ( أثر الضرب وهو تــام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم ) أي أهل المحلة ( لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً ) فإن قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقــاق ، ولهذا قلنا في عين الصبي ، وذكره ولسانه إذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا . وأجيب بأن الجنين نفس من وجه عضو من وجه فاعتبر جهة النفس ، إذا انفصل حياً ، فيستدل عليه بتمام الخلق ، فكان الظاهر هنا بمنزلة القتل الموجود في المحلة وله أثر الجراحة وإن كان يحتمل أنه مــات حتف أنفه لا بسبب الجراحة ، أما الأعضــاء يسلك مسلك الأموال ولا تعظيم للأموال كتعظيم النفس ، فكان فيها شبه المالية فلم يوجب الدية التي لها خطر إلا عند اليقين ( وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم ، لأنه ينفصل ميتاً لا حياً ) وفي الميت لا يجب شيء .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة ، لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره ) ولا فرق بين أن تكون الدابة ملكاً للسابق والقائد أو الراكب ، لأ القتيل في يده ، فكان أخص به من أهل المحلة . ومن المشــايخ من قال هذا إذا لم يكن للدابة مــالك معروف ، والأصح إطلاق الجواب .

( وكذا إذا كان قائدهــا أو راكبها ) تكون الدية عليه مطلقاً ( فإن اجتمعوا

فعليهم ، لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم . قال وإن مرت به دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما ، لما روي أن النبي عليه السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين ، فأمر أن يذرع . وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة .

---

فعليهم ) أي فإن اجتمع السابق والراكب والقائد فالدية عليهم ( لأن القتيل في أيديهم ، فصار كما إذا وجد في دارهم ) .

( قال ) أي قال محمد في الجامع ( وإذا مرت دابة بين قريتين ) فأمر أن يذرع ، هذا الحديث رواه أبو داود الطيالسي وإسحاق بن راهوية والبزار في مسانيدهم والبيهقي رحمه الله في سننه عن أبي إسرائيل الملائي واسمه اسماعيل عن أبي إسحاق عن عطية عن أبي سعيد الخدري رضي الله تعالى عنه أن قتيلا وجد بين حيين فأمر النبي ﷺ أن يقاس إلى أيها أقرب ( وعليها قتيل فهو على أقربها ، لما روي أن النبي ﷺ أتى بقتيل وجد بين قريتين ) وجد أقرب الى أحد الحيين بشبر ، قال الخدري كأني أنظر إلى شبر رسول الله ﷺ فالقى ديته عليهم .

فإن قلت هذا رواه إبن عدي والعقيلي في كفايتها بلفظ فألقى ديته على أقربها وأعلاه بني إسرائيل ، وضعفه إبن عدي عن قوم . وقال البزار ليس بقوي في الحديث ، وقال النسائي ليس ثقة ، وكان بسبب عثمان ، قلت وثقه إبن معين ، ووثقه أيضاً إبن عدي من قوم آخرين ( فأمر أن يذرع ) .

( وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب إليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل إلى وادعة أقرب ، فقضى عليهم بالقسامة ) هذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا إسرائيل عن أبي إسحاق عن الحارث ابن الأزمع قال وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب ، فكتب عامل عمر رضي الله تعالى

قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلـغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا . قـال وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، لأن الدار في يـده والدية على عاقلته ، لأن نصرته منهم وقوتـه منهم . قـال ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ، وهو قول محمد . وقـال أبو يوسف هو عليهم جميعاً ، لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك

---

عنه إليه فكتب إليه عمر أن قس ما بين الحيين ، فإلى أيهما كان أقرب فخذهم به . قال فقاسوا فوجدوه أقرب إلى وادعة ، فأخذنا الحديث . قوله وادعة وأرحب بالحاء المهملة حيان من همدان ( قيل هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ، لأنه إذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث ، فتمكنهم النصرة وقد قصروا ) في النصرة مع إمكـانها ، فصار كأنهم قتلوه تقديراً ، فيلزمهم القسامة والدية .

( قال ) أي القدوري ( وإذا وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ) أي على صـاحب الدار . وقال مالك لا قسامة ولا غرامة في قتيل وجد في دار قوم . وقال الشافعي رحمه الله يكون تمعداً للوث ( لأن الدار في يده والدية على عاقلته ، لأن نصرته منهم وقوته بهم ) أي بالعاقلة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول محمد ) عند أبي حنيفة ليظهر أماله أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف « رح » . وقال قول محمد مضطرب .

( وقال أبو يوسف هو ) أي القسامة ذكر الضمير بالتذكير على تأويل القسم أو الحلف قاله الأترازي ، رأيت في بعض النسخ هي على الأصل فلا يحتـاج إلى التكلف ( عليهم جميعاً ) أي على المذكورين في القسامة على السكان والملاك ، وبه قال الشافعي رحمه الله وأحمد وابن أبي ليلى « رح » ، وكان أبو يوسف يقول أولاً كقولهما ، ثم رجع ( لأن ولاية

تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود ، وإن كانوا سكاناً بخيبر . ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لان سكنى الملاك ألزم ، وإقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم ، فيتحقق التقصير منهم . وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم على وجه الخراج . قال وهي على أهل الخطة دون المشترين،

---

التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ، ألا ترى أنه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ ( جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكاناً بخيبر ) في قصة عبد الله بن سهل لما وجد قتيلاً في خيبر وقد كانوا سكانها ، لأنها كانت للمسلمين ، وكان اليهود عمالهم .

( ولهما ) أي لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان ، لأن سكنى الملاك ألزم ، واقرارهم أدوم ، فكانت ولاية التدبير إليهم، فتحقق التقصير منهم ، وأما أهل خيبر ) هذا جواب عما تمسك أبو يوسف بما ذكره تقريره أن يقال ( فالنبي ﷺ أقرهم على أملاكهم ، فكان يأخذ منهم ) الذي يأخذه ( على وجه الخراج ) وقد روى الطحاوي بإسناده إلى سليمان بن بلال عن يحيي بن سعيد أن خيبر يومئذ كانت صلحاً، فإذا ثبت ذلك كانت خيبر ملكاً لليهود ، فعلم أن القتيل كان قبل الفتح ، ولئن سلمنا أنه كان بعده فنقول أن اليهود كانت لهم أملاك ، ولهذا عوضهم عمر رضي الله تعالى عنه لما أجلاهم ، كذا قاله القدوري في التمريب .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وهي ) أي القسامة والدية ، وفي بعض النسخ وهو قال الكاكي رحمه الله أي المذكور من وجوب القسامة والدية ( على أهل الخطة ) يريد ما خطه الإمام حين فتح البلد ، والخطة المكان المحيط بناء دار أو غيرها من العمارات ، ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الإمام البلد وقسمها بين الغانمين؛ فإنه يخط خطة لتميز أنصباؤهم ( دون المشترين ) يعني ليس

وهذا قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف الكل مشتركون، لان الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً ، والولاية باعتبار الملك وقد استووا ، فيه . ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف . ولانه أصيل ، والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل. وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على شاهد بالكوفة . قال وإن بقي واحد منهم

---

عليهم ( وهذا ) أي المذكور ( قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ، وبهذا الطريق يجعل جانياً مقصراً ، والولاية ) أي ولاية الحفظ ( باعتبار الملك ) وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف أسباب الملك كاستحقاق الشفعة ، فإنه مبني على الملك ولا تفاوت فيه بين أهل الخطة والمشترين ، فكذا هنا ، فإذا كان كذلك ( وقد استووا ) أي أهل الخطة والمشترين ( فيه ) أي في الملك، لأنهم مالكون جميعاً ، ولهذا إذا تحول الملك من أهل الخطة جميعاً ولم يبق واحد منهم كانت القسامة على المشترين .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ) فإن العرف أن أصحاب الخطة يبدلون بحفظ المحلة وتدبيرها دون المشترين ( ولأنه ) أي ولأن صاحب الخطة ( أصيل ، والمشترى دخيل ) لأنه بمنزلة التبع ( وولاية التدبير إلى الأصيل . وقيل أبو حنيفة بنى ذلك ) أي ما ذهب إليه ( على ما شاهد بالكوفة ) أي من عادة أهل الكوفة في زمانه ، وهو أن أصحاب الخطة في كل محلة كانوا هم الذين يقومون بتدبير المحلة . وأبو يوسف بنى على عادة بلده أن التدبير إلى الأشراف من أهل الخطة كانوا أولاً ، كذا في التحفة .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وإن بقي واحد منهم ) أي من أهل الخطة ( فكذلك ) الحكم ، وفسر المصنف يرجع الضمير في قول القدوري رحمه الله واحد

فكذلك ، يعني من أهل الخطة لما بينا . وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهوعلى المشترين ،لان الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم . وإذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً ، وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرر عليه

---

منهم بقوله ( يعني من أهل الخطة ) وقوله ( لما بينا ) إشارة إلى قوله ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة ، وإلى قوله ولأنه أصيل والمشترين دخيل ( وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم ) أى من أهل الخطة ( فهو ) أى المذكور من القسامة والدية ( على المشترين ، لأن الولاية انتقلت إليهم ) أى إلى المشترين ، هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله ومحمد من أن المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من أهل الخطة عندهما فإذا لم يبق أحد منهم بأن باع كلهم انتقلت الولاية إلى المشترين ( أو خلصت لهم ) هذا على مذهب أبي يوسف رحمه الله ، لأن الولاية كانت لأهل الخطة والمشترين جميعاً ، فاذا لم يبق من أهل الخطة أحد حصلت الولاية للمشترين ( لزوال من يتقدمهم ) يتعلق بقوله انتقلت إليهم ( أو يزاحمهم ) يتعلق بقوله حصلت لهم بطريق اللف والنشر .

( وإذا وجد قتيل في دار فالقســـامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضوراً ) وهو جمع حاضر ، لأن عاقلاً إذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كفعول في جمع فـــاعل ( وإن كانوا غيباً ) بضم الغين وتشديد اليـــاء جمع غائب ( فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الأيمان ) وقال الأكمل رحمه الله إذا وجد القتيل في دار فالدية على صاحبها باتفاق الروايات . وفي القسامة روايتان ففي أحدهما يجب على صاحب الدار ، وفي الأخرى على عاقلته ، ولهذا يندفع من التدافع بين قوله قبل هذا وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه ، وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار ، وعلى قومه يحمل ذلك على رواية ، وهذا على رواية أخرى . وحكي عن الكرخي أنه كان يوفق بينهما ، ويقول الرواية التي يوجبها على صاحبها محمولة على ما إذا كان قومه

الأيمان ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة ، لان رب الدار أخص بـــه من غيره فلا يشاركه غـــيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم . ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة . قال وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر مـــا بقي فهو على رؤوس الرجال ، لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة . قال ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيهـــا قتيل فهو على عاقلة

---

غيباً والرواية التي يوجبهـا على قومه محمولة على ما إذا كانوا حضوراً . كذا في الذخيرة ( وهذا ) أى الحكم المذكور ( عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ) .

( وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة ، لأن رب الدار أخص به من غيره ) وقال الاترازى رحمه الله وتذكير الضمير في به على تأويل الموضع ( فلا يشاركه غيره فيها ) أى في القسامة ( كأهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ) .

( ولهمـــا ) أى ولابي حنيفة ومحمد « رح » ( أن الحضور ) أى الحاضرين ( لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار ، فيشاركونه ) أى صاحب الدار ( في القسامة ) .

( قـــال ) أى في الجامع الصغير ( فإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرهـــا لرجل ولآخر ما بقي فهو ) أى العقل ( على رؤوس الرجال ، لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير ، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير ، فيكون على عدد الرؤوس ) أى رؤوس الرجـــال لا على عدد الانصباء ( بمنزلة الشفعه ) يكون على عدد الرؤوس .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن اشترى داراً ولم يقبضها حتى وجد فيها

البائع ، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على قاقلة الذي في يده وهذا عنـــد أبي حنيفة . وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري ، وإن كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له ، لأنــه إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ، ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ، والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيــه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة

---

قتيل فهو ) أي المذكور وهو الدية ( على عاقلة البائع ، وإن كان في البيع خيار لاحدهما ) أي البائع والمشترى ( فهو على عاقلة الذى هي ) أي الدار ( في يده ، وهذا ) أي الحكم المذكور ( عند أبي حنيفة ) .

( وقالا إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى ، وإن كان فيه خيار فهو على عــاقلة الذى تصير له ، لانه ) أي لانه الذى يصير له الدار ( إنما أنزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ، ولا يجب إلا على من لــه ولاية الحفظ والولاية ) أي ولاية الحفظ ( تستفــاد بالملك ، ولهذا ) أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك ( كانت الدية ) في هذا الموضع ( على عــاقلة صاحب الدار دون المودع ) لعدم ملكه ، وكذلك المستعير والمستأجر والغاصب والمرتهن حيث امتنع وجوب الدية على هؤلاء لهذا المعنى ( والملك للمشترى قبل القبض في البيع البات ، وفي المشروط فيه الخيار يعتبر فيه قرار الملك ) إن كان الصادر من ذلك الملك عليه بخلاف ما لو جنى العبد في البات قبل القبض حيث يخير المشترى بين رد البيع وامضائه ، وهنا لا يخير . لان الدار لم تصر مستحقه بوجود القتيل فيها ، بخلاف العبد ، لانه يصير مستحقاً بالجناية والاستحقاق من أفحش العيوب ( كما في صدقة الفطر ) حيث يجب على من يحصل الملك فيه .

( وله ) أي ولابي حنيفة ( أن القدرة على الحفظ ) تكون ( باليد لا بالملك ) غير أن

الفطر . وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك . ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد ، وفي البات اليد للبائع قبل القبض . وكذا فيما فيـــه الخيار لأحدهما قبل القبض ، لأنه دون البات . ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس بـــه تصرفاً . ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب ، فتعتبر يده ، إذ بها يقدر على الحفظ . قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذي في يده ، لأنه لا بد من الملك

---

الملك سبب اليد ، فإذا وجد الملك لاحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد بدون الملك ) كالمودع ( ولا يقتدر بالملك بدون اليد ) في المضمون ، لان الملك باق فيه لا قدرة عليه ( وفي البات ) بتشديد التاء ، أي البيع البات ( اليد للبائع قبل القبض ، وكذا ) أي وكذا الخيار للبائع ( فيما فيه الخيـــار لاحدهما قبل القبض ، لانه دون البـــات ) أي لان فيما فيه الخيار دون البيـــع البات .

( ولو كان المبيع في يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً ) أي من حيث التصرف ( ولو كان الخيـــار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة ) احترز به عن يد المودع فالقسامة على المشترى أيضاً ، لانه باليد يقوى الحفظ والتدبير ( كالمغصوب ) فإنه مضمون بالقيمة ( فتعتبر يده ) أي يد المشترى ، فتكون الدية على عاقلة المشترى الذى في يده الدار ، لان القدرة على الحفظ باليد ( إذ بها يقدر على الحفظ ) أي باليد والتذكير على اعتبار العضو . وفي بعض النسخ إذ بها فلا حاجة إلى التأويل .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها ) أي أن الدار ملك ( للذى في يده ، لانه لا بد من الملك

لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليـــد ، وإن كانت دليلا على الملك لكنها محتملة ، فـلا تكفي لإيجاب الديـة على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بـد من إقامـة البينة . قـــال وإن وجـد قتيل في سفينة فالقسامـة على من فيها من الركاب والملاحين ، لانها في أيديهم ، واللفظ يشتمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان .

---

لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ، واليد وإن كانت دليلاً على الملك ولكنها محتملة ) بأن تكون يده على الطريق العارية أو الإجارة ونحوها . وإن كان كذلك ( فلا تكفي لإيجـــاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به ) أى بالملك ( في الدار المشفوعة ) لما عرف ( فلا بد من إقامة البينة ) على الملك . وقال فخر الإسلام البزدوى في شرحـــه يريد به إذا أنكرت العواقل أن تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا إلى الاستحقاق ها هنا ، فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت فأنكر المشترى الدار التى في يد المدعي ملكاً له فإنه لا يستحق الشفعة بيده عليها حتى يقيم البينة على الملك ، فكذلك ها هنا .

( قـــال ) أى القدورى رحمه الله ( وإن وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيهـــا من الركاب والملاحين ، لانها ) أى لان السفينة ( في أيديهم واللفظ ) أى لفظ القدورى ، وهو قوله على من فيها ( يشتمل بعمومه أربابها حتى تجب على الارباب الذين كانوا فيها وعلى السكان ) وقال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله قال بعض المشايخ إنما يجب على الركاب إذا لم يكن السفينة مالك معروف ، فإذا كان لها مالك معروف فان القسامة تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول يجب في الحالين على الذين كانت السفينة في أيديهم ، ومثل هذا التفصيل مر في الدابة .

وكذا على من يمدها المالك في ذلك وغير المالك سواء ، وكذا العجلة . وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر ، والفرق لهما أن السفينة تنقل وتتحول فيعتبر فيهـــا اليد دون الملك كما في الدابة . بخلاف المحلة والدار ، لأنها لا تنقل . قال وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها ، لأن التدبير فيـــه إليهم . وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه

---

( وكذا على من يمدهـــا ) أى السفينة ( المالك في ذلك وغير المالك سواء ) يعني مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغير مالكها سواء ( وكذلك العجلة ) أى وكذلك الحكم في العجلة إذا وجد فيها قتيل يجب القسامة والدية على من فيها من مالك العجلة وغيرها ( وهذا ) أى كون المالك وغيرهم سواء في القسامة ( على ما روى عن أبي يوسف ظاهر ) لانه يجعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة سواء .

( والفرق لهمـــا ) أى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله ( أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك ، كما فى الدابة ) تعنى كما فى القتيل الموجود على الدابة تعتبر اليد دون الملك ، لانها تنقل وتحول .

( بخلاف المحلة والدار ، لانها لا تنقل ) وفى الذخيرة المعتبر فى هذا الباب التصرف والرأى والتدبير ، وكل ذلك يعرض إلى صاحب الخطة فى الدار ، لان يده غير منقطع عنهـــا ، ولهذا لا يتحقق الغصب فيها ، بخلاف الدابة والسفينة ، فان الرأى والتدبير إلى الكل .

( قـــال ) أى القدورى ( وإن وجد ) أى القتيل ( فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها ، لان التدبير فيه ) أى فى المسجد ( إليهم ) أى إلى أهل المسجد ( وان وجد فى المسجد الجـــامع والشارع الاعظم ) وفى المغرب الشارع هو الطريق الذى يشرع فيه الناس عامة على الإسناد المجازى ، أى من قولهم شرع الطريق إذا تبين ( فلا قسامة فيه ) لان القسامة عرف وجوبها بالنص ، والنص أوجبها فى موضع خاص لا قوام معروفين

والدية على بيت المال . لانه للعامة لا يختص به واحد منهم . وكذا الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين . ولو وجد في السوق إن كان مملوكاً فعند أبي يوسف تجب على السكان ، وعندهما على المالك وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال ، لانه لجماعة المسلمين . ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجن ، لانهم سكان وولاية التدبير إليهم ، والظاهر أن القتل حصل منهم ، وهما يقولان

---

( والدية على بيت المـال ، لانه ) أي لان بيت المال ( للعامة لا يختص به واحد منهم ) فانه روى عن عمر رضى الله تعالى عنه فيمن قتل بزحام الناس بعرفة فجاء أهله إلى عمر فقال بينتكم على من قتل ، قال علي رضى الله تعالى عنه يا أمير المؤمنين لا يبطل دم امرء مسلم إن علمت قاتله وإلا فاعط ديته من بيت المال ، وكذا إذا وجد فى زحام مسجد الجامع يوم الجمعة ، وهو قول أحمد رحمه الله . وقال مالك دمه هدر ومثله عن عمر بن عبد العزيز رضى الله تعالى عنه ، وعند الشافعى الزحام لوث . وفى الذخيرة لو وجد فى مسجد جماعة فى السوق وهو لعامة المسلمين لا لاهل هذه السوق فهو كمسجد الجامع .

( وكذا الجسور للعامة ) يعنى إذا وجد القتيل فيها يكون الدية على بيت المال ولا قسـامة فيه ، كما إذا وجد فى الشارع الاعظم ( ومال بيت المال مال عامة المسلمين ) فالكل مشتركون فيها فلعنة الله تعالى على الذين استولوا عليه وحرموا مستحقيه .

( ولو وجد ) أى القتيل ( فى السوق إن كان ) أي السوق ( مملوكاً فعند أبى يوسف يجب على السكان ) سواء كانوا ملاكاً أولا ( وعندهما ) تجب ( على المالك ، وإن لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التى بنيت ) أي السوق ( فيها فعلى بيت المال ، لانه لجماعة المسلمين . ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال ، وعلى قول أبى يوسف الدية والقسـامة على أهل السجن ، لانهم سكان ، وولاية التدبير إليهم . والظاهر أن القتل حصل منهم ) قالت الائمة الثلاثة إذا كان هناك لوث .

أن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم مـــا يجب لأجل النصرة ، ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين ، فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم . قالوا هذه فريعة المالك والساكن ، وهي مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف . قال وإن وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر ، وتفسير القرب مـــا ذكرنا من استماع الصوت ، لانه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحـــد بالتقصير ، وهذا إذا لم تكن مملوكة لاحد ،

---

( وهما ) أي أبي حنيفة ومحمد ( يقولان إن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم مايجب لاجل النصرة ) أي لاجل ترك النصرة ( ولانه ) أي ولان السجن ( بنى لاستيفاء حقوق المسلمين ، فاذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع عليهم ، قالوا ) أي المشـــايخ ( وهذه ) أي وهذه المسألة ( فريعةالمالك والساكن ) يعنى وأصلها فى اعتبار الساكن دون المالك ، فكأنهما جعلا عامة المسلمين كالملاك وأهل السجن بمنزلة السكان ، كذا فى شرح الإرشاد .

( وهى ) أي هذه القرينة ( مختلف فيها بين أبى حنيفة وأبى يوسف « رح » ) وذكر الكرخى قول محمد مع أبى حنيفة « رح » ، وكذا ذكر القدورى فى كتاب التقريب فقال .قال أبو حنيفة ومحمد « رح » إذا وجد القتيل فى السجن فالدية على بيت المال . وقال أبو يوسف على السجن .

( قال ) أي القدوري ( وإن وجد ) أي القتيل (فيبرية ليس بقربهاعمارة فهو هدر ) وبه قالت الأئمة الثلاثة إذا لم يكن لوث ( وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت ) يعني الاعتبار في القرب أن يكون بحيث يسمع منهالصوت، لأن الصوت إذا سمع منه ، والغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب،فيتعلق بها الحكم، لأنه ينسب حينئذ أهل العـــمارة إلى التقصير ، وإن لم يبلغ الصوت لا بالغوث فلا يجب شيء ، وهو معنى قوله ( لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره ، فلا يوصف أحد بالتقصير ) فلا يجب

أما إذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته . وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما ، وقد بيناه وإن وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر ، لانه ليس في يد أحد ولا في ملكه . وإن كان محتبساً بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم ، لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه. ألا ترى أنهم يستقون منه المـــاء ويوردون بهائمهم فيهـــا . بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة

---

شيء ( وهذا إذا لم يكن ) أي الحكم المذكور ، وإذا لم تكن البرية ( مملوكة لأحد ، فإن كانت مملوكة لأحد فالدية والقسامة ) يجبان ( على عاقلته ) أي على عاقلة المالك .

( وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما ) أي أقرب القريتين ( وقد بيناه ) أشار به إلى ما ذكر عند قوله وان مرت دابة بين قريتين وعليهاقتيل، ولكن هذا محمول على ما إذا كان يبلغ الصوت إليه .

(وإن وجد ) أي القتيل ( في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر ) ذكر الفرات ليس للتحصيل، بل المراد به النهر العظيم يجري فيه الماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة هذا إذا كان منبع الماء في يد الكفار سواء كان يجري في وسطه أو شطه . وأما إذا كان في يد المسلمين فاعتبرنا موضع انبعاث الماء وموضع ظهور القتيل ( لأنه ) أي لأن الفرات ( ليس في يد أحد ولا في ملكه ، وإن كان محتبساً بالشاطىء فهو على أقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم ) أراد به قوله هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت ( لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ) أي من الشط ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنهم يستقون منه المـــاء ويوردون دوابهم فيهـــا . بخـــلاف النهر الذي يستحق به الشفعة ) يعني إذا وجد القتيل في النهر الصغير يجب فيه القسامة والدية على عاقلة أرباب النهر ولا يكون هدراً

لاختصاص أهلها بــه لقيام يدهم عليه ، فتكون القسامة والدية عليهم . قال وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه . وذكرنا فيه القياس والاستحسان . قال وإن ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ، ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر ، لأنه منهم ،

---

لنسبة التقصير إليهم ، لأنه في أيديهم ( لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم ) .

( قال ) أي القدوري ( وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم ، وقد ذكرناه ) أي في مسألة ولو ادعى على البعض ( وذكرنا فيه ) أى في المذكور ( القياس والاستحسان ) سقوط القسامة وهو القياس وهو رواية ابن المبارك عن أبي حنيفة « رح » ، وروى عن محمد « رح » وفي الاستحسان لاتسقط وهو رواية الأصل وقد مر تمام الكلام عند قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحله ، وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم .

( وقال وإذا ادعى على واحد من غيرهم ) أي من غير أهل المحلة بعينه ( سقط ) أى سقط كل واحد من القسامة والدية ( عنهم ) أى عن أهل المحلة ويحلف المدعي عليه يميناً واحدة . وقالت الثلاثة إن كان هناك لوث تكرار اليمين عليه ، وقد بيناه من قبل يريد به قوله هذا الذى ذكرناه إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ( ووجه الفرق قد بيناه من قبل ) أى بين المسألتين ( وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الأمر ) أى ابتداء القسامة ، لأن الشرع أوجب القسامة على أهل المحلة ( لأنه ) أى لأن الواحد الذى عينه ( منهم ) .

بخلاف ما إذا عين من غيرهم ، لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم ، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، لأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي ، فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه . قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة ، لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء ، لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة .

---

( بخلاف ما إذا عين من غيرهم ) أي من غير أهل المحلة ( لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم، وهو أنهم يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً حيث لم يأخذوا على يد الظالم ، ولأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم إلا بدعوى الولي . فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم ) فلا تسمع بعد ذلك دعواه للتناقض ( وسقط ) أي الدعوى ( لفقد شرطه ) أي شرط الدعوى ، لأنه ادعى على غير أهل المحلة ، فقد أبرأهم عن ذلك فلا تسمع بعد ذلك دعواه واعلم أن قوله والفرق إلى قوله قال وإذا التقى قوم بالسيوف لا يوجد في كثير من النسخ ، ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا ) بالجيم أي انكشفوا ( عن قتيل فهو على أهل المحلة ، لأن القتيل بين أظهرهم ) أي بينهم ، لفظ الأظهر مقحم للتأكيد ( والحفظ عليهم ، إلا أن يدعي الأولياء على أولئك ، أو على واحد منهم بعينه ، فلم يكن على أهل المحلة شيء لأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة ) .

قال ولا على أولئك حتى يقيموا البينة ، لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن أهل المحلة ، لأن قوله حجة على نفسه . ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها ، فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة ، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتباراً لليد عند انعدام الملك .

---

( قال ) أي محمد ( ولا على أولئك ) أي أولئك القوم المتقاتلين أي لم تكن القسامة على أهل المحلة ، ولا على المتقاتلين ( حتى يقيموا البينة ، لأن بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه ) أي في أول باب القسامة ، وهو قوله ﷺ لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكره ولا يقال الظاهر أنهم قتلوه ، لأن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق ( أما يسقط به الحق عن أهل المحلة ، لان قوله حجة على نفسه ، ولو وجد قتيل في معسكر ) بفتح الكاف موضع العسكر ، يقال عسكر الرجل أي جعل عسكراً ، وهو معسكر بكسر الكاف والموضع معسكر ، وفي ديوان الادب يقال عسكر يعسكر عسكرة إذا هيأ العسكر ، والعسكر هو الجند ، قاله الاترازى وكان من حق الكلام أن يقال في عسكر ( أقاموا بفلاة من الارض ) أي نزلوا وسكنوا بها ، لان المعسكر بفتح الكاف منزل العسكر ، إلا أن يقال أراد به العسكر المهيأ ( لا ملك لاحد فيها ) .

( فإن وجد في خباء ) وهي الخيمة من الصوف ( أو فسطاط ) وهي الخيمة العظيمة ، وعن ابن الكلبي بيوت العرب ستة قبة من أدم ، ومظلة من شعر ، وخباء من صوف ، ولحادمن وبر ، وخيمة من شجر ، وفيه وافية من هجر ( فعلى من سكنها الدية والقسامة ) أي على عاقلتهم .

( وإن كان ) أي القتيل ( خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية منه ) القسامة والدية ( اعتباراً لليد عند انعدام الملك ) وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في

وإن كان القوم لقوا قتالاً ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية ، لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدراً ، وإن لم يلقوا عدواً

---

شرح الكافي ، وإذا وجد القتيل في العسكر والعسكر في أرض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد في رحالهم ، لانهم إذا نزلوا في فلاة صار كل قبيلة كمحلة على حدة ، فيكون صيانة ذلك الموضع عليهم ، هذا إذا نزلوا قبيلة قبيلة ، أما إذا نزلوا مختلطين تجب على أقرب أهل الاخبية على من في الخباء جميعاً ، لانه يصير كدور متفرقه ليس في موضع قوم مجتمعين ، وإن كان العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الأرض القسامة والدية ، لان صاحب الملك أقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها ساكن ، وإن كان العسكر في فلاة من الارض فوجد قتيل في فسطاط رجل فعليه القسامة تكرر عليه الايمان ، وعلى عاقلته الدية ، لانه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في المحلة ،فإن القسامة تجب على صاحب الدار ، والدية على عاقلته ، لان أمر الصيانة إليه ، فكذا هنا .

( وان كان القوم لقوا قتالاً ) قال الكاكى انتصاب قتالاً على المفعولية أى لقي المسلمون مع المشركين قتالاً ، ويحتمل أن يكون على الحال ، أى مقاتلين ، وقال الاكمل قتالاً يجوز أن يكون حالاً ، أى مقاتلين ، ويجوز أن يكون مفعولاً مطلقاً ، لان لقوا في معنى المقاتلة ، لانهم لقوا له ، أى للقتال ، وقال الاترازي رحمه الله ما ملخصه أنه فيه وجوه أن يكون مفعولاً به ، وأن يكون حالاً والمفعول به محذوف وأن يقع قتالاً يعنى مقاتلين مفعولاً به أيضاً صفة لمحذوف،فإنه مقامه،أي لقوا عدواً مقاتلين مفعولاً به أيضاً تقاتلوا مقاتلة ، وأن يكون تميزاً ، أي لقوا العدو من حيث المقاتلة ، لأن في لقائهم أنهاما يجوز أن يكون ذلك بسبيل الصلح أو بسبيل العداوة والمقاتلة ، وأن يقع مفعولاً له ، انتهى . قلت الأقرب من هذه الوجوه أن يكون مفعولاً به أو حالاً ، والتميز بعيد فليتأمل .

( ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولادية ، لأن الظاهر أن العدو قتله ، فكان هدراً ) لا شيء فيه ( وإن لم يلقوا عدواً فعلى ما بيناه ) أشار به إلى قوله أن القتيل إذا

فعلى ما بيناه . وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرناه .

قال وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله مـــا قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان ، لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل ، فيحلف على ما ذكرنا ، لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين ، فبقي حكم من سواه ، فيحلف عليه .

قال وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل

---

وجد في العسكر بفلاة ، فإن وجد في الخباء فهو على ساكنه ، وإن وجد خارج الخباء فعلى أقرب الأخبية .

( وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان ، فيجب على المالك عند أبي حنيفة ، خلافاً لأبي يوسف ، وقد ذكرناه ) أشار به إلى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أبي حنيفة « رح » ،وهو قول محمد « رح » . وقال أبو يوسف« رح » أجمعوا عليهم جميعاً .

( قال ) أي القدوري ( وإذا قال المستحلف ) بفتح اللام ( قتله فلان استحلف بلله ما قتلت ولا عرفت له قاتلاً غير فلان ، لأنه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرناه ) على أنه ما قتله ولا أعرف له قاتلاً غير فلان ( لأنه لما أقر بالقتل على واحد صـــار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه ) حاصله أن لا لا يسقط عنه اليمين بقوله قتله فلان ، لأن هذا لا يبقى أن يكون المقر شريك معـــه في القتل ، أو يكون غير شريك معـــه ، فإن كان كذلك يحلف على أنه ما قتله ولا أعرف قاتلاً غيره .

( قال ) أي القدوري ( وإذا شهد اثنان من أهل المحلة ) يعني إذا ادعى الولي ( على رجل من غيرهم ) أي من غير أهل المحلة وشهد اثنـــان من أهل المحلة ( انه قتل لم تقبل

لم تقبل شهادتها ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة ، وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم . وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد . قال رضي الله عنه وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس .

---

شهادتها ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يكونوا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم ، فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة ) أي كشهادة الوكيل ( إذا عزل قبل الخصومة ) عن الوكالة فشهد موكله ، فإن شهادته تقبل وهو قياس الأئمة الثلاثة .

( وله ) أي ولأبي حنيفة ( أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم ) فإذا كان كذلك ( فلا تقبل شهـــادتهم ، وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية ) بأن بلغ الغلام أو عزله القاضي ( بعد ما قبلها ) أي كالوصية ( ثم شهد ) فلا تقبل شهادته .

( قال وعلى الأصلين هذين ) المجمع عليهما أحدهما أن من انتصب خصماً في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة أبداً بالإجماع ، والثاني أن من له العرضية أن يصير خصماً ثم بطلت العرضية فشهد فتقبل بالإجماع ( يتخرج كثير من المســائل من هذا الجنس ) منها الشفيعان إذا شهدا بالشراء على المشتري وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما ، هذا على الأصل الثاني . ومنها أن الوارثان شهدا بالدين على الميت ولد وارث آخر لم يطلب الميراث قبلت الشهادة ، لأن الوارث مع الدين لا يصير خصماً والدين مقدم ، ولكن بعرضية أن يصير خصماً ، ومن المسائل التي على الأصل الأول مسألة الوكيل ، وقد مرت .

قـــال ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة ، لان الخصومة قائمة مـــع الكل على مـا بينـــاه، والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً . وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفـون بالله مـا قتلنـاه ولا يزدادون على ذلك ، لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل . قـــال ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة ، وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية ، لان الذي حصل في القبيلة أو المحلة

---

( ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلهـــا عليه لم تقبل الشهادة ، لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه ) إشارة إلى ما ذكر في مسألة ، وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق ( والشاهد يقطعها ) أي يقطع الخصومة ( عن نفسه فكان متهما ) فلا تقبل شهادته .

( وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزدادون ) ولفظ زاد يجيء لازماً ومتعدياً ، يقال زاد الشيء يزيد ، أي إزدادوا ، فعلى هذا قوله ولا يزدادون غير مستقيم وينبغي أن يقول ولا يزيدون ( على ذلك ) أي على قولهم ما قتلنـــاه ( لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل ) وعن محمد يحلفون ولا عينا له قاتل غير الذي شهدنا عليه .

( ومن جرح في قبيلة ) ولم يعلم الجارح ، لأنه لو علم سقطت القسامة ، بل فيه القصاص على الجارح إن كان عمداً ، والدية على العاقلة إذا كان خطأ ( فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة ، فان كان صاحب فراش حتى مات )يعني إذاصار صاحب فراش حين جرح في تلك القبيلة ثم نقل إلى أهله فمات قيد به ، لأنه لو كان صحيحاً يجيء ويذهب حين جرح ثم مات في أهله فلا شيء فيه كذا في المبسوط ( فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ) .

( وقال أبو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة ، لأن الذي حصل في القبيلة أو المحلة ما

ما دون النفس ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش. وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص فإن كان صاحب فراش أضيف إليه، وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجراح فلا يلزم بالشك، ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف، وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن، لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها، وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة.

---

دون النفس ولا قسامة فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحب فراش) وبه قال ابن أبي ليلى.

(وله) أي ولأبي حنيفة (أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص، فإن كان صاحب فراش) ومات بعده (أضيف إليه، وإن لم يكن) صاحب فراش (احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك) وعلى هذا الخلاف مسألة الجريح إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين، فإن كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على الذي حمله عند أبي حنيفة «رح»، وعندهما لم يضمن.

(ولو أن رجلاً معه جرح به رمق) أي الرمق بقية الروح (حمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف) وهو قياس ابن أبي ليلى (وفي قياس قول أبي حنيفة «رح» يضمن، لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده فيها) أي في المحلة (وقد ذكرنا وجهي القولين) أي قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف «رح» (فيما قبله من مسألة القبيلة) وهو الذي ذكر هذا بقوله

ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه ، لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً . وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم .

---

ومن جرح في قبيلة ( ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ) وهذا قياس قول أحمد والأوزاعي ، فإن عندهما لو قتل نفس خطأ يجب ديته على عاقلته خلافاً لباقي العلماء .

( وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه ) يعني يهدر دمه ، وبه قال الشافعي ومالك ( لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدراً ) يعني لا شيء فيه .

( وله ) أى ولأبي حنيفة ( أن القسامة إنما تجب بناء على ظهور القتل ، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك ) أى قبل ظهور القتل ( وحال ظهور القتل الدار الورثة فتجب على عاقلتهم ) أى عاقلة الورثة . قال الأكمل قال المصنف فديته على عاقلته . قال المصنف قال في دليله وحال ظهور القتل الدية للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر مخالفة بين الدليل والمدلول ، ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت إما أن يكون عاقلة الورثة أو غيرهم ، فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة ولا تنافي بينهما . وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ، ولما كان كل منهما ممكناً ، أشار إلى الأول في حكم المسألة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني تعذر في قوله فالدية على عاقلته يضاف أى على عاقلة ورثته .

وقال الاترازى فإن قلت كيف يستقيم أن ينعقل عاقلة الورثة للورثة ، وليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم . قلت العاقلة أعم من غير أن يكون ورثة أو غير

بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه .

---

ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم ، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا ، وعند الشافعي أقرباؤه .

( بخلاف المكاتب ) لما استشعر المصنف ورد مسألة المكاتب ( إذا وجد قتيلاً في دار نفسه ) كالنقض على ما ذكر ، أشار إلى الجواب بقوله بخلاف المكاتب حيث يهدر دمه إذا وجد قتيلا في دار نفسه ( لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه ، فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه ) لان الكتابة لا تنفسخ إذا مات وله مال ، بل يقضي ما عليه منه ، فاذا كانت الدار له حين ظهور قتله جعل قاتلا نفسه تقديراً لقيام ملكه والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه إلى ورثته فلم يجعل قاتلا نفسه تقديراً لزوال ملكه .

وقال الكرخي في مختصره إذا وجد في دار المكاتب قتيل فهو عليه يسعى في الاقل من قيمته ومن الدية . وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب قتيلا كان عليه الاقل من ديته والقيمة . ولو وجد المكاتب قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ثلاث سنين ولا تحمله العاقلة . وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو يوسف إذا وجد المكاتب قتيلا في دار سيده فعلى السيد القيمة في ماله ، وإن لم يترك وفاء ولا دين عليه فهو هدر ، وإن كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الاقل من القيمة والدين لغرمائه .

وقال زفر دمه هدر ترك وفاء أو لم يترك . وقال الكرخي في مختصره وإذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين عليه أو غير مأذون له وجد في داره قتيل فعلى عاقلة مولاه قتيلا ، فإن كان عليه دين فان على الولي قيمته لغرمائه في ماله حالا ، وكذلك لو قتله عمداً فعليه قيمته حالاً . وكذلك لو كان العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالاً ، وكذلك لو قتله المولى خطـأ وهو لا يعلم بالجناية ، فإن كان يعلم فعليه الدية .

وقال محمد إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلا في داره فان عاقلته تعقل دية أبيه ودية أخيه ، وإن كان هو وارثه ، لأن الدية لم تجب له ، وإنما وجب كغيره . وقال بشر

ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً . قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية . وقال محمد لا يضمنه ، لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر ، فلا يضمنه بالشك ، ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطاً كما إذا وجد قتيل في محلة . ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً ، لان القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة ، والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي . ولهما أن القسامة لنفي التهمة ، وتهمة القتل من

---

عن أبي يوسف في العبد الرهن يوجد في دار الراهن أو المرتهن قتيلا فالدية على رب الدار دون العاقلة . قال الاسبيجابي فى شرح الكافي وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر أو ام الولد قتيلا في محلة وجبت القسامة والقيمة في ثلاث سنين .

( ولو أن رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحاً . قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية . وقال محمد لا يضمنه ، لانه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك . ولأبي يوسف أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه ، فكان التوهم ساقطاً ) يعني وقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه ( كما إذا وجد قتيل في محلة ) حيث يكون توهم قتل نفسه ساقطاً ، فكذا هذا .

( ولو وجد قتيل فى قرية لإمرأة فعند أبي حنيفة ومحمد « رح » القسامة عليها تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب . وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضاً ، لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها ، فأشبهت الصبي ) حيث لا يكون من أهل الصيانة ، وإنما القسامة مخاطب بها على أهل الصيانة فالمرأة والصبي سواء .

(ولهما) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» ( أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل فى المرأة

المرأة متحققة . قال المتأخرون أن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة ، لانا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة . ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها ، قال هو على صاحب الارض ، لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

---

متحققة ) لأن فى حق العاقلة ، لأنهم لم يكونوا في القرية فيلزمها القسامة .

( قال المتأخرون ) أى من المشايخ لأصحابنا ( أن المرأة تدخل مع العاقلة فى التحمل فى هذه المسألة ) قيد بقوله فى هذه المسألة لأنها لا تدخل فى غير هذه المسأله على ما يجىء فى العاقلة ( لأنا أنزلناها قاتلة ، والقاتل يشارك العاقلة ) إنما أنزلوها قاتلة تقديراً حيث دخلت فى القسامة ، فكما دخلت فى العقد أيضاً ، بخلاف غيرها من الصور ، فإنها لا تدخل فيه فى القسامة ، بل يجب على الرجال فلا تدخل فى العقل أيضا .

( ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلها ) أى من أهل القرية ( قال هو على صاحب الارض ) أى وجوب القسامة والدية على صاحب الارض ( لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية ) لان الحفظ والتدبير في الارض إلى صاحب الارض لا إلى أهل القرية . وقال شيخ الإسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي القرية إذا كانت لرجل من أهل الذمة فانه يكرر عليه الايمان ، لانه من أهل القسامة ، والقرية فى صيانة ، فيكون موجب التقصير عليه ، وعليه الدية ، لانه لا عاقلة له ، حتى لو كانت له عاقلة يجب عليهم . ولو كان الذمي نازلا في قبيلة من القبائل فوجد فيها قتيل لم يدخل الذمي في القسامة ولا في الغرم ، لانه تابع لأهل القرية ، وكذلك السكان والنوازل فيها من غيرهم ، لانهم أتباع .

وقال شيخ الإسلام أيضاً ولو وجد القتيل في قرية اليتامى وهم صغار ليس في تلك القرية من عشيرتهم أحد ، فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى ، لانهم ليسوا من أهل الصيانة فيلزم ذلك على عاقلتهم ، وعاقلتهم أقرب القبائل إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم ، وإن كان فيهم مدرك فعلى القسامة وتكرار اليمين ، لانه من أهل ذلك ، وعلى أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين إذا لم يكن في تلك البلد عشيرتهم ، والله أعلم .

# كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية ، وتسمى الدية عقلا ، لانهـــا تعقل الدماء من أن تسفك ، أي تمسك .

---

## ( كتاب المعاقل )

أي هذا كتاب في بيان أحكام المعاقل .

( المعاقل جمع معقلة ) بفتح الميم وضم القاف كالمكارم جمع مكرمة بضم الراء ( وهي الدية ) أي المعقلة هي الدية في الإصطلاح . وأما في اللغة فمعنى العقل المنـــع ( وتسمى الدية عقلا ، لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمســك ) وقيـــل إنما سميت الدية عقلا ومعقلة باعتبار أن أهل الديات كانت تعقل بفناء دار المقتول ، ثم عم هذا الإسم فسميت الدية معقلة . وإن كانت دراهم أو دنانير أو البقر أو الغنم أو الجبل وغيرها على الخلاف الذي يأتي . ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها العقل من الجبل ، حيث يمتنـع منـــه . ويقـــال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا إذا أمسكه ، وعقل الوعد في الجبل إذا علا فيه وامتنـع يعقل عقولاً ، وسميت آلة الإدراك عقلا لهذا المعنى أيضـاً ، لانه يمنع من السفه والهوى والمعنى الجامع اللغوي المنع .

وفي مبسوط شيخ الإسلام طعن بعض الملحدين من مبطلي الرسل على هذا . وقال لا جناية من العاقلة وجوب الدية باعتبارها ، فيكون في مال القاتل . وحكي ذلك عن أبي بكر الاصم والخوارج أنهم قالوا تجب الدية في مال القاتل ،يؤيد ذلك قوله تعالى ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾ ألا ترى أن من أتلف دابة قيمتها تجحف مال المتلف كثرة لا يجب الضمان . قلنا إيجاب الدية على العاقلة مشهورة ثبتت بالأحاديث المشهورة، وعليه عمـــل

قال والدية في شبه العمد والخطأ ، وكل ديــة تجب بنفس القتل على العاقلـة ، والعاقلة الذين يعقلون ، يعني يؤدون العقـل وهو الدية ، وقـد ذكرناه في الديات . والاصـــل في وجوبها على العاقلة قوله عليـه السلام في حديث حمـل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه . ولان النفس محترمة لا وجه إلا الإهدار ،

---

الصحابة رضي الله تعالى عنهم والتابعين من بعدهم فيزاد على كتاب الله تعالى ، فـدل على أنه لا يحمل وازرة وزر أخرى ، وإنما ذكر هذا الكتاب في آخــر كتاب الجنايات والابواب والفصول ، لانه لم يبق شيء من أحكام هذه الكتب إلا بيان أحكام المعاقل فيها على الترتيب .

( قال ) أي القدوري ( والدية في شبه العمد والخطأ ) أي وجوب الديـة في شبه العمد والقتل والخطأ ( وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة ) كل دية مرفوع ، لأنـــه مبتدأ ، وخبره قوله على العاقلة ، وإنمـا قال بنفس القتل ، أي ابتداء واحترز على ما وجبت الدية في ثاني الحال لا ابتداء ، كما إذا قتل الأب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ، ولكنه يسقط ذلك إلى الدية بشبهة الأبوة فتجب الدية في مال الأب لا على العاقلة . وكذا إذا وجبت الدية صلحاً من العمد يجب ذلك في مال القاتل حالة إلا إذا اشترط التأجيل ، بخلاف ما يجب على الأب فإنه يجب في ثلاث سنين .

( والعاقلة الذين يعقلون ، أي يؤدون العقل وهو الدية ، وقد ذكرناه في الديات ) أي ذكرنا الدية على تأويل العقـــل في حديث أحمد بن مالك وقـد مرت قصته في فصل الجنين .

( والأصل في وجوبها ) أي في وجوب الدية ( على العاقلة قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( في حديث حمل بن مالك للأولياء قوموا فدوه ) وحمل بالحاء المحملة والميم المفتوحتين ابن مالك بن النابغة الهذلي . قوله فدوه بضم الدال وسكون الواو ، أي أدوا ديته من يدي وقد مر الكلام فيه مستقصى فيما مضى .

والخاطىء معذور ، وكذا الذي تولى شبه العمد نظراً إلى الآلة فلا وجـــه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف ، وإنما خصوا بالضم ، لأنه إنما قصر لقوة فيه ؛ وتلك بأنصاره وهم العاقلة ، فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بـــه . قال والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في

---

( ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار ) أي إلى الإسقاط لأنه ليس في الإسلام دم مهدر ( والخاطىء معذور ) لأنه لم يقصد القتل ( وكذا الذي تولى شبه العمد ) وهو الذي ضربه بالسوط الصغير حتى قتله ( نظراً إلى الآلة ) لأن آلته ليست بموضوعة للقتل ، فكان في معنى الخطأ ( فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه ، وفي إيجـــاب مال عظيم إجحافه ) أي إجحاف الخاطىء ، يقال أجحف بالشيء إذا ذهب به ( واستئصاله ) قال الأكمل فيه الإجحاف بقوله واستئصاله . قلت ليس كذلك ، لأن الاجحاف الذهاب بالشيء كما ذكرنا ، ومنه سيل جحاف إذا ذهب بكل شيء ، والإستئصال قلع الشيء ومادته همزة وصاد ولام وأصل واستئصال بكسر التاء وسكون الهمزة فقلبت الهمزة ياء للتخفيف ( فيصير عقوبة ) إذا وجب هذا المال العظيم كله على القاتل يكون عقوبة فلا يستحق هذه العقوبة ( فضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف ، وإنما خصوا ) أي العاقلة ( بالضم ) دون غيرهم ( لأنه إنما قصر لقوة فيه ) أي لأن القاتل إنما قصر حالة الرمي في التثبت والتوثق بقوته ( وتلك ) أي تلك القوة حاصلة ( بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ) أي بالضم .

( قال ) أي القدوري ( والعاقلة أهل الديوان ) الديوان الجريدة من دون الكتب إذا جمعها ، لأنه قطع من القراطيس مجموعة ( إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين ) العطايا جمع أعطية ، والأعطية جمــع عطاء ، والعطاء إسم ما ما يعطى . وقيل العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال سنة مرة أو مرتين ، والرزق

ثلاث سنين ، وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان ، وهذا عندنا . وقال الشافعي الديـــة على أهل العشيرة ، لأنه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ

---

ما يخرج له كل شهر . وعن الحلواني كل ستة أشهر . وقيل كل يوم ( وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان ) .

وقال الاسبيجابي في شرح الكافي وعاقلة الرجل أهل نصرته ، وكان عاقلة الرجل في ابتداء الإسلام أهل عشيرته وأهل نسبه فلما دون عمر الدواوين فوض ذلك على أهـــل الديوان وهم أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم وأرزاقهم في الديوان فمن كان من أهل الديوان فعقله عليهم إذا جنى . ومن لم يكن من أهل ذلك إن كان من أهل البادية فعقله على أقرب القبائل إليه نسباً وإن كان من أهل المصر إن كان لـــه أقرباء وعشيرة يقضى عليهم ، وإن لم يكن اختلف المشايخ فيه فبعضهم قالوا يجب في ماله ، وبعضهم قالوا يجب على أهل حرفتـــه . وبعضهم قالوا يجب على جيرانـــه ، وبعضهم قالوا على أهل الدية لأنـــه من ظهر نسبهم ( وهذا ) أي وهذا الحكم الذي ذكرنا ( عندنا ) .

( وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة ) وهم العصبات ، وبـــه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم ، وكل من عدا العصبة ليس من العاقلة . واختلف في الآباء والبنين ، فقال الشافعي وأحمد في رواية ليس آباءه وأبناءه وإن علوا أو سفلوا من العاقلة . وقال مالك وأحمد في رواية يدخل في العاقلة أب القاتل وابنه وهو قولنا عند عـــدم أهل الديوان . وعن بعض مشايخنا لا يدخلون كما يجيء إن شاء الله تعالى .

( لأنه كان كذلك على عهد رسول الله ﷺ ) لما روى أبو هريرة أن امرأتين من هذيل اقتتلتا فرمت إحداهمـــا بحجر فقتلت الأخرى فاختصموا إلى النبي ﷺ فقضى بديتها على عاقلتها ، وميراثها لابنها ، رواه أبو داود والنسائي . وإذا ثبت هـــذا في الأولاد ألحق الوالد به ، لأنه في معناه ( ولا نسخ بعده ) أي بعد النبي ﷺ لأنه لا يكون إلا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده .

بعده . ولأنه صلة والأولى بها الأقارب . ولنـــا قضية عمر رضي الله عنه ، فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ ، بل هو تقرير معنى ، لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعـــدد، وفي

---

( ولأنه صلة ) أي ولأن الدية صلة على تأويل العقل ( والأولى بهـــا ) أي بالصلة ( الأقارب ) والصلة عبارة عن مال يجب ابتداء الا بمقابلة مال ، ولهذا سميت الزكاة وشفقة الأقارب صلة .

( ولنا قضية عمر فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم ) روى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حميد بن عبد الرحمن عن حسن عن مصرف عن الحكم قال عمر أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس . وحدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن أشعث عن الشعبي عن الحكم عن ابراهيم قال أول من فرض العطايا عمر بن الخطاب وفرض فيه الدية كاملة في ثلاث سنين . وحدثنا غسان بن مطـــر عن سعيد بن زيـــد عن أبي نصرة عن جابر قال ، أول من فرض الفرائض ودون الدواوين وعرف العرفاء عمر بن الخطاب .

فإن قيل قوله من غير نكير منهم إجماع ، فهذا إجماع على خلاف ما قضي رسول الله ﷺ فكيف يظن بهم . قلنا هذا إجماع على وفاق ما قضى رسول الله ﷺ ، وإنما قضى على العشيرة باعتبار النصرة ، ولهذا لا يوجد من النسوان والصبيان من عشيرته ، لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت النصرة بالديوان فقضى بالدية على أهل الديوان .

( وليس ذلك بنسخ ) جواب عن قول الشافعي ولا نسخ بعده ( بل هو تقرير معنى ) أي من حيث المعنى ( لأن العقل كان على أهل النصرة ، وقـــد كانت ) أي النصرة ( بأنواع بالقرابة والحلف ) بكسر الحاء ، وهو العهد بين القوم ، ومنه قولهم تحالفوا على

عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعاً للمعنى . ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة . وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قـــال ، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم ، والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليــــه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه . ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف ، والعطاء يخرج في

---

التناصر ، والمراد به ولاء الموالاة ( والولاء ) أي ولاء العتاقة ( والعدد ) في بعض النسخ والعدد وهو أن يعد منهم يقال فلان عديد ، قال أي يعددهم .

( وفي عهد عمر « رض » قـــد صارت ) أي النصرة ( بالديوان فجعلها ) أي الدية ( على أهله ) أي أهل الديوان ( اتباعاً للمعنى ) أي النصرة ( ولهذا ) أي ولأجل الاتباع للنصرة .

( قالوا ) أي المشايخ ( لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة ) وفي شرح الطحاوي إذا لم يكن القاتل من أهل الديوان فعاقلته أنصاره . فإن كان نصرته بالمحال والدروب يحمل عليهم إن كان نصرته بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم أنصاره كالقصارين والصفارين بسمرقند والأساكفة بأسبيجاب .

( وإن كان بالحلف ) أي وإن كانت نصرته بالحلف بالكسر ( فأهله ) أي فأهـــل الحلف ، أي فعاقلته أهل الحلف ( والدية صلة كما قال ) أي الشافعي ( لكن إيجابها ) أي إيجاب الدية ( فيما هو صلة وهو العطاء ) وهو الذي يخرج له من بيت المال الذي هو صلة ( أولى منه ) أي من الإيجاب ( في أصول أموالهم ) نظراً في حـــاله وتخفيفاً عليه ( والتقدير ) أي تقدير الدية في الخطأ بالتأجيل ( بثلاث سنين مروى عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر رضي الله عنه ) تقدم كلاهما فيما مضى أن النبي ﷺ جعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين ، وأن عمر بن الخطاب « رض » فرض كذلك ( ولأن الأخذ ) أي أخذ الدية ( من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحـــدة ) فتؤخـــذ في ثلاث سنين .

كل سنة مرة . فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود . وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء ، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء ولا يؤخذ منها ، لأن الوجوب

---

(فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين[1] أو أقل منها أخذ منها ) هذا لفظ القدوري ، يعني إن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين تؤخذ الدية منهم في أكثر من ثلاث سنين ، حتى إذا خرجت عطاياهم الثلاث في ست سنين تؤخذ منهم الدية في كل سنة السدس . وإذا خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة تؤخذ جميع الدية في سنة واحدة ، لأن وجوبها في العطايا وقد حصلت ( لحصول المقصود ) يعني أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الأعطية ، وذلك يحصل بالأخذ من عطاياهم سواء كانت في أكثر من ثلاث سنين أو في أقل منها .

( وتأويله ) أي وتأويل كلام القدوري ( إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء ) أي بعد قضاء القاضي . فالدية على العاقلة ( حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ) بالدية ( ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها ، لأن الوجوب بالقضاء ) لأن من عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهداً فيه ، لأن في العاقلة كلاماً فبعضهم يقول أهل الديوان ، وبعضهم يقول أهل العشيرة فلا يحكم إلا بالقضاء . وكذا الواجب في نفسه غير معلوم ، فإن ولاية التعيين منه إلى القاضي إن شاء قضى بالإبل ، وإن شاء قضى بالدراهم أو الدنانير ، لأن من الناس من قال الواجب الإبل فحسب . وقال قوم الإبل والأثمان جميعاً . وزاد قوم على هذا البقر والغنم والخيل ، وإنما قال المصنف تأويله لأن القدوري أطلق ذكر السنين ، وإنما تؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء ، فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل ، فلا بد من التأويل ( على ما نبين إن شاء الله تعالى ) أشار به إلى ما ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لأن الواجب الأصلي

---

(١) من ثلاثة أو أقل – اه مصححه .

بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى . ولو خرج القاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا .

وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منهـــا في سنة، وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمـام الدية في السنة الثالثة ، ومـــا وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنـــه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ، لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض . ولنا أن القياس يأباه ، والشرع ورد به مؤجلاً فلا يتعداه .

---

المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء .

( ولو خرج القاتل ) أي للعامل القاتل ، وفي النسخ للعامـــل ، والأول هو الأصح (ثلاث عطايا في سنة واحدة ، معناه في المستقبل يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا ) أشار به إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء .

( وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ) أي فيؤخـذ كل ثلث من الدية في سنة واحدة ( وإن كان الواجب بالعقل ) أي من الجنايات فيما دون النفس ( ثلث دية النفس أو أقل كان في سنة واحدة ، وما زاد على الثلث إلى تمام الثلثين في السنة الثانية ، وما زاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل ) أي أوجب على القاتل ( بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين . وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ) وبه قال مالك وأحمد، وقد مرت المسألة (لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة، فلا يلحق به العمد المحض).

( ولنا أن القياس يأباه ) أي يأبى وجوب المال لانعدام المماثلة بـــين المال والتالف

ولو قتل عشرة رجلاً خطأً فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل ، إذ هو بدل النفس ، وإنما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ، لأن الواجب الأصلي المثل والتحول إلى القيمة بالقضاء ، فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور . قال ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرتـــه بهم وهي المعتبرة في التعاقل . قال وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا

---

( والشرع ورد به ) أي بإيجاب المال ( مؤجلاً ) في الخطأ ( فلا يتعداه ) أي فلا يتعدى الذي يوجب الشرع .

فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فـلا يلحق به . قلنا هو في معناه من حيث كونه مالاً وجب بالقتل ابتداء ، والمساواة من جميع الوجوه غـــير ملتزمة ، وكون التأجيل للتخفيف حكمه لا يترتب الحكم عليه .

( ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل ) أي الدية بكل الدية ( إذ هو بدل النفس ) أي لأن الدية بدل النفس ، والتذكير باعتبار العقل ( وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية ، لأن الواجب الأصلي المثل ، والتحول إلى القيمة بالقضاء ) هذا هو الموعود قبله ، وقالت الأئمة الثلاثة من حين القتل ( فيعتبر ابتداؤها ) أي ابتداء الدية ( من وقته ) أي من وقت القضاء ( كما في ولد المغرور ) وهو الذي وطأ امرأة معتمداً على ملك يمين أو نكاح فولدت ولداً ثم استحقت حيث يكون ولدها حراً بالقيمة يوم الخصومة ، وهو يوم القضاء .

( قال ) أي القدوري ( ومن لم يكن من أهـل الديوان فعاقلته قبيلته ، لأن نصرته بهم ، وهي ) أي النصرة ( المعتبرة في التعاقل ) لأن الدية كانت على القبيلة في عهد النبي ﷺ ، وإنما فعلها عمر إلى أهل الديوان لمعنى التناصر ، فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان أقر الحكم على الأصل .

( قال ) أي القدوري ( وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد منهم على أربعة

يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها . قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره، وهذا إشارة إلى أنه لا يزاد على أربعة من جميع الدية ، وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ، وهو الأصح .

---

دراهم في كل سنة وينقص منها ) أي من الأربعة ، هذا إشارة على أنه يزاد على الأربعة في السنين الثلاث ، لأنه قد نفى الزيادة بسنة واحدة ، وجوز الأربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة ، فإذا كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة أربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين الثلاث اثني عشر درهماً لا محالة ، فكان ما يصيبه من جميع الدية زيادة على الأربعة ، وقد نص محمد في كتاب المعاقل بخلاف ذلك .

أشار إليه المصنف بقوله ( قال ، « رح » كذا ذكره القدوري في مختصره ، وهذا إشارة إلى أنه يزاد على أربعة من جميع الدية ) أي المصنف ( وقد نص محمد على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهماً أو درهماً وثلث درهم وهو الأصح ) أي الذى قاله محمد هو الأصح . وقال الأكمل قوله وهو الأصح احتراز عما ذهب إليه بعض مشايخنا بما فهم منهم إشارة كلام القدورى . وذكر في المبسوط قال وذلك غلط .

وقال الأترازى رواية القدورى هي المشهورة ، وقد أثبت في شرح الأقطع روايته بقوله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة درهم ودانقان، وينقص منها . وعلى ذلك فلا يفرق بين نص محمد وبين رواية القدورى ، ويدل على صحة رواية شرح الأقطع ما ذكره القدورى ، ففي مختصر الكرخي في باب أروش الجنايات على الرقيق ولا يغرم كل رجل من العاقلة إلا ثلاثة دراهم أو أربعة فى الثلاث سنين ، وذلك كل ما يغرم ، ولا يغرم أكثر من ذلك ، انتهى .

قال وإن لم يكن تتسع القبيلـــة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل ، معناه نسباً كل ذلك بمعنى التخفيف ، ويضم الأقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم . وأما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم . وقيل لا يدخلون لأن الضم كتفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عنـــد الكثرة ، والآباء والأبناء لا يكثرون . وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب

---

ثم اكثر ما يوضع على كل واحد من العاقلة أربعة دراهم وأقله لا يتقدر ، وعنـــد الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار ، وكذا في مختصر الأسرار . قال مالك وأحمد « رح » لا تقدير فيـــه فيحملون ما يطيقون إذ التقدير لا يثبت إلا بالتوفيق ولا نص فيه فيفوض إلى رأى الحاكم . وعن أحمد « رح » في رواية مثل قول الشافعي رحمه الله المذكور .

( قال ) اى القدورى رحمه الله ( وإن لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم إليـــه أقرب القبائل إليهم ) قال المصنف رحمه الله ( معناه ) اى معنى كلام القدورى اقرب القبائل إليهم يعني ( نسباً ) اى من حيث النسب على الترتيب المذكور في العصبات ( كل ذلك بمعنى التخفيف ) يعني طلباً للتخفيف فى حقهم ، هـــذا الجواب إنما يستقيم فى حق العربى ، لأن العرب حفظت أنسابها فأمكننا إيجاب العقل على اقرب القبائل من القاتل ( ويضم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات الأخوة ، ثم بنوهم ، ثم الأعمـــام ، ثم بنوهم ) هذا إذا كان له عاقلة ، فإن لم يكن له عاقلة فعقله في بيت مال المسلمين . وعن محمد رحمه الله انه في مال الجاني .

(واما الآباء والأبناء فقيل يدخلون لقربهم ، وقيـــل لا يدخلون ، لأن الضم كتفى الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة ، وهذا المعنى إنما يتحقق عنـــد الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون ، وعلى هذا حكم الرايات ) يعني إذا كان القاتل من

الرايات ، يعني أقربهم نصرة إذا حزبهم أمر الأقرب فالأقرب ويفوض ذلك إلى الإمام ، لأنه هو العالم به ثم هـذا كله عندنا .

وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل ، لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك ، إذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة منها . ألا ترى أنه لا تؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف .

---

اهل الديوان فعاقلته من اهل الراية ( إذا لم يتسع لذلك اهـل راية ضم إليهم اقرب الرايات ، يعنى اقربهم نصرة إذا حزبهم امر الأقرب ) لأهل الراية الأولى يقال حزبه امر إذا اصابه الأقرب ( فالأقرب ) يعنى يقدم الأقرب فالأقرب ( ويفوض ذلك ) يعنى تقديم الأقرب فالأقرب ( إلى الإمام ، لأنه هو العالم به ) اى بالأقرب ( ثم هـذا ) الذى ذكرنا ( كله عندنا ) .

( وعند الشافعى رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار ) قال احمد فى وجيز الشافعية ولا يضرب على فقير وإن كان معملاً ، ويضرب على الغني نصف دينار وهو الذي ملك عشرين ديناراً بعد المسكن وما يحتاج إليه ، وعلى المتوسط ربع وهـو الذي يملك أقل من ذلك ، ولكن ملك ما فضل عن حاجته . وينظر إلى اليسار في آخر السنة ، فلو طرأ اليسار قبلها أو بعدها فلا إلتفات إليه .

( فيسوى بين الكل ) يعني الآباء والأبناء وغيرهم ( لأنها ) أي الدية على تأويل العقل ( صلة ) لأنه يجب على العاقلة بسبيل المواساة من غير أن يوجد منهم جناية ( فيعتبر ) أي فيعتبر الشافعي رحمه الله القتل ( بالزكاة وأدناها ذلك إذ خمسة دراهم ) أي وأدنى الزكاة ( نصف دينار ) لأنه كان ذلك في زمن رسول الله ﷺ ( ولكنا نقول هي أحط رتبة منها ) أي من الدية .

وأوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه لا تؤخذ ) أي العقل ( من أصل المـال فينتقص منها ) أي من الزكاة والزكاة تؤخذ من أصل المال والعقل يؤخـذ من نصف المـال

ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه ، إذ كل منهما صلة من بيت المـــال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الديـــة . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث. وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر . وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانـــه أيسر اما لان الاعطية

---

من العطاء ، وذلك ( تحقيقاً لزيادة التخفيف ) في حق العاقلة فـلم يكن تعليله حجة علينا .

(ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق ) يأخذون كل شهر ( يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ، لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء ) وقد مر الفرق بين الرزق والعطاء عن قريب ( قائم مقامه ) أى مقام العطاء ( إذ كل منهما صلة بيت المال ، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة ، فكلما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء ، وإن كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء ) أى بعد حكم القاضي بذلك ( فيؤخذ منه سدس الدية . وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث ، وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر ، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر أو أعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق ، لأنه أيسر ، امـا لأن الأعطية

أكثر ، أو لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منـــه ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم . قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم ، لانـــه هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل في النفي عنه. والجامع كونه معذوراً . قلنا إيجاب الكل إجحاف به ، ولا كذلك إيجاب الجزء . ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى . قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ١٦٤ الانعام . وليس على

---

أكثر ، او لأن الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الأداء منه ) والأخذ منه يكون إضراراً بهم ، والأعطيات ليست كذلك ( ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة ) يعني متى احتيج إليها ( فيتيسر عليهم ) لأنه لا يحصل الضرر لهم بذلك .

وأدخل القاتل ، وفي أكثر النسخ ( قال ) أي القدوري رحمه الله ( وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم، لأنه ) أي لأن القاتل ( هو الفاعل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره . وقال الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتباراً للجزء بالكل ) لأن الحكم حول إلى العاقلة فلا تبقى عليه ، ولهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب الجزء أيضاً اعتباراً للجزء بالكل ( في النفي عنـــه ) أي في نفي الوجوب عن القاتل ( والجامع كونـــه معذوراً ) أي وجه الجمع في اعتبار الجزء بالكل هو كون القاتل معذوراً .

( قلنا إيجاب الكل إجحاف به ) أي إذهاب بالكلية ( ولا كذلك إيجاب الجزء ، ولو كان الخاطىء معذوراً فالبريء منه أولى ) لأن العاقلة لم يتلوثوا بالدم ، لأنهم براء عن الجناية ،وكان الوجوب على غير البريء اولى (قال الله تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ ١١٤ الأنعام ) ولأنها دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل عنها ، كما إذا لم تتسع العاقلة ولا مال في بيت المال .

النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، ولان العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته ، والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية . وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الديـــة .

---

( وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقـــل ) أراد بالذرية من لم يبلغ ، والذرية اولاد الأولاد في اللغة مأخوذة من الذر وهو صغار النمل . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المرأة والصبي لا يعقلان مع العاقلة ، وكذا على الفقير وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الظواهر ، وحكى بعض أصحابنا عن مالك وأبي حنيفة أن الفقير يدخل في التحمل وهو رواية عن أحمـــد أنه من أهل النصرة ، فكان كالغني ، والصحيح الأول ( لقول عمر رضي الله تعالى عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ) هذا غريب . وقال الأوازي وقد روى عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ، كذا في شرح الكافي .

( ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته ) أي الجـــاني ( والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة ، وهو الجزيـــة ) يعني في نساء أهل الذمة وصبيانهم ( وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية ) وفي فتاوى قاضي خان لو كان القاتل امرأة أو صبياً هل يجب عليهما شيء اختلف المشايخ فيه ، والصحيح أن القاتل يشارك العاقلة سواء كان صبياً أو امرأة أو مجنوناً . وكذا أب القاتل وابنه من العاقلة . والزوج لا يكون عاقلة المرأة . وكـــذا المرأة لا تكون عاقلـــة الزوج ، وفي الأب الابن خلاف للشافعي . وقال الكاكي وهذه المسألة مخالفة لما مر قبل كتاب العاقل انه لو وجـــد قتيل في دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل بالعواقل في صورة من الصورة .

بخلاف الرجل ، لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه ، وهذا لا يوجد فيها . والفرض لها من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن . ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر ، يريد بـــه أنه إذا كان لأهل كل مصر ديوانه على حدة ، لأن التناصر بالديوان عنـــد وجوده . ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصر أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهـــل كل مصر من أهل سوادهم ، لأنهم اتباع لأهل المصر ، فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا

---

( بخلاف الرجل ) حيث يجب عليه مع العاقلة ( لأن وجوب جزء من الدية عـلى القاتل باعتبار أنه أحد العواقل ، لأنه ينصر نفسه ) أي لأن الرجل ينصر نفسه ، أي يمنع عنه غيره ( وهذا ) أي نصر النفس أو منعه من غيره ( لا يوجد فيها ) أي من الصبي والمرأة لعجزهما عنه .

( والفرض لها ) هذا جواب عما يقال يفرض الإمام لنساء العراية وذرياتهم من العطاء وهو يمنع النصرة . فأجاب بقوله والفرض لهما ، أي الصبي والمراة ( من العطاء للمعونة ) أي لمعونة الجـــد بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ( لا للنصرة ) لضعفها ( كفرض أزواج النبي ﷺ ورضي الله عنهن ) فإنه فرض لهن للمعونة لا للنصرة .

( ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر ) هـــذه من مسائل الأصل ، أوضحها المصنف بقوله ( يريد به ) أى بهذا الذى ذكره ( انه إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة ، لأن التناصر بالديوان عند وجوده . ولو كان ) أى التناصر ( باعتبـــار القرب في السكنى فأهل مصر أقرب إليه من اهل مصر آخر ، ويعقل اهل كل مصر من اهـــل سوادهم ، لأنهم اتباع لأهل المصر فإنهم ) أي فإن اهل السواق اي القرى ( إذا حزبهم ) أي إذا أصابهم ( امر ) من الأمور المزعجة (استنصروا بهم ) أى بأهل المصر ( فيعقلهم

بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبـــار معنى القرب في النصرة . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة ، لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه . والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره ، وبعـــد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ، وعلى هـــذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل . ومن جنى جناية من أهـل المصر وليس له في الديوان عطـاء وأهـــل البادية أقرب إليه

---

بهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة . ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة ، لأنه ) أي لأن من كان بمنزله بالبصرة ( يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه ) .

( والحاصل ان الاستنصار ) اى طلب النصرة ( بالديوان اظهر ) عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة . وعن هذا قال في المبسوط لو ان آخرين لأب وأم ديوان احدهما بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل احدهما صاحبه ، وإنما يعقل عن كل واحد اهل ديوانه ( فلا يظهر معه ) اى مع الاستنصار بالديوان ( حـــكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره ) هو الحلف والعدد ( وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه ) أشار به إلى قوله ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته .

( وعلى هذا ) أي وعلى هذا الاصل ( يخرج كثيراً من صور مسائل المعاقل ) منها ما ذكره في المبسوط ولو ان قوماً من اهل خراسان من ديوان واحـد مختلفين في انسابهم منهم من له ولاء ، ومنهم من له القرب جنى بعضهم جناية عقل عنه اهـل رايته ، وإن كان غيره اقرب إليه في النسب لأنه امر لا يرجع في الاستنصار إلى عشيرته عادة .

(ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب إليه)

ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابـــة . قيل هو صحيح ، لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم و يدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء . وقيل تأويله إذا كان قريباً لهم . وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر ، وهـــذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً ، فكانت القدرة على النصرة لهم ، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة . ولو كان البدوي

---

اى قرابة ونسباً ( ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة . وقيل هو ) اى عدم الاشتراط ( صحيح ، لأن الذين يذبون ) اى يدفعون ( عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهـــم اهل الديوان من اهل المصر ) مرفوع لأنه خبر لأن ، اعني قوله لان الذين ( ولا يخصون بـــه اهل العطاء ) اى لا يخصون بالذب اهل العطاء .

( وقيل تأويله ) اى تأويل قول من قال بعدم الاشتراط المذكور ( إذا كان قريباً لهم ) اى ذا قرابة لهم ( وفي الكتاب اشارة إليه ، حيث قال واهل البادية اقرب إليـــه من اهل المصر ) اى اقرب إليه نسباً من اهل المصر ( وهذا ) اى اشتراط القرابة ( لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكاناً فكانت القدرة عـلى النصرة لهم ) لانه إذا كان هكذا استقام الوجوب على اهل الديوان باعتبار القرابـة في النسب وإن لم يكن له عطاء فيهم ، وذلك لانهم اقرب مكاناً فكانوا اقدر على النصرة ، وإن كان اهل البادية اقرب نسباً .

( وصار ) في بعض النسخ وصارت اى هذه المسألة ( نظير مسألة الغيبة المنقطعة ) يعني ان للولي الابعد ان يزوج إذا كان الولي الاقرب غائبـاً غيبة منقطعة ، لانـه اقدر

نازلاً في المصر لا مسكن له فيـــه لا يعقله أهل المصر ، لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه ، كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم ، لأنه لا ينتصر بهم . وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على عاقلتـــه بمنزلة المسلم ، لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار . ومعنى التناصر موجود في حقهم . وإن لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه ، كما في حق المسلم لما بينـــا أن الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت ، فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما

---

على إقامة مصالحها ، فهذا نظير ذلك .

( ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه ) اي في المصر ( لايعقله اهل المصر ، لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه ) اي في المصر لا يعقله اهــل المصر ( كما ان اهل البادية لا تعقل عن اهل المصر النازل فيهم ، لانه ) اي لان النـازل فيهم ( لا ينتصر بهم ) اي إذا لم يكن مسكنه فيهم .

( وإن كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته عـــلى عاقلته بمنزلة المسلم ، لانهم التزموا احكـــام الاسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ) كحـــد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية (ومعنى التناصر موجود فى حقهم ، وإن لم تكن لهم ) أي لأهل الذمة ( عاقلة معروفة فالديـــة في ماله ) اي في مال الذمي ( في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل ، وإنما يتحول عنه إلى العاقلة ان لو وجدت ، وإن لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في

صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله ، لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه ، وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم . ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر ، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر ملة واحدة . قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض . وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر . ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة . وقـــال زفر يقضي على عاقلته من أهل

---

ماله ، لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه ) وإنما اطلق القتيل ليشمل العمد والخطأ ، لان الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمداً او خطأ ، لان العاقلة لاتعقل جناية وقعت في دار الحرب ، وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير ( وتمكنه ) اي تمكن احد التاجرين الداخلين في دار الحرب ( من هذا القتل ) اي مـن قتل صاحبه ( ليس بنصرتهم ) اي بنصرة اهل الإسلام فلا يعقل عن اهل الإسلام ، بل يجب في ماله .

( ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر ) لأن بنـــاء العقل على التناصر ، ولا تناصر مـع اختلاف الدين ( والكفــار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم ، لأن الكفر كله ملة واحدة قــال ) أي المشايخ ( هـــذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة ، أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض ، وهكذا عن أبي يوسف ) أي هكذا عن أبي يوسف ( لا نقطاع التناصر ) عنـد ظهور المعاداة فيما بينهم .

( ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه إلى البصرة ) وفي بعض النسخ جعل ديوانه ، أي بعد القتل ( ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى بالدية على عاقلته من

الكوفة ، وهو رواية عن أبي يوسف ، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة ، وصار كما إذا حول بعد القضاء . ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المـــــال . وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته . وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء . بخلاف ما بعد القضاء ، لأن الواجب قد تقرر بالقضاء ، فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه ، بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة . بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال ، وفي الضم تكثير

---

اهل البصرة . وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة ، وهو رواية ) أي قول زفر رواية ( عن أبي يوسف ) وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ( لأن الموجب هو الجناية ، وقد تحققت ، وعاقلته أهل الكوفة ) الواو للحال ( وصار كما إذا حول بعد القضاء ) .

( ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل ، وبالقضاء ينتقل إلى المال ، وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته . وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء ) يعني بخلاف ما إذا قضى بالدية على عاقلته من أهل الكوفة ثم حول عطاؤه إلى ديوان البصرة كانت الدية على عاقلته من أهل الكوفة لا ينتقل عنهم ( لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك ، لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة ، لأنها ) أي لأن الدية ( تؤخذ من العطاء ، وعطاؤه بالبصرة ) .

( بخلاف ما إذا قلت العاقلة ) أي العاقلة بموت بعضهم ( بعد القضاء عليهم ، حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب ، لأن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز بحال

المتحملين لما قضى به عليهم ، فكان فيـــه تقرير الحكم الأول لا إبطاله . وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء ، فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة . ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم . وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالديـــة على أهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم . وهذا بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الديـــة في أعطياتهم . وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ، لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى في أيسر الاموال أداء ، والاداء من العطاء

---

وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ، فكان فيه تقريب حكم الأول لا إبطاله ، وعلى هذا ) أي على هذا الحكم المذكور ( لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهـل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم . وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان ، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهـــم ) أي أهل الديوان .

( وهذا ) أي هذا الذي قلنا من عدم انتقال العقل عن أهل الكوفة بعد القضاء عليهم إلى أهل البصرة ( بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ، ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الديـة في أعطياتهم . وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم ، لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول ، لأنـــه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم ، غير أن الديه تقضى من أيسر الأموال أداء ، والأداء من

أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليـــه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الاول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر . قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ، لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم . قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته ، لانه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي وقد مر في كتاب الولاء . قـــال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ، وتتحمل نصف العشر

---

العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء ، إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم ، فحينئذ لا تتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الاول ، لكن يقضى ذلك من مال العطاء ) عليهم ، لكن يقضى ذلك إلى الإبل من مال العطايا ( لانه أيسر ) أي لان الاداء منه أيسر .

( قال ) أي القدوري ( وعاقلة المعتق ) بفتح التاء ( قبيلة مولاه ، لان النصرة بهم ) وهذا الاختلاف فيه ، ولا يعقل مولى الاسفل من الاعلى ، وبه قال أصحاب مالك وأحمد والشافعي في قول يعقل ( ويؤيد ذلك ) أي كون عاقلة المعتق مولاه ( قوله عليه السلام ) أي قول النبي ﷺ ( مولى القوم منهم ) هذا الحديث تقدم في الزكاة .

( قال ) أي القدوري ( ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به ، فأشبه ولاء العتاقة ، وفيه خلاف الشافعي ) وأحمد ، وقال مالك إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين معهم ( وقد مر في كتاب الولاء ) يعني إذا عقد الموالاة ليس بشيء عند الشافعي .

( قال ) أي القدوري ( ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعداً ) وفي بعض النسخ وتعقل نصف العشر فصاعداً ، وذلك لمـا قال محمد في

قصاعداً . والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ لا تعقل العواقل عمـــداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون إرش الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بـــدل النفس . ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف في القليل ، وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع . قـــال وما نقص من ذلك يكون في مال الجـــاني ،

---

كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حمـــاد بن ابراهيم قال لا تعقل العاقلة في أدنى في الموضحة وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس .

( والاصل فيه ) أي في هذا الباب ( حديث ابن عباس رضي الله تعالى عنـــه موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى النبي ﷺ بقوله ولا تعقل العواقل عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون إرش الموضحة ) ذكر الأترازي هذا بقوله وذكر أصحابنا في كتبهم عن ابن عباس إلى آخره . ثم قال وذكر أبو عبيد هذا الحديث بإسناده إلى الشعبي وجعله من كلامه ولم يذكر قوله ولا ما دون إرش الموضحة ، انتهى . قلت الموقوف ما ذكر محمد بن الحسن الشيباني فقال حدثني عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبـــد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك . وأمـا المرفوع فغريب وليس في الحديث إرش الموضحة . ولكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه وعن النخعي قال لا تعقل العاقلة مـــا دون الموضحة ، ولا تعقل العبد ولا الصلح ولا الاعتراف .

( وإرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ، ولان التحمل للتحرز عن الإجحاف ، ولا إجحاف في القليل ، وإنمـــا هو في الكثير ، والتقدير الفاصل عرف بالسمع ) أراد بالفاصل هو الفصل بين إرش الموضحة وبين ما دونه في التحمل وعدمـــه ، وهو عرف بالنص ، وهو الذي ذكره ابن عباس وابراهيم النخعي والشعبي .

والقياس فيـــه التسوية بين القليل والكثير ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء ، إلا أنا تركناه بما روينا ، وبما روي أنه عليه السلام أوجب إرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على مـــا مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الأموال ، لأنه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ، فلهذا كان في مال الجاني أخـــذاً بالقياس . قال ولا تعقـــل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح

---

( قال ) أي القدوري ( وما نقص من ذلك يكون في مـــال الجاني ) أي ما نقص من نصف عشر الدية يكون ذلك في مال الجاني ( والقياس فيه ) أي في العقل ( التسوية بين القليل والكثير في التحمل ، فيجب الكل على العاقلة كما ذهب إليـــه الشافعي ، أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء ) بعدم صدور الجناية عنهم ( إلا أنا تركناه ) أي القياس ( بما رويناه ) أشار به إلى أحاديث النبي ﷺ ذكرناه في كتـــاب الجنايات وغيرها ( وبما روى أنـــه عليه السلام ) أي أن النبي ﷺ ( أوجب إرش الجنين على العاقلة ) وقد تقدم هذا في الجنين ان الائمة الستة أخرجوه ( وهو ) أي فيما دون (نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه ) اى فيما دون إرش الجنين ( يسلك بـــه مسلك الاموال ، لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم ) اى ضمان المال المتلف بتقويم المقومين ( فلهذا ) اى فلأجل ذلك ( كان في مال الجاني أخذا بالقياس ) لان الاصل وجوب ضمان الجناية على الجاني .

( قال ) اى القدوري ( ولا تعقل العاقلة جناية العبد ) اي جناية العبـــد بنفسه ، وهو إضافة المصدر الى الفاعل ( ولا ما لزم بالصلح ) أي في صلح أولياء الجاني مع الجاني لقصور ولاية المصالح ( أو باعتراف الجاني ) أي ولا يلزم العاقلة أيضاً مـــا يلزم بإقرار الجاني لقصور ولاية المقر عن العاقلة ( لما رويناه ) أشار به إلى ما ذكره محمد بن الحسن عن

أو باعتراف الجاني لما روينا . ولأنـــه لا تناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم . قال إلا أن يصدقوه ، لأنه ثبت بتصادقهم ، والإمتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم . ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعـــد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي ، لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار أولى . ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على

---

ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وقد مر عن قريب .

( ولأنه ) دليل معقول ، أي ولأن الشأن ( لا تناصر بالعبد ) لعجزه ( والإقرار ) أي إقرار الجاني ( والصلح ) أي صلح الجاني ( لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم ) أي عن العبد والمقر بالجناية والمصالح .

( قال ) أي القدوري ( إلا أن يصدقوه ) العاقلـــة المقر في إقراره فحينئذ يلزمهم تحمل العقل ( لأنه ثبت بتصادقهم ) أي بتصادق العاقلة (والامتناع) اي إمتناع الوجوب عليهم ( كان لحقهم ولهم ولايـــة على أنفسهم ) فيصح تصديقهم ويلزمهم .

( ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضى عليه ) اي على المقر ( بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى ، لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالإقرار اولى ) يعني ان البينة حجة متعدية ، والإقرار حجـــة قاصرة ، فعلى هذا تكون البينة اقوى من الإقرار ، ثم الدية في القتل الثابت بالبينة إذا كان خطأ يجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت ، ففي الثابت بالإقرار أولى ، لأن الإقرار أدنى من البينة .

( ولو تصادقا القاتل وولي الجناية ) كذا وقع في بعض النسخ تصادقا بذكر البينة ، وهذا لا يجيء إلا على لغة الحلوى المواصب ، وفي عامة النسخ ولو تصادق القاتل وولي الجناية ( على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على العاقلة بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة

عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبها العاقلة فلا شيء على العاقلة ، لأن تصادقهما ليس بحجة عليهم ، ولم يكن عليـــه شيء في ماله ، لأن الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الأول ، إلا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته ، لأنـــه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلة مقر عليهم . قال وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته، لانه بدل النفس على ماعرف من أصلنا ، وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله ، لأنه بدل المـــال عنده ، ولهذا يوجب قيمته بالغة

---

فلا شيء على العاقلة ، لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ) اى على العاقلة ( ولم يكن عليه شيء في ماله ) اى لم يكن على القاتل شيء أيضاً بهـــذا التصادق ( لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما ، بخلاف الاول ) أراد به ما إذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله ، لان إقراره حجة عليه نفسه ويدعى ولي القتيل عليه ايضاً . وهاهنا فيما نحن فيه لا يدعي ولى القتيل عليه ، لانه تصادق مع القاتل ان الدية العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء ( إلا ان يكون ) استثناء من قوله ولم يكن عليه شيء . اى الا ان يكون ( لـــه عطاء معهم ، فحينئذ يلزمه بقدر حصته ، لانه في حق حصته مقر على نفسه ، وفي حق العاقلـة مقر عليهم ) فيؤخذ بما أقر على نفسه .

( قال ) أي القدوري ( وإذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته ) اى كان العقل وهو الدية . وفي بعض النسخ كانت اى الدية على عاقلته ( لانـــه بدل النفس على ما عرف من أصلنا ) ان الوجوب على العاقلة إذا كان القتيل خطأ .

( وفي احد قولي الشافعي تجب في ماله ) وبـــه قال مالك ، وفي قوله الثاني تجب على عاقلته كقولنا وهو اختيار المزني وقول احمد ( لأنه ) اى لأن الواجب في القتل ( بـــدل

ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة ، لأنه يسلك به مسلك الأموال عندنا على ما عرف . وفي أحـــد قوليه العاقلة تتحمله كما في الحر ، وقد مر من قبل . قال أصحابنا إن القاتـــل إذا لم يكن له عاقلة فالدبـــة في بيت المال ، لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المـــال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال . وعن أبي حنيفة رواية شاذة أن الدية في ماله ، ووجهه أن الأصل أن تجب الدية على القاتل ، لأنه بدل متلف . والإتلاف منه

---

المال عنده ) اى عند الشافعي ( ولهذا ) اى ولأجل ذلك ( يوجب ) اى الشافعي ( قيمته بالغة ما بلغت ) ونحن نقول الواجب فيه الدية لإطلاق قوله تعالى ﴿ودية مسلمة إلى اهله﴾ ٩٢ النساء ( وما دون النفس من العبد ) الى آخر كتاب المعاقل، ذكره على سبيل التفريع ( لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه ) اى احد قولي الشافعي ( تتحمله ) اى العاقلة ( كما في الحر ، وقد مر من قبـل ) اى في اول فصل بعد باب جناية المملوك .

( قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال ) بأن كان لقيطاً ونحوه وكان مسلماً بدليل قوله ( لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ، ولهـذا إذا مات ) اى القاتل الذى ليس له عاقلة ( كان ميراثه لبيت المال ، فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال ) لان الغرم بالغنم .

( وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ) روى هذه الرواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وهي رواية احمد ايضاً بالاول قلت الثلاثة ( ووجهه ) اى وجه ما ذكر من الرواية الشاذة ( ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف ، والإتلاف منه الا

إلا أن العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر . وإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الاصل . وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه ، لان نسبه ثابت منها دون الاب . فإن عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ، لانـــه تبين أن الدية واجبة عليهم ، لان عند الإكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الاب حيث بطل اللعان بالإكذاب ، ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجباً على قوم الاب فيرجعون عليهم ، لانهم مضطرون في ذلك . وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء له ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ،

---

ان العاقلة تتحملها تحقيقاً للتخفيف على ما مر ) عند قوله وإن كان لاهل الذمة عواقل... الى آخره ( فإذا لم يكن له عاقلة عـــاد الحكم على الاصل ) وهو وجوب المـــال على الجاني .

( وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه ، لان نسبه ثابت منها دون الاب ، فإن عقلوا عنه ) اى عن ابن الملاعنـــة ( ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت عـــلى عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ، لأنـــه تبين ان الدية واجبة عليهم ، لان عند الإكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتاً من الاب حيث بطـــل اللعان بالاكذاب . ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا مـــا كان واجبـــاً على قوم الأب ، فيرجعون عليهم ، لأنهم مضطرون في ذلك ) اي يرجعون في ثلاث سنين . وفي المحيط هذا عندهما . وعند أبي حنيفة يرجعون حالاً بما أدوا .

( وكذلك ) اى الحكم ( إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم أديت الكتابة ، لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه الى

لانه عند الاداء يتحول ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته ، فيتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم . وكذلك رجل أمر صبيـــاً بقتل رجله فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الامر ثبت بالبينة ، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بهـــا القاضي على الآمر أو على عاقلته ، لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير . قال رضي الله عنه ها هنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة . والاصل الذي يخرج عليـــه أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكماً فانتقل ولاءه إلى ولاء آخر بسبب أمر حادث

---

قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياتـه فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم ) في ثلاث سنين . لأنهم مضطرون ، وبقولنا قال مالك . وعنـد الشافعي واحمد يبطل فلا يحول الولاء .

( وكذلك ) اى الحكم اذا كان ( رجل امر صبياً بقتل رجـل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الآمر ثبت بالبينة ، وفي مال الآمر ان كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بهـــا القاضي على الآمر ) اى إذا ثبت بإقراره ( او على عاقلته) اى اذا ثبت بالبينة ( لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير ) لان الاصل في وجوب الديات هو الاجل للتيسير إلا إذا ثبتت الدية بالصلح فذلك لا أجل له الا اذا اشترط .

( قال ) اى المصنف رحمه الله ( ها هنا عدة مسائل ) اى في المعاقل مسائل عديـدة ( ذكرها محمد متفرقة ) في مواضع لا في موضع واحد ( والاصل الذى يخرح عليه ) اى الاصل يخرح عليه تلك المسائل ( ان يقال حال القاتل اذا تبـدل حكماً ) اى من حيث الحكم (فانتقل ولاؤه الى ولاء آخر بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الأولى ) اى عن

لم تنتقل جنايته عن الأولى قضى بها أو لم يقض . وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولـــد الملاعنة حولت الجناية إلى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الإعتبار في ذلك لوقت القضاء ، فإن كان قضى بها على الاولى لم تنتقل إلى الثانية . وإن لم يكن قضى بها على الاولى فإنه يقضى بهـــا على الثانية .

---

الجناية الأولى (قضى بها او لم يقض ) هـــذا هو الأصل الأول ، والأصل الثاني هو قوله ( وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع . ولو لم يختلف حال الجاني ) هـــذا هو الاصل الثالث ( ولكن العاقلة تبدلت ) بأن كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ثم نقل ديوانه الى البصرة ( كان الاعتبار في ذلك ) اي في التبدل ( لوقت القضاء ) .

( فإن كان قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية ، وإن لم يكن قضى بها عـــلى الأولى فإنه يقضى بها على الثانية ) نظير الفصل الاول مولود بـــين حرة وعبـــد جنى ثم أعتق ابوه لا تتحول الجناية عن عاقلـــة الام . ومن نظيره اذا أسلم حربي ووالى مسلماً ثم جنى جناية عقلت عنه العاقلة التي ولاه ، فان عقلوا عنه أو لم يقض بها حتى أمر به أبوه من دار الحرب فاشتراه رجل فأعتقه فهو حر ولاء أبيه ، فصار مولى الموالي ابنه ، ولكن لا ترجع عاقلة الذي كان ولاؤه على عاقلة مولى الاب لانه امر حادث .

وصورة الفصل الثاني قتل ابن الملاعنة رجلاً خطأ تعقل عنه عاقلة الام ، لان نسبه ثابت من الام ، فان عقلوا عنه ثم أعاده الاب رجعت عاقلة الام بما ادعت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب .

ومن نظير الفصل الثالث ما إذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة ، فانه يقضى بالدية على عاقلته من اهل

وإن كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده ، إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل متأملاً يمكنه التخريج فيما ورد عليـــه من النظائر والاضداد والله أعلم بالصواب

---

البصرة ، وعلى قول زفر يقضى على عاقلته من الكوفـــة ، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله .

( وإذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبـل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه ) يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الدين أدوا او لا قبل ضم أقرب القبائل إليهم ( فمن أحكم هذا الاصل ) حال كونه ( متأملا يمكنـه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد ) اي ومن أضداد هـــذه المسائل ( والله أعلم بالصواب ) .

# كتاب الوصايا

## باب في صفة الوصية

### ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه

قال والوصية غير واجبة وهي مستحبة .

---

( كتاب الوصايا )

أي هذا كتاب في بيان أحكام الوصايا ذكرها في آخر الكتاب لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والموت آخر أحوال الآدمي فناسب ذكرها في آخر الكتب وهو جمع وصية ، والوصية والوصايا بقصر إسمان بمعنى المصدر . وسمى الموصي به وصية أيضاً،قال الله ﴿ من بعد وصية توصون بها ﴾ ١٢ النساء ، والوصاية بالكسر مصدرلأوصى والإيصاء طلب شيء من غيره ليعقل على عيب منه حال حياته وبعد وفاته . ومعناها في الشرع تمليك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان في المنافع أو في الأعيان وهي مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع ، وشرطها كون الموصى اهلاً للتمليك والموصى به من بعد مالاً قابلاً للتمليك . وشرائطها كثيرة تأتي في اثناء المسائل .

وركنها قوله أوصيت بكذا لفلان وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها . وحكمها أن يملك موصى له الموصى به ملكاً جديداً كما يملك بالهبة وسببها سبب التبرعات والله أعلم

( باب في صفة الوصية )

( ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنه )

لما كان الكتاب مشتملاً على الابواب ، والأبواب مشتملة على الفصول ، ذكرها واحداً بعد واحد ، أي هذا باب في بيان صفة الوصية إلى آخره .

( قال ) أي القدوري رحمه الله ( الوصية غير واجبة وهي مستحبة ) إنما قال مستحبة

والقياس يأبى جوازها ، لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته.

---

بعد نفي الوجوب رداً لقول البعض انها واجبة لأنه لا يلزم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الإباحة وذلك لأن الوصية مشروعة لنا لا علينا ، لما روى الطحاوي باسناده إلى أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال ، قال النبي ﷺ ان الله قد جعل لكم ثلث أموالكم في آخر اعماركم زيادة في أعمالكم ، والمشروع لنا لا يكون فرضاً ولا واجباً، بل يكون مندوباً . وقال ابن عبد البر أجمع أهل العلم على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة وامانته بغير اشهاد إلا طائفة شاذة فاوجبتها روي عن الزهري أنه قال جعل الوصية حقاً مما قل أو كثر .

وقيل لأبي مجلد على كل ميت وصية قال نعم إن ترك خيراً . وقال أبو بكر عبدالعزيز هي واجبة للأقربين الذين لا يرثون ، وهو قول أصحاب الظواهر . وحكى ذلك عن مسروق وأبا سر وقتادة وابن جريد . وقال بعضهم هي واجبة في حق الوالدين والأقربين لقوله تعالى ﴿ كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين ﴾ ٨٠ البقرة . قلنا الآية منسوخة بقوله تعالى ﴿ للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ﴾ ٧ النساء ، قاله ابن عباس رضى الله تعالى عنهما . وقال ابن عمر نسختها آية المواريث وبه قال عكرمة ومجاهد ومالك والشافعي وأكثر أئمة التفسير .

وقال أصحابنا نسخت بقوله عليه السلام إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ، هذا الحديث رواه جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة الباهلي رضى الله تعالى عنه أخرج حديثه ابو داود والترمذي وابن ماجة بإسناده اليه أن النبي ﷺ خطب فقال إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث . وقال الترمذي حديث حسن وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول ، وقال الاترازي ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا ، وهو حجة على الشافعي حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها .

( والقياس يأبى جوازها ) أي جواز الوصية ( لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ، ولو أضيف ) أي التمليك ( أي حال قيامها ) إلى قيام المالكية ( بان قيل

ولو أضيف إلى حال قيامها بأن قيل ملكته غـداً كان باطلاً فهذا أولى ، إلا أنا استحسناها لحاجة الناس إليها ، فإن الانسان معزور بأمله مقصر في عمله ، فاذا عرض له المرض وخـاف البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي . ولو أنهضه البرء يصرفـه إلى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ، ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة ، كما في قدر التجهيز والدين ، وقد نطق به الكتاب ، وهو قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها

---

ملكتك غداً كان باطلا ، فهذا اولى بالبطلان ، ( إلا أنا استحسناها ) أي الوصية ( لحاجة الناس اليها ، فإن الإنسان معزور بأمله مقصر في عمله ، فإذا عرض له المرض وخـاف البيات ) أي الهلاك والموت . والبيات اسم يعني البيت ، وهو أن يأتي العدو ليلا (يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط ) أي إلى تدارك بعض ماسبق منه من التقصير (بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المالي ، ولو انهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي، وفي شرع الوصية ذلك ) أي تلافي بعض ما فرط منه ( فشرعناه ) الشارع شرعها ( ومثله في الإجارة بيناه ) يعني كما أن الوصية لا تجوز في القياس ، وتجوز في الاستحسان ، فكذلك الإجارة لا تجوز في القياس ، لأنها تمليك منفعة معدومة ، ولكنها جوزت استحساناً دفعاً لحاجة الناس .

( وقد تبقى المالكية ) جواب عن وجه القياس ، أي قد تبقى بعض المالكية (بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز ) أي في تجهيز الميت ، فإن قدر تجهيزه على ملك الميت تقدير الحاجة اليه ( والدين ) كذلك ، لأن قدر ما عليه من الدين لا يملكه الورثة ( وقد نطق به الكتاب ) أي وقد نطق بجواز الوصية القرآن ( وهو قول الله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بهـا أو دين ﴾ ١١ النساء ) وكذلك قوله ﴿ إن ترك خـيراً الوصية ﴾ ١٨٠ البقرة .

أو دين ﴾ ١١ النساء . والسنة وهو قول النبي عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتم . وعليه إجماع الأمة . ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا ،

---

( والسنة ) أي وقد نطقت به السنة ايضاً ( وهو قول النبي ﷺ إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعونها حيث شئتم ، أو قال حيث أحببتم ) قد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث رواه أبو هريرة وأخرجه الطحاوي وأخرجه ابن ماجة أيضاً ولفظه تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم زيادة لكم في أعمالكم وروى الدارقطني بإسناده إلى أبي أمامة عن معاذ بن جبل رضى الله تعالى عنه عن النبي ﷺ قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم .

وروى أحمد في مسنده عن أبي الدرداء رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ قال إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم . وروى ابن عدي والعقيلي في كتابيهما [1] عن مكحول عن الصنابحي انه سمع أبا بكر الصديق رضى الله تعالى عنه يقول سمعت رسول الله ﷺ يقول إن الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلث اموالكم عند موتكم زيادةفي اعمالكم ، واسناده ضعيف .

وروى الطبراني في معجمه بإسناده إلى خالد بن عبيد السلمي رضى الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال إن الله عز وجل أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم انتهى . وانظر التفاوت بين الحديث الذي ذكره المصنف وبين هذه الاحاديث ( وعليه إجماع الأمة ) أي على كونه مشروعاً اجمعت الأمة .

( ثم تصح ) أي الوصية في الثلث ( للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما روينا)

---

(١) هكذا الإسناد في الأصل ، وفيه نقص ، وتصحيحه ... في كتابيهما عن حفص ابن عمر بن ميمون أبي اسماعيل ، مولى علي بن أبي طالب عن ثور بن يزيد عن مكحول عن الصنابحي ، اهـ مصححه .

وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى . قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص «رض» . الثلث والثلث كثير ، بعدما نفى وصيته بالكل والنصف . ولأنه حق الورثة ، وهذا لأنه انعقد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه

---

إشارة إلى وجه الاستحسان من المنقول والمعقول ( وسنبين ما هو الافضل فيه إن شاء الله تعالى ) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية ، أشار بذلك إلى ما قال بعد ورقة[1] بقوله ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث .

( قال ) أي القدوري ( ولا تجوز ) أي الوصية ( بما زاد على الثلث ) وهذا عند وجود الورثة بإجماع أهل العلم عند عدم إجازة الورثة ، ويجوز عند إجازتهم ( لقول النبي ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( في حديث سعد بن أبي وقاص رضى الله تعالى عنه الثلث والثلث كثير ) هذا الحديث أخرجه الائمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص قال ، قلت يا رسول الله ﷺ إن لي مالاً كثيراً ، وإنما ترثني ابنتي ، أفأوصي بمالي كله ، قال لا ، قال فالثلثين ، قال لا ، قال فبالنصف ، قال لا ، قال فبالثلث ، قال الثلث والثلث كثير ( بعدما نفى ) أي بعدما نفى النبي ﷺ ( وصيته ) أي وصية سعد ( بالكل ) أي بكل المال ( والنصف ) أي ونصف المال. يدل هذا على عدم الجواز باكثر من الثلث، وإذا لم يكن له وارث تجوز الوصية بالكل ، وبه قال الحسن البصري وشريك القاضي وإسحاق ابن راهوية ، وقال الشافعي ومالك وأحمد وابن شبرمة والاوزاعي والحسن بن حي وأبو سليمان وأصحاب الظاهر ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث .

( ولأنه ) أي ولأن الزائد على الثلث ( حق الورثة ، وهذا ) توضيح لما قبله ( لأنه انعقد سبب الزوال اليهم ) أي تعقد سبب زوال الملك عنه إلى الورثة ، لأن المرض سبب الموت ( وهو استغناؤه عن المال ) يعني أن الميت لما استغنى عن المال تعلق حق الورثة به

---

(١) ستكون بعد حوالي ورقتين في نسختنا هذه ، اهـ مصححه .

عن المال فأوجب تعلق حقهم به ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما ينفق من الايثار على ما نبينه . وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر ،

---

ليعود نفعه إلى أقرب الناس منه ، وهو معنى قوله ( فأوجب تعلق حقهم به ) أي بالمال ( إلا أن الشرع ) أي غير أن الشرع ( لم يظهره ) أي لم يظهر الاستغناء ( في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه ) أشار به إلى ما ذكره في وجه الاستحسان .

( وأظهره ) أي وأظهر الاستغناء ( في حق الورثة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم ) أي على الورثة ( تحرزاً ) أي احترازاً ( عما ينفق من الإيثار ) أي من إيثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية لأنه حينئذ يتأذى البعض الآخر فيفضي ذلك إلى قطع الرحم وهو حرام بالنص ( على ما نبينه ) إشارة إلى قوله عند قوله بعد هذا ولا يجوز لوارثه ، ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ( وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر ) قال الاترازي ولنا في صحة هذا الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء الساكنة يعني الجور . ويروى بالجيم والنون المفتوحتين يعني الميل ، ومنه قوله تعالى ﴿ فمن خاف من موص جنفاً أو إثماً ﴾ ١٨٢ البقرة . وفي الحديث إنما يود من جنف الظالم ما ... انتهى .

قلت ذكر الكاكي هذا الحديث وسكت عنه ، ولكن قال روى الجيف بالجيم وكذلك الاكمل ذكره ، ولم أر أحداً منهم حرر هذا الموضع ، والحديث لم يثبت ، ولهذا قال المخرج هذا غريب ، يعني لم يثبت ، ثم أخرج عن الدارقطني من حديث ابن عباس عن النبي ﷺ قال الإضرار في الوصية من الكبائر . وأخرجه النسائي موقوفاً . وأخرجه عن ابن عدي بلفظ الحيف في الوصية من الكبائر .

وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث . قال إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ، لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه . ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته، لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت . لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش .

---

( وفسروه ) أي فسروا الحديث ( بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث ) يعني كون الحيف من الكبائر في هذين الشيئين .

( قال ) أي القدوري ( إلا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار ، لأن الامتناع ) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث ، أي إلا أن يجيز الوصية بأكثر من الثلث (لحقهم) أي لحق الورثة ( وهم اسقطوه ) أي الورثة أسقطوا حقهم عند الإجازة ( ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته) أي حياة الوصي (لأنها) أي لأن الإجارة (قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت ، فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ) وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والثوري والحسن بن صالح وشريح وطاووس والحكم وأصحاب الظاهر ، وروى ذلك عن ابن مسعود قال ابن أبي ليلى والزهري وعطاء وحماد بن أبي سليمان وعبد الملك بن يعلى وربيعة ليس لهم أن يرجعوا عن الإجارة سواء كان قبل الموت أو بعده .

( بخلاف ما بعد الموت ) أي بخلاف ما اذا كانت الإجارة بعد الموت حيث لا يكون لهم الرد ( لأنه ) أي لأن الرجوع ( ثبوت الحق فليس لهم ذلك ) أي الرجوع والنسخة الصحيحة فليس لهم ( أن يرجعوا عنه ، لأن الساقط متلاش ) قال الأترازي قوله لأن الساقط مثلا متعلق بقوله فكان لهم أن يردوه . وقال الاكمل هذا دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته ، وتقديره لأن إجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها ، والساقط متلاش ، فإجازتهم مثلا شبهة فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازه في حال حياة المورث .

غاية الأمر أنـــه يستند عند الاجـازة ، لكن الاستنـاد يظهر في حق القائم ، وهذا قد مضي وتلاشي . ولأن الحقيقـة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق . فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله ، والرضي ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة . وكذا

---

( غاية الامر انه يستند ) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير بأن يقال كيف تكون إجازتهم في غير محله ، مـع أن موت الورثة قــد تعلق بماله من اول المرض على سبيل التوقف فلما مات ظهر (عند الإجازة ) صادفت محلها فكانت إجازتهم في حياته سبب الاستناد، وكاجازتهم بعد موته بسبب الإستناد فأجاب بقوله غاية الأمر أنه يستند عند الاستفناء وفي نسخة شيخي العلاء رحمه الله عند الإجازة قول يفني ويتلاشى .

( لكن الاستناد يظهر في حق القــائم ) لا الساقط المتلاشي ، وهو معنى قوله ( وهذا قد مضى وتلاشى ) فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجــازوه في حال حياة المورث .

( ولأن الحقيقة ) دليل آخر أن حقيقة الملك للوارث ( تثبت عند الموت ) أي عند موت المورث ( وقبله ) أي وقبـــل الموت ( يثبت مجرد الحق ) أي مجرد حق الملك ( فلو استند ) ملكه إلى اول المرض ( من كل وجه ينقلب ) أي الحق ( حقيقة قبله ) أي قبل الموت ، وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت ، وإنما قيد بقوله من كل وجه دفعاً لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى يمنع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين بالمرض ببطلان الحق ، هذا جواب عمـــا يقال الإجازة إسقاط من الوارث لحقه برضاه ، فصار كسائر الاسقاطات ، وفيها لا رجوع ، فكذاهذا وتقرير الجواب أن يقال أن ( الرضا ببطلان الحق ) بعد أن عرف أن ثمة حقـاً وحقيقة ( لا يكون رضا ببطلان الحقيقة ) لأنه رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة ، والرضى ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل التثبت وهو مرض الموت .

( وكذلك إن كانت الوصية للوارث وأجازت البقية فحكمه ما ذكرناه ) وهو أن

كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه مـا ذكرناه . وكل ما جاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا . وعند الشافعي من قبل الوارث ، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصى ، والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض . فصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن .

---

لا يجوز إجازة الوارث قبل موت الموصى وتجوز بعده ( وكل ما جـاز بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي ) بكسر القاف وفتح الباء ( عندنا . وعند الشافعي من قبل الوارث ) ذكر هذا تفريعاً على مسألة القـدوري إيضاحه اذا اوصى بجميع ماله ، فأجازت الورثة كان تمليكا من الميت ، وكذلك الوصية للوارث وعند الشافعي يكون هبة من الوارث إن بقيت وإلا بطلت ، وبه قال أحمد في رواية ، واختاره المزني ، وبه قال بعض أصحاب مالك وأصحاب الظاهر ، ولكن الصحيح من مذهب الشافعي وأحمد ومالك كقولنا ، وهو قول جمهور العلماء . وفي مبسوط شيخ الإسلام ثمرة الخلاف تظهر في اشتراط القبول والقبض والتسليم من الوارث لملك المجاز له عندهم شرط كالهبة المبتدأة ، وعندنا ليس بشرط .

( والصحيح قولنا ، لأن السبب صدر من الموصي ) وهو انه عقد على ملك نفسه مع تعلق حق الغير ما إذا أسقط الغير حقه بعد العقد من جهته كما لو اوصى وعليه دين فأبرأه الغريم ( والإجازة رفع المانع ) هذا جواب عن جعل الإجازة خارجاً عن الملك ، يعني أن الإجازة ليست بسبب للخروج عن الملك ، وإنما هو رفع المانـع عن ثبوت الملك ، والحكم يضاف إلى السبب لا لإزالة المانع .

( وليس من شرطه ) أي من شرط إزالة المانع ( القبض ) وهذا رد لكونها هبة كما قال الشافعي ، فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطاً وهو ممنوع ( وصار ) مـا نحن فيه ( كالمرتهن اذا أجـاز بيع الراهن ) في كون السبب صدر من الراهن والملك للمشتري يثبت من قبـله وإجازة المرتهن رفع المانـع وكالمؤجر يبيع المستأجر فيجيزه المستأجر .

ولا تجوز للقاتل عامداً كان أو خاطئاً بعـــد أن كان مباشراً ، لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل . ولأنه استعجل مـا أخره الله تعالى فيحرم الوصيـة

---

( قال ) أي القدوري ( ولا تجوز ) الوصية ( للقاتل ) وبه قـــال الشافعي في قول وأحمد في رواية ، وهو قول الثوري ايضاً . وقال الشافعي في الأظهر ومالك وأبو ثور وأحمد في المنصوص ، فيصح . وقـــال الأترازي وعن الشافعي ثلاثة أقوال في قول لا يصح، وفي قول فرق بين الوصية للخارج وبين الخارج بعد الوصية له، فإنه مستعجل لحقه كالإرث كذا في وجيزهم (عامداً كان أو خاطئاً) يعني سواء كان قتل القاتل عمداً كان أو خطأ. وفي بعض النسخ عامداً كان أو خاطئاً ، وكذا في نسخة شيخي العلاء ( بعد أن كان مباشراً ) إنما قيد بالمباشرة ، لأنه إذا لم يكن مباشراً لا يتعلق به حرمان الميراث وبطلان الوصية كما في حـــافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه ( لقوله ﷺ ) أي لقول النبي ﷺ ( لا وصية للقاتل ) .

قال الأترازي ولنا ما قال محمد في الأصل بلغنا عن علي رضى الله تعالى عنه انه لم يجعل للقاتل ميراثاً ، وعن عمر مثله ، وعن علي في الأسرار وغيره انه قال لا وصية لقاتل ولا مخالف له فحل محل الإجماع . وروى عن عبيدة السلماني في كتب التفاسير انه قال لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة .

فإن قلت المصنف ذكر الحديث مرفوعاً فما للأترازي ذكره عن علي رضى الله تعـالى عنه موقوفاً ، قلت روى الدارقطني في سننه عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنهم قال قال رسول الله ﷺ ليس للقاتل وصيه . ثم قال الدارقطني مبشر متروك يضع الحديث . وقال صاحب التنقيح قال أحمد مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذاب . قلت فكذلك اقتصر الأترازي على الموقوف .

( ولأنه ) أي ولأن القاتل ( استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية ) فيحرم على صيغة

كما يحرم الميراث. وقال الشافعي تجوز للقاتل، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا، وعنده لا تبطل. والحجة عليه في الفصلين ما بيناه. ولو أجازتها الورثة

---

المجهول، والوصية منصوب، لأنه مفعول ثابت بقي على حاله، فالأول قام مقام الفاعل. وكذلك الميراث منصوب في قوله (كما يحرم الميراث) أي كما يحرم القاتل عن ميراث الذي قتله.

(وقال الشافعي تجوز) أي الوصية (للقاتل) وبه قال مالك وأحمد «رح» ذكرنا (وعلى هذا الخلاف) المذكور بيننا وبين الشافعي (إذا أوصى لرجل ثم انه) أي إن الرجل الموصى له (قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده) أي عند الشافعي (لا تبطل والحجة عليه) أي على الشافعي (في الفصلين) أي فيما كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما قلنا) وفي بعض النسخ ما بيناه، وهكذا في نسخة شيخي العلاء رحمه الله أي من الحديث المذكور، فإنه بإطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها، وما قاله عن المعقول الذي ذكره واعترفوا عليه بأنه صحيح إذا كان القتل بعد الوصية، فأما إذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة.

وأجيب بجعل الجارح مستعجلاً وإن تقدم جرحه على الوصية كما ذكر شيخ الإسلام أن المعتبر في كون الموصى له قاتلاً أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية، فالنظر إلى وقت الموت كان الوقت مؤخراً عن الوصية. وقال الأكمل واعترض نقض إجمالي بأن ما ذكرتم لو صح تجميع مقدماته لما أعتق المدبر إذا قتل مولاه أن التدبير وصية، ولكن لا يصح للقاتل.

أجيب بأن عتقه من حيث أن موته جعل شرطاً لعتقه، وقد وجد ذلك. ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته، لأن تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد، فيرد من حيث المعنى بإيجاب السعاية.

(ولو أجازتها الورثة) أي ولو أجاز الورثة الوصية القاتل (جاز عند أبي حنيفة

جاز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف لا تجوز ، لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها . ولهما أن الامتناع لحق الورثة ، لان نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم . قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث ، ولأنه يتأذى البعض بايثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم . ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ،

---

ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف لا تجوز ، لأن جنايته باقية ، والامتناع ) أي الامتناع من الجواز ( لأجلها ) أي لأجل الجناية .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد « رح » ( أن الامتناع لحق الورثة ، لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ، ولأنهم لا يرضونها ) أي الوصية ( للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم ) أي لأحد الورثة ، وهي الوصية لأحدهم إذا أجاز البقية نفدت . وكذا القاتل .

فإن قيل ما الفرق بينها وبين الميراث إذا جازت الوصية حيث صحت الوصية دون الميراث ، أجيب بأن الإجازات تصرف من العبد فيعمل فيما كان من جهة العبد، والوصية من جهة العبد فيعمل بخلاف الميراث ، فإنه من جهة الشرع لا منع للعبد فيه فلا يعمل فيه فلا تصرف للعبد .

( قال ) أي القدوري ( ولا تجوز لوارثه ) أي لا تجوز الوصية من المورث لوارث ( لقوله عليه السلام ) أي لقول النبي ﷺ ( إن الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث ) هذا الحديث روى عن جماعة من الصحابة رضى الله تعالى عنهم منهم أبو أمامة الباهلي وقد ذكرناه في أوائل الكتاب .

( ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ، ففي تجويزه قطيعة الرحم. ولأنه ) أي باختيار البعض في الإيصاء له بشيء ( حيف ) أى جور ( بالحديث الذى رويناه ) وهو قوله فيما

ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، لانه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت . والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية ، لانها وصية حكماً حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض للوارث على عكسه . لانـــه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار .

---

مضى عن قريب قد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر ( ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ، لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، وحكمه يثبت بعد الموت ) وفائدته تظهر فيمن اوصى لأخيه ولا ابن له ، ثم ولد له ابن فمات الموصي تصح الوصية ، ومن أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن فمات الموصي تبطل الوصية . وفي قاضي خان اوصى لثلاث إخوة متفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية لأنهم لا يرثون مع الأبن ، وإن كان له بنت مكان الابن جازت الوصية لأخ لأب ولأخ لأم ، ولا يجوز لأخ لأب وأم لأنه يرث مع البنت ، وإن لم يكن له ابن ولا بنت الوصية كلهـا للأخ لأب ، لأنه لا يرثه وتبطل الوصية لاخ لأب وأم ، ولاخ لام لانهما يرثانـه ، وكذا لو مات الابن والبنت .

(والهبة من المريض للوارث في هذا) أي في هذا الحكم (نظير الوصية) أي لأن الهبة والتذكير باعتبار الوصية ( لانها وصية حكماً ) أي من حيث الحكم ( حتى ينفذ من الثلث ) يعني كما أن في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثاً وقت الموت فكذلك في هبة المرتهن مرض الموت للورثة يعتبر كونه وارثاً بعد الموت ، لان هبته جعلت وصية من حيث الحكم بدليل انها تنفذ من الثلث إذا كانت للأجنبي فالوصية للأجنبي فنفذ من الثلث ، فكانت الهبـــة تمليكاً مضافاً إلى بعد الموت .

( وإقرار المريض للوارث على عكسه ) أي على عكس الحكم في الهبة ، يعني يعتبر كونه وارثاً عند الإقرار لا عند الموت ( لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار ) لا وقت الموت ، ولهذا لو أقر في مرض الموت لاجنبي بدين يصح من جميع المال وذكر

قال إلا أن تجيزها الورثة . ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه .
ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم .

---

في النهاية أن اعتبار وقت الإقرار دون الموت ليس على إطلاقه ، بل ذلك إذا كان كونه وارثاً بسبب حادث . وأما إذا كان كونه وارثاً بسبب كان وقت الإقرار فيعتبر كونه وارثاً وقت الموت أيضاً ، ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الاب صح الإقرار ، لان وارثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق ، وقبله كان عبداً أو كسب العبد لمولاه فهذا إقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلاتبطل بصيرورة الابن وارثاً بسبب حادث . ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبلهحتى صار الاخ وارثاً بطل إقراره عندنا لأنه لما كان وارثاً بسبب قائم وقت الإقرار تبين أن إقراره حصل لوارثه ، وذلك باطل انتهى .

وقال الأكمل رحمه الله أرى أن إطلاق المصنف رحمه الله يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر إقرار المريض كونه وارثاً عند الإقرار ، والعبد ليس بوارث عند الإقرار لكونه محروماً فلا يكون اقراراً للوارث وكلامه منافياً والأخ ليس بمحروم ، فيكون وارثاً عند الإقرار ، وإن كان محجوباً والإقرار للوارث باطل .

( قال ) أي القدوري ( إلا أن يجيزها الورثة ) هذا استثناء من قوله ولا تجوزالوصية لوارث إلا أن يجيزها الإيصاء للورثة ، فحينئذ يصح . وقال المصنف ( ويروى هذا الاستثناء ) أي الاستثناء الذي ذكره القدوري (فيما رويناه) أي في الحديث الذيرويناه وهو قوله ﷺ إن الله اعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث إلا ان يجيزها .. رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن رسول الله ﷺ هكذا .

قال الكاكي ورواه عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ هذا ، أي رواه الدارقطني ايضاً ، هكذا عن عبدالله بن عباس رضى الله تعالى عنهما . وقال الاترازي وفيه نظر وسكت ، ولم يبين وجه النظر فكأنه رأى في موضع أن هذا ضعيف فاقتصر على ما قاله قلت لفظ الدارقطني أن النبي ﷺ قال في خطبة يوم النحر لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ، وفي اسنادة حبيب بن الشهيد قال ابن عدي بعد أرجو أن حبيب بن الشهيد مستقيم الرواية .

( ولأن الامتناع لحقهم ) أي امتناع الوصية لحق الورثة ( فيجوز بإجازتهم ) لعدم

ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه ، وبطل في حق الراد . قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم ، فالاول لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ﴾ .. الآية ٨ الممتحنة . والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات . ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعد الممات . وفي الجامع الصغير الوصيــة لاهل الحرب باطلة ، لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم

---

المانع ( ولو أجاز بعض ) أي بعض الورثة ( ورد بعض ) أى لم يجز ( تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد ) لعدم رضاه .

( قال ) أى القدوري ( ويجوز أن يوصي المسلم الكافر والكافر للمسلم ) أراد بالكافر الذمي لا الحربي ، لأن الحربي لا يجوز له الوصية على ما يأتي ( فالأول ) وهو وصية المسلم للكافر ( لقوله تعالى ﴿ لا ينهاكم الله عن الذين لم يقــاتلوكم في الدين ﴾ الآية ٨ الممتحنة ) لأنهم إذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم فهذا بر منهم فالعدل معهم أن تبروهم انتم أيضاً بحسن المعاشرة والصلة بالمال ، كذا في التفسير والوصية لهم بالمال من العين، فكانت جائزة . وقال الفقيه ابو الليث « رح » في كتاب نكت الوصايا . وروى عن صفية بنت حي ابن زوجة رسول الله ﷺ أوصت بثلث مالها لأخيها وهو يهودي، وكان ذلك بحضر من الصحابة فلم ينكروا عليها .

( والثاني ) وهو وصية الكافر للمسلم ( لانهم ) أى أن أهل الذمة ( بعقد الذمــة ساووا المسلمين في المعاملات ، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة ، فكذا بعــد الممات ) وهذا لا خلاف فيه لاهل العلم . وأما وصية المسلم لاهل الحرب فقــد أشار اليه بقوله ( وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة ) وبه قال بعض أصحاب الشافعي «رح» . وقال مالك واحمد وأكثر أصحاب الشافعي يجوز ( لقوله تعالى ﴿ إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ﴾ .. الآية ٩ الممتحنة )﴿ وأخرجوكم من دياركم وظاهروا

في الدين ﴾ ... الآية ٩ الممتحنة . قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال حياته أو ردها فذلك باطل ، لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه بـــه فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد . قال ويستحب أن يوصي الانسان بـــدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ، لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لانـه استيفاء تمـام

---

على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ﴾ . قالوا في شرح الجامع الصغير ما يدل على الجواز . وذكر محمد في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم .

ووجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي أن يفعل ، وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك ، وأما وصية الحربي بعدما دخل دارنا بأمان فإنهـا جائزة ، لان له ولاية تمليك ماله في حياته . فكذا بعد وفاته على انه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم في ذلك منهى عما زاد على الثلث لحق ورثة المسلمين ، لانه معصوم عن الإبطال وورثة الحربي ليس كذلك .

( قال ) أي القدوري ( وقبول الوصية بعد الموت ، فإن قبلها الموصى له في حـــال حياته أو ردها فذلك باطل ، لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به ، فـلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد ) ألا ترى انه لو قال لامرأته أنت طالق غداً على الف فالقول والرد منها يعتبر بعد مجيء الغد

( قال ) أي القدوري ( ويستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث ، سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ) ولا يعلم فيه خلاف لقوله ﷺ لان تدع ورثتك اغنياء ... الحديث . وعن أبي بكر وعن عمر رضي الله تعالى عنهما أنهما قالا لان يوصي بالخمس أحب إلي من أن يوصى بالربـع ، ولان يوصي بالربـع أحب إلي من ان يوصى بالثلث ( لان في التنقيص ) أي من الثلث ( صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لانه استيفاء تمام

حقه، فلا صلة ولا منة .ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها . قالوا إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب ، وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح . ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا . وإن كانوا أغنياء ويستغنون بنصيبهم فالوصية أولى ، لانه يكون صدقة على الاجنبي ، والترك هبة من القريب ، والاولى أولى ،

---

حقه ، فلا صلة ولا منة ) لان الموصي إذا استوفى تمام حقه الذى هو الثلث لا يبقى له منة على ورثته ، ولا إيثار بالصلة .

( ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها . قالوا ) أي المشايخ ( إن كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى ، لما فيه من الصدقة على القريب . وقد قال عليه السلام ) أي قال النبي ﷺ ( أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ) هذا الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي ﷺ ولفظه أن أفضل الصدقة... ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سئل أي الصدقة أفضل ، فقال الصدقة على ذي الرحم الكاشح ، انتهى . والكاشح الذي يخفي عدوانه في كشحه ، والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع ، وإنما الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها . وكذلك في ذي الرحم الصديق .

ثم أعلم أن الأفضل أن يجعل وصية لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء ، وعليه أهل العلم . وقال ابن عبد البر لا خلاف فيه بين العلماء . وعن طاووس والضحاك تنتزع من الغير وترد إلى قرابته . وعن الحسن وجابر بن زيد يعطى الثلث للغير ويرد الباقي إلى قرابته.

( ولأن فيه ) أي في ترك الوصية إذا كانت الورثة فقراء ( رعاية حق )النفس( الفقراء والقرابة جميعاً ، وإن كانوا أغنياء ويستغنون بنصيبهم ) من الإرث ( فالوصية أولى ، لأنه يكون صدقة ) أي لأن الإيصاء بالثلث حينئذ بمنزلة الصدقة ( على الأجنبي والترك ) أي ترك الوصية بالثلث يكون ( هبة من القريب ، والأولى أولى )أي الصدقة على الأجنبي

لأنه يبتغي بها وجه الله تعالى . وقيل في هذا الوجه يخير الموصى لاشتمال كل منهما على فضيلة ، وهو الصدقة أو الصلة، فيخير بين الخيرين . قال والموصى به يملك بالقبول ، خلافاً لزفر ، وهو أحد قولي الشافعي . هو يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ،

---

أفضل ( لأنه يبتغى بها وجه الله تعالى ) لأنها صدقة في حياته .

( وقيل في هذا الوجه ) وهو ما إذا كانت الورثة أغنياء يستغنون بنصيبهم ( يخير الموصى لاشتمال كل منهما ) أي من الوصية والترك ( على فضيلة وهـو ) أي اشتمال الفضيلة ( الصدقة ) في حق الأجنبي ( أو الصلة ) في حق الورثة ، فإذا كان كذلك ( فيخير بـين الخيرين ) بكسر الخاء، يعني بين الخيارين . وفي شرح الطحاوي الأفضل لمن كان لهمـال قليل أن لا يوصى بشيء إذا كانت له ورثة ، والأفضل لمن كان له مال كثير أن لا يجـاوز الثلث فيما لا معصية فيه .

وفي خلاصة الفتاوى عن الإمام الفضلي إذا كانت الورثة صغاراً فترك الوصية أفضل ، قال هكذا روي عن أبي يوسف «رح» . وإن كانوا بالغين إن كانوا فقراء ويستغنون بثلثي التركة فالوصية أفضل . وقدر الاستغناء عن أبي حنيفة «رح » إذا ترك لكل واحـد من الورثة أربعة آلاف . وفي الموضع الذى أراد أن يوصي ينبغي أن يبدأ بالقرابة ، فإن كانوا أغنياء فالجيران .

( قال ) أي القدوري ( والموصى به يملك بالقبول ) تملك على صيغة المجهول ، وبـه قال جمهور العلماء إذا كانوا بالغين يمكن القبول منـه . أما إذا كان لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصره كبني هاشم أو على مصلحة مسجد أو حـج لم يفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن الوصيـة لهم كالوقف عليهم ( خلافـاً لزفر « رح » ) فإن عنده لا يتوقف على القبول ( وهو ) أى قول زفر ( أحد قولي الشافعي «رح» )وهو قول غير مشهور عنه .

( هو ) أي زفر «رح» ( يقول الوصية أخت الميراث ، إذ كل منهما خلافه ) أى لأن

ثم الارث يثبت من غير قبول ، فكذلك الوصية . ولنا أن الوصيه إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره إلا بقبوله . أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام ، فيثبت جبراً من الشرع من

---

كل واحد من الوصية والميراث خلافة بعد الموت ( لما أنه انتقال ) أى لما أن كل واحد من الإرث والوصية انتقال المال ( ثم الإرث يثبت من غير قبول ) فلا يرتد بالرد ( فكذلك الوصية ) .

( ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ) يعني لو أوصى بجميع ماله لإنسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصى له. ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لتثبت ولاية الرد في الصورتين جميعاً ، كما في الوارث ( ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره إلا بقبوله ) ورضاه .

ألا ترى أنه لو أوصى بثلث تراب في داره ، فلو ملكه الموصى له من غير رضاه لحقه ضرر بفعل الموصى ، لأنه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز . وذلك لأن نفوذ الوصية لمنفعة الموصى له ، ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر ،فإنه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقة بلا منفعة تعود اليه ، وأمثال هذا كثيرة .

( أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الأحكام ) أشار به إلى قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد بالعيب ( فيثبت ) أى الخلافة في الميراث ( جبراً من الشرع من غير قبول ) الوارث ، أى من غير اختيار منه شيئاً أو أبى ، وفي الوصية للموصى له الخيار ، ولهذا يرتد بالرد ، ولما ارتدت بالرد وافقت على القبول كالبيع والهبة. ثم القبول على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل ، فالصريح أن يقول بعد موت الموصي قبلت ، والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصى ، فيكون موته قبولاً لوصيته ، ويكون ذلك ميراثاً لورثته .

( قال ) أى القدورى ( إلا في مسألة واحدة ) هذا استثناء من قوله والموصى به

غير قبول . قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحساناً . والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول ، فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع . وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له . فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الاجازة . قال ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ، لان الدين مقدم على الوصية ، لانه أهم الحاجتين ، فانه فرض والوصية تبرع وأبداً يبدأ

---

يملك بالقبول ، يعني في المسألة المستثناة يملك بدون القبول ( وهي أن يموت الموصي ثم الموصى له قبل القبول ، فيدخل الموصى بـه في ملك ورثته استحساناً ، والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك ) أى ملك الموصي ( موقوف على القبول ) وقـد فات القبول بالفوت فبطلت الوصية ( فصار ) حكم هـذا ( كموت المشترى قبل قبوله بعد إيجاب البائع ) .

( وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما توقفت لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه ) لأن موته بـلا رد دليل القبول نظيره ( كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى إذا مات قبل الإجازة ) فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشترى ، فكذا هنا يكون الوصية موروثـة عن الموصى له .

( قال ) أى القدورى ( ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ، لأن الدين مقدم على الوصية ، لأنه أهم الحاجتين، فانه ) أى فان الدين ( فرض ) أي أداؤه (والوصية تبرع . وأبـداً يبدأ بالاهم فالاهم ، إلا أن تبرئه الغرماء ) أى أصحاب الديون ( لانـه لم

بالاهم فالاهم ، إلا أن يبرأه الغرماء ، لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها . قال ولا تصح وصية الصبي . وقال الشافعي تصح إذا كان في وجوه الخير ، لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم .

---

يبق الدين فتنفذ الوصية ) حينئذ ( على الحد المشروع ) وهو الوجه الذى ذكره ، وهو أن الورثة إما أن يكونوا فقراء أو أغنياء ( لحاجته إليها ) أى لحاجة الموصي الميت إلى الوصية . وقال الزمخشرى إنما قدم الوصية على الدين في قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين ﴾ ١١ النساء ، مع أن الدين مقدم شرعاً ، لما أن الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض، فكان إخراجها مما يشق على الورثة ولا يطيب أنفسهم بها ، فكان أداؤها مظنة للتفريط . بخلاف الدين وإن نفوسهم مطمئنة إلى أدائه ،فكذلك قدمت على الدين بعثاً على المسارعة إلى إخراجها ووجوبها مع الدين ، وكذلك جئ بكلمة أو لتسوية بينهما في الوجوب .

( قال ) أي القدوري ( ولا تصح وصية الصبي ) سواء مات قبل الادراك أو بعده وبه قال الشافعي «رح» في قوله واصحاب الظواهر وهوقول ابن عباس والحسن ومجاهد رحمهم الله.

( وقال الشافعي «رح» تصح )أى وصية الصبي ( إذا كان في وجوه الخير ) وبه قال مالك وأحمد وهو قول الشعبي والنخعي وعمر بن عبد العزيز وشريح وعطاء والزهرى وإياس وعبد الله بن عيينة . وقال ابن الجلاب البصرى المالكي في كتاب التفريع وصية الصبي المميز جائزة . وقال الغزالي في وجيزه ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذى لا يميز ، وفي الصبي المميز قولان .

( لان عمر «رض» أجاز وصية يفاع أو يافع ، وهو الذي راهق الحلم ) روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن ابيه أنه قيل لعمر بن الخطاب «رض» أن هاهنا غلاماً يافعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال ، وليس ها هنا إلا إبنة عم له ، فقال عمر «رض» فليوص لها ، فأوصى لها يافعاً لو لم يبرأ جسمه ، قال عمر «رض» فبيعت بثلاثين ألف درهم،وإبنة عمه هى أم عمرو بن سليم . ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن يحي بن سعيد عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم

ولأنه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى . ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله . ولأن قوله غير ملزم ، وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله ، والأثر محمول على أنه كان قريب

---

عن عمرو بن سليم الغافي أوصى وهو إبن عشر سنين أو ثنتي عشرة ببئر له قومت بثلاثين ألفاً فأجاز عمر «رض» وصيته . وقال البيهقي عمرو بن سليم لم يدرك عمر « رض » ، إلا أنه لم ينسب بصاحبه العصبة [١] .

قوله يفاع بفتح الياء آخر الحروف وبالفاء المخففة وبعد الألف عين مهملة . وفي الجمهرة غلام يفع ويافع ويفعه وقد أيفع يوفع إيفاعاً إذا تحرك وشب . والجمع إيفاع ويفاع قطعة من الجبل والعلة إيفاء فوقع عما حولها . وقال الكاكي غلام يفاع بمعنى يافع وجمعه يفعان ، ولا يقال صبي ولا يوفع وهو من النوادر . قلت ذكر في كتاب خلق الإنسان عن أبي عبيد قال بعضهم الحزور واليافع والمترعرع واحد . وإذا لم يبلغ الصبي الحلم قيل غلام يافع وجمعه أيفاع . وقال أبو عبيد قال الكسائي وهو على غير قياس ، والقياس أن يقال يوفع ، ويقال غلام يفعه .

( ولأنه ) أى ولأن إيصاء الصبي ( نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى ) أى القرب إلى الله تعالى والدرجة العليا ( ولو لم تنفذ ) أيصاؤه ( يبقى ) ماله ( على غيره ) أى على غير الصبي ، ولو نفذت يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله فكانت الوصية أولى .

( ولنا أنه ) أى ان إيصاؤه (تبرع ، والصبي ليس من أهله) أى من أهل التبرع ، ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحياة بالإجماع بالهبة أو الصدقة ، فكذلك لا يملكه بطريق الوصية أيضاً قياساً على الإعتاق .

( ولأن قوله غير ملزم . وفي تصحيح وصيته قول بإلزام قوله ) لأن الوصية لازمة بعد الموت ( والأثر ) أى الاثر الذي روى عمر بن الخطاب «رض» (محمول على أنه كان قريب

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

العهد بالحلم مجازاً ، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا ، وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه .

---

العهد بالحلم مجازاً ) أي من حيث المجاز ، يعني كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير مثله يسمى بالغاً مجازاً تسمية للشيء باسم ما كان عليه ( أو كانت وصيته ) جواب ثان عن الأثر المذكور ، أي أو كانت وصية يفاع المذكور ( في تجهيزه وأمر دفنه ، وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته ) هذا جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه إلى نفسه في نيل الزلفى ( كما بيناه ) أي عن قريب من قوله وإن كانت الورثة فقراء ... إلى آخره .

وقال الاترازى وفي الجواب عن حديث عمر « رض » تخبيط جواب المشايخ ، وبين ذلك بالجوابين اللذين ذكرهما المصنف «رح» ، ثم قال وفيهما نظر عندي ، لانه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بماله ، فكيف يسمى ذلك وصيته تجهيز نفسه . وكيف يقال يحتمل أنه كان أدرك ، لكن سمي غلاماً مجازاً لانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاماً يحتلم انتهى . قلت نسبة التخبيط في هذا إلى نفس الامر إلى المصنف ، لان الوجهين المذكورين هو الذى ذكرها . وأجاب الاكمل عنه بقوله بأن قوله كان غلاماً محتلم ، يعني اليافع حقيقة ، فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه . وقوله أنه أوصى لابنة عم له بماله لا ينافي أن يكون فيما يتعلق بتجهيزه ودفنه ، انتهى .

وقال الاترازى « رح » الجواب الصحيح وطول فيه ، وملخصه أن من أدرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في إجماع الصحابة حتى لا يتم إجماعهم مع خلافه ، ثم روى أصحابنا في كتبهم عن الشعبى والنخعي والحسن أنهم قالوا لا تجوز وصية المراهق فبطل الإحتجاج بالاجماع ، لانه لا إجماع للصحابة مع خلافهم ، فبقي تعليل الصحابي ، وهو ليس بواجب عند الخصم ، فكيف يحتج به على غيره ، انتهى . والجواب الصحيح ما قاله الطحاوى ، والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل ، لان رواية عمرو بن سليم وهو ممن لم يلق عمر «رض» وأبلغ من هذا ما قاله ابن حزم أن هذا الاثر لم يصح عن عمر «رض» وخالفه ابن عباس « رض » ،

والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لايملكه ولا وصية. وإن كان يتفق نافعاً في بعض الأحوال . وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة . وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور بأهليته ، فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق

---

وهو أيضاً مخالف لقوله تعالى ﴿ وابتلوا اليتامى ﴾ . الآية ، فإنها تدل على أن الصبي ممنوع من ماله . وفي المبسوط والمرسل وإن كان مقبولاً عندنا لكنه خالف عموم قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث ... الحديث . قال الأكمل وفيه نظر ، لأن المراد بالقلم التكليف ، وما نحن فيه فليس منه فليتأمل .

( والمعتبر في النفع والضرر ) هذا تنزل في الجواب كأنه يقول سلمنا أن الوصية يحصل الثواب دون تركها ، لكن المعتبر به في النفع والضرر ( النظر إلى أوضاع التصرفات ) يعني يعتبر في التصرفات أصل الوضع لا الأحوال ، والوصية في أصل الوضع مزيل للملك وقد يقع النفع فيها في بعض الأحوال ، وقد لا يكون فيه نفع كان أوصى لفاسق ينفق ذاك المال في الفسق ، وهذا إعانة على المعصية لا ينبغي في نيل الزلفى ( لا إلى ما يتفق بحكم الحال ) يعني لا النظر إلى ما يتفق بحكم الحال من العوارض اللاحقة ( اعتبره ) أي اعتبر ما ذكرنا ( بالطلاق فإنه ) أي فإن الصبي ( لا يملكه ) أي لا يملك طلاقه وإن طلق ( ولا وصية . وإن كان يتفق نافعا في بعض الأحوال ) أي ولا يملك وصيته أيضاً وإن نصب مانعاً في بعض الأحوال بأن يطلق امرأة معسرة شرعاً ويتزوج بأختها الموسرة الحسنى ، أو يطلقها بأن كانت زانية سليطة ويتزوج بالصالحة ، لأن ذلك من العوارض والوصية في الأصل تبرع ، والصبي ليس من أهله .

( وكذا إذا أوصى ) أي الصبي بوصية ( ثم مات بعد الإدراك لعدم الأهلية وقت المباشرة ) أي وقت مباشرة الوصية ( وكذا إذا قال إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية ) لا يجوز ( لقصور أهليته فلا يملكه ) أي الإيصاء ( تنجيزاً وتعليقاً ) أي من حيث التنجيز

والعتاق . بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة ، والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه . قال ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ، لأن ماله لا يقبل التبرع . وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح . وعندهما تصح رداً لها إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه ، قال وتجوز الوصية للحمل

---

كما في الوجه الأول ، ومن حيث التعليق كما في الوجه الثاني ( كما في الطلاق والعتاق)حيث لا يملكهما تنجيزاً ولا تعليقاً .

( بخلاف العبد والمكاتب ) يعني إذا قال العبد أو المكاتب إذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح ( لأن أهليتهما مستتمة ) أي تامة ( والمانع حق المولى فتصح إضافته إلى حال سقوطه ) أي سقوط المانع .

( قال ) أي القدوري ( ولا تصح وصية الكاتب وإن ترك وفاء ، لأن مـاله لا يقبل التبرع ) ولهذا لا يصح عتقه وهبته ( وقيل على قول أبي حنيفة «رح» لا تصح ، وعندهما تصح رداً لها ) أي قياساً لهذه المسألة ( إلى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك ، والخلاف فيها معروف عرف في موضعه ) أي من باب الحنث في تملك المكاتب والمأذون في ايمان الجامع الكبير وما عرف ثمـة هو أن المكاتب إذا قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبى حنيفة، وعتق عندهما.

لهما أن ذكر الملك إلى ملك الظاهر للاعتاق وهو ما بعد الحريـة . ولأبي حنيفة أن للمكاتب وعين من الملك أحدهما إلى ظاهر ، وهو ما قبل العتاق . والثاني غير ظاهر وهو ما بعد العتاق فيضرب اليمين الظاهر دون غير الظاهر .

( قـال ) أي القدوري ( وتجوز الوصية للحمل ) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالحمل ) كما إذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المـولى ( إذا

وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية . أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه ، لأنه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته ، إلا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك . بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه ليملكه شيئاً . أما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية ، وبابها أوسع

---

وضع لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ) أراد أنه إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ، ومعرفة ذلك بأن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الأسبيجابي في شرح الكافي من وقت موت الموصي على ما ذهب إليه الفقيه أبو الليث رحمه الله عليهم ، واختاره صاحب النهاية .

( أما الأول ) وهو الوصية للحمل ( فلأن الوصية استخلاف من وجه ) دون وجه ( لأنه يجعله خليفة في بعض ماله ) بعد موته إلا أنه يملكه في الحال ( والجنين صلح خليفة في الإرث ، فكذا في الوصية إذ هي أخته ) أي لأن الوصية أخت الإرث إلا أنه جواب عما يقال لو كانا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده ، وتقرير الجواب هو قوله ( إلا أنه ) أى إن فعل عقد الوصية أو الإيصاء ( يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك ) دون الميراث تقدم ذلك فيه .

( وبخلاف الهبة ) متصل بقوله وتجوز الوصية بالحمل ، يعنى أن الهبة بالحمل لا تصح ( لأنها ) أى لأن الهبة ( تمليك محض ) والجنين ليس بصالح لذلك ( ولا ولاية لأحد عليه ) أى على الجنين ( ليملكه شيئاً ) لانه لا حاجة له قبل الانفصال.

( وأما الثاني ) وهو الوصية به ( فلأنه ) أى الحمل ( بعرض الوجود ) أى بعرضية الوجود ( إذ الكلام فيما إذا علم وجوده إلى وقت الوصية ) فإن وضع المسألة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت ، وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة ولقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهراً لأنه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يصير

لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة ، فلأن تصح في الموجود أولى . قال ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء ، لأن إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً ، فإذا أفرد الام بالوصية صح إفرادها .

---

موجوداً ، وإذا كان موجوداً ، لا يكون بعرض الوجود. والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح الورود القبض عليه ومعنى قوله إذا علم وجوده حقيقة ، وكونه في بطن الأم فاندفع التناقض ( وبابها ) أي باب الوصية ( أوسع لحاجة الميت وعجزه ، ولهذا ) أي ولأجل ذلك ( تصح ) أي الوصية ( في غير الموجود كالثمرة، فلأن تصح في الموجود اولى ) إيضاح ذلك فيما قاله الكرخي في مختصره في رجل أوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من الثلث ثم مات فإن أبا حنيفة قال في ذلك إن كان فيه ثمرة فليس له إلا تلك الثمرة ، وإن لم يكن فيه ثمرة ثمرته أبداً من الثلث . وإن أوصى بغلته فله غلته أبداً من الثلث ، لأن الغلة على الابد والثمرة على القائمة بعينها ليس له غيرها . وإن كان البستان ليس له مال غيره وأوصى بغلته لرجل أبداً وفيه ثمرة أو ليس له فيه ثمرة فهو سواء ، له ثلث الثمرة التي فيه ، وثلث ما يستقبل من ثمره .

( قال ) أي القدوري (ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) يعني تكون الجارية للموصى له بها ، ويكون الحمل للورثة ( لان إسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ) أي من حيث اللفظ ، أي من حيث اللغة ، لانه لا يفهم منها فإذا كان كذلك صح إقرار الام بالايصاء باستثناء الحمل ( ولكنه يستحق بالاطلاق تبعاً ) هذا جواب عما يقال لا نسلم أن إسم الجارية لا يتناول الحمل ، فإنه لو لم يبين استحقه الوصي له . ولو لم يتناول لما استحقه كغيره من أمواله . وتقرير الجواب بأنه يستحق الحمل بالاطلاق ،يعني لم يتناوله بالعموم ، بل يستحق إذا أطلق الموصى عن قيد الافراد .

( فاذا أفرد الام بالوصية صح إفرادها ) يعني إذا أفرد الام لم يبق مطلقاً بل تقيدت

ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه ، وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه ، إذ لا فرق بينهما . وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية، لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة . ولان القبول يتوقف على الموت ، والايجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع

---

الام بالافراد فصحت الوصية بها لا مفردة (ولانه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه ) ولهذا لو قال لفلان علي ألف درهم إلا قفيز حنطة صح الاستثناء وإن كان صدر الكلام لا يتناولها ( إذ لا فرق بينهما ) أي بين صحته إفراد العقد عليه ، وبين الاستثناء ، لان كل واحد منهما يتعلق بكونه معلوماً ( وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه ) كما في شراء جارية إلا حملها ( وقد مر في البيوع ) أي في باب البيع الفاسد .

( قال ) أي القدوري ( ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية ، لانه ) أي لان الوصية على تأويل الايصاء . وفي بعض النسخ لانها ، فلا يحتاج الى التأويل ( تبرع لم يتم ) لانه مضاف الى ما بعد الموت ، والتبرع النافذ وهو الهبة يحتمل الرجوع ، فالمضاف أولى . واجتمع أهل العلم على جواز الرجوع للموصي في جميع ما أوصى كله أو بعضه ( فجاز الرجوع عنه كالهبة ، وقد حققناه في كتاب الهبة ) أي قد حققنا هذا في كتاب الهبة ، الا أن الكلام في الاعتاق اذا أوصى به فالاكثرون على جواز الرجوع في الوصية ، وهو قول الائمة الاربعة وعطاء وجابر بن زيد والزهري وقتادة واسحاق وأبي ثور . وروي عن عمر «رض» أنه قال يغير الرجل ما شاء من وصيته ولم يعلم له مخالف حل محل الاجماع . وعن الشعبي وابن سيرين وابن شبرمة والنخعي يغير منها ما شاء الا العتق .

( ولان القبول ) في الوصية ( يتوقف على الموت ) أي موت الموصي ( والايجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع ) فانه يجوز فيه رجوع البائع قبل قبول المشتري

قال وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً . أما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة لانها تعمل على الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت . وصار كالبيع بشرط الخيار ، فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة . ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك ، فإذا فعله الموصى كان رجوعاً وقد عددنا هذه الافاعيل

---

( قال ) أي القدورى ( واذا صرح بالرجوع ) بأن قال رجعت من وصيتي لفلان ( أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً ) وفي الذخيرة الرجوع ثلاثة أنواع ، أحدها استهلاك الموصى به حقيقة أو حكماً كما أوصى بثوب فقطعه وخاطه قميصاً أو بقطن فغزله ونسجه ، أو بحديدة فصنعها سيفاً فهذه التصرفات ، استهلاك حكماً . ألا ترى أن حق المغصوب منه ينقطع بهذه التصرفات ونوع من ذلك أن يخلطه بغيره خلطاً ، أي لا يمكن التميز أصلا كالسويق اذا لته بسمن ونوع من ذلك ان يحدث نقصاناً فيه حتى خرج من هيئة الادخار والبقاء الى يوم الموت بأن كان شاة فذبحها . واما الرجوع ضرورة بأن يتغير الموصى به ويتميز اسمه ، لانه لا يبقى بهذا موصى به بذلك الى يوم الموت ، كما لو أوصى بحنطة فهبت الريح في طاحونة فصارت دقيقاً قبل موت الموصي بطلت الوصية ،أو أوصى بالكفرى في نخلة فصارت رطباً ، او اوصى بعنب فصار زبيباً، او اوصى ببيض فحضنت دجاجة عليها فأخرجت فراريج بطلت الوصية . ولو كان التغير في هذه المسألة بعد موت الموصي قبل قبول الوصية او بعده لا تبطل الوصية ، لان التغير حصل بعد تمام الوصية فلا يوجب بطلانها .

( اما الصريح فظاهر ، وكذا الدلالة ) أي وكذا الرجوع بالدلالة ( لانها تعمل عمل الصريح ، فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار ) للمشترى ، فانه اذا فعل فعلا مما يدل على ابطال خياره تبطل ( فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ) كما يبطل بالصريح (ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك) نحو قطع الثوب وخياطته بعد قصه ، فانه يضمن قيمته وينقطع حق الملك عنه ( فاذا فعله الموصى ) أى

في كتاب الغصب . وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله ، مثل السويق يلته بالسمن ، والدار يبني فيه الموصي والقطن يحشو به ، والبطانة يبطن بها ، والظهارة يظهر بها ، لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكنه نقضها . لأنه حصل في ملك الموصي من جهته ، بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها ، لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع .

---

فان فعل هذا الفعل الذى ينقطع به حق المالك ( كان ) فعله هذا ( رجوعاً ) عن الوصية (وقدعددناهذه الافاعيل في كتاب الغصب ) الافاعيل جمع فعل على غير القياس . وكأنه جمع افعولة كأنه كالاباطيل جمع باطل . وفي الحقيقة كأنه جمع أبطولة .

( وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ) بحيث لا يمكن تميزها ( ولا يمكن تسليم العين الا بها ) اى الا بتلك الزيادة ( فهو رجوع ) عن الوصية ( اذا فعله ) اى اذا فعل ذلك الفعل ثم ذكر لها صور بقوله ( مثل السويق يلته بالسمن) اى يخلطه (والدار ) أى ومثل الدار الموصى به ( يبني فيها الموصي ، والقطن يحشو به ) اى مثل قطن الموصى به يحشو به جبة ونحوها ( والبطانة ) اى ومثل البطانة الموصى بها ( يبطن بها والظهارة ) اى ومثل الظهارة الموصى بها ( يظهر بها ) اى يجعلها تحت الظهارة ( لانه لا يمكنه ) اى لا يمكن ( تسليمه ) اى تسليم شيء من هذه الاشياء ( بدون الزيادة ) وهو ظاهر ( ولا يمكنه نقضها ) اى ولا يمكن نقض هذه الاشياء ( لانه حصل في ملك الموصي ) وتصرف في ملكه ( من جهته) لا من جهة غيره .

( بخلاف تجصيص الدار الموصى بها ) اى تبييضها بالجص ( وهدم بنائها ) حيث لا يكون رجوعاً عندنا ، وعند الائمة الثلاثة يكون رجوعاً ، لانه تصرف اوجب بغير الموصى به ، ودليلنا هو قوله ( لانه تصرف في التابع ) وهو البناء والتصرف في التابع لا يدل على اسقاط الحق على الاصل في التجصيص ، لانه بناء ، والبناء تبع . وكذا لو

كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجـــع فيه ، لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أزاله كان رجوعاً ، وذبح الشاة الموصى بها رجوع ، لأنه للصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا المعني أصلاً أيضاً . وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ، لأن من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عـــادة ، فكان تقريراً . قال وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد . وقـــال أبو يوسف يكون رجوعاً ، لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والإنتفاء في الحال ضرورة ذلك . وإذا كان

---

غسل الثوب الموصى به (وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع) عن الوصية.

( كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه ) اى فيا وهبه ، لان البيع والهبة اوجبا زوال ملكه ، فمحال ان تبقى الوصية معه ( لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه ، فاذا أزاله كان رجوعاً وذبح الشاة الموصى بها رجوع ، لانه ) اى لان ذبحه ( للصرف الى حاجته عادة ، فصار هذا المعنى اصلا أيضاً ) أراد بهذا المعنى هو التصرف لحاجته ( وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً ، لان من أراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريراً ) أي فكان تقديراً ، أي فكان غسل الثوب الموصى بـــه تقريراً للوصية . وفي وجه للشافعية يكون رجوعاً ، وهذا هو الأقراب ، لأن التعليل المذكور ضعيف ، لأن من أراد أن يوصي ثوباً جديداً ويعطي الآخر ثوباً جديداً لا يغسله عادة على ما لا يخفى .

( قال ) أي القدوري ( ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً ، كذا ذكره محمد . وقال أبو يوسف «رح» يكون رجوعاً ، لأن الرجوع نفي في الحال ) أى نفي للوصية في الحال ( والجحود نفي في الماضي والحال ، فأولى أن يكون رجوعاً . ولمحمد «رح» أن الجحود نفي في الماضي والإنتفاء في الحال ضرورة ذلك ) يعني أن الجحود لمـا كان نفياً في الماضي

ثابتاً في الحـــال كان الجحود لغواً ، أو لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال ، والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ، ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقـــة . ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً ،

---

والإنتفاء في الحال ضروري ، فيكون النفي في الماضي تضمناً للانتفاء في الحال ضرورة .

( وإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً ) لكونه كاذباً جحوده أن الفرض أنـــه أوصى ثم جحد وكان النفي في الماضي باطلاً ، فيبطل ما هو من ضرورة وهو الإنتفاء في الحال ، فكان الجحود لغواً .

واعلم أن القدوري لم يذكر الخلاف في مختصره في هذه المسألة ولم يذكر خلاف محمد أيضاً في كتبه ، ولكن جعل الجحود رجوعاً في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعاً في الجامع الكبير ، فمن هذا اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال في المسألة روايتان . ومنهم من قال ما ذكره في الجامع جواب القياس . وما ذكره في كتاب الوصايا جـواب الاستحسان ، كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير .

( أو لأن الرجوع ) دليل آخر ، أي ولأن الرجوع عن الوصية ( إثبات في الماضي ) أي إثبات الوصية في الماضي ( ونفي في الحال ) أي نفي للوصية في الحال ( والجحود نفي في الماضي والحال جميعاً فلا يكون رجوعاً حقيقة ) للمنافاة بين الإثبات والنفي ( ولهذا ) أي ولأجل كون الجحود نفياً في الماضي والحال ( لا يكون جحود النكاح فرقـة ) أي طلاقاً ، لأن الطلاق يعني في الحال دون الماضي . وقـال الأكمل لا يكون جحود النكاح فرقة يعني مستعاراً للطلاق ، لأن الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي ، والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر .

( ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعاً ) هذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل الجامع الكبير لا مسألة تأخير الوصيـة ( لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل ) يعني وصف الوصية بأنها حرام أو ربا يقتضي كون أصل الوصيـة

لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل . بخلاف ما إذا قال فهي باطلة ، لأنه الذاهب المتلاشي ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً ، لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين . بخلاف ما إذا قال تركت ، لأنه إسقاط . ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة . بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر ، لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها . وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن

---

باقياً ، لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها بالموصوف ، فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربا دليل الرجوع .

( بخلاف ما إذا قال فهي باطلة ) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة دليل الرجوع ( لأنه الذاهب المتلاشي . ولو قال أخرتها لا يكون رجوعاً ) أي ولو قال كل وصية أوصيت بها أخرتها لا يكون رجوعاً عن الوصية ( لأن التأخير ليس للسقوط) يعني لا يدل على السقوط ( كتأخير الدين ) فإنه لا يسقط به .

( بخلاف ما إذا قال تركت ) بأن قال كل وصية أوصيت بها تركت ( لأنه ) أي لأن الترك ( إسقاط ) ألا ترى أنك لو قلت لرجل لك عليه دين قال تركت عليك ديني كان تركاً ( ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان ، كان رجوعاً ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة ) قيل لأنه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك ، وإنما جعل تلك الوصية بعينها لغيره.

( بخلاف ما إذا أوصى به لرجل . ثم أوصى به لآخر ) بأن قال أوصيت بهذا العبد لهذا الرجل . ثم قال أوصيت به لهذا الرجل ولرجل آخر لا يكون رجوعاً ( لأن المحل يحتمل الشركة ، واللفظ صالح لها ) لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبد واحد .

( وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي ) بأن قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي

الأول لما بينا . ويكون وصية للوارث وقـــد ذكرنا حكمه . ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصيـة الأولى على حالهـــا ، لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونهـــا للثاني ، ولم يتحقق فبقي للأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مـات قبل موت الموصي فهي للورثـة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع ، والثانيـة بالموت ، والله أعلم .

---

لفلان وارثي ( يكون رجوعاً عن الأول لما بينا ) أشار به إلى التعلل المذكور بقوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة إلى آخرة ( ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ) وهو أن يكون للوارث إذا أجازها الورثة ، وإن لم تجز الورثة يكون ميراثاً .

( ولو كان فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الاولى على حالها ) يعني لو قال كل وصية أوصيت بها لفلان الآخر حين أوصى له ميتاً لم يصح الرجوع ، لانـه لم يصح النقل عن الوصية الاولى لأن الوصيـة للميت باطلة ، فصار كأنه لم يوص لاحد بعد الوصية الاولى لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ، ولم يتحقق فبقي الأول . ولو كان فلان حين قال ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة ) أي لورثة الموصي (لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع ) أي برجوع الوصي عنها ( والثانية بالموت ، والله أعلم ) أي بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي .

# باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ، لأنه يضيق الثلث عن حقهما ، إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة على ما تقدم ، وقد تساويا في سبب الإستحقاق فيستويان في الإستحقاق والمحل يقبل الشركة ، فيكون بينهما . وإن أوصى لأحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ، لأن كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهماً والأكثر سهمين ، فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الاقل ،

---

( باب الوصية بثلث المال )

أي هذا باب في بيان حكم الوصية بثلث المال .

( قال ) أي القدوري ( ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما ، لأنه يضيق الثلث عن حقهما إذ لا تزاد عليه ) أي على الثلث ( عند عدم الإجازة على ما تقدم ) من عدم الجواز بأكثر من الثلث ( وقد تساويا في سبب الاستحقاق ) وهو الإيصاء بالثلث (فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة،فيكون بينهما ) أي بين الموصى لهما بالثلث .

( وإن أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثاً ،لأن كل واحد منهما يدلي ) من ادليت الدلو في البئر إذا أرخيته فيها ( بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون ، فيجعل الاقل سهماً ، والاكثر

وسهمان لصاحب الاكثر. وإن أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما. وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان، ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة. لهما

---

سهمين، فصار ثلاثة اسهم، سهم لصاحب الاقل) أي لصاحب القليل (وسهمان لصاحب الاكثر، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة أسهم عندهما) اعتباراً لعدم حالة الإجازة بحالة الإجازة، وفيها تصح المسألة من أربعة، لأنهما يقولان بطريق القول. وفي المسألة الثلث والكل واحد يخرج له ثلث صحيح ثلاثه، واحد مما يدعي عليه، وهو واحد والموصى له بالكل يدعي جميع الثلاثة فتؤول إلى أربعة. وكذا إذا لم يجيزوا يجعل الثلث لجميع المال في حق القسمة، وإذا صار الثلث إلى أربعة فجميع المال اثني عشر.

(وقال أبو حنيفة «رح» الثلث بينهما نصفان ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث) الحاصل أن عند أبي حنيفة لا يضرب الموصى له عند عدم الإجازة بأكثر من الثلث، وبه قال أبو ثور وابن المنذر، وعندهما يضربون بعدد سهامهما في الثلث عند عدم الإجازة، وبه قالت الائمة الثلاثة والحسن والثوري والنخعي وابن أبي ليلى وإسحاق (إلا في المحاباة) صورتها عبدان لرجل قيمة احدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع احدهما لفلان بمائة، والآخر لفلان بمائة. فان حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية، لأنه في حال المرض، فان لم يكن غيرهما ولم يجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث، فتكون بينهما اثلاثاً يضرب الوصي له بألف بحسب وصيته وهي الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي بخمسمائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بألف في اكثر من خمسمائة.

(والسعاية) صورتها أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرها إذا اجازت الورثة عتقا جميعاً، وإن لم يجيزوا من الثلث وثلث ماله

في الخلافيـــة أن الموصي قصد شيئين ، الإستحقاق والتفضيل ، وامتنع الاستحقاق لحق الورثــة ، ولا مانع من التفضيل ، فيثبت كما في المحاباة وأختيها . وله أن الوصيـــة وقعت بغير المشروع عند عد م الاجازة من الورثة ، إذ لا نفاذ لها بحـــال ، فيبطل أصلاً . والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانـه كالمحاباة الثابتة

---

ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمتـــه ألفان ويسعى في الباقي ، والثلث للذى قيمته ألف ويسعى في الباقي .

( والدراهم المرسلة ) أى المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين ولآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم يجز الورثة ، فانه يكون بينهما اثلاثاً كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته ، لأن الوصية في مخرجهما جمع صحيحة لجواز أن يكون له مـال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ، ولا كذلك فيما إذا وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف مـــاله ، أو بجميع ماله ،لأن اللفظ في مخرجه لم يصح ، لأن ماله اكثر وخرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا تخرج من الثلث .

( لهما ) أى لأبى يوسف ومحمد « رح » ( في الخلافيـة ) أى في المسألة الخلافية ( أن الموصي قصد شيئين الاستحقاق ) فيما زاد على الثلث على الورثة ( والتفضيل ) أى تفضيل بعض اهل الوصايا على بعض ( وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ، ولا مانع من التفضيـــل ، فيثبت كما في المحاباة واختيها ) وهما السعاية والدراهم المرسلة .

( وله ) أى ولأبي حنيفة « رح » ( أن الوصيـــة وقعت بغير المشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا نفاذ لها بحال ) لأن الوصية فيما زاد على الثلث ، لأنه لا يملك ذلك عند عدم إجازة الورثة ( فتبطل ) أى الوصية ( أصلاً ، والتفضيـــل يثبت في ضمن الإستحقاق فيبطل ببطلانه ) أى يبطل الفضل ببطلان الاستحقاق ، لأنه إذا بطـــل الإستحقاق بطل فيما ضمنه ( كالمحاباة الثابتة في ضمن البيـع )إذا صح البيع صحت المحاباة وإذا بطلت بطلت .

في ضمن البيع . بخلاف مواضع الاجماع ، لان لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة ، فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف مانحن فيه. وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث ، لان هناك الحق تعلق بعين التركة ، بدليل أنه لو هلك واستفاد مالاً آخر تبطل الوصيـــة ، وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين

---

( بخلاف مواضع الإجماع ) يعني المحاباة وصية ( لأن لها ) أى الوصية (نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة ) فيجوز خروج الألف من الثلث يكون المال كثيراً بالإكتساب قبل الموت ، فيخرج هذه الوصايا من الثلث ، وهو معنى قوله ( فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه ) وهو ما إذا اوصى بجميع المال لواحد والآخر بالثلث حيث لا يصح ، لأن ماله وإن كثر لا يخرج ذلك من الثلث ، فعلم أن الوصية لم تصح في مخرجه .

( وهذا بخلاف ما إذا اوصى بعين من تركته ) هذا صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها ، وهو أنه إذا اوصى بعين من التركة مثل عبد أو فرس له أو ثوب مثلا ( وقيمته تزيد على الثلث ، فانه ) أى فان الموصى له ( يضرب بالثلث ) ولا يضرب بأكثر منه .

( وإن احتمل أن يزيد المال ) باكتساب هذا العبد مالاً فتصير رقبته مساوية لثلث المال ، أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال ( فيخرج من الثلث ، لأن هناك الحق ) أى حق الموصى له ( تعلق بعين التركة بدليل أنه ) أي عين التركة ( لو هلك واستفاد مالاً لآخر تبطل الوصية ، وفي الألف المرسلة لو هلكت التركة ) وحق الورثة ايضاً يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث ، فتبطل التركة ( تنفذ فيما يستفاد ، فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة ) فلا يلزم بطلانه ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة ،

ما تعلق به حق الورثة . قال وإذا أوصى بنصيب ابنـــه فالوصية باطلة . ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز ، لان الاول وصيته بمال الغير ، لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصيـة بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره . وإن كان يتقدر به فيجوز . وقال زفر يجوز في الاول أيضاً ، فنظر إلى الحال والكل ما له فيـــه . وجوابه ما قلنا . قال ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهـــام الورثة إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ، ولا يزاد عليه ،

---

ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلثين .

( قال ) أي القدوري (وإذا اوصى بنصيب ابنه ) أي وإن اوصى ( فالوصية باطلة) وبه قال اصحاب الشافعي وأحمد ، وهذا إذا كان الابن موجود ، وإن لم يكن له ابن سحت ( ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز ) وفي بعض النسخ وإن اوصى ( لأن الاول ) وهو الذي اوصى بنصيب ابنه ( وصيته بمال الغير ، لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت ) أي بعد موت الموصي .

( والثاني ) وهو الوصية بمثل نصيب ابنه ( وصيته بمثل نصيب الابن ، ومثل الشيء غيره ، وإن كان يتقدر به فيجوز ) سواء كان له ابن أو لم يكن .

( وقال زفر تجوز في الاول أيضاً ) رواه الحسن بن زياد عنه ( فنظر إلى الحال ) أي بالنظر إلى حال الوصية . وفي بعض النسخ ينظر إلى الحال ، أي حال الوصية ، فان المال سهم في ذلك الحال لكونه حياً بعد، وهو معنى قوله (والكل ماله فيه) أي مال الموصى، فينصرف فيه كيف شاء ( وجوابه ) أي جواب زفر « رح » ( ما قلنا ) وهو قوله لأن الاول وصيته بمال الغير .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة ) المراد بأخس الانصباء اقلها ( إلا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ) أي على

وهذا عند أبي حنيفة . وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث إلا أن يجيز الورثة ، لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية ، والاقل متيقن بــه فيصرف إليه إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ، لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة.

---

السدس ( وهذا عند أبي حنيفة ) وبه قال أحمد في روايــة ومالك في قول . وقال بعض اصحاب مالك ويعطى له الثمن . وقال أحمد في رواية يعطى لهـــم سهم مما يصح منه الفريضة ، وهذا قول شريح .

( وقالا ) أى قال أبو يوسف ومحمد « رح » (له ) أي للموصى له بالسهم من ماله (مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث ، إلا أن يجيز الورثة ) وقال الشافعي وابن المنذر يعطيه الورثة ما شاء ، ولأن ذلك يقع عليه السهم ، كما لو أوصى بخبز أو حنطة ( لأن السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفاً لا سيا في الوصية ) لأن الوصيـــة أخت الميراث ( والاقل متيقن به فيصرف إليه ، إلا إذا زاد على الثلث فيرد عليه ، لأنه لا مزيد عليـه عند عدم إجازة الورثة ) .

قال الكاكي اعلم أن في نسخ شروح الجامع الصغير والمبسوط لم يذكر قوله إلا أن ينقص عن الثلث فيتم له ، بل قال فيها فله احسن سهام الورثــة ، ولا يزاد على السدس إلا أن يجيزه الورثة، فكذا في غيره . وعلى رواية شروح الجامع ينقص عن السدس ولا يزاد على السهم ، فعلم أن هذا سهو وقع من المكاتب وجعــل حكم الافضل حكم الجامع ، وعن هذا الحق لهذا الوضع الإمام جلال الدين المصنف « رح »، وقد طول الاترازي هنا بالنقل عن الكتب ، فقال محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال إذا اوصى لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب احد الورثة ، إلا أن يكون ذلــك اكثر من السدس فيكون له السدس .

وقال أبو يوسف ومحمد له مثل نصيب احد الورثــة ، إلا أن يكون اكثر من الثلث ، ولا يجوز له إلا الثلث إلا أن يسلم الورثة ، هذا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير . وقال

القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة إذا اوصى بسهم من مالـه فإنه يزاد على سهام الورثة احسن انصبائهم ، فيعطى الموصى له ما لم يجاوز السدس، فإن جاوزه لم يزد عليه، قال هذا رواية الاصل . وفي الجامع الصغير لم ينقص عن السدس إلى هنا لفظ التقريب .

وقال الطحاوي في مختصره ومن اوصى لرجل بسهم من ماله فإن أبا حنيفة كان يقول إن كانت الفريضة اقل من ستة اسهم كان له السدس ، وإن كانت الفريضة اكثر من ستـة اسهم كان له احسن سهام الورثة .

وقال أبو يوسف ومحمد له مثل احسن سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث ، فان جـاوز الثلث جاز له منه الثلث ، ولم يجز له سواه ، انتهى . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اوصى بسهم من ماله فعند أبي حنيفة ينظر إلى سدس جميع المال ، وإلى آخر بسهام الورثة أيهما كان اقل فله ذلك .

بيـان هذا إذا كانت الفريضة من اربعـة أو من ثلاثة فالسدس اقل من اخس سهام الورثة فيعطى أياه . ولو كانت الفريضة اكثر من ستة فلا يعطى له السدس ، وإنما يعطى له اخس سهام الورثـة . وعند أبي يوسف ومحمد يعطى اخس سهام الورثة في الأحوال كلها إلا إذا جاوز اخس سهـام الثلث ، فحينئذ يعطى له الثلث ولا يعطى الاخس . وكذلك هذا الاختلاف فيمن اقر بسهم من داره لفلان عند أبي حنيفـة يقع ذلك على سدس داره . وعندهما السير إلى المقر ، وكذلك لو اعتق سوماً من عبده عند أبي حنيفـة يعتق سدسه . وعندهما يعتق كله ، لأن العتق عندهما لا يتجزأ ، كذا في شرح الطحاوي. وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وحاصله أن السهم اسم السدس عند أبي حنيفة وعندهما اسم الجزاء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس ، انتهى .

وقال الاكمل واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلف اختلافـاً كثيراً لا نكاد نعلم منه شيء . وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير . وفي الكافي فعلى رواية الجامع الصغير جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم تجز الزيادة على السدس ولم يجز النقصان عن السدس . ورواية المصنف مخالف كل واحد منها ، لأن

وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى . ولأنـــه يذكر ويراد به السدس ، فإن إياساً قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى مـــا ذكرنا . قالوا هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنا

---

قوله إلا أن ينقص من السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط . وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير ، فأما انه اطلع على رواية غيرهما ، وإما أنه جمـــع بينهما ، انتهى . قلت وبهذا يجـــاب عن قوله الكاكي ان هذا سهو وقع من الكاتب كما ذكرناه الآن .

( وله ) أي ولابي حنيفة ( أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه ) رواه محمد في الاصل عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل اوصى بسهم من مالة فقال له السدس ( وقد رفعه إلى النبي ﷺ فيما يروى ) أي وقد رفع هذا الحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ، وفيما يروى وهو على بناء الفاعل ، والضمير فيه يرجع إلى ابن مسعود ، وقد رفع المرفوع البـــزار في مسنده والطبراني في معجمه عن محمد بن عبد الله العزري عن أبي قيس عن هذيل بن شرحبيـــل عن ابن مسعود أن رجلا اوصى لرجل بسهم من ماله فجعـــل له النبي ﷺ السدس . وقال أبو قيس ليس بالقوي ، وقد روي عن شعبة والثوري والاعمش وغيرهم ، واسم أبي قيس عبـــد الرحمن بن ثروان ، وذكره عبد الحق في احكامه من جهة البزار ، وقال العزري متروك .

( ولأنه ) أي ولأن السهم ( يذكر ويراد به السدس ، فان إياساً قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ) وإياس هو ابن معاوية بن قرة القاضي بالبصرة ولاه عمر بن عبـــد العزيز رضي الله تعالى عنه ومات سنة اثنتين وعشرين ومائة ، وهو من كبار التابعين ، وهكذا قال الحسن والثوري (ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة ، فيعطى ما ذكرنا ) وهو السدس .

( قالوا ) أي المشايخ في شروح الجامع الصغير ( هذا كان في عرفهم ، وفي عرفنـــا

السهم كالجزء . قال ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ما شئتم ، لأنـــه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي ، فإليهم البيان . قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مـــالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه . ومن قال سدس مالي لفلان ، ثم قال في ذلك المجلس أو في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد ، لأن السدس ذكر

---

السهم كالجزء ) لأنه لا يراد به نصيب أحد الورثة ولا السدس .

( قال ) أي القدوري ( ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم ، لأنه مجهول يتناول القليل والكثير ، غير ان الجهالة ) أي جهالة الموصى به ( لا تمنع صحـــة الوصية ، والورثة قائمون مقام الموصي ، فاليهم ) أي فالى الورثة ( البيان ) وقال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا ، وإذا اوصى بجزء من مالـــه أو بنقص من ماله أو ينقص من ماله فللورثة أن يعطوا ما شاؤوا . وكذا إذا لوصى بحظ من ماله .

( قال ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر له ثلث مالي ، وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل فيه السدس ) أي في الثلث ، لأن الكلام الثاني يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ، ويحتمل أنه اراد إيجاب ثلث على السدس ، فيجعل كلامه في السدس تكراراً حملاً لكلامه على المتيقن وعلى مـــا يملك الإيصاء به وهو الثلث ، وقيل إنما قال وجازت الورثة لدفع وهم ، وهو أن يقـــال ينبغي الموصى له نصف المال ، لأن الثلث مع السدس ، نصف المال ، وفيه نوع تأمل .

( ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس [1] أو في غيره سدس مالي لفلان

---

(١) وفي مجلس آخر ثلث مالي وأجازت الورثة فله ثلث المال ، ويدخل سدس فيه . ومن قال سدس مالي لفلان قاله في ذلك المجلس – هامش .

معرفاً بالإضافة إلى المال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثـاني عين الأول هو المعهود في اللغة . قال ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي . وقال زفر له ثلث ما بقي ، لأن كل واحد منها مشترك بينهم ، والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها . وصار كما إذا كانت التركة أجناساً مختلفة . ولنـا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم في الواحد ،

---

فله سدس واحد ، لأن السدس ذكر معرفاً بالإضافة إلى المـال والمعرفة إذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة ) أي كون المال غير الاول معلوم في استعمال أهل اللغة ، يقال جاءني زيد ، ثم يقال اكرمت زيداً ، أي ذلك بعينه ، وهذا البحث قرر كما ينبغي في موضعه .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع مـا بقي ) ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث ماله ، أي الثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي .

( وقال زفر « رح » له ثلث ما بقي ، لأن كل واحد منها ) أي من الهالك والباقي ( مشترك بينهم ) أي بين الورثة وبين الموصى له ( والمال المشترك يتوى ما توى منه ) أي ما هلك من مال المشترك ( على الشركة ، ويبقى ما بقي عليها ) أي على المشتركـة ( وصار كما إذا كانت التركة اجناساً مختلفة ) فهلك بعضها فالذي يبقى بقي على الشركة ، وهو القياس ، وبه قال أبو ثور وابن شريح من اصحاب الشافعي « رح » ، وهو قياس قول مالك ، لأنه يعتبر قدر المال حال الوصية لا الموت ، وبقولنا قال الشافعي وأحمـد « رح » . وقال الاترازي وبقول زفر فاخذ . ( ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جمع حق

ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع والوصية مقدمة ، فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم ، بخلاف الأجناس المختلفة ، لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً ، فكذا تقديماً .

قال ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ،

---

احدهم في الواحد ) أي يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد ( ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة ، وفيه جمع ) أي والحال أن فيه الجمع ، أي في القسمة على تأويل الإقسام ( والوصية مقدمة ) أي على الميراث ( فجمعناها في الواحد الباقي ، وصارت الدراهم كالدرهم ) يعني إذا اوصى بالدراهم الواحد وله ثلاث دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقي بالاتفاق .

( بخلاف الاجناس المختلفة ) جواب عن قول زفر «رح» كما اذا كانت الشركة اجناساً مختلفة، ووجه ما قاله ( لأنه لا يمكن الجمع فيها جبراً ) يعني من حيث الجبر ، فانه اذا تركها يطلب بعض الورثة القسمة ، وأبى الباقون ، فان القاضي لا يجبرهم على القسمة ( فكذا تقديماً ) أي فكذا لا يمكن من حيث تقديم الوصية على الميراث ، لأنه اذا يقدر الجمع يقدر التقديم ، لأن فيه الجمع فيبقى الكل مشتركاً بين الورثة والموصى اثلاثاً ، فما هلك هلك على الشركة ، وما بقي بقي عليها اثلاثاً .

( قال ) أي القدوري ( ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها ، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق إلا ثلث ما بقي من الثياب ، قالوا ) أي المشايخ ( هذا المذكور إذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ، ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم ) يعني يستحق جميع الثوب للباقي إذا كان يخرج من الثلث كالدرهم الباقي

وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها ، لانه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة . ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي. وكذا الدور المختلفة. وقيل هذا على قول أبي حنيفة «رح» وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها . وقيل هو قول الكل، لان عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك يتعذر الجمع ، والاول أشبه للفقه المذكور . قال من أوصى لرجل بألف درهم

---

( وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها ) أي بمنزلة الدراهم ، فيكون له جمع الباقي ( لأنه يجري فيه الجمع جبراً بالقسمة ) أي من حيث أن القاضي يجبر فيه بالقسمة .

( ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي ) لكثرة التفاوت ، ولهذا لا يصح التوكيل بشراء عبد بغير عينه إذا لم يبين الثمن ( وكذا الدور المختلفة ) لأنها كالاجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق في السعة قريب الماء وبعيده والامن وجنس الجيران ونحو ذلك ، فكانت ملحقة بالاجناس المختلفة ، فكان للموصى له ثلث الباقي ، هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير في الدور والرقيق بلا خلاف .

( وقيل هذا على قول أبي حنيفة « رح » وحده ) أي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة إذا بقي واحد وهو ان يقال لا يكون له ثلث الباقي وهو قول أبي حنيفة خاصة. وعندهما له جميع الباقي ( لأنه ) أي لأن أبا حنيفة « رح » ( لا يرى الجبر على القسمة فيها ) أي في الدور والرقيق .

( وقيل هو قول الكل ) أي قول أبي حنيفة « رح » وصاحبيه ( لأن عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ( القاضي أن يجتهد ويجمع ، وبدون ذلك ) أي بدون إجتهاد القاضي وجمعه ( يتعذر الجمع ) أي جمع نصيب احدهم في العبد الواحد والدار الواحدة ، وإذا هلك لم يكن لذلك فعل من القاضي ، فكان المال على الشركة يأتي وما هلك ( والاول ) وهو أن يكون في المسألة اختلاف ( اشبه للفقه المذكور ) وهو

وله مال عين ودين ، فإن خرج الالف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ، لانه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس ، فيصار إليه . وإن لم يخرج دفع إليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف ، لان الموصى له شريك الوارث . وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ، لان للعين فضلاً عن الدين . ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ، وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ، فإنما يعتدل النظر بما ذكرناه . قال ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ما له فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ، لان الميت ليس

---

أن أبا حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة ، لأنه يجعلها اجناساً مختلفة ، وهما يزمان ذلك ، لأنهما يجعلانها جنساً واحداً .

( قال ) أي القدوري (ومن اوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين ودفع إلى الموصى له ، لأنه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس ) أي نقصان ( فيصار إليه ) لأن الاصل في الشركاء أن يوفي حق كل واحد من غير إيقاع بخس في حق الآخر ( وإن لم يخرج ) أي الالف من ثلث العين ( دفع إليه ثلث العين وكل ما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف ، لأن الموصى له شريك الوارث ، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة ، لأن العين فضلاً عن الدين . ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال ) ولهذا لو حلف لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ، لأن الدين ( وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء ) لأنه وصف ثابت في الذمة ( فانما يعتدل النظر بما ذكرناه ) أي النظر في حق الموصى له والورثة بايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الآخر ، وهو أن لا يختص الموصى له بالعين إذا لم يخرج الثلث من العين .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد ) سواء علم بموت عمرو أو لم يعلم ، وبه قال الشافعي في قول أحمد وإسحاق

بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها ، كما إذا أوصى لزيد وجدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث ، لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث . بخلاف ما إذا علم بموته لان الوصية للميت لغو ، فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث ، لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث . بخلاف ما تقدم . ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث . ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث . قال ومن أوصى بثلث

---

والبصريون « رح » ( لأن الميت ليس بأهل الوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها ) أي من اهل الوصية ( كما إذا اوصى لزيد وجدار ) أو حمار يكون الوصية لزيد، والإضافة إلى الحمار أو الجدار لغو .

( وعن أبي يوسف انه إذا لم يعلم ) أي الموصي ( بموته ) أي بموت عمرو ( فله ) أي فلزيد الذي هو حي ( نصف الثلث ) وبه قال الشافعي في قول أحمد « رح » في رواية ومالك ، لان بين الاشتراك فلا يعرف إلى الحي إلا نصف الثلث ( لان الوصية عنده ) أي عند الموصي ( صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا نصف الثلث . بخلاف ما إذا علم بموته ، لان الوصية الميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحي . وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيدميت كان لعمرو نصف الثلث ، لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل منهما نصف الثلث ، بخلاف ما تقدم ) حيث يستحق الموصى له جميع الثلث لعدم المزاحمة ( ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث ) .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ) أي والحال أن لا مال

ماله ولا مال له واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ، لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ، ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله . وكذلك إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالاً لما بينا ، ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه إيجاب بعد الموت ، فتعتبر قيامه حينئذ . وهذه الوصيه تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت . وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ، لانها لو كانت بلفظ المال يصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه ، وهذا

---

له وقت الوصية ( واكتسب مالاً استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت ، لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده ) أي بعد الموت ( فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك الحكم إذا كان له مال فهلك ، ثم اكتسب مالاً لما بينا ) إشارة إلى قوله لان الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت .

(ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه ) أى أن الوصية على تأويل الإيصاء ( إيجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ ) أى قيام ما اوصى به عند الموت ( وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح ) احترز به عن قول بعض المشايخ وان الوصية باطلة . وقال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا ، لأنه اضاف الوصية إلى غنم مرسل بغير تعيين ، فصار بمنزلة إضافته إلى ثلث المال ( لأنها ) أى لأن الوصية ( لو كانت بلفظ المال تصح ، فكذا إذا كانت باسم نوعه ) أى نوع المال .

لان وجوده قبل الموت فضل ، والمعتبر قيامه عند الموت . ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ، لانه لما أضافه إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال . ولو أوصى بشاة ولم يضيفه إلى ماله ولا غنم له قيل لا يصح ، لان المصحح إضافته إلى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها . وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس ملكه شاة علم أن مراده المالية . ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ، لانه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة ، حيث جعلها جزءاً من الغنم . بخلاف ما إذا أضافها إلى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل .

---

( وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن وجوده ) أي وجود المال ( قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ) لما مر غير مرة ( ولو قال له ) أي لفلان ( شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة ، لأنه ) أي لأن الموصي ( لما اضافه الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة ، إذ ماليتها توجد في مطلق المال ).

(ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله ) بأن لم يقل من مالي ( ولا غنم له قيل لا يصح ، لأن المصحح إضافته إلى المال وبدونها ) أي بدون الإضافة إلى المال ( تعتبر صورة الشاة ومعناها ) لأن الشاة اسم للصورة والمعنى ولم يوجد فلا يصح ( وقيل تصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ) أي مطلق المالية ، فيعطى له شاة أو قيمة شاة .

( ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة ، لأنه لما اضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزء من الغنم ، بخلاف ما إذا اضافها إلى المال ) بأن قال له شاة من مالي ولا غنم له حيث يعطى شاة لما مر ( وعلى هذا يخرج كثير من المسائل ) منها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال له قفيز حنطة من مالي أو ثوب من مالي فإنه يصح

قال ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث ، وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم . قال رضي الله تعالى عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان . وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جاجزة ، والفقراء والمساكين جنسان فسرناهما في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع ، وأدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن ، فكان من كل فريـــق اثنان

---

الإيجاب ، وإن لم يكن ذلك في ماله . بخلاف ما إذا قال من حنطتي أو من ثيابي ، فإنه لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شيء للموصى له ، وعلى هـــذا كله عرض من ماله .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اوصى بثلث ماله لامهـــات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم . قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » . وعند محمد « رح » انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق ) يعني من الفقـــراء والمساكين ( سهمان ، واصله )أي أصل هذا الخلاف ( أن الوصية لامهات الاولاد جـــائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكاة ) أي في كتاب الزكاة .

ثم اوضح الاصل المذكور بإيراد تعليل محمد وتعليـــل صاحبيه فقال ( لمحمد « رح » أن المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان ) أي ادنى الجمع في باب الميراث يتنـــاول الاثنين فصاعداً ( نجد ذلك ) أي عدد ادنى الجمع اثنان منهم ( في القرآن ) ألا ترى إلى قوله تعالى﴿ فإن كان له اخوة فلأمه السدس﴾١١ النساء ، ويحجب الاثنان منهم فصاعداً الإمام من الثلث إلى السدس فعلم أن الاثنين لهما حكم الجمع ( فكان من كل فريق اثنـــان ) أي من الفقراء والمساكين اثنان ( وامهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ) .

وأمهات الأولاد ثلاث ، فلهذا يقسم على سبعـــة . . لهما أن الجمع المحلى بالألف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفـــه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث . قـــال ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفـــه لفلان ونصفه للمساكين عندهما ، وعند محمد ثلاثـــة لفلان وثلثاه للمساكين . ولو أوصي للمساكين صرفه إلى مسكين واحد عندهما ، وعنده لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه . قال ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائـــة ،

---

(ولهما) أى ولابي حنيفة وأبي يوسف « رح » ( أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس ، وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيا عند تعذر صرفه إلى الكل ، فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة ، والثلاثة للثلاث ) أى امهات الاولاد .

(قال ولو اوصى بثلثه لفلان ) أي بثلث ماله لفلان ( وللمساكين فنصفـــه . لفلان ونصفه للمساكين عندهما ) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله ، وعلى هذا الاصل لو اوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين يكون نصفه لفلان وثلثـــاه للمساكين ، يصير الثلث اثلاثاً .

( وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين. ولو اوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما، وعنده ) أي وعند محمد «رح» ( لا يصرف إلا إلى مسكينين بناء على ما بيناه ) يعني في المسألة المتقدمة ، وهو أن الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين إلى آخره .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن اوصى لرجـل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة ، لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد امكن

لأن الشركة للمساواة لغة ، وقد أمكن اثباتـــه بين الكل بما قلنا لاتحاد المال، لانه يصيب كل واحد منهم ثلثمائة بخلاف ما إذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ، ثم كان الإشراك ، لأنـــه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين ، فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ بقدر الإمكان . قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه ، معناه قال ذلك لورثه فإنه يصدق إلى الثلث ، وهذا استحسان . وفي القياس لا يصدق ، لأن الاقرار بالمجهول وإذا كان صحيحاً ، لكنه لا يحكم بـــه إلا بالبيان . وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع ، لأن المدعي لا يصدق إلا بحجة فتعذر إثباته إقراراً مطلقاً ،

---

اثباته بين الكل بما قلناه ) من اقتضاء الشركة المساواة ( لاتحاد المـــال ، لأنه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة ، بخلاف ما إذا اوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان ) أى الاشتراك ، أي ثم قال للثالث ( الاشتراك ) معهما فيما اوصيت بهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعاً ( لأنه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين ) ولا بـــد من العمل بمفهوم لفظ الاشتراك بقدر الإمكان ( فحملناه على مساواته كل واحـــد بتنصيف نصيبه عملاً باللفظ ) أي بقوله اشركتك ( بقدر الإمكان ) .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن قال لفلان على دين فصدقوه ) أى قـــال لورثته وبينه المصنف بقوله ( معناه قال ذلك لورثتـــه فإنه يصدق إلى الثلث ) أي إذا ادعى الدين بأكثر من الثلث و كذبه الورثة. قال المصنف رحمه الله (وهـــذا استحسان . وفي القياس لا يصدق، لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا يحكم به إلا بالبيان. وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع ، لأن المدعي لا يصدق إلا بحجـــة ) وهو قد امرهم بتصديقه بلا حجة ، فاذا كان كذلك ( فتعذر اثباته اقراراً مطلقاً ) يعني من كل وجـــه

فـــلا يعتبر وجـه الاستحسان أنا نعلم أن من قصـده تقديمـه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصيه ، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداوه سعياً منه في تفريغ ذمته ، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له ، كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه معتبرة من الثلث ، فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال وإن أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لأصحـــاب الوصايا والثلثان للورثـة ، لان ميراثهم معلوم . وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم ، فيقدم عزل المعلوم ، وفي الافراز فائدة أخرى وهو أن أحـــد الفريقين

---

( فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة ) وهو مالك الكل في الثلث ( وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية ) فيتقيد ، وقد يحتاج جواب عمـــا يقال لو كان قصده الوصية لصرح بها . وتقرير الجواب بأن يقال ( وقد يحتـاج اليه ) إلى مثل هذا الكلام ( من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره ) يعني يعلم اصل الحق ، ولا يعلم مقداره ( سعياً منه ) أي لاصل السعي منه ( في تفريغ ذمتـه فيجعلها ) أي فيجعل هذه الوصية ( وصية جعل التقدير فيها ) أي في هـــذه الوصية ( إلى الموصى له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه من مالي ما شاء ، وهذه ) أي هذه الوصية ( معتبرة عن الثلث ، فلهذا ) أي فلكونها معتبرة من الثلث ( يصدق على الثلث دون الزيادة ) على الثلث ، لأن جواز الوصية من الثلث .

(قال) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن اوصى بوصايا غير ذلـــك ) أي غير الدين المجهول ( يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة ، لان ميراثهم معلوم ) وهو الثلثان ( وكذا الوصايا معلومة ) وهي الثلث ( وهذا ) أي دين فلان ( مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم . وفي الإفراز فائدة أخرى ، وهو أن احد الفريقين قد يكون اعلم

قد يكون أعلم بمقدار هـذا الحق وأبصر به ، والآخر ألد خصاماً وعسام يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الافراز يصح إقرار كل واحـد فيما في يده من غير منازعة . وإذا عزل يقال لأصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم ، لأن هـذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ ، فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين ، فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذاً لاقرار كل فريق في قدر حقـه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلك ، لأنه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره . قال ومن أوصى لأجنبي ولوارثـه

---

بمقدار هذا الحق وابصر به ) أى هذا الحق ( والآخر ) أي الفريق الآخر ( ألد خصاماً ) أى شديد بين في الخصومة ( وعسام ) أي لعلمهم ، أي الفريق الورثة واصحاب الوصايا ( يختلفون في الفضل إذا ادعاه الخصم ، وبعد الإفراز يصح اقرار كل واحد فيما في يـده من غير منازعة ) .

( وإذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم ، لان هذا دين في حق المستحق ) أى المقر له ( وصية في حق التنفيذ ، فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين ، فيؤخـذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا ، أو الورثة بثلثي ما اقروا تنفيذاً لإقرار كل فريق في قدر حقه ، وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له زيادة على ذلـك ، لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره ) أى بين المقر له وبين غيره ، وهو الميت .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف

فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث ، لأنه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني . بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت لأن الميت ليس بأهـل للوصية فلا يصلح مزاحماً ، فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ، ولهـذا تصح بإجازة الورثة فافترقـا ، وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللاجنبى .
وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أودين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً ، لأن الوصيـة إنشاء تصرف والشركة تثبت حكماً لـه فتصح في حق من يستحقه منها . وأمـا الاقرار فأخبار عن كائن ، وهو أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه

---

الوصية وتبطل وصية الوارث ، لانه اوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملـك ، فصح في الاول أي فيما يملك ( وبطل في الثاني ) أي فيما لا يملك ، وبه قالت الائمة الثلاثـة وأبو ثور « رح » .

( بخلاف ما إذا اوصى لحي وميت ، لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً، فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ) أي من اهل الوصية ( ولهذا تصح باجـازة الورثة فافترقا ) أي حكماً الصورتين ( وعلى هذا ) أي على الحكم المذكور ( إذا اوصى القاتل وللأجنبي ) حيث تبطل وصيته للقاتل ، لانها فيمن لا يستحقه ، ولا تبطـل في حق الأجنبي ، لأنها في حقه جائزة .

( وهذا ) أي هذا الإيصاء ( بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصلح في حق الأجنبي أيضاً ، لأن الوصية إنشاء تصرف ) أي ابتداء تمليك (والشركة تثبت حكماً له) أي للإنشاء (فتصح في حق من يستحقه منهما)أي من الوارث والأجنبي.

(وأما الإقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركـة في الماضي ) فيستدعي مخبراً ، والمخبر به للوالدين المشترك ( ولا وجه إلى اثبـاته بدون هذا الوصف ) وهو

إلى إثباته بدون هذا الوصف ، لأنه خلاف ما أخبر بــه ولا إلى إثبات الوصف ، لأنـــه يصير الوارث فيه شريكاً . ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القـــدر ، ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فــلا يكون مفيـــداً . وفي الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً . قال ومن كان له ثلاثة أثواب جيـــد ووسط ورديء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هــو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة .

---

الاشتراك ( لأنه خلاف ما اخبر به ) المقرون لا إلى اثبــات الوصف ، اى لا وجه ايضاً ( ولا إلى اثبــات الوصف ، لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ) فيؤدي إلى اضرار بعض الورثة ، فيرد اصلاً كيلا يحتال الناس في اضرار الورثة بهذا الطريق .

( ولأنه لو قبض الاجنبي شيئاً كان للوارث ان يشاركه ، فيبطل ) اى يبطل الإقرار ( في ذلك القدر ) المقبوض حمل في نصيبهما معاً ، لأنه لما كان للوارث ان يشاركه فيه ، فاذا شارك كان لبقية الورثة ان يأخذوا ذلك القدر منه ، ثم يرجع هو على الاجنبي ،لأن ما قبض لم يسلم له ثم ، وثم إلى ان ينتهي فيبطـل اصلاً ، وهو قوله ( ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل ) فاذا بطل الكل ( فلا يكون مفيداً ، وفي الإنشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقـــاء ) اى في حق الاجنبي ( وبطلاناً ) اى في حق الوارث .

( قال ) اى محمد « رح » في الجامع الصغير ( ومن كان له ثلاثـة اثواب جيدو وسط ورديء فأوصى بكل واحد ) من هذه الثيـاب ( لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو ، والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ) صورة المسألة في الجـامع عن محمد ويعقوب عن ابي حنيفة رحمهم الله في رجل اوصى لثلاثة نفر فقال لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان رجـل

ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود ، فبطل . قال إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين ، فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الأجود ، ولصاحب الأوسط ثلث الجيد وثلث الأدون ، فثبت الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون ، لأن صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين ، لأنـــه إما أن يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيها ، وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي

---

آخر هذا الثوب الوسط ولفلان رجل آخر هذا الثوب الرديء ثم مـات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة اثواب لا يدرى ايها هلك ، والورثة تجحد فالوصية باطلة .

قال المصنف ( ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك ، فكان المستحق مجهولاً ، وجهالتـه تمنع صحة القضاء ) كما إذا اوصى لاحد هذين الرجلين ، فان الوصية باطلة ، لأن المستحق مجهول ( وتحصيـــل المقصود ) بالنصب ، اى ويمنع ايضاً تحصيل المقصود ، اى مقصود الوصي ، وهو اتمام غرضه ، فاذا كان كذلك ( فبطل ) اى الإيصاء .

( قال ) اى قال محمد في الجامع الصغير ( إلا ان يسلم الورثة الثوبين البـــاقيين ) وهذا استثناء من قوله فالوصية باطلة ( فان سلموا ) اى الورثة إن قالوا سلمنـا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما فيما بينكم ( زال المـانع ، وهو الجحود ، فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ، ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ، ولصاحب الادون ثلثـا الثوب الادون ، لان صاحب الجيد . لا حق له في الرديء بيقين ، لانه ) اى لان الرديء ( إما ان يكون وسطاً أو رديئاً ولا حق له فيها ) اى لا حق لصاحب الجيد في الوسط والرديء ( وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين ، لانه إما ان يكون جيـداً

بيقين ، لأنه إما أن يكون جيداً أو وسطاً ولاحق فيهما . ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي ، فيعطى من محل الاحتمال .
وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون فلم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء ، فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة . قال وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وعند محمد نصفه للموصى له ، وإن وقع في نصيب الآخر فللموصي له مثل ذرع البيت ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره ، لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ

---

او وسطاً ، ولا حق له فيهما ، ويحتمل ان يكون الردىء هو الردىء الاصلي ) إذ الهالك إذا كان رديئاً فالثاني يكون جيداً ، فيكون هو الردىء الاصلي ( فيعطى من محل الاحتمال ) لانه يحتمل ان يكون هذا وسطاً ، ويحتمل ان يكون في الردىء الحالي بأن يكون الضائع الردىء . فيكون هذا وسطاً ، فيكون هذا تنفيذ وصية في محل يحتمل ان يكون حقه كذلك في شرح الجامع لصاحب الهداية ( وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الردىءفتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة).

( قال ) اى محمد في الجامع الصغير ( وإذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل، فانها تقسم ) اي فان الدار تقسم ( فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . وعند محمد رحمه الله تعالى نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت ، وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . قال محمد « رح » مثل ذرع نصف البيت له ) اي لمحمد « رح » ( انه ) اي ان الموصي ( اوصى بملكه وبملك غيره ، لان

الاول ويوقف الثاني ، وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة ، كما إذا أوصى بملك الغير ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت ، وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه ، لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه . ولا تبطل بالقسمة . ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة ، لان الظاهر أنه يقصد

---

الدار بجميع اجزائها مشتركة فتنفذ الاول ) وهو الوصية فيما يملكه وهو نصيبه ( وتوقف الثاني وهو ان لايملكه ) وهونصيب صاحبه فيتوقف على اجازة شريكه (وان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة) لانه اخذ البيت بدلاً عن نصيبه بما في يد صاحبه (لا تنفذ الوصية السابقة ) بالملك الحادث بعد الوصية في الموصى به .

( كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ) حيث لا تصح الوصية ، فكذا هذا ( ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفيذاً للوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت . وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذاً للوصية في بدل الموصى به عند فواته ، كالجارية الموصى بها إذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها . بخلاف ما إذا بيع العبد ) اى عند فوات الاصل بالحالة (الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه ، لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ) اشار به إلى ما ذكر قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله وإذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعاً ( ولا تبطل ) اى الوصية ( بالقسمة ) لان القسمة لتكميل المنفعة . بخلاف البيع .

( ولهما ) اى ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ( انه اوصى بما يستقر ملكه

الايصاء بملك منتفع به من كل وجه ، وذلك يكون بالقسمة ، لان الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع نصيبه فتنفذ الوصية فيه . ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ، وإنما المقصود الافراز تكميلاً للمنفعة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه ، ومن اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء . وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، إما لانه عوضه كما ذكرناه ، أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده ما أمكن ، إلا أنه يتعين البيت إذا وقع

---

فيه بالقسمة ، لان الظاهر انه ) . اى ان الموصي ( يقصد الإيصاء بملك منتفع بـه من كل وجه ، وذلك ) اى الملك المنتفع به عن كل وجه ( يكون بالقسمة ) لان ملكه على اعتبار القسمة هو الملك التام المنتفع به ( لان الانتفاع بالمشاع قاصر ، وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ، ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع ) وإن كان معنى المبادلة في قسمة العروض والحيوانات اصل ، والدار من العروض ، ذكره المصنف في كتاب القسمة ( وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعـة ، ولهذا يجبر على القسمة فيه ) هذا إيضاح لقوله ، وإنما المقصود الإفراز ، لان في الدار الواحـدة المختلفة البيوت تقسم قسمة واحدة ، لان في تفريقها إضراراً ، بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة ، لا قسمة واحدة عند ابي حنيفة رحمه الله ، خلافاً لهما ، وقد مر في القسمة .

( وعلى الاعتبار الإفراز يصير كان البيت ملكه من الابتداء ، وإن وقـع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه ، اما لانه عوضه كما ذكرناه ) اى في الجارية الموصى بها ( او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلاً لمقصوده مـا امكن ، إلا انه يتعين البيت ) قال تاج الشريعـة إلا انه يتعين هذا جواب إشكال ، وهو ان يقال ذكر البيت لما كان التقدير به ينبغي ان لا يجب وقع البيت نفسه إذا وقـع في

في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك . وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحدالوجين ، والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته ، فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد ، وفي العتق ولد حي . ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع ، والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم ، تسعة منها للورثة ، وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف

---

نصيب الموصي ( إذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين ) احداهما ( التقدير ) وهي فيما إذا وقع البيت في نصيب شريكه ، والاخرى هي قوله ( والتمليك ) يعني البيت . ( وإن وقع في نصيبه ) .

( وإن وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير ، او لانه ) اى او لان الموصى ( اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين ) يعني في وقوعه في نصيب الشريك ( والتمليك ) اى واراد التمليك ( بعينه على اعتبار الوجه الآخر ) يعني في وقوعه وفي نصيب الموصي ، نظر لذلك بقوله ( كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده امته ) بأن قال إذا ولدت امتي فهو حر وانت طالق ( فالمراد في جزاء الطلاق ) اى في جزاء الطلاق ( مطلق الولد ) حتى تطلق المرأة بولادة الولد كيف كان حياً او ميتاً .

( وفي العتق ) اى المراد في العتق ( ولد حي ) لان الميت ليس بمحل للطلاق ، حتى إذا ولدت ميتاً ثم ولدت حياً يعتق الحي عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما .

( ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه ) اى نصيب الموصي ، وهو خمسون ذراعاً ( بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها ) اى من العشرة ( للورثة ) اى لورثة البيت ( وسهم للموصى له ،

البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً ، فيصير عشرة . وعندهما يقسم على أحد عشر سهماً لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين ، فتصير السهام أحد عشر للموصى لها سهمان ولهم تسعة . ولو كان مكان الوصية إقرار ، قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد ، والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له ،

---

وهذا عند محمد رحمه الله تعالى ، فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت ، وهم ) اى الورثة يضربون ( بنصف الدار سوى البيت ، وهو خمسة واربعون ، فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة ) .

( وعندهما ) اى عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ( يقسم ) اى نصيب الموصي بين الموصى له والورثة (على احد عشر سهماً ، لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم) اى الورثة ( بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر الموصى له سهمان ، ولهم تسعة ) كذا قال فخر الإسلام البزدوي وغيره وفي شرح الجامع الصغير .

( ولو كان مكان الوصية إقرار ) يعني لو كان الدار بين شريكين فأقر احدهما ببيت بعينه لواحد فيقسم الدار او لا ، فان وقع البيت في نصيب المقر يسلم إلى المقر له . وإن وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر مثل ذرع البيت . وكذلك لو اقر بطريق أو حائط . كذا في الشامل . وعند محمد رحمه الله يضرب المقر له بنصف ذرع البيت . ( قيل هو على الخلاف ) اى حكم الإقرار على الخلاف المذكور بينه محمد وصاحبيه .

( وقيل لا خلاف فيه لمحمد « رح » ) اى في حكم الإقرار ، بل قول محمد فيه كقولهما. وجعل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير عدم الخلاف ، وهو الاصح ( والفرق له ) اى الفرق بين الوصية والاقرار لمحمد ( ان الاقرار بملك الغير صحيح ، حتى أن من أقر بملك

والوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ. قال ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فإن دفعه فهو جائز ، وله أن يمنع ، لأن هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمتنع من التسليم . بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة ، لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة. فإذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصي .

قال وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفاً ثم أقر أحدهما لرجل

---

الغير لغيره ثم ملكه يؤمر المقر بالتسليم إلى المقر له ، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ) مثل الشراء والهبة والتمليك ( ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ ) .

( قال ) اى محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن اوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ، فان دفعه إليه فهو جائز وله أن يمنع ، لان هذا تبرع بمال الغير ، فيتوقف على إجازته . وإذا أجاز يكون تبرعاً منه ايضاً فله أن يمتنع من التسليم ) اى ولصاحب المال أن يمتنع مما أجازه الموصي ولا يسلم ، لان هذا هبة من صاحب المال والهبة لا تتم بدون التسليم ، فان وقع تمت الهبة وإلا فلا .

( بخلاف ما إذا اوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة )ثم أرادوا أن يمتنعوا من التسليم لا يكون لهم ذلك ( لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه ، والامتناع لحق الورثة ، فاذا أجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي ) .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( فاذا اقتسم الابنان تركة الاب ألفاً ثم أقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده ) وهو

أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده ، وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده ، وهـــو قول زفر رحمـــه الله ، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجـــه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً بثلث ما في يده. بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره ، لأن الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه . أما الموصى لـه بالثلث شريك الوارث فـــلا يسلم لـه شيء إلا أن يسلم للورثة مثلاه . ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به أيضاً ، فيأخذ نصف ما في يـــده ، فيصير نصف التركة

---

سدس المال ( وهذا الاستحسان ) وبه قال الشافعي وأحمد ومالك رحمهم الله . وقال الشافعي رحمه الله في وجه يلزمه جميع ما في يده وخرجه صاحب الحاوي من القولين في الدين ليس شيء كذا في الحلية .

( والقياس أن يعطيـــه نصف ما في يده ، وهو قول زفر « رح » ، لان إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه ، والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف . وجه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما ) اى في أيدي الابنين ( فيكون مقراً بثلث ما في يده . بخلاف ما إذا أقر احدهما بدين لغيره ) حيث يعطى جميع ما في يده ( لان الدين مقدم على الميراث ، فيكون مقراً بتقدمه فيقدم عليه ) وفيه قال الشافعي في وجه . وقال الشافعي في الاصح يلزمه في نصيبـــه ما يخصه وهو قول مالك وأحمد « رح » لان إقراره بهذه الجهة .

( اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء ، إلا أن يسلم للورثة مثلاه . ولانه لو اخذ منه نصف مـــا في يده ، فربما يقر الابن الآخر به ايضاً فيأخذ نصف ما في

فيزاد على الثلث . قال ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً، وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له ، لأن الأم دخلت في الوصية أصالة ، والولد تبعــاً حين كان متصلاً بالأم . فإذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت ، وحتى يقضي بها ديونه دخـــل في الوصية ، فيكونان للموصى له . وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قـــول أبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم ، فإن فضل شيء أخذه من الولد . وفي الجامع الصغير عين صورة . وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجـــل

---

يده ، فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث ) فيكون شريك الورثة بالنصف لا بالثلث.

( قال ) اى القدوري ( ومن اوصى لرجل بجـــارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما ) اى الام والولد ( يخرجان من الثلث ، فهما الموصى له ، لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد ) دخل فيها ( تبعاً حين كان متصلاً بالام، فإذا ولدت قبل القسمـــة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخـــل ) أى الولد ( في الوصية فيكونان للموصى له ) يعني تكون الام والولد للموصى له إذا ولد له قبل قسمة التركـة . وقال الشافعي وأحمد « رح » إن كانت حاملاً به حين الوصية ، ويعلم ذلك بأن قلده لاقل من ستة أشهر منذ أوصى يدخل الولد في الوصية ، ويكون للموصى له مع الام . وقالا في وجه لا حكم للحمل في الوصية بكل حال فلا يدخل فيها على كل حال .

( وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعـــاً في قول أبي يوسف ومحمد « رح . وقال أبو حنيفة « رح » يأخذ ذلك من الام فان فضل شيء أخذه من الولد . وفي الجامع الصغير عين صوره ) أى عين محمد صوره بهذه المسألة .

( وقال رجـل له ستمائة درهم وأمة ) أى الموصي فولدت ولداً أى وله أمة ( تساوي

ثم مات فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث الولد عنده ، وعندهما له ثلثا كل واحد منهما . لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الإتصال فلا يخرج منها بالإنفصال كما في البيع والعتق ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم ، وله أن الأم أصل والولد تبع فيه، والتبع لا يزاحم الأصل ، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز . بخلاف البيع ، لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ،

---

ثلاثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات ) أي الموصي ( فولدت ولداً يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة ) أي قبل قسمة التركة ( فللموصى له الام وثلث الولد عنده ) أي عند ابي حنيفة « رح » ( وعندهما له ثلثا كل واحد منها ) أي من الام والولد .

( لهما ) أي لابي يوسف ومحمد (ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعاً حالة الاتصال فلا يخرج عنها ) أي عن الوصية (بالانفصال كما في البيع ) بأن باع الامة الحامل (والعتق) بأن اعتقها يدخل الحمل ويدخل الولد في البيع والعتق ، ولا يخرج عنها بالإنفصال ، فإذا كان كذلك ( فتنفذ الوصية فيها على السواء من غير تقديم الام ) في الاصالة وفي الولد تبعاً لاتصاله بالام .

( وله ) أي ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ( أن الام أصل والولد تبع فيه ) اي في الوصية على تأويل الإيصاء ( والتبع لا يزاحم الاصل ) لأن الايجاب تناول الام قصداً ، ثم سرى حكم الايجاب إلى الولد فلا يزاحم التبع الاصل ، لعدم المساواة بينهما ( فلو نفذنا الوصية فيها جميعاً تنتقض الوصية في بعض الاصل ، وذلك لا يجوز بخلاف البيع ) لأن فيه إبطال الاصل بالتبع ، بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا انه لا يقابله بعض الثمن ، هذا جواب عما يقال لا نسلم ( لأن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الاصل ،

إلا أنه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل بـه القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، وهذا إذا ولدت قبل القسمة ، فإن ولدت بعد القسمة فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة .

---

بل يبقى تاماً صحيحاً فيه ، إلا انه ) لا يقابله وفي ذلك نقص له بحصته . ووجهه إنما ( لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ) فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين ، لكن لا يوجب ذلك النقض في البيع اصلاً .

( ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وإن كان فاسداً ، هذا) اى دخول الولد في الوصية تبعاً ( إذا ولدت قبل القسمة ) قبل قبول الموصى له ( فان ولدت بعد القسمة ) وبعد القبول ( فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة ) وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة وبعد القبول فهو للموصى له ، لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة . وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ، ذكر القدوري انه لا يصير موصى له ، ولا يعتبر خروجه في الثلث كما لو ولدت بعد القسمة . ومشايخنا قالوا يصير موصى به ويعتبر خروجه من الثلث ، كما لو ولدت قبل القبول . ولو ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت ، لانه لم يدخل تحت الوصية قصداً ولا سراية ، والكسب والولد في جميع ما ذكرنا . كذا في الكافي . وعند الشافعي وأحمد لو انفصل قبل موت الموصي ومن حين الوصية إلى الانفصال اقل من ستة اشهر يدخل في الوصية من وجه .

## ( فصل في اعتبار حالة الوصية )

قال وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الاقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره . ولهـــذا يعتبر من جميع المـــال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض . إلا أن الثاني يؤخر عنه ، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند

---

### ( فصل في اعتبار حالة الوصية )

اى هذا فصل في بيان اعتبار حالة الوصية ولما ذكر الحكم الكلي في الوصيـة شرع في بيـــان احكام ما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف إلى وصف أن الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول ، والاصلي مقدم على العارض .

( قال ) اى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإن اقر المريض لامرأة بدين أو اوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة ، لأن الإقرار ملزم بنفسه ) فلا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية إلى الموت ، فصح إقراره بالدين ، لأن إقراره حصل لأجنبية ونحو معنى قوله ( وهي اجنبيـة عند صدوره ) أى صدور الإقرار ( وهذا ) أي ولكون الإقرار ملزم بنفسه من غير توقف على شرط (يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين ) بخلاف الوصية فانها تمليك مضاف إلى الموت والمرأة عند الموت وارثة ولا وصية للوارث ، فالحديث على ما يأتي ( إذا كان ) اى الاقرار ( في حالة الصحة أو في حالة المرض ) يعني الاقرار لا يبطل بسبب الدين سواء كان في الصحة أو في المرض .

( إلا أن الثاني ) وهو الاقرار الواقع في المرض ( يؤخر عنه ) اى عن الاقرار الواقع في الصحة ، حتى أن المال يصرف إلى ما اقر به في حالة الصحـــة ، فان فضل منه شيء يصرف إلى ما اقر به في حالة المرض وإلا فلا . وعنـــد ابن ابي ليلى والشافعي الاقرار يستويان وقد مر في إقرار المريض .

الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة . وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت . ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث . قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله ، أما الهبة والوصية فلما قلنا أنه وارث عند الموت ، وهما إيجابان عنده أو بعده ،

---

( بخلاف الوصية ) بيان لقوله وبطلت الوصية ( لأنها ) أي لأن الوصية . وفي بعض النسخ لأنه ، اى لأن الايصاء ( إيجاب عند الموت وهي ) اى المرأة ( وارثة عند ذلك ) اى عند موت الموصي ( ولا وصية للوارث ) بالحديث المذكور ، وفيما مضى ( والهبة ) بالجر عطف على قوله بخلاف الوصية ، اى بخلاف الهبة الواقعة من المريض المذكور يعني لأنها لا تبطل ( فان كانت منجزة ) واصلة بما قبلها (صورة) اى من حيث الصورة ، يعني لا تتوقف على شيء بحسب الصورة ( فهي ) اى الهبة ( كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً) اى من حيث الحكم ( لأن حكمها يتقرر عند الموت ) واوضح ذلك بقوله ( ألا ترى انها ) اى ان الهبة ( تبطل بالدين المستغرق للتركة ، وعند عدم الدين تعتبر من الثلث ) لأنها تبرع بتقرر حكمه عند الموت ألا ترى أن من وهب عبداً في مرض موته لأجنبي وماله غيره وسلم صحت الهبة وصارت للموهوب له ، فاذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ من الثلثين للورثة . وفي الكل حقاً للغرماء او صارت كالمتعلق بالموت .

( قال ) اى محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( وإذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو اوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله ) اى الاقرار ( أما الهبة والوصية فلما قلنا ) يعني في المسألة الأولى ( انه ) اى أن الابن ( وارث عند الموت ، وهما ) اى الهبة والوصية ( إيجابان عنده ) اى عند الموت ( أو بعده ) أي بعد

والاقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار، فيعتبر في إيراث تهمة الايثار. بخلاف ما تقدم، لأن سبب الارث الزوجية وهي طارئة، حتى لو كانت الزوجيـــة قائمة وقت الاقرار وهي نصرانيـــة ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره. وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا. وذكر في كتاب الاقرار إن لم يكن عليه دين يصح، لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح، لأنه إقرار لـه

---

الموت ( والاقرار وإن كان ملزمـــاً بنفسه كما مر . ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار ، فيعتبر في ايراث تهمة الايثار ) يعني صار باعتبار التهمة ملحقاً بالوصايا .

( بخلاف ما تقدم ) من الاقرار والهبة والوصية لامرأة ( لأن سبب الارث الزوجية وهي طارئة ) لأن الزوجية حصلت بعد الاقرار لها بدين فلا يبطـــل الاقرار ( حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبـــل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب ) وهو الزوجية وقت الإقرار ( حـــال صدوره ) اى صدور الإقرار ونظيرها من أقر لأخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر له وارثة يبطل الإقرار للأخ لقيام سبب الإرث وهو الأخوة وقت الإقرار .

( قال ) اى محمد في الجامع الصغير ( وكذا ) يبطل الإقرار ( لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق ) قبل الموت ( لما ذكرنا ) وهو قيام المسبب للإرث وقت الإقرار (وذكر) اى محمد « رح » ( في كتاب الإقرار إن لم يكن عليه ) اى على العبد ( دين يصح ) اى الإقـــرار ( لأنه أقر لمولاه) يعني يكون الإقرار لمولاه ( وهو اجنبى ) اى والحـــال أنه اجنبى .

( وإن كان عليـــه ) اى على العبد ( دين لا يصح ) اى الإقرار ( لأنه اقرار له ) اى

وهو إبنه ، والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت . وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق . وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح . قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال ، لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه . ولهذا لا يشتغل بالتداوي .

---

العبد ( وهو ابنه ) اى والحال انه ابنه ( والوصية باطلة لما ذكرنا ) والذى ذكره فيا مضى ذكره هنا بقوله ( أن المعتبر فيها ) اى في الوصية ( وقت الموت ) لأنها تمليك مضاف إلى بعد الموت والعبد حينئذ وارث ولا وصية للوارث .

( وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق )فتكون الهبة للمولى فتصح ( وفي عامة الروايات هى ) أى الهبة ( في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح ) والتفصيل المذكور في العبد لا يتأتى في المكاتب ، لأن المولى لا يملك كسبه في الحالين .

( قال ) اى محمد في الجامع الصغير ( والمقعد والمفلوج ) من فلجت الشيء فلجين اى شققته نصفين ، كذا في المغرب ، ومنه المفلوج لأنه ذهاب النصف . والفالج ذهاب الحس والحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق الآخر ( والأشل ) من الشلل بالشين المعجمة وهو فساد في اليد يقال شلت يده فشل ، ورجل اشل ( والمسلول ) بالسين المهملة . قال الجوهري السلال بالضم السل ، يقال اسله الله فهو مسلول من السوال . وقال المطرزي المسلول الذى سل ابنتاه ، اى نزعت خصيتاه ، وهذا لا يناسب هنا ، لأن الكلام فيا إذا تطاول المرض ولم يحل منه موت ، والذى نزعت خصيتاه بعد تطاول الزمان لا يسمى مريضاً . وقال الأكمل المسلول الذى به مرض السل ، وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر وبعثها . وقال الكاكي قيل السل نوع من الدق ( إذا تطاول ذلك فلم تخف منه الموت فهبته من جميع المال ، لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه ، ولهذا ) أى ولأجل ذلك ( لا يشتغل بالتداوي) ولأنه صار طبيعة فلا يحتاج إلى الدواء فكان حكمه

ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث . وإن وهبه عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش ، لأنه يخاف منه الموت ، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت ، والله أعلم .

---

حكم الاصحاء ، فيعتبر تصرفه في جميع المال ، ويصح إقراره للوارث .

( ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث ) إذا مات في أيامه يكون حكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح إقراره للوارث ( وإن وهبه ) أي الذي صار صاحب فراش بعد ذلك ( عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش ، لانه يخاف منه الموت ، ولهذ يتداوى فيكون مرض الموت ) يكون حكمه حكم المريض الذي مات فيه والحامل إذا ضربها المخاض وهو الطلق يكون تبرعها من الثلث ، وبه قال الشافعي والنخعي والاوزاعي والثوري ويحى الانصاري ومكحول وابن المنذر . وقال مالك وأحمد إذا صار لها ستة أشهر عطيتها من الثلث ، وبه قال ابن المسيب وعطاء وقتادة . وقال الحسن والزهري عطيتها كعطية الصحيح ، وبه قال الشافعي في قول .

ولو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما غير كافية للأخرى أو مقهورة في حكم مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد والاوزاعي والثوري ونحوه عن مكحول. وإذا لم يختلطوا إلا سواء كان بينهما رمي بالسهام أو لا . وعن الشافعي قولان أحدهما كقول الجماعة ، والثاني ليس مخوف ، لأنه ليس بمرض . وراكب البحر فإن كان ساكناً فليس مخوف ، وإن هبت الريح أو اضطرب البحر فهو خوف . والأسير والمحبوس إذا كان من عادته القتل فهو خائف وإلا فلا ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول . والمجذوم وصاحب حمى الربع ، وحمى العنب إذا صار صاحب فراش يكون في حكم المرض مرض الموت ، وبه قال مالك وأحمد وأبو ثور والأوزاعي والثوري . وقال الشافعي الأمراض الممتدة عطية من كل المال ، لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وإن كان لا يبرأ كالمهر (والله أعلم).

# باب العتق في مرض الموت

## قال ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحاب الوصايا .

---

( باب احكام العتق في مرض الموت )

أي هذا باب في بيان أحكام العتق في المرض وفي بيان حكم الوصية بالعتق . ولما كان الإعتاق في المرض من أنواع الوصية ، لكن لما كان له احكام مخصوصة ، افرده بيان على حدة وآخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل .

( قال ) أي القدوري ( ومن أعتق في مرضه أو باع وحـــابى أو وهب فذلك كله جائز ، وهو معتبر من الثلث ، ويضرب به مع أصحـاب الوصايا ) أو يضرب بالثلث كل واحد من هؤلاء الثلاثـة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذى باع بالمحاباة والموهوب له مع ما يرى أصحـاب الوصايا . والمراد بضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في ســائر الوصايا ، فإنهم يستحقون الثلث لا غير . وليس المراد أنهم يساوون أصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم ، لأن المعتق المتقدم في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث .

ألا ترى إلى ما ذكر الطحاوي في مختصره ومن أوصى بوصايا في مرضه فأعتق عبداً له يدلي بالعتاق ، وأخرج من الثلث ، فإن فضل شيء كان لأهل الوصايا . وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، ثم العتق أن يكون مقدماً على سائر الوصايا إذا كان منفذاً في المرض أو معلقاً بالموت ، مثل أن يقول إن حدث في حادث من هذا المرض فهو جرفاً. فأما إذا أوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبـدأ بالعتق بـــل يكون هو وسائر الوصايا سواء. وقال الفقيه أبو الليث إذا أوصى بعتق عبده بعد موته وأوصى لآخر بألف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدأ بالعتق لأن الوصيـــة بالعتق يحتمل النقص والرد ، فصار حكمه

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز ، والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية ، لأنها إيجاب بعد الموت ، وهذا منجز غير مضاف . واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية ، لأنه يتهم فيه كما في الهبة . وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه

---

حكم سائر الوصايا . ألا ترى أنه لو ظهر على الميت دين فإن العبد ... [1] وتبطل الوصية .

(وفي بعض النسخ) أي في بعض نسخ القدوري (فهو وصية مكان قوله جائز ) وقال الأترازي « رح » ورأيت في نسخة نقية مكتوبة في سنة خمس وعشرين وخمسماية ، فذلك كله وصية معتبرة من الثلث ، وقال الكاكي وقال صاحب المجتبى والاول أصح ، لان هذا أول باعتباره من الثلث ( والمراد ) من قوله وهو وصية ( الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها ) أي الوصية ( إيجاب بعد الموت، وهذا منجز غير مضاف ، واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة . وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية ) إنما غاثر بين الضمان والكفالة بحرف العطف ، لان الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان مالا يكون كفالة بأن قال للأجنبي خالعها على ألف على أني ضامن . أو قال بع هذا العبد من فلان بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى الالف كان بدل بالخلع على الاجنبي دون المرأة ، والخمسمائة على الضامن دون المشترى ، كذا في شرح الاقطع ( لأنه ) أى لأن المريض متهم ( يتهم فيه ) أى في ايجابه على نفسه ( كما في الهبة ) أى كما يتهم .

( وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث ، وإن أوجبه ) وإن كان الإيجاب في حالة

---

(١) هكذا في الأصل ، وربما سقط كلام من الناسخ تقديره (لا يعتق) اه مصححه .

في حالة صحته اعتباراً بحالة الاضافة دون حالة العقد ، وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد ، فإن كان صحيحا فهو من جميع المال . وإن مريضا فمن الثلث ، وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق في ماله . قال وإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة . وإن أعتق ثم حابى فهما

---

الصحة ، أى وإن كان واقعاً ( في حال صحته اعتباراً ) أى لأجل الاعتبار ( بحال الإضافة ) يعني الاعتبار فيه حال الإضافة ( دون حال العقد ) لأنه علقه بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال ، فكان المعتبر فيه حال الإضافة لا حال الايجاب ( وما نفذه ) وما نجزه في الحال ( من التصرف ) ولم يضفه إلى ما بعد الموت ( فالمعتبر فيه حالة العقد ) كالإعتاق والهبة .

( فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال ، وإن كان مريضاً ) أى فهو يكون ( فمن الثلث ، وكل مرض صح منه ) أى من مرضه ( فهو كحال الصحة ، لأن بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله ) لان حق الغريم والوارث إنما يتعلق بمرض الموت ، وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت .

( قال ) أى القدورى (وإن حابى ثم أعتق) صورته رجل باع في مرضه عبداً وحابى بأن باعه بألف وهو يساوى ألفين ( وضاق الثلث عنهما ) أى عن المحاباة والعتق ( فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة « رح » ) حتى يسع العبد في جميع قيمته ، وبه قال مالك . ثم العتق يعتبر من الثلث عند الجمهور إلا ما حكي عن مسروق أنه يعتبر من رأس المال وهو قول شاذ مخالف للأثر .

( وإن أعتق ثم حابى فهما ) أى قوله أى هذه ... الخ ، ولفظ الشارح على الكنز فإن حابى محرر ، أى المحاباة أحق من التحرير ( بعكسه ) أى وبعكس الحكم المذكور وهو أن يعتق أولاً ثم يحابي استويا ، أى العتق والمحاباة ، وهذا عند أبي حنيفة « رح »

سواء . وقالا العتق أولى في المسألتين . والأصل فيـــه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ماجاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض . والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح ، والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض ، لأن الوصايا قد تساوت ، والتســـاوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس

---

هذه والتي قبلها ( سواء ) عند أبي حنيفة .

( وقـــالا العتق أولى في المسألتين ) وبه قال الشافعي وأحمد ، وهو قول الزهرى والنخعي والثورى وقتادة وإسحاق ، وقال الشافعي في قول وأحمد في رواية يستوى بين كل الوصايا (والأصل فيه) أي في هذا الباب ( أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث ) مثل أن يوصي بالربع والسدس ( فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض ) بلا خلاف بين العلماء . وفي المبسوط اوصى بثلث ماله لرجل ولآخر بسدسه ولآخر بربعه فأجازت الورثة يأخذ كل حقه كاملا ، لان في المال وفاء، ولو لم يجز وضرب كل واحد منهم في الثلث بوصيته فتكون القسمة بينهم على طريق العـول بالاتفاق ، لان الوصايا كلها وقعت في الثلث واستوت في القوة ، فيضرب كل بجميع حقه.

( إلا العتق الموقع في المرض ) هذا استثناء من قوله لا يقدم ، أى المعجز لا العوض إلى اعتاق الورثة ، مثل أن يقول اعتقوه ( والعتق المعلق بموت الموصي ) مثل أن يوصي بعتقه بعد موته ( كالتدبير الصحيح ) مثل أن يقول الرجل للمملوك أنت حر بعـــدموتي أو انت حر إذا مت أو إن مت ، واحترز بالصحيح عن التدبير الفاسد ، كما إذا قـــال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر ، فانه لا يكون مقدما على سائر الوصايا، بل هو وسائر الوصايا سواء ( والمحاباة ) بالرفع عطف على قوله إلا العتق الموقع في المرض ( في البيـع إذا وقعت في المرض ، لان الوصايا قد تساوت ) تعليل لقوله لا يقـــدم البعض على البعض ( والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق ، وإنما قدم العتق

الاستحقاق ، وإنما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً ، لأنــه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه ، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي . وإذا قدم ذلك فـما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ، ولا يقدم البعض على البعض . لهما في الخلافية أن العتق أقوى ، لأنه لا يلحقه الفسخ ، والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر ، لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت . وله أن المحاباة أقوى ، لأنها تثبت في ضمن عقد

---

الذي ذكرناه آنفاً ) وهو العتق الموقع في المرض ( لانه أقوى ، فـانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره ) أى غير العتق المنفذ ( يلحقه ) أى الفسخ من جهـة الموصى ، لانه يصح الرجوع عنه . ولا يصح الرجوع في العتق .

( وكذلك المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي ) لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة ومن قضية المعاوضة اللزوم ، فلزمته الوصية التي في ضمنها بمنزلة العتق ( واذا قدم ذلك ) أى العتق ( فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوى فيـــه من سواهما ) أى من سوى العتق المذكور ، والذي له ( من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض ) بل يكون بينهم على قدر وصاياهم .

( لهما ) أى لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ( في الخلافية ) وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق ( ان العتق اقوى ، لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقهـا ) أى الفسخ ( ولا معتبر بالتقديم في الذكر ، لانه ) أى لان التقديم في الذكر ( لا يوجب التقدم في الثبوت ) كما إذا اوصى لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المقدم بالذكر مقدما على غيره ، بل يكون الثلث بينهم اثلاثاً ، كذا فيما نحن فيه لا يكون المحاباة أولى بالتقديم في الذكر .

( وله ) أى ولابي حنيفة رضى الله تعالى عنه ( أن المحاباة أقوى ، لانهـا تثبت في ضمن عقد المعاوضة ) لانها حصلت في البيـع والبيـع عقد ضمان ، لان المبيـع مضمون

المعاوضة ، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته ، والاعتاق تبرع صيغة ومعنى . فإذا وجدت المحاباة أولاً دفع الأضعف ، وإذا وجد العتق أولاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة ، على هذا قال أبو حنيفة رحمه الله إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ، ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق ، لأن العتق مقدم عليها فستويان . ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين . وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى

---

عليه يطالب بتسليم المبيع ، فصارت المحاباة بمنزلة الدين ( فكان ) أى البيع بالمحاباة ( تبرعاً بمعناه ) يعني من حيث المعنى ( لا بصيغته ) أى لا من حيث صيغته ، فان البيع بالمحاباة عقد تجارة ، حتى يجب للشفيع الشفعة ، فالشفعة تخصيص بالمعاوضات . ولهذا ان البيع بالمحاباة يصح من العبد المأذون والصبي المأذون والمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة ( والاعتاق تبرع صيغة ومعنى ) لا تجارة فيه .

( فإذا وجدت المحاباة اولاً دفع الاضعف وإذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة ) يعني لما وجد العتق أولا ثم وجدت المحاباة لم ترفع المحاباة لقوة العتق الذى نفذ في الثلث ، لانه لا يحتمل الرفع. ولما ثبت كل واحد من الحقين ثبتت المزاحمة ضرورة ، فيكونان سواء ( وعلى هذا ) وعلى هذا الاصل ( قال ابو حنيفة «رح» إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ) في وقوعهما في ضمن عقد المعاوضة .

( ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة ) من نصف الثلث ( قسم بينها وبين العتق ، لان العتق مقدم عليها ، فيستويان ، ولو أعتق ) اولاً ( ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة ، وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني ) لتخاسرهما ( وعندهما العتق اولى بكل حال ) .

بكل حال . قال ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله . وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقي شيء عن الحجة يرد على الورثة . وقالا يعتق عنه بما بقي ، لأنه وصية بنوع قربة ، فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج . وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة ، وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز . بخلاف

---

فان قلت ينبغي أن تقدم المحاباة الاولى على الثانية ، لان الاولى تقدم على العتق عنده والاخيرة من المحاباتين يساوى العتق عنده ، وقدم على أحد المتساويين يتقدم على المتساوى الآخر . قلت دل الدليل على تساوي المتحابيين ، لانهما من جنس واحد ، والتساوى في سبب الاستحقاق يوجب التساوى في نفس الاستحقاق . ولهذا لو وجدنا متفاضلين متساويان ودل الدليل على تقدم الاولى ما ذكرنا ، فعلمنا بها ، وقلنا بالتساوى بين المتحابيين عملاً بالدليل الاول ، ثم ما اصاب الاخيرة يقسم بينهما وبين العتق بالدليل الثانى ، فيكون عملاً بالدليلين بقدر الإمكان .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقى عند أبي حنيفة «رح» وإن كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ ، وإن لم يهلك منها وبقى شيء عن الحجة يرد على الورثة ، وقالا يعتق عنه بما بقى ، لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج ) وهو قياس قول الأئمة الثلاثة ، ولو فضل شيء من الحج يصرف إلى الحج ولا يرد إلى الورثة عند الثلاثة .

( وله ) أى ولابي حنيفة ( انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له ، وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج ، لانها قربة محضة

الوصية بالحج ، لأنها قربة محضة ، وهي حق لله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي إليه . وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق لله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق . وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى ، فاختلف المستحق ، وهذا أشبه . قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائة درهم ، وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ، لأن العتق في مرض الموت. وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه . قال و من أوصى

---

هي حق الله تعالى ، والمستحق لم يتبدل ، وصار كما إذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه ، وقيل هذه المسألة بناء على أصل آخر مختلف فيه ، وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى ، فلم يتبدل المستحق وعنده ) أى وعند أبي حنيفة «رح» (حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى ،فاختلف المستحق ، وهذا أشبه ) أى كون هذا الخلاف في عتق القسمة بناء على ان العتق حق الله عز وجل ، أو حق المملوك أشبه بالصواب ، لانه ثبت بالدليل انه حق العبد عنده . فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية ويرد المائة إلى ورثته ، كذا قاله الأكمل .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبداً قيمته مائةوقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ، لأن العتق في مرض الموت . وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا انها تجوز باجازة الورثة ، لأن الامتناع لحقهم وقد اسقطوه ) فصار كما إذا اوصى لرجل بنصف ماله فأجازه الورثة

بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهته ، إلا أن ملكه فيه باق ، إنما يزول بالدفع . فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصيـــة ، كما إذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته ، فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم ، لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية . وقال ومن أوصى

---

سلم ذلك للموصى ، فكذا هذا .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن أوصى بعتق عبده ثم مـــات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية ، لأن الدفع قد صح ، لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي ، فكذلك على حق الموصى له ، لأنه يتلقى الملك من جهتـــه ) أى لأن الموصي له يتلقى الملك من جهته ( إلا أن ملكه فيه باق ) منه استثناء من قوله لما أن حق ولي الجناية مقدم في العبد ، مع أن حق المولى مقدم معنى أن الملك الموصى في العبد باق ، مع أن حق المولى مقدم ( وإنما يزول بالدفع ) فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه ، كما إذا كان العبد أخاً لامرأة الموصي مثلاً ، وإنما يبقي ملكه فيه إلى أن يستغني عن حاجة فيه ، لأن مالك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الأصل عن حاجة لا تثبت الخلافة .

( فإذا خرج ) أى بالدفع ( به عن ملكه بطلت الوصية ، كما إذا باعه الموصي أو وارثه ) أى أو باع وارثه ( بعد موته ) بأن يظهر على الميت دين وقد أوصى بعتق العبد يقع العبد بدينه ( فإن فداه الورثة كان الفداء في مالهم ) أى كانوا متبرعين فيما فدوه به ( لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية ، لأن العبد طهر ) بالطاء المهملة من الطهـــارة ( عن الجناية بالفداء ، كأنه لم يجن فتنفذ الوصية ) .

بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هـذا العبد ، فقال الموصى له أعتقـه في الصحة . وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ، لأن الموصى لـه يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ، لأن العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهذا ينفذ من جميع المـال والوارث ينكر، لأن مدعاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال ،فكان منكراً والقول قول المنكر مـع اليمين . ولأن العتق حادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها ، فكان الظاهر شاهداً للوارث فيكون القول قوله مع اليمين ،

---

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى لـه والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه في الصحة، وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له ، إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له ) أي للموصى له ( البينة أن العتق في الصحة ، لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق ، لإن العتق في الصحة ليس بوصية ، ولهـذا ينفذ من جميع المال ، والوريث ينكره ، لان مدعـاه العتق في المرض وهو وصية ، والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المـال ، فكان ) أي الوارث ( منكراً ، والقول قول المنكر مع اليمين ) .

( ولان العتق حـادث ، والحوادث تضاف إلى أقرب الاوقات للتيقن بها ) أي بأقرب الاوقات، وأقرب الاوقات وقت المرض ( فكان الظاهر شاهداً للوارث،فيكون القول قوله مع اليمين ) .

إلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد ، لانه لا مزاحم له فيه أو تقدم له البينة أن العتق في الصحة ، لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لاثبات حقه . قال ومن ترك عبداً فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فإن العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة. وقالا يعتق ولا يسعى في شيء ، لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصارا كأنهما كانا معاً ، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين . وله أن الاقرار بالدين أقوى ، لانه يعتبر من جميع المال ،

---

( قال ) أى محمد « رح » ( وإلا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لامزاحم له فيه ، أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة ، لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، وهو خصم في إقامتها لإثبات حقه ) قال الكاكي هذا جواب عن اشكال وهو أن الدعوى في العتق شرط لإقامة البينة عنده ، فكيف تصح إقامة البينة من غير خصم ، فقال هو خصم في إقامة البينة في اثبات حقه . وقال فخر الإسلام يوجب أن يستخلف الوارث إن لم يقم بينة الموصى له بالثلث .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومن ترك عبداً فقال للوارث أعتقني أبوك في الصحة ، وقال رجل لي على أبيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة «رح» . وقالا يعتق ولا يسعى في شيء ، لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد ، فصارا كأنهما كانا معاً . والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين ) .

( وله ) أى ولابي حنيفة ( أن الإقرار بالدين أقوى ، لانه يعتبر من جميع المال

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلاً ، إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية . ولان الدين أسبق ، لانه لا مانع له من الاسناد ، فيسند إلى حالة الصحة، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية . وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين ، وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى ، وعندهما سواء .

---

والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث ، والاقوى يدفع الادنى فقضيته ) أي قضية هذا المذكور بالوجه المذكور (أن يبطل العتق أصلا) لان اسناد الإقرار بالعتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد وقد وجد المانع وهو أن ينتقل الدين قارنه منع الاسناد إلى حالة الصحة ، فاقتصر العتق على حالة المرض . فعلى هذا كان ينبغي (إلا أنه) أي أن العتق ( بعد وقوعه لا يحتمل البطلان ، فيدفع من حيث المعنى ) لا من حيث الصورة ( بايجاب السعاية ) على العبد ، ويقضى به الدين .

( ولان الدين اسبق ، لانه لا مانع له من الإسناد فيسند إلى حالة الصحة ، ولا يمكن إسناد العتق إلى تلك الحالة ، لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً ، فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف ) المذكور ( إذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين ، وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده ) أي فعند أبي حنيفة ( الوديعة أقوى ، وعندهما سواء ) أي الدين والوديعة سواء ، وفي عامة الكتب نحو المنظومة وشروحها والكافي ذكروا اختلاف على عكس ما ذكر صاحب الهداية .

وقال الكاكي والاصح ما ذكر فيها . وقال الاترازي جعل صاحب الهداية والوديعة

## ( فصـــل )

**قال ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعـالى قدمت الفرائض منهـا قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لان الفريضة أهم من النافلة ، والظاهر منه البداءة بما هو الاهم .**

---

أقوى عند أبي حنيفة ، وجعل الدين والوديعة سواء عند صاحبيه والكبار قبل صاحب الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا . ونقل عن الكافي للحاكم الشهيد بعـــد أن ذكر صورة قال ابو حنيفة الالف بينهما نصفان ، وقال أبو يوسف ومحمد « رح » صاحب الوديعة أولى ، ونقل هكذا عن الفقيه أبي الليث ، ونقل ايضاً عن القدوري انه ذكر في التقريب هكذا . وكذا نقل عن المنظومة من كتاب الإقرار في باب ... [1] أبي حنيفة خـلافاً لصاحبيه لو ترك الف وهذا يدعي ديناً وذاك قال هذا مدعى والابن قد صدق هـذين معاً استويا وأعطيا من ادعى والله أعلم .

### ( فصل )

أي هذا فصل في بيان الوصايا إذا ضاق عنها الثلث .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى ) من زكاة أو صلاة أو صوم أو حج أو فطر أو كفارة ونحو ذلك ( قدمت الفرائض منها قدمهـــا الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات ، لان الفريضة أهم من النافلة . والظاهر منه ) أي من الموصي ( البداية بما هو الاهم ) وقال الشافعي وأحمـــد ديون الله وديون العباد يتخاصان ، وبه قال أصحاب الظاهر وأبو ثور واسحاق وأبو سليمان ، وهو قول الحسن وعطاء وابن المسيب والثوري . وقال الشافعي في قول ديون الله تقدم . وقال مالك يبدأ بالعتق في المرض ثم التدبير ثم بعدها الزكاة المفروضة ثم عتق عبد بعينـــه أو صبي بأن يشترى فيعتق ثم الكتابة ، أي بوصيته بالكتابة لعبد ثم أداء الحج ثم الإقرار بالدين لمن

---

(١) هنا كلام ناقص من الاصل .

فان تساوت في القوة بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ، لان الظاهر أنه يبتدىء بالاهم . وذكر الطحاوي أنه يبتدىء بالزكاة ويقدمها على الحج ، وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف . وفي رواية عنه أنه يقدم الحج ، وهو قول محمد . وجه الاولى أنهما وإن استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد ، فكان أولى . وجه الاخرى أن الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصراً عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم

---

لا يجوز إقراره أو عتق رقبته عن ظهار أو قبل أو يخلص رقبة الظهار مع رقبة العبد.ثم الموصى به الكفارة يمين ثم بالإطعام على ما فرط من قضاء رمضان ثم النذر .

( فإن تساوت ) أي الوصايا ( في القوة ) بأن كانت كلها فرائض أو نوافل كالجسور والرباطات والمساجد ( بدىء بما قدمه الموصي إذا ضاق عنها الثلث ، لان الظاهر انه يبتدىء بالاهم ) وقال الكرخي في مختصره قال هشام عن محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف «رح» من الحج والصدقة والعتق وغير ذلك فأوصى رجل فكان الثلث يبلغ ذلك كله . فان كان كله تطوعاً بدىء بالاول فالاول مما نطق به حتى يأتي آخره أو ينقضى الثلث فيبطل ما بقى ، وكذلك إن كانت الوصايا كلها فريضة بدىء بالاول حتى يكون النقصان على الآخر ، وإن كان بعضه فريضة وبعضه تطوعاً بديء بالفريضة وإن أخرها. وإن كان بعضه تطوعاً وبعضه شيء أوجب على نفسه بدىء بالذي أوجبه على نفسه،وإن كان قد اخره ، قال هشام إلى هنا قولهم جميعاً .

( وذكر الطحاوي «رح» انه يبتدىء بالزكاةويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف في رواية عنه أنه يقدم الحج وهو قول محمد.وجه الاولى ) أى الرواية الاولى ( انهما ) أى ان الحج والزكاة ( وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ) أي الرواية الاخرى ( ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة

الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليه في القوة إذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للإتفاق على وجوبهـــا بالقرآن .

---

بالمال قصراً عليه ، فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات ) طريقان أى لمزية الكفارة والحج عليها ( لمزيتها عليها في القوة ) أى على الكفارات ( إذ قد جاء فيهما) أى في الزكاة والحج ( من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) قال الله تعالى ﴿ والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها ﴾ ... الآية ٢٤ التوبة .

وروى ابن ماجة عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه عن رسول الله ﷺ انه قال ما من أحد لا يؤدى زكاة ماله إلا مثل له يوم القيامة شجاعاً أقرع حتى يطوق عنقه ، ثم قرأ النبي ﷺ ﴿ ولا تحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله ﴾ ... الآية ، ورجـــاله رجال الصحيح . وقال ﷺ من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهودياً وإن شاء نصرانياً وإن شاء مجوسياً ، انتهى هـــذا الحديث ، ذكره الكاكي في شرحه هكذا والترمذي أخرجه من حديث علي رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ من ملك زاداً أو راحلة يبلغه إلى بيت الله ولم يحـــج فلا عليه ان يموت يهودياً أو نصرانياً . وفي إسناده هلال بن عبد الله مجهول ، والحارث ضعيف ، وقال الترمذي حديث غريب .

وروى الدارمي من حديث أبي أمامة وفيه فليمت إن شاء يهودياً أو نصرانياً. وروى ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة قال ، قال رسول الله ﷺ من مات ولم يحـــج حجة الإسلام في غير وجع حابس أو حجة ظاهرة أو سلطان جائر فليمت إن شاء إمـــا يهودياً أو نصرانياً ، وفي مسنده عبد الرحمن بن القطان . قـــال الفلاس كان كذاباً ، انتهى . فلهذا كما ترى ليس في شيء منه ، وان شاء مجوسياً ، مع أن حال الحديث كما رأيته .

( والكفارات في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه ) أى لأن الشأن ( عرف وجوبهـــا ) أى وجوب الكفارات الثلاثة ( بالقرآن دون صدقة الفطر ) فإن

والإختلاف في الأضحيـــة وعلى هـــذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض . قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لمـــا بينا . وصار كما إذا صرح بذلـــك . قالوا إن الثلث يقسم جميـــع الوصايا ما كان لله تعالى ، ومـا كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه ، ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة ، لأنـــه إن كان

---

وجوبها بالأخبار وترك كفارة الإفطار ، لأنها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد ، وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة ( وصدقة الفطر مقدمـــة على الأضحية للاتفاق على وجوبها ) أي وجوب صدقة الفطر ( والاختلاف في الأضحية ) فانها غـــير واجبة عند الشافعي والأضحية مقدمة على النوافل ، لأنها واجبة عندنا (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على بعض ) كالعشر مع الخراج ، فان العشر مقـــدم على الخراج وصدقة الفطر تقـــدم على النذر ويكون صدقة الفطر واجبة بإيجاب الشرع والنـــذر بإيجاب العبد .

( قال ) أي القدوري ( وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا ) أشار به إلى قوله لأن الظاهر أنه يبتدىء بالأهم ( وصار كما اذا صرح بذلك ) وقال إبدأوا بمـــا بدأت به ، ولو قال كذلك لزمه تقديم ما قدم ، فكذا هنا ، وهو ظاهر الرواية .وروى الحسن عن أصحابنا انه يبدأ بالافضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلاً سواء رتب هذا الترتيب أو لم يرتب .

( قالوا ) أي المشايخ ( إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى ، ومـا كان للعبد فما أصاب القرب ) بضم القاف وفتح الراء جمع قربة بضم القاف وسكون الراء ، وهو مايتقرب به إلى الله تعالى من الأعمال الصحيحة ( صرف اليها على الـــترتيب الذي ذكرناه ) أي فيما مضى في هـــذا الفصل ( ويقسم على عدد القرب ، ولا يجعل الجميـــع كوصية واحدة ، لأنه إن كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحـدة في نفسها

المقصود بجميعها رضا الله تعالى ، فكل واحـــدة في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين . قال ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً ، لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده ، والوصيـــة

---

مقصودة فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين ) .

فإن قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ، ولزيد يقسم على أربعة أسهم لما ذكره المصنف بقوله لأنه إن كان المقصود إلى آخره . وفي تحفة الفقهاء إذا كان مع الوصايا الثانية لحق الله تعالى الوصية للآدمي ، فان الموصى له يضرب مـــع الوصايا في القرب ، ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ، ولا يجعل كلها جهة واحدة ويقدم الفرض على حق الآدمي لحاجة العبد . ثم انها يصرف الثلث إلى الحـج الفرض والزكاة ، والكفارات ، إذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث اليها ، بل يسقطعندنا خلافاً للشافعي ، وإذا اوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت .

وفي شرح الطحاوي وإن كان ثلث ماله يحتمل جميعما اوصى به ، فإنه ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله ، وإن كان ثلث ماله لا يحتمل جميـع ذلك،فان أجازت الورثةفكذلك وإن لم تجز الورثة فإنه ينتظر إن كانت وصاياه كلها للعباد ، فإنهم يضاربون بالثلث بينهم بالحصص . فان كانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر إن كان كلهافرائض يبدأ بما بدأ به، وإن كانت كلها واجبات فانه يبدأ بما بدأ به أيضاً . وكذلك كلها تطوعاً فان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات ، وبعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض أولاً . وإن كان أخرها ثم يبدأ بالواجبات ثم بالنوافل،وإن جمع هذه الوصايا كلها فانهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم، فما أصاب العباد فهو لهم ولا يقدم بعضهم على بعض ، ومـــا كان لله بجميع ذلك كله فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحـج راكباً ) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، وقال في قول من الميقات(لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ، ولهذا يعتبر فيه من المـــال ما يكفيه من بلده ، والوصية لأداء

لأداء ما هو واجب عليه ، وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه . قال فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ . وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه ، غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن ، والممكن فيه ما ذكرناه ، وهو أولى من إبطالها رأساً ، وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل .

---

ماهو الواجب عليه، وإنما قال راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ) لأن الموصي لم يكن يجب عليه الحج إذا لم يقدر على الراحلة ، وإنما يجب عليه إذا قدر على الراحلة ، فاذا وجب الحج راكباً يلزم الأداء على الذي يحج عنه كذلك راكباً . وقال ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ذكر هشام عن محمد أنه قال لو أن إنساناً قال انا أحج عنه من منزله بهذا المال ( ماشياً فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه ) لا يعطى له ذلك ويحج عنه من حيث يبلغ راكباً . وأجاب في الواقعات المأمور بالحج له أن يحج ماشياً فالحج عن نفسه ويضمن النفقة .

( قال ) أي القدوري ( فان لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ ) أي النفقة ، وبه قال أحمد ( وفي القياس لا يحج عنه ، لأنه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه ، لأنا نعلم ان الموصى قصد تنفيذ الوصية ، فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه ) وهو الإحجاج عنه من حيث تبلغ النفقة (وهو اولى ، من إبطالها رأساً ) أي تنفيذ وصية بقدر الإمكان أولى من إبطالها بالكلية ( وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق ) أراد الفرق الذي على قول أبي حنيفة في الفصل المتقدم بينما إذا أوصى بأن يعتق بهذه المائه عبد فهلك منها درهم انه لا يعتق عنه بما بقي ، وبين الوصية بالحج بثلث ماله وثلث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يحج . وهو أن المستحق تبدل في الأولى ولم يتبدلوا في الثانية ( من قبل ) أي من باب الوصية بالعتق .

قال ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق واوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده ، عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر . وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحساناً ، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق . لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره ، وقد وقع أجره على الله ، فيبتدىء من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده . وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب ، والله أعلم .

---

( قال ) أي القدوري ( ومن خرج من بلده حاجاً ) قيد بقوله حاجاً لأنه لو خرج تاجراً ومات فانه يحج من بلده بالاتفاق ( فمات في الطريق وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر «رح» . وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحساناً ) وبه قال أحمد والشافعي في قول . وقيل هذا الخلاف فيما إذا كان له وطن . وأما إذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق . (وعلى هذا الخلاف المذكور إذا مات الحاج عن غيره في الطريق ) فعند أبي حنيفة «رح» يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه من حيث مات .

( لهما ) أي لأبي يوسف ومحمد «رح» (أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله) قال الله تعالى ﴿ ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله ﴾ ١٠٠ النساء ، فلا يجوز ابطال ذلك المقدار من الخروج ( فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله ، بخلاف سفر التجارة ، لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ) .

( وله ) أي ولأبي حنيفة «رح» ( أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه ) أشار به إلى قوله لأن الواجب لله الحج من بلده ( أداء ) أي لأجل الأداء

# ( باب الوصية للأقارب وغيرهم )

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفـــة « رح » وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ، ويجمعهم مسجد المحلة . وهذا استحسان ، وقوله قياس ، لأن الجار من المجاورة

---

( الواجب على الوجه الذي وجب ) وهو الحج من بلده . وفي كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل اوطان شتى فان كان مات في بعض الاوطان يحج من ذلك الوطن ، وإن مات في السفر يحج من أقرب الاوطان إلى مكة ( والله أعلم ) .

## ( باب الوصية في الاقارب وغيرهم )

أي هذا باب في بيان أحكام حكم الوصية للأقارب وغيرهم ، إنما أخر هذا الباب عما تقدمه ، لأن في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين. وفيما تقدمه ذكر أحكامها على العموم والخصوص يتلو العموم .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة «رح» . وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان ) أي القدوري لم يذكر خلاف أبي يوسف ومحمد ، وقد ذكر في التقريب ، قال ، قال محمد في الإملاء إذا اوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الأبواب أو بعدت عند أبي حنيفة «رح» . وقالا لمن يجمعهم مسجد في الجماعة ...وذكرابن شجاع عن أبي يوسف « رح » اعتبار أهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد . قال هذا قول أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه ، وروى بشر عن أبي يوسف ان الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في مسجدين متقاربين ، وان تباعدوا وكان واحداً عظيماً جامعاً لكل اهل مسجد جيران دون الآخرين . وإن كان في المصر قبائل فالجيـــران الأفخاذ دون القبائل ، إلى هنا لفظ التقريب .

وهي الملاصقة حقيقة ، ولهذا يستحق الشفعة بهـــذا الجوار . ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق . وجه الإستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيراناً عرفاً ، وقد تأيد بقوله ﷺ لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد .

---

( وقوله ) أى وقول أبي حنيفة ( قياس ) وبه قال زفر ( لأنه الجار من المجاورة ،وهي الملاصقة حقيقة . ولهذا ) أى ولكون الجار هو الملاصق ( يستحـق الشفعة بهـذا الجوار ) أي بجوار الملاصق .

( ولأنه ) أى ولأن الشأن (لما تعذر صرفه) أى صرف ما أوصى لجيرانه (إلى الجميع) الجيران ( يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق ) وقال الشافعي وأحمـد «رح» هم أهل أربعين داراً من كل جانب . وفي الامصار التي فيها القبائل فالجوار على الافخاذ لمـا روى أبو هريرة «رض» أنه عليه السلام قال الجـار أربعون داراً هكذا وهكذا . وفي المغني لابن قدامة وهذا نص إن صح وإلا فالجار هو المقارب ويرجع في ذلك إلى العرف.

( وجه الاستحسان أن هؤلاء ) أي الملاصقون وغيرهم ( كلهم يسمون جيراناً عرفاً ) أى من حيث عرف الناس(وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام ) أي بقول النبي ﷺ (لاصلاة لجار المسجد إلا في المسجد ) هذا الحديث رواه الحاكم والدارقطني عنأبي هريرةمرفوعاً ورواه الدارقطني ايضاً عن جابر مرفوعاً ، ورواه ابن عباس عن عـائشة رضى الله تعالى عنها مرفوعاً بأسانيد ضعيفة . وقال ابن الجوزى هذا حديث لا يصح عن رسول الله ﷺ قال ابن حزم هذا حديث ضعيف ، وهو الحديث الصحيح من قول علي رضى الله تعالىعنه قلت رواه البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي انه بلغه عن هشيم وغيره عن أبي حبان انتهى . قرابته عن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه انه قال لا صلاة لجـار المسجد إلا في المسجد ، قيل ومن جار المسجد ، قال من أسمعه المنادي . قال القدوري فيالتهذيب وقد قال هلال الرأي أن الجار من اسمعه المنادي لأنه روي عن علي رضى الله تعالى عنـه أنه قال لا صلاة لجار المسجد ... إلى آخره .

وفسره بكل من سمع النداء ، ولأن المقصد بر الجيران ، واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره ، إلا أنه لا بد من الإختلاط ، وذلك عند اتحاد المسجد . وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار إلى أربعين داراً بعيد . وما يروى فيه ضعيف . قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك ،

---

( وفسره بكل من سمع النداء ) قال تاج الشريعة وفسره أى النبي ﷺ فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ، انتهى قلت هذا غريب منه ، وكيف يقال وفسره النبي ﷺ والحديث لم يصح عن النبي ﷺ ولئن سلمنا انه صح ولم يفسره النبي ﷺ هكذا ، وإنما فسره علي بن أبي طالب رضى الله تعالى عنه فيما روى عنه موقوفاً عليه كما ذكرنا الآن .

فإن قلت يمكن أن يقال وفسره علي رضى الله تعالى عنه . قلت نعم علي رضى الله تعالى عنه فسره هكذا ، ولكن فسر حديث نفسه حين سئل كما ذكرنا ، والمصنف ما أسند الحديث إلى علي رضى الله تعالى عنه حتى يصح أن يقال وفسره علي ، ولو قال وفسر على صيغة المجهول لكان أصوب على ما لا يخفى .

( ولأن المقصد بر الجيران ) أي المقصود من وصية الشخص لجيرانه وحول إحسانه اليهم ( واستحبابه ) أي استحباب البر ( ينتظم الملاصق وغيره ، إلا انه ) أي جيرانه ( لا بد من الاختلاط ) وهذا جواب من قال ينبغي ان يستحق غير من يجمعه المسجد فأجاب بأنه لا بد من الاختلاط ( وذلك ) أى الاختلاط ( عند اتحاد المسجد ) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجمع جيران .

( وما قاله الشافعي الجوار إلى أربعين داراً بعيد ) باعتبار العرف ( وما يروى فيه ضعيف ) أى الذي روي في أن الجار إلى أربعين داراً حديث ضعيف لم يثبت . أما الحديث فقد رواه البيهقي عن أم هانىء بنت أبي صفرة عن عائشة رضى الله تعالى عنها عن النبي ﷺ قال أوصاني جبريل عليه السلام بالجار إلى أربعين داراً عشرة من هاهنا . أو عشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، وعشرة من هاهنا ، انتهى . وقال في إسناده ضعف .

والذكر والأنثى ، والمسلم والذمي ، لأن إسم الجار يتناولهـم ، ويدخل فيـه العبد الساكن عنده لإطلاقه ، ولا يدخل عندهما ، لأن الوصيه له وصية لمولاه وهو غـير ساكن . قال ومن أوصى

---

ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن عبد السلام بن أبي الجنوب عن أبي سلمة عـن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه قال ، قال رسول الله ﷺ حق الجوار إلى أربعـين داراً هكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقدام وخلف. وعن أبي يعلى رواه ابن حبان في كتاب الضعفاء وأعله بعبد السلام بن أبى الجنوب ، وقال انه منكر الحديث . وأمـا قول من قال هذا حديث لا نعرف رواته فغير صحيح ، ذكره الأكمل بقوله قيل هذا خبر لا نعرف رواته ، وكيف يقال هـذا وقد عين البيهقي وأبو يعلى رواته ، ولكن لم يصح لما ذكرنا .

( قالوا ) أي المشايخ ( ويستوي فيه ) أي فيما أوصى به رجل فجيرانه ( الساكن ) بالإجارة والعارية ( والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم ) وفي الزيادات قال محمد وأما الافاني أحسن أن جعل[1] الوصية لجيرانه الملازقين الساكن ممن يملك تلك الدور وغيرهم ممن لا يملكها ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذي فيهم الموصي من الملازقين وغيرهم ، والسكان من تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والأبعدون ، والكافر والمسلم ، والصبي والمرأة في ذلك سواء ، وليس المماليك والمدبرين وأمهـات الأولاد في ذلك شيء .

( ويدخل فيه ) أي فيما اوصى به لجيرانه ( العبد الساكن عنده ) أي عند أبي حنيفة «رح» ( لإطلاقه ) أي لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيرهم ( ولا يدخل عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( لأن الوصية له ) أى العبد ( وصية لمولاه ، وهو ) أي مولاه ( غـير ساكن ) فلا يتناوله.

( قال ) أي القدوري ( ومن أوصى لأصهاره ) أي لأقرباء امرأته ( فالوصية لكل

---

(١) هكذا رسم الكلام في الأصل.

لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته ، لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها ، وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام ،

---

ذي رحم محرم من امرأته ) أي فالوصية تكون لكل ذي رحم محرم مجرور ،لأنه صفة ذي رحم محرم ( لما روى أن النبي ﷺ لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمون أصهار النبي ﷺ ) قوله صفيه وهم،وصوابه جويرية. أخرجه أبو داود في سننه في العتاق عن محمد بن إسحاق عن محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضى الله تعالى عنهما قالت وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق في سهم ثابت ابن قيس بن شماس وابن عم له ، فكاتبت على نفسها وكانت امرأة ملاحة تأخذ العين قالت عائشة رضى الله تعالى عنها فجاءت تسأل رسول الله ﷺ في كتابتها، فلما قامت على الباب رأيتها فكرهت مكانها ، وعرفت أن رسول الله ﷺ سيرى منها مثل الذي رأيت ، فقالت يا رسول الله ﷺ أنا جويرية بنت الحارث ، وقد كان من أمري ما لا يخفى عليك ، وإني وقعت في سهم ثابت بن قيس بن شماس ، وإني كاتبت على نفسي فجئت أسألك في كتابتي ، فقال رسول الله ﷺ فهل لك إلى ما هو خير منه ، قالت يارسول الله ﷺ وماهو ،قال أؤدي عنك كتابتك وأتزوجك ،قالت نعم يارسول الله ﷺ ،قال قد فعلت. قال فتسامع الناس أن رسول الله ﷺ قد تزوج جويرية فارسلوا ما بأيديهم –يعني من السبي– فأعتقوهم ، وقالوا أصهار رسول الله ﷺ ، قالت فما رأيت امرأة كانت أعظم بركة على قومها منها ، أعتق في سببها مائة أهل بيت من بني المصطلق ، انتهى .

ورواه الواقدي من طريق اخرى وفيه وكان الحارث بن أبي ضرار رأس بني المصطلق وسيدهم ، وكانت ابنته جويرية اسمها برة فسماها رسول الله ﷺ جويرية ، لأنه كان يكره أن يقال أخرج من بيت برة ، ويقال ان رسول الله ﷺ جعل صداقها عتق كل أسير من بني المصطلق . ويقال جعل رسول الله ﷺ صداقها عتق أربعين من قومها .

وهــذا التفسير اختيــار محمد وأبي عبيدة «رح» . وكذا يدخل فيــه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة إبنــه وزوجة كل ذي رحـــم محرم منه ، لأن الكل أصهار ، ولو مات

---

( وهذا التفسير ) أشار به إلى التفسير المذكور ، وإنما قيل بهذا لأن الذي يجيء في اللغة بمعنى الختن ايضاً ( اختيار محمد وأبي عبيدة «رح» ) محمد هو ابن الحسن وأبو عبيد القاسم بن سلام ، قال الأترازي قول محمد «رح» حجة في اللغة استشهد بقوله أبو عبيد في غريب الحديث . وقال في مجمل اللغة قال الخليل لا يقال لأهل بيت المرأة الأصهار» وكذا قال الجوهري وقد نظم الإمام نجم الدين هو النسفي في نظمه لكتاب الزيادات يشتمل على معنى الصهر والختن ، فقال أصهار من يوصى أقارب عرسه ، ويزول ذاك ببائن وحرام اختانه أزواج كل محارم ، ومحارم الأزواج بالأرحام .

وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الزيادات أما الصهر فقد ينطلق على الختن، لكن الغالب ما ذكره محمد ، قال عاصم بن عدي :

ولو كنت صهراً لابن مروان قربة وكأني إلى المعروف والطعن الرحب
ولكنني صهر لآل محمد وخال بني العباس والخــال كالاب

سمى نفسه صهراً وكان أخا امرأة العباس ثم قال فخر الإسلام «رح» فيه ومن شرطه بقاء هذا الإسم أن يموت الموصي وهذه نساؤه أو في خصمه من طلاق رجعي ، أما بعـد البينونة فتنقطع المصاهرة ، وإنما تعتبر يوم الموت، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصى يوم موت الموصى . أو كانت معتدة من طلاق رجعي، فأما بعد البينونة فتنقطع المصاهرة وإنما يعتبر يوم الموت، يعني أن المرأة إذا كانت زوجة الموصي يوم موت الموصي، أو كانت معتدة من طلاق رجعي يستحق أقرباء المرأة الوصية باسم الصهر . وإذا كانت مبانة يوم موته لا يستحق بها ، لانقطاع المصاهرة بالإبانة وعدم الانقطاع فيما لم يكن مبانة ( وكذا يدخل فيه ) أى فيما اوصى لجيرانه ( كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنــه وزوجة كل ذي رحم محرم منه ، لأن الكل اصهار ) لما مر من حديث جويرية .

الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدتـــه من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية . وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقهـــا ، لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت . قال ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم منه ، وكذا محارم الأزواج ، لأن الكل يسمى ختناً ، قيل هذا في عرفهم ، وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ، ويستوي فيه الحر والعبد والأقرب

---

( ولو مات الموصي والمرأة في نـكاحه أو في عدته ) أي أو كانت المرأة في عدة ( من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية، وان كانت في عدة عن طلاق بائن لا يستحقها، لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح ، وهو شرط عند الموت ) وقد شرح هذا فخر الإسلام ، وقد ذكرناه آنفاً .

( قال ) أي القدوري ( ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه ، وكذا محارم الأزواج ) أي المحـــارم أزواج كل ذي رحم محرم من الموصي . وفي شرح الكافي الأختان أزواج البنات والأخوات والعمات والخالات ، وكذا زوج كل ذي رحم محرم من أزواج هؤلاء ، هكذا ذكره محمد ( لأن الكل يسمى ختناً ، قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ) قال أي الأترازي إنما كان هذا في قوله بعد أنتقال وكذا محارم الأزواج ، لأن ذاك رواية الزيادات المذكورة ثمة في عرفهم، لا على عرفنا،لأن ازواج المحارم لا يسمون أختان وفي عرفهم يسمى الكل أختاناً .

وقال الكرخي في الزيادات إذا اوصى الرجل لأختانه بثلث ماله ثم مات فالاختان أزواج البنات، والأخوات والعمات والخالات وكل امرأة ذات رحم محرم للموصي فزوجها من أختانه ، وكل ذي رحم محرم من زوجهـــا من ذكر وأنثى فهو أيضاً من أختانه ، ولا تكون الأزواج ذات رحم محرم المحرم . ومن كان من قبلهم من ذى الرحم المحرم ولا يكون الأختان ما كان من قبل نساء الموصي ( ويستوى فيـــه الحر والعبد ، والأقرب والأبعد ، لأن اللفظ يتناول الكل ) أي لفظ الأختان يتناول الكل .

والأبعد ، لأن اللفظ يتناول الكل . قال ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد ، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً ، وهذا عند أبي حنيفة . وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام ، وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام . وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ ، وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم.

---

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى لأقاربه فهي ) أي الوصية ( للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ، ولا يدخل فيه الوالدان والولد، ويكون ذلك للاثنين فصاعداً وهذا عند أبي حنيفة ) وفي الكافي وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو لذوي أنسبائه فهم عند أبي حنيفة الأقرب فالاقرب ، ومن كل ذي رحم محرم منه . ويدخل فيه الجد والجدة . وكذا ولد الولد في ظاهر الرواية. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ان الجد وولد الولد لا يدخل.

( وقال صاحباه ) أي صاحبا أبي حنيفة وهما أبو يوسف ومحمد « رح » ( الوصية لكل من ينسب إلى اقصى أب له في الإسلام ) يعني لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء إلى اقصى أب له في الإسلام ، لأن الطرفين جميعاً يشتركون في الثلث الأقرب منهم والأبعد ، والذكر والأنثى فيه سواء ( وهو أول أب أسلم ، أو أول أب أدرك الإسلام ) سواء أسلم أو لا . واختلف المشايخ في اشتراط إسلام أقصى الأب، قيل يشترط ، وقيل لا يشترط ، وهو معنى قوله ( وإن لم يسلم ) أي أقصى الأب ( على حسب ما اختلف فيه المشايخ ).

( وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب ، فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم ) قال أقصى أب أدرك الإسلام أبو طالب فيدخل في الوصية أولاد علي وعقيل وجعفر رضي الله تعالى عنهم . ومن شرط إسلام أقصى أب هو علي فيدخل تحت الوصية اولاد علي دون

لهما أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون إسماً لمن قامت به ، فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف . وله أن الوصيـــة أخت الميراث . وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب ، والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد من هذه الوصية تلافى مـــا تفرط في إقامة واجب الصلة ، وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل

---

عقيل وجعفر ، وقال الشافعي وأحمـــد في رواية قرابته من قبل أبيه وأمـــه الذين ينسبون إلى الأدنى ، والأدنى ينسب اليه ، ويستوى فيـــه القريب والبعيد ، لأنهم قرابته عرفاً .

وقال مالك قريبه بالاجتهاد ، وقال محمد في روايـ قريبه اولاده وأولاد أبنه وأولاد جده وأولاد جداته ، لأن من هو أبعد منهم ، ويستوى فيـــه الذكر والأنثى ، حتى لو أوصى لقرابـة النبي ﷺ أعطى أولاده اولاد عبد المطلب واولاد هاشم ، ولم يعط بني هاشم وبني نوفل ولم يسلم.

( لهما ) أى لأبي يوسف ومحمد « رح » ( أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون ) أى القريب ( اسماً لمن قامت ) أى لمن قامت القرابة ( بـــه فينتظم ) أى يشتمل اسم القريب ( بحقيقة مواضع الخلاف ) وهو ذو الرحم المحرم والرحم الأبعد .

( وله ) أى ولأبي حنيفة ( أن الوصية أخت الميراث ، وفي الميراث يعتـــبر الأقرب فالاقرب ) فكذلك في الوصية ( والمراد بالجمع المذكور فيه ) أي في الاقرب ( اثنان ) وهو قوله تعالى ﴿ فإن كان له أخوة ﴾ فإن المراد من الأخوة اثنان ( فكذا في الوصية ) اثنان ، لأن المثنى كالجمـــع في باب الميراث ، فكذلك في باب الوصيـــة ، لأن الوصية أخت الميراث ( والمقصد من هذه الوصية ) أي المقصود منها ( تلافي ما فرط ) أى استدراك ما قصر ( في إقامة واجب الصلة ) لان صلة ذى الرحم المحرم واجبة دون غيره بالاجماع ، ولهذا لا يجوز الرجوع في هبته ويستحق النفقة دون غيره ( وهو مختص ) أى تلافي ما فرط في وجوب الصلة مختص ( بذي الرحم المحرم منه ، ولا يدخل فيـــه ) أى في الإيصاء على ذوي قرابته ( قرابة الولاد ) وهو الوالد والولد ( فإنهم ) أى فـــان

فيه قرابة الولاد ، فإنهم لا يسمون أقرباء . ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً ، وهـــذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ، ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه ، فعنده يقيد بما ذكرناه . وعندهما بأقصى الأب في الإسلام . وعنـــد الشافعي بالأب الأدنى .

---

الآباء والاولاد ( لا يسمون أقرباء ) لانهم أقرب من القرابة .

واوضح هذا المعنى بقوله ( ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً ) من حيث العرف يدل عليه قوله تعالى ﴿ الوصية للوالدين والاقربين ﴾ ٨٠ البقرة ، عطف الاقربـــين على الوالدين والعطف يقتضي المغايرة، فلا يكون الوالد قريباً لا يكون الولد قريباً أيضاً، لأنه يلزم من قرب أحدهما إلى الآخر قرب الآخر إليه وإلا لا يثبت القرب أصلاً .

( وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره ، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ) إذ لا واسطة بينهما ( ولا معتبر بظاهر اللفظ ) هــذا جواب عن قول أبي يوسف ومحمد « رح » أن القريب مشتق من القرابة ، فيكون إسماً لمن قامت به . وتقدير الجواب ان ظاهر اللفظ لا اعتبار به ( بعد انعقاد الإجماع على تركه ) أي ترك ظاهر اللفظ ، يعني أن ظاهر اللفظ وإن اقتضى صحة إطلاق إسم القريب على الوالد والولد، لكن الإجماع انعقد على ترك هذا الظاهر ، وبين ذلك بقوله ( فعنده ) أي فعند أبي حنيفة ( يقيد بمـا ذكرناه ) من الاقرب فالاقرب ، فالقيود الخمسة وهي كونه ذا رحم محرم ، واثنين فصاعداً ، وذلك ما سوى الوالد والولد من لا يرث ، والأقرب فالأقرب .

( وعندهما بأقصى الاب في الإسلام ) أي عند أبي يوسف ومحمد يقيد بكل من يجمعه وأباه أقصى أب في الإسلام ( وعند الشافعي بالاب الادنى ) الذي ينسب اليـــه ، وهو قول محمد ايضاً .

قال ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمه عنده اعتباراً للأقرب كما في الإرث . وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما لا يعتبران الأقرب . ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصيـــة والنصف للخالين ، لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للمفرد ، فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب. ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه . ولو ترك عماً

---

( قال ) أي القدوري ( وإذا أوصى ) هذا إلى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة، يعني وإذا اوصى أحد( لاقاربه وله عمان وخالانفالوصية لعمه عند أبي حنيفة اعتباراً للاقرب كما في الإرث ) فانه يكون لعميه في الإرث دونخاليه، هــذا إذا أوصى أحد لاقاربه وله عمان وخالان والوصية لعميه عند أبي حنيفة .

( وعندهما بينهم أرباعاً إذ هما ) أي عند أبي يوسف ومحمد ( لا يعتبران الاقرب ، ولو ترك عماً وخالين فللعم نصف الوصية ، والنصف للخالين ، لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع ، وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث . بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته ، حيث يكون للعم كل الوصية ، لان اللفظ للمفرد ) وهو قوله لذي قرابته ( فيحرز الواحــد كلها ) أي كل الوصية ( إذ هو الاقرب ) أي لانـــه هو الاقرب ، فلا يستحق الابعد عند وجوده .

( ولو كان له عم واحد ) أي فيما إذا اوصى لاقاربه ولهعم واحد ولم يكن هووارث كله نصف الثلث ، لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الإثنان ولم يوجد ( فـــله نصف الثلث ) والنصف الباقي يرد على الورثة (لما بيناه) اراد به قوله لانه لا بد من اعتبارمعنى الجمع وهو الاثنان .. إلى آخره .

( ولو ترك عماً وعمة وخالاً وخالة ) أي فيما إذا أوصى لاقاربه ( فالوصية للعموالعمة

وعمة وخالاً وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة ، وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية . كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً . وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا ، لأن كل ذلك لفظ جمع . ولو انعدم المحرم بطلت الوصية ، لأنها مقيدة بهذا الوصف .

---

بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى ) أي قرابة العمومة من قرابة الخؤولة (والعمة وإن لم تكن وارثة ) هذا جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة وتقوم الاخوات بسببهما فلم يكن قرابتها أقرب . وتقرير الجواب ان العمة وان لم تكن وارثة في هذه الصورة ( فهي مستحقة للوصية ) مساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة بوصف قائماً بها وهو الوراثة لا يخرجها عن مساواتها للعم في استحقاقها هذه الوصية .

( كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً ) لما أن عدم جريان الميراث لوصف قائماً بهما لا يضعف في القرابة ( وكذا ) الحكم ( إذا أوصى لذوى قرابته أولاقربائه او لانسبائه ) أو هو جمع نسيب على وزن فعيل ، وهو القريب كالانصباء في جمع النصيب ( في جميع ما ذكرنا ) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافاً لهما (لان كل ذلك لفظ جمع) والمعتبر في كل جمع اثنان .

( ولو انعدم المحرم ) يعني إن لم يكن الوصي محرم في هذه المسائل ( بطلت الوصية ) عند أبي حنيفة « رح » لان الوصية عنده لذى الرحم ، فإذا لم يكن للموصى قريب محرم كانت الوصية للمعدوم وهي باطلة ، وهي معنى قوله ( لأنها مقيدة بهذا الوصف ) أى لأن الوصية مقيدة بوصف المحرمية .

قال الأترازي « رح » قوله قال لم يقع مناسباً ، لأن عادة المصنف انه لم يذكر لفظ قال إلا إذا كانت مسألة القدوري أو الجامع الصغير ، أو كانت مذكورة في البداية ، وهذه مع ما بعدها ، أى قوله ومن اوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة، وكل هذه المسائل مذكورة في مختصر الكرخي ، انتهى . قلت يمكن أن يقال إن فاعل قال

قال ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة . وقال يتناول كل من يعولهم وتضمنهم نفقتـــه اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص ، قال الله تعالى ﴿ واتتوني بأهلكم أجمعين ﴾ ٩٣ يوسف ، وله أن اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿ وسار بأهله ﴾ ٢٩ القصص ،

---

هذا المصنف ، لأن من عادته في مواضع يقول قال ويكون المراد به قال المصنف ، ولما أخذ هذه المسألة مختصر الكرخي نقل كلامه بقوله ( قـــال ) أى المصنف ( ومن أوصى لأهل فلان فهي ) أي الوصية ( على زوجته ) أى زوجة فلان ( عند أبي حنيفة ) .

( وقالا يتناول كل من يعولهم ) يعني فلان (وتضمهم نفقته) أى يجمعهم نفقته (اعتباراً للعرف ، وهو مؤيد بالنص . قال الله تعالى ﴿ واتتوني بأهلكم أجمعين ﴾ ٩٣ يوسف ) فإنه ليس المراد به الزوجة فقط ، وكذا قوله ﴿ فأنجينـــاه وأهله إلا امرأته ﴾ ٥٧ النمل لكن لا يدخل مماليكه وإن كان يضمنه نفقته ، لأن الأهـــل لا يطلق عليهم في العرف . وفي مختصر الكرخي قال أبو يوسف ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن يضمنه نفقته غريباً كان أو غيره الزوجة واليتيم في حجره ، والولد إذا كان يعوله فإن كان كبيراً قـــد اعتزل عنه ، أو كانت بنتاً قد تزوجت فليس من أهله . وفي الزيادات ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث للموصي ، ولا يدخـــل فلان الموصى لـــه أهـــله في معنى من هذه الوصية .

( وله ) أى ولأبي حنيفة ( أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى ﴿ وسار بأهله ﴾ ٢٩ القصص ) قاله الأترازي وفي الاستدلال بقوله نظر ، لأنه لم يرد في الآية الزوجة خاصة ، لأن الله تعالى قال ﴿ فلما قضى موسى الأجل وسار بأهله آنس من جانب الطور ناراً فقال لأهله امكثوا ﴾ بلفظ الجمع والآية في سورة القصص ، وكذلك خاطب في سورة طه ﴿وهل أتاك حديث موسى إذ رأى ناراً فقال لأهله امكثوا﴾ وقال الأكمل الجواب انه لم ينقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمتهم نفقته ، فإن

ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة . قال ومن أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته ، لان الآل القبيلة التي ينسب إليها . ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيـــه أبوه وجده ، لان الاب أصل البيت . ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه ، لان الإنسان يتجنس بأبيه . بخلاف قرابته حيث

---

كان معه أحد من الأقارب لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقــائق لا يستدل عليها ، لان طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول ، وإنما استشهد بالآية قياساً ، فان ثبت إنمـــا في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه ، كالآيات التي استدل بها الاترازي ، فإنه قال وجه قولهما أن اسم الاهل ينطلق على كل من يعوله ويضمنه نفقته بدليل قوله تعالى في قصة يوسف ﴿وائتوني بأهلكم اجمعين﴾ وقوله تعالى ﴿فأنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ وقوله تعالى ﴿ووهبنا له أهله ومثلهم معهم﴾ ولم يرد في هـــذه المواضع الزوجة خاصة ، فيحمل على الكل .

( ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا ) أي تزوج ( والمطلق ينصرف إلى الحقيقة ) يعني لغة وعرفاً ، فلا يعدل عنها ( ولو اوصى لآل فلان فهو لاهـــل بيته ، لان الآل القبيلة التى ينسب اليها ) فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبـــل آبائه إلى اقصى أب له في الإسلام الاقرب والابعد ، والذكر والانثى ، والمسلم والكافر ، والصغير والكبير فيه سواء ، ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات ولا أحد من مراتب أمه ، لانهم ينسبون اليه لان النسب يعتبر من الآباء .

( ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده ، لان الاب أصل البيت ) وعن أحمد أن أهل البيت بمنزلة قوله القرابة (ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه ، والنسب يكون من جهة الآباء ، وجنسه أهل بيت أبيه دون أمـــه ، لأن الانسان يتجنس بأبيه ) أى يتخذ الجنس من أبيه إذ الجنس عبارة عن النسب ، والنسب

تكون من جانب الام والاب . ولو أوصى لايتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم وأغنياؤهم ، ذكورهم واناثهم ، لانه أمكن تحقيق التمليك في حقهم ، والوصية تمليك . وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ، لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة ، فجاز حمله على الفقراء .

---

من جانب الأب لا من جانب الأم ، فإن اسماعيل عليه السلام كان من هاجر ، وكان من جنس قوم أبيه ، وابراهيم بن النبي ﷺ كان من جنس قريش ، وكذا أولاد الخلفاء من الاماء يصلحون الخلافة ( بخلاف قرابته ، حيث يكون من جانب الأم والاب ) فيدخل في الوصية لقرابة كل من الجانبين .

( ولو أوصى لايتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم إن كانوا قوماً يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ، ذكورهم وأناثهم ، لانه أمكن تحقيق التمليك في حقهم ، والوصية تمليك ، وإن كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم ، لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة ، وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء ) والايتام جمع يتيم ، وهو اسم لمن كان دون البلوغ ولا أب له ، لقوله عليه السلام لا يتم بعد احتلام ، رواه أصحاب السنن عن علي « رض » عنه ، والعميان جمع أعمى ، والزمنى جمع زمن ، والارامل جمع أرمل ، والارمل هو الذي لا يقدر على شيء سواء كان رجلاً أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كالرفع من الرفعا وهي التواب ، ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة ، والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وإناثهم وهو اختيار الشعبي . وقال أرمل القوم إذا فقدوا زادهم وصاروا محتاجين.

ومن لا زوجة له من الرجال هل يدخل فيه ؟ قال الشافعي في وجه وإسحاق يدخل وهو قول الشعبي ، وعند أكثر أهل العلم لا يدخل . قال الشعبي هذا اللفظ يطلق على الذكر لغة ، قال الشاعر :

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

قلنا المعروف في كلام الناس بأنه النساء ، وفي الشعر إطلاقه يجوز ، ولهذا وضعه بالذكر والانثى والشيء لا يوصف بنفسه ، ولئن كان حقيقة فقد هجرت الحقيقة بالعرف كما في سائر الحقائق العرفية .

ثم حد الإحصاء عند أبي يوسف أن لا يحصون بكتاب ولا حساب فهم لا يحصون . وقيل بحيث يحصى هم الحصا [1] حتى يلد فيهم مولوداً ويموت فيهم ، وهو قول محمد إذا كانوا اكثر من مائة فهم لا يحصون . وقال بعضهم هو مفوض إلى رأى القاضي ، وعليه الفتوى ، وما قال محمد هو الأيسر ، كذا في فتاوى قاضي خان . وعند الأئمة الثلاثة ان الوصية للكل سواء كانوا يحصون او لا ، ويدخل فيهم الأغنياء والفقراء .

وقال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف ومحمد إذا أوصي بثلث ماله لأيتام بني فلان فإن كانوا يحصون دخل فيهم الغني والفقير ، فكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وإن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم ، كأنه قال أوصيت للمساكين فيعطى الموصي من شاء منهم ، وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي لعميان بني فلان أو لزمني بني فلان ، فإن كانوا لا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير كلهم بالسوية ، وإن كانوا يحصون فالثلث للفقراء منهم على ما وصفت لك ، وإذا أوصي لأرامل بني فلان فالوصية بينهن لكل امرأة محتاجة لأن لها زوج طلقها أو مات عنها فهذه الأرملة قد أرملت عن زوجها ومالها ، ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ،ولا يدخل في ذلك امرأة غنية ، فإن لم يمكن الإحصاء قسم ذلك بينهن بالسوية ، وإن كن لا يحصين فهذا على ما وصفت لك من أمر المساكين .

---

(١) هكذا الكلام في الأصل .

بخلاف مـــا إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بني فلان وهم لا يحصرن حيث تبطـــل الوصية ، لانـــه ليس في اللفظ ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفـــه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف إليهم ، وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر .

---

( بخلاف ما إذا أوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون أو لأيامى ) أى اوصى لأيامي ( بني فلان ) الأيامى جمع أيم ، وهي التي لا زوج لها بكراً كانت أو ثيباً ( وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية ، لأنه ) أي لأن الشأن ( ليس في اللفظ ) أى لفظ الشأن والأيامى ( ما ينبىء عن الحاجة فلا يمكن صرفه إلى الفقراء ، ولا يمكن تصحيحه تمليكاً في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم ) وفي المبسوط فاذا لم يكن فيه ما ينبيء عن الحاجة كان المقصود هو التمليك ، وجهـالة المملك مانعـة لصحة التمليك ، إذ الصرف إلى الكل غير ممكن ، وليس بعضهم أولى من بعض ، فكانت الوصية باطلة .

في الايضاح الشاب من خمسة عشر إلى خمس وعشرين سنة إلى أن يبلغ عليه الشمط . والكهل من ثلاثين سنة إلى أن يغلب عليه النمط إلى آخر عمره . والشيخ ما زاد على سنه فجعل أبو يوسف الشيخ والكهل سواء فيما زاد على خمسين . وعن محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر سنة ، والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل إذا بلغ اربعين فزاد عليه ما بين خمسين إلى ستين إلى ان يغلب عليه الشيب حتى يكون شيخاً . وعند أكثر أهل العلم الكهل ابن ثلاثين حتى يبلغ خمسين ، فاذا جاوز خمسين يكون شيخاً إلى ان يموت.

( وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف إلى اثنين منهم اعتباراً لمعنى الجمـــع ، وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ) ولم يذكر المصنف فيه الخـلاف ، فينبغي أن يكون

ولو أوصى لبني فلان يدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه وهو قولهما ، لان جمع الذكور يتناول الإناث ، ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة، لان حقيقة الإسم للذكور، وانتظامه للإناث تجوز ، والكلام لحقيقته . بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ

---

هذا على قول محمد ، لانه لا يجوز إلا الدفع إلى اثنين فصاعداً ، وعندهما يجوز ان يدفع كله إلى فقير واحد ، لان الكلام يصرف إلى الجنس والجنس إلى ثلاثة ، لانه أقل الجمع ، وعن أحمد يكفي الواحد كما في الزكاة . ولو اوصى لبني فلانة يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة أول قوليه ، وهو قولهما ، لأن جمع الذكور يتناول الإناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة .

إيضاح هذا ( ولو أوصى لبني فلان ) فلا يخلو إما أن يريد لعمومه الإضافي،أويكون اسم قبيلة أو فخذ ، فإن كان الأول ( يدخل فيه الإناث في قول أبي حنيفة « رض » ) رجع اليه ، وكان يقول أولاً يدخل ( أول قوليه، وهو قولهما ، لأن جمع الذكور ) والخلاف عند الاختلاط بما إذا كن في بيت الإناث مفردات فلا يدخل بالاتفاق إلا أن يذكره المصنف ، لأن حقيقة الإسم للذكور ، وانتظامه الإناث يجوز ، والكلام بحقيقته ألا ترى أنه يصح أن يبقى اسم البنين على البنات ، ولا يصح في الذكور . فلو تناولهما يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز .

فإن قيل خطاب الذكور ( يتناول الإناث ثم رجع، وقال يتناول الذكور خاصة،لأن حقيقة الإسم الذكور وانتظامه للإناث تجوز . والكلام لحقيقته ) بالإجماع ، مع أن الحقيقة والمجاز لا يجتمعان . قلنا خطاب المكلف دل على أن المراد العقلاء ، إذ التكليف يبنى على العقل ، فيتناولهم عموم المجاز ، أما هاهنا لم يدخل على العموم دليل، بل دل على الخصوص ، وهو أن الموصي لم يقل لأولاد فلان ، بل قال لبني فلان .

( بخلاف ما إذا كان بنو فلان إسم قبيلة أو فخذ ) القبيلة واحدة القبائل ، وهو بنو أب واحد ، والفخذ بفتح الفاء وكسر الخاء في العشائر أقل من البطن ، وبيانه أن العرب

حيث يتناول الذكور والإناث ، لانه ليس يراد بها أعيانهم ، إذهو مجرد الإنتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم . قــــال ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء ، لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً واحداً .

---

على ست طبقات ، وهي الشعب والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصلة ، والشعب يجمع القبائل ، والقبيلة تجمع العمارة ، والعمارة تجمـــع البطون ، والبطون تجمع القبائل ... خزيمة شعب ، وكنانة قبيلة ، وقريش عمارة ، وقصي بطن ، وهاشم فخـــذ ، والعباس فصلة وسميت الشعوب لأن القبائل تشعبت منها .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده إذا أوصى لبني كنانة لا يدخل تحت الوصية اولاد نضر ، لأنه فوقهم ، ويدخل اولاد كنانة إلى الفصلة ، وإذا اوصى لبني قريش وهوعمارة لا يدخل تحت الوصية اولاد نضر وكنانة لأنهم فوقهم ، ويدخـــل اولاد قريش وقصي وأولاده والعباس وأولاده ، لأن هؤلاء دونهم ، وإذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وهو قبيلة فالثلث بينهم على السوية إذا كانوا يحصون .

( حيث يتناول الذكور والإناث ، لأنه ليس يراد بها أعيانهم ، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ، ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم ) وهو جمـــع حليف ، وهو اسم من يـــأتي قبيـــلة فيحلف لهـــم ويحلفون لهـــم على التناصر . وقال الكرخي في مختصره وإذا قال لبني فلان وبنو فلان أولئك قبيـــلة لا تحصى مواليهم في الوصية مولى الموالاة الذين أسلموا على أيديهم ووالوهم ومولى العتاقة وحلفاؤهم وأعدادهم معهم ، وإن كان أوصى لبني فلان وهم بنو أب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من العرب خاصة دون الموالي والحلفاء ، انتهى . والأعداد جمع عد يقال فلان عديد بنى فلان ، أى يعد منهم .

( قال ) أى القدوري ( ومن اوصى لولد فــلان ) وفي بعض النسخ وإذا اوصى لولد فلان ( فالوصية بينهم ، والذكر والأنثى فيه سواء ، لأن اسم الولد ينتظم الكل انتظاماً

ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، لانه لما نص على لفظ الورثـــة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث . ومن أوصى لمواليـه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة . وقال الشافعي في بعض كتبـــه ان الوصية لهم جميعاً ، وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا . له أن لإسم يتناولهم ، لان كلاً منهم يسمى مولى ، فصار كالاخوة .

---

واحداً ) يعني بطريق الحقيقة ، لأنه يتناول أحدهما حقيقة ، والآخر مجـــازاً . وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ، ولو اوصى لولد فلان وليس لفلان ولد صلب فالوصية لولد ولده . وإذا كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية كلها له وليس لولد الولد شيء . وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي لو كان له ولد واحـــد ذكراً أو انثى فجميع الوصية له . وذكر الكرخي في مختصره بخلاف ذلك ، فإذا قال وصيت بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور واناث كان الثلث لهم بعـــد أن يكونوا اثنين فصاعداً ولم يكن لولد ولده شيء ، وإن كان لصلبه واحد وله ولد كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكراً كان أو انثى ، وكان مـــا بقي لولد ولده من سفل منهم ومن قرب بالسوية الذكر والأنثى فيه سواء ، وهذا كله على قياس أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف « رح » .

( ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، لانه لمـا نص على لفظ الورثة آذن) أى أعلم ( ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ) ولا يعلم منه خلاف ( ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة ) هـذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعاً على مسألة القدوري .

(قال الشافعي في بعض كتبه أن الوصية لهم جميعاً ) وبه قال أحمـد وزفر ( وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا ) أى حتى يصطلح ، وله في قول آخر الوصية للأعلى لانه أقوى . وقال أبو ثور الكل يدخلون في الوصية ، ولكن يقرع بينهما ، لان أحدهما ليس بأولى من الآخر ( له ) أي الشافعي ( ان الاسم يتناولهم ، لان كلا منهم يسمى مولى

ولنا أن الجهة مختلفة ، لان أحدهما يسمى مولى النعمة ، والآخر منعم عليه فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات. بخلاف مـــا إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل ، لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ،

---

فصار كالاخوة ) أي كما إذا اوصى لاخوة فلان وهم متفرقون لاب وأم ولاب وأم فالوصية لهم جميعاً ولا يكون البعض اولى من البعض .

( ولنا أن الجهة مختلفة ، لان أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليـه ، فصار مشتركاً فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات ) احترز به عن موضع النفي ، مبنى هذا الكلام على جواز عموم المشترك وعدم جوازه ، والشافعي «رح» يجيزه ، فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه ، فكذلك هذا . والمروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة «رح » لكن لا على جوز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى على الاعلى والاسفل ، كالاخوة على بني الأعيان وبني فلان وبنى الأضياف ، وليس بظاهر ،لأن معنى الأخوة في الجمع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ، ومعنى المولى ليس كذلك فان معنى الأعلى منعم وهو معنى الأسفل منعم عليه ، فكان في احدهما معنى الفاعل ، وفي الآخر معنى المفعول واليه أشار المصنف «رح» بقوله أن الجهة مختلفة ، فصار مشتركاً فلا يشتملها معنى واحد في موضع الاثنان ، هذا اختيار شمس الائمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الاثبات ، فالمصنف «رح» مال إلى ما قال شمس الأئمة قال فلا ينتظم اللفظ واحد في موضع الاحبات .

ثم أجاب عن مسألة الحلف بقوله ( بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فـلان حيث يتناول الأعلى والأسفل ، لأنه مقام النفى ) أي لأن قوله لا انكلم مقام النفى (ولا تنافي فيه) أي في عموم النفى في المختلفين ، أي نفى المختلفين في محل واحد لا يستحيل ، وفي الاثبات يستحيل الاترازي ان اجتماع الحنطة والشعير في معنى واحد يستحيل في حـــالة واحدة ، ولا يستحيل انتفاءهما، وكذا في اليوم الواحد يستحيل اجتماع صومين مختلفين لا يستحيل

ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ، ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده ، لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية تضاف إلى حالة الموت، فلا بد من تحقق الإسم قبله . وعن أبي يوسف أنهم يدخلون ، لأن سبب الإستحقاق لازم ،

---

فيصح أن يقال لا يوجد فيه صوم فرض ولا نفل . والجواب عن مسألة على ما ذهب اليه شمس الأئمة ، وهو أن عموم المشترك لا يجوز في موضع الاثبات ان ترك الكلام مع الموالي مطلقاً ليس لوقوعه في النفى ، بل لأن الحامل على اليمين بعضه وهو غير مختلف بذلك المعنى كالشيء .

فإن قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك ، لكن حكمه التوقف ، فكيف قال فالوصية باطلة ، أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصى قبل البيان والتوقف في مثله لا يعتد .

فإن قيل الترجيح من جهة اخرى ممكن ، وهو ان يصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه ، لأن شكر المنعم واجب ، وأما فضل الانعام في حق المنعم عليه فمندوب ، والصرف إلى الواجب اولى منه إلى المندوب ، كما هو المروى عن أبي يوسف لهذا المعنى أجيب بأنها معارضة من جهة اخرى ، وهو أن العرف جاز بوصية الثلث من المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقراء في الاعلى الغني ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرعاً كما هو المروى عن أبي يوسف ، لهذا المعنى .

( ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ) أي يدخل فيما إذا اوصى إلى مواليه المعتق في الصحة والمرض جميعاً ( ولا يدخل مدبروه وأمهات اولاده ، لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت ، فلا بد من تحقق الإسم قبله ) أي من تحقق الاسم المولى قبل الموت ولم يتحقق ، لان اسم المولى لا يتم الا بعد عتقهم وعتقهم بعدالموت.

( وعن أبي يوسف انهم يدخلون ، لأن سبب الاستحقاق لازم ) أي استحقاق الولاء

ويدخل فيه عبد ، قال له مولاه إن لم أضربك فأنت حر ، لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه . ولو كان له موال وأولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعند أبي يوسف أنهم يدخلون أيضاً ، والكل شركاء ، لأن الإسم يتناولهم على السواء . ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام ، وفي الموالي عقد الإلتزام ،

---

لازم ، وهو التدبير والاستيلاد ، وهذه الرواية ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع ( ويدخل فيه ) أي في الإيصاء لمواليه ( عبد قال له مولاه إن لم أضربك فانت حر لأن العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه) صورته قال العبد له إن لم أضربك فانت حر فمات قبل أن يضربه عتق قبل موته ودخل في الوصية ، لأنه من مواليه ، لأنه يعتق فى آخر جزء من اجزاء الحياة لتحقق عدم الضرب منه فى تلك الحالة ووقوع اليأس من حصوله ، فيصير مولى له ثم يتعقبه الموت ، ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية وجوبها .

( ولو كان له موال واولاد موالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم ) لأنهم مواليه حقيقة ، ولهذا لا يصح ، ففي ولاء أولاد الموالي عنه ( دون موالي الموالاة ) أى لا يدخل ، وبه قالت الأئمة الثلاثة .

( وعند أبي يوسف انهم يدخلون أيضاً ، والكل شركاء ، لأن الإسم يتناولهم على السواء ) لأنه باشر سبب ولاء كل وحكي عن الكرخي أن الوصية باطلة ، لأن الأسم يتناول كل فريق بطريق الحقيقة فلا يصح لمكان الجهالة .

( ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالى عقد الإلتزام بين اختلاف الجهة بقوله في المعتق بكسر التاء الإنعام ، وفي الموالي عقد الإلتزام ) وهو ظاهر (والإعتاق لازم ) هذا جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة في المعتقين وموالي الموالاة في أحدهما الإنعام ،وفي الآخر عند الإلتزام كان ينبغي أن يبطل الوصية ، فأجاب عنه بقوله والإعتاق لازم لا يحتمل الفسخ ( فكان الاسم له أحق ) وولاء الموالاة يحتمل الفسخ ، فكان اسم

والإعتاق لازم ، فكان الإسم له أحق، ولا يدخل فيهـــم موالي الموالي ، لأنهم موالي غيره حقيقة . بخلاف مواليه وأولادهم ، لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه . وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي ، لأن اللفظ لهم مجاز ، فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة . ولو كان له معتق واحـــد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ،

---

المولى للمعتق أولى وأحق من مولى المولاة .

( ولا يدخل فيهم موالي الموالي ) أى في الوصية للموالي ( لانهم موالي غيره حقيقة ) وليسوا بموالي الموصي حقيقة ، لان مولاه حقيقة هو الذي باشر العتق ، وإنما اضيفوا اليه بطريق التسبيب مجازاً ، لانه باشر سبب ما هو سبب ولانهم دعوا عتاقة للموالي الاولين ، ولهـذا يصح نفي الإسم عنهم بالاتفاق لأن هؤلاء ليسوا بمواليه ، وإنما هم موالي مواليه ، واللفظ إذا عمل بحقيقته لاينصرف إلى المجاز .

( بخلاف مواليه وأولادهم ، لانهم ينسبون اليه ) أي إلى المولى ( باعتاق وجد منه ) أي من المولى ( وبخـــلاف ما إذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي ) يعني إذا لم يكن للموصي موالى أعتقهم ، ولا اولادهم تكون الوصية لموالي الموالي ( لأن اللفظ لهم مجاز ) يعني إن اللفظ يتناولهم مجازاً ( فينصرف اليه ) أي فينصرف اللفظ إلى المجـاز ( عند تعذر اعتبار الحقيقة ) لأن الحقيقة إذا لم تكن وجب العمل بالمجاز صوناً لكلام العاقـل عن الإلغاء .

( ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه ، والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ) لأن الحقيقة موجودة فينتفي المجاز . وقال العتابي في شرح الجامع فان كان من مواليه أو من اولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لأن الإثنين جمع في باب الوصية كما في الميراث ، وان كان واحداً فله النصف ، أي نصف الثلث ، لأنه نصف ادنى

ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه ، لأنهم ليسوا بمواليـــه لا حقيقة ولا مجازاً ، وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة ، بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب إليه بالولاء ، والله أعلم بالصواب

---

الجمع ، والنصف الآخر يصرف إلى ورثة الموصي لا إلى موالي المولى لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ، فإن لم يكن حد من الموالي ولا من أولادهم فحينئذ يصرف إلى موالي الموالي .

(ولا يدخل فيه) أي في الموالي في قوله ثلث مالي للموالي (موال أعتقهم) هكذا في النسخ، ولكن الصواب أعتقهم ( ابنه أو أبوه ) كما ذكر في الإيضاح والجامع الكبير للصدر حميد والكافي وغيرها ، لأن التعليل الذي ذكره لا يطابق ما ذكره ، وإنما يصح فيمن أعتقهم أبوه أو ابنه ، ذكر في الإيضاح . ولو كان له ابن وموالي أعتقه ابنه فأوصى بالثلث لمواليه لم يكن لموالي ابنه شيء ( لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازاً ) فلم يدخلوا تحت اللفظ وفي نسخته الأترى بخطه ولا يدخل فيه بموالي قد أعتقهم ابنه ( وإنمـــا يحوز ميراثهم بالعصوبة ) هذا جواب عما روى عن أبي يوسف أن موالي ابنه تدخل إذا مـــات أبوه وورث ولاءه ، لأنهم مواليه حكماً ، ولهذا يحوز ميراثهم ، وبيانه أن احترازه الميراث ما كان لكونه مولى له ، لكن كشرط اقام عصبة المستق مقام المعتق في حق الميراث، لأن الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، وهو نص صريح في عدم الانتقال ، فكان بطريق العصوبة .

( بخلاف معتق البعض ، لأنه ينسب اليه بالولاء، والله أعلم بالصواب ) قال تاج الشريعة قبل الصواب المعتق ، وهكذا في المبسوط والإيضاح يريد بـــه إذا لم يكن موالى أولاد الموالي ، وقال السغناقي هكذا وقع في النسخ وليس بصواب، والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق ، كما هو المذكور في الايضاح ، لأنه يثبت بهذا الفرق بين موالي الموالي، وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا في النسخة الصحيحة . وقال الأترازي قوله بخلاف معتق البعض يرتبط بقوله ولا يدخل فيه موال قـــد أعتقهم ابنـــه يعني أن معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي ، لأنه مولاه حقيقة . بخلاف موالي الابن ، لأنهم ليسوا مواليه اصلا ، ولكن يبقى أن يكون هذا على مـذهبهما ، لأن معتق البعض عند

أبي حنيفة كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت الوصية للمولى ، فكذا معتق البعض، فمن هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال بخلاف معتق المعتق ، يعني أن معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي إذا لم يكن الموالي ولا اولادهم ، لأن ولاء المعتق ينسب إلى الموصي مجازاً، بخلاف معتق الابن ، فانه لا ينسب اليه لا حقيقة ولا مجازاً ، انتهى .

وقال الأكمل وذكر بعض الشارحين أو النسخة في قوله ولا يدخل موالي أعتقهم باثبات لفظ ابنه ، وها هنا بخلاف معتق البعض ، وجعله مرتبطاً بقوله ولا يدخل فيه موالي أعتقهم أبيه ثم ساق الأكمل كلام الأترازي إلى آخر ما ذكرنا عنه ، لأنه أراد بقوله بعض الشارحين الأترازي ، ثم قال الأكمل في آخر كلامه وفيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضعين ، وإن كان فيه بعد من حديث الإيراد على مذهبها انتهى . لا بعد فيه على ما لا يخفى .

* * *

# باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ، وتجوز بذلك أبداً ، لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل ، فكذا بعـــد الممات لحاجته ، كما في الأعيان ويكون محبوساً على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ،

---

( باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة )

أي هذا باب في بيان حكم الوصية بسكنى داره وبخدمة عبده وثمرة بستانه ، ولما فرغ من بيان وصية الأعيان شرع في بيان وصية المنافع التي هي الأعراض وأخرجها عن الأعيان ، لأنها بعد الأعيان وجوداً فاخرها عنها .

( قال ) أي القدوري ( وتجوز الوصية بخـــدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز ) الوصية بالمنفعة مؤقتاً ومؤبداً عند أكثر أهل العلم ، وكذا بالغلة إلا عند ابن ابي ليلى ، فانه قال لا تصح ، لأن المنفعة معدومة ، ولا تصح الوصية بالمعدوم .

ولو وجد المنفعة والعلة بعد موت الموصي يكون ملكاً للوارث واعتباراً لوصيته بعد الموت وتجوز ( بذلك ) أي بايصاء الأشياء المذكورة ( أبداً ، لان المنافـع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل ) كما في الإجارة ( وغير بدل ) كما في الإعارة ( فكذا بعـــد الممات لحاجته ) وهي تلاقي بعض ما فرط منه من التفريط ( كما في الأعيــان ) أي كما يصح تمليك المنافع في الحياة في الأعيان نحو الإجارة والإعارة .

( ويكون ) أي العين ( محبوساً على ملكه ) أي ملك الموصي ( في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصي كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك

وتجوز مؤقتاً ومؤبداً كما في العارية ، فإنهـا تمليك على أصلنـا بخلاف الميراث ، لأنـه خلافة فيما يتملكه المورث ، وذلك في عين تبقى ، والمنفعة عرض لا يبقى . وكذا الوصية بغلة العبد و الدار لأنه بدل المنفعة ، فأخذ حكمها ، والمعنى يشملها . قـال فإن

---

الواقف ) وجه التشبيه بينهما من حيث أن كلا منهما استيفاء المنافع الحادثة على حكم ملك الموصي والواقف ، وقد عرفت أن الواقف جنس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وكذلك هذه الوصية حبس العين على ملك الموصي والوصية بالمنفعة إلا أن هذه إذا كانت موقتة تعود إلى ملك الورثة بعد انقضاء الوقت .

( وتجوز ) أي الإيصاء بهذه الأشياء المذكورة حال كونه ( مؤقتاً ) بأن عين مؤقتاً من الأيام أو الأشهر أو السنين ( ومؤبداً ) أي وحال كونه مؤبداً ( كما في العارية ) فإنها تجور مؤقتة بوقت ، ويجوز بغير وقت ( فانها ) أي فان العارية (تمليك المنافع على أصلنا) احترز به عن أصل الشافعي ، فان أصلها عنده إباحة المنافع وهو قول الكرخي أيضاً ، حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ولو كان تمليكاً لها لملك إجارتها .

ونحن نقول إنما لم يجز اجارتها لأنها أقوى وألزم من الإعارة ، والشيء لا يستتبع مثله فبالأحرى أن لا يستتبع الأقوى ، وإذا كانت الإعارة تمليك المنافـــع فيجوز للمستعير إعارتها لغيره ، ولو كانت إباحة لما جازت ، وقد مر مستوفى في كتاب العارية .

( بخلاف الميراث ) أراد بهذا أن الوصية تخالف الميراث حيث لا يجري الميراث في المنفعة وهي الخدمة دون الرقبة ( لأنه ) أي لأن الميراث،أي الإرث ( خلافة )وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث ( فيما يتملكه المورث ) يعني فيما كان ملكاً له ، وهـــذا لا يتصور إلا فيما لا يبقى وقتين ، وهو معنى قوله ( وذلك في عـين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى ) فيما يبقى وقتـــين ، بخلاف الوصية ، فانها إيجاب ملك العقد بمـــنزلة الإجارة و الإعارة .

( وكذا ) أي و كذلك تجوز ( الوصية بالغلة العبد و الدار ) كما تجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار (لأنه) أي لأن الإيصاء بالغلة ( بدل المنفعة ، فأخذ حكمها ) أي حكم

خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه ليخدمه ، لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة . وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوماً ، لان حقـــه في الثلث وحقهم في الثلثين ، كما في الوصية في العين ، ولا تمكن قسمة العبد أجزاء ، لانه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين ، بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثـــاً للإنتفاع ، لانه يمكن القسمة بالاجزاء ، وهو أعدل للتسوية بينهما

---

المنفعة ( والمعنى ) وهو جماعة الوصي ( يشملها ) أي يشمل جواز الوصية بغـــلة العبد وجوازها بخدمته ، وكذلك في الدار م

( قال ) أي القدوري ( فان خرجت رقبة العبد من الثلث ) يعني إذا أوصى بخدمة العبد مؤبداً ( يسلم اليه ) أي يسلم العبد إلى الموصى له ( ليخدمه ، لأن حق الموصي له في الثلث لا تزاحمه الورثة ) لانهم لا حق لهم في الثلث .

( وإن كان لا مال له ) أي للموصي ( غيره ) أي غير العبد الموصى بخدمته ( خدم الورثة يومين والموصى له ) أي خدم الموصى له ( يوماً ، لان حقـه ) أي حق الموصي له ( في الثلث وحقهم ) أي وحق الورثة ( في الثلثين كما في الوصية في العـــين ) أي كما أنهم يقسمون مع الموصى له بالثلث والثلثين فيما إذا اوصى بثلث في عين ولا مال له غـــيره ( ولا تمكن قسمة العبد اجزاء ، لانه لا يتجزأ ، فصرنا إلى المهايأة ايفاء للحقين ) أي حق الموصي له وحق الورثة ، والمهايأة المشارية في المدة من حيث الزمان .

( بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عـين الدار أثلاثاً للانتفاع ، لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو ) أى قسم عـين الدار ( أعدل للتسوية بينهما ) أى بين الموصى له وبين الورثة لانه يحصل التسوية بينهم . أي بين الموصى له والورثة ( زماناً ) أي من حيث الزمان ، لان كل واحد يستوفى نصيبه من السكنى في

زماناً وذاتاً ، وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانـــاً . ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضاً ، لأن الحق لهم إلا أن الاول وهو الاعدل أولى ، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار . وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك ، لانـــه خالص ملكهم . وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث . وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده ، والبيع يتضمن إبطال ذلك فمنعوا عنه .

---

الوقت الذي يستوفى صاحبه ( وذاتاً ) أى من حيث الذات وهو ظاهر .

( وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً ) أى من حيث الزمـــان ، لأن فيهما تقـــديم أحدهما على الآخر زماناً ، فلا يصار اليها إلا عند تعذر القسمة بالأجزاء ، ولكن مع هذا تهاتراً على القسمة من حيث الزمـــان جاز أيضاً ، واليه أشار بقوله ( ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز ايضاً ، لأن الحق لهم ، إلا أن الاول وهو الاعدل أولى ) لما ذكرنا أن كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفيه صاحبه (وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار ) وبه قال الشافعي ومالك وأحمـــد « رح » في رواية .

( وعن أبي يوسف « رح » أن لهم ذلك ، لانه خالص ملكهم ) وبه قال أحمـــد في المنصوص عنه ( وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت في سكنى جميـــع الدار بأن ظهر للميت مال آخر ، وتخرج الدار من الثلث ) وكان هو أحق بسكنى جميعها (وكذا له) أى إلى الموصي (حق المزاحمة) مع الورثة ( فيما في ايديهم إذا خرب مافي يده) أى في يد الموصى له ( والبيع ) أى بيع الورثة فيما في ايديهم ( يتضمن ابطال ذلك ) أى حق المزاحمـــة ( فيمنعوا عنه ) أى منع الورثة عن البيع .

قال فإن كان مات الموصي له عاد إلى الورثة ، لان الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت ، لان إيجابها تعلق بالموت على مـــا بيناه من قبل . ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه ، قيل يجوز ذلك ، لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ، والاصح أنه لا يجوز ، لان الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها ، وهذا استيفاء المنافع ، وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثـة ، فإنه لو ظهر

---

( قال ) أي القدوري ( فان كان مات الموصى له عـــاد إلى الورثة ، لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه ، فلو انتقل إلى و رث الموصى له استحقها ابتداء ) أي في الابتداء ( من ملك الموصي من غير مرضاته ، وذلك لا يجوز . ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ، لأن إيجابها تعلق بالموت ) أي لأن إيجاب الوصية يتعلق بموت الموصي ( على ما بيناه من قبل ) اعتبار حالة الوصية في بيان الفرق بين جواز الإقرار وبطلان الوصية ، لأنها إيجاب عند الموت .

( ولو اوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمـــه ) أي فاستخدم الموصي العبد ( بنفسه أو سكنها ) أي الدار ( بنفسه قيل يجوز ذلك ) قال الاسبيجابي لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ، واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يجوز ذلك ، وبه قـــال أبو بكر الإسكاف ( لأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود ) وهو الانتفاع بالعبد أو الدار ( والأصح انه لا يجوز ) وبه قال أبو بكر بن سعيد «رح» ( لأن الغلة دراهم أو دنانير وقـــد وجبت الوصية بها ) أي بالغلة ( وهذا ) أي الاستخدام بنفسه والسكنى بنفسه ( استيفاء المنافع) من العبد والدار ( وهما ) أي الغلة والمنافع ( متغايران ) وهو ظاهر ( ومتفاوتان في حق

دين يمكنهم أداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعــد استغلالها ، ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها ، وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقــال الشافعي له ذلك ، لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل ، لانها كالاعيان عنده . بخلاف العارية لانها إباحة على أصله وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بــدل في حالة الحياة على أصلنا ، ولا يملك المستعير الإجارة ، لانها تمليك ببدل ، كذا هذا . وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير

---

الورثة ، فانه لو ظهر دين ) على الميت ( يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منــه ) أي من الموصى له ( بعد استغلالها ولا يمكنهم ) أي الإسترداد ( من المنافع بعد استيفائها بعينها ) أي بعين المنافع .

( وليس للموصى له بالخدمه والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار . وقــال الشافعي « رح » له ذلك ) وبه قال مالك وأحمد «رح» ( لأنه ) أي لأن الموصى له ( بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها عن غيره ببدل أو بغير بدل ، لأنها كالأعيان ) لأن المنفعة كالأعيان وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء بملك العين ببدل أو بغير بدل ، فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها ( عنده ) أي عند الشافعي .

( بخلاف العارية ) حيث لا يجوز ( لأنها ) أي لأن العارية ( إباحة على أصله ) أي على اصل الشافعي ( وليس بتمليك . ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف إلى مــا بعد الموت ، فلا يملك تمليكه ببدل اعتباراً بالإعارة ، فإنها تمليك بغير بدل ) ولهــذا تنعقد بلفظ التمليك ، حتى لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة ( في حــالة الحياة على أصلنا ، فلا يملك المستعير الاجارة ؛ لأنها تمليك ببدل ، كذا هذا : وتحقيقه أن

لازم ، ولايملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصيـــة تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره، والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع ، فلهذا انقطـــع مـا هو في وضعه فغير لازم . ولان المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فإنمـــا تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة ، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، أمـــا إذا تملكهـا مقصودة بغـــير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكاً

---

التمليك ببدل لازم ، وبغير بدل غير لازم ، فلا يملك الأقوى بالأضعف والاكثر بالاقـــل والوصية تبرع غير لازم ، إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره ) هذا جواب عما يقال الوصية وإن كانت غير لازمة ابتداء ، لكن تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ، فأجاب بقوله أن الرجوع إنما يكون للمتبرع لا بغيره ، أي لا يكون .

( والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجـــوع ) بعد الموت ( فلهذا انقطع ما هو ) أى الوصية على تأويل الإيصاء ( في وضعه فغير لازم ) والاعتبار للموضوعات الاصلية ( ولأن المنفعة ليست بمال على أصلنا ، وفي تمليكها بالمال إحداث صفة المالية فيها ) أى في المنفعة ( تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة ، فانما تثبت هذه الولاية ) يعني ولاية إحداث صفـة المالية في المنافع ( لمن يملكها ) أى لمن تملك المنافع ( تبعاً لملك الرقبة ) أى في ضمن ملكها ( أو لمن يملكها ) أى المنافع ( بعقد المعاوضة ) كالإجارة ، فانه يجوز للمستأجر أن يؤاجر العين ، ويملك منفعتها من غيره إذا كانت العين مما يختلف باختلاف المستعمل ( حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ، اما إذا تملكها ) أى المنافع ( مقصودة بغير عوض ) لا في ضمن شيء آخـــر ( ثم ملكها بعوض ) بالإجارة ( كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى ، وهذا لا يجوز ) يعني بناء على ما قال لا يملك الاقوى بالاضعف .

أكثر ما تملكه معنى ، وهــذا لا يجوز . وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فإذا كانوا في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون أن يلزمه مشقة السفر . وإذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبـــد إلى أهله ليخدمهم . ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً ، لانه بدل

---

واعترض عليه باجارة الحر نفسه ، فانه لا يملك منفعته تبعاً لملك رقبته ولا بعقـد المعاوضة . ويجـــوز له أن يملكها ببدل . وأجيب بأن كلام المصنف « رح » في الوصية مراده بالنفقة منفعة يجوز الوصية بها، ومنفعة الحر ليست كذلك، فلا يكون وارداً عليه.

(وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة) يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثـلا فليس لزيد أن يخرج هـــذا العبد الموصى بخدمته من الكوفة إلى موضع آخر يستخدمه فيه ( إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله للخدمة هنالك) وقـال الشافعي وأحمد وأبو ثور رحمهم الله له إخراجه مطلقاً ( إذا كان يخرج من الثلث) احترز به عما إذا لم يخرج من الثلث فانه ليس له الاخراج إلى أهله إلا باجازة الورثة ( لأن الوصية إنما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي ، فاذا كانوا) أي الموصى له وأهله ( في مصره ) أى في مصر الموصى ( فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه ) أي في مصره ( بدون أن يلزمه مشقة السفر ، وإن كانوا في غيره ) مصره ، أى في غير مصر الموصي (فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم) وهذا معلوم بدلالة الحال.

( ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضاً ) أي كما يجـــوز أن يوصي بخدمة العبد وسكنى الدار ( لأنه ) أي لان الغلة على تأويل المـال ، أو ذكره بذكر الحر وهو المال ، ولا نعلم فيه خلاف (بدل المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف)

المنفعة ، فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية بـــه ، كيف وانه عين حقيقة ، لانه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى . ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة ، لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف ، فإنـــه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ، فكذلك للموصى له ، إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحـق للموصى له فيما يلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب . ولا حق له في عين

---

أي كيف لا يجوز ( وانه عين حقيقة ) أي والحال أن الغلة على تأويل المال ( لانه دراهم أو دنانير ، فكان بالجواز أولى ) أي فكان الإيصاء بالغلة أقرب إلى الجواز من الإيصاء بالخدمة ، لان الخدمة منفعة بحصة ليست فيها العينية ، ولهذا لم يجز على قول ابن أبي ليلى ، فاذا جاز الايصاء بالخدمة جاز الايصاء بالغلة بالطريق الاولى ، لانها عبارة عن مال عين وهي الدراهم أو الدنانير .

(ولو لم يكن له مال غيره) أي غير الغلة ، والتذكير في الضمائر على التأويل كما ذكرنا ( كان له ) أي للموصى له ( ثلث غلة تلك السنة ) يعني إذا لم يجـــز الورثة ، فكانت الوصية بغلة عبده ( لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ، فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينـــه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف ) ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ( فانه ) أى فان أبا يوسف ( يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك ) أى طلب القسمة (فكذلك) يجوز ( للموصى له ) طلب القسمة .

( إلا أنا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة ، إذ هو المطالب ، ولا حق له في عين الدار ، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة

الدار، وإنما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته ، وهو يخرج من الثلث ، فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لانه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منـــه لاحدهما على الآخر ، فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ، ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ، فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كـــون الخدمة للموصى له ، فكذا إذ أوصى بالرقبة لانسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت.

---

الدار . ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر ) أي أوصى لشخص آخر ( برقبته ) أي برقبة العبد (وهو يخرج من الثلث) الواو فيه للحال ( فالرقبة لصاحب الرقبة ، والخدمة عليها لصاحب الخدمة ، لانه أوجب لكل واحد منهما شيئاً معلوماً عطفاً منه لاحدهما على الآخـــر ) معناه أنه عطف قوله لآخر برقبته بالراء ، وعلى قوله أوصى له بخدمة عبده ( فتعتبر هذه الحالة ) أي حال العطف ( بحالة الانفراد ) إحدى الوصيتين عن الاخرى ، فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما .

وقوله ( ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة ) ، كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ( فلو لم يوص في الرقبة بشـــيء لصارت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له ) من غير اشتراك ( فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر ) يكون الرقبـــة للموصى له بالرقبة خاصة ( فكذا إذا أوصى بالرقبة لانسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك يثبت فيهما بعد الموت ) ثم العبد الموصى بخدمة الشخص وبرقبته لآخر إما أن يكون أدرك حق الخدمة أوْ لا ، فان كان الثاني منفعة على الموصى له بالرقبة إلى أن يدرك الخدمة ، لأن بالاتفاق عليه تنمو العين ، وذلك منفعة لصاحب الرقبة.

فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير ، والمنفعة في الكبير على من له الخدمة ، لانه إنما يتمكن من استخدامه بالاتفاق عليه ، إذ العبد لا يقوى على الخدمـــة إلا به ، وإن كان

ولها نظائر ، وهو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث ، أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه ، أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان ، كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ، أما إذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ، وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها . والولد بينهما

---

الاتفاق عليه رده إلى من له الرقبة كالمستعير مع المعير .

وفي المبسوط والجامع للتمرتاشي نفقة العبد الموصى لخدمته وكسوته على صاحب الخدمة ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي وأحمد « رح » في رواية . وقال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة ، وفي قول للشافعي « رح » يجب في كسبه ، فان لم يف ففي بيت المال . وإن جنى جناية فالفداء على من له الخدمة . وفي المحيط لو أبى صاحب الخدمة أن يفديه فداه صاحب الرقبة أو يدفعه ويطلب الوصية .

( ولها ) أي وبهذه المسألة ( نظائر ) ذكرها المصنف واضحة ( وهو ما إذا أوصى لرجل بأمة [1] وبما في بطنها ) أي أوصى بما في بطنها (لرجل) آخر (وهي) أي الامة ( تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة ) بالتشديد والتخفيف ، وعلى التمر يتخذ من القصب ( لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها ) المظروف هو الولد والفص والتمر ، هذا إذا كان أحد الإيجابين موصولاً بالآخر .

( أما إذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها ) أي في هذه المسائل ( فكذلك الجواب عند أبي يوسف ) أي كان كما أوصى ، ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف ( وعلى قول محمد الأمة للموصى له بها والولد بينهما نصفان ، وكذلك في أخواتها )

---

(١) بأمة لرجل – هامش .

نصفان ، وكذلك في أخواتها . لأبي يوسف أن بإيجابــه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الأول إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولاً ،لأن الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمـــة . ولمحمد أن إسم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك إسم الجارية يتناولها وما في بطنها ، وإسم القوصرة كذلك . ومن أصلنا أن العـــام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان

---

والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص ، والقوصرة مع التمر كذلك ، قاله الكاكي . وقال الاترازي أي أخوات مسألة الوصية بالأمة لرجل وبما في بطنها لآخــر ، وأراد بأخواتها مسألة الخاتم مع الفص ، ومسألة القوصرة مع التمر ، ومسألة الشاة مع الصوف ، ومسألة الدار مع البنــاء ، ومسألة السيف مع الحلية ، والبستان والتمر مثـل ذلك ، والارض والنخل مثل ذلك .

( لأبي يوسف أن بإيجابه في الكلام الثاني تبين أن مراده من الكلام الاول إيجـــاب الامة للموصى له بها دون الولد ، وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا ، لان الوصية لا تلزم شيئاً في حال حياة الموصي ، فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء ، كما في وصية الرقبة والخدمة ) فان هناك الموصول والمفصول سواء في الحكم .

( ولمحمد ) تأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب . وفي المبسوط دليل على أن المعمول على قول محمد ( إن اســم الخاتم يتناول الحلقة والفص ، وكذلك اســـم الجارية يتناولها وما في بطنها ، واسم القوصرة كذلك ) يعني يطلق على التمر والظرف جميعاً .

( ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص )

وكل منهما وصية بإيجاب على حـــدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعاً عن الأول ، كمـــا إذا أوصي للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مـــع الرقبة ، لأن إسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه ، فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيـــه حق بخلاف مـــا إذا كان الكلام موصولاً ، لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء ، فتبين أنـــه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص .

---

في أنه يوجب الحكم فيما يتناوله على وجه القطع ، فاذا كان كذلك ( فقـــد اجتمع في الفص وصيتان ، وكل واحد منهما وصية بإيجاب على حدة ، فيجعل الفص بينهما نصفين ، ولا يكون إيجاب الوصية فيه الثاني رجوعاً عن الاول ، كما إذا أوصى الثاني بالخاتم ) لا يكون ذلك رجوعاً عن الاول ، بل يكون الفص بينهما .

( بخلاف الخدمة مع الرقبة ) بأن أوصى برقبة العبد لإنسان وبرقبته لآخـــر يكون ذلك كما أوصى، ولا تكون الخدمة مشتركة بينهما ( لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ، وإنما يستخدمه الموصى له ) بالرقبة ( بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه ) ولا حـــق للغير فيه ( فاذا أوجب الخدمة لغيره ) أي إذا أوصى بالخدمة لغيره ( لا يبقى للموصى له فيه حق ) في الخدمة ، فكان الموصى له أخص بالخدمة .

( بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا ، لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء ) ذلك بيـــان تغير ، فيصح بشرط الوصي ( فتبين أنه أوجب لصـــاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص ) .

فان قيل الذي أوصى له بالخاتم فقد أوصى له بالفص أيضاً فلم لا يكون الفص بينهما . أجيب بأن وصية صاحب الفص أقوى ، لانه مقصود إليه ، ووصيته للآخر على

قال ومن أوصي لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها . وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هـــذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش . وإن أوصى له بغلة بستانـه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل ، والفرق أن الثمرة إسم للموجود عرفاً ، فـــلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد ، لأنـــه لا يتأبد إلا يتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً . أما الغلة

---

وجه التبع ، فصار وصية صاحب الفص أولى أقوى ، لأنه مقصود إليه ، فوجب أن يكون أولى ، لان في الوصايا يعتبر الأقوى فالأقوى، ولهذا كان العتق في المرض أقوى من سائر الوصايا .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها ) أي في الثمرة الموجودة وقت الموت ، وإنما قيد بقوله وفيه ثمرة لانـه إذا لم يكن فيها ثمرة والمسألة بحالها ، فمسألة الثمرة كمسألة الغلة في أنه يتنـــاول المعدوم ما عاش ، ذكره في المبسوط ، ثم ســقى البستان وخراجه وما فيه صلاحه على صاحب الغلة ، لانه هو المنتفع به كما في النفقة . والخلاف فيه كالخلاف في النفقة .

( وإن قال له ثمرة بستاني أبـــداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القـــائمة ، وغلته فيما يستقبل ، والفرق ) بين الغلة والثمرة ( أن الثمرة اسم للموجود عرفاً ) وفي المبسوط الثمرة اسم للموجود حقيقة ( فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبـــد ، لانه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شـيئاً ) يعني إذا نص على الابـــد تدخل الثمار الموجودة باعتبار أنه مذكور لا باعتبار أن المعدوم شيء ، كما إذا أوصى بثلث ماله لزيد ولا مال له ثم اكتسب مالاً عند الموت يستحق ثلثه باعتبار أن المعدوم مذكور ، لا باعتبار أن المعدوم شــيء ، وهذا بقي كقول المعتزلة واستدلالهم لهذه المسألة على أن المعدوم شــيء .

فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مـــرة أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره ، فإذا أطلقت يتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائـــد .

قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبـــداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن ومـــا على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبـــداً أو لم يقل، لأنه إيجاب عند الموت ، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهـــذا

---

( أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مـرة بعد أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضـه وداره ، فاذا أطلقت ) أي الغلة ( تتناولهما عرفاً ) أي الموجود والحادث (غير موقوف على دلالة أخرى ، أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود ، فلهذا يفتقر الإنصراف إلى دليل زائد ) مثل ما إذا قال أبـــداً وما عاش ، علمنا أنه أراد به الموجود والحادث جميعاً ، فيصرف إليهما وإن لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فان في القياس لا شيء له . وفي الإستحسان لو لم يدخل فيـه ثمرة البستان رجال كلام الموصى ، ولو دخل فيه صح كلامه ، والكلام إذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن أوصى لولد فلان وليس له ولد جاز منه الوصية لولد ولده ، فكذا هذا .

( قال ) أي محمد رحمه الله في الجامع الصغير ( ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبـداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله )أي فللرجل الذي أوصى له (مافي بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً او لم يقل ، لانه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ ، وهذا ) أى الإيصـــاء بصوف الغنم على ظهورها أو نحوه ( بخلاف ما تقـــدم ) من المذكور من الوصية بثمرة البستان والوصية بالغلة .

بخلاف مـــا تقدم ٠ والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم ، لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جـــاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجـــارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى ، لان بابها أوسع ، أمـــا الولد المعدوم وأختاه فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق بعقد مـــا ، فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيــع تبعاً ، وبعقد الخلـــع مقصوداً ، فكذا بالوصية ، والله أعلم بالصواب .

---

( والفرق ) بين هذا وبين ما تقدم ( أن القياس يأبى تمليك المعدوم ) من هذه الاشياء ( لأنه ) المعدوم ( لا يقبل التمليك ) والحادث فيها متولد من أصل مملوك للوارث ( إلا أن في الثمرة ) أي إلا أن في استحقاق الثمرة ( والغلة المعدومة ) أي في استحقاق الغلة المعدومة ( جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة ) وفي بعض النسخ كالإجارة والمعاملة ( فاقتضى ذلك ) أي ورود الشرع فيما ذكر ( جـــوازه ) أى جواز العقد ( في الوصية بالطريق الأولى ، لأن بابها أوسع ) لان باب الوصية أوسع من غيرها .

( أمـــا الولد المعدوم واختاه ) أي اختا الولد المعدوم ، وهما الصـــوف المعدوم واللبن المعدوم ( فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلا ولا تستحق بعقد ما ) أي لا يصح استحقاقها أصلا بعقد من العقود (فكذلك لا يدخل تحت الوصية) ولا يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضاً.

( بخلاف الموجود منها ) أي من الاشياء المذكورة ( لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعاً ) حيث يدخل الصوف في بيع الغنم واللبن لذلك ( وبعقـــد الخلع ) أي يدخل بعقـــد الخلـــع ( مقصوداً ) صورته قالت لزوجها خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح وله ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء له فلا شيء له وما حدث بعده للمرأة ، لأن في البطن قد يكون له قيمة وقد لا يكون ، فلم تعزم ، حتى لو قالت على حمل جاريتي وليس في بطنها حمل يرد المهر ، كذا قال في التمامل ( فكذا بالوصية ) أي فكذا تجوز بها ( والله أعلم بالصواب ) .

## باب وصية الذمي

قال وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث ، لان هــذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفــة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم ،فكذا هذا . وأما عندهما فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما . قال ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث،

---

### ( باب وصية الذمي )

هذا باب في بيان حكم وصية الذمي .

( قال ) أي محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة لليهود أو كنيسة ) للنصارى ، والأصح أن البيعة للنصاري والكنيسة لليهود ( في صحتـــه ثم مات فهو ميراث ) بالاتفاق بين أصحابنا على اختلاف التخريج ، أشـار بقوله ( لأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة ، والوقف عنده يورث ولا يلزم ) إلا بحكم الحاكم لما عرف في كتاب الوقف ( فكذا هــذا ) يعني الوقف إذا كان لمسلم يورث ، فكذا إذا كان لذمي ، لكن إذا لم يكن . فان كان مسجداً لا يورث ولا يقال البيعة في حقهم كالمسجد في حقنا ، والمسلم لو جعل داره مسجداً لا يورث ، فينبغي أن تكون البيعة كذلك ، لأنا نقول المسجد محرز عن حقوق العباد فيصير لله تعالى خالصاً فلا يورث ، ولا كذلك البيعة ، لان البيـع عندهم للمنافع، فان أساقفتهم تسكن فيها وتدفن فيها موتاهم ، كذا في جامع قاضي خان وغيره .

( وأما عندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما ) أي فلا تصح الوصية بالمعصية ، وهو قول الائمــة الثلاثة ، فاذا كان كذلك فيورث بالاتفاق بلا خلاف بين العلماء ، والخلاف في التخريج كما رأته .

معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ، لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين. قال وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة . وقالا الوصية باطلة ، لان هذه معصية حقيقة . وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية. ولابي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً

---

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ولو أوصى ) أي الذمي ( بذلك ) أى محمد في الجامع الصغير أي كنيسة على ما فسره المصنف الآن ( لقوم مسمين ) أي معلومين يحصى عددهم جاز بالاتفاق ، وفيه خلاف الشافعي وأحمد « رح » ( فهو من الثلث ) أي فهو جائز من ثلثه ، قال المصنف ( معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ، لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ) أي وللذمي (ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين)أى معنى الاستحقاق ومعنى التمليك.

( قال ) أي محمد ( وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا الوصية باطلة ، لان هذه معصية حقيقة ، وإن كان فى معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة ) وبه قالت الائمة الثلاثة ( لما فى تنفيذها ) أى لتنفيذ هذه الوصية ( من تقرير المعصية ) وهو لا يجوز .

( ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ) وفي بعض النسخ وما يعتقدون ( فتجوز بناء على اعتقادهم ) ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم ،

لاعتقادهم ، فكذا عكسه ، ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية بـه أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ، وإنمـا يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى ، كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة . فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه ، ولأنهم يبنون فيهـا الحجرات ويسكنونها، فلم يتحرز لتعلق حق العباد به، وفي هذه الصورة يورث

---

فكذا عكسه ) الاصل في هذا الإعتبار المتقد ، فإنهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وإن كان عبادة عندنا بلا خلاف ، فكذا إذا أوصوا بما هو في اعتقـادهم عبادة صح وإن كان عندنا معصية لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون كما في الخمر والخنزير ، حيث يجـوز بينهم فيما بينهم ، لانهم يدينون جواز ذلك وهم يدينون جواز الإيصاء ببناء البيعة والكنيسة ، فيجوز ذلك فيما على اعتقادهم . قالوا هذا الاختلاف إذا أوصى ببناء بيعـة أو كنيسة في القرى ، أما في المصر فلا يجـوز باتفاق ، لانهم لا يمكنون من إحـداث ذلك في الايصاء .

( ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ) أي ببناء ذلك ثم مات يورث ، وإذا أوصى ببنـاء ذلك ثم مات لاتورث ( ان البناء نفسـه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإما يزول ملكه بأن يصير محرزاً خالصاً لله تعالى كما في مسـاجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرزة لله حقيقة ) ألا ترى أن أساقفتهم ورهبانهم يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها موتاهم ، والمسمى أيضـاً اذا لم يكن خالصاً لله تعالى يورث ، كما اذا جعل داره مسجداً وتحته سرداب وفوقه بيت ، واذا كان الامر كذلك ( فتبقى ملكاً للباني فتورث عنه ) .

( ولانهم يبنون فيه ) دليلا آخر ، أي في البيع والكنائس ( الحجرات ) وهي جمع حجرة ( ويسكنونها فلم تحرز لتعلق حق العباد به ، وفي هذه الصورة يورث المسجد

المسجد أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصيــــة ، لأنه وضع لإزالة الملك ، إلا أنــه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم ، فبقي فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث. ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا ، وهو ما ذكرناه . وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهـــذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه ، والوجه ما بيناه . ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربـــة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد

---

أيضاً لعدم تحرزه ، بخلاف الوصية ) متصل بقوله ان البنـاء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ( لانه وضع لإزالة الملك ) أي لان الوصية على تأويل الايصاء أيضـاً لازالة الملك ( الا أنه امتنع ثبوت مقتضاه ) أي مقتضى الوصية على التأويل أيضـاً ( في غير ما هو قربة عندهم فبقي ) أي الوصية على التأويل المذكور ( فيما هو قربة على مقتضاه ، فيزول ملكه فلا يورث ) .

( ثم الحاصل ) في هذه ( أن وصايا الذمي على أربعة أقسام ، منها أن تكون قربة في حقهم ولا تكون قربة في حقنا ، وهو ما ذكرناه ) أراد به الوصية ببناء البيعة والكنيسة ( وأما إذا أوصى الذمي بأن تذبح خنازيره وتطعم المشركين ، وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه ) وهو قوله وإن أوصى بـــداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة « رح » ... الخ ( والوجه ما بيناه ) أي من الجانبين وهو المعتبر عنده اعتقادهم ، وعندهما أنها وصية بمعصية .

( ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقـــدهم ، كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجداً للمسلمين ، أو بأن يســـرج في مساجد المسلمين ، وهذه

المسلمين ، فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً ،لأنهم معلومون والجهة مشهورة. ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم ، وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم ، لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضاً . ومنها إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن يكون

---

الوصية باطلة بالإجماع اعتباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم ) فإنها تصح ( لوقوعه تمليكا،لأنهم معلومون والجهة مشهورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به أي استضاءة المسجد وغيرها تخرج منه على الطريق المشهورة لا على طريق الإلزام .

قال قاضي خان ولو كان لقوم بأعيانهم صحت ، ويكون تمليكاً منهم وتبطل الجهة التي عينها إن شاء فعلوا وإن شاء تركوا ، وإن كانوا لا يحصون لا تصح الوصية ، لأنه لا يمكن تصحيحه تمليكاً ، وانها ليست بقربة في اعتقادهم . ومنها إذا أوصى بأن يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم ، كما إذا أوصى بالحج ، أو بأن يعني مسجد المسلمين ، أو بأن يسرج في مساجد المسلمين ، وهذه الوصية باطلة بالإجماع أخباراً لاعتقادهم ، إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكاً ، لأنهم معلومون والجهة مشهورة .

( ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم ، كما إذا أوصى بأن تسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو ) الذي أوصى ( من الروم وهذا جائز ، سواء كان لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم، لأنه وصية بما هو قربة حقيقة ، وفي معتقدهم أيضاً) أن الديانة متفقة من الكل على ذلك ، لأن هذا ، أي يتقرب به المسلمون وأهل الذمة جميعاً .

( ومنها ما إذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات ، فان هذا غير جائز ، لأنه معصية في حقنا وفي حقهم ، إلا أن

لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وفي المرتدة الأصح أن تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة، بخلاف المرتد ، لانه يقتل أو يسلم قال وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ، لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهـــذا

---

يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر . وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتـد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته ) إلا أن يكون لقوم بأعيانهم ، لأنه وصية ، فتصح تمليكاً واستخلافاً ، وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ، لأنا أمرنا ببناء الأحكام على الظاهر ، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتــد ، فيكون على الخلاف المعروف ( بين أبي حنيفــة وصاحبيه ) وهو أن ملكه لا يزول عنده خلافاً لهما .

( وفي المرتدة ، الأصح أنه تصح وصاياها ، لأنها تبقى على الردة ) ولا تقتل فصارت كالذميه في صحة الوصية ( بخلاف المرتد ، لانه يقتل أو يسلم ) وذكر المصنف في زياداته على خلاف هذا . وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية ، وهو الصحيــح ، حتى لا يصح منها وصية . والفرق بينها وبين الذمية إن الذمية تقر على اعتقادها ، أما المرتدة لا تقر على اعتقادها ، لأنها تجبر على الاسلام بالحبس ولا منافاة بين كلاميه ، لانه قال هنـــاك الصحيح وها هنا الأصح ، وهما مصدقان .

( قال ) أى محمد « رح » في الجامع الصغير ( وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله جاز ، لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ، ولهذا

تنفذ إجازتهم ، وليس لورثته حق مرعى لكونهم في دار الحرب ، إذ هم أموات في حقنا ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . فلو كان أوصى بأقل من ذلك أخـــذت الوصية ويرد البـــاقي على ورثته ، وذلك من حق المستأمن أيضاً . ولو أعتق عبده عند المــوت أو دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا . وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز ، لأنه ما دام في دار الاسلام فهـــو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياتـــه

---

ينفـــذ بإجازتهم ، وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا ) أي حكمهم كحكم الاموات .

( ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته . ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته الذين في دار الحرب وإن كانت ورثته معه حين دخل بالامان وأوصى بماله كله يتوقف على إجازتهم ، وإليه الإشارة في الكتاب بقوله وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب (وذلك من حق المستأمن أيضاً) هذا جواب عما يرد على قوله ورد الباقي على ورثته ، وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقي ووجهه أن ذلك المرد على الورثة أيضاً مراعاة لحق المستأمن لا من حقه تسليم ماله إلى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

( ولو أعتق عبده ) أي عبد الحربي ( عند الموت أو دبر عبده في دار الإســـلام ، فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا ) إشـــارة إلى قوله لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة إلى آخـــره ( وكذا لو أوصى له مسلم ) أي وكذا الحكم لو أوصى للحربي الذمي دخل بأمان مسلم (أو ذمي بوصية جاز ، لأنه ما دام في دار الاسلام

ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يجوز لأنه مستأمن من أهل الحرب إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة إلا بالجزية . ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات . ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالارث ، إذ الكفر كله ملة واحدة . ولو أوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز ، لأن الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته

والله أعلم بالصواب .

---

فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ، ولهذا تصح عقد التمليكات منه في حال حياته ، ويصح تبرعه في حياته ، فكذا بعد مماته ) .

( وعن أبي حنيفة وأبي يوسف « رح » أنه لا يجوز ، لأنه مستأمن من أهل الحرب ، إذ هو على قصد الرجوع ، ويمكن منه ) أى من الرجوع ( ولا يمكن من زيادة المقام ) أي الإقامة ( على السنة إلا بالجزية ) .

( ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث لبعض ورثته ) أو أوصى بعض ورثته بوصية ( لا يجوز اعتباراً بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته ) بأن أوصى نصراني أو يهودي أو بالعكس ( جاز اعتباراً بالإرث ، إذ الكفر كله ملة واحدة ) .

( ولو أوصى ) الذمي في دار الاسلام ( لحربي ) في دار الحرب ، وقوله ( في دار الاسلام ) ظرف لقوله أوصى لا لقوله حربي ، لأن الذمي يجوز وصيته كمستأمن في دار الاسلام . قوله ( لا يجوز ) جواب ( لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته ) أي أخت الارث ، وعند مالك وأحمد « رح » وأكثر أصحاب الشافعى رحمه الله يجوز ( والله أعلم ) .

## ( باب الوصي وما يملكه )

قال ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد ، لأن الميت مضى لسبيله معتمداً عليه ، فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده ، بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله ، حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضرر هناك ، لأنه حي

---

### ( باب ما يتعلق[1] بأحكام الوصي )

أي هذا باب في بيان ما يتعلق بأحكام الوصي ، وهو الذي يوصى اليه ، وفي بيان حكم ما يملك الوصي . ولما فرغ من أحكام الموصى له شرع في بيان الموصى اليه ، وقدم الموصى له لكثرة وقوعه .

( قال ) أي القدوري ( ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها ) أي الوصية ( في غير وجهه ) أى بغير علم الموصي ( فليس برد ) يعني لا يعتبر رده ( لأن الميت مضى لسبيله ) أى مات حال كونه ( معتمداً عليه ) أى على الوصي الذي قبل في وجه الميت ( فلو صح رده في غير وجه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته فرد رده ) أى رد الوصي بغير علم الموصى وبعد مماته . وقال الشافعي وأحمد « رح » له رده بغير علمه وبعد موته . وعن أحمد « رح » رواية في الرد وبعد موته ومثل قولنا .

( بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه ، أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه ، لأنه لا ضـــرر هناك ، لأنه حي قادر على التصرف بنفسه ) قوله بغير عينه احتراز عن

(١) الوصي وما يملكه — هامش .

قادر على التصرف بنفسه . فإن ردها في وجهه فهو رد ، لأنـه ليس للموصي ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه ، لأنـه يمكنه أن ينيب غـيره . وإن لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل ، وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصي ليس له ولايـة الإلزام ، فبقي مخيراً ، فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته ، لان ذلك

---

الوكيل بشراء عبد بعينه ، لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضاً بغير علم الموكل ، كما في الوصي ، لأنه يؤدي إلى تقرير الموكل . وفي النهاية هذا الذي ذكره معنى صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد وجامع المحبوبي وفتاوى قاضيخان « رح » ، حيث ذكر فيها أن الوكيل لو عزل نفسه حال غيبة الموكل . وكذا من غير علمه لا ينعزل ، حتى لو عزل نفسه لا يخرج عن الوكالة .

وقال الأترازي أداه كله بشراء شيء بعينه له أن يعزل نفسه بمحضر من موكله على قول بعض المشايخ ، وإليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملك على ما قيل إلا بمحضر من الموكل ، إذ لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ ، فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة رواية الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء ، لأن مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قوله الوكيل لا يملك إخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ، فإذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه متوافقة الروايات جميعها ، ولم يختلف . ونقل الأكمل ما قال صاحب النهاية ، ثم نقل كلام الأترازي بقوله قال بعض الشارحين وسكت عليه لوصايته .

( قال ) أي القدوري ( فإن ردها في وجهه فهو رد ، لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف ولاغرور فيه ، لأنه يمكنه أن ينيب غيره ، فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبله وإن شاء لم يقبل ، لأن الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيراً ) بين القبول والرد .

دلالة الالتزام والقبول ، وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الموصي، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم، بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ ، لأن الوصاية خلافة ، لأنـــه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية إليه ، وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة ، أما التوكيل فهو إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب، فلا يصح من غير علمه كإثبات الملك بالبيع والشراء

---

( فلو أنه ) أي الذي أوصى اليه ( باع شـــيئاً من تركته ) أى من تركة الميت الذي أوصى اليه وهو لم يقبل ولم يرد ( فقد لزمته ) أى حكم الايصاء اليه ( لأن ذلك) أى فعل من المبيـع ( دلالة الالتزام ) أى التزام الوصـــاية ( والقبول ) لأن القبول تارة يكون بالدلالة ، وتارة يكون بالايضاح فهو باع شيـــئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه بطريق الدلالة ، وكذا لو اشترى شيئاً للميت من بعض ما يحتاج اليه إذا قبض مالاً أو قضاه ( وهو معتبر بعد الموت ) يعني القبول يجوز أن يكون دلالة ، فإنها تعمل عمل الصريح إذا لم يوجد صريح يخالفه ، لكنه يتغير ذلك بعد الموت ، أى بعد موت الموصي ( وينفذ البيـع ) أى البيع الذي باعه ( لصدوره من الموصي ، وسـواء علم بالوصاية أو لم يعلم ) وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون ، فعلى هذه الرواية يحتـــاج إلى الفرق بين الوصاية والوكالة .

أشار إلى الفرق بقوله (بخلاف الوكيل إذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ بيعه ، لأن الوصاية خلافة ، لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت ، فتنتقل الولاية اليه ) يعني أن الموصى له خليفة للموصي والخلافة كالإرث ، فلا يتوقف على العلم كالإرث ، فتثبت بلا علم ، وهو معنى قوله ( وإذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة ) أى لا يتوقف استحقاق الوارث الارث على علمه . فيثبت بلا علمه .

( أما التوكيل فهو إنابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه )بأنه وكيل ( كإثبات الملك بالبيـع والشراء ) قبل القبول ، فان باع شيئاً وقال بعت هذا من

وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب .

وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصيـــة حين قال لا أقبل ، لأن بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء ، لأن في إبطاله ضرراً بالميت، وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب

---

فلان ولم يعلم ، وكذا لو وهب من فلان ولم يعلم فلان يتوقف نفـــاذ العقود على القبول ، كذا هذا . وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضــاً اعتبار الوصاية ، لأن كلا منهما اثبـــات الولاية . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز بيع الوصي أيضاً قبل العلم بالوصاية اعتباراً بالوكالة ، لان كلا منهما نيابة ، لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت .

( وقد بينا طريق العلم ) يعني في فصل القضـــاء بالمواريث ، يعني أن العلم بالوكالة تثبت بخبر الواحد رجلا كان أو امرأة صبياً كان أو بالغاً . وكذلك العزل عندهما بخبر الواحد مطلقاً . وعند أبي حنيفة « رح » يشترط العدد والعـدالة ، حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر اثنين أو بخبر الواحد العدل (وشرط الإخبار فيما تقدم من الكتب) ومن تلك الكتب ما ذكره المصنف في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث بقوله وهذا علم من الناس بالوكالة إلى آخره .

( وإن لم يقبل ) أى الرجل الوصية ( حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبـل فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل ، لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء ، لان في إبطاله ضرراً بالميت ، وضرر الوصي في الإبقاء مجبور بالثواب ) هذا جواب عما يقال كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الايصاء بقوله لا أقبـل يلزم الضرر أيضاً بالوصي في بقاء الايصاء ولزومه ، لانه يعجز عن القيام بذلك عـــلم تحكيم ضرر الوصي دون ضرر الميت . حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل ، فاجـــاب بقوله وضرر الوصي مجبور بالثواب ، بيانه لما لم يكن دفع الضررين جميعاً لا بد من ان يتحمل أدنى

ودفع الأول ، وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك ، لانه مجتهد فيه ، إذ القاضي ولاية دفـــع الضرر ، وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفـع الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمـال الميت متصرفاً فيـه فيندفـع الضرر من الجانبين ، فلهذا ينفذ اخراجه . فلو قال بعد اخراج

---

الضررين بدفع الضرر الاعلى ، والاعلى هنا ضرر الميت ، لان ضرره ليس بمجبور بشيء ، وضرر الوصي مجبور بالثواب .

( ودفع الاول ) أي اولى الضررين ، وهو ضرر الميت ( وهو أعلى ) أى والحال أن ضرر الميت ( اولى ) من دفع ضرر الوصي ( إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك ) هذا استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك ، يعني يجوز قبوله إلا إذا أخرجـه القاضي من الوصاية حين قال لا أقبل يصح ذلك ، أي إخراجه عن الوصاية ( لانه ) أي لان قضاء القاضى ( مجتهد فيه ) لان عند زفر « رح » يرد بمجرد قوله لا أقبل فيصح قضاء القاضي لوقوعه في المجتهد فيه ، فلما صح القضاء بطلت الوصية ، فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح ( إذ القاضى ولاية دفع الضرر ، وربمـا يعجز ) أي الوصي ( عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية ، فيدفع القاضي الضرر عنه ، وينصب حافظاً لمـال الميت متصرفاً فيه ، فيندفع الضرر من الجانبين ) أي من جـــانب الميت وجانب الوصي الذي أخرجه القاضي ( فلهذا ) أى فلأجل وقوع قضاء القاضي في مجتهد فيه ( ينفـــذ إخراجه ) أي إخراج القاضي اياه .

وكان المشايخ اختلفوا في تعليل صحة هذا الاخراج ، فمنهم من علل بما ذكره المصنف وهو الذي ذهب اليه شمس الأئمة السرخسي ، واختاره المصنف ، ومنهم من قال إنما صح إخراجه لأن الوصاية لو صحت بقوله كان القاضي أن يخرجه ويصح الاخراج ، فهـاهنا اولى ، واليه ذهب شمس الائمة الحلواني .

( فلو قال بعد إخراج القاضي إياه أقبل لم يلتفت اليه ، لأنه قبل بعد بطلان الوصاية

القاضي إياه أقبل لم يلتفت إليه ، لانـــه قبل بعد بطلان الوصاية يإبطال القاضي. قال ومن أوصى إلى عند أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي من الوصاية ونصب غيرهم ، وهذا اللفظ يشير إلى صحـــة الوصية ، لان الاخراج يكون بعدها . وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة ، قيل معناه في جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل . وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ، وفي غيره معناه ستبطل . وقيل في الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم . ووجه الصحة ثم الأخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة ،

---

بإبطال القاضي ) وبعد البطلان لا يبقى شيء.

( قال ) أي القدوري ( ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم ) أي هنا كلام القدوري ، وقال المصنف «رح» ( وهذا اللفظ ) أي لفظ القدوري ( يشير إلى صحة الوصية ، لأن الاخراج يكون بعدهـــا ) لأن الوصية إذا كانت باطلة فمن اين يتحقق إخراجهم عن الوصية .

( وذكر محمد في الأصل ) أي المبسوط ( أن الوصية باطلة ) واختلف المشايـخ في انه باطل أصلاً ، ومعناه سيبطل ، واليه أشار المصنف بقوله ( قيل معناه ) أي معني قول محمد أن الوصية باطلة ( في جميع هذه الصور ) وهي الوصية إلى العبد والفاسق والكافر ( أن الوصية ستبطل ) واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة المشايخ.

( وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده ) أي ولعـدم استبداده في الامور ، واليه ذهب شمس الائمة السرخسي ( وفي غيره ) أي وفي غير العبد ( معناه ستبطل ) وغير العبد الكافر والفاسق .

( وقيل في الكافر باطل أيضاً لعدم ولايته على المسلم ) لقوله تعالى ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ﴾ ١٤١ النساء ( ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر

وولاية الفاسق على أصلنا ، وولاية الكافر في الجملة ، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجة القاضي من الوصاية ، ويقيم غيره مقامه إتماما للنظر . وشرط في الاصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال ، وهذا يصلح عذراً في اخراجه وتبديله بغيره .

---

ثابت لقدرة العبد حقيقة ، وولاية الفاسق على أصلنا ) حتى ينعقد النكاح بحضوره ( وولاية الكافر في الجملة ) ألا ترى أن محمداً ذكر في كتاب القسمة أن الكافر لو قاسم شيئاً قبل أن يخرجه القاضي جاز ذلك ، فثبت أن الايصاء اليه صحيح ، وذلك لأن الكافر يجوز أن يتصرف بالوكالة ، فجاز أن يتصرف بالوصاية أيضاً . ولو اشترى الكافر عبداً مسلماً جاز شراؤه ، ولكنه يؤمر بالبيع . وقال مالك والشافعي في وجه وأحمد في رواية كقولنا .

( إلا انه ) أي غير انه ( لم يتم النظر ) في اسناد الوصاية إلى هؤلاء ، وبين كل واحد بقوله ( لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها ) أي بعد الإجازة. وعند مالك واحمد «رح» تجوز الوصية إلى العبد سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره ، وسيجيء مزيد الكلام فيه .

(والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة) فإذا لم يتم النظر في اسناد الوصية إلى هؤلاء ( فيخرجه القاضى ) أي يخرج كل واحد من هؤلاء يعني العبد والكافر والفاسق ( من الوصاية ويقيم غيره مقامه إتماماً للنظر ) في حق الميت .

( وشرط في الأصل ) أي شرط محمد في المبسوط ( أن يكون الفاسق مخوفاً عليه في المال ، وهذا ) أى كون الفاسق بحيث يخاف عليه في المال لخيانته ( يصلح عذراً في إخراجه ) أى في إخراج الفاسق عن الوصاية ( وتبديله بغيره ) ممن يكون موصوفاً

قال ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية ، لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته ، وإن كانوا صغاراً كلهم فالوصية إليه جائزة عند أبي حنيفة ، ولا تجوز عندهما وهو القياس . وقيل قول محمد مضطرب فيه،يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف . وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها . ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب

---

بالامانة . وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية لا تصح الوصاية إلى الفاسق ، لانه ليس من أهل الشهادة فلا يكون من اهل الولاية كالمجنون . وقال احمد فى رواية يصح ،ولكن يضم اليه أمين .

( قال ) أى القدورى ( ومن اوصى إلى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير أن يمنعه ) لانه يلي عليه ( او يبيع ) أى يبيع الوارث الكبير ( نصيبه ) من العبد ( فيمنعه المشتري ) أى يمنع العبد الذي اشتراه ( فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية ، فلا يفيد فائدته ) أى فلا تحصل فائدة الايصاء . وقال البزدوي حتى صار بعضه متولياً عليه وهو ما لا يتجزأ بطل كله .

( وإن كانوا ) أي الورثة ( صغاراً كلهم فالوصية اليه ) أي إلى العبد ( جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما ) وبه قال الشافعي وأبو ثور ، وعند مالك وأحمد «رح»يجوز سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره . وقال ابراهيم النخعي والأوزاعي وابن شبرمة تصح إلى عبد نفسه ، ولا تصح إلى عبد غيره ، أى قولهما ( وهو القياس . وقيل قول محمدمضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة «رح» ،ويروى مرة مع أبي يوسف «رح» . وجه القياس أن الولايـــة منعدمة لما أن الرق ينافيها) أى ينافي الولاية (ولأن فيه ) أى في جواز الإيصاء إلى العبد ( إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع ) لأن المشروع ولاية المالك على المملوك .

المشروع . ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزأتها لانه لا يملك بيع رقبته ، وهـذا نقض الموضوع . وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف ، فيكون أهلاً للوصاية ، وليس لاحد عليه ولاية ، فإن الصغار وإن كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ، وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظراً لهم ، وصار

---

( ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ ، وفي اعتبار هذه تجزئتها ) أي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغار تجزئة الولاية ( لأنه لا يملك بيع رقبته ) التركات ، ولا يملك بيع نفسه ، ولا يكون وصياً فيه ( وهذا نقض الموضوع ) لأن موضوع الوصية أن يتولى الوصي التصرف في جميع ما بقى من الثلث ، وفي منعه من بيع رقبته تجزئه الوصية (وله أنه) أى وللعبد ، وفي بعض النسخ ولعبده ، أى ان العبد ( مخاطب ) احـترز به عن الصبي والمجنون ( مستبد بالتصرف ) احترز به عن عبد الغير ، لأنـه لا يستبد بنفسه ، لأن لمولاه أن يحجره عن التصرف منه ، فإذا كان كذلك ( فيكون أهـلاً للوصاية ، وليس لأحد عليه ولاية ، فان الصغار وإن كانوا أملاكاً ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة ) بـين كونه مملوكاً لهم وبين اثبات الولاية في حقهم ، لأنهم وإن كانوا يملكون رقبته ولكنهم لا يملكون التصرف فيـه حيث لا يملكون بيعه .

فإن قيل إن لم يكن لهم ذلك فللقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة أجيب بأنه كما ثبت الإيصاء لم يبق للقاضى ولاية المنع ( وإيصاء المولى اليه ) أي إلى عبده ( يؤذن[1] بكونه ناظراً لهم ) أي لورثته لأن من ربى عبده وأحسن اليه فالظاهر أن يختاره لما أن شفقته على الصغار من اولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبي ، فكذلك اختاره .

( وصار كالمكاتب ) أى صار الإيصاء إلى العبد القن كالإيصاء إلى المكاتب ، فذاك

---

(١) في النسخة التي بين ايدينا كتب بعد كلمة يؤذن – يشعر – وربما هي تفسير من المؤلف وليست من المتن كما جاء في شرح فتح القدير ، اهـ مصححه .

كالمكاتب ، والوصية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة . أو نقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى . قال ومن أوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته ، فيتم النظر بإعانة غيره . ولو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه ،

---

يجوز ، وكذا هذا ، ويجوز الإيصاء إلى مكاتب غيره أيضاً ، والخلاف في المكاتب والمدبر وأم الولد ورقيق البعض كالخلاف في القن عند الأئمة الثلاثة ( والوصية قد تتجزأ ) هذا جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها ، وذلك أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى رجلين إلى أحدهما في العين ، وإلى الآخر في الدين أن كلا منهما يكون وصياً فيما اوصي اليه خاصة .

وأشار إلى هذا بقوله ( على ما هو المروى عن أبي حنيفة ، أو نقول يصار اليه ) أي إلى التجزىء ( كيلا يؤدي إلى إبطال أصله ) أي أصل هذا التصرف ، وهو تنصيب عبده وصياً على الصغار (وتغيير الوصف ) جواب عما يقال هذا تغيير وصفه ، وهو التجزؤ ، يعني جعله متجزئا بعدما لم يكن ، فأجاب بقوله ويعتبر الوصف ( لتصحيح الأصل اولى ) من إهداره بالكلية .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصي إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة ، وهذا ) أي ضم القاضي اليه غيره ( لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه ) وبه قالت الأئمة الثلاثة ( لصيانته ) أى لصيانة الوصي (ونقص كفايته ، فيتم النظر باعانة غيره، ولو شكى إليه الوصي ذلك ) أي ولو شكى إلى القاضي الوصي العجز ( لا يجيبه حتى يعرف ذلك ) أي عجزه ( حقيقة ، لأن الشاكي قد يكون

وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه لأنه لو اختار غيره كان دونه ، لما أنه كان مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه أولى ، ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته ، فأولى أن يقدم على غيره . وكذا إذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي ، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير انه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت ، ولو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه ، كأنه لا وصي له . قال ومن

---

كاذباً تخفيفاً على نفسه ، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلاً استبدل به ) أي ولي غيره ( رعاية للنظر من الجانبين ) أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصى والعاجز المعزول بقضاء حقوق معه .

( ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجه ) أي أن يخرج الوصي مع أنه كان عدلاً ( لأنه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه ، فإبقاؤه اولى ، ولهذا ) أي ولأجل أن وصي الميت مختار الميت ( قدم على أبي الميت وفور شفقته ) أي شفقة الأب ( فأولى أن نقدم على غيره من الأب ) ووصي القاضي الذي هو غير أب الميت.

( وكذا ) أي الحكم ( إذا شكى الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى تبدو له منه ) أي يظهر منه ، أي من الوصي ( خيانة ، لأنه استفاد الولاية من الميت ، غير انه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصياً لأمانته ، وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه ) أي الميت ( منها ) أي الوصية ( فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له ) .

( قال ) أي القدوري ( ومن اوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند

أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه ، إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى . وقال أبو يوسف يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت لكل منهما كملاً كولاية الإنكاح للأخوين ، وهذا لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان

---

أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه ) قال أبو القاسم الصفار هذا الخلاف بينهم فيما إذا أوصى لهما جميعاً معاً بعقد واحد ، فأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة فإنه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف . قال الفقيه أبو الليث هذا أوضح ، وبه نأخذ ، بمنزلة الوكيلين إذا وكل واحد منهما على الانفراد .

وحكي عن أبي بكر الإسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعاً ، سواء أوصى لهما جميعاً أو متفرقاً . وجعل في المبسوط هذا أصل ، لأن وجوب الوصية انما يكون عند الموت ، وحينئذ تثبت الوصية لهما معاً ، فلا فرق بين الافتراق والاجتماع ، بخلاف الوكالة ( إلا في أشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى ) إنما وعد بتبيينها كلها لاختلاف اقوال العلماء فيها ، فذكر في الأسرار ستة ، وذكر في عامة الكتب سبعة ، وهي شراء الكفن للميت وتجهيزه ، وطعام الصغار وكسوتهم ، ورد وديعة بعينها ، وقضاء دين ، وتنفيذ هبة بعينها ، وعتق عبد بعينه ، والخصومة في حقوق الميت . وذكر في الجامع الصغير لقاضي خان ثمانية ، وهي السبعة المذكورة والثامن قبول الهبة . وفي الأسرار أسقط قبول الهبة وتنفيذ الوصية ، فصارت ستة .

( وقال أبو يوسف « رح » يتفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن الوصاية سبيلها الولاية ، وهي وصف شرعي لا تتجزأ ، فثبت لكل منهما كملا لولاية الانكاح للأخوين ) فإن لكل واحد منهما أن ينفرد بانكاح مولاته .

( وهذا ) توضيح لما ذكر ( لأن الوصاية خلافة ، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية اليه)

ثابتاً للموصى وقد كان يوصف الكمال ، ولأن اختيار الاب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما . ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهـــو وصف الإجتماع ، إذ هو شرط مقيد وما رضي الموصى إلا بالمثنى وليس الواحـــد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الاخوين في الإنكاح ، لان السبب هنالك القرابـــة ، وقد قامت بكل منهما كملا ، ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي ، حتى لو طالبته بإنكاحها من كفوء يخطبها يجب عليه ، وها هنا حـق التصرف للوصي ، ولهـــذا يبقى مخيراً في التصرف . ففي الاول أوفى حقاً على صاحبه فصح ، وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فـلا

---

أي إلى الوصي ( على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي ، وقـد كان يوصف بالكمال ، ولأن اختيار الأب اياهما يؤذن باختصاص كل واحـــد منهما بالشفقة ، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد ) .

( ولهما ) أي ولأبي حنيفة ومحمد «رح» ( أن الولاية تثبت بالتفويض ، فيراعى وصف التفويض ، وهو وصف الاجتماع ، إذ هو شرط مقيد ، ومـــا رضي الموصى إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بالتصرف ، بخلاف الأخوين في النكاح ، لأن السبب هنالك القرابة وقد قامت ) أى القرابة ( بكل واحد منهما ) أى من الأخوين ( كملا ) أي على وجـــه الكمال والسبب هذا الإيصاء وهو اليهما لا إلى واحد .

( ولأن الإنكاح حق مستحق لها ) أى للمرأة ( على الولي حتى لو طالبته ) أى الولي ( بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه ) إنكاحهامنه (وهاهنا حق التصرف للوصي ،ولهذا يبقى مخيراً في التصرف ففي الاول ) أى في الانكاح أى في أحد الاخوين ( اوفى حقـاً على صاحبه ، فصح . وفي الثاني ) أي في الوصاية ( استوفى ) لان ولاية التصرف لهما ، فإذا تصرف وحده ( حقاً لصاحبه ) أى استوفى أحد الوصيين على الآخر حقاً كائناً له (فلا

يصح أصله الدين الذي عليهما . ولهما بخلاف الاشياء المعدودة ، لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبداً ، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه، لان في التأخير فساد الميت ،ولهـــذا يملكه الجيران عند ذلك . وطعام الصغار و كسوتهم ، لانه يخاف موتهم جوعا وعريا . ورد الوديعة بعينها ، ورد المغصوب والمشتري شراء فاسداً وحفظ الاموال وقضاء الديون ، لانهـــا ليست من باب

---

يصح أصله الدين الذي عليهما ، ولهما ) يعني إذا كان الدين لرجلـــين فاستوفى أحـــدهما نصيب الآخر .

( بخلاف الاشياء المعدودة ) أشار إلى قوله إلا في اشياء معـدودة بينهما إن شاء الله تعالى ( لانها ) أى لان هذه الاشياء معدودة (من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابداً وهي ) أي الاشياء المعدومة ( ما استثناه فى الكتاب واخواتها ) أى في القدوري ، وهو قوله ومن اوصى إلى اثنين لم يجز لاحـــدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه إلا فى كفن الميت إلى آخره ، وقد ذكرناها عن قريب .

( فقال ) أى القدوري ( إلا فى شراء كفن الميت وتجهيزه ) هـــذا لفظ القدوري ، والمصنف شرع يعلل الأشياء السبعة ذكرها القدوري وعلل المصنف ، وهذا بقوله ( لأن في التأخير ) أى في تأخير تجهيز الميت ( فساد الميت ، ولهذا ) أى ولأجل أن تأخير الميت عن تجهيزه فساده ( يملكه الجيران ) تجهيزه أي تجهيز الميت ( عند ذلك ) اى عنـــد اشراف الميت للفساد بسبب التأخير .

( وطعام الصغار وكسوتهم ) لفظ القدوري ، وقال المصنف ( لأنه يخـــاف موتهم جوعاً وعرياً ) أى من حيث الجوع والعرى ( ورد الوديعة بعينها) لفظ القدوري ،وقال المصنف ( ورد المغصوب والمشترى شراء فاسداً وحفظ الأموال ) هـــذه الثلاثـــة لم يذكرها القدوري .

الولاية ، فإنه يملكه المال وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة . ولانه لا يحتاج فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه ، لانه لا يحتاج فيه إلى الرأي . والخصومة في حق الميت ، لان الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين . وقبول الهبة ، لان في التأخير خيفة الفوات ، ولانه يملكه الام والذي في حجره : فلم يكن من باب الولاية . وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف ،

---

( وقضاء الديون ) من لفظ القدوري ، وقال المصنف ( لأنها ) أي لأن هذه الأشياء الأربعة ( ليست من باب الولاية ) يعني ليست من الولاية المستفادة من الموصي ( فإنه يملكه المال وصاحب الدين إذا ظفر بجنس حقه ) يملك أخذه إذا كان من جنس حقه ( وحفظ المال ) برفع حفظ على التعليل لقوله وحفظ الأموال وارتفاعه على الإبتداء وخبره هو قوله ( يملكه من يقع في يده ، فكان من باب الإعانة ، ولأنه لا يحتاج فيه ) أي في حفظ المال ( إلى الرأي ) هنا في قضاء الدين على الميت ، أما في اقتضاء الدين للميت فهو على الخلاف .

( وتنفيذ وصية بعينها ) بالجر عطفاً على آخر المعطوفات على قوله وطعام الصغار مجرور عطفاً على قوله إلا في شراء الكفن وتجهيزه ، وكل المعطوفات عليه بالجر .

( وعتق عبد بعينه ) بالجر أيضاً ، وهو من لفظ القدوري . وقال المصنف ( لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي ) وكذا قوله ( والخصومة في حق الميت ) من لفظ القدوري ، وهو ايضاً بالجر . وقال المصنف ( لأن الاجتماع فيها متعذر ، ولهذا ) أي ولأجل تعذر الاجتماع ، أي بالخصومة ( ينفرد بها أحد الوكيلين ) إذا كانا حاضرين حال الحياة ، وكذا بعد الوفاة .

( وقبول الهبة ) بالجر عطفاً على المجرورات التي قبله ( لأن في التأخير خيفة الفوات ولأنه ) أي ولأن قبول الهبة ( تملكه الأم والذي في حجره ) أي ويملك ايضاً الذي في حجره الصغير ( فلم يكن من باب الولاية ) حتى يحتاج إلى الآخر ( وبيع ما يخشى عليه التوى

لأن فيه ضرورة لا تخفى. وجمع الأموال الضائعة ، لأن في التأخير خشية الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يـــده ، فلم يكن من باب الولاية . وفى الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيـــع أو يتقاضى ، والمراد بالتقاضي الإقتضاء ، كـــذا كان المراد منه في عرفهم . وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض . ولأنـه في معنى المبادلة لا سيما عنـــد اختلاف الجنس على ما عرف ، فكان من باب الولاية . ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيـــل ينفرد كل واحـــد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحـــد . وقيل

---

والتلف ) بالجر ايضاً عطفاً على المجرورات التي قبلها ، والتوى الهـــلاك ، ومعنى قوله والتلف بالرفع من تفسير التوى ( لأن فيه ضرورة لا تخفى ، وهو ظاهر ) .

( وجمع الأموال الضائعة ) بالجر ايضاً مثل ذلك ( لأن في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من وقع في يده ، فلم يكن من باب الولاية ) وهو ظاهر .

( وفي الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى ) هذا لفظ الجامع ، وقال المصنف (والمراد بالتقاضي الاقتضاء ) أى القبض ( كذا كان المراد منه في عرفهم ) أي في عرف أهل الكوفة . وأما في عرف ديار المصنف المراد من ذلك المطالبة ( وهـــذا لأنه رضى بأمانتهما ) أي لأن الموصي رضي بأمانة الاثنين ( جميعاً في القبض ) فلا ينفرد أحدهما ( ولأنه ) أي ولأن القبض ( في معنى المبادلة لا سيا عند اختلاف الجنس على مـــا عرف ، فكان من باب الولاية ) فلا ينفرد أحدهما .

( ولو أوصى لكل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ) وهوقول أبي القاسم الصفار ( بمنزلة الوكيلين ، إذا وكل واحد على الانفراد ، وهذا لأنه لما افرد قد رضى برأى الواحد . وقيـــل الخلاف في الفصلين ) أي فصل الانفراد وفصل الاجتماع

الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح ، لأن وجوب الوصية عند الموت ، بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر . أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه ، وعند أبي يوسف الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه ، وذلك ممكن التحقق . بنصب وصي آخر مكان الميت • ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي آخر ،

---

( واحد ) وهو قول أبي بكر الاسكاف ( لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين ، لأن الوكالة تتعاقب ، فان مات أحدهما ) أي أحد الوصيين ( جعل القاضي مكانه وصياً آخر ) .

( أما عندهما ) أي عند أبي حنيفة ومحمد «رح» ( فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف ) لأن عندهما ليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه ، فان كان كذلك ( فيضم القاضي اليه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه ) أي عند عجز الوصي الباقي وبه قالت الأئمة الثلاثة .

( وعند أبي يوسف الحي منهما ) أي من الوصيين ( وإن كان يقدر على التصرف ) وكلمة إن واصلة بما قبلها ( والموصى ) الواو فيه للحال ( قصد أن يخلفه متصرفان ) وفي بعض النسخ وصيان ( في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ) أي الوصي الميت .

( ولو أن الميت منهما ) أي من الوصيين ( أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية ، بمنزلة ما إذا اوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي

لأن رأي الميت باق حكماً برأي من يخلفه . وعن أبي حنيفة أنه لا يتفرد بالتصرف ، لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ، لأنه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى . وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركة الميت الأول عندنا . وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركة الميت الأول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة . والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره . ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ، ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي في المال وإلى الجد في النفس ، ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه ، فكذا الوصي . وهذا لأن الإيصاء

---

آخر ، لأن رأى الميت باق حكماً برأى من يخلفه ) .

( وعن أبي حنيفة «رح» ) رواه الحسن عنه ( أنه ) أي أن الحى الباقي ( لا يتفرد بالتصرف ، لأن الموصى ما رضي بتصرفه وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره ، لأنه ينفذ تصرفه برأى المثنى كما رضيه المتوفى ) وبه قالت الأئمة الثلاثة .

( وإذا مات الوصي وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركة الميت الأول ) في أحد الوجهين لا يجوز أن يوصى لغيره ( اعتباراً بالتوكيل في حالة الحياة ، والجامع بينهما أنه رضى برأيه لا برأي غيره ) .

( ولنا أن الوصى يتصرف بولاية منتقلة اليه ) من الميت بطريق الخلافة عنه (فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ) فإن وصى الجد عند عدم الأب كوصى الأب ( ألا يرى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى في المال وإلى الجد في النفس ) حتى كان يملك تزويج الصغار والصغيرات واستيفاء القصاص ( ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل اليه )

إقامة غيره مقامه فيما له ولايته ، وعند الموت كانت له ولايـــة في التركتين ، فينزل الثاني منزلته فيهما . ولانـــه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصودة بنفسه ، وهو تـلافي ما فرط منه صار راضياً بإيصائـــه إلى غيره ، بخلاف الوكيل ، لأن الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصاء إليه . قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة ،

---

لأنـــه خلف عنه فيوصى إلى غيره ( فكذا الوصى ) لأنه خلف عن الميت أيضا ( وهــذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيا له ولايته، وعند الموت ) أي موت الموصى ( كانت له ) أي للوصى ( ولاية في التركتين ) أي في مال نفسه الذي يتركه لوصيه ، وسمى للوصى تركة باعتبار ما يؤول اليه ( فينزل الثاني ) أي في الايصاء ( مـــنزلته )أي منزلة الاول ( فيهما ) أي في التركتين .

( ولأنه ) أي ولأن الوصى ( لمــا استعان به ) أى بالوصى ( في ذلك ) أى فيما اوصى ( مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه ) أى قبـــل حصول مقصود الموصى منه ( وهو ) أى مقصوده ( تلافي ما فرط منه ) أي تدارك ما سبق منه من التفريط في الأمور ( صار راضيا ) أى الموصى وهو جواب لما ( بايصائه ) أي بايصاء الوصى ( إلى غيره ) دلالة إلى تتميم مقصوده .

( بخلاف الوكيل ) فانه ليس كذلك ( لأن الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه ، فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه ) وهذا ظاهر .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ، ومقاسمة للورثة عن الموصى لهباطلة ) المقاسمة فعل القسمة بين اثنين ، وهو أن يقتسم كل واحد منهما مع الآخر شيئا ، وصورة المسألة رجل أوصى إلى رجل واوصى لرجل آخر

لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ، ويصير مغروراً بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضاً ، فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً ، فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له . أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه ، لأنه ملكه بسبب جديد ، ولهذا لا يرد بالعيب ، ولا يرد عليه ولا يصير

---

بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فأراد الوصى المقاسمة وهى على وجهين الاول : هو أن يقاسم الموصى له نائبا عن الورثة واعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فهذه جائزة والوجه الثاني : أن يقاسم الورثة عن الموصى له وهى باطلة .

وبيان الفرق بينهما ما ذكره المصنف بقوله ( لان الوارث خليفة الميت ) يعني من يخلفه بعده ( حتى يرد بالعيب ) يعني فيما اشتراه المورث ( ويرد عليه به ) أي فيما باعه الوارث ( ويصير مغروراً بشراء المورث ) كمن اشترى جارية ثم مات فاستولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على البائع الميت ، ولو لم يكن الخليفة كما لو باعها المورث والمسألة بحالها لا يرجع على بائع بائعه ، لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره ( والوصى خليفة الميت ايضا ، فيكون خصما عن الوارث إذا كان غائبا ) وإذا كان كبيراً ، لأنه إذا كان صغيراً لا حاجة إلى فعله ، فاذا كان كذلك (فصحت قسمته عليه ) أي على الوارث الغائب .

( حتى لو حضر ) أي الغائب (وقد هلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له ) لأن ولايته قاصرة على الصغار وعلى حفظ مال الكبار ، والموصى له خصم ، والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة .

وأشار إلى بيان الوجه الثاني بقوله ( أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت في كل وجه ) لأن الوصية تمليك بسبب ، وهو معنى قوله ( لأنه ملكه بسبب جديد ) أي لان الموصى له ملك ما اوضى له بسبب وهو ما بقى له من ثلث مال الميت ( ولهذا ) أي

مغروراً بشراء الموصي فــلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته ، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي ، لأن القسمة لم تنفذ عليه ، غير أن الوصي لا يضمن ، لانــه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة ، فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي ، لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ، ويبقى مــا بقي على الشركة . قال فإن قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصي له بثلث

---

ولكونه غير خليفة عن الميت ( لا يرد بالعيب ) فيما اشتراه المورث ( ولا يرد عليــه ) فيما باعه الميت ( ولا يصير مغروراً ) يعني يكون الولد رقيقــا ( بشراء الموصى) فيما إذا اشترى جارية إلى آخر ما ذكرناه ، فاذا كان الامر كذلك ( فلا يكون الوصي خليفة عنه ) أي عن الغائب ( عند غيبته ، حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقى ، لان القسمة لم تنفذ عليه ) أي لم يصح ( غير ان الوصى لا يضمن ) هذا جواب عما يقال إذا كانت القسمة غير صحيحة كأن صرفه غير مشروع وهلك المال بعد ذلك العقد الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما بعد على المال واستهلكه .

وتقرير الجواب هو أن الوصي لا يضمن ( لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة ، فيكون له ثلث البــاقي ، لأن الموصي له شريك الوارث فيتوى ) أي يهلك ( ما توى ) أى ما هلك ( من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة ) وقال السغناقي في قوله فصار كما إذا هلك بعض التركة إلى آخره إشارة إلى انه لا ضمان عليه إذا كان ما احرزه للورثة في يده ، لأن الحفظ إنما يتصور في ذلك ، أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار إن شاء ضمن القابض بالقبض وإن شاء ضمن الدافع بالدفع .

( قال فإن قاسم الورثة ) أى فإن قاسم الوصي الورثة ( وأخــذ نصيب الموصى له

ما بقي لما بينا . قال وإذا كان الميت أوصي بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده . وقال أبو يوسف إن كان مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث . وقال محمد لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي . ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه

---

فضاع رجع الموصى له ) أي على الورثة ( بثلث ما بقي في أيديهم ) وقال الأكمل هذا كان معلوماً من سياق كلامه ، ولكنه ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير ( لما بينا ) إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه .

( قال ) أي في الجامع الصغير ( وإن كان الميت اوصى بحجة فقاسم ) أي الوصي ( الورثة فهلك ما في يده ) أي في يد الوصي ، قال الكاكي الوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما . قلت لا حاجة الى ما قاله الكاكي أن يرجع الضمير لا يختص أن يكون إلى الظاهر خاصة ، بل يكون في المستتر أيضاً على ما لا يخفى ( حج عن الميت من ثلث ما بقي ، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده ) يحج عنه من ثلث ما بقي وهذا كله قول أبي حنيفة . قال الاكمل صورة رجل مات وترك اربعة آلاف درهم وصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج الف درهم فأخذ الوصي الألف ودفع الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق حج عن الميت من ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم ، فان سرقت ثانياً يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى ، هكذا .

( وقال أبو يوسف «رح » إن كان ) أي الهالك ( مستغرقاً للثلث لم يرجع بشيء وإلا ) فإن لم يكن الهالك مستغرقاً الثلث ( يرجع بتمام الثلث ) وهو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ، فإن سرقت ثانياً يؤخذ مرة أخرى .

( وقال محمد « رح » لا يرجع بشيء ، لأن القسمة حق الموصي ، ولو أفرز الموصي بنفسه مالاً ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية ، فكذا إذا أفرزه وصيه الذي

وصيه الذي قام مقامه. ولأبي يوسف «رح» أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقي محلها ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلهـــا . ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتهـــا ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحج ، فلم تعتبر دونه ، وصار كما إذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ، لأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لها ، فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلهـــا . قال ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمهـــا والموصى له غـائب فقسمته جائزة ، لان الوصية صحيحة ، ولهـذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي نصب ناظراً لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح ، حتى لو حضر الغائب وقـد هلك

---

قام مقامه . ولأبي يوسف «رح» أن محل الوصية الثلث ، فيجب تنفيذها ما بقى محلهـا ، وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها ) أى محل الوصية .

( ولأبي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها ، بل لمقصودها ، وهو تأدية الحـج فلم تعتبر دونه ) أى دون المقصود وهي اداء الحج ( فصار كما إذا هلك قبل القسمة فحج بثلث مـا بقي ، ولأن تمامها ) أى تمام الوصية ( بالتسليم إلى الجهة المسماة ، إذ لا قابض لهـا ، فاذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم ، فصار كهلاكه قبلها ) أي قبل القسمة .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها ، والموصى له غائب فقسمته جائزة ) أى قسمة القاضي جائزة ، حتى لو هلك ما في يد القاضي ثم حضر الغائب لا يرجع على الورثة بشيء ( لأن الوصية صحيحة ، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثتـه والقاضي نصب ناظراً لا سيا في حق الموتى والغيب ، ومن النظر إفراز نصيب الغـائب وقبضه ، فنفـذ

المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل . قال واذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز ، لأن الوصي قائم مقام الموصي . ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء . وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه ، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة ، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون ، لأن للغرماء حق

---

ذلك ) أي الإفراز ( وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل ) .

وقال الإمام المحبوبي هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكال أو يوزن ، لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز ، فكذا قسمته ، وأجيب بأن وضع المسألة في الدراهم وهي ما يوزن .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا باع الوصي من التركة عبداً بغير محضر من الغرماء فهو جائز ) صورته في جامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبداً وعليه دين محيط بماله ، فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء . قال بيعه جائز ، وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد ( لأن الوصي قائم مقام الموصي ، ولو تولى ) أي الموصي حال كونه ( حياً بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء ) فهو جائز .

( وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف ، وهو الثمن ، بخلاف العبد المديون ) يملك بيع ما في يده بغير رضاء الغرماء ، كذا ذكره الرازي في شرح مختصر الطحاوي ، بخلاف العبد المديون المأذون حيث لا يبيعه مولاه ووصيته ( لأن للغرماء حق الاستسعاء ) حتى يأخذوا كسبه ، فيكون البيع مبطلاً لحقهم ، فلهم أن يبطلوا البيع .

الاستسعاء ، وأما ها هنا فبخلافه . قال ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي ، لانه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه ، وهذه عهدة ، لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم ، فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ، قال يرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل . وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لانه ضمن بقبضه ، ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة ، وعن محمد أنه يرجع

---

( أما هاهنا ) أي في بيع المولى بغير محضر من الغرماء ( فبخلافه ) أي بخلاف ما ذكر فيما قبله ، لأن فيه يجوز وهنا لا يجوز ، سواء كان بيع الوصي بحضرهم أو بغير محضرهم .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ومن اوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي ) الثمن ( لأنه هو العاقد ، فتكون العهدة عليه ) أي على الوصي ( وهذا عهدة ) إنما قال هذه لأجل تأنيث الخبر وهو العهدة وتأنيث المبتدأ لتأنيث الخبر جائز ( لأن المشترى منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده فيرجع فيما ترك الميت ، لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل ، وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ) أي بقبض الثمن وقبض الثمن من حقوق العقد ، فصار الوصي في حق القبض كالمالك . وإذا كان بمنزلة المالك وقد لحقه الضمان بعمل نفسه فلا يرجع بشيء ( ثم رجع ) أي أبو حنيفة « رح » ( إلى ما ذكرناه ، ويرجع في جميع التركة ) .

( وعن محمد أنه يرجع في الثلث ، لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ) أي حكم

في الثلث ،لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث . وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور ، وذلك دين عليه ، والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ،ولا كذلك الوصي ، لانه بمنزلة الوكيل ، وقد مر في كتاب القضاء ، فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء ، كما إذا كان على الميت دين

---

الوصية ( ومحل الوصية الثلث ) يعني نفاذها من الثلث .

( وجه الظاهر ) أي ظاهر الرواية ( انه يرجع عليه ) أي أن الوصي يرجع على الميت ( بحكم الغرور ، وذلك دين عليه ) أي على الميت ، لأنه غره حيث أمره ببيع عبده والتصدق بثمنه ، فكأنه قال هذا العبد ملكي ، فكان مغروراً من جهته . وفي الذخيرة محيلاً إلى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين لا على الميت ، والقياس هذا لأن غنم تصرف الوصي يعود إلى المساكين ، فغرمه يجب أن يكون عليهم (والدين يقضى من جميع التركة ، بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه ، لأن في إلزامها القاضي ) أي لأن في إلزام العهدة القاضي ( تعطيل القضاء إذ يتحامى ) أي لأنه يمتنع ( عن تقلد هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة ، فتتعطل مصلحة العامة ) بامتناع القضاة عن قبول القضاء لأجل التزام العهدة في الأمور ( وأمينه ) أي أمين القاضي (سفير عنه ) أي عن القاضي ( كالرسول ) فلا يلزمه شيء .

( ولا كذلك الوصي ، لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء ) في آخر فصل القضاء بالمواريث ( فان كانت التركة قد هلكت ، أو لم تكن بها وفاء ) بأن لم يفضل عن التكفين والتجهيز ( لم يرجع ) أي الوصي لم يرجع ( بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر)

آخر . قال وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مـــال الصغير ، لانه عامل له ، ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه . قال وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز ، وهو أن يكون أملأ ، إذ الولاية نظرية ، وإن كان الاول أملأ لا يجوز ، لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه

---

أي غير هذا الدين نحو الديون التي تكون على الموات المفاليس .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن قسم الوصي المـــيراث فأصاب صغيراً من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك ) الثمن في يده ( واستحق العبد رجـــع في مال الصغير ) يعني رجع المشتري بالثمن على الوصي ، لأن العهدة على البائع ثم يرجـــع الوصي بذلك في مال الصغير ( لأنه عامل له ) أي لأن الوصي عامل لأجل الصغير ( ويرجـــع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه ) أي ما اصاب الصغير .

( قال ) أى محمد في الجامع الصغير ( وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيراً لليتيم جاز ) بأن كان المحال عليه أملأ وقدرته على أداء الدين من المحيل ، وهو المديون ، وهو قوله ( وهو أن يكون ) أى المحتال عليهم أملأ إذ الولاية نظرية ( وان كان الأول ) أى المديون أملأ لا يجوز ( لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ) يعني إذا مـــات المحيل عليه مفلساً ولم يذكر إذا كانا سواء .

وفي الذخيره اختلف الناس فيه ، أشار في الكتاب إلى انه لا يجوز ، وذكر المحبوبي إذا كان الثاني مثل الاول لا يجوز . وقال الإمام الاسبيجابي في شرح الطحاوي على أن الوصي له أن يأخذ الكفيل بدين الميت ، لان الكفالة لا توجب براءة الاصل ، وكذلك لو أخذ رهناً بذلك يجوز ، ولو احتال بماله أو أخذ كفيلاً شرط براءة الاصل ، فإنـــه ينظر حتى أن الصبي لو أدرك قبل أخذ الدين ، فليس له أن يفسخ الحوالة ، وإذا لم يكن أملأ من المحيل فانه لا يجوز ، هذا إذا ثبت الدين بمداينة الميت ، وأما إذا ثبت بمداينة

قـــال ولا يجوز بيـع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله ، لأنه لا نظر في الغبن الفاحش . بخلاف اليسير ، لأنـــه لا يمكن التحرز منه ، ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المـأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهـم بالغـبن الفاحش عند أبي حنيفة لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ، والإذن فك الحجر بخلاف الوصي ، لأنـــه يتصرف بحـكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيـد بموضـع النظر . وعندهمـا لا يملكونه ، لأن التصرف بالفاحش منـه

---

الوصي فإنه يجوز سواء كان خيراً لليتيم أو شراً له، إلا انه إذا كان خيراً له فانه يجوز بالاتفاق حتى انه إذا أدرك وأراد أن ينقض ذلك فليس له ذلك، وإن كان شراً له جاز ذلك ويضمن الوصي اليتيم عندهما ، وعند أبي يوسف «رح» لا يجوز .

( وقال ) أي محمد في الجامع الصغير ( ولا يجوز بيـع الوصي ولا شراؤه إلا بمـا يتغابن الناس في مثله ، لانه لا نظر في الغبن الفاحش ، بخلاف اليسير، لانه لا يمكن التحرز عنه ، ففي اعتباره ) أي في اعتبار الغبن اليسير ( انسداد بابه ) أي باب تصرف الوصي ( والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغـــبن الفاحش عند أبي حنيفة «رح» لأنهم يتصرفون بحكم المالكية ) أي يتصرفون بحـــكم المالكية ، أي يتصرفون بأهليتهم لا باذن المولى ، ولا يقال العبد محجور عليـــه ، لأن المصنف قال ( والأذن فك الحجر بخلاف الوصي ، لأنه يتصرف بحـكم النيابة الشرعية نظراً ، فيتقيد بموضع النظر ) والأب والقاضي مثـــل الوصي ، لأنهم يتصرفون للغير ، فتجوز فيه عن الضرر .

( وعندهما ) أي عند أبي يوسف ومحمد « رح » ( لا يملكونه ) أي لا يملكون البيع بالغبن الفاحش ولا الشراء به ، وبه قالت الأئمة الثلاثة (لأن التصرف بالغبن الفاحش منهم تبرع

تبرع لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله . وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة ، لأن ذلك أحوط . ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل ، فيصير ذلك حملا على الكذب . ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا . وقيل لا بأس بذلك ، لأن الوصاية تعلم ظاهراً . قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ، لان الاب يلي ما سواه ولا يليه، فكذا وصيته فيه ، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ، لانه لا يملكه الاب على الكبير ،

---

لا ضرورة فيه ، وهم ليسوا من أهله ) أي من أهل التبرع .

قال أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة ، لأن ذلك أحوط ) وبين وجه الأحوط ( ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره ) أي في آخر الكتاب ( من غير تفصيل )بين الوصاية والشراء ( فيصير ذلك حملا له على الكذب ) فينسب إلى شهادة الزور .

( ثم قيل يكتب ) أي القاضي والمشتري ، كذا قاله الأترازي . وقال الكاكي أي لا بأس بذلك، أي يجمع الوصية والشراء في كتاب واحد، وهذا وجهه ( اشترى من فلان بن فلان ، ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا ) أشار إلى قوله لأن ذلك أحوط . (وقيل لا بأس بذلك ) أي لا بأس أن يكتب من فلان وصي فلان ( لأن الوصاية تعلم ظاهراً ).

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار ، لأن الأب يلي ما سواه ) أي ما سوى العقار ( ولا يليه ) أي العقار ( فكذا وصيته فيه ) أي في العقار ( وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملك الأب على الكبير الغائب إلا أنا استحسناه لما انه حفظ لتسارع ) أي ان بيع

إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه ، وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ . أما العقار فمحصن بنفسه . قال ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة . وقال أبو يوسف ومحمد وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب ، وكذا وصي الأم ووصي العم ، وهذا الجواب في تركة هؤلاء ، لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون

---

ما سوى العقار يتسارع ( الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو ) أي الوصي ( يملك الحفظ ، أما العقار فمحصين بنفسه ) فلا يحتاج إلى بيعها للتحصين ، هذا الذي ذكره إذا لم يكن على التركة دين فإن كان هو مستغرق فله أن يبيع الجميع ، لأنه لا يمكنه قضاء الدين إلا بالبيع وإن كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول عليه من القول بالاتفاق ، ومن العقار أيضاً عند أبي حنيفة «رح» خلافاً لهما .

( قال ولا يتجر ) أي الوصي ( في المال ، لأن المفوض اليه الحفظ دون التجارة .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ) وفي بعض النسخ وقال ( وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب ) يعني في بيع المنقول دون العقار ، ولا خلاف في هذه المسألة ، فإنما خص ذكرهما في الجامع لأنه روى عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة ، كذا قال الفقيه ابو الليث .

( وكذا وصي الأم ووصي العم ) ليس لهما حق التصرف في العقار ، ولهما حق التصرف في الفروض التي ورث من الأم خاصة أو من العم أو من الأخ ، وليس لأحد من هؤلاء أن يتصرف فيما ورث من غير الذي أوصى اليه ، وأما وصى الأب فله التصرف في الفرض والعقار سواء ورث من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صغاراً ، وأما إذا كانوا كباراً وهم غيب فليس له التصرف إلا في فروض صاحبه ( وهذا الجواب في تركة هؤلاء ) يعني الأخ والأم والعم ، وإنما قيد بتركة هؤلاء لأن وصي هؤلاء في تركة الأب ، كوصي الكبير

ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم . قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد . وقال الشافعي الجد أحق ، لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه ، فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه . فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب ، لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه ، حتى يملك الإنكاح دون الوصي ، غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه .

---

الغائب ( لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ ، فكذا وصيهم ) .

( قال ) محمد « رح » في الجامع الصغير ( والوصي أحق بمال الصغير من الجد ، وقال الشافعي «رح» الجد أحق ) وبه قال مالك واحمد «رح » ( لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه . ولنا أن بالإيصاء ينتقل ولاية الأب اليه ) أي إلى الوصي ( فكانت ولايته ) أي ولاية الموصي ( قائمة معنى ، فيقدم عليه كالأب نفسه ، وهذا ) توضيح لما قبله ( لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه ) أى تصرف الوصى ( أنظر لبنيه من تصرف أبيه ) أي أب الموصى وهو الجد ( فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الاب ، لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الإنكاح ) أى إنكاح أولاد ابنه ( دون الوصى ) فإنه لا يملك ( غير انه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه ) إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الاب اليه ، والله أعلم .

## ( فصل في الشهادة )

قال وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة ، لأنهما متهمان فيهما لإثباتهما معيناً لانفسهما . قال إلا أن يدعيها المشهود له ، وهذا استحسان ، وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما برضاه بدون شهادتهما ، فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ،

---

### ( فصل في شهادة الوصي )

أي هذا فصل في بيان أحكام شهادة الوصي ، وإنما أخر هذه لكونها عارضة فيها غير أصلية ، والاصل عدم العارض .

( قال فإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما ) أي مع الوصيين (فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها ) أي في هذه الشهادة ( لاثباتهما معينا لانفسهما ) قال عليه السلام لا شهادة لمتهم ، وهذا لا نعلم فيه خلاف .

( قال ) أي محمد في الجامع ( إلا أن يدعيها المشهود له ) ولفظه في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة « رض » في الوصيين يشهدان أن الميت اوصى إلى هذا معهما قال إن ادعى ذلك فشهادتهما باطلة ، وكذلك الوارثان يشهدان بذلك ، قالوا في شرح الجامع الصغير ( وهذا استحسان ) وأخذ المصنف هذا وقال هذا ، وأشار به إلى قوله إلا أن يدعيها المشهود استحسان ( وهو في القياس كالاول ) أى كالوجه الاول ،وهو البطلان . وذكر وجه القياس بقوله ( لما بينا من التهمة ) لانها شهادتان للشاهد أو لابيه .

( وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهما ) أي إلى الوصيين ( برضائه ) أى برضى الآخر ( بدون شهادتهما ) لان الولاية للقاضي لا تكون بهذه الشهادة ، فإذا كان كذلك ( فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه ) أي عن القاضي ، مثاله

أما الوصاية تثبت بنصب القاضى . قـــال وكذلك الابنان ، معنـــاه إذا شهـدا أن الميت أوصى إلى رجـل وهـو ينكر ، لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركـة . ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود بـــه . قال وإن شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز . وإن كان في غـير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة . وقالا إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين ، لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركـــة

---

أن القرعة ليست بحجة ، ويجوز استعمالهـــا في تعيين الإيصاء لدفـع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا حجة ، فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين .

( أما الوصاية تثبت بنصب القاضي ) فلا يحتاج إلى الشهادة ، لان الشاهدين لو سألا القاضي بأن يجعل هذا الرجل وصياً وهو راغب فيه أجابهما الى ذلك بخلاف الوكالة، فإنهما لو سألاه أن يوكل هذا الرجل عن أبيهما لا يفعل ، لانه ليس له ولاية في مال أبيهما .

( قال ) أي محمد في الجامع ( وكذلك الابنان ) هـــذا لفظ محمد «رح» ، وهو معطوف على المستثنى منه ، وهو قوله فالشهادة باطلة ، وقال المصنف ( معناه ) أي معنى قول محمد « رح » وكذلك الابنان ( إذا شهدا أن الميت اوصى الى رجل وهو ينكر ، لانهما يجران إلى أنفسهما نفعاً بنصب حافظ للتركة ) وفيه تهمة فلا تقبل .

( ولو شهدا ، يعني الوصيين ، لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره) أي أو غير مال الميت ( فشهادتهما باطلة ، لأنهما يظهران ولاية التصرف لأنفسهما في المشهود به ،قال) أي محمد في الجامع الصغير ( وإن شهدا لوارث كبير في مـــال الميت لم يجز وإن كان في غير مال الميت جاز ، وهذا عند أبي حنيفة «رح» ) .

( وقالا إن شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين ) لوارث كبير في مال الميت وفي غيره

إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة ، وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها . قال وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، فإن كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد « رح » . وقال أبو يوسف « رح » لا تقبل في الدين أيضاً ، وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف . وعن أبي يوسف مثل قول محمد « رح » .

---

مال الميت ( لأنه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا كان الورثة كباراً فعريت ) أي الشهادة (عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث وتحققت التهمة . بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه ، لأن الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها ) .

( قال ) أي محمد في الجامع ( وإذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم ، وشهد الآخران للأولين بمثل ذلك جازت شهادتهما ، وإن كانت شهادة كل فريق للاخرين بوصية ألف درهم لم يجز ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد «رح» . وقال أبو يوسف « رح » لا تقبل ) الشهادة عند أبي حنيفة « رح » ( في الدين ايضاً ، وأبو حنيفة « رح » فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف « رح » ) كما قال أبو يوسف «رح» ، ولفظ الخصاف في كتاب أدب القاضي لو أن رجلاً مات بدين ألف درهم وترك لورثته مالاً فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، فإن ابا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف «رح» قالوا الشهادة باطلة من قبل انهم يشتركون فيما قبض كل واحد منهم وروى محمد بن الحسن في الجامع الصغير عن أبي حنيفة «رح» ان الشهادة جائزة ، وروى الحسن بن أبي زياد عن أبي حنيفة «رح» انهم إن جاءوا جميعاً فالشهادة باطلة .

( وعن أبي يوسف «رح» مثل قول محمد «رح» ) أي تجوز شهادة كل فريق في حق

وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة . وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه ، فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة ، فتحققت التهمة . بخلاف حال حياة المديون ، لأنه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة . قال ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد الشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق ، لأنه

---

الدين ولا تجوز في الوصية . قال الكاكي وإنما خص قول محمد هنا مع انه قيل هذا قول أبي حنيفة ومحمد لتقرر قول محمد في ذلك واضطراب قول ابي حنيفة رحمه الله فصار عن أبي حنيفة روايتان ، وعن أبي يوسف كذلك ، وعن محمد رواية واحدة .

( وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي ) أي الذمة ( قابلة لحقوق شتى ) أي كثيرة متفرقة ( فلا شركة ) أي في ذلك فلا تهمة ( ولهذا ) أي ولأجل عدم الشركة ( لو تبرع أجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة ، وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة ، إذ الذمة خربت بالموت ، ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه ) أي في الذي استوفاه ( فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة ) فلا تقبل الشهاده .

( بخلاف حياة المديون ، لأنه ) أي لأن الدين ( في الذمة لا في المال لبقائها ) أي لبقاء الذمة ، ولهذا يأخذه الآخر لا يكون للآخر فيه أن يشاركه فيه ، فإذا كان كذلك ( فلا تتحقق الشركة فلا تهمة فيه ) .

( قال ) أي محمد في الجامع ( ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد الشهود لهما أن الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق ، لأنه لا شركة فلا تهمة .

لا شركة فلا تهمة . ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث مـاله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة .
وكذا إذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ، لان الشهـادة في هذه الصورة مثبتة للشركة .

---

قال ) أي محمد ( ولو شهدا أنه اوصى لهذين الرجلين بثلث مـــاله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطـــلة . وكذا إذا شهد الأولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه اوصى للأولين بثلث ماله فهي باطلة ، لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة ) وذلك لأنهم يشتركون في ثلث العبد .

* * *

# كتاب الخنثى

## ( فصل في بيانـــه )

**قال وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو انثى ، لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث ، فقال من حيث يبول .**

---

**( كتاب الخنثى )**

أي هذا كتاب في بيان أحكام الخنثى .

**( فصل في بيانه )**

( قال ) الأكمل فإن قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما ، وها هنا لم يتقدم شيء ، فما وجه ذكر الفصل ، قلت كلامه في قوة أن يقال هـذا الكتاب فيه فصلان ، فصل في بيان الخنثى ، وفصل في أحكامه ( وإذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى ) أراد بالفرج هنا الحر ، وهو قبل المرأة وإلا فالفرج يطلق على قبـل المرأة والرجل باتفاق أهل اللغة ، كذا في المغرب ، وفيه تركيب الخنث يدل على لـين ونكس ، وفيه المخنث وتخنيث في كلامـــه وهو على وزن فعلى ، وجمعه خناثى بالفتح كحبلى وحبالى .

( فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ، وإن كان يبول من الفرج فهو انثى ، لأن النبي ﷺ سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول ) هذا الحديث رواه ابن عدي في الـكامل من حديث أبي يوسف القاضي عن الكلبي عن ابن عباس «رض» عنهما عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود ولد، له قبل وذكر ، من أين يورث ، فقال من حيث يبول .

وعن علي رضي الله عنه مثله ، ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح ، والآخر بمنزلة العيب . وإن بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلي. وإن كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة. وقالا ينسب إلى أكثرهما بولاً ، لانه علامة قوة ذلك العضو ، وكونه

---

ومن طريق ابن عدي رواه البيهقي في « المعرفة في الفرائض » وعده ابن عدى من منكرات الكلبي . وقال البيهقي الكلبي لا يحتج به ، ورواه ابن الجوزي في الموضوعات من جهة ابن عدي وقال البلاء فيه من الكلبي ، انتهى . قلت أبو يوسف إمام مجتهد ثقة كيف يروي عن الكلبي مع علمه بأنه لا يحتج به ، ولو لم يعلم أنه ثقة لما روى عنه .

وقد أيده ايضاً ما روي ( عن علي بن أبي طالب «رض» عنه ) فقال المصنف وعن علي ( مثله ) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا الحسن بن كثير الأخمسي عن أبيه عن معاوية أنه أتي في خنثى فأرسلهم إلى علي «رض» عنه فقال يورث من حيث يبول ، ورواه الشعبي نحوه ، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن سعيد بن المسيب نحوه ، وزاد فإن كانا في البول سواء فمن حيث سبق .

( ولأن البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الأصلي الصحيح، والآخر بمنزلة العيب ) وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ، وهكذا كان الحكم في الجاهلية ، فقرره الشرع .

( وان بال منهما فالحكم للأسبق ، لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الأصلي ، وإن كانا في السبق على السواء فلا يعتبر بالكثرة عند أبي حنيفة «رح» ) وبه قال اصحاب الشافعي « رح » في أحد الوجهين فكان خنثى مشكلاً ، فقال أبو حنيفة « رح » لا أدري .

( وقالا ) أي أبو يوسف ومحمد « رح » ( ينسب إلى أكثرهما بولاً ) وبه قال الشافعي « رح » في وجه وأحمد والأوزاعي والمزني ( لأنه علامة قوة ذلك العضو ، وكونه

عضواً أصلياً . ولأن للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة ، وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة ، لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، لانه لا مرجح . قال وإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل ، وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل ، أو كان له ثدي مستو ، لان هذا من علامة الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل

---

عضواً أصلياً . ولأن للاكثر حكم الكل في أصول الشرع ، فيترجح بالكثرة ) .

( وله ) أى ولأبي حنيفة ( أن كثرة الخروج لا يدل على القوة ،لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر ) ولما أخبر أبو يوسف أبا حنيفة « رح » بجوابه قال أبو حنيفة هل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواني ، وتوقف أبو حنيفة في الجواب وقال لا أدري ، وهذا من علامة فقه الرجل في ورعه وعدم تخبطه في الجواب ، فانه استند عليه بطريق التمييز بالدليل المعقول والمسموع ، فتوقف كما قالوا جميعاً عند استواء الكثرة لا علم لنا بذلك .

وسئل ابن عمر « رض » عن مثله فقال لا أدري ، كذا في المبسوط والاسرار ، وإن استويا في الكثرة فهو مشكل عند الجمهور . وحكي عن علي والحسن أنهما قالا يعد أضلاعه ، فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل. وقال جابر بن زيد يوقف إلى جانب حائط فإن بال عليه فهو رجل ، وإن سلسل بين فخذيه فهي امرأة وكلا القولين ليس بصحيح ( وإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق ، لانه لا مرجح ) حتى يحكم بالترجيح .

( قال ) أى القدوري ( وإذا بلغ الخنثى ) يعني هذا الذي قلنا ما دام صغيراً ، فإذا بلغ ( وخرجت لحية أو وصل إلى النساء فهو رجل . وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو ، لأن هذه من علامات الذكران . ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة

له لبن في ثدي أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة ، لان هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحدي هذه العلامات فهو خنثى مشكل ، وكذا إذا تعارضت هذه المعالم .

## ( فصل في أحكامه )

قال الاصل في الخنثي المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوتـــه . قال وإذا وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال

---

أو نزل له لبن في ثدي أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو إمرأة ، لان هذه من علامات النساء ، وإن لم يظهر إحـدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل . وكذا إذا تعارضت هذه المعالم ) ولو كان شخص لا مهبل له بل له مخرج واحد فيما بين المخرجين منـه يبول ويتغوط أو لا يخرج له لا قبل له ولا دبر ، وإنما يتقيــأ ما يأكله ويشربه . وحكي في بعض البلاد هذا فهو في حكم الخنثى المشكل ، كذا في المغني لابن قدامة . وفي المحيط في المنتقى قال أبو يوسف وأبو حنيفة « رح » ما أدري ما أقول في هذا ، والله أعلم .

### ( فصل في أحكامه )

أى هذا فصل في بيان أحكام الخنثى .

( الاصل في الخنثى المشكل) وتذكير الضمير فيه لتغليب المذكور ، لان فيه جهـــة الذكورة وجهة الأنوثة ، الاصل في الخنثى المشكل ( أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين ، وأن لا يحكم بثبوت حكم وقـــع الشك في ثبوته ) قال المشكل ولم يقل المشكلة ، لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه ، والاصل هو الذكر ، لان حواء عليها السلام خلقت من ضلع آدم عليه السلام .

( قال ) أى القدوري ( إذا وقف خلف الإمـــام قام بين صف الرجال والنســاء ،

أنه امرة فـــلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته . فإن قـام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل ، وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً ، لاحتمال أنه امرأة . وقال وأحب إلينا أن يصلي بقناع ، لانه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاتـه جلوس المرأة ، لانه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهـــو جائز في الجملة ، وإن كان امراة فقـد ارتـكب مـكروهـاً ، لان الستر على النسـاء واجب

---

لاحتمال أنه امرأة ، فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ، ولا النساء لاحتمال أنه رجل فيفسد صلاته ، فان قام في صف النساء فأحب إلي أن يعيد صلاته ، لاحتمال أنه رجل ) إنما قال أحب إلي ولم يقل أوجب ، مع أن فيها جهة الفساد ، وفي العبادات جهة الفساد راجحة ، لما أن فساد الصلاة بجهة المحاذاة مختلف فيه وفي كونه رجلاً أيضاً ، صار بمنزلة الشبهة ، فلذلك قال أحب إلي ، أشـار إليه في المبسوط وفي الذخيرة ، هذا حال كونه مراهقاً ، فأما لو كان بالغاً يجب الإعادة لترجيح جهة الفساد .

( وإن قـام في صف الرجال فصلاته تامة ، ويعيد الذي عن يمينـه وعن شماله والذى خلفـه بحذائه صلاتهم احتياطاً لاحتمال أنه امرأة ) إنما قال احتياطاً لأن مبنى العبادة على الاحتياط ، محاذاة المرأة الرجل في حقهم موهوم .

( قال وأحب إلينا ) لفظ قال هنا لم يقع في محله ، لانه إنما يذكر إما لمحمد وإما للقدورى ، ولم يذكر هذه المسألة إلا في الاصـــل ، وكذلك لم يقع في نسخة شيخي العلاء ( أن يصلي بقناع ، لانه يحتمل أنه امرأة ، ويجلس في صلاته جلوس المرأة ) وفسر السرخسي هذا بقوله معناه أن يخرج رجليه من جانب ويفضي بإليته إلى الارض ، لانه أقرب إلى التستر ( لانه إن كان رجلاً فقـــد ترك سنة ، وهو جائز في الجملة ) كما في حالة الضعف ( وإن كان امرأة فقـد ارتـكب مـكروهاً ، لان الستر على النساء واجب

ما أمكن . وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد ، لاحتمال أنه امرأة، وهو على الاستحباب ، وإن لم يعد أجزأه، وتبتاع له أمة تختنه إن كان له مال ، لانه يباح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ، ويكره أن يختنه رجل ، لانه عساه أنثى ، أو تختنه امرأة ، لانه لعله رجل ، فكان الإحتياط لما قلنا . وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمــام أمة من بيت المال ، أنه أعد لنوائب المسلمين ، فإذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال ، لوقوع الاستغناء عنهـا . ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير ، وأن يتكشف قدام الرجال أو قــدام

---

ما أمكن ، وإن صلى بغير قناع أمرته أن يعيد ) أي صلاته ( لاحتمال أنه امرأة ، وهو على الاستحباب ) هذا قبل البلوغ ، فأما بعد البلوغ تجب الإعادة (وإن لم يعد أجزأه ) لانه ترك الاستحباب .

( وتبتاع له أمــة تختنه إن كان له مال ، لانه يبــاح لمملوكته النظر إليه رجلاً كان أو امرأة ) قال الكاكي هــذا التعليل يصح في حق الرجل ، أما لا يصح في حق المرأة ، لان الامة لا يباح لها النظر إلى مواضع العورة من سيدها مطلقاً ، وقال الكاكي فيه نظر ، لان ذلك في حالة الاحتياط لا في حالة العذر .

( ويكره أن يختنه رجل ، لانه عســاه أنثى ) أي لعله أنثى ( أو تختنه امرأة لعله رجل ، فكان الاحتياط فيما قلنــا ) انه في شراء الامة ( وإن لم يكن له مال ابتاع له الإمـــام ) أي اشترى له من بيت المال ( أمة من بيت المال ، لانه ) بيت المال ( أعد لنوائب المسلمين ، فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ) .

( ويكره له في حياته لبس الحرير والحلي ) وفي النهاية وليس في قيــد الحياة زيادة فائدة ، لما أنه بعد الموت كذلك (وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء ) والمرأة بالإنكشاف ، وهو أن يكون في إزار واحد لأنه مواضع العورة ، لان ذلك لا يحل لغير

النساء وأن يخلو بـه غير محرم من رجـل أو امرأة ، وأن يسافر من غير محرم من الرجال ، توقياً عن احتمال المحرم . وإن أحرم وقـد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه لانه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان انثى يكره له تركـــه . وقال محمد يلبس لباس المرأة ، لان ترك لبس المخيط وهـــو امرأة أفحش من لبسه وهـــو رجل ، ولا شيء عليه ، لانه لم يبلغ . ومن حلف بطلاق أو عتق إن كان أول ولد تلدينه غلامـــاً فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى ، لان الحنث لا يثبت بالشك . ولو قال كل عبد لي حر ، أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره ، لما قلنا . وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين،

---

الأنثى أيضاً ( وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امـــرأة ،أن يسافر من غير محرم من الرجال توقياً عن احتمال المحرم ) أى عن ارتكابه .

( وإن أحرم وقـد راهق قال أبو يوسف لا علم لي في لباسه ، لانه إن كان ذكراً يكره له لبس المخيط ، وإن كان أنثى يكره له تركه ) إنمـا قال ذلك لاشـتباه حاله وعدم مرجح .

( وقال محمد « رح » يلبس لباس المرأة ، لأن ترك لبس المخيط وهي امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء علىه ، لانه لم يبلغ ) فلا يكون جناية .

( ومن حلف بطلاق أو عتـــاق إن كان أول ولد تلدينه غلاماً ) فهو حر ( فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين أمر الخنثى ، لان الحنث لا يثبت بالشك ، ولو قال كل عبد لي حر ، أو قال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا ) أى لأن الحنث لا يثبت بالشك ( وإن قال القولين جميعاً عتق ) يعني إذا قال كل عبد لي حر ، وكل أمة لي حرة عتق المملوكة الخنثى ( للتيقن بأحد الوصفين ) لا فرق أن يكون

لانه ليس بمهمل . وإن قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً، لانه دعوى يخالف قضية الدليل . وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ، لانه أعلم بحاله من غيره . وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة ، لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء ، فيتوقى لاحتمال الحرمة ، ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل . ولا يحضر إن كان مراهقاً غسل رجل ولا

---

ذكراً في الواقع أو أنثى، فأيا ما كان يمتنق بأحد اليمينين ( لانه ليس بمهمل ) يعني أنه في الواقع ليس بخال عن أحد الحالين .

( وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً ، لأنه دعوى يخالف قضية الدليل ) لأنه يقتضي بقاء الإشكال ، وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما يعلم به غيره . حاصله أنه مجازف فيما يخبر به عن نفسه ، فانه لم يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره .

( وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله ، لأنه أعلم بحاله من غيره ) وقال الاترازي في هذا التعليل نظر ، لانه إنما يكون مشكلا إذا ظهرت فيه إحدى العلامات ، فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قول الخنثى بعد ذلك ، انتهى قيل إنما قال ينبغى أن يقبل بلفظ ينبغي ، لان حكمه غير مذكور ، فلم يتيقن به .

( وإن مات ) أي الخنثى ( قبل أن يستبين أمره ) لم يغسله رجل ولا امرأة ( لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء ) أي غسل الرجل امرأته وعكسه غير ثابت في الشرع ( فيتوقى لاحتمال الحرمة ) فان النظر إلى العورة حرام ، والحرمه لم تكشف بالموت ، فتعذر غسله لانعدام من يغتسله ، فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به ( فيتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ) ويتيمم مع الخرقة إن يممه الاجنبي ، وبغيرها إن كان ذا رحم محرم من الميت ينظر المتيمم الى وجهه ويعوض وجهه عن ذراعيه لاحتمال أن يكون امرأة .

امرأة ، لاحتمال أنه ذكراً أو انثى ، وإن سجي قبره فهـــو أحب ، لأنه إن كان أنثى يقيم واجباً ، وإن كان ذكراً فالتسجية لا تضره .

وإذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام ، والخنثى خلفه ، والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل ، لاحتمال أنه امرأة ، ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل . ولو دفن مـــع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل ، لاحتمال أنه امرأة ، ويجعل بينهما حاجز من صعيد ، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل . وإن كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب إلي ، لاحتمال أنه عورة .

---

( ولا يحضر ) أي الخنثى ( إن كان مراهقاً غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكراً أو أنثى ، وان سجي قبره فهو أحب ، لانه ان كان أنثى نقيم واجباً ، وان كان ذكراً فالتسجية لا تضره . واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضـــع الرجل مما يلي الإمـــام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجال ، لاحتمال أنه امرأة ، وتقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ) .

( ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنـــه امرأة ، ويجعل بينهما حاجز من صعيـــد ، وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنـــه رجل ، وان كان يجعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الي لاحتمال أنه عورة ) والنعش شبه المحفة مشبك مطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة .

وفي الذخيرة وإن حمـــل الخنثى مقلوباً فهو أحب إلي ، ومعنى المقلوب انه إذا كان للجنازة قوائم تقلب وتجعل القوائم التي أسفل الجنازة أعلاها ، ثم حمل عليه ، لأنه لا بد وأن يلقى عليه ثوب ، فاذا جعلت الجنـــازة مقلوبة يلقى الثوب على القوائم ، فيكون أســـتر له مما حمل على ظاهر الجنازة ، وان لم يكن لها قوائم وضع على ظاهر الجنازة ،

ويكفن كما تكفن الجارية ، وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة أثواب، لأنه إذا كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وإن كان ذكراً فقد زادوا على الثلاثة ولا بأس بذلك ،ولو مات أبوه وخلف ابناً وخنثى فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً ، للابن سهمان ، وللخنثى سهم ، وهو انثى عنده في الميراث ، إلا أن يتبين غير ذلك . وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى ، وهو قول الشعبي واختلفا في

---

ووضع عليه النعش فيكون أستر له ، فإن كان امرأة فهو السنة ، وإن كان رجلا فالنعش لا يضره .

( ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب إلي ، يعني يكفن في خمسة أثواب ، لانه إن كان أنثى فقد أقيمت سنة ، وان كان ذكراً فقد زادوا على الثلاث ، ولا بأس بذلك ) لأن عدد الكفن يعتبر بعدد الثياب حال الحياة ، فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضار كما في حال الحياة ، فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد من الثلاثة .

( ولو مات أبوه ) أى أب الخنثى ( وخلف ابناً وخنثى فالمال بينهما على ثلاثة أسهم عند أبي حنيفة « رح »[1] للابن سهمان وللخنثى سهم ، وهو ) أى الخنثى ( أنثى عنده ) أى عند أبي حنيفة ( في الميراث ) وبه قال الشعير ، كذا ذكره بعضهم ( إلا أن يتبين غير ذلك ) هذا استثناء من قوله وهو أنثى عنده في الميراث ، يعني وهو بأن يظهر فيه إحدى علامات الذكورية بلا تعارض ، فحينئذ يعتبر ذكراً .

( وقالا ) أى أبو يوسف ومحمد « رح » ( للخنثى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الأنثى وهو قول الشعبي ) وذكر القدوري قول محمد مع أبي يوسف « رح » ، وكذلك ذكره أبو النصر البغدادي قول محمد مع أبي يوسف « رح » ، وكذلك ذكره المصنف ، وكذلك في عامة الكتب ذكروا قول محمد مع أبي يوسف . وقال الكاكي ذكر في عامة

---

(١) عند أبي حنيفة « رح » أثلاثاً ، نسخة ، هامش .

قياس قوله ، قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهماً ، للابن سبعة ، وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة ، للابن أربعة وللخنثى ثلاثة، لأن الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع ، فعند الإجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما ، هذا يضرب بثلاثة ، وذلك يضرب بأربعة ، فيكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين ، وإن كان انثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا إلى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ، ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل

---

كتب أصحابنا أن للخنثى المشكل أقل النصيبين ، يعني سواء الحالتين عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف « رح » أولاً ، وعليه الفتوى ، وهو قول عامة الصحابة رضي الله تعالى عنهم .

وقال أبو يوسف آخراً له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ، وهو قول أحمد وابن أبي ليلى والثوري وشريك والحسن بن صالح وأهل المدينة وأهل مكة وابن عباس رضي الله تعالى عنهما . وقال الشافعي وأبو ثور وداود وابن جرير «رح» يعطى له اليقين ، وهو ميراث أنثى ويوقف الباقي الى أن يتبين الأمر ، ويصطلحوا . وفيه قول آخر للشافعي شاذ .

( واختلفوا في قياس قوله ) أى على توجيه قول الشافعي « رح » ( قال محمد المال بينهما ) أى بين الإبن والخنثى ( على اثني عشر سهماً للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة ، للإبن أربعة وللخنثى ثلاثة ، لان الإبن يستحق كل الميراث عند الإنفراد ، والخنثى ) يستحق ( ثلاثة الارباع ، فعند الإجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما، هذا يضرب بثلاثة وذاك يضرب بأربعة ، فتكون سبعة . ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكراً يكون المال بينهما نصفين وإن كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثاً احتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل

واحد ثلاثة ، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ، ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف ، فيكون له سهمان ونصف فانكسر ، فيضعف ليزول الكسر ، فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة . ولأبي حنيفة أن الحاجة ها هنا الى اثبات المال ابتداء والأقل وهو ميراث الأنثى متيقين به ، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصراً عليه ، لأن المال لا يجب بالشك ، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر ، فإنه يؤخذ فيه بالمتيقن ، كذا هذا ، إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك

---

واحد منها ثلاثة ، وفي حال يكون أثلاثاً للخنثى سهمان وللابن أربعة ، فسهمان للخنثى ثابتان ) باتفاق ( بيقين ، ووقع الشك في السهم الزائد ، فينصف فيكون له سهمان ونصف ، فانكسر فيضعف ليزول الكسر ، فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ) .

( ولأبي حنيفة أن الحاجة ها هنا الى اثبات المال ابتداء ) لانه لا بد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الأنوثة ، ولا شيء منهما معلوم ، واثبات المال ابتداء بدون سبب متحقق غير مشروع ، فلا بد من البناء على المتيقن ( والاقل وهو ميراث الأنثى متيقن به ، وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن به قصراً عليه ، لان المال لا يجب بالشك ، وصار كما إذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر ) كما في مسألة المفقود ( فانه يؤخذ فيه بالمتيقن ، كذا هذا ، الا أن نصيبه الاقل ) هذا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن قصراً عليه ، يعني أوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه بإثبات الزيادة ، لان المال لا يجب بالشك ، الا أن نصيبه الاقل ( لو قدرناه ذكراً ، فحينئذ يعطى نصيب الإبن في تلك الصورة لكونه متيقناً به ) .

الصورة لكونه متيقناً به ، وهو أن تكون الورثة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى ، أو امرأة وأخوين لأم وأختـــاً لأب وأم هي خنثى فعندنا للاولى للزوج النصف ، وللام الثلث والبـــاقي للخنثى ، وفي الثانية للمرأة الربـــع وللاخوين لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما .

---

وأشار إلى صورته بقوله ( وهو أن تكون الورثة زوجاً وأما وأختا لأب وأم وهي خنثى ) هذه صورة للزوج النصف وللام الثلث، فلو قدرنا الخنثى انثى يكون لها النصف فنقول المسألة إلى ثمانية . ولو قدرناه ذكراً يكون الباقي من الستة وهو السدس ، فيعطى له ، لأنه أقل من النصف .

وصورة أخرى أشار اليها بقوله ( أو امرأة) أي أو ترك امرأة ( وأخوين لأم وأختاً لأب وأم هي خنثى ) أصل المسألة من اثني عشر ، فللمرأة الربع وللاخوين لأم الثلث ، فلو قدرنا الخنثى ذكراً يكون له الباقي وهو الخمسة ، ولو قدرناه أنثى يكون لها النصف وهي ستة تؤول المسألة إلى ثلاثة عشر فتعطى الخمسة ، لأنها أقل من الستة .

وأشار إلى ما يعطى في الصورة الأولى بقوله ( فعندنا في الأول ) أى في صورة الأول ( للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى ) وقد بيناه الآن ( وفي الثانيـــة ) أى في الصوره الثانية ( للمرأة الربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى ، لانه أقـل النصيبين فيهما ) وهو سواء الحالتين ( والله أعلم ) .

* * *

## ( مسائل شتى )

قال وإذا قرىء على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه ، أي نعم ، أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز ، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه . وقال الشافعي يجوز في الوجهين ، لأن المجوز إنما هو العجز ، وقد شمل الفصلين . ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي

---

( مسائل شتى )

أي هذه مسائل شتى ، أي متفرقة من كل باب .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا قرىء على الاخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومأ برأسه ، أى نعم ، أو كتب ) أي أو كتب الاخرس نعم ( فإذا جاء من ذلك ) الإيماء والكتابة والخط والعقد ، وذلك أربعة الإيماء والكتابة والخط والعقد دار ، أو بالخط وبالعقد عقد الاصابع على رسم المهندسين ( ما يعرف انه اقرار فهو جائز ) يحكم بجواز وصيته ، ولا يعلم فيه خلاف ( ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه ) بضم الياء وفتح القاف على صيغة المجهول ، يقال اعتقل لسانه إذا حبس عن الكلام ولم يقدر ، وبه قال الثوري وأحمد والاوزاعي .

( وقال الشافعي يجوز في الوجهين ) أى في الإشارة والكتابة ، وبه قال ابن المنذر ( لان المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين ) أى الاخرس والعقل ( ولا فرق بين الاصلي والعارض ) أى لا فرق بين العجز الاصلي والعجز العارض ( كالوحشي والمتوحش من الاهلي ) أى من الحيوان الاهلي ( في حق الذكاة ) بالذال المعجمة ، أي في الذكاة الاضطرارية .

والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة . والفرق لأصحابنا رحمهم الله ان الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه ، حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة، قالوا هو بمنزلة الاخرس ، ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ، أما الأخرس فلا تفريط منه ، ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي ، فلا يتقاسمان . وفي الآبدة عرفناه بالنص . قال وإذا كان الاخرس يكتب كتاباً

---

( والفرق ) أي بين الاصلي والعارضي ( لاصحابنا ان الإشارة إنما تعتبر ) وتقوم مقام النطق في حق الاخرس ( إذا صارت معهودة معلومة ، وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه ) لاحتمال ان يزول ما به من المرض ، فيطلق لسانه ، فلم تقم اشارته أو كتابته مقام العبارة ، لان عجزه عارض على شرف الزوال ( حتى لو امتد ذلك ) أي اعتقاله . قال التمرتاشي حده سنة ( وصارت له إشارات معلومة ، قالوا ) أي المشايخ ( هذا بمنزلة الاخرس ) وحكى الحاكم عن أبي حنيفة « رح » أنه قال إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة ، ويجوز الإشهاد عليه ، لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله ، فكان كالاخرس ، قالوا وعليه الفتوى ، كذا ذكره المحبوبي .

( ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت ، وأما الاخرس فلا تفريط منه ، ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي ، فلا يتقاسمان ) أي لا يقبلان القياس ، بخلاف الصغيرة والآيسة ، لان امتداد الطهر وارتفاع الحيض على شرف الزوال دون الصغر والإياس .

( وفي الآبدة ) من أبدت البهيمة أبد وتأبد ، أي توحشت ، والجمع الاوابد ، وهو جواب عن قول الشافعي كالوحشي والمتوحش ( عرفناه بالنص ) وقال تاج الشريعة الضمير في عرفته عائداً إلى عدم العرف بين الوحش الاهلي والمتوحش من الاهلي في حق

أو يومىء إيماء يعرف به ، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ، ويقتص له ومنه ولا يحد له . أما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ، ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة إلى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز ، وهو في حق الأخرس أظهر وألزم، ثم

---

المذكورة هو ما رواه ابن خديج أن بعيراً من أهل الصدقات ند فرماه رجل وسمى فقتله فقال ﷺ إن لها أوابد كأوابد الوحش ، فإذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه .

( قال ) أي محمد في الجامع الصغير ( وإذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومىء إيماء يعرف به، فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه ) إذا قتل (وله) أي ويقتص له إذا قتل من له القصاص فيه ( ولا يحد له ) أي إذا كان الاخرس مقذوفاً .

( أما الكتابة فلانها ممن نأى ) أى ممن بعد ( بمنزلة الخطاب ممن دنا ) أى قرب ، لأن الكتابة جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان ، والعجز في حق الأخرس ألزم ، ثم أوضح ذلك بقوله ( ألا ترى أن النبي ﷺ أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ، ومرة بالكتابة إلى الغيب ) ففي الصحيحين عن ابن عباس « رض » عنهما أن رسول الله ﷺ كتب إلى قيصر يدعوه إلى الإسلام ، وبعث بكتابه مع دحية الكلبي « رض » ... الحديث بطوله مشهور . وكتب إلى بكر بن وائل رواه ابن حبان في صحيحه عن أنس « رض» عنه ، وكتب إلى يهود خيبر رواه أبو نعيم في دلائل النبوة من حديث ابن عباس .

( والمجوز في حق الغائب العجز وهو ) أي العجز ( في الأخرس أظهر وألزم ، ثم

الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم ، وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوى فيه ، لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية ، وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم ، وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك ، لأنها من حقوق العباد ، ولا تختص بلفظ دون لفظ ، وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضاً ، ولا حاجة إلى الحدود ،

---

الكتابة على ثلاث مرات مستبين ) أي بين ( مرسوم ) أي معنون بالعنوان ، والعنوان أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان ( وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ) أي المشايخ .

( ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار ، وينوي فيه ) على صيغة المجهول بالتشديد ، أي يطلب منه النية فيه ( لأنه بمنزلة صريح الكتابة ) أي بمنزلة كتابة قوله أنت بائن ( فلا بد من النية ) .

( وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء ، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ، فلا يثبت به الحكم ، وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس في حق هذه الأحكام ) أي النكاح والطلاق ، والبيع والشراء ( للحاجة إلى ذلك ، لأنها من حقوق العباد ، ولا يختص بلفظ دون لفظ ) يعني هذه التصرفات من النكاح ونحوه لا يتعلق بلفظ خاص ، بل يثبت بالفاظ كثيرة ، ويثبت بلفظ دون لفظ ، أي كما ثبت بالعربي يثبت بالفارسي وغيره ( وقد ثبت بدون اللفظ ) يعني بفعل ، يدل على اللفظ كالتعاطي ( والقصاص حق العبد ايضاً ) أي الثابت في حق العبد ، فيثبت باشارته ( ولا حاجة إلى الحدود ) أي لا حاجة إلى التوسعة في الحدود .

لأنها حق الله تعالى . ولأنها تندرىء بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلا يحد للشبهة ، ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط . ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد . ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية ، لأنه شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعب زواجر ، وليس فيها معنى العوضة ، فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب

---

( ولأنها حق لله تعالى ، ولأنها تندرىء بالشبهات ، ولعله كان مصدقاً للقاذف ، فلايحد للشبهة ولا يحد أيضاً بالإشارة في القذف ، لانعدام القذف صريحاً وهو الشرط ) أي التصريح هو الشرط كما مر في الحدود .

( ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ، ألا ترى انه ) أي أن الشأن ( لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ) وإن كان مطلق الحرمة ينصرف إلى الزمان لاحتمال أنه وطىء امرأته في حال الحيض ، أو وطىء أمته المجوسية ، ولهذا لا يجب الحد بقوله بالحرام زاده .

( ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص ، وإن لم يوجد لفظ التعمد ، وهذا ) أي التصريح بالعمد ( لأن القصاص فيه معنى العوضية ) لأنه يستوفي كل واحد منهما نفس الآخر ( لأنه ) أي لأن القصاص ( شرع جابراً ، فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد ، أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر ، وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة . وذكر في كتاب

الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك ، فيكون فيهما روايتان . ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك ، لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادراً على الكتابة . بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ، لانه حجة

---

الإقرار ) من الأصل ( أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ، ويحتمل أن يكون الجواب هنا ) أي في الأخرس ( كذلك ) أي لا يكون حجة ( فيكون فيهما ) أي في الأخرس والغائب عن الاخرس ( روايتان ) وفي نسخة الاترازي فيكون فيهما بإفراد الضمير ، وقال أي في مسألة الاخرس على رواية كتاب الجامع الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة وعلى اعتبار رواية كتاب الإقرار في الغائب لا يجب على الاخرس القصاص بالكتابة .

ثم قال وقال بعضهم في شرحه فيهما تضمير التثنية ، أي في الاخرس والغائب عن الاخرس ،فذاك ليس بشيء ، لانه لم يثبت الروايتان في الغائب ، بل فيه كتاب الإقرار فحسب ، ولا يجب عليه القصاص بالكتابة . قلت أراد بقوله وقال بعضهم في شرحه، هو الكاكي ، وفي بقيته ما قاله نظر لا يخفى .

( ويحتمل أن يكون مفارقاً ، لذلك لانه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ، ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ، ودلت المسأله ) أي قوله وإذا قرىء على الاخرس فأومأ برأسه ، أي نعم ، أو كتب ( على أن الإشارة معتبرة ، وإن كان قادراً على الكتابة ، بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة ، لانه ) أي الإشارة على تأويل المذكور، أو على تأويل نقل الإشارة ( حجة ضرورية ، ولا ضرورة ) مع وجود الكتابة ( لانه ) أي لان

ضرورية ، ولا ضرورة ، لانه جمع ها هنا بينهما فقال أشار أو كتب، وإنما استويا لأن كل واحد منها حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجـــد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة لما انه أقرب إلى النطق من آثار الأقـلام فاستويا . وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بغارض ، لما بينا في المعتقل اسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هــذا تفسير لمعتقل اللسان . قال وإذ كان الغنم

---

محمداً ( جمع هاهنا ) في الكتابة ( بينهما ) أي في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة .

( فقال أشار أو كتب ) وهذا دليل على أن الإشارة معتبرة ، وإن كان قادراً على الكتابة . وقال الاترازي ولنا في دعوى الجمع بينهما ، لانه قال في الجامع الصغير ، وإذا كان الأخرس يكتب أو يومىء كلمة أو لأحد الشبهين لا للجمع ، على أنا نقول قال في الأصل وإن كان الأخرس لا يكتب ، وكانت له إشارة يعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز ، فيعلم من اشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا يعتبر مع القدرة على الكتابـــة ، لأنه بين حـــكم اشارة الاخرس بشرط أن لا يكتب. قلت في نظره نظر لا يخفى .

( وإنما استويا ) أي الكتابة والإشارة ( لان كل واحـد منهما حجة ضرورية ، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة ، وفي الإشارة زيادة أمر لم يوجد في الكتابة، لما انه أقرب إلى النطق من آثار الاقلام فاستويا ، وكذلك الذي صمت يوماً أو يومين بعارض ) عطفاً على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه ، أى صمت يوماً أو يومين بعارض من العوارض ، فأشار برأسه أو كتب لا يجوز أن يقوم مقام إقراره . وقال الكاكي انه في بعض النسخ صمت، والمصمت هو الله تعالى ( لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة . وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان ) كذا قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير حيث قال فيه وهو تأويل ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه .

( قال ) أى قال محمد في الجامع الصغير ( وإذا كان الغنم مذبوحـة وفيها ميتة ، فإن

مذبوحه وفيها ميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر تحري فيهـــا وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل، وهذا إذا كانت الحالة حالة الإختيار، أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك، لان الميتـة المتيقنة تحل له في حالـة الضرورة، فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى، غير أنه يتحرى، لانه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة. وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار، وإن كانت المذبوحة أكـثر، لان التحري دليل ضروري، فلا يصار إليـــه من غير ضرورة، ولا ضرورة، لان الحالة حالة الاختيـــار. ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحـــة.

---

كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وأكل، وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) هذا لفظ الجامع، وقال المصنف (وهذا إذا كانت الحالة حالة الإختيار، أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك، لأن الميتة المتيقنة تحل في حالة الضرورة، فالتي تحمل أن تكون ذكية أولى، غير أنه يتحرى، لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه) أي التحري (من غير ضرورة).

(وقال الشافعي لا يجور الاكل في حالة الاختيار، وان كانت المذبوحة اكثر، لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة، ولا ضرورة لان الحالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة) فكما أن في حالة الضرورة تبـاح الميتة، فكذلك تباح التناول عند غلبة الحلال على الحرام، لان للغالب حكم الكل، لان القليل لا يمكن الاحـــتراز عنه، وكل قليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في النجاسة القليلة.

ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو من المحرم والمسروق والمغصوب، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهـــذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه ، فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف . بخلاف مـــا إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب ، لانه لا ضرورة فيه ، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .

---

( ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الغالب ، وهـــذا لأن القليل لا يمكن الإحتراز عنه ، ولا يستطاع الإمتناع عنه فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة . وقليل الانكشاف من العورة، بخلاف ما إذا كانا نصفين ، أو كانت الميتة أغلب ، لأنـه لا ضرورة فيه ، والله أعـــلم بالصواب ، وإليه المرجع والمآب ) فلا توكل التحري ، بخـــلاف الثياب النجسة ، فإنه يتحرى فيها ، وإن كان الظاهر والنجس نصفين عندنا ، وبه قـــال الشافعي وفي الاواني النجسة لا يتحرى إلا إذا كانت الغلبة للظاهر.

وقال الشافعي يتحري في التنصيف وفي الغلبة. وقال أحمد والمزني وأبو ثور لا يتحرى في الأواني أصلا ويتيمم ويصلي ، واختلفت الرواية عن أحمد في جواب إراقة مـــاء الاواني قبل التيمم . وقـــال ابن الماجشون المالكي لا يتحرى ، ولكنه يتوضأ بأحدهما ويصلي ثم يتوضأ بالآخر ويعيد الصلاة التي صلاها ، والله أعلم بالصواب .

* * *

# خاتمة المؤلف

وهذا آخر ما انتهيت من تأليف كتاب البناية في شرح الهداية في العشرين من شهر الله المحرم الحرام عام خمسين وثمانمائة بالقاهرة المحروسة في مدرسة البدرية تجاه كسامه بالقرب من الجامع الازهر ، فنسأل الله من فضله ولطفه قبول ذلك والقاء الانصاف في قلب من ينظر فيه ، بحيث انه إذا اطلع على محاسنه يترحم على مؤلفه وإذا اطلع على عيب من العيوب التي لا يخلو عنها زلل القلم وخمود الذهن بأنواع من الألم يبادر إلى إصلاحه وستر عيبه . وأما الحاسد فإنه لا يصدر منه إلا الإنكار واطلاع الناس على العثرات، وما وقع فيه من الاسقاطات خصوصاً ، كأن جمعي لهذا الشرح في زمن تأخر فيه من يستحق التقديم ، وتقدم فيه من يستحق التأخير من الفجرة العظام والجهلة اللئام ، وتراكب الهموم والاحزان حتى من الأصدقاء والأخوان ، وخصوصاً كنت في سن الذي ناهز التسعين من ضعف البصر ، وغالب الكتابة في الليالي ، وليس بعجيب أن يسلم شخص من السهو والنسيان ، وهو في هذه الحالات ، ولكن هذا يكون من الكرامات ببركة أدعية مشايخي الذين أخذت عنهم وهم أصحاب الكرامات بظهورها للافراد والجماعات .

وكان السبب في تأليف هذا الشرح أن شخصاً من الفضلاء المستعربين من ابناء العجم قريباً ، سألني قراءة كتاب الهداية فأجبته بذلك، فقال ما أقرأ إلا من اول كتاب المضاربة فقلت نعم ،ثم شرعت في شرح درسه أولاً بأول ، وكتبت مجلداً في شرح كتاب المضاربة إلى كتاب القسمة، وكان ابتدائي فيه في غرة صفر من سنة سبعة عشر وثمانمائة من الهجرة وكان فراغي منه في نهار الخميس ، الثاني والعشرين من جمادى الأولى من السنة المذكورة ثم شرعت في شرح كتاب القسمة عقيب فراغي من شرح كتاب المضاربة ، وأتممته في سلخ رجب الأصم من سنة سبعة عشر وثمانمائة ، ثم تمادى الحال من هذا التاريخ إلى سنة سبعة وثلاثين وثمانمائة ثم شرعت في شرح الكتاب من أوله ابباب الطهارة وفرغت منه ليلة الأربعاء السادس عشر من جمادى الآخر من سنة سبعة وثلاثين. ثم كتبت الجزء الثاني وفرغت منه في السادس عشر من رمضان المعظم من السنة المذكورة ثم شرعت في الثالث وفرغت منه نهار الجمعة قبل الزوال الثالث والعشرين من شوال من سنة ثمانية

وثلاثين . ثم شرعت في الجزء الرابع وفرغت منه في الثالث عشر من شوال من سنة سبعة وأربعين وثمانمائة . ثم شرعت في الجزء الخامس وفرغت منه في اليوم الثاني من ربيع الآخر من سنة ثمانية واربعين وثمانمائة . ثم شرعت في الجزء السادس وفرغت منه في أنهار الخميس الثاني عشر من شهر شوال من السنة المذكورة . ثم شرعت في الجزء السابع وفرغت منه في يوم الأربعاء السادس عشر من شعبان من سنة تسع واربعين وثمانمائة . وأما الثامن والتاسع والعاشر فقد ذكرناه ؛ والذي ينظر فيه يعرف مقدار الخلو من الصيف سنين عديدة ، ويعرف مقدار التكميل والإتمام مدة لطيفة كل ذلك بنظر الله وتوفيقه ، فنسأل الله تعالى خاتمة الخير والاجتناب عن الشر ، إنه على ذلك قدير وبالإجابة جدير .

ورأيت في آخر شرح قوام الدين الكاكي رحمه الله انه قال هذا آخر ما انتهيت اليه من تأليف معراج الدراية في شرح الهداية الحادي والعشرين من محرم سنة خمس وأربعين وسبعمائة ، ورأيت بخط الإمام العالم العلامة قوام الدين شارح الهداية في آخر شرحه يقول العبد الضعيف أبو حنيفة قوام الدين أمير كاتب ابن أمير عمر العميد الغازي الأبعاني هذا آخر غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان في شرح كتاب الهداية

ثم قال بخطه أيضاً وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة غرة شهر ربيع الآخر من سنة إحدى وعشرين وسبعمائة ، وبعضه عمل بالعراق وازاه في زمن السلطان أبي سعيد نور الله مرقده ، وبرد مضجعه ، وأكثره عمل ببغداد وكرامات معدودة ، وآخره بدمشق إلى أن ختم في السابع عشر من ذي القعدة يوم الخميس أول يوم من آذار سنة سبع وأربعين وسبعمائة ، وكان جميع مدة الشرح ستة وعشرين سنة وسبعة أشهر وسبعة عشر يوماً ، والحمد لله رب العالمين وصلواته على محمد وآله اجمعين غفر الله لكاتبه وللناظر فيه وللقارىء فيه ولمن رأى فيه خلل وأصلحه ولمن دعا لكاتبه بالمغفرة وجميع المسلمين آمين ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين ، والحمد لله رب العالمين ، آمين .